كتاب

المبسوط لشمس الدين السرخسي

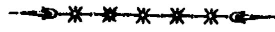
وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

فهرست

﴿ الجزء الاول من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي المحتوى على كتب ظاهر الرواية ﴾
(للامام محمد بن الحسن الشيباني عن الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله تعالى ونفعنا بهم)



صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾

﴿ فهرس الجزء الثانى من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسى ﴾

صحيفه

صحيفه

﴿ تم الفهرس ﴾

﴿ فهرس الجزء الثالث من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ﴾

﴿ تم الفهرس ﴾

﴿ فهرس الجزء الرابع من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي ﴾

صحيفه

﴿ تمت ﴾

فهرس الجزء الخامس من كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

صحيفة

(تمت)

﴿ فهرس الجزء السادس من المبسوط للامام السرخسي ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرس الجزء السابع من المبسوط لشمس الأئمة السرخسى ﴾

صحيفه

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرس الجزء الثامن من كتاب المبسوط لشمس الائمة السرخسى ﴾

صحيفه

صحيفه

﴿ تم الفهرس ﴾

﴿ فهرس الجزء التاسع من كتاب المبسوط لشمس الائمة السرخسي ﴾

صحيفه

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرس الجزء العاشر من كتاب المبسوط لشمس الدين الائمة السرخسى ﴾

صحيفه

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب المبسوط ﴾

للامام السرخسى الحنفى رحمه الله

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾

﴿ فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

صحيفه

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾

﴿ فهرست الجزء السادس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾

﴿ فهرست الجزء السابع عشر من كتاب المبسوط للامام السرخسي الحنفي رحمه الله ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿فهرست الجزء الثامن عشر من كتاب المبسوط للامام السرخسي الحنفي رحمه الله﴾

صحيفه

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء التاسع عشر من كتاب المبسوط للامام السرخسي رحمه الله تعالى ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

فهرست الجزء العشرين من مبسوط السرخسي رحمه الله

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادي والعشرين من كتاب المبسوط ﴾
﴿ للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

صحيفه

﴿ تمت ﴾

فهرست الجزء الثانى والعشرين من كتاب المبسوط
للامام السرخسى الحنفى رحمه الله

صحيفه

تمت

فهرست الجزء الثالث والعشرين من كتاب المبسوط للامام السرخسي رحمه الله

صحيفة

صحيفة

تمت

﴿ فهرست الجزء الرابع والعشرين من مبسوط الامام السرخسى ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس والعشرين من كتاب المبسوط للامام السرخسي الحنفي رحمه الله ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء السادس والعشرين من مبسوط شمس الأئمة السرخسى رحمه الله آمين ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء السابع والعشرين من مبسوط الامام السرخسى رحمه الله ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الثامن والعشرين من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفه

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء التاسع والعشرين من مبسوط الامام السرخسى رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾

﴿ فهرست الجزء الثلاثين من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

تمت

بسم الله الرحمن الرحيم

وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم ﴿قال الشيخ﴾ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله ونور ضريحه وهو فى الحبس بأوزجند إملاء (الحمد) لله بارئ النسم . ومحيي الرمم ومجزل القسم . مبدع البدائع . وشارع الشرائع . دينا رضيا . ونوراً مضياً . لتكليف المحجوجين . ووعد المؤتمرين . ووأد المعتدين . بينة للعالمين . على لسان سيد المرسلين . وامام المتقين . خاتم النبيين . سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين وعلى جميع الانبياء والمرسلين ﴿وبعد﴾ فان أقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى طلب العلم كما جاء فى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة والعلم ميراث النبوة كما جاء فى الحديث أن الانبياء عليهم الصلاة والسلام لم يورثوا ديناراً ولا درهما وانما ورثوا العلم فمن أخذ به أخذ بحظ وافر * والعلم علمان علم التوحيد والصفات وعلم الفقه والشرائع * فالاصل فى علم التوحيد التمسك بالكتاب والسنة ومجانبة الهوى والبدعة كما كان عليه الصحابة والتابعون والسلف الصالحون رضوان الله عليهم أجمعين الذين أخفاهم التراب . وآثارهم بتصانيفهم باقية في هذا الباب . وقد عزمت على جمع أقاويلهم فى تأليف هذا الكتاب تذكرة لأولى الالباب * وأما علم الفقه والشرائع فهو الخير الكثير كما قال الله عزوجل ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيراً كثيراً قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه الحكمة معرفة الاحكام من الحلال والحرام * وقد ندب الله تعالى الى ذلك بقوله تعالى فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون فقد جعل ولاية الانذار والدعوة للفقهاء . وهذه درجة الانبياء . تركوها ميراثا للعلماء . كما قال عليه الصلاة والسلام العلماء ورثة الانبياء . وبعد انقطاع النبوة . هذه الدرجة أعلى النهاية فى القوة . وهو معنى قول النبي عليه الصلاة والسلام من يرد الله به خيراً يفقهه

فى الدين وقال عليه الصلاة والسلام خياركم فى الجاهلية خياركم فى الاسلام اذا فقهوا ولهذا اشتغل به أعلام الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم ﴿ وأول ﴾ من فرع فيه وألف وصنف سراج الامة أبو حنيفة رحمة الله عليه بتوفيق من الله عز وجل خصه به واتفاق من أصحاب اجتمعوا له كأبى يوسف يعقوب بن ابراهيم بن خنيس الانصارى رحمه الله تعالى المقدم فى علم الاخبار. والحسن بن زياد اللؤلؤى المقدم فى السؤال والتفريع. وزفر بن الهذيل رحمه الله ابن قيس بن سليم بن قيس بن مكمل بن ذهل بن ذؤيب بن جذيمة بن عمرو المقدم فى القياس. ومحمد بن الحسن الشيبانى رحمه الله تعالى المقدم فى الفطنة وعلم الاعراب والنحو والحساب * هذا مع أنه ولد في عهد الصحابة رضوان الله عليهم ولقى منهم جماعة كأنس ابن مالك وعامر بن الطفيل وعبد الله بن خبر الزبيدى رضوان الله عليهم أجمعين * ونشأ فى زمن التابعين رحمهم الله وتفقه وأفتى معهم وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذين أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد ويحلف قبل أن يستحلف * فمن فرّع ودوّن العلم في زمن شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالخير والصدق كان مصيبا مقدما كيف وقد أقر له الخصوم بذلك حتى قال الشافعى رضى الله عنه الناس كلهم عيال على أبى حنيفة رحمه الله فى الفقه (وبلغ) ابن سريج رحمه الله وكان مقدما من أصحاب الشافعى رحمه الله أن رجلا يقع فى أبى حنيفة رحمه الله فدعاه وقال ياهذا أتقع فى رجل سلم له جميع الامة ثلاثة أرباع العلم وهو لايسلم لهم الربع قال وكيف ذلك قال الفقه سؤال وجواب وهو الذى تفرد بوضع الاسئلة فسلم له نصف العلم ثم أجاب عن الكل وخصومه لايقولون انه أخطأ فى الكل فاذا جعلت ما وافقوه مقابلا بما خالفوه فيه سلم له ثلاثة أرباع العلم وبقى الربع بينه وبين سائر الناس فتاب الرجل عن مقالته ﴿ ومن ﴾ فرغ نفسه لتصنيف ما فرعه أبو حنيفة رحمه الله محمد بن الحسن الشيبانى رحمه الله فانه جمع المبسوط لترغيب المتعلمين والتيسير عليهم يبسط الالفاظ وتكرار المسائل فى الكتب ليحفظوها شاؤا أو أبوا الى أن رأى الحاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد المروزى رحمه الله اعراضاً من بعض المتعلمين عن قراءة المبسوط لبسط فى الالفاظ وتكرار فى المسائل فرأى الصواب فى تأليف المختصر بذكر معانى كتب محمد ابن الحسن رحمه الله المبسوطة فيه وحذف المكرر من مسائله ترغيبا للمقتبسين ونعم ماصنع

﴿ قال الشيخ الامام ﴾ رحمه الله تعالى ثم انى رأيت فى زمانى بعض الاعراض عن الفقه من الطالبين لاسباب. فمنها قصور الهمم لبعضهم حتى اكتفوا بالخلافيات من المسائل الطوال. ومنها ترك النصيحة من بعض المدرسين بالتطويل عليهم بالنكات الطردية التى لا فقه تحتها. ومنها تطويل بعض المتكلمين بذكر ألفاظ الفلاسفة فى شرح معانى الفقه وخلط حدود كلامهم بها ﴿ فرأيت ﴾ الصواب فى تأليف شرح المختصر لا أزيد على المعنى المؤثر فى بيان كل مسئلة اكتفاء بما هو المعتمد في كل باب وقد انضم الى ذلك سؤال بعض الخواص من أصحابى زمن حبسى. حين ساعدونى لأنسى. أن أملي عليهم ذلك فأجبتهم اليه (وأسأل) الله تعالى التوفيق للصواب. والعصمة عن الخطأ وما يوجب العقاب. وأن يجعل ما نويت فيما أمليت سببا لخلاصى فى الدنيا ونجاتى فى الآخرة انه قريب مجيب

﴿ ثم انه بدأ بكتاب الصلاة ﴾

لان الصلاة من أقوى الاركان بعد الايمان بالله تعالى قال الله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وقال عليه الصلاة والسلام الصلاة عماد الدين فمن أراد نصب خيمة بدأ بنصب العماد والصلاة من أعلى معالم الدين ما خلت عنها شريعة المرسلين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين وقد سمعت شيخنا الامام الاستاذ شمس الائمة الحلوانى رحمه الله تعالى يقول فى تأويل قوله تعالى وأقم الصلاة لذكرى أى لانى ذكرتها فى كل كتاب منزل على لسان كل نبي مرسل وفى قوله عز وجل ما سلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين ما يدل على وكادتها. فحين وقعت بها البداية. دل على أنها فى القوة بأعلى النهاية. وفي اسم الصلاة ما يدل على أنها ثانية الايمان فالمصلى في اللغة هو التالى للسابق فى الخيل قال القائل

ولا بد لى من أن أكون مصليا * اذا كنت أرضى أن يكون لك السبق

وفي رواية * أما كنت ترضى أن أكون مصليا * والصلاة في اللغة عبارة عن الدعاء والثناء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أى دعاءك وقال القائل

وقابلها الريح فى دنها * وصلى على دنها وارتسم

أى دعا وأثنى على دنها * وفى الشريعة عبارة عن أركان مخصوصة كان فيها الدعاء أو لم يكن

فالاسم شرعيّ ليس فيه معنى اللغة فالدلائل من الكتاب والسنة على فرضيتها مشهورة يكثر تعدادها

﴿ ثم بدأ بتعليم الوضوء ﴾ فقال (اذا أراد الرجل الصلاة فليتوضأ) وهذا لأن الوضوء مفتاح الصلاة قال صلى الله عليه وسلم مفتاح الصلاة الطُّهور ومن أراد دخول بيت مغلق بدأ بطلب المفتاح وانما فعل محمد رحمه الله ذلك اقتداء بكتاب الله تعالى فانه امام المتقين قال الله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم فاقتدى بالكتاب فى البداية بالوضوء لهذا وفى ترك الاستثناء هاهنا وذكره فى الحج كما قال الله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين وفي اضمار الحدث فانه مضمر فى الكتاب ومعنى قوله اذا قمتم الى الصلاة من منامكم أو وأنتم محدثون هذا هو المذهب عند جمهور الفقهاء رحمهم الله فأما على قول أصحاب الظواهر فلا اضمار فى الآية * والوضوء فرض سببه القيام الى الصلاة فكل من قام اليها فعليه أن يتوضأ وهذا فاسد لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ لكل صلاة فلما كان يوم الفتح أويوم الخندق صلى الخمس بوضوء واحد فقال له عمر رضى الله عنه رأيتك اليوم تفعل شيئاً لم تكن تفعله من قبل فقال عمداً فعلت ياعمر كى لا تحرجوا فقياس مذهبهم يوجب أن من جلس فتوضأ ثم قام الى الصلاة يلزمه وضوء آخر فلا يزال كذلك مشغولا بالوضوء لا يتفرغ للصلاة وفساد هذا لا يخفى على أحد * قال (وكيفية الوضوء أن يبدأ فيغسل يديه ثلاثا) لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدرى أين باتت يده ولأنه انما يطهر أعضاءه بيديه فلا بد من أن يطهرهما أولا بالغسل حتى يحصل بهما التطهير * ثم الوضوء على الوجه الذى ذكره محمد رحمة الله عليه فى الكتاب رواه حمران عن أبان عن عثمان رضى الله عنه أنه توضأ بالمقاعد ثم قال من سره أن ينظر الى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا وضوءه وذكر أهل الحديث أنه مسح برأسه وأذنيه ثلاثا (قال) أبو داود فى سننه والصحيح من حديث عثمان رضى الله تعالى عنه أنه مسح برأسه وأذنيه مرة واحدة وعلم أبو بكر الصديق رضى الله تعالى عنه الناس الوضوء على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذه الصفة ورواه عبد خير عن عليّ رضى الله عنه أنه توضأ فى رحبة الكوفة بعد صلاة الفجر بهذه الصفة ثم قال من سره أن ينظر الى وضوء

رسول الله صلى الله عليه وسلم فلينظر الى وضوئى هذا واختلفت الروايات فى حديثه في المسح بالرأس فروى ثلاثا وروى مرة فبهذه الآثار أخذ علماؤنا رحمهم الله وقالوا الأفضل أن يتمضمض ثلاثا ثم يستنشق ثلاثا (وقال) الشافعى رضى الله عنه الأفضل أن يتمضمض ويستنشق بكف ماء واحد لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كان يتمضمض ويستنشق بكف واحد وله تأويلان عندنا . أحدهما أنه لم يستعن فى المضمضة والاستنشاق باليدين كما فعل فى غسل الوجه . والثاني أنه فعلهما باليد اليمنى فيكون رداً على قول من يقول يستعمل في الاستنشاق اليد اليسرى لأن الأنف موضع الأذى كموضع الاستنجاء * قال (ثم يغسل وجهه ثلاثا) وحد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن الى الأذنين لان الوجه اسم لما يواجه الناظر اليه غير أن ادخال الماء في العينين ليس بشرط لأن العين شحم لا يقبل الماء وفيه حرج أيضا فمن تكلف له من الصحابة رضوان الله عليهم كف بصره فى آخر عمره كابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم والرجل الأمرد والملتحى والمرأة فى ذلك سواء الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال فى حق الملتحى لا يلزمه ايصال الماء الى البياض الذى بين العذار وبين شحمة الأذن هذه العبارة أصح فان الشيخ الامام رحمه الله جعل العذار اسما لذلك البياض وليس كذلك بل العذار اسم لموضع نبات الشعر وهو غير البياض الذي بين الاذن ومنبت الشعر قال لأن البشرة التى نبت عليها الشعر لا يجب ايصال الماء اليها فما هو أبعد أولى لكن الصحيح من المذهب أنه يجب امرار الماء على ذلك الموضع لأن الموضع الذى نبت عليه الشعر قد استتر بالشعر فانتقل الفرض منه الى ظاهر الشعر فأما العذار الذى لم ينبت عليه الشعر فالأمرد والملتحى فيه سواء ويجب ايصال الماء اليه بصفة الغسل وانه لا يحصل الا بتسييل الماء عليه * وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أن فى المغسولات اذا بله بالماء سقط به الفرض وهذا فاسد لانه حد المسح فأما الغسل فهو تسييل الماء على العين وازالة الدرن عن العين قال القائل

فيا حسنها اذ يغسل الدمع كحلها * واذ هى تذرى دمعها بالأنامل

(ثم يغسل ذراعيه ثلاثا ثلاثا) وانما لم يقل يديه لانه فى الابتداء قد غسل يديه ثلاثا وانما بقى غسل الذراعين الى المرفقين والمرفق يدخل في فرض الغسل عندنا وكذلك الكعبان وقال زفر رحمه الله لا يدخل لانه غاية فى كتاب الله تعالى والغاية حد فلا يدخل تحت

المحدود اعتباراً بالمسوحات واستدلالا بقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل والذى يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم غسل المرافق فمحمول على اكمال السنة دون اقامة الفرض * ولنا أن من الغايات ما يدخل ويكون حرف الى فيه بمعنى مع قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم أى مع أموالكم فكان هذا مجملا في كتاب الله بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بفعله فانه توضأ وأدار الماء على مرافقه ولم ينقل عنه ترك غسل المرافق فى شئ من الوضوء فلو كان ذلك جائزاً لفعله مرة تعليما للجواز ثم ان الاصل أن ذكر الغاية متى كان لمد الحكم الى موضع الغاية لم يدخل فيه الغاية كما فى الصوم فانه لو قال ثم أتموا الصيام اقتضى صوم ساعة ومتى كان ذكر الغاية لاخراج ما وراء الغاية يبقى موضع الغاية داخلا وها هنا ذكر الغاية لاخراج ما وراء الغاية فانه لو قال وأيديكم اقتضى غسل اليدين الي الآباط كما فهمت الصحابة رضوان الله عليهم ذلك فى آية التيمم فى الابتداء فذكر الغاية لاخراج ماوراء الغاية فيبقى المرفق داخلا (ثم يمسح برأسه وأذنيه مرة واحدة) وتمام السنة فى أن يستوعب جميع الرأس بالمسح كما رواه عبد الله بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح رأسه بيديه كلتيهما أقبل بهما وأدبر والبداية على ما ذكره هشام عن محمد من الهامة الى الجبين ثم منه الى القفا والذى عليه عامة العلماء رحمهم الله البداية من مقدم الرأس كما فى المغسولات البداية من أول العضو * والمسنون فى المسح مرة واحدة بماء واحد عندنا وفى المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث مرات بماء واحد (وقال) الشافعى رضى الله تعالى عنه السنة أن يمسح ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديداً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ذكره فى شرح المجرد لابن شجاع رحمه الله ووجهه الحديث المشهور أن النبيّ صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثا ثلاثا ثم قال هذا وضوئى ووضوء الأنبياء من قبلى فينصرف هذا اللفظ الى الممسوح والمغسول جميعا ولانه ركن هو أصل في الطهارة بالماء فيكون التكرار فيه مسنونا كالمغسولات بخلاف المسح بالخف فانه ليس بأصل وبخلاف التيمم فانه ليس بطهارة بالماء ويلحقه الحرج فى تكرار استعمال التراب من حيث تلويث الوجه وذلك الحرج معدوم فى الطهارة بالماء (ولنا) حديث البراء بن عازب رضى الله تعالى عنه فانه قال لأصحابه فى مرضه انى مفارقكم عن قريب أفلا أعلمكم وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نعم فتوضأ ومسح برأسه وأذنيه مرة واحدة

وانما كان ينقل فى مثل هذه الحالة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم • ثم هذا ممسوح فى الطهارة فلا يكون التكرار فيه مسنونا كالمسح بالخف والتيمم • وتأثيره أن الاستيعاب فى الممسوح بالماء ليس بفرض حتى يجوز الاكتفاء بمسح بعض الرأس • وبالمرة الواحدة مع الاستيعاب يحصل اقامة السنة والفريضة فلا حاجة الى التكرار بخلاف المغسولات فان الاستيعاب فيها فرض فلا بد من التكرار ليحصل به اقامة السنة ومعنى الحرج متحقق هاهنا فى تكرار بل الرأس بالماء افساد العمامة ولهذا اكتفي في الرأس بالمسح عن الغسل • ووجه رواية المجرد حديث الربيع بنت معوذ بن عفراء أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح برأسه وأذنيه ثلاث مرات بماء واحد والكلام فى مسح الأذنين مع الرأس يأتي بيانه في موضعه من الكتاب * قال (ثم يغسل رجليه الى الكعبين ثلاثا ثلاثا) ومن الناس من قال وظيفة الطهارة فى الرجل المسح وقال الحسن البصري رحمه الله المضرور يتخير بين المسح والغسل وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال نزل القرآن بغسلين ومسحين يريد به القراءة بالكسر فى قوله تعالى وأرجلكم الى الكعبين فانه معطوف على الرأس وكذلك القراءة بالنصب عطف على الرأس من حيث المحل فان الرأس محله من الاعراب النصب وانما صار مخفوضا بدخول حرف الجر وهو كقول القائل

معاوى اننا بشر فأسجح * فلسنا بالجبال ولا الحديدا

(ولنا) أن النبي صلى الله عليه وسلم واظب على غسل الرجلين وبه أمر من علمه الوضوء ورأى رجلا يلوح عقبه فقال ويل للاعقاب من النار وفى رواية ويل للعراقيب من النار وكذلك القراءة بالنصب تنصيص على الامر بالغسل وانه عطف على اليد لان العطف على المحل لا يجوز في موضع يؤدي الى الالتباس انما ذلك فى موضع لا يؤدى الى الاشتباه كما في البيت والقراءة بالخفض عطف على الأيدى أيضاً وانما صار مخفوضا بالمجاورة كما يقال جحر ضب خرب وماء شن بارد أى خربٌ وباردٌ ﴿ فان قيل ﴾ الاتباع بالمجاورة مع حرف العطف لم تتكلم به العرب ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل جوزوا الاتباع في الفعل مع حرف العطف قال القائل * علفتها تبنا وماءً بارداً * والماء لا يعلف ولكنه اتباع للمجاورة وكذلك في الاعراب قال جرير

فهل أنت ان ماتت أتانك راحل * الى آل بسطام بن قيس فخاطب

أى نخاطب جوز الاتباع مع حرف العطف وهو الفاء * وأما الكعب فهو العظم الناتئ المتصل بعظم الساق وهو المفهوم في اللسان اذا قيل ضرب كعب فلان وقال عليه الصلاة والسلام الصقوا الكعاب بالكعاب فى الصلاة وفى قوله الى الكعبين دليل على هذا لان ما يوحّد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع كما قال تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما أى قلبا كما وما كان مثنى يذكر تثنيته بعبارة التثنية فلما قال الى الكعبين عرفنا أنه مثنى فى كل رجل وذلك العظم الناتئ. وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه قال المفصل الذى فى وسط القدم عند معقد الشراك ووجهه أن الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح أى مفاصله والذى في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا سهو من هشام لم يرد محمد رحمه الله تعالى تفسير الكعب بهذا فى الطهارة وانما أراد في المحرم اذا لم يجد نعلين انه يقطع خفيه أسفل من الكعبين وفسر الكعب بهذا فأما في الطهارة فلا شك انه العظم الناتئ كما فسره في الزيادات فان توضأ مثنى مثنى أجزأه وان توضأ مرة سابغة أجزأه وتفسير السبوغ التمام وهو أن يمرّ الماء على كل جزء من المغسولات جاء في حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فغسل وجهه ثلاثا وذراعيه مرتين. وعبد الله بن عمر رضى الله عنهما كان كثيراً ما يتوضأ مرة مرة . والاصل فيه ما رواه ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلاة الا به ثم توضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين ثم توضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئى ووضوء الانبياء من قبلى ووضوء خليل الله ابراهيم عليه السلام فمن زاد أونقص فقد تعدى وظلم أى زاد على أعضاء الوضوء أو نقص عنها أوزاد على الحد المحدود أو نقص عنه أو زاد على الثلاث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلاث فأما اذا زاد لطمأنينة القلب عند الشك أو بنية وضوء آخر فلا بأس به لان الوضوء على الوضوء نور على نور يوم القيامة وقد أمر بترك ما يريبه الى مالا يريبه. ولم يذكر الاستنجاء بالماء هنا لأن مقصوده تعليم الوضوء عند القيام من المنام وليس فيه استنجاء ولأن الاستنجاء بالماء بعد الانقاء بالحجر ليس من السنن الراتبة * وكان الحسن البصرى رحمه الله يقول ان هذا شئ أحدث بعد انقضاء عصر الصحابة رضوان الله عليهم وربما قال هو طهور النساء والمذهب أنه ليس من السنن الراتبة بل لاكتساب زيادة الفضيلة جاء فى

الحديث أنه لما نزل قوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا قال عليه الصلاة والسلام لأهل قباء ما هذه الطهرة التى خصصتم بها فقالوا انا كنا نتبع الاحجار الماء فقال هو ذاك . ولم يذكر فيه مسح الرقبة . وبعض مشايخنا يقول انه ليس من أعمال الوضوء والاصح أنه مستحسن في الوضوء . قال ابن عمر رضى الله عنهما امسحوا رقابكم قبل أن تغل بالنار . ولم يذكر تحريك الخاتم ولا نزعه * وذكر أبو سليمان عن محمد رحمه الله أن نزع الخاتم فى الوضوء ليس بشيء والحاصل أنه ان كان واسعا يدخله الماء فلا حاجة الى النزع والتحريك وان كان ضيقا لا يدخل الماء تحته فلا بد من تحريكه . وفى التيمم لا بد من نزعه ولو لم يفعل لا تجزئه صلاته * ثم سنن الوضوء وآدابه فرقها محمد رحمه الله تعالى في الكتاب فنذكر كل فصل فى موضعه ان شاء الله تعالى تحرزاً عن التطويل

كيفية الدخول فى الصلاة

قال * اذا أراد الرجل الدخول في الصلاة كبر ورفع يديه حذاء أذنيه * وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لم يذكر النية وليس كما ظنوا فان ارادة الدخول فى الصلاة هى النية والنية لا بد منها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله لا ينظر الى صوركم ولا الى أعمالكم ولكن ينظر الى قلوبكم وقال عليه الصلاة والسلام الاعمال بالنيات والنية معرفة بالقلب أىّ صلاة يصلى وحكى عن الشافعى رحمه الله أنه قال مع هذا فى الفرائض يحتاج الى نية الفرض وهذا بعيد فانه اذا نوى الظهر فقد نوى الفرض فالظهر لا يكون الا فرضا فان كان منفردا أو إماما فحاجته الى نية ماهية الصلاة . وان كان مقتديا احتاج مع ذلك الى نية الاقتداء وان نوى صلاة الامام جاز عنهما . وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يحتاج الى نية الكعبة أيضا . والصحيح أن استقباله الى جهة الكعبة يغنيه عن نيتها . والافضل أن تكون نيته مقارنة للتكبير فان نوى قبله حين توضأ ولم يشتغل بعده بعمل يقطع نيته جاز عندنا وهو محفوظ عن أبي يوسف ومحمد جميعا ولا يجوز عند الشافعى رحمه الله قال الحاجة الى النية ليكون عمله عن عزيمة واخلاص وذلك عند الشروع فيها ونحن هكذا نقول ولكن يجوز تقديم النية ويجعل ما قدم من النية اذا لم يقطعه بعمل كالقائم عند الشروع حكما كما في الصوم . وكان محمد بن سليمان البلخي يقول اذا كان عند الشروع بحيث لو سئل أىّ صلاة يصلى أمكنه أن يجيب على البديهة من غير تفكر فهو نية كاملة تامة والتكلم بالنية لا معتبر به فان

فعله ليجتمع عزيمة قلبه فهو حسن * وأما التكبير فلا بد منه للشروع في الصلاة الا على قول أبي بكر الاصم واسماعيل بن علية فانهما يقولان يصير شارعا بمجرد النية . والاذكار عندهما كالتكبير والقراءة[١] ونية الصلاة ليست من الواجبات قالا لان مبنى الصلاة على الافعال لا على الاذكار ألا ترى أن العاجز عن الاذكار القادر على الافعال يلزمه الصلاة بخلاف العاجز عن الافعال القادر على الاذكار * ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى أى ذكر اسم الله عند افتتاح الصلاة وظاهر قوله تعالى وأقم الصلاة لذكري يبين أن المقصود ذكر الله تعالى على وجه التعظيم فيبعد أن يقال ما هو المقصود لا يكون واجبا وهذا المعنى فان الصلاة تعظيم بجميع الاعضاء وأشرف الاعضاء اللسان فلا بد من أن يتعلق به شئ من أركان الصلاة . وقال عليه الصلاة والسلام وتحريمها التكبير فدل أن بدونه لا يصير شارعا وتحريمة الصلاة تتناول اللسان ألا ترى أن الكلام مفسد للصلاة ولو لم يتناوله التحريم لم يكن مفسداً كالنظر بالعين ومبنى الصلاة على الأفعال دون الكف فكل ما يتناوله التحريم يتعلق به شئ من أركان الصلاة * فأما رفع اليدين عند التكبير فهو سنة لأن النبي عليه الصلاة والسلام علم الاعرابى الصلاة ولم يذكر له رفع اليد لأنه ذكر الواجبات وواظب على رفع اليد عند التكبير فدل أنه سنة والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه ينبغي أن يقرن التكبير برفع اليدين والذى عليه أكثر مشايخنا أنه يرفع يديه أولا فاذا استقرتا في موضع المحاذاة كبر لأن فى فعله وقوله معنى النفى والاثبات فانه برفع اليد ينفي الكبرياء عن غير الله تعالى وبالتكبير يثبته لله تعالى فيكون النفى مقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة . ولا يتكلف للتفريق بين الأصابع عند رفع اليد والذى روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كبر ناشراً أصابعه . معناه ناشراً عن طيها بأن لم يجعله مثنيا بضم الاصابع الى الكف * والمسنون عندنا أن يرفع يديه حتى يحاذى ابهاماه شحمتي أذنيه ورؤس أصابعه فروع أذنيه وهو قول أبي موسى الاشعري رضى الله تعالى عنه وعند الشافعى رحمه الله المسنون أن يرفع يديه الى منكبيه وهو قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما واحتج بحديث أبي حميد الساعدي رضى الله عنه انه كان في عشرة من أصحابه فقال ألا أخبركم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نعم فقال كان رسول الله

---

(١) قوله والقراءة الخ لعله لا القراءة ونية الصلاة اه مصححه

صلى الله عليه وسلم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه * ولنا حديث وائل بن حجر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه والمصير الى هذا أولى لان فيه اثبات الزيادة. وتأويل حديثهم أنه كان عند العذر في زمن البرد حين كانت أيديهم تحت ثيابهم . والمعنى ان خلف الامام أعمى وأصم فأمر بالجهر بالتكبير ليسمع الاعمى وبرفع اليدين ليرى الاصم فيعلم دخوله فى الصلاة وهذا المقصود انما يحصل اذا رفع يديه الى أذنيه * وكان طاوس رحمه الله يرفع يديه فوق رأسه ولا نأخذ بهذا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد شخص ببصره الى السماء ورفع يديه فوق رأسه فقال له عليه الصلاة والسلام غض بصرك فانك لن تراه وكف يدك فانك لن تناله. ولا يطأطئ رأسه عند التكبير ذكره فى كتاب الصلاة للحسن بن زياد رحمه الله وقال فيه التراوح بين القدمين فى القيام أفضل من أن ينصبهما نصبا. ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك . جاء عن الضحاك رحمه الله في تفسير قوله تعالى فسبح بحمد ربك حين تقوم أنه قول المصلى عند الافتتاح سبحانك اللهم وبحمدك وروى هذا الذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وعليّ وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم أنه كان يقوله عند افتتاح الصلاة ولم يذكر وجل ثناؤك لانه لم ينقل فى المشاهير . وذكر محمد رحمه الله فى كتاب الحج عن أهل المدينة ويقول المصلى أيضاً وجل ثناؤك وعن أبى يوسف فى الأمالى قال أحب الىّ أن يزيد فى الافتتاح وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكي ومحياى ومماتي لله رب العالمين لاشريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لحديث عبدالله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول عند افتتاح الصلاة وجهت وجهي للذى فطر السموات والارض حنيفاً الى آخره والشافعى رضى الله تعالى عنه يقول بهذا ويزيد عليه أيضاً مارواه علي رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام قال اللهم انى ظلمت نفسي ظلما كثيراً ولا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لى مغفرة من عندك وتب علىّ انك أنت التواب الرحيم وفى بعض الروايات اللهم أنت الملك لااله الا أنت ربى وأنا عبدك وأنا على عهدك ووعدك مااستطعت أبوءلك بنعمتك وأبوء لك بذنبي فاغفر لى ذنوبى انه لا يغفر الذنوب الا أنت واهدنى لأحسن الأخلاق انه لا يهدى لأحسنها الا أنت واصرف عنى سيئها فانه لا

يصرف عنى سيئها الا أنت أنابك ولك تباركت وتعاليت أستغفرك وأتوب اليك فتأويل هذا كله عندنا أنه كان فى التهجد بالليل والأمر فيه واسع فأما فى الفرائض فانه لا يزيد على ما اشتهر فيه الأثر . ثم يتعوذ بالله من الشيطان الرجيم فى نفسه لما روى أن أبا الدرداء رضى الله تعالى عنه قام ليصلى فقال له النبي صلى الله عليه وسلم تعوذ بالله من شياطين الانس والجن . والذين نقلوا صلاة رسول الله عليه الصلاة والسلام ذكروا تعوذه بعد الافتتاح قبل القراءة ولأن من أراد قراءة القرآن ينبغى له أن يتعوذ لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم وأصحاب الظواهر أخذوا بظاهر الآية وقالوا نتعوذ بعد القراءة لأن الفاء للتعقيب ولكن هذا ليس بصحيح لأن هذه الفاء عندنا للحال كما يقال اذا دخلت على السلطان فتأهب أى اذا أردت الدخول عليه فتأهب فكذا معنى الآية اذا أردت قراءة القرآن فاستعذ . بيانه فى حديث الافك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما كشف الرداء عن وجهه فقال أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم ان الذين جاؤا بالافك عصبة منكم الآيات . وبظاهر الآية قال عطاء الاستعاذة تجب عند قراءة القرآن فى الصلاة وغيرها وهو مخالف لاجماع السلف فقد كانوا مجمعين على أنه سنة * وبين القراء اختلاف فى صفة التعوذ فاختيار أبى عمرو وعاصم وابن كثير رحمهم الله أعوذ بالله من الشيطان الرجيم زاد حفص من طريق هبيرة أعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان واختيار نافع وابن عامر والكسائى أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ان الله هو السميع العليم واختيار حمزة الزيات أستعيذ بالله من الشيطان الرجيم وهو قول محمد بن سيرين وبكل ذلك ورد الأثر . وانما يتعوذ المصلى فى نفسه إماما كان أو منفرداً لان الجهر بالتعوذ لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان يجهر به لنقل نقلا مستفيضا والذى روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه جهر بالتعوذ تأويله أنه كان وقع اتفاقا لا قصداً أو قصد تعليم السامعين أن المصلى ينبغي أن يتعوذ كما نقل عنه الجهر بثناء الافتتاح . فأما المقتدى فلا يتعوذ عند محمد رحمه الله لانه لا يقرأ خلف الامام فلا يتعوذ حتى أن المسبوق اذا قام لقضاء ما سبق به حينئذ يتعوذ في احدى الروايتين عن محمد . وعن أبي يوسف يتعوذ المقتدى فان التعوذ عنده بمنزلة الثناء لما يأتى بيانه فى باب العيدين . والتعوذ عند افتتاح الصلاة خاصة الا على قول ابن سيرين رحمه الله فانه يقول يتعوذ في كل ركعة كما يقرأ وهذا فاسد

فان الصلاة واحدة فكما لا يؤتى لها الا بتحريمة واحدة فكذا التعوذ والله أعلم * قال ولا يرفع يديه فى شئ من تكبيرات الصلاة سوى تكبيرة الافتتاح) وقال الشافعى يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع ومن الناس من يقول وعند السجود وعند رفع الرأس منه يرفع اليدين أيضاً قالوا قد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند كل تكبيرة فمن ادعى النسخ فعليه اثباته * وفي المسئلة حكاية فان الاوزاعى لقى أبا حنيفة رحمهم الله فى المسجد الحرام فقال ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع وقد حدثنى الزهرى عن سالم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى حدثنى حماد عن ابراهيم النخعى عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الاحرام ثم لا يعود فقال الأوزاعى عجباً من أبى حنيفة أحدثه بحديث الزهرى عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم عن علقمة فرجح حديثه بعلو اسناده فقال أبو حنيفة أما حماد فكان أفقه من الزهري وأما ابراهيم فكان أفقه من سالم ولولا سبق ابن عمر رضى الله عنه لقلت بأن علقمة أفقه منه وأما عبدالله فرجح حديثه بفقه رواته وهو المذهب لأن الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد فالشافعى اعتمد حديث ابن عمر رضى الله عنه وقال تكبير الركوع يؤتى به حالة القيام فليسن رفع اليد عنده كتكبيرة الافتتاح ألا ترى أنه محسوب من تكبيرات العيد ورفع اليد مسنون فى تكبيرات العيد فكذا هذا * ولنا أن الآثار لما اختلفت فى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحاكم الى قوله وهو الحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الأيدى الا فى سبع مواطن عند افتتاح الصلاة وفى العيدين والقنوت فى الوتر وذكر أربعة فى كتاب المناسك وحين رأى بعض الصحابة رضوان الله عليهم يرفعون أيديهم فى بعض أحوال الصلاة كره ذلك فقال مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكتوا وفى رواية قاروا في الصلاة والمعنى فيه أن هذا التكبيرة يؤتى به فى حال الانتقال فلا يسن رفع اليد عنده كتكبيرة السجود وفقهه ما بينا أن المقصود من رفع اليد اعلام الأصم الذى خلفه وهذا انما يحتاج اليه فى التكبيرات التى يؤتى بها فى حالة الاستواء كالتكبيرات الزوائد فى العيدين وتكبير القنوت ولا حاجة اليه فيما يؤتى به فى حالة الانتقال فان الأصم

يراه ينحط للركوع فلاحاجـة الى الاستدلال برفع اليد ﴿ ثم يفتتح القراءة ويخفي بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ فقد أدخل التسمية فى القراءة بهذا اللفظ وهذا اشارة الى انها من القرآن وكان مالك رحمـه الله تعالى يقول لا يأتى المصلى بالتسمية لاسراً ولا جهراً لحـديث عائشة رضى الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين * ولنا حديث أنس قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر فكانوا يفتتحون القرآن ببسم الله الرحمن الرحيم وتأويل حديث عائشة رضى الله عنها انه كان يخفى التسمية وهو مذهبنا وهو قول عليّ وابن مسعود * وقال الشافعى رحمه الله يجهر بها الامام فى صلاة الجهر وهو قول ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهما وعن عمر فيـه روايتان واحتج بحـديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنـه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجهر بالتسمية ولما صلى معاوية بالمدينة ولم يجهر بالتسمية أنكروا عليه وقالوا أسرقت من الصلاة أين التسمية فدل أن الجهر بها كان معروفا عندهم * ولنا حديث عبد الله بن المغفل رضي الله تعالى عنه انه سمع ابنه يجهر بالتسمية فى الصلاة فنهاه عن ذلك فقال يا بني اياك والحدث في الاسـلام فانى صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر رضى الله عنهما فكانوا لايجهرون بالتسمية وهكذا روى عن أنس رضى الله تعالى عنه . والمسئلة في الحقيقـة تنبنى على أن التسمية ليست بآية من أول الفاتحه ولا من أوائل السور عندنا وهو قول الحسن رحمه الله فانه كان يعد إياك نعبد وإياك نستعين آية * وقال الشافعيّ رحمه الله التسمية آية من أول الفاتحة قولا واحداً وله في أوائل السور قولان * وكان ابن المبارك يقول التسمية آية من أول كل سورة حتى قال من ختم القرآن وترك التسمية فكأنما ترك مائة وثلاث عشرة آية أو مائة وأربع عشرة آية والشافعي رحمه الله ربما احتج بحديث أبي الجوزاء عن عائشة رضى الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قرأ الفاتحة فقال بسم الله الرحمن الرحيم وعدها آية ثم قال الحمد لله رب العالمين وعدها اية ولانها مكتوبة فى المصاحف بقلم الوحي لمبدأ الفاتحة وكل سورة وقد أمرنا بتجريد القرآن في المصاحف من النقط والتعاشير ولا خلاف أن الفاتحة سبع آيات ولا تكون سبع ايات الا بالتسمية وقول من يقول اياك نعبد آية واياك نستعين آية ضعيف تشهد المقاطع بخلافه * ولنا حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يقول الله تعالى قسمت الصلاة بيني

وبين عبدى نصفين فاذا قال العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله تعالى حمدنى عبدى واذا قال الرحمن الرحيم قال الله تعالى مجدنى عبدى واذا قال مالك يوم الدين قال الله تعالى أثنى على عبدى واذا قال اياك نعبد واياك نستعين قال الله تعالى هذا بينى وبين عبدى نصفين ولعبدى ما سأل فالبداءة بقوله الحمد لله رب العالمين دليل على ان التسمية ليست باية من أول الفاتحة اذ لو كانت آية من أول الفاتحة لم تتحقق المناصفة فانه يكون فى النصف الاول أربع آيات الا نصفا وقد نص على المناصفة والسلف اتفقوا على ان سورة الكوثر ثلاث آيات وهي ثلاث آيات بدون التسمية ولأن أدنى درجات اختلاف الاخبار والعلماء إيراث الشبهة والقرآن لا يثبت مع الشبهة فان طريقه طريق اليقين والاحاطة (وعن) معلى قال قلت لمحمد التسمية آية من القرآن أم لا قال ما بين الدفتين كله قرآن قلت فلم لم تجهر فلم يجبنى فهذا عن محمد بيان أنها آية أنزلت للفصل بين السور لا من أوائل السور ولهذا كتبت بخط على حدة وهو اختيار أبى بكر الرازي رحمه الله حتى قال محمد رحمه الله يكره للحائض والجنب قراءة التسمية على وجه قراءة القرآن لان من ضرورة كونها قرآنا حرمة قراءتها على الحائض والجنب وليس من ضرورة كونها قرآنا الجهر بها كالفاتحة فى الاخرتين ودليل هذا ماروى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لعثمان لم لم تكتب التسمية بين التوبة والأنفال قال لأن التوبة من آخر مانزل فرسول الله صلى الله عليه وسلم توفى ولم يبين لنا شأنها فرأيت أوائلها يشبه أواخر الانفال فألحقتها بها فهذا بيان منهما انها كتبت للفصل بين السور* وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما أن المصلى يسمى في أول صلاته ثم لا يعيد لأنها لافتتاح القراءة كالتعوذ (وروى) المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يؤتى بها فى أول كل ركعة وهو قول أبى يوسف رحمه الله وهو أقرب الي الاحتياط لاختلاف العلماء والآثار فى كونها آية من الفاتحة (وروى) ابن أبى رجاء عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال اذا كان يخفى القراءة يأتى بالتسمية بين السورة والفاتحة لانه أقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر لا يأتى بها بين السورة والفاتحة لانه لو فعل لاخفى بها فيكون ذلك سكتة له فى وسط القراءة ولم ينقل ذلك مأثورا* ثم قال (ويجهر الامام في صلاة الجهر ويخافت في صلاة المخافتة) وهي الظهر والعصر وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول لا قراءة في هاتين الصلاتين لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء أى ليس فيها قراءة والدليل على فساد

هـذا القول قوله عليه الصـلاة والسـلام لا صـلاة الا بقراءة . وقيـل لخباب بن الأرت رضى الله تعالى عنه بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته وقال قتادة رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الا ية والآيتين فى صلاة الظهر أحيانا (وقال) أبو سـعيد الخدرى رضى الله عنه سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الظهر فظننا أنه قرأ الم تنزيل السجدة وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم في الابتداء يجهر بالقرآن في الصلاة كلها وكان المشركون يؤذونه ويسبون من أنزل ومن أنزل عليه فأنزل الله تعالى ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلا فـكان يخافت بعد ذلك في صلاة الظهر والعصر لأنهم كانوا مسـتعدين للأذي فى هـذين الوقتين ويجهر فى صلاة المغرب لأنهم كانوا مشغولين بالا كل وفى صلاة العشاء والفجر لانهم كانوا نياما ولهذا جهر فى الجمعة والعيدين لأنه أقامها بالمدينة وما كان للكفار بها قوة الأذى. وقد صح رجوع ابن عباس رضى الله عنه عن هذا القول فان رجلا سأله أ أقرأ خاف امامى فقال أما فى الظهر والعصر فنعم وتأويل قوله عجماء أى ليس فيها قراءة مسموعة ونحن نقول به* وحد القراءة فى هاتين الصلاتين أن يصحح الحروف بلسانه على وجه يسمع من نفسه أو يسمع منه من قرب أذنه من فيه فأما مادون ذلك فيكون تفكرا ومجمجة لا قراءة فان كان وحده يخافت فى هاتين الصلاتين كالامام فأما فى صلاة الجهر فيتخير فان شاء خافت لأن الجهر لاسماع من خلفه وليس خلفه أحد وان شاء جهر وهو أفضل لانه يكون مؤديا صلاته على هيئة الصلاة بالجماعة والمنفرد مندوب الى هذا وكذلك فى التهجد بالليل ان شاء خافت وان شاء جهر وهو أفضل لما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم فى تهجده كان يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان. ومرّ النبى صلى الله عليه وسلم بأبى بكر وهو يتهجد ويخفي بالقراءة وبعمر وهو يجهر بالقراءة وببلال وهو ينتقل من سورة الى سورة فلما أصبحوا سأل كل واحد منهم عن حاله فقال أبو بكر رضى الله عنه كنت أسمع من أناجيه وقال عمر رضى الله عنه كنت أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان وقال بلال رضى الله عنه كنت أنتقل من بستان الى بستان فقال لأبى بكر ارفع من صوتك قليلا ولعمر اخفض من صوتك قليلا ولبلال اذا ابتدأت سورة فأتمها وكان ابن ليلى رحمه الله يقول يتخير الامام في التسمية بين الجهر والمخافتة وهذا مذهبه في كل مااختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع وتكبيرات العيد ونحوها

يستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استجمر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن ومن لا فلا حرج وهذا ضعيف فان آخر الفعلين يكون ناسخا لاولهما والقول بالتخيير بين الناسخ والمنسوخ عملا لا يجوز * قال ﴿ والقراءة فى الركعتين الأوليين يقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة وفى الأخيرتين بفاتحة الكتاب ﴾ وان تركها جاز والمذهب عندنا ان فرض القراءة فى الركعتين من كل صلاة . وكان الحسن البصرى يقول فى ركعة واحدة وكان مالك يقول فى ثلاث ركعات والشافعى رضى الله تعالى عنه يقول في كل ركعة واستدل الحسن البصرى بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة وهذا يقتضى فرضية القراءة لا تكرارها فان الكل صلاة واحدة وهذا ضعيف فانه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم الاكتفاء بالقراءة فى ركعة واحدة فى شئ من الصلوات ولو جاز ذلك لفعله مرة تعليما للجواز وقد سمى الله تعالى الفاتحة مثانى لانها تثنى فى كل صلاة أى تقرأ مرتين والشافعى رضى الله عنه احتج فقال أجمعنا على فرضية القراءة فى كل ركعة من التطوع والفرض أقوى من التطوع فثبتت الفرضية فى كل ركعة من الفرض بطريق الأولى ولأن كل ركعة تشتمل على أركان الصلاة وسائر الأركان كالقيام والركوع والسجود فرض فى كل ركعة فكذلك ركن القراءة وهكذا قال مالك رحمه الله الا أنه قال أقيم القراءة فى أكثر الركعات مقامها فى الجميع تيسيراً * ولنا اجماع الصحابة فان أبا بكر كان يقرأ فى الركعتين الأخيرتين زمن النبى صلى الله عليه وسلم على جهة الثناء * وروى أنه قرأ فى الأخيرتين آمن الرسول على جهة الثناء وعمر رضى الله تعالى عنه ترك القراءة فى ركعة من صلاة المغرب فقضاها فى الركعة الثالثة وجهر . وعثمان رضى الله تعالى عنه ترك القراءة في الأوليين من صلاة العشاء فقضاها في الاخيرتين وجهر . وعن على وابن مسعود رضى الله عنهما انهما كانا فى الاخيرتين يسبحان وسأل رجل عائشة رضى الله تعالى عنها عن قراءة الفاتحة فى الأخيرتين فقالت أقرأ ليكون على جهة الثناء وكفى باجماعهم حجة * قال ﴿ ثم القراءة فى الأخيرتين ذكر يخافت بها فى كل حال ﴾ فلا تكون ركنا كثناء الافتتاح وتأثيره أن مبنى الاركان على الشهرة والظهور ولو كانت القراءة فى الأخيرتين ركنا لما خالف الأوليين في الصفة كسائر الاركان وكل شفع من التطوّع صلاة على حدة بخلاف الفرض حتى ان فساد الشفع الثانى فى التطوع لا يوجب فساد الشفع الاول * وروي الحسن عن أبى حنيفة أن الافضل له أن يقرأ الفاتحة فى

الاخيرتين وان ترك ذلك عامداً كان مسيئاً وان كان ساهيا فعليه سجود السهو * وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يتخير بين قراءة الفاتحة والتسبيح والسكوت ولا يلزمه سجود السهو بترك القراءة فيهما ساهيا وهو الاصح فسجود السهو يجب بترك الواجبات أوالسنن المضافة الى جميع الصلاة ٠ ووجه رواية الحسن أنه اذا سكت قائما كان سامدا متحيراً وتفسير السامد المعرض عن القراءة فقد كره ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه فقال مالى أراكم سامدين * قال ﴿ ثم قراءة الفاتحة لا تتعين ركنا فى الصلاة عندنا ﴾ وقال الشافعى رحمه الله تعالى تتعين حتى لو ترك حرفا منها فى ركعة لا تجوز صلاته واستدل بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وبمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على قراءتها في كل ركعة * ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن فتعيين الفاتحة يكون زيادة على هذا النص وهو يعدل النسخ عندنا فلا يثبت بخبر الواحد ثم المقصود التعظيم باللسان وذلك لا يختلف بقراءة الفاتحة وغيرها * والحاصل أن الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به وخبر الواحد موجب للعمل دون العلم فتعين الفاتحة بخبر الواحد واجبا حتى يكره له ترك قراءتها وتثبت الركنية بالنص وهو الآية ٠ ولا يفترض عليه قراءة السورة مع الفاتحة فى الأولىين الا على قول مالك رحمه الله تعالى يستدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها أو قال وشئ معها ونحن نوجب العمل بهذا الخبر حتى لا نأذن له بالاكتفاء بالفاتحة في الأوليين ولكن لا نثبت الركنية به للأصل الذى قلنا * قال ﴿ واذا أراد أن يركع كبر ﴾ لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر حين يهوى الى الركوع ومن الناس من يقول لا يكبر عند الركوع ولا عند السجود وهو قول ابن عمر وأصحابه ويروون عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه كان لا يتم التكبير فأما عمر وعلي وابن مسعود رضوان الله عليهم فكانوا يكبرون عند الركوع والسجود حتى روى أن عليا رضى الله عنه صلى بأصحابه يوما فقام أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه وقال ذكرنى هذا الفتى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر فى كل خفض ورفع أو قال عند كل خفض ورفع ٠ وتأويل حديث عثمان رضى الله عنه كان لا يتم التكبير أى جهراً أى يخافت بآخر التكبير كما هو عادة بعض الائمة * قال ﴿ ووضع يديه على ركبتيه ﴾ وهو قول عامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ٠ وكان ابن مسعود رضى الله

تعالى عنه وأصحابه يقولون بالتطبيق* وصورته أن يضم احدى الكفين الى الاخرى ويرسلها بين فخذيه . ورأى سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه ابنا له يطبق فنهاه فقال رأيت عبد الله بن مسعود يفعل هكذا فقال رحم الله ابن أم عبد كنا أمرنا بهذا ثم نهينا عنه * وفى حديث الاعرابى حين علمه النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة قال ثم اركع وضع يديك على ركبتيك . وهكذا فى حديث أنس رضى الله عنه *قال ﴿وفرج بين أصابعه﴾ ولا يندب الى التفريق بين الأصابع فى شئ من أحوال الصلاة الاهذا ليكون أمكن من الأخذبالركبة فان عمر رضى الله تعالى عنه قال يامعشر الناس أمرنا بالركب فخذوا بالركب * قال﴿ وبسط ظهره﴾ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه وعائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذاركع بسط ظهره حتى لو وضع على ظهره قدح من ماء لاستقر * قال ﴿ ولا ينكس رأسه ولا يرفعه﴾ ومعناه يسوى رأسه بعجزه. لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يذبح المصلى تذبخ الحمار يعنى اذا شم البول أوأراد أن يتمرغ * قال ﴿ واذا اطمأن راكعا رفع رأسه ﴾ والطمأنينة مذكورة فى حديث الاعرابى قال ثم اركع حتى يطمئن كل عضو منك. وكذلك قال فى السجود وعند رفع الرأس وهكذا فى حديث أنس رضى الله تعالى عنه حين علمه الصلاة قال ثم اركع حتى يستقر كل عضو منك ثم قال فى آخر الحديث فانها من سنتى ومن تبع سنتى فقد تبعنى ومن تبعني كان معى في الجنة ثم ﴿ يقول سمع الله لمن حمده ويقول من خلفه ربنا لك الحمد﴾ ولم يقلها الامام فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويقولها فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد . وعن على رضى الله عنه قال ثلاث يخفيهن الامام وقال ابن مسعود رضى الله عنه أربع يخفيهن الامام وفي جملته ربنا لك الحمد ولأنا لا نجد شيئاً من أذكار الصلاة يأتى به المقتدى دون الامام فقد يختص الامام ببعض الأذكار كالقراءة* ولأبى حنيفة رحمه الله قول النبي صلى الله عليه وسلم واذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فقسم هذين الذكرين بين الامام والمقتدى ومطلق القسمة يقتضى أن لا يشارك كل واحد منهما صاحبه في قسمه ولأن المقتدى يقول ربنا لك الحمد عندقول الامام سمع الله لمن حمده فلو قال الامام ذلك لكانت مقالته بعدمقالة المقتدى وهذا خلاف موضوع الامامة * وتأويل الحديث المرفوع

في التهجد حالة الانفراد وبه نقول فأما المنفرد على قولهما فيجمع بين الذكرين وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن هكذا وفي رواية أبي يوسف قال يقول ربنا لك الحمد ولا يقول سمع الله لمن حمده وهو الاصح لأنه حث لمن خلفه على التحميد وليس خلفه أحد. وعلى قول الشافعي رضي الله تعالى عنه كل مصل يجمع بين الذكرين وهذا بعيد فان الامام يحث من خلفه على التحميد فلا معنى لمقابلة القوم اياه بالحث بل ينبغي أن يشتغلوا بالتحميد والشافعي رضي الله تعالى عنه يزيد على هذا ما نقل في حديث علي رضي الله تعالى عنه ملء السموات وملء الارض وملء ماشئت من شيء بعد أهل الثناء والمجد أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد الخ. وتأويله عندنا في التهجد * قال ﴿ ثم يكبر ويسجد فاذا اطمأن ساجدا رفع رأسه وكبر فاذا اطمأن قاعدا سجد أخرى وكبر﴾ وقد بينا أو تكلموا أن السجود لماذا كان في كل ركعة مثنى والركوع واحد فمذهب الفقهاء أن هذا تعبدي لا يطلب فيه المعنى كاعداد الركعات. وقيل انما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فانه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له واليه أشار صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هما ترغيمتان للشيطان. وقيل انه في السجدة الاولى يشير الى أنه خلق من الارض وفي الثانية يشير الى أنه يعاد اليها. قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم الآية ﴿ ويقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وفي سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وذلك أدناه ﴾ لحديث عقبة بن عامر الجهني رضي الله تعالى عنه قال لما نزل قوله تعالى فسبح باسم ربك العظيم قال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في ركوعكم ولما نزل قوله تعالى سبح اسم ربك الاعلى قال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في سجودكم قال عقبة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وفي سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا وروى ابن مسعود رضي الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من قال في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا فقد تم ركوعه وذلك أدناه ومن قال في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا فقد تم سجوده وذلك أدناه ولم يرد بهذا اللفظ أدنى الجواز وانما أراد به أدنى الكمال فان الركوع والسجود يجوزان بدون هذا الذكر الاعلى قول ابن أبي مطيع البلخي فانه كان يقول كل فعل هو ركن يستدعي ذكراً فيه يكون ركناً كالقيام ولكنا نقول لو شرع في الركوع ذكر هو ركن لكان من القرآن فان الركوع مشبه بالقيام وحين علم رسول الله

صلى الله عليه وسلم الاعرابى الصلاة لم يذكر له فى الركوع والسجود شيئا من الاذكار وقد بين له الاركان. ولو زاد على الثلاث كان أفضل الا أنه اذا كان اماما لاينبغى له أن يطول على وجه يمل القوم لانه يصير سبباً للتنفير وذلك مكروه فان معاذا لما طوع القراءة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أفتانٌ أنت يامعاذ. وكان الثورى رحمه الله يقول ينبغى أن يقولها الامام خمسا ليتمكن المقتدى من أن يقولها ثلاثا والشافعى رحمه الله تعالى يقول بهذا ويزيد فى الركوع ما روى عن على رضى الله تعالى عنه اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت وبك آمنت وعليك توكلت وفى السجود سجد وجهى للذى خلقه وصوّره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته فتبارك الله أحسن الخالقين وهذا محمول عندنا على التهجد بالليل ويضع يديه فى السجود حذاء أذنيه لحديث وائل بن حجر رضى الله تعالى عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع يديه حذاء أذنيه ولأن آخر الركعة معتبر بأولها فكما يجعل رأسه بين يديه فى أول الركعة عند التكبير فكذلك فى آخرها والذى روى عن أبي حميد الساعدىّ رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد وضع يديه حذو منكبيه محمول على حالة العذر للكبر أو المرض ويوجه أصابعه نحو القبلة *لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد وضع أصابعه تجاه القبلة وفى حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال النبي صلي الله عليه وسلم اذا سجد العبد سجد كل عضو معه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع ويعتمد على راحتيه *لحديث وائل بن حجر فانه قال لأصحابه ألا أصف لكم سجود رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نعم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ثم قال هكذا كان يسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم *ويبدى ضبعيه* للحديث المشهور أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد أبدى ضبعيه أو أبد ضبعيه والابداء والتبديد كل واحد منهما لغة وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد جافى عضديه عن جنبيه حتى يرى بياض ابطيه وفى رواية حتى يرثى له أن يرحم من جهده وفى حديث جابر رضى الله تعالى عنه حتى لوأن بهيمة أرادت أن تمر لمرت (ولا يفترش ذراعيه) لحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي أن يفترش المصلى ذراعيه افتراش الكلب أو الثعلب فذكره هذا المثل دليل على شدة الكراهة * وكان مالك يقول فى النفل لا بأس

بأن يفترش ذراعيه ليكون أيسر عليه ولكن النهي عام يتناول النفل والفرض جميعاً وهذا فى حق الرجال فأما المرأة فتحتفز وتنضم وتلصق بطنها بفخذيها وعضديها بجنبيها هكذا عن علي رضى الله تعالى عنه فى بيان السنة فى سجود النساء ولان مبني حالها على الستر فما يكون أستر لها فهو أولى لقوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ﴿وينهض على صدور قدميه حتى يستتم قائما فى الركعة الثانية عندنا﴾ وقال الشافعي رضى الله عنه الأولى أن يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض . لحديث مالك بن الحويرث رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع رأسه من السجود فى السجدة الثانية جلس جلسة خفيفة ثم ينهض ولأن كل ركعة تشتمل على جميع أركان الصلاة ومن أركانها القعدة فينبغي أن يكون ختم كل ركعة بقعدة قصيرة أو طويلة * ولنا حديث وائل بن حجر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع رأسه من السجود الى الركعة الثانية نهض على صدور قدميه ولأنه لو كان هاهنا قعدة لكان الانتقال اليها ومنها بالتكبير ولكان لها ذكر مسنون كما فى الثانية والرابعة وتأويل حديثهم أنه فعل لأجل العذر بسبب الكبر كما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال انى امرؤ قد بدنت فلا تبادرونى بركوع ولا سجود ومنهم من يروي بدنت وهو تصحيف فان البدانة هي الضخامة ولم ينقل فى صفات رسول الله صلى الله عليه وسلم *وفى قوله نهض على صدور قدميه اشارة الى أنه لا يعتمد بيديه على الارض عند قيامه كما لا يعتمد على جالس بين يديه والمعنى أنه اعتماد من غير حاجة فكان مكروها والذى روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقوم فى صلاته شبه العاجز تأويله أنه كان عند العذر بسبب الكبر ﴿ ويحذف التكبير حذفا ولا يطوله ﴾ لحديث ابراهيم النخعى موقوفا ومرفوعا الأذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم ولان المد فى أوله لحن من حيث الدين لانه ينقلب استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة فان أفعل لا يحتمل المبالغة ﴿ويوجه أصابع رجليه فى سجوده نحو القبلة ﴾ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا سجد فتح أصابعه أى أمالها الى القبلة ولقوله عليه الصلاة والسلام فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع * قال ﴿ويعتمد بيمينه على يساره فى قيامه في الصلاة﴾ وأصل الاعتماد سنة الا على قول الاوزاعي فانه كان يقول يتخير المصلى بين الاعتماد والارسال وكان يقول انما أمروا بالاعتماد اشفاقا عليهم لانهم كانوا يطولون القيام

فكان ينزل الدم الى رؤس أصابعهم اذا أرسلوا فقيل لهم لو اعتمدتم لا حرج عليكم والمذهب عند عامة العلماء أنه سنة واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه الصلاة والسلام انامعشر الانبياء أمرنا أن نأخذ شمائلنا بأيماننا فى الصلاة وقال علىّ رضى الله تعالى عنه ان من السنة أن يضع المصلى يمينه على شماله تحت السرة فى الصلاة* وأما صفة الوضع ففي الحديث المرفوع لفظ الاخذ وفى حديث علىّ رضى الله تعالى عنه لفظ الوضع واستحسن كثير من مشايخنا الجمع بينهما بان يضع باطن كفه اليمنى على ظاهر كفه اليسرى ويحلق بالخنصر والابهام على الرسغ ليكون عاملا بالحديثين *فأماموضع الوضع فالافضل عندنا تحت السرة وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه الافضل أن يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل المراد منه وضع اليمين على الشمال على النحر وهو الصدر ولأنه موضع نور الايمان فحفظه بيده فى الصلاة أولى من الاشارة الى العورة بالوضع تحت السرة وهو أقرب الى الخشوع والخشوع زينة الصلاة * ولنا حديث على رضى الله تعالى عنه كما روينا والسنة اذا أطلقت تنصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الوضع تحت السرة أبعد عن التشبه بأهل الكتاب وأقرب الى ستر العورة فكان أولى والمراد من قوله وانحر نحر الاضحية بعد صلاة العيد ولئن كان المراد بالنحر الصدر فمعناه لتضع بالقرب من النحر وذلك تحت السرة. ثم قال فى ظاهر المذهب الاعتماد سنة القيام * وروى عن محمد رحمه الله أنه سنة القراءة وانما يتبين هذا فى المصلى بعد التكبير عند محمد رحمه الله يرسل يديه في حالة الثناء فاذا أخذ فى القراءة اعتمد وفى ظاهر الرواية كما فرغ من التكبير يعتمد * قال﴿واذا قعد فى الثانية أو الرابعة افترش رجله اليسرى فيجعلها بين أليتيه ويقعد عليها وينصب اليمنى نصبا ويوجه أصابع رجله اليمنى نحو القبلة﴾ وقال مالك فى القعدتين جميعا المسنون أن يقعد متوركا وذلك بأن يخرج رجليه من جانب ويفضي بأليتيه الى الارض لحديث أبى حميد الساعدى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قعد فى صلاته قعد متوركا * والشافعى يقول فى القعدة الاولى مثل قولنا لانها لا تطول وهو يحتاج الى القيام والقعود بهذه الصفة أقرب الى الاستعداد للقيام وفى القعدة الثانية يقول مالك رحمه الله لانها تطول ولا يحتاج الى القيام بعدها فينبغي أن يكون مستقراً على الارض *ولنا حديث عائشة رضى الله تعالى عنها أنها وصفت قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلاة فذكرت أنه كان اذا قعد افترش رجله اليسرى

ويقعد عليها وينصب اليمنى نصباً وما روى بخلافه فهو محمول على حالة العذر للكبر ولان القعود على الوجه الذي بينا أشق على البدن ﴿وسئل﴾ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل الاعمال فقال أحمزها أي أشقها على البدن * ويقول الشافعي رضي الله عنه ما كان متكرراً من أفعال الصلاة فالثاني لا يخالف الاول في الصفة كسائر الافعال فأما المرأة فينبغي لها أن تقعد متوركة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأتين تصليان فلما فرغتا دعاهما وقال اسمعان اذا قعدتما فضما بعض اللحم الى الارض ولان هذا أقرب الى الستر في حقهن * قال ﴿ويكون منتهى بصره في صلاته حال القيام موضع سجوده﴾ لحديث أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا صلى سما ببصره نحو السماء فلما نزل قوله تعالى وقوموا لله قانتين رمى ببصره الى موضع سجوده . ولما نزل قوله تعالى قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون قال أبو طلحة رضي الله عنه ما الخشوع يا رسول الله قال أن يكون منتهى بصر المصلي حال القيام موضع سجوده ثم فسر الطحاوي في كتابه فقال في حالة القيام ينبغي أن يكون منتهى بصره موضع سجوده وفي الركوع على ظهر قدميه وفي السجود على أرنبة أنفه وفي القعود على حجره زاد بعضهم وعند التسليمة الاولى على منكبه الايمن وعند التسليمة الثانية على منكبه الايسر . فالحاصل أن يترك التكلف في النظر فيكون منتهى بصره ما بينا * قال ﴿ولا يلتفت في الصلاة﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات في الصلاة قال تلك خلسة يختلسها الشيطان من صلاة أحدكم . وحد الالتفات المكروه أن يلوى عنقه ووجهه على وجه يخرج وجهه من أن يكون الى جهة الكعبة فأما اذا نظر بمؤخر عينيه يمنة أو يسرة من غير أن يلوى عنقه فلا يكون مكروها لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ أصحابه في صلاته بمؤخر عينيه ﴿ولا يعبث في الصلاة بشئ من جسده وثيابه﴾ لحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ان الله تعالى كره لكم ثلاثا الرفث في الصوم والعبث في الصلاة والضحك في المقابر ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يصلي وهو يعبث بلحيته قال لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه فجعل فعله دليل نفاقه * قال الطحاوي تأويله أن النبيّ صلى الله عليه وسلم عرف بطريق الوحي أن الرجل منافق مستهزئ فأما أن يكون هذا الفعل من علامات النفاق فلا لان المصلي قلما ينجو منه

ألا ترى أنه قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يطيق ذلك قال ليكن فى الفريضة اذا فالحاصل أن كل عمل هو مفيد للمصلي فلا بأس أن يأتى به أصله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه عرق ليلة فى صلاته فسلت العرق عن جبينه لانه يؤذيه فكان مفيداً وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن الصيف اذا قام من السجود نفض ثوبه يمنة أو يسرة لانه كان مفيداً حتى لا يبقى صورة فأما ما ليس بمفيد فيكره للمصلي أن يشتغل به . لقوله صلى الله عليه وسلم ان في الصلاة لشغلا والعبث غير مفيد له شيئاً فلا يشتغل به ﴿ولا يقلب الحصى﴾ لانه نوع عبث غير مفيد والنهي عن تقليب الحصى يرويه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جابر وأبو ذرّ ومعيقيب بن أبى فاطمة وأبو هريرة حتى قال فى بعضها وان تتركها فهو خير لك من مائة ناقة سود الحدقة تكون لك فان كان الحصى لا يمكنه من السجود فلا بأس بأن يسويه مرة واحدة وتركه أحب الىّ لقوله صلى الله عليه وسلم لأبى ذر يا أبا ذر مرة أو ذر ولان هذا عمل مفيد له ليتمكن من وضع الجبهة والانف على الارض فلا بأس به بعد أن يكون قليلا لا يزيد على مرة وتركه أقرب الى الخشوع فهو أولى قال ﴿ولا يفرقع أصابعه﴾ لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الفرقعة في الصلاة ومر بمولى له وهو يصلي ويفرقع أصابعه فقال أتفرقع أصابعك وأنت تصلى لا أمّ لك. وكان عليه الصلاة والسلام ينهي المنتظر للصلاة أن يفرقع أصابعه في تلك الحالة ففي الصلاة أولى وهو نوع عبث غير مفيد * قال ﴿ولا يضع يديه على خاصرته﴾ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن التخصر فى الصلاة * وقيل انه استراحة أهل النار ولا راحة لهم وان الشيطان أهبط متخصراً ولانه فعل المصاب وحال الصلاة حال يناجي فيه العبد ربه تعالى فهو حال الافتخار لا حال اظهار المصيبة ولأنه فعل أهل الكتاب وقد نهينا عن التشبه بهم * قال ﴿ولا يقعى اقعاء﴾ لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يقعى المصلى اقعاء الكلب . وفى تفسير الاقعاء وجهان * أحدهما أن ينصب قدميه كما يفعله فى السجود ويضع أليتيه على عقبيه وهو معنى نهي النبى صلى الله عليه وسلم عن عقب الشيطان * الثاني أن يضع أليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا وهذا أصح لأن اقعاء الكلب يكون بهذه الصفة الا أن اقعاء الكلب يكون فى نصب اليدين واقعاء الآدمى يكون فى نصب الركبتين الى صدره * قال ﴿ولا يتربع من غير عذر﴾ لماروى أن عمر رضي الله تعالى عنه رأي ابنه

يتربع في الصلاة فنهاه عن ذلك فقال رأيتك تفعله يا أبت فقال ان رجلي لا تحملاني. ومن مشايخنا من غلا فيه فقال التربع جلوس الجبابرة فلهذا كره في الصلاة وهذا ليس بقوى فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتربع في جلوسه في بعض أحواله حتى روى أنه كان يأكل يوما متربعا فنزل عليه الوحي كل كما تأكل العبيد وهو كان منزها عن أخلاق الجبابرة وكذلك عامة جلوس عمر رضى الله عنه في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان متربعا ولكن العبارة الصحيحة أن يقال الجلوس على الركبتين أقرب الى التواضع من التربع فهو أولى في حال الصلاة الا عند العذر * قال ﴿لو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من صلاته لا بأس به﴾ لأنه عمل مفيد فان التصاق التراب بجبهته نوع مثلة فربما كان الحشيش الملتصق بجبهته يؤذيه فلا بأس به ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الاخيرة لاخلاف في أنه لا بأس به فأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف قال أحب الى أن يدعه لأنه يترب ثانيا وثالثا فلا يكون مفيدا ولو مسح لكل مرة كان عملا كثيراً. ومن مشايخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب لا مفصولا عن قوله أكرهه فانه قال في الكتاب قلت لو مسح جبهته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعنى لا تفعل فاني أكرهه لحديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أربع من الجفاء أن تبول قائما وأن تسمع النداء فلم تجبه وأن تنفخ في صلاتك وأن تمسح جبهتك في صلاتك * وتأويله. عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعى اذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة * قال ﴿والتشهد أن يقول التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله﴾ وهو تشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه والمختار عند الشافعى رضي الله تعالى عنه تشهد ابن عباس رضى الله تعالى عنه * وصفته أن يقول التحيات المباركات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً رسول الله وهو يقول بأن ابن عباس رضى الله تعالى عنه كان من فتيان الصحابة رضوان الله عليهم فانما يختارون ما استقر عليه الأمر آخراً فأما ابن مسعود فهو من الشيوخ ينقل ما كان في الابتداء كما نقل التطبيق وغيره ولان تشهد ابن عباس رضى الله تعالي عنه أقرب الى موافقة القرآن قال الله تعالى تحية

من عند الله مباركة طيبة والسلام بغير الالف واللام أكثر فى القرآن قال الله تعالى سلام عليكم طبتم سلام عليكم بما صبرتم * ومالك رحمه الله يأخذ بتشهد عمر رضى الله تعالى عنه * وصورته التحيات الناميات الزاكيات المباركات الطيبات لله وقال ان عمر رضى الله تعالى عنه علم الناس التشهد بهذه الصفة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن الناس من اختار تشهد أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه * وهو ان يقول التحيات لله الطيبات والصلوات لله والباقي كتشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه * وفيه حكاية فان أعرابيا دخل على أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى المسجد فقال أبواو أم بواوين فقال بواوين فقال بارك الله فيك كما بارك فى لا ولا ثم ولى فتحير أصحابه وسألوه عن ذلك فقال ان هذا سألنى عن التشهد أبواوين كتشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أم بواو كتشهد أبى موسى قلت بواوين قال بارك الله فيك كما بارك فى شجرة مباركة زيتونة لا شرقية ولا غربية وانما أخذنا بتشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لحسن ضبطه ونقله من رسول الله صلى الله عليه وسلم فان أبا حنيفة قال أخذ حماد بيدى وقال حماد أخذ ابراهيم بيدى وقال ابراهيم أخذ علقمة بيدى وقال علقمة أخذ عبد الله بن مسعود بيدى وقال ابن مسعود أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى وعلمنى التشهد كما كان يعلمنى السورة من القرآن وكان يأخذ علينا بالواو والالف * وقال علي بن المدينى لم يصح من التشهد الا مانقله أهل الكوفة عن عبد الله بن مسعود وأهل البصرة عن أبى موسى . وعن خصيف قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المنام فقلت كثر الاختلاف فى التشهد فبماذا تأمرنى أن آخذ قال بتشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ولان تشهد ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أبلغ فى الثناء فان الواوات تجعل كل لفظ ثناء بنفسه ﴿ والسلام بالالف واللام ليكون أبلغ منه بغير الالف واللام ﴾ وترجيح الشافعى رحمه الله تعالى بعيد فانه يؤدى الى تقديم الاحداث على المهاجرين الاولين وأحد لا يقول به * وترجيح مالك ليس بقوى أيضاً فان أبا بكر رضى الله تعالى عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد كما هو تشهد ابن مسعود فدل ان الأخذ به أولى ﴿ ويكره أن يزيد فى التشهد شيئاً أو يبتدئ قبله بشئ ﴾ ومراده مانقل شاذا فى أول التشهد باسم الله وبالله أو باسم الله خير الاسماء وفى آخره أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون فانه لم يشتهر نقل هذه الكلمات وابن مسعود يقول وكان يأخذ علينا بالواو

والالف فذلك تنصيص على أنه لا تجوز الزيادة عليه بخلاف التطوعات فانها غير محصورة بالنص فجوزنا الزيادة عليه ولا يزيد في الفرائض على التشهد في القعدة الاولى عندنا وقال الشافعي يزيد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم واستدل بحديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين ومن تبعهم من عباد الله الصالحين * ولنا حديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يزيد على التشهد في القعدة الاولى وروى أنه كان يقعد في القعدة الأولى كأنه على الرضف يعني الحجارة المحماة يحكى الراوى بهذا سرعة قيامه فدل أنه كان لا يزيد على التشهد. وتأويل حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها في التطوعات فان كل شفع من التطوع صلاة على حدة أو مراده سلام التشهد فأما في الرابعة فيدعو بعده ويسأل حاجته ولم يذكر الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأورد الطحاوى في مختصره أن بعد التشهد يصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو حاجته ويستغفر لنفسه وللمؤمنين والمؤمنات وهو الصحيح فان التشهد ثناء على الله تعالي ويعقبه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التحميد المعهود وهو مروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وكان ابراهيم النخعي يقول يجزى من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بقوله السلام عليك أيها النبي *ثم الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة ليست من جملة الاركان عندنا وقال الشافعي هي من جملة أركان الصلاة لا تجوز الصلاة الا بها * وفي الصلاة على آله وجهان واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لمن لم يصل عليّ في صلاته ولان الله تعالى أمرنا بالصلاة عليه ومطلق الامر للايجاب ولا تجب في غير الصلاة فدل أنها تجب في الصلاة * ولنا حديث كعب بن عجرة رضي الله تعالى عنه قال يارسول الله عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة عليك فقال قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد فهو لم يعلمهم حتى سألوه ولو كان من أركان الصلاة لبينه لهم قبل السؤال وحين علم الاعرابى أركان الصلاة لم يذكر الصلاة عليه ولانه صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فلا يكون من أركان الصلاة كالصلاة على ابراهيم عليه الصلاة والسلام *وتأويل الحديث نقول أراد به نفي الكمال كقوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وبه نقول والآية تدل على أن الصلاة واجبة عليه في العمر مرة فان مطلق الامر لا يقتضى التكرار وبه نقول وكان الطحاوى يقول كلما سمع ذكر النبي صلى

الله عليه وسلم من غيره أو ذكره بنفسه يجب عليه أن يصلي عليه وهو قول مخالف للاجماع فعامة العلماء على أن ذلك مستحب وليس بواجب. ﴿ثم يدعو بحاجته﴾ لقوله تعالى فاذا فرغت فانصب والى ربك فارغب قيل معناه اذا فرغت من الصلاة فانصب للدعاء وارغب الى الله تعالى بالاجابة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آخر صلاته يتعوذ بالله من المغرم والمأثم ومن فتنة المحيا والممات ولما علَّمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن مسعود رضى الله عنه التشهد قال له واذا قلت هذا فاختر من الدعاء أعجبه وكان ابن مسعود يدعو بكلمات منهن اللهم انى أسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم أعلم وأعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم أعلم * قال ﴿ثم يسلم تسليمتين احداهما عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله والاخرى عن يساره مثل ذلك﴾ لقول النبي صلى الله عليه وسلم وتحليلها السلام وقد جاء أوان التحليل ومن تحرم للصلاة فكأنه غاب عن الناس لا يكلمهم ولا يكلمونه وعند التحليل يصير كأنه رجع اليهم فيسلم والتسليمتان قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وكان مالك رحمه الله تعالى يقول يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وهكذا روت عائشة وسهل ابن سعد الساعدي رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاخذ برواية كبار الصحابة أولى فانهم كانوا يلون رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قال ليليني منكم أولوا الاحلام والنهى فأما عائشة رضى الله تعالى عنها فكانت تقف في صف النساء وسهل بن سعد كان من جملة الصبيان فيحتمل أنهما لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمتين الثانية أخفض من الاولى ﴿ثم فى التسليمة الاولى يحول وجهه على يمينه وفي الثانية على يساره﴾ لحديث ابن مسعود رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحول وجهه فى التسليمة الاولى حتى يري بياض خده الايمن أو قال الايسر يحكى الراوي بهذا شدة التفاته * قال ﴿وينوى بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الحفظة والرجال وبالتسليمة الثانية من عن يساره منهم﴾ لانه يستقبلهم بوجهه ويخاطبهم بلسانه فينويهم بقلبه فان الكلام انما يصير عزيمة بالنية قال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى وراء لسان كل متكلم فلينظر امرؤ مايقول وقد ذكر الحفظة هنا وأخر فى الجامع الصغير حتى ظن بعض أصحابنا أن ما ذكر هنا بناء على قول أبى حنيفة الاول في تفضيل الملائكة على البشر وما ذكر فى الجامع الصغير بناء على قوله الآخر في تفضيل البشر على الملائكة وليس

كما ظنوا فان الواو لا توجب الترتيب ومن سلم على جماعة لا يمكنه أن يرتب بالنية فيقدم الرجال على الصبيان ولكن مراده تعميم الفريقين بالنية وأكثر مشايخنا على أنه يخص بهذه النية من يشاركه فى الصلاة من الرجال والنساء فأما الحاكم الشهيد رحمه الله فكان يقول ينوى جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه وهذا عندنا في سلام التشهد قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا قال العبد السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصاب كل عبد صالح من أهل السماء والارض فأما فى سلام التحليل فيخاطب من بحضرته فيخصه بالنية والمقتدى ينوي كذلك فكان ابن سيرين يقول المقتدى يسلم ثلاث تسليمات احداهن لرد سلام الامام وهذا ضعيف فان مقصود الرد حاصل بالتسليمتين اذ لا فرق في الجواب بين أن يقول عليكم السلام وبين قوله السلام عليكم فان كان الامام فى الجانب الايمن نواه فيهم وان كان فى الجانب الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه فى الاولى عند أبي يوسف لانه لما استوى الجانبان فى حقه ترجح الجانب الايمن وقال محمد ينويه فى التسليمتين لان له حظا من الجانبين قال ﴿ويكره فى الصلاة تغطية الفم﴾ لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يغطى المصلي فاه ولانه ان غطاه بيده فقد قال كفوا أيديكم فى الصلاة وان غطاه بثوب فقد نهى عن التلثم في الصلاة وفيه تشبه بالمجوس فى عبادتهم النار * قال ﴿ويكره أن يصلى وهو معتجر﴾ لنهي الرسول عليه الصلاة والسلام عن الاعتجار فى الصلاة وتفسيره أن يشد العمامة حول رأسه ويبدى هامته مكشوفا كما يفعله الشطار وقيل ان يشد بعض العمامة على رأسه وبعضها على بدنه وعن محمد قال لا يكون الاعتجار الا مع تنقب وهو أن يلف بعض العمامة على رأسه وطرفا منه يجعله شبه المعجر للنساء وهو أن يلفه حول وجهه * قال ﴿ويكره أن يصلي وهو عاقص﴾ لحديث أبى رافع رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهي أن يصلي الرجل ورأسه معقوص وان الحسن بن على رضى الله عنهما كان يصلي وهو عاقص شعره فقام أبو هريرة رضى الله عنه الى جنبه فحله فنظر اليه شبه المغضب فقال أقبل على صلاتك يا ابن بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهانا عن هذا والعقص فى اللغة الاحكام فى الشد حتى قيل فى تفسيره أن يجمع شعره على هامته ويشده بخيط أو بخرقة أو بصمغ ليتلبد وقيل أن يلف ذوائبه حول رأسه كما يفعله النساء فى بعض أحوالهن * قال ﴿ ويضع ركبتيه على الارض قبل يديه اذا انحط للسجود﴾ وقال

ابن سيرين يضع يديه قبل ركبتيه لحديث أبي حميد أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يضع يديه قبل ركبتيه * ولنا حديث وائل بن حجر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يضع يديه قبل ركبتيه * وروى الاعرج عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم نهى أن يبرك المصلى بروك الابل وقال ليضع ركبتيه قبل يديه يعنى أن الابل في بروكها تبدأ باليد فينبغي أن يبدأ المصلى بالرجل ولأنه يضع أوّلا ما كان أقرب الى الارض فيضع ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وفي الرفع يرفع أولا ما كان أبعد عن الارض فيرفع وجهه ثم يديه ثم ركبتيه * قال ﴿ ويخفى الامام التعوذ والتسمية والتشهد وآمين وربنا لك الحمد ﴾ أما التعوذ والتسمية فقد بينا والتشهد كذلك فانه لم ينقل الجهر بالتشهد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس توارثوا الاخفاء بالتشهد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والتوارث كالتواتر * وأما قوله اللهم ربنا لك الحمد فقد طعنوا فيه وقالوا من مذهب أبي حنيفة أن الامام لا يقولها أصلا فكيف يستقيم جوابه أنه يخفى بها ولكننا نقول عرف أبو حنيفة رحمه الله تعالى أن بعض الائمة لا يأخذون بقوله لحرمة قول عليّ وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ففرع على قولهما أنه يخفى بها اذا كان يقولها كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها. فأما آمين فالامام يقولها بعد الفراغ من الفاتحة الاعلى قول مالك رحمه الله وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام ولاالضالين فقولوا آمين والقسمة تقتضى أن الامام لايقولها * ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمن الامام فأمنوا فان الملائكة تؤمن فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه وفى الحديث الذى رووا زيادة فانه قال فقولوا آمين فان الامام يقولها وهذا اللفظ دليل على أن الامام لا يجهر بها وهو قول علمائنا ومذهب عليّ وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يجهر بها وهو قول ابن الزبير وأبى هريرة واستدل بحديث وائل بن حجر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا فرغ من الفاتحة في الصلاة قال آمين ومدّ بها صوته ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى صلاته آمين وخفض بها صوته وتأويل حديثهم انه قال اتفاقا لاقصدا أوكان لتعليم الناس أن الامام يؤمن كما يؤمن القوم فانه دعاء فان معناه علي ما قال الحسن اللهم أجب وفي قوله تعالى قد أجيبت

دعوتكما ما يدل عليه فان موسى عليه السلام كان يدعو وهارون كان يؤمن والاخفاء فى الدعاء أولى قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقال عليه الصلاة والسلام خير الدعاء الخفى وخير الرزق مايكفى وفي التأمين لغتان أمين بالقصر وآمين بالمد والمد يدل علي ياء النداء معناه يا آمين كما يقال فى الكلام أزيد يعنى يا زيد وما كان من النفخ غير مسموع فهو تنفس لا بد للحىّ منه فلا يفسد الصلاة وان كان مسموعا أفسدها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يفسدها في قول أبي يوسف الا أن يريد به التأفيف ثم رجع وقال صلاته تامة وان أراد به التأفيف واستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في صلاة الكسوف أف أف ألم تعدني أنك لا تعذبهم وأنا فيهم ولان هذا تنفس وليس بكلام فالكلام ما يجرى فى مخاطبات الناس وله معنى مفهوم ولهذا قال فى قوله الأول اذا أراد به التأفيف وهو فى اللغة أفف يؤفف تأفيفاً كان قطعا ثم رجع فقال عينه ليس بكلام فلو بطلت صلاته انما تبطل بمجرد النية وذلك لايجوز وقاسه بالتنحنح والعطاس فانه لا يكون قطعا وان سمع فيه حروف مهجاة وهو أصوب ﴿ولنا﴾ حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام مرّ بمولى له يقال له رباح وهو ينفخ التراب من موضع سجوده فقال أما علمت أن من نفخ فى صلاته فقد تكلم ولان قوله أفّ من جنس كلام الناس لانه حروف مهجاة وله معنى مفهوم يذكر لمقصود قال الله تعالى ولا تقل لهما أفّ ولا تنهرهما فجعله من القول والقائل يقول

أفا وتفا لمن مودته ＊ ان غبت عنه سويعة زالت
ان مالت الريح هكذا وكذا ＊ مال مع الريح أينما مالت

والكلام مفسد للصلاة بخلاف التنحنح فانه لاصلاح الحلق ليتمكن به من القراءة والعطاس مما لا يمكنه الامتناع منه فكان عفواً بخلاف التأفيف فانه بمنزلة مالو قال في الصلاة هرّ ونحوه وتأويل حديث الكسوف أنه كان فى وقت كان الكلام فى الصلاة مباحا ثم انتسخ ولا بأس بأن يصلى الرجل فى ثوب واحد متوشحا به لما روى في حديث أم هانئ رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى يوم الفتح ثمان ركعات فى ثوب واحد متوشحا به وسأل ثوبان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في ثوب واحد فقال يا ثوبان أو لكلكم ثوبان أوقال أو كلكم يجد ثوبين ﴿وصفة﴾ التوشح أن يفعل بالثوب مايفعله القصار فى المقصرة

اذا لف الكرباس على نفسه . جاء في الحديث اذا كان ثوبك واسعا فاتشح به وان كان ضيقا فاتزر به وانما يجوز هذا اذا كان الثوب صفيقا يحصل به ستر العورة وان كان رقيقا يصف ما تحته لايحصل به ستر العورة فلا تجوز صلاته وكذلك الصلاة في قميص واحد (وذكر) ابن شجاع رحمه الله تعالى أنه ان لم يزرّه ينظران كان بحيث يقع بصره على عورته في الركوع والسجود لا تجوز صلاته وان كان ملتحقا لا يقع بصره على عورته تجوز صلاته * والحاصل أنه تكره الصلاة في ازار واحد لحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يصلي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شئ وسأل رجل ابن عمر رضي الله عنهما عن الصلاة في ثوب واحد فقال أرأيت لو أرسلتك في حاجة كنت منطلقا في ثوب واحد فقال لا فقال الله أحق أن تتزين له . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الصلاة في ازار واحد فعل أهل الجفاء وفي ثوب واحد متوشحا به أبعد عن الجفاء وفي ازار ورداء من أخلاق الكرام * ويكره للمصلي أن يرفع ثيابه أو يكفها أو يرفع شعره * لحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال النبي صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء وأن لا أكف ثوبا ولا شعراً وقال اذا طول أحدكم شعره فليدعه يسجد معه . قال ابن مسعود رضى الله عنه له أجر بكل شعرة ثم كفه الثوب والشعر لكيلا يترب نوع تجبر ويكره للمصلي ماهو من أخلاق الجبابرة ويسجد على جبهته وأنفه واظب على هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه تمام السجود فان سجد على الجبهة دون الانف جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز وان سجد على الانف دون الجبهة جاز عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره ولم يجز عند أبي يوسف ومحمد رحمة الله عليهما وهو رواية أسيد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله أما الشافعي استدل بحديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لم يمس أنفه الارض في سجوده كما يمس جبهته فلا سجود له والمراد بهذا عندنا نفي الكمال لا نفي الجواز . واستدل أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم السجود على الجبهة فريضة وعلى الانف تطوع فاذا ترك ما هو الفرض لا يجزئه ثم الانف تبع للجبهة في السجود كما أن الاذن تبع للرأس في المسح ولو اكتفى بمسح الاذن عن مسح الرأس لا يجزئه فهذا مثله . وأبو حنيفة احتج بقول ابن عمر رضى الله عنه فان زيد بن ركانة كان يصلي وعليه برنس فكان اذا سجد سقط على جبهته فناداه ابن

عمر رضي الله عنهما اذا أمسست أنفك الارض أجزأك ولان المأمور به السجود على الوجه كما فسر الاعضاء السبعة فى الحديث المعروف الوجه واليدان والركبتان والقدمان ووسط الوجه الانف فبالسجود عليه يكون ممتثلا للامر وهوأحد أطراف الجبهة فان عظم الجبهة مثلث والسجود على أحد أطرافه كالسجود على الطرف الآخر ولان الانف مسجد حتى اذا كان بجبهته عذر يلزمه السجود على الانف وما ليس بمسجد لا يصير مسجداً بالعذر فى المسجد كالخد والذقن واذا ثبت أنه مسجد فبالسجود عليه يحصل امتثال الامر وقال الله تعالى يخرون للاذقان سجداً والمراد ما يقرب من الذقن والانف أقرب الى الذقن من الجبهة فهو أولى بأن يكون مسجداً والله أعلم

باب افتتاح الصلاة

قال (واذا انتهى الرجل الى الامام وقد سبقه بركعتين وهو قاعد يكبر تكبيرة الافتتاح ليدخل بها فى صلاته ثم كبر أخرى ويقعد بها) لانه التزم متابعة الامام وهو قاعد والانتقال من القيام الى القعود يكون بالتكبير * والحاصل أنه يبدأ بما أدرك مع الامام لقوله صلى الله عليه وسلم اذا أتيتم الصلاة فأتوها وأنتم تمشون ولا تأتوها وأنتم تسعون عليكم بالسكينة والوقار ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا * وكان الحكم فى الابتداء أن المسبوق يبدأ بقضاء ما فاته حتى ان معاذاً رضى الله عنه جاء يوما وقد سبقه النبي صلى الله عليه وسلم ببعض الصلاة فتابعه فيما بقى ثم قضى ما فاته فقال عليه الصلاة والسلام ما حملك على ما صنعت يا معاذ فقال وجدتك على حال فكرهت أن أخالفك عليه فقال عليه الصلاة والسلام سن لكم معاذ سنة حسنة فاستنوا بها * ثم لا خلاف ان المسبوق يتابع الامام فى التشهد ولا يقوم للقضاء حتى يسلم الامام * وتكلموا أن بعد الفراغ من التشهد ماذا يصنع فكان ابن شجاع رحمه الله يقول يكرر التشهد وأبو بكر الرازى يقول يسكت لان الدعاء مؤخر الى آخر الصلاة والاصح أنه يأتى بالدعاء متابعة للامام لان المصلى انما لا يشتغل بالدعاء فى خلال الصلاة لما فيه من تأخير الاركان وهذا المعنى لا يوجد هنا لانه لا يمكنه أن يقوم قبل سلام الامام . ويجوز افتتاح الصلاة بالتسبيح والتهليل والتحميد فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله اذا كان يحسن التكبير ويعلم أن الصلاة تفتتح بالتكبير لا يصير شارعا بغيره وان كان لا يحسنه أجزأه * وألفاظ التكبير عنده أربعة الله أكبر الله الاكبر

الله الكبير الله كبير وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه لا يصير شارعا الا بلفظتى الله أكبر الله الاكبر وعند مالك رحمه الله لا يصير شارعا الا بقوله الله أكبر واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر وبهذا احتج الشافعي ولكنه يقول الله الاكبر أبلغ في الثناء بادخال الالف واللام فيه فهو أولى وأبو يوسف استدل بقوله صلى الله عليه وسلم وتحريمها التكبير فلا بد من لفظة التكبير وفي العبادات البدنية يعتبر المنصوص عليه ولا يشتغل بالتعليل حتى لا يقام السجود على الخد والذقن مقام السجود على الجبهة والانف . والأذان لا يتادى بغير لفظ التكبير فالتحريم للصلاة أولى وأبو حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله استدلا بحديث مجاهد رضي الله عنه قال كان الانبياء صلوات الله عليهم يفتتحون الصلاة بلا اله الا الله ولان الركن ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم وهو الثابت بالنص قال الله تعالى وذكر اسم ربه فصلى واذا قال الله أعظم أو الله أجل فقد وجد ما هو الركن فأما لفظ التكبير وردت به الاخبار فيوجب العمل به حتى يكره افتتاح الصلاة بغيره لمن يحسنه ولكن الركن ماهو الثابت بالنص . ثم من قال الرحمن أكبر فقد أتى بالتكبير قال الله تعالى قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن الآية والتكبير بمعنى التعظيم قال الله تعالى فلما رأينه أكبرنه أي عظمنه وربك فكبر أى فعظم والتعظيم حصل بقوله الله أعظم (فأما) الاذان فالمقصود منه الاعلام وبتغيير اللفظ يفوت ما هو المقصود فان الناس لا يعلمون انه أذان فان قال الله لا يصير شارعا بهذا اللفظ عند محمد رحمه الله لان تمام التعظيم بذكر الاسم والصفة وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير شارعا لان في هذا الاسم معنى التعظيم فانه مشتق من التأله وهو التحير وان قال اللهم اغفر لى لا يصير شارعا لان هذا سؤال والسؤال غير الذكر قال عليه الصلاة والسلام فيما يأثر عن ربه عز وجل من شغله ذكري عن مسألتي أعطيته أفضل ما أعطى السائلين فان قال اللهم فالبصريون من أهل النحو قالوا الميم بدل عن ياء النداء فهو كقولك يا ألله فيصير شارعا عند أبي حنيفة والكوفيون قالوا الميم بمعنى السؤال أى يا ألله آمنا بخير فلا يصير شارعا به ولو كبر بالفارسية جاز عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن المقصود هو الذكر وذلك حاصل بكل لسان ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا أن لا يحسن العربية فأبو يوسف رحمه الله تعالى مر على أصله في مراعاة المنصوص عليه ومحمد فرق فقال للعربية من الفضيلة

ما ليس لغيرها من الالسنة فاذا عبر الى لفظ آخر من العربية جاز واذا عبر الى الفارسية لا يجوز وأصل هذه المسألة اذا قرأ فى صلاته بالفارسية جاز عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره وعندهما لا يجوز اذا كان يحسن العربية واذا كان لا يحسنها يجوز وعند الشافعي رضي الله عنه لا تجوز القراءة بالفارسية بحال ولكنه ان كان لا يحسن العربية وهو أميّ يصلي بغير قراءة وكذلك الخلاف فيما اذا تشهد بالفارسية أو خطب الامام يوم الجمعة بالفارسية فالشافعي رحمه الله يقول ان الفارسية غير القرآن قال الله تعالى انا جعلناه قرآنا عربيا وقال الله تعالى ولو جعلناه قرآنا أعجميا الآية فالواجب قراءة القرآن فلا يتأدى بغيره بالفارسية والفارسية من كلام الناس فتفسد الصلاة وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا القرآن معجز والاعجاز في النظم والمعنى فاذا قدر عليهما فلا يتأدى الواجب الا بهما واذا عجز عن النظم أتى بما قدر عليه كمن عجز عن الركوع والسجود يصلي بالايماء وأبو حنيفة رحمه الله استدل بما روى أن الفرس كتبوا الى سلمان رضي الله عنه ان يكتب لهم الفاتحة بالفارسية فكانوا يقرؤن ذلك في الصلاة حتى لانت ألسنتهم للعربية . ثم الواجب عليه قراءة المعجز والاعجاز فى المعنى فان القرآن حجة على الناس كافة وعجز الفرس عن الاتيان بمثله انما يظهر بلسانهم والقرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا محدث واللغات كلها محدثة فعرفنا أنه لا يجوز أن يقال انه قرآن بلسان مخصوص كيف وقد قال الله تعالى وانه لفي زبر الاولين وقد كان بلسانهم . ولو آمن بالفارسية كان مؤمنا وكذلك لو سمي عند الذبح بالفارسية أو لبى بالفارسية فكذلك اذا كبر وقرأ بالفارسية (وروى الحسن) عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه اذا أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز وان كانوا لا يعلمون ذلك لم يجز لان المقصود الاعلام ولم يحصل به ثم عند أبي حنيفة رحمه الله انما يجوز اذا قرأ بالفارسية اذا كان يتيقن بأنه معنى العربية فأما اذا صلى بتفسير القرآن لا يجوز لانه غير مقطوع به اذا افتتح الصلاة قبل الامام ثم كبر الامام فصلى الرجل بصلاته لا يجزئه لقوله عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام اماما ليؤتم به فلا تختلفوا عليه والائتمام لا يتحقق اذا لم يكبر الامام وقد اختلف عليه حين كبر قبله فلا يجزئه الا أن يجدد التكبير بعد تكبير الامام بنية الدخول فى صلاته وحينئذ يصير قاطعا لما كان فيه شارعا فى صلاة الامام والتكبيرة الواحدة تعمل هذين العملين كمن كان فى النافلة فكبر ينوى الفريضة . ومن غير هذا

الباب اذا باع بألف ثم جدد بيعا بألفين كان فسخا للاول وانعقاد عقد آخر وأشار فى الكتاب الى أنه بالتكبير قبل تكبير الامام يصير شارعا فى الصلاة لانه قال تكبيره الثانى قطع لما كان فيه فقيل تأويله ان لم يكن نوى الاقتداء وقيل ان نوى الاقتداء صار شارعا في صلاة نفسه وهو قول أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يصير شارعا فى الصلاة بناء على أصل وهو أن الجهة اذا فسدت يبقى أصل الصلاة عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد لا يبقى وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان يأتى بيانه فى موضعه. ثم الافضل عند أبي حنيفة أن يكبر المقتدى مع الامام لانه شريكه فى الصلاة وحقيقة المشاركة فى المقارنة وعندهما الافضل أن يكبر بعد تكبير الامام لانه تبع للامام وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام اذا كبر الامام فكبروا يشهد لهذا وكذلك سائر الافعال . وفى التسليم روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله احداهما أنه يسلم بعد الامام ليكون تحلله بعد تحلل الامام والأخرى أنه يسلم مع الامام كسائر الافعال واذا سلم الامام ففى الفجر والعصر يقعد فى مكانه ليشتغل بالدعاء لانه لا تطوع بعدهما ولكنه ينبغى أن يستقبل القوم بوجهه ولا يجلس كما هو مستقبل القبلة وان كان خير المجالس مااستقبلت به القبلة للأثر المروى جلوس الامام فى مصلاه بعد الفراغ مستقبل القبلة بدعة وكان صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر استقبل أصحابه بوجهه وقال هل رأى أحد منكم رؤيا فيه بشرى بفتح مكة ولانه يفتتن الداخل بجلوسه مستقبل القبلة لانه يظنه فى الصلاة فيقتدى به وانما يستقبلهم بوجهه اذا لم يكن بحذائه مسبوق يصلى فان كان فلينحرف يمنة أو يسرة لان استقبال المصلى بوجهه مكروه لحديث عمر رضى الله تعالى عنه فانه رأى رجلا يصلي الى وجه رجل فعلاهما بالدرة وقال للمصلى أتستقبل الصورة وقال للآخر أتستقبل المصلى بوجهك فأما في صلاة الظهر والعشاء والمغرب يكره له المكث قاعداً لانه مندوب الى التنفل بعد هذه الصلوات والسنن لجبر نقصان ما يمكن فى الفرائض فيشتغل بها وكراهية القعود فى مكانه مروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضى الله تعالى عنهم ولا يشتغل بالتطوع فى مكان الفريضة للحديث المروي أيعجز أحدكم اذا صلى أن يتقدم أو يتأخر بسبحته أى بنافلته ولانه يفتتن به الداخل أى يظنه فى الفريضة فيقتدى به ولكنه يتحول الى مكان آخر للتطوع استكثاراً من شهوده فان مكان المصلى يشهد له يوم القيامة. والاولى أن يتقدم المقتدى ويتأخر الامام ليكون حالهما فى التطوع

خلاف حالهما فى الفريضة فان كان الامام مع القوم فى المسجد فاني أحب لهم أن يقوموا فى الصف اذا قال المؤذن حي على الفلاح فاذا قال قدقامت الصلاة كبر الامام والقوم جميعاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان أخروا التكبير حتى يفرغ المؤذن من الاقامة جاز وقال أبو يوسف رحمه الله لا يكبر حتى يفرغ المؤذن من الاقامة وقال زفر اذا قال المؤذن مرة قد قامت الصلاة قاموا فى الصف واذا قال ثانياً كبروا وقال لان الاقامة تباين الأذان بهاتين الكلمتين فتقام الصلاة عندها وأبو يوسف احتج بحديث عمر رضى الله تعالى عنه فانه بعد فراغ المؤذن من الاقامة كان يقوم فى المحراب ويبعث رجالا يمنة ويسرة ليسووا الصفوف فاذا نادوا استوت كبر ولانه لو كبر الامام قبل فراغ المؤذن من الاقامة فات المؤذن تكبيرة الافتتاح فيؤدى الى تقليل رغائب الناس فى هذه الامانة . وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله استدلا بحديث بلال حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم مهما سبقتني بالتكبير فلا تسبقني بالتأمين فدل على أنه كان يكبر بعد فراغه من الاقامة ولان المؤذن بقوله قد قامت الصلاة يخبر بأن الصلاة قد أقيمت وهو أمين فاذا لم يكبر كان كاذبا في هذا الاخبار فينبغي أن يحققوا خبره بفعلهم لتحقق أمانته وهذا اذا كان المؤذن غير الامام فان كان هو الامام لم يقوموا حتى يفرغ من الاقامة لانهم تبع للامام وامامهم الآن قائم للاقامة لا للصلاة وكذلك بعد فراغه من الاقامة مالم يدخل المسجد لا يقومون فاذا اختلط بالصفوف قام كل صف جاوزهم حتى ينتهى الى المحراب وكذلك اذا لم يكن الامام معهم فى المسجد يكره لهم أن يقوموا في الصف حتى يدخل الامام لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقوموا في الصف حتى تروني خرجت وان عليا رضى الله تعالى عنه دخل المسجد فرأي الناس قياما ينتظرونه فقال مالى أراكم سامدين أى واقفين متحيرين . ومن تثاءب في الصلاة ينبغي له أن يغطى فاه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا تثاءب أحدكم فى صلاته فليغط فاه فان الشيطان يدخل فيه أو قال فمه ولان ترك تغطية الفم عند التثاؤب في المحادثة مع الناس تعد من سوء الادب ففى مناجاة الرب أولى * قال (واكره أن يكون الامام على الدكان والقوم على الارض) لان النبي صلى الله عليه وسلم نزل عن المنبر لصلاة الجمعة فلو لم يكره كون الامام على الدكان لصلى على المنبر ليكون أشهر وان حذيفة رضى الله تعالى عنه قام على دكان يصلى لاصحابه فجذبه سلمان حتى أنزله فلما فرغ قال أماعلمت أن أصحابك يكرهون

ذلك قال فلهذا اتبعتك حين جذبتني (وروى) ان عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه قام بالمدائن على دكان يصلى بأصحابه فجذبه حذيفة رضي الله تعالي عنه فلما فرغ قال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن هذا قال لقد تذكرت ذلك حين جذبتني . وفى قيامه على الدكان تشبه باليهود واظهار التكبر على القوم وذلك مكروه فان كان الامام على الارض والقوم على الدكان فذلك مكروه فى رواية الاصل لان فيه استخفافا من القوم لائمتهم . وفى رواية الطحاوي هذا لا يكره لانه مخالف لاهل الكتاب وكذلك ان كان مع الامام بعض القوم لم يكره ولم يبين فى الاصل حد ارتفاع الدكان (وذكر) الطحاوى أنه ما لم يجاوز القامة لا يكره لان القليل من الارتفاع عفو ففى الارض هبوط وصعود والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل أن يجاوز القامة لان القوم حينئذ يحتاجون الى التكلف للنظر الى الامام وربما يشتبه عليهم حاله * قال (ويجوز امامة الاعمى والاعرابى والعبد وولد الزنا والفاسق وغيرهم أحب الىّ) والاصل فيه أن مكان الامامة ميراث من النبي صلى الله عليه وسلم فانه أول من تقدم للامامة فيختار له من يكون أشبه به خلقا وخلقا ثم هو مكان استنبط منه الخلافة فان النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر أبا بكر أن يصلي بالناس قالت الصحابة بعد موته انه اختار أبا بكر لامر دينكم فهو المختار لامر دنياكم فانما يختار لهذا المكان من هو أعظم فى الناس (وتكثير الجماعة مندوب اليه) قال عليه الصلاة والسلام صلاة الرجل مع اثنين خير من صلاته وحده وصلاته مع الثلاثة خير من صلاته مع اثنين وكلما كثرت الجماعة فهو عند الله أفضل وفى تقديم المعظم تكثير الجماعة فكان أولى . اذا ثبت هذا فنقول تقديم الفاسق للامامة جائز عندنا ويكره وقال مالك رضى الله تعالى عنه لا تجوز الصلاة خلف الفاسق لانه لما ظهرت منه الخيانة فى الامور الدينية فلا يؤتمن فى أهم الامور ألا ترى أن الشرع أسقط شهادته لكونها أمانة * ولنا * حديث مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الجهاد مع كل أمير والصلاة خلف كل امام والصلاة على كل ميت وقال صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر ولان الصحابة والتابعين كانوا لا يمتنعون من الاقتداء بالحجاج فى صلاة الجمعة وغيرها مع انه كان أفسق أهل زمانه حتى قال الحسن رحمه الله تعالى لو جاء كل أمة بخبيثاتها ونحن جئنا بأبى محمد لغلبناهم وانما يكره لان فى تقديمه تقليل الجماعة وقلما يرغب الناس في الاقتداء به وقال أبو يوسف في

الامالى أكره أن يكون الامام صاحب هوى أوبدعة لان الناس لا يرغبون في الاقتداء به وانما جاز امامة الاعمي لان النبي صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم على المدينة مرة وعتبان بن مالك مرة وكانا أعميين والبصير أولى لانه قيل لابن عباس رضي الله تعالى عنهمابعد ما كف بصره ألاتؤمهم قال كيف أؤمهم وهم يسووني الى القبلة ولان الاعمي قد لا يمكنه أن يصون ثيابه عن النجاسات فالبصير أولى بالامامة . وأما جواز امامة الاعرابى فان الله تعالى أثني على بعض الاعراب بقوله ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر ويتخذ ماينفق قربات عند الله الآية وغيره أولى لأن الجهل عليهم غالب والتقوى فيهم نادرة وقد ذم الله تعالى بعض الأعراب بقوله تعالى الأعراب أشد كفراً ونفاقا. وأما العبد فجواز إمامته لحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد قال عرّست وأنا عبد فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر فحضرت الصلاة فقدموني فصليت بهم وغيره أولى لان الناس قلما يرغبون في الاقتداء بالعبيد والجهل عليهم غالب لاشتغالهم بخدمة المولى عن تعلم الاحكام والتقوى فيهم نادرة وكذلك ولد الزنا فانه لم يكن له أب يفقهه فالجهل عليه غالب والذى روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ولد الزنا شر الثلاثة فقد روت عائشة رضى الله تعالى عنها هذا الحديث وقالت كيف يصح هذا وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم المراد شر الثلاثة نسبا أو قاله في ولد زنا بعينه نشأ مرتداً فأما من كان منهم مؤمنا فالاقتداء به صحيح * قال ﴿ ويؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله وأعلمهم بالسنة وأفضلهم ورعا وأكبرهم سنا ﴾ لحديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا سواء فأكبرهم سنا وأفضلهم ورعا وزاد في حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فان كانوا سواء فأحسنهم وجها فبعض مشايخنا اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا من يكون أقرأ لكتاب الله تعالى يقدم في الامامة لأن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ به وقال النبي صلى الله عليه وسلم أهل القرآن هم أهل الله وخاصته * والاصح أن الاعلم بالسنة اذا كان يعلم من القرآن مقدار ما تجوز به الصلاة فهو أولى لأن القراءة يحتاج اليها فى ركن واحد والعلم يحتاج اليه فى جميع الصلاة والخطأ المفسد للصلاة فى القراءة لا يعرف الا بالعلم وانما قدم

الأقرأ فى الحديث لأنهم كانوا فى ذلك الوقت يتعلمون القرآن باحكامه على ما روي ان عمر رضى الله تعالى عنه حفظ سورة البقرة فى ثنتى عشرة سنة فالاقرأ منهم يكون أعلم فأما فى زماننا فقد يكون الرجل ماهراً فى القرآن ولا حظ له فى العلم فالاعلم بالسنة أولى الا أن يكون ممن يطعن عليه فى دينه فحينئذ لا يقدم لان الناس لا يرغبون فى الاقتداء به (فان استووا في العلم بالسنة فأفضلهم ورعا) لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقى فكانما صلى خلف نبي (وقال) صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع * وفى الحديث يقدم أقدمهم هجرة لأنها كانت فريضة يومئذ ثم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولأن أقدمهم هجرة يكون أعلمهم بالسنة لانهم كانوا يهاجرون لتعلم الاحكام فان كانوا سواء فاكبرهم سنا لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان أكبرهم سناً يكون أعظمهم حرمة عادة ورغبة الناس فى الاقتداء به أكثر *والذى قال فى حديث عائشة رضى الله عنها فان كانوا سواء فأحسنهم وجها قيل معناه أكثرهم خبرة بالامور كما يقال وجه هذا الامر كذا وان حمل على ظاهره فالمراد منه أكثرهم صلاة بالليل جاء فى الحديث من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار قال ويكره للرجل أن يؤم الرجل فى بيته الا باذنه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يؤم الرجل الرجل فى سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه ولان فى التقدم عليه ازدراء به بين عشيرته وأقاربه وذلك لا يليق بحسن الخلق الا أن يكون الضيف سلطانا فحق الامامة له حيث يكون وليس للغير أن يتقدم عليه الا باذنه واذا كان مع الامام رجلان فانه يتقدم الامام ويصلى بهما لأن للمثنى حكم الجماعة قال صلى الله عليه وسلم الاثنان فما فوقهما جماعة وكذلك معنى الجمع من الاجتماع وذلك حاصل بالمثنى * والذى روى أن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه صلى بعلقمة والاسود فى بيت واحد فقام فى وسطهما قال ابراهيم النخعي رحمه الله كان ذلك لضيق البيت والاصح أن هذا كان مذهب ابن مسعود رضى الله تعالي عنه ولهذا قال فى الكتاب وان لم يتقدم الامام وصلى بهما فصلاتهم تامة لأن فعلهم حصل فى موضع الاجتهاد وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة والتقدم للامامة من سنة الجماعة ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالي فى صلاة الجمعة النصاب ثلاثة سوى الامام (وان كان القوم كثيراً فقام الامام وسطهم أو في ميمنة الصف أو فى ميسرة الصف فقد أساء الامام وصلاتهم

تامة) أما جواز الصلاة فلان المفسد تقدم القوم على الأمام ولم يوجد وأما الكراهة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم تقدم للامامة بأصحابه رضوان الله عليهم وواظب على ذلك والاعراض عن سنته مكروه ولان مقام الامام فى وسط الصف يشبه جماعة النساء ويكره للرجال التشبه بهن (وان تقدم المقتدى على الامام لا يصح اقتداؤه به الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول الواجب عليه المتابعة في الافعال فاذا أتى به لم يضره قيامه قدام الامام) ﴿ ولنا ﴾ الحديث ليس مع الامام من يقدمه ولانه اذا تقدم على الامام اشتبه عليه حالة افتتاحه واحتاج الى النظر وراءه فى كل وقت ليقتدى به فلهذا لا يجوز فان كان مع الامام واحد وقف على يمين الامام لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال بت عند خالتى ميمونة رضى الله تعالى عنها لأ راقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقى الحي القيوم ثم قرأ آخر سورة آل عمران ان فى خلق السموات والارض الى آخر الآ ية ثم قام الى شن ماء معلق فتوضأ وافتتح الصلاة فقمت وتوضأت ووقفت على يساره فأخذ بأذنى وأدارنى خلفه حتى أقامني عن يمينه فمدت الى مكانى فأعادنى ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام أن تثبت في الموضع الذى أوقفتك قلت أنت رسول الله ولا ينبغى لأحد أن يساويك في الموقف فقال اللهم فقهه فى الدين وعلمه التأويل . فاعادة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه الى الجانب الأيمن دليل على أنه هو المختار اذا كان مع الامام رجل واحد (وفى ظاهر الرواية لا يتأخر المقتدى عن الامام وعن محمد رحمه الله تعالى قال ينبغى أن تكون أصابعه عند عقب الامام وهو الذى وقع عند العوام) وان كان المقتدى أطول فكان سجوده قدام الامام لم يضره لان العبرة بموضع الوقوف لا بموضع السجود كما لو وقف فى الصف ووقع فى سجوده أمام الامام لطوله وان صلى خلفه امرأة جازت صلاته لحديث أنس رضى الله عنه أن جدته مليكة رضى الله تعالى عنها دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم الى طعام فقال قوموا لأصلى بكم فأقامنى واليتيم من ورائه وأمى أم سليم وراءنا وصلاة الصبى تخلق فبقي أنس رضى الله تعالى عنه واقفا خلفه وحده وأم سليم وقفت خلف الصبى وحدها . وفى الحديث دليل على أنه اذا كان مع الامام اثنان يتقدمهما الامام ويصطفان خلفه (قال) وكذلك ان وقف على يسار الامام لان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وقف فى الابتداء عن يساره واقتدى

به ثم جواز اقتدائه به وفى الادراة حصل خلفه فدل أن شيئاً من ذلك غير مفسد * قال (وهو مسيء من أصحابنا من قال هذه الاساءة اذا وقف عن يسار الامام لا خلفه) لان الواقف خلفه أحد الجانبين منه على يمينه فلا يتم اعراضه عن السنة بخلاف الواقف على يساره (والاصح أن جواب الاساءة فى الفصلين جميعا لانه عطف أحدهما على الآخر بقوله وكذلك) والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الوضوء والغسل

قال (يبدأ فى غسل الجنابة بيديه فيغسلهما ثم يغسل فرجه ويتوضأ وضوءه للصلاة غير رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثم يتنحى فيغسل قدميه هكذا روت عائشة رضى الله تعالى عنها وأنس وميمونة رضي الله تعالى عنهما اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكملها حديث ميمونة رضى الله تعالى عنها قالت وضعت غسلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ليغتسل به من الجنابة فأخذ الاناء بشماله وأكفأه على يمينه فغسل يديه ثلاثا ثم أنقى فرجه بالماء ثم مال بيديه على الحائط فدلكهما بالتراب ثم توضأ وضوءه للصلاة غير غسل القدمين ثم أفاض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم تنحى فغسل قدميه. وفى ظاهر الرواية يمسح برأسه فى الوضوء وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يمسح لانه قد لزمه غسل رأسه وفرضية المسح لا تظهر عند وجوب الغسل. ويبدأ بغسل ما على جسده من النجاسة لانه ان لم يفعل ذلك ازدادت النجاسة باسالة الماء والبداءة بالوضوء قبل افاضة الماء ليس بواجب عندنا ومن العلماء من قال هو واجب ومنهم من فصل بين ما اذا أجنب وهو محدث أو طاهر فقال اذا كان محدثا لزمه الوضوء لانه قبل الجنابة قد كان لزمه الوضوء والغسل فلا يسقط بالجنابة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والاطهار يحصل بغسل جميع البدن ولان مبنى الاسباب الموجبة للطهارة على التداخل ألا ترى أن الحائض اذا أجنبت يكفيها غسل واحد. ومن العلماء من أوجب الوضوء بعد افاضة الماء وقد روى انكار ذلك عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما * وسئل ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن ذلك فقال للسائل قد تعمقت أما يكفيك غسل جميع بدنك * والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أنا فأفيض على رأسى ثلاث حثيات من ماء فاذا أنا قد طهرت (والدلك

فى الاغتسال ليس بشرط الاعلى قول مالك يقيسه بغسل النجاسة العينية (ولنا) أن الواجب بالنص الاطهار والدلك يكون زيادة عليه والدلك لمقصود ازالة عين من البدن وليس على بدن الجنب عين يزيلها بالاغتسال فلا حاجة الى الدلك وانما يؤخر غسل القدمين عن الوضوء لان رجليه فى مستنقع الماء المستعمل حتى لو كان على لوح أو حجر لا يؤخر غسل القدمين * فالحاصل أن امرار الماء على جميع البدن فرض لقوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة ألا فبلوا الشعر وأنقوا البشرة. وبافاضة الماء ثلاثا يتضاعف الثواب وبتقديم الوضوء تتم السنة وهو نظير لمراتب الوضوء على ما بينا * وأدنى مايكفى فى غسل الجنابة من الماء صاع وفى الوضوء مدٌّ لحديث جابر رضى الله تعالى عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع فقيل له ان لم يكفنا فغضب وقال لقد كفى من هو خير منكم وأكثر شعراً وهذا التقدير ليس بتقدير لازم فأنه لو أسبغ الوضوء بدون المد أجزأه لحديث عبدالرحمن بن زيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ بثلثى مد وان لم يكفه المد في الوضوء يزيد الا أنه لا يسرف في صب الماء لحديث سعيد رضى الله عنه حين مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ ويصب الماء صباً فاحشاً فقال اياك والسرف قال أوفي الوضوء سرف قال نعم ولو كنت على ضفة نهر جار. ثم التقدير بالصاع لماء الافاضة فاذا أراد تقديم الوضوء زاد مداً له والتقدير بالمد في الوضوء اذا كان لا يحتاج الى الاستنجاء فان احتاج الى ذلك استنجي برطل وتوضأ بمد وان كان لابساً للخف وهو لا يحتاج الى الاستنجاء يكفيه رطل كل هذا غير لازم لاختلاف طباع الناس وأحوالهم وكذلك غسل المرأة من الحيض فالواجب فيهما الاطهار * قال الله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وان لم تنقض رأسها الا أن الماء بلغ أصول شعرها أجزأها لحديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها فانها قالت يارسول الله صلى الله عليك وسلم انى امرأة أشد ضفر رأسى أفأنقضه اذا اغتسلت فقال لا. يكفيك أن تفيضى الماء على رأسك وسائر جسدك ثلاثا. وبلغ عائشة رضى الله تعالى عنها أن ابن عمر رضى الله تعالى عنه كان يأمر المرأة بنقض رأسها في الاغتسال فقالت لقد كلفهن شططاً ألا أمرهن بجز نواصيهن. وقال انما شرط تبليغ الماء أصول الشعر لحديث حذيفة رضى الله تعالى عنه فانه كان يجلس الى جنب امرأته اذا اغتسلت ويقول ياهذه أبلغى الماء أصول شعرك ومتون رأسك. واختلف مشايخنا في وجوب بلّ الذوائب فقال بعضهم تبل

ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة والأصح أن ذلك ليس بواجب لما فيه من الحرج وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ألا فبلوا الشعر وأنقوا البشرة يشهد للقول الأول ﴿جنب﴾ اغتسل فانتضح من غسله في إنائه لم يفسد عليه الماء. لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ومن يملك سيل الماء. ولما سئل الحسن عن هذا فقال انا لنرجو من رحمة الله ماهو أوسع من هذا أشار الى أن ما لا يستطاع الامتناع منه يكون عفواً فان كان ذلك الماء يسيل في انائه لم يجز الاغتسال بذلك الماء يريد به أن الكثير يمكن التحرز عنه فلا يجعل عفواً . والحد الفاصل بين القليل والكثير ان كان يستبين مواقع القطر في الاناء يكون كثيراً . قال ﴿ولا يجوز التوضؤ بماء مستعمل في وضوء أو فى غسل شئ من البدن﴾ وقال مالك رحمه الله يجوز لان بدن الجنب والمحدث طاهر حتى لو عرق فى ثوبه أولبس ثوبا مبلولا لم يفسد الثوب واستعمال الماء في محل طاهر لا يغير صفته كما لو غسل به اناء طاهر (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من جنابة فالتسوية بينهما تدل على أن الاغتسال يفسد الماء وقال عليّ وابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى مسافر معه ماء يحتاج اليه لشربه انه يتيمم ويمسك الماء لعطشه فلو لم يتغير الماء بالاستعمال لامرا بالتوضئ فى اناء ثم بالامساك للشرب والعادة جرت بصب الغسالة في السفر والحضر مع عزة الماء في السفر فذلك دليل ظاهر على تغير الماء بالاستعمال * ثم اختلفوا فى صفة الماء المستعمل فقال أبو يوسف رحمه الله هو نجس الا أن التقدير فيه بالكثير الفاحش وهو روايته عن أبي حنيفة رضى الله عنه وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه نجس لايعفى عنه أكثر من قدر الدرهم وقال محمد رحمه الله تعالى هو طاهر غير طهور وهو رواية زفر وعافية القاضى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وجه قول أبي يوسف أن الحدث الحكمى أغلظ من النجاسة العينية ثم ازالة النجاسة العينية بالماء تنجسه فأزالة الحدث الحكميّ به أولى ولهذا قال فى رواية الحسن رحمه الله التقدير فيه بالدرهم كما فى النجاسة العينية ولكنه بعيد فان للبلوى تأثيراً فى تخفيف النجاسة ومعنى البلوى فى الماء المستعمل ظاهر فان صون الثياب عنه غير ممكن وهو مختلف فى نجاسته فلذلك خف حكمه . وجه قول محمد رحمه الله ما روي أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتبادرون الى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيمسحون به أعضاءهم ومن لم يصبه أخذ بللا من كف صاحبه والتبرك بالنجس لا يكون. والمعنى

ان أعضاء المحدث طاهرة ولكنه ممنوع من اقامة القربة فاذا استعمل الماء تحول ذلك المنع الى الماء فصارت صفة الماء كصفة العضو قبل الاستعمال فيكون طاهراً غير طهور بخلاف ما اذا أزال النجاسة بالماء فالنجاسة هناك تتحول الى الماء (وروى) المعلى عن أبي يوسف رحمه الله أن المتوضئ بالماء ان كان محدثا يصير الماء نجسا وان كان طاهراً لا يصير الماء نجسا ولكن باستعمال الطاهر يصير الماء مستعملا الا على قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى فانهما يقولان اذا لم يحصل ازالة حدث أو نجاسة بالماء لا يصير الماء مستعملا كما لو غسل به ثوبا طاهراً (ولنا) أن اقامة القربة حصل بهذا الاستعمال قال عليه الصلاة والسلام الوضوء على الوضوء نور على نور يوم القيامة فنزل ذلك منزلة ازالة الحدث به بخلاف غسل الثوب والإناء الطاهر فانه ليس فيه اقامة القربة (وذكر) الطحاوى رحمه الله أنه اذا تبرد بالماء صار الماء مستعملا وهذا غلط منه الا أن يكون تأويله ان كان محدثا فيزول الحدث باستعمال الماء وان كان قصده التبرد فحينئذ يصير مستعملا * قال (وسؤر الآدمي طاهر) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعس من لبن فشرب بعضه وناول الباقى أعرابيا كان على يمينه فشربه ثم ناوله أبا بكر رضى الله عنه فشربه ولان عين الآدمي طاهر وانما لا يؤكل لكرامته لا لنجاسته وسؤره متحلب من عينه وعينه طاهر فكذلك سؤره * وكذلك سؤر الحائض لما روي أن عائشة رضى الله عنها شربت من إناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فيها وشرب . ولما قال لها ناوليني الخُمْرَةَ (١) فقالت انى حائض فقال حيضتك ليست فى يدك . اذا ثبت هذا فى اليد فكذلك فى الفم . وكذلك سؤر الجنب لما روى أن حذيفة رضى الله عنه استقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأراد أن يصافحه فحبس يده وقال انى جنب فقال عليه الصلاة والسلام ان المؤمن لا ينجس وكذلك سؤر المشرك عندنا وبعض أصحاب الظواهر يكرهون ذلك لقوله تعالى انما المشركون نجس ولكنا نقول المراد منه خبث الاعتقاد بدليل ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف فى المسجد وكانوا مشركين ولو كان عين المشرك نجسا لما أنزلهم فى المسجد . وكذلك سؤر ما يؤكل لحمه من الدواب والطيور

(١) (الخمرة) بضم الخاء المعجمة وسكون الميم وفتح الراء هي حصيرة صغيرة من السعف وتطلق على غير ذلك كما فى القاموس كتبه مصححه

لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ بسؤر بعير أو شاة وقال ما يؤكل لحمه فسؤره طاهر ما خلا الدجاجة المخلاة فان سؤرها مكروه لانها تفتش الجيف والاقذار فمنقارها لا يخلو عن النجاسة ولكن مع هذا لو توضأ به جاز لانه على يقين من طهارة منقارها وفى شك من النجاسة والشك لا يعارض اليقين فان كانت الدجاجة محبوسة فسؤرها طاهر لان منقارها عظم جاف ليس بنجس ولان عينها طاهر مأكول فكذلك ما يتحلب منه والذى روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان يقول بحرمة الدجاجة شاذ غير معمول به فقد صح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل لحم الدجاجة. وصفة المحبوسة أن لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها فانه اذا كان يصل ربما تفتش ما يكون منها فهي والمخلاة سواء والذى بينا فى سؤر هؤلاء فكذلك فى اللعاب والعرق اذا أصاب لعاب ما يؤكل لحمه أو عرقه ثوب انسان تجوز الصلاة فيه لان ذلك متحلب من عينه فكان طاهراً كلبنه * قال (ولا يصح التطهر بسؤر ما لا يؤكل لحمه من الدواب والسباع ولعابه يفسد الماء* وهنا مسائل) احداها سؤر الخنزير فانه نجس بالاتفاق لان عينه نجس قال الله تعالى أو لحم خنزير فانه رجس والرجس والنجس سواء (والثانية) سؤر الكلب فانه نجس الا على قول مالك رحمه الله بناء علي مذهبه في تناول لحمه. وكان يقول الأمر بغسل الاناء من ولوغ الكلب كان تعبداً لا للنجاسة كما أمر المحدث بغسل أعضائه تعبداً أو كان ذلك عقوبة عليهم والكلاب فيهم كانت تؤذى الغرباء فنهوا عن اقتنائها وأمروا بغسل الاناء من ولوغها عقوبة عليهم (ولنا) حديث عطاء بن ميناء عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال طهور اناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه أن يغسله ثلاثا. وفى بعض الروايات قال سبعا وتعفر الثامنة بالتراب فقوله طهور اناء أحدكم دليل على تنجس الاناء بولوغه وان الأمر بالغسل للتنجيس لا للتعبد فان الجمادات لا يلحقها حكم العبادات والزيادة في العدد والتعفير بالتراب دليل على غلظ النجاسة والصحيح من المذهب عندنا ان عين الكلب نجس واليه يشير محمد رحمه الله في الكتاب في قوله وليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير. وبعض مشايخنا يقول عين الكلب ليس بنجس ويستدلون عليه بطهارة جلده بالدباغ وسنقرره من بعدُ وأما سؤر مالا يؤكل لحمه من السباع كالأسد والفهد والنمر عندنا نجس. وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه طاهر لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن

النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها وفى حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الحياض التى بين مكة والمدينة وما ينوبها من السباع فقال لها ما ولغت فى بطونها وما بقى فهو لنا شراب وطهور ولان عينها طاهرة بدليل جواز الانتفاع بها فى حالة الاختيار وجواز بيعها فيكون سؤرها طاهرا كسؤر الهرة ﴿ولنا﴾ ما روى أن ابن عمر وعمرو بن العاص رضى الله عنهما وردا حوضا فقال عمرو بن العاص ياصاحب الحوض أترد السباع ماءكم هذا فقال ابن عمر رضى الله تعالى عنه يا صاحب الحوض لا تخبرنا . فلولا أنه كان اذا أخبر بورود السباع يتعذر عليهم استعماله لما نهاه عن ذلك * والمعنى فيه أن عين هذه الحيوانات مستخبث غير طيب فسؤرها كذلك كالكلب والخنزير وهذا لان سؤرها يتحلب من عينها كلبنها ثم لبنها حرام غير مأكول فكذلك سؤرها وهو القياس فى الهرة أيضاً لكن تركنا ذلك بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الهرة ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات أشار الى العلة وهى كثرة البلوى لقربها من الناس وهذا لا يوجد فى السباع فانها تكون في المفاوز لا تقرب من الناس اختياراً وتأويل الحديثين أنه كان ذلك فى الابتداء قبل تحريم لحم السباع . أو السؤال وقع عن الحياض الكبار وبه نقول ان مثلها لا ينجس بورود السباع فأما سؤر الحمار فطاهر عند الشافعى رحمه الله تعالى وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه كان يقول الحمار يعلف القت والتبن فسؤره طاهر وعندنا مشكوك فيه غير متيقن بطهارته ولا بنجاسته فان ابن عمر رضى الله عنهما كان يقول انه رجس فيتعارض قوله وقول ابن عباس رضى الله عنهما وكذلك الاخبار تعارضت فى أكل لحمه * فروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر * وروى أن أبجر ابن غالب رضى الله عنه قال لم يبق لى من مالى الا حميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك وكذلك اعتبار سؤره بعرقه يدل على طهارته واعتباره بلبنه يدل على نجاسته ولأن الأصل الذى أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في الهرة موجود في الحمار لأنه يخالط الناس لكنه دون ما فى الهرة فانه لا يدخل المضايق فلوجود أصل البلوى لا نقول بنجاسته ولكون البلوى فيه متقاعدا لانقول بطهارته فيبقى مشكوكا فيه وأدلة الشرع أمارات لا يجوز أن تتعارض والحكم فيها الوقف * وكان أبو طاهر الدباس رحمه الله

ينكر هـذا ويقول لا يجوز أن يكون شئ من حكم الشرع مشكوكا فيـه ولكن يحتاط فيه فلا يجوّز أن يتوضأ به حالة الاختيار واذا لم يجـد غـيره يجمع بينه وبين التيمم احتياطا فبأيهما بدأ أجزأه الا على قول زفر فانه يقول يبدأ بالوضوء فلا يعتبر تيممه ما دام معـه ماء هومأمور بالتوضئ به ولكنا نقول الاحتياط فى الجمع بينهما لا فى الترتيب فان كان طاهراً فقـد توضأ به قدم أو أخر وان كان نجسا ففرضه التيمم وقد أتى به ولا يقال فى هذا ترك الاحتياط من وجـه لانه ان كان نجسا تتنجس به أعضاؤه وهـذا لأن معنى الشـك فى طهارته لا فى كونه طاهراً لأن الحدث يقين فأما العضو والثوب فطاهر بيقين فلا يتنجس بالشـك والحدث موجود بيقين فالشـك وقع فى طهارته واليقين لا يزال بالشـك وهو الصحيح من المذهب *وذكرأبو يوسف فى الاملاء عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فى لعاب الحمار اذا أصاب الثوب تجوز الصلاة فيه ما لم يفحش وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أجزأه وان فحش وقال محمد رحمه الله تعالى لوغمس فيه الثوب تجوز الصلاة فى ذلك الثوب وجميع ما بينا فى الحمار كذلك في البغل فان والده غير مأكول اللحم والصحيح فى عرقهما أنه طاهر وأشار فى بعض النسخ الى جواز الصـلاة فيه ما لم يفحش والاصح هو الاول فان النبي صلى الله عليه وسـلم كان يركب حماراً معروريا والحرّ حرّ تهامة ولا بد أن يعرق الحمـار ولأن معنى البـلوى فى عرقه ظاهر لمن يركبـه فأما سؤر الفرس طاهر فى ظاهر الرواية وروى الحسـن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه مكروه كلحمه * وجه ظاهر الرواية وهو أن السؤر لمعنى البـلوى أخف حكما من اللحم كما فى الحمار والبغـل والكراهة التى فى اللحم تنعدم فى السؤر ليظهر به خفة الحكم * فأما سؤر حشرات البيت كالفأرة والحية ونحوهما في القياس فنجس لانها تشرب بلسانها ولسانها رطب من لعابها ولعابها يتحلب من لحمها ولحمها حرام ولـكنه استحسن فقال طاهر مكروه لان البلوى التى وقعت الاشارة اليها في الهرة موجودة هنا فانها تسكن البيوت ولا يمكن صون الاوانى عنها وأما سؤر سباع الطـير كالبازى والصقر والشاهين والعقاب وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس لان ما لا يؤكل لحمـه من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمـه من سباع الوحش ولكنا استحسنا فقلنا بأنه طاهر مكروه لانها تشرب بمنقارها ومنقارها عظم جاف بخلاف سباع الوحش فانها تشرب بلسانها ولسانها رطب بلعابها ولان فى سؤر سباع الطير

تحقق البلوى فانها تنقض من الهواء فلا يمكن صون الاوانى عنها خصوصا فى الصحارى بخلاف سباع الوحش . وعن أبي يوسف رحمه الله قال ما يقع على الجيف من سباع الطير فسؤره نجس لان منقاره لا يخلو عن نجاسة عادة وأما سؤر السنور ففي كتاب الصلاة قال وان توضأ بغيره أحب الىّ وفى الجامع الصغير قال هومكروه وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسؤره لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي الاناء لهرة حتى تشرب ثم يتوضأ بالباقي ﴿ولنا﴾ حديث ابن عمر رضي الله عنهما يغسل الاناء من ولوغ الهرة مرة وهو اشارة الى الكراهة . وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الهرة سبع وهي من السباع التى لا يؤ كل لحمها فهذا الحديث يدل على النجاسة وحديث عائشة رضى الله عنها يدل على الطهارة فأثبتنا حكم الكراهة عملا بهماجميعا. وكان الطحاوى رحمه الله يقول كراهة سؤره لحرمة لحمه وهذا يدل على أنه الى التحريم أقرب وقال الكرخي رحمه الله كراهة سؤره لانه يتناول الجيف فلا يخلو فمه عن النجاسة عادة وهذا يدل على أن الكراهة كراهة تنزيه وهوالاصح والاقرب الى موافقة الأثر *قال ﴿وان مات فى الاناء ذباب أو عقرب أو غير ذلك مماليس لهدم سائل لم يفسدهعندنا﴾ وقال الشافعى رضى الله عنه يفسده الا ما خلق منه كدود الخل يموت فيه وسوس الثمار يموت فى الثمار واستدل بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة فهو تنصيص على نجاسة كل ميتة واذا تجس بالموت تجس ما مات فيه الا أن فيما خلق منه ضرورة ولا يمكن التحرز عنه فصار عفواً لهذا ﴿ولنا﴾ حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا وقع الذباب فى اناء أحدكم فامقلوه ثم امقلوه ثم انقلوه فان فى أحد جناحيه سما وفى الآخر شفاء وانه ليقدم السم على الشفاء ومعلوم أن الذباب اذا مقل مراراً فى الطعام الحار يموت فلو كان مفسداً لما أمر بمقله. وفى حديث سلمان الفارسى رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما ليس له دم سائل اذا مات في الاناء فهو الحلال أكله وشربه والوضوء به ولان الحيوان اذا مات فانما يتنجس لما فيه من الدم المسفوح حتى لو ذكى فسال الدم منه كان طاهراً وهذا لان المحرّم هو الدم المسفوح قال الله تعالى أو دما مسفوحا فما ليس له دم سائل لا يتناوله نص التحريم فلا ينجس بالموت ولا يتنجس ما مات فيه قياساً على

ما خلق منه * قال ﴿ وان وقع فيه دم أو خمر أو عذرة أو بول أفسده عندنا ﴾ وقال مالك رحمه الله لا يفسده الا أن يتغير به أحد أو صافه من لون أو ريح أو طعم واحتج بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ من بئر بضاعة وهى بئر يلقى فيه الجيف ومحايض النساء فلما ذكر له ذلك قال خلق الماء طهوراً لاينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ﴿ ولنا ﴾ قوله عليه الصلاة والسلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة فلو لم يكن ذلك مفسداً للماء ما كان للنهي عنه معنى وفائدة . وفيه طريقتان احداهما أن الماء ينجس بوقوع النجاسة فيه لان صفة الماء تتغير بما يلقى فيه حتى يضاف اليه كماء الزعفران وماء الباقلا * والثانية أن عين الماء لا يتنجس ولكن يتعذر استعماله لمجاورة الفاسد لان النجاسة تتفرق فى أجزاء الماء فلا يمكن استعمال جزء من الماء الا باستعمال جزء من النجاسة واستعمال النجاسة حرام * وأما الحديث فقد قيل ان بئر بضاعة كان ماؤه جاريا يسقى منه خمس بساتين وعندنا الماء الجارى لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه ما لم يتغير أحد أوصافه . وقيل انما كان يلقى فيه الجيف فى الجاهلية فان فى الاسلام نهوا عن مثل هذا وكان برسول الله صلى الله عليه وسلم من التنزه والتقذر ما يمنعه من التوضئ والشرب من بئر يلقى فيه ذلك فى وقته وانما أشكل عليهم أن ما كان فى الجاهلية هل يسقط اعتباره بتطهير البئر فى الاسلام فأزال اشكالهم بما قال ﴿ وان بزق فى الماء أو امتخط لم يفسده لانه طاهر لاقي طاهراً ﴾ والدليل على طهارة البزاق أن النبى صلى الله عليه وسلم استعان فى محو بعض الكتابة به والدليل على طهارة المخاط أن النبي صلى الله عليه وسلم امتخط فى صلاته فأخذه بثوبه ودلكه ثم المخاط والنخامة سواء ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم عمار بن ياسر رضى الله عنه يغسل ثوبه من النخامة قال ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذى فى ركوتك الا سواء ﴿ وان أدخل جنب أوحائض أو محدث يده فى الاناء قبل أن يغسلها وليس عليها قذر لم يفسد الماء استحسانا ﴾ وكان ينبغى فى القياس أن يفسده لان الحدث زال عن يده بادخاله فى الاناء فيصير الماء مستعملا كالماء الذى غسل به يده * وجه الاستحسان ما روى أن المهراس كان يوضع على باب مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيها ماء فكان أصحاب الصفة رضوان الله عليهم يغترفون منه للوضوء بأيديهم ولان فيه بلوى وضرورة فقد لا يجد شيئاً يغترف به الماء من الاناء العظيم

فيجعل يده لأجل الحاجة كالمغرفة واذا ثبت هذا فى المحدث فكذلك فى الجنب والحائض لما روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد فربما بدأت أنا وربما بدأ هو وكنت أقول أَبْقِ لى وهو يقول بَقِّى لى *وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الأمالى قال اذا أدخل الجنب يده أورجله في البئر لم يفسده وان أدخل رجله فى الاناء أفسده وهذا لمعنى الحاجة ففى البئر الحاجة الى ادخال الرجل لطلب الدلو فجعل عفوا وفى الاناء الحاجة الى ادخال اليد فلا تجعل الرجل عفوا فيه وان أدخل فى البئر بعض جسده سوى اليد والرجل أفسده لأنه لا حاجة اليه . وقال فى الأصل اذا اغتسل الطاهر فى البئر أفسده وهو بناء على ماتقدم أن المستعمل للماء على قصد التقرب وان كان طاهراً فالماء بفعله يصير مستعملا فاذا اغتسل فى البئر صار الماء مستعملا . وقوله أفسده دليل على أن الصحيح من قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الماء المستعمل نجس لأن الفاسد من الماء هو النجس واذا انغمس فيه لطلب دلو وليس على بدنه قذر لم يفسد الماء لأنه لم يوجد فيه ازالة الحدث ولا اقامة القربة لما لم يغتسل فيه وان انغمس فى جب يطلب دلوا لم يفسد الماء ولم يجزئه من الغسل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى لا يفسد الماء ويجزئه من الغسل . وعن أبي يوسف فى الامالى أن الماء يفسد ولا يجزئه من الغسل . من أصحابنا من قال هذا الخلاف ينبنى على أصل وهو أن عند أبى يوسف الماء يصير مستعملا بأحد شيئين إما بازالة الحدث أو باقامة القربة فلو زال الحدث هنا صار الماء مستعملا فلا يجزئه من الاغتسال فلهذا قال الرجل بحاله والماء بحاله ومن أصل محمد أن الماء لا يصير مستعملا الا باقامة القربة والاغتسال يتحصل بغير نية فكان الرجل طاهرا والماء غير مستعمل لعدم القصد منه الى اقامة القربة وهذا ليس بقوى فان هذا المذهب غير محفوظ عن محمد نصا ولكن الصحيح أن ازالة الحدث بالماء مفسد للماء الا عند الضرورة كما ينافي الجنب يدخل يده في الاناء وفي البئر معنى الضرورة موجود فانهم اذا جاؤا بغواص لطلب دلوهم لا يمكنهم ان يكلفوه الاغتسال أولا فلهذا لا يصير الماء مستعملا ولكن الرجل يطهر لان الماء مطهر من غير قصد * وجه رواية الاملاء أنه كما أدخل بعض اعضائه في البئر صار الماء مستعملا فبعد ذلك سواء اغتسل أو لم يغتسل لم يطهره الماء المستعمل * قال ﴿وان وقع فى البئر بول ما يؤكل لحمه أفسده في قول أبي حنيفة

وابي يوسف رحمهما الله تعالى ولا يفسده في قول محمد ويتوضأ منه ما لم يغلب عليه ❊ أواصل المسألة أن بول ما يؤكل لحمه نجس عندهما طاهر عند محمد رحمه الله تعالى واحتج بحديث أنس رضي الله تعالى عنه أن قوما من عرنة جاؤا الى المدينة فأسلموا فاجتووا المدينة فاصفرت ألوانهم وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخرجوا الى ابل الصدقة فيشربوا من ابوالها والبانها الحديث فلو لم يكن طاهرا لما أمرهم بشربه والعادة الظاهرة من أهل الحرمين بيع ابوال الابل في القوارير من غير نكير دليل ظاهر على طهارتها . ولهما قول النبي صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولما ابتلي سعد بن معاذ رضي الله تعالى عنه بضغطة القبر سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه كان لا يستنزه من البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزه منه لا تجوز صلاته وانما أراد أبوال الابل عند معالجتها . والمعنى أنه مستحيل من أحد الغذاءين الى نتن وفساد فكان نجساً كالبعر . فأما حديث أنس رضى الله تعالى عنه فقد ذكر قتادة عن أنس رضى الله تعالى عنه انه رخص لهم في شرب ألبان الابل ولم يذكر الابوال وانما ذكره في حديث حميد عن أنس رضى الله تعالى عنهما والحديث حكاية حال فاذا دار بين أن يكون حجة أولا يكون حجة سقط الاحتجاج به ثم نقول خصهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك لانه عرف من طريق الوحي ان شفاءهم فيه ولا يوجد مثله في زماننا وهو كما خص الزبير رضى الله تعالى عنه بلبس الحرير لحكة كانت به وهي مجاز عن القمل فانه كان كثير القمل او لانهم كانوا كفارا في علم الله تعالى ورسوله علم من طريق الوحي أنهم يموتون على الردة ولا يبعد أن يكون شفاء الكافر في النجس . اذا عرفنا هذا فنقول اذا وقع في الماء فعند محمد رحمه الله هو طاهر فلا يفسد الماء حتى يجوز شربه ولكن اذا غلب على الماء لم يتوضأ به كسائر الطاهرات اذا غلبت على الماء وعند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو نجس فكان مفسدا للماء والبئر والاناء فيه سواء وعلى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز شربه للتداوى وغيره لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وعند محمد يجوز شربه للتداوي وغيره لانه طاهر عنده وعند ابى يوسف يجوز شربه للتداوى لا لغير عملا بحديث العرنيين ولا يجوز لغيره ولو اصاب الثوب لم ينجسه عند محمد رحمه الله تعالى حتى تجوز الصلاة فيه وإن امتلأ الثوب منه وعلى

قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى ينجس الثوب الا انه يجوز الصلاة فيه ما لم يكن كثيرا فاحشا لانه مختلف فى نجاسته وفيه بلوى لمن يعالجها نخفت نجاسته لهذين المعنيين فكان التقدير بالكثير الفاحش . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الكثير الفاحش فى الثوب الربع فصاعدا قيل أراد به ربع الموضع الذي أصابه من ذيل أو غيره وقيل أراد به ربع جميع الثوب وهو الصحيح وهذا لان الربع ينزل منزلة الكمال بدليل ان المسح بربع الرأس كالمسح بجميعه وعن ابى يوسف في روايته الكثير الفاحش شبر في شبر وفى رواية ذراع فى ذراع وعن محمد رحمه الله تعالى فيما يقدر الكثير الفاحش على قوله كالاروات . وغيره أنه قدر موضع القدمين وهذا قريب من شبر فى شبر ﴿ ويستحب للرجل حين يبتدئ الوضوء أن يقول بسم الله وان لم يقل أجزأه ﴾ وعلى قول أصحاب الظواهر التسمية من الاركان لا يجوز الوضوء الا بها لقوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم وعندنا التسمية من سنن الوضوء لا من أركانه فان الله تعالى بين أركان الوضوء بقوله فاغسلوا وجوهكم الآية ولم يذكر التسمية وعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم الاعرابى الوضوء ولم يذكر التسمية فتبين بهذا أن المراد من قوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم نفى الكمال لا نفى الجواز كما قال في حديث آخر من توضأ وسمى كان طهورا لجميع بدنه ومن توضأ ولم يسم كان طهوراً لاعضاء وضوئه وفي الحديث المعروف كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه باسم الله فهو أقطع أى ناقص غير كامل وهذا بخلاف التسمية على الذبيحة فانا أمرنا بها اظهارا لمخالفة المشركين لانهم كانوا يسمون آلهتهم عند الذبح فكان الترك مفسداً وهنا أمرنا بالتسمية تكميلا للثواب لا لمخالفة للمشركين فانهم كانوا لا يتوضؤن فلم يكن الترك مفسداً لهذا . قال ﴿ وان بدأ فى وضوئه بذراعيه قبل وجهه أو رجليه قبل رأسه أجزأه عندنا ﴾ ولم يجزه عند الشافعى رضى الله عنه فان الترتيب فى الوضوء عندنا سنة وعنده من الاركان واستدل بقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للوصل والترتيب فظاهره يقتضى أنه يلزمه وصل غسل الوجه بالقيام الى الصلاة ولا يجوز تقديم غيره عليه ثم ان الله تعالى عطف البعض على البعض بحرف الواو وذلك موجب للترتيب كما فى قوله تعالى اركعوا واسجدوا ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السعى بين الصفا والمروة بأيهما نبدأ فقال ابدؤا بما بدأ الله تعالى به فدل على أن الواو للترتيب وقال عليه

الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه فيغسل وجهه ثم يديه ولا شك ان حرف ثم للترتيب ﴿ولنا﴾ ما ذكره أبو داود رحمه الله تعالى في سننه أن النبي صلى الله عليه وسلم تيمم فبدأ بذراعيه ثم بوجهه والخلاف فيهما واحد * وروى انه صلى الله عليه وسلم نسي مسح رأسه في وضوئه فتذكر بعد فراغه فمسحه ببلل في كفه ولأن الركن تطهير الاعضاء وذلك حاصل بدون الترتيب ألا ترى أنه لو انغمس في الماء بنية الوضوء أجزأه ولم يوجد الترتيب ومواظبة النبي صلى الله عليه وسلم على الترتيب في الوضوء لاتدل على أنه ركن فقد كان يواظب على السنن كما واظب على المضمضة والاستنشاق وأهل اللغة اتفقوا على أن الواو للعطف مطلقامن غير أن تقتضي جمعا ولا ترتيبا فان الرجل اذا قال جاءني زيد وعمرو كان اخباراً عن مجيئهما من غير ترتيب في المجيء قال الله تعالى واسجدي واركعي مع الراكعين فلا يدل ذلك على ترتيب الركوع علي السجود وكذلك في الآية أمر بغسل الاعضاء لا بالترتيب في الغسل ألا ترى أن ثبوت الحدث في الاعضاء لا يكون مرتبا فكذلك زواله والحديث محمول على صفة الكمال وبه نقول ﴿وان غسل بعض أعضائه وترك البعض حتى جف ما قد غسل أجزأه لأن الموالاة سنة عندنا﴾ وقال مالك رحمه الله تعالى وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى الموالاة ركن فلا يجزئه تركه لأن النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الموالاة فلو جاز تركه لفعله مرة تعليما للجواز . وقال ابن أبي ليلى ان كان في طلب الماء أجزأه لأن ذلك من عمل الوضوء فان كان أخذ في عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا اعادة ما جف وجعله قياس أعمال الصلاة اذا اشتغل في خلالها بعمل آخر (ولنا) مابينا أن المقصود تطهير الاعضاء وذلك حاصل بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الاعضاء فلو شرطنا الموالاة كان زيادة على النص وقد بينا أن مواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تكون لبيان السنة وأفعال الصلاة تؤدى بناء على التحريمة والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريمة فكان مفسداً بخلاف الوضوء فان أركان الوضوء لا تنبني على التحريمة حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفسداً له والله أعلم * قال ﴿ولا يفسد خرء الحمام والعصفور الماء فانه طاهر عندنا﴾ وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه نجس يفسد الماء والثوب والقياس ما قال لانه مستحيل من غذاء الحيوان الى فساد لكن استحسنه علماؤنا رحمهم الله تعالى لحديث ابن

مسعود رضى الله تعالى عنه انه خرئت عليه حمامة فمسحه بأصبعه وابن عمر رضى الله تعالى عنهما ذرق عليه طائر فمسحه بحصاة وصلى ولم يغسله ولان الحمام تركت فى المساجد حتى فى المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها وأصله حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة وقال انها أوكرت على باب الغار حتى سلمتُ فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجدمأواها فهو دليل على طهارة ما يكون منها * قال * (وخرء مالايؤكل لحمه من الطيور ذكر فى الجامع الصغير أنه تجوز الصلاة فيه وان كان أكثر من قدر الدرهم فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز بمنزلة خرء ما لايؤكل لحمه من السباع *) والمعنى أنه مستحيل من غذائه الى فساد . واختلف مشايخنا رحمهم الله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فمنهم من قال هو نجس عندهما لكن التقدير فيه بالكثير الفاحش لمعنى البلوى والاصح أنه طاهر عندهما فان الخرء لافرق فيه بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم فى النجاسة ثم خرء ما يؤكل لحمه من الطيور طاهر فكذلك ما لا يؤكل لحمه * قال * (وبول الخفافيش لا يفسد الماء لانه لا يستطاع الامتناع منه ولا يستقذره الناس عادة *) ويفسده خرء الدجاج لانه أشبه الاشياء بالعذرة لونا ورائحة فكان نجسا نجاسة غليظة * قال * (وموت الضفدع والسمك والسرطان في الماء لا يفسده *) لوجهين . أحدهما أن الماء معدنه والشئ اذا مات في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كمن صلى وفى كمه بيضة مذرة حال محها دما تجوز صلاته وهذا لأن التحرز عن موته فى الماء غير ممكن . والثانى أنه ليس لهذه الحيوانات دم سائل فان ما يسيل منها اذا شمس ابيض والدم اذا شمس اسود وهذا الحرف أصح لانه كما لايفسد الماء بموت هذه الحيوانات فيه لا يفسد غير الماء كالخل والعصير ويستوى ان تقطع أولم يتقطع الا على قول أبى يوسف رحمه الله فانه يقول اذا تقطع في الماء أفسده بناء على قوله ان دمه نجس وهو ضعيف فانه لادم فى السمك انما هو ماء آجن ولو كان فيه دم فهو مأكول فلا يكون نجسا كالكبد والطحال . وأشار الطحاوى رحمه الله الى أن الطافى من السمك يفسد الماء وهو غلط منه فليس فى الطافى أكثر من أنه غير مأكول فهو كالضفدع والسرطان * وعن محمد رحمه الله تعالى قال الضفدع اذا تفتت في الماء كرهت شربه لا لنجاسته ولكن لان أجزاء الضفدع فيه والضفدع غير مأكول (واذا ماتت الفأرة

فى البئر فاستخرجت حين ماتت نزح من البئر عشرون دلواً وان ماتت فى جب أريق الماء وغسل الجب لانه تنجس بموت الفأرة فيه) والقياس فى البئر أحد شيئين أما ما قاله بشر رحمه الله انه يطم رأس البئر ويحفر فى موضع آخر لانه وان نزح ما فيها من الماء يبقى الطين والحجارة نجسا ولا يمكن كبه ليغسل فيطم ٠ وأما ما نقل عن محمد رحمه الله تعالى قال اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف رحمه الله تعالى أن ماء البئر في حكم الماء الجارى لانه ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فلا يتنجس بوقوع النجاسة فيه كحوض الحمام اذا كان يصب فيه من جانب ويؤخذ من جانب لم يتنجس بادخال يد نجسة فيه ٠ ثم قلنا وما علينا لو أمرنا بنزح بعض الدلاء ولا نخالف السلف وتركنا القياس لحديث علي رضى الله تعالى عنه قال فى الفأرة تموت فى البئر ينزح منها دلاء وفى رواية سبع دلاء ٠ وفى حديث أبي سعيد الخدرى رضي الله تعالى عنه قال فى الدجاجة تموت فى البئر ينزح منها أربعون دلواً (ولنا) حديث النخعي والشعبي فى الفأرة تموت فى البئر ينزح منها عشرون دلواً ٠ وروي عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى الفأرة تموت في البئر ينزح منها عشرون دلواً ولكنه شاذ ٠ وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم فى الزنجي الذى وقع فى بئر زمزم فمات أنهما أمرا بنزح جميع الماء ٠ ثم في الاصل جعله على ثلاث مراتب فى الفأرة عشرون دلوا وفى السنور والدجاجة أربعون دلواً وفى الشاة والآدمى جميع الماء ٠ وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى جعله على خمس درجات فى الجلة والفأرة الصغيرة عشر دلاء وفى الفأرة الكبيرة عشرون دلواً وفى الحمامة ثلاثون دلواً وفى الدجاجة أربعون دلواً وفى الشاة والآدمى جميع الماء وهذا لانه انما يتنجس من الماء ما جاوز النجاسة والفأرة تكون فى وجه الماء فاذا نزح عشرون دلواً فالظاهر أنه نزح جميع ما جاوز الفأرة فما بقى يبقى طاهراً والدجاجة تغوص فى الماء أكثر مما تغوص الفأرة فيتضاعف النزح لهذا والشاة والآدمى يغوص الى قعر الماء فيموت ثم يطفو فلهذا نزح جميع الماء وهذا اذا لم يتفسخ شئ من هذه الحيوانات فان انتفخ أو تفسخ نزح جميع الماء الفأرة وغيرها فيه سواء لانه ينفصل منها بلة نجسة وتلك البلة نجاسة مائعة بمنزلة قطرة من خمر أو بول تقع فى البئر ٠ ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى اذا وقع فى البئر ذنب فأرة ينزح جميع الماء لان موضع القطع فيه لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفأرة فان غلبهم الماء فى موضع وجب نزح جميع الماء فالمروي

عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا نزح منها مائة دلو يكفي وهو بناء على آبار الكوفة لقلة الماء فيها . وعن محمد رحمه الله تعالى في النوادر أنه ينزح منها ثلاثمائة دلو أومائتا دلو . وانما أجاب بهذا بناءً على كثرة الماء في آبار بغداد . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ينزح قدر ما كان فيها من الماء قيل معناه أنه ينظر الى عمق البئر وعرضه فيحفر حفيرة مثلها ويصب ما ينزح فيها فاذا امتلأت فقد نزح ما كان فيها . وقيل يرسل قصبة في الماء ويجعل على مبلغه علامة ثم ينزح عشر دلاء ثم يرسل القصبة ثانيا فينظر كم انتقص فان انتقص العشر علم أن في البئر مائة دلو والاصح أنه ينظر اليها رجلان لهما بصر في الماء فبأي مقدار قالا في البئر ينزح ذلك القدر وهذا أشبه بالفقه فان كان توضأ رجل منها بعدما ماتت الفأرة فيها فعليه اعادة الوضوء والصلوات جميعا لانه تبين أنه توضأ بالماء النجس وان كان لا يدري متى وقع فيها وقد كان وضوءه من ذلك البئر فان كانت منتفخة أعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى احتياطا وان كانت غير منتفخة يعيد صلاة يوم وليلة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ليس عليه أن يعيد شيئاً من صلاته مالم يعلم أنه توضأ منها وهو فيها والقياس ما قالا لانه على يقين من طهارة البئر فيما مضى وفي شك من نجاسته واليقين لا يزال بالشك كمن رأي في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته لا يلزمه اعادة شئ من الصلوات لهذا وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولا بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى رأى طائراً في منقاره فأرة ميتة وألقاها في بئر فرجع الى هذا القول وقال لا يعيد شيئاً من الصلاة بالشك وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ظهر لموت الفأرة سبب وهو وقوعها في البئر فيحال موتها عليه كمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال موته على تلك الحالة لانه هو الظاهر من السبب . ثم الانتفاخ دليل تقادم العهد وأدنى حد التقادم ثلاثة أيام ألا ترى أن من دفن قبل أن يصلى عليه يصلي على قبره الى ثلاثة أيام ولا يصلى بعد ذلك لانه يتفسخ في هذه المدة وقولهما ان في نجاسة البئر فيما مضى شكا * قلنا يؤيد هذا الشك تيقن النجاسة في الحال فوجب اعتباره والقول به للاحتياط فيه وفي مسألة الثوب قال معلى الخلاف فيهما واحد وعند أبي حنيفة رحمه الله ان كانت النجاسة بالية يعيد صلاة ثلاثة أيام ولياليها وان كانت طرية يعيد صلاة يوم وليلة ومن سلم فرق بينهما لابي حنيفة رحمه الله فقال الثوب كان يقع بصره

عليه في كل وقت فلو كانت فيه نجاسة فيما مضى لرآها فأما البئر فتغيب عن بصره والموضع موضع الاحتياط فان كانت غير منتفخة قال أبو حنيفة رحمه الله يعيد صلاة يوم وليلة لانه لما وجب عليه اعادة الصلاة أمرناه باعادة صلاة يوم وليلة احتياطاً ﴿واذا صلى وفى ثوبه من الروث أو السرقين أو بول ما لا يؤكل لحمه من الدواب أو خرء الدجاجة أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته﴾ والاصل في هذا ان القليل من النجاسة فى الثوب لا يمنع جواز الصلاة فيه عندنا . وقال الشافعي رحمه الله اذا كان بحيث يقع بصره عليه يمنع جواز الصلاة قال لان الطهارة عن النجاسة العينية شرط جواز الصلاة كالطهارة عن الحدث الحكمى فكما أن الشرط ينعدم بالقليل من الحدث وكثيره فكذلك ينعدم بالقليل من النجاسة وكثيرها * وحجتنا ما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه انه سئل عن قليل النجاسة في الثوب فقال ان كان مثل ظفرى هذا لا يمنع جواز الصلاة ولان القليل من النجاسة لا يمكن التحرز عنه فان الذباب يقعن على النجاسات ثم يقعن على ثياب المصلى ولا بد من أن يكون على أجنحتهن وأرجلهن نجاسة فجعل القليل عفواً لهذا بخلاف الحدث فانه لا بلوى فى القليل منه والكثير . ثم ان الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يكتفون بالاستنجاء بالاحجار وقلما يتطيبون بالماء والاستنجاء بالحجر لا يزيل النجاسة حتى لو جلس بعده فى الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على ان القليل من النجاسة عفو ولهذا قدرنا بالدرهم على سبيل الكناية عن موضع خروج الحدث هكذا قال النخعى رحمه الله تعالى واستقبحوا ذكر المقاعد فى مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم . وكان النخعى يقول اذا بلغ مقدار الدرهم منع جواز الصلاة . وكان الشعبي يقول لا يمنع حتى يكون أكثر من قدر الدرهم وأخذنا بهذا لانه أوسع ولانه قد كان فى الصحابة رضوان الله عليهم من هو مبطون ولوث المبطون أكثر ومع هذا كانوا يكتفون بالاستنجاء بالاحجار والدرهم أكبر ما يكون من النقد المعروف فأما المنقطع من النقود كالسهليلى وغيره فقد قيل انه يعتبر به وهو ضعيف والتقدير بالدرهم فيما اتفقوا على نجاسته كالخمر والبول وخرء الدجاج وفى الخرء اذا كان أكثر من وزن مثقال ولا عرض له يمنع جواز الصلاة أيضاً . فأما الروث والسرقين فنقول روث ما لا يؤكل لحمه وما يؤكل سواء وهو نجس عندنا . وقال مالك رحمه الله روث ما يؤكل لحمه طاهر لما روى أن الشبان من الصحابة فى منازلهم فى

السفر كانوا يترامون بالجلة فلو كانت نجسة لم يمسوها وقال لانه وقود أهل المدينة يستعملونه استعمال الحطب (ولنا) ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب من ابن مسعود أحجاراً للاستنجاء ليلة الجن فأتاه بحجرين وروثة فأخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال انها ركس أي نجس. وقيل لمحمد رحمه الله لم قلت بطهارة بول مايؤكل لحمه ولم تقل بطهارة روثه قال لما قلت بطهارته أجزت شربه فلو قلت بطهارة روثه لأجزت أكله وأحد لا يقول بهذا * ثم التقدير فيه عند أبي حنيفة رحمه الله بالدرهم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بالكثير الفاحش وقال زفر في روث مايؤكل لحمه مالم يكن كثيراً فاحشاً لم يمنع وفي روث ما لا يؤكل لحمه الجواب ما قال أبو حنيفة رحمه الله واعتبر الروث بالبول فقال فى بول مايؤكل لحمه التقدير بالكثير الفاحش لكونه مختلفاً في نجاسته فكذلك في روثه وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا في الارواث بلوى وضرورة خصوصاً لسائر الدواب وللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة فكان التقدير فيه بالكثير الفاحش وأبو حنيفة رحمه الله يقول الروث منصوص على نجاسته كما روينا في حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فتتغلظ نجاسته ولا يعفى عنه أكثر من قدر الدرهم كالخمر والبلوى لا تعتبر فى موضع النص فان البلوي للآدمى فى بوله أكثر وكذا فى بول الحمار فانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى عنه أكثر من قدر الدرهم لانه منصوص على نجاسته * وروى عن محمد رحمه الله تعالى قال فى الروث وان كان كثيراً فاحشا لا يمنع جواز الصلاة وهذا آخر أقاويله حين كان بالري وكان الخليفة بها فرأى الطرق والخانات مملوءة من الارواث وللناس فيه بلوى عظيمة فاختار هذا القول لهذا * قال ﴿ وأدنى ما ينبغي أن يكون بين البئر والبالوعة خمسة أذرع فى رواية أبي سليمان والنوادر والأمالى ﴾ وفى رواية أبى حفص سبعة أذرع * والحاصل انه ليس فيه تقدير لازم بشئ انما الشرط أن لا يخلص من البالوعة والبئر شئ وذلك يختلف باختلاف الاراضي في الصلابة والرخاوة ألا ترى أنه قال فان كان بينهما خمسة أذرع فوجد في الماء ريح البول أو طعمه فلا خير فيه وان لم يوجد شئ من ذلك فلا بأس به وان كان بينهما أقل من خمسة أذرع فعرفنا أن المعتبر هو الخلوص ﴿ ولا بأس بأن يغتسل الرجل والمرأة من اناء واحد ﴾ لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها وقد رويناه فاذا جاز أن يفعلا معا فكذلك أحدهما بعد الآخر. جاء فى الحديث أن بعض أزواج النبي صلى الله عليه

وسلم اغتسلت من اناء فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتوضأ منه فقالت انى كنت جنبا فقال عليه الصلاة والسلام الماء لا يجنب والذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يتوضأ الرجل بفضل وضوء المرأة والمرأة بفضل وضوء الرجل شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون حجة ﴿ واذا نسى المضمضة والاستنشاق فى الجنابة حتى صلى لم يجزه ﴾ وهو عندنا فان المضمضة والاستنشاق فرضان فى الجنابة سنتان فى الوضوء . وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه سنتان فيهما وقال أهل الحديث فرضان فيهما ومنهم من أوجب الاستنشاق دون المضمضة واستدلوا بمواظبة رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فى الوضوء ولكنا نقول كان يواظب في العبادات على مافيه تحصيل الكمال كما يواظب على الاركان وفي كتاب الله تعالى أمر بتطهير أعضاء مخصوصة والزيادة على النص لا تجوز الا بما يثبت به النسخ وعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم الاعرابى الوضوء ولم يذكرهما فيه . والشافعى رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والاطهار امرار الطهور على الظواهر من البدن والفم فى حكم الباطن بدليل أن الصائم اذا ابتلع بزاقه لم يضره وبدليل الوضوء فالفم والانف موضعهما الوجه والغسل فرض فيهما . وبدليل غسل الميت فانه ليس فيه مضمضة ولا استنشاق وإمامنا في المسئلة ابن عباس رضى الله عنهما فانه قال هما فرضان فى الجنابة سنتان في الوضوء وقال صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة ألا فبلوا الشعر وأنقوا البشرة وفى الفم بشرة . قال ابن الاعرابى البشرة الجلدة التى تقى اللحم من الأذى وقال صلى الله عليه وسلم من ترك موضع شعرة فى الجنابة عذبه الله بالنار كذا قال على رضى الله تعالى عنه فمن ثم عاديت شعرى وفي الانف شعرات والمعنى ان للفم حكمين حكم الظاهر من وجه حتى اذا أخذ الصائم الماء بفيه لم يضره وحكم الباطن من وجه كما قال ففيما يعم جميع الظاهر ألحقناه بالظاهر وفيما يخص بعضه ألحقناه بالباطن لأنه لما جعل بعض ما هو ظاهر من كل وجه عفوا فما هو باطن من وجه أولى ولأن الجنابة تحل الفم والأنف بدليل أن الجنب ممنوع عن قراءة القرآن والحدث لا يحلهما بدليل أن المحدث لا يمنع من قراءة القرآن وفي غسل الميت سقوط المضمضة والاستنشاق للتعذر لأنه لا يمكنه كبه حتى يخرج الماء من فيه وبدونه يكون سقيا لا مضمضة . اذا ثبت هذا فنقول فى كل موضع ترك شيئاً من الفرائض لم يصح شروعه فى الصلاة حتى اذا قهقه لا يلزمه اعادة الوضوء

لانه لم يصادف حرمة الصلاة فى كل موضع ترك شيئا من المسنون صح شروعه في الصلاة فاذا قهقه فعليه اعادة الوضوء وإن كان متنفلا فعليه اعادة الصلاة وإن مسح رأسه بماء أخذه من لحيته لم يجزه لانه مسح بالماء المستعمل فان الماء إذا فارق عضوه يصير مستعملا وذلك مروى عن علىّ وابن عباس رضي الله تعالى عنهما والذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الماء من لحيته واستعمله فى لمعةرآها تأويله في الجنابة وجميع البدن في الجنابة كعضو واحد وإن كان فى كفه بلل فمسحه به أجزأه لان الماء الذى بقى فى كفه غير مستعمل فهو كالباقي فى انائه وقال الحاكم وهذا اذا لم يكن استعمله في شئ من أعضائه وهو غلط منه فانه اذا استعمله فى شيء من المغسولات لم يضره لان فرض الغسل تأدى بما جرى على عضوه لابالبلة الباقية فى كفه الا أن يكون استعمله فى المسح بالخف وحينئذ الامر على ما قاله الحاكم لان فرض المسح يتأدى بالبلة *قال ولا يجزئ مسح الرأس بأصبع ولا باصبعين ويجزئه بثلاثة أصابع *والكلام هنا في فصول .. أحدها في قدر المفروض من مسح الرأس ففى الاصل ذكر قدر ثلاثة أصابع وفى موضع الناصية وفى موضع ربع الرأس وقال الشافعي رحمه الله أدنى مايتناوله الاسم ولو ثلاث شعرات * وقال مالك رحمه الله تعالى المفروض مسح جميع الرأس. وقال الحسن رحمه الله تعالى أكثر الرأس. واستدل مالك بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه مسح رأسه بيديه كلتيهما أقبل بهما وأدبر . وبه استدل الحسن رضي الله تعالى عنه الا أنه قال الاكثر يقوم مقام الكل وقد بينا أن فعله صلى الله عليه وسلم لايدل على الركنية فقد يكون ذلك لاكمال الفريضة واعتبر الممسوح بالمغسول وهو فاسد فان المسح بنى على التخفيف وفى كتاب الله تعالى ما يدل على التبعيض فى المسح وهو حرف الباء فى قوله تعالى وامسحوا برؤسكم فهو اشارة الى البعض كما يقال كتبت بالقلم وضربت بالسيف أى بطرف منه. ولهذا قال الشافعي يتأدى بادنى ما يتناوله الاسم ولكنا نقول من مسح ثلاث شعرات لايقال انه مسح برأسه عادة وفي الآية ما يدل على البعض وهو مجمل في مقدار ذلك البعض بيانه في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كما رواه المغيرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ فحسر العمامة عن رأسه ومسح على ناصيته وذلك الربع فان الرأس ناصية وقذال وفودان ولان الربع بمنزلة الكمال فان من رأى وجه انسان يستجيز له أن يقول رأيت فلانا وانما رأى احد

جوانبه الاربعة . اذا عرفنا هذا فنقول ذكر فى نوادر ابن رستم أنه اذا وضع ثلاثة أصابع ولم يمرها جاز فى قول محمد رحمه الله تعالى فى الرأس والخف ولم يجز فى قول أبى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى حتى يمرها بقدر ما تصيب البلة مقدار ربع الرأس فهما اعتبرا الممسوح عليه ومحمد رحمه الله تعالى اعتبر الممسوح به وهو عشرة أصابع وربعها أصبعان ونصف الا أن الاصبع الواحد لا يتجزأ فجعل المفروض ثلاثة اصابع لهذا وإن مسح بأصبع أو باصبعين لم يجزه عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى يجوز اذا مسح به مقدار ربع الرأس قال لان المعتبر اصابة البلة دون الاصابع حتى لو أصاب رأسه ماء المطر أجزأه عن المسح ﴿ ولنا ﴾ أنه كما وضع الأصابع صار مستعملا فلا يجوز إقامة الفرض به بالامرار فان قيل اذا وضع ثلاثة أصابع ومسح بها جميع رأسه جاز وكما لا يجوز اقامة الفرض بالماء المستعمل فكذلك اقامة السنة بالممسوح . قلنا الرأس تفارق المغسولات في المفروض دون المسنون ألا ترى أن فى المسنون يستوعب الحكم جميع الرأس كما في المغسولات فكما أن فى المغسولات الماء فى العضو لا يصير مستعملا فكذلك في حكم اقامة السنة في الممسوح الى هذا الطريق يشير محمد رحمه الله تعالى حتى قال فى نوادر ابن رستم لو اعاد الاصبع الى الماء ثلاث مرات يجوز وهكذا قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى لو مسح بأصبعه بجوانبه الاربعة يجوز والاصح عندي أنه لا يجوز وأن الطريقة غير هذا فقد ذكر في التيمم أنه إذا مسح بأصبع أو باصبعين لا يجوز فالاستيعاب هناك فرض وليس هناك شئ يصير مستعملا ولكن الوجه الصحيح أن المفروض هو المسح باليد فأكثر الاصابع يقوم مقام الكل فاذا استعمل في مسح الرأس أو الخف أو التيمم ثلاثة أصابع كان كالماسح بجميع يده فيجوز والا فلا وان كان شعره طويلا فمسح ماتحت أذنيه لم يجزه وإن مسح ما فوقهما أجزأه لان المسح على الشعر بمنزلة المسح على البشرة التى تحته وما تحت الأذنين عنق وما فوقهما رأس والافضل أن يمسح ما أقبل من أذنيه وما أدبر مع الرأس وان غسل ما أقبل منهما مع الوجه جاز لان في الغسل مسحا وزيادة ولكن الاول أفضل لان الاذنين من الرأس والفرض فى الرأس المسح بالنص وانما قلنا انهما من الرأس لانهما على الرأس واعتبرا بآذان الكلاب والسنانير والفيل ومن فغرفاه فيزول عظم اللاحيين عن عظم الرأس وتبقى الاذن مع الرأس وعلى هذا قلنا لا يأخذ لأذنيه ماءً جديداً . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يأخذ لأذنيه ماءً

جديدا . واستدل بما روى أبو أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ وأخذ لأذنيه ماءً جديداً وقال لان الأذن مع الرأس كالفم والانف مع الوجه ثم يأخذ للمضمضة والاستنشاق ماءً جديداً سوى ما يقيم به فرض غسل الوجه فهذا مثله ﴿ولنا﴾ حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح برأسه وأذنيه بماء واحد وقال الاذنان من الرأس . فاما أن يكون المراد بيان الحقيقة وهو مشاهد لا يحتاج فيه الى بيانه أو يكون المراد أنهما ممسوحان كالرأس وهذا بعيد فاتفاق العضوين في الفرض لا يوجب اضافة أحدهما الى الآخر فعرفنا ان المراد أنهما ممسوحان بالماء الذى مسح به الرأس وتأويل ما رواه أنه لم يبق في كفه بلة فلهذا أخذ فى أذنيه ماء جديداً . وذكر الحاكم رحمه الله في المنتقى اذا أخذ غرفة من الماء فتمضمض بها وغسل وجهه أجزأه وبعد التسليم قلنا المضمضة والاستنشاق مقدمان على غسل الوجه فاذا أقامهما بماء واحد كان المفروض تبعا للمسنون وذلك لا يجوز وهاهنا اذا أقامهما بماء واحد يكون المسنون تبعا للمفروض وذلك مستقيم * قال (وان مسح أذنيه دون رأسه لم يجزه) لانه ترك المفروض والمسنون لا يقوم مقام المفروض ﴿فان قيل﴾ لكم أين ذهب قولكم الاذنان من الرأس ﴿قلنا﴾ هما من الرأس وليسا برأس كالثمار من الشجرة وليست بشجرة والواحد من العشرة وليس بعشرة والفقه فيه أن فرض المسح بالرأس ثابت بالنص وكون الأذن من الرأس ثابت بخبر الواحد فلا يتأدى به ما يثبت بالنص كمن استقبل الحطيم بالصلاة فلا تجزئه وان كان الحطيم من البيت لأن فرضية استقبال الكعبة ثابت بالنص وكون الحطيم من البيت ثابت بخبر الواحد فلا يتأدى به ما ثبت بالنص (ومن توضأ ومسح رأسه ثم جز شعره أو نتف ابطيه أو قلم أظفاره أو أخذ من شاربه لم يكن عليه أن يمس شيئاً من ذلك الماء ولا أن يجدد وضوءه) وكان ابن جرير رحمه الله تعالى يقول عليه أن يتوضأ وكان ابراهيم رحمه الله تعالى يقول يجب عليه امرار الماء على ذلك الموضع وهو فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا وضوء الا من حدث وفعله هذا تطهير فكيف يكون حدثا واليه أشار على رضى الله تعالى عنه لما سئل عن هذا فقال ماازداد الا طهرا ونظافة * قال (ثم المسح على الشعر مثل المسح على البشرة التى تحته) لا أنه بدل عنه بدليل أن الاصبع اذا مسح على الشعر جاز ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على الاصل فكان جز الشعر بعد المسح كتقشير

الجلد عن العضو المغسول بعد الغسل فكما لا يلزمه امرار الماء ثمة فكذلك هنا بخلاف الماسح علي الخفين اذا نزعهما فان المسح لم يكن بمنزلة الغسل ولكن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث الى القدم بدليل أنه لوكان رجله باديا وقت الحدث لم يجزه المسح فبخلع الخف يسرى الحدث الى القدم * قال(وكذلك ان مس ذكره بعد الوضوء فلاوضوء عليه وهذا عندنا) وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا مس بباطن كفه من غير حائل فعليه الوضوء والرجل والمرأة فى مس الفرج سواء عنده لحديث بسرة بنت صفوان رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس ذكره فليتوضأ . وسئلت عائشة رضى الله تعالى عنها عن امرأة مست فرجها فقالت إن كانت ترى ماءً هنالك فلتتوضأ ولان مس الذكر سبب لاستطلاق وكاء المذى فيجعل به كالمذى كما أن التقاء الختانين لما كان سببا لاستطلاق وكاء المني جعل به كالمني وإقامة السبب الظاهر مقام المعنى الخفيّ أصل فى الشرع ﴿ولنا﴾ حديث قيس بن طلق عن أبيه طلق بن عليّ أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن مس ذكره هل عليه أن يتوضأ فقال لا هل هو الا بضعة منك أو قال جذوة منك . وعن جماعة من الصحابة منهم عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم مثل قولنا حتي قال بعضهم ان كان شيءٌ منك نجساً فاقطعه (وقال) بعضهم ما أبالى أمسسته أم أنفي وهو المعنى فانه عضو من أعضائه فاما أن يكون طاهراً أو نجسا وليس فى مس شئ من الطاهرات ولا من النجاسات وضوء ولو مس ما يخرج منه لم ينتقض به وضوءه واقامة السبب الظاهر مقام المعنى الخفيّ عند تعذر الوقوف على الخفيّ وذلك غير موجود هنا فان المذي يرى ويشاهد وهو فاسد على أصله فان من مس ذكر غيره عنده يجب الوضوء على الماس دون الممسوس ذكره واستطلاق وكاء المذى هنا ينبغي فى حق الممسوس ذكره وحديث بسرة لا يكاد يصح فقد قال يحي بن معين ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها هذا وما بال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقل هذا بين يدي كبار الصحابة حتي لم ينقله أحد منهم وإنما قاله بين يدى بسرة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أشدّ حياءً من العذراء في خدرها ولو ثبت فتأويله من بال فجعل مس الذكر كناية عن البول لأن من يبول يمس ذكره عادة كقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط هو المطمئن من الارض كنى به عن الحدث لانه يكون فى

مثل هذه المواضع عادة أو المراد بالوضوء غسل اليد استحبابا كما فى قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والمراد منه غسل اليد (قال) وكذلك اذا نظر الى فرج امرأة لقول ابن عباس رضى الله عنهما الوضوء مما خرج وبمجرد النظر لا يخرج منه شئ فهو والتفكر سواء * قال (وفى المنى الغسل) لقوله صلى الله عليه وسلم انما الماء من الماء يعنى الاغتسال من المنى ومراده اذا خرج على وجه الدفق والشهوة فان خرج لا على هذه الصفة لحمله شيئا ثقيلا أو سقوطه على ظهره يلزمه الاغتسال عند الشافعى رحمه الله تعالى لعموم الحديث ولا يلزمه عندنا لان خروجه بصفة خروج المذى فحكمه حكم المذي في ايجاب الوضوء . ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى مفارقة المنىّ عن مكانه على وجه الشهوة والدفق وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى المعتبر ظهوره . بيانه فى فصلين . أحدهما أن من احتلم فأمسك ذكره حتي سكنت شهوته ثم سال منه المنىّ فعليه الغسل عندهما ولا غسل عليه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى . والثانى أن المجامع اذا اغتسل قبل أن يبول ثم سال منه بقية المنىّ فعليه الاغتسال عندهما ثانيا وليس عليه ذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى * قال (وفى المذى الوضوء) لحديث علىّ رضى الله تعالى عنه قال كنت فحلا مذاء فاستحييت أن أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان ابنته تحتى فأمرت المقداد بن الاسود حتى سأله فقال كل فحل يمذي وفيه الوضوء (وكذلك الودى) فانه الغليظ من البول فهو كالرقيق منه * ثم فسر هذه المياه فقال (المنى خاثر أبيض ينكسر منه الذكر) وذكر الشافعى رضي الله تعالى عنه في كتابه أن له رائحة الطلع (والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله والودي رقيق يخرج منه بعد البول) وتفسير هذه المياه مروىّ عن عائشة رضي الله تعالى عنها بهذه الصفة * قال (ولا يجب الوضوء من القبلة ومس المرأة بشهوة أو غير شهوة) وهو قول علىّ وابن عباس رضي الله تعالى عنهم وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجب الوضوء من ذلك وهو قول عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما وهو اختلاف معتبر فى الصدر الاول حتى قيل ينبغي لمن يؤم الناس أن يحتاط فيه وقال مالك رحمه الله ان كان عن شهوة يجب والا فلا فالشافعىّ رحمه الله استدل بقوله تعالى أو لامستم النساء وحقيقة المس باليد قال الله تعالى فلمسوه بأيديهم ولا يعارض القراءة ألا ترى قوله أو لامستم فأ كثر ما فى الباب أن يثبت أن المراد بتلك القراءة الجماع

فيعمل بهما جميعا والمعنى ما ذكرنا أن التقبيل والمس سبب لاستطلاق وكاء المذى فيقام مقام خروج المذي حقيقة فى ايجاب الوضوء أخذاً بالاحتياط فى باب العبادة كما فعله أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى المباشرة الفاحشة ﴿ ولنا ﴾ حديث عائشة وأم سلمة رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل بعض نسائه ثم صلى ولم يتوضأ وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه انصرف يوما من صلاته فلما فرغ الناس رأوه يصلى في آخر الصفوف فقال انى توضأت فمرت بى جاريتي رومية فقبلتها فلما افتتحت الصلاة وجدت مذيا فقلت أمضى فى صلاتى حياءً منكم ثم قلت لأن أراقب الله تعالى خيرلى من أن أراقبكم فانصرفت وتوضأت فهذا دليل رجوع عمر رضى تعالي الله عنه لانه افتتح الصلاة بعد التقبيل حتى اذا أحس بالمذي انصرف وتوضأ ولان عين المس ليس بحدث بدليل مس ذوات المحارم فبقى الحدث ما يخرج عند المس وذلك ظاهر يوقف عليه فلا حاجة الى اقامة السبب الظاهر مقامه . وأما الآية فقد قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما المراد بالمس الجماع الا أن الله تعالى حيي يكنى بالحسن عن القبيح كما كنى بالمس عن الجماع وهو نظير قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن والمراد الجماع وهذا لانه لو حمل على الجماع كان ذكراً للحدث الكبرى بعد ذكر الحدث الصغرى بقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط فأما اذا حمل على المس باليد كان تكرارا محضاً * قال (فان باشرها وليس بينهما ثوب فانتشر لها فعليه الوضوء) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى استحسانا وقال محمد رحمه الله تعالى لا وضوء عليه وهو القياس لقول ابن عباس رضى الله عنهما الوضوء مما خرج وقد تيقن أنه لم يخرج منه شئ فهو كالتقبيل ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أن الغالب من حال من بلغ فى المباشرة هذا المبلغ خروج المذي منه حقيقة فيجعل كالمذى بناء للحكم على الغالب دون النادر كمن نام مضطجعا انتقض وضوءه وان تيقن بأنه لم يخرج منه شئ وكذلك من عدم الماء فى المصر لا يجزئه التيمم بناء على الغالب أن الماء فى المصر لا يعدم * وفسر الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى المباشرة الفاحشة بأن يعانقها وهما متجردان ويمس ظاهرُ فرجه ظاهرَ فرجها * قال (واذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل) وهو قول المهاجرين عمر وعليّ وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم فأما الانصار كأبى سعيد وحذيفة وزيد بن ثابت الانصاريّ رضى الله تعالى عنهم قالوا

لا يجب الاغتسال بالإكسال ما لم ينزل وبه أخذ سليمان الاعمش رضى الله تعالى عنه لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم انما الماء من الماء ﴿ولنا﴾ حديث شاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا التقى الختانان وجب الغسل أنزل أو لم ينزل (٢) وهو قول المهاجرين عمر وعلي وابن مسعود والاصح أن عمر رضى الله تعالى عنه لم يسوغ للانصار هذا الاجتهاد حتى قال لزيد أي عدوّ نفسك ما هذه الفتوى التي تقشعت عنك فقال سمعت عمومتي من الانصار يقلن ذلك فجمعهن عمر وسألهن فقلن كنا نفعل ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نغتسل فقال عمر أو كان يعلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن لا فقال ليس بشئ وبعث الى عائشة رضى الله تعالى عنها فسألها فقالت فعلت ذلك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا فقال عمر رضى الله تعالى عنه لزيد لئن عدت الى هذا لأذيتك والمعنى أن هذا الفعل سبب لاستطلاق وكاء المنيّ عادة فقام مقام خروج المني احتياطا لانه مغيب عن بصره فربما لم يقف عليه ما خرج لقلته فالموضع موضع الاحتياط من هذا الوجه * قال (ولا يجب الغسل بالجماع فيما دون الفرج ما لم ينزل) لان ما دون الفرج ليس نظير الفرج فى استطلاق وكاء المني بمسه . والدليل عليه حكم الحدّ واليه أشار عليّ رضى الله تعالى عنه فى الاكسال فقال يوجب فيه الحدّ ولا يوجب فيه صاعا من ماء * قال (ومن احتلم ولم ير شيئاً فلا غسل عليه) لانه تفكر فى النوم فهو كالتفكر فى اليقظة اذا لم يتصل به الانزال (قال) فان علم أنه لم يحتلم ولكنه استيقظ فوجد على فخذه أو فراشه مذيا فعليه الغسل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى احتياطا (وقال) أبو يوسف لا غسل عليه لانه بات طاهراً بيقين فلا يصبح جنبا بالشك وخروج المذى يوجب الوضوء دون الاغتسال . وحجتهما فى ذلك ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أصبح فوجد ماء ولم يتذكر شيئاً فليغتسل ومن احتلم ثم اصبح على جفاف فلا غسل عليه ولسنا نوجب الاغتسال بخروج المذى إنما نوجبه بخروج المنى ولكن من طبع المنى أن يرق باصابة الهواء فالظاهر أن هذا الخارج كان منيا قد رق قبل أن يستيقظ ومراد محمد رحمه الله تعالى من قوله فوجد مذيا ما يكون صورته صورة المذى لا حقيقة المذى . ثم ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة ومسئلة المباشرة الفاحشة ومسئلة الفأرة المنتفخة أخذ بالاحتياط وأبو يوسف رحمه الله تعالى وافقه فى الاحتياط فى مسألة المباشرة

لوجود فعل من جهته هو سبب خروج المذى وخالفه في الفصلين الآخرين لانعدام الفعل منه ومحمد رحمه الله وافقه فى الاحتياط فى مسئلة النائم لانه غافل عن نفسه فلا يحس بما يخرج منه فكان الموضع موضع الاحتياط بخلاف الفصلين الآخرين فان المباشر ليس بغافل عن نفسه فيحس بما يخرج منه * قال (والمرأة كالرجل فى الاحتلام) لحديث أم سليم حين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى فى منامها مثل ما يرى الرجل فقال ان كان منها مثل ما يكون من الرجل فلتغتسل وروى عن محمد رحمه الله تعالى أن المرأة اذا تذكرت الاحتلام والتلذذ ولم تر شيئاً فعليها الغسل لان منيها يتدفق فى رحمها فلا يظهر وهو ضعيف فان وجوب الغسل متعلق بخروج المنى والمني يخرج منها عند المواقعة كما يخرج من الرجل * قال (واذا احتامت المرأة ثم أدركها الحيض فان شاءت اغتسلت وان شاءت أخرت حتى تطهر من الحيض) لان الاغتسال للتطهير حتى تتمكن به من أداء الصلاة وهذا لا يتحقق من الحائض قبل انقطاع الدم وان شاءت اغتسلت لان استعمال الماء يعين على درور الدم (وكان مالك) رحمه الله تعالى يقول عليها أن تغتسل بناء على أصله أن الجنب ممنوع عن قراءة القرآن والحائض لا تمنع * قال (واذا عرق الجنب أو الحائض فى ثوب لم يضره) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمر الحائض من نسائه بالاتزار ثم كان يعانقها طول الليل والحر حر الحجاز فكانا يعرقان لامحالة ولم يتحرز رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرقها ولانه ليس على بدن الانسان الجنب والحائض نجاسة عينية فهو وأعضاء المحدث سواء * قال (واذا وقعت الجيفة أو النجاسة فى الحوض فان كان صغيراً فهو قياس الاوانى والجباب يتنجس والاصل فيه الحديث يغسل الاناء من ولوغ الكلب سبعا وان كان الحوض كبيراً فهو قياس البحر لا يتنجس) لقوله صلى الله عليه وسلم فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته . والفصل بين الصغير والكبير يعرف بالخلوص فاذا كان بحال لو ألقى فيه الصبغ يظهر أثره فى الجانب الآخر فهو صغير لانا علمنا أن النجاسة تخلص الى الجانب الآخر كما خاص اللون هكذا حكى عن الشيخ الامام أبى حفص الكبير رحمه الله تعالى والمذهب الظاهر فى تفسير الخلوص أنه اذا كان بحال لو حرك جانب منه يتحرك الجانب الآخر فهو صغير وان كان لا يتحرك الجانب الآخر فهو كبير . وصفة التحريك المروى فيه عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه اعتبر تحريك المتوضئ وأبو يوسف رحمه الله اعتبر تحريك

المنغمس فرواية أبي حنيفة أوسع ثم قال بعض مشايخنا فى الحوض الكبير انه لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه لانه كالماء الجارى والاصح أن الموضع الذي وقع فيه النجاسة يتنجس واليه أشار فى الكتاب وقال لا بأس بأن يتوضأ من ناحية أخرى ومعناه أنه يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضأ لان النجاسة لا تخلص الى ما وراء ذلك هو مفسر فى الاملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وعلى هذا قالوا من استنجى فى موضع من حوض لا يجزئه أن يتوضأ من ذلك الموضع قبل تحريك الماء وأما التقدير بالمساحة فقد قال أبو عصمة كان محمد رحمه الله تعالى يقدر في ذلك عشرة فى عشرة ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال لا أقدر فيه شيئا والمشهور عن محمد رحمه الله أنه لما سئل عن هذا فقال ان كان مثل مسجدى هذا فهو كبير فلما قام مسحوا مسجده فروي انه كان ثمانيا فى ثمان وروى أنه اثنا عشر فى اثني عشر فكان من روي ثمانيا في ثمان مسح المسجد من داخل ومن روى اثني عشر مسحه من خارج ولا عبرة بعمق الماء حتى قالوا اذا كان بحيث لا ينحسر بالاغتراف فهذا القدر يكفى . هذا كله في بيان مذهبنا (وقال الشافعى) اذا كان الماء بقدر القلتين لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه حتى يتغير أحد أوصافه والقلة اسم لجرّة تحمل من اليمن تسع فيها قربتين وشيئا فالقلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا فيكون جملته مائتين وخمسين منا . واستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا (قلنا) هذا ضعيف فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه بلغنى باسناد لم يحضرنى من ذكره اذا بلغ الماء قلتين الحديث ومثل هذا دون المرسل ثم قيل معناه ليس لهذا القدر من القوة ما يحتمل النجاسة فيتنجس به كما يقال مال فلان لا يحتمل السرف لقلته . وقد تكلم الناس فى القُلة فقيل انها القامة وقيل انه رأس الجبل فيكون معناه اذا بلغ ماء الوادى قامتين أو رأس الجبلين ومثل هذا يكون معناه بحراً وبه نقول (وكان) مالك رحمه الله تعالى يقول القليل والكثير سواء لا يتنجس الا بتغير أحد أوصافه وقد بينا مذهبه * قال (ويتوضأ الرجل من الحوض الذى يخاف أن يكون فيه قذر ولا يستيقنه قبل أن يسأل عنه) لان الاصل فى الماء الطهارة فعليه التمسك به حتى يتبين له غيره وخوفه بناء على الظن والظن لا يغني من الحق شيئا وليس عليه أن يسأل عنه لان السؤال للحاجة عند عدم الدليل وأصل الطهارة دليل مطلق له الاستعمال فلا حاجة الى السؤال ألا ترى أن ابن عمر رضي

الله عنه أنكر على عمرو بن العاص سواله بقوله ياصاحب الحوض لا تخبرنا وكذلك ان أنتن من غير أن يكون فيه جيفة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى على بئر رومة فوجد ماءها منتنا فأخذه بفيه ثم مجه فى البئر فعاد الماء طيباً ولان تغير اللون قد يكون بوقوع الطاهر كالاوراق وغيرها وتغير الرائحة يكون بطول المكث كما قيل الماء اذا سكن منتنه تحرك نتنه واذا طال مكثه ظهر خبثه فلا يزول أصل الطهارة بهذا المحتمل فلهذا لا ندع التوضؤ به * قال (واذا نسى المتوضئ مسح رأسه فأصابه ماء المطر مقدار ثلاثة أصابع فمسحه بيده أو لم يمسحه أجزأه عن مسح الرأس) وكذلك الجنب اذا وقف فى المطر الشديد حتى غسله وقد أنقى فرجه وتمضمض واستنشق وكذلك المحدث اذا جرى الماء على أعضاء وضوئه لان الماء مطهر بنفسه قال الله تعالى وأنزلنا من السماء ماءً طهوراً والطهور الطاهر فى نفسه المطهر لغيره فلا يتوقف حصول التطهر به على فعل يكون منه كالنار فانه لا يتوقف حصول الاحتراق بها على فعل يكون من العبد واذا ثبت هذا في المغسول ثبت فى الممسوح بطريق الاولى لانه دون المغسول والمعتبر فيه اصابة البلة وعلى هذا الاصل قلنا بجواز الوضوء والغسل من الجنابة بدون النية «وقال» الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ولكل امرئ مانوى ولانها طهارة هى عبادة فلا تتأدى بدون النية كالتيمم وهذا لان معنى العبادة لا يتحقق الا بقصد وعزيمة من العبد بخلاف غسل النجاسة فان ليس بعبادة «ولنا» آية الوضوء ففيها تنصيص على الغسل والمسح وذلك يتحقق بدون النية فاشتراط النية يكون زيادة على النص اذ ليس في اللفظ المنصوص مايدل على النية والزيادة لا تثبت بخبر الواحد ولا بالقياس بخلاف التيمم فانه عبارة عن القصد لغة قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ففى اللفظ ما يدل على اشتراط النية فيه ولانها طهارة بالماء فكانت كغسل النجاسة وتأثير ما قلنا ان الماء مطهر فى نفسه والحدث الحكمى دون النجاسة العينية فاذا عمل الماء فى ازالة النجاسة العينية بدون النية ففى ازالة الحدث الحكمى أولى ونحن نسلم ان الوضوء بغير نية لا يكون عبادة ولكن معنى العبادة فيها تبع غير مقصود انما المقصود ازالة الحدث وزوال الحدث يحصل باستعمال الماء فوجد شرط جواز الصلاة وهو القيام اليها طاهراً بين يدي الله تعالى فيجوز كما لو لم يكن محدثا فى الابتداء وبه نجيب عن استدلاله بالحديث فان المراد أن ثواب العمل بحسب النية وبه نقول وعن التيمم فان التراب غير مزيل

للحدث

للحدث أصلا ولهذا لو أبصر المتيم الماء كان محدثا بالحدث السابق فلم يبق فيه الا معنى التعبد وذلك لا يحصل بدون النية . يوضح الفرق أن النية تقترن بالفعل ولا بد من الفعل فى التيمم حتى اذا أصاب الغبار وجهه وذراعيه لا يجزئه عن التيمم. وفى الوضوء والاغتسال لا معتبر بالفعل حتى اذا سال ماء المطر على أعضائه زال به الحدث فكذلك بدون النية * قال (ولا بأس بالتمسح بالمنديل بعد الوضوء والغسل) لحديث قيس بن سعد رضى الله تعالى عنه قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم شديد الحر فوضعنا له ماء فاغتسل والتحف بملحفة ورسية حتى أثر الورس فى عكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لا بأس بأن يلبس ثيابه فان من اغتسل فى ليلة باردة لا يأمره أحد بالمكث عريانا حتى يجف فلعله يموت قبله ولا فرق بين التمسح بثيابه أو بمنديل ولان المستعمل ما زايل العضو فأما البلة الباقية غير مستعملة حتى لو جف كان طاهراً فلا بأس بأن يمسح ذلك بالمنديل * قال (ولا بأس للجنب أن ينام أو يعاود أهله قبل أن يتوضأ) لحديث الاسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصيب من أهله ثم ينام من غير أن يمس ماء فاذا انتبه ربما عاود وربما قام فاغتسل وفى حديث أنس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه فى ليلة بغسل واحد فكنا نتحدث بذلك فيما بيننا ونقول ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى قوة أربعين رجلا * قال (وان توضأ قبل أن ينام فهو أفضل) لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أصاب من أهله فتوضأ ثم نام وهذا لان الاغتسال والوضوء محتاج اليه للصلاة لا للنوم والمعاودة الا أنه اذا توضأ ازداد نظافة فكان أفضل (فان أراد أن يأكل فالمستحب له أن يغسل يديه ويتمضمض ثم يأكل) لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الجنب أيأكل ويشرب قال نعم اذا توضأ والمراد غسل اليد لأن يده لا تخلو عن نجاسة عادة فالمستحب ازالتها بالماء وكذلك لو لم يتوضأ حتى شرب كان من وجه شاربا للماء المستعمل فان ترك ذلك لم يضره لأن طهارة يده أصل وفى النجاسة شك * قال (وان كانت الجبائر فى موضع من مواضع الوضوء مسح عليها) والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم شج وجهه يوم أحد فداواه بعظم بال وعصب عليه فكان يمسح على العصابة ولما كسرت احدى زندى علىّ رضى الله تعالى عنه يوم حنين حتى سقط اللواء من يده قال النبي صلى الله عليه وسلم اجعلوها في يساره

فانه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقال ماذا أصنع بجبائري فقال امسح عليها *والحاصل أنه اذا كان لايضره الغسل بنوع من الماء حار أو بارد فعليه أن يغسله وان كان بحيث يضره المسح على الجبائر لم يمسح عليه لأن الغسل أقوى من المسح ولما سقط الغسل عن هذا الموضع لخوف الضرر فكذلك المسح وان كان لا يضره المسح مسح عليها لان الطاعة بحسب الطاقة فان ترك المسح وهو لا يضره قال في الاصل لم يجزه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير رواية الاصول عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزئه وقيل هو قوله الاول ثم رجع عنه الى قولهما. وجه قولهما أنه لو ترك الغسل وهو لا يضره لم يجزه فكذلك المسح اعتباراً للبدل بالاصل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال لو ألزمناه المسح كان بدلا عن الغسل ونصب الابدال بالآحاد من الاخبار لا يجوز ثم وجوب البدل في موضع كان يجب الاصل وهاهنا لو كان هذا الموضع باديا لم يجب غسله فكذلك لا يجب المسح على الجبيرة بدلا عنه وبه فارق الخف * قال ﴿ وان مسح على الجبائر ثم دخل في الصلاة ثم سقطت الجبائر عنه مضى على صلاته ﴾ وهذا اذا كان سقوطها عن غير برء فان كان عن برء فعليه غسل ذلك الموضع واستقبال الصلاة لزوال العذر فأما اذا سقط عن غير برء فالمسح على الجبائر كالغسل لما تحته ما دامت العلة باقية ولهذا لا يتوقف بخلاف المسح بالخف * قال (وان كانت الجراحة في جانب رأسه لم يجزه الا أن يمسح على الجانب الآخر مقدار المسح) لأن المفروض من المسح مقدار ربع الرأس وقد وجد هذا القدر من المحل صحيحا فلا حاجة به الى المسح على الجبائر والعراقيون يقولون في مثل هذا ان ذهب عَير فعَير في الرباط * قال ﴿ واذا قلس أقل من ملء فيه فلا وضوء عليه ﴾ الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول ثبت من أصلنا أن القلس حدث فلا فرق بين قليله وكثيره كالخارج من السبيلين ﴿ ولنا ﴾ قول عليّ رضى الله تعالى عنه حين عد الاحداث فقال أو دَسعة [1] تملأ الفم ولان القياس أن القلس لا يكون حدثا لأن الحدث خارج نجس بقوة نفسه والقلس مخرج لا خارج فان من طبع الاشياء السيالة أنها لا تسيل من فوق الى فوق الا بدافع دفعها أو جاذب جذبها فهو كالدم اذا ظهر على رأس الجرح

---

(١) (أودسعة) قال في اللسان ودسع فلان بقيئه اذا رمي به وفي حديث عليّ كرم الله وجهه وذكر ما يوجب الوضوء فقال أو دسعة تملأ الفم يريد الدفعة الواحدة من القيء اهـ كتبه مصححه

فسحه ولكنا تركنا القياس عند ملء الفم بالآثار فبقى ما دونه على أصل القياس ولان فى القليل منه بلوى فان من يملأ من الطعام اذا ركع في الصلاة يعلو شئ الى حلقه فللبلوى جعلنا القليل عفوا والدليل عليه اذا تجشأ لم ينتقض وضوءه وهو لا يخلو عن قليل شئ ولهذا خبث ريحه وبهذا فارق الخارج من السبيلين فان الفساء جعل حدثا .وحد ملء الفم أن يعمه أو يمنعه من الكلام وقيل أن يزيد على نصف الفم وعلى هذا حكاية عابد بلخ يقال له عليّ بن يونس أن ابنته سألته فقالت ان خرج من حلقي شئ فقال لها اذا وجدت طعمه فى حلقك فأعيدى الوضوء ثم قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم فى المنام فقال لا يا علىّ حتى يملأ الفم قال فجعلت على نفسي أن لا أفتى بعد هذا أبداً (فان قاء ملأ الفم مرة أو طعاما أو ماء فعليه الوضوء) لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من قاء أو رعف أو أمذى فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم وعلى قول الشافعى القئ ليس بحدث بناء على قوله فى الخارج من غير السبيلين على ما نبينه وقال الحسن رحمه الله تعالى اذا شرب الماء وقاء من ساعته لا يخالطه شئ لا ينتقض وضوءه وجعله قياس خروج الدمع والرق والبزاق وهذا فاسد فانه بالوصول الى المعدة يتنجس فانما يخرج وهو نجس فكان كالمرة والطعام سواء (وان قاء بلغما أو بزاقا لم ينتقض وضوءه) أما البزاق طاهر وبخروج الطاهر من البدن لا ينتقض الوضوء والبلغم كذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو نجس ينقض الوضوء اذا ملأ الفم قيل انما أجاب أبو يوسف رحمه الله تعالى فيما يعلو من جوفه وهما فيما ينحدر من رأسه وهذا ضعيف فالمنحدر من رأسه طاهر بالاتفاق سواء خرج من جانب الفم أو الأنف لأن الرأس ليس بموضع للنجاسات وانما الخلاف فيما يعلو من الجوف فأبو يوسف رحمه الله يقول البلغم احدى الطبائع الأربعة فكان نجسا كالمرة والصفراء ولان خروجه من موضع النجاسات فكان نجسا بالمجاورة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا البلغم بزاق والبزاق طاهر ومعني هذا أن الرطوبة فى أعلى الحلق ترق فتكون بزاقا وفي أسفله تثخن فتكون بلغما وبهذا تبين أن خروجه ليس من المعدة بل من أسفل الحلق وهو ليس بموضع للنجاسة فالبلغم هو النخامة وقال صلى الله عليه وسلم لعمار رضى الله تعالى عنه ما نخامتك ودموع عينك والماء الذى في ركوتك الا سواء (قال) وان قاء دما فعلى

قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ينتقض وضوءه بقليله وكثيره وقال محمد رحمه الله تعالى لا ينتقض وضوءه حتى يملاء الفم لأنه أحد انواع القيء فيعتبر بسائر الأنواع واحتجا بأن المعدة ليس بموضع الدم لخروج الدم من فرجه في الجوف فاذا سال بقوة نفسه الى موضع يلحقه حكم التطهير كان ناقضا للوضوء كالسائل من جرح فى الظاهر ﴿ وروى ﴾ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال هذا اذا قاء دما رقيقا فان كان شبه العلق لم ينتقض الوضوء حتى يملاء الفم لأنه ليس بدم فى الحقيقة انما هو سوداء محترق ﴿قال (وان خرج من جرحه دم أو صديد أو قيح فسال عن رأس الجرح نقض الوضوء عندنا) وهو قول عليّ وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا ينتقض الوضوء وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضى الله تعالى عنهما واحتج الشافعى رضي الله تعالى عنه بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء الا من حدث قيل وما الحدث قال صوت أو ريح وهذا اشارة الى موضع الحدث لا عينيه فدل أن الحدث ما يكون من السبيل المعتاد والمعنى فيه أن قليل الخارج من غير السبيل ليس بحدث بالاتفاق وما يكون حدثا فالقليل منه والكثير سواء كالخارج من السبيل والدليل عليه الريح اذا خرج من الجرح لم يكن حدثا بخلاف ما اذا خرج من السبيل وهذا لان الشرع أقام المخرج مقام الخارج فى ثبوت حكم الحدث فما لا يخرج منه الا النجاسة جعل الخارج منه حدثا ونجسا وما يختلف الخارج منه لم يكن حدثا وان خرج منه ما هو نجس تيسيرا للامر ﴿ولنا﴾ حديث زيد بن عليّ رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الوضوء من كل دم سائل وقال سلمان رضى الله تعالى عنه مرّ بى رسول الله صلى الله عليه وسلم والدم يسيل من أنفى فقال أحدث لما حدث بك وضوأً والمعنى فيه أنه خارج نجس وصل الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان حدثا كالخارج من السبيل وهذا لان الحكم للخارج دون المخرج حتى يختلف الواجب باختلاف الخارج لخروج المني يوجب الغسل وخروج المذي يوجب الوضوء والمخرج واحد وهو بخلاف القليل الذى لم يسل لانه ما صار خارجا انما تقشر عنه الجلد فظهر ما هو فى موضعه والشئ فى موضعه لا يعطى له حكم النجاسة وفى السبيل وان قل ما ظهر فقد فارق مكانه وكذلك الريح اذا خرج من السبيل ومعه قليل شئ وذلك كاف في انتقاض الطهارة بخلاف الخارج من غير السبيل . يقرّر ما قلنا أنه وجب عليه غسل ذلك الموضع لمعنى من

بدنه فيكون حدثا كالخارج من السبيل بخلاف ما اذا لم يسل فانه لم يلزمه غسل ذلك الموضع وبخلاف ما اذا أصابته نجاسة لأن وجوب غسله لم يكن لمعنى من بدنه فلا تتغير صفة طهارة بدنه . ثم حاصل المذهب أن الدم اذا سال بقوة نفسه حتى انحدر انتقض به الوضوء وان لم ينحدر ولكنه علا فصار أكثر من رأس الجرح لم تنتقض به الطهارة الا فى رواية شاذة عن محمد رحمه الله تعالى فانه ان مسحه قبل أن يسيل فان كان بحال لو تركه لسال فعليه الوضوء وان كان بحال لو تركه لم يسل فلا وضوء عليه لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال فى الدم اذ سال عن رأس الجرح فهو حدث والا فلا * قال (فان بزق فخرج من بزاقه دم فان كان البزاق هو الغالب فلا وضوء عليه)لان الدم ماخرج بقوة نفسه وانما أخرجه البزاق والحكم للغالب(وان كان الدم هو الغالب فعليه الوضوء) لانه خارج بقوة نفسه وان كانا سواء ففى القياس لا وضوء عليه لانه تيقن بصفة الطهارة وهو فى شك من الحدث ولكنه استحسن فقال البزاق سائل بقوة نفسه فما ساواه يكون سائلا بقوة نفسه أيضا ثم اعتبار أحد الجانبين يوجب الوضوء واعتبار الجانب الآخر لا يوجب الوضوء فالأخذ بالاحتياط أولى لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال وفى الكتاب قال أحب الىّ أن يعيد الوضوء وهو اشارة الى أنه غير واجب وهو اختيار محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى وأكثر المشايخ على أنه يجب الوضوء لما بينا * قال ﴿ والقهقهة فى الصلاة تنقض الوضوء والتبسم لا ينقضه ﴾ أما التبسم فلحديث جرير بن عبد الله البجلى قال ما رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو فى الصلاة وروى أنه صلى الله عليه وسلم تبسم فى صلاته فلما فرغ سئل عن ذلك فقال أتانى جبريل عليه الصلاة والسلام فقال من صلى عليك مرة صلى الله عليه عشراً فدل أن التبسم لا يضر المصلى فأما القهقهة فى الصلاة لا تنقض الوضوء قياسا وهو قول الشافعى رحمه الله لان انتقاض الوضوء يكون بالخارج النجس ولم يوجد ولو كان هذا حدثا لم يفترق الحال فيه بين الصلاة وغيرها كسائر الاحداث وقاس بالقهقهة في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة واستحسن علماؤنا رحمهم الله لحديث زيد بن خالد الجهنى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بأصحابه رضوان الله عليهم اذ أقبل أعمى فوقع فى بئر أو ركية هناك فضحك بعض القوم فلما فرغ النبىّ صلى الله عليه وسلم من صلاته قال من ضحك منكم فليعد الوضوء والصلاة وفى حديث جابر رضى الله عنه قال قال

صلى الله عليه وسلم من ضحك فى صلاته حتى قرقر فليعد الوضوء والصلاة وتركنا القياس بالسنة . والضحك فى غير الصلاة ليس فى معنى الضحك فى الصلاة لان حال الصلاة حال المناجاة مع الله تعالى فتعظم الجناية منه بالضحك فى حال المناجاة وصلاة الجنازة ليست بصلاة مطلقة وكذلك سجدة التلاوة والمخصوص من القياس بالنص لايلحق به ماليس فى معناه من كل وجه * قال ﴿ ولا ينقض النوم الوضوء مادام قائماً أو راكعا أوساجداً أو قاعداً وينقضه مضطجعاً أو متكئاً أو على احدى أليتيه ﴾ أما نوم المضطجع ناقض للوضوء وفيه وجهان * أحدهما أن عينه حدث بالسنة المروية فيه لان كونه طاهراً ثابت بيقين ولا يزال اليقين الا بيقين مثله وخروج شيء منه ليس بيقين فعرفنا أن عينه حدث * والثانى وهو أن الحدث ما لايخلو عنه النائم عادة فيجعل كالموجود حكما فان نوم المضطجع يستحكم فتسترخى مفاصله واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله العينان وكاء السه فاذا نامت العينان استطلق الوكاء وهو ثابت عادة كالمتيقن به . وكان أبوموسى الاشعري رضى الله تعالى عنه يقول لاينتقض الوضوء بالنوم مضطجعاً حتى يعلم بخروج شيء منه وكان اذا نام أجلس عنده من يحفظه فاذا انتبه سأله فان أخبر بظهور شيء منه أعاد الوضوء . والمتكىء كالمضطجع لان مقعده زائل عن الارض فأما القاعد اذا نام لم ينتقض وضوءه وقال مالك رحمه الله ان طال النوم قاعداً انتقض وضوءه . وحجتنا حديث حذيفة رضى الله تعالى عنه قال نمت قاعداً فى المسجد حتى وقع ذقنى على صدرى فوجدت برد كف على ظهرى فاذا هو رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أعلىَّ فى هذا وضوء فقال لا حتى تضطجع ولانه مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شيء منه فلا ينتقض وضوءه كما لو لم يطل نومه . فأما اذا نام قائما أو راكعاً أو ساجداً لم ينتقض وضوءه عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه ينتقض وضوءه لحديث صفوان بن عسال المرادى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها الا من جنابة لكن من بول أو غائط أو نوم فهذا دليل على أن النوم حدث الا أنا خصصنا نوم القاعد من هذا العموم بدليل الاجماع فبقى ما سواه على أصل القياس ولان مقعده زائل عن الارض فى حال نومه فهو كالمضطجع ﴿ولنا﴾ حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائماً أو راكعاً أو ساجداً انما الوضوء على من نام

مضطجعاً فانه اذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله وهو المعنى فان الاستمساك باق مع النوم فى هـذه الاحوال بدليل أنه لم يسقط وبقاء الاستمساك يؤمنه من خروج شئ منه فهو كالقاعد بخلاف المضطجع . وعن أبي يوسف رحمـه الله قال اذا تعـمد النوم فى السجود انتقض وضوءه وان غلبته عيناه لم ينتقض لان القياس فى نوم الساجـد أنه حدث كنوم المضطجع ومن الناس من يعتاد النوم على وجهه. تركنا القياس للبلوي فيه للمتهجدين وهذا اذا غلبته عيناه لا اذا تعمده. وجه ظاهر الرواية ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نام العبد فى سجوده يباهي الله تعالى به ملائكته فيقول انظروا الى عبدى روحه عندى وجسده فى طاعتى وانما يكون جسده فى الطاعة اذا بقى وضوءه ولان الاستمساك باق فانه لو زال لسقط على أحد شقيه *وذكر ابن شجاع عن محمد رحمه الله تعالى أن نوم القائم والراكع والساجد انما لا يكون حدثا اذا كان فى الصلاة فأما خارج الصلاة يكون حـدثا وفى ظاهر الرواية لا فرق بينهما لبقاء الاستمساك فان كان القاعد مستندا الى شئ فنام قال الطحاوى رحمه الله تعالى ان كان بحال لو أزيل سنده عنه يسقط انتقض وضوءه لزوال الاستمساك . والمروىّ عن أبي حنيفة رحمـه الله تعالى أنه لا ينتقض وضوءه على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شئ منـه . فان نام قاعـداً فسقط روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال ان انتبه قبل أن يصل جنبه الى الارض لم ينتقض وضوءه لانه لم يوجد شئ من النوم مضطجعا وهو الحدث وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ينتقض وضوءه لزوال الاستمساك بالنوم حين سقط وعن محمد رحمه الله تعالى ان انتبه قبل أن يزايل مقعده الارض لم ينتقض وضوءه وان زايل مقعده الارض قبل أن ينتبه انتقض وضوءه * قال (ولا ينقض الكلام الفاحش الوضوء) لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما الوضوء مما خرج يعنى الخارج النجس ولانه لا كلام أفحش من الردة والمتوضئ اذا ارتد نعوذ بالله ثم أسلم فهو على وضوئه . والذي روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها قالت للمتسابين ان بعض ما أنتم فيه شر من الحدث فجددوا الوضوء انما أمرت به استحسانا ليكون الوضوء على الوضوء مكفراً لذنوبهما * قال (ولا وضوء فى شئ من الاطعمة ما مسته النار وما لم تمسه فيـه سواء) وأصحاب الظواهر يوجبون الوضوء مما مسته النار ومنهم من أوجب من لحم الابل خاصة لحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال توضؤا

مما مسته النار وفى حديث آخر توضؤا من لحوم الابل ولا تتوضؤا من لحوم الغنم ﴿ولنا﴾ حديث أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أكل من كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ وقال جابر توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ قام ليخرج فرأى عرقا أى عظما في يد بعض صبيانه فأكل منه ثم صلى ولم يتوضأ وحديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه ضعيف قد رده ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فقال ألسنا نتوضأ بالحميم ولو ثبت فالمراد منه غسل اليد بدليل حديث عكراش بن ذؤيب قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى فأدخلنى بيت أم سلمة رضى الله تعالى عنها فأتينا بقصعة كثيرة الثريد والودك فجعلت آكل من كل جانب فقال صلى الله عليه وسلم كل مما يليك فان الطعام واحد ثم أتينا بطبق من رطب فجعلت آكل مما يلينى فقال أجل يدك فان الرطب ألوان ثم أتي بماء فغسل يديه وقال هذا هو الوضوء مما مسته النار ولهذا فصل في روايته بين لحم الابل وغيره لان للحم الابل من الازوجة ماليس لغيره والمعنى أنه لو أكل الطعام نيئا لم يلزمه الوضوء فالنار لا تزيده الا نظافة * قال (ويخلل لحيته وأصابعه فى الوضوء) فان لم يخلل لحيته أجزأه وأما تخليل الاصابع سنة لقوله صلى الله عليه وسلم خللوا أصابعكم حتى لا تتخللها نار جهنم وأما اللحية فقد روى المعلي عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى أن مواضع الوضوء ما ظهر منها وخلال الشعر ليس من مواضع الوضوء وهذا اشارة الى أنه يلزمه امرار الماء على ظاهر لحيته . ووجهه أن البشرة التى استترت بالشعر كان يجب امرار الماء عليها قبل نبات الشعر فاذا استترت بالشعر يتحول الحكم الى ما هو الظاهر وهو الشعر . وعن أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى قالا ان مسح من لحيته ثلثا أو ربعا أجزأه ووجهه أن الاستيعاب فى الممسوح ليس بشرط كما فى المسح بالرأس * وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال ان ترك مسح اللحية أجزأه لأنه لا يجتمع فى عضو واحد غسل ومسح وغسل الوجه فرض فلا يجب المسح فيه واللحية من جملة الوجه فأما تخليل اللحية فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى شرح الآثار أنه بالخيار ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فلم يعده من سنن الوضوء كما أشار اليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى لأنه باطن لا يبدو للناظر وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى التخليل سنة لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه كان يخلل لحيته اذا توضأ وقال أنس رضى الله تعالى عنه رأيت أصابع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لحيته كأنها أسنان المشط وقال نزل علىّ جبريل صلوات

الله

الله عليه فأمرني أن أخلل لحيتي اذا توضأت * قال ﴿واذا احت النجاسة عن الثوب لم يجزه الا في المني اليابس خاصة﴾ لأن الثوب رقيق تتداخل النجاسة في أجزائه فلا يخرجه الماء فأما الحت يزيل ما على ظاهره دون ما يتداخل في أجزائه * فأما المني فالكلام فيه في فصلين. أحدهما أنه نجس عندنا وقال الشافعي رحمه الله طاهر لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال المني كالمخاط فأمطه عنك ولو باذخرة ولانه أصل الخلقة الآدمي فكان طاهراً كالتراب لاستحالة أن يقال ان الانبياء صلوات الله وسلامه عليهم خلقوا من شئ نجس وهذا لأن المستحيل من غذاء الحيوان انما يكون نجسا اذا كان يستحيل الى نتن وفساد والمني غير مستحيل الى فساد ونتن فهو كاللبن والبيضة ﴿ولنا﴾ قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمار بن ياسر انما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والخمر والدم والمني ولأنه خارج من البدن يجب الاغتسال بخروجه فكان نجسا كدم الحيض وخروجه من مكان النجاسات فلابد أن يتنجس بالمجاورة وان لم يكن نجسا في نفسه وكونه أصل خلقة الآدمي لا ينفي صفة النجاسة عنه كالعلقة والمضغة وان ابن عباس رضى الله عنهما شبهه بالمخاط في المنظر لا في الحكم وأمر بالاماطة ليتمكن من غسله فان قبل الاماطة تنتشر النجاسة في الثوب اذا أصابه الماء * والفصل الثاني أنه ما دام رطبا لا يطهر الا بالغسل فان جف فحته وفرك الثوب القياس أن لا يطهر لانه دم الا أنه نضيج فهو كسائر أنواع الدم لا يطهر الا بالغسل. استحسن علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا يطهر بالفرك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضى الله تعالى عنها في المني اذا رأيتيه رطبا فاغسليه واذا رأيتيه يابسا فافركيه. وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها كنت أفرك المني من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي ولأن جرم المني لا يتداخل في أجزاء الثوب بل هو على ظاهره يزول بالفرك فهو نظير سيف المجاهد وسكين القصاب اذا مسحه بالتراب يطهر به * وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المنيّ اذا أصاب البدن لا يطهر الا بالغسل لان لين البدن يمنع زوال أثره بالحت وروى عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا كان المني غليظا فجف يطهر بالفرك وان كان رقيقا لا يطهر الا بالغسل وقال اذا أصاب المني ثوبا ذا طاقين فالطاق الاعلى يطهر بالفرك والاسفل لا يطهر الا بالغسل لانه انما يصيبه البلة دون الجرم وهذه مسئلة مشكلة فان الفحل لا يمني حتى يمذى والمذى لا يطهر بالفرك الا أنه جعل

المذى في هـذه الحالة مغلوبا مستهلكا بالمنى فكان الحكم للمنى دون المذى * قال (وان أصابت النجاسة الخف أوالنعل فمادام رطبا لا يطهر الا بالغسل)لان المسح بالارض لا يزيله الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال اذا مسح بالارض حتى لم تبق عين النجاسة ولا رائحتها يحكم بطهارة الخف واعتبر البلوى فيه للناس . وان كان يابسا فهو على وجهين اما أن لا يكون للنجاسة جرم كالبول والخمر فلا يطهر الا بالغسل لان البلة تداخلت فى أجزاء الخف وليس على ظاهره جرم حتى يزول بالمسح بالارض فأما اذا كانت النجاسة لها جرم كالعذرة والروث فمسحه بالارض ففى القياس لا يطهر الا بالغسل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لان النجاسة تداخلت فى أجزاء الخف ألا ترى أنها بعد الجفاف تبقى متصلة بالخف فلا يطهرها الا الغسل كما اذا أصابت الثوب أو البساط استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فقالا يطهر بالمسح بالارض لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم خلع نعليه في صلاته فخلع الناس نعالهم فلما فرغ من صلاته قال أتانى جبريل صلوات الله عليه وأخبرنى أن فيهما أذى فاذا أتي أحدكم المسجد فليقلب نعليه فان رأى فيهما قذراً فليمسحه بالارض وقالت أم سلمة رضى الله تعالى عنها يا رسول الله انى ربما أمشى على مكان نجس ثم على مكان طاهر فقال الارض يطهر بعضها بعضا والمعنى فيه أن للجلد صلابة تمنع دخول أجزاء النجاسة فى باطنه ولهذه النجاسة جرم ينشف البلة المتداخلة اذا جف فاذا مسحه بالارض فقد زال عين النجاسة فيحكم بطهارة الجلد كما كان عليه قبل الاصابة بخلاف الثوب أو البساط فانه رقيق تتداخل أجزاء النجاسة فى باطنه فلا يخرجه الا الماء فان الماء للطافته يتداخل في أجزاء الثوب فيخرج النجاسة ثم يخرج على أثرها بالعصر * قال (ولا يجب عليه بتغميض الميت وغسله وحمله وضوء ولا غسل الا أن يصيب يده أو جسده شئ فيغسله) لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما الوضوء مما خرج ولان الميت المسلم طاهر ومس الطاهر ليس بحدث ولو كان نجسا فمس النجس ليس بحدث أيضاً . والذى روى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من غمض ميتا فليتوضأ ومن غسل ميتا فليغتسل ومن حمل جنازة فليتوضأ ضعيف قد رده ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فقال أيلزمنا الوضوء بمس عيدان يابسة ولو ثبت فالمراد من قوله من غمض ميتا فليتوضأ غسل اليد لان ذلك لا يخلو عن قذارة عادة وقوله من غسل ميتا فليغتسل اذا

أصابته الغسالات النجسة وقوله من حمل جنازة فليتوضأ اذا كان محدثا ليتمكن من أداء الصلاة عليه * قال (والحجامة توجب الوضوء وغسل موضع المحجمة) وهو عندنا وعند الشافعى رضى الله تعالى عنـه يوجب غسل موضع المحجمة ولا يوجب الوضوء لحديث ابن عباس رضى الله تعالي عنهما اغسل موضع المحاجم وحسبك ٠ وعلماؤنا قالوا معناه وحسبك من الاغتسال فان أصحاب عليّ رضى الله عنه كانوا يوجبون لاغتسال من ماء الحمام وغسل الميت والحجامة فابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال هذا رداً عليهم فأما الوضوء واجب بخروج النجس كما بينا فان توضأ ولم يغسل موضع المحجمة فان كان أكثر من قدر الدرهم لم تجزه الصلاة وان كان دون ذلك أجزأته وعلى قول الشافعيّ رضى الله تعالى عنه لا تجزئه فان القليـل من النجاسة كالكثير عنـده فى المنع من جواز الصلاة * قال (وان خرج من دبره دابة أو ريح ينتقض وضوءه) والمراد بالدابة الدود وهو لا يخلو عن قليـل بلة تكون معه وقد بينا أن فيما يخرج من الدبر القليل كالكثير فى انتقاض الطهارة بخلاف ما اذا سقط الدود عن رأس الجرح فانه لا يخلو عن بلة يسيرة وذلك القـدر من الخارج ليس بناقض للوضوء لانه غير سائل بقوة نفسـه فأما الريح اذا خرج من الدبر كان ناقضاً للوضوء لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشيطان يأتى أحدكم فينفخ بين أليتيه ويقول أحدثت أحدثت فلا ينصرفن أحـدكم من صـلاته حتى يسمع صـوتا أو يجـد ريحا ٠ فان خرج الريح من الذكر فقـد روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه حدث لانه خرج من موضع النجاسة وعامة مشايخنا يقولون هذا لا يكون حدثا وانما هو اختلاج فلا ينتقض به الوضوء وكذلك ان خرج الريح من قبل المرأة قال الـكرخى رحمه الله تعالى انه لايكون حدثا الا أن تكون مفضاة يخرج منها ريح منتن فيستحب لها أن تتوضأ ولا يلزمها ذلك لأنا لا نتيقن بخروج الريح من موضع النجاسة * قال (وان رعف قليلا لم يسل لم ينقض وضوءه) ومراده اذا كان فيما صلب من انفه لم ينزل الى إلى مالان منه فقد قال محمد رحمه الله تعالى فى النوادر اذا نزل الدم الى قصبة الانف انتقض به الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر لأن هناك النجاسة لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفى الأنف قد وصلت النجاسة الى موضع يلحقه حكم التطهير فالاستنشاق فى الجنابة فرض وفى الوضو سنة * قال (ويتوضأ صاحب الجرح السائل لوقت كل صلاة ويصلى بذلك ما شاء من الفرائض

والنوافل ما دام في الوقت) وأصل المسألة في المستحاضة فان دم المستحاضة حدث عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى خلافا لمالك رحمه الله تعالى فانه يقول ما ليس بمعتاد من الخارج لا يكون حدثا . والدليل على أنه حدث قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ثم عندنا يلزمها الوضوء في كل وقت صلاة وقال الشافعي رحمه الله تعالى تتوضأ لكل صلاة مكتوبة ولها أن تصلي ما شاءت من النوافل بذلك ولا تجمع بين الفرضين بوضوء واحد لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس حين استحيضت توضئي لكل صلاة ومطلقه يتناول المكتوبة ولأن طهارتها طهارة ضرورية لاقتران الحدث بها ويتجدد باعتبار كل مكتوبة ضرورة فيلزمها وضوء جديد فأما النوافل تبع للفرائض فثبوت حكم الطهارة في الأصل يوجب ثبوته في التبع ﴿ولنا﴾ حديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وما روى لكل صلاة فالمراد منه الوقت فالصلاة تذكر بمعني الوقت قال صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخرا أي لوقت الصلاة والرجل يقول لغيره آتيك صلاة الظهر أي وقته والمعني فيه أن الأوقات مشروعة للتمكن من الأداء فيها فان الناس في الأداء مختلفون فمن بين مطول وموجز فشرع للأداء وقت يفصل عنه تيسيراً واذا قام الوقت مقام الصلاة لهذا فتجدد الضرورة يكون بتجدد الوقت وما بقي الوقت يجعل الضرورة كالقائمة حكما تيسيرا عليها في اقامة الوقت مقام الفعل وبعد ما فرغت من الأداء ان بقيت طهارتها فلها أن تصلي فرضا آخر وان لم تبق طهارتها ليس لها أن تصلي النوافل لأن الطهارة من شرطها . ثم انتقاض طهارتها بخروج الوقت عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وبدخول الوقت عند زفر رحمه الله تعالى وبهما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ويتبين هذا الخلاف فيما اذا توضأت في وقت الفجر فطلعت الشمس تنتقض طهارتها الا على قول زفر رحمه الله ولو توضأت وقت الضحوة فزالت الشمس لا تنتقض طهارتها الا على قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله تعالى وهما يقولان طهارتها قبل وقوع الحاجة غير معتبر فبدخول الوقت تتجدد الحاجة لوجوب الأداء عليها فيلزمها به الطهارة ﴿ولنا﴾ أن انتقاض طهارتها بوقوع الاستغناء عنها وذلك بخروج الوقت . ثم صاحب الجرح السائل عندنا في معنى المستحاضة لأن الخارج من غير السبيل حدث عندنا فيتوضأ لوقت كل صلاة ولو قلنا بما قاله زفر رحمه الله لأدى الى الحرج لأنه اذا كان بيته بعيداً عن الجامع فلو انتظر للوضوء

زوال الشمس فاتته الصلاة فلا يجد بدا من أن يتوضأ قبل الزوال * قال (وان سال الدم بعد الوضوء حتى نفذ الرباط فذلك لا يمنعه من أداء الصلاة ما بقي الوقت) لأن فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها لما قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أثج الدم ثجا قال احتشي والتجمي وصلي وان قطر الدم على الحصير قطرا فان أصاب ثوبه من ذلك الدم فعليه أن يغسله وهذا اذا كان مفيدا بأن كان لا يصيبه مرة بعد أخري حتى اذا لم يغسله وصلى وهو أكثر من قدر الدرهم لم يجزه الا اذا لم يكن الغسل مفيدا بان كان يصيبه ثانيا وثالثا وكان محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله يقول عليه غسل ثوبه في وقت كل صلاة مرة بالقياس على الوضوء وغيره من مشايخنا يقول لا يلزمه ذلك لان حكم الوضوء عرفناه بالنص ونجاسة الثوب ليست في معنى الحدث حتى ان القليل منه يكون عفوا فلا يلحق به فان سال الدم من موضع آخر أعاد الوضوء وان كان الوقت باقيا لان هذا حدث جديد وتقدُّر طهارته بالوقت كان للحدث الموجود باعتبار تحقق الضرورة فما يتجدد من الحدث فهو كغيره * قال (ومن خاض ماء المطر الى المسجد أو داس الطين لم ينقض ذلك وضوءه) لأن انتقاض الوضوء بالخارج النجس من البدن وروى أن عليا رضى الله تعالى عنه خرج يوما والسماء تسكب فأخذ نعليه بيده وخاض الماء حتى أتى المسجد فمسح قدميه ودخل وصلي وهكذا روى عن أنس رضى الله تعالى عنه فتبين أنه لا وضوء عليه ولا غسل القدمين بل يمسح قدميه ويصلى هذا اذا كان التراب طاهرا فان الطين من الماء النازل من السماء والتراب الطاهر طاهر فأما اذا كان أحدهما اما الماء واما التراب نجسا فالطين نجس لا بد من غسله وهو الصحيح من المذهب وانما مسح قدميه خارج المسجد كي لا يؤدى الى تلويث المسجد * وروى أن أبا حنيفة رحمه الله رأى رجلا يمسح خفيه بأسطوانة المسجد فقال له لو مسحته بلحيتك كان خيرا لك الا أن يكون موضعا معدا لذلك فى المسجد فحينئذ لا بأس به لان ذلك الموضع لا يصلى فيه عادة * قال (ومن سال عليه من موضع شئ لا يدرى ماهو فغسله أحسن) لان غسله لا يريبه وتركه يريبه وقال صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى مالا يريبك فان تركه جاز لانه على يقين من الطهارة فى ثوبه وفى شك من حقيقة النجاسة فان كان في أكبر رأيه أنه نجس غسله لان أكبر الرأى فيما لا تعلم حقيقته كاليقين قال صلى الله عليه وسلم المؤمن ينظر بنور الله تعالى وكان شيخنا الامام شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله يقول فى بلدتنا لا بد من غسله لان

الظاهر أنه انما يراق البول أو الماء النجس من السطوح * قال (وان انتضح عليه من البول مثل رؤس الابر لم يلزمه غسله لان فيه بلوى فان من بال فى يوم ريح لا بد أن يصيبه ذلك خصوصا فى الصحارى وقد بينا أن ما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفواً * قال (ومن شك فى بعض وضوئه وهو أول ماشك غسل الموضع الذى شك فيه) لان غسله لا يريبه ولانه على يقين من الحدث فى ذلك الموضع وفى شك من غسله ولم يرد بهذا اللفظ أنه لم يصبه قط مثل هـذا انما مراده أن الشك فى مثله لم يصر عادة له حتى قال بعد ذلك فان كان يعرض له ذلك كثيراً لم يلتفت اليـه لانه من الوساوس والسبيل فى الوساوس قطعها وترك الالتفات اليها لانه لو اشتغل بها لم يتفرغ لاداء الصلاة فكلما قام اليها يبتلى بمثل هذا الشك * قال (ومن شك فى الحدث فهو على وضوئه وان كان محدثا فشك فى الوضوء فهو على حدثه لان الشك لا يعارض اليقين وما تيقن به لا يرتفع بالشك) وعن محمـد رحمه الله تعالى قال المتوضئ اذا تذكر أنه دخل الخلاء لقضاء الحاجة وشك أنه خرج قبل أن يقضيها أو بعد ماقضاها فعليـه أن يتوضأ لان الظاهر من حاله أنه ماخرج الا بعد قضائها وكذلك المحدث اذا علم أنه جلس للوضوء ومعه الماء وشك فى أنه قام قبل أن يتوضأ أو بعد ما توضأ فلا وضوء عليه لان الظاهر أنه لا يقوم حتى يتوضأ والبناء على الظاهر واجب مالم يعلم خلافه *قال (ومن توضأ ثم رأى البـلل سائلا عن ذكره أعاد الوضوء) لان البول سال منه وهو ناقض للوضوء وانما قال رآه سائلا لان مجرد البلة محتملة أن تكون من ماء الطهارة فان علم أنه بول ظهر عليه فعليه الوضوء وان لم يكن سائلا وان كان الشيطان يريه ذلك كثيراً ولا يعلم أنه بول أو ماء مضى على صلاته لانه من جملة الوساوس فلا يلتفت اليها لقوله صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يأتى أحدكم فينفخ بين أليتيه ويقول أحدثت أحدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا وفى الحديث ان شيطانا يقال له الولهان لاشغل له الا الوسوسة فى الوضوء فلا يلتفت الى ذلك وينبغى أن ينضح فرجـه وازاره بالماء اذا توضأ قطعا لهذه الوسوسة حتى اذا أحس بشئ من ذلك أحاله على ذلك الماء وقد روى أنس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينضح ازاره بالماء اذا توضأ وفى بعض الروايات قال نزل علىّ جبريل عليه السلام وأمرنى بذلك * قال (وليس دم البق والبراغيث بشئ لانه ليس بدم سائل ولا يستطاع الامتناع عنه) خصوصا فى زمن الصيف فى حق من ليس له

الأثوب واحد ينام فيه كما كان لاصحاب الصفة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك دم السمك ليس بشئ يعني ليس بنجس وقد بينا أنه ليس بدم حقيقة وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله فى الكبار الذى يسيل منه دم كثير أنه نجس ولا اعتماد على تلك الرواية وأما دم الحلم فان كان أكثر من قدر الدرهم أعاد ماصلى وهو عليه لانه دم سائل وقد روى أن الأذى الذى كان فى نعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خلع نعليه فى الصلاة كان دم حلم *قال (واذا أراد أن يتوضأ بماء فأخبره بعض أنه قذر لم يتوضأ به) لأن خبر الواحد فى أمر الدين حجة اذا كان المخبر ثقة حتى كان روايته الحديث موجبا للعمل فكذلك اخباره بنجاسة الماء من أمر الدين فيجب العمل بخبره* قال (واذا أدخل الصبي يده فى كوز ماء ولا يعلم على يده قذر فالمستحب أن لا يتوضأ به) لأنه لا يتوقى النجاسات عادة فالظاهر أن يده لا تخلو عن نجاسة فالاحتياط فى التوضؤ بغيره وان توضأ به أجزأه لانه على يقين من الطهارة وفى شك من النجاسة وحاله كحال الدجاجة المخلاة وقد بينا حكم سؤرها *قال (ولا بأس بالتوضؤ من حب (١) يوضع كوزه فى نواحى الدار مالم يعلم أنه قذر) لأنه عمل الناس ويلحقهم الحرج فى النزوع عن هذه العادة والاصل فيه الطهارة فيتمسك به مالم يعلم بالنجاسة وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع استسقى العباس رضى الله تعالى عنه فقال ألا نأتيك بالماء من بعض البيوت فان الناس يدخلون أيديهم في ماء السقاية فقال النبى صلى الله عليه وسلم نحن منهم *قال (واذا وقع بعر الغنم أو الابل في البئر لم يضره مالم يكن كثيراً فاحشا) وفي القياس يتنجس البئر لانه بمنزلة الاناء يخلص بعضه الى بعض فيتنجس بوقوع النجاسة فيه ولكنا استحسنا وقلنا بأنه لا ينجس للبلوى فيه فان عامة الآبار في الفيافى والمواشى تبعر حولها ثم الريح تسفي به فتلقيه في البئر فلو حكمنا بنجاسته كان فيه انقطاع السبل والرسل ولكن هذه الرخصة فى القليل دون الكثير واذا كان كثيراً فاحشا أخذنا فيه بالقياس فقلنا عليهم أن ينزحوا ماء البئر كله والكثير ما استكثره الناظر اليه وقيل أن يغطي ربع وجه الماء وقيل أن لا تخلو دلو عن بعرة وهو الصحيح وعن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الاملاء قال هذا اذا كان يابسا فان كان رطبا تفسد البئر بقليله وكثيره ثم قال لان الرطب ثقيل لا يسفي به الريح ولانه ليس للرطب من الصلابة والاستمساك ما لليابس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنهما سواء لان اليابس

بالوقوع فى البئر يصير رطبا وما على الرطب من الرطوبة رطوبة الامعاء وهذا كله فى غير المتفتت فان كان متفتتا فقليله وكثيره سواء لان الماء يدخل فى أجزائه فيتنجس ثم يخرج وهو نجاسة مائعة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه استحسن فى القليل من المتفتت لأن البلوي فيه قائمة . وأما السرقين فقليله وكثيره سواء يفسد الماء رطبا كان أو يابسا لانه ليس له من الصلابة كالبعر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال فى تبنة أو تبنتين من الارواث تقع فى البئر استحسن أنه لا يفسده ولا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو الاصح لقيام البلوى فيه حتى قال خلف بن أيوب او حلب عنزا فبعرت فى المحلب يرمى بالبعرة ويحل شربه لأن فيه بلوى فان العنز لا يمكن أن تحلب من غير أن تبعر فى المحلب *قال (ولا يتوضأ بشيء من الأشربة سوى الماء) الا بنبيذ التمر عند عدم الماء أما نبيذ التمر ففي الاصل قال يتوضأ به عند عدم الماء ولو تيمم مع ذلك أحب الىّ وفي الجامع الصغير قال يتوضأ به ولا يتيمم وقال محمد رحمه الله لا بد من الجمع بينه وبين التيمم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى . وروى نوح فى الجامع عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه رجع اليه واحتج أبو يوسف بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وخبر نبيذ التمر كان بمكة وآية التيمم نزلت بالمدينة فانتسخ بها خبر نبيذ التمر لأن نسخ السنة بالكتاب جائز والقياس هكذا فانه ليس بماء مطلق فلا يتوضأ به كسائر الأنبذة ترك أبو حنيفة رحمه الله تعالى هذا القياس بحديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فلما انصرف اليه عند الصباح قال أمعك ماء يا ابن مسعود قال لا الا نبيذ تمر فى اداوة فقال تمرة طيبة وماء طهور وأخذه وتوضأ به وعن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال نبيذ التمر طهور من لا يجد الماء والقياس يترك بالسنة وبقول الصحابى اذا كان فقيها فأما آية التيمم تتناول حال عدم الماء وهذا ماء شرعا كما قال صلى الله عليه وسلم وماء طهور وانما جمع بينهما محمد رحمه الله تعالى لان الآية توجب التيمم والخبر يوجب التوضؤ بالنبيذ فيجمع بينهما احتياطا واذا قلنا بالاحتياط في سؤر الحمار انه يجمع بينه وبين التيمم فهاهنا أولى . وصفة نبيذ التمر الذى يجوز التوضؤ به أن يكون حلوا رقيقا يسيل على الأعضاء كالماء فان كان ثخينا فهو كالرب لا يتوضأ به فان كان مشتداً فهو حرام شربه فكيف يجوز التوضؤ به وان كان مطبوخا فالصحيح أنه لا يجوز التوضؤ به حلوا

كان

كان أو مشتداً لان النار غيرته فهو كماء الباقلا فأما سائر الانبذة فكان الاوزاعى رحمه الله يقول بجواز التوضؤ بها بالقياس على نبيذ التمر وعندنا لا يجوز لأن نبيذ التمر مخصوص من القياس بالأثر فلا يقاس عليه غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فى الاغتسال بنبيذ التمر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فمنهم من لم يجوّزه لأن الأثر فى الوضوء خاصة والاصح أنه يجوز لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به ما فى معناه من كل وجه * قال (والاغماء ينقض الوضوء فى الاحوال كلها) لأن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ فى مرضه فلما أراد أن يقوم أغمى عليه فلما أفاق توضأ ثانيا ولأن الاغماء فى غفلة المرء عن نفسه فوق النوم مضطجعا فان هنالك اذا نبه انتبه وهاهنا لا ينتبه وكذلك يقطع الصلاة لو عرض فى خلال الصلاة ويمنع من البناء عليها لان البناء على الصلاة عند سبق الحدث مستحسن فيما تعم به البلوى والاغماء ليس من هذا فى شيء . وكذلك لو مات الامام استقبل القوم الصلاة بامام آخر لأن عمله انقطع بموته قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث وهذا ليس من جملتها والبناء على المنقطع غير ممكن فلهذا استقبلوا * قال (وليس الغسل بواجب يوم الجمعة ولكنه سنة) الا على قول مالك رحمه الله تعالى وحجته ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم أو قال حق *ولنا* حديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل ولما دخل عثمان رضى الله تعالى عنه المسجد يوم الجمعة وعمر رضي الله عنه يخطب فقال أية ساعة المجيء هذه قال مازدت بعد أن سمعت النداء على أن توضأت فقال والوضوء أيضا وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالاغتسال فى هذا اليوم ثم لم يأمره بالانصراف فدل أنه ليس بواجب . وتأويل الحديث مروي عن عائشة وابن عباس رضى الله تعالى عنهما قالا كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد قريب السمك فكان يتأذى بعضهم برائحة البعض فأمروا بالاغتسال لهذا ثم انتسخ هذا حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأيديهم . واختلف أبو يوسف والحسن ابن زياد رحمهما الله تعالى ان الاغتسال يوم الجمعة لليوم أم للصلاة فقال الحسن رحمه الله تعالى لليوم اظهاراً لفضيلته كما قال صلى الله عليه وسلم سيد الايام يوم الجمعة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى للصلاة لأنها مؤداة بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها وفائدة هذا

الاختلاف فيما اذا اغتسل يوم الجمعة ثم أحدث فتوضأ وصلى الجمعة . عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون مقيما للسنة وعند الحسن رحمه الله يكون . والاغتسال في الحاصل أحد عشر نوعا . خمسة منها فريضة . الاغتسال من التقاء الختانين ومن انزال الماء ومن الاحتلام ومن الحيض والنفاس . وأربعة منها سنة . الاغتسال يوم الجمعة ويوم عرفة وعند الاحرام وفى العيدين . وواحد واجب وهو غسل الميت . وآخر مستحب وهو الكافر اذا أسلم فانه يستحب له أن يغتسل به أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من جاءه يريد الاسلام وهذا اذا لم يكن جنبا فان أجنب ولم يغتسل حتى أسلم فقد قال بعض مشايخنا لا يلزمه الغسل لأن الكفار لا يخاطبون بالشرائع والاصح أنه يلزمه لأن بقاء صفة الجنابة بعد اسلامه كبقاء صفة الحدث فى وجوب الوضوء به والله سبحانه وتعالى أعلم

باب البئر

* قال ﴿ واذا ماتت الفأرة فى البئر ينزح منها عشرون دلوا أو ثلاثون بعد اخراج الفأرة فعشرون واجب وثلاثون أحوط ﴾ وقد بينا هذا فيما مضى وأصحاب الشافعى رضى الله تعالى عنهم يطعنون فى هذا ويقولون دلو يميز الماء النجس من الطاهر دلو كيس وهذا طعن فى السلف وقد بينا أن طهارة البئر بنزح بعض الدلاء قول السلف من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم ثم هم قالوا بالرأي ما هو أشد من هذا فقالوا فى بئر فيها قلتان من الماء ماتت فيها فأرة فنزح منها دلو فان حصلت الفأرة فى الدلو فالماء الذى فى الدلو نجس والذى بقى فى البئر طاهر وان بقيت الفأرة فى البئر فالماء الذى فى الدلو طاهر والذى في البئر نجس فدلوهم هذا أكيس * قال (فان نزح منها عشرون دلوا قبل اخراج الفأرة لم تطهر) لأن بقاء الفأرة فيها بعد النزح كابتداء الوقوع ولان سبب نجاسة البئر حصول الفأرة الميتة فيها ولا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة * قال (فان أخرجت الفأرة ثم نزح منها عشرون دلواً وهو يقطر فيها لم يضرها ذلك) لان النزح على وجه لا يقطر شئ منه فيها متعذر وما لا يستطاع الامتناع عنه يكون عفوا لقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها * قال (وان صب الدلو الآخر في بئر أخرى فعليهم أن ينزحوا دلواً مثله كما لو صب في البئر الاولى) لان حال البئر الثانية بعد ما حصل هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى حين كان

هذا الدلو فيها (وان صب الدلو الاول منها فى بئر طاهرة كان عليهم أن ينزحوا منها عشرين دلواً) لان حال البئر الثانية بعد حصول هذا الدلو فيها كحال البئر الاولى حين كان هذا الدلو فيها ولو صب دلو فى بئر أخرى قبل اخراج الفأرة ينزح جميع ما فى البئر الثانية كذا قاله أستاذنا رضى الله تعالى عنه وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول لا أعرف هذه المسائل الا تقليداً فان ماء الدلو الاخير نجس كماء الدلو الاول والفرق بينهما بطريق المعنى غير ممكن وشبه هذا بالثوب النجس اذا غسل ثلاثاً فالماء الثالث فى النجاسة كالماء الاول اذا أصاب ثوبا آخر نجسه وكان الامام الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى يقول في مسئلة الثوب على قياس مسئلة البئر اذا أصاب الماء الاول ثوبا لا يطهر الا بالغسل ثلاثاً وان أصابه الماء الثاني يطهر بالغسل مرتين وان أصابه الماء الثالث يطهر بالغسل مرة والاصح الفرق بينهما فنقول النجاسة فى الثوب عينية وينجس الماء بحصول النجاسة فيه وفى هذا لا فرق بين الماء الاول والثالث . فأما تنجيس الماء فحكمي وطهارته بالنزح بغالب الرأي فكان ماء الدلو الاخير أخف من الماء الذى في الدلو الاول لان عند نزح الدلو الاول يتيقن بكون الماء النجس فى البئر وهو ما جاوز الفأرة وعند نزح الدلو الاخير لا يتيقن بذلك فلعل ما جاوز الفأرة الماء الذي نزح فيما سبق من الدلاء فهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى كلما نزح الماء كان أطهر للبئر فلهذا فرقنا بين الدلو الاول اذا صب فى بئر أخرى وبين الدلو الاخير وان صب الدلو الثاني فيها كان عليهم أن ينزحوا منها تسعة عشر دلواً لان حالها كحال البئر الاولى وان صبوا الدلو العاشر فيها كان عليهم أن ينزحوا منها عشر دلاء هكذا ذكر فى نسخ أبى سليمان رحمه الله وفى نسخ أبى حفص رحمه الله قال أحد عشر دلوا وهو الصواب فان حال البئر الثانية بعد ما صب الدلو العاشر فيها كحال البئر الاولى حين كان هذا الدلو فيها *وتأويل ما ذكر في نسخ أبى سليمان أنه ينزح منها عشر دلاء سوى المصبوب فيها والمصبوب فيها واجب النزح بيقين وان أخرجت الفأرة فألقيت في البئر الثانية وصب فيها عشرون دلواً من البئر الاولى فعليهم اخراج الفأرة ونزح عشرين دلواً لما بينا أن حال البئر الثانية كحال البئر الاولى وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن عليهم أن ينزحوا منها عشرين دلواً سوى المصبوب فيها وجعل المصبوب فيها كالفأرة فى البئر الاولى والاصح هو الاول لانا نتيقن أنه ليس فى هذه البئر الا نجاسة فأرة ونجاسة الفأرة يطهرها نزح

عشرين دلوا * قال (واذا خرجت الفأرة وجاؤا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا بدلوهم فاستقوا منها دلواً واحداً أجزأهم وقد طهرت البئر) لان النجس ما جاوز الفأرة من الماء فلا فرق بين أن يؤخذ ذلك في دلو واحد أوفى عشرين دلواً وكان الحسن بن زياد رحمه الله تعالى يقول لا يطهر بهذا النزح لان عند تكرار نزح الماء ينبع من أسفله ويؤخذ من أعلاه فيكون في حكم الماء الجارى وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم منها . ونحن نقول لما قدر الشرع الدلاء بقدر خاص عرفنا أن المعتبر قدر المنزوح وأن معنى الجريان ساقط لان ذلك يحصل بدونه ويزداد بزيادته ولهذا قلنا لو نزحها عشرة أيام ونحوه يطهر لوجود القدر مع عدم الجريان ثم اللفظ المذكور فى الكتاب يدل على أنه يعتبر فى كل بئر دلو تلك البئر لقوله بدلوهم وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أن المعتبر دلو يسع فيه صاعا من الماء ليتمكن كل أحد من النزح به من رجل أو امرأة أو صبيّ * قال (ولو توضأ رجل من هذه البئر بعدما نحى الدلو الاخير عن رأسها جاز وضوءه لانا حكمنا بطهارة البئر فان صب ذلك الدلو فيها لم يفسد وضوء الرجل لان تنجيس البئر حصل الآن وان كان الدلو بعد فى البئر لم ينفصل عن وجه الماء لا يجوز لأحد أن يتوضأ بذلك الماء وان فصل الدلو عن وجه الماء وهو معلق في هواء البئر فتوضأ رجل منها لم يجزه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى أجزأه . وجه قوله أن الماء الطاهر تميز عن الماء النجس فكأنه نحى عن رأس البئر وكون الماء النجس معلقا في هواء البئر لا يكون أقوى من خمر أو بول فى دلو معلق في هواء البئر فلا يحكم هناك بنجاسة البئر بهذا وانما جعل التقاطر عفواً لاجل الضرورة كما بينا ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أن الماء النجس متصل بماء البئر حكما بدليل أن التقاطر فيه يجعل عفواً ولولا الاتصال حكما لما جعل التقاطر عفواً كما فى البول والخمر فصار بقاء الاتصال حكما كبقائه حقيقة ولو كان باقيا حقيقة بان لم ينفصل عن وجه الماء فلا يحكم بطهارة البئر وهذا لان البئر موضع الماء فاعلاه كأسفله كالمسجد لما كان موضع الصلاة جعل كله كمكان واحد فى حكم الاقتداء * قال (ولو غسل ثوب نجس فى اجانة بماء نظيف ثم فى أخرى ثم فى أخرى فقد طهر الثوب) وهذا استحسان والقياس أن لا يطهر الثوب ولو غسل فى عشر اجانات وبه قال بشر بن غياث . ووجهه أن الثوب النجس كلما حصل فى الاجانة تنجس ذلك الماء فانما غسل الثوب بعد ذلك في الماء النجس فلا يطهر

حتى يصب عليه الماء أو يغسل فى الماء الجارى ٠وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم طهور اناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه أن يغسله ثلاثا فتبين بهذا الحديث أن الاناء النجس يطهر بالغسل من غير حاجة الى تقوير أسفله ليجرى الماء على النجاسة ٠ والمعنى فيه أن الثياب النجسة يغسلها النساء والخدم عادة وقد يكون ثقيلا لا تقدر المرأة على حمله لتصب الماء عليه والماء الجارى لا يوجد فى كل مكان فلو لم يطهر بالغسل فى الاجانات أدى الى الحرج ٠ ثم النجاسة على نوعين مرئية وغير مرئية ٠ثم المرئية لا بد من ازالة العين بالغسل وبقاء الاثر بعد زوال العين لا يضرهكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دم الحيض حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه ولا يضرك بقاء الاثر ولان المرأة اذا خضبت يدها بالحناء النجس ثم غسلته تجوز صلاتها ولا يضرها بقاء أثر الحناء وكان الفقيه أبوجعفر رحمه الله تعالى يقول بعد زوال عين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بنجاسة غير مرئية غسلت مرة فأما النجاسة التى هى غير مرئية فانها تغسل ثلاثا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لايدرى أين باتت يده فلما أمر بالغسل ثلاثا في النجاسة الموهومة ففى النجاسة المحققة أولى وهذا مذهبنا وعلى قول الشافعي رضى الله عنه العبرة بغلبة الرأى فيما سوى ولوغ الكلب حتى ان غلب على ظنه أنه طهر بالمرة الواحدة يكفيه ذلك لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم ثم اغسليه فلا يشترط فيه العدد ولكننا نقول غلبة الرأى فى العام الغالب لا تحصل الا بالغسل ثلاثا وقد تختلف فيه قلوب الناس فأقمنا السبب الظاهر مقامه تيسيراً وهو الغسل ثلاثا ٭ قال وان أصابت النجاسة عضواً من أعضائه فأبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ فيه بالقياس فقال لا يطهر بالغسل فى الاجانات لان صب الماء عليه ممكن من غير حرج ولان استعمال الماء فى العضو في تغير صفة الماء أقوى منه فى الثوب فان العضو الطاهر اذا غسل بالماء الطاهر صار مستعملا بخلاف الثوب الطاهر فلا يمكن قياس العضو على الثوب ومحمد رحمه الله تعالى سوّى بين الثوب والعضو فى أنه يطهر بالغسل فى الاجانات وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال لان الضرورة تحققت فى بعض الاعضاء فان من دمى أنفه أو فمه لا يمكنه صب الماء عليه حتى يشرب الماء النجس أو يعلو على دماغه وفيه حرج بين فأخذنا بالاستحسان في العضو كما أخذنا به فى الثوب ٠ ثم ماء الاجانات كلها نجس ولان النجاسة تحولت الى الماء ﴿فان قيل﴾ جزء من الماء

الثالث قد بقى فى الثوب بعد العصر فكيف يحكم بطهارة الثوب ﴿قلنا﴾ مالا يستطاع الامتناع عنه يكون عفواً مع أن الماء يتداخل فى أجزاء الثوب فيخرج النجاسة ثم يخرج على أثرها بالعصر فما بقى من البلة بعد العصر لم تجاوزه النجاسة ألا ترى أنه لو كان مكان النجاسة صبغ كالزعفران وغيره يتحول الى الماء ولا يبقى شئ من ذلك اللون فى الثوب ببقاء البلة فكذلك النجاسة* قال (جنب اغتسل فى ثلاثة آبار وليس على بدنه نجاسة عينية فقد أفسد ماء الآبار ولا يجزئه غسله) فى قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله تعالى يخرج من البئر الثالث طاهراً وهذا لان الحدث الحكمى معتبر بالنجاسة العينية فالآبار كالاجانات وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى النجاسة لا تزول عن البدن بالغسل فى الاجانات فكذلك الحدث قال ولو كان يزول بالغسل في الآبار لكان يخرج الجنب من البئر الاولى طاهراً كما اذا صب الماء على بدنه مرة بعد مرة وعند محمد رحمه الله تعالى النجاسة العينية عن البدن تزول بالغسل فى الاجانات فكذلك الجنابة قال ولما كان ثبوت هذا الحكم بالقياس على النجاسة شرطنا فيه عدد الثلاث كما يشترط فى غسل النجاسة بخلاف صب الماء على رأسه *قال (فأرة وقعت فى بئر فماتت فيها ووقعت فأرة أخرى فى بئر أخرى فماتت فاستقى من احداهما عشرون دلوا وصب فى الاخرى أجزأهم نزح عشرين دلواً من البئر الثانية) والاصل أن الشئ ينتظم ما هو مثله أودونه لا ماهو فوقه فاذا كان مافى البئر الثانية مثل ماصب فيها انتظم أحدهما الآخر فتطهر بنزح عشرين دلواً من البئر الثانية ولان هذا فى معنى مالو ماتت فأرتان فى بئر وحكم الفأرتين كحكم الفأرة الواحدة فى أن البئر تطهر بنزح عشرين دلوا منها وان ماتت فأرة فى بئر ثالثة فصب منها عشرون دلواً أيضاً فى هذه البئر فانها تطهر بنزح أربعين دلواً لان المصبوب فيها أكثر فينتظم ما كان فيها فتطهر بنزح القدر المصبوب فيها وذلك أربعون دلواً ولان هذه بمنزلة ثلاث فأرات ماتت في بئر وثلاث فأرات فى ظاهر الرواية كالدجاجة الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (قال) مالم يكن خمس فأرات لا يكون بمنزلة الدجاجة فاذا كان الثلاث كالدجاجة فى ظاهر الرواية يطهرها نزح أربعين دلواً وان صبوا من لبئر الثالثة فيها دلوا أو دلوين فعليهم أن ينزحوا منها عشرين دلواً مع هذه الزيادة لان لمصبوب فيها أكثر فينتظم ما كان فيها وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى هذه الفصول كلها أن بعد نزح القدر المصبوب ينزح منها عشرون دلواً * قال (وان ماتت فأرة فى جب

فصب ماؤها فى بئر فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ينزح منها ماصب فيها وبعده عشرون دلواً وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر الى ماء الجب فان كان عشرين دلواً أو أكثر ينزح ذلك القدر وان كان دون عشرين دلواً ينزح منها عشرون دلواً لان الحاصل فى البئر نجاسة الفأرة * قال (وان ماتت فأرة فى سمن فان كان جامداً يرمى بها وما حولها ويؤكل مابقى وان كان ذائباً لم يؤكل منه شيء) لحديث أبى موسى الاشعري رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة ماتت فى سمن فقال ان كان جامداً فألقوها وما حولها وكلوا مابقى وان كان ذائباً فأريقوه ولان فى الجامد النجاسة انما جاورت موضعاً واحداً فاذا قوّر ذلك كان الباقى طاهراً وفى الذائب النجاسة جاورت الكل فصار الكل نجسا . وحد الجمود والذوب اذا كان بحال لو قور ذلك الموضع لا يستوى من ساعته فهو جامد وان كان يستوى من ساعته فهو ذائب . ثم الذائب لا بأس بالانتفاع به سوى الاكل من حيث الاستصباح ودبغ الجلد به وكذلك يجوز بيعه مع بيان عيبه عندنا فاذا باعه ولم يبين عيبه فالمشترى بالخيار اذا علم به وعند الشافعى رضى الله عنه لا يجوز شيء من ذلك لانه بصفة النجاسة صار كالخمر فان عينه نجس فلا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم فى الجامد أمر بالقاء ما حول الفأرة وفى الذائب أمر باراقة الكل فدل أنه لايجوز الانتفاع به * وعلماؤنا احتجوا بحديث علي رضى الله تعالى عنه فى النجاسة اذا وقعت فى الدهن قال يستصبح به ويدبغ به الجلود وفى حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فان كان مائعاً فانتفعوا به ولان نجاسته لا لعينه بل لمجاورة النجاسة اياه فكان بمنزلة الثوب النجس بخلاف الخمر فان عينها نجس * وتأويل حديث أبى موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه أن مراده صلى الله عليه وسلم بيان حرمة الاكل فمعظم وجوه الانتفاع بالسمن هو الاكل واذا دبغ به الجلد ثم غسل بالماء طهر به الجلد وما تشرب فيه عفو لان عين الدهن يزول بالغسل انما بقى لينه وذلك غير معتبر * قال (وان ماتت فأرة في جب فيه خل فادخل رجل يده فيه ثم أدخلها قبل أن يغسلها في عشر خوابى خل أو ماء فقد أفسدهن كلهن) فان كان في الخوابى ماء فهذا الجواب قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فأما على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تخرج يده من الخابية الثالثة طاهرة بناء على غسل العضو المتنجس في الاجانات كما بينا الا أن يكون مراده أدخلها في الخابية الاولى الى الابط حتى تتنجس

كلها ثم أدخلها في الخابيـة الثانية الى الرسغ وكذلك في كل خابية زاد قليلا فحينئذ الكل نجس كما قالا فان كان في الخوابي خل فالجواب قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمـه الله تعالى تخرج يده من الخابية الثالثة طاهرة وهو بناء على أن ازالة النجاسات بالمائعات الطاهرة سوى الماء لا يجوز عند محمد وزفر رحمهما الله تعالى وكذا الشافعي رحمه الله تعالى الثوب والبـدن فيه سواء وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز في الثوب والبـدن جميعا وهو احـدي الروايتـين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى * وفي الرواية الاخرى فصل بين الثوب والبدن فقال في البدن لا تزول النجاسة عنه الا بالماء وفي الثوب تزول عنه بكل مائع طاهر ينعصر بالعصر فأما مالا ينعصر كالدهن والسمن لا تجوز ازالة النجاسة به * حجة محمد رحمه الله تعـالى قوله تعـالى .. وأنزلنا من السماء ماءطهوراً فقد خص الماء بكونه مطهراً واعتبر ازالة النجاسة بازالة الحدث لأن كل واحد منهما طهارة وهي شرط الصلاة فاذا كان أحدهما لا يحصل الا بالمـاء فكذلك الآخر ولا عبرة بزوال العـين فكما تزول بالاشـياء الطاهرة تزول بالاشياء النجسة كبول ما يؤكل لحمه ولم يعتبر ذلك فهذا مثله *وحجة أبي حنيفة رحمه الله أن الثوب قبل اصابة النجاسة كان طاهراً وبعد الاصابة الواجب ازالة عين النجاسة حتى لو قطعه بالمقراض بقي الثوب طاهراً وازالة العين كما تحصل بالماء تحصل بسائر المائعات وربما يكون تأثير الخل في قلع النجاسة أكثر من تأثير الماء فاذا زالت به عين النجاسة يبقى طاهراً كما كان بخلاف ما لا ينعصر فانه يتشرب في الثوب فتزاد به النجاسة ولا تزول . وفي بول ما يؤكل لحمـه فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان النجاسة الاولى تزول به لكن تبقى نجاسـة البول حتى يكون التقـدير فيه بالكثير الفاحش والاصح أن التطهير بالنجس لا يكون لمـا بين الوصفين من التضاد فأما الطهارة عن الحـدث فطهارة حكمية فيها معنى العبادة فلا تجوز الا بما تعبدنا به وانما تعبدنا بالماء لانه أهون موجود لا يلحق الناس حرج في افساده بالاستعمال بخلاف سائر المائعات فانها أموال يلحق الناس حرج في فسادها بالاستعمال وأبو يوسف رحمـه الله لهـذا المعنى فرق بين النجاسة على البدن وعلى الثوب فقال ما كان على البدن فهو نظير الحدث الحكمي لان في تطهير البدن معنى العبادة بخلاف مالو كان على الثوب قال فان صب خابية منها في بئر ماء فعليهم أن ينزحوا الاكثر من عشرين دلوا ومن مقدار الخابيـة لأن الحاصـل فيها نجاسة فأرة

لا غير وقدم * قال (ولا بأس بلبس ثياب أهل الذمة والصلاة فيها ما لم يعلم أن فيها قذراً) لأن الاصل في الثوب الطهارة وخبث الكافر فى اعتقاده لا يتعدى الى ثيابه فثوبه كثوب المسلم وعامة من ينسج الثياب فى ديارنا المجوس ولم ينقل عن أحد التحرز عن لبسها وكفى بالاجماع حجة الا الازار والسراويل فانه يكره الصلاة فيهما قبل الغسل وان صلى جاز أما الجواز فلأنه على يقين من الطهارة وفى شك من النجاسة وأما الكراهة فلانه يلى موضع الحدث وهم لا يحسنون الاستنجاء ويعرقون فيهما لا محالة والظاهر أن ازارهم لا ينفك عن نجاسة فتكره الصلاة فيه وهو نظير كراهة سؤر الدجاجة المخلاة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الشرب فى أواني المجوس فقال ان لم تجدوا منها بدًّا فاغسلوها ثم اشربوا فيها وانما أمر به لان ذبائحهم كالميتة وأوانيهم قلما تخلو عن دسومة فيها * قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى وكذلك الجواب فى ثياب بعض الفسقة من المسلمين فان الظاهر أنهم لا يتوقون اصابة الخمر لثيابهم فى حالة الشرب وقالوا فى الديباج الذى ينسجه أهل فارس لا تجوز الصلاة فيه لانهم يستعملون فيه عند النسج البول ويزعمون أنه يزيد فى بريقه ثم لا يغسلونه لان ذلك يفسده فان صح هذا لا يشكل أنه لا تجوز الصلاة فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب المسح على الخفين

(اعلم) أن المسح على الخفين جائز بالسنة فقد اشتهر فيه الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا . من ذلك حديث المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه قال توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكنت أصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فأخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال لا بل أنت نسيت بهذا أمرنى ربى . ومن ذلك حديث جرير بن عبد الله البجلي رضى الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح على خفيه فقيل له أكان ذلك بعد نزول المائدة فقال وهل أسلمت الا بعد نزول المائدة وقال ابراهيم رحمه الله تعالى وكان يعجبهم حديث جرير رضي الله عنه لانه أسلم بعد نزول المائدة وانما قال هذا لما روى عن ابن عباس

رضى الله تعالى عنهما قال سلوا هؤلاء الذين يروون المسح هل مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد نزول المائدة والله مامسح رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد نزول المائدة ولأن أمسح على ظهر عنز في الفلاة أحب الىّ من أن أمسح على الخفين وقد صح رجوعه عنه على ماقال عطاء بن أبى رباح رضى الله تعالى عنه لم يمت ابن عباس رضى الله تعالى عنهما حتى اتبع أصحابه في المسح على الخفين . والذى روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها لأن تقطع قدماى أحب الىّ من أن أمسح على الخفين فقد صح رجوعها عنه على ماروى شريح بن هانئ قال سألت عائشة رضى الله تعالى عنها عن المسح على الخفين فقالت لا أدرى سلوا عليا رضى الله تعالى عنه فانه كان أكثر سفراً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألنا عليا رضى الله تعالى عنه فقال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين . وفي رواية سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها فبلغ ذلك عائشة رضى الله تعالى عنها فقالت هو أعلم . ولكثرة الأخبار فيه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ماقلت بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار . وقال أبو يوسف رحمه الله خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وقال الكرخى رحمه الله تعالى أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لان الآثار التي وردت فيه فى حيز التواتر . وهو مؤقت في حق المقيم بيوم وليلة وفي حق المسافر بثلاثة أيام ولياليها لحديث علي رضى الله تعالى عنه وحديث خزيمة بن ثابت رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال خرجت الى العراق فرأيت سعداً يمسح على الخفين فقلت ماهذا فقال اذا رجعت الى أبيك فسله فسألت أبى فقال عمك أفقه منك رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين وسمعته يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ولان المسح رخصة لدفع المشقة وذلك مؤقت فى حق المقيم بيوم وليلة لأنه يلبس خفيه حين يصبح ويخرج فيشق عليه النزع قبل أن يعود الى بيته ليلا والمسافر يلحقه الحرج بالنزع فى كل مرحلة فقدر فى حقه بثلاثة أيام ولياليها أدنى مدة السفر اذ لا نهاية لأكثره . وكان الحسن البصرى رضى الله عنه يقول المسح مؤبد للمسافر لحديث عمار بن ياسر رضى الله عنه قال قلت يارسول الله أمسح على الخفين يوما فقال نعم فقلت يومين فقال نعم حتى انتهيت الى سبعة

أيام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك * وتأويله أن مراده صلى الله عليه وسلم بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ وأن ينزع في هذه المدة والاخبار المشهورة لا تترك بهذا الشاذ وكان مالك رحمه الله تعالى يقول لا يمسح المقيم أصلا ويمسح المسافر ما بدا له لحديث عقبة بن عامر الجهني رضي الله تعالى عنه قال وفدت على عمر رضي الله تعالى عنه من الشام فقال متى عهدك بالخف فقلت منذ أسبوع قال أصبت . وتأويله أن المراد بيان أول اللبس وخروجه مسافراً لا أنه لم ينزع بين ذلك . ثم ابتداء المدة من وقت الحدث لأن سبب وجوب الطهارة الحدث واستتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما هو موجب لبس الخف انما يظهر عند الحدث فلهذا كان ابتداء المدة منه ولانه لا يمكن ابتداء المدة من وقت اللبس فانه لو لم يحدث بعد اللبس حتى يمرُ عليه يوم وليلة لا يجب عليه نزع الخف بالاتفاق ولا يمكن اعتباره من وقت المسح لانه لو أحدث ولم يمسح ولم يصل أياما لا اشكال أنه لا يمسح بعد ذلك فكان العدل في الاعتبار من وقت الحدث * قال (وانما يجوز المسح من كل حدث موجب للوضوء دون الاغتسال) لحديث صفوان بن عسال المرادي رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها الا من جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم ولان الجنابة ألزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك والرجل معتبرة بالرأس فمتى كان الفرض في الرأس المسح كان في الرِّجل في حق لابس الخف كذلك وفي الجنابة الفرض في الرأس الغسل فكذلك في الرِّجل عليه نزع الخف وغسل القدمين * قال (وانما يجوز المسح اذا لبس الخف على طهارة كاملة) لحديث المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حين مسح على خفيه اني أدخلتهما وهما طاهرتان ولأن موجب لبس الخف المنع من سراية الحدث الى القدمين لا تحويل حكم الحدث من الرجل الى الخف وانما يتحقق هذا اذا كان اللبس على طهارة * قال (فان غسل رجليه أولا ولبس خفيه ثم أحدث قبل اكمال الطهارة لم يجز له أن يمسح عليهما) لأن أول الحدث بعد اللبس ما طرأ على طهارة كاملة فهو وما لبس قبل غسل الرجل سواء وان أكمل وضوءه قبل الحدث جاز له أن يمسح عندنا ولم يجز عند الشافعي رحمه الله تعالى بناء على أن الترتيب في الوضوء ليس بركن عندنا فأول الحدث بعد لبس الخف طرأ على طهارة كاملة * قال (ولو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم أحدث جاز

له عنـدنا أن يمسح وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان لم ينزع الخف الاول فلا يجوز له أن يمسح وان نزعـه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط أن يكون لبسه بعـد اكمال الطهارة وهذا اشتغال بما لا يفيد ينزع ثم يلبس من غير أن يلزمه فيه غسل وهو ليس من الحكمة فلا يجوزله اشتراطه * قال (ومسح الخف مرة واحدة) وقال عطاء رضى الله تعالى عنـه ثلاثا كالغسل ﴿ ولنا ﴾ حديث المغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهما قال كأنى أنظر الى أثر المسح على ظهر خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع وانما لم تبق الخطوط اذا لم يمسحه الا مرة واحدة ولان فى كثرة اصابة البلة افساد الخف وفيه حرج فيكتفى فيه بالمرة الواحدة ويبدأ من قبل الاصابع حتى ينتهى الى أسفل الساق اعتباراً بالغسل فالبداءة فيه من الاصابع لان الله تعالى جعل الكعبين غاية * قال (وان مسح خفيه باصبع أو اصبعين لم يجزه حتى يمسح بثلاثة أصابع) وعلى قول زفر رضى الله تعالى عنـه يجزئه والكلام فيه مثل الكلام فى المسح بالرأس وقد مر * قال (والخرق اليسير في الخف لا يمنع من المسح عليه وفي القياس يمنع) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان القـدر الذى بدا من الرجـل وجب غسله اعتباراً للبعض بالكل واذا وجب الغسل في البعض وجب فى الكل لانه لا يتجزأ ووجه الاستحسان أن الخف قلما يخلو عن قليل خرق فانه وان كان جديدا فآثار الزرور والاشافى خرق فيه ولهذا يدخله التراب فجعلنا القليل عفواً لهذا فأما اذا كان الخرق كبيراً لا يجوز المسح عليه وقال سفيان الثورى رحمه الله تعالى اذا كان بحيث يمكن المشى فيه سفراً يجوز المسح عليه لان الاصل في هذه الرخصة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وعامتهم كانوا محتاجين لا يجدون الا الخلق من الخفاف وقد جوز لهم المسح ولكنا نقول الخرق اليسير انما جعل عفواً للضرورة ولا ضرورة فى الكثير فيبقى على أصل القياس . والفرق بين القليل والكثير ثلاث أصابع فان كان يبدو منه ثلاث أصابع لم يجز له أن يمسح عليه لان الا كثر معتبر بالكمال وفى رواية الزيادات عن محمد رحمه الله تعالى ثلاث أصابع من أصغر أصابع الرجل لان الممسوح عليه الرجل وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى قال ثلاث أصابع من أصابع اليد لان الممسوح به اليد وسواء كان الخرق فى ظاهر الخف أو باطنه أو من ناحية العقب ولكن هـذا اذا كان يبـدو منه مقدار ثلاث أصابع فان كان صلبا لا يبدو منه شئ يجوز المسح عليه وان كان يبدو فى حالة المشى دون حال وضع القدم

على الارض لم يجزه المسح لأن الخف يلبس للمشي ٠واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فيما اذا كان يبدو ثلاثة أصابع من الأنامل والاصح أنه لا يجوز المسح عليه وتجمع الخروق فى خف واحد ولا تجمع فى خفين لأن أحد الخفين منفصل عن الآخر * قال (وان مسح باطن الخف دون ظاهره لم يجزه) فان موضع المسح ظهر القدم لما روينا من حديث المغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنه وقال الشافعى رحمه الله تعالى المسح على ظاهر الخف فرض وعلى باطنه سنة فالاولى عنده أن يضع يده اليمنى على ظاهر الخف ويده اليسرى على باطنه فيمسح بهما على كل رجل وعندنا المسح على ظاهر الخف فقط لحديث علي رضي الله تعالى عنه قال لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف أولى من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه دون باطنهما ولأن باطن الخف لا يخلو عن لوث عادة فيصيب يده ذلك اللوث وفيه بعض الحرج والمسح مشروع لدفع الحرج * قال (ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة) ومن العلماء من جوزه لحديث بلال رضى الله تعالي عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وجاء فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث سرية فأمرهم بأن يمسحوا على المشاوذ والتساخين فالمشاوذ العمائم والتساخين الخفاف ﴿ ولنا ﴾ حديث جابر رضى الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حسر العمامة عن رأسه ومسح على ناصيته وكأن بلالا رضي الله عنه كان بعيداً منه فظن أنه مسح على العمامة حين لم يضعها عن رأسه * وتأويل الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم خص به تلك السرية لعذرهم فقد كان عليه الصلاة والسلام يخص بعض أصحابه بأشياء كما خص عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه بلبس الحرير وخزيمة رضى الله تعالى عنه بشهادته وحده ٠ ثم المسح انما يكون بدلا عن الغسل لا عن المسح والرأس ممسوح فكيف يكون المسح على العمامة بدلا عنه بخلاف الرجل ولانه لا يلحقه كثير حرج فى ادخال اليد تحت العمامة والمسح على الرأس * قال (وكذلك المرأة لا تمسح على خمارها) لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أنها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها وقالت بهذا أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم فان مسحت على خمارها فنفذت البلة الى رأسها حتى ابتل قدر الربع أجزأها حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى اذا كان الخمار جديدا يجوز وان لم يكن جديداً لا يجوز لأن ثقوب الجديد لم تنسد بالاستعمال فتنفذ البلة منها الى الرأس * قال (وأما المسح على الجوربين فان كانا

ثخينين منعلين يجوز المسح عليهما) لان مواظبة المشى سفراً بهما ممكن وان كانا رقيقين لا يجوز المسح عليهما لانهما بمنزلة اللفافة وان كانا ثخينين غير منعلين لا يجوز المسح عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان مواظبة المشي بهما سفراً غير ممكن فكانا بمنزلة الجورب الرقيق وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز المسح عليهما وحكى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى فى مرضه مسح على جوربيه ثم قال لعواده فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه وحجتهما حديث أبي موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه وأرضاه أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على جوربيه وقد روى المسح على الجورب عن أبى بكر وعلي وأنس رضى الله تعالى عنهم * وتأويله عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه كان منعلا أو مجلداً والثخين من الجورب أن يستمسك على الساق من غير أن يشده بشئ . والصحيح من المذهب جواز المسح على الخفاف المتخذة من اللبود التركية لان مواظبة المشى فيها سفراً ممكن * قال (ويجوز المسح على الجرموقين فوق الخفين) عندنا وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه ان لبس الجرموقين وحدهما مسح وان لبسهما فوق الخف لم يمسح عليهما لان ما تحتهما ممسوح والمسح لا يكون بدلا عن المسح « ولنا » حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولان الجرموق فوق الخف فى معنى خف ذى طاقين ولو لبس خفا ذا طاقين كان له أن يمسح عليه فهذا مثله وانما يجوز المسح عندنا على الجرموقين اذا لبسهما فوق الخفين قبل أن يحدث ويمسح فأما اذا كان مسح على الخف أولا ثم لبس الجرموق فليس له أن يمسح على الجرموق لان حكم المسح استقر على الخف فبهذا يتبين الجواب عما قاله الشافعى رحمه الله تعالى عنه . وكذلك لو أحدث بعدما لبس الخف ثم لبس الجرموقين فليس له أن يمسح على الجرموق لان ابتداء مدة المسح من وقت الحدث وقد انعقد فى الخف فلا يتحول الى الجرموق بعد ذلك وان مسح على الخفين ثم نزع أحدهما انتقض مسحه فى الرجلين وعليه غسلهما . وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا شئ عليه وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فيه ثلاثة أقوال روي حماد رحمه الله تعالى عنه كما هو مذهبنا وروى ابن أبي يعلى عن الحكم رحمه الله أنه لا شئ عليه وروى الحسن بن عمارة عن الحكم أن عليه استقبال الوضوء . وجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتمل التجزى كانتقاضه بالحدث ووجه الرواية الاخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض الا بالحدث فى شئ من الاعضاء ونزع الخف ليس بحدث

• ووجه قولنا ان استتار القدم بالخف كان يمنع سراية الحدث الى القدم وذلك الاستتار بالخلع يزول فيسرى ذلك الى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجليه فعليه غسلهما والرجلان فى حكم الطهارة كشئ واحد فاذا وجب غسل احداهما وجب غسل الاخرى ضرورة أنه لا يجمع بين المسح والغسل فى عضو واحد * قال (ولو مسح على الجرموقين ثم نزع أحدهما مسح على الخف الظاهر وعلى الجرموق الباقي) وفى بعض روايات الاصل قال ينزع الجرموق الثانى ويمسح على الخفين وقال زفر رحمه الله تعالى عنه يمسح على الخف الذي نزع الجرموق عنه وليس عليه فى الآخر شيء • وجه قوله ان الاستتار باق فكان الفرض المسح ففيما زال الممسوح بالنزع عليه أن يمسح وفيما كان الممسوح باقيا لا يلزمه شيء بخلاف ما اذا خلع احدي خفيه • ووجه ماذكر فى بعض النسخ أن نزع أحد الجرموقين كنزعهما جميعا كما اذا خلع احد الخفين يكون كخلعهما • ووجه ظاهر الرواية أنه في الابتداء لو لبس الجرموق على احدي الخفين كان له أن يمسح عليه وعلى الخف الباقي فكذلك اذا نزع أحد الجرموقين الا أن حكم الطهارة فى الرجلين لا يحتمل التجزي فاذا انتقض فى أحدهما بنزع الجرموق ينتقض فى الآخر فلهذا مسح على الخف الظاهر وعلى الجرموق الباقي * قال (واذا انقضى مدة مسحه ولم يحدث فعليه نزع الخفين وغسل القدمين) لأن الاستتار كان مانعا في المدة فاذا انقضى سرى ذلك الحدث الى القدمين فعليه غسلهما وليس عليه اعادة الوضوء كما لو كانت السراية بخلع الخفين * قال (واذا توضأ فنسى مسح خفيه ثم خاض الماء فانه يجزئه من المسح) لان تأدى الفرض باصابة البلة ظاهر الخف وقد وجد وهل يصير الماء مستعملا بهذا قال أبو يوسف رحمه الله لا يصير الماء مستعملا بهذا وعن محمد رحمه الله تعالى ان الماء يصير مستعملا ولا يجزئه من المسح اذا كان الماء قليلا غير جار وأصل الخلاف فى الرأس فأبو يوسف رحمه الله يقول تأدي فرض المسح بالبلة الواصلة الى موضعها لا بالماء الباقى فى الاناء فبقى الاناء كما كان ومحمد رحمه الله يقول لو تأدى به الفرض لصار الماء مستعملا بازالة الحدث فانما أخرج رأسه من الماء المستعمل وذلك يمنع من جواز المسح به * قال (واذا استكمل المقيم مسح الاقامة ثم سافر نزع الخف) لان حكم الحدث سرى الى القدمين بانقضاء مدة المسح فلا يتغير ذلك بالسفر * قال (وان لبس خفيه وهو مقيم ثم سافر قبل أن يحدث فله أن يمسح كمال مدة السفر) لان ابتداء المدة انعقد وهو مسافر فأما اذا أحدث وهو مقيم أو مسح قبل استكمال يوم وليلة

ثم سافر جازله عندنا أن يمسح كمال ثلاثة أيام ولياليها وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يمسح الا يوما وليلة قال لان المدة انعقدت وهو مقيم فلا يمسح أكثر من يوم وليلة والشروع في مدة المسح كالشروع في الصلاة ومن افتتح الصلاة في السفينة وهو مقيم ثم صار مسافراً لم يجزله أن يتم صلاة السفر وانما يتم صلاة المقيمين ﴿ ولنا ﴾ أن المسح جاز له وهو مسافر فله أن يمسح كمال مدة السفر كما لو سافر قبل الحدث وفعل الصلاة . دليلنا أنه بالحدث صار شارعا في وقت المسح فوزانه أن لو دخل وقت الصلاة وهو مقيم ثم صار مسافراً فهناك يصلى صلاة المسافرين * قال (واذا قدم المسافر مصره بعد مامسح يوما وليلة أو أكثر من ذلك فعليه نزع الخفين) لانه صار مقيما والمقيم لايمسح أكثر من يوم وليلة الا أنه اذا كان قدومه بعد ما مسح يومين نزع خفيه ولم يعد شيئاً من الصلاة لانه حين مسح كان مسافراً * قال (واذا توضأ ومسح على الجبائر ولبس خفيه ثم أحدث فله أن يمسح على الخفين ما لم يبرأ جرحه) لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحته ما دامت العلة قائمة وقد بينا هذا فيما مضى فكان اللبس حاصلا على طهارة تامة ما بقيت العلة فله أن يمسح على الخفين فان برئ جرحه فعليه أن ينزع خفيه لان المسح على الجبائر طهارة تامة ما بقيت العلة واللبس بعد البرء غير حاصل على طهارة تامة فلم يكن له أن يمسح وان لم يحدث بعد لبس الخف حتى برئ جرحه فان لم يحدث حتى غسل ذلك الموضع جاز له أن يمسح على الخفين لان أول الحدث بعد اللبس طرأ على طهارة تامة وان أحدث قبل غسل ذلك الموضع لم يجز له أن يمسح على الخف لان أول الحدث بعد اللبس طرأ على طهارة ناقصة * قال (وللماسح على الخفين أن يؤم الغاسلين) لانه صاحب بدل صحيح وحكم البدل حكم الاصل ولان المسح على الخف جعل كالغسل لما تحته في المدة بدليل جواز الاكتفاء به مع القدرة على الاصل وهو غسل الرجلين فكان الماسح في حكم الامامة كالغاسل * قال (واذا أراد أن يبول فلبس خفيه ثم بال فله أن يمسح على خفيه) لان لبسهما حصل على طهارة تامة ولما سئل أبو حنيفة رحمه الله عن هذا فقال لايفعله الا فقيه فقد استدل بفعله على فقهه لانه تطرق به الى رخصة شرعية * قال (واذا بدا للماسح أن يخلع خفيه فنزع القدم من الخف غير أنه في الساق بعد فقد انتقض مسحه) لان موضع المسح فارق مكانه فكأنه ظهر رجله وهذا لان ساق الخف غير معتبر حتى لو لبس خفا لا ساق له جاز له المسح اذا كان الكعب مستوراً فيكون الرجل في ساق الخف

وظهره

وظهوره فى الحكم سواء وان نزع بعض القدم عن مكانه فالمروىّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الاملاء أنه اذا نزع أكثر العقب انتقض مسحه لانه لا يمكنه المشى بهذه الصفة وللاكثر حكم الكمال وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان نزع من ظهر القدم قدر ثلاثة أصابع انتقض مسحه وعن محمد رحمه الله تعالى قال ان بقي من ظهر القدم مقدار ثلاثة أصابع لم ينتقض مسحه لانه لو كان بعض رجله مقطوعا وقد بقي من ظهر القدم مقدار ثلاثة أصابع فلبس عليه الخف جاز له أن يمسح فهذا قياسه والله أعلم * قال (واذا لبس الخفين على طهارة التيمم أوالوضوء بنبيذ ثم وجد الماء نزع خفيه) لان طهارة التيمم غير معتبرة بعد وجود الماء وكذلك طهارة النبيذ فصار بعد وجود الماء كأنه لبس على غير طهارة * قال (واذا لبست المستحاضة الخفين فان كان الدم منقطعا من حين توضأت الى أن لبست الخفين فلها أن تمسح كمال مدة المسح لان وضوءها رفع الحدث السابق ولم يقترن الحدث بالوضوء ولا باللبس فانما طرأ أول الحدث بعد اللبس على طهارة تامة) فأما اذا توضأت والدم سائل أو سال بعد الوضوء قبل اللبس فلبست الخفين كان لها أن تمسح فى الوقت اذا أحدثت حدثا آخر ولم يكن لها أن تمسح بعد خروج الوقت عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى لها أن تمسح كمال مدة المسح لان سيلان الدم عفو في حقها بدليل جواز الصلاة معه فكان اللبس حاصلا على طهارة *ولنا* أن سيلان الدم عفو فى الوقت لا بعده حتى تنتقض الطهارة بخروج الوقت وخروج الوقت ليس بحدث فكان اللبس حاصلا على طهارة معتبرة في الوقت لا بعد خروج الوقت فلهذا كان لها أن تمسح فى وقت الصلاة لا بعد خروج الوقت * قال (واذا كان مع المسافر ماء قدر ما يتوضأ به وفى ثوبه دم أكثر من قدر الدرهم غسل الدم بذلك الماء ثم تيمم للحدث) وقال حماد بن أبي سليمان رحمه الله تعالى يتوضأ بذلك الماء وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وقيل هذه أول مسئلة خالف فيها أبو حنيفة رحمه الله تعالى استاذه .ووجه قول حماد رحمه الله تعالى أن حكم الحدث أغلظ من حكم النجاسة بدليل أن القليل من النجاسة عفو ومن الحدث لا وبدليل جواز الصلاة في الثوب النجس اذا كان لا يجد ماء يغسله به ولا تجوز الصلاة مع الحدث بحال فصرف الماء الى أغلظ الحدثين أولى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنه قادر على الجمع بين الطهارتين بأن يغسل النجاسة بالماء فيطهر به الثوب ثم يكون عادما للماء فيكون طهارته التيمم ومن قدر على الجمع بين الطهارتين لا يكون له

أن يأتي بأحدهما ويترك الآخر فلهذا كان صرف الماء الى النجاسة أولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب التيمم

قال رضى الله تعالى عنه التيمم فى اللغة القصد ومنه قول القائل

وما أدرى اذا يممت أرضا * أريد الخير أيهما يلينى

أي قصدت * وفى الشريعة عبارة عن القصد الى الصعيد للتطهير الاسم شرعى فيه معنى اللغة (وثبوت التيمم بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيداً طيبا ونزول الآية فى غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقط عقد عائشة رضى الله عنها فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين فى طلبه ونزلوا ينتظرونهما فأصبحوا وليس معهم ماء فأغلظ أبو بكر رضى الله تعالى عنه على عائشة رضى الله تعالى عنهما وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت آية التيمم فلما صلوا جاء أسيد بن الحضير الى مضرب عائشة رضى الله تعالى عنها فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر وفي رواية يرحمك الله ياعائشة مانزل بك أمر تكرهينه الا جعل الله للمسلمين فيه فرجا * والسنة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال جعلت لى الارض مسجدا وطهورا أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت وقال عليه الصلاة والسلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم تجد الماء * اذا عرفنا هذا فنقول ينتظر من لايجد الماء آخر الوقت ثم يتيمم صعيداً طيبا وهذا اذا كان على طمع من وجود الماء فان كان لا يرجو ذلك لا يؤخر الصلاة عن وقتها المعهود لان الانتظار انما يؤمر به اذا كان مفيدا فاذا كان على طمع فالانتظار مفيد لعله يجد الماء فيؤدي الصلاة بأكمل الطهارتين واذا لم يكن على طمع من الماء فلا فائدة فى الانتظار فلا يشتغل به * ثم بين صفة التيمم فقال (يضع يديه على الارض ثم يرفعهما فينفضهما ويمسح بهما وجهه ثم يضع يديه ثانية على الارض ثم يرفعهما فينفضهما ثم يمسح بهما كفيه وذراعيه من المرفقين . قال فان مسح وجهه وذراعيه ولم يمسح ظهر كفيه لم يجزه) فقد ذكر الوضع والآثار جاءت بلفظ الضرب قال صلى الله عليه وسلم لعمار بن ياسر أما يكفيك ضربتان والوضع جائز والضرب أبلغ ليتخلل التراب بين أصابعه وينفضهما مرة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه

قال ينفضهما مرتين وفى الحقيقة لاخلاف فان ماالتصق بكفه من التراب ان تناثر بنفضة واحدة يكتفي بها وان لم يتناثر نفض نفضتين لأن الواجب التمسح بكف موضوع على الارض لا استعمال التراب فان استعمال التراب مثله * ثم التيمم ضربتان عند عامة العلماء وكان ابن سيرين يقول ثلاث ضربات ضربة يستعملها للوجه وضربة في الذراعين وضربة ثالثة فيهما وحديث عمار حجة عليه كما روينا وكذلك ظاهر قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه يوجب المسح دون التكرار * ثم التيمم الى المرافق في قول علمائنا والشافعيّ رحمهم الله تعالى . وقال الاوزاعى والاعمش الى الرسغين وقال الزهريّ رحمه الله الى الآباط وحديث عمار رضى الله عنه قد ورد بكل ذلك فرجحنا روايته الى المرفقين لحديثين * أحدهما حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين * والثانى حديث الأسلع أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين والمعنى فيه أن التيمم بدل عن الوضوء ثم الوضوء في اليدين الى المرفقين فالتيمم كذلك وتقريره انه سقط فى التيمم عضوان أصلا وبقى عضوان فيكون التيمم فيهما كالوضوء فى الكل كما أن الصلاة فى السفر سقط منه ركعتان كان الباقى منها بصفة الكمال ولهذا شرطنا الاستيعاب فى التيمم حتى اذا ترك شيئا من ذلك لم يجزه الا فى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال الاكثر يقوم مقام الكمال لان في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في المسح بالخف والرأس فأما فى ظاهر الرواية الاستيعاب فى التيمم فرض كما في الوضوء ولهذا قالوا لا بد من نزع الخاتم فى التيمم ولا بد من تخليل الاصابع ليتم به المسح . ومن قال التيمم الى الرسغ استدل بآية السرقة قال الله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ثم كان القطع من الرسغ ولكنا نقول ذلك عقوبة وفى العقوبات لا يؤخذ الا باليقين والتيمم عبادة وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ومن قال الى الآباط قال اسم الأيدى مطلقا يتناول الجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط ولكنا نقول التيمم بدل عن الوضوء فالتنصيص على الغاية فى الوضوء يكون تنصيصا عليه فى التيمم يقول فى الكتاب . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن التيمم فقال الوجه والذراعان الى المرفقين فقلت كيف فمال بيده على الصعيد فأقبل بيده وأدبر ثم نفضهما ثم مسح وجهه ثم أعاد كفيه جميعا على الصعيد فأقبل بهما وأدبر ثم رفعهما

ونفضهما ثم مسح بكل كف ظهر ذراع الأخرى وباطنها الى المرفقين وفى قوله أقبل بهما وأدبر وجهان . أحدهما أنه قبل الوضع على الارض أقبل بهما وأدبر لينظر هل التصق بكفه شئ يصير حائلا بينه وبين الصعيد . والثانى أقبل بهما على الصعيد وأدبر بهما وهذا هو الاظهر . قال (وان كان مع رفيق له ماء فطلب منه فلم يعطه فتيمم وصلى أجزأه) لأنه عادم للماء حين منعه صاحب الماء وهو شرط التيمم وان لم يطلب منه حتى تيمم وصلى لم يجزه لأن الماء مبذول فى الناس عادة خصوصا للطهارة فلا يصير عادما للماء الا بمنع صاحبه فلا يظهر ذلك الا بطلبه فاذا لم يطلب لا يجزئه فأما اذا لم يكن مع أحد من الرفقة ماء وتيمم وصلى جازت صلاته وان لم يطلب الماء عندنا . وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه لا بد من طلب الماء أولا يمنة ويسرة فيهبط واديا ويعلو شرفا ان كان ثمة لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وذلك لا يتبين الا بطلبه ولكنا نقول الطلب انما يلزمه اذا كان على طمع من الوجود فأما اذا لم يكن على طمع منه فلا فائدة في الطلب وقد يلحقه الحرج فربما ينقطع عن أصحابه وما شرع التيمم الا لدفع الحرج قال الله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج قال (وكل شيء من الارض تيمم به من تراب أو جص أو نورة أو زرنيخ فهو جائز) فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولا لا يجوز التيمم الا بالتراب والرمل ثم رجع فقال لا يجزئه الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه واحتج بقوله تعالى فتيمموا صعيداً طيبا . قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه الصعيد هو التراب الخالص . وقال صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم والجص والنورة ليسا بتراب فلا يجوز التيمم بهما وما سوى التراب مع التراب بمنزلة سائر المائعات مع الماء فى الوضوء فكما يختص الوضوء بالماء دون سائر المائعات فكذلك التيمم وفيه اظهار كرامة الآدمي فانه مخلوق من التراب والماء فخصا بكونهما طهوراً لهذا وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بالآية فان الصعيد هو الارض قال صلى الله عليه وسلم يحشر العلماء فى صعيد واحد كأنها سبيكة فضة فيقول الله تعالى يامعشر العلماء اني لم أضع علمي فيكم الا لعلمى بكم اني لم أضع حكمتى فيكم وأنا أريد أن أعذبكم انطلقوا مغفوراً لكم فدل أن الصعيد هو الارض . وقال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا ثم ما سوى التراب من الارض أسوة التراب فى كونه مكان الصلاة فكذلك فى كونه طهورا

وبين أن الله يسر عليه وعلى أمته وقد تدركه الصلاة فى غير موضع التراب كما تدركه فى موضع التراب فيجوز التيمم بالكل تيسيراً * ثم حاصل المذهب أن ما كان من جنس الارض فالتيمم به جائز وما لا فلا حتى لا يجوز التيمم بالذهب والفضة لانهما جوهران مودعان في الارض ليس من جنسه حتى يذوب بالذوب وكذلك الرماد من الحطب لانه ليس من جنس الارض هكذا ذكر الشيخ الامام السرخسى وغيره من مشايخنا رحمهم الله * قال (ان كان الملح جبليا يجوز لانه من جنس التراب وان كان مائعا لا يجوز لانه ليس من جنس التراب ذائب سبخ) وأما الكحل والمرداسنج من جنس الارض فيجوز التيمم بهما والاجر كذلك لأنه طين مستحجر فهو كالحجر الاصلى والتيمم بالحجر يجوز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان لم يكن عليه غبار . وعن محمد رحمه الله تعالى فيه روايتان فى احدى الروايتين لا يجوز الا ان يكون عليه غبار . والدليل على الجواز حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم بال فسلم عليه رجل فلم يرد عليه حتي كاد الرجل يتوارى بحيطان المدينة فضرب بيده على الحائط فتيمم ثم رد عليه السلام وحيطانهم كانت من الحجر فدل على جواز التيمم بها وكذلك الطين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجوز به التيمم لانه من جنس الارض وفى احدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز بالطين * قال (واذا نفض ثوبه أو لبده وتيمم بغباره وهو يقدر على الصعيد أجزأه) فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا يجزئه عند أبى يوسف رحمه الله تعالى الا اذا كان لا يقدر على الصعيد ووجهه أن الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمأمور به التيمم بالصعيد فان قدر عليه لم يجزه الا بالصعيد وان لم يقدر فحينئذ تيمم بالغبار كما أن العاجز عن الركوع والسجود يصلى بالايماء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى احتجا بحديث عمر رضى الله تعالى عنه فانه كان مع أصحابه فى سفر فنظروا بالجابية فأمرهم أن ينفضوا لبودهم وسروجهم ويتيمموا بغبارها ولان الغبار تراب فان من نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب الا أنه دقيق وكما يجوز التيمم بالخشن من التراب على كل حال فكذلك بالدقيق منه * قال (وان تيمم في أول الوقت أجزأه) وكذلك قبل دخول الوقت عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجزئه قبل دخول الوقت لانها طهارة ضرورية فلا يعتد بها قبل تحقق الضرورة لكنا نستدل بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيبا فشرط عدم الماء فقط وجعله فى حال

عدم الماء كالوضوء . ثم التوضؤ بالماء قبل دخول الوقت لتقرر سببه وهو الحدث فكذلك التيمم فان وجد الماء بعد ذلك فهو على أوجه ان وجده قبل الشروع فى الصلاة يبطل تيممه الا على قول أبي سلمة بن عبد الرحمن رضي الله عنهما قال الطهارة متى صحت لا يرفعها الا الحدث ووجود الماء ليس بحدث ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم التراب كافيك ولو الى عشر حجج ما لم تجد الماء فاذا وجدت الماء فأمسسه بشرتك ولان التيمم لا يرفع الحدث ولكنه طهارة شرعا الى غاية وهو وجود الماء ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها خلاف ما قبلها فعند وجود الماء يصير محدثا بالحدث السابق وان وجد الماء فى خلال الصلاة فعليه أن يتوضأ ويستقبل القبلة عندنا وهو أحد أقاويل الشافعى رحمه الله تعالى . وفى قول آخر يقرب الماء منه حتى يتوضأ ويبنى وأظهر أقاويله أنه يمضى على صلاته . وجه قوله أن الشروع فى الصلاة قد صح بطهارة التيمم فلا يبطل برؤية الماء كما لو رأى بعد الفراغ من الصلاة واذا لم يبطل ما أدي لحرمة الصلاة تمنعه من استعمال الماء فلا يكون واجداً للماء كما لو كان بينه وبين الماء مانع أو كان على رأس البئر وليس معه آلة الاستسقاء ﴿ولنا﴾ أن طهارة التيمم انتهت بوجود الماء فلو أتم صلاته أتمها بغير طهارة وذلك لا يجوز وحرمة الصلاة انما تمنعه من استعمال الماء أن لو بقيت ولم تبق ها هنا لما بينا ان التيمم لا يرفع الحدث فعند وجود الماء يصير محدثا بحدث سابق على الشروع فى الصلاة وذلك يمنعه من البناء لخروج الوقت فى حق المستحاضة لان البناء على الصلاة عرف بالاثر وذلك فى حدث يسبقه للحال فلهذا ألزمناه الوضوء واستقبال الصلاة والشروع فى الصلاة وان صح كما قال الا أن المقصود لم يحصل به لانه اسقاط الفرض عن ذمته ومتى قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل سقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت و ان وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة والسلام لم تلزمه الاعادة الا على قول مالك رحمه الله فانه يقول اذا وجد الماء فى الوقت يعيد الصلاة لان طهارة التيمم لضرورة التمكن به من أداء الصلاة والأداء باعتبار الوقت فاذا ارتفعت هذه الضرورة بوجود الماء في الوقت سقط اعتبار التيمم كالمريض اذا أحج رجلا بماله ثم برئ فعليه حجة الاسلام لبقاء الوقت فان العمر للحج كالوقت للصلاة ﴿ولنا﴾ ما روي أن رجلين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم صليا بالتيمم فى الوقت ثم وجدا الماء فأعاد أحدهما ولم يعد الآخر فسألا عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للذي أعاد آتاك أجرك مرتين

وللذى لم يعد أجزأتك صلاتك وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى العصر بالتيمم وانصرف من ضيعته وهو ينظر الى أبيات ثم دخلها قبل غروب الشمس فلم يعد الصلاة والمعنى أن المقصود هو اسقاط الفرض عن ذمته وقد حصل بالبدل فلا يعود الى ذمته بالقدرة على الاصل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت بعد انقضاء العدة وهذا بخلاف الحج فان جواز الاحجاج باعتبار وقوع اليأس عن الأداء بالبدن وذلك لا يحصل الا بالموت وها هنا جواز التيمم باعتبار العجز عن استعمال الماء وكان متحققا حين صلى * قال (ويؤم المتيمم المتوضئين) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وقال محمد رحمه الله تعالى لا يؤم وهو قول علىّ رضى الله تعالى عنه فانه كان يقول لا يؤم المتيمم المتوضئين ولا المقيد المطلقين ولان طهارة المتيمم طهارة ضرورة فلا يؤم من لا ضرورة له كصاحب الجرح السائل لا يؤم الاصحاء. وهما استدلا بحديث عمرو بن العاص رضي الله عنه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله أميراً على سرية فلما انصرفوا سألهم عن سيرته فقالوا كان حسن السيرة ولكنه صلى بنا يوما وهو جنب فسأله عن ذلك فقال احتلمت فى ليلة باردة فخشيت الهلاك ان اغتسلت فتلوت قول الله عز وجل ولا تقتلوا أنفسكم فتيممت وصليت بهم فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجهه وقال يالك من فقه عمرو بن العاص ولم يأمرهم باعادة الصلاة ولان المتيمم صاحب بدل صحيح فهو كالماسح على الخفين يؤم الغاسلين وهذا لان البدل عند العجز عن الاصل حكمه حكم الاصل بخلاف صاحب الجرح فانه ليس بصاحب بدل صحيح * قال (والجنب والحائض والمحدث فى التيمم سواء) وهو قول على وابن عباس رضى الله عنهما وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لا يجوز التيمم للحائض والجنب وروى أن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال لعمر رضى الله عنه أما تذكر اذ كنت معك فى الابل فأجنبت فتمعكت فى التراب ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصرت حماراً أما يكفيك ضربتان فقال له عمر اتق الله فقال ان شئت فلا أذكره أبدا فقال عمر ان شئت فاذكره وان شئت فلا تذكره ولما ذكر لابن مسعود رضى الله عنه حديث عمار فقال لم يقنع به عمر رضى الله عنه وأصل الاختلاف فى قوله تعالى أو لا مستم النساء فقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما المراد المس باليد فجوز التيمم للمحدث خاصة وقال على وابن عباس رضى الله عنهما المراد المجامعة فهذا القول أولى فان الله تعالى ذكر نوعى الحدث

عند وجود الماء في قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة وقوله وان كنتم جنبا فاطهروا وذكر نوعى الحدث عند عدم الماء وأمر بالتيمم لهما بصفة واحدة فكان الحمل علي المجامعة أكثر افادة من هذا الوجه . والدليل على جوازه للحائض والجنب حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن قوما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا انا نكون فى هذه الرمال وربما لا نجد الماء شهراً وفينا الجنب والحائض فقال صلى الله عليه وسلم عليكم بأرضكم وفى حديث أبي ذر رضى الله عنه قال اجتمع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فقال لى أبديها فبدوت الى الربذة فأصابتنى الجنابة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك فسكت فقال ثكلتك أمك مالك فقلت انى جنب فأمر جارية سوداء فأتت بعس من ماء وسترتنى بالبعير والثوب فاغتسلت فكأنما وضعت عن عاتقى حملا فقال النبي صلى الله عليه وسلم كان يكفيك التيمم ولو الى عشر حجج مالم تجد الماء * قال (ويجوز للمريض أن يتيمم اذا لم يستطع الوضوء أو الغسل) أما اذا كان يخاف الهلاك باستعمال الماء فالتيمم جائز له بالاتفاق لقوله تعالى وان كنتم مرضى أو على سفر قال ابن عباس رضى الله عنه نزلت الآية في المجدور والمقروح . وروى أن رجلا من الصحابة كان به جدري فاحتلم فى سفر فسأل أصحابه فأمروه بالاغتسال فاغتسل فمات فلما أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتلوه قتلهم الله كان يكفيه التيمم وان كان يخاف زيادة المرض من استعمال الماء ولا يخاف الهلاك جاز له التيمم عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز لان التيمم مشروع عند عدم الماء وهو واجد للماء والعجز انما يتحقق عند خوف الهلاك ولا يجوز التيمم لمن لا يخاف الهلاك * ولنا * أن زيادة المرض بمنزلة الهلاك فى اباحة الفطر وجواز الصلاة قاعداً أو بالايماء فكذلك فى حكم التيمم وهذا لان حرمة النفس لا تكون دون حرمة المال ولو كان يلحقه الخسران في المال باستعمال الماء بأن كان لا يباع الا بثمن عظيم جازله أن يتيمم فعند خوف زيادة المرض أولى هذا كله اذا كان يستضر بالماء فان كان لا يستضر بالماء ولكنه للمرض عاجز عن التحرك للوضوء فظاهر المذهب أنه ان وجد من يستعين به فى الوضوء لا يجوز له التيمم وان لم يجد من يعينه فى الوضوء فحينئذ يتيمم لتحقق عجزه عن الوضوء وروي عن محمد رحمه الله تعالى * قال وان لم يجد من يعينه فى الوضوء من الخدم فليس له أن يتيمم في المصر الا أن يكون مقطوع اليدين ووجهه أن الظاهر أنه فى المصر

يجد من يستعين به من قريب أو بعيد والعجز بعارض على شرف الزوال فاذا لم يجد من يوضئه جاز له التيمم لهذا ثم يصلي بتيممه ما شاء من الصلاة ما لم يحدث أو تزل العلة وكذلك المسافر يصلي بتيممه ما شاء ما لم يحدث أو يجد الماء عندنا * وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجمع بين فريضتين بتيمم واحد وله أن يصلي من النوافل ما شاء وحجته أنها طهارة ضرورة وباعتبار كل فريضة تتجدد الضرورة فعليه تجديد الوضوء والنوافل تبع للفرائض وهو نظير مذهبه في طهارة المستحاضة وقد بينا . وحجتنا قوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم طهارة التيمم ممتداً الى غاية وجود الماء ويتبين بهذا أنه في حال عدم الماء كالوضوء ثم المتوضئ له أن يصلي بوضوء واحد ما شاء ما لم يحدث فهذا مثله ولان بالفراغ من المكتوبة لم تنتقض طهارته حتى جاز له أداء النافلة واذا بقيت الطهارة فله أن يؤدي الفرض لان الشرط أن يقوم اليه طاهرا وقد وجد * قال (وان وجد المتيمم الماء فلم يتوضأ حتى حضرت الصلاة وقد عدم ذلك الماء فعليه اعادة التيمم) لأنه لما قدر على استعمال الماء بطل تيممه وصار محدثا بالحدث السابق فهذا محدث لا ماء معه فعليه التيمم للصلاة والله أعلم * قال(ولا يجوز بأقل من ثلاثة أصابع) فهو والمسح بالرأس والخف سواء وقد بينا . قال (وان أجنب المسافر ومعه من الماء مقدار ما يتوضأ به يتيمم عندنا ولم يستعمل الماء) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يتوضأ بذلك الماء ثم يتيمم . وكذلك المحدث اذا كان معه من الماء ما يكفيه لغسل بعض الاعضاء عندنا يتيمم وعنده يستعمل الماء فيما يكفيه ثم يتيمم واستدل بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فذكره منكراً في موضع النفي وذلك يتناول القليل والكثير فما بقي واجداً لشئ من الماء لا يجوز له أن يتيمم ولأن الضرورة لا تتحقق الا بعد استعمال الماء فيما يكفيه فهو كمن أصابته مخمصة ومعه لقمة من الحلال لا يكون له أن يتناول الميتة مالم يتناول تلك اللقمة الحلال ولا يبعد الجمع بين التيمم واستعمال الماء كما قلتم في سؤر الحمار *ولنا* قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فان المراد ماء يطهره . ألا ترى أن وجود الماء النجس لا يمنعه عن التيمم ولأنه معطوف على ما سبق وقد سبق بيان حكم الوضوء والاغتسال ثم عطف عليه قوله تعالى فلم تجدوا ماء فيكون المفهوم منه ذلك الماء الذي يتوضؤن به ويغتسلون به عند الجنابة وهو غير واجد لذلك الماء ولأنه اذا لم يطهره استعمال هذا الماء لا يكون في استعماله الا مضيعه

ولان الاصل لا يوفى بالابدال لانهما لا يلتقيان كما لا يكمل التكفير بالمال بالصوم ولا العدة بالشهور بالحيض ولو قلنا يتيمم بعد استعمال الماء كان فيه رفو الاصل بالبدل ولا نقول فى مسئلة المخمصة انه يلزمه مراعاة الترتيب فان ما معه من الحلال اذا كان لا يكفيه لسد الرمق فله أن يتناول معه الميتة . وفى سؤر الحمار الجمع بينهما عندنا للاحتياط لا لرفو الاصل بالبدل ولذلك لو أنه وجد الماء بعد التيمم فان كان يكفيه لما خوطب به بطل تيممه وان كان لا يكفيه لا يبطل تيممه اعتبارا للانتهاء بالابتداء * قال (وان تيمم للجنابة ثم أحدث ومعه من الماء ما يتوضأ به توضأ به) لان ذلك التيمم أخرجه من الجنابة الى أن يجد ما يكفيه للاغتسال فهو الآن محدث معه من الماء ما يكفيه للوضوء فيتوضأ به فان توضأ به ولبس خفيه ثم مر بالماء فلم يغتسل ثم حضرت الصلاة وعنده من الماء قدر مايوضئه فانه يتيمم لانه لما مر بما يكفيه للاغتسال عاد جنبا كما كان فعليه أن يتيمم ولا يلزمه نزع الخف اذ لا تيمم في الرجل * قال (فان تيمم ثم حضرت الصلاة الاخرى وقد سبقه الحدث فانه يتوضأ) لانه بالتيمم الاول خرج من الجنابة الى أن يجد ماء يكفيه للاغتسال ولم يجد بعد فهذا محدث معه ماء يتوضأ به فعليه أن يتوضأ و ينزع خفيه لانه لما مر بماء يكفيه للاغتسال بعد لبس الخف وجب عليه نزع الخفين فلا يكون له أن يمسح بعد ذلك وان لم يكن مر بالماء قبل ذلك مسح على خفيه لان اللبس حصل على طهارة كاملة ما لم يجد ما يكفيه للاغتسال فكان له أن يمسح * قال (وان كان مع المحدث ماء يكفيه للوضوء غير أنه يخاف العطش تيمم ولم يتوضأ به) هكذا قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما ولانه يخاف الهلاك من العطش اذا استعمل الماء فكان عاجزاً عن استعماله حكما بمنزلة ما لو كان بينه وبين الماء عدوّ أو سبع وقد بينا ان حرمة النفس لا تكون دون حرمة المال * قال (واذا تيمم المسافر والماء منه قريب وهو لا يعلم به أجزأه تيممه به) لانه عاجز عن استعمال الماء حين عدم آلة الوصول اليه وهو العلم به فهو كما لو كان على رأس البئر وليس معه آلة الاستقاء فله أن يتيمم . ولم يفسر حد القرب فى ظاهر الرواية في حالة العلم به والمرويّ عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا كان بينه وبين الماء دون ميل لا يجزئه التيمم وان كان ميلا أو أكثر أجزأه التيمم والميل ثلث فرسخ وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى اذا كان الماء أمامه يعتبر ميلين وان كان يمنة أويسرة فميل واحد لان الميل للذهاب ومثله فى الرجوع فكان ميلين وقال

زفر رحمه الله اذا كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لايجزئه التيمم وان كان لا يصل الى الماء قبل خروج الوقت يجزئه التيمم وان كان الماء قريبا منه لان التيمم لضرورة الحاجة الى أداء الصلاة في الوقت ولكنا نقول التفريط جاء من قبله بتأخير الصلاة فليس له أن يتيمم اذا كان الماء قريبا منه ومن العلماء من يقول اذا كان لا يبلغه صوتهم فبعيد فحينئذ يجوز له التيمم * قال (واذا كان مع رفيقه ماء فعليه أن يسأله) الا على قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالى فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج ولكنا نقول ماء الطهارة مبذول بين الناس عادة وليس فى سؤال ما يحتاج اليه مذلة فقد سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض حوائجه من غيره فان سأله فأبى أن يعطيه الا بالثمن فان لم يكن معه ثمنه يتيمم لعجزه عن استعمال الماء وان كان معه ثمنه فان أعطاه بمثل قيمته فى ذلك الموضع أو بغبن يسير فليس له أن يتيمم وان أبى أن يعطيه الا بغبن فاحش فله أن يتيمم * وقال الحسن البصرى رحمه الله تعالى يلزمه الشراء بجميع ماله لانه لا يخسر على هذه التجارة ولا نأخذ بهذا فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه فاذا كان يلحقه خسران في ماله ففرضه التيمم والغبن الفاحش خسران وقد بين ذلك فى النوادر فقال ان كان الماء الذى يكفي للوضوء يوجد فى ذلك الموضع بدرهم فأبى أن يعطيه الا بدرهم ونصف فله أن يشترى وان أبى أن يعطيه الا بدرهمين تيمم ولم يشتر فجعل الغبن الفاحش فى تضعيف الثمن . وانما قلنا اذا كان يعطيه بمثل الثمن فعليه أن يشترى لان قدرته على بدل الماء كقدرته على عينه كما أن القدرة على ثمن الرقبة كالقدرة على عينها فى المنع من التكفير بالصوم . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الاملاء سألت أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه عن المسافر لا يجد الماء أيطلبه عن يمين الطريق وعن يساره قال ان طمع فى ذلك فليفعل ولا يبعد فيضر بأصحابه ان انتظروه أو بنفسه ان انقطع عنهم ولا يطلب ذلك الا أن يخبر بماء فيطلبه الغلوة ونحوها لان الطلب انما يؤمر به اذا كان على رجاء من وجوده فان لم يكن على رجاء منه فلا فائدة فى الطلب وعدم الوجود كالوجود يتحقق من غير تقدم الطلب يقال وجد فلان لقطة وقال الله تعالى ووجدك عائلا فأغنى * قال (وان كان المسافر فى ردغة وطين لا يجد الماء ولا الصعيد نفض ثوبه أولبده وتيمم بغباره) ولا يؤمر بالتيمم بالطين وان كان لو فعل أجزأه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان فيه تلويث الوجه وهو مثلة ولكنه ينفض لبده

فيتيمم بغباره وقد بينا فيه حديث عمر رضي الله تعالى عنه فان كان المطر عم جميع ذلك لطخ بالطين بعض جسده فاذا جف حته وتيمم به وان لم يجف لم يصل بغير وضوء ولا تيمم وان ذهب الوقت وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يصلي ثم يعيد اذا قدر على الطهور. ووجهه أنه لا ينبغي أن يمضي وقت صلاة على المسلم ولا يتشبه فيه بالمصلين فعليه أن يأتي بما قدر عليه تشبها كمن تسحر بعد طلوع الفجر كان عليه الامساك تشبها بالصائمين ولكنا نقول الصلاة بغير طهارة معصية والتشبه بالمطيعين لا يحصل بمباشرة المعصية بخلاف الامساك فانه ليس بمعصية * قال (وان وجد سؤر حمار أو بغل توضأ به وتيمم) وان قدم التيمم أجزأه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول ما دام معه ما هو مأمور باستعماله فلا عبرة بتيممه ولكنا نقول الاحتياط فى الجمع بينهما لا فى الترتيب فلا يلزمه اعادة الترتيب وان كان الافضل أن يقدم فى التوضؤ به * قال (واذا أصاب بدن المتيمم نجاسة لم ينقض ذلك تيممه) ولكنه يمسح بخرقة أو تراب لتتقلل به النجاسة ثم يصلي فان صلى لم يمسحه وأجزأه لان المسح لا يزيل النجاسة فهو عاجز عن ازالتها فجازت صلاته معها * قال (واذا توضأ الكافر أو اغتسل ثم أسلم فله أن يصلي بذلك الوضوء والاغتسال) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى بناء على ما تقدم من اشتراط النية فعنده الوضوء لا يجزئ الا بنية القربة والكافر ليس من أهلها وعندنا يجزئ من غير نية ويزول به الحدث فيصح من الكافر كغسل النجاسة وروى أن عمر رضي الله تعالى عنه لما طلب من أخته أن تناوله الصحفة قبل أن يؤمن حتى يغتسل ناولته فذلك دليل على صحة الاغتسال من الكافر * قال (وان تيمم الكافر في حال عدم الماء ثم أسلم فليس له أن يصلي بذلك التيمم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى) وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا تيمم بنية الاسلام أو الطهر فله أن يصلي به بعد الاسلام. وجه قوله أن التيمم يفارق الوضوء فى اشتراط النية وبنية الطهر صح لأنه من أهله ونية الاسلام نية قربة فاذا اقترن بالتيمم نية القربة صح منه كما يصح من المسلم *ولنا* أن من شرط التيمم نية الصلاة به والكافر ليس من أهلها والتيمم لا يصح بغير نية ونية الاسلام لا تعتبر فى التيمم انما تعتبر نية قربة ونية القربة لا تصح الا بالطهارة * ألا ترى أن المسلم اذا تيمم بنية الصوم أو الصدقة لا تصح نيته ثم اصراره على الكفر الى أن يفرغ من التيمم معصية فكيف يصح فيه معنى القربة * قال (ولو توضأ المسلم أو اغتسل ثم ارتد نعوذ

بالله لم يبطل وضوءه) لأن الردة ليست بحدث وهو كفر والكفر لا يمنع ابتداء الوضوء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى ﴿فان قيل﴾ أليس أن الردة تحبط عمله ووضوءه من عمله ﴿قلنا﴾ الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ على قصد المرآة زال الحدث به وان كان لا يثاب على وضوئه * قال (ولو تيمم المسلم ثم ارتد لم يبطل تيممه) الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول الكفر يمنع ابتداء التيمم فيمنع البقاء كمن صلى ثم ارتد بطلت صلاته حتى لو أسلم فى الوقت لم تلزمه الاعادة ولكنا نقول تيممه قد صح باقتران نية القربة فلا ينقضه الا الحدث أو وجود الماء والردة ليست بحدث وهذا لأن التيمم انما يفارق الوضوء فى اشتراط النية وذلك في الابتداء لا فى البقاء ففي البقاء الوضوء والتيمم سواء فكما يبقى وضوءه بعد ردته فكذلك تيممه * قال (وللمسافر أن يطأ جاريته وان علم أنه لا يجد الماء) وقال مالك رحمه الله تعالى يكره ذلك *وروي أن رجلا سأل ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن ذلك فقال أما ابن عمر فلا يفعل ذلك وأما أنت اذا وجدت الماء فاغتسل قال مالك رحمه الله تعالى الضرورة لا تتحقق فى اكتساب سبب الجنابة فى حال عدم الماء والصلاة مع الجنابة أمر عظيم فلا ينبغى أن يتعرض لذلك من غير ضرورة ﴿ولنا﴾ قوله تعالى أو لامستم النساء فذلك يفيد اباحة الملامسة فى حال عدم الماء ثم التيمم للجنابة والحدث بصفة واحدة وكما يجوز له اكتساب سبب الحدث في حال عدم الماء فكذلك اكتساب سبب الجنابة لأن في منع النفس بعد غلبة السبق بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع الحرج * قال (ومن تيمم وهو يريد تعليم الغير ولا يريد به الصلاة لم يجزه) لما بينا أن التيمم فى اللغة هو القصد وذلك يدل على اشتراط النية فيه وظاهر ما يقول فى الكتاب أنه يحتاج الى نية الصلاة ٠ وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن نية الطهارة تكفى وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث أو الجنابة لأن التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز أحدهما من الآخر الا بالنية * قال (ولو تيمم بنية النفل جاز له أداء الفرض) عندنا خلافا للشافعي رضى الله عنه وقد بينا هذا أنه يعتبر الضرورة للتيمم ثم أداء النافلة بالتيمم يجوز عندنا كأداء الفرض وقال الزهرى رضي الله تعالى عنه لا يجوز لأنه لا ضرورة في أداء النافلة * قال (مسافرة طهرت من حيضها فلم تجد ماء فتيممت وصلت فلزوجها أن يقربها) لأنا حكمنا بطهارتها حين صح تيممها وتأكد ذلك بجواز صلاتها ولم يذكر ما اذا تيممت ولم تصل

فقيل هو على الاختلاف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ليس للزوج أن يقربها وعند محمد رحمه الله له ذلك بناءً على قصد الرجعة والاصح أنه ليس للزوج أن يقربها عندهم جميعا لأن محمداً رحمه الله تعالى انما جعل التيمم كالاغتسال فيما هو مبنى على الاحتياط وهو قطع الرجعة والاحتياط فى الوطء تركه فلم يجعل التيمم فيه قبل تأكده بالصلاة كالاغتسال كما لم يفعله في الحل للازواج * قال (مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد) لأن الجنابة تمنعه من دخول المسجد على كل حال عندنا سواء قصد المكث فيه أو الاجتياز وعند الشافعي رحمه الله تعالى له أن يدخله مجتازا لظاهر قوله تعالى ولا جنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا ولكن أهل التفسير قالوا ان الا هنا بمعني ولا أى ولا عابري سبيل وهذا محتمل فبقى المنع بقوله لا تقربوا وهو عاجز عن الماء قبل دخول المسجد فيتيمم ثم يدخل المسجد فيستقى منه وان لم يكن معه ما يستقى به ولا يستطيع أن يغترف منه ولكنه يستطيع أن يقع فيه فان كان ماءً جاريا أو حوضا كبيراً اغتسل فيه وان كان عينا صغيرا فالاغتسال فيه ينجس الماء ولا يطهره فلا يشتغل به ولكنه يتيمم للصلاة وهذا اشارة منه الى أنه لا يصلى بالتيمم الأول لأن قصده عند ذلك دخول المسجد ونية الصلاة شرطه لصحة التيمم في ظاهر الرواية فلهذا تيمم ثانيا وكذلك لو تيمم لمس المصحف فليس له أن يصلى به بخلاف ما اذا تيمم لسجدة تلاوة لأن السجدة من أركان الصلاة فنيته للسجدة عند التيمم كنية الصلاة فأما مس المصحف ودخول المسجد ليس من أركان للصلاة فلا يصير بنيته ذلك ناويا للصلاة * قال (ولا يتوضأ بسؤر الكلب) الا على قول مالك رحمه الله تعالى وقد بينا أن عنده سؤره طاهر والأمر بغسل الاناء من ولوغه تعبد وعند عامة العلماء سؤره نجس وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم طهور اناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله ثلاثا دليل على نجاسته والتطهير لا يحصل بالنجس فكان فرضه التيمم * قال (ويتيمم لصلاة الجنازة فى المصر اذا خاف فوتها) وكذلك لصلاة العيد عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يتيمم لهما لأن التيمم طهور شرع عند عدم الماء فمع وجوده لا يكون طهوراً ولا صلاة الا بطهور ومذهبنا مذهب ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال اذا فاجأتك جنازة فخشيت فوتها فصل عليها بالتيمم ونقل عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما فى صلاة العيد مثله وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم رد السلام بطهارة التيمم حين خاف الفوت

لمواراة المسلم عن بصره فصار هذا أصلا الى أن كل مايفوت لا الى بدل يجوز أداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلاة العيد تفوت لا الى بدل لأنها لا تقضى اذا فاتت مع الامام وكذلك صلاة الجنازة تفوت لا الى بدل لأنها لا تعاد عندنا وكأنّ الخلاف مبنى على هذا الاصل والفقه فيه ان التوضؤ بالماء انما يلزمه اذا كان يتوصل به الى أداء الصلاة وهنا لا يتوصل بالتوضؤ الى أداء الصلاة لأنه تفوته الصلاة لو اشتغل بالوضوء فاذا سقط عنه الخطاب باستعمال الماء صار وجود الماء كعدمه فكان فرضه التيمم وبهذا فارق صلاة الجمعة فانه لا يتيمم لها وان خاف الفوت لأن الوضوء هناك يتوصل به الى الصلاة وهو الطهر الذى هو أصل فرض الوقت فكان مخاطباً باستعمال الماء وبخلاف سجدة التلاوة لأنها غير مؤقتة فلا تفوته وبالوضوء يتوصل الى أدائها فلا يجزئه أداؤها بالتيمم لهذا * قال (وان سبقه الحدث بعد ماشرع فى صلاة العيد فان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق وان كان شروعه بالوضوء تيمم للبناء) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يتيمم لأنه لا يخاف الفوت فانه اذا ذهب للوضوء كان له أن يبنى وان عاد بعد فراغ الامام وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما جاز الافتتاح بطهارة التيمم فالبناء أجوز لأن حالة البناء أسهل وخوف الفوت قائم فربما يبتلى بالمعالجة مع الناس لكثرة ازدحامهم فتفسد صلاته ولا يصل الى الماء حتى تزول الشمس فتفوته بمضى الوقت وقيل هذا الجواب بناء على جبانة الكوفة فان الماء بعيد لا يصل اليه حتى يعود الى المصر فأما فى ديارنا الماء محيط بالمصلى فلا يتيمم للابتداء ولا للبناء لانه لا يخاف الفوت وقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهم الله أن ولىّ الميت لا يصلى على الجنازة بالتيمم بخلاف غيره لأنه لا يخاف الفوت فان الناس وان صلوا عليها كان له حق الاعادة * قال (ولا يجوز التيمم من مكان قد كان فيه بول أو نجاسة وان ذهب الأثر) وذكر ابن كاسر النخعي عن أصحابنا رضي الله تعالى عنهم أنه يجوز لأنه حكم بطهارة ذلك المكان حين ذهب أثر النجاسة بدليل جواز الصلاة عليها . وجه ظاهر الرواية ان شرط جواز التيمم طيبة الصعيد كما قال الله تعالى فتيمموا صعيداً طيباً وهذا المكان صار طاهراً وليس من ضرورة الطهارة الطيبة ولم يصر طيباً ثم طهارة هذا المكان ثابتة بخبر الواحد واشتراط الطهارة فى الصعيد ثابت بنص مقطوع به فلا يتأدى بما يثبت بخبر الواحد كمن استقبل الحطيم في الصلاة دون البيت لا تجوز صلاته لهذا وقد قررناه * قال (وان افتتح الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء تيمم وبنى) لأن افتتاح الصلاة بالتيمم عند عدم

الماء جائز فالبناء أجوز لأنه بنى الضعيف على القوي وذلك مستقيم فان وجد ماء ينظر فان كان بعد ماعاد الى مكانه توضأ واستقبل بالاتفاق وان كان قبل أن يعود الى مكانه فالقياس يتوضأ ويستقبل الصلاة وهو قول محمد رحمه الله تعالى لأن حرمة الصلاة باقية بعد التيمم وهذا متيمم وجد الماء في خلال صلاته فيتوضأ ويستقبل الصلاة . استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فقالا يتوضأ ويبنى ويجعل كأنه لم يتيمم أصلا ولكنه كان فى طلب الماء الى أن يجد الماء بخلاف ما اذا عاد الى مكان الصلاة فان هنالك لو جعلناه كأنه لم يتيمم كانت صلاته فاسدة وهذا لأنه انما لا يتوضأ للبناء اذا أدى شيئاً من الصلاة بطهارة التيمم وقبل العود الى مكان الصلاة لم يؤد شيئاً بطهارة التيمم فكان له أن يتوضأ ويبنى * قال (وان كان الامام متيمما فأحدث فاستخلف متوضئاً ثم وجد الماء الامام الأول فسدت صلاته وحده) لأن الامامة تحولت منه الى الثاني وصار هو كواحد من القوم ففساد صلاته لا يفسد صلاة غيره وان كان الامام متوضئا والخليفة متيمما فوجد الخليفة الماء فسدت صلاته وصلاة الأول والقوم جميعاً لأن الامامة تحولت اليه وصار الأول كواحد من المقتدين به وفساد صلاة الامام تفسد صلاة القوم * قال (واذا أم المتيمم المتوضئين فأبصر بعض القوم الماء ولم يعلم به الامام والآخرون حتى فرغوا فصلاة الامام والقوم تامة الا من أبصر الماء) فان صلاته فاسدة عندنا وقال زفر رضى الله عنه تعالى لا تفسد صلاته وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجهه أنه لا بد لفساد الصلاة من سبب وهو فى نفسه متوضئ فرؤية الماء لا تكون مفسداً في حقه وانما تفسد صلاته لفساد صلاة الامام وصلاة الامام هنا صحيحة فلا معنى لفساد صلاته ﴿ ولنا ﴾ أن طهارة الامام معتبرة فى حق المقتدى بدليل أنه لو تبين أن الامام محدث لم تجز صلاة القوم وطهارته هنا تيمم فيجعل فى حق من أبصر الماء كأنه هو المتيمم فلهذا فسدت صلاته لانه اعتقد الفساد فى صلاة امامه لانه عنده أنه يصلى بطهارة التيمم مع وجود الماء والمقتدى اذا اعتقد الفساد في صلاة امامه تفسد صلاته كما لو اشتبهت عليهم القبلة فتحرى الامام الى جهة والمقتدي الى جهة أخرى لا يصح اقتداؤه به اذا كان عالما أن امامه يصلى الى غير جهته * قال (متيمم رأى فى صلاته سرابا فظن أنه ماء فمشى اليه فاذا هو سراب فعليه أن يستقبل الصلاة) لأن مشيه كان على وجه الرفض لتلك الصلاة بدليل أن ما ظن لو كان حقا كانت صلاته فاسدة فلم يكن له

أن يبنى كما لو ظن فى خلال الصلاة أنه نسى مسح الرأس فمشى ليمسح ثم تذكر أنه كان مسح فليس له أن يبنى بخلاف ما اذا ظن أنه سبقه الحدث فمشى ليتوضأ فعلم قبل أن يخرج من المسجد أنه ليس بحدث كان له أن يبنى لان انصرافه هناك كان لاصلاح الصلاة دون رفضها بدليل أن ما ظن لو كان حقا كان له أن يتوضأ ويبنى فما لم يفارق مكان الصلاة جعل كأنه فى موضعه فبنى لهذا * قال (ومن استيقن بالتيمم فهو على تيممه حتى يستيقن بالحدث أو بوجود الماء) للأصل الذي قدمناه فى الوضوء أن اليقين لا يزول بالشك * قال (واذا أراد التيمم فتمعك فى التراب ودلك بذلك جسده كله فان كان أصاب التراب وجهه وذراعيه وكفيه أجزأه) لانه أتى بالواجب وزاد عليه وقد بينا فيه حديث عمار رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كان يكفيك ضربتان يعنى ضربة للوجه وضربة للذراعين على ما عرف * قال (وان بدأ بذراعيه فى التيمم أو مكث بعد تيمم وجهه ساعة ثم تيمم على ذراعيه أجزأه) لانه بدل عن الوضوء وقد بينا أن الترتيب والموالاة فى الوضوء مسنون لا يمنع تركه الجواز فكذلك في التيمم * قال (واذا تيمم جنب أو حائض من مكان ثم وضع آخر يده على ذلك المكان فتيمم به أجزأه) لان الصعيد الباقي فى المكان بعد تيمم الاول نظير الماء الباقي في الاناء بعد وضوء الاول واغتساله به فيكون طهوراً فى حق الثانى كذا هذا * قال (واذا تيمم وهو مقطوع اليدين من المرفقين فعليه مسح موضع القطع من المرفق عندنا) خلافا لزفر رحمه الله تعالى بناءً على أن المرفق يدخل في فرض الطهارة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ثم موضع القطع صار باديا فى حقه فهو نظير الكف فى حق من هو صحيح اليدين فعليه مسحه فى التيمم وان كان القطع من فوق المرفق لم يكن عليه مسحه لان موضع الطهارة من يده فائت فان ما فوق المرفق ليس بموضع الطهارة * قال (واذا تيمم وفى رحله ماء لا يعلم به بأن كان نسيه بعد ما وضعه أو وضعه بعض أهله فصلاته بالتيمم جائزة) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا تجوز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى قال لان الماء في السفر من أهم الاشياء عند المسافر فقد نسي ما لا ينسي عادة فلا يعتبر نسيانه كما لو كان الماء على ظهره أو معلقا فى عنقه فنسيه لا يعتبر نسيانه ولان جواز التيمم عند عدم الماء وهو واجد للماء لكونه في رحله فان رحله فى يده فلا يجزئه التيمم كالمكفر بالصوم اذا نسى الرقبة فى ملكه لا يجزئه لهذا . وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى احتجا فى الكتاب

وقالا بأن الله تعالى لم يكلفه الا علمه ومعنى هذا أن التكليف بحسب الوسع وليس في وسعه استعمال الماء قبل علمه به واذا لم يكن مخاطبا باستعماله فوجوده كعدمه كالمريض ومن يخاف العطش على نفسه تقديره أنه عدم آلة الوصول الى الماء وهو العلم به فكان نظير الواقف على شفير البئر وليس معه آلة الاستقاء ففرضه التيمم بخلاف الرقبة فالمعتبر هناك ملكها حتى لو عرض انسان عليه الرقبة كان له أن لا يقبل ويكفر بالصوم وبالنسيان لم ينعدم ملكه وهنا المعتبر القدرة على استعمال الماء حتى لو عرض انسان عليه الماء لا يجزئه التيمم وبالنسيان زالت هذه القدرة فجاز تيممه وهو بخلاف ما اذا كان عالما به وظن أنه قد نفد لان القدرة على الاستعمال ثابتة بعلمه فلا ينعدم بظنه وعليه التفتيش فاذا لم يفعل لا يجزئه التيمم بخلاف ما نحن فيه على ما بينا * قال (واذا كان به جدري أو جراحات في بعض جسده فان كان محدثا فالمعتبر أعضاء الوضوء) فان كان أكثره صحيحا فعليه الوضوء في الصحيح وان كان أكثره مجروحا فعليه التيمم دون غسل الصحيح منه وان كان جنبا فالعبرة بجميع الجسد فان كان أكثره مجروحا تيمم وصلى عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه الغسل فيما هو صحيح في الوجوه جميعا لأن سقوط الغسل عما هو مجروح لضرورة الضرر في اصابة الماء والثياب والضرورة تتقدر بقدرها * ولنا * ان الأقل تابع للاكثر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المجدور كان يكفيه التيمم وأحد لا يقول انه يغسل ما بين كل جدريين فدل على أن العبرة للاكثر واذا كان الاكثر مجروحا فكأن الكل مجروح وقد بينا أنه لا يجمع بين الاصل والبدل على سبيل رفو أحدهما بالآخر فاذا كان الاكثر مجروحا لم يكن له بدٌّ من التيمم فسقط فرض الغسل لهذا * قال (وان أجنب الصحيح في المصر فخاف أن يقتله البرد ان اغتسل فانه يتيمم) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالمسافر اذا خاف ذلك وعندهما يجزئه ذلك في السفر ولا يجزئه في المصر قالا لأن السفر يتحقق فيه خوف الهلاك من البرد فانه لا يجد ماء سخينا ولا ثوبا يتدفأ به ولا مكانا يأويه واما المصر لا يعدم أحد هذه الاشياء الا نادراً ولا عبرة بالنادر ولهذا لم يجعل عدم الماء في المصر مجوّزا للتيمم بخلاف خارج المصر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المسافر يجوز له التيمم مع وجود الماء لخوف الهلاك من البرد فاذا تحقق ذلك في حق المقيم كان هو كالمسافر لأن معنى الحرج من استعمال الماء ثابت فيهما ولأن من جاز له التيمم مع وجود الماء فالمصر والسفر له سواء كالمريض

وأما المحبوس فى السجن فان كان فى موضع نظيف وهو لا يجد الماء كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان كان خارج المصر صلى بالتيمم وان كان فى المصر لم يصل وهو قول زفر رضى الله تعالى عنه ثم رجع فقال يصلى ثم يعيد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى • وجه قوله الاول أن عدم الماء فى المصر غير معتبر شرعا حتى لا يسقط عنه الفرض بالتيمم ويلزمه الاعادة فلم يكن التيمم طهوراً له ولا صلاة الا بطهور • وجه قوله الآخر أن عدم الماء في المصر انما لا يعتبر لانه لا يكون الا نادرا فأما في السجن فعدم الماء ليس بنادر فكان معتبرا فأمر بالصلاة بالتيمم لعجزه عن الماء فأما الاعادة ففي القياس لا يلزمه وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى كما لو كان فى السفر وفى الاستحسان يعيد لأن عدم الماء كان لمعنى من العباد ووجوب الصلاة عليه بالطهارة لحق الله تعالى فلا يسقط بما هو من عمل العباد بخلاف المسافر فان هناك جواز التيمم لعدم الماء لا للحبس فلا صنع للعباد فيه فهو نظير المقيد اذا صلى قاعدا تلزمه الاعادة اذا رفع القيد عنه بخلاف المريض * وان كان محبوسا فى مكان قذر لا يجد صعيدا طيبا ولا ماء يتوضأ به فانه لا يصلى في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى • وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يصلى بالايماء تشبها بالمصلين واختلفت الروايات عن محمد رحمه الله تعالى فذكر في الزيادات ونسخ أبى حفص رحمه الله تعالى من الاصل كقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى نسخ أبي سليمان رحمه الله تعالى ذكر قوله كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى ووجهه ان العاقل المسلم لا يجوز أن يمضى عليه وقت الصلاة وهو لا يتشبه بالمصلين فيه بحسب الامكان والتكليف انما يثبت بحسب وسعه ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الصلاة بغير طهور معصية ولا يحصل التشبه بالمصلين فيما هو معصية وقد تقدم نظيره • ومن نظائره الهارب من العدو ماشيا والمشتغل بالقتال فى حال المسايفة والسابح في البحر بعد ما انكسرت السفينة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يصلون بالايماء تشبها ثم يعيدون • وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يصلون لان مع العمل من القتال والسباحة والمشى لا تكون الصلاة قربة وفى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق لكونه كان مشغولا بالقتال فدل أنه لا يصلى في هذه الحالة * قال (مسافر جنب غسل فرجه ووجهه وذراعيه ورأسه ثم أهراق الماء فتيمم وافتتح الصلاة ثم قهقه فيها ووجد الماء فعليه أن يغسل وجهه وذراعيه ويمسح برأسه ويغسل

ما بقي من بعض جسده) لأن شروعه في الصلاة قدصح بالتيمم والقهقهة في الصلاة لو طرأ على غسل جميع الاعضاء نقض طهارته فيها فكذلك اذا طرأ على غسل بعض الاعضاء بمنزلة سائر الاحداث . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الاملاء قال القهقهة في الصلاة ناقض للطهارة التي بها شرع في الصلاة وشروعه في الصلاة هنا بالتيمم لا بغسل وجهه وذراعيه ولا تنتقض بالقهقهة طهارته في الوجه والذراعين ولا يلزمه اعادة الغسل فيهما كما لا يلزمه اعادة الغسل فيما غسل من جسده سوى أعضاء الوضوء * قال (جنب اغتسل فبقي على بدنه لمعة لم يصبها الماء فانه يتيمم ويصلي) لأن زوال الجنابة معتبر ثبوتها حكما فكما لا يتحقق ثبوتها في بعض البدن دون البعض فكذلك لا يتحقق زوالها ما بقي شئ لم يصبه الماء فان وجدالماء بعد ذلك غسل ذلك الموضع لانه قدر على ما يطهره ولا يتيمم لانه طاهر عن الحدث فان كان أحدث قبل غسل ذلك الموضع فالمسئلة على أوجه ان كان الماء الذي وجده يكفيه للمعة والوضوء غسل اللمعة ليخرج من الجنابة ثم يتوضأ لانه محدث معه ما يوضئه وان كان لا يكفي لواحد منهما يتيمم للحدث وتيممه للجنابة باق ولكنه يستعمل ذلك الماء في اللمعة لتقليل الجنابة وان كان يكفيه للمعة دون الوضوء غسل به اللمعة ليخرج من الجنابة ثم يتيمم للحدث وان كان يكفيه للوضوء دون اللمعة توضأ به وتيممه للجنابة باق وان كان يكفيه لكل واحد منهما على الانفراد غسل به اللمعة لتزول به الجنابة فان حكمها أغلظ من الحدث حتى يمنع الجنب من القراءة دون المحدث ثم يتيمم للحدث فان بدأ بالتيمم للحدث أجزأه في رواية كتاب الصلاة ولم يجزه في رواية الزيادات وقيل ماذكر في الزيادات قول محمد رحمه الله تعالى . ووجهه أنه تيمم ومعه ماء يكفيه للوضوء فلا يعتبر تيممه وما ذكر في الأصل قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ووجهه أن الماء مستحق للمعة فهو كالمعدوم في حق الحدث كالمستحق للعطش وشبه هذا بسؤر الحمار في أنه يجمع المسافر بين التوضؤ به والتيمم والأولى أنه يبدأ بالوضوء به فان بدأ بالتيمم أجزأه فكذلك هنا * قال (متيمم افتتح الصلاة ثم وجد سؤر حمار مضى على صلاته فاذا فرغ توضأ به وأعاد الصلاة) لان سؤر الحمار مشكوك في طهارته وشروعه في الصلاة قدصح فلا ينتقض بالشك فلهذا يتم للصلاة ثم يتوضأ به ويعيد احتياطاً لجواز أن يكون سؤر الحمار طاهراً * قال (ولو وجد نبيذ التمر في خلال الصلاة فكذلك) عند محمد رحمه الله تعالى يتم صلاته ثم يتوضأ به ويعيد

لانه كسؤر الحمار عنده وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يتم صلاته ولا يعيد لأن النبيذ عنده ليس بطهور وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقطع صلاته لان نبيذ التمر بمنزلة الماء عنده فى حال عدم الماء فتنتقض صلاته بوجوده فيتوضأ به ويستقبل * وان وجد سؤر الحمار والنبيذ جميعاً فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تفسد صلاته فيتوضأ بهما ثم يستقبل لأن سؤر الحمار ان كان طاهراً فالنبيذ معه ليس بطهور فلهذا توضأ بهما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يمضى فى صلاته فاذا فرغ توضأ بهما وأعاد الصلاة احتياطا

﴿ فصل في ذكر المسائل المعدودة لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ﴾

اذا فرغ المصلى من تشهده ولم يسلم حتى انقضى وقت مسحه أو وجد فى خفه شيئا فنزعه فانتقض به مسحه فسدت صلاته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وكذلك المتيم اذا وجد الماء ومصلى الجمعة اذا خرج وقتها ومصلى الفجر اذا طلعت عليه الشمس والعارى اذا وجد ثوبا والأمى اذا تعلم القراءة والقارئ اذا استخلف أميا والمومى اذا قدر على الركوع والسجود والمصلى اذا تذكر الفائتة وصاحب الجرح السائل اذا برئ جرحه أو ذهب وقته وكذلك المستحاضة ومصلى الفائتة اذا تغيرت الشمس . وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قد مضت فى جميع ذلك وخرج بها عنها وجازت عنه . فمن أصحابنا من قال هذه المسائل تبتنى على أصل وهو أن الخروج من الصلاة بصنع المصلى فرض عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بفرض واحتجاجهما بحديث عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا رفع المصلى رأسه من آخر سجدة وقعد قدر التشهد فقد تمت صلاته ولأنه بالاتفاق لو تكلم أو قهقه أو أحدث متعمداً أو حاذت المرأة الرجل فى هذه الحالة لم تفسد الصلاة ولو بقى عليه شئ من فرائض الصلاة لفسدت في هذه الامور كما تفسد قبل القعدة ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن هذه عبادة لها تحريم وتحليل فلا يخرج منها على وجه التمام الا بصنعه كالحج وتقريره أن بعد التشهد لو أراد استدامة التحريمة الى خروج الوقت أو الى دخول صلاة أخرى منع منه ولو لم يبق عليه شئ من الصلاة لم يمنع من ذلك وتأويل الحديث أى قارب التمام كما قال من وقف بعرفة فقد تم حجه أى قارب التمام والكلام والحدث العمد والمحاذاة والقهقهة صنع من جهته ﴿ فان قيل ﴾ فنزع الخف أيضا صنعه ﴿ قلنا ﴾ هو

صنع غير قاطع حتى ان غاسل الرجلين لو فعله في خلال الصلاة لا يضره ولهذا قيل تأويله ان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة فان كان يحتاج الى ذلك فصلاته تامة بالاتفاق ﴿ فان قيل ﴾ فالاستخلاف أيضا صنعه ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكنه صنع غير مفسد بدليل أنه لو استخلف القارئ في خلال الصلاة لم يضره ولكن هذا ليس بقوى لاستحالة أن يقال يتأدي فرض الصلاة بالكلام والحدث العمد ولو كان الخروج بصنع المصلى فرضا لا ختص بما هو قربة كالخروج من الحج ولكن الصحيح لأبى حنيفة ان التحريمة باقية بعد الفراغ من التشهد واعتراض المغير للفرض فى هذه الحالة كاعتراضه فى خلال الصلاة بدليل أن المسافر لو نوى الاقامة فى هذه الحالة يتغير فرضه كما لو نوى الاقامة في خلال الصلاة وهذه العوارض مغيرة للفرض بخلاف الكلام فانه قاطع لا مغير والقهقهة والحدث العمد والمحاذاة مبطل لا مغير ﴿ فان قيل ﴾ فطلوع الشمس في خلال الفجر مبطل لا مغير وقد جعلتموه على الاختلاف ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل هو مغير للصلاة من الفرض الى النفل فانه لا يصير خارجا به من التحريمة وجميع ما بينا فيما اذا اعترض قبل السلام كذلك فى سجود السهو أو بعد ما سلم قبل أن يتشهد أو بعد التشهد وقبل أن يسلم لان التحريمة باقية فان عرض له شئ من ذلك بعد ما سلم قبل أن يسجد للسهو فصلاته تامة أما عندهما فلا شك وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه بالسلام يخرج من التحريمة ولهذا لا يتغير فرض المسافر بنية الاقامة في هذه الحالة وكذلك ان كان يسلم احدى التسليمتين لان انقطاع التحريمة يحصل بتسليمة واحدة وهذا كله بناء على قولنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالى تفسد صلاته بالكلام والحدث العمد والعوارض المفسدة فى هذه الحالة لان الخروج بالسلام عنده من فرائض الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم فكما أن التحريم من الصلاة مختص بما هو قربة فكذلك التحليل ﴿ ولنا ﴾ حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك فان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد ولان التسليم خطاب منه للناس حتى لو باشره فى خلال الصلاة عمداً تفسد صلاته وما يكون من أركان الصلاة لا يكون مفسداً للصلاة وتبين بهذا أن المراد بقوله صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم الاذن بانقضائها فان من تحرم للصلاة فكأنه غاب عن الناس لا يكلمهم ولا يكلمونه وعند التسليم يصير كالعائد اليهم فلهذا يسلم

عليهم لا أن التسليم من أركان الصلاة ولو عرض له شئ من ذلك قبل أن يقعد قدر التشهد أعاد الصلاة لان القعدة من الاركان لما روينا من حديث ابن مسعود . وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أن القدر المفروض من القعدة ما يأتى فيه بكلمة الشهادتين والاصح أن المفروض قدر ما يتمكن فيه من قراءة التشهد الى قوله عبده ورسوله فالتشهد اذا أطلق يفهم منه هذا *وفى الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يقول أولا فى الأمي يتعلم السورة فى خلال الصلاة انه يقرأ ويبنى كالقاعد يقدر على القيام ثم رجع عن ذلك وقال ان صلاة الأمى ضرورة محضة حتى لا يجوز ترك القراءة مع القدرة فى النفل والفرض فهو قياس المومى يقدر على الركوع والسجود والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الأذان

الاذان فى اللغة الاعلام ومنه قوله تعالى وأذان من الله ورسوله الآية وتكلموا فى سبب ثبوته فروى أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن علقمة بن مرثد عن أبي بردة عن أبيه قال مر أنصارى بالنبيّ صلى الله عليه وسلم فرآه حزينا وكان الرجل ذا طعام فرجع الى بيته واهتم لحزنه صلى الله عليه وسلم فلم يتناول الطعام ولكنه نام فأتاه آت فقال أتعلم حزن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما ذا هو من هذا الناقوس فمره فليعلم بلالا الاذان وذكره الى آخره * والمشهور أنه صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة كان يؤخر الصلاة تارة ويعجلها أخرى فاستشار الصحابة في علامة يعرفون بها وقت أدائه الصلاة لكي لا تفوتهم الجماعة فقال بعضهم ننصب علامة حتى اذا رآها الناس أذن بعضهم بعضاً فلم يعجبه ذلك وأشار بعضهم بضرب الناقوس فكرهه لاجل النصارى وبعضهم بالنفخ فى الشبور (١) فكرهه لأجل اليهود وبعضهم بالبوق فكرهه لاجل المجوس فتفرقوا قبل أن يجتمعوا على شئ قال عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصارى فبت لا يأخذنى النوم وكنت بين النائم واليقظان اذ رأيت شخصا نزل من السماء وعليه ثوبان أخضران وفى يده شبه الناقوس فقلت أتبيعنى هذا فقال ما تصنع به فقلت نضربه عند صلاتنا فقال ألا أدلك على ما هو خير من هذا

(١) ـ (الشبور) بالشين المعجمة والباء الموحدة على وزن تنور هو البوق ينفخ فيه هذا مايفهم من كلام القاموس ويفهم من كلام السيد عاصم ان البوق أعم وشبور فى الفارسى باؤه بثلاث نقط اه كتبه مصححه

فقلت نعم فقام على حذم (١) حائط مستقبل القبلة فأذن ثم مكث هنيهـة ثم قام فقال مثـل مقالتـه الاولى وزاد فى آخره قد قامت الصلاة مرتين فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسـلم وأخبرته بذلك فقال رؤيا صـدق أو قال حق ألقها على بلال فانه أمـدّ صوتا منك فألقيتها عليـه فقام على سطح أرمـلة كان أعلى السطوح بالمدينـة وجعـل يؤذن فجاء عمر رضى الله تعالى عنه في ازار وهو يهرول ويقول لقد طاف بى الليلة ما طاف بعبد الله الا أنه قد سبقنى فقال صلى الله عليه وسلم هذا أثبت . وروى أن سبعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين رأوا تلك الرؤيا فى ليلة واحدة . وكان أبو حفص محمد بن علي ينكر هذا ويقول تعمدون الى ماهو من معالم الدين فتقولون ثبت بالرؤيا كلا ولـكن النبي صـلى الله عليه وسلم حين أسرى به الى المسجد الأقصى وجمع له النبيون أذن ملك وأقام فصلى بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل نزل به جبريل عليه الصلاة والسلام حتى قال كثير بن مرة أذن جبريل فى السماء فسمعه عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ولا منافاة بين هذه الأسباب فيجعل كأن كل ذلك كان *ثم يختلفون فى الأذان فى ثلاثة مواضع (أحدها) فى الترجيع فانه ليس من سنة الأذان عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى *وصفته* أن يأتى بكلمة الشهادتين مرتين يخفض بهما صوته ثم يرجع فيأتى بهما مرتين أخريين يرفع بهما صوته واحتج الشافعى رحمه الله تعالى بحديث أبي محذورة أن النبي صلى الله عليه وسلم علمه الأذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة ولا يكون تسع عشرة كلمة الا بالترجيع وروى أنه أمر بالترجيع نصا وجعـل كلمة الشهادتين قياس التـكبير فـكما أنه يأتى بلفظة التـكبير أربع مرات فـكذلك كلمة الشهادتين *ولنا* حديث عبد الله بن زيد رضى الله تعالى عنه فهو الأصـل وليس فيـه ذكر الترجيع ولأن المقصود من الأذان قوله حىّ على الصلاة حي الفلاح ولا ترجيع فى هاتين الـكلمتين ففيما سواهما أولى * وأما لفظ التـكبير فدليلنا فان ذكر التـكبير مرتين لما كان بصوت واحد فهو كلمة واحدة فأما حديث أبى محذورة قلنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالتـكرار حالة التعليم ليحسن تعلمه وهو كان عادته فيما يعـلم أصحـابه فظن أنه أمره بالترجيع . وقيل ان أبا محذورة كان مؤذن مكة فلما انتهى الى ذكر رسول الله صـلى الله عليه وسـلم خفض صوته استحياءً من أهل مكة لأنهم لم

(١) (على حذام) بالحاء المهملة والذال المعجمة المراد به قطعة حائط مرتفعة اهـ كتبه مصححه

يعهدوا

يعهدوا ذكر اسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم جهراً ففرك رسول الله صلى الله عليه وسلم أذنه وأمره أن يعود فيرفع صوته ليكون تأديبا له (والثانى) فى التكبير عندنا أربع مرات وعندمالك رحمه الله تعالى مرتين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قاسه بكلمة الشهادتين يأتى بهما مرتين ﴿ ولنا ﴾ حديث عبد الله بن زيد وحديث أبى محذورة رضى الله تعالى عنهما فى الأذان تسع عشرة كلمة ولن يكون ذلك اذا كان التكبير مرتين ثم قد بينا أن كل تكبيرتين بصوت واحد فكأنهما كلمة واحدة فيأتى بهما مرتين كما يأتى بالشهادتين (والثالث) أن آخر الأذان لااله الا الله وعلى قول أهل المدينة لا اله الا الله والله أكبر فاعتبروا آخره بأوله ويروون فيه حديثا ولكنه شاذ فيما تم به البلوى والاعتماد فى مثله على المشهور وهو حديث عبد الله بن زيد رضى الله تعالى عنه على ماتوارثه الناس الى يومنا هذا *قال (وينبغي للمؤذن أن يستقبل القبلة فى أذانه حتى اذا انتهى الى الصلاة والفلاح حول وجهه يمينا وشمالا وقدماه مكانهما) ولان الاذان مناجاة ومناداة ففي حالة المناجاة يستقبل القبلة وعند المناداة يستقبل من ينادي لانه يخاطبه بذلك كما فى الصلاة يستقبل القبلة فاذا انتهى الى السلام حول وجهه يمينا وشمالا لانه يخاطب الناس بذلك فاذا فرغ من الصلاة والفلاح حول وجهه الى القبلة لانه عاد الى المناجاة * قال (والاقامة مثنى مثنى كالاذان عندنا) وقال الشافعى رحمه الله الاقامة فرادى فرادى الاقوله قد قامت الصلاة فانها مرتين واستدل بحديث أنس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة ولان الاذان للاعلام فمع التكرار أبلغ فى الاعلام والاقامة لاقامة الصلاة فالافراد بها أعجل لاقامة الصلاة فهو أولى ﴿ولنا﴾ حديث عبدالله بن زيد رضى الله تعالى عنه فهو الأصل كما بينا . ومرّ علىّ بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا أمّ لك ولانه أحد الأذانين وهو مختص بقوله قدقامت الصلاة فلو كان من سنته الافراد لكان أولى به هذه الكلمة وحديث أنس رضي الله تعالى عنه معناه أمر بلالا أن يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل ماروى عن ابراهيم قال أول من أفرد الاقامة معاوية رضى الله تعالى عنه وقال مجاهد رضى الله تعالى عنه كانت الاقامة مثنى كالأذان حتى استخفه بعض أمراء الجور فأفرده لحاجة لهم (وقال) مالك رحمه الله تعالى يفرد وقد قامت الصلاة أيضاً ويروى فيه حديثا عن سعد القرظى ولكنه شاذ فيما تم به

البلوى والشاذ هي مسئلة لاتكون حجة * قال (و يجعل أصبعيه في أذنيه عندأذانه) لقوله صلى الله عليه و سلم لبلال اذا أذنت فاجعل أصبعيك فى أذنيك فانه أندى لصوتك وقال أبو جحيفة رأيت بلالا يؤذن فى صومعته يتبع فاه هاهنا وهاهنا وأصبعاه فى أذنيه وان لم يفعل لم يضره لأن المقصود وهو الاعلام حاصل * قال (وان استدار فى صومعته لم يضره) لأنه ربما لا يحصل المقصود بتحويل الوجه يمينا وشمالا بدون الاستدارة لتباعد جوانب المحلة فالاستدارة للمبالغة في الاعلام * قال (ولا يثوّب فى شئ من الصلاة الا في الفجر) وكان التثويب الاول فى الفجر بعد الأذان الصلاة خير من النوم مرتين فأحدث الناس هذا التثويب وهو حسن * أما معني التثويب لغة فالرجوع ومنه سمي الثواب لأن منفعة عمله تعود اليه ويقال ثاب الى المريض نفسه اذا برأ فهو عود الى الاعلام بعد الاعلام الاول بدليل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا أذن المؤذن أدبر الشيطان وله حصاص كحصاص(١) الحمار فاذا فرغ رجع فاذا ثوب أدبر فاذا فرغ رجع فاذا أقام أدبر فاذا فرغ رجع وجعل يوسوس الى المصلى انه كم صلى . فهذا دليل على أن التثويب بعد الأذان وكان التثويب الاول الصلاة خير من النوم لما روي أن بلالا رضى الله تعالى عنه أذن لصلاة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة رضى الله تعالى عنها فقال الصلاة يارسول الله فقالت عائشة رضى الله تعالى عنها الرسول نائم فقال بلال الصلاة خير من النوم فلما انتبه أخبرته عائشة رضى الله تعالى عنها بذلك فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله) فأحدث الناس هذا التثويب اشارة الى تثويب أهل الكوفة فانهم ألحقوا الصلاة خير من النوم بالاذان وجعلوا التثويب بين الاذان والاقامة حيّ على الصلاة مرتين حيّ على الفلاح مرتين * قال (والتثويب فى كل بلدة ما يتعارفونه اما بالتنحنح أو بقوله الصلاة الصلاة أو بقوله قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة) لأنه للمبالغة فى الاعلام فانما يحصل ذلك بما يتعارفونه * قال (ولا تثويب الا فى صلاة الفجر) لما روى أن عليا رضى الله تعالى عنه رأى مؤذنا يثوب فى العشاء فقال أخرجوا هذا المبتدع من المسجد ولحديث مجاهد رضي الله تعالى عنه قال دخلت مع ابن عمر رضى الله تعالى عنهما مسجداً نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند

---

(١) (حصاص كحصاص) بضم الحاء المهملة هو شدة العدو وحدته وقيل أن يصع الحمار بذنبه ويصر بأذنيه ويعدو وقيل هو الضراط اه كتبه مصححه

هذا المبتدع فما كان التثويب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى صلاة الفجر ولأن صلاة الفجر تؤدى فى حال نوم الناس ولهذا خصت بالتطويل فى القراءة فخصت أيضا بالتثويب لكى لا تفوت الناس الجماعة وهذا المعنى لا يوجد في غيرها وفسره الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال يؤذن للفجر ثم يقعد بقدر ما يقرأ عشرين آية ثم يثوب ثم يقعد مثل ذلك ثم يقيم لحديث بلال رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له اذا أذنت فأمهل الناس قدر ما يفرغ الآ كل من أكله والشارب من شربه والمعتصر (١) من قضاء حاجته وانما استحسن التثويب لأن الدعاء الى الصلاة في الاذان كان بهاتين الكلمتين فيستحسن التثويب بهما أيضا هذا اختيار المتقدمين وأما المتأخرون فاستحسنوا التثويب في جميع الصلوات لان الناس قد ازداد بهم الغفلة وقلما يقومون عند سماع الاذان فيستحسن التثويب للمبالغة في الاعلام ومثل هذا يختلف باختلاف أحوال الناس . وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال لا بأس بأن يخص الامير بالتثويب فيأتي بابه فيقول السلام عليك أيها الامير ورحمة الله وبركاته حيّ على الصلاة مرتين حيّ على الفلاح مرتين الصلاة يرحمك الله لان الامراء لهم زيادة اهتمام بأشغال المسلمين ورغبة فى الصلاة بالجماعة فلا بأس بأن يخصوا بالتثويب وقد روى عن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه لما كثر اشتغاله نصب من يحفظ عليه صلاته غير أن محمداً رحمه الله تعالى كره هذا وقال أفاً لأبي يوسف حيث خص الامراء بالذكر والتثويب لما روى أن عمر رضى الله تعالى عنه حين حج أتاه مؤذن مكة يؤذنه بالصلاة فانتهره وقال ألم يكن فى أذانك ما يكفينا * قال (ويترسل فى الاذان ويحدر (٢) في الاقامة) لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر ولان المقصود من الاذان الاعلام فالترسل فيه أبلغ في الاعلام والمقصود من الاقامة اقامة الصلاة فالحدر فيها أبلغ فى هذا المقصود * قال (فان ترسل فيهما أو حدر فيهما أو ترسل فى الاقامة وحدر فى الاذان أجزأه) لانه أقام الكلام بصفة التمام وحصل المقصود وهو الاعلام فترك ما هو زينة فيه لا يضره * قال (ويجوز الاذان والاقامة على غير وضوء ويكره مع الجنابة حتى يعاد أذان الجنب ولا يعاد أذان

(١) (المعتصر) قال فى المختار والمعتصر والعاصر الذى يصيب من الشئ ويأخذ منه اه (٢) (ويحدر) بضم الدال المهملة بمعني يسرع يقال حدر في قراءته واذانه يحدر حدراً اذا أسرع اه كتبه مصححه

الحدث)وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يعاد فيهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يعاد فيهما ووجهه أن الاذان ذكر والجنب والمحدث لا يمنعان من ذكر الله تعالى وما هو المقصود به وهو الاعلام حاصل ووجه رواية الحسن رحمه الله تعالى أن الاذان مشبه بالصلاة ولهذا يستقبل فيه القبلة والصلاة مع الحدث لا تجوز فما هو من أسبابه مشبه به يكره معه ثم المؤذن يدعو الناس الى التأهب للصلاة فاذا لم يكن متأهبا لها دخل تحت قوله تعالى أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم . وجه ظاهر الرواية ما روى أن بلالا ربما أذن وهو على غير وضوء ثم الاذان ذكر معظم فيقاس بقراءة القرآن والمحدث لا يمنع من ذلك ويمنع منه الجنب فكذلك الاذان * وفي ظاهر الرواية جعل الاقامة كالاذان في أنه لا بأس به اذا كان محدثا . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الفرق بينهما فقال أكره الاقامة للمحدث لان الاقامة يتصل بها اقامة الصلاة فلا يتمكن من ذلك مع الحدث بخلاف الاذان * قال (ويكره الاذان قاعداً) لانه في حديث الرؤيا قال فقام الملك على حذم حائط ولان المقصود الاعلام وتمامه في حالة القيام ولكنه يجزئه لان أصل المقصود حاصل * قال (ولا بأس بأن يؤذن واحد ويقيم آخر) لماروى أن عبد الله بن زيد رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكون له في الاذان نصيب فأمر بأن يؤذن بلال ويقيم هو ولان كل واحد منهما ذكر مقصود فلا بأس بأن يأتى بكل واحد منهما رجل آخر والذى روى أن الحرث الصدائى أذن في بعض الاسفار وبلال كان غائبا فلما رجع بلال وأراد أن يقيم قال صلى الله عليه وسلم ان أخا صداء أذن ومن أذن فهو يقيم انما قاله على وجه تعليم حسن العشرة لا أن خلاف ذلك لا يجزئ *قال (وان ترك استقبال القبلة في أذانه أجزأه وهومكروه) لأن المقصود به حصل وهو الاعلام والكراهية لمخالفته السنة * قال (ويؤذن المسافر راكباً ان شاء) لما روى أن بلالا في السفر ربما أذن راكباً ولان المسافر له أن يترك الأذان أصلا فله أن يأتى به راكباً بطريق الاولى * قال (وينزل للاقامة أحب الىّ) لان الاقامة يتصل بها اقامة الصلاة وانما يصلى على الارض فينزل للاقامة لهذا *قال (وان اقتصر المسافر بالاقامة أجزأه) لان السفر عذر مسقط لشطر الصلاة فلأن يكون مسقطا لاحد الاذانين أولى ولان الاذان لاعلام الناس حتى يجتمعوا وهم في السفر مجتمعون والاقامة لاقامة الصلاة وهم اليها محتاجون فيؤتى بها في السفر ويكره تركه لهذا

والاولى أن يؤتى بهما لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث وابن عم له ان سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكثركما قرآنا وقال صلى الله عليه وسلم من أذن في أرض قفر وأقام صلى بصلاته ما بين الخافقين من الملائكة ومن صلى بغير أذان واقامة لم يصل معه الا ملكاه * قال (وليس على النساء أذان ولا اقامة) لانهما سنة الصلاة بالجماعة وجماعتهن منسوخة لما في اجتماعهن من الفتنة وكذلك ان صلين بالجماعة صلين بغير أذان ولا اقامة لحديث رابطة قالت كنا جماعة من النساء عند عائشة رضى الله عنها فأمتنا وقامت وسطنا وصلت بغير أذان ولا اقامة ولان المؤذن يشهر نفسه بالصعود الى أعلى المواضع ويرفع صوته بالاذان والمرأة ممنوعة من ذلك لخوف الفتنة فان صلين بأذان واقامة جازت صلاتهن مع الاساءة لمخالفة السنة والتعرض للفتنة * قال (وان صلى أهل المصر بجماعة بغير أذان ولا اقامة فقد أساؤا) لترك سنة مشهورة وجازت صلاتهم لاداء أركانها والاذان والاقامة سنة ولكنهما من أعلام الدين فتركهما ضلالة هكذا قال مكحول السنة سنتان سنة أخذها هدى وتركها لا بأس به وسنة أخذها هدى وتركها ضلالة كالاذان والاقامة وصلاة العيدين وعلى هذا قال محمد رحمه الله تعالى اذا أصر أهل المصر على ترك الاذان والاقامة أمروا بهما فان أبوا قوتلوا على ذلك بالسلاح كما يقاتلون عند الاصرار على ترك الفرائض والواجبات وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى المقاتلة بالسلاح عند ترك الفرائض والواجبات فأما في السنن فيؤدبون على تركها ولا يقاتلون على ذلك ليظهر الفرق بين الواجب وغير الواجب ومحمد رحمه الله تعالى يقول ما كان من أعلام الدين فالاصرار على تركه استخفاف بالدين فيقاتلون على ذلك لهذا * قال (فان صلى رجل فى بيته فاكتفي بأذان الناس واقامتهم أجزأه) لما روى أن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه صلى بعلقمة والاسود فى بيت فقيل له ألا تؤذن فقال أذان الحى يكفينا وهذا بخلاف المسافر فانه يكره له تركهما وان كان وحده لان المكان الذى هو فيه لم يؤذن فيه لتلك الصلاة فأما هذا الموضع الذى فيه المقيم فقد أذن وأقيم فيه لهذه الصلاة فله أن يتركهما * قال (وان أذن وأقام فهو حسن) لان المنفرد مندوب الى أن يؤدي الصلاة على هيئة الصلاة بالجماعة ولهذا كان الافضل أن يجهر بالقراءة فى صلاة الجهر وكذلك ان أقام ولم يؤذن فهو حسن لان الاذان لاعلام الناس حتى يجتمعوا وذلك غير موجود هنا والاقامة لاقامة الصلاة وهو يقيمها

*قال (وليس لغير الصلوات الخمس والجمعة أذان ولا اقامة) أما لصلاة العيد فلحديث جابر بن سمرة رضى الله تعالى عنه قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العيدين بغير أذان ولا اقامة وكذلك توارثه الناس الى يومنا هذا وأما فى صلاة الوتر فلانها لا تؤدى بالجماعة الافى التراويح فى ليالى رمضان وعند أدائها هم مجتمعون وأما في السنن والنوافل فلانها لا تؤدى بالجماعة الا التراويح فى ليالى رمضان وهى تبع لصلاة العشاء وقد أذن وأقيم لها وهم مجتمعون عند أدائها *فأما الجمعة يؤذن لها ويقام لانها فرض مكتوب والاذان له منصوص في القرآن قال الله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة *واختلفوا فى الاذان المعتبر الذى يحرم عنده البيع ويجب السعى الى الجمعة فكان الطحاوى يقول هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذى كان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لما روى عن السائب بن يزيد قال كان الاذان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حين يخرج فيستوي على المنبر وهكذا فى عهد أبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما ثم أحدث الناس الاذان على الزوراء فى عهد عثمان فكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته أداء السنة وسماع الخطبة وربما تفوته الجمعة اذا كان بيته بعيداً عن الجامع والاصح أن كل أذان يكون قبل زوال الشمس فذلك غير معتبر والمعتبر أول الاذان بعد زوال الشمس سواء كان علي المنبر أو علي الزوراء * قال (ولا يتكلم المؤذن فى أذانه واقامته) لانه ذكر معظم كالخطبة فيكره التكلم فى خلاله لما فيه من ترك الحرمة وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمها الله تعالى أنه يكره رد السلام فى خلال الاذان وكان الثورى رحمه الله تعالى يقول لا بأس برد السلام لانها فريضة ولكنا نقول يحتمل التأخير الى أن يفرغ من أذانه * قال (وان أذن قبل دخول الوقت لم يجزه ويعيده في الوقت) لان المقصود من الاذان اعلام الناس بدخول الوقت فقبل الوقت يكون تجهيلا لا اعلاما ولان المؤذن مؤتمن قال صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم أرشد الائمة واغفر للمؤذنين وفي الاذان قبل الوقت اظهار الخيانة فيما أئتمن فيه ولو جاز الاذان قبل الوقت لاذن عند الصبح خمس مرات لخمس صلوات وذلك لا يجوزه أحد ولا خلاف فيه الا فى صلاة الفجر فقد قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً لا بأس بأن يؤذن للفجر فى النصف الآخر من الليل وهو قول للشافعى رضى الله عنه واستدلا

بتوارث أهل الحرمين ولما روي أن بلالا كان يؤذن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل فدل أنه لا بأس به ولان وقت الفجر مشتبه وفي مراعاته بعض الحرج ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قاسا الاذان للفجر بالاذان لسائر الصلوات بالمعنى الذى بينا وفى الاذان للفجر قبل الوقت اضرار بالناس لانه وقت نومهم فيلتبس عليهم وذلك مكروه وقد روى أن الحسن البصرى رحمه الله تعالى كان اذا سمع من يؤذن قبل طلوع الفجر قال علوج فراح لا يصلون الا فى الوقت لو أدركهم عمر لأدبهم فأما أذان بلال فقد أنكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الاذان بالليل وأمره أن ينادى على نفسه ألا أن العبد قد زام فكان يبكى ويطوف حول المدينة ويقول ليت بلالا لم تلده أمه وابتل من نضح دم جبينه وانما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه وقيل ان أذان بلال ما كان لصلاة الفجر ولكن كان لينام القائم ويقوم النائم فقد كانت الصحابة فرقتين فرقة يتهجدون فى النصف الاول من الليل وفرقة فى النصف الآخر وكان الفاصل أذان بلال . وانما كان صلاة الفجر بأذان ابن أم مكتوم كما قال صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم أذان بلال فانه يؤذن ليرجع قائمكم ويتسحر صائمكم ويقوم نائمكم فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم وكان هو أعمى لا يؤذن حتى يسمع الناس يقولون أصبحت أصبحت * قال (واذا دخل القوم مسجداً قد صلى فيه أهله كرهت لهم أن يصلوا جماعة باذان واقامة ولكنهم يصلون وحدانا بغير أذان ولا اقامة) لحديث الحسن قال كانت الصحابة اذا فاتتهم الجماعة فمنهم من اتبع الجماعات ومنهم من صلى في مسجده بغير أذان ولا اقامة وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج ليصلح بين الانصار فاستخلف عبد الرحمن بن عوف فرجع بعد ماصلى فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم بيته وجمع أهله فصلى بهم بأذان واقامة فلو كان يجوز اعادة الجماعة فى المسجد لما ترك الصلاة فى المسجد والصلاة فيه أفضل وهذا عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا بأس بتكرار الجماعة فى مسجد واحد لان جميع الناس فى المسجد سواء وانما بنى لاقامة الصلاة بالجماعة وهو قياس المساجد على قوارع الطرق فانه لا بأس بتكرار الجماعة فيها * ولنا * أنا أمرنا بتكثير الجماعة وفى تكرار الجماعة فى مسجد واحد تقليلها لان الناس اذا عرفوا أنهم تفوتهم الجماعة يعجلون للحضور فتكثر الجماعة واذا علموا أنه لا تفوتهم يؤخرون فيؤدى الى تقليل الجماعات وبهذا فارق المسجد الذى على قارعة

الطريق لانه ليس له قوم معلومون فكل من حضر يصلي فيه فاعادة الجماعة فيه مرة بعد مرة لا تؤدى الى تقليل الجماعات ثم فى مسجد المحال ان صلى غير أهلها بالجماعة فلاهلها حق الاعادة لان الحق فى مسجد المحلة لاهلها ألا ترى أن التدبير فى نصب الامام والمؤذن اليهم فليس لغيرهم أن يفوّت عليهم حقهم فأما اذا صلى فيه أهلها أو أكثر أهلها فليس لغيرهم حق الاعادة الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان وقف ثلاثة أو أربعة ممن فاتتهم الجماعة فى زاوية غير الموضع المعهود للامام فصلوا بأذان واقامة فلا بأس به وهو حسن لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بأصحابه فدخل أعرابي وقام يصلي فقال صلى الله عليه وسلم ألا أحد يتصدق على هذا يقوم فيصلي معه فقام أبو بكر رضى الله عنه وصلى معه * قال (ومن فاتته صلاة عن وقتها فقضاها في وقت آخر أذن لها وأقام واحداً كان أو جماعة) لان النبي صلى الله عليه وسلم فى ليلة التعريس بعد ما انتبه مع أصحابه بعد طلوع الشمس فقضى الفجر بأذان واقامة أمر بلالا بهما وشغل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هوي من الليل قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أمر بلالا فأذن وأقام للاولى ثم أقام لكل صلاة بعدها وقال جابر رضي الله تعالى عنه أمره فأذن وأقام لكل صلاة وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أمره بالاقامة لكل صلاة * قال (وان اكتفوا بالاقامة جاز) لان الاذان لاعلام الناس حتى يجتمعوا وذلك معدوم في القضاء والاقامة لاقامة الصلاة وان أذن وأقام فهو حسن ليكون القضاء على سنن الاداء * قال (ولا يجوز لمن فاته ظهر أمسه أن يقتدي بمن يصلي ظهر يوم غير ذلك) وهاهنا مسائل . احداها اقتداء المتنفل بالمفترض فهو جائز بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم سيكون أمراء بعدي يؤخرون الصلاة عن مواقيتها فاذا فعلوا فصلوا أنتم فى بيوتكم ثم صلوا معهم واجعلوا صلاتكم معهم سبحة أى نافلة ولان المقتدي بني صلاته على صلاة امامه كما ان المنفرد يبني آخر صلاته على أول صلاته وبناء النفل على تحريمة انعقدت للفرض يجوز وكذلك اقتداء المتنفل بالمفترض فأما المفترض اذا اقتدى بالمتنفل عندنا فلا يصح الاقتداء . وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه يصح لحديث معاذ رضي الله تعالى عنه أنه كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يأتى قومه فيصلى بهم ولان المشاركة بين الامام والمقتدى فى التحريمة . والنفل والفرض يستدعي كل واحد منهما تحريمة مطلقة

فكما

فكما يجوز اقتداء المتنفل بالمفترض فكذلك المفترض بالمتنفل ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن معناه تتضمن صلاته صلاة القوم وتضمين الشئ فيما هو فوقه يجوز وفيما هو دونه لا يجوز وهو المعنى فى الفرق فان الفرض يشتمل على أصل الصلاة والصفة والنفل يشتمل علي أصل الصلاة فاذا كان الامام مفترضا فصلاته تشتمل علي صلاة المقتدى وزيادة فصح اقتداؤه به واذا كان الامام متنفلا فصلاته لا تشتمل على ما تشتمل عليه صلاة المقتدى فلا يصح اقتداؤه به لانه بني القوي على أساس ضعيف وحديث معاذ تأويله كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بنية النفل ليتعلم منه سنة القراءة ثم يأتي قومه فيصلى بهم الفرض وهذا على أن تغاير الفرضين عندنا يمنع صحة الاقتداء حتى اذا اقتدى مصلي الظهر بمصلى العصر أو مصلى عصر يومه بمصلى عصر أمسه لم يجز الاقتداء . وعند الشافعى رحمه الله يجوز واذا اقتدى مصلى الظهر بمصلى الجمعة أو مصلى الظهر بالمصلى على الجنازة فله فيه وجهان وهذا الخلاف ينبني على أصل نذكره بعد هذا هو أن المشاركة بين الامام والمقتدى لا تقوى عنده حتى اذا تبين أن الامام محدث فصلاة المقتدى عنده صحيحة . وعندنا المشاركة تقوى بينهما فتغاير الفرضين يمنع صحة المشاركة ثم المذكور في هذا الباب أنه يصير شارعا في التطوع مقتديا بالامام حتي لو ضحك قهقهة يلزمه الوضوء لان الاقتداء فى أصل الصلاة صحيح انما لا يصح فى الجهة وفى باب الحدث قال لا يصير شارعا حتى لو قهقه لا يلزمه الوضوء وما ذكر هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى بناء على أصلهما أن أصل الصلاة ينفصل عن الجهة ابتداء وبقاء وما ذكر بعد هذا قول محمد رحمه الله تعالي بناء على مذهبه أن الجهة متى فسدت صار خارجا من الصلاة وعليه نص فى زيادات الزيادات * قال (ويجوز أذان العبد والاعمى وولد الزنا والاعرابى) لان المقصود وهو الاعلام حاصل وغيرهم أولى . أما العبد فلأنه مشغول بخدمة المولى لا يتفرغ لمحافظة المواقيت وروى أن وفدا جاؤا الى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فقال من يؤذن لكم فقالوا عبيدنا قال ان هذا لنقص بكم . وأما الاعمى فهو محتاج الى الرجوع الى غيره في معرفة المواقيت وكان لابراهيم النخعي رحمه الله تعالى مؤذن أعمى يقال له معبد فقال له لا تكن آخر من يقيم ولا أولهم . وأما ولد الزنا والاعرابي فالغالب عليهم الجهل وقد بينا أن الاذان ذكر معظم فيختار له من يكون محترما في الناس متبركا به ولهذا قال أحب الىّ أن يكون

المؤذن عالما بالسنة وفيه حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤمكم قراؤكم ويؤذن لكم خياركم * قال (وان أذن للقوم غلام مراهق أجزأهم) لحصول المقصود بأذانه وهو الاعلام والبالغ أولى لانه أقرب الى مراعاة الحرمة ولان الصبيّ غير مخاطب بالصلاة والاذان للمكتوبات خاصة فالاولى أن يؤذن من هو مخاطب بالمكتوبات * قال (وان أذنت لهم امرأة جاز) لحصول المقصود وهو مكروه لان أذان النساء من المحدثات لم يكن فى السلف وكل محدثة بدعة ولان في صوتها فتنة وهي منهية عن الخروج الى الجماعات والاذان لاقامة الصلاة بالجماعة * قال ﴿ ويؤذن المؤذن حيث يكون أسمع للجيران ﴾ لان المقصود اعلامهم ويرفع صوته لان الاعلام لا يحصل الا به وفى الحديث يشهد للمؤذن من سمع صوته أو يستغفر للمؤذن مدى صوته * قال ﴿ ولا يجهد نفسه فربما يضره ذلك ﴾ ورأى عمر رضي الله تعالى عنه مؤذن بيت المقدس يجهد نفسه فقال أما تخشى أن ينقطع مريطاؤك والمريطاء عرق مستبطن بالصاب فاذا انقطع لم يكن معه حياة * قال ﴿ ولا أكره له أن يتطوع فى صومعته ﴾ لما روي أن بلالا رضى الله تعالى عنه كان ربما تطوع في صومعته ولانه بمنزلة السطح فلا بأس بالصلاة عليه * قال ﴿ وأحب اليّ أن يجزم قوله الله أكبر ﴾ وقد بينا هذا في تكبيرة الافتتاح * قال ﴿ والتلحين في الاذان مكروه ﴾ لما روى أن رجلا جاء الى عمر رضي الله تعالى عنه فقال انى أحبك فى الله فقال انى أبغضك فى الله فقال لم قال لانه بلغنى أنك تغنى فى أذانك يعنى التلحين وأما التفخيم فلا بأس به لانه احدى اللغتين * قال ﴿ وان افتتح الاذان فظن أنها الاقامة فأقام فى آخرها بأن قال قد قامت الصلاة ثم علم فانه يتم الاذان ثم يقيم وان كان فى الاقامة فظن أنها الاذان فصنع فيها ما صنع فى الاذان أعادها من أولها ﴾ لان هنا وقع التعيين فى جميعها وفي الاول فى آخرها وحقيقة المعنى فى الفرق أن المقصود من الاذان اعلام الناس ليحضروا وبالاقامة فى آخرها لا يفوت هذا المقصود بل يزداد لان الناس يعجلون على ظن أنها الاقامة فلهذا لا يعيدها وعند الاقامة اقامة الصلاة والتعجيل للادراك فاذا صنع فى الاقامة ما يصنع فى الاذان يفوت هذا المقصود لان الناس يظنون أنه الاذان فينتظرون الاقامة فلهذا يعيد الاقامة من أولها * قال ﴿ فان غشى عليه ساعة فى الاذان أو الاقامة ثم أفاق فأحب اليّ أن يبتدئها من أولها ﴾ ألا ترى أنه لو غشى عليه فى الصلاة لم يبن على صلاته فكذلك فيما هو من

أسباب الصلاة * قال ﴿ وان رعف فيها أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء فأحب الىّ أن يبتدئها من أولها ﴾ لان بذهابه انقطع النظم فربما يشتبه على الناس أنه كان يؤذن أو يتعلم كلمات الاذان والاولى له اذا أحدث فى أذانه أو اقامته أن يتمها ثم يذهب فيتوضأ ويصلى لان ابتداء الاذان أو الاقامة مع الحدث يجوز فاتمامه أولى * قال ﴿ واذ قدم المؤذن فى أذانه أو اقامته بعض الكلمات على بعض فالاصل فيه أن ما سبق أداؤه يعتد به حتى لا يعيده في أذانه) وما يقع مكررا لا يعتد به فكانه لم يكرر * قال ﴿ واذا وقع في اقامته فمات أو أغمى عليه فأحب الىّ أن يبتدئ الاقامة غيره من أولها ﴾ لان عمله قد انقطع بالموت ولا بناء على المنقطع * قال ﴿ مؤذن أذن ثم ارتد فان اعتدوا بأذانه وأمروا من يقيم ويصلى بهم أجزأهم ﴾ لان المقصود وهو الاعلام قد حصل بأذانه وبطلان ثواب عمله بالردة فى حقه لا يبطله في حق غيره كما لو ارتد الامام بعد فراغه من الصلاة تبطل صلاته ولا تبطل في حق القوم * قال ﴿ ويقعد المؤذن بين الاذان والاقامة في جميع الصلوات الا في المغرب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما فى سائر الصلوات فيكره له أن يصل الاقامة بالاذان ولا يقعد بينهما ﴾ لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال اجعل بين أذانك واقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله والاولى به فى الصلاة التى قبلها تطوّع مسنون أو مستحب أن يتطوع بين الأذان والاقامة جاء في تأويل قوله تعالى ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا أنه المؤذن يدعو الناس بأذانه ويتطوع بعده قبل الاقامة فأما فى صلاة المغرب فيكره له وصل الاقامة بالاذان كما فى غيرها والافضل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن يفصل بينهما بسكتة وذكر الحسن رحمه الله تعالى عنه بقدر ما يقرأ ثلاث آيات وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الافضل أن يفصل بينهما بجلسة مقدار جلسة الخطيب بين الخطبتين لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه كان يفصل بين أذان المغرب والاقامة بجلسة ولأن السكتة تشبه السكتات بين كلمات الاذان فلا يتحقق بها الفصل فالجلسة للفصل أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال أمرنا بتعجيل المغرب قال صلى الله عليه وسلم لا تزال أمتى بخير مالم يؤخروا المغرب وقال بادروا بالمغرب قبل اشتباك النجوم ولا تتشبهوا باليهود فانهم يصلون والنجوم مشتبكة والفصل بالسكتة أقرب الى تعجيل المغرب . وحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما محمول على حالة العذر لكبر أو مرض وبه

نقول * قال ﴿ ويكره أن يؤذن في مسجدين ويصلي في أحدهما لانه بعد ماصلى يكون متنفلا بالاذان في المسجد الثاني والتنفل بالاذان غير مشروع ولان الاذان مختص بالمكتوبات فانما يؤذن ويقيم من يصلي المكتوبة على أثرهما وهو في المسجد الثاني يصلي النافلة على أثرهما * قال ﴿ ويكره للامام والمؤذن طلب الاجر على ذلك من القوم ﴾ لانهما يعملان لأنفسهما فكيف يشترطان الاجر على غيرهما ثم هما خليفتان للرسول في الدعاء والامامة وقال الله تعالى قل لا أسألكم عليه أجرا الا المودة في القربى فمن يكون خليفته ينبغي أن يكون مثله وقال عثمان بن أبي العاص الثقفي رضي الله تعالى عنه آخر ما عهد الىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن صل بالناس صلاة أضعفهم واذا اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجراً وقال رجل لعمر رضي الله تعالى عنه اني أحبك في الله فقال اني أبغضك في الله قال ولم قال لانه بلغني أنك تأخذ على الأذان أجراً فان عرف القوم حاجته فواسوه بشيء فما أحسن ذلك بعد أن لا يكون عن شرط لانه فرّغ نفسه لحفظ المواقيت واعلامه لهم فربما لا يتفرغ للكسب فينبغي لهم أن يهدوا اليه بهدية فقد كان الانبياء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم يقبلون الهدية وعلى هذا قالوا الفقيه الذي يفتي في بلدة أو قرية لا يحل له أن يأخذ على الفتيا شيئاً عن شرط فان عرفوا حاجته فأهدوا اليه فهو حسن لانه محسن اليهم فى تفريغ نفسه عن الكسب وحراسة أمر دينهم فينبغي أن يقابلوا احسانه بالاحسان اليه * قال ﴿ والذى يواظب على الصلوات كلها أولى بالأذان من غيره ﴾ لان صوته يصير معهودا للقوم فلا يقع الاشتباه وان أذن السوقى فى صلاة الليل وأذن في صلاة النهار غيره فذلك جائز أيضا لأن السوقي محتاج الى الكسب فيلحقه الحرج بالرجوع الى المحلة في وقت كل صلاة * قال ﴿ واذا أذن السكران أو المجنون فأحب اليّ أن يعيدوا ﴾ لان معنى التعظيم لا يحصل بأذانهما وعامة كلام السكران والمجنون هذيان فلا يحصل به الاعلام فربما يشتبه على الناس فالاولى اعادة أذانهم * قال ﴿ ولا يجوز لأهل المسجد أن يقتسموا المسجد وينصبوا وسطه حائطاً ﴾ لأن بقعة المسجد تحررت عن حقوق العبد فصار خالصا لله تعالى والقسمة من التصرفات في الملك فلا يشتغل بها في المسجد كالزراعة وغيرها فان فعلوا ذلك فليصل كل فريق منهم بامام ومؤذن على حدة مالم ينقضوا القسمة لأنهما في حكم مسجدين متجاورين فينبغي أن يكون لكل واحد منهما امام ومؤذن على حدة والله أعلم

باب مواقيت الصلاة

﴿ اعلم ﴾ أن الصلاة فرضت لأوقاتها قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس ولهذا تكرر وجوبها بتكرار الوقت وتؤدى فى مواقيتها قال الله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أى فرضا مؤقتا وقال صلى الله عليه وسلم من حافظ على الصلوات الخمس فى مواقيتها كان له عند الله عهدا يغفر له يوم القيامة وتلا قوله تعالى الا من اتخذ عند الرحمن عهدا . وللمواقيت اشارة فى كتاب الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون أي صلوا لله فقوله حين تمسون المراد به العصر وعند بعضهم المغرب وحين تصبحون الفجر وعشيا العشاء وحين تظهرون الظهر وقال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل وقرآن الفجر قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه دلوك الشمس الزوال فالمراد به الظهر وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه دلوكها غروبها والمراد المغرب الى غسق الليل العشاء وقرآن الفجر صلاة الفجر وقال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وهو العصر وقال الله تعالى أقم الصلاة طرفى النهار وقال الحسن الفجر وزلفاً من الليل قال محمد بن كعب رضى الله تعالى عنه المغرب والعشاء * ثم بدأ الباب ببيان وقت الفجر لانه متفق عليه لم يختلفوا فى أوله ولا فى آخره * قال (وقت صلاة الفجر من حين يطلع الفجر المعترض فى الافق الي طلوع الشمس) والفجر فجران كاذب تسميه العرب ذنب السرحان وهو البياض الذى يبدو فى السماء طولا ويعقبه ظلام والفجر الصادق وهو البياض المنتشر فى الافق فبطلوع الفجر الكاذب لا يدخل وقت الصلاة ولا يحرم الاكل على الصائم مالم يطلع الفجر الصادق لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم الفجر المستطيل ولكن كلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير يعنى المنتشر فى الافق وقال الفجر هكذا ومد يده عرضا لا هكذا ومد يده طولا والاصل حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمنى جبريل عليه السلام عند البيت فصلى بى الفجر في اليوم الاول حين طلع الفجر وفى اليوم الثانى حين أسفر جداً ثم قال ما بين هذين وقت لك ولامتك وهو وقت الانبياء قبلك وفي حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخراً وان أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وآخره حين تطلع الشمس وفى حديث

أبي موسى رضى الله عنه أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مواقيت الصلاة فلم يجبه ولكنه صلى الفجر فى اليوم الاول حين طلع الفجر وفى اليوم الثانى حين كادت الشمس تطلع ثم قال أين السائل عن الوقت الوقت بين هذين والدليل على أن آخر الوقت حين تطلع الشمس قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس فقد أدرك وفي حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم انكم سترون ربكم يوم القيامة كما ترون القمر ليلة البدر لا تضامون فى رؤيته فان استطعتم أن لاتغلبوا على صلاة قبل طلوع الشمس وقبل غروبها فافعلوا ثم تلا قوله تعالي فسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها * قال (ووقت الظهر من حين تزول الشمس الى أن يكون ظل كل شيء مثله) فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يدخل وقت العصر حتى يصير الظل قامتين ولا خلاف فى أول وقت الظهر أنه يدخل بزوال الشمس الا شيء نقل عن بعض الناس اذا صار الفيء بقدر الشراك لحديث إمامة جبريل عليه السلام قال صلى الله عليه وسلم صلى بي الظهر فى اليوم الاول حين صار الفيء بقدر الشراك. ولكنا نستدل بقوله تعالى لدلوك الشمس أى لزوالها والمراد من الفيء مثل الشراك الفيء الاصلى الذى يكون للاشياء وقت الزوال وذلك يختلف باختلاف الامكنة والاوقات فاتفق ذلك القدر فى ذلك الوقت وقد قيل لابد أن يبقى لكل شيء فيء عند الزوال في كل موضع الا بمكة والمدينة فى أطول أيام السنة فلا يبقى بمكة ظل على الارض وبالمدينة تأخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفيء الاصلى غير معتبر فى التقدير بالظل قامة أو قامتين بالاتفاق وأصح ما قيل فى معرفة الزوال قول محمد بن شجاع رضى الله عنه أنه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال واذا وقف لا يزداد ولا ينتقص فهو ساعة الزوال واذا أخذ الظل فى الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت * واختلفوا فى آخر وقت الظهر فعندهما اذا صار ظل كل شيء مثله خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالي وان لم يذكره فى الكتاب نصا فى خروج وقت الظهر وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يخرج وقت الظهر حتى يصير الظل قامتين وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه اذا صار الظل قامة يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير الظل قامتين

وبينهما وقت مهمل وهو الذى تسميه الناس بين الصلاتين كما أن بين الفجر والظهر وقتا مهملا واستدل بحديث امامة جبريل صلوات الله وسلامه عليه فانه قال صلى بى العصر فى اليوم الاول حين صار ظل كل شئ مثله وصلى بي الظهر في اليوم الثانى حين صار ظل كل شئ مثله أو قال حين صلى العصر بالامس وهكذا فى حديث أبى هريرة وأبى موسى رضى الله عنهما فى بيان المواقيت قولا وفعلا وأبو حنيفة رحمه الله تعالي استدل بالحديث المعروف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما مثلكم ومثل أهل الكتابين من قبلكم كمثل رجل استأجر أجيراً فقال من يعمل لى من الفجر الى الظهر بقيراط فعملت اليهود ثم قال من يعمل لي من الظهر الى العصر بقيراط فعملت النصارى ثم قال من يعمل لى من العصر الى المغرب بقيراطين فعملتم أنتم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا نحن أكثر عملا وأقل أجراً قال الله تعالى فهل نقصت من حقكم شيئاً قالوا لا قال فهذا فضلى أوتيه من أشاء بين أن المسلمين أقل عملا من النصارى فدل أن وقت العصر أقل من وقت الظهر وانما يكون ذلك اذا امتد وقت الظهر الى أن يبلغ الظل قامتين وقال صلى الله عليه وسلم أبردوا بالظهر فان شدة الحرّ من فيح جهنم وأشد ما يكون من الحر فى ديارهم اذا صار ظل كل شئ مثله ولأنا عرفنا دخول وقت الظهر بيقين ووقع الشك فى خروجه اذا صار الظل قامة لاختلاف الآثار واليقين لا يزال بالشك * والاوقات ما استقرت على حديث امامة جبريل عليه السلام ففيه أنه صلى الفجر فى اليوم الثانى حين أسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس وفيه أيضاً أنه صلى العشاء فى اليوم الثانى حين ذهب ثلث الليل والوقت يبقى بعده وقال مالك رحمه الله تعالى اذا زالت الشمس دخل وقت الظهر فاذا مضى بقدر ما يصلى فيه أربع ركعات دخل وقت العصر فكان الوقت مشتركا بين الظهر والعصر الى أن يصير الظل قامتين لظاهر حديث إمامة جبريل عليه السلام فانه ذكر أنه صلى الظهر فى اليوم الثانى فى الوقت الذى صلى العصر في اليوم الاول وهذا فاسد عندنا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت صلاة أخرى وتأويل حديث امامة جبريل صلى بي الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شئ مثله أى قرب منه وصلى بي العصر فى اليوم الاول حين صار ظل كل شئ مثله أى تم وزاد عليه وهو نظير قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن أى قارب بلوغ أجلهن وقال تعالى فبلغن أجلهن فلا

تمضلوهن أي تم انقضاء عدتهن وحكى أبو عصمة عن أبي سليمان عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى قال خالفت أبا حنيفة رحمه الله تعالى فى وقت العصر فقلت أوله اذا زاد الظل على قامة اعتماداً على الآثار التي جاءت به وهو اشارة الى ما قلنا فأما آخر وقت العصر غروب الشمس عندنا وقال الحسن بن زياد رضى الله تعالى عنه تغير الشمس الى الصفرة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لحديث امامة جبريل عليه السلام وصلى بي العصر فى اليوم الثانى حين كادت الشمس تتغير ﴿ولنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من العصر قبل غروب الشمس فقد أدرك أي أدرك الوقت ولكن يكره تأخير العصر الى أن تتغير الشمس لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك صلاة المنافقين يقعد أحدهم حتى اذا كانت الشمس بين قرنى الشيطان قام ينقر أربعا لا يذكر الله تعالى فيها الا قليلا وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ما أحب أن يكون لى صلاة حين ما تحمار الشمس بفلسين * واختلفوا فى تغير الشمس ان العبرة للضوء أم للقرص فكان النخعى يعتبر تغير الضوء والشعبى يقول العبرة لتغير القرص وبهذا أخذنا لأن تغير الضوء يحصل بعد الزوال فاذا صار القرص بحيث لا تحار فيه العين فقد تغيرت * قال (ووقت المغرب من حين تغرب الشمس الى أن يغيب الشفق عندنا) وقال الشافعى رحمه الله تعالى ليس للمغرب الا وقت واحد مقدر بفعله فاذا مضى بعد غروب الشمس مقدار ما يصلى فيه ثلاث ركعات خرج وقت المغرب لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه صلى المغرب فى اليومين فى وقت واحد ﴿ولنا﴾ حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أول وقت المغرب حين تغيب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وتأويل حديث امامة جبريل عليه السلام أنه أراد بيان وقت استحباب الاداء وبه نقول انه يكره تأخير المغرب بعد غروب الشمس الا بقدر مايستبرئ فيه الغروب رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لا تزال أمتى بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء وأخر ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أداء المغرب يوما حتى بدا نجم فأعتق رقبة وعمر رضى الله تعالى عنه رأى نجمين طالعين قبل أدائه فأعتق رقبتين فهذا بيان كراهية التأخير فأما وقت الادراك يمتد الى غيبوبة الشفق والشفق البياض الذى بعد الحمرة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول أبي بكر وعائشة رضى الله تعالى عنهما واحدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله

تعالى

تعالى عنهما وفى قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى الحمرة التى قبل البياض وهو قول عمر وعليّ وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم واحدي الروايتين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وهكذا روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى . ووجه هذا أن الطوالع ثلاثة والغوارب ثلاثة ثم المعتبر لدخول الوقت الوسط من الطوالع وهو الفجر الثانى فكذلك فى الغوارب المعتبر لدخول الوقت الوسط وهو الحمرة فبذهابها يدخل وقت العشاء وهذا لأن في اعتبار البياض معنى الحرج فانه لا يذهب الا قريبا من ثلث الليل (وقال) الخليل بن أحمد راعيت البياض بمكة فما ذهب الا بعد نصف الليل وقيل لا يذهب البياض فى ليالى الصيف أصلا بل يتفرق فى الافق ثم يجتمع عند الصبح فلدفع الحرج جعلنا الشفق الحمرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحمرة أثر الشمس والبياض أثر النهار فما لم يذهب كل ذلك لا يصير الى الليل مطلقا وصلاة العشاء صلاة الليل كيف وقد جاء فى الحديث وقت العشاء اذا ملأ الظلام الظراب وفى رواية اذا ادلهمّ الليل أى استوى الأفق فى الظلام وذلك لا يكون الا بعد ذهاب البياض فبذهابه يخرج وقت المغرب ويدخل وقت العشاء . فأما آخر وقت العشاء فقد قال في الكتاب الى نصف الليل والمراد بيان وقت اباحة التأخير فأما وقت الادراك فيمتد الى طلوع الفجر الثانى حتى اذا أسلم الكافر أو بلغ الصبي قبل طلوع الفجر فعليه صلاة العشاء وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى آخر وقت العشاء حين يذهب ثلث الليل لحديث امامة جبريل عليه الصلاة والسلام وصلى بى العشاء فى اليوم الثانى حين ذهب ثلث الليل «ولنا» حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وصلاة العشاء صلاة الليل فيبقى وقتها ما بقي الليل وقوله صلى الله عليه وسلم لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت صلاة أخرى دليل لنا أيضاً ان ثبت هذا اللفظ ولكنه شاذ والمشهور اللفظ الذي روينا * قال (والتنوير بصلاة الفجر أفضل من التغليس بها عندنا) وقال الشافعي التغليس بها أفضل وذكر الطحاوى ان كان من عزمه تطويل القراءة فالافضل أن يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار وان لم يكن من عزمه تطويل القراءة فالاسفار أفضل من التغليس واستدل الشافعى بحديث عائشة رضى الله عنها قالت كن النساء ينصرفن من الصلاة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس وقال أنس رضى

الله عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي الفجر ولا يعرف أحدنا من الى جنبه من شدة الغلس ولان فى هذا اظهار المسارعة فى أداء العبادة وهو مندوب اليه لقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم ﴿ولنا﴾ حديث رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر وحديث الصديق عن بلال رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نوروا بالفجر أوقال أصبحوا بالصبح يبارك لكم ولان فى الاسفار تكثير الجماعة وفى التغليس تقليلها وما يؤدى الى تكثير الجماعة فهو أفضل ولان المكث في مكان الصلاة حتى تطلع الشمس مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من صلى الفجر ومكث حتى تطلع الشمس فكأنما أعتق أربع رقاب من ولد اسماعيل واذا أسفر بها تمكن من احراز هذه الفضيلة وعند التغليس قلما يتمكن منها فأما حديث عائشة رضى الله عنها فالصحيح من الروايات اسفار رسول الله صلى الله عليه وسلم لصلاة الفجر قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة قبل ميقاتها الا صلاة الفجر صبيحة الجمعة فانه صلاها يومئذ بغلس فدل أن المعهود اسفاره بها فان ثبت التغليس فى وقت فلعذر الخروج الى سفر أوكان ذلك حين يحضر النساء الصلاة بالجماعة ثم انتسخ ذلك حين أمرن بالقرار فى البيوت * قال (والافضل فى صلاة الظهر أن يؤخرها ويبرد بها في الصيف وفي الشتاء يعجلها بعد الزوال) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان يصلى وحده يعجلها بعد الزوال فى كل وقت وان كان يصلى بالجماعة يؤخر يسيراً واستدل بحديث خباب ابن الارت رضى الله تعالى عنه قال شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حر الرمضاء في خيامنا فلم يشكنا أى لم يجبنا الى شكوانا فدل أنه كان يعجل الظهر وأصحابنا استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم وفي حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم فى سفر فلما زالت الشمس جاء بلال ليؤذن فقال له أبرد هكذا مراراً فلما صار للتلال فيء قال أذن ولان فى التعجيل فى الصيف تقليل الجماعات واضراراً بالناس فان الحر يؤذيهم وتأويل حديث خباب أنهم طلبوا ترك الجماعة أصلا على أن معنى قوله فلم يشكنا أى لم يدعنا في الشكاية بل أزال شكوانا بأن أبرد بها فأما فى الشتاء فالمستحب تعجيلها لحديث أنس رضى الله تعالى عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي الظهر فى الشتاء فلا يدرى أن ما مضى من النهار

أكثر أم ما بقى وقال صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين وجهه الى اليمن اذا كان الصيف فأبرد فان تقيلوك فأمهلهم حتى يدركوا واذا كان الشتاء فصل الظهر حين تزول الشمس فان الليالى طوال فأما العصر فالمستحب تأخيرها فى الصيف والشتاء عندنا بعد أن يؤديها والشمس بيضاء نقية لم يدخلها تغير وقال الشافعى رحمه الله تعالى المستحب تعجيلها لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس طالعة فى حجرتى ولحديث أنس رضي الله تعالى عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلى العصر فيذهب الذاهب الى العوالى وينحر الجزور ويطبخ ويأكل قبل غروب الشمس *ولنا* حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال كان النبي صلي الله عليه وسلم يصلى العصر والشمس بيضاء نقية وهذا منه بيان تأخير للعصر وقالت أم سلمة رضى الله تعالى عنها أنتم أشد تأخيراً للظهر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم أشد تأخيراً للعصر منكم وقيل سميت العصر لأنها تعصر أى تؤخر ولأن فى تأخير العصر تكثير النوافل وأداء النافلة بعدها مكروه ولهذا كان التعجيل في المغرب أفضل لان أداء النافلة قبلها مكروه ولان المكث بعد العصر الى غروب الشمس فى موضع الصلاة مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام من صلى العصر ومكث فى المسجد الى غروب الشمس فكانما أعتق ثمانية من ولد اسماعيل عليه السلام واذا أخر العصر تمكن من احراز هذه الفضيلة فهو أفضل فأما حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فقد كانت حيطان حجرتها قصيرة فتبقى الشمس طالعة فيها الى أن تتغير وحديث أنس فقد كان ذلك فى وقت مخصوص لعذر * وأما صلاة المغرب فالمستحب تعجيلها فى كل وقت وقد بينا ان تأخيرها مكروه وكان عيسى بن أبان رحمه الله تعالى يقول الاولى تعجيلها للآثار ولكن لا يكره التأخير مطلقا ألا ترى أن بعذر السفر والمرض تؤخر المغرب ليجمع بينها وبين العشاء فعلا فلو كان المذهب كراهة التأخير لما أبيح ذلك بعذر السفر والمرض كما لا يباح تأخير العصر الى أن تتغير الشمس واستدل فيه بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ سورة الاعراف فى صلاة المغرب ليلة وانما يحمل ذلك على بيان امتداد الوقت واباحة التأخير . فأما صلاة العشاء فالمستحب عندنا تأخيرها الى ثلث الليل ويجوز التأخير بعد ذلك الى نصف الليل ويكره التأخير بعد ذلك وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه المستحب تعجيلها بعد غيبوبة الشفق لحديث نعمان

ابن بشير قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي العشاء حين يسقط القمر الليلة الثالثة وذلك عند غيبوبة الشفق يكون ولان في تعجيلها تكثير الجماعة خصوصا في زمان الصيف ﴿ ولنا ﴾ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر العشاء الى ثلث الليل ثم خرج فوجد أصحابه في المسجد ينتظرونه فقال أما انه لا ينتظر هذه الصلاة في هذا الوقت أحد غيركم ولولا سقم السقيم وضعف الضعيف لأخرت العشاء الى هذا الوقت وفي حديث آخر لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء الى ثلث الليل (وكتب) عمر رضى الله تعالى عنه الي أبي موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه أن صل العشاء حين يذهب ثلث الليل فان أبيت فالي نصف الليل فان نمت فلا نامت عيناك وفي رواية فلاتكن من الغافلين * والحاصل أن الشافعي رضى الله تعالى عنه يختار أداء الصلاة فى أول الوقت لقوله عليه الصلاة والسلام أول الوقت رضوان الله وآخره عفو الله والعفو يكون بعد التقصير ولان فيه احراز الفضيلة قبل أن يعترض عليه عذر يعجزه عن احرازها وأصحابنا اختاروا التأخير ففيه انتظار للصلاة وقال صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها وفى التأخير تكثير الجماعة أيضاً وفيه تقليل النوم فهو أفضل وما كان امتداد الوقت الا للتيسير وفي التأخير اظهار معنى التيسير وهو الذى أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله وآخره عفو الله فالمراد بالعفو الفضل قال تعالى ويسئلونك ماذا ينفقون قل العفو ولا يجوز أن يحمل العفو ها هنا على التجاوز عن التقصير فقد ذكر فى امامة جبريل عليه السلام تأخير الاداء للصلاة في اليوم الثانى الى آخر الوقت وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقصد الى شئ يكون فيه تقصير فان الزلة التى تجوز على الانبياء صلوات الله عليهم أجمعين ما تكون من غير تقصير * قال (وفى يوم الغيم المستحب تأخير الفجر والظهر والمغرب وتعجيل العصر والعشاء) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى التأخير فى جميع الصلوات فى يوم الغيم أفضل ووجهه أنه أقرب الى الاحتياط فأداء الصلاة فى وقتها أو بعد ذهابه يجوز ولا يجوز أداؤها قبل دخول الوقت ووجه ظاهر الرواية أن فى الفجر المستحب التأخير لانه لو عجل بها لم يأمن أن يقع قبل طلوع الفجر الثانى ولان الناس يلحقهم الحرج فى التعجيل عند الظلمة بسبب الغيم فيؤخر ليكون فيه تكثير الجماعة وكذلك فى الظهر يؤخر لكيلا يقع قبل الزوال ويعجل العصر لكيلا يقع فى حال تغيير الشمس ويؤخر المغرب لكيلا يقع قبل غروب الشمس

وتعجل العشاء لدفع الحرج عن الناس فانهم يتضررون بالمطر يأخذهم قبل الرجوع الى منازلهم وعند الغيم ينتظر المطر ساعة فساعة فتعجل العشاء لينصرفوا الى منازلهم قبل أن يمطروا *قال (ولا يجمع بين صلاتين فى وقت احداهما فى حضر ولا فى سفر) ما خلا عرفة ومزدلفة فان الحاج يجمع بين الظهر والعصر بعرفات فيؤديهما فى وقت الظهر وبين المغرب والعشاء بمزدلفة فيؤديهما فى وقت العشاء عليه اتفق رواة نساك رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه فعله وفيما سوى هذين الموضعين لا يجمع بينهما وقتا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجمع بينهما لعذر السفر والمطر وقال مالك رحمه الله ولعذر المرض أيضاً. وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وقال أحمد بن حنبل يجوز الجمع بينهما فى الحضر من غير عذر السفر واحتجوا بحديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر فى سفره الى تبوك وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الصلاتين اذا جد به السفر وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعا جمعا وثمانيا جمعا فالمراد بالسبع المغرب والعشاء وبالثمان الظهر والعصر وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أيضاً قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بالمدينة من غير عذر *ولنا* قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى أى في مواقيتها وقال تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا أى فرضا مؤقتا وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من جمع بين صلاتين فى وقت واحد فقد أتى بابا من الكبائر وقال عمر رضى الله تعالى عنه ان من أكبر الكبائر الجمع بين الصلاتين فكما لا يجمع بين العشاء والفجر ولا بين الفجر والظهر لاختصاص كل واحد منهما بوقت منصوص عليه شرعا فكذلك الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء . وتأويل الاخبار أن الجمع بينهما كان فعلا لا وقتا وبه نقول وبيان الجمع فعلا أن المسافر يؤخر الظهر الى آخر الوقت ثم ينزل فيصلى الظهر ثم يمكث ساعة حتى يدخل وقت العصر فيصليها فى أول الوقت وكذلك يؤخر المغرب الى آخر الوقت ثم يصليها فى آخر الوقت والعشاء في أول الوقت فيكون جامعا بينهما فعلا . الدليل عليه حديث نافع قال خرجنا مع ابن عمر رضى الله تعالى عنهما من مكة فاستصرخ بامرأته فجعل يسير حتى غربت الشمس فنادى الركب الصلاة فلم يلتفت اليهم حتى اذا دنا غيبوبة الشفق نزل فصلى المغرب ثم مكث حتى غاب الشفق

ثم صلى العشاء ثم قال هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جدّ به السير وعن عليّ رضى الله تعالى عنه أنه فعل مثل ذلك فى بعض أسفاره صلى المغرب فى آخر الوقت والعشاء فى أوله وتعشى بينهما وفى الحقيقة تنبنى هذه المسئلة على أصل وهو أن عنده بين وقت الظهر والعصر تداخلا حتى اذا بلغ الصبيّ أو أسلم الكافر فى وقت العصر يلزمهما قضاء الظهر وكذلك المغرب مع العشاء وعندنا لا تداخل بل كل واحد منهما مختص بوقته ودليلنا ما روينا لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت الاخرى * قال (ووقت الوتر من حين يصلى العشاء الى الفجر والافضل تأخيرها الى آخر الليل) لحديث خارجة بن حذافة رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى أمدكم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم ألا وهى الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها من كل الليل أوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم من أوله وأوسطه وآخره وانتهى وتره الى السحر وقال صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فأوتر يوتر لك ما قبله وكان أبو بكر رضي الله تعالى عنه يوتر من أول الليل وعمر رضى الله تعالى عنه من آخر الليل وقال صلى الله عليه وسلم لأبى بكر رضى الله تعالى عنه أخذت بالثقة ولعمر رضى الله تعالى عنه أخذت بفضل القوة (فان أوتر فى وقت العشاء قبل أن يصلى العشاء وهو ذاكر لذلك لم يجزه بالاتفاق) لانه أداها قبل وقتها أو ترك الترتيب المأمور به من بناء الوتر على العشاء . فأما اذا صلى العشاء بغير وضوء وهو لا يعلم به ثم جدد الوضوء فأوتر ثم علم أنه كان صلى العشاء بغير وضوء فعليه اعادة العشاء دون الوتر فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الترتيب كان ساقطا عنه بعذر النسيان وعندهما يلزمه اعادة الوتر لان عندهما دخول وقت الوتر بعد أداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد فكان مصليا قبل وقته وعند أبى حنيفة رحمه الله يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء انما كان عليه مراعاة الترتيب وقد سقط ذلك بالنسيان وانما ينبنى هذا على اختلافهم في صفة الوتر فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى واجب أو فرض فلا يكون تبعا للعشاء وعندهما سنة فكان تبعا للعشاء وسيأتي بيان هذا الفصل * قال (ولا يتطوع بعد طلوع الفجر الا بركعتى الفجر الى أن تطلع الشمس وترتفع) واعلم بأن الاوقات التى تكره فيها الصلاة خمسة ثلاثة منها لا يصلى فيها جنس الصلوات عند طلوع الشمس الى أن

تبيض وعند غروبها الا عصر يومه فانه يؤديها عند الغروب والاصل فيه حديث عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه قال ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلى فيهن وأن نقبر فيهن موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب . وفى حديث الصنابحى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس وقال انها تطلع بين قرني الشيطان كأن الشيطان يزينها فى عين من يعبدونها حتى يسجدوا لها فان ارتفعت فارقها فاذا كان عند قيام الظهيرة قارنها فاذا مالت فارقها فاذا دنت للغروب قارنها فاذا غربت فارقها فلا تصلوها فى هذه الاوقات وفى حديث عمر بن عنبسة قال قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل من الليل والنهار ساعة لا يصلى فيها فقال اذا صليت المغرب فالصلاة مشهودة مقبولة الى أن تصلى الفجر ثم أمسك حتى تطلع الشمس ثم الصلاة مشهودة مقبولة الى وقت الزوال ثم أمسك فانها ساعة تسعر فيها جهنم ثم الصلاة مشهودة مقبولة الى أن تصلى العصر ثم أمسك حتى تغرب الشمس والامكنة فى هذا النهى سواء عندنا لعموم الآثار . وقال الشافعى لا بأس بالصلاة فى هذه الاوقات بمكة لحديث روى الا بمكة ولم تثبت هذه الزيادة عندنا لانها شاذة فلا تعارض المشاهير وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه قال لا بأس بالصلاة في هذه الاوقات وقت الزوال يوم الجمعة وقد روي شاذا الا يوم الجمعة به أخذ أبو يوسف وقال للناس بلوى فى تحية المسجد عند الزوال يوم الجمعة فالآثار التى روينا توجب الكراهة فى الكل *ثم كل وقت ينهى فيه عن عبادة لا يختلف الحال فيه بين الجمعة وغيرها وبين مكة وغيرها كالنهى عن الصوم فى يوم العيد وفى هذه الاوقات الثلاثة لا تؤدى الفرائض عندنا . وقال الشافعى النهى عن أداء النوافل فأما الفرائض فلا بأس بأدائها فى هذه الاوقات لقوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها *(ولنا)* حديث ليلة التعريس فان النبي صلى الله عليه وسلم لما نزل آخر الليل قال من يكلؤنا الليلة فقال بلال أنا فناموا فما أيقظهم الاحرّ الشمس وفى رواية انتبهوا وقد بدا حاجب الشمس فقال عليه الصلاة والسلام لبلال أين ما وعدتنا قال ذهب بنفسى الذى ذهب بنفوسكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرواحنا بيد الله تعالى وأمرهم فانتقلوا عن ذلك الوادى ثم نزلوا فأوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أذن بلال فصلى ركعتى الفجر ثم قام فصلى بهم

قضاء وانما انتقل من ذلك الوادى لانه تشاءم والاصح أنه أراد أن ترتفع الشمس فلو جاز الفجر المكتوبة فى حال طلوع الشمس لما أخر بعد الانتباه والآثار المروية فى النهى عامة فى جنس الصلوات وبها يثبت تخصيص هذه الاوقات من الحديث الذى رواه الخصم * قال (ولا يصلى فى هذه الاوقات على الجنازة أيضاً) لقوله وان نقبر فيهن موتانا فليس المراد به الدفن لان ذلك جائز بالاتفاق ولكنه كناية عن الصلاة على الجنازة أيضاً * قال (ولا يسجد فيهن للتلاوة أيضاً) لان الكراهة للتحرز عن التشبه بمن يعبد الشمس والتشبه يحصل بالسجود والنهى عن الصلاة على الجنازة وعن سجدة التلاوة فى هذه الاوقات مروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ولو أدى سقط عنه لان الوجوب فى هذا الوقت والنهى ليس لمعنى فى عين السجود والصلاة فلا يمنع الجواز (الا عصر يومه فانه يؤديها عند غروب الشمس) لان هذا الوقت سبب لوجوبها حتى لو أسلم الكافر أو بلغ الصبي فى هذا الوقت يلزمه أداؤها فيستحيل أن يجب عليه الاداء فى هذا الوقت ويكون ممنوعا من الاداء وعلى هذا لو غربت الشمس وهو في خلال العصر يتم الصلاة بالاتفاق ولو طلعت الشمس وهو فى خلال الفجر فسدت صلاته عندنا وعند الشافعي لا تفسد اعتباراً بحالة الغروب واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس فقد أدرك . والفرق بينهما عندنا أن بالغروب يدخل وقت الفرض فلا يكون منافيا للفرض وبالطلوع لا يدخل وقت الفرض فكان مفسداً للفرض كخروج وقت الجمعة فى خلالها مفسد للجمعة لانه لا يدخل وقت مثلها * قال والاصح عندى في الفرق أن الطلوع بظهور حاجب الشمس وبه لا تنتفي الكراهة بل تحقق فكان مفسداً للفرض والغروب باخره وبه تنتفي الكراهة فلم يكن مفسدا للعصر لهذا وتأويل الحديث أنه لبيان الوجوب بادراك جزء من الوقت قل أو كثر وعن أبي يوسف أن الفجر لا يفسد بطلوع الشمس ولكنه يصبر حتى اذا ارتفعت الشمس أتم صلاته وكانه استحسن هذا ليكون مؤديا بعض الصلاة فى الوقت ولو أفسدناها كان مؤديا جميع الصلاة خارج الوقت وأداء بعض الصلاة فى الوقت أولى من أداء الكل خارج الوقت * ووقتان آخران ما بعد العصر قبل تغير الشمس وما بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس فانه لا يصلى فيهما شئ من النوافل لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندى عمر أن النبى

صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس وهذا الحديث يرويه أبو سعيد الخدري ومعاذ بن عفراء رضوان الله عليهم وجماعة ولكن يجوز أداء الفريضة فى هذين الوقتين وكذلك الصلاة على الجنازة وسجدة التلاوة انما النهى عن التطوعات خاصة ألا ترى أنه يؤدى فرض الوقت فيهما فكذلك سائر الفرائض فأما الصلوات التي لها سبب من العباد كركعتي الطواف وركعتي تحية المسجد لا تؤدى فى هذين الوقتين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم اذا دخل أحدكم المسجد فليحيه بركعتين ورأي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماصلى فى مسجد الخيف رجلين لم يصليا معه فقال مابالكما لم تصليا معنا فقالا انا صلينا فى رحالنا فقال اذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما امام قوم فصليا معهم فقد جوز لهما الاقتداء بالامام بعد الفجر تطوعا ﴿ولنا﴾ ماروى أن عمر رضى الله تعالى عنه طاف بالبيت سبعا بعد صلاة الفجر ثم خرج من مكة حتى اذا كان بذى طوى فطلعت الشمس صلى ركعتين فقال ركعتان مكان ركعتين فقد أخر ركعتى الطواف الى مابعد طلوع الشمس وتأويل الحديث الذى روى أنه كان قبل النهي عن الصلاة فى هذا الوقت . فكذلك المنذورة لا تؤدى فى هذين الوقتين لان وجوبها بسبب من العبد فهى كالتطوع وركعتى الطواف وكذلك بعد طلوع الفجر قبل أن يصلى الفجر لا يصلى تطوعا الا ركعتى الفجر لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوع فى هذا الوقت مع حرصه على الصلاة حتى كان يقول وجعلت قرة عيني في الصلاة ﴿فان قيل﴾ لم يذكر فى هذا الكتاب وقتا آخر وهو بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب والتطوع فيه مكروه أيضاً ﴿قلنا﴾ نعم ولكن هذا النهي ليس لمعني فى الوقت بل لما فيه من تأخير المغرب كالنهى عن الصلاة عند الخطبة ليس لمعني بل لما فيه من الاشتغال عن سماع الخطبة فلهذا لم يذكره هنا * قال (واذا نسى الفجر حتى زالت الشمس ثم ذكرها بدأ بها ولو بدأ بالظهر لم يجزه عندنا) لان الترتيب بين الفائتة وفرض الوقت مستحق عندنا وهو مستحب عند الشافعي رحمه الله تعالى فاذا بدأ بالظهر جاز عنده لان مابعد زوال الشمس وقت للظهر بالآثار المشهورة وأداء الصلاة فى وقتها يكون صحيحا كما اذا كان ناسياً للفائتة ثم الترتيب فى أداء الصلوات في أوقاتها لضرورة الترتيب في أوقاتها وذلك لا يوجد فى الفوائت لانها صارت مرسلة عن الوقت ثابتة في الذمة فكان قياس قضاء الصوم مع الاداء ﴿ولنا﴾

قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقت التذكر وقتاً للفائتة فمن ضرورتها أن لا يكون وقتاً لغيرها وأداء الصلاة قبل وقتها لا يجوز بخلاف حالة النسيان فانه ليس بوقت للفائتة فكان وقتاً لفرض الوقت . ثم القضاء بصفة الاداء فكما يراعي الترتيب بين الفجر والظهر أداءً في الوقت فكذلك قضاءً بعد خروج الوقت والاصل فيه حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال صلى الله عليه وسلم من نسي صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل معه وليجعلها تطوعا ثم ليقض ماذكره ثم ليعد ما كان فيه وبمين هذا نقول . وفيه تنصيص على أن الترتيب شرط ثم يسقط الترتيب بثلاثة أشياء * أحدها النسيان لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب يوما ثم قال هل رآني أحد منكم صليت العصر فقالوا لا فصلى العصر ولم يعد المغرب * والثاني ضيق الوقت حتى اذا كان بحيث لو اشتغل بالفائتة خرج الوقت قبل أداء فرض الوقت فليس عليه مراعاة الترتيب لانه ليس من الحكمة تدارك الفائتة بتفويت مثلها ولو اشتغل بالفائتة فانه فرض الوقت ولكن هنا في هذا الفصل لو بدأ بالفائتة أجزأه بخلاف الاول فان هناك هو مأمور بالبداءة بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لان النهي عن البداءة بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها ألا ترى أنه ينهى عن الاشتغال بالتطوع أيضا والنهي متى لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه * والثالث كثرة الفوائت فانه يسقط به الترتيب عندنا وحد الكثرة أن تصير الفوائت ستا لان واحدة منها تصير مكررة وهذا يرجع الى ضيق الوقت أيضا فلو أمرناه بمراعاة الترتيب مع كثرة الفوائت لفاته فرض الوقت عن وقته وعن زفر أنه تلزمه مراعاة الترتيب في صلاة شهر فكأنه جعل حد الكثرة بأن يزيد على شهر وكان بشر المريسي يقول من ترك صلاة لم يجزه صلاة في عمره بعد ذلك مالم يقضها اذا كان ذاكراً لها لان كثرة الفوائت تكون عن كثرة تفريطه فلا يستحق به التخفيف ثم عند كثرة الفوائت كما لا تجب مراعاة الترتيب بينها وبين فرض الوقت لا يجب مراعاة الترتيب فيما بين الفوائت . وعند قلة الفوائت يجب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هويّ من الليل مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أن بدخول وقت السادسة لا تجب مراعاة الترتيب وجعل أول وقت السادسة كآخره وهذا لا يصح فبدخول وقت السادسة لا تدخل الفوائت

في حد التكرار وانما تدخل الفوائت في حد التكرار بخروج وقت السادسة * قال (وان ذكر الوتر في الفجر فسد فرضه اذا كان الوقت واسعا) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يفسد لان الوتر أضعف من الفجر والضعيف لا يفسد القوي واستدل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بقوله صلى الله عليه وسلم من نام عن الوتر أو نسيه فليصله اذا ذكره فان ذلك وقته فقد ذكر في الوتر ماذكر في سائر المكتوبات فدل على وجوب الترتيب بين الوتر والمكتوبة ولا يبعد افساد القوي بما هو أضعف منه لمراعاة الترتيب كالمصلي اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر سجدة التلاوة فسجد لها تبطل القعدة والسجدة أضعف من القعدة وفي الحقيقة هذه المسألة تنبني على معرفة صفة الوتر فنقول لا خلاف بيننا أن الوتر أقوى من سائر السنن حتى انها تقضى اذا انفردت بالفوات ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة التعريس بدأ بقضاء الوتر والذي روى لا وتر بعد الصبح المراد النهي عن تأخيرها لا نفي قضائها وكذلك تقضى بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس فدل أنها أقوى من السنن وهي دون الفرائض حتى لا يكفر جاحدها ولا يؤذن لها ولا تصلى بالجماعة الا في شهر رمضان * واختلفوا وراء هذا فروى حماد بن زيد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الوتر فريضة وروى يوسف بن خالد السمتي عنه أنها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى أسد بن عمرو عنه أنها سنة مؤكدة وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهما حديث الاعرابي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علمه خمس صلوات في اليوم والليلة فقال هل علي غيرهن فقال لا الا أن تطوع * وروى أن رجلا من الانصار يقال له أبو محمد قال الوتر فريضة فبلغ ذلك عبادة بن الصامت فقال كذب أبو محمد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فرض الله على عباده في اليوم والليلة خمس صلوات وقال على الوتر سنة وليس بحتم وفي القرآن اشارة الى ماقلنا فان الله تعالى قال حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ولن تتحقق الوسطى الا اذا كان عدد الواجبات خمسا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بحديث أبي بسرة الغفاري رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر فصلوها مابين العشاء الى طلوع الفجر فبهذا تبين أن وجوب الوتر كان بعد سائر المكتوبات لأنه قال زادكم وأضاف الى الله تعالى لا الى نفسه والسنن تضاف الى رسول الله صلى الله

عليه وسلم وكذلك الزيادة انما تحقق فى الواجبات لأنها محصورة بعدد النوافل فانها لا نهاية لها * وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه الوتر ثلاث ركعات كالمغرب وفى رواية وتر الليل كوتر النهار ثم وتر النهار واجب فكذلك وتر الليل . وفى اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم على تقدير التراويح بعشرين ركعة دليل على ان الواجبات في اليوم والليلة عشرون ركعة وذلك لا يكون الا اذا كان الوتر واجبا غير أن وجوب الوتر ثبت بدليل موجب للعمل غير موجب علم اليقين فلهذا لا يكفر جاحده وتحط رتبته بسائر المكتوبات فلا يسمى فرضا مطلقا أما الفرض خمس صلوات كما ذكروا من الآثار فيه والفرق بين الفرض والواجبات ظاهر عندنا * قال (فان افتتح تطوعا ثم تذكر فائتة عليه لم يفسد تطوعه) لان وجوب مراعاة الترتيب مختص بالواجبات فانها مؤقتة دون التطوعات ولو تذكر فائتة فى خلال الفرض انقلبت صلاته تطوّعا فاذا تذكر فى التطوع لأن يبقى تطوعا كان أولى * قال (والتطوع قبل الظهر أربع ركعات لا فصل بينهن وبعدها ركعتان) ومراده السنة ولكنه في الكتاب يسمى السنن تطوعات والاصل فى سنن الصلاة حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتا فى الجنة ركعتين قبل الفجر وأربعا قبل الظهر وركعتين بعدها وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء * وفى حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه ذكر عشر ركعات ركعتين قبل الظهر وفى حديث ابن عمر ذكر ثنتى عشرة ركعة ولكن ذكر أربعا قبل الظهر بتسليمتين وبه أخذ الشافعى رحمه الله تعالى ونحن أخذنا بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها وقلنا الاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة لحديث أبي أيوب الانصارى قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلى بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التى تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب ان يصعد لى فيها عمل صالح فقلت أفى كلهن قراءة فقال نعم فقلت أبتسليمة واحدة أم بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة (فأما قبل العصر فان تطوع بأربع ركعات فهو حسن) لحديث أم حبيبة رضى الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى قبل العصر أربع ركعات كانت له جنة من النار ولا تطوع بعدها والذى روي أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بعد العصر فى بيت أم سلمة رضي الله تعالى عنها ركعتين فسألته أم سلمة رضى الله تعالى عنها فقال ركعتان بعد الظهر شغلنى الوفد عنهما فقضيتهما فقالت

أنقضيهما نحن فقال لا (وكذلك لا تطوع بعد غروب الشمس قبل المغرب وبعده ركعتان) لما ذكرنا من الآثار (وان تطوع بعد المغرب بست ركعات فهو أفضل) لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الأوابين وتلا قوله تعالى فانه كان للأوابين غفوراً ولم يذكر التطوع قبل العشاء وان تطوع بأربع ركعات فحسن لان العشاء نظير الظهر من حيث انه يجوز التطوع قبلها وبعدها (فأما التطوع بعد العشاء فركعتان فيما روينا من الآثار وان صلى أربعا فهو أفضل) لحديث ابن عمر رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا من صلى بعد العشاء أربع ركعات كن له كمثلهن من ليلة القدر (فأما قبل الفجر فركعتان) اتفقت الآثار عليهما وهو أقوى السنن لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما في تأويل قوله تعالى وأدبار السجود أنه الركعات بعد المغرب * قال (ويكره الكلام بعد انشقاق الفجر الى أن يصلى الفجر الاخير) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في سفر مع أصحابه والحادى يحدو فلما طلع الفجر قال أمسك فانها ساعة ذكر وكان الكلام عزيزا على ابن مسعود فى هذا الوقت أى شديدا ولان هذه ساعة يشهدها ملائكة الليل وملائكة النهار جاء في تأويل قوله تعالى ان قرآن الفجر كان مشهودا انه يشهده ملائكة الليل والنهار فلا ينبغي أن يشهدوهم الا على خير *قال (والتطوع بعد الجمعة أربع لا فصل بينهن الا بتشهد وقبل الجمعة أربع) أما قبل الجمعة فلانها نظير الظهر والتطوع قبل الظهر أربع ركعات وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتطوع قبل الجمعة أربع ركعات واختلفوا بعدها قال ابن مسعود رضى الله عنه أربعا وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لحديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان مصليا بعد الجمعة فليصل أربع ركعات وقال على رضي الله عنه يصلى بعدها ستا أربعا ثم ركعتين وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله وقال عمر ركعتين ثم أربعا فمن الناس من رجح قول عمر بالقياس على التطوع بعد الظهر وأبو يوسف رحمه الله أخذ بقول على رضي الله عنه فقال يبدأ بالاربع لكيلا يكون متطوعا بعد الفرض مثلها وهذا ليس بقوى فان الجمعة بمنزلة أربع ركعات لان الخطبة شطر الصلاة* قال (ولا صلاة قبل صلاة العيد) فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتطوع قبل العيد مع حرصه على الصلاة

ولما قدم على الكوفة خرج يوم العيد فرأى بعض الناس فى الصلاة فقال مالهم أيصلون العيد قبلنا قيل لا ولكنهم يتطوعون فقال ألا أحد ينهاهم قيل له انههم أنت فقال انى أحتشم قوله تعالى أرأيت الذى ينهى عبداً اذا صلى فنهاهم بعض الصحابة وكان محمد ابن مقاتل الرازي يقول انما يكره له ذلك فى المصلى لكيلا يشبه على الناس فأما في بيته فلا بأس بأن يتطوع بعد طلوع الشمس وغيره من أصحابنا يقول لا يفعل ذلك فى بيته ولا فى المصلى فأول الصلاة بعد طلوع الشمس فى هذا اليوم صلاة العيد * قال (وان تطوع بعدها بأربع ركعات بتسليمة فحسن) لحديث على رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى بعد العيد أربع ركعات كتب الله له بكل نبت نبت وبكل ورقة حسنة *قال (وطول القيام أحب الىّ من كثرة السجود) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصلاةفقال طول القنوت وسئل عن أفضل الاعمال فقال أحمزها أى اشقها على البدن وطول القيام أشق ولان فيه جمعا بين فرضين القيام والقراءة وكل واحد منهما فرض وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان كان له ورد من القرآن يقرؤه فكثرة السجود أحب الىّ وأفضل لانه يقرأ فيهورده لا محالة وانلم يكن فطول القيام أحب * قال (والتطوع بالليل ركعتان ركعتان أو أربع أربع أو ست ست أو ثمان ثمان أيّ ذلك شئت) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلى بالليل خمس ركعات سبع ركعات تسع ركعات احدى عشرة ركعة ثلاث عشرة ركعة . الذى قال خمس ركعات ركعتان صلاة الليل وثلاث وتر الليل والذى قال تسع ست صلاة الليل وثلاث وتر والذي قال ثلاث عشرة ركعة ثمان صلاة الليل وثلاث وتر وركعتان سنة الفجر وكان يصلى هذا كله في الابتداء ثم فضل البعض عن البعض هكذا ذكره حماد بن سلمة ولم يذكر كراهة الزيادة على ثمان ركعات بتسليمة والاصح أنه لا يكره لأن فيه وصلا بالعبادة وذلك أفضل * ثم قال (والاربع أحب الىّ) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فأما عندهما والشافعى فالافضل ركعتان لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثنى مثنى ففى كل ركعتين فسلم واستدلالا بالتراويح فان الصحابة اتفقوا على ان كل ركعتين منها بتسليمة فدل ان ذلك أفضل * ولنا * ماروي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها سئلت عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالى رمضان فقالت كان قيامه فى رمضان وغيره

سواء كان يصلى بعد العشاء أربع ركعات لا تسل عن حسنهن وطولهن ثم أربعا لا تسل عن حسنهن وطولهن ثم كان يوتر بثلاث ولأن فى الاربع بتسليمة معنى الوصل والتتابع في العبادة فهو أفضل والتطوع نظير الفرائض والفرض فى صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليمة فكذلك النفل وأما قوله ففى كل ركعة فسلم معناه فتشهد والتشهد يسمى سلاما لما فيه من السلام وصلاة التراويح انما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن وما يشترك فيه العامة يبنى على اليسر فأما الافضل فهو أشق على البدن (وأما تطوع النهار فالافضل أربع ركعات بتسليمة) عندنا على قياس الفرائض فى صلاة النهار ولحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب في صلاة الضحي على أربع ركعات وعند الشافعي رحمه الله تعالى الافضل ركعتان بتسليمة لما فيها من زيادة التكبير والتسليم ولحديث عمارة بن رؤبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفتتح صلاة الضحى بركعتين وانما بدأ بما هو الافضل وتأويل الأثر الذى جاء لا يصلى بعد صلاة مثلها فى ترك القراءة فى الاخريين وهذا الأثر مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم وبظاهره أخذ الشافعي فقال الاربع قبل الظهر بتسليمتين لكيلا يكون مصليا بعد صلاة مثلها وكذلك بعد العشاء يتطوع بركعتين لهذا ونحن نقول المراد صفة القراءة لا عدد الركعات فان في الفرض القراءة فى ركعتين بفاتحة الكتاب وسورة وفى النفل فى كل ركعة ألا ترى أن التطوع قبل الفجر ركعتان والمخالفة فى صفة القراءة بالتطويل في الفرض دون السنة لا في عدد الركعات* قال (رجل افتتح التطوع ينوى أربع ركعات ثم تكلم فعليه قضاء ركعتين) فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة ألا ترى أن فساد الشفع الثاني لا يوجب فساد الشفع الاول فلا يصير شارعا فى الشفع الثانى مالم يفرغ من الاول وبدون الشروع أو النذر لا يلزمه شيء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رواية ابن سماعة أنه يلزمه الاربع ولا يلزمه أكثر من أربع ركعات وان نواها وفي رواية بشر بن أبي الازهر يلزمه مانوى وان نوى مائة ركعة . ووجهه أن الشروع ملزم كالنذر فنيته عند الشروع كتسميته عند النذر فيلزمه مانوى. ووجه الرواية الاخرى ان التطوع نظير الفرائض وأربع بالتسليمة مشروع في الفرائض فيلزمه بالشروع في التطوع بخلاف مازاد عليه وبعض المتأخرين من أصحابنا اختاروا قوله فيما يؤدى من الاربع بتسليمة كالاربع قبل

الظهر ونحوها * قال (فان صلى أربع ركعات بغير قراءة فعليه قضاء ركعتين) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه قضاء الأربع قال لان ترك القراءة لا يفسد التحريمة ألا ترى ان ابتداء التحريمة صحيح قبل مجيء أوان القراءة فصح قيامه الى الشفع الثاني وقد أفسد كل واحد منهما بترك ماهو ركن وهو القراءة فيلزمه قضاء الكل وأما عند محمد رحمه الله فالتحريمة تحل بترك القراءة في الاوليين لان مع صفة الفساد لابقاء لتحريمة الصلاة فلايصح قيامه الى الشفع الثاني وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بصفة الفساد لا تحل التحريمة ولكنها تضعف فقيامه الى الشفع الثانى حصل بصفة الفساد والضعف فلايكون ملزما اياه مالم يؤكده كما قال في الشروع في صوم يوم النحر وهذه على ثمانية أوجه * أحدها ما بينا * والثاني اذا قرأ في الاوليين ولم يقرأ في الأخريين فعليه قضاء الأخريين لأن شروعه في الشفع الثاني بعد اتمام الاول صحيح وقد أفسده بترك القراءة * والثالث اذا قرأ في الاخريين دون الاوليين فعليه قضاء ركعتين أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فالتحريمة لم تحل فصار شارعا في الشفع الثاني وقد أتمها فعليه قضاء ما أفسد وهو الشفع الاول وعند محمد رحمه الله تعالى التحريمة انحلت بترك القراءة في الأوليين فعليه قضاؤها فقط والاخريان لا يكونان قضاء عن الأوليين لأنه بناهما على تلك التحريمة والتحريمة الواحدة لا يتسع فيها القضاء والاداء * والرابع اذا قرأ في احدى الأليين واحدى الأخريين فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالي يلزمه قضاء أربع ركعات وعند محمد رحمه الله تعالى يلزمه قضاء ركعتين ومحمد مرّ على أصله أن التحريمة انحلت بترك القراءة في احدى الأوليين وأبو يوسف رحمه الله تعالي مرّ على أصله أن التحريمة باقية فصح شروعه في الشفع الثاني وقد أفسده فأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقد جرت محاورة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في مذهبه حتى عرض عليه الجامع الصغير فقال أبو يوسف رويت لك عنه أن عليه قضاء ركعتين وقال محمد رحمه الله تعالى بل رويت لي أن عليه قضاء أربع ركعات وقيل ماحفظه أبو يوسف رحمه الله تعالى هو قياس مذهبه لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه بهذه التحريمة والاستحسان ما حفظه محمد رحمه الله تعالى لان الشروع وان حصل بصفة الفساد فقد أكده بوجود القراءة في ركعة فصار ذلك ملزما اياه لتأكده . والدليل على أن التأكد

يحصل بالقراءة فى ركعة قوله لا صلاة الا بقراءة وبالقراءة في كل ركعة تكون صلاته بقراءة ولهذا قال بعض العلماء لا تجب القراءة فى كل صلاة الا فى ركعة *والوجه الخامس قرأ فى الأولين واحدى الأخريين فعليه قضاء ركعتين *والسادس قرأ فى الأخريين واحدى الأولين فعليه قضاء ركعتين أيضا وهو ظاهر * والسابع قرأ فى احدى الأولين فقط فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه قضاء أربع ركعات وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى عليه قضاء ركعتين لانه لم يؤكد الشفع الثاني بالقراءة فى ركعة منها * والثامن قرأ في احدى الأخريين فقط فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه قضاء أربع ركعات وعند محمد رحمه الله تعالى عليه قضاء ركعتين وهو الاصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم يؤكد الشفع الاول بالقراءة فلا يصح شروعه في الشفع الثاني فان ترك القراءة فى الأوليين ثم اقتدى به رجل فى الأخريين فصلاهما معه فعليه قضاء الأولين كما يقضى الامام لانه لما شارك الامام فى التحريمة فقد التزم ما التزمه الامام بهذه التحريمة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فأما عند محمد رحمه الله تعالى تحريمة الامام قد انحلت فلم يصح اقتداء الرجل به وليس عليه قضاء شئ وان دخل معه فى الأولين رجل فلما فرغ منها تكلم الرجل ومضى الامام فى صلاته حتى صلى أربع ركعات فعلى الرجل الذى كان خلفه أن يقضى ركعتين وهما الأوليان فقط وان كانت الصلاة كلها صحيحة لم يكن على الرجل قضاء ركعتين لانه خرج من صلاة الامام قبل قيام الامام الى الشفع الثاني وقد بينا أن الامام انما يلزمه الشفع الثاني بالقيام اليها فاذا خرج هذا الرجل من صلاته قبل قيام الامام الى الشفع الثاني لم يلزمه شئ من هذا الشفع وانما يلزمه قضاء الشفع الاول ان كان فسد بترك القراءة فيهما أو في احداهما وان حصل أداؤهما بصفة الصحة فليس عليه قضاء شئ * قال (ولو صلى الرجل الفجر ثم ذكر أنه لم يصل ركعتى الفجر لم يقضهما) فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى أحب الي أن يقضيهما اذا ارتفعت الشمس أما سائر السنن اذا فاتت عن موضعها لم تقض عندنا خلافا للشافعى رضى الله تعالى عنه * ودليلنا * حديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها حين قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنقضيها نحن فقال لا ولان السنة عبارة عن الاقتداء برسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم فيما تطوع به وهذا المقصود لا يحصل بالقضاء بعد الفوات وهى

مشروعة للفصل بين الأذان والاقامة فلا يحصل هذا بالقضاء بعد الفراغ من المكتوبة فأما سنة الفجر فلو فاتت مع الفجر قضاها معه استحسانا لحديث ليلة التعريس فان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتي الفجر ثم صلى الفجر ولان لهذه السنة من القوة ماليس لغيرها قال صلى الله عليه وسلم صلوها فان فيها الرغائب وان انفردت بالفوات لم تقض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لأن موضعها بين الاذان والاقامة وقد فات ذلك بالفراغ من الفرض وعند محمد رحمه الله تعالى يقضيها اذا ارتفعت الشمس قبل الزوال هكذا روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ولأن ما قبل الزوال فى حكم أول النهار وعند الشافعي رحمه الله تعالى يقضيها قبل طلوع الشمس بناء على أصله فى الصلوات التى لها سبب والله سبحانه وتعالى أعلم

باب القيام في الفريضة

قال محمد رحمه الله تعالى في الاصل بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أمّ قوما فليصل بهم صلاة أضعفهم فان فيهم الكبير والمريض وذا الحاجة وفى هذا دليل أنه لا ينبغى للامام أن يطول القراءة على وجه يمل القوم لقوله صلى الله عليه وسلم ان من الأئمة الطاردين ولما شكا قوم معاذاً رضى الله تعالى عنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل القراءة دعاه قال الراوى فما رأيته في موعظة أشدّ منه فى تلك الموعظة قال أفتان أنت يامعاذ قالها ثلاثا أين أنت من والسماء والطارق والشمس وضحاها وقال صلى الله عليه وسلم تكلفوا من الاعمال ما تطيقون فان الله تعالى لا يمل حتى تملوا وقال أنس رضى الله تعالى عنه ما صليت خلف أحد أتم وأخف مما صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قرأ المعوذتين فى صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا أوجزت قال سمعت بكاء صبيّ فخشيت على أمه أن تفتن فدل أن الامام ينبغى له أن يراعى حال قومه * قال (ويقرأ الامام في الفجر في الركعتين جميعا بأربعين آية مع فاتحة الكتاب) يعنى سواها وفى الجامع الصغير قال بأربعين خمسين ستين وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال ما بين الستين الى مائة آية وهذا لاختلاف الآثار فيه فعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الفجر

يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل أتى على الانسان وعن مورق العجلى قال تلقفت سورة ق واقتربت من فى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كثرة قراءته لهما في صلاة الفجر وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قرأ والمرسلات وعم يتساءلون فى صلاة الفجر وفى رواية اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت وان أبا بكر رضى الله تعالى عنه قرأ فى الفجر سورة البقرة فلما فرغ قال له عمر كادت الشمس تطلع يا خليفة رسول الله فقال لو طلعت لم تجدنا غافلين وعمر رضى الله تعالى عنه قرأ في الفجر سورة يوسف فلما انتهى الى قوله انما أشكو بثي وحزنى الى الله خنقته العبرة فركع فلما اختلفت الآثار اختلفت الروايات فيه كما بينا . ووجه التوفيق أن القوم ان كانوا من علية الرجال يرغبون فى العبادة قرأ مائة آية كما فى رواية الحسن وان كانوا كسالى غير راغبين فى العبادة يقرأ أربعين آية كما فى الاصل وان كانوا فيما بين ذلك يقرأ خمسين ستين كما فى الجامع الصغير وقيل يبنى على كثرة اشتغال القوم وقلة ذلك ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وقيل يبنى على طول الليالى وقصرها وقيل يبنى على حال نفسه فى الخفة والثقل وحسن الصوت والحاصل أنه يتحرز عما ينفر القوم عنه لكيلا يؤدى الى تقليل الجماعة ويقرأ فى الظهر نحو ذلك أو دونه لحديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه حزرنا قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الظهر فى الركعتين بثلاثين آية قال سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الظهر فظننا أنه قرأ الم تنزيل السجدة وعن النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ فى الجمعة سورة الجمعة والمنافقين والقراءة فى الظهر نحو القراءة فى الجمعة *قال (ويقرأ فى العصر بعشرين آية مع فاتحة الكتاب) لحديث أبي هريرة رضى الله عنه وجابر بن سمرة رضى الله تعالى عنهما كان النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ فى العصر بعشرين آية سورة سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية وفى العشاء مثل ذلك في رواية الاصل وفى رواية الحسن مثل قراءته فى الظهر وفى المغرب بسورة قصيرة خمس آيات أو ستا مع فاتحة الكتاب لحديث عمر رضى الله تعالى عنه فانه كتب الى أبي موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه أن اقرأ فى الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ومن أصحابنا من تكلف فيه لمعنى قال الفجر يؤدى في حال نوم الناس فيطول القراءة فيها لكى لا تفوتهم الجماعة وكذلك الظهر في الصيف فان الناس يقيلون

وأما العصر يؤدى فى حال حاجة الناس الى الرجوع الى منازلهم فلتكن القراءة فيها دون ذلك وكذلك العشاء تؤدى فى حال عزم الناس على النوم والمغرب تؤدى فى حال عزم الناس على الأكل فلتكن القراءة فيها أقصر لقلة صبر الناس على الاكل خصوصا للصائمين * قال (وما قرأ في الوتر من شئ فهو حسن) وقد بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قرأ فى الركعة الاولى من الوتر بسبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد * والكلام فيه فى فصول ﴿أحدها﴾ أن الوتر ثلاث ركعات لا يسلم الا في آخرهن عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ركعة واحدة وقال مالك رحمه الله تعالى ثلاث ركعات بتسليمتين واستدل الشافعيّ بقوله عليه الصلاة والسلام ان الله وتر يحب الوتر فأوتروا يا أهل القرآن ومالك استدل بحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الليل مثني مثني فاذا خشيت الصبح فأوتر بركعة يوتر لك ما قبله وكان سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه يوتر بركعة واحدة ﴿ولنا﴾ حديث عائشة رضى الله تعالى عنها كما روينا فى صفة قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يوتر بثلاث وبعث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أمه لتراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أنه أوتر بثلاث ركعات قرأ فى الاولى سبح اسم ربك الأعلى وفى الثانية قل يا أيها الكافرون وفي الثالثة قل هو الله أحد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس رضى الله تعالى عنهما حين بات عند خالته ميمونة ليراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما رأى عمر رضى الله تعالى عنه سعداً يوتر بركعة فقال ماهذه البتيراء لتشفعنها أو لأوذينك وانما قال ذلك لان الوتر اشتهر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه والله ما أخرت ركعة قط ولانه لو جاز الاكتفاء بركعة في شئ من الصلوات لدخل فى الفجر قصر بسبب السفر ولا حجة له فيما روى فان الله تعالى وتر لا من حيث العدد ﴿والفصل الثانى﴾ أنه يقنت فى الوتر فى جميع السنة عندنا لما روينا وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه لا يقنت الا فى النصف الأخير من رمضان لما روي أن عمر رضى الله تعالى عنه لما أمر أبيّ بن كعب بالامامة فى ليالى رمضان أمره بالقنوت فى النصف الأخير منه وتأويله عندنا أن المراد بالقنوت طول القراءة لا القنوت فى الوتر ﴿والثالث﴾ أنه يقنت قبل الركوع عندنا لما روينا من الآثار ولان القنوت فى معنى القراءة فان قوله اللهم انا نستعينك

مكتوب في مصحف أبيّ وابن مسعود في سورتين فالقراءة قبل الركوع فكذلك القنوت وعند الشافعي رحمه الله تعالى بعد الركوع ولا أثر له في قنوت الوتر في ذلك انما الأثر في القنوت في صلاة الفجر فقاس به القنوت في الوتر * قال (ولا قنوت في شئ من الصلوات سوى الوتر عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقنت في صلاة الفجر في الركعة الثانية بعد الركوع واستدل بحديث أنس رضى الله تعالى عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يقنت في صلاة الفجر الى أن فارق الدنيا وقد صح قنوته فيها فمن قال انه انتسخ فعليه اثباته بالدليل وقد صح أن علياً رضى الله تعالى عنه في حروبه كان يقنت على من ناواه في صلاة الفجر (ولنا) حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلاة الفجر شهراً يدعو على حيّ من أحياء العرب ثم تركه وهكذا عن أنس رضى الله تعالى عنه قال قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الفجر شهراً أو قال أربعين يوما يدعو على رعلٍ وذكوان ويقول في قنوته اللهم اشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين كسني يوسف فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شئ أو يتوب عليهم الآية ترك ذلك وقال أبو عثمان النهدى رضى الله تعالى عنه صليت خلف أبي بكر سنين وخلف عمر كذلك فلم أر واحداً منهما يقنت في صلاة الفجر ٠ورووا القنوت ورووا تركه كذلك ففعله المتأخر ينسخ فعله المتقدم وقد صح أنه كان يقنت في صلاة المغرب كما يقنت في صلاة الفجر ثم انتسخ أحدهما بالاتفاق فكذلك الآخر * قال (وكان يقال مقدار القيام في القنوت اذا السماء انشقت وليس فيها دعاء مؤقت) يريد به سوى قوله اللهم انا نستعينك فالصحابة اتفقوا على هذا في القنوت والأولى أن يأتي بعده بما علم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن عليّ رضي الله تعالى عنهما في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الى آخره والقراءة أهم من القنوت فاذا لم يؤقت في القراءة في شئ في الصلاة ففي دعاء القنوت أولى ٠ وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى التوقيت في الدعاء يذهب برقة القلب ومشايخنا قالوا مراده في أدعية المناسك فأما في الصلاة اذا لم يؤقت فربما يجرى على لسانه ما يفسد صلاته *قال (ويرفع يديه حين يفتتح القنوت) للحديث المعروف لا ترفع الايدى الا في سبعة مواطن في افتتاح الصلاة وقنوت الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند المقامين وعند الجمرتين (ثم يكفيهما) قيل معناه يرسلهما ليكون حال الدعاء مخالفا لحال القراءة

وقيل يضع احـداهما على الأخرى لان القنوت مشبه بالقراءة وهو الاصح فالوضع سنة القيام فكل قيام فيه ذكر فانه يطول فالوضع فيه أولى وعن محمد بن الحنفية رضى الله تعالى عنه قال الدعاء أربعة دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية في دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه نحو السماء وفى دعاء الرهبة يجعل ظهر كفيه الى وجهه كالمستغيث من الشئ وفى دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق بالابهام والوسطى ويشير بالسبابة ودعاء الخفية ما يفعله المرء فى نفسه وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الاملاء يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر وقنوت الوتر وتكبيرات العيد ويستقبل بباطن كفيه السماء عند رفع الأيدى على الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند الجمرتين لانه يدعو فى هذه المواقف بدعاء الرغبة . والاختيار الاخفاء فى دعاء القنوت فى حق الامام والقوم لقوله صلى الله عليه وسلم خير الدعاء الخفي وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الامام يجهر والقوم يؤمنون على قياس الدعاء خارج الصلاة * قال (واذا أمّ الرجل نساءً في مسجد جماعة ليس معهن رجل فلا بأس بذلك) لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أمر أبيّ بن كعب أن يصلى بالرجال فى ليالى رمضان وسليمان بن أبي حثمة بأن يصلى بالنساء ولان المسجد ليس بموضع الخلوة فلا بأس للرجل أن يجمع معهن فيه فأما في غير المسجد من البيوت ونحوها فانه يكره ذلك الا أن يكون معهن ذو رحم محرم منهن لقوله صلى الله عليه وسلم ألا لايخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان وبتفرد النساء يزداد معنى خوف الفتنة فلا تزول الكراهة الا أن يكون معهن محرم لحديث أنس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم فى بيتهم قال فأقامنى واليتيم من ورائه وأقام أمى أمّ سليم وراءنا ولان بوجود المحرم يزول معنى خوف الفتنة ويستوى ان كان المحرم لهن أو لبعضهن وتجوز الصلاة بكل حال لان الكراهة لمعنى فى غير الصلاة * قال (رجل فاتته الصلاة بالجماعة في مسجد حيه فان أتى مسجداً آخر يرجو ادراك الجماعة فيه فحسن وان صلى فى مسجد حيه فحسن) لحديث الحسن قال كانوا اذا فاتتهم الجماعة فنهم من يصلى فى مسجد حيه ومنهم من يتبع الجماعة ومراده الصحابة ولان فى كل جانب مراعاة جهة وترك أخرى فى احد الجانبين مراعاة حرمة مسجده وترك الجماعة وفى الجانب الآخر مراعاة فضيلة الجماعة وترك حق مسجده فاذا تعذر الجمع بينهما مال الى

أيهما شاء والاولى فى زماننا ان لم يدخل مسجده بعـد أن يتبع الجماعة فان دخل مسجده صلى فيـه * قال (ولا بأس بأن يتطوع قبـل المـكتوبة اذا لم يخف فوات الوقت) وكان الـكرخى رحمه الله تعالى يستدل بهذا اللفظ أن له أن يترك الاربع قبل الظهر اذا فاتته الجماعة لانه قال لا بأس بأن يفعل فدل أن له أن يترك وهوالذى وقع عند العوام والمعنى فيه أن من فاتته الجماعة فهو كالمدد لهم فليعجل أداء الفريضة ليلحق بهم فى أن لا يتطوع قبل المـكتوبة اذا لم يخف فوات الوقت والاصح أنه لا ينبغي له أن يدعه لان التطوع مشروع جبراً لنقصان الفرائض وحاجة من فاتته الجماعة الى هذا أمس * قال (واذا أخذ المؤذن فى الاقامة كرهت للرجل أن يتطوع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا أقيمت الصلاة فلاصلاة الا المـكتوبة الا ركعتى الفجر فانى لم أ كرههما)وكذلك اذا انتهى الى المسجد وقد افتتح القوم صلاة الفجر يأتى بركعتى الفجر ان رجا أن يدرك مع الامام ركعـة فى الجماعة وهـذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يدخل مع الامام على قياس سائر التطوعات * ولنا * ماروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه انه دخل المسجد والامام فى صلاة الفجر فقام الى سارية من سوارى المسجد وصلى ركعتى الفجر ثم دخل مع الامام وعن أبى عثمان النهدي قال انى لاذكر أن أبا بكر كان يفتتح صلاة الفجر فيدخل الناس ويصلون ركعتى الفجر ثم يدخلون معه وهذا بناء على أن عندنا لا يقضى هاتين الركعتين بعـد الفوات فيحرزهما اذا طمع في ادراك ركعـة من الصلاة كادراك جميع الصلاة قال صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الفجر قبل طلوع الشمس فقد أدرك وعند الشافعى رحمه الله تعالى يقضيهما بعد الفراغ من الصلاة فيشتغل باحراز فضيلة تكبيرة الافتتاح وان خاف فوت الجماعة دخل مع القوم لان أداء الصلاة بالجماعة من سنن الهدى قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عليكم بالجماعات فانها من سنن الهدى ولو صليتم فى بيوتكم كما فعل هذا المتخاف لتركتم سنة نبيكم ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم (وقال) عمر رضى الله تعالى عنه لقد هممت أن آمر من يصلى بالناس ثم أنظر الى من لم يشهد الجماعة فآمر فتيانى أن يحرقوا بيوتهم فدل أن الجماعة أقوى السنن فيشتغل باحراز فضيلتها ولم يذكر اذا كان يرجو ادراك التشهد وقيل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ادراك التشهد كادراك ركعة كما فى صلاة الجمعة فيبدأ بركعتى الفجر وعند محمد رحمه الله تعالى لا يعتبر ادراك التشهد كادراك ركعة فيدخل مع الامام * قال (رجل سلم على تمام من صلاته فى نفسه

ثم اقتدى به رجل وكبر ثم ذكر الامام أن عليه سجدة التلاوة أو أنه لم يقرأ التشهد فى الرابعة فاقتداء الرجل به صحيح لان سلام الامام سهو وسلام السهو لايخرجه من الصلاة فحصل الاقتداء فى حال بقاء تحريمة الامام فان عاد الامام الى سجدة التلاوة أو قرأ قراءة التشهد تابعه الرجل ثم يقوم لاتمام صلاته بعد فراغ الامام من التشهد أو من سجود السهو وان لم يعد الامام اليها لم تفسد صلاته لان ماتذكر ليس من الاركان وكذلك لاتفسد صلاة المقتدى فيقوم لاتمام صلاته وان ذكر الامام أن عليه سجود السهو فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله تعالى اقتداء الرجل به موقوف فان عاد الامام الى سجود السهو صح الاقتداء وتابعه الرجل وان لم يعد لايصح اقتداؤه به وعند محمد وزفر رحمهم الله تعالى الاقتداء صحيح على كل حال وقال بشر لا يصح الاقتداء على كل حال لان مذهبه أن سجود السهو ليس من الصلاة فانه يؤدى بعد السلام وعندنا سجود السهو من الصلاة لانه جبر لنقصانها ثم عند محمد وزفر رحمهما الله تعالى من سلم وعليه سجود السهو لا يصير خارجا من الصلاة لانه قد بقى عليه واجب من واجبات الصلاة فهو كسجدة التلاوة وقراءة التشهد ولو خرج من الصلاة لم يعد فيها الا بتحريمة جديدة فاذا لم يخرج صح اقتداء الرجل به على كل حال وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله بالسلام يخرج من الصلاة لان السلام محلل قال صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم وقد أتى به فى موضعه مع العلم بحاله فيعمل عمله فى التحليل الا أنه اذا عاد يعود الى حرمة الصلاة ضرورة ولا تتحقق تلك الضرورة قبل عوده فيخرج بالسلام من الصلاة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ثم يعود اليها بالعود الى سجود السهو وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يتوقف حكم خروجه من الصلاة فلهذا كان الاقتداء به موقوفا * وينبنى على هذا الاصل أربع مسائل (احداها) مابينا (والثانية) اذا نوى المسافر الاقامة بعد ماسلم وعليه سجود السهو فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يتعين فرضه ويسقط عنه سجود السهو وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتعين فرضه فيقوم لاتمام صلاته (والثالثة) اذا ضحك قهقهة فى هذه الحالة لم يلزمه الوضوء في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يلزمه الوضوء لصلاة أخرى (والرابعة) اذا اقتدى به رجل بنية التطوع ثم تكلم قبل عود الامام الى سجود السهو فليس عليه قضاء شئ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وان عاد الامام الى سجود

السهو

السهو بعد ذلك وعند محمد رحمه الله تعالى عليه قضاء التطوع لان أقتداءه به حصل في حال بقاء الحرمة فصار شارعا في التطوع ثم مفسداً فعليه القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الحدث في الصلاة

(مصل سبقه الحدث في الصلاة من بول أو غائط أو ريح أو رعاف بغير قصده انصرف فتوضأ وبنى على صلاته ما لم يتكلم استحسانا وان تكلم واستقبل فهو أفضل) وفي القياس عليه استقبال الصلاة بعد الوضوء وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وكان مالك رحمه الله تعالى يقول يبنى ثم رجع عنه فعابه محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحجج برجوعه من الآثار الى القياس. وجه القياس أن الطهارة شرط بقاء الصلاة كما هو شرط ابتدائها فكما لا يتحقق شروعه في الصلاة بدون هذا الشرط فكذلك بقاؤها ولأن الحدث مناف للصلاة قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بطهور ولا بقاء للعبادة مع وجود ما ينافيها. وجه قولنا حديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على مامضى من صلاته مالم يتكلم وان أبا بكر رضي الله تعالى عنه سبقه الحدث في الصلاة فتوضأ وبنى وعمر رضي الله تعالى عنه سبقه الحدث فاستخلف وتوضأ وبنى على صلاته وعلى رضي الله تعالى عنه كان يصلي خلف عثمان فرعف فانصرف وتوضأ وبني على صلاته وهو مروي عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم والقياس يترك بالآثار. ثم الذى سبقه الحدث اما أن يكون منفردا واما أن يكون مقتديا أو اماما فأما المنفرد يذهب فيتوضأ ثم يتخير بين اتمام بقية الصلاة في بيته وبين الرجوع الى مصلاه ليكون مؤديا جميع الصلاة في مكان واحد وهو أفضل وان أتم في بيته فلم يوجد منه الا ترك المشي في الصلاة وذلك لا يضره وأما المقتدي اذا فرغ من الوضوء فان لم يفرغ امامه من الصلاة فعليه أن يعود ولو أتم بقية صلاته في بيته لا يجزئه لأن بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء وان كان قدفرغ امامه يخيرهوكما بينا وان كان اماما تأخر وقدم رجلا ممن خلفه يصلي بالقوم والشافعي رحمه الله تعالى في هذا يوافقنا فان على أصله بحدث الامام لا تفسد صلاة القوم لأنه لو ظهر أنه كان محدثا جاز صلاة القوم فيستخلف لهم ثم يتوضأ ويستقبل وعندنا يستخلف لأنه عجز

عن اتمام ما ضمن لهم الوفاء به فيستعين بمن قدر عليه والدليل على جواز هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمر أبا بكر رضى الله تعالى عنه أن يصلى بالناس وجد فى نفسه خفة فخرج يهادى بين اثنين بعدما افتتح أبو بكر الصلاة فلما سمع أبو بكر حس رسول الله صلى الله عليه وسلم تأخر وتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما تأخر لأنه عجز عن المضى لقوله تعالى لا تقدموا بين يدى الله ورسوله فصار هذا أصلا فى حق كل امام عجز عن الاتمام أنه يتأخر ويستخلف ثم يتوضأ ويبنى على صلاته مالم يتكلم فان تكلم واستقبل فهو أفضل ليكون أبعد عن شبهة الاختلاف وأقرب الى الاحتياط فان كان حين يرجع الى أهله بال واستمشى لم يبن على صلاته لان هذا حدث عمد فهو بمنزلة الكلام أو فوقه فى افساد الصلاة وجواز البناء كان بالآثار فى الحدث الذى يسبقه فلا يقاس من يتعمد الحدث لأن فيما يسبقه بلوى وضرورة بخلاف ما يتعمده ولهذا لو ابتلى بالجنابة فى خلال الصلاة لم يبن بعد الاغتسال لانه مما لاتعم به البلوى * قال (فان تكلم فى صلاته ناسيا أو عامداً مخطئاً أو قاصداً استقبل الصلاة) وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا كان ناسيا أو مخطئا لا يستقبل الا اذا طال كلامه واحتج بقوله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وبقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه واعتماده على حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشى اما الظهر واما العصر فسلم على رأس ركعتين فقام رجل يقال له ذو اليدين فقال أقصرت الصلاة أم نسيتها فقال كل ذلك لم يكن فقال بعض ذلك قدكان فنظر الى أبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما وقال أحق مايقول ذو اليدين فقالا نعم فأتم صلاته وسجد للسهو فقد تكلم ناسيا ثم بنى على صلاته وقاس الكلام بالسلام لان كل واحد منهما قاطع ثم في السلام فصل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام بخلاف الحدث فانه مناف للصلاة لانه ينعدم به شرطها فسوينا بين النسيان والعمد لهذا * ولنا ما روينا وليبن على صلاته مالم يتكلم فدل أن بعد الكلام لا يجوز البناء قط وفي حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قدم من الحبشة فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلاة فسلم عليه فلم يردّ عليه السلام قال فأخذنى ما قرب وما بعد فلما فرغ قال يا ابن مسعود ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة وفي حديث معاوية بن الحكم رضى الله

تعالى عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت واثكل أماه مالي أراكم تنظرون الى شزراً فضربوا بأيديهم على أفخاذهم فعلمت أنهم يسكتونني فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم فوالله ما رأيت معلما أحسن تعليما منه صلى الله عليه وسلم ما نهرني ولا زجرني ولكن قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هي للتسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما لا يصلح للصلاة فمباشرته مفسدة للصلاة ألا ترى أن الاكل والشرب مبطل للصلاة ناسيا أو عامداً لهذا والخروج في الاعتكاف كذلك والجماع في الاحرام كذلك ولهذا لو طال الكلام كان مفسداً ولو كان النسيان فيه عذراً لاستوى فيه أن يطول أو يقصر كالأكل في الصوم. والقياس في السلام أنه مفسد وان كان ناسيا ولكن استحسنا ما فيه لمعنى لا يوجد ذلك في الكلام وهو أن السلام من جنس أركان الصلاة فان المتشهد يسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى عباد الله الصالحين وهو اسم من أسماء الله تعالى وانما أخذ حكم الكلام لكاف الخطاب وانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد واذا كان ناسياً شبهناه بالاذكار واذا كان عالماً شبهناه بالكلام فأما الكلام فهو ليس من أذكار الصلاة فكان منافيا للصلاة على كل حال والخطأ والنسيان عذر في رفع الاصر وعليه تحمل الآية والخبر فأما حديث ذي اليدين فقد كان في وقت كان الكلام فيه مباحا في الصلاة ثم انتسخ الكلام في الصلاة ألا ترى أن ذا اليدين كان عامداً بالكلام وكذلك أبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ولم يأمرهم بالاستقبال ﴿ فان قيل ﴾ كيف يستقيم هذا واسلام أبي هريرة رضى الله تعالى عنه بعد فتح خيبر وقد قال صلى بنا وحرمة الكلام في الصلاة كانت ثابتة حين جاء من الحبشة وذلك في أول الهجرة ﴿ قلنا ﴾ معنى قوله بنا بأصحابنا ولا وجه للحديث الا هذا لان ذا اليدين قتل ببدر واسمه مشهور في شهداء بدر وذلك قبل خيبر بزمان طويل * قال (وان قهقه في صلاة استقبل الصلاة والوضوء عندنا ناسياً كان أو عامداً) لان القهقهة أفحش من الكلام عند المناجاة ولهذا جعلت ناقضة للوضوء ثم سوى بين النسيان والعمد وفي القهقهة أولى والبناء لأجل البلوى وذلك لا يتحقق في القهقهة وان قهقه بعد ما قعد قدر التشهد قبل أن يسلم لم تفسد صلاته كما لو تكلم في هذه الحالة لانه لم يبق عليه شئ من أركان الصلاة ولكن

يلزمه الوضوء لصلاة أخرى عندنا ولا يلزمه عند زفر رحمه الله تعالى قال القهقهة عرفناها حدثا بالنص بخلاف القياس والنص ورد باعادة الصلاة والوضوء بالقهقهة فكل قهقهة توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء وما لا يوجب اعاة الصلاة لا يوجب الوضوء لانه ليس فى معنى المنصوص من كل وجه ﴿ولنا﴾ أن الضحك صادف حرمة الصلاة لبقائها ما لم يسلم حتى لو نوى المسافر الاقامة فى هذه الحالة لزمه الاتمام وبالنص صار الضحك حدثا لمصادفته حرمة الصلاة فان الجناية تفحش بالقهقهة فى حالة المناجاة وذلك باق ببقاء التحريمة فألزمناه الوضوء لهذا فأما اعادة الصلاة فلبقاء البناء عليه وعجزه عنه بالقهقهة لفساد ذلك الجزء ولم يبق عليه البناء هنا فلم تلزمه الاعادة لهذا وكذلك لو قهقه فى سجدتى السهو لان العود اليهما يرفع السلام دون القعدة فكأنه قهقه بعد القعدة قبل السلام الا فى رواية شاذة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن العود الى سجود السهو يرفع القعدة كالعود الى سجدة التلاوة فعلى تلك الرواية تلزمه اعادة الصلاة * قال (وان قهقه الامام والقوم جميعا فان كان الامام سبق بها فعليه اعادة الوضوء وليس ذلك على القوم) لانهم صاروا خارجين من الصلاة بخروج الامام منها فضحكهم لم يصادف حرمة الصلاة (وان قهقه القوم أولا ثم الامام فعلى الكل اعادة الوضوء) لان قهقهة القوم صادفت حرمة الصلاة وكذلك قهقهة الامام لانه لا يصير خارجا منها بخروج القوم وان ضحكوا معا فكذلك لأن ضحك القوم لما اقترن بضحك الامام كان مصادفا حرمة الصلاة فى حقهم فان خروجهم من حكم خروج الامام فيعقبه ولا يقترن به * قال (امام أحدث فقدم رجلا قد فاتته ركعة فعليه أن يصلى بهم بقية صلاة الامام) والاولى للامام أن يقدم مدركا لا مسبوقا لأن المدرك أقدر على اتمام صلاته من المسبوق وقال صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين ولكن مع هذا المسبوق شريكه فى التحريمة وصحة الاستخلاف بوجود المشاركة في التحريمة والحاجة الى اصلاح صلاته فجاز تقديمه وقام مقام الاول فيتم ما بقى على الاول فاذا انتهى الى موضع السلام تأخر وقدم رجلا من المدركين ليسلم بهم لأنه عاجز عن السلام لبقاء ركعة عليه فيستعين بمن يقدر عليه فان اتمامه بعد سلام الامام فلهذا قدم مدركا ليسلم بهم ثم يقوم فيقضى مابقى عليه من صلاته * قال (فان توضأ الاول وصلى في بيته ما بقي من صلاته

فان كان صلى بعد فراغ الامام الثاني من بقية صلاته فصلاته تامة) لان الامامة تحولت الى الثاني وصار الاول كواحد من المقتدين به وقد بينا أن المقتدى اذا أتم بقية صلاته فى بيته بعد فراغ الامام جاز ولو صلى قبل أن يفرغ الامام الثانى فصلاته فاسدة كغيره من المقتدين اذا سبقه الحدث* قال (فان قعد الامام الثاني فى الرابعة قدر التشهد ثم قهقه فعليه اعادة الوضوء والصلاة) لأنه قد بقي عليه ركعة فضحكه حصل في خلال الصلاة فى حقه وصلاة القوم تامة لأنه لم يبق عليهم البناء وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال صلاة القوم فاسدة لفساد مامضى ولو ضحكوا بأنفسهم فى هذه الحالة كانت صلاتهم تامة فضحك الامام فى حقهم لا يكون أكثر تأثيراً من ضحكهم فأما الامام الاول فان كان قد فرغ من صلاته خلف الامام الثانى مع القوم فصلاته تامة كغيره من المدركين وان كان في بيته لم يدخل مع الامام الثانى فى الصلاة فصلاته فاسدة وفى رواية أبي حفص رحمه الله تعالى قال صلاته تامة . وجه هذه الرواية أنه مدرك لاول صلاته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد والرواية الاولى أصح وأشبه بالصواب لانه قد بقي عليه البناء وضحك الامام فى حقه فى المنع من البناء كضحكه ولو ضحك هو فى هذه الحالة فسدت صلاته فكذلك ضحك الامام فى حقه ورواية أبي حفص رحمه الله تعالى كأنه غلط وقع من الكاتب لانه اشتغل بتقسيم ثم أجاب فى الفصلين بأن صلاته تامة وظاهر هذا التقسيم يستدعى المخالفة فى الجواب *قال (رجل سلم فى الركعتين من الظهر ناسياً ثم ذكر فظن أن ذلك يقطع الصلاة فاستقبل التكبير ينوى به الدخول فى الظهر ثانية وهو امام قوم وكبروا معه ينوون معه ذلك فهم على صلاتهم الاولى يصلون مابقى منها ويسجدون للسهو) لما بينا أن سلام الامام لا يقطع التحريمة فهم فى صلاتهم بعد قد نووا ايجاد الموجود وذلك لغو . بقي مجرد التكبير وهو لا يقطع الصلاة بخلاف من كان فى الظهر فنوى العصر وكبر لانه نوى ايجاد ماليس بموجود فصار خارجا من الاولى داخلا فى الثانية فان صلوا العصر أربع ركعات هكذا فان قعدوا فى الثانية جازت صلاتهم وما زادوا من الركعتين نافلة لهم فان لم يقعدوا فى الثانية فسدت صلاتهم لاشتغالهم بالنفل قبل اكمال الفرض حتى لو سلم ساهيا بعد ثلاث ركعات فجدد التكبير وصلى أربع ركعات لا تجزئه صلاته لانه لم يقعد بعد الركعة الرابعة حتى صلى ركعة أخرى وذلك مفسد لفرضه * قال (رجل صلى ركعة ثم جاء قوم فاقتدوا به

فلما فرغ من صلاته وقعد قدر التشهد قهقه أو أحدث متعمداً فصلاته تامة) لانه لم يقعد بعد الركعة الرابعة حتى صلى ركعة أخرى وذلك مفسد للصلاة لانه لم يبق عليه البناء وصلاة القوم فاسدة فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا تفسد لانه لا سبب لافساد صلاتهم فان الضحك والحدث لم يوجدا منهم فلو فسدت صلاتهم انما تفسد بفساد صلاة الامام ولم تفسد صلاة الامام هنا فهو قياس ضحكه بعد السلام ولان الامام لما قعد قدر التشهد فقد صار المسبوق فى حكم المنفرد يقوم لاتمام صلاته ألا ترى أن سلام الامام وكلامه لا يؤثر في حقه ولا يمنعه من البناء فكذلك ضحك الامام وحدثه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال مالم يسلم الامام فالمسبوق مقتد به ألا ترى أنه لو نوى الامامة أثر ذلك فى حق المسبوق وانه ممنوع من القيام حتى يسلم الامام والضحك والحدث اذا لاقى جزأ من الصلاة كان مفسداً لذلك الجزء وبفساد ذلك الجزء من صلاة الامام يفسد مثله من صلاة المقتدى الا أن الامام لم يبق عليه البناء بفساد ذلك الجزء ولا يضره والمسبوق قد بقى عليه البناء ففساد ذلك الجزء يمنعه من بناء مابقى عليه فيلزمه الاستقبال ألا ترى أنه لو ضحك بنفسه أو أحدث فى هذه الحالة لزمه الاستقبال فكذلك فعل الامام في حقه بخلاف السلام والكلام فالسلام منه منهٍ للصلاة والكلام قاطع لا مفسد لانه لا يفوت به شرط الصلاة وهو الطهارة فلم يؤثر ذلك في حق المسبوق فأما الضحك والحدث مفسد لا قاطع لانه يفوت به شرط الصلاة وهو الطهارة ولهذا قيل لو تكلم الامام بعد ماقعد قدر التشهد فعلى القوم أن يسلموا ولو أحدث الامام متعمداً أو قهقه لم يسلم القوم وخروج الامام من المسجد في كونه قاطعاً لكلامه فلا يفسد صلاة المسبوقين * قال (واذا افتتح الرجل صلاة المكتوبة فى المسجد وحده ثم أقيم له فيها ففى ذوات الاربع كالظهر والعصر والعشاء ان كان صلى ركعة أضاف اليها أخرى وقعد وسلم ثم دخل مع الامام) لانه لو قطعها كذلك كان مبطلا عمله فان الركعة الواحدة لا تكون صلاة فيضيف اليها ركعة أخرى ليصير شفعا ثم يسلم فيدخل مع الامام لاحراز فضيلة الجماعة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال صلاة الرجل في الجماعة تزيد على صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة ﴿ فان قيل ﴾ كيف يقطع فرضه بعد الشروع فيها ﴿ قلنا ﴾ لا يقطعها رافضا لها وانما يقطعها ليعيدها على أكمل الوجوه وذلك جائز كما يقطع الظهر اذا أقيمت الجمعة وكذلك ان قام الى الثالثة ولم يقيدها بالسجدة عاد فقعد وسلم لكيلا

تفوته فضيلة الجماعة ولا يسلم كما هو قائما لان ما أتى به من القعدة كان سنة وقعدة الختم فرض فعليه أن يعود الى القعدة ثم يسلم ليكون متنفلا بركعتين فان قيد الثالثة بالسجدة مضى في صلاته لانه أتى بأكثرها وللأكثر حكم الكمال فاذا فرغ منها دخل مع الامام في الظهر والعشاء بنية النفل لان التنفل بعدهما جائز ولو خرج من المسجد ربما توهم أنه ممن لا يرى الجماعة فلهذا دخل معه فأما في العصر لا يدخل لان التنفل بعده مكروه كما بينا . وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه يدخل بناء على أصله في الصلاة التى لها سبب فاذا لم يدخل معه خرج من المسجد لان في المكث تطول مخالفته للامام وفي الخروج انما يظهر مخالفته في لحظة فهو أولى ولم يذكر في الكتاب أنه اذا كان في الركعة الاولى ولم يقيدها بالسجدة كيف يصنع والصحيح أنه يقطعها ليدخل مع الامام فيحرز به ثواب تكبيرة الافتتاح لان ما دون الركعة ليس لها حكم الصلاة حتى ان من حلف أن لا يصلى لا يحنث على ما دون الركعة ألا ترى انه من الركعة الثالثة يعود اذا لم يقيدها بالسجدة فكذلك فى الركعة الاولى يقطعها ليدخل مع الامام (فأما فى الفجر فان كان صلى ركعة قطعها) لأنه لو أدى ركعة أخري تم فرضه وفاتته الجماعة فالاولى أن يقطعها ليعيدها على أكمل الوجوه (وان كان قيد الركعة الثانية بسجدة أتمها) لأنه أدى أكثرها ثم انه لا يدخل مع الامام لأنه يكون متنفلا بعد الفجر وذلك مكروه والذى روى من حال الرجلين حين صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجد الخيف صلاة الفجر كما روينا فقد ذكر أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الاملاء أن تلك الحادثة كانت فى صلاة الظهر ولئن كانت فى صلاة الفجر فقد كان في وقت لم ينههم عن صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس ثم انتسخ بالنهي (وأما المغرب فان صلى ركعة قطعها) لأنه لو أضاف اليها ركعة أخرى كان مؤديا أكثر الصلاة فلا يمكنه القطع بعد ذلك ولو قطع كان متنفلا بركعتين قبل المغرب وذلك منهى عنه فلهذا قطع صلاته ليعيدها على أكمل الوجوه وان كان قيد الركعة الثانية بسجدة أتم صلاته لأنه قد أدى أكثرها ثم لا يدخل مع الامام وذلك مروي عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما وانما لا يدخل لا لأن التنفل بعد المغرب منهى عنه ولكن لأنه لو دخل معه فاما أن يسلم معه فيكون متنفلا بثلاث ركعات وهو غير مشروع أو يضيف اليها ركعة أخرى فيكون

مخالفا لامامه فلهذا لا يدخل معه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يدخل معه فاذا فرغ الامام قام فصلى ركعة أخرى ليصير شفعا له ولا يبعد أن يقوم لاتمامه بعد فراغ الامام كالمسبوق وهو بالشروع قد التزم ثلاث ركعات فكانه التزمها بالنذر فيلزمه أربع وعندنا ان دخل فعل كما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال بشر المريسي يسلم مع الامام لأن هذا التغير كان بحكم الاقتداء وذلك جائز كالمسبوق يدرك الامام في القعدة يقعد معه وابتداء الصلاة لا يكون بالقعدة وجاز ذلك بحكم الاقتداء فهذا مثله * قال (واذا صلى الظهر في بيته يوم الجمعة ثم صلى الجمعة مع الامام فالجمعة فرضه ويصير الظهر تطوعا له) لأن بأداء الظهر ماسقط عنه الخطاب بالسعي الى الجمعة فكان في أدائها مفترضا ولا يجتمع فرضان في وقت واحد فمن ضرورة كون الجمعة فرضا له أن ينقلب ما قبله تطوعا وهذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في بيته يوم الخميس ثم أدركها بالجماعة فصلاها فالأولى فرض والثانية تطوع بعد أداء الفرض هو غير مخاطب بشهود الجماعة في تلك الصلاة فان شهدها كان متنفلا. يوضح الفرق أن الجمعة أقوى، من الظهر لانها تستدعى من الشرائط ما لا يستدعيه الظهر والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى واذا ظهر القوى بأدائه لاسقاط فرض الوقت به سقط اعتبار الضعيف وكان تطوعا فأما الظهر المؤدى في الجماعة في حكم القوة كالمؤدي في بيته فان أحدهما يستدعى شرطا لا يستدعيه الآخر فاذا استويا ترجح السابق منهما لاسقاط فرض الوقت به فكانت الثانية نفلا * قال (واذا أحدث الامام فلم يقدم أحداً حتى خرج من المسجد فان صلاة القوم فاسدة) لانهم مقتدون فيها ولم يبق لهم امام في مكانه وهو في المسجد ولم يبين في الكتاب حال الامام وذكر الطحاوى رحمه الله تعالي أن صلاته تفسد أيضاً لان بعد سبق الحدث كان الاستخلاف ليصير هو في حكم المقتدى به كغيره فبترك الاستخلاف لما فسدت صلاة القوم فلأن تفسد صلاته كان أولى وذكر أبو عصمة رحمه الله تعالى أن صلاته لا تفسد لانه في حق نفسه كالمنفرد فلا تفسد صلاته بالخروج من المسجد بعد سبق الحدث فعلى ماذكره الطحاوى رحمه الله تعالى فساد صلاة القوم بطريق القياس على فساد صلاة امامهم وعلى ما ذكره أبو عصمة وهو الاصح فساد صلاة القوم استحسان فكان ينبغي في القياس أن لا تفسد فان بعد حدث الامام بقوا مقتدين به حتى لو وجد الماء في المسجد

فتوضأ

فتوضأ وعاد الى مكانه وأتم بهم الصلاة أجزأهم فكذلك بعد خروجه ولكنه استحسن وأراه قبيحا أن يكون القوم في الصلاة فى مسجد وامامهم فى أهله فأما ما دام فى المسجد فكأنه فى المحراب لأن المسجد فى كونه مكان الصلاة كبقعة واحدة فليس بينه وبينهم ما ينافي الاقتداء فأما بعد خروجه فقد صار بينه وبينهم ما ينافى الاقتداء فلهذا فسدت صلاتهم *قال (فان قدموا رجلا قبل خروج الامام من المسجدفصلاته وصلاتهم تامة) لأن تقديم القوم اياه كاستخلاف الامام الاول ألا ترى أن فى الامامة العظمى لا فرق بين اجتماع الناس على رجل وبين استخلاف الامام الأعظم . وهذا لأن الامام فى الاستخلاف ينظر لهم فى اصلاح صلاتهم فيكون لهم أن ينظروا الى أنفسهم أيضا فان قدم كل فريق من القوم رجلا فسدت صلاتهم لانها افتتحت بامام واحد فلا يجوز اتمامها بامامين ولوجاز ذلك لجاز بأكثر من اثنين فينوى كل واحد أن يؤم نفسه وهذا اذا استوى الفريقان فى العدد لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر فأما اذا اقتدى جماعة من القوم بأحد الامامين الا رجلا أو رجلين اقتديا بالثانى فصلاة من اقتدى به الجماعة صحيحة وصلاة الآخرين فاسدة لقوله صلي الله عليه وسلم يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ فى النار وقال عمر رضي الله تعالى عنه فى الشورى ان اتفقوا على شيء وخالفهم واحد فاقتلوه فأما اذا اقتدى بكل امام جماعة وأحد الفريقين أكثر عددا من الآخر فقد قال بعض مشايخنا صلاة الاكثرين جائزة ويتعين الفساد فى الآخرين كما في الواحد والمثنى والأصح أن تفسد صلاة الفريقين لان كل واحد منهما جمع تام يتم به نصاب الجمعة فيكون الأقل مساويا للأكثر حكما كالمدعيين يقيم أحدهما شاهدين والآخر عشرة من الشهود وكذلك ان كان الامام هو الذي قدم رجلين فهذا وتقديم القوم اياهما سواء وان وصل أحدهما الى موضع الامامة قبل الآخر تعين للامامة وجاز صلاته وصلاة من اقتدى به لأن الاستخلاف كان للضرورة وقد ارتفعت بوصوله الى موضع الامامة فاستخلاف الآخر وجوده كعدمه * قال (وان أحدث الامام ولم يكن خلفه الا رجل واحد صار هو اماما قدمه الامام أولم يقدمه نوى هو الامامة أولم ينو) لأنه تعين للاستخلاف فان صلاحيته للاستخلاف بكونه شريك الامام في الصلاة ولا مزاحم له والحاجة فى هذا الى الاستخلاف أو النية للتمييز وذلك عند المزاحمة لا عند التعين فاذا توضأ الامام رجع ودخل مع هذا فى صلاته لان الامامة تحولت اليه وان لم

يرجع الامام حتى أحدث هذا فخرج من المسجد فسدت صلاة الامام الاول لأنه فى حكم المقتدى به ولم يبق له امام فى المسجد وان لم يخرج حتى رجع الاول ثم خرج الثانى فقد صار الامام هو الاول لأنه متعين لاصلاح الصلاة وان جاء ثالث واقتدى بالثانى ثم سبقه الحدث فخرج من المسجد تحولت الامامة الى الثالث لكونه متعينا فان أحدث فخرج من المسجد قبل رجوع أحد الاولين فسدت صلاتهما لانه لم يبق لهما امام في المسجد وان كان قد رجع أحد الاولين قبل خروج الثالث تحولت الامامة اليه بخروج الثالث فان كانا رجعا جميعا فان استخلف الثالث أحدهما صار هو الامام وان لم يستخلف حتى خرج فسدت صلاتهما لانه ليس أحدهما بأولى بالامامة من الآخر * وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالي اذا أحدث وليس معه الا رجل واحد فوجد الماء فى المسجد فتوضأ قال يتم صلاته مقتديا بالثانى لانه متعين للامامة فبنفس انصرافه تحول الامامة اليه وان كان معه جماعة فتوضأ فى المسجد عاد الى مكان الامامة وصلى بهم لان الامامة لم تحول منه الى غيره فى هذه الحالة الا بالاستخلاف ولم يوجد * قال (امام أحدث فانفتل وقدم رجلا جاء ساعتئذ فان كان كبر قبل الحدث من الامام صح استخلافه) لانه شريك الامام فى الصلاة وان لم يكن كبر فلما استخلفه كبر ينوى الاقتداء به صح الاستخلاف أيضا الا على قول بشر فانه يقول لا يصح اقتداؤه بالامام لان حدث الامام فى حق المقتدي كحدثه بنفسه وكونه محدثا يمنع الشروع في الصلاة ابتداء فيمنع من الاقتداء به أيضا فان بقاء الاقتداء بعد الحدث عرفناه بالسنة والابتداء ليس فى معنى البقاء ولكنا نقول التحريمة في حق الامام باقية حتى اذا عاد بنى على صلاته وكذلك صفة الامامة له مالم يخرج من المسجد حتى لو توضأ في المسجد وعاد الى مكان الامامة جاز فاقتداء الغير به صحيح في هذه الحالة واذا صح الاقتداء جاز استخلافه وان كان حين كبر نوى أن يصلى بهم صلاة مستقبلة ولم ينو الاقتداء بالاول فصلاته تامة لانه افتتحها منفردا بها وقد أداها وصلاة القوم فاسدة لانهم كانوا مقتدين بالاول فلا يمكنهم اتمامها مقتدين بالثاني فان الصلاة الواحدة لا تؤدى بامامين بخلاف خليفة الاول فانه قائم مقامه فكانه هو بعينه فكان الامام واحداً معنى وان كان مثنى في الصورة وهنا الثانى ليس بخليفة الاول فانه لم يقيد به قط فتحقق أداء الصلاة الواحدة خلف امامين صورة ومعنى فلهذا لايجزئهم * قال (امام أحدث وهو مسافر وخلفه مقيمون ومسافرون

فقدم مقيما صح ذلك) لان المقيم شريكه فى هذه الصلاة ولا يتغير به فرض المسافرين بخلاف مالو نوى الاول الاقامة لانهم لما قصدوا الاقتداء بالاول فقد ألزموا أنفسهم حكم الاقتداء وما قصدوا الاقتداء بالثانى انما لزمهم الاقتداء لضرورة الحاجة الى اصلاح صلاتهم والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وعلى هذا قلنا لو قدم مسافراً فنوى الثانى الاقامة لا يتغير فرض المسافرين ثم على الثانى أن يتم بهم صلاة المسافرين لأنه خليفة الاول فيأتى بما كان على الاول فاذا قعد قدر التشهد قدم مسافراً ليسلم بهم لأنه عاجز عن التسليم بنفسه لبقاء البناء عليه ثم يقوم هو مع المقيمين فيتمون صلاتهم وحدانا هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صلى بعرفات أتموا يا أهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر فان اقتدوا فيما يقضون فسدت صلاتهم لان الاقتداء في موضع يحق فيه الانفراد كالانفراد فى موضع يحق فيه الاقتداء لما بينهما من المخالفة فى الحكم وان مضى الامام الثانى فى صلاته حتى أتمها صلاة الاقامة والقوم معه فان قعد في الثانية قدر التشهد فصلاته وصلاة المسافرين تامة لانه فى حق نفسه منفرد لا تتعلق صلاته بصلاة غيره والمسافرون انما اشتغلوا بالنفل بعد اكمال الفرض فلا يضرهم فأما صلاة المقيمين فاسدة لان عليهم الانفراد فى الأخريين فاذا اقتدوا به فسدت صلاتهم فان لم يقعد الثانى في الركعتين فسدت صلاته وصلاة القوم كلهم لانه خليفة الاول فيفترض عليه ما على الاول والاول لو ترك القعدة الاولى فسدت صلاته وصلاة القوم فكذلك الثانى اذا تركها فتفسد به صلاة الامام الاول أيضاً لانه كغيره من المقتدين به * قال (امام افتتح الصلاة فركع قبل أن يقرأ ثم رفع رأسه فقرأ وركع وسجد وأدرك معه رجل هذا الركوع الثانى فهو مدرك للركعة) لان الركوع الاول انتقض بالثانى فان الاول سبق أوانه لان أوان الركوع بعد القراءة فما سبقه كان منتقضاً والركوع الثانى حصل فى أوانه فهو المعتد به وقد أدركه الرجل وان كان قرأ قبل الركوع الاول فالركوع هو الاول ومن أدرك الركوع الثانى لا يصير به مدركا للركعة لان الاول حصل فى أوانه فهو المعتد به والثانى وقع مكرراً ولا تكرار فى الركوع في ركعة واحدة فالمنتقض ما وقع مكرراً وذكر فى باب السهو فى نوادر أبى سليمان أن المعتبر هو الركوع الثانى ومدركه مدرك للركعة ووجهه أن اعتبار الركوع باتصال السجود به وانما اتصل السجود بالركوع الثاني دون الاول فكان المنتقض هو الاول والاصح ما ذكر في كتاب الصلاة أن الفرض بالركوع الاول صار

مؤدى فيقف ينتظر السجود فيجعل السجود متصلا به حكما وكذلك ان كان الامام أحدث حين فرغ من الركوع واستخلف رجلا فان الخليفة يعتد بذلك الركوع ان كان الامام قرأ قبله وان لم يكن قرأ قبله لم يعتد به لانه قائم مقام الاول فحاله في هذا كحال الاول * قال (امام أحدث فقدم رجلا على غير وضوء فصلاته وصلاة القوم فاسدة) لان المحدث لا يصلح للاستخلاف فاشتغاله باستخلاف من لا يصلح خليفة له اعراض منه عن صلاته فتفسد صلاته وصلاة القوم وهذا عندنا فان حدث الامام اذا تبين للقوم بعد الفراغ فصلاتهم فاسدة فكذلك في حالة الاستخلاف وعند الشافعي رحمه الله تعالى اذا اقتدوا به مع العلم بأنه محدث لا يصح الاقتداء به واذا لم يعلموا به فصلاتهم تامة في حالة الاستخلاف واستدل بحديث روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أمّ في صلاة أصحابه ثم ظهر أنه كان جنبا فأعاد ولم يأمرهم بالاعادة (ولنا) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أمّ قوما ثم ظهر أنه كان محدثا أو جنبا أعاد صلاته وأعادوا وقد روى نحو هذا عن عمر وعلىّ حتى ذكر أبو يوسف في الامالى أن عليا رضى الله تعالى عنه صلى بأصحابه يوما ثم علم أنه كان جنبا فأمر مؤذنه ابن التياح أن ينادى ألا ان أمير المؤمنين كان جنبا فأعيدوا صلاتكم وتأويل حديث عمر ما ذكره في بعض الروايات أنه رأى أثر الاحتلام في ثوبه بعد الفراغ ولم يعلم متى أصابه فأعاد صلاته احتياطا وعندنا في هذا الموضع لا يجب على القوم اعادة الصلاة وكذلك لو قدم الامام المحدث صبيا فسدت صلاتهم وصلاته لان صلاة الصبيّ تخلق واعتياد أو نافلة فلا يصلح هو خليفة للامام في الفرض كما لا يصلح للامامة في هذه الصلاة أصلا بنفسه وهذا بناء على أصلنا أيضا فأما الشافعي رضى الله تعالى عنه فانه يجوز الاقتداء بالصبيّ في المكتوبة وهو بناء على اقتداء المفترض بالمتنفل وقد مر وأما الاقتداء بالصبيّ في التطوع فقد جوزه محمد بن مقاتل الرازي للحاجة اليه والاصح عندنا أنه لا يجوز لان نفل الصبيّ دون نفل البالغ حتى لا يلزمه القضاء بالافساد وبناء القوى على الضعيف لا يجوز كيف وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن والصبيّ لا يصلح ضامنا لفلس فكيف يصح منه الضمان لصلاة المقتدى وكذلك ان قدم الامام المحدث امرأة فصلاته وصلاتها وصلاة القوم كلهم فاسدة لان المرأة لا تصلح لامامة الرجال قال عليه الصلاة والسلام أخروهن من حيث أخرهن الله فاشتغاله باستخلاف من لا يصلح خليفة له اعراض

منه عن الصلاة فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم لان الامامة لم تحول منه الى غيره وعند زفر رحمه الله تعالى صلاة النساء صحيحة انما تفسد صلاة الرجال لان المرأة تصلح لامامة النساء انما لاتصلح لامامة الرجال وفيما ذكرنا الجواب عن كلامه *قال (أمي صلى بقوم أميين وقارئين فصلاة الامام والقوم كلهم فاسدة) عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى صلاة الامام والاميين تامة لان الامى صاحب عذر فاذا اقتدى به من هو فى مثل حاله ومن لا عذر به جازت صلاته وصلاة من هو في مثل حاله كالعاري يؤم العراة واللابسين والمومي يؤم من يصلى بالايماء ومن يصلي بالركوع والسجود وصاحب الجرح السائل يؤم من هو في مثل حاله والاصحاء * ولابى حنيفة رحمه الله تعالى طريقان (أحدهما) أنه لما جاؤا مجتمعين لأداء هذه الصلوات بالجماعة فالامى قادر على أن يجعل صلاته بالقراءة بأن يقدم القاريء فتكون قراءة امامه قراءة له قال صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة فاذا تقدم بنفسه فقد ترك أداء الصلاة بالقراة مع قدرته عليه بنفسه فتفسد صلاته وصلاة القوم أيضاً بخلاف سائر الاعذار فلبس الامام لا يكون لبسا للمقتدين والركوع والسجود من الامام لا ينوب عن المقتدى ووضوء الامام لا يكون وضوأ للمقتدى فهو غير قادر على ازالة هذا العذر بتقديم من لا عذر له *فان قيل* لو كان الامام يصلي وحده وهناك قارئ يصلى بتلك الصلاة جازت صلاة الامى ولم ينظر الى قدرته على أن يجعل صلاته بقراءة بالاقتداء بالقاريء *قلنا* ذكر أبو حازم أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تجوز صلاته وهو قول مالك رحمه الله تعالى وبعد التسليم قلنا لم يظهر هناك من القاريء رغبة فى أداء الصلاة بالجماعة فلا يعتبر وجوده في حق الامى بخلاف مانحن فيه (والطريق الثانى) أن افتتاح الكل للصلاة قد صح لانه أوان التكبير فالامى قادر عليه كالقاريء فبصحة الاقتداء صار الامي متحملا فرض القراءة عن القاريء ثم جاء أوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاته وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح فلا يصح الاقتداء ممن لا عذر له بصاحب العذر ابتداء *فان قيل* لو اقتدى القاريء بالامى بنية النفل لا يلزمه القضاء ولو صح شروعه فى الابتداء للزمه القضاء *قلنا* انما لا يلزمه القضاء لانه صار شارعا فى صلاة لا قراءة فيها والشروع كالنذر ولو نذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه شئ الا فى رواية عن أبي

يوسف رحمه الله فكذلك اذا شرع فيها * قال (أمى تعلم سورة وقد صلى بعض صلاته فقرأها فيما بقى فصلاته فاسدة مثل الاخرين) لزوال أميته فى خلال الصلاة وكذلك لو كان قارئا فى الابتداء فصلى بعض الصلاة بقراءة ثم نسى فصار أميا فصلاته فاسدة مثل الآخرين وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى لاتفسد فى الموضعين جميعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تعلم السورة استقبل واذا نسى بنى استحسانا لزفر رحمه الله تعالى اذ فرض القراءة فى الركعتين ألا ترى أن القارئ لو ترك القراءة فى الركعتين الاولين وقد قرأ الأخريين أجزأه فاذا كان قارئا فى الابتداء فقد أدى فرض القراءة فى الاولين فعجزه عنه بعد ذلك لا يضره كتركه مع القدرة واذا تعلم السورة وقرأ فى الاخريين فقد أدى فرض القراءة فلا يضره عجزه عنه فى الابتداء كما لا يضره تركه وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا اذا تعلم السورة فى خلال الصلاة فلو استقبلها كان مؤديا لها على أكمل الوجوه فأمرناه بالاستقبال فأما اذا نسى القراءة فلو أمرناه بالاستقبال كان مؤديا جميع الصلاة بغير قراءة فالأولى هو البناء ليكون مؤديا بعضها بقراءة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حين افتتحها وهو أمى فقد انعقدت صلاته بصفة الضعف فحين تعلم السورة فقد قوى حاله وبناء القوي على الضعيف لايجوز كالعارى اذا وجد الثوب فى خلال الصلاة وكالمتيمم اذا وجد الماء فى خلالها واذا كان قارئا فى الابتداء فقد التزم أداء جميع الصلاة بقراءة ثم عجز عن الوفاء بما التزم فكان عليه الاستقبال فى الفصلين هذا وكذلك ان كان الامام قارئا فقرأ فى الركعتين الاولين ثم أحدث فاستخلف أميا فسدت صلاتهم الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول الامام الاول أدى فرض القراءة وليس فى الاخريين قراءة فاستخلاف القارئ والامى فيه سواء * ولنا * أن القراءة فرض فى جميع الصلاة تؤدى فى موضع مخصوص فاذا كان الامام قارئا فقد التزم أداء جميع الصلاة بقراءة والامى عاجز عن ذلك فلا يصلح خليفة له واشتغاله باستخلاف من لايصلح خليفة له يفسد صلاته كما لو استخلف صبيا أو امرأة وعلى هذا لو رفع رأسه من آخر السجدة ثم سبقه الحدث فاستخلف أميا فسدت صلاته وصلاة القوم عندنا فأما اذا قعد قدر التشهد ثم أحدث فاستخلف أميا فهو على الخلاف المعروف بين أبى حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبيه * قال (أمى اقتدى بقارئ بعد ماصلى ركعة فلما فرغ الامام قام الامي لاتمام صلاته فصلاته فاسدة فى القياس) وهو قول

أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى الاستحسان يجزئه وهو قولهما . وجه القياس أنه بالاقتداء بالقارئ قد التزم أداء هذه الصلاة بقراءة وقد عجز عن ذلك حين قام للقضاء لأنه منفرد فيما يقضى فلا تكون قراءة الامام له قراءة فتفسد صلاته . وجه الاستحسان أنه انما يلتزم القراءة ضمنا للاقتداء وهو مقتد فيما بقى على الامام لا فيما سبقه به الامام يوضحه أنه لو بنى كان مؤديا بعض الصلاة بالقراءة ولو استقبل كان مؤديا جميعها بغير قراءة وأداء البعض مع القراءة أولى من اداء الكل بغير قراءة *قال(رجل صلى أربع ركعات تطوعا ولم يقعد فى الثانية ففي القياس لايجزئه وهو قول محمد وزفر رحمهما الله) لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة تفترض القعدة فى آخرها فترك القعدة الاولى هنا كتركها في صلاة الفجر والجمعة فتفسد به الصلاة وفي الاستحسان تجزئه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى بالقياس على الفريضة لان حكم التطوع أخف من حكم الفريضة ويجوز أداء الفريضة أربع ركعات بقعدة واحدة فكذلك التطوع ألا ترى أن فى التطوع يجوز الاربع بتسليمة واحدة وبتحريمة واحدة بالقياس على الفرض فكذلك في القعدة وعلى هذا قالوا لو صلى التطوع بثلاث ركعات بقعدة واحدة ينبغي أن يجوز بالقياس على صلاة المغرب والاصح أنه لايجوز لان التطوع بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ما اتصل به القعدة وبفسادها يفسد ماقبله . واختلف مشايخنا فيمن تطوع بست ركعات بقعدة واحدة فجوزها بعضهم بالقياس علي التحريمة والتسليمة والاصح أنه لا يجوز لان استحسانه في الاربع كان بالقياس على الفريضة وليس في الفرائض ست ركعات يجوز أداؤها فى قعدة واحدة فيعاد فيه الى أصل القياس لهذا* قال (امرأة صلت خلف الامام وقد نوى الامام امامة النساء فوقفت في وسط الصف فانها تفسد صلاة من عن يمينها ومن عن يسارها ومن خلفها بحذائها عندنا استحسانا) وقال الشافعى رضي الله تعالى عنه لاتفسد صلاة أحد بسبب المحاذاة لان محاذاة المرأة الرجل لاتكون أقوى من محاذاة الكلب أو الخنزير اياه وذلك غير مفسد لصلاة الرجل ولو فسدت الصلاة بسبب المحاذاة لكان الاولى أن تفسد صلاتها لانها منهية عن الخروج الى الجماعة والاختلاط بالصفوف يدل عليه ان المحاذاة فى صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة غير مفسد على الرجل صلاته فكذلك فى سائر الصلوات ﴿ ولنا ﴾ أنه ترك المكان المختار له فى الشرع فتفسد صلاته كما لو أخرها وشرها أولها [٢] فالمختار للرجال التقدم على النساء فاذا وقف بجنبها أو خلفها

فقد ترك المكان المختار له وترك فرضا من فروض الصلاة أيضا فان عليه أن يؤخرها عند اداء الصلاة بالجماعة قال عليه الصلاة والسلام أخروهن من حيث أخرهن الله والمراد من الامر بتأخيرها لاجل الصلاة فكان من فرائض صلاته وهذا لان حال الصلاة حال المناجاة فلا ينبغي أن يخطر بباله شيء من معاني الشهوة فيه ومحاذاة المرأة اياه لا تنفك عن ذلك عادة فصار الامر بتأخيرها من فرائض صلاته فاذا ترك تفسد صلاته وانما لا تفسد صلاتها لان الخطاب بالتأخير للرجل وهو يمكنه أن يؤخرها من غير أن يتأخر بأن يتقدم عليها ولهذا لم تفسد صلاة الجنازة بالمحاذاة لانها ليست بصلاة مطلقة هي مناجاة بل هي قضاء لحق الميت ثم ليس لها في الصلاة على الجنازة مقام لكونها منهية عن الخروج في الجنائز ولا تفسد صلاة من هو على يمين من هو على يمينها ومن على يسارمن هو على يسارها اذ هناك حائل بينها وبينهما بمنزلة الاسطوانة أو كان من الثياب(٢) فان كان صف تام من النساء وراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها استحسانا والقياس مثل الاول انه لا تفسد الا صلاة صف واحد خلف صفوف النساء لان تحقق المحاذاة في حقهم ولكنه استحسن حديث عمر رضي الله تعالى عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان بينه وبين الامام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له ولان الصف من النساء بمنزلة الحائط بين المقتدي وبين الامام ووجود الحائط الكبير الذي ليس عليه فرجة بين المقتدي والامام يمنع صحة الاقتداء فكذلك في الصف من النساء فأما المرأتان والثلاث اذا وقفن في الصف فالمروي عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى ان المرأتين تفسدان صلاة أربعة نفر من عن يمينهما ومن عن يسارهما ومن خلفهما بحذائهما والثلاث يفسدن صلاة من عن يمينهن ومن عن يسارهن وثلاثة ثلاثة خلفهن الى آخر الصفوف وقال الثلاث جمع متفق عليه فهو قياس الصف التام فأما المثنى فليستا بجمع تام فهما قياس الواحدة لا يفسدان الا صلاة من خلفهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان في احداهما جعل الثلاث كالاثنتين وقال لا يفسدن الا صلاة خمسة نفر من عن يمينهن ومن عن يسارهن ومن خلفهن بحذائهن لان الاثر جاء في صف تام والثلاث ليس بصف تام من النساء وفي الرواية الاخرى جعل المثنى كالثلاث وقال يفسدان صلاة من عن يمينهما ومن عن يسارهما وصلاة رجلين خلفهما الى آخر الصفوف لان للمثنى حكم الثلاث في الاصطفاف حين يصطفان خلف الامام قال عليه

الصلاة والسلام الاثنان فما فوقهما جماعة فان وقفت بحذاء الامام تأتم به وقد نوى امامتها فسدت صلاة الامام والقوم كلهم لان صلاة الامام بسبب المحاذاة في صلاة مشتركة تفسد وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم وكان محمد بن مقاتل يقول لا يصح اقتداؤها لان المحاذاة اقترنت بشروعها في الصلاة ولو طرأت كانت مفسدة لصلاتها فاذا اقترنت منعت صحة اقتدائها وهذا فاسد لان المحاذاة لا تؤثر في صلاتها وانما تبطل صلاتها بفساد صلاة الامام فلا تفسد صلاة الامام الا بعد شروعها لان المحاذاة مالم تكن في صلاة مشتركة لا تؤثر في صلاتها الا فساداً حتى ان الرجل والمرأة اذا وقفا في مكان واحد فصلى كل واحد منهما وحده لاتفسد صلاة الرجل لان الترتيب في المقام انما يلزمه عند المشاركة كالترتيب بين المقتدي والامام والاصل فيه حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالليل وأنا نائمة بين يديه معترضة كاعتراض الجنازة فكان اذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتهما. وأما اذا لم ينو الامام امامتها لم تكن داخلة في صلاته فلا تفسد الصلاة على أحد بالمحاذاة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يصح اقتداؤها به وان لم ينو امامتها والقياس ماقاله زفر فان الرجل صالح لامامة الرجال والنساء جميعا ثم اقتداء الرجال بالرجل صحيح وان لم ينو الامامة فكذلك اقتداء النساء واستدل بالجمعة والعيدين فان اقتداء المرأة بالرجل صحيح فيهما وان لم ينو امامتها ﴿ ولنا ﴾ أن الرجل لما كان يلحق صلاته فساد من جهة المرأة أمكنه التحرز عنه بالنية كالمقتدى لما كانت صلاته يلحقها فساد من جهة الامام أمكنه التحرز عنه بالنية وهو أن لا ينوي الاقتداء به وهذا لانا لو صححنا اقتداءها بغير النية قدرت على افساد صلاة الرجل كل امرأة متى شاءت بأن تقتدي به فتقف الى جنبه وفيه من الضرر مالا يخفي وفي صلاة الجمعة والعيدين أكثر مشايخنا قالوا لايصح اقتداؤها به مالم ينو امامتها وان كان الجواب مطلقا في الكتاب ومنهم من سلم فقال الضرورة في جانبها ها هنا لانها لا تقدر على أداء صلاة العيد والجمعة وحدها ولاتجد اماما آخر تقتدى به والظاهر أنها لا تتمكن من الوقوف بجنب الامام في هذه الصلوات لكثرة الازدحام فصححنا اقتداءها به لدفع الضرر عنها بخلاف سائر الصلوات وروي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها اذا وقفت خلف الامام جاز اقتداؤها به وان لم ينو امامتها ثم اذا وقفت الى جنبه فسدت صلاتها لا صلاة الرجل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله

تعالى الاول ووجهه أنها اذا وقفت خلفه فقصدها أداء الصلاة لافسادُ صلاة الرجل فلا يشترط نية الامامة فاذا وقفت الى جنبه فقد قصدت افساد صلاته فردّ قصدها بافساد صلاتها الا أن يكون الرجل قد نوى امامتها فحينئذ هو ملتزم بهذا الضرر *قال (واذا سبق الرجل المرأة ببعض الصلاة فلما سلم الامام قاما يقضيان فوقفت بحذاء الرجل لم تفسد صلاته ولو كانا لاحقين بأن أدركا أول الصلاة ثم ناما أو سبقهما الحدث فوقفت المرأة بحذائه فيما يتمان فصلاة الرجل فاسدة) لان المسبوق فيما يقضي كالمنفرد حتى تلزمه القراءة وسجود السهو اذا سها فلم توجد المحاذاة فى صلاة مشتركة فأما اللاحق فيما يتم كالمقتدي حتى لا يقرأ ولو سها لا يلزمه سجود السهو فوجدت المحاذاة فى صلاة مشتركة. وفقه هذا الحرف أن اللاحق لما اقتدى بالامام فى أول الصلاة قد التزم أداء جميع الصلاة بصفة الاقتداء فلا يجوز أداؤه بدون هذه الصفة فأما المسبوق انما التزم بحكم الاقتداء ما بقى على الامام دون ما فرغ منه لان ذلك لا يتصور فجعلناه كالمنفرد فيما يقضى بهذا * قال (وان كان الامام يصلى الظهر فائتمت به امرأة تريد التطوع وقد نوى الامام امامتها ثم وقفت بحذائه فسدت صلاته وصلاتها) لان اقتداء المتنفل بالمفترض صحيح فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة وعليها قضاء التطوع لان الفساد كان بعد صحة شروعها بسبب فساد صلاة الامام وان كانت نوت العصر لم تجزها صلاتها ولم تفسد على الامام صلاته لان تغاير الفرضين يمنع صحة الاقتداء على ما مرّ فى باب الأذان وما ذكرنا ها هنا دليل على أنها لا تصير شارعة في الصلاة أصلا بخلاف ما ذكره في باب الاذان ففيه روايتان وبعض مشايخنا قال الجواب ما ذكر فى باب الاذان ومعنى ما ذكر هاهنا أن الامام لم ينو امامتها فى صلاة العصر فتجعل هى فى الاقتداء به بنية العصر بمنزلة ما لم ينو امامتها فلهذا لا تصير شارعة فى صلاة التطوّع *قال (ويصلى المراة وحدانا قعوداً بايماء) وقال بشر المريسى رحمه الله تعالى يصلون قياما بركوع وسجود وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه لانهم عجزوا عن شرط الصلاة وهو ستر العورة فهم قادرون على أركانها فعليهم الاتيان بما قدروا عليه وسقط عنهم ما عجزوا عنه ومذهبنا مروىّ عن ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم قالا العارى يصلى قاعداً بالايماء ولان القعود والايماء أستر لهم وفى القيام والركوع والسجود زيادة كشف العورة وذلك حرام فى الصلاة وغير الصلاة فكل ركوع وسجود لا يمكنه

أن يأتي به الا بكشف العورة فذلك حرام فلايكون من أركان صلاته فلهذا لا يلزمه القيام والركوع والسجود. وان صلوا جماعة قياما بركوع وسجود أجزأهم لان تمام الستر لا يحصل بالقعود فتركه لا يمنع جواز الصلاة وانما أمرناهم بترك الجماعة ليتباعد بعضهم من بعض فلا يقع بصر بعضهم على عورة البعض لان الستر يحصل به ولكن الاولى لامامهم اذا صلوا بجماعة أن يقوم وسطهم لكيلا يقع بصرهم على عورته وان تقدمهم جاز أيضاً وحالهم فى حال الموضع كحال النساء في الصلاة فالاولى أن يصلين وحدهن فان صلين بالجماعة قامت امامهن وسطهن وان تقدمتهن جاز فكذلك حال العراة . وان كان مع العارى ثوب فيه نجاسة فان كان قدر الربع من الثوب طاهرا يلزمه أن يصلى فيه فلو صلى عريانا لم تجز لان الربع بمنزلة الكمال في بعض الاحكام ألا ترى أن نجاسة الربع فى حالة الاختيار فى المنع من جواز الصلاة كنجاسة الكل فكذلك طهارة الربع فى حالة الضرورة كطهارة الكل لوجوب الصلاة فيه وأما اذا كان الثوب كله مملوأ دما أو كان الطاهر منه دون ربعه فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يخير بين أن يصلى عريانا وبين أن يصلى فيه وهو الافضل وقال محمد رحمه الله تعالى لاتجزئه الصلاة الا فيه لان الصلاة فى الثوب النجس أقرب الى الجواز من الصلاة عريانا فان القليل من النجاسة فى الثوب لا يمنع الجواز فكذلك الكثير في قول بعض العلماء وقال عطاء من صلى وفى ثوبه سبعون قطرة من دم جازت صلاته ولم يقل أحد بجواز الصلاة عريانا فى حالة الاختيار ولأنه لو صلى عريانا كان تاركا لفرائض منها ستر العورة ومنها القيام والركوع والسجود فاذا صلى فيه كان تاركا فرضا واحداً وهو طهارة الثوب فهذا الجانب أهون . وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين شيئين الا اختار أهونهما فمن ابتلى ببليتين فعليه أن يختار أهونهما وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا الجانبان في حكم الصلاة سواء على معنى أن كل واحد منهما ضرورة محضة لا تجوز عند الاختيار فى النفل ولا فى الفرض يعنى الصلاة عريانا والصلاة فى ثوب مملوء دما وانما يعتبر التفاوت فى حكم الصلاة فاذا استويا خير بينهما والاولى أن يصلى فيه لأن ستر العورة غير مختص بالصلاة وطهارة الثوب عن النجاسة تختص بها فلهذا كان الافضل أن يصلى فيه * قال (واذا أحدث الرجل في ركوعه أو سجوده فذهب وتوضأ وجاء لم يجزئه الاعتداد بالركوع والسجود الذى أحدث فيه) لأن الحدث قد نقضه ومعنى

هذا أن القياس أن يفسد جميع الصلاة بالحدث تركناه بالنص المجوّز للبناء على الصلاة فبقي معمولا به في حق الركن الذي أحدث فيه لأن انتقاض ذلك الركن لا يمنع من البناء ولأن تمام الركن بالانتقال عنه ولا يمكن أن يجعل رفع رأسه بعد الحدث اتماما لذلك الركن لأنه جزء من صلاته وأداء جزء من صلاته بعد سبق الحدث مفسد لصلاته واذا جاء بعد الوضوء فعليه اتمام ذلك الركن ولا يمكنه اتمامه الا باعادته فعليه الاعادة لهذا * قال (فان كان اماما فأحدث وهو راكع فتأخر وقدم رجلا مكث الرجل راكعا كما هو حتى يكون قدر ركوعه) لان الاستدامة فيما يستدام كالانشاء والثاني قائم مقام الاول وعلى الاول انشاء الركوع فعلى الثاني استدامته أيضا فان لم يحدث ولكن تذكر في الركوع في الركعة الثانية أنه ترك سجدة من الركعة الاولى فخر ساجدا ثم رفع رأسه فان احتسب بذلك الركوع جاز وان أعاده فهو أحب الي لأن تذكره السجود غير ناقض لركوعه ولان رفع رأسه يمكن أن يجعل اتماما للركوع بعد تذكره السجدة ألا ترى أنه لو أخرها الى آخر صلاته جاز فلهذا كان له أن يعتد به والاعادة أفضل لانه ما قصد اتمام الركن بالانتقال عنه انما قصد اذا تذكر وقال زفر رحمه الله عليه أن يعيد القيام والقراءة والركوع لان من أصله أن مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة ركن واجب فالتحقت هذه السجدة بمحلها وبطل ما أدى من القيام والقراءة والركوع لترك الترتيب فأما عندنا مراعاة الترتيب ليست بركن ألا ترى أن المسبوق يبدأ بما أدرك مع الامام فيه ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركها بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات ولئن كان الترتيب واجبا فقد سقط بعذر النسيان . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه اعادة الركوع لا محالة وهو بناء على أصله أن القومة التي بين الركوع والسجود ركن حتى لو تركها لا تجوز صلاته وأصل المسئلة أن الاعتدال في أركان الصلاة سنة مؤكدة أو واجب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى هو ركن حتى أنه ان لم يتم ركوعه وسجوده في الصلاة ولم يقم صلبه تجوز صلاته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويكره أشد الكراهة وروى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال أخشى أن لا تجوز صلاته وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى لا تجوز صلاته أصلا لحديث الاعرابي فانه دخل المسجد وخفف فقال له عليه الصلاة والسلام ارجع فصل فانك لم تصل حتى فعل ذلك ثلاثا ثم حين

علمه قال له اركع حتى يطمئن كل عضو منك ثم ارفع رأسك حتى يطمئن كل عضو منك الحديث ورأى حذيفة بن اليمان رجلا يصلي ولا يتم الركوع والسجود فقال مذ كم تصلي هكذا فقال مذ كذا فقال انك لم تصل منذ كذا ومثل هذا لا يعلم بالرأي وانما يقال سماعا ﴿ولنا﴾ ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان في المسجد مع أصحابه فدخل رجل وصلى وخفف فلما خرج أساؤا القول فيه فقالوا أخرها ثم لم يحسن أداءها فقال عليه الصلاة والسلام ألا أحد يشتري صلاته منه فخرج أبو هريرة رضي الله تعالى عنه فاشتراها بدرهم فأبى فما زال يزيد حتى ضجر الرجل فقال لو أعطيتني ملء الارض ذهبا ما بعتكها فعاد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال ألم أنهكم عن المصلين فقد جعل فعله صلاة معتبرة وسئل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن صلاة الاعراب الذين ينقرون نقراً فقال ذلك خير من لا شيء ولان الركنية لا تثبت الا باليقين وانما ورد النص بالركوع والسجود ومطلق الاسم يتناول الادنى فبقيت الركنية بذلك القدر والزيادة على ذلك للا كمال ولكن ترك ماهو لا كمال الفريضة مما ليس بركن لا يفسده وقد نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الاعرابي فيما علمه فانه قال اذا فعلت ذلك فقد أتممت صلاتك وان نقصت من ذلك فقد نقصت صلاتك . اذا عرفنا هذا فنقول عند أبي يوسف رحمه الله تعالى القومة التي بين الركوع والسجود ركن فانه اذا تذكر السجدة في الركوع إما السجدة الصلاتية أو التلاوية فخر لها ساجداً ولم يأت بتلك القومة فعليه اعادة الركوع ليأتي بتلك القومة . وعندنا تلك القومة ليست بركن فتركها لا يفسد الصلاة والاولى الاعادة ليأتي بها . ثم قدر الركن من الركوع أدنى الانحطاط على وجه يسمى راكعا في الناس وفي السجود امساس جبهته أو أنفه على الارض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى والمفروض من الرفع بين السجدتين قدر ما يزايل جبهته وأنفه الارض ليتحقق به الفصل بين السجدتين . وقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يجوز الا أن يرفع بقدر ما يكون الى القعود أقرب منه الى السجود والاول أقيس * قال (واذا أدرك الرجل ركعة مع الامام من المغرب فلما سلم الامام قام يقضي قال يصلي ركعة ويقعد) وهذا استحسان والقياس يصلي ركعتين ثم يقعد لانه يقضي ما فاته فيقضي كما فاته ويؤيد هذا القياس بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم وما فاتكم فاقضوا ووجه الاستحسان أن هذه الركعة ثانية هذا المسبوق والقعدة بعد الركعة الثانية في صلاة

المغرب سنة وهذا لان الثانية هى الثالثة للاولى والثانية للاولى فى حقه هذه الركعة وروى أن جندبا ومسروقا رضى الله تعالى عنهما ابتليا بهذا فصلى جندب ركعتين ثم قعد ومسروق ركعة ثم قعد ثم صلى ركعة أخرى فسألا عن ذلك ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فقال كلا كما أصاب ولو كنت أنا لصنعت كما صنع مسروق وتأويل قوله كلا كما أصاب طريق الاجتهاد فأما الحق فواحد غير متعدد ثم مايصلى المسبوق مع الامام آخر صلاته حكماً عند أبي حنيفةوأبي يوسف رحمهما الله تعالىوعند محمدرحمه الله تعالى فى القراءة والقنوت هو آخرصلاته وفى حكم القعدة هو أول صلاته ومذهبه مذهب ابن مسعود ومذهبهما مذهب عليّ رضي الله تعالى عنه وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه هو أول صلاته فعلا وحكما لانه لايتصور الآخر الا بعد الاول فى الاداء ألا ترى أن تكبيرة الافتتاح فى حقه أول الصلاة فكذلك ما بعده ولكنا نقول لو كان هذا مؤديا لأول الصلاة كان مخالفا لامامه ولا يصح الاقتداء به كيف وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فاتكم فاقضوا فهو نص على أنه مؤد مع الامام ما أدرك لا مافاته ولكن محمد رحمه الله تعالى جعله فى حكم القراءة هكذا احتياطا حتى تلزمه القراءة فيما يقضى لأن القراءة مكررة فى صلاة واحدة وكذلك في حكم القنوت لأنه يتكرر فى صلاة واحدة فلو جعلنا ما يؤديه مع الامام أول الصلاة للزمه القنوت فيما يقضى فيؤدى الى تكرار القنوت فى صلاة واحدة فأما فى حكم القعدة فتتم الصلاة بقعدة هي ركن ولن يكون ذلك الا بعد أن يجعل ما يؤديه مع الامام أول الصلاة فلهذا قعد اذا صلى ركعة * وحكي عن يحيي البناء وكان من أصحاب محمد رحمه الله تعالى أنه سأله عن هذه المسئلة فأجاب بما قلنا فقال على وجه السخرية هذه صلاة معكوسة فقال محمد رحمه الله تعالى لا أفلحت قال وكان كما قال أفلح أصحابه ولم يفلح بدعائه * قال (وأحب أن يكون بين يدى المصلى في الصحراء شئ أدناه طول ذراع) لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا صلى أحدكم فى الصحراء فليتخذ بين يديه سترة وكانت العَنَزَةُ تحمل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وتركز فى الصحراء بين يديه فيصلى اليها حتى قال عون بن جحيفة عن أبيه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء في قبة حمراء من أدم فركز بلال العنزة وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى اليها والناس يمرون من ورائها وانما قال بقدر ذراع طولا ولم يذكر العرض وكان ينبغي أن تكون

في غلط أصبع لقول ابن مسعود يجزئ من السترة السهم فان المقصود أن يبدو للناظر فيمتنع من المرور بين يديه وما دون هذا لا يبدو للناظر من بعد (واذا اتخذ السترة فليدن منها) لما جاء في الحديث اذا صلى أحدكم الى سترة فليرهقها وان لم يكن بين يديه شئ فصلاته جائزة لأن الامر باتخاذ السترة ليس لمعنى راجع الى عين الصلاة فلا يمنع تركه جواز الصلاة وان مرّ بين يديه مارّ من رجل أو امرأة أو حمار أو كلب لم يقطع صلاته عندنا وقال أصحاب الظواهر مرور المرأة والحمار والكلب بين يدي المصلى يفسد صلاته لحديث أبي ذرّ رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب وفى بعض الروايات قال الكلب الاسود فقيل له وما بال الاسود من غيره فقال أشكل على ما أشكل فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الكلب الاسود شيطان ﴿ ولنا ﴾ حديث أبي سعيد الخدري رضى الله تعالي عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع الصلاة مرور شئ وادرؤا ما استطعتم والحديث الذى رووا ردته عائشة رضى الله تعالى عنها فانها قالت لعروة ياعرية ماذا يقول أهل العراق قال يقولون تقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب فقالت يا أهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونى بالكلاب والحمير كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالليل وأنا معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة والدليل على أن مرور المرأة لا يقطع الصلاة ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى بيت أم سلمة فأراد عمر بن أبى سلمة أن يمر بين يديه فأشار عليه فوقف ثم أرادت زينب أن تمر بين يديه فأشار عليها فلم تقف فلما فرغ من صلاته قال هن أغلب صاحبات يوسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام والدليل على أن مرور الحمار والكلب لا يقطع الصلاة حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال زرت رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أخى الفضل على حمار فى البادية فنزلنا فوجدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فصلينا معه والحمار يرتع بين يديه. وينبغى أن يدفع المار عن نفسه لكيلا يشغله عن صلاته عملا بقوله صلى الله عليه وسلم وادرؤا ما استطعتم الا أنه يدفعه بالاشارة أو الاخذ بطرف ثوبه على وجه ليس فيه مشى ولا علاج ومن الناس من قال ان لم يقف باشارته جاز دفعه بالقتال لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أنه كان يصلى فأراد أن يمر ابن مروان بين يديه فأشار عليه فلم يقف فلما حاذاه ضربه على صدره ضربة أقعده على

استه فجاء الى أبيه يشكو أباسعيد فدعاه فقال لم ضربت ابني فقال ما ضربت ابنك انما ضربت الشيطان قال لم تسمى ابني شيطانا قال لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا صلى أحدكم فأراد مارّ أن يمر بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله فانه شيطان ولكنا نستدل بقوله عليه الصلاة والسلام ان فى الصلاة لشغلا يعنى بأعمال الصلاة وتأويل حديث أبى سعيد رضى الله عنه أنه كان في وقت كان العمل مباحا فى الصلاة (ويكره للمار أن يمر بين يدي المصلي) لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدى المصلى ماعليه لوقف ولو الى أربعين ولم يوقت يوما ولا شهراً ولا سنة (وحد المرور بين يديه غير منصوص فى الكتاب وقيل الى موضع سجود وقيل بقدر الصفين) وأصح ماقيل فيه أن المصلى لو صلى بخشوع فالى الموضع الذى يقع بصره على المار يكره المرور بين يديه وفيما وراء ذلك لا يكره وحكى أبو عصمة عن محمد رحمه الله تعالى اذا لم يجد سترة يخط بين يديه فان الخط وتركه سواء لانه لا يبدو للناظر من بعد ومن الناس من يقول يخط بين يديه اما طولا شبه ظل السترة أو عرضا شبه المحراب لقوله عليه الصلاة والسلام اذا صلى أحدكم فى الصحراء فليتخذ بين يديه سترة فان لم يجد فليخط بين يديه خطا ولكن الحديث شاذ فيما تعم به البلوي فلم نأخذ به لهذا * قال (واذا انفرد المصلى خلف الامام عن الصف لم تفسد صلاته) وقال أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى تفسد صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لمنفرد خلف الصف وعن فُرافصة أن النبي صلى الله عليه وسلم رأي رجلا يصلى فى حجرة من الارض فقال أعد صلاتك فانه لا صلاة لمنفرد خلف الصف ﴿ ولنا ﴾ حديث أنس رضى الله تعالى عنه قال فأقامني واليتيم من ورائي وأمي أم سليم وراءنا فقد جوز اقتداءها وهى منفردة خلف الصف وفى هذا الحديث دليل على أنها تفسد صلاة الرجل لانه أقامها خلفهما مع النهي عن الانفراد فما كان ذلك الا صيانة لصلاتهما وان أبا بكر رضى الله تعالى عنه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم راكع فكبر وركع ثم دب حتى لصق بالصف فلما فرغ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلاته قال زادك الله حرصا ولا تعد أو قال ولا تُعِدْ فقد جوز اقتداءه به وهو خلف الصف . يدل عليه أنه لو كان بجنبه مراهق تجوز صلاته بالاتفاق وصلاة المراهق تخلق فهو فى الحقيقة منفرد خلف الصف ولذلك لو تبين أن من كان بجنبه كان محدثا تجوز صلاته وهو منفرد خلف الصف وتأويل الحديث نفي الكمال لقوله صلى الله

عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد والامر بالاعادة شاذ ولو ثبت فيحتمل أنه كان بينه وبين الامام ما يمنع الاقتداء وفى الحديث ما يدل عليه فانه قال فى حجرة من الارض أى ناحية ولكن الاولى عندنا أن يختلط بالصف ان وجد فرجة وان لم يجد وقف ينتظر من يدخل فيصطفان معه فان لم يدخل أحد وخاف فوت الركعة جذب من الصف الى نفسه من يعرف منه علما وحسن الخلق لكيلا يصعب عليه فيصطفان خلفه فان لم ينجرّ اليه أحد حينئذ يقف خلف الصف بحذاء الامام لأجل الضرورة فان كان بين الامام وبين المقتدى حائط أجزأته وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تجزئه واليه أشار فى الأصل فى تعليل مسألة المحاذاة. وفى الحاصل هذا على وجهين ان كان الحائط قصيراً دليلا يعنى به الصغير جداً حتى يتمكن كل أحد من الركوب عليه كحائط المقصورة لا يمنع الاقتداء وان كان كبيراً فان كان عليه باب مفتوح أو خوخة فكذلك وان لم يكن عليه شئ من ذلك ففيه روايتان. وجه الرواية التى قال لا يصح الاقتداء أنه يشتبه عليه حال امامه ووجه الرواية الاخرى ماظهر من عمل الناس كالصلاة بمكة فان الامام يقف فى مقام ابراهيم وبعض الناس يقفون وراء الكعبة من الجانب الآخر فبينهم وبين الامام حائط الكعبة ولم يمنعهم أحد من ذلك فان كان بينهما طريق يمر الناس فيه أونهر عظيم لم تجز صلاته لما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه من كان بينه وبين الامام نهر أوطريق فلا صلاة له وفى رواية فليس. معه والمراد طريق تمر فيه العجلة فما دون ذلك طريق لا طريق والمراد من النهر ما تجرى فيه السفن فما دون ذلك بمنزلة الجدار لا يمنع صحة الاقتداء فان كانت الصفوف متصلة على الطريق جاز الاقتداء حينئذ لان باتصال الصفوف خرج هذا الموضع من أن يكون ممراً للناس وصار مصلى في حكم هذه الصلاة وكذلك ان كان على النهر جسر وعليه صف متصل فبحكم اتصال الصفوف صار فى حكم واحد فيصح الاقتداء * قال (والفتح على الامام لا يفسد الصلاة) يعنى المقتدي فأما غير المقتدى اذا فتح على المصلى تفسد به صلاة المصلى وكذلك المصلى اذا فتح على غير المصلى لانه تعليم وتعلم والقارىء اذا استفتح غيره فكأنه يقول بعد ماقرأت ماذا فذكرني والذي يفتح عليه كأنه يقول بعد ماقرأت كذا فخذمني ولو صرح بهذا لم يشكل فساد صلاة المصلى فأما المقتدي اذافتح على امامه هكذا فى القياس ولكنه استحسن لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ سورة المؤمنين فترك حرفا فلما

فرغ قال ألم يكن فيكم أبيّ فقالوا نعم يا رسول الله فقال هلا فتحت عليّ فقال ظننت أنها نسخت فقال لو نسخت لأنبأتكم بها وعن علي رضي الله تعالى عنه قال اذا استطعمك الامام فأطعمه وابن عمر قرأ الفاتحة في صلاة المغرب فلم يتذكر سورة فقال نافع اذا زلزلت الارض زلزالها فقرأها ولان المقتدي يقصد اصلاح صلاته فان قرأ الامام فلتحقق حاجته قلنا لاتفسد صلاته وبهذا لا ينبغي أن يعجل بالفتح على الامام ولا ينبغي للامام أن يحوجه الى ذلك بل يركع أو يتجاوز الى آية أو سورة أخرى فان لم يفعل وخاف أن يجري على لسانه مايفسد الصلاة فحينئذ يفتح لقول عليّ رضي الله تعالى عنه اذا استطعمك الامام فأطعمه وهو مليم أي مستحق اللوم لانه أحوج المقتدي الى ذلك وقد قال بعض مشايخنا ينوي بالفتح على امامه التلاوة وهو سهو فقراءة المقتدي خلف الامام منهي عنها والفتح على امامه غير منهي عنه ولا يدع نية ما رخص له بنية شئ هو منهي عنه وانما هذا اذا أراد أن يفتح على غير امامه فحينئذ ينبغي أن ينوي التلاوة دون التعليم فلا يضره ذلك * قال (وقتل الحية والعقرب في الصلاة لا يفسدها) لقوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلاة ولدغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عقرب في صلاته فوضع عليه نعله وغمزه حتى قتله فلما فرغ قال لعن الله العقرب لا تبالي نبيا ولا غيره أو قال مصليا ولا غيره ولانه رخص للمصلي أن يدرأ عن نفسه ما يشغله عن صلاته وهذا من جملة ذلك وقيل هذا اذا أمكنه قتل الحية بضربة واحدة كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في العقرب فأما اذا احتاج الى معالجة وضربات فليستقبل الصلاة كما لو قاتل انسانا في صلاته لان هذا عمل كثير والاظهر أن الكل سواء فيه لان هذا عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضؤ واذا رمى طائراً بحجر لم تفسد صلاته لان هذا عمل قليل ولكنه مكروه لانه اشتغال بماليس من أعمال الصلاة ولم يذكر الكراهة في قتل الحية والعقرب لانه محتاج الى ذلك لدفع أذاها عن نفسه وليس في أذى الطير مايحوجه الى هذا لدفع أذاها عن نفسه فلهذا ذكر الكراهة فيه. وان أخذ قوساً ورمى به فسدت صلاته وبعض أهل الأدب عابوا عليه في هذا اللفظ وقالوا الرمى بالقوس اسقاطه من يده وانما يقال يرمى اذا رمى بالسهم غير أن المقصود لمحمد كان تعليم عامة الناس ووجد هذا اللفظ معروفاً في لسان العامة فلهذا ذكره وانما فسدت صلاته لانه عمل كثير فان أخذ القوس

وتثقيف السهم عليه والمدّ حتى رمى عمل كثير يحتاج فيه الى استعمال اليدين والناظر اليه من بعيد لايشك أنه فى غير الصلاة فكان مفسداً لهذا وكذلك لوادهن أوسرح رأسه أو أرضعت المرأة صبيها من أصحابنا من جعل الفاصل بين العمل القليل والكثير أن يحتاج فيه الى استعمال اليدين حتى قالوا اذا زرقيصه فى الصلاة فسدت صلاته واذاحل ازاره لم تفسد والاصح أن يقال فيه ان كل عمل اذا نظر اليه الناظر من بعيد لايشك أنه فى غير الصلاة فهو مفسد لصلاته وكل عمل لو نظر اليه الناظر فربما يشتبه عليه أنه فى الصلاة فذلك غير مفسد فما ذكر من الاعمال اذا نظر الناظر اليه لا يشك أنه فى غير الصلاة فان المرأة اذا حملت صبيها أو أرضعته لم يشكل على أحد أنها في غير الصلاة وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ المعوذتين في صلاة الفجر ثم قال سمعت بكاء صبي فخشيت على أمه أن تفتتن فلو كان الارضاع غير مفسد للصلاة لما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة القراءة لاجل بكائه وان قاتل فى صلاته فسدت صلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق لكونه مشغولا بالقتال فلو جازت الصلاة مع القتال لما أخرها وكذلك ان أكل أو شرب فى الصلاة ناسيا أو عامداً بخلاف الصوم فانه يفصل بين النسيان والعمد لانه قد اقترن بحال المصلى مايذكره فان حرمة الصلاة مانعة من التصرف فى الطعام المؤدي الى الاكل فلهذا سوى بين النسيان والعمد وفي الصوم لم يقترن بحاله مايذكره فان الصوم لا يمنعه مايؤدي الى الأكل وهو التصرف في الطعام ثم الأكل عمل لو نظر اليه الناظر لايشك أنه في غير الصلاة وعلى هذا قال محمد مضغ العلك فى الصلاة يفسدها لان الناظر اليه من بعيد لايشك أنه فى غير الصلاة وان كان فى أسنانه شئ فابتلعه لم يضره لان مابقى بين الاسنان فى حكم التبع لريقه فلهذا لا يفسد الصوم وهذا اذا كان دون الحمصة فان ذلك يبقى بين الاسنان عادة وكذلك ان قلس أقل من ملء الفم ثم رجع فدخل جوفه وهو لا يملكه فهذا بمنزلة ريقه ألا ترى أنه لا ينقض وضوءه فكذلك لا تفسد صلاته والمتهجد بالليل قد يبتلى بهذا خصوصاً في ليالى رمضان اذا امتلأ من الطعام عند الفطر فللبلوى قلنا لا تفسد صلاته * قال (وان انتضح البول على المصلى أكثر من قدر الدرهم من موضع فانفتل فغسله لم يبن على صلاته) وفى الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يبنى لان هذا بعض ماورد به النص فقد روينا فى الرعاف ومن رعف يحتاج الى غسل أنفه الى الوضوء فاذا كان له أن يبنى ثمة فهاهنا أولى . وجه ظاهر

الرواية أن البناء على الصلاة حكم ثبت بالآثار بخلاف القياس فلا يلحق به الا ما يكون فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معنى المنصوص عليه لان الانصراف هناك كان للوضوء ولا بد منه والانصراف هاهنا لغسل النجاسة عن الثوب وقد لايحتاج اليه بأن يكون عليه ثوبان فيلقى ماتنجس من ساعته فلهذا أخذنا فيه بالقياس وقلنا لا يبنى * قال (وان سال من دمل به دم توضأ وغسل و بنى على صلاته كما لو رعف) ومراده من هذا اذا سال بغير فعله فأما اذا عصره حتى سال أو كان فى موضع ركبتيه فانفتح من اعتماده على ركبتيه فى سجوده فهذا بمنزلة الحدث العمد قال لا يبنى على صلاته وان أصابته بندقة فشجته فسال منه دم لم يبن على صلاته فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يبنى اذا توضأ لان عمر رضى الله تعالى عنه لما طعن فى المحراب استخلف عبد الرحمن بن عوف ولو فسدت صلاته لفسدت صلاة القوم فلم يستخلفه ولان الحدث سبقه بغير صنعه فهو كالحدث السماوي * ولنا * أن الحدث كان بصنع العباد فيمنعه كما لو كان بصنعه لان هذا ليس فى معنى المنصوص عليه فان الحدث السماوي العذر المانع من المضى ممن له الحق وهنا العذر من غير من له الحق وبينهما فرق فان المريض يصلى قاعداً ثم لا يعيد اذا برأ والمقيد يصلى قاعداً ثم تلزمه الاعادة عند اطلاقه وحديث عمر رضى الله تعالى عنه كان قبل افتتاح الصلاة ليفتتح الصلاة ألا ترى أنه روي أنه لما طعن قال آه قتاني الكلب من يصلى بالناس ثم قال تقدم يا عبد الرحمن وهذا كلام يمنع البناء على الصلاة * قال (وان نام في صلاته فاحتلم فى القياس يغتسل ويبنى) يريد القياس على الاستحسان في الحدث الصغرى ولكنى أستحسن أن يستقبل يريد العود الى القياس الاول لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فانه يحتاج في الاغتسال الى كشف العورة ولا يحتاج اليه في الوضوء ولان المصلى قد يبتلى بالحدث الصغرى عادة فمن النادر أن يبتلى بالحدث الموجب للاغتسال والنادر ليس فى معنى ماتعم به البلوى * قال (واذا سقط عن المصلى ثوبه فقام عريانا وهو لا يعلم ثم تذكر من ساعته فتناول ثوبه ولبسه فانه يمضى على صلاته) وفي القياس يستقبل الصلاة لوجود انكشاف العورة في الصلاة وهو مناف لما ابتدأها ولكنه استحسن فقال الانكشاف الكثير فى المدة اليسيرة بمنزلة الانكشاف اليسير في المدة الطويلة وذلك لا يمنع جواز الصلاة فهذا مثله وهذا اذا لم يؤد ركنا ولم يمكث عريانا بقدر ما يتمكن فيه من أداء ركن

فان مكث عريانا ذلك القدر فليس له أن يبنى قياساً واستحساناً وكذلك ان سال عليه نجاسة كثيرة وعليه ثوبان فان ألقى النجس من ساعته فهو على القياس والاستحسان كما مر وان أدي ركنا أو مكث بقدر ما يتمكن من أداء ركن استقبل الصلاة * قال(واذا صلت المرأة وربع ساقها مكشوف أعادت الصلاة) وان كان أقل من ذلك لم تعد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لاتعيد حتى يكون النصف مكشوفا . فالحاصل أن ستر العورة فرض لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والمراد ستر العورة لاجل الصلاة لا لاجل الناس والناس فى الاسواق أكثر منهم في المساجد ورأس المرأة عورة قال عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة امرأة حائض الا بخمار أى صلاة بالغة فان الحائض لا تصلي . ثم القليل من الانكشاف عفو عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وهو نظير القليل من النجاسة . ودليلنا فيه ضرورة وبلوى خصوصا فى حق الفقراء والذين لا يجدون الا الخلق من الثياب فقد روى عن عمر بن أبي سلمة قال كنت أؤم أصحابى يعنى الصبيان وعلىّ ازار متخرق فكانوا يقولون لأمى غطى عنا است ابنك فدل أن القليل من الانكشاف عفو لا يمنع جواز الصلاة والكثير يمنع فقدر أبو يوسف ذلك بالنصف لان القلة والكثرة من الاسماء المشتركة فان الشئ اذا قوبل بما هو أكثر منه يكون قليلا واذا قوبل بما هو أقل منه يكون كثيراً فاذا كان المكشوف دون النصف فهو فى مقابلة المستور قليل واذا كان أكثر من النصف فهو في مقابلة المستور كثير وفى النصف سواء روايتان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى . فى احداهما لا يمنع لان الانكشاف الكثير مانع ولم يوجد . وفى الاخرى استوى لجانب المفسد والمجوز فيغلب المفسد احتياطاً للعبادة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قدرا الكثير بالربع فان الربع يحكى الكمال ألا ترى أن المسح بربع الرأس كالمسح بجميعه ومن نظر الى وجه انسان يستجيز من نفسه أن يقول رأيت فلانا وانما رأى أحد جوانبه الاربعة والذى بينا فى الرأس كذلك فى البطن والشعر والفخذ فأما فى القبل والدبر فقد ذكر الكرخي أن التقدير فيهما بالدرهم دون الربع لأنها عورة غليظة فتقاس بالنجاسة الغليظة وهذا ليس بقوى فانه ليس في هذا اظهار معنى التغليظ لأن الدبر مقدر بالدرهم فعلى قياس قوله اذا انكشف الدبر ينبغي أن تجوز الصلاة حتى تكون أكثر من الدرهم فان قدر الدرهم من الصلاة لا يمنع جواز الصلاة حتى يكون أكثر منه والأصح

أن التقدير بالربع في الكل واليه أشار في الزيادات * قال (واذا صلت وشيء من رأسها وشيء من بطنها وشيء من عورتها باد فان كان ذلك اذا جمع بلغ قدر ربع عضو يمنع جواز الصلاة) والا فلا * قال (وتقعد المرأة في صلاتها كأستر ما يكون لها) لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لتلك المرأة ضمي بعض اللحم الى الارض ولان مبنى حالها على التستر في خروجها فكذلك في صلاتها ينبغي أن تستتر بقدر ما تقدر عليه قال عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة * قال (رجل دعا في صلاته فسأل الله تعالى الرزق والعافية لم تفسد صلاته) لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقال عليه الصلاة والسلام وأما في سجودكم فاجتهدوا بالدعاء فانه قمن أن يستجاب لكم . وحاصل المذهب عندنا أنه اذا دعا في صلاته بما في القرآن أو بما يشبه ما في القرآن لم تفسد صلاته وان دعا بما يشبه كلام الناس نحو قولهم اللهم ألبسني ثوبا اللهم زوجني فلانة تفسد صلاته وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه اذا دعا في صلاته بما يباح له أن يدعو به خارج الصلاة لم تفسد صلاته لقوله تعالى واسئلوا الله من فضله وقال عليه الصلاة والسلام سلوا الله حوائجكم حتى الشسع لنعالكم والملح لقدوركم وان عليا رضي الله تعالى عنه في حروبه كان يقنت في صلاة الفجر يدعو على من ناواه * ولنا * حديث معاوية بن الحكم فقد جعل قوله يرحمك الله من جنس كلام الناس وقال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فهو كلامهم وان سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه رأى ابنا له يدعو في صلاته فقال اياك أن تكون من المعتدين فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيكون في أمتي أقوام يعتدون في الدعاء وتلا قوله تعالى انه لا يحب المعتدين ثم قال أما يكفيك أن تقول اللهم اني أسألك الجنة وما قرب اليها من قول وعمل وأعوذ بك من النار وما قرب اليها من قول وعمل ولا حجة في حديث عليّ فانهم لم يسوغوا له ذلك الاجتهاد حتى كتب اليه أبو موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه أما بعد فاذا أتاك كتابي فأعد صلاتك . وفي الاصل قال أرأيت لو أنشد شعراً أما كان مفسداً لصلاته ومن الشعر ما هو ذكر نحو قول القائل

* ألا كل شيء ما خلا الله باطل * قال (واذا مرّ المصلي بآية فيها ذكر الجنة فوقف عندها وسأل أو بآية فيها ذكر النار فوقف عندها وتعوذ بالله منها فهو حسن في التطوع اذا كان وحده) لحديث حذيفة رضي الله تعالى عنه أنه صلى مع رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال فما مرّ بآية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة وما مر بآية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله جل وعلا وما مرّ بآية فيها مثل الا وقف وتفكر فأما اذا كان اماما كرهت له ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفعله في المكتوبات والائمة بعده الى يومنا هذا فكان من جملة المحدثات وربما يمل القوم بما يصنع وذلك مكروه ولكن لا تفسد صلاته لانه لا يزيد في خشوعه والخشوع زينة الصلاة وكذلك ان كان خلف الامام فانه يستمع وينصت لان القوم بالاستماع أمروا والى الانصات ندبوا وعلى هذا وعدوا الرحمة لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون . ويترتب هذا الفصل على اختلاف العلماء في قراءة المقتدى خلف الامام فالمذهب عند أهل الكوفة أنه لايقرأ في شئ من الصلوات وعند أهل المدينة منهم مالك رحمه الله تعالى يقرأ في صلاة الظهر والعصر ولا يقرأ في صلاة الجهر وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه يقرأ في كل صلاة الا أن في صلاة الجهر أوان قراءة الفاتحة بعد فراغ الامام منها فان الامام ينصت حتى يقرأ المقتدى الفاتحة واستدل بقول النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما فرغ قال لعلكم تقرؤن خلفي فقلنا نعم فقال لاتقرؤن الا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة الا بها وفي رواية لا صلاة لمن لم يقرأها والمعنى فيه أن القراءة ركن من أركان الصلاة فلا تسقط بسبب الاقتداء عند الاختيار كالركوع والسجود بخلاف ما اذا أدرك الامام في الركوع لأن تلك الحالة حالة الضرورة فانه يخاف فوت الركعة بسبب الضرورة قد تسقط بعض الاركان ألا ترى أن القيام بعد التكبير ركن وقد يسقط هذا للضرورة ﴿ ولنا ﴾ قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون وأكثر أهل التفسير على أن هذا خطاب للمقتدى ومنهم من حمله على حال الخطبة ولا تنافي بينهما ففيه بيان الامر بالاستماع والانصات في حالة الخطبة لما فيها من قراءة القرآن قال صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وقال في الحديث المعروف واذا كبر فكبروا واذا قرأ فأنصتوا ومنع المقتدى من القراءة خلف الامام مروىّ عن ثمانين نفراً من كبار الصحابة وقد جمع أساميهم أهل الحديث . وقال سعد بن أبي وقاص من قرأ خلف الامام فسدت صلاته والمعنى فيه أن القراءة

غير مقصودة لعينها بل للتدبر والتفكر والعمل به قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنزل القرآن ليعمل به فاتخـذ الناس تلاوته عملا وحصول هذا المقصود عند قراءة الامام وسماع القوم فاذا اشتغل كل واحد منهم بالقراءة لا يتم هذا المقصود وهذا نظير الخطبة فالمقصود منها الوعظ والتدبر وذلك بأن يخطب الامام ويستمع القوم لا أن يخطب كل واحد منهم لنفسه دل عليه اذا أدرك الامام فى حالة الركوع فان خاف فوت الركعة سقط عنه فرض القراءة ولو كان من الاركان فى حق المقتدى لما سقط بهذا العذر كالركوع والسجود ولا يقال ان ركن القيام يسقط فانه لا بد من أن يكبر قائما وفرض القيام يتأدي بأدنى ما يتناوله الاسم ولا حجة لهم فى الحديث فانه بقراءة الامام تصير صلاة القوم بالقراءة كما أن بخطبة الامام تصير صلاتهم جميعا بالخطبة وحديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالي عنه يحمل على أنه كان ركنا فى الابتداء ثم منعهم عن القرءة خلفه بعـد ذلك ألا ترى أنه لما سمع رجلا يقرأ خلفه قال مالى أنازع فى القرآن . والقراءة مخالفة لسائر الاركان فما هو المقصود بها لا يحصل بفعل الامام بخلاف القراءة على ما مر ومذهب مالك رحمه الله تعالى مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فان رجـلا سأله أ أقرأ خلف الامام فقال له أما فى الظهر والعصر فنعم * قال (واذا مرت الخادم بين يدى المصـلى فقال سبحان الله أو أومأ بيده ليصرفها لم تقطع صلاته) لما روينا أن النبى صلى الله عليه وسـلم أشار على زينب فلم تقف وقال صلى الله عليه وسلم اذا نابت أحدكم نائبة فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء قال فى الكتاب وأحب الى أن لا يفعل معناه ولا يجمع بين التسبيح والاشارة باليد فان له بأحدهما كفاية فمنهم من قال المستحب أن لا يفـعل شيئاً من ذلك وتأويل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان فى وقت كان العمل فيـه مباحا فى الصلاة فان استأذن عليه انسان فسبح وأراد اعلامه أنه فى الصلاة لحديث علي رضي الله عنه كان لى مدخلان من رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل يوم بأيهما شئت دخلت فكنت اذا أتيت الباب فان لم يكن في الصلاة فتح الباب فدخلت وان كان فى الصلاة رفع صوته بالقراءة فانصرفت ولانه قصد بهذا صيانة صلاته ولو لم يفعل ربما يلح المستأذن حتى يبتلى هو بالغلط في القراءة وان أخبر بخبر يسوءه فاسترجع لذلك فان أراد جوابه قطع صلاته وان لم يرد جوابه لم يقطع لان مطلق الكلام محمول على قصـد التكلم فاذا أراد به الجواب كان جوابا ومعـنى استرجاعه

أعينوني فاني مصاب ولوصرح بهذا لم يشكل فسادصلاته فكذلك اذا أراده بالاسترجاع واذا أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله أو أخبر بما يتعجب منه فقال سبحان الله وأراد جواب المخبر فقد قطع صلاته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف التحميد وأشباه ذلك لا يقطع الصلاة وان أراد به الجواب لان النبي صلى الله عليه وسلم قال انما هي للتسبيح والتهليل وقراءة القرآن فما تلفظ به شرعت الصلاة لأجله فلو فسدت صلاته انما تفسد بنيته ومجرد نية الكلام غير مفسد . ولم يذكر خلاف أبي يوسف فى مسئلة الاسترجاع والأصح أن الكل على الخلاف ومن سلم قال الاسترجاع اظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله والتحميد اظهار الشكر والصلاة شرعت لاجله ﴿ ولنا ﴾ قوله عليه الصلاة والسلام من سبح من غير غضب ولا عجب فله من الاجر كذا وانما جعله مسبحاً اذا لم يقصد به التعجب فثبت له أنه اذا قصد به التعجب كان متعجباً لا مسبحا وهذا لان الكلام مبنى على غرض المتكلم فمن رأي رجلا اسمه يحيي وبين يديه كتاب فقال يايحيي خذ الكتاب بقوة وأراد به خطابه لم يشكل على أحد أنه متكلم لا قارئ واذا قيل للمصلي بأى موضع مررت فقال ببئر معطلة وقصر مشيد وأراد الجواب لا يشكل أنه متكلم به واذا أنشد شعراً فيه ذكر اسم الله لم يشكل أنه كان منشداً لا ذاكراً حتى تفسد صلاته فكذلك فيما نحن فيه * قال (واذا قرأ في صلاته في المصحف فسدت صلاته) عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى صلاته تامة ويكره ذلك وقال الشافعي رضى الله عنه لا يكره لحديث ذكوان مولى عائشة رضى الله عنها أنه كان يؤمها فى شهر رمضان وكان يقرأ فى المصحف ولانه ليس فيه الا حمل المصحف بيده والنظر فيه ولو حمل شيأ آخر لم تفسد صلاته فكذلك المصحف الا أنهما كرها ذلك لانه تشبه بفعل أهل الكتاب والشافعي رحمه الله تعالى قال مانهينا عن التشبه بهم فى كل شيء فانا نأكل كما يأكلون ولابى حنيفة رحمه الله تعالى طريقان . أحدهما أن حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه والتفكر فيه ليفهم عمل كثير وهو مفسد للصلاة كالرمى بالقوس فى صلاته وعلى هذا الطريق يقول اذا كان المصحف موضوعا بين يديه أو قرأ بما هو مكتوب على المحراب لم تفسد صلاته . والاصح ان يقول انه يلقن من المصحف فكانه تعلم من معلم وذلك مفسد لصلاته ألا ترى أن من يأخذ من المصحف يسمى صحفيا ومن لا

يحسن قراءة شئ عن ظهر قلبه يكون أمياً يصلي بغير قراءة فدل أنه متعلم من المصحف وعلى هذا الطريق لافرق بين أن يكون موضوعا بين يديه أو فى يديه وليس المراد بحديث ذكوان أنه كان يقرأ من المصحف فى الصلاة انما المراد بيان حاله انه كان لا يقرأ جميع القرآن عن ظهر القلب والمقصود بيان أن قراءة جميع القرآن فى قيام رمضان ليس بفرض * قال (رجل صلى ومعه جلد ميتة مدبوغ فلا بأس بذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى لا تجوز صلاته ولا ينتفع عنده بجلد الميتة وان كان مدبوغاً الافى الجامد من الاشياء واستدل بحديث عبد الله بن حكيم الليثى قال أتانا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل موته بسبعة أيام وفيه لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم أيما اهاب دبغ فقد طهر وتأويل حديث عبد الله أنه كان قبل الدباغة قال الاصمعى رحمه الله تعالى الاهاب اسم لجلد لم يدبغ فاذا دبغ يسمى أديما ثم المحرم بالموت ما يدخل تحت مصلحة الأكل قال صلى الله عليه وسلم انما حرم من الميتة أكلها وبالدباغ خرج الجلد من أن يكون صالحا للاكل وتبين أن نجاسته بما اتصل به من الدسومات النجسة وقد زال ذلك بالدباغ فصار طاهراً كالخمر تخلل وأصح ما قيل فى حد الدباغ عندنا ما يعصمه من النتن والفساد حتى اذا شمسه أو تربه كان ذلك دباغا عندنا وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه لا يكون دباغا الا بما يزيل الدسومات النجسة عنه وذلك باستعمال الشب والقرض والعفص ﴿ ودليلنا ﴾ فيه أن المقصود اخراجه من أن يكون صالحا لمنفعة الاكل وقد حصل ذلك وبه تبين أنه لم يبق فيه الدسومات النجسة فانها لو بقيت فيه لأنتن بمضى الزمان وكذلك جلود السباع عندنا ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ وقاس بجلد الخنزير والآدمى ﴿ ولنا ﴾ عموم الحديث أيما اهاب دبغ فقد طهر وما ظهر من لبس الناس كجلد الثعلب والفيل والسمور ونحوها في الصلاة وغير الصلاة من غير نكير منكر يدل على طهارته بالدباغ فأما جلد الخنزير فقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يطهر بالدباغ أيضاً وفى ظاهر الرواية لا يحتمل الدباغة فان له جلوداً مترادفة بعضها فوق بعض كما للادمى وانما لا يطهر لعدم احتماله المطهر وهو الدباغ أو لان عينه نجس وجلده من عينه فأما فى سائر الحيوانات النجس ما اتصل بالعين من الدسومات وعلى هذا جلد الكلب يطهر عندنا بالدباغ وقال

الحسن بن زياد رحمه الله تعالى لا يطهر وهو قول الشافعي رضى الله تعالى عنه لان عين الكلب نجس عندهما ولكنا نقول الانتفاع به مباح في حالة الاختيار فلو كان عينه نجسا لما أبيح الانتفاع به فان كان الجلد غير مدبوغ فصلى فيه أو صلى ومعه شئ كثير من لحم الميتة فصلاته فاسدة لانه حامل للنجاسة وان صلى ومعه شئ من أصوافها وشعورها أو عظم من عظامها فصلاته تامة عندنا وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه فيهما حياة وقال مالك رضى الله تعالي عنه فى العظم حياة دون الشعر واستدلوا بقوله تعالى قال من يحيي العظام وهى رميم ولانه ينمو بتمادى الروح فكان فيه حياة فيحله الموت فيتنجس به ومالك يقول العظم يتألم ويظهر ذلك فى السن بخلاف الشعر ﴿ ولنا ﴾ أنه مبان من الحي فلا يتألم به ويجوز الانتفاع وقال صلى الله عليه وسلم ما أبين من الحي فهو ميت فلو كان فيه حياة لما جاز الانتفاع به ولا نقول ان العظم يتألم بل ما هو متصل به فاللحم يتألم وبين الناس كلام فى السن أنه عظم أو طرف عصب يابس فان العظم لا يحدث فى البدن بعد الولادة وتأويل قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم أى النفوس وفى العصب روايتان فى احدي الروايتين فيها حياة لما فيها من الحركة وينجس بالموت ألا ترى أنه يتألم الحي بقطعه بخلاف العظم فان قطع قرن البقرة لا يؤلمها فدل أنه ليس فى العظام حياة فلا يتنجس بالموت واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين مر بشاة ملقاة لميمونة فقال هلا انتفعتم باهابها فقيل انها ميتة فقال انما حرم من الميتة أكلها وهذا نص على أن ما لا يدخل تحت مصلحة الاكل لا يتنجس بالموت وعلى هذا شعر الآدمى طاهر عندنا خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه فان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق شعره قسم شعره أصحابه فلو كان نجساً لما جاز لهم التبرك به ولكن لا ينتفع به لحرمته لا لنجاسته وكذلك عظمه لا ينتفع به لحرمته والذى قيل اذا طحن سن الآدمي مع الحنطة لم يؤكل وذلك لحرمة الآدمى لا لنجاسته فأما الخنزير فهو نجس العين عظمه وعصبه فى النجاسة كلحمه فأما شعره فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز استعماله للخراز لاجل الضرورة وفى طهارته عنه روايتان في رواية طاهر وهكذا روى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه طاهر لما كان الانتفاع به جائزا ولهذا جوز أبو حنيفة بيعه لان الانتفاع لا يتأدى به الا بعد الملك وهو نجس في احدى الروايتين لان الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه ألحق الفيل

بالخنزير والاصح أنه كسائر الحيوانات عظمه طاهر وقد جاء في حديث ثوبان ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس العاج من غير نكير فدل على طهارته * قال (رجل صلى وقدامه عذرة قال لا يفسد ذلك صلاته) لان شرط الصلاة طهارة مكان الصلاة وقد وجد فالنجاسة فيما وراء ذلك لاتضره والمستحب أن يبعد من موضع النجاسة عند أداء الصلاة لان لمكان الصلاة حرمة فيختار لها أقرب الاماكن الى الحرمة وان كانت النجاسة في موضع قيامه فصلاته فاسدة اذا كانت كثيرة لان القيام ركن فلا يتأدى على مكان نجس وكونه على النجاسة ككون النجاسة عليه في افساد الصلاة فان كانت النجاسة في موضع سجوده فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو الظاهر من قول أبي حنيفة وروى أبو يوسف عنه أن صلاته جائزة ووجهه أن فرض السجود يتأدى بوضع الارنبة على الارض عنده وذلك دون مقدار الدرهم . ووجه ظاهر الرواية أن السجود فرض فاذا وضع الجبهة والانف تأدى الفرض بالكل كما اذا طول القراءة أوطول الركوع كان مؤديا للفرض واداء الكل بالفرض في المكان النجس لايجوز والجبهة والانف أكثر من قدر الدرهم وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا سجد على مكان نجس ثم أعاد على مكان طاهر جاز وقال زفر رحمه الله تعالى لا تجوز صلاته . وجه قوله أن السجدة قد فسدت بأدائها على مكان نجس والصلاة الواحدة لا تتجزأ فاذا فسد بعضها فسد كلها كما لوأقام على النجاسة عند التحرم . ووجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الركن لا يتأدى على مكان نجس فكأنه لم يؤدها أصلا حتى أداها على مكان طاهر وهكذا نقول اذا كان عند التحرم على مكان نجس يصير كانه لم يتحرم للصلاة أصلا حتى لو كان متطوعاً لا يلزمه القضاء وان كانت النجاسة في موضع الكفين أو الركبتين جازت صلاته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا تجزئه لان أداء السجدة بوضع اليدين والركبتين والوجه جميعا فكانت النجاسة في موضع الركبتين كهي في موضع الوجه فأكثر مافي الباب أن له بداً من موضع اليدين والركبتين وهذا لا يدل على الجواز لا اذا وضع يده على المكان النجس كما لو لبس ثوبين بأحدهما نجاسة كثيرة لا تجوز صلاته وله بد من لبس الثوب النجس كمابا لا كتفاء بثوب واحد * ولنا * أن وضع اليدين والركبتين على مكان نجس كترك الوضع أصلا وترك وضع اليدين والركبتين في السجود لا يمنع

الجواز كما قاله ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مثل الذى يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذى يصلي وهو مكتوف وبه فارق الوجه فان ترك الوضع فيه يمنع جواز السجود بخلاف الثوبين فان اللابس للثوب مستعمل له فاذا كان نجسا كان حاملا للنجاسة فلهذا تفسد صلاته كما لو كان يمسكه بيده والمصلي ليس بحامل للمكان حتى تفسد صلاته بهذا الطريق بل الطريق ماقلناه أن ماوضعه على مكان نجس يجعل كأنه لم يضعه أصلا * قال (رجل صلى على مكان من الارض قد كان فيه نجاسة فجفت وذهب أثرها جازت صلاته عندنا) وقال زفر رحمه الله تعالى لا تجزئه لان الشرط طهارة المكان ولم يوجد بدليل أن التيمم لا يجوز بهذا الموضع (ولنا) قوله صلى الله عليه وسلم أيما أرض جفت فقد زكت أى طهرت وقال زكاة الارض يبسها ثم النجاسة تحرقها الشمس وتفرقها الريح وتحول عينها الارض وينشفها الهواء فلا تبقى عينها بعد تأثير هذه الاشياء فيها فتعود الارض كما كانت قبل الاصابة وقد مرّ الفرق بين الصلاة والتيمم والصحيح من الجواب أنه لا فرق بين موضع تقع عليه الشمس أو لا تقع وبين موضع فيه حشيش نابت أو ليس فيه لان الحشيش تابع للأرض فان أصاب الموضع ماء فابتل أو ألقي من ترابه فى ماء قليل ففيه روايتان احداهما أنه يعود نجسا كما قبل الجفاف والأخرى وهو الأصح أنه لا يتنجس لان بعد الحكم بطهارته لم يوجد الا اصابة الماء والماء لا ينجس شيئاً بخلاف ما اذا أصابت النجاسة البساط فذهب أثرها لان النجاسة تتداخل فى أجزاء البساط فلا يخرجها الا الغسل بالماء وليس من طبع البساط أن يحول شيئاً الى طبعه ومن طبع الارض تحويل الاشياء الى طبعها فان الثياب اذا طال مكثها فى التراب تصير ترابا فاذا تحولت النجاسة الى طبع الارض بذهاب أثرها حكمنا بطهارة الموضع لهذا وان كان الأثر باقيا لم تجز الصلاة لان ظهور الأثر دليل على بقاء النجاسة * قال (ولا بأس بأن يصلي على الثلج اذا كان ممكنا يستطيع أن يسجد عليه) معناه أن يكون موضع سجوده متلبداً لانه حينئذ يجد جبينه حجم الارض فأما اذا لم يكن متلبداً حتى لا يجد جبينه حجم الارض حينئذ لا يجزئه لانه بمنزلة السجود على الهواء على هذا السجود على الحشيش أو القطن ان شغل جبينه فيه حتى وجد حجم الارض أجزأ والا فلا وكذلك اذا صلى على طنفسة محشوة جازت صلاته اذا كان متلبداً الا على قول مالك رحمه الله تعالى وقد روى عن بعض الصحابة قال ما أبالي صليت على

عشر طنافس أو أكثر وكذلك الصلاة على الحصير لانه عمل الناس فى مساجدهم بخلاف ما يقوله بعض من لا يعتد بقوله انه لا يجوز الصلاة على الحصير لان سائلا سأل عائشة رضى الله تعالى عنها هل صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحصير فاني سمعت قول الله تعالى وجعلنا جهنم للكافرين حصيراً فقالت لا ولكن هذا الحديث شاذ فقد اشتهر عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى على الخمرة وهو اسم لقطعة حصير ومعنى قول الله تعالى وجعلنا جهنم للكافرين حصيراً أي محتبسا وجاء في الحديث الصلاة على ما تنبته الارض أفضل من الصلاة على ما لم تنبته الارض فلهذا اختاروا الحشيش والحصير على البساط * قال (ويكره أن يكون قبلة المسجد الى حمام أو قبر أو مخرج) لأن جهة القبلة يجب تعظيمها والمساجد كذلك قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه ومعنى التعظيم لا يحصل اذا كانت قبلة المسجد الى هذه المواضع التى لا تخلو عن الاقذار * وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا فى مساجد الجماعة فأما فى مسجد الرجل فى بيته فلا بأس بأن يكون قبلته الى هذه المواضع لانه ليس له حرمة المساجد حتى يجوز بيعه وللناس فيه بلوى بخلاف مسجد الجماعة ولو صلى فى مثل هذا المسجد جازت صلاته الا على قول بشر بن غياث المريسى وكذلك لو صلى فى أرض مغصوبة أو صلى وعليه ثوب مغصوب عنده لا يجوز لأن العبادة لا تتأدى بما هو منهى عنه والنهى عندنا اذا لم يكن لمعنى فى الصلاة لا يمنع جوازها وأصل النهى فى هذا الباب حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة فى سبع مواطن المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله . فأما المجزرة والمزبلة فموضع النجاسات لا يجوز الصلاة فيهما لانعدام شرطها وهو الطهارة من حيث المكان . وأما المقبرة فقيل انما نهى عن ذلك لما فيه من التشبه باليهود كما قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد فلا تتخذوا قبرى بعدي مسجداً ورأى عمر رضى الله تعالى عنه رجلا يصلى بالليل الى قبر فناداه القبر القبر فظن الرجل أنه يقول القمر فجعل ينظر الى السماء فما زال به حتى بينه فعلى هذا القول تجوز الصلاة وتكره وقيل معني النهى أن المقابر لا تخلو عن النجاسات فالجهال يستترون بما يشرف من القبور فيبولون ويتغوطون خلفه فعلى هذا

لا تجوز الصلاة لانعدام طهارة المكان . ومعني النهي في الحمام أنه مصب الغسالات والنجاسات عادة فعلى هذا اذا صلى في موضع جلوس الحمامى لا يكره وقيل معنى النهى أن الحمام بيت الشيطان فعلى هذا الكراهة فى كل موضع منه سواء غسل ذلك الموضع أولم يغسل . ومعنى النهى فى قوارع الطريق انه يستضر به المار فعلى هذا اذا كان الطريق واسعا لا يكره وحكي ابن سماعة أن محمداً رحمه الله تعالى كان يصلى على الطريق فى البادية وقيل معنى النهى فى قوارع الطرق أنها لا تخلو عن الارواث والابوال عادة فعلى هذا لا فرق بين الطريق الواسع والضيق . ومعني النهى في معاطن الابل قيل لأنها لاتخلو عن النجاسة عادة الاأنه جاء فى الحديث صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى معاطن الابل وفيما يكون منها المعاطن والمرابض سواء وقيل معنى النهي أن الابل ربما تصول على المصلى فيبتلى بما يفسد صلاته وهذا لايتوهم من الغنم . وأما فوق ظهر بيت الله النهى عندنا لان الانسان منهى عن الصعود على سطح الكعبة لما فيه من ترك التعظيم فلا يمنع جواز الصلاة وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه هذا النهي لافساد صلاته حتى اذا صلى على سطح الكعبة وليس بين يديه سترة لا تجوز صلاته عنده على ما بينه فى آخر الكتاب * قال (ومن زحمه الناس فلم يجد موضعا للسجود فسجد على ظهر رجل أجزأه) لقول عمر رضى الله تعالى عنه اسجد علي ظهر أخيك فانه مسجد لك وقال في خطبته حين طلب من الناس أن يوسع المسجد أيها الناس ان هذا مسجد بناه رسول الله صلى الله عليه وسلم والمهاجرون والانصار معه فمن لم يجد موضعا فليسجد على ظهر أخيه * وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال ان كان السجود علي ظهر شريكه فى الصلاة يجوز والا فلا لان الجواز للضرورة وذلك عند المشاركة فى الصلاة ومن أصحابنا من قال المراد ظهر القدم فأما اذا سجد علي ظهره فهو راكع لا ساجد فلا يجزئه وهو قول الحسن بن زياد والاصح أنه يجوز لأن الرخصة فيه ثابتة شرعا للضرورة ومن اقتدى بامام ينوى صلاته ولم يدر أنها الظهر أوالجمعة أجزأه أيهما كان لانه بني صلاته علي صلاة الامام وذلك معلوم عند الامام فالعلم في حق الاصل يغني عنه في حق التبع والبناء والاصل فيه حديث علي وأبى موسى رضي الله تعالى عنهما فانهما قدما من اليمن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم أهللتما فقالا باهلال رسول الله صلي الله عليه وسلم فجوّز ذلك لهما وان لم يكن معلوما عندهما وقت الاهلال فان

لم ينو صلاة الامام ولكنه نوى الظهر والاقتداء اذا كان امامه فى الجمعة فصلاته فاسدة لأنه يؤدي غير صلاة الامام وتغاير الفرضين يمنع الاقتداء وفي غير رواية أبي سليمان قال اذا نوى صلاة الامام والجمعة فاذا هى الظهر جازت صلاته وهـذا صحيح فقد تحقق البناء بنية صلاة الامام ولا يعتبر بما زاد بعـد ذلك وهو كمن نوى الاقتـداء بهـذا الامام وعنده أنه زيد فاذا هو عمـرو وكان الاقتداء صحيحا بخلاف ما اذا نوى الاقتداء بزيد فاذاهو عمرو * قال (واذا صلى الرجـل المكتوبة كرهت له أن يعتمد على شئ الا من عذر)لان فى الاعتماد تنقيص القيام ولا يجوز ترك القيام فى المكتوبة الا من عـذر فكذلك يكره تنقيصه بالاعتماد الا من عذر وان فعل جازت صلاته لوجود أصل القيام ولم يبين الاعتماد في التطوع فقيل لا بأس به لان ترك القيام يجوز فى التطوع فتنقيصه أولى وقيل بل يكره لان فى الاعتماد بعض التنعم والتجبر ولا ينبغي للمصلى أن يفعل شيأ من ذلك بغير عـذر وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأي فى المسجد حبلا ممدوداً فقال لمن هذا فقيل لفلانة تصلى بالليـل فاذا أعيت اتكأت فقال لتصل فلانة بالليـل مابسطت فاذا أعيت فلتنم * قال (ومن نسى تكبيرة الافتتاح حتى قرأ لم يكن داخلا فى الصلاة) وكان عطاء يقول تكبيرة الركوع تنوب عن تكبيرة الافتتاح وهـذا فاسـد فان أركان الصلاة لا تكون الا بعد التحريمة والتحرم للصلاة بالتكبير يكون فاذا لم يكبر للافتتاح لم يكن داخـلا فى الصلاة * قال (واذا افتتح التطوع قائمـا ثم أراد أن يقعد من غير عـذر فله ذلك عنـد أبي حنيفة استحسانا) وقال أبو يوسف ومحمـد رحمهـما الله تعالى لايجزئه قياسا لان الشروع ملزم كالنـذر ومن نذر أن يصلى ركعتين قائمـا لم يجزه ان يقـعد فيهما فكذلك اذا شرع قائما لم يجزه أن يقعد فيهما فكذلك اذا شرع قاعداً وأبو حنيفـة يقول القعود في التطوع بلا عـذر كالقعود في الفرض بعـذر ثم هناك لافرق بين حال الابتداء أو البقاء فكذلك هنا وهذا لانه فى الابتداء كان مخيراً بين القيام والقعود وخياره فيما لم يؤد باق والشروع انما يلزمه ما باشر ولا صحة لما باشر الابه وللركعة الاولى صحة بدون القيام فى الركعة الثانية بدليل حالة العـذر فلم يلزمـه القيام بالشروع بخلاف النـذر فهو التزام بالتسمية وقد نص فيـه على صفة القيام ولارواية فيما اذا أطلق النذر فقيل يلزمه بصفة القيام اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما يوجب الله تعالى عليه مطلقا وقيل لا يلزمـه لان القيام وراء ما به يتم التطوع

ولا يلزمه الا بالتنصيص عليه كالتتابع فى الصوم وقيل هو على الخلاف على قياس مامر فى الشروع فان افتتحها قاعداً فقضي بعضها قائما و بعضها قاعداً أجزأه لما روى عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفتتح التطوع قاعداً فيقرأ ورده حتى اذا بقي عشر آيات أو نحوها قام مقام قراءته ثم ركع وسجد وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية فقد انتقل من القعود الى القيام ومن القيام الى القعود فدل أن ذلك جائز في التطوع * قال (واذا افتتح التطوع على غير وضوء أوفى ثوب نجس لم يكن داخلا في صلاته ولا يلزمه القضاء) لان الشروع لم يصح ووجوب القضاء والاتمام ينبني عليه (وان افتتحها نصف النهار أوحين تحمر الشمس أوعند طلوعها فان صلى كذلك فقد أساء ولا يبنى عليه) لانه أداها كما شرع فيها وان قطعها فعليها القضاء الاعلى قول زفر رحمه الله تعالى فانه يعتبر الشروع فى الصلاة في الاوقات المكروهة بالشروع فى صوم يوم النحر لعله ان يرتكب المنهى والفرق لنا أن بالشروع هناك يصير صائما مرتكبا للمنهي وهاهنا بنفس الشروع لا يصير مصليا ما لم يقيد الركعة بالسجدة وارتكاب المنهى فيه ولان هناك لا يتصور الاداء بذلك الشروع الا بصفة الكراهة وهاهنا يتصور بأن يصبر حتى يذهب الوقت فلهذا ألزمناه القضاء والفرق بين هذا و بين ماسبق أن الشروع كالنذر والنذر بالصلاة في هذه الاوقات يصح فكذلك الشروع فأما النذر بالصلاة بغير وضوء لا يصح * وهنا مسائل . اذا نذر أن يصلي ركعتين بغير وضوء أوعريانا أو بغير قراءة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالي في المواضع كلها يلزمه ماسمى في الصلاة الصحيحة ومازاد في كلامه فهو لغو وعند زفر رحمه الله تعالى لا يلزمه شئ فى الاحوال كلها لان ماسماه في نذره ليس بقربة وعند محمد رحمه الله اذا سمي ما لا يجوز أداء الصلاة معه بحال كالصلاة بغير طهارة لا يلزمه شئ واذا سمى ما يجوز أداء الصلاة معه فى بعض الاحوال كالصلاة بغير قراءة تلزمه * قال (وان افتتح صلاة التطوع وقت طلوع الشمس ثم قطعها ثم قضاها وقت تغير الشمس أجزأه) لانه لوأتمها فى ذلك الوقت أجزأه فكذلك اذا قضاها فى مثل ذلك الوقت * قال (واذا صلت المرأة وهي حاملة ابنتها أجزأها) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلى في بيته وأمامة بنت أبي العاص يحملها على عاتقه فكان اذا سجد وضعها واذا قام رفعها * قال (وهي مسيئة فى ذلك) لانها شغلت نفسها بما ليس من أعمال صلاتها وأدنى مافيه أن ذلك يمنعها من سنة الاعتماد ﴿ فان قيل ﴾

ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يفعل فى صلاته ماهو مكروه ﴿قلنا﴾ تأويله أنه كان في وقت كان العمل فى الصلاة مباحا أولم يكن الاعتماد سنة * قال (وان صلى وفي فمه شي يمسكه جازت صلاته) وهذا اذا كان فى فمه درهم أودينار أو لؤلؤة على وجه لا يمنعه من القراءة فان كان يمنعه من القراءة لا تجوز صلاته لانه أكل وكذلك ان كان فى فمه سكرة لا تجوز صلاته لانه أكل ولذلك ان كان فى كفه متاع يمسكه جازت صلاته كما لو ترك الاعتماد أو وضع اليدين على الركبتين فى الركوع . والمصلي قاعدا تطوعا أوفريضة بعذر يتربع ويقعد كيف شاء من غير كراهة ان شاء محتبيا وان شاء متربعا لانه لما جاز له ترك أصل القيام فترك صفة القعود أولى وقال زفر رحمه الله تعالى يقعد على ركبتيه كما يفعله في التشهد وقال أبو يوسف يؤدي جميع صلاته متربعا في حال قيامه فاذا أراد أن يركع قعد على ركبتيه ليكون أيسر عليه * قال (واذا صلى فوق المسجد مقتديا بالامام أجزأه) لحديث أبي هريرة أنه وقف على سطح المسجد واقتدى بالامام وهو فى جوفه وهذا اذا كان وقوفه خلف الامام أو بحذائه فاذا كان متقدما عليه لم يجزه كما لو افتتحها في جوف المسجد * قال (وكذلك ان كان على سطح بجنب المسجد وليس بينهما طريق) وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه لا يصح اقتداؤه لانه ترك مكان الصلاة بالجماعة من غير ضرورة ﴿ولنا﴾ أن اقتداءه وهو على سطح بجنب المسجد بمنزلة اقتدائه به وهو فى جوف المسجد معه لانه لا يشتبه عليه حال امامه وليس بينهما مانع من الاقتداء فلهذا جوزناه * قال (ولا بأس بالصلاة في بيت فى قبلته تماثيل مقطوعة الرأس) لان التمثال تمثال برأسه فبقطع الرأس يخرج من أن يكون تمثالا بيانه فيما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدي اليه ثوب عليه تمثال طائر فأصبحوا وقد محا وجهه وروى أن جبريل صلوات الله عليه استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأذن له فقال كيف أدخل وفي البيت قرام فيه تمثال خيول ورجال فاما أن تقطع رؤسها أو تتخذ وسائد فتوطأ ولان بعد قطع الرأس صار بمنزلة تماثيل الشجر وذلك غير مكروه انما المكروه تمثال ذى الروح هكذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه نهى مصوراً عن التصوير فقال كيف أصنع وهو كسبي قال ان لم يكن بد فعليك بتمثال الاشجار وان علياً رضى الله تعالى عنه قال من صور تمثال ذى الروح كلف يوم القيامة أن ينفخ فيه الروح وليس بنافخ . وان لم تكن مقطوعة الرأس كرهتها فى القبلة لان فيه تشبيها بمن يعبد الصور. ولكن هذا اذا كان كبيراً يبدو

للناظرين من بعيد فان كان صغيراً فلا بأس لان من يعبد الصورة لا يعبد الصغير منها جداً وقد كان على خاتم أبي موسى ذبابتان ولما وجد خاتم دانيال صلوات الله وسلامه عليه كان على فصه أسدان بينهما رجل يلحسانه كأنه كان يحكى بهذا ابتداء حاله أو لان التمثال فى شريعة من قبلنا كان حلالا قال الله تعالى يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل وكما يكره فى القبلة يكره فى السقف أو عن يمين القبلة أو عن يسارها لان الأثر قد جاء أن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة فيجب تنزيه مواضع الصلاة عن ذلك الا أنه اذا كانت الصورة على الحائط الذى هو خلف المصلى فالكراهة فيه أيسر لان معنى التعظيم والتشبيه بمن يعبد الصور تنعدم هنا وكذلك ان كانت الصورة على الارض والازر والستور وأما على البساط فنقول اتخاذ الصورة على البساط مكروه ولكن لا بأس بالنوم والجلوس عليه لان البساط يوطأ فلا يحصل فيه معنى التعظيم وكذلك الوسادة ألا ترى أنه قال فى حديث جبريل أو تتخذ وسائد فتوطأ فان كان المصلى على البساط ان كانت الصورة في موضع وجهه أو أمامه فهو مكروه لان فيه معنى التعظيم يحصل بتقرب الوجه من الصورة وان كانت في موضع قدميه فلا بأس به لان معنى التعظيم فيه لا يحصل فصلاته جائزة على كل حال لان الكراهة ليست لمعنى راجع الى الصلاة * قال (رجل قارئ دخل في صلاة أمى تطوعا أو في صلاة امرأة أو جنب ثم أفسدها على نفسه فليس عليه قضاؤها) لان شروعه فى الصلاة لم يصح حين اقتدي بمن لا يصلح اماما له ولا يتمكن من أداء الصلاة خلفه ووجوب القضاء يكون بالافساد بعد صحة الشروع * قال (واذا وقفت جارية مراهقة تعقل الصلاة بجنب رجل خلف الامام وهما فى صلاته فسدت صلاة الرجل) استحسانا وفى القياس لا تفسد لان صلاة غير البالغة تخلق وليست بصلاة حقيقية ووجه الاستحسان أنها تؤمر بالصلاة وتضرب علي ذلك كما ورد به الحديث فكانت كالبالغة فى المشاركة في أصل الصلاة وعليه ينبنى الفساد بسبب المحاذاة لأنها تشتهى فلا يصفو قلب الرجل عن الشهوة في حال المناجاة عند محاذاتها وهذا المعنى موجود هنا قال ألا ترى أنها لو صلت بغير وضوء أو عريانة أمرتها أن تعيد الصلاة لأنها انما تؤمر بالصلاة لتتعود فلا يشق عليها اذا بلغت وذلك اذا أدت بصفة يجوز أداؤها بتلك الصفة بعد البلوغ بحال فان أدت بغير طهارة أو عريانة لا يحصل هذا المقصود فلهذا أمرت بالاعادة ولو صلت بغير قناع فى القياس تؤمر بالاعادة كما اذا صلت

عريانة لان الرأس منها عورة ولكنه استحسن فقال تجزئها صلاتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار معناه صلاة بالغة فثبت أن صلاة غير البالغة تجوز بغير الخمار ولان من البالغات من تصلى بغير قناع وهى المملوكة وتجوز صلاتها فصلاة غير البالغة أولى بخلاف العريانة * قال (وللامة أن تصلي بغير قناع) لحديث عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر وكذلك المكاتبة والمدبرة وأم الولد لان الرق قائم فيهن فليس لرؤسهن حكم العورة فان أعتقت فى صلاتها أخذت قناعها ومضت فى صلاتها استحسانا وفى القياس تستقبل كالعريانة اذا وجدت ثوبا فى خلال الصلاة. وجه الاستحسان أن فرض الستر لزمها في خلال الصلاة مقصوراً عليها وقد أتت به كما لزمها بخلاف العريانة لان فرض الستر كان عليها قبل الشروع ولكنها كانت عريانة بعذر العجز فاذا أزيل استقبلت كالمتيمم اذا وجد الماء فى خلال الصلاة توضأ واستقبل والمتوضئ اذا سبقه الحدث توضأ وبنى على صلاته فهذا مثله

باب صلاة المريض

الاصل فى صلاة المريض قوله تعالى الذين يذكرون الله قياما وقعوداً وعلى جنوبهم قال الضحاك فى تفسيره هو بيان حال المريض فى أداء الصلاة على حسب الطاقة ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمران بن حصين يعوده فى مرضه فقال كيف أصلى فقال عليه الصلاة والسلام صل قائما فان لم تستطع فقاعداً فان لم تستطع فعلى الجنب تؤمي ايماء فان لم تستطع فالله أولى بالعذر اى بقبول العذر منك ولان الطاعة على حسب الطاقة قال الله تعالى لا يكلف الله نفساً الا وسعها ولقوله تعالى فاتقوا الله ما استطعتم. فاذا عرفنا هذا فنقول المريض اذا كان قادراً على القيام يصلى قائما فاذا عجز عن القيام يصلى قاعداً بركوع وسجود واذا كان عاجزاً عن القعود يصلى بالايماء لانه وسع مثله فان كان قادراً على القيام فى أول الصلاة وعجز عن القيام فانه يقعد وفرق بين هذا وبين الصوم فان المريض اذا كان قادراً على الصوم في بعض اليوم ثم عجز فانه لا يصوم أصلا وهنا يصلى. وجه الفرق بينهما وذلك لان فى الصوم لما أفطر فى آخر اليوم لم يكن فعله فى أول اليوم معتداً فلا يشتغل به وفى الصلاة وان

قعدفى آخره ولكن فعله فى أول الصلاة وقع معتداً فيشتغل به وأما اذا كان قادراً على القيام وعاجزاً عن الركوع والسجود فانه يصلى قاعداً بإيماء وسقط عنه القيام لان هذا القيام ليس بركن لان القيام انما شرع لافتتاح الركوع والسجود به فكل قيام لايعقبه سجود لايكون ركناً ولان الايماء انما شرع للتشبه بمن يركع ويسجد والتشبه بالقعود أكثر ولهذا قلنا بأن المومىء يجعل السجود أخفض من ركوعه لان ذلك أشبه بالسجود الا أن بشراً يقول انما سقط عنه بالمرض ما كان عاجزاً عن اتيانه فأما فيما هو قادر عليه لايسقط عنه ولكن الانفصال عنه على مابينا ان كان عاجزاً عن القعود يصلى بالايماء مضطجعاً مستلقياً على قفاه ووجهه نحو القبلة عند علمائنا رحمهم الله تعالى وهو مذهب عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما وقال الشافعى رحمه الله تعالى يضطجع على جنبه الايمن ووجهه نحو القبلة واحتج بحديث عمران ابن حصين قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الجنب تومي ايماء فالنبى صلى الله عليه وسلم نص على الجنب ولان فيما قلنا وجهه الى القبلة وكما اذا احتضر يضطجع على شقه الايمن هكذا يصلى أيضاً وكذلك يوضع فى القبر هكذا الا أن أصحابنا قالوا بانه اذا استلقى على قفاه كان أقرب الى استقبال القبلة فالجانبان منه الى القبلة ووجهه الى ماهو القبلة وفيما قاله الشافعى رحمه الله تعالى وجهه الى رجله وذا ليس بقبلة وكذلك اذا قدر على القيام فوجهه أيضاً يكون الى القبلة بخلاف ما اذا احتضر فان هناك لم يكن مرضه على شرف الزوال فافترقا من هذا الوجه . وأما الجواب عن احتجاجه بحديث عمران بن حصين رضى الله تعالى عنه فلما قيل بأن مرضه كان باسوراً فلا يمكنه أن يستلقى على قفاه . والثاني وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فعلى الجنب تومئ ايماء يعنى ساقطاً على الجنب كقوله فاذا وجبت جنوبها أي سقطت فكذلك هنا * قال (المومئ اذا اقتدى بالمومئ يصح اقتداؤه به) لقوله عليه الصلاة والسلام الامام ضامن معناه صلاة الامام تتضمن صلاة المقتدى وتضمن الشئ انما يتحقق فيما هو مثله أو فوقه ولا يتحقق فيما هو دونه وهاهنا حال المقتدى مثل حال الامام أو دونه فيصح اقتداؤه به فاذا عرفنا هذا فنقول بأن الامام ان كان قائما أو قاعداً أو مومياً يصح اقتداؤه به لان حاله مثل حال الامام أو دونه فان كان الامام قارئا والمقتدى قارئا أو أمياً يصح اقتداؤه به لان حاله مثل حال الامام أو دونه فأما اذا كان الامام قاعداً والمقتدى قائما يصح عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى استحساناً وعند محمد

رحمه الله تعالى لا يصح قياساً . وجه قول محمد رحمه الله تعالى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يؤمن أحد بعدى جالساً وهذا نص عن عليّ رضى الله عنه أنه قال لايؤم المتيم المتوضئين ولا المقيد المطلقين وهذا نص والمعنى فيه وذلك أن الامام صاحب عذر فمن كان حاله مثل حال الامام يصح اقتداؤه به وما لا فلا كامامة صاحب الجرح السائل للاصحاء ولاصحاب الجروح . وتأثير هذا الكلام وهو ان القيام ركن والمقتدى ينفرد بهذا الركن فلو قلنا بانه يصح اقتداؤه به يكون هذا مقتدياً بالبعض دون البعض وهذا لا يجوز ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى بأصحابه وكان قاعداً وهم قيام خلفه فانه لما ضعف فى مرضه قال مروا أبا بكر يصلى بالناس فقالت عائشة لحفصة قولى له ان أبا بكر رجل أسيف اذا وقف فى مكانك لا يملك نفسه فلو أمرت غيره فقالت ذلك كرتين فقال انكن صاحبات يوسف مروا أبا بكر يصلى بالناس فلما شرع أبو بكر فى الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم خفة فى نفسه فخرج وهو يهادى بين الفضل بن عباس وبين عليّ وكان رجلاه تخطان الارض حتى دخل المسجد فسمع أبو بكر حس مجىء النبي صلى الله عليه وسلم فتأخر وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وقعد وكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم والقوم يكبرون بتكبير أبي بكر وأبو بكر يكبر بتكبير رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة يكبرون بكبير أبي بكر وهذا آخر فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في مرضه فيكون ناسخاً لما كان قبله على ما جاء في حديث جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال سقط رسول الله صلى الله عليه وسلم عن فرسه فجُحِشَ شقه الايسر فلم يخرج أياماً فالصحابة دخلوا عليه فوجدوه فى الصلاة قاعداً فاقتدوا به قياماً فأشار اليهم أن اقعدوا فلما فرغ من صلاته قال انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا على أئمتكم فان صلى قاعداً فصلوا قعوداً أجمعين وان صلى قائماً فصلوا قياماً أجمعين ولا يؤمن أحد بعدى جالساً ولكنا نقول صار هذا منسوخاً بفعله الآخر وهو ما روينا فى حديث مرض موته صلى الله عليه وسلم وأما حديث على رضى الله تعالى عنه قلنا لا يمكن العمل به لان فى الحديث زيادة وهو قوله ولا الماسح للغاسلين وبالاجماع امامة الماسح للغاسل جائزة فدل انه لا يمكن العمل به . والفقه فيه أن الامام صاحب بدل صحيح فاقتداء صاحب الاصل به صحيح كالماسح على الخفين اذا أمّ الغاسلين بخلاف صاحب

الجرح السائل ونحوه لانه ليس بصاحب بدل صحيح ولان بين القيام والقعود تقاربا في الصلاة حتى يجوز القعود في التطوع من غير عذر وهذا لان القائم كلا الجانبين منه مستو فالقاعد أحد الجانبين منه منثن فكان بينهما تقارب فيصح اقتداؤه به كاقتداء القائم بالراكع وان كان الامام يصلي بالايماء مضطجعاً والمقتدى يصلى بركوع وسجود لا يصح اقتداؤه به عندنا خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول كل واحد منهما مؤدماهو مستحق عليه بصفة الصحة فيصح اقتداؤه به نظيره اقتداء المتوضئ بالمتيمم والغاسل بالماسح ولكنا نقول بان حال المقتدى فوق الامام لان الاكتفاء بالايماء مع القدرة على الركوع والسجود يمنع جواز الصلاة فيمنع صحة الاقتداء ولان الايماء ليس ببدل عن الركوع والسجود لانه بعضه فلو قلنا بأنه يصح اقتداؤه به يكون هذا اقتداءً بالبعض دون البعض وهذا لا يجوز بخلاف التيمم والمسح فان التيمم بدل عن الوضوء والمسح بدل عن الغسل فيصح اقتداؤه به بالاجماع . فان كان الامام يصلى قاعداً بالايماء والمأموم يصلى قائماً بالايماء يصح اقتداؤه به لان هذا القيام ليس بركن حتى كان الاولى تركه فيجعل كأن لم يكن ولو كان معدوما أصلا يصح اقتداؤه به لان هذا اقتداء القاعد بالقاعد فكذلك هنا فان كان الامام يصلى بالايماء مضطجعا والمقتدى يصلى بالايماء قاعداً أو قائماً لا يصح اقتداؤه بالاجماع لان حاله فوق حال الامام فيمنع صحة الاقتداء * قال (فان نزع الماء من عينيه وأمر بأن يستلقى على قفاه أياما ونهى عن القيام والقعود له أن يصلى بالايماء مضطجعاً عند علمائنا) وقال مالك رحمه الله ليس له ذلك واحتج بما روى عن عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال له طبيب بعد ما كف بصره لو صبرت أياماً مستلقيا على قفاك لصحت عيناك فشاور في ذلك عائشة رضى الله تعالى عنها والصحابة فلم يرخصوا له في ذلك وقالوا له أرأيت لو مت في هذه الايام كيف تصنع بصلاتك فلو جاز ذلك لجوزوا له الا أن علماءنا قالوا بأن حرمة الاعضاء كحرمة النفس ثم اذا خاف الهلاك على نفسه من عدو أو سبع كان معه له أن يصلى مستلقيا على قفاه فكذلك هنا وأما حديث عبد الله بن عباس قلنا يحتمل أنه انما لم يرخصوا له في ذلك لانه لم يظهر عندهم صدق ذلك الطبيب فيما يدعى فلهذا لم يرخصوا له * قال (ولو أن المريض اذا صلى الى غير القبلة متعمدا لا تجوز وان أخطأ تجوز) معناه اذا اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة وصلى اليها ثم تبين أنه أخطأ القبلة تجوز صلاته وان تعمد لا تجوز لحديث على رضى الله تعالى عنه أنه قال قبلة المتحري جهة قصده . فالحاصل أن المريض انما

يفارق الصحيح فيما هو عاجز عنه وأما فيما هو قادر عليه هو والصحيح سواء ثم الصحيح اذا اشتبهت عليه القبلة فى المغارة فتحرى الى جهة وصلى اليها ثم تبين أنه أخطأ القبلة تجوز صلاته ولو تعمد لا تجوز فكذلك هذا وقال محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله تعالى اذا كان وجهه الى غير القبلة ولا يمكنه أن يحول وجهه الى القبلة ولا يجد أحداً بأن يحول وجهه الى القبلة له أن يصلى الى غير القبلة فاذا برأ أعاد الصلاة ولكنا نقول فى ظاهر الرواية لا يجب عليه اعادة الصلاة لأن التوجه الى القبلة شرط جواز الصلاة والقيام والقراءة والركوع والسجود أركان الصلاة ثم ماسقط عنه من الاركان بعذر المرض لا يجب عليه اعادة الصلاة فكذلك ما سقط عنه من الشروط بعذر المرض لا يجب عليه اعادة الصلاة. وأما اذا صلى بغير طهارة أو بغير قراءة أو عريانا لا تجوز صلاته لما بينا أنه فيما هو قادر عليه هو والصحيح سواء ثم الصحيح اذا صلى بغير طهارة أو بغير قراءة أو عريانا لا تجوز صلاته فكذلك هنا *قال (قوم مرضى فى بيت مظلم اشتبهت عليهم جهة القبلة صلوا بجماعة فتحرى كل واحد منهم الى جهة وصلى اليها جازت صلاة الكل) لأنها تجوز من الاصحاء بهذه الصفة فمن المرضي أولى قال الحاكم رحمه الله تعالى انما جازت صلاة المقتدي اذا كان المقتدى لا يعلم أنه خالف امامه فأما اذا علم أنه خالف امامه لا تجوز صلاته لانه اعتقد فساد صلاة الامام والاصل أن المقتدى اذا اعتقد فساد صلاة الامام تفسد صلاته وهذا بخلاف ما اذا صلى فى جوف الكعبة وان علم أنه خالف امامه جازت صلاته لانه ما اعتقد فساد صلاة الامام الا اذا كان مقدما على الامام فحينئذ لا تجوز صلاته *قال (مريض متحر أو مسافر متحر تبين له فى خلال الصلاة أنه أخطأ القبلة له أن يحول وجهه الى القبلة ويبنى على صلاته ولا يجب عليه أن يستقبل) لحديث أهل قباء أخبروا في خلال الصلاة أن القبلة حولت من بيت المقدس الى الكعبة فاستداروا كهيئتهم وهم فى ركوع فجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن المؤدى حصل بالاجتهاد وهذا اجتهاد آخر والاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله كالقاضى اذا قضى فى حادثة بالاجتهاد ثم ظهر أن اجتهاده كان خطأ في تلك الحادثة باجتهاد آخر لا ينقض قضاؤه فكذلك ها هنا* قال (المريض المومئ اذا وجب عليه سجدتا السهو يومئ ايماء لسهوه) لان سجدتى السهو دون الصلبية وتلك تتأدى بالايماء فهذا أولى فلو أنه عجز عن الايماء بالرأس سقط عنه الصلاة عند علمائنا

الثلاثة وقال زفر والحسن رحمهما الله تعالى يومئ بعينيه وان عجز عن الايماء بالعينين قال زفر رحمه الله تعالى وحده يومئ بالقلب لأنه وسع مثله ولكنا نقول بأن الايماء عبارة عن الاشارة والاشارة انما تكون بالرأس فأما العين يسمى انحاءً ولا يسمى ايماءً وبالقلب يسمى نية وعزيمة وبمجرد النية لا تتأدى الصلاة ونصب الابدال بالرأى لايجوز. ثم اذا برأ ينظر ان كان معتقا بعدهذه الحالة حتى اذا برأ يجب اعادة الصلاة فان كان مغمى عليه ينظر اذا كان مغمى عليه يوما وليلة أوأقل يجب عليه اعادة الصلاة وان كان أكثر من يوم وليلة لا يجب عليه اعادة الصلاة عند علمائنا وقال بشر تجب عليه اعادة الصلاة وان طال الاغماء .هو يقول الاغماء نوع مرض فلا يسقط القضاء كالنوم وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه اذا استوعب وقت صلاة كاملة لايجب عليه اعادة الصلاة ويقول وجوب القضاء ينبنى على وجوب الاداء ولا يجب عليه الاداء فلا يجب عليه القضاء * ولنا * ماروى عن عليّ رضى الله تعالى عنه أنه أغمي عليه فى أربع صلوات فقضاهن وعن عماربن ياسر أنه أغمي عليه يوما وليلة فقضاها وعبد الله بن عمر أغمى عليه ثلاثة أيام ولياليها فلم يقضها . والفقه فيه هو أن الاغماء اذا طال يجعل كالطويل عادة وهو الجنون والصغر واذا قصر يجعل كالقصير عادة وهو النوم فيحتاج الى الحد الفاصل بين القصير والطويل فان كان يوما وليلة أو أقل فهو قصير لأن الصلاة لم تدخل في حد التكرار وان كان أكثر من يوم وليلة يكون طويلا لان الصلاة دخلت تحت حد التكرار * وروى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال اذا أغمى عليه يوماوليلة يجب عليه القضاء ولكن يعتبر بالساعات لا بالصلوات والاول أصح * قال (واذا لم يستطع السجود لمرض أو جرح أو خوف فهو كله سواء ويومئ) لانه وسع مثله * قال (فان عجزعن القراءة تسقط عنه القراءة) لان القراءة ركن كما أن القيام ركن فلو عجز عن القيام سقط عنه القيام فكذلك هنا * قال (وان كان على جبهته جراحة ولا يمكنه أن يسجد على الجبهة قال يسجد على أنفه) لان الانف مسجد كالجبهة * قال (ويكره للمريض المومى أن يرفع اليه عود أو وسادة ليسجد عليه) لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه دخل على مريض ليعوده فوجده يسجد على عوده فقال له ان قدرت أن تسجد على الارض فاسجد والا فأوم برأسك وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه دخل على أخيه عتبة يعوده فى مرضه فرأى عوداً يرفع بين يديه وكان يسجد عليه فأخذ العود من يد من كان فى يديه

وقال ان هذا شئ عرض لكم الشيطان فأوم بسجودك وعبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنه رأى مريضاً يفعل هكذا فقال أتخذون مع الله آلهة فدل أنه يكره له ذلك وان سجد هل يجوز له ذلك قال ينظر ان خفض رأسه للركوع ثم للسجود يجوز بالايماء لا بوضع الرأس على العود حتى أنه لو رفع العود الى جبهته ووضع عليه جبهته لا يجوز لانه ترك ركناً من أركان الصلاة وهو الايماء فقلنا بأنه لا يجوز وأما اذا سجد على الوسادة يجزئه لما روى عن أم سلمة أنها كان بها رمد فسجدت على المرفقة فجوزلها رسول الله صلى الله عليه وسلم * قال (ولو أن المريض اذا صلى بالايماء مضطجعاً ثم قدر على الركوع والسجود في آخر الصلاة يجب عليه أن يستقبل الصلاة) ولا يبنى الا على قول زفر رحمه الله تعالى وهذا بناء على أصل وهو أن المنفرد يبنى آخر صلاته على أول صلاته كالمقتدى يبنى صلاته على صلاة الامام ففى كل موضع يصح الاقتداء يصح البناء والا فلا فنقول بأن الامام اذا صلى بالايماء مضطجعا والمقتدي يصلى بالركوع والسجود لا يصح اقتداؤه به فكذلك هنا لا يجوز له البناء وأما اذا صلى قاعداً بالركوع والسجود ثم برأ وقدر على القيام فى بعض الصلاة له أن يبنى على صلاته ولا يجب عليه أن يستقبل لان الامام اذا صلى قاعداً والمقتدى قائما يصح الاقتداء به عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فكذلك يصح البناء وأما اذا شرع فى الصلاة قائما ثم عجز عن القيام في خلال الصلاة وقعد له أن يبنى على صلاته لان هذا بناء القوى على الضعيف وذلك يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

باب سجود السهو

الاصل فى سجود السهو ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سها في صلاته فسجد وفي حديث ثوبان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل سهو سجدتان بعد السلام وكان أبو الحسن الكرخي يقول هو واجب استدلالا بما قال محمد رحمه الله تعالى اذا سها الامام وجب على المؤتم أن يسجد. ووجهه أنه جبر لنقصان العبادة فكان واجباً كدماء الجبر فى باب الحج وهذا لان أداء العبادة بصفة الكمال واجب وصفة الكمال لا تحصل الا بجبر النقصان . وغيره من أصحابنا كان يقول انه سنة استدلالا بما قال محمد رحمه الله تعالى ان العود الى سجود السهو لا يرفع التشهد ولو كان واجباً لكان رافعاً للتشهد كسجدة التلاوة

ولانه يجب بترك بعض السنن والخلف لا يكون أقوى فوق الاصل . اذا عرفنا هذا فنقول اذا سها ولم يدر أثلاثا صلى أم أربعاً وذلك أول ما سها استقبل الصلاة لحديث عبد الله ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شك فى صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أم أربعا فليستقبل ولان الاستقبال لا يريبه والمضيّ يريبه بعد الشك والاحتياط في العبادة ليؤديها بكمالها واجب . ومعنى قوله وذلك أول ما سها أن السهو ليس بعادة له لانه لم يسه فى عمره قط وان اتى ذلك غير مرة تحرى الصواب وأتم الصلاة على ذلك لحديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شك فى صلاته فليتحر الصواب ولانا لو أمرناه بالاستقبال يقع فى الشك ثانياً وثالثاً اذا صار ذلك عادة له فيتعذر عليه المضى فى الصلاة فلهذا تحرى وشهادة القلب فى التحرى تكفى عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم المؤمن ينظر بنور الله وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يكفى ما لم ينضم اليه دليل آخر لانه مجرد الظن وان الظن لا يغنى من الحق شيئاً وان لم يكن له تحر أخذ بالاقل لحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شك فى صلاته فليأخذ بالاقل وليصل حتى يشك فى الزيادة كما يشك فى النقصان ولانه متيقن بوجوب الاداء عليه فلا يترك هذا اليقين الا بيقين مثله وذلك فى الاقل الا أنه فى كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته فيقعد لا محالة لان قعدة الختم ركن والاشتغال بالنافلة قبل اكمال الفرض مفسد لصلاته ثم يسجد للسهو بعد السلام عندنا . وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه قبل السلام لحديث عبد الله بن بحينة أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد سجدتي السهو قبل السلام وما روى بعد السلام أي بعد التشهد كما قلتم فى قوله وفى كل ركعتين فسلم أي فتشهد ولان سجود السهو مؤدّى فى حرمة الصلاة ولهذا لو أدرك الامام فيه صح اقتداؤه به والسلام محلل له فينبغى أن يتأخر عن كل ما يؤدي في حرمة الصلاة فكان هذا قياس سجدة التلاوة ﴿ولنا﴾ حديث ابن مسعود وعائشة وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد للسهو بعد السلام وما روى قبل السلام أي قبل السلام الثانى فان عندنا يسلم بعد سجود السهو أيضاً اذ بما وقع الاختلاف فى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يصار الى قوله وفى حديث ثوبان لكل سهو سجدتان بعد السلام ولان سجود السهو مؤخر عن محله فلو كان

مؤدى قبل السلام لكان الاولى أن يؤدي في محله كسجدة التلاوة وانما كان مؤخراً ليتأخر أداؤه عن كل حالة يتوهم فيها السهو وفيما قبل السلام يتوهم السهو فيؤخر عنه لهذا ولكنه جبر لنقصان الصلاة فبالعود اليه يكون عائداً الى حرمة الصلاة ضرورة فلهذا يسلم بعده . وقال مالك رحمه الله تعالى ان كان سهوه عن نقصان سجد قبل السلام لانه جبر للنقصان ولو كان عن زيادة سجد بعد السلام لانه ترغيم للشيطان الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال له بين يدي الخليفة أرأيت لو زاد ونقص كيف يصنع فتحير مالك رحمه الله (ومن سها عن قيام أو قعود فعليه سجود السهو) لحديث المغيرة بن شعبة رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا له فلم يعد وسجد لسهوه ولانه تارك للقعدة مقدم للقيام على وقته وكذلك ان قعد في موضع القيام فهو زائد فى صلاته قعدة ليست منها مؤخر للقيام عن وقته فيتمكن النقصان في فعله فلهذا سجد للسهو * قال (فان سها عن قراءة التشهد فى القعدة الاولى وتكبيرات العيد أو قنوت الوتر ففى القياس لا يسجد للسهو) لان هذه الاذكار سنة فبتركها لا يتمكن كثير نقصان فى الصلاة كما اذا ترك الثناء والتعوذ ولهذا كان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار وسجود السهو عرف بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نقل ذلك عنه صلى الله عليه وسلم الا فى الافعال . وجه الاستحسان أن هذه السنة تضاف الى جميع الصلاة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فبتركها يتمكن النقصان والتغير للصلاة فأما ثناء الافتتاح غير مضاف الى جميع الصلاة بل الافتتاح والتعوذ غير مضاف الى الصلاة بل هو للقراءة فبتركه لا يتمكن النقصان والتغير في الصلاة * قال (وان سها عن التكبيرات سوى تكبيرة الافتتاح فعليه سجود السهو عند مالك رحمه الله تعالى اذا سها عن ثلاث تكبيرات فعليه سجود السهو بالقياس على تكبيرات العيد) ولكنا نقول تكبيرة الانتقال سنة لا تضاف الى جميع الصلاة فبتركها لا يتمكن التغير فى الصلاة وكذلك لو سها عن تسبيحات الركوع والسجود لانها سنة تضاف الى ركن منها لا الى جميعها فكان كالتعوذ وثناء الافتتاح * قال (وان سها عن القراءة فى الاوليين فعليه سجود السهو) لان القراءة ركن والاوليان تعينتا لاداء هذا الركن واجباً وبترك الواجب يتمكن النقصان فى الصلاة * قال (وان سها عن فاتحة الكتاب فى الركعة الاولى وبدأ بغيرها فلما قرأ بعض

السورة تذكر يعود فيقرأ بفاتحة الكتاب ثم السورة) لأن الفاتحة سميت فاتحة الكتاب لافتتاح القراءة بها في الصلاة فاذا تذكر فى محله كان عليه مراعاة الترتيب كما لوسها عن تكبيرات العيد حتى اشتغل بالقراءة ثم تذكر عاد الي التكبيرات ثم القراءة بعدها وعليه سجدتا السهو لان الترتيب فى القراءة واجب فبتركه يتمكن النقصان * قال (وان قرأ فى الاوليين سورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد قراءة الفاتحة فى الأخريين) لان الأخريين محل الفاتحة أداء فلا يكون محلا لها قضاء فانه لو قضى الفاتحة قرأها مرتين وذلك غير مشروع فى قيام واحد * قال (ولو قرأ الفاتحة فى الاوليين ولم يقرأ السورة قضاها فى الأخريين) لحديث عمر رضى الله تعالى عنه أنه ترك القراءة فى ركعة من صلاة المغرب فقضاها فى الركعة الثالثة وجهر بها وعثمان رضى الله تعالى عنه ترك قراءة السورة فى الأوليين من صلاة العشاء فقضاها في الأخريين وجهر ولان الأخريين ليستا بمحل للسورة أداء فتكونان محلا لها قضاء * ثم قال فى الكتاب (وجهر) قال البلخي أي بالسورة خاصة لان القضاء بصفة الاداء فأما الفاتحة فهو مؤد فيخافت بها فى الأخريين والاصح أنه يجهر بهما لان القراءة فى قيام واحد لايكون بعضه جهراً دون البعض وقد وجب عليه الجهر بالسورة فيجهر بالفاتحة أيضاً وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يخافت فيهما لان افتتاحه القراءة بالفاتحة والسنة المخافتة فى الأخريين فكذلك ماينبني عليها وعنه في رواية أخرى أنه لايقضى السورة فى الأخريين كما لايقضى الفاتحة لانها سنة فات موضعها وعن الحسن بن زياد رحمه الله تعالى أنه يقضى الفاتحة في الأخريين كما يقضى السورة لان الفاتحة أوجب من غيرها فالقضاء فيها أولى ولكنا نقول الفاتحة لافتتاح القراءة بها وذلك لايحصل اذا قضاها فى الآخرتين لانه لايقرأ بعدها السورة وهذا كله اذا تذكر بعد ماقيد الركعة بالسجدة فان تذكر قراءة السورة في الركوع أو بعد مارفع رأسه منها عاد الى قراءة السورة وانتقض به ركوعه لان القراءة ركن فاذا طولها فالكل فرض فلمراعاة الترتيب بين الفرائض ينتقض الركوع لبقاء محل القراءة مالم يقيد الركعة بالسجدة * قال (واذا قرأ فى كل ركعة من صلاته بآية أجزأه) في قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه الآخر قصيرة كانت أو طويلة وفي قوله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاتجزئ مالم يقرأ فى كل ركعة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وفى بعض الروايات عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لايجزئه أقل من ثلاث آيات

لان الواجب عليه قراءة المعجزة وهى السورة وأقصرها الكوثر وهى ثلاث آيات ولانه لابد ان يأتي بما يسمي به قارئاً ومن قال ثم نظر أو قال مدهامتان لايسمى به قارئاً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى فأقرؤا ماتيسر من القرآن والذى تيسر عليه قراءة آية واحدة فيكون ممتثلا للامر ولانه يتعلق بالقراءة حكمان جواز الصلاة وحرمة القراءة على الجنب والحائض ثم فى أحد الحكمين لافرق بين الآية القصيرة والطويلة فكذلك في الحكم الآخر وهو بناء على الاصل الذى بيناه لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الركن يتأدي بأدنى مايتناوله الاسم (وان جهر الامام فيما يخافت فيه أو خافت فيما يجهر به يسجد للسهو) لان مراعاة صفة القراءة فى كل صلاة بالجهر والمخافتة واجب على الامام فاذا ترك فقد تمكن النقصان والتغير في صلاته فعليه السهو وذكر فى نوادر أبي سليمان رحمه الله تعالى ان جهر فيما يخافت فعليه السهو قل أو أكثر ذلك وان خافت فيما يجهر فان كان فى أكثر الفاتحة أوفي ثلاث آيات من غير الفاتحة فعليه السهو والافلا ووجهه أن صفة المخافتة في صلوات النهار ألزم من صفة الجهر في صلوات الليل ألاتري أن المنفرد في صلاة الجهر يتخير وفي صلاة المخافتة لايتخير فبنفس الجهر فى صلوات المخافتة يتمكن النقصان وبنفس المخافتة في صلوات الجهر لا يتمكن النقصان مالم يكن فى مقدار ثلاث آيات أو أكثر * وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى التسوية بين الفصلين أنه ان تمكن التغير فى ثلاث آيات أو أكثر فعليه سجود السهو والا فلا وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى في آية واحدة وهو بناء على ماسبق أن عندهما لا يتأدي فرض القراءة الا بثلاث آيات فما لم يتمكن التغير فى هذا المقدار لا يجب سجود السهو وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتأدى الفرض بآية واحدة فاذا تمكن التغير فى هذا القدر وجب السهو * قال (وان كان منفرداً فليس عليه سجود السهو بهذا) أما فى صلاة الجهر هو مخير بين الجهر والمخافتة فلا يتمكن النقصان فى صلاته جهر أوخافت وأما فى صلاة المخافتة فجهر المنفرد بقدر اسماعه نفسه وهو غير منهي عن ذلك فلهذا لا يلزمه السهو * قال (وسهو الامام يوجب عليه وعلى المؤتم سجدتى السهو) لانه شريك الامام تبع له وقد تقرر السبب الموجب فى حق الاصل فيجب على التبع بوجوبه على الاصل وسهو المؤتم لا يوجب شيئاً أما على الامام فلا اشكال لانه ليس بتبع للمؤتم وأما على المؤتم فلانه لو سجد كان مخالفاً لامامه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه * قال (واذا سلم

في الرابعة ساهياً بعد قعود مقدار التشهد ولم يقرأ التشهد أو كان عليه سجدة تلاوة أو سجدة صلاتية عاد الى قضاء ماعليه) لان سلامه سلام سهو وقد بقى عليه واجب محل أدائه قبل السلام وقد ذكرنا أن بسلام السهو لا يصير خارجاً من الصلاة ثم ان عاد الى سجدة التلاوة أو قراءة التشهد انتقض به القعدة كما لو عاد الى سجدة صلاتية لان قراءة التشهد واجبة محله قبل الفراغ من القعدة وكذلك سجدة التلاوة محلها قبل القعدة فالعود اليها يرفع القعدة كالعود الى الصلاتية حتى لو تكلم قبل أن يقعد بعدها فسدت صلاته لترك القعدة الاخيرة بخلاف العود الى سجود السهو فانه رافع للسلام دون القعدة لان محله بعد الفراغ من القعدة والسلام الا أن ارتفاع السلام به للضرورة حتى يكون مؤديا فى حرمة الصلاة ولا ضرورة الى ارتفاع القعدة به حتى لو تكلم بعد ماسجد قبل أن يقعد فصلاته تامة وان كان قد سلم عامداً فقد قطع صلاته بسلام العمد فان كان ماترك سجدة صلاتية فعليه اعادة الصلاة لانها ركن وان كان ماترك سجدة التلاوة أو قراءة التشهد فليس عليه اعادة لانها واجبة وترك الواجب يوجب الكراهة والنقصان ولا يفسد الصلاة لان حكم الجواز متعلق بأداء الاركان وعن زفر رحمه الله تعالى التسوية بين سجدة التلاوة والصلاتية والفرق بينهما واضح فان سجدة الصلاتية من موجبات التحريمة وسجدة التلاوة ليست من موجبات التحريمة ولكنها وجبت بعارض قراءة آية السجدة فبتركها لا تفسد الصلاة وانما تمكن النقصان وليس عليه سجود السهو كاسمه يجب عند تمكن السهو ولا سهو اذا كان عامداً * قال (واذا شك فى شئ من صلاته ثم استيقن به فان طال تفكره حين شك حتى شغله عن شئ من صلاته سجد للسهو وان بطل تفكره فليس عليه سهو) وفي القياس هما سواء ولا سهو عليه لانه لا تمكن النقصان في صلاته حين تذكر أنه أداها على وجهها ومجرد التفكر لا يوجب عليه السهو كما لو شك في صلاته قبل هذا ثم تذكر أنه أداها لا سهو عليه وان طال تفكره . وجه الاستحسان أنه اذا طال تفكره حتى شغله عن شئ من صلاته فقد تمكن النقصان بتأخير الركن عن أوانه بخلاف ما اذا لم يطل تفكره ثم السهو انما يوجب السجدة اذا كان هذا في هذه الصلاة فاذا شك في صلاة أخرى لم يكن سهوه في هذا الصلاة فلهذا لا سهو عليه * قال (واذا نهض من الركعتين ساهياً فلم يستتم قائما فقعد فعليه سجود السهو) لتمكن السهوله في صلاته وفى ظاهر الرواية اذا لم يستتم قائما يعود واذا استتم قائما

لا يعود لانه جاء فى الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قام من الثانية الى الثالثة قبل أن يقعد فسبحوا به فعاد وروى أنه لم يعد ولكنه سبح بهم فقاموا ٠ ووجه التوفيق بين الحديثين أن ماروى أنه عاد كان قبل أن يستتم قائما وما روى أنه لم يعد كان بعد ما استتم قائما وهذا لانه لما استتم قائما اشتغل بفرض القيام وليس من الحكمة ترك الفرض للعود الى السنة بخلاف ما قبل أن يستتم قائما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال ان كان الى العود أقرب يعود لانه كالقاعد وان كان أقرب الى القيام لا يعود كما لو استتم قائما * قال (واذا سها فى صلاته مرات لا يجب عليه الا سجدتان) لقوله عليه الصلاة والسلام سجدتان تجزئان عن كل زيادة أو نقصان ولان سجود السهو انما يؤخر الى آخر الصلاة لكيلا يتكرر فى صلاة واحده بتكرر السهو * قال (واذا أراد أن يقرأ سورة فاخطأ وقرأ غيرها لم يكن عليه سجود السهو) لان ما قرأ وما أراد أن يقرأ فى حكم الصلاة سواء فلا يتمكن النقصان في صلاته بهذا السبب واذا سجد للسهو قبل السلام أجزأه لان فعله حصل فى موضع الاجتهاد ولانا لو أمرناه بالاعادة بعد التسليم كان ساجداً للسهو مرتين فى صلاة واحدة ولم يقل به أحد ولأن يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون على وجه لم يقل به أحد * قال (وان كان شك في سجود السهو عمل بالتحري ولم يسجد للسهو) لما بينا ان تكرار سجود السهو في صلاة واحدة غير مشروع ولأنه لو سجد بهذا السهو ربما يسهو فيه ثانيا وثالثا فيؤدى الى ما لا نهاية له * وحكى أن محمدا رحمه الله تعالى قال للكسائى وكان ابن خالته لم لا تشتغل بالفقه مع هذا الخاطر فقال من أحكم علما فذلك يهديه الى سائر العلوم فقال محمد رحمه الله تعالى انى ألقى عليك شيئاً من مسائل الفقه فخرج جوابه من النحو فقال هات فقال ما تقول فيمن سها فى سجود السهو ففكر ساعة فقال لا سهو عليه فقال من أى باب من النحو خرجت هذا الجواب فقال من باب ان المصغر لا يصغر فتعجب من فطنته * قال (وان سلم وهو يريد أن لا يسجد لسهوه لم يكن ذلك قطعا ويسجد) لأن أوان السجود ما بعد السلام فلم يفته بهذا السلام شئ ونيته أن لا يسجد حديث النفس فلا يعتد حكما كما لو نوي أنه يتكلم فى حال صلاته لم تفسد صلاته * قال (وان سبقه الحدث بعد ما سلم وبعد ما سجد سجدة واحدة للسهو توضأ وعاد فأتم) لأن حرمة الصلاة باقية وسبق الحدث لا يمنعه من البناء بعد الوضوء وان كان اماما استخلف

من يتم بالقوم كما لو سبقه الحدث فى خلال الصلاة * قال (واذا أحدث الامام فى خلال صلاته وقد سها فاستخلف رجلا يسجد خليفته للسهو بعد السلام) لانه قائم مقام الاول فعليه أن يأتى بما كان يأتى به الاول وان سها خليفته فيما يتم أيضا كفته سجدتان كما لو كان الاول سها مرتين لأن الثانى قائم مقامه * قال (وان لم يكن الامام الاول سها لزمه سجود السهو لسهو الثانى) لأنه صار مقتديا بالثانى كغيره من القوم فيلزمه السهو لسهو امامه ألا ترى أن الثانى لو أفسد الصلاة على نفسه فسدت على الاول فكذلك بسهوه يتمكن النقصان فى حق الاول * قال (ولو سها الاول بعد الاستخلاف لا يوجب سهوه شيئاً) لانه صار في حكم المقتدى ألا تري أنه لو أفسد صلاته لم تفسد به صلاة الثانى ولا صلاة القوم * قال (ويسجد المسبوق مع الامام سجود السهو قبل أن يقوم الى قضاء ما سبق به) وعن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى أنه لا يسجد معه لان أوان سجود السهو بعد السلام وهو لا يتابعه فى السلام فكيف يتابعه فيما يؤدى بعد السلام ولكنا نقول بأن سجود السهو وجب على الامام لعارض فى صلاته فيتابعه المسبوق فيها كما يتابعه فى سجدة التلاوة ولأن أوان قيامه الى القضاء ما بعد فراغ الامام فما دام الامام مشغولا بواجب من واجبات الصلاة مؤديا فى حرمة الصلاة لا يمكنه أن يقوم الى القضاء فعليه متابعة الامام فيها وان لم يفعل سجد في آخر صلاته استحسانا وفى القياس لا يسجد لان وجوب هذه السجدة عليه فى حالة الاقتداء وقد صار منفرداً فيما يقضى وكان هذا بمنزلة ما لو اشتغل بصلاة أخرى لان حكم صلاة المنفرد مخالف لحكم صلاة المقتدى . ووجه الاستحسان فى ذلك أنه يبنى ما يقضي على تلك التحريمة وهو بعد القضاء منفرد فى الافعال مقتد فى التحريمة حتى لا يصح اقتداء الغير به فلهذا يسجد لذلك السهو * قال (وان سها فيما يقضى كفاه سجدتان لسهوه) ولما عليه من قبل الامام لان التحريمة واحدة فبتكرر السهو فيها لا يتكرر السجود وان كان قد سجد مع الامام لسهوه سجد فى آخر صلاته لان ما أداه مع الامام كان بطريق المتابعة فلا ينوب عما لزمه مقصوداً بنفسه * فان قيل * قد تكرر عليه سجود السهو في تحريمة واحدة * قلنا * التحريمة واحدة صورة فأما الافعال مختلفة فى الحكم لكونه منفرداً فيما يقضى بعد ان كان مقتديا في أصل الصلاة فنزل هذا بمنزلة اختلاف الصلوات * قال (واذا دخل المسبوق فى صلاته بعد ما سلم قبل أن يسجد سجد

معه الامام) لان الامام حين عاد الى سجود السهو صح اقتداء المقتدى به فيتابعه فيما أدرك معه وان لم يسجد معه قضى فى آخر صلاته استحسانا كما بينا*قال (واذا دخل في صلاته بعد ما سجد سجدة واحدة وهو فى الثانية فانه يسجدها معه) وهو لا يقضى الاول وكذلك اذا دخل فى صلاته بعد ما سجدها لم يقضها لان الوجوب عليه بحكم المتابعة وانما يتحقق ذلك فيما لم يفرغ الامام منه قبل اقتدائه به فأما فيما فرغ منه الامام فلا متابعة ولا يتقرر السبب في حقه * قال (ولا يتابع المسبوق الامام فى التكبير في أيام التشريق) بخلاف سجود السهو لان التكبير غير مؤدى فى حرمة الصلاة حتى أن من اقتدى به فى حالة التكبير لا يصح اقتداؤه به وكذلك لا يسلم بعد التكبير بخلاف سجود السهو لانه مؤدى فى حرمة الصلاة حتى يسلم بعده ويصح اقتداء المقتدى به فى هذه الحالة والتكبير فى هذا كالتلبية في حق المحرم بعد فراغه من الصلاة فكما لا يتابعه المسبوق فى التلبية فكذلك فى التكبير الا أنه ان تابعه فى التكبيرات لا تفسد صلاته لانه من أذكار الصلاة وان تابعه فى التلبية تفسد صلاته لانه من جنس الكلام فانه اجابة للداعى والدليل عليه كاف الخطاب فيه * قال (واذا ذكر سجدتين من ركعتين بدأ بالاولى منهما) لان القضاء معتبر بالاداء كما ان الثانية تترتب على الاولى في الاداء فكذلك في القضاء وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه من ترك سجدة وصلى بعدها ركعة أو ركعتين يأتي بتلك السجدة ويعيد ماصلى بعدها لانه حصل قبل أوانه وهو بناء على أصله أن زيادة ركعة أو ركعتين كزيادة ما دون الركعة في احتمال الالغاء فأما عندنا زيادة الركعة الواحدة لا تحتمل الالغاء والركعة تتقيد بالسجدة الواحدة فأداء الركعة الثانية اذاً معتبر فليس عليه الا قضاء المتروك وترك السجود مخالف لترك الركوع لان كل سجود لم يسبقه ركوع لايعتد به فان السجود تتقيد الركعة به وذلك لايتحقق قبل الركوع وكذلك اذا كانت احداهما لتلاوة وقال زفر رحمه الله يبدأ بالصلاتية لانها أقوى ولكنا نقول القضاء معتبر بالأداء فاذا كانت سجدة التلاوة من الركعة الاولى والصلاتية من الركعة الثانية بدأ بالتلاوة لتقدم وجوبها *قال (واذا سلم وانصرف ثم تذكر ان عليه سجدة صلاتية أوسجدة تلاوة فان كان فى المسجد ولم يتكلم عاد الى صلاته استحسانا) وفي القياس اذا صرف وجهه عن القبلة لم يمكنه أن يعود الى صلاته وهي رواية عن محمد رحمه الله تعالى فان صرف الوجه عن القبلة مفسد للصلاة كالكلام فيمنعه من البناء

. وجه الاستحسان هو أن المسجد مكان الصلاة فبقاؤه فيه كبقائه فى مكان الصلاة والدليل على أنه فى حكم مكان واحد صحة الاقتداء بالامام لمن هو فى المسجد وان كان بينهما فرجة صرف الوجه عن القبلة غير مفسد للصلاة كما فى حق الملتفت فى الصلاة وان كان قد خرج من المسجد استقبل الصلاة فى الصلاتية خاصة لما بينا أنها ركن والخروج من مكان الصلاة يمنعه من البناء وان كان فى الصحراء فان تذكر قبل أن يجاوز أصحابه عاد فى الصلاة لان بحكم اتصال الصفوف صار ذلك الموضع كالمسجد بدليل صحة الاقتداء ولم يذكر فى الكتاب اذا كان يمشى أمامه قيل وَقّتهُ بقدر الصفوف خلفه اعتباراً لأحد الجانبين بالآخر والأصح أنه اذا جاوز موضع سجوده فذلك فى حكم خروجه من المسجد يمنعه من البناء بعد ذلك * قال (رجل صلى الظهر خمس ركعات ولم يقعد فى الرابعة قال صلاته فاسدة) وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا تفسد لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر خمسا ولم ينقل أنه كان قعد فى الرابعة ولا أنه أعاد صلاته وهو بناء على الاصل الذى بينا أن الركعة الكاملة فى احتمال النقص وما دونها سواء فكما أنه لو تذكر قبل أن يقيد الخامسة بالسجدة تمكن من اصلاح صلاته بالعود الى القعود فكذلك بعد ما قيدها بالسجدة * ولنا * انه اشتغل بالنفل قبل اكمال الفريضة ولان القعدة من أركان الصلاة والركعة الخامسة نفل لا محالة لان الظهر لا يكون أكثر من أربع ركعات ومن ضرورة استحكام شروعه فى النفل خروجه عن الفرض والخروج من الفرض قبل اكماله مفسد للفرض بخلاف ما قبل تقيد الركعة بالسجدة لان ما دون الركعة ليس لها حكم الصلاة حتى أن من حلف أن لا يصلى لم يحنث بما دون الركعة فلم يستحكم شروعه فى النفل بما دون الركعة والحديث تأويله أنه كان قعد قدر التشهد فى الرابعة بدليل أنه قال صلى الظهر والظهر اسم لجميع أركان الصلاة ومنها القعدة وهو الظاهر فانما قام الى الخامسة على تقدير انها هي القعدة الاولى حملا لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما هو أقرب الى الصواب *قال (وأحب الىّ أن يشفع الخامسة بركعة ثم يسلم ثم يستقبل الظهر) وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فأما عند محمد رحمه الله تعالى فبالفساد يصير خارجا من الصلاة لان للصلاة عنده جهة واحدة ولان ترك القعدة فى التطوع فى كل شفع عنده مفسد للصلاة فأما عندهما تفسد الفريضة ويبقى أصل الصلاة تطوعا فيشفعها بركعة واحدة لان

ترك القعدة عقيب كل شفع عندهما غير مفسد للتطوع وان كان قعد في الرابعة قدر التشهد فقد تمت الظهر والخامسة تطوع لان قيامه الى النافلة كان بعد ا كمال الفرض فلا يفسد به الفرض ويشفع الخامسة بركعة فيكون متطوعا بركعتين وان لم يفعل فلا شيء عليه وقال زفر رحمه الله تعالى عليه قضاء ركعتين وهو بناء على ما اذا شرع في صوم أو في صلاة على ظن انه عليه لان شروعه ههنا في الخامسة على ظن انها عليه والاولى أن يشفعها بركعة لان مادون الركعة لا يكون صلاة تامة كما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه والله ماأجزأت ركعة قط واذا شفعها بركعة فعليه أن يسجد للسهو استحسانا وفي القياس لا سهو عليه لان تمكن السهو كان في الفرض وقد أدى بعدها صلاة أخرى وفي الاستحسان انما بنى النفل على التحريمة التي تمكن فيها السهو فيأتي بسجود السهو لبقاء التحريمة وهو قياس المسبوق الذي قدمناه والاصح أن هاتين الركعتين لا تنوبان عن السنة التي بعد الظهر لان شروعه كان لا عن قصد ولهذا لم يلزمه والسنة ما شرع فيه عن قصد الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فيما واظب عليه * قال (رجل افتتح الصلاة فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع فهذا قد صلى ركعة) لان ركوعه الاول توقف على ان يتقيد بالسجدة والقيام والقراءة بعده غير معتد به فحين سجد تقيد ركوعه به فكان مصليا ركعة واحدة وكذلك ان ركع أولا ثم قرأ وركع وسجد فانما صلى ركعة لان ركوعه الاول حصل في أوانه والثاني وقع مكرراً فلا يعتد به فبسجوده يتقيد الركوع الاول وكذلك ان قرأ أولا وسجد سجدتين ولم يركع ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ وسجد ولم يركع فانما صلى ركعة لان سجوده الاول حصل قبل أوانه فلا يعتد به فحين قرأ وركع توقف هذا الركوع على التقيد بسجود بعده فحين سجد بعد القراءة تقيد به ذلك الركوع فكان مصلياً ركعة وكذلك ان ركع في الاولى ولم يسجد وركع في الثانية ولم يسجد وسجد في الثالثة ولم يركع فانما صلى ركعة واحدة لان الركوع الاول توقف على السجود فحين سجد في الثالثة تقيد بها الركوع الاول فصار مصلياً ركعة وعليه سجود السهو لتمكن السهو له بما زاد ولا تفسد صلاته الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى فانه يقول زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة بناء على أصله أن السجدة الواحدة قربة بيانه في سجود الشكر فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى السجدة الواحدة ليست بقربة الا سجدة التلاوة وزيادة مادون الركعة لا يكون مفسداً للصلاة * قال (واذا سها المصلى

فسجد في ركعة واحدة ثلاث سجدات أو ركع ركوعين لم تفسد صلاته) لما بينا أنه انما زاد مادون الركعة * قال (واذاسها الامام ثم أحدث فاستخلف مسبوقاً فأتم المسبوق بقيةصلاة الامام تأخر من غيرأن يسلم) لان عليه القضاء لما فاته فكان عاجزاً عن التسليم وأوانسجود السهو ما بعد التسليم فقلنا يتأخر ويقدم مدركا يسلم بهم ويسجد سجدتى السهو وسجد هو معهم كما لوكان الامام الاول هوالذي يسجد لسهوه ثم يقوم الى قضاء ماسبق به وحده وان لم يسجد مع خليفته سجد للسهو فى آخر صلاته استحسانا وقد بينا هذا فى حق الامام الاول فكذلك هنا * قال (وكذلك المقيم خلف المسافر يتابعه فىسجود السهو) ثم يقوم الى اتمام صلاته وان سها فيما يقضى سجد أيضاً * وهذه ثلاث فصول * أحـدها فى المسبوق وقد بيناه * والثاني في اللاحق اذانام خلف الامام أو أحـدث فذهب وتوضأ ثم جاء فانه يبدأ باتمام صلاته أولا ولايتابع الامام في سجود السهو قبـل اتمام صـلاتهلان اللاحق فى حكم المقتـدى فيما يتم وسهو المقتدى متعطل ولهـذا لا يقرأ فيما يتم والمسبوق يقضى كالمنفرد ولهـذا تلزمه القراءة فيلزمه سجود السهو أيضاً ولا يقوم الي القضاء الا بعد اتمام خروج الامام من صـلاته وذلك بعد سـجود السهو * والثالث في المقيم خلف المسافر اذا قام الى اتمام صلاته لم تلزمه القراءة فيما يتم رواية واحـدة لان فرض القراءة في الأولين وقراءة الامامفيهما تكون قراءة له فأما فى حكم السهو فى الكتاب جعله كالمسبوق فقال يتابع الامام فى سجود السهو واذا سها فيما يتم فعليه سجود السهو أيضاً لانه فى الاتمام غير مقتدوكيف يكون مقتديا فيما ليس على امامه والامام لو أتم صلاته أربعاً كان متنفلا فى الأخريين ولو جعلناه مقتديا فيهما كان كاقتداء المفترض بالمتنفل وذكر الكرخي رحمه الله تعالىفى مختصره أنه كاللاحق لا يتابع الامام فيسجودالسهو واذاسها فيما يتم لم يلزمهسجود السهولانهمدرك لأول الصلاة فكان في حكم المقتدى فيما يؤديه بتلك التحريمة كاللاحق * قال (وان سجد اللاحق مع الامام للسهو لم يجزه) لانه سجد قبل أوانه فى حقه فعليه أن يعيد اذا فرغ من قضاء ما عليـه ولـكن لا تفسد صـلاته لانه ما زاد الا سجدتين ﴿ فان قيـل ﴾ أليس أن المسبوق لو تابع الامام في سجود السهو تبين أنه لم يكن على الامام سهو فصلاة المسبوق فاسدة وما زاد الا سجدتين ﴿قلنا﴾ فساد صلاته ليس للزيادة بل لانه اقتدى فى موضع كانعليه الانفراد فى ذلك الموضع ومثلهغيرموجود ها هنا فاللاحقمقتد فى جميع ما يؤدى

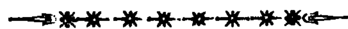
فلهذا لم تفسد صلاته * قال (ولو كان الامام لم يقرأ في الاولين ثم اقتدى به انسان فى الأخريين فقرأ الامام فيهما ثم قام المسبوق الى قضاء ما سبق به فعليه القراءة وان ترك ذلك لم تجزئه صلاته) لان الامام قضى فى الأخريين ما فاته من القراءة فى الاولين والفائت اذا قضى التحق بمحله فكأنه قرأ في الاولين ما فاته من القراءة فلهذا يجب على المسبوق القراءة أيضاً بخلاف المقيم خلف المسافر فان القراءة من الامام فى الأولين كانت أداء والمقيم شريكه فيهما وكذلك اذا كان المسبوق قرأ خلف الامام فيما صلى معه فعليه القراءة فيما يقضى لأن قراءته فيما هو مقتد فيه مكروهة غير معتد بها فلا يتأدى بها فرض القراءة فى حقه *قال (واذا قام المسبوق الى قضاء ما عليه بعد ما تشهد الامام قبل أن يسلم فقضاه أجزأه) لان قيامه حصل بعد فراغ الامام من أركان الصلاة ولكنه مسيء في ترك الانتظار لسلام الامام فان أوان قيامه للقضاء ما بعد خروج الامام من الصلاة فان قام اليه وقضى قبل أن يقعد الامام قدر التشهد لم يجزه لان قيامه كان قبل أوانه فان الامام لم يفرغ من أركان الصلاة بعد لان القعدة من أركانها . ثم فسر هذه المسئلة فى نوادر أبى سليمان فقال ان كان مسبوقا بركعة أو بركعتين فان قرأ بعد فراغ الامام من التشهد مقدار ما يتأدى به فرض القراءة جازت صلاته والا فلا لان قيامه وقراءته غير معتد بهما مالم يفرغ الامام من التشهد ويجعل هو في الحكم كالقاعد معه لان ذلك مستحق عليه فانما تعتبر قراءته بعد فراغ الامام من التشهد وان كان مسبوقا بثلاث ركعات فان لم يركع حتى فرغ الامام من التشهد ثم ركع وقرأ فى الركعتين بعد هذه جازت صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد لم تجزه صلاته لان القيام فرض فى كل ركعة فلا يعتد بقيامه ما لم يفرغ الامام من التشهد ففرض القراءة هو الركعتان فاذا فرغ الامام من التشهد قبل أن يركع هو فقد وجد القيام فى هذه الركعة والقراءة في الركعتين بعده فتجوز صلاته وان كان ركع قبل فراغ الامام من التشهد فلم يوجد منه قيام معتد به فى هذه الركعة فلهذا فسدت صلاته وان كان قام بعد ما تشهد الامام وعليه سجود السهو فقرأ وركع فانه يرفض ذلك ويخر فيسجد مع الامام لانه لم يستحكم انفراده بأداء ما دون الركعة فعليه أن يعود الى متابعة الامام ثم يقوم للقضاء ولا يعتد بما كان يصنع لانه صار رافضا لها بالعود الى المتابعة فان لم يعد الى المتابعة جازت صلاته ويسجد للسهو فى آخر صلاته استحسانا * قال (وان كان ركع وسجد ثم عاد

الامام الى سجود السهو لم يعد الى متابعته) لانه قد استحكم انفراده بأداء ركعة كاملة وان عاد الى متابعته فسدت صلاته لانه اقتدى فى موضع كان عليه الانفراد فى ذلك الموضع * وهذه ثلاث فصول * أحدها فى السهو وقد بيناه * والثانى فى الصلاتية اذا تذكر الامام سجدة صلاتية بعد ماقام المسبوق الى القضاء فان لم يكن قيد الركعة بالسجدة عاد الى متابعة الامام فيها وسجد وان لم يفعل فصلاته فاسدة وان كان قيد ركعته بالسجدة فصلاته فاسدة عاد الى المتابعة أو لم يعد لان الصلاتية من أركان الصلاة ألا ترى أن الامام لو لم يأت بها كانت صلاته فاسدة فكذلك اذا لم يتابعه المسبوق بها وبعد اكمال الركعة هو عاجز عن المتابعة * والثالث اذا تذكر الامام سجدة التلاوة فان كان المسبوق لم يقيد ركعته بالسجدة فعليه أن يعود الى متابعة الامام وان لم يفعل فصلاته فاسدة لان عود الامام الى سجدة التلاوة يرفع القعدة بدليل أنه لو لم يقعد بعدها لم تجز صلاته والقعدة من أركانها كالصلاتية وان كان المسبوق قيد ركعته بالسجدة قبل أن يعود الامام الى سجدة التلاوة ثم عاد الامام فان تابعه المسبوق فصلاته فاسدة رواية واحدة وان لم يتابعه ففيه روايتان قال في الاصل صلاته فاسدة أيضاً لان عود الامام الى سجدة التلاوة ينقض القعدة وهو والصلاتية سواء وفى نوادر أبى سليمان لا تفسد صلاته لانه لو ترك تلك القعدة جازت صلاته بخلاف الصلاتية .وفقه هذا أن قعوده كان معتداً به وانما انتقض فى حقه بالعود الى سجدة التلاوة وذلك بعد مااستحكم انفراد المسبوق عنه فلا يتعدي حكمه ألا ترى أن اماما لو صلى بقوم ثم ارتد بطلت صلاته ولا تبطل صلاة القوم وكذلك لو صلى الظهر بقوم يوم الجمعة ثم راح الى الجمعة فادركها انقلب المؤدي فى حقه تطوعاً وبقى فرضاً فى حق القوم * قال (واذا اقتدى أحد المسبوقين بالآخر فيما يقضيان فسدت صلاة المؤتم) لانه اقتدي فى موضع كان عليه الانفراد ولانه كان مقتدياً بالامام الاول فى بعض صلاته والاخر ليس بخليفة الاول وكان هذا أداء صلاة بامامين وذلك لا يجوز لما بينا وكذلك المقيمان خلف المسافر اذا قاما الى اتمام صلاتهما فاقتدي أحدهما بالآخر فصلاة المقتدي فاسدة لما بينا * قال (واذا اقتدى مصلى التطوع بمصلي الظهر فى القعدة الاخيرة فعليه قضاء أربع ركعات) وكذلك لو اقتدى به فى أول الصلاة ثم قطعها لانه صار بالاقتداء ملتزماً صلاة الامام وصلاة الامام أربع ركعات * قال (واذا افتتح الظهر وهو ينوى أن يصليها ستاً ثم بدا له فسلم على الاربع تمت صلاته)

وليس عليه شئ لانه أساء فيما نوى ثم ندم والندم توبة ومجرد النية لايوجب شيئاً مالم يشرع وانما حصل شروعه فى الظهر والظهر لايكون أكثر من أربع ركعات وقد أداها (وكذلك لو افتتحها المسافر ينوى أن يصليها أربعا ثم بدا له فصلى ركعتين فصلاته تامة) لان الظهر فى حق المسافر ركعتان كالفجر في حق المقيم فنية الزيادة على ذلك لغو وكذلك لو نوى أن يقطعها بكلام أوغيره فتلك النية ساقطة مالم يعمل بها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تجاوز عن أمتي ماحدثت به أنفسهم مالم يتكلموا أو يعملوا * قال (واذا لم يقرأ فى ركعة من التطوع أو فى ركعة من الفجر فسدت صلاته) لان فرض القراءة في الركعتين والقراءة في الركعة الواحدة وان طالت لاتنوب عن القراءة فى الركعتين ولا يمكنه أن يصلى بعد الركعة ركعتين لان الفجر لا يكون ثلاث ركعات فلهذا تعين جهة الفساد في صلاته * قال (واذا توهم مصلى الظهر أنه قد أتمها فسلم ثم علم أنه صلى ركعتين وهو على مكانه فانه يتمها ثم يسجد للسهو لان سلامه كان سهواً فلم يصر به خارجاً من الصلاة وهذا بخلاف ماإذا ظن أنه مسافر أو أنه يصلى الجمعة فسلم على رأس الركعتين فصلاته فاسدة لانه علم بالقدر الذى أدى فسلامه سلام عمد وذلك قاطع لصلاته وظنه ليس بشيء فأما اذا كان عنده ان هذه هى القعدة الاخيرة فسلامه سلام سهو فلم تفسد به صلاته * قال (واذا لم يسلم ولكنه نوي القطع لصلاته والدخول في صلاة أخرى تطوعا وهو ساه وقد كبر ثم ذكر ذلك فانه يمضى علي التطوع ثم يعيد الظهر) لان تكبيره بنية التطوع قطع لما كان فيه وشروع فى التطوع فيتم ما شرع فيه ثم يعيد ما كان قطعه قبل اتمامه * قال (واذا سها الامام فى صلاة الخوف سجد للسهو وتابعه فيهما الطائفة الثانية فأما الطائفة الاولى فانما يسجدون اذا فرغوا من الاتمام) لان الطائفة الثانية بمنزلة المسبوقين لم يدركوا مع الامام أول الصلاة والطائفة الاولى بمنزلة اللاحقين قد أدركوا مع الامام أول الصلاة * قال (رجل افتتح الصلاة فقرأ ثم شك فى تكبيرة الافتتاح وأعاد التكبير والقراءة ثم علم أنه كان كبر فعليه سجود السهو) لانه زاد على التكبيرة والقراءة ساهيا وكذلك ان كان ركع قبل أن يشك بنى على ذلك الركوع وليس تكبيره الثاني بقطع الصلاة لانه نوى عندها ايجاد الموجود ونية الايجاد فيما هو موجود لغو بقى مجرد التكبير وهو ليس بقطع الصلاة . وان كان في الظهر فتوهم انه في العصر وصلى فى ذلك ركعة أو ركعتين فلا سهو عليه لانه ساعين شيئاً من أفعال الصلاة وتعين النية كأصلها شرط

افتتاح الصلاة لا شرط البقاء فان تفكر فى ذلك تفكراً شغله عن ركن فعليه سجود السهو وقد بينا * قال (واذا قعد المصلى فى آخر صلاته قدر التشهد ثم شك في شئ من صلاته حتى شغله ذلك عن التسليم ثم ذكر أنه فى الصلاة فسلم فعليه سجود السهو) لتأخيره السلام ولهذا قلنا أوان سجود السهو ما بعد السلام لان بعد الفراغ من التشهد قبل السلام أوان وجوب سجود السهو فيؤخر الأداء عنه كما قبل القعدة وان عرض له ذلك بعد ما سلم تسليمة واحدة فلا سهو عليه لانه بالتسليمة الواحدة صار خارجا من الصلاة والثانية لتعميم القوم بها فلم يتمكن له سهو فى صلاته * قال (واذا أحدث فى صلاته فذهب فتوضأ فعرض له هـذا الشك حتى شغله عن وضوئه ساعة فعليه سجدتا السهو) لان حرمة الصلاة باقية بعد الحدث فانما تمكن له هذا السهو فى صلاته * قال (واذا صلى ركعتين تطوعا وسها فيهما فسجد لسهوه بعد التسليم ثم أراد أن يبنى عليهما ركعتين لم يكن له ذلك) لانه لو فعل كان سجوده للسهو في وسط الصلاة وذلك غير مشروع بخلاف المسافر اذا صلى الظهر ركعتين وسجد للسهو ثم نوى الاقامة فانه يقوم لاتمام صلاته لان هناك ان حصل سجود السهو في خلال الصلاة فذلك لمعنى شرعى لا بفعل مباشرة باختياره . وحقيقة الفرق أن السلام محلل ثم بالعود الى سجود السهو تعود حرمة الصلاة للضرورة وهذه الضرورة فيما يرجع الى إكمال تلك الصلاة لافى صلاة أخرى ونية الاقامة عملها فى وجوب اكمال تلك الصلاة فيظهر عود الحرمة في حقها فأما كل شفع من التطوّع صلاة على حدة ولم تعد الحرمة فى حق صلاة أخرى فلهذا لا يمكنه أن يبنى عليها ركعتين * قال (رجل صلى العشاء فسها فيها فقرأ آية التلاوة ولم يسجدها وترك سجدة من ركعة ساهيا ثم سلم فان كان ناسيا للكل لم تفسد صلاته) لان هذا سلام السهو (وان كان ذاكرا للصلاتية حين سلم فصلاته فاسدة) لأنه سلام عمد (وان كان ذاكراً لسجدة التلاوة ناسيا للصلاتية فصلاته فاسدة) أيضا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لاتفسد صلاته ووجهه أن سجدة التلاوة من الواجبات دون الاركان فسلامه فيما هو ركن سلام سهو وذلك لا يفسد الصلاة ووجه ظاهر الرواية أنه سلم وهو ذاكر لواجب يؤدي قبل السلام فكان سلامه قطعا لصلاته وانما قطعها قبل اتمام أركانها ولانا لو لم تفسد صلاته حتى يأتى بالصلاتية لزمنا أن نقول يأتى بسجدة التلاوة أيضا لبقاء التحريمة ولا وجه الى ذلك فقد سلم وهو ذاكر

للتلاوة فكان قطعا فى حقه وقراءة التشهد الاخير فى هذا الحكم كسجدة التلاوة لأنه واجب ليس بركن * قال (واذا قرأ الرجل في الصلاة شيئاً من التوراة والانجيل والزبور وهو يحسن القرآن أو لايحسنه لم تجزئه) لأنه كلام ليس بقرآن ولا تسبيح ومعنى هذا أن قد ثبت لنا أنهم قد حرفوا وبدلوا فلعل ما قرأ مما حرفوه وهذا كلام الناس ولأن النقل المتواتر الذى لا يثبت كلام الله الا به غير موجود فيما هو فى أيديهم الآن والواجب عليه بالنص قراءة القرآن وهذا ليس بقرآن فلا يقطع القول بأن ما قرأ كلام الله تعالى فلهذا فسدت صلاته وقيل هذا اذا لم يكن موافقا لما فى القرآن وأما اذا كان ما قرأ موافقا لما في القرآن تجوز به الصلاة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه تجوز قراءة القرآن بالفارسية وغيرها من الالسنة فيجعل كأنه قرأ القرآن بالسريانية والعبرانية فتجوز الصلاة عنده لهذا * قال (وان نسى القنوت فى الوتر ثم ذكر بعد ما رفع رأسه من الركوع لم يقنت) لانه سنة فاتت عن موضعها فان أوان القنوت قبل الركوع وما كان سنة فى محله يكون بدعة فى غير محله ولانه لو قنت لكان بعد الركوع والفرض لا ينتقض بالسنة وبه فارق قراءة السورة لان القراءة ركن واذا قرأ السورة كان مفترضاً فيما يقرأ فينتقض به الركوع *قال (واذا تذكر القنوت وهو راكع ففيه روايتان) فى احداهما يعود لان حالة الركوع كحالة القيام ولهذا لو أدرك الامام فيها كان مدركا للركعة ولهذا يعود لتكبيرات العيد اذا ذكرها فى الركوع فكذلك للقنوت . وفي الرواية الاخرى لا يعود للقنوت لان الركوع فرض ولا يترك الفرض بعد ما اشتغل به للعود الى السنة كما لو قام الي الثالثة قبل أن يقعد بخلاف تكبيرات العيد فانها لم تسقط فالركوع محل لها حتى اذا أدرك الامام فى الركوع يأتى بها فلهذا يعود لأجلها فأما القنوت فقد سقط بالركوع لانه ليس بمحل له فالقنوت مشبه بالقراءة وحالة الركوع ليس بحالة القراءة فبعد ما سقط لا يعود لأجله وعليه سجدة السهو على كل حال عاد أولم يعد قنت أولم يقنت لتمكن النقصان في صلاته لسهوه * قال (ولو صلى ركعتين تطوّعا فسها فيهما وتشهد ثم قام فصلى ركعتين فعليه أن يسجد لسهوه فى الاولين) لأن الشفع الثانى مبنى على التحريمة التى تمكن فيها السهو فلا يمنعه من أداء سجود السهو والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب



باب صلاة المسافر

قال رضى الله تعالى عنه (وأقل ما يقصر فيه الصلاة فى السفر اذا قصد مسيرة ثلاثة أيام) وفسره فى الجامع الصغير بمشى الاقدام وسير الابل فهو الوسط لأن أعجل السير سير البريد وأبطأ السير سير العجلة وخير الأمور أوسطها وهذا مذهب ابن عباس رضى الله تعالى عنهما واحدى الروايتين عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما وعنه في رواية أخرى التقدير بيوم وليلة وهو قول الزهرى والاوزاعى رحمهما الله تعالى وقال مالك رحمه الله تعالى أربعة برد كل بريد اثنا عشر ميلا واستدل بحديث مجاهد وعطاء أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يا أهل مكة لا تقصروا الصلاة فيما دون مكة الى عسفان وذلك أربعة برد وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه فى قول التقدير بيوم وليلة وفي قول التقدير بستة وأربعين ميلا لحديث مجاهد رضى الله تعالى عنه قال سألت ابن عمر رضى الله تعالى عنه عن أدنى مدة السفر فقال أتعرف السويداء فقلت قد سمعت بها فقال كنا اذا خرجنا اليها قصرنا ومن السويداء الى المدينة ستة وأربعون ميلا وقال نفاة القياس لا تقدير لأدنى مدة السفر لظاهر قوله تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح الآية فاثبات التقدير يكون زيادة ولكنا نقول ثبت بالنص أن المراد السفر وقد قال في آية أخرى فمن كان منكم مريضا أو على سفر والخارج الى حانوت أو الى ضيعة لا يسمى مسافراً فلا بد من اثبات التقدير لتحقيق اسم السفر وانما قدرنا بثلاثة أيام لحديثين . أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها معناه ثلاثة أيام وكلمة فوق صلة كما فى قوله تعالى فاضربوا فوق الأعناق وهي لا تمنع من الخروج لغيره بدون المحرم . وقال صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها فهو تنصيص على أن مدة السفر لا تنقص عما يمكن استيفاء هذه الرخصة فيها والمعنى فيه أن التخفيف بسبب الرخصة لما فيه من الحرج والمشقة ومعنى الحرج والمشقة أن يحتاج الى أن يحمل رحله من غير أهله ويحطه فى غير أهله وذلك لا يتحقق فيما دون الثلاثة لأن فى اليوم الأول يحمل رحله من غير أهله وفى اليوم الثانى اذا كان مقصده يحطه في أهله واذا كان التقدير بثلاثة أيام ففي اليوم الثانى يحمل رحله من غير أهله ويحطه في غير أهله فيتحقق معني الحرج فلهذا قدرنا بثلاثة أيام ولياليها ولهذا قدر

بعض أصحابنا بثلاث مراحل لأن المعتاد من السفر في كل يوم مرحلة واحدة خصوصا في أقصر أيام السنة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قدر بيومين والاكثر من اليوم الثالث فأقام الاكثر من اليوم الثالث مقام الكمال وهكذا رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى لانه اذا بكر واستعجل في اليوم الثالث وصل الى المقصد قبل غروب الشمس فأقمنا الاكثر من اليوم الثالث مقام الكمال ولا معنى للتقدير بالفراسخ فان ذلك يختلف باختلاف الطرق في السهول والجبال والبحر والبر وانما التقدير بالايام والمراحل وذلك معلوم عند الناس فيرجع اليهم عند الاشتباه فاذا قصد مسيرة ثلاثة أيام قصر الصلاة حين تخلف عمران المصر لأنه ما دام في المصر فهو ناوى السفر لامسافر فاذا جاوز عمران المصر صار مسافراً لاقتران النية بعمل السفر والاصل فيه حديث على رضى الله تعالى عنه حين خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر أربعا ثم نظر الى خص أمامه فقال لوجاوزنا ذلك الخص صلينا ركعتين * قال (وأقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما) وهو قول ابن عمر وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه أربعة أيام وهو قول عثمان رضى الله تعالى عنه فانه كان يقول من أقام أربعا صلى أربعا ولم يأخذ به لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة صبيحة الرابع من ذي الحجة وخرج منها الى منى في الثامن من ذى الحجة وكان يقصر الصلاة حتى قال بعرفات يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر وانما قدرنا بخمسة عشر يوما لان التقدير انما يكون بالايام أو بالشهور والمسافر لا يجد بداً من المقام في المنازل أياما للاستراحة أو لطلب الرفقة فقدرنا أدنى مدة الاقامة بالشهور وذلك نصف شهر ولان مدة الاقامة في معنى مدة الطهر لانه يعيد ماسقط من الصوم والصلاة فكما يتقدر أدنى مدة الاقامة [٤] في معنى الطهر بخمسة عشر يوماً فكذلك أدنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا أدنى مدة السفر بثلاثة أيام اعتباراً بأدنى مدة الحيض واستدل الشافعي رضى الله تعالى عنه بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص للمهاجرين بالمقام بمكة بعد قضاء المناسك ثلاثة أيام فهو دليل على أن بالزيادة على ذلك يثبت حكم الاقامة ولكنا نقول انما قدرنا بهذا لانه علم أن حوائجهم كانت ترتفع في هذه المدة لا لتقدير أدنى مدة الاقامة * قال (واذا قدم الكوفي مكة وهو ينوى أن يقيم فيها وبمنى خمسة عشر يوماً فهو مسافر) لان نية الاقامة مايكون في موضع واحد فان الاقامة ضد السفر والانتقال من

أرض الى أرض يكون ضربا فى الارض ولو جوزنا نية الاقامة فى موضعين جوزنا فيما زاد على ذلك فيؤدى الى القول بأن السفر لا يتحقق لانك اذا جمعت اقامة المسافر المراحل ربما يزيد ذلك على خمسة عشر يوماً وهذا اذا نوى الاقامة في موضعين بمكة ومنى والكوفة والحيرة فان كان عزم على أن يقيم بالليالى فى أحد الموضعين ويخرج بالنهار الى الموضع الآخر فان دخل أولا الموضع الذى عزم على المقام فيه بالنهار لا يصير مقيما وان دخل الموضع الذى عزم على الاقامة فيه بالليالى يصير مقيما ثم بالخروج الى الموضع الآخر لا يصير مسافراً لان موضع اقامة الرجل حيث يثبت فيه ألا ترى أنك اذا قلت للسوقى أين تسكن يقول فى محلة كذا وهو بالنهار يكون فى السوق * وكان سبب تفقه عيسى بن أبان هذه المسألة فانه كان مشغولا بطلب الحديث قال فدخلت مكة فى أول العشر من ذى الحجة مع صاحب لى وعزمت على الاقامة شهراً فجعلت أتم الصلاة فلقينى بعض أصحاب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقال أخطأت فانك تخرج الى منى وعرفات فلما رجعت من منى بدا لصاحبي أن يخرج وعزمت أن أصاحبه فجعلت أقصر الصلاة فقال لى صاحب أبى حنيفة أخطأت فانك مقيم بمكة فما لم تخرج منها لا تكون مسافراً فقلت أخطأت فى مسئلة فى موضعين ولم ينفعنى ما جمعت من الاخبار فدخلت مجلس محمد رحمه الله تعالى واشتغلت بالفقه * قال (فان لم يعزم على الاقامة مدة معلومة ولكنه مكث أياماً فى المصر وهو على عزم الخروج لا يصير مقيما عندنا وان طال مكثه) وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه اذا زاد على ثمان عشرة ليلة أتم الصلاة لان النبي صلى الله عليه وسلم أقام بمكة بعد الفتح ثمان عشرة ليلة وكان يقصر الصلاة والقياس أن السفر ينعدم بالمقام لانه ضده تركناه فى هذه المدة للنص فبقى ما رواه على أصل القياس *(ولنا)* ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أقام بتبوك عشرين ليلة يقصر الصلاة وابن عمر أقام بأذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة وأنس أقام بنيسابور شهراً يقصر الصلاة وعلقمة بن قيس أقام بخوارزم سنين يقصر الصلاة ولانه لو خرج خلف غريم له لم يصر مسافراً ما لم ينو أدنى مدة السفر وان طاف جميع الدنيا فكذلك لا يصير مقيما ما لم ينو المكث أدنى مدة الاقامة وان طال مقامه اتفاقاً * قال (وان خرج من مصره مسافراً بعد ما دخل وقت الصلاة صلى صلاة المسافر عندنا) وقال ابن شجاع رحمه الله تعالى يصلى صلاة المقيم وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه اذا مضى من الوقت مقدار

مايصلى فيه أربع ركعات ثم خرج مسافراً صلى أربعاً وهو بناء على ان وجوب الصلاة عندهما بأول الوقت فاذا كان مقيما فى أول الوقت وجب عليه صلاة المقيمين فلايسقط ذلك بالسفر وعندنا الوجوب يتعلق بآخر الوقت لانه مخير فى أول الوقت بين الاداء والتأخير والوجوب ينفى التخير والتخير ينفى الوجوب ولو مات فى الوقت لقى الله تعالى ولا شئ عليه فدل أن الوجوب يتعلق بآخر الوقت فاذا كان مسافراً في آخر الوقت كان عليه صلاة السفر وقال زفر رحمه الله تعالى اذا خرج مسافراً وقد بقى من الوقت مقدار مايمكنه أن يصلى فيه يصلى صلاة السفر وان كان الباقي من الوقت ما دون ذلك صلى صلاة المقيم لان التأخير لايسعه الى وقت لا يتمكن فيه من أداء الصلاة في الوقت ولكنا نقول جزء من الوقت بمنزلة جميعه ألا ترى أن ادراك جزء من الوقت وان قل سبب لوجوب الصلاة فوجود السفر فى ذلك الجزء كوجوده فى جميع الوقت والدليل عليه أن الصلاة لا تصير ديناً فى ذمته الا بخروج الوقت فاذا صار مسافراً قبل أن تصير ديناً فى ذمته صلى صلاة المسافرين فاذا صارت ديناً في ذمته بخروج الوقت قبل أن يصير مسافراً لا يتغير ذلك بالسفر ويعتبر جانب السفر بجانب الاقامة فانه لو دخل مصره قبل فوات الوقت صلى صلاة المقيمين وان كان الباقي من الوقت شيئاً يسيراً فكذلك فى جانب السفر ولا يحتاج الى نية الاقامة اذا دخل مصره لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج مسافراً الى الغزوات ثم يعود الى المدينة ولا يجدد نية الاقامة * قال (واذا قرب المسافر مصره فحضرت الصلاة صلى صلاة المسافر مالم يدخل مصره) لان عليا رضى الله تعالى عنه صلى صلاة السفر وهو ينظر الى بيوت الكوفة حين قدمها من البصرة وهكذا روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال للمسافر صل ركعتين مالم تدخل منزلك ولانه فى موضع لو خرج من المصر اليه على قصد السفر صار مسافراً فلأن يبقى مسافراً بعد وصوله اليه أولى وان كان خرج من مصره مسافراً ثم بدا له أن يرجع الى مصره لحاجة له قبل أن يسير مسيرة ثلاثة أيام صلى صلاة المقيم فى انصرافه لانه فسخ عزيمة السفر بعزمه على الرجوع الى وطنه وبينه وبين وطنه دون مسيرة السفر فصار مقيما من ساعته بخلاف الأول فانه ماض على سفره مالم يدخل مصره * قال (رجل خرج من مصره مسافراً فحضرت الصلاة فافتتحها ثم أحدث فانفتل ليأتى مصره فتوضأ ثم علم أن امامه ماصلى فانه يتوضأ ويصلى صلاة المقيم فان تكلم

صلى صلاة المسافر) لانه من عزم على الانصراف الى أهله فقد صار مقيما وبعد ماصار مقيما في صلاته لايصير مسافراً فيها ألا ترى أن المسافر اذا نوى الاقامة فى خلال الصلاة يصح والمقيم في السفينة اذا جرت به السفينة لا يصير مسافراً في هذه الصلاة لان السفر عمل وحرمة الصلاة تمنعه عن مباشرة العمل فأما الاقامة ترك السفر وحرمة الصلاة لا تمنع من ذلك فاذا تكلم فقد ارتفعت حرمة الصلاة وهو متوجه أمامه على عزم السفر فصار مسافراً والاصل أن النية متى تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة فاذا نوى الاقامة في موضع الاقامة فقد اقترنت النية بعمل الاقامة فصار مقيما واذا نوى السفر فقد تجردت النية عن العمل مالم يخرج فلا يصير مسافراً وهو نظير ما لو نوى فى عبد التجارة أن يكون للخدمة صار للخدمة ولو نوى فى عبد الخدمة أن يكون للتجارة لا يصير لها مالم يتجر فيه *قال (مسافر صلى فى سفره أربعاً أربعاً فان كان قعد في كل ركعتين قدر التشهد فصلاته تامة والأخريان تطوع له وان كان لم يقعد فصلاته فاسدة عندنا) وقال مالك رضى الله تعالى عنه يعيد ما دام في الوقت على كل حال وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه صلاته تامة وكان الاربع فرضاً له وهو بناء على أن القصر عزيمة في حق المسافر عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه رخصة واستدل بقوله تعالى فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة فهو تنصيص على أن أصل الفرض أربع والقصر رخصة وعن على بن ربيعة الوابي قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه مابالنا نقصر الصلاة فى السفر ولا نخاف شيئاً وقد قال الله تعالى ان خفتم فقال أشكل عليَّ ماأشكل عليك فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انها صدقة تصدَّق الله عليكم فاقبلوا صدقته فهو تنصيص على أن القصر رخصة وان عائشة رضى الله تعالى عنها كانت تتم الصلاة في السفر وعثمان رضى الله تعالى عنه صلى بعرفات أربع ركعات واعتبر الصلاة بالصوم فان السفر مؤثر فيها ثم الفطر رخصة ومن صام فى السفر كان مؤدياً للفرض فكذلك القصر فى الصلاة * ولنا * حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت فرضت الصلاة فى الاصل ركعتين الا المغرب فانها وتر النهار ثم زيدت فى الحضر وأقرت في السفر على ما كانت وعن عمر رضى الله تعالى عنه قال صلاة المسافر ركعتان تام غير قصر على لسان نبيكم وعن ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال صلاة المسافر ركعتان من خالف السنة فقد كفر وابن عباس رضى الله تعالى عنه قال صلاة المسافر ركعتان وصلاة الفجر

ركعتان وسأله رجلان أحدهما كان يتم الصلاة فى السفر والثانى يقصر عن حالهما فقال للذى قصر أنت الذي أكملت وقال للآخر أنت قصرت ولما صلى عثمان رضى الله تعالى عنه بعرفات أربعاً قال ابن مسعود رضى الله عنه صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا المقام ركعتين ومع أبى بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ركعتين ثم اختلفت بكم الطرق فليت حظى من الاربع مثل حظي من الركعتين فلما بلغ ذلك الى عثمان قال انى تأهلت بمكة وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تأهل ببلدة فهو من أهلها فانكار عبد الله ابن مسعود واعتذار عثمان دليل على أن فرض المسافر ركعتان الا أن ابن مسعود أحب أن يأمن عثمان غيره لتكون اقامة الصلاة على هيئة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعثمان رضى الله تعالى عنه أقام بنفسه لكثرة الاعراب بعرفات كيلا يظن ظان أن الصلاة فى حق المقيم ركعتان والمعنى فيه أن الشفع الثانى ساقط عن المسافر لا الى بدل وبقاء الفرضية يوجب القضاء أو الاداء فحين لم يثبت في حقه واحد منهما عرفنا أنه لم تبق الفرضية فيما زاد على الركعتين في حقه وأن الظهر في حقه كالفجر في حق المقيم ثم المقيم اذا صلى أربعاً فان لم يقعد في الثانية فسدت صلاته لاشتغاله بالنفل قبل اكمال الفرض وان قعد فى الثانية جازت صلاته والاخريان تطوع له فكذلك هنا وبه فارق الصوم فان الفرضية لما بقيت هناك لم ينفك عن قضاء أو أداء . وتاويل حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ما قيل انها كانت تنتقل من بيت بعض أولادها الى بيت بعض فلم تكن مسافرة وفى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقبلوا صدقته ما يدل على أن القصر عزيمة لانه أمر به والامر يدل على الوجوب وتأويل الآية التجوز في القراءة والاركان عند الخوف فأما صلاة المسافر عرفناه بالسنة كما روينا من الآثار * قال (مسافر صلى الظهر ركعتين وسلم وعليه سهو ثم نوى الاقامة فصلاته تامة) لان نيته لم تصادف حرمة الصلاة عند أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فلا يتغير به فرضه وليس عليه سجود السهو لانه لو سجد للسهو كان عائداً الى حرمة الصلاة فيتغير فرضه بنية الاقامة ويكون سجوده فى خلال الصلاة وكما يسجد بترك الاتمام للصلاة فلا فائدة فى الاشتغال به وان كان بنية الاقامة بعدما عاد الي سجود السهو قام فأتم صلاته لان نيته حصلت فى حرمة الصلاة وعند محمد رحمه الله تعالى هما سواء يقوم فيتم صلاته ثم يسجد للسهو لان عنده بالسلام لا يصير خارجا من الصلاة

اذا كان عليه سهو وقد بينا هذا * قال (مسافر أمّ مسافرين ومقيمين فصلى بهم ركعة وسجدة ثم أحدث فقدم رجلا دخل معه فى الصلاة ساعتئذ وهو مسافر فلا ينبغى لذلك الرجل أن يتقدم) لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام وان تقدم جاز لانه شريك الامام وينبغي له أن يسجد تلك السجدة لانه خليفة الاول فيبدأ بما كان على الامام الاول أن يبدأ به فان لم يفعله ولكنه صلى بهم ركعة وسجدة ثم أحدث فقدم رجلا جاء ساعتئذ فذهب وتوضأ ورجع الامام الاول والثانى قال يسجد الثالث السجدة الاولى لانه خليفة الامامين ويسجدها معه الامام الاول والقوم لانهم صلوا تلك الركعة فانما بقى عليهم تلك السجدة ولا يسجدها الامام الثانى لانه مسبوق في تلك الركعة فعليه اعادتها فلا يبدأ بالسجدة منها وفي نوادر أبي سليمان قال يسجدها معهم لانه كالمقتدى بالامام الثالث فيتابعه فيما يأتي به وان لم يكن محسوبا من صلاته كمن أدرك الامام فى السجود ثم سجد السجدة الاخرى وسجدها معه الامام الثاني والقوم لانهم صلوا هذه الركعة ولا يسجدها معه الامام الاول الا أن يكون صلى تلك الركعة وانتهى الى هذه السجدة فحينئذ سجدها لانه لاحق فيبدأ بالاول فالاول ولهذا قلنا يصلى الامام الاول الركعة الثانية بغير قراءة ثم يتشهد الامام الثالث ويتأخر ويقدم رجلا قد أدرك أول الصلاة فيسلم بهم لانه عاجز عن السلام بنفسه فيستعين بمن يقدر عليه ثم يسجد للسهو ويسجدون معه ثم يقوم الثانى فيقضى الركعة التى سبق بها بقراءة ويكمل المقيمون صلاتهم * ثم ذكر بعد هذا فصلين في المقيمين *أحدهما* في اللاحقين اذا صلى الائمة الاربعة كل واحد منهم ركعة وسجدة ثم أحدث الرابع وقدم خامساً وجاء الائمة الاربعة فانه ينبغى للخامس أن يبدأ بالسجدة الاولى ويسجدها معه الأئمة والقوم لانهم صلوا تلك الركعة ثم يسجد السجدة الثانية ويسجدونها معه غير الامام الاول فانه لم يؤدّ تلك الركعة بعد الا أن يكون عجل فصلى الركعة الثانية وأدرك الامام فى السجدة الثانية فحينئذ سجد الثالثة ويسجدها معه ثم يسجد الثالثة ويسجدونها معه من غير الامام الاول والثانى لانهما لم يصليا الركعة الثانية ثم يسجد الرابعة ويسجدونها معه غير الامام الاول والثانى والثالث لانهم ما صلوا هذه الركعة بعد ثم يقوم الامام الاول فيقضى ثلاث ركعات والامام الثانى ركعتين والامام الثالث الركعة الرابعة بغير قراءة لانهم مدركون لأول الصلاة ثم يسلم الخامس ويسجد للسهو والقوم معه وكل امام فرغ من اتمام صلاته وأدركه

تابعه فى سجود السهو ومن لم يفرغ أخر سجود السهو الى آخر صلاته ﴿ والفصل الثانى ﴾ في الائمة الاربعة اذا كانوا مسبوقين وقدصلى كل واحدمنهم ركعة وسجدة ثم أحدث الرابع وقدم رجلا خامسا وتوضأ الائمة الاربعة وجاؤا فينبغى للخامس أن يسجد السجدة الاولى ويسجدها معه القوم والامام الاول ولا يسجدها معه الامام الثاني والثالث والرابع لانهم مسبوقون في تلك الركعة وفي رواية النوادر يسجدونها معه للمتابعة ثم يسجد السجدة الثانية ويسجدها معهالقوم والامام الثاني لانه صلى تلك الركعة بعد ولايسجدها معهالامام الاول لانه ماصلى تلكالركعةبعد ولا الثالث ولا الرابعلانهما مسبوقان فىهذه الركعة الا على رواية النوادر ثم يسجد الثالثة ويسجدها معه القوم والامام الثالث لانهم صلوا هذه الركعة ولم يسجدواهذه السجدة ثم يسجد الرابعة ويسجدها معه القوم والامامالرابع ثم يتشهد ويتأخر ويقدم سادسا ليسلم بهم ويسجد سجدتى السهو ثم يقوم الخامس فيصلى أربع ركعات لانه مسبوق فيها فيقرأ في الاوليين وفى الاخريين هو بالخيار وأما الامام الاول يقضى ثلاث ركعات بغير قراءة لانه أدرك أول الصلاة ولا قراءة على اللاحق فيما يقضى والامام الثانى يقضي ركعتين بغير قراءة لانه لاحق فيهما ثم ركعة بقراءة والامام الثالث يقضى الرابعة أولا بغير قراءة ثم يقضى ركعتين بقراءة لانه مسبوق فيهما والامام الرابع يقضى ثلاث ركعات يقرأ في ركعتين منهما وفى الثالثة هو بالخيار لانه مسبوق فيها ﴿ فان قيل ﴾ لماذا أورد هذا المسائل مع تيقن كل عاقل بأنها لا تقع ولا يحتاج اليها ﴿ قلنا ﴾ لا يتهيأ للمرء أن يعلم ما يحتاج اليه الا بتعلم ما لا يحتاج اليه فيصير الكل من جملة ما يحتاج اليه لهذا الطريق وانما يستعد للبلاء قبل نزوله * قال (مسافر أمّ مسافرين فصلى بهم ركعة ثم نوى الاقامة فعليه أن يكمل بهم الصلاة) لان نيته استندت الي أول الصلاة وهم قد التزموا متابعته فعليهم ما عليه من اتمام الصلاة بخلاف ما اذا كان الناوى للاقامة خليفة الامام المسافر لان القوم ما التزموا متابعته وانما لزمهم ذلك لضرورة اصلاح صلاتهم ففيما وراء ذلك ليس عليهم متابعته * قال (امام أحدث فاستخلف مدركا ثم نام خلفه حتى صلى الامام ركعة وقدمه فان تأخرهو وقدم غيره فهو أولى) لأن غيره أقدرعلى اتمام صلاة الامام فانه محتاج الى البداءة بما فرغ منه الامام وان لم يفعل ولكنه أشار عليهم بأن ينتظروه ليصلى ركعة أولا ثم يصلى بهم بقية الصلاة جاز أيضاً لأنه شريك الامام

فيصلح أن يكون خليفة الامام وان لم يفعل ولكنه صلى بهم الثلاث ركعات بقية صلاة الامام وتشهد ثم قدم مدركا وسلم بهم وقام وقضى ما عليه أجزأه ذلك عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجزئه لأنه مأمور بالبداءة بالركعة الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب المأمور به فتفسد صلاته كالمسبوق اذا بدأ بقضاء ما فاته قبل أن يتابع الامام فيما أدرك معه ﴿ ولنا ﴾ أن مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة الواحدة واجبة وليست بركن ألا ترى أنه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى آخر صلاته لم تفسد صلاته وان المسبوق اذا أدرك الامام في السجود يتابعه فيه فدل أن مراعاة الترتيب في صلاة واحدة ليست بركن فتركها لا يفسد الصلاة بخلاف المسبوق ففساد صلاته هناك للعمل بالمنسوخ لا لترك الترتيب ولأن حكم ما هو مسبوق فيه مخالف لحكم ما أدركه معه لانه فيما هو مسبوق فيه كالمنفرد فاذا انفرد في موضع يحق عليه الاقتداء تفسد صلاته وههنا حكم الكل واحد في حقه فترك الترتيب لا يكون مفسداً صلاته * قال (وان صلى بهم ركعة ثم ذكر ركعته تلك فالافضل أن يومئ اليهم لينتظروه حتى يقضي تلك الركعة ثم يصلي بهم بقية الصلاة) كما كان في الابتداء يفعله وان لم يفعل وتأخر حين تذكر ذلك وقدم رجلا منهم فصلى بهم فهو أفضل أيضا كما في الابتداء وان لم يفعل ولكنه صلى بهم وهو ذاكر لركعته أجزأه أيضا لما بينا * قال (وليس للمسافر أن يقتدى بالمقيم بعد فوات الوقت وللمقيم أن يقتدى بالمسافر في الوقت وبعد فوات الوقت) أما في الوقت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم جوّز اقتداء أهل مكة بعرفات حين قال أتموا صلاتكم يا أهل مكة فانا قوم سفر وكذلك بعد فوات الوقت لأن فرض المقيم لا يتعين بالاقتداء . وأما اقتداء المسافر بالمقيم في الوقت يجوز ويتغير فرضه هكذا روي عن ابن عمر وابن عباس رضى الله تعالى عنهما وبعد فوات الوقت لا يصح اقتداؤه لان فرضه لا يتغير بالاقتداء فان المغير للفرض اما نية الاقامة أو الاقتداء بالمقيم ثم الفرض بعد خروج الوقت لا يتغير بنية الاقامة فكذلك الاقتداء بالمقيم واذا لم يتغير فرضه كان هذا عقداً لا يفيد موجبه ولو صلى ركعتين وسلم كان قد فرغ قبل امامه وان أتم أربعا كان خالطا النفل بالمكتوبة قصداً وذلك لا يجوز ثم القعدة الاولى نفل في حق الامام فرض في حقه واقتداء المفترض بالمتنفل لا يجوز على ما بينا هذا الفروق كما أمليناه من شرح الجامع * قال (والغلام المراهق اذا كان معه رجل في الصف أجزأهما

ذلك) لحديث أنس رضى الله تعالى عنه فأقامنى واليتيم من ورائه * قال (رجل ترك صلاة واحدة ثم صلى شهراً وهوذا كر لهافعليه أن يقضى تلك الصلاة وحدها استحسانا) وان كان صلى يوما أو أقل من ذلك أعاد ما صلى بعدها في هذه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهذه المسئلة التى يقال لها واحدة تفسد خمسا وواحدة تصحح خمسا لأنه ان صلى السادسة قبل الاشتغال بالقضاء صح الخمس عنده وان أدى المتروكة قبل أن يصلى السادسة فسد الخمس وعلى قولهما عليه قضاء الفائتة وخمس صلوات بعدها وهو القياس لان الخمس فسدت بسبب ترك الترتيب حتى لواشتغل بالقضاء فى ذلك الوقت كان عليه قضاء الكل فبتأخر القضاء لا ينقلب صحيحا وأبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول الفساد كان بوجوب مراعاة الترتيب وقد سقط ذلك عنه بالاتفاق عند تطاول الزمان والدليل عليه أنه لو أعادها غير مرتب يجوز فكيف يلزمه اعادتها لترك الترتيب مع أنه ليس عليه مراعاة الترتيب بالاعادة ولا يبعد أن يتوقف حكم الصلاة المؤداة على ما تبين فى الثانى كمصلى الظهر يوم الجمعة ان أدرك الجمعة تبين أن المؤداة كانت تطوّعا والا كان فرضا وصاحبة العادة اذا انقطع دمها فيما دون عادتها وصلت صلوات ثم عاودها الدم تبين انها لم تكن صلاة صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة قال واذا زاد على أيام عادتها فاذا انقطع لتمام العشرة تبين أن الكل حيض وليس عليها قضاء الصلوات وان جاوزها كان عليها قضاء الصلوات) وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى اذا صلى الحاج المغرب فى طريق المزدلفة فعليهم اعادتها ان وصل الى المزدلفة قبل طلوع الفجر وان لم يصل فليس عليهم اعادتها فهذا مثله . وحاصل كلام أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا الصلوات مؤداة فى أوقاتها والفساد بسبب ترك الترتيب فساد ضعيف فلا يبقى حكمه بعد سقوط الترتيب وهما يقولان ما يحكم بفساده لمراعاة الترتيب لا يصح لسقوط الترتيب كمن افتتح الصلاة فى أول الوقت وهو ذاكر للفائتة فطوّلها حتى يضيق الوقت لم يحكم بجوازها الا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال هناك لم يسقط الترتيب لان بعد السقوط لا يعود الترتيب وهناك اذا خرج الوقت فعليه مراعاة الترتيب وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يلزمه اعادة المتروكة وصلاة شهر بعده بناء على مذهبه فى حد الكثرة التى سقط بها الترتيب وقد بينا * قال (رجل صلى الظهر على غير وضوء ثم صلى العصر على وضوء ذاكراً لذلك وهو يظن أنه يجزئه فعليه أن يعيدهما جميعاً) لوجوب مراعاة الترتيب وظنه جهل فلا

يسقط عنه ماهو مستحق عليه وكان الحسن بن زياد رحمه الله تعالى يقول انما يجب مراعاة الترتيب على من يعلم فأما من لا يعلم فليس عليه ذلك لانه ضعيف فى نفسه فلا يثبت حكمه فى حق من لا يعلم به وكان زفر رحمه الله تعالى يقول اذا كان عنده ان ذلك يجزئه فهو في معنى الناسي للفائتة فيجزئه فرض الوقت ﴿ولنا﴾ أن نقول اذا كان الرجل مجتهداً قد ظهر عنده ان مراعاة الترتيب ليس بفرض فهو دليل شرعي وكذلك اذا كان ناسياً فهو معذور غير مخاطب بأداء الفائتة قبل أن يتذكر فأما اذا كان ذاكراً وهو غير مجتهد فمجرد ظنه ليس بدليل شرعى فلا يعتبر فان أعاد الظهر وحدها ثم صلى المغرب وهو يظن ان العصر له جائز قال يجزئه المغرب ويعيد العصر فقط لان ظنه هذا استند الى خلاف معتبر بين العلماء فكان دليلا شرعياً وحاصل الفرق ان فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوى مجمع عليه فيظهر أثره فيما يؤدى بعده فأما فساد العصر بسبب تذكر الترتيب فساد ضعيف مختلف فيه فلا يتعدى حكمه الى صلاة أخرى فهو كمن جمع بين حر وعبد في البيع بثمن واحد بطل العقد فيهما بخلاف ماإذا جمع بين قن ومدبر * قال (رجل أسلم فى دار الحرب فمكث فيهاشهراً ولم يصل ولم يعلم ان عليه الصلاة فليس عليه قضاؤها) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه قضاؤها لان بقبول الاسلام صار ملتزما لما هو من أحكامه ولكن قصر عنه خطاب الاداء لجهله به وذلك غير مسقط للقضاء بعد تقرر السبب الموجب كالنائم اذا انتبه بعد مضى وقت الصلاة عليه . وجه قولنا أن مايجب بخطاب الشرع لا يثبت حكمه فى حق المخاطب قبل علمه به ألا ترى أن أهل قباء افتتحوا الصلاة الى بيت المقدس بعد فرضية التوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه لم يبلغهم . وشرب بعض الصحابة الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمه بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيماطعموا وهذا لان الخطاب بحسب الوسع وليس فى وسع المخاطب الائتمار قبل العلم فلو ثبت حكم الخطاب فى حقه كان فيه من الحرج ما لا يخفى ولهذا قلنا ان عزل الوكيل والحجر على المأذون لا يثبت في حقه مالم يعلم (وان كان ذمياً أسلم فى دار الاسلام فعليه قضاؤها استحساناً) وفى القياس لا قضاء عليه أيضاً وهو الحد لما بينا. ووجه الاستحسان هو أن الخطاب شائع فى دار الاسلام فيقوم شيوع الخطاب مقام العلم لانه ليس فى وسع المبلغ أن يبلغ كل أحد انما الذى وسعه أن يجعل الخطاب شائعاً وهذا لانه فى دار الاسلام يسمع الاذان

والاقامة ويرى شهود الناس الجماعات في كل وقت فانما يشتبه عليه ما لا يشتبه ولان في دار الاسلام يجد من يسأل منه فترك السؤال تقصير منه بخلاف دار الحرب فان بلغه في دار الحرب رجل واحد فعليه القضاء فيما ترك بعد ذلك عندهما وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مالم يخبره رجلان أو رجل وامرأتان لا يلزمه القضاء لان هذا خبر ملزم ومن أصله اشتراط العدد في الخبر الملزم كما قال في حق الحجر على المأذون وعزل الوكيل والاخبار بجناية العبد . وجه الرواية الاخرى وهو الاصح أن كل أحد مأمور من صاحب الشرع بالتبليغ قال عليه الصلاة والسلام نضر الله أمرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فهذا المبلغ نظير الرسول من المولى والموكل وخبر الرسول هناك ملزم فههنا كذلك * قال (رجل ترك الظهر والعصر من يومين مختلفين لا يدري لعل الظهر الذي ترك أولا أو العصر فانه يتحرى في ذلك) لان عليه مراعاة الترتيب ولا يتوصل اليها الا بالتحري فعليه أن يتحرى كما اذا اشتبهت عليه القبلة فان لم يكن له في ذلك رأي وأراد الاخذ بالثقة صلاهما ثم أعاد الأولى منهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ليس عليه سوى التحري لانا نعلم يقينا أنه ماترك الا صلاتين فكيف يلزمه قضاء ثلاث صلوات وهذا نظير من اشتبهت عليه القبلة لا يؤمر بالصلاة الى الجهات كلها احتياطاً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاخذ بالاحتياط في العبادات أصل وفي اعادة الأولى منهما تيقن بأداء ما كان عليه من الترتيب بخلاف أمر القبلة فان الصلاة الى غير جهة القبلة لا تكون قربة فلا يحصل معنى الاحتياط بمباشرة ماليس بقربة . فأما ههنا اعادة الأولى اما أن تكون فرضاً أو نفلا وهو قربة وهو نظير من تذكر فائتة لا يدري أيما هي من صلوات اليوم أو الليلة فعليه صلاة يوم وليلة احتياطاً وكذلك لو تذكر أنه ترك سجدة من صلاة وكان محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله تعالى يقول يعيد الفجر والمغرب ثم يصلي أربعاً بنية ماعليه ومن أصحابنا من يقول يصلي أربع ركعات بنية ما عليه بثلاث قعدات وهذا كله فاسد فان القضاء لا يتأدى الا بتعيين النية وفيما قالوا تضييع النية فكيف يتأدى به القضاء والصحيح ماقلنا أنه يعيد صلاة يوم وليلة احتياطاً فهذا مثله * قال (رجل أم نساء ليس معهن رجل فأحدث فذهب وتوضأ فصلاته تامة وصلاة النسوة فاسدة) لان الامام في حق نفسه كالمنفرد لا تتعلق صلاته بصلاة غيره ولم يبق للنسوة امام في المسجد فتفسد

صلاتهن لهذا * قال (فان استخلف امرأة فسدت صلاته وصلاتهن) وقال زفر رحمه الله تعالى تجوز صلاة النسوة لان المرأة تصلح لامامة النساء دون الرجال بدليل الابتداء ولكنا نقول اشتغاله باستخلاف من لا يصلح أن يكون خليفة له مفسد لصلاته فانما فسدت صلاته قبل تحول الامامة منه الى غيره فتفسد به صلاة المقتدين * قال (فان تقدمت امرأة منهن من غير أن يقدمها قبل أن يخرج من المسجد فهذا والأول سواء) وهذا جواب مبهم فقد تقدم فصلان حكمهما مختلف ثم ذكر الفصل الثالث ولم يبين بأى فصل يعتبره فمن أصحابنا من قال معناه هذا واستخلاف الامام اياها سواء حتى تفسد صلاة الامام لما بينا في باب الحدث لانه لافرق بين تقدم واحد من القوم وبين تقديم الامام اياه والاصح أن هذا نظير الفصل الاول حتى لا تفسد صلاة الامام لانه لم يشتغل باستخلاف من لا يصلح خليفة له وليس للنساء عليه ولاية في افساد الصلاة فصار فى حقه كأن لم يقدم واحدة منهن فتجوز صلاته لانه في حق نفسه كالمنفرد * قال (مسافر صلى الظهر ركعتين بغير قراءة ثم نوى المقام فعليه أن يصلى ركعتين بقراءة) وهو والمقيم فيه سواء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى صلاته فاسدة وهذا بناء على ماسبق أن فساد الصلاة بترك القراءة يخرجه من حرمة الصلاة عند محمد رحمه الله تعالى ولا يخرجه منها عندهما وأما على سبيل الابتداء فهنا حجة محمد رحمه الله تعالى ان ظهر المسافر كفجر المقيم ثم الفجر فى حق المقيم يفسد بترك القراءة فيهما أو في احداهما على وجه لا يمكنه اصلاح صلاته الا بالاستقبال فكذلك الظهر فى حق المسافر اذ لا تأثير لنية الاقامة في رفع الفساد ولهما أن نية الاقامة في آخر الصلاة كهي في أولها ولو كان مقيما في أولها لم تفسد صلاته بترك القراءة في الاوليين فهذا مثله وتبين بهذا أن المفسد لم يتقرر لان صلاة المسافر بعرض أن يلحقه مدد نية الاقامة والمفسد خلو الصلاة عن القراءة فى ركعتين منها ولا يتحقق ذلك بترك القراءة فى الاوليين بخلاف فجر المقيم وكذلك ان قام الى الثالثة وركع ثم نوى الاقامة الا أنه ان كان لم يقرأ في الاوليين يعيد القراءة وان كان قرأ فى الاوليين يعيد القيام والركوع لان ما أدى كان نفلا لانه حين قام الى الثالثة لم يكن نوى الاقامة فكانت هذه الركعة بقدر ما أدى الى وقت نية الاقامة نافلة فلا تنوب عن الفرض فكان عليه الاعادة لهذا * قال (مسافر دخل في صلاة المقيم ثم ذهب الوقت لم تفسد صلاته) لان الاتمام لزمه بالشروع مع الامام فى الوقت فالتحق بغيره من

المقيمين بخلاف مالو اقتدى به بعد خروج الوقت فان الاتمام لم يلزمه بهذا الاقتداء فان أفسدها الامام على نفسه كان على المسافر أن يصلى صلاة السفر لان وجوب الاتمام عليه بمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد ﴿ فان قيل ﴾ فقد كان هو مقيما فى هذه الصلاة عند خروج الوقت فبأن صار فى حكم المسافر بعدخروج الوقت لا يتغير ذلك الفرض ﴿ قلنا ﴾ لم يكن مقيما فيها وانما يلزمه الاتمام لمتابعة الامام ألا ترى أنه لوأفسد الاقتداء في الوقت كان يصلى صلاة السفر والقصر فى السفر فى الظهر والعصر والعشاء لان القصر عبارة عن سقوط شطر الصلاة وفى هذه الصلاة بعد سقوط الشطر تبقى صلاته كاملة بخلاف الفجر فان بعد سقوط الشطر منها لا يبقى الاركعة وهى لاتكون صلاة تامة وكذلك فى المغرب بعدسقوط شطر منها لاتبقى صلاة تامة فلهذالم يدخلها القصر والسنن والتطوعات لا يدخلها القصر بسبب السفر لان القصر فى الصلاة بسبب السفر توقيف لم يعرف بالرأى ومن الناس من قال بترك السنن فى السفر ويروون عن بعض الصحابة انه قال لوأتيت بالسنن لاتممت الفريضة وتأويل هذا عندنا فى حالة الخوف على وجه لايمكنه المكث فى موضع لاداء السنن * قال (ويخفف القراءة في جميع الصلوات) لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر فى السفر قل ياأيها الكافرون وقل هو الله أحد وأطال القراءة فى صلاة الفجر ولان السفر لما أسقط عنه شطر الصلاة دفعاً للحرج فلأن يسقط مراعاة سنة القراءة أولى ولكن المستحب أن تكون قراءته فى الفجر والظهر أطول اعتباراً بحالة الاقامة فيقرأ والسماء والطارق والشمس وضحاها وما أشبههما وفى العصر والمغرب والعشاء قل هوالله أحد وما أشبهها * قال (ودخول المسافر فى صلاة المقيم يلزمه الاكمال ان دخل فى أولها أوفى آخرها قبل السلام) لان الاقتداء بالمقيم فى تغير الفرض كنية الاقامة ولا فرق فيه بين أول الصلاة وآخرها فهذا مثله * قال (وتوطين أهل العسكر أنفسهم على الاقامة وهم فى دار الحرب محاصرون لاهل المدينة ساقط وهم مسافرون) لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن رجلا سأله فقال انا نطيل الثوى فى دار الحرب فقال صل ركعتين حتى ترجع الى أهلك ولان نية الاقامة لا تصح الا فى موضع الاقامة ودار الحرب ليس بموضع لاقامة المحاربين من المسلمين لانه غير متمكن من الفرار بنفسه بل هو بين أن يهزم العدوّ فيفر وبين أن ينهزم فيفر ولان فناء البلدة تبع لجوفها والبلدة فى يد أهل الحرب فالموضع الذى فيه العسكر كان فى أيديهم أيضاً

حكما. وكذلك اذا نزلوا المدينة وحاصروا أهلها في الحصن فلا قرار لهم ماداموا محاربين فكان نية الاقامة في غير موضع الاقامة مقاس نية السفر فى غير موضعها وكذلك ان حاربوا أهل البغى فى دار الاسلام وحاصروهم وقال زفر رحمه الله تعالى فى الفصلين جميعا ان كانت الشوكة والغلبة للعدوّ لم تصح نيتهم الاقامة وان كانت الشوكة لهم صحت نيتهم الاقامة لانهم يتمكنون من الفرار باعتبار الظاهر وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان كانوا فى الاخبية والفساطيط خارج البلدة لم تصح نيتهم الاقامة وان كانوا في البيوت والأبنية صحت نيتهم الاقامة لان الأبنية موضع الاقامة دون الصحراء وعلى هذا اختلف المتأخرون فى الذين يسكنون الأخبية فى دار الاسلام كالاعراب والاتراك فمنهم من يقول لا يكونون مقيمين أبداً لانهم ليسوا فى موضع الاقامة والاصح أنهم مقيمون لان الاقامة للمرء أصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر قط انما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين باعتبار الاصل *قال (واذا مرّ الامام بمدينة وهو مسافر فصلى بهم الجمعة أجزاه وأجزأهم) وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز لانه لا جمعة على المسافر قال صلى الله عليه وسلم أربعة لا جمعة عليهم المسافر والمريض والعبد والمرأة فكان هذا فى معنى اقتداء المفترض بالمتنفل ولكنا نقول قد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة بمكة وهو كان مسافراً بها ثم صلاة الجمعة من غيره في هذا الموضع انما تجوز بأمره فلأن تجوز منه أولى وانما لا يجب الحضور على المسافر لدفع الحرج فاذا حضر وأدى كان مفترضاً كالمريض وكذلك الامير يطوف فى بلاد عمله وهو مسافر فهو والامام سواء فى هذا* قال (ويصلى المسافر التطوع على دابته بايماء حيثما توجهت به) لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلى على دابته تطوعا حيثما توجهت به وتلا قوله تعالى فأينما تولوا فثم وجه الله وعن جابر رضى الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة انما يتطوع على دابته بالايماء ووجهه الي المشرق الا أن في حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان ينزل للوتر والمكتوبة وفي حديث جابر رضى الله تعالى عنه ذكر أنه كان يوتر على دابته وينزل للمكتوبة ولو لم يكن له في التطوع على الدابة من المنفعة الا حفظ اللسان وحفظ النفس عن الوساوس والخواطر الفاسدة لكان ذلك كافيا *قال (وان كان على سرجه قذر فكذلك تجوز صلاته) وكان محمد بن مقاتل وأبو حفص النجارى رحمهما الله تعالى يقولان لا تجوز اذا كانت النجاسة فى

موضع الجلوس أو في موضع الركابين أكثر من قدر الدرهم اعتباراً للصلاة على الدابة بالصلاة على الارض وكانا يقولان تأويل ما ذكره من القذارة عرق الدابة وأكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون تجوز لما قال فى الكتاب والدابة أشد من ذلك يعنى أن باطنها لايخلو عن النجاسات ويترك عليها الركوع والسجود مع التمكن من النزول والأداء والاركان أقوى من الشرائط فاذا سقط اعتبار الاركان هنا لحاجة فشرط طهارة المكان أولى ثم الايماء لايصيب موضعه انما هو اشارة فى الهواء وانما يشترط طهارة الموضع الذى يؤدى عليه ركنا وهو لا يؤدى على موضع سرجه وركابيه ركنا فلا تضره نجاستهما. وكذلك المقيم يخرج من مصره فرسخين أو ثلاثة فله أن يتطوع على دابته لانه في معنى المسافر يحتاج الى قطع الوساوس عن نفسه ولاسير على الدابة ها هنا مديد كسير المسافر ولم يذكر في الكتاب اذا كان راكبا فى المصر هل يتطوع على دابته وذكر فى الهارونيات أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز التطوع على الدابة فى المصر وعند محمد رحمه الله تعالى يجوز ويكره وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا بأس به وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال التطوع على الدابة بالايماء جوزناه بالنص بخلاف القياس وانما ورد النص به خارج المصر والمصر فى هذا ليس في معنى خارج المصر لان سيره على الدابة فى المصر لا يكون مديداً عادة فرجعنا فيه الى أصل القياس. وحكى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى لما سمع هذا من أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال حدثني فلان عن فلان أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب الحمار فى المدينة يعود سعد بن عبادة وكان يصلى وهو راكب فلم يرفع أبو حنيفة رحمه الله تعالى رأسه قيل انما لم يرفع رجوعا منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ فيما تعم به البلوى والشاذ فى مثله لايكون حجة عنده فلهذا لم يرفع رأسه وأبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ بالحديث ومحمد رحمه الله تعالى كذلك الا أنه كره ذلك فى المصر لأن اللغط يكثر فيها فلكثرة اللغط ربما يبتلى بالغلط فى القراءة فلذلك كره * قال (ولا يصلى المسافر المكتوبة على الدابة من غير عذر) لأن المكتوبة فى أوقات محصورة فلا يشق عليه النزول لا دائها فيها بخلاف التطوع فانه ليس بمقدر بشئ فلو ألزمناه النزول لأدائها تعذر عليه اذاً ما ينشطه فيه من التطوعات أو ينقطع سفره وكذلك ينزل للوتر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنها واجبة وعندهما له أن يوتر على الدابة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان مع أصحابه في سفر فطروا

فأمر مناديا ينادي حتى نادى صلوا على رواحلكم فنزل ابن رواحة فطلب موضعا يصلي فيه فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعاه فلما أقبل اليه فقال أما انه يأتيكم وقد لقن حجته قال ألم تسمع ما أمرت به أمالك في أسوة قال يارسول الله أنت تسعى فى رقبة قد فكت وأنا أسعى فى رقبة لم يظهر فكاكها قال ألم أقل لكم انه يأتيكم وقد لقن حجته ثم قال له اني لأرجو على هذا أن أكون أخشاكم لله تعالى فقد جوّزلهم الصلاة على الدابة عند تعذر النزول بسبب المطر فكذلك بسبب الخوف من سبع أو عدوّ ولأن مواضع الضرورة مستثناة * قال (واذا افتتح التطوّع على الارض ثم ركب فأتمها راكبا لم تجزه ولو افتتحها راكبا ثم نزل فأتمها أجزأه) قيل لأن النزول عمل يسير والركوب عمل كثير لانه يحتاج فيه الى استعمال اليدين عادة وفى النزول يحمل رجليه من جانب فينزل من غير حاجة الى معالجة وقيل اذا افتتح على الارض فلو أتمها راكبا كان دون ما شرع فيها لأنه شرع فيها بركوع وسجود والايماء دون ذلك والراكب اذا نزل يؤديها أتم مما شرع فيها لانه شرع فيها بالايماء ويؤديها بركوع وسجود وعن زفر رحمه الله تعالى فيهما جميعاً يبنى لانه لما جاز له افتتاح التطوع على الدابة بالايماء مع القدرة على النزول فالاتمام أولى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى فيهما جميعا يستقبل لانه لو بنى بعد النزول كان هذا بناء القوى على الضعيف وذلك لا يجوز كالمريض المومئ يقدر على الركوع والسجود في خلال الصلاة وفي ظاهر الرواية فرق فقال هناك ليس له أن يفتتح بالايماء على الدابة مع القدرة على الركوع والسجود فكذلك اذا قدر على ذلك فى خلال الصلاة لا يبنى وبينا له أن يفتتح بالايماء على الدابة مع القدرة على الركوع والسجود فقدرته على ذلك بالنزول لا تمنعه من البناء * قال (ومن قال لله عليّ أن أصلي ركعتين فصلاهما على الدابة من غير عذر لم يجز) اعتباراً بما يوجبه على نفسه بما أوجب الله عليه وكذلك ان سمع تلاوة على الارض فسجدها على الدابة بالايماء لم تجزه لانها لزمته بالسجود بالسماع على الارض حيث سمعها قبل الركوب ولو سمعها وهو راكب فسجدها بالايماء جاز لأنه أداها كما لو التزمها ولو سجد على الارض أجزأه لأنه أداها أتم مما التزمها * قال (رجلان فى محل اقتدي أحدهما بالآخر في التطوّع أجزأهما) كما لو كانا على الارض اذ ليس بين المقتدى والامام ما يمنع من الاقتداء ويكره له أن يأتم اذا كان عن يسار الامام اعتباراً بما لو كان على الارض وان كان كل واحد منهما على

دابة لم تجز صلاة المؤتم لان بين الدابتين طريقا والطريق العظيم بين المقتدي والامام يمنع الاقتداء وعن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى قال أستحسن أن يجوز اقتداؤه بالامام اذا كانت دابتهم بالقرب من دابة الامام على وجه لا يكون الفرجة بينهم وبين الامام الا بقدر الصف بالقياس على الصلاة على الارض * قال (ونية اللاحق للاقامة وهو فى قضاء ما عليه وقد فرغ الامام من صلاته ساقطة لايلزمه الاتمام) لانه فيما يتم مقتد بالامام فنيته في هذه الحالة كنية امامه ونية الامام للاقامة لايلزمه اتمام هذه الصلاة ويعني بعد مافرغ منها فكذلك نيته ﴿فان قيل﴾ نية المقتدي معتبرة فى حقه مالم يخرج من حرمة الصلاة وفي حق الامام انما تعتبر بخروجه عن حرمة الصلاة ﴿قلنا﴾ المقتدي تبع فيجعل كالخارج من الصلاة حكما لخروج امامه منها وكذلك لودخل مصره فان دخول موضع الاقامة ونية الاقامة في الحكم سواء ونية المسبوق في قضاء ماعليه للاقامة أودخوله مصره يلزمه الاتمام لان المسبوق فيما يقضى كالمنفرد ونية المنفرد الاقامة معتبر فرضه في الوقت فكذلك نية المسبوق لانه أصل بنفسه ونية المنفرد الاقامة بعد خروج الوقت في صلاة افتتحها فى الوقت ساقطة وكذلك دخوله المصر لان بخروج الوقت صار صلاة السفر دينا فى ذمته فلا يتغير باقامته فأما في الوقت لا يصير دينا في ذمته بعد ألا ترى أن في الوقت يسقط بعذر الحيض وبعد خروج الوقت لايسقط * قال (خراسانى قدم الكوفة فأقام بها شهراً ثم خرج منها الى الحيرة فوطن نفسه على اقامة خمسة عشر يوما ثم خرج منها يريد خراسان ويمر بالكوفة فانه يصلي ركعتين) لان وطنه بالكوفة كان وطناً مستعاراً فانتقض بمثله * فالحاصل أن الاوطان ثلاثة. وطن قرار ويسمى الوطن الاصلى وهو أنه اذا نشأ ببلدة أو تأهل بها توطن بها. ووطن مستعار وهو أن ينوى المسافر المقام فى موضع خمسة عشر يوما وهو بعيد عن وطنه الاصلى ووطن سكنى وهو أن ينوى المسافر المقام فى موضع أقل من خمسة عشر يوما أو خمسة عشر يوماً وهو قريب من وطنه الاصلى ثم الوطن الاصلى لا ينقضه الا وطن أصلي مثله والوطن المستعار ينقضه الوطن الاصلى ووطن مستعار مثله والسفر لا ينقضه وطن السكنى لانه دونه ووطن السكنى ينقضه كل شئ الا الخروج منه لاعلى نية السفر . وقد قررنا هذا الاصل فيما أمليناه من شرح الزيادات فأكثر المسائل على هذا الاصل بخروجها ثمة والقدر الذى ذكرنا ههنا ما بينا انه حين توطن بالحيرة خمسة عشر يوما كان هذا وطنا مستعاراً له فانتقض به

وطنه بالكوفة والتحق بمن لم يدخلها قط فلهذا يصلى بها ركعتين وان لم يوطن على اقامة خمسة عشر يوما بالحيرة صلى بالكوفة أربعاً مالم يخرج منها فان الحيرة كانت وطن السكنى له فلم ينتقض به وطنه بالكوفة فهو مقيم بها مالم يخرج على قصد خراسان منها * قال (كوفى خرج الى القادسية لحاجة ثم خرج منها الى الحفيرة ثم خرج من الحفيرة يريد الشام وله بالقادسية ثقل يريد أن يحمله منها من غير أن يمر بالكوفة فانه يصلى بها ركعتين) لان القادسية كانت وطن السكنى فى حقه سواء عزم على الاقامة بها خمسة عشر يوما أو لم يعزم لانه من فناء الوطن الاصلى فان بينها وبين الكوفة دون مسيرة السفر فلما خرج الى الحفيرة انتقض وطنه بالقادسية لان وطن السكنى ينقضه مثله وقد ظهر له بالحفيرة وطن السكنى فالتحق بمن لم يدخل القادسية فلهذا صلى بها ركعتين وشرطه أن لا يمر بالكوفة لانه اذا كان يمر بها فقد عزم على الرجوع الى وطنه الاصلى وبينه وبين وطنه الاصلى دون مسيرة السفر فكان مقيما من ساعته * قال (وان كان لم يأت الحفيرة ولكنه خرج من القادسية لحاجة حتى اذا كان قريبا من الحفيرة بدا له أن يرجع الى القادسية فيحمل ثقله منها ويرتحل الى الشام ولا يمر بالكوفة صلى أربعاً حتى يرتحل من القادسية استحسانا) وفى القياس يصلى ركعتين لان وطن السكنى الذى كان له بالقادسية قد انتقض بخروجه منها على قصد الحفيرة كما ينتقض لو دخلها ولكنه استحسن فقال القادسية كانت لى وطن السكنى ولم يظهر له بقصد الحفيرة وطن سكني آخر مالم يدخلها فبقى وطنه بالقادسية أرأيت لو خرج منها لبول أو غائط أو تشييع جنازة أو لاستقبال قادم أكان ينتقض وطنه بهذا القدر من الخروج لا ينتقض فكذلك بالخروج الى الحفيرة ما لم يدخلها فلهذا صلى بالقادسية أربعاً حتى يرتحل منها

﴿ تم الباب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ﴾

﴿ وبتمامه يتم الجزء الاول من التقسيم الذى أجرينا الطبع على اعتباره ﴾

﴿ ويتلوه الجزء الثانى وأوله باب الصلاة في السفينة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب فى الصلوات فى السفينة

﴿قال﴾ وان استطاع الرجل الخروج من السفينة للصلاة فالأولى له أن يخرج ويصلى قائما على الارض ليكون أبعد عن الخلاف وان صلى فيها قاعداً وهو يقدر على القيام أو على الخروج أجزأه عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه استحسانا ولا يجزئه عندهما وهو القياس ووجهه هو أن السفينة فى حقه كالبيت حتى لا يصلى فيه بالايماء تطوعا مع القدرة على الركوع والسجود فكما اذا ترك القيام فى البيت مع قدرته عليه لا يجزئه فى أداء المكتوبة فكذلك فى السفينة لان سقوط القيام في المكتوبة للعجز أو للمشقة وقد زال ذلك بقدرته على القيام أوعلى الخروج. وجه الاستحسان أن الغالب فى حال راكب السفينة دوران رأسه اذا قام والحكم ينبنى على العام الغالب دون الشاذ النادر ألا ترى أن نوم المضطجع جعل حدثا على الغالب ممن حاله أن يخرج منه لزوال الاستمساك وسكوت البكر رضا لاجل الحياء بناء على الغالب من حال البكر والشاذ يلحق بالعام الغالب فهذا مثله (وفى) حديث ابن سيرين رضى الله تعالى عنه قال صلينا مع أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه في السفينة قعودا و لو شئنا لخرجنا الى الجد وقال مجاهد رحمه الله صلينا مع جنادة بن أبى أمية قعوداً في السفينة ولو شئنا لقمنا فدل على الجواز (قال) ولا يجوز للمسافر أن يتطوّع في السفينة بالايماء بخلاف راكب الدابة فان الجواز له بالايماء هناك لورود النص به وهذا ليس فى معناه لان راكب الدابة ليس له موضع قرار على الارض وراكب السفينة له فيها موضع قرار على الارض فالسفينة فى حقه كالبيت ألا ترى أنه لا يجريها بل هى تجري به قال الله تعالى وهي تجرى بهم فى موج كالجبال وراكب الدابة يجريها حتى يملك إيقافها

متى شاء ولهذا جوزنا الصلاة على الدابة حيث كان وجهه وفى السفينة يلزمه التوجه الى القبلة عند افتتاح الصلاة وكذلك كلما دارت السفينة يتوجه اليها لانها فى حقه كالبيت فيلزمه التوجه الى القبلة لأداء الصلاة فيها ولا يصير مقيما بنية الاقامة وصاحب السفينة وغيره فى هذا سواء لان نية الاقامة حصلت فى غير موضعها الا أن تكون قريبة من قريته فحينئذ هو مقيم فيها فى موضع اقامته فأما اذا كان مسافراً فيها فلا يصير مقيما بنية الاقامة ﴿ قال ﴾ ولا يجوز أن يأتم رجل من أهل السفينة بامام في سفينة أخرى لان بينهما طائفة من النهر الا أن يكونا مقرونين فحينئذ يصح الاقتداء لانه ليس بينهما ما يمنع صحة الاقتداء فكانهما في سفينة واحدة لان السفينتين المقرونتين في معنى ألواح سفينة واحدة وكذلك ان اقتدى من على الحد بامام فى سفينة لم يجز اقتداؤه اذا كان بينهما طريق أو طائفة من النهر وقد بينا هذا فيما سبق ﴿ قال ﴾ ومن وقف على الأطلال يقتدى بالامام فى السفينة صح اقتداؤه الا أن يكون أمام الامام لان السفينة كالبيت واقتداء الواقف على السطح بمن هو في البيت صحيح اذا لم يكن أمام الامام ﴿ قال ﴾ ومن خاف فوت شئ من ماله وسعه أن يقطع صلاته ويستوثق من ماله وكذلك اذا انقلبت سفينته أو رأى سارقا يسرق شيئاً من متاعه لان حرمة المال كحرمة النفس فكما يسعه أن يقطع صلاته اذا خاف على نفسه من عدوّ أو سبع فكذلك اذا خاف على شئ من ماله ولم يفصل في الكتاب بين القليل والكثير وأكثر مشايخنا رحمهم الله قدروا ذلك بالدرهم فصاعدا وقالوا مادون الدرهم حقير فلا يقطع الصلاة لاجله . قال الحسن رحمه الله تعالى لعن الله الدانق ومن دنق الدانق . وانما يقطع صلاته اذا احتاج الى عمل كثير فأما اذا لم يحتج الى شئ وعمل كثير بني على صلاته لحديث أبي برزة الأسلمي رحمه الله تعالى انه كان يصلى فى بعض المغازى فانسل قياد الفرس من يده فمشى أمامه حتى أخذ قياد فرسه ثم رجع القهقرى وأتم صلاته وتأويل هذا أنه لم يحتج الى عمل كثير والله سبحانه وتعالى أعلم

باب السجدة

﴿قال رضى الله عنه﴾ ويكره للمرء ترك آية السجدة من سورة يقرؤها لانه في صورة الفرار عن السجدة وليس ذلك من أخلاق المؤمنين ولانه فى صورة هجر آية السجدة وليس شئ

من القرآن مهجورا ولان القارئ مأمور باتباع التأليف قال الله تعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه أي تأليفه وبغير التأليف يكون مكروهاً واذا قرأ آية السجدة من بين آي السورة فالاولى أن يقرأ معها آيات وان اكتفى بقراءة آية السجدة لم يضره لان قراءة آية السجدة من بين الآي كقراءة سورة من بين السور وذلك لا بأس به والمستحب أن يقرأ معها آيات ليكون أدل على المعنى والاعجاز ولانه ربما يعتقدهو أو بعض السامعين منه زيادة فضيلة فى آية السجدة ومن حيث ان قراءة الكل سواء فلهذا يستحب أن يقرأ معها آيات ﴿قال﴾ ومن قرأ آية السجدة أو سمعها وجب عليه أن يسجدها عندنا وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه يستحب له ذلك ولا يجب عليه لحديث الاعرابى حين علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الشرائع وقال هل عليّ غيرها فقال لا الا أن تطوّع فلو كانت سجدة التلاوة واجبة لما ترك البيان بعد السؤال وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه تلا آية السجدة على المنبر وسجد ثم تلاها في الجمعة الثانية فنشز الناس للسجود فقال انها لم تكتب علينا الا أن نشاء ﴿ولنا﴾ حديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا تلا ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي فيقول أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فلم أسجد فلى النار والاصل أن الحكيم متى حكى عن غير الحكيم ولم يعقبه بالنكير فذلك دليل علي أنه صواب ففيه دليل على ان ابن آدم مأمور بالسجود والامر للوجوب وعن عثمان وعلي وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا السجدة على من تلاها السجدة على من سمعها على من جلس لها اختلفت ألفاظهم بهذه وعلى كلمة ايجاب ولأن الله تعالى وبخ تارك السجود بقوله فمالهم لا يؤمنون واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون والتوبيخ لا يكون الا بترك الواجب وتأويل حديث عمر لم يكتب علينا التعجيل بها فأراد أن يبين للقوم التأخير عن حالة الوجوب وفي حديث الاعرابي بيان الواجبات ابتداء دون مايجب بسبب من العبد ألا ترى أنه لم يذكر المنذورة ﴿قال﴾ فان قرأها أوسمعها وهوجنب أو على غير وضوء لم يجزئه التيمم اذا كان يقدر على الماء لانه لا يفوته ولانه باستعماله الماء يتوصل الى أدائها بخلاف صلاة الجنازة والعيد ﴿قال﴾ ومن سمعها من صبي أو كافر أو جنب أو حائض فعليه أن يسجد لان المتلو قرآن من هؤلاء ولهذا منع الجنب والحائض من قراءته فتقرر السبب الموجب فى حق السامع ﴿قال﴾

وليس على الحائض سجدة قرأت أو سمعت لان السجدة ركن من الصلاة والحائض لاتلزمها الصلاة مع تقرر السبب وهو شهود الوقت فلا يلزمها السجدة أيضاً بخلاف الجنب فانه تلزمه الصلاة بسبب الوقت فتلزمه السجدة بالتلاوة أوالسماع ﴿قال﴾ ويستوي فى حق التالى اذا تلاها بالفارسية أو بالعربية وفى حق السامع كذلك عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فهم أولم يفهم بناء على أصله بالقراءة الفارسية وعندهما ان كان السامع يعلم أنه يقرأ القرآن فعليه سجود السجدة والا فلا وفي العربية عليه السجدة على كل حال ولكن يعذر بالتأخير مالم يعلم ﴿قال﴾ وان قرأها ومعه قوم فسمعوها سجد وسجدوا معه ولم يرفعوا رؤسهم قبله لان التالي امام السامعين هكذا قال عمر رضى الله تعالى عنه للتالى كنت امامنا لو سجدت لسجدنا معك فكانوا فى حكم المقتدين من وجه فلا يرفعون رؤسهم قبله لهذا وان فعلوا أجزأهم لانه لامشاركة بينه وبينهم فى الحقيقة ألا ترى أنه وان تبين فساد سجدته بسبب لم تفسد عليهم ﴿قال﴾ وليس عليه في قراءة سجدة واحدة أو سماعها مرة بعد أخرى فى مجلس واحد قائماً أو قاعداً أو مضطجعاً أكثر من سجدة واحدة لما روي أن جبريل عليه السلام كان ينزل بالوحي فيقرأ آية السجدة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يقرؤها رسول الله صلى الله عليه وسلم على أصحابه ولا يسجد الامرة واحدة ولان مبنى السجدة على التداخل فان التلاوة من الاصم والسماع من السميع موجبان لها ثم لو تلاها سميع لايلزمه الاسجدة واحدة وقد وجد فى حقه التلاوة والسماع لان السبب واحد وهو حرمة المتلو فالقراءة الثانية تكرار محض بسبب اتحاد المجلس فلا تجدد به المسبب وهذا الحرف أصح من الاول فانه لو تلاها وسجد ثم تلاها فى مجلسه لم يلزمه أخرى والتداخل لايكون بعد أداء الاول فدل ان الصحيح اتحاد السبب. ولم يذكر الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذكره أوسمع ذكره في مجلس مراراً فالمتقدمون من أصحابنا يجعلون هذا قياس السجدة فيقولون يكفيه أن يصلي عليه مرة واحدة لاتحاد السبب وبعض المتأخرين يقولون يصلي عليه في كل مرة لانه حق رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قال لاتجفوني بعد موتي قيل وكيف نجفي يارسول الله قال ان أذكر في موضع فلا يصلى عليَّ وحقوق العباد لاتتداخل ولهذا قالوا من عطس وحمد الله في مجلس ينبغي للسامع أن يشمته فى كل مرة لانه حق العاطس والاصح انه اذا زاد على الثلاث

لا يشمته* وفي حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال للعاطس بعد الثلاث قم فانتثر فانك مزكوم الا أن يكون ذهب من ذلك المكان ثم رجع فقرأها فعليه سجدة أخري لانه تجدد له بالرجوع مجاس آخر وبتجدد المجلس يتجدد السبب للتلاوة حكماً . وعن محمد رحمه الله قال هذا اذا بعد عن ذلك المكان فأما اذا كان قريباً منه لم يلزمه سجدة أخرى فكأنه تلاها في مكانه لحديث أبي موسى الأشعري رضى الله تعالى عنه انه كان يعلم الناس بالبصرة وكان يزحف الى هذا تارة والى هذا تارة فيعلمهم آية السجدة ولا يسجد الا مرة واحدة وان قرأ آية أخرى وهو في مجلسه فعليه سجدة أخرى لان السبب قد تجدد فان السجدة الثانية غير الأولى ثم ذكر عدد سجود القرآن وهي أربع عشرة سجدة عندنا وكان ابن عباس رضي الله تعالى عنه يقول عدد سجود القرآن إحدى عشرة سجدة وليس في المفصل عنده سجدة وكان يعد الاعراف والرعد والنحل وبنى اسرائيل ومريم والحج الأولى منها والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة قال سعيد بن جبير وسألت ابن عمر رضى الله عنهم فعدهن كما عدهن ابن عباس رضي الله تعالى عنه إحدى عشرة سجدة وقال ليس في المفصل شئ منها وهكذا ذكر الكرخي رضى الله عنه في الجامع الصغير له وليس في المفصل عنده سجدة والذي في سورة ص عنده سجدة شكر والاختلاف بين العلماء في مواضع منها في الحج عندنا سجدة التلاوة الأولى منهما وعند الشافعي رضى الله عنه سجدتان الأولى والثانية لحديث مسرع بن ماهان عن عقبة بن عامر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحج سجدتان أو قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما فلا يقرأهما وهو مروى عن عمر ومذهبنا مروى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم قال سجدة التلاوة هي الاولى والثانية سجدة الصلاة وهو الظاهر فقد قرنها بالركوع فقال اركعوا واسجدوا والسجدة المقرونة بالركوع سجدة الصلاة وتأويل الحديث فضلت الحج بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والاخرى سجدة الصلاة ويختلفون في التي في سورة ص عندنا وهى سجدة التلاوة وعند الشافعي رضى الله عنه سجدة الشكر وفائدة الاختلاف اذا تلاها في الصلاة عندنا يسجدها وعند الشافعي لا يسجدها واستدل بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تلا في خطبته سورة ص فنشز الناس للسجود فقال علام نشزتم انها توبة نبي* ولنا* ما روى أن رجلا من الصحابة قال يارسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني أكتب سورة ص فلما انتهيت الى

موضع السجدة سجد الدواة والقلم فقال عليه الصلاة والسلام نحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى يكتب فى مجلسه وسجدها مع أصحابه ﴿ فان قيل ﴾ فى الحديث زيادة وهو انه قال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكراً ﴿ قلنا ﴾ هذا لا ينفى كونها سجدة تلاوة فما من عبادة يأتى بها العبد الا وفيها معنى الشكر ومراده من هذا بيان سبب الوجوب انه كان توبة داود عليه السلام وانما لم يسجدها فى خطبته ليبين لهم أنه يجوز تأخيرها * وقد روى أنه سجدها فى خطبته مرة وذلك دليل على الوجوب وعلى انها سجدة تلاوة فقد قطع الخطبة لها . ويختلفون فى التى فى حم السجدة فى موضعها فقال على رضى الله تعالى عنه آخر الآية الاولى عند قوله ان كنتم اياه تعبدون وبه أخذ الشافعى رضى الله تعالى عنه وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عند آخر الآية الثانية عند قوله تعالى وهم لا يسأمون وبه أخذنا لأنه أقرب الى الاحتياط فانها ان كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها وان كانت عند الاولى جاز تأخيرها الى الآية الثانية * ويختلفون فى المفصل فعندنا فيه ثلاث سجدات وقال مالك رضى الله تعالى عنه ليس فى المفصل سجدة واحدة لقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ﴿ ولنا ﴾ حديث على رضى الله تعالى عنه عزائم سجود القرآن أربعة التى فى الم تنزيل وحم السجدة وفى النجم واقرأ باسم ربك وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سورة والنجم بمكة فسجد وسجد الناس معه المسلمون والمشركون الا شيخا وضع كفا من التراب على جبهته وقال ان هذا يكفينى فلقيته قتل كافراً ببدر وعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ اذا السماء انشقت فسجد وسجد معه أصحابه ﴿قال﴾ فان تلا آية السجدة راكبا أجزأه أن يومئ بها وقال بشر لا يجزئه لانها واجبة فلا يجوز أداؤها على الدابة من غير عذر كالمنذورة فان الراكب اذا نذر أن يصلى ركعتين لم يجز أن يؤديهما على الدابة من غير عذر ﴿ ولنا ﴾ أنه أداها كما التزمها فتلاوته على الدابة شروع فيما تجب به السجدة فكان نظير من شرع على الدابة فى التطوع فكما تجوز هناك تجوز هاهنا بخلاف النذر فانه ليس بشروع فى أداء الواجب فكان الوجوب بالنذر مطلقا فيقاس بما وجب بايجاب الله تعالى ﴿قال﴾ وان تلاها على الدابة فنزل ثم ركب وأداها بالايماء جاز الا على قول زفر رضى الله تعالى عنه فانه يقول لما نزل وجب عليه أداؤها على الارض فكأنه تلاها على الارض ﴿ ولنا ﴾ أنه لو أداها قبل

نزوله جاز فكذلك بعد ما نزل وركب لانه يؤديها بالايماء في الوجهين وهو نظير ما تقدم لوافتتح الصلاة فى وقت مكروه ﴿ قال ﴾ ومن تلاها ماشيا لم يجز أن يومئ لها لان السجدة ركن الصلاة فكما لا يصلي الماشي بالايماء فكذلك لا يسجد بخلاف الراكب ﴿ قال ﴾ واذا قرأها فى صلاته وهو في آخر السورة الا آيات بقين بعدها فان شاء ركع وان شاء سجد لها هكذا روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه كان اذا تلا آية السجدة فى الصلاة ركع ولان المقصود الخضوع والخشوع وذلك يحصل بالركوع كما يحصل بالسجود . واختلف مشايخنا في أن الركوع ينوب عن سجدة التلاوة أم السجود بعده فمنهم من قال الركوع أقرب الي موضع التلاوة فهو الذي ينوب عنها والاصح ان سجدة الصلاة تنوب عن سجدة التلاوة لان المجانسة بينهما أظهر ولان الركوع افتتاح للسجود ولهذا لا يلزمه الركوع في الصلاة ان كان عاجزاً عن السجود وانما ينوب ما هو الاصل ﴿قال﴾ فاذا أراد أن يركع بها ختم السورة ثم ركع ونوى هكذا فسره الحسن عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنهما وان أراد أن يسجد لها سجد عند الفراغ من آية السجدة ثم يقوم فيتلو بقية السورة ثم يركع ان شاء وان شاء وصل اليها سورة أخرى فهو أحب الىّ لان الباقى من خاتمة السورة دون ثلاث آيات فالاولى اذا قام من سجوده أن يقرأ ثلاث آيات لكيلا يكون بانيا للركوع على السجود ﴿قال ﴾ وان كانت السجدة عند ختم السورة فان ركع لها فحسن وان سجد لها ثم قام فلا بد أن يقرأ آيات من سورة أخرى ثم يركع لكيلا يكون بانيا للركوع على السجود ﴿قال﴾ فان لم يفعل ولكنه كما رفع رأسه ركع أجزأه ويكره ذلك وان كانت السجدة في وسط السورة فينبغي أن يسجد لها ثم يقوم فيقرأ ما بقى ثم يركع وان ركع فى موضع السجدة أجزأه وان ختم السورة ثم ركع لم يجزئه ذلك عن السجدة نواها أولم ينوها لأنها صارت دينا عليه بفوات محل الاداء فلا ينوب الركوع عنها بخلاف ما اذا ركع عندها فانها ما صارت دينا بعد لبقاء محلها وبخلاف ما اذا كانت قريبة من خاتمة السورة فانها ما صارت دينا بعد حين لم يقرأ بعدها ما يتم به سنة القراءة وهو نظير من أراد دخول مكة فعليه الاحرام فان لم يحرم ثم خرج من عامه ذلك واحرم بحجة الاسلام ناب عما يلزمه لدخول مكة أيضا وان تحولت السنة ثم أحرم بحجة الاسلام لم يجزئه عما لزمه لدخول مكة لانها صارت دينا عليه بتحول السنة ﴿قال﴾ فان أراد أن يركع بالسجدة بعينها فالقياس ان الركعة والسجدة في ذلك سواء وبالقياس

نأخذ وفي الاستحسان لايجزئه الا السجدة وتكلموا في موضع هذا القياس والاستحسان من أصحابنا من قال مراده اذا تلاها في غير الصلاة وركع ففي القياس يجزئه لان الركوع والسجود يتقاربان قال الله تعالى وخر راكعا وأناب أي ساجداً ويقال ركعت النخلة أي طأطأت رأسها والمقصود منهما الخضوع والخشوع فينوب أحدهما عن الآخر كما في الصلاة وفي الاستحسان الركوع خارج الصلاة ليس بقربة فلاينوب عما هو قربة بخلاف الركوع في الصلاة والا ظهر أن مراده من هذا القياس والاستحسان في الصلاة اذا ركع عند موضع السجدة في الاستحسان لايجزئه لان سجدة التلاوة نظير سجدة الصلاة فكما أن احدي السجدتين في الصلاة لاتنوب عن الاخرى والركوع لاينوب عنهما فكذلك لاينوب عن سجدة التلاوة وفي القياس يجوز التقارب بين الركوع والسجود فيما هو المقصود وكل واحد منهما في الصلاة قربة وأخذنا بالقياس لانه أقوى الوجهين والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان وانما يؤخذ بما يترجح بظهور أثره أو قوة في جانب صحته ﴿قال﴾ واذا سلم من صلاته وعليه سجدة التلاوة ولا يذكرها فقد ذكرنا أن هذا سلام السهو فلا يخرج من الصلاة حتى لو اقتدي به انسان جاز اقتداؤه ويسجدها الامام اذا ذكرها والمقتدي معه ثم يتشهد لان عوده الى السجدة ينقض القعدة ﴿قال﴾ فان تكلم قبل أن يذكرها سقطت عنه لان الكلام قاطع لحرمة الصلاة وما وجب بالتلاوة في الصلاة كان من أعمال الصلاة فلا يؤدى بعد انقطاع حرمة الصلاة ولم تفسد صلاته لانها ليست من جملة الاركان ﴿قال﴾ وان وجبت عليه في غير الصلاة ثم ذكرها في الصلاة لم يقضها فيها لانها ليست بصلاتية وحرمة الصلاة تمنع من أداء ما ليس من أعمالها فيها وكذلك ان سمعها في صلاته ممن ليس معه في الصلاة لم يسجدها فيها لانها ليست بصلاتية فان سببها تلاوة في غير الصلاة فلا يؤديها حتى يفرغ منها وان سجدها فيها لم تجزئه لانه أداها قبل وقتها ولا تفسد صلاته الا في رواية محمد رحمه الله تعالى وقد بيناه فيما تقدم ﴿قال﴾ فان سجد للتلاوة لغير القبلة فان كان عالما لم يجزئه وان كان جاهلا أجزأه يعني اذا اشتبهت عليه القبلة فتحرى وسجد الى جهة وقد بينا ان الصلاة بالتحرى تجوز الى غير القبلة فالسجدة أولى . وان ضحك فيها أعادها كما لو تكلم ولم يعد الوضوء لان الضحك عرف حدثا بالاثر وانما ورد الاثر في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة وكانت قياس

صلاة الجنازة ﴿قال﴾ ولا ينبغي للامام ان يقرأ سورة فيها سجدة فى صلاة لا يجهر فيها بالقرآن لانه لو فعل ذلك وسجد لها اشتبه على القوم فيظنون أنه غلط فقدم السجود على الركوع وفيه من الفتنة ما لايخفى فان قرأ بها سجد لها لتقرر السبب فى حقه وهو التلاوة وسجد القوم معه لوجوب المتابعة عليهم وفي حديث أبى سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه قال سجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الظهر فظننا انه قرأ الم تنزيل السجدة ﴿قال﴾ ويكبر لسجدة التلاوة اذا سجد واذا رفع رأسه كما فى سجدة الصلاة ﴿قال﴾ ولا يسلم فيها لان السلام للتحليل عن التحريمة وليس فيها تحريمة ولم يذكر ماذا يقول في سجوده والاصح أنه يقول في سجوده من التسبيح مايقول في سجدة الصلاة وبعض المتأخرين استحسن أن يقول فيها سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا لقوله تعالى يخرون للاذقان سجداً الآية واستحسن أيضاً ان يقوم فيسجد لان الخرور سقوط من القيام والقرآن ورد به فان لم يفعل لم يضره ﴿قال﴾ رجل قرأ آية السجدة خلف الامام فسمعها الامام والقوم فليس على أحد منهم ان يسجدها فى الحال ولا بعد الفراغ من الصلاة عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يسجدون اذا فرغوا من صلاتهم أما فى الصلاة لا يسجدون لانه لو سجدها التالي وتابعه الامام انقلب المتبوع تابعا وان لم يتابعه الامام كان هو مخالفا لامامه وان سجدها الامام وتابعه التالى كان هذا خلاف موضوع السجدة فان التالى المقتدى به امام السامعين وأما بعد الفراغ فمحمد رحمه الله تعالى يقول السبب الموجب للسجدة فى حقهم قد وجد وهو التلاوة والسماع وحرمة الصلاة منعت الاداء فيها فيسجدون بعد الفراغ كما لو سمعوا من رجل ليس معهم فى الصلاة وليس في هذا أكثر من أن المقتدي ممنوع من القراءة خلف الامام وهذا لا يمنع وجوب السجدة بتلاوته كالجنب اذا تلاها ولهما حرفان. الاول أن الامام يحمل عن المقتدى فرضا كما يحمل عنه موجب السهو ثم سهو المقتدى يتعطل فكذلك تلاوته. والثانى ان هذه السجدة صلاتية لان سببها تلاوة من يشاركهم فى الصلاة والصلاتية اذا لم تؤد فى الصلاة لا تؤدى بعد الفراغ منها كما لو تلاها الامام ولم يسجد فى الصلاة بخلاف ما اذا سمعوا ممن ليس معهم فى الصلاة لانها ليست بصلاتية ألا ترى ان المقتدى اذا فتح على امامه لم تفسد به الصلاة ومن ليس معه فى الصلاة اذا فتح على المصلى فسدت صلاته وبه يتضح الفرق وليس هذا كقراءة الجنب لانه غير ممنوع من قراءة

القرآن الموجب للسجدة وهو مادون الآية بخلاف المقتدى ولان الجنب ممنوع عن القراءة غير مولى عليه والمقتدى مولى عليه في القراءة والمولى عليه في التصرف لا يتعلق بتصرفه حكم ﴿قال﴾ واذا سمعها من الامام من ليس معهم في الصلاة فعليه أن يسجدها لتقرر السبب وهو السماع فان دخل مع الامام في صلاته فان كان الامام لم يسجدها بعد سجدها والداخل معه كما لو كان في صلاته عند القراءة وان كان الامام قد سجدها سقطت عن الرجل لانه لا يمكنه أن يسجدها في الصلاة اذاً يكون مخالفا لامامه ولا يمكنه أن يسجدها بعد الفراغ لأنها صلاتية في حقه كما هي في حق الامام فانه شريك الامام فيها والصلاتية لا تؤدى بعد الفراغ منها . وفي الأصل بعد ذكر هذه المسئلة قال ألا ترى لو أن رجلا افتتح الصلاة مع الامام وهو ينوى التطوع والامام في الظهر ثم قطعها فعليه قضاؤها فان دخل معه فيها ينوى صلاة أخرى تطوعا فصلاها معه لم يكن عليه قضاء شئ وهذه المسئلة مبتدأة وهي على ثلاثة أوجه اما أن ينوى قضاء الاولى أو لم يكن له نية أو نوى صلاة أخرى في الوجهين الاولين عندنا سقط عنه مالزمه بالافساد وقال زفر رضى الله تعالى عنه لا يسقط لان مالزمه بالافساد صار دينا كالمنذورة فلا بد أن يتأدي خلف الامام حين يصلى صلاة أخرى ولكنا نقول لو أتمها حين شرع فيها لم يلزمه شئ آخر فكذلك اذا أتمها بالشروع الثاني لأنه ماالتزم بالشروع الأداء هذه الصلاة مع الامام وقد أداها فان كان قد نوى تطوعا آخر فقد قال ههنا ينوب عما لزمه بالافساد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله تعالى عنهما وفي زيادات الزيادات قال لا ينوب وهو قول محمد رضى الله تعالى عنه . ووجهه انه لما نوى صلاة أخرى فقد أعرض عما كان دينا في ذمته بالافساد فلا ينوب هذا المؤدى عنه بخلاف الاول وجه قولهما انه ما التزم في المرتين الا أداء هذه الصلاة مع الامام وقد أداها ﴿قال﴾ فان قرأها المصلى وسمعها أيضاً من أجنبي أجزأه سجدة واحدة وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه قال لا تجزئه لان السماعية ليست بصلاتية والتى أداها صلاتية فلا تنوب عما ليست بصلاتية وجه ظاهر الرواية انه أدى ما لزمه بالتلاوة وهو أقوى من السماعية لان لها حرمتين حرمة التلاوة لها وحرمة الصلاة والسماعية حرمة واحدة والقوى ينوب عن الضعيف ولو استويا ناب أحدهما عن الثاني فلأن ينوب القوى عن الضعيف كان أولى ﴿قال﴾ وان تلاها في الصلاة وسجد ثم أحدث فذهب وتوضأ ثم عاد

الى مكانه وبنى على صلاته ثم قرأ ذلك الاجنبي تلك السجدة فعلى هـذا المصلي أن يسجدها اذا فرغ من صلاته لان بذها به ورجوعه تجدد له مجلس آخر مما لايكون من صلاته والسماعية ليست من صلاته فيجعل فى حقها كأنه لم يكن في الصلاة ومن ليس فى الصلاة اذا سمع وسجد ثم ذهب فتوضأ ثم عاد وسمع فعليه سجدة أخرى ﴿قال﴾ وان قرأها فى غير الصلاة وسجد ثم افتتح الصلاة فى مكانه فقرأها فعليه سجدة أخرى لان التي وجبت للتلاوة فى الصلاة صلاتية فلا تنوب عنها المؤداة قبل الشروع فى الصلاة لانها أضعف وان لم يكن سجد أولا حتى شرع فى الصلاة فى مكانه فقرأها فسجد أجزأته عنهما فى ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى وهو احـدى روايتى نوادر الصلاة لا تجزئه عن الاولى ووجهـه أنه لا يمكن ادخال الثانيـة فى الاولى لانها أقوى ولا يمكن ادخال الاولى فى الثانية لانه خلاف موضوع التداخل فلا بد من اعتبار كل واحـدة منهما على حـدة الصـلاتية تؤدى فى الصلاة وغير الصلاتية وهى الاولى تؤدي بعد الفراغ منها ووجه ظاهر الرواية ان السبب واحد فان المتلو آية واحدة والمكان واحد والمؤداة أكمل من الاولى لان لها حرمتين ولو كانت مثل الاولى لنابت عنها فاذا كانت أكمل من الاولى فأولى أن تنوب عنها ﴿قال﴾ رجل قرأ آية السجدة فسجدها ثم قرأها ثانية بعـد ما أطال القعود أجزأته السجدة الاولى لانه لم يشتغل بين التلاوتين بعمل يقطع به المجلس وباتحاد المجلس يتحد السبب فان أكل أو نام مضطجعا أو أخذ فى بيع أو شراء أو عمل يعرف انه قطع لما كان قبل ذلك ثم قرأ فعليه سجدة أخرى لان المجلس يتبدل بهـذه الاعمال ألا ترى أن القوم يجلسون لدرس العلوم فيكون مجلسهم مجلس الدرس ثم يشتغلون بالاكل فيصير مجلس الاكل ثم يقتتلون فيصير مجلسهم مجلس القتال وصار تبدل المجلس بهـذه الاعمال كتبدله بالذهاب والرجوع ﴿قال﴾ وان نام قاعداً أو أكل لقمة أو شرب شربة أو عمل عملا يسيراً ثم قرأها فليس عليه أخرى لان بهذا القدر لا يتبدل المجلس والقياس فيهما سواء أنه لا يلزمه أخرى ابقائه فى مكانه حقيقة ولكنا استحسنا اذا طال العمل اعتباراً بالمخيرة اذا عملت عملا كثيراً خرج الامر من يدها وكان قطعا للمجلس بخلاف ما اذا أكلت لقمة أو شربت شربة ﴿قال﴾ وان قرأ بعدها سورة طويلة ثم أعاد قراءة تلك السجدة لم يكن عليه أن يسجدها لان مجلسه لم يتبدل بقراءة القرآن فان قراءة القرآن من السجود فباتحاد المجلس يتحد السبب ﴿قال﴾

وان قرأها فى الركعة الاولى وسجدها ثم أعادها فى الثانية أو الثالثة لم يكن عليه سجود ولم يذكر ههنا اختلافا وقال فى الجامع الكبير فى القياس وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر ليس عليه سجدة أخري وفى الاستحسان وهو قوله الاول وقول محمد رحمه الله تعالى عليه سجدة أخري. وجه ذلك ان القراءة فى كل ركعة حكما على حدة حتى يسقط به فرض القراءة فكانت الاعادة فى الركعتين نظير الاعادة فى الصلاتين . وجه القياس أن المكان مكان واحد وحرمة الصلاة حرمة واحدة والمتلو آية واحدة فلا يجب الا سجدة واحدة كما لو أعادها فى الركعة الأولى وقد قررنا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿قال﴾ واذا قرأ الامام سجدة فى ركعة وسجدها ثم أحدث فى الركعة الثانية فقدم رجلا جاء ساعتئذ فقرأ تلك السجدة فعليه أن يسجدها لتقرر السبب فى حقه وهو التلاوة ولم يوجد منه أداء قبل هذا وهو فى هذه التلاوة مبتدئ وعلى القوم ان يسجدوا معه لانهم التزموا متابعته واذا سجدها فى الصلاة ثم سلم وتكلم ثم قرأها فى مكانه فعليه ان يسجدها *وفى نوادر أبى سليمان قال اذا سلم ثم قرأ فليس عليه ان يسجدها وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسئلة هناك فيما اذ أعادها قبل أن يتكلم وبالسلام لم ينقطع فور الصلاة فكأنه أعادها فى الصلاة وهنا موضوع المسئلة فيما اذا تكلم وبالكلام ينقطع فور الصلاة ألا تري انه لو تذكر سجدة تلاوة بعد السلام يأتى بها وبعد الكلام لا يأتى بها فيكون هذا في معنى تبدل المجلس ﴿قال﴾ فى الاصل وان لم يسجدها فى الصلاة حتي سجدها الآن أجزأه عنهما وهو سهو وان كان مراده أعادها بعد الكلام لان الصلاتية قد سقطت عنه بالكلام الا أن يكون مراده أعادها بعد السلام قبل الكلام فحينئذ يستقيم لانه لم يخرج عن حرمة الصلاة وانما كررها فى الصلاة وسجد . وان قرأها راكبا ثم نزل قبل أن يسير فقرأها فعليه سجدة واحدة استحسانا وفي القياس عليه سجدتان لتبدل مكانه بالنزول وفى الاستحسان النزول عمل يسير حتى لا يمنعه من البناء على الصلاة فلا يتبدل به المجلس فان كان سار ثم نزل فعليه سجدتان لان سير الدابة كمشيه فيتبدل به المجلس ﴿قال﴾ وان قرأها على الارض ثم ركب فقرأها قبل ان يسير سجدها سجدة واحدة على الارض ولو سجدها على الدابة لا تجزئه عن الاولى لان المؤداة أضعف من الاولى وان سجدها على الارض فالمؤداة أقوى والمكان مكان واحد فتنوب المؤداة عنهما . وان قرأها راكبا ثم

نزل ثم ركب فقرأها وهو في مكانه فعليه سجدة واحدة لما بينا أن المكان واحد والمتلو آية واحدة وان قرأها راكباً سائراً مرتين فان كان في غير الصلاة فعليه سجدتان لان سير الدابة مضاف اليه فانه يملك ايقافها متى شاء فكان نظير مشيه وهو يتبدل به المجلس بخلاف راكب السفينة فان السفينة في حقه كالبيت وهو لايجريها بل هي تجري به وان كان في الصلاة لم يكن عليه الاسجدة واحدة لان المكان وان تفرق فان حرمة الصلاة واحدة والسجدة من الصلاة لامن المكان فيراعي فيها اتحاد حرمة الصلاة . ومن أصحابنا من يقول هذا اذا أعادها في ركعة واحدة فان أعادها في ركعتين ينبغي أن يكون على الخلاف الذى بينا في المصلى على الارض ومنهم من قال لا بل الجواب ههنا في الكل واحد والفرق لمحمد بينه وبين المصلى على الارض أن هناك يركع ويسجد وذلك عمل كثير يتخلل بين التلاوتين والراكب يومئ وهو عمل يسير فلهذا لا يتجدد به وجوب السجدة ﴿قال﴾ فان سمعها من غيره مرتين وهو يسير على الدابة فعليه سجدتان لان هذه ليست بصلاتية فيعتبر فيه اختلاف الامكنة لاتحاد حرمة الصلاة فلهذا يلزمه بالسماع في كل مرة سجدة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب المستحاضة ﴾

﴿قال﴾ واذا أدركها الحيض في شئ من الوقت وقد افتتحت الصلاة أولم تفتتحها سقطت تلك الصلاة عنها أما اذا حاضت بعد دخول الوقت فليس عليها قضاء تلك الصلاة اذا طهرت عندنا وقال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى عليها قضاؤها لأن الحيض يمنع وجوب الصلاة ولا يسقط الواجب وقد وجب عليها بادراك جزء من أول الوقت بدليل انها لو أدت كانت مؤدية للفرض وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه اذا مضى من الوقت مقدار ما يمكنها أن تصلي فيه ثم حاضت فعليها القضاء لأن التمكن من الاداء معتبر لتقرر الوجوب فاذا وجد تقرر وجوب الصلاة عليها فلا تسقط بعد ذلك بالحيض وقال زفر رضى الله تعالى عنه اذا كان الباقي من الوقت حين حاضت مقدار ما يمكنها أن تصلي فيه فليس عليها قضاء تلك الصلاة وان كان دون ذلك فعليها القضاء لأن الوجوب في أول الوقت موسع وانما يضيق بآخر الوقت والقضاء يجب بالتفويت فما بقي من الوقت مقدار ما يمكن فيه أداء الصلاة لم تكن هي مفوتة بالتأخير شيئاً حتى لا تكون آثمة مفرطة وان كان الباقي دون ذلك فهى آثمة

مفرطة وكانت مفوتة فيلزمها القضاء كما لو حاضت بعد خروج الوقت ولكنا نقول ما بقى شئ من الوقت فالصلاة لم تصر دينا فى ذمتها بل هى فى الوقت عين وانما تعذر عليها الاداء بسبب الحيض وذلك غير موجب للقضاء فأما بخروج الوقت فتصير الصلاة دينا في ذمتها والحيض لا يمنع كون الصلاة دينا فى ذمتها وقد بينا فيما سبق ان الوجوب يتعلق بآخر الوقت لكونه مخيراً فى أول الوقت وما لم يتقرر الوجوب لا يجب القضاء فاذا اقترن الحيض بوقت تقرر الوجوب فلم يتقرر الوجوب واذا حاضت بعد خروج الوقت فلم يقترن الحيض بحال تقرر الوجوب فتقرر وعلى هذا لو نفست في آخر الوقت بالولادة أو باسقاط سقط مستبين الخلق وكذلك لو أغمى على الرجل بعد دخول الوقت وطال اغماؤه ففى وجوب قضاء تلك الصلاة اختلاف على ما بينا وكذلك لو افتتحت الصلاة فى الوقت ثم حاضت وهذا بخلاف التطوع فانه لو أدركها الحيض بعد ما افتتحت التطوع كان عليها قضاء تلك الصلاة اذا طهرت لانها بالشروع التزمت الاداء فكأنها التزمته بالنذر وفي الفريضة بالشروع ماالتزمت شيئا وانما شرعت للاسقاط لا للالتزام فاذا أدركها الحيض التحقت بما لو لم تشرع وانما قلنا هذا لان التزام ماهو لازم لا يتحقق ألا تري ان من نذر أداء فريضة لم يلزمه بالنذر شئ ﴿قال﴾ واذا طهرت من الحيض وعليها من الوقت مقدار ماتغتسل فيه فعليها قضاء تلك الصلاة وان كان عليها من الوقت مقدار مالا تستطيع ان تغتسل فيه فليس عليها قضاء تلك الصلاة قال وهذا اذا كانت أيامها دون العشرة فاما اذا كانت أيامها عشرة فانقطع الدم وقد مرّ عليها من الوقت شئ قليل أو كثير فعليها قضاء تلك الصلاة هكذا فسره في نوادر أبى سليمان رحمه الله تعالى لأنه اذا كانت أيامها عشرة فبمجرد انقطاع الدم تيقنا خروجها من الحيض لان الحيض لا يكون أكثر من ذلك فاذا أدركت جزأ من الوقت لزمها قضاء تلك الصلاة سواء تمكنت فيه من الاغتسال أو لم تمكن بمنزلة كافر أسلم وهو جنب أو صبى بلغ بالاحتلام فى آخر الوقت فعليه قضاء تلك الصلاة سواء تمكن من الاغتسال فى الوقت أو لم يتمكن واما اذا كانت أيامها دون العشرة فمدة الاغتسال من جملة حيضها على ما قال الشعبي حدثني سبعة عشر نفراً من الصحابة أن الزوج أحق برجعتها مالم تغتسل وهذا لان صاحبة هذه البلوى لاتكاد ترى الدم على الولاء ولكنه يسيل تارة وينقطع أخرى فبمجرد الانقطاع لاتخرج من الحيض لجواز أن يعاودها فاذا اغتسلت يحكم بطهارتها شرعا

فاذا ثبت ان مدة الاغتسال من حيضها قلنا اذا أدركت من الوقت مقدار ما يمكنها أن تغتسل فيه وتفتتح الصلاة فقد أدركت جزأ من الوقت بعد الطهارة فعليها قضاء تلك الصلاة والافلا وعلى هذا حكم القربان للزوج ان كانت أيامها عشرة فمتى انقطع الدم جاز للزوج أن يقربها عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك مالم تغتسل لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن والاطهار بالاغتسال ﴿ ولنا ﴾ ان بمجرد انقطاع الدم تيقنا خروجها من الحيض والمانع من الوطء الحيض لا وجوب الاغتسال عليها ألا ترى أن الطاهرة اذا كانت جنبا فللزوج ان يقربها فكذلك هنا بعد التيقن بالخروج من الحيض للزوج ان يقربها ولو كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها لم يكن للزوج ان يقربها مالم تغتسل لان مدة الاغتسال من حيضها فان مضى عليها وقت صلاة فللزوج أن يقربها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك لبقاء فرض الاغتسال عليها كما لو كان قبل مضي الوقت ولكنا نقول بمضي الوقت صارت الصلاة دينا في ذمتها وذلك من أحكام الطهارات فثبتت صفة الطهارة به شرعا كما ثبتت بالاغتسال ومن ضرورته انتفاء صفة الحيض فكان له أن يقربها ﴿ قال ﴾ واذا كان حيضها خمسة أيام فزاد الدم عليها فالزيادة دم حيض معها الى تمام العشرة لان عادة المرأة في جميع عمرها لا تبقى على صفة واحدة بل تزداد تارة وتنقص أخرى بحسب اختلاف طبعها فى كل وقت فما يمكن أن يجعل حيضاً جعلناه لان مبنى الحيض على الامكان ألا ترى أن الصغيرة اذا بلغت فاستمر بها الدم يجعل حيضها عشرة للامكان فهذا كذلك فاذا زاد على العشرة كان حيضها هي الخمسة والزيادة استحاضة لان الحيض لا يكون أكثر من عشرة فتيقنا فيما زاد على العشرة أنها استحاضة وتيقنا فى أيامها بالحيض بقي التردد فيما زاد عليه الى تمام العشرة ان ألحقناه بما قبله كان حيضاً وان ألحقناه بما بعده كان استحاضة فلا تترك الصلاة فيه بالشك والحاقه بما بعده أولى لأنه ماظهر الا فى الوقت الذي ظهرت فيه الاستحاضة متصلا به والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ﴿ قال ﴾ ولو كان حيضها خمسة أيام في أول كل شهر فتقدم حيضها بيوم أو بيومين أو خمسة فهى حائض اعتباراً للمتقدم بالمتأخر ولم يذكر الاختلاف فى الاصل وذكر فى نوادر أبي سليمان رضى الله تعالى عنه . والحاصل ان المتقدم اذا كان بحيث لا يمكن أن يجعل حيضا بانفراده وما رأت في أيامها بحيث يمكن أن يجعل حيضا فالمتقدم

تبع لأيامها والكل حيض بالاتفاق لأن مالا يستقل بنفسه تبع لما يستقل بنفسه فأما اذا لم تر في أيامها شيئاً ورأت قبل أيامها ما يمكن أن يجعل حيضا من خمسة أيام أو ثلاثة أو رأت فى أيامها مع ذلك يوما أو يومين أو رأت قبل أيامها يوما أو يومين لم يكن شيء من ذلك حيض عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأنه دم مستنكر مرئى قبل وقته فهى كالصغيرة جداً اذا رأت الدم لا يكون حيضا وعندهما الكل حيض لوجود الامكان فانه مرئى عقيب طهر صحيح وباب الحيض مبنى على الامكان كما قررنا فأما اذا رأت قبل أيامها ما يمكن أن يجعل حيضا بانفراده وفى أيامها ما يمكن أن يجعل حيضا بانفراده فعندهما الكل حيض اذا لم يجاوز العشرة (وعن) أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فيه روايتان . احداهما أن الكل حيض لأن ما رأت في أيامها كان أصلا مستقلا بنفسه فيستتبع ما قبله . والرواية الاخرى ان حيضها ما رأت فى أيامها دون ما رأت قبلها وهو رواية المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن كل واحد منهما لما كان مستقلا بنفسه لم يكن تبعا لغيره والمتقدم مستنكر مرئى قبل وقته وهو خلاف المتأخر لأن في المتأخر قد صارت هي حائضا بما رأت في أيامها فبقيت صفة الحيض لها بالمرئي بعده تبعا وفي المتقدم الحاجة في أثبات صفة الحيض لها ابتداء وذلك لا يكون بالمستنكر المرئى قبل وقته ﴿ قال ﴾ وان كان حيضها مختلفا مرة تحيض خمسة ومرة سبعة فاستحيضت فانها تدع الصلاة خمسة بيقين ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض وتصلى يومين بالوضوء لوقت كل صلاة ثم تغتسل لتوهم خروجها من الحيض وليس لزوجها أن يقربها فى هذين اليومين احتياطا لجواز انها حائض فيهما ولو كان هذا آخر عدتها لم يكن للزوج أن يراجعها فى هذين اليومين احتياطا ﴿قال﴾ وليس لها أن تتزوج فى هذين اليومين احتياطا وهذا كله اذا لم ينقطع الدم فى هذين اليومين فتأخذ بالاحتياط في كل جانب وقد بينا فيما سبق ان المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ولها أن تصلى فى الوقت ما شاءت بوضوء واحد من فرض أو نفل أو نذر أو فائتة ﴿ قال ﴾ فان أحدثت حدثا آخر فى الوقت فعليها اعادة الوضوء لأن طهارتها تتقدر بالوقت فى حق الدم السائل لأجل الضرورة ولا ضرورة فى سائر الأحداث فهي فيها كغيرها من الأصحاء وكذلك ان توضأت للحدث أولا ثم سال دم الاستحاضة فعليها الوضوء لأن الوضوء الاول لما سبق دم الاستحاضة لم يكن واقعا عن دم الاستحاضة فالحكم لا

يسبق سببه فكان ذلك فى حكم دم الاستحاضة كالمعدوم ﴿ قال ﴾ ولو كان حيضها خمسة فحاضت ستة ثم حاضت حيضة أخرى سبعة ثم حاضت أخرى ستة فحيضها ستة وكلما عاودها الدم مرتين فحيضها ذلك ومراده اذا استمر بها الدم واحتاجت الى البناء وهذا الجواب وهو قوله حيضها ستة عندهم جميعا أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فان العادة تنتقل بالمرة الواحدة فانما تبنى على ما رأت آخر مرة لأن عادتها انتقلت اليها وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحصل انتقال العادة بما دون المرتين ليتأكد بالتكرار فستة قد رأته مرتين فانتقلت اليها واليوم السابع انما رأت الدم فيه مرة فلم يتأكد بالتكرار والبناء في زمان الاستمرار على ما تأكد بالتكرار هذا معنى قوله كلما عاودها الدم مرتين فحيضها ذلك ﴿ قال ﴾ وان كان حيضها خمسا فحاضتها وطهرت أربعة أيام ثم عاودها اليوم العاشر كله ثم انقطع فذلك كله حيض ولا يجزئها صومها فى الاربعة الايام التى طهرت فيها عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن عنده الطهر المتخلل اذا كان دون خمسة عشر يوما لم يكن فاصلا عنده وهو روايته عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه وكذلك على رواية محمد عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنهما لأن الدم محيط بطرفى العشرة وكذلك على رواية ابن المبارك عن أبى حنيفة رضي الله تعالى عنهم لأنها رأت في أكثر الحيض مثل أقله وزيادة وكذلك على قول محمد رضى الله تعالى عنه لأن الدم غالب على الطهر فى العشرة فأما قول الحسن رضي الله تعالى عنه فحيضها خمستها لأن عنده اذا بلغ الطهر المتخلل ثلاثة أيام يصير فاصلا والاستقصاء فى بيان هذه الرواية فى كتاب الحيض ﴿قال﴾ والحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض حتى ترى البياض الخالص وقال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الحيض لأن الحيض الدم الخارج من الرحم دون الخارج من العرق ودم الحيض يجتمع فى الطهر فى الرحم ثم يخرج الصافى منه ثم الكدرة فاما دم العرق فيخرج منه الكدرة أولا ثم الصافى ومن أشكل عليه هذا فلينظر فى حال المفتصد فاذا خرجت الكدرة أولا كان ذلك دليلا لنا على انه دم عرق وأما اذا خرج الصافى منه أولا ثم الكدرة عرفنا أنه من الرحم فكان الكل حيضاً ولكنا نقول ما يكون حيضا اذا رأته المرأة في آخر أيامها يكون حيضا اذا رأته فى أول أيامها كالحمرة والصفرة وهذا لأن الحيض بالنص هو الأذى المرئى من موضع مخصوص والكل فى صفة

الأذي سواء ﴿ قال ﴾ وألوان الدم ستة والبيان الشافي فيه في كتاب الحيض . وانما قال حتي تري البياض الخالص لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها ان النساء كن يبعثن بالكراسف اليها لتنظرها فكانت اذا رأت كدرة قالت لا حتي ترين القصة البيضاء يعني البياض الخالص قيل هو بياض الخرقة وقيل هو شبه خيط دقيق أبيض تراه المرأة على الكرسف اذا طهرت ﴿ قال ﴾ فان حاضت المرأة فى شهر مرتين فهى مستحاضة والمراد انه لايجتمع فى شهر واحد حيضتان وطهران لان أقل الحيض ثلاثة وأقل الطهر خمسة عشر . وقد ذكر فى الأصل سؤالا فقال لو رأت في أول الشهر خمسة ثم طهرت خمسة عشر ثم رأت الدم خمسة أليس قد حاضت في شهر مرتين ثم أجاب فقال اذا ضممت اليها طهراً آخر كان أربعين يوما والشهر لا يشتمل على ذلك (ويحكي) ان امرأة جاءت الى على رضى الله عنه فقالت انى حضت فى شهر ثلاث مرات فقال رضى الله تعالى عنه لشريح ماذا تقول في ذلك فقال ان أقامت بينة من بطانتها ممن يرضى بدينه وأمانته قبل منها قال على رضى الله عنه قالون وهي بلغة الروميـة أصبت ومراد شريح من هـذا تحقيق نفي أنها لا تجد ذلك وان هـذا لا يكون ﴿ قال ﴾ ومارأت النفساء من الدم زيادة على أربعين يوما فهى استحاضة تصلى فيها ويأتيها زوجها لان أكثر النفاس يتقـدر باربعين يوما عنـدنا وبيانه فى كتاب الحيض فكانت الاربعون للنفاس كالعشرة للحيض فكما أن الزيادة على العشرة هناك تكون استحاضة فكذلك الزيادة على الاربعين هاهنا ﴿ قال ﴾ وان طهرت قبل الاربعين اغتسلت وصلت لانه لاتقـدير في أقل النفاس فانه اسم للدم الخارج عقب الولادة مشتق من تنفس الرحم به والقليـل والكثير فيـه سواء فاذا طهرت كان عليها أن تغتسل وتصلى بناء على الظاهر لان معاودة الدم اياها موهومة ولا يترك المعلوم بالموهوم ﴿ قال ﴾ فان كانت عادتها في النفاس ثلاثين يوما فطهرت فى عشرين يوما وصلت وصامت عشرة أيام ثم عاودها الدم فاستمر بها حتى جاوز الاربعين فهي مستحاضة فيما زاد على الثلاثين لان صاحبـة العادة فى النفاس كصاحبة العادة في الحيض وقد بينا هناك أنه متى زاد على عادتها وجاوز العشرة ترد الى أيام عادتها وتجعل مستحاضة فيما زاد على ذلك فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولا يجزئها صومها فى العشرة التى صامتها قبل الثلاثين قال الحاكم وهذا على مذهب أبي يوسف مستقيم وعلى مذهب محمد فيه نظر وهـذا لان أبا يوسف يرى ختم النفاس بالطهر اذا كان بعده دم

كما يرى ختم الحيض بالطهر اذا كان بعده دم فيمكن جعل الثلاثين نفاسا لها عنده وان كان ختمها بالطهر ومحمد لا يرى ختم النفاس والحيض بالطهر فنفاسها عنده فى هذا الفصل عشرون يوما فلا يلزمها قضاء ما صامت فى العشرة الايام التي بعد العشرين ﴿ قال ﴾ ودم الحامل ليس بحيض وان كان ممتداً عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه هو حيض فى حكم ترك الصوم والصلاة وحرمة القربان دون أقراء العدة قال لان الحامل من ذوات الأقراء فان المرأة اما صغيرة أو آيسة أو ذات قرء والحامل ليست بصغيرة ولا آيسة ولان ما ينافي الاقراء ينافى الحبل كالصغر واليأس واذا ثبت أنها من ذوات الاقراء وقد رأت من الدم ما يمكن أن يجعل حيضا جعل حيضا لها والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبي حبيش اذا أقبل قرؤك فدعى الصلاة الا انا لا نجعل حيضها معتبراً فى حكم أقراء العدة لانها لا تدل على فراغ الرحم فى حقها وهي المقصود باقراء العدة ومذهبنا مذهب عائشة رضى الله عنها فانها قالت الحامل لا تحيض ومثل هذا لا يعرف بالرأى فيحمل على أنها قالت ذلك سماعا ثم ان الله تعالى أجرى العادة ان المرأة اذا حبلت انسد فم رحمها فلا يخلص شئ الى رحمها ولا يخرج منه شئ فالدم المرئي ليس من الرحم فلا يكون حيضا والدليل عليه أنه لما نزل قوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء قالت الصحابة فان كانت آيسة أو صغيرة فنزل قوله واللائى يئسن فقالوا فان كانت حاملا فنزل قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ففى هذا بيان أن الحامل لا تحيض وانها ليست من ذوات الاقراء وتبين بهذا أن قوله اذا أقبل قرؤك يتناول الحائل دون الحامل ﴿ قال ﴾ فان ولدت ولداً وفى بطنها آخر فالنفاس من الاول فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى من الآخر لانها بعد وضع الأول حامل بعدُ والحامل لا تصير نفساء كما لا تحيض والدليل عليه حكم انقضاء العدة فانه معتبر بالولد الآخر وهما يقولان النفاس من تنفس الرحم بالدم من خروج النفس الذي هو الولد أو من خروج النفس الذي هو عبارة عن الدم وقد وجد ذلك كله بالولد الاول وانما لا تحيض الحامل لانسداد فم الرحم وقد انفتح بالولد الاول فكان الدم المرئى بعده من الرحم وفى حكم انقضاء العدة العبرة بفراغ الرحم ولا يحصل ذلك الا بالولد الآخر ﴿ قال ﴾ واذا توضأت المستحاضة والدم سائل ولبست خفيها فلها أن تمسح عليهما مادامت فى وقت تلك الصلاة

عنـدنا ﴿ وقال ﴾ زفر رضي الله عنه تمسح كمال مدة المسح وقد بينا هذا في باب المسح على الخفين ﴿ قال ﴾ واذا وجب الوضوء بذهاب الوقت وهي في الصلاة استقبلت الصلاة واذا وجب بسيلان الدم بنت على صلاتها ومعنى هذا اذا كان الدم سائلا حين توضأت أو سال بعد الوضوء قبل خروج الوقت فخرج الوقت وهي في الصلاة فعليها ان تستقبل لان خروج الوقت ليس بحدث ولكن عند خروج الوقت تنتقض طهارتها بالدم السائل مقرونا بالطهارة أو بعدها في الوقت وقد أدت جزأ من الصلاة بعد ذلك الدم واداء جزء من الصلاة بعد سبق الحدث يمنع البناء عليها فاما اذا توضأت والدم منقطع وخرج الوقت في خلال الصلاة قبل سـيلان الدم ثم سال الدم فانها تتوضأ وتبنى لان وجوب الوضوء بالدم السائل بعـد خروج الوقت ولم يوجـد بعده اداء شئ من الصلاة فكان لها أن تتوضأ وتبنى ﴿ قال ﴾ وصاحب الرعاف السائل كالمستحاضة فانه يتوضأ لوقت كل صلاة ﴿ قال ﴾ وان سال الدم من أحد المنخرين فتوضأ له ثم سال من المنخر الآخر فعليه الوضوء لان هذا حدث جديد لم يكن موجودا وقت الطهارة فلم تقع الطهارة له فهو والبول والغائط سواء. وان كان سال منهما جميعاً فتوضأ لهما ثم انقطع أحـدهما فهو على وضوء مابقي الوقت لان وضوءه وقع لهما ومابقي بعد انقطاع أحدهما حدث كامل ألا ترى أنه لولم يكن توضأ في الابتداء الا لواحد كان يتقدر وضوؤه بالوقت لاجله فكذلك في حكم البقاء وما انقطع صار كأن لم يكن وعلى هـذا حكم صاحب القروح اذا كان البعض سائلا ثم سال من آخر أو كان الكل سائلا فانقطع السيلان عن البعض والله تعالى أعلم

﴿ باب صلاة الجمعة ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم أن الجمعة فريضـة بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والامر بالسعي الى الشئ لا يكون الا لوجوبه والامر بترك البيع المباح لاجله دليل على وجوبه أيضاً. والسنة حديث جابر رضى الله عنـه قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أيها الناس توبوا الى ربكم قبل ان تموتوا وتقربوا الى الله بالاعمال الصالحة قبـل أن تشغلوا وتحببوا الى الله بالصـدقة في السر والعلانيـة تجبروا وتنصروا وترزقوا واعلموا أن الله تعالى كتب عليكم الجمعة في يومى هـذا في شهري هذا في مقامي

هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله امام جائر أوعادل فلا جمع الله شمله ألا فلا صلاة له ألا فلا صوم له الا أن يتوب فان تاب تاب الله عليه وفى حديث ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم قالا سمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على أعواد منبره يقول لينتهين أقوام عن تركـ الجمعة أو ليختمن الله على قلوبهم وليكونن من الغافلين . والامة أجمعت على فرضيتها وانما اختلفوا فى أصل الفرض فى الوقت فمن العلماء من يقول أصل الفرض الجمعة في حق من تلزمه اقامتها وكانت فريضة الجمعة بزوال الشمس فى هذا اليوم كفريضة الظهر فى سائر الايام وهو قول الشافعى وأكثر العلماء على أن أصل فرض الوقت في هذا اليوم ما هو في سائر الايام وهو الظهر ولكنه مأمور باسقاط هذا الفرض بالجمعة اذا استجمع شرائطها لان أصل الفرض فى حق كل أحد ما يتمكن من ادائه ولا يتمكن من أداء الجمعة بنفسه وانما يتمكن من أداء الظهر ولو جعلنا أصل الفرض الجمعة لكان الظهر خلفا عن الجمعة عند فواتها وأربع ركعات لا تكون خلفاً عن ركعتين فعلمنا ان أصل الفرض الظهر ولكنه مامور باسقاط هذا الفرض عن نفسه باداء الجمعة اذا استجمع شرائطها فهى تختص بشرائط منها فى المصلى ومنها في غيره ﴿ قال ﴾ أما الشرائط فى المصلى لوجوب الجمعة فالاقامة والحرية والذكورة والصحة لحديث جابر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة الا مسافر ومملوكـ وصبي وامرأة ومريض فمن استغني عنها بلهو أو تجارة استغني الله عنه والله غني حميد . والمعنى أن المسافر تلحقه المشقة بدخول المصر وحضور الجمعة وربما لا يجد أحداً يحفظ رحله وربما ينقطع عن أصحابه فلدفع الحرج أسقطها الشرع عنه والمملوكـ مشغول بخدمة المولى فيتضرر منه المولى بتركـ خدمته وشهود الجمعة وانتظاره الامام فلدفع الضرر عنه أسقطها الشرع عنه كما أسقط عنه الجهاد بخلاف الظهر فانه يتمكن من أدائه حيث هو بنفسه فلا ينقطع عن خدمة المولى أو ذلك القدر مستثنى عنه من حق المولى اذ ليس فيه ضرر كثير عليه وتحمل الضرر اليسير لا يدل على تحمل الضرر الكثير ﴿ قال ﴾ والمرأة كذلك مشغولة بخدمة الزوج منهية عن الخروج شرعا لما فى خروجها الى مجمع الرجال من الفتنة والمريض يلحقه الحرج في شهود الجمعة وانتظار الامام . وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه الاعمى لا يلزمه شهود الجمعة وان وجد قائداً لانه عاجز عن السعي بنفسه ويلحقه من الحرج ما يلحق

المريض وعندهما اذا وجد قائداً تلزمه لانه قادر على السعي وانما لا يهتدى الى الطريق فهو كالضال اذا وجد من يهديه الى الطريق غير أن هذه شرائط الوجوب لا شرائط الاداء حتى ان المسافر والمملوك والمرأة والمريض اذا شهدوا الجمعة فأدوها جازت لحديث الحسن رضى الله تعالى عنه كن النساء يجمعن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقال لهن لا تخرجن الا تفلات أي غير متطيبات ولان سقوط فرض السعي عنهم لا لمعنى فى الصلاة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا فى الاداء بغيرهم ﴿قال﴾ فأما الشرائط فى غير المصلى لأداء الجمعة فستة المصر والوقت والخطبة والجماعة والسلطان والاذن العام أما المصر فهو شرط عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس بشرط فكل قرية سكنها أربعون من الرجال لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا تقام بهم لما روى أن أول جمعة جمعت فى الاسلام بعد المدينة جمعت بجوانى وهى قرية من قرى عبد القيس بالبحرين وكتب أبو هريرة الى عمر رحمه الله تعالى يسأله عن الجمعة بجوانى فكتب اليه أن جمع بها وحيثما كنت ﴿ولنا﴾ قوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع وقال عليّ رضى الله تعالى عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا فى مصر جامع ولان الصحابة حين فتحوا الامصار والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجوامع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم على أن المصر من شرائط الجمعة وجوانى مصر بالبحرين وتسمية الراوى اياها بالقرية لا ينفى ما ذكرنا من التأويل قال الله تعالى لتنذر أم القرى ومن حولها ومعنى قول عمر رضى الله تعالى عنه وحيثما كنت أى مما هو مثل جوانى من الامصار وظاهر المذهب فى بيان حد المصر الجامع أن يكون فيه سلطان أو قاض لاقامة الحدود وتنفيذ الاحكام. وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أن يتمكن كل صانع أن يعيش بصنعته فيه ولا يحتاج فيه الى التحول الى صنعة أخرى وقال ابن شجاع رضى الله تعالى عنه أحسن ماقيل فيه ان أهلها بحيث لو اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا الى بناء مسجد الجمعة فهذا مصر جامع تقام فيه الجمعة ثم فى ظاهر الرواية لاتجب الجمعة الا على من سكن المصر والارياف المتصلة بالمصر . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان كل من سمع النداء من أهل القرى القريبة من المصر فعليه أن يشهدها وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه لظاهر قوله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة الآية وقال مالك رضى الله تعالى عنه من سكن من

المصر على ثلاثة أميال أو دونها فعليه أن يشهدها وقال الاوزاعى رضى الله تعالى عنه من كان يمكنه أن يشهدها ويرجع الى أهله قبل الليل فعليه أن يشهدها والصحيح ما قلنا ان كل موضع يسكنه من اذا خرج من المصر مسافراً فوصل الى ذلك الموضع كان له أن يصلى صلاة السفر فليس عليه أن يشهدها لان مسكنه ليس من المصر. ألا ترى أن المقيم في المصر لا يكون مقيما في هذا الموضع . وأما الوقت فمن شرائط الجمعة يعني به وقت الظهر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث مصعب بن عمير رضى الله تعالى عنه الى المدينة قبل هجرته قال له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة وكتب الى اسعد بن زرارة رحمه الله تعالى اذا زالت الشمس من اليوم الذي يتجهز فيه اليهود لسبتهم فازدلف الى الله تعالى بركعتين والذى روى ان ابن مسعود أقام الجمعة ضحى معناه بالقرب منه ومقصود الراوى انه ما أخرها بعد الزوال وكان مالك رضى الله عنه يقول تجوز اقامتها فى وقت العصر بناء على مذهبه من تداخل الوقتين وقد بينا فساده ﴿قال﴾ والخطبة من شرائط الجمعة لحديث ابن عمر وعائشة رضى الله عنهما انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة ولظاهر قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله يعنى الخطبة والامر بالسعى دليل على وجوبها ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما صلى الجمعة في عمره بغير خطبة فلو جاز لفعله تعليما للجواز ﴿قال﴾ بعض مشايخنا الخطبة تقوم مقام ركعتين ولهذا لاتجوز الا بعد دخول الوقت والاصح أنها لاتقوم مقام شطر الصلاة فان الخطبة لايستقبل القبلة في أدائها ولا يقطعها الكلام ويعتد بها وان أداها وهو محدث أو جنب فبه تبين ضعف قوله انها بمنزلة شطر الصلاة ﴿قال﴾ والجماعة من شرائطها لظاهر قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله ولانها سميت جمعة وفي هذا الاسم ما يدل على اعتبار الجماعة فيها. ويختلفون فى مقدار العدد فقال أبو حنيفة رضى الله عنه ثلاثة نفر سوى الامام وقال أبو يوسف رضى الله عنه اثنان سوى الامام لان المثني في حكم الجماعة حتى يتقدم الامام عليهما وفى الجماعة معني الاجتماع وذلك يتحقق بالمثنى وجه قولهما الاستدلال بقوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وهذا يقتضي مناديا وذاكرا وهو المؤذن والامام والاثنان يسعون لان قوله فاسعوا لا يتناول الا المثنى ثم مادون الثلاث ليس بجمع متفق عليه فان أهل اللغة فصلوا بين التثنية والجمع فالمثنى وان كان فيه معنى الجمع من وجه فليس بجمع مطلق واشتراط الجماعة ثابت مطلقاً ثم يشترط فى الثلاثة أن

يكونوا بحيث يصلحون للامامة في صلاة الجمعة حتى ان نصاب الجمعة لايتم بالنساء والصبيان ويتم بالعبيد والمسافرين لانهم يصلحون للامامة فيها وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه النصاب أربعون رجلا من الاحرار المقيمين وهذا فاسد فان مصعب بن عمير أقام الجمعة بالحديبية مع اثني عشر رجلا وأسعد بن زرارة أقامها بتسعة عشر رجلا ولما نفر الناس في اليوم الذي دخل فيه العير المدينة كما قال الله تعالى ﴿واذا رأوا تجارة أولهوا انفضوا اليها﴾ بقي رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اثني عشر رجلا فصلى بهم الجمعة ولا معنى لاشتراط الاقامة والحرية فيهم لان درجة الامامة أعلى فاذا لم يشترط هذا في الصلاحية للامامة فكيف يشترط فيمن يكون مؤتما ولا وجه لمنع هذا فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة بمكة وهو كان مسافراً حتى قال لاهل مكة أتموا يا أهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر ﴿قال﴾ والسلطان من شرائط الجمعة عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه وقاسه باداء سائر المكتوبات فالسلطان والرعية في ذلك سواء ﴿ولنا﴾ ماروينا من حديث جابر رضي الله عنه وله امام جائر أو عادل فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم الامام لالحاقه الوعيد بتارك الجمعة وفي الاثر أربع الى الولاة منها الجمعة ولان الناس يتركون الجماعات لاقامة الجمعة ولو لم يشترط فيها السلطان أدى الى الفتنة لانه يسبق بعض الناس الى الجامع فيقيمونها لغرض لهم وتفوت على غيرهم وفيه من الفتنة مالا يخفى فيجعل مفوضاً الى الامام الذي فوض اليه أحوال الناس والعدل بينهم لانه أقرب الى تسكين الفتنة . والاذن العام من شرائطها حتى ان السلطان اذا صلى بحشمه في قصره فان فتح باب القصر وأذن للناس اذنا عاما جازت صلاته شهدها العامة أو لم يشهدوها وان لم يفتح باب قصره ولم يأذن لهم في الدخول لا يجزئه لان اشتراط السلطان للتحرز عن تفويتها على الناس ولا يحصل ذلك الا بالاذن العام وكما يحتاج العامة الى السلطان في اقامتها فالسلطان يحتاج اليهم بان يأذن لهم اذنا عاما بهذا يعتدل النظر من الجانبين ﴿قال﴾ فان صلى الامام باهل المصر الظهر يوم الجمعة أجزأهم وقد أساؤا في ترك الجمعة أما الجواز فلانهم أدوا أصل فرض الوقت ولو لم نجوزها لهم أمرناهم باعادة الظهر بعد خروج الوقت والامر باعادة الظهر عند تفويتها في الوقت وما فوتوها وأما الاساءة فلتركهم أداء الجمعة بعد ما استجمعوا شرائطها وفي حديث ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك ثلاث جمع تهاونا بها طبع على قلبه ﴿قال﴾

ويخطب الامام يوم الجمعة قائماً لما روى ان ابن مسعود رضى الله عنه لما سئل عن هذا فقال أليس تتلو قوله تعالى وتركوك قائماً كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب قائماً حين انفض عنه الناس بدخول العير المدينة وهكذا جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والذى روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه أنه كان يخطب قاعداً انما فعل ذلك لمرض أو كبر فى آخر عمره وفى حديث جابر بن سمرة رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما خطبة واحدة فلما أسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة ففي هذا دليل انه يجوز الاكتفاء بالخطبة الواحدة بخلاف ما يقوله الشافعي رضى الله تعالى عنه وفى هذا دليل على أن الجلسة بين الخطبتين للاستراحة وليست بشرط عندنا خلافا للشافعى رضى الله تعالى عنه انها شرط ﴿قال﴾ امام خطب جنبا ثم اغتسل فصلى بهم أو خطب محدثا ثم توضأ فصلى بهم أجزأهم عندنا وعند أبي يوسف رضى الله تعالى عنه لا يجزئهم وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه لأن الخطبة بمنزلة شطر الصلاة حتى لا يجوز أداؤها الا في وقت الصلاة وفي الأثر انما قصرت الجمعة لمكان الخطبة فكما تشترط الطهارة فى الصلاة فكذلك في الخطبة ﴿ولنا﴾ ان الخطبة ذكر والمحدث والجنب لا يمنعان من ذكر الله ما خلا قراءة القرآن فى حق الجنب وليست الخطبة نظير الصلاة ولا بمنزلة شطرها بدليل أنها تؤدى غير مستقبل بها القبلة ولا يفسدها الكلام وتأويل الأثر انها فى حكم الثواب كشطر الصلاة لا فى اشتراط شرائط الصلاة فيها وقد ذكرنا في باب الأذان انه يعاد أذان الجنب ولم يذكر اعادة خطبة الجنب ولا فرق بينهما فى الحقيقة غير أن الاذان لا يتعلق به حكم الجواز فذكر استحباب الاعادة والخطبة يتعلق بها حكم الجواز فذكر الجواز هنا . واستحباب الاعادة هاهنا كهو فى الاذان ﴿قال﴾ وينبغي للامام أن يقرأ سورة فى خطبته لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له قيل الآية في الخطبة سماها قرآنا لما فيها من قراءة القرآن وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبلغهم ما أنزل الله تعالى فى خطبته وذكر السورة لأنها أدل على المعنى والاعجاز ولو اكتفى بقراءة آية طويلة جاز أيضا لان فرض القراءة في الصلاة يتأدى بهذا فسنة القراءة فى الخطبة أولى ﴿قال﴾ واذا أحدث الامام يوم الجمعة بعد الخطبة وأمر رجلا يصلى بالناس فان كان الرجل شهد الخطبة جاز ذلك لأنه قام مقام الأول وهو مستجمع

شرائط افتتاح الجمعة ويستوى ان كان الامام مأذونا في الاستخلاف أولم يكن بخلاف القاضى فانه اذا لم يكن مأذونا فى الاستخلاف لا يكون له أن يستخلف لأن القضاء غير مؤقت لا يفوت بتأخيره عند العذر والجمعة مؤقتة تفوت بتأخيرها عند العذر اذا لم يستخلف ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه انه قد يعرض له عارض يمنعه من ادائها فى الوقت فقد صار راضيا باستخلافه . وان لم يكن المأمور شهد الخطبة لم يجز له أن يصلى بهم الجمعة لأن الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة وهو المفتتح لها فاذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كالأول اذا لم يخطب وهذا بخلاف مالو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة أجزأهم لان هناك الثانى بان وليس بمفتتح والخطبة من شرائط الافتتاح وقد وجد ذلك في حق الاصيل فيتعين اعتباره فى حق التبع *فان قيل لو أفسد البانى صلاته ثم افتتح بهم الجمعة جاز أيضا وهو مفتتح فى هذه الحالة * قلنا نعم ولكنه لما صح شروعه فى الجمعة وصار خليفة الاول التحق بمن شهد الخطبة حكما فلهذا جاز له افتتاحها بعد الافساد ﴿ قال ﴾ وان كان المأمور جنبا وقد شهد الخطبة فلما أمره الامام بذلك أمر هو رجلا طاهراً قد شهد الخطبة فصلى بهم أجزأه لان استخلاف الامام اياه يثبت له ولاية اقامة الجمعة بدليل أنه لو اغتسل وصلى بهم أجزأهم فيفيده ولاية الاستخلاف أيضا بخلاف ما اذا كان المأمور الاول لم يشهد الخطبة فأمر غيره ممن شهد الخطبة لم يجز له أن يصلى بهم الجمعة لأن أمر الامام اياه لم يفده ولاية اقامة الجمعة بنفسه فلا يفيده ولاية الاستخلاف الذى هو تبع له وكذلك ان كان المأمور الاول صبيا أو معتوها أو كافراً أو امرأة فأمر غيره بذلك لم يجز له اقامة الجمعة بأمره لانه لم يفده ولاية اقامتها بنفسه وولاية الاستخلاف تثبت تبعاً لثبوت ولاية الاقامة بنفسه ﴿ قال ﴾ واذا أحدث الامام قبل افتتاح الصلاة فلم يأمر أحداً فتقدم صاحب الشرط اماما أو القاضى أو أمر رجلا قد شهد الخطبة فتقدم وصلى بهم أجزأهم لان اقامة الجمعة من أمور العامة وقد فوض الى القاضي وصاحب الشرط ماهو من أمور العامة فنزلا فيه منزلة الامام فى الامامة والاستخلاف ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي للامام أن يتكلم في خطبته بشئ من حديث الناس لانه ذكر منظوم والتكلم فى خلاله يذهب بهاءه فلا يشتغل به كما فى خلال الأذان والذى روى ان عثمان رضي الله عنه كان يسأله الناس عن سعر الشعير وعن سعر الزيت فقد كان

ذلك قبل الشروع في الخطبة لا فى خلالها والذى روى ان عمر رضى الله عنه قال لعثمان رضى الله عنه حين دخل وهو يخطب أية ساعة المجئ هذه الحديث فقد كان ذلك منه أمراً بالمعروف والخطبة كلها وعظ وأمر بمعروف والذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب اذ دخل أعرابى وقال هلكت المواشي وتقطعت السبل وخشينا القحط فاستسق رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل كان ذلك قبل نزول قوله تعالى واذا قرئ القرآن الآية وقيل كان ملكا مقيضاً أهبط فى الجمعتين ليذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاء الاستسقاء ودعاء الفرج من خوف الغرق والخطبة فيها الدعاء ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي للقوم ان يتكلموا والامام يخطب لقوله تعالى فاستمعوا له وانصتوا الآية ولانه فى الخطبة يخاطبهم بالوعظ فاذا اشتغلوا بالكلام لم يفد وعظه اياهم شيئاً وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلاة له وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم سورة فى خطبته فقال أبو الدرداء لابى بن كعب رحمهما الله تعالى متى انزلت هذه السورة فلم يجبه فلما فرغ من صلاته قال اما ان حظك من صلاتك ما لغوت فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يشكوه فقال عليه الصلاة والسلام صدق أبى . وسمع ابن عمر رجلا يقول لصاحبه يوم الجمعة والامام يخطب متى تخرج القافلة فقال صاحبه غداً فلما فرغ ابن عمر رضى الله تعالى عنهما من صلاته قال للمجيب أما انك فقد لغوت وأما صاحبك هذا فحمار . فان كان بحيث لا يسمع الخطبة فظاهر الجواب أنه يسكت لان المأمور به شيآن الاستماع والانصات فمن قرب من الامام فقد قدر عليهما ومن بعد عنه فقد قدر على أحدهما وهو الانصات فيأتى بما قدر عليه وكان محمد بن سلمة رضي الله تعالى عنه يختار السكوت ونصير بن يحيى رضى الله تعالى عنه يختار قراءة القرآن فى نفسه والحكم بن زهير كان ينظر فى الفقه وهو من كبار أصحابنا وكان مولعا بالتدريس قال الحسن بن زياد رضى الله تعالى عنه ما دخل العراق أحد أفقه من الحكم بن زهير قلت فهل يردون السلام ويشمتون العاطس ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم ويقرؤن القرآن قال أحب الي أن يستمعوا فقد أظرف في هذا الجواب ولم يقل لا ولكنه ذكر ماهو المأمور به وهو الاستماع والانصات ولم يذكر ان العاطس هل يحمد الله تعالى والصحيح أنه يقوله فى نفسه فذلك لا يشغله عن الاستماع وأما التشميت ورد السلام فلا يأتى بهما عندنا خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه

وهو رواية عن أبي يوسف رضى الله تعالى عنه لان رد السلام فرض والاستماع سنة ولكنا نقول رد السلام انما يكون فريضة اذا كان السلام تحية وفي حالة الخطبة المسلم ممنوع من السلام فلا يكون جوابه فرضا كما فى الصلاة ثم ما طلب أبو الدرداء من أبيّ بن كعب رضى الله تعالى عنهما من تاريخ المنزَّلِ فقد كان فرضاً عليهم ليعرفوا آية الناسخ من المنسوخ وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم من اللغو فى حالة الخطبة فكذلك رد السلام. وأما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الخطيب اذا قال يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه ينبغي لهم أن يصلوا عليه وهو اختيار الطحاوي لانه يبلغهم أمراً فعليهم الامتثال . وجه ظاهر الرواية أن حالة الخطبة كحالة الصلاة فى المنع من الكلام فكما أن الامام لو قرأ هذه الآية فى صلاته لم يشتغل القوم بالصلاة عليه فكذلك اذا قرأها فى خطبته ﴿قال﴾ الامام اذا خرج فخروجه يقطع الصلاة حتي يكره افتتاحها بعد خروج الامام وينبغي لمن كان فيها أن يفرغ منها يعنى يسلم على رأس الركعتين لحديث ابن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم موقوفا عليهما ومرفوعا اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام وقال عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنهما الصلاة فى حالة الخطبة خطيئة ولان الاستماع واجب والصلاة تشغله عنه ولا يجوز الاشتغال بالتطوع وترك الواجب وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يأتى بالسنة وتحية المسجد اذا دخل والامام يخطب لحديث سليك الغطفانى أنه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فجلس فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أركعت ركعتين فقال لا فقال قم فاركعهما ودخل أبو الدرداء المسجد ومروان يخطب فركع ركعتين ثم قال لا أتركهما بعد ما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فيهما ماقال. وتأويل حديث سليك أنه كان قبل وجوب الاستماع ونزول قوله واذا قرئ القرآن وقيل لما دخل وعليه هيئة رثة ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الخطبة لاجله وانتظره حتى قام وصلى ركعتين والمراد أن يرى الناس سوء حاله فيواسوه بشئ وفي زماننا الخطيب لا يترك الخطبة لأجل الداخل فلا يشتغل هو بالصلاة وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يكره الكلام بعد خروج الامام قبل ان يأخذ في الخطبة وبعد الفراغ من الخطبة قبل الاشتغال بالصلاة كما تكره الصلاة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تكره الصلاة في هذين الوقتين ولا يكره الكلام لما جاء فى الحديث خروج الامام

يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام ولان الصلاة تمتد وربما لايمكنه قطعها حين يأخذ الامام في الخطبة والكلام يمكن قطعه متى شاء والنهى عنه لوجوب استماع الخطبة فيقتصر على حالة الخطبة وأبو حنيفة رضى الله عنه استدل بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا كان يوم الجمعة وقفت الملائكة على أبواب المساجد يكتبون الناس الاول فالأول الحديث الى أن قال فاذا خرج الامام طووا الصحف وجاؤا يستمعون الذكر وانما يطوون الصحف اذا طوي الناس الكلام وأما اذا كانوا يتكلمون فهم يكتبونه عليهم قال الله تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد ولان الامام اذا صعد المنبر ليخطب فكان مستعداً لها فيجعل كالشارع فيها من وجه ألا ترى ان فى كراهة الصلاة جعل الاستعداد لها كالشروع فيها فكذلك في كراهة الكلام ووجوب الانصات غير مقصور على حال تشاغله بالخطبة حتى يكره الكلام فى حالة الجلسة بين الخطبتين ﴿ قال ﴾ وينبغى للرجل ان يستقبل الخطيب بوجهه اذا أخذ فى الخطبة وهكذا نقل عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه كان يفعله لان الخطيب يعظهم ولهذا استقبلهم بوجهه وترك استقبال القبلة فينبغي لهم أن يستقبلوه بوجوههم ليظهر فائدة الوعظ وتعظيم الذكر كما فى غير هذا من مجالس الوعظ ولكن الرسم الآن أن القوم يستقبلون القبلة ولم يؤمروا بترك هذا لما يلحقهم من الحرج في تسوية الصفوف بعد فراغه لكثرة الزحام اذا استقبلوه بوجوههم فى حالة الخطبة ﴿ قال ﴾ واذا خطب بتسبيحة واحدة أو بتهليل أو بتحميد أجزأه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجزئه حتى يكون كلاما يسمى خطبة وقال الشافعى رضى الله عنه لايجزئه حتى يخطب خطبتين يقرأ فيهما شيئاً من القرآن ويجلس بينهما جلسة واستدل بالتوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والتوارث كالتواتر ولكنا قد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم فى الابتداء كان يخطب خطبة واحدة فلما أسن جعلها خطبتين وجلس بينهما فدل على انه إنما فعل ذلك ليكون أروح عليه لا لانه شرط وأبو يوسف ومحمد قالا الشرط الخطبة ومن قال الحمد لله أو قال لااله الا الله فهذه الكلمة لاتسمى خطبة وقائلها لايسمى خطيبا فما لم يأت بما يسمى خطبة لايتم شرط الجمعة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بما روى ان عثمان رضى الله عنه لما استخلف صعد المنبر فقال الحمد لله فارتج عليه فقال ان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يعدان لهذا المكان مقالا

أو قال يرتادان أنتم الى امام فعال أحوج منكم الى امام قوال وستأتي الخطب الله أكبر ماشاء الله فعل ونزل وصلى الجمعة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فدل انه يكتفى بهذا القدر . ولما أتى الحجاج العراق صعد المنبر فقال الحمد لله فارتج عليه فقال يا أيها الناس قد هالني كثرة رؤسكم واحداقكم الى باعينكم واني لا أجمع عليكم بين الشح والعي ان لي نعما في بني فلان فاذا قضيتم الصلاة فانتهبوها ونزل وصلى معه من بقي من الصحابة كابن عمر وأنس ابن مالك رضي الله عنهما ولان المنصوص عليه الذكر قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وقد بينا أن الذكر بها ثبت بالنص والذكر يحصل بقوله الحمد لله فما زاد عليه شرط الكمال لاشرط الجواز وهو نظير ماقال أبو حنيفة ان فرض القراءة يتأدى بآية واحدة ثم قوله الحمد لله كلمة وجيزة تحتها معان جمة تشتمل على قدر الخطبة وزيادة والمتكلم بقوله الحمد لله كالذاكر لذلك كله فيكون ذلك خطبة لكنها وجيزة وقصر الخطبة مندوب اليه جاء عن عمر رضي الله عنه قال طوّلوا الصلاة وقصروا الخطبة وقال ابن مسعود رضي الله عنه طول الصلاة وقصر الخطبة من فقه الرجل الا ان الشرط عند أبي حنيفة رضي الله عنه ان يكون قوله الحمد لله على قصد الخطبة حتي اذا عطس وقال الحمد لله يريد به الحمد على عطاسه لاينوب عن الخطبة هكذا نقل عنه مفسراً في الأمالي ﴿ قال ﴾ والاذان اذا صعد الامام المنبر فاذا نزل أقام الصلاة بعد فراغه من الخطبة هكذا كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده الى أن أحدث الناس الأذان على الزّوراء على عهد عثمان رضي الله عنه وقد بينا ذلك في باب الأذان ﴿قال﴾ رجل ذكر في الجمعة ان عليه الفجر فهذا على ثلاثة أوجه . أحدها انه لايخاف فوت الجمعة لو اشتغل بالفجر فعليه أن يقطع الجمعة ويبدأ بالفجر ثم بالجمعة لمراعاة الترتيب فانه واجب عندنا . والثاني ان يخاف فوت الوقت لو اشتغل بالفجر فهذا يتم الجمعة لان الترتيب عنه ساقط بضيق الوقت . والثالث ان يخاف فوت الجمعة دون الوقت لو اشتغل بالفجر فهذا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى نظير الفصل الأول يلزمه مراعاة الترتيب وعند محمد رحمه الله تعالى نظير الفصل الثاني لان شروعه في الجمعة قد صح وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالفجر فلا يلزمه مراعاة الترتيب كما لو تذكر العشاء في خلال الفجر وهو يخاف طلوع الشمس لو اشتغل بالعشاء بل أولى فان هناك لا يفوته أصل الصلاة انما يفوته الاداء في الوقت وههنا

يفوته أصل الصلاة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا الجمعة في هذا اليوم كالظهر في سائر الايام فكما انه لو تذكر الفجر في خلال الظهر وهو يخاف فوت الجماعة دون الوقت يلزمه مراعاة الترتيب فكذلك ههنا وهذا لان أصل فرض الوقت لا يفوته وقد بينا أنها كالظهر وهو يتمكن من أدائها في الوقت مع مراعاة الترتيب بخلاف ما اذا كان يخاف فوت الوقت ﴿قال﴾ رجل زحمه الناس يوم الجمعة فلم يستطع أن يسجد فوقف حتى سلم الامام فهذا واللاحق سواء يمضى فى صلاته بغير قراءة لانه أدرك أولها فكان مقتديا في الاتمام ولا قراءة عليه كالذى نام أو سبقه الحدث فان لم يقم فى الركعة الثانية مقدار قراءة الامام ولكنه كما استتم قائما ركع أجزأه لان الركن أصل القيام في كل ركعة لا امتداده ألا ترى أن الامام فى سائر الصلوات لو لم يطول القيام فى الشفع الثانى أجزأه لانه لا قراءة فيهما فهذا مثله ﴿قال﴾ ولا يجزئه التيمم فى الجمعة وان خاف فوتها لانها تفوت الى خلف وهو الظهر وقد بينا هذا فى باب التيمم ﴿قال﴾ مريض لا يستطيع أن يشهد الجمعة فصلى الظهر فى بيته بأذان واقامة فهو حسن لان هذا اليوم في حقه كسائر الايام اذ ليس عليه شهود الجمعة فيه ﴿قال﴾ ومن صلى الظهر لمرض أو سفر أو بغير عذر ثم صلى الجمعة مع الامام فالجمعة هي الفريضة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ان كان مريضاً أو مسافراً ففرضه الظهر وان لم يكن له عذر ففرضه الجمعة ولا يجزئه الظهر قبل فراغ الامام من الجمعة فالكلام فى فصلين أحدهما فى المعذور وجه قول زفر رحمه الله تعالى ان هذا اليوم فى حقه كسائر الايام وفى سائر الايام لو صلي الظهر فى بيته ثم أدرك الجماعة كان فرضه ما أدى فى بيته فكذلك هنا ولكنا نقول الجمعة أقوي من الظهر ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى وانما فارق المريض الصحيح في الترخص بترك السعي الى الجمعة فاذا شهدها فهو والصحيح سواء فيكون فرضه الجمعة والفصل الثاني فى الصحيح المقيم اذا صلى الظهر فى بيته ولم يشهد الجمعة أجزأه عندنا وقد أساء وقال زفر رحمه الله تعالي لا يجزئه الظهر الا بعد فراغ الامام من الجمعة وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا يجزئه الظهر الا بعد خروج الوقت لان من أصل زفر والشافعى أن الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل فانه مأمور بالسعى الى الجمعة وترك الاشتغال بالظهر مالم يتحقق فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل فاذا أدى البدل مع قدرته على الاصل لا يجزئه وعند زفر رحمه الله تعالى فوات الاصل بفراغ الامام لانه يشترط السلطان

لاقامة الجمعة وعند الشافعي رحمه الله تعالى فوات الاصل بخروج الوقت لان السلطان عنده ليس بشرط لاقامة الجمعة فأما عندنا فاصل فرض الوقت الظهر قال عليه الصلاة والسلام وأول وقت الظهر حين تزول الشمس ولم يفصل بين هذا اليوم وغيره ولانه ينوي القضاء في الظهر اذا أداه بعد خروج الوقت فلو لم يكن أصل فرض الوقت في حقه الظهر لما احتاج الى نية القضاء بعد فوات الوقت فاذا ثبت أن أصل الفرض هو الظهر وقد أداه في وقته فيجزئ عنه . وقد روي عن محمد رحمه الله تعالى قال لا أدرى ما أصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكن يسقط الفرض عنه بأداء الظهر أو الجمعة يريد به ان أصل الفرض أحدهما لا بعينه ويتعين بفعله ﴿ قال ﴾ ولو صلى الظهر ثم سعى الي الجمعة فوجد الامام قد فرغ منها فان كان خروجه من بيته بعد فراغ الامام منها فليس عليه اعادة الظهر وان كان قبل فراغ الامام منها فعليه اعادة الظهر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ليس عليه اعادة الظهر ما لم يفتتح الجمعة مع الامام . وجه قولهما انه أدى فرض الوقت بأداء الظهر فلا ينتقض الا بما هو أقوى منه وهو الجمعة فأما مجرد السعي فليس بأقوى مما أدى ولا يجعل السعي اليها كمباشرتها في ارتفاض الظهر به كالقارن اذا وقف بعرفات قبل أن يطوف لعمرته يصير رافضاً لها ولو سعى الى عرفات لايصير به رافضاً لعمرته . وجه قوله ان السعي من خصائص الجمعة لانه أمر به فيها دون سائر الصلوات فكان الاشتغال بما هو من خصائصها كالاشتغال بها من وجه فيصير به رافضا للظهر ولكن السعي اليها انما يتحقق قبل فراغ الامام منها لا بعده وفي مسئلة القارن في القياس ترتفض عمرته بالسعي الى عرفات وفي الاستحسان لا ترتفض لان السعي هناك منهي عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه وههنا مأمور به فكان قويا في نفسه ﴿ قال ﴾ واذا لم يفرغ الامام من الجمعة حتي دخل وقت العصر فسدت الجمعة لان الوقت من شرائطها فاذا فات قبل الفراغ منها كان بمنزلة فواته قبل الشروع فيها لان شرائط العبادة مستدامة من أولها الى آخرها كالطهارة للصلاة فان قهقه لم يلزمه وضوء وهذا قول محمد رضي الله عنه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله لان التحريمة انحلت بفساد الجمعة فأما عند أبي يوسف وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله فلم تحل التحريمة بفساد الفريضة فاذا قهقه فعليه الوضوء لمصادفة القهقهة حرمة الصلاة ﴿ قال ﴾ واذا فزع الناس فذهبوا بعد ما خطب الامام لم يصل الجمعة الا

أن يبقى معه ثلاثة رجال سواء لان الجماعة من شرائط افتتاح الجمعة . وقد بينا اختلافهم في مقدارها . وان بقي معه ثلاثة من العبيد أو المسافرين يصلى بهم الجمعة لانهم يصلحون للامامة فيها بخلاف ما اذا بقي ثلاثة من النساء أو الصبيان وان كان صلى بالناس ركعة ثم ذهبوا أتم صلاته جمعة عندنا ﴿ وقال ﴾ زفر رحمه الله تعالى يستقبل الظهر اذا ذهبوا قبل أن يقعد مقدار التشهد لان الجماعة شرط الجمعة كالوقت ولكنا نقول الجماعة شرط افتتاح الجمعة وقد وجد ذلك حتى صلى بهم ركعة فكان له أن يتمها جمعة بخلاف الوقت فانه شرط الاداء لا شرط الافتتاح وتمام الأداء بالفراغ من الصلاة . ألا ترى أن المسبوق اذا أدرك ركعة مع الامام قام بعد فراغه فأتم الجمعة كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة من الجمعة مع الامام فقد أدرك ومثله لو خرج الوقت قبل فراغه من قضاء الركعة الثانية فسدت به جمعته فاتضح الفرق ولو ذهبوا بعد ما كبر الامام وكبروا معه قبل تقييد الركعة بالسجدة فعلى قول أبي حنيفة رضى الله عنه يستقبل الظهر وعندهما يتمها جمعة لان الافتتاح بالتكبير يحصل وقد كان شرط الجماعة موجوداً عنده وقياساً بالخطبة فان الامام بعد ما كبر لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة أتم الجمعة وكان استخلافه اياه بعد التكبير كاستخلافه بعد أداء ركعة فهذا مثله . وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجماعة شرط صلاة الجمعة ولا يصير مصليا ما لم يقيد الركعة بالسجدة فكان ذهاب الجماعة قبل تقييدها كذهابهم قبل التكبير ثم الجماعة شرط الافتتاح وما لم يقيد الركعة بالسجدة فهو مفتتح لكل ركن بخلاف ما بعد تقييد الركعة بالسجدة فانه معيد للاركان لا مفتتح وليس كالخطبة فان الذى يستخلفه هناك بانٍ على صلاته وشرط الخطبة موجود في حق الاصل وههنا الامام أصل في افتتاح الاركان فلا بد من وجود شرط الجماعة عند افتتاح كل ركن ﴿ قال ﴾ رجل صلى الجمعة بالناس بغير اذن الامام أو خليفته أو صاحب الشرط أو القاضي لم يجزئهم لما بينا أن السلطان شرط لاقامتها وقد عدم ولم يذكر أنه لو مات من يصلى الجمعة بالناس فاجتمعوا على رجل فصلى بهم الجمعة هل يجزئهم والصحيح أنه يجزئهم فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى أنه لو مات عامل افريقية فاجتمع الناس على رجل فصلى بهم الجمعة أجزأهم لان عثمان رحمه الله تعالى لما حصر اجتمع الناس على علىّ رضى الله عنه فصلى بهم الجمعة ولان الخليفة انما يأمر بذلك نظراً منه لهم فاذا نظروا لأنفسهم

واتفقوا عليه كان ذلك بمنزلة أمر الخليفة اياه ﴿ قال ﴾ ومن صلى الجمعة فى الطاقات أوفى السدة أوفي دار الصيارفة أجزأه اذا كانت الصفوف متصلة لان اتصال الصفوف يجعل هذا الموضع فى حكم المسجد في صحة الاقتداء بالامام بدليل سائر الصلوات والاصطفاف بين الاسطوانتين غير مكروه لانه صف فى حق كل فريق وان لم يكن طويلا وتخلل الاسطوانة بين الصف كتخلل متاع موضوع أو كفرجة بين رجلين وذلك لا يمنع صحة الاقتداء ولا يوجب الكراهة ﴿ قال ﴾ ومن أدرك الامام في التشهد في الجمعة أو في سجدتي السهو فاقتدى به فقد أدركها ويصليها ركعتين فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالي يصلي أربعا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ركعة من الجمعة مع الامام فقد أدرك وان أدركهم جلوسا صلى أربعاً . وهما استدلا بقوله صلي الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا ومافاتكم فاقضوا وقد فاته ركعتان ثم هو بادراك التشهد مدرك للجمعة بدليل أنه ينويها دون الظهر حتى لو نوى الظهر لم يصح اقتداؤه به ثم الفرض بالاقتداء تارة يتعين الى الزيادة كما فى حق المسافر يقتدى بالمقيم وتارة الى النقصان كما فى حق الجمعة ثم فى اقتداء المسافر بالمقيم لافرق بين الركعة ومادونها في تعين الفرض به فكذا هنا وتأويل الحديث واذا أدركهم جلوساً قد سلموا والقياس ماقالا الا أن محمداً رحمه الله تعالى احتاط وقال يصلى أربعاً احتياطاً وذلك جمعته ولهذا ألزمه القراءة في كل ركعة وكذلك تلزمه القعدة الاولى على ماذكره الطحاوى عنه كما هو لازم للامام وفى رواية المعلى عنه لاتلزمه القعدة الأولى لانه ظهر من وجه فلا تكون القعدة الأولى فيه واجبة وهذا الاحتياط لا معنى له فانه ان كان ظهراً فلا يمكنه ان يبنيها على تحريمة عقدها للجمعة وان كان جمعة فلا تكون الجمعة أربع ركعات ﴿قال﴾ امام خطب يوم الجمعة فلما فرغ منها قدم أمير آخر يصلى فان صلى القادم بخطبة الأول صلى الظهر لان الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة وهو غير موجود فى حقه وان خطب خطبة أخرى صلى ركعتين لاستجماع شرائط الجمعة وان كان صلى الأول الجمعة بالناس فان لم يعلم بقدوم الثانى اجزأهم لانه لا ينعزل مالم يعلم بقدوم الثانى وان علم به لم يجزئهم الا أن يكون الثانى امر باقامتها فحينئذ يجزئهم لانه مستجمع لشرائطها وقد قيل لايجزئهم لان الثانى لمالم يملك اقامتها لعدم شهود الخطبة لم يصح أمره الأول بها وقد بينا هذا فيما سبق ﴿قال﴾ ويكره أن يصلى الظهر يوم الجمعة فى المصر

جماعة في سجن أو في غير سجن هكذا روي عن علي رضى الله عنه ولان الناس أغلقوا أبواب المساجد في وقت الظهر يوم الجمعة في الأمصار فدل أنه لا يصلى جماعة فيها ولان المأمور به في حق من يسكن المصر في هذا الوقت شيئان ترك الجماعة وشهود الجمعة وأصحاب السجن قدروا على أحدهما وهو ترك الجماعة فيأتون بذلك ولو جوزنا للمعذور اقامة الظهر بالجماعة في المصر ربما يقتدى بهم غير المعذور وفيه تقليل الناس فى الجامع وهذا بخلاف القرى فانه ليس على من يسكنها شهود الجمعة فكان هذا اليوم في حقهم كسائر الايام ﴿قال﴾ والخطبة يوم الجمعة قبل الصلاة هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا انها من شرائط الجمعة ﴿قال﴾ ويجهر بالقراءة فى صلاة الجمعة به جرى التوارث وهكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى حفظ عنه أصحابه ما قرأ فيها ونقلوه قال أبو هريرة رضى الله عنه قرأ فى الركعة الاولى سورة الجمعة وفى الثانية المنافقين وقال النعمان بن بشير رحمه الله تعالى قرأ فى الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية هل أتاك حديث الغاشية ﴿قال﴾ ومن أدرك الامام بعد مارفع رأسه من الركوع فاحدث الامام وقدمه سجد بهم السجدتين ولم يحتسب بهما من صلاته لانه خليفة الأول فيأتى بما كان يأتي الأول الا أن شرط الاحتساب بهما لم يوجد فى حقه وهو تقدم الركوع * فان قيل فاذا لم يحتسب بهما كان تطوعاً في حقه فكيف يجوز اقتداء القوم به وهم مفترضون * قلنا لا كذلك بل هما فرض فى حقه حتى لو تركهما لم تجز صلاته ولكنه لا يحتسب بهما لانعدام شرط الاحتساب فى حقه ﴿قال﴾ واذا أمر الامام مسافراً أو عبداً يقيم الجمعة بالناس جاز ذلك الا عند زفر رحمه الله تعالى وقد بينا هذا ﴿قال﴾ وماقرأ من القرآن فى الجمعة فهو حسن كما فى سائر الصلوات الا أنه لا يوقت لذلك شيئاً لانه يؤدى الي هجر ماسوى ما وقته وليس شئ من القرآن مهجوراً الا أن يتبرك بقراءة سورة ثبت عنده أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأها فيها فيقتدى به ﴿قال﴾ واذا قام الامام من الركعة الثانية في الجمعة ولم يقعد فانه يعود ويقعد لانها قعدة الختم فى هذه الصلاة فيعود اليها كما في سائر الصلوات والجمعة فى حق المقيم كالظهر فى حق المسافر ﴿قال﴾ وللرجل ان يحتبي فى يوم الجمعة فى المسجد ان شاء لان قعوده لانتظار الصلاة فيقعد كما شاء وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فى التطوعات فى بيته كان يقعد محتبيا فاذا جاز ذلك فى الصلاة ففي حالة انتظارها أولى والله تعالى أعلم

باب صلاة العيدين

الأصل في العيدين حديث أنس رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال قد أبدلكم الله سبحانه وتعالى بهما خيراً منهما الفطر والاضحى واشتبه المذهب فى صلاة العيد انها واجبة أم سنة فالمذكور فى الجامع الصغير انها سنة لانه قال فى العيدين يجتمعان فى يوم واحد فالأولى منهما سنة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه تجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة وقال فى الاصل لايصلى التطوع في الجماعة ماخلا قيام رمضان وكسوف الشمس فهو دليل على ان صلاة العيد واجبة والأظهر أنها سنة ولكنها من معالم الدين أخذها هدى وتركها ضلالة وانما يكون الخروج فى العيدين على أهل الامصار دون أهل القرى والسواد لما روينا لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع والمراد بالتشريق صلاة العيد على ما جاء في الحديث لا ذبح الا بعد التشريق * والحاصل أنه يشترط لصلاة العيد ما يشترط لصلاة الجمعة الا الخطبة فانها من شرائط الجمعة وليست من شرائط العيد ولهذا كانت الخطبة في الجمعة قبل الصلاة وفي العيد بعدها لانها خطبة تذكير وتعليم لما يحتاج اليه في الوقت فلم تكن من شرائط الصلاة كالخطبة بعرفات والخطبة يوم الجمعة بمنزلة شطر الصلاة لما ذكرنا والدليل على أن الخطبة في العيد بعد الصلاة ما روى أن مروان رحمه الله تعالى لما خطب فى العيد قبل الصلاة قام رجل فقال أخرجت المنبر يا مروان ولم يخرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وخطبت قبل الصلاة ولم يخطب هو قبلها وانما كان يخطب بعد الصلاة فقال مروان ذلك شئ قد ترك فقال أبو سعيد الخدرى رضي الله عنه أما هذا فقد قضى ما عليه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من رأي منكم منكراً فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان يعني أضعف أفعال الايمان فقد كانت الخطبة بعد الصلاة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين حتى أحدث بنو أمية الخطبة قبل الصلاة لانهم كانوا في خطبتهم يتكلمون بما لا يحل فكان الناس لا يجلسون بعد الصلاة لسماعها فأحدثوها قبل الصلاة ليسمعها الناس والخطبة في العيدين كهي فى الجمعة يخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة خفيفة ويقرأ فيها سورة من القرآن

ويستمع لها القوم وينصتوا له لانه يعظهم فانما ينفع وعظه اذا استمعوا ﴿ قال ﴾ وليس في العيدين أذان ولا اقامة هكذا جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو دليل على أنها سنة ﴿ قال ﴾ وان خطب أولا ثم صلى أجزأهم كما لو ترك الخطبة أصلا ﴿ قال ﴾ والتكبير في صلاة العيد تسع خمس في الركعة الاولى فيها تكبيرة الافتتاح والركوع وأربع فى الثانية فيها تكبيرة الركوع ويوالى بين القراءة فى الركعتين وهذه مسألة اختلف الصحابة رضوان الله عليهم فيها والذى بينا قول ابن مسعود رضى الله عنه وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال علىّ رضى الله عنه فى الفطر يكبر احدى عشرة تكبيرة ستا فى الاولى وخمسا في الثانية فيها تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع والزوائد ثمان تكبيرات وفي الاضحى خمس تكبيرات تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع وتكبيرتان زائدتان واحدة فيالاولى والاخرى فى الثانية ومن مذهبه البداءة بالقراءة فى الركعتين ثم بالتكبير وعن ابن عباس رضي الله عنهما ثلاث روايات روى عنه كقول ابن مسعود وهى شاذة والمشهور عنه روايتان احداهما أنه يكبر في العيدين ثلاث عشرة تكبيرة تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع وعشر زوائد خمس فى الاولى وخمس فى الثانية وفي الرواية الاخرى اثنتى عشرة تكبيرة تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع وتسع زوائد خمس فى الاولى وأربع فى الثانية . وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه رجع الى هذا وهو قول الشافعى رضى الله عنه وعليه عمل الناس اليوم لان الولاية لما انتقلت الى بني العباس أمروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم ومن مذهبه البداءة بالتكبير في كل ركعة وانما أخذنا بقول ابن مسعود رضي الله عنه لان ذلك شئ اتفقت عليه جماعة من الصحابة منهم أبو مسعود البدرى وأبو موسى الاشعرى وحذيفة بن اليمان رضى الله عنهم فان الوليد بن عقبة أتاهم فقال هذا العيد فكيف تأمرونى أن أفعل فقالوا لابن مسعود علمه فعلمه بهذه الصفة ووافقوه على ذلك وفى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم كبر فى صلاة العيد أربعا ثم قال أربع كاربع الجنائز فلايشتبه عليكم وأشار بأصابعه وحبس ابهامه ففيه قول وعمل واشارة واستدلال وتأكيد وانما قلنا بالموالاة بين القراءتين لان التكبيرات يؤتى بها عقب ذكر هو فرض ففى الركعة الأولى يؤتى بها عقيب تكبيرة الافتتاح وفى الثانية عقيب القراءة ولانه يجمع بين التكبيرات ما أمكن فى الركعة

الاولى يجمع بينهاوبين تكبيرة الافتتاح وفي الثانية يجمع بينها وبين تكبيرة الركوع ولم يبين مقدار الفصل بين التكبيرات فى الكتاب وروى عن أبى حنيفة رحمه الله قال ويسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات • وقال ابن أبى ليلى يأخذ بأي هذه التكبيرات شاء وهو رواية عن أبى يوسف لان الظاهر ان كل واحد منهم انما أخذ بما رآه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سمعه منه فان هذا شئ لايعرف بالرأى ولكنا نقول الآخر ناسخ للأول فلا وجه لاثبات التخيير بين القليل والكثير ﴿ قال ﴾ ويرفع يديه فى سائر هذه التكبيرات الا فى تكبيرتى الركوع وحكى أبو عصمة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يرفع يديه في شئ منها لما جاء في الحديث عن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يرفع يديه في الصلاة الا في تكبيرة الافتتاح ﴿ ولنا ﴾ مارويناه لاترفع الايدى الا في سبع مواطن وفيها في العيدين ولان هذا تكبير يؤتى به في قيام مستو فترفع اليد فيه كتكبيرة القنوت وتكبيرة الافتتاح وهذا لان المقصود اعلام من لا يسمع بخلاف تكبيرتى الركوع لانه يؤتى بهما فى حالة الانتقال فلاحاجة الى رفع اليد للاعلام ﴿ قال ﴾ ولا شئ على من فاتته صلاة العيد مع الامام وقال الشافعى رضى الله عنه يصلى وحده كما يصلى مع الامام وهذا غير صحيح فالصلاة بهذه الصفة ماعرفت قربة الا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما فعلها الا بالجماعة ولايجوز أداؤها الا بتلك الصفة واذا فاتت فليس لها خلف لان وقتها بعد طلوع الشمس وهذا ليس بوقت لصلاة واجبة في سائر الايام بخلاف من فاتته الجمعة فانه يصلى الظهر لان وقتها بعد الزوال وهو وقت لوجوب الظهر في سائر الايام ولكنه ان أحب صلى ركعتين ان شاء وان شاء أربعاً كصلاة الضحى في سائر الايام لحديث عمارة بن روبية رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتتح الضحي بركعتين ولحديث ابن مسعود رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يواظب على أربع ركعات فى صلاة الضحى والذى يختص بهذا اليوم حديث علي رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى بعد العيد أربع ركعات كتب الله تعالى له بكل نبت نبت وبكل ورقة حسنة ﴿ قال ﴾ واذا خرج الامام الى الجبانة لصلاة العيد فان استخلف رجلا يصلى بالناس في المسجد فحسن وان لم يفعل فلا شئ عليه لما روينا ان عليا رضي الله عنه لما قدم الكوفة استخلف من يصلى بالضعفة صلاة العيد فى

الجامع وخرج الى الجبانة مع خمسين شيخاً يمشي ويمشون ويكبر ويكبرون ولان في الاستخلاف نظراً منه للضعفاء وهو حسن وان لم يفعل فلا شئ عليه لان من له قدرة على الخروج لايترك الخروج الى الجبانة ومن هو عاجز عن ذلك فليس عليه شهودها ﴿ قال ﴾ فان أحدث الرجل في الجبانة فخاف ان رجع الى المصر ان تفوته الصلاة وهو لايجد الماء يتيمم ويصلي وقد بينا هذا في باب التيمم غير أن اللفظ المذكور هنا يقوي قول من قال من أصحابنا ان هذا في جبانة الكوفة لان الماء بعيد واما في ديارنا فلا يجوز لان الماء محيط بالمصلى وقد قال وهو لايجد الماء الا أنه قال بعده وصلاة العيد بمنزلة صلاة الجنازة لانها ان فاتت لم يكن عليه قضاؤها فهذا يدل على أنه متى خاف الفوت يجوز له أداؤها بالتيمم في أى موضع كان ﴿ قال ﴾ وكذلك ان كان الامام هو الذي أحدث وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضى الله عنهما أنه ليس للامام أن يتيمم لانه لا يخاف الفوت فانه لا يجوز للناس أن يصلوها دونه وجه ظاهر الرواية أنه يخاف الفوت بخروج الوقت فربما تزول الشمس قبل فراغه من الوضوء وكذلك ان أحدث بعد ما دخل في الصلاة وقد بينا الاختلاف في هذا بين أبي حنيفة وصاحبيه ﴿ قال ﴾ وأى سورة قرأ في صلاة العيد جاز وقد بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ فيها سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية فان تبرك بالاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في قراءة هاتين السورتين فحسن ولكن يكره له أن يتخذ شيئاً من القرآن حتما في صلاة لا يقرأ فيها غيره فربما يظن ظان أنه لا تجوز تلك الصلاة الا بقراءة تلك السورة فكان هو مدخلا في الدين ما ليس منه وقال عليه الصلاة والسلام من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد ﴿ قال ﴾ وليس قبل العيدين صلاة لما روينا عن علي رضى الله عنه أنه كره ذلك لمن رآه يفعله ﴿ قال ﴾ والمسبوق بركعة في العيد اذا قام يقضى ما فاته بنى على رأى نفسه في عدد التكبيرات ومحلها اذا كان رأيه مخالفا لرأى امامه لانه فيما يقضي كالمنفرد ان كان يرى قول ابن مسعود رضى الله عنه كما فعله الامام بدأ بالقراءة ثم بالتكبير وبه أجاب في الجامع والزيادات وفي نوادر أبي سليمان في أحد الموضعين وقال في الموضع الآخر يبدأ بالتكبير وهو القياس لانه يقضى ما فاته فيقضيه كما فاته ولكنه استحسن فقال لو بدأ بالتكبير كان مواليا بين التكبيرات فان في الركعة المؤداة مع الامام كانت البداءة بالقراءة والموالاة بين التكبيرات لم يقل بها أحد من الصحابة ولو بدأ بالقراءة كان فعله

موافقا لقول علي رضى الله عنه ولأن يفعل كما قال بعض الصحابة أولى من عكسه ولانه لو بدأ بالقراءة كان آتيا بالتكبيرات عقيب ذكر هو فرض جامعا بينها وبين تكبير الركوع وهو أصل ابن مسعود رحمه الله تعالى كما بينا ﴿قال﴾ وليس على النساء خروج فى العيدين وقد كان يرخص لهن في ذلك فأما اليوم فانى أكره ذلك يعني للشواب منهن فقد أمرن بالقرار في البيوت ونهين عن الخروج لما فيه من الفتنة فأما العجائز فيرخص لهن في الخروج الى الجماعة لصلاة المغرب والعشاء والفجر والعيدين ولا يرخص لهن فى الخروج لصلاة الظهر والعصر والجمع فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يرخص للعجائز في حضور الصلوات كلها وفى الكسوف والاستسقاء لانه ليس فى خروج العجائز فتنة والناس قل ما يرغبون فيهن وقد كن يخرجن الى الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يداوين المرضى ويسقين الماء ويطبخن وأبو حنيفة رضى الله عنه قال في صلوات الليل تخرج العجوز مستترة وظلمة الليل تحول بينها وبين نظر الرجال اليها بخلاف صلوات النهار والجمعة تؤدى في المصر فلكثرة الزحام ربما تصرع وتصدم وفى ذلك فتنة فان العجوز اذا كان لا يشتهيها شاب يشتهيها شيخ مثلها وربما يحمل فرط الشبق الشاب على أن يشتهيها ويقصد أن يصدمها فأما صلاة العيد فتؤدى في الجبانة فيمكنها أن تعتزل ناحية عن الرجال كيلا تصدم . ثم اذا خرجن في صلاة العيد ففى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى يصلين لان المقصود بالخروج هو الصلاة وقال عليه الصلاة والسلام لا تمنعوا اماء الله مساجد الله وليخرجن اذا خرجن تفلات أى غير متطيبات وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى لا يصلين العيد مع الامام وانما خروجهن لتكثير سواد المسلمين جاء في حديث أم عطية أن النساء كن يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في العيدين حتى ذوات الخدور والحيض ومعلوم أن الحائض لا تصلى فظهر أن خروجهن لتكثير سواد المسلمين فكذلك فى زماننا ﴿قال﴾ وللمولى منع عبده من حضور الجمعة والجماعة والعيدين لان خدمته حق مولاه وفى خروجه ابطال حق المولى في خدمته واضرار به فكان له أن يمنعه من ذلك وانما لا يمنعه من أداء المكتوبات لان ذلك صار مستثنى من حق المولى . واختلف مشايخنا فيما اذا حضر مع مولاه ليحفظ دابته فمنهم من قال ليس له أن يصلى الجمعة والعيدين بغير رضاه والاصح أن له ذلك اذا كان لا يخل بحق

مولاه فی امساك دابته ﴿قال﴾ ولا يخرج المنبر فی العيدين لما روينا وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب فی العيدين على ناقته والناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا اتفقوا على ترك اخراج المنبر ولهذا اتخذوا فی المصلى منبراً على حدة من اللبن والطين واتباع ما اشتهر العمل به في الناس واجب ﴿قال﴾ واذا كبر الامام أكثر من تسع تكبيرات اتبعه المؤتم الا أن يكبر ما لم يقل به أحد من الصحابة لان الامام مجتهد فاذا حصل فعله فی موضع الاجتهاد وجب متابعته لقوله عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه واذا كبر ما لم يقل به أحد من الصحابة كان فعله خطأ مخالفا للاجماع ولا متابعة في الخطأ فأكثر مشايخنا على أنه يتابعه الى ثلاث عشرة تكبيرة ثم يسكت بعد ذلك وقال بعضهم يتابعه الى ست عشرة تكبيرة لان فعله الى هذا الموضع محتمل للتأويل فلعله ذهب الى أن مراد ابن عباس رضى الله عنهما ثلاث عشرة تكبيرة زوائد فاذا ضممت اليها تكبيرة الافتتاح وتكبيرتي الركوع صارت ست عشرة تكبيرة فلاحتمال هذا التأويل لا يتيقن بخطئه فيتابعه وهذا اذا كان سمع التكبير من الامام فان كان يكبر بتكبير المنادي فلا ينبغى له أن يدع شيئاً من التكبيرات وان كثرت لجواز أن هذا الخطأ من المنادي فلو ترك شيئاً منها كان المتروك ما أتى به الامام والمأتى به ما أخطأ به المنادي فلهذا لايدع شيئاً منها وقد قالوا اذا كان يكبر بتكبير المنادى ينبغى أن ينوى الصلاة عند كل تكبيرة لجواز أن ما تقدم منه كان خطأ من المنادى وانما كبر الامام للافتتاح الآن ثم لا خلاف أنه يأتى بثناء الافتتاح عقيب تكبيرة الافتتاح قبل الزوائد الا فی قول ابن أبى ليلى فانه يقول يأتي بالثناء بعد تكبيرات الزوائد فأما التعوذ فيأتى به عند أبي يوسف رحمه الله تعالي عقيب ثناء الافتتاح قبل التكبيرات الزوائد. وعند محمد رحمه الله بعد الزوائد حين يريد القراءة لانها للقراءة عنده وبيان هذا فيما أمليناه من شرح الزيادات والله سبحانه وتعالى أعلم

باب التكبير فی أيام التشريق

اتفق المشايخ من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم أنه يبدأ بالتكبير من صلاة الغداة من يوم عرفة وبه أخذ علماؤنا رضى الله عنهم في ظاهر الرواية لقوله تعالى واذكروا

الله فى أيام معدودات وهي أيام العشر عند المفسرين فيقتضى أن يكون التكبير فيها مشروعا الا ما قام عليه الدليل وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل ما قلت وقالت الانبياء قبلى يوم عرفة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ولان هذه التكبيرات لاظهار فضيلة وقت الحج ومعظم أركان الحج الوقوف فينبغى أن يكون التكبير مشروعا في وقته ولهذا قال مكحول البداءة بها من صلاة الظهر يوم عرفة لان وقت الوقوف بعد الزوال ثم قال ابن مسعود رضى الله عنه الى صلاة العصر من يوم النحر يكبر فى العصر ثم يقطع وبه أخذ أبو حنيفة رضى الله عنه لان البداءة لما كانت فى يوم يؤدى فيه ركن الحج فالقطع مثله يكون في يوم النحر الذى يؤدى فيه ركن الحج من الطواف ولان رفع الاصوات بالتكبير فى أدبار الصلوات خلاف المعهود فلا يثبت الا باليقين واليقين فيما اتفق عليه كبار الصحابة وقال علي رضى الله تعالى عنه الى صلاة العصر من آخر أيام التشريق يكبر فى العصر ثم يقطع وهو احدى الروايتين عن عمر رضى الله عنه وفي الأخرى الى صلاة الظهر من آخر أيام التشريق وأخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بقول علي رضى الله عنه لقوله تعالى واذكروا الله فى أيام معدودات وهى اما أيام التشريق أو أيام النحر فينبغى أن يكون التكبير فيها مشروعا ولانا أمرنا باكثار الذكر ولان يكبر ما ليس عليه أولى من أن يترك ما عليه واتفق الشبان من الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم على أنه يبدأ بها من صلاة الظهر يوم النحر واليه رجع أبو يوسف لقوله تعالى فاذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله كذكركم آباءكم والفاء للتعقيب وقضاء المناسك وقت الضحى من يوم النحر فينبغي أن يكون التكبير عقيبه والناس فى هذه التكبيرات تبع للحاج ثم الحاج يقطعون التلبية عند رمى جمرة العقبة ويأخذون فى التكبيرات وذلك وقت الضحوة فعلى الناس أن يكبروا عقيب أول صلاة مؤداة بعد هذا الوقت وهي صلاة الظهر ثم قال ابن عمر رضى الله عنهما الى صلاة الفجر من آخر أيام التشريق وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما الى صلاة الظهر وقال زيد الى صلاة العصر وبه أخذ الشافعى رضي الله عنه . والتكبير أن يقول بعد التسليم الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وهو قول علي وابن مسعود رحمهما الله تعالى وكان ابن عمر يقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وبه أخذ الشافعى رضى الله عنه وكان ابن عباس رضى

الله عنه يقول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر لااله الا الله الحي القيوم يحيي ويميت وهو على كل شيءٍ قدير وانما أخذنا بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما لانه عمل الناس فى الامصار ولانه يشتمل على التكبير والتهليل والتحميد فهوأجمع وهذا التكبير على الرجال المقيمين من أهل الامصار في الصلوات المكتوبات فى الجماعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كل من يصلى مكتوبة فى هذه الايام فعليه التكبير مسافراً كان أو مقيما فى المصر أوالقرية رجلا أو امرأة في الجماعة أو وحده وهو قول ابراهيم رحمه الله تعالى لان هذه التكبيرات فى حق غير الحاج بمنزلة التلبية فى حق الحاج وفى التلبية لا تراعى هذه الشروط فكذلك فى التكبيرات . وأبو حنيفة رضي الله عنه احتج بما روينا لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع قال الخليل والنضر بن شميل رحمهما الله تعالى التشريق في اللغة التكبير ولا يجوز أن يحمل على صلاة العيد فقد قال فى حديث علي رضى الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا فى مصر جامع فقد ثبت في الحديث أنه بمنزلة الجمعة فى اشتراط المصر فيه فكذلك فى اشتراط الذكورة والاقامة والجماعة ولهذا لم يشترط أبوحنيفة رضى الله عنه فيه الحرية كما لا تشترط فى صلاة الجمعة ﴿ قال ﴾ وان صلى النساء مع الرجال أوالمسافر خلف المقيم وجب عليهم التكبير تبعا كما يتأدى بهم فرض الجمعة تبعا وفي المسافرين اذا صلوافى المصر جماعة روايتان رواية الحسن رحمه الله تعالى عليهم التكبير لان المسافر يصلح للامامة فى الجمعة والاصح أنه ليس عليهم التكبير لان السفر مغير للفرض مسقط للتكبير ثم لا فرق فى تغيرالفرض بين أن يصلوا فى المصر أو خارجا عنه فكذلك في التكبير ﴿ قال ﴾ ولا تكبير على المتطوع بصلاته وقال مجاهد عليه التكبير وقاس التكبير فى آخر الصلاة بالتكبير في أولها ﴿ولنا﴾ أن الاذان أوجب من التكبير لان ذلك فى جميع السنة وهذا فى أيام مخصوصة ثم الاذان غير مشروع فى التطوعات فكذلك هذه التكبيرات وكذلك لا يكبر عقيب الوتر عندهما لانه سنة وعند أبى حنيفة رضى الله عنه لان الوتر لا يؤدى بالجماعة فى هذه الايام وكذلك عقيب صلاة العيد لا يكبرون لانها سنة فأما عقيب الجمعة فيكبرون لانها فرض مكتوبة ﴿ قال ﴾ ويبدأ الامام اذا فرغ من صلاته بسجود السهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية ان كان محرما لان سجود السهو مؤدى فى حرمة الصلاة ولهذا يسلم بعده ومن

اقتدى به فى سجود السهو صح اقتداؤه والتكبير يؤدى في فور الصلاة لا في حرمتها حتى لا يسلم بعده ولا يصح اقتداء المقتدي به فى حال التكبير والتلبية غير مؤداة فى حرمة الصلاة ولا فى فورها حتى لاتختص بحالة الفراغ من الصلاة فيبدأ بما هو مؤدى في حرمتها ثم بما هو مؤدى فى فورها ثم بالتلبية والمسبوق يتابع الامام فى سجود السهو لانه مؤدى فى حرمة الصلاة ولا يتابعه فى التكبير والتلبية لانها غير مؤداة فى حرمة الصلاة وعلى هذا اذا نسي الامام سجود السهو لم يسجد القوم لانه مؤدى فى حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه ﴿قال﴾ واذا نسي التكبيرأوالتلبية أو تركهما متأولا لم يترك القوم لانها غير مؤداة فى حرمة الصلاة واذا نسي الامام التكبير حتى انصرف فان ذكره قبل أن يخرج من المسجد عاد وكبر وان كان قد خرج أو تكلم ناسيا أو عامداً أو أحدث عامداً سقط لان الانصراف قبل الخروج من المسجد لا يقطع فور الصلاة حتى لا يمتنع البناء عليها لو حصل فى خلالها كمن ظن أنه سبقه الحدث فأما الخروج والكلام والحدث العمد فيقطع فور الصلاة حتى يمنع البناء عليها لو حصل فى خلالها فان سبقه الحدث فان شاء ذهب فتوضأ ورجع فكبر وان شاء كبر من غير تطهر لان سبق الحدث لا يقطع فور الصلاة حتى لا يمنع من البناء والتكبير غير مؤدى فى حرمة الصلاة فلا يشترط فيه الطهارة كالاذان. قال الشيخ الامام والاصح عندى أنه يكبر ولا يخرج من المسجد للطهارة لانه لما لم يكن به حاجة الى الطهارة كان خروجه قاطعا لفور الصلاة فلا يمكنه أن يكبر بعدها فيكبر للحال والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب صلاة الخوف ﴾

اعلم أن العلماء اختلفوا في صلاة الخوف فى فصول أحدها أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا كذلك ثم رجع فقال كانت فى حياته خاصة ولم تبق مشروعة بعده هكذا ذكره فى نوادر أبي سليمان رضي الله عنه لقوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فقد شرط كونه فيهم لاقامة صلاة الخوف ولان الناس كانوا يرغبون فى الصلاة خلفه مالا يرغبون فى الصلاة خلف غيره فشرع بصفة الذهاب والمجيء لينال كل فريق فضيلة الصلاة خلفه

وقد ارتفع هذا المعنى بعده فكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بامام على حدة فلا يجوز لهم أداؤها بصفة الذهاب والمجيء ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ان الصحابة أقاموها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم روى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وأبي عبيدة بن الجراح وأن سعيد ابن العاص سأل عنها أبا سعيد الخدرى فعلمه فأقامها وسببه وهو الخوف يتحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حياته ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه فترك المشي واجب في الصلاة ولا يجوز ترك الواجب لاحراز الفضيلة ثم الآن يحتاجون الى احراز فضيلة تكثير الجماعة فانها كلما كانت أكثر فهي أفضل وقوله واذا كنت فيهم معناه أنت أو من يقوم مقامك في الامامة كما في قوله خذ من أموالهم صدقة وقد يكون الخطاب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يختص هو به كما في قوله تعالى يأيها النبي اذا طلقتم النساء * والثانى وهو انه لا ينتقص عدد الركعات بسبب الخوف عندنا وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول صلاة المقيم أربع ركعات وصلاة المسافر ركعتان وصلاة الخوف ركعة وبه أخذ بعض العلماء واستدل بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع بكل طائفة ركعة فكانت له ركعتان ولكل طائفة ركعة وتأويل هذا عندنا ولكل طائفة ركعة مؤداة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعة أخرى صلوها وحدهم * والثالث في صفة صلاة الخوف فالمذهب عندنا أن يجعل الامام الناس طائفتين فيصلي بالطائفة الاولى ركعة فاذا رفع رأسه منها ذهبوا فوقفوا بازاء العدو وجاءت الطائفة الاخرى فيصلي بهم ركعة ويسلم ثم ذهبوا فوقفوا بازاء العدو وجاءت الطائفة الأولى فيتمون صلاتهم بلا قراءة ثم ذهبوا وجاءت الطائفة الأخرى فيصلون الركعة الاولى بقراءة وهكذا روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الناس طائفتين فصلى بكل طائفة ركعة وقضت كل طائفة ركعة أخرى وهكذا روى سالم عن ابن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بالطائفتين بهذه الصفة وكان ابن أبي ليلى يقول اذا كان العدو في ناحية القبلة جعل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعاً فاذا ركع الامام ركعوا معه واذا سجد الامام سجد معه الصف الاول والصف الثانى قيام يحرسونهم واذا رفعوا رؤسهم سجد الصف الثاني والصف الاول قعود يحرسونهم فاذا رفعوا رؤسهم سجد الامام السجدة الثانية

وسجد معه الصف الاول والصف الثاني قعود يحرسونهم فاذا رفعوا رؤسهم سجد الصف الثاني والصف الاول قيام يحرسونهم فاذار فعوا رؤسهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية بهذه الصفة أيضاً فاذا قعد وسلم سلموا معه واستدل بحديث ابن عباس الزرقي رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف بعسفان بهذه الصفة وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لانه ليس فيها ذهاب ومجيء وعندنا اذا كان العدو في ناحية القبلة فان صلوا بهذه الصفة أجزأهم وان صلوا بصفة الذهاب والمجيء كما بينا أجزأهم لان ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وقال مالك رضي الله عنه يجعل الناس طائفتين فيصلي بالطائفة الاولى ركعة وطائفة تقف بازاء العدو ثم ينتظر الامام حتى تصلي الطائفة الاولى الركعة الثانية ويسلمون فيذهبون الى العدو وجاءت الطائفة الثانية فيصلي بهم الامام الركعة الثانية ثم يسلم ويقومون لقضاء الركعة الاولى وهكذا روى صالح بن خوات رحمه الله تعالى ان النبي صلى الله عليه وسلم فعله بذي قرد وذكر الطحاوي حديث صالح ابن خوات في شرح الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف يوم ذات الرقاع وذكر فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم ثبت جالسا للطائفة الاخرى حتى أتموا لأنفسهم ثم سلم بهم وبه أخذ الشافعي رضي الله تعالى عنه أيضاً الا أنه يقول لا يسلم الامام حتى تقضي الطائفة الثانية الركعة الاولى ثم يسلم ويسلمون معه وقال كما ينتظر فراغ الطائفة الاولى من اتمام صلاتهم فكذلك يفعل بالطائفة الثانية ولم نأخذ بهذا لان فيه فراغ المؤتم من صلاته قبل فراغ الامام وذلك لا يجوز بحال بخلاف المشي فقد ورد به الأثر في حق من سبقه الحدث مع الامام فجوزنا ذلك في حالة الخوف وروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى بالطائفة الاولى ركعة انتظرهم حتى أتموا صلاتهم وذهبوا الى العدو وجاءت الطائفة الاخرى فبدؤا بالركعة الاولى والنبي عليه الصلاة والسلام ينتظرهم ثم صلى بهم الركعة الثانية ولم يأخذ بهذا أحد من العلماء لانه حكم كان في الابتداء أن المسبوق يبدأ بقضاء مافاته ثم باداء ما أدرك مع الامام وقد ثبت انتساخه وروى شاذا أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بكل طائفة ركعتين فكان له أربع ركعات ولكل طائفة ركعتان ولم نأخذ بهذا لان في حق الطائفة الثانية يحصل اقتداء المفترض بالمتنفل الا أن يكون تأويله

انه كان مقيما فصلى بكل طائفة ركعتين وقضت كل طائفة ركعتين وهو المذهب عندنا فانه يصلى بكل طائفة شطر الصلاة وأما فى صلاة المغرب فيصلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعة عندنا ﴿ وقال ﴾ الثورى رحمه الله تعالى يصلى بالطائفة الاولى ركعة وبالطائفة الثانية ركعتين لان فرض القراءة فى الركعتين الاوليين فينبغي أن يكون لكل طائفة فى ذلك حظ ﴿ ولنا ﴾ أنه انما يصلى بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فثبت حق الطائفة الاولى فى نصف ركعة والركعة الواحدة لا تجزئ فثبت حقهم فى كلها ولان الركعتين شطر المغرب ولهذا كانت القعدة بعدهما وهى مشروعة للفصل بين الشطرين ثم الطائفة الاولى تصلى الركعة الثالثة بغير قراءة لانهم لاحقون والطائفة الثانية يصلون الركعتين الاوليين بالقراءة ويقعدون بينهما وبعدهما كما يفعله المسبوق بركعتين فى المغرب ﴿ قال ﴾ ومن قاتل منهم فى صلاته فسدت صلاته عندنا وقال مالك رضي الله عنه لا تفسد وهو قول الشافعى رضى الله عنه فى القديم لظاهر قوله تعالى وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم والامر بأخذ السلاح لا يكون الا للقتال به ولكنا نقول القتال عمل كثير وهو ليس من أعمال الصلاة ولا تتحقق فيه الحاجة لامحالة فكان مفسداً لها كتخليص الغريق واتباع السارق لاسترداد المال والامر بأخذ الاسلحة لكيلا يطمع فيهم العدو اذا رآهم مستعدين أو ليقاتلوا بها اذا احتاجوا ثم يستقبلون الصلاة ﴿ قال ﴾ ولا يصلون وهم يقاتلون وان ذهب الوقت لان النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن بعد هدء من الليل وقال شغلونا عن صلاة الوسطى ملأ الله قبورهم وبطونهم ناراً فلو كان تجوز الصلاة فى حالة القتال لما أخرها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكذلك من ركب منهم فى صلاته عند انصرافه الى وجه العدو فسدت صلاته لان الركوب عمل كثير وهو مما لا يحتاج اليه بخلاف المشى فانه لا بد منه حتى يقفوا بازاء العدو وجواز العمل لاجل الضرورة فيختص بما تحقق فيه الضرورة ﴿ قال ﴾ ولا يصلون جماعة ركبانا لان بينهم وبين الامام طريقا فيمنع ذلك صحة الاقتداء الا أن يكون الرجل مع الامام على دابة فيصح اقتداؤه به لانه ليس بينهما مانع وقد روي عن محمد رحمه الله تعالى أنه جوز لهم فى الخوف أن يصلوا ركبانا بالجماعة وقال أستحسن ذلك لينالوا فضيلة الصلاة بالجماعة فقد جوزنا لهم ماهو أعظم من ذلك وهو الذهاب والمجيء لينالوا فضيلة الجماعة ولكنا نقول ما أثبتناه

من الرخصة أثبتناه بالنص ولامدخل للرأى فى اثبات الرخص ﴿ قال ﴾ وان صلوا صلاة الخوف من غير أن يعاينوا العدو جاز للامام ولم يجز للقوم اذا صلوا بصفة الذهاب والمجىء لان الرخصة انما وردت اذا كانوا بحضرة العدو فاذا لم يكونوا بحضرته لم يتحقق سبب الترخص بالذهاب والمجيء فلا تجوز صلاتهم بها وأما الامام فلم يوجد منه الذهاب والمجىء فتجوز صلاته ولو رأوا سوادا فظنوا أنه العدو فصلوا صلاة الخوف فان تبين أنه سواد العدو فقد ظهر أن سبب الترخص كان متقرراً فتجزئهم وان ظهر أن السواد سواد إبل أو بقر أوغنم فقد ظهر أن السبب لم يكن متقرراً فلا تجزئهم والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو لان الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولافرق فى هذا بين السبع والعدو والله تعالى أعلم

باب الشهيد

﴿ قال ﴾ واذا قتل الشهيد في معركة لم يغسل وصلى عليه عندنا وقال الحسن البصرى رضى الله تعالى عنه يغسل ويصلى عليه وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لايصلى عليه أما الحسن فقال الغسل سنة الموتى من بني آدم جاء فى الحديث أن آدم لما مات غسلته الملائكة وصلوا عليه ثم قالوا هذه سنة موتاكم يابنى آدم والشهيد ميت بأجله ولان غسل الميت تطهير له حتى تجوز الصلاة عليه بعد غسله لاقبله والشهيد يصلى عليه فيغسل أيضاً تطهيراً له وانما لم يغسل شهداء أحد لان الجراحات فشت فى الصحابة فى ذلك اليوم وكان يشق عليهم حمل الماء من المدينة وغسلهم لان عامة جراحاتهم كانت فى الأيدى فعذرهم لذلك ﴿ ولنا ﴾ ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى شهداء أحد زملوهم بدمائهم ولا تغسلوهم فانه مامن جريح يجرح في سبيل الله الا وهو يأتى يوم القيامة وأوداجه تشخب دما اللون لون الدم والريح ريح المسك وما قاله الحسن من التأويل باطل فانه لم يأمر بالتيمم ولوكان ترك الغسل للتعذر لأمر أن ييمموا كما لو تعذر غسل الميت في زمان لعدم الماء ولانه لم يعذرهم في ترك الدفن وكانت المشقة في حفر القبور للدفن أظهر منها فى الغسل وكما لم يغسل شهداء أحد لم يغسل شهداء بدر كما رواه عقبة بن عامر وهذه الضرورة لم تكن يومئذ وكذلك لم يغسل شهداء الخندق وخيبر فظهر أن الشهيد لايغسل وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه لا يصلى

عليـه لحديث جابر رضى الله تعالى عنـه أن النبي صلى الله عليه وسلم ماصلى على أحد من شهداء أحد ولأنهم بصفة الشهادة تطهروا من دنس الذنوب كما قال عليه الصلاة والسلام السيف محاء الذنوب والصلاة عليـه شفاعة له ودعاء لتمحيص ذنوبه وقد استغنى عن ذلك كما استغنى عن الغسل ولان الله تعالى وصف الشهداء بأنهـم احياء فقال ولا تحسبن الذين قتلوا فى سبيل الله أمواتا بل احياء والصلاة على الميت لا على الحى ﴿ ولنا ﴾ ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أحـد صلاته على الجنازة حتي روي أنه صلى على حمزة رضى الله تعالى عنه سبعين صلاة وتأويله أنه كان موضوعا بين يديه فيؤتى بواحد واحد فيصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فظن الراوى أنه صلى على حمزة فى كل مرة فقال صلى عليه سبعين صلاة وحديث جابر رضى الله تعالى عنه ليس بقوى وقيل إنه كان يومئذ مشغولا فقد قتل أبوه وأخوه وخاله فرجع الى المدينة ليدبر كيف يحملهم الى المدينة فلم يك حاضراً حين صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم فلهـذا روى ما روى ومن شاهد النبي صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه صلى عليهم ثم سمع جابر رضى الله عنه منادىَ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدفن الموتى فى مصارعهم فرجع فدفنهم فيها ولان الصـلاة على الميت لاظهار كرامته ولهذا اختص به المسلمون ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على المنافقين والشهيد أولى بما هو من أسباب الكرامة والعبد وان تطهر من الذنوب فلا تبلغ درجته درجة الاستغناء عن الدعاء له . ألا ترى أنهم صلوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا اشكال أن درجته فوق درجـة الشهداء والشهيد حي فى أحكام الا خرة كما قال تعالى بل أحياء عند ربهم فأما فى أحكام الدنيا فهو ميت يقسم ميراثه وتتزوج امرأته بعـد انقضاء العدة وفريضة الصلاة عليه من أحكام الدنيا فكان فيه ميتا يصلى عليه ﴿ قال ﴾ ويكفن في ثيابه التى هى عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم زملوهم بدمائهم وكلومهم وروى أن زيد بن صوحان لما استشهد يوم الجمـل قال لا تغسلوا عنى دما ولا تنزعوا عنى ثوبا فانى رجل محجاج أحاجّ يوم القيامة من قتلنى ولما استشهد عمار بن ياسر بصفين قال لا تغسلوا عنى دما ولا تنزعوا عني ثوبا فاني ألتقى ومعاوية بالجادة وهكذا نقل عن حجر بن عدي غير أنه ينزع عنه السـلاح والجلد والفرو والحشو والخف والقلنسوة لانه انما لبس هذه الاشياء لدفع بأس العدو وقد استغنى عن ذلك ولان هذا عادة أهل الجاهلية لانهم كانوا يدفنون

أبطالهم بما عليهم من الاسلحة وقد نهينا عن التشبه بهم ﴿قال﴾ ويزيدون في أكفانهم ما شاؤا وينقصون ما شاؤا واستدلوا بهذا اللفظ على أن عدد الثلاث في الكفن ليس بلازم ويخيطونه ان شاؤا كما يفعل ذلك بغيره من الموتى انما لا يزال عنه أثر الشهادة فأما فيما سوى ذلك فهو كغيره من الموتى ﴿قال﴾ وان حمل من المعركة حيا ثم مات في بيته أو على أيدي الرجال غسل لانه صار مرتثا وقد ورد الاثر بغسل المرتث ومعناه من خلقَ أمره في باب الشهادة يقال ثوب رث أي خلَق . والاصل فيه أن عمر رضى الله عنه لما طعن حمل الى بيته فعاش يومين ثم غسل وكان شهيداً على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك على رضى الله عنه حمل حيا بعد ما طعن ثم غسل وكان شهيداً فأما عثمان رضي الله عنه فاجهز عليه في مصرعه ولم يغسل فعرفنا بذلك أن الشهيد الذى لا يغسل من أجهز عليه في مصرعه دون من حمل حيا وهذا اذا حمل ليمرض في خيمته أو في بيته وأما اذا جر برجله من بين الصفين لكيلا تطؤه الخيول فمات لم يغسل لان هذا ما نال شيئاً من راحة الدنيا بعد صفة الشهادة فتحقق بذل نفسه ابتغاء مرضات الله تعالى والاول بحسب ما مُرِّض قد نال راحة الدنيا بعد فيغسل وان كان له ثواب الشهداء كالغريق والحريق والمبطون والغريب يغسلون وهم شهداء على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ وما قتل به في المعركة من سلاح أو غيره فهو سواء لا يغسل لان الاصل شهداء أحد وفيهم من دمغ رأسه بالحجر وفيهم من قتل بالعصا ثم عمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الامر بترك الغسل ولان الشهيد باذل نفسه ابتغاء مرضات الله تعالى قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة وفي هذا المعنى السلاح وغيره سواء ﴿قال﴾ وان وجد في المعركة ميتا ليس به أثر غُسِّلَ لان المقتول يفارق الميت بالاثر فاذا لم يكن به اثر فالظاهر أنه لم يكن انزهاق روحه بقتل مضاف الى العدو بل لما التقى الصفان انخلع قناع قلبه من شدة الفزع فمات والجبان مبتلى بهذا وان كان به أثر لم يغسل لان الظاهر أن موته كان بذلك الجرح وأنه كان من العدوّ فاجتماع الصفين كان لهذا والاصل أن الحكم متى ظهر عقيب سبب يحال على ذلك السبب فان كان الدم يخرج من بعض مخارقه نظر فان كان الدم يخرج من ذلك الموضع من غير جرح في الباطن غسل وذلك كالانف والدبر والذكر فقد يبتلى بالرعاف وقد يبول دما لشدة الفزع وقد يخرج الدم من الدبر من غير جرح في الباطن وان كان

يخرج الدم من أذنه أوعينه لم يغسل لان الدم لايخرج من هذين الموضعين عادة الا بجرح في الباطن فالظاهر أنه ضرب على رأسه حتى خرج الدم من أذنه أو عينه وان كان يخرج من فيه فان كان ينزل من رأسه غسل وجرحه من جانب الفم ومن جانب الانف سواء وان كان يملو من جوفه لم يغسل لان الدم لا يعلو من الجوف الا بجرح في الباطن وانما يعرف ذلك بلون الدم ﴿ قال ﴾ ومن صار مقتولا من جهة قطاع الطريق لم يغسل أيضاً لانه قتل دافعا عن ماله وقد قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد فلهذا لا يغسل ﴿ قال ﴾ ومن قتل في المصر بسلاح ظلما لم يغسل أيضاً عندنا وقال الشافعي رضى الله عنه يغسل وهو بناء على أن عنده القتل العمد موجب للدية كالخطأ فاذا وجب عن نفسه بدل هو مال غسل وعندنا العمد غير موجب للمال فهذا مقتول ظلما لم يجب عن نفسه بدل هو مال فكان شهيداً والقصاص الواجب ليس ببدل محض بل هو عقوبة زاجرة فلايخل بصفة الشهادة واعتمادنا فيه على حديث عثمان رضي الله تعالى عنه فقد قتل في المصر وكان شهيداً ولم يغسل وان قتل بغير سلاح غسل لان هذا في معنى الخطأ حتى يجب عن نفسه بدل هو مال وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى أنه اذا قتل بحجر أوعصا كبير فهو عندهما والقتل بالسلاح سواء وعند أبي حنيفة رضى الله عنه يغسل وهو بناء على اختلافهم في وجوب القصاص في القتل بهذه الآلة ﴿ قال ﴾ ولو قتل بحق فى قصاص أو رجم غسل لما روى ان ماعزا لما رجم جاء عمه الى رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تأمرني ان أصنع به فقال لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الارض لو سعتهم اذهب فغسله وكفنه وصل عليه ولان الشهيد باذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى وهذا لا يوجد في المقتول بحق فانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وكذلك من مات من حد أو تعزير غسل لما بينا وكذلك من عدا على قوم ظلما فقتلوه غسل لان الظالم غير باذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى فهو فى حكم الغسل كغيره من الموتي ﴿قال﴾ ومن قتله السبع أواحترق بالنار أو تردى من جبل أو مات تحت هدم أوغرق غسل كغيره من الموتى لان هذه الاشياء غير معتبرة شرعا فى أحكام الدنيا فهو والميت حتف أنفه سواء. وكذلك من وجد مقتولا فى محلة لايدرى من قتله غسل لانه استحق عن نفسه بدلا هو مال فالقسامة والدية تجب على أهل المحلة ﴿ قال ﴾ ويصنع بالمحرم مايصنع بالحلال يعنى يخمر رأسه ووجهه بالكفن عندنا

وقال الشافعي رضي الله عنه لا يخمر رأسه واستدل بما روى ان اعرابياً محرماً وقصت به ناقته في أخافيق جرذان فاندقت عنقه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا أو قال ملبداً ولانه مات وهو مشغول بعبادة لها أثر فيبقى عليه ذلك الاثر كالغازى اذا استشهد ﴿ولنا﴾ حديث عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه ولا تشبهوه باليهود * وسئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك فقالت اصنعوا به ماتصنعون بموتاكم وان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما مات ابنه واقد وهو محرم كفنه وعممه وحنكه وقال لولا أنا محرمون لحنطناك ياواقد ولان احرامه قد انقطع بموته * وقال عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الامن ثلاث والاحرام ليس منها فينقطع بالموت ولهذا لا يبني المأمور بالحج على احرامه والتحق بالحلال واذا جاز أن يخمر رأسه ووجهه باللبن والتراب فكذلك بالكفن وحديث الاعرابى تأويله أن النبي عليه الصلاة والسلام عرف بطريق الوحى خصوصيته ببقاء احرامه بعد موته وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخص بعض أصحابه باشياء ﴿قال﴾ ومن قتل من أهل العدل فى محاربة أهل البغي فهو شهيد لا يغسل لان المحاربة معهم مأمور بها قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فالمقتول فى هذه المحاربة باذل نفسه لابتغاء مرضات الله كالمقتول في محاربة المشركين. ولما قاتل على رضي الله تعالى عنه أهل النهروان لم يغسل من استشهد من أصحابه ولم يذكر فى الكتاب أن من قتل من أهل البغي ماذا يصنع به. وروى المعلى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انه لا يغسل ولا يصلى عليه وقال الشافعى رضي الله تعالى عنه يغسل ويصلى عليه لانه مسلم قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الآية ولكنه مقتول بحق فهو كالمقتول رجما أو في قصاص ﴿ولنا﴾ حديث على رضى الله تعالى عنه انه لم يغسل أهل النهروان ولم يصل عليهم فقيل له أكفارهم قال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا أشار الى أن ترك الغسل والصلاة عليهم عقوبة لهم ليكون زجراً لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبته عقوبة له وزجراً لغيره ﴿قال﴾ واذا أغار أهل الحرب على قرية من قرى المسلمين فقتلوا الرجال والنساء والصبيان فلا خلاف أنه لا يغسل النساء كما لا يغسل الرجال لانهن مخاطبات يخاصمن يوم القيامة من قتلهن فيبقى عليهن أثر الشهادة ليكون شاهداً

لهن كالرجال فأما الصبيان عند أبي حنيفة رضى الله عنه فيغسلون وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يغسلون قال لان حال الصبيان فى الطهارة فوق حال البالغين فاذا لم يغسل البالغ اذا استشهد لانه قد تطهر فالصبي أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال ليس للصبي ذنب يمحوه السيف فالقتل في حقه والموت حتف أنفه سواء فيغسل ثم الصبي غير مكلف ولا يخاصم بنفسه فى حقوقه فى الدنيا فانما الخصم فى حقوقه في الآخرة هو خالقه سبحانه وتعالى والله غنى عن الشهود فلا حاجة الى ابقاء الشهادة عليه ﴿قال﴾ واذا وجد عضو من أعضاء الآدمى كيد أو رجل لم يغسل ولم يصل عليه لكنه يدفن لان المشروع الصلاة على الميت وذلك عبارة عن بدنه لا عن عضو من أعضائه ولعل صاحب العضو حي ولا يصلى على الحي ولو قلنا يصلى على عضو اذا وجد لكان يصلى على عضو آخر اذا وجد أيضاً فيؤدى الى تكرار الصلاة على ميت واحد وذلك غير مشروع عندنا . وقال الشافعى رضي الله عنه يغسل ماوجد ويصلى عليه اعتباراً للبعض بالكل فان لأطراف الآدمي حرمة كالنفسه وعنده لا بأس بتكرار الصلاة على ميت واحد ثم عندنا ان وجد النصف من بدنه مشقوقا طولا لا يصلى عليه لانه لو صلى عليه لكان يصلى على النصف الآخر اذا وجد فيؤدى الى تكرار الصلاة على ميت واحد فأما اذا وجد أكثر البدن أو النصف ومعه الرأس يصلى عليه لان للأكثر حكم الكل ولا يؤدى هذا الى تكرار الصلاة على ميت واحد ﴿قال﴾ واذا وجد ميت لا يدرى أمسلم هو أم كافر فان كان فى قرية من قرى أهل الاسلام فالظاهر أنه مسلم فيغسل ويصلى عليه وان كان فى قرية من قرى أهل الشرك فالظاهر أنه منهم فلا يصلى عليه الا أن يكون عليه سيما المسلمين فحينئذ يغسل ويصلى عليه وسيما المسلمين الختان والخضاب ولبس السواد وما تعذر الوقوف على حقيقته يعتبر فيه العلامة والسيما قال الله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وقال ولو أرادوا الخروج لا عدوا له عدة ﴿قال﴾ واذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار فان كانت الغلبة للمسلمين غسلوا وصلى عليهم الا من عرف أنه كافر لان الحكم للغلبة والمغلوب لا يظهر حكمه مع الغالب وان كانت الغلبة لموتى الكفار لا يصلى عليهم الا من عرف أنه مسلم بالسيما فاذا استويا لم يصل عليهم عندنا لان الصلاة على الكفار منهى عنها ويجوز ترك الصلاة على بعض المسلمين وقال عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام على الحلال

ومن العلماء من قال يصلي عليهم ترجيحا للمسلمين على الكفار وينوي من يصلي عليهم المسلمين لانه لو قدر على التميز فملا فعل فاذا عجز عنه ميز بالنية وعلى قول الشافعي رضى الله عنه يستعمل التحري فيصلي على من وقع في أكبر رأيه انه مسلم وهي مسألة التحري ولم يبين في الكتاب أي موضع يدفنون فقال بعض مشايخنا اذا لم يصل عليهم دفنوا في مقابر المشركين وقال بعضهم يتخذ لهم مقبرة على حدة وأصل الاختلاف في نصرانية تحت مسلم حبلت ثم ماتت وفي بطنها ولد مسلم اختلف الصحابة أنها في أي موضع تدفن فرجح بعضهم جانب الولد وقال تدفن في مقابر المسلمين وبعضهم جانبها فان الولد في حكم جزء منها ما دام في البطن وقال تدفن في مقابر المشركين . وقال عقبة بن عامر رحمه الله تعالى تتخذ لها مقبرة على حدة ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يغسل المسلم أباه الكافر اذا مات ويدفنه لما بينا أن الغسل سنة الموتى من بني آدم وهو مع كفره منهم والولد المسلم مندوب الى بر والده وان كان مشركا قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسناً والمراد به الوالد المشرك بدليل قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي الآية ومن الاحسان والبر في حقه القيام بغسله ودفنه بعد موته ولما مات أبو طالب جاء علي رضى الله عنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان عمك الضال قد مات فقال اذهب فغسله وكفنه وواره ولا تحدث حدثا حتى تلقاني فلما رجعت اليه دعا لي بدعوات ما أحب أن يكون لي بها حمر النعم . وقال سعيد بن جبير رحمه الله تعالى سأل رجل ابن عباس رضى الله عنه فقال ان أمي ماتت نصرانية فقال غسلها وكفنها وادفنها وأن الحارث بن أبي ربيعة ماتت أمه نصرانية فتبع جنازتها في نفر من الصحابة وانما يغسل الكافر كما تغسل النجاسات بافاضة الماء عليه ولا يوضأ وضوء الصلاة كما يفعل بالمسلم لانه كان لا يتوضأ في حياته وكذلك كل ذي رحم محرم منه وانما يقوم بذلك اذا لم يكن هناك من يقوم به من المشركين فاذا كان خلى المسلم بينه وبينهم ليصنعوا به مايصنعون بموتاهم ولم يبين أن الابن المسلم اذا كان هو الميت هل يمكن أبوه الكافر من القيام بغسله وتجهيزه وينبغي أن لا يمكن من ذلك بل يفعله المسلمون لان اليهودي لما آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ثم قال لأصحابه لوا أخاكم ولم يخل بينه وبين والده اليهودي ويكره أن يدخل الكافر قبر ابنه من المسلمين لان الموضع الذي فيه الكافر ينزل فيه السخط واللعنة فينزه قبر المسلم من ذلك وانما يدخل قبره المسلمون

ليضعوه على سنة المسلمين ويقولون عند وضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله والله تعالى أعلم

﴿ باب حمل الجنازة ﴾

السنة في حمل الجنازة أن يحملها أربعة نفر من جوانبها الاربع عندنا وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه السنة حملها بين العمودين وهو أن يحملها رجلان يتقدم أحدهما فيضع جانبي الجنازة على كتفيه ويتأخر الآخر فيفعل مثل ذلك واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حمل جنازة سعد بن معاذ بين عمودين ﴿وحجتنا﴾ حديث ابن مسعود رضي الله عنه من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الاربع ولان عمل الناس اشتهر بهذه الصفة وهو أيسر على الحاملين المتداولين بينهم وابعد عن تشبيه حمل الجنازة بحمل الاثقال وقد أمرنا بذلك ولهذا كره حملها على الظهر أو على الدابة . وتأويل الحديث أنه لضيق الطريق أو لعوز بالحاملين ومن أراد كمال السنة في حمل الجنازة ينبغي له أن يحملها من الجوانب الاربع يبدأ بالايمن المقدم لان النبي عليه الصلاة والسلام كان يحب التيامن في كل شئ والمقدم أول الجنازة والبداءة بالشئ من أوله ثم بالايمن المؤخر ثم بالايسر المقدم ثم بالايسر المؤخر لانه لو تحول من الايمن المقدم الى الايسر المقدم احتاج الى المشي أمامها والمشي خلفها أفضل فلهذا يتحول من الايمن المقدم الى الايمن المؤخر والايمن المقدم جانب السرير الايسر فذلك يمين الميت ويمين الحامل وينبغي أن يحمل من كل جانب عشر خطوات جاء في الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت له أربعون كبيرة ﴿قال﴾ وليس في المشي بالجنازة شئ موقت غير أن العجلة أحب الىّ من الابطاء بها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يكن خيراً عجلتموه اليه وان يكن شراً وضعتموه عن رقابكم أو قال فبعداً لأهل النار ﴿قال﴾ ولا بأس بالمشي قدامها والمشي خلفها أفضل عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه المشي أمامها أفضل لما روى أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يمشيان أمام الجنازة وان الناس شفعاء الميت والشفيع يتقدم في العادة على من يشفع له ﴿ولنا﴾ حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يمشي خلف جنازة سعد بن معاذ وأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يمشي خلف الجنازة فقيل له ان أبا بكر وعمر كانا يمشيان أمام الجنازة فقال يرحمهما الله

قد عرفا أن المشي خلفها أفضل ولكنهما أرادا أن ييسرا الامر على الناس معناه ان الناس يتحرزون عن المشي أمامها فلو اختارا المشي خلفها لضاق الطريق على من يشيعها . وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فضل المشي خلف الجنازة على المشي أمامها كفضل المكتوبة على النافلة ولان المشي خلفها أوعظ فانه ينظر اليها ويتفكر في حال نفسه فيتعظ به وربما يحتاج الى التعاون في حملها فاذا كانوا خلفها تمكنوا من التعاون عند الحاجة فذلك أفضل والشفيع انما يتقدم من يشفع له للتحرز عن تعجيل من تطلب منه الشفاعة بعقوبة من يشفع له حتى يمنعه من ذلك اذا عجل به وذلك لايتحقق ههنا ﴿ قال ﴾ واذا وضعت الجنازة على الارض عند القبر فلا بأس بالجلوس به أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه حين كانوا قياما معه على رأس قبر فقال يهودي هكذا نصنع بموتانا فجلس وقال لاصحابه خالفوهم وانما يكره الجلوس قبل أن توضع عن مناكب الرجال فربما يحتاجون الى التعاون قبل الوضع واذا كانوا قياما أمكن التعاون وبعد الوضع قد وقع الاستغناء عن ذلك ولانهم انما حضروا اكراما له فالجلوس قبل أن يوضع عن المناكب يشبه الازدراء والاستخفاف به وبعد الوضع لايؤدي الى ذلك ﴿ قال ﴾ وحمل الرجال جنازة الصبي أحب اليّ من حملها على الدابة لان في حملها على الدابة تشبيها لها بحمل الاثقال وفي حملها على الايدي اكرام للميت والصغار من بني آدم مكرمون كالكبار ﴿ قال ﴾ ومن ولد ميتا لايغسل ولايصلى عليه وفي غسله اختلاف في الروايات فروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يغسل ويسمى ولا يصلى عليه هكذا ذكره الطحاوي رحمه الله تعالى وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لايغسل ولا يسمى ولا يصلى عليه هكذا ذكره الكرخي ووجه هذا أن المنفصل ميتاً في حكم الجزء حتى لايصلى عليه فكذلك لايغسل ووجه مااختاره الطحاوي ان المولود ميتاً نفس مؤمنة ومن النفوس من يغسل ولايصلى عليه وأكثر مافيه أنه في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فلاعتبار الشبهين قلنا يغسل اعتباراً بالنفوس ولا يصلى عليه اعتباراً بالاجزاء . وان ولد حيا ثم مات صنع به مايصنع بالموتى من المسلمين لانه نفس مؤمنة من كل وجه حين انفصل حياً ﴿ قال ﴾ واذا قتل الرجل شهيداً وهو جنب غسل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولم يغسل عندهما قالا صفة الشهادة تحقق مع الجنابة وهي مانعة من غسله لابقاء أثر الشهادة عليه وحنظلة بن عامر إنما غسلته الملائكة عليهم السلام اكراما له

ولو كان الغسل واجباً على بنى آدم لم يكتف رسول الله صلى الله عليه وسلم بغسل الملائكة اياه وحيث اكتفى دل أنه لم يكن واجبا ولابى حنيفة رضى الله عنه حديث حنظلة فانه لما استشهد يوم أحد غسلته الملائكة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهله عن حاله فقالت زوجته أصاب منى فسمع الهيعة فاعجله ذلك عن الاغتسال فاستشهد وهو جنب فقال عليه الصلاة والسلام هو ذاك . ولما مات سعد بن معاذ رحمه الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام بادروا بغسل سعد لاتبادرنا به الملائكة كما بادرونا بغسل حنظلة فهو دليل على ان حنظلة لولم تغسله الملائكة حتى علم رسول الله صلى الله عليه وسلم حاله لغسله وانما لم يعدلان الواجب تأدى بفعل الملائكة فانهم غسلوا آدم ثم قالوا هذه سنة موتاكم ولم يعد أولاده غسله ثم صفة الشهادة تمنع وجوب الغسل بالموت ولا تسقط ما كان واجبا ألا ترى أنه لو كان فى ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل الدم عنه فكذلك ههنا فى حق الطاهر الغسل يجب بالموت فصفة الشهادة تمنع منه وفى حق الجنب الغسل كان واجبا قبل الموت فلا يسقط بصفة الشهادة وعلى هذا الاختلاف اذا انقطع دم الحيض ثم استشهدت فان استشهدت قبل انقطاع الدم فيه روايتان عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه . احداهما انها لاتغسل لأن الاغتسال ما كان واجباً عليها قبل الانقطاع . والأخرى أنها تغسل لان الانقطاع قد حصل بالموت والدم السائل موجب للاغتسال عند الانقطاع والله سبحانه وتعالى أعلم

باب غسل الميت

اعلم بان غسل الميت واجب وهو من حق المسلم على المسلم قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وفى جملته ان يغسله بعد موته ولكن اذا قام به بعض المسلمين سقط عن الباقين لحصول المقصود ثم ذكر أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم رضى الله عنهما قال يجرد الميت اذا أريد غسله لانه فى حالة الحياة كان يتجرد عن ثيابه عند الاغتسال فكذلك بعد الموت يجرد عن ثيابه وقد كان مشهوراً فى الصحابة حتى انهم لما أرادوا ان يفعلوه برسول الله صلى الله عليه وسلم نودوا من ناحية البيت اغسلوا نبيكم صلى الله عليه وسلم وعليه قميصه فدل أنه كان مخصوصاً بذلك ﴿ قال ﴾ ويوضع على تخت ولم يبين كيفية وضع

التخت الى القبلة طولا أو عرضاً ومن أصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعله فى مرضه اذا أراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختار الوضع عرضاً كما يوضع فى قبره والاصح أنه يوضع كما تيسر فذلك يختلف باختلاف المواضع ويطرح على عورته خرقة لان ستر العورة واجب على كل حال والادمى محترم حيًّا وميتاً وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما انه يؤزر بازار سابغ كما يفعله فى حياته اذا أراد الاغتسال وفى ظاهر الرواية قال يشق عليهم غسل ماتحت الازار فيكتفي بستر العورة الغليظة بخرقة ثم يوضأ وضوءه للصلاة ويبدأ بميامن الميت لانه فى حال حياته اذا أراد الاغتسال بدأ بالوضوء فكذلك بعد الموت الا انه لايمضمض ولايستنشق لانه يتعذر عليهم اخراج الماء من فيه فيكون سقيا لامضمضة ولو كبوه على وجهه ليخرج الماء من فيه ربما يسيل منه شئ وتغسل رجلاه عند الوضوء بخلاف الاغتسال فى حق الحيّ فانه يؤخر فيه غسل الرجلين لانهما فى مستنقع الماء المستعمل وذلك غير موجود هنا ثم يغسل رأسه ولحيته بالخطمى ولا يسرح لان ذلك يفعله الحى للزينة وقد انقطع عنه ذلك بالموت ولو فعل ربما يتناثر شعره والسنة دفنه على مامات عليه ولهذا لاتقص أظفاره ولا شاربه ولا ينتف ابطه ولا تحلق عانته ورأت عائشة رضى الله عنها قوما يسرحون ميتاً فقالت علام تنصون ميتكم ثم يضجعه على شقه الايسر فيغسل بالماء القراح حتى ينقيه لان البداءة بالشق الايمن مندوب اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن فى كل شئ فيغسل هذا الشق حتى يرى ان الماء قد خلص الى مايلي التخت وقد أمر قبل ذلك بالماء فاغلى بالسدر فان لم يكن سدر فحرض فان لم يكن واحد منهما فالماء القراح ثم يضجعه على شقه الأيمن فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه ويرى ان الماء قد خلص الى مايلي التخت ثم يقعده فيمسح بطنه مسحاً رفيقاً حتى ان بقى عند المخرج شئ يسيل منه لكيلا تتلوث أكفانه فقد فعل ذلك العباس رضى الله عنه برسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجد شيئاً فقال طبت حياً وميتاً وفي رواية فاح ريح المسك فى البيت لما مسح بطنه فان سال منه شئ مسحه ثم أضجعه على شقه الايسر فيغسله بالماء القراح حتى ينقيه لان السنة فى اغتسال الحي عدد الثلاث فكذلك فى غسل الميت ثم ينشفه فى ثوب كيلا تبتل أكفانه وقد أمر قبل ذلك بأكفانه وسريره فأجمرت وترا والأصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للنساء اللاتى غسلن ابنته ابدأن بالميامن واغسلنها وتراً

وأمر باجمار أكفانها وترا وهذا لانه يلبس كفنه للعرض على ربه وفى حياته كان اذا لبس ثوبه للجمعة والعيد تطيب فكذلك بعد الموت يفعل بكفنه والوتر مندوب اليه فى ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى وتر يحب الوتر ثم تبسط اللفافة وهى الرداء طولا ثم يبسط الازار عليها طولا فان كان له قميص ألبس اياه وان لم يكن لم يضره والمذهب عندنا أن القميص فى الكفن سنة * وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه ليس فى الكفن قميص انما الكفن ثلاث لفائف عنده واستدل بحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كفن فى ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة * ولنا * حديث ابن عباس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب فيها قميصه ولباسه بعد موته معتبر بلباسه في حياته الا أن فى حياته كان يلبس السراويل حتى اذا مشى لم تنكشف عورته وذلك غير محتاج اليه بعد موته فالازار قائم مقام السراويل ولكن فى حال حياته الازار تحت القميص ليتيسر المشى عليه وبعد الموت الازار فوق القميص من المنكب الى القدم لانه لا يحتاج الى المشى ولم يذكر العمامة فى الكفن وقد كرهه بعض مشايخنا لانه لو فعل كان الكفن شفعا والسنة فيه ان يكون وترا واستحسنه بعض مشايخنا لحديث عمر رضى الله عنه انه كان يعمم الميت ويجعل ذنب العمامة على وجهه بخلاف حالة الحياة فانه يرسل ذنب العمامة من قبل القفا لمعني الزينة وبالموت قد انقطع عن ذلك * قال * ثم يوضع الحنوط فى لحيته ورأسه ويوضع الكافور على مساجده يعنى جبهته وأنفه ويديه وركبتيه وقدميه لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتخص بزيادة الكرامة وعن زفر رضى الله عنه قال يذرّ الكافور على عينيه وأنفه وفمه لان المقصود أن يتباعد الدود من الموضع الذى ينثر عليه الكافور وانما تخص هذه المخارق من بدنه بالكافور لهذا * قال * ثم يعطف الازار عليه من قبل شقه الايسر ان كان طويلا حتي يعطف على رأسه وسائر جسده فهو أولى ثم يعطف من قبل شقه الايمن كذلك ثم يعطف اللفافة وهي الرداء كذلك لان الميت في حال حياته اذا تحزم بدأ بعطف شقه الايسر ثم يعطف الأيمن على الأيسر فكذلك يفعل به بعد الموت * قال * وان تخوّفت أن تنتشر أكفانه عقدته ولكن اذا وضع فى قبره يحل العقد لان المعنى الذى لاجله عقدته قد زال ولم يبين في الكتاب انه هل تحشى مخارقه وقالوا لا بأس بذلك فى أنفه وفمه كيلا يسيل منه شئ وقد جوزه الشافعى رضى الله عنه فى دبره

أيضاً واستقبح ذلك مشايخنا ثم يحمل على سريره ولا يتبع بنار الى قبره يعني الاجمار في القبر قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى أكره ان يكون آخر زاده من الدنيا ناراً وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج في جنازة فرأى امرأة في يدها مجمر فصاح عليها وطردها حتي توارت بالآكام فاذا انتهى الى قبره فلايضره وتراً دخله أو شفعاً لان في الحديث انه دخل قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر علي والعباس والفضل بن العباس واختلفوا في الرابع أنه المغيرة بن شعبة أو أبو رافع ولان المقصود وضع الميت في القبر فانما يدخل قبره بقدر ما تحصل به الكفاية الشفع والوتر فيه سواء فاذا وضع في اللحد قالوا بسم الله وعلى ملة رسول الله أي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك والسنة عندنا ان يدخل من قبل القبلة يعني توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد * وقال الشافعي رضي الله عنه السنة أن يُسلّ الى قبره وصفة ذلك ان الجنازة توضع على يمين القبلة ثم يؤخذ برجله فيحمل الى القبر فيسل جسده سلا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سل الى قبره ولانه في حال حياته كان اذا دخل بيته دخل برجله والقبر بيته بعد الموت فيبدأ بادخال رجليه فيه ﴿ ولنا ﴾ ما روي ابراهيم النخعي أن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل قبره من قبل القبلة فان صح هذا اتضح المذهب وان صح ما رووا فقيل انما كان ذلك لأجل الضرورة لان النبي صلى الله عليه وسلم مات في حجرة عائشة رضي الله عنها وعن أبيها من قبل الحائط وكانت السنة في دفن الانبياء صلوات الله عليهم أجمعين في الموضع الذي قبضوا فيه فلم يتمكنوا من وضع السرير قبل القبلة لأجل الحائط فلهذا سل الى قبره وعن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم قال يدخل الميت قبره من قبل القبلة لان جانب القبلة معظم ألا ترى أن المختار للجلوس في حال الحياة استقبال القبلة قال صلى الله عليه وسلم خير المجالس ما استقبلت به القبلة فكذلك بعد الوفاة يختار ادخاله من قبل القبلة ﴿ قال ﴾ ويلحد له ولا يشق عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه يشق واعتمادنا فيه على قوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وكان بالمدينة حفاران أحدهما يلحد والآخر يشق فلما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثوا في طلب الحفار فقال العباس رضي الله تعالى عنه اللهم خر لنبيك فوجد الذي يلحد وصفة اللحدان يحفر القبر ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيه الميت وصفة الشق أن يحفر حفيرة في

وسط القبر ويوضع فيه الميت وانما اختاروا الشق فى ديارنا لتعذر اللحد فان الارض فيها رخاوة فاذا ألحد انهار عليه فلهذا استعملوا الشق ويجعل على لحده اللبن والقصب جاء فى الحديث انه وضع على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم طن من قصب ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجة فى قبر فأخذ مدرة وناولها الحفار وقال سد بها تلك الفرجة فان الله تعالى يحب من كل صانع أن يحكم صنعته والمدرة قطعة من اللبن فدل انه لا بأس باستعمال اللبن ويكره الاجر لانه انما استعمل فى الابنية للزينة أو لاحكام البناء والقبر موضع البلى فلا يستعمل فيه الآجر وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول لا بأس به فى ديارنا لرخاوة الارض وكان يجوز استعمال رفوف الخشب واتخاذ التابوت للميت حتى قالوا لو اتخذوا تابوتا من حديد لم أر به بأسا فى هذه الديار ﴿قال﴾ ويسجي قبر الميت بثوب حتى يفرغ من اللحد لما روى أن فاطمة رضي الله تعالى عنها سجي قبرها بثوب وغشي على جنازتها ولان مبنى حال المرأة على الستر كما فى حال حياتها ولا يسجي قبر الرجل لما روى أن علياً رضي الله تعالى عنه رأى قبر رجل سجي بثوب فنحى الثوب وقال لا تشبهوه بالنساء ولان مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور الا اذا كان عند الضرورة لدفع مطر أو ثلج أو حر على الداخلين فى القبر فحينئذ لا بأس به ﴿قال﴾ ويسنم القبر ولا يربع لحديث النخعي قال حدثني من رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما مسنمة عليها فلق من مدر بيض ولأن التربيع فى الابنية للاحكام ويختار للقبور ماهو أبعد من احكام الابنية وعلى قول الروافض السنة التربيع فى القبور ولا يجصص لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تجصيص القبور وتربيعها ولان التجصيص فى الابنية اما للزينة أو لاحكام البناء ﴿قال﴾ وامام الحى أحق بالصلاة على الميت وحاصل المذهب عندنا أن السلطان اذا حضر فهو أحق بالصلاة عليه لان اقامة الجمعة والعيدين اليه فكذلك الصلاة على من كان يحضر الجمعة والعيدين ولان فى التقدم على السلطان ازدراء به والمأمور فى حقه التوقير . ولما مات الحسن بن على رضي الله تعالى عنهما حضر جنازته سعيد بن العاص فقدمه الحسين رضي الله تعالى عنه وقال لولا انها سنة ما قدمتك وكذلك ان حضر القاضي فهو أحق بالصلاة عليه فان لم يحضر واحد منهما فامام الحى عندنا لان الميت كان راضيا بامامته فى حياته فهو أحق بالصلاة عليه بعد

موته . وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الولي أحق من امام الحي لظاهر قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فان لم يحضر امام الحي فالاولياء . وفي الكتاب قال الاب أحق من غيره وهو قول محمد رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فالابن أحق من الاب ولكن الاولى له أن يقدم الاب لانه جده وفي التقدم عليه ازدراء به فالاولى أن يقدمه وعند محمد رحمه الله تعالى الاب أعم ولاية حتى يعم ولاية النفس والمال وهذا نظير اختلافهم في ولاية التزويج كما بينته في كتاب النكاح والحاصل أنه يترتب هذا الحق على ترتيب العصوبة كولاية التزويج وابن العم أحق بالصلاة على المرأة من زوجها ان لم يكن لها منه ابن لما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ماتت امرأة له فقال لأوليائها كنا أحق بها حين كانت حية فأما اذ ماتت فانتم أحق بها ولان الزوجية تنقطع بالموت والقرابة لا تنقطع به ﴿قال﴾ والصلاة على الجنازة أربع تكبيرات وكان ابن أبي ليلى يقول خمس تكبيرات وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك الا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات فكان هذا ناسخا لما قبله وأن عمر رضي الله عنه جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم انكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافا فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فخذوا بذلك فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعا فاتفقوا على ذلك ولان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات الا أن ابن أبي ليلى رحمه الله يقول التكبيرة الاولى للافتتاح فينبغي أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة وأهل الزيغ يزعمون أن عليا رضي الله عنه كان يكبر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعاً وهذا افتراء منهم عليه فقد روى أنه كبر على فاطمة أربعا وروى أنه انما صلى على فاطمة أبو بكر وكبر عليها أربعا وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعا ثم يثني على الله تعالى في التكبيرة الأولى كما في سائر الصلوات يثني عقيب الافتتاح ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في الثانية لان الثناء على الله تعالى تعقبه الصلاة على النبي على هذا وضعت الخطب واعتبر هذا بالتشهد في الصلاة لان الثناء على الله يعقبه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ويستغفر للميت ويشفع له في الثالثة لان الثناء على الله تعالى والصلاة على النبي صلى الله عليه

وسلم يعقبه الدعاء والاستغفار والمقصود بالصلاة على الجنازة الاستغفار للميت والشفاعة له فلهذا يأتي به ويذكر الدعاء المعروف اللهم اغفر لحينا وميتنا ان كان يحسنه والا يذكر مايدعو به في التشهد اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات الى آخره ويسلم تسليمتين بعد الرابعة لانه جاء أوان التحلل وذلك بالسلام وفى ظاهر المذهب ليس بعد التكبيرة الرابعة دعاء سوى السلام وقد اختار بعض مشايخنا مايختم به سائر الصلوات اللهم ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار . فان كبر الامام خمساً لم يتابعه المقتدى فى الخامسة الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول هذا مجتهد فيه فيتابعه المقتدى كما فى تكبيرات العيد ﴿ ولنا ﴾ ان ما زاد على أربع تكبيرات ثبت انتساخه بماروينا ولا متابعة فى المنسوخ لانه خطأ ثم فى احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه يسلم حين رأى امامه يشتغل بما هو خطأ وفي الرواية الاخرى ينتظر سلام الامام حتى يسلم معه ﴿ قال ﴾ ولا يقرأ فى الصلاة على الجنازة بشيء من القرآن * وقال الشافعى رضي الله عنه تفترض قراءة الفاتحة فيها وموضعها عقيب تكبيرة الافتتاح لقوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بقراءة وهذه صلاة بدليل اشتراط الطهارة واستقبال القبلة فيها وفي حديث جابر رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الصلاة على الجنازة بأم القرآن وقرأ ابن عباس فيها بالفاتحة وجهر ثم قال عمدا فعلت ليعلم انها سنة ﴿ ولنا ﴾ حديث ابن مسعود رحمه الله تعالى قال لم يوقت لنا في الصلاة على الجنازة دعاء ولا قراءة كبر ما كبر الامام واختر من الدعاء أطيبه وهكذا روى عن عبد الرحمن بن عوف وابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا ليس فيها قراءة شيء من القرآن وتأويل حديث جابر رضى الله عنه أنه كان قرأ على سبيل الثناء لا على وجه قراءة القرآن ولان هذه ليست بصلاة على الحقيقة انما هى دعاء واستغفار للميت ألا ترى أنه ليس فيها أركان الصلاة من الركوع والسجود والتسمية بالصلاة لما بينا فيما سبق أن الصلاة فى اللغة الدعاء واشتراط الطهارة واستقبال القبلة فيها لايدل على انها صلاة حقيقة وان فيها قراءة كسجدة التلاوة ولا ترفع الايدى الا في التكبيرة الاولى الامام والقوم فيها سواء وكثير من أئمة بلخ اختاروا رفع اليد عند كل تكبيرة فيها وكان نصير بن يحيي رحمه الله تعالى يرفع تارة ولا يرفع تارة فمن اختار الرفع قال هذه تكبيرات يؤتى بها في قيام مسنون فترفع الأيدى عندها كتكبيرات العيد

وتكبير القنوت والفقه فيما بينا من الحاجة الى اعلام من خلفه من أصم أو أعمى وجه ظاهر الرواية قوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الأيدي الا فى سبع مواطن وليس فيها صلاة الجنازة وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال لا ترفع اليد فيها الا عند تكبيرة الافتتاح والمعنى أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة فكما لا ترفع الايدى فى سائر الصلوات عند كل ركعة فكذلك ههنا ﴿ قال ﴾ واذا اجتمعت الجنائز فان شاؤا جعلوها صفا وان شاؤا وضعوا واحدا خلف واحد وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول توضع شبه الدرج وهو أن يكون رأس الثانى عند صدر الاول وعند أبي حنيفة رضى الله عنه أنه إن وضع هكذا فحسن أيضاً لان الشرط أن تكون الجنائز أمام الامام وقد وجد ذلك كيف وضعوا فكان الاختيار اليهم ﴿ قال ﴾ وان كانت رجالا ونساء يوضع الرجال مما يلى الامام والنساء خلف الامام مما يلى القبلة ومن العلماء من قال على عكس هذا لان الصلاة بالجماعة صف النساء خلف صف الرجال الى القبلة فكذلك فى وضع الجنائز ولكنا نقول في الصلاة بالجماعة الرجال أقرب الى الامام من النساء فكذلك في وضع الجنائز وان كانت جنازة غلام وامرأة وضع الغلام مما يلى الامام والمرأة خلفه مما يلى القبلة لما روى أن أم كلثوم ابنة علي رضي الله عنهما امرأة عمر رضى الله عنه وابنها زيد بن عمر رضي الله عنهما ماتا معا فوضع ابن عمر جنازتهما بهذه الصفة وصلي عليهما ولان الرجل انما يقدم مما يلي الامام للفضيلة بالذكورة وهذا موجود فى الغلام والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام ليلني منكم أولو الاحلام والنهى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم فصار الحاصل انه توضع جنازة الرجل مما يلى الامام وخلفه مما يلى القبلة جنازة الغلام وخلفه جنازة الخنثى ان كان وخلفه جنازة المرأة ﴿قال﴾ واذا وقعت الحاجة الى دفن اثنين أو ثلاثة فى قبر واحد فلا بأس بذلك به أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه يوم أحد وقال احفروا وأوسعوا واجعلوا فى كل قبر اثنين أو ثلاثة وقدموا أكثرهم أخذا للقرآن فقلنا يوضع الرجل مما يلى القبلة ثم خلفه الغلام ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة ويجعل بين كل ميتين حاجز من التراب ليصير فى حكم قبرين ﴿قال﴾ وأحسن مواقف الامام من الميت فى الصلاة عليه بحذاء الصدر وان وقف فى غيره أجزأه وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول يقف من الرجل بحذاء الصدر ومن المرأة بحذاء وسطها لما روى ان أم بريدة صلى عليها رسول صلى الله عليه وسلم فوقف بحذاء وسطها ﴿ ولنا ﴾ أن أشرف الاعضاء فى البدن الصدر فانه موضع العلم والحكمة

وهو أبعد من الاذى والوقوف عنده أولى كما في حق الرجال ثم الصدر موضع نور الايمان . قال الله تعالى أفمن شرح الله صدره للاسلام الآية وانما يصلي عليه لايمانه فيختار الوقوف حذاء الصدر لهذا أو الصدر هو الوسط فى الحقيقة فانه فوقه رأس ويدان وتحته بطن ورجلان ﴿ قال ﴾ ويتيمم لصلاة الجنازة اذا خاف فوتها فى المصر عندنا وكذلك لو افتتح الصلاة ثم أحدث تيمم وبنى وقد بينا هذا فيما سبق فان صلى على جنازة بالتيمم ثم جئ بجنازة أخرى فان وجد بينهما من الوقت ما يمكنه أن يتوضأ فعليه إعادة التيمم للصلاة على الجنازة الثانية لانه تمكن من استعمال الماء بعد التيمم الاول فان لم يجد فرجة من الوقت ذلك القدر فله أن يصلي بتيممه على الجنازة الثانية عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان العذر قائم وهو خوف الفوت لو اشتغل بالوضوء وعند محمد رحمه الله تعالى يعيد التيمم على كل حال ذكره فى نوادر أبى سليمان رحمه الله تعالى لانه تجددت ضرورة أخرى فعليه تجديد التيمم ﴿ قال ﴾ واذا كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين ثم جاء رجل فانه ينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه فاذا سلم قضى ما بقى عليه قبل أن ترفع الجنازة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه يكبر حين يحضر لقوله عليه الصلاة والسلام اتبع امامك حين تحضر في أي حال أدركته وقاس هذا بسائر الصلوات فان المسبوق يكبر للافتتاح فيها حين ينتهي الى الامام فهذا مثله وكذلك لو كان واقفا خلف الامام فتأخر تكبيره عن تكبيرة الامام لم ينتظر أن يكبر الامام الثانية بالاتفاق فهذا مثله ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما والمعنى فيه أن كل تكبيرة فى الصلاة على الجنازة قائمة مقام ركعة فلو لم ينتظر تكبير الامام حين جاء كان قاضيا مافاته قبل أداء ما أدرك مع الامام وذلك منسوخ الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول في تكبيرة الافتتاح معنيان معنى الافتتاح والقيام مقام ركعة ومعنى الافتتاح مرجح فيها بدليل تخصيصها برفع اليد عندها . ولو جاء بعد ما كبر الامام الرابعة لم يدخل معه وقد فاتته الصلاة فى قولهما وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يكبر فاذا سلم الامام قضي ثلاث تكبيرات بمنزلة مالو كان خلف الامام ولم يكبر حتى كبر الامام الرابعة والفرق بين الفصلين لهما أن من كان خلف الامام فهو مدرك لتكبيرة الافتتاح فيأتي بها حين حضرته النية بخلاف المسبوق فانه غير مدرك للتكبيرة الاولى وهى قائمة مقام ركعة فلا يشتغل بقضائها قبل سلام الامام كسائر

التكبيرات ﴿قال﴾ واذا صلى على جنازة ثم حضر قوم لم يصلوا عليها ثانية جماعة ولا وحدانا عندنا الا أن يكون الذين صلوا عليها أجانب بغير أمر الاولياء ثم حضر الولى فحينئذٍ له ان يعيدها وقال الشافعى رضى الله عنه تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد مرة لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسأل عنه فقيل قبر فلانة فقال هلا آذنتمونى بالصلاة عليها فقيل انها دفنت ليلا فخشينا عليك هوام الارض فقام وصلى على قبرها ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصحابة عليه فوجاً بعد فوج ﴿ولنا﴾ ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وابن عمر رضى الله عنه انهما فاتتهما الصلاة على جنازة فلما حضرا ما زادا على الاستغفار له وعبد الله بن سلام رضى الله عنه فاتته الصلاة على جنازة عمر فلما حضر قال ان سبقتمونى بالصلاة عليه فلا تسبقونى بالدعاء له . والمعنى فيه ان حق الميت قد تأدى بفعل الفريق الأول فلو فعله الفريق الثانى كان تنفلا بالصلاة على الجنازة وذلك غير مشروع ولو جاز هذا لكان الاولى أن يصلى على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم من يرزق زيارته الا ن لانه فى قبره كما وضع فان لحوم الانبياء حرام علي الارض بهورد الاثر ولم يشتغل أحد بهذا فدل انه لاتعاد الصلاة علي الميت الا ان يكون الولى هو الذى حضر فان الحق له وليس لغيره ولاية اسقاط حقه وهو تأويل فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الحق كان له قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهكذا تأويل فعل الصحابة فان أبا بكر رضي الله عنه كان مشغولا بتسوية الامور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له لانه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل أحد بعده عليه (وعلى) هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى لايصلي على ميت غائب . وقال الشافعي رضي الله عنه يصلى عليه فان النبي عليه الصلاة والسلام صلي على النجاشي وهو غائب ولكنا نقول طويت الارض وكان هو أولى الاولياء ولا يوجد مثل ذلك فى حق غيره * ثم ان كان الميت من جانب المشرق فان استقبل القبلة في الصلاة عليه كان الميت خلفه وذلك لايجوز وان استقبل الميت كان مصلياً لغير القبلة وذلك لايجوز ﴿قال﴾ واذا كبر الامام على جنازة ثم أتى بجنازة أخرى فوضعت معها قال يفرغ من الصلاة على الأولى ثم يستأنف الصلاة على الثانية لانه شرع فى الصلاة على الأولى فيتمها وكذلك ان كبر الثانية ينوى الصلاة عليهما أو لم يحضره نية فيها فهو فى الاولى وان كبر ينوى الصلاة على الثانية كان قاطعاً للاولى شارعاً فى الثانية فيصلى على الثانية

ثم يستأنف الصلاة على الأولى بمنزلة مالو كان في الظهر فكبر ينوى العصر بخلاف ما اذا نواهما لانه غير رافض للأولى فلا يصير شارعاً في الثانية مع بقائه في الأولى ﴿ قال ﴾ وتكره الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس أو عند غروبها أو نصف النهار لحديث عقبة ابن عامر رضى الله تعالى عنه وأن نقبر فيهن موتانا والمراد الصلاة على الجنازة فلا بأس بالدفن في هذه الاوقات وان صلوها لم يكن عليهم اعادتها لان حق الميت تأدى بما أدّوا فان المؤدى في هذه الاوقات صلاة وان كان فيها نقصان. الا ترى ان التطوع انما يلزم بالشروع في هذه الاوقات ﴿قال﴾ واذا أرادوا ان يصلوا على جنازة بعد غروب الشمس بدؤا بالمغرب لانها أقوى فانها فرض عين على كل واحد والصلاة على الجنازة فرض على الكفاية والبداءة بالاقوى أولى لان تأخير صلاة المغرب بعد غروب الشمس مكروه وتأخير الصلاة على الجنازة غير مكروه ﴿ قال ﴾ وتكره الصلاة على الجنازة فى المسجد عندنا وقال الشافعى رضى الله عنه لا تكره لما روى ان سعد بن أبي وقاص رحمه الله تعالى لما مات أمرت عائشة رضى الله عنها بادخال جنازته المسجد حتى صلي عليها أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا بما فعلنا قال نعم فقالت ماأسرع مانسوا ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم علي جنازة سهل بن أبي البيضاء الا فى المسجد ولانها دعاء أو صلاة والمسجد أولى به من غيره ﴿ ولنا ﴾ حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال عليه الصلاة والسلام من صلي على جنازة فى المسجد فلا أجر له وحديث عائشة رضى الله عنها دليلنا لان الناس فى زمانها المهاجرون والانصار وقد عابوا عليها فدل أنه كان معروفا فيما بينهم كراهة هذا . وتأويل حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه أن يخرج وأمر بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلى الناس عليها في المسجد انما الكراهة فى إدخال الجنازة لقوله عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم فاذا كان الصبي ينحى عن المسجد فالميت أولى ﴿ قال ﴾ واذا صلوا على جنازة والامام غير طاهر فعليهم اعادة الصلاة لان صلاة الامام فاسدة لعدم الطهارة فتفسد صلاة القوم بفساد صلاته وان كان الامام طاهراً والقوم على غير طهارة لم يكن عليهم اعادتها لان صلاة الامام قد صحت وحق الميت به تأدى فالجماعة ليست بشرط في الصلاة على الجنازة ﴿ قال ﴾ واذا أخطؤا

بالرأس فوضعوها في موضع الرجلين وصلوا عليها جازت الصلاة لان ما هو شرط وهو كون الميت أمام الامام فقد وجد انما التغير في صفة الوضع وذلك لا يمنع جواز الصلاة الا أنهم ان تعمدوا ذلك فقد أساؤا بتغيير الوضع عما توارثه الناس ﴿ قال ﴾ واذا أخطؤا القبلة جازت صلاتهم يعني اذا صلوا بالتحري وان تعمدوا خلافها لم تجز على قياس سائر الصلوات فانها في وجوب استقبال القبلة كسائر الصلوات ﴿ قال ﴾ وان دفن قبل الصلاة عليها صلى في القبر عليها انما لا يخرج من القبر لانه قد سلم الى الله تعالى وخرج من أيديهم . جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القبر أول منزل من منازل الآخرة ولكنهم لم يؤدوا حقه بالصلاة عليه والصلاة على القبر تتأتي فقد فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا يصلى على القبر ما لم يعلم أنه تفرق لان المشروع الصلاة على الميت لا على أعضائه وفي الامالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يصلى عليه الى ثلاثة أيام وهكذا ذكره ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى لان الصحابة كانوا يصلون على رسول الله صلى الله عليه وسلم الي ثلاثة أيام والصحيح أن هذا ليس بتقدير لازم لانه يختلف باختلاف الاوقات في الحر والبرد وباختلاف الامكنة وباختلاف حال الميت في السمن والهزال والمعتبر فيه أكبر الرأي والذي روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين معناه دعا لهم . قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم وقيل انهم كما دفنوا لم تتفرق أعضاؤهم وهكذا وجدوا حين أراد معاوية أن يحولهم فتركهم ﴿ قال ﴾ ويصف النساء خلف الرجال في الصلاة على الجنازة لقوله عليه الصلاة والسلام خير صفوف النساء آخرها وان وقفت امرأة بجنب رجل لم تفسد عليه صلاته لان الفساد بسبب المحاذاة ثبت بالنص بخلاف القياس وانما ورد النص به في صلاة مطلقة وهذه ليست بصلاة مطلقة ولهذا لا وضوء على من قهقه فيها بخلاف سائر الصلوات ﴿قال﴾ واذا صلوا قعوداً أو ركبانا في القياس يجزيهم لانها دعاء في الحقيقة ولان ركن القيام معتبر بسائر الاركان كالقراءة والركوع والسجود وفي الاستحسان عليهم الاعادة لان فيها شيئين التكبير والقيام فكما ان ترك التكبير يمنع الاعتداد فكذلك ترك القيام والقيام ههنا كوضع الجبهة والأنف في سجدة التلاوة فكما لا تتادى السجدة الا بهما كذا هنا ﴿ قال ﴾ ولو مات رجل في سفر ومعه نساء ليس معهن رجل فان كان فيهن امرأته غسلته لان أبا بكر رضى الله عنه أوصى الى امرأته أسماء

أن تغسله وهكذا أبو موسى الاشعرى رضى الله عنه وقالت عائشة رضى الله عنها لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرنا ما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا نساؤه ولان النكاح بينهما فى حكم القائم ما لم تنقض العدة فان الموت محول للملك لا مبطل وملك النكاح لايحتمل التحول الى الورثة فبقى موقوفا على الزوال بانقضاء العدة كما بعد الطلاق الرجعى ولو ارتفع النكاح بالموت فانما ارتفع الى خلفٍ وهى العدة وهذه العدة حق النكاح فتقوم مقام حقيقته فى ابقاء حل المس والنظر ﴿ قال ﴾ وان كان فيهن أم ولده لم تغسله فى قول أبى حنيفة الآخر وفى قوله الأول لها أن تغسله وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانها معتدته من فراش صحيح فهى كالمنكوحة وجه قوله الآخر انها عتقت بالموت فصارت أجنبية منه ووجوب العدة عليها بطريق الاستبراء ولهذا لايختلف بالحياة والوفاة فلا يثبت باعتباره حل المس والنظر كالعدة من نكاح فاسد ﴿ قال ﴾ وان كان فيهن امرأة قد بانت منه في حياته لم تغسله سواء كانت البينونة بطلاق أو غير طلاق لان النكاح قد ارتفع فى حالة الحياة والعدة الواجبة عليها بطريق الاستبراء ولهذا تقدر بالاقراء وكذلك لو ارتدت قبل موته ثم أسلمت بعدموته لم تغسله عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان الردة بعد الموت لاترفع النكاح فقد ارتفع بالموت بخلاف الردة في حال الحياة ولكنا نقول النكاح كالقائم على احدى الطريقتين فارتفع بالردة وعلى الطريق الآخر فقد بقى حل المس والنظر وكما ترفع الردة مطلق الحل ترفع مابقى منه وهو حل المس والنظر وعلى هذا لو طاوعت ابن زوجها بعدموته أو وطئت بشبهة فوجب عليها العدة لم تغسله عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ولو مات الزوج وهي معتدة من وطىء بشبهة فانقضت عدتها لم تغسله عندنا لانه لم يثبت حل الغسل عند الموت لها فلا يثبت بعده خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى وكذلك لو كانت أختها تعتد منه فانقضت عدتها بعد موته فهو على هذا الخلاف وكذلك المجوسية اذا أسلمت بعدموت زوجها المسلم لم تغسله عندنا خلافا لابى يوسف وان كان فيهن أمته لم تغسله وقال الشافعي رضى الله عنه لها ان تغسله لان ملكه فيها يبقى حكماً لحاجته الى من يغسله ﴿ ولنا ﴾ انها قد انتقلت الى الوارث وصارت كسائر امائه وهذا لان حل المس يعتمد ملك المتعة لاملك المالية وملك المتعة فى الامة تبع فلا يمكن ابقاؤه اله بعد تحول ماهو الأصل وهو ملك الرقبة الى الوارث وكذلك ان كان فيهن أحد من ذوات محارمه لان

المحرم فى حكم النظر الى العورة كالاجنبية فكذلك ذوات محارمه ولكن ييمم لانه تعذر غسله لانعدام من يغسله فصار كتعذر غسله لانعدام ما يغسل به فان كان من ييممه محرما يممه بغير خرقة لانه حل لها مس هذين العضوين فى حياته فكذلك بعد وفاته فان كانت أجنبية يممته بخرقة تلفها على كفها لانه لم يكن لها أن تمسه فى حياته فكذلك بعد وفاته ثم يصلين عليه وقام الامام منهن وسطهن كما هو الحكم فى جماعة النساء وان كان معهن رجل كافر علمنه غسل الميت ليغسله لان نظر الجنس الى الجنس أخف وان لم يكن بينهما موافقة في الدين. ألا ترى أن المسلم يغسل قرابته من الكفار ولو ماتت امرأة بين الرجال وفيهم زوجها لم يكن له أن يغسلها عندنا * وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه له ذلك لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهى تقول وارأساه فقال وأنا وارأساه لاعليك انك لومت غسلتك وكفنتك وصليت عليك وما جاز لرسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز لامته الا ما قام عليه دليل وان عليا رضى الله تعالى عنه غسل فاطمة بعد موتها ولان النكاح انتهي بينهما بالموت فيفيد الباقى منهما حل الغسل كالرجل اذا مات وهذا لان المنتهي متقرر فى حق أحكامه نحو الارث وغيره ولان الملك جعل كالقائم لحاجة الميت منهما الى الغسل وملك الحل مشترك بينهما * ولنا * حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلي الله عليه وسلم سئل عن امرأة تموت بين رجال فقال تيمم الصعيد ولم يفصل بين أن يكون فيهم زوجها أولا يكون والمعنى فيه أن النكاح بموتها ارتفع بجميع علائقه فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول وبيان الوصف انها بالموت صارت محرمة ألبتة والحرمة تنافى النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج أن يتزوج بأختها وأربع سواها بخلاف ما اذا مات الزوج ثم الزوج بالنكاح مالك والمرأة مملوكة فبعد موته يمكن ابقاء صفة المالكية له حكما لبقاء محل الملك فأما بعد موتها فلا يمكن ابقاء الملك مع فوات المحل ومعني قوله عليه الصلاة والسلام غسلتك أي قمت بأسباب غسلك كما يقال بنى فلان داراً وان لم يكن هو بنى وحديث على رضى الله تعالى عنه أنه غسلها فقد ورد ان فاطمة غسلتها أم أيمن ولو ثبت أن عليا رضي الله تعالى عنه غسلها فقد أنكر عليه ابن مسعود رضي الله عنه حتى قال له على أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاطمة زوجتك فى الدنيا والآخرة فادعاؤه الخصوصية دليل على انه كان معروفا بينهم ان الرجل لا يغسل زوجته وقد قال عليه الصلاة والسلام كل سبب ونسب

ينقطع بالموت الا سببي ونسبي فهذا دليل على الخصوصية فى حقه وفى حق علي رضى الله تعالى عنه أيضا لان نكاحه كان من أسباب رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا لم تغسل يممها فان كان من يممها محرما لها يممها بغير خرقة وان كان أجنبياً يممها بخرقة يلفها على كفه ويعرض وجهه عن ذراعيها دون وجهها لان فى حالة حياتها ما كان للاجنبي أن ينظر الى ذراعيها فكذلك بعد الموت وان كان معهم امرأة كافرة علموها غسل الميت لتغسلها ثم يصلى عليها الرجال لما بينا ﴿ قال ﴾ وتكفن المرأة فى خمسة أثواب والرجل فى ثلاثة أثواب هكذا قال على رضى الله عنه كفن المرأة خمسة أثواب وكفن الرجل ثلاثة أثواب ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ولان حال كل واحد منهما بعد الموت معتبر بحال الحياة والرجل فى حياته يخرج في ثلاثة أثواب عادة قميص وسراويل وعمامة والمرأة فى خمسة أثواب درع وخمار وازار وملاءة ونقاب فكذلك بعد الموت ولان مبنى حالها على الستر فيزاد كفنها على كفن الرجل وتفسير الاثواب الخمسة درع وخمار وإزار ولفافة وخرقة تربط فوق الاكفان عند الصدر فوق الثديين والبطن حتى لا ينتشر عليها الكفن اذا حملت على السرير وقال زفر رحمه الله تعالى تربط الخرقة على فخذيها لئلا تضطرب اذا حملت على السرير ويوضع الحنوط منها موضعه من الرجال ولا يسدل شعرها خلف ظهرها ولكن يسدل من بين ثدييها من الجانبين جميعاً لان سدل الشعر خلف ظهرها فى حال الحياة كان لمعنى الزينة وقد انقطع ذلك بالوفاة ثم يسدل الخمار عليها كهيئة المقنعة فوق الدرع وتحت الازار وان كفنت المرأة في ثوبين وخمار ولم تكفن فى درع جاز ذلك لان معنى الستر فى حال الحياة يحصل بثلاثة أثواب حتي يجوز لها أن تصلى فيها وتخرج فكذلك بعد الموت ﴿ قال ﴾ والخَلَقُ اذا غسل والجديد فيه سواء لحديث أبي بكر رضى الله عنه قال اغسلوا ثوبيّ هذين وكفنوني فيهما فانهما للمهل والصديد وان الحى أحوج من الميت الى الجديد ﴿ قال ﴾ والبرود والبياض كل ذلك حسن لحديث جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أحب الثياب الى الله تعالى البياض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم وقال عليه الصلاة والسلام حسنوا أكفان الموتى فانهم يتزاورون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن أكفانهم والحاصل ان ما يجوز لكل جنس أن يلبسه في حياته يجوز أن يكفن فيه بعد موته والسنة في كفن الرجل ثلاثة أثواب كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كفن

في برد وحلة اسم للزوج من الثياب والبرد اسم للفرد من الثياب وقالت عائشة رضى الله عنها كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب بيض سحولية ﴿ قال ﴾ وأدنى ما يكفن فيه في حالة الاختيار ثوبان لانه يجوز له أن يخرج فيهما ويصلى فيهما من غير كراهة فكذلك يكفن فيهما ﴿ قال ﴾ فان كفنوه فى واحد فقد أساؤا لان فى حالة حياته تجوز صلاته فى ازار واحد مع الكراهة فكذلك بعد الموت يكره أن يكفن فيه الا عند الضرورة بأن كان لا يوجد غيره لان مصعب بن عمير رضى الله تعالى عنه لما استشهد كفن فى نمرة فكان اذا غطى بها رأسه بدت رجلاه واذا غطى بها رجلاه بدا رأسه فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغطى رأسه ويجعل على رجليه شئ من الاذخر وكذلك حمزة رضى الله عنه لما استشهد كفن فى ثوب واحد لم يوجد له غيره فدل على ان عند الضرورة يجوز هذا ﴿ قال ﴾ والغلام المراهق كالرجل يكفن فيما يكفن فيه الرجل فاما الطفل الذى لم يتكلم فان كفن فى خرقتين إزار ورداء فحسن وان كفن فى ازار واحد جاز لان فى حال حياته كان يجوز الاقتصار على ثوب واحد فى حقه فكذلك بعد الموت ﴿ قال ﴾ وتغسل المرأةُ الصبي الذى لم يتكلم لانه ليس لفرجه حكم العورة حتى لايجب ستره في حال حياته ويجوز النظر اليه ﴿ قال ﴾ قوم صلوا على ميت قبل ان يغسل قال تعاد الصلاة بعد الغسل لان الطهارة فى حقه معتبرة للصلاة عليه كما هى معتبرة فى حق من يصلى عليه ولو صلى بغير طهارة على جنازة أعادها بعد الطهارة فكذا هذا وكذلك لو غسلوه وبقى عضو من أعضائه أو قدر لمعة فان كان قد لف فى كفنه وقد بقى عضو لم يصبه الماء يخرج من الكفن فيغسل ذلك العضو بالاتفاق وان كان الباقى شيئاً يسيرا كالاصبع ونحوه فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى لان الاصبع فى حكم العضو بدليل اغتسال الحى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لايخرج من الكفن لانه لا يتيقن بعدم وصول الماء الى ذلك القدر فلعله أسرع اليه الجفاف لقلته وهذا الخلاف فى نوادر أبى سليمان رحمه الله تعالى ﴿ قال ﴾ فان كانوا قد دفنوه لم ينبش عنه القبر لما بينا انه قد خرج من أيديهم فسقط فرض غسله عنهم ثم يصلى على قبره لان الصلاة الاولى لم تصح فكأنهم دفنوه قبل الصلاة عليه ﴿ قال ﴾ ميت وضع فى لحده لغير القبلة أو على شقه الايسر أو جعل رأسه في موضع رجليه قال لاينبش عنه قبره لان وضعه الى القبلة سنة وقد تم خروجه من أيديهم بعد ما أهالوا عليه

التراب فلا يجوز نبشه فان وضع اللبن ولم يهل التراب عليه فانه ينزع اللبن ويوضع كما ينبغي ويغسل ان لم يكن غسل لانه لم يتم خروجه من أيديهم بعدُ فنزع اللبن بعد الوضع متيسر لايحتاج فيه الى حفر بخلاف الأول ﴿ قال ﴾ وان سقط شئ من متاع القوم في القبر فلا بأس بأن يحفروا التراب في ذلك الموضع ليخرجوا متاعهم من غير أن ينبش الميت لان لمال المسلم حرمة وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال وفي ابقاء المتاع في القبر اضاعة المال وقد صح فى الحديث ان المغيرة بن شعبة رضى الله عنه سقط خاتمه فى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فما زال بالصحابة حتى رفع اللبن وأخذ خاتمه وقبل بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم كان يفتخر بذلك ويقول انا آخركم عهداً برسول الله صلي الله عليه وسلم ﴿ قال ﴾ ويكره ان يجعل على اللحد رفوف الخشب لان ذلك يستعمل فى الابنية للزينة أو لاحكام البناء وقد بينا انه لا بأس بذلك فى ديارنا لرخاوة الأرض والله أعلم

باب صلاة الكسوف

الاصل فيه حديث ابن مسعود رضى الله عنه ﴿ قال ﴾ انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس انما انكسفت الشمس لموته فقال عليه الصلاة والسلام ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لاينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم شيئاً من هذه الأهوال فافزعوا الى الصلاة وفي حديث أبي موسي قال انكسفت الشمس فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزعاً يخشى ان تكون الساعة حتى أتى المسجد فصلى ثم قال ان هذه الآيات لاترسل لموت أحد ولكن يرسلها الله تعالى ليخوفكم بها فاذا رأيتموها فاذكروا الله تعالى واستغفروه * ثم الصلاة فى كسوف الشمس ركعتان كسائر الصلوات عندنا كل ركعة بركوع وسجدتين * وقال الشافعى رضى الله عنه كل ركعة بركوعين وسجودين لحديث عائشة رضى الله عنها وابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فى كسوف الشمس ركعتين باربع ركوعات وأربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وأبى بكرة وسمرة بن جندب بالفاظ مختلفة ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى فى كسوف الشمس ركعتين كأطول صلاة

كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها وفى الكتاب ذكر حديث ابراهيم رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين فى الكسوف ثم كان الدعاء حتى تجلت وهو كان مقدماً في باب الاخبار فانما يعتمد على مايصح منها فدل ان الصحيح انها كسائر الصلوات ولو جاز الاخذ بما روت عائشة وابن عباس رضي الله عنهم لجاز الاخذ بما روى جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فى الكسوف ركعتين بست ركوعات وست سجدات * وقال على رضي الله عنه صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف ركعتين بثمان ركوعات وأربع سجدات وبالاجماع هذا غير مأخوذ به لانه مخالف للمعهود فكذلك ماروت عائشة وابن عباس رضى الله عنهما. وتأويل ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم طول الركوع فيها فانه عرض عليه الجنة والنار في تلك الصلاة فمل بعض القوم فرفعوا رؤسهم وظن من خلفهم ان النبي صلى الله عليه وسلم رفع رأسه فرفعوا رؤسهم ثم عاد الصف المتقدم الى الركوع اتباعاً لرسول الله عليه الصلاة والسلام فركع من خلفهم أيضاً وظنوا انه ركع ركوعين فى كل ركعة ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان فى آخر الصفوف وعائشة رضى الله عنها كانت واقفة فى صف النساء وابن عباس فى صف الصبيان في ذلك الوقت فلهذا نقلا كما وقع عندهما ولو كان هذا صحيحاً لكان أمراً بخلاف المعهود فينقلها الكبار من الصحابة الذين كانوا يلون رسول الله صلى الله عليه وسلم وحيث لم يروها أحد منهم دل أن الامر كما قلنا *ثم هذه الصلاة لا يقيمها بالجماعة الا الامام الذى يصلي بالناس الجمعة والعيدين فاما ان يصلي كل فريق فى مسجدهم فلا لانه أقامها رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يقيمها الآن من هو قائم مقامه وان لم يقمها الامام صلى الناس فرادى ان شاؤا ركعتين وان شاؤا أربعاً لان هذا تطوع والاصل فى التطوع اداؤها فرادى ان شاؤا ركعتين وان شاؤا أربعا وذلك أفضل ثم ان شاؤا طولوا القراءة وان شاؤا قصروا ثم اشتغلوا بالدعاء حتي تنجلي الشمس فان عليهم الاشتغال بالتضرع الى أن تنجلي وذلك بالدعاء تارة وبالقراءة أخرى وصح فى الحديث أن قيام رسول الله صلي الله عليه وسلم في الركعة الاولى كان بقدر سورة البقرة وفى الركعة الثانية بقدر سورة آل عمران فالافضل أن يطول القراءة فيها *فأما كسوف القمر فالصلاة حسنة وكذلك في الظلمة والريح والفزع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيتم شيئاً من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة. وعاب أهل الادب على محمد رحمه الله تعالى فى هذا

اللفظ وقالوا انما يستعمل في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر ولكنا نقول الخسوف ذهاب دائرته والكسوف ذهاب ضوئه دون دائرته فانما أراد محمد هذا النوع بذكر الكسوف ثم الصلاة فيها فرادى لا بجماعة لان كسوف القمر بالليل فيشق على الناس الاجتماع وربما يخاف الفتنة ولم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيها بالجماعة والاصل في التطوعات ترك الجماعة فيها ماخلا قيام رمضان لاتفاق الصحابة عليه وكسوف الشمس لورود الاثر به . ألا ترى أن مايؤدى بالجماعة من الصلاة يؤذن لها ويقام ولا يؤذن للتطوعات ولا يقام فدل أنها لاتؤدى بالجماعة ﴿قال﴾ ولا يجهر بالقراءة فى صلاة الجماعة فى كسوف الشمس في قول أبي حنيفة رضى الله عنه ويجهر بها فى قول أبى يوسف رحمه الله وقول محمد رحمه الله تعالى مضطرب وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى حديث علي رضى الله عنه أنه جهر بالقراءة في صلاة الكسوف ولانها صلاة مخصوصة تقام بجمع عظيم فيجهر فيها بالقراءة كالجمعة والعيدين . وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه حديث ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسمع منه حرف من قراءته فى صلاة الكسوف ولانها صلاة النهار وفى الحديث صلاة النهار عجماء أى ليس فيها قراءة مسموعة وتأويل حديث علي رضى الله عنه أنه وقع اتفاقا أو تعليما للناس أن القراءة فيها مشروعة ﴿قال﴾ ولا يصلى الكسوف في الأوقات الثلاثة التى تكره فيها الصلاة لانها تطوع كسائر التطوعات ﴿قال﴾ ولاصلاة فى الاستسقاء انما فيها الدعاء فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يصلى فيها ركعتين بجماعة كصلاة العيد الا أنه ليس فيها تكبيرات كتكبيرات العيد وهو رواية بشر بن غياث عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى . وقال الشافعى رضى الله عنه فيها تكبيرات كتكبيرات العيد لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالجماعة فى الاستسقاء ركعتين وفى حديث عبد الله بن عامر بن ربيعة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كصلاة العيد ولابى حنيفة قوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً فانما أمرنا بالاستغفار فى الاستسقاء بدليل أنه قال يرسل السماء عليكم مدراراً وفى حديث أنس رضى الله عنه أن الاعرابى لما سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستسق وهو على المنبر رفع يديه يدعو فما نزل عن المنبر حتى نشأت سحابة فمطرنا الى الجمعة القابلة

الحديث وأن عمر رضى الله عنه خرج للاستسقاء فما زاد على الدعاء فلما قيل له فى ذلك قال لقد استسقيت لكم بمجاريح السماء التى يستنزل بها المطر وروى أنه خرج بالعباس رضى الله عنه فأجلسه على المنبر ووقف بجنبه يدعو ويقول اللهم انا نتوسل اليك بعم نبيك صلى الله عليه وسلم ودعا بدعاء طويل فما نزل عن المنبر حتي سقوا فدل أن فى الاستسقاء الدعاء وهو الاستغفار والأثر الذى نقل أنه صلى فيها صلى الله عليه وسلم شاذ فيما تعم به البلوى وما يحتاج الخاص والعام الى معرفته لا يقبل فيه شاذ وهذا مما تعم به البلوى فى ديارهم ثم عند محمد رحمه الله تعالى يخطب الامام بعد الصلاة نحو الخطبة فى صلاة العيد وعن أبي يوسف أنه يخطب خطبة واحدة لان المقصود الدعاء فلا يقطعها بالجلسة وقد ورد بكل واحد منهما أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الزهرى يقول يخطب قبل الصلاة وهو قول مالك رضى الله عنه وقد ورد به حديث ولكنه شاذ فاذا مضى صدر من خطبته قلب رداءه وصفته ان كان مربعا جعل أعلاه أسفله وان كان مدوّرا جعل الجانب الايمن على الجانب الايسر وقد ورد به حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ولا تأويل له سوى أن يقال تغير الهيئة ليتغير الهواء ولا بأس بأن يعتمد في خطبته على عصا وأن يتنكب قوسا به ورد الأثر وهذا لأن خطبته تطول فيستعين بالاعتماد على عصا واذا قلب الامام رداءه لم يقلب الناس أرديتهم الا على قول مالك رضى الله تعالى عنه . وقد روى أن الناس فعلوا ذلك حين فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم وبه أخذ مالك . وتأويله انهم اقتدوا به على ظن انها سنة كما خلعوا نعالهم حين خلع نعليه فى الصلاة ولم يأمرهم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وما يكون من سنة الخطبة يأتى به الخطيب دون القوم كالقيام وعن أبي يوسف رضي الله تعالى عنه قال ان شاء رفع يديه فى الدعاء وان شاء أشار باصبعه لان رفع اليد عند الدعاء سنة جاء فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يدعو بعرفات باسطاً يديه كالمتضرع المسكين وانما يخرجون فى الاستسقاء ثلاثة أيام لم ينقل أكثر من ذلك ولا يخرجون المنبر فيها كما بينا فى صلاة العيد ﴿قال﴾ ولا يخرج أهل الذمة فى الاستسقاء . وقال مالك رضى الله تعالى عنه ان خرجوا لم يمنعوا من ذلك وقد ورد به أثر انهم خرجوا في عهد بعض الخلفاء مع المسلمين فلم يمنعوا من ذلك ولكنا نقول انما يخرج الناس للدعاء وما دعاء الكافرين الا فى ضلال ولانهم بالخروج يستنزلون الرحمة وما ينزل على الكفار الا اللعن

والسخط وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبعيد المشركين بقوله أنا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تتراآى ناراهما فلهذا لا يمكنون من الخروج مع المسلمين ﴿ قال ﴾ وينصت القوم لخطبة الامام لانه يعظهم فيها وفائدة الوعظ انما تظهر بالانصات وليس فيها أذان ولا اقامة أما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فلا يشكل لانه ليس فيها صلاة بالجماعة انما فيها الدعاء فان شاؤا صلوا فرادى وذلك في معنى الدعاء وعند محمد رحمه الله تعالى فيها صلاة بالجماعة لكنها تطوع كصلاة العيد وليس فيها أذان ولا اقامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الصلاة بمكة في الكعبة

﴿قال﴾ واذا صلى الامام بالناس في المسجد الحرام وقف فى مقام ابراهيم وتحلق الناس حول الكعبة يقتدون به فيجزيهم به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا * والأصل فيه قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام والقوم كلهم قد استقبلوا القبلة وواحد منهم لم يتقدم الامام فى مقامه فيجزيهم الا من كان ظهره الى وجه الامام وكان مستقبلا الجهة التي استقبلها الامام وهو أقرب الى حائط الكعبة من الامام فهذا متقدم على الامام فلا يصح اقتداؤه به فان وقفت امرأة بحذاء الامام تقتدى به وقد نوى امامتها فان استقبلت الجهة التي استقبلها الامام فصلاة الامام والقوم فاسدة لوجود المحاذاة في صلاة مشتركة وان استقبلت الجهة الأخرى لم تفسد صلاة الامام وانما تفسد صلاة ثلاثة نفر من عن يمينها ومن عن يسارها ومن خلفها بحذائها لوجود المحاذاة فى حقهم فانهم يستقبلون الجهة التي استقبلتها هى وان كانوا يصلون فرادى لم تفسد صلاة احد بالمحاذاة وقد بينا هذا فيما سبق ﴿قال﴾ وان كانت الكعبة تبنى وقد أظرف فى العبارة فى هذا اللفظ لانه كره اطلاق لفظ الانهدام على الكعبة وبهذا اللفظ يفهم هذا المقصود فاذا تحلق الناس حول الكعبة وصلوا هكذا جازت صلاتهم عندنا وقال الشافعى رضى الله عنه ان لم يكن في تلك البقعة شيء موضوع لا يجزئهم لان عنده القبلة هي البناء والبقعة جميعا فان الاستقبال انما يتحقق الى البناء فاما عندنا فالقبلة هى الكعبة سواء كان هناك بناء أو لم يكن ألا ترى أن البناء لو نقل الى موضع آخر لا يكون قبلة وقد رفع البناء فى عهد ابن الزبير حين بنى البيت على قواعد

الخليل صلوات الله عليه وفى عهد الحجاج حين أعاده الى ما كان عليه فى الجاهلية وكان يجوز الصلاة للناس وان لم يكن هناك بناء الا أنه يكره ترك اتخاذ السترة لما فيه من استقبال الصورة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك في الصلاة وان ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى عهد ابن الزبير رحمه الله تعالى أمر بتعليق الأنطاع في تلك البقعة وانما أمر بذلك ليكون بمنزلة السترة لهم ﴿قال﴾ فان صلوا في جوف الكعبة فالمذهب عندنا أنه يجوز اداء الصلاة فى جوف الكعبة النافلة والمكتوبة فيه سواء وقال مالك رضى الله عنه لا يجوز اداء المكتوبة فى جوف الكعبة لانه ان كان مستقبلا جهة فهو مستدبر جهة أخرى والصلاة مع استدبار القبلة لا تجوز فيؤخذ بالاحتياط في المكتوبة وفى التطوع الامر أوسع وقاس الصلاة بالطواف فان من طاف في جوف الكعبة لا يجزئه طوافه ﴿ولنا﴾ أن الواجب عليه استقبال جزء من الكعبة وقد استقبلها بيقين والفرض والنفل فى وجوب استقبال القبلة سواء فاذا جاز اداء النفل فى الكعبة بهذا الطريق فكذلك الفرض وليس الصلاة كالطواف فان الطواف بالبيت لا فيه ألا ترى أن الطواف خارج المسجد لا يجوز بخلاف الصلاة وقد اختلف الرواة أن النبي صلى الله عليه وسلم هل صلى فى الكعبة حين دخلها فروي اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أنه لم يصل فيها وروي ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه صلى فيها ركعتين بين الساريتين المقدمتين ومنه الى الحائط قدر ثلاثة أذرع فان كان الامام فى جوف الكعبة والناس قد تحلقوا حولها كما ذكرنا أجزأهم وان كانوا معه في جوف الكعبة فصلاة الامام ومن وجهه الى ظهر الامام أو الى يمين الامام أو الى يساره تجوز. وكذلك من كان وجهه الى وجه الامام الا أنه يكره استقبال الصورة وانما لا تجوز صلاة من ظهره الى وجه الامام وصلاة من كان مستقبلا الجهة التى استقبلها الامام وهو أقرب الى الحائط من الامام لانه متقدم عليه وهذا بخلاف ما اذا تحروا فى ظلمة الليل واقتدوا بالامام فانه لا تجوز صلاة من علم انه مخالف للامام في الجهة هناك لان عنده ان امامه غير مستقبل القبلة فلا يصح اقتداؤه به وهاهنا كل جانب قبلة بيقين فهو لا يعتقد الخطأ في صلاة امامه فجاز اقتداؤه به ومن صلى على سطح الكعبة جازت صلاته عندنا وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا يجوز الا أن يكون بين يديه سترة بناء على أصله ان البناء معتبر في جواز التوجه اليه للصلاة وعندنا القبلة هي الكعبة فسواء كان بين يديه سترة أو لم يكن فهو مستقبل القبلة

وبالاتفاق من صلى على أبي قبيس جازت صلاته وليس بين يديه شئ من بناء الكعبة فدل أنه لامعتبر للبناء وبعض أئمة بلخ قالوا بالاتفاق لو صلى على سطح الكعبة ووضع بين يديه إكافاً تجوز صلاته ومن المحال أن يتعلق جواز الصلاة باستقبال الاكاف فدل أنه لامعتبر بالبناء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب السجدات ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام رحمه الله تعالى مسائل هذا الكتاب مبنية على أصول قد بيناها فى كتاب الصلاة. منها ان زيادة ما دون الركعة قبل اكمال الفريضة لايكون مفسداً للصلاة بخلاف زيادة الركعة الكاملة وانما تتقيد الركعة بالسجدة وفى رواية عن محمد زيادة السجدة الواحدة قبل اكمال الفريضة يفسدها. ومنها ان الترتيب فى أفعال صلاة واحدة فيما شرع متكرراً لايكون ركناً وتركها لايفسد الصلاة عمداً كان أو سهواً. ومنها ان المتروكة اذا قضيت التحقت بمحلها وصارت كالمؤداة فى موضعها. ومنها سلام السهو لايفسد الصلاة وان سجود السهو يجب بتأخير ركن عن محله ويؤدي بعد السلام عندنا. ومنها ان ماتردد بين الواجب والبدعة فعليه أن يأتي به احتياطاً الا انه لاوجه لترك الواجب وما تردد بين البدعة والسنة يتركه لان ترك البدعة لازم وأداء السنة غير لازم. ومنها ان القعدة الأولى فى ذوات الاربع أو الثلاث من المكتوبات سنة وقعدة الختم فريضة. ومنها ان الصلاة اذا فسدت من وجه يجب اعادتها وان كانت تصح من وجوه أخذاً بالاحتياط فى باب العبادات. ومنها انك تنظر فى تخريج هذه المسائل الى المتروكات من السجدات والى المأتى بها فعلى الاقل منهما تخريج المسائل وأدلة هذه الاصول قد بيناها فى كتاب الصلاة اذا عرفنا هذا فنقول* قال محمد رحمه الله تعالى رجل صلى الغداة وترك منها سجدة قال يسجد تلك السجدة ويستوى ان ذكرها قبل السلام أو بعده لانه تبين انه سلم وعليه ركن فلم يخرج به من الصلاة فيسجدها فان كانت متروكة من الركعة الأولى التحقت بمحلها وان كانت من الركعة الثانية فهي مؤداة فى محلها لان القعدة تنتقض بالعود اليها ثم يأتي بعدها بقعدة الختم ويسلم ويسجد للسهو إما لتأخير ركن عن محله أو لزيادة قعدة أو للسلام ساهياً. ولو ترك سجدتين سجد سجدتين

و يصلي ركعة لانه ان كان تركهما من ركعتين فعليه سجدتان لان كل ركعة تقيدت بسجدة واحدة وان كان تركهما من الركعة الاخيرة فعليه سجدتان أيضاً لانه ركع ثم قعد قبل ان يسجد وان كان تركهما من الركعة الأولى فعليه قضاء تلك الركعة لانه في الحقيقة ركع ركوعين ثم سجد سجدتين فكان مصليا ركعة والمعتبر هو الركوع الأول ان كان بعد القراءة فى أصح الروايتين كما بينا فى كتاب الصلاة واذا لم يتذكر انه كيف تركهما أخذ بالاحتياط فسجد سجدتين وصلى ركعة الا انه يبدأ بالسجدتين لانه لو بدأ بالركعة وكان الواجب عليه سجدتان فسدت صلاته لاشتغاله بالنفل قبل اكمال الفريضة وان بدأ بالسجدتين فان كان الواجب عليه قضاء ركعة لم تفسد صلاته لان زيادة السجدة والسجدتين قبل اكمال الفريضة لا يفسد الفريضة فلهذا بدأ بالسجدتين وانما تبين في هذه المسائل وجه الفساد لان الصلاة اذا فسدت من وجه واحد يكفي ذلك لوجوب الاعادة فان سجد سجدتين قعد بعدهما لا محالة لانه ان كان الواجب عليه سجدتين فقد تمت صلاته وقعدة الختم فريضة وان كان الواجب عليه ركعة كانت هذه القعدة بدعة وما تردد بين البدعة والفريضة يجب اداؤه ثم يقوم فيصلي ركعة لجواز أن يكون الواجب عليه قضاء ركعة ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو * فان قيل فلماذا لا تأمره بركعة أخرى حتى لا يكون متنفلا بركعة واحدة ان كان الواجب عليه سجدتين * قلنا هذا تردد بين التطوع والبدعة وقد بينا انه لا يؤتى بمثله ولو فعله كان متطوعا بعد الفجر قبل طلوع الشمس وذلك منهى عنه وكما يتوهم أن يكون متنفلا بركعة اذا سلم عليها يتوهم ذلك اذا أضاف اليها ركعة أخرى لجواز أن الواجب عليه قضاء ركعة فلا معنى للاشتغال بهذا. وان ترك ثلاث سجدات فنقول هذا فى الحقيقة ماسجد الا سجدة واحدة وبالسجدة الواحدة لا يتقيد الا ركعة واحدة فعليه أن يسجد سجدة واحدة ليتم بها ركعة ثم لا يقعد لانه تيقن انه لم يتم صلاته ولكن يصلي ركعة ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو الا أنه ينبغي أن ينوى بالسجدة قضاء المتروكة لجواز أن يكون انما أتى بسجدة بعد الركوع الاول واذا لم ينو بهذه السجدة القضاء تتقيد بها الركعة الثانية فاذا قام بعدها وصلى ركعة كان متنفلا بها قبل إكمال الفريضة فتفسد صلاته فاذا نوى بها القضاء التحقت بمحلها وانتقض الركوع المؤدى بعدها لان مادون الركعة يحتمل النقض فلهذا ينوى بها القضاء فان تذكر أنه ترك منها أربع سجدات فهذا ركع ركوعين ولم يسجد شيئاً فعليه أن يسجد سجدتين

ليتم ركعة ثم لا يقعد ولكن يصلي ركعة ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو ﴿ قال ﴾ رجل صلى الظهر أربع ركعات وترك منها سجدة قال يسجد تلك السجدة وعليه سجدتا السهو لما بدا فان تذكر أنه ترك منها سجدتين يسجد سجدتين ثم يصلي ركعة لانه ان كان تركهما من ركعتين أو من الركعة الاخيرة فعليه سجدتان وان كان تركهما من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه قضاء ركعة فاذا لم يعلم كيف تركهما أخذ بالاحتياط فسجد سجدتين ثم قعد بعدهما لجواز أن يكون قد تمت صلاته ثم قام فصلى ركعة. وان تذكر أنه ترك ثلاث سجدات يسجد ثلاث سجدات ثم يصلي ركعة لانه ان كان تركها من ثلاث ركعات أو سجدتين من الركعة الأخيرة فعليه ثلاث سجدات. وان ترك سجدتين من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه ركعة وسجدة فيبدأ بالسجود احتياطا فيسجد ثلاث سجدات ثم يقعد لجواز أن صلاته قد تمت ثم يقوم فيصلي ركعة . وان كان ترك منها أربع سجدات يسجد أربع سجدات ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وبعدهما لان من وجه عليه أربع سجدات فقط وهو أن يكون تركها من أربع ركعات أو ترك سجدتين من الركعة الاخيرة وسجدتين من الركعتين قبلها ومن وجه عليه سجدتان وركعة وهو أن يكون ترك سجدتين من ركعة قبل الركعة الاخيرة وسجدتين من ركعتين ومن وجه عليه قضاء ركعتين وهو أن يكون تركها من ركعتين قبل الركعة الاخيرة فيأخذ بالاحتياط ويبدأ فيسجد أربع سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة ويقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الثاني ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثالث ثم يقعد ويسلم ويسجد للسهو ﴿ قال ﴾ فان ترك خمس سجدات فنقول المأتي به من السجدات ههنا أقل فنبني التخريج عليها فنقول انما أتى بثلاث سجدات فان كان أتى بها في ثلاث ركعات فعليه قضاء ثلاث سجدات وركعة وان كان أتى بسجدتين في ركعة وسجدة في ركعة فعليه قضاء سجدة وركعتين فيأخذ بالاحتياط فيسجد ثلاث سجدات ثم لا يقعد لان هذه القعدة تتردد بين السنة والبدعة فانه ان تم له ركعتان فالقعدة له سنة وان تم له ثلاث ركعات فالقعدة بدعة فلا يقعد لكن يصلي ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثاني . وان ترك منها ست سجدات فانما أتى بسجدتين فان كان أتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعتان وان أتى بهما في ركعة فعليه ثلاث ركعات فيحتاط فيسجد سجدتين ثم لا يقعد

لكنه يقوم فيصلي ركعتين ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الأول ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثاني ثم يتشهد ويسلم ﴿ قال ﴾ فان ترك منها سبع سجدات فهذا ما أتي الا بسجدة واحدة وبالسجدة الواحدة لا يتقيد الا ركعة فيسجد سجدة أخرى ثم يقوم فيصلي ركعة ثم يقعد وهذه القعدة سنة لانها القعدة الاولى من ذوات الأربع ثم يصلي ركعتين ويسجد للسهو. فان ترك منها ثمان سجدات فهذا ركع أربع ركوعات ولم يسجد شيئا فيسجد سجدتين فيتم بها ركعة ثم يصلي ثلاث ركعات وكذلك الجواب في العصر والعشاء ﴿قال﴾ رجل صلي المغرب ثلاث ركعات وترك منها سجدة قال يسجد تلك السجدة ويتشهد ويسلم ويسجد للسهو كما بينا فان ترك سجدتين يسجد سجدتين ثم يصلي ركعة لانه ان تركهما من ركعتين أو من الركعة الاخيرة فعليه سجدتان وان تركهما من ركعة قبل الركعة الاخيرة فعليه ركعة فيسجد أولا سجدتين احتياطا ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يقوم فيصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني ثم يسجد للسهو بعد السلام فان ترك منها ثلاث سجدات فعليه ان يسجد ثلاث سجدات ثم يصلي ركعة لانه ان تركها من ثلاث ركعات أو سجدتين من الركعة الاخيرة فعليه ثلاث سجدات وان ترك سجدتين من ركعة قبل الركعة الاخيرة وسجدة من ركعة فعليه قضاء ركعة وسجدة فيحتاط فيسجد أولا ثلاث سجدات ثم يقعد لأن صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني ﴿ قال ﴾ فان ترك منها أربع سجدات فهذا انما أتى بسجدتين فان كان أتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعة وان كان أتى بهما في ركعة فعليه قضاء ركعتين فيبدأ فيسجد سجدتين أولا ثم لا يقعد ولكنه يصلي ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني ﴿ قال ﴾ فان ترك منها خمس سجدات فانما سجد سجدة واحدة وبالسجدة الواحدة لا يتقيد الا ركعة فيسجد سجدة ليتم بها ركعة ثم يصلي ركعتين يقعد بينهما وهذه القعدة سنة ويقعد بعدهما وهي قعدة الختم فان ترك منها ست سجدات فهذا ركع ثلاث ركوعات ولم يسجد شيئاً فيسجد سجدتين ثم يقوم فيصلي ركعتين ﴿ قال ﴾ رجل صلى الغداة ثلاث ركعات ولم يقعد في الثانية فصلاته فاسدة لانه أدي ركعة كاملة قبل إكمال الفريضة فان القعدة من أركان الصلاة وهو لم يقعد في الثانية فان تذكر أنه ترك منها سجدة لم يرتفع الفساد لانه لايخرج بهذا من أن يكون

مصليا ثلاث ركعات فالركعة تتقيد بسجدة واحدة وكذلك ان ترك منها سجدتين أو ثلاث سجدات لا يرتفع الفساد لجواز أن يكون انما ترك من كل ركعة سجدة فيكون مصليا الركعة الثالثة قبل اكمال الفريضة وهذا هو الاصل في هذا الجنس من المسائل أن المتروكات من السجدات متى كانت أقل من المأتى بها أو مثل المأتى بها لا يرتفع الفساد وان كان المأتى بها أقل فالآن يرتفع الفساد حتى اذا تذكر أنه ترك منها أربع سجدات فهذا انما أتى بسجدتين ولا يتقيد بسجدتين الا ركعتان فقد تيقنا أنه غير مصلى الركعة الثالثة فلهذا يرتفع الفساد ثم يسجد سجدتين ويصلى ركعة لان من وجه عليه سجدتان وهو أن يكون أتى بهما فى ركعتين ومن وجه عليه ركعة فيسجد سجدتين ثم يقعد لان صلاته قد تمت من وجه ثم يقوم فيصلى ركعة ﴿ قال ﴾ وان كان ترك خمس سجدات فهذا ماسجد الا سجدة واحدة فيسجد سجدة أخرى ثم يصلى ركعة ثم يسجد للسهو وهذا كله اذا كان قد صلى الركعة الثالثة وان كان قد تذكر فى ركوعه فى الركعة الثالثة أو حين رفع رأسه منها قبل أن يسجد لم تفسد صلاته لانه انما زاد مادون الركعة و بزيادة مادون الركعة قبل اكمال الفريضة لا تفسد صلاته ﴿ قال ﴾ رجل صلى الظهر خمس ركعات وترك منها سجدة فصلاته فاسدة لانه زاد ركعة كاملة قبل اكمال الفريضة وكذلك لو ترك منها سجدتين أو ثلاثا أو أربعا أو خمسا لم يرتفع الفساد لجواز أن يكون ترك خمس سجدات من خمس ركعات * فان قيل اذا تذكر أنه ترك منها سجدتين لماذا لا يجعل هاتان السجدتان مما هو خطأ وهو الركعة الاخيرة حتى يرتفع الفساد * قلنا وان جعلناه كذلك لا يرتفع به الفساد لاحتمال أنه تركهما من ركعتين والصلاة متى فسدت من وجه واحديكفي ذلك لوجوب الاعادة احتياطا فان تذكر أنه ترك منها ست سجدات فقد ارتفع الفساد لانه ماأتى الا بأربع سجدات فيتيقن بأنه لم يصل أكثر من أربع ركعات ثم وجه الاتمام أن يقول من وجه عليه قضاء أربع سجدات وهو أن يكون سجد سجدة في كل ركعة ومن وجه عليه قضاء ركعة وهو أن يكون سجد سجدتين فى ركعتين وسجدتين فى ركعة ومن وجه عليه قضاء ركعتين وهو أن يكون سجد أربعا فى ركعتين فيحتاط فيسجد أولا أربع سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلى ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الثاني ثم يصلى ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثالث. فان ترك منها سبع

سجدات فانما أتى بثلاث سجدات فان كان أتي بها في ثلاث ركعات فعليه ثلاث سجدات وركعة وان كان أتى بسجدتين فى ركعة وسجدة في ركعة فعليه سجدة وركعتان فيحتاط فيسجد ثلاث سجدات ثم يصلي ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثاني فان ترك منها ثمان سجدات فانما أتى بسجدتين فان كان أتى بهما فى ركعتين فعليه سجدتان وركعتان وان كان أتى بهما فى ركعة فعليه ثلاث ركعات فيسجد أولا سجدتين ثم يصلي ركعتين ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثاني فان ترك منها تسع سجدات فانما أتى بسجدة واحدة فيسجد سجدة ليتم ركعة ثم يصلي ركعة ثم يقعد وهذه القعدة سنة ثم يصلي ركعتين ويقعد لختم صلاته. فان ترك منها عشر سجدات فهذا قد ركع خمس ركوعات ولم يسجد شيئاً فيسجد سجدتين ثم يصلي ثلاث ركعات ويسجد للسهو وكذلك الجواب في العصر والعشاء. فان صلي المغرب أربع ركعات فصلاته فاسدة لانه لم يقعد فى الركعة الثالثة حتى صلى بعدها ركعة كاملة فان تذكر انه ترك منها سجدة أو سجدتين أو ثلاثا أو أربعاً لم يرتفع الفساد لجواز أنه ترك من كل ركعة سجدة فلا يخرج من أن يكون مصلياً أربع ركعات فان تذكر أنه ترك منها خمس سجدات فقد ارتفع الفساد بيقين لانه ماسجد الا ثلاث سجدات فلا يتقيد بها الا ثلاث ركعات فيتيقن أنه غير مصل أربع ركعات ثم ان كان أتى بثلاث سجدات فى ثلاث ركعات فعليه ثلاث سجدات وان كان أتى بسجدتين فى ركعة وسجدة في ركعة فعليه سجدة وركعة فيحتاط أولا فيسجد أولا ثلاث سجدات ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الأول ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثانى وان تذكر أنه ترك منها ست سجدات فهو ماأتى الا بسجدتين فان كان أتي بهما فى ركعتين فعليه سجدتان وركعة وان أتى بهما فى ركعة فعليه ركعتان فيحتاط فيسجد سجدتين ثم لا يقعد ولكنه يصلى ركعة ثم يقعد لان صلاته قد تمت باعتبار الوجه الاول ثم يصلى ركعة أخرى لاحتمال الوجه الثاني فان تذكر انه ترك منها سبع سجدات فهذا ماسجد الا سجدة واحدة فيسجد سجدة ليتم ركعة ثم يصلى ركعتين يقعد بينهما وهذه القعدة سنة وبعدهما وهى قعدة الختم وان تذكر انه ترك ثمان سجدات فهذا ركع أربع ركوعات ولم يسجد شيئاً فيسجد سجدتين ليتم ركعة ثم يصلى ركعتين يقعد بينهما

وهذه العقدة سنة وبعدهما وهي قعدة الختم ﴿قال﴾ رجل افتتح الصلاة خلف الامام ثم نام حتى صلى الامام أربع ركعات وترك من كل ركعة سجدة وانتبه النائم فأحدث الامام وقدمه قال لاينبغي له أن يتقدم لان المقصود من الاستخلاف اتمام صلاة الامام وغيره أقدر على هذا الاتمام منه فانه لاحق حين أدرك أول الصلاة فعليه أن يبدأ بالاول فالاول فلهذا لاينبغي له أن يتقدم فان تقدم جاز لان صحة الاستخلاف تعتمد المشاركة بينه وبين الامام فى الصلاة وهذا شريكه فيها فيبدأ فيصلى الاولى ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء هذه السجدة من هذه الركعة مع الامام ثم يقوم فيصلى ركعة بسجدة من غير أن يصلى القوم معه لانهم قد أدوا هذه الركعة ثم يسجد تلك السجدة التى تركها الامام من الركعة الثانية ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء هذه السجدة من هذه الركعة مع الامام ثم يقوم فيصلى الركعة الثالثة بسجدة من غير أن يصلى القوم معه لانهم قد أدوا هذه الركعة ثم يسجد السجدة الثانية من هذه الركعة ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء هذه السجدة من الركعة الثالثة مع الامام ثم يقوم فيصلي الركعة الرابعة بسجدة من غير أن يصلي القوم معه لانهم قد أدوا هذه الركعة ثم يسجد السجدة الثانية ويسجد القوم معه لان عليهم قضاء هذه السجدة من هذه الركعة مع الامام ثم يتشهد ويسلم ويسجد للسهو ويسجد القوم معه لانه خليفة الامام الاول وقد كان على الاول سجود السهو فعليه ان يأتى به يقول فى الكتاب انه تفسد عليه صلاته قال ولماذا تفسد قلت لان الامام يصير مرة للقوم اماماً ومرة غير امام وهذا قبيح ولو كان هذا فى ركعة استحسنت أن أجيزه فقد أشار الى ان فى هذه الواقعة تفسد الصلاة فى القياس لانه فيما يشتغل به من الاتمام ليس بامام للقوم لانهم قد فرغوا منها فلم يبق لهم امام فى المسجد فتفسد صلاتهم وصلاة الامام الأول وصلاة الامام الثانى لانه لاحق واللاحق فى حكم المقتدى الا أنى أستحسن في ركعة واحدة لانه لايتكرر خروجه من حكم الامامة وحرمة الصلاة حرمه واحدة فللقوم ان ينتظروه حتى يصلي الركعة التى بقيت عليه ثم يسجد بهم السجدة المتروكة فاما اذا كان ذلك فى أربع ركعات فصلاته وصلاتهم فاسدة لانه يقبح أن يتكرر خروجه من الامامة فى كل ركعة حين يشتغل باتمام ما عليه خاصة ثم عوده الى الامامة حين انتهى الى السجدة التي تركها الامام من تلك الركعة فلهذا تفسد صلاتهم وعليه ان يستقبل الصلاة بهم والله أعلم

﴿ باب نوادر الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى بنى مسائل أول الكتاب على ما بينا فى كتاب الصلاة ان مراعاة الترتيب بين الفوائت وبين فرض الوقت واجب الا فى حالة النسيان أو ضيق الوقت أو كثرة الفوائت ﴿ وقال ﴾ لو أن رجلا نسى الظهر فصلى من العصر ركعة فى أول وقتها ثم ذكر فانه يقطع العصر ثم يصلى الظهر ثم يصلى العصر لانه لو كان ذاكرا للظهر عند الشروع لم يصح شروعه فى العصر فى أول وقتها فاذا ذكرها قبل الفراغ من العصر لا يمكنه إتمام العصر أيضاً كالمتيمم اذا أبصر الماء قبل الفراغ من الصلاة وفى قوله يقطع العصر اشارة الى أنه بمجرد تذكر الظهر لا يصير خارجا من العصر على الاطلاق وهذا لاختلاف العلماء واشتباه الآثار فيه والسبيل في العبادات الأخذ بالاحتياط وتمام الاحتياط في أن يقطع العصر قال فان مضى في العصر لم يجزه لانعدام شرط الجواز فان مراعاة الترتيب بعد التذكر شرط لجواز العصر ثم يجزيه عن التطوع فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى رواه الحسن وفى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجزئه عن التطوع وهو رواية عن أبى حنيفة أيضاً وهو قول زفر رحمه الله تعالى بناء على ما بينا فى كتاب الصلاة ان عند محمد رحمه الله تعالى للصلاة جهة واحدة فاذا فسدت صار خارجا من الصلاة وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى بفساد الجهة لا يفسد أصل الصلاة اذا لم يكن ما اعترض منافيا لاصل الصلاة وتذكر الظهر لا ينافى أصل الصلاة وانما يمنع اداء العصر فيفسد العصر ويبقى أصل الصلاة بمنزلة المكفر بالصوم اذا أيسر في بعض اليوم وعلى هذا لو افتتح العصر الأول وقتها وهو ذاكر للظهر لم يجزه عن العصر وعند محمد رحمه الله تعالى لا يصير شارعا في الصلاة حتى لو ضحك قهقهة لا يلزمه الوضوء وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى يصير شارعا فى الصلاة وفرق بين أول الوقت وبين آخر الوقت فقال عند ضيق الوقت عليه أن يبدأ

بفرض الوقت ولو بدأ بالفائتة أجزأه إذا كان الوقت قابلا للفائتة وعند سعة الوقت عليه أن يبدأ بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لان عند ضيق الوقت النهى عن البداءة بالفائتة لم يكن لمعنى فيها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت ألا ترى أنه كما ينهى عن البداءة بالفائتة ينهي عن الاشتغال بالتطوع والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهي عنه لا يكون مفسداً كالنهى عن الصلاة في الارض المغصوبة وعند سعة الوقت النهى عن البداءة بفرض الوقت لمعنى فيها بدليل انه لا ينهى عن الاشتغال بالتطوع فى هذه الحالة والنهى متى كان لمعنى في المنهى عنه كان مفسداً له فان افتتح العصر في آخر وقتها وهو ناس للظهر فصلى منها ركعة ثم احمرت الشمس ثم تذكر أن الظهر عليه فانه يمضى في صلاته لان تذكر الظهر فى هذا الوقت لا يمنع افتتاح العصر فلا يمنع المضى فيها بطريق الأولى وهذا لانه لو قطعها واشتغل بالظهر لم يجز له أداء الظهر ففيه تفويت الصلاتين عن الوقت فكان تذكر الظهر وجوداً وعدما بمنزلة ﴿ قال ﴾ وهي تامة يعنى من حيث الجواز لا من حيث الاستحباب فان أداء العصر فى هذا الوقت مكروه على ما قال ابن مسعود رضى الله تعالي عنه ما أحب أن يكون لى صلاة حين تحمرّ الشمس بفلسين وان كان قد افتتح العصر لأول وقتها وهو ذاكر للظهر فصلى منها ركعة ثم احمرت الشمس فانه يقطع الصلاة لانه ما صح شروعه فى العصر في أول وقتها مع ذكره للظهر والبناء على الفاسد غير ممكن فعليه أن يقطع صلاته ثم يستقبل العصر وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لان عندهما صار شارعا فى التطوع ولكن أداء التطوع بعد ما احمرت الشمس منهى عنه وأداء عصر اليوم مأمور به في هذا الوقت فعليه أن يقطع المنهى عنه ويشتغل بالمأمور به وعلى قول محمد رحمه الله تعالى هو غير شارع فى الصلاة أصلا فعليه أن يستقبل العصر وان افتتح العصر والشمس حمراء وهو ذاكر للظهر فانه يجزئه لان هذه ساعة لا يجوز فيها أداء الظهر ولا غيرها من الصلاة سوى عصر اليوم فعليه أن يشتغل بما يكون الوقت قابلا له ولان فى تأخير العصر عن هذا الوقت تفويتها لان تأخير العبادة المؤقتة عن وقتها يكون تفويتا لأدائها وذلك لا يجوز ولو اشتغل بالفائتة كان متداركا لما فوت بتفويت مثله وذلك لا يليق بالحكمة فان غربت الشمس وهو فى العصر فانه يتمها وطعن عيسى فى هذا وقال الصحيح أنه يقطعها بعد غروب الشمس ثم يبدأ بالظهر ثم

بالعصر لان ما بعد غروب الشمس الوقت قابل للظهر والمعنى المسقط لمراعاة الترتيب ضيق الوقت وقد انعدم لغروب الشمس لان الوقت قد اتسع فهو بمنزلة مالو افتتح العصر فى أول الوقت وهو ناس للظهر ثم تذكر ومحمد بينا هناك انه يلزمه مراعاة الترتيب فكذلك في هذا الموضع وهذا لأن ما يعرض فى خلال الصلاة يجعل كالموجود عند افتتاحها كالمتيمم اذا وجد الماء أو العارى اذا وجد الثوب وما ذكره عيسي رحمه الله تعالى فهو القياس ولكن محمدا رحمه الله تعالى استحسن فقال لو قطع صلاته بعد غروب الشمس كان مؤديا جميع العصر فى غير وقتها ولو أتمها كان مؤديا بعض العصر في وقتها وكما سقط مراعاة الترتيب لحاجته الى أداء جميع العصر في وقتها يسقط مراعاة الترتيب لحاجته الى أداء بعض العصر فى وقتها يوضحه أنه بالابتداء كان مأموراً بالشروع فى العصر وإن كان يعلم يقيناً ان الشمس تغرب قبل فراغه منها ولو كان هذا المعنى مانعاً له من اتمام العصر لكان تيقنه به عند الشروع مانعاً له من افتتاح العصر وأحد لايقول انه لايفتتح العصر عند ضيق الوقت وان كان يعلم ان الشمس تغرب قبل الفراغ منها يوضحه ان عند ضيق الوقت قد سقط عنه مراعاة الترتيب فى هذه الصلاة وبعد ماسقط الترتيب في صلاة لايعود فى تلك الصلاة بخلاف حالة النسيان فهناك الترتيب غير ساقط عنه ولكنه يعذر بالجهل فاذا زال العذر قبل الفراغ من الصلاة بقى عليه مراعاة الترتيب كما كان (قال) فان كان افتتح العصر بعد ماغربت الشمس وهو ذاكر للظهر فانه يقطعها ويصلى الظهر ثم العصر ثم المغرب لان الوقت واسع وقد صارت العصر فائتة كالظهر فعليه مراعاة الترتيب بينهما وبين فرض الوقت وان كان ناسياً للظهر حين افتتح العصر بعد غروب الشمس فلما صلى منها ركعة ذكر ان الظهر عليه فانه يفسد عصره ويصلى الظهر لان التذكر فى هذا الوقت يمنعه من افتتاح العصر فيمنعه من اتمامها أيضاً وهذا لان الترتيب غير ساقط عنه ولكنه يعذر للنسيان فاذا زال العذر فى خلال الصلاة صار كأن لم يكن. وان افتتح العصر فى أول وقتها وهو ناس للظهر فلما صلى منها ركعة احمرت الشمس ثم ذكر ان الظهر عليه فانه يمضى فيها لان شروعه في العصر قد صح فى الابتداء لكونه ناسياً للظهر وانما تذكر بعد ما احمرت الشمس ومراعاة الترتيب ساقط عنه فى هذه الحالة فكان تذكره وجوداً وعدماً بمنزلة يوضحه انه لوقطع صلاته حين تذكر لكان يستقبل العصر ولا فائدة في ان يقطع عصرا صح شروعه فيه ثم يستقبلها

بخلاف ما اذا كان ذاكراً للظهر حين افتتحها لان هناك ما صح شروعه في العصر فهو انما يقطع التطوع ليشتغل بأداء العصر في وقتها وذلك مفيد . ثم الحاصل أنه ان أمكنه أداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه أداء الصلاتين قبل غروب الشمس فعليه أداء العصر وان كان يمكنه أداء الظهر قبل تغير الشمس ويقع العصر كله أو بعضه بعد تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب الا على قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالى فان عنده ما بعد تغير الشمس ليس بوقت للعصر وقد بينا هذا في كتاب الصلاة وبينا الاختلاف في أن المعتبر تغير الضوء أم تغير القرص ويحكى عن أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى انه كان يقول في هذا الفصل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يلزمه مراعاة الترتيب وعند محمد رحمه الله تعالى لا يلزمه لان ما بعد تغير الشمس وان كان وقتا للعصر ولكن تأخير العصر اليه مكروه وعلى أصل محمد رحمه الله تعالى معنى الكراهة يسقط مراعاة الترتيب كما أن معنى تفويت الوقت يسقط ذلك بيانه في مصلي الجمعة اذا تذكر الفجر وكان بحيث لو اشتغل بالفجر تفوته الجمعة ولا يفوته الوقت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يلزمه مراعاة الترتيب وعند محمد رحمه الله تعالى لا يلزمه ولكن يتم الجمعة لان ترك الجمعة للصحيح المقيم في المصر مكروه فينزل ذلك منزلة خوف فوات الوقت في سقوط مراعاة الترتيب فهذا مثله ﴿قال﴾ رضى الله عنه وأكثر مشايخنا على أنه يلزمه مراعاة الترتيب ههنا عند علمائنا الثلاثة والفرق لمحمد رحمه الله أن الجمعة أقوى من الفجر فانها أدعى للشرائط ولهذا لو صلى الظهر ثم أدرك الجمعة كان فرضه الجمعة فالأضعف لا يكون مفسداً للأقوى وخوف فوات الأقوي يمنعه من الاشتغال بالادنى وههنا الظهر والعصر يستويان في القوة فلا يسقط عنه مراعاة الترتيب الا بخوف فوات الوقت (رجل) توضأ بالنبيذ وصلى ثم أصاب الماء في الوقت فصلاته تامة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان من أصله أن نبيذ التمر طهور في حال عدم الماء وهو بدل عن الماء فاذا قدر على الاصل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يلزمه الاعادة كالمتيمم اذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة والمكفر بالصوم اذا أيسر بعد الفراغ من التكفير بالصوم* فان قيل الوقت باق فينبغي أن يجعل وجود الماء في آخر الوقت كوجوده في أول الوقت *قلنا وجوب استعمال الماء عليه لاجل الصلاة لا لأجل الوقت وما وجد الماء الا بعد الفراغ من الصلاة وكذا المكفر بالصوم

اذا أيسر بعد الفراغ من التكفير بالصوم فلا يعتبر وجوده في هذه الصلاة وانما يعتبر في صلاة أخرى فعليه أن يتوضأ لصلاة أخرى * رجل فاتته ركعة من الظهر مع الامام فلما رفع الامام رأسه من السجدة الاخيرة قام الرجل ولم يقعد معه فان كان قرأ بعد ماقعد الامام قدر التشهد مقدار ما يتأدى به فرض القراءة جازت صلاته والا لم تجزه لان قيامه وقراءته غير معتد به مالم يقعد الامام قدر التشهد لمعنيين أحدهما أنه مقتد مالم يفرغ الامام من التشهد لانه كان شريك الامام مقتدياً به فلايجوزأن يخرج من الاقتداء الا في وقت لوخرج الامام فيه من الصلاة جازت صلاته ومالم يقعد الامام مقدار التشهد لوخرج من الصلاة لم تجزئه صلاته فكذلك لايخرج هومن الاقتداء ولا يعتدبقراءةالمقتدي ولان العود الى القعود مع الامام مستحق عليه مالم يفرغ من التشهد فيجعل هو في الحكم كالقاعد وان كان قائما في الصورة فاذا ركع قبل فراغ الامام من التشهد فكانه ترك القيام والقراءة في هذه الركعة فلا تجزئه صلاته وان قرأ بعد ماقعد الامام قدر التشهد مقدار مايتأدى به فرض القراءة جازت صلاته بمنزلة مالو قام في هذه الحالة * فان قيل القعدة الاخيرة ركن وقد تركها فينبغي أن تفسد صلاته * قلنا هذه القعدة في حقه ليست هي القعدة الاخيرة وانما تلزمه لمتابعة الامام فان القعدة الاخيرة ما يكون ختم الصلاة بها وذلك بعد فراغه من القضاء وقد أتى بها . وان كان أدرك مع الامام ركعة من الظهر والمسئلة بحالها قال ان كان قرأ بعد فراغ الامام من التشهد شيئاً قليلا أو كثيرا أجزأته صلاته ان قرأ في الثالثة والرابعة وان كان لم يقرأ بعد قعود الامام مقدار التشهد شيئاً استقبل الصلاة ولم يرد حقيقة القراءة وانما أراد القيام فكنى بالقراءة عنه لان القيام محل القراءة * والحاصل انه ان بقي قائما بعد فراغ الامام من التشهد جازت صلاته لان القيام ركن في كل ركعة وفرض القراءة ركن في ركعتين وفرض القيام يتأدى بأدنى ما يتناوله الاسم وقد بينا أنه لا يعتبر قيامه ما لم يفرغ الامام من التشهد فاذا بقي قائما بعد فراغ الامام فقد وجد فرض القيام في هذه الركعة وقد قرأ في الركعتين بعدها فتتم صلاته وان كان ركع قبل أن يقعد الامام قدر التشهد لم تجزئه صلاته لانعدام القيام المعتد به في هذه الركعة * وان افتتح الصلاة قاعدا مع الامام من غير عذر وصلى معه حتى فرغ الامام لم تجزصلاته لان القيام ركن وأما قوله تعالى الذين يذكرون الله قياما وقعوداً الآية فالمراد بيان أحوال المصلي بحسب الامكان * قال الله تعالى وقوموا لله قانتين وكذلك

ان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر فجعل يركع ويسجد وهو قاعد لم تجزه صلاته وان كان حين قعد من غير عذر بعد ما افتتحها قائما جعل يومئ للركوع والسجود فعليه أن يقوم ويتبع الامام فى صلاته وهى تامة بخلاف الأول والفرق من وجهين ٠ أحدهما أن ركوعه وسجوده على الارض وهو قاعد يتأدى به التطوع فى حال الاختيار فاذا لم يجزئ ما أدى عن الفرض كان نفلا واشتغاله باداء النفل قبل اكمال الفرض مفسد للفرض فعليه استقبال الصلاة وأما الايماء في غير حالة العذر فلايجوز أداء التطوع به كما لايجوز أداء الفرض فلم يكن هو مؤديا للنفل ولكنه مؤخر أداء الاركان بعد ماصح اقتداؤه بالامام فعليه أن يقوم ويؤدى أركان الصلاة ويكون مسيئاً لمخالفته الامام بالتأخير ٠ والثانى ان الركوع والسجود عمل كثير وهو ليس من عمل صلاته لانه غير معذور واشتغاله بعمل كثير ليس من أعمال صلاته يكون مفسداً لصلاته فاما الايماء فليس بعمل وهو يسير فالاشتغال به لايكون قطعاً لصلاته كالالتفات فلهذا يقوم ويبنى على صلاته ٠ ولو ظن القوم أن الامام قد كبر ولم يكن فعل فكبروا ثم قهقه بعض القوم فلا وضوء عليهم لانه لم يصح شروعهم فى الصلاة قبل الامام فضحكهم لم يصادف حرمة الصلاة وقد ذكر فى كتاب الصلاة أنه لو كبر قبل الامام ثم كبر الامام ثم كبر الرجل يكون شارعا فى صلاة الامام ويكون تكبيره هذا قطعا لما كان فيه وشروعا فى صلاة الامام فهذا يدل على أنه شارع فى الصلاة بالتكبير قبل الامام فمن أصحابنا من يقول موضوع المسئلة هناك انه نوى أصل الصلاة ونوى الاقتداء بالامام فصحت نيته أصل الصلاة ولم تصح نية الاقتداء فيكون شارعا في صلاة نفسه وموضوع المسئلة ههنا انه نوى صلاة الامام ولم تصح نيته هذا حين لم يكبر الامام فلا يصير شارعا فى الصلاة والاصح ان ما أجاب به فى كتاب الصلاة قول أبى يوسف وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى لان بفساد الجهة عندهما لايفسد أصل الصلاة فكذلك فى الابتداء واذ لم تصح نية الجهة تبقى نية أصل الصلاة فيصير شارعا فى صلاة نفسه وعلى قول محمد رحمه الله تعالى بفساد الجهة يفسد أصل الصلاة فكذلك ببطلان نية الجهة ههنا تبطل نية الصلاة هنا فلا يصير شارعا فيها بالتكبير قبل الامام من غير نية ٠ ولو أن اماما صلى بقوم وسلم من احد الجانبين فضحك بعض من خلفه أوضحك الامام بنفسه قبل أن يسلم من الجانب الايسر فصلاته تامة ولا وضوء عليه اما الامام

اذا ضحك فلانه بالتسليمة الواحدة صار خارجا من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام وتحليلها التسليم وقد وجد وتسليمه من الجانب الآخر للتحرز عن الجفاء ولتعميم جميع القوم بالسلام فلا يتوقف خروجه من الصلاة على وجوده واذا صار خارجا بالتسليمة الواحدة فضحكه لم يصادف حرمة الصلاة وأما المقتدى اذا ضحك فى هذه الحالة فلانه تبع للامام وثبوت الحكم فى التبع ثبوته فى المتبوع وكما أنه فى حق الامام السلام من الجانب الايسر تبع فلا يتوقف الخروج من الصلاة عليه فكذلك السلام فى حق المقتدى تبع فلا يتوقف خروجه من الصلاة عليه وقيل هذا قول محمد وأما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فالمقتدى انما يصير خارجا من الصلاة بسلام نفسه واذا ضحك قبل أن يسلم كان عليه الوضوء لان كل ذكر يكون المقتدى فيه تبعا لامامه لم يأت به المقتدى أصلا كالقراءة ولان التحليل معتبر بالتحريم فكما لا يصير المقتدى شارعا بتكبير الامام لا يصير خارجا من الصلاة بتسليم الامام ومحمد رحمه الله تعالى يقول هو تبع للامام فى الصلاة فلو بقى بعد خروج الامام في حرمة الصلاة بقى مقصوداً وفيما يكون هو تبعا لا يكون مقصوداً ﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول بهذه المسألة يتبين جهل بعض الناس ممن يشتغل بالدعوات بعد تسليم الامام فان الأولى أن يسلم مع الامام ثم يشتغل بالدعوات ليكون خروجه بسلام نفسه لانه اذا أخر صار خارجا بسلام الامام يعني عند محمد رحمه الله تعالى وعلى ما ذكر فى الكتاب من الجواب مطلقا يكون خارجا على قول الكل فان الجواب مطلق فى الكتاب انه يصير خارجا بسلام الامام لا بسلام نفسه فلا تكون دعواته فى حرمة الصلاة وقد بينا في كتاب الصلاة أن الاولى عند أبى حنيفة رضى الله عنه أن يكبر مع الامام وكذلك يأتى بسائر الافعال معه وفي التسليم روايتان احداهما أنه يسلم مع الامام لانه شريك الامام والمشاركة تقتضي المقارنة وعندهما الاولى أن يكبر عقيب تكبير الامام وكذلك سائر الأفعال لانه تبع لامامه وعلى هذا لو كان الامام حين سلم عن يمينه اقتدى به رجل لم يكن داخلا معه فى الصلاة لانه بالتسليمة الواحدة صار خارجا منها فكيف يقتدى به غيره بعد خروجه من الصلاة. ولو نام المقتدى فلم يتشهد حتى سلم الامام فانه لا يصير خارجا بسلام الامام ههنا ولكن ينبغى له ان يتشهد ثم يسلم لانه قد بقى عليه واجب من واجبات الصلاة وانما يصير خارجا بسلام الامام اذا لم يبق عليه شئ من واجبات الصلاة فاما مع

بقاء شيء من أعمال الصلاة عليه فلا يصير خارجاً بسلام الامام كاللاحق والمسبوق فان ضحك الرجل النائم في هذه الحالة كانت صلاته تامة لانه لم يبق عليه شيء من أركانها وقراءة التشهد واجبة وليست بركن ولكن عليه الوضوء لصلاة أخرى لان ضحكه لاقى حرمة الصلاة فيكون حدثاً الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول الضحك متى لم يوجب اعادة الصلاة لا يوجب اعادة الوضوء . وان سلم هذا النائم عمداً كانت صلاته تامة لانه لم يبق عليه شيء من أركانها وان سلم ساهياً فعليه ان يتشهد ثم يسلم لانه قد بقي عليه واجب من واجبات صلاته فلا يصير خارجاً بسلامه ساهياً كمن سلم ساهياً وعليه سجود التلاوة . ولو أدرك الامام في الركوع فكبر ثم انحط يركع فرفع الامام رأسه قبل أن يركع ثم ركع الرجل لم يجزئ عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يجزئه وهو قول ابن أبي ليلى لان حالة الركوع كحالة القيام فان القائم انما يفارق القاعد في النصف الاسفل لان النصف الاسفل من القاعد منثن ومن القائم مستو فاما النصف الأعلى فيهما سواء والراكع كالقائم في استواء النصف الاسفل منه ولهذا يجعل مدركا للركعة اذا أدرك الركوع مع الامام فيكون اقتداؤه بالامام وهو راكع بمنزلة اقتدائه بالامام قبل ان يركع . ولو كبر قبل ان يركع الامام ولم يتابعه في الركوع حتى رفع رأسه منه جازت صلاته فكذلك ههنا . ولكنا نستدل بحديث أبي بكر رضي الله عنه حيث كبر وركع عند باب المسجد ثم دب راكعاً حتى التحق بالصف فلو لم تكن مشاركته مع الامام في الركوع شرطاً للادراك لما فعل هكذا ولان القيام ركن في كل ركعة فلا يصير مدركا للركعة الا بمشاركة الامام في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع ولم يوجد ذلك حين رفع الامام رأسه قبل ان يركع هو فكان هذا وما لو أدركه في السجود سواء بخلاف ما اذا أدركه في حالة القيام لان هناك قد وجدت المشاركة بينهما في حقيقة القيام . ولو انتهى الى الامام وهو ساجد فكبر ثم رفع الامام رأسه وسجد السجدة الثانية ولم يسجد هذا الرجل معه واحدة من السجدتين فعليه أن يتبعه في السجدة الثانية دون الاولى لان هاتين السجدتين لا يحتسب بهما من صلاته لعدم شرطه وهو تقدم الركوع فان الركوع افتتاح السجود ولم يوجد في حقه وانما يأتي بهما لمتابعة الامام فانما يلزمه المتابعة فيما أتى به الامام بعد ما صار هو مقتديا به وقد سجد الامام السجدة الاولى قبل أن يصير هو مقتديا به فلا تلزمه بذلك السجدة للمتابعة وسجد السجدة الثانية بعد ما صار هو مقتديا

به فعليه أن يأتي بها ما لم يركع الامام الركعة الاخرى ويسجد فاذا فعل ذلك فحينئذ لا يشتغل بها وانما يشتغل بما هو الأهم وهو الركوع وسجدة الركعة الثانية لانها محسوبة من صلاته (قال) رجل رفع رأسه من السجود قبل الامام ثم عاد فان نوى عند عوده السجدة الاولى أو متابعة الامام أو لم يكن له نية فهو عائد فى السجدة الاولى لان ذلك مستحق عليه وكذلك لو نوى السجدة الثانية ومتابعة الامام لان متابعة الامام تكون فيما فيه الامام وهى السجدة الاولى فصار ناوياً لهما والجمع بينهما غير متأت فتلغو نيته ويصير كأنه لم تحضره النية . ولو نوى السجدة الثانية خاصة فلم يزل ساجداً حتى رفع الامام رأسه وسجد السجدة الثانية فذلك يجزئه عن السجدة الثانية لانه سجد للثانية في وقت لو سجدها امامه جاز وقد وقعت المشاركة بينه وبين الامام في آخرها حين أدركه فيها فهو كما لو وقعت المشاركة بينه وبين الامام فى أولها بان سجد الثانية مع الامام . وان رفع الامام رأسه وسجد الثانية ثم رفع المقتدى رأسه فظن ان الامام فى السجدة الاولى فسجد ينوى الاولى أو متابعة الامام أو الثانية أو لم يكن له نية فسجوده هذه هى الثانية لان السجدة الاولى قد تمت حين رفع رأسه منها وجاء أوان السجدة الثانية فعلى أي نية أتى بها كانت هى الثانية . ولو أن قارئاً اقتدى بأمي ثم قهقه لم يكن عليه وضوء لان على احدى الطريقتين وان صار شارعاً فى الصلاة لكن تفسد صلاته اذا جاء أوان القراءة لان الامام يتحمل عنه فرض القراءة فاذا عجز عن ايفائه فسدت صلاتهما فهذا الضحك منه في صلاة لا ركوع فيها ولا سجود فهو كالضحك فى صلاة الجنازة . وكذلك لو افتتحها خلف أخرس أو صبي أو مجنون أو مريض يومئ لأن هؤلاء لا يصلحون للامامة فلا يصير شارعاً فى الصلاة اذا اقتدى بهم . ولو ان غلاماً صلى العشاء الآخرة ثم نام فاحتلم وانتبه قبل ان يذهب وقت العشاء فعليه ان يعيدها عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ليس عليه ان يعيدها لأن وقت الصلاة فى حكم حالة واحدة فالمؤدى فى أول الوقت بمنزلة المؤدى فى آخر الوقت على معنى ان ما أداه فى أول الوقت كان موقوفاً فاذا تحققت الفريضة فى آخر الوقت وقع المؤدى عن الفرض بمنزلة مالو عجل الزكاة ثم تم الحول ووجبت عليه الزكاة ولكنا نقول المؤدى وقع نفلا لانه لم يكن أهلا للفرض حين أدى فان الاهلية للفرض باعتبار الخطاب والصبي غير مخاطب ثم لما بلغ فى آخر الوقت لزمه أداء الفرض والنفل لا يقوم مقام الفرض والقول

بالتوقف ينبنى على الاهلية للفرض وهو ليس باهل له بخلاف الذى عجل الزكاة لانه أهـل للفرض وانما أدى بعد كمال سبب الوجوب. وهذه هي المسألة التى سمعها محمد رحمه الله تعالى من أبى حنيفة رضى الله عنه أولا على ما يحكى عنه أنه كان من أولاد بعض الاغنياء فمر يوما ببنى حرام ووقف عند باب المسجد يسـمع كلام أبى حنيفة رضى الله عنه كما يفعله الصبيان وكان هو يعلم أصحابه هذه المسألة وكان محمد رحمه الله تعالى قد ابتلى بها فى تلك الليلة فدخل المسجد وأعاد العشاء فدعاه أبو حنيفة رضى الله عنه وقال ماهذه الصلاة التى صليتها فأخبره بما ابتلى به فقال ياغلام الزم مجلسنا فانك تفلح فتفرس فيـه خـيراً حين رآه عمل بما تعلم من ساعته . ولولم ينتبه حتى طلع الفجر الثانى فقد قال بعض مشايخنا لاقضاء عليه لانه لم يصر مخاطباً في وقت العشاء فانه كان في أول الوقت صبياً وفي آخر الوقت نائماً والنوم يمنع توجه الخطاب عليه ابتداءً واستدلوا بظاهر لفظ الـكتاب فانه شرط الانتباه قبل ذهاب الوقت والاصح انه يلزمه القضاء لان النوم يمنع توجه خطاب الاداء ولـكن لايمنع الوجوب ألا ترى أن من بقى نائماً وقت صلاة أو صلاتين كان عليه القضاء اذا انتبه وقد جعل النائم كالمنتبه في بعض الاحكام خصوصاً على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيلزمه القضاء اذا عـلم انه احتلم قبل طلوع الفجر وان لم يعلم ذلك بان انتبه في آخر وقت الفجر وهو يتذكر الاحتلام ويرى الأثر ولا يدرى متى احتلم فحينئذ لايلزمه قضاء العشاء لان الاحتـلام حادث فانما يحال حدوثه على أقرب الاوقات . ولوان مسلما صلى الظهر ثم ارتد والعياذ بالله تعالي ثم أسلم فى وقت الظهر كان عليه ان يعيدها عندنا خلافاً للشافعى رضى الله عنه وهو بناء على الأصل الذي بينا في كتاب الصـلاة ان عنده مجرد الردة لايحبط عمله مالم يمت عليهـا قال الله تعالى ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر الآية وعندنا بنفس الردة قد حبط عمـله قال الله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمـله والتحق بالـكافر الأصلى الذي أسلم الآن فيلزمه فرض الوقت لانه أدرك جزأ منه وعلى هذا الأصـل لو حج حجة الاسلام ثم ارتد ثم أسلم فعليه حجة الاسلام عندنا وعنـد الشافعى رضى الله عنه لايلزمـه ذلك . ولو صلى الظهر في منزله ثم جاء وهو ناس انه قد صـلى فدخل مع الامام ينـوى الظهر ثم ذكر أنه قد صلاها فأفسدها لم يكن عليه قضاؤها الا على قول زفر رحمه الله تعالى لانه شرع فيها على ظن انها عليه فان رعف الامام واستخلف هذا الرجـل فصلاتهم جميعا فاسدة لانه متنفـل

فلا يصلح ان يكون اماماً للمفترض واشتغال الامام باستخلاف من لا يصلح ان يكون خليفة له يكون مفسداً لصلاته ثم تفسد صلاة القوم بفساد صلاة الامام . ولو أن الامام قرأ فى الاوليين من الظهر ثم أحدث فاستخلف أميا فسدت صلاتهم الا على قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله تعالى قالا لأن فرض القراءة فى الاوليين وقد أداه الامام وليس فى الأخريين قراءة والأمى والقارئ فيهما سواء ولكنا نقول القراءة فرض للصلاة تؤدي في محل مخصوص قال عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بقراءة وهذه الصلاة افتتحها القارئ والأمي لا يصلح للامامة فيها واشتغال الامام باستخلاف من لا يصلح أن يكون خليفة له يكون مفسداً لصلاته . ولو أن رجلا قال لله علىّ أن أصلى ركعتين فصلاهما عند زوال الشمس لم تجزئه لانه بمطلق النذر يلزمه الصلاة بصفة الكمال والمؤدى فى الاوقات المكروهة ناقص ولان بالنذر يلزم أداء صحيح والمؤدى فى الاوقات المكروهة يكون فاسداً لما فيه من ارتكاب النهى فلا يحصل الوفاء بها . ولو نسى صلاة فى أيام التشريق فذكرها بعد أيام التشريق فقضاها لم يكبر عقيبها وهذه أربع فصول بيناها فى الصلاة أحدها هذه والثانية ما اذا نسي صلاة فى غير أيام التشريق ثم قضاها فى أيام التشريق والثالثة ما اذا نسيها فى أيام التشريق وقضاها في أيام التشريق من قابل وفى هذه الفصول لا يكبر لان التكبير مؤقت بوقت مخصوص فلا يقضى بعد مضى ذلك الوقت كصلاة الجمعة ورمى الجمار وهذا لان ما يكون سنة فى وقته يكون بدعة فى غير وقته واذا كان يقضى في أيام التشريق صلاة نسيها قبله فالقضاء بصفة الاداء وأما اذا نسيها [1] في أيام التشريق وقضى فى أيام التشريق فى تلك السنة كبر عقيبها عندهما المنفرد والجماعة فيه سواء وعند أبى حنيفة رضى الله عنه اذا كانوا جماعة كبروا لان وقت التكبير باق والقضاء بصفة الاداء فهو نظير رمى الجمار اذا تركها فى اليوم الاول والثانى يقضيها في اليوم الثالث . ولو صلى الوتر في منزله ثم جاء الى قوم فى شهر رمضان يصلون الوتر وهو يرى أنهم فى التطوع فدخل فى صلاتهم ثم قطع حيث علم انهم فى الوتر فعليه قضاء أربع ركعات لانه بالشروع التزم صلاة الامام وصلاة الامام ثلاث ركعات ومن التزم ثلاث ركعات يلزمه أربع ركعات كمن نذر أن يصلى ثلاث ركعات وهذا لان مبنى التطوع على الشفع دون

---

(١) قوله ــ وأما اذا نسيها الخ هذا هو الفصل الرابع من الفصول الاربعة اهـ مصححه

الوتر والشفع الواحد لا يتجزأ فالتزام بعضه التزام لكله • وان دخل يريد الوتر ولم يكن أوتر وقد فاتته ركعتان مع الامام وهو فى الركعة الاخيرة فأوتر معهم أوأدركهم ركوعا فركع معهم ثم قام فقضاهما فليس عليه أن يقنت فيما يقضى قال لانه يقضى أول صلاته وقد بينا هذا الاصل في كتاب الصلاة انهفي حكم القنوت يجعل ما أدرك مع الامام آخر صلاته لان القنوت لم يشرع مكررا فى وتر واحد فلو جعلنا ما أتى به مع الامام أول صلاته كان يقنت فيما يقضي فيؤدى الى تكرار القنوت وكذلك ان أدركهم في الركوع لانه مدرك لهذه الركعة وهى محل للقنوت فيجعل ادراكه محل القنوت مع الامام بمنزلة قنوته مع الامام • رجل افتتح المغرب فصلى منها ركعة ثم ظن أنه لم يكن افتتح الصلاة فجدد التكبير وصلى ثلاث ركعات مستقبلات قال يجزئه لأنه بقى فى صلاته الاولى لانه نوي ايجاد الموجود ونية الايجاد في الموجود لغو فلما صلى ركعتين فقد تمت فريضته ثم كانت الركعة الثالثة نفلا له لانه اشتغل بها بعد اكمال الفريضة ولو كان صلى ركعتين والمسئلة بحالها لم تجز صلاته لانه بقى بعد تجديد التكبير في صلاته الاولى فلما صلى ركعة كان عليه أن يقعد ولم يفعل حتى صلى ركعة أخرى فكان قد اشتغل بالنفل قبل اكمال الفريضة وذلك مفسد لصلاته • ولو اقتدى بالامام فى المغرب بنية التطوع فصلى منها ركعة وفاته ركعتين ثم رعف فانطلق فتوضأ وقد أدرك أول الركعة يعنى نام خلف الامام حتى صلى ركعتين ثم أحدث فتوضأ ثم جاء وقد فرغ الامام فعليه أن يصلى ركعة بغير قراءة ويقعد ثم يصلى ركعة بغير قراءة ويقعد لانه لاحق فى هاتين الركعتين فيصليهما بغير قراءة ثم يصلى ركعة بقراءة و يقعد لانه ليس بتبع للامام فى الركعة الرابعة فانها لم تكن على إمامه ولكنها نفل مقصود فى حقه فعليه ان يصليها بقراءة وفيما كان تبعا للامام عليه ان يؤديه كما أداه الامام ولهذا قلنا يقعد فى الثالثة كما قعد الامام • رجل افتتح الصلاة مع الامام فنام خلفه حتي فرغ الامام ثم انتبه وقد كان الامام ترك سجدة من الركعة الأولى فقضاها في الثانية ولم يقعدفى الثانية مقدار التشهد ساهيا ثم علم الرجل كيف صنع الامام قال يتبعه ويصلى بغير قراءة لانه قد أدرك أول الصلاة مع الامام والتزم الاقتداء به فكان هو مقتديا بالامامفيما يأتي به وليس على المقتدى قراءة ويسجد في موضعها من الركعة الأولى لان الامام قضى تلك السجدة فالتحقت بمحلها وصار كانه أداها فى موضعها ولا يقعد

مقدار التشهد في الركعة الثانيـة عندنا وقال زفر رحمـه الله تعالى يقعد لان الامام لما استتم قائما انما لم يعد الى القعود لما فيه من ترك الفريضة لاداء السنة وذلك المعنى غير موجود في حق هذا الرجل فعليه أن يأتي بالقعدة كما كان ذلك على الامام قبل أن يقوم الى الثالثة وقاس بالسجدة فانه يأتي بها في موضعها كما كان على الامام أن يأتي بها ولكنا نقول هو في الحكم كانه خلف الامام ومن كان خلف الامام تسقط عنه القعدة الأولى بسقوطها عن الامام ألا ترى ان الامام لوقام الى الثالثـة ساهياً ولم يقم القوم كان عليهم أن يتبعوه ولا يأتون بتلك القعدة فكذلك هـذا الرجل وبه فارق السجدة فان تلك السجـدة ماسقطت عن الامام بالترك ولهـذا قضاها وقد سقطت القعدة عن الامام ألا ترى أنه لا يقضيها فتسقط عن المقتدي. ولو نام خلف الامام حتى صلى ركعة ثم رعف فقدمه فانه لا ينبغي له أن يتقدم لان غيره أقدر على اتمام صلاة الامام منـه فهو أولى بأن يكون خليفة له وان فعل جاز لانه شريك الامام في الصلاة فيصلح أن يكون خليفة له ثم ينبغي له أن يشير الى القوم لينتظروه حتى يقضي الركعة التي نام فيها لانه لاحق فيبدأ بالأول فالأول فان لم يفعل ولـكن صلى بهم بقية صـلاة الامام ثم أخذ بيد رجل فقدمه حتى سلم بهم وقام هو فقضى ركعته جاز عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى وهو بناء على الاصل الذي بينا في الصلاة ان مراعاة الترتيب في أعمال صلاة واحدة ليست بركن عنـدنا وعنده ركن وان بدأ بالتي نام فيها فاتبعه القوم فصـلاته تامة لانه في حق نفسه كالمنفرد وصلاة من ائتم به فاسدة لانهم صلوا ركعة قبل أن يصليها امامهـم فان امامهم مشـغول بالركعة التي أدوها هم مع الأول وهم قد صلوا ركعة أخرى وذلك مفسـد لصلاتهم. ولو أن رجلا قال لله علي أن أصلي ركعتين فاقتدى فيهما بمتطوع لم يجزه عن الركعتين لان المنذور واجب عليه قبل الشروع فيه والتطوع ليس بواجب وصلاة المقتدي بناء على صـلاة الامام وبناء القوي على الضـعيف لا يجوز بمنزلة المفترض يقتدي بالمتطوع وهـذا بخـلاف ما اذا قال والله لاصلين ركعتـين فاداهما خلف متطوع فان ذلك يجزيه لانه بيمينه ماوجب عليـه الصـلاة فـكان هو في الأداء متطوعا وان كان ببربه في يمينـه الا ترى ان البر في اليمين يحصل بمـا هو حرام لا يجوز التزامه بخلاف النذر والذي يوضح الفرق انه لو قال لله على أن أصلي ركعتين اليوم فـلم يفعل كان عليه قضاؤهما . ولو قال والله لاصلين اليوم ركعتين فلم يفعل حتى مضي اليوم لم يكن عليه قضاؤهما فبهذا يتضح

الفرق . ولو ان مسافرا و مقيما نسيا صلاة فأمّ أحدهما صاحبه بعد ما تذكرا فان أم المسافر المقيم جاز وان أمّ المقيم المسافر لم تجز صلاة المسافر وقد بينا هذا الفرق في كتاب الصلاة ان اقتداء المقيم بالمسافر يجوز بعد خروج الوقت كما يجوز في الوقت لان فرضه لايتغير بالاقتداء واقتداء المسافر بالمقيم يجوز في الوقت ولا يجوز بعد خروج الوقت لان فرضه يتغير بالاقتداء . ولو أن رجلا صلى مع الامام الفجر فجعل يركع معه ويسجد قبله فعليه أن يسجد سجدتين وصلاته تامة لانه لما سجد قبله ورفع رأسه قبل أن يسجد الامام لم يعتد بهذه السجدة فلما سجد الامام وسجد الرجل ينوي الثانية كانت هذه هي السجدة الأولى في حقه فانما صلى مع الامام ركعتين وترك من كل ركعة سجدة فعليه أن يسجد سجدتين وليس مراده من هذه المسئلة أنه سجد قبل الامام ثم سجد الامام قبل أن يرفع هو رأسه لان هناك لايلزمه قضاء شئ فان الامام لما أدركه في آخر السجدة فقد وجدت المشاركة بينهما في هذه السجدة وليس مراده أنه سجد سجدتين جميعاً ورفع رأسه منهما قبل أن يسجد الامام لانه حينئذ لاتجوز صلاته باداء السجدتين فانه في الحقيقة يكون مصلياً ركعة فانما عليه أن يصلي أخرى فعرفنا أن مراده ما بينا . ولو صلى ركعة وترك منها سجدة ثم صلى ركعة أخرى بسجدتين فهما لهذه الركعة لان الركعة تتقيد بالسجدة الواحدة فقد سجد للركعة الثانيـة في أوانها فيكون سجوده عن الركعة الثانية وسجدة الركعة الأولى صارت في حكم القضاء لفوات محلها فلا تتأدى بدون النية فان طاف بالبيت أسبوعاً ثم صلى ركعتين عند طلوع الشمس أو بعد ما تغيرت الشمس لم يجزئه عندنا عن ركعتي الطواف خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه لحديث جبير بن مطعم رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتمنعوا أحداً يطوف بهذا البيت أيّ ساعة شاء من ليل أو نهار وليصل لكل أسبوع ركعتين ولكنا نستدل بحديث معوذ بن عفراء رضى الله عنه فانه طاف بعد العصر أسبوعا ثم لم يصل فقيل له في ذلك فقال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة في هذه الساعة . وعن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه انه طاف بعد العصر اسبوعا فقال عطاء ارمقوا صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم هل يصلي فرمقوه فلم يصل حتى غربت الشمس . وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه طاف بعد صلاة الفجر اسبوعا ثم خرج من مكة فلما كان بذي طوى وارتفعت الشمس صلى ركعتين ثم قال ركعتان مكان ركعتين ولان ركعتي الطواف تجب بسبب من

جهة العبد فهي كالمنذورة وقد بينا أن المنذورة لا تؤدى بعد الفجر قبل طلوع الشمس ولا بعد العصر قبل غروب الشمس وتأويل حديث جبير وليصل لكل أسبوع ركعتين في الاوقات التي لا تكره الصلاة فيها • رجل صلى ركعتين تطوعا ثم اقتدى به رجل ثم رعف فانطلق يتوضأ فصلى امامه ركعة أخرى ثم تكلم الذى أحدث فصلى هذا الامام تمام ست ركعات فعلى الرجل الداخل معه أن يقضى أربع ركعات لانه اقتدى بالامام في الشفع الثانى فيصير ملتزما لهذا الشفع والشفع الاول الذى أداه الامام بهذه التحريمة فعليه قضاء الشفعين ثم هو قد أفسد الاقتداء قبل قيام الامام الى الشفع الثالث وانما يلزمه الشفع الثالث بالقيام اليه كما لو لم يكن اماما له حين قام اليها لم يكن عليه قضاؤها • ولو أن رجلين افتتحا الصلاة معاً ينوى كل واحد منهما أن يكون اماما لصاحبه فصلاتهما تامة لان الامام فى حق نفسه كالمنفرد فان صلاته لا تنبنى على صلاة غيره فنية كل واحد منهما للامامة ونيته الانفراد سواء وان نوى كل واحد منهما أن يأتم بصاحبه فصلاتهما فاسدة لان كل واحد منهما نوى الاقتداء عند الشروع ونيته الاقتداء بالمقتدى لا تصح ألا ترى أن المسبوق اذا قام الى قضاء مافات فاقتدى به انسان لم يصح اقتداؤه وهذا لان المقتدي تبع ويستحيل أن يكون كل واحد منهما تبعا لصاحبه فى صلاة واحدة فلهذا تفسد صلاتهما ثم ذكر مسئلة المغمى عليه وقد بيناها فى كتاب الصلاة وفرق بين الاغماء والنوم فان النوم لا يسقط القضاء وان كان أكثر من يوم وليلة لان النائم فى حكم القضاء كالمنتبه ألا ترى أنه اذا نبه انتبه بخلاف المغمى عليه وجعل الجنون كالاغماء فقال اذا جن يوما وليلة أو أقل فعليه قضاء الصلوات واذا جن أكثر من يوم وليلة فليس عليه قضاء الصلوات وهذا لان الجنون يعجزه عن فهم الخطاب مع بقاء الأهلية للفرض ألا تري أن فرضه المؤدى يبقى على حاله يعنى حجة الاسلام والصلاة المؤداة حتى لو أفاق قبل مضى الوقت لم يكن عليه اعادة الصلاة فعرفنا أن الجنون اذا قصر فهو كالاغماء فان كان يوما وليلة أو أقل كان عليه قضاء الصلوات وقد ظن بعض أصحابنا أن الجنون اذا استوعب وقت صلاة كاملة لم يكن عليه قضاؤها بخلاف الاغماء قالوا لان الجنون يزيل العقل ألا ترى أن من قال جن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شئ من عمره كفر وقد أغمى عليه في مرضه ولكن الاصح أنه في حكم الصلاة لا فرق بين الجنون والاغماء كما نص عليه ههنا • رجل نسى صلاتين من يومين

وهو لا يدرى أىّ صلاتين هما فعليه اعادة صلاة يومين أخذاً بالاحتياط وليس عليه مراعاة الترتيب في القضاء لان ما لزمه قضاؤها أكثر من ست صلوات فيسقط مراعاة الترتيب للكثرة وكذلك لو نسى صلاة من يوم وهو لا يدرى أيها هي أو نسى سجدة من صلاة وعلى قول سفيان الثورى رضى الله عنه يعيد الفجر والمغرب ثم يصلى أربع ركعات بنية ما عليه وعلى قول محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يصلى أربع ركعات بثلاث قعدات وهذا ليس بصحيح عندنا لان تعين النية في القضاء شرط للجواز والصلوات وان اتفقت فى أعداد الركعات فهي مختلفة فى الأحكام لان اقتداء من يصلى الظهر بمن يصلى العصر لا يجوز فلا يتحقق تعيين النية فيما يقول محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى ولا فيما يقول سفيان رضى الله عنه فلهذا ألزمناه قضاء صلاة يوم وليلة. ولو أن رجلا أمّ قوماشهرين ثم قال قد كان في ثوبي قذر فعلى القوم أن يصدقوه ويعيدوا صلاتهم لانه أخبر بأمر من أمور الدين وخبر الواحد فى أمر الدين حجة يجب العمل بها إلا أن يكون ماجنا فحينئذ لا يصدق لان خبره فى أمور الدين غير مقبول اذا كان ماجنا والذى يسبق الى الأوهام انه يكذب فى خبره على قصد الاضرار بالقوم لمعنى دخله من جهتهم والماجن هو الفاسق فان المجون نوع جنون وهو ان لا يبالى بما يقول ويفعل فتكون أعماله على نهج أعمال المجانين وكان شيخنا الامام رضي الله عنه يقول الماجن هو الذى يدعى سبب نبت وهو الذى يلبس قباطاق [1] ويتمندل بمنديل خيش ويطوف في السكك ينظر في الغرف ان النساء ينظرن اليه أم لا. ولو طلعت الشمس وهو فى خلال صلاة الفجر ثم قهقه قبل ان يسلم فليس عليه وضوء لصلاة أخرى اما على قول محمد رحمه الله تعالى فلانه صار خارجاً بطلوع الشمس وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه وفى الرواية الاخرى وان لم يصر خارجا من أصل التحريمة فقد فسدت صلاته بطلوع الشمس لانه لا يجوز أداء النفل فى هذا الوقت كما لا يجوز أداء الفرض فالضحك فى هذه الحالة دون الضحك في صلاة الجنازة فلا يجعل حدثا وعلى قياس قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يلزمه الوضوء خصوصا على الرواية التى رويت عنه انه يصبر حتي تطلع الشمس ثم يتم الفريضة فعلى هذه الرواية لا يشكل ان ضحكه صادف حرمة صلاة مطلقة فكان حدثا. ولو افتتح التطوع

---

(١) قوله سبب نبت هكذا فى نسخة وفى نسخة أخري بنت سبب فليحرر وقوله قباطاق لعله القباطى وهي الثياب المشهورة اهـ مصححه

حين طلعت الشمس ثم أفسدها متعمداً ثم قضاها حين احمرت الشمس أجزأه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول لما أفسدها فقد لزمه قضاؤها وصار ذلك دينا فى ذمته فلا يسقط بالأداء في الوقت المكروه بمنزلة المنذورة التى شرع فيها فى وقت مكروه ولكنا نقول لو أداها حين افتتحها لم يكن عليه شئ آخر فكذلك اذا قضاها في مثل ذلك الوقت لم يلزمه شئ آخر لان القضاء بصفة الأداء فهو والمؤدي حين شرع فيه سواء وقد بينا نظائره في كتاب الصلاة والله أعلم بالصواب

باب صلاة المسافر

رجل صلى بمسافرين ومقيمين ركعتين وقعد قدر التشهد ثم قام بعض من خلفه من المسافرين فتكلموا ثم نوى الامام الاقامة فعليه ان يتم صلاته لان نيته حصلت فى حرمة الصلاة وعلى من خلفه من المسافرين إتمام الصلاة أيضا لانهم صاروا مقيمين في هذه الصلاة تبعا لامامهم ومن تكلم منهم في صلاته فصلاته تامة لانه خرج من حرمتها فى وقت لو خرج امامهم منها كانت صلاته تامة وانما كان يلزمهم صلاة المقيمين باعتبار التبعية ومن تكلم منهم فقد خرج من ان يكون تبعا للامام قبل أن يتغير فرض الامام ومن تكلم منهم بعد ما نوى الامام الاقامة فسدت صلاته بمنزلة مالو تكلم الامام فى هذه الحالة وهذا لان فرضه تغير بنية لامام الاقامة فيكون هو متكلما فى وسط الصلاة فان قام بعض من خلفه من المقيمين فقرأ وركع وسجد ثم نوى الامام الاقامة فهذا الرجل خارج من صلاته يتم بقية الصلاة وحده لانه استحكم انفراده حين قيد الركعة بالسجدة قبل ان ينوي الامام الاقامة فان عاد الى متابعته في الرابعة فسدت صلاته لانه اقتدي به بعد ما استحكم انفراده وان كان قد قرأ وركع ولم يسجد حتى نوى الامام الاقامة فعليه ان يعود الى متابعته لانه لم يستحكم انفراده بمجرد القيام والركوع فكان كغيره ممن لم يقم بعد من المقيمين فعليه ان يتابع الامام فى اتمام الصلاة فان لم يفعل ولكنه سجد فصلاته فاسدة لانه انفرد فى موضع كان عليه الاقتداء فيه ومن اقتدى فى موضع كان عليه الانفراد أو انفرد فى موضع كان عليه الاقتداء فيه فسدت صلاته وانما قلنا ان انفراده انما استحكم بتقييده الركعة بالسجدة لان مادون الركعة يحتمل الرفض والركعة الكاملة لاتحتمله ولان زيادة مادون الركعة لايفسد الصلاة

وزيادة الركعة الكاملة يفسدها فان الركعة الكاملة اذا لم يحتسب بها من الفريضة كانت نافلة وخلط النفل بالفرض قبل اكمال الفرض مفسد للصلاة فان كان الامام لم يقرأ فى الأولين ثم تكلم بعض من خلفه بعد ما قعد قدر التشهد فصلاة من تكلم فاسدة لان الامام او تكلم فى هذه الحالة كانت صلاته فاسدة ويقوم الامام فيتم مابقى من صلاته ويقرأ في الأخريين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وأبى يوسف رضي الله عنه وفي قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى صلاته وصلاة من خلفه فاسدة لان عندهما ظهر المسافر كفجر المقيم فترك القراءة فيهما أوفى احداهما يفسد صلاته على وجه لا يمكن تصحيحه وفى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يتوقف حكم الفساد بتوقف حال فريضته فان فرضه فى الوقت بعرض التغيير بنية الاقامة فاذا نوى الاقامة فى الانتهاء يجعل ذلك كنيته فى الابتداء وترك القراءة فى الأولين من المقيم لا يكون مفسداً لصلاته حتى اذا قرأ فى الاخريين كانت صلاته تامة فكذلك هنا وهو بناء على الأصل الذى بينا ان بمجرد ترك القراءة لايخرج عن حرمة الصلاة عندهما فان كان بعض من خلفه من المقيمين قام فقرأ وركع وسجد ثم نوى الامام الاقامة فصلاة هذا الرجل فاسدة لانه استحكم انفراده قبل تمام صلاة الامام فى حال لو تكلم فيه الامام كانت صلاته فاسدة وان كان قرأ وركع ولم يسجد حتى نوى الامام الاقامة فانه يرفض ماصنع ويعود الى اتمام صلاته مع الامام لانه لم يستحكم انفراده بعد وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فان سجد بعد مانوى الامام الاقامة فصلاته فاسدة لانه انفرد فى موضع كان عليه الاقتداء فيه . ولو ان مسافراً صلى ركعتين بغير قراءة فظن بعد ماقعد قدر التشهد انه انما صلى ركعة فقام وقرأ وركع ثم رفع رأسه ثم نوى الاقامة فانه يعيد القراءة والركوع ويمضى فى صلاته وان سجد قبل ان ينوى الاقامة فصلاته فاسدة وكذلك ان سجد بعد نية الاقامة قبل أن يعيد القراءة والركوع لان ما دون الركعة يحتمل الرفض فان نوى الاقامة قبل أن يسجد صار هذا ونية الاقامة قبل أن يقوم الى الثالثة سواء فان كان سجد فهذه الركعة نافلة فى حقه لا تحتمل الرفض واشتغاله بالنفل قبل اكمال الفرض مفسد لصلاته وكذلك ان سجد بعد النية لأن بهذه السجدة يتقيد ما أدي من الركعة وهي نافلة والنفل لا ينوب عن الفرض وان كان هو اعاد القراءة والركوع

فقد صار رافضا لما زاد مؤديا للفرض فتجوز صلاته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وان كان قرأ في الأوليين وقعد قدر التشهد ثم قام فقرأ وركع وسجد ثم نوى الاقامة فقد استحكم خروجه من الفرض بتقييد الركعة بالسجدة فلا يتغير فرضه بنية الاقامة ولكنه متنفل بركعة فيضيف اليها ركعة أخرى ليكون شفعا وان كان ركع ولم يسجد حتى نوى الاقامة فانه يعيد الركوع لان فرضه تغير بهذه النية على ما بينا انه لايستحكم خروجه من الفرض ما لم يقيد الركعة بالسجدة فعليه اعادة القيام والركوع لأن ما أدي كان نافلة والقيام والركوع فرض في كل ركعة وفي الكتاب ذكر اعادة الركوع خاصة لانه انما يركع عن قيام وفرض القيام انما يتأدى بأدنى ما يتناوله الاسم وان لم يعد فصلاته فاسدة لترك القيام والركوع في الفريضة واداء النافلة قبل اكمال الفريضة فان لم يقعد في الركعتين حتى قام ساهيا ثم نوى الاقامة فانه يمضي على قيامه ولا يعود الى القعدة لانه صار مقيما في هذه الصلاة والمقيم بعد ما قام الى الثالثة ساهيا لا يعود الى القعدة لما فيه من العود من الفرض الى السنة فان كان عاد الى القعدة قبل أن ينوي الاقامة ثم نواها قبل اتمام التشهد فانه يتم التشهد لانه قبل نية الاقامة العودُ مستحق عليه وانما تغير فرضه بنية الاقامة وهو قاعد فعليه أن يتم التشهد ثم يقوم لاتمام صلاته. مسافر اقتدى بمقيم فعليه أن يصلي أربعا لانه التزم متابعة الامام بالاقتداء به فان تكلم صلى ركعتين لانه مسافر على حاله وانما كان يلزمه الاتمام لأجل المتابعة وقد زال ذلك حين تكلم وهذا بخلاف مالو اقتدى به بنية النفل ثم تكلم فانه يلزمه قضاء أربع ركعات لان هناك بالشروع يكون ملتزما صلاة الامام وصلاة الامام أربع ركعات وهنا بالشروع ما قصد التزام شئ وانما قصد إسقاط الفرض عن ذمته وتغير فرضه حكما للمتابعة فاذا انعدمت صار كأنه لم يشرع في صلاته أصلا . ولو نام هذا المسافر خلف المقيم حتى دخل وقت العصر فعليه أن يصلي اربعا لانه لاحق واللاحق في حكم المقتدى فان تكلم صلى ركعتين وكذلك ان نوى الاقامة بعد ما تكلم لانه بالكلام يخرج عن متابعة الامام فتبقى نية الاقامة منه بعد خروج الوقت وذلك لايغير فرضه * فان قيل هذا اذا كان الواجب عليه عند خروج الوقت ركعتين وهنا الواجب عليه عند خروج الوقت أربع ركعات * قلنا نعم ولكن وجوب الاربع عليه عند خروج الوقت كان من المتابعة وقد انعدم ذلك حين تكلم فكان هذا وما لو خرج الوقت

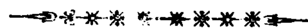
قبل شروعه فى الصلاة سواء فلا يتغير فرضه بنية الاقامة . ولو أن امرأة سافرت مع زوجها فنوى هو أن يقيم فى موضع خمسة عشر يوماً فعليها أن تصلى أربعاً وان لم تنو الاقامة ولو أنها نوت الاقامة دون الزوج كان عليها أن تصلى ركعتين لانها تابعة للزوج فى السفر والاقامة قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم . وقال الله تعالى الرجال قوّامون على النساء وانما يعتبر تغير النية ممن هو أصل دون من هو تبع لان ثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى الاصل ومن أصحابنا من يقول هذا اذا كانت قد استوفت صداقها فان لم تكن استوفت صداقها ولم يدخل بها الزوج فانه تعتبر نيتها لان لها أن تحبس نفسها لاستيفاء الصداق فلا تخرج مع زوجها وان كان قد دخل بها فعلى الخلاف المعروف فى ثبوت حق الحبس لها لاستيفاء الصداق وقيل بل هو قولهم جميعاً لانه وان كان لها أن تحبس نفسها فالم تحبس كانت تابعة لزوجها وانما وضع المسئلة فيما اذا نوت الاقامة أو السفر من غير ان قصدت حبس نفسها عن زوجها وعلى هذا حكم كل تبع مع أصله كالعبد مع سيده والأجير للخدمة مع المستأجر والجندى مع السلطان انما يعتبر نية الاقامة والسفر ممن هو أصل دون التبع وان كان الزوج أو السيد خلى بين المرأة والعبد وبين النية الآن تعتبر نيتهما لانهما صارا أصلين بهذه التخلية ما لم يرجع الزوج والسيد عنهما ❊ قال ❊ كوفي خرج يريد مكة فلما انتهى الى الحيرة توضأ وافتتح الصلاة ثم رعف فنوى الرجوع الى الكوفة ثم أصاب الماء فى مكانه فتوضأ صلى أربعاً لانه لما نوى الرجوع الى وطنه الاصلى وهو فى فناء وطنه فقد صار رافضاً لسفره والتحق بالمقيم فى هذه الصلاة فعليه ان يصلى أربعا وكذلك ان تكلم لانه صار مقيما بنيته الأولى فى هذا المكان فلا يصير مسافراً مالم يرتحل منه وان لم يتكلم ولكن قيل له ان أمامك ماء على رأس غلوة فمشى اليه فتوضأ فانه يصلى أربعا لانه قد لزمه الاتمام بنيته الأولى ولانه بالتوجه أمامه لا يصير مسافراً بعد ماصار مقيما لان السفر عمل وحرمة الصلاة تمنعه من مباشرة عمل ليس من أعمال صلاته بخلاف نية الاقامة فانه ترك للسفر وهو يحصل بمجرد النية فحرمة الصلاة لا تمنع منه فان تكلم بعدما مشى أمامه صلى ركعتين لانه خرج عن حرمة الصلاة وهو منشئ للسفر بمشيه بعد ماخرج من حرمة الصلاة . ولو أن خراسانيا أوطن الكوفة سنة فعليه أن يصلى أربعا لانه نوى الاقامة فى موضعها وهذا وطن مستعار له وقد بينا فى كتاب الصلاة أن الاوطان ثلاثة فعلى ذلك الأصل بنى هذه المسائل فقال ان خرج هذا

الخراساني مع كوفى الى مكة فلما انتهيا الى الحيرة نويا الاقامة بالقادسية شهرا فعلى الكوفى أن يصلى أربعا والخراسانى يصلى ركعتين حتى يدخل القادسية على نيته لان وطن الكوفى بالكوفة وطن أصلي فلا ينتقض بالخروج منه على قصد السفر فانما نوى الاقامة فى فناء وطنه الأصلى لان القادسية على مرحلتين من الكوفة فصار هو مقيما من ساعته ووطن الخراسانى بالكوفة كان مستعاراً فانتقض بالخروج من الكوفة على قصد السفر فهو مسافر نوى الاقامة فى موضع فما لم يدخل ذلك الموضع لايصير مقيما فاذا دخلا القادسية صليا أربعا حتى يخرجا منها الى مكة. فان بدالهما أن لايقيما بالقادسية بعد نيتهما الأولى وهما بالحيرة بعدُ فان الكوفي يصلى أربعا والخراسانى يصلى ركعتين لان الكوفي مقيم بنيته الأولى في هذا الموضع فلا يصير مسافراً برفض النية ما لم يخرج منها وان شخصا من ذلك الموضع صليا ركعتين وان نويا من الحيرة ان يخرجا الى خراسان ويمران بالكوفة فالخراسانى يصلى ركعتين والكوفى يصلى أربعاً لانه عزم على الرجوع الى وطنه الاصلى وبينه وبين وطنه دون مسيرة سفر فيصير مقيما في الحال حتى يخرج من الكوفة الى خراسان. وان نويا الذهاب الى خراسان ولايمران بالكوفة صليا ركعتين لان الكوفى لم يعزم على الرجوع الى وطنه فهو ماض على سفره يصلى ركعتين كالخراسانى. وان خرج الكوفي والخراساني يريدان قصر ابن هبيرة وهو على ليلتين من الكوفة صليا أربعاً لانهما لم يعزما على السفر من الكوفة فان أدنى مدة السفر ثلاثة أيام فان بدا لهما أن يقيما بالقصر خمسة عشر يوماً ثم يمضيان الى بغداد صليا أربعاً لان من القصر الى بغداد دون مدة السفر فان بدا لهما الرجوع من بغداد الى الكوفة ويمران بالقصر فالخراساني يصلى أربعاً والكوفى يصلى ركعتين لان وطن الخراسانى بالقصر كان وطنا مستعاراً فانتقض به وطنه بالكوفة وصار وطنه القصر وقد عزم على الرجوع الى وطنه وبينه وبين وطنه دون مسيرة سفر فيصلى أربعاً واما وطن الكوفى بالقصر فكان وطن السكنى لانه فى فناء وطنه الاصلى ولا يكون له وطناً مستعاراً فى فناء وطنه الاصلى فان لوطن الاصلى ينقض الوطن المستعار لانه فوقه ووطن السكنى ينتقض بالخروج منه لا على قصد السفر فالتحق هو بعد ماوصل الى بغداد بمن لم يدخل القصر فاذا عزم على الرجوع الى وطنه فقد أنشأ سفراً من بغداد الى الكوفة. وان كانا أوطنا ببغداد خمسة عشر يوما ثم بدا لهما الرجوع صليا جميعاً ركعتين لان وطن

الخراساني بالقصر قد انتقض بمثله وهو وطنه ببغداد وان لم يكونا نويا الاقامة بالقصر ولا ببغداد فاذا خرجا من بغداد الى الكوفة صليا ركعتين لان وطنهما بالقصر كان وطن السكنى وقد انتقض بالخروج منه . ولو أن كوفيا باع داره وخرج مع عياله يريد أن يوطن مكة فلما انتهى الى الثعلبية بدا له أن يوطن خراسان فمر بالكوفة صلى أربعاً لان الوطن الاصلي لا ينقضه الا وطن أصلي مثله ولم يظهر له وطن أصلي فى موضع آخر فكانت الكوفة وطنا له فيصلي بها أربعاً فان كان أتى مكة ودخلها على عزيمته ثم بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة صلى ركعتين لانه لما دخل مكة بأهله وثقله على قصد التوطن بها صار ذلك وطنا أصلياً له وانتقض وطنه بالكوفة ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متوطنا بمكة فلما توطن بالمدينة انتقض وطنه بمكة حتى لما دخلها قال أتموا يا أهل مكة صلاتكم فانا قوم سفر فان بدا له أن يرجع الى اليمن ويمر بمكة صلى أربعاً لانها صارت وطناً أصلياً له ولم يتخذ بعدها وطنا آخر . ولو أن كوفيا قدم مكة في عيد الاضحى يريد الحج ويريد أن يقيم بمكة سنة فانه يصلي ركعتين حتى يخرج من منى لانه على عزم الخروج منها الى منى وعرفات فلا يصير مقيما بهذا الدخول حتى يرجع من منى الا أن يكون حين أتاها كان بينه وبين يوم التروية خمسة عشر يوما أو أكثر فحينئذ يصير مقيما ثم بالخروج الى منى وعرفات لا يصير مسافراً وان بدا له قبل أن يرجع الى منى أن ينصرف الى الكوفة بعد ما قضى حجه صلى ركعتين بمكة فى المسألة الاولى لانه بعد الرجوع من منى ما دخلها على عزم الاقامة فلا يصير مقيما وان كان انما بدا له هذا بعد ما رجع من منى صلى أربعا حتي يخرج من مكة يريد سفراً لانه صار مقيما بها حين دخلها على عزم الاقامة . ولو أن خراسانيا أوطن الكوفة والحيرة عشرين يوما صلى ركعتين لانه نوى الاقامة فى الموضعين وانما تعتبر نية الاقامة فى موضع واحد الا أن يكون نوى أن يكون بالليل بالحيرة وبالنهار بالكوفة فحينئذ يصير مقيما اذا انتهى الى الحيرة لان موضع اقامة المرء حيث يبيت فيه ألا ترى انك تسأل السوقى أين يقيم فيقول فى محلة كذا ويشير الى مبيته وان كان هو بالنهار يكون فى السوق . ولو أن كوفيا خرج حاجا ثم رجع الى الحيرة فنوى بها الاقامة صلى أربعا فان بدا له أن يخرج الى مكة فلما انتهى الى النجف وهو على رأس فرسخين بدا له أن يرجع الى الكوفة فانه يصلي ركعتين ما لم يدخل الكوفة لان الحيرة كانت وطن السكنى

في حقه فانتقض بالخروج منها والتحق بمن لم يدخلها وكذلك لو بدا له أن يرجع الى الحيرة فانه يصلي ركعتين وان كان هو على أقل من يوم من أهله لانه ماض على سفره ما لم يدخل الكوفة فان وطنه بالحيرة كان وطن السكنى ٠ ولو أن كوفيين خرج أحدهما من أهله يريد مكة وأقبل الآخر من الشام يريد الكوفة فالتقيا بالحيرة وقد حضرت الصلاة فافتتحا الصلاة ثم رعفا فأقبلا يريدان الكوفة ثم أصابا ماء قبل أن ينتهيا الى بنيان الكوفة فالذى خرج من الكوفة يصلي أربعاً والذى أقبل من الشام يصلي ركعتين لأن الذى أقبل من الشام ماض على سفره مالم يدخل الكوفة والذى خرج عزم على الرجوع الى وطنه الاصلى الذى خرج منه فصار مقيما فى الحال فلهذا صلى أربعاً وان كانا دخلا الكوفة فتوضيا صليا أربعاً لان الذى أقبل من الشام بدخوله الى وطنه الأصلى صار مقيما فان كانا مقتديين بمسافر فدخلا الكوفة قبل أن يفرغ امامهما صليا أربعا لان حالهما معتبر بحال امامهما ولو دخل امامهما وطنه فى هذه الحالة صلى أربعا وان كان فرغ امامهما من صلاته وقد أحدثا فدخلا الكوفة صلى كل واحد منهما ركعتين لأنهما مقتديان به وامامهما لو صار مقيما فى هذه الحالة لم يتغير فرضه فكذلك لا يتغير فرضهما وان تكلما صليا أربعا لان حكم المتابعة قد انقطع حين تكلما وقد دخلا وطنهما الاصلى فكانا مقيمين فيه يصليان أربعا ﴿قال﴾ اللاحق اذا نوى الاقامة بعد فراغ الامام لم يتغير فرضه بخلاف المسبوق لان اللاحق في حكم المقتدى فيكون تبعاً للامام والامام لو نوى الاقامة فى هذه الحالة لم يتغير فرضه والمسبوق في حكم المنفرد ولو نوى اللاحق الاقامة قبل فراغ الامام تغير فرضه لان امامه لو نوي الاقامة فى هذه الحالة تغير فرضه وان تكلم اللاحق بعد ما نوى الاقامة بعد فراغ الامام في المسألة الأولى تغير فرضه لأنه خرج من حكم المتابعة فصار أصلا ونية الاقامة فى الوقت ممن هو أصل يكون مغيراً للفرض ٠ ولو أن الامام المسافر سبقه الحدث فأخذ بيد رجل ثم نوى الاقامة صلى بهم أربعاً لانه بمجرد الأخذ بيده لم تتحول الامامة عنه البتة فانما نوى الاقامة وهو امام فتغير فرضه وفرض القوم ولو أخذ بيد مقيم فقدمه لم يتغير فرض المسافرين فاذا أتم بهم المقيم الصلاة وقعد فى الركعتين وقرأ فى الأوليين جازت صلاته وصلاة المسافرين لأنهم اشتغلوا بالنفل بعد أداء الفرض فاما صلاة غيره من المقيمين ففاسدة لأنهم اقتدوا فى موضع كان عليهم الانفراد فيه وان لم يقرأ هذا الخليفة فى الركعة

الثانية فسدت صلاته وصلاة القوم لانه قائم مقام الأول والأول لو ترك القراءة فى هذه الحالة فسدت صلاته وصلاة جميع القوم . ولو أن أمة افتتحت الصلاة بغير قناع فرعفت فذهبت لتتوضأ فاعتقت أو كانت أم ولد فمات سيدها فأخذتا القناع من ساعتيهما قبل أن تعودا الى مكان الصلاة جازت صلاتهما استحساناً وفى القياس عليهما استقبال الصلاة وفيه قياسان كلاهما فى كتاب الصلاة أحدهما أن فرض التقنع لما لزمهما فى خلال الصلاة أوجب استقبال الصلاة كالعاري لو وجد ثوباً فى خلال الصلاة والثانى انهما لما رعفتا وهما فى حرمة الصلاة بعد فكانهما في مكان الصلاة فاذا تركتا التقنع ساعة فسدت صلاتهما وفى الاستحسان قال هذا الفرض لم يكن عليهما فى أول الصلاة وانما لزمهما فى خلال الصلاة وقد أتيابه بخلاف العريان فهناك فرض الستر كان واجبا عليه في أول الصلاة ولكنه كان معذورا للعجز والثانى انهما بعد سبق الحدث وان كانتا فى حرمه الصلاة فهما غير مشغولتين باداء اعمال الصلاة فاذا أخرتا التقنع فلم يوجد منهما أداء شئ من الصلاة مكشوفتى العورة بخلاف ما اذا رجعتا الى مكان الصلاة ثم تقنعتا فقد وجد هناك أداء جزء من الصلاة مكشوفتى العورة وهو القيام فيكون ذلك مفسداً لصلاتيهما وهذا نظير ماذكر فى كتاب الصلاة ان من سبقه الحدث فذهب ليتوضأ اذا لم يجد ماء فتيمم ثم وجد ماء قبل أن يعود الى مكان الصلاة فتوضأ لم تفسد صلاته استحسانا ولو عاد الى مكان الصلاة فتوضأ لم تفسد صلاته استحسانا ولو عاد الى مكان الصلاة بطهارة التيمم ثم وجد ماء فعليه استقبال الصلاة رجل صلى بالقوم الظهر ركعتين فى مصر أو قرية وهم لا يدرون أمسافر هو أم مقيم فصلاة القوم فاسدة سواء كانوا مقيمين أو مسافرين لان الظاهر من حال من كان فى موضع الاقامة انه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى تبين خلافه الا ترى ان من كان في دار الحرب اذا لم يعرف حاله يجعل من أهل دار الحرب بخلاف من كان فى دار الاسلام فانه يجعل من المسلمين اذا لم يعرف حاله وان كان هذا الامام مقيما باعتبار الظاهر فسدت صلاته وصلاة جميع القوم حين سلم على رأس الركعتين وذهب فان سألوه فأخبرهم أنه مسافر جازت صلاة القوم ان كانوا مسافرين أو مقيمين فأتموا صلاتهم بعد فراغه لانه أخبر بما هو من أمور الدين وبما لا يعرف الا من جهته فيجب قبول خبره فى ذلك والله أعلم بالصواب



باب السهو

﴿قال﴾ رضي الله عنه رجل أمَّ قوما فنسي ان يتشهد حتى قام الى الثالثة فعلى القوم أن يقوموا معه لانهم تبع له وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا به فسبح بهم حتى قاموا وان كان الامام تشهد فنسي بعض من خلفه التشهد حتى قاموا جميعاً فعلى من لم يتشهد ان يعود فيتشهد ثم يتبع امامه وان خاف ان تفوته الركعة الثالثة لانه تبع لامامه فيلزمه أن يتشهد بطريق المتابعة وهذا بخلاف المنفرد لان التشهد الاول في حقه سنة وبعد ما اشتغل بفرض القيام لا يعود الى السنة وهنا التشهد فرض عليه بحكم المتابعة وهذا بخلاف ما اذا أدرك الامام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فانه يقضي السجدة الثانية مالم يخف فوت ركعة أخرى فان خاف فوت ذلك تركها لان هناك هو يقضي تلك الركعة بسجدتيها فعليه أن يشتغل باحراز الركعة الاخرى اذا خاف فوتها وهنا لا يقضي هذا التشهد بعد هذا فعليه أن يأتي به ثم يتبع امامه بمنزلة الذي نام خلف الامام اذا انتبه فانه يأتي بما يأتي به الامام وان سها هذا المقتدي في الركعة الرابعة عن التشهد حين سلم الامام ثم قهقه فعليه الوضوء لصلاة أخرى ومراده أنه سها عن قراءة التشهد لا عن القعدة لأنه اذا لم يقعد حتى سلم الامام ثم قهقه هو فعليه استقبال الصلاة وهذا لأن القعدة الاخيرة ركن فتركها يفسد الصلاة فأما قراءة التشهد واجب فهو لا يصير خارجا بسلام الامام اذا بقي عليه واجب فضحكه يكون مصادفا حرمة الصلاة فعليه الوضوء لصلاة أخرى لكن لا يلزمه استقبال الصلاة لان ترك الواجب لا يفسد صلاته ولو أن اماما سلم ناسيا وعليه سجدة صلبية ثم اقتدي به رجل صح الاقتداء لان الامام بسلام السهو لم يصر خارجا من الصلاة فان ذهب الامام ولم يسجد فسدت صلاة المقتدي كما فسدت صلاة الامام وان سجد الامام سجد الرجل معه ثم قام الى قضاء ما سبقه به فان قيد الركعة بالسجدة قبل أن يسجد الامام فسدت صلاته لانه يتعذر عليه العود الى متابعته بعد أن صلى ركعة كاملة فقد انفرد في موضع كان عليه الاقتداء فيه . وان كانت السجدة التي تركها الامام سجدة تلاوة وقد قيد هذا الرجل ركعته بالسجدة قبل أن يعود الامام اليها في رواية هذا الكتاب قال صلاته تامة ولا يعود الى متابعته وفي رواية كتاب الصلاة يقول صلاته فاسدة . وجه تلك الرواية ان العود الى سجدة التلاوة ينقض القعدة كالعود الى السجدة الصلبية فكان هذا

المسبوق قيد ركعته بالسجدة قبل قعود الامام وذلك مفسد لصلاته. وجه هذه الرواية انه انفرد في موضع لو تكلم فيه امامه كانت صلاته تامة فلا يكون ذلك مفسد الصلاته بخلاف ما اذا كانت السجدة التي تذكرها سجدة صلبية وهذا لأن انتقاض القعدة في حق الامام انما كان بالعود الى سجدة التلاوة وقد صار هذا المقتدى خارجا عن متابعته قبل ذلك فلا يؤثر ذلك في حقه كالامام اذا ارتد بعد السلام حتي بطلت صلاته ولم تبطل صلاة القوم. ولو صلى بقوم الظهر يوم الجمعة ثم راح الامام الى الجمعة فأدركها انقلب ما أدى نفلا في حقه وبقي فرضاً في حق القوم على ما كان وان تذكر الامام سجود السهو واقتدى به هذا الرجل قبل أن يعود اليهافنى صحة اقتدائه خلاف معروف بيناه في كتاب الصلاة. وان كان قد اقتدى به قبل أن يسلم ثم قام وقيد ركعته بالسجدة قبل أن يعود الامام الى سجدة السهو جازت صلاته ولم يعد الى متابعته بعد ذلك لأن عود الامام الى السهو يرفع السلام ولا ينقض القعدة ولو نسى سجدة من صلب الصلاة وسجدة من تلاوته حتى سلم فان كان ناسياً لهما لم تفسد صلاته لانه سلم ساهياً وذلك غير مفسد لصلاته فيعود ويسجد السجدة الصلبية ثم سجدة التلاوة وان كان ذاكرا لاحداهما فصلاته فاسدة أما اذا كان ذاكراً للصلبية فسلامه قطع للصلاة لأنه تعمد السلام وعليه ركن من أركان الصلاة وان كان ذاكراً للتلاوة ناسياً للصلبية فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان صلاته لاتفسد ههنا حين سلم فهو غير ذاكر لما بقي عليه من ركن الصلاة وفى ظاهر الرواية يقول سلامه هذا قطع لصلاته لانه سلم وهو ذاكر لواجب من واجبات الصلاة محله قبل السلام فيكون سلامه قطعاً لانهاية وبعد قطع الصلاة لا يمكنه أن يبني عليها يوضحه انه لو نسى فأتى بالصلبية فلا بد أن يأتى بسجدة التلاوة أيضاً وقد كان ذاكراً لها حين سلم فلا يمكنه أن يأتي بها. وعلى هذا أيضاً لو سلم وعليه سجدة صلبية وقراءة التشهد الاخير وهو ذاكر لهما أو لاحداهما فصلاته فاسدة فلو سلم وعليه سجدة تلاوة وقراءة التشهد وهو ذاكر لهما أو لاحداهما كان سلامه قاطعا أيضاً حتى لا يمكنه أن يأتي بهما ولكن لا تفسد صلاته لانه لم يبق عليه شئ من أركانها. فان سها الامام في صلاته فسجد للسهو ثم اقتدى به رجل فى القعدة التى بعدها صح اقتداؤه لان الامام فى حرمة الصلاة بعد وليس على الرجل سجود السهو فيما يقضى لانه ماسها وانما يلزمه متابعة الامام فيما أدرك الامام فيه

وهو لم يدركه في هاتين السجدتين فلا تلزمه بحكم المتابعة * ثم ذكر ما ذا جهر الامام فيما يخافت فيه أو خافت فيما يجهر فيه قال هذا اذا جهر فيما يخافت فيه فعليه السهو قل ذلك أو كثر وان خافت فيما يجهر فيه فكان ذلك في أكثر الفاتحة أو في ثلاث آيات من غيرها فعليه السهو وفيما دون ذلك لايلزمه السهو وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسألة في كتاب الصلاة • ولو أن اماما نسى أن يقرأ في الاوليين ثم اقتدى به رجل ثم رعف الامام فقدم هذا الرجل فعليه ان يقرأ في الاخريين لانه قائم مقام الامام الاول وان قرأ فيهما ثم تأخر وقدم من أدرك أول الصلاة وقام هو لاتمام صلاته فعليه أن يقضي الركعتين بقراءة حتى اذا ترك القراءة فيهما أو في احداهما فسدت صلاته لانه في الاخريين كان خليفة الامام الاول فتلتحق قراءته بمحلها بمنزلة مالو قرأ الامام الأول ولا يتأدى بذلك فرض القراءة في حقه وهو فيما يتم مسبوق فعليه أن يقضي بقراءة • ومن عليه سهو وتكبير وتلبية بدأ بالسهو ثم بالتكبير ثم بالتلبية لان السهو مؤدي في حرمة الصلاة بدليل أنه يسلم بعده والتكبير مؤدى في فور الصلاة لافي حرمتها فلهذا لايسلم بعده والتلبية تؤدى لافي حرمة الصلاة ولا في فورها فيؤخرها فان سلم في خلال صلاته ساهيا ثم كبر ثم تذكر أتم صلاته وأعاد التكبير ولو لبى ثم تذكر استقبل الصلاة لان التكبير ذكر فلا تفسد به الصلاة والتلبية كلام فانه اجابة للداعى فيكون من جنس الكلام ومن تكلم ساهيا في خلال صلاته فسدت صلاته • ثم خروج الوقت قبل سجود السهو في كل موضع لو كان في خلال الصلاة كان مفسداً لصلاته فانه يسقط عنه سجود السهو أيضا نحو طلوع الشمس أو خروج وقت الظهر في صلاة الجمعة أو تغير الشمس في حق من يقضي فائتة عليه وفي كل موضع لو كان ذلك في خلال الصلاة لم يمنعه من اتمام الصلاة فذلك لايمنعه من سجود السهو أيضا نحو دخول وقت العصر في حق من يصلي الظهر • ولو قرأ الفاتحة ثم ركع ساهيا ثم رفع رأسه فقرأ سورة ثم ركع فاقتدى به رجل في الركوع الثاني فهو مدرك للركعة لان المعتد به هو الركوع الثاني والأول حصل قبل أوانه لان الركوع ما كان بعد قراءة الفاتحة والسورة ولو كان قرأ الفاتحة والسورة ثم ظن بعد مارفع رأسه من الركوع أنه لم يقرأ فقرأ وركع الثاني فأدرك رجل معه الركوع الثاني لم يكن مدركا للركعة لان المعتد به هو الركوع الأول فانه حصل في أوانه والركوع الثاني وقع مكرراً فلا يكون معتداً به • ولو صلى من الظهر ركعة وترك سجدة ثم قام فقرأ وركع

وسجد ثلاث سجدات فالسجدة الثالثة لاتكون من الركعة الأولى الا بالنية لان الركعة تتقيد بالسجدة الواحدة وقد صارت السجدة المتروكة في حكم الدين حين صلى بعدها ركعة تامة فلا تتأدى بدون نية القضاء بخلاف ما اذا لم يركع في الثانية حتى سجد فانه يقع عما عليه ولا يحتاج الى النية لان محل تلك السجدة لم يفت ولم يأت محل الثانية . فلوسها عن سجدة من الركعة الأولى حتى صلى الثانية وقام ساهيا قبل أن يتشهد ثم تذكر فسجد تلك السجدة لم يقعد بعدها ولكنه يقوم لانه لما أدى تلك السجدة فقد التحقت بمحلها وهى الركعة الأولى ويبقى هو فى حكم القائم الى الركعة الثالثة قبل أن يقعد فلايعود للقعدة . وان كان ترك من الثانية أيضا سجدة والمسألة بحالها فانه يأتى بالسجدتين ثم يقعد لان السجدة الاولى تلتحق بمحلها من الركعة الأولى والسجدة الثانية تلتحق بمحلها من الركعة الثانية وبعدها أوان القعدة فعليه أن يقعد وهذا لان الثانية فى حكم العين بعد اذ لم يصل بعدها ركعة وكانت مؤداة فى محلها وارتفض ما أدى من القيام به فكانه لم يقم الى الثالثة فيتشهد ثم يقوم . وكذلك لو كان تشهد فانه يعيد التشهد لان بالعود الى السجدة المتروكة من الركعة الثانية انتقض تشهده كما انتقض قيامه ثم ذكر المسئلة المعروفة التى بيناها فى كتاب الصلاة وهى الخمس امامية الا انه أجاب هنا في المسبوقين ان الامام الخامس يسجد السجدة الأولى ويسجد معه جميع القوم والأئمة الاربعة وفي كتاب الصلاة يقول لايسجد معه الامام الأول لانه قد أتى بتلك الركعة وانما بقى له هذه السجدة منها فاما غيره من الأئمة فعليهم قضاء هذه الركعة بسجدتيها فلا يتابعونه فيها وفى هذه الرواية قال على المسبوق متابعة الامام فيما أدركه معه وان كان يقضى ذلك اذا قام الى القضاء بمنزلة مالو أدرك الامام فى السجود واقتدى به فانه يتابعه فى السجدتين وان كان عليه قضاء ركعة يسجد بعد فراغ الامام . ولوقرأ سجدة فى وسط السورة ثم أتم السورة ثم ركع بعد وسجد ينوى التلاوة فان هذه السجدة تكون من صلب الصلاة ولا تكون من التلاوة لانها صارت فى حكم الدين فلا تؤدى بغيرها بخلاف ما اذا ركع وسجد في موضع التلاوة لانها في حكم العين فتجعل مؤداة بغيرها لحصول المقصود بمنزلة مالو أراد دخول مكة وأحرم بحجة الاسلام فذلك يجزئه عما يلزمه لدخول مكة ولو دخل مكة بغير احرام ثم بعد ماتحولت السنة خرج وأحرم بحجة الاسلام فانه لاينوب هذا عما يلزمه لدخول مكة لانه صار فى حكم الدين ثم اللفظ المذكور

هنا دليل على أنه اذا ركع وسجد في موضع التلاوة فان السجدة التي بعد الركوع هي التي تنوب عن سجدة التلاوة دون الركوع وقد بينا اختلاف المشايخ فى هذا الفصل وأقسام هذه المسئلة فى كتاب الصلاة . ولو أن اماما صلى ركعة بغير قراءة ثم قام فقرأ وركع وسجد سجدة وقام فقرأ وركع ثم تذكر بعل فانه يخط فيسجد ويتشهد لان السجدة التي بقيت عليه من الركعة الثانية في حكم العين فانه لم يقيد الركعة الثالثة بالسجدة فيسجدها ويرفض ما أدي بعدها فلهذا يتشهد ثم يقوم فيقرأ لانه لم يقرأ في الركعة الأولى فعليه ان يقرأ فى الركعة الثالثة فان اعتد بذلك الركوع وسجد ثلاث سجدات لم يجزه ذلك لان الركعة الثالثة لما أداها بسجدتيها فقد فات محل السجود من الركعة الثانية فلا يتأدى الابالنية ولم ينوها فلا تجزئه صلاته اذا لم يقض تلك السجدة والله الموفق والهادى للصواب

باب الحدث

﴿قال﴾ رضى الله عنه ولو أن اماما صلى بقوم ركعتين من الظهر ثم اقتدى به رجل ثم أحدث الامام فقدمه فظن الرجل أنه صلى ثلاث ركعات فصلى بهم ركعة أخرى ثم تأخر فاخذ بيد رجل ممن أدرك أول الصلاة فسلم بهم فصلاتهم جميعاً فاسدة لان الامام الثانى استخلف في غير موضعه . ولو أن الاول استخلف في غير موضعه من غير عذر كان ذلك مفسداً لصلاته وصلاة القوم فكذلك الثانى اذا فعل ذلك وان كان ظن أنه انما صلى ركعة فصلى ثلاث ركعات ولم يقعد فى رابعة الامام فصلاتهم أيضاً فاسدة لانه قائم مقام الاول والأول لو قام الى الخامسة قبل أن يقعد وقيد الركعة بالسجدة فسدت صلاته وصلاة جميع القوم فكذلك الثانى . ولوأن اماما أحدث فتقدم رجلان ممن خلفه ونوى كل واحد منهما أن يكون اماما فائتم بكل واحد منهما طائفة فصلاة الذى ائتم به الاكثر من القوم تامة وصلاة الآخرين فاسدة لان هذه صلاة افتتحت بامام فلا يمكن اتمامها بامامين والاقل لا يزاحم الاكثر فالامام هو الذى ائتم به أكثر القوم وبما ذكر هنا تبين انه لا معتبر بما قاله بعض مشايخنا أنه اذا ائتم بكل واحد منهما طائفة أنه تفسد صلاة الفريقين ولا عبرة بالاقل والاكثر بعد أن وجد جمع متفق عليه مع كل واحد منهما فانه نص هنا على الترجيح بالكثرة وهو أصل فى الفقه فان للاكثر حكم الكمال والذى ائتم به أكثر القوم فى حكم مالو ائتم به

جميع القوم وان لم تزد بعض الطائفة على بعض فصلاتهم فاسدة لانه لا ترجيح لاحد الفريقين ولا وجه لتصحيح صلاة الفريقين لان الصلاة التي افتتحت بامام لا يمكن اتمامها بامامين . ولو قدم الامام رجلا قبل ان يخرج من المسجد وتقدم آخر وائتم بكل واحد منهما طائفة من القوم فهذا والاول سواء لان الذي تقدم بنفسه قبل خروج الامام في حكم من قدمه الامام اذا اقتدى به القوم فان الامام انما يستخلف لاصلاح صلاتهم ولهم أن يشتغلوا باصلاح صلاتهم كما يكون ذلك للامام واقتداء القوم بمن تقدم بمنزلة تقديم الامام اياه ألا ترى ان اجتماع الناس على رجل بمنزلة استخلاف الامام الأعظم اياه في حكم ثبوت الامامة له . ولو أن رجلا أم رجلين في مسجد فأحدث فقدم احدهما ثم أحدث الثاني فخرج ونوى الثالث ان يكون اماماً فهذا لا معتبر به فانه متعين للامامة سواء نوى أو لم ينو تحولت الامامة اليه فان أحدث فخرج من المسجد قبل أن يعود أحد الاولين فسدت صلاتهما لانه لم يبق لهما امام في المسجد ولم تفسد صلاته لانه في حق نفسه كالمنفرد ولو لم يخرج من المسجد حتى استقبله الرجلان ثم خرج قبل أن يستخلف أحدهما وقبل أن يتقدم أحدهما فصلاة الرجلين فاسدة لانه ليس أحدهما بتحول الامامة اليه باولى من الآخر وان تقدم أحدهما للامامة أو قدمه الامام ثم خرج فصلاتهم جميعا تامة لان الامامة قد تحولت الى من قدمه الامام أو تقدم بنفسه فلم يخل مكان الامامة عن الامام . ولو أن رجلا أمّ قوما في المسجد والمسجد ملآن وصف خارج من المسجد متصل بهم يصلون فأحدث وأخذ بيد رجل ممن هو خارج المسجد فقدمه فصلاتهم جميعا فاسدة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فأما على قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى فصلاتهم تامة قال لان الصفوف متصلة وبحكم اتصال الصفوف تصير الامكنة المختلفة كمكان واحد ألا ترى أنهم اذا كانوا يصلون في الصحراء فاستخلف الامام من آخر الصفوف قبل أن يجاوزها صح الاستخلاف ولم تفسد صلاتهم بتأخير الاستخلاف الى آخر الصفوف فكذلك اذا كان الامام في المسجد والدليل عليه أن القوم الذين هم خارج المسجد صح اقتداؤهم بالامام وانما صح اقتداؤهم به لان الموضع الذين هم فيه بمنزلة المسجد في حكم الصلاة فكذلك في حكم الاستخلاف وهذا لان الاستخلاف انما يكون لاصلاح صلاة القوم وحاجة الذين هم خارج المسجد الى ذلك كحاجة الذين هم في المسجد ألا ترى أنه قبل أن يخرج من المسجد لو أشار الى بعض من كان خارج المسجد حتى دخل فتقدم كان استخلافه صحيحاً

فكذلك اذا خرج اليه فقدمه قبل أن يجاوز الصفوف فقلنا بان استخلافه يكون صحيحاً. وجه قولهما ان الامام خرج من المسجد قبل الاستخلاف وذلك مفسد لصلاة القوم كما لو لم تكن الصفوف متصلة خارج المسجد وتحقيق هذا الكلام أن القياس أن تفسد صلاته بترك الاستخلاف من أول الصفوف وان كان في المسجد لخلو موضع الامامة وهو المحراب عن الامام ولكن تركنا هذا القياس ما دام الامام فى المسجد لان جميع المسجد فى حكم مكان واحد ولهذا صح اقتداء من وقف فى آخر المسجد بالامام وان لم تكن الصفوف متصلة بينه وبين الامام وهذا المعنى لا يوجد خارج المسجد لأن ذلك لم يجعل فى حكم المسجد فأخذنا فيه بالقياس وانما جعلنا ذلك فى حكم صحة الاقتداء بمنزلة المسجد لأجل الضرورة ألا ترى أنه فى غير موضع الضرورة وهو ما اذا لم يكن المسجد ملآنا لايجعل كذلك حتى لا يصح اقتداؤهم بالامام فكذلك فى حكم الاستخلاف لا ضرورة لأنه يتمكن من الاستخلاف فى المسجد وهذا بخلاف ما اذا كانوا يصلون في الصحراء لأن تلك الأمكنة قبل افتتاح الصلاة فيها لم تكن فى حكم مكان واحد وانما صارت كذلك باتصال الصفوف فالمواضع التي فيها الصفوف متصلة تكون بمنزلة المسجد وههنا المسجد فى حكم مكان واحد بدون اتصال الصفوف . ألا ترى ان الامام لو جاوز الصفوف قبل أن يستخلف وهو فى المسجد بعد ثم استخلف كان استخلافه صحيحا فلما كان فيما يرجع الى تصحيح صلاتهم يعتبر المسجد ههنا ولايعتبر اتصال الصفوف فكذلك فيما يرجع الى فساد صلاتهم ولو أن رجلا صلى ركعة وهو امام وليس خلفه أحد ثم جاء قوم واقتدوا به وأحدث ثم أخذ بيد رجل منهم فقدمه وقد كان سها قال يتم هذا بقية صلاة الامام الأول فانه قائم مقامه ثم يتأخر فيقضون مافاتهم وحدانا لأنهم مسبوقون فى ذلك فاذا فرغوا سجدوا للسهو ولايسجدون عند اتمام صلاة الامام لأن موضع سجود السهو بعد السلام وليس هنا مدرك لأول الصلاة حتى يسلم بهم فلهذا لايسجدون للسهو حتى يفرغوا من قضاء ما عليهم فاذا سلموا سجدوا للسهو بمنزلة المسبوق اذا لم يتابع الامام فى سجود السهو حتى يفرغ من قضاء ما عليه فانه يسجد للسهو استحسانا فهذا مثله . ولو أن رجلا صلى مع الامام ركعة ثم رعف فذهب وتوضأ وقد فرغ الامام من صلاته ثم صلى هذا فى منزله ما بقى من صلاته قال يجزئه لأنه لم يوجد منه الا ترك المشي فى الصلاة وذلك لايضره * فان قيل كيف

يستقيم هـذا واللاحق فى حكم المقتـدي فيما يتم فاذا كان بينه وبين الامام ما يمنع صحة الاقتداء به من طريق أو نهر ينبغي أن لا تجوز صلاته *قلنا نعم هو فيما يؤدي من الافعال بمنزلة المقتدى ولـكن الامام قد خرج من حرمة الصلاة فكيف يراعى ترتيب المقام بينه وبين من خرج من الصلاة وربما خرج أو أحدث أو نام وان كان الامام لم يفرغ من صلاته بعد فصـلاة هذا الرجل فاسـدة اذا كان أمام الامام أو كان بينـه وبين الامام ما يمنع صحة الاقتداء به الا أن يكون بيته بجنب المسجد بحيث لو اقتدى به من بيته يكون اقتداؤه صحيحاً فحينئذ يجوز له أن يؤدى بقية تلك الصلاة فى بيته لان البقاء على الشيء أيسر من الابتداء وان كان يجوز اقتداؤه بالامام ابتـداء وهو في هذا الموضع اذا كان المسجد ملآنا فلان يجوز له اتمام الصلاة فى هـذا الموضع مع الامام كان أولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الجمعة ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا سجد الامام فى الركعة الاولى من الجمعة فلم يستطع بعض من خلفه أن يسجد لـكثرة الزحام حتى قام الامام في الثانية فقرأ وركع وهذا الرجل معه يريد اتباعه فى الثانية فسجد معه قال هذه السجدة للثانيـة لانه نوى بها متابعة الامام فسجدة الامام للركعة الثانية فنيته متابعة الامام بمنزلة نيته أن يسجد للثانيـة فيقيد الركوع الثاني بالسجدة ولم يتقيد الركوع الاول بها وكل ركوع لم يعقبه سجود فانه لا يعتد به فعليه قضاء الركعة الاولى بركوعها وسجودها ولا يقرأ فيها لانه مدرك لأول الصلاة ولا يتابع الامام في التشهد ولـكن يقوم فيقضى ركعـة لانه لاحق فهو بمنزلة النائم خلف الامام اذا انتبه ومراعاة الترتيب فى ركعات صلاة واحدة ليست بركن فلا يضره هـذا التقديم والتأخير وان لم يركع يتبعه فى الثانية ولـكنه سجد معه ينوى اتباعه لم تجزه هذه السجدة لواحدة من الركعتين لانه نواها للثانية حين نوى متابعة الامام وشرط جوازها للثانية تقدم الركوع فان الركوع افتتاح للسجود ولم يوجـد فلا يمكن تجويزها للأولى لانه قصـد متابعة الامام فيها وان انحط للسجدة على نية متابعة الامام فسجد قبله ثم أدركه الامام فيها فهـذا يجزئه من الركعـة الاولى لان نية المتابعـة لا تكون نيـة لسجدة الركعة الثانية فان الامام ما اشتغل

بها وانما يتابع الامام فيما أداه الامام أو هو فيه فانما أدي الامام سجدة الركعة الاولى فنيته هذه بمنزلة نية السجدة للركعة الاولى ويرتفض ركوعه الثاني فعليه أن يقضي الركعة الثانية بركوع وزعم بعض مشايخنا أن جواب هذا الفصل فيما اذا لم يركع مع الامام الثانية ﴿قال﴾ رضي الله عنه والصحيح عندي أنه سواء ركع معه أو لم يركع اذا سجد قبله فان سجوده للركعة الاولى وكذلك لو سجد بعد ما رفع الامام رأسه من الركوع ينوي اتباعه في الثانية كانت للأولى وان سجد مع الامام في الثانية ينوي الاولى فهي للأولى أيضاً لانه لم يقصد متابعة الامام وانما قصد أداء ما سبقه الامام به وله ما نوى وان كان ركع في الثانية وسجد ينوي اتباعه وهو ساجد فهي الثانية وبقوله هو ساجد تبين ان الصحيح من الجواب فيما سجد قبله أنها للأولى سواء ركع أو لم يركع . ولو أن اماماً كبر يوم الجمعة ومعه قوم متوضؤن فلم يكبروا معه حتى دخل قوم المسجد فأحدث هؤلاء وكبر الذين دخلوا فصلاتهم تامة لان الامام حين كبر كان مستجمعاً لشرائط الجمعة فان من شرط الجمعة الجماعة والقوم الذين كانوا معه قد كانوا مستعدين للجمعة فانعقدت تحريمته للجمعة ثم مشاركة الفريق الآخر معه ومشاركة الفريق الأول أن لو كبروا معه سواء فان أحدث الذين كانوا معه قبل ان يجيء أولئك ثم جاؤا فكبروا قبل ان يخرج هؤلاء من المسجد فصلاتهم تامة أيضاً لان الذين أحدثوا لو وجدوا الماء في المسجد فتوضؤا واقتدوا به كانت صلاتهم تامة فكذلك الفريق الثاني وهذا لان سبق الحدث لما كان لا ينافي صفة الامامة عن الامام مادام في المسجد لا ينافي الاستعداد للجمعة عن القوم ماداموا في المسجد وان كانوا على غير وضوء فكبر الامام ثم جاء قوم آخرون فدخلوا معه فعليه أن يستقبل بهم التكبير والا لم يجزه لانه حين كبر لم يكن مستجمعاً جميع شرائط الجمعة فان نصاب الجماعة لا يتم في الجمعة بالمحدثين فانعقدت تحريمته للظهر ثم لا تحول الى الجمعة باقتداء القوم به مالم يجدد التكبير . ولو أن أميراً قدم والوالي الأول يخطب فاستمع الخطبة والأول لا يعلم به ثم تقدم الأول فأدى الفرض فصلاتهم تامة لان الأول لا ينعزل مالم يعلم بقدوم الثاني فانما صلى بهم وهو امام وان كان الأول قد علم بقدوم هذا فان أمره الآخر أن يعتزل الصلاة لم تجزهم صلاتهم لانه كما علم بالعزل صار كغيره من الرعية وان تقدم الثاني فصلى الجمعة لم يجزهم الا أن يعيد الخطبة لان الثاني لما نهي الأول عن الصلاة صار هو كغيره من الرعية

فلا يعتد بخطبته والثاني لم يخطب ومن شرط الجمعة الخطبة وان كان الثانى أمره بان يمضى فى خطبته ففعل ثم تقدم الآخر فصلى بهم أجزأهم لان خطبة الاول بأمر الثانى كخطبة الثانى بنفسه وهذا اذا كان الثانى شهد خطبة الاول فان لم يشهد لم تجزهم الجمعة لان شرط الجمعة انعدم فى حق الثانى حين لم يشهد الخطبة الا أن يأمر الاول بأن يصلى أو تقدم الاول واقتدى به الثانى يكون ذلك منه دليل الرضا بامامته ودليل الرضا كصريح الرضا فيجزيهم حينئذ لان من افتتح الجمعة كان مستجمعاً لشرائطها. ولو ان أميراً فتح أبواب القصر وأمر المؤذن فأذن فجمع بالناس فى قصره فانه يجزيهم والمراد من فتح أبواب القصر الاذن للعامة بالدخول وقد أدى الجمعة وهو مستجمع لشرائطها ولكنه مسيء فيما صنع لان الموضع المعد لاقامة الجمعة فيه المسجد وقد جفا ذلك الموضع وفي فعله نوع ترفع حيث لم يخرج من قصره الى المسجد ففعله هذا مخالف فعل السلف فكان مسيئاً فى ذلك وان لم يفتح باب قصره ولم يأذن للناس بالدخول وصلى بحشمه ومواليه لم يجزهم لان من شرط الجمعة الاذن العام ولم يوجد وانما جعلنا الاذن العام شرطاً لانه مأمور بأن يصلى الجمعة بأهل المصر فان موضع اقامة الجمعة فيه المصر واذا لم يفتح باب قصره ولم يأذن للناس بالدخول لم يكن مصلياً بأهل المصر وانما جعلنا السلطان شرطاً فى الجمعة لئلا يفوت بعض أهل المصر على البعض صلاة الجمعة لذلك لا يكون للسلطان ان يفوت الجمعة على أهل المصر فلهذا شرطنا الاذن العام فى ذلك. ولو أمر الامير انساناً فصلى بالناس الجمعة في المسجد الجامع وانطلق في حاجة له ثم دخل المصر في بعض المساجد فصلى الجمعة قال يجزئ أهل المسجد الجامع لان خليفته مستجمع لشرائط الجمعة وقد صلى بأهل المصر ولا يجزئه صلاته الا أن يكون علم الناس بذلك بان أذن لهم اذناً عاماً فى الصلاة معه فحينئذ يجوز لانه لا يكون مستجمعا شرائط الجمعة الا بذلك ﴿قال﴾ وهذا اقامة الجمة في موضعين واختلفت الروايات فى اقامة الجمعة فى موضعين فى مصر واحد فالصحيح من قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه يجوز اقامة الجمعة فى مصر واحد في موضعين وأكثر من ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان في احدى الروايتين تجوز في موضعين ولا تجوز فى أكثر من ذلك وفي الرواية الاخرى لا يجوز اقامة الجمعة في مصر واحد في موضعين الا أن يكون فى وسط المصر نهر عظيم كما هو ببغداد فحينئذ يكون كل جانب فى حكم مصر على حدة

ووجه هذه الرواية أن في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده فتحت الامصار ولم يتخذ أحد منهم في كل مصر أكثر من مسجد واحد لاقامة الجمعة ولو جاز اقامتها في موضعين جاز في أكثر من ذلك فيؤدي الى القول بأن يصلي أهل كل مسجد في مسجدهم وأحد لا يقول بذلك وفي تجويز اقامة الجمعة في موضعين في مصر واحد تقليل الجماعة واقامة الجمعة من أعلام الدين فلا يجوز القول بما يؤدي الى تقليلها. ووجه الرواية الاخرى أن المصر قد يكون متباعد الجوانب فيشق على الشيوخ والضعفاء التحول من جانب الى جانب لاقامة الجمعة فلدفع هذه العسر جوزنا اقامتها في موضعين والاصل فيه حديث علي رضى الله عنه حين خرج يوم العيد الى الجبانة استخلف من يصلي بالضعفة في المسجد الجامع وما ثبت بالضروة يتقدر بقدرها وهذه الضرورة ترتفع بتجويزها في موضعين فلا نجوزها في أكثر من ذلك وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قول النبي صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع فانما شرط لاقامة الجمعة المصر الواحد وهذا الشرط في حق كل فريق ولان الحرج مدفوع وفي القول بأنه لا تجوز اقامتها الا في موضع واحد معنى الحرج ومعني تهييج الفتنة فقد يكون بين أهل مصر واحد اختلاف على وجه لو اجتمعوا في موضع كان ذلك سببا لتهييج الفتنة وقد أمرنا بتسكينها فلهذا جوزنا اقامتها في موضعين وأكثر من ذلك ولو خرج الامام يوم الجمعة الى الاستسقاء وخرج معه ناس كثير وخلف انسانا فصلى بهم في المسجد الجامع وصلى هو بمن معه الجمعة في الجبانة وهو على غلوة من المصر فصلاة الفريقين جائزة لان فناء المصر في حكم جوف المصر فكان هذا ومالو صلى الامام في جوف المصر سواء ثم المصر كما يشترط لاقامة الجمعة يشترط لاقامة صلاة العيد وهو انما يؤدى في الجبانة على غلوة من المصر أو أكثر من ذلك فكذلك تجوز اقامة الجمعة في مثل هذا الموضع *فان قيل أليس في حق المسافر هذا الموضع في حكم المفازة لا في حكم جوف المصر حتى ان من خرج من أهل هذا المصر على نية السفر يصلي صلاة المسافرين في هذا الموضع ومن قدم مسافرا من أهل هذا المصر فانتهى الى هذا الموضع صلى صلاة المسافرين أيضاً فكذلك في حق اقامة الجمعة ينبغي أن يجعل هذا الموضع بمنزلة المفازة *قلنا فناء المصر موضع معد لحوائج أهل المصر باقامتهم في المصر لا باقامتهم في فنائها وانما يتغير فرض المسافر بالاقامة فيعتبر فيه موضع الاقامة وهو ما بين الابنية وأما اقامة صلاة الجمعة والعيدين

من حوائج أهل المصر وهذا موضع معد لذلك فيجعل في حق هذا الحكم فناء المصر كجوف المصر. رجل صلى الظهر في منزله يوم الجمعة ثم راح الى الجمعة وقد بينا هذه المسألة بفصولها في كتاب الصلاة والذي زاد هنا حرف واحد وهو ماذا كان خروجه من أهله بعد فراغ الامام من الجماعة وأجاب بانه لاينتقض ظهره ومعنى هذا انه اذا كان سعى في داره قبل فراغ الامام من الجمعة ففرغ منها قبل أن يخرج هو من باب داره فانه لا يرتفض ظهره بالاتفاق لان أبا حنيفة رحمه الله تعالى جعل السعي الى الجمعة على الخصوص بمنزلة ادراك الجمعة في ارتفاض الظهر وسعيه في داره لايكون في الجمعة على الخصوص وانما سعيه الى الجمعة على الخصوص بعد خروجه من باب داره ولم يوجد ذلك حين خرج بعد فراغ الامام من الجمعة. ولو أحدث الامام بعد مادخل في الصلاة فتقدم رجل وأتم الصلاة بالقوم أجزأهم بمنزلة مالو قدمه الامام وقد بينا هذا في سائر الصلوات أن تقدم بعض القوم كتقديم الامام لحاجتهم الى اصلاح الصلاة وهذا المعنى موجود في الجمعة بل أظهر فان هنا لو فسدت صلاتهم لم يقدروا على استقبالها بأنفسهم بخلاف سائر الصلوات وهذا بخلاف مالو أحدث الامام قبل ان يدخل في الصلاة فتقدم رجل من العوام من غير أن يقدمه الامام فانه لايجزيهم لان المتقدم هنا يحتاج الى افتتاح الجمعة ولا يصح افتتاح الجمعة ممن لايكون مستجمعاً لشرائطها ومن شرائطها السلطان فلهذا لايجزيهم الا أن يكون المتقدم ذا سلطان فأما في الاول فحاجة المتقدم الى البناء على الصلاة ولايعتبر استجماع الشرائط في حق من بنى على الصلاة وهو نظير مالو قدم الامام رجلا لم يشهد الخطبة فان كان ذلك بعد الشروع في الصلاة صح تقديمه وان كان قبل الشروع فيها لم يصح تقديمه. يوضحه أن الامام حين افتتح بهم الجمعة فقد صار مستعيناً بهم فيما يعجز هو عن اقامته بنفسه وذلك دلالة الاذن منه لكل واحد من القوم في التقدم لاتمام الصلاة عند سبق الحدث وهذا المعنى لا يوجد قبل دخوله في الصلاة فلا يكون تقدمه باذن الامام . ولو ان الامام قدم رجلا لم يشهد الخطبة قبل ان يدخل في الصلاة لم يجزله ان يصلي بهم الجمعة لانه غير مستجمع لشرائطها فان قدم هذا المقدم غيره ممن شهد الخطبة فصلى بهم الجمعة قال هنا يجزيهم لانه مستجمع لشرائط الجمعة وفي غير هذا الموضع لايجزيهم وهو الاصح لان الاستخلاف انما يصح ممن يملك اقامة الجمعة بنفسه والذي لم يشهد الخطبة

لا يملك اقامتها بنفسه فهو نظير مالو قدم صبياً أو امرأة فقدم هذا المقدم غيره وان كان الامام انما قدم من لم يشهد الخطبة بعد ما دخل فى الصلاة أجزأهم لان خليفته يبني على صلاته واستجماع الشرائط غير معتبر في البناء ولانه لما صح تحرمه للجمعة التحق بمن شهد الخطبة في الحكم وهذا هو الاصح وقد قال ان تكلم هذا المقدم استقبل بهم الجمعة وهو يحتاج الآن الى افتتاح الجمعة فعرفنا أن المعنى الصحيح ماقلنا انه لما صح تحرمه للجمعة صار هو بمنزلة من شهد الخطبة في الحكم والله أعلم

باب صلاة العيدين

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه ولو ان رجلا أدرك الركعة الثانية من العيد مع الامام فكبر ثم رعف فتوضأ ثم جاء وقد صلى الامام قال يقوم مقدار القراءة ثم يكبر ثلاثاً ثم يركع بالرابعة وهذا لانه لاحق فى الركعة الثانية مسبوق في الركعة الاولى فانما يبدأ بما هو لاحق فيه وهى الركعة الثانية فيقضيها بغير قراءة والذى قال انه يقوم مقدار القراءة على طريق الاستحباب فأما فرض القيام فيتأدى بأدنى ما يتناوله الاسم فاذا فرغ من هذه الركعة قام فقضى الركعة الاولى بقراءة لانه مسبوق فيها ثم ذكر ههنا أنه يبدأ بالقراءة فيها ثم بالتكبير وذكر بعد هذا هذه المسألة في الكتاب وقال يبدأ بالتكبير ثم بالقراءة ففيها روايتان كلاهما فى صفحة واحدة فالرواية التى قال يبدأ فيها بالتكبير جواب القياس لانه انما يقضى ما فاته فيقضيه كما فاته والرواية التى قال يبدأ فيها بالقراءة جواب الاستحسان وهو أظهر الروايات على ماذكره فى كتاب الصلاة والجامع والزيادات والسير الكبير وقد بينا وجوه هذا فى كتاب الصلاة. واذا صلى الرجل مع الامام فى العيد ركعة ثم تكلم فلا قضاء عليه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يذكر قولهما في الكتاب وقد ذكرنا في بعض النوادر أن عليه قضاء ركعتين فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قولهما أنه بالشروع التزم أداء ركعتين ولو التزم ذلك بالنذر كان عليه أداؤهما فكذلك اذا التزم ذلك بالشروع وقياسا بسائر الصلوات وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هو بالشروع ما قصد أداء شئ ليس عليه وانما قصد اقامة ما هو من اعلام الدين وذلك مستحق على جماعة المسلمين فكان هذا في المعنى بمنزلة الشروع فى أداء الفريضة وذلك لا يلزمه شيئاً ليس

عليه فكذلك هذا الشروع والمعنى أنه قصد الاسقاط لا الالتزام. ألا ترى أن من شرع فى صلاة الجمعة مع الامام ثم تكلم لم يلزمه الا ما يلزمه قبل الشروع وهو أداء الظهر فكذلك هنا . يوضحه أنا لو أوجبنا عليه القضاء فاما أن يقضى مع التكبيرات أو بدون التكبيرات ولا يمكنه أن يقضي مع التكبيرات لان ذلك غير مشروع الا فى صلاة العيد والمنفرد لا يتمكن من أداء صلاة العيد ولا يجوز أن يقضيه بدون التكبيرات لان القضاء بصفة الاداء وردوا هذه المسألة الى الخلاف الذى بينا فى كتاب الصوم أن من شرع فى صوم يوم النحر ثم أفسده لم يلزمه القضاء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يلزمه قضاء يوم آخر وهذا فى المعنى متقارب فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يلزمه القضاء بغير صفة الاداء ولا يمكن ايجاب القضاء عليه بصفة الاداء وهما يعتبران الاصل لايجاد القضاء بدون الصفة فكذلك هنا ثم ذكر باب التكبير في أيام التشريق ولم يذكر فيه من المسائل إلا ما بينا فى كتاب الصلاة وذكر باب صلاة الخوف أيضاً ومسائله عين ما بينا في كتاب الصلاة الا أنه نص هنا على قول أبي يوسف رحمه الله أنه لا تجوز صلاة الخوف بصفة الذهاب والمجيء اليوم انما كان ذلك فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وهذا القول لم يذكره فى كتاب الصلاة وقد بينا المسألة هناك ثم ذكر أن الامام لو رعف فى الركعة الثانية فقدم رجلا من الطائفة الثانية فانه يصلى بقية صلاة الامام ثم ينفتل هو ومن خلفه فيقومون بازاء العدو وهذا لا يشكل فى حق القوم لانهم الطائفة الثانية فأوان انصرافهم من الصلاة الى العدو عند تمام صلاة الامام فأما فى حقه فنقول هو خليفة الامام فى اتمام بقية صلاته وقد فعل ففيما وراء ذلك هو من جملة الطائفة الثانية فلهذا ينصرف مع الطائفة الثانية ثم يعود معهم لاتمام صلاته والله سبحانه وتعالى أعلم

باب صلاة المريض

﴿قال﴾ ولو أن مريضاً يصلى بالايماء فأم قوما يومئون وقوما يسجدون فانه تجوز صلاته وصلاة من هو فى مثل حاله ولا تجوز صلاة من يسجد الا على قول زفر رحمه الله تعالى وقد بيناهذا في كتاب الصلاة أن المقتدى يبنى صلاته على صلاة الامام ويجوز بناء الضعيف على الضعيف ولا يجوز بناء القوى على الضعيف ثم فرع على هذا الاصل هنا فقال اذا كان

الامام مستلقيا يومئ ايماء وخلفه من يومئ مستلقيا ومن يومئ قاعداً فانه تجوز صلاته وصلاة من هو فى مثل حاله ولا تجوز صلاة القاعد لما فيه من بناء القوى على الضعيف فان حال المستلق فى الايماء دون حال القاعد. ألا ترى أنه لا يجوز الايماء مستلقيا ممن يقدر على القعود فى النافلة ولا في المكتوبة وبهذا الحرف يفرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى بين هذا وبين اقتداء القائم بالقاعد الذي يركع ويسجد فانهما يجوزان هناك لان حال الامام قريب من حال المقتدى حكما ألا ترى انه يجوز اداء النفل قاعداً مع القدرة على القيام مع أن أبا يوسف رحمه الله تعالى ذكر فى الأمالى ان القياس أن لا يجوز اقتداء القائم بالقاعد وانما جوزنا ذلك بخلاف القياس بالسنة فان آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأصحابه في المسجد كان هو قاعداً وهم خلفه قيام والمخصوص من القياس بالاثر لا يلحق به الا ما يكون فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معنى المنصوص من كل وجه على ما بينا فلهذا أخذنا فيه بالقياس . ولو افتتح المكتوبة وهو صحيح مع الامام قاعداً ثم قام فلم يعد التكبير فصلاته فاسدة وكذلك لو مرض بعد ما كبر ولم يستطع القيام الا أن يعيد التكبير بعد ان يقوم أو بعد مايعجز عن القيام لان القيام شرط عند التحرم فى حق من يقدر عليه وقد انعدم ذلك فلم تنعقد تحريمته للمكتوبة الا ان يجدد التكبير لها بعد العجز وهو نظير مالو افتتح صلاة الظهر قبل زوال الشمس ثم زالت الشمس فأداها لم يجزه عن المكتوبة لانعدام شرطها وهو الوقت عند الافتتاح الا ان يجدد التكبير بعد زوال الشمس فهذا مثله والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصلاة على الجنازة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ولو أن رجلا صلى على جنازة وهو مريض قاعداً وصلى القوم معه قياما فانه يجزئهم فى قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ولا يجزي في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لان القيام فرض فى حق من يقدر عليه فى صلاة الجنازة كما هو فرض فى سائر المكتوبات وقد بينا اقتداء القائم بالقاعد انه على الاطلاق فى سائر المكتوبات وكذلك اقتداء القائم بالقاعد في التطوعات كالقيام في شهر رمضان فانه على الخلاف فكذلك في صلاة الجنازة الا أن معنى قول محمد رحمه الله تعالى ههنا لايجزى أنه لا يجزى

القوم فاما الصلاة على الجنازة فتتأدى باداء الامام وحده لان الجماعة ليست بشرط للصلاة على الجنازة والامام الذى صلى قاعداً عليها كان مريضا فجازت صلاته والصلاة على الجنازة فرض على الكفاية تسقط بأداء الواحد اذا كان هو الولى وليس للقوم ان يعيدوا بعد ذلك . ولو ان جنازة تشاجر فيها قوم أيهم يصلى عليها فوثب رجل غريب فصلى عليها وصلى معه بعض القوم فصلاتهم تامة وان أحب الاولياء أعادوا الصلاة لان حق الصلاة على الجنازة للأولياء فلا يكون لغيرهم أن يبطل حقهم وهم بمنزلة مالو صلى غير أهل المسجد المكتوبة بالجماعة في المسجد كان لاهل المسجد حق الاعادة بخلاف ما اذا صلى فيه أهل المسجد فانه ليس لغيرهم حق الاعادة بعد ذلك فان كان حين افتتح الرجل الغريب صلاة الجنازة اقتدى به بعض الأولياء فليس لمن بقى منهم حق الاعادة لان الذى اقتدى به رضى بامامته فكأنه قدمه ولكل واحد من الاولياء حق الصلاة على الجنازة كأنه ليس معه غيره لان ولايته متكاملة فاذا سقط بأداء أحدهم لم يكن للباقين حق الاعادة . وقد بينا في كتاب الصلاة جواز أداء الصلاة على الجنازة بالتيمم في المصر زادهنا فقال وكذلك لو كان هو بنفسه الامام وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لايجوز للامام أن يصلى على الجنازة بالتيمم فى المصر قال عيسى رحمه الله تعالى وهو الصحيح لان التيمم انما يجوز في حال عدم الماء فاما مع وجود الماء فلا يكون طهارة الا عند الضرورة وهو خوف الفوت وهذا لم يوجد فى حق الامام الذى يكون حق الصلاة على الجنازة له لان الناس ينتظرونه ولولم يفعلوا كان له حق اعادة الصلاة عليها فلا يجزيه الأداء بالتيمم مع وجود الماء وجه ظاهر الرواية حديث ابن عباس رضى الله عنه اذا فجئتك جنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولان الامام قد يحتاج الى ذلك كما يحتاج اليه القوم فانه عند كثرة الزحام ربما يلحقه الحرج اذا ذهب الى موضع الماء ليتوضأ أولا ينتظره الناس فيصلون عليها ويدفنون الميت قبل ان يفرغ هو من الطهارة ولو انتظره الناس ربما يلحقهم الحرج فى ذلك فلدفع الحرج جوزنا له الاداء بالتيمم فانما التيمم انما جعل طهارة لدفع الحرج قال الله تعالى مايريد الله ليجعل عليكم من حرج الآية وفيه معنى آخر فى حق القوم وهو ان الصلاة على الجنازة دعاء وليست بصلاة على الحقيقة فانه ليس فيها أركان الصلاة من القيام والقراءة والركوع والسجود والطهارة شرط صلاة مطلقة فكان ينبغى أن تتأدى الصلاة

على الجنازة بغير طهارة بمنزلة الدعاء ولكن لكونها صلاة تسمية شرطنا فيها نوع طهارة وفي هذا المعنى لافرق بين الامام والقوم . وعلى هذا قال لو كان جنباً في المصر تيمم وصلى عليها أيضاً لانها بمنزلة الدعاء وذلك صحيح من الجنب الا أنه أمره بان يتيمم لها كما تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم لرد السلام في حديث معروف بيناه في الصلاة . فان تيمم وصلى على الجنازة ثم أتى بجنازة أخرى فان تمكن من أن يتوضأ فلم يفعل أعاد التيمم للصلاة على الجنازة ثانياً لانه لما تمكن من استعمال الماء فقد انتهى تيممه الأول ولو لم يتمكن من ذلك وخاف ان اشتغل بالوضوء أن تفوته الصلاة على الجنازة ثانياً فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يصلي عليها بذلك التيمم وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يعيد التيمم على كل حال لان تيممه الاول كان لحاجته الى احراز الصلاة على الجنازة الاولى وقد حصل مقصوده بالفراغ منها فانتهى حكم ذلك التيمم ثم حدثت له حاجة جديدة الى احراز الصلاة على الجنازة الثانية فيلزمه أن يتيمم لها لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ويتجدد بتجددها وقاس بما لو تمكن من الوضوء بين الصلاتين وجه قولهما أن المعنى الذي لأجله جوزنا الصلاة على الجنازة الاولى بالتيمم قائم بعد وهو خوف الفوت فيبقى تيممه ببقاء المعنى بخلاف ما اذا تمكن من الطهارة بين الصلاتين . يوضحه ان التيمم بعد ما صح لا ينتقض الا بالقدرة على استعمال الماء وهو لم يقدر على استعمال الماء بالفراغ من الصلاة على الجنازة الاولى اذا كان يخاف فوت الثانية بخلاف ما اذا تمكن من الطهارة بينهما واذا ثبت أنه غير متمكن من استعمال الماء كان فرض استعمال الماء ساقطاً عنه فيكون وجود الماء وعدمه في حقه سواء . وان صلى على جنازة فكبر تكبيرة ثم جيء باخرى فوضعت الى جنبها فان كبر الثانية ينوي الصلاة على الأولى أو عليهما أو لانية له فهو في الصلاة على الأولى على حاله يتمها ثم يستقبل الصلاة على الجنازة الثانية لأنه نوى ما هو موجود وعند عدم النية يكون فعله بما هو مستحق عليه والمستحق عليه اتمام الصلاة على الاولى وان كبر ينوي الصلاة على الجنازة الثانية فهو رافض للاولى شارع في الصلاة على الجنازة الثانية لان الصلاة على كل جنازة فرض على حدة ومن كان في فريضة فكبر ينوي فريضة أخرى كان رافضا الاولى شارعا في الثانية فهذا مثله . ولو أن امرأة حائضاً انقطع عنها الدم في مصر فتيممت فصلت على جنازة فان كانت أيامها عشراً فذلك يجزئها لأنا تيقنا بخروجها من الحيض بمضي أيامها وانما بقي عليها الاغتسال فقط فهي بمنزلة الجنب في ذلك وكذلك

ان كانت أيامها دون العشر وقد مضى عليها وقت صلاة كامل بعد ما انقطع عنها الدم لأنها صارت طاهرة حكما حتى وجبت الصلاة دينا فى ذمتها ولهذا حل للزوج غشيانها وحكم بخروجها من العدة فأما اذا كانت أيامها دون العشر ولم يمض عليها وقت صلاة كامل فانه لا تجزئها الصلاة على الجنازة بالتيمم لانها لم تخرج من الحيض حقيقة ولا حكما ولهذا لا يحل للزوج أن يقربها ولا ينقطع حق الرجعة بنفس انقطاع الدم واذا كانت حائضا حكما فليس للحائض أن تصلى على الجنازة الا أن تكون فى سفر وهى عادمة للماء فحينئذ لها ان تتيمم بعد انقطاع الدم وتصلى على الجنازة لان التيمم فى حقها بمنزلة الاغتسال فى هذا المكان ولهذا يجوز لها أداء المكتوبة بالتيمم فكذلك الصلاة على الجنازة ثم هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى ظاهر فانه يقول الرجعة تنقطع بنفس التيمم وعلى أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الرجعة وان كانت لا تنقطع بنفس التيمم ولكن التيمم طهارة بالنص فى حكم الصلاة والصلاة على الجنازة دون سائر الصلوات فمن ضرورة كونه طهارة فى حق سائر الصلوات أن يكون طهارة فى الصلاة على الجنازة أيضاً فان غسل ميت وبقى منه عضو لم يصبه الماء فكفن فانه يخرج من الكفن فيغسل ذلك الموضع ثم يكفن لان بقاء العضو الكامل فى حكم الاغتسال كبقاء جميع البدن حتى لا تنقطع الرجعة اذا اغتسلت المرأة وبقى منها عضو فيكون هذا وما لو كفن قبل أن يغسل سواء وهناك يخرج من الكفن ويغسل لانه في أيديهم على حاله بعد ما كفن فلا يسقط فرض غسله بخلاف ما بعد الدفن فانه خرج من أيديهم حين أهالوا التراب عليه فيسقط فرض الغسل عنه وان كان بقى موضع أصبع أو نحو ذلك فانه لا يخرج من الكفن لاجل ذلك في قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفى قول محمد رحمه الله تعالى يخرج فيغسل ذلك الموضع لان بقاء اللمعة كبقاء جميع البدن في حكم الصلاة فى اغتسال الحي فكذلك فى غسل الميت وهذا لان البدن فى حكم الطهارة كشئ واحد فكما لا يتجزأ حكم الغسل فى البدن وجوبا فكذلك لا يتجزأ سقوطا وما بقى شئ منه قل أو كثر كانوا مخاطبين بغسله وقيام الخطاب بغسله عذر لهم فى الاخراج من الكفن فكان هذا وما لو علموا به من قبل التكفين سواء وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى يقولان لا يتيقن بقيام فرض الغسل عليهم لان ذلك القدر مما يسرع اليه الجفاف فلعله وصل اليه الماء ثم جف وقد اعتبرنا هذا المعنى فى حكم الرجعة فقلنا بانقطاع الرجعة عند بقاء اللمعة لهذا فكذلك فى

حكم الاخراج من الكفن لان ذلك نوع بأس لا يجوز الاقدام عليه الا عند تحقق الضرورة . يوضحه أن ذلك القليل يتأدى فرض الغسل فيه بدون استعمال ماء جديد بأن تحول البلة من موضع آخر اليه على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اغتسل ثم رأى لمعة على بدنه فغسلها بجمة أي أخذ البلة منها فغسل تلك اللامعة فاذا ثبت أنه لا يجب عليهم استعمال ماء جديد في غسله كان هذا وما لو فرغوا من غسله سواء فلا يجوز اخراجه من الكفن بخلاف ما اذا بقي عضو أو أكثر منه . ولو خرج شيء من الميت بعد ما غسل فانه يغسل ذلك عنه على سبيل اماطة الاذى ولا يعاد غسله لان الميت لا يحدث ولا يجنب . ولو أن صبياً حمل في سفط على دابة فصلوا عليها وهو على الدابة لم تجزهم صلاتهم لانهم أمروا بالصلاة على الجنازة وهم انما صلوا على الدابة وهذا استحسان وفي القياس يجوز وهو نظير القياس والاستحسان فيما اذا كان المصلى على الدابة فان في القياس يجوز لان الصلاة على الميت دعاء ودعاء الراكب والنازل سواء وفي الاستحسان لا يجوز لان الركن في الصلاة على الجنازة التكبيرات والقيام فكما لا تتأدي بدون التكبيرات لا تتأدي بدون القيام من غير عذر واذا ثبت هذا فيما اذا كان المصلى على الدابة فكذلك اذا كان الميت على الدابة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الصلاة بمكة

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه رجل أهل بعمرة ثم صلى مع الامام بعرفة الظهر ثم أهل بحجة ثم صلى العصر معه لم يجزه الا أن يصلى الصلاتين معه جميعا وهو مهل بالحج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رضي الله عنهما أن على قول زفر رضي الله عنه يجزئه وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهكذا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيه روايتان وجه الرواية التي قال يجوز ان التغير انما حصل في العصر من حيث انه معجل على وقته ولا تغير في الظهر لانه مؤدى في وقته فانما يشترط الاحرام بالحج فيما وقع فيه التغير ولان الاحرام بالحج شرط الجمع بين الصلاتين وانما يحصل الجمع باداء العصر دون الظهر وجه الرواية الأخرى أن من شرط صحة العصر في هذا اليوم تقديم الظهر عليه على وجه الصحة بدليل أنه لو صلى الظهر ثم العصر وكان اليوم يوم غيم ثم تبين أنه صلى الظهر قبل الزوال والعصر بعد الزوال لم يجزه

العصر وكذلك لو صلى الظهر ثم جدد الوضوء ثم صلى العصر ثم تبين أنه صلى الظهر بغير وضوء لم يجزه العصر فثبت أن من شرط صحة العصر تقدم الظهر عليه والاحرام بالحج شرط لأداء العصر فيشترط لاداء الظهر أيضاً كالخطبة يوم الجمعة فانه لما كان من شرط صحة الجمعة تقدم الخطبة والسلطان شرط لاقامة الجمعة كان شرطا لاقامة الخطبة أيضا. يوضحه أن الجمع بين الصلاتين للحاجة الى امتداد الوقوف وانما يحتاج الى ذلك المحرم بالحج فيشترط الاحرام بالحج لهذا الجمع ثم الجمع انما يحصل بهما جميعا فيشترط الاحرام فيهما. ولو أن أمير الموسم جمع بمكة وهو مسافر جاز لانه فوض اليه أمر المسلمين فلا يكون هو دون القاضي وصاحب الشرط في اقامة الجمعة بمكة ولو صلى بهم بمنى لم يجزهم لانه مسافر أمر باقامة المناسك وما أمر باقامة الجمعة وحقيقة الفرق أن مكة مصر وأهلها يحتاجون الى اقامة الجمعة فمن كان ذا سلطان فهو يملك اقامة الجمعة مسافرا كان أو مقيما وأما أهل منى فلا يحتاجون الى اقامة الجمعة لانه ليس عليهم ذلك فلا يكون لامير الموسم أن يقيم الجمعة بمنى فان كان أمير مكة أو أمير الحجاز أو الخليفة حج بنفسه ففي اقامة الجمعة له بمنى خلاف قد بيناه في كتاب الصلاة . فان صلى الظهر والعصر بعرفات ولم يخطب أجزأه لان هذه خطبة وعظ وتذكير وتعليم لبعض ما يحتاج اليه في ذلك الوقت فتركه لا يمنع جواز الصلاة كالخطبة في صلاة العيد بخلاف الخطبة في الجمعة فانه بمنزلة شطر الصلاة على ما قال ابن عمر رضي الله عنه وانما قصرت الجمعة لمكان الخطبة ثم ينبغي للامام أن يخطب في الحج ثلاث خطب خطبة قبل يوم التروية بيوم يخطبها بمكة بعد الظهر وخطبة بعرفات بعد زوال الشمس يوم عرفة قبل صلاة الظهر وخطبة في اليوم الثاني من أيام النحر وهو يوم القر كما روى في حديث عبد الله بن قرط أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أفضل الايام عند الله تعالى يوم النحر ثم يوم القر يريد اليوم الثاني من أيام النحر سمي بهذا الاسم لان الحاج يقرون فيه بمنى وهذه الخطبة بعد الظهر وقال زفر رحمه الله تعالى يخطب ثلاث خطب خطبة يوم التروية وخطبة يوم عرفة وخطبة يوم النحر وما قلناه أحسن لان في يوم التروية هم يخرجون من مكة الى منى فلا يتفرغون لسماع الخطبة فينبغي أن يخطب قبل التروية بيوم يعلمهم في هذه الخطبة الخروج من مكة الى منى ثم من منى الى عرفات ثم يخطب يوم عرفة يعلمهم في هذه الخطبة كيفية الوقوف بعرفات والافاضة الى المزدلفة والوقوف بالمزدلفة والرمي والذبح

والحلق والرجوع الى مكة لطواف الزيارة والسعي ثم العود الى منى ثم يخطب في اليوم الثانى من أيام النحر يعلمهم فى هذه الخطبة بقية أعمال الحج فيكون للتعليم يوم وللعمل يوم فكان هذا أحسن مماذهب اليه زفر رحمه الله تعالى والله أعلم بالصواب

باب السجدة

﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه رجل قرأ آية السجدة فى مكان ثم قام فدخل مع الامام فى صلاته فى موضعه فقرأها الامام فسجدها وسجد هذا الرجل معه فعليه أن يسجد الاولى اذا فرغ من صلاته وفي كتاب الصلاة والجامع يقول ليس عليه أن يسجد الاولى اذا فرغ من صلاته ووجه تلك الرواية أن المتلوآية واحدة والمكان مكان واحد والمؤداة أكمل فان لها حرمتين حرمة الصلاة وحرمة التلاوة ولوكانت المؤداة مثل الأولى نابت عنها فاذا كانت أكمل من الأولى فلأن تنوب عنها أولى ووجه هذه الرواية أنهما مختلفتان فى الحكم فان احداهما صلاتية والاخرى ليست بصلاتية فلا تدخل احداهما في لاخرى كما لو كان المتلوآيتين وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فان وضع المسئلة ههنا فيما اذا أعادها الامام فيكون هذا الرجل فيما يلزمه بحكم تلاوة الامام تبعا والاولى وجبت عليه بتلاوته مقصوداً فلا تتأدى بالتبع وهناك وضع المسئلة فيما اذا قام فدخل فى الصلاة بنفسه ثم قرأها فيكون كل واحد منهما مقصوداً فى حقه والمؤداة أكمل فان سها الامام فلم يسجدها فعلى الرجل السجدة لاولى وليس عليه الثانية لأن الثانية صلاتية عليه فلا يمكنه أن يؤديها بعد الفراغ من الصلاة ولا في الصلاة لأنه تبع للامام وأما الاولى ففى هذه الرواية لم تدخل فى الثانية فعليه أن يؤديها بعد الفراغ من الصلاة . وفى رواية الجامع ليس عليه أن يؤديها لانها دخلت فى الصلاتية فتسقط بسقوط الصلاتية عنه . ولو أن رجلين افتتحا التطوع كل واحد منهما على حياله فقرأ كل واحد منهما سورة لم يقرأها صاحبه وفيها سجدة فسجد كل واحد منهما التى قرأها فعلى كل واحد منهما أن يسجد لما سمع من صاحبه اذا فرغ لأن تلك السجدة سماعية فى حقه لا صلاتية بمنزلة مالو سمعها من رجل ليس فى الصلاة وان كانا قرآ سورة واحدة فسجد كل واحد منهما لما كان قرأ فليس على كل واحد منهما أن يسجد اذا فرغ لما سمع من صاحبه لأن المتلو آية واحدة والمكان

مكان واحد والمؤداة أكمل لاجتماع الحرمتين لها وان سها كل واحد منهما أن يسجدها في الصلاة فلا سجود على واحد منهما بعد الخروج من الصلاة لأن السماعية قد دخلت في الصلاتية بسبب اتحاد السبب وقد سقطت الصلاتية بالخروج منها فتسقط السماعية أيضاً .فان قرأ آية السجدة في الصلاة فسجدها ثم فرغ من صلاته فقرأها في مقامه ذلك فلا سجود عليه وفي كتاب الصلاة يقول اذا سلم وتكلم ثم أعادها فعليه سجدة أخرى قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فهناك وضع المسألة فيما اذا سلم ولم يتكلم وبمجرد السلام لا ينقطع فور الصلاة ألا ترى انه يأتي بسجود السهو بعد السلام ولو انه تذكر شيئاً من أركان الصلاة بعد السلام كان يأتي به ولا يأتي به بعد الكلام وقيل بل ماذكر هنا قول أبي يوسف الآخر وما ذكر في كتاب الصلاة قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى وهو نظير الاختلاف فيما اذا قرأها في ركعة وسجد ثم أعادها في ركعة أخرى وقد بينا وجه الروايتين في كتاب الصلاة. ولو ان امرأة انقطع عنها الدم فلم تغتسل حتى سمعت السجدة فليس عليها قضاء تلك السجدة اذا اغتسلت وهذا اذا كانت أيامها دون العشر فاما اذا كانت أيامها عشراً فقد تيقنا بخروجها من الحيض وانما بقي عليها الاغتسال فقط فهي كالجنب والجنب اذا سمع آية السجدة كان عليه ان يسجدها بعد الاغتسال . وكذلك ان كانت أيامها دون العشر وذهب وقت صلاة منذ انقطع الدم عنها فقد حكمنا بطهارتها حين أوجبنا الصلاة عليها فيلزمها السجدة بالسماع أيضاً فاما اذا لم يذهب وقت صلاة بعد ما انقطع الدم وهي في مصر فسمعت آية التلاوة فلا سجود عليها لانها حائض بعد فان مدة الاغتسال في حقها من جملة الحيض ألا ترى انه لا ينقطع حق الزوج في الرجعة مالم تغتسل والحائض لا يلزمها السجدة كما لا تلزمها الصلاة وقد قال بعض مشايخنا اذا تمكنت من الاغتسال فلم تغتسل ثم سمعت آية السجدة يلزمها السجدة لان السماع سبب موجب للسجدة كما ان جزأ من الوقت سبب موجب للصلاة ثم لو أدركت جزأ من الوقت بعد التمكن من الاغتسال تلزمها الصلاة فكذلك اذا سمعت بعد التمكن من الاغتسال. ولو كانت في سفر فان تيممت ثم سمعت فعليها السجدة لان التيمم في حقها بمنزلة الاغتسال في حكم الصلاة فكذلك في حكم السجدة وان لم تتيمم حتى سمعت فلا قضاء عليها لانها لم تخرج من الحيض مالم تتيمم أو يذهب وقت الصلاة. ولو قرأ سجدة ثم

ارتد ثم أسلم فلا سجود عليه لان الردة تحبط عمله وتجعله ككافرأصلي أسلم الآن في حكم سائر العبادات فكذلك في حكم سجدة التلاوة . ولو قرأها الامام في صلاة لايجهر فيها ولم يسمعها القوم فعليهم ان يسجدوا لانها وجبت على الامام بالتلاوة وهي صلاتية والمقتدى تبع للامام في أعمال الصلاة فيجب عليه ماهو واجب على الامام وهذا بخلاف ما إذا قرأها على المنبر يوم الجمعة فان هناك لا تجب السجدة على من لم يسمعها لان الخطبة تؤدى في غير تحريمة مشتركة فلا يكون بين القوم والامام فيها متابعة وانما السبب الموجب للسجدة هناك التلاوة والسماع فلا تجب الاعلى من تقرر السبب في حقه . ولو قرأها رجل بالفارسية وسمعها قوم لايفقهون الفارسية وهم في غير الصلاة فعليه وعليهم ان يسجدوها وهذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وذكر في الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال انما تجب السجدة ههنا على من يعلم انه يقرأ آية السجدة ولا تجب على من لايفهم ذلك وهو قول محمد رحمه الله تعالى أيضاً وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان القراءة بالفارسية كالقراءة بالعربية حتى قال يتأدى بها فرض القراءة في الصلاة ولو قرأها بالعربية وجبت السجدة على من سمعها لتقرر السبب ويلزمه أداؤها اذا علم بذلك فكذلك اذا قرأ بالفارسية فاما عندهما فالفارسية ليست بقرآن على الاطلاق ولهذا لايتأدي فرض القراءة بها في حق من يعرف العربية ويتأدى في حق من لايعرف العربية فكذلك يجب بهذا السماع السجدة على من يعرف انه يقرأ القرآن ولايجب على من لايعرف ذلك . ولو ان سكراناً قرأ سجدة أو سمعها فعليه أن يسجدها لان السكران مخاطب تلزمه الصلاة بادراك الوقت فكذلك تلزمه السجدة بخلاف المجنون اذا قرأها أو سمعها في حال جنونه لانه غير مخاطب قالوا وهذا اذا طال جنونه فاما اذا قصر فكان يوماً وليلة أو أقل ينبغي ان تلزمه السجدة استحساناً كما يلزمه قضاء الصلوات على رواية هذا الكتاب كما بينا . ولو قرأها عند ارتفاع الضحى فقضاها نصف النهار لم تجزه لانها وجبت عليه بصفة الكمال والمؤداة عند الزوال ناقصة وان قرأها نصف النهار فسجدها أجزأه لانه أداها كما وجبت عليه وان لم يسجدها حتى تغيرت الشمس عند الغروب ثم أداها فانه يجزئه وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول زفر رحمه الله تعالى فلا تجزيه وأصل الخلاف فيما بينا اذا شرع في الصلاة عند الزوال ثم أفسدها وقضاها عند الغروب أجزأه

عندنا ولم يجزئه عند زفر رحمه الله تعالى . وكذلك اذا قرأ آية السجدة على الدابة ثم نزل ثم ركب فأداها جاز عندنا بمنزلة مالو أداها قبل النزول وعند زفر لايجزئه لانه لما نزل فقد لزمه أداؤها على الارض فلا تتأدى بالايماء بعد ذلك كما لو قرأها وهو نازل فكذلك في هذه المسألة والله أعلم بالصواب

باب المسح على الخفين

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه ولو أن مستحاضة توضأت ولبست الخفين في وقت العصر فلما صلت ركعة من العصر غربت الشمس فهذه المسألة على ثلاثة أوجه فى وجه عليها ان تتوضأ وتغسل قدميها وتستقبل الصلاة وفى وجه عليها ان تتوضأ وتمسح على خفيها وتستقبل الصلاة وفي وجه عليها ان تتوضأ وتمسح علي خفيها وتبنى على صلاتها أما بيان الوجه الأول فيما اذا توضأت والدم سائل ولبست الخف فان هذا اللبس حصل على طهارة معتبرة في الوقت غير معتبرة بعد خروج الوقت وتنتقض طهارتها عند خروج الوقت بالحدث المقارن للوضوء وكان ذلك سابقا على الشروع فى الصلاة والاصل ان طهارة المصلى متى انتقضت فى خلال الصلاة بسبب سابق على الشروع في الصلاة يلزمه استقبال الصلاة كالمتيمم اذا أبصر الماء فلهذا يلزمها أن تتوضأ وتغسل قدميها وتستقبل الصلاة . وبيان الوجه الثانى فيما اذا توضأت والدم منقطع ولبست الخف ثم سال الدم قبل غروب الشمس فهنا اللبس حصل على طهارة كاملة فيكون لها أن تمسح في الوقت وبعد خروج الوقت الى تمام المدة ولكن انتقضت طهارتها عند خروج الوقت بسيلان كان فى الوقت فقد أدت جزأ من الصلاة بعد سبق الحدث وذلك يمنعها من البناء علي الصلاة . وبيان الوجه الثالث فيما اذا توضأت والدم منقطع ولبست الخف ثم لم يسل الدم حتى غربت الشمس ثم سال الدم فههنا طهارتها انما تنتقض بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها أداء جزء من الصلاة بعد سبق الحدث فيكون لها أن تتوضأ وتبنى على صلاتها ويكون لها أن تمسح على الخفين لأنها لبست على طهارة كاملة . ولو لم يسل الدم حتى فرغت من صلاتها ثم سال الدم فصلاتها تامة لانها أدت الصلاة بطهارة كاملة فان دخل الوقت والدم منقطع ثم توضأت ثم سال الدم فعليها الوضوء وانما أراد بهذا أن الدم كان منقطعاً حين توضأت ولم يسل بعد ذلك

حتي دخل وقت آخر فان طهارتها لم تنتقض بخروج الوقت وانما تنتقض بسيلان الدم فلا ينفعها الوضوء المتقدم لهذا السيلان فأما اذا كان الدم سائلا حين توضأت ثم انقطع ثم دخل وقت آخر فتوضأت ثم سال الدم فليس عليها وضوء آخر لانه قد انتقضت طهارتها بخروج الوقت فانها توضأت والوضوء واجب عليها فلا يلزمها وضوء آخر بسيلان الدم مابقي الوقت • ولو توضأ بالنبيذ في سفر وهو لا يقدر على ماء ولبس خفيه ثم أصاب ماءً كثيراً فعليه أن ينزع خفيه ويغسل قدميه لأن الطهارة بالنبيذ بدل عن الطهارة بالماء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يكون معتبراً مع القدرة على الاصل فانما لبس الخف بطهارة غير معتبرة بعد وجود الماء وكذلك لو توضأ بسؤر الحمار ثم تيمم ولبس الخف ثم وجد ماء طهوراً فعليه أن ينزع خفيه ويغسل قدميه لأن التوضأ بسؤر الحمار لا يكون طهارة بعد وجود الماء المطلق • ولو أن رجلا انكسرت يده وهو على غير وضوء فربط الجبائر عليها ثم توضأ فله أن يمسح علي الجبائر بخلاف ما اذا لبس الخف وهو على غير وضوء لأن المسح علي الجبائر كالغسل لما تحته ما دامت العلة قائمة ألا ترى أنه لا يتوقت بوقت وانه يجمع بين المسح على الجبائر والغسل في عضو واحد ولا يجوز الجمع بين البدل والأصل فعرفنا أنه بمنزلة الغسل لما تحته فلا يضره الحدث عند ربط الجبائر وأما المسح على الخف فلم يجعل كغسل الرجل ولكن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث الى القدم ولا يرفع الحدث عنها وشرط جواز المسح اللبس على طهارة كاملة كما قال عليه الصلاة والسلام انى أدخلتهما وهما طاهرتان • ولو ربط الجبائر وهو على غير وضوء ولبس خفيه ثم أحدث فتوضأ مسح على خفيه لان اللبس حصل على طهارة فان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها مادامت العلة قائمة فلهذا كان له أن يمسح على الخف والجبائر فان برئ ماتحت الجبائر وهو على طهارته فانه يغسل موضعها ويصلي لان المسح على الجبائر كان معتبراً قبل البرء فاذا برئت فقد انتهى حكم ذلك المسح فعليه غسل ذلك الموضع والبرء ليس بحدث فلا ينتقض به وضوؤه فان غسل ذلك الموضع قبل ان يحدث ثم أحدث فله أن يتوضأ ويمسح على خفيه لانه لما غسل ذلك الموضع فقد تمت طهارته وانما اعترض أول الحدث بعد لبس الخف على طهارة كاملة فيكون له ان يمسح على الخف ولو أحدث قبل أن يغسل ذلك الموضع كان عليه ان يتوضأ ويغسل قدميه لان أول الحدث بعد لبس الخف ماطرأ على طهارة كاملة فان المسح على الجبائر لا معتبر به بعد

البرء فلهذا لزمه غسل القدمين . ولو ان جنباً معه من الماء مايتوضأ به فانه يتيمم وقد بينا هذا فى الصلاة فان تيمم ثم أحدث ثم توضأ ولبس خفيه ثم أحدث ومعه من الماء مايتوضأ به فانه يتوضأ ويمسح على خفيه لانه بالتيمم قد خرج من حكم الجنابة مالم يجد ماءً يكفيه للاغتسال فانما لبس الخف بعد الوضوء على طهارة تامة مالم يجد ماءً يكفيه للاغتسال ولو لم يتيمم ولكنه توضأ ولبس خفيه ثم تيمم ثم أحدث ومعه من الماء مقدار مايتوضأ به فانه يلزمه غسل القدمين لانه لبس الخف لا على طهارة فان الوضوء فى حق الجنب لا يكون طهارة فان تيمم ثم أحدث ثم توضأ ولبس خفيه ثم مر بماءٍ يكفيه الاغتسال فلما جاوزه أحدث فعليه أن يتيمم لان حكم تيمم الاول قد انتهى بما أصاب من الماء فان تيمم ثم أحدث ومعه من الماء مايتوضأ به فانه يتوضأ ويغسل قدميه لانه حين مر بماءٍ يكفيه للاغتسال فقد عاد جنبا كما كان ووجب عليه نزع الخفين فلا يكون له أن يمسح عليهما بعد ذلك . ولو ان جنبا اغتسل وبقى بعض جسده لم يصبه الماء فلبس خفيه ثم أحدث ثم أصاب ماء فعليه ان يغسل مابقى من جسده ويتوضأ ويغسل قدميه لانه لبس الخف على غير طهارة فلا يكون له أن يمسح ولو أن هذا الجنب الذى بقى من جسده لمعة لم يصبها الماء تيمم وصلى ثم أحدث ثم أصاب ماء فهذه المسئلة على خمسة أوجه أحدها ان يكون الماء الموجود يكفيه لما بقى من جسده وللوضوء فعليه ان يغسل مابقى من جسده ليخرج من الجنابة ثم هو محدث معه من الماء مايتوضأ به فعليه ان يتوضأ والثانى أن يكون الماء بحيث لايكفيه لواحد من الأمرين فعليه ان يتيمم ولكن يستعمل الماء الموجود فيما بقى من جسده لتقليل الجنابة . والثالث ان يكون الماء الموجود بحيث يكفيه للمعة ولا يكفيه للوضوء فعليه أن يغسل به اللمعة حتى يخرج من الجنابة ثم هو محدث لاماء معه فيتيمم للحدث . والرابع ان يكون الماء الذى معه يكفيه للوضوء ولايكفيه لما بقى من جسده فعليه ان يتوضأ به لان تيممه للجنابة باق حين لم يجد ماء يكفيه لازالتها فهو محدث معه من الماء مايتوضأ به . والخامس ان يكون الماء بحيث يكفي كلَّ واحد منهما على الانفراد ولايكفيه لهما فعليه ان يصرف الماء الى غسل مابقى من جسده لان حكم الجنابة أغلظ ألا ترى أن الجنب يمنع من قراءة القرآن والمحدث لايمنع من ذلك فعليه ازالة أغلظ الحدثين بالماء ثم يتيمم بعد ذلك للحدث فان تيمم أولا ثم غسل اللمعة بالماء أجزأه فى رواية هذا الكتاب وفى الزيادات يقول لايجزئه وقيل ماذكر فى الزيادات قول محمد رحمه الله

تعالى وماذكر ههنا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وجه قول محمد أنه تيمم ومعه من الماء ما يكفيه لوضوئه فلا يعتبر تيممه وقاس هذا برجلين في السفر وجدا ماء يتوضأ به أحدهما فانه يجب على أحدهما ان يتوضأ به ثم يتيمم الآخر بعد ذلك فان بدأ أحدهما فتيمم ثم توضأ الآخر بالماء لم يجز تيمم المتيمم . وجه هذه الرواية ان الماء الذى معه مستحق لازلة الجنابة فيجعل كالمعدوم فى حق الحدث حتى يصح تيممه كما لو كان مستحقا لعطشه ثم شبه هذا في الكتاب بمن كان معه سؤر الحمار وهو محدث فانه ينبغى له أن يتوضأ به ثم يتيمم فان تيمم أولا ثم توضأ به أجزأه لان لواجب عليه الجمع بينهما فبأيهما بدأ أجزأه فكذلك هنا الواجب عليه التيمم واستعمال الماء فى اللمعة فبأيهما بدأ يجزئه . ولو توضأ للفجر ولبس خفيه وصلى ثم أحدث في وقت الظهر وتوضأ وصلى ثم فى وقت العصر كذلك ثم ذكر أنه لم يمسح برأسه فى الفجر فعليه أن ينزع خفيه ويغسل قدميه ويعيد الصلوات كلها لانه تبين أن اللابس لم يكن على طهارة تامة وان وضوءه في وقت الظهر والعصر لم يكن طهارة بالمسح على الخفين فيلزمه اعادة الصلوات كلها بعد إكمال الطهارة وان تبين أنه ترك مسح الرأس في الظهر فعليه اعادة الظهر خاصة لان لبسه كان على طهارة كاملة فتكون طهارته فى وقت العصر بالمسح بالخف تامة ولا يجب عليه مراعاة الترتيب عند النسيان والاشتباه فلهذا لا يلزمه الاقضاء الظهر . ولو سقطت الجبائر بعد مامسح عليها فى خلال الصلاة عن غير برء فانه يمضى على صلاته لان المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها مادامت العلة قائمة لعجزه عن الغسل لما تحتها . ولو نسى أن يمسح على الجبائر حتى دخل فى الصلاة ثم سقطت عنه الجبائر فانه يستقبل الصلاة بعد ما يعيد الجبائر ويمسح عليها وهذا على الرواية الظاهرة التى نقول انه لا يجزئه ترك المسح على الجبائر اذا كان يقدر عليها وقد بيناها في الصلاة . ولو توضأ بسؤر حمار وتيمم ثم أصاب ماء نظيفاً فلم يتوضأ حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار فعليه اعادة التيمم وليس عليه اعادة الوضوء بسؤر الحمار لان ذلك طهارة بالماء فلا تنتقض بوجود الماء لمعنى وهو ان سؤر الحمار ان كان طاهرا فقد توضأ به وان كان نجساً فليس عليه الوضوء به في المرة الأولى ولا في المرة الثانية فلهذا يكفيه اعادة التيمم . ومن صلى على بساط مبطن أو مصلًى مبطن وفي البطانة قذر أكثر من قدر الدرهم وهو قائم على ذلك الموضع فانه يجزئه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وروى الحسن بن أبى مالك

عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه لايجزئه قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسألة في الكتاب فيما اذا لم يكن مضرّبا ولا كانت الظهارة متصلة بالبطانة بالعرى أوغيرها فيكون هذا في حكم ثوبين يبسط أحدهما فوق الآخر والأسفل منهما نجس فرش وذلك لا يمنع جواز الصلاة وموضوع تلك الرواية فيما اذا كان مضرّبا أو متصلا بالعرى فحينئذ يكون في حكم ثوب واحد وفي الثوب الواحد اذا كانت النجاسة في الوجه الأسفل منه فوقف علي ذلك الموضع فانه لا تجزئه صلاته فهذا كذلك ومنهم من حقق الخلاف في المسألة وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان هذا المصلّى وان كان مبطناً فانه يعد في الناس ثوبا واحداً ويستعمل كذلك فيكون هو بالوقوف عليه واقفاً على النجاسة وشرط جواز الصلاة طهارة مكان الصلاة وهذا بخلاف ما اذا كان فراشه نجساً وعليه مجلس طاهر فصلى عليه لأن المجلس هناك منفصل عن الفراش وهما ثوبان مختلفان وقيامه يكون مضافا الى الأعلى دون الأسفل . ووجه ظاهر الرواية ان المصلّى المبطن في الحقيقة ثوبان وان خيط جوانبه لتيسر الاستعمال وانما يضاف قيامه وجلوسه في العادة الى الأعلى دون الأسفل ألا ترى أن الأعلى اذا كان ديباجا يقال فلان جالس على الديباج فاذا كان الأعلى طاهراً قلنا تجوز صلاته كما في مسألة الفراش والمجلس ومن هذا وقع عند العوام نزع المكعب والقيام عليه في الصلاة على الجنازة وغيرها فان النجاسة انما تكون على الصِّرْم لا على المكعب فلا يكون ذلك مانعا من جواز الصلاة على ظاهر الرواية وقد قال بعض مشايخنا ان ذلك يمنع لأن الصِّرْمَ متصل بالمكعب بعرى فيكون في حكم شئ واحد . ولو أن جبة مبطنة فيها دم قدر الدرهم وقد نفذ من أحد الجانبين الى الجانب الآخر فصلى فيه لم تجز صلاته لأن الظهارة مع البطانة ثوبان وفي كل واحد منهما نجاسة بقدر الدرهم فاذا جمعت بينهما كان أكثر من قدر الدرهم وهذا بخلاف الثوب الذي هو طاق واحد اذا أصابته نجاسة قدر الدرهم ونفذ من أحد الجانبين الى الجانب الآخر فانه تجوز الصلاة فيه لأن ذلك الثوب شئ واحد فباعتبار الوجهين لا تزداد النجاسة في ثوبه على قدر الدرهم وهنا الظهارة غير البطانة فهما ثوبان مختلفان . ولو أن رجلا به جرحان لا يرقآن فتوضأ وهما سائلان ثم رقأ أحدهما فله أن يصلي في الوقت لأن عذره قائم ولو لم يكن السائل حين توضأ الا أحدهما كان أن يتقدر وضوؤه بالوقت فكذلك اذا رقأ أحدهما وبقي الآخر سائلا

فان سكن هـذا وانفجر الذى كان سكن وهو فى خـلال الصـلاة فانه يمضى على صـلاته قال لأن هـذا بمنزلة جرح واحـد يعني فى حكم الطهارة لأن طهارته وقعت لهما جميعا ثم حقيقة المعنى فيه ان الذى انفجر كان ساكنا حين توضأ فيجعل بمنزلة مالو لم يسكن أصلا فتبقى طهارته ما بقى الوقت. ولو توضأ وصلى ثم رقأ بعد الفراغ من الصلاة لم تفسد صلاته لانه أتم الصلاة بطهارة ذوى الاعذار والعذر قائم فزوال العذر بعد الفراغ لا يفسد صلاته بخلاف ما اذا زال العذر فى خلال الصلاة وهو نظير المتيمم يجد الماء في خلال الصـلاة أو بعد الفراغ منها وعلى هذا حكم المستحاضة والمبطون الذى لا ينقطع استطلاق بطنه ومن به سـلس البول أو سـقوط الدود أو انفـلات الريح فان طهارة هؤلاء تتقدر بالوقت لاجـل العذر فان كان مع المستحاضة ثوبان أحدهما طاهر والآخر غير طاهر فلها ان تصلى فى أيهما شاءت اذا كان الطاهر يفسد اذا لبسـته اما اذا صلت فى الطاهر منهما فلا يشـكل لان مالا يمكن الاحتراز عنه عفو واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لفاطمة بنت قيس صـلى وان قطر الدم على الحصير قطرا وكذلك ان صلت فى الثوب الآخر لانه لا فائدة فى لبس الطاهر منهـما لانه يتنجس بما يصيبه من الدم وتجعـل صلاتها في الثوب النجس جائزة فالصلاة في الثوب النجس جائزة عند العجز عن ادائها فى الثوب الطاهر ولا يجوز ان نلزمها بتنجيس الثوب الطاهر فلهذا جوزنا صلاتها في اى الثوبين لبسته والله أعلم بالصواب

﴿ باب المستحاضة ﴾

﴿قال﴾ رضى الله عنـه ولو ان امرأة كانت تحيض في غرة كل شهر خمساً فتقـدم حيضها في شهر خمسة أيام ثم انقطع عنها الدم ولم تر في خمستها شيئاً فهذا المتقدم لايكون حيضا في قول أبى حنيفـة رحمه الله تعالى نص عليه فى هذا الموضع وفي كتاب الصلاة أطلق الجواب فقال المتقـدم يكون حيضاً وهو قول أبى يوسف ومحمـد رحمهما الله تعالى والمسألة فى الحاصل على ثلاثة أوجه في وجه يكون المتقـدم حيضاً بالاتفاق وفي وجه آخر اختلفوا فيـه وفي وجه اختلفت الروايات عن أبى حنيفـة رحمه الله تعالى اما الوجـه الأول وهو ما إذا رأت قبل ايامها مالا يكون حيضاً بانفراده كيوم أو يومين ورأت فى أيامها مايكون حيضا بانفراده بان رأت خمستها أو ثلاثة في خمستها فالكل حيض لان المتقـدم لايستقل بنفسه فيجعل تبعا لايامها

فان إتباع مالا يستقل بنفسه لما يستقل بنفسه اصل والوجه الثانى الذي اختلفوا فيه ثلاثة فصول احدها ما اذا رأت خمسة قبل خمستها ولم تر في خمستها شيئاً أو رأت في خمستها مع ذلك يوما أو يومين أو رأت قبل خمستها يوماً أو يومين وفى خمستها يوماأو يومين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون شئ من ذلك حيضا وعندهما كل ذلك حيض . والوجه الثالث ما اذا رأت قبل خمستها ما يكون حيضا بانفراده ورأت في خمستها ما يكون حيضاً بانفراده فعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان فى رواية هذا الكتاب حيضها مارأت في أيامها وهى مستحاضة فيما رأت قبل أيامها وفي الرواية الاخري عنه الكل حيض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الا أن على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى تنتقل عادتها بهذه المرة لانه يري انتقال العادة برؤية المخالف مرة وعلى قول محمد يكون حيضا ولكن يكون حكم انتقال العادة به يتوقف على ما تراه فى الشهر الثانى فان رأت فى أيام عادتها المعروفة فعادتها الأولى تكون باقية ون رأت كما رأت فى هذه المرة فحينئذ تنتقل عادتها برؤية المخالف مرتين وهذا اذا لم يجاوز الكل عشرة فان جاوز فحينئذ يكون حيضها أيامها المعروفة بالاتفاق وهى مستحاضة فيما سوى ذلك وفى المتأخر اتفاق انه يكون حيضا تبعا لايامها اذا لم يجاوز العشرة فان جاوز فحيضها أيامها المعروفة وهى مستحاضة فيما زاد على ذلك فان لم ترفى أيامها ورأت بعد أيامها فان ذلك لايكون حيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى يكون حيضا بطريق الابدال ان أمكن ذلك والامكان بان يبقى بعد الابدال الى موضع حيضها الثانى خمسة عشر يوما أو أكثر حتى قال لو رأت بعد أيامها بعشرة أيام فهي مستحاضة في القولين جميعا لانا لو أبدلنا لها خمسة من أول ما رأت لايبقى الى موضع حيضها الثانى الا عشرة أيام وذلك دون مدة الطهر وقد بينا وجوه هذه الفصول بمعانيها فى كتاب الحيض . فان رأت الدم يوما من أيام أقرائها ثم انقطع ثم رأته يوم العاشر من أيام اقرائها فهذا حيض فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بناء على مذهبه ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من خمسة عشر يوما يجعل كله كالدم المتوالى وان رأته في اليوم الحادى عشر فهى مستحاضة فيما تقدم من حيضها وما تأخر وهي حائض في أيام أقرائها في القولين جميعا لأن الكل جاوز العشرة فلا يمكن ان يجعل جميع ذلك حيضا وانما يكون أيام أقرائها حيضا اذا رأت الدم فيها فاما اذا لم تر الا اليوم الأول من أيام أقرائها

فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا تكون أيام اقرائها حيضا أيضا لانه لا يرى ختم الحيض بالطهر وقد بيناهذا في كتاب الحيض. والنفساء اذا ولدت فرأت الدم خمسة عشر يوما ثم انقطع خمسة عشرة يوما ثم رأته فى تمام أربعين يوما فهذا كله نفاس عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الأربعين للنفاس بمنزلة العشرة للحيض فكما ان من أصله ان الطهر المتخلل بين الدمين فى مدة العشرة لا يصير فاصلا فكذلك الطهر المتخلل بين الدمين فى مدة الاربعين لا يكون فاصلا في النفاس وعندهما نفاسها خمسة عشر يوما لان الطهر خمسة عشر كما يصلح للفصل بين الحيضين يصلح للفصل بين الحيض والنفاس. وان رأت الدم أكثر من أربعين يوما فهى مستحاضة فى الزيادة على الاربعين اذا كانت مبتدأة فى النفاس وان كانت صاحبة عادة فهى مستحاضة في الزيادة على أيام عادتها المعروفة لان الأربعين أكثر مدة النفاس كما ان العشرة أكثر مدة الحيض وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة فى أيام اقرائها. ولو أن امرأة ولدت فى غرة شهر رمضان فصامت رمضان كله ثم جاءت بولد بعد رمضان بخمسة أشهر ونصف فانها تقضى صوم خمسة عشر يوما وصلاة خمسة عشر يوما اذا كانت اغتسلت فى غرة شوال لان أدنى مدة الحمل ستة أشهر فقد تيقنا انها حبلت في النصف من رمضان والحامل كما لا تحيض لا تكون نفساء فان النفاس أخو الحيض فاذا تيقنا بخروجها من النفاس فى النصف من شهر رمضان جاز صومها فى النصف الآخر فعليها قضاء النصف الأول وهو خمسة عشر يوما وهي لم تصل فى النصف الاخير من رمضان بعد ما حكمنا بطهرها فعليها قضاء خمسة عشر يوما فان كانت اغتسلت يوم الفطر وصامت شوال وصلت ثم جاءت بولد لخمسة أشهر ونصف بعد ذلك فانما تقضى يوما واحداً وهو يوم الفطر لانه لا يجوز صومها فيه من القضاء وعليها قضاء صلاة خمسة عشر يوما لانا حكمنا بطهرها حين حملت وقد أخرت الاغتسال بعد ذلك خمسة عشر يوما فعليها قضاء تلك الصلوات. والعجوز الكبيرة اذا رأت الدم كانت حائضاً في ظاهر الرواية وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول بعد ما نحكم باياسها اذا رأت الدم لا يكون ذلك حيضا لان ذلك مستنكر مرئي في غير وقته فلا يكون حيضا بمنزلة ما تراه الصغيرة جداً وجه ظاهر الرواية أن مبنى الحيض على الامكان وفيما رأته العجوز امكان جعله حيضا ثابت بخلاف ما تراه الصغيرة جداً فانه ليس فيه امكان جعله حيضا لانه اذا جعل ذلك حيضا فلا بد من أن نحكم ببلوغها

والصغيرة جداً لا تكون أهلا لذلك وكان محمد بن ابراهيم الميداني رحمهما الله تعالى يقول ان رأت دما سائلا ثلاثة أيام أو أكثر فهو حيض وان رأت شيئاً قليلا ليس بسائل وانما هو بلة تظهر على الكرسف لم يكن ذلك حيضا بل هو من نداوة الرحم فلا تجعل حائضا به. والمراهقة اذا رأت الدم يوما أو يومين والاكثر من اليوم الثالث فهي حائض يحكم ببلوغها به وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها فان كان ما رأت أقل من ذلك لم يكن حيضا وقد بينا هذا في كتاب الحيض. ولو أن امرأة رأت الدم أيام أقرائها عشراً ثم انقطع الدم عنها قبل طلوع الفجر في رمضان في وقت لا تقدر فيه على الغسل حتى يطلع الفجر فهذه تصلي وتصوم ولا تقضى صوم هذا اليوم وتصلى العشاء الأخيرة ولا يملك الزوج مراجعتها ان كان طلقها لانا تيقنا بخروجها من الحيض قبل طلوع الفجر فتلزمها صلاة العشاء لانها أدركت جزأ من الوقت ويجوز صومها لانها أهل لأداء الصوم من أول النهار وان كانت أيام اقرائها خمسا خمسا ثم انقطع الدم عنها قبل طلوع الفجر في وقت لاتقدر فيه على الغسل حتى طلع الفجر فهذه تصوم وتقضى ومعناه تمسك في هذا اليوم وعليها قضاء هذا اليوم لانه لا يحكم بخروجها عن الحيض ما لم تغتسل فهي لم تكن من أهل أداء الصوم عند طلوع الفجر فلا يجزئها صومها وزوجها يملك الرجعة حتى تطلع الشمس ووقع في بعض النسخ وتصلى العشاء وهذا غلط فانها لم تدرك من وقت العشاء مقدار ما يمكنها أن تغتسل فيه فلا يلزمها قضاء العشاء ولو لزمها ذلك لانقطعت الرجعة بطلوع الفجر وجاز صومها في هذا اليوم فان كان بقي الى طلوع الفجر مقدار ما يمكنها أن تغتسل فيه فحينئذ يلزمها قضاء العشاء ويجوز صومها في هذا اليوم ولا يملك الزوج رجعتها بعد طلوع الفجر لأنا تيقنا بطهارتها حين حكمنا بوجوب الصلاة دينا في ذمتها عند طلوع الفجر ولو انقطع عنها الدم حين زالت الشمس وأيامها دون العشرة فزوجها يملك الرجعة الى دخول وقت العصر لأن الحكم بطهارتها يكون ضمنا لوجوب الصلاة دينا في ذمتها وانما يكون ذلك بخروج الوقت لا بدخول الوقت فبعد زوال الشمس هي حائض بعد وانما يحكم بطهارتها حين يدخل وقت العصر لان صلاة الظهر تصير دينا في ذمتها. ولو أن نصرانية أيام اقرائها خمس خمس انقطع عنها الدم في مقدار لا تقدر فيه على الغسل حتى طلع الفجر

في شهر رمضان ثم أسلمت فانها تصوم ولا تقضي وتصلي العشاء ولا يملك الزوج رجعتها لان النصرانية غير مخاطبة بالاغتسال فبنفس انقطاع الدم يحكم بخروجها من الحيض لانه لا غسل عليها فهي نظير ما لو كانت أيامها عشراً ثم أسلمت قبل طلوع الفجر وهي طاهرة فتلزمها صلاة العشاء ويجزيها صومها من الغد ولا يملك الزوج رجعتها. ولو أسلمت ثم انقطع عنها الدم في مقدار لا تقدر فيه على الغسل حتى طلع الفجر فانها تصوم وتقضي وزوجها يملك الرجعة الا أن تطلع الشمس لانها لما انقطع الدم عنها بعدما أسلمت وأيامها دون العشرة فقد لزمها الاغتسال ولا يحكم بخروجها من الحيض ما لم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة فلهذا لا يجزيها صومها من الغد ويكون للزوج حق المراجعة الى طلوع الشمس ﴿قال﴾ وتصلي العشاء. وهذا غلط كما بينا في الفصل الأول لانا لو ألزمناها قضاء العشاء لحكمنا بطهرها بطلوع الفجر فلا يملك الزوج رجعتها بعد ذلك. فان توضأت المستحاضة في وقت الظهر وصلت والدم سائل ثم انقطع دمها فصلاتها تامة لبقاء العذر الى الفراغ من الصلاة وان كان الانقطاع قبل الشروع في الصلاة أو في خلال الصلاة فعليها اعادة الوضوء والصلاة لانها صلت بطهارة ذوي الاعذار بعد زوال العذر وهذا اذا تم الانقطاع وقت صلاة أو أكثر فان كان أقل من ذلك فصلاتها تامة لان القليل من الانقطاع غير معتبر فان صاحبة هذه البلوى لا تكاد ترى الدم على الولاء ولكنه يسيل تارة وينقطع اخرى لانها لو رأت الدم على الولاء أضناها ذلك وربما يكون سبباً لهلاكها فجعلنا القليل من الانقطاع عفوا وجعلنا الفاصل بين القليل والكثير وقت صلاة كامل اعتبارا للانقطاع بالسيلان فان السيلان اذا كان دون وقت صلاة لا يثبت به حكم الاستحاضة واذا كان وقت صلاة أو أكثر يثبت به حكم الاستحاضة وكذلك الانقطاع اذا كان دون وقت صلاة لا يكون برأ وان كان وقت صلاة أو أكثر كان برأ والله أعلم بالصواب

كتاب التراويح

(قال) رحمه الله تعالى يحتاج الى معرفة أحكام التراويح والامة أجمعت على شرعيتها وجوازها ولم ينكرها أحد من أهل العلم الا الروافض لابارك الله فيهم ولم يذكرها محمد رحمه الله تعالى وذكرها غيره ثم نقول الكلام في صلاة التراويح على اثنى عشر فصلا

الفصل الأول في عدد الركعات

فانها عشرون ركعة سوى الوتر عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى السنة فيها ستة وثلاثون قيل من أراد ان يعمل بقول مالك رحمه الله تعالى ويسلك مسلكه ينبغي ان يفعل كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يصلي عشرين ركعة كما هو السنة ويصلي الباقي فرادى كل تسليمتين أربع ركعات وهذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأداء الكل جماعة كما قال مالك رحمه الله تعالى بناء على أن النوافل بجماعة مستحب عنده وهو مكروه عندنا (قال) والشافعي رحمه الله تعالى قاس النفل بالفرض لانه تبع له فيجرى مجرى الفرض فيعطى حكمه ولنا ان الاصل في النوافل الاخفاء فيجب صيانتها عن الاشتهار ما أمكن وفيما قاله الخصم إشهار فلا يعمل به بخلاف الفرائض لان مبناها على الاعلان والاشهار وفي الجماعة اشهار فكان أحق. يوضح ماقلنا ان الجماعة لو كانت مستحبة في حق النوافل لفعله المجتهدون القائمون بالليل لان كل صلاة جوزت على وجه الانفراد وبالجماعة كانت الجماعة فيها أفضل ولم ينقل أداؤها بالجماعة في عصره صلى الله عليه وسلم ولا في زمن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولا في زمن غيرهم من التابعين فالقول بها مخالف للامة أجمع وهذا باطل

الفصل الثاني انها تؤدى بجماعة أم فرادى

ذكر الطحاوى في اختلاف العلماء عن المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى وذكر أيضاً عن مالك رحمه الله تعالى انهما قالا ان أمكنه اداؤه في بيته صلى كما يصلي في المسجد من مراعاة سنة القراءة وأشباهه فيصلي في بيته وقال الشافعي رحمه الله تعالى في قوله القديم أداء التراويح على وجه الانفراد لما فيها من الاخفاء أفضل وقال عيسى بن ابان وبكار بن قتيبة والمزنى من أصحاب الشافعي وأحمد بن عمران رحمهم الله تعالى الجماعة أحب وأفضل وهو المشهور عن عامة العلماء رحمهم الله تعالى وهو الأصح والأوثق ويدل عليه ما روى في حديث أبي ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج لما بقي سبع من شهر رمضان فصلى بهم حتي مضي ثلث الليل ولم يخرج في الليلة السادسة ثم خرج في الليلة الخامسة وصلى بنا حتى مضى شطر الليل فقلنا لو نفلتنا يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام من صلى مع الامام حتى ينصرف كتب الله له ثواب تلك الليلة ثم خرج في الليلة الرابعة

وصلى بنا حتى خشينا أن يفوتنا الفلاح يعني السحر وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى فى اختلاف العلماء وقال لا ينبغي أن يختار الانفراد على وجه يقطع القيام في المسجد فالجماعة من سنن الصالحين والخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم أجمعين حتى قالوا رضى الله تعالى عنهم نور الله قبر عمر رضى الله تعالى عنه كما نوّر مساجدنا والمبتدعة أنكروا أداءها بالجماعة فى المسجد فأداؤها بالجماعة جعل شعاراً للسنة كاداء الفرائض بالجماعة شرع شعار الاسلام

الفصل الثالث فى بيان كونها سنة متوارثة أم تطوعا مطلقة مبتدأة

اختلفوا فيها وينقطع الخلاف برواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن التراويح سنة لا يجوز تركها لان النبي صلى الله عليه وسلم أقامها ثم بين العذر في ترك المواظبة على أدائها بالجماعة فى المسجد وهو خشية أن تكتب علينا ثم واظب عليها الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى وأن عمر رضى الله عنه صلاها بالجماعة مع أجلاء الصحابة فرضى به علي رضى الله عنه حتى دعا له بالخير بعد موته كما ورد وأمر به في عهده ﴿قال﴾ ولو صلى انسان في بيته لا يأثم هكذا كان يفعله ابن عمر وابراهيم والقاسم وسالم الصواف رضي الله عنهم أجمعين بل الاولى أداؤها بالجماعة لما بينا

الفصل الرابع في الانتظار بعد كل ترويحتين

وهو مستحب هكذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانها انما سميت بهذا الاسم لمعنى الاستراحة وأنها مأخوذة عن السلف وأهل الحرمين فان أهل مكة يطوفون سبعاً بين كل ترويحتين كما حكينا عن مالك رحمه الله تعالى ولو استراح امام بعد خمس ترويحات قال بعض الناس لا بأس به وهذا ليس بشئ لما فيه من المخالفة لاهل الحرمين والصحيح هو الانتظار والاستراحة بين كل ترويحتين على ما حكينا

الفصل الخامس فى كيفية النية

واختلفوا فيها والصحيح ان ينوى التراويح أو السنة أو قيام الليل ولو نوى مطلق الصلاة لا تجوز عن التراويح لانها سنة والسنة لا تتأدى بنية مطلقة أو بنية التطوع فانه روي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في ركعتى الفجر انها لا تجوز بمطلق النية ونية التطوع فلو كان

الامام يصلي التسليمة الثانية والمقتدي ينوى التسليمة الاولى أو الثانية اختلفوا فيه والاصح أنها تجوز عن التراويح والنية في مثلها لغو لان الصلاة هذه وان كثرت اعداد ركعاتها ولكنها من جنس واحد فلا تعتبر فيها النية من المقتدى كما لاتعتبر من الامام فانه لونوى عند تسليم الأولى الثانية أو على القلب من هذا كان لغواً وجازت صلاته فكذلك فى حق المقتدى يكون لغواً

الفصل السادس في حق قدر القراءة

واختلف فيه مشايخنا رحمهم الله تعالى قال بعضهم يقرأ مقدار مايقرأ فى المغرب تحقيقا لمعنى التخفيف لان النوافل يحسن ان تكون أخف من الفرائض وهذا شئ مستحسن لما فيه من درك الختم والختم سنة فى التراويح وقال بعضهم فى كل ركعة من عشرين آية الى ثلاثين آية أصله ماروى عن عمر رضي الله عنه انه دعا ثلاثة من الأئمة واستقرأهم فأمر أحدهم ان يقرأ فى كل ركعة ثلاثين آية وأمر الآخر ان يقرأ فى كل ركعه خمسة وعشرين آية وأمر الثالث ان يقرأ فى كل ركعة عشرين آية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان الامام يقرأ فى كل ركعة عشر آيات ونحوها وهو الاحسن لان السنة في التراويح الختم مرة وبما أشار اليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى يختم القرآن مرة فيها لان عدد ركعات التراويح في جميع الشهر ستمائة وعدد آى القرآن ستة آلاف وشئ فاذا قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل الختم فيها ولو كان كما حكي عن عمر رضى الله عنه لوقع الختم مرتين أو ثلاثا قال القاضى الامام المحسن المروزى رحمه الله تعالى الأفضل عندى ان يختم فى كل عشر مرة وذلك ان يقرأ في كل ركعة ثلاثين آية أو نحوها كما أمر به عمر رضى الله عنه أحد الأئمة الثلاثة ولان كل عشر مخصوص بفضيلة على حدة كما جاءت به السنة وبه نطق الحديث وهو شهر أوله رحمة ووسطه مغفرة وآخره عتق من النار فيحسن أن يختم في كل عشر ولان التثليث يستحب فى كل شئ فكذا فى الختم وحكى عن القاضي الامام عماد الدين رحمه الله تعالى ان مشايخ بخارى جعلوا القرآن خمسمائة وأربعين ركوعاً وعلموا الختم بها ليقع الختم فى الليلة السابعة والعشرين رجاء ان ينالوا فضيلة ليلة القدر اذ الأخبار قد كثرت بأنها ليلة السابع والعشرين من رمضان وفى غير هذه البلدة المصاحف معلمة بالآيات وانما سموه ركوعاً على تقدير أنها تقرأ فى كل ركعة

الفصل السابع فى أدائها قاعداً من غير عذر

اختلفوا فيه قال بعضهم لاينوب عن التراويح على قياس ماروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فى ركعتى الفجر انه لو أداهما قاعداً من غير عذر لم يجزه عن السنة وعليه الاعتماد فكذا هذا لانها مثله والصحيح انها تجوز والفرق ظاهر فان ركعتي الفجر آكدواشهروهذا الفرق يوافق رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى ومع الفرق فانه لايستحب لما فيه من مخالفة السنة والسلف

الفصل الثامن فى الزيادة على قدر المسنون وهو ركعتان بتسليمة واحدة

فنقول لايخلو إما أن يقعد على رأس الشفع الأول أولايقعد فان قعد ففيه خلاف والاصح أنه يجوز عن التسليمتين لان كل شفع صلاة على حدة ولهذا لو فسد الشفع الثانى فسدهو لاغير ولانه لم يحل بينهما بالسلام الذى هو بمعنى الكلام فكان أحق بالجواز فان صلى ست ركعات أو ثمان ركعات وقعد على رأس كل شفع اختلف فيه المتقدمون والمتأخرون فالمتقدمون اختلفوا فيما بينهم قال بعضهم المسألة على الخلاف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع عن العدد المستحب وهو أربع ركعات لان الزيادة على الاربع غير مستحب في التطوع وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقع عن العددالجائز وهوست ركعات في رواية الجامع الصغير وفى رواية كتاب الصلاة ثمان ركعات ولوصلى عشر ركعات فهو عن التسليمات الخمس فى رواية شاذة عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى الا أنها مكروهة لانها خلاف الظاهر وفى رواية الجامع أربع ركعات بتسليمة واحدة ولو لم يقعد على رأس الشفع الأول القياس أنه لايجوز وبه أخذ محمد وزفر رحمهما الله تعالى وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفي الاستحسان يجوز وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى واختلفوا على قولهما أنه متى جاز تجوز عن تسليمة واحدة أم عن تسليمتين والأصح انه يجوز عن تسليمة واحدة ولو صلى ثلاث ركعات بقعدة واحدة لم يجز عندمحمد وزفر رحمهما الله تعالى. واختلفوا في قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى قال بعضهم لايجزئه لانه لاأصل لها فى النوافل فانها غير مشروعة بثلاث ركعات وقال بعضهم يجزئه عن تسليمة واحدة اعتبارا بالمغرب ثم على قول من يقول لايجزئه عن تسليمة واحدة لاشك

انه يلزمه قضاء الشفع الأول وهل يلزمه قضاء الشفع الثانى فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لايجب سواء شرع فى الشفع الثانى عامداً أو ساهياً وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ينظر ان شرع عامداً يجب وان شرع ساهياً لايجب وانما على القول الذى يجوزه عن تسليمة واحدة يجب عليه قضاء الشفع الثانى ان شرع فيه عامداً وان شرع ساهياً لايجب باتفاق بين أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لأن الشفع الاول لما صح صح الشروع فى الشفع الثاني فيجب عليه اكماله ان شرع فيه عن قصد حتى لو صلى الرجل التراويح بعشر تسليمات في كل تسليمة ثلاث ركعات بقعدة واحدة جاز ويسقط عنه التراويح وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لايسقط ولو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة وقعد فى كل ركعتين الاصح أنه يجزئه عن الترويحات اجمع وهو أصح الروايتين وان لم يقعد اختلفت فيه الاقاويل على قياس قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى والاصح أنه يجزئه عن تسليمة واحدة

الفصل التاسع انه متى وقع الشك

فى أن الامام صلى عشر تسليمات فالصحيح من المذهب ان يصلوا ركعتين فرادى لتصير عشراً بيقين ولئلا يصير مؤديا للتطوع بجماعة اذهى مكروهة على ماينا

الفصل العاشر فى تفضيل التسليمتين على البعض

وهو جائز من غير كراهة والتسوية افضل واما تفضيل احدي الركعتين على الأخرى فان فضل الثانية على الأولى لاشك انه يكره الابما لا يمكن الاحتراز عنه كآية أو آيتين وفى تفضيل الأولى على الثانية اختلفوا فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى التعديل أفضل وقال محمد رحمه الله تعالى الافضل تفضيل الأولى على الثانية كما في سائر الصلوات

الفصل الحادى عشر فى وقتها المستحب

الافضل الى ثلث الليل أو الى النصف اعتباراً بالعشاء ولو أخرها الى ماوراء النصف اختلف فيه قال بعضهم يكره استدلالا بالعشاء لانه تبع لها والصحيح انه لايكره لانها صلاة الليل والافضل فيها آخر الليل فان فاتت عن وقتها هل تقضى قال بعضهم تقضى مادام الليل

باقياً وقال بعضهم تقضى مالم يأت وقتها فى الليلة المستقبلة وقال بعضهم تقضى مادام الشهر باقيا وقال آخرون لا تقضى أصلا كسنة المغرب وغيرها من السنن فى غير وقتها الا سنة الفجر فى قول محمد رحمه الله تعالى على ماعرف فى الاصل وقالوا جميعا انها لا تقضى بجماعة ولو كانت مما تقضى لكانت تقضى على صفة الأداء

الفصل الثانى عشر فى امامة الصبى فى التراويح

جوزها مشايخ خراسان رحمهم الله تعالى ورضى عنهم ولم يجوزها مشايخ العراق رحمهم الله تعالى ورضى الله عنهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الزكاة

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى الزكاة في اللغة عبارة عن النماء والزيادة ومنه يقال زكا الزرع اذا نما فسميت الزكاة زكاة لانها سبب زيادة المال بالخلف فى الدنيا والثواب في الآخرة قال الله تعالى وما أنفقتم من شيء فهو يخلفه وقيل أيضا انها عبارة عن الطهر قال الله تعالى قد أفلح من تزكى أى تطهر وانما سمى الواجب زكاه لانها تطهر صاحبها عن الآثام قال الله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وهى فريضة مكتوبة وجبت بايجاب الله تعالى فانها فى القرآن ثالثة الايمان قال الله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وفي السنة هى من جملة أركان الدين الخمس قال صلى الله عليه وسلم بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من استطاع اليه سبيلا * فاصل الوجوب ثابت بايجاب الله تعالى وسببه الوجوب ماجعله الشرع سبباً وهو المال قال الله تعالى خذ من أموالهم صدقة ولهذا يضاف الواجب اليه فيقال زكاة المال والواجبات تضاف الى أسبابها ولكن المال سبب باعتبار غنى المالك قال النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضى الله عنه أعلمهم ان الله تعالى فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم والغنى لا يحصل الا بمال مقدر وذلك هو النصاب الثابت ببيان صاحب الشرع والنصاب انما يكون سبباً باعتبار صفة النماء فان

الواجب جزء من فضل المال قال الله تعالى ويسئلونك ماذا ينفقون قل العفو أي الفضل فصار السبب النصاب النامي ولهذا يضاف الى النصاب والى السائمة يقال زكاة السائمة وزكاة التجارة والدليل عليه أن الواجب يتضاعف بتضاعف النصاب * فان قيل الزكاة تتكرر في النصاب الواحد بتكرر الحول ثم الحول شرط وليس بسبب * قلنا التكرر باعتبار تجدد النمو فان النماء لا يحصل الا بالمدة فقدر ذلك الشرع بالحول تيسيرا على الناس فيتكرر الحول تجدد معنى النمو ويتجدد وجوب الزكاة باعتبار تجدد السبب اذا عرفنا هذا فنقول بدأ محمد رحمه الله تعالى الكتاب بزكاة المواشي وانما فعل ذلك اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانها كانت مبتدأة كلها بزكاة المواشي وقيل لان قاعدة هذا الامر كان في حق العرب وهم كانوا أرباب المواشي وكانوا يعدونها من أنفس الاموال وقيل لان زكاة السائمة مجمع عليها فبدأ بما هو المجمع عليه ليرتب عليه المختلف فيه ﴿ قال ﴾ وليس في أربع من الابل السائمة صدقة لحديث علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لم يكن عنده الا أربع من الابل فلا زكاة عليه واذا كانت خمساً ففيها شاة على هذا اتفقت الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمعت الامة وقيل المعنى فيه أنه العبرة للقيمة في المقادير فان الشاة تقوّم بخمسة دراهم في ذلك الوقت وبنت المخاض بأربعين درهما فايجاب الزكاة في خمس من الابل كايجاب الزكاة في مائتي درهم وان أدنى الاسباب التي تجب فيها الزكاة من الابل بنت مخاض وفي العشر شاتان وفي خمسة عشر ثلاث شياه وفي عشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وعلى هذا اتفقت الآثار وأجمع العلماء رحمهم الله تعالى الا ما روى شاذاً عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين بنت مخاض قال سفيان الثوري رحمه الله تعالى وهذا غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه أما علي رضي الله عنه فانه كان أفقه من أن يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين بلا وقص بينهما وهو خلاف أصول الزكاة فان مبنى الزكاة على أن الوقص يتلو الواجب وعلى أن الواجب يتلو الوقص وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وهي أعلى الاسنان التي تؤخذ في زكاة الابل لان ما بعدها ثني وسديس وبازل وبازل عام وبازل عامين ولا يجب شئ من ذلك في الزكاة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم السعاة عن أخذ كرائم أموال الناس وبنت المخاض التي تم لها سنة وطعنت في الثانية سميت به لمعنى في أمها فانها صارت مخاضا

أي حاملا قال الله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة وبنت اللبون التي تم لهـا سنتان وطعنت في الثالثة سميت به لمعنى بها في أمها فانها لبون بولادة أخرى والحقة التي لها ثلاث سنين وطعنت في الرابعة سميت به لمعني فيها وهو أنه حق لها أن تركب ويحمل عليها والجذعة التي تم لهـا أربع سنين وطعنت في الخامسة سميت به لمعنى في أسنانها معروف عند أرباب الابل ثم بعد ذلك يزاد القدر بزيادة الابل فيجب في ست وسبعين بنتا لبون وفي احدى وتسعين حقتان الى عشرين ومائة وعلى هذا اتفقت الآثار وأجمع العلماء رحمهم الله تعالى ثم الاختلاف بينهم بعد ذلك فالمذهب عندنا استئناف الفريضة بعد مائة وعشرين فاذا بلغت الزيادة خمساً ففيها حقتان وشاة الى مائة وثلاثين ففيها حقتان وشاتان وفي مائة وخمس وثلاثين حقتان وثلاث شياه وفي مائة وأربعين حقتان وأربع شياه وفي مائة وخمس وأربعين حقتان وبنت مخاض الى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيجب في مائة وخمس وخمسين ثلاث حقاق وشاة وفي مائة وستين ثلاث حقاق وشاتان وفي مائة وخمس وستين ثلاث حقاق وثلاث شياه وفي مائة وسبعين ثلاث حقاق وأربع شياه وفي مائة وخمس وسبعين ثلاث حقاق وبنت مخاض وفي مائة وست وثمانين ثلاث حقاق وبنت لبون وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق الى مائتين فان شاء أدى عنها أربع حقاق عن كل خمسين حقة وان شاء خمس بنات لبون عن كل أربعين بنت لبون ثم تستأنف كما بينا وقال مالك رحمه الله بعد مائة وعشرين يجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة والاوقاص تسع تسع فلا يجب في الزيادة شئ حتى تكون مائة وثلاثين ففيها حقة وبنت لبون لانها مرة خمسون ومرتين أربعون وفي مائة وأربعين حقتان وبنت لبون وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق وفي مائة وستين أربع بنات لبون وفي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون وفي مائة وثمانين حقتان وبنتا لبون وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون الى مائتين فان شاء أدى أربع حقاق وان شاء خمس بنات لبون وقال الشافعي رضي الله عنه مثل قول مالك رضي الله عنه الا في حرف واحد وهو ان عند الشافعي رحمه الله تعالى اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون الى مائة وثلاثين ثم مذهبه كمذهب مالك رحمه الله تعالى وعند مالك لا يجب شئ حتى تكون الابل مائة وثلاثين وحجتهما في ذلك ماروى عن عبدالله بن عمر وأنس ابن مالك رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتاب الصدقة وقربه

بقراب سيفه ولم يخرجه الى عماله حتى قبض فعمل به أبو بكر وعمر رضى الله عنهما حتى قبضا وكان فيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة الأن مالكا رحمه الله حمله على الزيادة التى يمكن اعتبار المنصوص عليه فيها وذلك لايكون فيما دون العشرة والشافعى رحمه الله تعالى يقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد علق هذا الحكم بنفس الزيادة وذلك بزيادة الواحدة فعندها يوجب فى كل أربعين بنت لبون وهذه الواحدة لتعيين الواجب بها فلا يكون لها حظ من الواجب واستدل عليه بالحديث الذى ذكره أبو داود وابن المبارك رحمهما الله تعالى بالاسناد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا زادت الابل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون وهذا نص فى الباب والمعنى فيه ان الواجب فى كل مال من جنسه فان الواجب جزء من المال الا ان الشرع عند قلة الابل أوجب من خلاف الجنس نظرا للجانبين فان خمساً من الابل مال عظيم ففي اخلائه عن الواجب اضرار بالفقراء وفي ايجاب الواحدة اجحاف بارباب الاموال وكذلك فى ايجاب الشقص فان الشركة عيب فأوجب من خلاف الجنس دفعاً للضرر وقد ارتفعت هذه الضرورة عند كثرة الابل فلا معنى لايجاب خلاف الجنس ومبنى الزكاة على ان عند كثرة العدد وكثرة المال يستقر النصاب والوقص والواجب على شى معلوم كما في زكاة الغنم عند كثرة العدد يجب في كل مائة شاة ثم أعدل الاسنان بنت اللبون والحقاق فان أدناها بنت المخاض وأعلاها الجذعة والاعدل هو الاوسط وكذلك أعدل الاوقاص هو العشر فان الاوقاص فى الابتداء خمس وفى الانتهاء خمسة عشر فالمتوسط هو العشر وهو الاعدل فلهذا أوجبنا في كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة ﴿ولنا﴾ حديث قيس بن سعد رحمهما الله تعالى قال قلت لأبى بكر محمد بن عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنهم أخرج لى كتاب الصدقات الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فأخرج كتابا فى ورقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم فى كل خمس ذود شاة وروي بطريق شاذ اذا زادت الابل على مائة وعشرين فليس فى الزيادة شئ حتى تكون خمسا فاذا كانت مائة وخمسا وعشرين ففيها حقتان وشاة وهذا نص ولكنه شاذ والقول باستقبال الفريضة بعد مائة وعشرين مشهور عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما ثم نقول وجوب الحقتين فى مائة وعشرين ثابت باتفاق الآثار واجماع الامة فلا يجوز

اسقاطه الا بمثله وبعد مائة وعشرين اختلفت الآثار فلا يجوز اسقاط ذلك الواجب عند اختلاف الآثار بل يؤخذ بحديث عمرو بن حزم رضي الله عنه ويحمل حديث ابن عمر رضى الله عنهما على الزيادة الكبيرة حتى يبلغ مائتين وبه نقول ان فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة وحديث ابن المبارك رحمه الله تعالى محمول على ما اذا كانت مائة وعشرين من الابل بين ثلاثة نفر لأحدهم خمس وثلاثون وللآخر أربعون وللآخر خمس وأربعون فاذا زادت لصاحب الخمس وثلاثين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون وهذا التأويل وان كان فيه بعض بعد فالقول به أولى مماذهب اليه الشافعى رحمه الله تعالى فانه أوجب ثلاث بنات لبون وهو مخالف للآثار المشهورة وان كان لم يجعل لهذه الواحدة حظاً من الواجب كما هو مذهبه فهو مخالف لأصول الزكوات فان ما لا حظ له من الواجب لا يتغير به الواجب كما في الحمولة والعلوفة وحقيقة الكلام في المسئلة وهو أن بالاجماع يدار الحكم على الخمسينات والاربعينات ولكن اختلفنا فى أن أى الادارتين أولى ففي حديث عمرو بن حزم رضى الله عنهما أدار على الخمسينات وفيها الحقة ولكن بشرط عود ما دونها وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما على الاربعينات والخمسينات فنقول الأخذ بما كان في حديث عمرو بن حزم رضى الله عنهما أولى فان مبنى أصول الزكاة على أن عند كثرة المال يستقر النصاب على شئ واحد معلوم كما فى نصاب البقر فانه يستقر على شئ واحد وهو المسنة في الاربعين ولكن بشرط عود مادونها وهو التبيع فكذلك زكاة الابل ولهذا لم تعد الجذعة لان الادارة على الخمسينات ولا يوجد فيها نصاب الجذعة فأما ما دون الجذعة فيوجد نصابها في الخمسينات فتعود لهذا ولسنا نسلم احتمال الزيادة الواجب من الجنس فان حكم الزيادة كالمقطوع عن مائة وعشرين لايفاء الحقتين فيها كما ثبت باتفاق الآثار فلم يكن محتملا للايجاب من جنسه فلهذا صرنا الى ايجاب الغنم فيها كما فى الابتداء حتى انه لما أمكن البناء مع ابقاء الحقتين بعد مائة وخمس وأربعين بنينا فنقلنا من بنت المخاض الى الحقة اذا بلغت مائة وخمسين فانها ثلاث مرات خمسون فيؤخذ من كل خمسين حقة وان كانت السائمة بين رجلين لم يجب على كل واحد منهما في نصيبه من الزكاة الا مثل ما يجب عليه فى حال انفراده حتي ان النصاب الواحد وهو خمس من الابل اذا كان مشتركا بين اثنين لا تجب فيها الزكاة عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا كان كل واحد

منهما من أهل وجوب الزكاة عليه تجب الزكاة اذا استجمعت شرائط الخلطة وذلك باتحاد البئر والدلو والراعى والمرعى والكلاب وحجته الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان بين الخليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية قال يحيى بن سعيد القطان والخليطان ما اجتمعا فى الدلو والحوض والراعى وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن التفريق بين المجتمع وهذا النصاب مجتمع فلا يفرق واعتبر الخلطة فى اثبات التراجع والتراجع انما يكون بعد وجوب الزكاة فدل أن للخلطة تأثيراً في وجوب الزكاة والمعنى أن هذا نصاب تام مملوك لمن هو أهل لوجوب الزكاة عليه فتجب فيه الزكاة كما اذا كان لواحد بخلاف ما اذا كان أحد الشريكين ذمياً أو مكاتباً لانه ليس من أهل وجوب الزكاة عليه وهذا لان بسبب الخلطة تخف المؤنة على كل واحد منهما ولخفة المؤنة تأثير في وجوب الزكاة ولهذا وجبت فى السائمة دون العلوفة وأوجب صاحب الشرع فيما سقت السماء العشر وفيما يسقى بالغرب والدالية نصف العشر ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم وسائمة المرء اذا كانت أقل من أربعين من الغنم فليس فيها الزكاة وهنا سائمة كل واحد منهما أقل من أربعين والمعني فيه أن غنى المالك بملك النصاب معتبر لايجاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى وكل واحد منهما ليس بغنى بما يملك بدليل حل أخذ الصدقة له فلا يجب عليه الزكاة ولأنه من نصيب شريكه أبعد من المكاتب من كسبه فللمكاتب حق ملك فى كسبه وليس للشريك في نصيب شريكه حق الملك فاذا لم تجب الزكاة على المكاتب باعتبار كسبه فلأن لا تجب على كل واحد من الشريكين باعتبار ملك صاحبه كان أولى ﴿ وأما الحديث ﴾ فدليلنا لان المراد به الجمع والتفريق في الملك لا في المكان لاجماعنا على أنه اذا كان فى ملك رجل واحد نصاب كامل فى أمكنة متفرقة يجمع فدل أن المتفرق فى الملك لا يجمع فى حكم الصدقة ونحن نقول بالتراجع بين الخليطين فان مائة وعشرين من الغنم اذا كانت لرجلين لاحدهما أربعون وللآخر ثمانون فحال الحول فجاء المصدق وأخذ من عرضها شاتين يرجع صاحب الكثير على صاحب القليل بثلث شاة ثم فى الحول الثانى انما يجب شاة فى نصيب صاحب الكثير خاصة دون صاحب القليل لان نصابه قد نقص عن الاربعين فاذا أخذ المصدق شاة رجع صاحب القليل على صاحب الكثير بثلث شاة فهذا هو معنى التراجع

واعتبار النصاب بدون غنى المالك فى حكم الزكاة لايجوز كما اذا كان أحـد الشريكين ذمياً أومكاتباً وبه يبطل اعتبارهم خفة المؤنة ﴿ قال ﴾ واذا كان عشر من الابل بين رجل وبين عشرة نفر كل بعير بينه وبين أحدهم فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجب عليه شاة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لايجب شئ . زفر يقول كل بعير غير محتمل للقسمة فلم يجتمع في ملـكه نصاب تام وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول لو كان شريكه فيها رجلا واحداً تجب عليه الزكاة فتعدد الشركاء لاينقص ملـكه ولا يعدم صفة الغنى فى حقه بل هو غنى بملك خمس من الابل فتلزمه الزكاة ﴿ قال ﴾ واذا وجبت الفريضـة فى الابل ولم يوجد ذلك السن ووجد أفضل من ذلك أو دونه أخـذ المصدق قيمة الواجب ان شاء وان شاء أخذ ماوجد ورد فضل القيمة ان كان أفضل فان كان دونه أخذ فضل القيمة دراهم والـكلام في هذه المسئلة يشتمل على فصول أحدها ان جبران مابين السنين غـير مقـدر عندنا ولـكنه بحسب الغلاء والرخص وعند الشافعي رحمه الله تعالى يتقدر بشاتين أو بعشرين درهماً واستدل بالحديث المعروف أن النبي صلى الله عليـه وسـلم قال من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصـدق فيها الا حقة أخذها ورد شاتين أو عشرين درهماً مما استيسر عليـه وان لم يجد الا بنت مخاض أخـذها وأخذ شاتين أو عشرين درهماً مما استيسر عليه ولـكنا نقول انما قال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لان تفاوت مابين السنين في زمانه كان ذلك القدر لا أنه تقدير شرعى بدليل ماروى عن على بن أبي طالب رضى الله عنـه انه قدر جـبران مابين السنين بشاة أو عشرة دراهم وهو كان مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان يخفى عليه هذا النص ولا يظن به مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يحمل على ان تفاوت مابين السنين فى زمانه كان ذلك القدر ولانا لو قدرنا تفاوت مابين السنين بشئ أدى الى الاضرار بالفقراء أو الاجحاف بأرباب الاموال فانه اذا أخذ الحقة ورد شاتين فربما تـكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير تاركا للزكاة عليـه معنى واذا أخذ بنت مخاض وأخذ الشاتين فقد تـكون قيمتهما مثل قيمة بنت اللبون فيكون آخذاً للزكاة باخذهما وبنت المخاض تكون زيادة وفيه اجحاف بأرباب الاموال

﴿ الفصل الثاني ﴾ اذا وجب عليه في ابله بنت مخاض فلم توجد ووجـد ابن اللبون فعندنا لايتعين أخذ ابن اللبون وعنـد الشافعى رحمه الله تعالى يتعين وهو رواية عن أبى يوسف

رحمه الله تعالى فى الامالي واستدلا فى ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خمس وعشرين من الابل بنت مخاض فان لم تكن فابن لبون ذكر عين رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اللبون عند عدم ابنة مخاض ولكنا نقول انما اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا المعادلة في المالية معنى فان الاناث من الابل أفضل قيمة من الذكور والمسنة أفضل قيمة من غير المسنة فاقام رسول الله صلى الله عليه وسلم زيادة السن في المنقول اليه مقام زيادة الانوثة في المنقول عنه ونقصان الذكورة في المنقول اليه مقام نقصان السن فى المنقول عنه ولكن هذا يختلف باختلاف الاوقات والامكنة فلو عينا أخذ ابن اللبون من غير اعتبار القيمة أدى الى الاضرار بالفقراء أو الاجحاف بارباب الاموال

﴿ الفصل الثالث ﴾ ان أداء القيمة مكان المنصوص عليه فى الزكاة والصدقات والعشور والكفارات جائز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى فظن بعض أصحابنا أن القيمة بدل عن الواجب حتى لقبوا هذه المسئلة بالابدال وليس كذلك فان المصير الى البدل لا يجوز الا عند عدم الأصل وأداء القيمة مع قيام عين المنصوص عليه في ملكه جائز عندنا ﴿حجته﴾ في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى أربعين شاة شاة وهذا بيان لما هو مجمل فى كتاب الله تعالى لأن الايتاء منصوص عليه والمؤتى غير مذكور فالتحق بيانه بمجمل الكتاب فصار كأن الله تعالى قال وآتوا الزكاة من كل أربعين شاة شاة فتكون الشاة حقاً للفقير بهذا النص فلا يجوز الاشتغال بالتعليل لابطال حقه من العين والمعنى فيه ان هذا حق مالى مقدر باسنان معلومة شرعاً فلا يتأدى بالقيمة كالهدايا والضحايا أو يقال قربة تعلقت بمحل عين فلا يتأدى بغيره كالسجود لما تعلق بالجبهة والأنف لم يتأد بالخد والذقن وجواز أداء البعير عن خمس من الابل عندي باعتبار النص لا باعتبار القيمة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذ من الابل الابل الا أنه عند قلة الابل أوجب من خلاف الجنس للتيسير على أرباب الاموال فاذا سمحت نفسه بأداء البعير فقد ترك هذا التيسير فجاز باعتبار النص لا باعتبار القيمة ﴿ ولنا ﴾ قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة فهو تنصيص على ان المأخوذ مال وبيان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ذكر للتيسير على أرباب المواشى لا لتقييد الواجب به فان أرباب المواشى تعز فيهم النقود والاداء مما عندهم أيسر عليهم ألا ترى أنه قال في خمس من الابل شاة وكلمة في حقيقة للظرف وعين الشاة لا توجد في الابل فعرفنا أن المراد قدرها

من المال ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابل الصدقة ناقة كوماء فغضب على المصدق وقال ألم انهكم عن أخذ كرائم أموال الناس فقال الساعى أخذتها ببعيرين من ابل الصدقة وفي رواية قال ارتجعتها ببعيرين فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخذ البعير ببعيرين انما يكون باعتبار القيمة وقال معاذ رضي الله عنه في خطبته باليمن ائتوني بخميس آخذه منكم مكان الصدقة أو قال مكان الذرة والشعير وذلك لا يكون الا باعتبار القيمة والمعنى فيه أنه ملّك الفقير مالاً متقوما بنية الزكاة فيجوز كما لو أدى بعيراً عن خمس من الابل وهذا لان المقصود اغناء الفقير كما قال النبي صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة كما يحصل بأداء الشاة وربما يكون سد الخلة بأداء القيمة أظهر ولا نقول بان الواجب حق الفقير ولكن الواجب حق الله تعالى خالصا ولكنه مصروف الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى عما وعده من الرزق فكان المعتبر في حق الفقير أنه محل صالح لكفايته له فكان هذا نظير الجزية فانها وجبت لكفاية المقاتلة فكان المعتبر في حقهم أنه محل صالح لكفايتهم حتى تتأدى بالقيمة بخلاف الهدايا والضحايا فان المستحق فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شئ واراقة الدم ليس بمتقوم ولا معقول المعنى والسجود على الخد والذقن ليس بقربة أصلا حتى لا يتنفل به ولا يصار اليه عند العجز وما ليس بقربة لا يقام مقام القربة فاما التصدق بالقيمة فقربة وفيه سد خلة الفقير فيحصل به ما هو المقصود *

﴿ الفصل الرابع ﴾ ان ظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على ان الخيار في هذه الاشياء الى المصدق يعين أيها شاء وليس كذلك بل الخيار الى صاحب المال ان شاء أدي القيمة وان شاء أدى سنا دون الواجب وفضل القيمة وان شاء أدى سنًّا فوق الواجب واسترد فضل القيمة حتى اذا عين شيئاً فليس للساعى أن يأبى ذلك لان صاحب الشرع اعتبر التيسير على أرباب الاموال وانما يتحقق ذلك اذا كان الخيار لصاحب المال ﴿قال﴾ وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل زكاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجب فيها واحدة منها وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وقال زفر رحمه الله تعالى يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول مالك رحمه الله تعالى وذكر الطحاوى في اختلاف العلماء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال دخلت على أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقلت ما تقول فيمن ملك أربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما تأتي قيمة الشاة على أكثرها أو

على جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن تؤخذ واحدة منها فقات أو يؤخذ الحمل في الزكاة فتأمل ساعة ثم قال اذا لا يجب فيها شئ فأخذ بقوله الاول زفر رحمه الله تعالى وبقوله الثاني أبو يوسف وبقوله الثالث محمد رحمه الله تعالى وعد هذا من منافبه حيث تكلم فى مسئلة فى مجلس بثلاثة أقوال فلم يضع شئ منها فاما زفر رحمه الله تعالى فاستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة وهذا اسم جنس يتناول الصغار والكبار كاسم الآدمي ولان بالاجماع لوكانت واحدة منها بنت مخاض تجب شاة فيها ولا تجب الشاة في تلك الواحدة بل في الكل فاذا جاز ايجاب أربعة أخماس شاة باعتبار أربعة من الفصلان جاز ايجاب الشاة باعتبار خمس من الفصلان وهذا لان زيادة السن عفو لا رباب الاموال لا يزداد بها الواجب فكذلك نقصان السن عفو فى حق الفقراء لا ينتقص به الواجب ﴿وحجتنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم إياكم وكرائم أموال الناس وقال لا تأخذوا من حزرات[1] أموال الناس شيئا وايجاب المسنة فى الصغار يؤدي الى هذا ثم ربما تكون قيمة المسنة آتية على أكثر النصاب والواجب قليل من الكثير فأخذ المسنة من الصغار فيه اجحاف بأرباب الأموال بخلاف ما اذا كانت الواحدة مسنة فانه هو الأصل والصغار تبع له وقد ثبت الحكم فى المحل تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع وأبو يوسف رحمه الله تعالى استدل بحديث أبى بكر رضى الله تعالى عنه قال لو منعونى عناقا مما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه فدل أن للعناق مدخلا في الزكاة ولا يكون ذلك الا من الصغار ثم اعتبر نقصان العين بنقصان الوصف فان كل واحد منهما ينقص المالية ولا يعدمها ونقصان الوصف لا يسقط الزكاة أصلا حتى ان فى العجاف والمهازيل تجب الزكاة من جنسها فكذلك نقصان السن * ولنا حديث سويد بن غفلة قال أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبعته فسمعته يقول فى عهدى أن لا آخذ من راضع اللبن شيئا وقال عمر رضي الله تعالى عنه للساعى عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعى يحملها على كتفه ولا تأخذها منهم فقد نهى عن أخذ الصغار عند الاختلاط والمعنى فيه أن هذا حق الله تعالى تعلق بأسنان معلومة فلا مدخل للصغار فيها مقصودا كالهدايا والضحايا وهذا لأن الاسنان التى اعتبرها صاحب الشرع لا تؤخذ فى

---

[١] هو بفتحات جمع حزرة بالحاء المهملة وتقديم الزاى المنقوطة على الراء فى اللغة المشهورة ذكره ابن الاثير في النهاية وحرزة المال خياره وفى ديوان الادب وهو في الاصل كانه الشئ المحبوب للنفس اه مصححه

الصغار وبه فارق العجاف فان تلك الأسنان تؤخذ فيها مع العجف وصاحب الشرع اعتبر السن في المأخوذ وحديث أبي بكر رضى الله تعالى عنه محمول على أنه قال ذلك على سبيل المبالغة والتمسك ألا ترى أنه قال في بعض الروايات والله لو منعونى عقالا كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه وهذا لا يدل على ان للعقال مدخلا في الزكاة ثم اختلفت الروايات عن أبي يوسف في الفصلان فروى محمد عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يجب فيها الزكاة حتى تبلغ عددا لو كانت كبارا تجب فيها الواحدة وذلك بان تبلغ خمسا وعشرين ثم ليس في الزيادة شئ حتى تبلغ ستا وسبعين فحينئذ يجب ثنتان منها الى مائة وخمس وأربعين فحينئذ يجب ثلاث منها قال محمد رحمه الله تعالى وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب في خمس وعشرين واحدة من مال اعتبر قبله أربعة نصب وأوجب في ست وسبعين ثنتين في موضع اعتبر ثلاثة نصب بينهما وبين خمس وعشرين ففي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو اوجبنا كان بالرأى لا بالنص وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان تعيين الواجب بالنص كان باعتبار العدد والسن وقد تعذر اعتبار احدهما وهو السن في الفصلان فبقى الآخر وهو العدد معتبرا وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال يجب في خمس فصلان الاقل من واحد منها ومن شاة وفى العشر الاقل من واحد منها ومن شاتين وفى الخمسة عشر الأقل من واحد منها ومن ثلاث شياه وفي العشرين الاقل من واحد منها ومن أربع شياه وفى خمس وعشرين واحدة ووجهه ان في الكبار الواجب في الخمس شاة للتيسير حتى لو أدى واحدة منها جاز وكذلك ما بعدها الى خمس وعشرين فكذلك في الصغار يؤخذ على ذلك القياس وروي ابن سماعة عن أبي يوسف في الخمس خُمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل وهكذا الى خمس وعشرين فكأنه اعتبر البعض بالجملة في هذه الرواية وكثير من أصحابنا رحمهم الله تعالى خرجوا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه المسئلة على قياس ماذكر محمد رحمه الله تعالى في الزيادات في زكاة المهازيل فقالوا اذا ملك خمساً من الفصلان نظر الى قيمة بنت مخاض والشاة فان كان قيمة بنت المخاض خمسين وقيمة الشاة عشرة فنقول لو كانت الواحدة بنت المخاض لكان يجب فيها شاة تساوى عشرة وذلك بمعنى خمس قيمة بنت المخاض ثم ينظر الى قيمة أفضلهن فان كانت عشرين يجب فيها شاة تساوى أربعة دراهم ليكون بمعنى خمس

أفضلهن فهذا هو الايجاب فى الصغار على قياس الايجاب فى الكبار. واذا كان على صاحب السائمة دين يحيط بقيمتها فلا زكاة عليه فيها عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى تجب الزكاة لان وجوب الزكاة باعتبار ملك النصاب الكامل النامى والمديون مالك لذلك فان دين الحر الصحيح يجب فى ذمته لا تعلق له بماله ولهذا ملك التصرف فيه كيف شاء وصفة النماء بالإسامة ولم ينعدم ذلك بسبب الدين ثم الدين مع الزكاة حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ﴿ولنا﴾ حديث عثمان رضى الله عنه حيث قال فى خطبته فى رمضان الا ان شهر زكاتكم قد حضر فمن كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه ثم ليزك بقية ماله ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله عنهم فكان اجماعا منهم على أنه لا زكاة فى القدر المشغول بالدين ثم المديون فقير ولهذا تحل له الصدقة مع تمكنه من ماله والصدقة لا تحل لغنى ولا تجب الا على الغنى . قال صلى الله عليه وسلم لاصدقة الا عن ظهر غنى وهذا لان الواجب اغناء المحتاج والخطاب بالاغناء لا يتوجه الا على الغنى ومن كان مستحقاً للمواساة شرعا لا يلزمه أن يواسى غيره والشرع لا يرد بما لا يفيد ولا فائدة فى أن يأخذ شاة من سائمة الغير صدقة ويعطى شاة من سائمته ولان ملكه في النصاب ناقص فان صاحب الدين يستحقه عليه من غير قضاء ولا رضا وذلك انه عدم الملك كما فى الوديعة والمغصوب فلأن يكون دليل نقصان الملك كان أولى وقد جعل مال المديون في حكم الزكاة كالمملوك لصاحب الدين حيث يجب عليه الزكاة بسببه ومحمد رحمه الله تعالى أشار فى الكتاب الى هذا وقال ايجاب الزكاة فى مال المديون يؤدى الى تزكية مال واحد فى حول واحد مراراً . بيانه فيمن له عبد للتجارة يساوى ألف درهم باعه بألف نسيئة ثم باعه المشترى من آخر حتى تداولته عشر من الايدى فعنده يجب على كل واحد منهم زكاة الالف اذا تم الحول والمال فى الحقيقة ليس الا العبد حتى اذا أقيلت البيوع رجع العبد الى الأول ولم يبق لاحد سواه شئ وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الدين يمنع وجوب العشر وبعد التسليم فالعشر مؤنة الارض النامية كالخراج لامعتبر فيه بغنى المالك فان أصل المالك فيه غير معتبر عندنا حتى يجب فى الارض الموقوفة وأرض المكاتب بخلاف الزكاة فان وجوبها في المال النامى بواسطة غنى المالك وذلك ينعدم بسبب الدين فان لحقه دين فى خلال الحول قال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا ينقطع به الحول

حتى اذا سقط قبل تمام الحول تلزمه الزكاة اذا تم الحول وقال زفر رحمه الله تعالى ينقطع الحول بلحوق الدين وهذا لان الدين يعدم صفة الغنى في المالك فيكون نظير نقصان النصاب وعند زفر رحمه الله تعالى بنقصان النصاب فى خلال الحول ينقطع الحول وعندنا لاينقطع على مانبين فهذا مثله ﴿قال﴾ فان حضر المصدق فقال لم يحل الحول على السائمة أو قال علىّ دين يحيط بقيمتها أو قال ليست هذه السائمة لى وحلف صدق على جميع ذلك لانه أمين فيما يجب عليه من الزكاة فانها عبادة خالصة لله تعالى وكل أمين مقبول القول فى العبادات التى تجب لحق الله تعالى فاذا أنكر وجوب الزكاة عليه بما ذكر من الاسباب وجب على الساعى تصديقه ولكن يحلفه على ذلك الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال لايمين عليه لان في العبادات لايتوجه اليمين كما لو قال صمت أو صليت يصدق فى ذلك من غير يمين وفى ظاهر الرواية قال القول قول الامين مع اليمين وفى سائر العبادات انما لايتوجه اليمين لانه ليس هناك من يكذبه وهنا الساعي مكذب له فيما يخبر به فلهذا يحلف على ذلك ﴿قال﴾ وان قال أخذها منى مصدق آخر وحلف على ذلك فان لم يكن فى تلك السنة مصدق آخر لايقبل قوله لان الامين اذا أخبر بما هو محتمل كان مصدقا واذا أخبر بما هو مستنكر لم يكن مصدقا وهذا أخبر بما هو مستنكر وان كان فى تلك السنة مصدق آخر فالقول قوله أتى بالبراءة أولم يأت بها هكذا ذكره فى المختصر وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب الزكاة يقول وجاء بالبراءة وفيه اشارة الى أن المجيء بالبراءة شرط لتصديقه وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى وجهه أنه أخبر بخبر ولصدقه علامة فان العادة ان المصدق اذا أخذ الصدقة دفع البراءة فان وافقته تلك العلامة قبل خبره والافلا كالمرأة التي اخبرت بالولادة فان شهدت القابلة بها قبلت والافلا ووجه الرواية الأخرى وهو أصح أن البراءة خط والخط يشبه الخط وقدلايأخذ صاحب السائمة البراءة غفلة منه وقد تضل البراءة منه بعد الاخذ فلا يمكن أن تجعل حكما فبقى المعتبر قوله مع يمينه ﴿قال﴾ فان قال دفعتها الى المساكين لم يصدق وتؤخذ منه الزكاة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يصدق في ذلك لان الزكاة انما وجبت لحق الفقراء قال الله تعالى انما الصدقات للفقراء وقال وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم فاذا أوصل الحق الى المستحق والمستحق من أهل أخذ حقه برئت ذمته

كالمشتري من الوكيل اذا أقبض الموكل الثمن وهذا لان الساعي يقبض ليصرف الى الفقراء فهو كفى الساعي هذه المؤنة وأوصلها الى محلها فلم يبق عليه سبيل ﴿ولنا﴾ ان هذا حق مالي يستوفيه الامام بولاية شرعية فلا يملك من عليه اسقاط حقه في الاستيفاء كمن عليه الجزية اذا صرف بنفسه الى المقاتلة ثم تقرير هذا الكلام من وجهين احدهما ان الزكاة محض حق الله تعالى فانما يستوفيه من يعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى وهو الامام فلا تبرأ ذمته الا بالصرف اليه وعلى هذا نقول وان علم صدقه فيما يقول يؤخذ منه ثانيا ولا يبرأ بالأداء الى الفقير فيما بينه وبين ربه وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أن للامام رأيا في اختيار المصرف فلا يكون له ان يبطل رأى الامام بالاداء بنفسه . والطريق الآخر أن الساعي عامل للفقير وفى المأخوذ حق الفقير ولكنه مولى عليه في هذا الأخذ حتى لا يملك المطالبة بنفسه ولا يجب الاداء بطلبه فيكون بمنزلة دين لصغير دفعه المديون اليه دون الوصي وعلى هذا الطريق يقول يبرأ بالاداء فيما بينه وبين ربه وظاهر قوله في الكتاب لم يصدق في ذلك اشارة الى ذلك وهو أنه اذا علم صدقه لم يتعرض له وهذا لأن الفقير من أهل أن يقبض حقه ولكن لا يجب الايفاء بطلبه فجعل الساعي نائباً عنه كان نظراً من الشرع له فاذا أدى من عليه من غير مطالبة اليه حصل به ما هو المقصود بخلاف الصبي فانه ليس من أهل أن يقبض حقه فلا يبرأ بالدفع اليه ﴿قال﴾ ولا زكاة على الصبي والمجنون في سائمتهما عندنا وهو قول علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهما قالا لا تجب الزكاة على الصبي حتي تجب الصلاة عليه وعند الشافعي رحمه الله تعالى تجب الزكاة في مالهما ويؤديها الولي وهو قول ابن عمر وعائشة رحمهما الله تعالى وكان ابن مسعود رحمه الله تعالى يقول يحصي الولي أعوام اليتيم فاذا بلغ أخبره وهو اشارة الى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى حتى قال اذا أداه الولي من ماله ضمن واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بقوله صلى الله عليه وسلم ابتغوا في أموال اليتامي خيراً كيلا تأكلها الصدقة أو قال تأكلها الزكاة وذلك دليل وجوب الزكاة في ماله . والمعنى ان هذا حق مالي مستحق يصرف الى أهل السهمان شرعاً فالصغر لا يمنع وجوبه كالعشر وصدقة الفطر وبالصرف الى أهل السهمان يتبين أنه حق مستحق لهم والصغر لا يمنع وجوب حق العباد وان كان بطريق الصلة كالنفقة ولا فرق بينهما فالنفقة صلة وجبت للمحاويج المناسين له في القرابة والزكاة صلة للمحاويج

المآسين له فى الملة فاذا ثبت الوجوب كان للولى ولاية الاداء من ماله لأن هذا مما تجرى فيه النيابة فى أدائه حتي ان بعد البلوغ يتأدى بأداء وكيله والولى نائب عن الصبي وبه فارق العبادات البدنية فلا تجرى فيه النيابة فى أدائها ﴿ولنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى ينتبه وعن المجنون حتي يفيق وفى ايجاب الزكاة عليه اجراء القلم عليه فان الوجوب يختص بالذمة ولا يجب فى ذمة الولى فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجد الخطاب عليه والمراد بقوله كيلا تأكلها الصدقة أي النفقة الا ترى انه أضاف الا كل الى جميع المال والنفقة هي التى تأتي على جميع المال دون الزكاة والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات وتفسير الوصف أنها أحد أركان الدين والمقصود من أصل الدين معني العبادة فكذلك ماهو من أركان الدين وهذا لان المتصدق يجعل ماله لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى قال الله تعالى وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً وبجعل المال له خالصاً يكون عبادة خالصة ولهذا يحصل به التطهير وبه تبين انه ليس فيه حق العباد لان الشركة تنافى معني العبادة واذا ثبت انه عبادة فلابد فيه من نية وعزيمة ممن هي عليه عند الاداء وولاية الولى على الصبي تثبت من غير اختياره شرعاً ومثل هذه الولاية لا تتأدى بها العبادة بخلاف ما اذا وكل بالاداء بعد البلوغ فتلك نيابة عن اختيار وقد وجدت النية والعزيمة منه وبه فارق صدقة الفطر فان وجوبها لمعني المؤنة حتى تجب على الغير بسبب الغير وفيه حق للأب فانا لولم نوجب فى ماله احتجنا الى الايجاب على الأب كما اذا لم يكن للصبي مال بخلاف الزكاة وبه فارق العشر فانه مؤنة الارض النامية كالخراج وكذلك النفقة وجوبها لحق العبد بطريق المؤنة بخلاف الزكاة ❊ ثم المجنون الأصلى لا ينعقد الحول على ماله حتى يفيق فان كان جنونه طارئاً فقد ذكر هشام فى نوادره أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى العبرة لا كثر الحول فان كان مفيقاً فى أكثر الحول تجب الزكاة والا فلا وجعل هذا نظير الجزية فان الذمى اذا مرض في بعض السنة فان كان صحيحاً فى أكثر السنة تلزمه الجزية وان كان مريضاً في أكثر السنة لم تلزمه الجزية . وقال محمد رحمه الله تعالى ان كان مفيقاً فى جزء من السنة في أوله أو آخره قلّ أو كثر تلزمه الزكاة هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى وجعل هذا نظير الصوم فالسنة للزكاة كالشهر للصوم والافاقة فى جزء من الشهر

كالافاقة في جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فهذا كذلك وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المجنون اذا أفاق ينعقد الحول على ماله ولكن المراد بهذا المجنون المجنون الاصلي فقد ذكر بعده في كتاب الحسن رحمه الله تعالى اذا اعترض جنونه ان كان مفيقاً في جزء من آخر السنة تلزمه الزكاة وان تم الحول وهو مجنون فقد انقطع حكم ذلك الحول ففي هذه الرواية اعتبر الافاقة في آخر السنة لان الوجوب عندها يكون ﴿ قال ﴾ ولا زكاة على المكاتب في كسبه لانه مصرف للزكاة بقوله تعالى وفي الرقاب ولانه ليس بغني بكسبه فانه لا يملك كسبه حقيقة لان الرق المنافي للملك موجود فيه وبدون الملك لا تثبت صفة الغني والمال النامي سبب لوجوب الزكاة بواسطة غنى المالك فبدون هذه الواسطة لا يكون سببا كشراء القريب إعتاق بواسطة الملك وبدونه لا يكون إعتاقا وهو ما اذا اشتراه لغيره وأما العبد المأذون فان كان عليه دين محيط بكسبه فلا زكاة فيه على أحد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المولى لا يملك كسبه وكذلك عندهما لان المولى وان كان يملك كسبه فهو مشغول بالدين والمال المشغول بالدين لا يكون نصاب الزكاة وان لم يكن عليه دين فكسبه لمولاه وعلى المولى فيه الزكاة اذا تم الحول ﴿ قال ﴾ واذا كان عند الرجل من السائمة مقدار ما يجب فيه الزكاة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشراء أو هبة أو ميراث ضمها الى ما عنده وزكاها كلها عند تمام الحول عندنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى يعتبر للمستفاد حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجبت فيه الزكاة سواء كان نصابا أو لم يكن ﴿ وحجته ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول فيه الحول والمراد الحول المعهود وهو اثنا عشر شهراً والمعنى فيه ان المستفاد أصل في الملك لانه أصل في سببه فيكون أصلا باعتبار الحول فيه كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح فانها متولدة من العين فيسري اليها حكم العين وانما لم يعتبر فيه النصاب لان اعتبار النصاب ليحصل الغنى به للمالك وذلك حاصل بالنصاب الأول فبالزيادة بعده يزداد الغنى وذلك حاصل بالقليل والكثير واعتبار الحول لحصول النماء من المال حتى ينجبر بالنماء النقصان الحاصل بأداء الزكاة والمستفاد من هذا كاصل المال ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم اعلموا أن من السنة شهراً تؤدون فيه زكاة أموالكم فما حدث بعد ذلك من مال فلا زكاة فيه حتى يجيء رأس السنة فهذا يقتضي ان عند مجيء رأس السنة تجب الزكاة في الحادث كما تجب في الاصل وان وقت

الوجوب فيهما واحد ثم الضم في خلال الحول بالعلة التى بها يضم في ابتداء الحول فضم بعض المال الى البعض في ابتداء الحول باعتبار المجانسة دون التوالد فكذلك فى خلال الحول ولو كان هذا مما يسرى بعلة التوالد لكان الأولى أن يسرى الى الحادث بعد الحول لتقرر الزكاة فى الاصل ثم مابعد النصاب الأول بناء على النصاب الأول وتبع له حتى يسقط اشتراط النصاب فيه فكذلك يسقط اعتبار الحول فيه ويجعل حؤل الحول على الاصل حؤلا على التبع وتحريره ان كل مال لا يعتبر فيه كمال النصاب لايجاب حق الله عزوجل لا يعتبر فيه الحول كالمستخرج من المعادن واما الحديث فلنا حؤل الحول عبارة عن آخر جزء منه وقد حال ذلك على المستفاد اذ حؤل الحول على الاصل يكون حؤلا على التبع معنى فان كان انما استفادها بعد تمام الحول فلا زكاة فيها لانعدام حؤل آخر جزء من الحول عليها وان كانت الفائدة من غير جنس ماعنده من السائمة لم يضمها الى ماعنده لانها لو كانت موجودة فى أول الحول لم يضمها الى ماعنده فكذلك اذا وجدت فى خلال الحول كما لو كانت الفائدة من غير السائمة ﴿قال﴾ واذا لم تكن الابل أو البقر أو الغنم سائمة فلا زكاة فيها وذلك كالحوامل والعوامل وقال مالك رحمه الله تعالى فيها الزكاة لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل شاة ثم وجوب الزكاة باعتبار الملك والمالية شكراً لنعمة المال وذلك لا ينعدم بالاستعمال بل يزداد الانتفاع بالمال بالاستعمال ﴿ولنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة والصفة متى قرنت بالاسم العلم تنزل منزلة العلم لايجاب الحكم والمطلق فى هذا الباب بمنزلة المقيد لانهما في حادثة واحدة وحكم واحد وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس فى الحوامل والعوامل صدقة وفى الحديث المعروف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس فى الجبهة ولا فى النخة ولا فى الكُسْعة صدقة وفسر عبد الوارث ابن سعيد الجبهة بالخيل والنخة بالابل العوامل وقال الكسائى رحمه الله تعالى النخة بضم النون وفسرها بالبقر العوامل وقال أبو عمرو غلام ثعلب هو من النخ وهو السوق الشديد وذلك انما يكون فى العوامل ثم مال الزكاة مايطلب النماء من عينه لا من منافعه ألا ترى الى دار السكنى وعبد الخدمة لا زكاة فيهما والعوامل انما يطلب النماء من منافعها وكذلك ان كان يمسكها للعلف فى مصر أو غير مصر فلا زكاة فيها لان المؤنة تعظم على صاحبها ووجوب الزكاة فى السائمة باعتبار خفة المؤنة فلا تجب عند كثرة المؤنة لان لخفة المؤنة تأثيراً فى

ايجاب حق الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم ماسقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر وان كان يسيمها فى بعض السنة ويعلفها في بعض السنة فالعبرة لاكثر السنة لان أصحاب السوائم لايجدون بدا من أن يعفوا سوائمهم في زمان البرد والثلج فجعلنا الاقل تابعاً للاكثر وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان علفها بقدر مايتبين فيه مؤنة علفه أكثر مما كانت سائمة فلا زكاة فيها ﴿قال﴾ والصدقة واجبة فى ذكران السوائم واناثها لان النصوص جاءت باسم الابل والبقر والغنم وذلك يتناول الذكور والاناث ثم طلب النماء من العين متحقق فى كل نوع اما من الأولاد اذا كن اناثا بان يستعار لها الفحل أو من السمن اذا كانوا ذكوراً فانها مأكولة اللحم ﴿قال﴾ واذا باع السائمة قبل الحول بيوم بجنسها أو بخلاف جنسها انقطع الحول عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى اذا باعها بخلاف جنسها فكذلك واذا باعها بجنسها لم ينقطع الحول وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم سواء باعها بجنسها أو بخلاف جنسها لم ينقطع الحول لان الحكم الثابت فى الأصل وهو غنى المالك به يبقى ببقاء البدل وقاسه بعروض التجارة وزفر رحمه الله يقول اذا باعها بجنسها فحكم الزكاة في البدل لايخالف حكم الزكاة في الأصل واذا باعها بخلاف جنسها فحكم الزكاة فى البدل يخالف حكم الزكاة فى الأصل ولا يمكن ابقاء ما كان ثابتاً ببقاء البدل فوجب القول بالاستئناف ألا ترى ان فى ابتداء الحول يضم الجنس الى الجنس ولا يضم الى خلاف الجنس فكذلك فى أثناء الحول ينبني عند المجانسة ويستقل عند اختلاف الجنس ﴿ولنا﴾ ان وجوب الزكاة فى السائمة باعتبار العين حتى يعتبر نصابه من العين والنماء فيه مطلوب من العين والعين الثانى غير الاول بخلاف مال التجارة فان المعتبر فيه صفة المالية دون العين حتى يعتبر النصاب من قيمته ثم الاستبدال يحقق ماهو المقصود من مال التجارة وهو الاسترباح ويضاد ماهو المقصود بالسائمة لان مقصود أصحاب السوائم استبقاؤها في ملكهم عادة وذلك ينعدم بالاستبدال فيكون نظير ترك الاسامة فيها وكذلك ان باعها بدراهم يريد به الفرار من الصدقة أولا يريد به ذلك فلا زكاة عليه الابحول جديد ولم يبين فى الكتاب انه هل يكره له هذا الصنيع فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكره وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يكره وهو نظير اختلافهم فى الاحتيال لابطال الشفعة ولاسقاط الاستبراء محمد رحمه الله تعالى يقول الزكاة عبادة محضة والفرار من العبادة ليس من أخلاق المؤمنين وأبو يوسف رحمه الله تعالى

يقول هـذا امتناع من التزام الحق مخافة ان لايخرج منه اذا التزمه فلا يكون مكروهاً كمن امتنع من جمع المال حتي لايلزمه حج أو زكاة وهذا لان المذموم منع الحق الواجب وليس في هذا الاستبدال من منع الحق الواجب شئ ﴿قال﴾ وان حال الحول على سائمته وعنده نصاب من الدراهم فزكى السائمة ثم باعها بدراهم ثم تم الحول على الدراهم التي كانت عنده لم يزك معها أثمان الابل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويزكيها في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الضم لعلة المجانسة وهي موجودة في ثمن الابل السائمة وأداء الصدقة عن أصله لا يمنع ضم الثمن الى ماعنده كمن أدى صدقة الفطرعن عبد الخدمة ثم باعه بدراهم أو أدي عشر الطعام عن الخارج من أرضه ثم باعـه بدراهم أو جعل السائمة علوفة بعـد أداء الزكاة عنها ثم باعها بدراهم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لاثنا في الصدقة غير ممدود وإيجاب الزكاة في ثمن السائمة في هذا الحول بعد ما أدى الزكاة عن أصلها يؤدى الى الثنافي الصدقة ولان وجوب الزكاة باعتبار صفة المالية وانما يبقى بالثمن المالية التي كانت له بملك الأصل الآن يتجدد له ملك المالية وانما تجدد له بالبيع ملك العين والعين بدون صفة الماليـة لازكاة فيهـا ثم زيادة الزكاة باعتبار زيادة الغنى ولم يستفد ذلك بالبيع لانه كان غنياً باصل هذا المال حقيقة وشرعاً بخلاف المستفاد بهبة أو وراثة فقد استفاد به زيادة الغني وبخلاف أداء صدقة الفطر عن عبد الخدمة فالمالية غير معتبرة فيه حتي تجب عن الحر والعبد المستغرق بالدين وان كانت مالية مستحقة بخلاف الزكاة ولا معتبر للحول فيـه حتى لو ملك عبـداً ليلة الفطر أدي عنه صدقة الفطر والعشر كذلك لا معتبر بالحول فيه ووجوبه ليس باعتبار المالية بل هو مؤنة الارض الناميـة ثم هو لم يكن غنياً بما عنـده من الطعام حتي اذا بقي في ملـكه أحوالا لا شئ فيـه فالبيع أفاده الغنى شرعاً وكذلك السائمة اذا جعلها علوفة فقـد خرج من أن يكون غنياً بها شرعاً فبالبيع استفاد صفة الغنى فهو والمستفاد بالهبة سواء بخلاف مانحن فيـه على ما بينـا ﴿قال﴾ واذا قتل الرجل فقضى على عاقلة القاتل لولده بالدية من الابل ثم قبضها بعد الحول فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول من حين يقبضها لأن وجوب الزكاة في الابل بصفة الإسامة وما يكون في الذمة لا يكون سائمة ولأن الدية على العاقلة ليست بدين على الحقيقة حتي لا يستوفى من تركة من مات منهم فالملك للوارث يحصل بالقبض حقيقة وكذلك لو تزوج امرأة على ابل بغير أعيانها لم يكن عليها فيها زكاة

حتى يحول الحول بعد القبض لما بينا ان ما في الذمة لا يكون سائمة فان تزوجها على ابل سائمة بأعيانها وحال الحول وهى فى يد الزوج كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا اذا قبضت منها نصاباً كاملا فعليها الزكاة لما مضى ثم رجع وقال لا زكاة عليها حتى يحول عليها الحول بعد القبض * وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا قبضت منها شيئاً يلزمها أداء الزكاة بقدر المقبوض لما مضي سواء كان نصاباً أو دونه وجه قولهما انها بالعقد ملكت الصداق ملكا تاما بدليل انها تملك التصرف فيه على الاطلاق وانما انعدم اليد وذلك غير مانع من انعقاد الحول ووجوب الزكاة فيه كالمبيع قبل القبض والمغصوب اذا كان الغاصب مقرا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى انها ملكت المالية ابتداء بعقد النكاح فلا يتم ملكها فيه الا بالقبض كالدية على العاقلة بخلاف المبيع فان ملك المالية لا يثبت ابتداء بالبيع بل يتحول من أصل كان مالا الى بدله وهذا لان وجوب الزكاة فى السائمة باعتبار معنى النماء وقبل القبض الحكم متردد بين أن يسلم لها بالقبض أو يتنصف بالطلاق قبل الدخول بخلاف ما بعد القبض ولهذا لو مر يوم الفطر على العبد المجعول صداقا ثم طلقها قبل الدخول لم يكن عليها صدقة الفطر بخلاف مابعد القبض فصار الحاصل أن بالعقد يحصل أصل الملك وتمام ما هو المقصود لا يحصل الا بالقبض وصيرورته نصاب الزكاة ينبنى على تمام المقصود لا على حصول أصل الملك بخلاف التصرف فان نفوذه ينبني على ثبوت أصل الملك وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى المبيع قبل القبض أنه لا يكون نصاب الزكاة لان الملك فيه غير تام حتى لا يملك التصرف فيه ثم وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول أن الصداق بمنزلة مال البدل فان أصله لم يكن مال الزكاة ومن أصله أن مال البدل تجب فيه الزكاة ولا يلزمه الاداء حتى يقبض نصابا تاما على ما بيناه ولكنه رجع عن هذا فقال هناك أصله كان مالا وهذا أصله وهو ملك النكاح لم يكن مالا متقوما والصداق جعل صلة من وجه فلا يتم ملكها المال الا بالقبض . فان طلقها الزوج قبل الدخول بها والصداق خمس من الابل فليس عليها زكاة فى نصيبها في قول أبي حنيفة لانه دون النصاب ولو كان عشراً كان عليها الزكاة فى نصيبها فى قوله الاول وفي قوله الآخر لازكاة عليها فى الوجهين وعلى قولهما يلزمها زكاة نصيبها فى الوجهين * قال * رجل له ابل سائمة فأراد أن يستعملها أو يعلفها فلم يفعل ذلك حتى حال عليه الحول فعليه زكاة السائمة لانها كانت سائمة فى جميع

الحول وما نوى كان حديث النفس وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تجاوز لأمتي عما حدثوا به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا ثم الاستعمال فعل وذلك لا يحصل بالنية ما لم يفعل ألا ترى أن من نوى فى عبد الخدمة أن يكون للتجارة لا يصير للتجارة مالم يتجر فيه بخلاف ما اذا كان للتجارة فنواه للخدمة لأنه نوى ترك التجارة وهو تارك لها فاقترنت النيـة بالعمل وهو نظير الكافر ينوى الاسـلام لا يصير مسلما مالم يأت بكلمة الشهادة والمسلم لو نوى أن يكفر والعياذ بالله صار كافراً بنيته ترك الاسـلام ﴿ قال ﴾ رجل له عشر من الابل السائمة فحال عليها حولان فعليه للسنة الأولى شاتان وللسنة الثانية شاة ولم يبين فى الكتاب أنه هل يأثم بما صنع فكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى يقول هو آثم بتأخير الأداء بعد الوجوب وهكذا ذكره في المنتقى . وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال من أخر أداء الزكاة من غير عذر لم تقبل شهادته وفرق محمد رحمه الله تعالى على مذهبه بين الزكاة والحج فقال فى الزكاة حق الفقراء وفي تأخير الأداء اضرار بهـم ولا يسعه ذلك بخلاف الحج وكان أبو عبد الله البلخي يقول يسعه التأخير فى الزكاة لأن الامر به مطلق عن الوقت وهكذا رواه هشام عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وفرق على قوله بين الزكاة وبين الحج وقال أداء الحج يختص بوقت وفى التأخير عنـه تفويت لانه لايدري هل يبقى الى السـنة الثانية أم لا وليس فى تأخير الزكاة تفويت فكل وقت صالح لأدائها ثم فى السنة الاولى وجب عليه شاتان فانتقص بقدرهما من العشر فلا يلزمه في الثانية الا شاة وهذا عنـدنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يلزمه شاتان للسنة الثانية فان دين الزكاة عنده لا يمنع وجوب الزكاة قال لانه دين وجب لله تعالى كالنذور والكفارات والفقه فيه أنه ليس بدين على الحقيقة حتى يسقط بموته قبل الاداء . وكان البلخي يفرق على أصل زفر رحمـه الله تعالى بين دين الزكاة عن الاموال الظاهرة والباطنة فقال فى الاموال الظاهرة للساعى حق المطالبة بها فكان نظير دين العباد بخلاف الاموال الباطنة وقيل لابي يوسف رحمـه الله تعالى ما حجتك على زفر رحمه الله تعالى فقال ماحجتى على رجل يوجب فى مائتى درهم أربعمائة درهم ومراده اذا ملك مائتي درهم فحال عليها ثمانون حولا . ثم دين الزكاة عن الاموال الباطنة بمنزلته عن الاموال الظاهرة فان المصدق كان يأخذمنها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضى الله عنهـما حتى فوض عثمان رضى الله عنه الاداء الى أرباب الاموال لما خاف المشقة

والحرج في تفتيش الاموال عليهم من سعاة السوء فكان ذلك توكيلا منه لصاحب المال بالاداء فنفذ توكيله لانه كان عن نظر صحيح وقد تثبت المطالبة به للمصدق اذا مر بالمال عليه فى سفره فلهذا منع وجوب الزكاة وعن أبي يوسف رحمه الله أن دين الزكاة عن المال القائم يمنع وجوب الزكاة وعن المال المستهلك لا يمنع وجوب الزكاة لان المال القائم يتصوران يمر به على العاشر حتى يثبت له حق الاخذ بخلاف المستهلك ﴿قال﴾ وان كانت الابل خمساً وعشرين فعليه للحول الاول بنت مخاض وللحول الثانى أربع شياه لما بينا ﴿قال﴾ رجل له أربع وعشرون فصيلا وناقة مسنة فعليه فيها بنت مخاض لان الصغار تبع للمسنة تعدّ معها كما قال صلى الله عليه وسلم وتعد صغارها وكبارها وهذا لان ما هو الواجب موجود فى ماله فاذا أوجبنا لم يخرج الواجب من أن يكون جزأ من النصاب بخلاف ما اذا كان الكل صغارا . فان كان له خمس وسبعون فصيلا وناقة مسنة فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يجب الا تلك الواحده لان الوجوب باعتبارها وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يجب تلك الواحدة مع فصيل لانه يوجب فى الصغار منها وقد بينا هذا ﴿قال﴾ رجل له ابل سائمة قد اشتراها للتجارة فعليه فيها زكاة التجارة عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى فيها زكاة السائمة الاأن لا يكون نصاب السائمة تاماً فحينئذ عليه زكاة التجارة اذا كانت القيمة نصابا ولا خلاف في أنه لا تلزمه الزكاتان جميعا لان وجوب كل واحد منهما باعتبار صفة المالية ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى زكاة السائمة أقوى لان وجوبها باتفاق الأمة والنصوص الظاهرة والضعيف لا يعارض القوى فاذا أمكن ايجاب زكاة السائمة لا تظهر زكاة التجارة وفى ترجيح زكاة السائمة منفعة للفقراء لأن الساعى يأخذها وزكاة التجارة مفوّض أداؤها الى من وجبت عليه وربما لا يؤدى وعلماؤنا رحمهم الله تعالى قالوا ان بنية التجارة ينعدم ما هو المقصود بالسوم وما لأجله أوجب زكاة السائمة لأن النماء فى السائمة مطلوب من عينها وذلك لايحصل الا باستبقاء الملك فيها وبنية التجارة ينعدم هذا فكانت سائمة صورة لا معنى وهو مال التجارة صورة ومعني فترجح زكاة التجارة لهذا وحق الأخذ ثابت للساعى سواء أوجب فيها زكاة السائمة أو زكاة التجارة فانه مال ظاهر يحتاج صاحبه الى حماية الامام وثبوت حق الأخذ باعتبار الحاجة الى الحماية بخلاف سائر أموال التجارة حتى اذا احتاج الى الحماية فيها بالمرور على العاشر كان له أن يأخذ الزكاة منها

﴿ قال ﴾ وان كانت السائمة بين رجل مسلم عاقل وبين صبي أو مجنون أوكافر فعلى الرجل المسلم العاقل زكاة نصيبه لو بلغ نصاباً ولاشئ على الآخر لما بينا أن حالة الاختلاط معتبرة بحالة الانفراد ﴿ قال ﴾ واذا ذهب العدو بالسائمة أو غصبها غاصب ثم رجعت الى صاحبها بعد سنين فلا زكاة عليه لما مضى عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى كذلك في الذى ذهب بها العدو لأنهم ملكوها بالاحراز وفى المغصوب المجحود تلزمه الزكاة لما مضى اذا وصلت الى يده . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يلزمه فيها الزكاة لما مضي اذا وصلت الى يده بناء على أصله أنهم لا يملكون أموالنا بالاحراز . وجه قولهما ان وجوب الزكاة فى السائمة باعتبار الملك دون اليد . ألا ترى أن ابن السبيل تلزمه الزكاة لمامضى اذا وصلت يده الى الأموال لقيام ملكه فيها فكذلك في المغصوب فان بالغصب تنعدم اليد بالمغصوب منه دون الملك . وجه قولنا حديث على رضى الله تعالى عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم قال لازكاة فى مال الضمار ومعناه مال يتعذر الوصول اليه مع قيام الملك من قولك بعير ضامر اذا كان نحيفا مع قيام الحياة فيه وان عمر بن عبدالعزيز فى خلافته لما أمر برد أموال بيت المال على أصحابها قيل أفلا نأخذ منهم زكاتها لما مضى قال لا فانها كانت ضماراً والمعنى فيه أن وجوب الزكاة فى السائمة كان باعتبار معنى النماء وقد انسد على صاحبها طريق يحصل النماء منها بجحود الغاصب اياها فانعدم مالاجله كان نصاب الزكاة بخلاف ابن السبيل فان النماء يحصل له بيد نائبه كما يحصل بيده فكان نصابَ الزكاة لهذا وكذلك الضالة وما سقط منه في البحر من مال التجارة اذا وصلت يده اليه بعد الحول فليس عليه الزكاة لما مضي لأن معنى المالية فى النموّ والانتفاع وذلك منعدم فكان مستهلكا معنى وان كان قائماً صورة وكذلك الدين المجحود وأطلق الجواب فيه في الكتاب وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال ان كان معلوما للقاضى فعليه الزكاة لما مضى لتمكنه من الأخذ بعلم القاضى . وجه رواية الكتاب انه لازكاة عليه سواء كانت له بينة أولم تكن له بينة اذ ليس كل شاهد يعدّل ولا كل قاض يعدل وفى المحاباة بين يديه في الخصومة ذل فكان له أن لايذل نفسه وكثير من أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا اذا كانت له عليه بينة تلزمه الزكاة لما مضى لأن التقصير جاء منه . وروي ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي ان المديون اذا كان يقر معه سراً ويجحد في العلانية فليس عليه

الزكاة لما مضى اذا أخذه بمنزلة الجاحد سراً وعلانية ﴿قال﴾ واذا كان النصاب كاملا فى أول الحول وآخره فالزكاة واجبة وان انتقص فيما بين ذلك وقتاً طويلا مالم ينقطع أصله من يده ومال السائمة والتجارة فيه سواء عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى لا تلزمه الزكاة الا ان يكون النصاب من أول الحول الى آخره كاملا وقال الشافعي رحمه الله تعالى فى السائمة كذلك وفي مال التجارة قال انما يعتبر كمال النصاب فى آخر الحول خاصة ولا يعتبر فى أوله . وجه قول زفر رحمه الله تعالى أن حولان الحول على المال شرط لوجوب الزكاة وكل جزء من الحول بمنزلة أوله وآخره . ألا ترى أنه لو هلك جميع النصاب فى خلال الحول يجعل كهلاكه فى أول الحول وآخره وكذلك السائمة اذا جعلها حمولة أو علوفة فى وسط الحول انقطع به الحول كما لو فعل ذلك فى أوله وآخره وهذا لان مادون النصاب ليس بمحل لوجوب الزكاة فيه كالعلوفة . وقال الشافعي رحمه الله تعالى فى السائمة كذلك وفى مال التجارة قال القياس هكذا ولكني أزكيه لان النصاب فيها معتبر من القيمة ويشق على صاحب المال تقويم ماله فى كل يوم فلدفع المشقة قلنا انما يعتبر كمال النصاب عند وجوب الزكاة وذلك فى آخر الحول ﴿ولنا﴾ ان اشتراط كمال النصاب ليحصل به صفة الغنى للمالك والغنى معتبر عند ابتداء الحول لينعقد الحول على المال وعند كماله لتجب الزكاة فاما فيما بين ذلك فليس بحال انعقاد الحول ولا بحال وجوب الزكاة فلا يشترط غنى المالك فيه انما هو حال بقاء الحول المنعقد فلا بد من بقاء شئ من المحل لبقاء الحول فاذا هلك كله لم يبق شئ من المحل صالحاً لبقاء الحول وكذلك اذا جعلها علوفة أو أعدها للاستعمال لم يبق شئ من المحل صالحاً لبقاء الحول فاما بعد هلاك البعض فبقى المحل صالحاً لبقاء الحول وهو نظير عقد المضاربة يبقى على الألف ببقاء بعضها حتى اذا ربح فيها يحصل جميع رأس المال أولا بخلاف ما اذا هلكت كلها وما اعتبره الشافعي رحمه الله تعالى من المشقة صالح لاسقاط اعتبار كمال النصاب فى خلال الحول لا فى أوله لانه لا يشق عليه تقويم ماله عند ابتداء الحول ليعرف به انعقاد الحول كما لا يشق عليه ذلك في آخر الحول ليعرف به وجوب الزكاة فى ماله ﴿قال﴾ ويحتسب على الرجل فى سائمته العمياء والعجفاء والصغيرة وما أشبهها ولا يؤخذ شئ منها لان المعتبر فيها كمال النصاب من حيث العدد وذلك حاصل بالكل والاصل فيه حديث عمر رضى الله عنه فان الناس شكوا اليه من السعاة فقالوا انهم يعدون علينا السخال ولا يأخذونها

فقال عمر رضى الله عنه للساعي عد عليهم السخلة وان جاء بها الراعي يحملها على كتفه ألسنا تركنا لكم الربّي والاكيلة والماخض وفحل الغنم وذلك عدل بين خيار المال ورذاله فبقول عمر رضى الله عنه أخذنا وقلنا لاتؤخذ الربّي وهي التي تربي ولدها ولا الاكيلة وهي التي تسمن للاكل قال يونس رحمه الله تعالى هي الاكولة وأما الاكيلة فهي التي تكثر تناول العلف ولكن في عادة العوام أنهم يسمون التي تسمن للأكل الاكيلة ومقصود محمد رحمه الله تعالى تعليم العوام فاختار ما كان معروفا فى لغتهم ليكون أقرب الى أفهامهم مع ما فيه من اتباع الأثر الاأن يشكل عليه هذه اللغة والماخض هي التي فى بطنها ولد وفحل الغنم ظاهر لا يؤخذ من ذلك شيء لانها من أعز الاموال عند أرباب المواشي. وقال صلى الله عليه وسلم إياكم وكرائم أموال الناس ثم كما نظرنا لأرباب الاموال في ترك الاخذ من الكرائم نظرنا للفقراء في ترك الاخذ من الصغار والعجاف مع عدها عليهم ليعتدل النظر من الجانبين ﴿قال﴾ واذا وجبت الصدقة فى السائمة ثم باعها صاحبها جاز بيعه عندنا ولم يجز في قدر الزكاة عند الشافعي رحمه الله تعالى قولا واحداً وله فيما وراء ذلك قولان. وحجته أن نصاب الزكاة صار مشغولا بحق الفقراء فيمتنع على صاحبها بيعها كالعبد المديون والنصاب لوجوب الزكاة فيه يصير كالمرهون بما وجب فيه وبيع المرهون لايجوز. وعلماؤنا رحمهم الله تعالى استدلوا بحديث حكيم ابن حزام رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع اليه ديناراً وأمره أن يشترى به أضحية فاشترى شاة بالدينار ثم باعها بدينارين فاشترى شاة أخرى بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فقد جوز بيع الاضحية بعد ما وجب حق الله تعالى فيها فصار هذا أصلا لنا أن تعلق حق الله تعالى فى المال لايمنع جواز البيع فيه والمعني ان البيع يعتمد الملك والقدرة على التسليم وملكه باق بعد وجوب الزكاة فيها وقدرته على التسليم باعتبار يده ولم يختل ذلك بوجوب الزكاة فيه فكان بيعه نافذاً بخلاف المرهون فان اليد هناك مستحقة عليه للمرتهن فلم يكن مقدور التسليم له بخلاف العبد المديون فان ماليته مستحقة عليه للغريم بدينه وجواز البيع باعتبار المالية ثم الزكاة فى المال لا تتعلق بالمال تعلقا يتعين فيه حتى ان لصاحب المال اختيار الاداء من موضع آخر فهو نظير تعلق حق أولياء الجناية برقبة الجاني وذلك لايمنع صحة بيع المولى فيه كما قلنا فكذلك هذا ﴿قال﴾ واذا حضر المصدق بعد البيع فالقياس أن يأخذ

الصدقة من البائع ولا سبيل له على عين السائمة لانها صارت مملوكة للمشترى ولا زكاة عليه ولكن البائع صار متلفاً محل حق الفقراء فيضمنه ولكن استحسن فقال ان حضر المصدق قبل أن يتفرقا عن المجلس فله الخيار ان شاء أخذ الصدقة من العين ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن وان شاء أخذ من البائع وان حضر بعد التفرق أخذ الصدقة من البائع ولا سبيل له على العين وهذا لأن العلماء رحمهم الله تعالى اختلفوا في زوال الملك قبل التفرق وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار مالم يتفرقا يدل على عدم زوال ملك البائع والساعى مجتهد فان شاء اعتبر ظاهر الحديث وأخذ الصدقة من العين وان شاء اعتمد القياس الظاهر أن عقد البيع يوجب زوال الملك بنفسه وأخذ الصدقة من البائع وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى ان العبرة بنقل الماشية فان حضر بعد ما نقلها المشترى لم يأخذ شيئاً وان حضر قبل ان ينقلها يخير لانها انما تصير داخلة في ضمان المشتري حقيقة بالنقل حتى اذا هلكت قبل النقل ثم استحقت لم يضمن المشترى شيئاً بخلاف مابعد النقل وهذا بخلاف العشر فان صاحب الطعام اذا باعه ثم حضر المصدق فله أن يأخذ العشر من العين تفرقا أولم يتفرقا نقله المشترى أو لم ينقله لان الواجب عشر الطعام بعينه ولا معتبر بالملك فيه وفى الزكاة الوجوب على المالك حتى لاتجب الا باعتبار المالك فلهذا افترقا

﴿ قال ﴾ واذا نفقت السائمة كلها بعد حول الحول عليها سقطت الزكاة عنها وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان هلكت بعد التمكن من الأداء ضمن صاحبها الزكاة فاما قبل التمكن فلا ضمان وله قولان في وجوب الزكاة قبل التمكن من الاداء قال فى كتاب الام لاتجب الزكاة الا بثلاث شرائط كمال النصاب وحولان الحول والتمكن من الأداء وقال فى الاملاء التمكن شرط الضمان لاشرط وجوب الزكاة. وحجته أن هذا حق مالى وجب بايجاب الله تعالى فلا يسقط بهلاك المال بعد التمكن من الأداء كصدقة الفطر واستدل بالحج فانه ان كان موسراً وقت خروج القافلة من بلده ثم هلك ماله لايسقط عنه الحج ولان أكثر ما فى الباب ان قدر الزكاة أمانة فى يده وهو مطالب شرعاً بالأداء بعد التمكن منه فاذا امتنع بعد توجه المطالبة عليه صار ضامناً كسائر الامانات والخلاف ثابت فيما اذا طالبه الفقير بالأداء والحق ثابت للفقير فاذا امتنع بعد وجوب الطلب ممن له الحق صار ضامناً ﴿وحجتنا﴾ فيه ان محل الزكاة هو النصاب والحق لايبقى بعد فوات محله كالعبد الجانى

أوالمديون اذا مات والشقص الذى فيه الشفعة اذا صار بحراً بطل حق الشفيع ولا يجوز أن يصير ضامناً لان وجوب الضمان بتفويت ملك أو يد كسائر الضمانات وهو بهذا التأخير مافوت على الفقير يداً ولا ملكا فلا يصير ضامناً له شرعاً بخلاف صدقة الفطر والحج فان محل الوجوب هناك ذمته لاماله وذمته باقية بعد هلاك المال ولان وجوب الزكاة لمواساة الفقراء وبعد هلاك المال استحق المواساة معهم فلا يلزمه ان يواسي غيره والواجب قليل من كثير على وجه لايكون أداؤه ملحقا الضرر به ولهذا اختص بالمال النامي حتى يجبر بالنماء مايلحقه من الخسران بالاداء وهذا لا يتحقق بعد هلاك المال فلو استوفى كان المستوفى غير ماوجب وذلك لا يجوز بخلاف صدقة الفطر والحج فان المال هناك شرط الوجوب لاشرط الاداء فاذاتقرر الوجوب في ذمته لم يسقط بهلاك ماله أما اذا طالبه الفقير فهذا الفقير ماتعين مستحقا له وله رأى فى الصرف الى من شاء من الفقراء وانما امتنع من الاداء اليه ليصرفه الى من هو أحوج منه فان طالبه الساعي وامتنع من الاداء اليه حتى هلك المال فالعراقيون من أصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون يصير ضامنا لان الساعى متعين للاخذ فيلزمه الاداء عند طلبه وبالامتناع يصير مفوتا ومشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون لا يصير ضامنا وهو الاصح فقد قال في الكتاب اذا حبسها بعد ماوجبت الزكاة حتى ماتت لم يضمنها وليس مراده بهذا الحبس انه يمنعها العلف والماء فان ذلك استهلاك وبه يصير ضامنا انما مراده بهذا الحبس بعد طلب الساعي والوجه فيه انه مافوت بهذا الحبس على أحد ملكا ولا يدا فلا يصير ضامنا وله رأي فى اختيار محل الأداء ان شاء من السائمة وان شاء من غيرها فانما حبس السائمة ليؤدى من محل آخر فلا يصير ضامنا فان هلك نصفها فعليه فى الباقى حصته من الزكاة اذا لم يكن فى المال فضل على النصاب ولا خلاف فيه والبعض معتبر بالكل فكما أنه اذا هلك النصاب كله سقط جميع الزكاة فكذلك اذا هلك البعض يسقط بقدره *فان قيل ماهو شرط الوجوب وهو ملك المال جعلتموه شرط الاداء فكذلك كمال النصاب شرط الوجوب فينبغى أن يجعل شرط الاداء حتى لايلزمه اداء شيء اذا انتقص النصاب * قلنا كمال النصاب ليس بشرط الوجوب لعينه ولكن لحصول الغنى للمالك به وغنى المالك انما يعتبر وقت الوجوب فان الغني ليس شرطا لتحقق اداء الصدقة ﴿قال﴾ وان كان المال مشتملا على النصاب والوقص فهلك منه شيء فعلى

قول أبي حنيفـة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجعـل الهالك من الوقص دون النصاب حتي لا يسقط شيء من الزكاة اذا لم ينقص من النصاب ومحمد وزفر رحمهما الله تعالى يجعلان الهالك من الـكل حتى اذا كان له تسع من الابل فحال الحول فهلك منها أربع فعليه في الباقى شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله تعالى في الباقي خمسـة اتساع شاة (حجتهما) قوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة الى تسع أخبر أن الوجوب في الـكل والمعنى يشهد له فان المال النامى لا يخـلو عن الزكاة وما زاد على النصاب مال نام لا يجب بسببه زيادة فعرفنا أن الوجوب فى الـكل وهو نظير ما لو شهد له ثلاثة نفر بحق فقضى به القاضى فان القضاء يكون بشهادة الـكل وان كان القاضى يستغنى عن الثالث واذا ثبت أن الوجوب فى الـكل فما هلك يهلك بزكاته وما بقى يبقى بزكاته كالمال المشترك وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بحديث عمرو بن حزم رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى خمس من الابل السائمة شاة وليس فى الزيادة شيء حتى يكون عشراً فهذا تنصيص على أن الواجب في النصاب دون الوقص والمعنى فيه أن الوقص تبع للنصاب والنصاب باسمه وحكمه يستغنى عن الوقص والوقص لا يستغنى باسمـه وحكمه عن النصاب والمـال متى اشـتمل على أصـل وتبع فاذا هلك منه شيء يصرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيها ربح فهلك شي منها يصرف الهلاك الى الربح دون رأس المال فـكذا هذا ثم الاصـل عند أبي حنيفـة رحمه الله تعالى أن أول النصاب يجعل أصلا وما بعده بناء وتبعا فيجعل الهلاك فيمازاد على أول النصاب كأنه لم يكن فى ملـكه الا أول النصاب وعند أبي يوسف رحمـه الله تعالى هو كذلك ما لم يأت نصاب آخر فاذا أتى نصاب آخر فحينئذ يجعـل آخر النصاب أصـلا . وبيانه أن من له خمس وثلاثون من الابل فحال الحول ثم هلك خمسة عشر فعند أبي حنيفة رحمـه الله تعالى فى الباقى أربع شياه وما هلك صار كان لم يكن وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الباقي أربعة أخماس بنت مخاض لانه يجعل آخر النصاب أصـلا والهالك فيما زاد عليـه يصـير كان لم يكن وعند محمد رحمه الله تعالى في الباقي أربعة اسباع بنت مخاض لأن بنت المخاض واجبـة في الكل عنده فيسقط حصـة ما هلك ويبقى حصة ما بقى ﴿قال﴾ وتعجيل الزكاة عن المال الـكامل الموجود فى ملـكه من سائمة أو غيرها جائز عن سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك والـكلام في هذه المسئلة في فصول ﴿أحدها﴾

في جواز التعجيل . فان مالكا رحمه الله تعالى لا يجوز التعجيل أصلا ويعتبر العبادة المالية بالعبادة البدنية ويقول أداء الزكاة اسقاط الواجب عن ذمته فلا يتصور قبل الوجوب ﴿ولنا﴾ ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استسلف من العباس صدقة عامين ثم بكمال النصاب حصل الوجوب على أحد الطريقين لاجتماع شرائط الزكاة من النصاب النامي وغنى المالك وحولان الحول تأجيلٌ وتعجيل الدين المؤجل صحيح وعلى الطريق الآخر ان سبب الوجوب قد تقرر وهو المال والأداء بعد تقرر سبب الوجوب جائز كالمسافر اذا صام في رمضان والرجل اذا صلى في أول الوقت جاز لوجود سبب الوجوب وان كان الوجوب متأخراً أو لأن تأخر الوجوب لتحقق النماء فاذا تحقق استند الى أول السنة فكان التعجيل صحيحاً ولهذا قلنا ان تعجيل الزكاة قبل كمال النصاب لا يجوز لان سبب الوجوب لا يتحقق الا بعد كمال النصاب وبعد كمال النصاب يجوز التعجيل لسنتين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز الا لسنة واحدة فان التعجيل عنده على آخر الحول لا على أوله قال ألا ترى ان التعجيل قبل كمال النصاب لا يجوز لان الحول غير منعقد عليه فكذلك الحولُ الثاني بعد كمال النصاب ﴿ولنا﴾ حديث العباس رضي الله عنه والمعنى فيه ان ملك النصاب سبب لوجوب الزكاة في كل حول مالم ينتقص عنه وجواز التعجيل باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحولُ الثاني كالحول الأول بخلاف ما قبل كمال النصاب . ثم بعد كمال النصاب يجوز التعجيل عن النصب عندنا وعلى قول زفر رحمه الله لا يجوز التعجيل الا عن النصاب الموجود في ملكه حتى اذا كان له خمس من الابل فعجل أربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل عندنا يجوز التعجيل عن الكل وعند زفر رحمه الله تعالى لا يجوز الا عن زكاة الخمس قال لان جواز التعجيل بعد وجود ملك المال بدليل النصاب الأول ﴿وحجتنا﴾ فيه أن ملك النصاب كما هو سبب لوجوب الزكاة فيه عند كمال الحول فهو سبب لوجوب الزكاة فيه في نصب يملكها عند كمال الحول فاذا جعل الملك الحاصل في خلال الحول كالموجود في أوله في وجوب الزكاة فكذلك في جواز التعجيل يجعل المستفاد في خلال الحول كالموجود في أوله . واذا لم يجب عليه الزكاة عند كمال الحول لهلاك ماله فليس له أن يسترد من الفقير ما أداه اليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى له ان يسترد المال من الفقراء الذين دفع اليهم ان بين له أنه يعطي معجلا وان أطلق عند الاداء لم يكن له ان يرجع عليه وقال اذا بين له أنه يعطيه مايستحقه

عليه بوجوب الزكاة فاذا لم يثبت الاستحقاق كان له أن يرجع عليه كمن قضي دين انسان ثم انفسخ السبب الموجب للدين ﴿ولنا﴾ ان المتصدق يجعل مايؤديه لله تعالى خالصا ثم يصرفه الى الفقراء ليكون كفاية لهم من الله تعالى وقد تم ذلك بالوصول الى يد الفقير فلا يرجع عليه بشئ بل ان وجبت الزكاة كان مؤديا للواجب وان لم تجب كان متنفلا كما لو أطلق الاداء ﴿قال﴾ وينظر فى السائمة الى كمال النصاب فتجب الزكاة فيه وان كانت قيمتها ناقصة عن مائتى درهم وينظر الى قيمتها ان أرادبها التجارة فان كانت أقل من مائتى درهم لم تجب الزكاة وان كان العدد كاملا لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر فى السائمة كمال العدد دون القيمة ولان النماء فى السائمة مطلوب من عينها وفي مال التجارة انما يطلب النماء من ماليتها فاعتبرنا النصاب في الموضعين من حيث يطلب النماء فاذا كانت قيمتها أقل من مائتى درهم لم تجب فيها زكاة التجارة لنقصان النصاب ولا زكاة السائمة وان كان العدد كاملا لان النصاب فيها غير معتبر من حيث العدد * فان قيل اذا لم تجب فيها زكاة التجارة صار وجود نية التجارة كعدمها فتجب زكاة السائمة . قلنا نية التجارة معتبرة في اخراجها من أن تكون سائمة معنى على ما بينا والصورة بدون المعنى لا تكفي لايجاب الزكاة ﴿قال﴾ واذا اشترى الابل للتجارة فلما مضت طائفة من الحول بدا له فجعلها سائمة فراراً من الصدقة فلا زكاة عليه حتى يحول عليها الحول من حين جعلها سائمة لانه نوى ترك التجارة فيها وهو تارك لها فى ذلك الوقت حقيقة فاقترنت النية بالفعل وزكاة السائمة ليست من جنس زكاة التجارة فلا يمكن بناء أحدهما على الآخر فقلنا باستئناف الحول من حين جعلها سائمة ﴿قال﴾ ويؤخذ من بني تغلب صدقة سائمتهم ضعف ما يؤخذ من المسلم اذا بلغت مقدار ما يجب فى مثله الصدقة على المسلم وبنو تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما أراد عمر رضي الله عنه أن يوظف عليهم الجزية أبوا وقالوا نحن من العرب نأنف من أداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم وان رأيت أن تأخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فعلنا ذلك فشاور عمر رضى الله عنه الصحابة فى ذلك وكان الذى يسعى بينه وبينهم كردوس التغلبي فقال يا أمير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان رضى الله عنه فلزم أول الامة وآخرها * فان قيل أليس أن علياً رضى الله عنه أراد أن ينقض

صلحهم حين رآهم قلوا وذلوا * قلنا قدشاور الصحابة رضي الله عنهم في ذلك ثم اتفق معهم على أنه ليس لأحد أن ينقض هذا الصلح وذكر محمد رحمه الله تعالى في النوادر أن صلحهم في الابتداء كان ضغطة ولكن تأيد بالاجماع وبقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ملكا ينطق على لسان عمر رضى الله عنه وقال أينما دار عمر رضى الله عنه فالحق يدور معه . اذا عرفنا هذا فنقول لا يؤخذ من المسلم مما دون النصاب شيء فكذلك منهم ويؤخذ من النصاب من المسلم ما قدره الشرع في كل مال فيؤخذ منهم ضعف ذلك لأن الصلح وقع على هذا ويؤخذ من نسائهم مثل ما يؤخذ من رجالهم . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنها لا تؤخذ من نسائهم قال لأنها بدل عن الجزية ولا جزية على النساء وجه ظاهر الرواية أن هذا مال الصلح والنساء فيه كالرجال قال صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله تعالى عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافرية وهو نظير الدية على العاقلة لا شيء منها على النساء فان صالحت امرأة عن قصاص على مال أخذت به وهذا لأن الوفاء بالعهد واجب من الجانبين والعهد على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من المسلمات كما تؤخذ من الرجال فكذلك في حقهم . ولا يؤخذ من صبيانهم شيء لانه لا تؤخذ الصدقة من سوائم الصبيان من المسلمين فكذلك منهم . أما مواليهم فلا تؤخذ منهم الصدقة ولكن توضع على رؤسهم الجزية بمنزلة سائر الكفار فان ظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يتناول كل كافر الا أنه خص من هذا الظاهر بنو تغلب باتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم وانما يتناول هذا الاسم من كان منهم نسبا لا ولاء فبقيت مواليهم على حكم ظاهر الآية * فان قيل أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال مولى القوم من أنفسهم * قلنا المراد مولى بني هاشم في حرمة الصدقة عليهم كرامة لهم . ألا ترى أن موالي بني تغلب لا يكونون أعلى حالا من موالي المسلمين ومولى المسلمين اذا كان ذميا توضع عليه الجزية فمولى التغلبي أولى

﴿ قال ﴾ وما أخذ من صدقات بني تغلب يوضع موضع الجزية لأن عمر رضى الله تعالى عنه لما صالحهم قال هذه جزية فسموها ما شئتم معناه جزية في حقنا فنضعه موضع الجزية ولأنه ليس بصدقة حقيقية لان الصدقة اسم لما يتقرب به الى الله عز وجل وهو ليس بأهل لهذا التقرب وهو جزية معنى فالجزية اسم لمال مأخوذ بسبب الكفر على وجه العقوبة والتضعيف عليهم بهذه الصفة حتى يسقط اذا أسلموا فلهذا يوضع موضع الجزية

﴿قال﴾ واذا ظهر الخوارج على بلد من بلاد أهل العدل فأخذوا منهم صدقة أموالهم ثم ظهر عليهم الامام لم يأخذ منهم ثانيا لأنه عجز عن حمايتهم والجباية تكون بسبب الحماية وهذا بخلاف التاجر اذا مر على عاشر أهل البغي فعشره ثم مر على عاشر أهل العدل يعشره ثانيا لأن صاحب المال هو الذي عرض ماله حين مر به عليه فلم يعذر وهناك صاحب المال لم يصنع شيئا ولكن الامام عجز عن حمايته فلهذا لا يأخذ ولكن يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالاداء ثانية لأنهم لا يأخذون أموالنا على طريق الصدقة بل على طريق الاستحلال ولا يصرفونها الى مصارف الصدقة فينبغى لصاحب المال أن يؤدى ما وجب عليه لله تعالى فانما أخذوا منه شيئا ظلما وكذلك ان أخذوا من أهل الذمة فى ذلك البلد خراج رؤسهم لم يأخذهم الامام بما مضى لعجزه عن حمايتهم. فأما ما يأخذ سلاطين زماننا هؤلاء الظلمة من الصدقات والعشور والخراج والجزية فلم يتعرض له محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب وكثير من أئمة بلخ يفتون بالاداء ثانيا فيما بينه وبين الله تعالى كما فى حق أهل البغى لعلمنا أنهم لا يصرفون المأخوذ مصارف الصدقة وكان أبو بكر الأعمش يقول فى الصدقات يفتون بالاعادة فأما فى الخراج فلا لأن الحق فى الخراج للمقاتلة وهم المقاتلة حتى اذا ظهر عدو ذبوا عن دار الاسلام فأما الصدقات فللفقراء والمساكين وهم لا يصرفون الى هذه المصارف والأصح أنه يسقط ذلك عن جميع أرباب الأموال اذا نووا بالدفع التصدق عليهم لأن ما فى أيديهم من أموال المسلمين وما عليهم من التبعات فوق مالهم فلو ردوا ما عليهم لم يبق فى أيديهم شئ فهم بمنزلة الفقراء حتى قال محمد بن سلمة يجوز أخذ الصدقة لعلى بن عيسى بن يونس بن ماهان والى خراسان وكان أميرا ببلخ وجب عليه كفارة يمين فسأل عنها الفقهاء عما يكفر به فأفتوه بصيام ثلاثة أيام فجعل يبكى ويقول لحشمه انهم يقولون لى ما عليك من التبعات فوق مالك من المال وكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا وكذلك ما يؤخذ من الرجل من الجبايات اذا نوى عند الدفع أن يكون ذلك من عشره وزكاته جاز على الطريق الذى قلنا ﴿قال﴾ وتقسم صدقة كل بلد على فقراء بلادهم ولا يخرج الى غيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضى الله تعالى عنه خذها من أغنيائهم وردها فى فقرائهم ولأن لفقراء تلك البلدة حق القرب والمجاورة واطلاعهم على أرباب أموالها أكثر فالصرف اليهم أولى لقوله صلى الله عليه وسلم أدناك فادناك ولما سأله رجل فقال ان لى جارين أيهما أبر فقال الى أقربهما منك بابا وان أخرجها الى غيرهم جاز

وهو مكروه وللشافعى رحمه الله تعالى قول انه لايجوز لحديث معاذ رضي الله تعالى عنه من نقل عشره وصدقته من مخلاف عشيرته الى غير مخلاف عشيرته فعشره وصدقته فى مخلاف عشيرته أي مردودة عليهم ﴿ولنا﴾ ظاهر قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وتخصيص فقراء البلدة ليس لمعنى فى أعيانهم فلا يمنع جواز الصرف الى غيرهم لان ماهو المقصود وهو سد خلة المحتاج قد حصل وقول معاذ رضى الله تعالى عنه محمول على بيان الاولى . ألا ترى أنه حين كان باليمن كان ينقل الصدقة الى المدينة على ما قال فى خطبته وأنفع لمن فى المدينة من المهاجرين والانصار وانما كان ينقل الى المدينة لان فقراءها كانوا أشرف الفقراء حيث هجروا أوطانهم وهاجروا لنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعلم أحكام الدين وعلى هذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا كان لصاحب المال قرابة محتاجون فى بلدة أخرى فلا بأس بأن يصرف الصدقة اليهم وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم مع اسقاط الفرض عن نفسه ﴿قال﴾ ومن كان في عسكر الخوارج سنين فلم يؤد صدقة ماله ثم تاب لم يؤخذ بها لانه لم يكن تحت حماية الامام حين وجبت عليه فحكمه كان لا يجرى عليه وعليه أن يؤدى فيما بينه وبين الله تعالى لان الحق قد لزمه بتقرر سببه فلا يسقط عنه الابالاداء وصارت الاموال الظاهرة فى حقه حين لم يثبت للامام حق الاخذ منها كالاموال الباطنة ﴿قال﴾ والعاشر يأخذ الصدقة من رسول أهل البغي اذا مر عليه كما يأخذها من المسلم لان أهل البغى مسلمون كما قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الى قوله فان بغت احداهما على الاخرى . وقال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا وانما يأخذ من سائر المسلمين مالزمهم من الزكاة من المال الممرور به عليه فكذلك من أهل البغي ﴿قال﴾ ومن أسلم فى دار الحرب وأقام فى تلك الدار سنين فان عرف وجوب الزكاة عليه فلم يؤدها ثم خرج الينا لم يؤخذ بها لانه لم يكن تحت حماية الامام فى ذلك الوقت ولكنه يفتى بأدائها فيما بينه وبين الله تعالى واذا لم يعلم بوجوب الزكاة عليه فليس عليه أداؤها الا على قول زفر رحمه الله تعالى والقياس ما قاله لانه بقبول الاسلام صار قابلا لأحكامه وجهله عذر فى دفع المأثم لا فى اسقاط الواجب بعد تقرر سببه ولكنا استحسنا وقلنا توجه خطاب الشرع يتوقف على البلوغ اليه . ألا ترى أن أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد تحول القبلة الى الكعبة وجوز لهم ذلك لانه لم يبلغهم وهذا لان التكليف بحسب الوسع ولا وسع فى حق العمل

به قبل البلوغ اليه فصار كان الخطاب غير نازل في حقه وهذا لان الخطاب غير شائع فى دار الحرب لان أحكام الاسلام غيرشائعة في دار الحرب لقيام الشيوع مقام الوصول اليه ﴿ قال ﴾ واذا حلف الرجل انه قد أدى صدقة ماله الى المصدق الذى كان فى تلك السنة فكف عنه المصدق ثم اطلع على كذبه بعد سنين أخذه بتلك الصدقة لان السبب المثبت لحق الأخذ له قد تقرر فلا يسقط باليمين الكاذبة كسائر حقوق العباد والتأخير ليس بمسقط حق الأخذ بعد ثبوته فلهذا أخذه بالصدقة والله أعلم

باب زكاة الغنم

﴿ قال ﴾ رحمه الله تعالى الأصل في وجوب الزكاة فى الغنم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم مامن صاحب غنم لايؤدى زكاتها الابطح لها يوم القيامة بقاع قرقر تطؤه بأظلافها وتنطحه بقرونها وقال صلى الله عليه وسلم لا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه شاة تيعر يقول يا محمد يا محمد فاقول لا أملك لك من الله شيئاً ألا قد بلغت اذا عرفنا هذا فنقول ليس في اقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت أربعين ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه الى ثلثمائة ثم ليس فى الزيادة شىء الى أربعمائة فبعد ذلك فى كل مائة شاة وقال الحسن بن حيّ رحمه الله تعالى اذا زادت على ثلثمائة ففيها أربع شياه وفى أربعمائة خمس شياه ﴿ وحجتنا ﴾ حديث أنس رضى الله عنه ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب كتاب الصدقات الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه وفي أربعين من الغنم شاة وفى مائة وواحدة وعشرين شاتان وفى مائتين وواحدة ثلاث شياه الى أربعمائة ففيها أربع شياه وقد بينا ان طريق معرفة النصب لاتكون بالرأى والاجتهاد بل بالنص ﴿ قال ﴾ ولا تؤخذ الجذعة من الغنم في الصدقة وانما يؤخذ الثنى فصاعداً والجذعة هى التى تم لها حول واحد وطعنت في الثانية والثنى الذى تم له سنتان وطعن فى الثالثة وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه لايؤخذ من المعز الا الثنى فاما من الضأن فتؤخذ الجذعة وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو الذى ذكره الطحاوي فى مختصره قال ولا يؤخذ فى زكاة الغنم الا مايجزى فى الضحايا. وجه تلك الرواية قوله صلى الله عليه وسلم انما حقنا فى الجذعة والثني ولان الجذعة

من الضأن تجزى فى الضحايا وهى أدعى للشروط من الاخذ فى الزكاة فجواز التضحية بها يدل على أخذها في الزكاة بطريق الأولى . وجه ظاهر الرواية حديث علي رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يؤخذ فى الزكاة الا الثنى فصاعداً ثم مادون الثنى قاصر فى نفسه . الا ترى انه لا يجوز أخذه من المعز ولا يؤخذ فى الزكاة الا البالغ كما لا يؤخذ من المعز مادون الثني وكذلك فى الضأن وهو القياس في الاضحية أيضاً ولكن ترك لنص خاص ورد فيه وذلك اذا كان سميناً لو اختلط بالثنيات لا يمكن تمييزه قبل التأمل ومثل هذا يقارب الثني فيما هو المقصود باراقة الدم وهنا مادون الثني لا يقارب الثنى فيما هو المقصود باراقة الدم من كل وجه فان منفعة النسل لا تحصل به ﴿قال﴾ ويجوز فى زكاة الغنم أخذ الذكور والاناث عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يؤخذ الذكر الا اذا كان النصاب كله ذكوراً لان منفعة النسل لا تحصل به ويجوز فى زكاة الذكور لان الواجب جزء من النصاب ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم فى أربعين شاة شاة واسم الشاة يتناول الذكر والانثى جميعاً بالدليل الموجب فيه ﴿ قال ﴾ فان اختلط المعز بالضأن فلا خلاف ان نصاب البعض يكمل بالبعض ثم لا يؤخذ الا الوسط عندنا وذلك الادون من الارفع والارفع من الادون ذكره فى المنتقى وكذلك في البقر مع الجواميس وللشافعى فيه قولان في أحدهما يقول يؤخذ من جنس الاغلب منهما لان المغلوب لا يظهر فى مقابلة الغالب وفي القول الآخر تقوم واحدة من الارفع والأخرى من الادون ثم ينظر الى نصف القيمتين فيوخذ واحدة بتلك القيمة قال وهو العدل وبه يتم النظر من الجانبين ﴿ولنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من حزرات أموال الناس وخذوا من حواشى أموالهم والأخذ من الحواشى فيما قلنا ﴿ قال ﴾ والمتولد من الظبي والغنم يكون نصابا اذا كانت الأم نعجة وكذلك المتولد من البقر الوحشى والبقر الاهلي عندنا العبرة الام وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب فيه الزكاة لانه تجاذبه جانبان أحدهما يوجب والآخر لا يوجب والاصل عدم الوجوب والوجوب بالشك لا يثبت ولكنا نقول المتولد من جنس الام يشبهها عادة ويتبعها فى الحكم حتى يكون لمالك الام وحتى يتبع الولد الأم فى الرق والحرية وهذا لما عرف ان ماء الفحل يصير مستهلكا بمائها فالولد يكون منها ﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة على غنم سائمة ودفعها اليها وحال الحول ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها زكاة النصف ولا شيء على

الزوج لانه لم يكن مالكا لها في الحول انما عادت اليه بعد وأما المرأة فكانت مالكة للكل فكان النصاب كاملا فوجب عليها الزكاة ثم استحق البعض من يدها بسبب حادث بعد الحول فعليها الزكاة فيما بقى كما لو نقص النصاب فان كان لم يدفعها اليها حتى حال الحول ثم طلقها قبل ان يدخل بها فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر لا زكاة عليها وفى قوله الأول عليها الزكاة في نصيبها اذا قبضت وكان نصابا تاما فان كان دون ذلك فلا زكاة عليها وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها الزكاة فى نصيبها سواء كان نصابا أو دونه بعد أن كان الكل نصابا وقد بينا هذا فى زكاة الابل وأوضحه فى الكتاب بما لو كان الصداق عبدا للخدمة فمر يوم الفطر وهو عندها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فعليها صدقة الفطر ولو كان عند الزوج حين مر يوم الفطر ثم طلقها قبل ان يدخل بها فليس على واحد منهما صدقة الفطر عنه قبل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اما عندهما فينبغى أن تجب عليها صدقة الفطر وما قبل القبض كما بعده فى حكم الزكاة والاصح أنه قولهم جميعا وهما فرقا وقالا صدقة الفطر تعتمد الولاية التامة لا مجرد الملك وذلك لا يحصل بدون اليد بخلاف الزكاة فانها وظيفة الملك وملكها فى الصداق قبل القبض تام بدليل انها تتصرف كيف شاءت ﴿قال﴾ رجل له مائتا درهم وعليه مثلها دين وله أربعون من الغنم سائمة فحال الحول فعليه الزكاة فى الغنم لان الدين يصرف الى الدراهم فانه مخلوق للتقلب والتصرف معدة له فاما السائمة فمعدة لاستبقاء الملك فيها وهذا اذا حضره المصدق فان لم يحضره فالخيار لرب المال ان شاء صرف الدين الى السائمة وأدى الزكاة من الدراهم وان شاء صرف الدين الى الدراهم وأدى الزكاة من السائمة لان فى حق صاحب المال هما سواء وانما الاختلاف فى حق المصدق فان له ولاية أخذ الزكاة من السائمة دون الدراهم فلهذا صرف الدين الى الدراهم وأخذ الزكاة من السائمة ﴿قال﴾ رجل له أربعون شاة سائمة فحال عليها حولان فعليه للحول الأول شاة ولا شئ عليه للحول الثانى لان نصابه قد انتقص بما وجب عليه فى الحول الأول وقد بينا قول زفر رحمه الله تعالى فى نظيره فى زكاة الابل فكذلك فى زكاة الغنم ﴿قال﴾ فى الكتاب وتفسير قوله لا يفرق بين مجتمع ان يكون للرجل مائة وعشرون شاة ففيها شاة وليس للمصدق أن يفرقها فى ثلاثة مواطن ليأخذ من كل أربعين شاة وتفسير قوله لا يجمع بين متفرق أن يكون بين رجلين أربعون شاة فليس للمصدق أن يجمعها ويأخذ منها الزكاة وقد بينا أن المراد به الجمع

والتفريق فى الملك لا فى المكان وقد تقدم بيان هذا وبينا تفسير قوله وما كان بين الخليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية ونزيده وضوحا فنقول المراد اذا كان بين رجلين احدى وستون من الابل لاحدهما ست وثلاثون وللآخر خمس وعشرون فان المصدق يأخذ منها بنت لبون وبنت مخاض ثم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف ماأخذ من ماله بزكاة صاحبه وحمله على هذا أولى فان التراجع على وزن التفاعل فينبغي أن يثبت من الجانبين فى وقت واحد وذلك فيما قلنا ﴿قال﴾ والشريك المفاوض والعنان وغير ذلك كلهم سواء فى حكم الصدقة لان وجوبها باعتبار حقيقة الملك وغنى المالك به ولا ملك للشريك فى نصيب شريكه مفاوضاً كان أو غيره ﴿قال﴾ واذا مر المسلم على العاشر بالماشية وغيرها من الاموال فقال ليس شئ من هذا للتجارة وحلف على ذلك لا يأخذ منه شيئاً لانه أمين فيما يلزمه من الزكاة فاذا أنكر وجوبها عليه فالقول قوله مع يمينه والعاشر لا يأخذ الا الزكاة ووجوب الزكاة بصفة الاسامة أو التجارة وما يمر به على العاشر لا يكون سائمة وقد انتفى صفة التجارة فى حقه بحلفه فلا يأخذ منه شيئاً وكذلك الذمى والتغلبي لانهما من أهل دارنا فرورهما على العاشر قد يكون بغير مال التجارة كما يكون بمال التجارة كالمسلم وأما الحربى فلا يصدق فى ذلك ويؤخذ منه العشر لان الاخذ منهم بطريق المجازاة وهم لا يصدقون فى هذا من يمر به منا عليهم فكذلك نحن لا نصدقهم ولان الحربى فى دارنا لا يدخل الا على قصد التجارة لانه ليس من أهل دارنا فما معه يكون للتجارة فلهذا أخذ منه ﴿قال﴾ رجل مات بعد ما وجبت عليه الصدقة فى سائمته فجاء المصدق وهى فى يد الورثة فليس له أن يأخذ منهم صدقتها الا أن يكون الميت أوصى بذلك فحينئذ يأخذ من ثلث ماله وقال الشافعى رحمه الله تعالى يأخذ الصدقة من جميع ماله أوصى أو لم يوص. وحجته قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق فقد شبه رسول الله صلى الله عليه وسلم دين الله بدين العباد ثم دين العباد يقضى من التركة بعد الوفاة مقدماً على الميراث فكذلك دين الله تعالى وهذا الفقه وهو أن هذا حق كان مطالباً به فى حال حياته وتجرى النيابة في ايفائه فيستوفى من تركته بعد وفاته كديون العباد. وتقريره ان المال خلف عن الذمة بعد الموت في الحقوق التي تقضي بالمال والوارث قائم مقام المورث فى أداء ماتجرى

النيابة فى أدائه. ألا ترى أن بعد الايصاء يقوم مقامه فى الاداء فكذلك قبله ﴿وحجتنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم يقول ابن آدم مالى مالى وهـل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأبقيت وما سوي ذلك فهو مال الوارث وهذا يقتضى ان مالم يمضه من الصدقة يكون مال الوارث بعد موته وبه علل في الكتاب قال لانها خرجت من ملكه الذى كان له يعني ان المال صار ملك الوارث ولم يجب على الوارث شئ ليؤخذ ملكه به وهذا لان حقوق الله تعالى مع حقوق العباد اذا اجتمعا فى محل تقدم حقوق العباد على حقوق الله تعالى. ثم الواجب عليه فعل الايتاء وفعل الايتاء لا يمكن إقامته بالمال ليقوم المال فيه مقام الذمة بعد موته والوارث لا يمكن أن يجعل نائباً في أداء الزكاة لان الواجب ما هو عبادة ومعني العبادة لا تحقق الا بنية وفعل ممن يجب عليه حقيقة أو حكما وخلافة الوارث المورث تكون جبراً من غير اختيار من المورث وبه لا تتأدى العبادة واستيفاء الواجب لا يجوز الا من الوجه الذى وجب فاذا لم يمكن استيفاؤه من ذلك الوجـه لا يسـتوفى الا أن يكون أوصى فحينئـذ يكون بمنزلة الوصية بسائر التبرعات تنفـذ من ثلثه ويظهر بما ذكرنا الفرق بين ديون الله تعالى وبين ديون العباد اذا تأملت. فان كان موت صاحب السائمة فى وسط الحول ينقطع به حكم الحول عنـدنا لخروجها عن ملـكه كما لو باعها. وقال الشافعى رحمه الله تعالى يبنى على حوله فاذا تم فعلى الوارث الزكاة قال لان ملك الوارث بناء على ملك المورث وليس بابتداء ملك بدليل ثبوت حق الرد بالعيب وغيره ولـكنا نقول صفة المالـكية للوارث متجددة وفى حكم الزكاة المالك معتبر فلتجدد صفة المالـكية قلنا يستقبل الحول فى ملك الوارث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب زكاة البقر ﴾

﴿الاصل فى وجوب الزكاة فى البقر﴾ حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في مانعى الزكاة لا ألفين أحدكم يأتى يوم القيامة وعلى عاتقه بعير له رغاء فيقول يا محمد يا محمد فاقول لا أملك لك من الله شيئاً ألا قد بلغت ولا ألفين أحدكم يأتي يوم القيامة وعلى عاتقه بقرة لها ثغاء فيقول يا محمد يا محمـد فاقول لا أملك لك من الله شيئاً ألا قد بلغت ولا ألفين أحدكم يأتى يوم القيامة وعلى عاتقه فرس لها حمحمة فيقول يا محمـد يا محمد فاقول لا أملك لك من الله شيئاً ألا

قد بلغت اذا عرفنا هذا فنقول ليس فيما دون ثلاثين بقرة سائمة صدقة وفي ثلاثين منها تبيع أو تبيعة وهي التى لها سنة وطعنت فى الثانية وفي أربعين منها مسنة وهي التى تم لها سنتان وبهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل رضى الله عنه حين بعثه الى اليمن واختلفت الروايات فيما زاد على الاربعين فقال فى كتاب الزكاة وما زاد على الاربعين ففى الزيادة بحساب ذلك ولم يفسر هذا الكلام وفي كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله تعالى قال اذا كان له احدي وأربعون بقرة فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه مسنة وربع عشر مسنة أو ثلث عشر تبيع وهذا يدل على انه لانصاب عنده فى الزيادة على الاربعين فانه تجب فيه الزكاة قل أو أكثر بحساب ذلك وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لايجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أوثلث تبيع وروى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس فى الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبيعان وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله تعالى ثم لاخلاف أنه ليس فى الزيادة شيء الى سبعين ثم بعد ستين الاوقاص تسع تسع وان الواجب في كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة حتى اذا كانت سبعين ففيها مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفى تسعين ثلاثة أتبعة وفى المائة مسنة وتبيعان وفى مائة وعشر مسنتان وتبيع وفى مائة وعشرين ان شاء أدى ثلاث مسنات وان شاء أدى أربعة أتبعة فانها ثلاث مرات أربعون وأربع مرات ثلاثون. وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حديث معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتأخذوا من أوقاص البقر شيئا وفسروا الاوقاص بما بين الاربعين الى الستين ولان مبنى زكاة السائمة على أنه لايجب فيها الاشقاص دفعا للضرر عن أرباب الأموال حتى ان فى الابل عند قلة العدد أوجب من خلاف الجنس تحرزا عن ايجاب الشقص فكذلك فى زكاة البقر لاتجوز الاشقاص لانها عيب. ووجه رواية الحسن رحمه الله تعالى ان الاوقاص فى البقر تسع تسع بدليل ماقبل الاربعين وبعد الستين فكذلك فيما بين ذلك لانه يلحق بما قبله أو بما بعده ووجه الرواية الأخرى أن نصب النصاب بالرأى لايكون وانما يكون طريق معرفته النص ولانص فيما بين الاربعين الى الستين فاذا تعذر اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة فى قليله وكثيره بحساب ماسبق وحديث معاذ رضى الله عنه المراد به حال قلة العدد فى الابتداء فان الوقص في الحقيقة اسم لمالم يبلغ نصابا وذلك

في الابتداء يكون وقيل المراد بالاوقاص الصغار وهي العجاجيل وبه نقول انه لا شيء فيها ﴿ قال ﴾ والجواميس بمنزلة البقر وقد بينا هذا فيما سبق من زكاة الغنم ﴿ قال ﴾ وذكورها وإناثها في الصدقة سواء وكذلك في الاخذ لافرق بين الذكور والاناث في زكاة البقر بخلاف زكاة الابل فانه لايؤخذ فيها الا الاناث وهذا لتقارب مابين الذكور والاناث في الغنم والبقر وتباين مابينهما في الابل وقد بيناه هذا في زكاة الابل . فأما الخيل السائمة اذا اختلط ذكورها وإناثها ففيها الصدقة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان شاء صاحبها أدى عن كل فرس دينارا وان شاء قوّمها وأدى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لا شيء فيها . فان كانت إناثا كلها فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان ذكرهما الطحاوي رحمه الله تعالى وان كانت ذكورا كلها فليس فيها شيء الا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكرها في كتاب الآثار . وجه قولهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عفوت لامتي عن صدقة الخيل والرقيق الا ان في الرقيق صدقة الفطر ولانه لا يثبت للامام حق الاخذ بالاتفاق ولا يجب من عينها شيء ومبنى زكاة السائمة على أن الواجب جزء من العين وللامام فيه حق الاخذ بدليل سائر الحيوانات واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث ابن الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم وليس في المرابطة شيء وان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه وأمره بأن يأخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا أو عشرة دراهم ووقعت هذه الحادثة في زمن مروان فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى أبو هريرة ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ماتقول يا أبا سعيد فقال أبو هريرة عجبا من مروان أحدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ماذا تقول يا أبا سعيد قال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما أراد فرس الغازي فاما ما حبست لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار أو عشرة دراهم والمعنى فيه انه حيوان سائم في أغلب البلدان فتجب فيه زكاة السائمة كالابل والبقر والغنم الا أن الآثار فيها لم تشتهر لعزة الخيل ذلك الوقت وما كانت الا معدة للجهاد وانما لم يثبت أبو حنيفة رحمه الله تعالى للامام ولاية الاخذ لان الخيل مطمع كل طامع فانه سلاح والظاهر انهم اذا علموا به لا يتركونه

لصاحبه وانما لم يؤخذ من عينه لان مقصود الفقير لايحصل به لان عينه غير مأكول اللحم عنده وأما الاناث قال في أحدى الروايتين التي ذكرها الطحاوي رحمه الله تعالى أنه لاشيء فيها لان معنى النماء فيها من حيث النسل وذلك لايحصل بالاناث المفردات وفي الاخرى قال يمكن أن يستعار لها فحل فيحصل النماء من حيث النسل واما في الذكور المنفردين لاشيء فيها في ظاهر الرواية لان معنى النسل لا يحصل بها وبزيادة السن لاتزداد القيمة في الخيل بخلاف سائر الحيوانات ومعنى السمن غير معتبر لان عينه غير مأكول عنده فلهذا قال لانعدام النماء لاشيء عليه فيها وفي رواية الآثار جعل هذا قياس سائر أنواع السائمة فان بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبها وبه يصير مال الزكاة فكذلك في الخيل ﴿قال﴾ وليس في الحمير والبغال السائمة صدقة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين سئل عن البغال والحمير لم ينزل على فيها الا هذه الآية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ولأنها لاتسام في غالب البلدان مع كثرة وجودها والنادر لا يعتبر انما يعتبر الحكم العام الغالب فلهذا لاتجب فيها زكاة السائمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب زكاة المال﴾

﴿قال﴾ وليس في أقل من مائتى درهم زكاة فاذا بلغت مائتي درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لحديث عمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في الورقة ليس فيها صدقة حتى تبلغ مائتى درهم فاذا بلغت مائتى درهم ففيها خمسة دراهم وحين بعث معاذاً رضى الله تعالى عنه الى اليمن قال ليس فيما دون مائتي درهم من الورق شيء وفي مائتين خمسة وما زاد على المائتين فليس فيه شيء حتي تبلغ أربعين ففيها درهم مع الخمسة وفي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهكذا في كل أربعين درهما درهم وهو قول عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب في الزيادة بحساب ذلك قلّ أو كثر حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيها جزء من أربعين جزأ من درهم وهو قول علي وابن عمر وابراهيم النخعي رحمهما الله تعالى وقال طاووس اليماني رحمه الله تعالى لايجب في الزيادة شيء حتي تبلغ مائتى درهم ويجب في كل مائتى درهم خمسة دراهم واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في مائتى درهم خمسة دراهم وما زاد

فبحساب ذلك ولأن نصب النصاب لا يكون الا بالتوقيف ولم يشتهر الأثر باعتبار نصيب المائتين ثم اعتبار النصاب في الابتداء لحصول الغنى للمالك به ففي الزيادة المعتبر زيادة الغنى وذلك حاصل بالقليل والكثير واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفى كل مائتى درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهما درهم ولم يرد به فى الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين وفى حديث معاذ رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له لا تأخذ من الكسور شيئاً وفى مائتي درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففى كل أربعين درهما درهم وقاس بالسوائم ففيها وقص بعد النصاب الاول وكذلك فى النقود بعلة أن الزكاة واجبة فى الكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الاموال وحديث على رضى الله تعالى عنه لم ينقله أحد من الثقات مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فالمصير الى ماروبناه أولى ﴿ قال ﴾ وليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب زكاة لحديث عمرو بن حزم قال فيه وفى الذهب مالم تبلغ قيمته مائتي درهم فلا صدقة فيه والدينار كان مقوما بعشرة دراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك تنصيص على أنه لا شئ فى الذهب حتى يبلغ عشرين مثقالا ففيه نصف مثقال ثم ليس في الزيادة شئ حتى تبلغ أربعة دنانير ففي قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيها قيراطان وهكذا فى كل أربعة مثاقيل . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيما زاد بحساب ذلك هذا والدراهم سواء كما بينا وكذلك زكاة مال التجارة يجب بالقيمة والكلام فيه في فصول (أحدها) أن الزكاة تجب فى عروض التجارة اذا حال الحول عندنا . وقال مالك رحمه الله تعالى اذا باعها زكى لحول واحد وان مضى عليها في ملكه أحوال وقال نفاة القياس لا شئ فيها والدليل على وجوب الزكاة فيها حديث سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا باخراج الزكاة من الرقيق وفى كل مال يتبعه وفي حديث أبي ذر رضي الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال وفى البر صدقة اذا كان للتجارة وفي حديث عمر رضى الله عنه أنه قال لحماس ما مالك يا حماس فقال ضأن وأدم قال قومها وأد الزكاة من قيمتها والدليل على اعتبار الحول قوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ثم معنى النماء مطلوب فى أموال التجارة فى قيمتها كما أنه مطلوب فى السوائم من عينها وكما يتجدد وجوب الزكاة فى السوائم باعتبار كل حول يتجدد النماء بمضيه فكذلك فى مال التجارة ويعتبر أن

تكون قيمتها نصابا فى أول الحول وآخره كما فى السوائم عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى المعتبر كمال النصاب آخر الحول فقط وقد بينا هذا قال فى الكتاب ويقومها يوم حال الحول عليها ان شاء بالدراهم وان شاء بالدنانير وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى الامالى أنه يقومها بأنفع النقدين للفقراء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقومها بما اشتراها ان كان اشتراها بأحد النقدين فيقومها به وان كان اشتراها بغير نقود قومها بالنقد الغالب في البلد وعن محمد رحمه الله تعالى انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال . وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن التقويم فى حق الله تعالى معتبر بالتقويم فى حق العباد ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوّم بالنقد الغالب في البلد فهذا مثله وأبو يوسف يقول البدل معتبر بأصله فان كان اشتري بأحد النقدين فتقويمه بما هو أصله أولى. وجه قول أبي حنيفة أن المال كان في يد المالك وهو المنتفع به فى زمان طويل فلا بد من اعتبار منفعة الفقراء عند التقويم لأداء الزكاة فيقوّمها بأنفع النقدين. ألا ترى أنه لو كان يتقويمه بأحد النقدين يتم النصاب وبالآخر لا يتم فانه يقوم بما يتم به النصاب لمنفعة الفقراء فهذا مثله. وجه رواية الكتاب أن وجوب الزكاة في عروض التجارة باعتبار ماليتها دون أعيانها والتقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان فى ذلك على السواء فكان الخيار الى صاحب المال يقومها بأيهما شاء. ألا ترى أن فى السوائم عند الكثرة وهو ما إذا بلغت الابل مائتين الخيار الى صاحب المال ان شاء أدي أربع حقاق وان شاء أدي خمس بنات لبون فهذا مثله ثم وجوب الزكاة عندنا فى عين مال التجارة باعتبار قيمتها وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى الوجوب في قيمتها لان النصاب معتبر بالقيمة فعرفنا أن الواجب فيها ﴿ ولنا ﴾ أن الواجب فى ملكه وملكه العين فكان الواجب باعتبار صفة المالية ﴿ قال ﴾ وما كان من الدراهم والدنانير والذهب والفضة تبراً مكسوراً أو حلياً مصوغا أو حلية سيف أو منطقة أو غير ذلك فى جميعه الزكاة اذا بلغ الذهب عشرين مثقالا أو من الفضة مائتي درهم نوى به التجارة أو لم ينو * والاصل فيه قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم والكنز اسم لمال مدفون لا يراد به التجارة وقد ألحق الله الوعيد بمانعى الزكاة منها فذلك دليل على وجوب الزكاة فيها بدون نية التجارة ثم سائر الاموال مخلوقة للابتذال والانتفاع بأعيانها فلا تصير معدة للنماء الا بفعل من العباد من إسامة أو تجارة. وأما الذهب

والفضة فخلقا جوهرين للأثمان لمنفعة التقلب والتصرف فكانت معدة للنماء على أى صفة كانت فتجب الزكاة فيها ﴿قال﴾ والحلى عندنا نصاب للزكاة سواء كان للرجال أو للنساء مصوغاً صياغة تحل أولا تحل . وللشافعى رحمه الله تعالى فى حلى النساء قولان فى أحد القولين لاشئ فيه وهو مروى عن عمر وعائشة رحمهما الله تعالى قال انه مبتذل فى مباح فلا يكون مال الزكاة كمال البذلة بخلاف حلى الرجال فانه مبتذل فى محظور وهذا لان الحظر شرعا يسقط اعتبار الصنعة والابتذال حكما فيكون مال الزكاة بخلاف ما اذا كان مباحا شرعاً وهو نظير ذهاب العقل يسقط اعتباره شرعاً بخلاف ذهاب العقل بسبب شرب دواء فانه لا يسقط اعتباره شرعا ﴿ولنا﴾ حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى امرأتين تطوفان بالبيت وعليهما سواران من ذهب فقال أتؤديان زكاتهما فقالتا لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحبان أن يسوركما الله بسوارين من نار فقالتا لا فقال صلى الله عليه وسلم أديا زكاتهما والمراد الزكاة دون الاعارة لانه ألحق الوعيد بهما وذلك لا يكون الا بترك الواجب والاعارة ليست بواجبة وفى حديث أم سلمة أنها كانت تلبس أوضاحاً لها من ذهب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أكنز هى فقال ان أديت منها الزكاة فليست بكنز والمعنى فيه أن الزكاة حكم تعلق بعين الذهب والفضة فلا يسقط بالصنعة كحكم التقابض فى المجلس عند بيع أحدهما بالآخر وجريان الربا وبيان الوصف أن صاحب الشرع ما اعتبر فى الذهب والفضة مع اسم العين وصفاً آخر لايجاب الزكاة فعلى أى وجه أمسكهما المالك للنفقة أو لغير النفقة تجب عليه الزكاة ولو كان للابتذال فيهما عبرة لم يفترق الحال بين أن يكون محظوراً أو مباحا كما فى السوائم اذا جعلها حمولة ثم الابتذال هاهنا لمقصود الحمل زائد لا يتعلق به حياة النفس أو المال فلا تنعدم به صفة التنمية الثابتة لهذين الجوهرين باعتبار الاصل ﴿قال﴾ وان كان له عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم ضم أحدهما الى الآخر فى تكميل النصاب عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا يضم أحدهما الى الآخر بل يعتبر كمال النصاب من كل واحد منهما على حدة لانهما جنسان مختلفان فلا يضم أحدهما الى الآخر ليكمل النصاب كالسوائم وبيان الوصف من حيث الحقيقة غير مشكل ومن حيث المعنى أنه لا يجرى بينهما ربا الفضل ﴿ولنا﴾ حديث بكير بن عبد الله بن الاشج رضى الله عنه قال من السنة أن يضم الذهب الى الفضة لايجاب الزكاة ومطلق السنة ينصرف الى

سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانهما ما لان يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابوري من الدنانير مع الهروى وبيان الوصف ان نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة وهذا لانهما وان كانا جنسين مختلفين صورة ففى حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معني واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما فاذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما الى الآخر اختلفت الرواية فيما يؤدى فروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه يؤدى من مائة درهم درهمين ونصفا ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ووجهه أنه أقرب الى المعادلة والنظر من الجانبين وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد وهذا أقرب الى موافقة نصوص الزكوات . ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى يضم أحدهما الى الآخر باعتبار القيمة وقال أبو يوسف ومحمد باعتبار الاجزاء وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكره فى نوادر هشام رحمه الله تعالى. وبيان ذلك أنه اذا كان له مائةدرهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوى مائة درهم أوخمسون درهما وعشرة مثاقيل ذهب تساوى مائة وخمسين درهما فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضم أحدهما الى الآخر وتجب الزكاة وعندهما يضم باعتبار الاجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلايجب فيهما شئ ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روى عنه أنه اذا كان للرجل مائة وخمسة وتسعون درهما ودينار يساوى خمسة دراهم أنه تجب الزكاة وذلك بأن يقوم الذهب بالفضة . وجه قولهما ان التقويم فى النقود ساقط الاعتبار كما فى حقوق العباد فان سائر الاشياء تقوّم بها ألا ترى ان من ملك أبريق فضة وزنه مائة وخمسون وقيمته مائتا درهم لايجب فيه الزكاة ولوكان للتقويم عبرة فى باب الزكاة من الذهب والفضة لوجبت الزكاة ههنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هما عينان وجب ضم أحدهما الى الآخر لايجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة وهذا لان كمال النصاب لا يكون الا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون الا باعتبار صفة المالية دون العين فان الاموال أجناس باعتبار أعيانها جنس واحد

باعتبار صنعة المالية فيها وهذا بخلاف الابريق فانه ماوجب ضمه الى شئ آخر حتى تعتبر فيه القيمة وهذا لان القيمة في الذهب والفضة انما تظهر شرعا عند مقابلة أحدهما بالآخر فان الجودة والصنعة لاقيمة لها اذا قوبلت بجنسها لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فاما عند مقابلة أحدهما بالآخر فيظهر للجودة قيمة . ألا ترى أنه متى وقعت الحاجة الى تقويم الذهب والفضة في حقوق العباد يقوّم بخلاف جنسه فكذا في حقوق الله تعالى وجميع ماذكرنا فى نصاب الذهب والفضة المعتبر فيهما الوزن دون العدد لان في النص ذكر الدرهم والدينار وهو يشتمل على مالا يعلم الا بالوزن من الدوانيق والحبات والمعتبر في الدنانير وزن المثقال وفى الدراهم وزن سبعة وهو أن يكون كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل وهو الوزن المعروف فى الدراهم فى غالب البلدان وأصله وهو أنه كان فى الجاهلية نوعان من الدراهم يقال لهما مثاقيل وخفاف فلما أرادوا فى الاسلام ضرب الدراهم جمعوا أحدهما الى الآخر وجعلوه درهمين فكان وزن سبعة ولم يبين فى الكتاب صفة الدراهم وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الزكاة تجب فى الجياد من الدراهم والزيوف والنبهرجة والمكحلة والمزيفة قال لان الغالب فى كلها الفضة ومايغلب فضته على غشه يتناوله اسم الدراهم مطلقا اما فى الستوقة وهو مايغلب غشه على فضته نظر الى مايخلص منه من الفضة فان بلغ وزنه مائتى درهم تجب فيها الزكاة والافلا ومراده اذا لم تكن للتجارة فان كانت تلك الدراهم للتجارة فالعبرة بقيمتها كما فى عروض التجارة وقد ذكر فى روايته في الفلوس والدراهم المضروبة من الصفر اذا كان لايخلص منها فضة فان لم تكن للتجارة فلا شئ فيها وان كانت للتجارة فان بلغت قيمتها مائتى درهم مما يغلب فيها الفضة ففيها الزكاة وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى رحمه الله تعالى يفتى بوجوب الزكاة فى المائتين من الدراهم الغطريفية عدداً وكان يقول هي من أعز النقود فينا بمنزلة الفضة فيهم ونحن أعرف بنقودنا وهو اختيار شيخنا الامام الحلوانى رحمه الله تعالى وهو الصحيح عندى ﴿ قال ﴾ رجل له على رجل ألف درهم قرض أو ثمن متاع كان للتجارة فحال الحول ووجبت الزكاة عليه لايلزمه الاداء قبل القبض عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يلزمه الاداء لان صيرورة المال دينا كان بتصرفه واختياره وذلك غير معتبر في تأخير حق الفقراء فانه كما لايملك ابطال حقهم لايملك التأخير ولان هذا مال مملوك كالعين ﴿ ولنا ﴾ ان

الواجب جزء من النصاب فاذا كان النصاب دينا فيده مقصورة عما هو حق الفقراء فلا يلزمه الاداء مالم تصل يده اليه بالقبض كابن السبيل . ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى دين قوى وهو مايكون بدلا عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه ودين وسط وهوان يكون بدلا عن مال لازكاة فيه لو بقي في ملكه كثياب البذلة والمهنة ودين ضعيف وهو مايكون بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ففى الدين القوى لايلزمه الاداء مالم يقبض أربعين دهما فاذا قبض هذا المقدار أدى درهما وكذلك كلما قبض أربعين درهما وفى الدين المتوسط لا يلزمه الاداء مالم يقبض مائة درهم فحينئذ يؤدي خمسة دراهم وفى الدين الضعيف لاتلزمه الزكاة مالم يقبض ويحول الحول عنده وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى ان الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف وهو اختيار الكرخي على ماذكره فى المختصر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئاً يلزمه الاداء بقدره قل أو أكثر ماخلا دين الكتابة فانه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض وذكر الكرخي ان المستثنى عندهما دينان الكتابة والدية على العاقلة . وجه قولهما ان الديون فى المالية كلها سواء من حيث ان المطالبة تتوجه بها فى الحياة وبعد الوفاة وتصير مالا بالقبض حقيقة فتجب الزكاة في كلها ويلزمه الاداء بقدر مايصل اليه كابن السبيل بخلاف دين الكتابة فانه ليس بدين على الحقيقة حتي لاتتوجه المطالبة به ولاتصح الكفالة به وهذا لان المولى لايستوجب على عبده دينا وكذلك الدية على العاقلة وجوبها بطريق الصلة لا أنه دين على الحقيقة حتى لايستوفي من تركة من مات من العاقلة . وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ماهو بدل عما ليس بمال فملك المالية يثبت فيه ابتداء فهو دين والدين ليس بمال على الحقيقة حتى لوحلف صاحبه أن لامال له لا يحنث فى يمينه وانما تتم المالية فيه عند تعيينه بالقبض فلا يصير نصاب الزكاة مالم تثبت فيه صفة المالية والحول لا ينعقد الا على نصاب الزكاة فاما ما كان بدلا عن مال التجارة فملك المالية كان تاما فى أصله قبل أن يصير دينا فبقى على ما كان لان الخلف يعمل عمل الاصل فيجب فيه الزكاة قبل القبض ولكن وجوب الاداء يتوقف على القبض ونصاب الاداء يتقدر بأربعين درهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما بينا فى الزيادة على المائتين واما بدل ثياب البذلة والمهنة فذهب الكرخي الى أن

أصله لم يكن مالا شرعا حتى لم يكن محلا للزكاة فهو وما لم يكن أصله مالا على الحقيقة سواء.. وجه ظاهر الرواية أنه أخذ شبها من أصلين من عروض التجارة باعتبار أن أصله مال على الحقيقة ومن المهر باعتبار ان أصله ليس بمال فى حكم الزكاة شرعا فيوفر حظه منهما ويقال ان وجوب الزكاة فيه ابتداء فيعتبر في المقبوض ان يكون نصاب الزكاة وهو المائتان ويجب فيها الزكاة قبل القبض من حيث ان ملك المالية لم يثبت فى الدين ابتداء.. وفي الاجرة ثلاث روايات عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى رواية جعلها كالمهر لانها ليست ببدل عن المال حقيقة لأنها بدل عن المنفعة وفى رواية جعلها كبدل ثياب البذلة لان المنافع مال من وجه لكنه ليس بمحل لوجوب الزكاة فيه . والاصح أن أجرة دار التجارة أو عبد التجارة بمنزلة ثمن متاع التجارة كلما قبض منها أربعين تلزمه الزكاة اعتباراً لبدل المنفعة ببدل العين. وان كان الدين وجب له بميراث أو وصية أوصي له به ففي كتاب الزكاة جعله كالدين الوسط وقال اذا قبض مائتى درهم تلزمه الزكاة لما مضي لأن ملك الوارث ينبني على ملك المورث وقد كان فى ملك المورث بدلا عما هو مال وفى نوادر الزكاة جعله كالدين الضعيف لأن الوارث ملكه ابتداء وهو دين فلا تجب فيه الزكاة حتى يقبض ويحول عليه الحول عنده وان كان الدين ضمان قيمة عبد أعتق شريكه نصيبه منه فاختار تضمينه فهذا والدين الواجب بسبب بيعه نصيبه من شريكه سواء لأن هذا الضمان يوجب الملك لشريكه فى نصيبه وان كان الدين سعاية لزم ذمة العبد بعتق شريكه وهو معسر ففي الكتاب يقول هو ودين الكتابة سواء لايجب فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض قيل هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان المستسعى عنده مكاتب فاما عندهما فالمستسعى حر عليه دين فيجب فيه الزكاة عندهما قبل القبض وقيل هو قولهم جميعاً وعذرهما ان سبب وجوب هذا الدين لم يكن من العبد فكان صلة في حقه فلا يتم الملك فيه الا بالقبض كالدية على العاقلة ﴿ قال ﴾ رجل له ألف درهم فحال عليها الحول ثم اشترى بها عبداً للتجارة فمات العبد لم يضمن الزكاة وان اشترى بها عبداً للخدمة فهو ضامن للزكاة لأن المشترى للتجارة محل لحق الفقراء فهو بتصرفه حول حقهم من محل الى محل فلم يكن مستهلكا وكان هلاك البدل في يده كهلاك الأصل فأما عبد الخدمة فليس بمحل لحق الفقراء حتى صار هو بتصرفه مفوتاً محل حقهم فيصير ضامنا للزكاة مات العبد في يده أو بقي. ألا ترى ان في خلال الحول لو اشترى عبداً للتجارة لم ينقطع فيه

الحول بخلاف ماإذا اشترى بالالف عبداً للخدمة ولو أبدل الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم في خلال الحول لم ينقطع الحول عندنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا بادل بالدنانير انقطع الحول وهو بناء على أصله انهما جنسان في باب الزكاة حتى لايضم أحدهما الى الآخر فهو كالسوائم وعندنا هما جنس واحد في حكم الزكاة حتى يضم أحدهما الى الآخر فكانا بمنزلة عروض التجارة يبادل بها في خلال الحول ﴿قال﴾ رجل له ألف درهم وعليه ألف درهم وله دار وخادم لغير التجارة بقيمة عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لان الدين مصروف الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقليب والتصرف به فكان الدين مصروفا اليه فاما الدار والخادم فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه ﴿قال﴾ في الكتاب أرأيت لو تصدق عليه أنه يكون موضعاً للصدقة لانه معدوم يريد به أن المال مشغول بالدين فهو كالمعدوم وملك الدار والخادم لايحرم عليه أخذ الصدقة لأنه لا يزيل حاجته بل يزيد فيها فالدار تسترم والعبد يستنفق فلابد له منهما وهو في معنى مانقل عن الحسن البصري رحمه الله تعالى ان الصدقة كانت تحل للرجل وهو صاحب عشرة آلاف درهم قيل وكيف يكون ذلك قال يكون له الدار والخادم والكراع والسلاح وكانوا ينهون عن بيع ذلك فعلى هذا قال مشايخنا رحمهم الله تعالى ان الفقيه اذا ملك من الكتب مايساوي مالا عظيما ولكنه محتاج اليها يحل له أخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته مايساوي مائتي درهم ﴿قال﴾ وان كان للرجل التاجر ديون على الناس وفيهم الملىء وغير الملىء وحال الحول فمن كان منهم مقراً مليا وجبت فيه الزكاة على صاحبه ولزمه الأداء اذا قبض أربعين درهما ومن كان منهم جاحداً فليس فيه الزكاة على صاحبه الاعلى قول زفر رحمه الله تعالى وقد بينا هذا في تفسير مال الضمار ومن كان منهم مقراً مفلساً فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجب على صاحبها الزكاة قبل القبض وعند محمد رحمه الله تعالى اذا فلسه الحاكم فلا زكاة على صاحبها قبل القبض مر محمد رحمه الله تعالى على أصله أن التفليس يتحقق فيصير المال تاويا ومر أبو حنيفة رحمه الله تعالى على أصله أن التفليس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فلا يصير به المال تاويا وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول التفليس وان كان يتحقق عندي ولكن لا يسقط به الدين انما تتأخر المطالبة فهو نظير الدين المؤجل والزكاة في الدين تجب قبل القبض المؤجل ثم قد بينا أنه لا يلزمه الاداء قبل القبض عندنا وان فعل كان فضلا كمن عجل الزكاة بعد كمال النصاب قبل حولان الحول

﴿ قال ﴾ وليس على التاجر زكاة مسكنه وخدمه ومركبه وكسوة أهله وطعامهم وما يتجمل به من آنية أو لؤلؤ وفرس ومتاع لم ينو به التجارة لان نصاب الزكاة المال النامي ومعنى النماء في هذه الاشياء لا يكون بدون نية التجارة وكذلك الفلوس يشتريها للنفقة فانها صفر والصفر ليس بمال الزكاة باعتبار عينه بل باعتبار طلب النماء منه وذلك غير موجود فيما اذا اشتراه للنفقة. وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الصباغ اذا اشترى العصفر والزعفران ليصبغ بهما ثياب الناس فعليه فيهما الزكاة لان ما يأخذه عوض عن الصبغ القائم بالثوب ألا ترى أن عند فساد العقد يصار الى التقويم فكان هذا مال التجارة بخلاف القصار اذا اشترى الحرض والصابون والقلي لان ذلك آلة عمله فيصير مستهلكا ولا يبقى في الثوب عينه فما يأخذ من العوض يكون بدل عمله لا بدل الآلة ونخاس الدواب اذا اشترى الجلال والبراقع والمقاود فان كان يبيعها مع الدواب فعليه فيها الزكاة وان كان يحفظ الدواب بها ولا يبيعها فليس عليه فيها الزكاة اذا لم ينو التجارة عند شرائها ثم لا خلاف ان نية التجارة اذا اقترنت بالشراء أو الاعارة صار المال للتجارة لان النية اقترنت بعمل التجارة ولو ورث مالا فنوي به التجارة لايكون للتجارة لان النية تجردت عن العمل فالميراث يدخل في ملكه من غير صنعه ولو قبل الهبة والوصية في مال بنية التجارة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يكون للتجارة وعند محمد رحمه الله تعالى لايكون للتجارة وكذلك في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فحمد رحمه الله تعالى يقول نية التجارة لا تعمل الا مقرونة بعمل التجارة وهذه الاسباب ليست بتجارة وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول التجارة عقد اكتساب المال فما لا يدخل في ملكه الا بقبوله فهو كسبه فيصح اقتران نية التجارة بفعله كالشراء والاجارة ﴿ قال ﴾ وما كان عنده من المال للتجارة فنواه للمهنة خرج من أن يكون للتجارة لانه نوى ترك التجارة وهو تارك لها للحال فاقترنت النية بالعمل وان كان عنده عبيد للخدمة فنوى التجارة لم تكن للتجارة ما لم يبعهم لان النية تجردت عن عمل التجارة وهو نظير المسافر ينوي الاقامة فانه يصير مقيما والمقيم ينوى السفر فلا يصير مسافرا مالم يخرج الى السفر والله أعلم بالصواب

﴿ باب العشر ﴾

﴿ قال ﴾ رحمه الله العاشر من ينصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار وتأمن التجار بمقامه من اللصوص وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أراد أن يستعمل أنس بن مالك رحمه الله تعالى على هذا العمل فقال له أتستعملنى على المكس من عملك فقال ألا ترضى أن أقلدك ماقلدنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى من ذم العشار محمول على من يأخذ مال الناس ظلما كما هو في زماننا دون من يأخذ ماهو حق وهو الصدقة اذا عرفنا هذا فنقول العاشر يأخذ مما يمر به المسلم عليه الزكاة اذا استجمعت شرائط الوجوب لأن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لما نصب العُشَّارَ قال لهم خذوا مما يمر به المسلم ربع العشر ومما يمر به الذمى نصف العشر فقيل له فكم نأخذ مما يمر به الحربى فقال كم يأخذون منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر. وفي رواية خذوا منهم مثل ما ياخذون منا فقيل له فان لم يعلم كم يأخذون منا فقال خذوا منهم العشر وان عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى كتب الى عماله بذلك وقال أخبرنى به من سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم المسلم حين أخرج مال التجارة الى المفاوز فقد احتاج الى حماية الامام فيثبت له حق أخذ الزكاة منه لأجل الحماية كما فى السوائم يأخذ الامام الزكاة لحاجته الى حمايته وكما ان المسلم يحتاج الى الحماية فكذلك الذمى بل أكثر لأن طمع اللصوص فى أموال أهل الذمة أكثر وأبين ﴿ قال ﴾ ومايؤخذ من المسلم اذا وجب أخذه من الكافر يضعف عليه كصدقات بنى تغلب فأما أهل الحرب فالأخذ منهم على طريق المجازاة كما أشار اليه عمر رضى الله تعالى عنه ولسنا نعني بهذا أن أخذنا بمقابلة أخذهم فأخذهم أموالنا ظلم وأخذنا بحق ولكن المراد أنا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملونا به كان ذلك أقرب الى مقصود الأمان واتصال التجارات واذا لم نعلم كم يأخذون منا نأخذ منهم العشر لأن حال الحربي مع الذمي كحال الذمى مع المسلم فان الذمى منا داراً دون الحربى فكما يُضَعَّف على الذمى مايؤخذ من المسلم فكذلك يضعف على الحربى مايؤخذ من الذمى ﴿ قال ﴾ فان مر على العاشر بأقل من مائتى درهم لم يأخذ منه شيئاً وان علم أن له فى منزله مالا لان حق الأخذ انما يثبت باعتبار المال الممرور به عليه لحاجته الى الحماية وهذا غير موجود فيما فى بيته وما مر به عليه لم يبلغ نصاباً وهذا اذا كان المار مسلماً أو ذمياً وقال

في الحربي في كتاب الزكاة هكذا وفي الجامع الصغير والسير الكبير قال الا ان يكونوا هم يأخذون من تجارنا من أقل من مائتي درهم فنحن نأخذ أيضاً حينئذ ووجهه ان الاخذ منهم بطريق المجازاة ووجه رواية كتاب الزكاة أن القليل عفو شرعاً وعرفاً فان كانوا يظلمونا في أخذ شئ من القليل فنحن لا نأخذ منهم ألا ترى أنهم لو كانوا يأخذون جميع الاموال من التجار لا نأخذ منهم مثل ذلك لان ذلك يرجع الى غدر الأمان واذا كان المرور به نصاباً كاملا أخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي مثل ما يأخذون من تجارنا عشراً كان أو أقل أو أكثر ﴿قال﴾ فان ادعى المسلم ان عليه ديناً يحيط بماله أوان حوله لم يتم أو انه ليس للتجارة صدقه على ذلك اذا حلف لانكاره وجوب الزكاة عليه وقد بينا مثله في السوائم وكذلك اذا قال هذا المال ليس لى صدقه مع يمينه ولم يأخذ منه شيئاً لان ثبوت حق الأخذ له اذا حضره المالك والملك فكما أن حضور المالك بدون الملك لا يثبت له حق الأخذ فكذلك حضور الملك بدون المالك ولان المستبضع فوض اليه التصرف في المال دون أداء الزكاة وليس للعاشر ان يأخذ غير الزكاة ﴿قال﴾ ويصدق الذمي أيضاً فيما يصدق فيه المسلم لانه من أهل دارنا فاما الحربي فلا يصدق على شئ من ذلك لانه ان قال لم يتم الحول ففي الأخذ منه لا يعتبر الحول لانه لا يمكن من المقام في دارنا حولا وان قال على دين فالدين الذى وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وان قال ليس للتجارة فهو ما دخل دارنا الا لقصد التجارة فما معه يكون للتجارة الا ان يقول لغلام في يده هذا ولدى أو لجارية في يده هذه أم ولدي لان النسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دار الاسلام فامومية الولد تثبت بناء على نسب الولد فتنعدم المالية فيهما باقراره فلا يأخذ منه شيئاً فان قال المسلم دفعت صدقتها الى المساكين صدقه على ذلك لو حلف بخلاف السوائم لان في عروض التجارة كان الدفع الى المساكين مفوضاً اليه قبل المرور به على العاشر وفي السوائم كان حق الاخذ للامام ﴿قال﴾ ولا يأخذ العاشر مما يمر به المكاتب واليتيم وان كان وصيه معه لما بينا أنه انما يأخذ الزكاة ولا تجب الزكاة في كسب المكاتب ولا في مال اليتيم ﴿قال﴾ واذا أخبر التاجر العاشر أن متاعه مروي أو هروى واتهمه العاشر وفى فتحه ضرر عليه حلفه وأخذ منه الصدقة على قوله لانه ليس له ولاية الاضرار به وقد نقل عن عمر رضى الله عنه أنه قال لعماله لا تفتشوا على الناس متاعهم ثم لو أنكر وجوب الزكاة فيه

صدقه مع اليمين فكذلك لو أنكر الزيادة ﴿قال﴾ والتغلبي والذمي في المرور على العاشر سواء لان الصلح مع بني تغلب على ان يؤخذ منهم ضعف مايؤخذ من المسلم فلا تجوز الزيادة عليه ﴿قال﴾ وان أخذ من الحربي العشر لم يطالب به مرة أخرى مادام في أرض الاسلام لما روى أن نصرانياً خرج بفرس من الروم ليبيعه في دارنا فأخذ منه العاشر العشر ثم لم يتفق له بيعه فلما عاد به ليدخل دار الحرب طالبه العاشر بعشره فقال انى كلما مررت عليك لو أديت اليك عشره لم يبق لى شئ فترك الفرس عنده وجاء الى المدينة فوجد عمر رضي الله عنه في المسجد مع أصحابه ينظرون في كتاب فوقف على باب المسجد فقال انا الشيخ النصرانى فقال عمر وأنا الشيخ الحنفى فاوراءك فقص عليه القصة فعاد عمر الى ما كان فيه فظن أنه لم يلتفت الى كلامه فرجع عازما على أداء العشر ثانيا فلما انتهى الى العاشر اذا كتاب عمر سبقه انك ان أخذت مرة فلا تأخذ مرة أخرى ﴿قال﴾ النصراني ان دينا يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق أن يكون حقا فاسلم ولان تجدد حق الأخذ باعتبار تجدد الحول والحربي لا يمكن من المقام في دارنا حولا قال في الكتاب الا أن يجدد الحول ومراده اذا لم يعلم الامام بحاله حتى حال الحول فحينئذ يأخذ منه ثانيا لتجدد الحول كما يأخذ من الذمي ﴿قال﴾ فان رجع الى دار الحرب ثم عاد عشره ثانية وان كان في يومه ذلك لانه بالرجوع التحق بحربي لم يدخل دار ناقط . ألا ترى انه في الدخول يحتاج الى استئمان جديد ولان الأخذ منه لاجل الأمان وقد انتهى ذلك برجوعه فدخوله ثانيا يكون بامان جديد فلهذا يأخذ منه ﴿قال﴾ واذا مر العبد بمال مولاه يتجر به لم يأخذ منه العشر الا أن يكون المولى حاضرا أما اذا كان المال بضاعة في يد العبد للمولى فهو غير مشكل كما لو كان بضاعة مع أجنبي واما اذا كان المال كسب العبد وهو مأذون فان كان عليه دين يحيط به فلا زكاة عليه فيه وان لم يكن عليه دين فان كان المولى معه يأخذ منه الزكاة وان لم يكن المولى معه ففي كتاب الزكاة يقول لا يأخذ منه الزكاة ثم رجع وقال لا يأخذ منه شيئاً . وفي الجامع الصغير يقول يأخذ منه ربع العشر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يأخذ منه في قولهما وفي المضارب اذا مر على العاشر بمال المضاربة كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأخذ منه الزكاة ثم رجع وقال لا يأخذ منه شيئاً وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولا أعلمه رجع في العبد أم لا وقياس قوله الثاني في المضارب يوجب أن لا يأخذ من العبد شيئاً أيضاً . وجه قوله الاول

ان المضارب له حق قوى يشبه الملك فانه شريك فى الربح واذا صار المال عروضاً يملك التصرف على وجه لونهاه رب المال لا يعمل نهيه فكان حضور المضارب كحضور المالك. وجه قوله الآخر أن المضارب أمين في المال كالمستبضع والأجير وانما فوض اليه التجارة فى المال لا أداء الزكاة والزكاة تستدعى نية من عليه فان كان قوله الثانى فى العبد انه لا يأخذ منه أيضا فلا حاجة الى الفرق وان لم يرجع فى العبد فوجه الفرق ان المأذون يتصرف لنفسه حتى اذا لحقته العهدة لا يرجع به على المولى فكان فى أداء ما يجب في كسبه كالمالك بخلاف المضارب فانه نائب في التصرف يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال فلا يكون له ولاية أداء الزكاة ﴿ قال ﴾ واذا مر على العاشر بمال ومعه براءة بغير اسمه يقول هذه براءة من عاشر كذا مر به رجل كان هذا المال معه مضاربة في يده فان حلف على ذلك كف عنه لانه أخبر بخبر محتمل وهو أمين فيصدقه على ذلك كما لو قال أديتها الى المساكين ﴿ قال ﴾ وان مر به على عاشر الخوارج فعشره لم يحسبه له عاشر أهل العدل قال لان ذلك لا يجزئه من زكاته ومعناه أنهم يأخذون أموالنا بطريق الاستحلال لا بطريق الصدقة ولا يصرفونه مصارف الصدقة وصاحب المال هو الذى عرض ماله للاخذ بالمرور عليه فلا يسقط به حق عاشر أهل العدل في الأخذ منه ﴿ قال ﴾ ولا يجزى فى الزكاة عتق رقبة ولا الحج ولا قضاء دين ميت ولا تكفينه ولا بناء مسجد * والأصل فيه أن الواجب فيه فعل الايتاء فى جزء من المال ولا يحصل الايتاء الا بالتمليك فكل قربة خلت عن التمليك لا تجزى عن الزكاة واعتاقُ الرقبة ليس فيه تمليك شئ من العبد لان العبد يعتق على ملك المولى ولهذا كان الولاء له وكذلك الحج فان ما ينفقه الحاج فى الطريق لا يملكه غيره وان أحج رجلا فالحاج ينفق على ملك المحجوج عنه ذلك المال وكذلك قضاء دين الميت فانه لا يملك الميت شيئاً وما يأخذه صاحب الدين يأخذه عوضاً عن ملكه وكذلك تكفين الميت فانه ليس فيه تمليك من الميت فانه ليس من أهل الملك ولا من الورثة لانهم لا يملكون ماهو مشغول بحاجة الميت وكذلك بناء المسجد ليس فيه تمليك من أحد ﴿ قال ﴾ ولا يعطى من الزكاة كافر إلا عند زفر رحمه الله تعالى فانه يجوّز دفعها الى الذمي وهو القياس لان المقصود اغناء الفقير المحتاج على طريق التقرب وقد حصل ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم فذلك تنصيص على الدفع الى فقراء من

تؤخذ من أغنيائهم وهم المسلمون ﴿قال﴾ ولا بأس بأن يعين به حاجا منقطعاً أو غازيا أو مكاتبا لان التمليك على سبيل التقرب يحصل به والمكاتب من مصارف الصدقات بالنص . قال الله تعالى وفي الرقاب والغارمين وفى سبيل الله ويدخل في هذا الحاج المنقطع أيضاً ثم هو بمنزلة ابن السبيل وابن السبيل من مصارف الصدقات وكذلك يقضى دين مغرم بأمره ويجوز ذلك اذا كان المديون فقيراً لأنه يملكه أولا ثم يقضي دينه بأمره بملكه . ألا ترى أن من أمر انسانا بقضاء دينه كان له أن يرجع عليه اذا قضاه ولا يكون ذلك الا بعد التمليك منه ﴿قال﴾ ويجزئه أن يعطى من الواجب جنساً آخر من المكيل والموزون أو العروض أو غير ذلك بقيمته وهذا عندنا وقد بيناه ﴿قال﴾ وان أعطى من جنس ماله وكان من الأموال الربوية فلا معتبر بالقيمة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى . بيانه اذا كان له مائتا درهم نبهرجة فأدى منها أربعة دراهم جياداً تبلغ قيمتها خمسة نبهرجة لايجوز عندنا الا عن أربعة دراهم وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يجوز عن الكل لأن في القيمة وفاء بالواجب ولا ربا بين الله تعالى وبين العبد ولكنا نقول ليس للجودة قيمة في الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها وأداء أربعة جياد كأداء أربعة نبهرجة فلا تجزيه الا عن مثل وزنه ﴿قال﴾ رجل له على آخر دين فتصدق به عليه ينوى أن يكون من زكاة ماله لايجزئه الا عن مقدار الدين ان كان المديون فقيراً لان الواجب في المال العين جزء منه والدين أنقص في المالية من العين ولا يجوز أداء الناقص عن الكامل فان أراد الحيلة فالوجه أن يتصدق عليه بقدر الزكاة من العين ثم يسترده من يده بحساب دينه وكذلك أداء زكاة الدين عن دين آخر لايجوز بأن كان له مائتا درهم على رجل وخمسة على فقير فأبرأه من تلك الخمسة ينوي به زكاة المائتين لم يجزئه لأن هذا الدين يتعين بالقبض وما أبرأ الفقير منه لايتعين فكأن دونه فى المالية ولأن مبادلة الدين بالدين لاتجوز فى حق العباد فكذلك فى حقوق الله تعالى والواجب من كل دين جزء منه فأما اذا كان الدين كله على الفقير فوهبه له أو أبرأه منه ينوى عن زكاة ذلك الدين يجزئه لان الواجب جزء من ذلك الدين وقد أوصله الى مستحقه فيجوز وهو كما لو وهب النصاب العين كله من الفقير ﴿قال﴾ وان كان المديون غنياً فوهب له ماعليه بعد وجوب الزكاة قال فى الجامع يضمن مقدار الزكاة للفقراء وقال في نوادر الزكاة لايضمن شيئاً لأن وجوب الأداء ينبني على القبض وهو لم يقبض شيئاً وفى رواية الجامع قال صار مستهلكا حق الفقراء بما صنع فهو كما لو وجبت الزكاة

عليه في مال عين فوهبه لغني وهذا أصح لأنه بتصرفه يجعل قابضا حكما كالمشتري اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض يصير قابضاً وأما مال المضاربة فعلى رب المال زكاة رأس المال وحصته من الربح وعلى المضارب زكاة حصته من الربح اذا وصلت يده اليه ان كان نصاباً أو كان له من المال ما يتم به النصاب عندنا. وللشافعي رحمه الله تعالى ثلاثة أقاويل في نصيب المضارب قول مثل قولنا وقول ان زكاة ذلك على رب المال لأنه موقوف لحقه حتى لا يظهر الربح مالم يصل اليه رأس المال ولأن الربح تبع وزكاة الأصل عليه فكذلك التبع وقول آخر انه لا زكاة في نصيب المضارب على أحد لانه متردد بينه وبين رب المال يسلم له ان بقي كله ويكون لرب المال ان هلك بعضه فهو نظير كسب المكاتب فليس فيه زكاة على أحد لأنه متردد بينه وبين المولى وفي الحقيقة هذه المسئلة بناء على أصله أن استحقاق المضارب الربح بطريق الجعالة لا بطريق الشركة اذ ليس له رأس مال ولا بطريق الأجرة لأن عمله غير معلوم عند العقد والجعالة لا تملك الا بالقبض كالعمالة لعامل الصدقات ﴿ولنا﴾ ان المضارب شريكه في الربح فكما يملك رب المال نصيبه من الربح في حكم الزكاة فكذلك المضارب لان مطلق الشركة يقتضى المساواة وبيان الوصف ان رأس ماله العمل ورأس مال الثاني المال والربح يحصل بهما فقد تحققت الشركة وقد نصا في العقد على هذا وتنصيصهما معتبر بالاجماع والدليل عليه أن المضارب يملك المطالبة بالقسمة ويتميز به نصيبه ولا حكم للشركة الا هذا واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بما لو اشترى بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي ألفاً فانه لا شئ على المضارب هنا والربح موجود ولكنا نقول عند زفر رحمه الله تعالى تجب عليه الزكاة في نصيبه وكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانهما يريان قسمة الرقيق اما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فلا يرى قسمة الرقيق فكل واحد من العبدين في حق المضارب مشغول برأس المال كانه ليس معه غيره فلا يظهر الربح حتى ان في حق رب المال لما كانا كشئ واحد كان عليه زكاة رأس المال وحصته من الربح ﴿قال﴾ ويأخذ العاشر من مال الصبي الحربي اذا مر به عليه الا ان يكونوا لا يأخذون من مال صبياننا شيئاً وكذلك المكاتب لان الأخذ منهم بطريق المجازاة فنعاملهم بمثل مايعاملوننا به كما بينا فيما دون النصاب ﴿قال﴾ واذا مر التاجر على العاشر بالرمان والبطيخ والقثاء والسفرجل والعنب والتين قد اشتراه للتجارة وهو يساوي نصاباً لم يعشره في قول أبي حنيفة رحمه الله

تعالى ولكن يأمره بأداء الزكاة بنفسه وعندهما يعشره لان الزكاة تجب فى هذه الاموال اذا كانت للتجارة والعاشر يأخذ الزكاة الواجبة فيأخذ من هذه الأموال كما يأخذ من سائر الأموال وانما يأخذ لحاجة صاحب المال الى حمايته وذلك موجود فى هذه الاشياء ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى حرفان أحدهما أن حق الأخذ للعاشر باعتبار المال الممرور به عليه خاصة وهذه الاشياء لاتبقى حولا فلا تجب الزكاة فيها الا باعتبار غيرها مما لم يمر به عليه فهو نظير ما لو مر عليه بما دون النصاب وقال فى بيتى مايتم به النصاب والثانى ان العاشر يأخذ من عين مايمر به عليه وليس بحضرته فقراء ليصرفه اليهم ولا يمكنه ان يدخره الى ان يأتيه الفقراء لان ذلك يفسد فقلنا لا يأخذ منه شيئاً ولكن يأمره بالأداء بنفسه وكذلك لا يأخذ من الذمى والحربى أما على الأول فظاهر وكذلك على الطريق الثانى لانه ليس بحضرته من المقاتلة من يصرف اليهم المأخوذ ﴿قال﴾ وان مر الذمي على العاشر بالخمر والخنزير للتجارة عشر الخمر من قيمتها ولم يعشر الخنازير ورواه فى الخمر عن ابراهيم وكان مسروق يقول يأخذ من عين الخمر وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى ان مر على العاشر بالخنازير وحدها لم يأخذ منه شيئاً وان مر بهما مع الخمر أخذ منها جميعاً من القيمة وكأنه جعل الخنازير في هذا تبعاً للخمر وهو نظير مذهبه فى وقف المنقول أنه لا يجوز الا تبعاً للعقار. وجه قوله ان كل واحد منهما مال فى حق أهل الذمة يضمن بالاتلاف له. وجه ظاهر الرواية ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه بلغه ان عماله يأخذون العشر من خمور أهل الذمة فقال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ثم الخمر عين هو قريب من المالية فى حق المسلمين لان العصير قبل التخمر كان مالا وهو بعرض المالية اذا تخلل بخلاف الخنزير فانه ليس له عرضية المالية في حق المسلمين والعاشر مسلم فلهذا لا يأخذ منها ﴿قال﴾ رجل له مائتا درهم مكثت عنده أشهراً ثم وهبها لرجل ودفعها اليه ثم رجع فيها قال يستأنف لها الحول من وقت رجوعه فيها لان ملكه زال بالهبة والتسليم ولم يبق شيء مما انعقد عليه الحول له ولا يتصور بقاء الحول الا بمحل ﴿قال﴾ وان مكثت عند الموهوب له سنة ثم رجع فيها لم يكن على واحد منهما زكاة تلك السنة اما على الواهب فلانها لم تكن فى ملكه فى الحول وأما على الموهوب له فلان مال الزكاة استحق من يده بغير اختياره ويستوى ان كان رجوع الواهب بقضاء أو بغير قضاء عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى ان كان رجوعه بقضاء

فكذلك وان كان رجوعه بغير قضاء القاضى فعلى الموهوب له زكاة تلك السنة وقال سفيان الثورى رضى الله عنه ليس للواهب أن يرجع فى مقدار الزكاة لانها صارت مستحقة للفقراء وتعلق حق الفقراء بالموهوب يمنع الواهب من الرجوع كما لو جعله الموهوب له مرهونا. وجه قول زفر رحمه الله تعالى أن الرجوع اذا كان بغير قضاء فالموهوب له أزال ملكه باختياره بعد وجوب الزكاة فيضمن الزكاة كما لو وهبه ابتداء ألا ترى أنه لو كان فى مرضه كان معتبرا من ثلث ماله. وجه قولنا أن حق الواهب مقصور على العين وفى مثله القضاء وغير القضاء سواء لانهما فعلا بدون القاضى عين ما يأمر به القاضى لو رفعا الامر اليه والموهوب له نظر لنفسه حين لم ير فى الخصومة فائدة فلم يكن متلفاً حق الفقراء وان كان فى مرضه ففيه روايتان كلاهما فى كتاب الهبة والاصح أنه يعتبر من جميع ماله سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء ﴿قال﴾ واذا أخرجت الارض العشرية طعاما فباعه قبل أن يؤدي عشره فجاء العاشر والطعام عند المشترى فان شاء أخذ عشر الطعام من المشترى ورجع المشتري على البائع بعشر الثمن وان شاء أخذه من البائع لان على أحد الطريقين الحب ينبت على الحقين عشره للفقراء وتسعة أعشاره للمالك فلم ينفذ بيعه في مقدار العشر فكان للمصدق أن يأخذ العشر من المشترى قبل الافتراق وبعد الافتراق بخلاف زكاة السائمة. وعلى الطريق الثانى يجب ايتاء العشر الى الفقراء من غير اعتبار حال من يجب عليه فكان العين هو المقصود فلا يبطل الحق عنه بالبيع بخلاف الزكاة فان الفعل هو المقصود فيه بدليل اعتبار حال من يجب عليه وان شاء أخذ من البائع لاتلافه محل حق الفقراء ﴿قال﴾ واذا باع الارض وفيها زرع قد أدرك فعشر الزرع على البائع لان حق الفقراء قد ثبت فى الزرع وهو ملك البائع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بنفس الخروج كما قال الله تعالى ومما اخرجنا لكم من الارض وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالادراك قال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وعند محمد رحمه الله تعالى بالاستحكام وذلك كله حصل فى ملك البائع وهو نماء أرضه فوجب عليه عشره واما المشترى فقد استحقه عوضاً عما أعطى من الثمن فلا شيء عليه فان باعها والزرع بقل فعشره على المشترى اذا حصده بعد الادراك لان وجوب العشر فى الحب وانعقاده كان فى ملك المشترى وهو نماء أرضه وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عشر مقدار البقل على البائع لان ذلك القدر من النماء حصل فى ملكه اما عشر الحب فعلى المشترى وكذلك ان باع الزرع وهو

قصيل فان قصله المشتري في الحال فالعشر على البائع وان تركه على الارض باذن البائع حتي استحصد فالعشر على المشتري وكذلك كل شئ من الثمار وغيره مما فيه العشر يبيعه صاحبه في أول مايطلع فان قطعه المشتري فالعشر على البائع وان تركه باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عشر مقدار الطلع والبقل على البائع والزيادة على المشتري * وحاصل مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى ان بانعقاد الحب وادراك الثمار يزداد النماء فيزداد الواجب لا أنه يسقط ما كان واجبا أو يتحول الى غيره وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الحب هو المقصود فاذا انعقد كان الواجب فيه دون غيره وانعقاده كان في ملك المشتري فلهذا كان العشر عليه ﴿ قال ﴾ واذا اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا . وعند محمد رحمه الله تعالى ان عليه زكاة التجارة مع العشر والخراج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى ووجهه أن العشر محله الخارج والزكاة محلها عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب أحدهما لايمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر . وجه ظاهر الرواية ان العشر والخراج مؤنة الارض النامية . ألا ترى أنه يقال عشر الارض وخراج الارض وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهي الارض فكل واحد منهما يجب حقاً لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صار وظيفة لازمة لهذه الارض لايسقط باسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنيته . فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت ﴿ قال ﴾ وان اشترى دارا للتجارة فحال عليها الحول زكاها من قيمتها لانه ما تعلق برقبة الدار حق آخر لله تعالى وهي وسائر العروض سواء ﴿ قال ﴾ ولا يجتمع العشر والخراج في أرض واحدة عندنا وقال ابن أبي ليلى في الارض الخراجية يجب أداء العشر من الخارج منها مع الخراج وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى واستدلا في ذلك بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم ما أخرجت الارض ففيه العشر ولان العشر مع الخراج حقان اختلفا محلا ومستحقاً وسببا فان الخراج في ذمة المالك مصروف الى المقاتلة والعشر في الخارج مصروف الى الفقراء فوجوب أحدهما لاينفي وجوب الآخر كالدين مع العشر ثم الخراج بمنزلة الأجرة للارض ولهذا لا يجب الا في الأراضي المفتوحة عنوة ووجوب الأجرة لاينفي وجوب

العشر فى الخارج . وجه قولنا ماروى عن ابن مسعود رحمه الله تعالى موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايجتمع العشر والخراج فى أرض رجل مسلم ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتيالهم لأخذ أموال الناس وكفى بالاجماع حجة ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الارض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب أرض واحدة وسببهما لايجتمع فان سبب وجوب الخراج فتح الارض عنوة وثبوت حق الغانمين فيها وسبب وجوب العشر اسلام أهل البلدة طوعا وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تناف فاذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعاً ﴿ قال ﴾ رجل مات وله أرض عشرية قد أدرك زرعها قال يؤخذ منها العشر . وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه لايؤخذ منها العشر لانها صارت لغير من وجب عليه فهو بمنزلة صدقة السائمة . وجه ظاهر الرواية أن العين هى المقصودة هنا دون الفعل والعين باقية بعد موته فيبقى مشغولا بحق الفقراء بخلاف الزكاة فان الواجب هناك فعل الايتاء والفعل لايمكن ابقاؤه مستحقا ببقاء المال فلهذا سقط بالموت ﴿ قال ﴾ رجل له رطبة فى أرض العشر وهى تقطع فى كل أربعين يوما قال يأخذ منها العشر كلما قطعت وهذا بناء على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى ايجاب العشر فى الرطب فاما عندهما فلايجب العشر الافيماله ثمرة باقية على مابينه ومقصوده فى هذه المسئلة ان الحول لايعتبر لايجاب العشر وهو ظاهر على مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه لايعتبر النصاب لايجاب العشر واما عندهما فالنصاب معتبر والحول لايعتبر لان اعتبار الحول لتحقق النماء فى السوائم وعروض التجارة والعشر لا يجب الافيما هو نماء محض فلا حاجة الى اعتبار الحول فيه ﴿ قال ﴾ واذا كان صاحب العنب يبيعه مرة عنبا ومرة عصيراً ومرة زبيبا باقل من قيمته أوباكثر أخذ العشر فى جميع ذلك من الثمن اذا لم يكن حابى فيه محاباة فاحشة وهذا على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يوجب العشر فى القليل والكثير وفيما يبقى أولا يبقى أما عندهما فلايجب العشر فيما دون خمسة أوسق مما يبقى فينظر الى هذا العنب فان كان مقدارا يكون فيه من الزبيب خمسة أوسق أو أكثر يجب العشر فيؤخذ ذلك من الثمن كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان وجوب حق الله تعالى فى المال لايمنع صحة البيع من صاحبه وان كان دون ذلك أو كان عنبا رطبا رقيقا لايصلح الاللماء ولايتأتى منه الزبيب فلا شئ فيه عندهما

﴿قال﴾ رجل له على رجل دين فدافعه سنين وليس له عليه بينة ثم أعطاه فليس عليه زكاة مامضى وكذلك الوديعة ومعنى قوله دافعه أي أنكره فانه قال في بعض نسخ الزكاة فكابره به سنين وهو عبارة عن الجحود وقد بينا أن المجحود ضمار ولا زكاة في الضمار وفي قوله وليست له عليه بينة دليل على انه اذا كان لصاحب الحق بينة فلم يقمها سنين انه تلزمه الزكاة لما مضى لان التفريط من قبله جاء وقد بينا في هذا اختلاف الروايات ﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة على ألف درهم بعينها ولم يدفعها اليها حتى حال الحول ثم قبضت فليس عليها فيما مضى زكاة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر ولا على الزوج وفي قولهما عليها زكاة الالف وقد بينا هذا في السوائم ففي النقود مثله فان كانت قبضتها وحال عليها الحول عندها ثم طلقها قبل الدخول بها لم يسقط عنها شيء من الزكاة عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يسقط عنها زكاة النصف كما في السوائم وهذا بناء على أن النقود تتعين عنده بالتعيين فعند الطلاق يلزمها رد نصف المقبوض بعينه واستحقاق مال الزكاة بعد الحول من يد صاحبه يسقط الزكاة وعندنا النقود لا تتعين في العقود فعند الطلاق لا يلزمها رد شيء من المقبوض بعينه انما عليها خمسمائة دينا للزوج فهذا دين لحقها بعد الحول وذلك غير مسقط للزكاة ﴿قال﴾ واذا حال الحول على مال الشريكين المفاوضين فأدى كل واحد منهما زكاة جميع المال فان أدى كل واحد منهما بغير أمر صاحبه ضمن لصاحبه لان كل واحد منهما بسبب الشركة صار نائبا عن صاحبه في التجارات دون إقامة العبادات وان كان كل واحد منهما قد أمر صاحبه بأداء الزكاة فهذا على وجهين اما أن يؤديا معاً أو على التعاقب فان أديا معاً ضمن كل واحد منهما لصاحبه حصته مما أدى في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يضمن عندهما وان أديا على التعاقب فلا ضمان على المؤدى أولا منهما لصاحبه ويضمن المؤدى آخراً لصاحبه حصته مما أدى في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء علم بأدائه أو لم يعلم وعندهما ان علم بأداء صاحبه يضمن والا فلا هكذا أشار اليه في كتاب الزكاة وفي الزيادات يقول لا ضمان عليه سواء علم بأداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وكذلك الخلاف في الوكيل بأداء الزكاة اذا أدى بعد أداء الموكل بنفسه وكذلك الخلاف في الوكيل يعتق العبد عن الظهار اذا أعتقه بعد ما كفر الموكل بنفسه أو بعد ماعمى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ سواء علم بتكفير الموكل أو لم يعلم على ما ذكره في الزيادات. وجه قولهما ان أداء

الزكاة بنفسه يتضمن عزل الوكيل فلا يثبت حكمه في حقه قبل العلم به ولانه كان عن قصد وفعل من الموكل فهو كالتصريح بالعزل ونظيره لو كيل بقضاء الدين اذا قضي الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضامن والا لم يضمن شيئاً أما على رواية الزيادات قال هو مأمور بدفع المال الى الفقير على وجه يكون صدقة وقربة وأداء الموكل بنفسه لاينفي هذا المعنى فلايوجب عزل الوكيل فكان هو في الاداء ممتثلا أمره فلا ضمان عليه سواء علم بأدائه أو لم يعلم بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه مأمور بان يملكه مافي ذمته بما يدفع اليه وذلك لا يتصور بعد قضاء الموكل بنفسه الدين فكان قضاؤه عزلا للوكيل ولكن لايثبت حكمه في حقه قبل العلم به دفعاً للضرر عنه. فاما أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال هو مأمور بأداء الزكاة وقد أدى غير الزكاة فكان مخالفاً ضامناً . بيانه ان موجب أداء الزكاة سقوط الفرض عن ذمته وقد سقط بأداء الموكل بنفسه فلا يتصور اسقاطه بأداء الوكيل وكان أداء الموكل عزلا للوكيل من طريق الحكم لفوات المحل وذلك لايختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا أعتق الموكل العبد انعزل الوكيل علم به أولم يعلم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه مأمور بان يجعل المؤدى مضموناً على القابض على ماهو الأصل بأن الديون تقضى بأمثالها وذلك لا يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجباً عزل الوكيل حكما. يوضح الفرق أن هنالك لولم نوجب الضمان على الوكيل لجهله باداء الموكل لايلحق الموكل فيه ضرر فانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض ويضمنه ان كان هالكا وهنا لو لم نوجب الضمان أدى الى الحاق الضرر بالموكل لأنه لايتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا أوجبنا الضمان بكل حال ﴿قال﴾ رجل دفن ماله في بعض بيوته فنسيه حتى مضى على ذلك سنون ثم تذكر فعليه الزكاة لما مضي بخلاف ما اذا دفنه في الصحراء لأن البيت حرز فالمدفون فيه يكون في يده حكما وقيام الملك واليد يمنع أن يكون المال تاويا فأما الصحراء فليس بحرز فانعدم به يده حين عدم طريق الوصول اليه وهو العلم فكان تاويا . يوضحه أن المدفون في بيته يتيسر طريق الوصول اليه بنبش كل جانب منه بخلاف المدفون في الصحراء وكذلك لو أودعه عند انسان ثم نسيه ان كان المودع من معارفه فعليه الزكاة لما مضى ان تذكره وان كان ممن لايعرفه فلا زكاة عليه فيما مضى لما بينا من تيسر الوصول اليه وتعذره والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب المعادن وغيرها﴾

اعلم أن المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة . منها جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس . ومنها جامد لا يذوب بالذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ . ومنها مائع لا يجمد كالماء والزئبق والنفط . فأما الجامد الذى يذوب بالذوب ففيه الخمس عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى فيما سوى الذهب والفضة لا يجب شئ وفى الذهب والفضة يجب ربع العشر والنصاب عنده معتبر حتي اذا كان دون المائتين من الفضة لا يجب شئ وفى اعتبار الحول له وجهان . حجته قوله صلى الله عليه وسلم فى الرقة ربع العشر وهو اسم للذهب والفضة . وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بلال بن الحارث معادن القبلية وهي يؤخذ منها ربع العشر الى يومنا هذا والمعنى فيه أنه مباح لم تحرزه يد قط فكان لمن وجده ولا شئ فيه كالصيد والحطب والحشيش وهذا لأن الناس في المباحات سواء وانما يظهر التقوم فيها بالاحراز فكانت للمحرز الا أن الزكاة واجبة فى الذهب والفضة باعتبار أعيانهما دون سائر الجواهر ولكن يشترط تكميل النصاب والحول على أحد الوجهين وفى الوجه الآخر قال كم من حول مضى على هذا العين قبل أخذه واعتبار الحول لحصول النماء وهذا كله نماء فلا معنى لاعتبار الحول فيه بخلاف الكنز فانه كان في يد أهل الحرب وقد وقع في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب ووجب فيها الخمس ولم يؤخذ لخفاء مكانه حتى ظهر الآن فلهذا يؤخذ منه الخمس فأما الذهب والفضة من المعدن فحادث يحدث بمرور الزمان من غير أن كان فى يد أحد فهو كالحطب والحشيش ﴿وأصحابنا﴾ احتجوا بحديث أبى سلمة عن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وفى الركاز الخمس واسم الركاز يتناول الكنز والمعدن جميعاً لانه عبارة عن الاثبات يقال ركز رمحه فى الأرض اذا أثبته والمال فى المعدن مثبت كما هو فى الكنز ولما قيل يارسول الله وما الركاز قال الذهب والفضة الذين خلقهما الله فى الارض يوم خلقها . ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد فى الخرب العادى قال فيه وفى الركاز الخمس فعطف الركاز على المدفون فعلم أن المراد بالركاز المعدن والمعنى فيه أن هذا مال نفيس مستخرج من الارض فيجب فيه الخمس كالكنز وهذا لأن المعنى الذى لأجله وجب الخمس فى الكنز موجود فى المعدن فان الذهب والفضة

تحدث في المعدن من عروق كانت موجودة حين كانت هذه الارض في يد أهل الحرب ثم وقعت في يد المسلمين بايجاف الخيل فتعلق حق مصارف الخمس بتلك العروق فيثبت فيما يحدث منها فكان هذا والكنز سواء من هذا الوجه ثم يستوى ان كان الواجد حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً صبياً أو بالغاً رجلا أو امرأة فانه يؤخذ منه الخمس والباقي يكون للواجد سواء وجده فى أرض العشر أو أرض الخراج لان استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة والجميع من سمينا حق في الغنيمة اما سهماً واما رضخاً فان الصبي والعبد والذمي والمرأة يرضخ لهم اذا قاتلوا ولا يبلغ بنصيبهم السهم تحرزاً عن المساواة بين التابع والمتبوع وهنا لا مزاحم للواجد فى الاستحقاق حتي يعتبر التفاضل فلهذا كان الباقى له. والذي روى أن عبداً وجد جرة من ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فادى ثمنه منه وأعتقه وجعل مابقى منه لبيت المال. تأويله انه كان وجده في دار رجل فكان لصاحب الخطة ولم يبق أحد من ورثته فلهذا صرفه الى بيت المال ورأى المصلحة فى أن يعطى ثمنه من بيت المال ليوصله الى العتق * وأما الجامد الذى لا يذوب بالذوب فلا شئ فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى الحجر ومعلوم انه لم يرد به اذا كان للتجارة وانما أراد به اذا استخرجه من معدنه فكان هذا أصلا فى كل ماهو فى معناه * وكذلك الذائب الذى لا يتجمد أصلا فلا شئ فيه لان أصله الماء والناس شركاء فيه شرعاً قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث في الماء والكلأ والنار فما يكون في معنى الماء وهو انه يفور من عينه ولا يستخرج بالعلاج ولا يتجمد كان ملحقاً بالماء فلا شئ فيه ﴿قال﴾ واذا عمل الرجل في المعادن يوماً ثم جاء آخر من الغد فعمل فيها حتى أصاب المال أخذ منه خمسه والباقي للثانى دون الأول لان الواجد هو الثانى والمعدن لمن وجده فاما الأول فحافر للارض لا واجد للمعدن وبحفر الارض لا يستحق المعدن وقد جاء فى الحديث الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره والاول كالمشير والثانى كالآخذ فكان المأخوذ له ﴿قال﴾ وليس فى السمك واللؤلؤ والعنبر يستخرج من البحر شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف فى العنبر الخمس وكذلك فى اللؤلؤ عنده ذكره فى الجامع الصغير أما السمك فهو من الصيود وليس فى صيد البر شئ على من أخذه فكذلك فى صيد البحر وأما العنبر واللؤلؤ فقد احتج أبو يوسف رحمه الله تعالى بما روى أن يعلي بن أمية كتب الى عمر بن الخطاب

رضي الله عنه يسأله عن عنبر وجد على الساحل فكتب اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس ولان نفيس مايوجد في البحر معتبر بنفيس مايوجد في البر وهو الذهب والفضة فيجب فيه الخمس . وأبو حنيفة ومحمد استدلا بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في العنبر انه شيء دسره البحر فلا شيء فيه وحديث عمر محمول على الجيش دخلوا أرض الحرب فيصيبون العنبر في الساحل وعندنا في هذا الخمس لانه غنيمة ثم وجوب الخمس فيما يوجد في الركاز لمعنى لا يوجد ذلك المعنى في الموجود في البحر وهو انه كان في يد أهل الحرب وقع في يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب ومافي البحر ليس في يد أحد قط لان قهر الماء يمنع قهر غيره ولهذا قال مشايخنا لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيهما شيء . ثم الناس تكلموا في اللؤلؤ فقيل ان مطر الربيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤا فعلى هذا أصله من الماء وليس في الماء شيء وقيل ان الصدف حيوان تخلق فيه اللؤلؤ وليس في الحيوان شيء وهو نظير ظبي المسك يوجد في البر فانه لا شيء فيه وكذلك العنبر فقيل انه نبت ينبت في البحر بمنزلة الحشيش في البر وقيل انه شجرة تتكسر فيصيبها الموج فيلقيها على الساحل وليس في الاشجار شيء وقيل انه خثى دابة في البحر وليس في أخثاء الدواب شيء ﴿ قال ﴾ وليس في الياقوت والزمرد والفيروزج يوجد في المعدن أو الجبل شيء لانه جامد لا يذوب بالذوب ولا ينطبع بالطبع كالتراب وليس في التراب شيء فكذلك مايكون في معناه لا يكون فيه شيء ولانه حجر وليس في الحجر صدقة وان كان بعض الحجر اضوأ من بعض واما الزئبق اذا أصيب في معدنه ففيه الخمس في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله لا شيء فيه وحكي عن أبي يوسف ان أبا حنيفة كان يقول لا شيء فيه وكنت أقول فيه الخمس فلم أزل به أناظره وأقول انه كالرصاص حتي قال فيه الخمس ثم رأيت أن لا شيء فيه فصار الحاصل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله الا خر وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد فيه الخمس وعند أبي يوسف في قوله الا خر وهو قول أبي حنيفة الأول لا شيء فيه قال لانه ينبع من عينه ولا ينطبع بنفسه فهو كالقير والنفط . وجه قول من أوجب الخمس أنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع مالم يخالطها شيء ثم يجب فيها الخمس فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا وجد الرجل الركاز من الذهب والفضة والجواهر مما يعرف أنه قديم فاستخرجه من أرض الفلاة ففيه

الخمس وما بقي فهو له فهذا على وجهين اما ان يكون فيه من علامات الاسلام كالمصحف والدرهم المكتوب عليه كلمة الشهادة فيكون بمنزلة اللقطة فعليه ان يعرفها أو يكون فيه شيء من علامات الشرك كالصنم والصليب فحينئذ فيه الخمس. لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما يوجد فى الارض الميتة فهو لقطة تعرّف وما يوجد فى الخرب العادي ففيه وفى الركاز الخمس ولانه اذا كان فيه شيء من علامات الشرك عرفنا أنه من وضع أهل الحرب وقع فى أيدى المسلمين بايجاف الخيل والركاب ففيه الخمس واذا كان فيه شيء من علامات الاسلام عرفنا أنه من وضع المسلمين ومال المسلم لايغنم والموجود في باطن الارض كالموجود على ظاهرها فان لم يكن به علامة يستدل بها فهو لقطة فى زماننا لان العهد قد تقادم والظاهر أنه لم يبق شيء مما دفنه أهل الحرب ويستوى ان كان الواجد ذميا أو مكاتبا أو صبيا أو حراً أو مسلما وقد بيناه فى المعدن فكذلك في اللقطة وكذلك في الركاز ﴿قال﴾ وان وجده فى دار رجل فان قال صاحب الدار انا وضعته فالقول قوله لانه فى يده وان تصادقا على أنه ركاز ففيه الخمس والباقى لصاحب الخطة سواء كان الواجد ساكنا فى الدار بعارية أو اجارة أو شراء وصاحب الخطة هو الذى أصاب هذه البقعة بالقسمة حين افتتحت البلدة فسمى صاحب الخطة لان الامام يخط لكل واحد من الغانمين حيزا ليكون له فان كان هو باقيا أو وارثه دفع اليه والا فهولأقصي مالك يعرف لهذه البقعة فى الاسلام وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى الباقى للواجد قال أستحسن ذلك وأجعل الموجود فى الدار والارض كالموجود فى المفازة بعلة ان الواجد هو الذى أظهره وحازه ولا يجوز أن يقال إن الامام قد ملكه صاحب الخطة في القسمة لأن الامام عادل فى القسمة فلوجعلناه مملكا للكنز منه لم يكن عدلا هذا معنى الاستحسان واذا لم يملكه بقي على أصل الاباحة فمن سبقت يده اليه كان أحق به فأما وجه قولهما فما روى أن رجلا أتى على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه بألف وخمسمائة درهم وجدها فى خربة فقال على ان وجدتها فى أرض يؤدي خراجها قوم فهم أحق بها منك وان وجدتها فى أرض لايؤدى خراجها أحد فخمسها لنا وأربعة أخماسها لك وهذا مراد محمد من قوله وهذا قياس الأثر عن على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه والمعني فيه ان صاحب الخطة ملك البقعة بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها ثم المشترى منه يملك بالعقد فيملك الظاهر دون الباطن كمن اصطاد سمكة فوجد

فى بطنها لؤلؤة فهي له بخلاف مالو اشترى سمكة واذا لم يتملك المشترى عليه بقى على ملك صاحب الخطة ثم الامام مأمور بالعدل بحسب الامكان فما وراء ذلك ليس فى وسعه ولا نقول الامام يملكه الكنز بالقسمة بل يقطع مزاحمة سائر الغانمين عن تلك البقعة ويقرر يده فيها وتقرر يده فى المحل يوجب ثبوت يده على ماهو موجود في المحل فصار مملوكا له بالحيازة على هذا الطريق ﴿وقال﴾ مسلم دخل دار الحرب بأمان فوجد ركازاً فان كان وجده فى دار بعضهم رده عليه لان مافى الدار في يد صاحب الدار وهو قد ضمن بعقد الأمان ان لايخونهم فعليه الوفاء بما ضمن وان كان وجده في الصحراء فهو له لانه مباح ليس فى يد أحد منهم فلا يكون هو فى أخذه غادراً بهم كالحطب والحشيش وليس فيه خمس لان الخمس فيما كان وقوعه فى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب وذلك غير موجود هنا وان كان المعدن فى دار الاسلام للمسلم أو الذمى فهو له وليس فيه خمس فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيه الخمس وان كان فى أرض المسلم فكذلك الجواب فى رواية كتاب الزكاة وفى الجامع الصغير فرق أبو حنيفة رحمه الله بين الموجود فى الارض والدار وجه قولهما قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وقد بينا أن اسم الركاز يتناول المعدن ثم قاسه بالموجود فى الفلاة بعلة انه مال نفيس يستخرج من معدنه وقد كانت عزوفة في يد أهل الحرب وقعت فى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى طريقان أحدهما ان المعدن جزء من أجزاء ملكه وسائر أجزاء هذه البقعة مملوكة له لاشئ عليه فيها فكذلك هذا الجزء بخلاف الموجود فى الفلاة وبخلاف الكنز وعلى هذا الطريق يسوى بين الدار والأرض. والطريقة الثانية ان الدار ملكت بشرط قطع حقوق الله تعالى حتى لا يجب فيها خراج ولا عشر اذا كان فيها نخيل يخرج اكراراً من تمر وعلى هذه الطريق يقول فى الارض يجب الخمس فى المعدن لان الارض ماملكت بشرط قطع حقوق الله تعالى عنه ألا ترى انه يجب فيها الخراج أو العشر فكذلك الخمس فيما يوجد فيه حق الله تعالى ﴿وقال﴾ حربي دخل دارنا بأمان فأصاب كنزا أو معدنا يؤخذ منه كله لان هذا فى معنى الغنيمة ولا حق لاهل الحرب فى غنائم المسلمين رضخاً ولا سهماً بخلاف أهل الذمة وان عمل فى المعدن باذن الامام أخذ منه الخمس ومابقى فهو له لان الامام شرط له ذلك لمصلحة رأى فيه لمصارف الخمس فعليه الوفاء بما شرط له ألا ترى

انه لو استعان بهم في قتال أهل الحرب رضخ لهم فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولا شئ في العسل اذا كان في أرض الخراج وان كان في أرض العشر أوفي الجبال ففيه العشر كيف كان صاحبه وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه ان ماروى في ايجاب العشر في العسل لم يثبت وما روي من انه لاشئ فيه لم يثبت فهذا منه اشارة الى انه لاعشر في العسل. ووجهه انه منفصل من الحيوان فلا شئ فيه كالابريسم الذى يكون من دود القز ﴿ ولنا ﴾ ما روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص رحمهما الله تعالى ان بني سامر قوم من جرهم كانت لهم نحل عسالة فكانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمى لهم واديهم فلما كان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يعطوه شيئاً فكتب في ذلك الى عمر فكتب اليه عمر ان النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من شاء فان أدوا اليك ما كانوا يؤدونه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم والا فخل بينهم وبين الناس فدفعوا اليه العشر. وعن أبي سلمة عن أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن ان في العسل العشر والمعنى فيه ان النحل تأكل من نوار الشجر وثمارها كما قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات فما يكون منها من العسل متولد من الثمار وفي الثمار اذا كانت في أرض عشرية العشر فكذلك فيما يتولد منها ولهذا لو كانت في أرض خراجية لم يكن فيها شئ لانه ليس في ثمار الأشجار النابتة في أرض الخراج شئ وبهذا فارق دود القز فانه يأكل الورق وليس في الاوراق عشر فكذلك مايتولد منها ﴿ قال ﴾ ولا شئ في القير والنفط والملح لانها فوارة كالماء. واما ما حولها من الارض فقد قال بعض مشايخنا لاشئ فيها من الخراج وان كانت هذه العيون في أرض الخراج لانها غير صالحة للزراعة فكانت كالارض السبخة وما لا يبلغها الماء وكان أبو بكر الرازى رضي الله عنه يقول لاشئ في موضع القير وأما حريمه مما أعده صاحبه لالقاء مايحصل له فيه يمسح فيوجب فيه الخراج لانه في الاصل صالح للزراعة انما عطله صاحبه لحاجته فلا يسقط الخراج عنه ﴿ قال ﴾ ولا شئ في الطرفاء والقصب الفارسى لانه لا يستنبت في الجنان بماء ولا يقصد به استغلال الاراضى عادة بل لايبقى على الارض فانه مفسد لها والعشر انما يجب فيما يقصد به استغلال الاراضي عادة ﴿ قال ﴾ ولا يسقط فيه الخمس عن الركاز والمعدن وان كان واجده معسراً أو فقيراً لقوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس ولانه

ليس يجب على الواحد ولكن الخمس صار حقاً لمصارف الخمس حين وقع هذا فى يد المسلمين من يد أهل الحرب فلا يختلف باختلاف حال من يظهره ﴿ قال ﴾ واذا تقبل الرجل من السلطان معدنا ثم استأجر فيه أجراء واستخرجوا منه مالا قال يخمس وما بقى فهو للمتقبل لان عمل أجرائه كعمله بنفسه ولان عملهم صار مسلما اليه حكما بدليل وجوب الاجرة لهم عليه وان كانوا عملوا فيه بغير أمره فالاربعة الاخماس لهم دونه لانهم وجدوا المال والاربعة الاخماس للواجد والتقبل من السلطان لم يكن صحيحاً لان المقصود منه ما هو عين والتقبل فى مثله لا يصح كمن تقبل أجمة فاصطاد فيها السمك غيره كان للذى اصطاده وكذلك من تقبل بعض المقانص من السلطان فاصطاد فيها غيره كان الصيد لمن أخذه ولا يصح ذلك التقبل منه فهذا مثله والله أعلم

﴿ تم الجزء الثانى من المبسوط ويليه الجزء الثالث وأوله ﴾

﴿ باب عشر الارضين ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب عشر الارضين

﴿ قال ﴾ الاصل في وجوب العشر قوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض قيل المراد بالمكسوب مال التجارة ففيه بيان زكاة التجارة والمراد بقوله ومما أخرجنا لكم من الارض العشر . وقال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وقال صلى الله عليه وسلم ما أخرجت الارض ففيه العشر ثم الاصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن كل ما يستنبت في الجنان ويقصد به استغلال الاراضى ففيه العشر الحبوب والبقول والرطاب والرياحين والوسمة والزعفران والورد والورس في ذلك سواء وهو قول ابن عباس رضى الله عنه وقد روى أنه حين كان والياً بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دَستَجات دَستَجة وأخذ فيه أبو حنيفة بالحديث العام ما سقت السماء ففيه العشر وما أخرجت الارض ففيه العشر وكان يقول العشر مؤنة الارض النامية كالخراج فكما أن هذا كله يعد من نماء الارض في وجوب الخراج فكذلك في وجوب العشر والمستثنى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خمسة أشياء السعف فانه من أغصان الاشجار وليس في الشجر شئ والتبن فانه ساق للحب كالشجر للثمار والحشيش فانه ينفى من الارض ولا يقصد به استغلال الاراضى والطرفاء والقصب فانه لا يقصد استغلال الاراضى بهما عادة والمراد القصب الفارسي فأما قصب السكر ففيه العشر وكذلك على قولهما اذا كان يتخذ منه السكر وكذلك في قصب الذريرة العشر . وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه ليس فيه شئ والاصل عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أن ما ليست له ثمرة باقية مقصودة فلاشئ فيه كالبقول والخضر والرياحين انما العشر فيما له ثمرة باقية مقصودة واحتجا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في الخضراوات صدقة وتأويله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى صدقة تؤخذ أى لا يأخذ العاشر من الخضراوات اذا مُرّ بها

عليه ثم قال ما كان نافها عادة يتيسر وجوده على الغني والفقير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا يجب الزكاة في الصيود والحطب والحشيش وانما يجب حق الله تعالى فيما يعز وجوده فيناله الاغنياء دون الفقراء كالسوائم ومال التجارة فكذلك هنا ماله ثمرة باقية يعز وجوده فأما الخضراوات والرياحين فتافهة عادة ولهذا أوجبنا في الزعفران ولم نوجب في الورس والوسمة لانه لا ينتفع بهما انتفاعا عاما وأبو يوسف رحمه الله تعالى أوجب في الحناء لانه ينتفع به انتفاعا عاما ولم يوجبه فيه محمد رحمه الله تعالى لانه من الرياحين وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد رحمه الله تعالى قال في احدى الروايتين هما من الخضر فلا شئ فيهما وفي الرواية الأخرى قال يقعان في الكيل ويبقيان في أيدي الناس من حول الى حول فيجب فيهما العشر والبطيخ والقثاء والخيار لا شئ فيها عندهما لانها من الرطاب وبزرها غير مقصود فلا يكون معتبراً وكذلك في الثمار قال لا شئ في الكمثرى والخوخ والمشمش والإجّاص وما يجفف منها لا يعتبر واوجبنا في الجوز واللوز العشر وفي الفستق على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجب العشر وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يجب ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين كما روينا ولان النصاب في أموال الزكاة كان معتبرا لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لايجاب العشر فان أصل المال هنا لا يعتبر فهو وخمس الركاز سواء والاصل عندهما انه لا يجب العشر فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق والوسق ستون صاعا فخمسة أوسق ألف ومائتا من واحتجا فيه بقوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وأبو حنيفة يقول تأويل الحديث زكاة التجارة فانهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم ثم قالا هذا حق مالي وجب بايجاب الله تعالى فيعتبر فيه النصاب كالزكاة وهذا لان القليل تافه عادة وهو عفو شرعا ومروءة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال العشر مؤنة الارض النامية وباعتبار الخارج قل أو كثر تصير الارض نامية فيجب العشر كما يجب الخراج ثم المذهب عند محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ما يحرم التفاضل فيه بالبيع يضم بعضه الى بعض وما لا يحرم التفاضل فيه كالحنطة والشعير لا يضم بعضه الى بعض لانهما مختلفان فيعتبر كمال النصاب من كل واحد منهما كالسوائم . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الكل اذا أدرك في وقت واحد يضم بعضه الى بعض لأن العشر وجوبه

باعتبار منفعة الارض فاذا أدركت فى وقت واحد فهي منفعة واحدة فيضم بعضها الى بعض كأموال التجارة . واذا تفرقت الاراضى لرجل واحد فالمروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن ما كان من عمل عامل واحد يجمع وما كان من عمل عاملين يعتبر فيه النصاب فى كل واحد منهما على حدة فانه ليس للعامل ولاية الأخذ مما ليس فى عمله وما فى عمله دون النصاب . والمروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يضم بعض ذلك الى البعض لايجاب العشر لان المالك واحد ووجوب العشر عليه فكان مراد محمد رحمه الله تعالى من هذا فيما بينه وبين الله تعالى فأما فى حق الأخذ للعامل فعلى ماقاله أبو يوسف رحمه الله تعالى وان كانت الارض مشتركة بين جماعة فأخرجت طعاما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يعشر ان بلغ نصيب كل واحد منهم خمسة أوسق كما بينا في السوائم . وقال أبو يوسف اذا كان الخارج كله خمسة أوسق ففيه العشر لانه لا معتبر بالمالك فى العشر وانما المعتبر بالخارج حتى يجب العشر فى الاراضى الموقوفة التى لا مالك لها ثم العشر يجب فيما سقته السماء أوسقى سيحا فأما ماسقي بغرب أودالية أوسانية ففيه نصف العشر وبه ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر وفي رواية ما سقي بعلا أو سيحاً ففيه العشر وما سقى بالرشاء ففيه نصف العشر وعلل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وكثرة المؤنة فيما سقي بغرب أو دالية وقالوا لكثرة المؤنة تأثير في نقصان الواجب وهذا ليس بقوى فان الشرع أوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها أعظم منها فى الزراعة ولكن هذا تقدير شرعى فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليه وكان ابن أبي ليلى يقول لاعشر الا فى الحنطة والشعير والزبيب والتمر اذا بلغ خمسة أوسق لظاهر الحديث الخاص فان اعتبار الوسق للنصاب دليل على أنه لايجب الا فيما يدخل تحت الوسق ﴿قال﴾ واذا أخرجت الارض العشرية طعاما وعلى صاحبها دين كثير لم يسقط عنه العشر وكذلك الخراج لان الدين يعدم غنى المالك بما في يده وقد بينا أن غنى المالك غير معتبر لايجاب العشر ﴿قال﴾ وان كانت الارض لمكاتب أوصبي أو مجنون وجب العشر في الخارج منها عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاشئ فى الخارج من أرض المكاتب والعشر عنده قياس الزكاة لايجب الا باعتبار المالك أما عندنا فالعشر مؤنة الارض النامية كالخراج والمكاتب والحر فيه سواء وكذلك الخارج من الاراضى الموقوفة على الرباطات والمساجد

يجب فيها العشر عندنا • وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايجب الا في الموقوفة على أقوام باعيانهم فانهم كالملاك أما الموقوفة على أقوام بغير أعيانهم فلا شئ فيها ﴿ قال ﴾ رجل استأجر أرضاً من أرض العشر وزرعها قال عشر ماخرج منها على رب الارض بالغا مابلغ سواء كان أقل من الاجر أو أكثر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى العشر في الخارج على المستأجر • وجه قولهما ان الواجب جزء من الخارج والخارج كله للمستأجر فكان العشر عليه كالخارج في يد المستعير للأرض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول وجوب العشر باعتبار منفعة الارض والمنفعة سلمت للآجر لانه استحق بدل المنفعة وهي الاجرة وحكم البدل حكم الاصل اما المستأجر فانما سلمت له المنفعة بعوض فلا عشر عليه كالمشترى للزرع ثم العشر مؤنة الارض النامية كالخراج وخراج أرض المؤاجر على المؤاجر فكذلك العشر عليه اما اذا أعار أرضه من مسلم فالعشر على المستعير في الخارج عندنا • وقال زفر رحمه الله تعالى على المعير وقاسه بالخراج وقال حين سلط المستعير على الانتفاع بالارض فكأنه انتفع به بنفسه ولكنا نقول منفعة الارض سلمت للمستعير بغير عوض ووجوب العشر باعتبار حقيقة المنفعة حتى لايجب مالم يحصل الخارج بخلاف المستأجر فان سلامة المنفعة له كان بعوض وبخلاف الخراج فان وجوبه باعتبار التمكن من الانتفاع وقد تمكن المعير من ذلك ثم محل الخراج الذمة ولا يمكن ايجابه في ذمة المستعير لأنه ليس له حق لازم في الارض ومحل العشر الخارج وهو مستحق للمستعير فان كان أعار الارض من ذمي فالعشر على المعير لان العشر صدقة لا يمكن ايجابها على الكافر والمعير صار مفوتا حق الفقراء بالاعارة من الكافر فكان ضامناً للعشر ﴿ قال ﴾ مسلم اشترى من كافر أرض خراج فهي خراجية عندنا • وقال مالك رحمه الله تعالى تصير عشرية لان في الخراج معنى الصغار وهذا لا يبدأ به المسلم فكذلك لا يبقى بعد الاسلام اذا أسلم مالكه أو باعه من مسلم وقاس خراج الارض بخراج الرؤس ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود رحمه الله تعالى أنه كان له أرض خراج بالسواد فكان يؤدي فيها الخراج وكذلك روى عن الحسن بن علي وأبي هريرة رحمهما الله تعالى ثم معنى الصغار في ابتداء وضع الخراج دون البقاء كما أن معنى العقوبة في ابتداء الاسترقاق دون البقاء حتى اذا أسلم الرقيق يبقى رقيقاً بخلاف خراج الرؤس فانه ذل ابتداء وبقاء فلهذا لا يبقى بعد الاسلام والمرجع في معرفة ما قلنا الى

عادات الناس ﴿قال﴾ وان اشترى ذمى من مسلم أرض عشر فان أخذها مسلم بالشفعة أو كان في البيع خيار للبائع أو كان البيع فاسداً فرجعت الى المسلم فهى عشرية كما كانت لان حق المسلم لم ينقطع عنها فان بقيت فى ملك الكافر وانقطع حق المسلم عنها فهى خراجية فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه عشران وقال محمد رحمه الله تعالى يؤخذ منه عشر واحد. وقال مالك رحمه الله تعالى يجبر على بيعها من المسلمين وعلى أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز البيع أصلا وفى القول الآخر وهو قول ابن أبى ليلى يؤخذ منه العشر والخراج جميعاً وكان شريك بن عبد الله يقول لا شئ فيها وجعل هذا قياس السوائم اذا اشتراها الكافر من مسلم ولكن هذا ليس بصحيح فان الاراضي النامية فى دارنا لا تخلو عن وظيفة بخلاف سائر الاموال والشافعي فى أحد قوليه لا يجوز البيع أصلا كما هو مذهبه فى الكافر يشترى عبداً مسلما وفى قوله الآخر يقول بان ما كان وظيفة لهذه الأرض يبقى وباعتبار كفر المالك الحادث يجب الخراج بناء على أصله في الجمع بينهما. ومالك يقول يجبر على بيعه من المسلمين لان حق الفقراء تعلق بها ومال الكافر لا يصلح لذلك فيجبر على بيعها لابقاء حق الفقراء فيها وأما محمد رحمه الله تعالى فقال ما صار وظيفة للارض لا يتبدل بتبدل المالك كالخراج فى الأراضي الخراجية ثم العشر الذى يؤخذ منه عند محمد رحمه الله تعالى يوضع موضع الصدقات كما ذكره فى السير لان حق الفقراء تعلق بها فهو كتعلق حق المقاتلة بالأراضى الخراجية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أن هذا العشر يوضع فى بيت مال الخراج لانه انما يصرف الى الفقراء ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع الخراج كما يأخذه العاشر من أهل الذمة وانما قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يؤخذ منه عشران لان ما كان مأخوذاً من المسلم اذا وجب أخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بنى تغلب وما يمر به الذمي على العاشر أما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال الأراضى النامية لا تخلو عن وظيفة فى دارنا والوظيفة اما الخراج أو العشر ولا يمكن ايجاب العشر عليه لانها صدقة والكافر ليس من أهل الصدقة فتعين الخراج بخلاف الخراج فى الأراضى الخراجية لان استيفاءها بعد الوجوب كاستيفاء الأجرة باعتبار التمكن من الانتفاع ومال المسلم يصلح لذلك ﴿قال﴾ وان اشترى تغلبي أرض عشر من مسلم ضوعف عليه العشر للصلح الذى جرى بيننا وبينهم

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى ان تضعيف العشر عليهم في الأراضي التي كانت لهم في الأصل فأما من اشترى منهم أرضا عشرية من مسلم فعليه عشر واحد بناء على أصله أن ما صار وظيفة الارض يقرر ولا يتغير بتغير المالك فان أسلم عليها أو باعها من مسلم فعليه العشر مضاعفاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رضي الله تعالى عنه عشر واحد . وذكر في رواية أبي سليمان المسئلة بعد هذا وذكر قول محمد رحمه الله تعالى كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى . وتأويله ما بينا ان عند محمد في الاراضي التي كانت لهم في الأصل سواء أسلموا عليها أو باعوها من مسلم يجب العشر مضاعفا لأنها صارت وظيفة لهذه الارض أما أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال تضعيف العشر باعتبار كفر المالك و قد زال ذلك باسلامه أو بيعه من المسلم فهو نظير السوائم اذا أسلم عليها التغلبي أو باعها من المسلم لا يجب فيها الا صدقة واحدة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال التضعيف على بني تغلب في العشر بمنزلة الخراج حتى يوضع موضع الخراج وبعد ما صارت خراجية لا تتبدل باسلام المالك ولا ببيعها من المسلم فهذا كذلك بخلاف السوائم فانه لا وظيفة فيها باعتبار الأصل حتى اذا كانت لغير التغلبي من الكفار لا يجب فيها شيء فعرفنا ان التضعيف فيها كان باعتبار المالك فيسقط بتبدل المالك أو بتبدل حاله بالاسلام أما بيان الارض العشرية والخراجية فنقول أرض العرب كلها أرض عشرية وحدها من العذيب الى مكة ومن عدن أبين الى أقصى حجر باليمن بمهرة وكان ينبغي في القياس أن تكون أرض مكة أرض خراج لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وقهرا ولكنه لم يوظف عليها الخراج فكما لا رق على العرب لا خراج على أرضهم وكل بلدة أسلم أهلها طوعا فهي أرض عشرية لأن ابتداء الوظيفة فيها على المسلم والمسلم لا يبدأ بالخراج صيانة له عن معنى الصغار فكان عليه العشر وكل بلدة افتتحها الامام عنوة وقسمها بين الغانمين فهي أرض عشرية لما بينا وكذلك المسلم اذا جعل داره بستانا أو أحيا أرضاً ميتة فهي أرض عشرية وفي النوادر ذكر اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال عند أبي يوسف ان كانت هذه الاراضي تقرب من الاراضي العشرية فهي عشرية وان كانت بالقرب من الاراضي الخراجية فهي خراجية لان للقرب عبرة ألا ترى أن ما يقرب من القرية ليس لأحد احياؤها لحق أهل القرية والمرء أحق بالانتفاع بفناء داره وقال محمد رحمه الله تعالى ان أحياها بماء السماء أو عين استنبطها أو نهر شقه لها من الاودية

العظام كالفرات ودجلة وجيحون فهى عشرية وان شق لها نهراً من بعض الانهار الخراجية فهى خراجية لان الخراج لا يوظف على المسلم الا بالتزامه فاذا ساق الى أرضه ماء الخراج فهو ملتزم للخراج فيلزمه والا فلا وأما أرض السواد والجبل فهى أرض خراج وحد السواد من العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية الى عباذان لان عمر رضى الله عنه حين فتح السواد وظف عليها الخراج وبعث لذلك عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان ﴿قال﴾ وكل بلدة فتحها الامام عنوة وقهراً ثم منّ بها على أهلها فهى أرض خراج لان ابتداء الوظيفة فيها على الكافر ولا يمكن ايجاب العشر لانها صدقة والكافر ليس من أهلها فيوظف الخراج عليها ولان خراج الاراضي تبع لخراج الجماجم والذمي اذا جعل داره بستانا أو احيا أرضاً ميتة باذن الامام فعليه فيها الخراج لما بينا ﴿قال﴾ واذا قال صاحب الارض قد أديت العشر الى المساكين لم يقبل قوله وان حلف على ذلك لان حق الاخذ فيه الى السلطان فكان نظير زكاة السوائم على ما بينا ﴿قال﴾ وان وضع العشر أو الزكاة في صنف واحد من غير أن يأتى به السلطان وسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى . واعلم أن مصارف العشر والزكاة ما يتلى فى كتاب الله عز وجل في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية وللناس كلام فى الفرق بين الفقير والمسكين فروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أن الفقير هو الذى لا يسأل والمسكين هو الذي يسأل قال الله تعالى في صفة الفقراء لا يسألون الناس إلحافا قيل لا إلحافا ولا غير إلحاف وفى المسكين قال الله تعالى ويطعمون الطعام على حبه مسكيناً ويتيما وأسيراً وقد جاء يسأل وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان الفقير هو الذى يسال ويظهر افتقاره وحاجته الى الناس قال الله تعالى وأنتم الفقراء . والمسكين هو الذى به زمانة لا يسأل ولا يعطى له قال الله تعالى أو مسكيناً ذا متربة أى لاصقا بالتراب من الجوع والعرى . فالحاصل ان المذهب عندنا أن المسكين أسوأ حالا من الفقير وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفقير أسوأ حالا من المسكين وبين أهل اللغة فيه اختلاف ومن قال بان المسكين أسوأ حالا قال الفقير الذى يملك شيئاً ولكن لا يغنيه * قال الراعى

أما الفقير الذى كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد

والمسكين من لا يملك شيئاً ومن قال الفقير أسوأ حالا من المسكين قال المسكين من يملك مالا يغنيه قال الله تعالى أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر وقال الراجز

هل لك فى أجر عظيم تؤجره   تغيث مسكينا كثيراً عسكره

* عشر شياه سمعه وبصره *

والفقير الذى لا يملك شيئاً مشتق من انكسار فقار الظهر والحديث يشهد لهذا وهو ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اللهم أحينى مسكيناً وأمتنى مسكيناً واحشرنى فى زمرة المساكين وفائدة هذا الخلاف انما تظهر في الوصايا والاوقاف أما الزكاة فيجوز صرفها الى صنف واحد عندنا فلا يظهر هذا الخلاف . والعاملين عليها وهم الذين يستعملهم الامام على جمع الصدقات ويعطيهم مما يجمعون كفايتهم وكفاية أعوانهم ولا يقدر ذلك بالثمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى لانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء كانت كفايتهم فى مالهم ولهذا يأخذون مع الغنى ولو هلك ماجمعوه قبل أن يأخذوا منه شيئاً سقط حقهم كالمضارب اذا هلك مال المضاربة فى يده بعد التصرف وكانت الزكاة مجزية عن المؤدين لانهم نائبون عن الفقراء بالقبض . وأما المؤلفة قلوبهم فكانوا قوما من رؤساء العرب كأبى سفيان بن حرب وصفوان ابن أمية وعيينة بن حصن والاقرع بن حابس وكان يعطيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بفرض الله سهما من الصدقة يؤلفهم به على الاسلام فقيل كانوا قد أسلموا وقيل كانوا وعدوا أن يسلموا *فان قيل كيف يجوز أن يقال بأنه يصرف اليهم وهم كفار * قلنا الجهاد واجب على الفقراء من المسلمين والاغنياء لدفع شر المشركين فكان يدفع اليهم جزأ من مال الفقراء لدفع شرهم وذلك قائم مقام الجهاد فى ذلك الوقت ثم سقط ذلك السهم بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا قال الشعبى انقضى الرشا بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى أنهم فى خلافة أبى بكر رضى الله تعالى عنه استبدلوا الخط لنصيبهم فبذل لهم وجاؤا الى عمر فاستبدلوا خطه فأبى ومزق خط أبى بكر رضى الله تعالى عنه وقال هذا شئ كان يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم تأليفاً لكم وأما اليوم فقد أعز الله الدين فان ثبتم علي الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف فعادوا الى أبى بكر رضي الله تعالى عنه وقالوا له أأنت الخليفة أم عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو ان شاء ولم يخالفه . وأما قوله تعالى وفى الرقاب فالمراد اعانة المكاتبين على أداء بدل الكتابة بصرف الصدقة اليهم عندنا . وقال مالك رحمه الله تعالى المراد أن يشترى بالصدقة عبداً فيعتقه وهذا فاسد لأن التمليك لا بد منه وما يأخذه بائع العبد عوض عن ملكه والعبد يعتق على ملك المولى فلا يوجد التمليك

والدليل عليه ماروى أن رجلا قال أي رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة فقال فك الرقبة وأعتق النسمة قال أوليسا سواء يارسول الله قال لافك الرقبة أن تعين فى عتقه . وأما قوله تعالى والغارمين فهم المديونون الذين لايملكون نصابا فاضلا عن دينهم . وقال الشافعي رحمه الله تعالى المراد من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء الثائرة بين القبيلتين . وأما قوله تعالى وفى سبيل الله فهم فقراء الغزاة هكذا قال أبو يوسف . وقال محمد هم فقراء الحاج المنقطع بهم . لماروى أن رجلاجعل بعيراً له فى سبيل الله فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الطاعات كلها في سبيل الله تعالى ولكن عند اطلاق هذا اللفظ المقصود بهم الغزاة عند الناس . ولايصرف الى الاغنياء من الغزاة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى . واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغني الالخمسة وذكر من جملتهم الغازى فى سبيل الله تعالى ولكنا نقول المراد الغنى بقوة البدن والقدرة على الكسب انما تكون بالبدن لا بملك المال بدليل الحديث الآخر وردها في فقرائهم . وأما ابن السبيل فهو المنقطع عن ماله لبعده منه والسبيل الطريق فكل من يكون مسافراً على الطريق يسمى ابن السبيل كمن يكون فقيراً أو غنياً يسمى ابن الفقر وابن الغنى وابن السبيل غنى ملكا حتى تجب الزكاة في ماله ويؤمر بالأداء اذا وصلت يده اليه وهو فقير يداً حتى تصرف اليه الصدقة للحال لحاجته . ثم هؤلاء الاصناف مصارف الصدقات لامستحقون لها عندنا حتى يجوز الصرف الى واحد منهم . وقال الشافعي رحمه الله تعالى هم مستحقون لها حتى لا تجوز ما لم تصرف الى الاصناف السبعة من كل صنف ثلاثة واستدل بالآية وبحديث إن الله تعالى لم يرض فى الصدقات بقسمة ملك مقرب ولا نبي مرسل حتى تولى قسمتها من فوق سبعة أرقعة واعتبر أمر الشرع بأمر العباد فان من أوصي بثلث ماله لهؤلاء الاصناف لم يجز حرمان بعضهم فكذلك فى أمر الشرع ﴿ ولنا ﴾ قوله تعالى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم . وقال صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضى الله عنه وردها فى فقرائهم وبعث عمر رضي الله عنه بصدقة الى بيت أهل رجل واحد هكذا نقل عن ابن عباس وحذيفة بن اليمان رضي الله عنهم وقد بينا أن المقصود اغناء المحتاج وذلك حاصل بالصرف الى واحد وبه فارق أوامر العباد لان المعتبر فيها اللفظ دون المعنى فقد تقع خالية عن حكمة حميدة بخلاف أوامر الشرع أما الآية فقد قال ابن عباس

رضى الله عنه المراد بيان المصارف فالى أيهم انصرفت أجزأت كما ان الله تعالى أمره باستقبال الكعبة في الصلاة واذا استقبل جزأ كان ممتثلا للأمر. ألا ترى أن الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبيء عن الحاجة فعرفنا ان المقصود سد خلة المحتاج ﴿قال﴾ ولا يجوز تعجيل عشر مالم يزرع وعشر ثمر لم يخرج أما تعجيل عشر الثمار قبل ظهور الطلع فلا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ذكره في الاملاء قال لانه لم يبق بينه وبين الوجوب الا مجرد مضي الزمان فهو كتعجيل الزكاة بعد كمال النصاب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا السبب الموجب لم يوجد لان الموجود ملك رقاب النخيل وهو ليس بسبب للعشر حتى لو قطعها لم يلزمه شيء وتعجيل الحق قبل وجود سبب وجوبه لا يجوز كتعجيل الزكاة قبل تمام النصاب أما تعجيل عشر الزرع قبل الزراعة فلا يجوز بالاتفاق لان الارض ليست بسبب لوجوب العشر وقد بقي بينه وبين الوجوب عمل سوى مضي الزمان وهو الزراعة وبعد نبات الزرع يجوز التعجيل بالاتفاق وأما بعد مازرع قبل أن ينبت فيجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه لم يبق بينه وبين وجوب العشر الا مضي الزمان ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان السبب لم يوجد لان الحب فى الارض كهو فى الحب ليس بسبب لوجوب العشر ﴿قال﴾ ولا يعطى زكاته وعشره ولده وولد ولده وأبويه وأجداده وكل من ينسب الى المؤدى بالولادة أو ينسب اليه بالولادة ولا يجوز صرف الزكاة اليه لان تمام الايتاء بانقطاع منفعة المؤدى عما أدى والمنافع بين الآباء والأبناء متصلة. قال الله تعالى آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة فلم يتم الايتاء بالصرف اليهم فاما من سواهم من القرابة فيتم الايتاء بالصرف اليه وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم ﴿قال﴾ ولا يعطى مدبره وعبده وأم ولده لأنهم مماليكه كسبهم له وكذلك لا يعطى مكاتبه لان كسب المكاتب دائر بينه وبين المولى فلم يتم الايتاء بالصرف اليه وهذا بخلاف مالو دفع الى مكاتب غني لان هناك الايتاء تم بانقطاع منفعة المؤدى عما أدى ولم يثبت فيه للغني ملك ولا يد للحال وكذلك لا يصرف الى زوجته لان الايتاء لا يتم فال الزوجة من وجه لزوجها قال الله تعالى ووجدك عائلا فأغنى قيل بمال خديجة. وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بناء على أن شهادة الزوج لزوجته جائزة فأما المرأة فلا تعطى زوجها فى قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعطيه ﴿واستدلا﴾ بحديث زينب امرأة عبد الله بن مسعود رحمهما

الله تعالى فانها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التصدق على زوجها فقال يجوز ولك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة ولانه لا حق للزوجة فى مال زوجها فيتم الايتاء كما يتم بالصرف الى الاخوة بخلاف الزوج يصرف الى زوجته على ما بينا. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لزوجته أصل الولاد ثم ما يتفرع من هذا الأصل يمنع صرف زكاة كل واحد منهما الى صاحبه فكذلك الاصل. ألا ترى أن كل واحد منهما متهم فى حق صاحبه لا تجوز شهادته له وان كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب كما بالولاد وحديث زينب رضى الله عنها محمول على صدقة التطوع فقد روى أنها كانت امرأة ضيقة اليد تعمل للناس وتتصدق من ذلك وبه نقول انه يجوز صرف صدقة التطوع لكل واحد منهما الى صاحبه وكذلك لو أعطى غنياً أو ولداً صغيراً لغنى مع علمه بحاله لا يجوز لان مصرف الصدقات الفقراء بالنص فان صرف الى زوجة غنى وهى فقيرة أو الى بنت بالغة الغنى وهي فقيرة جاز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه صرفها الى الفقير واستحقاقها النفقة على الغنى لا يخرجها من ان تكون مصرفا كأخت فقيرة لغني فرض عليه نفقتها وأبو يوسف رحمه الله تعالى قال لا يجوز لانها مكفية المؤنة باستحقاقها النفقة على الغني بالاتفاق فهو نظير ولد صغير لغني وكذلك لو صرفها الى هاشمى أو مولى هاشمى وهو يعلم بحاله لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لمحمد ولا لآل محمد وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل الارقم بن أبى الارقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع فجاء معه فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا رافع ان الله تعالى كره لبني هاشم غسالة الناس وان مولى القوم من أنفسهم وهذا فى الواجبات فاما فى التطوعات والاوقاف فيجوز الصرف اليهم وذلك مروى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى النوادر لان فى الواجب المؤدي يطهر نفسه باسقاط الفرض فيتدنس المؤدّى بمنزلة الماء المستعمل وفى النفل يتبرع بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدّى كمن تبرد بالماء فان أعطاه غنياً وهو لا يعلم بحاله فانه يجزى إن وقع عنده انه فقير أو سأله فاعطاه أو كان جالساً مع الفقراء أو كان عليه زى الفقراء ثم تبين انه غنى جاز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يجز عند أبى يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان الخطأ ظهر له بيقين لان المصرف فى الصدقات الفقراء دون الاغنياء فلا يجزئه كمن توضأ بالماء ثم تبين أنه نجس أو قضى القاضي فى حادثة باجتهاد ثم ظهر نص بخلافه ولابى حنيفة ومحمد رحمهما

الله تعالى ان الواجب عليه الصرف الى من هو فقير عنده وقد فعل فيجوز كما اذا صلى الانسان الى جهة بالتحرى ثم ظهر الامر بخلافه وهذا لان الغنى والفقر لا يوقف عليهما وقد لا يقف الانسان على غني نفسه فضلا عن غيره والتكاليف انما يثبت بحسب الوسع بخلاف الص فانه مما يوقف على حقيقته وكذلك يوقف على نجاسة الماء وطهارته وان تبين أنه دفع الى أبيه أو ابنه جاز فى ظاهر الرواية عندهما وذكر ابن شجاع رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يجوز. وجه تلك الرواية ان النسب مما يحكم به ويمكن معرفته حقيقة فيتبين الخطأ بيقين كما لو ظهر أنه عبده أو مكاتبه . وجه ظاهر الرواية حديث معن بن يزيد رضي الله عنه قال دفع أبى صدقته الى رجل ليصرفها ويفرقها على المساكين فأعطانى فلما رآه أبى فى يدى فقال ما اياك أردت يا بني فقلت ما أنا بالذى أرده عليك فاختصمنا الى رسول لله صلى الله عليه وسلم فقال يا معن لك ما أخذت ويا يزيد لك ما نويت فقد جوز الصرف الى الولد عند الاشتباه وكان المعنى فيه وهو أن الصرف الى الولد قربة بدليل التطوع فأقام النبي صلى الله عليه وسلم الا كثر مما هو مستحق عن المؤدى عند الاشتباه مقام الكمال في حكم الجواز وكذلك اذا تبين أن المدفوع اليه هاشمى فهو على هاتين الروايتين وان تبين أن المدفوع اليه ذمى فهو على هاتين الروايتين أيضاً لان الكفر يحكم به ويوقف على حقيقته وان تبين أن المدفوع اليه حربى قال فى كتاب الزكاة يجوز . وتأويله أنه اذا كان مستأمناً فى دارنا فهو كالذمى وأبو يوسف رحمه الله تعالى ذكر فى جامع البرامكة عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجزئه لان التصدق على الحربى ليس بقربة أصلا فلا يمكن أن يقام مقام ما هو قربة عند الاشتباه ﴿قال﴾ ويكره أن يعطى رجلا من الزكاة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين أو له عيال وان أعطاه جاز وعند زفر رحمه الله تعالى لا يجزئه اعطاء المائتين وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا بأس باعطاء المائتين اليه انما يكره أن يعطيه فوق المائتين وزفر رحمه الله تعالى يقول غنى المدفوع اليه يقترن بقبضه وذلك مانع من جوازه ولكنا نقول الغنى يحصل بالملك وذلك حكم يثبت بعد قبضه فلم يقترن الغنى بالدفع والقبض فلا يمنع الجواز ولكن يعقبه متصلا به فأوجب الكراهة للقرب كمن صلى وبقربه نجاسة جازت الصلاة للوقوف على مكان طاهر وكان مكروها للقرب من النجاسة وأبو يوسف يقول جزء من المائتين مستحق لحاجته للحال والباقى دون المائتين فلا تثبت به صفة الغنى الا أن يعطيه فوق

المائتين * ثم الغنى الذى يثبت به حرمة أخذ الصدقة أن يملك مائتى درهم أوما يساويها فضلا عن حاجته عندنا . وقال سفيان الثورى أن يملك خمسين درهما وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا كان صاحب عيال لا تغنيه المائتان جاز صرف الزكاة اليه وان كان يملك المائتين لقيام حاجته كابن السبيل تصرف اليه الزكاة وان كان مالكا للمال . وسفيان رحمه الله تعالى استدل بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من سأل الناس وهو غنى عن المسئلة جاءت مسألته يوم القيامة خدوشاً أو خموشاً أو كدوشا فى وجهه قيل وما الغنى يارسول الله قال أن يملك خمسين درهما . وتأويله عندهما فى حرمة السؤال والطلب وبه نقول قال صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله تعالى عنه ما أتاك من هذا المال من غير طلب ولا استشراف فخذه فانه مال الله تعالى يؤتيه من يشاء وذم السؤال لقوله صلى الله عليه وسلم السؤال آخر كسب العبد أى يبقى فى ذله الى يوم القيامة وان كان قادراً على الكسب وليس له عيال ولا مال يجوز صرف الزكاة اليه عندنا ولا يجوز عند الشافعى رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى . وتأويله عندنا حرمة الطلب والسؤال . ألا ترى الى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسألانه فنظر اليهما ورآهما جلدين فقال أما انه لا حق لكما فيه وان شئتما أعطيتكما معناه لا حق لكما فى السؤال . ألا ترى أنه جوز الاعطاء لهما وقيل كان الحكم فى الابتداء ان حرمة الأخذ كانت متعلقة بقوة البدن ثم انتسخ بملك خمسين ثم انتسخ ذلك واستقر الأمر على ملك النصاب وانما حملناه على هذا ليكون الناسخ أخف من المنسوخ كما قال الله تعالى نأت بخير منها أو مثلها * قال * رجل له على رجل دين فتصدق به على آخر عن زكاة ماله وأمره بقبضه فقبضه أجزاه لأنه فى القبض وكيله فتعين المقبوض ملكا لصاحب المال فكأنه قبض بنفسه ثم صرف اليه بنية الزكاة فيكون مؤدياً العين دون الدين * قال * رجل تصدق على رجل بدراهم من ماله عن زكاة مال رجل بغير أمره ثم علم بعد ذلك ورضي به لم يجزه من زكاته لأن رضاه فى الانتهاء انما يؤثر فيما كان موقوفا عليه والصدقة عن المتصدق كان تاما غير موقوف فلا يؤثر فيه رضا الآخر به وان كان تصدق عليه بأمره أجزأه لأنه يصير مستقرضاً المال منه ان شرط له الرجوع عليه أو مستوهباً منه ان لم يشترط له ذلك والفقير يكون نائبا عنه فى القبض يقبض له أولا ثم لنفسه بخلاف ما اذا انعدم

الامر فى الابتداء ثم لا يرجع المؤدى على الآمر هنا الا بالشرط بخلاف المأمور بقضاء الدين فهناك أمره أن يملك مافى ذمته بما يؤدى فله حق الرجوع عليه بدون الشرط وهنا لايصير مملكا منه شيئاً فى ذمته بما يؤدى. يوضح الفرق بينهما أن هناك هو مطالب بقضاء الدين يجبر عليه فى الحكم فهو بالأداء بأمره سقطت عنه هذه المطالبة فثبت له حق الرجوع عليه وهنا من عليه الزكاة لايطالب بأداء الزكاة ولا يجبر عليه في الحكم فلا يثبت للمؤدى بأمره حق الرجوع عليه الا بالشرط كمن يقول لغيره عوض هبتي من مالك لفلان فعوضه لا يرجع الا بالشرط ﴿قال﴾ رجل له مائتا قفيز حنطة للتجارة قيمتها مائتا درهم فحال الحول عليها ثم رجعت قيمتها الى مائة درهم فان أراد أداء الزكاة من العين تصدق بربع عشرها خمسة أقفزة بالاتفاق وان أراد أداء الزكاة من القيمة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يؤدى خمسة دراهم معتبراً وقت الوجوب وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يؤدى درهمين ونصفا معتبراً وقت الاداء فالاصل عندهما ان الواجب جزء من العين وهو ربع العشر جاء فى الأثر هاتوا ربع عشر أموالكم ولان الواجب فيما هو مملوك له وهو العين الا أن له ولاية نقل الحق من العين الى القيمة باختياره فتعتبر قيمة العين وقت الاختيار زائداً كان أو ناقصاً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الواجب عند حولان الحول اما ربع عشر العين أو ربع عشر القيمة يتعين ذلك باختياره والمخير بين الشيئين اذا أدى أحدهما تعين ذلك من الاصل واجباً. والدليل على هذا ان تأثير القيمة فى إيجاب الزكاة هنا أكثر من تأثير العين حتى اذا كمل النصاب من حيث القيمة تجب الزكاة سواء كان كاملا من حيث العين أولم يكن وقد فرع على هذه المسئلة بابا في الجامع فما زاد على هذا فيما أمليناه فى شرح الجامع وقررنا الفرق بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد على أصل الكل ﴿قال﴾ والعشر واجب في قليل العسل وكثيره عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان فى أرض العشر كما هو مذهبه فى باب العشر وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس فيما دون خمسة أوسق من العسل العشر ومراده من هذا اللفظ أن تبلغ قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق فالحاصل أن ما لا يدخل تحت الوسق كالقطن والزعفران والسكر والعسل عند أبى يوسف رحمه الله تعالى تعتبر القيمة فيه وعند محمد رحمه الله تعالى يعتبر فيه خمسة أمثال أعلى ما يقدر به ذلك الشئ ففي القطن يعتبر خمسة أحمال وفي الزعفران خمسة أمنان وفي السكر كذلك وفي العسل

خمسة أفراق والفرق ستة وثلاثون رطلا فخمسة أفراق تكون تسعين منا هكذا ذكره في نوادر هشام . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامالى أن في العسل المعتبر عشرة أرطال وروى عشر قرب كما ورد به الحديث . وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن غير المنصوص عليه يقاس على المنصوص عليه لمعنى مؤثر يجمع بينهما والمنصوص عليه خمسة أوسق فيما يدخل تحت الوسق لان الوسق أعلى ما يقدر به ذلك الجنس فكذلك فى كل مال يعتبر فيه خمسة أمثال أدنى ما يقدر به وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول نصب النصاب بالرأى لا يكون ولكن فيما فيه نص يعتبر المنصوص وما لا نص فيه المعتبر هو القيمة كما في عروض التجارة مع السوائم فى حكم الزكاة ﴿قال﴾ رجل له أرض عشرية وفيها نحل لا يعلم به صاحبها فجاء رجل وأخذ عسلها فهو لصاحب الارض وفيه العشر وان كانت لم تتخذ لذلك أما كونه لصاحب الارض فلأنه صار محرزاً له بملكه فكانت يده اليه أسبق حكما فيكون هو أولى بملكه وهذا بخلاف الطير اذا فرخ فى أرض رجل فجاء رجل وأخذه فهو للآخذ لان الطير لا يفرخ فى موضع ليتركه فيه بل ليطيره اذا قوى على ذلك فلم يصر صاحب الارض محرزاً للفرخ بملكه فكان للآخذ فأما النحل فيعسل في الموضع ليتركه فيه فصار صاحب الارض محرزاً له بملكه كالماء اذا اجتمع فى ارض فاجتمع منه الحمأ والطين فهو لصاحب الارض ووجوب العشر عليه باعتبار أنه نماء فى أرض العشر . وقال في كتاب الزكاة اذا وجد الجوز أو اللوز فى جبل ففيه العشر وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا شئ فيه لانه مباح كالصيود والعشر فيما يكون من نماء ارض العشر . وجه ظاهر الرواية أن الموجود نماء كله فلا فرق في وجوب حق الله تعالى بين ان يكون في ملكه أو فى غير ملكه كخمس المعادن ﴿ قال ﴾ ومن أحيا أرضاً ميتة فهى له اذا كان باذن الامام فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هى له سواء أذن له الامام أولا لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضاً ميتة فهي له ومثل هذا اللفظ لبيان السبب فى لسان صاحب الشرع كقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وقال صلى الله عليه وسلم ألا ان عادى الارض لله ورسوله ثم هى لكم منى وبعد وجود الاذن من صاحب الشرع لا حاجة الى اذن أحد من الأئمة وأبو حنيفة استدل بقوله صلى الله عليه وسلم ليس لاحدكم الا ما طابت به نفس امامه فتبين بهذا الحديث شرط الملك وهو اذن الامام كما تبين بما ورد السبب وهو

الاحياء والحكم بعد وجوب السبب يتوقف على وجود شرطه ثم الناس فى الموات من الاراضى سواء فلو لم يشترط فيه اذن الامام أدى الى امتداد المنازعة والخصومة بينهم فيها فكل واحد منهم يرغب فى احياء ناحية وجعل التدبير في مثله الى الائمة يرجع الى المصلحة لما فيه من اطفاء ثائرة الفتنة وهذه المسئلة تعود فى كتاب الشرب مع بيان حد الموات فما زاد على هذا نبينه هناك ان شاء الله تعالى

باب ما يوضع فيه الخمس

(قال) من اصاب ركازا وسعه أن يتصدق بخمسه على المساكين واذا اطلع الامام على ذلك أمضى له ما صنع لأن الخمس حق الفقراء والمساكين وقد أوصله الى مستحقه وهو فى فى اصابة الركاز غير محتاج الى حماية الامام فكان هو فى الحكم كزكاة الاموال الباطنة وان كان محتاجا الى جميع ذلك وسعه أن يمسكه لنفسه لقول على رضى الله تعالى عنه وان وجدتها فى قرية خربت على عهد فارس فخمسها لنا وأربعة أخماسها لك وسنتمها لك أى نعطيك الخمس منها أيضاً ولان وجوب الخمس فى المصاب باعتبار أنه مما أوجف عليه المسلمون فلا يكون الوجوب على المصيب خاصة فهو في كونه مصرفا كغيره ولو رأى الامام فى خمس الغنائم أن يصرفها الى الغانمين لحاجتهم وسعه ذلك فكذلك هذا المصيب فى الخمس وان تصدق بالخمس على أهل الحاجة من أولاده وآبائه جاز لأنه لما جاز له وضعه فى نفسه عند حاجته ففي آبائه وأولاده أولى وهو نظير خمس الغنائم اذا رأى الامام أن يضعه فى أولاد الغانمين وآبائهم ﴿ قال ﴾ وما جبي من الخراج فهو لجميع المسلمين يعطى الامام منه أعطية المقاتلة وفي نوائب المسلمين . والحاصل أن مايجبى الى بيت المال أنواع أربع . أحدها الخمس ومصرفه ماقال الله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه الآية قال عطاء بن أبى رباح سهم الله وسهم الرسول واحد . وقال قتادة ذكر اسم الله تعالى لافتتاح الكلام فكان الخمس يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة ثم سقط سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بموته عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو مصروف الى كل خليفة بعده لانهم نائبون منا به محتاجون الى ما كان محتاجا اليه من جوائز الوفود والرسل ﴿ولنا﴾ أن الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم أجمعين مارفعوا هذا السهم لانفسهم وكان لرسول

الله صلى الله عليه وسلم بسبب النبوة ولم ينتقل ذلك الى أحد بعده فهو نظير الصفي الذى كان يصطفيه لنفسه وكذلك سهم ذوى القربى سقط بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم عندنا . وبيانه فى كتاب السير وبقى المصرف لليتامي والمساكين وابن السبيل . وجاء فى الحديث أن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وأبناء السبيل . والنوع الثاني الصدقات والعشور وقد بينا مصارفها . والنوع الثالث الخراج والجزية وما يؤخذ من صدقات بنى تغلب وما يأخذ العاشر من أهل الذمة ومن أهل الحرب اذا مروا عليه فهذا النوع مصروف الى نوائب المسلمين ومنها اعطاء المقاتلة كفايتهم وكفاية عيالهم لانهم فرغوا أنفسهم للجهاد ودفع شر المشركين عن المسلمين فيعطون الكفاية من أموالهم ومن هذا النوع ايجاد الكراع والاسلحة وسد الثغور واصلاح القناطر والجسور وسد البثق وكرى الانهار العظام . ومنه أرزاق القضاة والمفتين والمحتسبين والمعلمين وكل من فرغ نفسه لعمل من أعمال المسلمين على وجه الحسبة فكفايته فى هذا النوع من المال . والنوع الرابع تركة من لا وارث له من المسلمين أو من يرثه الزوج أو الزوجة فقط فان الباقي مصروف الى بيت المال وما يوجد من اللقطة اذا لم يعرفها أحد فهو موضوع فى هذا النوع من بيت المال ومصروف هذا النوع نفقة اللقيط وتكفين من يموت من المسلمين ولا مال له وهو معنى قول محمد رحمه الله تعالى فعلى الامام ان يتقي الله في صرف الاموال الى المصارف فلا يدع فقيراً الا أعطاه حقه من الصدقات حتى يغنيه وعياله وان احتاج بعض المسلمين وليس في بيت المال من الصدقات شئ أعطى الامام مايحتاجون اليه من بيت مال الخراج ولايكون ذلك ديناً على بيت مال الصدقة لما بينا ان الخراج ومافى معناه يصرف الى حاجة المسلمين بخلاف ما اذا احتاج الامام الى اعطاء المقاتلة ولا مال فى بيت مال الخراج صرف ذلك من بيت مال الصدقة وكان ديناً على بيت مال الخراج لان الصدقة حق الفقراء والمساكين فاذا صرف الامام منها الى غير ذلك للحاجة كان ذلك ديناً لهم على ماهو حق المصروف اليهم وهو مال الخراج ﴿قال﴾ وما أخذ من صدقات بنى تغلب وضع موضع الخراج لما مر وما أخذ من صدقات أهل بلد رد على فقرائهم كما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل رضى الله عنه . وحكى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى قال لاتخرج الزكاة من بلد الى بلد الالذى قرابة وقد بيناهذا ﴿قال﴾ واذا لم يبق محتاج من أهل تلك البلدة

فان كان بقرب منهم محتاج فهو أحق من فقراء غيرهم لقربهم فلو وضعها الامام فى أهل الحاجة من غيرهم وسعه ذلك فان أخرجها الى غيرهم جاز وهو مكروه وقد تقدم بيان هذا الفصل ﴿قال﴾ ومن كان غنيا ولم يقر وليس فى الديوان اسمه ولا بلى للمسلمين شيئا لم يعط من الخراج شيئا لانه مشغول بالكسب لنفسه ولا يعمل للمسلمين عملا فلا يستحق شيئا من مالهم ﴿قال﴾ وتجب للامام نفقته فى بيت المال قدر ما يغنيه يفرض له ذلك لما روى ان أبا بكر رضى الله عنه لما استخلف رآه عمر يحمل شيئا من متاع أهله فقال الى أين يا خليفة رسول الله فقال الى السوق أبيع متاعا لاهلى لانفقه في حوائجى فجمع الصحابة وفرضوا له كل يوم درهمين وثلثي درهم أو ثلاثة دراهم وثلثا درهم على ما اختلفت الروايات فيه الا أنه روى أنه أوصى الى عائشة عند موته أن ترد ذلك كله حتى قال عمر رضى الله عنه رحمك الله يا أبا بكر لقد اتعبت من بعدك وعمر فى خلافته كان يأخذ الكفاية من بيت المال على ماروى عنه أنه قال ان الجزور ينحر كل يوم والعنق منه لآل عمر أما عثمان رضى الله عنه فكان لا يأخذ شيئا من بيت المال لثروته ويساره واما على فكان يأخذ على ماروى أنه قال ان مالى من مالكم كل يوم قصعتا ثريد فالحاصل ان الامام اذا كان غنيا فالأولى ان لا يأخذ وان كان محتاجا أخذ كفايته وكفاية عياله على ما أشار الله تعالى اليه فى حق الاوصياء ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴿قال﴾ ولا شئ لاهل الذمة فى بيت المال وان كانوا فقراء لانه مال المسلمين فلا يصرف الى غيرهم وكذلك لا يرد عليهم مما أخذ منهم العاشر شيئا لان المأخوذ صار حقا للمسلمين ومن الناس من قال اذا كان محتاجا عاجزاً عن الكسب يعطى قدر حاجته لماروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رأى شيخا من أهل الذمة يسأل فقال ما أنصفناه أخذنا منه في حال قوته ولم نرد عليه عند ضعفه وفرض له من بيت المال ولكن الحديث شاذ فلم يأخذ به علماؤنا ورأوا أن من الترغيب له في الاسلام ان لا يعطى من مال المسلمين شيئا مالم يسلم ﴿قال﴾ وأمير الجيش فى الغنيمة بمنزلة رجل من الجند ان كان فارسا فله سهم الفرسان وان كان راجلا فله سهم الرجالة لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يجعل سهمه فى الغنيمة كسهم واحد من المسلمين وكذلك من جاهد بعده من الخلفاء الراشدين وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم من الغنائم ثلاث حظوظ خمس الخمس وصفي يصطفيه لنفسه من درع أو سيف أو جارية وسهم كسهم أحدهم فخمس الخمس والصفى كان هو مختصا به أخذهما

بولاية النبوة فليس من ذلك شئ لامراء الجيوش وبعده بقي السهم فهو لامراء الجيوش كما كان يأخذه رسول الله صلى الله عليه وسلم والله أعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب نوادر الزكاة

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى اعلم أن مسائل أول الكتاب مبنية على الاصل الذى بيناه فى كتاب الزكاة وهو أن ضم النقود بعضها الى بعض فى تكميل النصاب باعتبار معنى المالية فان الذهب والفضة وان كانا جنسين صورة ففي معنى المالية هما جنس واحد على معنى أنه تقوّم الاموال بهما وأنه لا مقصود فيهما سوى أنهما قيم الاشياء وبهما تعرف خيرة الاموال ومقاديرها ووجوب الزكاة باعتبار المالية قال الله تعالى وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ثم اعتبار كمال النصاب لأجل صفة الغنى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لاصدقة الاعن ظهر غنى والغنى بهما يكون بصفة واحدة واعتبار كمال النصاب لمعرفة مقدار الواجب وهما في مقدار الواجب فيهما كشئ واحد فان الواجب فيهما ربع العشر على كل حال وكذلك وجوب الزكاة باعتبار معنى النماء فانها لا تجب الا فى المال النامى ومعنى النماء فيها بطريق التجارة وربما يحصل بالتجارة فى الذهب النماء من الفضة أو على عكس ذلك فكانا بمنزلة عروض التجارة في معنى النماء وعروض التجارة وان كانت أجناساً مختلفة صورة يضم بعضها الى بعض في حق حكم الزكاة فكذلك النقود . ألا ترى أن نصاب كل واحد منهما يكمل بما يكمل به نصاب الآخر وهو العروض فكذلك يكمل نصاب أحدهما بالآخر بخلاف السوائم ثم على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى يضم أحد النقدين الى الآخر باعتبار القيمة وعندهما باعتبار الأجزاء لان المقصود تكميل النصاب ولامعتبر بالقيمة فيه . ألا ترى أن من كانت له عشرة دنانير وهى تساوى مائتي درهم لاتجب عليه الزكاة والدليل عليه أن المعتبر صفة المالية والمالية من الذهب والفضة باعتبار الوزن اليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله جيدها ورديئها سواء وباعتبار الوزن لا يمكن تكميل النصاب الا من حيث الاجزاء . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ضم الاجناس المختلفة بعضها الى بعض فى تكميل النصاب لا يكون الا باعتبار القيمة

كما في عروض التجارة وهذا لان المعتبر صفة المالية وصفة الغنى للمالك وذلك انما يحصل باعتبار القيمة وانما لا تعتبر قيمة النقد عند الانفراد فاما عند مقابلة أحدهما بالآخر فتعتبر القيمة الا ترى ان من كسر على انسان قلب فضة جيدة فانه يجب عليه قيمته من الذهب فلما كان في حقوق العباد تعتبر القيمة عند مقابلة أحدهما بالآخر فكذلك فى حق الله تعالى تعتبر القيمة عند ضم أحدهما الى الآخر. اذا عرفنا هذا فنقول رجل له ثمانية دنانير ثمنها مائة درهم ومائة درهم حال عليهما الحول فعليه الزكاة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان نصابه بلغ مائتى درهم باعتبار القيمة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا زكاة عليه لان نصابه ناقص باعتبار الاجزاء فانه يملك نصف نصاب من الفضة وخمسى نصاب من الذهب فاذا جمعت بينهما كانت أربعة أخماس نصاب ونصف خمس وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً انه اذا كانت له خمسة وتسعون درهماً ودينار قيمته خمسة دراهم فانه يلزمه الزكاة باعتبار ان كل دينار ثمن خمسة دراهم فثمن خمسة وتسعين درهماً تسعة عشر ديناراً فان ضمها الى الدينار يكون عشرين ديناراً وبهذه الرواية يتبين ان على أصله يقوم الذهب تارة بالفضة والفضة تارة بالذهب وذلك لاجل الاحتياط وتوفير المنفعة على الفقراء ﴿قال﴾ وان كان له مائة وخمسون درهماً وخمسة دنانير ثمنها خمسون درهماً فعليه الزكاة بالاتفاق لان النصاب كامل من حيث القيمة ومن حيث الاجزاء فانه يملك ثلاثة ارباع نصاب الفضة وربع نصاب الذهب وكذلك ان كانت له خمسة عشر ديناراً وخمسون درهماً ثمنها خمسة دنانير أوكانت له عشرة دنانير ومائة درهم ثمنها عشرة دنانير فعليه الزكاة بالاتفاق لكمال النصاب سواء اعتبرت الضم بالاجزاء أو بالقيمة ولم يبين فى الكتاب انه من أى الجنسين تؤدى الزكاة والصحيح أنه يؤدى من كل واحد منهما ربع عشره لان الواجب فيهما ربع العشر بالنص قال صلى الله عليه وسلم فى الرقة ربع العشر وقال عمر رضى الله عنه هاتوا عشور أموالكم وفى أداء ربع العشر من كل نوع مراعاة النظر لصاحب المال والفقراء. ألا ترى ان بعد تمام الحول لو هلك أحد النوعين لم يكن عليه ان يؤدى من النوع الآخر الا ربع عشره فكذلك في حال بقاء النوعين ﴿قال﴾ ولو أن رجلا له ألف درهم حال عليها الحول ثم أضاف اليها ألفا أخرى ثم خلطهما ثم ضاعت منهما ألف درهم فعليه أن يزكي خمسمائة اذا لم يعرف الذي ضاع من

الذى بقى لان نصف المـال كان مشغولا بحق الفقراء ونصفه كان فارغا عن حقهم وليس صرف الهلاك الى أحد النوعين بأولى من الآخر فيجعـل الهالك منهـما والباقى منهـما كما هو الاصل فى المال المشترك فانمـا بقى من مال الزكاة خمسمائة وهذا بخلاف ماإذا اشتمل المال على النصاب والوقص فهلك منهما شيء يجعل الهالك من الوقص خاصة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى نحوماإذا كان له فوق النصاب ثمـانون من الغنم فحال عليها الحول ثم هلك أربعون فعليـه فى الباقى شاة لان هناك الوقص تبع للنصاب باسمه وحكمـه فانه لايتحقق الوقص الابعد النصاب وهذا هو علامة الاصل مع التبع فان التبع يقوم بالاصل والاصل يستغنى عن التبع ثم لايتحقق المعارضة بين التبع والاصل وجعل الهالك من المالين باعتبار المعارضة فاماهنا فأحد الالفين ليس بتبع للآخر فتتحقق المعارضة بينهما فلهذا يجعـل الهالك منهما وهو بمنزلة مال المضاربة اذا كان فيها ربح فهلك منها شيء يجعل الهالك من الربح خاصة لانه تبع لرأس المال والمال المشترك بين الشريكين اذا هلك منه شيء يجعل الهالك من نصيب الشريكين والباقى من نصيبهما. فان قيل لماذا لم يجعل صاحب المال بهذا الخلط مستهلكا لمال الزكاة حتى يكون ضامنا اعتباراً لحقوق العباد فانه لوغصب ألف درهم وخلطها بألف من ماله كان ضامنا. قلنا لان هناك حق المغصوب منه فى عين الدراهم حتى لوأراد أن يمسك تلك الدراهم ويعطيه غيرها لم يكن له ذلك والخلط استهلاك العين على معنى أنه لا يتوصل بعده الى تلك العين فأما حق الفقراء هنافي معنى المالية بدليل أن لصاحب المال أن يؤدى الزكاة من دراهم غير تلك الدراهم ومن جنس آخر من المال وليس في هذا الخلط تفويت معنى المالية ولا اخراج المـال من أن يكون محلا لحق الفقراء فلهـذا لا يضمن بالخلط شيئاً فان عرف مائة درهم من الباقى أنها من دراهمه الاولى ولم يعرف غيرها فانه يزكى هذه المائة درهـين ونصفا لانه يعرف أن ربع عشرها حق الفقراء ويزكي تسعة أجزاء من تسعة عشر جزأ مما بقى لانه لما عرف المائة بقى المشتبه ألف وتسعمائة فاذا جعلت كل مائة سهما كانت عشرة أسهم من ذلك فارغة عن الزكاة وتسـعة أسهم مشغولة بالزكاة فـما هلك يكون منها بالحصة وما بقى كذلك فلهذا يزكى تسعة أجزاء من تسعة عشر جزأمـما بقى ولو عرف مائة درهم أنها من دراهمه الأخرى ولم يعرف غير ذلك فلا شيء عليه في هذه المائة لانه لم يحل عليها الحول وعليه أن يزكى عشرة أجزاء من تسعة عشر جزأ مما بقى لان المشتبه تسعة عشر

سهما عشرة من ذلك مال الزكاة وتسعة فارغة فيكون الهلاك منهما بالحصة والباقي كذلك

﴿قال﴾ رجل له ألف درهم سود وألف درهم بيض فلما كان قبل الحول بشهر زكي خمسة وعشرين درهما من البيض فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يهلك البيض قبل كمال الحول أو تستحق أو يتم الحول على المالين فان ضاعت البيض قبل الحول وتم الحول على السود يجزئه ما أدى عن زكاة السود لانه انما عجل مايجب عليه من الزكاة عند كمال الحول وهو زكاة السود فالمعجل يجزى من ذلك بمنزلة ما لو أدى بعد كمال الحول خمسة وعشرين درهما بيضاً بزكاة السود وهذا لان البيض والسود جنس واحد فى حكم الزكاة فلهذا يضم أحدهما الى الآخر فى تكميل النصاب والمعتبر فى الجنس الواحد أصل النية فأما نية التعيين فغير معتبرة فى الجنس الواحد اذا لم يكن مفيداً كمن عليه قضاء أيام من رمضان وصام بعددها ينوى القضاء يجزئه وان لم يعين فى نيته يوم الخميس والجمعة وهذا بخلاف ما اذا كانت له خمس من الابل وأربعون من الغنم فعجل زكاة الغنم شاة ثم ضاعت الغنم وتم الحول على الابل فان المعجل لا يجزئ عن زكاة الابل لانهما جنسان مختلفان فى حكم الزكاة ولهذا لايضم أحدهما الى الآخر وعند اختلاف الجنس تعتبر نية التميز. ولو استحقت البيض قبل كمال الحول لم يجز المعجل عن زكاة السود لانه انما عجل الزكاة من مال الغير فلا يجزئ ذلك عن زكاة ماله وكيف يجزئ وهو ضامن لما أدى من البيض الى الفقراء أما هنا انما عجل الزكاة من مال نفسه لان بالهلاك لا يتبين أنه لم يكن ملكا له فيجزئ المعجل عما يلزمه عند كمال الحول ولو حال الحول على المالين جميعاً في رواية هذا الكتاب قال المعجل يكون من زكاة البيض حتى اذا هلكت البيض بعد كمال الحول فعليه زكاة السود خمسة وعشرون درهما . وقال فى الجامع الكبير المعجل يكون بينهما حتى اذا هلكت البيض فعليه نصف زكاة السود اثنا عشر درهما ونصف درهم . وجه هذه الرواية أن بعد ما وجبت الزكاة فيهما يجعل الاداء بطريق التعجيل كالاداء بعد كمال الحول ولو أدى بعد كمال الحول زكاة البيض كان المؤدى عما نواه خاصة فكذلك اذا عجل وهذا لان المعارضة قد تحققت حين وجبت الزكاة فيهما فاعتبرنا نيته في التميز فى ترجيح أحدهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ ما نوى بخلاف ما اذا هلك أحدهما قبل كمال الحول لان هناك لم تحقق المعارضة بينهما في حكم الزكاة فان الزكاة وجبت فى احداهما دون الأخرى . وجه رواية الجامع وهي الاصح ما بينا أن السود

والبيض جنس واحد في حكم الزكاة فيسقط اعتبار نية التمييز فيهما فكأنه قصد عند الاداء تعجيل الزكاة فقط فيجعل المؤدى من المالين جميعاً اذا وجبت الزكاة فيهما وهذا بخلاف الاداء بعد الوجوب فانه تفريغ للمال عن حق الفقراء لان بوجوب الزكاة يصير المال مشغولا بحق الفقراء فكانت نية الاداء عن زكاة البيض مفيدة من حيث انه قصد به تفريغ البيض دون السود بخلاف التعجيل قبل الوجوب فانه لا فائدة فى نية التمييز هناك وباعتبار هذا المعنى لو أدى زكاة البيض بعد الوجوب ثم هلكت البيض لم يكن المؤدى عن السود ولو عجل قبل الوجوب ثم هلكت البيض وتم الحول على السود كان المعجل من زكاة السود والذى بينا في السود والبيض كذلك الجواب فى الذهب والفضة اذا كانت له مائتا درهم وعشرون مثقالا من ذهب فعجل زكاة احد المالين أو أدى بعد الوجوب فهى فى جميع الفصول مثل ماسبق. وعلى هذا لو كان له ألف درهم عينا وألف درهم دينا على انسان فعجل زكاة العين ثم ضاعت قبل كمال الحول فالمعجل يجزى عن زكاة الدين ولو أدى زكاة العين بعد كمال الحول ثم ضاعت قبل الحول لم يجز المؤدى عن زكاة الدين لانه فى الأداء بعد الوجوب انما قصد تطهير ماله العين وقد حصل مقصوده فكان بقاؤه بعد ذلك وهلاكه سواء فى التعجيل وقبل الوجوب انما قصد اسقاط مايلزمه من الزكاة عند كمال الحول وانما لزمته الزكاة فى الدين وأداء العين عن زكاة الدين جائز. وعلى هذا لو كان له عبد وجارية للتجارة قيمة كل واحد منهما ألف فعجل زكاة أحدهما قبل الحول ثم مات الذى عجل الزكاة عنه قبل كمال الحول وتم الحول على الآخر فالمعجل يجزئ عنه بخلاف ما اذا زكى أحدهما بعد الحول ثم مات الذى زكى عنه ولو عجل زكاة أحدهما قبل الحول ثم مات الذى زكى عنه بعد كمال الحول فعليه أن يزكى الباقى على هذه الرواية وعلى رواية الجامع عليه نصف زكاة الباقي لان المعجل يجزئ عنهما اذا وجبت الزكاة فيهما على تلك الرواية ﴿قال﴾ ولو أن رجلا له مائتا درهم فتصدق بدرهم منها قبل الحول بيوم ثم تم الحول وفى يده مائتا درهم الا درهم فلا زكاة عليه لان المعجل خرج عن ملكه بالوصول الى كف الفقير فتم الحول ونصابه ناقص وكمال النصاب عند تمام الحول معتبر لايجاب الزكاة فاذا لم يجب عليه الزكاة كان المؤدى تطوعا لايملك استرداده من الفقير لانه وصل الى كف الفقير بطريق القربة فلا يملك الرجوع فيه وهذا لانه نوى أصل التصدق والصفة فيسقط اعتبار الصفة حين لم يجب عليه الزكاة عند كمال الحول

فيبقى أصل نية الصدقة ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا له جارية للتجارة حال عليها الحول الا يوم ثم اعورت فتم الحول وهي كذلك قال يزكيها عوراء ومراده اذا كانت قيمتها بعد العور نصابا فأما اذا كانت دون النصاب فلا شئ عليه لان بالعور فات نصفها وكمال النصاب فى آخر الحول معتبر لايجاب الزكاة فاذا كانت قيمتها مع العور نصابا فعليه أن يزكيها عوراء لان ما هلك منها قبل كمال الحول يصير فى حكم الزكاة كما لم يكن فان ذهب العور بعد كمال الحول فلا شئ عليه باعتبار ذهاب العور لان هذه زيادة متصلة بعد كمال الحول وحكم الزكاة لا يسرى الى الزيادة الحادثة بعد كمال الحول متصلة كانت أو منفصلة . ألا ترى أنه لو كانت قيمتها بعد العور أقل من نصاب فتم الحول وهي كذلك ثم ذهب العور لم تلزمه الزكاة فكما لا يعتبر ذهاب العور بعد كمال الحول لايجاب أصل الزكاة فكذلك لا يعتبر لايجاب أصل الزيادة ولو ذهب العور قبل كمال الحول فتم الحول وهى صحيحة العينين فعليه زكاة قيمتها صحيحة لان الزيادة انما حدثت قبل كمال الحول ومثل هذه الزيادة يضم الى أصل المال فى حكم الزكاة متصلة كانت أو منفصلة متولدة كانت أو غير متولدة . ألا ترى أنه لو كانت له ألفا درهم فضاع ألف منهما قبل الحول ثم حال الحول على الباقية فزكاها ثم وجد المال الذى كان ضاع لم يكن عليه فيه زكاة بخلاف ما اذا وجد المال الذى ضاع قبل كمال الحول وهذا لأن المال الذى ضاع صار تاويا فى حكم الزكاة فاذا وجده كان بمنزلة استفادة استفادها من جنس ماله وحكم الزكاة انما يتقرر بآخر الحول فاذا تقرر حكم الزكاة عليه فى الالف لا يلزمه بعد ذلك فى الالف الاخرى شئ وان وجدها أما اذا وجدها قبل كمال الحول فانما يقرر حكم الزكاة عليه فى الفين . ولو كانت الجارية اعورت بعد كمال الحول فعليه أن يزكيها عوراء لأنه هلك نصفها ولو هلكت كلها بعد كمال الحول سقطت عنه الزكاة فكذلك اذا هلك البعض فان ذهب العور فعليه أن يزكيها صحيحة لانه تقرر عليه حكم الزكاة فى قيمتها صحيحة ثم انتقض بالخسران الذى لحقه وقد ارتفع ذلك الخسران بذهاب العور فهو نظير مالو ضاع احد الالفين بعد كمال الحول فزكى مابقى ثم وجد الذى كان ضاع فعليه أن يزكيه وهذا الاصل الذى بيناه فى كتاب الغصب أن الزيادة اذا حدثت فى محل النقصان كانت جابرة للنقصان وينعدم بها النقصان معنى . يوضحه ان وجوب الزكاة باعتبار المالية وهي قد عادت بذهاب العور الى المالية الاولى التى تقررت عليه الزكاة

فيها عند كمال الحول فعليه أن يؤدي ذلك كله ﴿قال﴾ رجل له ألف درهم حال عليها الحول ثم ابتاع بها جارية للتجارة قيمتها ثمانمائة فعليه زكاة الالف فان ماتت الجارية فليس عليه الا زكاة المائتين لانه حابى في الشراء بقدر المائتين وذلك لا يتغابن الناس في مثله فصار مستهلكا محل حق الفقراء في ذلك القدر فيضمن زكاة المائتين وفي مقدار ثمانمائة حول حقهم من محل الى محل يعدله فان الجارية التي للتجارة بمنزلة الدراهم في كونها مال الزكاة فيكون هلاك الجارية في يده كهلاك الدراهم وهذا بخلاف السوائم فان من وجب عليه الزكاة في خمس من الابل فاشترى بها أربعين من الغنم ثم هلكت الغنم فهو ضامن للزكاة لان وجوب الزكاة في السوائم باعتبار العين فانما النماء مطلوب من عينها والعين الثاني غير الاول . الا ترى أن هذا التصرف لو وجد منه في خلال الحول انقطع به الحول فكذلك اذا وجد بعد كمال الحول صار مستهلكا ضامنا للزكاة وهنا وجوب الزكاة في الدراهم وعروض التجارة باعتبار المالية والنماء مطلوب بالتصرف ولهذا لو وجد منه هذا التصرف في خلال الحول لم ينقطع به الحول فاذا وجد بعد كمال الحول لا يصير ضامنا للزكاة أيضاً فان كان ابتاع بالالف جارية لغير التجارة والمسألة على حالها فعليه زكاة الالف ماتت الجارية أو بقيت لانه صار مستهلكا حق الفقراء بتصرفه فالجارية التي للخدمة ليست بمال الزكاة ألا ترى ان هذا التصرف لو وجد منه في خلال الحول انقطع به الحول فاذا وجد بعد كمال الحول صار ضامناً للزكاة ﴿قال﴾ رجل عنده جارية للتجارة فولدت ولداً قبل الحول بيوم ثم حال الحول عليها فعليه زكاتهما جميعاً لان الولد انما ينفصل عن الام بصفتها وهي عنده للتجارة فولدها كذلك ثم المستفاد في خلال الحول يضم الى أصل النصاب بعلة المجانسة وان لم يكن متولداً من الأصل فالمتولد أولى فان ولدت بعد الحول بيوم فانه يزكيها ولا يزكي ولدها لان الحول قد انتهي قبل انفصال الولد وانما يسري من الأصل الى الولد ما كان قائماً لا ما كان منتهياً . الا ترى ان الرق ينتهي بالعتق فالولد الذي ينفصل منها بعد العتق لا يكون رقيقاً ولا لنا هذا بمنزلة مال استفاده من جنس النصاب بعد كمال الحول فلا تجب فيه الزكاة الا باعتبار حول جديد * فان قيل لما ولدت بعد الحول بيوم فقد علمنا ان حدوث الولد كان قبل كمال الحول فينبغي ان يثبت فيه حكم الحول * قلنا نعم لكن وجوب الزكاة في الولد باعتبار صفة المالية لا باعتبار عينه وصفة المالية

تحدث بعد الانفصال فان الجنين في البطن لايكون مالا متقوما ولهذا لايضمن بالغصب فبانه صار الولد محل وجوب الزكاة حادث بعد كمال الحول فلايسري اليه حكم الزكاة ﴿قال﴾ رجل له جارية قيمتها ألف درهم فباعها قبل الحول بيوم بثمانمائة درهم فعليه زكاة ثمانمائة درهم لان وجوب الزكاة عند كمال الحول وماله عند ذلك ثمانمائة ولو استهلك الكل قبل كمال الحول لم يضمن شيئاً من الزكاة فكذلك اذا استهلك البعض بتصرفه . ولو باعها بعد الحول فعليه زكاة الالف لانه بقدر المحاباة صار مستهلكا ولو استهلك الكل بعد الحول كان ضامناً للزكاة فكذلك اذا استهلك البعض ﴿ قال ﴾ وان كانت عنده لغير التجارة فباعها قبل الحول بيوم بثمانمائة درهم فانه يضم هذا الى ماله فيزكيه مع ماله اذا تم الحول لان هذا مستفاد من جنس النصاب فى خلال الحول ولو باعها بعد الحول بيوم لم يكن عليه زكاة في ثمنها حتي يحول عليه الحول لانه مستفاد بعد تمام الحول وهذا لان الجارية لما لم تكن للتجارة عنده فانما حدثت المالية له فى حكم الزكاة بتصرفه هذا فيكون ثمنها بمنزلة مال وهب له فى حكم الزكاة ﴿ قال ﴾ ولو كانت الجارية عنده للتجارة وقيمتها ألف درهم فباعها بعد الحول بمائة درهم فعليه زكاة الألف قال لان هذا مما لا يتغابن الناس فيه بقدره يشير بهذا الى الفرق بين هذه وبين مسئلة الجامع وهو ما اذا باعها بتسعمائة وخمسين فانه لايكون ضامناً شيئاً من الزكاة لان الخمسين ونحوها مما يتغابن الناس فيه وصاحب المال مسلط على التصرف في ماله شرعا بمنزلة الأب والوصى في مال اليتيم وكما أن هناك يفصل بين ما يتغابن الناس فيه ومالايتغابن الناس فيه فى تصرفهما فكذلك هنا يفصل بينهما فاذا كانت المحاباة بقدر مايتغابن الناس فيه لم يكن مستهلكا شيئاً وان كانت بقدر مالايتغابن الناس فيه كان مستهلكا محل حق الفقراء فى مقدار المحاباة فكان ضامنا للزكاة . ولوباعها قبل الحول بيوم بمائة درهم ضم المائة الى ماله ثم زكاه ولاشيء عليه فى مقدار المحاباة لانه صار مستهلكا قبل وجوب الزكاة ﴿ قال ﴾ ولوكانت له جارية قيمتها خمسمائة فباعها بألف درهم واشتراها المشترى للتجارة ثم حال الحول عليها ثم وجد بها عيباً فردها بقضاء أو بغير قضاء فعلى البائع زكاة الالف لان حق المشترى عند رد الجارية بالعيب يثبت دينا فى ذمة البائع ويتخير هو بين اداء الالف وبين اداء ألف أخرى بناء على الاصل المعروف ان النقود لاتتعين فى العقود والفسوخ فهذا دين لحقه بعد الحول فلا يسقط عنه شيء من الزكاة

قال وعلى الراد زكاة خمسمائة درهم لانه تم الحول وفى ملكه الجارية فقط وانما استفاد الزيادة بردها بعد كمال الحول فلهذا لايلزمه الا زكاة الخمسمائة * فان قيل انما كانت قيمة الجارية خمسمائة حين كانت صحيحة لاعيب فيها فاما مع وجود العيب تكون قيمتها دون الخمسمائة فينبغي أن لاتجب على المشترى زكاة خمسمائة * قلنا مراد محمد رحمه الله تعالى من هذا الجواب ماإذا كانت قيمتها خمسمائة مع وجود هذا العيب على ان المشترى يستحق الرجوع بحصة العيب اذا تعذر رد الجارية فبهذا الطريق يكون الجزء الفائت بسبب العيب كالقائم حكما فلهذا يلزمه زكاة خمسمائة ﴿قال﴾ وان كانت قيمتها ألف درهم فباعها بخمسمائة ثم حال الحول فوجد المشترى بها عيبا فردها فعلى المشترى زكاة ألف درهم لانه تم الحول والجارية في ملكه وهى تساوى ألف درهم فتلزمه زكاة الالف سواء ردها بقضاء أو بغير قضاء لانه مختار في الرد فيكون هذا بمنزلة بيعه اياها بخمسمائة بعد كمال الحول وعلى البائع زكاة خمسمائة لانه تم الحول وفى ملكه خمسمائة ثم استفاد الزيادة بعد ذلك بالرد عليه فلا يلزمه الا زكاة خمسمائة ﴿قال﴾ ولوكان لرجل عبد ثمنه ألف درهم ولآخر جارية ثمنها ألف درهم فتبايعا العبد بالجارية وتقابضاوهما للتجارة جميعا لحال الحول ثم وجد الذى قبض العبد بالعبد عيبافرده فان كان رده بقضاء قاض وأخذ جاريته فعلى كل واحد منهمازكاة ألف درهم أما الراد فلانه تم الحول وفى ملكه العبدثم استفاد الزيادة بعد ذلك فلايلزمه الا زكاة الالف واما المردود عليه فلان عين الجارية استحقت من يده من غير اختياره وذلك مسقط للزكاة عنه فلا يلزمه الا زكاة ماعاد اليه من المالية وذلك ألف درهم ﴿ قال ﴾ وان ردها بغير قضاء قاض فعلى الراد زكاة الالف لما قلنا وعلى المردود عليه زكاة الالفين لانه تم الحول وفى ملكه جارية قيمتها ألفا درهم ثم أخرجها من ملكه باختياره حين أقال العقد بالعيب بغير قضاء القاضى فيلزمه زكاة الألفين وهذا لان الرد بالعيب بغير القضاء فيلزمه زكاة الالفين وهذا لان الرد بالعيب بغير قضاء بمنزلة الاقالة وهو فى حق غيرهما كبيع مستقل وهذا بخلاف ماسبق فى الدراهم لان حق الراد هناك لايتعين فى الدراهم المدفوعة فلا يكون ذلك بمنزلة الاستحقاق وهاهنا حق الراد يتعين فى الجارية فلهذا جعل بمنزلة الاستحقاق اذا رد العبد بقضاء القاضى ولوكان الذى قبض الجارية هو الذى وجد العيب بها فردها بقضاء أو بغيره فعليه زكاة الالفين لانه هو المختار للرد وقد تم الحول وماله ألفا درهم فلا يسقط عنه

شئ من الزكاة باخراجها من ملكه باختياره ﴿قال﴾ رجل له جارية للتجارة باعها بألف درهم ثم باعها المشترى من آخر بألف درهم واشتراها كل واحد منهما للتجارة ثم استحقت بعد الحول فعلى المشترى الآخر زكاة ألف درهم ولا زكاة على واحد من البائعين لانها لما استحقت من يد المشترى الآخر فقد استوجب الرجوع بثمنها على بائعها وذلك مال سالم له فعليه زكاته وأما بائعها فقد تبين أنه كان له حق الرجوع على بائعها أيضا بألف درهم فانما كان ماله ألفا وعليه ألف درهم دين للمشترى الآخر فلا تلزمه الزكاة وكذلك الاول كان فى يده ألف درهم فى الحول وعليه ألف درهم دين للمشترى الاول فلا تلزمه الزكاة ومال المديون لا يكون نصاب الزكاة ﴿قال﴾ رجل له جارية للتجارة بثمن ألفى درهم فباعها بألف درهم بيعا فاسداً واشتراها المشترى بنية التجارة وتقابضا فحال الحول فعلى المشتري أن يردها على البائع بفساد العقد وعلى البائع زكاة ألفي درهم لأنها كانت مضمونة على المشترى بقيمتها وقيمتها ألفا درهم فهى بمنزلة المغصوبة وتبين ان مال البائع عند كمال الحول ألفا درهم وعلى المشترى زكاة الالف لان قيمتها دين فى ذمته فانما ماله الذى يسلم له مادفع فى ثمنها وهو ألف درهم فلهذا لا يلزمه الا زكاة الالف ويستوى ان ردها بقضاء أو بغير قضاء أولم يردها ولكن أعتقها المشترى بعد الحول لان المعتبر هو المالية والمالية التي تسلم للبائع عند كمال الحول مقدارها الفان فانه اما أن يرد عليه الجارية أو قيمتها اذا تعذر رد عينها والذى يسلم للمشترى مقدار الالف درهم فيلزمه زكاة الالف ﴿قال﴾ ولو أن رجلا له مائتا درهم فضاع نصفها قبل كمال الحول بيوم ثم أفاد مائة فتم الحول وعنده مائتا درهم فعليه الزكاة لان المعتبر كمال النصاب في آخر الحول مع بقاء شئ منه فى خلال الحول وقد وجد والمستفاد لو كان قبل هلاك بعض النصاب كان مضموما الى النصاب لعلة المجانسة فكذلك بعد هلاك بعض النصاب لبقاء حكم الحول فى الموضعين فان تم الحول ولم يستفد هذه المائة ثم مضت السنة الثانية الا يوما ثم استفاد مائة ثم تم الحول فلا شئ عليه في الحولين لانه تم الحول الاول وماله دون النصاب فلم تلزمه الزكاة ولم ينعقد الحول الثانى على ماله لنقصان النصاب فى أول هذا الحول وانما استفاد المائة وليس على ماله حول ينعقد فلا تلزمه الزكاة ولكن ينعقد الحول من حين استفاد المائة لانه تم نصابه الآن فاذا تم الحول من هذا الوقت زكى المائتين ﴿قال﴾ ولو ان رجلا وهب لرجل ألف درهم ثم حال عليها الحول عنده ثم وهبها الموهوب

له لغيره فعليه زكاتها لانه صار مستهلكا محل حق الفقراء بما صنع حين أخرج المال من ملكه بغير عوض ومراده ما اذا وهبها لغني فاما اذا وهبها لفقير لم يكن ضامناً شيئاً لان الهبة من الفقير صدقة لا رجوع فيها ومن تصدق بجميع المال بعد كمال الحول لم يكن ضامناً للزكاة وان لم ينو الزكاة لانه في مقدار الزكاة أوصل الحق الى مستحقه فلو رجع فيها الواهب الآخر فضاعت عنده لم يكن عليه فيها زكاة لان بالرجوع يعود الى قديم ملكه ويخرج به من أن يكون مستهلكا محل حق الفقراء فهلاكه في يده بعد الرجوع كهلاكه في يده قبل الهبة وكذلك لو لم يضع ولكن رجع فيها الأول فلا زكاة على الواهب الثاني ولا على الأول لانها استحقت من يد الثاني بغير اختياره فالدراهم تتعين في الهبة والرجوع فيها ولا زكاة على الأول لانها لم تكن في ملكه حين تم الحول ويستوى ان كان الأول رجع فيها بقضاء أو بغير قضاء عندنا خلافاً لزفر رحمه الله تعالى وعلى قول سفيان الثوري رحمه الله ليس للواهب الأول أن يرجع في مقدار الزكاة اذا أدى ولكن الموهوب له يتصدق به على الفقراء وقد بيناه هذا في كتاب الهبة ﴿ قال ﴾ ولو كان له عبد للتجارة فحال عليه الحول ثم باعه بمثل قيمته فعليه أداء الزكاة من ثمنه اذا قبضه لانه حول حق الفقراء من محل الى محل يعدله فلو رده المشترى بخيار الرؤية واسترد الثمن فمات في يد البائع فلا زكاة عليه لان الرد بخيار الرؤية فسخ من الاصل فانما عاد العبد الي قديم ملكه وهلاكه في يده بعد ماعاد اليه كهلاكه قبل البيع وكذلك لو مات العبد قبل أن يقبض المشترى لان البيع ينتقض من الاصل بفوات القبض المستحق بالعقد وكذلك لو رده المشترى بخيار الشرط فمات عند البائع فان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة فالرد بحكمه يكون فسخاً من الاصل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء ﴿ قال ﴾ رجل له عبد للتجارة فحال الحول وهو عنده ثم تزوج عليه امرأة ودفعه اليها ثم فجر بها ابن زوجها قبل الدخول فعليها رد العبد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فيلزمها رد الصداق فان ردته فمات عند الزوج فلا زكاة عليه لان الفرقة من جهتها قبل الدخول في حكم الفسخ فانما عاد العبد الى قديم ملك الزوج فيكون هلاكه بعد الاسترداد كهلاكه قبل النكاح وهذا لانه لا بد للملك الجديد من سبب جديد ولم يوجد هنا سبب جديد لملك الزوج في العبد فلا بد من القول بعوده الى قديم ملكه فلو مات العبد في يدها فهي ضامنة قيمته للزوج لانه تعذر عليها رد العبد بعد تقرر

السبب الموجب للرد فتلزمها القيمة لانها قبضته على وجه الملك لنفسها بعوض فيدخل المقبوض في ضمانها فلو قبض الزوج منها القيمة فضاعت في يده فعليه الزكاة لانه صار مستهلكا محل حق الفقراء بتصرفه حين تزوج على رقبة العبد فانه أخرجه من ملكه بعوض لا يكون محلا لحق الفقراء فكان ضامناً للزكاة الا أنه متى عاد الى قديم ملكه يرتفع حكم الاستهلاك به ولم يعد الى قديم ملكه حتى هلك في يدها فبقى مستهلكا وهلاك القيمة المقبوضة في يده كهلاك مال آخر وهونظير ما لو اشترى جارية للخدمة ثم هلكت الجارية قبل التسليم فاسترد القيمة لم يكن ضامناً للزكاة ولو كان العبد مات في يد بائع الجارية فاسترد قيمته فهلكت القيمة في يده كان ضامنا للزكاة . ولو كان مكان العبد عنده ألف درهم فحال عليها الحول ثم تزوج امرأة على ألف درهم ودفع اليها ثم قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول فردت الالف الي الزوج فضاعت منه فعليه فيها الزكاة بخلاف ما سبق لان هناك لا يجب عليها رد الالف المقبوضة بعينها ولكن لها الخيار ان شاءت ردت تلك الالف وان شاءت ردت مثلها فلم يخرج الزوج من أن يكون مستهلكا محل حق الفقراء وان ردت عليه تلك الالف وفى الاول عليها رد العبد بعينه فيخرج الزوج من أن يكون مستهلكا بعود العبد الى قديم ملكه ﴿ قال ﴾ ولو حال الحول بعد التسليم اليها ثم قبلت ابنه بشهوة فردت عليه الالف فعليها زكاة الالف للسنة الثانية لانه لما لم يلزمها رد الالف بعينها كان هذا دينا لحقها بعد الحول فلا يسقط الزكاة عنها وعلى الزوج الزكاة للسنة الاولى ولا زكاة عليه فيها للسنة الثانية لانها في السنة الثانية كانت في ملك المرأة ويدها وفى مسئلة العبد لو نوت هي التجارة وحققت ذلك وحال الحول عندها ثم قبلت ابن الزوج فردت العبد عليه لم يكن عليها زكاة لان عين العبد استحقت من يدها بعد وجوب الزكاة وذلك مسقط للزكاة عنها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لاتسقط الزكاة عنها هنا لان الفرقة جاءت من قبلها فهى التي اكتسبت سبب زوال ملكها عن العبد فتكون متلفة حق الفقراء فتلزمها الزكاة ولكنا نقول لم يوجد منها صنع في ابطال ملكها في العبد لان صنعها تقبيل ابن الزوج وذلك غير مبطل ملكها العبد ألا ترى أنه لوحصل ذلك منها بعد الدخول لم يبطل ملكها في شيء من العبد ولكن المبطل لملكها انفساخ النكاح وذلك أمر حكمي فلهذا يجعل هذا بمنزلة الاستحقاق من يدها ﴿ قال ﴾ رجل له ألف درهم ومائة درهم حال عليها الحول

الاشهر افزكى الالف عما يستفيده فيما يستقبل ثم أفاد أربعين ألفاً وحال عليها الحول فالمعجل يجزئ من زكاة المستفاد وعليه زكاة المائة لان بما عجل لم ينقطع حكم الحول فقد بقي فى ملكه بعض النصاب وهو المائة ثم المستفاد مضموم الى ما بقي عنده فى حكم الحول بعلة المجانسة فعند كمال الحول تلزمه الزكاة في الكل وزكاة أربعين ألف درهم ألف درهم وقد عجلها فانما بقي عليه زكاة المائة درهمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ودرهمان ونصف عندهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تعجيل الزكاة انما يجوز عن المال القائم فى ملكه ولا يجوز عما يستفيده فعليه زكاة المستفاد عند كمال الحول ونحن نقول لما جعل المستفاد بمنزلة الموجود عنده فى أول الحول في حكم وجوب الزكاة فيه فكذلك يجعل بمنزلة الموجود عنده فى حكم جواز التعجيل فان تم الحول قبل ان يستفيد شيئاً ثم أفاد أربعين ألفاً فالمعجل لا يجزى من زكاتها ويجزى من زكاة المائة خاصة وهذا غلط لانه تم الحول وفى ملكه مائة درهم فالمعجل قد تم خروجه عن ملكه بالوصول الى الفقير فلا تجب عليه الزكاة في المائة أصلا إلا ان يكون المعجل يجزى من زكاة المائة ثم حين استفاد أربعين ألفاً انعقد الحول على ماله فاذا تم الحول من هذا الوقت كان عليه أن يزكى الكل ﴿ قال ﴾ ولو كانت له مائة درهم فتصدق بها عما يفيد ثم أفاد ألف درهم من عامه ذلك فالمعجل لا يجزى من زكاته لانه انما عجل قبل كمال النصاب وتعجيل الزكاة قبل النصاب لا يجوز لمعنى وهو ان جواز التعجيل بعد تقرر السبب والسبب هو كمال النصاب فالأداء قبله يكون تعجيلا قبل وجود السبب وذلك باطل بمنزلة أداء الصلاة قبل دخول الوقت والصوم قبل دخول شهر رمضان ﴿ قال ﴾ فان كانت له مائتا درهم فتصدق بها كلها عما يفيد ثم أفاد عشرة آلاف درهم من عامه ذلك فانه يستقبل بها حولا ولا يجزيه المعجل عما يلزمه من زكاتها لانه لما تصدق بجميعها فقد انقطع حكم الحول اذ لم يبق فى ملكه شيء مما انعقد عليه الحول فاذا انقطع حكم الحول كان المؤدي تطوعاً ولا يجزيه عما يلزمه من الزكاة من مال آخر باعتبار حول آخر وهذا بخلاف ما لو عجل عن المائتين عشرة دراهم زكاة حولين ثم استفاد عشرة دراهم فمضى حولان فالمعجل يجزيه عن زكاة الحولين جميعاً لان هناك قد بقي حكم الحول ببقاء بعض النصاب وملك النصاب الواحد سبب لوجوب الزكاة باعتبار كل حول وحولان الحول شرط لا سبب فلهذا جاز التعجيل أما هنا لم يبق في ملكه شيء مما انعقد عليه الحول وملك ذلك النصاب ليس بسبب لوجوب الزكاة

في مال آخر مقصوداً فلهذا لايجزى المعجل حتي لو بقى عنده درهم من المائتين ثم استفاد عشرة آلاف فتم الحول تلزمه الزكاة ويجزى المعجل عما يلزمه لانه بقى الحول منعقداً ببقاء جزء من النصاب في ملكه وقد استفاد من جنسه فتم الحول ونصابه كامل فتلزمه الزكاة ويجزيه المعجل عما يلزمه باعتبار هذا الحول ﴿ قال ﴾ ولو كانت له مائتا درهم فضاع نصفها بعد كمال الحول فعليه أداء درهمين ونصف اعتباراً للبعض بالكل فانه لو ضاع الكل يسقط عنه جميع الزكاة فان ضاع النصف سقط عنه نصف الزكاة ثم هذا على أصلهما واضح فانما يوجبان الكسور في زكاة الدراهم ابتداء فالبقاء أولي وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لايوجب الكسور في زكاة الدراهم ابتداء ولكن يقول ببقاء الكسور بعد الوجوب لان كمال النصاب معتبر لوجوب الزكاة وهو غير معتبر لبقاء الواجب ﴿ قال ﴾ رجل له ألف درهم حال عليها خمسة أحوال ثم ضاع نصفها فعليه نصف ما وجب عليه في هذه الخمس سنين وهذا ظاهر لان هلاك النصف معتبر بهلاك الكل وانما الكلام في بيان مايلزمه فيها في هذه الاحوال فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه في الحول الأول خمسة وعشرون درهما وفي الحول الثاني أربعة وعشرون درهما لان مقدار خمسة وعشرين درهما صار ديناً عليه ودين الزكاة يمنع وجوب الزكاة عنده وهو لا يرى الزكاة في الكسور وانما يلزمه في السنة الثانية زكاة تسعمائة وستين درهما وهكذا في كل سنة لا يعتبر في ماله ما وجب عليه من الزكاة للسنين الماضية والكسور في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتبر من ماله ما وجب عليه من الزكاة للسنين الماضية وتعتبر الكسور لانهما يوجبان الزكاة في الكسور ولا يعتبر ان بعد النصاب الاول نصابا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يلزمه في كل سنة خمسة وعشرون درهما لان دين الزكاة عنده لا يمنع وجوب الزكاة في الاموال الباطنة وقد بينا هذا الأصل في كتاب الزكاة ﴿ قال ﴾ رجل له ألف درهم حال عليها الحول ثم استفاد ألفا أخرى فحال الحول عليها ثم استفاد ألفا أخرى فحال الحول عليها ثم ضاع نصفها فانه يزكى في السنة الاولى نصف المال الاول وفي السنة الثانية ما بقى من نصف المال الاول ونصف المال الآخر وفي السنة الثالثة ما بقى من المال الاول والمال الثاني ونصف المال الآخر كله لان الالف الاولى حال عليها ثلاثة أحوال ثم هلك نصفها فعليه فيها للسنة الاولى زكاة نصف الالف وفي السنة الثانية كذلك الا مقدار

ماوجب فيها للسنة الاولى فان ذلك صار ديناً عليه وفى السنة الثالثة كذلك الا مقدار ما وجب عليه للحولين والالف الثانية حال عليها حولان ثم هلك نصفها فعليه أن يزكي للحول الاول نصفها وللحول الثانى كذلك الا مقدار ما وجب عليه للحول الاول والالف الثالثة حال عليها حول واحد ثم هلك نصفها فعليه أن يزكي نصفها لان هلاك بعض المال بعد وجوب الزكاة معتبر بهلاك الكل ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا له أربعون ألف درهم حال عليها الحول ثم أخرج ألف درهم منها يزكيها فتصدق بخمسمائة درهم ثم ضاع عشرون ألف درهم من المال وبقى تسعة عشر ألفاً وهذه الخمس مائة التى بقيت من الالف التى أخرجها الزكاة فالخمس مائة التي زكى عن تسعة وثلاثين ألفاً وخمسمائة لانه حين أدى كان فى ملكه تسعة وثلاثين ألفاً سوى الالف التى أخرجها للزكاة فاذا ضمت هذه الخمسمائة المؤداة الى تسعة وثلاثون ألفاً كان الكل تسعة وثلاثين ألفاً وخمسمائة وانما قصد أداء الزكاة عن جميع ذلك فلهذا تتوزع تلك الخمسمائة على هذه الجملة فما أصاب عشرين ألفاً التي هلكت بطل عنه لانه أدي بعض زكاتها وهلك البعض وما أصاب تسعة عشر ألفاً وخمسمائة يحتسب له من زكاتها ويؤدى مابقى من زكاتها اعتباراً لهلاك البعض بهلاك الكل ﴿ قال ﴾ ولو ان رجلا له ثلثمائة درهم فحال عليها ثلاثة أحوال ثم ضاع نصفها فانه يزكي خمسين ومائة درهم لسنة واحدة وهذا انما يستقيم على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان عنده النصاب الأول يجعل أصلا ويجعل الهلاك فيما زاد على النصاب الأول كان لم يكن فكأنه كان فى ملكه فى الاحوال الثلاثة مائتا درهم فلا يجب فيها الا خمسة دراهم للحول الأول ثم هلك ربعها فيسقط عنه ربع الواجب ويبقى ثلاثة ارباعه أما على قول محمد وهو رواية عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى يجمع بين ماوجب عليه فى الاحوال الثلاثة ثم يسقط نصف ذلك بهلاك نصف المال ويبقى النصف لبقاء نصف المال ﴿ قال ﴾ ولو ان رجلا تصدق بمال لاينوى به زكاته فانه لايجزيه من زكاته لقوله صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ مانوى ولان الزكاة عبادة مقصودة فلا تتأدي بدون النية ومراده اذا تصدق بمال آخر سوى النصاب فاما اذا تصدق بجميع النصاب الذى وجبت فيه لزكاة فانه يسقط عنه الزكاة نوى أو لم ينو استحساناً لان الواجب جزء منه وقد أوصله الى مستحقه فان تصدق ببعض النصاب ففيه اختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عند أحدهما لا يسقط شئ

من الزكاة وعند الآخر يسقط عنه مقدار زكاة المؤدي وقد بينا هذا في كتاب الزكاة ﴿ قال ﴾ وان تصدق رجل عنه بأمره من مال نفسه جاز لان الصدقة تجزئ فيها النيابة فأداء الغير بأمره كأدائه بنفسه وهذا لحصول المقصود به وهو اغناء المحتاج ثم لا يكون للمؤدى أن يرجع عليه بدون الشرط بخلاف ما لوقضى دينه بأمره فان الدين كان واجباً في ذمته وكان هو مطلوبا به مجبراً على قضائه فاذا ملكه المؤدى ببدل أداه من عند نفسه بأمره رجع به عليه ولا يوجد مثله في الزكاة فانه كان مخيراً بأدائه ولا يجبر عليه في الحكم فلم يكن المؤدى مملكا شيئاً منه فلا يرجع عليه بدون شرط كما لو عوض عن هبته بأمره وإن تصدق عنه بغير أمره لم يجزه عن الزكاة لانعدام النية منه وهذا لان معنى الابتلاء مطلوب في العبادة وذلك لا يتحقق بأداء الغير بدون أمر من وجبت عليه الزكاة ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا له جارية للتجارة حال عليها الحول وهي تساوى مائتي درهم فصارت تساوى أربعمائة درهم ثم اعورت فصارت قيمتها مائة درهم فعليه أن يؤدي الزكاة عن مائة درهم لان الزيادة الحادثة كانت تبعا للأصل فيجعل ما هلك من الزيادة أولا ويصير ذلك كأن لم يكن فكأنها اعورت حين كان قيمتها مائتي درهم وتراجعت قيمتها الى مائة فيسقط عنه نصف الزكاة باعتبار ما هلك ويبقى النصف باعتبار ما بقي . ولو كانت عنده جارية قيمتها مائتا درهم حال عليها الحول ثم باعها بثلثمائة درهم ثم توت منه مائتا درهم فعليه أن يزكي المائة لان الربح كان تبعا للأصل فما توى من الربح صار كأنه لم يكن وكأنه باعها بمائتين فتوت مائة واستوفى مائة فيلزمه زكاة المائة اعتباراً للبعض بالكل ﴿ قال ﴾ رجل له ألف درهم على غني أو فقير فحال عليها الحول ثم تصدق بها عليه أو أبرأه منها فلا زكاة عليه فيها ولا تجزيه من زكاة غيرها وان نوى ذلك وقد بينا ان أداء الدين بزكاة المال العين لا يجوز لان العين أكمل من الدين في المالية اما زكاة هذه الالف فلا اشكال انها تسقط عنه اذا كان المديون فقيراً لانه أوصل الحق الى مستحقه وان كان المديون غنياً فكذلك الجواب في رواية هذا الكتاب وفي رواية الجامع قال يكون ضامناً زكاتها . وجه تلك الرواية انه لو كان المال عيناً في يده فوهبه من غني بعد وجوب الزكاة عليه صار مستهلكا حق الفقراء ضامناً للزكاة فكذلك اذا كان ديناً فابرأه منه لانه لاحق في الزكاة للغني فلا يكون في فعله ايصال الحق الى مستحقه . وجه هذه الرواية ان أداء الزكاة عن الدين

لايجب الا بعد القبض وحين أبرأه المديون منه فقد انعدم القبض فلا يلزمه أداء الزكاة عنه والاصح ماذكر فى الجامع انه بالابراء صار مبطلا الدين بتصرفه فيكون بمنزلة القابض المستهلك كالمشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً حتى يتقرر عليه جميع الثمن ولو تصدق بها على فقير آخر وأمره بقبضها منه ينوى عن زكاته فان ذلك يجزيه لان ذلك الفقير وكيل من جهته فى القبض فكأنه قبضها بنفسه ثم تصدق بها عليه ينوى من زكاته وكذلك ان قبضها ثم تصدق بها على المديون وهو ينوى من زكاته فانه يجزيه اذا كان فقيراً كما لو تصدق بها على غيره وان كان غنياً وهو يعلم بذلك لم يجزه عن الزكاة ويكون ضامناً زكاة هذه الألف على الروايتين جميعاً اما على رواية الجامع فلا يشك فيه وعلى رواية هذا الكتاب فلانه بالقبض وجب عليه أداء الزكاة فكان هبته منه كهبته من غنى آخر وان كان لايعلم بغناه ثم علم بعد الاداء اليه فذلك يجزيه من الزكاة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابى يوسف رحمه الله تعالى ومراده اذا تحرى ودفع اليه على انه فقير وقد بينا هذا فى كتاب التحرى وكذلك لو كان المتصدق عليه ذمياً فان دفع الزكاة الى الذمى مع العلم لايجوز كدفعه الى الغنى. وان تصدق بها على والده أو ولده أو زوجته أو تصدقت المرأة بذلك على زوجها وهم لايعلمون بذلك ثم علموا فانه لايجزيهم من الزكاة فى رواية هذا الكتاب وفى رواية كتاب الزكاة والتحرى قال يجزى ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واستدلا فيه بحديث معن بن يزيد وقد بينا وجه تلك الرواية ووجه هذه الرواية ان النسب وان كان طريق معرفته في الأصل الاجتهاد فانه بمنزلة المقطوع به شرعاً ولهذا لو نفى نسب رجل عن أبيه لزمه الحد فانما تحول من اجتهاد الى يقين ولا معتبر بالاجتهاد بعد اليقين كما لو قضى القاضي فى حادثة باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه بخلاف مسئلة الغنى لان الغنى والفقير مما لايمكن الوقوف على حقيقته فانما تحول هناك من اجتهاد الى اجتهاد وكذلك لو تصدق به على عبد أبيه أو أمه وهو لايعلم به ثم علم بعده لم يجزه عندهم جميعاً وهذا على رواية هذا الكتاب فان التصدق بالزكاة على عبده بمنزلة التصدق على مولاه ولهذا لو تصدق به على عبد غنى وهو يعلم به فانه لايجزيه ولو تصدق به على حربى دخل الينا بامان أو بغير أمان لم يجزه على رواية هذا الكتاب اذا كان لايعلم به وفى رواية كتاب الزكاة جعله بمنزلة التصدق به على الذمي فقال يجزيه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ووجه هذه الرواية ان التصدق على

الحربي لايكون قربة الا ترى انه لا يتنفل به وقد نهينا عن مبرة أهل الحرب قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين فلايقع فعله موقع الصدقة بخلاف التصدق به على الذمي فانه يقع موقع الصدقة لانا لم ننه عن المبرة مع من لا يقاتلنا ولهذا جاز التنفل به ﴿قال﴾ ولو دخل مسلم دار الحرب بأمان فمكث فيها سنتين فعليه الزكاة في المال الذى خلف وفيما أفاد في دار الحرب لانه مخاطب بحكم الاسلام حيث ما يكون الا أن ماله الذى خلف في دار الاسلام اذا كان من السوائم فللسلطان حق أخذ الزكاة منه بخلاف ما أفاد في دار الحرب لان فيما أفاد في دار الحرب قد انعدمت الحماية من إمام المسلمين فلا يكون له أن يأخذ الزكاة منها ولكن يفتى من عليه بالاداء الى فقراء المسلمين الذين يسكنون في دار الاسلام بخلاف ما اذا وجبت عليه الزكاة في دار الاسلام فانه يؤمر بالدفع الى أهل بلده لان فقراء أهل بلده لهم حق المجاورة مع الحاجة وقد بينا هذا في كتاب الزكاة فأما في دار الحرب قل ما يجد فقراء المسلمين ولو وجدهم فالفقراء الذين يسكنون في دار الاسلام أفضل من الذين يسكنون في دار الحرب وقد بينا أن من في دار الاسلام لو نقل صدقة بلده الى فقراء بلدة أخرى هم أفضل من فقراء أهل بلدته فذلك أولى به ولو أن رجلا له مائة درهم وسيف فيه فضة مائة درهم ولا مال له غيره فعليه فيه الزكاة لان وجوب الزكاة في الفضة باعتبار العين لحلية السيف وغيرها من ذلك سواء في تكميل النصاب به ﴿قال﴾ ولو كانت له أوان من الذهب والفضة للاستعمال لا للتجارة فعليه فيها الزكاة بخلاف اللؤلؤ والياقوت والجواهر اذا لم تكن للتجارة فانه لا زكاة فيها لان وجوب الزكاة فيها باعتبار معني النماء ولا يتحقق ذلك الا بنية التجارة فيها كسائر العروض فأما وجوب الزكاة في الذهب والفضة باعتبار عينها والعين لا تتبدل بالصنعة ولا بالاستعمال ثم لم يبين هنا ولا في كتاب الزكاة انه كيف يؤدى الزكاة من الأواني المصوغة . وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا كان له اناء مصوغ من الفضة وزنه مائتا درهم فاما أن يتصدق بربع عشره على فقير فيكون شريكا له في ذلك أو يؤدى قيمة ربع عشره من الذهب فان أدى خمسة دراهم لم يسقط عنه جميع الزكاة وعليه أن يؤدى فضل القيمة وهذا صحيح على أصل محمد وزفر رحمهما الله تعالى في اعتبار القيمة فيما يؤدى مع المجانسة فانه لا ربا في أداء الزكاة فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أدى خمسة دراهم تسقط عنه

الزكاة لانه يعتبر الوزن دون الجودة والصنعة فان أدى قيمة خمسة دراهم من الذهب لم يسقط عنه جميع الزكاة لان عند اختلاف الجنس تعتبر القيمة فلا بد من أداء الفضل ﴿قال﴾ رجل له مائتا درهم فقال هي في المساكين صدقة ان كلمت فلانا فكلمه ثم حال عليها الحول فعليه فيها الزكاة لانه وان لزمه التصدق بها بحكم النذر فملكه كامل فيها فان ديون الله تعالى لا تمكن نقصانا في الملك خصوصاً ما لا تتوجه المطالبة به بحال فلا يمنع ذلك وجوب الزكاة في ماله بخلاف دين الزكاة فان تصدق بها عما أوجب على نفسه فعليه زكاتها خمسة دراهم لانه صرف حق الفقراء الى حاجته فان الوفاء بالنذر من جملة حاجته فهو بمنزلة انفاقه المال على نفسه فيكون ضامناً للزكاة وان تصدق بخمسة دراهم منها ينوي عن زكاتها ثم تصدق بما بقي مما أوجب على نفسه فعليه خمسة دراهم يتصدق بها لان التصدق بالخمسة الاولى كان عن الزكاة دون النذر فانه نواها عن الزكاة وللمرء مانوى ثم تصدق عن نذره بمائة وخمسة وتسعين وانما التزم التصدق بمائتين عن نذره فعليه ان يؤدي خمسة أخرى. وان ضاع المال بعد الحول فلا شئ عليه من الزكاة ولا مما أوجب على نفسه لان كل واحد منهما كان غنياً في هذا المحل فلا يبقى بعد فوات المحل بخلاف ماسبق لان هناك وجد منه تصرف وهو الأداء ولا وجه لتجويز المؤدي عنهما جميعاً لان المحل الواحد لا يتسع لذلك فجعلنا المؤدى عما نواه وصار هو في حق الآخر كالمستهلك للمحل وهنا لم يوجد منه تصرف وانما فات المحل لضياع المال ومعنى فوات المحل يتحقق في كل واحد من الحقين فلهذا لا يلزمه شيء آخر ﴿قال﴾ ولو ان أم ولد لرجل لها حلي من ذهب أو فضة فعلى المولى أن يزكي ذلك مع ماله اذا حال الحول لان أم الولد في حكم الملك كالأمة القنة فكسبها وما في يدها يكون ملكا للمولى وكذلك كسب العبد الذي لادين عليه فان كان على العبد دين كثير محيط بما في يده فلا زكاة على سيده فيما في يده اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلان المولى لا يملك ما في يده واما عندهما فلان ما في يده مشغول بحق الغرماء والمال المشغول بالدين لا يكون نصاب الزكاة فان كان في يده أكثر مما عليه فالفضل مملوك للمولى فارغ عن حق الغرماء فيضمه الى ماله ويزكيه ولكن هذا بعد ما يقضي العبد ديونه لانه لا يسلم للمولى شئ من كسبه قبل قضاء ديونه فاذا قضى ديونه فالآن يسلم الفضل للمولى فيؤدي الزكاة عنه بمنزلة مال له على رجل فقضاه فانه يلزمه أداء الزكاة عنه بعد الاستيفاء

﴿ قال ﴾ والمجنون اذا كان له مال فحال عليه الحول ثم برأ فلا زكاة عليه للحول الماضى سواء كان مجنوناً جنوناً أصلياً أو جنوناً طارئاً وان أفاق فى يوم من الحول في أوله أو فى آخره فعليه الزكاة قال وهو بمنزلة رمضان يعنى اذا كان مفيقاً في يوم من رمضان فى أوله أو فى آخره فعليه صوم جميع الشهر ويتبين بما ذكر هنا ان فى الصوم لافرق بين الجنون الأصلى والجنون الطارئ وقد بينا اختلاف الروايات فيه فى كتاب الصوم والذي قال هنا في كتاب الزكاة قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وروى هشام عن أبي يوسف ان المعتبر أكثر الحول وقال ان كان مفيقاً فى أكثر الحول تلزمه الزكاة وان كان مجنوناً فى أكثر الحول لاتلزمه الزكاة وقاس الاهلية فيمن تجب عليه بالحلية فيما تجب فيه الزكاة وهي السائمة فان صاحب السائمة اذا كان يعلفها بعض الحول اعتبرنا فيه أكثر الحول فان كانت سائمة في أكثر الحول تجب فيها الزكاة والا فلا وهذا لان الأقل تبع للأكثر وللأكثر حكم الكل الا ترى ان الذمى اذا كان صحيحاً في أكثر السنة تلزمه الجزية وان كان مريضاً فى أكثر السنة لاتلزمه الجزية وجه ظاهر الرواية ان الحول للزكاة كالشهر للصوم ثم لو أدرك جزءً من الشهر مفيقاً يلزمه صوم جميع الشهر فكذلك اذا أدرك جزءً من الحول مفيقاً تلزمه الزكاة والدليل عليه المستفاد فان وجود المستفاد فى ملكه فى جزء من الحول وان قل كوجوده فى جميع الحول فى حكم الزكاة فكذلك حكم الافاقة ﴿ قال ﴾ والاجير والمضارب وصاحب البضاعة والمستودع والعبد والمكاتب لايعتبر أحد من هؤلاء أما الاجير وصاحب البضاعة والمستودع فلانهم أمناء لا حق لهم في المال والعاشر انما يأخذ الزكاة وذلك لايكون الا بنية صاحب المال وأدائه أو أمره بذلك ولم يوجد وأما المضارب ففي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول يأخذ العاشر منه الزكاة وفي قوله الآخر لايأخذ نص عليه فى الجامع الصغير قال يعقوب ولاأعلمه رجع في العبد وقياس قوله الآخر يوجب ان لايعتبر العبد أيضاً وهذا نص على التسوية بين العبد والمضارب فعرفنا ان الصحيح رجوعه فى العبد أيضاً وأما المكاتب فلا شك ان العاشر لا يأخذ منه شيئاً لانه لامالك لكسبه فالمكاتب ليس من أهل الملك والمولى لايملك كسبه مابقى عقد الكتابة فلايأخذ منه شيئاً سواء كان السيد معه أو لم يكن فأما المتفاوضان والشريكان شركة عنان فعلى كل واحد منهما أن يزكى نصف مافى أيديهما لان ملك كل واحد منهما فى

النصف المشترك كامل وان أخذ العاشر من المضارب شيئاً فكذلك لا يجزئ رب المال من زكاته لان العاشر غاصب فيما أخذ منه بغير حق ومن عليه الزكاة اذا غصب بعض ماله لم يجزه ذلك من الزكاة ولا ضمان على المضارب لانه أمين أخذ منه المال بغير اختياره ولكن لا ربح له حتى يستوفي رب المال ماله لان ما أخذه العاشر تاوفكأنه هلك بعض المال من يد المضارب وان كان المضارب هو الذى دفع ذلك اليه كان ضامنا لرب المال ما دفعه اليه لانه خائن فى دفع المال الى غير من أمر بالدفع اليه ﴿قال﴾ ولو أن أحد المتفاوضين أو أحد الشريكين شركة عنان أدى الزكاة عن المال كله بغير اذن الشريك فهو ضامن لنصيب الشريك فيما أدى لان كل واحد منهما نائب عن صاحبه فى التجارة واستنماء المال لا في أداء الزكاة فكان متعديا فيما أدى من نصيب الشريك وذلك لا يجزئ من زكاة الشريك لانعدام نيته وأمره فان كان كل واحد منهما فعل ذلك كان كل واحد منهما ضامناً لصاحبه نصيبه فيتقاوضان ويكون كل واحد منهما متطوعا فيم أدى زيادة على ما عليه حتى لا يرجع واحد منهما على الفقير بشيء وان كان واحد منهما أمر صاحبه بأداء الزكاة عن جميع المال فان أدى أحدهما جاز المؤدى عن زكاتهما وان أديا جميعاً معاً فكل واحد منهما يكون مؤديا زكاة نصيبه ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه بشيء سواء أديا من المال المشترك أو أدى كل واحد منهما من خالص ماله فان أدى أحدهما أولا من خالص ملكه لم يرجع على صاحبه بشيء الا أن يكون كل واحد منهما شرط عند الامر أن يرجع عليه بما يؤدى عنه وقد بينا هذا في المأمور اذا لم يكن شريكا فكذلك اذا كان شريكا فى المال وان أدى أحدهما من المال المشترك ثم أدى الآخر من المال المشترك أيضاً فالثانى ضامن لنصيب صاحبه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء علم بذلك أو لم يعلم وعندهما لا يكون ضامناً سواء علم بأدائه أو لم يعلم نص عليه في الزيادات وفى كتاب الزكاة فرق بين أن يعلم بأدائه أو لم يعلم وقد بينا المسئلة هناك ﴿قال﴾ ولو أن رجلين بينهما عبد قيمته ألف درهم فأعتقه أحدهما وهو معسر فاستسعى الآخر العبد فى حصته وأخذها منه بعد حول فلا زكاة عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان من أصله أن المستسعى في بعض قيمته مكاتب وما عليه بمنزلة بدل الكتابة ولا زكاة فى بدل الكتابة حتى يحول عليه الحول بعد القبض وأما عندهما المستسعي في بعض قيمته حر عليه دين لان العتق عندهما لا يتجزى فتجب الزكاة فيه قبل القبض

ويلزمه الأداء اذا قبضه بمنزلة دين له على آخر فان كان المعتق موسراً فضمنه الشريك نصف قيمته وقبضه بعد الحول تلزمه الزكاة عندهم جميعاً لانه صار مملكا نصيبه من شريكه باختياره تضمينه فهو بمنزلة ما لو ملك نصيبه بالبيع بالدراهم اذا قبض الثمن بعد الحول تلزمه الزكاة لما مضى ﴿قال﴾ ولو أن رجلا ورث عن أبيه ألف درهم فأخذها بعد سنين فلا زكاة عليه لما مضى فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وفي قولهما عليه الزكاة لما مضى ففي هذه الرواية جعل الموروث بمنزلة الدين الضعيف مثل الصداق وبدل الخلع وفى ذلك قولان لأبي حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك فى هذا وفي كتاب الزكاة جعل الموروث كالدين المتوسط عند أبي حنيفة رحمه الله وهو ثمن مال البذلة والمهنة فقال اذا قبض نصابا كاملا بعد كمال الحول تلزمه الزكاة لما مضي وجه تلك الرواية ان الوارث يخلف المورث فى ملكه وذلك الدين كان مال الزكاة في ملك المورث فكذلك في ملك الوارث ووجه هذه الرواية أن الملك فى الميراث يثبت للوارث بغير عوض فيكون هذا بمنزلة مايملك ديناً عوضاً عما ليس بمال وهو الصداق فلا يكون نصاب الزكاة حتى يقبض يوضحه ان الميراث صلة شرعية والصداق للمرأة فى معنى الصلة أيضاً من وجه قال الله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة أى عطية وما يستحق بطريق الصلة لايتم فيه الملك قبل القبض فلايكون نصاب الزكاة ﴿قال﴾ ولو باع جارية بألف درهم لغير التجارة فأخذها بعد سنين فعليه الزكاة لما مضى عندهم جميعاً وهذا ذكره فى كتاب الزكاة وذكر ابن سماعة ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاتلزمه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض قال الكرخي وهو الصحيح وقد بينا وجه الروايتين في كتاب الزكاة ثم على هذه الرواية مالم يقبض مائتين لاتلزمه الزكاة فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف الدين الذى هو عوض عن مال التجارة فانه اذا قبض منه أربعين درهماً تلزمه الزكاة لان أصل ذلك المال كان نصاب الزكاة فعوضه يكون بناء فى حكم الزكاة ونصاب البناء يتقدر بأربعين درهماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهنا أصل هذا المال لم يكن مال الزكاة فكان ثمنه في حكم الزكاة أصلا مبتدأ ونصاب الابتداء يتقدر بمائتين فلا يلزمه أداء الزكاة مالم يقبض مائتين وعندهما اذا قبض شيئاً قليلا أو كثيراً تلزمه الزكاة بقدر ماقبض في الديون كلها وقد بينا هذا فى كتاب الزكاة ﴿قال﴾ ولو ان رجلا أوصى لرجل بوصية ألف درهم فمكث سنين ثم بلغه فقبل الوصية ثم أخذها فلا زكاة عليه لما مضى لان

الموصى به لايدخل في ملك الموصى له قبل قبوله فلا يكون نصاب الزكاة في حقه وعلى قياس قول زفر رحمه الله تعالى ينبغي ان تلزمه الزكاة لما مضى لان عنده الموصي به يدخل في ملك الموصى له قبل قبوله بمنزلة الميراث فان قبلها ثم حال الحول قبل ان يقبضها فلا زكاة عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الزكاة لما مضي في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهذا لان الموصى به انما ملكه الموصى له بطريق الصلة فلا يتم ملكه فيه الا بالقبض في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومن أصحابنا من قال مسئلة الوصية بعد قبول الموصى له نظير مسئلة الميراث وفيها رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما بينا في الميراث والاصح ان في مسئلة الوصية الرواية واحدة انه لاتجب عليه الزكاة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي الآخر بخلاف الميراث على رواية كتاب الزكاة لان ملك الموصي له بناء علي ملك الموصى حتى لا يرد بالعيب ولا يصير مغروراً فيما اشتراه الموصى فاما ملك الوارث ينبني على ملك المورث فلهذا اعتبر هناك ملك المورث وجعله نصاب الزكاة قبل القبض واعتبر هاهنا ملك الموصى له ابتداء فلم يجعله نصاب الزكاة ما لم يتم ملكه بالقبض ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا له ألف درهم وخاتم فضة في أصبعه فيه درهم فحال الحول على المال غير شهر ثم ضاع المال وبقى الخاتم ثم استفاد ألفاً وتم الحول فعليه ان يزكى المال لان فضة الخاتم كانت مضمومة الى الالف في حكم النصاب فيبقى الحول ببقائها وان ضاع الالف على ما بينا أن بقاء جزء من النصاب يكفي لبقاء الحول فانما استفاد الالف والحول باق فتلزمه الزكاة اذا تم الحول لوجود كمال النصاب في طرفي الحول مع بقاء شئ منه في خلال الحول ولو لم يكن له خاتم والمسئلة بحالها فانه يستقبل الحول على المستفاد منذ ملكه لانه هلك جميع النصاب حين ضاع المال الاول فلم يبق الحول الاول منعقداً لان البقاء يستدعي جزءً من النصاب فان وجد درهما من الدراهم الاول قبل الحول بيوم ضمه الى ما عنده فيزكى الكل وكذلك ان وجد البقية بعد ما زكى فعليه أن يزكى كلها وان لم يكن له خاتم لان بالضياع لا ينعدم أصل الملك وانما تنعدم يده وتمكنه من التصرف فيه فاذا ارتفع ذلك قبل كمال الحول بأن وجد كله أو بعضه صار الضياع كأن لم يكن فكأنه كان في يده حتى وجد الالف الأخرى وتم الحول فتلزمه الزكاة عن الكل وهو نظير ما لو وجب عليه دين مستغرق في خلال الحول ثم سقط الدين قبل تمام الحول فانه يلزمه أداء الزكاة اذا تم الحول وان كان انما وجد ما ضاع بعد الحول

فلا زكاة عليه فيها حتى يكمل الحول فيه منذ استفاد المال لانه لما تم الحول والمال الاول تاو لم يجب عليه شئ باعتباره وانما انعقد الحول على ماله من حين استفاد وان كانت ضاعت الالف الاولى بعد الحول وبقى الخاتم فعليه الزكاة فى الخاتم بقدر حصته لانه كان مضموما الى ماله ووجبت الزكاة فيه ولما تم الحول ثم هلك بعض ماله بعد وجوب الزكاة وبقى البعض فعليه أن يؤدى من الباقي حصته ﴿قال﴾ فان مر على العاشر بمائتي درهم غير درهم وفي يده خاتم فضة فيه درهم فان العاشر يأخذ منه الزكاة لأن المعتبر كمال النصاب فيما يمر به على العاشر وقد وجد فان الخاتم من نصابه وان لم يكن فى يده خاتم فلا زكاة عليه ولا يأخذ منه العاشر شيئاً وان أخبره بمال آخر له فى بيته لأنه انما يعتبر كمال النصاب فى المال المرور به عليه ولم يوجد وهذا لأن ثبوت حق الأخذ للعاشر باعتبار حاجة صاحب المال الى الحماية وذلك فى المال المرور به عليه دون الذى خلفه فى بيته فاذا كان المرور به عليه نصاباً كاملا يأخذ منه الزكاة والا لم يأخذ منه شيئاً ﴿قال﴾ ولو أن رجلا وهب لرجل ألف درهم فحال عليها الحول ثم رجع فيها الواهب بقضاء أو بغير قضاء فلا زكاة فيها على الواهب لأنها لم تكن فى ملكه ولا على الموهوب له لان مال الزكاة استحق من يده بعد كمال الحول بعينه ويستوي فيه الرجوع بقضاء أو بغير قضاء لأن حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين فيستوي فيه القضاء وغير القضاء بمنزلة الاخذ بالشفعة وان لم يحل عليها الحول عند الموهوب له حتى استفاد ألف درهم ثم رجع فيها الواهب بقضاء أو بغير قضاء فلا زكاة عليه فيها لما قلنا ويزكي الموهوب له المال المستفاد اذا تم الحول ﴿قال﴾ فى الكتاب اذا مضى تمام حول منذ ملكها فمن أصحابنا من يقول إن بالرجوع فى الهبة يبطل ملك الموهوب له من الاصل فيقطع حكم ذلك الحول ويعتبر مضى حول على المستفاد من حين ملكه ﴿قال﴾ الشيخ الامام شمس الأئمة رحمه الله تعالى والاصح عندى أنه اذا تم الحول من حين ملك الموهوب فعليه زكاة المستفاد لان الحول كان انعقد من حين ملك الموهوب فحين استفاد ألفاً كانت هذه الالف مضمومة الى أصل النصاب فى حكم الحول ثم لما رجع الواهب فى الموهوب صار كأن ذلك القدر هلك من ماله فيبقى الحول ببقاء المستفاد ويلزمه أداء الزكاة عند تمام الحول عما هو باق وهذا لان الرجوع فى الهبة ينهي ملك الموهوب له فالملك ثبت له فى الهبة الى ان يرجع الواهب فيه ولهذا لو كان الموهوب جارية

فوطئها ثم رجع فيها الواهب فليس على الموهوب له عقرها ولو ولدت ولداً ثم رجع فيها الواهب بقي الولد سالماً للموهوب له فعرفنا ان الرجوع في الهبة في حق الموهوب له بمنزلة الهلاك ﴿ قال ﴾ رجل له أرض أجرها ثلاث سنين كل سنة بثلثمائة درهم ولم يأخذ الاجرة حتى مضت المدة ثم أخذها جملة واحدة فنقول اذا مضى ثمانية أشهر من وقت العقد انعقد الحول على ماله لان الأجرة لاتملك بنفس العقد وانما تملك بالتعجيل أو باستيفاء المنفعة ولم يوجد التعجيل هنا فانما يملك بحسب مايستوفي من المنفعة شيئاً فشيئاً فاذا مضت ثمانية أشهر فقد ملك مائتي درهم ولا ينعقد الحول على ماله الا بعد كمال النصاب فاذا مضى بعد ذلك اثنى عشر شهراً وجب عليه زكاة خمسمائة درهم لانه ملك في هذه المدة من الأجرة ثلثمائة أخرى وذلك مستفاد في خلال الحول فانما تم الحول وفي ملكه خمسمائة فلهذا يلزمه زكاة خمسمائة ثم اذا مضت سنة بعد ذلك فعليه زكاة ثمانمائة الا مقدار ما وجب عليه من زكاة الخمسمائة لانه قد ملك بمضي الحول الثاني ثلثمائة أخرى فتم الحول الثاني وماله ثمانمائة الا ان ما وجب عليه من زكاة الخمسمائة دين فلا يعتبر ذلك القدر من ماله في الحول الثاني وكذلك الكسور في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما تعتبر الكسور وهذا على الرواية التي يوجب فيها الزكاة في الاجرة قبل القبض وهو رواية هذا الكتاب والجامع والأمالي وذكر أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان الأجرة بمنزلة الصداق لاتجب فيها الزكاة حتى يحول الحول عليها بعد القبض لان المنفعة ليست بمال ولكن الرواية الأولى أصح لان المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد ولهذا لايثبت الحيوان ديناً في الذمة بمقابلتها ثم على هذه الرواية في وجوب أداء الزكاة عند القبض روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في احدى الروايتين مالم يقبض مائتين لايلزمه أداء الزكاة لان المنافع وان أخذت حكم المالية بالعقد فانها لاتكون نصاب الزكاة بحال فكانت الأجرة بمنزلة ثمن مال البذلة والمهنة فلا يلزمه أداء الزكاة ما لم يقبض مائتين وفي الرواية الأخرى قال اذا قبض منها أربعين درهما فعليه أداء الزكاة لان المنفعة في حكم التجارة بمنزلة العين فكانت الأجرة بمنزلة دين هو ثمن مال التجارة فاذا قبض منها أربعين درهما يلزمه أداء درهم فان كان أجرها كل سنة بمائتي درهم لم ينعقد الحول ما لم يمض كمال السنة لانه انما ملك مائتي درهم عند مضي سنة فاذا مضت سنة أخرى زكى اربعمائة درهم لان بمضي السنة الثانية ملك مائتي

درهم أخرى من الاجر فانما تمت السنة وفي ملكه اربعمائة درهم ثم اذا مضت سنة أخرى فعليه زكاة ستمائة لانه تم الحول وفى ملكه ستمائة الا أنه يطرح ما وجب عليه من الزكاة للسنة الماضية وهو عشرة دراهم والكسور فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً فانما يزكي عنده للسنة الثانية خمسمائة وستين درهما ﴿قال﴾ رجل له على رجل ألف درهم ضمنها رجل بغير أمره فحال الحول على ماله ثم أبرأ منه الاصيل فلا زكاة على الذى كان له المال ولا على الضامن وان كان له ألف درهم أما الذى له أصل المال فقد بينا أنه بعد الابراء لايكون ضامنا للزكاة على رواية هذا الكتاب سواء كان المديون غنياً أو فقيراً وأما على الضامن فلان المال قد وجب دينا فى ذمته بالضمان ولم يكن له حق الرجوع على الاصيل عند الاداء لانه ضمن بغير أمره فكان عليه الدين بقدر ماله في جميع الحول ومال المديون لا يكون نصاب الزكاة فلهذا لا تلزمه الزكاة وان سقط عنه الدين بالابراء بعد كمال الحول والله أعلم

﴿باب زكاة الارضين والغنم والابل﴾

﴿قال﴾ رحمه الله تعالى رجل له أرض عشرية فمنحها لمسلم فزرعها فالعشر على المستعير لان العشر يجب فى الخارج والخارج سلم للمستعير بغير عوض التزمه فيكون هذا والخارج من ملكه فى حقه سواء . وروي ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان العشر على المعير لانه مؤنة الارض النامية فيجب على مالك الارض كالخراج الا انه فرق ما بين العشر والخراج انه يعتبر فى العشر حصول النماء حقيقة وقد وجد ذلك الا ان المعير آثر المستعير على نفسه في تحصيل النماء فيكون مستهلكا محل حق الفقراء بمنزلة مالو زرع الارض لنفسه ثم وهب الخارج من غيره ﴿قال﴾ ولو منحها لرجل كافر فعشرها على رب الارض وهذا يؤيد رواية ابن المبارك والفرق بين الفصلين فى ظاهر الرواية ان هنا منحها من لاعشر عليه لان فى العشر معنى الصدقة والكافر ليس من أهلها فيصير به مستهلكا محل حق الفقراء وفى الأول انما منحها لمسلم وهو من أهل ان يلزمه العشر فلا يصير مستهلكا بل يكون محولا حقهم من نفسه الى غيره ﴿قال﴾ ولو غصبها مسلم فزرعها فان كان الزرع نقصها فالعشر على ربها لان الغاصب ضامن لنقصان الارض وذلك بمنزلة الاجرة يسلم لرب الارض فيلزمه العشر فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما العشر فى الخارج بمنزلة مالو أجرها من

مسلم وان لم ينقصها الزرع فلا عشر على ربها لانه لم يكن متمكناً من الانتفاع بها ولا كان مسلطاً للزارع على زراعتها ولكن العشر فى الخارج على الغاصب لان منفعة الارض سلمت له بغير عوض وان غصبها منه كافر فان نقصها الزراعة فالعشر على ربها لانه قد سلم له عوض منفعة الارض فهو بمنزلة مالو أجرها وان لم ينقصها فلا عشر فيها لان من سلمت له المنفعة ليس من أهل ان يلزمه العشر والمالك لم يكن متمكناً من الانتفاع بها وروى جرير بن اسماعيل عن محمد رحمهما الله تعالى ان على الغاصب عشرها لان المنفعة سلمت له على الوجه الذى يسلم ان لو كان مالكا للارض وهذا صحيح على أصل محمد رحمه الله تعالى فان عنده الكافر اذا اشترى أرضاً عشرية من مسلم فمليه عشرها كما كان وان اختلفت الرواية عنه في مصرف العشر المأخوذ من الكافر وقد بينا ذلك فى السير والزكاة ﴿ قال ﴾ ولو أعار المسلم أرضه الخراجية فالخراج عليه سواء كان المستعير مسلماً أو كافراً لان وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع بالارض وقد كان المعير متمكناً من ذلك ثم الخراج مؤنة الارض النامية ومؤنة الملك تجب على المالك الا ان في العشر محل هذه المؤنة الخارج فأمكن ايجابها فيه فان كان المستعير مسلما أو جبنا الخراج فى الخارج ومحل الخراج ذمة المالك فسواء كان المستعير مسلما أو كافراً كان الخراج علي المالك في ذمته فان غصبها مسلم أو كافر فعلى الغاصب نقصان الارض والخراج على ربها ويستوى ان قل النقصان أو كثر فى قول أبي حنيفة بمنزلة مالو أخرجها بعوض قليل أو كثير وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان كان النقصان مثل الخراج أو أكثر فالخراج على ربها وان كان النقصان أقل فعلي الغاصب ان يؤدى الخراج وليس عليه ضمان النقصان استحسن ذلك لدفع الضرر عن صاحب الارض وان لم تنقصها الزراعة شيئاً فالخراج على الغاصب دون المالك لان الغاصب هو المتمكن من الانتفاع بها بغير عوض دون المالك ﴿ قال ﴾ ولو ان صاحب الارض الخراجية زرعها ولم تخرج شيئاً أو أصاب الزرع آفة فلا خراج فيها بخلاف ماذا لم يزرعها لانه اذا عطلها فقد تمكن من الانتفاع بها واذا زرعها فلم تخرج شيئاً أو أصاب الزرع آفة فقد انعدم تمكنه من الانتفاع بها وهو مصاب في هذه الحالة يمان ولا يغرم شيئاً كيلا يؤدى الى استئصالها ومما حمد من سير الأكاسرة انه اذا أصاب زرع بعض الرعية آفة غرموا له ما أنفق فى الزراعة من بيت مالهم وقالوا التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يعطه

الامام شيئاً فلا أقل من ان لايغرمـه الخراج فان لم يزرعها ولـكنها غرقت ثم نضب الماء عنها فى وقت لايقدر على زراعتها قبل مضى السنة فلا خراج عليه لانه لم يتمكن من الانتفاع بها ولو نضب الماء عنها فى وقت يقدر على زراعتها قبل مضى السنة فعليه الخراج زرعها أولم يزرعها لانه تمكن من الانتفاع بها ﴿ قال ﴾ ولو ان رجلا اشترى أرضاً عشرية أو خراجية للتجارة فلا زكاة فيها وان حال الحول عليها ولكن فيها العشر أو الخراج لان وجوب العشر أو الخراج باعتبار نماء الارض وكذلك وجوب الزكاة باعتبار معنى النماء وكل واحد من الحقين يجب لله تعالى فلا يجوز الجمع بينهما بسبب أرض واحدة ولما تعذر الجمع بينهما رجحنا ما تقرر فيها وهو العشر أو الخراج فقد صار ذلك وظيفة لازمة لهذه الارض فلا يتغير ذلك بنيته ولان العشر والخراج أسرع وجوبا من الزكاة فانه لايعتبر فيهما كمال النصاب ولا صفة الغنى فى المالك وبه فارق ما لو اشترى دارا للتجارة فانه ليس فى رقبة الدار وظيفة أخرى فتعمل نية التجارة فيها حتى تلزمه الزكاة وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أن الارض اذا كانت عشرية فاشتراها للتجارة فعليه فيها الزكاة لان العشر انما يجب فى الخارج والزكاة انما تجب باعتبار مالية الارض في ذمة المالك فقد اختلف محل الحقين فيجمع بينهما بخلاف الخراج فانه يجب فى ذمة المالك كالزكاة ولـكن هذا ضعيف وقد صح من أصل علمائنا أنه لايجمع بين العشر والخراج والعشر يجب فى الخارج والخراج يجب فى ذمة المالك ثم لم يجز الجمع بينهما ﴿ قال ﴾ ولو أن كافراً اشترى أرضاً عشرية فعليه فيها الخراج في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولـكن هذا بعد ما انقطع حق المسلم عنها من كل وجه حتى لو استحقها مسلم أو أخذها بالشفعة كانت عشرية على حالها سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع لانه لم ينقطع حق المسلم عنها فلو وجد المشترى بها عيباً لم يستطع أن يرده بعد ماوضع عليها الخراج لان الخراج عيب وهذا عيب حدث فى ملك المشترى فيمنعه من الرد بالعيب ألا ترى أن مسلما لو اشترى أرضاً خراجية بشرط أن خراجها درهم فوجده درهمين كان له أن يردها فان كان زيادة الخراج عيباً فكذلك أصل الخراج فاذا تعذر ردها بالعيب رجع بحصة العيب من الثمن فان لم يكن وضع عليها الخراج حتى وجد بها عيبا فله أن يرد الارض لانها انما بيعت بوضع الخراج عليها وانما ذكر هذا التفصيل هنا ومراده من وضع الخراج عليها مطالبة صاحبها بأداء الخراج ﴿ قال ﴾ ولو

ان تغلبياً اشترى ارضاً من أرض العشر فعليه العشر مضاعفا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلأن الصلح وقع بيننا وبينهم على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلأن كافراً آخر لو اشترى أرضاً عشرية كان العشر عليه مضاعفا عنده فالتغلبي أولى وأما عند محمد رحمه الله تعالى عليه عشر واحد لان تضعيف العشر في الاراضي الاصلية لهم وهي التي وقع عليها الصلح فأما فيما سوى ذلك من الارضين التغلبي كغيره من الكفار وما صار وظيفة فى الارض لا يتبدل بتبدل المالك عند محمد رحمه الله تعالى قال ألا ترى أنه لو اشترى أرضاً خراجية كان عليه الخراج على حاله ولو اشترى أرضاً من أرض نجران كان عليه المال على حاله ولكنا نقول انما وقع الصلح بيننا وبينهم على أن يضعف عليهم ما يبذله المسلم والخراج مما لا يبذله المسلم فلا يضعف عليهم وأما العشر مما يبذله المسلم فيضعف عليهم باعتبار الصلح كما لو اشترى سائمة من مسلم يجب عليه الصدقة فيها مضعفة ولو ان رجلا اشترى أرضاً خراجية فان كان العقد فى وقت يتمكن فيه من زراعتها قبل مضى السنة فالخراج على المشترى لانه تمكن من الانتفاع بها بعد ما تملكها وان كان لا يقدر على زراعتها حتى تمضي السنة فالخراج على البائع لانه هو المتمكن من الانتفاع بها فى السنة قبل ان يبيعها وقد بينا ان وجوب الخراج باعتبار التمكن من الانتفاع ﴿ قال ﴾ وان باع أرضاً عشرية بما فيها من الزرع فان كان الزرع قد بلغ فالعشر على البائع لان بادراك الزرع وجب عليه العشر فيها ثم باخراجها من ملكه صار مستهلكا محل حق الفقراء فيكون ضامناً للعشر وان لم يبلغ الزرع فالعشر على المشترى فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عشر الزرع على البائع وفضل ما بينهما على المشترى لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان العشر يجب فى القصيل اذا قصله صاحبه واذا لم يقصله حتى انعقد الحب فانما يجب العشر فى الحب دون القصيل وقد انعقد الحب في ملك المشترى فكان العشر عليه وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول هو عند اتحاد المالك كذلك فاما اذا كان الزرع فى ملك انسان وانعقاد الحب فى ملك غيره فلا بد من اعتبار الحالين لان وجوب العشر فى النماء الحاصل وأصل الزرع انما حصل للبائع بغير عوض فاما المشترى انما حصل له ذلك بعوض وهو الثمن فلا يمكن ايجاب العشر فى ذلك القدر على المشترى فاوجبناه على البائع

وما حصل من الفضل بعد الشراء فهو انما يسلم للمشتري بغير عوض فعليه عشر ذلك الفضل فان كان من جملة الخضراوات ولكن ليس له ثمرة باقية يجب فيه العشر عندهما ﴿ قال ﴾ ولو ان أرضاً غصبها رجل فزرعها فالزرع له ويتصدق بالفضل على ما أنفق فيها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يتصدق في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بشئ وقد بينا هذا في كتاب الغصب فيما اذا تصرف الغاصب في المغصوب أو تصرف المودع وربح (قال) فان كان أجرها بمال كثير يجب في مثله الزكاة فحال عليها الحول فعليه أن يتصدق بها ولا زكاة عليه لانه قد لزمه التصدق بجميعها قبل حولان الحول فلا يلزمه شئ آخر باعتبار مضي الحول وهذا بخلاف ما تقدم وهو ما اذا نذر أن يتصدق بمائتي درهم عينها فحال عليها الحول تجب فيها الزكاة لأن المال هناك كان ملكا طيباً له وانما التزم التصدق بها بنذره والالتزام بالنذر يكون في الذمة ولهذا كان له أن يتصدق بغيرها ويمسكها فلهذا لزمته الزكاة فيها وأما هنا انما لزمه التصدق في عين هذا المال حيث تمكن منه حتي لايكون له أن يتصدق بغيره ويمسكه فلهذا لايلزمه شئ آخر فان حال عليه الحول رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى عن هذا فقال عليه الزكاة فيها والفضل يتصدق به لأن ملكه فيها كامل فتلزمه الزكاة باعتبار الحول ولكن هذا ضعيف فان وجوب الزكاة في المال بمعنى التطهير . قال الله تعالى تطهرهم وتزكيهم بها وهذا لايحصل بايجاب الزكاة في هذا المال لانه لا يزول الخبث بآداء الزكاة ولكن يلزمه التصدق بالفضل فلا معنى لايجاب الزكاة فيها فقلنا يتصدق بجميعها بعد الحول كما كان يتصدق قبل الحول ﴿ قال ﴾ ولو أن مسلما باع أرضه العشرية بما فيها من زرع لم يدرك من كافر فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يوضع فيها الخراج لأن الحب انعقد في ملك المشترى فكأنه هو الذى زرعها بعد الشراء فعليه الخراج . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى على البائع عشر الزرع ويوضع الخراج علي الكافر أما قوله على البائع عشر الزرع صحيح على قياس مذهبه فيما اذا باعها من مسلم وأما قوله ويوضع الخراج على الكافر فهو غلط لأن من أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكافر اذا اشترى أرضاً عشرية فعليه فيها عشران ولا يوضع الخراج عليه فهنا أيضاً على قوله يجب في الفضل عشران على المشترى لان المشترى لوكان مسلما كان عليه عشر الفضل فاذا كان كافراً كان عليه في الفضل عشران ﴿قال﴾ وان أجرها مسلم من مسلم فلم يزرعها فلا عشر فيها لان محل العشر الخارج ولم يحصل ولو عطلها

المالك لم يجب عشرها على أحد فكذلك اذا عطلها المستأجر ولكن على المستأجر الأجر ان كان قد قبضها لانه كان متمكنا من الانتفاع بها في المدة وبالتمكن من الانتفاع يتقرر الاجر عليه ﴿قال﴾ ولوان أرضا من أرض الخراج مات ربها قبل ان يؤخذ منه الخراج فانه لايؤخذ من ورثته لان الخراج في معنى الصلة فيسقط بالموت قبل الاستيفاء ولايتحول الى التركة كالزكاة ثم خراج الارض معتبر بخراج الرأس ففي كل واحد منهما معني الصغار وكما ان خراج الرأس يسقط بموت من عليه قبل الاستيفاء فكذلك خراج الارض ولا يمكن استيفاؤه من الورثة باعتبار ملكهم لانهم لم يتمكنوا من الانتفاع بها في السنة الماضية ﴿قال﴾ ولو مات رب الاوض العشرية وفيها زرع فانه يؤخذ منه العشر على حاله وفي رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه سوى بين العشر والخراج وقال يسقط بموت رب الارض فاما في ظاهر الرواية الزرع كما حصل صار مشتركا بين الفقراء ورب الارض عشره حق الفقراء وتسعة اعشاره حق رب الأرض ولهذا لايعتبر في ايجاب العشر المالك حتى يجب في أرض المكاتب والعبد والمديون والصبي والمجنون فبموت أحد الشريكين لا يبطل حق الآخر ولكن يبقي ببقاء محله فاما الخراج محله الذمة وبموته خرجت ذمته من ان تكون صالحة لالتزام الحقوق والمال لايقوم مقام الذمة فيما طريقه طريق الصلة وقد بينا في كتاب الزكاة وجوب الخراج في أرض الصبي والمجنون لانه مؤنة الارض النامية ومال الصبي محتمل للمؤنات بمنزلة النفقات ﴿قال﴾ ولو ان رجلا عجل خراج أرضه ألف درهم فذلك يجزيه لان سبب وجوب الخراج ملك الارض المنتفع بها وذلك موجود والتعجيل بعد تمام السبب جائز لسنة ولسنتين الا ترى انه لو عجل صدقة الفطر لسنتين كان جائزا فكذلك اذا عجل الزكاة عن النصاب لسنتين كان جائزا فاما اذا عجل عشر أرضه قبل ان يزرعها لم يجزه لان العشر وان كان مؤنة الارض النامية فانه لايجب الا باعتبار حصول الخارج فلا يتم السبب قبل الزراعة وقبل تمام السبب لايجوز التعجيل كما لو عجل الزكاة عن الابل والغنم قبل ان يجعلها سائمة وبعد مازرعها جاز تعجيل العشر سواء استحصد أو لم يستحصد لان سبب الوجوب قد تم ولم يبق الى وجوب العشر الا مجرد مضي الزمان فهو كتعجيل الزكاة بعد كمال النصاب قبل الحول .. فان عجل عشر نخله قال هنا يجزيه وهو قول أبي يوسف فاما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان حصل الطلع جاز التعجيل والا لم يجز لان ملك النخل

كتلك الارض على معنى ان العشر لايجب فيه وانما يجب في الخارج منه فكما لايجوز تعجيل العشر باعتبار ملك الارض قبل الزراعة فكذلك لايجوز تعجيل عشر النخل قبل ان يخرج الطلع بخلاف ما اذا عجل عشر الزرع قبل ان ينعقد الحب لان القصيل محل لوجوب العشر فيه بدليل انه لو قصله كما هو يلزمه أداء العشر منه فلهذا جاز التعجيل باعتباره وأما النخل ليس بمحل للعشر فانه لو قطعه كان حطباً لاشيء فيه فلا يجوز فيه تعجيل العشر باعتباره وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول لم يبق بينه وبين وجوب العشر الا مجرد مضى الزمان فيجوز التعجيل كما يجوز التعجيل عن الزرع قبل ان ينعقد الحب وعن النصاب قبل ان يحول الحول ﴿ قال ﴾ ولو كان فى الارض الخراجية أرض نخل أو مشجرة فلاخراج فيها لكن يوضع عليها قدر ماتطيق ومعني هذا انه ليس فيها خراج الكرم ولا خراج الرطبة ولا خراج الزرع لانها ليست بمنزلة هذه الاراضى فى الانتفاع ولكن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فيما وظف من الخراج اعتبر الطاقة حيث قال للذين مسحا الأراضى لعلكما حملتما الاراضي مالا تطيق فقالا بل حملناها ماتطيق فعرفنا أن المعتبر هو الطاقة ففى المشجرة وأرض النخل تعتبر الطاقة أيضا وذلك أن ينظر الى غلته فان كانت مثل غلة الرطبة فخراجها مثل خراج ارض الرطبة وان كانت مثل غلة الكرم فخراجها كذلك ﴿قال﴾ فان عجل خراج أرضه ثم غرقت تلك السنة كلها فانه يرد عليه ماأدى من خراجها لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع بها فلا يلزمه خراجها ويد الامام فى الخراج المعجل نائبة عن يد صاحب الارض وقد بينا نظير هذا فى زكاة السائمة اذا عجلها فدفعها الى الساعى ثم هلكت السائمة والمعجل قائم فى يد الساعى فانه يرد عليه فكذلك فى الخراج ﴿ قال ﴾ فان زرعها فى السنة الثانية فانه يحسب له ما أدى من خراجها فى هذه السنة ان لم يرد عليه لأن يده نائبة فى ذلك المال كيده ولا فائدة في الرد عليه ثم الاستيفاء منه . فان قيل أليس انكم قلتم فى الزكاة اذا عجلها ولم تجب عليه الزكاة فى ذلك الحول فان المعجل لايجزىء عما يلزمه فى حول آخر . قلنا ذلك فيما اذا دفعها الى الفقير فتتم الصدقة تطوعا عند مضى الحول وهنا لايتم المؤدي خراجا في الحول الأول ولكن له حق الاسترداد فيحسب اذلك له من خراجه في الحول الثانى ﴿ قال ﴾ فان أجر أرضه سنين فغرقت سنة فلم يفسخ القاضى الاجارة فلا أجر عليه حتي ينضب الماء عنها ولا خراج على ربها فى السنة التي غرقت فيها لان وجوب كل واحد منهما باعتبار

التمكن من الانتفاع وقد انعدم الاأن فرق مابينهمان الأجر يجب للمدة التي مضت قبل ان تغرق والخراج لايجب لان الأجر عوض يجب شيئاً فشيئاً بحسب مايستوفى من المنفعة فاما الخراج انما يجب جملة واحدة باعتبار التمكن من الانتفاع ولم يوجد ذلك حين غرقت الارض وتكون الاجارة على حالها لان تعذر الانتفاع بالارض مع بقائها بعارض على شرف الزوال فتبقى الاجارة مالم يفسخ القاضي العقد فان فسخ القاضى العقد فى تلك الحالة فانها لا تعود الاجارة مستقبلة لانه قضى بفسخ العقد والسبب الموجب له قائم وهو بمنزلة العبد المستأجر اذا أبق فان لم يفسخ القاضى العقد حتى عاد كانت الاجارة باقية وان فسخ القاضى العقد بينهما لم تعد الاجارة بعد ذلك وان عاد من إباقه ﴿ قال ﴾ ولو أن صبياً أدى أبوه عشر أرضه أوخراجها أو أدى ذلك وصيه فهما ضامنان وانما أراد ماذا أديا العشر الى الفقراء أو الخراج الى المقاتلة لان حق الاخذ فيهما للسلطان فلا يسقط عن الصبي بادائها الى الفقراء أو المقاتلة فاما اذا أديا الى السلطان فلاضمان عليهما وكيف يضمنا والسلطان يطالبهما بذلك ويجبرهما على الأداء ثم بين مصارف الصدقات والعشر والخراج والخمس والجزية ومايؤخذ من أهل نجران ومن بني تغلب وقد بينا جميع ذلك في كتاب الزكاة ﴿ قال ﴾ فان اشترى بمال الخراج غنما سائمة للتجارة وحال عليها الحول فعليه فيها الزكاة وهذا بخلاف ماذا اجتمعت الغنم المأخوذة في الزكاة في يد الامام وهي سائمة فحال عليها الحول لان هناك لافائدة فى ايجاب الزكاة فان مصرف الواجب والموجب فيه واحد وهنا فى ايجاب الزكاة فائدة فان مصرف الموجب فيه المقاتلة ومصرف الواجب الفقراء فكان الايجاب مفيداً فلهذا تجب الزكاة ﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل رحمه الله تعالى وفى هذا الفصل نظر فان الزكاة لاتجب الا باعتبار الملك والمالك ولهذا لاتجب في سوائم الوقف ولا فى سوائم المكاتب ويعتبر فى ايجابها صفة الغنى للمالك وذلك لايوجد هنا اذا اشتراها الامام بمال الخراج للمقاتلة فلا تجب فيها الزكاة الا أن يكون مراده أنه اشتراها لنفسه فحينئذ تجب عليه الزكاة باعتبار وجود المالك وصفة الغنى له ﴿ قال ﴾ وان كان للرجل خمسة وعشرون بعيراً حال عليها الحول ثم استفاد عشرة أبعرة فضمها معها ثم ضاع منها عشر من الابل لا يعلم من أيها هى فعليه ثلاث من الغنم فيها والقياس فى ذلك أن يكون عليه خمسة أسباع بنت مخاض وجه القياس أن الجملة كانت خمسة وثلاثين فحين ضاع منها عشرة يجعل ما ضاع مما فيه الزكاة ومما

لا زكاة فيه بالحصة فيكون خمسة أسباع ما ضاع من مال الزكاة وسبعاه مما لا زكاة فيه وخمسة أسباع العشرة سبعة وسبع وقد كان وجب عليه بنت مخاض في خمسة وعشرين ضاع منها سبعة وسبع وبقى منها سبعة عشر وستة أسباع خمسة وعشرين فان كل سبع من خمسة وعشرين ثلاثة وأربعة أسباع فاذا اجتمعت خمس مرات ثلاثة وأربعة أسباع يكون سبعة عشر وستة أسباع فلهذا كان الواجب فيه خمسة أسباع بنت مخاض ولكنه استحسن فقال الشرع أوجب الغنم عند قلة الابل وان لم يكن بينهما مجانسة لدفع الضرر عن صاحب المال بايجاب الشقص عليه كما يدفع الضرر عنه في الابتداء فيجعل الهلاك من مال الزكاة كان لم يكن فكأن في ملكه سبعة عشر بعيراً وستة أسباع فعليه فيها ثلاثة من الغنم ولكن وجه القياس أقوي لان معنى دفع الضرر معتبر في الابتداء فأما في حالة البقاء لا يعتبر ولكن يبقى من الواجب بقدرما بقى من المال ألا ترى أنه لا يعتبر النصاب في البقاء بخلاف الابتداء وقد كان الواجب عند تمام الحول بنت مخاض فلا معنى للتحويل الى الغنم عند هلاك بعض المال فعرفنا أن وجه القياس أقوى فلهذا فرع على وجه القياس فقال ان عرف خمسة من الابل فعليه فيها خمس بنت مخاض وفي الباقية أربعة أخماس ثلثي بنت مخاض أما وجوب خمس بنت مخاض في الخمسة ظاهر لانه قد وجب بنت المخاض في خمسة وعشرين فيكون في خمسة خمسها ثم بقى من مال الزكاة عشرون وما لا زكاة فيه عشرة والهالك عشرة فثلث الهالك مما لازكاة فيه وثلثاه مما فيه الزكاة وهو ستة وثلثان فاذا نقصنا ذلك من العشرين بقى ثلثة عشر وثلث وقد كان عليه ثلثا بنت مخاض في ستة عشر وثلثان لانها ثلثي خمسة وعشرين وثلاثة عشر وثلث يكون أربعة أخماسه فان كل خمس يكون ثلاثة وثلث فلهذا قال في الباقية أربعة أخماس ثلثي بنت مخاض ولو كان له خمسة وعشرون بعيراً خلطها بمثلها بعد الحول بيوم ثم ضاع نصفها فعليه في الباقي نصف بنت مخاض لان نصف الهالك من مال الزكاة ونصفه مما لازكاة فيه وان مابقى نصف مال الزكاة فلهذا قال عليه نصف بنت مخاض في القياس وينبغي على طريقة الاستحسان أن يكون عليه في الباقي شاتان لان الهالك يجعل كأن لم يكن والباقي من مال الزكاة اثني عشر ونصف ولكن وجه القياس أقوي كما بينا وما ذكر بعد هذا الى آخر الكتاب من مسائل المعدن وصدقة الفطر فقد بينا جميع ذلك في كتاب الزكاة والصوم فلا معنى لاعادة ذلك هنا والله سبحانه وتعالى

أعلم بالصوب واليه المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصوم

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى الصوم في اللغة هو الامساك ومنه قول النابغة

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

أي واقفة ومنه صام النهار اذا وقفت الشمس ساعة الزوال وفي الشريعة عبارة عن امساك مخصوص وهو الكف عن قضاء الشهوتين شهوة البطن وشهوة الفرج من شخص مخصوص وهو ان يكون مسلما طاهراً من الحيض والنفاس في وقت مخصوص وهو مابعد طلوع الفجر الى وقت غروب الشمس بصفة مخصوصة وهو ان يكون على قصد التقرب فالاسم شرعي فيه معنى اللغة وأصل فرضية الصوم ثبت بقوله تعالى كتب عليكم الصيام الى قوله فمن شهد منكم الشهر فليصمه ففيه بيان السبب الذي جعله الشرع موجباً وهو شهود الشهر وأمر بالأداء نصاً بقوله فليصمه وقال صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس وذكر من جملتها الصوم وقد كان وقت الصوم في الابتداء من حين يصلي العشاء أو ينام وهكذا كان في شريعة من قبلنا ثم خفف الله تعالى الأمر على هذه الأمة وجعل أول الوقت من حين يطلع الفجر بقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الآية قال أبو عبيد الخيط الابيض الصبح الصادق والخيط اللون وفي حديث عدي ابن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الخيط الأبيض والاسود بياض النهار وسواد الليل وسبب هذا التخفيف ما ابتلى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه وما ابتلى صرمة بن أنس حين رآه النبي صلى الله عليه وسلم مجهوداً فقال مالك أصبحت طلحاً أو قال طليحاً الحديث ومعنى التخفيف ان المعتاد في الناس أكلتان الغداء والعشاء فكان التقرب بالصوم في الابتداء بترك الغداء والاكتفاء بأكلة واحدة وهي العشاء ثم ان الله تعالى أبقى لهذه الأمة الأكلتين جميعاً وجعل معنى التقرب في تقديم الغداء عن وقته كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في السحور انه الغداء المبارك والتقرب بالصوم من حيث مجاهدة النفس والمجاهدة في هذا من وجهين أحدهما بمنع النفس من

الطعام وقت الاشتهاء والثاني بالقيام وقت حبها المنام ومن المجاهدة حفظ اللسان وتعظيم ماعظم الله تعالى كما بدأ به الكتاب وذكر عن مجاهد رحمه الله تعالى انه كان يكره ان يقول الرجل جاء رمضان وذهب رمضان ولكن ليقل جاء شهر رمضان وذهب شهر رمضان قال لا أدري لعل رمضان اسم من أسماء الله تعالى فكأنه ذهب في هذا الى مارواه أبو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقولوا جاء رمضان وذهب رمضان فان رمضان اسم من أسماء الله تعالى وفي رواية ولكن عظموه كما عظمه الله تعالى واختار بعض مشايخنا قول مجاهد في هذا فقال والصحيح من المذهب انه يكره ذلك لان محمدا رحمه الله تعالى لم يبين مذهب نفسه ولا روى خبرا بخلاف قول مجاهد وقالوا في بيان المعنى انه مشتق من الارماض وهو الاحراق والمحرق للذنوب المذهب لها هو الله تعالى والذي عليه عامة مشايخنا انه لا بأس بذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرة في رمضان تعدل حجة وقال من صام رمضان وقامه ايمانا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه وما تأخر وقال ان لله تعالى تسعة وتسعين اسماً من أحصاها دخل الجنة وليس فيها ذكر رمضان واثبات الاسم لا يكون بالآحاد وانما يكون بالمتواتر والمشاهير ولو كان من أسماء الله تعالى فهو اسم مشترك كالحكيم والعالم ولا بأس بان يقال جاء الحكيم والعالم والمراد به غير الله تعالى ﴿ قال ﴾ رجل تسحر وقد طلع الفجر وهو لا يعلم به في شهر رمضان ومراده الفجر الثاني فبطلوع الفجر الأول الذي تسميه العرب ذنب السرحان لا يدخل وقت الصوم قال صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل وكلوا واشربوا حتى يطلع الفجر المستطير المنتشر واذا تبين أن تسحره كان بعد طلوع الفجر الثاني فسد صومه الاعلى قول ابن أبي ليلى فانه يقيسه على الناسي بناء على أصله أن المخصوص من القياس بالنص يقاس عليه غيره وعندنا المخصوص من القياس بالنص لا يقاس عليه فان قياس الاصل يعارضه ولا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى الناسي لان الاحتراز عن هذا الغلط ممكن في الجملة بخلاف النسيان ثم فساد صومه لفوات ركن الصوم وهو الامساك وعليه الامساك في بقية يومه قضاء لحق الوقت فان الامساك في نهار رمضان عند فوات الصوم مشروع قال صلى الله عليه وسلم الا من أكل فلا يأكل بقية يومه وعليه قضاء هذا اليوم لان فوات الاداء بعد تقرر السبب الموجب له فيضمنه بالمثل بما هو مشروع له ولا كفارة عليه

لانه معذور وكفارة الفطر عقوبة لا تجب الا على الجانى قال صلى الله عليه وسلم من أفطر فى نهار رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر والذى أفطر وهو يرى أن الشمس قد غابت ثم تبين أنها لم تغب فعليه مثل هذا وفيه حديث عمر رضي الله عنه حين أفطر مع الصحابة يوما فلما صعد المؤذن المأذنة قال الشمس يا أمير المؤمنين قال بعثناك داعياً ولم نبعثك راعياً ماتجانفنا لاثم وقضاء يوم علينا يسير ﴿قال﴾ رجل أصبح فى شهر رمضان جنبا فصومه تام الا على قول بعض أصحاب الحديث يعتمدون فيه حديث أبى هريرة رضي الله عنه من أصبح جنباً فلا صوم له محمد صلى الله تعالى عليه وسلم ورب الكعبة قاله ﴿ولنا﴾ قوله تعالى فالآن باشروهن الى قوله حتى يتبين لكم الخيط الابيض واذا كانت المباشرة فى آخر جزء من أجزاء الليل مباحة فالاغتسال يكون بعد طلوع الفجر ضرورة وقد أمر الله تعالى باتمام الصوم وفى حديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أصبحت جنبا وأنا أريد الصوم فقال صلى الله عليه وسلم وأنا ربما أصبح جنباً وأنا أريد الصوم فقال لست كأحدنا فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال انى لارجو أن أكون أعلمكم بما يبقى . ولما بلغ عائشة حديث أبى هريرة قالت رحم الله أبا هريرة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من غير احتلام ثم يتم صومه وذلك فى رمضان فذكر قولها لأبى هريرة رضى الله تعالى عنه فقال هى أعلم حدثنى به الفضل بن عباس رضى الله تعالى عنه وكان يومئذ ميتاً ثم تأويل الحديث من أصبح بصفة توجب الجنابة وهو أن يكون مخالطاً أهله وان احتلم نهارا لم يفطر لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث لا يفطرن الصائم القئ والحجامة والاحتلام ﴿قال﴾ وان ذرعه القئ لم يفطر لما روينا ولقول ابن عباس رضى الله تعالى عنه الصوم مما دخل وان تقيأ متعمداً فعليه القضاء لحديث على رضى الله تعالى عنه موقوفا عليه ومرفوعاً الى رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء فعليه القضاء ولان فعله يفوت ركن الصوم وهو الامساك فى تكلفه لابد أن يعود شئ الى جوفه ولا كفارة عليه الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول كل مفطر غير معذور فعليه الكفارة ولم يفصل فى ظاهر الرواية بين ملء الفم وما دونه وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فرق بينهما وهو الصحيح فان مادون ملء الفم تبع لريقه فكان قياس مالو تجشا وملء الفم لا يكون تبعا لريقه ألا ترى أنه ناقض

لطهارته فان عاد الى جوفه أو أعاده فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى اذا ذرعه القيء فرده وهو يستطيع أن يرمى به فعليه القضاء وروي ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى أنه اذا ذرعه القيء فكان ملء فيه أو أكثر فعاد الى جوفه فسد صومه تعمد ذلك أو لم يتعمد والمشهور ان فيه خلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فمحمد اعتبر الصنع فى طرف الاخراج أو الادخال لانه يفوت به الامساك وأبو يوسف يعتبر انتقاض الطهارة ليستدل به على انه ليس بتبع لريقه حتى اذا ذرعه القيء دون ملء الفم وعاد بنفسه لم يفسد صومه بالاتفاق وان أعاده فسد صومه عند محمد ولم يفسد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وان كان ملء الفم فعاد بنفسه فسد صومه عند أبي يوسف ولم يفسد عند محمد وان أعاده فسد صومه بالاتفاق وان تقيأ أقل من ملء فمه فان عاد بنفسه يفسد صومه عند محمد ولم يفسد صومه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وان أعاده ففيه روايتان عن أبي يوسف فى احداهما لايفسد صومه لانه ليس بناقض لطهارته وفى الاخرى يفسد صومه لكثرة صنعه فى الادخال والاخراج جميعاً فكان قياس ملء الفم ﴿ قال ﴾ وان احتجم الصائم لم يضره الا على قول أصحاب الحديث يستدلون فيه بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بمعقل بن يسار وهو يحتجم فى رمضان فقال افطر الحاجم والمحجوم ﴿ولنا﴾ حديث أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال مر بنا أبو طيبة فى بعض أيام رمضان فقلنا من أين جئت فقال حجمت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال أفطر الحاجم والمحجوم شكى الناس اليه الدم فرخص للصائم أن يحتجم وفى حديث بن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم بالقاحة وتأويل الحديث الذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بهما وهما يغتابان آخر فقال صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم أى أذهب ثواب صومهما الغيبة وقيل الصحيح انه غشى على المحجوم فصب الحاجم الماء فى حلقه فقال صلى الله عليه وسلم أفطر الحاجم والمحجوم أى فطره بما صنع به فوقع عند الراوى أنه قال أفطر الحاجم والمحجوم ثم خروج الدم من البدن لايفوت ركن الصوم ولا يحصل به اقتضاء الشهوة وبقاء العبادة ببقاء ركنها ﴿قال﴾ واذا طهرت الحائض فى بعض نهار رمضان لم يجزها صومها فى ذلك اليوم لانعدام الأهلية للاداء في أوله وعليها الامساك عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى عنه فالاصل عنده ان

من كان مباحا له الافطار في أول اليوم ظاهراً وباطناً لا يلزمه الامساك فيه فى بقية اليوم لأن وجوب الامساك فى يوم واحد لا يتجزى كوجوب الصوم وعلى هذا الصبي اذا بلغ والكافر اذا أسلم والمريض اذا برئ والمسافر اذا قدم مصره والمجنون اذا أفاق فى بعض النهار لا يلزمهم الامساك عنده بخلاف يوم الشك اذا تبين أنه من رمضان والمتسحر بعد طلوع الفجر وهو لا يعلم به لان الا كل كان مباحا له باطناً والاصل عندنا أن من صار فى بعض النهار على صفة لو كان عليها فى أول النهار يلزمه الصوم فعليه الامساك فى بقية النهار لان الامساك مشروع خلفاً عن الصوم عند فواته لقضاء حق الوقت ولانه لوأ كل ولا عذر به اتهمه الناس والتحرز عن مواضع التهمة واجب قال صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن موافف التهم . وقال على رضى الله تعالى عنه إياك وما يقع عند الناس انكاره وفي رواية ما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره فليس كل سامع نكراً يطيق أن يوسعه عذراً وان أكلت لم يلزمها شئ لان الامساك لحق الوقت وقد فات على وجه لا يمكن تداركه وعليها قضاء هذا اليوم مع سائر أيام الحيض لما روى أن امرأة قالت لعائشة رضى الله عنها ما بال احدانا تقضى صيام أيام الحيض ولا تقضى الصلاة فقالت احرورية أنت كنا على عهد رسول صلى الله عليه وسلم نقضى صيام أيام الحيض ولا نقضى الصلاة ولان الحرج عذر مسقط للقضاء كما أنه مسقط للأداء وفى قضاء خمسين صلاة فى كل عشرين يوما حرج بين وليس فى قضاء صوم عشرة أيام في احدى عشر شهراً كبير حرج

﴿ قال ﴾ ويقبل الصائم ويباشر اذا كان يأمن على نفسه ما سوي ذلك لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم وفي رواية كان يصيب من وجهها وهو صائم قالت وكان أملككم لأدبه أو لاربه فالادب العضو والارب الحاجة وجاء عمر رضي الله عنه الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أذنبت ذنباً فاستغفر لى قال وما ذنبك قال هششت الى امرأتى وأنا صائم فقبلتها فقال أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أ كان يضرك فقال لا قال فقم أذن وفيه اشارة الى معنى بقاء ركن الصوم وانعدام اقتضاء الشهوة بنفس التقبيل فان كان لا يأمن على نفسه فالتحرز أولى لما روى أن شابا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فمنعه وسأل شيخ عن ذلك فأذن له فيه فنظر القوم بعضهم الى بعض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد علمت لم نظر بعضكم

الى بعض إن الشيخ يملك نفسه وهكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنه وفي حديثه أن الشاب قال له ان ديني ودينه واحد قال نعم ولكن الشيخ يملك نفسه وهو اشارة الى معنى تعريض الصوم للفساد والتجاوز عن القبلة الى غيرها . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه وعلى هذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه كره المباشرة الفاحشة للصائم وكذلك بأن يعانقها وهما متجردان ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها ﴿قال﴾ وان اشتبه شهر رمضان على الاسير تحرى وصام شهراً بالتحرى لانه مأمور بصوم رمضان وطريق الوصول اليه التحرى عند انقطاع سائر الادلة كأمر القبلة فان تبين أنه أصاب شهر رمضان أجزأه لانه أدرك ما هو المقصود بالتحري وان تبين أنه صام شهراً قبله لم يجزه لانه أدى العبادة قبل وجود سبب وجوبها فلم تجزه كمن صلى قبل الوقت وذكر الشافعي رحمه الله تعالى فى كتاب الأم أنه ان علم به قبل مضي شهر رمضان فعليه أن يصوم وان علم به بعد مضى شهر رمضان جاز صومه وان تبين أنه صام شهراً بعده جاز بشرطين اكمال العدة وتبييت النية لشهر رمضان لانه قاض لما وجب عليه بشهود الشهر وفي القضاء يعتبر هذان الشرطان . فان قيل كيف يجوز ولم ينو القضاء . قلنا لانه نوى ما هو واجب عليه من الصوم فى هذه السنة وهذا ونية القضاء سواء فان تبين أنه صام شوال فعليه قضاء يوم الفطر لان الصوم فيه لا يجوز عن القضاء وان تبين أنه صام ذى الحجة فعليه قضاء يوم النحر وأيام التشريق وان تبين أنه صام شهراً آخر فليس عليه قضاء شئ الا أن يكون رمضان كاملا وذلك الشهر ناقصا فحينئذ يقضى يوما لا كمال العدة ﴿قال﴾ وان صام شهر رمضان تطوعا وهو يعلم به أو لا يعلم فصومه عن شهر رمضان والكلام فى هذه المسئلة على فصول أحدها ان أصل النية شرط لأداء صوم رمضان الا على قول زفر رحمه الله تعالى وحجته ان المشروع فى زمان رمضان صوم واحد لان الزمان معيار للصوم ولا يتصور فى يوم واحد الا صوم واحد ومن ضرورة استحقاق الفرض فيه انتفاء غيره فما يتصور منه من الامساك فى هذا اليوم مستحق عليه لصوم الفرض فعلى أى وجه أتي به يقع من الوجه المستحق وهو نظير من وهب النصاب الذى وجبت فيه الزكاة من فقير جازعن الزكاة وان لم ينو (ولنا) حرفان أحدهما ان المستحق عليه فعل هو عبادة والعبادة لا تكون الا بالاخلاص والعزيمة قال صلى الله عليه وسلم الاعمال

بالنيات ولكل امرئ مانوى والثاني ان مع استحقاق الصوم عليه في هذا اليوم بقيت منافعه مملوكة له فان معنى العبادة لايحصل الا بفعل يباشره عن اختيار ويصرف اليه ماهو مملوك له وصرف منافعه المملوكة الى ما هو مستحق عليه على وجه يكون مختاراً فيه لايكون الا عن قصد وعزيمة وفي مسئلة هبة النصاب معنى القصد والعزيمة حصل باختيار المحل ومعنى العزيمة حصل لحاجة المحل الا ترى ان من وهب لفقير شيئاً لايملك الرجوع فيه لحصول المقصود وهو الثواب وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله ينكر هذا المذهب لزفر رحمه الله تعالى ويقول المذهب عنده ان صوم جميع الشهر يتأدى بنية واحدة كما هو قول مالك رحمه الله تعالى وحجتهما ان صوم الشهر في معنى عبادة واحدة فان سببها واحد وهو شهود جزء من الشهر والشروع فيها في وقت واحد والخروج منها كذلك فكان بمنزلة ركعات صلاة واحدة (ولنا) أن صوم كل يوم عبادة على حدة الا ترى ان فساد البعض لايمنع صحة مابقي وانه يتخلل بين الايام زمان لايقبل الصوم وهو الليل وان انعدمت الأهلية في بعض الأيام لايمنع تقرر الأهلية فيما بقي فكانت بمنزلة صلوات مختلفة فيستدعي كل واحد منهما نية على حدة ثم ان أطلق نية الصوم أو نوى النفل فهو صائم عن الفرض عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان يعلم أن اليوم من رمضان فنوى النفل لم يكن صائماً وان كان لايعلم جاز صومه عن النفل لان الخطاب بأداء الفرض لايتوجه عليه الا بعد العلم به . وقال ابن أبي ليلى ان كان يعلم ان اليوم من رمضان جاز صومه عن الفرض وان كان لايعلم لم يكن صائماً لأن قصده عند عدم العلم كان الى أداء النفل غير مشروع فى هذا اليوم فهو كنية أداء الصوم في الليل وانه لغو لكونه غير مشروع فيه . والشافعي رحمه الله تعالى يقول ان صفة الفريضة قربة كأصل الصوم فكما لا يتأدى أصل الصوم الا بالنية فكذلك الصفة وبانعدام الصفة ينعدم الصوم ضرورة وعلى هذا اذا أطلق النية لايجوز والوجه الآخر ان بنية النفل صار معرضاً عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار كاعراضه بترك النية ولا يجوز أن يصير ناويا للصوم المشروع في هذا الوقت بنية النفل لانه لو اعتقد في المشروع في هذا الوقت انه نفل يكفر وعلى هذا لوأطلق النية يجوز لأنه ماصار معرضاً بهذه النية ﴿ ولنا ﴾ حديث علي وعائشة رضي الله تعالى عنهما أنهما كان يصومان يوم الشك وكانا يقولان لأن نصوم يوما من شعبان أحب الينا من أن نفطر يوما من رمضان وانما كانا يصومان بنية النفل

لاجماعنا على أنه لايباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منهما معنى ثم هذا صوم عين فيتأدى بمطلق النية كالنفل ومعناه انه هو المشروع فيه وغيره ليس بمشروع أصلا والمتعين في زمان كالمتعين في مكان فيتناوله اسم الجنس كما يتناوله اسم النوع ومعنى القربة في أصل الصوم يتحقق لبقاء الاختيار للعبد فيه ولايتحقق في الصفة اذ لااختيار له فيها فلا يتصور منه ابدال هذا الوصف بوصف آخر في هذا الزمان فيسقط اعتبار نية الصفة ونية النفل لغو بالاتفاق لان النفل غير مشروع في هذا الوقت والاعراض عن الفرض يكون بنية النفل فاذا لغت نية النفل لم يتحقق الاعراض وهو نظير الحج على قوله وبه يبطل قوله أنه لو اعتقد أنه نفل يكفر وعلى هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في المسافر اذا نوى واجبا آخر في رمضان وقع عن فرض رمضان لان وجوب الاداء ثابت في حق المسافر حتي لو أدى جاز وانما يفارق المقيم في الترخص بالفطر فاذا لم يترخص كان هو والمقيم سواء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يقع صومه عما نوى لانه ماترك الترخص حين قصد صرف منافعه الى ماهو الاهم وهو ماتقرر دينا في ذمته وهذه الرخصة لدفع الحرج والمشقة عنه فكان من مصالح بدنه وفي هذه النية اعتبار المصلحة ان يصوم أو يفطر فصح منه ولان رمضان في حق المسافر كشعبان في حق المقيم على معنى أنه مخير بين ان يصوم أو يفطر فان نوى المسافر النفل ففيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية ابن سماعة عنه يقع عن فرض رمضان لانه ترك الترخص وفي رواية الحسن يقع عن النفل لان رمضان في حقه كشعبان في حق غيره فاما المريض اذا نوى واجبا آخر فالصحيح ان صومه يقع عن رمضان لان اباحة الفطر له عند العجز عن اداء الصوم فاما عند القدرة هو والصحيح سواء بخلاف المسافر وذكر أبو الحسن الكرخي ان الجواب في المريض والمسافر سواء على قول أبي حنيفة وهو سهو أو مؤول ومراده مريض يطيق الصوم ويخاف منه زيادة المرض واما الكلام في وقت النية فلا خلاف في ان أوله من وقت غروب الشمس لان الاصل في العبادات اقتران النية بحال الشروع في الصوم الا أن وقت الشروع في الصوم وقت مشتبه لايعرفه الا من يعرف النجوم وساعات الليل وهو مع ذلك وقت نوم وغفلة والمتهجد بالليل يستحب له أن ينام سحراً فلدفع الحرج جوز له بنية متقدمة على حالة الشروع وان كان غافلا عنه عند الشروع بأن تجعل

تلك النية كالقائمة حكما فأما النيـة بعـد طلوع الفجر لصوم رمضان تجوز فى قول علمائنا رحمهـم الله تعالى وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا تجوز وفى الكتاب لفظان أحـدهما اذا نوى قبل الزوال والثانى اذا نوى قبل انتصاف النهار وهو الاصح فالشرط عندنا وجود النية في أكثر وقت الأداء ليقام مقام الكل واذا نوى قبل الزوال لم يوجد هـذا المعنى لان ساعـة الزوال نصف النهار من طلوع الشمس ووقت أداء الصوم من طـلوع الفجر فالشافعى رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسـلم لا صيام لمن لم يعزم الصيام من الليل والعزم عقـد القلب على الشئ فاذا لم ينعـقد قلبـه على الصوم من الليـل لا يجـزئه والمعنيفيه أن القصد والعزيمة عند أول جزء من العبادة شرط ليكون قربة كالصلاة وسائر العبادات فاذا انعـدم ذلك لم يكن ذلك الجزء قربة وما بقى لا يكفى للفريضة لان المستحق عليه صوم يوم كامل بخلاف النفل فانه غير مقدر شرعا فيمكن أن يجعل صائمـا من حين نوى مع أن مبنى النفل على المسامحة والفرض على الضيق ألا ترى أن صـلاة النفل تجوز قاعداً مع القدرة على القيامورا كبا مع القدرة على النزول بخلاف الفرض ﴿ولنا﴾ حديث عكرمة عن ابن عباس رضى عنهما أن الناس أصبحوا يوم الشك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدم اعرابي وشهد برؤية الهلال فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم أتشهد أن لا إله الا الله وأنى رسول الله فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم الله أكبر يكفى المسلمين أحـدهم فصام وأمر الناس بالصيام وأمر مناديا فنادى ألا من كان أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وتأويل حديثـه أن المراد هوالنهي عن تقـديم النية على الليل ثم هو عام دخـله الخصوص بالاتفاق وهوصوم النفل فنحمله على سائر الصيامات بالقياس وهو ان هـذا يوم صوم فالامساك في أول النهار يتوقف على أن يصـير صوما بالنية قبل الزوال كالنفل وهذا لأن الصوم ركن واحد وهوالامساك من أول النهار الى آخره فاذا اقترنت النيـة بأكثره ترجح جانب الوجود على جانب العـدم فيجعل كاقتران النيـة بجميعه ثم اقـتران النيـة بحالة الشروع ليس بشرط فى باب الصوم بدليل جواز التقديم فصارت حالة الشروع هنا كحالة البقاء فىسائر العبادات واذا جاز نيته متقدمةدفعا للحرج جاز نيتهمتأخرة عن حالة الشروع بطريق الاولى لأنه انلم تقـترن بالشروع هنا فقد اقترنت بالاداء ومعنى الحرج في جنس الصائمين لايندفع بجواز التقديم في الصائمين صبي بلغ نصف الليل وحائض

تطهر فى آخر الليل فلا يتنبه الا بعد طلوع الفجر وفى أيامه يوم الشك فلا يمكنه أن ينوى الفرض ليلا اذ لم يتبين أنه من رمضان وان نوى الصوم بعد الزوال لم يجزه لانعدام الشرط فى أكثر وقت الأداء فيترجح به جانب العدم ثم القرب بسبب الصوم وقع فى ترك الغداء كما بينا ووقت الغداء قبل الزوال لا بعده فاذا نوى قبل الزوال كان تاركا للغداء على قصد التقرب واذا نوى بعد الزوال لم يكن تركه الغداء على قصد التقرب فلا يكون صوما وكذلك المسافر اذا نوى قبل الزوال وقد قدم مصره أو لم يقدم ولم يكن أكل شيئاً جاز صومه عن الفرض عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى هو يقول امساك المسافر في أول النهار لم يكن مستحقاً لصوم الفرض فلم يتوقف على وجود النية ولم يستند اليه في حقه الى أول النهار بخلاف المقيم ﴿ ولنا ﴾ ان المعنى الذى لاجله جوّز في حق المقيم اقامة النية فى أكثر وقت الاداء مقامها فى جميع الوقت وجد فى حق المسافر فالمسافر فى هذا الوقت أسوة المقيم انما يفارقه في الترخص بالفطر ولم يترخص به ولان العبادة فى وقتها مع ضرب نقصان أولى من تفويتها عن وقتها والمسافر والمقيم فى هذا سواء وبهذا فارق صوم القضاء فانه دين فى ذمته والايام في حقه سواء فلا يفوته شيء اذا لم نجوزه مع النقصان فلهذا اعتبرنا صفة الكمال منه ﴿ قال ﴾ رجل أصبح صائماً فى رمضان قبل ان تبين انه من رمضان ثم تبين انه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس ومراده في هذا يوم الشك ومعنى الشك ان يستوى طرف العلم وطرف الجهل بالشيء وانما يقع الشك من وجهين اما ان غم هلال شعبان فوقع الشك انه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أو غم هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين انه من شعبان أو من رمضان ولا خلاف انه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم لاتقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين ولانه حين نوى الفرض فقد اعتقد الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية فيما هو فرض ولكن مع هذا اذا تبين ان اليوم من رمضان فصومه تام لان النهي ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه فاما اذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا وهو الافضل وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان وافق ذلك يوما كان يصومه أو صام قبله أياما فلا بأس به والا فهو مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ولما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم ستة أيام يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق ويوم الشك ولنا حديث علي وعائشة رضى الله عنهما انهما كانا

يصومان يوم الشك كما روينا ولان هذا اليوم من شعبان لان اليقين لا يزال بالشك والصوم من شعبان تطوعاً مندوب اليه كما فى سائر أيامه جاء فى الحديث انه صلى الله عليه وسلم ما كان يصوم فى شهر أكثر منه فى شعبان فانه كان يصومه كله وتأويل النهي ان ينوى الفرض فيه وبه نقول ﴿ قال ﴾ الا ان يكون أبصر الهلال وحده ورد الامام شهادته وانما ترد شهادته اذا كانت السماء مصحية وهو من أهل المصر فاما اذا كانت السماء مغيمة أو جاء من خارج المصر أو كان من موضع نشز فانه تقبل شهادته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى فى أحد قوليه قال لان تهمة الكذب اذا كان بالسماء غيم أظهر فان الغيم مانع من الرؤية فاذا لم تقبل شهادته عند عدم المانع فعند قيامه أولى ﴿ ولنا ﴾ حديث عكرمة على ماروينا ثم هو مخبر بأمر ديني وهو وجوب اداء الصوم على الناس فوجب قبول خبره اذا لم يكذبه الظاهر كمن روى حديثاً وهذا الظاهر لا يكذبه فلعله تقشع الغيم عن موضع القمر فاتفقت له الرؤية دون غيره بخلاف ما اذا كانت السماء مصحية لان الظاهر يكذبه فانه مساو للناس فى الموقف والمنظر وحدة البصر وموضع القمر فاذا رد الامام شهادته فعليه ان يصوم ولا يفطر الا على قول الحسن بن حي يعتمد ظاهر قوله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون وهذا ليس بيوم الصوم فى حق الجماعة فكذلك فى حق الواحد ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما ولان وجوب الصوم برؤية الهلال أمر بينه وبين ربه فلا يؤثر فيه الحكم وقد كان لزمه الصوم قبل أن ترد شهادته فكذلك بعده فان أفطر بالجماع لم تلزمه الكفارة عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى هو يقول إنه متيقن ان اليوم من رمضان اذ لا طريق للتيقن أقوى من الرؤية وتيقنه لا يتغير بشك غيره ألا ترى أنه يلزمه الصوم فيه عن الفرض ويوم الشك ينهي فيه عن مثله وكما ان وجوب الصوم بينه وبين ربه فكذلك وجوب الكفارة عند الفطر ﴿ ولنا ﴾ أنه مفطر بالشبهة لان الامام حين رد شهادته فقد حكم بأنه كاذب بدليل شرعى أوجب له الحكم به ولو كان حكمه هذا حقاً ظاهراً وباطنا لكان يباح الفطر له فاذا كان نافذا ظاهرا يصير شبهة وكفارة الفطر عقوبة تدرأ بالشبهات حتى لا تجب على المخطئ ثم الكفارة انما وجبت بالفطر فى يوم رمضان مطلقا وهذا اليوم رمضان من وجه شعبان من وجه

ألا ترى ان سائر الناس لا يلزمهم الصوم فيه ويوم من رمضان لا ينفك عن الصوم فيه قضاء أواداء فلم يكن هذا اليوم فى معنى المنصوص من كل وجه فلو أوجبنا الكفارة فيه كان بطريق القياس على المنصوص ولا مدخل للقياس فى اثبات الكفارة فاما وجوب الصوم فهو عبادة يؤخذ فيه بالاحتياط فكونه من رمضان من وجه يكفي فى حقه ﴿ قال ﴾ رجل قبل امرأته فى شهر رمضان فانزل عليه القضاء ولا كفارة عليه لحديث ميمونة بنت سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قبل امرأته وهما صائمان فقال قد أفطرا وتأويله أنه قد علم من طريق الوحي حصول الانزال به ثم معنى انتضاء الشهوة قد حصل بالانزال فانعدم ركن الصوم ولا يتصور أداء العبادة بدون ركنها ولكن لا تلزمه الكفارة لنقصان فى الجناية من حيث أن التقبيل تبع وليس بمقصود بنفسه وفى النقصان شبهة العدم الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يوجب الكفارة على كل مفطر غير معذور وكذلك المرأة ان أنزلت لحديث أم سليم أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امرأة ترى فى منامها مثل ما يري الرجل فقال ان كان منها مثل ما يكون منه فلتغتسل أشار الى أنها تنزل كالرجل واذا أنزلت فحكمها حكم الرجل ﴿ قال ﴾ ومن أكل أوشرب أو جامع ناسياً فى صومه لم يفطره ذلك والنفل والفرض فيه سواء . وقال مالك رحمه الله تعالى فى الفرض يقضى وهو القياس على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير لولا قول الناس لقلت يقضى أى لو لا روايتهم الاثر أولو قول الناس إن أبا حنيفة رحمه الله تعالى خالف الاثر .. ووجه القياس أن ركن الصوم ينعدم بأكله ناسياً كان أوعامداً وبدون الركن لا يتصور أداء العبادة والنسيان عذر بمنزلة الحيض والمرض فلا يمنع وجوب القضاء عند انعدام الاداء ﴿ ولنا ﴾ حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أكلت وشربت فى رمضان ناسياً وأنا صائم فقال أن الله أطعمك وسقاك فتم على صومك وهكذا روى عن علي رضى الله عنه . وقال سفيان الثوري رضى الله عنه ان أكل أو شرب لم يفطر وان جامع ناسياً أفطر قال لان الحديث ورد في الاكل والشرب والجماع ليس فى معناه لان زمان الصوم زمان وقت للأكل عادة فيبتلى فيه بالنسيان وليس بوقت الجماع عادة فلا تكثر فيه البلوى ولكنا نقول قد ثبت بالنص المساواة بين الاكل والشرب والجماع في حكم الصوم فاذا ورد نص فى أحدهما كان وروداً في الآخر باعتبار هذه المقدمة كمن يقول لغيره

إجعل زيداً وعمراً في العطية سواء ثم يقول اعط زيداً درهما كان ذلك تنصيصاً على أنه يعطى عمراً أيضاً درهما فان تذكر فنزع نفسه من ساعته فصومه تام وكذا الذى طلع عليه الفجر وهو مخالط لأهله اذا نزع نفسه من ساعته فصومه تام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى فيهما جميعاً يقضي الصوم لوجود جزء من المواقعة وان قل بعد التذكر وطلوع الفجر ﴿ولنا﴾ أنه لم يوجد بعد التذكر وطلوع الفجر الا الامتناع من قضاء الشهوة وذلك ركن الصوم فلا يفسد الصوم وروى محمد عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى في نوادر الصوم أنه قال في الذى طلع عليه الفجر يقضي بخلاف الناسي والفرق أن اقتران المواقعة بطلوع الفجر مانع من انعقاد الصوم وفي الناسي صومه كان منعقداً ولم يوجد ما يرفعه وهو اقتضاء الشهوة بعد التذكر فبقي صائماً فان أتم الفعل فعليه القضاء دون الكفارة الا على قول الشافعي رحمه الله تعالى فانه يجعل استدامة الفعل بعد التذكر وطلوع الفجر كالانشاء ﴿ولنا﴾ ان الشبهة قد تمكنت في فعله من حيث ان ابتداءه لم يكن جناية وروى هشام عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى في الذى طلع عليه الفجر اذا أتم الفعل فعليه الكفارة بخلاف ما اذا تذكر لان آخر الفعل من جنس أوله وفي الذى طلع عليه الفجر أول فعله عمد فكذلك آخره بخلاف الناسي فان ذكر الناسي فلم يتذكر وأكل مع ذلك فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان على قول زفر لا يفسد صومه لبقاء المانع وهو النسيان وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفسد صومه لان الاحتياط قد لزمه حين ذكر وعدم التذكر بعد ما ذكرنا در فلا يعتبر ﴿قال﴾ واذا تمضمض الصائم فسبقه الماء ندخل حلقه فان لم يكن ذاكرا لصومه فصومه تام كما لو شرب وان كان ذاكراً لصومه فعليه القضاء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ثم عذر هذا أبين من عذر الناسي فان الناسي قاصد الى الشرب غير قاصد الى الجناية على الصوم وهذا غير قاصد الى الشرب ولا الى الجناية على الصوم فاذا لم يفسد الصوم ثمة فهنا أولى ﴿ولنا﴾ ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للقسط بن صبرة بالغ في المضمضة والاستنشاق الا ان تكون صائماً فالنهى عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على ان دخول الماء في حلقه مفسد لصومه ولان ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور وهكذا القياس في الناسي ولكنا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه لان

التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن ثم ركن الصوم قد انعدم معنى فان الذى حصل له وان كان مخطئاً قد انعدم صورة لامعنى بأن يتناول حصاة فسد صومه فاذا انعدم معنى أولى لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور وكان ابن أبي ليلى يقول ان كان وضوؤه فرضاً لم يفسد صومه وان كان نفلا فسد صومه لهذا . وقال بعض أهل الحديث ان كان فى الثلاث لايفسد صومه وان جاوز الثلاث يفسد صومه . ومنهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق فى الوضوء والجنابة والاعتماد على ماذكرنا وتأويل الحديث ان المراد رفع الاثم دون الحكم وبه نقول ﴿قال﴾ والاكتحال لا يضر الصائم وان وجد طعمه في حلقه وكان ابراهيم النخعي يكره للصائم أن يكتحل وابن أبي ليلى كان يقول ان وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل الى باطنه ﴿ولنا﴾ حديث أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة إثمد في رمضان فاكتحل وهو صائم . وعن أبي مسعود قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحلته أم سلمة وصوم يوم عاشوراء فى ذلك الوقت كان فرضاً ثم صار منسوخا ثم ماوجد من الطعم فى حلقه أثر الكحل لاعينه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه فى حلقه فهو قياس الغبار والدخان وان وصل عين الكحل الى باطنه فذلك من قبل المسام لا من قبل المسالك اذ ليس من العين الى الحلق مسلك فهو نظير الصائم يشرع فى الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره وعلى هذا اذا دهن الصائم شاربه فأما السعوط والوجور يفطره لوصوله الى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف والفطر مما يدخل ولا كفارة عليه لان معنى الجناية لا يتم به فان اقتضاء الشهوة لا يحصل به الا فى رواية هشام عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن عليه الكفارة اذا لم يكن به عذر والحقنة تفطر الصائم لوصول المفطر الى باطنه وهذا بخلاف الرضيع اذا احتقن بلبن امرأة لا يثبت به حرمة لرضاع الا فى رواية شاذة عن محمد رحمه الله تعالى لان ثبوت حرمة الرضاع بما يحصل به انبات اللحم وانشاز العظم وذلك بما يحصل الى أعالى البدن لا الى الاسافل فأما الفطر يحصل بوصول المفطر الى باطنه لانعدام الامساك به والاقطار فى الاذن كذلك يفسد لانه يصل الى الدماغ والدماغ أحد الجوفين فاما الاقطار في الاحليل لايفطره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويفطره عند أبي يوسف وحكي ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى

أنه توقف فيه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه اذا صب الدهن فى إحليله فوصل الى مثانته فسد صومه وهذا الاختلاف قريب فقد وقع عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن من المثانة الى الجوف منفذحتي لاتقدر المرأة على استمساك البول والامر على ما قالا فان أهل الطب يقولون البول يخرج رشحاً وما يخرج رشحا لا يعود رشحاً وبعضهم يقول هناك منفذ على صورة حرف الخاء فيخرج منه البول ولا يتصور أن يعود فيه شئ مما يصب فى الاحليل فأما الجائفة والآمة اذا داواهما بدوآء يابس لم يفطره وان دواهما بدواء رطب فسد صومه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يفسد فى قولهما والجائفة اسم لجراحة وصلت الى الجوف والآمة اسم لجراحة وصلت الى الدماغ فهما يعتبران الوصول الى الباطن من مسلك هو خلقة في البدن لان المفسد للصوم ما ينعدم به الامساك المأموربه وانما يؤمر بالامساك لاجل الصوم من مسلك هو خلقة دون الجراحة العارضة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المفسد للصوم وصول المفطر الى باطنه فالعبرة للواصل لا للمسلك وقد تحقق الوصول هنا وفى ظاهر الرواية فرق بين الدواء الرطب واليابس وأكثر مشايخنا رضي الله عنهم أن العبرة بالوصول حتي اذا علم أن الدواء اليابس وصل الى جوفه فسد صومه وان علم أن الرطب لم يصل الى جوفه لايفسد صومه عنده الا انه ذكر اليابس والرطب بناء على العادة فاليابس انما يستعمل فى الجراحة لاستمساك رأسها به فلا يتعدى الى الباطن والرطب يصل الى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما والدليل على ان العبرة لما قلنا ان اليابس يترطب برطوبة الجراحة ﴿ قال ﴾ رجل أصبح فى أهله صائماً ثم سافر لم يفطر لانه حين أصبح مقيما وجب عليه أداء الصوم في هذا اليوم حقاً لله تعالى وانما أنشأ السفر باختياره فلايسقط به ماتقرر وجوبه عليه وان أفطر فلا كفارة عليه لتمكن الشبهة بسبب اقتران المبيح للفطر فان السفر مبيح للفطر فى الجملة فصورته وان لم تبح تمكن شبهة وكفارة الفطر تسقط بالشبهة وذكر الشافعي رحمه الله تعالي فى رواية البويطى انه يلزمه الكفارة اعتباراً لآخر النهار بأوله وهذا بعيد فان فى أوله يتعرى فطره عن الشبهة وبعد السفر يقترن السبب المبيح بالفطر ولو وجد هذا السبب في أول النهار لكان الفطر يباح له فاذا وجد في آخره يصير شبهة ﴿ قال ﴾ رجل أصبح صائماً متطوعاً ثم أفطر عليه القضاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وحجته حديث أم هانئ ان النبي صلي الله عليه وسلم ناولها فضل سؤره فشربت ثم قالت انى كنت

صائمة لكن كرهت ان أرد سؤرك فقال صلى الله عليه وسلم ان كان صومك عن قضاء فاقضي يوماً وان كان صومك تطوعاً فان شئت فاقضيه وان شئت فلاتقضيه ولان المتنفل متبرع بما ليس عليه فلا يلزمه مالم يتبرع به ولكنه مخير في آخره كما كان مخيراً في أوله كمن شرع في صلاة التطوع ينوى أربعاً فصلى ركعتين كان مخيراً في الشفع الثاني وهذا بخلاف الحج فان بتبرعه هناك لايلزمه شيء انما تعذر الخروج عما شرع فيه فيلزمه الاتمام حتي لو تيسر عليه الخروج بالاحصار لم يلزمه القضاء عندي وبخلاف الناذر فانه ملتزم ماليس عليه فكان نظير النذر من المعاملات الكفالة ونظير الشروع في الهبة والاقرار ﴿ ولنا ﴾ حديث عائشة قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فاهدى لنا حيس فأكلنا فدخل رسول الله صلي الله عليه وسلم وابتدرنا لنسئله فبدرتني حفصة وكانت بنت أبيها سباقة الى الخيرات فقال صلى الله عليه وسلم إقضيا يوما مكانه فان كان هذا بعد حديث أم هانئ كان ناسخاً له وان كان قبله فتبين به ان المراد بقوله ان شئت فاقضيه وان شئت فلا تقضيه تأخير القضاء وتعجيله أو تبين به ان النبي صلى الله عليه وسلم خص أم هانيء باسقاط القضاء عنها لقصدها التبرك بسؤر رسول الله صلى الله عليه وسلم فكأنها غفلت عن الصوم لفرط قصدها الى التبرك كما ان أبا طيبة لما حجم النبي صلى الله عليه وسلم شرب دمه فقال صلى الله عليه وسلم حرم الله جسدك على النار وشرب الدم لا يوجب هذا ولكنه لفرط المحبة غفل عن الحرمة فأكرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكر ولانه باشر فعل قربة مقصودة فيجب عليه اتمامها ويلزمه القضاء بالافساد كمن أحرم بحج التطوع ولانقول ان تبرعه بما ليس عليه يلزمه مالم يتبرع به ولكن وجب عليه حفظ المؤدى لكونه قربة فان التحرز عن ابطال العمل واجب قال الله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم كما ان الوفاء بالعهد واجب فكما يلزمه الاداء بعد النذر لان الوفاء به فكذلك يلزمه أداء مابقي لان التحرز عن ابطال العمل فيه بخلاف الصلاة فانه ليس في الامتناع من الشفع الثاني ابطال الشفع الأول ولانه بالشروع تعين هذا اليوم لأداء الصوم المشروع فيه وله ولاية التعيين فيتعين بتعيينه والتحق بالزمان المتعين للصوم شرعاً والافساد في ذلك الزمان يوجب القضاء فهذا مثله وهو كالناذر لما كان له ولاية الايجاب التحق ذلك بالواجب شرعاً حتي اذا انعدم الأداء منه لزمه القضاء فهذا مثله وهذه المسئلة تبني على أصل وهو ان بعد الشروع لايباح له الافطار بغير عذر عندنا

فيصير بالافطار جانياً فيلزمه القضاء وعند الشافعي رحمه الله تعالى يباح له الافطار من غير عذر واختلفت الروايات في الضيافة هل تكون عذراً فروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى انه عذر مبيح للفطر وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لايكون عذراً وروى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه يكون عذراً وهو الأظهر لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الأنصار فامتنع رجل من الأكل فقال اني صائم فقال صلى الله عليه وسلم انما دعاك أخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ووجه الرواية الاخرى ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطراً فليأكل وان كان صائماً فليصل أى فليدع لهم وقال صلى الله عليه وسلم ان أخوف ما أخاف على أمتي الشرك والشهوة الخفية فقيل أوتشرك أمتك بعدك فقال لاولكنهم يراؤن بأعمالهم فقيل وما الشهوة الخفية فقال ان يصبح أحدهم صائماً ثم يفطر على طعام يشتهيه وسواء كان الفطر بعذر أو بغير عذر فالقضاء واجب وكذلك سواء حصل الفطر بصنعه أو بغير صنعه حتى اذا حاضت الصائمة تطوعاً فعليها القضاء في أصح الروايتين وفى كتاب الصلاة اذا افتتح التطوع بالتيمم ثم أبصر الماء فعليه القضاء والخروج هنا ما كان بصنعه فتبين ان الصحيح ان الشروع ملزم للاتمام كالنذر موجب للأداء وانه متى تعذر الاتمام بعد صحة الشروع فعليه القضاء ﴿قال﴾ رجل أغمى عليه في شهر رمضان حين غربت الشمس فلم يفق الا بعد الغد فليس عليه قضاء اليوم الأول لانه لما غربت الشمس وهو مفيق فقد صح منه نية صوم الغد وركن الصوم هو الامساك والاغماء لا ينافيه فتأدى صومه في اليوم الأول لوجود ركنه وشرطه وعليه قضاء اليوم الثاني لان النية في اليوم الثاني لم توجد وقد بينا ان صوم كل يوم يستدعى نية على حدة وبمجرد الركن بدون الشرط لا تتأدى العبادة ﴿قال﴾ واذا نظر الى فرج امرأته فأنزل فصومه تام مالم يمسها وقال مالك رحمه الله تعالى ان نظر مرة فكذلك وان نظر مرتين فسد صومه لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي لا تتبع النظرة النظرة فانما الأولى لك والاخرى عليك ولان النظر الأول يقع بغتة فلا ينعدم به الامساك فاذا تعمد النظر بعد ذلك حتى أنزل فقد فوت ركن الصوم ﴿ولنا﴾ ان النظر كالتفكر على معنى أنه مقصور عليه غير متصل بها ولو تفكر في جمال امرأة فأنزل لم يفسد صومه فكذلك اذا نظر الى فرجها ولو كان هذا مفسداً للصوم لم يشترط فيه

التكرار كالمس وتأويل الحديث المؤاخذة بالمأثم اذا تعمد النظر الى مالا يحل وان جامعها متعمداً فعليه ان يتم صوم ذلك اليوم بالامساك تشبها بالصائمين وعليه قضاء ذلك اليوم والكفارة اما وجوب القضاء فقول جمهور العلماء وقال الاوزاعى ليس عليه القضاء واستدل بحديث الاعرابى فان النبي صلى الله عليه وسلم بين حكم الكفارة له ولم يبين حكم القضاء وتأخير البيان عن وقت الحاجة لايجوز وقال صلى الله عليه وسلم من أفطر في رمضان متعمداً فعليه ماعلى المظاهر وليس على المظاهر سوى الكفارة ﴿ولنا﴾ أنه وجب عليه الصوم بشهود الشهر وقد انعدم الاداء منه فيلزمه القضاء كما لو كان معذوراً وفوت مالزمه من الاداء فيضمنه بمثل من عنده كما في حقوق العباد وانما أراد بقوله فعليه ماعلى المظاهر بسبب الفطر وبه نقول ان وجوب القضاء ليس بسبب الفطر وانما بين للاعرابى ما كان مشكلا عليه ووجوب القضاء غير مشكل . فاما وجوب الكفارة قول جمهور العلماء وكان سعيد بن جبير يقول لا كفارة على المفطر فى رمضان لان في آخر حديث الاعرابي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له كلها أنت وعيالك فانتسخ بهذا حكم الكفارة ﴿ ولنا ﴾ قول النبي صلى الله عليه وسلم من أفطر فى رمضان متعمداً فعليه ماعلى المظاهر وحديث الاعرابى حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ينتف شعره ويقول هلكت وأهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت أهلى فى رمضان نهاراً متعمداً فقال اعتق رقبة فضرب بيده على صفحة عنقه وقال لا أملك الا رقبتى هذه فقال صلى الله عليه وسلم صم شهرين متتابعين فقال وهل أتيت ما أتيت الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد فقال إجلس فجلس فأتى بصدقات بنى زريق فقال خذ خمسة عشر صاعا فتصدق بها على المساكين فقال على أهل بيت أحوج اليها منى ومن عيالى والله مابين لابتى المدينة أحوج اليها مني ومن عيالى فقال صلى الله عليه وسلم كلها أنت وعيالك زاد فى بعض الروايات تجزيك ولاتجزى أحداً بعدك فان ثبتت هذه الزيادة ظهر أنه كان مخصوصاً وان لم تثبت هذه الزيادة لايتبين به انتساخ الكفارة ولكنه عذره في التأخير للعسرة ثم الكفارة مرتبة عند علمائنا والشافعى رحمهم الله تعالى . وقال مالك رحمه الله تعالى ثبتت على سبيل التخيير لحديث سعد بن أبى وقاص ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى افطرت فى رمضان فقال اعتق رقبة أو صم شهرين أو أطعم ستين مسكينا ﴿ ولنا ﴾ ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم فعليه

ماعلى المظاهر وتبين بهذا ان المراد بالحديث الآخر بيان مابه تتأدى الكفارة فى الجملة لا بيان التخيير ثم بعد العجز عن العتق كفارته بالصوم ألا على قول الحسن البصرى فانه يقول عليه بدنة وجعل هذا قياس المجامع في الاحرام ولكنا نقول لامدخل للقياس في اثبات مابه تتأدى الكفارة انما طريق معرفته النص وليس فى شئ من النصوص ذكر البدنة فى كفارة الفطر فكما لامدخل للقياس فيما تتأدى به العبادات فكذافيما يجب بالجناية فيها . والصوم مقدر بالشهرين بصفة التتابع الاعلى قول ابن أبي ليلى فانه يقول ان شاء تابع وان شاء فرق بالقياس على القضاء وما روينا من الآثار حجة عليه وكان ربيعة الرازى يقول الصوم مقدر باثني عشر يوما قال لان السنة اثنى عشر شهراً فصوم كل يوم يقوم مقام اثنى عشر يوما وبعض الزهاد يقول الصوم مقدر بألف يوم فان فى رمضان ليلة القدر وهي خير من ألف شهر فاذ فوت صوم يوم منه فعليه ان يصوم ألف يوم ليقوم مقامه ولسنا نأخذ بشئ من هذا فان الاعتماد على الآثار المشهورة كما روينا وهذه آثار تلقتها العلماء بالقبول والعمل بها واثبات الكفارة بمثلها جائز وكما تجب الكفارة على الرجل تجب عليها ان طاوعته وللشافعى رحمه الله تعالى ثلاثة أقاويل قول مثل هذا وقول آخر ان الكفارة عليه دونها وقول آخر فصل بين البدنى والمالى فقال عليها الكفارة بالصوم ويتحمل الزوج عنها اذا كان ماليا واستدل بحديث الاعرابى فان النبي صلى الله عليه وسلم بين حكم الكفارة في جانبه لا فى جانبها فلو لزمتها الكفارة لبين ذلك كما بين الحد فى جانبها فى حديث العسيف ثم سبب الكفارة المواقعة المعدمة للصوم والرجل هو المباشر لذلك دونها اذهى محل المواقعة وليست بمباشرة للمواقعة فكان فعلها دون فعل الرجل كالجماع فيما دون الفرج بخلاف الحد فان سببه الزنا وهى مباشرة للزنا فان الله تعالى سماها زانية وعلى القول الآخر يقول ما يتعلق بالمواقعة اذا كان بدنياً اشتركا فيه كالاغتسال واذا كان مالياً تحمل الزوج عنها كالمهر وثمن ماء الاغتسال ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم من أفطر فى رمضان وكلمة من تعم الرجال والنساء وتبين بهذا ان السبب الموجب للكفارة فطر هو جناية كاملة وهذا السبب يتحقق فى جانبها كما يتحقق فى جانبه فلزمها الكفارة كما يلزمها الحد بسبب الزنا وبه تبين ان تمكينها فعل كامل فان مع النقصان لا يجب الحد وبيان النبي صلى الله عليه وسلم الكفارة في جانبه بيان فى جانبها لان كفارتهما واحدة بخلاف حديث العسيف فان الحد في جانبه كان

هو الجلد وفى جانبها الرجم ولا معنى للتحمل لان الكفارة اما ان تكون عقوبة أو عبادة وبسبب النكاح لايجرى التحمل في العبادات والعقوبات انما ذلك في مؤن الزوجية وان غلبها على نفسها فعليها القضاء دون الكفارة وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لايفسد صومها والكلام فى هذا نظير الكلام فى الخاطئ وقد بيناه ﴿قال﴾ وكذلك ان أكل أو شرب متعمداً فعليه القضاء والكفارة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا كفارة عليه لان سبب وجوب الكفارة بالنص المواقعة المعدمة للصوم فلو أوجب بالاكل كان بالقياس على المواقعة ولا مدخل للقياس فى الكفارة الا ترى انه لاتقاس دواعى الجماع على الجماع فيه ولان الحرمة تارة تكون لاجل العبادة وتارة لعدم الملك ثم ما يتعلق بالاكل لا يتعلق بالمواقعة متى كانت الحرمة لعدم الملك فكذلك العبادة واستدل بالحج فان ما يتعلق بالمواقعة فيه وهو فساد النسك لايتعلق بسائر المحظورات فكذلك الصوم والجامع ان هذه عبادة للكفارة العظمى فيها فتختص بالمواقعة ﴿ولنا﴾ حديث أبى هريرة ان رجلا قال يارسول الله أفطرت فى رمضان فقال من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال اعتق رقبة وانما فهم رسول الله صلى الله عليه وسلم من سؤاله الفطر بما يحوجه اليه كالمرض والسفر وذكر أبو داود ان الرجل قال شربت فى رمضان وقال على رضى الله عنه انما الكفارة فى الاكل والشرب والجماع ولان فطره تضمن هتك حرمة النص فكان كالفطر بالجماع وبيانه ان نص التحريم بالشهر يتناول ما يتناوله نص الاباحة بالليالى وهتك حرمة النص جناية متكاملة ثم نحن لا نوجب الكفارة بالقياس وانما نوجبها استدلالا بالنص لان السائل ذكر المواقعة وعينها ليس بجناية بل هو فعل فى محل مملوك وانما الجناية الفطرية فتبين ان الموجب للكفارة فطر هو جناية الا ترى ان الكفارة تضاف الى الفطر والواجبات تضاف الى أسبابها والدليل عليه انه لاتجب على الناسي لانعدام الفطر والفطر الذى هو جناية متكاملة يحصل بالاكل كما يحصل بالجماع ولانه آلة له وتعلق الحكم بالسبب لا بالآلة ثم ايجابه فى الاكل أولى لان الكفارة أوجبت زاجرة ودعاء الطبع في وقت الصوم الى الأكل أكثر منه الى الجماع والصبر عنه أشد فايجاب الكفارة فيه أولي كما ان حرمة التأفيف يقتضى حرمة الشتم بطريق الأولى ثم لأجل العبادة استوى حرمة الجماع وحرمة الاكل بخلاف حال عدم الملك فان حرمة الجماع أغلظ حتى تزيد حرمة الجماع على حرمة الاكل وبخلاف الحج

فان حرمة الجماع فيه أقوى حتى لا يرتفع بالحلق والدليل على المساواة هنا فصل الناسى فقد جعلنا النص الوارد فى الاكل حال النسيان كالوارد فى الجماع فكذلك يجعل النص الوارد فى ايجاب الكفارة بالمواقعة كالوارد فى الاكل والدواعى تبع فلا تتكامل به الجناية . ثم حاصل المذهب عندنا ان الفطر متى حصل بما يتغذى به أو يتداوى به تتعلق الكفارة به زجراً فان الطباع تدعو الى الغذاء وكذلك الى الدواء لحفظ الصحة أو اعادتها فأما اذا تناول مالا يتغذي به كالتراب والحصاة يفسد صومه الا على قول بعض من لا يعتمد على قوله فانه يقول حصول الفطر بما يكون به اقتضاء الشهوة ولكنا نقول ركن الصوم الكف عن ايصال الشئ الى باطنه وقد انعدم ذلك بتناول الحصاة ثم لا كفارة عليه الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه قال هو مفطر غير معذور قال وجنايته هنا أظهر اذلا غرض له فى هذا الفعل سوي الجناية على الصوم بخلاف مايتغذى به ولكنا نقول عدم دعاء الطبع اليه يغني عن ايجاب الكفارة فيه زاجراً كما لم نوجب الحد فى شرب الدم والبول بخلاف الخمر ثم تمام الجناية بانعدام ركن الصوم صورة ومعنى فانعدام معنى مايحصل به اقتضاء الشهوة إذا انعدم لم تتم الجناية وفى النقصان شبهة العدم والكفارة تسقط بالشبهة ﴿قال﴾ وان جامعها ثانيا فى الشهر فعليه كفارة واحدة عندنا وعندالشافعى رحمه الله تعالى عليه كل يوم كفارة قال لان السبب تقرر في اليوم الثاني وهو الجماع المعدم للصوم أوالفطر الذى هو جناية على الصوم فوجبت الكفارة ثم الكفارات لا تتداخل كما فى سائر الكفارات فان معنى العبادة فيها راجح حتى يفتى بها وتتأدى بما هو عبادة والتداخل فى العقوبات المحضة ﴿ولنا﴾ حرفان . أحدهما ان كمال الجناية باعتبار حرمة الصوم والشهر جميعاً حتى ان الفطر فى قضاء رمضان لا يوجب الكفارة لانعدام حرمة الشهر وباعتبار تجدد الصوم لا تتجدد حرمة الشهر ومتى صارت الحرمة معتبرة لايجاب الكفارة مرة لا يمكن اعتبارها لايجاب كفارة أخرى لانها تلك الحرمة بعينها (والثانى) أن كفارة الفطر عقوبة تدرأ بالشبهات فتتداخل كالحدود وبيان الوصف أن سبب الوجوب جناية محضة على حق الله تعالى والجنايات سبب لايجاب العقوبات والدليل عليه سقوطها بعذر الخطأ بخلاف سائر الكفارات ﴿قال﴾ فان أفطر في يوم وكفر ثم أفطر فى يوم آخر فعليه كفارة أخرى الا فى رواية زفر عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فانه يقول يكفيه تلك الكفارة لاعتبار اتحاد حرمة الشهر وهو قياس من تلى آية السجدة فى مجلس وسجد ثم

تلاها مرة أخرى لم تلزمه سجدة أخرى لاتحاد السبب وجه ظاهر الرواية أن التداخل قبل أداء الاول لا بعده كما فى الحدود اذا زنى بامرأة فحد ثم زني بها يلزمه حد آخر وهذا أصح لان السبب فطر هو جناية على الصوم وحرمة الشهر محل تغلظ به هذه الجناية والعبرة للأسباب دون المحال فان جامع فى رمضانين فقد ذكر في الكسائيات عن محمد رحمه الله تعالى أن عليه كفارتين لاعتبار تجدد حرمة الشهر والصوم وأكثر مشايخنا يقولون لا اعتماد على تلك الرواية والصحيح أن عليه كفارة واحدة لاعتبار معنى التداخل ﴿ قال ﴾ وكل صوم فى القرآن لم يذكره الله متتابعا فله أن يفرقه وما ذكر متتابعا فليس له أن يفرقه أما المذكور متتابعا فصوم كفارة القتل وكفارة الظهار فان النص ورد بقدر معلوم مقيد بوصف فكما لا يجوز الاخلال بالقدر المنصوص فكذا بالوصف المنصوص فأما ما لم يذكره متتابعا فصوم القضاء . قال الله تعالى فعدة من أيام أخر ويجوز القضاء متتابعا ومتفرقا لانه مطلق عن الوصف . وقال ابن عباس رضي الله عنه انهموا ما انهم الله وفى الحديث ان رجلا سأل رسول الله عن قضاء أيام من رمضان أفيجزيني ان أصوم متفرقا فقال أرأيت لوكان عليك دين فقضيت الدرهم والدرهمين اكان يقبل منك فقال نعم فقال الله أحق بالتجاوز والقبول والذى فى قراءة أبي بن كعب فعدة من أيام أخر متتابعة شاذ غير مشهور وبمثله لا تثبت الزيادة على النص فأما صوم كفارة اليمين فثلاثة أيام متتابعة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى ﴿ قال ﴾ إنه مطلق فى القرآن ونحن أثبتنا التتابع بقراءة ابن مسعود فانها كانت مشهورة الى زمن أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى كان سليمان الاعمش يقرأ ختما على حرف ابن مسعود وختما من مصحف عثمان رضى الله عنه والزيادة عندنا تثبت بالخبر المشهور ﴿ قال ﴾ رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل فى ذلك اليوم سقطت عنهما الكفارة عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى على القول الذى يوجب الكفارة على المرأة . وقال زفر رحمه الله تعالى تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجبت الكفارة دينا فى الذمة والحيض والمرض لا ينافى بقاء الكفارة ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليل سواء وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلا كان أو نهاراً وزفر

رحمه الله تعالى يفرق ويقول الحيض ينافي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافي في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فاما المرض لا ينافي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم ولكنا نقول المرض ينافي استحقاق الصوم بدليل انه لولم يفطر حتى مرض يباح له الفطر والكفارة لا تجب الا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقاق في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في أوله بخلاف السفر فانه غير مناف للاستحقاق حتى لولم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله بخلاف ما اذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لان سقوط الكفارة هناك باعتبار الصورة المبيحة والصورة المبيحة انما تعمل اذا اقترنت بالسبب ولا اسناد في الصور انما ذلك في المعاني ثم السفر فعله والكفارة انما وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بفعل العبد باختياره بخلاف المرض والحيض فانه سماوي لا صنع للعباد فيه فاذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة فان سوفر به مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول أبي يوسف رضي الله تعالى عنه لا تسقط به الكفارة لأن الصنع للعباد فيه فهو قياس مالو أكره على الاكل بعد ما أفطر وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط لانه لا صنع له فيه ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى فان عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط ﴿قال﴾ رجل أصبح صائماً في غير رمضان يريد به قضاء رمضان ثم أكل متعمداً فقد أساء ولا كفارة عليه لأن وجوب الكفارة بالنصوص والنصوص وردت بالفطر في رمضان والفطر في غير رمضان ليس في معنى الفطر في رمضان من كل وجه لان هذا اليوم ما كان متعينا لقضائه وهذا بخلاف الحج فان الجماع في قضاء الحج يوجب ما يوجب في الاداء لتحقق المساواة في معنى الجناية ألا ترى أن في حج النفل يتعلق بالجماع ما يتعلق في حج الفرض بخلاف الصوم ﴿قال﴾ مسافر أصبح صائماً في رمضان ثم أفطر قبل ان يقدم مصره أو بعد ما قدم فلا كفارة عليه لان أداء الصوم في هذا اليوم ما كان مستحقا عليه حين كان مسافراً في أوله فهذا والفطر في قضاء رمضان سواء وحكي عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه ان أفطر بعد ما صار مقيما فعليه الكفارة وجعل وجود الاقامة في آخره كوجودها في أوله ولكنا نقول الشبهة تمكنت بالسفر الموجود في أول النهار فانه ينعدم به استحقاق الاداء وصوم يوم واحد لا يتجزى في الاستحقاق

﴿ قال ﴾ رجل عليه قضاء أيام من شهر رمضان فلم يقضها حتى دخل رمضان من قابل فصامها منه فان صيامه عن هذا الرمضان الداخل وقد بينا هذا الفصل فى المقيم والمسافر جميعاً وعليه قضاء رمضان الماضى ولافدية عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه مع القضاء لكل يوم إطعام مسكين ومذهبه مروى عن ابن عمر ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود رحمهما الله تعالى وحاصل الكلام ان عنده القضاء مؤقت بما بين الرمضانين يستدل فيه بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها كانت تؤخر قضاء أيام الحيض الى شعبان وهذا منها بيان آخر مايجوز التأخير اليه ثم جعل تأخير القضاء عن وقته كتأخير الاداء عن وقته فكما ان تأخير الاداء عن وقته لاينفك عن موجب فكذلك تأخير القضاء عن وقته ولنا ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام اخر وليس فيها توقيت والتوقيت بما بين الرمضانين يكون زيادة ثم هذه عبادة مؤقتة قضاؤها لا يتوقت بما قبل مجيء وقت مثلها كسائر العبادات وانما كانت عائشة رضى الله تعالى عنها تختار للقضاء شعبان لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لايحتاج اليها فيه فانه كان يصوم شعبان كله ولأن كان القضاء مؤقتا بما بين الرمضانين فالتأخر عن وقت القضاء كالتأخر عن وقت الاداء وتأخير الاداء عن وقته لا يوجب عليه شيئاً انما وجوب الصوم باعتبار السبب لا بتأخير الاداء فكذلك تأخير القضاء عن وقته ثم الفدية تقوم مقام الصوم عند اليأس منه كما فى الشيخ الفانى وبالتأخير لم يقع اليأس عن الصوم والقضاء واجب عليه فلا معنى لايجاب الفدية وكما لم يتضاعف القضاء بالتأخير فكذلك لاينضم القضاء الى الفدية لانه فى معنى التضعيف ﴿ قال ﴾ وان شك في الفجر فأحب الي أن يدع الاكل وان أكل وهو شاك فصومه تام أما التسحر فهو مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل وبأكلة السحور على صيام النهار وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فرق ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكل السحور والتأخير مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ثلاث من أخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا أنه يؤخر على وجه لا يشك في الفجر الثانى فان شك فيه فالمستحب أن يدع الاكل لقوله صلى الله عليه وسلم دع مايريبك الى مالا يريبك والا كل يريبه فان أكل وهو شاك فصومه تام لان الاصل بقاء الليل واليتيقن لا يزال بالشك فان كان أكبر رأيه أنه تسحر والفجر طالع فالمستحب له أن يقضي احتياطا للعبادة ولا يلزمه القضاء في ظاهر الرواية لانه

غير متيقن بالسبب والاصل بقاء الليل • وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال ان كان في موضع يستبين له الفجر فلا يلتفت الى الشك ولكنه يأكل الى ان يستيقن بطلوع الفجر وان كان في موضع لايستبين له الفجر أوكانت الليلة مقمرة فالأولى ان يحتاط وان أكل لم يلزمه شئ الا انه اذا كان أكبر رأيه انه أكل بعد طلوع الفجر فحينئذ يلزمه القضاء لان أكبر الرأي بمنزلة التيقن فيما يبنى أمره على الاحتياط ﴿قال﴾ وان صام أهل المصر من غير رؤية الهلال ولم يصم رجل منهم حتى أبصر الهلال من الغد فصام أهل المصر ثلاثين يوماً والرجل تسعة وعشرين يوماً فليس على الرجل قضاء شئ وقد أخطأ أهل المصر حين صاموا بغير رؤية الهلال لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوماً فأهل المصر خالفوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانوا مخطئين ومنهم من قال يرجع الى قول أهل الحساب عند الاشتباه وهذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى كاهناً أو عرافاً وصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد والذى روى عن النبي صلى الله عليه وسلم فان غم عليكم فاقدروا له معناه التقدير باكمال العدة كما في الحديث المبين وانما لايجب على الرجل قضاء شئ لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوماً قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه وخنس ابهامه في الثالثة وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ماصمنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم رمضان تسعة وعشرين يوماً أكثر مماصمنا ثلاثين يوماً وهكذا عن عائشة فلم يتبين خطأ الرجل فيما صنع فلا يلزمه قضاء شئ والذى روى شهران لا ينقصان رمضان وذو الحجة المراد في حق الثواب دون العدد لاستحالة ان يقع الخلف في خبر صاحب الشرع الا ان يكون أهل المصر رأوا هلال شعبان فأحصوا ثلاثين يوماً ثم صاموا فقد أحسنوا وعلى من لم يصم معهم قضاء يوم لانا تيقنا انه أفطر يوما من شهر رمضان لان الشهر لا يكون أكثر من ثلاثين يوما وعلى هذا روى عن محمد رحمه الله تعالي أنهم لو صاموا بشهادة الواحد على رؤية الهلال فصاموا ثلاثين يوما ثم لم يروا الهلال أفطروا لان الشهر لا يكون أكثر من ثلاثين يوما وقد ألزمه ابن سماعة فقال هذا فطر بشهادة الواحد وأنت لا ترى ذلك وهذا الزام ظاهر والجواب عنه أن الفطر بقضاء القاضي وذلك بمقتضي الشهادة ويثبت بمثله ما لا يثبت بنفس الشهادة كالميراث عند شهادة القابلة

على الولادة وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فيمن أبصر الهلال وحده ورد الامام شهادته فصام ثلاثين يوما ولم يروا الهلال لم يفطر الا مع الامام والجماعة فلعل الغلط وقع له كما ورد فى حديث عمر رضي الله عنه أنه أمر الذى قال رأيت الهلال أن يمسح حاجبه بالماء ثم قال اين الهلال فقال فقدته فقال شعرة قامت من حاجبك فحسبتها هلالا وانما أمرناه بالصوم فى الابتداء احتياطاً من غير أن نحكم أن اليوم من رمضان والاحتياط فى أن لا يفطر الا مع الامام والجماعة ﴿قال﴾ واذا جامع الرجل امرأته فى الفرج فغابت الحشفة ولم ينزل فعليهما القضاء والكفارة والغسل أما الغسل فلاستطلاق وكاء المنى بفعله وأما الكفارة فلحصول الفطر على وجه تم الجناية به قيل تمام الجناية فى اقتضاء الشهوة وذلك لا يحصل بدون انزال ﴿قلنا﴾ اقتضاء الشهوة فى المحل يتم بالايلاج فأما الانزال تبع لا يعتد به فى تكميل الجناية فلو جامعها في الموضع المكروه فعليهما الغسل لما بينا ولا شك فى ايجاب الكفارة على قولهما وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا كفارة عليهما وهو ظاهر على أصله لانه لا يجعل هذا الفعل كاملا في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات كالحد وفى جانب المفعول ظاهر فليس لها فيه اقتضاء الشهوة . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان عليهما الكفارة وهو الأصح فان السبب قد تم وهو الفطر بجناية متكاملة انما يدعى أبو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان فى معنى الزنا من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا معتبر به فى ايجاب الكفارة ﴿قال﴾ فان جامع بهيمة أو ميتة فليس عليه الكفارة أنزل أولم ينزل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى فان السبب عنده الجماع المعدم للصوم وقد وجد ولكنا نقول الجناية لا تتكامل الا باقتضاء شهوة المحل وهذا المحل غير مشتهي عند العقلاء فان حصل به قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق أو لفرط السفه وهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده لا تتم جنايته فى ايجاب الكفارة فهذا مثله ﴿قال﴾ فان جامع أو أكل أو شرب ناسياً فظن أن ذلك يفطره فأكل بعد ذلك متعمداً فعليه القضاء ولا كفارة عليه لانه اشتبه عليه ما يشتبه فان الاكل مع النسيان يفوت ركن الصوم حقيقة ولا بقاء للعبادة مع فوات ركنها فيكون ظنه هذا فى موضعه فصار شبهة في اسقاط الكفارة قال محمد رحمه الله تعالى الا أن يكون بلغه خبر الناسي فحينئذ عليه القضاء والكفارة لان ظنه مدفوع بقول رسول الله صلي الله عليه وسلم حيث قال تم على صومك فلا

تبقى شبهة وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا كفارة عليه وان بلغه الخبر لان خبر الواحد لا يوجب علم اليقين وانما يوجب العمل تحسينا للظن بالراوى فلا تنتفي الشبهة به وعلى هذا لو احتجم فظن ان ذلك فطره فأكل بعد ذلك متعمداً فعليه القضاء والكفارة لان ظنه فى غير موضعه فان انعدام ركن الصوم بوصول الشئ الى باطنه ولم يوجد الا أن يكون افتاه مفتى العامة بان صومه قد فسد فحينئذ لا كفارة عليه لان الواجب على العامى الا خذ بفتوى المفتى فتصير الفتوى شبهة في حقه وان كان خطأ في نفسه وان كان سمع الحديث أفطر الحاجم والمحجوم فاعتمد ظاهره قال محمد رحمه الله تعالى تسقط عنه الكفارة أيضاً كما لو اعتمد الفتوى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها لا تسقط لان العامى اذا سمع حديثاً فليس له ان يأخذ بظاهره لجواز ان يكون مصروفاً عن ظاهره أو منسوخاً وان دهن شاربه أو اغتاب فظن ان ذلك فطره فأكل بعد ذلك متعمداً فعليه القضاء والكفارة سواء اعتمد حديثاً أو فتوى لان هذا الظن والفتوى بخلاف الاجماع غير معتبر ﴿قال﴾ واذا أسلم الكافر في النصف من شهر رمضان صام مابقى من الشهر وليس عليه قضاء ما مضى منه وكذلك اليوم الذى أسلم فيه لايجزيه صومه وان لم يأكل ونوى قبل الزوال لانعدام أهلية العبادة فى أول النهار ولكنه يمسك تشبهاً بالصائمين وليس عليه قضاؤه ومن العلماء من يقول عليه قضاء هذا اليوم والايام الماضية من الشهر وجعلوا ادراك جزء من الشهر كادراك جميع الشهر كما ان ادراك جزء من وقت الصلاة بعد الاسلام كادراك جميع الوقت والتفريط انما جاء من قبله بتأخير الاسلام فلا يعذر في اسقاط القضاء وهو قريب من أصل الشافعى رحمه الله تعالى ان الكفار مخاطبون بالشرائع ﴿ ولنا ﴾ ماروى ان وفد ثقيف حين قدموا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أسلموا فى النصف من رمضان فأمرهم بصوم مابقى من الشهر ولم يأمرهم بقضاء مامضى وتأخير البيان عن وقت الحاجة لايجوز لان وجوب القضاء ينبنى على خطاب الشرع بالأداء وذلك لايكون بدون الاهلية للعبادة والكافر ليس بأهل لثوابها فلا يثبت خطاب الأداء في حقه والصوم عبادة معلومة بمعيارها وهو الزمان فلا تصور للصوم منه فى الزمن الماضى بخلاف الصلاة فانها معلومة بأوقاتها والوقت ظرف لها فجعل ادراك جزء من الوقت سبباً لوجوب الأداء ثم القضاء ينبنى عليه ﴿قال﴾ ولا تصلى الحائض ولا تصوم لقوله عليه الصلاة والسلام فى بيان نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم

ولا تصلي يعني زمان الحيض فاذا طهرت قضت أيام الصوم ولا تقضي الصلاة لما تقدم بيانه ﴿ قال ﴾ وكل وقت جعلتها فيه نفساء أو حائضاً فانها تعيد صوم ذلك اليوم ولا تعيد صلاته وكل وقت عدتها فيه مستحاضة فانها تعيد صلاته ان لم تكن صلتها فان كانت صلت وصامت فقد جاز لان المستحاضة فى حكم الطاهرات فيما يرجع الى العبادات قال صلى الله عليه وسلم للمستحاضة توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير قطراً وقال المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ثم طول محمد رحمه الله هذا الفصل في الأصل فذكر في باب المستحاضة مسائل منها ان ينقص الدم عن أقل مدة الحيض أو يزيد على أكثر مدة الحيض أو أكثر مدة النفاس أو يسبق رؤية الدم أو انه فالاستحاضة تكون بدم فاسد ويستدل بتقدمه على أوانه على فساده وتمام شرح هذه المسائل فى كتاب الحيض ﴿ قال ﴾ ولا يجوز شئ من الصوم الواجب ان يصومه فى يوم الفطر أوالنحر أو أيام التشريق لان الصوم في هذه الايام منهي عنه قال أبو رافع أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أنادى في أيام مني الا لاتصوموا في هذه الايام فانها أيام أكل وشرب وبعال وفى رواية انها أيام أكل وشرب وذكر وعن عقبة بن عامر الجهنى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن صوم يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق وتأويل النهي فى يوم التروية وعرفة فى حق الحاج اذا كان يضعف بالصوم عن الوقوف والذكر . وفى الحديث المشهور الذي روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن صوم ستة أيام والمنهي عنه يكون فاسداً والواجب فى ذمته مستحق عليه أداؤه بصفة الصحة فلا يتأدى بما هو فاسد وكذلك صوم المتعة عندنا لايتأدى في يوم النحر وأيام التشريق وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه فى القديم يتأدي صوم المتعة فى أيام التشريق وهو مروى عن عائشة وابن عمر ومعاذ ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما ﴿ قال ﴾ وان كان على الرجل صيام شهرين متتابعين من فطر أو ظهار أو قتل فصامها وأفطر فيها يوما لمرض فعليه استقبال الصيام لانعدام صفة التتابع بالفطر فان كانت امرأة فأفطرت فيما بين ذلك للحيض لم يكن عليها استقباله . وكان ابراهيم النخعى يسوى بين اللفظين فى انه لايجب الاستقبال لاعتبار العذر وابن أبي ليلى رحمه الله كان يسوى بين الفصلين فى انه يجب الاستقبال لانعدام التتابع بالفطر وكان يقول قد تجد المرأة شهرين خاليين من الحيض اذا حبلت أو أيست والفرق لنا بين الفصلين من وجهين . أحدهما أن

الرجل يجد شهرين خاليين عن المرض فلو أمرناه بالاستقبال لم يكن فيه كبير حرج والمرأة لاتجد شهرين خاليين عن الحيض عادة فلعلها لاتحبل ولاتعيش الى أن تيأس ففي الامر بالاستقبال حرج بين . والثاني أن المرض لاينافي الصوم حتى لو تكلف وصام جاز فانقطاع التتابع كان بفعله والواجب عليه تتابع الصوم في الوقت الذي يتصوّر فيه الأداء منه فاذا لم يوجد استقبل فأما الحيض ينافي أداء الصوم منها فلم ينقطع التتابع بفعلها الا أن عليها أن تصل قضاء أيام الحيض بصومها لان هذا القدر من التتابع في وسعها فعليها أن تأتي به . وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا صامت شهراً فأفطرت فيه بعذر الحيض ثم أيست فعليها الاستقبال لزوال العذر قبل تمام المقصود وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها لو حبلت بعد ماصامت شهراً فافطرت فيه لعذر الحيض بنت على صومها لانها بالحبل لاتخرج من أن تكون من ذوات الاقراء وان لم تصل قضاء أيام الحيض بصومها استقبلت لانها تركت التتابع الذي في وسعها ﴿قال﴾ وان صام عن ظهار شهرين أحدهما رمضان لم يكن عما نواه وكان عن رمضان لان صوم الظهار دين في ذمته فانما يتأدى ما هو مشروع له الوقت لاما هو مستحق عليه بجهة مخصوصة وعليه الاستقبال لانه يجده شهرين خاليين عن رمضان وهذا بخلاف مااذا نذر ان يصوم رجب فصامه عن الظهار جاز عمانوى لان صوم رجب كان مشروعا له وكان صالحا لاداء الواجب به قبل النذر وهو بالنذر موجب على نفسه ماليس بواجب ولاتبقى صلاحية لغيره اذ ليس له هذه الولاية فاما الشرع لماعين صوم رمضان للفرض نفى صلاحيته لغيره وللشرع هذه الولاية فلهذا لايتأدى صوم الظهار من المقيم في رمضان . وله أن يفرق بين قضاء رمضان وقد بينا هذا وفيه قول عن عائشة رضي الله عنها أنه يجب متتابعاً وكذلك صوم جزاء الصيد والمتعة لانه مطلق في القرآن قال الله تعالى أو عدل ذلك صياما . وقال تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجعتم والذي روى في قراءة أبي بن كعب فصيام ثلاثة أيام متتابعة في الحج شاذ غير مشهور والزيادة على النص بمثله لاتثبت ﴿قال﴾ رجل أصبح صائما ينوى قضاء رمضان ثم علم أنه ليس عليه شئ منه فالاحسن له أن يتم صومه تطوعا وان أفطر لم يلزمه شيء الاعلى قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول يلزمه القضاء وليس له أن يفطر وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى في الصلاة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مثل قول زفر رحمه الله تعالى وكذلك المكفر بالصوم اذا

أيسر فى خلاله فالاولى أن يتم صومه تطوعا وان أفطر لم يلزمه القضاء الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول بعد التبين واليسار هو فى نفل صحيح حتى لو أتمه كان نفلا فيلزمه التحرز عن ابطاله والقضاء ان أبطله كما لو كان شروعه بنية النفل وكمن أحرم بحج مظنون وكمن تصدق على فقير على ظن أنه عليه ثم علم أنه ليس عليه لم يكن له أن يسترد ﴿ ولنا ﴾ أن عمله كان في اداء الفرض أما فى حق المكفر فقد كان واجبا عليه حين شرع ظاهراً وباطناً وكذلك فى المظنون فان المرء يخاطب بما عنده لا بما عند الله تعالى وذلك الفرض الذى شرع فيه قد سقط عنه شرعا فما بقى من النفل انما بقى نظرا من الشرع له لا ايجابا عليه فالاولى له أن يتمه ولكن لا يلزمه شئ ان لم يتمه لان الواجب عليه التحرز عن ابطال عمله وهو لم يبطل عمله بالفطر لان عمله كان فى أداء الفرض دون النفل وهو نظير النفل المشروع فى كل يوم الاولى للمرء أن يأتى به ولا شئ عليه إن امتنع منه ثم الشروع فى كونه ملزما لا يكون أقوى من النذر واضافة النذر الى ما هو واجب لا يفيد الايجاب فالشروع أولى بخلاف الحج فان ما أدى من الفرض قد سقط بالتبين ولكن لم يخرج به من الاحرام فالاحرام عقد لازم لا خروج منه الا بأداء الافعال ألا ترى أنه لو فاته الحج لا يخرج من الاحرام الا بأعمال العمرة فان أحصر فى الحج المظنون فتحلل بالهدى فقد اختلف فيه مشايخنا منهم من يقول لا يلزمه قضاء شئ لانه تم خروجه من الاحرام والاصح أنه يلزمه القضاء لان الاحرام فى الاصل لازم والتحلل بالاحصار لدفع الحرج والمشقة عنه ففيما وراء ذلك تبقى صفة اللزوم معتبرة بخلاف الصدقة لانها تمت بالوصول الى الفقير فوِزَانه مالو أتم الصوم ثم تبين أنه ليس عليه وفى هذا لا يمكنه أبطاله ﴿ قال ﴾ امرأة أصبحت صائمة متطوعة ثم أفطرت ثم حاضت فعليها القضاء عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لا قضاء عليها لان الحيض الموجود في آخر النهار فى منافاة الصوم كالموجود فى أوله فتبين أن هذا اليوم لم يكن وقت اداء الصوم فى حقها والشروع فى غير وقت الصوم لا يكون ملزما شيئاً كالشروع ليلا ﴿ ولنا ﴾ ان شروعها في الصوم قد صح لاستجماع شرائط الاداء عند الشروع ثم بالافساد وجب القضاء دينا فى ذمتها والحيض بعد ذلك لا ينافي بقاء الصوم ديناً وانما يكون الحيض مؤثراً اذا صادف الصوم وهنا الحيض لم يصادف الصوم فاعتراضه ليلا أو نهاراً سواء ولان الشروع كالنذر ولو نذرت ان تصوم هذا اليوم ثم أفطرت ثم حاضت كان عليها القضاء فكذلك اذا

شرعت فان لم تفطر حتى حاضت فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى ان عليها القضاء أيضاً وهو الصحيح على ماأشار اليه الحاكم وفي رواية ابن رستم عن محمد لاقضاء عليها لان الحيض صادف الصوم والمنافاة لم تكن بفعلها فلا تكون جانية ملتزمة للقضاء وجه الرواية الاخرى أن شروعها قد صح فكان بمنزلة نذرها ولو نذرت ان تصوم هذا اليوم فحاضت فيه كان عليها القضاء وان لم يكن تعذر الاتمام مضافا الى فعلها لايمنع وجوب القضاء كالمتيمم اذا شرع في النفل ثم أبصر الماء فعليه القضاء ﴿ قال ﴾ المكفر بالصوم عن ظهار اذا جامع بالنهار عامداً وجب عليه الاستقبال سواء جامع التي ظاهر منها أو غيرها لانقطاع التتابع بفعله فان جامع بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً نظر فان جامع غير التي ظاهر منها لم يكن عليه الاستقبال لان جماعه لم يؤثر في صومه فلم ينقطع التتابع وان جامع التي ظاهر منها فعليه الاستقبال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى لايلزمه الاستقبال فان جماع الناسي والجماع بالليل لايؤثر في افساد الصوم فلا ينقطع به التتابع كالاكل والشرب وجماع غير التي ظاهر منها ولانه لو استقبل صار مؤديا صوم الشهرين بعد المسيس ولو بنى صار مؤدياً أحد الشهرين قبل المسيس والآخر بعده وهذا أقرب الى الامتثال وهو نظير مالو أطعم ثلاثين مسكيناً ثم جامع لم يكن عليه استقبال الاطعام وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الواجب عليه بالنص اخلاء الشهرين عن المسيس وهو قادر على هذا فلايتأدي الواجب الا به وبيانه أن الله تعالى قال فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ومن ضرورة الامر بتقديم الشهرين على المسيس الامر باخلائهما عنه والثابت بضرورة النص كالمنصوص فكان الواجب عليه شيئين عجز عن أحدهما وهو تقديم الشهرين على المسيس وهو قادر على الآخر وهو اخلاؤهما عن المسيس فيأتي بما قدر عليه وذلك بالاستقبال بخلاف جماع غير التي ظاهر منها فانه غير مأمور بتقديم صوم شهرين على جماعها فلا يكون مأموراً باخلائها عنه وان لم يؤثر جماعه في الصوم لايدل على انه لايبطل به معنى الكفارة اذا انعدم به الشرط المنصوص كما لو أيسر في خلال صوم الكفارة فان يساره لايؤثر في الصوم وتبطل به الكفارة ثم حرمة الجماع في حق التي ظاهر منها بدوام الليل والنهار وفي مثله النسيان والعمد سواء كالجماع في الاحرام وهذا بخلاف الاطعام فانه ليس في التكفير بالاطعام تنصيص علي التقديم على المسيس

والامر باخلائه عن المسيس كان لضرورة الامر بالتقديم على المسيس . فان قيل بالاجماع ليس له أن يجامعها قبل أن يكفر وان كانت كفارته بالاطعام وعندكم لايجوز قياس المنصوص على المنصوص ﴿ قلنا ﴾ ماعرفنا ذلك بالقياس بل بالنص وهو حديث أوس بن الصامت رضى عنه حين ظاهر من امرأته ثم رآها في ليلة قمراء وعليها خلخال فاعجبته فواقعها ثم سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له استغفر الله ولا تعد حتى تكفر فبهذا النص تبين أنه ليس له أن يغشاها قبل التكفير سواء كانت كفارته بالاطعام أو بالصيام ﴿ قال ﴾ وتجوز نية صوم التطوع قبل انتصاف النهار . وقال مالك رحمه الله تعالى لاتجوز لانه حين أصبح غيرنا و للصوم فقد تعين أول النهار لفطره والصوم والفطر في يوم واحد لايحتمل الوصف بالتجزى فهو كما لو تعين بأكله ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم المتطوع بالخيار ما لم تزل الشمس يعني المريد للصوم وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أصبح دخل على نسائه وقال هل عندكن شيء فان قلن لا قال انى صائم وفي حديث عاشوراء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن لم يأكل فليصم فان كان صوم عاشوراء نفلا فهو نص وان كان فرضاً فجواز الفرض بنية من النهار يدل على جواز النفل بطريق الاولى ولسنا نقول ان جهة الفطر قد تعينت بترك النية فى أول النهار ولكن بقى الامر مراعى ما بقي وقت الغداء فان الصوم ليس الا ترك الغداء فى وقته على قصد التقرب وفوات وقت الغداء بزوال الشمس فاذا نوى قبل الزوال فقد ترك الغداء في وقته على قصد التقرب فكان صوما ﴿ قال ﴾ ولو نوى التطوع بعد انتصاف النهار لم يكن صائماً عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يكون صائما اذا نوى قبل غروب الشمس ولم يكن أكل فى يومه شيئاً قال لان النفل غير مقدر شرعا بل هو موكول الى نشاطه فربما ينشط فيه بعد الزوال وهو وقت الاداء كما قبله وشبهه بالصلاة فان التطوع بالصلاة يجوز راكبا وقاعداً مع القدرة على القيام لانه موكول الى نشاطه ﴿ ولنا ﴾ ما بينا أن الصوم ترك الغداء فى وقته على قصد التقرب فان العشاء باق فى حق الصائم والمفطر جميعا ووقت الغداء ما قبل الزوال دون مابعده فاذا لم ينو قبل الزوال لم يكن تركه الغداء على قصد التقرب فلا يكون صوما واما في قضاء رمضان وكل صوم واجب في ذمته فسواء نوى قبل الزوال أو بعده لم يكن عنه مالم ينو من الليل لان ما كان ديناً فى ذمته لم يتعين لأدائه يوم مالم يعينه فامساكه فى أول النهار قبل النية لم يتوقف عليه فلا

يستند حكم النيـة اليـه بخلاف صوم رمضان فانه متعين فى وقته فيتوقف امساكه عليه فيستنـد حكم النية ثم اقامة النيـة في أكثر الوقت مقام النيـة فى جميعه لأجل الضرورة والحاجـة وذلك فيما يفوته دون مالا يفوته وصوم رمضان يفوته عن وقته والنفل لايفوته أصلا فاما ما كان ديناً فى ذمته لايفوت فلا تقام النية في أكثر الوقت فى حقه مقام النية فى جميعه

﴿ قال ﴾ ولا يكون صائماً فى رمضان ولا فى غيره مالم ينو الصوم وان اجتنب المفطرات الى آخر يومه بمرض أو غير مرض وقد بينا قول زفر رحمه الله تعالى في الصحيح المقيم انه يتأدى منه الصوم بمجرد الامساك من غير النية فان كان مريضاً أو مسافراً فلا خـلاف انه لايكون صائماً مالم ينو وعند زفر رحمه الله تعالى مالم ينو من الليل قال لان الأداء غـير مستحق عليه فى هذا الوقت نفسه فلا يتعين الا بنيته بخلاف الصحيح المقيم وعندنا اشتراط النية ليصير الفعل قربة فان الاخلاص والقربة لايحصل الا بالنية قال الله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ففي هذا المسافر والمقيم سواء انما فارق المسافر المقيم في الترخص بالفطر فاذا لم يترخص صحت منه النية قبل انتصاف النهار كما تصح من المقيم ﴿ قال ﴾ فان أصبح بنية الفطر فظن ان نيته هذه قد أفسدت عليه صومه وأفتي بذلك فأكل قبل انتصاف النهار فعليه القضاء ولا كفارة عليـه للشبهة التي دخلت وهما فصلان أحـدهما اذا أصبح ناويا للصوم ثم نوى الفطر لايبطل به صومه عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يبطل فان الشروع فى الصوم لا يستدعى فعلا سوى نية الصوم فكذلك الخروج لا يستدعى فعلا سوى النية ولان النية شرط أداء الصوم وقد أبدله بضـده وبدون الشرط لاتتأدى العبادة ﴿ ولنا ﴾ الحديث الذي روينا الفطر مما يدخل وبنيته ماوصل شئ الى باطنـه ثم هذا حديث النفس . وقال النبي صـلي الله عليه وسـلم ان الله تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسها مالم يعملوا أو يتكلموا وكما أن الخـروج من سائر العبادات لايكون بمجرد النيـة فكذلك من الصوم وبالاتفاق اقتران النيـة بحالة الاداء ليس بشرط فانه لو كان مغمى عليـه في بعض اليوم يتأدى صومه ففي هـذا الفصـل اذا أفتي بأن صومـه لايجوز فافطر لم يكن عليه كفارة لشبهة اختلاف العلماء لان على العامي أن يأخذ بقول المفتي وان كان أصبح غير ناو للصوم ثم أكل فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا كفارة عليه سواء أكل قبل الزوال أو بعده وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان أكل قبل الزوال فعليه الكفارة وان أكل بعد الزوال

فلا كفارة عليه قال لان قبل الزوال حكم الامساك موقوف على أن يصير صائما بنيته فصار بأكله جانياً مفوتا للصوم فأما بعد الزوال امساكه غير موقوف على أن يصير صوما بالنية فلم يكن فى أكله جانياً على الصوم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الكفارة تستدعى كمال الجناية وذلك بهتك حرمة الصوم والشهر جميعا ولم يوجد منه هتك حرمة الصوم لانه ما كان صائما قبل أن ينوى فتجرد هتك حرمة الشهر عن حرمة الصوم وهو غير موجب للكفارة كما لو تجرد هتك حرمة الصوم عن هتك حرمة الشهر بأن أفطر في قضاء رمضان وعلى قول زفر رحمه الله تعالى عليه الكفارة سواء أكل قبل الزوال أو بعده لان عنده هو صائم وان لم ينو ﴿قال﴾ فان أصبح غير ناو للصوم ثم نوى قبل الزوال ثم أكل فلا كفارة عليه الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه تلزمه الكفارة لان شروعه فى الصوم قد صح فتكاملت جنايته بالفطر كما لو كان نوى بالليل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم لاصيام لمن لم يعزم الصيام من الليل ينفي كونه صائماً بهذه النية والحديث وإن ترك العمل بظاهره يبقي شبهة في درء ماينـدرئ بالشبهات كمن وطىء جارية ابنه مع العلم بالحرمة لايلزمه الحد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ثم هذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر لأن عنده لو أكل قبل النية لاتلزمه الكفارة وما كان موجوداً فى أول النهار يصير شبهة في آخره كالسفر انما الشبهة على قول محمد رحمه الله تعالى وعذره ما بينا ﴿قال﴾ المغمى عليه في جميع الشهر اذا أفاق بعد مضيه فعليه القضاء الا على قول الحسن البصرى فانه يقول سبب وجود الاداء وهو شهود الشهر لم يتحقق في حقه لزوال عقله بالاغماء ووجوب القضاء ينبنى عليه ﴿ولنا﴾ ان الاغماء مرض وهو عذر فى تأخير الصوم الى زواله لافى اسقاطه وهذا لان الاغماء يضعف القوى ولا يزيل الحجا ألا ترى أنه لايصير مولياً عليه وان رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتلى بالاغماء فى مرضه وكان معصوما عما يزيل العقل قال الله تعالى ماأنت بنعمة ربك بكاهن ولا مجنون فاذا كان مجنونا في جميع الشهر فلا قضاء عليه الاعلى قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول الجنون مرض يخل العقل فيكون عذراً فى التأخير الى زواله لافى اسقاط الصوم كالاغماء ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ ومن كان مرفوعا عنه القلم لايتوجه عليه الخطاب بأداء الصوم والقضاء ينبنى عليه

ثم الجنون يزيل عقله فلا يتحقق معه شهود الشهر وهو السبب الموجب للصوم بخلاف الاغماء فانه يعجزه عن استعمال عقله ولا يزيله فلذلك جعل شاهداً للشهر حكما وهو كابن السبيل تلزمه الزكاة لقيام ملكه وان عجز عن اثبات اليد عليه بخلاف من هلك ماله ﴿ قال ﴾ فان أفاق المجنون في بعض الشهر فعليه صوم ما بقي من الشهر وليس عليه قضاء ما مضى في القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لانه لو استوعب الشهر كله منع القضاء في الكل فاذا وجد في بعضه يمنع القضاء بقدره اعتباراً للبعض بالكل وقياسا على الصبي وهذا لان الصبي أحسن حالا من المجنون فانه ناقص العقل في بعض أحواله عديم العقل في بعض أحواله والمجنون عديم العقل بعيد عن الاصابة عادة ولهذا جاز اعتاق الصغير عن الكفارة دون المجنون فاذا كان الصغر في بعض الشهر يمنع وجوب القضاء فالجنون أولى استحسن علماؤنا بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمراد منه شهود بعض الشهر لانه لو كان السبب شهود جميع الشهر لوقع الصوم في شوال فصار بهذا النص شهود جزء من الشهر سبباً لوجوب صوم جميع الشهر الا في موضع قام الدليل على خلافه ثم الجنون عارض أعجزه عن صوم بعض الشهر مع بقاء أثر الخطاب فيلزمه القضاء كالاغماء وبيان الوصف انه لو كان حج ثم جن بقي المؤدى فرضاً له وكذلك لو كان صلى الفرض ثم جن وبقاء المؤدى فرضاً دليل بقاء أثر الخطاب فأما اذا استوعب الجنون الشهر كله فانما أسقطنا القضاء لا لانعدام أثر الخطاب بل لدفع الحرج والمشقة والحرج عذر مسقط للقضاء كالحيض في حق الصلاة فحاصل الكلام أن الوجوب في الذمة ولا ينعدم ذلك بسبب الصبي ولا بسبب الجنون ولا بسبب الاغماء الا أن الصبي يطول عادة فيكون مسقطا للقضاء دفعا للحرج والاغماء لا يطول عادة فلا يكون مسقطاً للقضاء والجنون قد يطول وقد يقصر فاذا طال التحق بما يطول عادة واذا قصر التحق بما يقصر عادة ثم فرقُ ما بين الطويل والقصير في الصوم ان يستوعب الشهر كله لان الشهر في حكم الأجل وفي الصلاة ان يزيد على يوم وليلة لتدخل الفوائت في حد التكرار وعلى هذا الأصل قلنا لو نوى الصوم بالليل ثم جن بالنهار جاز صومه عن الفرض في ذلك اليوم خلافا للشافعي رحمه الله تعالى لان الجنون لا ينافي العبادة ولا صفة الفرضية فان الاهلية للعبادة لكونه أهلا لثوابها وركن الصوم بعد النية هو الامساك والجنون لا ينافيه ﴿ قال ﴾ وان جن في شهر رمضان ثم أفاق بعد سنين في رمضان فعليه

قضاء الشهر الأول لادراكه جزء منه وقضاء الشهر الآخر لادراكه جزءً منه وليس عليه قضاء الشهور التي في السنين الماضية بين ذلك لانه لم يدرك جزءً منها في حال الافاقة فان كان جنونه أصلياً بان بلغ مجنونا ثم أفاق في بعض الشهر فالمحفوظ عن محمد رحمه الله تعالى انه ليس عليه قضاء مامضى لان ابتداء الخطاب يتوجه عليه الآن فيكون بمنزلة الصبي حين يبلغ وروى هشام عن أبي يوسف قال في القياس لاقضاء عليه ولكن أستحسن فأوجب عليه قضاء مامضى من الشهر لان الجنون الأصلي لايفارق الجنون العارض في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء مامضى ﴿ قال ﴾ مريض أفطر في شهر رمضان ثم مات قبل ان يبرأ فليس عليه شيء لان وقت أداء الصوم في حقه عدة من أيام أخر بالنص ولم يدركه ولان المرض لما كان عذراً في اسقاط أداء الصوم في وقته لدفع الحرج فلان يكون عذراً في اسقاط القضاء أولى وان برئ وعاش شهراً فلم يقض الصوم حتي مات فعليه قضاؤه لانه أدرك عدة من أيام أخر وتمكن من قضاء الصوم فصار القضاء ديناً عليه . وفي حديث أبي مالك الاشجعي رحمه الله تعالى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان مريضاً في شهر رمضان ثم مات فقال عليه الصلاة والسلام ان كان مات قبل ان يطيق الصوم فلاشيء عليه وان أطاق الصوم ولم يصم حتى مات فليقض عنه يعني بالاطعام ثم لايجوز لوليه ان يصوم عنه وحكي عن الشافعي رحمه الله تعالى قال ان صح الحديث صام عنه وارثه قال أبوحامد من أصحابهم وقد صح الحديث والمراد منه قوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه صيام صام عنه وليه ﴿ ولنا ﴾ حديث ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً لايصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد ثم الصوم عبادة لاتجري النيابة في أدائها في حالة الحياة فكذلك بعد الموت كالصلاة وهذا لان المعنى في العبادة كونه شاقا على بدنه ولا يحصل ذلك بأداء نائبه ولكن يطعم عنه لكل يوم مسكيناً لانه وقع اليأس عن أداء الصوم في حقه فتقوم الفدية مقامه كما في حق الشيخ الفاني وانما يجب عليهم الاطعام من ثلثه اذا أوصى ولا يلزمهم ذلك اذا لم يوص عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يلزمهم ذلك من جميع ماله أوصى أو لم يوص وهو نظير الخلاف في دين الزكاة ثم الاطعام عندنا يقدر بنصف صاع لكل مسكين وعنده يقدر بالمد وأصل الخلاف في طعام الكفارة ونحن

نقيسه على صدقة الفطر بعلة انه أوجب كفاية للمسكين في يومه وعلى هذا اذامات وعليه صلوات يطعم عنه لكل صلاة نصف صاع من حنطة وكان محمد بن مقاتل يقول أولا يطعم عنه اصلوات كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح والصاع قفيز بالحجاجي وهو ربع الهاشمي وهو ثمانية أرطال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول ثم رجع فقال خمسة أرطال وثلث رطل ومن أصحابنا من وفق فقال ثمانية أرطال بالعراقي كل رطل عشرون استارا فذلك مائة وستون فذلك مائة وستون استاراً وخمسة أرطال وثلث رطل بالحجاجي كل رطل ثلاثون استارا فذلك مائة وستون وهذا ليس بقوي فقد نص في كتاب العشر والخراج عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه خمسة أرطال وثلث رطل بالعراقي وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وانما رجع أبو يوسف حين حج مع الرشيد فدخل المدينة وسألهم عن صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتاه سبعون شيخا منهم كل واحد منهم يحمل صاعا تحت ثوبه فقال ورثت هذا عن أبي عن آبائه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان كل ذلك خمسة أرطال وثلث رطل ﴿ولنا﴾ حديث أنس رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وتوارث أهل المدينة ليس بقوي فقد قال مالك رحمه الله تعالى فقيهم صاع أهل المدينة تحري عبد الملك بن مروان على صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا آل الامر الى التحري فتحري عمر رضى الله عنه أولى بالمصير اليه والقفيز الحجاجي صاع عمر رضى الله عنه حتي كان الحجاج يمن به على أهل العراق ويقول ألم أخرج لكم صاع عمر رضى الله عنه ﴿قال﴾ ابراهيم النخعي رحمه الله كان صاع عمر حجاجيا ثم قد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم صاعان مختلفان منها للنفقات ومنها للصدقات فما روى أنه كان خمسة أرطال وثلث محمول على صاع النفقات ﴿قال﴾ وان صح بعد رمضان عشرة أيام ثم مات فعليه قضاء العشرة الايام التي صح فيها لأنه بقدرها أدرك عدة من أيام أخر والبعض معتبر بالكل وذكر الطحاوي أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يلزمه قضاء جميع الشهر وان صح يوماً واحداً وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يلزمه القضاء بقدر ما صح وهذا وهم من الطحاوي فان هذا الخلاف في النذر اذا نذر المريض صوم شهر ثم برأ يوما ولم يصم فهو على هذا الخلاف

فأما قضاء رمضان فلا خلاف بينهم والفرق لأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى أن هناك السبب الموجب هو النذر الا أنه ليس للمريض ذمة صحيحة في التزام أداء الصوم حتى يبرأ فعند البرء يصير كالمجدد للنذر والصحيح اذا قال لله على أن أصوم شهراً ثم مات بعد يوم فعليه قضاء جميع الشهر وهنا السبب الموجب للأداء ادراك عدة من أيام أخر فلا يلزمه القضاء الا بقدر ماأدرك والمسافر فى جميع هذه الوجوه بمنزلة المريض ﴿قال﴾ مسافر أصبح صائماً ثم قدم المصر فافتى بأن صيامه لايجزئه وانه عاص فأفطر فعليه القضاء ولا كفارة عليه والكلام فى هذه المسئلة فى فصول. أحدها ان أداء الصوم فى السفر يجوز فى قول جمهور الفقهاء وهو قول أكثر الصحابة وعلى قول أصحاب الظواهر لايجوز وهو مروي عن ابن عمر وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهما يستدلون بقوله تعالى فعدة من أيام أخر فصار هذا الوقت في حقه كالشهر فى حق المقيم فلا يجوز الأداء قبله وقال صلى الله عليه وسلم الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر وقال ليس من البر الصيام فى السفر وفي رواية ليس من امبرم صيام في امسفر ﴿ولنا﴾ قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهذا يعم المسافر والمقيم ثم قوله ومن كان مريضاً أو على سفر لبيان الترخص بالفطر فينتفي به وجوب الأداء لاجوازه وفى حديث عائشة رضى الله عنها ان حمزة بن عمرو الأسلمى قال يارسول الله انى أسافر فى رمضان أفأصوم فقال صلى الله عليه وسلم صم انشئت وفى حديث أنس رضى الله عنه قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فمنا الصائم ومنا المفطر لايعيب البعض على البعض وتأويل حديثهم اذا كان يجهده الصوم حتى يخاف عليه الهلاك على ماروي أنه مر برجل مغشى عليه قد اجتمع عليه الناس وقد ظلل عليه فسأل عن حاله فقيل انه صائم فقال صلى الله عليه وسلم ليس من البر الصيام فى السفر يعنى لمن هذا حاله والثانى ان المسافرة فى رمضان لا بأس بها وعلى قول أصحاب الظواهر يستديم السفر فى رمضان ولا ينشئه والدليل على جواز المسافرة حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة الى مكة لليلتين خلتا من رمضان فصام حتى أتى قديدا فشكى الناس اليه فأفطر ثم لم يزل مفطراً حتى دخل مكة فان سافرت في رمضان فقد سافر رسول الله صلى الله عليه وسلم وان صمت فقد صام وان أفطرت فقد أفطر وكل ذلك واسع والثالث اذا أنشأ السفر فى رمضان فله أن يترخص بالفطر وكان علي وابن عباس كانا يقولان ذلك لمن أهل الهلال

وهو مسافر فاما من أنشأ السفر فى رمضان فليس له أن يفطر والحديث الذي روينا حجة فقد أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم حين شكى الناس اليه ولا يقال لما أهلّ الهلال وهو مقيم فقد لزمه أداء صوم الشهر فلا يسقط ذلك عنه بسفر ينشئه باختياره كاليوم الذي يسافر فيه لانا نقول صوم الشهر عبادات متفرقة وانما يلزمه الاداء باعتبار اليوم الذي كان مقيما في شيء منه دون اليوم الذي كان مسافراً في جميعه قياساً على الصلوات والرابع أن الصوم فى السفر أفضل من الفطر عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى الفطر أفضل لان ظاهر ما روينا من الآثار يدل على أن الصوم فى السفر لا يجوز فان ترك هذا الظاهر فى حق الجواز بقي معتبراً في أن الفطر أفضل وقاس بالصلاة فان الاقتصار على الركعتين في السفر أفضل من الاتمام فكذلك الصوم لان السفر يؤثر فيهما قال صلى الله عليه وسلم ان الله وضع عن المسافر شطر الصلاة والصوم ﴿ ولنا ﴾ ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المسافر يترخص بالفطر وان صام فهو أفضل له وبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصوم حتى شكي الناس اليه ثم أفطر فذلك دليل على أن الصوم أفضل ثم الفطر رخصة وأداء الصوم عزيمة والتمسك بالعزيمة أولى من الترخص بالرخصة وهذا لان الرخصة لدفع الحرج عنه وربما يكون الحرج فى حقه فى الفطر أكثر فانه يحتاج الى القضاء وحده والصوم مع الجماعة فى السفر يكون أخف من الفطر والقضاء وحده في يوم جميع الناس فيه مفطرون بخلاف الصلاة فان شطر الصلاة سقط عنه أصلا حتى لا يلزمه القضاء فان الظهر فى حقه كالفجر في حق المقيم اذا عرفنا هذا فنقول اذا قدم المصر فأفتى أن صومه لايجزيه تصير هذه الفتوى شبهة في اسقاط الكفارة وكذا كونه مسافراً فى أول النهار يصير شبهة في آخره والكفارة تسقط بالشبهة ﴿ قال ﴾ ولا بأس بقضاء رمضان فى أيام العشر يريد به تسعة أيام من أول ذى الحجة وهو قول عمر رضى الله تعالى عنه وكان على رضى الله عنه يقول لايجوز لحديث روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن قضاء رمضان فى أيام العشر ونحن أخذنا بقول عمر رضى الله تعالي عنه لأن الصوم فى هذه الايام مندوب اليه وهو قياس صوم عاشوراء وصوم شعبان وقضاء رمضان فى هذه الاوقات يجوز . وقال صلى الله عليه وسلم أفضل الصيام بعد رمضان عشر ذى الحجة وتأويل النهى في حق من يعتاد صوم هذه الايام تطوعاً انه لا ينبغي له أن يترك عادته ويؤدى ماعليه من القضاء فى هذه الأيام

﴿قال﴾ واذا بلغ الغلام فى يوم من رمضان فأفطر فيه فلا شيء عليه . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا بلغ قبل الزوال فعليه أن يصوم وان أفطر فعليه قضاء هذا اليوم لأن وقت النية ممتد الى وقت الزوال فى حق من كان أهلا للعبادة فى أول النهار فصار بلوغه قبل الزوال كبلوغه ليلا فعليه أن ينوى الصوم وجه ظاهر الرواية ان الخطاب بالصوم ما كان متوجها عليه فى أول النهار وصوم اليوم الواحد لا يتجزأ وجوبا وامساكه فى أول النهار ما توقف على صوم الفرض لأنه لم يكن أهلا له فهو نظير الكافر يسلم ولو بلغ فى غير رمضان فى يوم فنوى الصوم تطوعا أجزأه بالاتفاق وفى الكافر يسلم اشتباه فقد ذكر فى الجامع الصغير فى صبي بلغ وكافر يسلم قال هما سواء وهذا يدل على ان نية كل واحد منهما صوم التطوع صحيح وأكثر مشايخنا على الفرق بين الفصلين فقالوا لا يصح من الكافر نية صوم التطوع بعد ما أسلم قبل الزوال لانه ما كان أهلا للعبادة فى أول النهار فلا يتوقف امساكه على أن يصير عبادة بالنية قبل الزوال ﴿قال﴾ واذا ذاق الصائم بلسانه شيئا ولم يدخل حلقه لم يفطر لأن الفطر بوصول شيء الى جوفه ولم يوجد والفم فى حكم الظاهر . ألا ترى أن الصائم يتمضمض فلا يضره ذلك ويكره له أن يعرض نفسه لشيء من هذا لأنه لا يأمن أن يدخل حلقه بعد ما أدخله فمه فيحوم حول الحمى قال صلى الله عليه وسلم فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه ﴿قال﴾ وان دخل ذباب جوفه لم يفطره ولم يضره وهذا استحسان وكان ينبغى فى القياس ان يفسد صومه لانه ليس فيه أكثر من أنه غير مغذ وأنه لا صنع له فيه فكان نظير التراب يهال فى حلقه وفى الاستحسان لا يضره هذا لانه لا يستطاع الامتناع منه فان الصائم لا يجد بدا من أن يفتح فمه فيتحدث مع الناس وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ولانه مما لا يتغذى به فلا ينعدم به معنى الامساك وهو نظير الدخان والغبار يدخل حلقه قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وقد يدخل فى هذا الاستحسان بصفة القياس فانه لو كان الذباب فى حلقه ثم طار لم يضره ولو كان هذا مفسدا للصوم لكان بوصوله الى باطنه يفسد صومه وان خرج بعد ذلك وان نزل فى حلقه ثلج أو مطر فقد اختلف مشايخنا فيه والصحيح أنه يفطره لان هذا مما يستطاع الامتناع منه بأن يكون تحت السقف ولان هذا مما يتغذى به ﴿قال﴾ وان كان بين اسنانه شيء فدخل جوفه لم يفطر لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فان تسحر بالسويق فلابد من أن يبقى بين اسنانه شيء فاذا أصبح يدخل فى حلقه مع ريقه ثم ما يبقى بين الاسنان تبع لريقه فكما انه

اذا ابتلع ريقه لم يضره فكذلك ماهو تبع وهذا اذا كان صغيراً يبقى بين الاسنان عادة وهو بخلاف ما اذا دخل ذلك القدر فى فمه لان ذلك مما يستطاع الامتناع منه فان كان بحيث لايبقى بين الاسنان عادة يفسد صومه لان هذا لاتكثر فيه البلوى والتحرز عنه ممكن وقدروا ذلك بالحمصة فان كان دونها لم يفسد به الصوم وقدر الحمصة اذا أدخله فى حلقه فسد صومه وعليه القضاء ولا كفارة عليه فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى . وقال زفر رحمه الله تعالى عليه الكفارة لانه ليس فيه أكثر من انه طعام متغير فهو كالمفطر باللحم المنتن ولابى يوسف ان هذا من جنس مالا يتغذى به والطباع تعافه فهو نظير التراب ثم للفم حكم الباطن من وجه وحكم الظاهر من وجه والكفارة تسقط بالشبهة فلهذا أسقطنا عنه الكفارة ﴿ قال ﴾ رجل قال لله على صوم شهر فله ان يصومه متفرقاً اما وجوب الصوم بنذره فلانه عاهد الله عهداً والوفاء بالعهد واجب قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم وذم من ترك الوفاء بالعهد بقوله ومنهم من عاهد الله الآية ثم ما كان من جنسه واجب شرعاً صح التزامه بالنذر وما ليس من جنسه واجب شرعاً كعيادة المريض لايصح التزامه بالنذر الا في رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف فكأنه اعتبر فى تلك الرواية كون المنذور قربة ثم مايلزمه بالنذر فرع لما هو واجب بايجاب الله تعالى وما أوجب الله تعالى من الصوم مطلقاً فتعيين وقت الاداء الى العبد والخيار اليه فى الأداء متفرقاً أو متتابعاً كقضاء رمضان فكذلك مايوجبه على نفسه ولان صوم الشهر عبادات متفرقة لانه يتخلل بين الايام وقت لايقبل الصوم فلا يلزمه التتابع فيه الا ان ينص عليه أو ينويه فان المنوى اذا كان من محتملات لفظه جعل كالملفوظ ﴿ قال ﴾ فان سمي شهراً بعينه كرجب فعليه ان يصومه وان لم يصمه فعليه القضاء وكذلك ان أفطر فيه يوماً فعليه قضاء ذلك اليوم بالقياس على ماوجب بايجاب الله تعالى من الصوم فى وقت بعينه وهو صوم رمضان ويستوى ان كان قال متتابعاً أو لم يقل لان الصفة فى العين غير معتبرة وأيام شهر بعينه متجاورة لا متتابعة فلا يلزمه صفة التتابع فيه وان نص عليه أو نواه بخلاف ما اذا سمى شهراً بغير عينه لان الوصف فى غير المعين معتبر ثم في المعين اذا لم يصمه حتي وجب عليه القضاء فله أن يفرق القضاء لان القضاء معتبر بالاداء كما في صوم رمضان ﴿ قال ﴾ وان كان أراد يميناً فعليه كفارة اليمين سواء أفطر في جميع الشهر أو في يوم منه لان المنوى من محتملات

لفظه فان الحالف يعاهد الله تعالى كالناذر ثم شرط حنثه أن لا يصوم جميع الشهر فسواء أفطر فيه يوما أو أكثر فقد وجد شرط الحنث والحاصل أنه اذا لم ينو شيئاً كان كلامه نذراً باعتبار الظاهر والعادة وان نوى اليمين كان يميناً بنيته نذراً بظاهره وان نواهما جميعا كان نذراً ويميناً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنهما لا يجتمعان في كلمة واحدة ولكنه ان نوي اليمين فهو يمين تلزمه الكفارة بالحنث دون القضاء وان نواهما كان نذراً ولم يكن يمينا وجه قوله ان حكم النذر يخالف حكم اليمين فلا يجتمعان في كلام واحد كقوله لامرأته أنت علىّ حرام ان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به اليمين كان يميناً ولا يجتمعان وان نواهما وليس هذا نظير قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في اجتماع معني الحقيقة والمجاز في كلام واحد في بعض مسائل الايمان لان حكم المجاز هناك غير مخالف لحكم الحقيقة فكان بمنزلة لفظ العموم وجه قولهما أن في لفظه كلمتين احداهما يمين وهو قوله لله فان معناه بالله قال ابن عباس رضى الله عنه دخل آدم الجنة فلله ماغربت الشمس حتى خرج وهذا لان اللام والباء يتعاقبان قال الله تعالى آمنتم له وفي موضع آخر به وقوله علىّ نذر الا أن عند الاطلاق غلب عليه معنى النذر باعتبار العادة فحمل عليه فاذا نواهما فقد نوى بكل لفظ ما هو من محتملاته فيعمل بنيته وليس هذا نظير ما يقال ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تجتمع الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لان الحقيقة استعمال اللفظ في موضعه والمجاز استعماله في غير موضعه وانما ذلك في كلمة واحدة لا في كلمتين ﴿ قال ﴾ وان نذر صوم سنة بعينها أفطر يوم النحر ويوم الفطر وأيام التشريق لان الصوم في هذا الايام منهى عنه شرعاً والى العبد ولاية الايجاب بنذره لا رفع المنهي ثم عليه قضاء هذه الايام عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى ليس عليه القضاء وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى واصل المسئلة اذا قال لله على ان أصوم غداً وغداً يوم النحر أو قال لله على ان أصوم يوم النحر صح نذره في الوجهين ويؤمر بأن يصوم يوما آخر فان صام في ذلك اليوم خرج من موجب نذره وعند زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا قال لله على صوم يوم النحر لم يصح نذره وان قال غداً وغداً يوم النحر صح نذره وجه قولهما ان الصوم غير مشروع في هذه الايام وليس الى العبد شرع ماليس بمشروع كالصوم ليلا

وبيانه أن الشرع عين هذا الزمان للاكل بقوله عليه السلام فانها أيام أكل وشرب وتعينه لاحد الضدين ينفي الضد الآخر فيه والدليل على أنه لا يصلح لاداء شيء من الواجبات ان الصوم اسم لما هو قربة والمنهي عنه يكون معصية فلا يكون صوماً ﴿ولنا﴾ ان الصوم مشروع في هذه الايام فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم هذه الايام وموجب النهي الانتهاء والانتهاء عما ليس بمشروع لا يتحقق ولان موجب النهي الانتهاء على وجه يكون للعبد فيه اختيار بين أن ينتهي فيثاب عليه وبين أن يقدم على الارتكاب فيعاقب عليه وذلك لا يتحقق اذا لم يبق الصوم مشروعا فيه وموجب النهي غير موجب النسخ فاذا كان موجب النسخ رفع المشروع عرفنا أنه ليس موجب النهي رفع المشروع والمعنى الذي لأجله كان الصوم مشروعاً في سائر الايام كون الامساك فيها بخلاف العادة وهذا المعنى في هذه الأيام أظهر والشرع أمر بالفطر فيه لانه جعله مفطراً فيه بخلاف الليل فقد جعله مفطراً بدخول الليل بقوله فقد أفطر الصائم أكل أولم يأكل والنهي يجعل الأداء من العبد فاسداً ولهذا لا يصلح لأداء شيء من الواجبات به ولكن صفة الفساد لا تمنع بقاء أصله شرعا كمن أفسد احرامه نفي عقد الاحرام وعليه أداء الافعال شرعا واذا ثبت أن الصوم مشروع في هذا اليوم فقد حصل نذره مضافا الى محله فيصح وليس في النذر ارتكاب المنهي انما ذلك في أداء الصوم ولهذا أمرناه بأن يصوم يوما آخر كيلا يكون مرتكبا للنهي ولو صام في هذه الايام خرج عن موجب نذره لانه ماالتزم الا هذا القدر وقد أدى كمن قال لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهي عمياء خرج عن موجب نذره باعتاقها لانه ما التزم الا هذا القدر وقد أدى باعتاقها وان كان لا يتأدى شيء من الواجبات بها وكمن نذر أن يصلي عند طلوع الشمس فعليه أن يصلي في وقت آخر فاذا صلى في ذلك الوقت خرج عن موجب نذره وجه رواية الحسن أنه اذا نص على يوم النحر فقد صرح في نذره بما هو منهي عنه فلم يصح واذا قال غداً لم يصرح في نذره بما هو منهي عنه فصح نذره وهو كالمرأة اذا قالت لله علي أن أصوم يوم حيضي لم يصح نذرها ولو قالت غداً وغداً يوم حيضها صح نذرها اذا عرفنا هذا فنقول اذا نذر صوم سنة بعينها فعليه قضاء خمسة أيام اذا أفطر فيها يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وان التزم سنة بغير عينها فعليه قضاء خمسة وثلاثين يوما لان صوم رمضان لا يكون عن المنذور ولو قال سنة متتابعة فعليه ان يصل هذا القضاء بالاداء وكان محمد بن سلمة رحمه الله تعالى يقول في هذا الفصل لا يفطر

في الايام الخمسة لان هذا القدر من التتابع في وسعه والأول أصح وهو مروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وكذلك المرأة ان نذرت صوم سنة بعينها قضت أيام الحيض لما بينا ﴿قال﴾ رجل جعل لله عليه أن يصوم كل خميس يأتي عليه فافطر خميساً فعليه القضاء وكفارة اليمين ان أراد يمينا فان أفطر خميساً آخر قضاه أيضاً ولم يكن عليه كفارة أخرى لان اليمين واحدة فاذا حنث فيها مرة لا يحنث مرة أخرى وبحكم النذر لزمه صوم كل خميس فكل ما أفطر في خميس كان عليه قضاؤه وهذا لان ايجاب القضاء في كل خميس لا يقتضي تعدد النذر بخلاف ايجاب الكفارتين ﴿قال﴾ وان جعل لله عليه ان يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً فقدم فلان ليلا لم يلزمه شئ لان اليوم حقيقة لبياض النهار ولم يوجد ذلك عند قدوم فلان ولا يقال اليوم بمعنى الوقت كما لو قال لامرأته أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه فلان لان اليوم قد يحتمل معنى الوقت ولكن اذا قرن به ما يختص بأحد الوقتين وهو بياض النهار علم أنه ليس مراده الوقت مطلقا بخلاف الطلاق فانه لا يختص بأحد الوقتين وان قدم فلان في يوم قد أكل فيه فعليه ان يصوم ذلك اليوم فيما يستقبل ولا يقضى هذا اليوم الذي أكل فيه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان عليه قضاءه قال لان السبب هو النذر والوقت شرط فيه فعند وجوده يستند الوجوب الى نذره فكانه قال لله على ان أصوم غداً فاكل الغد فعليه قضاؤه وجه ظاهر الرواية انه أضاف النذر الى وقت قدوم فلان فعند وجود القدوم يصير كالمجدد للنذر كما هو الاصل ان المعلق بالشرط عند وجوده كالمنجز ومن أكل في يوم ثم قال لله على ان أصوم هذا اليوم أبداً فعليه ان يصومه فيما يستقبل وليس عليه قضاء هذا اليوم وكذلك لو قدم فلان بعد الزوال وجواب أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا غير محفوظ ويجوز ان يفرق بينهما بعلة ان ما بعد الزوال ليس بوقت لالتزام الصوم من أحد وما قبل الزوال ان لم يكن وقتاً لالتزام الصوم في حق الآكل فهو وقت في حق غيره والا ظهر انه يسوى بينهما وان كان قدم قبل الزوال ولم يكن أكل فيه صامه لبقاء وقت النية عند القدوم وصار كالمنجز للنذر في الحال ﴿قال﴾ رجل أصبح صائماً يوم الفطر ثم أفطر فلا قضاء عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه القضاء في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأن الشروع ملزم كالنذر بدليل سائر الايام والنهى لا يمنع صحة الشروع فيجب القضاء كمن شرع في الصلاة في الأوقات المكروهة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لم يجب عليه الاتمام بعد الشروع

لان فيه معصية ووجوب القضاء ينبنى على وجوب الاتمام ولان القدر المؤدى كان فاسداً لما فيه من ارتكاب النهى فلا يجب عليه حفظه ووجوب الاتمام والقضاء لحفظ المؤدى بخلاف النذر فانه بنذره صار مرتكباً للنهى وفي الشروع في الصلاة فى الوقت المكروه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبعد التسليم الفرق من وجهين أحدهما ان بالشروع هناك لا يصير مرتكباً للنهى لان بمجرد التكبير لا يصير مصلياً كمن حلف ان لا يصلى فكبر لا يحنث فلهذا صح الشروع وهنا بمجرد الشروع صار صائماً مرتكباً للنهى بدليل مسئلة اليمين ولان هناك يمكنه الأداء بذلك الشروع لا بصفة الكراهة بان يصبر حتى تبيض الشمس فلهذا لزمه وهنا بهذا الشروع لا يمكنه الأداء بدون صفة الكراهة فلم تلزمه ﴿ قال ﴾ امرأة قالت لله على أن أصوم يوم حيضى فلا شيء عليها لان الحيض ينافى أداء الصوم ومع التصريح بالمنافي لا يصح الالتزام كمن قال الله على ان أصوم اليوم الذى أ كلت فيه وكذلك ان حاضت ثم قالت لله على ان أصوم هذا اليوم لان المنافى متحقق فكأنها صرحت به بخلاف ما اذا قالت لله على ان أصوم غداً فحاضت من الغد لانه ليس فى لفظها تصريح بالمنافى فصح الالتزام ثم تعذر عليها الأداء بما اعترض من الحيض فعليها القضاء ﴿ قال ﴾ واذا دخل الغبار أو الدخان حلق الصائم لم يضره لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فالتنفس لا بد منه للصائم والتكليف بحسب الوسع ولو طعن برمح حتي وصل الي جوفه لم يفطره لان كون الرمح بيد الطاعن يمنع وصوله الى باطنه حكماً فان بقى الزج فى جوفه فسد صومه لانه صار مغيباً حقيقة فكان واصلا الى باطنه وهو قياس مالو ابتلع خيطا فان بقى أحد الجانبين بيده لم يفسد صومه وان لم يبق فسد صومه ﴿ قال ﴾ ولو أ كره على أ كل وشرب فعليه القضاء دون الكفارة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان تناول بنفسه مكرهاً فكذلك وان صب فى حلقه لم يفسد صومه واعتبر صنعه فى ذلك ونحن نعتبر وصول المفطر الى باطنه مع ذكره للصوم وذلك لا يختلف بفعله وبفعل غيره وكذلك النائم ان صب في حلقه ماء فسد صومه عندنا ولم يفسد عند زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لانه أعذر من الناسى اذا لا صنع له أصلا ولكنا نقول الناسى معدول به عن القياس بالنص وهذا ليس فى معناه لان النسيان لا صنع فيه للعباد فاذا كان العذر ممن له الحق منع فساد صومه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أطعمك وسقاك وهنا انما

جاء العذر بسبب مضاف الى العباد وهو النوم منه والصب من غيره وهذا غير مانع من فساد الصوم لوصول المفطر الى باطنه ﴿ قال ﴾ وللصائم ان يستاك بالسواك أول النهار وآخره وكره الشافعي رحمه الله تعالى للصائم السواك آخر النهار لقوله صلى الله عليه وسلم لخلوف فم الصائم أطيب عند الله تعالى من ريح المسك والسواك يزيل الخلوف وما هو أثر العبادة يكره ازالته كدم الشهيد ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك وقال لو لا ان اشق على أمتى لأمرتهم بالوضوء عند كل صلاة وبالسواك عند كل وضوء ثم هو تطهير للفم فلا يكره للصائم كالمضمضة والسواك لا يزيل الخلوف بل يزيد فيه انما يزيل النكهة الكريهة ومراده صلى الله عليه وسلم بيان درجة الصائم لا عين الخلوف فان الله تعالى يتعالى عن أن تلحقه الروائح ودم الشهيد يبقى عليه ليكون شاهداً له على خصمه يوم القيامة والصوم بين العبد وبين من يعلم السر وأخفى فلا حاجة الى الشاهد والسواك الرطب واليابس فيه سواء لقول ابن عباس رضى الله عنه لا بأس للصائم أن يستاك بالسواك الاخضر وكذلك لا بأس أن يبله بالماء الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه كره ذلك لانه يجد منه بداً فهو نظير الذوق وادخال الماء فى فمه من غير حاجة ﴿ ولنا ﴾ حديث عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك بالسواك الرطب وهو صائم ﴿ قال ﴾ واذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها أو ولدها أفطرت لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى وضع عن المسافر شطر الصلاة والصوم وعن الحامل والمرضع الصوم ولانه يلحقها الحرج فى نفسها أو ولدها والحرج عذر فى الفطر كالمريض والمسافر وعليها القضاء ولا كفارة عليها لانها ليست بجانية فى الفطر ولا فدية عليها عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان خافت على نفسها فكذلك وان خافت على ولدها فعليها الفدية ومذهبه مروى عن ابن عمر رحمه الله تعالى ومذهبنا مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما الا ان المروى عن ابن عمر الفدية دون القضاء والجمع بينهما لم يشتهر عن أحد من الصحابة وهو يقول الفطر منفعة حصلت بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيوجب الفدية كفطر الشيخ الفاني وهذا لان الفطر منفعة شخصين منفعتها ومنفعة ولدها فباعتبار منفعتها يجب القضاء وباعتبار منفعة ولدها تجب الفدية ﴿ ولنا ﴾ ان هذا مفطر يرجى له القضاء فلا يلزمه الفداء كالمريض والمسافر وهذا لان الفدية

مشروعة خلفا عن الصوم والجمع بين الخلف والاصل لايكون وهو خلف غير معقول بل هو ثابت بالنص فى حق من لايطيق الصوم فلا يجوز ايجابه فى حق من يطيق الصوم ولا يجوز أن يجب باعتبار الولد لانه لاصوم على الولد فكيف يجب ماهو خلف عنه ولانه لا يجب في مال الولد ولو كان باعتباره لوجب فى ماله كنفقته ولتضاعف بتعدد الولد واما الشيخ الكبير الذى لا يطيق الصوم فانه يفطر ويطعم لكل يوم نصف صاع من حنطة . وقال مالك لافدية عليه قال لان أصل الصوم لم يلزمه لكونه عاجزاً عنه فكيف يلزمه خلفه لان الخلف مشروع ليقوم مقام الاصل ولنا ان الصوم قد لزمه لشهود الشهر حتي لو تحمل المشقة وصام كان مؤديا للفرض وانما يباح له الفطر لاجل الحرج وعذره ليس بعرض الزوال حتي يصار الى القضاء فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم يوضحه ان الصوم لزمه لاباعتبار عينه بل باعتبار خلفه كالكفارة تجب على العبد لاباعتبار المال بل باعتبار خلفه وهو الصوم والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين جاء عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه وعلى الذين يطيقونه فلا يطيقونه فدية وقيل حرف لامضمر فيه معناه وعلى الذين لايطيقونه قال الله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا أى لئلا تضلوا وجعل فيها رواسي أن تميد بكم أى لئلا تميد بكم ﴿ قال ﴾ واذا أكل الصائم الطين أو الجص أو الحصاة متعمداً فعليه القضاء ولا كفارة عليه وقد بينا هذا ومراده طين الارض فأما اذا أكل الطين الارمنى تلزمه الكفارة رواه ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى لان هذا مما يتداوى به فانه والفاريقون سواء ﴿ قال ﴾ ابن رستم قلت لمحمد فان أكل من هذا الطين الذى يقلى ويؤكل قال لا أدري ماهذا والصحيح أنه تلزمه الكفارة لانه يؤكل تفكها ويؤكل على سبيل التداوى فقد ينفع المرطوب ﴿قال﴾ ويكره للصائم مضغ العلك ولايفطره لان مضغ العلك يدبغ المعدة ويشهي الطعام ولم يأن له فهو اشتغال بما لا يفيد والناظر اليه من بعد يظن أنه يتناول شيئاً فيتهمه ولا يأمن أن يدخل شيئاً منه حلقه فيكون معرضاً صومه للفساد ولكن لا يفطره لان عين العلك لا تصل الى حلقه انما يصل اليه طعمه وهذا اذا كان العلك مصلحا ملتئما فأما اذا لم يكن ملتئما فمضغه حتى صار ملتئما يفسد صومه لانه تتفتت أجزاؤه فيدخل حلقه مع ريقه ﴿قال﴾ ولا بأس بأن تمضغ المرأة لصبيها طعاما اذا لم تجد منه بدا لان الحال حال الضرورة ويجوز لها الفطر لحاجة الولد فلأن يجوز مضغ الطعام كان أولى فاما اذا كانت

تجد من ذلك بدا يكره لها ذلك لانها لاتأمن أن يدخل شئ منه حلقها فكانت معرضة صومها للفساد وذلك مكروه عند عدم الحاجة قال صلى الله عليه وسلم من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب صدقة الفطر

(الاصل) في وجوب صدقة الفطر حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد ذكرا أو أنثى صغيراً أو كبيراً صاعاً من تمراً وصاعاً من شعير وحديث عبد الله بن ثعلبة العدوى ويقال العبدرى الذى بدأ به محمد رحمه الله تعالى الباب فقال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ادوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير وحديث ابن عباس رضى عنه انه خطب بالبصرة فقال أدوا زكاة فطركم فنظر الناس بعضهم الى بعض فقال من هنا من أهل المدينة قوموا رحمكم الله فعلموا اخوانكم فانهم لايعلمون كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا فى هذا اليوم ان نؤدي صدقة الفطر عن كل حر وعبد نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير ثم الشافعى رحمه الله تعالى أخذ بحديث ابن عمر وقال انها فريضة بناء على أصله أنه لافرق بين الواجب والفريضة وعندنا هى واجبة لان ثبوتها بدليل موجب للعمل غير موجب علم اليقين وهو خبر الواحد وما يكون بهذه الصفة يكون واجباً فى حق العمل ولا يكون فرضاً حتى لا يكفر جاحده انما الفرض ماثبت بدليل موجب للعلم وقيل في قوله تعالى قد أفلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى أى تطهر بأداء زكاة الفطر وصلى صلاة العيد بعده ثم سبب وجوب صدقة الفطر رأس يمونه بولايته عليه قال صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون وحرف عن للانتزاع من الشئ فيحتمل أحد وجهين اما ان يكون سبباً ينتزع منه الحكم أو محلا يجب عليه ثم يؤدى عنه وبطل الثانى لاستحالة الوجوب على العبد والكافر فتعين الأول ولانه يتضاعف بتضاعف الرؤس فعلم ان السبب هو الرأس وانما يعمل في وقت مخصوص وهو وقت الفطر ولهذا يضاف اليه فيقال صدقة الفطر والاضافة فى الاصل وان كان الى السبب فقد يضاف الى الشرط مجازاً فان الاضافة تحتمل الاستعارة فاما التضاعف بتضاعف الرؤس لايحتمل الاستعارة ثم هى عبادة فيها معنى

المؤنة ولهذا لايشترط لوجوبه كمال الاهلية ومعني المـؤنة يرجح الرأس فى كونه سبباً على الوقت واذا كان الوجوب فى وقت الفطر من رمضان وهو عنـد طلوع الفجر من يوم الفطر يستحب أداؤه كما وجب قبل الخروج الى المصلى لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرهم ان يؤدوا صدقة الفطر قبل ان يخرجوا الى المصلى وقال اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والمعنى انه اذا أدى قبل الخروج تفرغ قلب الفقير عن حاجة العيال فتفرغ لأداء الصلاة وقيل في يوم الفطر يستحب للمرء ستة أشياء ان يغتسل ويستاك ويتطيب ويلبس أحسن ثيابه ويؤدى فطرته ويتناول شيئاً ثم يخرج الى المصلى ﴿ قال ﴾ وعلى المسلم الموسر ان يؤدي زكاة الفطر عن نفسه اما اشتراط الاسلام فلان في آخر حديث ابن عمر رضي الله عنه قال من المسلمين وقال صلى الله عليه وسلم فى زكاة الفطر طهرة للصائمين من اللغو والرفث . وقال عمر رضي الله عنه الصوم محبوس بين السماء والارض حتى تؤدي زكاة الفطر ولانها عبادة فلاتجب الاعلى من هو أهل لثوابها وهو المسلم وأما اشتراط اليسار فقول علمائنا. وقال الشافعي رحمه الله تعالى من ملك قوت يومة وزيادة بقدر مايؤدى زكاة الفطر فيؤدى زكاة الفطر لانه ذكر فى آخر حديث ابن عمر رضي الله عنه غني أو فقير ولانه واجد لما يتصدق به فضلا عن حاجته فيلزمه الأداء كالموسر وهذا لان صدقة الفطر تشبه الكفارة دون الزكاة حتى لايعتبر فيها الحول وفي الكفارة يعتبر تيسر الاداء دون الغنى فكذلك في زكاة الفطر ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى ولان الفقير محل الصرف اليه فلايجب عليه الأداء كالذي لايملك الا قوت يومه وهذا لان الشرع لا يرد بما لا يفيد فلو قلنا بأنه يأخذ من غيره ويؤدى عن نفسه كان اشتغالا بمـا لا يفيد وحديث ابن عمر رضى الله عنه محمول على ما كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم انما الصدقة ما كانت عن ظهر غنى أو ما أبقت غنى أو هو محمول على الندب فانه قال فى آخره أما غنيكم فيزكيه الله وأما فقيركم فيعطيه الله أفضل ممـا أعطى ثم اليسار المعتبر لايجاب زكاة الفطر أن يملك مائتي درهم أو ما يساوى مائتى درهم من الدراهم التى تغلب النقرة فيها على الغش فضلا عن حاجته ويتعلق بهذا اليسار أحكام ثلاثة حرمة أخذ الصدقة ووجوب زكاة الفطر والاضحية وكما يؤدى عن نفسه فكذلك يؤدى عن أولاده الصغار لان رأس أولاده في معنى رأسه فانه يمونهم بولايته وقد بينا أن سبب الوجوب هذا وكذلك يؤدى عن ممـاليكه للخدمة

لانه يمونهم بولايته عليهم القن والمدبر وأم الولد فى ذلك سواء فان ولايته عليهم لا تنعدم بالتدبير والاستيلاد انما تستحيل المالية بهذا السبب ولا عبرة للمالية فانه يؤدى عن نفسه وعن أولاده الصغار ولا مالية فيهم ما خلا مكاتبيه فانه لا يؤدى عنهم لان ولايته عليهم قد اختلت بسبب الكتابة فان المكاتب صار بمنزلة الحر فى حق اليد والتصرف وحكي عن عطاء أنه يؤدي عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حرّ وعبد . وقال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون وهو لا يمون المكاتب وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه كان يؤدى زكاة الفطر عن جميع مماليكه الا المكاتبين له وليس على المكاتب أن يؤدى عن نفسه ولا عن مماليكه الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يجعل المكاتب مالكا لكسبه بناء على أصله ان المملوك من أهل ملك المال اذا ملكه المولى وعندنا المملوك مال ليس من أهل ملك المال للتضاد بين المالكية وبين المملوكية والمكاتب ليس بمالك لكسبه على الحقيقة وقد بينا ان شرط الوجوب الغنا وذلك لا يثبت بدون حقيقة الملك والدليل عليه إباحة الأخذ له وان كان فى يده كسب ﴿قال﴾ ويؤدى المسلم عن مملوكه الكافر عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يؤدى عنه وهذه المسئلة تنبني على أصل وهو أن الوجوب عندنا على المولى عن عبده فتعتبر أهلية المولى وعنده الوجوب على العبد ثم يتحمل المولى عنه فيعتبر كون العبد أهلا للوجوب عليه وهو يستدل لاثبات هذا الاصل بحديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر وعبد ولأنها طهرة للصائم ووجوب الصوم على العبد وقيل صدقة الفطر للصوم كسجود السهو للصلاة والسجود يجب على المصلي لا على غيره . وقال ابن عمر فى صدقة الفطر ثلاثة أشياء قبول الصوم والفلاح والنجاة من سكرات الموت وعذاب القبر ﴿ولنا﴾ قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وجعله بمنزلة النفقة ونفقة المملوك على المولى فكذلك صدقة الفطر عنه ثم هذه صدقة واجبة باعتبار ملكه فكانت عليه ابتداء كزكاة المال عن عبد التجارة وهذا لان حال العبد دون حال فقير لا يملك شيئاً لان ذلك الفقير من أهل الملك والعبد لا فاذا لم تجب على الفقير الذى لا يملك شيئاً فلأن لا تجب على العبد أولى والدليل عليه أنه لا يخاطب بالاداء بحال بخلاف الصغير الذى له مال فانه يخاطب بالاداء بعد البلوغ اذا لم يؤده عنه وليه وحرف على فى حديث ابن عمر بمعني

حرف عن قال الله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أي عن الناس ولا معتبر بالصوم فانه يجب على الرضيع ولاصوم عليه وعلى سبيل الابتداء فى المسئلة لناحديث نافع عن ابن عمر ومقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي وهو نص ولكنه شاذ وقد بينا ان السبب رأس يمونه بولايته عليه وذلك لايختلف بكفر المملوك واسلامه ولا يؤدى الكافر عن مملوكه المسلم اماعندنافلان الوجوب على المولى والمولى ليس بأهل له وعند الشافعى رحمه الله تعالى تحمل المولى عن عبده يستدعى أهلية أداء العبادة والكافر ليس بأهل له والوجوب على العبد عنده باعتبار تحمل المولى الأداء عنه فاذا انعدم ذلك فى حق المملوك لم يجب أصلا ﴿ قال ﴾ واذا كان للولد الصغير مال أدي عنه أبوه من مال الصغير فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالي وكذلك يضحى عنه من ماله استحسانا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكره فى كتاب الحيل وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى يؤدى من مال نفسه ولو أدى من مال الصغير ضمن وكذلك الخلاف في الوصي الا ان عند محمد وزفر رحمهما الله تعالى الوصى لا يؤدى عنه أصلا والقياس ماقالا لانها زكاة فى الشريعة كزكاة المال فلا تجب على الصغير ولانها عبادة والصبي ليس بأهل لوجوب العبادة عليه فان الوجوب ينبنى على الخطاب استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فقالا فيها معنى المؤنة بدليل الوجوب على الغير بسبب الغير فهو كالنفقة ونفقة الصغير فى ماله اذا كان له مال ثم هذه طهرة شرعية فتقاس بنفقة الختان وهذا لانا لولم نوجب عليه احتجنا الى الايجاب على الأب فكان فى الايجاب فى ماله حفظ حق الأب وهو اسقاط عنه ومال الصبي يحتمل حقوق العباد وبه فارق الزكاة ثم على قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كما يؤدى عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير يؤدى من مال الصغير وعند محمد لا يؤدى عن مماليكه أصلا والمعتوه والمجنون فى ذلك بمنزلة الصغير وروى عن محمد رحمه الله تعالى ان الأب انما يؤدى عن ابنه المعتوه والمجنون اذا بلغ كذلك فأما اذا بلغ مفيقاً ثم جن فليس عليه ان يؤدى عنه من مال نفسه ولا من مال ولده لانه اذا ولد مجنوناً بقى ما كان واجباً ببقاء ولايته فاما اذا بلغ مفيقاً فقد سقط عنه لزوال ولايته فلا يعود بعد ذلك وان عادت الولاية لاجل الضرورة وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى السبب رأس يمونه بولايته عليه وذلك لايختلف بالجنون الأصلى

والطاريء ﴿ قال ﴾ وليس علي الرجل ان يؤدى عن أولاده الكبار وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كانوا زمنى معسرين فعليه الأداء عنهم وان كانوا أصحاء معسرين فى عياله فله فيه وجهان واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون هو يمون ولده الزمن والمعسر وأصحابنا قالوا بان السبب رأس يمونه بولايته عليه ليكون فى معني رأسه ولا ولاية له على أولاده الزمنى اذا كانوا كبارا وبدون تقرر السبب لا يثبت الوجوب ﴿قال﴾ ولا يؤدى الجد عن نوافله الصغار وان كانوا في عياله وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ان عليه الاداء عنهم بعد موت الأب وهذه أربع مسائل يخالف الجد فيها الأب فى ظاهر الرواية ولا يخالف فى رواية الحسن احدها وجوب صدقة الفطر والثانى التبعية فى الاسلام والثالث جر الولاء والرابع الوصية لقرابة فلان وجه رواية الحسن ان ولاية الجد عند عدم الاب ولاية متكاملة وهو يمونهم فيتقرر السبب فى حقه ووجه ظاهر الرواية ان ولاية الجد منتقلة من الاب اليه فهو نظير ولاية الوصى وهذا لان السبب انما يتقرر اذا كان رأسه فى معنى رأس نفسه باعتبار الولاية وذلك لا يتقرر فى حق الجد لان ثبوت ولايته بواسطة وولايته على نفسه ثابتة بدون الواسطة ﴿قال﴾ ولا يؤدى الزوج زكاة الفطر عن زوجته. وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجب عليه الاداء عنها لقوله عليه الصلاة والسلام أدوا عمن تمونون وهو يمون زوجته وملكه عليها نظير ملك المولى على أم ولده فانه يثبت به الفراش وحل الوطىء فكما يجب عليه الاداء عن أم ولده فكذلك عن زوجته ﴿ ولنا ﴾ ان عليها الاداء عن مماليكها ومن يجب عليه الاداء من غيره لا يجب على الغير الاداء عنه وهذا لان نفسها أقرب اليها من نفس مماليكها ثم النفقة على الزوج باعتبار العقد فلا يكون موجبا للصدقة كنفقة الاجير على المستأجر وهذا لان فى الصدقة معنى العبادة وهو ما تزوجها ليحمل عنها العبادات وقد بينا ان مجرد المؤنة بدون الولاية المطلقة لا ينهض سبباً وبعقد النكاح لا يثبت له عليها الولاية فيما سوى حقوق النكاح بخلاف أم الولد فان للمولى عليها ولاية مطلقة بسبب ملك الرقبة فان أدى الزوج عن زوجته بأمرها جاز وان أدى عنها بغير أمرها لم يجز فى القياس كما لو أدى عن أجنبي ويجوز استحساناً فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لان العادة ان الزوج هو الذى يؤدى فكان الامر منها ثابتا باعتبار العادة فيكون كالثابت بالنص ﴿ قال ﴾ وليس علي الرجل ان يؤدى عن أبويه ولا عن أحد من قرابته وان كانوا فى عياله لانه لا ولاية له

عليهم ولانه متبرع في الانفاق عليهم فهو كمن تبرع بالانفاق على الغير فلا يجب عليه الصدقة عنهم باعتباره ﴿ قال ﴾ ويؤدي صدقة الفطر عن نفسه حيث هو ويكره له أن يبعث بصدقته الى موضع آخر لحديث معاذ بن جبل رضى الله عنه من نقل عشره وصدقته عن مخلاف عشيرته الى غير مخلاف عشيرته فعشره وصدقته فى مخلاف عشيرته واما عن رقيقه فانما يؤدى صدقة الفطر حيث هو وان كانوا في بلد آخر وحكي ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه رجع عن هذا القول فقال يؤدى عنهم حيث هم وجعله قياس زكاة المال ولا خلاف أن المعتبر هناك موضع المال لا موضع صاحبه فهنا كذلك . ووجه ظاهر الرواية أن الوجوب على المولى في ذمته ورأس المماليك في حقه كرأسه فكما أن فى أداء الصدقة عن نفسه يعتبر موضعه فكذلك عن مماليكه بخلاف الزكاة فان الواجب جزء من المال حتى يسقط بهلاك المال وهنا لا يسقط بهلاك المماليك بعد الوجوب على المولى ﴿ قال ﴾ رجلان بينهما مملوك للخدمة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنه عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجب عليهما وهو بناء على الاصل الذى تقدم بيانه فان عنده الوجوب على العبد وهو كامل فى نفسه وعندنا الوجوب على المولى عن عبده وكل واحد منهما لا يملك ما يسمي عبداً فان نصف العبد ليس بعبد وعلى سبيل الابتداء هو يستدل بقوله صلى الله عليه وسلم أدوا عمن تمونون وهما يمونانه فان نفقته عليهما فكذلك الصدقة عنه ﴿ ولنا ﴾ أن السبب رأس يمونه بولايته عليه ولا ولاية لواحد منهما عليه حتي لو أراد أن يزوجه لا يملك ذلك وبمجرد وجوب النفقة لا يكون عليه وجوب الصدقة فان النفقة تجب باعتبار ملك سائر الحيوانات ولا تجب الصدقة ما لم يتقرر السبب وهو رأس يمونه بولايته عليه ﴿ قال ﴾ فان كان بينهما مماليك للخدمة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد رحمه الله تعالى يجب على كل واحد منهما الصدقة فى حصته اذا كان كاملا في نفسه حتى اذا كان بينهما خمسة أعبد يجب على كل واحد منهما الصدقة عن عبدين ومذهب أبى يوسف رحمه الله تعالى مضطرب ذكر فى بعض روايات هذا الكتاب كقول محمد رحمه الله تعالى والاصح أن قوله كقول أبي حنيفة وأبو حنيفة رحمه الله تعالي مر على أصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبراً فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبداً ومحمد مر على أصله فانه يرى قسمة الرقيق جبراً وباعتبار القسمة ملك كل واحد منهما

في البعض متكامل وكذلك مذهب أبي يوسف ان كان قوله كقول محمد وان كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فعذره أن القسمة تنبني على الملك فأما وجوب الصدقة فينبني علي الولاية لا على الملك حتى تجب الصدقة عن الولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية متكاملة على شئ من هذه الرؤس ﴿قال﴾ فان كان بينهما جارية فجاءت بولد فادعياه ثم مر يوم الفطر فلاصدقة على واحد منهما عن الأم لما بينا فأما على الولد يجب على كل واحد منهما صدقة كاملة في قول أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى تجب عليهما صدقة واحدة عنه ولا رواية فيه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمحمد يقول الاب أحدهما في الحقيقة وصدقة الفطر عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فجعلناها عليهما نصفين ألا ترى أنهما يرثانه ميراث ابن واحد وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول هو ابن لكل واحد منهما بكماله لان البنوة لا تحتمل التجزى ألا ترى أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل فكذلك يجب على كل واحد منهما عنه صدقة كاملة ﴿قال﴾ وليس على الرجل صدقة الفطر في مماليك التجارة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجب وهو بناء على الاصل الذى بينا فان عنده الوجوب على العبد وزكاة التجارة علي المولى فلا يمنع ذلك وجوب زكاة الفطر على العبد وعندنا الوجوب على المولى كزكاة التجارة فلا يجتمع زكاتان على ملك واحد على رجل واحد ﴿قال﴾ وله أن يجمع صدقة نفسه ومماليكه فيعطيها مسكيناً واحداً لقوله صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والاغناء يحصل بصرف الكل الى واحد فوق ما يحصل بالتفريق ولان المعتبر القدر المنصوص عليه وصفة الفقر في المصروف اليه وذلك لا يختلف بالتفريق والجمع فجاز الكل وهذا بخلاف الكفارة فانه لو صرف الكل الى مسكين واحد جملة لا يجوز لان العدد في المصروف اليه منصوص عليه فلا بد من وجوده صورة ومعنى ﴿قال﴾ فان أعطى قيمة الحنطة جاز عندنا لان المعتبر حصول الغني وذلك يحصل بالقيمة كما يحصل بالحنطة وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز وأصل الخلاف في الزكاة وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول أداء الحنطة أفضل من أداء القيمة لانه أقرب الى امتثال الأمر وأبعد عن اختلاف العلماء فكان الاحتياط فيه وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول أداء القيمة أفضل لانه أقرب الى منفعة الفقير فانه يشتري به للحال ما يحتاج اليه والتنصيص على الحنطة والشعير كان لان البياعات في ذلك الوقت بالمدينة يكون بها فاما في

ديارنا البياعات تجرى بالنقود وهي أعز الاموال فالأداء منها أفضل ﴿قال﴾ ومن مات من مماليكه وولده ليلة العيد فلا صدقة عليه عنهم ومن مات بعد الصبح فالصدقة واجبة عنهم ولا خلاف ان وجوب الصدقة يتعلق بالفطر من رمضان وانما الخلاف فى وقت الفطر من رمضان عندنا وقت الفطر عند طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده وقت غروب الشمس من الليلة التى يهل بها هلال شوال حجته لاثبات هذا الأصل ان حقيقة الفطر عند غروب الشمس وكذلك انسلاخ شهر رمضان يكون عند رؤية هلال شوال وذلك عند غروب الشمس وحجتنا ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أنهاكم عن صوم يومين يوم تفطرون فيه من صومكم ويوم تأكلون فيه لحم نسككم ولان حقيقة الفطر عند غروب الشمس كما يكون في هذا اليوم كذلك فيما قبله والفطر من رمضان انما يتحقق بما يكون مخالفاً لما تقدم وذلك عند طلوع الفجر لان فيما تقدم كان يلزمه الصوم في هذا الوقت وفى هذا اليوم يلزمه الفطر وهذا اليوم يسمى يوم الفطر فينبغى ان يكون الفطر من رمضان فيه ليتحقق هذا الاسم كيوم الجمعة تجب فيه الجمعة وتؤدى فيه ليتحقق هذا الاسم فيه اذا عرفنا هذا فنقول كل من أسلم من الكفار ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر عندنا لان وقت الوجوب جاء وهو مسلم وكل من يولد ليلة الفطر فعليه صدقة الفطر عندنا لانه جاء وقت الوجوب وهو منفصل ومن مات من أولاده ومماليكه ليلة الفطر فليس عليه الصدقة عنه لانه جاء وقت الوجوب وهو ميت ومن مات بعد طلوع الفجر منهم فعليه الصدقة عنه لان وقت الوجوب جاء وهو حي وصدقة الفطر بعد ما وجبت لا تسقط بموت المؤدى عنه بخلاف الزكاة فان الواجب هناك جزء من المال وبهلاكه يفوت محل الواجب وهنا الصدقة تجب فى ذمة المؤدى فبموت المؤدى عنه لا يفوت محل الواجب فلهذا لا تسقط حتى روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى ان من قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فأنت حر فعليه صدقة الفطر عنه لانه انما عتق بعد طلوع الفجر فلا تسقط به الصدقة الواجبة عنه والدليل على ان وقت الوجوب عند طلوع الفجر حديث ابن عمر كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمرنا باداء صدقة الفطر قبل الخروج الى المصلى والمقصود بهذا الأمر المسارعة الى الأداء لا التأخير عن وقت الوجوب ﴿قال﴾ واذا مر يوم الفطر وفي يد الرجل مملوك قد اشتراه وفى البيع خيار لاحد المتبايعين فانما الصدقة على من يستقر له الملك عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى

على من له الخيار وعند الشافعى رحمه الله تعالى على من له ملك العبد وقت الوجوب هو يقول هذه مؤنة بسبب الملك فتكون نظير النفقة والنفقة تجب على من له الملك وقت الوجوب فكذلك الصدقة وزفر رحمه الله تعالى يقول الولاية لمن له الخيار على المشترى ووجوب الصدقة باعتبار الولاية على الرأس ﴿ ولنا ﴾ ان البيع بشرط الخيار اذا تم يثبت الملك للمشترى من وقت العقد حتى يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة واذا فسخ عاد الى قديم ملك البائع فحكم الملك والولاية موقوف فيه فكذلك ماينبنى عليه وما يجب عليه بسبب الملك مقابل بما يستحقه بسبب الملك وهو الزوائد فكما توقف حكم استحقاقه فكذلك حكم الاستحقاق عليه إلا ان النفقة لاتحتمل التوقف لانها تجب لحاجة المملوك للحال فاذا جعلناها موقوفة مات المملوك جوعا فلاجل الضرورة اعتبرنا فيه النفقة للحال بخلاف الصدقة وكذلك الخلاف في زكاة التجارة ان كان اشتراه للتجارة ﴿ قال ﴾ فان لم يكن فى البيع خيار الاان المشترى لم يقبضه حتى مر يوم الفطر فان قبضه بعد ذلك فصدقته عليه لانه كان مالكاله وقت الوجوب وقد تقرر ملكه بقبضه وان تلف قبل ان يقبضه فلا صدقة على واحد منهما اما البائع فلانه لم يكن مالكا وقت الوجوب لان البيع البات يزيل ملكه واما المشترى فلان البيع انفسخ من الاصل بهلاك المعقود عليه قبل القبض فينعدم به ملكه من الاصل ووجوب الصدقة بحكم الملك ولم يبق لملكه حكم حين انفسخ البيع من الاصل وان لم يمت ورده قبل القبض بعيب أو خيار رؤية فصدقته على البائع ولاشئ على المشترى لان البيع انفسخ من الاصل بالرد قبل القبض بهذه الاسباب وعاد الى قديم ملك البائع فكأنه لم يخرج عن ملكه بخلاف الأول فان انفساخ البيع هناك بعد الهلاك كفوات القبض المستحق بالعقد فلا يظهر حكم ملك البائع في حال قيامه فان رده بعد القبض بعيب أو خيار رؤية فصدقته على المشترى لان ملكه وولايته كانت تامة وقت الوجوب لكونه قابضاً فوجبت الصدقة عليه ثم لاتسقط عنه بزوال ملكه عن العين كما لايسقط بهلاكه في يده ﴿قال﴾ فان كان اشتراه شراء فاسدا فمر يوم الفطر قبل أن يقبضه فصدقته على البائع سواء قبضه المشترى بعد ذلك أو لم يقبضه وفسخ البيع لان البيع الفاسد لايزيل الملك بنفسه فبقى ملك البائع بعده كما كان قبله واذا قبضه المشتري بعد ذلك فزوال ملك البائع كان مقصوراً على الحال لان السبب انما تم الآن والموهوب فى هذا نظير المشترى

شراء فاسداً ﴿ قال ﴾ فان مر يوم الفطر وهو مقبوض فان أعتقه المشترى فصدقته عليه لانه كان مالكا وقت الوجوب وتقرر ملكه بتعذر فسخ البيع وان رده فصدقته على البائع لانه عاد الى قديم ملكه فان المشتري وان كان قابضاً مالكا وقت الوجوب ولكن يده وملكه مستحق الرفع عنها شرعا فاذا رفع صار كأن لم يكن بخلاف الرد بالعيب وخيار الرؤية فانه غير مستحق الرفع عليه ولكنه يرفعه باختياره ﴿ قال ﴾ واذا عجز المكاتب فليس على المولى فيه زكاة السنين الماضية لفطر ولا لتجارة اما زكاة الفطر فلأن السبب رأس يمونه بولايته عليه وذلك لم يكن موجوداً فيما مضى واما زكاة التجارة فلأنه ما كان متمكنا من التصرف فيه بل كان كالخارج من ملكه وكذلك اذا كان العبد آبقا فوجده لانه كان تاويا في السنين الماضية فليس عليه عنه زكاة الفطر ولا التجارة وكذلك ان كان مغصوبا مجحوداً أو مأسوراً لأن ملكه في حكم التاوى ويده مقصورة عنه ﴿قال﴾ واذا عجز المكاتب وقد كان قبل الكتابة للتجارة لم يعد الى مال التجارة لأن بعقد الكتابة صار فاسخا لنية التجارة فيه فانه أخرجه من أن يكون محلا لتصرفاته فلا يصير للتجارة بعد ذلك الا بفعل هو تجارة وعليه زكاة الفطر عنه اذا مر يوم الفطر لأن المملوك في الاصل للخدمة حتى يجعله للتجارة بخلاف ما اذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر عليه وقد كان اشتراه للتجاره لأنه ما صار فاسخا لنية التجارة فيه فانه بالاذن لم يخرجه من أن يكون محلا لتصرفاته ﴿ قال ﴾ واذا لم يخرج الرجل صدقة الفطر فعليه اخراجها وان طالت المدة الا على قول الحسن بن زياد فانه يقول يسقط بمضى يوم الفطر لانها قربة اختصت باحد يومى العيد فكانت قياس الاضحية تسقط بمضى أيام النحر ﴿ ولنا ﴾ ان هذه صدقة مالية فلا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء كزكاة المال ولا نقول الاضحية تسقط بل ينتقل الواجب الى التصدق بالقيمة لان اراقة الدم لا تكون قربة الا في وقت مخصوص أو مكان مخصوص فاما التصدق بالمال قربة فى كل وقت ولم يذكر في الكتاب جواز التعجيل فى صدقة الفطر الا فى بعض النسخ فانه قال لو أدى قبل يوم الفطر بيوم أو بيومين جاز والصحيح من المذهب عندنا أن تعجيله جائز لسنة ولسنتين لان السبب متقرر وهو الرأس فهو نظير تعجيل الزكاة بعد كمال النصاب وعلى قول الحسن بن زياد لا يجوز تعجيله أصلا كالاضحية وكان خلف بن أيوب يقول يجوز تعجيله بعد دخول شهر رمضان لا قبله لانه صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع فى الصوم وكان نوح بن أبي مريم يقول يجوز

تعجيله فى النصف الأخير من رمضان ومنهم من قال فى العشر الأواخر منه ﴿قال﴾ ويجوز أن يدفع صدقة الفطر الى أهل الذمة وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ثلاث روايات في رواية قال كل صدقة مذكورة في القرآن لا يجوز دفعها الى أهل الذمة فعلى هذه الرواية يجوز دفع صدقة الفطر اليهم وفى رواية قال كل صدقة واجبة بايجاب الشرع ابتداء من غير سبب من العبد لا يجوز دفعها الى أهل الذمة فعلى هذا لا يجوز دفع صدقة الفطر اليهم ويجوز دفع الكفارات والنذور اليهم وفى رواية قال كل صدقة هي واجبة لا يجوز دفعها اليهم فعلى هذا لا يجوز دفع الكفارات وانما يجوز دفع التطوعات والشافعى رحمه الله تعالى يقيس هذا بزكاة المال بعلة أنها صدقة واجبة فان الصدقة المالية صلة واجبة للمحاويج المناسبين له فى الملة فلا يملك صرفها الى غيرهم والمقصود منه أن يتقوى به على الطاعة ويتفرغ عن السؤال لاقامة صلاة العيد ولا يحصل هذا المقصود بالصرف الى أهل الذمة كما لا يحصل بالصرف الي المستأمنين فكما لا يجوز صرفها اليهم فكذلك الى أهل الذمة ﴿ولنا﴾ ان المقصود سد خلة المحتاج ودفع حاجته بفعل هو قربة من المؤدى وهذا المقصود حاصل بالصرف الى أهل الذمة فان التصدق عليهم قربة بدليل التطوعات لانا لم ننه عن المبرة لمن لا يقاتلنا قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية بخلاف المستأمن فانه مقاتل وقد نهينا عن المبرة مع من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية والقياس ان يجوز صرف الزكاة اليهم انما تركنا القياس فيه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ خذها من أغنيائهم وردها فى فقرائهم والمراد به الزكاة لا صدقة الفطر والكفارات اذ ليس للساعى فيها ولاية الأخذ فبقى على أصل القياس ﴿قال﴾ وفقراء المسلمين أحب الى لانه ابعد عن الخلاف ولانهم يتقوون بها على الطاعة وعبادة الرحمن والذمى يتقوى بها على عبادة الشيطان ﴿قال﴾ واذا كان للرجل دار وخادم ولا مال له غير ذلك فليس عليه صدقة الفطر لانه يحل له أخذ الصدقة ولانه محتاج فان الدار تستترم والخادم يستنفق ولا بدله منهما فهما يزيدان فى حاجته ولا يغنيانه وقد بينا ان الصدقة لا تجب الا على الغنى لان وجوبها للإغناء كما قال أغنوهم ولا يخاطب بالاغناء من ليس بغنى فى نفسه ﴿قال﴾ واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فتعلقت رقبته بالدين ومولاه موسر فعليه صدقة الفطر لانه يمونه بولايته عليه وبسبب الدين تستحق ماليته ومالية من يؤدى عنه

صدقة الفطر غير معتبرة للوجوب كما في ولده وأم ولده وبسبب الاذن فى التجارة لم يخرج من أن يكون للخدمة لان شغله بنوع من خدمته وهذا بخلاف ما اذا كان الدين المستغرق على المولى فانه لا يلزمه صدقة الفطر لان الدين عليه ينفي غناه ولا صدقة الا على الغنى ﴿ قال ﴾ فان اشترى العبد المأذون له عبيداً فليس على المولى عنهم صدقة الفطر لانه انما اشتراهم للتجارة وفي الامالى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان كان اشتراهم للخدمة فان أذن له المولى فى ذلك فان لم يكن على المأذون دين فعلى المولى صدقة الفطر عنهم لانه مالك لرقابهم وان كان على العبد دين مستغرق لكسبه ورقبته فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تجب على المولى صدقة الفطر عنهم بناء على أصله أنه لا يملك رقابهم وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجب علي المولى صدقة الفطر عنهم بناء على أصلهما ان دين العبد لا يمنع ملك المولى فى كسبه كما لا يمنع ملكه فى رقبته ﴿ قال ﴾ وزكاة الفطر فى العبد الموصى بخدمته على مالك الرقبة وارثا كان أو موصي له لانه تقرر السبب في حقه فاما الموصى له بالخدمة فحقه في المنفعة لا في الرقبة وكذلك العبد المستعار والمؤاجر تجب الصدقة على المالك دون المستعير والمستأجر وكذلك عبد الوديعة تجب الصدقة عنه على المودع فان يد المودع كيده وكذلك ان كان فى عنقه جناية عمداً أو خطأ لأن ملكه وولايته لا يزول بهذا السبب وكذلك العبد المرهون تجب الصدقة عنه على الراهن اذا كان عنده وفاء بالدين وفضل مائتى درهم لأن الرهن لا يزيل ملك الرقبة ولا يوجب فيها حقا للمرتهن انما حق المرتهن فى المالية وذلك غير معتبر لايجاب الصدقة وفى الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس على الراهن ان يؤدى الصدقة عنه حتى يفكه فاذا فكه أعطاها لما مضى وان هلك قبل أن يفكه فلا صدقة عنه على الراهن وجعله كالبيع بشرط الخيار بقى الكلام في بيان القدر الواجب من الصدقة وذلك من البر نصف صاع فى قول علمائنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى صاع واستدل بحديث ابن عمر رضى الله عنه فانه ذكر فيه صاعا من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير والتقدير بنصف صاع شيء أحدثه معاوية برأيه على ما قاله أبو سعيد الخدري رضى الله عنه كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام حتى قدم معاوية من الشام فقال لا أرى الا مدين من سمراء الشام يعدل صاعا من طعامكم هذا وأكثر ما في الباب أن الآثار فيه قد اختلفت والأخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب والاحتياط فى اتمام الصاع وقاسه بالشعير والتمر لعلة

أنه أحد الانواع التى تتأدى به صدقة الفطر ﴿ ولنا ﴾ حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير كما روينا فى أول الباب وفي حديث آخر قال صلي الله عليه وسلم وعن كل اثنين صاعا من برّ فالذى روى الصاع كانه سمع آخر الحديث لا أوله وهو قوله وعن كل اثنين والتقدير من البر بنصف صاع مذهب أبى بكر وعمر وعلي وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين حتى قال أبو الحسن الكرخي أنه لم ينقل عن أحد منهم أنه لا يجوز أداء نصف صاع من بر وبهذا يندفع دعواه أنه رأى معاوية ونقيسه على كفارة الأذى لعلة أنها وظيفة المسكين ليوم وفى كفارة الأذى نص فان كعب بن عجرة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الصدقة فقال ثلاثة آصع على ستة مساكين وليس البر نظير التمر والشعير فان التمر والشعير يشتمل على ما ليس بمأكول وهو النوى والنخالة وعلى ما هو مأكول فأما البر مأكول كله فان الفقير يمكنه أكل دقيق الحنطة بنخالته بخلاف الشعير وقد بينا تفسير الصاع فيما تقدم وانما يعتبر نصف صاع من بر وزنا هكذا رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وقال ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى كيلا حتى قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة وأعطاها الفقير هل تجوز من صدقته فقال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة الوزن وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا وجه قوله ان الآثار جاءت بالتقدير بالصاع وهو اسم للمكيال ووجه الرواية الاخرى ان العلماء حين اختلفوا فى مقدار الصاع انه ثمانية ارطال أوخمسة ارطال وثلث فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن فانما يقع عليه كيل الرطل فهو وزنه ﴿ قال ﴾ ودقيق الحنطة كالحنطة ودقيق الشعير كعينه عندنا وعند الشافعي لايجوز الأداء من الدقيق بناء على أصله ان في الصدقات يعتبر عين المنصوص عليه ﴿ ولنا ﴾ حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أدوا قبل خروجكم زكاة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح أو دقيقه ولان المقصود سد خلة المحتاج وأغناؤه عن السؤال كما قال صاحب الشرع وحصول هذا بأداء الدقيق أظهر لانه أعجل لوصول منفعته اليه وعلى هذا روىعن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال أداء الدقيق أفضل من أداء الحنطة وأداء الدرهم أفضل من أداء الدقيق لانه أعجل لمنفعته وأما من الزبيب يتقدر الواجب بنصف صاع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ذكره فى الجامع الصغير وعلى قول أبى يوسف ومحمد يتقدر بصاع وهو

رواية أسد بن عمرو والحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ووجهه ان الزبيب نظير التمر فانهما يتقاربان فى المقصود والقيمة فكما يتقدر من التمر بصاع فكذلك من الزبيب وقد روى فى بعض الآثار أو صاعاً من زبيب وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الزبيب نظير البر فانه مأكول فكما يتقدر من البر بنصف صاع لهذا المعنى فكذلك من الزبيب والأثر فيه شاذ وبمثله لايثبت التقدير فيما تعم به البلوي ويحتاج الخاص والعام الى معرفته لانه لوكان صحيحا لاشتهر لعلمهم به وان أراد الاداء من سائر الحبوب أعطى باعتبار القيمة وقد بينا جواز اداء القيمة عندنا وهذا لانه ليس في سائر الحبوب نص على التقدير فالتقدير بالرأى لايكون وكذا من الأقط يؤدى باعتبار القيمة عندنا . وقال مالك رضى الله عنه يتقدر من الاقط بصاع وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى كتابه لاأحب له الاداء من الاقط وان أدى فلم يتبين لى وجوب الاعادة عليه وهذا الحديث روى أو صاعا من أقط وبه أخذ مالك رحمه الله تعالى وقال الاقط كان قوتا لاهل البادية فى ذلك الوقت كما ان الشعير والتمر كانا قوتا فى أهل البلاد وأصحابنا قالوا الحديث شاذ لم ينقل في الآثار المشهورة وبمثله لايجوز اثبات التقدير فيما تعم به البلوى فيبقي الاعتبار بالقيمة فان كانت قيمته قيمة نصف صاع من بر أو صاع من شعير جاز والا فلا والحاصل ان فيما هو منصوص لاتعتبر القيمة حتى لوأدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر لايجوز لان في اعتبار القيمة هنا ابطال التقدير المنصوص في المؤدي وذلك لايجوز فاما ماليس بمنصوص عليه فانه ملحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال التقدير المنصوص وسويق الحنطة كدقيقها لان التقدير منه نصف صاع لما بينا فى الدقيق والله تعالى أعلم بالصواب

باب الاعتكاف

الاعتكاف قربة مشروعة بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ولاتباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد فالاضافة الى المساجد المختصة بالقرب وترك الوطء المباح لاجله دليل على أنه قربة والسنة حديث أبى هريرة وعائشة رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعتكف فى العشر الأواخر من رمضان منذ قدم المدينة الى أن توفاه الله تعالى وقال الزهرى عجبا من الناس كيف تركوا الاعتكاف ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان

يفعل الشيء ويتركه وما ترك الاعتكاف حتى قبض وفي الاعتكاف تفريغ القلب عن أمور الدنيا وتسليم النفس الى بارئها والتحصن بحصن حصين وملازمة بيت الله تعالى ﴿ قال ﴾ عطاء مثل المعتكف كمثل رجل له حاجة الى عظيم فيجلس على بابه ويقول لا أبرح حتى تقضي حاجتي والمعتكف يجلس فى بيت الله تعالى ويقول لا أبرح حتى يغفر لى فهو أشرف الاعمال اذا كان عن إخلاص ثم جوازه يختص بمساجد الجماعات وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال كل مسجد له امام ومؤذن معلوم وتصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة فانه يعتكف فيه وكان سعيد بن المسيب يقول لا اعتكاف الا في مسجدين مسجد المدينة والمسجد الحرام ومن العلماء من قال لا اعتكاف الا في ثلاثة مساجد وضموا الى هذين المسجدين المسجد الأقصى لقوله صلى الله عليه وسلم لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد مسجدى هذا والمسجد الحرام ومسجد ايليا يعنى مسجد بيت المقدس والدليل على الجواز فى سائر المساجد قوله تعالى وأنتم عاكفون فى المساجد فعم المساجد في الذكر واختلفت الروايات عن ابن مسعود وحذيفة بن اليمان رضى الله عنهما فروى أن حذيفة قال لابن مسعود عجباً من قوم عكوف بين دارك ودار أبي موسى وأنت لا تمنعهم فقال ابن مسعود ربما حفظوا ونسيت وأصابوا وأخطأت كل مسجد جماعة يعتكف فيه وروى أن ابن مسعود مر بقوم معتكفين فقال لحذيفة وهل يكون الاعتكاف الا فى المسجد الحرام فقال حذيفة رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسجد له امام ومؤذن فانه يعتكف فيه وفي الكتاب ذكر عن حذيفة قال لا اعتكاف الا في مسجد جماعة هذا بيان حكم الجواز فأما الافضل فالاعتكاف فى المسجد الحرام أفضل منه فى سائر المساجد وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه كان يكره الجوار بمكة ويقول إنها ليست بدار هجرة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجر منها الى المدينة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك وهو أفضل وعليه عمل الناس اليوم ثم الاعتكاف غير واجب بايجاب الشرع ابتداء الا ان يوجبه العبد بنذره فيلزمه لحديث عمر رضى الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نذرت ان أعتكف يوماً فى الجاهلية أو قال ليلة أو قال يومين فقال أوف بنذرك ومن شرط الاعتكاف الواجب الصوم عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ليس بشرط ومذهبنا مروى عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما انهما

قالا لا اعتكاف الا بصوم ومذهبه مروى عن ابن مسعود وعن على فيه روايتان احدى الروايتين مثل قولنا والثانى ما روى عنه قال ليس على المتكف صوم الا أن يوجب ذلك على نفسه فالشافعى رحمه الله تعالى استدل بهذا وبحديث عمر رضى الله عنه فى سؤاله انى نذرت أن أعتكف ليلة فى الجاهلية فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوفاء بالنذر والليل لايصام فيه ولان ابتداء الاعتكاف من وقت غروب الشمس فى حق من نذر أن يعتكف شهراً و ما يكون شرط العبادة شرط اقترانه بأوله كالطهارة للصلاة وكذلك الاعتكاف بدوام الليل والنهار ولا صوم بالليل فتبين بهذا انه ليس شرط الاعتكاف ولا هو ركنه لان الصوم أحد أركان الدين والاعتكاف نفل زائد فلا يكون الأقوي ركناً للاضعف بل هو زائد فى معنى القربة على مايتم به الاعتكاف فيلزمه التنصيص عليه كالتتابع في الصوم والقران فى الحج ﴿ ولنا ﴾ ان النبي صلى الله عليه وسلم مااعتكف الا صائماً والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لاتجرى على نمط واحد الا لداع يدعو اليه وليس ذلك الا بيان انه من شرائط الاعتكاف والمعنى فيه انه لو قال لله على ان أعتكف صائماً يلزمه الجمع بينهما وبقوله صائماً ولا يصح ان يجعل نصباً على المصدر كما يقال ضربته وجيعاً أى ضرباً وجيعاً فانه حينئذ يصير كأنه قال اعتكف اعتكافاً صائماً والصوم لا يكون صفة للاعتكاف فالاعتكاف لبث في مقام لتعظيم ذلك المقام والصوم كف النفس عن اقتضاء الشهوات اتعابا للبدن فكيف يكون صفة للاعتكاف فعرفنا انه نصب على الحال كما يقال دخل الدار راكبا والحال خلو عن الايجاب لانه صفة الموجب لا الواجب ومع ذلك يلزمه الجمع بينهما فعرفنا أنه انما لزمه لانه شرط الاعتكاف كمن يقول اصلى طاهراً وشرط الشئ يتبعه فيثبت بثبوته سواء ذكر أولم يذكر بخلاف قوله أصوم متتابعاً فانه نصب على المصدر لان التتابع صفة الصوم وبخلاف قوله أصلى قائما فانه ينصب قائما علي المصدر يقال صلاة قائمة وبخلاف قوله أحج قارنا فان العمرة بالانضمام الى الحج يزداد فيها معني القربة ولهذا لزمه دم القران وهو دم نسك وعن كلامه جوابان أحدهما ان الصوم شرط الاعتكاف والشرائط انما تثبت بحسب الامكان ولا يمكن اشتراط الصوم ليلا فسقط للتعذر وجعل الليل تبعا للايام كما ان الشرب والطريق يجعل تبعاً فى بيع الارض والثانى ان شرط الاعتكاف ان يكون مؤدي في وقت الصوم وبوجود الصوم في النهار يتصف جميع الشهر بأنه وقت الصوم ودليله شهر رمضان

فصار الشرط به موجوداً كما ان من شرط الصلاة ان يقوم اليها طاهراً وذلك يحصل فى جميع البدن بغسل الاعضاء الاربعة وحديث عمر رضى الله عنه دليلنا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعتكف وصم وبلفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم تبين ان الصحيح من الرواية إني نذرت ان اعتكف يوما فاما التطوع من الاعتكاف في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لا يكون الا بصوم ولا يكون أقل من يوم فجعل الصوم للاعتكاف كالطهارة للصلاة وفى ظاهر الرواية يجوز التنفل بالاعتكاف كالطهارة للصلاة وفى ظاهر الرواية يجوز التنفل بالاعتكاف من غير صوم فانه قال فى الكتاب اذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما أقام تارك له اذا خرج وهذا لان مبني النفل على المساهلة والمسامحة حتى تجوز صلاة النفل قاعداً مع القدرة على القيام وراكبا مع القدرة على النزول والواجب لا يجوز تركه ﴿قال﴾ ولا ينبغى للمعتكف أن يخرج من المسجد الا لجمعة أو غائط أو بول أما الخروج للبول والغائط فلحديث عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولان هذه الحاجة معلوم وقوعها فى زمان الاعتكاف ولا يمكن قضاؤها فى المسجد فالخروج لاجلها صار مستثنى بطريق العادة وكان مالك رحمه الله تعالى يقول اذا خرج لحاجة الانسان لا ينبغى أن يدخل تحت سقف فان آواه سقف غير سقف المسجد فسد اعتكافه وهذا ليس بشئ فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخل حجرته اذا خرج لحاجة واذا خرج للحاجة لم يمكث في منزله بعد الفراغ من الطهر لان الثابت للضرورة يتقدر بقدرها وأما اذا خرج للجمعة فلا يفسد اعتكافه عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يفسد اعتكافه فان كان اعتكافه دون سبعة أيام اعتكف فى أي مسجد شاء وان كان سبعة أيام أو أكثر اعتكف فى المسجد الجامع قال لان ركن الاعتكاف هو المقام والخروج ضده فيكون مفسداً له الا بقدر ما تحققت الضرورة فيه ولا ضرورة في الخروج للجمعة لانه يمكنه أن يعتكف فى الجامع فلا يحتاج الى هذا الخروج فهو والخروج لعيادة المريض وتشييع الجنائز سواء ﴿ولنا﴾ أن الخروج للجمعة معلوم وقوعه فى زمان الاعتكاف فصار مستثني من نذره كالخروج للحاجة والخروج لعيادة المريض ليس بمعلوم وقوعه فى زمان الاعتكاف لا محالة وهذا لان الناذر يقصد التزام القربة لا المعصية والتخلف عن الجمعة معصية فيعلم يقيناً

انه لم يقصده بنذره فاذا اعتكف فى الجامع كان خروجه أكثر لانه يحتاج في الخروج لحاجة الانسان الى الرجوع الى بيته واذا كان بيته بعيدا عن الجامع يزداد خروجه اذا اعتكف فى الجامع على ما اذا اعتكف في مسجد حيه فاذا أراد الخروج للجمعة قال في الكتاب يخرج حين تزول الشمس فيصلى قبلها أربعاً وبعدها أربعاً أو ستاً قالوا هذا اذا كان معتكفه قريباً من الجامع بحيث لو انتظر زوال الشمس لاتفوته الخطبة ولا الجمعة فاذا كان بحيث تفوته لم ينتظر زوال الشمس ولكنه يخرج فى وقت يمكنه ان يأتى الجامع فيصلى أربع ركعات قبل الأذان عند المنبر وفي رواية الحسن ست ركعات ركعتان تحية المسجد وأربع سنة وكذلك بعد الجمعة يمكث مقدار مايصلى أربع ركعات أوستاً بحسب اختلافهم فى سنة الجمعة ولا يمكث أكثر من ذلك لان الخروج للحاجة والسنن تبع للفرائض ولا حاجة بعد الفراغ من السنة فان مكث أكثر من ذلك لم يضره ذكره ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى قال ألا ترى انه لو بدا له أن يتم اعتكافه فى الجامع جاز وهذا لان المفسد للاعتكاف الخروج من المسجد لا المكث في المسجد الا انه لايستحب له ذلك لانه التزم أداء الاعتكاف في مسجد واحد فلا ينبغى له ان يتمه فى مسجدين ﴿قال﴾ ولا يعود المعتكف مريضاً ولا يشهد جنازة الاعلى قول الحسن البصرى فانه يروى حديثاً ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يعود المعتكف المريض ويشهد الجنازة ﴿ولنا﴾ حديث عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان فى اعتكافه اذا خرج لحاجة الانسان يمر بالمريض فيسأل عنه ولا يعرج عليه ولان هذا لم يكن معلوما وقوعه فى مدة اعتكافه فالخروج لأجله لم يكن مستثنى كالخروج لتلقى الحاج وتشييعهم وما كان من أكل أوشرب فانه يكون فى معتكفه اذ لا ضرورة في الخروج لأجله فان هذه الحاجة يمكن قضاؤها في معتكفه ﴿قال﴾ واذا مرض المعتكف فى اعتكاف واجب فان أفطر يوما استقبل الاعتكاف لان من شرط الاعتكاف الصوم وقد فات والعبادة لاتبقى بدون شرطها كما لا تبقى بدون ركنها ﴿قال﴾ واذا خرج من المسجد يوما أو أكثر من نصف يوم فكذلك الجواب لان ركن الاعتكاف قد فات فأما اذا خرج ساعة من المسجد فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يفسد اعتكافه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي لايفسد ما لم يخرج أكثر من نصف يوم وقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أقيس وقولهما أوسع قالا اليسير من الخروج عفو لدفع الحاجة

فانه اذاخرج لحاجة الانسان لايؤمر بان يسرع المشي وله أن يمشى على التؤدة فظهر أن القليل من الخروج عفو والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل أكثر من نصف يوم فان الاقل تابع للأكثر فاذا كان في أكثر اليوم في المسجد جعل كأنه في جميع اليوم في المسجد كما قلنا في نية الصوم في رمضان اذا وجدت في أكثر اليوم جعل كوجودها في جميع اليوم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ركن الاعتكاف هو المقام في المسجد والخروج ضده فيكون مفوتا ركن العبادة والقليل والكثير في هذا سواء كالأكل في الصوم والحدث في الطهارة ﴿ قال ﴾ ولا تعتكف المرأة الا في مسجد بيتها وقال الشافعي رحمه الله تعالى لااعتكاف الا في مسجد جماعة الرجال والنساء فيه سواء قال لان مسجد البيت ليس له حكم المسجد بدليل جواز بيعه والنوم فيه للجنب والحائض وهذا لان المقصود تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وذلك لا يوجد في مساجد البيوت ﴿ ولنا ﴾ أن موضع أداء الاعتكاف في حقها الموضع الذي تكون صلاتها فيه أفضل كما في حق الرجال وصلاتها في مسجد بيتها أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن أفضل صلاة المرأة فقال في أشد مكان من بيتها ظلمة وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الاعتكاف أمر بقبة فضربت في المسجد فلما دخل المسجد رأى قبابا مضروبة فقال لمن هذه فقيل لعائشة وحفصة فغضب وقال آلبر يردن بهن وفي رواية يردن بهذا وأمر بقبته فنقضت فلم يعتكف في ذلك العشر فاذا كره لهن الاعتكاف في المسجد مع انهن كن يخرجن الى الجماعة في ذلك الوقت فلأن يمنعن في زماننا أولى وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا اعتكفت في مسجد الجماعة جاز ذلك واعتكافها في مسجد بيتها أفضل وهذا هو الصحيح لان مسجد الجماعة يدخله كل أحد وهي طول النهار لاتقدر ان تكون مستترة ويخاف عليها الفتنة من الفسقة فالمنع لهذا وهو ليس لمعنى راجع الى عين الاعتكاف فلا يمنع جواز الاعتكاف واذا اعتكفت في مسجد بيتها فتلك البقعة في حقها كمسجد الجماعة في حق الرجل لاتخرج منها الا لحاجة الانسان فاذا حاضت خرجت ولا يلزمها به الاستقبال اذا كان اعتكافها شهراً أو أكثر ولكنها تصل قضاء أيام الحيض لحين طهرها وقد بينا هذا في الصوم المتتابع في حقها ومسجد بيتها الموضع الذى تصلى فيه الصلوات الخمس من بيتها ﴿ قال ﴾ واذا قال الرجل لله على ان اعتكف شهراً فعليه اعتكاف شهر متتابع في قول علمائنا

وقال زفر رحمه الله تعالى هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق قال لان الاعتكاف فرع عن الصوم فان مالا أصل له في الفرائض لايصح التزامه بالنذر ولا أصل للاعتكاف في الفرائض سوى الصوم ثم التتابع في الصوم لايجب بمطلق النذر فكذلك في الاعتكاف والدليل على التسوية ان تعيين الوقت اليه ولايتعين لادائه الشهر الذي يعقب نذره فيهما بخلاف الأيمان والاجال والاجارات فانه يتعين لها الشهر الذي يعقب السبب ﴿ولنا﴾ ان الاعتكاف يدوم بالليل والنهار جميعاً فبمطلق ذكر الشهر فيه يكون متتابعاً كاليمين اذا حلف لايكلم فلاناً شهراً والآجال والاجارات بخلاف الصوم فانه لايدوم بالليل والنهار وتأثيره ان ما كان متفرقا في نفسه لايجب الوصل فيه الا بالتنصيص وما كان متصل الاجزاء لايجوز تفريقه الا بالتنصيص ثم الاعتكاف من حيث الابتداء يشبه الصوم فان أداءه يستدعي فعلا من جهته وكل وقت لايصلح له كاليوم الذي أكل فيه بخلاف الأيمان فان موجب اليمين لايستدعي فعلا من جهته وكل وقت يصلح له فيتعين له الوقت الذي يعقب السبب ومن حيث الدوام الاعتكاف يشبه الأيمان والآجال دون الصوم فصار الحاصل ان الايمان والآجال والاجارات عامة في الوقت ابتداء ودواما والصوم خاص بالوقت ابتداء ودواما والاعتكاف خاص بالوقت ابتداء عام بالوقت دواما فمن حيث الابتداء ألحقناه بالصوم فكان تعيين الوقت اليه ومن حيث الدوام ألحقناه بالآجال والايمان فكان متتابعاً وكذلك لو قال في نذره ثلاثين يوما فهذا وقوله شهراً سواء لان ذكر أحد العددين من الأيام والليالى بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر قال الله تعالى ثلاث ليال سوياً وفى تلك القصة قال فى موضع آخر ثلاثة أيام الارمزاً فقوله ثلاثين يوما أي بلياليها فكان متتابعاً ﴿قال﴾ واذا قال لله على اعتكاف شهر بالنهار فهو كما قال ان شاء تابع وان شاء فرق لان وجوب التتابع لاتصال بعض الاجزاء بالبعض وقد انقطع ذلك بتنصيصه على النهار دون الليالى وان لم يقل بالنهار ونواه فنيته باطلة لان الشهر اسم لقطعة من الزمان من حين يهل الهلال الى ان يهل الهلال فليس فى لفظه الشهر ولا الليالى فانما نوى تخصيص ما ليس في لفظه وذلك باطل كمن قال لآكل ونوى مأكولا دون مأكول ولان هذا استثناء لبعض الوقت الذي سماه والاستثناء بالنية لا يحصل كما لو قال شهراً ونوى نصف شهر بخلاف ما لو قال ثلاثين يوما ونوى النهار دون الليل لان هنا انما نوى حقيقة كلامه فان اليوم فى الحقيقة هو بياض النهار

فلهـذا أعملنا نيته أو لأنه نوى تخصـيص ما فى لفظه ﴿ قال ﴾ وان قال لله علىّ اعتكاف شهر كذا فمضى ولم يعتكفه فعليـه قضاؤه لأن اضافة النـذر بالاعتكاف الى زمان بعينـه كاضافة النذر بالصوم اليه فيلزمه أداؤه واذا فوت الأداء فعليه قضاؤه وهذا فى شهر سوى رمضان مجمع عليـه فأما اذا قال لله علىّ اعتكاف شهر رمضان فمضى ولم يعتكف فان كان لم يصم فى الشهر لمرض أو سـفر قضى اعتكافه بقضاء صوم الشهر وان كان صام الشهر فعليه اعتكاف شهر بصوم وعند زفر والحسن بن زياد رحمهما الله تعالى لاشئ عليه وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ووجهه أن اعتكافه تعلق بصوم رمضان فاذا صام رمضان ولم يعتكف بقى الاعتكاف بغير صوم والاعتكاف الواجب لا يكون الا بصوم وجه ظاهر الرواية ان نذره قد صح وتعلق بالزمان الذي عينه فاذا لم يعتكف فيـه انقطع هذا التعيين وصار ديناً فى الذمة فكأنه قال لله علىّ اعتكاف شهر والتزام الاعتكاف يكون التزاما لشرطه وهو الصوم ولهذا قلنا لو اعتكف فى رمضان القابل قضاء عما التزمه لايجوز وعليه كفارة اليمين انكان أراد يميناً لوجود شرط حنثه وان اعتكف ذلك الشهر الذى سماه الا أنه أفطر منه يوماً قضي ذلك اليوم لان الشهر المتعين متجاور الايام لامتتابع فصفة التتابع فى الاعتكاف لاتثبت إلا اذا أضافـه الى شهر بعينه ﴿ قال ﴾ واذا نذرت المرأة اعتكاف شهر فحاضت فيه فعليها ان تقضى أيام حيضها وتصلها بالشهر فان لم تصلها به فعليها ان تستقبله لان هذا القدر من التتابع فى وسعها وماسقط عنها معلوم بأنه ليس فى وسعها ولهذا قلنا لو نذرت اعتكاف عشرة أيام فحاضت فيها فعليها الاستقبال ﴿ قال ﴾ واذا اعتكف الرجل من غير ان يوجبه على نفسـه فهو معتكف ماأقام في المسجد وان قطعه فلا شيء عليه لانه لبث فى مكان مخصوص فلا يكون مقدراً باليوم كالوقوف بعرفة وهـذا لان المقصود تعظيم البقـعة وذلك يحصـل ببعض اليوم وقد ينافي هـذا رواية الحسـن ﴿ قال ﴾ واذا اعتكف فى مسجد فانهـدم فهـذا عذر ويخرج منه الى مسجد آخر لان المسجد المهدوم لايمكن المقام فيه ولانه خرج من ان يكون معتكفا فالمعتكف مسجد تصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة ولايتأتى ذلك فى المسجد المهدوم فكان عذرا في التحول الى مسجد آخر ﴿ قال ﴾ ولا بأس بان يشـترى المعتكف ويبيع فى المسجد ويتحدث بما بداله بعد ان لايكون مأثما فان النبي صلى الله عليـه وسـلم كان يتحدث مع الناس فى اعتكافه وصوم الصمت ليس بقـربة فى

شريعتنا والبيع والشراء من جنس الكلام المباح فلا بأس به للمعتكف قالوا وهذا اذا لم يحضر السلعة الى المسجد فاما احضار السلعة الى المسجد للبيع والشراء فى المسجد مكروه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم الى قوله وبيعكم وشراءكم ولان بقعة المسجد تحررت عن حقوق العباد وصارت خالصة لله تعالى فيكره شغلها بالبيع والتجارة بخلاف ماذا لم يحضر السلعة فقد انعدم هناك شغل البقعة ﴿قال﴾ واذا أخرجه السلطان من المسجد مكرهاً فى اعتكاف واجب فان دخل مسجد آخر كما تخلص استحسنا ان يكون على اعتكافه وفي القياس عليه الاستقبال وكذلك لو أخذه غريم فحبسه وقد خرج لغائط أو بول من أصحابنا من قال هذا القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى والاصح انعند أبى حنيفة يلزمه الاستقبال وهذا الاستحسان والقياس على قولهما فيما اذا كان خروجه أكثر من نصف يوم ووجه القياس ان ركن الاعتكاف وهو اللبث قد فات فيستوى فيه المكره والطائع كما اذا فات ركن الصوم بالاكراه على الاكل ووجه الاستحسان انه معذور فيما صنع فانه لا يمكنه مقاومة السلطان ولا دفع الغريم عن نفسه الا بايصال حقه اليه فلم يصر بهذا تاركا تعظيم البقعة ولم يذكر القياس والاستحسان فيما اذا انهدم المسجد فقال بعض مشايخنا الجواب فيهما سواء والاصح ان هناك لا يفسد اعتكافه قياساً واستحساناً لان العذر كان ممن له الحق اذ لا صنع للعباد فى انهدام المسجد وهنا العذر كان من جهة العباد فلهذا كان القياس فيه ان يستقبل ﴿قال﴾ واذ أوجب على نفسه الاعتكاف يوما دخل المسجد قبل طلوع الفجر فأقام فيه الى أن تغرب الشمس لانه التزم الاعتكاف فى جميع اليوم واليوم اسم للوقت من طلوع الفجر الى غروب الشمس بدليل الصوم ﴿قال﴾ وان أوجب على نفسه اعتكاف شهر دخل المسجد قبل غروب الشمس لما بينا ان الشهر اسم لقطعة من الزمان وذلك يشتمل على الايام والليالى ومتى دخل فى اعتكافه الليل مع النهار فابتداؤه يكون من الليل لان الاصل أن كل ليلة تتبع اليوم الذي بعدها الا ترى انه يصلى التراويح فى أول ليلة من رمضان ولا يفعل ذلك فى أول ليلة من شوال واليوم الذى بعد ليلته زمان الاعتكاف فكذلك الليلة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في شهر بعينه كذلك يدخل فى المسجد قبل غروب الشمس فأما في شهر بغير عينه فالخيار اليه ان شاء دخل المسجد قبل طلوع الفجر وان شاء قبل غروب الشمس وهو أفضل ﴿قال﴾ وان أوجب اعتكاف

يومين دخل المسجد قبل غروب الشمس فأقام فيه ليلة ويومها والليلة الأخرى ويومها إلى الي أن تغرب الشمس وكذلك هذا في الايام الكثيرة أما اذا ذكر ثلاثة أيام أو أكثر فالجواب في قولهم جميعا ن ذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر فأما اذا ذكر يومين فقد روى عن أبي يوسف أنه يلزمه اعتكاف يومين بليلة تتخللهما فانما يدخل المسجد قبل طلوع الفجر قال لان التثنية غير الجمع فهذا والمذكور بلفظ الفرد سواء الا أن الليلة المتوسطة تدخل بضرورة اتصال بعض الأجزاء بالبعض وهذه الضرورة لا توجد في الليلة الاولى وجه ظاهر الرواية أن في المثنى معنى الجمع قال صلى الله عليه وسلم الاثنان فما فوقهما جماعة فكان هذا والمذكور بلفظ الجمع سواء ألا ترى أنه لو قال ليلتين صح نذره بخلاف ما اذا قال ليلة واحدة ﴿ قال ﴾ واذا جامع المعتكف امرأته في الفرج فسد اعتكافه سواء جامعها ليلا أو نهاراً ناسياً كان أو عامداً أنزل أو لم ينزل لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فصار الجماع بهذا النص محظور الاعتكاف فيكون مفسداً له بكل حال كالجماع في الاحرام لما كان محظوراً كان مفسداً للاحرام وقد ذكر ابن سماعة في روايته عن بعض أصحابنا أنه اذا كان ناسياً لا يفسد اعتكافه قال الاعتكاف فرع عن الصوم والفرع يلحق بالاصل في حكمه فان باشرها فيما دون الفرج فان أنزل فسد اعتكافه وان لم ينزل لم يفسد اعتكافه وقد أساء فيما صنع وللشافعي رحمه الله تعالى ثلاثة أقاويل قول مثل قولنا وقوله الآخر انه لا يفسد اعتكافه وان أنزل كما لا يفسد الاحرام بالمباشرة فيما دون الفرج وان أنزل فانهما متقاربان على معنى ان كل واحد منهما يدوم بالليل والنهار والقول الثالث انه يفسد اعتكافه وان لم ينزل لظاهر الآية فان اسم المباشرة يتناول الجماع فيما دون الفرج كما يتناول الجماع في الفرج فصار ذلك محظور الاعتكاف بالنص وجه قولنا ان المباشرة فيما دون الفرج اذا اتصل به الانزال مفسد للصوم والاعتكاف فرع عليه وهو في معنى الجماع في الفرج فيما هو المقصود فيفسد اعتكافه فاما اذا لم يتصل به الانزال فهو ليس في معنى الجماع في الفرج ولا ملحق به حكما في إفساد العبادة ألا تري أنه لا يفسد به الصوم فكذلك الاعتكاف وهذا كله اذا لم يخرج من المسجد فان خرج لهذا الفعل فسد اعتكافه بالخروج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما بينا ﴿ قال ﴾ فاذا أوجب على نفسه اعتكافاً ثم مات قبل ان يقضيه أطعم عنه لكل يوم نصف صاع من حنطة وهذا اذا أوصى لان الاعتكاف

فرع عن الصوم وقد بينا في الصوم حكم الفدية فكذلك في الاعتكاف . فان قيل الفدية عن الصوم غير معقول ولا هو ثابت بطريق القياس فكيف قستم الاعتكاف عليه والعجب ان في الصلاة قلتم مثل هذا ولا مدخل للقياس فيه . قلنا اما في الاعتكاف فالجواب عن هذا السؤال سهل لان صحة النذر بالاعتكاف باعتبار الصوم فان مالا اصل له في الفرائض لا يصح التزامه بالنذر فكان التنصيص على الفدية في الصوم تنصيصاً عليه في الاعتكاف واما في الصلاة فلم يطلق الجواب في شئ من الكتب على الفدية مكان الصلاة ولكن قال في موضع من الزيادات يجزيه ذلك ان شاء الله تعالى فبتقييده بالاستثناء بيان انه لا يثبت الجواب فيه اذ لا مدخل للقياس فيه ﴿ قال ﴾ وان كان مريضاً حين نذر الاعتكاف فلم يبرأ حتى مات فلا شئ عليه لانه ليس للمريض ذمة صحيحة في وجوب أداء الصوم والاعتكاف بناء عليه الا ترى انه لا يلزمه أداء صوم رمضان بشهوده الشهر فكذلك لا يلزمه الاداء بالنذر والفدية تنبنى على وجوب الأداء وان صح يوما ثم مات أطعم عنه عن جميع الشهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رحمه الله تعالي يطعم عنه بعدد ما صح من الايام وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا لما صح فقد صارت له ذمة صحيحة في التزام الأداء فيجعل كالمجدد للنذر في هذا الوقت والصحيح لو نذر اعتكاف شهر ثم مات بعد يوم أطعم عنه لجميع الشهر ان أوصى يجبر الوارث عليه من الثلث وان لم يوص لم يجبر الوارث عليه ولكنه ان أحب فعل فكذلك هذا ﴿ قال ﴾ وان نذر اعتكاف ليلة لم يلزمه شئ وروى عن أبي يوسف انه ان نوى ليلة بيومها يلزمه وليس بينهما اختلاف في الحقيقة ولكن جواب محمد رحمه الله تعالى فيما اذا لم تكن له نية فاسم الليل خاص بزمان لا يقبل الصوم وشرط الاعتكاف الواجب الصوم فاذا نوي ليلة بيومها عملت نيته اعتباراً للفرد بالجمع فصار شرط الاعتكاف وهو الصوم بنيته موجوداً فصح نذره ﴿ قال ﴾ ولو أصبح في يوم ثم قال لله على أن أعتكف هذا اليوم فان كان قد أكل فيه أو كان بعد الزوال لم يلزمه شئ لانه أضاف النذر بالاعتكاف الى وقت لا يقبل الصوم في حقه وان كان قبل الزوال ولم يكن أكل شيئاً فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح نذره وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يصح نذره وهو بناء على ما تقدم بيانه ان القليل من الخروج يفسد الاعتكاف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما الخروج فيما دون نصف اليوم لا يفسد

الاعتكاف وما هو الشرط وهو الصوم يصح منه فى هذا اليوم ﴿ قال ﴾ وان نذر اعتكاف وقت ماض وهو يعلم أولا يعلم فلا شئ عليه لان مايوجبه على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى ولم يتعبد الله بشئ من العبادات فى الزمان الماضى وصحة الاداء باعتبار امكان الاداء وذلك لا يتحقق في الزمن الماضي ﴿ قال ﴾ وان أحرم المعتكف بحج أو عمرة لزمه الاحرام لانه لا منافاة بين الاعتكاف والاحرام ثم يتم اعتكافه ويشرع فيه واداء المناسك يحتمل التأخير عن الاحرام فاذا فرغ منه مضى فى احرامه الا أن يخاف فوت الحج فحينئذ يدع الاعتكاف ويحج لان مايخاف فوته يكون أهم فيبدأ به ثم يستقبل الاعتكاف لانه قد لزمه بالنذر متتابعا فاذا انقطع التتابع لخروجه كان عليه ان يستقبله ﴿ قال ﴾ وان أوجب على نفسه اعتكافا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أسلم سقط عنه الاعتكاف اعتباراً لما التزمه بما أوجب الله تعالى وشئ من العبادات التى كانت واجبة عليه لحق لله تعالى خالصاً لا يبقى بعد الردة لانه بالردة خرج من ان يكون أهلا للعبادة فان الاهلية للعبادة بكونه أهلا لثوابها والمرتد ليس بأهل لثواب العبادة ولانه بالردة التحق بكافر أصلي فان الردة تحبط عمله والكافر الاصلى اذا أسلم لم يكن عليه اعتكاف مالم يلتزمه بنذره بعد الاسلام فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا نذر المملوك اعتكافا صح نذره لان له ذمة صحيحة فى التزام الاداء الا أن لمولاه ان يمنعه منه لان منافعه مستحقة للمولى الا ماصار مستثني شرعاً وذلك مقدارما تأدى به الفرائض فلا يدخل فيه مايلتزمه من الاعتكاف باختياره فكان للمولى منعه فاذا اعتق قضاه وكذلك الزوج له ان يمنع امرأته من الاعتكاف الذى التزمته بنذرها لان منافعها مستحقة للزوج بعقد النكاح وأما المكاتب فليس لمولاه منعه لانه صار أحق بنفسه ومنافعه والذى بينا فى النذر كذلك فى الشروع فان كان باذن المولى والزوج فليس للزوج منع زوجته من الاتمام وللمولى منع عبده وان كان لا يستحب له ذلك لان الزوج بالاذن ملكها منافعها وهي من أهل الملك والمولى بالاذن ما ملك العبد منافعه لانه ليس من أهل الملك ولكنه وعد فالوفاء له وخلف الوعد مذموم فلا يستحب له منعه فان فعل لم يكن عليه شئ غير أنه قد أساء وأثم وهو قياس الاحرام فان المرأة إذا أحرمت باذن زوجها لم يكن للزوج أن يحللها والعبد اذا أحرم باذن مولاه كان للمولى أن يحلله وان كره له ذلك ﴿ قال ﴾ واذا أكل المعتكف نهاراً ناسياً لم يضره الاكل لان حرمة الاكل لأجل الصوم لا لأجل الاعتكاف حتى اختص

بوقت الصوم والاكل ناسياً لا يفسد الصوم بخلاف ما اذا جامع ناسياً لحرمة الجماع لأجل الاعتكاف حتى يعم الليل والنهار جميعا وقد بينا ان ما كانت حرمته لأجل الاعتكاف يستوى فيه الناسى والعامد بالقياس على الاحرام ومعنى الفرق أنه متى اقترن بحاله ما يذكره لا يبتلى فيه بالنسيان عادة فيعذر لاجله ففى الاحرام هيئة المحرمين مذكرة له وفى الاعتكاف كونه في المسجد مذكرا له فأما فى الصوم لم يقترن بحاله ما يذكره لانه غير ممنوع عن التصرف فى الطعام فى حالة الصوم ألا ترى أن فى الاكل فى الصلاة سوى بين النسيان والعمد لانه ليس من جنس أركان الصلاة ﴿قال﴾ واذا أغمى على المعتكف أياما أو أصابه لمم فعليه اذا برء أن يستقبل الاعتكاف لان ما هو شرط الأداء وهو الصوم قد انعدم بتطاول الاغماء فعليه الاستقبال فان صار معتوهاً ثم أفاق بعد سنين ففى القياس ليس عليه قضاء الاعتكاف كما لا يلزمه قضاء الفرائض لسقوط الخطاب عنه بالعته وفي الاستحسان عليه القضاء لان سبب الالتزام تقرر قبل العته فكان بمنزلة الفرائض التى لزمته بتقرر السبب قبل العته وهذا لانه بالعته لم يخرج من أن يكون أهلا للعبادة فانه أهل لثوابها فبقيت ذمته صالحة للوجوب فيها فيما تقرر سببه ﴿قال﴾ ويلبس المعتكف وينام ويأكل ويدهن ويتطيب بما شاء فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك كله فى اعتكافه ﴿قال﴾ ولا يفسد الاعتكاف سباب ولا جدال فان حرمة هذه الاشياء ليس لاجل الاعتكاف الا ترى انه كان محرما قبل الاعتكاف ولا يفوت به ركن الاعتكاف وهو اللبث ولا شرطه وهو الصوم وكذلك ان سكر ليلا لما بينا ان حرمة السكر ليست لاجل الاعتكاف فلا يكون مؤثراً فيه ﴿قال﴾ وصعود المعتكف على المئذنة لايفسد اعتكافه اما اذا كان باب المئذنة فى المسجد فهو والصعود على سطح المسجد سواء وان كان بابها خارج المسجد فكذلك من أصحابنا من يقول هذا قولهما فاما عند أبي حنيفة رضى الله عنه فينبغي ان يفسد اعتكافه للخروج من المسجد من غير ضرورة والاصح انه قولهم جميعاً واستحسن أبو حنيفة هذا لأنه من جملة حاجته فان مسجده انما كان معتكفاً لاقامة الصلاة فيه بالجماعة وذلك انما يتأتى بالأذان وهو بهذا الخروج غير معرض عن تعظيم البقعة أصلا بل هو ساع فيما يزيد فى تعظيم البقعة فلهذا لا يفسد اعتكافه ﴿قال﴾ ولا بأس بان يخرج رأسه من المسجد الى بعض أهله ليغسله لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم فى اعتكافه كان يخرج رأسه الى عائشة فكانت تغسله وترجله ولانه باخراج رأسه لا يصير خارجا من المسجد فان من حلف

لايخرج من هذه الدار فأخرج رأسه منها لم يحنث وان غسل رأسه فى المسجد في اناء فلا بأس بذلك اذ ليس فيه تلويث المسجد . وذكر حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أدار ان يعتكف أصبح فى المكان الذى يريد أن يعتكف فيه ففي هذه دليل على ان من أراد اعتكاف يوم أو نذر ذلك ينبغي أن يدخل المسجد قبل طلوع الفجر وقد بينا هذا ﴿ قال ﴾ وان نذر اعتكاف يوم العيد قضاه في وقت آخر وكفر عن يمينه ان كان أراد يمينا وان اعتكف فيه اجزأه وقد اساء وهذا عندنا اعتباراً للاعتكاف بالصوم وقد بيناهذه الاحكام فى النذر بصوم يوم العيد فكذلك الاعتكاف وذكر محمد رحمه الله في الاصل حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم اعتكف فى العشر الاوسط من رمضان فأتاه جبرائيل عليه السلام فقال ان ماتطلبت وراءك فقال عليه السلام من كان معتكفامعنا فليعد الى معتكفه وانى أرانى أسجد فى ماء وطين فقال أبو سعيد فمطرنا وكان عريش المسجد من جريد فوكف فو الذى بعثه بالحق لقد صلى بنا المغرب ليلة الحادى والعشرين وانى أرى جبهته وأرنبة أنفه في الماء والطين وانما أورد هذا الحديث لبيان ليلة القدر وفيه اختلاف بين الصحابة والعلماء بعدهم فأما أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه كان مذهبه ان ليلة القدر الحادى والعشرون لهذا الحديث ولم يأخذ به علماؤنا لما صح فى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من فاته ثلاث ليال فقد فاته خير كثير ليلة التاسع عشر والحادى والعشرين وآخرها ليلة فقيل سوى ليلة القدر يا رسول الله فقال سوى ليلة القدر وليس في حديث أبى سعيد كبير حجة فانه لم يقل أراني أسجد فى ماء وطين فى ليلة القدر وكان علي بن أبى طالب رضى الله عنه يقول انها ليلة الخامس والعشرين فانه صح في الحديث أن نزول القرآن كان لاربع وعشرين مضين من رمضان . وقال الله تعالى انا أنزلناه فى ليلة القدر والهاء كناية عن القرآن باتفاق المفسرين فاذا جمعت بين الآية والحديث تبين أنها ليلة الخامس والعشرين وأكثر الصحابة على أنها ليلة السابع والعشرين فقد ذكر عاصم عن ذر بن حبيش قال قلت لأبيّ بن كعب يا أبا المنذر أخبرنى عن ليلة القدر فان ابن مسعود كان يقول من يقم الحول يدركها فقال يرحم الله أبا عبد الرحمن قد كان يعلم انها ليلة السابع والعشرين ولكنه أراد حث الناس على الجهد فى جميع الحول قلت بم عرفت ذلك قال بالعلامة التى أخبرنا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتبرناها فوجدناهاقات وما تلك

العلامة قال تطلع الشمس من صبيحتها كأنها طست لا شعاع لها وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول إنها ليلة السابع والعشرين فقيل له ومن أين تقول ذلك قال لان سورة القدر ثلاثون كلمة وقوله هي الكلمة السابعة والعشرون وفيها اشارة الى ليلة القدر وذكر الفقيه أبو جعفر ان المذهب عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنها تكون فى شهر رمضان ولكنها تتقدم وتتأخر وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تكون في شهر رمضان لا تتقدم ولا تتأخر وفائدة الاختلاف ان من قال لعبده أنت حر ليلة القدر فان قال ذلك قبل دخول شهر رمضان عتق اذا انسلخ الشهر وان قال ذلك بعد مضى ليلة من الشهر لم يعتق حتي ينسلخ شهر رمضان من العام القابل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لجواز أنها كانت فى الشهر الماضي فى الليلة الأولى وفى الشهر الآتى فى الليلة الأخيرة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا مضت ليلة من الشهر فى العام القابل فجاء مثل الوقت الذى حلف فيه عتق لأن عندهما لاتتقدم ولا تتأخر بل هي في ليلة من الشهر في كل وقت فاذا جاء مثل ذلك الوقت فقد تيقنا بمجيء الوقت المضاف اليه العتق بعد يمينه فلهذا عتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب نوادر الصوم

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى املاء اعلم بأن موجب النذر الوفاء . قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والناذر معاهد لله تعالى بنذره فعليه الوفاء بذلك وقد ذم الله تعالى قوما تركوا الوفاء بالنذر فقال تعالى ومنهم من عاهد الله الآية وانما يذم المرء بترك الواجب ومدح قوما بالوفاء بالنذر فقال تعالى يوفون بالنذر ويخافون الآية ثم النذر انما يصح بما يكون قربة مقصودة فأما ماليس بقربة مقصودة فانه لايصح التزامه بالنذر لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه ولأن الناذر لايجعل ماليس بعبادة عبادة وانما يجعل العبادة المشروعة نفلا واجباً بنذره وما فيه معنى القربة ولكن ليس بعبادة مقصودة بنفسها كتشييع الجنازة وعيادة المريض لايصح التزامه بالنذر الا في رواية الحسن بن أبي مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله قال ان نذر أن يعود مريضاً اليوم صح نذره وان نذر أن

يعود فلانا لا يلزمه شئ لان عيادة المريض قربة شرعاً قال صلى الله عليه وسلم عائد المريض يمشي على مخارف الجنة حتى يرجع وعيادة فلان بعينه لا يكون معنى القربة فيها مقصوداً للناذر بل معنى مراعاة حق فلان فلا يصح التزامه بالنذر وفي ظاهر الرواية قال عيادة المريض وتشييع الجنازة وان كان فيه معنى حق الله تعالى فالمقصود حق المريض والميت والناذر انما يلتزم بنذره مايكون مشروعاً حقا لله تعالى مقصوداً اذا عرفنا هذا فنقول النذر امان يكون بالصدقة أو بالصوم أو الصلاة أو الاعتكاف فنبدأ بالنذر بالصدقة فنقول اما ان يعين الوقت بنذره فيقول لله على ان أتصدق بدرهم غداً أو يعين المكان فيقول فى مكان كذا أو يعين المتصدق عليه فيقول على فلان المسكين أو يعين الدرهم فيقول لله على ان تصدق بهذا الدرهم وفى الوجوه كلها يلزمه التصدق بالمنذور عندنا ويلغو اعتبار ذلك التقييد حتى لو تصدق به قبل مجيء ذلك الوقت أو فى غير ذلك المكان أو على غير ذلك المسكين أو بدرهم غير الذى عينه خرج عن موجب نذره وعلى قول زفر لايخرج عن موجب نذره الا بالاداء كما التزمه قال لان في ألفاظ العباد يعتبر اللفظ ولايعتبر المعنى الا ترى ان من قال لغيره طلق امرأتى للسنة فطلقها لغير السنة لم يقع ولو امره ان يتصدق بدرهم على فلان الفقير فتصدق على غيره كان مخالفا وهذا لان أوامر العباد قد تكون خالية عن فائدة حميدة فلا يمكن اعتبار المعنى فيها وانما يعتبر اللفظ فلا يحصل الوفاء الا بالتصدق على الوجه الذي التزمه وعلماؤنا رحمهم الله قالوا مايوجبه المرء على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه الا ترى ان ما لله تعالى من جنسه واجبا على عباده صح التزامه بالنذر وماليس لله تعالى من جنسه واجبا على عباده لايصح التزامه بالنذر ثم ما أوجب الله تعالى من التصدق بالمال مضافا الى وقت يجوز تعجيله قبل ذلك الوقت كالزكاة بعد كمال النصاب قبل حولان الحول وصدقة الفطر قبل مجيء يوم الفطر فكذلك ما يوجبه العبد على نفسه وهذا لان صحة النذر باعتبار معنى القربة وذلك فى التزام الصدقة لا فى تعيين المكان والزمان والمسكين والدرهم وانما يعتبر من التعيين ما يكون مفيدا فيما هو المقصود لاما ليس بمفيد ومعنى العبادة فى التصدق باعتبار سد خلة المحتاج اذ أخرج المتصدق ما يجرى فيه الشح والضنة عن ملكه ابتغاء مرضاة الله تعالى وهذا المعنى حاصل بدون مراعاة تعيين المكان والزمان وبهذا يتبين الجواب عما اعتمد عليه من اعتبار اللفظ فان صحة النذر لم تكن باعتبار اللفظ

بل باعتبار معنى القربة كما بينا وبه فارق الوصية فان صحة الوصية لم يكن باعتبار معنى القربة فلهذا اعتبرنا تعيين المصروف اليه فصار فلان موصى له بما سمى فاذا دفعه الى غيره كان مخالفا أمر الموصى وهذا بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فلله علىّ أن أتصدق بدرهم فتصدق به قبل قدوم فلان لم يجزه وكذلك لو قال اذا جاء غد لان هناك علق النذر بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط وانما يجوز الأداء بعد وجود السبب والسبب هو النذر فاذا علقه بالشرط كان معدوما قبله وهنا أضاف النذر الى وقت والاضافة الى وقت لا يخرجه من أن يكون سببا في الحال فيجوز التعجيل بمنزلة أداء الزكاة قبل كمال الحول وعلى قول الشافعي رضي الله عنه يجوز التعجيل قبل قدوم فلان بناء على مذهبه فى جواز التكفير بالمال بعد اليمين قبل الحنث وقد بينا المسئلة فى كتاب الأيمان وأما النذر بالعبادات البدنية فاما أن يضيفه الى مكان أو زمان أما اذا أضافه الى زمان بأن قال لله علىّ أن أصوم رجب فصام شهراً قبله أجزأه عن المنذور فى قول أبي يوسف وهو رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وفى قول محمد وزفر لا يجزئه وكذلك لو قال لله علىّ أن أعتكف رجب فاعتكف شهراً قبله أو قال لله علىّ أن أصلى ركعتين غداً فصلى اليوم فهو على هذا الخلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان ما يوجبه العبد على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وما أوجب الله تعالى عليه من الصوم فى وقت بعينه لا يجوز تعجيله على ذلك الوقت كصوم رمضان وكذلك ما أوجب الله تعالى عليه من الصلاة فى وقت بعينه كصلاة الظهر لا يجوز تعجيلها قبل الزوال فكذلك ما يوجبه على نفسه وبه فارق الصدقة ولان بالنذر بالصوم جعل ماهو المشروع في الوقت نفلا واجباً بنذره ولهذا لا يصح اضافة النذر بالصوم الى الليل لان الصوم غير مشروع فيه نفلا والمشروع من الصوم في وقت غير المشروع في وقت آخر ونذره تعلق بالصوم المشروع في الوقت المضاف اليه حتي يتأدى فيه بمطلق النية وبالنية قبل الزوال ولو لم يتعين صوم ذلك الوقت بنذره لما تأدى الا بالنية من الليل كما لو أطلق النذر بالصوم وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ان الناذر يلتزم بنذره الصوم دون الوقت لان معنى القربة في الصوم باعتبار انه عمل بخلاف هوى النفس وانما يلزم بالنذر ماهو قربة وتعيين الوقت غير مفيد فى هذا المعنى فلا يكون معتبراً كما فى الصدقة ولا يقال الصوم في بعض الاوقات قد يكون أعظم فى الثواب كما ورد به الأثر فى صوم الايام البيض وفى صوم بعض الشهور

والايام لان بالاجماع النذر لا يتقيد بالفضيلة التي في الوقت المضاف اليه حتى لو نذر ان يصوم يوم عرفة أو يوم عاشوراء فصام بعد مضى ذلك اليوم يوما دونه في الفضيلة فانه يخرج عن موجب نذره وهذا بخلاف صوم رمضان وصلاة الظهر لان الشرع جعل شهود الشهر سببا لوجوب الصوم قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومثل هذا لبيان السبب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه ومن ملك ذارحم محرم فهو حر وكذلك الشرع جعل زوال الشمس سببا لوجوب صلاة الظهر قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس فاذا أدى قبل ذلك الوقت كان مؤديا قبل وجود سبب الوجوب فلهذا لايجوز اما هنا الناذر لم يجعل الوقت بنذره سببا للوجوب لانه ليس للعباد ولاية نصب الاسباب فيكون السبب متقررا قبل مجئ الوقت المضاف اليه وان كان وجوب الاداء متأخرا فلهذا جاز التعجيل وهو نظير المسافر في شهر رمضان اذا صام كان مؤديا للفرض وان كان وجوب الأداء متأخرا في حقه الى عدة من أيام أخر والحرف الثاني انه أدى العبادة بعد وجود سبب وجوبها قبل وجوبها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح في قتل المسلم أوفى قتل الصيد وبيان الوصف ان هذه عبادة تضاف الى النذر لا الى الوقت يقال صوم النذر والواجبات تضاف الى أسبابها والاضافة الى وقت لايمنع كونه نذرا في الحال بدليل ان التعجيل في النذر بالصدقة يجوز بالاتفاق وما لم يوجد السبب لايجوز الاداء هنالك كما لو علق النذر بالشرط وبعد وجود السبب يجوز التعجيل ماليا كان أو بدنيا كما في كفارة القتل وكما لو صام المسافر في شهر رمضان يجوز لوجود السبب وهو شهود الشهر فاذا ثبت هنا ان السبب وهو النذر متقرر قلنا يجوز تعجيل الأداء وفي جواز التعجيل هنا منفعة للناذر فربما لايقدر على الاداء في الوقت المضاف اليه لمرض أو غيره وربما تخترمه المنية قبل مجئ ذلك الوقت الا انه بالاضافة الى ذلك الوقت قصد التخفيف على نفسه حتى لو مات قبل مجيء ذلك الوقت لايلزمه شئ فأعطيناه مقصوده واعتبرنا تعيينه في هذا الحكم وجوزنا التعجيل لتوفير المنفعة عليه كما في الصدقة اذا عين الدراهم فهلكت تلك الدراهم لم يلزمه شئ ولو تصدق بمثلها وأمسكها خرج عن موجب نذره واذا ثبت اعتبار التعيين من هذا الوجه قلنا يجوز الاداء بمطلق النية وبالنية قبل الزوال لان تعيينه معتبر فيما يرجع الى النظر له وفي التأدى بمطلق النية قبل الزوال معني النظر له فاعتبرنا تعيينه في هذا الحكم وأما اذا عين

المكان بان قال لله علي ان أصوم شهراً بمكة أو أعتكف فصام أو اعتكف في غير ذلك المكان خرج عن موجب نذره عندنا وقال زفر لايخرج عن موجب نذره وكذلك لو قال لله على ان أصلى ركعتين بمكة فصلاهما هنا أجزأه عندنا خلافا لزفر والاصل عنده انه لايخرج عن موجب نذره الا بالاداء في المكان الذى عينه أو فى مكان هو أعلى من المكان الذي عينه وأفضل البقاع لاداء الصلاة فيها المسجد الحرام ثم مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة ثم مسجد بيت المقدس على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال صلاة فى مسجد بيت المقدس تعدل ألف صلاة فيما سواه من المساجد سوى المسجد الحرام ومسجدى هذا وصلاة فى مسجدى هذا تعدل ألف صلاة فى مسجد بيت المقدس وصلاة فى المسجد الحرام تعدل ألف صلاة فى مسجدى هذا فاذا نذر أن يصلى فى المسجد الحرام ركعتين لايجوز أداؤهما الا في ذلك الموضع عنده وان نذر أن يصلى ركعتين في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجوز أداؤهما الا فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو في المسجد الحرام واذا نذر الصلاة في مسجد بيت المقدس لايجوز أداؤها الا في احد هذه المساجد الثلاثة ولا يجوز أداؤها في غير هذه المساجد في سائر البلاد واذا نذر الصلاة في المسجد الجامع لايجوز أداؤها في مسجد المحلة واذا نذر الصلاة فى مسجد المحلة يجوز أداؤها في المسجد الجامع ولايجوز أداؤها فى بيته واعتمد في ذلك ما روى أن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى نذرت ان فتح الله عليك مكة أن أصلى ركعتين في البيت فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وأدخلها الحطيم وقال صلي ههنا فان الحطيم من البيت الحديث فهذا دليل اعتبار تعيينه المكان في النذر بالصلاة وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نذرت أن أصلى ركعتين فى مسجد بيت المقدس فقال من صلى في مسجدى هذا فكانما صلى فى بيت المقدس فهو دليل على جواز الاداء في مكان هو أعلى من المكان الذى عينه ولان المذهب عند أهل السنة والجماعة ان لبعض الا مكنة فضيلة على البعض وكذلك لبعض الازمنة فاذا عين لنذره مكانا ثم أدى في مكان دون ذلك المكان فى الفضيلة فانما يقيم الناقص مقام الكامل مع قدرته على الاداء بصفة الكمال كما التزمه فلا يجوز وان أدى فى مكان هو أفضل من المكان الذى عينه فقد أدى اتم مما التزمه فيجزيه ذلك الا ترى أنه لو نذر ان يصوم يوما فصام بالنية قبل الزوال لايخرج عن موجب نذره لان المؤدى

أنقص مما التزمه وهذا بخلاف ما اذا أضاف النذر الى وقت فاضل فمضى ذلك الوقت لان هناك قد تحقق العجز عن الاداء بالصفة التى التزمه ولهذا لم يجوز زفر التعجيل على ذلك الوقت لان العجز لا يتحقق قبل مجيء ذلك الوقت وحجتنا فى ذلك ان صحة النذر باعتبار معنى القربة وذلك في الصلاة لا فى المكان لان الصلاة تعظيم لله تعالى بجميع البدن وفي هذا المعنى الامكنة كلها سواء وان كان الاداء فى بعض الامكنة أفضل فذلك لا يدل على ان الواجب لا يتأدى بدون ذلك كما فى اداء المكتوبات ولا شك ان أداء الصلاة بالجماعة فى المسجد أفضل وقد أمر شرعاً بالاداء بهذه الصفة ومع ذلك اذا أداها في بيته وحده سقط عنه الواجب ولما بين النبى صلى الله عليه وسلم ثواب المتطوع بالصلاة فى هذه المساجد قال وأفضل ذلك كله صلاة الرجل فى بيته في جوف الليل الآخر ثم عنده لو التزم صلاة فى بعض هذه البقاع فصلاها في بيته لم يجز ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل صلاة المرأة فقال فى أشد مكان من بيتها ظلمة فعلى هذا ينبغي أنها اذا التزمت الصلاة فى المسجد الحرام فصلت فى أشد مكان من بيتها ظلمة أن تخرج عن موجب نذرها وعند زفر رحمه الله تعالى لا تخرج والذى يوضح ماقلنا ان الناذر انما يلتزم بنذره ماهو من فعله لا ما ليس من فعله والمكان ليس من فعله فيكون هو بالنذر ملتزما للصلاة دون المكان وفى أى موضع صلي فقد أدى ما التزمه فيخرج عن موجب نذره وان كان الأداء في الموضع الذى عينه أفضل ﴿ قال ﴾ وان قال لله علىّ أن أصوم شهراً متتابعاً فأفطر يوما فى الشهر استقبل الشهر من أوله لأن مايوجبه على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وما أوجب الله تعالى عليه من الصوم متتابعاً اذا أفطر فيه يوما لزمه الاستقبال كصوم الظهار والقتل فكذلك مايوجبه على نفسه بخلاف ما اذا أطلق النذر بالصوم فان ما أوجب الله تعالى عليه من الصوم مطلقاً وهو قضاء رمضان اذا أفطر فيه يوما لا يلزمه الاستقبال فكذلك مايوجبه على نفسه ﴿ قال ﴾ ولو قال لله علىّ أن أصوم رجب متتابعاً فأفطر فيه يوما فعليه قضاء ذلك اليوم وحده لان مايوجبه على نفسه من الصوم فى وقت بعينه معتبر بما أوجب الله عليه من الصوم فى وقت بعينه وهو صوم رمضان وهذا لأن ذكر التتابع فى شهر بعينه غير معتبر لان المعين لا يعرف الا بصفته وانما ذكر الصفة لتعريف ماليس بعين فيعتبر ذلك عند اطلاق لفظ الشهر ولا يعتبر عند التعيين ولأن أيام الشهر المعين تكون متجاورة لا متتابعة فذكر التتابع

في الشهر المعين وجوده كعدمه وكذلك لو قال لله على أن أصوم شهراً وهو يعني رجب بعينه لأن المنوى من محتملات لفظه فيجعل كالمصرح به وفي الكتاب أشار الى فرق آخر فقال في الشهر المعين اذا أفطر يوما فقد عجز عن أداء الصوم على الوجه الذي التزمه لأنه لو استقبل الصوم لم يكن مؤديا في ذلك الوقت الذي أوجبه على نفسه وعند اطلاق الشهر بعد ما أفطر يوما هو قادر على أن يصوم شهراً متتابعاً كما التزمه فلهذا أوجبنا عليه الاستقبال ﴿ قال ﴾ وان أراد بقوله لله على يميناً كفر عن يمينه مع قضاء ذلك اليوم في الشهر المعين لان المنوى من محتملات لفظه فان في النذر معنى اليمين قال صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وقد حنث حين أفطر يوماً فعليه الكفارة والقضاء لان ظاهر كلامه نذر وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان أراد به اليمين فعليه الكفارة دون القضاء وان أراد النذر أو أرادهما فعليه القضاء دون الكفارة لان لفظه للنذر حقيقة ولليمين مجازاً ولا يجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد ولكنا نقول قوله لله على يمين فان اللام والباء يتعاقبان قال الله آمنتم به وفي موضع آخر قال آمنتم له فقوله لله بمنزلة قوله بالله وقال ابن عباس رضي الله عنه دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج معناه بالله وقوله على نذر فانما أثبتنا كل واحد من الحكمين بلفظ آخر ثم الحالف يلتزم البر حقاً لله تعالى والناذر يلتزم الوفاء حقاً لله تعالى فكان اللفظ محتملا لكل واحد منهما لا أن يكون حقيقة لاحدهما مجازاً للآخر فيكون بمنزلة اللفظ العام الا ان عند الاطلاق يحمل على النذر لغلبة الاستعمال فاذا نوى اليمين مع ذلك كان اللفظ متناولا لهما بمنزلة اللفظ العام في كونه متناولا لجميع محتملاته ﴿ قال ﴾ ولو قال لله على صوم يوم فأصبح من الغد لا ينوى صوماً فلم تزل الشمس حتي نوى ان يصومه عن نذره لم يجزه ذلك بخلاف ما اذا قال لله على صوم غد لان ما يوجبه على نفسه في الوجهين معتبر بما أوجب الله تعالى عليه من الصوم في وقت بعينه وهو صوم رمضان يتأدى بالنية قبل الزوال وما كان في وقت بغير عينه لا يتأدى الا بنية من الليل نحو قضاء رمضان فكذلك ما يوجب على نفسه في الوجهين وهذا لمعنيين أحدهما ان عند تعيين اليوم امساكه في أول النهار يتوقف على الصوم المنذور عند وجود النية فاذا وجدت النية قبل الزوال استندت الى أول النهار لتوقف الامساك عليه وذلك لا يوجد فيما اذا أطلق النذر والثاني أن في النذر المعين اذا ترك النية من الليل فقد تحقق عجزه

من أدائه بصفة الكمال كما التزمه فجوزناه بضرب نقصان بطريق اقامة النية في أكثر النهار مقام النية في جميع النهار لأجل العجز وذلك لا يوجد فيما اذا لم يعين الوقت فانه قادر على أن يصوم يوما آخر بصفة الكمال كما التزمه ثم هنا ذكر النية قبل الزوال وفي كتاب الصوم قبل انتصاف النهار وهو الصحيح لان الشرط وجود النية في أكثر وقت الصوم وذلك لا يوجد اذا نوى قبل الزوال لأن ساعة الزوال نصف النهار من طلوع الشمس ووقت الصوم من طلوع الفجر فانما يشترط وجود النية في وقت الضحوة على وجه تكون النية موجودة في أكثر وقت الصوم فاذا نوى بالنهار في النذر المطلق لم يجزه عن المنذور وكان صائما عن التطوع والمستحب له أن يتمه فان أفطر فلا قضاء عليه عندنا. وقال زفر رحمه الله الله تعالى عليه القضاء وأصل المسئلة فيما اذا شرع في الصوم على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه وقد بينا ذلك في كتاب الصوم وانما شبهنا هذه المسئلة بتلك المسئلة لان في الموضعين جميعاً انما قصد اسقاط الواجب عن نفسه وما قصد التنفل بالصوم وانما جعل شارعا في النفل من غير قصده على سبيل النظر له لكيلا يضيع سعيه لا على سبيل الايجاب عليه فاذا أفطر لم يلزمه القضاء ﴿ قال ﴾ ولو قال لله على أن أصوم غداً ثم أصبح ينوى أن يصوم تطوعا فانه يكون صومه مما أوجبه على نفسه بخلاف ما اذا أطلق النذر وهذا للأصل الذى بيناه أن ما أوجب الله في وقت بعينه وهو صوم رمضان يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وما أوجب الله تعالى عليه من الصوم في وقت بغير عينه لا يتأدى الا بتعيين النية فكذلك ما أوجبه على نفسه وهذا لأن الناذر لا يجعل بنذره ماليس بمشروع مشروعاً ولكن يجعل ما كان مشروعا نفلا في الوقت واجباً على نفسه ففي النذر المعين انما التزم الصوم المشروع في هذا الزمان وقد أصابه بمطلق النية وبنية النفل الا ترى أنه قبل النذر كان مصيباً له بهذه النية فكذلك بعد النذر وعند اطلاق النذر الواجب في ذمته والمشروع في هذا اليوم غير متعين لما هو الواجب في ذمته فانما يكون بمطلق النية وبنية النفل مصيبا للمشروع في هذا الوقت وهو التطوع فلا يكون محولا عن ذمته ما التزمه فيها الى المشروع في هذا الوقت بدون تعيين النية ﴿ قال ﴾ ولو قال لله على ان أصوم رجب ثم ظاهر من امرأته فصام شهرين متتابعين أحدهما رجب اجزاه من الظهار كما نواه وعليه قضاء المنذور بخلاف ما اذا صام عن ظهاره شهرين أحدهما رمضان وهو مقيم فان صومه

يكون عن فرض رمضان وأشار الى الفرق بينهما فى الكتاب فقال لان صوم الظهار مثل صوم المنذور من حيث ان كل واحد منهما وجب بسبب من جهته فمن ايهما نواه كان عن ذلك واما صوم رمضان أقوى من صوم الظهار لانه واجب بايجاب الله تعالى ابتداء وصوم الظهار انما وجب بسبب من جهة العبد والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى فلهذا كان صومه عن فرض رمضان على كل حال ولكن هذا ليس بقوى فانه لا مساواة بين صوم الظهار وصوم المنذور لان المنذور هو المشروع فى رجب نفسه وصوم الظهار واجب فى ذمته فينبغى ان يترجح المنذور باعتبار السبق لان صوم الظهار انما يتحول من ذمته الى المشروع في الوقت بنيته وقد كان النذر سابقا على هذه النية ولان المشروع في الوقت لما صار واجباً عليه بنذره لا يبقى صالحاً لصوم الظهار لان ما فى ذمته انما يتأدى بما كان مشروعا في الوقت له لا عليه فالفرق الصحيح بينهما ان قبل نذره كان الصوم المشروع فى رجب صالحاً لأداء صوم الظهار فلا يتغير ذلك بنذره لانه يوجب على نفسه بنذره مالم يكن واجباً عليه ولكن لا ينفى صلاحيته لغيره اذ ليس ذلك تحت ولاية العبد فاذا بقى بعد نذره صالحا لأداء صوم الظهار به تأدى بنيته وأما صوم رمضان فقد جعله الشرع فرضاً عليه ومن ضرورته أن لا ينفي صالحا لأداء صوم الظهار به وللشرع هذه الولاية فاذا لم يبق صالحا لأداء صوم الظهار به تلغو نيته عن الظهار به وانتفاء الصلاحية من ضرورة وجوب الأداء عن فرض رمضان حتى ان فى حق المسافر لما لم يكن الأداء في الشهر واجبا عليه فاذا نواه عن الظهار كان عن الظهار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ومسئلة النذر بمنزلة المسافر في صوم رمضان ثم فى مسئلة النذر اذا كان نوى اليمين لم تلزمه الكفارة لان شرط بره أن يكون صائماً في رجب لا أن يكون صومه عن المنذور وقد وجد ذلك وان صامه عن الظهار ﴿ قال ﴾ والمجنونة والنائمة اذا جامعها زوجها وهما صائمتان في رمضان فعليهما القضاء دون الكفارة لأن وجوب الكفارة يستدعى جناية متكاملة فانها ستارة للذنب ولم يوجد ذلك في حقهما ووجوب القضاء لانعدام أداء الصوم فى الوقت وقد وجد ذلك فى حقهما فان الصوم لا يتأدى مع فوات ركنه وقد انعدم ركن الصوم فى حقهما مع قيام العذر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة فى كتاب الصوم ﴿ قال ﴾ هنا ألا ترى انهما لو قتلا رجلا خطأ لم يكن عليهما فى ذلك كفارة ولا تحرمان الميراث ﴿ قال ﴾ رحمه

الله تعالى وهـذا صحيح في حق المجنونة غلط في حق النائمة فالرواية محفوظة ان النائم اذا انقلب على مورثه فقتله تلزمه الكفارة ويحرم الميراث ثم هذا الاستشهاد ضعيف فان كفارة القتل لاتستدعى جناية متكاملة ولهـذا تجب على الخاطئ بخلاف كفارة الفطر ﴿ قال ﴾ واذا خاف الرجل وهو صائم ان هولم يفطر تزداد عينه وجعاً أو تزداد حماه شدة فينبغي ان يفطر لان الله تعالى رخص للمريض في الفطر بقوله فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر وهذا مريض لان وجع العين نوع مرض والحمى كذلك ثم إن الله تعالى بين المعنى فيه فقال يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وفي ايجاب أداء الصوم مع هذا الخوف عسر فينبغي له ان يأخذ باليسر فيه ويترخص بالفطر قال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحب ان تؤتى رخصه كما تؤتي عزائمه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى كل من كان له أن يفطر في يوم فأفطر فيه بعد ماصام فلا كفارة عليه وهذا قول أصحابنا جميعاً لان صوم اليوم الواحد لايتجزى وجوباً كما لا يتجزى أداء فاذا لم يكن الأداء واجباً في جزء من النهار لاتتكامل الجناية بالفطر فيه ولان الكفارة في رمضان تسقط بالشبهة ولهـذا لاتجب على المتسحر الذي لايعلم بطلوع الفجر وعلى المفطر الذي يرى ان الشمس قد غابت ولم تغب واباحة الفطر له في جزء من اليوم يكون شبهة قوية في المحل فانه ينعدم بها استحقاق الأداء ولا شبهة أقوى من ذلك والشبهة في المحل مسقطة للكفارة سواء علم بها أولم يعلم الا ترى ان من وطئ جارية ابنه لايلزمه الحد سواء علم بالحرمة أو لم يعلم لشبهة في المحل باعتبار ان مال الولد مضاف الى والده شرعاً وبيان هذا الأصل انه اذا أصبح مريضاً أو مسافراً في أول النهار ونوى الصوم ثم برئ من مرضه أو صار مقيماً ثم أفطر فلا كفارة عليه لانه كان له أن يفطر في أول النهار وكذلك لو كان صحيحاً مقيما في أول النهار ثم مرض في آخره فأفطر لانه لما عجز عن الصوم بسبب المرض صار الفطر مباحا له ولو سافر في آخر النهار ثم أفطر لم يكن عليه الكفارة لا لان الفطر صار مباحا له فانه اذا شرع في الصوم وهو مقيم ثم سافر لايباح له الفطر ولكن لان السفر في الاصل مبيح للفطر فاذا اقترن بالسبب الموجب للكفارة يكون مورثا شبهة مسقطة للكفارة وان لم يصر الفطر مباحا له بمنزلة النكاح الفاسد يكون مسقطاً للحد وان لم يكن مبيحاً للوطء وخرج على هذا الاصل ما اذا أصبحت المرأة صائمة ثم أفطرت ثم حاضت أو أصبح الرجل صائما ثم أفطر ثم مرض وقد بينا هذه

المسائل فى كتاب الصوم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصوب

باب ما يجب فيه القضاء والكفارة وما يجب فيه القضاء دون الكفارة وما يجوز من الشهادة على رؤية الهلال وما لا يجوز

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ومن ابتلع جوزة رطبة وهو صائم فعليه القضاء ولا كفارة عليه وان ابتلع لوزة رطبة أو بطيخة صغيرة فعليه القضاء والكفارة والاصل فى هذا أنه متى حصل الفطر بما لا يتغذي به أو يتداوى به عادة فعليه القضاء دون الكفارة لان وجوب الكفارة يستدعى كمال الجناية والجناية تتكامل بتناول ما يتغذي به أو يتداوى به لانعدام الامساك صورة ومعنى ولا تتكامل الجناية بتناول ما لا يتغذى به ولا يتداوى به لان الامساك ينعدم به صورة لا معنى ولان الكفارة مشروعة للزجر والطباع السليمة تدعو الى تناول ما يتغذى به وما يتداوى به لما فيه من اصلاح البدن فتقع الحاجة الى شرع الزاجر فيه ولا تدعو الطباع السليمة الى تناول ما لا يتغذى به ولا يتداوى به فلا حاجة لشرع الزاجر فيه اذا عرفنا هذا فنقول الجوزة الرطبة لا تؤكل كما هي عادة واللوزة الرطبة تؤكل كما هي عادة وهذا اذا ابتلع الجوزة فأما اذا مضغها وهي رطبة أو يابسة فعليه الكفارة ذكره الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لانه تناول لبها ولب الجوز مما يتغذى به وأكثر ما فيه انه جمع بين ما يتغذي به وبين ما لا يتغذى به فى التناول وذلك موجب للكفارة عليه واذا ابتلع أهليلجة فعليه القضاء والكفارة أراد به الدواء أو لم يرد هكذا ذكره ابن سماعة وهشام عن محمد رحمهم الله تعالى وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى ان عليه القضاء دون الكفارة قال لانها لا تؤكل كما هي للتداوى عادة والاصح ما ذكره هنا فان الهليلجة مما يتداوى به فسواء أكلها على الوجه المعتاد أو على غير الوجه المعتاد قلنا انه تجب عليه الكفارة وكذلك ان أكل مسكا أو غالية أو زعفرانا فعليه القضاء والكفارة لان هذه الاشياء تؤكل عادة للتغذي أو للتداوي وذكر الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لو أكل عجينا لا تلزمه الكفارة لان العجين لا يؤكل عادة قبل الطبخ ولا يدعو الطبع الى تناوله وهكذا ذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى وقال لو أكل الدقيق أيضا لا تلزمه الكفارة لانه يصير عجينا في فمه قبل ان يصل الى جوفه ﴿ قال ﴾ ولو أكل حنطة يجب عليه القضاء

والكفارة لان الحنطة تؤكل كما هي عادة فانها مادامت رطبة تؤكل وبعد اليبس تغلى فتؤكل وتقلى فتؤكل ﴿ قال ﴾ ولو أكل طيناً أرمنياً فعليه الكفارة ذكره ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى قال لانه بمنزلة الغاريقون يتداوى به قال ابن رستم فقلت له فان أكل من هذا الطين الذي يأكله الناس قال لا أعرف أحداً يأكله . وفي رواية أخرى عن محمد رحمه الله تعالى انه لاتلزمه الكفارة في الطين الأرمني أيضا اذا أكله كما هو الا أن يسويه على الوجه المعتاد الذي يتداوى به والاول أصح ﴿قال﴾ ومن أفطر في شهر رمضان بعذر والشهر ثلاثون يوما فقضى شهراً بالاهلة وهو تسعة وعشرون يوما فعليه قضاء يوم آخر لقوله تعالى فعدة من أيام أخر ففي هذا بيان أن المعتبر في القضاء اكمال العدة بالايام ﴿قال﴾ ولو شهد رجل واحد برؤية هلال رمضان وبالسماء علة قبلت شهادته اذا كان عدلا وقد بينا هذه المسئلة في كتاب الصوم والاستحسان وشرط في الكتاب ان يكون الشاهد عدلا والطحاوي يقول عدلا كان أو غير عدل قيل مراده انه يكتفي بالعدالة الظاهرة ولا يشترط ان يكون الشاهد عدلا في الباطن وقيل انما لاتشترط العدالة في هذا الموضع لانتفاء التهمة لانه يلزمه من الصوم مايلزم غيره وانما لايقبل خبر الفاسق لتمكن التهمة والاصح اشتراط العدالة فيه لان هذا من أمور الدين ولهذا يكتفي فيه بخبر الواحد وخبر الفاسق في باب الدين غير مقبول بمنزلة رواية الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ واما على الفطر فلا تقبل الا شهادة رجلين اذا كان بالسماء علة وأشار في بعض النوادر الى الفرق فقال المتعلق بهلال رمضان هو الشروع في العبادة وخبر الواحد فيه مقبول كما لو أخبر باسلام رجل والمتعلق بهلال شوال الخروج من العبادة وذلك لايثبت الا بشهادة رجلين كما في الشهادة على ردة المسلم وأشار هنا الى فرق آخر فقال المتعلق بهلال شوال مافيه منفعة للناس وهو الترخص بالفطر فيكون هذا نظير الشهادة على حقوق العباد والمتعلق بهلال رمضان محض حق الشرع وهو الصوم الذي هو عبادة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا يكتفي فيه بخبر الواحد اذا كان بالسماء علة وهذا صحيح على ماروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انهم يصومون بخبر الواحد ولايفطرون اذا لم يروا الهلال وان أكملوا العدة ثلاثين يوما بدون التيقن بانسلاخ رمضان للاخذ بالاحتياط في الجانبين فاما ابن سماعة يروى عن محمد رحمه الله تعالى انهم يفطرون اذا أكملوا العدة ثلاثين يوماً لان صوم الفرض في رمضان لايكون

أكثر من ثلاثين يوما وقال ابن سماعة فقلت لمحمد كيف يفطرون بشهادة الواحد قال لا يفطرون بشهادة الواحد بل بحكم الحاكم لأنه لما حكم بدخول رمضان وأمر الناس بالصوم فمن ضرورته الحكم بانسلاخ رمضان بعد مضي ثلاثين يوما . والحاصل أن الفطر هنا مما تفضى اليه الشهادة لا أنه يكون ثابتا بشهادة الواحد وهو نظير شهادة القابلة على النسب فانها تكون مقبولة ثم يفضى ذلك الى استحقاق الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء ويستوى ان شهد رجل أو امرأة على شهادة نفسه أو على شهادة غيره حراً كان أو عبداً محدودا في القذف أوغير محدود بعد أن يكون عدلا في ظاهر الرواية بمنزلة رواية الاخبار فان الصحابة كانوا يقبلون رواية أبي بكرة بعد ما أقيم عليه حد القذف . وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لا تقبل شهادة المحدود في القذف على رؤية الهلال وان حسنت توبته لانه محكوم بكذبه شرعاً قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهادة فأولئك عند الله هم الكاذبون فاذا كان المتهم بالكذب وهو الفاسق غير مقبول الشهادة هنا فالمحكوم بكذبه كان أولى فأما اذا لم يكن بالسماء علة فلا تقبل شهادة الواحد والمثنى حتى يكون أمراً مشهوراً ظاهراً فى هلال رمضان وهكذا في هلال الفطر فى رواية هذا الكتاب وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى قال تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بمنزلة حقوق العباد والاصح ماذكر هنا فان في حقوق العباد انما تقبل شهادة رجلين اذا لم يكن هناك ظاهر يكذبهما وهنا الظاهر يكذبهما فى هلال رمضان وفى هلال شوال جميعاً لأنهما أسوة سائر الناس فى الموقف والمنظر وحدة البصر وموضع القمر فلا تقبل فيه الشهادة الا أن يكون أمراً مشهوراً ظاهراً وقد بينا اختلاف الاقاويل فى ذلك فى كتاب الصوم ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا جامع امرأته ناسياً فى رمضان فتذكر ذلك وهو مخالطها فقام عنها أو جامعها ليلا فانفجر الصبح وهو مخالطها فقام عنها من ساعته فلا قضاء عليه فى الوجهين جميعاً وقال زفر رحمه الله تعالى عليه القضاء في الوجهين لوجود جزء من المجامعة بعد التذكر وانفجار الصبح الى أن نزع نفسه منها وذلك يكفي لافساد الصوم ولكنا نقول ذلك مما لا يستطاع الامتناع عنه ومما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو وأصل هذه المسئلة فيما اذا حلف لا يلبس هذه الثوب وهو لابسه فنزعه من ساعته فهو حانث فى القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى لوجود جزء من اللبس بعد اليمين وفى الاستحسان لا حنث لأن

مالا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو يوضحه ان نزع النفس كف عن المجامعة والكف عن المجامعة ركن الصوم فلم يوجد منه بعد انفجار الصبح ولا بعد التذكر الا ماهو ركن الصوم وذلك غير مفسد لصومه . ألا ترى أن اللقمة لو كانت في فيه فألقاها بعد التذكر أو بعد انفجار الصبح لم يفسد صومه الا أن زفر رحمه الله تعالي يفرق فيقول الموجود هناك جزء من امساك اللقمة في فيه الي أن يلقيها وذلك غير مفسد للصوم والموجود هنا جزء من الجماع وذلك مفسد للصوم . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في الناسي لا يفسد صومه اذا نزع نفسه كما تذكر واذا انفجر الصبح فعليه القضاء وان نزع نفسه لأن آخر الفعل من جنس أوله وأول الفعل من الناسي غير مفسد للصوم مع مصادفته وقت الصوم فكذلك آخره وأول الفعل في حق الذى انفجر له الصبح عمد مفسد للصوم اذا صادف وقت الصوم فكذلك آخره يوضحه ان الشروع في الصوم يكون عند طلوع الفجر فاقتران المجامعة بطلوع الفجر يمنع صحة الشروع في الصوم فيلزمه القضاء وفي حق الناسي شروعه في الصوم صحيح ولم يوجد بعده مايفسد الصوم فلهذا لا يلزمه القضاء ولم يذكر في الكتاب أنه بعد مانزع نفسه لو امنى هل يلزمه القضاء أم لا قال رضى الله عنه والصحيح انه لا يفسد صومه لان مجرد خروج المني لا يفسد الصوم وان كان على وجه الشهوة كما لو احتلم ولم يوجد بعد التذكر وطلوع الفجر الا ذلك واذا أتم الفعل بعد التذكر وطلوع الفجر فعليه القضاء دون الكفارة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه القضاء والكفارة لوجود المجامعة بعد التذكر وطلوع الفجر والموجب للكفارة عنده الجماع المعدم للصوم وقد وجد فاما عندنا الموجب للكفارة هو الفطر على وجه تتكامل به الجناية وذلك لم يوجد فيما اذا طلع الفجر وهو مخالط لاهله فداوم على ذلك لان شروعه في الصوم لم يصح مع المجامعة والفطر انما يكون بعد الشروع في الصوم ولم يوجد ولئن كان الموجب للكفارة الجماع المعدم للصوم فالجماع هو ادخال الفرج في الفرج ولم يوجد منه بعد التذكر ولا بعد طلوع الفجر ادخال الفرج في الفرج وانما وجد منه الاستدامة وذلك غير الادخال الا ترى ان من حلف لا يدخل دار فلان وهو فيها لم يحنث وان مكث في الدار ساعة فهذا مثله ولو انه نزع نفسه ثم أولج ثانيا فعليه الكفارة بالاتفاق لانه وجد منه ابتداء المجامعة بعد صحة الشروع في الصوم مع التذكر فيكون عليه القضاء والكفارة وهذا على الرواية الظاهرة فيما اذا جامع ثانيا وهو يعلم ان

صومه لم يفسد به ثم أفطر بعد ذلك متعمداً فانه تلزمه الكفارة فاما على الرواية التى رويت عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يلزمه الكفارة وان كان عالماً لشبهة القياس فهنا أيضاً يقول لاتجب الكفارة ﴿ قال ﴾ ولو ان صائماً ابتلع شيئاً كان بين اسنانه فلا قضاء عليه سمسمة كانت أو أقل منها لان ذلك مغلوب لاحكم له كالذباب يطير في حلقه وان تناول سمسمة وابتلعها ابتداء فهو مفطر لان هذا يقصد ابطال صومه ومعنى هذا انه اذا أدخل سمسمة في فمه فابتلعها فقد وجد منه القصد الى ايصال المفطر الى جوفه وذلك مفسد لصومه فاما اذا كان باقياً بين اسنانه فلم يوجد منه القصد الى ايصال المفطر الى جوفه والذى بقى بين اسنانه تبع لريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد صومه فهذا مثله يوضح الفرق انه لا يمكنه التحرز عن اتصال مابقى بين اسنانه الى جوفه خصوصاً اذا تسحر بالسويق وما لا يمكنه التحرز عنه فهو عفو الا ترى ان الصائم اذا تمضمض فانه يبقى في فمه بلة ثم تدخل بعد ذلك حلقه مع ريقه وأحد لايقول بان ذلك يفطره وذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه لو بقى لحم بين أسنان الصائم فابتلعه فعليه القضاء قال وهذا اذا كان قدر الحمصة أو أكثر فان كان دون ذلك فلا قضاء عليه فبهذه الرواية يظهر الفرق بين القليل الذى لا يستطاع الامتناع عنه وبين الكثير الذى يستطاع الامتناع عنه ثم فى قدر الحمصة أو أكثر اذا ابتلعه فعليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أيضاً وعند زفر رحمه الله تعالى عليه القضاء والكفارة لان ذلك مما يتغذى به ولو أدخله فى فيه وابتلعه كان عليه القضاء والكفارة فكذلك اذا كان باقياً بين اسنانه فابتلعه وليس فيه أكثر من انه متغير وذلك لايمنع وجوب الكفارة عليه كما لو أفطر بلحم منتن ولكنا نقول مابقى بين الاسنان مما لايتغذى به ولا يتداوي به فى العادة مقصوداً فالفطر به لا يوجب الكفارة كالفطر بتناول الحصاة يوضحه انه لم يوجد منه ابتداء الأكل فى حالة الصوم لان ابتداء الأكل بادخال الشئ فى فيه واتمامه بالاتصال الى جوفه وحين أدخل هذا فى فيه لم يكن فعله جناية على الصوم فتتمكن الشبهة فى حقه فى فعله والكفارة تسقط بالشبهة ولو أن مسافراً صام في رمضان عن واجب آخر اجزأه من ذلك الواجب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه قضاء رمضان وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع صومه عن رمضان ولايكون عن غيره بنيته مريضاً كان أو مسافراً ولم يذكر قول أبي

حنيفة رحمه الله تعالى في المريض نصاً ولكن أطلق الجواب في حق من كان مقيما أنه يكون صومه عن فرض رمضان وهو الصحيح لانه لا فرق في ذلك بين المريض والصحيح لان المريض انما يباح له الترخص بالفطر اذا كان عاجزاً عن الصوم فاما اذا كان قادراً على الصوم فهو والصحيح سواء فيكون صومه عن فرض رمضان واما المسافر اذا نوى التطوع في رمضان فلا إشكال في قولهما انه يكون صومه عن فرض رمضان وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان وجه قولهما ان المسافر انما يفارق المقيم في الترخص بالفطر فاذا ترك هذا الترخص كان هو والمقيم سواء وصوم المقيم لا يكون الا عن رمضان لانه لم يشرع في هذا الزمان الا هذا الصوم فنيته جهة أخرى تكون لغوا فكذلك في حق المسافر ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى حرفان أحدهما ان اداء صوم رمضان غير مستحق على المسافر في هذا الوقت ولكنه مخير بين الصوم والفطر مع قدرته على الصوم كالمقيم في شعبان ثم هناك يتأدى صومه عما نوى فكذلك هنا وعلى هذا الطريق يقول اذا نوي التطوع يكون صومه عن التطوع والطريق الآخر انه ماترك الترخص حين نوى واجبا آخر كان مؤاخذ به ولكنه صرف صومه الى ماهو أهم عليه لان الواجب الآخر دين في ذمته لومات قبل ادراك عدة من أيام أخر كان مؤاخذاً به فيكون هو مترخصاً بصرف الصوم الى ماهو الاهم فانه في رمضان لومات قبل ادراك عدة من أيام أخر لم يكن مؤاخذا به وعلى هذا الطريق يقول اذا نوى التطوع كان صائماً عن الفرض لانه ترك الترخص حين لم يصرف الصوم الى ماهو الاهم عنده واذا ترك الترخص كان هو والمقيم سواء فيكون صومه عن رمضان ولو قال لله علىّ أن أصوم هذا اليوم شهراً فعليه ان يصوم ذلك اليوم كلما دار الى تمام ثلاثين يوما منذ قال هذا القول فيكون صومه في أربعة أيام أو خمسة أيام من الشهر لان معنى كلامه لله علي ان أصوم هذا اليوم كلما دار في شهر ويتعين له الشهر الذي يعقب نذره بمنزلة مالو أجر داره شهراً ولو قال لله على ان أصوم هذا الشهر يوما كان عليه ان يصوم ذلك الشهر متى شاء وهو في سعة مابينه وبين ان يموت لان معنى كلامه لله على ان أصوم هذا الشهر وقتا من الاوقات فيكون موسعا عليه في مدة عمره وحقيقة الفرق ان اليوم قد يكون بمعنى الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد منه الوقت والرجل يقول انتظر يوم فلان أي وقت اقباله أوادباره وقد يكون عبارة عن بياض النهار

على ضد الليل وهذا ظاهر فاذا قرنه بذكر الصوم عرفنا ان المراد بياض النهار لانه وقت للصوم ومعيار له ففي المسئلة الأولي قرن اليوم بالصوم فقال أصوم هذا اليوم فحملناه على بياض النهار ثم ذكر الشهر لبيان مقدار الايام التى تناولها نذره وفي المسئلة الثانية قرن الشهر بذكر اليوم فصار مقدار الصوم بذكر الشهر معلوما ثم ذكر اليوم بعد ذلك من غير ان جعله معيارا للصوم فعرفنا ان المراد به الوقت فجعلنا كانه قال أصوم هذا الشهر وقتاً

﴿ قال ﴾ ولو قال لله على صوم هذا اليوم غداً فان قال هذا قبل الزوال ولم يكن أكل فيه شيئاً فعليه صوم هذا اليوم وان قال بعد الزوال أو بعد ما أكل فلا شئ عليه ولو قال لله علىّ صوم غد اليوم كان عليه الصوم غداً لانه ذكر الوقتين من غير أن ذكر بينهما حرف العطف فيكون المعتبر من كلامه أول الوقتين ذكراً ويلغو آخر الوقتين ذكراً وقد بينا هذا الاصل في الطلاق اذا قال لامرأته أنت طالق اليوم غداً فهى طالق اليوم ولو قال غداً اليوم تطلق غداً ففي المسئلة الاولى المعتبر من كلامه ذكر اليوم فكانه اقتصر على قوله لله علىّ صوم هذا اليوم فان كان قبل الزوال ولم يكن أكل صح نذره والا فلا وفي المسئلة الثانية المعتبر من كلامه قوله غداً فيكون ملتزما صوم الغد بنذره وذلك صحيح فان أفطر في الغد فعليه القضاء

﴿قال﴾ ولو قال لله علىّ صوم الايام ولا نية له ففي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه صوم عشرة أيام وفي قولهما عليه صوم سبعة أيام لأن حرف اللام حرف العهد والمعهود هي الأيام السبعة التى تدور عليها الشهور والسنون كلما مضت عادت فاليها ينصرف مطلق لفظه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ذكر الالف واللام دليل الكثرة فانما ينصرف كلامه الى أكثر ما يتناوله اسم الأيام فى اللغة مقرونا بالعدد وذلك عشرة أيام لانه يقال لما بعد العشرة أحد عشر يوما وانما قلنا ان الالف واللام دليل الكثرة لانهما لاستغراق الجنس وقد بينا هذا في كتاب الأيمان وعلى هذا الأصل اذا قال لله علىّ صيام الشهور فعليه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي عشرة أشهر لانه أكثر ما يتناوله لفظ الجمع مقرونا بالعدد فانه يقال عشرة أشهر أو شهور ثم يقال لما بعده أحد عشر شهراً وعندهما يلزمه صوم اثني عشر شهراً باعتبار المعهود قال الله تعالى ان عدة الشهور عند الله اثنى عشر شهراً وهي التى تدور عليها السنون وان قال لله علىّ صيام شهور فعليه صيام ثلاثة أشهر لانه أدنى ما يتناوله اسم الجمع لانه ليس فى كلامه حرف العهد ولا ما يدل على الكثرة ولو قال لله علىّ صوم الجمع فعند أبي حنيفة رحمه الله

تعالي هذا على عشر جمع وعندهما على جمع العمر ولو قال لله علىّ صوم جمع هذا الشهر فعليه أن يصوم كل جمعة تمر عليه في ذلك الشهر لان الجمع جمع جمعة وهو اسم لليوم الذى تقام فيه صلاة الجمعة وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يلزمه صوم جميع ذلك الشهر لان الجمعة تذكر بمعنى الاسبوع في العادة يقول الرجل لغيره لم القك منذ جمعة وانما يريد به الاسبوع قال رضى الله عنه والاصح ما ذكر فى ظاهر الرواية لانه لا يلزمه بالنذر الا القدر المتيقن به وكل واحد من هذين المعنيين من محتملات كلامه فيلزمه المتيقن ولو قال لله علىّ صوم أيام الجمعة كان عليه صوم سبعة أيام لان الايام اسم جمع فبه يتبين أن مراده الاسبوع دون اليوم الذى تقام فيه الجمعة خاصة ولو قال لله علىّ صوم جمعة فهذا على وجهين قد يقع على أيام الجمعة السبعة وقد يقع على الجمعة بعينها فأي ذلك نوى عملت نيته وان لم تكن له نية فهذا على أيام الجمعة سبعة أيام وهذا يؤيد رواية أبي يوسف رحمه الله تعالي فى الفصل الاول فانه لم يعتبر المتيقن هنا واعتبر ما تعارفه الناس ولكن الفرق بينهما فى ظاهر الرواية أن هنا ذكر الجمعة مطلقاً ولو كان المراد بهذا اللفظ اليوم الذى تقام فيه الجمعة لقيد بذكر اليوم فترك التقييد هنا دليل على ان مراده الايام السبعة وفى الفصل الاول وان لم يذكر اليوم ففي لفظه ما يدل علي أنه هو المراد لانه أضاف الجمع الى الشهر فذلك دليل علي أن مراده أيام الجمعة التى تدور فى الشهر ﴿قال﴾ ولو قال لله على صوم كذا كذا يوماً فان نوى عدداً هو من محتملات لفظه كان على مانوى وان لم يكن له نية فهو على أحد عشر يوماً لان كذا اسم لعدد مبهم فقد ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل عددين مفسرين ليس بينهما حرف العطف أحد عشر فعلى ذلك يحمل ما ذكر من العددين المبهمين ولو قال كذا وكذا يوماً لزمه صوم احد وعشرين يوماً لانه ذكر حرف العطف بين العددين المبهمين وأقل عددين مفسرين بينهما حرف العطف احد وعشرون فعلى ذلك يحمل مبهم كلامه اذا لم ينو شيئاً آخر ﴿قال﴾ ولو قال لله على صوم بضعة عشر يوماً لزمه صيام ثلاثة عشر يوما لان البضع أدناه الثلاثة على ماروى انه لما نزل قوله تعالى وهم من بعد غلبهم سيغلبون فى بضع سنين خاطر أبو بكر مع قريش على ان الروم تغلب فارس فى ثلاث سنين الى ان قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم تعدون البضع فيكم فقال من الثلاث الى سبع فقال عليه الصلاة والسلام زد في الخطر وأبعد فى الأجل فقد بين ان أدنى ما

يتناوله اسم البضع ثلاثة فانما يلزمه القدر المتيقن فلهذا كان عليه صيام ثلاثة عشر يوماً ﴿ قال ﴾ ولو قال لله على صوم السنين فهو على عشر سنين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى للأصل الذي بينا له وفى قولهما ان نوى شيئاً فهو على مانوى وان لم يكن له نية فهو على جميع العمر لانه ليس فى السنين شئ معهود فيحمل لفظه على استغراق الجنس وذلك جميع عمره فى حقه ﴿ قال ﴾ ولو قال لله على صوم زمان أو صوم الزمان فهذا على ستة أشهر لان الزمان والحين يستعملان استعمالا واحداً فان الرجل يقول لغيره لم ألقك منذ زمان لم ألقك منذ حين ولفظ الحين يتناول ستة أشهر سواء قرن به الألف واللام أو لم يقرن فكذلك لفظ الزمان وانما حملنا لفظ الحين على ستة أشهر لقوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها . قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه المراد ستة أشهر ثم لفظ الحين فى كتاب الله تعالى ورد بمعنى أشياء بمعنى الوقت قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون والمراد وقت الصلاة وبمعنى أربعين سنة . قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر والمراد أربعون سنة وبمعني قيام الساعة قال الله تعالى فذرهم في غمرتهم حتى حين يعنى قيام الساعة وقد علمنا أنه لم يرد بنذره ساعة واحدة ولا أربعين سنة لان بقاء الآدمى الى هذه المدة الطويلة للصوم فيها نادر فعرفنا أن المراد ستة أشهر وهو المتوسط فى هذه الاعداد وخير الامور أوسطها ولو قال لله علىّ صوم أبد أو الأبد فهو على جميع العمر لان الابد مالا غاية له ولكن علمنا أنه لم يرد به زيادة على مدة عمره وان قال صوم الدهر فأبو حنيفة رحمه الله تعالى لم يوقت فيه شيئاً وقال لا أدري ماالدهر وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى جعلا لفظ الدهر كلفظ الحين والزمان وقد بينا ذلك فى كتاب الايمان والنذور والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحيض

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء اعلم بأن مااختصره الحاكم من تصنيف محمد بن الحسن فى الحيض قاصر مبهم لا يتم المقصود به فوقعت الحاجة لهذا الى الاستعانة بما خرّجه المشايخ وما

اختاروا من الأقاويل فيه فذكرت ذلك في شرح الكتاب فوقع في البيان بعض البسط لهذا فنقول وبالله التوفيق الحيض في اللغة هو الدم الخارج ومنه يقال حاضت الأرنب وحاضت الشجرة اذا خرج منها الصمغ الأحمر وفي الشريعة اسم لدم مخصوص وهو أن يكون ممتداً خارجا من موضع مخصوص وهو القبل الذى هو موضع الولادة والمباضعة بصفة مخصوصة فان وجد ذلك كله فهو حيض والا فهو استحاضة والاستحاضة استفعال من الحيض قالت فاطمة بنت قيس رضى الله عنها لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني أستحاض فلاأطهر فقال صلى الله عليه سلم ليس ذلك دم حيض انما هو عرق امتد أو داء اعترض توضئي لكل صلاة أشار الي انه فاسد لايتعلق به مايتعلق بالصحيح والفرق بين الصحيح والفاسد من الدماء من أهم مايحتاج الى معرفته في هذا الكتاب فنقول الفاسد من الدماء أنواع فمنها مانقص عن أقل مدة الحيض لان التقدير الشرعى يمنع ان يكون لما دون المقدر حكم المقدر وينبنى على هذا اختلاف العلماء في أقل مدة الحيض عندنا ثلاثة أيام ولياليها وقال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى يومان والأكثر من اليوم الثالث وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ثلاثة أيام بمايتخللها من الليالى وذلك ليلتان وقال الشافعى رحمه الله تعالى يوم وليلة وقال مالك رحمه الله تعالى يقدر مايوجد ولو ساعة احتج بأن هذا نوع حدث فلا يتقدر أقله بشيء كسائر الاحداث أقربها دم النفاس لكنا نقول في الفرق بينهما ان دم النفاس يخرج عقيب خروج الولد فيستدل بماتقدمه على انه من الرحم فلاحاجة الى التقدير فيه بالمدة. فاما الحيض فليس يسبقه علامة يستدل بها على انه من الرحم فجعلنا العلامة فيه الامتداد ليستدل به على انه ليس بدم عرق ثم قدره الشافعي رحمه الله تعالى بيوم وليلة تحرزاً عن الكبر فقال لما استوعب السيلان جميع الساعات عرفنا انه من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار بشئ آخر ونحن قدرنا بثلاثة أيام بالنص وهو ماروى أبو أمامة الباهلى رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن أبي العاص الثقفي وأنس بن مالك رضى الله عنهم والمقادير لا تعرف قياساً فما نقل عنهم كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأبى يوسف رحمه الله تعالى أن الاكثر من اليوم الثالث يقام مقام الكمال لمعنى وهو أن الدم من المرأة لا يسيل على الولاء لان ذلك يضنيها ويجحفها ولكنه يسيل تارة وينقطع أخري . وجه رواية

الحسن رحمه الله تعالى أن في الآثار ذكر التقدير بالأيام فجعلنا الثلاثة من الأيام أصلا وما يتخللها من الليالي يتبعها ضرورة ومن الدماء الفاسدة أن يتجاوز أكثر مدة الحيض فان أكثره مقدر شرعا فلا يكون لما زاد عليه حكمه اذ يفوت به فائدة التقدير الشرعي واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها وعلى هذا ينبني اختلافهم في أكثر مدة الحيض فعندنا عشر أيام ولياليها لما روينا من الآثار. وقال الشافعي رحمه الله تعالى خمسة عشر يوما لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد زمان الحيض والحيض والطهر يجتمعان في الشهر عادة ولهذا جعل الله تعالى عدة الآيسة والصغيرة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء فيتعين شطر كل شهر للحيض وذلك خمسة عشر يوماً ولكنا نقول ليس المراد حقيقة الشطر ففي عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا أن المراد ما يقارب الشطر واذا قدرنا بالعشرة فقد جعلنا ما يقارب الشطر حيضاً فأما أقل مدة الطهر خمسة عشر يوما عندنا والشافعي رحمه الله تعالى . وقال عطاء تسعة عشر يوما قال لان الشهر يشتمل على الحيض والطهر عادة وقد يكون الشهر تسعة وعشرين يوما فاذا كان أكثر الحيض عشرة بقي الطهر تسعة عشر ولكنا نقول ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة من حيث انها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلاة وقد ثبت بالاخبار ان أقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما فكذلك أقل مدة الطهر ولهذا قدرنا أقل مدة الحيض بثلاثة أيام اعتباراً بأقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلاة وقد ثبت لنا ان أقل مدة السفر ثلاثة أيام ولياليها فكذلك هذا فأما أكثر مدة الطهر فلا غاية له الا اذا ابتليت بالاستمرار حتى ضلت أيامها ووقعت الحاجة الى نصب العادة لها فحينئذ فيه اختلاف قال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي لا يتقدر أكثر طهرها بشيء ولا تنقضي عدتها أبداً لان نصب المقادير بالتوقيف لا بالرأي وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول يتقدر أكثر الطهر في حقها بستة أشهر الا ساعة قال لان الطهر المتخلل بين الدمين دون مدة الحبل عادة وأدنى مدة الحبل ستة أشهر فقدرنا أكثر مدة الطهر بستة أشهر الا ساعة فاذا طلقها زوجها تنقضي عدتها بتسعة عشر شهراً وعشرة أيام الا ثلاث ساعات لجواز أن يكون الطلاق في أول الحيض وهذه الحيضة لا تحسب من العدة فتحتاج الى عشرة أيام وثلاثة أطهار كل طهر ستة

أشهر الا ساعة وثلاث حيض كل حيضة عشرة أيام وكان الزعفراني يقول أكثر الطهر يتقدر في حقها بسبعة وعشرين يوما لان الشهر يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة فبقي الطهر سبعة وعشرين يوما وكان أبو سهل الغزالي يقول بأنه يتقدر أكثر الطهر في حقها بشهرين فقد لا ترى المرأة الحيض في كل شهر عادة ٠ ومن الدماء الفاسدة ما جاوز أكثر مدة النفاس وينبني عليه اختلاف العلماء في أكثر مدة النفاس فعندنا أربعون يوما ٠ وقال الشافعي رحمه الله تعالى ستون يوما ٠ وقال مالك رحمه الله تعالى سبعون يوما وانما قدرنا بالاربعين لحديث عبد الله بن باباه رضي الله عنه وكان من التابعين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تقعد النفساء ما بينها وبين أربعين يوما الا ان ترى طهراً قبل ذلك وفي حديث أم سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تنتظر النفساء ما بينها وبين أربعين صباحاً الا ان ترى طهراً قبل ذلك وفي الحقيقة بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالى اتفاق لأن أكثر النفاس أربعة أمثال أكثر الحيض الا ان عنده أكثر الحيض خمسة عشر يوما فأربعة أمثاله ستون يوما وعندنا أكثر الحيض عشرة فأربعة أمثاله أربعون يوما ٠ ومن الدماء الفاسدة ما تراه الحامل فقد ثبت لنا ان الحامل لا تحيض وذلك مروى عن عائشة رضي الله عنها وعرف انها اذا حبلت انسد فم رحمها فالدم المرئي ليس من الرحم فيكون فاسداً ٠ ومن الدماء الفاسدة ما تراه الصغيرة جداً لانه سبق أوانه فلا يعطى له حكم الصحة اذ لو جعلناه حيضاً حكمنا ببلوغها به ضرورة وذلك محال في الصغيرة جداً واختلف مشايخنا في أدنى المدة التي يجوز الحكم فيها ببلوغ الصغيرة فكان محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله تعالى يقدر ذلك بتسع سنين لان النبي صلى الله عليه وسلم بني بعائشة رضي الله عنها وهي بنت تسع سنين والظاهر انه بني بها بعد البلوغ وكان لأبي مطيع البلخي ابنة صارت جدة وهي بنت تسعة عشرة سنة حتى قال فضحتنا هذه الجارية ومن مشايخنا من قدر ذلك بسبع سنين لقوله صلى الله عليه وسلم مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً والأمر حقيقة للوجوب وذلك بعد البلوغ وسئل أبو نصر محمد بن سلام رحمهما الله تعالى عن ابنة ست سنين اذا رأت الدم هل يكون حيضا فقال نعم اذا تمادى بها مدة الحيض ولم يكن نزوله لآفة وأكثر المشايخ على ماله محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى لان رؤية الدم فيما دون ذلك نادر ولا حكم للنادر ٠ ومن الدماء الفاسدة ما تراه الكبيرة جداً الا ان محمداً رحمه الله تعالى ذكر في نوادر الصلاة ان العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة

الحيض كان حيضاً وكان محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله تعالى يقول هذا اذا لم يحكم باياسها أما اذا انقطع عنها الدم زماناً حتى حكم باياسها وكانت بنت تسعين سنة أو نحو ذلك فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً وكان محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى يقول ان رأت دماً سائلا كما تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم يكن ذلك حيضاً بل ذلك بال من فم الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض فهذا بيان أنواع الدماء الفاسدة

﴿ فصل ألوان ماتراه المرأة فى أيام الحيض ﴾ ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية أما السواد فغير مشكل انه حيض لقوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط محتدم والحمرة كذلك فهو اللون الأصلى للدم الا ان عند غلبة السوداء يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد والصفرة كذلك حيض لانها من ألوان الدم اذا رق وقيل هو كصفرة السن أو كصفرة التبن أو كصفرة القز واما الكدرة فلون كلون الماء الكدر وهو حيض فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى سواء رأت فى أول أيامها أو فى آخر أيامها وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان رأت الكدرة فى أول أيامها لم يكن حيضاً وان رأت فى آخر أيامها يكون حيضاً قال لان الكدرة من كل شئ تتبع صافيه فاذا تقدمه دم أمكن جعل الكدرة حيضاً تبعاً فاما اذا لم يتقدمها دم لو جعلناه حيضاً كان مقصوداً لا تبعاً وهما يقولان ما يكون حيضاً اذا رأته المرأة فى آخر أيامها يكون حيضا اذا رأته في أول أيامها كالسواد والحمرة لان جميع مدة الحيض في حكم وقت واحد وما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالى فيما اذا كان النقب من أعلى الظرف فأما اذا كان النقب من أسفله فالكدرة يسبق خروجها الصافى وهنا النقب من أسفل فجعلنا الكدرة حيضا وان رأته ابتداء وأما الخضرة فقد أنكر بعض مشايخنا وجودها حتي قال أبو نصر بن سلام حين سئل عن الخضرة كانها أكلت قصيلا على طريق الاستبعاد وذكر أبو على الدقاق ان الخضرة نوع من الكدرة والجواب فيها على الاختلاف الذى بينا وأما التربية فهو مايكون لونه كلون التراب وهو نوع من الكدرة . وقد روى عن أم عطية وكانت غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثنتى عشرة غزوة قالت كنا نعد التربية حيضاً والاصل فيه قوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو أذى وجميع هذه الالوان فى حكم

الأذى سواء . وروى أن النساء كن يبعثن بالكرسف الى عائشة رضى الله عنها لتنظر فكانت اذا رأت كدرة قالت لا حتى ترين القصة البيضاء يعنى البياض الخالص والقصة الطين الذى يغسل به الرأس وهو أبيض يضرب لونه الى الصفرة فانما أرادت أنها لا تخرج من الحيض حتى ترى البياض الخالص والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ اعلم بأن حكم الحيض والنفاس والاستحاضة لا يثبت الا بظهور الدم وبروزه وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى فى غير الأصول أن حكم الحيض والنفاس يثبت اذا أحست بالبروز وان لم يظهر وحكم الاستحاضة لا يثبت الا بالظهور وفرق بينهما فقال للحيض والنفاس وقت معلوم فيمكن اثبات حكمهما باعتبار وقتهما اذا أحست بالبروز والاستحاضة حدث كسائر الاحداث ليس له وقت معلوم لاثبات حكمه فلا يثبت حكمه الا بالظهور والفتوى على القول الأول لما روى أن امرأة قالت لعائشة رضى الله تعالى عنها إن فلانة تدعو بالمصباح ليلا لتنظر الى نفسها فقالت ما كانت احدانا تتكلف لذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنها تعرف ذلك بالمس فهو اشارة منها الى الظهور ولان ما لم يظهر فهو في معدنه والشئ فى معدنه لا يعطى له حكم الظهور ما لم يظهر اذا عرفنا هذا فنقول للمرأة فرجان داخل وخارج فالفرج الخارج بمنزلة الاليتين من الدبر فاذا وضعت الكرسف فاما أن تضعه فى الفرج الداخل أو فى الفرج الخارج فاذا وضعته فى الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل من الكرسف كان ذلك حيضاً وان لم ينفذ الى الجانب الخارج لانه صار ظاهراً بهذا القدر من الخروج وان وضعته فى الفرج الداخل فابتل الجانب الداخل من الكرسف لم يكن حيضاً فان نفذت البلة الى الجانب الخارج نظر فان كانت القطنة عالية أو محاذية لحرف الفرج كان حيضاً لظهور البلة وان كانت متسفلة لم يكن حيضاً وعلى هذا لو حشى الرجل احليله بقطنة فابتل الجانب الداخل من القطنة لم ينتقض وضوءه وان تعدت البلة الى الجانب الخارج نظرنا فان كانت القطنة عالية أو محاذية لرأس الاحليل انتقض وضوءه وان كانت متسفلة لم ينتقض وضوءه وهذا كله مالم تسقط القطنة فان سقطت فهو حيض وحدث سواء ابتل الخارج أو الداخل لظهور البلة ولو أن حائضاً وضعت الكرسف فى أول الليل ونامت فلما أصبحت نظرت الى الكرسف فوجدت البياض الخالص فعليها صلاة العشاء لانا تيقنا بطهرها من حين وضعت الكرسف فلو كانت طاهرة حين وضعت الكرسف ونامت ثم انتبهت بعد طلوع الفجر

فوجدت البلة على الكرسف فانه يجعل حيضامن أقرب الاوقات وذلك بعد طلوع الفجر أخذاً باليقين والاحتياط حتي يلزمها قضاء العشاء ان لم تكن صلت

﴿ فصل ﴾ وأما الاحكام التى تتعلق بالحيض عشرة أو أكثر . منها أن الحائض لاتصوم ولا تصلى لقوله صلى الله عليه وسلم تقعد احداهن شطر عمرها لاتصوم ولا تصلي يعنى زمان الحيض . ومنها أنه يلزمها قضاء الصوم دون الصلاة لما روي أن امرأة قالت لعائشة رضى الله عنها مابال احدانا تقضى صيام أيام الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت أحرورية أنت كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نقضي صيام أيام الحيض ولا نقضى الصلاة أنكرت عليها السؤال لشهرة الحال ونسبتها الى حرور وهى قرية كان أهلها يسألون سؤال التعنت فى الدين . ومنها أنه لا يأتيها زوجها لقوله تعالى فاعتزلوا النساء فى المحيض الآية فذلك تنصيص على حرمة الغشيان فى أول الحيض وآخره قال صلى الله عليه وسلم من أتى امرأته الحائض أو أتاها فى غير مأتاها أو أتى كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله على محمد صلي الله عليه وسلم ومراده اذا استحل ذلك الفعل . ومنها أنها لا تمس المصحف ولا اللوح المكتوب عليه آية تامة من القرآن لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون وهذا وان قيل فى تأويله لا ينزله الا السفرة الكرام البررة فظاهره يفيد منع غير الطاهر من مسه وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بعض القبائل لا يمس القرآن حائض ولا جنب . ومنها أنها لا تقرأ القرآن إلا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه كان يجوز للحائض قراءة القرآن دون الجنب قال لان الجنب قادر على تحصيل صفة الطهارة بالاغتسال فيلزمه تقديمه على القراءة والحائض عاجزة عن ذلك فكان لها أن تقرأ ﴿ولنا﴾ حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهى الحائض والجنب عن قراءة القرآن ثم عجزها عن تحصيل صفة الطهارة يدل على تغلظ ما بها من الحدث فلا يدل على اطلاق القراءة لها وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى انها انما تمنع عن قراءة آية تامة ولا تمنع عن قراءة مادون ذلك . وقال الكرخي رحمه الله تعالى تمنع عن قراءة مادون الآية أيضا على قصد قراءة القرآن كما تمنع عن قراءة الآية التامة لان الكل قرآن . وجه قول الطحاوى رحمه الله أن المتعلق بالقرآن حكمان جواز الصلاة ومنع الحائض عن قراءته ثم في حق أحد الحكمين يفصل بين الآية وما دونها وكذلك فى الحكم الآخر . ومنها أنها لا تطوف بالبيت لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها حين

حاضت بسرف اصنعى جميع مايصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت . ومنها أن لا تدخل المسجد لان ما بها من الاذى أغلظ من الجنابة والجنب ممنوع من دخول المسجد فكذلك الحائض وهـذا لأن المسجد مكان الصلاة فمن ليس من أهل اداء الصلاة ممنوع من دخوله . ومنها انه يلزمها الاغتسال اذا انقطع عنها الدم لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن والاطهار بالاغتسال . ومنها أنه يتقرر به الاستبراء قال صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس ألا لاتوطأ الحبالى حتي يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة . ومنها أن العدة تنقضى به لقوله تعالى ثلاثة قروء والقرء الحيض بيانه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم نقل الحكم الى الأشهر عند عدم الحيض وذلك دليل على ان أصل ماتنقضى به العدة الحيض والنفاس كالحيض فيما ذكرنا من الاحكام الا في حكم الاستبراء وانقضاء العدة حتى لو اشترى جارية بعد ماولدت فاذا طهرت من نفاسها لم يكن له أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة وكذلك النفاس لم يعتبر من أقراء العدة

﴿ فصل ﴾ مراهقة رأت الدم فجاءت تستفتي قبل أن يتمادى بها الدم هل تؤمر بترك الصوم والصلاة كان الشيخ الامام أبو حفص ومحمد بن سلمة رحمهما الله تعالى يقولان بأنها تؤمر بذلك . وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى فى غير رواية الأصول انها لاتؤمر بذلك حتى يستمر بها الدم ثلاثة أيام وهو اختيار بشر بن غياث ووجهه انها على يقين من الطهارة وفي شك من الحيض لجواز أن ينقطع فيما دون الثلاث فلا يكون حيضاً واليقين لا يزال بالشك فتؤمر بالصوم والصلاة فان استمر بها الدم ثلاثة أيام علم بأنها كانت حائضاً فعليها قضاء الصيام اذا طهرت والأصح هو الاول فان الله تعالى وصف الحيض بأنه اذى وقد تيقنت به فى وقته فيتعلق به حكمه وانما يخرج المرئى من أن يكون حيضاً اذا انقطع لما دون الثلاث وفي هذا الانقطاع شك فحكمنا بهذا الظاهر وتركنا المشكوك وجعلناها حائضاً لا تصوم ولا تصلى فاذا انقطع دمها لتمام عشرة أيام فهو حيض كله فان جاوز العشرة واستمر بها الدم فحيضها عشرة أيام من أول ما رأت الدم وطهرها عشرون يوما لان أمر الحيض مبنى على الامكان لتأيده بسبب ظاهر وهو رؤية الدم والى العشرة الامكان موجود فجعلناها حيضاً واذا انقطع لتمام العشرة كان الكل حيضاً فبزيادة السيلان لا ينتقص الحيض واذا كانت العشرة حيضاً فبقية الشهر وذلك عشرون يوما طهرها لأن الشهر

يشتمل على الحيض والطهر عادة . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها تأخذ بالاحتياط فتغتسل بعد ثلاثة أيام ثم تصوم وتصلى سبعة أيام بالشك ولا يقربها زوجها حتى تغتسل بعد تمام العشرة وتقضى صيام الايام السبعة لان الاحتياط فى باب العبادات واجب ومن الجائز ان حيضها أقل الحيض فتحتاط لهذا وهو ضعيف فانا قد عرفناها حائضاً ودليل بقائها حائضاً ظاهر وهو سيلان الدم فلامعنى لهذا الاحتياط وكان ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى يقول ترد الى عادة نسائها يعنى نساء عشيرتها وهذا ضعيف أيضاً لان طباع النساء مختلفة حتى لاتجد أختين أو أما وابنة على طبع واحد وكذلك المرأة يختلف طبعها فى كل فصل فكيف يستقيم اعتبار حال نسائها فى معرفة مدة حيضها وللشافعي قولان أحدهما ان حيضها يوم وليلة أقل مدة الحيض أخذاً باليقين والثانى ان حيضها سبعة أيام بناء على العادة الظاهرة واليه أشار رسول الله عليه صلى الله فى قوله تحيضي يعلم الله ستاً أوسبعاً كما تحيض النساء فى كل شهر وتطهر وهذا ضعيف أيضاً فان اعتبار العادة عند عدم ظهور مايخالفها وقد ظهر هنا مايضاد الطهر وهو سيلان الدم فكان الحكم له الا اذا تعذر الامكان هذا اذا كانت مبتدأة فاما صاحبة العادة اذا استمر بها الدم فحيضها أيام عادتها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحكم لون الدم فما دام على لون واحد من السواد والحمرة فهو حيض واستدل بالحديث الذى روينا دم الحيض اسود عبيط محتدم والمراد به البيان عند الاشتباه ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها وهذه مستحاضة فترد الى أيام اقرائها وبهذا اللفظ تبين ان أقل مدة الحيض ثلاثة أيام لان الايام اسم جمع وأقله ثلاثة ومراده صلى الله عليه وسلم من الحديث الآخر بيان لون الدم فى أصل الخلقة وقد يختلف ذلك باختلاف الاغذية والطباع كما بينا وقال مالك رحمه الله تعالى المستحاضة تستظهر بثلاثة أيام بعد أيامها للاختبار فان طهرت والا اغتسلت وصلت وما روينا من الحديث حجة عليه فقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام اقرائها من غير زيادة وقال لفاطمة بنت أبي حبيش حين استحيضت انتظرى الايام التي كنت تحيضين فيها فاذا مضت فاغتسلي وصلى ولم يأمرها بالاستظهار بعدها بشيء

﴿ فصل هو دائرة الكتاب ﴾ الأصل عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الآخر ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لايصير

فاصـلا بل يجعل كالدم المتوالى ومن أصـله أنه يجوز بداية الحيض بالطهر ويجوز ختمه به بشرط أن يكون قبله وبعده دم فان كان بعده دم ولم يكن قبله دم يجوز ختم الحيض بالطهر ولا يجوز بدايتـه به وان كان قبـله دم ولم يكن بعـده دم يجوز بداية الحيض بالطهر ولا يجوز ختمه به ومن أصله انه يجعـل زماناً هو طهر كله حيضاً باحاطة الدمين به وحجته في ذلك أن الطهر الذى هو دون خمسـة عشر يوما لا يصلح للفصـل بين الحيضتين فكذلك للفصل بين الدمين وبيانه ان أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فما دونه فاسد وبين صفة الصحة والفساد منافاة والفاسد لا تتعلق به أحكام الصحيح شرعاً فكان كالدم المتوالى وبيانه من المسائل مبتـدأة رأت يوما دماً وأربعـة عشر طهراً ويوما دماً فالعشرة من أول مارأت عنـده حيض يحكم ببلوغها به وكذلك اذا رأت يوما دماً وتسـعة طهراً ويوما دماً واحتج محمد رحمه الله تعالى في الكتاب على أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال الدم المرئى فى اليوم الحادى عشر لما كان استحاضة كان بمنزلة الرعاف فلو جاز أن تجعل أيام الطهر حيضاً بالدم الذى ليس بحيض لجاز بالرعاف ولان ذلك الدم ليس بحيض بنفسه فكيف يجعل باعتباره زمان الطهر حيضاً والجواب لابى يوسف رحمه الله تعالى انه خارج من الفرج فلا يكون كالرعاف الا ترى ان المرأة اذا كانت عادتها في الحيض خمسة فرأت ستة دماً ثم أربعة طهراً ثم يوما دما فانها تصير مسـتحاضة في اليوم السادس باعتبار المرئى في اليوم الحادي عشر ولو كان ذلك كالرعاف ماصارت به مستحاضة فى اليوم السادس وكذلك لو رأت بعد ستة دما أربعة عشر طهراً ثم ثلاثة دما فهذه الثلاثة تكون استحاضة فلو كان الدم المرئي فى اليوم السادس الذى هو اسـتحاضة بمنزلة الرعاف لكانت الثلاثة حيضاً لتمام الطهر خمسة عشر قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وقد يجوز ان يجعـل الزمان الذى هو حيض كله صورة طهراً حكماً فكذلك يجوز ان يجعـل الزمان الذى هو طهر كله صورة حيضاً باحاطة الدمـين به واذا ثبت جواز هذا في جميع المدة ثبت فى أوله وآخره بطريق الأولى لـكن اذا وجد شرطه وهوان يكون قبله دم وبعده دم ليكون الدم محيطاً بالطهر وبيان هذا الأصل من المسائل على قوله فى امرأة عادتها فى أول كل شهر خمسة فرأت قبل أيامها بيوم دما ثم طهرت خمستها ثم رأت يوما دما فعنده خمستها حيض اذا جاوز المرئى عشرة لاحاطة الدمين بزمان عادتها وان لم تر فيه شيئاً وكذلك لو رأت قبل خمستها يوما دما ثم طهرت أول يوم من خمستها ثم رأت ثلاثة دما ثم

طهرت آخر يوم من خمستها ثم استمر الدم فحيضها خمستها عنده وان كان ابتداء الخمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ان الشرط ان يكون الدم محيطاً بطرفى العشرة فان كان كذلك لم يكن الطهر المتخلل فاصلا بين الدمين والا كان فاصلا وعلى هذه الرواية لايجوز بداية الحيض ولا ختمه بالطهر قال لان الطهر ضد الحيض فلا يبدأ الشئ بما يضاده ولا يختم به ولكن المتخلل بين الطرفين يجعل تبعاً لهما كما قلنا فى الزكاة ان كمال النصاب فى أول الحول وآخره شرط لوجوب الزكاة ونقصانه فى خلال الحول لايضر وبيان هذا من المسائل لورأت يوما دما وثمانية طهراً ويوما دماً أو رأت ساعة دماً وعشرة أيام غير ساعتين طهراً وساعة دما فالعشرة كلها حيض لاحاطة الدم بطرفى العشرة ولو رأت يوما دماً وسبعة طهراً ويوما دما لم يكن شئ منه حيضا على هذه الرواية بخلاف الرواية الأولى . وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى مع هذا شرطاً آخر وهو أن يكون المرئى فى أكثر الحيض مثل أقله فان وجد هذا الشرط فالطهر المتخلل لا يكون فاصلا وان لم يوجد كان فاصلا ولم يكن شئ منه حيضاً وهو قول زفر رحمه الله تعالى ووجهه ان الحيض لايكون أقل من ثلاثة أيام وهو اسم للدم فاذا بلغ المرئى هذا المقدار كان قويا فى نفسه فجعل أصلا وما يتخلله من الطهر تبعاً له وان كان الدم دون هذا كان ضعيفاً فى نفسه لاحكم له اذا انفرد فلا يمكن جعل زمان الطهر حيضاً تبعاً وبيان هذا من المسائل لو رأت يوما دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً لم يكن شئ منه حيضاً على هذه الرواية لأن المرئى من الدم دون الثلاث ولو رأت يومين دماً وسبعة طهراً ويوماً دماً فالعشرة حيض لأن المرئى بلغ أقل مدة الحيض وكذلك ان رأت يوماً دماً وأربعة طهراً ويوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً فالعشرة حيض على مابينا والأصل عند محمد رحمه الله تعالى وهو الاصح وعليه الفتوى ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلاثة أيام لا يصير فاصلا فاذا بلغ الطهر ثلاثة أيام أو أكثر نظر فان استوى الدم بالطهر فى أيام الحيض أوكان الدم غالبا لايصير فاصلا وان كان الطهر غالباً يصير فاصلا فحينئذ ينظر ان لم يمكن أن يجعل واحد منهما بانفراده حيضاً لايكون شئ منه حيضاً وان أمكن أن يجعل أحدهما بانفراده حيضاً إما المتقدم أو المتأخر يجعل ذلك حيضاً وان أمكن أن يجعل كل واحد منهما بانفراده حيضاً يجعل الحيض أسرعهما امكانا ولا يكون كلاهما حيضاً اذ لم يتخللهما طهر تام وهو

لايجوز بداية الحيض بالطهر ولاختمه به سواء كان قبله وبعده دم أولم يكن ولايجعل زمان الطهر زمان الحيض باحاطة الدمين به ووجهه ان الطهر معتبر بالحيض فكما ان مادون الثلاث من الحيض لاحكم له ويجعل كحال الطهر فكذلك مادون الثلاث من الطهر لاحكم له فيجعل كالدم المتوالى واذا بلغ ثلاثة أيام فصاعداً فان كان الدم غالباً فالمغلوب لايظهر فى مقابلة الغالب وان كانا سواء فكذلك لوجهين أحدهما قياس وهوان اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلاة واعتبار الطهر يوجب حل ذلك فاذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام الحلال كما فى التحرى في الاوانى اذا كانت الغلبة للنجاسة أو كانا سواء لايجوز التحرى فهذا مثله والثانى وهو الاستحسان ان المرأة لاترى الدم على الولاء لان ذلك يضنيها فيقتلها فباعتبار هذه القاعدة لابد ان يجعل بعض الزمان الذى لم يكن فيه الدم معتبرا بالحيض وعند ذلك يغلب الدم على الطهر عند التساوى فلهذا جعلناه كالدم المتوالى فاما اذا غلب الطهر الدم يصير فاصلا لان حكم الغالب ظاهر شرعاً واذا صار فاصلا بقى كل واحد من الدمين منفرداً عن صاحبه فيعتبر فيه امكان جعله حيضاً كانه ليس معه غيره وان وجد الامكان فيهما جعل المتقدم حيضاً لانه أسرعهما امكاناً وأمر الحيض مبنى على الامكان ثم لايجعل المتأخر حيضاً لانه ليس بينهما طهر خمسة عشر يوما ولابد ان يتخلل بين الحيضتين طهر تام وأقل الطهر التام خمسة عشر يوماً وبيان مذهبه من المسائل مبتدأة رأت يومادما ويومين طهراً ويومادما فالاربعة حيض لان الطهر المتخلل دون الثلاث ولو رأت يوما دما وثلاثة طهراً ويوما دما لم يكن شئ منه حيضاً لان الطهر بلغ ثلاثة أيام وهوغالب على الدمين فصار فاصلا وكذلك ان زادت فى الطهر فان رأت يوما دما وثلاثة طهراً ويومين دما فالستة كلها حيض لان الدم استوى بالطهر في طرفى الستة فصار غالباً ولو رأت يوما دما وأربعة طهراً ويوما دما لم يكن شئ منه حيضاً لان الطهر غالب وكذلك لو رأت يومين دما وخمسة طهراً ويومادما لم يكن شئ منه حيضا لان الطهر غالب ولو رأت ثلاثة دماً وأربعة طهرا ويوماً دماً فالثمانية حيض لاستواء الدم بالطهر ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهراً ويوما دما فحيضها الثلاثة الأولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم يمكن ان يجعل بانفراده حيضاً فجعلناه حيضاً ولو رأت يومادما وخمسة طهراً وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاخيرة لما بينا فان رأت ثلاثة دما وستة طهراً وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الأول لانه أسرعها امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر هنا فلماذا لم يجعل كالدم المتوالى قلنا استواء الدم بالطهر انما يعتبر في مدة الحيض وأكثر مدة الحيض

عشرة والمرئى فى العشرة ثلاثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالباً فلهذا صار فاصلا والأصل عند الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلاثة أيام لا يصير فاصلا فاذا بلغ الطهر ثلاثة أيام كان فاصلا على كل حال ثم ينظر ان أمكن ان يجعل أحدهما بانفراده حيضاً يجعل ذلك حيضاً كما بينا قبل من مذهب محمد وانما خالفه في حرف واحد وهو انه لم يعتبر غلبة الدم ولا مساواة الدم بالطهر وبيانه من المسائل مبتدأة رأت يوما دما ويومين طهراً ويوما دما فالاربعة حيض وكذلك لو رأت ساعة دما وثلاثة أيام غير ساعة طهراً وساعة دما فالكل حيض فان رأت يومين دما وثلاثة طهراً ويوما دما لم يكن شئ منه حيضاً على قوله لان الطهر المتخلل بلغ ثلاثة أيام وواحد منهما بانفراده لا يمكن ان يجعل حيضاً وان رأت يوما دما وثلاثة طهراً وثلاثة دما فعنده الثلاثة الاخيرة حيض ولو كانت رأت أولا ثلاثة دما كان الحيض هذه الثلاثة وان رأت ثلاثة دما وثلاثة طهراً وثلاثة دما فالحيض عنده الثلاثة الأولى لانه أسرعهما امكانا والله أعلم

﴿ فصل ﴾ أشكل فيه مذهب محمد رحمه الله تعالى من هذه الجملة مبتدأة رأت يومين دما وخمسة طهراً ويوما دما ويومين طهراً ويوما دما فجواب محمد رحمه الله تعالى أنه يلغي اليومين والخمسة ويجعل الاربعة المتأخرة حيضها لانا لو اعتبرنا حيضها من أول اليومين كان ختم العشرة بالطهر وذلك لا يجوز عنده وطعنوا عليه فى هذا الجواب فقالوا ينبغى أن يلغى أحد اليومين الاولين ويجعل العشرة بعده حيضاً لأن الطهر الثانى قاصر فهو كالدم المتوالى فاذا جعلناه كالدم استوى الدم بالطهر فى العشرة فيكون الكل حيضاً لان ابتداءه وختمه بالدم قالوا وليس لأحد أن يعيب علينا فى الغاء أحد اليومين لانكم ألغيتم اليومين والخمسة بعده وما قلناه أولى لأن أمر الحيض مبنى على الامكان فاذا أمكن جعل العشرة حيضاً بهذا الطريق ينبغى أن يجعل . والجواب عن هذا الطعن أن اليومين كشئ واحد لاتصال بعضهما ببعض فلا يجوز الغاء أحدهما واعتبار الآخر مع ان جهات الالغاء بهذا الطريق تكثر فانك اذا ألغيت ربع اليوم الأول أو ثلثه أو نصفه يحصل به هذا المقصود وعند كثرة الجهات لا يترجح البعض على البعض من غير دليل فلم يبق الا القول بالغاء اليومين والخمسة وجعل الاربعة حيضاً

﴿ فصل ﴾ من هذه الجملة اختلف فيه المشايخ على قول محمد رحمه الله تعالى وهو أنه اذا

اجتمع طهران معتبران وصار أحدهما حيضاً مغلوبا كالدم المتوالى هل يتعدى حكمه الى الطهر الآخر قال أبو زيد الكبير يتعدى وقال أبو سهل الغزالى لا يتعدى وبيان ذلك مبتدأة رأت يومين دما وثلاثة طهراً ويوما دما وثلاثة طهراً ويوما دما فعلى قول أبي زيد رضى الله عنه كلها حيض عند محمد رحمه الله تعالى لان فى الثلاثة الاول الدم فى طرفيه استوي بالطهر فيجعل كالدم المتوالى فكأنها رأت ستة دما وثلاثة طهراً ويوما دما وعلى قول ابى سهل حيضها الستة الأولى لانه تخلل العشرة طهران كل واحد منهما تمام ثلاثة أيام فاذا لم يميز أحدهما عن الآخر كان الطهر غالباً فلم يمكن جعله حيضاً فلهذا ميزنا وجعلنا الستة الأولى حيضاً لاستواء الدم بالطهر فيها وكذلك لو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويومين دماً وثلاثة طهراً ويوما دما على قول أبي زيد العشرة حيض وعلى قول أبي سهل حيضها الستة الاولى وكذلك لو رأت يوما دما وثلاثة طهراً ويوما دما وثلاثة طهراً ويومين دما فعلى قول أبي زيد العشرة حيض وعلى قول أبي سهل حيضها الستة الأخيرة بعد اليوم والثلاثة فان رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوماً دماً وثلاثة طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي زيد يضاف يومان من أول الاستمرار الى ماسبق فتكون العشرة كلها حيضا وعلى قول أبي سهل حيضها عشرة بعد اليوم والثلاثة الأولى فمن أول الاستمرار ستة حيض على قوله ولو رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما وثلاثة طهرا ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي زيد حيضها من أول مارأت عشرة فيكون أول يوم من الاستمرار من جملة حيضها وبه تتم العشرة وعلى قول أبي سهل حيضها ستة أيام من أول ما رأت فلا يكون شئ من أول الاستمرار حيضاً لها فيصل الى موضع حيضها الثانى وكذلك لورأت يوما دما وثلاثة طهراً ويومين دما وثلاثة طهراً ثم استمر بها الدم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ فصل في بيان الاوقات والساعات وأجزاء النهار ﴾

﴿ اعلم ﴾ بأن الوقت الواحد لايتكرر فى يوم واحد وذلك كطلوع الفجر وطلوع الشمس فان كان ابتداء الوقت من عند طلوع الشمس فتمام اليوم والليلة قبيل طلوع الشمس من الغد لان قبيل اسم لوقت يتصل به الوقت المذكور بخلاف قبل بيانه فيمن قال لامرأته وقت

الضحوة أنت طالق قبيل غروب الشمس لم تطلق حتى تغرب الشمس اذا عرفنا هذا فنقول اذا قيل امرأة رأت الدم عند طلوع الشمس ثم انقطع قبل طلوع الشمس من اليوم الرابع فالجواب أن الثلاثة كلها حيض لان الكل ثلاثة أيام والطهر فيه قاصر فهو كالدم المتوالي وكذلك لو رأت في اليوم الرابع عند طلوع الشمس فالجملة ثلاثة أيام وساعة والطهر فيه قاصر عن الثلاثة فكان الكل حيضا وان رأت من اليوم الرابع بعد طلوع الشمس لم يكن شيء منه حيضا لان الطهر ثلاثة أيام فصار فاصلا بين الدمين فان رأت عند طلوع الشمس ثم رأت من اليوم الرابع عند طلوع الشمس أيضا ثم رأت من اليوم السابع بعد طلوع الشمس فالكل حيض لان الطهر الأول لما كان دون الثلاث فهو كالدم المتوالى فيصير الدم غالبا حكما فان رأت عند طلوع الشمس ثم رأت من اليوم الرابع قبل طلوع الشمس ثم من اليوم السابع عند طلوع الشمس ثم من العاشر بعد طلوع الشمس فعلى قول أبي زيد رحمه الله تعالى الكل حيض لان الطهر الأول دون الثلاث فهو كالدم المتوالى فصار الطهر الثانى مغلوبا به فيتعدى أثره الى الطهر الثالث كما بينا وعند أبي سهل رحمه الله تعالى الستة الاولى حيض لان الطهر الثانى كان ثلاثة أيام وان صار مغلوبا بالدم فلا يتعدى أثره الى الطهر الثالث. وأما الساعة فى لسان الفقهاء اسم لجزء من الزمان بخلاف مايقوله المنجمون انه وقت ممتد حتى يشتمل اليوم والليلة عندهم على أربعة وعشرين ساعة فتارة ينتقص الليل حتى يكون تسع ساعات ويزداد النهار حتى يكون خمس عشرة ساعة وتارة ينتقص النهار حتي يزداد الليل ويثبتون ذلك بطريقهم فاما فى لسان الفقهاء الساعة عبارة عن جزء من الزمان فاذا قيل مبتدأة رأت ساعة دما وثلاثة أيام غير ساعتين طهراً وساعة دما فالكل حيض لان الكل ثلاثة أيام والطهر قاصر وان رأت ساعة دما وثلاثة أيام غير ثلاث ساعات طهراً وساعة دما لم يكن شيء منه حيضا لان الكل دون ثلاثة أيام الا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول الكل حيض لان الأكثر من اليوم الثالث بمنزلة كماله عنده وان رأت ساعة دما وثلاثة أيام غير ساعة طهراً وساعة دما فالكل حيض لان الكل ثلاثة أيام وساعة والطهر فيه قاصر وان رأت ساعة دما وثلاثة أيام طهرا وساعة دما لم يكن شيء من ذلك حيضا عند محمد رحمه الله تعالى لأن الطهر لما بلغ ثلاثة أيام صار فاصلا فان رأت ساعة دما وثلاثة أيام غير ساعتين طهرا وساعة دما وثلاثة أيام طهرا وساعة دماوثلاثة أيام طهرا وساعة

دما فعلى قول أبي زيد الكل حيض لان الطهر الاول لقصوره عن الثلاث كالدم المتوالى فصار الطهر الثانى مغلوبا به ثم يتعدى أثره الى الطهر الثالث وعلي قول أبي سهل حيضها ستة أيام وساعة لان الطهر الثانى كامل وان صار مغلوبا فلا يتعدى أثره الى الطهر الثالث كما هو أصله . وأما أجزاء النهار فبحسب مايذكر من ثلث أو ربع أو غيره فاذا قيل مبتدأة رأت ربع يوم دما ثم يومين وثلث يوم طهرا ثم ربع يوم دما لم يكن شئ منه حيضا لان الكل قاصر عن الثلاث بسدس يوم وان قيل رأت يوم ربع دما ويومين ونصف يوم طهراً وربع يوم دما فالكل حيض لانها بلغت ثلاثة أيام والطهر قاصر وان رأت ربع يوم دما وثلاثة أيام طهراً وربع يوم دما لم يكن شئ منه حيضاً لأن الطهر كامل فصار فاصلا بين الدمين وعلى هذا فقس ماتسأل عنه من هذا النوع فان هذا النوع لايدخل فى الواقعات انما وضعوه لتشحيذ الخواطر وامتحان المتبحرين في العلم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نصب العادة للمبتدأة

﴿قال﴾ رضى الله عنه اعلم بأن بلوغ المرأة قد يكون بالسن وقد يكون بالعلامة والعلامة اما الحيض واما الحبل فنبتدئ بالحيض فنقول اذا رأت المبتدأة دما صحيحاً وطهراً صحيحا مرة واحدة ثم ابتليت بالاستمرار يصير ذلك عادة لها في زمان الاستمرار بخلاف ما يقوله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فى صاحبة العادة أنها لا تنتقل عادتها برؤية المخالف مرة واحدة لان هنا الانتقال عن حالة الصغر وذلك عادة فى النساء فيحصل بالمرة فأما فى صاحبة العادة الانتقال عن العادة الثابتة الى ما ليس بعادة فلا يحصل بالمرة حتى يتأكد بالتكرار يوضح الفرق أن الحاجة هناك الى نسخ العادة الاولى واثبات الثانية فلا يحصل بالمرة فأما هنا الحاجة الى اثبات العادة دون النسخ فيحصل بالمرة . وبيان هذا مبتدأة رأت خمسة دما وخمسة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فانها تترك من أول الاستمرار خمسة وتصلى خمسة عشر يوما وذلك دأبها ثم تفسير الدم الصحيح أنه لاينتقص عن ثلاثة أيام ولا يزاد على عشرة أيام ولا يصير مغلوبا بالطهر وتفسير الطهر الصحيح أن لا يكون دون خمسة عشر يوما ولا تصلى المرأة فى شئ منه بدم من أوله أو وسطه أو آخره وكان بين الحيضتين

ثم بعدهذا أربعة فصول إما أن يفسد الدم والطهر جميعا أو يفسد الدم ويصح الطهر أو يصح الدم ويفسد الطهر أو يكون الدم صحيحا والطهر صحيحا فى الظاهر ولكنه يفسد بطريق الضرورة فلا يصلح لنصب العادة أما بيان الفصل الاول مبتدأة رأت أربعة عشر يوما دما وأربعة عشر يوما طهرا ثم استمر بها الدم فهنا الدم والطهر فاسدان فكأنها ابتليت بالاستمرار ابتداء فكان حيضها من أول مارأت عشرة وطهرها بقية الشهر عشرون ومعنا ثمانية وعشرون فمن أول الاستمرار تصلي يومين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين فان كان الدم خمسة عشر والطهر أربعة عشر فكذلك الجواب تصلى من أول الاستمرار يوما واحدا تمام عشرين وان كان الدم ستة عشر فأول الاستمرار يوافق ابتداء حيضها فتدع عشرة وتصلي عشرين ثم نسوق المسئلة هكذا الى ان يكون الدم ثلاثة وعشرين والطهر أربعة عشرثم استمر بها الدم فالعشرة من أول مارأت حيض وقد صلت ثلاثة عشر يوما بالدم ثم طهرت أربعة عشر ثم من أربعة عشر طهر سبعة تمام الطهر وسبعة من موضع حيضها الثاني لم تر فيه ثم جاء الاستمرار وقد بقى من موضع حيضها الثاني ثلاثة فالثلاثة حيض كامل فتدع من أول الاستمرار ثلاثة ثم تصلى عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وذلك دأبها فان كان الدم أربعة وعشرين والمسئلة بحالها فنقول ستة من طهر أربعة عشر بقية طهرها بقى ثمانية أيام من موضع حيضها الثانى لم تر فيه ثم جاء الاستمرار وقد بقى من موضع حيضها يومان ويومان لايكون حيضا فهذه لم تر مرة فتصلى الى موضع حيضها الثانى وذلك اثنان وعشرون يوما من أول الاستمرار ثم تدع عشرة وتصلى عشرين وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأما قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بخلاف هذا فانه ينقل العادة بعد الرؤية مرة وكذلك قول محمد رحمه الله تعالى بخلاف هذا فانه يرى الابدال على ما نذكره في باب الانتقال وبيان الفصل الثاني مبتدأة رأت أحد عشر يوما دما وخمسة عشر يوما طهراً ثم استمر بها الدم فنقول الدم هنا فاسد لانه زاد على العشرة وبفساده يفسد الطهر لانها صلت في أول يوم منه بالدم فأما على قول محمد بن ابراهيم الميدانى رحمهما الله تعالى حيضها عشرة أيام وطهرها عشرون فجاء الاستمرار وقد بقى من طهرها أربعة فتصلى أربعة أيام ثم تدع عشرة وتصلى عشرين وعلى قول أبى على الدقاق طهرها ستة عشر فتدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى ستة عشر لان فساد الدم فى اليوم الحادى عشر لما لم يؤثر فى الدم حتى كانت

العشرة حيضا فلأن لا يؤثر فى الطهر أولى والاصح ماقاله محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالي لان اليوم الحادى عشر من الطهر لا من الحيض فرؤية الدم الفاسد فيه تؤثر فى الطهر وبيان الفصل الثالث وهو ان يكون الدم صحيحاً والطهر فاسدا بان نقول مبتدأة رأت خمسة أيام دما وأربعة عشر طهراً ثم استمر بها الدم لحيضها خمسة وطهرها بقية الشهر وذلك خمسة وعشرون يوما لجاء الاستمرار وقد بقى من طهرها احد عشر يوما فتصلى احد عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلى خمسة وعشرين وكذلك دأبها وبيان الفصل الرابع مبتدأة رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهراً ويوما دما ويومين طهراً ثم استمر بها الدم فهنا الدم فى الثلاثة صحيح والطهر خمسة عشر صحيح في الظاهر ولكنها لما رأت بعده يوما دما ويومين طهراً فهذه الثلاثة لايمكن ان تجعل حيضاً لان ختمها بالطهر ولا وجه الى الابدال فتصلى فى هذه الايام ضرورة فيفسد بهذلك الطهر ويخرج من ان يكون صالحا لنصب العادة فيكون حيضها ثلاثة وطهرها بقية الشهر سبعة وعشرون يوما وقد مضى ثمانية عشر فتصلى تسعة من أول الاستمرار ثم تترك ثلاثة أيام وتصلى سبعة وعشرين يوما ولو رأت فى الابتداء أربعة دما وخمسة عشر طهراً ثم يوما دما ويومين طهراً ثم استمر بها الدم فهنا الطهر صحيح صالح لنصب العادة لان بعده دم يوم وطهر يومين ثم يوم من أول الاستمرار تمام الاربعة فابتداء الحيض الثانى وختمه بالدم فلهذا كان الطهر خمسة عشر خالصاً فتدع من أول الاستمرار يوما وتصلى خمسة عشر ثم تدع أربعة وتصلى خمسة عشر وذلك دأبها فان رأت الدم عشرة والطهر خمسة عشر ثم الدم يوما والطهر ثلاثة أيام والدم يوما والطهر ثلاثة ثم استمر الدم فعلى قول أبي زيد رحمه الله تعالى الطهر خالص هنا صالح لنصب العادة لانه يجر من أول الاستمرار يومين الى مارأت بعد خمسة عشر فتجعل العشرة كلها حيضاً فكان الطهر خمسة عشر خالصاً فاما على قول أبي سهل رحمه الله تعالى اليوم والثلاثة بعد الخمسة عشر لايكون حيضا وانما حيضها سبعة أيام بعد ذلك فيفسد طهر خمسة عشر لانها صلت فى شيء منه بدم فكان حيضها عشرة وطهرها عشرون وقد مضى خمسة عشر يوما ثم يوم دم وثلاثة طهر قد صلت فيه فذلك تسعة عشر ثم يوم دم قد صلت فيه وذلك عشرون ثم ثلاثة أيام طهر ولا يبتدئ الحيض بالطهر فقد جاء الاستمرار. والباقي من أيام حيضها سبعة فتدع سبعة وتصلى عشرين وعلى هذا فقس مايكون من هذا النوع من المسائل

﴿فصل﴾ فى نصب العادة أيضاً واذا ابتليت المبتدأة بالاستمرار بعد مايكون منها الصحاح من الدماء والاطهار فهو على خمسة أوجه. أحدها أن ترى دمين وطهرين متفقين على الولاء ثم الاستمرار . والثانى أن يكونا مختلفين ثم الاستمرار. والثالث أن ترى ثلاثة دماء وثلاثة اطهار مختلفة ثم الاستمرار . والرابع أن ترى متفقين بعدهما مخالف لهما ثم الاستمرار والخامس أن ترى متفقين بينهما مايخالفهما ثم الاستمرار .فصورة الفصل الأول اذا رأت الدم ثلاثة والطهر خمسة عشر والدم ثلاثة والطهر خمسة عشر ثم استمر بها الدم فالجواب أنها تدع من أول الاستمرار ثلاثة وتصلى خمسة عشر لان مارأت صار عادة قوية بالتكرار وقد بينا أنه لو رأته مرة صار عادة لهـا فاذا رأته مرتين أولى . وبيان الفصل الثانى مبتدأة رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا وأربعة دماً وستة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى تبنى مارأت فِي المرة الثانية على مارأته فى المرة الاولى وعلى قول ابي عثمان سعيد بن مزاحم السمرقندى لاتبنى ولكنها تستأنف من أول الاستمرار وتفسير قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى أنها لما رأت أربعة دماً فثلاثة منها مدة حيضها واليوم الرابع من حساب طهرها ولكنها تترك الصلاة فيه لرؤية الدم فلما طهرت ستة عشر فأربعة عشر منها تمام طهرها ويومين من مدة حيضها ولكنها لم تر فيه فلا تترك الصوم والصلاة لان بداية الحيض لايكون بالطهر ثم جاء الاستمرار وقد بقى من مدة حيضها يوم وذلك لايكون حيضا فتصلى الى موضع حيضها الثانى وذلك ستة عشر يوما ووجهه ان مارأت فى فى المرة الاولى صار عادة لها بالمرة الواحدة لما بينا وصاحبة العادة تبنى ماترى على عادتها مالم يوجد ماينقضها ألا ترى أنها لو رأت ذلك مرتين بنت عليه ماتري بعدها فكذلك اذا رأته مرة وجه قول أبى عثمان ان مارأت ثانيا فى صفة الصحة مثل مارأته أولا وانما تبني الفاسد على الصحيح فأما الصحيح لايبنى علي الصحيح لان البناء للحاجة والضرورة وانما أثبتنا العادة للمبتدأة بالمرة الواحدة لاجل الضرورة فأما العادة فى الاصل مشتقة من العود وذلك لايحصل بالمرة ولاضرورة في بناء الصحيح على الصحيح لما بينهما من المعارضة والمساواة بخلاف اذا مارأت أولا مرتين متفقتين لان ذلك تأكد بالتكرار وترجح به ثم على قول أبي عثمان رحمه الله تعالى اذا استأنفت من أول الاستمرار تبنى على أقل المدتين لأنها عائدة اليها فالأقل موجود فى الاكثر فتترك من أول الاستمرار ثلاثة وتصلى خمسة عشر

وذلك دأبها وبيان الفصل الثالث مبتدأة رأت الدم ثلاثة والطهر خمسة عشر والدم أربعة والطهر ستة عشر والدم خمسة والطهر سبعة عشر ثم استمر بها الدم فهنا لا خلاف بينهما أنه لا تبنى بعض الصحاح على البعض ومحمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى يفرق بين هذا وبين ما سبق فيقول هنا رأت مرتين خلاف ما رأت أولا والعادة تنتقل برؤية المخالف مرتين فلهذا لا تبنى على الاول وهناك انما رأت خلاف العادة مرة واحدة فلا تنتقل به العادة فلهذا تبنى الثاني على الأول ثم في هذه المسألة يقول محمد بن ابراهيم تبنى على أوسط الأعداد وهو قول أبي عبد الله بن أبي حفص رحمه الله تعالى وعبد الله بن النجم رحمه الله تعالى فاما على قول أبي عثمان رحمه الله تعالى تبنى على أقل المرتين الأخيرتين فلا يظهر هذا الخلاف فيما ذكرنا من الصورة فان أوسط الاعداد أربعة وستة عشر وهكذا أقل المرتين الاخيرتين انما يظهر الخلاف فيما اذا قلبت الصورة فقلت رأت في الابتداء خمسة وسبعة عشر ثم أربعة وستة عشر ثم ثلاثة وخمسة عشر فعلى قول من يقول باوسط الاعداد تدع من أول الاستمرار أربعة وتصلى ستة عشر يوما وذلك دأبها وعلى قول من يقول بأقل المرتين الاخيرتين تدع من أول الاستمرار ثلاثة وتصلى خمسة عشر وذلك دأبها وجه قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى ان عند التعارض العدل هو الوسط قال صلى الله عليه وسلم خير الامور أوسطها ولهذا قلنا اذا تزوج امرأة على عبد يلزمه عبد وسط وكذلك هنا عند التعارض تبنى في زمان الاستمرار على أوسط الازمان وجه قول أبي عثمان ان أقل المرتين الاخيرتين تأكد بالتكرار لان القليل موجود في الكثير فيصير ذلك عادة لها في زمان الاستمرار والفتوى على قول أبي عثمان رحمه الله تعالى لانه أيسر على النساء فان على ماقاله محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى تحتاج الى حفظ جميع ماترى ليتبين الاوسط من ذلك وعلى ماقاله أبو عثمان لا تحتاج الا الي حفظ مرتين لتبني علي أقلهما ولليسر أخذوا بهذا القول فى الفتوى كما ان فى مسائل الانتقال أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى فى ان العادة تنتقل برؤية المخالف مرة لان ذلك أيسر على النساء وبيان الفصل الرابع مبتدأة رأت ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وثلاثة دما وخمسة عشر طهراً وأربعة دما وستة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تصلى من أول الاستمرار ستة عشر لانهما يقولان العادة لا تنتقل برؤية المخالف مرة فكان البناء باقيا فحين رأت أربعة فثلاثة من

ذلك مدة حيضها ويوم من حساب طهرها ومن ستة عشر أربعة عشر تمام طهرها ويومان من حساب حيضها لم تر فيه فتصلي الى موضع حيضها الثاني وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى العادة تنتقل برؤية المخالف مرة فتترك من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر وذلك دأبها وبيان الفصل الخامس مبتدأة رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهراً وأربعة دما وستة عشر طهراً وثلاثة دما وخمسة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فالجواب أنها تدع من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر وذلك عادة جعلية لها فانها لو رأت متفقين على الولاء كانت عادة أصلية لها فاذا كان بينهما مخالف صار مارأت مرتين متفقتين عادة جعلية لها ومعنى هذه التسمية انا جعلنا مارأته آخراً كالمضموم الى ما رأته أولا لما بينهما من الموافقة في العدد فتأكد بالتكرار وصار عادة لها تبنى عليه في زمان الاستمرار

﴿ فصل ﴾ مبتدأة بلغت بالحبل بأن حبلت من زوجها قبل أن تحيض فولدت واستمر بها الدم فنفاسها أربعون يوما . وقال الشافعي رحمه الله تعالى نفاسها ساعة وهو بناء على ما بيناه في الحيض أن المعتبر هناك أكثر الحيض عند الامكان فكذلك هنا المعتبر أكثر النفاس وعنده هناك المعتبر أقل الحيض يوم وليلة فكذا نفاسها أقل النفاس وذلك ساعة ثم بعد الاربعين يجعل طهرها عشرون لانه كما لا يتوالى حيضتان ليس بينهما طهر لا يتوالي حيض ونفاس ليس بينهما طهر وانما قدرنا طهرها بعشرين يوما لان حيض المبتدأة اذا ابتليت بالاستمرار أكثر الحيض وذلك عشرة وطهرها بقية الشهر وذلك عشرون فلا فرق بين ان تكون البداءة من الحيض أو من الطهر في مقدار العدد فلهذا جعلنا طهرها عشرين وحيضها بعد ذلك عشرة وذلك دأبها وكذلك لو طهرت بعد الاربعين أربعة عشر يوما فهذا طهر قاصر لا يصلح للفصل بين الحيض والنفاس فكان كالدم المتوالى فان طهرت بعد الاربعين خمسة عشر يوما ثم استمر بها الدم فانها تترك من أول الاستمرار عشرة لان طهرها خمسة عشر طهر صحيح فيصير عادة لها بالمرة الواحدة ولا عادة لها فى الحيض فيكون حيضها عشرة فلهذا تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى خمسة عشر فدورها في كل خمسة وعشرين يوما ثم نسوق المسئلة الى أن نقول طهرت بعد الاربعين احدا وعشرين يوماً ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى تدع من أول الاستمرار تسعة ثم تصلى احدا وعشرين يوماً وذلك دأبها لانها لما طهرت في الحادى والعشرين فلا يمكن جعل

ذلك حيضاً بل هو طهر صحيح وعادتها بالطهر والحيض يجتمع فى الشهر فاذا صار احدا وعشرين طهراً لها لم يبق لحيضها الا تسعة فجعلنا حيضها تسعة ألا ترى أنها لو حاضت خمسة في الابتداء ثم طهرت أربعة عشر واستمر بها الدم جعلنا حيضها خمسة وطهرها بقية الشهر وذلك خمسة وعشرون فهذا مثله . وقال أبو عثمان رحمه الله تعالى تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى احدا وعشرين وذلك دأبها فيكون دورها في كل احد وثلاثين يوما قال لأنا انما قدرنا الطهر بما بقى من الشهر لانه ليس لأكثره غاية معلومة وذلك لا يوجد فى الحيض فأكثره معلوم وهو عشرة فكان طهرها احدا وعشرين يوما كما رأت وحيضها عشرة ثم نسوق هذه المسئلة الى أن نقول طهرت سبعة وعشرين ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى حيضها من أول الاستمرار ثلاثة لانه هو الباقي من الشهر ويمكن أن يجعل حيضا وعلى قول أبي عثمان رحمه الله تعالى حيضها من أول الاستمرار عشرة ودورها فى كل سبعة وثلاثين يوما فان طهرت ثمانية وعشرين يوما ثم استمر بها الدم فهنا حيضها من أول الاستمرار عشرة بالاتفاق ودورها في كل ثمانية وثلاثين يوما لانه لم يبق من الشهر ما يمكن أن يجعل حيضا لها فلاجل التعذر رجعنا الى اعتبار أكثر الحيض وتركنا معنى اجتماع الحيض والطهر فى شهر واحد فان رأت احدا وأربعين يوما دما كما ولدت ثم خمسة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فعلى قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى نفاسها أربعون وطهرها عشرون لانها صلت فى اليوم الحادى والاربعين بالدم فيفسد به طهر خمسة عشر ولا يصلح لنصب العادة فلهذا كان طهرها عشرين فمن أول الاستمرار تصلى أربعة تمام طهرها ثم تدع عشرة وعلى قول أبي على الدقاق طهرها ستة عشر كما بينا فمن أول الاستمرار تدع عشرة وتصلى ستة عشر يوما وذلك دأبها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاستمرار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن الاستمرار نوعان متصل ومنقطع فالمتصل أن يستمر الدم بالمرأة فى جميع الاوقات وحكم هذا ظاهر انها ان كانت مبتدأة فحيضها من أول مارأت عشرة وطهرها عشرون الى أن تموت أو تطهر وان كانت صاحبة عادة فأيام عادتها فى الحيض

تكون حيضاً لها وأيام عادتها فى الطهر تكون مستحاضة فيها فأما الاستمرار المنقطع وهو مقصود هذا الباب ان نقول مبتدأة رأت يوما دما ويوما طهراً واستمر بها كذلك أشهراً فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الجواب فى جنس هذه المسائل ظاهر لانه يرى ختم الحيض بالطهر وبدايته بالطهر فحيضها عشرة من أول مارأت وطهرها عشرون وهو والاستمرار المتصل سواء فاما على قول محمد رحمه الله تعالي فحيضها من أول مارأت تسعة وطهرها احد وعشرون لان اليوم العاشر كان طهراً وهو لا يرى ختم الحيض بالطهر ويحتاج على قوله الي معرفة ختم العشرة والى معرفة ختم الشهر ليتبين به حكم بداية الحيض فى الشهر الثانى وفى معرفته طريقان أحدهما ان الاوتار من أيامها حيض والشفوع طهر واليوم العاشر من الشفوع فعرفنا انه كان طهراً وكذلك اليوم الثلاثين ختم الشهر من الشفوع فكان طهراً وتستقبلها في الشهر الثانى مثل ما كان فى الشهر الأول والثانى طريق الحساب وعليه تخرج المسائل لانه أقرب الى الفهم فنقول السبيل ان يأخذ يوما دما ويوما طهراً وذلك اثنان فيضربه فيما يوافق العشرة وذلك خمسة واثنان فى خمسة يكون عشرة وآخر المضروب طهر ومعرفة ختم الشهر ان يأخذ دما وطهراً وذلك اثنان يضربه فيما يوافق الشهر وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثين وآخر المضروب طهر ويستقبلها فى الشهر الثانى مثل ما كان فى الشهر الأول فكان دورها فى كل شهر تسعة حيضا واحدا وعشرين طهرا فان رأت يومين دما ويوما طهراً واستمر كذلك فالعشرة من أوله حيض لان ختم العشرة بالدم واذا أردت معرفة ذلك فالسبيل أن تأخذ دما وطهراً وذلك ثلاثة فتضربه فيما يقارب العشرة لانك لا تجد الموافق وذلك ثلاثة وثلاثة في ثلاثة تسعة وآخر المضروب طهر ثم بعده يوم دم فعرفت ان ختم العشرة كان بالدم ومعرفة ختم الشهران تأخذ دما وطهراً وذلك ثلاثة فتضربه فيما يوافق الشهر وذلك عشرة فيكون ثلاثين وآخر المضروب طهر ثم استقبلها في الشهر الثانى مثل ذلك فيكون دورها في كل شهر عشرة حيضا وعشرين طهرا وكذلك ان رأت يوما دماً ويومين طهراً فهو على هذا التخريج فان رأت يومين دما ويومين طهراً واستمر كذلك فحيضها من أول مارأت عشرة لان ختم العشرة بالدم ومعرفة ذلك ان تأخذ دما وطهراً وذلك أربعة فتضربه فيما يوافق العشرة وذلك اثنان فيكون ثمانية وآخر المضروب طهر ثم بعده يومان دم تمام العشرة فعرفنا ان ختم العشرة كان بالدم الي ان ينظر ان ختم

الشهر بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك أربعة فتضرب فيما يقارب الشهر وذلك سبعة فيكون ثمانية وعشرين وآخر المضروب طهر ثم بعده يومان دم تمام الشهر واستقبلها في الشهر الثاني يومان طهر ويومان دم فهذه الستة تكون حيضاً لها فى الشهر الثاني لان ختم العشرة فى الشهر الثاني بيومين طهر ولا يختم الحيض بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر الثانى بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك أربعة فيضرب فيما يوافق الشهرين وذلك خمسة عشر فيكون ستين وآخر المضروب طهر ثم استقبلها فى الشهر الثالث يومان دم فاستقام أمرها فكان دورها في كل شهرين فى الشهر الأول عشرة حيض ثم اثنان وعشرون طهر ثم ستة حيض ثم اثنان وعشرون طهر فان رأت ثلاثة دما ويومين طهراً واستمر كذلك فحيضها من أول مارأت ثمانية لان ختم العشرة بالطهر الى ان ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك خمسة فيضرب فيما يوافق الشهر وذلك ستة فيكون ثلاثين وآخر المضروب طهر فكان دورها فى كل شهر ثمانية حيضا واثنين وعشرين طهرا وكذلك ان قلبت وقلت رأت يومين دما وثلاثة طهراً فهو على هذا التخريج الا أن حيضها هنا من أول كل شهر سبعة فان رأت ثلاثة دما وثلاثة طهراً واستمر كذلك فحيضها من أول ما رأت تسعة الى أن ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك ستة فيضرب فيما يوافق الشهر وذلك خمسة فيكون ثلاثين وآخر المضروب طهر فاستقام أمرها وكان دورها فى كل شهر الحيض تسعة والطهر واحد وعشرون فان رأت أربعة دما وثلاثة طهراً واستمر كذلك فحيضها من أول ما رأت عشرة لان ختم العشرة بالدم الى أن ينظر الى ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك سبعة فيضرب به فيما يقارب الشهر وذلك أربعة فيكون ثمانية وعشرين وآخر المضروب طهر ثم بعده دم أربعة يومان تمام الشهر الاول ويومان من أول الشهر الثانى فيكون حيضاً وفى الشهر الثاني حيضها تسعة لأن اليوم العاشر كان طهراً الى أن ينظر ان ختم الشهرين بما ذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك سبعة فيضرب به فيما يقارب الشهرين وذلك تسعة فيكون ثلاثة وستين وآخر المضروب طهر فقد مضى من أيام حيضها فى الشهر الثالث ثلاثة كان طهراً وبداءة الحيض بالطهر لا يكون ثم بعده أربعة دم وثلاثة طهر فما وجدت فى الشهر الثالث من أيام الحيض الا اربعة فذلك حيضها الى أن ينظر ان ختم الشهر الثالث بما ذا يكون فيأخذ دماوطهراً وذلك سبعة فيضرب به فيما يقارب تسعين يوما

وذلك ثلاثة عشر فيكون احدا وتسعين وآخر المضروب طهر فقد مضى من الشهر الرابع
يوم لم ترى فيه ثم بعده أربعة دم وثلاثة طهر ويومان تمام العشرة دم فوجدت تسعة أيام في الشهر
الرابع فذلك حيضها الى أن ينظر ان ختم الشهر الرابع بماذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك
سبعة فيضربه فيما يقارب مائة وعشرين يوما وذلك سبعة عشر فيكون مائة وتسعة عشر
وآخر المضروب طهر ثم بعده يوم دم تمام الشهر الرابع وفي الشهر الخامس ثلاثة دم وثلاثة طهر
وأربعة دم فهذه العشرة حيضها الى أن ينظر أن ختم الشهر الخامس بماذا يكون فيأخذ دما
وطهراً وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب مائة وخمسين يوما وذلك احد وعشرون فيكون مائة
وسبعة وأربعين وآخر المضروب طهر ثم بعده أربعة دم ثلاثة من ذلك تمام الشهر الخامس
تصلي فيه ثم في الشهر السادس رأت يوما دما وثلاثة طهرا وأربعة دماً فهذه الثمانية تكون
حيضاً لها لأن ختم العشرة في الشهر السادس كان بالطهر الى أن ينظر ان ختم الشهر السادس
بماذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك سبعة فيضربه فيما يقارب مائة وثمانين وذلك ستة
وعشرون فيكون مائة واثنين وثمانين وآخر المضروب طهر فقد مضى من الشهر السابع يومان
من أيام حيضها لم تر فيه ثم بعده أربعة دم وثلاثة طهر وأربعة دم فختم العشرة في الشهر السابع
كان بالدم فيكون حيضها ثمانية أيام بعد يومين مضت من الشهر السابع الى أن ينظر أن ختم
الشهر السابع بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك سبعة فيضربه فيما يوافق سبعة أشهر وذلك
ثلاثون فتكون مائتين وعشرة وآخر المضروب طهر فاستقام وكان دورها في كل سبعة
أشهر حيضها وطهرها في كل شهر ماذكرنا لأنه استقبلها في الشهر الثامن مثل ما كان في
الشهر الاول أربعة دم وثلاثة طهر وكذلك ان قلبت فقلت رأت ثلاثة دماً وأربعة طهراً
فهو في التخريج مثل ماسبق واستقام دورها في كل سبعة أشهر الا أنه ربما يزداد وينقص
في هذه المدة بعض أيام حيضها ويتبين ذلك اذا خرجت فان رأت أربعة دماً وأربعة طهراً
واستمر كذلك أشهراً فحيضها من أول مارأت عشرة لان ختمها بالدم والدم غالب على الطهر
فيها الى أن ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك ثمانية ويضربه فيما يقارب الشهر
وذلك أربعة فيكون اثنين وثلاثين وآخر المضروب طهر فقد مضي من أيام حيضها في
الشهر الثاني يومان لم تر فيهما ثم استقبلها أربعة دم وأربعة طهر فحيضها في هذا الشهر أربعة
لأنها لم تجد في العشرة الا هذا الى ان ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فيأخذ دما وطهراً

وذلك ثمانية فيضرب به فيما يقارب الشهرين وذلك ثمانية فيكون أربعة وستين يوما وآخره طهر
فقد مضى من الشهر الثالث أربعة أيام لم ترفيها ثم استقبلها دم أربعة فهذه الاربعة حيضها
فى الشهر الثالث لان ختم العشرة بالطهر لى ان ينظر ان ختم الشهر الثالث بماذا يكون فيأخذ دما
وطهراً وذلك ثمانية فيضرب به فيما يقارب ثلاثة أشهر وذلك احد عشر فيكون ثمانية وثمانين
وآخره طهر ثم استقبلها أربعة دم يومان تمام الشهر الثالث تصلى فيهما وفى الشهر الرابع
وجدت عشرة يومان دم وأربعة طهر وأربعة دم فهذه العشرة حيضها الى ان ينظر ان ختم
الشهر الرابع بماذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك ثمانية فيضرب به فيما يوافق أربعة أشهر وذلك
خمسة عشر فيكون مائة وعشرين يوما وآخره طهر فاستقام أمرها واستقبلها فى الشهر
الخامس أربعة دم كما كان فى الشهر الاول فيكون دورها فى كل أربعة الشهر فى الشهر الاول عشرة
حيض وفى الشهر الثانى أربعة بعد يومين مضيا حيض وفى الشهر الثالث أربعة حيض
بعد أربعة مضت منه وفى الشهر الرابع عشرة حيض فان رأت خمسة دماً وأربعة طهرا
واستمر كذلك لحيضها فى الشهر الاول عشرة لان ختم العشرة بالدم الى أن ينظر ان ختمه
بماذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك تسعة فيضرب به فيما يقارب الشهر وذلك ثلاثة فيكون
سبعة وعشرين وآخره طهر ثم بعده دم خمسة ثلاثة منها تمام الشهر وتصلى فيها ثم يومان من
أول الشهر الثانى رأت فيهما وبعدهما طهر أربعة ودم خمسة فالعشرة من أول الشهر الثانى
حيض الى أن ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيضرب تسعة فيما يقارب الشهر وذلك سبعة
فيكون ثلاثة وستين وآخره طهر فقد مضى من الشهر الثالث ثلاثة لم تر فيها ثم استقبلها دم
خمسة فهذا حيضها في الشهر الثالث لان ختم العشرة بالطهر الى أن ينظر ان ختم الشهر الثالث بماذا
يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك تسعة فيضرب به فيما يوافق ثلاثة أشهر وذلك عشرة فيكون
تسعين وآخره طهر فاستقام أمرها لانه استقبلها فى الشهر الرابع مثل ما كان في الشهر الاول
فعلمنا أن دورها في كل ثلاثة أشهر كما بينا وكذلك ان قلبت فقلت رأت أربعة دم وخمسة
طهراً فهو في التخريج كما بينا فاذا رأت خمسة دما وخمسة طهراً واستمر كذلك لحيضها خمسة
من أول مارأت لان ختم العشرة بالطهر الى أن ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فأخذ دما
وطهراً وذلك عشرة ويضرب به فيما يوافق الشهر وذلك ثلاثة فيكون ثلاثين وآخره طهر فاستقام
أمرها فى كل شهر الحيض خمسة والطهر خمسة وعشرون فان رأت خمسة دما وستة طهراً

واستمر كذلك فحيضها من أول ما رأت خمسة لان ختم العشرة بالطهر وتصير هذه الخمسة عادة لها بالمرة الواحدة لانها مبتدأة الى أن ينظر ان ختم الشهر الثانى بما ذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك أحد عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلاثة فيكون ثلاثة وثلاثين وآخر المضروب طهر فقد مضى فى الشهر الثانى من أيام عادتها ثلاثة وبقى يومان ويومان لا يكون حيضاً ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان العادة لا تنتقل بالمرة الواحدة وتخرج هذه المسئلة على قولهما دون قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كما بينا فى أول الكتاب فأما على قول من لا يرى البدل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانها لا تترك الصلاة في شئ من الشهر الثانى الى أن ينظر أنها هل ترى فى الشهر الثالث في أيام عادتها فتأخذ دما وطهراً وذلك أحد عشر فتضربه فيما يقارب الشهرين وذلك ستة فيكون ستة وستين وآخره طهر فقد مضى من أيام عادتها في الشهر الثالث لم تر فيه شيئاً وصاحبة العادة ان لم تر مرتين على الولاء يستأنف لها فى موضع الرؤية لان العادة كما تنتقل برؤية المخالف مرتين تنتقل بعدم الرؤية فى أيامها مرتين واذا استأنف فى موضع الرؤية كان حيضها خمسة واستقام أمرها على أن يكون دورها فى كل ستة وستين يوما الحيض خمسة والطهر احد وستون يوما وأما على قول من يرى البدل وهو قول محمد رحمه الله تعالى فانه يقول يبدل لها خمسة بعد ثلاثة مضت من الشهر الثانى لوجود شرط الابدال لانه يبقى بعده طهر تام وهو ثمانية وعشرون على ما ثبته في بابه فيترك هذه الخمسة الى أن ينظر ان ختم الشهرين بما ذا يكون فيأخذ احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهرين وذلك ستة فيكون ستة وستين فلم تر مرتين على الولاء فيستأنف لها من موضع الرؤية واستقام دورها فى كل ستة وستين تدع خمسة وتصلى ثمانية وعشرين ثم تدع خمسة بحساب البدل ثم تصلى ثمانية وعشرين وهذا دأبها وان استمر بها الدم بعد شهور استمرارا متصلا فكان محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى يقول حيضها فى أيام الاستمرار خمسة وطهرها بقية الشهر خمسة وعشرون لأنها كانت تصلى فى ثمانية وعشرين لأجل الضرورة لا لانه كان طهراً صحيحاً يصلح لنصب العادة فاذا ارتفعت الضرورة باتصال الاستمرار عادت الى ما هو الاصل وهو أن يكون باقي الشهر بعد أيام عادتها فى الحيض طهراً لها وذلك خمسة وعشرون وكان أبو عثمان يقول حيضها عشرة فى زمان الاستمرار وطهرها عشرون لان الطهر لما فسد فسد الدم أيضاً وانما كنا لا نجعل العشرة حيضاً لان ختمها بالطهر وقد

زال ذلك المعنى فحيضها عشرة وطهرها عشرون كما لو ابتليت بالاستمرار ابتداء وكان أبو سهل يقول حيضها خمسة وطهرها ثمانية وعشرون لانها قد رأت كل واحد منهما مرات وحكمنا بأن الخمسة حيض وطهرها ثمانية وعشرون فعلى ذلك تبنى في زمان الاستمرار لان المحكوم بصحته شرعا بمنزلة ما هو صحيح حقيقة فان رأت ستة دما وخمسة طهراً واستمر كذلك فحيضها من أول مارأت ستة وباقي الشهر طهر الى أن ينظر ان ختم الشهر بما ذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلاثة فيكون ثلاثة وثلاثين وآخر المضروب طهر فقد مضي من أيامها في الشهر الثاني ثلاثة لم تر فيها ثم رأت ستة دما وقد بقي من أيام حيضها ثلاثة وذلك يكفيها فكان حيضها في الشهر الثاني هذه الثلاثة الى أن ينظر ان ختمه بما ذا يكون فيأخذ احد عشر ويضربه فيما يقارب الشهرين وذلك ستة فيكون ستة وستين وآخره طهر فقد مضت أيامها في الشهر الثالث لم ترفيها فتصلي الى موضع حيضها الآخر على قول من لا يرى البدل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يبدل لها ستة بعد ستة مضت من الشهر الثالث لانه يبقى بعدها من الشهر الثالث ثمانية عشر وذلك طهر تام الى أن ينظر ان ختم الشهر الثالث بما ذا يكون فيضرب احد عشر فيما يقارب ثلاثة أشهر وذلك ثمانية فيكون ثمانية وثمانين يوما وآخره طهر ثم رأت ستة دما يومان تمام الشهر الثالث تصلي فيهما وأربعة وجدته في أيامها فذلك حيضها في الشهر الرابع الى أن ينظر ان ختمه بماذا يكون فيأخذ أحد عشر ويضربه فيما يقارب أربعة أشهر وذلك احد عشر فيكون مائة واحدا وعشرين وآخره طهر ثم الدم بعده ستة وجدتها في أيامها فذلك حيضها في الشهر الخامس الى أن ينظر أن ختمه بماذا يكون فيضرب أحد عشر في أربعة عشر فيكون مائة وأربعة وخمسين وآخره طهر فقد مضى من أيامها في الشهر السادس أربعة بقي يومان وذلك لايكون حيضاً فتصلي الى موضع حيضها الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويبدل لها عند محمد رحمه الله تعالى ستة بعد أربعة مضت من الشهر السادس الي أن ينظر أن ختم الشهر بماذا يكون فيضرب أحد عشر فيما يقارب ستة أشهر وذلك ستة عشر فيكون مائة وستة وسبعين وآخر المضروب طهر ثم بعده دم ستة أربعة تمام الشهر السادس تصلي فيه وانما رأت في الشهر السابع يومين في أيامها وذلك لايكون حيضاً فتبين أنها لم تر مرتين على الولاء فيستأنف لها من وقت الابدال وتجعل تلك الستة يعني الستة التي جعلت

بدلا عند محمد رحمه الله تعالى حيضاً لها بطريق انتقال العادة اليه حتى اذا كانت لم تصل فيها أخذاً بقول محمد رحمه الله تعالى فليس عليها قضاء تلك الصلوات أيضاً عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى واستقام أمرها على أن يكون دورها فى كل ستة أشهر على ما بينا فتنتقل عادتها من حيث المكان والعدد على حاله فان رأت ستة دما وستة طهراً واستمر كذلك لحيضها من أول مارأت ستة الى أن ينظر أن ختم الشهر بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك اثنى عشر ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك ثلاثة فيكون ستة وثلاثين وآخره طهر فقد مضت أيامها فى الشهر الثانى لم تر فيها فتصلى الى موضع حيضها الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويبدل لها ستة بعد ستة مضت من الشهر الثانى عند محمد رحمه الله تعالى تترك فيها الصلاة الى أن ينظر أن ختم الشهر بماذا يكون فيضرب اثنى عشر فيما يوافق الشهرين وذلك خمسة فيكون ستين وآخره طهر فاستقام أمرها واستقبلها فى الشهر الثالث مثل ما كان فى الشهر الأول فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى تترك ستة من أول كل شهرين وتصلى أربعة وخمسين وعند محمد رحمه الله تعالى تترك ستة من أول الشهر وتصلى ثلاثين ثم تترك ستة بحساب البدل ثم تصلى ثمانية عشر وذلك دأبها وعلى هذا الطريق يخرج ستة وسبعة وقلبها وثمانية وثمانية وتسعة وقلبها وتسعة وتسعة وعشرة وقلبها الى أن يقول رأت فى الابتداء عشرة دما وعشرة طهراً واستمر كذلك لحيضها من أول مارأت عشرة الى ان ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فيأخذ دما وطهراً وذلك عشرون ويضربه فيما يقارب الشهر وذلك اثنان فيكون أربعين وآخره طهر فقد مضت أيامها فى الشهر الثانى لم تر فيها شيئاً والابدال غير ممكن الا على قول من يقول بالجر أو الطرح على مانبينه فى بابه لأن بعد الابدال لا يبقى الى موضع حيضها الثانى طهر تام فتصلى الى موضع حيضها الثانى حتى ينظر الى ان ختم الشهرين بماذا يكون فيأخذ دما وطهرا وذلك عشرون ويضربه فيما يوافق الشهرين وذلك ثلاثة فيكون ستين وآخره طهر فاستقام أمرها واستقبلها فى الشهر الثالث مثل ما كان فى الشهر الاول فيكون دورها فى كل شهرين تترك عشرة وتصلى خمسين يوما وذلك دأبها والله أعلم

باب الانتقال

قال رحمه الله تعالى الانتقال على ضربين انتقال موضع وانتقال عدد ولا يحصل الانتقال

بالمرة الواحدة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى مالم تر مرتين وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى بالمرة الواحدة يحصل انتقال العادة قال لان ابتداء العادة يحصل بالمرة فيكون كذلك انتقالها لان المرأة صاحبة بلوي وفي الانتقال بالمرة الواحدة تيسير عليها فكان القول به أولى لقوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولان المرة الاخيرة متصلة بالاستمرار والبناء على العادة فى زمان الاستمرار فترجح ما كان متصلا بالاستمرار على ما كان قبله لان هذه المرة لصحتها صارت فاصلة بين زمان الاستمرار وما تقدم وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا العادة مشتقة من العود ولن يحصل العود بدون التكرار ولان الشيء لا ينسخه الا ماهو مثله أو فوقه قال الله تعالى ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها والأول متأكد بالتكرار فلا ينسخه الا ما هو مثله في التأكد وقد بينا الفرق بين ابتداء العادة وانتقالها ثم نبدأ ببيان انتقال الموضع فنقول هو نوعان تارة يكون بالرؤية في غير موضع عادتها مرتين وتارة يكون بعدم الرؤية مرتين وبيان ذلك امرأة حيضها عشرة وطهرها خمسة عشر طهرت مرة خمسة وعشرين يوما ثم رأت الدم عشرة فهذه العشرة حيض عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وتنتقل عادتها فى الحيض الى موضع الرؤية وفي الطهر الى خمسة وعشرين وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لاتكون هذه العشرة حيضا لها ولكن يتوقف أمرها على الرؤية في أيام عادتها فى الثاني فان رأت تبين أن ما سبق لم يكن حيضا وان لم تر بان طهرت خمسة وعشرين بعد هذه العشرة ثم رأت الدم عشرة تبين أن العشرة الأولى كانت حيضاً لأنها رأت خلاف عادتها فى الموضع مرتين والعدد بحاله فانتقلت عادتها الى موضع الرؤية ولوكانت عادتها فى الحيض ثلاثة وفي الطهر خمسة عشر فطهرت ستة عشر يوماً فهذه لم تر مرة لانه لم يبق من أيام عادتها ما يمكن ان يجعل حيضا لها فتصلى الى موضع حيضها وموضع حيضها الاول من خمسة عشر الى ثمانية عشر وموضع حيضها الثانى من ثلاثة وثلاثين الى ستة وثلاثين حتى اذا طهرت ثلاثة وثلاثين ثم استمر بها الدم فقد وافق الاستمرار ابتداء حيضها الثانى فيجعل ثلاثة حيضاً وخمسة عشر طهراً وان طهرت أربعة وثلاثين فلم تر مرتين على الولاء لان الباقى من أيامها الثانى لا يمكن ان يجعل حيضا فانتقلت عادتها الى أول الاستمرار لعدم الرؤية مرتين فتكون الثلاثة من أول الاستمرار حيضا لها ألا ترى ان امرأة عادتها فى الحيض فى أول كل شهر عشرة وفى الطهر عشرين فحبلت ثم

ولدت وقد بقى من الشهر عشرة واستمر بها الدم فهذه العشرة والشهر الذى يليها نفاسها ثم بعده عشرون طهرها ثم عشرة حيضها فقد انتقلت عادتها فى الحيض من أول الشهر الى آخره لعدم الرؤية مراراً فى زمان الحبل فعرفنا ان العادة تنتقل بعدم الرؤية مرتين والله أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ فى بيان البدل على قول محمد رحمه الله تعالى صاحبة العادة المعروفة اذا لم تر فى أيامها مايصلح ان يكون حيضا ورأت بعد أيامها مايصلح ان يكون حيضا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف حكم مارأت على ماترى فى المرة الثانية فان رأت في موضع عادتها تبين ان ماسبق لم يكن حيضا وان رأت فى الشهر الثانى مثل مارأت في الشهر الاول تبين ان ماسبق كان حيضا وانتقلت عادتها وكان لا يجوز الابدال لان فى الابدال ابهام نقل العادة بالمرة الواحدة وذلك لايجوز فاما محمد قال اذا رأت بعد أيامها مايمكن ان يجعل حيضا جعل حيضا بدلا عن أيامها اذا أمكن الابدال والامكان بان يبقى الي موضع حيضها الثاني بعد الابدال اقل مدة الطهر وذلك خمسة عشر يوما أو أكثر سواء كان الطهر خالصا أو فيه استمرار فان كان الباقى بعد الابدال من طهرها دون خمسة عشر نظر فان أمكن ان يجر من موضع حيضها الثانى مايضم الى مافى الطهر فيكون ذلك خمسة عشر ويبقى بعد الجر من موضع حيضها الثانى مايمكن ان يجعل حيضا يبدل لها أيضا وان كان الباقى دون ذلك فحينئذ لا يبدل لها وتصلى الى موضع حيضها الثانى لان الحيض مبنى على الامكان والامكان موجود اذا بقى بعد الابدال مدة طهر تام أو أمكن تتميمه بالجر لان عادة المرأة لاتبقى على صفة واحدة ولكنها تتقدم تارة وتتأخر أخرى وكان أبو حفص الكبير ومحمد بن مقاتل يقولان بالبدل على قول محمد رحمه الله تعالى بطريق الطرح لا بطريق الجر وبيانه اذا كان الباقى بعد الابدال أقل من خمسة عشر يوما فان أمكن ان يطرح من أيام البدل مايضم الى باقي الطهر فيتم خمسة عشر يوما ويبقى من موضع البدل ما يمكن ان يجعل حيضا يبدل لها وان كان الباقى دون ذلك لا يبدل لها وقالا هذا الوجه أولى لان التغيير فيه فى موضع واحد وفي الجر التغيير فى موضعين وجواز التغيير لاجل الضرورة فاذا كان يرتفع ذلك بالمرة لايجوز اثباته في موضعين وعدد البدل دون عدد الاصل وبيانه فى التيمم مع الوضوء وكان أبو زيد الكبير وأبو يعقوب الغزالى يقولان بالبدل اذا كان

يبقى بعد الابدال الى موضع حيضها الثاني خمسة عشر يوما فان كان الباقي دون ذلك لا يبدل لها لان اثبات البدل ليكون الدم المرئي بين طهرين تامين فاذا وجد بهذه الصفة يبدل لها وإلا فلا وبيانه من المسائل امرأة عادتها في الحيض خمسة وطهرها عشرون طهرت مرة اثنين وعشرين يوما ثم استمر بها الدم يجعل حيضها من أول الاستمرار ثلاثة لانها رأت في أيامها مايمكن ان يجعل حيضا فان طهرت ثلاثة وعشرين ثم استمر بها الدم فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تصلي الى موضع حيضها الثاني وذلك اثنان وعشرون يوما وعند محمد رحمه الله تعالى يبدل لها خمسة من أول الاستمرار لان الباقي بعد الابدال الى موضع حيضها الثاني سبعة عشر يوما وكذلك ان طهرت أربعة وعشرين يوما أو خمسة وعشرين ثم استمر بها الدم فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تصلي الى موضع حيضها الثاني وذلك اثنان وعشرون يوما وعند محمد رحمه الله تعالى يبدل لها خمسة من أول الاستمرار لان الباقي بعد الابدال الى موضع حيضها الثاني سبعة عشر يوما وكذلك ان طهرت أربعة وعشرين يوما أو خمسة وعشرين واستمر بها الدم يبدل لها خمسة لان الباقي بعد خمسة عشر يوما فتدع خمسة وتصلي خمسة عشر ثم تدع خمسة وتصلي عشرين فان طهرت ستة وعشرين يوما ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي زيد وأبي يعقوب لا يبدل لها لان الباقي بعد الابدال أربعة عشر يوما ولكنها تصلي من أول الاستمرار تسعة عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يبدل لها خمسة لان الابدال بطريق الجر ممكن فيجر من موضع حيضها الثاني يوماً الى بقية طهرها ليتم خمسة عشر فتدع من أول الاستمرار خمسة بطريق البدل ثم تصلي خمسة عشر ثم تدع أربعة ثم تصلي عشرين ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وعلى قول أبي حفص ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يبدل لها بطريق الطرح فتدع من أول الاستمرار أربعة ثم تصلي خمسة عشر ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وكذلك ان طهرت سبعة وعشرين ثم استمر بها الدم فهو في التخريج كما بينا وان طهرت ثمانية وعشرين ثم استمر بها الدم لا يبدل لها بالاتفاق لان بعد الابدال يبقى من الطهر اثنى عشر فان جررت اليه ثلاثة لا يبقى من موضع حيضها الثاني مايمكن ان يجعل حيضاً وان ضممت من أيام البدل ثلاثة لا يبقى ما يمكن أن يجعل حيضاً فلا يبدل لها ولكنها تصلي الى موضع حيضها الثاني وذلك سبعة عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلي عشرين وكما يجوز الابدال بعد أيامها عند

محمد رحمه الله تعالى يجوز قبل أيامها بشرط أن يكون دماً عقيب طهر صحيح لا استمرار فيه حتى اذا صلت فى شيء من الطهر المتقدم بالدم لا يبدل لها قبل أيامها بيانه امرأة حيضها خمسة وطهرها عشرون طهرت خمسة عشر ثم رأت خمسة دماً ثم طهرت أيامها فعند محمد رحمه الله تعالى تجعل الخمسة المتقدمة حيضاً بدلا عن أيامها ولو طهرت أربعة عشر ثم رأت ستة دما ثم طهرت أيامها لم يبدل لها شيء من المتقدم لانها صلت في يوم منه بالدم وهو اليوم الخامس عشر وعند محمد رحمه الله تعالى يبدل لها مثل أيامها أو أقل من أيامها بقدر الممكن ولا يجوز أن يبدل لها أكثر من أيامها الا بشرط أن يكون بين طهرين صحيحين لا استمرار فيهما لان الحاجة الى جعل الزيادة حيضاً ابتداء فما لم يكن مرئياً بين طهرين صحيحين لا يمكن جعله حيضاً ابتداء فان أمكن الابدال قبل أيامها وبعد أيامها يبدل لها قبل أيامها لانه أسرعهما امكانا وبيانه اذا كانت عادتها فى الحيض ثلاثة وفي الطهر سبعة وعشرون فطهرت خمسة عشر يوما ثم رأت الدم ثلاثة ثم طهرت اثنى عشر يوما ثم رأت الدم فانها لم تر في أيامها شيئاً فتبدل لها الثلاثة التي رأتها بعد خمسة عشر لانها مرئية بعد طهر صحيح فكان امكان البدل فيه قائماً فلهذا يبدل لها تلك الثلاثة دون ما رأته بعد أيامها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الزيادة والنقصان في أيام الحيض

﴿قال﴾ رحمه الله تعالى اعلم بأن صاحبة العادة المعروفة اذا رأت الدم زيادة علي عادتها المعروفة يجعل ذلك حيضاً مالم يجاوز أكثر الحيض فان جاوز ردت الى أيام عادتها فيجعل ذلك حيضها وما سواه استحاضة لان طبع المرأة لا يكون على صفة واحدة في جميع الاوقات فيزداد حيضها تارة باعتبار قوة طبعها وينقص أخري بضعف طبعها وأمر الحيض مبنى على الامكان فاذا لم تجاوز العشرة فالامكان قائم فى الكل وان جاوز العشرة فقد صارت مستحاضة لما رأت زيادة على العشرة قال صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها ولان ما رأته بعد معروفها تبع لمعروفها اذا لم يجاوز العشرة وحكم التبع حكم المتبوع فأما بعد المجاوزة تجاذبه جانبان فان اعتباره بأيامها يجعله حيضاً واعتباره بما زاد على العشرة يجعله استحاضة فيترجح هذا الجانب لانه ماظهر الا عند ظهور هذه الاستحاضة فالظاهر انه

كان لداء فى باطنها فان جاءت المرأة تستفتى فقالت كانت عادتى في الحيض خمسة والآن أرى الدم فى اليوم السادس فقد اختلف فيه مشايخنا قال أئمة بلخ انها تؤمر بالاغتسال والصلاة لان حال الزيادة متردد بين الحيض والاستحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد ولان هذه الزيادة لاتكون حيضاً الا بشرط وهو الانقطاع قبل ان يجاوز العشرة وذلك موهوم فلا تترك الصلاة باعتبار أمر موهوم وكان محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى يقول لاتؤمر بالاغتسال والصلاة وهو الاصح لانها عرفناها حائضاً بيقين وفى خروجها من الحيض شك ودليل بقائها حائضاً ظاهر وهو رؤية الدم وهذه الزيادة لاتكون استحاضة الابشرط الاستمرار حتي تجاوز العشرة وذلك الشرط غير ثابت فتيقناها حائضا لاتؤمر بالاغتسال والصلاة حتى يتبين أمرها فان جاوز العشرة فحينئذ تؤمر بقضاء ماتركت من الصلوات بعد أيام عادتها واعتبر هذا بالمبتدأة لاتؤمر بالاغتسال والصلاة مع رؤية الدم مالم تجاوز العشرة ومما ذكر محمد رحمه تعالي فى هذا الباب من المسائل امرأة عادتها فى الحيض خمسة فى أول كل شهر فرأت ثلاثة أيام دما فى أيامها ثم انقطع سبعة أيام أو ستة أيام ثم رأته يوما أو أكثر فخمستها المعروفة هي الحيض في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى بناء على جواز ختم الحيض بالطهر وان طهر مادون خمسة عشر كالدم المتوالى عنده وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الثلاثة الأولى هى الحيض لانه لايري ختم الحيض بالطهر ولو انها رأت في أول العشرة يومين دما وفي آخرها يومين دما فذكر الشيخ الامام برهان الدين رحمه الله تعالى ان قوله خمستها حيض اذا كان اليومان الآخران هما اليوم العاشر والحادي عشر اما اذا كان اليومان التاسع والعاشر فالكل حيض عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ولم يكن شئ من ذلك حيضا فى قول محمد رحمه الله تعالى لان الطهر غالب فصار فاصلا بين الدمين وواحد منهما بانفراده لا يمكن ان يجعل حيضا فان لم ترفي أولها يومين دما لم يكن شئ من ذلك حيضا عندهم جميعا وان رأت في أولها يومين دما ورأت اليوم العاشر والحادى عشر والثاني عشر دما كانت خمستها هي الحيض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الطهر قاصر فهو كالدم المتوالى وعند محمد الثلاثة الاخيرة هي الحيض بطريق البدل فان الابدال ممكن لانه يبقي بعده الى مدة حيضها الثاني مدة طهر كامل فان رأت في أول خمستها يوما دما ويوما طهرا حتى جاوز العشرة كانت خمستها حيضا في قولهم جميعا لان ابتداء الخمسة

وختمها كان بالدم والطهر المتخلل قاصر فان طهرت أول يوم من الشهر ثم رأت يوما دما ويوما طهرا حتى جاوز العشرة فاليوم الاول ليس بحيض عندهم جميعاً لانه لم يسبقه دم وهو فى نفسه طهر وانما جوز أبو يوسف رحمه الله تعالى ابتداء الحيض بالطهر بشرط ان يتقدمه دم الاستحاضة والاربعة الباقية من أيامها حيض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه لا يرى ختم الحيض بالطهر الا اذا تعقب دما وعلى قول محمد حيضها ثلاثة وهي الثانى والثالث والرابع من أيامها فان الخامس كان طهرا وهو لا يرى ختم الحيض بالطهر وان وقف على العشرة كان مابعد اليوم الاول حيضا كله وان رأت يوما دما قبل رأس الشهر ومن أول الشهر يوما طهرا ويوما دما الى تمام العشرة فاليوم الاول وجميع ذلك حيض الى اليوم العاشر فانها لم تر فيه دما ولا بعده وما سوى ذلك وجد فيه شرط الامكان فجعل حيضا وان جاوز العشرة فخمستها المروفة هي الحيض فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد حيضها ثلاثة أيام وهي الثاني والثالث والرابع من معروفها لانها طهرت فى اليوم الاول والخامس وهو لا يرى بداية الحيض ولا ختمه بالطهر وبعض هذه المسائل يأتي بيانه فى فصل يفرض له

باب فى تقديم الحيض وتأخيره

اعلم أن صاحبة العادة اذا رأت قبل عادتها دما فهو على ثلاثة أوجه فى وجه هو حيض بالاتفاق وفى وجه اختلفوا فيه وفي وجه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما الوجه الاول وهو انها اذا رأت قبل أيامها مالا يمكن أن يجعل حيضاً بانفراده ورأت فى أيامها ما يمكن أن يجعل حيضاً بانفراده ولم يجاوز الكل عشرة فالكل حيض بالاتفاق لان مارأته قبل أيامها غير مستقل بنفسه فيجعل تبعاً لما رأته فى أيامها وذكر فى نوادر الصلاة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى مطلقا ان المتقدم لا يكون حيضاً ولكن تأويله اذا كان بحيث لا يمكن أن يجعل حيضاً بانفراده وبعض أئمة بلخ أخذوا بالظاهر فقالوا المتقدم عنده لا يكون حيضاً على حال لانه مستنكر مرئى قبل وقته واما الوجه الذي اختلفوا فيه فثلاثة فصول . أحدها أن ترى قبل خمستها المعروفة خمسة أو ثلاثة أو لا تري فى خمستها شيئاً أو رأت قبل خمستها يوما أو يومين ومن أول خمستها يوما أو يومين بحيث لا يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضاً مالم يجتمعا في كتاب الصلاة قال الكل حيض وهو قول أبي يوسف ومحمد

رحمهما الله تعالى ولم يذكر قول أبي حنيفة وقد نص على الخلاف في نوادر الصلاة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون شئ من ذلك حيضاً وجه قولهما ان الحيض مبنى على الامكان والمتقدم قياس المتأخر فكما جعل المتأخر عند الامكان حيضا فكذلك المتقدم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المتقدم دم مستنكر مرئى قبل وقته فلا يكون حيضا كالصغيرة جداً اذا رأت الدم وهذا لان الحاجة الى اثبات الحيض لها ابتداء ولا يحصل ذلك بما ليس بمعهود لها مالم يتأكد بالتكرار لان الدلالة قامت على ان العادة لا تنتقل بالمرة الواحدة بخلاف المتأخر فان الحاجة هناك الى إبقاء ماثبت من صفة الحيض والابقاء لا يستدعى دليلا موجبا والوجه الثالث اذا رأت قبل أيامها مايكون حيضا بانفراده ورأت أيامها مع ذلك فعلى قولهما لا يشكل ان الكل حيض اذا لم يجاوز العشرة اعتبارا للمتقدم بالمتأخر وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان فيه روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان الكل حيض وما رأت فى أيامها يكون أصلا لكونه مستقلا بنفسه فيستتبع ما تقدم كما لو كان المتقدم يوماً أو يومين وروي محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أيامها حيض فأما المتقدم فحكمه موقوف على ما ترى فى الشهر الثاني فان رأت مثل ما رأته في الشهر الأول تبين انه كان حيضاً وانتقلت عادتها بالتكرار وان رأت فى الشهر الثانى في أيامها ولم تر قبل أيامها تبين ان المتقدم لم يكن حيضا لانه مستنكر مرئى قبل وقته وهو في نفسه مستقل فلا يمكن جعله تبعاً لايامها بخلاف اليوم واليومين فاذا جاءت المرأة تستفتى انها ترى الدم قبل أيامها فعندهما تؤمر بترك الصلاة اذا كان الباقى من أيام طهرها مالو ضم الي أيامها لم يجاوز العشرة لانها ترى الدم عقيب طهر صحيح فكان حيضاً للامكان وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان الباقى من طهرها ثلاثة أيام أو أكثر لم تؤمر بترك الصلاة لان هذا المتقدم ليس بحيض لكونه مستقلا في نفسه فلا تستتبعه أيام حيضها وان كان يوما أو يومين فعلى قول أئمة بلخ تؤمر بترك الصلاة وعلى قول أئمة بخارى لا تؤمر به عند أبي حنيفة لان هذا المتقدم عنده لا يكون حيضاً الا بشرط ان ترى فى أيامها مايمكن ان يجعل حيضاً بانفراده ولم يثبت هذا الشرط بعد فلا تؤمر بترك الصلاة وهو نظير الاختلاف الذى بيناه في الباب المتقدم فاما في المتأخر ان رأت أيامها ورأت بعد أيامها أيضاً ولم يجاوز العشرة فالكل حيض بالاتفاق لان مابعد أيامها في حكم التبع لايامها ويستقيم اثبات التبع بعد ثبوت الاصل بخلاف

المتقدم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لم تر في أيامها ورأت بعد أيامها مايمكن ان يجعل حيضاً أو رأت في أيامها يوما أو يومين وبعد أيامها مثل ذلك بحيث لايمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضاً ويمكن جعل ذلك كله حيضاً ففي ظاهر الرواية ان ذلك حيض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للامكان وذكر أبو سهل الفرائضي رحمه الله تعالى رواية أخرى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه موقوف على ماترى في الشهر الثاني فان رأت في الشهر الثاني في أيامها تبين ان ذلك لم يكن حيضاً وانتقلت به عادتها وان رأت قبل أيامها وفي أيامها وبعد أيامها فعلى أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حكم المتقدم والمتأخر سواء لايفصل البعض عن البعض ولكن ان لم يجاوز الكل عشرة فالكل حيض وان جاوز كان حيضها أيام عادتها دون ماتقدم وما تأخر وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أيامها تصير فاصلة بين المتقدم والمتأخر ومعنى هذا انه لايعتبر المتقدم انما تعتبر أيامها وما تأخر فان لم يجاوز العشرة فالكل حيض وان جاوز فحيضها أيامها وظاهر المذهب عن أبي حنيفة انه ينظر الى قدر المتقدم فان كان يوما أو يومين لاينفصل عن أيامها والجواب فيه كما قالا ان لم يجاوز الكل العشرة فالكل حيض وان كان المتقدم ثلاثة أيام أو أكثر يصير فاصلا فينظر الى أيامها وما تأخر خاصة وهذا بناء على أصله ان المتقدم اذا كان لايستقل بنفسه يجعل حيضاً تبعاً لها بخلاف ما اذا استقل بنفسه واما اذا رأت قبل أيامها ولم تر في أيامها شيئاً ورأت بعد أيامها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا جاوز الكل العشرة فحيضها أيامها لانه يجعل زمان الطهر حيضاً باحاطة الدمين به وعلى قول محمد رحمه الله تعالى حيضها ماتقدم ان أمكن وان لم يمكن فحيضها ماتأخر وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في ظاهر الرواية يجعل المتأخر حيضاً وعلى ماذكر أبو سهل الفرائضي رحمه الله تعالى يكون موقوفاً على ما ترى في الشهر الثاني وعلى هذا بنى محمد رحمه الله تعالى أول الباب فقال امرأة كان حيضها خمسة أيام من أول كل شهر فرأت قبلها خمسة دما وطهرت أيامها ثم رأت بعد ذلك يوما أو يومين أو ثلاثة فايامها المعروفة هي الحيض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى المتقدم هو الحيض وكذلك ان كانت رأت يومين دما من أول أيامها مع ذلك أو من آخر أيامها لان مارأته في أول أيامها لايمكن ان يجعل حيضاً بانفراده وان رأت ثلاثة دماً في أيامها مع ذلك من أولها أو من آخرها كانت هذه الثلاثة هي الحيض في

قول محمد رحمه الله تعالى لانها رأت فى أيامها ما يمكن ان يجعل حيضاً بانفراده وان كان حيضها ثلاثة أيام من أول كل شهر فتقدم حيضها قبل ذلك احد عشر يوما ثم طهرت أيامها فلم تر فيها ولا فيما بعدها دما فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ذلك استحاضة الا أن يعاودها الدم فى مثل تلك الحالة احد عشر يوما آخر فان عاودها كانت ثلاثة أيام من الايام الأول من أولها حيضاً وثلاثة أيام من هذه الاحد عشر يوما الأخرى حيضاً من أولها لانه لا يرى الابدال فجعل حكم ذلك موقوفاً فان تأكد بالتكرار انتقلت به العادة لما بينا ان انتقال العادة يحصل بعدم الرؤية فى أيامها مرتين فاما عند محمد رحمه الله تعالى ثلاثة أيام من أول الاحد عشر يوما الأول حيض بطريق البدل لانه مرئى عقيب طهر صحيح وحكم انتقال العادة به يكون موقوفا على ماترى فى الشهر الثانى كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فان كان حيضها خمسة أيام من أول الشهر فحاضتها ثم استمر بها الدم الى تمام الشهر ثم انقطع فى خمستها ثم استمر بعدها ففي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى حيضها خمستها لاحاطة الدم بجانبيها وقال محمد رحمه الله تعالى حيضها خمسة أيام بعد أيامها لان شرط الابدال في المتقدم ان يكون مرئياً عقيب طهر صحيح لااستمرار فيه ولم يوجد فكان الابدال بعد أيامها لانه يبقي بعد الابدال الى موضع حيضها الثانى مدة طهر تام وان كان فيه استمرار وان لم تر كذلك ولكنها رأت خمسة قبل أيامها دما وطهرت أيامها فتلك الخمسة هي الحيض فى قول محمد رحمه الله تعالى لوجود شرط الابدال فى المتقدم فان رأت فى المرة الثانية تلك الخمسة وأيامها المعروفة وزيادة يوم دما فحيضها الخمسة المعروفة لان انتقال العادة لا يحصل بالمرة الواحدة فان لم تر فى المرة الثانية كذلك ولكنها رأت الخمسة التى قبل أيامها وطهرت أيامها وطهرت بعد أيامها ثم رأت في المرة الثالثة تلك الخمسة وخمستها وزيادة يوم فحيضها هي الخمسة الاولى لان انتقال العادة حصل بعدم الرؤية فى أيامها مرتين وكذلك ان طهرت فى أيامها مرتين ولم تر فى غيرها دما ثم رأت الدم خمسة قبل أيامها وفى أيامها وزيادة يوم فحيضها خمسة من أول ما رأت لانتقال العادة فى الموضع لعدم الرؤية مرتين وان كانت طهرت فى أيامها مرة واحدة فحيضها هي الخمسة المعروفة لان الانتقال لا يحصل بعدم الرؤية مرة الا فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فان كانت لم تر قبل أيامها ولا في أيامها ورأت بعدها خمسة دما ثم في المرة الثانية طهرت خمستها وهذه الخمسة ثم استمر بها الدم فأيامها خمسة

من حين استمر بها الدم لانتقال العادة الى موضع الرؤية بعدم الرؤية في أيامها مرتين ﴿ قال ﴾ في الكتاب وما بعدها طهر الى تمام الشهر من حين استمر بها الدم ثم تكون حائضاً وأكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى على أن هذا الجواب غلط والصحيح أن بعد ما تترك خمسة من أول الاستمرار تصلى ثلاثين يوما لان عادتها فى الطهر قدانتقلت الى ثلاثين يوما برؤيته مرتين على الولاء ففي الشهر الاول طهرت خمستها بعد مامضي من طهرها خمسة وعشرون فذلك ثلاثون يوما ثم رأت خمسة ثم طهرت بقية الشهر وذلك عشرون يوماً وطهرت خمستها وخمسة بعد خمستها فى الشهر الثالث فذلك ثلاثون يوماً فعلمنا أنها طهرت مرتين على الولاء ثلاثين فانتقلت عادتها فى الطهر الى هذا فعليه تبني في زمان الاستمرار ﴿ قال ﴾ الحاكم رحمه الله تعالى ويحتمل أن يكون وجه جواب محمد رحمه الله تعالى أنها لما طهرت أيامها المعروفة مرتين كان حيضها منتقلا الى حيث ترى الدم فلما رأته فى الخمسة الثالثة من الشهر صار ذلك الموضع وقتها وكان حكمها كالتى تدرك لحيضها من أول الادراك أو كالتي انتقلت عادتها بالحبل عن موضع عادتهافاذا استمر بها الدم حتى ينتهي الى هذه الخمسة من الشهر الآخر فقد انتهت الى معروفها وهي ترى الدم فلا بد من أن يجعل ذلك حيضاً ولم يحصل بين هذه الخمسة وبين الخمسةالاولى من حساب الطهر الا خمسة وعشرون يوماً فلذلك أجاب بما أجاب به وهذا الذى قاله ضعيف لان فى حق المبتدأة ليس لها فى الطهر عادة تبنى على تلك العادة ولهذه في الطهرعادةمتأكدة بالتكرار وذلك ثلاثون يوما فلا يجوز النقصان عنه فى زمان الاستمرار ومن أصحابنا من قال مراده مما قال وما بعدها طهر الى تمام الشهر خمسة عشر يوماً لانه انما استمر بها الدم بعد مامضى عشرة أيام من الشهر فان تركت خمسة بقى الى تمام الشهر خمسة عشر يوماًفتصلى فيها ثم تدع خمسة من أول الشهر وهذا أيضاً ضعيف فقد قال فى الكتاب ومابعدها طهر الى تمام الشهر من حين استمر بها الدم فانما جعل أول الشهر فى حقها من وقت الاستمرار والاصح انه غلط لما بينا

﴿ فصل فى بيان أصول مسائل انتقال العدد ﴾

اعلم بأن العادةنوعان أصلية وجعلية فصورة العادةالاصلية ان ترى المرأة دمين وطهرين

متفقين صحيحين على الولاء أو أكثر من ذلك وصورة العادة الجملية ان ترى المرأة دمين وطهرين متفقين بينهما مخالف لهما أو ترى اطهاراً مختلفة أودماء مختلفة فينصب أوسط الاعداد لها عادة على قول من يقول باوسط الاعداد وأقل المرتين على قول من يقول بأقل المرتين الاخيرتين فتكون هذه عادة جملية لها فى زمان الاستمرار سميت جملية لانه جعل عادة لها للضرورة ولم يوجد فيها دليل ثبوت العادة حقيقة فان رأت العادة الجملية بعد العادة الاصلية قال أئمة بلخ رحمهم الله تعالى لاتنتقض به العادة الاصلية لانها دونها والشئ لا ينقضه ماهو دونه انما ينقضه ماهو مثله أو فوقه ولان ماثبت بالضرورة لايعدو موضع الضرورة وقد تحققت الضرورة في اثبات عادة لها ولاضرورة فى نقض العادة التى كانت لها ومشايخ بخارى رحمهم الله تعالى يقولون تنقض العادة الاصلية بالعادة الجملية لانه لابد من التكرر فى العادة الجملية بخلاف ما كان فى العادة الاصلية مثاله اذا كانت العادة الاصلية في الحيض خمسة لا تثبت الجملية الا برؤية ستة أوسبعة أوثمانية فالتكرار فيها خلاف العادة الاصلية مراراً لان سبعة وثمانية يتكرر فيهاستة فبالتكرار بخلاف العادة الاصلية تنتقض تلك العادة ولكن لكونها متفاوتة فى نفسها تكون العادة الثانية جملية لاأصلية ثم قد بينا ان العادة الاصلية لاتنتقض برؤية المخالف مرة واحدة الاعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى حتي اذا كانت عادتها فى الحيض خمسة وفى الطهر عشرين فطهرت خمسة عشر ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تصلى من أول الاستمرار خمسة تمام عادتها فى الطهر وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تدع من أول الاستمرار خمسة وقد انتقلت عادتها في الطهر الى خمسة عشر بالرؤية مرة واحدة فاما العادة الجملية تنتقض برؤية المخالف مرة واحدة بالاتفاق لانها أضعف من العادة الاصلية وثبوتها ما كان بسبب التكرار فكذلك انتقاضها لايتوقف على وجود التكرار فيما يخالفها بخلاف العادة الاصلية ثم المبتدأة اذا رأت اطهاراً مختلفة ودماء مختلفة فوقعت الحاجة الى نصب العادة لها فالبناء على أوسط الاعداد عند محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى وعلى أقل المرتين الاخيرتين عند أبي عثمان رحمه الله تعالى وصاحبة العادة والمبتدأة فى هذا الحكم سواء وقد تكون عادة المرأة في الحيض والطهر جميعاً أصلية وقد تكون جملية فيهما وقد تكون أصلية فى أحدهما جملية فى الآخر بحسب ما يتفق وذلك كله ينبنى على معرفة الاطهار الصحيحة والدماء الصحيحة

فالطهر الصحيح على الاطلاق ان لاينتقص عن أدني مدته وان لاتصلى المرأة فى شئ منه بالدم فان صلت فى أول يوم منه بالدم ثم كان الطهر بعده خمسة عشر أو أكثر فهذا صالح لجعل ما بعده من الدم حيضاً غير صالح لنصب العادة به وان صلت فى شئ منه بالدم ثم كان الطهر بعده دون خمسة عشر فهو غير صالح لنصب العادة ولا يجعل مابعده حيضاً والدم الصحيح ان لاينتقص عن أدني مدته وان يكون بين طهرين كاملين وبيان هذا انه لو كانت عادتها فى الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فرأت الدم أحد عشر يوماً ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم استمر بها الدم فنقول عشرة من أول ما رأت حيضها واليوم الحادى عشر أول طهرها فتصلى فيه بالدم ثم الطهر خمسة عشر فقد جاء الاستمرار وقد بقى من زمان طهرها أربعة فتصلى هذه الاربعة ثم تترك عشرة وتصلى عشرين وان كان بعد طهر خمسة عشر رأت خمسة دما ثم طهرت خمسة عشر فهذه الخمسة تكون حيضاً لها لانه مرئي عقيب طهر خمسة عشر فيمكن جعله حيضاً ولكن لاتنتقل عادتها فى الطهر الى خمسة عشر لان الطهر الأول قد صلت فى أول يوم منه بالدم فلا يصلح لنصب العادة ولو كانت رأت الدم احدعشر ثم الطهر أربعة عشر ثم الدم خمسة ثم الطهر خمسة عشر ثم استمر فان الخمسة لاتجعل حيضاً لها لانها غير مرئية عقيب طهر كامل بل بتلك الخمسة يتم طهرها ثم طهرت خمسة عشر فعشرة من ذلك مدة حيضها لم تر فيه ثم جاء الاستمرار وقد بقي من طهرها خمسة عشر فتصلى من أول الاستمرار خمسة عشر ثم تدع عشرة وتصلى عشرين وأما بيان البناء على أوسط الاعداد أو على أقل المرتين الأخيرتين ان نقول امرأة حيضها خمسة وطهرها عشرون رأت الدم سبعة والطهر خمسة عشر والدم ستة والطهر سبعة عشر ثم استمر بها الدم فعلي قول من يقول بأوسط الاعداد تبنى على ستة فى الحيض وعلى سبعة عشر فى الطهر لان المعتبر أوسط الاعداد فيما رأت لا أوسط ما ترى وأوسط الاعداد فى الحيض ستة لان قبله كان خمسة وبعده كان سبعة وأوسط الاعداد في الحيض ستة لان الطهر سبعة عشر فانه كانت عادتها في الطهر عشرين وقد رأت مرة خمسة عشر فأوسط الاعداد سبعة عشر وعلى قول من يقول بأقل المرتين الأخيرتين انما تبني على ستة فى الحيض وخمسة عشر فى الطهر لانها أقل المرتين الاخيرتين فقد رأت مرة سبعة ومرة ستة وفى الطهر مرة سبعة عشر ومرة خمسة عشر فلهذا بنت في زمان الاستمرار على أقل المرتين الأخيرتين وأصل آخرانه

متى كان لها عادة أصلية فوقعت الحاجة الى نصب العادة لها برؤية أطهار مختلفة أودماء مختلفة فينصب لها أوسط الاعداد على قول من يقول به وأقل المرتين على قول من يقول به مما يوافق العادة الاصلية فانه يطرح المأخوذ ثم ينظر الى أوسط الاعداد من الباقى أو الى أقل المرتين فان كان يوافق العادة الاصلية عرفت أنها باقية فتبنى عليها الفساد وان لم تكن موافقة للعادة الاصلية عرفت ان العادة الاصلية قد انتقضت والمطروح يصير عادة جعلية لها فتبنى على ذلك فى زمان الاستمرار وبيانه امرأة عادتها فى الحيض عشرة وفى الطهر عشرون طهرت ثلاثين يوما ثم رأت الدم عشرة ثم الطهر أربعين ثم الدم عشرة ثم الطهر خمسة عشر ثم الدم عشرة ثم الطهر عشرين ثم استمر فنقول أوسط الاعداد في الطهر عشرون لانها رأت مرة ثلاثين ومرة أربعين ومرة خمسة عشر فأوسط الاعداد عشرون وهو موافق للعادة الاصلية فيطرح ذلك يبقى بعده خمسة عشر وثلاثون وأربعون فأوسط الاعداد ثلاثون فلم يكن موافقاً للعادة الاصلية فعرفنا ان العادة الأصلية قد انتقضت به وانما تبنى فى زمان الاستمرار على ماهو المطروح وهو دم عشرة وطهر عشرين ولو رأت الدم عشرة والطهر ثلاثين والدم عشرة والطهر خمسة عشر والدم عشرة والطهر عشرين ثم استمر فأوسط الاعداد فى الطهر عشرون فيطرح ذلك يبقى بعده خمسة عشر وثلاثون وما كان فى الاصل عادة لها وذلك عشرون فأوسط الاعداد من ذلك عشرون فلما وافق أوسط الاعداد من الباقي بعد الطرح العادة الاصلية عرفنا أنها لم تنتقض فتبنى عليها ما بعدها فحين طهرت ثلاثين فعشرون منها زمان طهرها وعشرة من حساب حيضها ثم رأت الدم عشرة وهو ابتداء طهرها ثم الطهر خمسة عشر عشرة تمام مدة طهرها وخمسة من حساب حيضها ثم الدم عشرة خمسة بقية مدة حيضها وخمسة من حساب طهرها ثم الطهر عشرين خمسة عشر بقية مدة طهرها وخمسة من حساب حيضها فجاء الاستمرار وقد بقى من مدة حيضها خمسة فتدع خمسة من أول الاستمرار ثم تصلى عشرين ثم تدع عشرة ثم تصلى عشرين وذلك دأبها والمسائل المخرجة على هذا الأصل كثيرة فى السؤالات ومن أحكم الاصول فهما ودراية تيسر عليه تخريجها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب في التقدم والتأخر بالافراد والشفوع

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه الاصل ان التقدم متى كان بفرد فانها لا ترى فى أيامها الاول ولا في أيامها الثوانى ومتى كان التقدم بشفع فانها ترى فى أيامها الاول والثواني والتأخر متى كان بفرد فانها لا ترى فى أيامها الاول ولا الثواني ومتى كان بشفع فانها لا ترى فى أيامها الاول وترى فى أيامها الثوانى وبيان هذا امرأة حيضها ثلاثة من أول الشهر وطهرها سبعة وعشرون فرأت من أول الشهر يوما دما ويوما طهراً واستمر كذلك فانها من أول الشهر حيض لان ابتداءه وختمه كان بالدم الى أن ينظر ان ختم هذا الشهر بماذا يكون فيأخذ دماً وطهراً وذلك اثنان فيضرب به فيما يوافق الشهر وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثين وآخر المضروب طهر فعرفنا أنها وجدت أيامها فى الشهر الثانى كما وجدت فى الشهر الاول وهكذا في كل مرة فان تقدم بيوم بأن طهرت ستة وعشرين ثم رأت يوما دماً ويوماً طهراً فاليوم الاول تمام طهرها ثم كان أيامها ابتداؤه وختمه بالطهر فلم تجد أيامها في هذا الشهر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف حكمها على ما ترى في الشهر الثاني وعند محمد رحمه الله تعالى تجعل ثلاثة من أول مارأت حيضا لها بدلا عن أيامها وحكم انتقال العادة موقوف على ما ترى فى المرة الثانية فانظر ان ختم الشهر الثاني بماذا يكون نخذ دما وطهراً وذلك اثنان فاضرب به فيما يقارب أحدا وثلاثين وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثين وآخره طهر ثم يوم دم تم به مدة طهرها ثم استقبلها في المرة الثانية يوم طهر ويوم دم ويوم طهر فلم تجد في هذه المرة أيضا فانتقلت عادتها الى موضع الابدال لعدم الرؤية فى أيامها مرتين فان تقدم بشفع بأن طهرت خمسة وعشرين ثم رأت يوما دما ويوما طهرا واستمر كذلك فتقدم طهرها بيومين واستقبلها زمان الحيض يوم دم ويوم طهر ويوم دم فقد وجدت فى هذه المدة الى أن ينظر ان ختم الشهر بماذا يكون فتأخذ دما وطهرا وذلك اثنان فيضرب فيما يوافق اثنين وثلاثين وذلك ستة عشر فيكون اثنين وثلاثين وآخره طهر ثم استقبلها فى أيامها فى الشهر الثانى دم يوم وطهر يوم ودم يوم فقد وجدت أيامها وهكذا تجد في كل مرة ثم تسير والمسألة فى التقدم فردا أو شفعا الى ان تقول طهرت ستة عشر يوما ثم رأت يومادما ويوما طهرا كذلك فقد بقى من زمان طهرها احد عشر نخذ دماوطهرا وذلك اثنان فاضرب به فيما يقارب احد عشر وذلك خمسة فتكون عشرة

وآخره طهر ثم دم يتم به طهرها ثم استقبلها في أيامها طهر يوم ودم يوم وطهر يوم فلم تجد في أيامها في هذه المرة أيضا وانتقلت عادتها الى موضع الابدال لعدم الرؤية في أيامها مرتين ثم تجد ذلك في كل مرة فان طهرت خمسة عشر ثم رأت يوما دما ويوما طهرا فقد بقي من طهرها اثنى عشر فخذ دما وطهراً وذلك اثنان فاضرب به فيما يوافق اثنى عشر وذلك ستة فيكون اثنى عشر وآخر المضروب طهر فاستقبلها في أيامها يوم دم ويوم طهر ويوم دم فقد وجدت في أيامها الى أن ينظر انها هل تجد في المرة الثانية فخذ دما وطهراً واضرب به فيما يوافق اثنين وأربعين وذلك احد وعشرون فيكون اثنين وأربعين وآخره طهر ثم استقبلها في أيامها دم يوم وطهر يوم ودم يوم فقد وجدت وهكذا تجد في كل مرة فان تأخر بيوم بأن طهرت ثمانية وعشرين ثم رأت يوما دما ويوما طهراً فنقول انها لم تجد في هذه المرة أيامها فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تصلي الى موضع حيضها الثاني وحكمها موقوف على ماترى في المرة الثانية وعند محمد رحمه الله تعالى تجعل الثلاثة من أول مارأت حيضا لها بدلا وحكم انتقال العادة موقوف على ماترى في الشهر الثاني فخذ دما وطهراً واضرب به فيما يقارب تسعة وعشرين وذلك أربعة عشر فيكون ثمانية وعشرين وآخره طهر ثم يوم دم به يتم طهرها فيستقبلها في الشهر الثاني طهر يوم ودم يوم وطهر يوم فلم تجد وانتقلت عادتها لعدم الرؤية مرتين الى موضع الابدال فتجد بعد ذلك في كل مرة فان تأخر بيومين بأن طهرت تسعة وعشرين ثم رأت يوما دما ويوما طهراً فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تصلي الى موضع حيضها الثاني وعند محمد رحمه الله تعالى تدع من أول ما رأت ثلاثة بطريق البدل الى أن ينظر أنها هل ترى في الشهر الثاني فيأخذ دما وطهراً وذلك اثنان ويضرب به فيما يوافق ثمانية وعشرين وذلك أربعة عشر فيكون ثمانية وعشرين وآخره طهر ثم استقبلها في الشهر الثاني دم يوم وطهر يوم ودم يوم فقد وجدت في هذه المرة وهكذا تجد في كل مرة فان رأت بعد طهرها سبعة وعشرين يومين دما ويوما طهراً واستمر كذلك فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى حيضها من أول مارأت ثلاثة لانه يرى ختم الحيض بالطهر وعلى قول محمد رحمه الله تعالى حيضها من أول ما رأت خمسة وطهرها خمسة وعشرون ﴿قال﴾ الحاكم رحمه الله تعالى وهذا غير مطرد على أصل محمد رحمه الله تعالى غير أنه اضطر الى هذا الجواب ومعنى هذا أن الابدال زيادة على أيام عادتها لا يجوز عنده الا أن يكون بين طهرين صحيحين لا استمرار فيهما ولم

يوجد ذلك الشرط هنا ولكنه قال انها لم تجد أيامها فى المرة الاولى لان ختم الثلاثة بالطهر وهكذا لاتجد فى كل مرة واذا أردت معرفة ذلك فخذ دما وطهراً وذلك ثلاثة واضربه فيما يوافق الشهر وذلك عشرة فيكون ثلاثين وآخره طهر ثم استقبلها فى الشهر الثاني يومان دم ويوم طهر فلم تجد وهكذا لاتجد فى كل مرة فلو لم نزد فى أيامها أدى ذلك لا الى ان لاتكون حائضاً فى شئ من عمرها مع رؤيتها الدم فى أكثر عمرها وذلك الا يجوز فلهذه الضرورة زدنا فى أيامها فجعلناها خمسة من أول ما رأت يومان دم ويوم طهر ويومان دم فهذه الخمسة حيضها وباقى الشهر طهرها خمسة وعشرون فتجد بعد ذلك فى كل مرة وكان أبو سهل الفرائضى رحمه الله تعالى يقول الاصح عندى ان يجعل حيضها أربعة لان الزيادة على أيامها لاجل الضرورة وهذه الضرورة تندفع بزيادة يوم واحد ليكون ابتداء حيضها وختمه بالدم فلا يزاد أكثر من يوم واحد فكان حيضها أربعة وكان أبو عبد الله الزعفرانى رحمه الله تعالى يقول الاصح عندي ان يجعل حيضها ثلاثة أيام وساعة فان الزيادة للضرورة فتتقدر بقدر الضرورة وترتفع هذه الضرورة بزيادة ساعة من أيام الدم فلا يزاد أكثر من ذلك فيكون حيضها ثلاثة أيام وساعة ولم يعتبر محمد رحمه الله تعالى شيئاً من هذا لان كل دور من الدم وذلك يومان في حكم شيء واحد لاتصال بعضه بالبعض فاذا وجب زيادة شيء منه يزاد كله فيجعل حيضها خمسة أيام من أول كل شهر فان رأت يومين دما ويوما طهراً واستمر بها الدم فثلاثة أيام من حين استمر بها الدم حيض وما قبله استحاضة فى قول محمد رحمه الله تعالى لانا لو اعتبرنا من أول الرؤية كان ختم أيامها بالطهر فلا يجد بداً من أن يزيد فى أيامها حيضها واذا اعتبرنا من أول الاستمرار أمكن جعل الثلاثة حيضا لها من غير حاجة الى الزيادة والغاء يومي دم ويوم طهر قبل الاستمرار أهون من الزيادة في أيامها فلهذا يلغي ذلك ويجعل حيضها من أول الاستمرار ثلاثة وكان الزعفراني رحمه الله تعالى يقول انما يلغي من أول اليومين ساعة فيبقى يومان الا ساعة دم ويوم طهر فيضم اليه ساعة من أول الاستمرار حتى تتم ثلاثة أيام ويمكن جعل هذه الثلاثة حيضاً لان ابتداءه وختمه بالدم والالغاء لاجل الضرورة فاذا ارتفعت الضرورة بالغاء ساعة لايجوز الغاء ثلاثة أيام فان رأت بعد طهر سبعة وعشرين يوماً دماً ويومين طهراً واستمر كذلك فنقول انها لم تجد أيامها فى المرة الاولى لان ختم الثلاثة كان بالطهر وهكذا لاتجد فى كل مرة لما بينا أنه يستقبلها في الشهر الثانى مثل ما كان

يستقبلها فى الشهر الاول يوم دم ويومان طهر فلا بد من الزيادة فى مدة حيضها فيجعل حيضها من أول مارأت أربعة ليكون ابتداؤه وختمه بالدم والطهر فى خلاله قاصر ثم طهرها بقية الشهر وذلك ستة وعشرون وعلى قول الزعفرانى رحمه الله تعالى انما يزاد ساعة واحدة من اليوم الرابع لان الضرورة به ترتفع كما بينا والمسائل المخرجة على هذا الاصل كثيرة وفيما بيناه كفاية فان كان حيضها عشرة أيام من أول الشهر وطهرها عشرين فطهرت ثلاثين يوماً ثم استمر بها الدم فعشرة من أول الدم المستمر حيض عند محمد رحمه الله تعالى بطريق البدل لانها لم تر فى أيامها شيئاً والابدال بطريق الجر ممكن فانا اذا أبدلنا هذه العشرة يبقى من زمان طهرها عشرة فيجر خمسة من أيام الحيض الى باقى الطهر ليتم خمسة عشر فلهذا أبدل لها وقال تترك من أول الاستمرار عشرة ثم تصلى خمسة عشر ثم تترك خمسة ثم تصلى عشرين ثم تترك عشرة وتصلى عشرين وكذلك ان طهرت اثنين وثلاثين يوماً لانا اذا ابدلنا لها من أول الاستمرار عشرة يبقى من الطهر ثمانية فيجر من أيامها الثانى سبعة اليه ليتم خمسة عشر فانه يبقى بعده ثلاثة أيام وذلك حيض تام فأما اذا طهرت ثلاثة وثلاثين فالآن لا يبدل لها من أول الاستمرار لانا لو أبدلنا لها عشرة يبقى من زمان طهرها سبعة فلا يمكن ان يجر من الحيض الثانى اليه مايتم به الطهر خمسة عشر لان ذلك ثمانية والباقى بعدها يومان ويومان لا يمكن ان يجعل حيضاً فلهذا لم يبدل لها ولكنه قال تصلى الى موضع حيضها الثانى والله أعلم بالصواب

فصل فى بيان التاريخ

امرأة كان أيام حيضها عشرة وأيام طهرها عشرين ثم استمر بها الدم يوم الاحد لاربع عشرة ليلة خلت من جمادى الاولى سنة أربع وسبعين وأربعمائة ثم جنت وبقيت كذلك مدة طويلة ثم أفاقت والدم مستمر كذلك لجاء اليوم وهو يوم الخميس السابع والعشرين من ذى القعدة سنة سبع وسبعين واربعمائة الى فقيه تستفتيه انها حائض اليوم أم طاهر فان كانت حائضا فهذا أول حيضها أو آخره وان كانت طاهراً فكذلك فالسبيل لذلك الفقيه ان ينظر من تاريخ الاستمرار الى يوم السؤال فيأخذ السنين الكوامل والشهور الكوامل والايام التي لم تبلغ شهراً فيجعل السنين شهوراً والشهور أياما ثم يطرح من الجملة العدد

الناقص من الشهور فنقول من تاريخ الاستمرار الى وقت السؤال ثلاث سنين وستة أشهر وثلاثة عشر يوما فاجعل السنين شهوراً بأن تضرب ثلاثة فى اثنى عشر فيكون ستة وثلاثين وتضم اليه ستة أشهر فيكون اثنين وأربعين يضرب ذلك في ثلاثين فيكون ألفا ومائتين وستين يضم اليه ثلاثة عشر يوما فيكون ألفا ومائتين وثلاثة وسبعين الا أن في الاشهر كوامل ونواقص فاجعل النصف كوامل والنصف نواقص واطرح بعدد نصف الشهور من الجملة وذلك احد وعشرون يوما يبقى ألف ومائتان واثنان وخمسون ثم انظر الى ماله ثلث صحيح وعشر صحيح فاطرحه لان دورها في كل ثلاثين عشرة حيض وعشرون طهر فألف ومائتان وثلاثون تطرح من هذه الجملة يبقى اثنان وعشرون وليس له ثلث صحيح ولا عشر صحيح فعرفت ان عشرة من أول هذا الباقي حيضها واثنى عشر طهرها فيقال لها قد بقى من مدة طهرك ثمانية فتصلى ثمانية الا أنه يبقى فيه شبهة وهو أنه من الجائز ان عدد الكوامل من الشهور كان أقل وعدد النواقص كان أكثر فان أردت ازالة هذه الشبهة فاحسبه بالاسابيع لان كل أسبوع سبعة أيام من غير زيادة فان وافق العدد بالاسابيع ما كان معك علمت أن النواقص والكوامل كانا سواء فان فضل يوم علمت أن النواقص كان أكثر بشهر وان انتقص يوم علمت أن الكوامل أكثر بشهر فانظر الى ماله سبع صحيح فاطرحه من أصل الحساب ولألف ومائة وتسعين سبع صحيح يبقى اثنان وستون ولستة وخمسين سبع صحيح فاطرحه من الباقى بقى معك ستة فابتداء الاستمرار كان يوم الاحد ومنه الى وقت السؤال خمسة أيام لانها سألت يوم الخميس وقد فضل يوم فعلمت أن النواقص كان أكثر بشهر فاطرح من الباقى معك وذلك اثنان وعشرون واحداً بقى احد وعشرون حيضها من ذلك عشرة وطهرها أحد عشر فيقال لها هذا يوم الحادى عشر من طهرك فصلى تسعة أيام تمام طهرك ثم اتركى عشرة وصلى عشرين وما كان من هذا الجنس تخرجه على هذا الوجه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ امرأة جاءت الى فقيه فأخبرته عن طهر خمسة عشر يوما ولا تحفظ شيئاً سوى ذلك فهذا لا يكفيها لنصب العادة ولا الاستئناف لتوهم الاستحاضة قبلها أو بعدها فيقال لها تذكرى فان لم تتذكر شيئاً فحكمها حكم الضالة على ما يأتى بيانه في بابه فان أخبرته عن طهر صحيح ودم صحيح ولا تحفظ شيئاً آخر فهذا أيضاً لا يكفيها لنصب العادة لتوهم

الاستحاضة قبلها أو بعدها فان قالت اعلم أني لم أكن مستحاضة فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يكفيها لنصب العادة لانه يرى انتقال العادة بالمرة الواحدة وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكفيها لنصب العادة لان عندهما لا تنتقل العادة بالمرة الواحدة فان أخبرت عن دمين صحيحين وطهرين صحيحين متفقين وعلمت أنها لم تكن مستحاضة قبلهما ولا بعدهما فهذا يكفيها لنصب العادة ولا يكفيها للاستئناف لان العادة تنتقل بؤية المخالف مرتين ولكن لا يكفيها للاستئناف لتوهم الطهر الطويل قبلهما أو بعدهما فان أخبرت عن دمين صحيحين مختلفين في العدد وعن طهرين صحيحين مختلفين في العدد فعلى قول من يقول باقل المرتين هذا يكفيها لنصب العادة ولكن لا يكفيها للاستئناف لتوهم الطهر الطويل وعلى قول من يقول باوسط الاعداد هذا لا يكفيها لنصب العادة فان أخبرت عن ثلاثة أطهار ودماء مختلفة فان لم تعلم انها هل كانت مستحاضة قبلها أو بعدها فهذا لا يكفيها لنصب العادة على قول من يقول باوسط الاعداد لان الخالص من هذه الثلاثة دمان وطهران وان علمت انها لم تكن مستحاضة قبلها ولا بعدها فهذا يكفيها لنصب العادة بالبناء على أوسط الاعداد ولا يكفيها للاستئناف لتوهم الطهر الطويل وعلى هذا القياس يخرج ما كان من هذا الوجه والله أعلم

باب الاضلال

﴿قال﴾ واذا كانت امرأة تحيض في كل شهر حيضة فاستحيضت وطبقت بين الفريقين ونسيت عدد أيامها وموضعها فانها تبني على أكبر رأيها لان الطهارة شرط لصحة الصلاة كاستقبال القبلة فكما ان عند اشتباه أمر القبلة عليها تحرى فكذا اشتباه حالها في الحيض والطهر عليها تحرى فكل زمان يكون أكبر رأيها انها حائض فيه تترك الصلاة وكل زمان أكثر رأيها علي انها فيه طاهرة تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك وكل زمان لم يستقر رأيها فيه على شيء بل تردد بين الحيض والطهر والدخول في الحيض فانها تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك وكل زمان لم يستقر رأيها على شيء بل تردد رأيها فيه بين الحيض والطهر والخروج عن الحيض فانها تصلي فيه بالغسل لكل صلاة بالشك والقياس فيما اذا لم يكن لها رأى ان تغتسل في كل ساعة لانه ما من ساعة الا ويتوهم انه وقت خروجها من

الحيض ولكن لو أخذنا بهذا كان فيه حرج بين فانها لا تتفرغ عن الاغتسال لشغل آخر ديني أو دنيوي فأمرناها بالاغتسال لكل صلاة لهذا وكان أبو على الدقاق رحمه الله تعالى يقول هذا قياس أيضاً والاستحسان انها تغتسل لوقت كل صلاة وزعم ان هذا هو قول محمد رحمه الله تعالى لان فى أمرنا اياها بالاغتسال لكل صلاة من الحرج مالا يخفي فكما أن فى المستحاضة التي تعرف أيامها يقام الوقت مقام الصلاة حتى يكفيها في كل وقت وضوء واحد فكذلك فى الاغتسال ولكن الأصح ما ذكر فى الكتاب انها تغتسل لكل صلاة لان اعتبار الحرج فيما لا نص فيه بخلافه والأثر جاء هنا بالاغتسال لكل صلاة فان حمنة بنت جحش رضى الله تعالى عنها لما استحيضت سبع سنين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة فان كانت فيه قد نسيت أيامها فهو نص وان كانت تحفظ أيامها فلما أمرنا بالاغتسال لكل صلاة من حفظت أيامها فلمن نسيت أولى وبه أمر حمنة بنت جحش وكانت تحت عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه وبه أمر سلمة بنت سهيل وكانت تحت أبى حذيفة رضى الله تعالي عنه فشق عليها ذلك فأمرها أن تؤخر الصلاة الى آخر الوقت ثم تصلى الظهر في آخر الوقت والعصر فى أول الوقت بغسل واحد ثم تؤخر المغرب الى آخر الوقت فتغتسل وتصلى المغرب في آخر الوقت والعشاء فى أول الوقت بغسل واحد ثم تغتسل للفجر وبه أخذ ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى وتأويله عندنا انها تذكرت ان خروجها من الحيض كان يكون فى آخر هذه الاوقات . وقال سعيد ابن جبير رحمه الله تعالى رفع فتوى الى ابن عباس رضي الله عنهما بعد ما كف بصره فدفعه الىّ فقرأته عليه فاذا فيه انى امرأة من المسلمين ابتليت بالدم وقد سألت عليا رضى الله تعالى عنه فأمرنى أن أغتسل لكل صلاة فقال وأنا أرى لها مثل مارأى على رضى الله تعالي عنه فلهذه الآثار أمرناها بالاغتسال لكل صلاة وكان أبو سهل رحمه الله تعالى يقول تغتسل في وقت وتصلي ثم تغتسل فى الوقت الثانى لأداء صلاة الوقت وتعيد ماصلت قبل هذا الوقت لتتيقن أداء أحدهما بصفة الطهارة لان الاحتياط فى باب العبادات واجب وانما تصلى المكتوبات والسنن المشهورة لانها تبع للمكتوبات شرعت لجبر النقصان المتمكن فيها وكذلك تصلي الوتر لانها واجبة أو سنة مؤكدة ولا تصلى شيئاً من التطوعات سوى هذا لان أداء التطوع في حالة الطهر مباح وفي حالة الحيض حرام

وماتردد بين المباح والبدعة لايؤتي به فان التحرز عن البدعة واجب وفيما تصلى تقرأ في كل ركعة آية واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وثلاث آيات عندهما قدر مايتم به فرض القراءة ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من يقول تقرأ الفاتحة فى الاوليين من المكتوبة وفي السنن فى كل ركعة لان الفاتحة تعينت واجبة فى حق العمل فلا تترك قراءتها ولاتقرأ السورة معها كمالا تقرأ خارج الصلاة آية تامة من القرآن لان ماتردد بين السنة والبدعة لايؤتى به وكذلك لاتمس المصحف ولاتدخل المسجد لانها فى كل وقت على احتمال انها حائض وليس للحائض مس المصحف ولادخول المسجد ولا قراءة آية تامةمن القرآن فان سمعت سجدة فسجدت كما سمعت سقطت عنها لانهاان كانت طاهرة فقد أدت مالزمها وان كانت حائضا فلا تجب السجدة على الحائض بالسماع وان سجدت بعد ذلك يلزمها ان تعيدها بعد عشرة أيام لجواز ان سماعها كان في حالة الطهر فلزمتها السجدة ثم أدت فى حالة الحيض فلاتسقط عنها فاذا اعادت بعدعشرة أيام تيقنت ان أحداهما كانت فى حالة الطهر وان حجت فلا تأتي بطواف التحية أصلا لانه سنة وماتردد بين السنة والبدعة لايؤتي به فاماطواف الزيارة فركن الحج لابدأن تأتى به ثم تعيده بعد عشرة أيام لتتيقن أن احدهماحصل فى حالة الطهر فتتحلل به بيقين وتأتى بطواف الصدر ثم لاتعيده لان طواف الصدر واجب على الطاهر دون الحائض فان كانت حائضاً فليس عليها ذلك وان كانت طاهرة فقد أتت به ولا يطؤها زوجها لان الوطء لاتتحقق فيه الضرورة ولكنه اقتضاء للشهوة وهو حرام فى حالة الحيض . وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى للزوج أن يتحرى ويطأها بالتحرى لانه حقه في حالة الطهر وزمان الطهر أكثر من زمان الحيض وعند غلبة الحلال يجوز التحرى كالمساليخ اذا اختلطت والحلال غالب على الميتة ولكن هذا غير صحيح فان التحرى في باب الفروج لا يجوز نص عليه فى كتاب التحرى في الجوارى وانما التحرى فيما يحل تناوله بالاذن دون الملك ولا تفطر فى شئ من شهر رمضان ثم بعد مضي شهر رمضان يلزمها قضاء أيام الحيض وأكثر ما كان حيضها في الشهر عشرة أيام سواء كان الشهر كاملا أو ناقصاً لان باقى الشهر بعد أيام الحيض طهر فان انتقص الشهر فظهور ذلك النقصان فى الطهر لافى الحيض ثم المسئلة على ثلاثة أوجه اما أن تعلم أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل أو تعلم أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار أو لا تتذكر

شيئاً من ذلك فان علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل فعليها قضاء عشرين يوما لان أكثر مافسد صومها فيه فى الشهر عشرة وربما وافق ابتداء حيضها ابتداء القضاء فلا يجزيها صومها فى عشرة أيام ثم يجزيها فى عشرة أخرى فاذا صامت عشرين يوما خرجت مما عليها من القضاء بيقين وان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فعليها ان تصوم اثنين وعشرين يوما احتياطا لان أكثر ما فسد صومها فيه في الشهر أحد عشر يوما فان ابتداء الحيض اذا كان من عند طلوع الشمس فتمام عشرة أيام فى مثل هذا الوقت من اليوم الحادى عشر فيفسد صومها فيه ثم عليها قضاء ضعف ذلك لجواز ان ابتداء القضاء وافق أول يوم من حيضها فلا يجزيها الصوم فى احد عشر ثم يجزيها فى أحد عشر أخرى وان كانت لاتدرى ان ابتداء حيضها كان يكون بالليل أو بالنهار فاكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون يلزمها قضاء عشرين يوما لان الحيض لايكون اكثر من عشرة وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى يقول تقضى اثنين وعشرين يوما لتوهم أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار والاحتياط فى باب العبادات واجب ويستوى ان قضت موصولا بالشهر أو مفصولا عنه وهذا كله اذا علمت ان دورها كان يكون فى كل شهر وان لم تعرف ذلك أيضاً فعليها الاخذ بالاحتياط فلا تفطر فى شئ من الشهر وعليها ان كانت تعرف ان ابتداء حيضها كان يكون بالليل قضاء خمسة عشر يوما لان من الجائز ان حيضها كان عشرة وطهرها خمسة عشر يوما فانما فسد صومها فى خمسة عشر يوما إما عشرة من أول الشهر وخمسة من آخره أو خمسة من أول الشهر بقية حيضها وعشرة من آخر الشهر فاذا عرفنا ان عليها قضاء خمسة عشر يوما فاما ان تقضي موصولا بالشهر أو مفصولا عنه فان قضت موصولا فعليها ان تقضى خمسة وعشرين يوما لانه ان كان فسد صومها من أول الشهر عشرة ومن آخر الشهر خمسة فيوم الفطر هو السادس من حيضها لاتصوم فيه ثم تصوم بعده تسعة عشر يوما فلا يجزيها فى أربعة أيام بقية حيضها ثم يجزيها فى خمسة عشر وان كان انما فسد من آخر الشهر عشرة فيوم الفطر أول يوم من طهرها لاتصوم فيه ثم يجزيها الصوم فى أربعة عشر يوما ثم لايجزيها في عشرة ثم يجزيها فى يوم آخر فمن هذا الوجه عليها ان تصوم خمسة وعشرين يوما ومن الوجه الاول تسعة عشر فتحتاط وتصوم خمسة وعشرين وكذلك ان قضت مفصولا فانما تقضى خمسة وعشرين يوما لتوهم ان ابتداء القضاء وافق أول يوم من حيضها فلا يجزيها الصوم فى عشرة أيام ثم يجزيها فى خمسة عشر

يوما وان علمت ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فا كثر مافسد من صومها في الشهر ستة عشر يوما إما أحد عشر من أوله وخمسة من آخره أو خمسة من أول الشهر بقية الحيض وأحد عشر من آخره واما أن تقضي ذلك موصولا برمضان أو مفصولا عنه فان قضت موصولا فعليها أن تصوم أثنين وثلاثين يوما لانه ان كان أول الشهر ابتداء حيضها فيوم الفطر هو السادس من حيضها لاتصوم فيه ثم لايجزئها الصوم بعده فى خمسة أيام ويجزئها فى أربعة عشر يوماً ثم لايجزئها فى أحد عشر يوماً ثم يجزئها فى يومين فتكون الجملة اثنين وثلاثين وان كان ابتداء شوال أول طهرها بأن كان ختم حيضها في آخر رمضان فلا تصوم فى يوم العيد ثم يجزئها الصوم بعده في ثلاثة عشر يوماً ثم لايجزئها فى أحد عشر ثم يجزئها فى ثلاثة فتكون الجملة سبعة وعشرين فمن هذا الوجه عليها قضاء سبعة وعشرين يوماً ومن الوجه الاول عليها قضاء أثنين وثلاثين فتأخذ بالاحتياط وتصوم أثنين وثلاثين لتخرج مما عليها بيقين وان قضت مفصولا فعليها قضاء ثمانية وثلاثين لانه يتوهم أن يوافق ابتداء القضاء أول يوم من حيضها فلا يجزئها الصوم فى أحد عشر يوما ثم يجزئها في أربعة عشر ثم لايجزئها فى احد عشر ثم يجزئهافى يومين فتكون الجملة ثمانية وثلاثين يوما فاذا صامت هذا المقدار تيقنت بجواز صومها في ستة عشر يوماً وذلك القدر كان واجباً عليها وان كانت لاتدرى أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار أو بالليل فعلى قول عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى تصوم خمسة وعشرين يوماً وعلى قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالي تأخذ بأحوط الوجهين فان قضت موصولا بالشهر صامت اثنين وثلاثين يوما وان قضت مفصولا عن الشهر صامت ثمانية وثلاثين يوما وهذا كله اذا كان شهر رمضان كاملا فان كان ناقصا فالواجب عليها قضاء خمسة عشر يوما لأنا تيقنا بجواز صومها في أربعة عشر فيتعين للفساد خمسة عشر فاذا أرادت القضاء صامت سبعة وثلاثين يوما لان من الجائز أن يوافق ابتداء صومها ابتداء حيضها فلا يجزئها فى أحد عشر يوما بأن كان حيضها بالنهار ويجزئها في أربعة عشر ثم لا يجزئها فى أحد عشر ثم يجزئها فى يوم فجملة ذلك سبعة وثلاثون يوما فلهذا صامت هذا القدر لتخرج مما عليها بيقين ولو وجب على هذه المرأة صوم شهرين متتابعين فى كفارة القتل أو فى كفارة الفطر بأن كانت أفطرت قبل هذه الحالة اذ فى هذه الحالة لا تلزمها الكفارة لتمكن الشبهة فى كل يوم بالتردد بين الحيض والطهر ثم هذا على وجهين اما ان كانت

تعلم أن حيضها كان يكون فى كل شهر أولا تعلم ذلك وكل وجه على وجهين أما ان كانت تعلم أن ابتداء حيضها بالليل أو بالنهار أو لا تعلم ذلك فأما الفصل الاول وهو ما اذا كان دورها فى كل شهر فان علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل فعليها أن تصوم تسعين يوما لان الواجب عليها صوم ستين يوما متتابعة فمن كل ثلاثين يتيقن بجواز صومها فى عشرين فاذا صامت تسعين يوما تيقنت بجواز صومها فى ستين يوما فتسقط به الكفارة عنها وان علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فعليها أن تصوم مائة يوم وأربعة أيام لجواز أن يكون ابتداء صومها يوافق ابتداء حيضها فلا يجزئها فى أحد عشر يوما ثم يجزئها فى تسعة عشر يوما ثم لا يجزئها فى أحد عشر ثم يجزئها في تسعة عشر ثم في الشهر الثالث كذلك فيبلغ العدد تسعين يوما وانما جاز صومها منه فى سبعة وخمسين ثم لا يجزئها فى احد عشر ثم يجزئها فى ثلاثة تتمة ستين فبلغ عدد الجملة مائة يوم وأربعة أيام فلهذا صامت هذا المقدار وان كانت لا تدرى أن حيضها كان يكون بالليل أو بالنهار فعلى قول أكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى تصوم تسعين يوما وعلى ما ذكره الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى تأخذ بأحوط الوجهين فتصوم مائة وأربعة أيام وأما الفصل الثاني وهو ما اذا كانت لا تدرى ان دورها فى كم يكون فان علمت أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل فعليها أن تصوم مائة يوم لان من كل خمسة وعشرين يتيقن بجواز صومها في خمسة عشر بأن كان حيضها عشرة وطهرها خمسة عشر فاذا صامت مائة يوم جاز صومها فى ستين يوما بيقين فتسقط عنها الكفارة به وان كانت تعلم أن ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فعليها أن تصوم مائة وخمسة عشر يوما لان من الجائز أن يوافق ابتداء الصوم ابتداء الحيض فلا يجزئها فى احد عشر ثم يجزئها فى أربعة عشر ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها فى أربعة عشر فيبلغ العدد مائة وانما جاز صومها فى ستة وخمسين يوما ثم لا يجزئها فى أحد عشر يوما ثم يجزئها فى أربعة من أربعة عشر يوما تتمة ستين فبلغ مائة وخمسة وعشرين وانما جاز صومها فيه في ستين يوماً وان كانت لا تدرى كيف كان ابتداء حيضها فهو على الاختلاف الذى بينا ولو وجب عليها صوم ثلاثة أيام في كفارة يمين فان كانت تعلم أن ابتداء حيضها كان يكون بالليل فعليها أن تصوم خمسة عشر يوماً لانه ان وافق ابتداء صومها ابتداء الحيض لم يجزئها فى عشرة ثم يجزئها في ثلاثة بعدها وذلك ثلاثة عشر فان كانت حين افتتحت الصوم بقى من طهرها يوم أو يومان جاز

صومها فيهما ثم لم يجز في عشرة وانقطع به التتابع فان صوم ثلاثة أيام في كفارة اليمين متتابعة وعذر الحيض فيه لا يكون عفواً لانها تجد ثلاثة أيام خالية عن الحيض بخلاف الشهرين وقد بينا هذا في كتاب الصوم فعليها أن تحتاط بصوم خمسة عشر يوما حتى اذا كان الباقي من طهرها يومين حين افتتحت الصوم لم يجزها صومها فيهما عن الكفارة لانقطاع التتابع في العشرة بعدهما لعذر الحيض وجاز صومها فى ثلاثة بعدها فكانت الجملة خمسة عشر يوما وان شاءت صامت ثلاثة أيام ثم بعد عشرة أيام تصوم ثلاثة أيام أخرى فتيقن ان إحدى الثلاثتين وافقت زمان طهرها وجاز صومها فيها عن الكفارة وان كانت تعلم ان ابتداء حيضها كان يكون بالنهار فعليها ان تصوم ستة عشر يوما لان من الجائز ان الباقي من طهرها حين افتتحت الصوم يومان فلا يجزيها الصوم فيهما عن الكفارة لانقطاع التتابع ثم لا يجزيها في أحد عشر يوما بسبب الحيض ثم يجزيها في ثلاثة أيام فتكون الجملة ستة عشر يوما صامت ثلاثة أيام ثم أفطرت أحد عشر ثم صامت ثلاثة أيام فتيقن ان احدى الثلاثتين في زمان طهرها فيجزيها وعلى هذا قال فى قضاء رمضان أيضا اذا كان الواجب عليها قضاء عشرة أيام بان كان دورها فى كل شهر فان شاءت صامت عشرين يوما كما بينا وان شاءت صامت عشرة أيام فى شهر ثم فى شهر آخر عشرة أخرى سوى العشرة الأولى لتتيقن ان احدى العشرتين موافق زمان طهرها وكذلك ان كانت تعلم ان ابتداء حيضها كان يكون في كل شهر ثلاثة أو أربعة فعليها بعد مضى رمضان قضاء ضعف عدد أيامها وان شاءت صامت عدد أيامها فى عشر من شهر ثم فى الشهر آخر صامت مثل ذلك فى عشر آخر لتتيقن ان احداهما موافق زمان طهرها فيجزيها من القضاء الا انا لم نشتغل بهذا فى قضاء رمضان لانه ليس فيه تخفيف عليها بنقصان العدد وبيناه فى صوم كفارة اليمين لان التخفيف فيه يتحقق ولو وجب عليها قضاء صلاة تركتها فى زمان طهرها صلت تلك الصلاة بعد الاغتسال ثم اعادتها بعد عشرة أيام لتخرج مما عليها بيقين فان احد الوقتين زمان طهرها بيقين ولو أن هذه المرأة طلقها زوجها بعد الدخول بها فعلى قول أبي عصمة سعد بن معاذ رضى الله عنه لا تنقضى عدتها في حكم التزوج بزوج آخر ابدا لما بينا أنه لا يقدر أكثر الطهر بشيء فان التقدير بالرأى لا يجوز وعلى قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى اذا مضى من وقت الطلاق تسعة عشر شهراً وعشرة أيام غير أربع ساعات يجوز لها ان تتزوج لانه يقدر أكثر مدة الطهر بستة أشهر غير ساعة كما بينا

ومن الجائز ان الطلاق كان بعد مضى ساعة من حيضها فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة وذلك عشرة أيام غير ساعة ثم بعد ثلاثة اطهار كل طهر ستة أشهر غير ساعة وثلاثة حيض كل حيضة عشرة أيام فاذا جمعت الكل بلغ تسعة عشر شهرا وعشرة أيام غير أربع ساعات فيحكم بانقضاء عدتها بهذه المدة ولها ان تتزوج بعدها وعلى قول من يقدر مدة الطهر فى حقها بتسعة وعشرين يوما كما بينا تتزوج بعد أربعة أشهر ويوم واحد غير ساعة لان من الجائز أن الطلاق كان بعد مضى ساعة من حيضها فلا تحسب هذه الحيضة من العدة وهو عشرة أيام غير ساعة ثم بعد ثلاثة اطهار كل طهر سبعة وعشرين يوما وثلاث حيض كل حيضة عشرة فيبلغ عدد الجملة مائة واحدا وعشرين يوما غير ساعة فلهذا كان لها ان تتزوج بعد هذه المدة فاما فى حكم انقطاع الرجعة فاذا مضى تسعة وثلاثون يوما من وقت الطلاق انقطعت الرجعة لان بابها مبني على الاحتياط ومن الجائز ان حيضها كان ثلاثة وطهرها خمسة عشر وكان وقوع الطلاق فى آخر جزء من أجزاء طهرها فتنقضى عدتها بتسع وثلاثين يوماً فلهذا حكمنا بانقطاع الرجعة بهذا القدر احتياطاً وهو نظير ماقلنا فى امرأة تحفظ أيامها طهرت من الحيضة الثالثة وأيامها دون العشرة فاغتسلت بسؤر الحمار انقطعت به الرجعة ولا تحل للازواج مالم تتيمم معه أو تصلى بعد التيمم ولو ان هذه المبتلاة كانت أمة فاشتراها انسان فمدة استبرائها على قول أبي عصمة رحمه الله تعالى لا تقدر بشئ لما بينا وعلى قول محمد بن ابراهيم رحمه الله تعالى تقدر بستة أشهر وعشرين يوماً غير ساعتين لجواز ان الشراء كان بعد ما مضى من حيضها ساعة فلا تحسب هذه الحيضة من الاستبراء وهو عشرة أيام الا ساعة ثم بعده طهر ستة أشهر الا ساعة ثم بعده الحيض عشرة أيام فتكون الجملة ستة أشهر وعشرين يوماً غير ساعتين يستبرئها بها وانما هذا كالبناء على قول من يجوز وطأها بالتحري لان المقصود من الاستبراء استباحة الوطء فاما على قول من لا يبيح وطأها أصلا وهو الاصح فلا حاجة الى هذا التكلف وما كان من أحكامها فعلى هذا الوجه تخريجه والله أعلم

فصل فى اضلال عدد فى عدد

فان سأل سائل عن امرأة أضلت أيامها فيما هو دونها من العدد فهذا محال بان قال أيامها

عشرة فاضلت ذلك فى أسبوع لان العشرة لاتوجد فى الاسبوع فكيف تضل فيه وكذلك لو قال أضلت في مثلها من العدد فهو محال أيضا بأن قال أيامها سبعة فأضلت ذلك فى أيام الجمعة لانها واجدة عالمة بحالها وان قال أضلت أيامها فيما هو فوقها من العدد فالسؤال مستقيم ثم الاصل فيه ان كل زمان يتيقن فيه بالحيض تترك الصلاة والصوم ولا يأتيها زوجها فيه بيقين وكل زمان تيقنت فيه بالطهر تصلى فيه بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين ولا يأتيها زوجها فيه وكل زمان تردد بين الحيض والطهر تصلى فيه بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها فيه وكل زمان تردد بين الحيض والطهر والخروج من الحيض تصلى فيه بالاغتسال لكل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها فيه وأصل آخر انها متى أضلت أيامها في ضعفها من العدد أو أكثر من الضعف فلا يتيقن بالحيض فى شئ منه نحو ما اذا كانت أيامها ثلاثة فضلت ذلك في ستة أو ثمانية لانها لاتتيقن بالحيض في شئ من أوله وآخره ومتى ضلت أيامها فيما دون ضعفه يتيقن بالحيض في بعضه نحو ما اذا كانت أيامها ثلاث فضلت ذلك فى خمسة فانها تتيقن بالحيض فى اليوم الثالث فانه أول الحيض أو آخره أو الثانى منه بيقين فتترك الصلاة فيه لهذا اذا عرفنا هذا جئنا الى بيان المسائل فنقول ان كانت تعلم أن أيامها كانت ثلاثة في العشر الآخر من الشهر ولا تدرى في أى موضع من العشر كانت ولا رأى لها في ذلك فهذه أضلت أيامها فى أكثر من ضعفها فتصلى ثلاثة أيام من أول العشر بالوضوء لوقت كل صلاة لانه تردد حالها فى هذه المسألة بين الحيض والطهر ثم بعد ذلك تغتسل لكل صلاة الى آخر العشر لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض الا أنها ان كانت تذكر أن خروجها من الحيض في أى وقت من اليوم كان يكون تغتسل فى كل يوم في ذلك الوقت مرة وان كانت لاتعرف ذلك تغتسل لكل صلاة فان كانت أيامها أربعة فأضلت ذلك فى العشرة فانها تتوضأ أربعة أيام من أول العشرة لوقت كل صلاة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم بعد ذلك تغتسل لكل صلاة الى آخر العشرة لانه تردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كانت أيامها خمسة فاضلت ذلك في عشرة فانها تصلى خمسة أيام من أول العشرة بالوضوء لوقت كل صلاة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تصلى الى آخر العشرة بالاغتسال لكل صلاة لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من

الحيض فان كانت أيامها ستة فاضلت ذلك فى عشرة فانها تصلي من أول العشرة أربعة أيام بالوضوء لوقت كل صلاة ثم تدع يومين ثم تصلي فى أربعة أيام بالاغتسال لكل صلاة لان الاربعة الاولى ترددت بين الحيض والطهر فأما اليوم الخامس والسادس فهو حيض بيقين لانه ان كانت أيامها من أول العشر فهذا آخر حيضها وان كانت من آخر العشر فهذا أول حيضها فلهذا تركت الصلاة فيهما بيقين ثم فى الاربعة الأواخر تردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فتصلى فيه بالاغتسال لكل صلاة وان كانت أيامها سبعة فأضلت ذلك في عشرة فانها تصلى ثلاثة من أول العشرة بالوضوء لوقت كل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع أربعة بيقين لان هذه الاربعة فيها يقين الحيض فانها آخر الحيض ان كانت البداية من أول العشرة وأول الحيض ان كانت أيامها في آخر العشرة ثم تصلى ثلاثة أيام بالاغتسال لكل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كانت أيامها ثمانية فأضلت ذلك فى عشرة فانها تصلى فى يومين من أول العشرة بالوضوء لوقت كل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الصلاة ستة لان فيها يقين الحيض ثم تصلى فى اليومين الآخرين بالاغتسال لكل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كانت أيامها تسعة فأضلتها فى عشرة فانها تصلى فى يوم من أول العشرة بالوضوء لوقت كل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الصلاة ثمانية أيام لان فيها يقين الحيض ثم تصلى فى اليوم الآخر بالاغتسال لكل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فان كانت أيامها عشرة فهى واجدة لأن اضلال العشرة في العشرة لا يتحقق فان كانت تذكر أنها كانت تطهر فى آخر الشهر ولا تدرى كم كانت أيامها توضأت الى تمام سبعة وعشرين يوما من الشهر ثم أمسكت عن الصلاة ثلاثة أيام ثم اغتسلت غسلاً واحداً وهذا الجواب صحيح لكن فيه بعض الابهام فانه لم يميز وقت التيقن بالطهر من وقت الشك وتمام الجواب فى أن نبين ذلك فنقول الى عشرين من الشهر لها يقين الطهر فتتوضأ فيها لوقت كل صلاة ويأتيها زوجها ثم فى سبعة أيام بعد ذلك تردد حالها بين الحيض والطهر فان كان حيضها ثلاثة فهذه السبعة من جملة الطهر وان كان حيضها عشرة فهذه السبعة من جملة حيضها فتصلى فيها بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها ثم فى ثلاثة أيام تتيقن بالحيض فتترك الصلاة فيها ووقت الخروج من الحيض معلوم

لها وهو عند انسلاخ الشهر فاغتسلت عند ذلك غسلا واحداً فان كانت تذكر أنها كانت تري الدم اذا جاوزت عشرين يوماً ولا تدري كم كانت أيامها فانهاتدع بعد العشرين الصلاة ثلاثة أيام بيقين لان الحيض لا يكون أقل منها ثم تغتسل لكل صلاة الى آخر الشهر لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وتعيد صوم هذا العشر في عشر آخر من شهر آخر لان فيها يقين الطهر وهذا الجواب مستقيم اذا كانت تعلم أن ابتداء رؤية الدم كان بعد مجاوزة العشرين فأما اذا كانت تعلم أنها كانت ترى الدم يوم الحادى والعشرين ولا تتذكر سوى ذلك شيئاً فالجواب أنها تتيقن بالطهر الى الحادى والعشرين من الشهر فتصلى فيها بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين ويأتيها زوجها ثم تصلي في تسعة أيام بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك لانه تردد حالها فيه بين الحيض والطهر فمن الجائز أن اليوم الحادى والعشرين آخر حيضها وأيامها عشرة ولا يأتيها زوجها فيه لتردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كانت تستيقن أنها كانت تري الدم بعد مامضى سبعة عشر من الشهر ولا تدري كم كانت أيامها فقد ذكر في بعض نسخ الحيض أنها تدع ثلاثة أيام بعد ستة عشر لان فيها يقين الحيض والطهر والخروج من الحيض ثم تصلى في سبعة أيام بالاغتسال لكل صلاة بالشك لان فيه تردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولكن تأويل هذا أنها كانت تذكر أن ابتداء حيضها كان يكون بعد ستة عشر وفى عامة النسخ قال انها تصلى بالوضوء ثلاثة أيام ثم بالاغتسال سبعة أيام وهذا الذى ذكره الحاكم فى المختصر وقال انماخالف بين الجواب في هذه والجواب في الاولى لأنها لاتعلم ان حيضها كان متصلا بمضي سبعة عشر من الشهر وانما تعلم كونه فى العشرة التي بعدها فاذا كان موضوع المسئلة هذا فهذه امرأة أضلت أيامها فى العشرة بعد سبعة عشر من الشهر ولاتدرى كم كانت أيامها فأقلها ثلاثة بيقين وقد بينافيمن أضلت ثلاثة فى عشرة انها تتوضأ لوقت كل صلاة واذا كان على المستحاضة صلوات فائتة ولاتذكر شيئاً من أمرها فانها تقضى ماعليها فى يوم ان قدرت عليه وانلم تقدرفي يومين بالاغتسال لكل صلاة ثم تعيدها بعد مضى عشرة أيام فى اليوم الحادي عشر والثانى عشر لتتيقن بالاداء فى زمان الطهر فى احدى المرتين فان كانت تذكر أنها ترى الدم يوم الحادى عشر فى الشهر ولا تذكر أوله وآخره فانها تتوضأ الى الحادى عشر بيقين الطهر ويأتيها زوجها فيه ثم تتوضأ لوقت كل

صلاة فى تسعة أيام بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع اليوم الحادى والعشرين ثم تغتسل فى تسعة أيام لكل صلاة بالشك لا يأتيها زوجها فيه لتردد حالها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وان كانت تعلم أنها كانت تحيض فى كل شهر مرة فى أوله أو فى آخره ولا تدرى كم كان حيضها ولا تدخل شهراً فى شهر فانها تتوضأ من أول الشهر ثلاثة أيام لوقت كل صلاة لتردد حالها في هذه الثلاثة بين الحيض والطهر ولا يأتيها زوجها ثم تغتسل سبعة أيام لكل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها أيضاً ثم تتوضأ الى آخر الشهر ولم يميز فى هذا الجواب الزمان الذى فيه يقين الطهر ولا بد من ذلك فنقول فى العشر الاوسط تتوضأ لوقت كل صلاة لانها تتيقن بالطهر فيها ويأتيها زوجها وفى العشر الأواخر تتوضأ لوقت كل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ولا يحتمل الخروج من الحيض فى هذه العشرة انما تردد حالها بين الحيض والطهر والدخول فى الحيض لانه لو تصور الخروج من الحيض فى هذه العشرة كان فيه ادخال شهر فى شهر وقد نصت على انها كانت لا تدخل شهراً فى شهر فلهذا تتوضأ فى العشرة لوقت كل صلاة ثم تغتسل مرة واحدة لاحتمال خروجها من الحيض لتمام الشهر ان كان حيضها فى هذه العشرة الاخيرة فان كانت تعرف انها كانت ترى الدم عشرة أيام من الشهر ولا تدرى أوله وآخره فانها تتوضأ من أول الشهر الى تمام العشرة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل مرة ثم تتوضأ وتصلى الى آخر الشهر ولكن فى العشر الأوسط بيقين الطهر فتتوضأ لوقت كل صلاة بيقين ويأتيها زوجها وفى العشر الآخر تتوضأ لوقت كل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل مرة واحدة لاحتمال خروجها من الحيض عند تمام الشهر ان كان حيضها العشر الآخر فان كانت تعلم ان أيامها خمسة وانها كانت ترى الدم فى اليوم العشرين من الشهر ولا تحفظ شيئاً سوى هذا فمن أول الشهر الى تمام خمسة عشر تصلى بالوضوء لوقت كل صلاة باليقين ويأتيها زوجها لانها تتيقن بالطهر فيها ثم في أربعة أيام تتوضأ لوقت كل صلاة بالشك ولا يأتيها زوجها لتردد حالها بين الحيض والطهر وفى اليوم العشرين تترك بيقين وتغتسل بعدها أربعة أيام بالشك لان كل ساعة من هذه الاربعة الايام فيها توهم خروجها من الحيض ﴿ قال ﴾ واذا كانت لها أيام معلومة من

كل شهر فانقطع عنها الدم أشهراً ثم عاودها واستمر بها وقد نسيت أيامها فانها تمسك عن صلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار لانها تتيقن فيها بالحيض فان عادتها في الوضع قد انتقلت بعدم الرؤية مرتين أو أكثر فاول عادتها من وقت الاستمرار وتتيقن بالحيض في ثلاثة أيام فتترك الصلاة فيها ثم تغتسل لكل صلاة في سبعة أيام لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض وتتوضأ عشرين يوما لوقت كل صلاة لانها تتيقن فيها بالطهر ويأتيها زوجها وذلك دأبها وتأويل هذه المسئلة اذا كانت تعلم ان دورها في كل شهر وانها كانت لاتدخل شهراً في شهر فان كانت لاتعرف ذلك فلم يتعرض لهذا الفصل في الكتاب ولا بد من بيانه فنقول هو على ثلاثة أوجه اما ان كانت لاتدرى كم كان حيضها وطهرها أو كانت تذكر مقدار طهرها ولا تذكر مقدار حيضها أو كانت تذكر مقدار حيضها ولا تذكر مقدار طهرها فاما الفصل الاول فنقول انها تدع الصلاة من أول الاستمرار ثلاثة أيام بيقين ثم تصلى سبعة أيام بالاغتسال لكل صلاة بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ولا يأتيها زوجها في هذه العشرة ثم تصلى ثمانية أيام بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين ويأتيها زوجها فيها لانها بيقين الطهر في هذه الثمانية فانه ان كان حيضها ثلاثة أيام فهذا آخر طهرها وان كان حيضها عشرة فهذا أول طهرها ثم تصلى ثلاثة أيام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ولا يأتيها زوجها فبلغ الحساب احدا وعشرين ثم تصلى بعد ذلك بالاغتسال لكل صلاة بالشك لانه لم يبق لها يقين بالطهر ولا بالحيض بعد هذا فما من ساعة بعد هذا الا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض اما بالزيادة فى حيضها على الثلاثة أو فى طهرها على خمسة عشر واما الفصل الثانى وهو اذا علمت ان طهرها خمسة عشر ولا تدرى كم حيضها فانها تترك الصلاة من أول الاستمرار ثلاثة أيام ثم تغتسل سبعة أيام بالشك ثم تصلى ثمانية أيام بالوضوء بيقين ثم تصلى ثلاثة أيام بالوضوء بالشك فبلغ الحساب احدا وعشرين ولو كان حيضها ثلاثة فابتداء طهرها بعد احد وعشرين وان كان حيضها عشرة فابتداء طهرها الثانى بعد خمسة وثلاثين ففي هذه الاربعة عشر تصلى بالاغتسال لكل صلاة بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض ثم تصلى يوما واحداً بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين وذلك بعد ماتغتسل عند تمام خمسة وثلاثين يوماً لان فى هذا اليوم يقين الطهر ثم تصلى ثلاثة أيام بالوضوء بالشك

لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل بعد ذلك لكل صلاة أبداً لانه لم يبق لها يقين فى شئ بعدها فما من ساعة الا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض وأما الفصل الثالث وهو ما اذا كانت تعلم ان حيضها ثلاثة ولا تدرى كم كان طهرها فانها تدع ثلاثة من أول الاستمرار بيقين ثم تصلى خمسة عشر يوما بالوضوء لوقت كل صلاة بيقين ويأتيها زوجها ثم تصلي ثلاثة أيام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر فاذا بلغ الحساب احدا وعشرين فبعد ذلك تغتسل لكل صلاة أبداً لانه لم يبق لها يقين فى شئ ومامن ساعة الا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض فتغتسل لكل صلاة ولا يأتيها زوجها وان كانت تذكر ان طهرها خمسة عشر وتردد رأيها فى الحيض بين الثلاثة والاربعة فانها تترك من أول الاستمرار ثلاثة ثم تغتسل غسلا واحداً ثم تصلى فى اليوم الرابع بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تغتسل عند مضي اليوم الرابع مرة أخرى ثم تصلى بالوضوء أربعة عشر يوما باليقين فبلغ الحساب ثمانية عشر ثم تصلى في اليوم التاسع عشر بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع اليوم العشرين والحادى والعشرين بيقين ثم تغتسل وتصلى اليوم الثانى والعشرين بالوضوء بالشك ولا تغتسل فى اليوم الثالث والعشرين وتغتسل عند تمام الثالث والعشرين لانه ان كان حيضها ثلاثة فأوان خروجها من الحيضة الثانية عند تمام الحادى والعشرين وان كان حيضها أربعة فأوان خروجها من الحيضة الثانية عند تمام الثالث والعشرين فلهذا تغتسل عند ذلك ثم تصلى ثلاثة عشر يوما بالوضوء لوقت كل صلاة باليقين فبلغ الحساب ستة وثلاثين ثم تصلى فى يومين بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تدع يوما واحداً لان هذا اليوم آخر حيضها ان كان حيضها ثلاثة وأول حيضها ان كان حيضها أربعة فتتيقن فيه بالحيض فبلغ الحساب تسعة وثلاثين ثم تغتسل لجواز أن هذا وقت خروجها من الحيض ثم تصلى ثلاثة أيام بالوضوء بالشك لتردد حالها بين الحيض والطهر فبلغ الحساب اثنين وأربعين ثم تغتسل لان هذا أوان خروجها من الحيض اذا كانت أيامها أربعة ثم تصلى اثنى عشر يوما بالوضوء لوقت كل صلاة باليقين لانها تتيقن بالطهر فيها فبلغ الحساب أربعة وخمسين ثم تصلى بعد ذلك ثلاثة أيام بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تغتسل مرة أخرى ولم يبق لها يقين الترك فى شئ بعد أربعة وخمسين فنسوق المسئلة هكذا ونأمرها

بالاغتسال فى كل وقت يتوهم أنه وقت خروجها من الحيض الا أن لا يبقى لها يقين الطهر في شئ أيضاً فحينئذ تغتسل لكل صلاة أبداً وعلى هذا النحو يخرج ما اذا علمت ان حيضها ثلاثة وتردد رأيها فى الطهر بين خمسة عشر وستة عشر فمن فهم الفصل الأول تيسر عليه تخريج الثاني ﴿ قال ﴾ واذا كانت المستحاضة لا تذكر أيامها غير أنها تتيقن بالطهر يوم العاشر ويوم العشرين ويوم الثلاثين فانها تتوضأ من أول الشهر ثلاثة أيام ثم تغتسل لكل صلاة ستة أيام لاحتمال خروجها من الحيض في كل ساعة منها ثم تصلى اليوم العاشر بالوضوء بيقين الطهر ثم تصلى اليوم الحادى عشر والثاني عشر والثالث عشر بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تغتسل ستة أيام الى تمام تسعة عشر ثم تتوضأ وتصلى يوم العشرين بيقين ثم ثلاثة أيام بعده تصلى فيها بالوضوء بالشك ثم تغتسل ستة أيام الى تمام تسعة وعشرين يوما لكل صلاة ثم تصلى اليوم الثلاثين بالوضوء بيقين الطهر ولا يجزيها صومها فى تسعة أيام من شهر رمضان فلتصم ضعفها ثمانية عشر يوما لما بينا قال الحاكم رحمه الله تعالى فان قضت الصوم فى هذه الايام الثلاثة العاشر والعشرين والثلاثين كفاها تسعة أيام وهو صحيح لانها تتيقن بالطهر فى هذه الايام فيصح صومها فيها عن القضاء والتتابع فى صوم القضاء ليس بشرط وماقضت من الفوائت فى غير هذه الايام الثلاثة اعادتها فى هذه الايام الثلاثة ولا يقربها زوجها الا فى هذه الايام لانها تتيقن فيها بالطهر وان كانت تعلم ان أيام حيضها كانت ثلاثة في العشر الآخر من الشهر ولا تدرى اذا مضى عشرون من الشهر أو اذا بقى ثلاثة من الشهر فانها الى تمام العشرين تصلى بالوضوء بيقين ثم تصلى ثلاثة أيام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل غسلا واحداً ثم تتوضأ الى آخر الشهر ولكن فى أربعة أيام لها يقين الطهر فيأتيها زوجها فيها وفى الثلاثة تردد حالها بين الحيض والطهر فتتوضأ فيها بالشك ولا يأتيها زوجها ثم تغتسل غسلا واحداً وان كانت أيامها ثلاثة فى وسط العشر الآخر ولا تدرى غير ذلك فانها تصلى بالوضوء الى تمام ثلاثة وعشرين بيقين الطهر ثم تصلى فى اليوم الرابع والعشرين بالوضوء بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر ثم تدع الصلاة يوم الخامس والعشرين والسادس والعشرين لانها تتيقن بالحيض وتغتسل يوم السابع والعشرين لكل صلاة لتوهم خروجها من الحيض فيه وفي الحقيقة هذه المرأة أضلت أيامها الثلاثة فى أربعة أيام وقد بينا حكمها فيما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم

باب حل الوطء بانقطاع الدم قبل وقته

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه اذا انقطع دم المرأة دون عادتها المعروفة في حيض أونفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلاة وصلت وتجنبها زوجها احتياطاً حتى تأتي على عادتها لان حيض المرأة لايبقى على صفة واحدة في جميع عمرها بل يزداد تارة وينقص أخرى فالانقطاع قبل تمام عادتها طهر ظاهر على احتمال أن لايكون طهراً بأن يعاودها الدم فان الدم لايسيل في زمان الحيض على الولاء فينبغي لها أن تأخذ بالاحتياط فتنتظر آخر الوقت لانها لايفوتها بهذا القدر من التأخير شئ فاذا خافت فوت الوقت اغتسلت وصلت احتياطاً لان الانقطاع طهر ظاهراً ومضى الوقت على الطاهر يجعل الصلاة ديناً في ذمتها وذلك لايكون الا بتفويت منها بترك الاداء في الوقت فعليها أن لاتفوت ولانه يفحش أن يمضي عليها وقت صلاة وليس فيها مانع من أداء الصلاة ظاهراً ولا تصلى فيه ويجتنبها زوجها احتياطا لاحتمال أنها حائض بعد بأن يعاودها الدم وتأثير هذا الاحتمال بعادتها المعروفة ولكن لا تتزوج بزوج آخر ان كان هذا آخر عدتها احتياطا لتوهم أنها حائض بعد وكذلك ان كانت مستبرأة لا يطؤها المولى حتى تمضى أيام عادتها احتياطا وان كانت استكملت عادتها فى الدم ثم انقطع اغتسلت في آخر الوقت وصلت وهذا أظهر من الاول لان الاعتبار بما سبق يدل على أن هذا الانقطاع طهر لانها تنتظر آخر الوقت اذا كانت أيامها دون العشرة لاحتمال أن يعاودها الدم وليس فى هذا التأخير تفويت شئ وانما تؤخر الى آخر الوقت المستحب دون المكروه نص عليه محمد رحمه الله تعالى فى آخر الكتاب فقال اذا انقطع الدم عنها في وقت العشاء فانها تؤخر الصلاة الى وقت يمكنها أن تغتسل فيه وتصلى قبل انتصاف الليل ووقت العشاء يبقى الى طلوع الفجر ولكن التأخير الى ما بعد نصف الليل مكروه وكذلك لو انقطع عنها الدم فى وقت العصر فانها تؤخر الى وقت يمكنها أن تغتسل فيه وتصلى قبل تغير الشمس لان تأخير الصلاة الى ما بعد تغير الشمس مكروه وبالتوهم لا يحل لها ارتكاب المكروه ولا بأس لزوجها أن يطأها هنا لان انقطاع الدم طهر من حيث الظاهر والاستدلال بما قبله واحتمال توهم العود لم يتأيد بدليل هنا فلا يمنعه من الوطء وكذلك لها أن تتزوج ان كان هذا آخر عدتها لانها قد طهرت ظاهراً والمعلوم الظاهر لا يترك العمل

به بالمحتمل وهذا اذا كانت أيامها دون العشرة فان كانت أيامها عشرة فكما تمت العشرة اغتسلت وصلت ولاتؤخر سواء انقطع عنها الدم أو لم ينقطع لانا تيقنا بخروجها من الحيض فان الحيض لا يكون أكثر من عشرة وان لم يكن لها قبل ذلك عادة وكانت مبتدأة وانقطع دمها على الخمس أو فى النفاس وانقطع دمها على العشرين وسعها ان تمكن زوجها من نفسها وان تتزوج لان في حق المبتدأة العادة تحصل بالمرة الواحدة فالتحقت بصاحبة العادة غير ان قوله وان تتزوج ان لم يكن لها زوج كلام مختل لانها ان لم تكن معتدة فقد كان لها ان تتزوج فى حالة الحيض والنفاس وان كانت معتدة فلا يتصور انقضاء عدتها بالحيضة الأولى لان الصغيرة اذا اعتدت شهرين ثم حاضت يلزمها استئناف العدة لقدرتها على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فدل انه كلام مختل ذكره بالقياس على ما سبق من غير تأمل فيه ولو كانت نصرانية تحت مسلم فانقطع عنها الدم فيما دون العشرة وسع الزوج ان يطأها ووسعها ان تتزوج لانه لا اغتسال عليها فانها لا تخاطب قبل الاسلام بأحكام الشرع وكذلك لو كانت مطلقة رجعية فانقطع عنها الدم قبل تمام العشرة فى الحيضة الثالثة فانه لا اغتسال عليها فان أسلمت بعد انقطاع الدم فليس للزوج ان يراجعها أيضاً ولها ان تتزوج لانا حكمنا بطهارتها بنفس انقطاع الدم فلا تعود فيه بالاسلام بخلاف ما اذا عاودها الدم فرؤية الدم مؤثر فى إثبات الحيض به ابتداء فكذلك يكون مؤثراً في البقاء بخلاف الاسلام وان كانت أيامها عشرة فكما انقطع الدم عند تمام العشرة انقطعت الرجعة ولها ان تتزوج لانها خرجت من الحيض بيقين ولكنها لا تقرأ القرآن مالم تغتسل وهي بمنزلة الجنب فى وجوب الاغتسال عليها وللجنابة تأثير فى المنع من قراءة القرآن دون بقاء العدة * قال * عجوز كبيرة حكم بإياسها ثم رأت الدم بعد ذلك فقد ذكر الزعفرانى رحمه الله تعالى في كتاب الحيض انها لا تكون حائضاً ولو كانت اعتدت بالشهور وتزوجت لم يبطل نكاحها لان الظاهر ان الدم فى هذه الحالة من فساد الرحم او الغذاء فلا يبطل به ما تقدم من الحكم بإياسها وكان محمد بن ابراهيم الميدانى رحمه الله تعالى يقول ان رأت حمرة وتمادى بها الى مدة الحيض كان حيضاً استدلالا بما ذكر محمد رحمه الله تعالى في نوادر أبي سلمان رحمه الله تعالى فانه قال بنت ثمانين أو تسعين اذا رأت الدم فهو حيض فان كانت كدرة لم يكن حيضاً لان الظاهر انه من فساد الرحم أو الغذاء ثم المعتبر فى اللون في حقها عند رفع

الخرقة فان الرطوبة على الخرقة قد تتغير من الحمرة الى الكدرة أو من الكدرة الى الخضرة قبل الرفع أو بعد الرفع ولا معتبر بواحد من الحالين انما المعتبر عند الرفع لان الظهور عند ذلك يحصل وكذلك في حق الحائض اذا تغير اللون من الحمرة الى البياض أو من البياض الى الحمرة فالعبرة بحالة الرفع فان رأت البياض عند الرفع ثم تغير الى الحمرة بعد ذلك أو الى الخضرة أو الى الصفرة فهذا انقطاع وان كانت كدرة عند الرفع ثم تغيرت الى البياض فهى حائض بعد لان الخروج عند رفع الخرقة يكون فيعتبر اللون فى تلك الحالة وان كان حيضها مرة ستاً ومرة خمساً فانقطع عنها الدم لتمام الخمسة فانها تغتسل وتصلى احتياطاً ولا يأتيها زوجها حتى يمضى اليوم السادس لتوهم معاودة الدم وقد تأيد هذا التوهم بدليل معتبر كان قبل هذا ولو كانت معتدة انقطعت الرجعة بمضى خمسة أيام من الحيضة الثالثة وليس لها ان تتزوج حتى يمضى اليوم السادس وعند مضيه يلزمها ان تغتسل فتأخذ بالاحتياط فى كل حكم وانما يتصور لزوم الاغتسال عند مضي اليوم السادس فاما اذا انقطع دمها لتمام الخمسة ولم تبتل بالاستمرار فانها تغتسل لتمام الخمسة ولا يلزمها ان تغتسل لتمام الستة اذا لم يعاودها الدم هذا فى حق من ليست لها عادة معروفة ولكنها ابتليت بالاستمرار وتردد رأيها في الحيض بين الخمس والست وقد بينا هذا فيما سبق والله أعلم بالصواب

باب النفاس

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة قيل أنه مشتق من تنفس الرحم به وقيل هو من النفس الذى هو عبارة عن الدم وقيل هو من النفس التى هى الولد لخروجه لا ينفك عن دم يتعقبه وأكثر مدته أربعون يوما عندنا وقد بينا اختلاف العلماء فيه واعتمادنا فيه على السنة فقد روى عن أم سلمة رضى الله عنها قالت كانت النفساء يقعدن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما وكنا نطلى وجوهنا بالورس من الكلف وفى حديث أبى الدرداء وأبى هريرة رضي الله عنهما قالا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم للنفساء أربعين صباحا الا أن ترى الطهر قبل ذلك ولا غاية لاقله لعموم قوله الا أن ترى الطهر قبل ذلك حتي اذا رأت الدم يوما ثم طهرت فذلك اليوم نفاس لها بخلاف الحيض فان أقله مقدر لان دم الحيض والنفاس ما يكون من الرحم ولدم النفاس دليل

يستدل به على أنه من الرحم وهو تقدم خروج الولد فلا حاجة الى الاستدلال عليه بالامتداد بخلاف دم الحيض والذى ذكره أبو موسى رحمه الله تعالى فى مختصره ان أقل النفاس عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خمسة وعشرون يوما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى احد عشر يوما ليس المراد به أنه اذا انقطع فيما دون ذلك لايكون نفاسا ولكن المراد به اذا وقعت الحاجة الى نصب العادة لها فى النفاس لاينقص ذلك من خمسة وعشرين يوما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا كانت عادتها فى الطهر خمسة عشر لانه لو نصب لها دون هذا القدر أدى الى نقض العادة فمن أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الدم اذا كان محيطاً بطرفي لاربعين فالطهر المتخلل لا يكون فاصلا طال أو قصر فلو قدر نفاسها باقل من خمسة وعشرين يوما فعاودها الدم قبل تمام الاربعين كان الكل نفاساً فلهذا قدر بخمسة وعشرين وفى الاخبار بانقضاء العدة قدر مدة نفاسها بخمسة وعشرين على ماسنبينه وكذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى انما قدر باحد عشر يوما في الاخبار بانقضاء العدة فأما اذا انقطع الدم دون ذلك فلا خلاف فى أنه نفاس ثم أبو حنيفة رحمه الله تعالى مر على أصله فقال الاربعون للنفاس كالعشرة للحيض ثم الطهر المتخلل فى العشرة عنده لايكون فاصلا واذا كان الدم محيطاً بطرفى العشرة يجعل الكل كالدم المتوالى فكذلك فى النفاس اذا أحاط الدم بطرفى الاربعين وأبو يوسف رحمه الله تعالى مر على أصله ان الطهر المتخلل اذا كان أقل من خمسة عشر لايصير فاصلا ويجعل كالدم المتوالى فاذا بلغ خمسة عشر يوماً صار فاصلا بين الدمين فهذا مثله ومحمد رحمه الله تعالى فرق بين النفاس وبين ماتقدم فى الحيض فقال هناك اذا كانت الغلبة للطهر يصير فاصلا بين الدمين وان كان دون الخمسة عشر وهنا لا يصير فاصلا لانه لايتصور هنا فى مدة الاربعين طهر ما دون خمسة عشر وهو غالب على الدم انما يتصور ذلك في مدة الحيض ثم هناك الدم قد يتقدم وقد يتأخر فلو لم يعتبر غلبة احدهما على الآخر أدي الى القول بجعل زمان هو طهر كله حيضاً وذلك لايجوز بخلاف النفاس وانما قال ان الطهر خمسة عشر هنا يصير فاصلا بين الدمين لان طهر خمسة عشر صالح للفصل بين الحيضتين فكذلك للفصل بين الحيض والنفاس فكان المتقدم نفاساً والمتأخر حيضاً وبيان هذا اذا رأت الدم يوماً بعد الولادة ثم طهرت ثمانية وثلاثين يوماً ثم رأت الدم يوما فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الاربعون كلها نفاس وعندهما النفاس هو اليوم الاول فقط ثم

يخرج على هذا الاصل المسائل الى ان تقول رأت الدم خمسة بعد الولادة والطهر خمسة عشر يوما والدم خمسة والطهر خمسة عشر ثم استمر بها الدم فعندهما نفاسها الخمسة الأولى وعادتها فى الطهر خمسة عشر لانها رأت مرتين وحيضها الخمسة التى بعد العشرين وصار ذلك عادة لها بالمرة الواحدة لانها مبتدأة وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى نفاسها خمسة وعشرون والطهر الاول غير معتبر لاحاطة الدم بطرفيه فى مدة الاربعين فاما الطهر الثانى فهو صحيح معتبر لان به تتم الاربعون فيصير ذلك عادة لها فى الطهر بالمرة الواحدة ولا عادة لها فى الحيض فيجعل أول الاستمرار حيضها عشرة وطهرها خمسة وعندهما يجعل حيضها من أول الاستمرار خمسة وطهرها خمسة عشر وعادتها فى النفاس عندهما تكون خمسة وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خمسة وعشرون لان العادة فى النفاس فى حق المبتدأة تثبت بالمرة الواحدة كالعادة فى الحيض ويختلفون فى أول وقت النفاس فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى وقت الولادة أول وقت النفاس وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى وقت فراغ رحمها أول وقت النفاس وانما يتبين ذلك فيما اذا ولدت ولداً وفى بطنها ولد آخر فعند أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تصير نفساء وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا تصير نفساء مالم تضع الولد الثانى قالا لانها حامل بعد والحامل كما لا تحيض فكذلك لا تصير نفساء لان النفاس أخو الحيض واستدلا بحكم انقضاء العدة فانه لا يثبت الا بوضع آخر الولدين فكذلك حكم النفاس وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قال النفاس هو الدم الخارج عقب الولادة وقد تحقق ذلك وانما لا يجعل لما تراه المرأة الحامل من الدم حكم الحيض لانه ليس من الرحم فان الله تعالى أجرى العادة ان المرأة اذا حبلت انسد فم رحمها وهذا المعنى غير موجود هنا لان فم الرحم قد انفتح بوضع أحد الولدين فالدم المرئي من الرحم كان نفاسا وهذا بخلاف حكم انقضاء العدة لانه متعلق بفراغ الرحم ولا فراغ مع بقاء شئ من الشغل وهنا حكم النفاس للدم الخارج من الرحم بعد الولادة وقد تحقق ذلك فان كان بين الولدين عشرة أيام واستمر بها الدم وهي مبتدأة فى النفاس فعند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تترك الصوم والصلاة بعد ولادة الولد الاول ونفاسها بعد وضع الولد الثاني ثلاثون يوما وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا تترك الصوم والصلاة مالم تضع الولد الثانى ونفاسها بعد ذلك أربعون يوما وحكى أن أبا يوسف قال لابي حنيفة رحمهما الله تعالى أرأيت لو كان بين الولدين

أربعون يوما قال هـذا لايكون قال فان كان قال لانفاس لها من الولد الثاني وان رغم أنف أبي يوسف ولـكنها تغتسل كما تضع الولد الثاني وهذا صحيح لانه لايتوالى نفاسان ليس بينهما طهر كما لاتتوالى حيضتان ليس بينهما طهر ﴿ قال ﴾ فان خرج بعض الولد ثم رأت الدم فروى خلف بن أيوب عن أبي يوسف وهو قول أبي حنيفـة رحمهم الله تعالى أنه ان خرج الاكثر منه فهي نفساء لان بقاء الاقل لايمنع خروج الدم من الرحم وكذلك لو انقطع الولد فيها فاذا خرج الأكثر كانت نفساء لان للأكثر حكم الكمال فاما اذا أسقطت سقطاً فان كان قد استبان شئ من خلقه فهي نفساء فيما ترى من الدم بعد ذلك وان لم يستبن شئ من خلقه فلا نفاس لها ولـكن ان أمكن جعـل المرئي من الدم حيضاً يجعـل حيضاً وان لم يمكن بان لم يتقدمه طهر تام فهو استحاضة وقال الشافعي رحمه الله تعالى يمتحن السقط بالماء الحار فان ذاب فيه فليس بولد فلا نفاس لها وان لم يذب فهو ولد وتصير به نفساء وهذا من باب الطب ليس من الفقه في شئ فلم نقل به لهذا ولـكن حكمنا السيما والعلامة فان ظهر فيه شئ من آثار النفوس فهو ولد والنفاس هو الدم الخارج بعقب خروج الولد وان لم يستبن فيه شئ من الآثار فهذه علقة أو مضغة فلم يكن للدم المرئي بعدها حكم النفاس ثم المسألة على وجهين اما ان ترى الدم قبل إسقاط السقط أولا تراه فان رأت الدم قبل اسقاط السقط فان كان السقط مستبين الخلق لاتترك الصلاة والصوم بالدم المرئي قبله وان كانت تركت الصلاة فعليها قضاؤها لانه تبين انها كانت حاملا حين رأت الدم وليس لدم الحامل حكم الحيض وهي نفساء فيما تراه بعد السقط وان لم يكن السقط مستبين الخلق فما رأته قبـل السقط حيض ان أمكن ان يجعـل حيضاً بان وافق أيام عادتهـا وكان مرئياً عقيب طهر صحيح لانه تبين انها لم تـكن حاملا ثم ان كان مارأت قبل السقط مدة تامة فما رأت بعـد السقط استحاضة وان لم تـكن مدة تامة تـكمل مدتها مما رأت بعد السقط ثم هي مستحاضة بعد ذلك فان كانت أيامها ثلاثة فرأت قبل السقط ثلاثة دما ثم استمر بها الدم بعد السقط فحيضها الثلاثة التي رأتها قبل السقط وهي مستحاضة فيما رأت بعد السقط وان كان مارأت قبـل السقط يوما أو يومين تـكمل مدتها ثلاثة أيام مما تراه بعد السقط ثم هي مستحاضة بعد ذلك وان لم ترد ماقبل السقط ورأته بعـده فان كان السقط مستبـين الخلق فهي نفساء وان لم يكن مستبين الخلق فان أمكن جعل ماتراه بعد السقط حيضاً يجعل حيضاً لها بعدل

أيام عادتها وان لم يمكن جعله حيضاً فهي مستحاضة في ذلك فان أسقطت في بئر المخرج سقطاً لاتدرى أنه كان مستبين الخلق أولم يكن فهذا أيضا على وجهين اما أن ترى الدم قبل السقط أولا تراه الا بعد السقط فان لم تر الدم الا بعد السقط وايامها في الحيض عشرة وفى الطهر عشرون فنقول اذا كان السقط مستبين الخلق فلها نفاس أربعين لانها مبتدأة في النفاس وقد استمر بها الدم فيكون نفاسها أكثر النفاس كالمبتدأة بالحيض اذا استمر بها الدم وان لم يكن السقط مستبين الخلق فحيضها عشرة فتترك الصلاة عقيب السقط عشرة أيام بيقين لأنها في هذه العشرة اما حائض واما نفساء ثم تغتسل وتصلى عشرين يوماً بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك لانه تردد حالها فيها بين الطهر والنفاس ثم تترك عشرة بيقين لانها فى هذه العشرة اما حائض أو نفساء ثم تغتسل لتمام مدة النفاس والحيض ثم بعده طهرها عشرون وحيضها عشرة وهكذا دأبها أن تغتسل في كل وقت تتوهم انه وقت خروجها من الحيض والنفاس فان كانت قد رأت قبل اسقاط السقط دما فان كان مارأت قبل الاسقاط مستقلا لاتترك الصلاة بعد الاسقاط وان لم يكن مستقلا تركت بعد الاسقاط قدر ماتتم به مدة حيضها ولا تترك الصلاة فيما رأت قبل الاسقاط على كل حال ولو تركت فعليها قضاؤها لانه ان كان السقط مستبين الخلق لم يكن مارأت قبله حيضا وان لم يكن مستبين الخلق كان ذلك حيضا فتردد حالها فيما رأت قبل السقط بين الحيض والطهر فلا تترك الصلاة بالشك ثم ان كان حيضها عشرة وطهرها عشرون فان رأت قبل الاسقاط عشرة ثم أسقطت اغتسلت وصلت عشرين يوماً بعد السقط لانه تردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ثم تترك عشرة بيقين لأنها فيه نفساء أو حائض ثم تغتسل وتصلى عشرين يوما عشرة بالشك لأنه تردد حالها فيها بين النفاس والطهر ثم تغتسل وتصلى عشرة أخرى بيقين الطهر ثم تصلى عشرة بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر ثم تغتسل وهكذا دأبها وان كانت رأت قبل السقط خمسة أيام دما ثم أسقطت كما بينا فانها تترك الصلاة خمسة أيام بعد السقط لأن السقط ان لم يكن مستبين الخلق فهذه الخمسة تتمة مدة حيضها وان كان مستبين الخلق فهذا أول نفاسها فتترك الصلاة فى هذه الخمسة بيقين ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك لتردد حالها فيه بين النفاس والطهر ثم تترك عشرة بيقين لانها في هذه العشرة إما حائض أو نفساء فبلغ الحساب خمسة

وثلاثين ثم تغتسل وتصلى خمسة أيام بالوضوء بالشك ثم تغتسل لتمام الأربعين لانه وقت خروجها من النفاس ان كان السقط مستبين الخلق ثم تصلى خمسة عشر يوما بالوضوء بيقين لانه طهرها فبلغ الحساب خمسة وخمسين ثم تصلى خمسة أيام بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين أول الحيض ان لم يكن السقط مستبين الخلق وبين آخر الطهر ان كان السقط مستبين الخلق فبلغ الحساب ستين ثم تترك خمسة لأنها تتيقن بأن هذه الخمسة إما أول حيضها أو آخر حيضها ثم تغتسل وتصلى خمسة أيام بالوضوء بالشك ثم تغتسل مرة أخرى لان هذا آخر حيضها ان كان السقط مستبين الخلق ثم تصلى خمسة عشر يوماً بالوضوء بيقين وهكذا دأبها ان تترك فى كل مرة الصلاة فى كل خمسة فيها يقين الحيض وأن تغتسل فى كل وقت تتوهم أنه وقت خروجها من الحيض. وان ولدت ولداً أو أسقطت سقطاً مستبين الخلق واستمر بها الدم وشكت في حيضها أو طهرها فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه إما ان شكت فى حيضها أنه خمسة أو عشرة وتيقنت بأن طهرها عشرون أو شكت في طهرها أنه خمسة عشر أو عشرون وعلمت أن حيضها عشرة أو شكت فيهما جميعاً فان شكت فى الحيض انه خمسة أو عشرة ولم تشك فى الطهر فانها بعد الاربعين التى هي نفاسها تغتسل وتصلي عشرين يوماً باليقين لانها عالمة بمدة طهرها ثم تدع خمسة بيقين لانها حائض فيها ثم تغتسل فبلغ الحساب خمسة وعشرين ولها حسابان الاقصر والاطول فنى الحساب الاقصر استقبلها طهر عشرين وفي الحساب الاطول بقى من حيضها خمسة فتصلى خمسة أيام بالوضوء بالشك ثم تغتسل وتصلى خمسة عشر بالوضوء بيقين الطهر فبلغ الحساب خمسة وأربعين وفى الحساب الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفي الاطول بقى من طهرها خمسة فتصلى خمسة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب خمسين ثم تغتسل وفى الحساب الاقصر استقبلها الطهر عشرون وفي الاطول الحيض عشرة فتصلى عشرة بالوضوء بالشك ثم تغتسل فبلغ الحساب ستين ثم في الحساب الاقصر بقى من طهرها عشرة وفي الاطول استقبلها طهر عشرين فتصلى عشرة بيقين فبلغ الحساب سبعين ثم فى الحساب الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفي الاطول بقى من طهرها عشرة فتصلى خمسة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب خمسة وسبعين فتغتسل ثم فى الحساب الاقصر استقبلها طهر عشرين وفي الاطول بقى من طهرها خمسة فتصلى خمسة بالوضوء بيقين فبلغ الحساب ثمانين ثم في

الحساب الاقصر بقى من طهرها خمسة عشر وفي الاطول استقبلها الحيض عشرة فتصلي عشرة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب تسعين فتغتسل ثم في الحساب الاقصر بقى من طهرها خمسة وفى الاطول استقبلها طهر عشرين فتصلى بالوضوء بيقين خمسة فبلغ خمسة وتسعين ثم في الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفى الاطول بقى من طهرها خمسة عشر فتصلى خمسة بالوضوء بالشك ثم تغتسل فبلغ الحساب مائة ثم في الاقصر استقبلها طهر عشرين وفى الاطول بقى من طهرها عشرة فتصلى عشرة بيقين فبلغ الحساب مائة وعشرة ثم فى الاقصر بقى من طهرها عشرة وفي الاطول استقبلها الحيض عشرة فتصلي عشرة بالشك ثم تغتسل فبلغ الحساب مائة وعشرين ثم فى الاقصر استقبلها الحيض خمسة وفى الاطول استقبلها طهر عشرين فتصلى خمسة بالوضوء بالشك فبلغ الحساب مائة وخمسة وعشرين ثم فى الاقصر استقبلها الطهر عشرين وفى الاطول بقى من طهرها خمسة عشر فتصلى خمسة عشر بالوضوء بيقين فبلغ الحساب مائة وأربعين ثم فى الاقصر بقى من طهرها خمسة وفي الاطول استقبلها الحيض عشرة فتصلى خمسة بالوضوء بالشك بلغ الحساب مائة وخمسة وأربعين ثم فى الاطول بقى من حيضها خمسة وفي الاقصر استقبلها الحيض خمسة فتترك هذه الخمسة بيقين ثم تغتسل فبلغ الحساب مائة وخمسين واستقام دورها فى ذلك وعلى هذا النحو يخرج ما اذا كان الشك فى الطهر أنه خمسة عشر أو عشرون واستقام دورها فيه أيضاً فى مائة وخمسين ثم تخرج على هذا النحو ما اذا شكت فيهما فى الحيض أنه خمسة أو عشرة وفي الطهر أنه خمسة عشر أو عشرون وانما يستقيم دورها فى هذا الفصل فى ثلثمائة يوم ﴿قال﴾ امرأة ولدت وانقطع دمها بعد يوم أو يومين أو ثلاثة انتظرت الى آخر الوقت ثم اغتسلت وصلت فالانتظار لتوهم أن يعاودها الدم والاغتسال فى آخر الوقت لانها طاهرة ظاهراً وقد بينا نظيره فى الحيض فان كانت طلقت حين ولدت صدقت على انقضاء المدة فى أربعة وخمسين يوما وزيادة ما في قول محمد رحمه الله تعالى وفى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما وفي قول أبى حنيفة فى رواية محمد رحمهما الله تعالى لا تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما وفى رواية الحسن رحمه الله تعالى لا تصدق فى أقل من مائة يوم وذكر أبو سهل الفرائضى رحمه الله تعالى فى كتاب الحيض رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انها لا تصدق فى أقل من مائة وخمسة عشر يوما وهذه المسئلة تنبنى

على فصلين أحدهما مابينا أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان الدم محيطا بطرفي الاربعين فالطهر المتخلل لا يكون فاصلا وان طال والثاني أن المطلقة اذا كانت تعتد بالأقراء في كم تصدق اذا أخبرت بانقضاء العدة فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لاتصدق فى أقل من ستين يوما . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تصدق فى تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما أنه يجعل كانه طلقها فى آخر جزء من أجزاء الحيض وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر فثلاث مرات ثلاثة يكون تسعة وطهران كل واحد منهما خمسة عشر يكون ثلاثين فلهذا صدقت في تسعة وثلاثين يوما لانها أمينة فاذا أخبرت بما هو محتمل يجب قبول خبرها وقيل على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ينبغي أن تصدق في سبعة وثلاثين يوما ونصف وأربع ساعات لانا قد بينا أن أقل الحيض عنده يومان والاكثر من اليوم الثالث فيجعل كل حيضة يومان ونصف وساعة فذلك سبعة ونصف وثلاث ساعات وساعة الاخبار والاغتسال فتصدق فى سبعة وثلاثين يوما ونصف وأربع ساعات للاحتمال فاما تخريج قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فعلى ما ذكره محمد رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها من أول الطهر تحرزاً عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر لانه لا غاية لأكثر الطهر فيقدر بأقله وحيضها خمسة لان من النادر أن يكون حيضها أقل أو يمتد الى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وذلك خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيضة خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وعلى مارواه الحسن رحمه الله تعالى يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق فى آخر الطهر أقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم الحيض لها عشرة لانا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا ليها يقدر حيضها بأكثر الحيض نظراً للزوج فثلاث حيض كل حيضة عشرة يكون ثلاثين وطهران كل طهر خمسة عشر يوما يكون ثلاثين فذلك ستون قال ولا معنى لما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانه لا احتمال لتصديقها في تلك المدة الا بعد أمور كلها نادرة منها أن يكون الايقاع في آخر جزء من أجزاء الطهر ومنها أن يكون حيضها أقل مدة الحيض ومنها أن يكون طهرها أقل مدة الطهر ومنها أن لا تؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء والأمين اذا أخبر بما لا يمكن تصديقه فيه الا بأمور هي نادرة لا يصدق كالوصى اذا قال أنفقت على الصبي فى يوم مائة درهم لا يصدق

وما قاله محتمل بأن يشترى له نفقة فتسرق ثم مثلها فتحرق ثم مثلها فتتلف فلا يصدق لكون هذه الامور نادرة فكذلك هنا فان كانت المطلقة أمة فعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تصدق في احد وعشرين يوما لان حيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر فحيضتان تكون ستة وطهرها بينهما يكون خمسة عشر فذلك احد وعشرون يوما وعند أبي حنيفة في رواية محمد رحمهما الله تعالى تصدق في أربعين يوما ويجعل كأنه طلقها في أول الطهر فطهران كل واحد منهما خمسة عشر يكون ثلاثين وحيضتان كل واحدة منهما خمسة يكون عشرة فذلك أربعون وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى تصدق في خمسة وثلاثين يوما ويجعل كأنه طلقها في آخر الطهر فحيضتان كل واحدة منهما عشرة وطهرها خمسة عشر بينهما يكون خمسة وثلاثين يوما اذا عرفنا هذا جئنا الي بيان مسئلة الكتاب اذا قال لامرأته الحامل اذا ولدت فأنت طالق فاماتخريج قول أبي حنيفة على رواية محمد رحمهما الله تعالى أن يجعل نفاسها خمسة وعشرين يوما تحرزاً عن معاودة الدم بعد الطهر قبل كمال الاربعين وطهرها خمسة عشر فذلك أربعون ثم حيضها خمسة وطهرها خمسة عشر فثلاث حيض كل حيضة خمسة وطهران بينها كل واحد منهما خمسة عشر يكون خمسة وأربعين فاذا ضممته الى الاربعين يكون خمسة وثمانين فتصدق في هذا القدر وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى التخريج هكذا الا أن حيضها بعد الاربعين عشرة فثلاث حيض كل حيضة عشرة وطهران بينها يكون ستين يوما اذا ضممتها الى الاربعين يكون مائة يوم وعلى رواية أبي سهل الفرائضى رحمه الله تعالى قال يجعل نفاسها أربعين يوما لان أكثر مدة النفاس معلوم كأكثر مدة الحيض وكما قدرنا حيضها بأكثر المدة كذلك قدرنا نفاسها بأكثر المدة ثم بعد النفاس طهر خمسة عشر فذلك خمسة وخمسون اذا ضممت اليه ستين يوما كما بينا كان مائة يوم وخمسة عشر يوما فلهذا لاتصدق فيما دون هذا القدر فاما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجعل نفاسها احد عشر يوما لان أدنى مدة النفاس هذا وذلك لان العادة ان مدة النفاس تزيد على مدة الحيض والساعات لايمكن ضبطها وكذلك الايام لا غاية لاكثرها فقدرنا الزيادة بيوم واحد فكان نفاسها احد عشر يوما وعابه محمد رحمه الله تعالى في ذلك فقال هو يقول اذا انقطع عن النفساء دمها في أقل من احد عشر يوما اغتسلت وصلت فهذا ينقض قوله في المعتدة ولكن أبو يوسف رحمه الله تعالى في هذا الحرف اعتبر

العادة دون الاحتمال ثم طهرها خمسة عشر فذلك ستة وعشرون ثم بعده تسعة وثلاثون يوما لثلاث حيض كما بينا فذلك خمسة وستون يوما فلهذا صدقها في هذا القدر وعلى قول محمد رحمه الله تعالى تصدق فى أربعة وخمسين يوما وزيادة لانه لاغاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة وجب تصديقها للاحتمال والطهر بعده خمسة عشر ثم تسعة وثلاثون يوما لثلاث حيض فذلك أربعة وخمسون يوما وساعة فصدقت في هذا المقدار للاحتمال فان كانت المرأة أمة والمسئلة بحالها فعلى تخريج محمد لقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى تصدق في خمسة وستين يوما نفاسها خمسة وعشرون وطهرها خمسة عشر وحيضها خمسة لحيضتان بعد الاربعين وطهر بينهما يكون خمسة وعشرين اذا ضممته الى الاربعين يكون خمسة وستين يوما وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى تصدق فى خمسة وسبعين لانه يجعل حيضها عشرة لحيضتان بعد الاربعين وطهر بينهما يكون خمسة وثلاثين يوما اذا ضممتها الى الاربعين يكون خمسة وسبعين وعلى رواية أبي سهيل الفرائضى رحمه الله تعالى تصدق في تسعين يوما نفاسها أربعون وحيضها عشرة فطهر ان وحيضتان يكون خمسين يوما اذا ضممته الى الاربعين يكون تسعين وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تصدق فى سبعة وأربعين يوما نفاسها احد عشر والطهر بعده خمسة عشر فذلك ستة وعشرون اذا ضممته الى احد وعشرين كما بينا يكون سبعة وأربعين وعلى قول محمد رحمه الله تعالى تصدق فى ستة وثلاثين يوما وساعة لانه يجعل نفاسها ساعة وطهرها خمسة عشر ثم بعد ذلك احد وعشرون كما بينا من قوله فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة تصدق في هذا المقدار اذا أخبرت بانقضاء العدة للاحتمال والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء الثالث من المبسوط ويليه الجزء الرابع ﴾

﴿ وأوله كتاب المناسك ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان الا على الظالمين
والصلاة والسلام على رسوله محمد وآله أجمعين

كتاب المناسك

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله تعالى اعلم ان الحج في اللغة القصد ومنه قول القائل

وأشهد من عوف حلولا كثيرة يحجون سب الزبرقان المزعفرا

أى يقصدون له معظمين اياه وفى الشريعة عبارة عن زيارة البيت على وجه التعظيم لاداء ركن من أركان الدين عظيم ولا يتوصل الى ذلك الا بقصد وعزيمة وقطع مسافة بعيدة فالاسم شرعى فيه معنى اللغة والمناسك جمع النسك والنسك اسم لكل مايتقرب به الى الله عزوجل ومنه سمى العابد ناسكا ولكنه في لسان الشرع عبارة عن أركان الحج قال الله تعالى فاذا قضيتم مناسككم وفرضية الحج ثابتة بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وآكد مايكون من ألفاظ الالزام كلمة على وأما السنة فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجد زاداً وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى ولم يحج حتي مات فليمت ان شاء يهودياً وان شاء نصرانياً وفى رواية فليمت على أى ملة شاء سوى ملة الاسلام وتلا قوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين وسبب وجوب الحج ما أشار الله تعالى اليه فى قوله حج البيت فالواجبات تضاف الى أسبابها ولهذا لايجب فى العمر الا مرة واحدة لان سببه وهو البيت غير متكرر والاصل فيه حديث الاقرع بن حابس رضي الله تعالى عنه حيث قال يارسول الله الحج فى كل عام أم مرة فقال صلى الله عليه وسلم بل مرة فما زاد فتطوع والوقت فيه شرط الاداء وليس بسبب ولهذا لايتكرر بتكرر الوقت الا أن أركان هذه العبادة متفرقة على الامكنة والازمنة

فلا يجوز الا بمراعاة الترتيب فيها ولهذا لا يتأدى طواف الزيارة قبل الوقوف كما لا يتأدى السجود فى فصل الصلاة قبل الركوع والمال شرط يتوصل به الى الاداء ولهذا لا يتحقق الاداء من فقير لا مال له فرضاً وأركان هذه العبادة الافعال والمال ليس بسبب فيه ولكنه معتبر ليتيسر به الوصول الى مواضع أداء أركانه ثم بدأ الكتاب فقال اذا أردت أن تحرم بالحج ان شاء الله اقتدى بكتاب الله تعالى فى ذكر الاستثناء فى قوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى خاطب أبا يوسف رحمه الله تعالى والواحد يشك فى حاله أنه يحج أو لا يحج فقيد بالاستثناء وتفرس فيه أنه يحج فما أخطأت فراسته ﴿قال﴾ فاغتسل أو توضأ والغسل فيه أفضل هكذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تجرد لاهلاله فاغتسل رواه خارجة بن زيد بن ثابت رضى الله عنه وهذا الاغتسال ليس بواجب لما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أسماء قد نفست قال مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم أن الاغتسال الواجب مع النفاس والحيض لا يتأدي فعرفنا أن هذا الاغتسال لمعنى النظافة وما كان لهذا المقصود فالوضوء يقوم مقامه كما فى العيدين والجمعة ولكن الغسل أفضل لان معنى النظافة فيه أكمل ثم البس ثوبين ازاراً ورداء جديدين أو غسيلين هكذا ذكر جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدي عند احرامه ولان المحرم ممنوع من لبس المخيط ولا بد له من ستر العورة فتعين للستر الارتداء والائتزار والجديد والغسيل في هذا المقصود سواء غير أن الجديد أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم لابى ذر رضى الله عنه تزين لعبادة ربك ﴿قال﴾ وادهن بأى دهن شئت وهو الظاهر من المذهب عندنا أنه لا بأس بأن يتطيب ويدهن قبل احرامه بما شاء وروى عن محمد رحمه الله تعالى قال كنت لا أرى بذلك بأساً حتى رأيت أقواما يحضرون طيباً كثيراً ويصنعون شيئاً شنعاً فكرهت ذلك وهو قول مالك رحمه الله تعالى وقد نقل عن عمر وعثمان رضى الله عنهما كراهة ذلك وحجة هذا القول حديث الاعرابى حيث جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه جبة متضمخة أى متلطخة بالخلوق فسأله عن العمرة فلم يجبه حتى نزل عليه الوحي فلما سرى عنه قال اين السائل عن العمرة فقال الاعرابى ها أنا ذا يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم أما جبتك فانزعها وأما الخلوق فاغسله واصنع فى عمرتك ما أنت صانع في حجتك فقد أمره بازالة الطيب عن نفسه عند الاحرام ولنا حديث عائشة رضى الله عنها

قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يزور البيت وفي رواية كنت أرى وبيص المسك فى مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد احرامه فتطيبوا وعن عائشة رضى الله عنها قالت كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم متضمخاً جباهنا بالمسك ثم نحرم فنعرق فيسيل على وجوهنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يري ذلك ولا يكرهه وتأويل حديث الاعرابى انه كره الخلوق له لكونه بمنزلة الثوب المورس والمزعفر ومعنى كراهة محمد رحمه الله تعالى لاستعمال الطيب الكثير انه بعد الاحرام ربما ينتقل على بدنه من موضع الى موضع فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثانى ولكن هذا ليس بقوى فانه لاتلزمه الكفارة بهذا ولو كان بهذه المنزلة لوجب عليه الكفارة واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فيما اذا تطيب بعد احرامه وكفر ثم تحول الطيب مع عرقه من موضع الى موضع فمهم من يقول لاتلزمه كفارة جديدة لان أصل فعله قد انقطع بالتكفير فلا معتبر بأثره كما لو فعله قبل الاحرام ومنهم من قال تلزمه كفارة أخرى هنا لان أصل فعله كان محظوراً فتحوله من موضع الى موضع يكون جناية أيضاً فى حكم الكفارة بخلاف ماقبل الاحرام فان أصل فعله لم يكن محظوراً ثم لامعتبر ببقاء الأثر بعد الاحرام اذا كان أصل فعله قبل الاحرام كالحلق ثم قال وصلى ركعتين لحديث عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أتانى آت من ربى وأنا بالعقيق فقال صل فى هذا الوادى المبارك ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة معاً وفيما ذكر جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلي بذى الحليفة ركعتين عند احرامه ثم قال وقل اللهم اني أريد الحج فيسره لى وتقبله منى لانه محتاج فى أداء أركانه الى تحمل المشقة ويبقى فى ذلك أياما فيطلب التيسير من الله تعالى اذ لايتيسر للعبد الا ما يسره الله تعالى ويسأل القبول كما فعله الخليل واسماعيل صلوات الله عليهما في قولهما ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم ولم يأمر بمثل هذا الدعاء لمن يريد افتتاح الصلاة لان أداءها يسير عادة ولاتطول فى أدائها المدة فاما أركان الحج متفرقة على الامكنة والازمنة ولا يؤمن فيها اعتراض الموانع عادة فلهذا أمر بتقديم سؤال التيسير (قال) ثم لب فى دبر صلواتك تلك فان شئت بعد مايستوي بك بعيرك والكلام فيه في فصول أحدها فى اشتقاق التلبية لغة فقيل هو مشتق من قولهم ألب الرجل اذا أقام في مكان فمعنى قول القائل لبيك أنا مقيم على طاعتك وقيل هو مشتق من قولهم

داري تلب دارك اى تواجهها فمعنى قوله لبيك إتجاهى لك يارب وقيل هو مشتق من قولهم امرأة لبة أي محبة لزوجها فمعناه محبتى لك يارب والثانى ان المختار عندنا ان يلبي من دبر صلواته وهذا قول ابن عباس رضى الله عنه وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول يلبى حين تستوى به راحلته وذكر جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم لبى حين علا البيداء الاان ابن عمر رضى الله عنه رد هذا فقال ان بيداءكم هذه تكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين استوت به راحلته وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه قال قلت لابن عباس رضى الله عنه كيف اختلف الناس فى وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وماحج الامرة واحدة قال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دبر صلواته فسمع ذلك قوم من أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين فنقلوه وكانوا القوم يأتونه أرسالا فلبي حين استوت به راحلته فسمع تلبيته قوم فظنوا انه أول تلبيته فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمعه آخرون فظنوا انه أول تلبيته فنقلوا ذلك وايم الله ما أوجبها الا فى مصلاه والثالث انه لا خلاف ان التلبية جواب الدعاء والكلام في ان الداعي من هو فقيل الداعى هو الله تعالى كما قال تعالى فاطر السموات والارض يدعوكم ليغفر لكم من ذنوبكم وقيل الداعى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما قال صلوات الله عليه ان سيداً بني داراً واتخذ فيها مأدبة وبعث داعياً وأراد بالداعى نفسه والاظهر ان الداعى هو الخليل صلوات الله عليه على ما روى انه لما فرغ من بناء البيت أمر بأن يدعو الناس الى الحج فصعد بأبي قبيس وقال الاان الله تعالى أمر ببناء بيت له وقد بنى الا فحجوه فبلغ الله صوته الناس فى أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فمنهم من أجاب مرة ومنهم من أجاب مرتين وأكثر من ذلك وعلى حسب جوابهم يحجون وبيان هذا فى قوله تعالى وأذن فى الناس بالحج الآية فالتلبية اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه وسلامه ثم صفة التلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك هكذا رواه ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فى صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن أهل اللغة من اختار نصب الالف فى قوله ان الحمد ومعناه لان الحمد أوبان الحمد فأما المختار عندنا الكسر وهو المروى عن محمد رحمه الله تعالى ووافقه الفراء لان بكسر الالف يكون ابتداء الثناء وبنصب الالف يكون وصفا لما تقدم وابتداء الثناء أولى ولا بأس عندنا فى الزيادة على هذه التلبية وبين العلماء اختلاف يأتى في موضعه ان

شاء الله تعالى فظاهر المذهب عندنا ان غير هذا اللفظ من الثناء والتسبيح يقوم مقامه فى حق من يحسن التلبية أو لا يحسن وكذلك لو أتي به بالفارسية فهو والعربيـة سواء اما على قول أبي حنيفة فظاهر لانا قد بينا مذهبه فى التكبير عند افتتاح الصلوات أن المعتبر ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم وان لفظ الفارسية والعربية فيه سواء فكذلك هنا ومحمد رحمه الله تعالى هناك يقول لا يتأدى بالفارسية ممن يحسن العربية وهنا يتأدى لان غير الذكر هنا يقوم مقام الذكر وهو تقليد الهدي فكذلك غير العربية يقوم مقام العربية بخلاف الصلوات وبهـذا يفرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهـما الله تعالى بين التلبية والتكبير عنـد افتتاح الصلوات. وقد روى الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن غـير التلبية من الاذكار لا يقوم مقام التلبية هنا كما فى الصلوات على قوله ولا يصير محرما بمجرد النيـة ما لم يأت بالتلبية أو ما يقوم مقامها خلافا للشافعى رحمـه الله تعالى وبيانه يأتى في موضعه ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ والمستحب رفع الصوت بالتلبية هكذا روى خلاد بن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أمرنى جبريل عليـه السـلام أن آمر أمتي أو من معى بأن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وقال صلى الله عليه وسلم أفضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اراقة الدم والمستحب عندنا فى الاذكار والدعاء الخفية الا فيما تعلق باعلانه مقصود كالاذان للاعلام والخطبة للوعظ وتكبيرات الصلوات لاعـلام التحرم والانتقال والقراءة لاسمـاع المؤتم فالتلبية للشروع فيما هو من اعلام الدين فلهذا كان المستحب رفع الصوت به ﴿ قال ﴾ فاذا لبيت فقد أحرمت يعنى اذا نويت ولبيت الا أنه لم يذكر النية لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم انى أريد الحج قال فاتق ما نهى الله عنه من قتل الصيد والرفث والفسوق والجدال أما قتل الصيد فالمحرم منهى عنـه فى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم والصيد محرم عليه ما دام محرما لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وأما الرفث والفسوق والجدال فالنهى عنها فى قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهو نهى بصيغة النفى وهذا آكد ما يكون من النهى وفى تفسير الرفث قولان أحدهما الجماع بيانه في قوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث والثاني الـكلام الفاحش الا ان ابن عباس رضى الله عنه كان يقول انما يكون الـكلام الفاحش رفثاً بحضرة النساء حتى روى انه كان ينشد فى احرامه

وهن يمشين بنا هميسا ... ان تصدق الطير ننك لميسا

(لميس اسم جاريته) فقيل له أترفث وأنت محرم فقال انما الرفث بحضرة النساء وقال أبو هريرة رضى الله عنه كنا ننشد الاشعار فى حالة الاحرام فقيل له مثل ماذا فقال مثل قول القائل

قامت تريك رهبة ان تصرما   ساقاً بخناء وكعبا أدرما

ذكر في كفاية المتحفظ وأما الفسوق فهو اسم للمعاصي وذلك منهى عنه في الاحرام وغير الاحرام الا ان الحظر في الاحرام أشد لحرمة العبادة وفي تفسير الجدال قولان أحدهما ان يجادل رفيقه فى الطريق والثاني ان المراد مجادلة المشركين فى تقديم وقت الحج وتأخيره وذلك هو النسيء الذى قال الله تعالى انما النسيء زيادة فى الكفر الآية وذلك منفى بعد الاسلام ﴿ قال ﴾ ولا يشير الى صيد ولا يدل عليه لحديث أبى قتادة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه رضوان الله عليهم وكانوا محرمين هل أشرتم هل أعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال إذن فكلوا ولان المحرم على المحرم التعرض للصيد بما يزيل الأمن عنه وذلك يحصل بالدلالة والاشارة وربما يتطرق به الى القتل وما يكون محرم العين فهو محرم بدواعيه كالزنا ﴿ قال ﴾ ولا تغط رأسك ولا وجهك وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا بأس للرجل بان يغطى وجهه ولا يغطى رأسه والمرأة تغطى رأسها لا وجهها واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها ﴿ ولنا ﴾ حديث الاعرابى حين وقصت به ناقته فى أخافيق جرذان وهو محرم فقال صلى الله عليه وسلم لا تخمروا رأسه ووجهه وفى هذا تنصيص على أن المحرم لا يغطى رأسه ووجهه ورخص رسول الله صلى الله عليه وسلم لعثمان رضى الله عنه حين اشتكت عينه فى حال الاحرام أن يغطى وجهه فتخصيصه حالة الضرورة بالرخصة دليل على أن المحرم منهي عن تغطية الوجه ولان المرأة لا تغطى وجهها بالاجماع مع أنها عورة مستورة فان فى كشف الوجه منها خوف الفتنة فلان لا يغطى الرجل وجهه لأجل الاحرام أولى وتأويل الحديث بيان الفرق بين الرجل والمرأة فى تغطية الرأس ﴿ قال ﴾ ولا تلبس قباء ولا قميصا ولا سراويل ولا قلنسوة لحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يلبس المحرم القباء ولا القميص ولا السراويل ولا القلنسوة ولا الخفين الا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تنتقب المرأة الحرام ﴿ قال ﴾ ولا تلبس ثوبا مصبوغا بالعصفر ولا بالزعفران ولا بالورس لما روى عن النبي

صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران أو ورس وان عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما رأى على طلحة بن عبيد الله ثوبا مصبوغا بعد احرامه علاه بالدرة فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين فانما هو بمشق فقال نعم ولكن من ينظر اليك من بعد لا يعرف ذلك فيرجع الى قبيلته ويقول رأيت على طلحة فى احرامه ثوبا مصبوغا فيميرك الناس بذلك فان كان قد غسل حتى لا ينفض فلا بأس بلبسه لان المنهي نفس الطيب لا لونه وبعد الغسل بهذه الصفة لا يبقى من عين الطيب فيه شئ ﴿ قال ﴾ ولا تمس طيبا بعد احرامك ولا تدهن لقوله صلى الله عليه وسلم الحاج الشعث التفل واستعمال الدهن والطيب يزيل هذه الصفة فيكون محرما بعد الاحرام ﴿ قال ﴾ واذا حككت رأسك فارفق بحكه حتى لا يتناثر الشعر فان ازالة ما ينمو من البدن حرام على المحرم لان أوان قضاء التفث عند التحلل من الاحرام كما قال الله تعالى بعد ذبح الهدي ثم ليقضوا تفثهم ﴿ قال ﴾ ولا تغسل رأسك ولحيتك بالخطمى لان الخطمى تقتل هوام الرأس وتزيل الشعث الذى جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم صفة الحاج وهو من نوع قضاء التفث أيضاً ﴿ قال ﴾ ولا تقص أظفارك لانه ازالة ما ينمو من البدن فكان من نوع قضاء التفث ﴿ قال ﴾ وأكثر من التلبية فى دبر كل صلاة وكلما لقيت ركبا وكلما علوت شرفا وكلما هبطت واديا وبالاسحار هكذا نقل ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم كانوا يلبون فى هذه الاحوال ثم تلبية المحرم في أدبار الصلوات كتكبير غير المحرم فى أيام الحج فى أدبار الصلوات فكما يؤتى بالتكبير بعد السلام فكذلك بالتلبية وكما أن المصلى يكبر عند الانتقال من ركن الى ركن فكذلك لمحرم يلبي عند الانتقال من حال الى حال . وروى الاعمش عن خثيمة قال كانوا يستحبون التلبية عند ست في أدبار الصلوات واذا استعطف الرجل براحلته واذا صعد شرفا واذا هبط واديا واذا لقي بعضهم بعضاً وبالاسحار ﴿ قال ﴾ واذا قدمت مكة فلا يضرك ليلا دخلتها أو نهاراً لان هذا دخول بلدة فيستوى فيه الليل والنهار كسائر البلدان والرواة اختلفوا فى وقت دخول رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فروى جابر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم صلى العشاء بذي طوي ثم هجع هجعة ثم دخل مكة فطاف ليلا وروى ابن عمر رضى الله عنه انه بات بذي طوى فلما أصبح دخل مكة نهاراً والذى روي عن عمر رضى الله عنه انه كان ينهى الناس عن دخول مكة ليلا كان

ذلك للاشفاق مخافة السرق ليرى الانسان أين ينزل ويضع رحله وروى عن عمر رضي الله عنه انه حين قدم مكة معتمراً في رمضان وجد الناس يصلون التراويح فصلى معهم وعن عائشة والحسن والحسين رضوان الله عليهم انهم كانوا يدخلون مكة ليلا ﴿ قال ﴾ فادخل المسجد لانه قصد زيارة البيت والبيت في المسجد وروى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة دخل المسجد فلما وقع بصره على البيت قال اللهم زد بيتك تشريفاً وتعظيما وتكريماً وبراً ومهابة ولم يذكر في الكتاب تعيين شيء من الادعية في مشاهد الحج لما قال محمد رحمه الله تعالى التوقيت في الدعاء يذهب رقة القلب فاستحبوا ان يدعو كل واحد بما يحضره ليكون أقرب الى الخشوع وان تبرك بما نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حسن وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اذا لقي البيت بسم الله والله أكبر وعن عطاء رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا لقي البيت يقول أعوذ برب البيت من الدين والفقر ومن ضيق الصدر وعذاب القبر ﴿قال﴾ ثم ابدأ بالحجر الاسود فاستلمه هكذا روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بالحجر الأسود فاستلمه وعن عمر رضي الله عنه انه استلم الحجر الأسود وقال رأيت أبا القاسم بك حفياً وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل الحجر ووضع شفتيه عليه وبكى طويلا ثم نظر فاذا هو بعمر رضي الله عنه فقال ياعمر هنا تسكب العبرات وان عمر رضي الله عنه في خلافته لما أتى الحجر الأسود وقف فقال اما اني أعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك مااستلمتك فبلغت مقالته علياً رضي الله عنه فقال اما ان الحجر ينفع فقال له عمر رضي الله عنه وما منفعته ياختن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما أخذ الذرية من ظهر آدم عليه السلام وقررهم بقوله ألست بربكم قالوا بلى أودع اقرارهم الحجر فمن يستلم الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيامة واستلام الحجر للطواف بمنزلة التكبير للصلوات فيبدأ به طوافه ﴿ قال ﴾ ان استطعت من غير ان تؤذى مسلما لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه انك رجل أيد تؤذى الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وكبر وهلل ولان استلام الحجر سنة والتحرز عن أذى المسلم واجب فلاينبغي له ان يؤذى

مسلما لاقامة السنة ولـكن ان استطاع تقبيله فعل والا مس الحجر بيده وقبـل يده وان لم يستطع ذلك أمس الحجر شيئاً من عرجون أو غيره ثم قبل ذلك الشيء جاء فى الحـديث ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئاً من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهذا استقبال مستحب غير واجب لان استقبال البيت عند الطواف لو كان واجباً كان فى جميعه كاستقبال القبلة في الصلوات ولـكنه مستحب لحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال ان الحجر يبعث يوم القيامة له عينان يبصر بهما ولسان ينطق به فيشهد بالحق لمن استلمه أو استقبله ﴿قال﴾ ثم خذ عن يمينك على باب البيت فطف سبعة أشواط هكذا رواه جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ على يمينه من باب الـكعبة فطاف سبعة أشواط ومقادير العبادة تعرف بالتوقيف لا بالرأى ﴿ قال ﴾ يرمل في الثلاثة الأول فى كل شوط منها من الحجر الاسود الى الحجر الاسود فالحاصل ان كل طواف بعده سعى فالرمل فى الثلاثة الاول منها سـنة وكل طواف ليس بعده سعى فلا رمل فيه والرمل هو الاضطباع وهز الـكتفين وهو ان يدخل احد جانبي ردائه تحت إبطه ويلقيه على المنكب الا خر ويهز الـكتفين في مشيه كالمبارز الذي يتبختر بين الصفين وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول لا رمل فى الطواف وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اظهارا للجلادة للمشركين على ماروي أن فى عمرة القضاء لما أخلوا له البيت ثلاثة أيام وصعدوا الجبل طاف رسول الله عليه وسلم مع أصحابه فسمع بعض المشركين يقول لبعض أضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم رداءه فرمل فقال لأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين رحم الله امرأ أرى من نفسه قوة وجلداً فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعني الآن فلا معنى للرمل والمذهب عندنا أن الرمل سنة لحديث جابر وابن عمر رضى الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل فى الثلاثة الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع . وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما أراد الرمل في طوافه فقال علام أهز كتفى وليس هنا أحد أرائيه ولكنني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله فأفعله اتباعا له وأكثر ما فيه أن سببه ما ذكره ابن عباس رضى الله عنه ولـكنه صار سنة بذلك السبب فيبقى بعد زواله كرمى الجمار سببه رمى الخليل صلوات الله عليه الشيطان ثم بقى بعد زوال ذلك السبب والرمل من

الحجر الاسود الى الحجر الاسود عندنا . وقال سعيد بن جبير رضى الله عنه لا رمل بين الركن اليماني والحجر وانما الرمل من الحجر الى الركن اليماني وروى في بعض الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرمل من الحجر الاسود الى الركن اليماني لان المشركين كانوا يطلعون عليه فاذا تحول الى الجانب الآخر حال البيت بينه وبينهم فكان لا يرمل وبهذا أخذ سعيد بن جبير وعطاء رحمهما الله تعالى ولكنا نأخذ بحديث جابر وابن عمر رضى الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رمل في الثلاثة الاول من الحجر الى الحجر ﴿قال﴾ وان زحمك الناس فى رملك فقم فاذا وجدت مسلكا فارمل لانه تعذر عليه اقامة السنة في الطواف للزحام فليصبر حتى يتمكن من اقامة السنة كالمزحوم يوم الجمعة يصبر حتى يتمكن من السجود وتطوف الاربعة الاشواط الاخر مشياً على هينتك على هذا اتفق رواة نسك رسول الله صلي الله عليه وسلم وكلما مررت بالحجر الاسود في طوافك هذا فاستلمه ان استطعت من غير أن تؤذى مسلما فان لم تستطع فاستقبله وكبر وهلل لان أشواط الطواف كركعات الصلوات فكما تفتتح كل ركعة تقوم اليها بالتكبير فكذلك تفتتح كل شوط باستلام الحجر وان أفتتحت به الطواف وختمت به اجزأك كما فى الصلوات فترك تكبيرات الانتقال لا يمنع الجواز فكذلك لا بأس بترك استلام الحجر عند افتتاح كل شوط فاذا كان افتتاحه للطواف باستلام الحجر وختمه بذلك ففيما بين ذلك يجعل كالمستلم حكما ﴿قال﴾ وليكن طوافك فى كل شوط وراء الحطيم والحطيم اسم لموضع بينه وبين البيت فرجة يسمى ذلك الموضع حطيما وحجراً فتسميته بالحجر علي معني أنه حجر من البيت أى منع منه وتسميته بالحطيم على معنى أنه محطوم من البيت أى مكسور منه فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول وقيل بل فعيل بمعنى فاعل أي حاطم كالعليم بمعني عالم وبيانه فيما جاء فى الحديث من دعى على من ظلمه فيه حطمه الله تعالى فينبغي لمن يطوف أن لا يدخل فى تلك الفرجة فى طوافه ولكنه يطوف وراء الحطيم كما يطوف وراء البيت لان الحطيم من البيت وهكذا روى أن عائشة رضى الله عنها نذرت ان فتح الله مكة على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تصلى فى البيت ركعتين فأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وأدخلها الحطيم وقال صلى هنا فان الحطيم من البيت الا أن قومك قصرت بهم النفقة فأخرجوه من البيت ولولا حدثان عهد قومك بالجاهلية لنقضت بناء الكعبة وأظهرت قواعد الخليل صلوات الله عليه وأدخلت الحطيم فى البيت

والصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابين باباشرقياً وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش صلى الله عليه وسلم ولم يتفرغ لذلك احـد من الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم حتي كان زمن عبد الله بن الزبير رضى الله عنه وكان سمع الحـديث فيها ففعل ذلك وأظهر قواعد الخليـل صلوات الله عليه وبنى البيت على قواعـد الخليل صلوات الله عليـه بمحضر من الناس وأدخل الحطيم فى البيت فلما قتل كره الحجاج ان يكون بناء البيت على مافعله ابن الزبير فنقض بناء الكعبة واعاده على ما كان عليه فى الجاهلية فاذا ثبت ان الحطيم من البيت فالطواف بالبيت كما قال الله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ينبغي له أن يطوف من وراء الحطيم ولا يقال لو استقبل الحطيم فى الصلاة لاتجوز صلاته ولوكان الحطيم من البيت لجازت لان كون الحطيم من البيت انما يثبت بخبر الواحد وفرضية استقبال القبلة بالنص فلايتأدى بما ثبت بخبر الواحد والحاصل أنه يحتاط في الطواف والصلاة جميعاً لان خبر الواحد يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين ﴿ قال ﴾ ثم ايت المقام فصل عنده ركعتين أوحيثما تيسر عليك من المسجد هكذا روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فرغ من طوافه أتى المقام وصلى ركعتين وروي عن عمر رضى الله عنـه أنه قال يارسول الله لوصليت في مقام ابراهيم فانزل الله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فصلى رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم عنـد المقام ركعتين وهاتان الركعتان عنـد الفراغ من الطواف واجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم وليصـل الطائف لكل أسبوع ركعتين والامر للوجوب ولان عمر رضى الله عنـه نسى ركعتي الطواف حين خرج من مكة فلما كان بذي طوى صـلاهما وقال ركعتان مكان ركعتين وقال أوحيث تيسر عليك من المسجد ومراده ان الزحام يكثر عنـد المقام فلا ينبغى أن يتحمـل المشقة لذلك ولـكن المسجد كله موضع الصـلاة فيصـلى حيث تيسر عليه ﴿ قال ﴾ فاذا فرغت منها فعد الى الحجر فاستلمه فان لم تسـتطع فاستقبل وهلل وكبر والاصـل ان كل طواف بعـده سعى يعود الى استلام الحجر فيه بعد الفراغ من الصلاة وكل طواف ليس بعده سعى لايعود الى استلام الحجر فيـه بعد الصلاة لان الطواف الذى ليس بعده سعى عبادة قدتم فراغه منها حين فرغ من الركعتين فلا معـنى للعود الى مابه بدء الطواف فاما الطواف الذى بعده سعى فـكما يفتتح طوافه باستلام الحجر فـكذلك السعى يفتتح باستلام الحجر فلهـذا يعود الى الحجر فيستلمـه ﴿ قال ﴾ ثم اخرج

الى الصفا فمن أى باب شاء خرج الا ان جابرا رضى الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج من باب بني مخزوم وليس ذلك بسنة بل انما فعله لانه كان أقرب الأبواب الى الصفا فهو الذي يسمى الآن باب الصفا فاذا خرج بدأ بالصفا لما روى ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا يارسول الله بأيهما نبدأ قال ابدؤا بما بدأ الله تعالى به يريد قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله ﴿قال﴾ وقم عليها مستقبل الكعبة فتحمد الله تعالى وتثني عليه وتكبر وتهلل وتلبي وتصلي على النبي صلى الله عليه وسلم وتدعو الله تعالى بحاجتك لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل البيت يدعو وروى جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما صعد الصفا استقبل البيت وقال لا اله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شئ قدير لااله الاالله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمسة وعشرين آية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انتصبت قدماه فى بطن الوادى سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الاعز الاكرم حتي اذا خرج من بطن الوادى مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة أشواط ثم الصعود على الصفا ليصير البيت بمرأى العين منه فانما يصعد بقدرما يحصل به هذا المقصود وهذا المقصود كان ليستقبل البيت فينبغي ان يستقبله فيأتي بالتحميد والثناء والتكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لان قصده ان يسأل حاجته من الله تعالى فيجعل الثناء مقدمة دعائه وبعد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كما يفعله الداعى عند ختم القرآن وغير ذلك ثم ذكر الدعاء هنا ولم يذكره عنداستلام الحجر لان تلك الحالة حال ابتداء العبادة وهذا حال ختم العبادة فان ختم الطواف بالسعي يكون والدعاء عند الفراغ من العبادة لاعند ابتدائها كما فى فصل الصلاة ﴿قال﴾ ثم اهبط منها نحو المروة وامش على هينتك مشياً حتى تأتي بطن الوادى فاسع فى بطن الوادى سعياً فاذا خرجت منه تمشى على هينتك مشياً حتي تأتى المروة فتصعد عليها وتقوم مستقبل الكعبة فتحمد الله تعالى وتثني عليه وتهلل وتكبر وتلبي وتصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم تدعو الله تعالى بحاجتك وللناس فى أصل السعى فى بطن الوادى كلام فقد قيل بان أصله من فعل أم اسماعيل هاجر حين كانت فى طلب الماء كلما صار الجبل حائلا بينها وبين النظر الى ولدها كانت تسعي

حتى تنظر الى ولدها شفقة منها على الولد فصار ذلك سنة والاصح ان يقال فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى نسكه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين ان يفعلوا ذلك فنفعله اتباعا له ولا نشتغل بطلب المعنى فيه كما لا نشتغل بطلب المعنى فى تقدير الطواف والسعي بسبعة أشواط ﴿ قال ﴾ فطف بينهما هكذا سبعة أشواط تبدأ بالصفا وتختم بالمروة وتسعي فى بطن الوادي فى كل شوط وظاهر ماقال في الكتاب ان ذهابه من الصفا الى المروة شوط ورجوعه من المروة الى الصفا شوط آخر واليه أشار في قوله يبدأ بالصفا ويختم بالمروة وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى انه يطوف بينهما سبعة أشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه ولا يجعل ذلك شوطاً آخر والاصح ماذكر فى الكتاب لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على أنه طاف بينهما سبعة أشواط وعلى ماقاله الطحاوى رحمه الله تعالى يصير أربعة عشر شوطاً ﴿قال﴾ ثم تقيم بمكة حراما لاتحل منه بشئ وهذا لانه أحرم بالحج فلا يتحلل مالم يأت بأفعال الحج ﴿ قال ﴾ وتطوف بالبيت كلما بدالك وتصلى لكل أسبوع ركعتين فان الطواف بالبيت مشبه بالصلوات قال صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة الا أن الله تعالي أحل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير والصلاة خير موضوع فمن شاء استقل ومن شاء استكثر وكذلك الطواف ولكنه لايسعى عقيب سائر الاطوفة في هذه المدة لان السعى الواحد من الواجبات للحج وقد أتي به فلو سعي بعد ذلك كان متنفلا به والتنفل بالسعي غير مشروع ﴿ قال ﴾ حتى تروح مع الناس الى منى يوم التروية فتبيت بها ليلة عرفة وتصلى بها الغداة يوم عرفة هكذا روى جابر وابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر يوم عرفة ثم راح الى عرفات ﴿ قال ﴾ ثم تغدو الى عرفات لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ان جبرائيل صلوات الله عليه أتي ابراهيم يوم التروية فأمره فراح الى منى وبات بها ثم غدا به الى عرفات ﴿ قال ﴾ وتنزل بها مع الناس لانه من الناس فينزل حيث ينزلون ومراده أنه لاينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة ولا يتأذى هو بهم ﴿ قال ﴾ فان صليت الظهر والعصر مع الامام فحسن والحاصل أنه كما زالت الشمس يوم عرفة يصلى الامام بالناس الظهر والعصر بعرفات هكذا روى جابر رضى الله عنه فى حديثه قال لما زالت الشمس صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالناس الظهر والعصر بأذان واقامتين وكتب عبد الملك بن مروان الى الحجاج أن لايخالف ابن عمر رضى الله عنه في شئ من أمر المناسك فلما زالت الشمس أتى ابن عمر رضى الله عنه سرادقه فقال ابن هذا فخرج الحجاج فقال ان أردت السنة فالساعة فقال انتظرنى حتى اغتسل فانتظره فاغتسل وراح الى المصلى والاغتسال في هذا الوقت بعرفات سنة فان اكتفى بالوضوء أجزأه وان اغتسل فهو أفضل كما عند الاحرام وكما فى العيدين والجمعة ثم يخطب قبل الصلاة خطبتين بينهما جلسة كما فى الجمعة والعيدين هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان المقصود تعليم الناس المناسك والجمع بين الصلاتين من المناسك فيقدم الخطبة عليه لتعليم الناس ولانهم بعد الفراغ من الصلاة يتفرقون في الموقف ولا يجتمعون لاستماع الخطبة وفى ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس أذن المؤذن كما فى الجمعة وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه يؤذن قبل خروج الامام لان هذا الأذان لأداء الظهر كما فى سائر الايام وهذا قوله الاول فاذا فرغ من الخطبة أقام المؤذن وصلى الامام بالناس الظهر ركعتين اذا كان مسافراً ثم يقوم المؤذن فيقوم ثانية فيصلي بهم العصر من غير أن يتنفل بين الصلاتين هكذا رواه جابر بن عبد الله رضى الله عنه فى صفة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان تقديم العصر على وقته ليتوصل الى الوقوف المقصود ولئلا ينقطع وقوفه فلأن لا يشتغل بالنافلة بين الصلاتين ليحصل هذا المقصود أولى وانما يعيد الاقامة للعصر لانه معجل على وقته المعهود فيعيد الاقامة له اعلاما للناس وان اشتغل بالتطوع بين الصلاتين اعاد الأذان للعصر الا فى رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه قال ما دام فى وقت الظهر لايعيد الأذان للعصر فأما فى ظاهر الرواية فاشتغاله بالنفل أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيد الاذان للعصر ﴿ قال ﴾ وان لم يدرك الجمع مع الامام وأراد أن يصلى وحده صلى كل صلاة لوقتها فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى يجمع بينهما كما يفعل مع الامام قال فى الكتاب بلغنا ذلك عن عائشة وابن عمر رضى الله عنهم وعلل فقال لان العصر انما قدمت لأجل الوقت ومعنى هذا الكلام أن الجمع بين الصلاتين انما جاز لحاجته الى امتداد الوقوف فان الموقف هبوط وصعود لا يمكن تسوية الصفوف فيها فيحتاجون الى الخروج منها والاجتماع لصلاة العصر فينقطع وقوفهم وامتداد الوقوف الى غروب الشمس واجب

فالحاجة الى ذلك جوز له الجمع بين الصلاتين وفى هـذا المنفرد والذى يصـلى مع الامام سواء وقاس هذا الجمع بالجمع الثانى بالمزدلفة فان الامام فيه ليس بشرط بالاتفاق وهذا النسك معتبر بسائر المناسك في أنه لايشترط فيه الامام وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً أي فرضاً مؤقتاً فالمحافظة على الوقت فى الصلاة فرض بيقين فلا يجوز تركه الا بيقين وهو الموضوع الذى ورد النص به وانما ورد النص بجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الصلاتين والخلفاء من بعـده فلا يجوز الجمع الا بتلك الصفة وكأن المعنى فيه ان هذا الجمع مختص بمكان وزمان ومثله لايجوز الا بامام كاقامة الخطبة مقام ركعتين في الجمعة لما كان مختصاً بمكان وزمان كان الامام شرطاً فيه بخلاف الجمع الثانى فانه أداء المغرب فى وقت العشاء وذلك غـير مختص بمكان وزمان فأما هـذا تعجيل العصر على وقته وذلك لايجوز الا فى هذا المكان وهذا الزمان ثم يسلم ان هذا الجمع لاجل لوقوف ولكن الحاجة الى الجمع للجماعة لاللمنفرد لان المنفرد يمكنه أن يصلى العصر فى وقته فى موضع وقوفه فان المصلي واقف فلا ينقطع وقوفه بالاشتغال بالصلاة وانما يحتاجون الى الخروج لتسوية الصفوف اذا أدوها بالجماعـة ولانه يشق عليهم الاجتماع فانهم بعد الفراغ من الصلاة يتفرقون في الموقف فيختار كل واحد منهم موضعاً خالياً يناجى فيه ربه عزوجل وهذا المعنى ينعدم في حق المنفرد لانه يمكنه أداء العصر في وقته في موضع خلوته وحديث عائشة وابن عمر رضى الله تعالى عنهم محمول على الامام الاجل وهو الخليفة أنه ليس بشرط ثم يعارضه قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه يصلى المنفرد كل صلاة لوقتها ﴿ قال ﴾ ولو فاته الظهر مع الامام وأدرك العصر معه عنـد أبى حنيفة رحمه الله تعالى لم يجمع بينهما أيضاً وعند زفر رحمـه الله تعالى يجمع بينهما لان التغيير انما وقع في العصر فانها معجلة على وقتها واشتراط الامام لوقوع التغيير فيقتصر على ماوقع فيه التغيير وجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان العصر فى هذا اليوم كالتبع للظهر لأنهما صلاتان أديتا في وقت واحد والثانية منهما مرتبة على الاولى فكان بمنزلة العشاء مع الوتر فكما ان الوتر تبع للعشاء فكذلك العصر تبع للظهر هنا ولما جعل الامام شرطاً فى التبع كان شرطاً في الأصل بطريق الاولى ودليل التبعية أنه لايجوز العصر في هذا اليوم الا بعد صحة أداء الظهر حتى لو تبين في يوم الغيم انهم صلوا الظهر قبل الزوال والعصر بعده لزمهم اعادة الصلاتين وكذلك لو جدد الوضوء بين

الصلاتين ثم تبين أنه صلى الظهر بغير وضوء لزمه اعادة الصلاتين بخلاف سائر الايام وعلى هذا الاحرام بالحج شرط لأداء هاتين الصلاتين حتى ان الحلال اذا صلى الظهر مع الامام ثم أحرم بالحج فصلى العصر والمحرم بالعمرة صلى الظهر مع الامام ثم أحرم بالحج فصلى العصر معه لم يجزه العصر الا في وقتها وعند زفر رحمه الله تعالى يجزيه وفى احدى الروايتين يشترط لهذا الجمع ان يكون محرما بالحج قبل زوال الشمس لان بزوال الشمس يدخل وقت الجمع ويختص بهذا الجمع المحرم بالحج فيشترط تقديم الاحرام بالحج على الزوال وفى الرواية الأخرى وان أحرم بالحج بعد الزوال فله ان يجمع بين الصلاتين لان اشتراط الاحرام بالحج لاجل الصلاة لا لأجل الوقت فاذا صلى العصر راح الى الموقف فوقف به ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ويلبي ويدعو الله تعالى بحاجته والحاصل فيه انه يقف في أي موضع شاء من الموقف والأفضل ان يقف بالقرب من الامام لان الامام يعلم الناس ما يحتاجون اليه ويدعو فمن كان أقرب اليه كان أقرب الى الاستماع والتأمين على دعائه فيكون أفضل ﴿ قال ﴾ وينبغي ان يقف مستقبل القبلة ان شاء راكباً وان شاء على قدميه وقد ذكر جابر رضى الله عنه في حديثه ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف على راحلته وجعل نحرها الى بطن الحراب فوقف عليها مستقبل القبلة يدعو وفي الحديث خير المواقف مااستقبلت به القبلة وان اختار بوقوفه موضعاً آخر بالبعد من الامام جاز لحديث عطاء رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وفجاج مكة كلها منحر وفى حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادى محسر وفي وقوفه يدعو هكذا رواه علي رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أفضل دعائي ودعاء الأنبياء قبلى بعرفات لا اله الا الله وحده لا شريك له الى آخره اللهم اجعل لى فى قلبي نوراً وفي سمعي نوراً وفى بصرى نوراً اللهم اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى حديث فيه طول وقد بينا أنه يختار من الدعاء ما يشاء واجتهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدعاء فى هذا الموقف لأمته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ﴿ قال ﴾ ويلبي في هذا الموقف عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى الحاج يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان اجابته باللسان الى أن يحضر وقد تم حضوره فان معظم أركان الحج الوقوف

بعرفة قال صلى الله عليه وسلم الحج عرفة ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه لبي عشية عرفة فقال له رجل ياشيخ ليس هـذا موضع التلبيةفقال ابن مسعود رضى الله عنه أجهل الناس أم طال بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك حججت مع رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم فما زال يلبي حتي رمى جمرة العقبة ولان التلبية في هذه العبادة كالتكبير فى الصلوات وكما يأتى بالتكبير الى آخر الصلاةفكذلك يأتى بالتلبيةهنا الى وقت الخروج من الاحرام وذلك عند الرمى يكون ﴿قال﴾ واذا غربت الشمس دفع على هينته على هذا اتفق رواة نسك رسول الله صـلى الله عليه وسلم أنه وقف بعرفة حتى اذا غربت الشمس دفع منها وروى أنه خطب عشية عرفة فقال أيها الناس انأهل الجاهلية والاوثان يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بهارؤس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدينا ليس كهديهم فادفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر ذلك وأمر به اظهاراً لمخالفة المشركين فليس لأحد أن يخالف ذلك الا أنه ان خاف الزحام فتعجل قبل الامام فلا بأس به اذا لم يخرج من حدود عرفة قبـل غروب الشمس وكذلك ان مكث قليلا بعد غروب الشمس وذهاب الامام مع الناس لخوف الزحام فلا بأس به بعد أن لا يطوله لحديث عائشة رضى الله تعالى عنها أنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فأفطرت ثم أفاضت ﴿قال﴾ ويمشي على هينته فى الطريق هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيها الناس ليس البر في ايجاف الخيل ولا فى ايضاع الابل عليكم بالسكينـة والوقار . وروى جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمشى على راحلته في الطريق على هينته حتى اذا كان في بطن الوادى أوضع راحلته وجعل يقول

اليك تعدو قلقاً وضينها   مفارقا دين النصارى دينها

* معترضاً في بطنها جنينها *

فزعم بعض الناس أن الايضاع فى هذا الموضع سنة ولسنا نقول به وتأويله ان راحلته كانت في هذا الموضع فبعثها فانبعثت كما هو عادة الدواب لاأن يكون قصده الايضاع ﴿قال﴾ ولا يصلى المغرب فى الطريق حتى يأتى المزدلفة لما روى أن أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطريق من المزدلفة فقال الصلاة يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الصلاة أمامك ومراده من هذا اللفظ اما الوقت أو المكان ولم

يصل حتي انتهى الى المزدلفة فكان ذلك دليلا ظاهراً على أنه لا يشتغل بالصلاة قبل الاتيان الى المزدلفة فاذا أتى المزدلفة نزل بهامع الناس وانما ينزل عن يمين الطريق أوعن يساره ويتحرز عن النزول على الطريق كيلا يضيق على المارة ولا يتأذي هو بهم فيصلى المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر رحمه الله تعالى باذان واقامتين هكذا رواه ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما جابر رضى الله عنه يروي أنه جمع بينهما بأذان واقامة واحدة والمراد بحديث ابن عمر رضي الله عنهما هذا أيضاً الا أنه سمى الاذان اقامة وكل واحد منهما يسمي باسم صاحبه قال صلى الله عليه وسلم بين كل أذانين صلاة لمن شاء يريد بين الاذان والاقامة ثم العشاء هنا مؤداة فى وقتها المعهود فلا تقع الحاجة الى افراد الاقامة لها بخلاف العصر بعرفات فانها معجلة على وقتها وان صح أن النبي صلى الله عليه وسلم افرد الاقامة فتأويله أنه اشتغل بين الصلاتين بنفل أو شغل آخر وعندنا في مثل هذا الموضع تفرد الاقامة للعشاء وقد ذكر فى بعض روايات ابن عمر رضى الله عنه أنه تعشى بعد المغرب ثم أفرد الاقامة للعشاء ﴿ قال ﴾ ثم يبيت بها فاذا انشق الفجر صلى الفجر بغلس هكذا رواه جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى العشاء بالمزدلفة بسط له شئ فبات عليه فلما طلع الفجر صلى الفجر . وقال ابن مسعود رضى الله عنه مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلي صلاة قبل ميقاتها الا صلاة الفجر صبيحة الجمع فانه صلاها يومئذ بغلس ولان الاسفار بالفجر وان كان أفضل فى سائر المواضع ففي هذا الموضع التغليس أفضل لحاجته الى الوقوف بعده وفي الاسفار بعض التأخير فى الوقوف فاذا كان يجوز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها فلأن يجوز التغليس بالفجر كان أولى ﴿ قال ﴾ ثم يقف بالمشعر الحرام مع الناس يحمد الله تعالى ويثنى عليه ويهلل ويكبر ويلبي ويصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو الله تعالى بحاجته وهذا الوقوف منصوص عليه فى القرآن والوقوف بعرفات مشار اليه في قوله تعالى فاذا أفضتم من عرفات الآية وقد وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الموضع يدعو حتي قال ابن عباس رضى الله عنه رأيت يديه عند نحره بالمشعر الحرام وهو يدعو كالمستطعم المسكين وانما تم مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الموقف فانه دعا لامته فاستجيب له فى الدماء والمظالم أيضاً والناس فى الجاهلية كانوا متفقين على هذا

الموقف مختلفين فى الوقوف بعرفة فان الحمس كانوا لايقفون بعرفة ويقولون لايعظم غير الحرم حتى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما وقف بعرفة جعل الناس يتعجبون ويقولون فيما بينهم هذا من الحمس فما باله خرج من الحرم فعرفنا أنه ينبغى ان لايترك الوقوف بالمشعر الحرام حتى اذا أسفر جداً دفع قبل أن تطلع الشمس هكذا رواه جابر وابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام حتى اذا كادت الشمس ان تطلع دفع الي منى وان أهل الجاهلية كانوا لايدفعون من هذا الموقف حتى تطلع الشمس فاذا طلعت وصارت كالعمائم على رؤس الجبال دفعوا وكانوا يقولون: أشرق ثبير كيما نغير فخالفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودفع قبل طلوع الشمس فيجب الأخذ بفعله لما فيه من اظهار مخالفة المشركين كما فى الدفع من عرفات فاذا أتى منى يأتى جمرة العقبة ويرميها من بطن الوادى بسبع حصيات مثل حصى الخذف لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أتى منى يوم النحر لم يعرج على شئ حتى رمى جمرة العقبة وقال أول نسكنا هنا بمنى ان نرمى ثم نذبح ثم نحلق ويرميها من بطن الوادى لما روى ان ابن مسعود رضى الله عنه وقف فى بطن الوادي فرمى سبع حصيات فقيل له ان ناساً يرمونها من فوقها فقال أجهل الناس أم نسوا هذا والله الذى لااله غيره مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة وهكذا نقل عن ابن عمر رضي الله عنهما انه رمى جمرة العقبة من بطن الوادي وقال هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يرمى مثل حصى الخذف لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابن عباس رضى الله عنهما ان يناوله سبع حصيات فأخذهن بيده وجعل يقول للناس بمثل هذا فارموا وفى رواية عليكم بحصى الخذف لايؤذى بعضكم بعضاً والمقصود اتباع سنة الخليل عليه السلام وبهذا القدر يحصل المقصود فلو رمي باكبر من حصى الخذف ربما يصيب انساناً فيؤذيه ويكبر مع كل حصاة ويقطع التلبية عند أول حصاة يرمي بها جمرة العقبة اما قطع التلبية عند الرمى فقد رواه ابن مسعود رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهكذا رواه جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند أول حصاة رمي بها جمرة العقبة وأما التكبير عند كل حصاة فقد رواه ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن سالم بن عبد الله انه لما أراد الرمى وقف فى بطن الوادى وجعل يقول عند رمى كل حصاة بسم الله والله أكبر اللهم اجعله حجاً مبروراً وذنباً مغفوراً وسعياً مشكوراً ثم قال هكذا حدثني أبى عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم انه قال عند كل حصاة مثل ما قلت ﴿قال﴾ وابتداء وقت الرمى عندنا من وقت طلوع الفجر من يوم النحر وعلى قول سفيان الثورى رحمه الله تعالى من وقت طلوع الشمس وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجوز الرمى بعد النصف الاول من ليلة النحر واستدل الثوري رحمه الله تعالى بحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله من المزدلفة وجعل يلطخ افخاذهم ويقول أغيلمة بنى عبد المطلب لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس وحجتنا في ذلك ما روى أنه لما قدم ضعفة أهله قال أي بني لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين فنعمل بالحديثين جميعا فنقول بعد الصبح يجوز وتأخيره الى ما بعد طلوع الشمس أولى واستدل الشافعى رحمه الله تعالي بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص للرعاة أن يرموا ليلا وتأويل ذلك عندنا في الليلة الثانية والثالثة دون الأولى والمعنى فيه أن دخول وقت الرمى بخروج وقت الوقوف اذ لا يجتمع الرمى والوقوف فى وقت واحد ووقت الوقوف يمتد الى طلوع الفجر فوقت الرمي يكون بعده أو وقت الرمي هو وقت التضحية وانما يدخل وقت التضحية بطلوع الفجر الثاني فكذلك وقت الرمى ﴿قال﴾ ولا يرمى يومئذ من الجمار غيرها لحديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرم فى اليوم الأول الا جمرة العقبة ﴿قال﴾ ولا يقوم عندها لانه قد بقي عليه أعمال يحتاج الى أدائها فى هذا اليوم ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقم عند جمرة العقبة ولكنه يأتى منزله فيحلق أو يقصر والحلق أفضل لانه جاء أوان التحلل عن الاحرام والتحلل بالحلق أو بالتقصير كما أشار الله عز وجل اليه في قوله ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث بالحلق يكون وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ذبح هداياه دعى بالحلاق فأهوى اليه الشق الايمن من رأسه فحلقه وقسم شعره على أصحابه رضى الله تعالى عنهم ثم حلق الشق الايسر وأعطى شعره أم سليم رضى الله تعالى عنها ولم يذكر الذبح هنا لانه من حكم المفرد بالحج وليس عليه هدي وهو مسافر أيضاً لا تلزمه التضحية ولكنه لو تطوع بذبح الهدي فهو حسن يذبحه بعد الرمي قبل الحلق لما روينا أن أول نسكنا أن نرمى ثم نذبح ثم نحلق والحلق أفضل من التقصير لأن الله تعالى بدأ به فى كتابه فى قوله محلقين رؤسكم ومقصرين وقال ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فهذا بيان أنه ينبغى أن يتحلل بالحلق وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله المحلقين فقيل والمقصرين فقال رحم الله المحلقين حتى قال في الرابعة والمقصرين فقد

ظاهر في هذا الدعاء ثلاث مرات للمحلقين فدل أنه أفضل (قال) ثم قد حل له كل شئ الا النساء فالحاصل أن فى الحج احلالين أحدهما بالحلق والثاني بالطواف فبالحلق يحل له كل شئ كان حراما على المحرم الا النساء وقال مالك رحمه الله تعالى الا النساء والطيب . وقال الليث رحمه الله تعالى الا النساء وقتل الصيد لانهما محرمان بنص القرآن فلا ترتفع حرمتهما الا بتمام الاحلال ولكنا نقول قتل الصيد ليس نظير الجماع الا يرى أن الاحرام يفسد بالجماع وقتل الصيد لا يفسده فكان هو نظير سائر المحظورات يرتفع بالحلق ومالك رحمه الله تعالى يقول استعمال الطيب من دواعى الجماع فلا يحل الا بالطواف كنفس الجماع وحجتنا حديث عائشة رضى الله عنها كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واستعمال الطيب لا يفسد الاحرام بحال بخلاف النساء فكان قياس سائر المحظورات ولهذا الاصل قال الشافعي رحمه الله تعالى حرمة الجماع فيما دون الفرج ترتفع بالحلق أيضاً لانه لا يفسد الاحرام بحال ولكنا نقول مايقصد منه قضاء الشهوة بالنساء فحله مؤخر الى تمام الاحلال بالطواف شرعا وفي ذلك الجماع فى الفرج وفيما دون الفرج سواء ﴿ قال ﴾ ثم يزور من يومه ذلك البيت إن استطاع أو من الغد أو من بعد الغد ولا يؤخره الى مابعد ذلك فيطوف به أسبوعا ويصلى ركعتين لما روي أن النبي صلي الله عليه وسلم لما حلق أفاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى وفى بعض الروايات أنه أتى بمكة ليلا فطاف ووجه التوفيق أنه فى أيام منى كان يأتى مكة بالليل مستتراً فيطوف فمن رأي ذلك منه ظن ان طوافه ذلك للزيارة فنقل كما وقع عنده وانما طاف للزيارة قبل الظهر وطواف الزيارة ركن الحج وهو الحج الاكبر فى تأويل قوله تعالى واذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر ووقته أيام النحر فلا ينبغي أن يؤخره عن أيام النحر والافضل اداؤه في أول أيام النحر كالتضحية لقوله صلى الله عليه وسلم أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها ثم لم يذكر السعى عقيب هذا الطواف لانه قد سعى عقيب طواف التحية وليس عليه فى الحج الاسعى واحد فان قيل السعى واجب أو ركن وطواف التحية سنة فكيف يترتب ماهو واجب على ماهو سنة قلنا نعم لكن الشرع جوز له اداء هذا الواجب عقيب طواف هو سنة للتيسير فان الطواف الذى هو ركن لايجوز قبل يوم النحر وفى يوم النحر على الحاج أعمال كثيرة ولو وجب عليه أداء السعى

فى هـذا اليوم لحقته المشقة فللتيسير جوز لهأداء السعى عقيب طواف التحية فلا يعيده يوم النحر وكذلك لا يرمل فى طوافه يوم النحر لان الرمل سـنة أول طواف يأتى به فى الحج فقد أتى به في طواف التحية فلا يعيده فى طواف الزيارة لـكنه يصلى ركعتين عقيب الطواف لان ختم كل طواف يكون بركعتين واجبا كان الطواف أو نفلا ثم قد حل له النساء لانه تم احلاله ثم يرجع الى منى فاذا كان الغـد من يوم النحر رمي الجمار الثلاث بعد زوال الشمس يبدأ بالتى تلى المسجد فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ثم يأتى المقام الذي يقوم فيه الناس فيقوم فيه فيحمد الله جلت قدرته ويثنى عليـه ويهلل ويكبر ويصلى على النبي صلي الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ثم يأتى الجمرة الوسطي فيرميها بسبع حصيات كذلك ثم يقوم حيث يقوم الناس فيصنع فى قيامه كما صنع فى الأول ثم يأتى جمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات ويكبر مع كل حصاة ولا يقـيم عندها هكذا رواه جابر رضى الله عنه مفسراً فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليـه وسلم والحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الأيدي الا في سبعة مواطن عند افتتاح الصلاة وعند القنوت في الوتر وفي العيـدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وبجمع عند المقامين عند الجمرتين وهـذا دليل على انه انما يقيم عند الجمرتين الاولى والوسطي ولا يقيم عند جمرة العقبة والمراد من رفع اليدين الرفع للدعاء دل على أن الدعاء عنـد المقامين وينبغى للحاج أن يسـتغفر للمؤمنين والمؤمنات في دعائه في هذا الموقف قال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج والحاصل أن كل رمى بعده رمي فحال الفراغ منه حال وسط العبادة فيأتى بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمى فبالفراغ منـه قد فرغ من العبادة فلا يقيم بعده للدعاء ولم يذكر في الـكتاب ان الرمى ماشياً أفضل أم راكبا وحكي عن ابراهيم الجراح قال دخلت على أبي يوسف رحمه الله تعالى فى مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمى راكبا أفضل أم ماشيا فقلت ماشياً فقال أخطأت فقلت راكبا فقال أخطأت ثم قال كل رمي كان بعده وقوف فالرمى فيه ماشيا أفضل وما ليس بعده وقوف فالرمي راكبا أفضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار حتى سمعت الصراخ لموته فتعجبت من حرصه على العلم فى مثل تلك الحالة والذى رواه جابر رضى الله عنـه أن النبي صلى الله عليـه وسلم رمى الجمار كلها راكبا انما فعله ليكون أشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدون منه الا ترى

أنه قال خذوا عني مناسككم فلا أدرى لعلى لا أحج بعد هذا العام فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث حين تزول الشمس كذلك ثم ينفر إن أحب من يومه فان أقام الى الغد وهو آخر أيام التشريق فعل كما فعل بالامس لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه ﴿ قال ﴾ وقد كان يكره له أن ينفر قبل أن يقدم ثقله لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يمنع الناس منه ويؤدب عليه ولانه شغل قلبه بهم اذ قدمهم قبله وربما يمنعه شغل القلب من اتمام سنة الرمى ولا يأمن أن يضيع شئ من أمتعتهم فلهذا كره له أن يقدم ثقله ﴿ قال ﴾ ثم يأتي الابطح فينزل به ساعة وهذا اسم موضع قد نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انصرف من منى الى مكة يسمى المحصب والأبطح وكان ابن عباس رضى الله عنها يقول ليس النزول فيه بسنة ولكنه موضع نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا و لاصح عندنا أنه سنة وانما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم قصداً على ما روى أنه قال لأصحابه رضى الله عنهم بمنى انا نازلون غداً بالخيف خيف بنى كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يريد به الاشاره الى عهد المشركين فى ذلك الموضع على هجران بنى هاشم فعرفنا أنه نزوله إراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فيكون النزول فيه سنة بمنزلة الرمل في الطواف ﴿ قال ﴾ ثم يطوف طواف الصدر ويصلي ركعتين لقوله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض ويسمى هذا الطواف طواف الوداع وطواف الصدر لانه يودع به البيت ويصدر به عن البيت ﴿ قال ﴾ ثم يرجع الى أهله وقد قال شيخنا الامام رحمه الله تعالى يستحب له أن يأتى الباب ويقبل العتبة ويأتى الملتزم فيلتزمه ساعة يبكي ويتشبث باستار الكعبة ويلصق جسده بالجدار أن تمكن ثم يأتى زمزم فيشرب من مائه ثم يصب منه على بدنه ثم ينصرف وهو يمشى وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسراً على فوات البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج الذى أراده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه وقال العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما والحج المبرور ليس له جزاء الا الجنة ﴿ قال ﴾ وان كان الذى أتى مكة لطواف الزيارة بات بها فنام متعمداً أو في الطريق فقد أساء وليس عليه شئ الا الاساءة لما روى أن عمر رضى الله عنه كان يؤدب الناس على ترك المقام بمنى فى ليالى الرمي ولكن

ليس عليه شئ عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان ترك البيتوتة ليلة فعليه مدوان ترك ليلتين فعليه مدان وان ترك ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء به بترك الرمى ولكنا نستدل بحديث العباس رضى الله عنه انه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البيتوتة بمكة في ليالى الرمي لاجل السقاية فأذن له فى ذلك ولوكان ذلك واجباً مارخص له فى تركه لاجل السقاية ولان هذه البيتوتة غير مقصودة بل هى تبع للرمى فى هذه لايام فتركها لايوجب الا الاساءة كالبيتوتة بمزدلفة ليلة يوم النحر والله أعلم

باب القران

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ومن أراد القران فعل مثل ذلك (والكلام هنا فى فصول) أحدها فى تفسير القران والتمتع والافراد فالقران هوالجمع بين الحج والعمرة بأن يحرمهما أويحرم بالحج بعد احرام العمرة قبل أداء الاعمال من قولهم قرن الشئ الى الشئ اذا جمع بينهما و لتمتع هو الترفق بأداء النسكين فى سفر واحد من غير ان يلم بينهما باهله الماما صحيحاً والافراد بالحج ان يحج أولا ثم يعتمر بعد الفراغ من الحج أو يؤدي كل نسك فى سفر على حدة أو يكون أداء العمرة فى غير أشهر الحج (والفصل الثاني) فى بيان الأفضل فعندنا الأفضل هو القران ثم بعده التمتع وعلى رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الافراد أفضل من التمتع وعن محمد رحمه الله تعالى قال حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندى من القران وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى الافراد أفضل من القران وعلى قول مالك رحمه الله تعالى لتمتع أفضل من القران فالشافعي استدل بحديث جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مفرداً بالحج وأنا ممن كنت أفرد وهكذا روت عائشة رضى الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مفرداً بالحج وانما حج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة مرة فما كان يترك ماهوالأفضل فيما يؤديه مرة واحدة ولان القران رخصة كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها انما أجرك على قدر تعبك ونصبك وانما القران رخصة والافراد عزيمة والتمسك بالعزيمة خير من التمسك بالرخصة ولان فى الافراد زيادة الاحرام والسعي والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق لهما حلقاً واحداً ولاجل هذا النقصان يجب عليه

الدم جبرا والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال وأداء النسك بصفة الكمال يكون أفضل من ادخال النقصان والجبر فيها ومالك رحمه الله تعالى استدل بحديث عثمان رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم تمتع بالعمرة الى الحج وعلماؤنا رحمهم الله تعالى استدلوا بحديث علي وابن مسعود وعمران بن الحصين رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافين وسعى سعيين • وعن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تقصع بجرتها ولعابها يسيل على كتفي وهو يقول لبيك بحجة وعمرة معاً وأهل الحديث جمعوا رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانوا ثلاثين نفراً فعشرة منهم تروى أنه كان قارنا وعشرة انه كان مفرداً وعشرة انه كان متمتعاً فنوفق بين هذه الروايات فنقول لبي رسول الله صلى الله عليه وسلم أولا بالعمرة فسمعه بعض الناس ثم رأوه بعد ذلك حج فظنوا أنه كان متمتعاً فنقلوا كما وقع عندهم ثم لبي بعد ذلك بالحج فسمعه قوم آخرون فظنوا أنه كان مفردا بالحج ثم لبي بهما فسمعه قوم آخرون فعلموا أنه كان قارنا وكل نقل ماوقع عنده وهو نظير ماروينا من توفيق ابن عباس رضى الله عنه فى اختلاف الروايات فى وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لما وقع الاختلاف فى فعله نصير الى قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم أتاني آت من ربى وأنا بالعقيق فقال صل في هذا الوادى المبارك ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة معاً وقال صلى الله عليه وسلم يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً ولان في القران معنى الوصل والتتابع فى العبادة ومعنى الجمع بين العبادتين وهو أفضل من إفراد كل واحد منهما كالجمع بين الصوم والاعتكاف والجمع بين الحراسة فى سبيل الله تعالى مع صلوات الليل ولان فى القران زيادة نسك وهو اراقة دم الهدي وقد قال صلى الله عليه وسلم أفضل الحج العج والثج والثج اراقة الدم والكلام فى الحقيقة ينبنى على هذا الحرف فان دم القران عنده دم جبر حتى لايباح التناول منه وعندنا هو دم نسك يباح التناول منه والدليل على أنه دم نسك أنه يتوقت بايام النحر كالاضحية ودم الجبر لايتوقت به وان سببه مباح محض ودم الجبر يستدعى سبباً محظوراً لان النقصان انما تمكن بارتكاب مالا يحل وقد تناول رسول الله صلى الله عليه وسلم من هداياه على ماروى انه ساق مائة بدنة فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقى علياً رضى الله عنه ثم امران يؤخذ

من كل واحدة قطعة فتطبخ له فا كل من لحمها وحسا من مرقها وقد صح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم كان قارناً فدل ان دم القران يباح التناول منه واذا ثبت أنه دم نسك فما يكون فيه زيادة نسك فهو أفضل ولهذا جعل التمتع أفضل من الافراد فى ظاهر الرواية لان فيه زيادة نسك الا ان القران أفضل منه لما فيه من زيادة التعجيل بالاحرام بالحج واستدامة احرامهما من الميقات الى أن يفرغ منهما وفى حق المتمتع العمرة ميقاتية والحجة مكية وعلى رواية ابن شجاع رحمه الله تعالى الافراد أفضل من التمتع لهذا المعنى ان حجة المتمتع مكية يحرم بها من الحرم والمفرد يحرم بكل واحد منهما من الحل ولهذا جعل محمد رحمه الله تعالى الافراد بكل واحد منهما من الكوفة أفضل لانه ينشئ سفراً مقصوداً لكل واحد منهما وقد صح ان عمر رضى الله عنه نهى الناس عن المتعة فقال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا أنهى الناس عنهما متعة النساء ومتعة الحج وتأويله أنه كره أن يخلو البيت عن الزوار فى غير أشهر الحج فأمرهم أن يعتمروا بسفر مقصود في غير أشهر الحج كيلا يخلو البيت من الزوار في شئ من الاوقات لا أن يكون التمتع مكروها عنده بدليل حديث الصبي بن معبد قال كنت امرأ نصرانيا فاسلمت فوجدت الحج والعمرة واجبتين على فقرنت بينهما فلقيت نفراً من الصحابة فيهم زيد بن صوحان وسلمان ابن ربيعة رضى الله عنهما فقال احدهما لصاحبه هوأضل من بعيره فلقيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فاخبرته بذلك فقال ما قالا ليس بشئ هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم اذا عرفنا هذا فنقول من اراد القران فتأهبه للاحرام كتأهب المفرد على ماينا الا أنه فى دعائه بعد الفراغ من الركعتين يقول اللهم انى أريد العمرة والحج وكذلك يلبي بهما ويقول لبيك بعمرة وحجة معا وانما يقدم ذكر العمرة لان الله تعالى قدمها فى قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولانه فى اداء الافعال يبدأ بالعمرة فكذلك في الاحرام يبدأ فى التلبية بذكر العمرة وان اكتفى بالنية ولم يذكرهما فى التلبية اجزأه على قياس الصلاة اذا نوى بقلبه الصلاة وكبر ﴿ قال ﴾ ثم يبدأ اذا دخل مكة بطواف العمرة بالبيت وسعى بين الصفا والمروة على نحو ما وصفنا فى الحج ثم يطوف للحج بالبيت ويسعى له بين الصفا والمروة وهذا عندنا ان القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين وعند الشافعى رحمه الله تعالى يطوف طوافا واحداً ويسعى سعيا واحداً واحتج بحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي

صلى الله عليه وسلم طاف لحجته وعمرته طوافا واحداً وسعى سعياً واحداً هكذا رواه الشافعي وهو منه تناقض بين فانه روى عن عائشة رضى الله عنها فى المسئلة الاولى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مفرداً ثم روي فى هذه المسئلة أنه كان قارنا وطاف لهما طوافا واحدا وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضى الله عنها طوافك بالبيت يكفيك لحجك ولعمرتك وقال صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحجة الى يوم القيامة والمعنى فيه أن مبنى القران على التداخل ألا ترى أنه يكتفي لهما بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك يثبت التداخل فى الاركان ولان العمرة تبع للحج فهي من الحج بمنزلة الوضوء مع الاغتسال فكما يدخل الوضوء فى الاغتسال فكذلك العمرة فى الحج وحجتنا حديث علي رضى الله عنه وابن مسعود وعمران بن الحصين رضى الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قرن وطاف لهما طوافين وسعى سعيين وحديث الصبي بن معبد أنه قرن وطاف طوافين وسعى سعيين فقال له عمر رضى الله عنه هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم وفى الكتاب ذكر عن علي رضى الله عنه أنه قال يطوف القارن طوافين ويسعى سعيين والمعنى فيه أن القران ضم الشئ الى الشئ وانما يتحقق ذلك لأداء عمل كل نسك بكماله ولان كل واحد منهما عبادة محضة ولا تداخل فى اعمال العبادات انما التداخل فيما يندرئ بالشبهات ألا ترى أنه لا يتداخل أشواط طواف واحد وسعى واحد ومعنى الدخول المذكور فى الحديث الوقت أي دخل وقت العمرة في وقت الحج على معنى أنه يؤديهما في وقت واحد والسفر والتلبية والحلق غير مقصودة انما السفر للتوصل الى أداء النسك والتلبية للتحرم والحلق للتحلل فلا تكون مقصودة وانما المقصود أركان العبادة ألا ترى أن أداء شفعين من التطوع بتكبيرة واحدة وتسليمة واحدة يجوز ولا يدخل أحد الشفعين في الآخر والوضوء مع الاغتسال غير مقصود بل المقصود تطهير البدن ليقوم الى المناجاة طاهراً وقد حصل ذلك بالاغتسال وهنا كل نسك مقصود فيلزمه أداء اعمال كل واحد منهما والحديث الذى رواه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضى الله تعالى عنها طوافك بالبيت يكفيك لحجك وعمرتك لايكاد يصح فانها قد رفضت العمرة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاضت بسرف على مانبينه من بعد ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ ثم يأتي بالاعمال حتى اذ رمي جمرة العقبة يوم النحر ذبح هدى القران وتجزئه الشاة لقوله تعالى

فما استيسر من الهدي قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه ما استيسر من الهدي شاة . وفي حديث جابر رضى الله تعالى عنه قال اشتركنا حين كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البقرة سبعة وفى البدنة سبعة وفي الشاة واحد والبقرة أفضل من الشاة والجزور أفضل من البقرة لقوله تعالى ومن يعظم شعائر الله فما كان أقرب في التعظيم فذلك أفضل وقد نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بدنة فى حجة الوداع ولو كان ساق هداياه مع نفسه كان أفضل من ذلك كله لان رسول الله صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه وقلدها هكذا قالت عائشة رضي الله تعالى عنها كنت أفتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلدها بيده وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما انى قلدت هديي ولبدت رأسي فلا أحل حتى أحل منهما جميعاً . وفى رواية فلا أحل حتى أنحر ولهذه الرواية قال الشافعى رحمه الله تعالى تحلل القارن بالذبح لا بالحلق ولكنا نقول التحلل يحصل بالحلق كما فى حق المفرد وتأويل الحديث حتى أنحر ثم أحلق بعده على ماروينا أنه حلق رأسه بعد ذبح الهدايا ولان التحلل من العبادة بما لا يحل في أثنائها كالسلام في الصلاة وذلك بالحلق أو التقصير دون الذبح ﴿ قال ﴾ واذا طاف الرجل بعد طواف الزيارة طوافا ينوى به التطوع أو طواف الصدر وذلك بعد ما حل النفر فهو طواف الصدر لانه أتى به فى وقته فيكون عنه وان نوى غيره كمن نوى بطواف الزيارة يوم النحر التطوع يكون للزيارة بل أولى لان ذلك ركن وهذا واجب ﴿قال﴾ ولا بأس بان يقيم بعد ذلك ماشاء ثم يخرج ولكن الأفضل ان يكون طوافه حين يخرج وعن أبي يوسف والحسن رحمهما الله تعالى قالا اذا اشتغل بعمل مكة بعد طواف الصدر يعيد طواف الصدر لانه كاسمه يكون للصدر فانما يحتسب به اذا أداه حين يصدر وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم وليكن آخر عهده الطواف بالبيت يشهد لهذا ولكنا نقول ماقدم مكة الا لأداء النسك فعند ماتم فراغه منها جاء أوان الصدر فطوافه بعد ذلك يكون للصدر وتأويل الحديث ان آخر نسكه طواف الصدر لا آخر عمله بمكة وأما العمرة المفردة اذا أرادها يتأهب لها مثل ماوصفناه فى الحج اذا أراد الاحرام بها عند الميقات وكذلك ان كان بمكة وأراد ان يعتمر خرج من الحرم الى الحل من أى جانب شاء وأقرب الجوانب التنعيم وعنده مسجد عائشة رضى الله عنها وسبب ذلك انها قالت يارسول الله أو كل نسائك ينصرفن بنسكين وأنا بنسك واحد فامر أخاها عبد الرحمن ان

يعمرها من التنعيم مكان عمرتها يعني مكان العمرة التي رفضتها على مانبينه ان شاء الله تعالى فمن ذلك الوقت عرف الناس موضع احرام العمرة فيخرجون اليه اذا أرادوا الاحرام بالعمرة وهو من جملة ماقيل مانزل بعائشة رضى الله عنها أمر تكرهه الا كان للمسلمين فيه فرج ثم بعد احرامه يتقى مايتقيه في احرام الحج على ماذكرنا حتي يقدم مكة ويدخل المسجد فيبدأ بالحجر فيستلمه ويطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة ثم يحلق أو يقصر وقد فرغ من عمرته وحل له كل شيء هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة القضاء حين اعتمر من الجعرانة والاختلاف فى فصول أحدها ان عندنا يقطع التلبية فى العمرة حين يستلم الحجر الاسود عند أول شوط من الطواف بالبيت وعند مالك رحمه الله تعالى كما وقع بصره على البيت يقطع التلبية لان العمرة زيارة البيت وقد تم حضوره بوقوع بصره على البيت ولان هذا الطواف هو الركن فى العمرة بمنزلة طواف الزيارة فى الحج فكما يقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فهنا يقدم قطع التلبية على الاشتغال بالطواف ولكنا نستدل بحديث ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر الاسود والمعنى فيه ان قطع التلبية هنا عند الطواف بالاتفاق لان مالكا رحمه الله تعالى اعتبر وقوع بصره على البيت ورؤية البيت غير مقصودة انما المقصود الطواف فينبغي أن يكون القطع مع افتتاح الطواف وذلك عند استلام الحجر كما قلنا في الحج ان قطع التلبية عند الرمي وذلك مع أول حصاة يرمي بها (والثانى) أن فى العمرة بعد الطواف والسعى يحلق عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعى فقط وحجتنا قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين وهو بشرى لهم بما عاينوه في عمرة القضاء وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالحلق وحلق رأسه فى عمرة القضاء ولان التحرم للاحرام بالتلبية والتحلل بالحلق فكما سوى بين احرام العمرة واحرام الحج فى التحرم فكذلك فى التحلل ألا ترى أن فى باب الصلاة سوى بين المكتوبة والنافلة فى التحرم بالتكبير والتحلل بالتسليم فكذلك هذا ﴿ قال ﴾ وكذا ان أراد التمتع ولم يسق هديا ويقيم بمكة بعد الفراغ من العمرة حلالا وقد بينا صورة التمتع وهو أن يعتمر فى أشهر الحج ويحج من عامه ذلك من غير أن يلم بأهله بين النسكين الماما صحيحاً وكان مالك رحمه الله تعالى يقول ان أتى بالعمرة قبل أشهر الحج ولم يتحلل من احرام العمرة حتي دخلت أشهر الحج

فهو متمتع . وقال الشافعي رحمه الله اذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لم يكن متمتعاً وان كان أداء أعمال العمرة في أشهر الحج فعنده المعتبر وقت الاحرام بالعمرة وعند مالك رحمه الله تعالى وقت التحلل من الاحرام ونحن نقول ان كان أداء الاعمال قبل أشهر الحج لم يكن متمتعاً لأن احرامه في غير أشهر الحج صار بحيث لا يفسد بالجماع فهو بمنزلة مالو لم يحل منه وان لم يأت بالاعمال حتى دخلت أشهر الحج فاحرامه للعمرة في أشهر الحج بحيث يفسد بالجماع فهو كما لو أحرم بها في أشهر الحج لانه مترفق بأداء النسكين في أشهر الحج ثم هو على ثلاثة أوجه اما أن يصبر بمكة بعد الفراغ من العمرة حتى يؤدى الحج فيكون متمتعاً بالاتفاق واما أن يعود الى أهله بعد ماحل من عمرته ثم حج من عامه ذلك فلا يكون متمتعاً باجماع بين أصحابنا وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى يكون متمتعا ويقول لا أعرف ذلك الا لمام ماذا يكون فهو بناء على أصله فى أن المكى له المتعة والقران ويأتي بيان هذا في موضعه ان شاء الله تعالى واعتمادنا فيه على حديث ابن عباس رضى الله عنه قال اذا ألم بأهله بين النسكين الماما صحيحاً فهو متمتع وهكذا روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما وكان المعنى فيه وهو أنه أنشأ لكل نسك سفراً من أهله والمتمتع من يترفق باداء النسكين في سفر واحد فاما اذا جاوز الميقات بعد الفراغ من العمرة فأتى بلدة أخرى غير بلدته بان يكون كوفيا فاتى البصرة ثم عاد وحج من عامه ذلك كان متمتعا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يكن متمتعا في قولهما ذكره الطحاوى رحمه الله تعالى فى كتابه وجه قولهما ان صورة المتمتع ان تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا حجته وعمرته ميقاتيتان لانه بعد ماجاوز الميقات حلالا اذا عاد لزمه الاحرام من الميقات فهو والذى الم بأهله سواء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بحديث ابن عباس رضى الله عنه فان قوما سألوه فقالوا اعتمرنا فى أشهر الحج ثم زرنا القبر ثم حججنا فقال أنتم متمتعون ولانه مترفق باداء السكين فى سفر واحد لانه ماض على سفره ما لم يعد الى أهله فهو بمنزلة مالو لم يخرج من الميقات حتى حج وعاد فيكون متمتعا ﴿قال﴾ واذا كان يوم التروية وهو بمكة فاراد الرواح الى منى لبس الازار والرداء ولبي بالحج ان شاء من المسجد أو من الابطح أو من أى موضع من الحرم شاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الذين فسخوا احرام الحج بالعمرة أن يحرموا بالحج يوم التروية من المسجد الحرام وفي حديث جابر رضي الله عنه قال فخرجنا من مكة فلما جعلناها بظهر احرمنا بالحج

والحاصل ان من بمكة حلال اذا أراد الاحرام بالحج يحـرم من الحرم واذا أراد الاحرام بالعمرة يحرم من الحـل لان موضع أداء الافعال غير موضع الاحرام وركن العمرة الطواف وهو مؤدى فى الحرم فالاحرام بها يكون في الحل ومعظم الركن في الحج الوقوف وهو فى الحل فالاحرام به يكون فى الحرم (قال) وان شاء احرم بالحج قبـل يوم التروية وما قدم احرامه بالحج فهو أفضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبـة في العبادة ولانه أشق على البدن وقال صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها انما أجرك على قدر نصبك ولما سئل عن أفضل الاعمال قال أحمزها (قال) ويروح مع الناس الى منى فيبيت بها ليلة عرفة ويعمل على ما وصفناه فى الحج فى حق المفرد غـير أن عليه دم المتعة يوم النحر بعـد رمى جمرة العقبة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ثم يحلق بعد الذبح ويزور البيت فيطوف به أسبوعا يرمل في الثلاثة الأول ويمشى فى الأربعة الاواخر على هينته ويصلى ركعتين ويسعي بين الصفا والمروة على قياس ما بيناه في الحج لان هذا أول طواف يأتى به فى الحج وقد بينا أن الرمل فى أول طواف الحج سـنة والسعي عقيب أول طواف في الحج وهذا بخلاف المفرد لانه طاف للقدوم فى الحج هناك وسعى بعده فلهذا لا يرمل في طواف يوم النحر ولا يسعي بعده ولو كان هذا المتمتع بعد ما أحرم بالحج طاف وسعى قبـل أن يروح الى منى لم يرمل فى طواف الزيارة يوم النحر ولم يطف بين الصفا والمروة أيضاً لانه قد أتى بذلك في الحج مرة وان كان حين اعتمر فى أشهر الحج ساق هديا للمتعة فينبغي له أن يقلد هديه لقوله تعالى لا تحلوا شعائر الله الى قوله ولا القـلائد ولكن السنة أن يقلد الهدى بعدما يحرم بالعمرة لانه لو قلد الهدى قبل الاحرام وساقه بنية الاحرام صار محرما هكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما وفى سياق الآية ما يدل عليه لانه بعد ذكر القلائد قال واذا حللتم فاصطادوا فدل أنه بالتقليد يصير محرما والأولى أن يحرم بالتلبية فلهذا كان الافضل أن يلبى أولا ثم يقلد هـديه فاذا طاف للعمرة وسعي أقام حراما لان سوق هدى المتعة يمنعه من التحلل بين النسكين على ما قال صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وتحللت منها وقال في حديث آخر أما إنى قلدت هديي ولبدت رأسى فلا أحـل حتى أنحر فاذا كانت عشية التروية أحرم بالحج وان أحب أن يقدم الاحرام ويطوف بالبيت والصفا والمروة لحجته فعل كما بينا فى المتمتع الذى

لم يسق الهدى الا أنه ان لم يطف بعد الاحرام بالحج رمل فى طواف يوم النحر وان كان طاف بعد الاحرام بالحج وسعى لم يرمل فى طواف يوم النحر ولم يطف بين الصفا والمروة ﴿ قال ﴾ ولا يدع الحلق فى جميع ذلك ملبداً أو مضفراً أو عاقصاً والتلبيد أن يجمع شعر رأسه على هامته ويشده بصمغ أو غيره حتى يصير كاللبد والتضفير أن يجعل شعره ضفائر والعقص هو الاحكام وهو أن يشد شعره حول رأسه وقد بينا أن الحلق أفضل ولا يدع ما هو الافضل بشئ من هذه الاسباب وقد لبد رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه كما روينا من قوله ولبدت رأسى ومع ذلك حلق ﴿ قال ﴾ والمرأة بمنزلة الرجل فى جميع ما وصفناه لانها مخاطبة كالرجل ألا ترى ان أم سلمة رضى الله عنها لما سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاغتسال من الجنابة وصف لها حال نفسه فى الاغتسال فدل أن حال الرجل والمرأة سواء غير أنها تلبس ما بدا لها من الدروع والقمصان والخمار والخف والقفازين لانها عورة كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة وفي لبس الازار و لرداء ينكشف بعض البدن عادة وهي مأمورة بأداء العبادة على استر الوجوه كما بينا في الصلاة فلهذا تلبس المخيط والخفين وتغطي رأسها ولا تغطى وجهها لان الرأس منها عورة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة في وجهها فعرفنا أنها لا تغطى وجهها الا أن لها أن تسدل على وجهها اذا أرادت ذلك على وجه تجافى عن وجهها هكذا روى عن عائشة رضى الله عنها قالت كنا في الاحرام مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نكشف وجوهنا فاذا استقبلنا قوم اسدلنا من غير أن نصيب وجوهنا ولا تلبس المصبوغ بورس ولا زعفران ولا عصفر الا أن يكون قد غسل لان ما حل فى حقها من اللبس كان للضرورة ولا ضرورة في لبس المصبوغ وهي فى ذلك بمنزلة الرجل ولان هذا تزين وهى من دواعى الجماع وهي ممنوعة من ذلك فى الاحرام كالرجل ولا حلق عليها انما عليها التقصير هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير عند الخروج من الاحرام ولان الحلق فى حقها مثلة والمثلة حرام وشعر الرأس زينة لها كاللحية للرجل فكما لا يحلق الرجل لحيته عند الخروج من الاحرام لا تحلق هى رأسها ولا رمل عليها في الطواف بالبيت ولا بين الصفا والمروة لان الرمل لاظهار التجلد والقوة والمرأة ليست من أهل القتال لتظهر الجلادة من نفسها ولا يؤمن ان يبدو شئ

من عورتها فى رملها وسعيها أو تسقط لضعف بنيتها فلهذا تمنع من ذلك وتؤمر بأن تمشى مشياً فهذا القدر ذكره في الكتاب فى الفرق وقد قال مشايخنا انها لا ترفع صوتها بالتلبية أيضاً لما في رفع صوتها من الفتنة وكذلك لا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال والزحمة معهم فلا تستلم الحجر الا اذا وجدت ذلك الموضع خالياً عن الرجال والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الطواف

اعلم بان الطواف أربعة ثلاثة فى الحج وواحد فى العمرة أما أحد الا طوفة في الحج فهو طواف التحية ويسمي طواف القدوم وطواف اللقاء وذلك عند ابتداء وصوله الى البيت وهو سنة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى هو واجب لان النبي صلى الله عليه وسلم أتى به ثم قال لأصحابه رضي الله عنهم خذوا عنى مناسككم فهذا أمر والأمر على الوجوب ولان المقصود زيارة البيت للتعظيم فالنسك الذي يكون عند ابتداء الزيارة يكون واجبا بمنزلة الذكر عند افتتاح الصلاة وهو التكبير وحجتنا فى ذلك ان الله عز وجل أمر بالطواف والأمر المطلق لا يقتضى التكرار وبالاجماع طواف يوم النحر واجب فعرفنا ان ماتقدم ليس بواجب ولانه ثبت بالاجماع ان الطواف الذى هو ركن فى الحج مؤقت بيوم النحر حتي لا يجوز قبله فما يؤتى به قبل يوم النحر لا يكون واجبا لانه يؤتى به في الاحرام ولا يتكرر ركن واحد فى الاحرام واجباً كالوقوف بعرفة فجعلناه سنة لهذا بخلاف طواف الصدر فانه يؤتى به بعد تمام التحلل فلو جعلناه واجبا لا يؤدى الى تكرار الطواف واجبا فى الاحرام والطواف فى الحج بمنزلة ثناء الافتتاح فى الصلاة لان التلبية عند الاحرام هنا كالتكبير هناك وكما ان ثناء الافتتاح الذي يؤتي به عقيب التكبير سنة فكذلك الطواف الذى يؤتى به عقيب الاحرام سنة ومما يحتج به مالك رحمه الله تعالى ان السعى الذي بعد هذا الطواف واجب ولا يكون الواجب بناء على ماليس بواجب وقد بينا العذر عن هذا فيما مضى والطواف الثاني طواف الزيارة وهو ركن الحج ثبت بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق وبقوله تعالى يوم الحج الأكبر والمراد به طواف الزيارة والطواف الثالث طواف الصدر وهو واجب عندنا سنة عند الشافعى رحمه الله تعالى قال لانه بمنزلة طواف القدوم الا ترى ان كل واحد منهما

يأتي به الآفاقي دون المكي وما يكون من واجبات الحج فالآفاقي والمكي فيه سواء ﴿ولنا﴾ في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض والأمر دليل الوجوب وتخصيص الحائض برخصة الترك دليل على الوجوب أيضا وكما ان طواف الزيارة لتمام التحلل عن احرام الحج فطواف الصدر لانتهاء المقام بمكة فيكون واجبا على من ينتهي مقامه بها وهو الآفاقي أيضا الذي يرجع الى أهله دون المكي الذي لا يرجع الى موضع آخر ويسمى هذا طواف الوداع فانما يجب على من يودع البيت دون من لا يودعه فاما الطواف الرابع فهو طواف العمرة وهو الركن في العمرة وليس في العمرة طواف الصدر ولا طواف القدوم أما طواف القدوم فلانه كما وصل الى البيت يتمكن من أداء الطواف الذي هو ركن في هذا النسك فلا يشتغل بغيره بخلاف الحج فانه عند القدوم لا يتمكن من الطواف الذي هو ركن الحج فيأتي بالطواف المسنون الى ان يجئ وقت الطواف الذي هو ركن وأما طواف الصدر فقد قال الحسن رحمه الله تعالى في العمرة طواف الصدر أيضا في حق من قدم معتمراً اذا أراد الرجوع الى أهله كما في الحج ولكنا نقول ان معظم الركن في العمرة الطواف وماهو معظم الركن في النسك لا يتكرر عند الصدر كالوقوف في الحج لان الشئ الواحد لا يجوز أن يكون معظم الركن في نسك وهو بعينه غير ركن في ذلك النسك ولان ماهو معظم الركن مقصود وطواف الصدر تبع يجب لقصد توديع البيت والشئ الواحد لا يكون مقصوداً وتبعاً ﴿قال﴾ واذا قدم القارن مكة فلم يطف حتي وقف بعرفات كان رافضاً لعمرته عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون رافضاً لعمرته وهو بناء على ماسبق فان عنده طواف العمرة يدخل في طواف الحج فلا يلزمه طواف مقصود للعمرة وعندنا لا يدخل طواف العمرة في طواف الحج بل عليه ان يأتي بطواف كل واحد منهما ويقدم العمرة في الاداء على الحج وهذا يفوته بالوقوف لان معظم أركان الحج الوقوف ويصير به مؤديا للحج على وجه يأمن الفوت فلو بقيت عمرته لكان يأتي باعمالها فيصير بانيا أعمال العمرة على الحج وهذا ليس بصفة القران فجعلناه رافضاً للعمرة لهذا والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها فان النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها بسرف وهي تبكي قال مايبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال هذا شئ كتبه الله تعالى على بنات آدم فدعي عنك العمرة أو قال ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع مايصنع

الحاج غير أن لاتطوفى بالبيت فقد أمرها برفض العمرة لما تعذر عليها الطواف فلولا أنها بالوقوف تصير رافضة لعمرتها لما أمرها برفض العمرة فان توجه الى عرفات بعد مادخل وقت الوقوف فمن أبى حنيفة رحمه الله تعالى روايتان فى ذلك في الكتاب يقول لايصير رافضاً حتى اذا عاد من الطريق الى مكة وطاف للعمرة فهو قارن والحسن يروي عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات وهذا هو القياس على مذهبه كما جعل التوجه الى الجمعة قبل فراغ الامام بمنزلة الشروع فى الجمعة فى ارتفاض الظهر والذى ذكره فى الكتاب استحسان والفرق بينه وبين تلك المسئلة انه هناك مأمور بالسعي الى الجمعة فيتقوى السعي بمشيه وهنا هو منهى عن التوجه الى عرفات قبل طواف العمرة ولا ن الموجب هنا للارتفاض صيرورة ركن الحج مؤدي حتي يكون مابعده بناء العمرة على الحج وهذا بنفس التوجه لايحصل وهناك الموجب لرفض الظهر المنافاة بينه وبين الجمعة والسعى من خصائص الجمعة فاقيم مقام الشروع في ارتفاض الظهر به فلو طاف للعمرة ثلاثة أشواط ثم ذهب فوقف بعرفات فهو رافض للعمرة أيضاً لان ركن العمرة الطواف فاذا بقى أكثره غير مؤدى جعل كانه لم يؤد منه شيئاً ولوكان طاف أربعة أشواط ثم وقف بعرفات لم يكن رافضاً للعمرة لانه قد أدى أكثر الطواف فيكون ذلك كاداء الكل ولهذا قلنا ان بعد اداء أربعة أشواط من طواف العمرة يأمن فسادها بالجماع وبعد اداء ثلاثة أشواط لايأمن من ذلك وهذا لان المؤدى اذا كان أكثر فالاقل فى مقابلته كالعدم فكان جانب الاداء راجحا فاذا ترجح جانب الأداء فهو بالوقوف بعد ذلك وان صار مؤديا للحج فانما يصير مؤدياً بعد اداء العمرة واذا كان طاف ثلاثة أشواط فلم يصر رافضاً بالوقوف كان مؤديا للعمرة بأداء الاشواط الاربعة بعد الوقوف فيكون بانياً للعمرة على الحج وكما يأمن الفساد فى العمرة بطواف أربعة أشواط يأمن ارتفاضها بالوقوف وبعد ما طاف ثلاثة أشواط لا يأمن فسادها بالجماع فلا يأمن ارتفاضها بالوقوف وفى الموضع الذى صار رافضاً لها عليه دم لرفضها لانه خرج منها بعد صحة الشروع قبل أداء الاعمال فيلزمه دم اعتباراً بالمحصر وعليه قضاء العمرة لخروجه منها بعد صحة الشروع فيها والأصل فيه حديث عائشة رضى الله تعالى عنها حين أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أخاها عبد الرحمن أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التى فاتتها ويسقط عنه دم القران لانه وجب بالجمع بين النسكين فى

الاداء وقد انعدم وفي الموضع الذى لم يصر رافضا للعمرة يتم بقية طوافها وسعيها يوم النحر وعليه دم القران لانه تحقق الجمع بينهما أداء وان لم يطف لعمرته حين قدم مكة ولكنه طاف وسعى لحجته ثم وقف بعرفة لم يكن رافضاً لعمرته وكان طوافه وسعيه للعمرة دون الحج لان المستحق عليه البداية بطواف العمرة فلا تعتبر نيته بخلاف ذلك لان الاصل ان كل طواف مستحق عليه في وقت بجهة فأداؤه يقع عن تلك الجهة وان نوى جهة أخرى كطواف الزيارة يوم النحر وهذا لاعتبار الطواف بالوقوف فانه لو وجد منه الوقوف فى وقته ونوى شيئاً آخر سوى الوقوف للحج يتأدى به ركن الحج ولا تعتبر نيته بخلاف ذلك فكذلك في الطواف الا أن فى الطواف أصل النية شرط حتى لو عدا خلف غريم له حول البيت لا يتأدى به طوافه بخلاف الوقوف فانه يتأدي بغير النية لأن الوقوف ركن عبادة وليس بعبادة مقصودة ولهذا لا يتنفل به فوجود النية في أصل تلك العبادة يغنى عن اشتراط النية فى ركنها والطواف عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فلا بد من اشتراط النية فيه ويسقط اعتبار نية الجهة لتعينه كما قلنا فى صوم رمضان ولان الوقوف يؤدي في احرام مطلق فأما طواف الزيارة فانه يؤدى بعد التحلل من الاحرام بالحلق فوجود النية فى الاحرام لا يغنى عن النية فى الطواف ولكن هذا الفرق الثانى يتأتي فى طواف الزيارة دون طواف العمرة والفرق الاول يعم الفصلين فاذا ثبت أن طوافه وسعيه للعمرة فهذا رجل لم يطف لحجته وترك طواف التحية لا يضره فعليه أن يرمل في طواف يوم النحر ويسعى بين الصفا والمروة وان كان طاف للحج وسعي أولا ثم طاف للعمرة وسعى فليس عليه شئ وطوافه الاول للعمرة كما هو المستحق عليه ونيته بخلاف ذلك لغو فلا يلزمه به شئ وان طاف طوافين لهما ثم سعى سعيين فقد أساء بتقديمه طواف التحية على سعى العمرة ولا شئ عليه أما عندهما فظاهر لان من أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لا يجب بتقديم النسك وتأخيره شئ سوى الاساءة وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقديم نسك على نسك يوجب الدم عليه على ما نبينه ان شاء الله تعالى ولكن في هذا الموضع لا يلزمه دم لان تقديم طواف التحية على سعى العمرة لا يكون أعلى من طواف التحية أصلا واشتغاله بطواف التحية قبل سعي العمرة لا يكون أكثر تأثيراً من اشتغاله بأكل أو نوم ولو أنه بين طواف العمرة وسعيها اشتغل بنوم أو أكل لم يلزمه دم فكذا اذا اشتغل بطواف التحية ﴿قال﴾

وان طاف لعمرته على غير وضوء وللتحية كذلك ثم سعى يوم النحر فعليه دم من أجل طواف العمرة من غير وضوء والحاصل أنه يبني المسائل بعد هذا على أصل وهوأن طواف المحدث معتد به عندنا ولكن الافضل أن يعيده وان لم يعده فعليه دم . وقال الشافعي رحمه الله تعالى لايعتد بطواف المحدث أصلا لان الطواف بالبيت بمنزلة الصلاة من حيث انها عبادة متعلقة بالبيت ولان النبي صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة فقال الطواف بالبيت صلاة فاقلوا فيه الكلام ثم الطهارة في الصلاة شرط الاعتداد به فكذلك الطهارة في الطواف وحجتنا في ذلك ان المأمور به بالنص هو الطواف قال الله تعالى وليطوفوا وهواسم للدوران حول البيت وذلك يتحقق من المحدث والطاهر فاشتراط الطهارة فيه يكون زيادة على النص ومثل هذه الزيادة لاتثبت بخبر الواحد ولا بالقياس لان الركنية لاتثبت الابالنص فاما الوجوب يثبت بخبر الواحد لانه يوجب العمل ولايوجب علم اليقين والركنية انما تثبت بما يوجب علم اليقين فاصل الطواف ركن ثابت بالنص والطهارة فيه تثبت بخبر الواحد فيكون موجب العمل دون العلم فلم تصر الطهارة ركناولكنها واجبة والدم يقوم مقام الواجبات في باب الحج وهو الصحيح من المذهب ان الطهارة في الطواف واجبة وكان ابن شجاع رحمه الله تعالى يقول انه سنة وفي ايجاب الدم عند تركه دليل على وجوبه ثم المراد تشبيه الطواف بالصلاة في حق الثواب دون الحكم ألا ترى أن الكلام الذى هو مفسد للصلاة غير مؤثر في الطواف وان الطواف يتأدى بالمشي والمشي مفسد للصلاة ولان الطواف من حيث أنه ركن الحج لايستدعي الطهارة كسائر الاركان ومن حيث أنه متعلق بالبيت يستدعي الطهارة كالصلاة ومايتردد بين أصلين فيوفر حظه عليهما فلشبهه بالصلاة تكون الطهارة فيه واجبة ولكونه ركنا من أركان الحج يعتد به اذا حصل بغير طهارة والافضل فيه الاعادة ليحصل الجبر بما هو من جنسه وان لم يعد فعليه دم للنقصان المتمكن فيه بترك الواجب فان نقائص الحج تجبر بالدم وعلى هذا لو طاف للزيارة جنبا يعتد بهذا الطواف في حكم التحلل عن الاحرام وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايعتد به ثم عليه الاعادة عندنا وان لم يعد حتى رجع الى أهله فعليه بدنة لان النقصان بسبب الجنابة أعظم من النقصان بسبب الحدث . ألا ترى أن المحدث لايمنع من قراءة القرآن والجنب يمنع من ذلك ولان المنع من الجنابة من وجهين من حيث الطواف ومن حيث دخول المسجد

ومنع الحـدث من وجه واحـد فلتفاحش النقصان هنا قلنا يلزمه الجبر بالبدنة وهو مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال البدنة فى الحج تجب فى شيئين على من طاف جنباً وعلى من جامع بعـد الوقوف وان أعاد طوافه سقطت عنه البدنة واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى أن المعتبر طوافه الثاني أم الاول وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول المعتبر هو الاول والثانى جبر للاول وكان يستدل على هذا بما قال فى الكتاب أنه لو طاف لعمرته جنباً فى رمضان ثم أعاد طوافه في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لايكون متمتعاً فلو كان المعتـبر هو الطواف الثانى كان متمتعاً ووجه هذا القول ان المعتد به مايتحلل به من الاحرام والتحلل حصل بالطواف الاول فهو المعتد به والثانى جبر للنقصان المتمكن فيـه كالبدنة وكما لو كان محـدثا فى الطواف الاول كان هو المعتـد به والثانى جبرا للنقصان والأصح ان المعتد به هو الثانى وان الاول ينفسخ بالثانى ألا ترى أنه قال في الكتاب لو طاف للزيارة جنباً في أيام النحر ثم أعاد طوافه بعد أيام التشريق فعليـه الدم عند أبى حنيفة رحمـه الله تعالى لتأخير طواف الزيارة عن وقته ولو كان المعتـد به هو الاول لم يلزمه دم التأخير لان الاول مؤدى فى وقته وأما مسألة التمتع فلأنه بما أدى من الطواف فى رمضان وقع له الامن عن فساد العمرة فاذا أمن فسادها قبل دخول وقت الحج لايكون بها متمتعا وهذا لان الأول كان حكمه مراعى لتفاحش النقصان فان أعاده انفسخ الأول وصار المعتـد به هو الثانى وان لم يعد كان معتداً به في التحلل كمن قام فى صلاته ولم يقرأ حتى ركع كان قيامـه وركوعه مراعى على سبيل التوقف فان عاد فقرأ ثم ركع انفسخ الأول حتى ان من أدركه معه الركوع الثانى كان مدركا للركعة وان لم يعد وقرأ فى الركعتين الأخريين كان الأول معتداً به وهذا بخلاف الحدث لان النقصان هناك يسير فلا يتوقف به حكم الطواف الأول بل بقى معتداً به على الاطلاق فكان الثاني جابراً للنقصان المتمكن فيه وعلى هـذا لو طافت المرأة للزيارة حائضا فهذا والطواف جنبا سواء ولو طاف للزيارة وفي ثوبه نجاسة كان مسيئا ولا يلزمه شئ لان حكم النجاسة فى الثوب أخف الا ترى ان الصـلاة مع قليل النجاسة فى الثوب تجوز وكذلك مع النجاسة الكثيرة فى حالة الضرورة فـلا تمـكن بنجاسـة الثوب نقصان فى طوافه وهـذا بخلاف ما اذا طاف عريانا فانه يؤمر بالاعادة وان لم يعد فعليه الدم لان ستر العورة من واجبات الطواف والكشف محرم لأجل الطواف على ما قال صـلى الله عليه وسـلم ألا لا يطوفن

بالبيت بعد العام مشرك ولا عريان فبسبب الكشف يتمكن نقصان في الطواف فأما اشتراط طهارة الثوب ليس لأجل الطواف على الخصوص فلا يتمكن بتركه نقصان في الطواف ولو كان طاف للعمرة جنباً ففي القياس عليه بدنة أيضاً كما في طواف الزيارة لان كل واحد منهما ركن ولكنه ترك القياس هنا وقال عليه الدم فقط لانه لا مدخل للبدنة في العمرة ألا ترى أن بالجماع لا تجب البدنة في احرام العمرة بخلاف الحج ولان الدم يقوم مقام العمرة فان فات الحج يتحلل بأفعال العمرة ثم الدم في حق المحصر يقوم مقام أفعال العمرة للتحلل فلأن يقوم الدم مقام النقصان المتمكن في طواف العمرة بسبب الجنابة كان أولى فأما الدم لا يقوم مقام طواف الزيارة والبدنة قد تقوم مقامه حتى اذا مات بعد الوقوف وأوصى بالاتمام عنه تجب بدنة لطواف الزيارة فكذلك البدنة تقوم مقام النقصان المتمكن بسبب الجنابة في طواف الزيارة اذا عرفنا هذا فقول القارن اذا طاف حين قدم مكة طوافين محدثا ثم وقف بعرفات فعليه دم للنقصان المتمكن بسبب الحدث في طواف العمرة ولا شئ عليه بطواف التحية مع الحدث لان ذلك لا يكون أعلى من ترك طواف التحية أصلا ولكنه يرمل في طواف الحج في يوم النحر ويسعى بين الصفا والمروة استحسانا وان لم يفعل لم يضره ولا شئ عليه لان طوافه الاول للتحية معتد به مع الحدث فالسعي بعده معتد به أيضاً والطهارة في السعي ليست بشرط ولكن المستحب اعادة ذلك الطواف فكذلك يستحب اعادة ذلك الرمل والسعي يوم النحر وان لم يفعل لم يضره ولا شئ عليه ﴿قال﴾ وقال محمد رحمه الله تعالى ليس عليه أن يعيد طواف العمرة وان أعاد فهو أفضل والدم عليه على كل حال لانه لا يمكن أن يجعل المعتد به الطواف الثاني لانه حصل بعد الوقوف ولا يجوز طواف العمرة بعد الوقوف على ما بينا فالمعتبر هو الاول لا محالة وهو ناقص فعليه دم ولم يذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقيل على قولهما ينبغي أن يسقط عنه الدم بالاعادة لان رفع النقصان عن طواف العمرة بعد الوقوف صحيح كما لو طاف للعمرة قبل الوقوف أربعة أشواط ثم أتم طوافه يوم النحر كان صحيحاً فكذا هذا واذا ارتفع النقصان بالاعادة لا يلزمه الدم وان طافهما جنبا فعليه دم لطواف العمرة ويعيد السعي للحج لانه أداه عقيب طواف التحية جنبا فعليه اعادته بعد طواف الزيارة قال فان لم يعد فعليه دم وهذا دليل على ان طواف الجنب للتحية غير معتبر أصلا فانه جعله كمن ترك السعي حين أوجب

عليه الدم فدل ان الصحيح ان الجنب اذا أعاد الطواف كان المعتد به الثاني دون الأول مفرد أوقارن طاف للزيارة محدثا ولم يطف للصدر حتى رجع الى أهله فعليه دمان أحدهما للحدث في طواف الزيارة والآخر لترك طواف الصدر وان كان طاف للصدر فعليه دم واحد لترك الطهارة في طواف الزيارة ولا يجعل طوافه للصدر اعادة منه لطواف الزيارة لان اقامة هذا الطواف مقام طواف الزيارة غير مفيد في حقه فانه اذا جعل هذا اعادة لطواف الزيارة صار تاركا لطواف الصدر فيلزمه الدم لاجله واذا لم يكن مفيداً لا يشتغل به وان كان طاف للزيارة جنباً ولم يطف للصدر حتى رجع الى أهله فانه يعود الى مكة ليطوف طواف الزيارة واذا عاد فعليه احرام جديد لان طوافه الأول معتد به في حق التحلل وليس له ان يدخل مكة بغير احرام فيلزمه احرام جديد لدخول مكة ثم يلزمه دم لتأخيره طواف الزيارة عن وقته وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة مالو أخر الطواف حتى مضت أيام التشريق وسنبين هذا الفصل ان شاء الله تعالى وهذه المسألة تدل على ان المعتبر هو الطواف الثاني وان لم يرجع الى مكة فعليه بدنة لطواف الزيارة وشاة لترك طواف الصدر وعلى الحائض مثل ذلك للزيارة وليس عليها لترك طواف الصدر شئ لان للحائض رخصة في ترك طواف الصدر والأصل فيه حديث صفية رضي الله عنها فانه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم في أيام النحر انها حاضت فقال صلى الله عليه وسلم عقرى حلقى احابستنا هي فقيل انها قد طافت قال فلتنفر اذن فهذا دليل على ان الحائض ممنوعة عن طواف الزيارة وانه ليس عليها طواف الصدر لانه لما أخبر انها طافت للزيارة أمرها بان تنفر معهم وان طاف للزيارة جنباً وطاف للصدر طاهرا في آخر أيام التشريق كان طواف الصدر مكان طواف الزيارة لان الاعادة مستحقة عليه فيقع عما هو المستحق وان نواه عن غيره وفي اقامة هذا الطواف مقام طواف الزيارة فائدة وهي اسقاط البدنة عنه ثم يجب عليه دمان أحدهما لترك طواف الصدر عندهم جميعاً والآخر لتأخير طواف الزيارة الى آخر أيام والتشريق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك الجواب في الحائض اذا طافت للزيارة ثم طهرت فطافت للصدر في آخر أيام التشريق والحاصل ان طواف الزيارة مؤقت بايام النحر فتأخيره عن أيام النحر يوجب الدم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يوجب الدم في قولهما وعلى هذا من قدم نسكا على نسك كأن حلق قبل الرمي أو نحر القارن قبل

الرمي أو حلق قبل الذبح فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يلزمه الدم بالتقديم والتأخير وحجتهما في ذلك حديث ابن عباس رضى الله عنه ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر حلقت قبل ان أرمي فقال أرم ولا حرج وقال آخر حلقت قبل ان أذبح فقال اذبح ولا حرج وما سئل عن شئ يومئذ قدم او أخر الا قال افعل ولا حرج فدل ان التقديم والتأخير لا يوجب شيئا ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم وتأويل الحديث المرفوع ان النبي صلى الله عليه وسلم عذرهم في ذلك الوقت لقرب عهدهم بتعلم الترتيب وما يلحقهم من المشقة فى مراعاة ذلك ومعني قوله افعل ولا حرج أى لا حرج فيما تأتى به وبه يقول وانما الدم عليه بما قدمه على وقته والمعنى فيه ان توقت النسك بزمان كتوقته بالمكان لانه لا يتأدى النسك الا بمكان وزمان ثم ما كان مؤقتا بالمكان اذا أخره عن ذلك المكان يلزمه الدم كالاحرام المؤقت بالميقات اذا أخره عنه بان جاوز الميقات حلالا ثم أحرم فكذلك ما كان مؤقتا بالزمان وهو طواف الزيارة الذى هو مؤقت بايام النحر بالنص اذا أخره قلنا يلزمه الدم وهذا لان مراعاة الوقت فى الاركان واجب كمراعاة المكان الا ترى ان الوقوف لا يجوز فى غير وقته كما لا يجوز في غير مكانه فبتأخر الطواف عن وقته يصير تاركا لما هو واجب وترك الواجب في الحج يوجب الجبر بالدم ثم الأصل بعد هذا ان أكثر أشواط الطواف بمنزلة الكل في حكم التحلل به عن الاحرام عندنا وكذلك فى حكم الطهارة وغيرها من الاحكام وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يقوم الأكثر مقام الكمال بناء على أصله في اعتبار الطواف بالصلاة فكما ان أكثر عدد ركعات الصلاة لا يقوم مقام الكمال فكذلك أشواط الطواف لا تقوم مقام الكمال وهذا لان تقدير الطواف بسبعة أشواط ثابت بالنصوص المتواترة فكان كالمنصوص عليه فى القرآن وما يقدر شرعاً بقدر لا يكون لما دون ذلك القدر حكم ذلك القدر كما فى الحدود وغيرها ولنا أن المنصوص عليه في القرآن الطواف بالبيت وهو عبارة عن الدوران حوله ولا يقتضى ظاهره التكرار الا أنه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا تقدير كمال الطواف بسبعة أشواط فيحتمل أن يكون ذلك التقدير للاتمام ويحتمل أن يكون للاعتداد به فيثبت منه القدر المتيقن وهو أن يجعل ذلك شرط الاتمام ولئن كان شرط الاعتداد يقام الاكثر فيه مقام الكمال لترجح جانب

الوجود على جانب العدم اذا أتى بالأكثر منه ومثله صحيح في الشرع كمن أدرك الامام في الركوع يجعل اقتداؤه في أكثر الركعة كالاقتداء في جميع الركعة في الاعتداد به والمتطوع بالصوم اذنوي قبل الزوال يجعل وجود النية في أكثر اليوم كوجودها في جميع اليوم وكذلك في صوم رمضان عندنا ومن أصحابنا من يقول الطواف من أسباب التحلل وفي أسباب التحلل يقام البعض مقام الكل كما في الحلق الا أنا اعتبرنا هنا الاكثر ليترجح جانب الوجود فان الطواف عبادة مقصودة والحلق ليس بعبادة مقصودة فيقام الربع مقام الكل هناك اذا عرفنا هذا فنقول اذا طاف للزيارة أربعة أشواط يتحلل به من الاحرام عندنا حتى لو جامع بعد ذلك لايلزمه شئ بخلاف مالو طاف ثلاثة أشواط وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يتحلل مابقي عليه خطوة من شوط ولو طاف ثلاثة أشواط للزيارة ولم يطف للصدر ورجع الى أهله فعليه ان يعود بالاحرام الاول ويقضي بقية طواف الزيارة لان الاكثر باق عليه فكان احرامه في حق النساء باقياً ولايحتاج هذا الى احرام جديد عند العود ولايقوم الدم مقام مابقي عليه ولكن يلزمه العود الى مكة لبقية الطواف عليه ثم يريق دما لتأخيره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تأخير أكثر الاشواط عن أيام النحر كتأخير الكل ويطوف للصدر وان كان طاف أربعة أشواط أجزأه ان لايعود ولكن يبعث بشاتين أحداهما لما بقي عليه من أشواط الطواف لان مابقي أقل وشرط الطواف الكمال فيقوم الدم مقامه والدم الآخر لطواف الصدر وان اختار العود الى مكة يلزمه احرام جديد لان التحلل قد حصل له من الاحرام الاول فاذا عاد باحرام جديد وأعاد مابقي من طواف الزيارة وطاف للصدر أجزأه وكان عليه لتأخير كل شوط من أشواط طواف الزيارة صدقة لان تأخير الكل لما كان يوجب الدم عنه فتأخير الاقل لايوجب الدم ولكن يوجب الصدقة وفي كل موضع يقول تلزمه صدقة فالمراد طعام مسكين مدين من حنطة الا أن يبلغ قيمة ذلك قيمة شاة فحينئذ ينقص منه ما أحب ﴿قال﴾ وان طاف الاقل من طواف الزيارة وطاف للصدر في آخر أيام التشريق يكمل طواف الزيارة من طواف الصدر لان استحقاق الزيارة عليه أقوى فما أتى به مصروف الى اكماله وان نواه عن غيره وعليه لتأخير ذلك دم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثم قد بقي من طوافه للصدر ثلاثة أشواط فصار تاركا للأكثر من طواف الصدر وذلك ينزل منزلة ترك الكل فعليه دم لذلك وان كان المتروك من طواف الزيارة ثلاثة

أشواط أكمل ذلك من طواف الصدر كما بينا وعليه لكل شوط منه صدقة بسبب التأخير عن وقته لانه لايجب في تأخير الأقل مايجب في تأخير الكل ثم قد بقي من طواف الصدر أربعة أشواط فانما ترك الاقل منها فيكفيه لكل شوط صدقة لأن الدم يقوم مقام جميع طواف الصدر فلا يجب في ترك أقله مايجب في ترك كله ولو طاف للصدر جنباً فعليه دم لتفاحش النقصان بسبب الجنابة ويكون هو كالتارك لطواف الصدر أصلا ولو طاف للصدر وهو محدث فعليه صدقة لقلة النقصان بسبب الحدث . وفي رواية أبي حفص رحمه الله تعالى سوى بين الحدث والجنابة في ذلك لان طواف الجنب معتد به ألا ترى أن التحلل من الاحرام يحصل به في طواف الزيارة فلا يجب بسبب هذا النقصان مايجب بتركه أصلا ﴿ قال ﴾ ولو طاف بالبيت منكوساً بأن استلم الحجر ثم أخذ على يسار الكعبة وطاف كذلك سبعة أشواط عندنا يعتد بطوافه في حكم التحلل وعليه الاعادة مادام بمكة فان رجع الى أهله قبل الاعادة فعليه دم وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايعتد بطوافه بناء على أصله ان الطواف بمنزلة الصلاة فكما أنه لو صلى منكوساً بأن بدأ بالتشهد لايجزيه فكذلك الطواف ولنا لاصل الذي قلنا أن الثابت بالنص الدوران حول البيت وذلك حاصل من أي جانب أخذ ولكن بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أخذ على يمينه على باب الكعبة تبين ان الواجب هذا فكانت هذه صفة واجبة في هذا الركن بمنزلة شرط الطهارة عندنا فتركه لايمنع الاعتداد به ولكن يمكن فيه نقصانا يجبر بالدم وهذا لان المعنى فيه معقول وهو تعظيم البقعة وذلك حاصل من أي جانب أخذ فعرفنا ان فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في البداية بالجانب الايمن لبيان صفة الاتمام لالبيان صفة الركنية بخلاف أركان الصلاة واستدل الشافعي رحمه الله تعالى علينا بما لو بدأ بالمروة في السعي حيث لايعتد به لما أنه اداه مكنوسا فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال يعتد به ولكن يكون مكروها والاصح أنه لايعتد بالشوط الاول لالكونه منكوساً ولكن لان الواجب هناك صعود الصفا أربع مرات والمروة ثلاث مرات فاذا بدأ بالمروة فانما صعد الصفا ثلاث مرات فعليه ان يصعد الصفا مرة أخرى ولا يمكن أن يأمر بذلك الا باعادة شوط واحد من الطواف بين الصفا والمروة فاما هنا ماترك شيئاً من أصل الواجب عليه فقد دار حول البيت سبع مرات فلهذا كان طوافه معتدا به ﴿ قال ﴾ وان طاف راكباً أو محمولا فان كان لعذر من مرض أو كبر لم يلزمه

شئ وان كان لغير عذر أعاده مادام بمكة فان رجع الى أهله فعليه الدم عندنا وعلى قول الشافعي رضي الله عنه لاشئ عليه لانه صح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف للزيارة يوم النحر على ناقته واستلم الاركان بمحجنه ولكنا نقول التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا الطواف ماشياً وعلى هذا على قول من يجعله كالصلاة الدم لان أداء المكتوبة را كبا من غير عذر لايجوز فكان ينبغي أن لايعتد بطواف الراكب من غير عذر ولكنا نقول المشي شرط الكمال فيه فتركه من غير عذر يوجب الدم لما بينا فأما تأويل الحديث فقد ذكر أبو الطفيل رحمه الله تعالى أنه طاف راكبا لوجع أصابه وهو أنه وثبت رجله فلهذا طاف راكبا وذكر ابن الزبير عن جابر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم انما طاف راكبا ليشاهده الناس فيسألوه عن حوادثهم وقيل انما طاف راكبا لكبر سنه وعندنا اذا كان لعذر فلا بأس به وكذلك اذا طاف بين الصفا والمروة محمولا أو راكبا وكذلك لو طاف الأكثر راكبا أو محمولا فالاكثر يقوم مقام الكل على ما بينا ﴿قال﴾ واذا طاف المعتمر أربعة أشواط من طواف العمرة فى أشهر الحج بأن كان أحرم للعمرة فى رمضان فطاف ثلاثة أشواط ثم دخل شوال فأتم طوافه وحج من عامه ذلك كان متمتعاً وان كان طاف لاكثر فى رمضان لم يكن متمتعاً لما بينا أن الاكثر يقوم مقام الكل وعلى هذا لو جامع المعتمر بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط لم تفسد عمرته ويمضي فيها وعليه دم وان جامع بعد ماطاف لها ثلاثة أشواط فسدت عمرته فيمضي فى الفاسد حتى يتمها وعليه دم للجماع وعمرة مكانها لما ذكرنا أن الاكثر يقوم مقام الكمال وجماعه بعد اكمال طواف العمرة غير مفسد لانها صارت مؤداة بأداء ركنها فكذلك بعد أداء الاكثر من الطواف ﴿قال﴾ وان طاف للعمرة في رمضان جنباً أو على غير وضوء لم يكن متمتعاً ان أعاده فى شوال أو لم يعده وبهذه المسئلة استدل الكرخي رحمه الله تعالى وقد بينا العذر فيه انه انما لا يكون متمتعاً لوقوع الامن له من الفساد بما أداه فى رمضان ولو كان ذلك موقوفا لبطل بالاعادة في شوال ﴿قال﴾ كوفي اعتمر في أشهر الحج فطاف لعمرته ثلاثة أشواط ورجع الى الكوفة ثم ذكر بعد ذلك فرجع الى مكة فقضي ما بقى عليه من عمرته من الطواف والسعي وحج من عامه ذلك كان متمتعاً لانه لما أتى بأكثر الاشواط بعد مارجع ثانياً فكانه أتى بالكل بعد رجوعه ولو كان طاف أولا أربعة أشواط لم يكن متمتعاً

كما لو أكمل الطواف وهذا لوجود الالمام بأهله بين النسكين وأنشائه السفر لأداء كل نسك من بيته ﴿ قال ﴾ وترك الرمل في طواف الحج والعمرة والسعي في بطن الوادي بين الصفا والمروة لايوجب عليه شيئاً غير انه مسيء اذا كان لغير عذر وكذلك ترك استلام الحجر فالرمل واستلام الحجر وهذه الخلال من آداب الطواف أو من السنن وترك ماهو سنة أو أدب لايوجب شيئاً الا الاساءة اذا تعمد ﴿قال﴾ واذا طاف الطواف الواجب فى الحج والعمرة في جوف الحطيم قضى ماترك منه ان كان بمكة وان كان رجع الى أهله فعليه دم لان المتروك هو الأقل فانه انما ترك الطواف على الحطيم فقط وقد بينا أنه لو ترك الأقل من أشواط الطواف فعليه اعادة المتروك وان لم يعد فعليه الدم عندنا فهذا مثله ثم الافضل عندنا أن يعيد الطواف من الاصل ليكون مراعياً للترتيب المسنون وان أعاده على الحطيم فقط أجزأه لانه أتي بما هو المتروك وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه اعادة الطواف من الاصل بناء على أصله فى ان مراعاة الترتيب فى الطواف واجب كما هو فى الصلاة فاذا ترك لم يكن طوافه معتداً به وعندنا الواجب هو الدوران حول البيت وذلك يتم باعادة المتروك فقط ولكن الترتيب سنة والاعادة من الاصل أفضل ويلزمون علينا بما لو ابتدأ الطواف من غير موضع الحجر لايعتد بذلك القدر حتي ينتهى الى الحجر ولو لم يكن الترتيب واجبا لكان ذلك القدر معتداً به ومن أصحابنا من يقول بأنه معتد به عندنا ولكنه مكروه ولكن ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الرقيات أنه لايعتبر طوافه الى الحجر لا لترك الترتيب ولكن لان مفتاح الطواف من الحجر الاسود على ماروى أن ابراهيم صلوات الله وسلامه عليه قال لاسماعيل عليه السلام أئتني بحجر أجعله علامة افتتاح الطواف فأتاه بحجر فألقاه ثم بالثاني ثم بالثالث فناداه قد أتانى بالحجر من أغنانى عن حجرك ووجد الحجر الاسود فى موضعه فعرفنا أن افتتاح الطواف منه فما أداه قبل الافتتاح لايكون معتداً به ﴿ قال ﴾ فان طاف لعمرته ثلاثة أشواط وسعى بين الصفا والمروة ثم طاف لحجته كذلك ثم وقف بعرفة فالاشواط التى طافها للحج محسوبة عن طواف العمرة لانه هو المستحق عليه قبل طواف التحية فاذا جعلنا ذلك من طواف العمرة كان الباقى عليه شوطاً واحداً حين وقف بعرفة فيكون قارناً ويعيد طواف الصفا والمروة لعمرته ولحجته لان ماأدى من السعي بين الصفا والمروة لعمرته كان عقيب أقل الاشواط فلا يكون معتداً به

فيجب أن يعيده مع السعى للحج ومع الشوط الواحد عن طواف العمرة وان رجع الي الكوفة قبل أن يفعل ذلك فعليه دم لترك ذلك الشوط ودم لترك سعي الحج ولا يلزمه شئ لسعى العمرة لانه قد سعي لعمرته عقيب ستة أشواط لان موضوع المسئلة فيما اذا كان سعى للحج وذلك يقع عن سعى العمرة وان لم يكن سعي أصلا فعليه دم لترك السعى فى كل نسك قال الحاكم رحمه الله تعالى قوله يعيد الطواف لعمرته غير سديد الا أن يريد به الاستحباب يريد به بيان ان موضوع المسئلة فيما اذا كان سعى بعد طواف التحية ثلاثة أشواط فكان ذلك سعياً معتداً به للعمرة فلا يلزمه اعادته وان كان يستحب له اعادة ذلك بعدما أكمل طواف العمرة بالشوط المتروك ﴿ قال ﴾ ويكره أن يجمع بين أسبوعين من الطواف قبل أن يصلى في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالي لا بأس بذلك اذا انصرف على وتر ثلاثة أسابيع أو خمسة أسابيع لحديث عائشة رضى الله عنها انها طافت ثلاثة أسابيع ثم صلت لكل أسبوع ركعتين ولان مبنى الطواف على الوتر فى عدد الاشواط فاذا انصرف على وتر لم يخالف انصرافه مبنى الطواف واشتغاله بأسبوع آخر قبل الصلاة كاشتغاله بأكل أو نوم وذلك لايوجب الكراهة فكذا هنا اذا انصرف على ماهو مبنى الطواف بخلاف ما اذا انصرف على شفع لان الكراهة هناك لانصرافه على ماهو خلاف مبنى الطواف لا لتأخيره الصلاة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا اتمام كل أسبوع من الطواف بركعتين فيكره له الاشتغال بالاسبوع الثانى قبل اكمال الأول كما ان اكمال كل شفع من التطوع لما كان بالتشهد يكره له الاشتغال بالشفع الثاني قبل اكمال الأول ﴿ قال ﴾ واذا طاف قبل طلوع الشمس لم يصل حتى تطلع الشمس وقد بينا فى كتاب الصلاة ان ركعتى الطواف سنة أو واجب بسبب من جهته كالمنذور وذلك لايؤدي عندنا بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس ولا بعد العصر قبل غروب الشمس وقد روي ان عمر رضى الله عنه طاف قبل طلوع الشمس ثم خرج من مكة حتى اذا كان بذي طوي وارتفعت الشمس صلى ركعتين ثم قال ركعتان مكان ركعتين وكذلك بعد غروب الشمس يبدأ بالمغرب لان أداء ماليس بمكتوبة قبل صلاة المغرب مكروه ولا تجزئه المكتوبة عن ركعتى الطواف لانه واجب كالمنذور أو سنة كسنن الصلاة فالمكتوبة لاتنوب عنه ﴿ قال ﴾ ويكره له ان ينشد الشعر فى طوافه أو يتحدث أو يبيع أو يشترى فان فعله لم يفسد

عليه طوافه لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف بالبيت صلاة الا ان الله تعالى أباح فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير وقد بينا ان المراد تشبيه الطواف بالصلاة فى الثواب لا فى الاحكام فلا يكون الكلام فيه مفسدا للطواف ﴿ قال ﴾ ويكره له ان يرفع صوته بقراءة القرآن فيه لان الناس يشتغلون فيه بالذكر والثناء فقل مايستمعون لقراءته وترك الاستماع عند رفع الصوت بالقراءة من الجفاء فلا يرفع صوته بذلك صيانة للناس عن هذا الجفاء ولا بأس بقراءته فى نفسه هكذا روى عن عمر رضى الله عنه انه كان في طوافه يقرأ القرآن فى نفسه ولان المستحب له الاشتغال بالذكر فى الطواف وأشرف الاذكار قراءة القرآن ﴿ قال ﴾ وان طافت المرأة مع الرجل لم تفسد عليه طوافه يريد به بسبب المحاذاة لان الطواف فى الاحكام ليس كالصلاة ومحاذاة المرأة الرجل انما يوجب فساد الصلاة اذا كانا يشتركان فى الصلاة فاما اذا لم يشتركا فى الصلاة فلا وهنا لاشركة بينهما فى الطواف ﴿ قال ﴾ واذا خرج الطائف من طوافه لصلاة مكتوبة أو جنازة أو تجديد وضوء ثم عاد بني على طوافه لما بينا انه ليس كالصلاة في الاحكام فالاشتغال فى خلاله بعمل لا يمنع البناء عليه وروى عن ابن عباس رضى الله عنه انه خرج لجنازة ثم عاد فبنى على الطواف ﴿ قال ﴾ وان أخر الطائف ركعتين حتي خرج من مكة لم يضره لما روينا من حديث عمر رضى الله عنه ﴿ قال ﴾ والصلاة لاهل مكة أحب الىّ وللغرباء الطواف فان التطوع من الصلاة عبادة بجميع البدن تشتمل على أركان مختلفة فالاشتغال بهذا أفضل من الاشتغال بطواف التطوع الا ان فى حق الغرباء الطواف يفوته والصلاة لاتفوته لانه يتمكن من الصلاة اذا رجع الى أهله ولا يتمكن من الطواف الا فى هذا المكان والاشتغال في هذا المكان بما يفوته أولى كالاشتغال بالحراسة فى سبيل الله أولى من صلاة الليل اذا تعذر عليه الجمع بينهما فاما المكى لايفوته الطواف ولا الصلاة فكان الاشتغال بالصلاة فى حقه أولى لما بينا ﴿ قال ﴾ رجل طاف أسبوعاً وشوطا أو شوطين من أسبوع آخر ثم ذكر له انه لاينبغى ان يجمع بين أسبوعين قال يتم الاسبوع الذى دخل فيه وعليه لكل أسبوع ركعتان لانه صار شارعا في الاسبوع الثانى مؤكداً له بشوط أو شوطين فعليه ان يتمه كمن قام الى الركعة الثالثة قبل التشهد وقيد الركعة بالسجدة كان عليه اتمام الشفع الثاني ثم كل أسبوع سبب التزام ركعتين بمنزلة النذر فعليه لكل أسبوع ركعتان ﴿ قال ﴾ ولا بأس بان يطوف وعليه خفاه أو نعلاه اذا كانا طاهرين وانما أورد هذا رداً على

المتشفعة فانهم يقولون لايطوف الا حافياً واذا كان يجوز الصلاة مع الخفين أو النعلين اذا كانا طاهرين فالطواف أولى ﴿ قال ﴾ واستلام الركن اليماني حسن وتركه لايضره وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يستلمه ولا يتركه وقال الشافعي رحمه الله تعالى يستلمه ويقبل يده ولايقبل الركن هكذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليماني ولم يقبله وابن عباس رضي الله عنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليماني ووضع خده عليه وابن عمر رضي الله عنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركنين يعني الحجر الاسود واليماني فهو دليل لمحمد رحمه الله تعالى ووجه ظاهر الرواية أن كل ركن يكون استلامه مسنونا فتقبيله كذلك مسنون كالحجر الاسود وبالاتفاق هنا التقبيل ليس بمسنون فكذا الاستلام ﴿ قال ﴾ ولا يستلم الركنين الآخرين الا على قول معاوية رضي الله عنه فانه استلم الاركان الاربعة فقال له ابن عباس رضي الله عنهما لا تستلم الركنين فقال ليس شيء منه بمهجور ولكنا نقول القياس ينفي استلام الركن لان ذلك ليس من تعظيم البقعة كسائر المواضع من البيت ولكنا تركنا القياس في الحجر بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فبقي ماسواه على أصل القياس ثم الركنان الآخران ليسا من أركان البيت لأن أهل الجاهلية قصروا البيت عن قواعد الخليل صلوات الله عليه على ما بينا فلا يستلمهما ﴿ قال ﴾ وان رمل في طوافه كله لم يكن عليه شيء لان المشي على هينته في الاشواط الاربعة من الآداب وبترك الآداب لا يلزمه شيء ﴿ قال ﴾ وان مشي في الثلاثة الأول أو في بعضها ثم ذكر ذلك لم يرمل فيما بقي لان الرمل في الأشواط الثلاثة سنة فاذا فاتت من موضعها لا تقضى والمشي على هينته في الاربعة الاخر من آداب الطواف أو من السنن فان ترك في الثلاثة الأول ماهو سنتها لا يترك في الأربعة الاخر ما هو سنتها ﴿ قال ﴾ وان جعل لله عليه أن يطوف زحفا فعليه أن يطوف ماشياً لانه انما يلتزم بالنذر ما يتنفل به أو ما يكون قربة في نفسه وأصل الطواف قربة فأما الزحف من أفعال أهل الجاهلية وليس بقربة في شريعتنا فلا تلزمه هذه الصفة بالنذر وان طاف كذلك زحفاً فعليه الاعادة ما دام بمكة وان رجع الى أهله فعليه دم بمنزلة ما لو طاف محمولا أو راكبا على ما بينا ﴿ قال ﴾ وان طاف بالبيت من وراء زمزم أو قريباً من ظلة المسجد أجزأه عن ذلك لانه اذا كان في المسجد فطوافه يكون بالبيت فيصير به ممتثلا للأمر فأما اذا طاف من وراء المسجد فكانت حيطانه بينه وبين الكعبة لم يجزه

لانه طاف بالمسجد لا بالبيت والواجب عليه الطواف بالبيت أرأيت لو طاف بمكة كان يجزئه وان كان البيت في مكة أرأيت لو طاف فى لدنيا أ كان يجزئه من الطواف بالبيت لا يجزئه شيء من ذلك فهذا مثله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب السعي بين الصفا والمروة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا سعى بين الصفا والمروة ورمل في سعيه كله من الصفا الى المروة ومن المروة الى الصفا فقد أساء ولا شئ عليه وكذلك ان مشى فى جميع ذلك لان الواجب عليه الطواف بينهما قال الله تعالى فلاجناح عليه أن يطوف بهما فأما السعي فى بطن الوادي والمشي فيما سوى ذلك أدب أو سنة فتركه لايوجب الا الاساءة كترك الرمل في الطواف ﴿ قال ﴾ وان بدأ بالمروة وختم بالصفا حتى فرغ أعاد شوطاً واحداً لان الذى بدأ بالمروة فيه ثم أقبل منها الى الصفا لايعتد به ومعني هذا أن افتتاح هذا الطواف مشروع من الصفا على ما روينا أنه لما سئل رسول لله صلى الله عليه وسلم بأيهما نبدأ فقال ابدؤا بما بدأ الله تعالى به واذا افتتح من غير موضع الافتتاح لا يعتد بطوافه حتى يصل الى موضع الافتتاح ثم المعتد به يبقى بعد ذلك فعليه إتمامه بشوط آخر كما لو افتتح الطواف من غير الحجر ﴿قال﴾ وان ترك السعي فيما بين الصفا والمروة رأساً في حج أو عمرة فعليه دم عندنا وهذا لان السعي واجب وليس بركن عندنا الحج والعمرة فى ذلك سواء وترك الواجب يوجب الدم وعند الشافعي رحمه الله تعالى السعي ركن لايتم لاحد حج ولا عمرة الا به واحتج فى ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سعى بين الصفا والمروة وقال لاصحابه رضى الله عنهم ان الله تعالى كتب عليكم السعى فاسعوا والمكتوب ركن وقال صلى الله عليه وسلم ماأتم الله تعالى لامرئ حجة ولا عمرة لايطوف لها بين الصفا والمروة وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثل هذا اللفظ للاباحة لاللايجاب فيقتضى ظاهر الآية ان لايكون واجبا ولكنا تركنا هذا الظاهر في حكم الايجاب بدليل الاجماع فبقى ماوراءه على ظاهره وانما ذكر هذا اللفظ والله أعلم لاصحابه لانهم كانوا يتحرزون عن الطواف بهما لمكان الصنمين عليهما في الجاهلية إساف ونائلة فانزل الله تعالى هذه الآية ثم بين فى الآية ان المقصود حج البيت بقوله تعالى فمن حج البيت أو اعتمر فلا

جناح عليه فكان ذلك دليلا على ان مالا يتصل بالبيت من الطواف يكون تبعا لما هو متصل بالبيت ولا تبلغ درجة التبع درجة الاصل فتثبت فيه صفة لوجوب لا الركنية فكان السعي مع الطواف بالبيت نظير الوقوف بالمشعر الحرام مع الوقوف بعرفة وذلك واجب لا ركن فهذا مثله وهو نظير رمى الجمار من حيث أنه مقدر بعدد السبع غير مختص بالبيت ولا يصح استدلاله بظاهر الحديث الذى رواه لان فى ظاهره ما يدل على أن السعي مكتوب وبالاتفاق عين السعي غير مكتوب فانه لو مشى فى طوافه بينهما أجزأه وفى الحديث الآخر ما يدل على الوجوب دون الركنية لانه علق التمام بالسعي وأداء أصل العبادة يكون بأركانها فصفة التمام بالواجب فيها وكذلك لو ترك منها أربعة أشواط فهو كترك الكل في أنه يجب عليه الدم به لان الاكثر يقوم مقام الكمال وان ترك ثلاثة أشواط أطعم لكل شوط مسكينا الا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص منه ما شاء وهو نظير طواف الصدر فى ذلك وكذلك ان فعله راكبا فان كان لعذر فلا شئ عليه وان كان لغير عذر فعليه الدم فى الاكثر والصدقة في الاقل لما بينا ﴿ قال ﴾ ويجوز سعي الجنب والحائض لانه غير مختص بالبيت فلا تكون الطهارة شرطاً فيه كالوقوف وغيره من المناسك وانما اشتراط الطهارة فى الطواف خاصة لاختصاصه بالبيت ﴿ قال ﴾ ولا يجوز السعي قبل الطواف لانه انما عرف قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما سعي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الطواف وهكذا توارثه الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو فى المعنى متمم للطواف فلا يكون معتداً به قبله كالسجود في الصلاة أو شرط الاعتداد به تقدم الطواف فاذا انعدم هذا الشرط لا يعتد به كالسجود لما كان شرط الاعتداد به تقدم الركوع فاذا سبق الركوع لا يعتد به ﴿ قال ﴾ ويجوز السعي بعد أن يطوف الاكثر من الطواف لان الاكثر يقوم مقام الكل (قال) ويكره له ترك الصعود على الصفا والمروة فان النبي صلى الله عليه وسلم صعد عليهما وأمرنا بالاقتداء به بقوله خذوا عني مناسككم وكذلك الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ومن بعدهم توارثوا الصعود على الصفا والمروة بقدر ما يصير البيت بمرأى العين منهم فهو سنة متبعة يكره تركها وروى أن عمر رضى الله عنه في نزوله من الصفا كان يقول اللهم استعملني بسنة نبيك صلى الله عليه وسلم وتوفني على ملته وأعذنى من معضلات الفتن أو من معضلات يوم القيامة ولا يلزمه بترك الصعود شئ لان الواجب

عليه الطواف بينهما وقد أتى بذلك ﴿ قال ﴾ وان طاف لحجته وواقع النساء ثم سعي بعد ذلك أجزأه لان تمام التحلل بالطواف بالبيت يحصل على ما جاء فى الحديث فاذا طاف بالبيت حل له النساء فاشتغاله بالجماع بعد الطواف قبل السعي كاشتغاله بعمل آخر من نوم أو أكل فلا يمنع صحة أداء السعي بعده وان أخر السعي حتى رجع الى أهله فعليه دم لتركه كما بينا وان أراد ان يرجع الى مكة ليأتي بالسعي يرجع باحرام جديد لان تحلله بالطواف قد تم وليس له ان يدخل مكة الا باحرام ﴿ قال ﴾ والدم أحب الىّ من الرجوع لانه اذا رجع كان مؤديا السعي فى احرام آخر غير الاحرام الذى أدى به الحج وان أراق دما انجبر به النقصان الواقع فى الحج ولان في اراقة الدم توفير منفعة اللحم على المساكين فهو أولى من الرجوع للسعي وان رجع وسعى أو كان بمكة وسعى بعد أيام النحر فليس عليه شئ لان السعي غير مؤقت بايام النحر انما التوقيت فى الطواف بالنص فلا يلزمه بتأخير السعي شيء ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي له فى العمرة ان يحل حتى يسعى بين الصفا والمروة لان الاثر جاء فيها انه اذا طاف وسعى وحلق أو قصر حل وانما أراد به الفرق بين سعي العمرة وسعي الحج فان أداء سعي الحج بعد تمام التحلل بالطواف صحيح ولا يؤدى سعي العمرة الا فى حال بقاء الاحرام لان الاثر فى كل واحد منهما ورد بهذه الصفة وفى مثله علينا الاتباع اذ لا يعقل فيه معني ثم من واجبات الحج ماهو مؤدي بعد تمام التحلل كالرمى فيجوز السعي أيضاً بعد تمام التحلل وليس من أعمال العمرة مايكون مؤدى بعد تمام التحلل والسعي من أعمال العمرة فعليه ان يأتي به قبل التحلل بالحلق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الخروج الى منى ﴾

﴿ قال ﴾ ويستحب للحاج ان يصلى الظهر يوم التروية بمنى ويقيم بها الى صبيحة عرفة هكذا علم جبرائيل عليه السلام ابراهيم صلوات الله عليه حين وقفه على المناسك فانه خرج به يوم التروية الى منى فيصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر من يوم عرفة بمنى وانما سمي يوم التروية لان الحاج يروون فيه بمنى أو لانهم يروون ظهورهم فيه بمنى ففي هذه التسمية مايدل على انه ينبغي لهم ان يكونوا بمنى يوم التروية وان صلى الظهر بمكة ثم راح الى منى لم يضره لانه لا يتعلق بمنى فى هذا اليوم نسك مقصود فلا يضره تأخير إتيانه وان بات بمكة ليلة عرفة

وصلى بها الفجر ثم غدا منها الى عرفات ومر بمنى أجزأه لما بينا وقد أساء في تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه أقام بمنى يوم التروية كما رواه جابر رضى الله عنه مفسراً ﴿قال﴾ ثم ينزل حيث أحب من عرفات ويصعد الامام المنبر بعد الزوال ويؤذن المؤذن وهو عليه فاذا فرغ قام الامام يخطب فحمد الله وأثنى عليه ولبي وهلل وكبر وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ووعظ الناس وأمرهم ونهاهم ودعى الله تعالى بحاجته وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل ان في الحج عندنا ثلاث خطب أحداها قبل التروية بيوم والثانية يوم عرفة بعرفات والثالثة في الغد من يوم النحر بمنى فيخطب بمكة قبل التروية بيوم يعلمهم كيف يحرمون بالحج وكيف يخرجون منها الى منى وكيف يتوجهون الى عرفات وكيف ينزلون بها ثم يمهلهم يوم التروية حتى يعملوا بما علمهم ثم يخطب يوم عرفة خطبة يعلمهم فيها ما يحتاجون اليه في هذا اليوم وفي يوم النحر ثم يمهلهم يوم النحر ليعملوا بما علمهم ثم يخطب في اليوم الثاني من أيام النحر خطبة يعلمهم فيها بقية مايحتاجون اليه من أمور المناسك وعن زفر رحمه الله تعالى قال يخطب يوم التروية بمنى ويوم عرفة بعرفات ويوم النحر بمنى لانه يوم التروية يحرم بالحج ويوم عرفة يقف ويوم النحر يطوف بالبيت وأركان الحج هذه الاشياء الثلاثة فيخطب في كل يوم يأتى فيه بذلك الركن ثم بين في الكتاب كيفية الجمع بين الصلاتين بعرفة واشتراط الامام فيها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقد تقدم بيان هذا الفصل بتمامه ﴿قال﴾ ومن أدرك مع الامام شيئا من كل صلاة فهو كادراك جميع الصلاة في انه يجوز له الجمع بينهما على قياس الجمعة اذا أدرك الامام في التشهد منها كان مدركا الجمعة ﴿قال﴾ وان كان الامام سبقه الحدث في الظهر فاستخلف رجلا فانه يصلي بهم الظهر والعصر لان الامام أقامه مقام نفسه فيما كان عليه أداؤه وكان عليه أداء الصلاتين فيقوم خليفته مقامه في ذلك ﴿قال﴾ فان رجع الامام فأدرك معه جزءً من صلاة العصر جمع بين الصلاتين لانه مدرك لأول الظهر ومدرك لآخر العصر وان لم يرجع حتى فرغ خليفته من العصر فان الامام لا يصلى العصر ما لم يدخل وقتها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذه المسئلة تدل على أن من أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الجماعة شرط في الجمع بين الصلاتين هنا كالامام وانه بمنزلة الجمعة في هذا وقد ذكر بعد هذا أنه اذا نفر الناس عنه فصلى وحده الصلاتين أجزأه فهو دليل على أن الجماعة فيه ليس بشرط وقيل ما ذكر

بعد هذا قولهما لانه أطلق الجواب وهنا نص على قول أبي حنيفة وقيل بل فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في احدي الروايتين جعلها كالجمعة في اشتراط الجماعة فيها وفي الرواية الاخرى فرق بينهما فقال اشتراط الجماعة هناك لتسمية تلك الصلاة جمعة وفى هذا الموضع انما سمى هاتين الصلاتين الظهر والعصر وليس فى هذا الاسم ما يدل على اشتراط الجماعة ومعني الجمع هنا منصرف الى الصلاتين لا الى المؤدين لهما فلا تشترط الجماعة فيهما ﴿ قال ﴾ وليس فى هاتين الصلاتين القراءة جهراً الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول يجهر بالقراءة فيها لانها صلاة مؤداة بجمع عظيم فيجهر فيها بالقراءة كالجمعة والعيدين ولكنا نقول ان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقلوا أنه جهر فى هاتين الصلاتين بالقراءة وهما يؤديان في هذا المكان كما يؤديان فى غيره من الامكنة وفى غير هذا اليوم فلا يجهر بالقراءة فيهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجماء أي ليس فيها قراءة مسموعة ﴿ قال ﴾ وان خطب قبل الزوال أو ترك الخطبة وصلى الصلاتين معاً أجزأه وقد أساء فى تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فان الخطبة ليس من شرائط هذا الجمع بخلاف الجمعة وقد بينا ذلك فهذه خطبة وعظ وتذكير وتعليم لبعض ما يحتاج اليه فى الوقت فتركها لا يوجب الا الاساءة كترك الخطبة في العيدين ﴿ قال ﴾ وان كان يوم غيم فاستبان انه صلى الظهر قبل الزوال والعصر بعده فالقياس انه يعيد الظهر وحدها لان العصر مؤداة فى وقتها وحين أدى العصر ما كان ذاكرا للظهر فيكون في معني الناسي والترتيب يسقط بالنسيان ولكن استحسن ان يعيد الخطبة والصلاتين جميعاً لان شرط صحة العصر في هذا اليوم تقديم الظهر عليه على وجه الصحة فان العصر معجل على وقته وهذا التعجيل للجمع فانما يحصل الجمع بأداء العصر اذا تقدم أداء الظهر بصفة الصحة فاذا تبين ان الظهر لم يكن صحيحا كان عليه اعادة الصلاتين جميعاً ﴿ قال ﴾ وان أحدث الامام بعد الخطبة قبل ان يدخل فى الصلاة فامر رجلا قد شهد الخطبة أو لم يشهد ان يصلى بهم أجزأهم لان الخطبة ليست من شرائط هذا الجمع ﴿ قال ﴾ وان تقدم رجل من الناس بغير أمر الامام فصلى بهم الصلاتين جميعاً لم يجزهم فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان هذا الامام شرط هذا الجمع عنده ﴿ قال ﴾ وان مات الامام فصلى بهم خليفته أو ذو سلطان أجزأهم لان خليفته قائم مقامه فهو بمنزلة مالو صلى الامام بنفسه وان لم يكن فيهم ذو سلطان صلى كل صلاة لوقتها

بمنزلة الجمعة ﴿ قال ﴾ ولا جمعة بعرفة يعني اذا كان الناس يوم الجمعة بعرفات لا يصلون الجمعة بها لان المصر من شرائط الجمعة وعرفات ليس فى حكم المصر اذ ليس لها أبنية انما هي فضاء وليست من فناء مكة لانها من الحل بخلاف منى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأبى يوسف لانها من فناء مكة ولانها بمنزلة المصر فى هذه الايام لما فيها من الابنية والاسواق المركبة وقد بينا هذا فى الصلاة ﴿ قال ﴾ ومن وقف بعرفة قبل الزوال لم يجزه ومن وقف بعد زوال الشمس أو ليلة النحر قبل انشقاق الفجر أو مر بها مجتازاً وهو يعرفها أو لا يعرفها أجزأه فالحاصل ان ابتداء وقت الوقوف بعد الزوال عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى من طلوع الشمس لان هذا اليوم مسمي بأنه يوم عرفة فانما يصير اليوم مطلقاً من وقت طلوع الفجر فتبين ان وقت الوقوف من ذلك الوقت واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس سمي نهاراً لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهراً لجريان الماء فيه وحجتنا في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم انما وقف بعد الزوال فكان مبيناً وقت الوقوف بفعله فدل ان ابتداء الوقوف بعد الزوال والدليل عليه ماروينا من حديث ابن عمر رضى الله عنه انه قال للحجاج بعد الزوال ان أردت السنة فالساعة ولا يبعد ان يسمي اليوم بهذا الاسم وان كان وقت الوقوف بعد الزوال كيوم الجمعة صار وقتاً لاداء الجمعة بعد الزوال مع ان اليوم مسمي بهذا الاسم ثم الاصل فيما قلنا حديث عروة بن مضرس بن لام الطائي رحمه الله تعالى انه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم صبيحة الجمع وهو بالمشعر الحرام فقال أكللت راحلتى وأجهدت نفسى ومامررت بجبل من الجبال الا وقفت عليه فهل لى من حج فقال صلى الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الموقف وصلى معنا هذه الصلاة وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه ﴿ قال ﴾ ومن وقف بعرفة بعد الزوال ثم أفاض من ساعته أو أفاض قبل غروب الشمس أو صلى بها الصلاتين ولم يقف وأفاض أجزأه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى لايجزئه الا أن يقف فى اليوم وجزء من الليل وذلك بأن تكون افاضته بعد غروب الشمس واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ولكنا نقول هذه الزيادة غير مشهورة وانما المشهور ما رواه في الكتاب ومن فاته عرفة فقد فاته الحج وفيما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم ساعة من ليل أو

نهار دليل على أن بنفس الوقوف في وقته يصير مدركا للحج وان لم يستدم الوقوف الى وقت غروب الشمس ثم يجب عليه الدم اذا أفاض قبل غروب الشمس لان نفس الوقوف ركن واستدامته الى غروب الشمس واجبة لما فيها من اظهار مخالفة المشركين فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر به وترك الواجب يوجب الجبر بالدم فان رجع ووقف بها بعد ما غابت الشمس لم يسقط الدم الا في رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فانه يقول يسقط عنه الدم قال لانه استدرك ما فاته وأتى بما عليه لان الواجب عليه الافاضة بعد غروب الشمس وقد أتى به فيسقط عنه الدم كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات وأحرم وفي ظاهر الرواية لا يسقط عنه الدم لان الواجب على من وصل الى عرفات بعد الزوال استدامة الوقوف الى غروب الشمس ولم يتدارك ذلك بالانصراف بعد الشمس فلا يسقط عنه الدم وان عاد قبل غروب الشمس حتى أفاض مع الامام فذكر الكرخي في مختصره أن الدم يسقط عنه لان الواجب عليه الافاضة مع الامام بعد غروب الشمس وقد تدارك ذلك في وقته ومن أصحابنا من يقول لا يسقط الدم هنا أيضاً لان استدامة الوقوف قد انقطعت بذهابه فبرجوعه لا يصير وقوفه مستداما بل ما فات منه لا يمكنه تداركه فلا يسقط عنه الدم ﴿قال﴾ واذا أغمى على المحرم فوقف به أصحابه بعرفات أجزأه ذلك لانه تأدى الوقوف بحصوله في الموقف في وقت الوقوف. ألا ترى أنه لو مر بعرفات مار وهو لا يعلم بها في وقت الوقوف أجزأه ولا يبعد أن يتأدى ركن العبادة من المغمى عليه كما يتأدى ركن الصوم وهو الامساك بعد النية من المغمى عليه ﴿قال﴾ ووقوف الجنب والحائض ومن صلى صلاتين ومن لم يصل جائز لان الوقوف غير مختص بالبيت فلا تكون الطهارة شرطاً فيه وفرضية الصلاة عليه غير متصل بالوقوف فتركها لا يؤثر في الوقوف كما لا يؤثر في الصوم ﴿قال﴾ وان وقف القارن بعرفة قبل أن يطوف للعمرة فهو رافض لها ان نوى الرفض وان لم ينو لان المعنى المعتبر تعذر أداء العمرة بعد الوقوف وهذا متحقق نوى الرفض أو لم ينو ولم يذكر في الكتاب ما اذا اشتبه يوم عرفة على الناس بأن لم يروا هلال ذي الحجة وهو مروي عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا نحروا ووقفوا بعرفة في يوم فان تبين انهم وقفوا في يوم التروية لا يجزيهم وان تبين أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم استحساناً وفي القياس لا يجزيهم لان الوقوف مؤقت بوقت مخصوص فلا يجوز بعد ذلك الوقت كصلاة الجمعة

ولكنه

ولكنه استحسن لقوله صلى الله عليه وسلم عرفتكم يوم تعرفون وفي رواية حجكم يوم تحجون والحاصل انهم بعد ماوقفوا بيوم اذا جاء الشهود ليشهدوا انهم رأوا الهلال قبل ذلك لاينبغي للقاضي أن يستمع لي هذه الشهادة ولكنه يقول قد تم للناس حجهم ولا مقصود في شهادتهم سوى ابتغاء الفتنة فان جاؤا فشهدوا عشية عرفة فان كان بحيث يتمكن فيه الناس من الخروج الى عرفات قبل طلوع الفجر قبل شهادتهم وأمر الناس بالخروج ليقفوا في وقت الوقوف وان كان بحيث لايتمكن من ذلك لايستمع الى شهادتهم ويقف الناس في اليوم الثاني ويجزئهم ﴿ قال ﴾ وان جامع القارن بعرفة قبل زوال الشمس وقد طاف لعمرته فعليه دمان ويفرغ من حجته وعمرته وعليه قضاء الحج وهنا فصول (أحدها) في المفرد بالحج اذ جامع قبل لوقوف يفسد حجه لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهو دليل على المنافاة بين الحج والجماع فاذا وجد الجماع فسد الحج وعليه المضي في الفاسد والقضاء من قابل على هذا اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شرع في الاحرام لايصير خارجا عنه الا بأداء الاعمال فاسدا كان أو صحيحاً وعليه دم عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى عليه بدنة بمنزلة ملو جامع بعدالوقوف ولكنا نقول هذا الدم لتعجيل هذا الاحلال والشاة تكفي فيه كما في المحصر وجزاء فعله هنا وجوب القضاء عليه لانه أهم مايجب في الحج فلايجب معه كفارة أخرى فأما اذا جامع بعد الوقوف بعرفة لايفسد حجه عندنا ولكن لزمه بدنة ويتم حجه وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى اذا جامع قبل الرمي يفسد حجه لان احرامه قبل الرمي مطلق ألا ترى أنه لايحل له شئ مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق مفسد للنسك كما قبل الوقوف بعرفة بخلاف مابعد الرمي فقد جاء أوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما قبل على المحرم والحجة لنا في ذلك حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال اذا جامع قبل الوقوف فسد نسكه وعليه بدنة واذا جامع بعد الوقوف فحجته تامة وعليه دم . وقال صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه وبالاتفاق لم يرد التمام من حيث أداء الافعال فقد بقي عليه بعض الاركان وانما أراد به الاتمام من حيث أنه يأمن الفساد بعده وهو المعنى الفقهي أن بالوقوف تأكد حجه ألا ترى أنه يأمن الفوات بعد الوقوف فكما يثبت حكم التأكد في الأمن من الفوات فكذلك في لأمن من الفساد فأما قبل الوقوف حجه غير متأكد ألا ترى أنه

يفوته بمضي وقت الوقوف فكذلك يفسد بالجماع وهذا لان الجماع محظور كسائر المحظورات وارتكاب محظورات الحج غير مفسد له فكان ينبغي أن لا يكون الجماع مفسداً تركنا هذا الاصل فيما اذا حصل الجماع قبل تأكد الاحرام بدليل الاجماع وما بعد التأكد ليس في معنى ما قبله فيبقى على أصل القياس وهذا على أصله أظهر فانه يقول اذا بلغ الصبي قبل الوقوف جاز حجه عن الفرض بخلاف مابعد الوقوف توضيحه أن عنده لو جامع قبل الرمي يفسد الحج واذا جامع بعده لا يفسد والجماع قبل الرمي لا يكون أكثر تأثيراً من ترك الرمي وترك الرمي غير مفسد للحج فكيف يكون الجماع قبله مفسداً (والفصل الثاني) المفرد بالعمرة اذا جامع قبل أن يطوف أكثر الاشواط فسدت عمرته وعليه دم وان جامع بعد ما طاف أكثر الاشواط لا تفسد عمرته لان ركن العمرة هو الطواف فيتأكد احرامه بأداء أكثر الاشواط كما يتأكد احرام الحج بالوقوف ولكن عليه دم عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى في الوجهين جميعا تفسد عمرته وعليه بدنة لان الجماع محظور كل واحد من النسكين فكما أن في الحج تجب البدنة بالجماع فكذلك بالعمرة وعندنا لا مدخل للبدنة في العمرة بخلاف الحج على ما بينا في طواف الحج وفي الحقيقة انما ينبنى هذا على الخلاف المعروف بيننا وبينهم في العمرة عندنا العمرة سنة وعلى قوله فريضة كفريضة الحج واحتج بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقد قرن بينهما في الأمر بالاتمام فدل على فرضيتهما وفي حديث ابن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرة فريضة الحج وقال صبي بن معبد فوجدت الحج والعمرة واجبين على وقال صلى الله عليه وسلم للخثعمية حجي عن أبيك واعتمري وحقيقة الامر للوجوب ﴿ ولنا ﴾ حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الحج جهاد والعمرة تطوع وسأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي فقال لا وإن تعتمر خير لك ولان العمرة لا تتوقت بوقت معلوم في السنة وانما باين النفل الفرض بهذا فان الفرض يتوقت بوقت والنفل لا يتوقت ولانه يتأدى بنية غيره فان عنده المحرم بالحج قبل أشهر الحج يكون محرما بالعمرة وبالاجماع فائت الحج يتحلل باعمال العمرة والفرض انما باين النفل بهذا فان النفل يتأدى بنية الفرض والفرض الذى هو غير معين لا يتأدى بنية النفل فاما الآية فقد قرئت بالنصب وبالرفع والعمرة لله فالقراءة بالرفع ابتداء خبر العمرة لله والنوافل لله تعالى كالفرائض ثم هذا أمر

بالاتمام بعد الشروع ولا خلاف فيه وماعرفنا ابتداء فرضية الحج بهذه الآية بل عرفناه بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وبهذا تبين ان المقصود زيارة البيت وهذا المقصود حاصل بفرضية نسك واحد فلا تثبت صفة الفرضية فى عدد منه ولهذا لاتتكرر فرضية الحج ومعنى قوله فريضة أى مقدرة باعمال كالحج فان الفرض هو التقدير وبه نقول انها مقدرة فأ كثرمافي الباب أن الآثار قد اشتبهت فيه ولكن صفة الفرضية مع اشتباه الادلة لاتثبت فاذا ثبت عندنا ان أصله ليس بفرض بل هو تبع للحج لايكون وجوب البدنة بالجماع في الحج دليلا على وجوبها فى العمرة وعنده لما كان فرضا وجب بالجماع فيه مايجب فى الحج (والفصل الثالث) القارن اذا جامع قبل الزوال وقدطاف لعمرته فانما جامع بعد تأكد احرام العمرة فلا تفسد عمرته بهذا الجماع وعليه دم لاجله وجامع قبل تأكد احرام الحج فيفسد حجه وعليه دم لتعجيل الاحلال وقضاء الحج وقد سقط عنه دم القران بفساد أحد النسكين وان جامع بعد الوقوف فعليه للعمرة دم وللحج جزور وعليه دم القران لانه لم يفسد واحد من النسكين بهذا الجماع ﴿ قال ﴾ وكذلك لو جامع بعد الحلق قبل أن يطوف بالبيت يريد به في وجوب الجزور عليه لان احرامه للحج فى حق النساء باق حتى يطوف بالبيت ولكن لايلزمه دم العمرة هنا لان تحلله للعمرة قد تم بالحلق ﴿ قال ﴾ ومن جامع ليلة عرفة قبل أن يأتي عرفة فسد حجه وعليه شاة لأن احرامه لايتأكد بدخول وقت الوقوف وانما يتأكد بفعل الوقوف . ألا ترى أن الامن من الفوات لايحصل بدخول وقته وانما يحصل بالوقوف فكان هذا وما لو جامع قبل دخول وقت الوقوف سواء ﴿قال﴾ واذا وقف القارن بعرفة قبل طواف العمرة ثم جامع فقد بينا أن احرامه للعمرة قد ارتفض بالوقوف ولزمه دم لرفض العمرة وعليه جزور للجماع لان جماعه صادف احرام الحج بعد ماتأكد فيتم حجه وعليه قضاء العمرة بعد أيام التشريق ﴿قال﴾ ومن دخل مكة بغير احرام فخاف الفوت إن رجع الى الميقات فأحرم ووقف أجزأه وعليه دم لترك الوقت هكذا نقل عن عبدالله بن مسعود وغيره من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا اذا جاوز الميقات بغير احرام فعليه دم لترك الوقت وكان المعنى فيه ان الشرع عين الميقات للاحرام فبتأخيره الاحرام عن الميقات تمكن فيه النقصان ونقائص الحج تجبر بالدم ولما ابتلى ببليتين يختار أهونهما والتزام الدم أهون من الرجوع الى الميقات لتفويت الحج ﴿قال﴾ واذا

وقف الحاج بعرفة ثم أهل وهو واقف بحجة أخرى فانه يرفضها وعليه دم لرفضها وحجة وعمرة مكانها ويمضي في التي هو فيها وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فاما عند محمد فاحرامه باطل بمنزلة اختلافهم فيمن أحرم بحجتين علي ما نبينه وانما يرفضها لانه لو لم يرفضها ووقف لها لبقاء وقت الوقوف يصير مؤديا حجتين في سنة واحدة ولا يجوز ان يؤدى في سنة أكثر من حجة واحدة واذا رفضها فعليه الدم لرفضها لانه خرج من الاحرام بعد صحة الشروع قبل أداء الافعال فلزمه الدم كالمحصر وعليه قضاء حجة وعمرة مكانها بمنزلة المحصر بالحج اذا تحلل وهذا لانه في معنى فائت الحج وفائت الحج يتحلل بافعال العمرة وهذا لم يأت باعمال العمرة فكان عليه قضاؤها مع قضاء الحج ﴿ قال ﴾ وكذلك ان أهل بعمرة أيضاً يرفضها لان وقوفه لو طرأ علي عمرة صحيحة أوجب رفضها علي ما بينا في القارن اذا وقف قبل ان يطوف لعمرته فكذلك اذا اقترن بوقوفه احرام العمرة وهذا لانه لو لم يرفضها أدى أفعالها فيكون بانياً أعمال العمرة على أعمال الحج فلهذا يرفضها وعليه دم وقضاؤها لخروجه منها بعد صحة الشروع ﴿ قال ﴾ وكذلك لو كان أهل بالحج ليلة المزدلفة بالمزدلفة فهو رافض ساعة أهل لانه لو لم يرفضها عاد الى عرفات فوقف فيصير مؤديا حجتين في سنة واحدة وهذا بخلاف ما إذا أهل بحجتين فان هناك اذا عجل في عمل أحدهما لا يصير رافضاً للاخر وهنا هو مشغول بعمل أحدهما بل هو مؤد له فلهذا يرتفض الآخر في الحال فكذلك أن أهل بعمرة ليلة المزدلفة فهو رافض لها وفي الكتاب أضاف هذا القول الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يخالفهما في هذا لما قلنا أنه لو لم يصر رافضا كان بانيا أعمال العمرة على أعمال الحج فاما اذا أهل بحجة أخرى بعد طلوع الفجر من يوم النحر لم يرفضها لان وقت الوقوف قد فات فلو بقي احرامه هذا لا يكون مؤديا حجتين في سنة واحدة ولكنه يتم أعمال الحجة الأولى ويمكث حراما الى أن يحج في السنة الثانية الا أنه إن حلق للحجة الاولى يلزمه دم لجنايته على الاحرام الثاني بذلك الحلق وان لم يحلق فعليه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً لتأخير الحلق في الحجة الاولى عن وقته وعندهما بهذا التأخير لا يلزمه دم واصل المسئلة ان من أحرم بالحج قبل أشهر الحج يكون محرما بالحج عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يكون محرما بالعمرة وهكذا روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة عندنا وقال

مالك رحمه الله تعالى جميع ذي الحجة استدلالا بقوله تعالى الحج أشهر معلومات وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة ولكنا نستدل بقول ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير رضى الله عنهم ان أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة فأقاموا أكثر الثلاثة مقام الكمال فى معنى الاية لمعنى وهو ان بالاتفاق بفوت الحج بطلوع الفجر من يوم النحر وفوات العبادة يكون بمضى وقتها فاما مع بقاء الوقت لايتحقق الفوات ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان من ذي الحجة عشر ليال وتسعة أيام فاما اليوم العاشر ليس بوقت الحج لان الفوات يتحقق بطلوع الفجر من اليوم العاشر وهو يوم النحر وفى ظاهر المذهب اليوم العاشر من وقت الحج لان الصحابة رضى الله عنهم قالوا وعشر من ذي الحجة وذكر أحد العددين من الايام والليالى بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر ولان الله تعالى سمى هذا اليوم يوم الحج الاكبر قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر والمراد يوم النحر لاوقت الحج لأداء الطواف فيه دون الوقوف فلهذا يتحقق الفوات بطلوع الفجر منه لفوات ركن الوقوف (فأما) الشافعى رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم المهلّ بالحج فى غير أشهر الحج مهلّ بالعمرة ولان الاحرام بالحج كالتكبير للصلاة فكما لا يجوز الشروع فى الفريضة قبل دخول وقت الصلاة فى الصلاة فكذلك فى الحج و الاحرام أحد أركان الحج فلا يتأدى فى غير وقت الحج كسائر الاركان واذا لم يصح احرامه بالحج كان محرما بالعمرة لان الوقت وقت العمرة ألا ترى أنه لو فات حجه بمضى الوقت يبقى احرامه للعمرة فكذلك اذا حصل ابتداء احرامه فى غير أشهر الحج ﴿ ولنا ﴾ أن الاحرام للحج بمنزلة الطهارة للصلاة فانه من الشرائط لا من الاركان حتى يكون مستداما الى الفراغ منه وهذا حد شرط العبادة لاحد ركن العبادة ولانه لايتصل به أداء الافعال فالاحرام يكون عند الميقات وأداء الافعال بمكة ولو أحرم فى أول يوم من أشهر الحج يصح واداء الافعال بعد ذلك بزمان فعرفنا أنه بمنزلة الشرط فلا يستدعى صحة الوقت بخلاف الصلاة فان اداء الاركان هناك يتصل بالتكبير فاذا حصل قبل دخول لوقت لايتصل اداء الاركان به والحديث فى الباب شاذ جداً فلا يعتمد على مثله ولكن يكره له أن يحرم بالحج قبل أشهر الحج من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول الكراهة لمعنى أن الاحرام من وجه بمنزلة الاركان ولهذا لو حصل

قبل العتق لا يتأدى به فرض الحج بعد العتق وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فلشبهه بالشرائط يجوز قبل الوقت ولشبهه بالاركان يكون مكروها وقيل بل الكراهة لانه لا يأمن من مواقعة المحظور اذا طال مكثه في الاحرام ﴿ قال ﴾ ويجمع الامام بين صلاة المغرب والعشاء بمزدلفة باذان واقامة فان تطوع بينهما اقام للعشاء اقامة أخرى وقال زفر رحمه الله تعالى اذا تطوع بينهما اذن وأقام للعشاء لان الفصل بينهما قد تحقق بالاشتغال بالتطوع فهو بمنزلة من يؤدي كل صلاة في وقتها فعليه الأذان والاقامة لكل صلاة ولكننا نقول الجمع بينهما لا ينقطع بهذا الفصل كما لا ينقطع اذا اشتغل بالأكل ولكنه يحتاج الى اعلام الناس انه يصلي العشاء وبالاقامة يتم هذا الاعلام والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه فانه صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الاقامة للعشاء فان صلى المغرب بعرفات بعد غروب الشمس أو صلاها فى طريق المزدلفة قبل غيبوبة الشفق أو بعده فعليه ان يعيدها بمزدلفة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكره ماصنع ولا يلزمه الاعادة لانه أدى الفرض في وقته فان ما بعد غروب الشمس وقت المغرب بالنصوص الظاهرة وأداء الصلاة في وقتها صحيح الا ترى انه لو لم يعد حتى طلع الفجر لم يلزمه الاعادة ولو لم يقع ما أدى موقع الجواز لما سقطت عنه الاعادة بطلوع الفجر ولكنا نستدل بحديث أسامة بن زيد رضى الله عنه فانه كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى طريق المزدلفة فلما غربت الشمس قال الصلاة يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم الصلاة امامك ولم يرد بهذا فعل الصلاة لان فعل الصلاة حركات المصلي وهو معه فاما ان أراد به الوقت أو المكان فان كان المراد به المكان فقد بين بهذا النص اختصاص أداء الصلاة بمكان وهو المزدلفة فلا يجوز في غيرها وان كان المراد به الوقت فقد تبين ان وقت المغرب فى حق الحاج لا يدخل بغروب الشمس وأداء الصلاة قبل الوقت لا يجوز والدليل عليه انه مأمور بالتأخير لا لان فى الاشتغال بالصلاة انقطاع سيره فان أداء الصلاة فى وقتها فريضة فلا يسقط بهذا العذر ولكن الأمر بالتأخير للجمع بينهما بالمزدلفة وهذا المعنى يفوت باداء المغرب في طريق المزدلفة فعليه الاعادة بعد الوصول الى المزدلفة ليصير جمعاً بين الصلاتين كما هو المشروع نسكا ولهذا سقطت عنه الاعادة بطلوع الفجر لان وجوب الاعادة لمكان ادراك فضيلة الجمع بينهما وهذا يفوت بفوات وقت العشاء ولهذا قلنا اذا بقى

فى الطريق حتى صار بحيث يعلم انه لا يصل الى المزدلفة قبل طلوع الفجر يصلى المغرب ولا يؤخرها بعد ذلك ﴿ قال ﴾ ويغلس بصلاة الفجر بالمزدلفة حين ينشق له الفجر الثاني لحديث ابن مسعود رضى الله عنه كما بينا ثم يقف حتى اذا أسفر دفع قبل طلوع الشمس وهذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى اذا تركه لغير علة يلزمه دم وحجه تام وعلى قول الليث بن سعد رحمه الله تعالى هذا الوقوف ركن لا يتم الحج الا به لانه مأمور به فى كتاب الله تعالى قال الله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وقال صلى الله عليه وسلم في حديث عروة بن مضرس رحمه الله تعالى من وقف معنا هذا الموقف فقد تم حجه علق تمام حجه بهذا الوقوف فعرفنا انه لا يتم الا به ﴿ ولنا ﴾ قوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه ولانه يجوز ترك هذا الوقوف بعذر فان ضباعة عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنها كانت شاكية فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصير الى منى ليلة المزدلفة فأذن لها وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله من المزدلفة بليل ولو كان ركنا لم يجز تركه لعذر وبهذا تبين أن هذا الوقوف مع الوقوف بعرفة بمنزلة طواف الزيارة مع طواف الصدر ثم طواف الصدر واجب وليس بركن ويجوز تركه بعذر الحيض فكذا هذا والمزدلفة كلها موقف الا محسر وعرفة كلها موقف الا بطن عرنة وقد بينا الأثر المروى فى هذا الباب فيما سبق ﴿ قال ﴾ وأحب الى أن يكون وقوفه بمزدلفة عند الجبل الذى يقال له قزح من وراء الامام لان النبى صلى الله عليه وسلم اختار لوقوفه ذلك الموضع وقد بينا فى الوقوف بعرفة أن الافضل أن يقف من وراء الامام قريبا منه ليؤمن على دعائه فكذلك فى الوقوف بمزدلفة فان تعجل من المزدلفة بليل فان كان لعذر من مرض أو امرأة خافت الزحام فلا شئ عليه لما روينا وان كان لغير عذر فعليه دم لتركه واجبا من واجبات الحج فان أفاض منها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلى مع الناس فلا شئ عليه لانه أتى بأصل الوقوف فى وقته ولكنه مسيء فيما صنع لتركه امتداد الوقوف ﴿ قال ﴾ فان مر بالمشعر الحرام مراً بعد طلوع الفجر فلا شئ عليه لان وقوفه تأدى بهذا المقدار وكذا ان كان مر بها نائما أو مغمي عليه فلم يقف مع الناس حتى أفاضوا لان حصوله فى موضع الوقوف فى وقته يكون بمنزلة وقوفه وقد بينا هذا فى الوقوف بعرفة فكذلك فى الوقوف بالمشعر الحرام وان لم يبت بالمزدلفة ليلة النحر بأن نام فى الطريق فلا شئ عليه

لان البيتوتة بالمزدلفة ليست بنسك مقصود ولكن المقصود الوقوف بالمشعر الحرام بعد طلوع الفجر وقد أتى بما هو المقصود فلا يلزمه بترك ما ليس بمقصود شئ كما بينا فى ترك البيتوتة بها في ليالى الرمى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب رمى الجمار

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه ويبدأ اذا وافى منى برمى جمرة العقبة ثم بالذبح ان كان قارنا أو متمتعاً ثم بالحلق لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان أول نسكنا فى هذا اليوم أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الذبح والحلق من أسباب التحلل الا ترى أن تحلل المحصر بالذبح فيقدم الرمي عليهما ثم الذبح في معنى التحلل دون الحلق فان الحلق محظور الاحرام والذبح لا فكان الذبح مقدماً على الحلق وقد بينا اختلاف العلماء في وقت ابتداء الرمى فى هذا اليوم وكذلك يختلفون فى آخر وقته ففي ظاهر المذهب وقته الى غروب الشمس ولكنه لو رمي بالليل لا يلزمه شئ وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى وقته الى زوال الشمس ومابعد الزوال يكون قضاء وللشافعى رحمه الله تعالى فيه قولان فى أحد القولين انما يرمي ذلك الى غروب الشمس فاذا غربت تعين عليه الفدية بفوات الوقت في هذا الرمى وما عرف الرمى قربة الا بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الوقت فيتحقق فواته بفوات الوقت كالوقوف بعرفة وفى القول الآخر يقول يمتد وقته الى آخر أيام التشريق حتى يأتى بما ترك من الرمى في آخر أيام التشريق ولا شئ عليه لان الرمى كله فى حكم نسك واحد وان اختلف مكانه وزمانه فلا يتحقق الفوات فيه الا بفوات وقته وذلك بمضى آخر أيام التشريق وقاس بالتكبيرات فان من ترك شيئاً من الصلوات فى هذه الايام يقضيها بالتكبيرات الى آخر أيام التشريق وحجتنا فى ذلك أن وقت رمى جمرة العقبة يوم النحر بالنص قال صلى الله عليه وسلم ان أول نسكنا فى هذا اليوم وذهاب تمام اليوم بغروب الشمس الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يقيس الرمى في هذا اليوم بالرمى فى اليوم الثانى فيقول كما ان في اليوم الثانى وقت الرمى نصف اليوم وهو مابعد الزوال فكذا فى هذا اليوم وقت الرمي نصف اليوم وذلك الى زوال الشمس إلا أنه اذا رمى بالليل لم يغرم شيئاً لان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للرعاة ان يرموا ليلا ولان اليوم لما كان وقتا للرمى فالليل يتبعه فى

ذلك كليلة النحر تجعل تبعا ليوم عرفة فى حكم الوقوف فان لم يرمها حتى يصبح من الغد رماها لبقاء وقت جنس الرمى ولكن عليه دم للتأخير في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا دم عليه عندهما وهو نظير ماتبدا في تأخير طواف الزيارة عن أيام النحر فابو حنيفة رحمه الله تعالي هنا جعل تأخير الرمى عن وقته بمنزلة تركه ورمى جمرة العقبة يوم النحر نسك تام فكما ان تركه يوجب الدم فكذلك تأخيره عن وقته وكذلك إن ترك الاكثر منها لان الاكثر بمنزلة الكل وان ترك منها حصاة أو حصاتين أوثلاثا الى الغد رماها وتصدق لكل حصاة بنصف صاع من حنطة على مسكين الا أن يبلغ دما فحينئذ ينقص منه ماشاء لان المتروك أقل فتكفيه الصدقة وقد بينا نظيره في تأخير طواف الزيارة وان ترك رمى احدى الجمار فى اليوم الثانى فعليه صدقة لان رمى الجمار الثلاث فى اليوم الثانى نسك واحد فاذا ترك أحدها كان المتروك أقل فتكفيه الصدقة الا أن المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم وجعل ترك الاكثر كترك الكل ﴿ قال ﴾ وان ترك الرمى كله في سائر الايام الى آخر أيام الرمى رماها على التأليف لان وقت الرمى باق فعليه ان يتدارك المتروك مابقى وقته كالاضحية اذا أخرها الى آخر أيام النحر وعليه دم للتأخير فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا دم عليه فى قولهما فان تركها حتى غابت الشمس من آخر أيام الرمى سقط عنه الرمي بفوات الوقت لان معنى القربة فى الرمى غير معقول وانما عرفناه قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انما رمي فى هذه الايام فلا يكون الرمى قربة بعد مضى وقتها كما لا يكون اراقة الدم قربة بعد مضى أيام النحر واذا لم يكن قربة كان عبثاً فلا يشتغل به وعليه دم واحد عندهم جميعاً لان الرمى كله نسك واحد وهو واجب فتركه يوجب الجبر بالدم كما هو مذهبنا فى ترك السعى بين الصفا والمروة ولا يبعد أن يكون ترك البعض موجبا للدم ثم لايجب بترك الكل الا دم واحد كما ان حلق ربع الرأس فى غير أوانه يوجب الدم ثم حلق جميع الرأس لايوجب الا دماً واحداً وقص أظافر يد واحدة يوجب الدم ثم قص الاظافر كلها لايوجب الا دماً واحداً ﴿ قال ﴾ وان بدأ فى اليوم الثانى بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتى تلى المسجد ثم ذكر ذلك فى يومه قال يعيد على الجمرة الوسطى وجمرة العقبة لانه نسك شرع مرتباً في هذا اليوم فما سبق أوانه لايعتد به فكان رمى الجمرة الاولى بمنزلة الافتتاح للجمرة الوسطى والوسطى بمنزلة الافتتاح لجمرة العقبة فما أدى قبل وجود مفتاحه لايكون معتداً به

كمن سجد قبل الركوع أو سعى قبل الطواف بالبيت فالمعتد من رميه هنا الجمرة الاولى فلهذا يعيد على الوسطى وعلى جمرة العقبة ﴿قال﴾ وان رمى من كل جمرة ثلاث حصيات ثم ذكر بعد ذلك فانه يبدأ من الاولى بأربع حصيات ليتمها ثم يعيد على الوسطى بسبع حصيات وكذلك على جمرة العقبة ولا يعتد بما رمى من الوسطى وجمرة العقبة لان ذلك سبق أوانه فانه حصل قبل أن يأتي باكثر الرمي عند الجمرة الاولى فكأنه لم يرم منهما شيئاً ﴿قال﴾ وان رمى من كل واحدة بأربع أربع فانه يرمى لكل واحدة بثلاث حصيات لأن رمي أكثر الجمرة الأولى بمنزلة كماله فى الاعتداد برمي الجمرة الوسطى كما أن أكثر اشواط الطواف ككماله في الاعتداد بالسعي بعده واذا كان مارمى من كل جمرة معتداً به فعليه اكمال رمى كل جمرة بثلاث حصيات فان استقبل رميها فهو أفضل لانه أقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه ما اشتغل بالثانية الا بعد اكمال الاولى ﴿قال﴾ وان رمي جمرة العقبة من فوق العقبة أجزأه وقد بينا أن الافضل أن يرميها من بطن الوادي ولكن ما حول ذلك الموضع كله موضع الرمي فاذا رماها من فوق العقبة فقد أقام النسك فى موضعه فجاز ﴿قال﴾ وكذلك لو لم يكبر مع كل حصاة أو جعل مكان التكبيرات تسبيحاً أجزأه لان المقصود ذكر الله تعالى عند كل حصاة وذلك يحصل بالتسبيح كما يحصل بالتكبير ثم هو من آداب الرمي فتركه لا يوجب شيئاً ﴿قال﴾ وان رماها بحجارة أو بطين يابس جاز عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز الا بالحجر اتباعا لما ورد به الأثر فان فيما لا يعقل المعني فيه انما يحصل الامتثال بعين المنصوص ولكنا نقول المنصوص عليه فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر والاصل فيه فعل الخليل صلوات الله عليه ولم يكن له فى الحجر بعينه مقصود انما مقصوده فعل الرمي اما لاعادة الكبش أو لطرد الشيطان على حسب ما اختلف فيه الرواة فقلنا بأي شئ حصل فعل الرمي أجزأه بمنزلة أحجار الاستنجاء فكما يحصل الاستنجاء بالحجر يحصل الاستنجاء بالطين وغيره وبعض المتشفعة يقولون ان رمي بالبعرة أجزأه وان رمي بالفضة أو الذهب أو اللؤلؤ والجواهر لايجوز لان المقصود اهانة الشيطان وذلك يحصل بالبعر دون الذهب والفضة والجواهر ولسنا نقول بهذا ولكن نقول الرمي بالفضة والذهب يسمى في الناس نثارا لارميا والواجب عليه الرمي فعليه أن يرمي بكل ما يسمى به رامياً ﴿قال﴾ فان رمى احدى

الجمار بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الاعمال لا عين الحصيات فاذا أتى بفعل واحد لا يكون الا عن حصاة واحدة كما لو أطعم كفارة اليمين مسكيناً واحداً مكان اطعام عشرة مساكين جملة لم يجزه الا عن اطعام مسكين واحد ﴿ قال ﴾ وان رماها بأكثر من سبع حصيات لم تضره تلك الزيادة لانه أتى بما هو الواجب عليه فلا يضره الزيادة عليه بعد ذلك ﴿قال﴾ وان نقص حصاة لايدرى من ايتهن نقصها اعاد على كل واحدة منهن حصاة واحدة أخذاً بالاحتياط في باب العبادة كما لو ترك سجدة من صلاة من الصلوات الخمس ولا يدرى من أيها ترك فعليه قضاء الصلوات الخمس ﴿ قال ﴾ وان قام عند الجمرة ووضع الحصاة عندها وضعاً لم يجزه لان الواجب عليه فعل الرمى والواضع غير رام وان طرحها طرحاً اجزأه وقد أساء لان الطارح رام الا أن الرمي تارة يكون امامه وتارة يكون عند قدميه بالطرح ولكنه مسيء لمخالفة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وصفاً ﴿ قال ﴾ فان رماها من بعيد فلم تقع الحصاة عند الجمرة فان وقعت قريباً منها أجزأه لان هذا القدر مما لا يتأتي التحرز عنه خصوصاً عند كثرة الزحام وان وقعت بعيداً منها لم يجزه لان الرمى قربة في مكان مخصوص ففي غير ذلك المكان لايكون قربة ﴿ قال ﴾ وان رماها بحصاة أخذها من عند الجمرة أجزأه وقد أساء لان ماعند الجمرة من الحصى مردود فيتشاءم به ولا يتبرك به وبيانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس رضى الله عنه مابال الجمار ترمى من وقت الخليل صلاة الله عليه ولم تصر هضابا تسد الافق فقال اما علمت ان من يقبل حجه رفع حصاه ومن لم يقبل حجه ترك حصاه حتى قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس رضى الله عنه جعلت على حصياتى علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيئاً من الحصا فهذا معنى قولنا ان مابقى فى موضع الرمى مردود ولكن مع هذا يجزئه لوجود فعل الرمي ومالك رحمه الله تعالى يقول لايجزئه وهذا عجب من مذهبه فانه يجوز التوضؤ بالماء المستعمل ولايجوز الرمى بما قد رمي به من الاحجار ومعلوم ان فعل الرمى لا يغير صفة الحجارة ﴿ قال ﴾ فان لم يقم عند الجمرتين اللتين يقوم الناس عندهما لم يلزمه شئ لان القيام عند الجمرتين سنة فتركه لا يوجب الا الاساءة ﴿ قال ﴾ وان كان أقام أيام منى بمكة غير انه يأتى مني في كل يوم فيرمى الجمار فقد أساء ولا شئ عليه لانه ما ترك الا السنة وهي البيتوتة بمنى فى ليالى الرمى وقد

بينا ان العباس رضى الله عنه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك لاجل السقاية فأذن له فدل انه ليس بواجب ﴿ قال ﴾ فان رمى جمرة العقبة يوم النحر بعد طلوع الفجر قبل طلوع الشمس أجزأه قال بلغنا ذلك عن عطاء رحمه الله تعالى والمروي عنه انه قال يجعل مني عن يمينه والكعبة عن يساره ويرمى جمرة العقبة بسبع حصيات والأفضل ان يرميها بعد طلوع الشمس وان رماها قبل طلوع الشمس أجزأه وان رماها فى اليوم الثانى من أيام النحر قبل الزوال لم يجزه لان وقت الرمي فى هذا اليوم بعد الزوال عرف بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجزئه قبله وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى فى المنتقى ان ماقبل الزوال يوم النحر وقت الرمى حتي لو رمي أجزأه ﴿ قال ﴾ وكذلك في اليوم الثالث من يوم النحر وهو اليوم الثانى من أيام التشريق وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان كان من قصده ان يتعجل النفر الأول فلا بأس بان يرمى في اليوم الثالث قبل الزوال وان رمى بعد الزوال فهو أفضل وان لم يكن ذلك من قصده لا يجزئه الرمي الا بعد الزوال لانه اذا كان من قصده التعجيل فربما يلحقه بعض الحرج فى تأخير الرمى الى ما بعد الزوال بان لا يصل الى مكة الا بالليل فهو محتاج الى ان يرمى قبل الزوال ليصل الى مكة بالنهار فيرى موضع نزوله فيرخص له فى ذلك والأفضل ماهو العزيمة وهو الرمى بعد الزوال وفي ظاهر الرواية يقول هذا اليوم نظير اليوم الثانى فان النبي صلى الله عليه وسلم رمى فيه بعد الزوال فلا يجزئه الرمي فيه قبل الزوال ﴿ قال ﴾ فان رمى في اليوم الثالث يخير بين النفر وبين المقام الي ان يرمى في اليوم الرابع لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه وخياره هذا يمتد الى طلوع الفجر من اليوم الرابع عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى الى غروب الشمس من اليوم الثالث لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وامتداد اليوم الى غروب الشمس ولكنا نقول الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره فى النفر باقياً قبل غروب الشمس من اليوم الثالث بخلاف مابعد طلوع الفجر من اليوم الرابع فانه وقت الرمي على مانبينه ان شاء الله تعالى فلا يبقى خياره بعد ذلك وقد بينا ان الليالى هنا تابعة للايام الماضية فكما كان خياره ثابتاً فى اليوم الثالث فكذلك فى الليلة التى بعده ﴿ قال ﴾ وان صبر الى اليوم الرابع جاز له أن يرمى الجمار فيه قبل الزوال استحسانا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما لا يجزئه بمنزلة اليوم الثاني والثالث لانه يوم ترمي فيه الجمار

الثلاث فلا يجوز الا بعد الزوال بخلاف يوم النحر وأبو حنيفة احتج بحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه اذا انتفح النهار فى آخر أيام التشريق فارموا يقال انتفح النهار اذ علا واعتبر آخر الايام بأول الأيام فكما يجوز الرمى فى اليوم الأول قبل زوال الشمس فكذا فى اليوم الآخر وهذا لأن الرمى فى اليوم الرابع يجوز تركه أصلا فمن هذا الوجه يشبه النوافل والتوقيت في النفل لايكون عزيمة فلهذا جوز الرمي فيه قبل الزوال ليصل الى مكة قبل الليل ﴿ قال ﴾ وأحب الى أن يرمي الجمار مثل حصاة الخذف هكذا علم رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه فانه جعل طرف احدى سبابتيه عند الاخرى فرمى بمثل حصى الخذف وقال هكذا فارموا وان رمى بأكبر من ذلك أجزأه ولكن لا ينبغي أن يرمي الكبار من الاحجار لانه ربما يصيب أحداً فيتأذى به وقال صلى الله عليه وسلم عليكم بحصي الخذف واياكم والغلو فى الدين فانما هلك من كان قبلكم بالغلو في الدين ﴿ قال ﴾ وليس في القيام عند الجمرتين دعاء مؤقت لما بينا ان التوقيت فى الدعاء يذهب برقة القلب ويرفع يديه عندهما حذاء منكبيه للحديث لا ترفع الايدى الا في سبع مواطن وفى المقامين عند الجمرتين ﴿ قال ﴾ والرجل والمرأة فى رمى الجمار سواء كما في سائر المناسك وان رماها راكبا أجزأه لحديث جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم رمي الجمار راكبا وقد بينا ماهو المختار عند كل جمرة ﴿ قال ﴾ وقد بينا ماهو المختار عند كل جمرة ﴿ قال ﴾ والمريض الذي لا يستطيع رمى الجمار يوضع الحصى فى كفه حتى يرمى به لانه فيما يعجز عنه يستعين بغيره وان رمى عنه أجزأه بمنزلة المغمى عليه فان النيابة تجرى فى النسك كما فى الذبح ﴿ قال ﴾ والصبي الذي يحج به أبوه يقضى المناسك ويرمي الجمار لانه يأتي به للتخلق حتى يتيسر له بعد البلوغ فيؤمر به بمثل مايؤمر به البالغ وان ترك الرمي لم يكن عليه شئ وكذلك المجنون يحرم عنه أبوه لان فعلهما للتخلق فلا يكون واجبا اذ ليس للاب عليهما ولاية الايجاب فيما لا منفعة لهما فيه عاجلا ولهذا لا يجب الدم بترك الرمي عليهما وهو معتبر بالكفارات لا يجب شئ منها على الصبي والمجنون عندنا والأصل فى جواز الرمي هكذا ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان امرأة رفعت صبياً من هودجها اليه فقالت ألهذا حج فقال نعم ولك أجره فدل ذلك على انه يجوز للأب ان يحرم عن ولده الصغير والمجنوز بمنزلة الصغير والله أعلم بالصواب

باب الحلق

﴿قال﴾ رضي الله عنه الحلق أفضل من التقصير لما روينا من الأثر فيه ولان المأمور به بعد الذبح قضاء التفث قال الله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وهو في الحلق اتم والتقصير فيه بعض الحلق فلهذا كان الحلق أفضل والتقصير يجزى وهو ان يأخذ شيئاً من أطراف شعره ورواه في الكتاب عن ابن عمر رضي الله عنه انه سئل كم تقصر المرأة فقال مثل هذه يعني مثل الانملة وهذا لانه لولم يكن على رأسه من الشعر إلا ذلك القدر كان يتم تحلله بأخذه فكذلك اذا كان على رأسه من الشعر أكثر من ذلك يتم تحلله بأخذ ذلك المقدار والتقصير قائم مقام الحلق في حكم التحلل فاذا فعل ذلك في أحد جانبي رأسه أجزأه بمنزلة مالو حلق نصف رأسه وكذلك ان فعله في أقل من النصف وكان بقدر الثلث أو الربع فكذلك يجزئه لان كل حكم تعلق بالرأس فالربع منه ينزل منزلة الكمال كالمسح بالرأس ولكنه مسيء في الاكتفاء بهذا المقدار لان النبي صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه وأمرنا بالاقتداء به فما كان أقرب الى موافقة فعله فهو أفضل ولانه انما يفعل هذا ضنة منه بشعره وفيما هو نسك تكره الضنة فيه بالمال والنفس فكيف بالشعر ﴿قال﴾ واذا جاء يوم النحر وليس على رأسه شعر أجرى الموسى على رأسه تشبهاً بمن يحلق لانه وسع مثله والتكليف بحسب الوسع الاترى ان الأخرس يؤمر بتحريك الشفتين عند التكبير والقراءة في الصلاة فينزل ذلك منه منزلة قراءة الناطق فهذا مثله ﴿قال﴾ وان حلق رأسه بالنورة أجزأه لان قضاء التفث فيه يحصل والموسى أحب الى لانه أقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ وأكره له ان يؤخر الحلق حتى تذهب أيام النحر والحاصل ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الحلق للتحلل في الحج مؤقت بالزمان وهو أيام النحر وبالمكان وهو الحرم وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يتوقت بالزمان ولا بالمكان وعند محمد رحمه الله تعالى يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رحمه الله تعالى يتوقت بالزمان دون المكان فزفر رحمه الله تعالى يقول التحلل عن الاحرام معتبر بابتداء الاحرام وابتداء الاحرام موقت بالزمان غير موقت بالمكان حتى يكره له ان يحرم بالحج في غير أشهر الحج ولا يكره له ان يحرم بالحج في أى مكان شاء قبل ان يصل الى الميقات فكذلك التحلل عنه بالحلق

يتوقت من حيث الزمان دون المكان حتى اذا أخره عن أيام النحر يلزمه الدم واذا خرج من الحرم ثم حلق لا يلزمه شئ وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما كان للتحلل في الحج يتوقت بالزمان والمكان جميعاً كالطواف الذي يتم به التحلل لا يكون الا في المسجد ويتوقت بأيام النحر فكما انه لو أخر الطواف عن وقته يلزمه دم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك اذا أخر الحلق عن وقته وعلى هذا كان ينبغي ان لا يعتد بحلقه خارج الحرم كما لا يعتد بطوافه ولكن جعلناه معتداً به لان محل فعله الرأس دون الحرم فيحصل به التحلل ولكنه جان بتأخيره عن مكانه فيلزمه دم بالتأخير عن المكان كما يلزمه بتأخيره عن وقته وهذا لان الحلق لا يعقل فيه معني القربة وانما عرفناه قربة بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما حلق للحج الا في الحرم يوم النحر فما وجد بهذه الصفة يكون قربة وما خالف هذا لا يتحقق فيه معنى القربة فيلزمه الجبر فيه بالدم وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى الحلق الذى هو نسك فى أوانه بمنزلة الحلق الذى هو جناية قبل أوانه فكما ان ذلك لا يختص بزمان ولا مكان فكذلك هذا لا يختص بزمان ولا مكان لانه لو اختص بزمان ومكان لم يكن معتداً به فى غير ذلك المكان ولا في غير ذلك الزمان كالوقوف بعرفة فسواء أخره عن أيام النحر أو خرج من الحرم فحلق لا يلزمه شئ ومحمد رحمه الله تعالى يقول تعلق المناسك بالمكان آكد من تعلقها بالزمان الا ترى ان الطواف المختص بمكان لا يعتد به فى غير ذلك المكان والموقت من الطواف بزمان يكون معتداً به فى غير ذلك الزمان فعرفنا ان تعلقه بالمكان أشد فالحلق الذى هو مختص بالحرم بفعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا أتى به خارج الحرم يتمكن فيه النقصان فيلزمه الجبر بالدم وبتأخيره عن أيام النحر لا يتمكن فيه كثير نقصان فلا يلزمه الجبر بالدم فأما في العمرة فلا يتوقت الحلق بزمان حتى لو أخر الحلق فيه شهراً لا يلزمه شي لان أصل العمرة لا يتوقت بالزمان وما هو الركن وهو الطواف فيه أيضاً لا يتوقت من حيث الزمان فكذلك الحلق فيه لا يتوقت بخلاف الحج ولكنه يتوقت بالحرم حتى لو حلق للعمرة خارج الحرم فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما فى الحج وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا شئ عليه ﴿ قال ﴾ وليس على المحصر حلق اذا حل وان حلق أو قصر فحسن وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أرى عليه الحلق وان لم يفعل فلا شئ عليه واحتج أبو يوسف رحمه الله تعالى بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم

أحصر بالحديبيـة مع أصحابه فأمرهم بالحلق بـعد بلوغ الهدايا محلها وكره لهم تأخير ذلك حتى ذكر ذلك لأم سلمة رضى الله عنها فقالت ابدأ بنفسك يا رسول الله فانهم يظنون أن في نفسك رجاء الوصول الى البيت للحال فحلق رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه فلما رأوا ذلك منه بادروا الى الحلق ولانه لو لم يحصر لكان يتحلل بالحلق عند أداء الأعمال فكذلك بعد الاحصار ينبغي أن يتحلل بالحلق لقدرته على أن يأتي به وان عجز عن سائر الافعال وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الحلق انما يكون نسكا بعد أداء الافعال فأما قبـل أداء الافعال فهو جناية فاذا تحقق عجزه عن ترتيب الحلق على سائر الافعال لا يلزمه أن يأتي به وانما تحلله بالهدى هنا والدليل عليه أن الله تعالى نهى المحصر عن الحلق حتى يبلغ الهـدى محـله بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محـله فذلك دليل الاباحـة بعد بلوغ الهدى محله لادليل الوجوب فأما حلق رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحـديبية فقد ذكر أبو بكر الرازي ان عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انما لايحلق المحصر اذا أحصر في الحل أما اذا أحصر في الحرم يحلق لأن الحلق عندهما مؤقت بالحرم ورسول الله صلى الله عليـه وسـلم انما كان محصراً بالحديبية وبعض الحديبية من الحرم على ما روى ان مضارب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت في الحل ومصلاه في الحرم فانما حلق في الحرم وبه نقول على أن رسول الله صـلى الله عليه وسلم انما أمرهم بالحلق ليحقق به عزمهـم على الانصراف ويأمن المشركون من جانبهم ولا يشتغلون بمكيدة أخرى بعد الصلح ﴿ قال ﴾ وليس على الحاج اذا قصر أن يأخـذ شيئاً من لحيتـه أو شاربه أو أظفاره أو يتنور لأن التقصير قائم مقام الحلق ولو أراد الحلق لم يكن عليه ذلك في لحيته ولا في شاربه فكذلك التقصير وان فعل لم يضره لانه جاء أوان التحلـل وهـذا كله مما يحصل به التحلل لانه من جـملة قضاء التفث ﴿ قال ﴾ وان حلق المحرم رأس حـلال تصدق بشئ عنـدنا . وقال الشافعي رضي الله عنه لاشئ عليه لان المحرم ممنوع عن ازالة ماينمو من البدن عن نفسه لمـا فيه من معنى الراحـة والزينـة له ولا يحصـل شئ من ذلك بحلق رأس الحـلال فلا يلزمـه به شئ ألا ترى أن الحلال لو حلق بنفسه لم يلزمه شئ ولكنا نقول ان ازالة ماينمو من بدن الآدمي من محظورات الاحرام فيكون المحـرم ممنوعاً عن مباشرة ذلك من بدن غـيره كما يكون ممنوعاً من مباشرته في نفسه بمنزلة قتل الصـيد فانه جان في قتل صيد غيره كما يكون جانياً

فى قتل صيد نفسه الا أن كمال جنايته بانضمام معنى الراحة والزينة الى فعله فاذا فعل ذلك فى نفسه تكاملت جنايته فلزمه الدم واذا فعله بغيره لا تتكامل جنايته فتكفيه الصدقة ﴿ قال ﴾ واذا حلق المحرم رأس محرم آخر فان فعله بأمره فعلى المحلوق دم لان فعل الغير بأمره كفعله بنفسه ومعنى الراحة والزينة له متحقق فيلزمه دم وعلى الحالق رأسه صدقة لما بينا أنه جان فى أصل فعله وان حلق بغير أمره بأن كان المحرم نائما فجاء وحلق رأسه أو أكرهه على ذلك فعلى المحلوق رأسه دم عندنا ولا شئ عليه عند الشافعى رحمه الله تعالى بناء على أصله ان الاكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذاً بحكم الفعل والنوم ابلغ من الاكراه لان الاكراه يفسد قصده وبالنوم ينعدم القصد أصلا وعندنا بسبب الاكراه والنوم ينتفي عنه الاثم ولكن لا ينتفى حكم الفعل اذا تقرر سببه والسبب هنا ما نال من الراحة والزينة بازالة التفث عن بدنه وذلك حصل له فيلزمه الدم ولا تخيير هنا بين أجناس الكفارات الثلاث بخلاف المضطر لان هناك العذر سماوي وجد ممن له الحق وهنا العذر كان بسبب وجد من جهة العباد فيؤثر فى اسقاط الذنب ولا يخرج به الدم من أن يكون متعينا عليه ثم لا يرجع المحلوق رأسه بهذا الدم على الحالق وقال بعض العلماء يرجع به لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة والزمه هذا الغرم ولكنا نقول انما لزمه ذلك لمعنى الراحة والزينة وهو حاصل له فلا يرجع به على غيره كما لا يرجع المغرور بالعقر لانه بمقابلة اللذة الحاصلة له بالوطء والجواب في قص الاظفار هنا كالجواب فى الحلق ﴿ قال ﴾ واذا أخذ المحرم من شاربه أو من رأسه شيئاً أو مس من لحيته فانتثر منها شعر فعليه في ذلك كله صدقة لوجود أصل الجناية بما أزاله من بدنه ولكن لم تتم جنايته حين فعله لانه لم يكن مقصوداً لتحصيل الراحة والزينة فتكفيه الصدقة ﴿ قال ﴾ وان أخذ ثلث رأسه أو ثلث لحيته فعليه دم ولم يذكر الربع فى الكتاب والجواب فى الربع كذلك لما بينا ان ما يتعلق بالرأس فالربع فيه بمنزلة الكمال كما فى الحلق عند التحلل وهذا لان حلق بعض الرأس لمعنى الراحة والزينة معتاد فان الاتراك يحلقون أوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة فتتكامل الجناية بهذا المقدار والجناية المتكاملة توجب الجبر بالدم ثم الاصل بعد هذا أنه متى حلق عضواً مقصوداً بالحلق من بدنه قبل أوان التحلل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه الصدقة ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر أو الساق ومما هو مقصود حلق الرأس أو الابطين

فان حلق أحدهما أو نتف أوطلى بنورة فعليه الدم أيضاً لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لمعنى الراحة وفيما ذكر اشارة الى أن السنة في الابطين النتف دون الحلق فانه قال نتف ابطيه أو أحدهما ولم يذكر الحلق فان حلق موضع المحاجم فعليه دم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما عليه صدقة لان ذلك الموضع غير مقصود بالحلق وانما يحلق للتمكن من الحجامة فهو بمنزلة حلق شعر الصدر والساق وصح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم وما كان يرتكب في احرامه الجناية المتكاملة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه حلق مقصود لانه لا يتوصل الى المقصود الا به وما لا يتوصل الى المقصود إلا به يكون مقصوداً فتتكامل الجناية ولم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم حلق موضع المحاجم انما نقل عنه الحجامة وليس من ضرورته الحلق فان الحجام اذا كان حاذقا يشرط طولا فلا يحتاج الى الحلق وكذلك اذا لم يكن المحجوم أشعر البدن ولم ينقل فى صفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أشعر البدن والدليل عليه أنه كان يتحرز عن الجناية الموجبة للصدقة كما كان يتحرز عن الجناية الموجبة للدم وعندهما هذه جناية موجبة للصدقة ﴿ قال ﴾ فان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه حلق مقصود للراحة والزينة فان العلوية يفعلون ذلك ولم يذكر في الكتاب ماذا حلق شاربه انما ذكر اذا أخذ من شاربه فعليه الصدقة فمن أصحابنا من يقول اذا حلق شاربه يلزمه الدم لانه مقصود بالحلق يفعله الصوفية وغيرهم والأصح أنه لا يلزمه الدم لانه طرف من أطراف اللحية وهو مع اللحية كعضو واحد وان كانت السنة قص الشارب واعفاء اللحي واذا كان الكل عضواً واحداً لا يجب بما دون الربع منه الدم والشارب دون الربع من اللحية فتكفيه الصدقة فى حلقه ﴿ قال ﴾ وعلى القارن في ذلك كله كفارتان لانه محرم باحرامين ففعله جناية على كل واحد منهما فيلزمه جزاآن عندنا على مانبينه فى باب جزاء الصيد ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ وان أصاب المحرم أذى في رأسه فحلق قبل يوم النحر فعليه أى الكفارات الثلاث شاء والاصل فيه حديث كعب ابن عجرة رضى الله عنه قال مر بى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهى وأنا أوقد تحت قدر لى فقال أتؤذيك هوام رأسك فقلت نعم فانزل الله عز وجل قوله ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فقلت ما الصيام يارسول الله فقال ثلاثة أيام فقلت وما الصدقة قال ثلاثة آصع من حنطة على ستة مساكين فقلت وما النسك قال شاة وفي الاية دليل

على أنه يتخير بين هذه الاشياء الثلاثة لانها ذكرت بحرف أو وذلك يوجب التخيير كما في كفارة اليمين ولو لم يرد النص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتقدير الصوم بثلاثة أيام لكنا نقدره بستة أيام لانه لما تقدر الطعام بطعام ستة مساكين وصوم يوم بمنزلة طعام مسكين فينبغي أن يلزمه صوم ستة أيام ولكن ثبت ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الصوم ثلاثة أيام فسقط اعتبار كل قياس بمقابلته وكذلك الجواب في كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير مضطر لزمه الدم فاذا فعله المضطر فعليه أي الكفارات الثلاث شاء لانه فى معنى المنصوص عليه من كل وجه فيكون ملحقا به فان اختار الصيام يصوم فى أي موضع شاء من الحرم أو غير الحرم لان الصوم عبادة فى كل مكان وان اختار الطعام يجزئه ذلك أيضاً فى الحرم وغير الحرم عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يجزئه ذلك الا في الحرم لان المقصود به رفق فقراء الحرم ووصول المنفعة اليهم ولكنا نقول التصدق بالطعام قربة في أي مكان كان فهو بمنزلة الصيام وان اختار النسك كان مختصاً بالحرم بالاتفاق لان اراقة الدم لا تكون قربة الا فى وقت مخصوص وهو أيام النحر أو مكان مخصوص وهو الحرم وهذا الدم غير مؤقت بالزمان فيكون مختصاً بالمكان وهو الحرم ليتحقق معنى القربة فيه فيكون كفارة لفعله قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيآت ولان الله تعالى قال في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة فصار أصلا في كل هدى وجب بطريق الكفارة في اختصاصه بالحرم ولانه بعد ذكر الهدايا قال ثم محلها الى البيت العتيق والمراد به الحرم ومعلوم أنه ليس المراد من الاختصاص بالحرم عين اراقة الدم لان فيه تلويث الحرم انما المقصود التصدق باللحم بعد الذبح فعليه أن يتصدق بلحمه وكذلك كل دم وجب عليه بطريق الكفارة في شئ من أمر الحج أو العمرة فانه لا يجزئه ذبحه الا في الحرم وعليه التصدق بلحمه بعد الذبح على فقراء الحرم وان تصدق على غيرهم من الفقراء أجزأه عندنا لان الصدقة على كل فقير قربة ﴿قال﴾ وان سرق المذبوح لم يكن عليه شئ لان بالذبح قد بلغ محله ووجوب التصدق كان متعلقاً بالعين فيسقط بهلاك العين كما اذا هلك مال الزكاة سقطت عنه الزكاة ﴿قال﴾ وان سرق قبل الذبح فعليه بدله لانه ما بلغ محله بعد وهو نظير الأضحية الواجبة اذا سرقت قبل الذبح فعلى صاحبها مثلها ولا خلاف أن دماء الكفارات لا تختص بيوم النحر وان دم المتعة والقران تختص بيوم النحر لانه نسك يباح التناول منه كالاضحية وهو من أسباب التحلل فى أوانه كالحلق فاما

دم الاحصار لا يتوقت بيوم النحر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما يختص بيوم النحر لانه مشروع للتحلل فكان بمنزلة دم المتعة والقران وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه في معنى دماء الكفارات بدليل انه لا يباح التناول منه الا للفقراء بخلاف دم المتعة والقران فانه يباح التناول منه للأغنياء ثم وجوب هذا الدم للتحلل قبل أوانه فان أوان التحلل مابعد أداء الافعال والمحصر يتحلل قبل أداء الافعال فكان في فعله معنى الجناية وان أبيح له ذلك للعذر فالدم الواجب عليه يكون كفارة لا يتوقت بيوم النحر كالدم في حق من كان برأسه أذى فاما التطوعات من الدماء يجوز ذبحها قبل يوم النحر وذبحها في يوم النحر أفضل لان التطوعات هدايا والواجب في الهدايا تبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك يجوز ذبحها في غير أيام النحر وفي أيام النحر أفضل لان معنى القربة في اراقة الدم في هذه الايام أظهر ﴿ قال ﴾ ويباح التناول من هدى المتعة والقران والتطوع بمنزلة الاضحية والجواب في الاضحية معلوم وهو ان الواجب يتأدى باراقة الدم فانه يباح التناول منه للمضحي ولمن شاء المضحي من غني أو فقير فان أكل المضحي كلها لم يكن عليه شيء والافضل له ان يتصدق بالثلث ويأكل الثلثين فكذلك فيما هو في معنى الاضحية من الهدايا الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم تناول من هداياه حتى أمر ان يؤخذ من كل بدنة قطعة فتطبخ له ولو كان الواجب التصدق بها على الفقراء لما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها شيئاً فكما يباح له تناول لحوم هذه الهدايا يباح له الانتفاع بجلودها أيضاً ولا ينتفع بجلود غيرها من دماء الكفارات بل يتصدق بذلك كله كما يتصدق بلحمها هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لناجية حين بعث بالهدايا على يديه وقال تصدق بجلالها وخطمها فذلك دليل على وجوب التصدق بجلودها بطريق الاولى ﴿ قال ﴾ ولا يعطي أجرة الجزار منها ولا من غيرها شيئاً لان ما يأخذه الجزار انما يأخذه عوضاً عن عمله فيكون ذلك بمنزلة البيع ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي له أن يبيع شيئاً من لحوم الهدايا بثمن لانها صارت لله تعالى خالصاً فلا ينبغي له أن يشتغل بالتجارة فيها ولولا الاذن من قبل من له الحق لما أبيح له تناول بعضها وليس من ضرورة الاذن في التناول الاذن في التجارة والمنصوص عليه الاذن في التناول بقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ﴿ قال ﴾ واذا باع شيئاً من لحمها بثمن أو أعطى الجزار أجرة عمله من اللحم فعليه أن يتصدق بقيمة ذلك لانه متلف حق الفقراء في ذلك القدر بصرفه الى

قضاء ما هو مستحق عليه أو تحصيل عوضه لنفسه وهو الثمن فيلزمه التصدق بقيمته كمن قضى بنصاب الزكاة ديناً عليه ﴿قال﴾ واذا لم يبق على المحرم غير التقصير فبدأ بقص أظفاره فعليه كفارة ذلك لان احرامه باق ما لم يحلق أو يقصر ففعله فى قص الاظفار يكون جناية على الاحرام وعلى قول الشافعي لا يلزمه شئ بناء على مذهبه أن تحلل الحاج يكون بالرمي فقص الاظفار بعد الرمي لا يكون جناية منه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب كفارة قص الاظفار﴾

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا قص المحرم اظفار يديه ورجليه فعليه دم عندنا وقال عطاء رضى الله عنه لا شئ عليه لان قص الاظفار من الفطرة ولم يصح حديث في النهى عنه بسبب الاحرام فكان نظير الختان ولا بأس بالختان فى الاحرام فكذلك قص الاظفار ومذهبنا مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولان قص الاظفار من قضاء التفث فانه ازالة ما ينمو من البدن لمعني الزينة والراحة كحلق الرأس فيكون مؤخراً الى ما بعد التحلل ومباشرته قبل ذلك جناية على الاحرام فيوجب الجبر بالدم وان قص ظفراً واحداً أو ظفرين فعليه لكل ظفر صدقة الا ان يبلغ دما فينقص عنه ما شاء وعن محمد رحمه الله تعالى قال فى كل ظفر خمس الدم لانه لما وجب الدم فى قص خمسة أظافر ففي كل ظفر بحساب ذلك ولكنا نقول ان جنايته لم تتكامل لان معني الراحة والزينة لا يحصل بقص ظفر أو ظفرين والجناية الناقصة فى الاحرام توجب الجبر بالصدقة ﴿قال﴾ وان قص ثلاثة أظافر فعليه دم فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الأول استحسانا وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليه لكل ظفر صدقة وجه قوله الأول ان قص أظافر يد واحدة يوجب الدم بالاتفاق والاكثر منها ينزل منزلة الكمال فالثلاث أكثر الاظافر من اليد الواحدة ولكنه رجع عن هذا فقال الدم فى الاصل انما يجب بقص أظافر اليدين والرجلين واليد الواحدة ربع ذلك فتجعل بمنزلة الكمال كربع الرأس في الحلق فكان هذا أدنى ما يتعلق به الدم فلا يمكنه ان يقام الاكثر فيه مقام الكمال اذ لو فعل أدى الى مالا يتناهى فيقال اذا قص الظفرين فقد قص أكثر الثلاثة ثم اذا قص ظفراً ونصفاً فقد قص أكثر الظفرين

ولـكن يقال ما كان أدنى المقدار شرعا لا يتعلق بما دونه الحكم المتعلق به ﴿ قال ﴾ ولو قص خمسة أظافر متفرقة من اليدين والرجلين يلزمه لـكل ظفر صدقة فى قول أبى حنيفـة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يلزمه الدم لان المقصوص خمسة أظافر فلا فرق بين ان يكون من عضو واحـد أو عضوين أو من أعضاء متفرقـة كما فى الحلق لانه لافرق بين ان يحلق ربع الرأس من جانب واحد أو من جوانب متفرقـة فى ايجاب الدم وكما فى حكم الارش لافرق في ايجاب دية اليدين بين قطع خمسة أصابع من يد واحدة أو من يدين فهـذا مثله وهما يقولان جنايته لم تتـكامل لان معنى الزينة والراحة لايحصل بقص بعض الاظفار من كل عضو لانه لايحسن في النظر ان يكون بعض الاظافـر مقصوصاً دون البعض فيزداد به شغل قلبه لاأن ينال به الراحة فاذا لم تتكامل الجناية كان عليه لـكل ظفر صدقة حتى قالوا لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة فعليه لـكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص منه ما شاء بخلاف الحلق فان تفريق الحلق من جوانب الرأس عادة فيتم به معني الراحة ﴿ قال ﴾ واذا انكسر ظفر المحرم فانقطع منه شظية فقلعه لم يكن عليه شئ لان ذلك المنـكسر لا ينمو من البدن فقلعه لايكون جناية بمنزلة مالو تكسر من شجر الحرم ويبس اذا أخذه انسان لايجب فيه شئ لانعـدام معني النمو ﴿ قال ﴾ وان قص الاظافر كلها فى مجالس متفرقة فان كان حين قص أظافر يد واحدة كفر ثم قص أظافر يد أخري فعليه كفارة أخرى لان الجناية الأولى قد ارتفعت بالتكفير ففعله الثانى يكون جناية مبتدأة فوجب كفارة أخرى وان لم يكفر حتى قص الاظافر كلها فعليه دم واحـد فى قول محمد رحمه الله تعالى بمنزلة مالو قص الاظافر كلها فى مجلس واحد لان هذه الجنايات تستند الى سبب واحد فلاتوجب الا كفارة واحدة كما فى حلق جميع الرأس لافرق بين ان يكون فى مجالس متفرقة أو فى مجلس واحد وهـذا لان مبنى الواجب على التداخل وفيما ينبنى على التداخل المجلس الواحد والمجالس المتفرقة فيه سواء كما فى كفارة الفطر وكما في الحدود وفى قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى عليه أربعة دماء باعتبار كل عضو فى مجلس دم لان هذه الافعال في محال مختلفة وكل واحد منها جناية متكاملة فتوجب الدم وكان بمنزلة مالو حلق في مجلس وقص الاظافر فى مجلس آخر وهذا لان كفارات الاحرام يغلب فيها معني العبادة ولايجرى التداخل فى العبادة الا أنه إذا كان فى مجلس واحد فالمقصود واحد والحال

مختلفة فرجحنا جانب اتحاد المقصود بسبب اتحاد المجلس وأما اذا اختلفت المجالس يترجح جانب اختلاف الحال فيوجب بكل فعل دما بمنزلة من تلا آية السجدة مراراً فان كان في مجلس واحد فعليه سجدة واحدة وان كان في مجالس متفرقة فعليه بكل تلاوة سجدة وبه فارق الحالق فان محل الفعل هناك واحد والمقصود واحد وعلى هذا الاختلاف لو جامع مرة بعد أخرى امرأة واحدة أو نسوة الا أن مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا في الجماع بعد الوقوف في المرة الاولى عليه بدنة وفي المرة الثانية عليه شاة لانه قد دخل فيه نقصان بالجناية الاولى فالجناية الثانية صادفت احراما ناقصاً فيجب الدم ويكون قياس الجماع في احرام العمرة وان أصابه أذى في أظفاره حتى قصها فعليه أي الكفارات الثلاث شاء للأصل الذى تقدم بيانه ان ما يكون موجباً للدم اذا فعله لعذر تخير فيه المعذور بين الكفارات الثلاث والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب جزاء الصيد

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه محرم دل محرما أو حلالا على صيد فقتله المدلول فعلى الدال الجزاء عندنا استحسانا وفي القياس لا جزاء على الدال وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى قال لان الجزاء واجب بقتل الصيد بالنص قال الله تعالى ومن قتله منكم متعمداً الآية والدلالة ليست في معنى القتل لان القتل فعل متصل من القاتل بالمقتول فاما الدلالة والاشارة غير متصل بالمحل وهو الصيد والحكم الثابت بالنص لا يجوز إثباته فيما ليس في معنى المنصوص والدليل عليه جزاء صيد الحرم يجب على القاتل الحلال ولا يجب على الدال اذا كان حلالا بالاتفاق للمعنى الذى قلنا والدليل عليه ان حرمة الصيد في حق المحرم لا تكون أقوى من حرمة مال المسلم ونفسه ولا يضمن الدال على مال المسلم ولا على نفسه شيئاً بسبب الدلالة فكذلك هنا الا انا تركنا القياس باتفاق الصحابة رضى الله عنهم فان رجلا سأل عمر رضى الله عنه فقال انى أشرت الى ظبي وانا محرم فقتله صاحبي فقال عمر لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ماذا ترى عليه فقال أرى عليه شاة فقال عمر رضى الله عنه وانا أرى عليه ذلك وان علياً وابن عباس رضى الله عنهما سئلا عن محرم دل على بيض نعامة فأخذه المدلول عليه فشواه فقالا على الدال جزاؤه والقياس يترك بقول الفقهاء من الصحابة رضى الله عنهم وما

نقل عنهم فى هذا الباب كالمنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لا يظن بهم انهم قالوا جزافا والقياس لا يشهد لقولهم حتى يقول قالوا ذلك قياساً فلم يبق الا السماع ثم ثبت باتفاقهم ان الدلالة على الصيد من محظورات الاحرام وذلك ثابت بالنص أيضاً فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحاب أبي قتادة رضى الله عنهم في صيد أخذه أبو قتادة وكانوا محرمين هل أعنتم هل أشرتم هل دللتم فجعل الاشارة كالاعانة فعرفنا انه من محظورات الاحرام وذلك يوجب الجزاء وبه فارق صيد الحرم فان الموجب للحظر هناك معنى فى الحل وهو أمن الصيد بسبب الحرم فلا بد من ان يكون فعله متصلا بالمحل حتى يكون جناية في ازالة الأمن عن المحل وهنا الحظر بسبب معنى فى الفاعل وهو انه محرم فكان فعله محظور الاحرام وان لم يتصل بالمحل ولهذا كان معنى الجزاء هنا راجحاً ومعني غرامة المحل هناك راجح على مانبينه ان شاء الله تعالى ثم الاحرام عقد خاص وقد ضمن له ترك التعرض بعقده فاذا تعرض له بالدلالة فقد باشر بخلاف ما التزمه فكان قياس المودع يدل سارقا على سرقة الوديعة بخلاف الدلالة على مال المسلم ونفسه فانه ما التزم ترك التعرض لذلك بعقد خاص ثم الواجب هناك ضمان الحيوان فيكون بمقابلة المحل فيجب على من اتصل فعله بالمحل والدلالة المعتبرة لايجاب الجزاء ان لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد فاما اذا كان المدلول عالماً به فلا جزاء على الدال لان المدلول ماتمكن من قتله بدلالته وعلى هذا لو أعار المحرم سكيناً من غيره ليقتل صيداً فان لم يكن مع ذلك الغير مايقتل به الصيد فعلى المعير الجزاء وان كان معه مايقتل به الصيد فلا شئ على المعير لان تمكنه من قتله لم يكن باعارة السكين وانما يجب على الدال الجزاء اذا صدقه المدلول فى دلالته فاما اذا كذبه ولم يتبع الصيد بدلالته حتي دله عليه آخر فصدقه وقتل الصيد فالجزاء على الدال الثانى اذا كان محرما دون الأول وكذلك لو أمر المحرم انساناً باخذ الصيد فأمر المأمور به انسانا آخر فالجزاء على الآمر الثانى دون الأول لان المأمور الأول لم يمتثل أمر الآمر فانه أمره بالأخذ دون الامر وانما يجب الجزاء على الدال الاول اذا أخذ المدلول الصيد والدال محرم فاما اذا حل الدال عن احرامه قبل أن يأخذ المدلول الصيد فلا جزاء على الدال لان فعله انما يتم جناية عند زوال معنى النفرة باثبات يد الأخذ عليه فاذا كان الدال عند ذلك حلالا لم يكن أخذ الغير فى حقه أكثر تأثيراً من أخذه بنفسه ولو أخذه بنفسه لم يلزمه شئ فكذا اذا أخذه غيره بدلالته ﴿ قال ﴾ واذا اشترك رهط محرمون فى

قتل صيد فعلى كل واحد منهم جزاء كامل عندنا وقال الشافعى عليهم جزاء واحد لان من أصله ان المعتبر هو المحل ولهذا قال الدال الذى لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شئ والمحل هنا واحد فلا يلزمهم الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم فان جماعة من الحلالين اذا اشتركوا فى قتل صيد الحرم لا يلزمهم الا جزاء واحد وقاس بحقوق العباد أيضاً فان الصيد اذا كان مملوكا لا يجب على الذين قتلوه الا قيمة واحدة لصاحبه كذلك فيما يجب لحق الله تعالى وحجتنا ما بينا ان الواجب على المحرم جزاء فعله وفعل كل واحد من الفاعلين كامل جنى به على احرام كامل فيجعل فى حق كل واحد منهم كانه ليس معه غيره كما فى كفارة القتل وكما فى القصاص الواجب بطريق جزاء الفعل يجعل كل قاتل كالمنفرد به وبه فارق صيد الحرم لان وجوب الضمان هناك باعتبار المحل ويسلك بضمان الصيد مسلك الغرامات ولهذا لا مدخل للصوم فيه وفى اباحة الدم روايتان أيضاً فالغرامات تكون واجبة بدلا عن المتلف فاذا كان المتلف واحداً لا يجب الا بدل واحد كالدية فانها لا تتعدد بتعدد القاتلين فاما هذه كفارة تجب بطريق جزاء الفعل والفعل يتعدد بتعدد الفاعلين يوضح الفرق ان المعتبر هنا حرمة الاحرام واحرام زيد غير احرام عمرو وهناك المعتبر حرمة الحرم وهى متحدة فى حق الفاعلين فأما ضمان حقوق العباد فوجوبه بطريق الجبران وذلك يتم بايجاب بدل واحد وما يجب لحق الله تعالى لا يكون بطريق الجبران لان الله تعالى يتعالى عن أن يلحقه نقصان ليكون ما يجب له جبرانا وعلى هذا الاصل القارن اذا قتل صيداً فعليه جزاآن عندنا وعنده جزاء واحد لان المعتبر عنده اتحاد المحل وعندنا هو الجناية على الاحرام والقارن جان على احرامين وحقيقة المسئلة تنبني على الاصل الذى أشرنا اليه فان عنده يدخل احرام العمرة فى احرام الحج ولهذا قال يطوف القارن طوافا واحداً فيدخل أحدهما فى الآخر وعندنا لا يدخل أحدهما فى الآخر فان القران ينبئ عن الضم والجمع دون التداخل فصار القارن بقتل الصيد جانياً على احرامين فيلزمه جزاآن ثم قال الشافعى رحمه الله تعالى احرام العمرة فى حكم التبع لاحرام الحج ولهذا يتحقق الجمع بين النسكين اداء فان الاصلين لا يجتمعان اداء كالحجتين والعمرتين واذا كان تبعاً لا يظهر مع الاصل كحرمة الحرم مع حرمة الاحرام فان المحرم اذا قتل صيداً فى الحرم لا يلزمه الا جزاء واحد وقيل ان حرمة الحرم تبع لحرمة الاحرام فلا يظهر تأثيره مع الاحرام ولكنا نقول

كل واحد من الاحرامين أصل مثل صاحبه لان كل واحد منهما يعم البقاع كلها فلا يكون أحدهما تبعا للآخر بل يعتبر كل واحد منهما في ايجاب موجبه كأنه ليس معه صاحبه كما أن حرمة الجماع بسبب حرمة الصوم وعدم الملك اذا اجتمعا بأن زنى الصائم فى رمضان يجب عليه الحد والكفارة جميعاً وكذلك حرمة الخمر ثابتة لعينها فيثبت باليمين اذا حلف لايشربها حرمة أخري ثم عند الشرب يلزمه الحد والكفارة جميعاً وهذا بخلاف حرمة الحرم فانها دون حرمة الاحرام. ألا ترى أنه لايعم البقاع كلها وانه لابد من اعتباره في حق المحرم فان المحرم لايستغنى عن دخول الحرم واذا كان فى حكم التبع لم يعتبر في حق المحرم ولانه لامقصود هناك سوى وجوب ترك التعرض للصيد وذلك حاصل فى حق المحرم باحرامه فلا يزداد بالحرم في حقه فأما هنا العمرة بمقد مقصود يحوى ترك التعرض للصيد فوجب اعتباره فى حق المحرم بالحج كما يجب اعتباره في حق غير المحرم بالحج ﴿قال﴾ فان قتل حلالان صيداً فى الحرم بضربة واحدة فعلى كل واحد منهما نصف جزاء كامل بخلاف مااذا ضربه كل واحد منهما ضربة فانه يجب على كل واحد منهما ماتقتضيه ضربته ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته مضروبا بضربتين لان عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفا بفعلهما فيضمن كل واحد منهما نصف الجزاء وعند اختلاف محل الفعل الجزء الذى تلف بضربة كل واحد منهما كان هو المختص باتلافه فعليه جزاؤه والباقى متلفا بفعلهما فضمانه عليهما وقد قررنا هذا الفرق فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿قال﴾ واذا قتل المحرم صيداً فعليه قيمة الصيد في الموضع الذى قتله فيه ان كان الصيد يباع ويشترى فى ذلك الموضع والا ففي أقرب المواضع من ذلك الموضع مما يباع ذلك الصيد ويشتري فى ذلك الموضع مماله نظير من النعم أولا نظير له في قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى فيما له نظير ينظر الى نظيره من النعم الذي يشبهه فى المنظر لا الى القيمة حتى يجب فى النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة وفى الظبي شاة وفى الارنب عناق وفي اليربوع جفرة. وقال الشافعى رحمه الله تعالى في الحمامة شاة وهو قول ابن أبى ليلى وزعم أن بينهما مشابهة من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر وفيما لانظير له تعتبر القيمة واحتجا فى ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ماقتل من النعم وحقيقة المثل مايماثل الشيء صورة ومعنى ولا يجوز العدول عن الحقيقة الى المجاز الا عند تعذر العمل بالحقيقة والنظير مثل صورة ومعنى

والقيمة مثل معنى لا صورة وفى قوله من النعم تنصيص على ان المعتبر هو المثل صورة وعلى هذا اتفقت الصحابة رضى الله تعالى عنهم نقل ذلك عن على وعمر وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا ماسمينا من النظائر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى أخذا بقول ابن عباس رضى الله تعالى عنه فانه فسر المثل بالقيمة والمعنى الفقهى يشهد له فان الحيوان لامثل له من جنسه ألا ترى أن فى حق حقوق العباد يكون الحيوان مضمونا بالقيمة دون المثل فكذلك فى حقوق الله تعالى وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد فى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم يوضحه ان المماثلة بين الشيئين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس فاذا لم تكن النعامة مثلا للنعامة كيف تكون البدنة مثلا للنعامة والمثل من الاسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشئ مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ثم لا تكون النعامة مثلا للبدنة عند الاتلاف فكذلك لاتكون البدنة مثلا للنعامة واذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة فاما قوله من النعم فقد قيل فيه تقديم وتأخير ومعناه فجزاء مثل ماقتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هديا بالغ الكعبة ثم ذكر الاصمعى وأبو عبيدة ان اسم النعم يتناول الاهلى والوحشى جميعاً ومعناه فجزاء قيمة ماقتل من النعم الوحشي وحمله على هذا أولى لان قوله فجزاء مصدر وما ذكر بعده وصف فانما يكون وصفاً للمذكور وذلك اذا حمل على مابينا وايجاب الصحابة رضى الله عنهم لهذه النظائر لاباعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة الا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أيسر عليهم من النقود وهو نظير ما قال على رضى الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية المراد القيمة والاختلاف فى هذه المسئلة في فصول أحدها مابينا والثانى ان الذي اتى الحكمين يقوم الصيد فاذا ظهرت قيمته فالخيار الى المحرم بين التكفير بالهدى والاطعام والصيام فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى الخيار الى الحكمين فاذا عينا نوعاً عليه يلزمه التكفير به بعينه فاما اعتبار الحكمين بالنص وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وعلى طريقة القياس يكفي الواحد للتقويم وان كان المثنى أحوط ولكن يعتبر المثنى بالنص وبيانه فى حديث عمر رضى الله عنه فان رجلين اتياه فقال أحدهما ان صاحبي هذا كان محرما وأنه رمى الى ظبى وأصاب أحشاءه فما ذا يجب عليه فسار عمر عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما بشئ

ثم قال عليه شاة فقاما من عنده وجعل السائل يقول لصاحبه ان فتوى أمير المؤمنين لا تغني عنك شيئا الا ترى انه لم يعرفه حتى سأل غيره فأرى ان تنحر راحلتك هذه وتعظم شعائر الله فسمع ذلك عمر رضى الله عنه فدعاه وعلاه بالدرة فقال يا أمير المؤمنين أني لا أحل لك من نفسي شيئا حرم الله عليك فانظر لنفسك فقال عمر رضى الله عنه أراك حسن اللهجة والبيان أما سمعت الله يقول يحكم به ذوا عدل منكم فأنا ذو عدل وعبد الرحمن ذو عدل ومن يعمل بكتاب الله تعالى يسمي جاهلا فيكم فتاب الرجل عن مقالته ثم احتج محمد رحمه الله تعالى بظاهر الآية فانه قال يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة فذكر الهدى منصوبا على انه تفسير لقوله يحكم أو مفعول حكم الحكم فهو تنصيص على ان التعيين الى الحاكم وفي تسمية الله تعالى فعلهما حكما دليل ظاهر على ان الالزام اليهما وليس اليهما الزام أصل الواجب فعرفنا ان اليهما التعيين وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا الحاجة الى الحكمين لاظهار قيمة الصيد فبعد ما ظهرت القيمة فهى كفارة واجبة على المحرم فاليه التعيين لما يؤدى به الواجب كما فى كفارة اليمين وكما في ضمان قيم المتلفات فان تعيين ما يؤدى به الضمان اليه دون المقومين فكذا فى هذا الموضع فان اختار التكفير بالهدي فعليه الذبح فى الحرم والتصدق بلحمه على الفقراء لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة فالهدى اسم لما يهدى الى موضع معين وان اختار الاطعام اشترى بالقيمة طعاما فيطعم المساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة وان اختار الصيام يصوم مكان طعام كل مسكين يوما وان كان الواجب دون طعام مسكين فاما أن يطعم قدر الواجب واما أن يصوم يوما كاملا فالصوم لا يكون أقل من يوم وعندنا يجوز له أن يختار الصوم مع القدرة على الهدى والاطعام لقوله تعالى أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره وحرف أو للتخيير وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يجوز له الصيام مع القدرة على التكفير بالمال وقاس بكفارة اليمين وهدى المتعة والقران وقال حرف أو لا ينفي الترتيب في الواجب كما فى حق قطاع الطريق فى قوله تعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف الآية ولكن هذا خلاف الحقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز وقياس المنصوص على المنصوص باطل واذا اختار الطعام فالمعتبر قيمة الصيد يشترى به الطعام عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى المعتبر قيمة النظير وهو قول محمد رحمه الله تعالى بناء على أصلهما أن الواجب هو النظير فانما يحوله الى الطعام باختياره

فتعتبر قيمة الواجب وهو النظير كمن أتلف شيئاً من ذوات الأمثال فانقطع المثل من أيدى الناس فانه يجب قيمة المثل وعندنا الواجب قيمة الصيد والاصل كما بينا فاذا اختار أداء الواجب بالطعام تعتبر قيمة الصيد لانه هو الواجب الأصلى وان اختار الصيام صام مكان كل نصف صاع يوما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يصوم مكان كل مد يوما وهذا بناء على الاختلاف في طعام الكفارة لكل مسكين عندنا يتقدر بنصف صاع وعنده بمد ومذهبه فى هذا مروى عن ابن عباس رضى الله عنه ﴿قال﴾ فان أخرج الحلال صيد الحرم ولم يقتله فعليه جزاء استحسانا وان أرسله فى الحل مالم يعلم عوده الى الحرم لانه بالحرم كان آمنا وقد زال هذا الامن باخراجه فيكون كالمتلف له الا أن يعلم عوده الى الحرم فحينئذ يعود اليه الامن على ما كان وهو كالمحرم يأخذ صيداً فيموت فى يده لزمه جزاؤه لانه متلف معنى الصيدية فان معنى الصيدية فى نفره وبعده عن الايدي ﴿قال﴾ واذا رمى الحلال صيداً من الحل فى الحرم أو من الحرم فى الحل فعليه جزاؤه هكذا روى عن جابر وابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانه اذا كان الصيد فى الحرم فهو آمن بالحرم وان كان الرامى في الحرم فهو منهى عن الرمى الى الصيد من الحرم قال الله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم يقال أحرم اذا عقد عقد الاحرام وأحرم اذا دخل الحرم كما يقال اشأم اذا دخل الشأم فكان فى الوجهين مرتكبا للنهى فيلزمه الجزاء الا أن يكون الصيد والرامى في الحل فرماه ثم دخل الصيد الحرم فيصيبه فيه فحينئذ لايلزمه الجزاء لانه فى الرمي غير مرتكب للنهى ولكن لايحل تناول ذلك الصيد وهذه هى المسئلة المستثناة من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فان عنده المعتبر حالة الرمى الا في هذه المسئلة خاصة فانه اعتبر فى حل التناول حالة الاصابة احتياطاً لان الحل بالذكاة يحصل وانما يكون ذلك عند الاصابة فان كان عند الاصابة الصيد صيد الحرم لم يحل تناوله وعلى هذا ارسال الكلب ﴿قال﴾ ولايحل تناول ماذبحه المحرم لاحد من الناس وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يحل للمحرم القاتل تناوله ويحل لغيره من الناس وحجته فى ذلك ان معنى الذكاة فى تسييل الدم النجس من الحيوان وشرط الحل التسمية ندباً أوواجباً على اختلاف الأصلين وذلك يتحقق من المحرم كما يتحقق من الحلال الا أن الشرع حرم التناول على المحرم القاتل بطريق العقوبة ليكون زجراله وهذا لايدل على حرمة التناول فى حق غيره كما يجعل المقتول ظلما حياً فى حق القاتل حتى لا يرثه وهو ميت فى حق غيره

وحجتنا فى ذلك قوله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم والفعل الموجب للحل مسمي باسم الذكاة شرعاً فلما سماه قتلاهنا عرفنا أن هذا الفعل غير موجب للحل أصلا والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاصحاب أبى قتادة رضى الله تعالى عنهم هل أعنتم هل أشرتم هل دللتم فقالوا لا فقال صلى الله عليه وسلم اذن فكلوا فاذا ثبت بالأثر أن الاعانة من المحرم توجب الحرمة فمباشرة القتل هنا أولى فان قيل كيف يصح هذا الاستدلال وعندكم الصيد لايحرم تناوله باشارة المحرم ودلالته قلنا فيه روايتان وقد بينا هما فى الزيادات ومن ضرورة حرمة التناول عند الاشارة حرمة التناول عند مباشرة القتل فان قام هذا الدليل على انتساخ هذا الحكم عند الاشارة فذلك لايدل على انتساخه عند المباشرة والمعنى فيه ان هذا الاصطياد محرم لمعنى الدين ولهذا حرم التناول عليه فيكون نظير اصطياد المجوسى وذلك موجب للحرمة فى حق الكل فهذا مثله ﴿قال﴾ فان أدى المحرم جزاءه ثم أكل فعليه قيمة ما أكل فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وان كان قتله غيره لم يكن عليه شئ فيما أكل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايلزمه شئ آخر سوى الاستغفار وحجتهما أن صيد المحرم كالميتة أو كذبيحة المجوسى وتناول الميتة لايوجب الا الاستغفار . ألا ترى أنه اذا أكل منه حلال أو محرم آخر لم يلزمه الا الاستغفار فكذا اذا أكل هو منه . والدليل عليه ان الحلال اذا ذبح صيداً فى الحرم فادي جزاءه ثم أكل منه لايلزمه شئ آخر وكذلك المحرم اذا كسر بيض صيد فأدى جزاءه ثم شواه فأكله لايلزمه شئ آخر كذا هذا وجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه تناول محظور احرامه فيلزمه الجزاء كسائر المحظورات وبيانه ان قتل هذا الصيد من محظورات احرامه والقتل غير مقصود لعينه بل للتناول منه فاذا كان ماليس بمقصود محظور احرامه حتي يلزمه الجزاء به فما هو المقصود بذلك أولى بخلاف محرم آخر فان هذا التناول ليس من محظورات احرامه وبخلاف الحلال فى الحرم لان وجوب الجزاء هناك باعتبار الأمن الثابت بسبب الحرم وذلك للصيد لا للحم وكذلك البيض وجوب الجزاء فيه باعتبار انه أصل الصيد وبعد الكسر انعدم هذا المعنى يقرره ان المقتول بغير حق فى حق القاتل كالحي من وجه حتى لايرث وكالميت من وجه حتي تعتق أم الولد اذاقتلت مولاها ففيما ينبنى أمره على الاحتياط جعلناه كالحى فى حق القاتل وهو جزاء الاحرام فيلزمه بالتناول جزاء آخر وأما جزاء صيد الحرم غير مبني على الاحتياط فى الايجاب فلهذا اعتبرنا معنى

اللحمية فلا يوجب فيه الجزاء ﴿ قال ﴾ واذا أصاب الحلال صيداً فى الحل فذبحه فلا بأس بأن يأكل المحرم منه وهو قول عثمان وابن عباس رضى الله عنهما وكان ابن عمر رضى الله عنه يكره ذلك حتى روي ان عثمان رضى الله عنه دعاه الى طعام وكان محرما فرأى اليعاقيب في القصعة فقام فقيل لعثمان رضى الله عنه انما قام كراهة لطعامك فبلغ ذلك ابن عمر رضى الله عنه فقال ما كرهت طعامه ولكن كنت محرما فمن أخذ بقوله استدل بما روي ان رجلا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل حمار وحش فرده فرأى الكراهة فى وجهه فقال صلى الله عليه وسلم ما بنا رد لهديتك ولكنا حرم ﴿ ولنا ﴾ فى ذلك حديث طلحة رضى الله عنه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم فى حجرته فخرج الينا فقال فيم كنتم فذكرنا ذلك له فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس به وفى الحديث أن النبي صلي الله عليه وسلم مر بالروحاء مع أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين وهم محرمون فرأي حمار وحش عقيراً وفيه سهم ثابت فأراد أصحابه رضى الله عنهم أخذه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه حتى يأتى صاحبه فجاء رجل من بهز فقال يارسول الله هذه رميتى فهى لك فأمر أبا بكر رضي الله عنه أن يقسمها بين الرفاق والحديث الذى روى أنه رده تصحيف وقع من الراوى والصحيح أنه أهدي اليه حمار وحش ولئن صح فليس المراد بالرجل القطعة من اللحم بل هو العدد من حمار الوحش كما يقال رجل جراد للجماعة منه وكان مالك رحمه الله تعالى يقول ان اصطاد الحلال لأجل المحرم فليس للمحرم أن يتناول منه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمحرمين صيد البر حلال لكم الا ما اصطدتموه أو صيد لكم ولكنا نقول هذه اللام لام التمليك فانما يتناول ما كان مملوكا للمحرم صيداً وسواء اصطاد الحلال لنفسه أو لمحرم فهو لم يصر مملوكا للمحرم صيداً وانما يصير مملوكا للمحرم حين يهديه اليه بعد الذبح وهو عند ذلك لحم لا صيد فيه فلهذا حل تناوله ﴿ قال ﴾ محرم كسر بيض صيد فعليه قيمته وقال ابن أبي ليلى رضى الله عنه عليه درهم ومذهبنا مروى عن علي وابن عباس رضى الله عنهم والمعنى فيه وهو ان البيض أصل الصيد فانه معد ليكون صيداً مالم يفسد فيعطى له حكم الصيد فى ايجاب الجزاء على المحرم بافساده كما ان الماء فى الرحم جعل بمنزلة الولد فى حكم العتق والوصية ولانه منع حدوث معنى الصيدية فيه فيجعل كالمتلف بعد الحدوث بمنزلة المغرور يضمن قيمة الولد لانه منع

حدوث الرق فيه فان كان فيه فرخ ميت فعليه قيمة الفرخ حياً وهذا استحسان وفى القياس لا يغرم الا قيمة البيضة لانه لم تعلم حياة الفرخ قبل كسره ولكنه استحسن فقال البيض مالم يفسد فهو معد ليخرج منه فرخ حى والتمسك بهذا الاصل واجب حتى يظهر خلافه ولان كسر البيضة سبب لموت الفرخ اذا حصل قبل أوانه فاذا ظهر الموت عقيب هذا السبب يحال به عليه وكذلك لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ميتاً ثم ماتت فعليه جزؤهما جميعاً أخذا فيه بالثقة لان الضرب سبب صالح لموتهما وقد ظهر الموت عقيبه وانما أراد بقوله أخذا بالثقة الاشارة الى الفرق بين هذا وبين الضمان الواجب لحق العباد فان من ضرب بطن جارية فالقت جنينا ميتاً وماتت لما وجب هناك ضمان الاصل لم يجب ضمان الجنين لان الجنين فى حكم الجزء من وجه وفى حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبنى على الاحتياط فلا يجب فى موضع الشك فاما جزاء الصيد مبني على الاحتياط فلهذا رجح شبه النفس فى الجنين فاوجب عليه جزاءهما (قال) واذا عطب الصيد بفسطاط المحرم أو بحفيرة حفرها للماء فلا شئ عليه بخلاف ما اذا نصب شبكة أو حفر حفيرة لاخذ الصيد لانه متسبب في الموضعين الا أن التسبب اذا كان تعديا يكون موجبا للضمان كحفر البئر على الطريق واذا لم يكن تعديا لا يكون موجباً للضمان كحفر البئر فى ملك نفسه ونصب الشبكة من المحرم تعد لانه قصد به الاصطياد فاما ضرب الفسطاط ليس بتعد اذلم يقصد به الاصطياد الا ترى ان الحلال لو نصب شبكة فتعقل بها صيد ملكه حتى لو أخذه غيره كان له ان يسترده منه بخلاف ما اذا ضرب فسطاطاً وعلى هذا اذا فزع منه الصيد فاشتد فانكسر لم يلزمه شئ بخلاف ما اذا أفزعه هو أو حركه فانه وجد بسبب هو فيه متعد فيكون هو ضامناً ﴿ قال ﴾ محرم اصطاد صيداً فأرسله محرم آخر من يده فلا شئ عليه لان الصيد محرم العين على المحرم بالنص قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فلم يملكه بالأخذ كمن اشترى خمراً لا يملكها لانها محرمة العين فاذا لم يملكه لم يكن المرسل من يده متلفا عليه شيئاً ولانه فعل عين ما يحق عليه فعله شرعاً فهو كمن أراق الخمر على المسلم ﴿قال﴾ ولو قتله فى يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه اما القاتل فلانه جنى على احرامه بقتل الصيد واما الآخذ فلانه كان متلفا لمعنى الصيدية فيه حكما باثبات يده ثم يرجع الآخذ بما ضمن من الجزاء على القاتل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يرجع عليه بشئ لان الآخذ لم يملك الصيد ولا كانت له

فيه يد محترمة ووجوب الضمان له على القاتل باعتبار أحد هذين المعنيين ولانه بالقتل لزمته كفارة يفتى بها ويخرج بالصوم منها فلو رجع عليه انما يرجع بضمان المالية ويطالب به ويحبس به ولا يجوز له ان يرجع عليه بأكثر مما لزمه وحجتنا فى ذلك ان اليد على هذا الصيد كانت يداً معتبرة لحق الآخذ لانه يتمكن به من الارسال واسقاط الجزاء به عن نفسه والقاتل يصير مفوتا عليه هذه اليد فيكون ضامنا له وان لم يملكه الآخذ كغاصب المدبر اذا قتله انسان في يده يدل عليه انه قرر عليه ما كان على شرف السقوط وذلك سبب مثبت للرجوع عليه كشهود الطلاق اذا رجعوا قبل الدخول والذى قال يفتى به ويخرج عنه بالصوم فذلك ليس لمعنى راجع الى نفس الحق بل لمعنى ممن له الحق فان حقوق الله تعالى على عباده بطريق الفتوى والخروج عنه بالصوم لأن الله تعالى غني عن مال عباده انما يطالب منهم التعظيم لأمره ومثل هذا التفاوت لايمنع الرجوع كالأب اذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر ثم ان الابن ضمن اباه رجع الاب على الغاصب منه وان كان هو لا يحبس فيما لزمه لابنه ويكون له أن يحبس الغاصب منه فيما يطالبه به

﴿قال﴾ ولو أحرم وفي يده ظبي فعليه أن يرسله لأن استدامة اليد عليه بعد الاحرام بمنزلة الانشاء فان اليد مستدامة وكما ان انشاء اليد متلف معنى الصيدية فيه فالاستدامة كذلك

﴿قال﴾ فان أرسله انسان من يده فعلى المرسل قيمته فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لذى اليد وهو القياس وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاشئ عليه استحسانا وهو نظير اختلافهم فيمن أتلف على غيره شيئاً من المعازف فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا فعله أمر بالمعروف ونهى عن المنكر لانه مأمور شرعاً بارساله فاذا كان ذلك مما يلزمه شرعا ففعل ذلك غيره لايكون مستوجبا للضمان كمن أراق خمر مسلم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصيد قبل الاحرام كان ملكا له متقوماً ولم يبطل ذلك بالاحرام . ألا ترى أن الصيد لو كان في بيته بقى مملوكا متقوماً على حاله فالذى أرسله من يده أتلف عليه ملكا متقوما فيضمن له بخلاف اراقة الخمر على المسلم ثم الواجب عليه رفع يده ولو رفع بنفسه يرفعه على وجه لا يفوت ملكه بعد ما يحل من احرامه فاذا فوت هذا المرسل ملكه فقد زاد على ما يحق عليه فعله فيكون ضامناً له وهذا طريقه أيضاً فى اتلاف المعازف وفرق بين هذا وبين ما اذا أخذ الصيد وهو محرم فقال هناك لم يملكه بالاخذ فالمرسل لا يكون

مفوتا عليه ملكا متقوما وهنا بالاحرام لم يبطل ملكه على ما قررنا والدليل على الفرق أن المحرم اذا أخذ صيداً ثم أرسله فأخذه غيره ثم وجده المحرم فى يده بعد ما حل فليس له أن يسترده منه ولو أحرم وفى يده صيد فأرسله ثم وجده بعد ما حل فى يد غيره كان له أن يسترده منه فدل على الفرق بين الفصلين ﴿قال﴾ محرم قتل سبعاً فان كان السبع هو الذى ابتدأه فآذاه فلا شئ عليه والحاصل أن نقول ما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم من المؤذيات بقوله خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم وفي حديث آخر يقتل المحرم الحية والفأرة والعقرب والحدأة والكلب العقور فلاشئ على المحرم ولا على الحلال في الحرم بقتل هذه الخمس لان قتل هذه الاشياء مباح مطلقاً وهذا البيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم كالملحق بنص القرآن فلا يكون موجباً للجزاء والمراد من الكلب العقور الذئب فأما ما سوى الخمس من السباع التى لا يؤكل لحمها اذا قتل المحرم منها شيئاً ابتداء فعليه جزاؤه عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاشئ عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم انما استثنى الخمس لان من طبعها الأذى فكل مايكون من طبعه الأذى فهو بمنزلة الخمس مستثنى من نص التحريم فصار كان الله تعالى قال لاتقتلوا من الصيود غير المؤذى ولو كان النص بهذه الصفة لم يتناول الا ماهو مأكول اللحم غير المؤذي ولان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وهذا يتناول الأسد الا ترى أنه حين دعا على عتبة بن أبى لهب قال اللهم سلط عليه كلباً من كلابك فافترسه اسد بدعائه صلى الله عليه وسلم ولان الثابت بالنص حرمة ممتدة الى غاية وهو الخروج من الاحرام لان الله تعالى قال وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما وهذا يتناول ماكول اللحم فاماغير مأكول اللحم محرم التناول على الاطلاق فلا يتناوله هذا النص وحجتنا فى ذلك قوله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم واسم الصيد يعم الكل لانه يسمى به لتنفره واستيحاشه وبعده عن أيدى الناس وذلك موجود فيما لا يؤكل لحمه والدليل عليه ان لفظة الاصطياد بهذا المعنى تطلق على اخذ الرجال قال القائل

صيد الملوك ثعالب وأرانب   واذا ركبت فصيدى الابطال

ثم النبي صلى الله عليه وسلم نص على ان المستثنى من النص خمس فهو دليل على ان ماسوى الخمس فحكم النص فيه ثابت والدليل عليه وهو أنا لو جعلنا الاستثناء باعتبار معنى الايذاء خرج المستثنى من أن يكون محصوراً بعدد الخمس فكان هذا تعليلا مبطلا للنص ثم ماسوى

الخمس في معنى الاذي دون الخمس لان الخمس من طبعها البداءة بالاذى وما سواها لا يؤذي الا ان يؤذَى فلم يكن فى معني المنصوص ليلحق به و لذى قال الحرمة ثابتة بالنص الى غاية لحرمة الاصطياد هكذا لان النص يثبت حرمة لاصطياد لاحرمة التناول وحرمة الاصطياد بهذه الصفة تثبت في غير مأكول اللحم كما تثبت فى مأكول اللحم ثم لا اختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالى ان الجزاء يجب بقتل الضبع على المحرم لان عنده الضبع مأكول اللحم وعندنا هو من السباع التى لم يتناولها الاستثناء وفيه حديث جابر رضى الله عنه حين سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أعلى المحرم الجزاء فيه قال نعم فقيل له اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم ولكن السبع ان كان هو الذى ابتدأ المحرم فلا شيء عليه فى قتله عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليه الجزاء لان فعل الصيد هدر قال صلى الله عليه وسلم العجماء جبار من غير ذكر الجرح اى جرح العجماء جبار فوجوده كعدمه فيما يجب من الجزاء بقتله على المحرم . ألا ترى أن فى الضمان الواجب لحق العباد اذا كان السبع مملوكا لا فرق بين أن تكون البداءة منه أو من السبع فكذلك فيما يجب لحق الله تعالى وحجتنا فى ذلك حديث عمر رضي الله تعالى عنه فانه قتل ضبعاً فى الاحرام فأهدى كبشاً وقال انا ابتدأناه ففي هذه التعليل بيان ان البداءة اذا كانت من السبع لا يوجب شيئاً ولان صاحب الشرع جعل الخمس مستثناة لتوهم الأذى منها غالباً وتحقق الأذى يكون أبلغ من توهمه فتبين بالنص أن الشرع حرم عليه قتل الصيد وما ألزمه تحمل الأذى من الصيد فاذا جاء الأذى من الصيد صار مأذونا فى دفع أذاه مطلقاً فلا يكون فعله موجبا للضمان عليه وبهذا فارق ضمان العباد فان الضمان يجب لحق العباد ولم يوجد الاذن ممن له الحق فى اتلافه مطلقا حتى يسقط به الضمان بخلاف مانحن فيه ولا يدخل على ماذكرنا قتل المحرم القمل فانه يوجب الجزاء عليه وان كان يؤذيه لان المحرم اذا قتل قملة وجدها على الطريق لم يضمن شيئا لانها مؤذية ولكن اذا قتل القمل على نفسه انما يضمن لمعنى قضاء التفث بازالة ماينمو من بدنه عن نفسه وهذا بخلاف المحرم اذا كان مضطراً فقتل صيداً لأن الاذن ممن له الحق هنك مقيد وليس بمطلق فان الاذن فى حق المضطر فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه الآية والاذن عند الاذى ثابت بالنص مطلقا فى حق الصيد فلا يكون موجبا للضمان عليه فاما اذا كان هو الذى ابتدأ السبع يلزمه قيمته بقتله لا يجاوز بقيمته شاة عندنا وعلى قول زفر

رحمه الله تعالى تجب قيمته بالغة مابلغت على قياس ما يؤكل لحمه من الصيود هكذا ذكر أصحابنا هذا الخلاف وذكر ابن شجاع رحمه الله تعالى فى شرح اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان عند زفر فيما هو مأكول اللحم لايجاوز بقيمته شاة والحاصل ان زفر رحمه الله تعالى يقول بان الضمان الواجب لحق الله تعالى معتبر بالواجب لحق العباد وهناك لافرق بين مأكول اللحم وبين غير مأكول اللحم فهنا لافرق بينهما أيضا فاما ان يقال تجب القيمة بالغة مابلغت في الموضعين جميعا أولا يجاوز بالقيمة شاة فى الموضعين جميعا وحجتنا في ذلك ان فيما لا يؤكل لحمه وجوب الجزاء باعتبار معني الصيدية فقط لاباعتبار عينه فانه غير مأكول وباعتبار معني الصيدية يكون مرتكبا محظور احرامه فلا يلزمه أكثر من شاة كسائر محظورات الاحرام فاما فى مأكول اللحم وجوب الجزاء باعتبار عينه لأنه مفسد للحمه بفعله فتجب قيمته بالغة مابلغت وكذلك في حقوق العباد وجوب الضمان باعتبار ملك العين فيتقدر بقيمة العين وهذا لان زيادة القيمة في الفهد والنمر والأسد لمعنى تفاخر الملوك به لالمعنى الصيدية وذلك غير معتبر في حق المحرم فلهذا لايلزمه أكثر من شاة ان كان مفرداً بالحج أو العمرة وان كان قارناً لايجاوز بما يجب عليه شاتين لانه محرم باحرامين ﴿قال﴾ وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير فى هذا الحكم سواء على مابينا. وذكر فى بعض الروايات فى الحديث المستثني مكان الحدأة الغراب والمراد به الأبقع الذى يأكل الجيف ويخلط فانه يبتدئ بالأذى فأما العقعق يجب الجزاء بقتله على المحرم لأنه لايبتدئ بالأذى غالباً والخنزير والقرد يجب الجزاء بقتلهما على المحرم فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال زفر رضي الله تعالى عنه لايجب لان الخنزير بمنزلة الكلب العقور مؤذ بطبعه وقد ندب الشرع الى قتله قال النبي صلى الله عليه وسلم بعثت لكسر الصليب وقتل الخنزير ولكن أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول بأنه متوحش لا يبتدئ بالأذى غالبا فيكون نص التحريم متناولا له وكذلك السمور والدلق يجب الجزاء بقتلهما على المحرم والفيل كذلك اذا كان وحشياً فأما الفأرة مستثناة فى الحديث وحشيها وأهليها سواء والسنور كذلك فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايجب الجزاء بقتله أهليا كان أو وحشياً . وفى رواية هشام عن محمد رحمهما الله تعالى ما كان منه بريا فهو متوحش كالصيود يجب الجزاء بقتله على المحرم فأما الضب فليس في معني الخمسة المستثناة لأنه لايبتدئ بالأذي فيجب الجزاء على المحرم

بقتله وكذلك الأرنب واليربوع يجب بقتلهما القيمة على المحرم فأما ما كان من هوام الارض فلا شئ على المحرم في قتله غير أن في القنفذ روايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في احدى الروايتين قال هو نوع من الفأرة وفى رواية جعله كاليربوع فاذا بلغت قيمة شئ من هذه الحيوانات حملا أو عناقا لم يجزه الحمل ولا العناق من الهدى فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأدنى ما يجزي فى ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثنى من غيرها فان كان الواجب دون ذلك كفر بالاطعام أو الصيام وجعل هذا قياس الاضحية فكما لا يجزى هناك التقرب باراقة دم الحمل والعناق مقصوداً فكذلك هنا ولان الواجب بالنص هنا الهدي قال الله تعالى هديا بالغ الكعبة فهو بمنزلة هدى المتعة والقران فكما لا يجزئ الحمل والعناق فى هدى المتعة والقران لا يجزئ هنا وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى جوزوا ذلك فى جزاء الصيد استحسانا بالآثار التى جاءت به فان الصحابة رضى الله عنهم قالوا فى الارنب عناق وفى اليربوع جفرة ولان الرجل قد يسمى الدراهم والثوب هديا ألا ترى أن الرجل لو قال لله علي أن أهدي هذه الدراهم يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى فى ذلك ولا يستقيم قياسه على هدى المتعة لانه قياس المنصوص بالمنصوص ولان الهدي قد يكون عناقا وفصيلا وجديا ألا ترى أنه لو أهدى ناقة فنتجت كان ولدها هديا معها ينحر ولو كان غير هدى لكان يتصدق به كذلك قبل النحر ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول أجوزه هديا تبعاً لا مقصوداً كما يجوز به التضحية تبعا لا مقصوداً اذا نتجت الاضحية ﴿قال﴾ وفى بيض النعامة على المحرم القيمة وفى الكتاب رواه عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما أوجبا في بيض النعامة القيمة ﴿قال﴾ ولو أن المحرم رمى صيداً فجرحه ثم كفر عنه ثم رآه بعد ذلك فقتله فعليه كفارة أخرى لانه صيد على حاله بعد الجرح الاول وقد انتهى حكم ذلك الجرح بالتكفير فقتله الآن جناية أخرى مبتدأة فيلزمه به كفارة أخرى وان لم يكفر عنه فى الاولى لم يضره ولم يكن عليه فى ذلك شئ اذا كفر فى هذه الأخيرة الا ما نقصه الجرح الاول يريد به اذا كفر بقيمة صيد مجروح فاما اذا كفر بقيمة صيد صحيح فليس عليه شئ آخر لان الفعلين منه جناية فى احرام واحد على محل واحد فيكون بمنزلة فعل واحد فلهذا لا يجب عليه الا كفارة واحدة وهذا لان حكم الفعل الاول قبل التكفير باق فيجعل الثاني اتماما له فاما بعد التكفير قد انتهى حكم الفعل الأول فيكون الفعل الثانى جناية مبتدأة ﴿قال﴾

محرم جرح صيداً ثم كفر عنه قبل ان يموت ثم مات أجزأته الكفارة التى أداها لان سبب الوجوب عليه جنايته على الاحرام بجرح الصيد فانما أدى الواجب بعد ماتقرر سبب الوجوب فاذا تم الوجوب بذلك السبب جاز المؤدى كما لو جرح مسلما ثم كفر ثم مات المجروح ﴿ قال ﴾ واذا أحرم الرجل وله في منزله صيد لم يكن عليه ارساله عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه ارساله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه وذلك حرام عليه بسبب الاحرام فيلزمه ارساله كما لو كان الصيد فى يده بحضرته ولكنا نستدل عليه بالعادة الظاهرة لان الناس يحرمون ولهم في بيوتهم بروج الحمامات وغيرها ولم يتكلف أحد لارسال ذلك قبل الاحرام ولا أمر بذلك وهذا لان المستحق عليه ترك التعرض للصيد لا لإزالة الصيد عن ملكه وتعرضه انما يتحقق اذا كان الصيد فى يده بحضرته فاما اذا كان الصيد غائبا عنه في بيته لا يكون هو متعرضاً له فلا يلزمه ارساله الا ترى انه كما يحرم عليه التعرض للصيد يحرم عليه التطيب ولبس المخيط ولا يلزمه اخراج شئ من ذلك من ملكه ﴿ قال ﴾ وللمحرم ان يذبح الشاة والدجاجة لان هذا ليس من الصيود فان الصيد اسم لما يكون ممتنعاً متوحشاً فما لا يكون جنسه ممتنعا متوحشا لا يكون صيداً ﴿ قال ﴾ وكذلك البط الذي يكون عند الناس والمراد منه الكسكرى الذي يكون في الحياض هو كالدجاج مستأنس بجنسه فاما البط الذى يطير فهو صيد يجب الجزاء فيه على المحرم والحمام أصله صيد يجب على المحرم الجزاء فى كل نوع منه وقال مالك رحمه الله تعالى ليس فى المسرول من الحمام شئ على المحرم لانه مستأنس لا يفر من الناس ولكنا نقول الحمام بجنسه ممتنع متوحش فكان صيداً وان كان بعضه قد استأنس كالنعامة وحمار الوحش وغيرهما ﴿ قال ﴾ والذى يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فاما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم ويجب الجزاء بقتله وهذا لان الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل أحل لكم صيد البحر الآية فالمحرم والحلال فيه سواء ولان المحرَّم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل فى صيد البحر لا يتحقق ولان صيد البحر ما يكون بحرى الاصل والمعاش كالسمك فاما الطير فهو برى الاصل بحرى المعاش لان توالده يكون فى البر دون الماء فيكون من صيد البر الا ترى ان ما يكون مائى الاصل وان كان قد يعيش فى البر كالضفدع جعل مائيا باعتبار أصله حتي لا يجب على المحرم بقتله شئ فكذلك ما يكون برى الاصل لا يرخص للمحرم فيه ﴿ قال ﴾ محرم اصطاد

ظبية فولدت عنده قبل أن يحل أو بعد ما حل ثم ذبحها وولدها فى الحل أو في الحرم فعليه جزاؤهما جميعا لانه حين أخذ الظبية وجب عليه ارسالها لازالة جنايته وذلك حق مستحق عليه فى الحل شرعا فيسرى الى الولد ويجب عليه ارسال ولدها معها وما كان من الحق المستحق عليه فى العين أو في المعني لا يرتفع بخروجه عن الاحرام فاذا ذبحهما فقد فوت الحق المستحق فيهما شرعا فلهذا وجب عليه جزاؤهما جميعاً الا ترى أنه لوكان الصيد مملوكا لغيره لكان الرد فيهما مستحقاً عليه لحق المالك فبذبحهما يلزمه قيمتهما فهذا مثله أوأولى ﴿ قال ﴾ وأكره للمحرم أن يشترى الصيد وأنهاه عنه لأن الصيد فى حقه محرم العين فلا يكون مالا متقوما كالخمر فلهذا لايجوز شراؤه أصلا وان اشتراه من محرم أو حلال فعليه أن يخلي سبيله بمنزلة مالو أخذه فان عطب فى يده فعليه جزاؤه لجنايته على الصيد باثبات يده عليه وانه اتلاف لمعني الصيدية فيه ويجب على البائع جزاؤه أيضاً ان كان محرما لانه جان على الصيد بتسليمه الى المشترى مفوت لما كان مستحقا عليه من تخلية سبيله فكان ضامناً للجزاء ﴿ قال ﴾ وان اصطاد المحرم صيداً فحبسه عنده حتى مات فعليه جزاؤه وان لم يقتله لأنه متلف معنى الصيدية فيه معنى باثبات يده عليه والاتلاف الحكمى بمنزلة الاتلاف الحقيقي فى ايجاب الضمان عليه كما لوقطع إحدي قوائم الظبي ﴿ قال ﴾ محرم أو حلال أخرج صيداً من الحرم فانه يؤمر برده على الحرم لانه كان بالحرم آمناً صيداً وقد أزال ذلك الأمن عنه باخراجه فعليه اعادة أمنه بأن يرده الى الحرم فيرسله فيه وهذا لان كل فعل هو متعد فى فعله فعليه نسخ ذلك الفعل قال صلى الله عليه وسلم علي اليد ما أخذت حتى ترد ونسخ فعله بأن يعيده كما كان ﴿ قال ﴾ فان أرسله فى الحل فعليه جزاؤه لأنه ما أعاده آمناً كما كان فان الامن كان ثابتاً بسبب الحرم فما لم يصل الى الحرم لايعود اليه ذلك الأمن ولايخرج الجانى عن عهدة فعله بمنزلة الغاصب اذا رده على غير المغصوب منه الا أن يحيط العلم بأنه وصل الى الحرم سالماً فحينئذ يبرأ عن جزائه كما اذا وصل المغصوب الى يد المغصوب منه ﴿ قال ﴾ وكل شئ صنعه المحرم بالصيد مما يتلفه أو يعرضه للتلف فعليه جزاؤه الا أن يحيط علمه بأنه سلم منه فحينئذ يتم انتساخ حكم فعله وذلك بأن يجرحه فتندمل الجراحة بحيث لا يبقى لها أثر أو ينتف ريشه فينبت مكانه آخر أو يقلع سنه فينبت مكانه آخر فحينئذ لا يلزمه شئ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقاسا هذا بالضمان الواجب فى حق العباد فان

ذلك يسقط اذا لم يبق للفعل أثر فى المحل فكذا هنا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يلزمه صدقة باعتبار ما أوصل من الالم الى الصيد لان باندمال الجراحة لم يتبين أن الالم لم يصل اليه وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اعتبار الالم أيضاً فى الجناية على حقوق العباد حتى أوجب على الجانى ثمن الدواء وأجرة الطبيب الى أن تندمل الجراحة ﴿قال﴾ ولاينبغي للحلال أن يعين المحرم على قتل الصيد لان فعل المحرم معصية والاعانة على المعصية معصية فقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعين شريكا ولان لواجب عليه أن يأمره بالمعروف وينهاه عن التعرض للصيد فاذا اشتغل بالاعانة فقد أتى بضد ما هو واجب عليه فكان عاصياً فيه ولكن ليس عليه شئ سوى الاستغفار لان الاصطياد ليس بحرام عليه انما المحرّم عليه الاعانة على المعصية وذلك موجب للتوبة ﴿قال﴾ وكذلك لاينبغي له أن يشتريه منه لان بيعه حرام على المحرم ولان فى امتناعه عن الشراء زجرا للمحرم عن اصطياده فانه تقل رغبته فى الاصطياد اذا علم أنه لا يشترى منه الصيد وسواء أصاب المحرم الصيد عمداً أو خطأ فعليه الجزاء عندنا وهو قول عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص رضى الله عنهم وقال ابن عباس رضى الله عنهما ليس على المحرم فى قتل الصيد خطأ جزاء لظاهر قوله تعالى ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية فالتقييد بالعمدية لايجاب الجزاء يمنع وجوبه على المخطئ ولكنا نقول هذا ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فيستوى فيه العامد والخاطئ كغرامات الاموال وهذه كفارة تجب جزاء للفعل فيكون واجبا على المخطئ كالكفارة بقتل المسلم وهذا لان الله تعالى حرم على المحرم قتل الصيد مطلقا وارتكاب ما هو محرم بسبب الاحرام موجب للجزاء عمداً كان أو خطأ واما تقييده بالعمد في الاية فليس لاجل الجزاء بل لاجل الوعيد المذكور فى آخر الآية بقوله عز وجل ليذوق وبال أمره الى قوله ومن عاد فينتقم الله منه وهذا الوعيد على العامد دون المخطئ ثم ذكر العمد هنا للتنبيه لان الدلالة قد قامت على أن صفة العمدية فى القتل مانعة من وجوب الكفارة لتمحض الحظرية فذكره الله هنا حتى يعلم أنه لما وجبت الكفارة هنا اذا كان الفعل عمداً وجب إذا كان خطأ بطريق الأولى وكذلك ان كان هذا القتل أول ما أصاب أو أصاب قبله شيئاً فعليه الجزاء في الوجهين جميعا وكأن ابن عباس رضى الله عنه يقول يجب الجزاء على المبتدى بقتل الصيد فأما العائد اليه لايلزمه الجزاء ولكن يقال له اذهب فينتقم الله منك لظاهر

قوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ولكنا نقول بأن الاتلاف لايختلف بين الابتداء والعود اليه وجزاء الجناية يجب عند العود اليها بطريق الأولى لان جناية العائد أظهر من جناية المبتدي بالفعل مرة فاما الآية فالمراد من عاد بعد العلم بالحرمة كما فى قوله تعالى فى آية الربا ومن عاد فأولئك أصحاب النار يعني من عاد الى المباشرة بعد العلم بالحرمة لاأن يكون المراد العود الى القتل بعد القتل ﴿ قال ﴾ واذا قتل الحلال الصيد فى الحرم فعليه قيمته الا على قول أصحاب الظواهر وهذا قول غير معتد به لكونه مخالفاً للكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم يقال في اللغة احرم اذا دخل فى الحرم كما يقال أشتى اذا دخل فى الشتاء وقال صلى الله عليه وسلم ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لايختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها فاذا ثبت أمن صيد الحرم بهذه النصوص كان القاتل جانياً باتلافه محلا محترما متقوما فيلزمه جزاؤه والجزاء قيمة الصيد كما فى حق المحرم الاأن المذهب عندنا ان جزاء صيد الحرم يتأدى باطعام المساكين ولا يتأدي بالصوم وفى التأدى بالهدى روايتان وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتأدي بالصوم أيضاً والمذهب عنده ان الواجب هنا الكفارة كالواجب على المحرم لان الوجوب لمحض حق الله تعالى فيكون الواجب جزاء الفعل بطريق الكفارة بمنزلة مايجب على المحرم فكما ان ذلك يتأدى بالصوم اذا لم يجد المال عنده فكذلك هنا والمذهب عند الشافعي رحمه الله تعالى ان معنى الغرامة والمقابلة بالمحل يغلب فى الفصلين جميعاً لان الواجب مثل المتلف بالنص اما من حيث الصورة أو من حيث القيمة ومثل الشئ انما يجب فى الاصل ليقوم مقامه فكان جانب المحل هو المراعى فى الفصلين جميعاً وقد ثبت فى حق المحرم ان الواجب يتأدى بالصوم بالنص فكذلك فى صيد الحرم واما عندنا الواجب على المحرم بطريق الكفارة فالمعتبر فيه معنى جزاء الفعل لانه لاحرمة في المحل انما المحرم فى المباشر وهو احرامه الاترى أنه بعد ماحل من احرامه يجوز له الاصطياد وان لم يتبدل وصف المحل وجزاء الفعل يجب بطريق الكفارة فأما فى صيد الحرم وجوب الجزاء باعتبار وصف ثابت في المحل وهو صفة الأمن الثابت للصيد بسبب الحرم ألا ترى أنه انما يتغير هذا الحكم بتغير وصف المحل بخروجه من الحرم الى الحل ألا ترى أنه كما يجب ضمان الصيد بسبب الحرم يجب ضمان النامى من الاشجار النامية فى الحرم لما فيها من حياة مثلها وثبوت الأمن

لها بسبب الحرم ولا شك أن مايجب بقطع الأشجار يكون غرم المحل فكذلك مايجب بقتل صيد الحرم يكون غرم المحل فكان هذا بغرامات المالية أشبه فكما لامدخل للصوم فى غرامات الأموال وان كان وجوبها لحق الله تعالى كاتلاف مال الزكاة والعشر فكذلك لامدخل للصوم فى جزاء صيد الحرم يقرره وهو انه لما أزال الامن عن محل أمن لحق الله تعالى فيلزمه بمقابلته اثبات صفة الامن عن الجوع للمسكين حقا لله تعالى وذلك بالاطعام يحصل دون الصيام فاما فى صيد الاحرام لما كان الواجب لارتكابه فعلا محرماً حقالله تعالى يتأدي ذلك بفعل ماهو مأمور به حقا لله تعالى وهو الصيام وفي الهدى روايتان هنا فى احدى الروايتين يقول لايتأدى الواجب باراقة الدم بل بالتصدق باللحم حتى يشترط ان تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد فان كان دون ذلك لا يتأدى الواجب به وكذلك ان سرق المذبوح لانه لامدخل لاراقة الدم فى الغرامات وانما المعتبر فيه التمليك من المحتاج وذلك يحصل فى اللحم وفى الرواية الأخرى يقول يتأدى الواجب باراقة الدم حتي اذا سرق المذبوح لايلزمه شئ ويشترط ان تكون قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد لان الهدى مال يجب لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لجعل المال خالصاً لله تعالى بمنزلة التصدق ألا ترى أن المضحي يجعل الاضحية خالصا لله تعالى باراقة دمها فكذلك هنا ﴿قال﴾ ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ليس عليه إرساله لان الامن بسبب الحرم يثبت لحق الشرع فانما يثبت فى المباح دون المملوك كالاشجار فان ماينبته الناس فى الحرم لايثبت فيه حرمة الحرم وقاس هذا بالاسترقاق فان الاسلام يمنع الاسترقاق لحق الشرع ثم لايزيل الرق الثابت قبله فكذا هذا ولكنا نقول حرمة الحرم في حق الصيد كحرمة الاحرام فكما ان الحرمة بسبب الاحرام تثبت فى حق الصيد المملوك حتى يجب ارساله فكذلك الحرمة بسبب الحرم وليس هذا نظير الاشجار لان ماينبته الناس ليس بمحل لحرمة الحرم أصلا بمنزلة الاهلى من الحيوانات كالابل والبقر والغنم فاما الصيد مملوكا كان أو غير مملوك فهو محل لثبوت الأمن له بسبب الحرم فان باع الصيد بعدما أدخله الحرم كان البيع فاسداً يرد ان كان الصيد قائماً وان كان فائتاً فعليه جزاؤه لان حرمة الحرم فى الصيد مانعة من بيعه كحرمة الاحرام ﴿قال﴾ رجل أدخل الحرم بازيا أو صقراً فعليه ارساله لانه صيد ممتنع فيثبت فيه الأمن بسبب الحرم فعليه ارساله كما لو أخذه في الحرم

فان أرسله فجعل يقتل حمامات الحرم لم يكن عليه فى ذلك شئ لانه بالارسال ماقصد الاصطياد وانما قصد مباشرة ماهو مستحق عليه وهو رفع اليد عن الصيد الآمن فلا يكون عليه عهدة مايفعله الصيد بعد ذلك كمن أعتق عبداً عن كفارته فجعل العبد يرتكب الكبائر لايكون على المعتق شئ من ذلك فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولاخير فيما يرخص فيه أهل مكة من الحجل واليعاقيب ولا يدخل الحرم شيئا منها لحديث ابن عمر رضى الله عنه ان عبد الله بن عامر رضى الله عنه أهدى اليه بمكة بيض نعام وظبيين حيين فلم يقبلهما وقال أهديتهما الي آمنين ما كانا أي ماداما يريد به أنهما صارا آمنين بادخالها في الحرم حيين والحجل واليعاقيب من الصيود فبادخال الحرم اياهما حيين يثبت الأمن فيهما فلايحل تناول شئ منهما وذلك مروى عن عائشة والحسين بن على رضى الله تعالى عنه وعادة أهل مكة فى هذا الترخيص بخلاف النص فيكون ساقط الاعتبار فان ذبحهما قبل أن يدخلهما الحرم فلا بأس بتناولهما فى الحرم لانه انما أدخل اللحم فى الحرم واللحم ليس بصيد ﴿ قال ﴾ وان رمي صيداً بعض قوائمه في الحل وبعضها فى الحرم فعليه جزاؤه لان جزاء صيد الحرم مبنى على الاحتياط ولانه اذا اجتمع المعني الموجب للحظر والموجب للاباحة في شئ واحد يغلب الموجب للحظر لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال فلا يحل تناول هذا الصيد لهذا المعنى أيضاً ﴿قال﴾ وان كان الرامى فى الحرم والصيد فى الحل فقد بينا أن الاصطياد محرم على من كان في الحرم كما هو محرم على المحرم فهذا وما لو كان الصيد فى الحرم سواء وان كان الرامى فى الحل والصيد فى الحل الا أن بينهما قطعة من الحرم فمر فيها السهم فلاشئ عليه ولا بأس بأكله لانا ان اعتبرنا الرامى فهو حلال فى الحل وان اعتبرنا جانب الصيد فهو صيد الحل وبمرور السهم في هواء الحرم لاتثبت حرمة الحرم في حق الصيد ولا في حق الرامى والسهم ليس بمحل حرمة الحرم فلهذا لايجب على الرامى شئ ولا بأس بأكله ﴿قال﴾ وان جرح صيدا فى الحل وهو حلال فدخل الحرم ثم مات فيه لم يكن عليه جزاؤه لان فعله في وقت الجرح كان مباحا والسراية أثر الفعل فاذا لم يكن أصل فعله موجباً للجزاء لايكون أثره موجباً كمن جرح مرتدا فأسلم ثم مات وفى القياس لا بأس بأكل هذا الصيد لان فعله كان مذكيا له موجبا للحل حتى لو مات منه فى الحل حل تناوله ولكنه كره أكله استحسانا لما بينا أن حل التناول حكم يثبت عند زهوق الروح عنه وعند ذلك هو صيد

الحرم فاعتبار هذا الجانب يحرم التناول واعتبار جانب الجرح يبيح تناوله فيترجح الموجب للحرمة على الموجب للحل ﴿قال﴾ واذا ذبح الهدى فى جزاء الصيد بالكوفة وتصدق به لم يجزه من الهدي لان اراقة الدم لا يكون قربة الا في وقت مخصوص أو مكان مخصوص وهو الحرم كيف وقد نص الله تعالى على التبليغ الى الحرم هنا بقوله عز وجل هديا بالغ الكعبة ولكن ان كانت قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد أجزأه من الطعام اذا أصاب كل مسكين قيمة نصف صاع على قياس كفارة اليمين اذا كسى عشرة مساكين ثوبا واحدا أجزأه من الطعام دون الكسوة ان كانت قيمة ما أصاب كل مسكين قيمة نصف صاع من حنطة أو أكثر ﴿قال﴾ واذا أراد الصوم بالكوفة فذلك جائز في حق المحرم لان الصوم قربة فى أى موضع كان فأما صيد الحرم فى حق الحلال فقد بينا أنه لا مدخل للصوم فيه الا أن يكون محرما أصاب الصيد فى الحرم فحينئذ تتأدى كفارته بالصوم لان فى حق المحرم لا يظهر حرمة الحرم فالواجب عليه كفارة ألا ترى أنها لا تتجزى فلهذا يتأدى بالصوم وعلى هذا لو دل محرم على صيد في الحرم وجب عليه الجزاء بخلاف الحلال اذا دل على صيد في الحرم لا يلزمه الجزاء كالمحرم بناء على أصله أن الواجب عليه كفارة حتى تتأدى بالصوم فيكون الدال فيه كالمباشر وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى هذا الفصل مثل قول زفر رحمه الله تعالى ﴿قال﴾ واذا أكل المحرم من جزاء الصيد فعليه قيمة ما أكل لان حق الله تعالى بالتصدق تعلق بالمذبوح فاذا صرفه الى حاجته صار ضامنا قيمته للمساكين وكذلك ان أكله بعد ماذبحه بمكة فعليه قيمته مذبوحا بخلاف ما اذا سرق فان الهدى قد بلغ محله حين ذبحه بمكة وبقى وجوب التصدق معلقا بعين المذبوح فاذا هلك من غير صنعه لا يلزمه شئ واذا استهلكه بالأكل فعليه ضمان قيمته للفقراء بمنزلة مال الزكاة فاذا تصدق بهذه القيمة على مسكين واحد أجزأه بمنزلة اللحم اذا تصدق به على مسكين بخلاف ما إذا اختار التكفير بالاطعام فانه لا يجزيه الا أن يعطى كل مسكين نصف صاع لان طعام الكفارة فى حق كل مسكين مقدر بنصف صاع كما فى كفارة اليمين فأما فى الهدى التكفير يحصل باراقة الدم دون التصدق باللحم ثم التصدق بعد ذلك يلزمه باعتبار أنه صار لله تعالى خالصا فهو بمنزلة الزكاة فان شاء صرف الكل الى مسكين واحد وان شاء فرقه على المساكين وفى التكفير بالطعام اذا أعطى كل مسكين نصف صاع ففضل

مد تصدق به على مسكين واحد بمنزلة مالو كان الواجب هذا المقدار يتصدق به على مسكين واحد وان اختار الصوم يصوم باعتبار هذا المد يوما كاملا أو يطعم لان الصوم لايكون أقل من يوم وله أن يفرق الصوم فى جزاء الصيد لانه مطلق فى كتاب الله عز وجل قال الله تعالى أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره فان شاء تابع وان شاء فرق ﴿قال﴾ واذاقتل المحرم الجراد فعليه فيه القيمة لان الجراد من صيدالبر وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال تمرة خير من جرادة وقصة هذا الحديث ان أهل حمص أصابوا جراداً كثيراً فى احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضى الله عنه أري دراهمكم كثيرة ياأهل حمص تمرة خير من جرادة ﴿قال﴾ وليس على المحرم فى قتل البعوض والذباب والنمل والحلمة والقراد شئ لان هذه الاشياء ليست من الصيود فانها لاتنفر من بني آدم ولو كانت من الصيود كانت مؤذية بطبعها فلا شئ على المحرم فيها وقد روي عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقرد بعيره فى إحرامه وقال ابن عباس رضى الله لعكرمة مولاه قم فقرد البعير فقال أنا محرم فقال لو أمرتك بنحره هل كنت تنحره قال نعم فقال كم من قراد وحمنانة تقتل بالنحر بين انه ليس على المحرم فى القراد والحمنانة شئ ويكره له قتل القملة لا لانه صيد ولكن لانه ينمو من بدنه فيكون قتله من قضاء التفث والمحرم ممنوع من ذلك بمنزلة ازالة الشعر فان قتلها فما تصدق به فهو خير من القملة اذ لا خير فى القمل كما قال على رضى الله عنه القملة ضالة لاتلتمس فلهذا يخرج عن الواجب بما يتصدق به من قليل أو كثير ﴿قال﴾ ولا بأس للمحرم ان يغتسل فان عمر رضى الله عنه اغتسل وهو محرم وانما أورد هذا لان من الناس من كره ذلك ويقول إن الماء يقتل هوام الرأس وليس كذلك بل الماء لايزيده الا شعثاً ﴿قال﴾ ولو ان حلالا أصاب بيضاً من بيض الصيد فأعطاه محرما فشواه فعلى المحرم جزاؤه لان البيض أصل الصيد وقد أفسده المحرم بفعله فعليه جزاؤه ولا بأس بأكله بخلاف الصيد اذا قتله المحرم لانه انما يحرم بفعل المحرم مايحتاج فى حله الى الذكاة ولا حاجة الى الذكاة فى حل تناول البيض الا ترى ان المسلم والمجوسي فيه سواء فكذا المحرم والحلال ووجوب الجزاء على المحرم لايوجب الحرمة كما لو دل حلالا على صيد يلزمه الجزاء ولا يحرم به تناول الصيد ﴿قال﴾ محرم أصاب صيداً كثيراً على قصد الاحلال والرفض لاحرامه فعليه لذلك كله دم عندنا وقال الشافعى رحمه

الله تعالى عليه جزاء كل صيد لانه مرتكب محظور الاحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاؤه كما لولم يقصد رفض الاحرام وهذا لان قصده هذا ليس بشئ لان احرامه لا يرتفض بقتل الصيد فكان وجود هذا القصد كعدمه وهو بناء على أصله ان في وجوب الجزاء العبرة للمحل دون الفعل فلا معتبر بقصده الى الرفض بفعله ولكنا نقول ان قتل الصيد من محظورات الاحرام وارتكاب محظورات العبادة يوجب ارتفاضها كالصوم والصلاة الا ان الشرع جعل الاحرام لازماً لايخرج منه الا بأداء الاعمال الا ترى انه حين لم يكن لازما في الابتداء كان يرتفض بارتكاب المحظور وكذلك الامة اذا أحرمت بغير اذن مولاها أو المرأة اذا أحرمت بغير اذن زوجها بحجة التطوع لما لم يكن ذلك لازما في حق الزوج كان له ان يحللها بفعل شئ من المحظورات بها فكان هو في قتل الصيود هنا قاصداً الى تعجيل الاحلال لا الى الجناية على الاحرام وتعجيل الاحلال يوجب دما واحداً كما في حق المحصر بخلاف ما اذا لم يكن على قصد رفض الاحرام لانه قصد الجناية على الاحرام بقتل كل صيد فيلزمه جزاء كل صيد وقد بينا ان حكم جزاء الصيد في حق المحرم ينبني على قصده حتى ان ضارب الفسطاط لا يكون ضامناً للجزاء بخلاف ناصب الشبكة ﴿ قال ﴾ ولا يتصدق من جزاء الصيد على والده وولده بمنزلة الزكاة وصدقة الفطر فانه مال وجب التصدق به لحق الله تعالى وان أعطى منه ذمياً أجزأه الا ان في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى حيث كل صدقة واجبة لا يجوز صرفها الى فقراء أهل الذمة وقد بينا هذه الفصول في كتاب الصوم فهو على ما ذكرناه ثمة ﴿قال﴾ واذا بلغ جزاء الصيد جزوراً فهو أحب الي من أن يشتري بقيمته أغناما لان المندوب اليه التعظيم في الهدايا قال الله تعالى ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب فما كان أقرب الى التعظيم فهو أولى وان اشترى أغناما فذبحها وتصدق بها أجزأه على قياس سائر الهدايا نحو هدى الاحصار وهدى المتعة ﴿ قال ﴾ وليس عليه أن يعرف بالجزور في جزاء الصيد ولا أن يقلده لان سنة التقليد والتعريف فيما يكون نسكا وهذا دم كفارة فلا يسن فيه التعريف والتقليد وان كان لو فعل ذلك لا يضره وعلى هذا هدى الاحصار والكفارات وكان المعنى فيه أن ما يكون نسكا فالتشهير فيه أولى ليكون باعثاً لغيره على أن يفعل مثل مافعله فأما ما يكون كفارة فسببه ارتكاب المحظور فالستر على نفسه في مثله أولى من التشهير قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر يستر الله

تعالى عليه ﴿ قال ﴾ واذا رمى الصيد وهو حلال ثم أحرم فليس عليه فى ذلك شئ لان فعله فى الرمى كان مباحا مطلقاً ولان الجناية على الاحرام بما يتعقبه لا بما يسبقه ﴿ قال ﴾ واذا رمى طائراً على غصن شجرة أصلها فى الحرم أو في الحل لم ينظر الى أصلها ولكن ينظر الى موضع الطائر فان كان ذلك الغصن فى الحل فلا جزاء عليه وان كان فى الحرم فعليه فيه الجزاء لان قوام الصيد ليس بالغصن قال الله تعالى أو لم يروا الى الطير مسخرات فى جو السماء ما يمسكهن الا الله فكان المعتبر فيه موضع الصيد فان كان ذلك الموضع من هواء الحرم فالصيد صيد الحرم وان كان من هواء الحل فالصيد صيد الحل فأما فى قطع الغصن فينظر الى أصل الشجرة فان كان فى الحل فله أن يقطعه وان كان فى الحرم فليس له أن يقطعه لأن قوام الاغصان بالشجرة فينظر الى أصل الشجرة فيجعل حكم الاغصان حكم أصلها وان كان بعض الاصل فى الحرم وبعضه في الحل فهو من شجر الحرم أيضاً لانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحظر والموجب للحل فهو بمنزلة صيد قائم ببعض قوائمه في الحل وبعضها فى الحرم يكون من صيد الحرم بخلاف ما اذا كانت قوائم الصيد في الحل ورأسه فى الحرم فان قوامه بقوائمه دون رأسه الا أن يكون نائما ورأسه فى الحرم فحينئذ قوامه بجميع بدنه فاذا كان جزء منه فى الحرم فهو بمنزلة صيد الحرم ثم الاصل في حرمة أشجار الحرم قوله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها . قال هشام سألت محمدا رحمه الله تعالى عن معنى هذا اللفظ فقال كل مالا يقوم على ساق . وروى أن عمر رضى الله تعالى عنه قطع دوحة كانت في موضع الطواف تؤذى الطائفين فتصدق بقيمتها وحرمة أشجار الحرم لحرمة صيد الحرم فان صيد الحرم يأوى الى أشجار الحرم ويستظل بظلها ويتخذ الاوكار على أغصانها فكما تجب القيمة في صيد الحرم على من أتلفه فكذلك تجب القيمة على من قطعه وشجر الحرم ما ينبت بنفسه لا ما ينبته الناس فأما ما ينبته الناس عادة ليس له حرمة الحرم سواء أنبته انسان أو نبت بنفسه لان الناس يزرعون ويحصدون فى الحرم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا زجر زاجر فأما مالا ينبته الناس عادة اذا أنبته انسان فلا شئ عليه في قطعه أيضاً لأنه ملكه والتحق فعله بما ينبته الناس عادة فأما اذا نبت بنفسه فله حرمة الحرم وان كان مملوكا لانسان بأن نبت فى ملكه حتى قالوا لو نبت في ملك رجل أم غيلان فقطعه انسان فعليه قيمته لمالكه وعليه قيمة لحق الشرع

بمنزلة مالو قتل صيداً مملوكا فى الحرم ﴿ قال ﴾ وان قطع رجلان شجرة من شجر الحرم فعليهما قيمة واحدة على قياس صيد الحرم اذا قتله رجلان الا ان هنا يستوى ان كانامحرمين أو حلالين بخلاف صيد الحرم لان حرمة الصيد في حق المحرم بسبب الاحرام فيتكامل على كل واحد منهما فاما حرمة الشجرة بسبب الحرم لان الاحرام لايمنع قطع الشجرة فلهذا كان المحرم والحلال فى ذلك سواء ويكون الواجب على كل واحد منهما نصف القيمة ولا يجزى فيه الصيام انما يهدى أويطعم على قياس ما بينا فى صيد الحرم فى حق الحلال ﴿ قال ﴾ ولا أحب له ان ينتفع بتلك الشجرة التى أدى قيمتها لانه لو أبيح له ذلك لتطرق الناس الى مثله فلا تبقى أشجار الحرم وفى ذلك ايحاش صيد الحرم ولكنه لو انتفع بها فلا شئ عليه لان المقطوع صار مملوكا له بما غرم من القيمة وليس للمقطوع حرمة الحرم بعد القطع فلا شئ عليه فى الانتفاع الا ترى أنه لو ذبح صيد الحرم ثم تناوله بعد ما أدى الجزاء لم يلزمه بالتناول شئ فهذا مثله فان غرسها فنبتت فله أن يقطعها ويصنع بها ماشاء لان المقطوع ملكه وهو الذى انبته وقد بينا ان ما ينبته الناس لا يثبت فيه حرمة الحرم ﴿ قال ﴾ وما تكسر من شجر الحرم ويبس حتى سقط فلا بأس بالانتفاع به لان ثبوت الحرمة بسبب الحرم بما يكونناميا فيه حياة مثله والمتكسر وما يبس ليس فيه معنى النمو فلا بأس بالانتفاع به ﴿ قال ﴾ ولا يختلى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر فانه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه رخص فيه وانما أراد به ما روى أن العباس رضى الله عنه لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يارسول الله فانها لقبورهم وبيوتهم أو لبيوتهم وقبورهم فقال صلى الله عليه وسلم الا الاذخر وتأويل هذا أنه كان من قصده صلى الله عليه وسلم ان يستثنى الا أن العباس سبقه لذلك أو كان أوحى اليه أن يرخص فيما يستثنيه العباس رضى الله عنه وكما لا يرخص فى قطع الحشيش في الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص فى رعى الدواب فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا بأس بالرعى لان الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعى الحشيش ففي ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لا بأس بأن يحتش ويرعى لاجل البلوى والضرورة فيه فانه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بقوله

صلى الله عليه وسلم لايختلى خلاها ولا يعضد شوكها وفى الاحتشاش ارتكاب النهى وكذلك فى رعي الدواب لان مشافر الدواب كالمناجل وانما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه فاما مع وجود النص لامعتبر به ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأخذ الكمأة فى الحرم لانه ليس من نبات الارض بل هو مودع فيه وكذلك لا بأس بأخذ حجارة الحرم وقد نقل عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما انهما كرها ذلك ولكنا نأخذ بالعادة الجارية الظاهرة فيما بين الناس باخراج القدور ونحوها من الحرم ولان الانتفاع بالحجر فى الحرم مباح وما يجوز الانتفاع به فى الحرم يجوز اخراجه من الحرم أيضاً ثم حرمة الحرم خاصة بمكة عندنا وليس للمدينة حرمة الحرم فى حق الصيود والاشجار ونحوها وقال الشافعي رحمه الله تعالى للمدينة حرمة الحرم حتي ان من قتل صيداً فيها فعليه الجزاء لقوله صلى الله عليه وسلم ان ابراهيم عليه السلام حرم مكة وأنا أحرم مابين لابتيها يعني المدينة وقال من رأيتموه يصطاد فى المدينة فخذوا ثيابه وحجتنا فى ذلك ماروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى بعض الصبيان بالمدينة طائراً فطار من يده فجعل يتأسف على ذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ياأبا عمير مافعل النغير اسم ذلك الطير وهو طير صغير مثل العصفور ولو كان للصيد فى المدينة حرمة الحرم لما ناوله رسول الله صلي الله عليه وسلم صبيا ولان هذه بقعة يجوز دخولها بغير احرام فتكون قياس سائر البلدان بخلاف الحرم فانه ليس لاحد ان يدخلها الا محرما ﴿ قال ﴾ واذا قتل المحرم البازى المعلم فعليه فيه الكفارة غير قيمته معلماً لان وجوب الجزاء باعتبار معني الصيدية فكونه معلما صفة عارضة ليست من الصيدية فى شئ لان معني الصيدية في تنفره وبكونه معلما ينتقص ذلك ولا يزداد لان توحشه من الناس يقل اذا كان معلما فلا يجوز ان يكون ذلك زائداً في الجزاء بخلاف ما اذا كان مملوكا لانسان فان متلفه يغرم قيمته معلما لأن وجوب القيمة هناك باعتبار المالية وماليته بكونه منتفعا به وذلك يزداد بكونه معلما وكذلك الحمامة اذا كانت تجيء من موضع كذا في ضمان قيمتها على المحرم لايعتبر ذلك المعني وفى ضمان قيمتها للعباد يعتبر فاما اذا كانت تصوت فتزداد قيمتها لذلك ففي اعتبار ذلك فى الجزاء روايتان في احدى الروايتين لايعتبر لانه ليس من معنى الصيدية في شيء وفى رواية أخرى يعتبر لانه وصف ثابت بأصل الخلقة بمنزلة الحمام اذا كان مطوقا ﴿ قال ﴾ واذا اضطر المحرم الى قتل الصيد فلا بأس بان يقتله ليأكل من لحمه ويؤدى الجزاء وقد بينا هذا فيما

سبق أورد فى كتاب اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى انه اذا اضطر الى ميتة أو صيد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يتناول من هذا الصيد ويؤدي الجزاء وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتناول من الميتة لانه لو قتل الصيد صار ميتة فيكون جامعا بين أكل الميتة وقتل الصيد وله عن أحدهما غنية بان يتناول الميتة ولكنا نقول حرمة الميتة أغلظ الا ترى ان حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الاحرام وحرمة الميتة لا فعليه أن يتحرز عن أغلظ الحرمتين بالاقدام على أهونهما وقتل الصيد وان كان محظور الاحرام ولكنه عند الضرورة لا بأس به كالحلق عند الاذى فلهذا يقتل الصيد ويتناول من لحمه ويؤدي الجزاء والله سبحانه وتعالى أعلم

باب المحصر

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه الاصل فى حكم الاحصار قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فان أحصرتم أى منعتم من اتمامهما فما استيسر من الهدي شاة تبعثونها الى الحرم لتذبح ثم تحلقون لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله فعلى المحصر اذا كان محرما بالحج أن يبعث بثمن هدى يشترى له بمكة فيذبح عنه يوم النحر فيحل من احرامه وهذا قول علمائنا رحمهم الله تعالى أن هدى الاحصار مختص بالحرم وعلى قول الشافعي رضى الله عنه لا يختص بالحرم ولكن يذبح الهدى فى الموضع الذى يحصر فيه وحجته في ذلك حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج مع أصحابه رضى الله عنهم معتمراً فأحصر بالحديبية فذبح هداياه وحلق بها وقاضاهم على أن يعود من قابل فيخلوا له مكة ثلاثة أيام بغير سلاح فيقضى عمرته فانما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم الهدي في الموضع الذى احصر فيه ولانه لو بعث بالهدى لا يأمن أن لا يفى المبعوث على يده أو يهلك الهدى في الطريق واذا ذبحه فى موضعه يتيقن بوصول الهدى الى محله وخروجه من الاحرام بعد اراقة دمه فكان هذا أولى وحجتنا فى ذلك قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق بعد ما ذكر الهدايا ولان التحلل باراقة دم هو قربة واراقة الدم لا يكون قربة الا في مكان مخصوص وهو الحرم أو زمان مخصوص وهو أيام النحر ففى غير ذلك المكان والزمان لا تكون قربة ونقيس هذا

الدم بدم المتعة من حيث انه تحلل به عن الاحرام وذلك يختص بالحرم فكذا هذا وأما ماروى فقد اختلفت الروايات فى نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم الهدايا حين أحصر فروى أنه بعث الهدايا على يدي ناجية لينحرها فى الحرم حتى قال ناجية ماذا أصنع فيما يعطب منها قال انحرها واصبغ نعلها بدمها واضرب بها صفحة سنامها وخل بينها وبين الناس ولا تأكل أنت ولا رفقتك منها شيئاً وهذه الرواية أقرب الى موافقة الآية قال الله تعالى هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفا أن يبلغ محله فأما الرواية الثانية ان صحت فنقول الحديبية من الحرم فان نصفها من الحل ونصفها من الحرم ومضارب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت في الحل ومصلاه كان في الحرم فانما سيقت الهدايا الى جانب الحرم منها ونحرت فى الحرم فلا يكون للخصم فيه حجة وقيل ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مخصوصاً بذلك لانه ما كان يجد في ذلك الوقت من يبعث الهدايا على يده الى الحرم ﴿ قال ﴾ ثم اذا بعث بالهدى الى الحرم فذبح عنه فليس عليه حلق ولا تقصير في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى وقد بينا هذا وقال الشافعي رحمه الله تعالى الحلق نسك فعلى المحصر أن يأتي به ثم عليه عمرة وحجة هكذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهما أما قضاء الحج فان كان محرماً بحجة الاسلام فقد بقيت عليه حين لم تصر مؤداة وان كان محرما بحجة التطوع فعليه قضاؤها عندنا لانه صار خارجا منها بعد صحة الشروع قبل أدائها وعند الشافعي رضى الله عنه لايجب عليه القضاء وهو نظير الشارع في صوم التطوع اذا أفسده وقد بيناه فى كتاب الصوم وأما قضاء العمرة فلانه صار فى معنى فائت الحج حين كان خروجه بعد صحة الشروع قبل اداء الاعمال وعلى فائت الحج أعمال العمرة فاذا لم يأت بها كان عليه قضاء العمرة أيضا ﴿ قال ﴾ واذا بعث بالهدى فان شاء أقام مكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا من الذهاب يخير بين المقام والانصراف وهذا اذا كان محصراً بعدو فان كان محصراً بمرض أصابه فعندنا هو والمحصر بالعدو سواء يتحلل ببعث الهدي وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للمريض أن يتحلل الا أن يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصبر الى أن يبرأ فان هذا حكم ثابت بالنص من الكتاب والسنة والآية فى الاحصار بالعدو بدليل قوله تعالى فى آخر الآية فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكذلك كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محصراً بالعدو ففيما لم يرد

فيه النص يتمسك بالاصل وهو لزوم الاحرام الى أن يؤدي الافعال الا أن يشترط ذلك عند الاحرام فحينئذ يصير التحلل له حقا بالشرط لما روى ان ضباعة عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها كانت شاكية فقال لها أهلي بالحج واشترطي أن تحلي حيث حبست فلو كان لها أن تحلل من غير شرط لما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشرط والمعنى فيه أن ما ابتلى به لا يزول بالتحلل فلا يكون له أن يتحلل كالذي ضل الطريق أو أخطأ العدد أو سرقت نفقته بخلاف المحصر بالعدو فان ما ابتلى به هناك يزول بالتحلل لانه يرجع الى أهله فيندفع شر العدو عنه وحجتنا في ذلك قوله تعالى فان أحصرتم فان أهل اللغة يقولون ان الاحصار لا يكون الا في المرض ففي العدو يقال حصر فهو محصر وفى المرض يقال أحصر فهو محصر وقال الفراء رحمه الله تعالى يقال في العدو والمرض جميعاً أحصر وحصر في العدو خاصة فقد اتفقوا على ان لفظة الاحصار تتناول المرض وقوله فاذا أمنتم لا يمنع من حمله على المرض ومعناه اذا برئتم قال صلى الله عليه وسلم الزكام أمان من الجذام والدمامل أمان من الطاعون فعرفنا ان لفظة الأمن تطلق فى المرض . وفي الحديث عن الحجاج بن عمر رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كسر أو عرج فعليه الحج من قابل فذكر ذلك لابن عباس وأبي هريرة رضى الله تعالى عنهما فقالا صدق وعن الاسود بن يزيد قال خرجنا من البصرة عماراً أى معتمرين فلدغ صاحب لنا فأعرضنا الطريق لنسأل من نجده فاذا نحن بركب فيهم ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فسألناه عن ذلك فقال ليبعث صاحبكم بدم ويواعد المبعوث على يديه أي يوم شاء فاذا ذبح عنه حل والمعنى فيه ان المعنى الذى لأجله ثبت حق التحلل للمحصر بالعدو موجود هنا وهو زيادة مدة الاحرام عليه لانه انما التزم الى أن يؤدى أعمال الحج وبتعذر الاداء تزداد مدة الاحرام عليه ويلحقه في ذلك ضرب مشقة فأثبت له الشرع حق التحلل وهذا المعنى موجود هنا فقد يزداد عليه مدة الاحرام بسبب المرض والمشقة عليه في المكث محرما مع المرض أكثر فيثبت له حق التحلل بطريق الأولى والدليل على أن المعنى هذا لاما قال ان العدو اذا أحاطوا به من الجوانب الاربعة أو حبسوه فى موضع لا يزول ما به بالتحلل بأن ان كان لا يمكنه الرجوع الى أهله مع ذلك يثبت له حق التحلل عرفنا أن المعنى ما قلنا فأما الذي ضل الطريق عندنا فليس محصرا لانه ان وجد من يبعث بالهدى على يده فذلك الرجل يهديه الى الطريق فلا حاجة به الى

التحلل وان لم يجد من يبعث بالهدى على يديه فانما يتحلل لعجزه عن تبليغ الهدى محله والذى أخطأ العدد فائت الحج وفائت الحج يتحلل باعمال العمرة فأما اذا سرقت نفقته فذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه ان كان يقدر على المشى فليس له أن يتحلل بالهدى وان كان لا يقدر على المشى فهو محصر يتحلل بالهدي وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الا انه قال ان كان يعلم انه يقدر على المشى الى البيت يلزمه المشي والا فلا ولا يبعد ان لا يلزمه المشي في الابتداء ويلزمه بعد الشروع كما لا يلزمه حجة التطوع ابتداء ويلزمه الاتمام اذا شرع فيها والفقير لا يلزمه حجة الاسلام ويلزمه الاتمام اذا شرع فيها ﴿قال﴾ واذا كان محرما بعمرة فاحصر يتحلل بالهدى الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول حكم الاحصار لمن يخاف الفوت والمعتمر لا يخاف الفوت ولكنا نقول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أحصر بالحديبية كان محرما بالعمرة وقد بينا حديث ابن مسعود رضي الله عنه في الملدوغ والمعنى فيه زيادة مدة الاحرام عليه والمعتمر فى هذا كالحاج فيتحلل بالهدى الا انه اذا بعث بالهدى هنا يواعد صاحبه يوما اى يوم شاء لان عمل العمرة لا يختص بوقت فكذا الهدى الذى يتحلل به عن احرام العمرة بخلاف المحصر بالحج على قولهما لان اعمال الحج مختصة بوقت الحج فكذلك الهدى الذى به يتحلل مؤقت بيوم النحر واذا حل من عمرته فعليه عمرة مكانها لان الشروع فيها قد صح ﴿قال﴾ والقارن يبعث بهديين لانه محرم باحرامين وتحلله عن كل واحد منهما يحصل قبل أداء الاعمال فلهذا يبعث بهديين واذا تحلل بهما فعليه عمرتان وحجة يقضيهما بقران أو افراد لما بينا ان احدى العمرتين تلزمه للتحلل عن العمرة بعد الشروع فيها والاخري للتحلل عن احرام الحج وقد بينا فى المفرد بالحج ان عليه عمرة وحجة اذا تحلل بالهدى ﴿قال﴾ وان بعث القارن بهدى واحد ليتحلل به من أحد الاحرامين لا يصح ذلك ولا يحل به لان أوان التحلل من الاحرامين فى حق القارن واحد كما قال صلى الله عليه وسلم فلا أحل منهما وبالهدى الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل أصلا ﴿قال﴾ واذا بعث بهديين فلا يحتاج الى ان يعين الذى للعمرة منهما والذي للحج لان هذا التعيين غير مفيد فلا يعتبر أصلا ثم المذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان دم الاحصار لا يختص بيوم النحر حتى لو واعد المبعوث على يده بان يذبح عنه فى أول أيام العشر جاز وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يختص بيوم النحر فالاهداء دم يتحلل به من احرام الحج فيختص بيوم النحر كهدى

المتعة والقران وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان الله تعالى نص في هدى الاحصار على مكان بقوله حتى يبلغ الهدى محله فالتقييد بالزمان يكون زيادة عليه فلا يثبت بالرأى ثم هذا بمنزلة دماء الكفارات فانه يجب للاحلال قبل أوانه ولهذا لا يباح التناول منه ودماء الكفارات تختص بالحرم ولا تختص بيوم النحر بخلاف دم المتعة والقران فانه نسك يباح التناول منه بمنزلة الاضحية اذا عرفنا هذا فنقول اذا بعث بالهدي ثم زال الاحصار فالمسئلة على ثلاثة أوجه ان كان يقدر على ادراك الحج والهدى جميعاً فعليه ان يتوجه لاداء الحج وليس له ان يتحلل بالهدى لان ذلك كان للعجز عن أداء الحج فكان فى حكم البدل وقد قدر علي الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فسقط اعتبار البدل ويلزمه ان يتوجه فاذا أدرك هديه صنع به ماشاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود وقد استغني عنه وان كان لا يقدر على ادراك الحج والهدي جميعا لا يلزمه التوجه لان العجز عن أداء الاعمال لم ينعدم بزوال الاحصار فكان له ان يتحلل بالهدي وان توجه ليتحلل باعمال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج وفائت الحج يتحلل باعمال العمرة وله فى هذا التوجه غرض وهو ان لا يلزمه قضاء العمرة وأما اذا قدر على ادراك الحج ولم يقدر على ادراك الهدى وانما يتصور هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا عندهما لان عندهما هذا الهدى يختص بيوم النحر فلا يتصور ادراك الحج دون الهدي ثم فى القياس على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه أن يتوجه وليس له أن يتحلل بالهدى وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان العجز عن أداء الاعمال قد ارتفع بزوال الاحصار وقد بينا أن حكم البدل يسقط اعتباره اذا قدر على الاصل فيلزمه أن يتوجه ولكنه استحسن فقال له أن يتحلل بالهدى لانه لو توجه ضاع ما له فان الهدى ملكه جعله لمقصود وهو التحلل فان كان لا يدركه ولا يتحلل به يضيع ماله وحرمة المال كحرمة النفس فكما كان الخوف على نفسه عذراً له في التحلل فكذلك الخوف على ماله والافضل له أن يتوجه لانه أقرب الى الوفاء بما وعد وهو أداء ما شرع فيه ﴿قال﴾ وكذلك المرأة تحرم بالحج وليس لها محرم ولا زوج يخرج معها فهى بمنزلة المحصر وهذا بناء على أن المرأة لا يجوز لها أن تخرج لسفر الحج الا مع محرم أو زوج عندنا. وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا وجدت رفقة نساء ثقات فلها أن تخرج وان لم تجد محرما واحتج فى ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة فاشتراط المحرم يكون زيادة على النص ومثل هذه الزيادة

تعدل عندكم النسخ ثم هذا سفر لاقامة الفرض فلا يشترط فيه المحرم كسفر الهجرة فان التى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر الى دار الاسلام بغير محرم وهذا لان شرائط اقامة الفرض ما يكون فى وسع المرء عادة ولا ولاية لها على المحرم فى احرامه ولا يجب على المحرم الخروج معها وليس عليها أن تتزوج لأجل هذا الخروج بالاتفاق فعرفنا أن المحرم ليس بشرط الا أن عليها أن تحترز عن الفتنة وفي اختلاطها بالرجال فتنة وهى تستوحش بالوحدة فتخرج مع رفقة نسوة ثقات لتستأنس بهن ولا تحتاج الى مخالطة الرجال وحجتنا فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لأمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها فقام رجل فقال انى أريد الخروج فى غزوة كذا وان امرأتي تريد الحج فماذا أصنع فقال صلى الله عليه وسلم أخرج معها لا تفارقها ففى هذا دليل على أنهم فهموا من السفر الذى ذكره سفر الحج حتى قال السائل ما قال وفى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزوج بأن يترك الغزو ويخرج معها دليل على انه ليس لها أن تخرج الا مع زوج أو محرم والمعنى فى ذلك أنها تنشئ سفراً عن اختيار فلا يحل لها ذلك الا مع زوج أو محرم كسائر الأسفار بخلاف المهاجرة فانها لا تنشئ سفراً ولكنها تقصد النجاة . ألا ترى أنه لو وصلت الى جيش من المسلمين فى دار الحرب حتى صارت آمنة لم يكن لها أن تسافر بعد ذلك من غير محرم ولأنها مضطرة هناك لخوفها على نفسها . ألا ترى أن العدة هناك لا تمنعها من الخروج وهنا لو كانت معتدة لم يكن لها أن تخرج للحج وتأثير فقد المحرم فى المنع من السفر كتأثير العدة فاذا منعت من الخروج لسفر الحج بسبب العدة فكذلك بسبب فقد المحرم وهذا لأن المرأة عرضة للفتنة وباجتماع النساء تزداد الفتنة ولا ترتفع انما ترتفع بحافظ يحفظها ولا يطمع فيها وذلك المحرم وتفسيره من لا يحل له نكاحها على التأبيد بسبب قرابة أو رضاع أو مصاهرة . ألا ترى أنه يجوز له أن يخلو بها لانه لا يطمع فيها اذا علم أنها محرمة عليه أبداً فكذلك يسافر بها (قال) ويستوى أن يكون المحرم حراً أو مملوكا مسلما أو كافراً لأن كل ذى دين يقوم بحفظ محارمه الا أن يكون مجوسياً فحينئذ لا تخرج معه لانه يعتقد اباحتها له فلا ينقطع طمعه عنها فلهذا لا تسافر معه ولا يخلو بها اذا عرفنا هذا فنقول اذا لم تجد المحرم وقد أحرمت بحجة الاسلام فهى ممنوعة من الخروج شرعاً فصارت كالمحصر تبعث بالهدى فتتحلل به وان كانت ذات زوج وأرادت

أن تخرج لحجة الاسلام مع المحرم فليس للزوج أن يمنعها من الخروج عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى له أن يمنعها من الخروج لانها صارت كالمملوكة له بعقد النكاح وثبت له حق الاستمتاع بها فهى بهذا الخروج تحول بين الزوج وبين حقه أو تلزمه مشقة السفر فكان له أن يمنعها من ذلك كما يمنعها من الخروج لزيارة الاقارب وكما يمنعها من الخروج لحجة التطوع لكنا نقول فرض الحج يتوجه عليها باستجماع الشرائط فكان ذلك مستثنى من حق الزوج وبسبب عقد النكاح لا يثبت عليها للزوج ولاية المنع من أداء الفرائض ألا ترى أنه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والمولى لا يمنع مملوكه من أداء الصلاة لان ذلك مستثنى من حقه فهذا مثله بخلاف ما اذا لم تجد محرما فان هناك الفرض لم يتوجه عليها لانعدام شرائطه حتى لو كانت لا تحتاج الى سفر بان كان بينها وبين مكة دون مسيرة ثلاثة أيام فليس للزوج أن يمنعها وان لم تجد محرما لان اشتراط المحرم للسفر لا لما دونه وأما حج التطوع فالخروج لاجله لم يصر مستثني من حق الزوج لان ذلك ليس بفرض عليها فاذا أحرمت بحجة التطوع كان للزوج أن يمنعها ويحللها الا أن هنا لا يتأخر تحليله اياها الى ذبح الهدى ولكن يحللها من ساعته وعليها هدى لتعجيل الاحلال وعمرة وحجة لصحة شروعها فى الحج بخلاف حجة الاسلام لان هناك لا تتحلل الا بالهدى لان هناك لا حق للزوج فى منعها لو وجدت محرما وانما تعذر عليها الخروج لفقد المحرم فلا تتحلل الا بالهدى وهنا تعذر الخروج لحق الزوج وكما لا يكون لها أن تبطل حق الزوج لا يكون لها أن تؤخر حق الزوج فكان له أن يحللها من ساعته وتحليله لها أن ينهاها ويصنع بها أدنى ما يحرم عليها فى الاحرام من قص ظفر ونحوه ولا يكون التحليل بالنهى ولا بقوله حللتك لأن عقد الاحرام قد صح فلا يصح الخروج الا بارتكاب محظوره وذلك لا يحصل بقوله حللتك وهو نظير الصوم اذا صح الشروع فيه لا يصير خارجا الا بارتكاب محظوره حتى أن الزوج لو نهاها عن صوم التطوع لا تصير خارجة عن الصوم بمجرد نهيه وكذلك المملوك يهل بغير اذن مولاه فللمولى أن يحلله لقيام حقه فى خدمته ومنافعه والمملوك فى هذا كالزوجة فى حجة التطوع على ما بينا ﴿قال﴾ والمحصر بالحج اذا بعث بهديين حل بأولهما لانه ما لزمه للتحلل الا هدى واحد والاول منهما معين لأداء الفرض والثاني يكون تطوعاً والاحلال لا يتوقف على هدى التطوع ﴿قال﴾ وان حل المحصر قبل أن ينحر هديه فعليه دم لاحلاله لانه حل قبل أوانه كما قال الله تعالى ولا تحلقوا

رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله ويعود حراما كما كان حتى ينحر هديه لان ذبح الهدى متعين للتحلل فلا يحل بغيره كطواف الزيارة لما كان متعينا للاحلال به فى حق النساء لايحصل الاحلال بغيره ﴿ قال ﴾ وان كان المحصر معسراً لم يحل أبداً الا بدم لان الدم متعين لاحلاله بالنص كما أن طواف الزيارة متعين لاحلاله في حق النساء فكما لايحصل الاحلال بغيره هناك فكذلك هذا وكان عطاء رحمه الله تعالى يقول اذا عجز عن الهدى نظر الى قيمة الهدى فجعل ذلك طعاماً يطعم به المساكين كل مسكين نصف صاع أو يصوم مكان طعام كل مسكين يوما فيتحلل به بمنزلة الهدى فى جزاء الصيد قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالى وهذا أحب الىّ وللشافعى رحمه الله تعالى فيه قولان أحدهما هكذا والثانى أنه إذا عجز عن الهدي صام مكانه عشرة أيام على قياس هدي المتعة لكنا نقول هذا كله قياس المنصوص على المنصوص ولا يجوز ذلك بل المرجع فى كل موضع الى ما وقع التنصيص عليه ولايجوز العدول عنه الى غيره ﴿قال﴾ وكل شئ صنعه المحصر قبل أن يحل فهو بمنزلة المحرم الذى ليس بمحصر وكذلك ان ذبح عن المحصر هديه فى غير الحرم فانه يبقى حراما على حاله حتى يبعث بهدى فيذبح عنه في الحرم وان كان قد حل قبل ذلك فعليه دم لاحلاله سواء كان عالما به أولم يكن عالما ﴿ قال ﴾ ويجزئه فى هدى الاحصار الجذع العظيم من الضأن والثني من غيرها لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال ما استيسر من الهدي شاة وعن جابر رضى الله عنه قال أشرك رسول الله صلى الله عليه وسلم كل سبعة من الصحابة في بدنة عام الحديبية فتبين بهذا أن الواجب هنا ما يجزى فى الضحايا والذي يجزي فى الضحايا ما سمينا فكذا هنا وان سرق الهدي بعد ما ذبح عنه فليس عليه شئ لانه بلغ محله فان أكل منه الذى ذبحه بعد ما ذبح فهو ضامن لقيمة ما أكل يتصدق به عن المحصر لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمبعوث على يده لا تأكل أنت ولا رفقتك منها شيئاً ولانه قد لزمه التصدق بجميع اللحم عن المحصر فاذا أكل منه شيئاً كان ضامنا بدله وحكم البدل حكم المبدل فعليه أن يتصدق ببدله عن المحصر أيضاً ﴿ قال ﴾ وان قدم مكة قارنا فطاف وسعى لعمرته وحجته ثم خرج الى بعض الآفاق قبل أن يقف بعرفة فأحصر فانه يبعث بالهدي ويحل به وعليه حجة وعمرة مكان حجته وليس عليه عمرة مكان عمرته لانه فرغ من عمرته حين طاف لها وسعى وانما بقى عليه للعمرة الحلق أو التقصير فلهذا لا يبعث بهدى لأجل

العمرة وانما يبعث بالهدى للتحلل عن احرام الحج فان قيل أليس انه طاف وسعى لحجته فينبغي أن يكفيه ذلك للتحلل كما في فائت الحج قلنا ما أتى به من الطواف لم يكن واجبا بل كان ذلك طواف التحية ولا يجوز أن يتحلل بمثله فلهذا يبعث بالهدى للتحلل من الاحرام للحج ولهذا كان عليه قضاء عمرة لان ذلك الطواف والسعي صار وجوده كعدمه في حكم الاحصار فعليه عمرة وحجة وعليه دم لتقصيره في غير الحرم وهذا الدم انما يلزمه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان عندهما الحلق للعمرة يتوقت بالحرم خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى وقد بينا هذا ﴿قال﴾ فاذا وقف بعرفة ثم أحصر لم يكن محصراً لان معنى قوله تعالى فان أحصرتم أي منعتم عن اتمام الحج والعمرة وقال صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه فانما منع هذا بعد الاتمام فلهذا لايكون محصراً ولان حكم الاحصار انما يثبت عند خوف الفوت وبعد الوقوف بعرفة لايخاف الفوت فلا يكون محصرا ولكنه يبقى محرما الى أن يصل الى البيت فيطوف طواف الزيارة وطواف الصدر ويحلق أويقصر وعليه دم لترك الوقوف بمزدلفة ولرمي الجمار دم ولتأخير الطواف دم ولتأخير الحلق دم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ليس عليه لتأخير الحلق والطواف شئ وقد تقدم بيان هذه الفصول فان قيل أليس انكم قلتم اذا ازدادت عليه مدة الاحرام يثبت حكم الاحصار في حقه وقد ازدادت مدة الاحرام هنا فلماذا لايثبت حكم الاحصار في حقه قلنا لا كذلك فانه يتمكن من التحلل بالحلق الا من النساء وان كان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر الموجب للتحلل هنا ﴿قال﴾ واذا قدم مكة فاحصر بها لم يكن محصراً وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى قال سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن المحرم يحصر في الحرم فقال لايكون محصراً فقلت أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب فأما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى وانما أنا أقول اذا غلب العدوّ على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر والاصح أن يقول اذا كان محرما بالحج فان منع من الوقوف وطواف الزيارة جميعا فهو محصر وان لم يمنع من أحدهما لايكون محصراً لانه ان لم يكن ممنوعا من الطواف يمكنه أن يصبر حتى يفوته الحج فيتحلل بالطواف والسعي وان لم يكن ممنوعا من الوقوف يمكنه أن يقف بعرفة ليتم حجه. وان كان

ممنوعا منهما فقد تعذر عليه الاتمام والتحلل بالطواف فيكون محصراً كما لو أحصر في الحل
﴿قال﴾ رجل أهل بعمرتين معا فسار الى مكة ليقضيهما ثم أحصر قال يبعث بالهدى لواحد
والأصل في هذه المسئلة أن نقول من أحرم بعمرتين معاً أو بحجتين معا انعقد احرامه بهما
فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد والشافعي رحمهما الله تعالى ينعقد
احرامه بأحدهما لان الاحرام غير مقصود لعينه بل لاداء الأفعال به ولا يتصور اداء حجتين
في سنة واحدة ولا اداء عمرتين في وقت واحد والعقد اذا خلا عن مقصوده لايكون منعقداً
أصلا فاذا خلا أحد العقدين هنا عما هو مقصود لم ينعقد الاحرام الا بأحدهما وقاسا بالصوم
والصلاة فان من شرع فى صومين في يوم واحد أو فى صلاتين بتكبيرة واحدة لا يصير
شارعاً الا فى أحدهما وهذا على أصل الشافعى رحمه الله تعالى واضح لأن عنده الاحرام
من الاركان ولهذا لاينعقد الاحرام بالحج فى غير أشهر الحج عنده وعند محمد رحمه الله
تعالى وان كان الاحرام من الشرائط في بعض الاحكام جعل من الاركان . ألا ترى أن
فائت الحج ليس له أن يستديم الاحرام الى أن يؤدى الحج به فى السنة القابلة ولو كان من
الشرائط لكان له ذلك كما في الطهارة للصلاة فاذا كان من الاركان فهو بمنزلة سائر الاعمال
لايتصور اجتماع المثنى منه فى وقت واحد كالوقوف لحجتين والطواف لعمرتين وأبو حنيفة
وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا لاتنافي بين العقدين بدليل انه يثبت أحدهما وهما متساويان
والاصل أنه اذا كان منافاة بين العقدين المتساويين أن لايثبت أحدهما كنكاح الأختين
معاً واذا ثبت أنه لامنافاة انعقد الاحرام ثم أداء الافعال لايتصل بالاحرام والتنافي بينهما
فى أداء الافعال واذا كان أداء الافعال لا يتصل بالاحرام لايمنع انعقاد الاحرام بهما بخلاف
الصوم والصلاة فالشروع هناك من الاداء ويتصل به الاداء والوقت معيار الصوم فلا يتصور
أداء الصومين في وقت واحد ثم الاحرام سبب لالتزام الاداء من غير أن يتصل به الاداء
فيكون بمنزلة النذر والنذر بالعمرتين صحيح وقد بينا فيما سبق ان الاحرام من جملة الشرائط
ابتداء وان أعطى له حكم الاركان انتهاء فكان بمنزلة الطهارة للصلاة فلا تتحقق المنافاة فيه كمن
تطهر لاداء الصلاتين اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى يوسف رحمه الله تعالى من عقد احرامه
بهما يصير رافضاً لاحدهما لانه كما فرغ من الاحرام جاء أوان اداء الاعمال والمنافاة متحققة
فيصير رافضا لاحدهما وعليه دم لرفضها ويمضى في الآخر فان كان احرم بعمرتين فعليه

قضاء العمرة التي رفضها وان كان احرامه بحجتين فعليه قضاء عمرة وحجة لرفض أحدهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصير رافضاً لاحدهما مالم يشتغل بالعمل الآخر في ظاهر الرواية كما يسير الى مكة لاداء الاعمال يصير رافضاً لاحدهما وفى الرواية الأخرى مالم يأخذ في الطواف لا يصير رافضاً لاحدهما لانه لما لم يتناف الاحرامان ابتداء لا يتنافيان بقاء بل البقاء أسهل من الابتداء وانما المنافاة فى الاعمال فما لم يشتغل بعمل أحدهما لا يصير رافضاً للآخر وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا أحصر قبل أن يسير الى مكة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يبعث بهديين للتحلل لانه محرم باحرامين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يبعث بهدي واحد لانه صار رافضاً لاحدهما فانما أحصر وهو حرام باحرام واحد وعند محمد رحمه الله تعالى لم ينعقد الا احرام واحد فلا يبعث الا بهدى واحد وان كان سار الى مكة ثم أحصر فانما يبعث بهدى واحد لانه صار رافضاً لاحدهما حين سار فى عمل الآخر فعليه دم للرفض ودم آخر للتحلل فاما حكم القضاء فان كان أهل بعمرتين فعليه قضاء عمرتين وان كان أهل بحجتين فعليه قضاء حجتين وعمرتين ﴿ قال ﴾ رجل أهل بشيء واحد لا ينوى حجة ولا عمرة ينعقد احرامه مع الابهام لما روى أن علياً وأبا موسى رضى الله عنهما لما قدما من اليمن قال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بم أهللتما قالا أهللنا باهلال كاهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد صحح رسول الله صلى الله عليه وسلم احرامهما مع الابهام وقد بينا أن الاحرام بمنزلة الشرط للنسك ابتداء والابهام فيه لا يمنع صحته كالطهارة للصلاة وبعد ما انعقد الاحرام مبهما فللخروج منه طريقان شرعا إما الحج أو أعمال العمرة فيتخير بينهما ان شاء خرج عنه بأعمال العمرة وان شاء بأعمال الحج وكان تعيينه فى الانتهاء بمنزلة التعيين فى الابتداء فان أحصر قبل أن يعين شيئاً فعليه أن يبعث بهدي واحد لانه محرم باحرام واحد فالتحلل عن احرام واحد وعليه قضاء عمرة استحسانا وفى القياس عليه قضاء حجة وعمرة لان احرامه ان كان للحج فعليه قضاء حجة وعمرة والأخذ بالاحتياط فى قضاء العبادات واجب ولكنه استحسن فقال المتيقن به يصير ديناً فى ذمته فقط والمتيقن العمرة ولما كان متمكنا من الخروج عن عهدة هذا الاحرام قبل الاحصار بأداء العمرة فكذلك بعد الاحصار يتمكن من الخروج عن هذه العهدة بأداء العمرة ﴿ قال ﴾ وان لم يحصر فهو على خياره مالم يطف بالبيت فان طاف بالبيت قبل ان ينوى شيئاً فهى عمرة لان طواف

العمرة واجب والتحية فى الحج ليس بواجب فلا تحقق المعارضة بين الواجب وبين ماليس بواجب فلهذا جعلنا طوافه للعمرة ويحصل التعيين به ﴿ قال ﴾ وكذلك اذا جامع قبل التعيين فعليه دم الجماع والمضى فى أعمال العمرة وقضاء عمرة لانه لايلزمه الا المتيقن به اذا آل الامر الى ان يصير ديناً والمتيقن هو العمرة فلهذا تعين احرامه للعمرة ولانه لو تعين للحج وقد أفسدها بالجماع فى هذه السنة فيفوته الحج بصفة الصحة أصلا فى هذه السنة واذا تعين للعمرة لايفوته شئ فلهذا تعين احرامه للعمرة ﴿ قال ﴾ ولو أهل بشئ واحد كما بينا وسمى ثم نسيه وأحصر بعث بهدى واحد لما بينا انه محرم باحرام واحد ﴿ قال ﴾ واذا تحلل بالهدي فعليه عمرة وحجة وهذا احتياط وأخذ بالثقة لجواز ان يكون حين أحرم نوي الحج فيلزمه قضاء عمرة وحجة بخلاف الأول فان هناك يتيقن انه لم ينو الحج عند احرامه ووجوب القضاء عليه باعتبار نية الحج فاذا تيقن هناك انه لم ينو الحج لايكون للأمر بالاحتياط معنى وهنا هو غير متيقن فمن الجائز انه حين أحرم نوى الحج فكان هذا أوان الأخذ بالاحتياط فلهذا يحتاط ويقضي عمرة وحجة والفرق بين ما اذا لم يعين فى الابتداء وبين ما اذا عين ثم نسى ظاهر في المسائل الاترى ان من أعتق احدى أمتيه بغير عينها لايجب عليه ان يجتنبهما ومثله لو أعتق احداهما بعينها ثم نسى فعليه ان يجتنبهما الا ان يتذكر وكذا ان لم يحصر فى هذا الفصل ولكنه وصل الى البيت فعليه أن يؤدى عمرة وحجة ويلزمه مايلزم القارن لانه يحتمل انه نوى احرام الحج ويحتمل انه نوى احرام العمرة فيجمع بينهما أخذاً بالاحتياط فى العبادة الاترى ان من نسى صلاة من صلاة اليوم والليلة لا يعرفها يلزمه قضاء صلاة يوم وليلة استحساناً فكذلك هنا ﴿ قال ﴾ ولو جامع قبل ان يصل الى البيت فعليه هدى واحد للجماع لانه يتيقن انه محرم باحرام واحد ولكن عليه اتمام عمرة وحجة لان الفاسد معتبر بالصحيح فكما ان قبل الافساد عليه عمرة وحجة فكذلك بعد الافساد عليه المضى فى عمرة وحجة لانه لايخرج من الاحرام بالافساد قبل أداء الاعمال والفاسد معتبر بالصحيح وليس عليه دم القران لان دم القران انما يلزمه عند صحة النسكين ﴿ قال ﴾ ولو جامع بعد ما نوى ان يجعلها عمرة وحجة ولبي بهما فعليه دمان لانه يتيقن بعد مالبى بهما انه محرم باحرامين بطريقة اضافة أحد الاحرامين الى الآخر فعليه دمان للجماع وحكمه فى القضاء مثل الأول كما بينا ﴿ قال ﴾ ولو أهل بشيئين ثم نسيهما فاحصر بعث بهديين لانه متيقن انه محرم باحرامين فاذا تحلل بهديين كان عليه عمرتان

وحجة استحساناً وفى القياس عليه حجتان وعمرتان لان من الجائز انه نوي عند احرامه حجتين فعليه قضاء عمرتين وحجتين احتياطاً ولكنه استحسن فقال فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن وعلى ماهو الأفضل فلا يحمل على الفساد الا بعد تعذر حمله علي الصحة فلو جعلنا احرامه بحجة وعمرة كان فيه حمل أمره على الصحة وعلي ماهو الأفضل وهو القران ولو جعلنا احرامه بحجتين كان فيه حمل أمره على الفساد لانه يتعذر عليه الجمع بينهما أداء فلهذا جعلناه كالمحرم بالحج والعمرة فاذا تحلل بهدبين كان عليه عمرتان وحجة بمنزلة القارن وان لم يحصر ووصل الى البيت فكذلك الجواب يجعل احرامه عمرة وحجة كما يعمل القارن استحسانا وكان القياس أن يقضى عمرته وحجته مع الناس وعليه دم القران وعليه دم آخر وحجة وعمرة لان من الجائز أنه كان أحرم بحجتين فعليه دم لرفض احداهما وقضاء حجة وعمرة ومن الجائز أنه أحرم بعمرة وحجة فعليه دم القران فقلنا إنه يحتاط من كل جانب فيقضى عمرته وحجته مع الناس وعليه دم القران لاحتمال أحد الجانبين ثم عليه دم وقضاء عمرة وحجة لاحتمال الجانب الآخر وان كان قد أهل بعمرتين فقد أتي باعمال احداهما وقضى الاخرى مع قضاء الحج فيصير خارجاً مما عليه بيقين هذا هو القياس ولكنه استحسن فجعله قارنا حملا لامره على الصحة وعلى مايفعله الناس ثم عليه دم وقضاء عمرة وحجة وكذلك لو جامع فيهما وهو بمنزلة القارن اذا جامع استحسانا لان الفاسد معتبر بالصحيح والله أعلم بالصواب

باب الجماع

﴿ قال ﴾ واذا جامع الرجل امرأته وهما مهلان بالحج قبل أن يقفا بعرفة فعلى كل واحد منهما شاة ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل هكذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان فى حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا روى عن الصحابة عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ولكنهم قالوا اذا رجعا للقضاء يفترقان معناه ان يأخذ كل واحد منهما فى طريق غير طريق صاحبه ومالك رحمه الله تعالى أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما أن يفترقا ولكن هذا بعيد من الفقه فان له أن يواقعها مالم يحرما والافتراق للتحرز عن المواقعة

فلا معنى للامر بالافتراق فى وقت تحل المواقعة بينهما فيه وزفر رحمه الله تعالى يقول يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق نسك بقول الصحابة رضى الله عنهم وأوان أداء ماهو نسك بعد الاحرام وهذا ليس بقوى فان الافتراق ليس بنسك في الاداء فلايكون نسكا فى القضاء لان القضاء بصفة الاداء وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا قربا من الموضع الذى جامعها فيه يفترقان لانهما لا يأمنان اذا وصلا الى ذلك الموضع أن تهيج بهما الشهوة فيواقعها فيفترقان للتحرز عن هذا وهذا ليس بصحيح أيضاً لانه انما واقعها فى السنة الاولى بسبب النكاح القائم بينهما فلووجب الافتراق انما يجب عن النكاح وأحد لا يأمر بهذا ثم اذا بلغا الى ذلك الموضع فتأملا فيما لحقهما من المشقة بسبب لذة يسيرة ازدادا ندما وتحرزا عن ذلك ثانياً لكيلا يصيبهما الآن مثل ما أصابهما فى المرة الأولى ولكنا نقول مراد الصحابة رضى الله عنهم انهما يفترقان على سبيل الندب ان خافا على أنفسهما الفتنة لا أن يكون ذلك واجباً عليهما كما يندب الشاب الى الامتناع عن التقبيل فى حالة الصيام اذا كان لا يأمن على نفسه ماسوى ذلك ﴿ قال ﴾ وان كانا قارنين فعلى كل واحد منهما شاتان لان كل واحد منهما محرم باحرامين وعلى كل واحد منهما قضاء عمرة وحجة ان لم يكن طاف بالبيت قبل المواقعة وقد سقط دم القران عنهما لفساد نسكهما وان لزمهما المضى في الفاسد لأن هذا دم نسك فلا يجب الا على من جمع بين الحج والعمرة بصفة الصحة وان كان طاف بالبيت قبل الجماع فكذلك الجواب في انه يجب عليه دمان لان بالطواف لم يتحلل عن احرام العمرة مالم يحلق ولكن ليس عليه قضاء العمرة هنا لانه انما جامع بعد ما أدى عمرته لأن ركن العمرة هو الطواف فلم تفسد عمرته بهذا وانما فسد حجه فعليه قضاؤه وقد سقط عنه دم القران بفساد أحد النسكين وان جامع بعد ماوقف بعرفة لم يفسد واحد من النسكين عندنا وقد بينا هذا ولكن عليه جزور لجماعه بعد الوقوف فى احرام الحج وشاة لجنايته على احرام العمرة وعليه دم القران لأنه أدى النسكين بصفة الصحة ﴿ قال ﴾ واذا جامع الحاج بعدما وقف بعرفة فأهدى جزوراً ثم جامع بعد ذلك فعليه شاة لانه دخل احرامه نقصان بالجماع الاول فالجماع الثانى صادف احراما ناقصاً فيكفيه شاة بخلاف الجماع فى المرة الأولى فان هناك صادف احراماً تاما فكان عليه جزور ﴿قال﴾ وان طاف أربعة أشواط من طواف الزيارة بعد ماحلق أو قصر ثم جامع فليس عليه شئ لأن أكثر أشواط الطواف في حكم التحلل

لجميع الطواف فكما انه لو أتم الطواف تحلل فى حق النساء فكذلك اذا أتى بأكثر أشواط الطواف وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا طاف جنباً ثم جامع بعد قبل الاعادة فى القياس لاشئ عليه كما لو طاف محدثا لان التحلل يحصل بطواف الجنب وفى الاستحسان عليه دم فيحتاج الى الفرق بين هذا وبين ذلك والفرق ما بينا أن طواف الجنب غير معتد به الا فى حكم التحلل ولهذا لو أعاده انفسخ الاول بالثانى فى أصح الطريقين فصار فى المعنى كالجماع قبل الطواف وهنا ما أتى به من أكثر أشواط الطواف معتد به على الاطلاق توضيحه أن ما بقى هنا يقوم الدم مقامه فيكون هذا نظير النقصان في طواف المحدث ولو طاف محدثا ثم جامع لم يلزمه شئ بخلاف ما اذا طاف جنباً فان الواجب هناك لا يجب بمقابلة أصل الطواف عند فوت أدائه وهى البدنة فجماعه فى تلك الحالة كجماعه قبل الطواف وان لم يكن حلق قبل الطواف حتى جامع بعد ما طاف أربعة أشواط فعليه دم لارتكاب محظور الاحرام فان التحلل بالطواف لا يحصل اذا لم يحلق ﴿ قال ﴾ والمس والتقبيل عن شهوة والجماع فيما دون الفرج أنزل أولم ينزل لا يفسد الاحرام وللشافعى رحمه الله تعالى قول أنه اذا اتصل به الانزال يفسد به الاحرام على قياس الصوم فانه يفسد بالتقبيل اذا اتصل به الانزال ولكنا نقول فساد الاحرام حكم متعلق بعين الجماع ألا ترى أن بارتكاب سائر المحظورات لا يفسد وما تعلق بعين الجماع من العقوبة لا يتعلق بالجماع فيما دون الفرج كالحد ثم ما يجب هنا أبلغ مما يجب هناك وهو القضاء فيكون قياس الكفارة فى الصوم ولا يجب بالجماع فيما دون الفرج الكفارة هناك فكذلك لا يجب هنا القضاء ولكن عليه دم أما اذا أنزل فغير مشكل وكذلك اذا لم ينزل عندنا وللشافعى رحمه الله تعالى قول أنه لا يلزمه شئ اذا لم ينزل على قياس الصوم فانه لا يلزمه شئ اذا لم ينزل بالتقبيل فكذلك فى الحج ولكنا نقول الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهياً عنه بسبب الاحرام وبالاقدام عليه يصير مرتكبا محظور احرامه فيلزمه الدم وهكذا ينبغي في الصوم الا أن الشرع ورد بالرخصة في التقبيل هناك ثم المحرَّم هناك قضاء الشهوة ولا يحصل ذلك بالتقبيل بدون الانزال وهنا المحرَّم الجماع بدواعيه والتقبيل من جملتها . ألا ترى أن التطيب محرم هنا ولا يحرم هناك ﴿ قال ﴾ والنظر لايوجب على المحرم شيئاً وان أنزل لأن النظر بمنزلة التفكر اذا لم يتصل منه صنع بالمحل ولو تفكر فأمنى لايلزمه شئ فكذلك اذا

نظر

نظر ﴿ قال ﴾ وحكم الجماع فى الحج والعمرة واحد اذا كان عن نسيان أو عمد أوفى حال نوم أو اكراه أو طوع الا فى الاثم أما الناسى عندنا يفسد نسكه بالجماع ويلزمه مايلزم العامد الا أنه لايأثم بعذر النسيان وللشافعى رضى الله عنه قول انه لايفسد النسك بجماع الناسى على قياس الصوم ولكنا نقول هذا الحكم تعلق بعين الجماع وبسبب النسيان لاينعدم عين الجماع وهذا لانه قداقترن بحالة مايذكره وهو هيئة المحرمين فلا يعذر بالنسيان كما فى الصلاة اذا أكل أوشرب بخلاف الصوم فانه لم يقترن بحالة مايذكره فجعل النسيان فيه عذراً فى المنع من افساد الصوم بخلاف القياس ﴿قال﴾ وان كانت نائمة أو مكرهة يفسد حجها عندنا ولا يفسد عند الشافعى رحمه الله تعالى بناء على أصله ان الاكراه متى أباح الاقدام أعدم أصل الفعل من المكره فى الاحكام والنوم يعدم أصل الفعل من النائم ولهذا قال لايفسد الصوم بهذا الفعل فى حالة الاكراه أوالنوم فكذلك الاحرام وعندنا تأثير الاكراه والنوم فى دفع المأثم لافى اعدام أصل الفعل ألا ترى أنه يلزمه الاغتسال ويثبت به حرمة المصاهرة فكذلك يتعلق به فساد النسك ويستوى ان كان الزوج محرما أو حلالا بالغاً أو صغيراً عاقلا أومجنونا أوتكون المرأة مجنونة أو صغيرة لان فساد النسك متعلق بعين الجماع وذلك لاينعدم بالجنون والصغر اذا كان يجامع مثله وانما قلنا انه يتعلق بعين الجماع لان المنهى عنه فى الاحرام الرفث والرفث اسم الجماع ﴿ قال ﴾ رجل أهل بعمرة وجامع فيها ثم أحرم بأخرى ينوى قضاءها قال هى هى لانه بالجماع وان فسد نسكه فقد لزمه المضى فى الفاسد ولا يخرج من الاحرام الا بأداء الاعمال فنيته فى الاحرام بالاهلال الثانى لغو لانه ينوى ايجاد الموجود ونية القضاء كذلك فان الاحرام الواحد لايتسع للقضاء والاداء فكان عليه دم للجماع ويفرغ منها وعليه عمرة وكذلك هذا الحكم لو كان مهلا بالحجة ﴿قال﴾ وان جامع فى العمرة قبل الطواف ثم أضاف اليها حجة يقضيهما جميعاً لان اضافة الحج الى العمرة الصحيحة جائز فالى العمرة الفاسدة أولى وليس عليه دم القران لفساد أحد النسكين وكذلك يسقط عنه دم ترك الوقت اذا أفسد بعد ما أحرم به يعنى اذا جاوز الميقات حلالا ثم أحرم بعمرة أو حجة فعليه دم لترك الاحرام من الميقات فان أفسدها بالجماع سقط عنه هذا الدم لانه وجب عليه قضاء النسك فيعود فيحرم من الميقات ولان الدم انما يلزمه بترك الاحرام من الميقات لانه يؤدى النسك بهذا الاحرام ولم يتأد نسكه بهذا الاحرام حين أفسده ولهذا لزمه قضاؤه ﴿قال﴾ المحرم بالعمرة اذا جامع النساء

ورفض احرامه وأقام حلالا يصنع ما يصنع الحلال من الطيب والصيد وغيره فعليه أن يعود حراما كما كان لان بافساد الاحرام لم يصر خارجا منه قبل أداء الاعمال وكذلك بنية الرفض وارتكاب المحظورات فهو محرم على حاله الا أن عليه بجميع ما صنع دم واحد لما بينا أن ارتكاب المحظورات استند الى قصد واحد وهو تعجيل الاحلال فيكفيه لذلك دم واحد وعليه عمرة مكان عمرته لانها لزمته بالشروع والأداء بصفة الفساد لا ينوب عما لزمه بصفة الصحة فعليه قضاؤها والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الدهن والطيب

(اعلم) بأن المحرم ممنوع من استعمال الدهن والطيب لقوله صلى الله عليه وسلم الحج الشعث التفل وقال يأتون شعثا غبراً من كل فج عميق واستعمال الدهن والطيب يزيل هذا الوصف وما يكون صفة العبادة يكره ازالته الا ان في ظاهر الرواية قال ان استعمل الطيب في عضو كامل يلزمه الدم وقد فسره هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال كالفخذ والساق ونحوهما وان استعمله فيما دون ذلك فعليه الصدقة وعلى قول محمد رحمه الله تعالى عليه بحصته من الدم وقال الشعبي رحمه الله تعالى القليل والكثير من الطيب سواء في وجوب الدم به لان رائحة الطيب توجد منه سواء استعمل القليل أو الكثير ولكنا نقول الجزاء انما يجب بحسب الجناية وانما تتكامل الجناية بما هو مقصود من قضاء التفث والمعتاد استعمال الطيب في عضو كامل فتتم به جنايته وفيما دون ذلك في جنايته نقصان فتكفيه الصدقة ومحمد رحمه الله تعالى يوجب بحصته من الدم اعتباراً للجزء بالكل كما هو أصله وذكر في المنتقى اذا طيب شاربه أو طرفا من أطراف لحيته دون الربع فعليه الصدقة وان استعمل الطيب في ربع رأسه فعليه الدم وكذلك في ربع عضو آخر وجعل الربع بمنزلة الكمال على قياس الحلق ثم الدهن اذا كان مطيبا كدهن البان والبنفسج والزنبق فهو طيب يجب باستعماله الدم وكذلك اذا كان الدهن قد طبخ وجعل فيه طيب فاما اذا ادهن بزيت أو بخل غير مطبوخ فعليه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله تعالى لو استعمله في الشعر فعليه دم وان استعمله في غيره لم يلزمه شئ لان استعمال الدهن في الشعر يزيل الشعث فيكون من قضاء التفث واما في غير الشعر ليس فيه معنى

قضاء التفث ولا معنى استعمال الطيب لان الدهن مأكول وليس بطيب فيكون قياس الشحم والسمن وبهذا يحتج أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولكنهما قالا استعمال الدهن يقتل الهوام فيكون فيه بعض الجناية فيلزمه الصدقة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الدهن أصل الطيب فان الروائح تلقى في الدهن فيصير تاما فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب باستعمال الطيب كما اذا كسر المحرم بيض الصيد يلزمه الجزاء كما يجب بقتل الصيد ﴿ قال ﴾ واذا دهن شقاق رجله بزيت أوشحم أو سمن لم يكن عليه شيء لان قصده التداوى والتداوى غير ممنوع منه فى حال الاحرام ولانه لو أكله لم يلزمه شيء فان دهن به شقاق رجله أولى ﴿قال﴾ ويكره للمحرم أن يشم الطيب والزعفران هكذا روى عن عمر وجابر رضى الله عنهما وكان ابن عباس رضى الله عنه لا يرى به بأسا لانه انما يحرم عليه مس الطيب وهو لم يمسه وان شم رائحته كمن اجتاز فى سوق العطارين لم يكره له ذلك وان كان محرما مع أن الريحان من جملة نبات الارض لا من الطيب فهو كالتفاح والبطيخ ونحوهما ولكنا نأخذ بقول عمر رضي الله عنه لان فى الطيب معنى الرائحة واستعمال عين الطيب غير مقصود بل المقصود من الطيب رائحته فما يوجد منه رائحة الطيب يكره للمحرم أن يشمه لأن ذلك من قضاء التفث . وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في التفاح هكذا ومن فرق فقال المقصود هناك الا كل فأما الريحان فليس فيه مقصود سوى رائحته فيمنع منه فى حالة الاحرام ولكن لا يجب عليه شيء لان الاستمتاع لا يتم بمجرد اشتمام الرائحة بمنزلة الجلوس عند العطار ونحوه وذكر حمران عن ابان عن عثمان رضي الله تعالى عنهم أنه سئل عن المحرم أيدخل البستان قال نعم ويشم الريحان فهو دليل لمن أخذ بقول ابن عباس رضى الله تعالى عنه ﴿قال﴾ فان كان تطيب أو ادهن قبل الاحرام ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يضره وكذلك ان أجمر ثيابه قبل أن يحرم ثم لبسها بعد الاحرام فلا شيء عليه وذكر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى ان المحرم اذا دخل بيتا قد أجمر فيه فطال مكثه حتى علق ثوبه لا يلزمه شيء ولو أجمر ثيابه بعد الاحرام فعليه الجزاء لأن الاجمار اذا كان فى البيت فعين الطيب لم يتصل بثوبه ولا ببدنه انما نال رائحته فقط بخلاف ما اذا أجمر ثيابه فان عين الطيب قد علق بثيابه فاذا كان الاجمار قبل الاحرام لم يكن ممنوعا عن استعمال عين الطيب يومئذ وانما بقى مع المحرم رائحته فلا يلزمه شيء ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يأكل الطعام الذى فيه الزعفران أو

الطيب هكذا روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه كان يأكل السكباج الاصفر في احرامه ولأن قصده بهذا الطعام التغذي لا التطيب وان أكل الزعفران من غير أن يكون في الطعام فعليه دم ان كان كثيراً لأن الزعفران لا يتغذى به كما هو وانما يجعل تبعاً للطعام ومن أكل الزعفران كما هو يضحك حتى يموت فكان هو بالاكل مطيباً فمه بالزعفران وهو عضو فيلزمه الدم فأما اذا جعل في الطعام فقد صار مستهلكا فيه ان كان في طعام قد مسته النار وان كان في طعام لم تمسه النار مثل الملح وغيره فلا بأس به أيضا لأنه صار مغلوبا فيه والمغلوب كالمستهلك الا أن يكون الزعفران غالباً على الملح فحينئذ هو والزعفران البحت سواء وان مس طيبا فان لزق بيديه تصدق بصدقة الا أن يكون مالزق بيديه كثيراً فحينئذ يلزمه الدم وقد بينا حد الكثير فيه وان لم يلتزق به شئ فلا شئ عليه بمنزلة مالو اجتاز في سوق العطارين وان استلم الركن فأصاب فمه أويده خلوق كثير فعليه دم وان كان قليلا فعليه صدقة اذلا فرق بين أن يكون الخلوق الملتزق به من الركن أو من موضع آخر ﴿قال﴾ ولا بأس بأن يكتحل المحرم بكحل ليس فيه طيب فان كان فيه طيب فعليه صدقة الا أن يكون كثيراً فعليه الدم لأن الكحل ليس بطيب فلا يمنع من استعماله وان كان فيه طيب فتتفاوت الجناية باستعماله من حيث القلة والكثرة كما في سائر الاعضاء وان كان من أذى فعليه أي الكفارات الثلاث شاء لما بينا أن فيما يجب فيه الدم على المحرم اذا لم يكن معذوراً فان كان عن عذر وضرورة يتخير بين الكفارات الثلاث وكذلك لو تداوى بدواء فيه طيب فألزقه بجراحه أو شرب شرابا لأن التداوي يكون عن ضرورة وان داوى قرحة بدواء فيه طيب فألزقه بجراحه ثم خرجت به قرحة أخرى والاولى على حالها فداوى الثانية مع الأولى فليس عليه الا كفارة واحدة فكأنه فعل الكل دفعة واحدة اذا لم تبرأ الاولى لان الجنايات استندت الى سبب واحد ﴿قال﴾ وللمحرم أن يبط القرحة ويجبر الكسر ويعصب عليه وينزع ضرسه اذا اشتكى ويحتجم ويغتسل ويدخل الحمام لأن هذا كله من باب المعالجة فالمحرم والحلال فيه سواء . ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم محرم بالقاحة ودخل عمر رضي الله تعالى عنه الحمام بالجحفة وهو محرم ﴿قال﴾ وان غسل رأسه ولحيته بالخطمي فعليه دم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليه صدقة لان الخطمي ليس بطيب بل هو كالاشنان يغسل به

رأسه ولكنه يقتل الهوام فلذلك يلزمه الصدقة وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال لايلزمه شئ قالوا وتأويل تلك الرواية انه اذا غسل رأسه بالخطمي بعد الرمي يوم النحر فاما قبل ذلك يلزمه الصدقة عنده وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخطمي من الطيب فان له رائحة وان لم تكن زكية وهو يقتل الهوام أيضاً فتتكامل الجناية باعتبار المعنيين فلهذا يلزمه الدم ﴿ قال ﴾ وان خضبت المحرمة بالحناء يدها فعليها دم لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولان له رائحة مستلذة وان لم تكن زكية وان خضب رأسه بالوسمة رجل أو امرأة فلادم عليه لان الوسمة ليست بطيب انما تغير لون الشعر الا انه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالي انه اذا خضب رأسه بالوسمة فعليه دم لا للاخضاب ولكن لتغطية الرأس به وهذا هو الصحيح ﴿ قال ﴾ وان خضب لحيته به فليس عليه دم ولكن ان خاف ان يقتل الهوام أطعم شيئا لان فيه معني الجناية من هذا الوجه ولكنه غير متكامل فتلزمه الصدقة والله سبحانه وتعالي أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مايلبسه المحرم من الثياب

﴿ قال ﴾ ولا بأس بان يلبس المحرم القباء ويدخل فيه منكبيه دون يديه عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك لان القباء مخيط فاذا أدخل فيه منكبيه صار لابساً للمخيط فان القباء يلبس هكذا عادة ولكنا نقول لبس القباء انما يحصل بادخال اليدين في الكمين فاذا لم يفعل ذلك كان واضعا القباء على منكبيه لا لابساً وهذا لانه في معنى لبس الرداء لانه يحتاج الى تكلف حفظه على منكبيه عند اشتغاله بعمل كما يحتاج اليه لابس الرداء اما اذا أدخل يديه في كميه فلا يحتاج فى حفظه على نفسه عند الاشتغال بالعمل فيكون لابساً للمخيط وكذلك ان زره عليه كان لابساً لانه لايحتاج الى تكلف حفظه عليه بعد مازره فان فعل ذلك يوما أو أكثر فعليه دم وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى اذا لبس المخيط لزمته الكفارة وان كان فى ساعة واحدة لان لبس المخيط محظور الاحرام فيصير هو مرتكباً محظور الاحرام فيلزمه الدم وان فعله فى ساعة واحدة كالتطيب ولكنا نقول انما تتم جنايته بلبس مقصود واللبس المقصود فى الناس عادة يكون فى يوم كامل فان من أصبح يلبس الثياب ثم لاينزعها الى الليل فاذا لبس فى هذه المدة تكاملت

الجناية باستمتاع مقصود وفيما دون ذلك لم تتكامل جنايته باستمتاع مقصود فتكفيه صدقة الا ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يقول أولا انه يرجع المرء الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس فكان للبس في أكثر اليوم استمتاعا مقصوداً عادة والاكثر ينزل منزلة الكمال ﴿ قال ﴾ ولا بأس أن يلبس الخز والبرود اذا لم يكن مخيطاً كما كان يفعله في غير الاحرام الا انه لا يلبس البرد المصبوغ بالعصفر أو الزعفران أو الورس فقد روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس المزعفر والمورس فى حالة الاحرام وكذلك المصبوغ بالعصفر عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس به لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه رأى على عبد الله بن جعفر رضى الله عنه رداء معصفراً فى احرامه فأنكر عليه ذلك فقال علي رضي الله عنه ما أرى أحداً يعلمنا السنة ولان العصفر ليس بطيب فهو قياس ثوب هروى ولا بأس للمحرم أن يلبسه ولكنا نستدل بحديث عائشة رضى الله عنها فانها كرهت لبس المعصفر في الاحرام وكذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنكر على طلحة الرداء المعصفر حتى قال لا تعجل يا أمير المؤمنين فانه ممشق ولان المعصفر له رائحة وان لم تكن زكية فكان بمنزلة الورس والزعفران وتأويل حديث عبد الله رضى الله عنه أنه كان قد غسل وصار بحيث لا ينفض قد عرف عبد الله ابن جعفر ذلك ولم يعرفه عثمان رضى الله عنه أو كان ذلك مصبوغا بمدر على لون العصفر وقد عرف ذلك علي رضى الله عنه ولم يعرفه عثمان فلهذا قال ما قال فأما المصبوغ على لون الهروى وهو أدمى اللون ليس له رائحة فكان قياس المعصفر اذا غسل حتى صار بحيث لا ينفض وقد بينا هناك أنه لا يلزمه شئ فهذا مثله ثم التقدير فى ايجاب الدم عند لبس المصبوغ بنحو ما بينا فى لبس القباء وكذلك لو لبس قميصاً أو سراويل أو قلنسوة يوما الى الليل فعليه دم وان كان فيما دون ذلك فعليه صدقة كما بينا وانما أراد بهذا اذا لبسه على الوجه المعتاد اما اذا ائتزر بالسراويل أو ارتدى بالقميص أو اتشح به فلا شئ عليه لانه يحتاج الى تكلف حفظه على نفسه عند اشتغاله بالعمل فلا يكون لابساً للمخيط وأما فى القلنسوة فلتغطية الرأس بها يلزمه الجزاء وقد بينا أن المحرم ممنوع عن تغطية الرأس وقد ذكر هشام عن محمد رحمهما الله تعالي أنه اذا لم يجد الازار ففتق السراويل الا موضع التكة فلا بأس حينئذ بلبسه بمنزلة المئزر وهو نظير ما ورد به الاثر فيما اذا لم يجد المحرم نعلين قطع خفيه

أسفل من الـكعبين ليصير فى معنى النعلين وفسر هشام عن محمـد رحمهما الله تعالى الـكعب فى هـذا الموضـع بالمفصـل الذى فى وسط القـدم عنـد معـقد الشراك وعلى هـذا قال المتأخرون من مشايخنا لا بأس للمحرم بأن يلبس المشـك لانه لا يستر الكعب فهو بمنزلة النعلين فان لبس القميص والقلنسوة والقباء والسراويل يوما الى الليل فعليه دم واحد لان جنس الجناية واحد والمقصود واحد وهو الاستمتاع بلبس المخيط فعليه دم واحـد كما لو حلق رأسه كله وكذلك ان غطى وجهه يوما فعليه دم وقد بينا فيما سبق أنه ليس للمحرم أن يغطى وجهه ولا رأسه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله تعالى وقد ورد الأثر بالنهي عن تغطية اللحية فى الاحرام لانه من الوجه فعرفنا أنه لا يغطى وجهه ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يلبس الهميان والمنطقة يشد بها حقويه فيها نفقته هكذا روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق من نفقتك بما شئت وفى حديث ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم ير للمحرم بأساً بأن يعقد الهميان على وسطه وفيه نفقته وكان مالك رحمه الله تعالى يقول ان كان فيه نفقته فلا بأس وان كان فيه نفقة غـيره كرهت له ذلك لانه لا حاجـة الى حمل نفقة غـيره ولـكنا نقول جواز لبس الهميان والمنطقة باعتبار أنه ليس في معنى لبس المخيط وفي هذا يستوى نفقتـه ونفقة غيره وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه كره للمحرم لبس المنطقة المتخذة من الابريسم فقيـل لانه فى معني المخيط وقيل هو بناء على أصل أبي يوسف رحمـه الله تعالى فى كراهـة ماقل من الحرير وكثر للرجال ﴿ قال ﴾ ويتوشح المحرم بالثياب ولا يعـقد على عنقه لانه اذا عقـده لايحتاج فى حفظـه على نفسـه الى تكلف فكان فى معـنى لبس المخيط وكذلك قالوا اذا ائتزر فلا ينبغى له أن يعـقد ازاره على نفسه بحبل أو غـيره فقـد روي أن النبي صلى الله عليـه وسلم رأى رجـلا قد شد فوق ازاره حبـلا فقال الق ذلك الحبـل ويلك وكذلك يكره له أن يخل رداءه بخلال لانه لايحتاج الى تكلف فى حفظه على نفسه ولـكنه مع هذا لوفعل لاشيء عليـه لان المحظور عليـه الاستمتاع بلبس المخيط ولم يوجـد ذلك ﴿ قال ﴾ ويكره له أن يعصب رأسه فان فعل يوما الى الليل فعليه صـدقة لانه غطى بعض رأسه بالعصابة وهو ممنوع من تغطية الرأس الا أن ماغطي به جزء يسير من رأسه فتكفيه الصدقة لعدم تمام جنايته وان عصب شيئاً من جسده من علة أو غـير علة فلا شيء عليـه

لانه غير ممنوع عن تغطية سائر الجسد سوى الرأس والوجه ولكن يكره له أن يفعل ذلك من غير علة كما يكره شد الازار وشد الرداء على مابينا ﴿ قال ﴾ وان غطى المحرم ربع رأسه أو وجهه يوما فعليه دم وان كان دون ذلك فعليه صدقة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان غطى أكثر رأسه فعليه دم والا فعليه صدقة لان القليل من تغطية الرأس لا تتم به الجناية والقلة والكثرة انما تظهر بالمقابلة وهذا أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى في المسائل وفي ظاهر الرواية الجواب قال ما يتعلق بالرأس من الجناية فللربع فيه حكم الكمال كالحلق وهذا لان تغطية بعض الرأس استمتاع مقصود يفعله الاتراك وغيرهم عادة بمنزلة حلق بعض الرأس فاما المحرمة تغطي كل شئ منها الا وجهها وتلبس كل شئ من المخيط وغيره الا الثوب المصبوغ فان فيما لا حاجة بها الى لبسه فهي بمنزلة الرجل وفيما تحتاج الى لبسه وستره يخالف حالها حال الرجل وقد بيناه ﴿ قال ﴾ ولا بأس لها أن تلبس القفازين هكذا روي عن سعد ابن أبي وقاص رضى الله عنه أنه كان يلبس بناته القفازين في الاحرام ولها أن تلبس الحرير والحلى وعن عطاء رحمه الله تعالى أنه يكره للنساء لبس الحلى في الاحرام والصحيح أنه لا بأس به وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه كان يلبس نساءه الحلى في حالة الاحرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأتين تطوفان بالبيت وعليهما سواران من ذهب الحديث فدل أنه لا بأس بذلك ﴿قال﴾ وكل مايحل للمرأة ان تلبسه في غير حالة الاحرام فكذلك يحل في حالة الاحرام الا المصبوغ على مابينا ﴿قال﴾ ولا بأس بان تسدل الخمار على وجهها من فوق رأسها على وجه لا يصيب وجهها وقد بينا ذلك عن عائشة رضى الله عنها لان تغطية الوجه انما يحصل بما يماس وجهها دون مالا يماسه فيكون هذا في معنى دخولها تحت سقف ويكره لها ان تلبس البرقع لان ذلك يماس وجهها فان لبس المحرم مالا يحل له من الثياب أو الخفاف يوما أو أكثر من ذلك لضرورة فعليه أي الكفارات شاء وقد بينا فيما سبق ان ما يجب الدم بلبسه في غير موضع الضرورة اذا لبسه لاجل الضرورة يتخير فيه بين الكفارات ماشاء وذكر في الرقيات عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا اضطر الى لبس قميص فلبس قميصين فعليه أي الكفارات شاء واذا اضطر الى لبس قميص فلبس معه عمامة أو قلنسوة فعليه دم في لبس القلنسوة ويتخير في الكفارات أيها شاء في لبس القميص لان في الفصل الاول زيادة في موضع الضرورة فلا تكون جناية مبتدأة كما لو اضطر الى لبس قميص فلبس جبة وفي الفصل الثاني الزيادة في

غير

غير موضع الضرورة فكانت جناية مبتدأة فتعلق بها ما هو موجبها ﴿ قال ﴾ فان لبس المخيط للضرورة أياما وكان ينزع بالليل للنوم لا للاستغناء عن ذلك فهذه كلها جناية واحدة بخلاف ما اذا نزع لزوال الضرورة ثم اضطر اليه بعد ذلك فلبس فانه يلزمه كفارة أخرى لأن حكم الضرورة الأولى قد انتهى بالبرء وهو نظير ما تقدم فيمن يداوى القرحة بدواء فيه طيب مرارا ان عليه كفارة واحدة ما لم يبرأ فاذا برئ ثم خرجت به قرحة أخرى فداواها بالطيب فهذه جناية أخرى ولو كان به حمى غب فكان يلبسه يوم الحمى ولا يلبسه في غير ذلك فهذه كلها جناية واحدة لا يجب بها الا كفارة واحدة لان العلة المحوجة الى اللبس قائمة أرأيت لو جلس فى الشمس فاستغنى عن لبس المخيط فلما ذهبت الشمس احتاج الى المخيط فأعاد اللبس أ كانت هذه جناية أخرى بل الكل جناية واحدة ما دامت العلة قائمة فعليه أي الكفارات شاء فان اختار الاطعام فدعى المساكين فغداهم وعشاهم أجزأه ذلك فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولم يجزه في قول محمد رحمه الله تعالى فأبو يوسف رضى الله تعالى عنه اعتبر المقصود فقال هذا طعام كفارة فيتأدى بالتغدية والتعشية كسائر الكفارات ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر المنصوص عليه فيقول المنصوص عليه الصدقة هنا لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وما ورد بلفظة الصدقة لا يتأدى بطعام الاباحة كالزكاة وصدقة الفطر ﴿ قال ﴾ فان لبس المحرم قميصه ولم يزرره فعليه الجزاء لأن استمتاعه بلبس المخيط قد تم فانه يستغنى عن التكلف لحفظ القميص على نفسه وان لم يزره ﴿ قال ﴾ ولا بأس للمحرم بلبس الطيلسان فانه بمنزلة الرداء ولكنه يكره له ان يزره عليه وهذا قول ابن عمر رضى الله عنه وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول لا بأس بذلك لان الطيلسان ليس بمخيط ولكنا أخذنا بقول ابن عمر رضى الله عنه لان الازار محيط عليه ولانه اذا زره لا يحتاج الى التكلف لحفظه على نفسه فكان بمنزلة لبس المخيط ﴿ قال ﴾ ولا يلبس المحرم الجوربين كما لا يلبس الخفين وقد بينا هذا ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يضرب المحرم فسطاطا ليستظل فيه عندنا وكان مالك رحمه الله تعالى يكره ذلك وهذا مروى عن ابن عباس رضى الله عنه ولكنا نأخذ بما روى ان عثمان رضى الله عنه كان يضرب له فسطاط فى احرامه وان عمار بن ياسر رضى الله عنه كان اذا آذاه الحر التى ثوبه على شجرة واستظل تحته ولانه لا بأس بأن يستظل بسقف البيت لان ذلك لا يماس بدنه فكذلك الفسطاط ﴿ قال ﴾ وان دخل تحت ستر الكعبة حتى غطاه فان كان

الستر يصيب رأسه ووجهه كرهت له ذلك لتغطية الرأس والوجه به وان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به ولا شيء عليه لان التغطية انما تحصل بما يماس بدنه وعلى هذا لو حمل المحرم شيئا على رأسه فان كان شيئا من جنس مالا يغطى به الرأس كالطست والاجانة ونحوها فلاشيء عليه وان كان من جنس مايغطى به الرأس من الثياب فعليه الجزاء لان مالا يغطى به الرأس يكون هو حاملا لا مستعملا الا ترى ان الامين لوفعل ذلك لا يصير ضامنا ﴿ قال ﴾ فان كان المحرم نائما فغطى رجل وجهه ورأسه بثوب يوما كاملا فعليه دم لان مافعله به غيره كفعله فى الجزاء وان كانا يفترقان فى المأثم وقد بيناه فى حلق الرأس والجماع ونحوه وعذر النوم لا يمنع ايجاب الجزاء عليه كما لو انقلب على صيد فى حال نومه فقتله ﴿ قال ﴾ صبى أحرم عنه أبوه وجنبه ما يجتنب المحرم فلبس ثوبا أو أصاب طيباً أو صيداً فليس عليه شيء عندنا والشافعى رحمه الله تعالى يوجب الكفارة المالية على الصبي كالبالغ بناء على أصله فى إيجاب الزكاة عليه ويأمر الولى باداته من ماله وعندنا المالى والبدنى سواء فى أن وجوب ذلك ينبنى على الخطاب والصبي غير مخاطب ثم احرام الصبي للتخلق فلا تتحقق جنايته فى الاحرام بهذه الافعال وهذا لانه ليس للاب عليه ولاية الالزام فيما يضره ولو جعلنا احرامه ملزماً اياه في الاجتناب عن المحظورات وموجباً للكفارة عليه لم يكن تصرف الاب فى الاحرام واقعاً بصفة النظر له فلهذا جعلناه تخلقا غير ملزم اياه فلا يلزمه الجزاء بارتكاب المحظور غير أن الأب يمنعه من ذلك لتحقيق معني التخلق والاعتياد

﴿ باب النذر ﴾

﴿ قال ﴾ واذا حلف بالمشى الى بيت الله تعالى فحنث فعليه حجة أو عمرة استحسانا وفي القياس لاشيء عليه لان الالتزام بالنذر انما يصح فيما يكون من جنسه واجب شرعا والمشى الى بيت الله تعالى ليس من جنسه واجب شرعا فلا يصح الالتزام بالنذر توضيحه أن الالتزام باللفظ ولم يلزمه ماتلفظ به بالاتفاق وهو المشى فلأن لا يلزمه مالم يتلفظ به من الحج والعمرة أولى ولكنا تركنا القياس بحديث على رضى الله عنه قال فيمن نذر المشى الى بيت الله تعالى فعليه حجة أوعمرة والعرف الظاهر بين الناس أنهم يذكرون هذا اللفظ ويريدون به التزام النسك واللفظ اذا صار عبارة عن غيره مجازاً سقط اعتبار حقيقته ويجعل

كانه تلفظ بما صار عبارة عنه ولانه لا يتوصل الى بيت الله تعالى الا بالاحرام فكانه التزم الاحرام بهذا اللفظ والاحرام لاداء أحد النسكين اما الحج أو العمرة فكانه التزم بهذا اللفظ مايخرج به عن الاحرام فلهذا يلزمه حجة أو عمرة ويمشى فيها كما التزم فاذا ركب أراق دماً لحديث عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه حيث قال يارسول الله ان أختى نذرت أن تحج ماشية فقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى غنى عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولتريق دماً ولان الحج ماشياً أفضل فان الله تعالى قدم المشاة على الركبان فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر ولهذا كان ابن عباس رضى الله تعالى عنه بعد ما كف بصره يتأسف على تركه الحج ماشياً والحسن بن على رضى الله تعالى عنه كان يمشى فى طريق الحج والجنائب تقاد بجنبه فقيل له ألا تركب فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من مشى في طريق الحج كتب الله له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال الواحدة بسبعمائة ضعف فاذا ثبت أن المشى أفضل قلنا اذا ركب فقد أدى أنقص مما التزم فعليه لذلك دم فان قيل كيف يستقيم هذا وقد كره أبو حنيفة رحمه الله تعالي المشي في طريق الحج قلنا لا كذلك وانما كره الجمع بين الصوم والمشى وقال اذا جمع بينهما ساء خلقه فجادل رفيقه والجدال منهى عنه فان اختار المشى فالصحيح من المذهب انه يلزمه المشى من بيته وقال بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى يلزمه المشى من الميقات لانه التزم المشي فى النسك وذلك عند احرامه من الميقات ولكن العادة الظاهرة أن الناس بهذا اللفظ يقصدون المشى من بيوتهم وقد قال علي وابن مسعود رضى الله عنهما فى قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال اتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك فميقات الرجل فى الاحرام منزله ولكن يرخص له في تأخير الاحرام الى الميقات ولو أحرم من بيته لا اشكال أنه يمشى من بيته فكذلك اذا أخر الاحرام قلنا يمشى من بيته كما التزم ثم لا يركب الى أن يطوف طواف الزيارة لان تمام الخروج من الاحرام به يحصل فان تمام التحلل فى حق النساء انما يحصل بالطواف واذا اختار العمرة مشى الى أن يحلق فان قرن بهذه العمرة حجة الاسلام أجزأه لان القارن يأتي بكل واحد من النسكين بكماله فنسك العمرة التزمه بالنذر والحج حجة الاسلام وقد أداهما بصفة الكمال فعليه دم القران لذلك وان كان ركب فعليه دم لركوبه مع دم القران ﴿ قال ﴾ وكل من وجب عليه دم في المناسك جاز أن يشاركه فى بدنة ستة نفر

قد وجبت عليهم الدماء فيها ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم جوز ذلك في كل سبعة من أصحابه عام الحديبية ولا فرق بين أن يكون جنس الواجب عليهم واحداً أو مختلفاً في حكم الجواز حتى اذا قصد بعضهم دم المتعة وبعضهم دم الاحصار وجزاء الصيد فذلك جائز بخلاف ما اذا قصد بعضهم اللحم لأن الواجب اراقة دم هو قربة واراقة الدم في كونه قربة لا يتجزأ فاذا قصد بعضهم اللحم لم يكن فيه معنى القربة خالصاً فأما عند اختلاف جهات القربة فقصد كل واحد منهم معنى القربة فقط فلهذا يتأدى الواجب به ولو كان كله جنساً واحداً كان أحب الي لأن دماء القرب مختلفة بعضها لا يحل التناول منه للاغنياء كدماء الكفارات وبعضها يحل فاذا اتحد الجنس فقد اتحد معنى القربة في المذبوح فيكون أقرب الى الجواز ﴿ قال ﴾ فاذا نذر المشي الى بيت الله تعالى ونوى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس أو مسجداً آخر فلا شئ عليه اما صحة نيته فلانها مطابقة للفظه والمساجد كلها بيوت الله تعالى قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع واذا عملت نيته صار ذلك كالملفوظ به فلا يلزمه شيء لان سائر المساجد يباح دخولها بغير احرام فلا يصير به ملتزما للاحرام وعلى هذا لو قال أنا أمشي الى بيت الله تعالى قال فان نوى به العدة فلا شئ عليه لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولكن يندب الى الوفاء بالوعد وان نوى به النذر كان نذراً وكذلك ان لم يكن له نية فهو نذر وكذلك ان لم يكن نوى شيئاً من المساجد فهو على الكعبة للعادة الظاهرة فان الناس اذا أطلقوا هذه اللفظة يريدون بها الكعبة وعلى هذا لو قال على المشي الى مكة أو الى الكعبة فهو وقوله الى بيت الله سواء وقوله وان قال على المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام فلا شئ عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أخذاً بالقياس فيه لان الناس لا يطلقون هذا اللفظ عادة لارادة التزام الحج والعمرة بخلاف ما تقدم من الالفاظ الثلاثة ثم المسجد الحرام بمنزلة الفناء للكعبة والحرم بمنزلة الفناء لمكة فلا يجعل ذكر الفناء كذكر الأصل في النذر بل يجعل هذا بمنزلة مالو قال لله على المشي الى الصفا او الى المروة أو الى مقام ابراهيم صلوات الله عليه وسلامه فلا يلزمه شئ وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا نأخذ بالاحتياط أو بالاستحسان في هذين الفصلين أيضاً لانه لا يتوصل الى الحرم أو الى المسجد الحرام الا بالاحرام فصار بهما ملتزما للاحرام ﴿ قال ﴾ ولو قال على السفر الى مكة أو الذهاب او الاتيان الى مكة أو الركوب فلا شئ عليه والقياس في الالفاظ كلها واحد ولكن فيما تعارف الناس التزام

النسك به تركنا القياس فيه للعرف فما لاعرف فيه أخذنا بالقياس فان قال ان كلمت فلانا فلله على حجة يوم أكلمه ينوى انه يجب عليه يوم يكلمه فكلمه وجب عليه حجة يقضيها متى شاء ولم يكن محرما بها يومئذ مالم يحرم بمنزلة مالو قال على حجة اليوم كانت واجبة عليه يحرم بها متى شاء لانه التزمها في ذمته والشروع في الأداء لا يتصل بالالتزام في الذمة كسائر العبادات فان من قال لله على ان أصوم اليوم لايصير صائما بنذره والاحرام شروع في الأداء فلا يثبت بالالتزام ولان مايوجب على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه ومن وجب عليه الحج بوجود الزاد والراحلة لايصير محرما بنفس الوجوب عليه فكذلك لايصير محرما بمجرد ماقال وان وصل الاستثناء بنذره لم يلزمه شئ لأن الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة قال صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق واستثني فلا حنث عليه ولو قال لآخر على حجة ان شئت فقال قد شئت فهو عليه لان تعليق النذر بالشرط صحيح فاذا علقه بمشيئته وشاء جعل كانه أرسل النذر عند ذلك فيلزمه كالطلاق والعتاق وقوله على حجة مثل قوله لله على حجة لأن الحج لايكون الا لله تعالى والالتزام بقوله على ولو قال ان فعلت كذا فأنا أحرم فان نوي به العدة فلا شئ عليه وان نوى به الايجاب لزمه اذا فعل ذلك اما حجة أو عمرة وان لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شئ لأن ظاهر لفظه عدة وفي الاستحسان يلزمه لان في عرف اللسان يراد بمثله التحقيق للحال . ألا ترى أن المؤذن يقول أشهد أن لا اله الا الله والشاهد يقول بين يدى القاضى أشهد ويريد به التحقيق لا العدة وقوله أنا أهدى بمنزلة قوله أنا أحرم ﴿قال﴾ وان قال ان فعلت كذا فأنا أحج بفلان فحنث فان كان نوى فأنا أحج وهو معنا فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به وان نوى أن يحججه فعليه أن يحججه كما نوي لان الباء للالصاق فقد ألصق فلانا بحجه وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطى فلانا ما يحج به من المال والتزام الاول بالنذر غير صحيح والتزام الثانى صحيح لان الحج يؤدى بالمال عند اليأس عن الأداء بالبدن فكان هذا في حكم البدل وحكم البدل حكم الاصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالاصل فان نوى الوجه الاول عملت نيته لاحتمال كلامه ولكن المنوى لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه به شئ وانما عليه أن يحج بنفسه فقط وان نوى الثانى فقد نوى ما يصح التزامه بالنذر فيلزمه ذلك واذا لزمه ذلك فاما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحج به مع نفسه ليحصل به الوفاء

بالنـذر فان لم يكن له نية فعليه أن يحج وليس عليه أن يحجج فلانا لان لفظه فى حق فلان محتمل والوجوب لا يحصل باللفظ المحتمل وان كان قال فعلى ان احجج فلانا فهذا محكم غير محتمل فانه تصريح الالتزام باحجاج فلان وذلك صحيح بالنذر ولو قال ان فعلت كذا فأنا أهدى فلانا ففعل ذلك الفعل فلا شئ عليه لان النذر بالهدى لا يصح الا فى الملك وهو قد نذر هدى ما لا يملكه وما لا مالية فيه فكان نذره لغواً اذ لا ولاية له على فلان ليهديه الا أن يكون فلان ذلك ولده فحينئذ يكون على القياس والاستحسان المعروف فى نذر ذبح الولد ﴿ قال ﴾ ولو قال ان فعلت كذا فأنا أهـدى كذا وسمى شيئاً من ماله فعليه أن يهـديه لانه التزم أن يهدى ما هو مملوك له والهدي قربة والتزام القربة فى محـل مملوك له صحيح كما لو نذر أن يتصدق به ثم الاهـداء يكون الى مكان وذلك المكان وان لم يكن في لفظه حقيقة ولـكن صار معـلوما بالعرف أنه مكة فان الله تعالى قال فى الهدايا ثم محلها الى البيت العتيق فاذا تعين المكان بهذا المعنى فان كان ذلك الشئ مما يتقرب باراقة دمه فعليـه أن يذبحه بمكة وان كان لا يتقرب باراقة دمه وانما يتقرب بالتصدق به فانه يتصدق به على مساكين مكة وان كان ذلك الشئ لا يستطيع أن يهديه بنفسه كالدار والارض فعليه أن يهديه بقيمته لان التقرب يحصل بالعين تارة ويحصل بمعنى الماليـة أخرى فاذا كانت العـين لا تحول من مكان الى مكان عرفنا ان مراده التزام التصدق بماليته فعليه ان يهدى قيمته يتصدق به على مساكين مكة وان اعطاه حجبة البيت أجزأه بعد أن يكونوا فقراء لانهم بمنزلة غيرهم من المساكين ﴿ قال ﴾ وكذلك ان قال فثوبى هـذا ستر البيت أو قال انا أضرب به حطيم البيت فعليـه أن يهديه استحسانا وفى القياس لا شئ عليه لان ماصرح به فى كلامه لا يلزمه لانه ليس بقربة فلأن لا يلزمه غيره أولى وفى الاستحسان انما يراد بهذا اللفظ الاهداء به فصار اللفظ عبارة عما يراد به غيره فكانه التزم أن يهديه لان اللفظ متى صار عبارة عن غيره سقط اعتباره فى نفسه حقيقة ﴿ قال ﴾ وان قال مالى هـدى فعليه أن يهدى ماله كله قال بلغنا عن ابراهيم أنه قال فى مثل هذا يتصدق بماله كله ويمسك منه قدر قوته فاذا أفاد مالا يتصدق بقدر ماأمسك وأورد هذه المسئلة فى كتاب الهبة فيما اذا قال مالى صدقة فقال فى القياس ينصرف هذا الى كل مال له وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفى الاستحسان ينصرف الى مال الزكاة خاصة بخلاف ما اذا قال جميع ماأملك فمن أصحابنا من قال ماذكر هنا جواب

القياس لان التزام الهدي في كل مال كالتزام الصدقة في كل مال والاصح أن يفرق بينهما فيقال في لفظة الصدقة انما حمل هذا اللفظ على مال الزكاة خاصة اعتباراً لما يوجبه على نفسه بما أوجبه الله تعالى عليه وما أوجب الله تعالى عليه من الصدقة في المال مختص بمال الزكاة فكذلك مايوجبه العبد على نفسه وهنا انما أوجب الهدى وما أوجب الله تعالى من الهدى لايختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه على نفسه فلهذا اعتبرنا فيه حقيقة اللفظ ولكنه يمسك مقدار قوته لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فاذا أفاد مالا تصدق بمثل ماأمسك لتعلق حق المساكين به ثم قال وكذلك ان قال كل مالى صدقة في المساكين فهذا مثل الأول في قول ابراهيم رحمه الله تعالى وهذا العطف يؤيد ماقلنا أولا أن المذكور جواب القياس فان القياس والاستحسان منصوص عليهما في لفظ الصدقة في كتاب الهبة وان قال ان فعلت كذا ففلامي هذا هدى فباعه ثم فعل ذلك لم يلزمه شئ لان المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ ولو أنشأ النذر عند ذلك الفعل لم يلزمه شئ لان العبد ليس في ملكه فكذلك اذا وجد الشرط وكذلك ان كان الغلام في غير ملكه حين حلف ثم اشتراه ثم فعل ذلك لان اليمين بالنذر في محل معين لايصح الا باعتبار الملك أو الاضافة الى الملك ولم يوجد الملك ولا الاضافة الى الملك في المحل وقت اليمين فلم ينعقد يمينه أصلا ﴿ قال ﴾ وان قال ان كلمت فلاناً فهذا المملوك هدى ثم اشتراه صحت يمينه لوجود الاضافة الي الملك ثم عند وجود الشرط وهو الكلام يصير كانه أرسل النذر وانما ينصرف الى شراء بعده لا الى شراء سبقه ﴿ قال ﴾ وان قال فهذه الشاة هدي الى بيت الله تعالى أو الى مكة أو الى الكعبة وهو يملكها فعليه أن يهديها لانه لو أطلق التزام الهدى صح نذره باعتبار هذا المكان فاذا صرح به كان أولى ﴿ قال ﴾ واذا قال الى الحرم أو الى المسجد الحرام لم يلزمه أن يهديهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولزمه ذلك عندهما وهو نظير ماسبق من التزام المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام لما جعل ذكر هذين الموضعين عندهما كذكر مكة ولم يجعل كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذلك هنا فان قيل فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن يلزمه هنا لأن ذكره الحرم والمسجد الحرام غير ملزم فكانه لم يذكر ولكنه قال هذه الشاة هدى فتلزمه بخلاف المشى فان هناك لو قال على مشي لايلزمه شئ قلنا هذا غير صحيح لانه اذا قال هذه الشاة هدى انما يلزمه باعتبار

أن ذكر مكة يصير مضمراً في كلامه بدلالة العرف فاذا نص الى الحرم أو الى المسجد الحرام لا يمكن أن يجعل ذكر مكة مضمراً في كلامه فلهذا لا يلزمه شيء عنده ﴿قال﴾ وكل شيء يجعله على نفسه من المتاع والرقيق فانما عليه أن يبيعه ويتصدق به على مساكين أهل مكة وان تصدق به بالكوفة أجزأه وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه لانه التزم الهدى والهدى لا يكون الا في موضع فكان من ضرورة ما نص عليه تعيين مساكين أهل مكة للتصدق عليهم ولكنا نقول هو بهذا اللفظ ملتزم للقربة في هذه المحال والفعل الذى هو قربة في هذه المحال التصدق بها فكأنه نذر أن يتصدق بها والتصدق على فقراء الكوفة كالتصدق على فقراء مكة لان معنى القربة في التصدق انما يحصل بسد خلة المحتاج وفي هذا فقراء مكة وفقراء الكوفة سواء ﴿قال﴾ وكل هدى جعله على نفسه من الابل والبقر والغنم فعليه ان يذبحه بمكة لان فعل القربة في هذه المحال باراقة الدم واراقة الدم لا تكون قربة الا في مكان مخصوص وهو الحرم أو زمان مخصوص وهو يوم النحر وفي لفظه ماينبيء عن المكان دون الزمان ولهذا كان عليه ان يذبحه بمكة وبعد الذبح صار المذبوح لله تعالى خالصاً فالسبيل ان يتصدق بلحمه والأولى ان يتصدق به على مساكين مكة وان تصدق على غيرهم أجزأه عندنا لما بينا في الفصل الأول وان كان ذلك في أيام النحر فعليه ان ينحر بمنى كما هو السنة في الهدايا وان كان في غير أيام النحر فعليه ان يذبح بمكة وهذا على سبيل بيان الأولى فاما في حكم الجواز اذا ذبحه في الحرم جاز كما قال صلى الله عليه وسلم منى منحر وفجاج مكة كلها منحر ﴿قال﴾ ولو قال ان فعلت كذا فعلى هدى ففعله كان عليه ما استيسر من الهدى شاة لان اسم الهدى عند الاطلاق يتناول الابل والبقر والغنم فان هذه الحيوانات يتقرب باراقة دمها الا ان عند الاطلاق يلزمه المتيقن وهو الشاة فان نوى الابل أو البقر كان عليه مانوى لانه شدد الأمر على نفسه في نيته ونوى التعظيم فيما التزمه من الهدى فيلزمه ما نوى ولا يذبحها الا بمكة لتصريحه بالهدى فان كان قال على بدنة فان كان نوى شيئاً من البدن بعينه فعليه مانوى لان المنوي اذا كان من محتملات كلامه فهو كالمصرح به وان لم يكن له نية فعليه بقرة أو جزور لان اسم البدنة مشتق من البدانة وهي الضخامة والعظم وذلك لا يتناول الشاة وانما يتناول البقرة والجزور هكذا نقل عن على وابن عباس رضى الله عنهما وعن ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهما ان لفظة البدنة لا تتناول الا الجزور فان سائلا سأل

ابن مسعود رضي الله عنه ان صاحبا لنا أوجب بدنة افتجزى البقرة فقال مم صاحبكم فقال من بنى رباح فقال ومتى اقتنت بنو رباح البقر وانما وهم صاحبكم الابل ثم ان كان نوى ان ينحرها بمكة فليس له ان ينحرها الا بمكة كما نوى لان المنوي كالمصرح به وان كان لم يكن له نية نحرها حيث شاء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لايجزئه الا ان ينحرها بمكة وجه قوله انه التزم التقرب باراقة الدم واراقة الدم لاتكون قربة الافى مكان مخصوص أوزمان مخصوص واذا لم يختص هنا بالزمان يختص بالمكان وهو الحرم كما لوأوجبه بلفظة الهدى وهما قالا كما لا يختص بالزمان لانه ليس في لفظه مايدل عليه فكذلك لايختص بالمكان لانه ليس فى لفظة البدنة مايدل عليه بخلاف لفظة الهدى واذالم يكن في لفظه مايدل على مكان أو زمان عرفنا ان مراده التزام التقرب والتصدق باللحم وذلك يحصل فى أي موضع نحر وهو قياس مالو قال لله عليّ جزور كان له ان ينحرفى أى مكان شاء ولكن أبو يوسف رحمه الله تعالى يفرق بينهما فيقول لاعادة فى استعمال لفظة الجزور فى معني الهدى بخلاف لفظة البدنة . ألا ترى أن اسم البدنة لاينطلق الا على ماهو معد للقربة كاسم الهدى بخلاف اسم الجزور ولمعني القربة جعلنا اسم البدنة متناولا للبقرة والجزور جميعاً لأن كل واحد منهما يجزى فى الهدايا والضحايا عن سبعة فعرفنا أن معنى التقرب باراقة الدم معتبر فى لفظة البدنة كما هو معتبر فى لفظة الهدي فكان مختصاً بالحرم ﴿ قال ﴾ ولا يقلد الا هدى متعة أو قران أو تطوع من الابل والبقر دون الغنم والكلام فى فصول . أحدها أن التقليد فى الهدايا سنة ثبتت بقوله تعالى ولا الهدي ولا القلائد وصح أن النبي صلى الله عليه وسلم قلد هداياه فى حجة الوداع وصفة التقليد هو أن يعلق على عنق البدنة نعل أو قطعة ادم أوعروة مزادة قيل والمعني فيه اعلام الناس ان هذا أعد للتطوع باراقة دمه فيصير جلده عن قريب مثل هذه القطعة من الجلد والمقصود به التشهير وقد بينا أن التشهير فيما هو نسك دون ماهو جبر ولهذا لايقلد الا هدى متعة أوقران أو تطوع والمقصود أن لايمنع من الماء والعلف اذا علم أنه هدى وهذا فيما يبعد عن صاحبه فى الرعى كالابل والبقر دون الغنم فان الغنم يعدم اذا لم يكن صاحبه معه فلهذا لايقلد الغنم وهذا عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يقلد الغنم أيضا لأن التقليد سنة فى الهدايا والغنم من الهدايا وقد ورد فيه أثر ولكنه شاذ فلم نأخذ به وهذا لان تقليد الغنم غير معتاد فى الناس ظاهراً بخلاف تقليد الابل

والبقر ﴿قال﴾ والتجليل حسن لان هدا يا رسول الله كانت مقلدة مجالة حيث قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها وان ترك التجليل لم يضره والتقليد أحب الىّ من التجليل لان للتقليد ذكر فى كتاب الله تعالى دون التجليل وأما الاشعار فهو مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو حسن فى البدنة وان ترك لم يضره وصفة الاشعار هو أن يضرب بالمبضع فى احد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه سمى ذلك اشعاراً بمعني أنه جعل ذلك علامة له والاشعار هو الاعلام وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول الاشعار في الجانب الأيسر من السنام وقد صح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده وهو مروي عن الصحابة رضى الله عنهم ظاهر حتى قال الطحاوي رحمه الله تعالى ما كره أبو حنيفة رحمه الله تعالى أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار وانما كره إشعار أهل زمانه لانه رآهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصا فى حر الحجاز فرأى الصواب فى سد هذا الباب على العامة لانهم لا يراعون الحد فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلابأس بذلك ثم حجتهما من حيث المعنى لان المقصود من الاشعار والتقليد اعلام بأنها بدنة حتى اذا ضلت ردت واذا وردت الماء والعلف لم تمنع لكن هذا المقصود بالتقليد لايتم لان القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه فانما يتم بالاشعار لانه لايفارقه فكان الاشعار حسناً لهذا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول معنى الاعلام بالتقليد يحصل وهو لاكرام البدنة وليس في الاشعار معني الاكرام بل ذلك يؤذي البدنة ولان التجليل مندوب اليه وانما كان مندوبا لدفع أذى الذباب عن البدنة والاشعار من جوالب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رحمه الله تعالى ﴿قال﴾ ولايصير بالاشعار والتجليل محرما وانما يصير محرما بالتقليد واصل هذا ان الاحرام لاينعقد بمجرد النية عندنا وفي أحدقولى الشافعى رحمه الله تعالى ينعقد بمجرد النية وجعل الاحرام قياس الصوم من حيث أنه التزام الكف عن ارتكاب المحظورات ومثل هذه العبادة يحصل الشروع فيها بمجرد النية كالصوم وعلى قولنا الاحرام قياس الصلاة لان الاحرام لاداء الحج أو العمرة وذلك يشتمل على اركان مختلفة كالصلاة فكما لايصير شارعا في الصلاة بمجرد النية بدون التحريمة فكذلك فى الاحرام بخلاف الصوم فانه ليس للصوم الا ركن واحد وهو الامساك وذلك معلوم بزمانه

فكان الوقت للصوم معياراً ولهذا لايصح فى كل زمان الأصوم واحد فبعد وجود النية ودخول وقت الاداء لاحاجة الى مباشرة فعل الاداء فلهذا صار شارعافيه بمجرد النية وهنا الزمان ليس بمعيار للحج ولهذا صح اداء النفل في الزمان الذى يؤدى فيه الفرض وانما اداؤه بافعاله وبمجرد النية لايصير مباشرا للفعل فلايصير شارعا فى الاداء أيضاً ولكن لو قلد البدنة بنية الاحرام أو أمر فقلد له وهو ينوي الاحرام صار محرماً عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايصير محرما الا بالتلبية على القول الذى يقول لاينعقد الاحرام بمجرد النية وحجته في ذلك أن الفعل لاتقوم مقام الذكر في التحرم للعبادة كما فى الصلاة لما كان الشروع فيها بالتكبير لايقوم الفعل فيه مقامه حتى لوركع أو سجد بنية الشروع في الصلاة لايصير شارعا ولافرق بينهما لان الهدى نسك فى هذه العبادة كالركوع والسجود فى الصلاة توضيحه ان تقليد الهدى لايكون أقوى من اراقة دم الهدى وباراقة دم الهدي على قصد الاحرام لايصير محرما فكذلك بالتقليد وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا الهدى ولاالقلائد الى أن قال واذا حللتم فاصطادوا ولم يتقدم ذكر الاحرام ففي قوله واذا حللتم فاصطادوا اشارة الى أن الاحرام يحصل بتقليد الهدى وذلك مروى عن الصحابة عمر وابن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتي روى عن قيس بن سعد أنه كان يغسل رأسه فبعد ماغسل أحد شقي رأسه نظر فاذا هداياه قد قلدت فقام وترك غسل الشق الآخر وقال اما إنى من قلدت هذه الهدايا له فقدم احرم والمعنى فيه أن الحج يشبه الصلاة من وجه والصوم من وجه فمن حيث أنه ليس فى اثنائه ذكر مفروض كان مشبها بالصوم ومن حيث أنه يشتمل على أركان مختلفة كان مشبها بالصلاة فيوفر على الشبهين حظهما من الحكم فنقول بشبهه بالصلاة لايصير شارعا فيه بمجرد النية وبشبهه بالصوم يصير شارعا فيه وان لم يأت بالذكر اذا اتى بفعل يقوم مقام الذكر وهذا لان المقصود بالتلبية اظهار إجابة الدعوة وبتقليد الهدى يحصل اظهار الاجابة أيضا وفرق بين التجليل والتقليد فقال بالتجليل لايصير محرما وان نوى لان التجليل لايختص به ما أعد للقربة فقد تجلل البدنة لاعلى قصد التقرب بها فلا يكون ذلك دليل الاجابة بخلاف التقليد بالصفة التى ذكرنا فانه لايكون الا عند قصد التقرب فكان اظهارا للاجابة وكذلك بالاشعار لايصير محرماً أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا يشكل لأن الاشعار مكروه عنده فكيف يصير

محرما به وعندهما الاشعار بمنزلة التجليل فانه أخراج شئ من الدم من البدنة وذلك لايختص بحال التقرب بها فلم يكن ذلك دليل الاجابة فلهذا لايصير محرما ثم اذا نوى عند التقليد حجة أو عمرة فهو على مانوى لأن التقليد بمنزلة التلبية وان لم يكن له نية في حجة أوعمرة انما نوى الاحرام فقط فهو بمنزلة مالو أتى بنية الاحرام مطلقا فان شاء جعله حجا وان شاء جعله عمرة وان قلد الشاة بنية الاحرام لايصير محرما لما بينا أن التقليد فى الشاة ليس بقربة فلا يصير به محرما وان قلد الهدى وبعث به وهو لاينوى الاحرام ثم خرج فى أثره لم يصر محرما حتى يدرك هديه فاذا أدركه وسار معه صار محرما الآن والأصل فيه حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدى فقلدها وبعث بها وأقام بأهله حلالا لايحرم به مايحرم على المحرم فعرفنا أنه لايصير محرما بمجرد التقليد والصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا مختلفين في هذه المسئلة على ثلاثة أقاويل فمنهم من يقول اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه فى أثرها صار محرما ومنهم من قال اذا أدركها فساقها صار محرما فاخذنا بالمتيقن من ذلك وقلنا اذا أدركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم فى هذه الحالة الا فى بدنة المتعة فانه لا يصير محرما حتى يخرج على أثرها وان لم يدركها استحسانا وفى القياس لا يصير محرما حتى يدركها فيسوقها كما فى هدى التطوع ولكنه استحسن فقال لهدى المتعة نوع اختصاص لبقاء الاحرام بسببه فان المتمتع اذا ساق الهدى فليس له أن يتحلل من النسكين بخلاف ما اذا لم يسق الهدى وكما كان له نوع اختصاص ببقاء الاحرام فكذلك بابتداء الشروع فى الاحرام لهدى المتعة نوع اختصاص وذلك في أن يصير محرما بنفس التوجه وان لم يدرك الهدى بخلاف هدي التطوع ﴿قال﴾ وان اشترك قوم فى هدى المتعة وهم يؤمون البيت فقلدها بعضهم بأمر أصحابه صاروا محرمين لان فعله بأمر شركائه كفعلهم بأنفسهم وان قلدها بغير أمرهم صار هو محرما دونهم لان فعله بغير أمرهم لايقوم مقام فعلهم وبدون فعل من جهتهم لايصيرون محرمين ألا ترى أنه لو قلدها أجنبي بغير أمرهم لايصيرون محرمين فكذلك اذا قلد بعضهم بغير أمر الشركاء يصير هو محرما دونهم ﴿قال﴾ ويتصدق بجلال هديه اذا نحره لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ﴿قال﴾ ولا يعطى شيئاً من ذلك في أجر جزارته لامن جلده ولا من لحمه ولا من جلاله

هكذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضى الله عنه ولا تعط الجزار منها شيئاً وقال من باع جلدا ضحيته فلا أضحية له ﴿ قال ﴾ ويستحب له ان يأكل من هدي المتعة والقران والتطوع فان الله تعالى أمر به بقوله فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها وأدنى مايثبت بالأمر الاستحباب فلذلك يستحب له ولاينبغي له ان يتصدق باقل من الثلث هكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه بعث بهدى مع علقمة فأمره ان يتصدق بثلث وان يأكل ثلثا وان يبعث الى آل عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بثلث ﴿ قال ﴾ وان ساق بدنة لاينوى بها الهدي قال اذا كان ساقها الى مكة فهو هدي وانما أراد بهذا اذا قلدها وساقها لان هذا لايفعل عادة الا بالهدي فكان سوقها بعد اظهار علامة الهدى عليها بمنزلة جعله اياها بلسانه هديا ﴿ قال ﴾ ولا يجزي فى الهدايا والضحايا الا الجذع من الضأن اذا كان عظيما فما فوق ذلك أو الثني من المعز والابل والبقر لقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالثنيان ولا تضحوا بالجذعان الا ان الجذع من الضأن اذا كان عظيما يجزى لما روي ان رجلا ساق جذعانا الى منى فبادت عليه فقال أبو هريرة رضى الله عنه سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتهزوها ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبة يوم النحر من من ضحي قبل الصلاة فليعد قال أبو بردة بن نيار انى ذبحت نسكي لاطعم أهلى وجيرانى فقال صلى الله عليه وسلم تلك شاة لحم فأعد نسكك فقال عندي عتود خير من شاتين فقال صلوات الله عليه يجزيك ولا يجزى أحدا بعدك فدل أن مادون الثنى من المعز لايجوز والجذع من الضأن عند الفقهاء ما أتى عليه سبعة أشهر وعند أهل اللغة ماتم له ستة أشهر والثنى من الغنم عند الفقهاء ما أتى عليه سنة وطعن في الثانية وعند أهل اللغة ماتم له سنتان والثني من المعز والبقر ماتم له سنتان وطعن فى الثالثة ومن الابل الجذع ماتم له أربع سنين والثني ماتم له خمس سنين (قال) ولا يجزى فى الهدايا العوراء أو المقطوعة الذنب أو الاذن اشتراها كذلك أو وجدت عنده بعد الشراء لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال استشرفوا العين والاذن ونهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بالعوراء البيّن عورها والعجفاء التى لاتنقى والعرجاء التي لاتمشى الى منسكها والحادث من هذه العيوب بعد الشراء بمنزلة الموجود وقت الشراء فى المنع من الجواز وهكذا ان أضجعها ليذبحها فأصابها شئ من ذلك في القياس ولكن فى الاستحسان هذا

لايمنع الجواز لانها تضطرب عند الذبح فيصيبها شئ من ذلك ولا يمكن التحرز في هذه الحالة فجعل عفوا لهذا ولانه أضجعها ليتلفها فتلف جزء منها في هذه الحالة لايؤثر في المنع من الجواز بخلاف ماقبله ﴿قال﴾ وان كان الذاهب من العين أو الاذن أو الذنب بعضه فان كان ماذهب منه كثيراً يمنع الجواز أيضاً لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة فالشرقاء مشقوقة الاذن عرضاً والخرقاء طولا والمقابلة التي ذهب قدام اذنها والمدابرة أن يكون الذاهب خلف أذنها الا أن القليل لايمكن التحرز عنه عادة فجعل عفواً والحد الفاصل بين القليل والكثير عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى ظاهر الرواية أن يكون الذاهب أكثر من الثلث فان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثلث كثير ولكن جعله من الكثير الذي يجزى فى الوصية بخلاف ماوراءه فعرفنا ان مازاد على الثلث حكمه مخالف للثلث ومادونه وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى أن الذاهب اذا كان بقدر الربع يمنع على قياس ماتقدم من المسائل أن الربع ينزل منزلة الكمال كما في المسح والحلق وعلى قولهما اذا كان الذاهب أكثر من الباقي لم يجز وان كان الباقي أكثر من الذاهب أجزأه لان القلة والكثرة من ألاسماء المشتركة فانما يظهر عند المقابلة وان كان الذاهب والباقي سواء لم يجز فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان المانع من الجواز اذا استوى بالمجوز يترجح المانع وقال أبو يوسف أخبرت بقولى أبا حنيفة رحمه الله تعالى فقال قولى قولك أومثل قولك قيل هذا رجوع من أبي حنيفة رحمه الله تعالى الى قوله وقيل هو اشارة الى التفاوت بين القولين ﴿قال﴾ ويجزى في الهدى الخصى ومكسورة القرن لان مالا قرن له يجزي فمكسور القرن أولى وهذا لانه لامنفعة للمساكين في قرن الهدى واماجواز الخصي فلانه أطيب لحما وقال الشعبي رحمه الله تعالى مازاده الخصا في طيبة لحمه خير للمساكين ممافات من الخصيين والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحي بكبشين أملحين موجوأين ينظران في سواد ويمشيان في سواد ويأكلان في سواد أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته (قال) فان اشترى هديا ثم ضل منه فاشترى مكانه آخر وقلده وأوجبه ثم وجد الاول فان نحرهما فهو أفضل لانه أتى بالواجب وزاد ولانه كان وعد أن ينحر كل واحد منهما والوفاء بالوعد مندوب اليه وان نحر الاول وباع الثانى جاز لانه ما أوجب الثانى ليكون أصلا بنفسه وانما أوجبه ليكون خلفاً عن الاول قائما مقامه فاذا

أوجد ما هو الاصل سقط اعتبار الخلف وان باع الاول وذبح الآخر فان كانت قيمتهما سواء أو كانت قيمة الثانى أكثر جاز لانه مثل الاول أو أفضل منه وان كانت قيمة الأول أكثر فعليه أن يتصدق بالفضل لانه جعل الاول هديا أصلا فانما يجوز اقامة الثانى مقام الاول بشرط أن لا يكون أنقص من الاول فاذا كان انقص كان عليه أن يتصدق بقدر النقصان لانه قصد أن يمنع شيئاً مما جعله لله تعالى وليس له ذلك فيتصدق بالفضل ليتم جعل ذلك القدر من المالية لله تعالى وهدى المتعة والتطوع في هذا سواء لأنهما صار الله تعالى اذا جعلهما هديا فى الوجهين جميعا فان عرف بهدى المتعة فهو حسن لان هدى المتعة نسك فيبنى أمره على الشهرة وان ترك ذلك لم يضره لان الواجب هو التقرب باراقة الدم فالتعريف فيه ليس من الواجب في شئ وان كان معه للمتعة هديان فنحر أحدهما حل لان ما زاد على الواحد تطوع فلا يتوقف حكم التحلل عليه ﴿قال﴾ وهدى التطوع اذا بلغ الحرم فعطب فنحر وتصدق به أجزأه بخلاف هدى المتعة فان ذلك مختص بيوم النحر فلا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فأما هدى التطوع غير مختص بيوم النحر وانما عليه تبليغه محله بأن يذبحه فى الحرم وقد فعل ذلك ﴿قال﴾ فان اشترى بدنة لمتعته ثم اشترك ستة نفر فيها بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لايسعه ذلك لانه لما أوجبها لنفسه صار الكل لازماً عليه فان قدر ما يجزئ من هدى المتعة كان واجبا عليه وما زاد على ذلك وجب بايجابه فاشراكه الغير بعد ذلك مع نفسه يكون رجوعا عما أوجب فى البعض وكما لا يجوز له أن يرجع في الكل فكذلك لا يجوز له أن يرجع في البعض ولان اشراكه بيع للبعض منهم وليس له أن يبيع شيئاً مما أوجبه هديا وان فعل فعليه أن يتصدق بالثمن وان كان نوي عند الشراء أن يشرك فيها ستة نفر أجزأه ذلك لانه ما أوجب الكل على نفسه بمجرد الشراء فكان هذا وما لو اشتراه السبعة سواء فان لم يكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى اشرك فيها ستة نفر أجزأه ولكن الافضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة منهم فى الابتداء ﴿قال﴾ واذا ولدت البدنة بعد ما اشتراها لهديه ذبح ولدها معها لانه جعلها لله تعالى خالصاً والولد جزء منها فان كان انفصاله بعد ما جعلها لله تعالى سرى حق الله تعالى اليه فعليه أن يذبحها والولد معها وان باع الولد فعليه قيمته اعتباراً للجزء بالكل وان اشتري بها هدياً فحسن وان تصدق بها فحسن اعتباراً للقيمة بالولد فان

الأفضل أن يذبح ولو تصدق به كذلك أجزأه فكذلك بقيمته ﴿ قال ﴾ واذا مات أحد الشركاء في البدنة أو الاضحية فرضي وارثه أن يذبحها معهم عن الميت أجزأهم وهو الاستحسان وفى القياس لايجوز لأن الميت اذا لم يوص بأن يذبح عنه فقد انقطع حكم القربة عن نصيبه فصار ميراثا لوارثه والوارث لم يقصد التقرب بذبحه عن نفسه فخرج ذلك القدر من أن يكون قربة وهذا لأن التقرب بالذبح تقرب بطريق الاتلاف وذلك لايجوز عن الميت بغير أمره كالعتق ولكنه استحسن فقال يجوز لان المقصود هو التقرب وتقرب الوارث بالتصدق عن الميت صحيح وان لم يوص به فكذلك تقربه بايفاء ماقصد المورث فى نصيبه باراقة الدم فالتصدق به يكون صحيحا ﴿قال﴾ وان كان أحد الشركاء فى البدنة كافراً أو مسلما يريد به اللحم دون الهدى لم يجزهم أما اذا كان أحدهم كافراً فلا يتحقق معنى القربة فى نفسه لوجود ماينا في معنى القربة وهو كفره واراقة الدم الواحد اذا اجتمع فيه ماينافى معني القربة مع الموجب لها يترجح المنافى وأما اذا كان مراد أحدهم اللحم فلا يجزئ الباقين عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجزيهم لان المنافى لمعنى القربة لم يتحقق هنا ليكون معارضاً ونصيب كل واحد منهم بمنزلة هدى على حدة ولكل واحد منهم مانوى ولكننا نقول الذي نوى اللحم فكانه نفي معنى القربة فى نصيبه . ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيما ذبحه أبو بردة قبل الصلاة تلك شاة لحم فعرفنا ان هذه عبارة عما لايكون قربة وما يمنع الجواز واراقة الدم لايتجزى فاذا اجتمع فيه المانع من الجواز مع المجوز يترجح المانع كما لو كان أحدهم كافراً فاما اذا نووا القربة ولكن اختلفت جهات قصدهم فعلى قول زفر رحمه الله تعالى لايجوز أيضاً لان اراقة الدم لايتبعض فلا تسع فيها الجهات المختلفة ولكنا نقول قصد الكل التقرب فكانت الاراقة لله خالصاً فلا يعتبر فيه اختلاف الجهات بعد ذلك الا ترى ان الواحد اذا وجبت عليه دماء من جهات مختلفة فنحر بدنة ينوي عن ذلك كله أجزأه فكذلك الشركاء ﴿قال﴾ ولا يركب البدنة بعد ما أوجبها لانه جعلها لله جلت قدرته خالصاً فلا ينبغي له ان يصرف شيئاً من عينها أو منافعها الى نفسه قبل ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها فحينئذ لا بأس بذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال انها بدنة يارسول الله فقال اركبها ويلك وانما أمره بذلك لانه رآه عاجزاً عن المشى محتاجاً الى ركوبها فاذا ركبها وانتقص بركوبه شيء ضمن ماانقص ذلك لانه صرف جزءاً منها

الى حاجته وكذلك لايحلب لبنها لان اللبن متولد منها فلايصرفه الى حاجة نفسه ولكن ينبغي ان ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص لبنها ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فاما اذا كان بعيداً ينزل اللبن ثانياً وثالثا فيصير ذلك بالبدنة ضاراً فيحلبها ويتصدق بلبنها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثل ذلك أو بقيمته وأى الشركاء فيها نحرها يوم النحر أجزأهم لان كل واحد يستعين بشركائه فى نحرها في وقته دلالة فيجعل ذلك بمنزلة الأمر به افصاحا ﴿ قال ﴾ واذا عطب الهدى فى الطريق نحره صاحبه فان كان واجبا فهو لصاحبه يصنع به ماشاء لانه قصد بهذا اسقاط الواجب عن ذمته فاذا خرج من أن يكون صالحا لاسقاط الواجب به بقى الواجب فى ذمته كما كان وهذا ملكه فيصنع به ماشاء وان كان تطوعا نحره وصبغ نعله بدمه ثم ضرب به صفحته ولم يأكل منه شيئا بل يتصدق به وذلك أفضل من أن يتركه للسباع هكذا نقل عن عائشة رضى الله عنها والأصل فيه ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عام الحديبية الهدايا على يد ناجية بن جندب الاسلمي رضى الله عنه وأمره ان يسلك بها الفجاج والاودية حتى يخرج بها الى مني فقال ماذا أصنع بما عطب على يدى منها فقال انحرها واصبغ نعلها بدمها والمراد بالنعل قلادتها واضرب بها صفحة سنامها ثم خل بينها وبين الناس ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقتك منها شيئا ومقصوده مما ذكر ان يجعل عليها علامة يعلم بتلك العلامة انها هدي فيتناول منها الفقراء دون الاغنياء وانما نهاه أن يتناول منها لانه كان غنيا مع رفقته ثم المتطوع بالهدايا انما يتناول باذن من له الحق والاذن معلق بشرط بلوغه محله قال الله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها فاذا لم تبلغ محلها لايباح له التناول منها ولا ان يطعم غنيا بل يتصدق بها على الفقراء لانه قصد بها التقرب الى الي الله تعالى فاذا فات معنى التقرب الي الله تعالى باراقة الدم يتعين التقرب الى الله تعالى بالتصدق وذلك بالصرف الى الفقراء دون الاغنياء فان أعطى من ذلك غنيا ضمن قيمته ويتصدق بجلالها وخطمها أيضا كما يفعل ذلك اذا بلغت محلها ﴿قال﴾ واذا أخطأ الرجلان فنحر كل واحد منهما هدى صاحبه أو أضحيته عن نفسه أجزأه استحسانا وفى القياس لايجزئ لان كل واحد منهما غير مأمور بما صنع فى هدى صاحبه فكان متعديا ضامنا ولكنه استحسن فقال كل واحد منهما مأذون بما صنع من صاحبه دلالة لان صاحب الهدى والاضحية يستعين بكل احد أن ينوب عنه فى الذبح في وقته دلالة والاذن دلالة بمنزلة

الاذن افصاحا كقرب ماء السقاية ونحوها ويأخذ كل واحد منهما هديه من صاحبه فيصنع به ماشاء بمنزلة مالو فعله صاحبه بأمره وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال لكل واحد منهما الخيار بين أن يأخذ من صاحبه هديه فيصنع به ماشاء كما لو ذبحه بنفسه وبين أن يضمن صاحبه قيمة هديه فيشتري بها هديا آخر ويذبحه في أيام النحر وان كان بعد أيام النحر تصدق بالقيمة وان نحر هديه قائما أو أضجعه فأي ذلك فعل فهو حسن . وبلغنا أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا ينحرونها قياما معقولة الأيدي اليسرى وفي قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها مايدل على أنه لا بأس بأن ينحرها قائمة لان وجوب الجنب السقوط من القيام . وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر خمس هدايا أو ستاً فطفقن يزدلفن اليه بأيتهن يبدأ فدل أنه ينحر قياما . وقد حكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال نحرت بيدي بدنة قائمة معقولة فكدت أهلك قوما من الناس لانها نفرت فاعتقدت أن لا أنحر بعد ذلك الا باركة معقولة أو أستعين بمن يكون أقوى عليه مني ﴿قال﴾ ولا أحب أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره نحو قوله اللهم تقبل من فلان لقوله صلى الله عليه وسلم جردوا التسمية يعني ذكر اسم الله تعالى عند الذبح ويكفي في هذا أن ينويه بقلبه أو يذكره قبل ذكر التسمية ثم يقول بسم الله والله أكبر وينحر ﴿قال﴾ ولا يذبح البقر والغنم قياما لانه مندوب في كل نوع ان يذبحه على وجه يكون أيسر على المذبوح قال صلى الله عليه وسلم اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة الحديث ﴿قال﴾ ويستحب له أن يذبح هديه أو أضحيته بيده لما روى أن النبي صلي الله عليه وسلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي علياً رضي الله عنه وفي هذا دليل على أن الاولى أن يذبح بنفسه فاما اذا لم يقدر على ذلك ولم يهتد لذلك فلا بأس بان يستعين بغيره لان فعل الغير بأمره كفعله بنفسه ﴿قال﴾ ولا أحب أن يذبحه يهودي أو نصراني لان هذا من باب القربة فلا يستعان فيه بالكافر قال صلى الله عليه وسلم إنا لانستعين في امر ديننا بمن ليس على ديننا ﴿قال﴾ وان ذبح هديه يوم النحر بعد طلوع الفجر أجزأه ولا يجزيه قبل طلوع الفجران كان هدى المتعة لانه مؤقت بيوم النحر وانما يدخل يوم النحر بعد طلوع الفجر الثاني وان جعل ثوبه هديا أجزأه أن يهدي قيمته لانه جعله لله تعالى وفيما صار لله تعالى صرف العين والقيمة سواء كما في الزكاة وكذلك لو جعل شاة من غنمه هديا أجزأه ان يهدي قيمتها . وفي رواية

أبى حفص رحمه الله تعالى أجزأه أن يهدى مثلها قال ألا ترى أنه يعطي فى الزكاة قيمة الشاة فيجوز وذكر فى الجامع الكبير اذا قال لله على ان أهدى شاتين وسطين فأهدى شاة تبلغ قيمتها قيمة شاتين لا يجوز بخلاف الزكاة لانه التزم اراقة دمين واراقة دم واحد لا يقوم مقام اراقة دمين وما ذكر فى هذا الموضع أنه لا يجزئه التصدق بالقيمة لانه انما التزم التقرب باراقة الدم فلا يقوم التصدق بالقيمة مقامه حتى قيل فى المسئلة روايتان فعلى ما ذكر هنا يجب أن يجوز هناك أيضاً وان قال لله عليّ أن أهدي شاة فأهدى جزوراً يجزئه وهو محسن في ذلك لانه أدى الواجب عليه وزيادة فان الجزور قائم مقام سبع من النعم حتى يجزى عن سبعة نفر ففيه وفاء بالواجب وزيادة وانما أورد هذا لايضاح أنه اذا أهدى مثل ما عينه فى نذره أو أفضل منه أو أهدى قيمته أجزأه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الحج عن الميت وغيره

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه رجل دفع مالا الى رجل ليحج به عن الميت فلم يبلغ مال الميت النفقة فانفق المدفوع اليه من ماله ومال الميت فان كان أكثر النفقة من مال الميت وكان اله بحيث يبلغ ذلك أوعامة النفقة فهو جائز والا فهو ضامن يرده ويحج من حيث يبلغ لان المعتبر فى الحج عن الغير الانفاق من ماله فى الطريق والاكثر له حكم الكل والتحرز عن القليل غير ممكن فقد يضيفه انسان يوما فلا ينفق من مال الميت وقد يستصحب مع نفسه زاداً أو ثوبا من مال نفسه وقد يشرب الماء فيعطى السقاء شيئاً من عند نفسه وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفواً فاعتبرنا الاكثر وقلنا اذا كان اكثر النفقة من مال الميت فكأن الكل من مال الميت وان كان أكثر النفقة من مال نفسه كان جميع نفقته من مال نفسه فيكون الحج عنه ويضمن ما انفق من مال الميت لانه مخالف لامره فانه أمر بأن ينفق فى سفر الحج بذلك السفر عن الميت لا عن نفسه وهذه المسئلة تدل على أن الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره ان أصل الحج يكون عن المحجوج عنه وأن إنفاق الحاج من مال المحجوج عنه كانفاق المحجوج عنه من مال نفسه أن لو قدر على الخروج بنفسه وبنحوه جاءت السنة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسائلة حجي عن أبيك واعتمرى وقال رجل

يارسول الله ان أبي مات ولم يحج افيجزئني أن أحج عنه فقال صلى الله عليه وسلم نعم وحديث الخثعمية مشهور حيث قالت يارسول الله إن فريضة الله الحج أدركت أبي شيخاً كبيرا لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة أفيجزئني أن أحج عنه فقال صلوات الله تعالى عليه أرأيت لوكان على أبيك دين فقضيته أكان يقبل منك قالت نعم فقال صلى الله عليه وسلم الله أحق أن يقبل فدل ان أصل الحج يقع عن المحجوج عنه وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال للمحجوج عنه ثواب النفقة فاما الحج يكون عن الحاج وهذا لان الحج عبادة بدنية والعبادات البدنية لاتجرى النيابة في ادائها لان الواجب عليه انفاق المال فى الطريق واداء الحج فاذا عجز عن اداء الحج بقى عليه مقدار مايقدر عليه وهو انفاق المال فى الطريق فلزمه دفع المال لينفقه الحاج في طريق الحج ولكن الأول أصح فان فرض الحج لايسقط بهذا عن الحاج وكذلك فى هذه المسئلة اذا كان أكثر نفقته من مال نفسه حتى صار حجه عن نفسه كان ضامنا لما أنفق من مال الميت ولو كان للميت ثواب النفقة فقط لايصير ضامنا لان ذلك قد حصل للميت فلما قال يضمن ويحج به عن الميت من حيث يبلغ عرفنا ان الحج عن الميت ﴿ قال ﴾ وان أنفق المدفوع اليه من مال نفسه وفى مال الميت وفاء بحجه رجع به فى مال الميت اذا كان قد دفع اليه وجاز الحج عن الميت لانه قد يبتلى بالانفاق من مال نفسه في طريق الحج بان لا يكون مال الميت حاضراً أو يتعذر عليه اظهاره ولافرق فى حق الميت بين ان ينفق من ماله وبين ان ينفق من مال نفسه فيرجع به في مال الميت كالوصى والوكيل يشترى لليتيم ويعطى الثمن من مال نفسه يرجع به فى مال اليتيم ﴿ قال ﴾ فان نوى الحاج عن الغير ان يقيم بمكة بعد النفر خمسة عشر يوما بطلت نفقته من مال الميت لان بهذه النية صار مقيما بمكة وتوطنه بمكة لحاجة نفسه لا لحاجة الميت فلا يستحق فيه النفقة في مال الميت وانما استحقاقه النفقة فى مال الميت في سفره ذاهبا وجائيا لانه فى ذلك عامل للميت وان كان أقام دون خمسة عشر يوما فهو مسافر على حاله فنفقته في مال الميت وقد كان بعض المتقدمين من مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول ان أقام بعد النفر ثلاثا فنفقته فى مال الميت لانه محتاج الى هذا القدر من المقام للاستراحة وان أقام أكثر من ذلك فنفقته في مال نفسه ولكن هذا الجواب كان فى زمانهم لانه كان يقدر ان يخرج من مكة متى شاء فاما في زماننا لايقدر على الخروج الا مع الناس فان كان مقامه بمكة لانتظار خروج قافلته فنفقته فى مال الميت سواء أقام خمسة عشر

يوما أو أقل أو أكثر لانه لايقدر على الخروج الا معهم فلم يكن هو متوطنا بمكة لحاجة نفسه وان أقام بعد خروج قافلته فحينئذ ينفق من مال نفسه فان بدا له بعد المقام أن يرجع فنفقته في مال الميت لانه كان استحق نفقة الرجوع في مال الميت وانما كان ينفق من مال نفسه لتأخير الرجوع فاذا أخذ في الرجوع عادت نفقة الرجوع في مال الميت وهو نظير الناشزة اذا عادت الى بيت زوجها تستحق النفقة وكذلك المضارب اذا أقام في بلدته أو في بلدة أخرى ونوى الاقامة خمسة عشر يوما لحاجة نفسه لم ينفق من مال المضاربة فان خرج مسافراً بعد ذلك كانت النفقة في مال المضاربة وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال لا تعود نفقته في مال الميت هنا لان القياس أن لايستوجب نفقة الرجوع في مال الميت لانه في حق الرجوع عامل لنفسه لا للميت ولكنا تركنا ذلك وقلنا أصل سفره كان لعمل الميت فما بقي ذلك السفر تبقى نفقته في مال الميت وبالوصول لم يبق ذلك السفر ثم هو أنشأ سفراً بعد ذلك لحاجة نفسه وهو الرجوع الى وطنه فلا يستوجب لهذا السفر النفقة في مال الميت ولم يذكر في الكتاب أنه اذا وصل الى مكة قبل وقت الحج بزمان كيف يكون حاله في الانفاق وقد ذكر في النوادر عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه اذا قدم في الأيام العشر فنفقته في مال الميت وان قدم قبل ذلك أنفق من مال نفسه الى أن تدخل أيام العشر ثم نفقته في مال الميت بعد ذلك لان العادة ان قدوم قوافل مكة يتقدم ويتأخر ولكنه في الايام العشر موافق لما هو العادة فأما قدومه قبل ايام العشر مخالف لما هو العادة وهو في هذه الاقامة ليس يعمل للميت شيئاً فلهذا كانت نفقته في مال نفسه ﴿قال﴾ فان أوصى أن يحج عنه بألف درهم فبلغت حججاً فالوصي بالخيار ان شاء دفع كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه رجالا في سنة واحدة وهو أفضل لان الوصية بالحج بمال مقدر بمنزلة الوصية بالتصدق بمال مقدر وفي ذلك الوصي بالخيار بين التقديم والتأخير والتعجيل أفضل لانه أقرب الى تحصيل مقصود الموصى وأبعد عن فوات مقصوده بهلاك المال ﴿قال﴾ واذا حج العبد باذن مولاه فان ذلك لايجزئه عن حجة الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا عتق وايما صبي حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا بلغ وايما اعرابي حج ولو عشر حجج فعليه حجة الاسلام اذا هاجر وانما قال هذا حين كانت الهجرة فريضة وكان المعنى فيه أن العتق من شرائط وجوب

الحج ولا يتحقق الوجوب بدون شرطه فيكون المؤدى قبل وجود الشرط نفلا فلا ينوب عن الفرض وهذا بخلاف الفقير اذا حج ثم استغنى حيث جاز ماأدى عن الفرض لان ملك المال ليس بشرط للوجوب انما شرط الوجوب التمكن من الوصول الى موضع الاداء الا ترى أن المكي الذى هو في موضع الاداء لايعتبر في حقه ملك المال وفي حق الآفاقي لايتقدر المال بالنصاب بل يختلف ذلك باختلاف قربه من موضع الاداء وبعده فعرفنا ان الشرط هو التمكن من الوصول الى موضع الاداء فباى طريق وصل الفقير الى ذلك الموضع وجب الاداء فانما حصل اداؤه بعد الوجوب فكان فرضاً فاما العتق من شرائط الوجوب فان العبد الذى هو بمكة لايلزمه الحج فالمؤدى قبل العتق لايكون فرضاً توضيحه أنه انما أدى الحج بمنافعه ومنافع الفقير حقه فاذا اداه بماهو حقه كان فرضا فأما منافع العبد لمولاه وباذن مولاه لاتخرج المنفعة من ملكه فانما أداه بما هو ملك الغير وملك الغير لايسقط ماهو فرض العمر عنه وهذا بخلاف الجمعة اذا أداها باذن المولى لان الجمعة تؤدى في وقت الظهر ومنافعه لأداء الظهر صارت مستثناة عن حق المولى فانما أداه بمنافع مملوكة له فهذا جائز عنه بخلاف مانحن فيه فان هذا غير مستثنى من حق المولى فلا تتأدى به حجة الاسلام ﴿قال﴾ فان أصاب صيداً فعليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو ليس من أهل التكفير باراقة الدم ولا بالاطعام فيكفر بالصوم كما اذا حنث في يمينه كان عليه أن يكفر بالصوم ﴿قال﴾ وان جامع مضى فيه حتى يفرغ منه لان حجه وان فسد لكن عليه المضى في الفاسد وان احرامه كان لازما فلا يخرج عنه الا بأداء أفعال الحج فاسداً كان أو صحيحاً وعليه الهدى اذا عتق لتعجل الاحلال بالجماع وهذا الدم لا يقوم الصوم مقامه والأصل في كل دم لايقوم الصوم مقامه يتأخر عن العبد حتى يعتق وكل مايقوم الصوم مقامه فعليه أن يؤديه بالصوم وعليه حجة مكان هذه ينوى حجة الاسلام لانه أفسدها بعد ماصح شروعه فيها فعليه قضاؤها وان لم يجامع ولكنه فاته الحج يحل بالطواف والسعى والحلق لانه بعد صحة شروعه في الاحرام يتحلل بما يتحلل به الحر والحر انما يتحلل بعد فوات الحج باعمال العمرة فكذلك العبد وعليه أن يحج حجة اذا عتق سوى حجة الاسلام لفوات ماشرع فيه وان أطعم عنه مولاه أوذبح عنه من الدماء مايلزمه لايجزئه لأنه لم يصر مالكا للطعام الذى يؤدى في الكفارة ولا لما يراق دمه فان الرق ينافى الملك وبدون الملك فيما

كفر به لا تسقط عنه الكفارة الا فى الاحصار خاصة فان على مولاه أن يبعث بهدى عنه حتى يحل لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة باذنه بالاحرام فانه لو أحرم بغير اذنه كان له أن يحلله بغير هدى فاذا أحرم باذنه كان المولى هو المكتسب لسبب وجوب هذا الدم فعليه أن يحلله ولا يبعد ان يجب على المولى حق بسبب عبده كما يجب عليه صدقة الفطر عن عبده ثم على العبد اذا عتق حجة وعمرة كما هو الحكم فى المحصر اذا كان حراً ويتحال بالهدى العبد اذا تحلل به ﴿قال﴾ واذا أراد الرجل ان يحج رجلا عن نفسه فأحب الى ان يحج رجلا قد حج عن نفسه لانه أبعد عن اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى ولأنه أهدى فى اقامة أعمال الحج لصيرورتها معهودة عنده فان أحج صرورة عن نفسه يجوز عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز ويكون حج الصرورة عن نفسه لا عن الآمر وحجته ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رأي رجلا يلبي عن شبرمة فقال عليه الصلاة والسلام من شبرمة فقال أخ لى أو صديق لى فقال عليه الصلاة والسلام حج عن نفسك ثم عن شبرمة وحجتنا فى ذلك حديث الخثعمية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز لها ان تحج عن أبيها ولم يستفسر انها حجت عن نفسها أولا وفى الحديث الاخير تعارض فقد روى انه سمع رجلا يلبي عن نبيشة فقال من نبيشة فقال صديق لى فقال اذا حججت عن نبيشة فحج عن نفسك وتأويل الحديث الاخير ان ذلك الرجل لم يحرم بعد ولكن على سبيل التعليم للكيفية في التلبية عن الغير فاشار عليه عليه الصلاة والسلام بأن يبدأ بالحج عن نفسه وبه نقول ان الأفضل ان يحج عن نفسه أولا والاختلاف فى هذا نظير الاختلاف فى الصرورة اذا حج بنية النفل عندنا حجه يكون نفلا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يكون عن حجة الاسلام وحجته فى ذلك ان نية النفل لغو لانه عبارة عن الزيادة ولا يتصور ذلك قبل الاصل واذا لغت نية النفل يبقى مطلق نية الحج وبمطلق النية يتأدي الفرض يدل عليه ان نية النفل نوع سفه قبل أداء حجة الاسلام والسفيه مستحق الحجر فجعل نية النفل لغوا تحقيقاً لمعنى الحجر فيبقى مطلق النية ويجوز ان تتأدى حجة الاسلام بغير نية كما في المغمى عليه اذا أحرم عنه أصحابه فبنية النفل أولى وحجتنا في ذلك ان وقت أداء الفرض فى الحج يتسع لاداء النفل فلا يتأدى الفرض منه بنية النفل كالصلاة بخلاف الصوم عندنا ووقت أداء الصوم لا يتسع لاداء النفل وهذا لان الحج عبادة معلومة بالافعال لا بالوقت فكان الوقت ظرفا له لا معيارا وفى مثله

لايتميز الفرض من النفل الا بالتعيين وقوله يتأدى بمطلق النية قلنا عندنا لا يتأدي الا بالتعيين غير ان التعيين يثبت بالنص تارة وبالدلالة أخرى وفي الحج التعيين حاصل بدلالة العرف فالظاهر ان الانسان لايتحمل المشقة العظيمة ثم يشتغل باداء النفل مع بقاء الفرض عليه والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص كمن اشتري بدراهم مطلقة ينصرف الى نقد البلد بدلالة العرف وانما يعتبر العرف اذا لم يوجد التصريح بخلافه فاذا صرح بنية النفل سقط اعتبار العرف فكان حجه عما نوي وما قال باطل على أصله فى الصوم فانه لايلغى اعتبار نية النفل بل يجعله معتبراً في الاعراض عن الفرض والمغمى عليه آذن لاصحابه بطريق الدلالة فى الاحرام عنه فينزل ذلك منزلة الاذن افصاحاً فانما يتأدى له الحج بالنية وان أراد ان يعين رجلا بماله للحج عن نفسه فالصرورة أولى بذلك ممن قد حج لان الصرورة بماله يتوسل الى اداء الفرض ومن قد حج مرة يتوسل الى أداء النفل وكما أن درجة أداء الفرض أعلى كانت الاعانة عليه بالمال أولى ﴿ قال ﴾ والحج التطوع جائز عن الصحيح يريد به أن الصحيح البدن اذا أحج رجلا بماله على سبيل التطوع عنه فهو جائز لان هذا انفاق المال فى طريق الحج ولو فعله بنفسه كان طاعة عظيمة فكذلك إذا صرفه الى غيره ليفعله عنه يكون جائزاً وكونه صحيحاً لايمنعه عن أداء التطوع بهذا الطريق وان كان يمنعه عن أداء الفرض لان في التطوع الامر موسع عليه ألا ترى ان في الصلاة يجوز التطوع قاعدا مع القدرة على القيام وان كان لايجوز ذلك في الفرض فكذا هنا في حجة الاسلام والحاصل ان العبادات المالية المقصود منها صرف المال الى سد خلة المحتاج وذلك يحصل بنيابة فيجوز الانابة فيها في حالة الاختيار والضرورة والعبادات البدنية المحضة المقصود منها اما التعظيم بالجوارح كالصلاة وإما إتعاب النفس الأمارة بالسوء ابتغاء مرضات الله تعالى وذلك لايحصل بالنائب أصلا ولاتجرى النيابة فى أدائها والحج فيه المعنيان جميعا معنى التعظيم للبقعة وذلك بالنائب يحصل ومعنى تحمل المشقة للتوسل الى أدائها وذلك بالنائب لايحصل فلا تجزئ النيابة فيها عند القدرة على الأداء بنفسه لانعدام أحد المعنيين فى الاداء بالنائب وتجزى النيابة فيها عند تحقق العجز عن الاداء بالبدن لحصول أحد المعنيين بالنائب وفى العبادات البدنية المعتبر الوسع ولايعتبر العجز للحال لان الحج فرض العمر فيعتبر فيه عجز مستغرق لبقية العمر ليقع به اليأس عن الاداء بالبدن فقلنا ان كان عجزه بمعنى لايزول أصلا كالزمانة يجوز لاداء بالنائب

مطلقاً

مطلقاً وان كان عارضاً يتوهم زواله بان كان مريضاً أو مسجوناً فاذا أدى بالنائب كان ذلك مراعى فان دام به العذر الى ان مات تحقق اليأس عن الاداء بالبدن فوقع المؤدى موقع الجواز وان برأ من مرضه تبين انه لم يقع فيه اليأس عن الاداء بالبدن فكان عليه حجة لاسلام والمؤدي تطوع له والمال جعل خلفا عن القدرة على الاداء بالبدن في جواز الاداء به بعد تقرر الوجوب فأما فى ثبوت حكم الوجوب بسببه ففيه اختلاف العلماء فالمذهب عندنا ان المعضوب والمقعد والزمن لا يجب عليه الحج باعتبار ملك المال وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يجب وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وحجته فى ذلك حديث الخثعمية حيث قالت ان فريضة الله الحج أدركت أبى شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة فقولها شيخاً كبيراً نصب على الحال يعنى لزمه الحج فى هذه الحالة ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فدل أن الحج يجب على المعضوب والمقعد والزمن والمعني فيه ان شرط الوجوب التمكن من أداء الواجب بالمال فاذا جاز أداء الواجب بالمال عند العجز عن الاداء بالبدن عرفنا أن شرط الوجوب يتم به واذا جاز بقاء الواجب بعد وقوع اليأس عن الاداء بالبدن يؤدى بالمال فكذلك يثبت الوجوب بالبدن ابتداء بهذه الصفة كالصوم فى حق الشيخ الفانى يجب باعتبار بدله وهو الفدية وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من استطاع اليه سبيلا فانما أوجب الله تعالى الحج على من يستطيع الوصول الى بيت الله تعالى والزمن لا يستطيع الوصول الى بيت الله تعالى فلا يتناوله هذا الخطاب ثم رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الشرط مالا يوصله الى البيت بقوله من وجد زاداً وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى وزاد المعضوب وراحلته لا يبلغانه بيت الله تعالى فصار وجوده كعدمه ولان المقصود بهذه العبادة تعظيم البقعة بالزيارة والمال شرط ليتوسل به الى هذا المقصود وما هو المقصود فائت في حق المعضوب ولا يعتبر وجود الشرط لان الشرط تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل فى اثبات الحكم به ابتداء وان كان يبقى الحكم بعد ثبوته باعتباره واعتبار الابتداء بالبقاء فاسد فانه اذا افتقر بهلاك ماله بعد ما وجب الحج عليه يبقى واجبا ثم لا يجب ابتداء على الفقير وليس هذا نظير الفدية فى حق الشيخ الفاني لانه بدل عن أصل الصوم بالنص فيجوز أن يجب الاصل باعتبار البدل وهناك المال ليس ببدل عن أصل الحج ألا ترى أنه لا يتأدى بالمال وانما يتأدى

بمباشرة النائب بالحج عنه فاذا لم يكن المال بدلا عن أصل الحج لا يثبت الوجوب باعتباره والروايات اختلفت في الخثعمية ففي بعضها قالت هو شيخ كبير وهذا بيان أنه في الحال بهذه الصفة لا أنه في وقت لوجوب بهذه الصفة ثم مرادها أن تزول فريضة الحج عنه في حال كونه شيخا لانه وجب عليه ولظاهر هذا الحديث قال الشافعي رحمه الله تعالى المعضوب الذي لا مال له اذا بذل ولده له الطاعة ليحج عنه يلزمه فرض الحج وبطاعة غيره من القرابات لا يلزمه لان الخثعمية لما بذلت الطاعة جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج ديناً على ابيها بقوله فدين الله أحق ولم يستفسر أنه غني أو فقير فدل أن بذل الولد الطاعة يلزمه الحج وهذا لأن الولد كسبه فيكون بمنزلة ماله فكما أن القدرة على الاداء بالمال تكفي للايجاب عنده فكذلك القدرة بمنفعة الابن الذي هو كسبه وهذا لانه ليس للولد في هذه الطاعة كثير منة على ابيه بخلاف سائر القرابات فان ذلك لا يخلو عن منة وحجتنا في ذلك أن لولد متبرع في بذل هذه الطاعة كغيره فلا يجوز أن يكون تبرعه موجبا للحج على الأب . ألا ترى أن الابن لو بذل المال لابيه لا يلزمه قبوله ولا يجب الحج باعتبار هذا البذل فكذلك ببذل الطاعة بل أولى لان هناك لم يكن للابن أن يرجع بعد ذلك ليتمكن الاب من مكافأته اذا استفاد مالا وهنا للابن أن يرجع عما بذل من الطاعة فاذا لم يجب الحج على الوالد ببذل الولد المال فببذله الطاعة أولى وعلى الأصل الذي قلنا ان المعتبر استطاعة توصله الي البيت يتضح الكلام في هذه المسئلة وعلى هذا الاصل قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الاعمى لا يلزمه الحج وان وجد مالا وقائداً وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه ذلك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وجه قولهما أن الاعمى متمكن من الاداء ببدنه ولكنه محتاج الى قائد يهديه الى ذلك فيكون بمنزلة الضال والذي ضل الطريق اذا وجد من يهديه الى الطريق يلزمه الحج وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هو عاجز عن الوصول الى البيت بنفسه فكان بمنزلة المعضوب وهذا لان ملك المال انما يعتبر اذا كان يوصله الى البيت والمال هنا لا يوصله اليه وبذل القائد الطاعة غير معتبر فكان وجود ذلك كعدمه فلهذا لا يلزمه الحج وأما اذا مات الرجل فاوصى بأن يحج عنه فعلى الوصي أن يحج بماله لان بموته تحقق العجز عن الاداء بالبدن والوصي قائم مقامه فكما أنه بعد وقوع اليأس يحج بماله في حياته فكذا وصيه تقوم مقامه بعد موته

والاولى أن يحجج الوصي بماله رجلافان حجج امرأة جازمع الكراهة لان حج المرأة انقص لانه ليس فيه رمل ولا سعى في بطن الوادي ولا رفع الصوت بالتلبية ولا الحلق فكان احجاج الرجل عنه اكمل من احجاج المرأة ﴿قال﴾ وان أحج بماله رجلا فجامع ذلك الرجل في احرامه قبل الوقوف بعرفة فقد فسد حجه وهو ضامن للنفقة لانه أمر بانفاق المال في سفر يؤدي به حجاً صحيحا فبالافساد يصير مخالفا فيكون ضامنا للنفقة وعليه المضي في الفاسد والدم وقضاء الحج وبهذا استدل محمد رحمه الله تعالى أن أصل الحج يكون للحاج حتى ان القضاء عليه عند الافساد دون المحجوج عنه فأما على ظاهر الرواية اذا وافق فالحج عن المحجوج عنه ألا ترى أنه لابدله من أن ينوي عن المحجوج عنه ولكن اذا خالف خرج من أن يكون بأمر المحجوج عنه فكان واقعاً عن نفسه فعليه موجبه كالوكيل بالشراء اذا وافق كان مشتريا للآمره ولو خالف كان مشتريا لنفسه ﴿قال﴾ ولو قرن مع الحج عمرة كان مخالفا ضامنا للنفقة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يصير مخالفا استحسانا لانه أتي بالمأمور به وزاد عليه ما يجانسه فلا يصير به مخالفا كالوكيل بالبيع اذا باع بأكثر مما سمى له من جنسه توضيحه أن القران أفضل من الافراد فهو بالقران زاد للميت خيراً فلا يكون مخالفاً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هو مأمور بانفاق المال في سفر مجرد للحج وسفره هذا ما تفرد للحج بل للحج والعمرة جميعاً فكان مخالفا كما لو تمتع ولان العمرة التي زادها لا تقع عن الميت لأنه لم يأمره بذلك ولا ولاية عليه للحاج في أداء النسك عنه الا بقدر ما أمره ألا ترى أنه لو لم يأمره بشئ لم يجز أداؤه عنه فكذلك اذا لم يأمره بالعمرة فاذا لم تكن عمرته عن الميت صار كأنه نوى العمرة عن نفسه وهناك يصير مخالفا فكذا هنا الا أنه ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه وان نوى العمرة عن نفسه لا يصير مخالفا ولكن يرد من النفقة بقدر حصة العمرة التي أداها عن نفسه وذهب في ذلك الى أنه مأمور بتحصيل الحج للميت بجميع النفقة فاذا ضم اليه عمرة نفسه فقد حصل الحج للميت ببعض النفقة وبهذا لا يكون مخالفاً كالوكيل بشراء عبد بألف اذا اشتراه بخمسمائة ولكن هذا ليس بشئ فانه مأمور بأن يجرد السفر للميت فاذا اعتمر لنفسه لم يجرد السفر للميت ثم الذي يحصل للميت ثواب النفقة فبقدر ما ينتقص به ينتقص من الثواب فكان هذا الخلاف ضرراً عليه لا منفعة له ثم دم القران عندهما يكون على الحاج من مال نفسه وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

اذا كان مأمورا بالقران من جهة الميت حتى لم يصر مخالفا لان دم القران نسك وسائر المناسك عليه فكذلك هذا النسك ولان لهذا الدم بدلا وهو الصوم ولو كان معسرا لم يشكل ان الصوم عليه دون المحجوج عنه فكذلك الهدى يكون عليه ﴿قال﴾ وكذلك لو أمر بالعمرة عن الميت فقرن معها حجة فهو على الخلاف الذى ذكرنا الا أن على قولهما نفقة مابقى من الحج بعد اداء العمرة يكون على الحاج خاصة لانه فى ذلك عامل لنفسه لا للميت فلا يستوجب النفقة فى مال الميت وبهذا الفصل يتضح كلام أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما بينا ﴿قال﴾ واذا كان أمر بالحج فبدأ واعتمر فى أشهر الحج ثم حج من مكة كان مخالفاً فى قولهم جميعاً لانه مأمور بان يحج عن الميت من الميقات والمتمتع يحج من جوف مكة فكان هذا غير ما أمر به ولانه مأمور بالانفاق فى سفر يعمل فيه للميت وانما أنفق فى سفر كان عاملا فيه لنفسه لان سفره انما كان للعمرة وهو في العمرة عامل لنفسه ﴿قال﴾ وكل دم يلزم المجهز يعنى الحاج عن الغير فهو عليه فى ماله لانه ان كان دم نسك فاقامة المناسك عليه وان كان دم كفارة فالجناية وجدت منه وان كان دما وجب بترك واجب فهو الذى ترك ما كان واجبا عليه فلهذا كانت هذه الدماء عليه فى ماله الا دم الاحصار فانه في مال المحجوج عنه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو على الحاج أيضاً لان وجوبه لتعجيل الاحلال فيكون قياس الدم الواجب بالجماع ولانه في معنى دم القران لانه مشروع للتحلل وهما احتجا وقالا دم الاحصار للخروج عن الاحرام وهو بمباشرة الاحرام كان عاملا للميت فكان الميت هو المدخل له في هذا حكما فعليه اخراجه كما بينا في العبد اذا أحرم باذن مولاه ثم أحصر كان عليه اخراجه توضيحه أن دم الاحصار بمنزلة نفقة الرجوع ونفقة الرجوع فى مال الميت وكان الحاج هو المنتفع به فكذلك دم الاحصار في ماله وان كان الحاج هو المنتفع به ثم يرد مابقى من المال على وصى الميت فيحج به انسانا من حيث يبلغ ولا ضمان عليه فيما أنفق لانه لم يكن مخالفاً لأمر الميت فيما انفق الا ترى انه لو مات فى الطريق لم يضمن ما انفق فكذلك اذا أحصر وقوله من حيث يبلغ يعني اذ كان مابقى من المال لا يمكن أن يحج به من منزل الميت فيحج به من حيث يمكن وصار هذا كما لو لم يبلغ في الابتداء ثلث ماله الا هذا القدر فيحج به بحسب الامكان وأصل المسئلة ان من أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله فانما يحج من منزله لانه لو خرج للحج بنفسه كان يخرج من منزله فكذلك

يحج عنه بعد موته من منزله فان كان ثلث ماله لا يكفي للحج من منزله يحج عنه من حيث يبلغ استحسانا وفي القياس تبطل هذه الوصية لانه عجز الوصي عن تنفيذ ما أمر به وهو الحج من منزله فكان هذا بمنزلة ما اذا أوصي بأن يشتري نسمة بألف درهم فتعتق عنه وكان ثلث ماله دون الالف درهم تبطل الوصية وجه الاستحسان ان المقصود من الحج ابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل الثواب فيكون بمنزلة الوصية بالصدقة وذلك ينفذ بحسب الامكان بخلاف الوصية بالعتق فان العبد ان كان معيناً فالوصية تقع له وكذلك ان لم يكن معيناً فانما أوصى بعبد يساوى ألفاً فلا يجوز تنفيذه بعبد يساوي خمسمائة فلو وجدوا من يحج عن الميت من منزله بذلك المال ماشياً لا يجوز لهم ان يحجوا من منزله وانما يجوز من حيث يبلغ راكباً حتى قال محمد رحمه الله تعالى في النوادر راكب البعير في ذلك أفضل من راكب الحمار وهذا لانه لا يلزمه ان يحج بنفسه ماشياً وان وجد النفقة فكذلك لا يحج عنه ماشياً لان الحاصل للميت ثواب النفقة على ما بينا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال الخيار الى الوصى ان شاء أحج عنه من حيث يبلغ راكباً وان شاء من منزله ماشياً لان في احد الجانبين زيادة في المسافة ونقصان في النفقة وفي الجانب الآخر زيادة في النفقة ونقصان في المسافة وفي كل واحد منهما نيل الثواب فيختار الوصى أى الجانبين شاء فاما المحصر بعد ما تحلل فعليه قضاء الحج والعمرة بمنزلة ما لو كان أحرم عن نفسه فتحلل بالهدى وهذا شاهد لمحمد رحمه الله تعالى فان المحصر غير مخالف ومع ذلك كان قضاء الحجة والعمرة عليه فدل ان أصل حجه عن نفسه وان للميت ثواب النفقة فان أمره رجلان كل واحد منهما بالحج فأهل بحجة عنهما كان ضامناً لهما جميعاً لان كل واحد منهما أمره بأن ينفق من ماله في سفر يخلص له وان ينويه بعينه عند الاحرام واذا لم يفعل صار مخالفاً ولا يستطيع ان يجعل الحجة لواحد منهما لانهما قد لزماه عن نفسه وهذا لانه حين نواهما ولم يمكن تصحيح نيته عنهما لان الحجة الواحدة لا تكون عن الاثنين وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطلت نيته عنهما فبقيت نية أصل الاحرام فكان محرماً عن نفسه فلا يستطيع ان يحوله الى غيره من بعد وهذا بخلاف من أحرم عن أبويه كان له أن يجعله عن أيهما شاء لانه متبرع وكان ذلك امراً بينه وبين الله تعالى فلا يتحقق الخلاف في تركه تعيين أحدهما في الابتداء بل يجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وهنا هو غير متبرع فيما صنع وهذا أمر بينه وبين العباد فبترك التعيين في

الابتداء يصير مخالفاً وان أمره أحدهما بالحج والآخر بالعمرة ولم يأمراه بالجمع فجمع بينهما كان مخالفاً أيضا لانه ما أتي بسفر خالص لواحد منهما فلم يكن مستوجباً للنفقة في مال واحد منهما وان أمراه بالجمع جاز لان كل واحد منهما صرح أن مقصوده تحصيل النسك لا خلوص السفر له وقد حصل مقصود كل واحد منهما ولا ضمان عليه فيما أنفق من مالهما وهدي المتعة عليه في ماله وكذلك ان أمره بالقران رجل واحد لان الهدي نسك وسائر المناسك على الحاج فكذا هذا النسك ﴿قال﴾ رجل استأجر رجلا ليحج عنه لم تجز الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى تجوز واصل المسألة ان الاستئجار على الطاعات التى لا يجوز اداؤها من الكافر لا يجوز عندنا وعند الشافعي رضى الله عنه كل مالا يتعين على الأجير أداؤه يجوز الاستئجار عليه اذا كان تجزى فيه النيابة واستدل بحديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه حيث رقي الملدوغ بفاتحة الكتاب فأعطى قطيعاً من الغنم فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لمن أكل برقيه باطل لقد أكلت برقيه حق والرقية بهذه الصفة طاعة ثم جوّز أخذ البدل عليه والمعني فيه أن الحج تجزى فيه النيابة في الأداء ولا يتعين على الأجير اقامته فيجوز استئجاره عليه كبناء الرباط والمسجد وبهذا الوصف تبين ان عمل الأجير وقع للمستأجر والدليل عليه انه استوجب النفقة في ماله عندكم وانما يستوجب النفقة في ماله اذا عمل له والدليل عليه أنه اذا خالف لا يستوجب النفقة عليه واذا وقع عمله له استحق الاجر عليه بخلاف من استؤجر على الامامة فان عمله في الصلاة يقع له لا لغيره وكذلك من استؤجر على الجهاد فان المجاهد يؤدى الفرض لنفسه فلا يكون عمله لغيره وحجتنا في ذلك حديث مرداس السلمي رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله وحديث أبي بن كعب رضي الله عنه حين علم سورة من القرآن فاعطى قوساً فقال صلى الله عليه وسلم أتحب ان يقوسك الله بقوس من النار فقال لا فقال صلوات الله عليه رد عليه قوسه وفي حديث عثمان بن أبي العاص الثقفي رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الاذان اجراً ولان المباشر لعمل الطاعة عمله لله تعالى فلا يصير مسلما الى المستأجر فلا يجب الأجر عليه بخلاف بناء الرباط والمسجد فالعمل هناك ليس بعبادة محضة بدليل أنه يصح من الكافر والدليل عليه أن المؤذن والمصلى خليفة النبي صلى الله عليه وسلم وهو ما كان يأخذ أجراً كما قال الله تعالى قل لا أسئلكم عليه أجراً

الآية فكذلك الخليفة وأما حديث الرقية قلنا كان ذلك مالا أخذه من الحربي بطريق الغنيمة ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اضربوا لى فيها بسهم مع أن ذلك لم يكن مشروطاً بعينه وعندنا ماليس بمشروط يجوز أخذه واذا ثبت ان الاستئجار على الحج لايجوز قلنا العقد الذى لاجواز له بحال يكون وجوده كعدمه واذا سقط اعتبار العقد بقى أمره بالحج فيكون له نفقة مثله فى ماله وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض ولكن يستحق كفايته لانه فرغ نفسه لعمل ينتفع به المستأجر فيستحق الكفاية فى ماله كالقاضي يستحق كفايته فى بيت المال والعامل يستحق الكفاية في مال الصدقة والمرأة تستحق النفقة فى مال الزوج لابطريق العوض ﴿قال﴾ ويجوز حجة الاسلام عن المحبوس اذا مات قبل أن يخرج لانه قد تحقق اليأس عن الأداء بالبدن ﴿قال﴾ والحاج عن غيره ان شاء قال لبيك عن فلان وان شاء اكتفى بالنية بمنزلة الحاج عن نفسه ان شاء صرح بالحج عند الاحرام وان شاء نوى واكتفى بالنية ﴿قال﴾ وان كان الميت أوصى بالقران فخرج المجهز يؤم البيت وساق هديا فقلده يكون محرما بهما جميعا لان احرامه عن غيره معتبر باحرامه عن نفسه وقد بينا أن ذلك يحصل بسوق الهدى كما يحصل بالتلبية فكذلك احرامه عن غيره وكذلك ان لم يكن الهدى لقرانه انما هو من نذر كان عليه أو من جزاء صيد أو من جماع فى احرام قبل هذا أو احصار كان قبل هذا فساق معه لذلك هديا بدنة وقلدها فهو محرم على قياس مالو نوى الاحرام عن نفسه فانه يصير محرما بتقليد هذه الهدايا وسوقها فكذلك اذا نوى الاحرام عن غيره لان هذه الهدايا عليه فى ماله على كل حال ﴿قال﴾ رجل أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما فأهل بحجة عن احدهما لاينوى عن واحد منهما قال له أن يصرفه الى أيهما شاء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أري ذلك عن نفسه وهو ضامن لنفقتهما وحجته فى ذلك أنه مأمور من كل واحد منهما بتعيين النية له فاذا لم يفعل صار مخالفا كما اذا نوى عنهما جميعا بخلاف الحاج عن الابوين فانه غير مأمور به من جهتهما . ألا ترى أنه يصح نيته عنهما فكذلك عن احدهما بغير عينه وهذا لان النية بمنزلة الركن فى العبادات فان قيمة العمل يكون بالنية فبتركه تعيين النية يكون مخالفا فى حق كل واحد منهما وهما قالا الابهام فى الابتداء لايمنع من انعقاد الاحرام صحيحاً والتعيين فى الانتهاء بمنزلة التعيين فى الابتداء . ألا ترى أنه لو أحرم لاينوى

حجة ولا عمرة بعينها كان له أن يعين فى الانتهاء ويجعل ذلك كتعيينه فى الابتداء وهذا لان الاحرام بمنزلة الشرط لاداء النسك. ألا ترى انه يصح في غير وقت لاداء ولا يتصل به الاداء فتركه نية التعيين فيه لايجعله مخالفاً واذا عين قبل الاشتغال بعمل الاداء كان ذلك كالتعيين فى الابتداء حتى انه لو اشتغل بالطواف قبل التعيين لم يكن له أن يعين بعد ذلك عن واحد منهما لانه لما اشتغل بالعمل تعين احرامه عن نفسه فان أداء العمل مع ابهام النسك لايكون وليس أحدهما بأولى من الآخر فتعين احرامه عن نفسه فلا يملك أن يجعله لغيره بعد ذلك ﴿قال﴾ واذا أهل الرجل عن نفسه وعن ولده الصغير الذي معه ثم أصاب صيداً فعليه دم واحد ولايجب عليه من جهة اهلاله عن ابنه شيء لان عبارته في اهلاله عن ابنه كعبارة ابنه أن لو كان من أهله فيصير الابن محرما بهذا لا أن يصير الأب محرما عنه بقي للأب احرام واحد فعليه جزاء واحد بخلاف القارن فهو محرم عن نفسه باحرامين فكان عليه جزآن ﴿قال﴾ واذا أم الرجل البيت فأغمى عليه فأهل عنه أصحابه بالحج ووقفوا به فى المواقف وقضوا له النسك كله قال يجزيه ذلك عن حجة الاسلام فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجزيه والقياس قولهما لانه لم يأمر أصحابه بالاحرام عنه وليس للأصحاب عليه ولاية فلا يصير هو محرما باحرامهم عنه لان عقد الاحرام عقد لازم والزام العقد على الغير لايكون الا بولاية ولان الاحرام لاينعقد الا بالنية وقد انعدمت النية من المغمى عليه حقيقة وحكما لان نية الغير عنه بدون أمره لاتقوم مقام نيته والدليل عليه ان سائر المناسك لاتتأدى بأداء الاصحاب عنه فكذلك الاحرام وجه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بهم فى كل مايعجز عن مباشرته بنفسه والاذن دلالة بمنزلة الاذن افصاحا كما فى شرب ماء السقاية وكمن نصب القدر على الكانون وجعل فيه اللحم وأوقد النار تحته فجاء انسان وطبخه لم يكن ضامنا لوجود الاذن دلالة واذا ثبت الاذن قامت نيتهم مقام نيته كما لو كان أمرهم بذلك نصاً وأما سائر المناسك فالاصح أن نيابتهم عنه فى أدائها صحيح الا أن الاولى أن يقفوا به وأن يطوفوا به ليكون أقرب الى أدائه لو كان مفيقاً ولو أدوا عنه جاز ومن أصحابنا من فرق فقال الاحرام بمنزلة الشرط فتجزى النيابة فى الشروط وان كان لاتجزى فى الاعمال . ألا ترى أن المحدث اذا غسل أعضاءه غيره كان له أن يصلى بتلك

الطهارة وان كانت النيابة لاتجزي فى أعمال الصلاة توضيحه ان النيابة عند تحقق العجز في أصل الاحرام تحقق عجزه عنه بسبب الاغماء فينوب عنه أصحابه فأما في أداء الاعمال لم يتحقق العجز لأنهم اذا أحضروه المواقف كان هو الواقف واذا طافوا به كان هو الطائف بمنزلة من طاف راكبا لعذر ﴿ قال ﴾ فان أصاب الذى أهل عن المغمى عليه صيداً فعليـه الجزاء من قبل اهلاله عن نفسه ان كان محرما وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمي عليـه شئ لما بينا أن بهذا الاهلال يصير المغمي عليه محرما كما لو كان أمره به إفصاحا فأما المهل بهذا الاهـلال لايصير محرما فلا يلزمه الجزاء باعتبار احرامه ﴿قال﴾ واذا حج الرجل عن أبيه أو عن أمه حجة الاسلام من غير وصية أوصي بها الميت أجزأه ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيتيه أما كان يقبل منك فقالت نعم فقال صلوات الله عليه الله أحق أن يقبل وفى الحديث الآخر قال صلى الله عليه وسلم للتى سألته أن تحج عن أبيها حجي واعتمري وأن سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنـه قال يارسول الله ان أمى قد توفيت وانها كانت تحب الصدقة أفأتصدق عنها فقال نعم فهـذه الآثار تدل على أن الوارث يتبرع على مورثه بمثل هذه القرب فان قيل فلماذا قيد الجواب بالاستثناء بعد ماصح الحديث فيه ﴿ قلنا ﴾ لان خبر الواحد لايوجب علم اليقين فان قيل فقد أطلق الجواب فى كثير من الاحكام الثابتة بخبر الواحد ﴿ قلنا ﴾ خبر الواحد موجب للعمل ففيما طريقه العمل أطلق الجواب فيـه فأما سقوط حجة الاسلام عن الميت باداء الورثة طريقه العلم فانه أمر بينه وبين ربه تعالى فلهذا قيد الجواب بالاستثناء ﴿ قال ﴾ رجـل أوصى بحجة فأحج الوصي عنه رجلا فهلكت النفقة من ذلك الرجل قال يحج عنه حجة أخرى من ثلث مابقى من المال وهـذا قول أبي حنيفـة رحمه الله تعالى فأما عند أبى يوسـف رحمه الله تعالى ان بقى من ثلث مال الميت مايمكن أن يحج به يحج عنـه ثانياً والا فقد بطلت الوصية وعنـد محمد رحمه الله تعالى الوصـية تبطل لأن الوصى قائم مقام الموصى فى تعيـين المـال ولو عين الموصي مالا فهلك بطلت الوصية فكذلك اذا عين الوصى وأبو يوسف يقول محل الوصـية الثلث فتعيين الوصى الثلث صحيح لان به يتميز الثلث للوصـية فاما تعيينه فى الثلث غير صحيح لان جميع الثلث محل الوصية فما بقى شئ يجب تنفيذ الوصية فيـه وأبو حنيفة رحمـه الله تعالى يقول تعيين المال ليس بمقصود وانما المقصود به الحج عن

الميت فاذا لم يفد هذا التعيين ما هو المقصود صار كأن التعيين لم يوجد وماهلك من المال صار كان لم يكن فلهذا يحج عنه بثلث مابقي ﴿ قال ﴾ وان أوصى بحجة وعتق نسمة والثلث لايسعهما يبدأ بالذي بدأ به الميت لان البداية تدل على زيادة العناية وقد ثبت وجوب تنفيذ الوصية الأولى قبل ذكر الثانية فلا يتغير ذلك بذكر الوصية الثانية اذ ليس في آخر كلامه مايغير موجب أوله الا أن يكون الحج حجة الاسلام فحينئذ يبدأ بها وان أخره الميت لان الترجيح بالبداية بعد المساواة في القوة ولامساواة بين الفرض والنفل في القوة ولان الظاهر ان الموصي يقصد تقديم الفرض في الأداء وان أخره في الذكر لان إسقاط الفرض عن ذمته يترجح عنده على التبرع بما ليس عليه ﴿ قال ﴾ وان أوصى بان يحج عنه بثلثه ولم يقل حجة حج عنه بجميع الثلث لانه جعل الثلث مصروفا الى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده في جميع الثلث كما لو أوصى أن يفعل بثلثه طاعة أخرى ﴿ قال ﴾ وان أوصى أن يحج عنه رجل حجة فأحجوه فلما قدم فضل معه كسوة ونفقة فان ذلك لورثة الميت لان الحاج عن الغير لا يتملك المال المدفوع اليه فان التمليك يكون بطريق الاستئجار وقد بينا بطلان الاستئجار على الطاعة وانما ينفق المال على ملك الموصي بطريق الاباحة لاستحقاقه الكفاية حين فرغ نفسه ليعمل له فما فضل من ذلك يكون باقياً على ملك الميت فيرد على ورثته ﴿ قال ﴾ واذا أوصي لرجل فقال أحجوا فلانا حجة ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى فانه يعطى بقدر مايحجه حجة وله أن لايحج به اذا أخذه بل يصرفه الى حاجة أخرى لانه ما أمره بالحج عنه انما جعل ذلك الحج عياراً لما أوصى له به من المال ثم أشار عليه بان يحج بذلك المال عن نفسه فكانت وصية صحيحة يجب تنفيذها بالدفع اليه ومشورته غير ملزمة فان شاء حج به وان شاء لم يحج ﴿ قال ﴾ واذا أوصى أن يحج عنه رجل بعينه أو بغير عينه وأوصى بوصايا لاناس بأكثر من الثلث قسم الثلث بينهم بالحصص يضرب للحج فيه بأدنى مايكون من نفقة الحج لان الوصية بالحج وجب تنفيذها له بنفقة الموصي ووجب تنفيذ سائر الوصايا حقاً للموصي لهم فعند اختلاف الحقوق تجري المزاحمة بينهم في الثلث لمراعاة حق كل مستحق بخلاف ماذكرنا من الحج والعتق لان تنفيذ الوصيتين هناك لحق الموصي فلهذا كانت البداية بما بدأ به الميت ثم ماخص الحج من الثلث هنا يحج به من حيث يبلغ لانه هو الممكن من تحصيل مقصود الموصي بمنزلة ما لو لم يكن ثلث ماله

الا هذا وأوصي بان يحج عنه فانه يحج من حيث يبلغ فان أحجوا به من موضع فرجع الحاج بفضل نفقة وكسوة فقد تبين أنهم أخطأوا فكان الوصي ضامنا لما أنفقه فيضم ذلك الى مابقي ويحج به عن الميت من حيث يبلغ الا اذا كان الفاضل شيئا يسيراً فحينئذ هذا والأول سواء في القياس ولكن في الاستحسان تجزي الحجة عن الميت ولا يكون الوصي ضامنا لان اليسير من التفاوت لا يمكن الاحتراز عنه فلا بد من أن يبقى بعد رجوعه كسرة أو جراب خلق أو ثوب خلق فلهذا جعل هذا القدر عفواً ولكن يرد على الورثة أو على الموصى له ان كان هناك موصى له بالثلث ﴿قال﴾ واذا أهلت المرأة بحجة الاسلام لم يكن لزوجها أن يمنعها اذا كان معها محرم وان لم يكن معها محرم كان له ان يمنعها وهي بمنزلة الحرة المحصرة وقد بينا فيما تقدم ان من شرائط وجوب الحج عليها في حقها المحرم عندنا ثم يشترط أن تملك قدر نفقة المحرم لان المحرم اذا كان يخرج معها فنفقته في مالها الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى يقول نفقة المحرم في ماله لانه غير مجبر على الخروج فاذا تبرع به لم يستوجب بتبرعه النفقة عليها ولكن في ظاهر الرواية هي لا تتوسل الى الحج الا بنفقة المحرم كما لا تتوسل الا بنفقتها فكما يشترط لوجوب الحج عليها ملك الزاد والراحلة ويجعل ذلك شرطاً لنفسها فكذلك للمحرم الذي يخرج معها يجعل ذلك شرطاً وقد بينا شرائط الوجوب فيما سبق ولم يتعرض في شيء من المواضع لامن الطريق واختلف مشايخنا أن أمن الطريق شرط للوجوب أم شرط للاداء وكان ابن أبي شجاع رحمه الله تعالى يقول هو شرط الوجوب لان بدونه يتعذر الوصول الى البيت الا بمشقة عظيمة فيكون شرط الوجوب كالزاد والراحلة وكان أبو حازم رحمه الله تعالى يقول هو شرط الاداء لان النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الاستطاعة فسرها بالزاد والراحلة ولا تجوز الزيادة في شرط وجوب العبادة بالرأى ولم يكن الطريق في وقت أخوف مما كان يومئذ لغلبة أهل الشرك في ذلك الموضع ولم يشترط رسول صلى الله عليه وسلم أمن الطريق فدل أن ذلك ليس من شرائط الوجوب انما شرط الوجوب ملك الزاد والراحلة للذهاب والمجيء وملك نفقة من تلزمه نفقته من العيال كالزوجة والولد الصغير وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى مع ذلك زيادة نفقة شهر لان الظاهر أنه اذا رجع لا يشتغل بالكسب الا بعد مدة فاستحسن اشتراط ملك نفقة شهر بعد رجوعه ثم بعد استجماع شرائط الوجوب يجب على الفور حتى يأثم بالتأخير عند أبي يوسف رواه عنه بشر بن الملي وهكذا ذكره ابن شجاع عن أبي

حنيفة رحمهما الله تعالى قال سئل عمن له مال أيحج به أم يتزوج قال بل يحج به فذلك دليل على أن الوجوب عنده على الفور وعن محمد رحمه الله تعالى يسعه التأخير بشرط أن لايفوته بالموت فان أخر حتى مات فهو آثم بالتأخير وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يأثم بالتأخير وان مات واستدل محمد بتأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج بعد نزول فرضيته فانها نزلت فرضية الحج في سنة ست من الهجرة وحج رسول الله صلى الله عليه وسلم في سنة عشر والمعنى فيه أن الحج فرض العمر فكان جميع العمر وقت أدائه ولا يستغرق جميع العمر اداؤه فصار جميع الوقت في حق الحج كجميع وقت الصلاة في حق الصلاة وهناك التأخير يسعه بشرط أن لايفوته عن وقته ودليل صحة هذا الكلام انه اذا أخره كان مؤديا لا قاضياً فدل أن جميع العمر وقت ادائه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم من وجد زادا وراحلة يبلغانه بيت الله تعالى ولم يحج عليه فلا أن يموت يهوديا أو نصرانيا الحديث وقال عمر رضي الله عنه لقد هممت ان أنظر الى من ملك الزاد والراحلة ولم يحج فأحرق عليهم بيوتهم والله ما أراهم مسلمين قالها ثلاثا والمعنى فيه أن السنة الأولى بعد ماتمت الاستطاعة متعينة لاداء الحج بعد دخول وقت الحج فالتأخير عنه يكون تفويتاً كتأخير الصوم عن شهر رمضان وتأخير الصلاة عن وقتها بيانه وهو أن بمضى هذا الوقت يعجز عن الاداء بيقين وقدرته على الاداء بمجيء أشهر الحج من السنة الثانية موهوم فربما لايعيش اليها وبالموهوم لاتثبت القدرة فبقي مضى هذا الوقت تفويتاً له توضيحه أن وقت أداء أشهر الحج من عمره لامن جميع الدنيا وهذه السنة متعينة لذلك لان عدم التعيين لاعتبار المعارضة ولا تحقق المعارضة الا أن يتيقن بحياته الى السنة الثانية ولا طريق لاحد الى معرفة ذلك ولهذا قلنا لو أخره كان مؤديا لانه لما بقي الى السنة الثانية تحققت المعارضة فخرجت السنة الاولى من أن تكون متعينة وكانت هذه السنة في حقه تعد لما أدركها بمنزلة السنة الاولى فأما تأخير النبي صلى الله عليه وسلم فقد منع ذلك بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فقالوا نزول فريضة الحج بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وانما نزلت هذه الآية في سنة عشر فأما النازل سنة ست فقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهذا أمر بالاتمام لمن شرع فيه فلا يثبت به ابتداء الفرضية مع أن التأخير انما لايحل لما فيه من من التعريض للفوت ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمن من ذلك لانه مبعوث لبيان

الاحكام للناس والحج من أركان الدين فأمن أن يموت قبل أن يبينه للناس بفعله ولأن تأخيره كان لعذر وذلك أن المشركين كانوا يطوفون بالبيت عراة ويلبون تلبية فيها شرك وما كان التغيير ممكنا للعهد حتى اذا تمت المدة بعث علياً رضى الله تعالى عنه حتى قرأ عليهم سورة براءة ونادى أن لا يطوفن بهذا البيت بعد هذا العام مشرك ولا عريان ثم حج بنفسه ومن ذلك انه كان لا يستطيع الخروج وحده بل يحتاج الى أصحاب يكونون معه ولم يكن متمكنا من تحصيل كفاية كل واحد منهم ليخرجوا معه فلهذا أخره أو كان للنسيء الذى كان يفعله أهل الجاهلية وقد بينا هذه الاعذار فى الخلافيات ﴿ قال ﴾ وان أهلت المرأة بغير حجة الاسلام فللزوج أن يمنعها من الخروج ان كان لها محرم أو لم يكن لانها ممنوعة عن التطوع بغير اذن الزوج قال صلى الله عليه وسلم لاتلك المرأة لاتصومى تطوعا الا بأذن زوجك ولانا لو مكناها من ذلك فوتت على الزوج حقه أصلا لانها كما خرجت عن حجة أحرمت بأخرى وهي لا تملك تفويت حق الزوج عليه فلهذا كان له أن يمنعها وهى بمنزلة المحصرة الا أن للزوج أن يحللها هنا قبل أن تبعث بالهدى ليوفر حقه عليه بخلاف ما اذا عدمت المحرم في حجة الاسلام وقد بينا هذا فيما سبق وكذلك المملوك اذا أهل بغير اذن المالك ﴿ قال ﴾ واذا أذن لعبده أو لامته في الاحرام كرهت له أن يمنعه بعد ذلك ولو حلله جاز بخلاف الزوج وقد تقدم بيان هذا الفرق أيضا اعاده للفرق وهو أنه لما باع المملوك بعد الاذن له فللمشترى أن يحلله بغير كراهة عندنا لان الكراهة فى حق البائع كان لمعنى خلف الوعد وذلك غير موجود في حق المشترى وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ليس للمشترى ان يحلله ويكون له ان يرده عليه بعيب الاحرام وجعله بمنزلة النكاح اذا زوج أمته ثم باعها لم يكن للمشترى ان يبطل ذلك النكاح لانه سبق ملكه ولكن يجوز له ان يردها اذا لم يكن عالما به فكذلك هنا ولكنا نقول المشترى في ملك الرقبة قائم مقام البائع ولم يكن للبائع ولاية ابطال النكاح بعد صحته فلا يكون ذلك للمشترى أيضاً وقد كان للبائع ولاية التحليل من الاحرام قبل ان يبيعه فيكون ذلك للمشترى أيضاً واذا ثبت له ولاية التحليل لم يكن ذلك عيبا لازما توضيحه ان النكاح حق العباد فيكون معارضاً لحق المشترى فيترجح عليه بالسبق فاما الاحرام لزومه ليس لحق العباد وحق العبد فى المحل مقدم على حق الله تعالى فلهذا كان للمشترى ان يحلله وعلى هذا الخلاف اذا أحرمت المرأة ثم

تزوجت كان للزوج أن يحللها اذا أحرمت بغير حجة الاسلام عندنا وعند زفر ليس له ذلك وان أحرمت المرأة بحجة التطوع بغير اذن زوجها فحللها ثم جامعها ثم بدا له ان يأذن لها فى عامه ذلك فعليها أن تحج باحرام مستقبل وعليها دم لانها قد تحللت من الاحرام الاول باحلال الزوج قبل اداء الأعمال فعليها الدم وقضاء الحج وليس عليها قضاء العمرة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليها ذلك بمنزلة مالو أذن لها بعد تحول السنة وهذا لان بالتحلل الاول وجب عليها قضاء حجة وعمرة كما هو الحكم في المحصر وصار ذلك دينا فى ذمتها فلا فرق بين أن يأذن لها فى عامه ذلك أو فى عام آخر وحجتنا فى ذلك أن وجوب العمرة على المحصر باعتبار فوت اداء الحج فى هذه السنة بالقياس على فائت الحج فان فائت الحج يلزمه اداء العمرة فاذا أذن لها فحجت فى هذه السنة لم يتحقق سبب وجوب العمرة عليها فاما بعد تحول السنة فقد تحقق سبب وجوب العمرة عليها وهو فوات اداء الحج فى السنة الاولى فلهذا فرقنا بينهما والله أعلم بالصواب

﴿ باب المواقيت ﴾

﴿ قال ﴾ بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم ولاهل العراق ذات عرق وهذا الحديث مروى عن عائشة رضى الله عنها فاما ابن عباس روي الحديث وذكر المواقيت الأربعة ولم يذكر ذات عرق لاهل العراق وابن عمر رضى الله عنه روي الحديث وذكر المواقيت الثلاث ولم يذكر ذات عرق ولا يلملم وفي هذه الآثار دليل على أن كل من وصل الى شئ من هذه المواقيت وهو يريد دخول مكة يلزمه الاحرام لان توقيت النبي صلى الله عليه وسلم لايخلو عن فائدة ولا فائدة في هذه المواقيت سوي المنع من تأخير الاحرام بعد ما انتهى الى هذه المواقيت فان قبل ذلك كان يسعه التأخير بالاتفاق والشافعى رحمه الله تعالى لظاهر الحديث يقول الافضل أن يكون احرامه عند الميقات وعلماؤنا رحمهم الله تعالى قالوا التأقيت لبيان أنه لايسعه التأخير عنه فأما الافضل أن يحرم قبل أن ينتهى الى المواقيت لحديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أحرم من المسجد الأقصى الى المسجد الحرام غفرت له ذنوبه وان كانت أكثر من زبد البحر ووجبت له

الجنة وقال على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما في تفسير قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله ان اتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله قال وبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وقتنا له وقتا فهو له وقت ولمن مر به من غير أهله ممن أراد الحج والعمرة ففى هذا دليل ان كل من ينتهي الى الميقات على قصد دخول مكة ان عليه أن يحرم من ذلك الميقات سواء كان من أهل ذلك الميقات أولم يكن ألا ترى أن من دخل مكة من أهل الآفاق حلالا فأراد أن يحرم بالحج كان ميقاته للاحرام ميقات أهل مكة فكذا هنا ثم أخذ الشافعى رحمه الله تعالى بظاهر هذا الحديث فقال انما يجب الاحرام عند الميقات على من أراد دخول مكة للحج أوالعمرة وأما من أراد دخولها لقتال فليس عليه الاحرام عنده قولا واحداً لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وان أراد دخولها للتجارة أو طلب غريم له فله فيه قولان في أحد قوليه لا يلزمه الاحرام لان الاحرام غير مقصود لعينه بل لأداء النسك به وهذا الرجل غير قاصد أداء النسك فكان الحرم فى حقه كسائر البقاع فكان له أن يدخلها بغير احرام فأما عندنا ليس لاحد ينتهى الى الميقات اذا أراد دخول مكة أن يجاوزها الا باحرام سواء كان من قصده الحج أو القتال أو التجارة لحديث ابن شريح الخزاعى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض لم تحل لاحد قبلى ولا لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم هي حرام الى يوم القيامة فقد ترخص للقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انما أحلت لى ساعة فلاتحل لاحد بعده فيتبين بهذا الحديث خصوصية النبي صلى الله عليه وسلم بدخول مكة للقتال بغير احرام وانما تظهر الخصوصية اذا لم يكن لغيره أن يصنع كصنيعه وجاء رجل الى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فقال اني جاوزت الميقات من غير احرام فقال ارجع الى الميقات ولب والافلا حج لك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايجاوز الميقات أحد الا محرما ولأن وجوب الاحرام على من يريد الحج والعمرة عند دخول مكة لاظهار شرف تلك البقعة وفى هذا المعنى من يريد النسك ومن لا يريد النسك سواء فليس لاحد ممن يريد دخول مكة أن يجاوز الميقات الا محرما فاما من كان وراء الميقات الى مكة فله أن يدخلها لحاجته بغير احرام عندنا وفي أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك فانه لا يفرق على أحد القولين

بين أهل الميقات وأهل الآفاق فى انه لايدخل أحد منهم مكة الا محرما وحجتنا فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين أن يدخلوا مكة بغير احرام والظاهر انهم لايجاوزون الميقات فدل أن كل من كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير احرام وابن عمر رضي الله عنه خرج من مكة يريد المدينة فلما انتهى الى قديد بلغته فتنة بالمدينة فرجع الى مكة ودخلها بغير احرام وكان المعني فيه ان من كان داخل الميقات فهو بمنزلة أهل مكة لانه محتاج الى الدخول فى كل وقت ولان مصالحهم متعلقة باهل مكة ومصالح أهل مكة متعلقة بهم فكما يجوز لاهل مكة أن يخرجوا لحوائجهم ثم يدخلوها بغير احرام فكذا لاهل الميقات وهذا لانا لو ألزمناهم الاحرام في كل وقت كان عليهم من الضرر مالا يخفى فربما يحتاجون اليه فى كل يوم فلهذا جوزنا لهم الدخول بغير احرام الا اذا أرادوا النسك فالنسك لايتأدى الا بالاحرام وارادة النسك لاتكون عند كل دخول واذا أراد الاحرام وأهله في الوقت أو دون الوقت الى مكة فوقته من أهله حتى لو أحرموا من الحرم أجزأهم وليس عليهم شئ لان خارج الحرم كله بمنزلة مكان واحد فى حقه والحرم حد فى حقه بمنزلة الميقات فى حق أهل الآفاق وكما أن ميقات الآفاقى للاحرام من دويرة أهله ويسعه التأخير الى الميقات فكذا هنا يسعه التأخير الى الحرم ولكن الشرط هناك أن لايجاوز الميقات الا محرما والشرط هنا أن لايدخل الحرم الا محرما لان تعظيم الحرم بهذا يحصل فان دخل مكة قبل أن يحرم فاحرم منها فعليه أن يخرج من الحرم فيلبي فان لم يفعل حتى يطوف بالبيت فعليه دم لانه ترك الميقات المعهود فى حقه للاحرام فهو بمنزلة الآفاقى يجاوز الميقات بغير احرام ثم يحرم وراء الميقات وهناك يلزمه الدم اذا لم يعد لتأخير الاحرام عن مكانه فكذلك هنا يلزمه الدم اذا لم يعد الى الحل وان عاد فالخلاف فيه مثل الخلاف فى الآفاقى اذا عاد الى الميقات بعد ما أحرم وراء الميقات على مانبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى ﴿ قال ﴾ وان أراد الكوفى بستان بني عامر لحاجة فله أن يجاوز الميقات غير محرم لان وجوب الاحرام عند الميقات على من يريد دخول مكة وهذا لايريد دخول مكة انما يريد البستان وليس في تلك البقعة مايوجب التعظيم لها فلهذا لايلزمه الاحرام فاذا حصل بالبستان ثم بدا له أن يدخل مكة لحاجة له كان له ان يدخلها بغير احرام لانه لما حصل بالبستان حلالا كان مثل أهل البستان ولاهل البستان أن يدخلوا مكة لحوائجهم من غير احرام فكذلك هذا الرجل وهذا هو الحيلة لمن يريد دخول

مكة من أهل الآفاق بغير احرام الا أنه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه ان نوى الاقامة بالبستان خمسة عشر يوما كان له أن يدخل وان نوى الاقامة بالبستان دون خمسة عشر يوما ليس له أن يدخل مكة الا باحرام لان بنية الاقامة خمسة عشر يوما يصير متوطناً بالبستان فيصير بمنزلة أهل البستان وان نوي المقام بها دون خمسة عشر يوما فهو ماض على سفره فلا يدخل مكة الا باحرام وجه ظاهر الرواية وهو أنه حصل بالبستان قبل قصده دخول مكة فانما قصد دخول مكة بعد ما حصل بالبستان فكان حاله كحال أهل البستان

﴿ قال ﴾ وليس للرجل من أهل المواقيت ومن دونها الى مكة أن يقرن أو أن يتمتع وهم في ذلك بمنزلة أهل مكة أما المكي فلأنه ليس له أن يتمتع بالنص لان الله تعالى قال في ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واختلف العلماء رحمهم الله تعالى في حاضرى المسجد الحرام فقال مالك رحمه الله تعالى هم أهل مكة خاصة وقال الشافعى رحمه الله تعالى هم أهل مكة ومن يكون منزله من مكة على مسيرة لا يجوز فيها قصر الصلاة وقلنا أهل المواقيت ومن دونها الى مكة من حاضرى المسجد الحرام بمنزلة أهل مكة بدليل أنه يجوز لهم دخول مكة بغير احرام فلا يكون لهم أن يتمتعوا وكما لا يتمتع من هو من حاضر المسجد الحرام فكذلك لا يقرن بين الحج والعمرة وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجوز له القران من قبل أن القارن على قوله يترفه بادخال عمل أحد النسكين في الآخر والمكى في هذا وغيره سواء وعندنا معنى الترفه بالقران والتمتع في أداء النسكين فى سفر واحد لا فى ادخال عمل أحدهما في الآخر ومن كان من حاضرى المسجد الحرام فهو غير محتاج الى السفر لأداء النسك ولا يلحقه بالسفر كثير مشقة فكما لا يكون له أن يتمتع بالعمرة الى الحج فكذلك لا يكون له أن يقرن بينهما عندنا الا أن المكي اذا كان بالكوفة فلما انتهى الى الميقات قرن بين الحج والعمرة فأحرم لهما صح ويلزمه دم القران لان صفة القارن أن تكون حجته وعمرته متقارنتين يحرم بهما جميعا معا وقد وجد هذا في حق المكي ولو اعتمر هذا المكى فى أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً لأن الآفاقى انما يكون متمتعاً اذا لم يلم بأهله بين النسكين الماما صحيحاً والمكى هنا يلم بأهله بين النسكين حلالا ان لم يسق الهدي وكذلك ان ساق الهدي لا يكون متمتعا بخلاف الآفاقي اذا ساق الهدى ثم ألم بأهله محرما كان متمتعا لان العود هناك مستحق عليه فيمنع ذلك صحة المامه بأهله وهنا العود غير مستحق عليه وان ساق الهدى فكان المامه بأهله صحيحاً فلهذا

لم يكن متمتعاوعلي هذا روى هشام عن أبي يوسف رحمها الله تعالى أن المكي اذا خرج الى الكوفة ثم مات وأوصي بأن يحج عنه من منزله وهو بمكة بمنزلة الآفاقى يخرج مسافراً فيوصى بأن يحج عنه ولو أوصى هذا المكي بأن يقرن عنه من الكوفة لان القران لايكون من مكة فعرفنا أن مراده أن يقرن عنه من حيث هو ﴿قال﴾ والمكى اذا خرج من مكة لحاجة له فلم يجاوز الوقت فله أن يدخل مكة بغير احرام وان جاوزلم يكن له أن يدخل مكة الا باحرام لما بينا أن من قصد الى موضع فحاله فى حكم الاحرام كحال أهل ذلك الموضع ﴿قال﴾ ووقت أهل مكة للاحرام بالحج الحرم وكذلك كل من حصل بمكة حلالا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر أصحابه رضى الله تعالى عنهم بفسخ احرام الحج والاحرام بالعمرة فحلوا منهافلما كان يوم التروية أمرهم بأن يحرموا بالحج من جوف مكة ﴿قال﴾ وميقات احرام أهل مكة للعمرة التنعيم أوغيره من الحل لان موضع الاحرام غير موضع أداء النسك وأداء الحج يكون بالوقوف وهو فى الحل فالاحرام به يكون في الحرم وأداء نسك العمرة بالطواف وهو فى الحرم فالاحرام بها يكون فى الحل ﴿قال﴾ كوفيّ جاوز الميقات نحو مكة ثم أحرم بالحج ووقف بعرفة جازحجه وعليه دم لترك الوقت لانه لما انتهى الى الميقات وجب عليه الاحرام بالحج من الميقات لماروى عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجاوز الميقات أحد الا محرما فاذا جاوزه حلالا فقد ارتكب المنهى وأخر الاحرام عن الميقات فتمكن نقصان في حجه ونقصان الحج يجبر بالدم فان رجع الى الميقات ولبى ان رجع قبل أن يحرم وأحرم بالحج من الميقات فلا شئ عليه بالاتفاق لانه تلافي المتروك في وقته ومكانه فصار فى الحكم كأنه لم يجاوز الميقات الا محرما فان الواجب عليه أداء الحج باحرام يباشره من الميقات وقد أتي بذلك وان كان أحرم بعد ما جاوز الميقات ثم عاد الى الميقات فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان لبى عند الميقات يسقط عنه الدم وان لم يلب لم يسقط عنه الدم وعندهما يسقط عنه الدم فى الحالين جميعاً وعند زفر رحمه الله تعالى لا يسقط عنه الدم فى الوجهين لان المستحق عليه انشاء الاحرام بالحج من الميقات فاذا أحرم بعد ما جاوز الميقات فقد ترك ما هو المستحق عليه فلزمه الدم كما لو لم يعد وهذا لان الواجب عليه انشاء تلبية واجبة عند الميقات ووجوب التلبية عند الاحرام لا بعده فهو وان لبي عند الميقات فانما أتى بتلبية غير واجبة فلا يصير به متداركا لما فاته بخلاف ما اذا عاد

فأحرم من الميقات وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان الواجب عليه أن يكون محرما عند الميقات لا أن ينشئ الاحرام عند الميقات ألا ترى انه لو أحرم قبل أن ينتهى الى الميقات ثم مر بالميقات محرما ولم يلب عند الميقات لا يلزمه شئ وكذلك اذا عاد الى الميقات بعد ما أحرم ولم يلب فقد تدارك ماهو واجب عليه وهو كونه محرما عند الميقات واستدل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بقول ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لذلك الرجل إرجع الى الميقات والا فلا حج لك والمعنى فيه أنه لما انتهى الى الميقات حلالا وجب عليه التلبية عند الميقات والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى أحرم وراء الميقات ثم عادفان لبي فقد أتى بجميع ماهو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه وهذا بخلاف من أحرم قبل أن ينتهى الي الميقات لان ميقاته هناك موضع احرامه وقد لبي عنده فقد خرج الميقات المعهود من أن يكون ميقاتا للاحرام فى حقه فلهذا لايضره ترك التلبية عنده بخلاف مانحن فيه على مابينا ﴿قال﴾ فان قرن هذا الكوفى بعد ماجاوز الميقات فأحرم بالحج والعمرة ولم يرجع الى الميقات فعليه دم واحد عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليه دمان لانه أخر الاحرامين جميعاً عن الميقات فيلزمه لكل احرام دم ألا ترى ان القارن اذا ارتكب سائر المحظورات يجب عليه ضعف ما يجب على المفرد فكذلك اذا أحرم وراء الميقات وعلماؤنا قالوا المستحق عليه عند الميقات احرام واحد ألا ترى أنه لو أحرم بالعمرة عند الميقات ثم أحرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزاً ولا شئ عليه فعرفنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد فيجب عليه بتأخير ذلك الاحرام دم واحد بخلاف سائر المحظورات فانه صار بجنايته مرتكبا محظور احرامين فكان عليه جزاآن وكذلك ان أهل بعمرة بعد ماجاوز الميقات ثم أهل بحجة بمكة فعليه دم واحد لتأخيره احرام العمرة عن الميقات لانه لما دخل مكة باحرام العمرة فميقات احرامه للحج الحرم وقد أحرم به في الحرم وان كان أهل بالحجة بعد ماجاوز الميقات ثم دخل مكة فاهل بالعمرة أيضاً كان عليه دمان لانه أخر احرام الحج عن ميقاته فوجب عليه دم ولما دخل مكة باحرام الحجة فميقات احرامه للعمرة الحل بمنزلة ميقات أهل مكة فحين أهلّ بالعمرة فى الحرم فقد ترك ميقات احرام العمرة أيضاً فيلزمه لذلك دم آخر ﴿قال﴾ كوفى دخل مكة بغير احرام لحاجة له فقال عليه حجة أو عمرة أى ذلك شاء لان دخول

مكة سبب لوجوب الاحرام عليه فباشرة ذلك السبب بمنزلة التزامه الاحرام بالنذر وفى نذر الاحرام يلزمه حجة أو عمرة فكذلك اذا لزمه الاحرام بدخول مكة فان رجع الى الميقات فاهل بحجة الاسلام أجزأه عن حجة الاسلام وعما لزمه بدخول مكة استحسانا عندنا وفى القياس لايجزيه عما لزمه لدخول مكة وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه بدخول مكة بغير احرام وجب عليه حجة أو عمرة وصار ذلك دينا فى ذمته وحجة الاسلام لاتنوب عما صارت نسكا دينا في ذمته الاترى انه لو تحولت السنة ثم أحرم بالحج فى السنة الثانية من الميقات لاينوب هذا عما لزمه لدخول مكة فكذلك في السنة الأولى ولكن استحسن علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا لو كان حين انتهى الى الميقات فى الابتداء أحرم بحجة الاسلام ناب ذلك عما يلزمه لدخول مكة لان الواجب عليه ان يكون محرما عند دخول مكة لاأن يكون احرامه لدخول مكة كمن اعتكف فى رمضان أجزأه لان الواجب عليه أن يكون صائما فى مدة الاعتكاف لا أن يكون صومه للاعتكاف فاذا عرفنا هذا فنقول لو أحرم عند الميقات في الابتداء كان يؤدى حجة الاسلام بذلك الاحرام في تلك السنة وقد أداها حين عاد الى الميقات فأحرم بحجة الاسلام فصار به متلافيا للمتروك فيسقط عنه مالزمه لدخول مكة فأما بعد ماتحولت السنة لم يصر متلافيا للمتروك لانه لو أحرم بالحج فى السنة الاولى لم يكن له أن يؤدى الحج بذلك الاحرام في الثانية فعرفنا أنه لايصير متلافيا للمتروك فان قيل أليس انه لو عاد الي الميقات وأحرم بعمرة منذورة لايسقط عنه بهذا العود مالزمه بدخول مكة وهو حين انتهي الى الميقات لو أحرم بالعمرة المنذورة ودخل به مكة لايلزمه شئ ثم لايصير به متداركا لما هو الواجب ﴿قلنا﴾ هو خارج على ماذكرنا لان العمرة وان لم تكن مؤقتة فيكره أداؤها فى خمسة أيام من السنة فلو أحرم بها فى الابتداء لم يكن له أن يؤخرها الى الوقت المكروه فلا يصير بالرجوع الى الميقات والاحرام بالعمرة متداركا للمتروك ﴿قال﴾ واذا جاوز الميقات حلالا ثم أحرم بالحج ففاته الحج سقط عنه دم الوقت عندنا ولم يسقط عند زفر رحمه الله تعالى لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب أو لبس المخيط لايسقط عنه ذلك بفوات الحج ولكنا نقول لما فاته الحج وجب عليه القضاء وهو للقضاء يحرم من الميقات فينعدم به المعنى الذى لاجله يلزمه الدم وهو أداء الحج باحرام بعد مجاوزة الميقات بخلاف سائر الدماء لان وجوب ذلك عليه بما

ارتكب من المحظورات ولا ينعدم ذلك بفوات الحج وعلى هذا لو جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه سقط عنه دم الوقت عندنا لان القضاء وجب عليه فاذا عاد للقضاء يحرم من الميقات فانعدم به المعنى الذى لأجله كان يلزمه الدم ﴿ قال ﴾ وكذلك من جاوز الميقات غير محرم ثم أتى وقتاً آخر فأحرم منه أجزأه ولا شئ عليه لان اتيانه وقتا آخر بمنزلة رجوعه الى الميقات والاحرام عنده للأصل الذي قلنا ان من حصل فى ميقات فاحرا ه يكون من ذلك الميقات سواء كان من أهل ذلك الميقات أو لم يكن فانما أحرم بالحج من ميقاته فلهذا لا يلزمه الدم ﴿ قال ﴾ عبد دخل مكة مع مولاه بغير احرام ثم أذن له مولاه فأحرم بالحج فعليه اذا عتق دم لترك الوقت لانه مخاطب فيتحقق منه السبب الموجب للدم وهو تأخير الاحرام بالحج من ميقاته ولكن ما يلزمه من الدم اذا لم يكن له مال يتأخر الى ما بعد العتق وهذا بخلاف النصرانى يدخل مكة ثم يسلم ثم يحرم من مكة أوالصبي يدخل مكة بغير احرام ثم يحتلم بمكة فيحرم بالحج فان هناك لايلزمه بترك الوقت شئ لان النصرانى لم يكن مخاطباً بالاحرام بالحج حين انتهى الى الميقات فان الخطاب بالاحرام انما يتوجه على من يصح منه الاحرام وكذلك الصبي فلا يتحقق منهما تأخير الاحرام الواجب لانه انما لزمهما الاحرم عند الاسلام والبلوغ وعند ذلك هما بمكة وميقات احرام الحج فى حق من هو بمكة الحرم وقد أحرما منه بخلاف العبد على ما بينا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان النصرانى لو أسلم أو بلغ الصبى فمات قبل ادراك الوقت وأوصى كل واحد منهما بأن يحج عنه حجة الاسلام فوصيتهما باطلة عند زفر رحمه الله تعالى لانه لم يلزمهما الحج قبل ادراك الوقت اذ لايتصور الاداء قبل ادراك الوقت فلا تصح وصيتهما به وعلى قول أبي يوسف يصح لان سبب الوجوب قد تقرر في حقهما والوقت شرط الأداء وانعدام شرط الأداء لايمنع تقرر سبب الوجوب فتصح وصيتهما بالأداء فى وقته ﴿ قال ﴾ ولو ان الصبي أهل بالحج قبل ان يحتلم ثم احتلم قبل أن يطوف بالبيت أو قبل أن يقف بعرفة لم يجزه عن حجة الاسلام عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يجزئه وهو بناء على ما بينا في كتاب الصلاة اذا صلى فى أول الوقت ثم بلغ فى آخره عنده يجزئه عن الفرض ويجعل كأنه بلغ قبل أداء الصلاة وهنا أيضاً يجعل كانه بلغ قبل مباشرة الاحرام فيجزئه ذلك عن حجة الاسلام قال وهذا على أصلكم أظهر لان الاحرام عندكم من الشرائط

دون الاركان ولهذا صح الاحرام بالحج قبل دخول أشهر الحج ولكنا نقول حين أحرم هو لم يكن من أهل أداء الفرض فانعقد احرامه لأداء النفل فلا يصح أداء الفرض به وهو نظير الصرورة اذا أحرم بنية النفل عندنا لايجزئه أداء الفرض به وعنده ينعقد احرامه للفرض والاحرام وان كان من الشرائط عندنا ولكن في بعض الاحكام هو بمنزلة الاركان ومع الشك لايسقط الفرض الذي ثبت وجوبه بيقين فلهذا لايجزئه حجة الاسلام بذلك الاحرام الا أن يجدد احرامه قبل أن يقف بعرفة فحينئذ يجزئه عن حجة الاسلام لان ذلك الاحرام الذي باشره في حالة الصغر كان تخلقا ولم يكن لازما عليه فيتمكن من فسخه بتجديد الاحرام وهذا بخلاف العبد فانه لو أعتقه المولى بعد ما أحرم لايجزئه عن حجة الاسلام وان جدد الاحرام بعد العتق لان احرام العبد لازم فى حقه لكونه مخاطبا فلا يتمكن بعد العتق من فسخ ذلك الاحرام وانما طريق خروجه من ذلك الاحرام أداء الافعال فسواء جدد التلبية أولم يجدد فهو باق فى ذلك الاحرام فلا يجزئه عن حجة الاسلام بخلاف الصبي على ذكرنا وان أعتق العبد قبل أن يحرم ثم أحرم بحجة الاسلام أجزأه لأن شرط الوجوب تقرر فى حقه بالعتق فلهذا يجزئه عن حجة الاسلام ﴿قال﴾ واذا دخل الرجل مكة بغير احرام فوجب عليه حجة أو عمرة فأهل بها بعد سنة فى وقت غير وقته الاول هو أقرب منه قال يجزيه ولا شئ عليه لأنه فى السنة الأولى لو أحرم من هذا الميقات أجزأه عما يلزمه لدخول مكة وجعل هذا كعوده الى الميقات الاول فكذلك فى السنة الثانية اذا جاء الى هذا الميقات لان من حصل عند ميقات فحكمه حكم أهل ذلك الميقات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الذي يفوته الحج

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل أهل بحجة ففاته فانه يحل بعمرة وعليه الحج من قابل قال وبلغنا ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما والمراد بالحديث المرفوع مارواه ابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وليتحلل بالعمرة وعليه الحج من قابل وأما حديث عمر وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما

مارواه الاسود قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالي عنه يقول من فاته الحج تحلل بعمرة عليه الحج من قابل ثم لقيت زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه بعد ذلك بثلاثين سنة فسمعته يقول مثل ذلك وكان المعني فيه ان الاحرام بعد ماانعقد صحيحا فطريق الخروج عنه أداء أحد النسكين اما الحج أو العمرة كمن أحرم احراما بهما وهنا تعذر عليه الخروج عنه بالحج حين فاته الحج فعليه الخروج بعمل العمرة ثم ان عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصل احرامه باق بالحج ويتحلل بعمل العمرة وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يصير احرامه احرام عمرة وعند زفر رحمه الله تعالى مايؤديه من الطواف والسعي بقايا اعمال الحج لانه بالاحرام بالحج التزم أداء أفعال يفوت بعضها بمضى الوقت ولا يفوته البعض فيسقط عنه مايفوت بمضى المدة ويلزمه مالا يفوت وهو الطواف والسعى وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الطواف والسعي للحج انما يتحلل بهما من الاحرام بعد الوقوف فأما قبل الوقوف فلا وحاجته الى التحلل هنا قبل الوقوف فانما يأتي بطواف وسعى يتحلل بهما من الاحرام وذلك طواف العمرة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يصير أصل احرامه للعمرة ضرورة لان التحلل بطواف العمرة انما يكون باحرام العمرة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايمكن جعل احرامه للعمرة الا بفسخ احرام الحج الذي كان شرع فيه ولا طريق لنا الى ذلك والدليل عليه أن المكى اذا فاته الحج يتحلل بعمل العمرة من غير أن يخرج من الحرم ولو انقلب احرامه للعمرة لكان يلزمه الخروج الى الحرم لانه ميقات احرام العمرة فى حق المكي ﴿ قال ﴾ فان كان أهل بحجة وعمرة فقدم مكة وقد فاته الحج فانه يطوف بالبيت وبالصفا والمروة لحجه ويحل وعليه الحج من قابل ولا يجعل ما أتى به من الطواف والسعى قبل فوات الحج كافياً للتحلل عن احرام الحج لان ذلك كان طواف التحية وهو سنة فلا يحصل به التحلل فان كان طاف لعمرته وسعي فقد أتى بهما وان لم يكن طاف بعمرته يطوف لها الآن لان العمرة لاتفوته ثم يطوف بعد ذلك لحجته ويسعى حتى يتحلل وهذا دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ان أصل احرامه لاينقلب عمرة لانه لو انقلب عمرة لصار جامعاً بين احرام عمرتين وأدائهما في وقت واحد وذلك لايجوز ثم لايجب عليه الدم بالقياس على المحصر وهذا فاسد لان المحصر عاجز عن التحلل بالطواف والسعى وفائت الحج قادر على ذلك ثم فائت الحج يقطع التلبية حين يستلم الحجر فى الطواف

لما بينا ان هذا الطواف عمل العمرة وأوان قطع التلبية فى حقه ماهو أوان قطع التلبية فى حق المعتمر فان كان قارناً فانما يقطع التلبية حين يأخذ فى الطواف الثاني لان العمرة مافاتته فيجعل كأنه طاف لها قبل الفوات فلا يقطع التلبية عندها وانما يقطع التلبية اذا أخذ في الطواف الذى يتحلل به عن الاحرام فى الحج ﴿ قال ﴾ ولو فاته الحج فمكث حراما حتى دخلت أشهر الحج من قابل فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً وهذا أيضاً يدل على ان احرامه لم ينقلب احرام عمرة فانه لو انقلب احرام عمرة كان متمتعاً كمن أحرم للعمرة فى رمضان فطاف لها فى شوال ولكنه بعمل العمرة يتحلل من احرام الحج فى شوال وليس هذا صورة المتمتع ﴿ قال ﴾ رجل أهل بحجة فجامع فيها ثم قدم وقد فاته الحج فعليه دم لجماعه ويحل بالطواف والسعى لان الفاسد معتبر بالصحيح فكما أن التحلل بالاحرام الصحيح بعد الفوات يكون بالطواف والسعى فكذلك عن الاحرام الفاسد ولو كان أصاب فى حجه صيداً فعليه الكفارة لان احرامه بعد الفساد باق فيجب بارتكاب المحظور مايلزمه بارتكابه فى الاحرام الصحيح وهذا الذى أفسد الحج انما يقطع التلبية بعد الفوات حين يأخذ في الطواف الا تري انه لو لم يفته كان أوان قطع التلبية في حقه حين يرمى جمرة العقبة اعتباراً بمن صح حجه فكذلك بعد الفوات ﴿قال﴾ رجل أهل بحجة فقدم مكة وقد فاته الحج فاقام حراما حتي يحج مع الناس من قابل بذلك الاحرام قال لايجزئه عن حجته وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى على ان احرامه صار للعمرة حيث لايجوز أداء الحج به ولكنا نقول قد بقى أصل احرامه للحج ولكنه تعين عليه الخروج باعمال العمرة فلا يبطل هذا التعيين بتحول السنة مع ان احرامه انعقد لاداء الحج فى السنة الأولى فلو صح أداء الحج به فى السنة الثانية تغير موجب ذلك العقد بفعله وليس اليه تغيير موجب عقد الاحرام وان قدم وقد فاته الحج فأهل بحجة أخرى فانه يطوف للذى قد فاته ويسعى ويرفض التى أهل بها وعليه فيها ماعلى الرافض وعليه قضاء الفائت أيضاً لان أصل احرامه بعد الفوات تعين للحج فهو بالاهلال بحجة أخرى يصير جامعاً بين حجتين فلهذا يرفض التى أهل بها وقد تعين عليه التحلل عن الأولى بالطواف والسعى فلا يتغير ذلك بفعله وان نوى بهذه التى أهل بها قضاء الفائت فهى هي يعني لا يلزمه بهذا الاهلال شئ لانه نوى إيجاد الموجود فان احرامه بالحج باق بعد الفوات ونية الايجاد فيما هو موجود لغو فيتحلل بالطواف والسعى

وعليه قضاء الفائت فقط بخلاف الأول فقد نوي بالاهلال هناك حجة أخرى سوي الموجود ﴿قال﴾ وان أهل بعمرة بعد مافاته الحج رفضها أيضاً ومضى في عمل الفائتة لانه لما لزمه التحلل عن الأول بعمل العمرة يصير جامعاً بين العمرتين من حيث العمل وذلك لايجوز فلهذا يرفض التى أهل بها وقد تعين عليه التحلل عن الأولى بالطواف والسعى فلا يتغير ذلك بفعله ﴿قال﴾ رجل أهل بحجتين وقدم مكة وقد فاته الحج قال يحل بالطواف والسعى وعليه عمرة وحجتان ودم لانه صار رافضا لاحدى الحجتين ولزمه دم لرفضها وقضاء حجة وعمرة ثم قد فاتته الاخرى فيتحلل منها بالطواف والسعي وعليه قضاؤها ولا يكون له أن يتحلل منهما بعمل عمرتين لانهما لايجتمعان عملا فكما أخذ في عمل احداهما صار رافضا للاخرى ولزمه الدم بالرفض ﴿قال﴾ واذا ساق هديا للقران فقدم وقد فاته الحج قال يصنع بهديه ماشاء لانه ملكه وقد أعده لمقصوده فاذا فاته ذلك المقصود صنع به ما أحب وكذلك ان لم يفته ولكنه جامع لان بالجماع فسد حجه وخرج من أن يكون قارنا وانما أعد هذا الهدى للقران فاذا فاته ذلك صنع به ماشاء فان كان هديه قد نتج في الطريق ثم فاته الحج أوجامع أو أحصر صنع أيضا بالولد ماشاء لانه جزء من الام فكما يصنع بالام ماشاء فكذلك بالولد وان لم يكن شيء من هذه العوارض فعليه أن ينحر الام والولد جميعا فان نحر الام ووهب الولد أو باعه فعليه قيمة الولد وكذلك ان ولد هذا الولد ولداً فعليه قيمة ذلك الولد أيضا لان ماثبت من الحق فى الأصل سرى الى الولد لكونه جزءاً من أجزائه وان كان قد كفَّر عن الولد بعد ما وهبه أو باعه ثم حدث له ولد لم يكن عليه من قبل ولده شيء لان بأداء الكفارة قد سقط عنه الحق في الولد لله تعالى فلا يلزمه فيما يلد هذا الولد بعد ذلك شيء بخلاف ما قبل التكفير فان حق الله تعالى فى الولد لازم اياه قبل التكفير فيسرى الى ما يتولد منه وهو نظير من أخرج ظبية من الحرم فكفر عنها ثم ولدت ثم ماتت لم يكن عليه فيها ولا في ولدها شيء وان لم يكفر عنها كان عليه فيها وفي ولدها الكفارة ﴿قال﴾ محرم بالحج قدم مكة وطاف بالبيت ثم خرج الى الربذة فأحصر بها ثم قدم مكة بعد فوات الحج فعليه أن يحل بعمرة ولا يكفيه الطواف الاول لان ذلك كان طواف التحية وليس لطواف التحية أثر فى التحلل ولان التحلل بالطواف يكون فى يوم النحر أو بعده وذلك الطواف كان قبل يوم النحر فلا يكون معتبراً فى التحلل وان كان

خروجه الى الربذة بعد الوقت لم يفته لقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد أدرك الحج ثم قد تقدم بيان ما عليه من الدماء بعد هذا بسبب الترك والتأخير ﴿قال﴾ فان أهلَّ بعمرة في أشهر الحج ثم قدم مكة بعد يوم النحر يقضي عمرته وليس عليه شئ لان العمرة غير مؤقتة فلا يفوته عمل العمرة بمضي أيام النحر فلهذا لا يلزمه شئ والحاصل أن جميع السنة وقت العمرة عندنا ولكن يكره أداؤها في خمسة أيام يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق هكذا روى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تكره العمرة فى هذه الايام الخمسة ولان الله تعالى سمى هذه الايام أيام الحج فيقتضى أن تكون متعينة للحج الاكبر فلا يجوز الاشتغال فيها بغيرها وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا تكره العمرة فى هذه الايام الخمسة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا تكره العمرة في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله ولكن مع هذه الكراهة لو أدى العمرة فى هذه الايام صح فيبقى محرما فى هذه الايام بها وهو نظير بقاء حرمة الصلاة بعد دخول وقت الكراهة ﴿قال﴾ واذا أهلَّ الحاج صبيحة يوم النحر بحجة أخرى لزمته ويقضي مابقى عليه من الاولى ويقيم حراما الى أن يؤدى الحج بهذا الاحرام من قابل لانه أحرم بعد مضى وقت الحج من السنة الماضية فينعقد احرامه لأداء الحج به فى السنة القابلة وعليه بجمعه بين الحجتين دم لان احرامه للحج باق ما لم يتحلل بالحلق والطواف والجمع بين احرام الحجتين ممنوع عنه فاذا فعل ذلك لزمه الدم بالجمع المنهى عنه وهذا بخلاف ما اذا أهلَّ بحجتين لان الدم هناك يلزمه لرفض احداهما لان الجمع هناك لا يتحقق حين صار قاضياً لاحداهما وهنا يتحقق لانه يؤدى ما بقى من اعمال الاولى من غير أن يصير رافضاً للأخرى فلهذا لزمه للجمع بينهما دم وان قدم الحاج مكة فأدرك الوقوف بمزدلفة لم يكن مدركا للحج لقوله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ثم ذكر بعد هذا حكم الاهلال بحجتين أو بعمرتين وقد بينا ذلك ويستوى فيه ان أهلَّ بهما معا أو باحداهما ثم بالاخرى معاً لانه جامع بين الاحرامين فى الحالين فان رفض احدى العمرتين ثم قضاها في العام القابل ومعها حجة فهو قارن لان القران بالجمع بين الحجة والعمرة فكما أن كون الحج فى ذمته لا يمنع تحقق القران فكذلك كون العمرة واجبة فى ذمته وكذلك ان أتي بهذه العمرة فى أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فهو متمتع ان لم يكن ألم بأهله

بين النسكين حلالا فان ألمّ بأهله بين النسكين حلالا لم يكن متمتعاً بلغنا ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم وهذا بخلاف القارن ان رجع الى أهله بعد طواف العمرة لانه انما رجع محرما فلم يصح المامه بأهله فلهذا كان قارنا وقد بينا الفرق بين المتمتع الذى ساق الهدى وبين الذى لم يسق الهدى فى حكم الالمام بأهله وقد بينا الفرق أيضاً في حكم المكى الذى قدم الكوفة وبينا القران والتمتع وروى ابن سماعة عن محمد أن المكي اذاقدم الكوفة انما يجوز له أن يقرن اذا كان خروجه من الميقات قبل دخول أشهر الحج فأما اذا دخلت أشهر الحج قبل خروجه من الميقات فقد حرم عليه القران والتمتع فلا يرتفع ذلك بالخروج عن الميقات بعد ذلك ﴿قال﴾ واذا قدمت المرأة مكة محرمة بالحج حائضاً مضت على حجتها غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها واصنعى جميع ما يصنعه الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت فاذا طهرت بعد مضى أيام النحر طافت للزيارة ولا شئ عليها بهذ التأخير لانه كان بعذر الحيض وعليها طواف الصدر لانها طاهرة وان حاضت بعد ما طافت للزيارة يوم النحر فليس عليها طواف الصدر لما بينامن الرخصة الواردة للحائض في ذلك ﴿قال﴾ وليس على أهل مكة ومن وراء الميقات طواف الصدر انماذلك على أهل الآفاق الذين يصدرون عن البيت بالرجوع الى منازلهم فان نوى الاقامة بمكة واتخذها داراً سقط عنه طواف الصدر ان كانت نيته قبل أن يحل النفر الاول لان وقت الصدر بعد حل النفر الاول فانما جاء وقت الصدر وهو من أهل مكة فلا يلزمه طواف الصدر وان كانت نيته الاقامة بعد ما حل النفر الاول فعليه طواف الصدر فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان ذلك قدلزمه بمجيء وقت الصدر قبل نية الاقامة فلا يسقط عنه بنيته الاقامة بعد ذلك كالمرأة اذا حاضت بعدخروج وقت الصلاة لا تسقط عنها تلك الصلاة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا نوى الاقامة قبل ان يأخذ فى طواف الصدر سقط عنه طواف الصدر لانه وان دخل وقته فلا يصير طواف الصدر ديناً عليه بدخول وقته فنيته الاقامة بعد دخول وقته وقبله سواء كالمرأة اذا حاضت بعد دخول وقت الصلاة لاتلزمها تلك الصلاة فاما اذا نوى الاقامة بعد ما أخذ فى طواف الصدر فعليه ان يأتى بذلك الطواف لان بالشروع فيه لزم اتمامه فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك فان بداله الخروج من مكة بعد ما اتخذها داراً لا يلزمه طواف الصدر لانه بمنزلة المكي يقصد الخروج

من مكة وان نوى أن يقيم بمكة أياما ثم يصدر لم يسقط عنه طواف الصدر وان نوى الاقامة سنة أو أكثر لان بهذه النية لم يصر كأهل مكة لان المكي غير عازم على الصدر منها بعد مدة وهذا على الصدر منها بعد مدة فيبقى عليه طواف الصدر على حاله ﴿ قال ﴾ وليس على فائت الحج طواف الصدر لان العود للقضاء مستحق عليه ولانه صار بمنزلة المعتمر المقيم فى حق الاعمال وليس على المعتمر طواف الصدر ﴿ قال ﴾ رجل قصد مكة للحج فدخلها بغير احرام ووافاها يوم النحر وقد فاته الحج فأحرم بعمرة وقضاها أجزأه وعليه دم لترك الوقت لانه لو أحرم بالحج بعد ماجاوز الميقات وقضاه كان عليه دم لترك الوقت فكذلك اذا أحرم بالوقت بالعمرة وقضاها لان الواصل الى الميقات يلزمه الاحرام حاجا كان أو معتمراً وان لم يحرم بعمرة ولكنه أحرم بحجة فهو محرم حتى يحج مع الناس من قابل وقد بينا حكم الاحرام فى غير أشهر الحج ولكنه ينبغى ان يرجع الى الوقت فيلبي منه ليسقط عنه الدم فان لم يرجع فعليه دم لتأخير الاحرام ﴿ قال ﴾ ومن فاته الحج لم يسعه أن يقيم في منزله حراما من غير عذر ويبعث بالهدى ولا يحل بالهدى إن بعث به لان التحلل بالهدى للمحصر وهذا غير محصر بل هو فائت الحج وقد تعين عليه التحلل بالطواف والسعى شرعا فلا يتحلل بغير ذلك والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الجمع بين الاحرامين

﴿ قال ﴾ والعمرة لاتضاف الى الحج والحج يضاف الى العمرة قبل أن يعمل منها شيئاً وبعد أن يعمل هكذا نقل عن ابن عباس رضى الله عنه وهذا لان الله تعالى جعل العمرة بداية والحج نهاية بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فمن أضاف الحجة الى العمرة كان فعله موافقاً لما فى القرآن ومن أضاف العمرة الى الحج كان فعله مخالفا لما في القرآن فكان مسيئاً من هذا الوجه ولكن مع هذا هو قارن فان القارن هو جامع بين العمرة والحج وهو جامع بينهما على كل حال الا انه اذا أضاف الحج الى العمرة بأن أهل بالعمرة أولا ثم بالحج فهو جامع مصيب للسنة فيكون محسناً ومن أهل بالحج ثم بالعمرة فهو جامع مخالف للسنة فكان مسيئا لهذا ويلزمه فى الوجهين جميعا ماأوجب الله تعالى على المتمتع المترفق باداء النسكين في سفر واحد كما قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي وهو شاة

في قول علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم وفي قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما بدنة وأخذنا بالاول لحديث جابر رضي الله عنه قال تمتعنا بالعمرة الى الحج مع رسول صلى الله عليه وسلم فاشتركنا في البدنة عن سبعة فان لم يجد الهدي فعليه صوم ثلاثة أيام في الحج والافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان صوم اليوم بدل عن الهدي فالأولى ان يؤخره الى آخر الوقت الذي يفوته بمضيه رجاء أن يجد الهدي ﴿قال﴾ ولو صام هذه الايام الثلاثة بعد احرامه للعمرة قبل احرام الحجة جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وحجته ظاهر الآية قال الله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وحين صام قبل أن يحرم بالحج فصومه هذا ليس في الحج وحجتنا في ذلك أن نقول جعل الحج ظرفا للصوم وفعل الحج لا يصلح ظرفا للصوم فعرفنا أن المراد به الوقت كما قال الله تعالى الحج أشهر معلومات وهذا قد صام في وقت الحج بعد ماتقرر السبب وهو التمتع لان معني التمتع في أداء العمرة في سفر الحج في وقت الحج وقدوجد ذلك وأداء العبادة البدنية بعد وجود سبب وجوبها جائز كالمسافر اذا صام شهر رمضان وانلم يصم حتى جاء يوم النحر تعين عليه الهدي عندنا وهو قول عمر رضي الله تعالى عنه فان رجلا أتاه يوم النحر فقال انى تمتعت بالعمرة الى الحج فقال اذبح شاة فقال ليس معي شئ فقال سل أقاربك فقال ليس هنا أحد منهم فقال لغلامه يامغيث اعطه قيمة شاة وذلك لان البدل كان مؤقتاً بالنص فبعد فوات ذلك الوقت لايكون بدلا فتعين عليه الهدي والشافعي رحمه الله تعالى كان يقول في الابتداء يصوم أيام التشريق وهو مروى عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما ولكن هذا فاسد فقد صح النهي عن الصوم في هذه الأيام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز أداء الواجب بها ولو وجد الهدي بعد صوم يومين من الثلاثة كان عليه الهدي لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف بخلاف ما اذا قدر على أصل الهدي بعد مايحل يوم النحر لان المقصود هو التحلل فانما قدر على الاصل بعد حصول المقصود بالبدل وهو كالمتيمم اذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة وأما صوم السبعة ليس ببدل فيما هو المقصود وهو التحلل ألاترى ان أوان ادائها بعد التحلل ووجوب الهدي لايمنع اداءها والمراد من الرجوع المذكور في قوله تعالى وسبعة اذا رجعتم مضى أيام التشريق حتي اذا صام بعد مضيها قبل ان يرجع الى أهله جاز عندنا ولايجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى الا أن ينوى

الاولى ولكنه طاف لها شوطاً ثم أحرم بالثانية يرفض الثانية لان الاولى قد تأكدت لما طاف لها فتعينت الثانية للرفض وكذا هذا في حجتين ﴿ قال ﴾ واذا أهل بحجتين معا ثم جامع قبل أن يسير فعليه للجماع دمان في قول أبي حنيفة لان من أصله أنه لايصير رافضاً لأحدهما مالم يأخذ في عمل الاخرى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه دم واحد للجماع لانه كما فرغ من الاحرامين صار رافضا لاحدهما فجماعه جناية على احرام واحد وان كان ذلك الجماع منه بعد ماسار فعليه دم واحد لانه صار رافضالاحدهما حين سار الى مكة فجماعه جناية على احرام واحد ثم مايلزمه بالرفض وبالافساد من القضاء والدم قد بيناه فيما سبق فان أحرم لاينوي شيئاً فطاف ثلاثة أشواط ثم أهل بعمرة فانه يرفض هذه الثانية لان الأولى قد تعينت عمرة حين أخذ في الطواف لما بينا ان الابهام لايبقى بعد الشروع في الاداء بل يبقى ماهو المتيقن وهو العمرة فحين أهل بعمرة أخرى فقد صار جامعا بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية ﴿ قال ﴾ واذا كان للكوفي أهل بالكوفة وأهل بمكة يقيم عند هؤلاء سنة وعند هؤلاء سنة فاعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا لانه ملم بين النسكين بأهله الماما صحيحا فان لم يكن له أهل بمكة واعتمر من الكوفة في أشهر الحج وقضى عمرته ثم خرج الى مصر ليس فيه أهله ثم حج من عامه ذلك كان متمتعا مالم يرجع الى المصر الذى كان فيه أهله ثم قال بلغنا ذلك عن عبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب رضي الله عنهما وابراهيم رحمه الله تعالى وقد بينا ان الطحاوى رحمه الله تعالى ذكر في هذا الفصل خلافا بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله تعالى وهو الصحيح ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكون متمتعا وحديث زيد الثقفي رضى الله عنه انه سأل ابن عباس رضى الله عنهما فقال أتينا عُماراً فقضيناها ثم زرنا القبر ثم حججنا فقال أنتم متمتعون والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه مالم يصل الى أهله فهو متمتع كمن لم يجاوز الميقات وعندهما من خرج من الميقات فهو كمن وصل الى أهله في انه لايكون متمتعا بعد ذلك فان كان له بالكوفة أهل وبالبصرة أهل فرجع الى أهله بالبصرة ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ألم بأهله بين النسكين حلالا ﴿قال ﴾ وان اعتمر الكوفي في أشهر الحج وساق هديا للمتعة وهو يريد الحج فطاف لعمرته ولم يحلق ثم رجع الى أهله ثم حج كان متمتعا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالي ولم يكن متمتعاً في قول محمد رحمه الله تعالي اذا كان

رجوعه الى أهله بعد ماأتى بأكثر طواف العمرة وحجته وهو أنه ملم بأهله بين النسكين وهو المام صحيح فان العود غير مستحق عليه حتى لو بعث بهديه لينحر عنه ولم يحج كان جائزاً فهو بمنزلة المكي الذى اعتمر من الكوفة وساق الهدي لمتعته فهناك لا يكون متمتعا فكذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى يقولان المامه غير صحيح بأهله هنا لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه الهدى فكان العود مستحقا عليه وذلك يمنع صحة المامه بأهله كالقارن اذا أتى بعمل العمرة ثم رجع الى أهله ثم عاد فحج كان قارنا ولم يصح المامه باهله محرما فكذا هذا وهذا بخلاف من لا هدى معه وقد حل هناك من احرام العمرة فاءنما ألم باهله حلالا فكان المامه صحيحاً ﴿قال﴾ رجل أهل بعمرة في أشهر الحج وساق هديا معه لمتعته ثم بدا له أن يحل وينحر هديه ويرجع الى أهله ولا يحج كان له ذلك لان بمجرد النية قبل الاحرام لا يلزمه اداء الحج في هذه السنة فان فعل ذلك ثم حج من عامه فلا شئ عليه لانه ألم باهله بين النسكين حلالا فخرج من أن يكون متمتعا وان أراد ان ينحر هديه ويحل ولا يرجع الى أهله ويحج من عامه ذلك لم يكن له ذلك لانه اذا لم يقصد الرجوع الى أهله فهو قاصد الى التمتع فكان هديه هدي المتعة فليس له أن ينحرها قبل يوم النحر لاختصاص هدى المتعة بيوم النحر ولانه لما ساق الهدى وهو عازم على التمتع لزمه البقاء في الاحرام الى أن يفرغ من عمل الحج وليس له أن يتعجل في الاحلال قبل وقته فان فعل ذلك ثم رجع الى أهله ثم حج فلا شئ عليه لانه لما رجع الى أهله فقد خرج من ان يكون متمتعاً وانما كان يلزمه تأخير الخروج عن احرام العمرة لاجل التمتع فاذا خرج من ان يكون متمتعاً تبين ان احلاله كان في وقته فلا يلزمه شئ وان فرغ من عمرته وحل ونحر هديه ثم أقام بمكة حتى حج من عامه فعليه دمان لمتعته فانه أتى بالنسكين في سفر واحد فكان متمتعاً وما نحر من الهدى قبل يوم النحر فلا يجزئه عن هدي المتعة فلهذا لزمه دم المتعة ودم آخر لاحلاله قبل وقته لانه لما كان متمتعا وقد ساق الهدى لم يكن له ان يحل قبل يوم النحر وهو قد حل من عمرته قبل يوم النحر فعليه دم لتعجيل الاحلال ﴿قال﴾ رجل أهل بعمرة في أشهر الحج ثم أفسدها بالجماع فلما فرغ منها أهل باخرى ينوى قضاءها ثم حج من عامه لم يكن متمتعاً اما بالعمرة الاولى فلانه أفسدها بالجماع والتمتع بالعمرة الفاسدة لا يكون وأما بالثانية فلانه أحرم لها من غير الميقات والمتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ولانه لما دخل مكة بالعمرة الفاسدة صار بمنزلة أهل مكة وان كان حين

فرغ من العمرة الفاسدة خرج من مكة حتى جاوز المواقيت ثم أهل بعمرة فى أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فان كان جاوز الوقت قبل أشهر الحج كان متمتعا لانه بمجاوزة الميقات صار فى حكم من لم يدخل مكة فاذا اعتمر فى أشهر الحج وحج من عامه فقد أتى بعمرة ميقاتية وحجة مكية فكان متمتعا وان لم يجاوز الوقت الا فى أشهر الحج فليس بمتمتع لان أشهر الحج لما دخلت وهو داخل الميقات حرم عليه التمتع كما هو حرام على أهل مكة ومن هو داخل الميقات فلا تنقطع هذه الحرمة بخروجه من الميقات بعد ذلك فى حق المكي ومن هو داخل الميقات فان كان دخوله الأول في أشهر الحج بعمرة فأفسدها وأتمها مع الفساد ثم رجع الى أهله ثم عاد فقضاها وحج من عامه ذلك كان متمتعا لان سفره الأول قد انقطع برجوعه الى أهله فصار كان لم يوجد فالمعتبر سفره الثانى وقد أدى النسكين فى هذا السفر بصفة الصحة فكان متمتعا وان رجع الى بلدة أخرى ثم عاد فقضى عمرته وحج من عامه لم يكن متمتعا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بناء على الاصل الذى قررنا انه مالم يصل الى بلدته فهو فى الحكم كان لم يخرج من مكة فلايكون متمتعا وعندهما يكون متمتعا لان من أصلهما ان بخروجه من الميقات انقطع حكم ذلك السفر فى حق التمتع بمنزلة مالو رجع الى بلدته فاذا عاد معتمراً وحج من عامه كان متمتعا لأداء النسكين فى سفر واحد صحيحاً وان دخل بعمرة فاسدة فى أشهر الحج فقضاها ثم خرج حتى جاوز الميقات ثم قرن عمرة وحجة كان قارنا لان أكثر مافيه ان حاله كحال المكى متى حصل بمكة بالعمرة الفاسدة وقد بينا ان المكي اذا خرج من الميقات ثم قرن حجة وعمرة كان قارنا فهذا مثله ولو قضى عمرته الفاسدة ثم أهل من مكة بعمرة وبحجة فانه يرفض العمرة لانه متى حصل بمكة بعمرة فاسدة فهو بمنزلة مكي محرم بهما وقد بينا ان المكى يرفض العمرة اذا أحرم بهما كذلك هنا ولو كان أهل بعمرة في أشهر الحج فطاف لها شوطا ثم أهل بحجة فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى حق المكى ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يرفض الحج لتأكد احرام العمرة بالطواف وعندهما يرفض العمرة على مامر لانه لما لم يطف لها أربعة أشواط فهو بمنزلة من لم يطف لها شيئا واذا ترك المكى أو الكوفى ميقات الاحرام فى العمرة وطاف لها شوطاً ثم أراد ان يلبى من الوقت لم ينفعه ولم يسقط عنه الدم لان احرامه وراء الميقات قدتأكد بالطواف فهو وان عاد الى الميقات ولبي فلم يصر متداركا لمافاته فى وقته فلا يسقط عنه الدم

ألا ترى أنه اذا عادلا يمكن أن يجعل كالمنشئ للاحرام الآن لان ماتقدم من الطواف محسوب له وكيف يجعل كالمنشئ الآن وطوافه قبل ذلك محسوب فلهذا لا يسقط عنه الدم والله أعلم بالصواب

باب التلبية

﴿ قال ﴾ وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك أن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك اتفق على هذا رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فى نقل تلبيته فان اقتصر عليه فحسن وان زاد على هذا فحسن أيضاً عندنا وبعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى يقولون يباح له الزيادة وأكثرهم على ان ذلك مكروه لحديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه أنه سمع رجلا يقول فى تلبيته لبيك ذى المعارج لبيك فقال مه ما كنا نلبي هكذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه ذكر منظوم فلا يزاد عليه كالأذان والتشهد وحجتنا فى ذلك حديث أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول فى تلبيته لبيك اله الحق لبيك وعن ابن مسعود أنه خرج من مسجد الخيف يلبي فقال قائل لا يلبي هنا فقال ابن مسعود رضى الله عنه أجهل الناس أم طال بهم العهد لبيك عدد التراب لبيك وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يقول في تلبيته لبيك مرهوب منك ومرغوب اليك والنعمى والفضل والحسن لك لبيك لبيك وتأويل حديث سعد رضي الله عنه ان ذلك الرجل كان ترك التلبية المعروفة واكتفى بذلك القدر فلهذا أنكر عليه وهكذا نقول اذا ترك التلبية المعروفة كان مكروها فاما اذا أتى بالمعروف ثم زاد كان ذلك حسنا لان المقصود هو الثناء على الله تعالى واظهار العبودية من نفسه وقد نقل من طريق أهل البيت عليهم السلام تلبية طويلة من ذلك والجاريات في الفلك على مجارى من سلك ثم الحاج والقارن فى قطع التلبية سواء لانه لا يحل من النسكين قبل يوم النحر وقطع التلبية حين يرمى جمرة العقبة وقد بينا وقت قطع التلبية فى حق فائت الحج والمحصر ومن أفسد حجه وانما يصير محرما بالتلبية اذا نوى الاحرام فأما بدون النية لا يصير محرما وان لبى كما لا يصير بالتكبير شارعا فى الصلاة اذا لم ينو والتهليل والتسبيح بنية الاحرام به بمنزلة التلبية كما عند افتتاح الصلاة وقد بينا الفرق بينه وبين الصلاة لأبي يوسف رحمه

الله تعالى واذا توضأ الأخرس ولبس ثوبين وصلى ركعتين ثم نوي الاحرام بقلبه وحرك لسانه كان محرما لانه أتي بما في وسعه وليس عليه فوق ذلك كما اذا شرع فى الصلاة بتحريك اللسان مع النية يصح شروعه والمرأة بمنزلة الرجل فى التلبية غير أنها لا ترفع صوتها لما بينا أن صوتها فتنة واذا لم يلب القارن والمفرد بالحج والعمرة الا مرة واحدة فقد أساء ولا شيء عليه لان الشروع في الاحرام بالتلبية كما أن صحة الشروع في الصلاة بالتكبير ولولم يأت المصلى الا بتكبيرة الافتتاح جازت صلاته وكان مسيئاً فكذلك اذا لم يأت المحرم بالتلبية الا مرة واحدة جاز لانه أتى بما هو الواجب وترك المسنون فيكون مسيئاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الصيد فى الحرم ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه رجل رمى صيداً فى الحل وهو في الحل فأصابه فى الحرم كان عليه الجزاء لانه من جنايته وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما أعلم ومعني هذا التعليل أن ذهاب السهم حتي وصل الى الصيد كان بقوة الرامي وهو مباشر لذلك الفعل حتى يستوجب القصاص به اذا رمى الى مسلم عمداً فقتله وانما أصابه بعد ماصار صيد الحرم فكان هو قاتلا صيد الحرم بفعله فيلزمه الجزاء وهذا بخلاف مالو أرسل كلبه على صيد فى الحل فطرد الكلب الصيد حتى قتله فى الحرم حيث لايضمن قال لأن هذا ليس من جنايته ومعنى هذا ان طرد الكلب الصيد فعل أحدثه الكلب فلا يصير المرسل به جانياً على صيد الحرم وحقيقة المعنى في الفرق ان الرامى مباشر لما يصيبه سهمه وفى مباشرة الفعل لافرق بين أن يكون متعدياً وبين أن يكون غير متعد فيما يلزمه من الجزاء ألا ترى أن من رمي سهما فى ملك نفسه فأصاب مالا أو نفسا كان ضامنا له فأكثر مافى الباب هنا أنه فى أصل الرمى لم يكن متعديا وهذا لايمنع وجوب الجزاء عليه عند مباشرته فأما مرسل الكلب متسبب لاتلاف ماياخذه الكلب لامباشر حتي لايلزمه القصاص بحال والمتسبب اذا كان متعديا فى تسببه كان ضامنا واذا لم يكن متعدياً لايكون ضامنا كمن حفر بئراً في ملك نفسه وهنا هو غير متعد فى ارسال الكلب على صيد فى الحل فلهذا لايلزمه الجزاء ﴿ قال ﴾ وان زجر الكلب بعد مادخل فى الحرم فانزجر وأخذ الصيد فعليه جزاؤه استحسانا وفى

القياس لا يلزمه شيء لأن الاخذ من الكلب يكون محالا على أصل الارسال دون الزجر ألا ترى لو أن مسلماً أرسل كلبه على صيد فزجره مجوسي فانزجر حتى أخذ الصيد حل تناوله وأصل الارسال هنا لم يكن جناية فوجود الزجر بعد ذلك كعدمه وجه الاستحسان أنه في هذا الزجر متسبب لأخذ الصيد وهو متعد في هذا التسبب ثم أصل الارسال هنا ماانعقد تعدياً وكان ذلك في حكم الزجر كالمعدوم أصلا وهو نظير القياس والاستحسان الذي ذكره في كتاب الصيد أن الكلب المعلم اذا انبعث على أثر الصيد من غير ارساله فزجره صاحبه فانزجر حتى أخذ الصيد انما يحل تناوله استحسانا بخلاف ما اذا أرسله مجوسي ثم زجره مسلم لان أصل الارسال هناك كان معتبراً فيحال الحكم عليه دون الزجر ﴿قال﴾ ولو أرسل كلبا في الحرم على ذئب فأصاب صيداً في الحرم لم يكن عليه شيء لانه غير متعد في هذا التسبب فان إرسال الكلب على الذئب مباح له فلهذ لا يوجب عليه الضمان وان أخذ الكلب الصيد بخلاف ما اذا رمى الى ذئب فأصاب صيداً لانه مباشر فلا يعتبر فيه معني التعدى ولكن قتل الصيد في الحرم خطأ موجب للضمان كقتله عمداً وكذلك لو أرسل حلال كلبا على صيد في الحل فذهب الكلب الى صيد في الحرم فقتله لم يكن عليه جزاء كما لو دخل الصيد الذى أرسله عليه في الحرم فقتله فيه ﴿قال﴾ ولو أرسل المجوسي كلبا على صيد في الحرم فزجره مسلم محرم فانزجر فقتل الصيد كان على المحرم جزاؤه لان زجر المحرم لا يكون دون دلالته على الصيد والمحرم يضمن الصيد بالدلالة فبالزجر أولى ولا يؤكل ذلك الصيد لا لزجر المحرم فان حرمة الصيد تثبت به كما تثبت بالدلالة ولكن لان اخذه محال به على أصل الارسال والمرسل كان مجوسيا ﴿قال﴾ ولو نصب شبكة للصيد فأصاب الصيد فعليه جزاؤه لانه متعد في هذا التسبب ولو نصبها لذئب أو سبع آذاه وابتدأه فوقع فيه صيد لم يكن عليه شيء لانه غير متعد في هذا التسبب وهو قياس نصب الفسطاط من المحرم على ماسبق ﴿قال﴾ محرم دل محرما على صيد وأمره بقتله وأمر المأمور ثانياً بقتله فقتله كان على كل واحد منهم جزاء كامل لان كل واحد منهم جان على الصيد بما صنع القاتل بالمباشرة والآمر الثاني بدلالة القاتل عليه والآمر الاول باعلامه الآمر الثانى بمكان الصيد حتى أمر به غيره فكانوا جميعاً ضامنين وهذا لان فعل المأمور الثانى كفعل آمره ولو قتل الآمر الثانى وجب الجزاء به على الآمر الاول فكذلك اذا أمر به غيره

حتى قتله وجزاء الصيد في حق المحرم لا يتجزء فلهذا كان على كل واحد من الثلاثة جزاء كامل ﴿قال﴾ ولو أخبر محرم محرما بصيد فلم يره حتى أخبره به محرم آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ولكن طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهم جزاؤه لان كل واحد منهم جان فيما صنع وهذا بخلاف ما اذا أكذب الاول فان هناك لا يلزمه الجزاء لانه بتكذيبه اياه انتسخ حكم دلالته فلم يكن قتل الصيد بعد ذلك محالا به على دلالة الأول وانما كان محالا به على دلالة الثاني فاما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لم ينتسخ حكم دلالته ﴿قال﴾ محرم أرسل محرما الى محرم فقال ان فلانا يقول لك ان في هذا الموضع صيداً فذهب فقتله كان على المرسل والرسول والقاتل الجزاء لان كل واحد منهم متعد فيما صنع فان القاتل انما تمكن من قتل الصيد بارسال المرسل وتبليغ الرسول فلهذا ضمن كل واحد منهم الجزاء ﴿قال﴾ وان دل محرم على صيد رجلا وهو يعلم به ويراه فقتله لم يكن على الدال شيء لان تمكن القاتل من قتل الصيد لم يكن بدلالته فقد كان متمكنا منه قبل دلالته ﴿قال﴾ محرم استعار من محرم سكينا ليذبح بها صيداً فاعاره اياه فذبح الصيد فلا جزاء على صاحب السكين ويكره له ذلك اما الكراهة بالاعانة على المعصية بما أعطاه من الآلة وأما حكم الجزاء فأكثر مشايخنا يقولون تأويل هذه المسئلة أنه اذا كان مع المحرم القاتل سلاح يقتل بذلك السلاح الصيد فحينئذ لا يلزم الجزاء على من أعطى السكين لانه وان لم يعطه كان متمكنا من قتله فاذا لم يكن تمكنه بما أعطى لا يجب عليه الجزاء كما لا يجب الجزاء على الدال اذا كان للمدلول علم بمكان الصيد فأما اذا لم يكن مع المحرم القاتل ما يقتل به الصيد ينبغي أن يجب الجزاء على هذا المعير لان التمكن من قتل الصيد كان باعارته السكين والى هذا أشار في السير الكبير والاصح عندي انه لا يجب الجزاء على المعير للسكين على كل حال لوجهين (أحدهما) أن الصيد مأخوذ المستمير قبل اعارة السكين منه وكان قد تلف معنى الصيدية بأخذ المستمير اياه حكما وبقتله حقيقة فأما اعارة السكين ليس باتلاف معني الصيدية عليه لا حقيقة ولا حكما بخلاف الدلالة فانه اتلاف لمعنى الصيدية من وجه حين أعلم بمكانه من لا يقدر الصيد على الامتناع منه فان امتناع الصيد ممن يقدر على الامتناع منه يكون بجناحه ومن لا يقدر على الامتناع منه يكون بتواريه عن عينه فاذا أعلمه بمكانه صار متلفا معنى الصيدية حكما (والثاني) أن الاعارة تتصل بالسكين لا بالصيد فانها صحيحة وان لم يكن هناك صيد ولا يتعين استعماله في حق قتل الصيد بخلاف

الاشارة الى قتل الصيد فانها متصلة بالصيد ليس فيها فائدة أخرى سوى ذلك ولا يتم ذلك الا بصيد هناك فلهذا يتعلق وجوب الجزاء بها ولم يذكر فى الكتاب مسئلة نكاح المحرم وهى مسئلة خلافية معروفة عندنا يجوز للمحرم أن يتزوج وأن يزوج وليته وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس للمحرم أن يتزوج ولا أن يزوج ولو فعل لم ينعقد النكاح لحديث عثمان رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاينكح المحرم ولاينُكح ولان المقصود من النكاح الوطء وبسبب الاحرام يحرم عليه الوطء بدواعيه فيحرم العقد الذى لا يقصد به الا هذا وهذا بخلاف شراء الامة فان الشراء غير مقصود للوطء بل للتجارة والمحرم غير ممنوع عنه ألا ترى ان المسلم لايتزوج المجوسية ولا أخته من الرضاعة لانه لماحرم عليه وطؤها حرم عليه العقد أيضاً وله أن يشترى هؤلاء وحجتنا حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة رضى الله عنها وهو محرم وهكذا روى عن عائشة رضى الله عنها واختلفت الروايات فى حديث أبى رافع قال فى بعض الروايات تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حلال وفي بعضها تزوجها وهو محرم وبنى بها وهوحلال وكنت أنا السفير فيمابينهما ويتبين بهذا الحديث أن المراد من حديث عثمان رضى الله عنه الوطء دون العقد فانه للوطء حقيقة وان كان مستعاراً للعقد مجازاً على ما نبينه فى كتاب النكاح ان شاء الله تعالى ومن حيث المعنى الكلام واضح فى المسئلة فان النكاح عقد معاوضة والمحرم غير ممنوع عن مباشرة المعاوضات كالشراء ونحوه ولو جعل عقد النكاح بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطء لكان تأثيره فى ايجاب الجزاء أو افساد الاحرام به لا فى بطلان عقد النكاح توضيحه ان بعد الاحرام يبقى النكاح بينه وبين امرأته صحيحاً ولو كان عقد الاحرام ينافى ابتداء النكاح لكان منافياً للبقاء كتمجسها والحرمة بسبب الرضاع ولما لم يناف بقاء النكاح فكذلك الابتداء وبهذا فارق شراء الصيد أيضاً لان الاحرام يمنع استدامة اليد على الصيد فيمنع اثبات اليد بالشراء ابتداء بخلاف النكاح والدليل عليه أنه لو راجعها وهو محرم كان صحيحا بالاتفاق وعلى أصل الشافعى رحمه الله تعالى الرجعة سبب يحل الوطء به ثم لم يكن المحرم ممنوعا عنه فكذلك النكاح وأصل كلامه يشكل بالظهار فان الظهار يحرم الوطء بدواعيه ولا يمنع العقد ابتداء بان ظاهر منها ثم فارقها ثم تزوجها ثم الشافعى رحمه الله تعالى يمنع المحرم

من تزويج وليته وليس فى هذا تطرق المحرم الى استباحة الوطء فعرفنا ان كلامه من حيث المعنى ضعيف جداً والله أعلم ﴿ قال ﴾ رحمه الله تعالى وغفر له هذا آخر شرح العبادات بأوضح المعانى وأوجز العبارات أملاه المحبوس عن الجمع والجماعات مصليا على سيد السادات محمد المبعوث بالرسالات وعلى أهله من المؤمنين والمؤمنات تم كتاب المناسك ولله المنة وله الحمد الدائم الذى لايفنى امده ولا ينقضى عدده

﴿ كتاب النكاح ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمهما الله تعالى املاء أعلم بان النكاح فى اللغة عبارة عن الوطء تقول العرب تناكحت العري أى تناتجت ويقول أنكحنا العرى فسنرى لامر يجتمعون عليه وينظرون ماذا يتولد منه وحقيقة المعنى فيه هو الضم ومنه يقال أنكح الظئر ولدها أى الزمه ويقال إنكح الصبر أي الزمه وقال القائل

ان القبور تنكح الايامى والنسوة الارامل اليتامى

أى تضمهن الى نفسها واحد الواطئين ينضم الى صاحبه فى تلك الحالة فسمي فعلهما نكاحا قال القائل * كبكر تحب لذيذ النكاح * أي الجماع وقال القائل

التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطى دجلة البقرا

أى الواطئين ثم يستعار للعقد مجازاً اما لانه سبب شرعى يتوصل به الى الوطء أو لان فى العقد معنى الضم فان احدهما ينضم به الى الآخر ويكونان كشخص واحد فى القيام بمصالح المعيشة وزعم الشافعي رحمه الله تعالى ان اسم النكاح فى الشريعة يتناول العقد فقط وليس كذلك فقد قال الله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح يعنى الاحتلام فان المحتلم يرى فى منامه صورة الوطء وقال الله تعالى الزانى لاينكح الازانية والمراد الوطء وفى الموضع الذى حمل على العقد فذلك لدليل اقترن به من ذكر العقد أو خطاب الأولياء فى قوله وانكحوا الايامى منكم أو اشتراط اذن الاهل في قوله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن ثم يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والانفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول صلى الله عليه وسلم وتحقيق مباهاة الرسول

صلى الله عليه وسلم بهم كما قال تناكحوا تناسلوا تكثروا فاني مباه بكم الأمم يوم القيامة وسببه تعلق البقاء المقدور به الى وقته فان الله تعالى حكم ببقاء العالم الى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء وهذا التناسل عادة لايكون الا بين الذكور والاناث ولا يحصل ذلك بينهما الا بالوطء فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح لان في التغالب فسادا وفى الاقدام بغير ملك اشتباه الانساب وهو سبب لضياع النسل لما بالاناث من بنى آدم من العجز عن التكسب والانفاق على الاولاد فتعين الملك طريقاً له حتى يعرف من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته ائلا يضيع وهذا الملك على ماعليه أصل حال الآدمى من الحرية لا يثبت الا بطريق النكاح فهذا معنى قولنا إنه تعلق به البقاء المقدور به الى وقته ثم هذا العقد مسنون مستحب في قول جمهور العلماء رحمهم الله تعالى وعند أصحاب الظواهر واجب لظاهر الامر به فى الكتاب والسنة ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعكاف بن خالد ألك امرأة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم تزوج فانك من اخوان الشياطين وفى رواية ان كنت من رهبان النصاري فالحق بهم وان كنت منا فتزوج فان المهاجر من أمتى من مات وله زوجة أو زوجتان أو ثلاث زوجات ولان التحرز من الزنا فرض ولا يتوصل اليه الا بالنكاح ومالا يتوصل الي الفرض الا به يكون فرضاً وحجتنا أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أركان الدين من الفرائض وبين الواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح وقد كان فى الصحابة رضى الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك والصحابة رضى الله عنهم فتحوا البلاد ونقلوا ماجل ودق من الفرائض ولم يذكروا من جملتها النكاح وكما يتوصل بالنكاح الى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم اليه قال صلى الله عليه وسلم يامعشر الشبان عليكم بالنكاح فمن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء وتأويل ماروى في حق من تتوق نفسه الى النساء على وجه لايصبر عنهن وبه نقول اذا كان بهذه الصفة لايسعه ترك النكاح فاما اذا لم يكن بهذه الصفة فالنكاح سنة له قال صلى الله عليه وسلم ثلاث من سنن المرسلين النكاح والتعطر وحسن الخلق وقال صلى الله عليه وسلم النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس مني أي ليس على طريقتى ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى النكاح أفضل من التخلى لعبادة الله فى النوافل وقال الشافعي رحمه الله تعالى التخلى لعبادة الله تعالى أفضل الا ان تتوق نفسه الى النساء ولا يجد الصبر على التخلى لعبادة الله واستدل

بقوله تعالى وسيداً وحصوراً فقد مدح يحيي صلى الله عليه وسلم بانه كان حصوراً والحصور هو الذى لا يأتى النساء مع القدرة على الاتيان فدل ان ذلك أفضل ولان النكاح من جنس المعاملات حتى يصح من المسلم والكافر والمقصود به قضاء الشهوة وذلك مما يميل اليه الطبع فيكون بمباشرته عاملا لنفسه وفى الاشتغال بالعبادة هو عامل لله تعالى بمخالفة هوى النفس وفيه اشتغال بما خلقه الله تعالى لاجله قال الله تعالى وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون فكان هذا أفضل الا أن تكون نفسه تواقة الى النساء فحينئذ فى النكاح معني تحصين الدين والنفس عن الزنا كما قال عمر رضى الله عنه أيما شاب تزوج فقد حصن ثلثي دينه فليتق الله فى الثلث الباقى فلهذا كان النكاح أفضل في حقه وحجتنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان على دينى ودين داود وسليمان عليهما السلام فليتزوج وقد اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتزويج حتى انتهى العدد المشروع المباح له ولا يجوز ان يقال انما فعل ذلك لان نفسه كان تواقة الى النساء فان هذا المعنى يرتفع بالمرأة الواحدة ولما لم يكتف بالواحدة دل ان النكاح أفضل والاستدلال بحال الرسول صلى الله عليه وسلم أولى من الاستدلال بحال يحيي عليه السلام مع انه كان في شريعتهم العزلة أفضل من العشرة وفى شريعتنا العشرة أفضل من العزلة كما قال صلى الله عليه وسلم لا رهبانية في الاسلام وقد بينا ان النكاح مشتمل على مصالح جمة فالاشتغال به أولى من الاشتغال بنفل العبادة على ما اختاره الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وانما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصى المطيع للمعانى الدينية والعاصى لقضاء الشهوة بمنزلة الامارة ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر من الرغبة فى النكاح حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه بل المقصود اظهار الحق والعدل ولكن الله تعالى قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع والعاصى فيكون الكل تحت طاعته والانقياد لامره مع ان منفعة العبادة على العابد مقصورة ومنفعة النكاح لا تقتصر على الناكح بل تتعدى الى غيره وما يكون أكثر نفعا فهو أفضل قال صلى الله عليه وسلم خير الناس من ينفع الناس اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب فقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على

بنت أختها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى مافى صحفتها فان الله تعالى هو رازقها وهذا الحديث يرويه رجلان من الصحابة رضي الله عنهم ابن عباس وجابر رضى الله عنهما وهو مشهور بلغة العلماء بالمقبول والعمل به ومثله حجة يجوز به الزيادة على كتاب الله تعالى عندنا وفيه دليل على حرمة نكاح المرأة على عمتها وخالتها لان هذا النهي بصيغة الخبر وهذا أبلغ مايكون من النهى كما أن الأمر قد يكون بصيغة الخبر قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن الآية وقال الله تعالي والوالدات يرضعن أولادهن والنهي يقتضي التحريم ثم ذكر هذا النهي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم أو لازالة الاشكال فربما يظن ظان ان نكاح بنت الأخ على العمة لايجوز ونكاح العمة على بنت الأخ يجوز لتفضيل العمة كما لايجوز نكاح الامة علي الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين وقوله لاتسأل المرأة طلاق أختها نهى بصيغة الخبر وله تأويلان إما أن يكون المراد به الاخت ديناً بأن تكون امرأتان تحت رجل وهو يحسن اليهما فتجيء الى الزوج احداهما وتقول طلق صاحبتى ليتحول نصيبها الىّ وهذا منهي عنه لانه سبب للتحاسد والتنافر وقال صلي الله عليه وسلم لاتحاسدوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله اخوانا أو يكون المراد به الأخت نسباً بأن تأتى المرأة الى زوج أختها وتقول فارقها وتزوجني فاني أوفق لك وهذا منهى عنه لانه سبب لقطيعة الرحم بينهما وقطيعة الرحم من الملاعن واليه أشار صلى الله عليه وسلم فى بعض الروايات فقال انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن ومعنى قوله لتكفيَ مافى صحيفتها أى لتحول نصيبها الى نفسها وروي لتكفئ وكلاهما لغة يقال كفأت القدر وأكفأتها اذا أملتها وأرقت مافيها وفي بعض الروايات لتكف مافى صحفتها ومعناه لتقنع بما آتاها الله فان الله تعالى هو رازقها والصحفة عبارة عن الحظ والنصيب وقد اشتمل الحديث على الحتم والوعظ والندب فان قوله فان الله هو رازقها وعظ وقوله لا تسأل ندب لانها لو فعلت ذلك جاز ولكن لاينبغى لها أن تفعله وقوله لاتنكح المرأة على عمتها حتم حتى اذا فعل ذلك لم يجز النكاح عندنا وقال عثمان البتى رحمه الله تعالى يجوز في غير الأختين لان المحرم بالنص الجمع بين الاختين وهذا ناسخ لما يتلى فى قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ونسخ الكتاب بخبر الواحد لايجوز ولكنا نقول الحديث صحيح مقبول والعمل به واجب فلكونه مشهورا نقول يجوز نسخ

الكتاب به عندنا أو نقول هذا مبين لما ذكر فى الكتاب وليس بناسخ لان الحل فى الكتاب مقيد بشرط مبهم وهو قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين وهذا الشرط مبهم فالحديث ورد لبيان ما هو مبهم في الكتاب ورسول الله صلى الله عليه وسلم بعث مبينا قال الله تعالى ليبين للناس مانزل اليهم أو نقول هذا الحديث مقرر للحرمة المذكورة في الكتاب فان الله تعالى ذكر فى المحرمات الجمع بين الاختين لان بينهما رحما يفترض وصلها ويحرم قطعها وفي الجمع قطيعة لرحم علي مايكون بين الضرائر من التنافر فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كل قرابة يفترض وصلها فهى فى معنى الاختية في تحريم الجمع والتى بين العمة وبنت الاخ قرابة يفترض وصلها حتى لو كان أحدهما ذكرا والاخرى أنثى لم يجز للذكر أن يتزوج الانثى صيانة للرحم واذا ملكه عتق عليه تحرزاً عن قطيعة الرحم فكان الحديث مقرراً للحرمة المذكورة في القرآن لا أن يكون ناسخاً قال وبلغنا عن عمر رضى الله عنه أنه قال لأمنعن النساء فروجهن الا من الاكفاء وفى هذا دليل على أن للسلطان يداً فى الانكحة فقد أضاف المنع الى نفسه وذلك يكون بولاية السلطنة وفيه دليل أن الكفاءة في النكاح معتبرة وأن المرأة غير ممنوعة من أن تزوج نفسها ممن يكافئها وأن النكاح ينعقد بعبارتها قال وبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال البكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها والثيب تشاور ومعني قوله تستأمر فى نفسها أى فى أمر نفسها فى النكاح فهو دليل على أنه ليس لأحد من الاولياء أن يزوجها من غير استئمارها أبا كان أو غيره وقيل معناه تستأمر خالية لا فى ملأ من الناس لكيلا يمنعها الحياء من الرد اذا كانت كارهة ولا تذهب حشمة الولى عنه بردها قوله واذنها صماتها وفي بعض الروايات سكوتها رضاها وذلك دليل على أن رضاها شرط وأن السكوت منها دليل على الرضا فيكتفي به شرعا لما روى أن عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله انها تستحى فتسكت فقال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها ومعنى هذا انها تستحى من اظهار الرغبة في الرجال واذا استؤمرت فلها جوابان نعم أولا وسكوتها دليل على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك الجواب وهو الرضا دون الاباء اذ ليس فى الاباء اظهار الرغبة فى الرجال وقد يكون السكوت دليل الرضا كسكوت الشفيع بعد العلم بالبيع وسكوت المولى عند رؤيته تصرف العبد عن الحجر عليه وقوله والثيب تشاور دليل على أنه لا يكتفى بسكوت الثيب فان

المشاورة على ميزان المفاعلة ولايحصل ذلك الا بالنطق من الجانبين وبظاهره يستدل الشافعى على أن الثيب الصغيرة لا يزوجها أحد حتى تبلغ فتشاور ولكنا نقول هذا اللفظ يتناول ثيبا تكون من أهل المشاورة والصغيرة ليست بأهل المشاورة فلا يتناولها الحديث ﴿قال﴾ وبلغنا عن ابراهيم رحمه الله تعالى قال البكر تستأمر فى نفسها فلعل بها داء لايعلمه غيرها قيل معنى هذا لعلها رتقاء أو قرناء وذلك فى باطنها لا يعلمه غيرها فاذا زوجت من غير استئمارها لايحصل المقصود بالنكاح وينهتك سترها وقيل معناه لاتشتهي صحبة الرجال لمعنى فى باطنها من غلبة الرطوبة أو نحو ذلك فاذا زوجت بغير استئمارها لاتحسن العشرة مع زوجها أولعل قلبها مع غير هذا الذى تزوج منه فاذا زوجت بغير استئمارها لم تحسن صحبة هذا الزوج ووقعت فى الفتنة لكون قلبها مع غيره وأي داء أدوى من العشق ﴿قال﴾ وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاتنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة وفيه دليل على أن نكاح الامة على الحرة لايجوز وأن هذه الحرمة ثابتة شرعا رضيت الحرة أو لم ترض وهو مذهبنا وقال مالك رحمه الله تعالى اذا رضيت الحرة جاز قال لان المنع لحق الحرة لا للجمع بدليل أنه اذا تقدم نكاح الامة بقي نكاحها بعد الحرة والجمع موجود فدل أن المنع لحق الحرة وهو أنه يغصها ادخال ناقصة الحال فى فراشها وذلك ينعدم برضاها ولكنا نقول المنع ليس لحقها بل لانها ليست من المحللات مضمومة الى الحرة وهي من المحللات منفردة عن الحرة فان الحل برقها يتنصف كما يتنصف برق الرجل على ما نبينه ان شاء الله تعالى فاذا تزوجها على الحرة فهذا حال ضمها الى الحرة وهى ليست من المحللات فى هذه الحالة وهذا المعنى لايزول برضاها فلهذا لايجوز النكاح والكلام فيه أن هذا الحديث ناسخ لما فى الكتاب أو مبين بطريق التخصيص على نحو ما بينا فى الحديث الاول ثم ذكر هذا اللفظ عن على رضى الله عنه أيضاً وزاد فيه وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث وبه نأخذ فان القسم ينبنى على الحل الذى ينبني عليه النكاح وحظ الامة فيه على النصف من حظ الحرة وزعم بعض العلماء رحمهم الله تعالى أنه يسوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى النفقة للمساواة بينهما فى الملك والحاجة ولكنا نقول لايسوى بينهما فى النفقة أيضاً فالحرة تستحق نفقة خادمها كما تستحق نفقة نفسها والأمة لاتستحق النفقة الا أن يبوئها المولى بيتا مع زوجها ﴿قال﴾ وبلغنا عن ابن عباس رضى

الله عنه أنه قال ان بعض العرب كان في الجاهلية يستحل الرجل نكاح امرأة أبيه فاذا مات أبوه ورث نكاحها عنه فأنزل الله تعالى قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم الآية وأنزل الله تعالى قوله حرمت عليكم أمهاتكم الآية وان العرب فى الجاهلية كانوا فريقين فريق يعتقدون الارث فى منكوحة الاب ويقولون ان ولد الرجل اذا لم يكن منها يخلفه فى نكاحها كما يخلفه في ملكه فيطأها بغير عقد جديد رضيت أو كرهت وفيه نزل قوله تعالى لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها وبعضهم كانوا يعتقدون أنها تحل له بعقد جديد وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره وفيه نزل قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم وكانوا فى الجاهلية يسمون الولد الذي يكون بينهما ولد المقت واليه أشار الله تعالى في قوله انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وقوله تعالى الا ما قد سلف معناه أن ما قد سلف فى الجاهلية فانكم لا تؤاخذون بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد العلم بالحرمة وقيل معناه ولا ما قد سلف فان كلمة الا قد تكون بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم فيكون المعنى أنه كما لا يحل ابتداء العقد بعد نزول الحرمة لا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة لكيلا يظن ظان أن هذه الحرمة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء كحرمة العدة فأما قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم ففيه بيان المحرمات والحاصل أن المحرمات أربعة عشر سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب أما من جهة السبب فالامهات بقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم فأم الرجل حرام عليه وكذلك جداته من قبل أبيه أو من قبل أمه فعلى قول من يقول ان اللفظ الواحد يجوز أن يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يقول حرمت الجدات بالنص لان اسم الامهات يتناولهن مجازاً وعلى قول من يقول لا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز يقول حرمت الجدات بدليل الاجماع اذ الامهات هن الاصول وهو حقيقة معنى هذا الاسم وذلك يجمع الكل الا أن اطلاق الاسم فى الام الادنى دون غيرها لدليل العرف فعلى هذا يتناول النص الجدات حقيقة والثانى البنات فعلى القول الاول حرمة بنات البنات وبنات البنين وان سفلن ثابتة بالنص أيضاً لان الاسم يتناولهن مجازاً وعلى القول الآخر حرمتهن بدليل الاجماع على ما بينا والثالث الاخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى وأخواتكم وهن أصناف ثلاثة الاخت لأب وأم والاخت لاب والاخت لام وهن محرمات بالنص فالاختية عبارة عن المجاورة في الرحم أو فى الصلب فكان الاسم حقيقة يتناول الفرق الثلاث والرابع العمات تثبت حرمتهن بقوله تعالى

وعماتكم ويدخل فى ذلك أخوات الاب لاب وأم أو لاب أو لام والخامس الخالات تثبت حرمتهن بقوله تعالى وخالاتكم ويدخل فى ذلك أخوات الام لاب وأم أو لاب أو لام والسادس بنات الاخ تثبت حرمتهن بقوله تعالى وبنات الاخ ويدخل في ذلك بنات الاخ لاب وأم أو لاب أو لام والسابع بنات الاخت تثبت حرمتهن بقوله تعالى وبنات الاخت ويستوى فى ذلك بنات الاخت لاب وأم أو لاب أو لام وأما السبع اللاتى من جهة النسب الامهات من الرضاعة والاخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة والحاصل أنه يثبت بالرضاع من الحرمة مايثبت بالنسب قال صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والثالث أم المرأة فان من تزوج امرأة حرمت عليه أمها ثبت بقوله تعالى وأمهات نسائكم وهذه الحرمة تثبت بنفس العقد عندنا وكان بشر المريسي وابن شجاع رحمهما الله تعالى يقولان لا تثبت الا بالدخول بالبنت وهو احد قولى الشافعي رحمه الله تعالى ومذهبنا مذهب عمر وابن عباس رضي الله عنهم واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه حين ناظره عمر رضى الله عنه ومذهبهم مذهب عليّ وزيد بن ثابت رضى الله عنهما واستدلوا بقوله تعالى وأمهات نسائكم الآية والاصل أن الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة بعضها على بعض ينصرف الى جميع ما سبق ذكره ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله وعليه وسلم قال من تزوج امرأة حرمت عليه أمها دخل بها أو لم يدخل وحرمت عليه ابنتها ان دخل بها وكان ابن عباس رضى عنهما يقول أم المرأة مبهمة فابهموا ما أبهم الله بين أن الشرط المذكور ينصرف الى الربائب دون الامهات وهذا هو الظاهر لغة فالنساء المذكورة فى قوله تعالى وامهات نسائكم مخفوضة بالاضافة وفى قوله من نسائكم مخفوض بحرف من والمخفوضات بأداتين لاينعتان بنعت واحد ألا ترى أنه لايستقيم أن يقول مررت بزيد الى عمرو الظريفين وهو الاصل فى اللغة أن المعمول الواحد لا يكون بعاملين فلو جعلنا قوله وربائبكم عطفا لصار قوله من نسائكم مخفوضاً بحرف من وبالاضافة جميعاً وذلك لايجوز فعرفنا أن قوله وربائبكم ابتداء بحرف الواو وان أمهات النساء مبهمة كما قال ابن عباس رضى الله عنهما فأما حرمة الربيبة وهى بنت المرأة لا تثبت الحرمة الا بالدخول بالام لقوله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ولان الربائب ليس في معنى الامهات فالظاهر من العبارة ان أم الزوجة تبرز الى زوج بنتها قبل الدخول وأما بنت المرأة

لاتبرز الى زوج أمها قبل الدخول بالام واختلفت الصحابة رضى الله عنهم ان الحجر هل ينتصب شرطاً لهذه الحرمة أولا فكان على رضى الله عنه يقول الحجر شرط لقوله تعالى وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ولما روى انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أم سلمة رضى الله عنهما فقال لولم تكن ربيبتي في حجري ما كانت تحل لى أرضعتني واباها ثوبية فاما عمر وابن مسعود رضى الله عنهما كانا يقولان الحجر ليس بشرط وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى للحديث الذى رويناه وتفسير الحجر وهو أن البنت اذا زفت مع الام الى بيت زوج الام فهذه كانت فى حجره واذا كانت مع أبيها لم تكن فى حجر زوج الام وانما ذكر الحجر في الآية على وجه العادة فان بنت المرأة تكون فى حجر زوج أمها لا على وجه الشرط مثل قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً مذكور علي وجه العادة لا على وجه الشرط الا ترى انه قال فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم شرط للحل عدم الدخول فذلك دليل على انه بعد مادخل بالام لاتحل له البنت قط سواء كانت فى حجره أولم تكن ولا يحل له ان يجمع بين الام والبنت وان لم يكن دخل بالام لان القرابة التي بينهما أقوى من القرابة التى بين المرأة وعمتها وقد بينا ان هناك لايجوز الجمع بينهما نكاحاً فهنا أولى فاما اذا طلق الام قبل أن يدخل بها أو ماتت يحل له ان يتزوج البنت وكان زيد رحمه الله تعالى يفرق بين الطلاق والموت فيقول بالموت ينتهى النكاح حتى يتقرر به كمال المهر فنزل ذلك منزلة الدخول ولكنا نقول هذه الحرمة تعلقت شرعا بشرط الدخول فلو اقمنا الموت مقامه كان ذلك بالرأي وكما لا يجوز نصب شرط بالرأى لايجوز اقامة شرط مقام شرط بالرأى فاما حليلة الابن على الاب حرام سواء دخل الابن بها أولم يدخل لقوله تعالى وحلائل أبنائكم سميت حليلة لانها تحل للابن من الحل أو هو مشتق من الحلول على معنى انها تحل على فراشه وهو يحل فى فراشها وكما تحرم حليلة الابن نسباً فكذلك حليلة الابن من الرضاع عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لاتحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على أصله ان ابن الفحل لا يحرم واستدل بالتقييد المذكور هنا بقوله من أصلابكم ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمراد بقوله تعالى من أصلابكم بيان اباحة حليلة الابن من التبنى فان التبنى انتسخ بقوله تعالى أدعوهم لآبائهم وكان النبي صلى الله عليه وسلم تبني زيد بن حارثة

ثم تزوج زينب بعد ماطلقها زيد فطعن المشركون وقالوا إنه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين وكما تحرم حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الابن وان سفل لان اسم الابن يتناوله مجازا فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تعدية هذا التحريم اليه مع هذا التقييد قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار ان الاصل من صلبه كقوله تعالى هو الذى خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل وكذلك منكوحة الاب حرام على الابن دخل بها الاب أولم يدخل لقوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم وكما يحرم على الابن يحرم علي النوافل من قبل الرجال والنساء جميعاً لان اسم الاب يتناول الكل مجازا فاما قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين معناه حرم عليكم أن تجمعوا بين الاختين لانه معطوف على أول الآية والجمع بين الاختين نكاحا حرام وكذلك الجمع بينهما فراشاً حتى لايجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين وهو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر رضوان الله عليهم فانه قال ماحرم الله تعالى من الحرائر شيئاً الا وحرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به الزيادة على الاربع وكان عثمان رضى الله عنه يقول أحلتهما آية وحرمتهما آية يريد بآية التحليل قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وبآية التحريم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فى ذلك ولكنا نقول عند التعارض يترجح جانب الحرمة ويتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه فى رحم أختين ولان المراد من قوله وأن تجمعوا حرمة الجمع فراشاً كما أن قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم يقتضى حرمة الاستفراش بأى سبب كان والجمع فراشاً يحصل بالوطء بملك اليمين فلهذا يحرم عليه الجمع بينهما فان تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما لانه لاوجه لتصحيح نكاح إحداهما بغير عينها فان النكاح عقد تمليك فلايثبت فى المجهولة ابتداء ولا بعينها اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا يمكن تصحيح نكاحهما لان الجمع محرم بالنص فتعين البطلان وان نكح احداهما قبل الاخرى فنكاح الاولى جائز لان بهذا العقد لايصير جامعاً ونكاح الثانية فاسد لان بهذا العقد يصير جامعاً بين الاختين فتعين فيه جهة البطلان فيفرق بينهما فان لم يكن دخل بها فلا شئ لها عليه وان كان قد دخل بها فعليها العدة ولها الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فيسقط به الحد ويجب المهر والعدة كما اذا زفت اليه غير امرأته

وحكم ذلك مروى عن علي رضى الله عنه فاما وجوب الاقل من المسمى ومن مهر المثل فهو مذهبنا وعند زفر رحمه الله تعالى يجب مهر المثـل بالغا مابلغ لان الواجب عند فساد العقد بدل المتلف ألا ترى ان المقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضمونا بالقيمة بالغة مابلغت عنـد الاتلاف فـكذلك المستوفى بالنـكاح الفاسد ولـكنا نقول المستوفى بالوطء ليس بمال فانما يتقـدر بالمال بالتسمية الا ان المسمي اذا كان أكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية فاذا كان أقل لم تجب الزيادة على قدر المسمى لانعدام التسمية فيه ولتمام التراضى على قدر المسمى بخلاف المبيع فانه مال متقوم بنفسه فبدله يتقدر بالقيمة وانما يتحول عنه الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح لفساد العقد كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة الاخرى سواء دخل بالاولي أولم يدخل بها لان رحم المعتدة مشغول بمائه حكما ولو وطيء الاخرى فى هـذه الحالة صار جامعاً ماءه في رحم الاختـين وذلك حرام شرعا ولـكن أصـل نـكاح الاولى بهذا لايبطل لان اشتغال رحم الثانية عارض على شرف الزوال فلا يبطل ذلك أصـل النـكاح كالمنكوحة اذا وطئت بالشبهة ووجبت عليها العدة لايكون للزوج ان يطأها حتى تنقضى عـدتها ولا يبطل نـكاحها ولا تتزوج المرأة فى عدة أختها منه من نـكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالي ان كانت تعتد منه من طلاق رجعى فليس له أن يتزوج أختها وان كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها فى عدتها وقد روى مثل مذهبه عن زيد بن ثابت رضى الله عنه الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى ذكر في الأمالى رجوع زيد رضي الله عنه عن هذا القول وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها وحكي أن مروان شاور الصحابة رضى الله عنهم فى هذا فاتفقوا على أنه يفرق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة السلمانى ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على الاربع قبل الظهر وذكر سليمان بن بشار عن عليّ وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهـم المنع من نكاح الاخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث وكان الحسن البصرى رحمه الله تعالى يقول ان كانت حاملا فليس له أن يتزوج أختها وان كانت حائلا فـله أن يتزوجها وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن النكاح مرتفع بينهما بجميع علائقـه فيجوز له نـكاح أختها كما بعد انقضاء العدة

ودليل الوصف أنه لو وطئها وقال علمت أنها علىّ حرام يلزمه الحد ولو جاءت بولد لأكثر من سنتين حتى علم أن العلوق كان فى العدة لم يثبت النسب ولو بقيت بينهما علاقة من علائق النكاح لسقط به الحد وثبت النسب والعدة الواجبة أثر ماء محترم لانها من حقوق النكاح حتى لا يجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة لحق النكاح لا يعتبر فيه توهم الدخول كعدة الوفاة واذا ثبت الوصف فتأثيره أن المحرم هو الجمع بينهما نكاحا فلا يصير جامعاً بهذا حتى لم يبق بينه وبين الاولى علقة من علائق النكاح والمقصود من هذا التحريم صيانة الرحم عن القطيعة التى تكون بسبب المنازعة بينهما فى القسم وذلك لايتحقق بعد الخلع والتطليقات الثلاثة ﴿ ولنا ﴾ أن هذه معتدة على الاطلاق فليس له أن يتزوج باختها كالعدة من طلاق رجعى وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح ألا ترى أنها لاتجب بدون النكاح أو شبهة النكاح ولا معنى لما قال ان وجوبها بماء محترم لانه ان اعتبر أصل الماء فهو موجود في الزانية ولا عدة وان اعتبر الماء المحترم فاحترام الماء يكون بالنكاح والدليل عليه أن العدة تختلف بالرق والحرية واشتغال الرحم بالماء لايختلف وانما يختلف ملك النكاح لتفاوتٍ بينهما في الحل الذى ينبنى عليه النكاح فعرفنا أنه من حقوق النكاح ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه انما يبقى اذا كان النكاح متأكداً وتأكده بالموت أو بالدخول ولهذا لاتجب العدة على المطلقة قبل الدخول واذا ثبت أنه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة فى اثبات الحرمة كما أن حق ملك اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر فى المنع من نكاح أمته وكما أن الرضاع في التحريم ينزل منزلة النسب لانه في البعضية بمنزلة الحق من الحقيقة والدليل عليه أن في جانبها جعل الحق كالحقيقة فى حق المنع من التزوج فكذلك فى جانبه ونحن نسلم ارتفاع ملك النكاح بجميع علائقه انما ندعى بقاء الحق وهذا الحكم عندنا يثبت بدون ملك النكاح فان بالنكاح الفاسد أصل الملك لايثبت ثم يكون ممنوعا من نكاح أختها وكما يلزمه الحد اذا وطئها يلزمها الحد اذا مكنت نفسها منه ولا يدل ذلك على زوال المنع من جانبها فكذلك من جانبه وكما لايجوز له أن يتزوج أختها فى عدتها فكذلك لايجوز أن يتزوج احداً من محارمها لانهما فى معنى الاختين فى حرمة الجمع بينهما وكذلك لا يجوز له ان يتزوج أربعاً سواها فى عدتها لان الجمع بين الخمس حرام بالنكاح بمنزلة الجمع بين الاختين ﴿قال﴾ ولا يحل له أن يجمع بين امرأتين

ذواتي رحم محرم من نسب أورضاع لان الرضاع فى حكم الحرمة بمنزلة النسب وبهذا تبين ان في المنصوص لايعتبر المعنى وان المعتبر حرمة الجمع بالنص لاصيانة الرحم عن القطيعة فانه ليس بين الاختين من الرضاعة قرابة يفترض وصلها ثم كان الجمع بينهما حراماً فان تزوجها فهو على مابينا فى الاختين نسباً زاد في التفريع هنا فقال ان تزوجهما فى عقدة ودخل بهما فرق بينه وبينهما وعليهما العدة وانما تصير كل واحدة منهما شارعة فى العدة من وقت التفريق عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى من آخر الوطآت وكذلك فى كل نكاح فاسد لان وجوب العدة بسبب الوطء فيعتبر من آخر الوطآت ولكنا نقول الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى ان وطأها قبل التفريق لايلزمه الحد وبعده يلزمه فلا تصير شارعة فى العدة مالم ترتفع الشبهة وذلك بالتفريق بينهما والدليل على ان المعتبر هو الشبهة أنه وان وطئها مراراً لايجب الامهر واحد لاستناده الى شبهة واحدة اذا ثبت هذا فنقول بعد مافرق بينه وبينهما ليس له أن يتزوج واحدة منهما حتى تنقضى عدة الأخرى لان الأخرى فى عدته وعدة الأخت تمنع نكاح الاخت فان انقضت عدتهما معاً فله أن يتزوج أيتهما شاء وان انقضت عدة احداهما فليس له أن يتزوج التى انقضت عدتها لان الأخرى معتدة وله أن يتزوج المعتدة لان الأخرى منقضية العدة وعدة هذه لاتمنع صاحب العدة من نكاحها انما تمنع غيره من ذلك وكذلك لو كان دخل باحداهما ثم فرق بينه وبينهما فالعدة على التى دخل بها دون الاخرى وله ان يتزوج المعتدة ولا يتزوج الاخرى حتى تنقضى عدة المعتدة لما بينا ﴿ قال ﴾ واذا وطئ الرجل امرأة بملك يمين أو نكاح أو فجور يحرم عليه أمها وابنتها وتحرم هي على آبائه وأبنائه وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان الوطء بنكاح أو ملك يمين فكذلك الجواب وان كان بالزنا لاتثبت به الحرمة واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم الحرام لايحرم الحلال وهكذا رواه ابن عباس رضى الله عنه وروى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن يبتغى من امرأة فجوراً ثم يتزوج ابنتها فقال لا بأس لايحرم الحرام الحلال وقالت عائشة رضى الله عنها سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل يبتغي من امرأة حراما ثم يتزوج ابنتها فقال يجوز لايحرم الحرام الحلال وانما يحرم ما كان من قبل النكاح وعلل الشافعى رحمه الله تعالى فى كتابه فقال النكاح أمر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فانى يستويان ومعنى

هذا ان ثبوت حرمة المصاهرة بطريق النعمة والكرامة فان الله تعالى منّ به على عباده بقوله تعالى فجعله نسباً وصهراً وهو معقول فان أمهاتها وبناتها يصرن كامهاته وبناته حتى يخلو بهن ويسافر بهن وهذا يكون بطريق الكرامة والزنا المحض سبب لايجاب العقوبة فلا يصلح سببا لايجاب الحرمة والكرامة الا ترى انه لايثبت به النسب والعدة فكذلك حرمة المصاهرة وحجتنا فى ذلك قوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم وقد بينا أن النكاح للوطء حقيقة فتكون الآية نصاً فى تحريم موطوءة الاب على الابن فالتقييد بكون الوطء حلالا زيادة ولا تثبت هذه الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس والدليل عليه أن موطوءة الاب بالملك حرام على الابن بهذه الآية فدل أن المراد بالنكاح الوطء لا العقد وقد نقل مثل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وأبيّ بن كعب وعمران بن حصين رضى الله عنهم بألفاظ مختلفة والمعني فيه أنه وطء فى محله فيكون موجباً للحرمة كالوطء بالنكاح وملك اليمين وتفسير الوصف ان الوطء في هذا المحل محرم لكونه مثبتا لان هذا الفعل حرث والحرث لا يكون الا فى محل مثبت وكون المحل مثبتا لا يختلف بالملك وعدم الملك وتأثيره أن ثبوت الحرمة بسبب هذا الوطء فى الملك ليس لعين الملك بل لمعنى البعضية لان الولد الذى يتخلق من المائين يكون بعضا لكل واحد منهما فتتعدى شبهة البعضية الى أمهاتها وبناتها والى آبائه وأبنائه والشبهة تعمل عمل الحقيقة في ايجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بالملك وعدم الملك لان سبب البعضية حسيّ وانما تكون هذه البعضية موجبة حرمة الموطوءة لان البعضية الحكمية عملها كعمل حقيقة البعضية وحقيقة البعضية توجب الحرمة فى غير موضع الضرورة فاما فى موضع الضرورة لا توجب ألا ترى أن حواء عليها السلام خلقت من آدم عليه السلام فكانت بعضه حقيقة وهي حلال له فكذلك شبهة البعضية انما توجب الحرمة فى غير موضع الضرورة وفي حق الموطوأة ضرورة وهذا لان العلل الشرعية امارات لا موجبات فلهذا ثبت الحكم بها فى الموضع الذي جعلها الشرع علة وقد جعل الشرع موضع الضرورة مستثنى من الحرمة بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فاما النسب فعندنا أحكام النسب تثبت ولكن الانتساب لايثبت لانه لمقصود الشرف به ولا يحصل ذلك بالنسبة الى الزانى والعدة انما لاتجب لان وجوبها فى الاصل باعتبار حق النكاح أو الفراش وبين النكاح والسفاح منافاة فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة وبعض

أصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الحرمة تثبت هنا بطريق العقوبة كما تثبت حرمة الميراث فى حق القاتل عقوبة والاصل فيه قوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم الآية وعلى هذا الطريق يقولون المحرمية لا تثبت حتى لا تباح الخلوة والمسافرة بها ولكن هذا التعليل فاسد فان التعليل لتعدية حكم النص لا لاثبات حكم آخر سوى المنصوص فان ابتداء الحكم لا يجوز اثباته بالتعليل والمنصوص حرمة ثابتة بطريق الكرامة فانما يجوز التعليل لتعدية تلك الحرمة الى الفروع لا لاثبات حكم آخر سوي المنصوص ولكن الصحيح أن نقول هذا الفعل زنا موجب للحد كما قال ولكنه مع ذلك حرث للولد ويصلح ان يكون سببا لثبوت الحرمة والكرامة باعتبار أنه حرث للولد ألا ترى أنه فى جانبها الفعل زنا ترجم عليه واذا حبلت به كان لذلك الولد من الحرمة ما لغيره من بنى آدم فيثبت نسبه منها وتحرم هى عليه وثبوت هذا كله بطريق الكرامة لانه حرث لا لانه زنا فكذا هنا فبهذا التقرير يتبين فساد استدلالهم بالحديث فانا لا نجعل الحرام محرما للحلال وانما نثبت الحرمة باعتبار ان الفعل حرث للولد وحرمة هذا الفعل بكونه زنا على ان هذا الحديث غير مجري على ظاهره فان كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة من خمر في ماء وكالوطء بالشبهة ووطء الامة المشتركة ووطء الاب جارية الابن فان هذا كله حرام حرم الحلال لا لانه حرام بل للمعنى الذى قلنا فكذلك هنا ومن فروع هذه المسئلة بنت الرجل من الزنا بأن زنى ببكر وأمسكها حتي ولدت بنتا حرم عليه تزوجها عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يكون حراما وله فى البنت الملاعنة التى لم يدخل بالام قولان واستدل فقال نص التحريم قوله تعالى وبناتكم وذلك يتناول البنت المضافة اليه نسبا والبنت من الزنا غير مضافة اليه نسبا بل هى حرام الاضافة اليه نسبا ولو أثبتنا الحرمة فيها كان اثبات الحرمة بالزنا وبه فارق جانبها فان الابن من الزنا يضاف الى الام نسبا فكانت هي حراما عليه لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وتبين بهذا التفريق ان هذه الحرمة الثابتة شرعا تنبنى على ثبوت النسب شرعا والنسبة الي الزانى غير ثابتة من كل وجه فكذا هنا وهكذا يقول على أحد القولين فى بنت الملاعنة وعلى القول الآخر يفرق بينهما فيقول النسب هناك كان ثابتا باعتبار الفراش لكن انقطع باللعان وبقى موقوفا على حقه حتى لو أكذب نفسه يثبت النسب منه ولا يثبت من غيره وان أعاده فيجوز ابقاء الحرمة وهنا النسب لم يكن ثابتا أصلا

لانعدام الفراش ولا هو بعرض الثبوت منه ولنا ان ولد الزنا بعضه فتكون محرمة عليه كولد الراشدة وهذا لان البعضية باعتبار الماء وذلك لايختلف حقيقته بالملك وعدم الملك فالولد المخلوق من الماءين يكون بعض كل واحد منهما قال النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة رضى الله عنها هى بضعة منى والبعضية علة صالحة لاثبات الحرمة لان الانسان كما لا يستمتع بنفسه لايستمتع ببعضه الا ان النسب لايثبت لا لانعدام البعضية بل للاشتباه لان الزانية يأتيها غير واحد ولو أثبتنا النسب بالزنا ربما يؤدى الى نسبة ولد الى غير ابيه وذلك حرام بالنص حتى ان فى جانبها لما كان لايؤدي الى هذا الاشتباه كان النسب ثابتا ولان قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا فانه اذا علم ان ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا وذلك يوجب اثبات الحرمة لان معنى الزجر عن الزنا به يحصل فانه اذا علم انه بسبب الحرام مرة يفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلهذا أثبتنا الحرمة وان لم يثبت النسب هنا اذا عرفنا هذا فنقول كما ثبتت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان فى الملك أو في غير الملك وعند الشافعي رحمه الله تعالى لاتثبت الحرمة بالتقبيل والمس عن شهوة أصلا في الملك أو في غير الملك حتى انه لو قبل أمته ثم أراد ان يتزوج ابنتها عنده يجوز وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له ان يتزوج ابنتها بناء على أصله ان حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر فى اثبات النسب والعدة وليس للمس والتقبيل عن شهوة تأثير فى اثبات النسب والعدة فكذلك فى اثبات الحرمة وقاس بالنكاح الفاسد فان التقبيل والمس فيه لايجعل كالدخول في ايجاب المهر والعدة وكذلك فى ايجاب الحل للزوج الاول فكذا هنا ولكنا نستدل بآثار الصحابة رضى الله عنهم فقد روي عن ابن عمر رضى الله عنه انه قال اذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها وعن مسروق رحمه الله تعالى قال بيعوا جاريتى هذه أما أنى لم أصب منها مايحرمها على ولدى من المس والقبلة ولان المس والتقبيل سبب يتوصل به الى الوطء فانه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه فى اثبات الحرمة كما أن النكاح الذى هو سبب الوطء شرعا يقام مقامه في اثبات الحرمة الا فيما استثناه الشرع وهي الربيبة وهذا لان الحرمة تنبنى على الاحتياط فيقام السبب الداعى الى الوطء فيه مقام الوطء احتياطاً وان لم يثبت به سائر

الاحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية فى اثبات الحرمة دون سائر الاحكام ولو نظر الى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا وفى القياس لاتثبت وهو قول ابن أبي ليلى والشافعى رحمهما الله تعالى لان النظر كالتفكر اذ هو غير متصل بها ألا ترى أنه لايفسد به الصوم وان اتصل به الانزال ولان النظر لو كان موجباً للحرمة لاستوى فيه النظر الى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ولكنا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضي الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه جرد جارية ثم نظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال أما انها لاتحل لك وفى الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها ثم النظر الى الفرج بشهوة نوع استمتاع لان النظر الى المحل اما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس فى ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس بخلاف النظر الى سائر الاعضاء ولان النظر الى الفرج لايحل الا فى الملك بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر الى سائر الاعضاء ثم معنى الشهوة المعتبرة فى المس والنظر ان تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها فاما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معتبر ألا ترى ان هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذى لاشهوة له والنظر الى الفرج الذى تتعلق به الحرمة هو النظر الى الفرج الداخل دون الخارج وانما يكون ذلك اذا كانت متكئة اما اذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لاتثبت الحرمة بالنظر ثم حرمة المصاهرة بهذه الاسباب تتعدى الى آبائه وان علوا وأبنائه وان سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعاً وكذلك تتعدى الى جداتها والى نوافلها لمابينا ان الاجداد والجدات بمنزلة الآباء والامهات والنوافل بمنزلة الاولاد فيما تنبني عليه الحرمة وذلك كله مروى عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى وعلى هذا اذا جامع الرجل ام امرأته حرمت عليه امرأته نقل ذلك عن أبي بن كعب رضى الله عنه وكان المعنى فيه ان الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه * قال * رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد مادخل بها ثلاثا أو واحدة بائنة أو خلعها لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت فى العدة لان حرمة مازاد على الاربع كحرمة الاختين فكما ان هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح فى المنع فكذا هنا فان قال أخبرتنى ان عدتها قد انقضت فان كان ذلك

في

فى مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قوله ولا قولها ان أخبرت الا أن تفسر بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق ونحـوه وان كان ذلك فى مدة تنقضى فى مثلها العدة ان صدقتـه أو كانت ساكتة أو غائبة فله ان يتزوج أخرى أو أختها ان شاء ذلك وكذلك ان كذبتـه فى قول علمائنا وعن زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك لان عدتها باقية فانها أمينة فى الاخبار بما فى رحمها وقد اخبرت ببقاء عدتها والزوج انما أخبر عليها وهى تكذبه فى ذلك فيسقط منه اعتبار قوله كشاهد الاصل ان أكذب شاهد الفرع أو راوى الاصل ان كذب الراوى عنه والدليل عليه بقاء نفقتها وسكناها وثبوت نسب ولدها ان جاءت به لأقل من سنتين وبالاتفاق اذا حكمنا بثبوت نسب ولدها يبطل نكاح أختها فكذلك اذا قضينا بنفقتها وحجتنا فى ذلك أنه أخبر عن أمر بينه وبين ربه عز وجل فكان أمينا مقبول القول فيه اذا احتمل كمن قال صمت أو صليت وبيان الوصف أنه أخبر بحل نكاح أختها له ولا حق للمطلقة في ذلك فان الحل والحرمة من حق الشرع وانما حق العباد فيه باعتبار قيام حق لهم فى محله ولا حق لها في نكاح أختها فلا يعتبر تكذيبها فيـه والدليل أن بمجرد الخبر يثبت له حل نـكاح أختها ألا ترى أنها لو كانت غائبـة كان له أن يتزوج بأختها ولو بطل ذلك الحق انما يبطل بتكذيبها وتكذيبها يصلح حجة فى ابقاء حقها لا فى ابطال حق ثابت للزوج والنفقة والسكني حقها فيكون باقياً وأما نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا يعتبر تكذيبها في ذلك لان ثبوت الحكم بحسب الحجة وكذلك ثبوت النسب من حقها وحق الولد لانه يندفع به تهمة الزنا عنها ويتشرف به الولد ثم من ضرورة القضاء بالنسب الحكم باستناد العلوق الى ما قبل الطلاق فاذا استندنا صار الخبر بانقضاء العدة قبل الوضع مستنكراً فلهذا بطل نكاح الاخت بخلاف القضاء بالنفقة فانه يقتصر على الحال وليس من ضرورة الحكم بها الحكم ببقاء العدة مطلقا فان المال تكثر أسباب وجوبه فى الجملة توضيحه أن من ضرورة القضاء بالنسب القضاء بالفراش فتبين أنه صار جامعا بين الاختين فى الفراش وليس من ضرورة القضاء بالنفقة القضاء بالفراش وأكثر ما فيه أنه يجتمع عليه استحقاق النفقة للأختين وذلك جائز كما فى ملك اليمين ﴿قال﴾ وان مات لم يكن لها ميراث وكان الميراث للأخرى هكذا ذكر هنا وذكر فى كتاب الطلاق وقال الميراث للأولى دون الثانية ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضاً حين قال أخبرتني ان عدتها قد انقضت وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم

الميراث اذا كان الطلاق رجعياً فاما اذا كان الطلاق بائناً أوثلاثا وكان فى الصحة فلاميراث للأولى سواء أخبرالزوج بهذا أولم يخبرولكن في كتاب الطلاق لماوضع المسئلة فى المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها كما فى نفقتها وهنا وضع المسئلة فى الصحيح ولا حق لها في مال الزوج فى صحته فكان قوله مقبولا فى ابطال إرثها توضيحه ان بقوله أخبر ان الواقع صار بائناً فكأنه أبانها فى صحته فلا ميراث لها ولو أبانها فى مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لان عندهما للزوج ان يجعل الرجعى بائنا خلافا لمحمد رحمه الله تعالى ومتى كان الميراث للاولى فلاميراث للثانية لان بين ارث الاختين منه بالنكاح منافاة ومتى لم ترث الاولى ورثته الثانية ﴿قال﴾ وان ماتت فى العدة أو لحقت بدار الحرب مرتدة حل له ان يتزوج أختها لان لحوقها كموتها فلا تبقى معتدة بعد موتها فان رجعت مسلمة قبل ان يتزوج أختها فله ان يتزوج أختها عندأبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العدة بعد ماسقطت لاتعود الا بتجدد سببها وعندهما ليس له ان يتزوج أختها لانها لما عادت مسلمة كان لحوقها بمنزلة الغيبة الاترى انه يعاد اليها مالها فلاتعود كمالها فتعود كما كانت وان كان قد تزوج أختها قبل رجوعها ثم رجعت مسلمة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان فى احدى الروايتين يبطل نكاح الاخت وفي الرواية الاخرى لايبطل ذكر الروايتين عنه في الامالى ﴿ قال ﴾ ولا بأس بان يتزوج المسلم الحرة من أهل الكتاب لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب الآية وكان ابن عمر رضى الله عنهما لا يجوز ذلك ويقول الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وكان يقول معني الآية الثانية واللاتى أسلمن من أهل الكتاب ولسنا نأخذ بهذا فان الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فدل أن اسم المشرك لايتناول الكتابى مطلقا ولو حملنا الآية الثانية على ما قال ابن عمر رضى الله عنهما لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فان غير الكتابية اذا أسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة بن اليمان رضى الله عنه أنه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك رحمهما الله تعالى تزوج يهودية وكذلك ان تزوج الكتابية على المسلمة أو المسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما سواء كأنجواز النكاح ينبنى على الحل الذى به صارت المرأة محلا للنكاح وعلى ذلك ينبنى القسم والمسلمة والكتابية فى ذلك سواء اسرائيلية كانت أو غير اسرائيلية وبعض من لايعتبر قوله فصل

بين الاسرائيلية وغيرها ولا معنى لذلك في الجواز لكونها كتابية وأما المجوسية لا يجوز نكاحها للمسلم لانها ليست من أهل الكتاب وذكر ابن اسحاق في تفسيره عن عليّ رضى الله عنه جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه أن المجوس أهل كتاب ولكن لما واقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه أسرى بكتابهم فنسوه وهو مخالف للنص فان الله تعالى قال أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا واذا قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث طوائف وقال صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولئن كان الامر على ما قال عليّ رضى الله عنه ولكن بعد ما نسوا خرجوا من أن يكونوا أهل كتاب فأما نكاح الصابئة فانه يجوز للمسلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويكره ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وكذلك ذبائحهم وهذا الاختلاف بناء على أن الصابئين من هم فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى انهم قوم من النصارى يقرؤن الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الأوثان وقالا انهم يخالفون النصارى واليهود فيما يعتقدون فلا يكونون من جملتهم ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول مخالفتهم للنصارى في بعض الاشياء لاتخرجهم من أن يكونوا من جملتهم كبنى تغلب فانهم يخالفون النصارى في الخمور والخنازير ثم كانوا من جملة النصارى ﴿قال﴾ ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك يجمع بينهما لانه لاقرابة بينهما وقال ابن أبي ليلى لايجوز ذلك لان بنت الزوج لو كان ذكراً لم يكن له أن يتزوج الاخرى لانها منكوحة أبيه وكل امرأتين لو كانت احداهما ذكراً لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لايجوز كالاختين ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضى الله تعالى عنه فانه جمع بين امرأة على رضى الله تعالى عنه وابنته ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع وذلك غير موجود هنا وماقاله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى انما يعتبر اذا تصور من الجانبين كما في الأختين وذلك لايتصور هنا فان امرأة الاب لو صورتها ذكراً جاز له نكاح البنت فعرفنا أنهما ليستا كالاختين ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد لانه لاقرابة بينهما وكما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثاني وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها فان محمد بن الحنفية رضى الله تعالى عنه تزوج

امرأة وزوج ابنتها من ابنه وهذا لان بنكاح الام تحرم الام هي على ابنه فاما امها وابنتها تحرم عليه لا على ابنه فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب نكاح الصغير والصغيرة ﴾

﴿ قال ﴾ وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تزوج عائشة رضى الله عنها وهي صغيرة بنت ستة سنين وبنى بها وهى بنت تسع سنين وكانت عنده تسعا ففي الحديث دليل على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء بخلاف مايقوله ابن شبرمة وأبو بكر الأصم رحمهم الله تعالى أنه لا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا لقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة ولان ثبوت الولاية على الصغيرة لحاجة المولى عليه حتى ان فيما لا تتحقق فيه الحاجة لا تثبت الولاية كالتبرعات ولا حاجة بهما الى النكاح لان مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة وشرعا النسل والصغر ينا فيهما ثم هذا العقد يعقد للعمر وتلزمهما أحكامه بعد البلوغ فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك اذ لا ولاية لاحد عليهما بعد البلوغ وحجتنا قوله تعالى واللائى لم يحضن بين الله تعالى عدة الصغيرة وسبب العدة شرعا هو النكاح وذلك دليل تصور نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح الاحتلام ثم حديث عائشة رضى الله عنها نص فيه وكذلك سائر ماذكرنا من الآثار فان قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير رضى الله عنه يوم ولدت وقال ان مت فهى خير ورثتى وان عشت فهى بنت الزبير وزوج ابن عمر رضى الله عنه بنتاً له صغيرة من عروة بن الزبير رضي الله عنه وزوج عروة بن الزبير رضى الله عنه بنت أخيه ابن أخته وهما صغيران ووهب رجل ابنته الصغيرة من عبد الله بن الحسن فاجاز ذلك علي رضي الله عنه وزوجت امرأة ابن مسعود رضى الله عنه بنتاً لها صغيرة ابنا للمسيب بن نخبة فاجاز ذلك عبد الله رضى الله عنه ولكن أبو بكر الاصم رحمه الله تعالى كان أصم لم يسمع هذه الاحاديث والمعني فيه ان النكاح من جملة المصالح وضعا في حق الذكور والاناث جميعا وهو يشتمل على اغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك الا بين الاكفاء والكفء لا يتفق في

كل وقت فكانت الحاجة ماسة الى اثبات الولاية للولى في صغرها ولانه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء ولا يوجد مثله ولما كان هذا العقد يعقد للعمر تحقق الحاجة الى ما هو من مقاصد هذا العقد فتجعل تلك الحاجة كالمتحققة للحال لاثبات الولاية للولى ثم في الحديث بيان ان الاب اذا زوج ابنته لا يثبت لها الخيار اذا بلغت فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخيرها ولو كان الخيار ثابتا لها لخيرها كما خير عند نزول آية التخيير حتى قال لعائشة اني أعرض عليك أمراً فلا تحدثي فيه شيئا حتى تستشيرى أبويك ثم تلا عليها قوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا فقالت أفى هذا أستشير أبوى أنا أختار الله تعالى ورسوله ولما لم يخيرها هنا دل انه لا خيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها أبوها وذكر ذلك في الكتاب عن ابراهيم وشريح رحمهما الله تعالى وابن سماعة رحمه الله تعالى ذكر فيه قياسا واستحسانا قال في القياس يثبت لها الخيار لانه عقد عليها عقداً يلزمها تسليم النفس بحكم ذلك العقد بعد زوال ولاية الاب فيثبت لها الخيار كما لو زوجها أخوها ولكنا نقول تركنا القياس للحديث ولان الاب وافر الشفقة ينظر لها فوق ما ينظر لنفسه ومع وفور الشفقة هو تام الولاية فان ولايته تم المال والنفس جميعا فلهذا لا يثبت لها الخيار فى عقده وليس النكاح كالاجارة لان اجارة النفس ليست من المصالح وضعا بل هو كد وتعب وانما تثبت الولاية فيه على الصغير لحاجته الى التأدب وتعلم الاعمال وذلك يزول بالبلوغ فلهذا أثبتنا لها الخيار قال وفي الحديث دليل فضيلة عائشة رضى الله تعالى عنها فانها كانت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع سنين في بدء أمرها وقد أحرزت من الفضائل ما قال صلوات الله عليه تأخذون ثلثى دينكم من عائشة وفيه دليل ان الصغيرة يجوز أن تزف الى زوجها اذا كانت صالحة للرجال فانها زفت اليه وهي بنت تسع سنين فكانت صغيرة فى الظاهر وجاء فى الحديث انهم سمنوها فلما سمنت زفت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ وبلغنا عن ابراهيم أنه كان يقول اذا أنكح الوالد الصغير أو الصغيرة فذلك جائز عليهما وكذلك سائر الاولياء وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا يجوز لغير الاب والجد من الاولياء تزويج الصغير والصغيرة وعلى قول مالك رحمه الله تعالى ليس لأحد سوى الاب تزويج الصغير والصغيرة وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى ليس لغير الاب والجد تزويج الصغير والصغيرة فمالك يقول القياس أن لا يجوز تزويجهما الا أنا تركنا ذلك فى حق الاب للآثار المروية فيه فبقى ما سواه على

أصل القياس والشافعي رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لاتنكح اليتيمة حتي تستأمر واليتيمة الصغيرة التي لا أب لها قال صلى الله عليه وسلم لايتم بعد الحلم فقد نفي في هذا الحديث نكاح اليتيمة حتى تبلغ فتستأمر وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه عثمان بن مظعون من ابن عمر رضي الله تعالى عنه فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لاتنكح حتى تستأمر وهو المعنى في المسئلة فنقول هذه يتيمة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالبالغة وتأثير هذا الوصف أن مزوج اليتيمة قاصر الشفقة عليها ولقصور الشفقة لاتثبت ولايته في المال وحاجتها الى التصرف في المال في الصغر أكثر من حاجتها الى التصرف فى النفس فاذا لم يثبت للولى ولاية التصرف فى مالها مع الحاجة الى ذلك فلأن لا يثبت له ولاية التصرف فى نفسها كان أولى وحجتنا قوله تعالى واذا خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى الآية معناه فى نكاح اليتامى وانما يتحقق هذا الكلام اذا كان يجوز نكاح اليتيمة وقد نقل عن عائشة رضى الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها وجمالها ولا يقسط فى صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن فى الصداق وقالت فى تأويل قوله تعالى فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن أنها نزلت في يتيمة تكون فى حجروليها ولا يرغب فى نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كيلا يشاركه فى مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية فأمر الاولياء بتزوج اليتامي أو بتزويجهن من غيرهم فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضى الله عنه من عمر بن أبي سلمة رضى الله عنه وهي صغيرة والآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلى وعبد الله ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة رضوان الله عليهم والمعنى فيه أنه وليها بعد البلوغ فيكون وليا لها فى حال الصغر كالاب والجد وهذا لان تأثير البلوغ في زوال الولاية فاذا جعل هو وليا بعد بلوغها بهذا السبب عرفنا أنه وليها في حال الصغر وبه فارق المال لانه لا يستفيد الولاية بهذا السبب فى المال بحال وكان المعنى فيه أن المال تجرى فيه الجنايات الخفية وهذا الولى قاصر الشفقة فربما يحمله ذلك على ترك النظر لها فأما الجناية فى النفس من حيث التقصير فى المهر والكفاءة وذلك ظاهر يوقف عليه ان فعله يرد عليه تصرفه ولانه لا حاجة الى إثبات الولاية لهؤلاء فى المال فان الوصي يتصرف فى المال والاب متمكن من نصب

الوصي وباعتباره تنعدم حاجتها فأما التصرف في النفس لا يحتمل الايصاء الى الغير فلهذا يثبت للأولياء بطريق القيام مقام الآباء والمراد بالحديث اليتيمة البالغة قال الله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد البالغين والدليل عليه أنه مده الى غاية الاستئمار وانما تستأمر البالغة دون الصغيرة وتأويل حديث قدامة رضي الله عنه أنها بلغت فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها ألا ترى أنه روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها فاذا ثبت جواز تزويج الاولياء الصغير والصغيرة فلهما الخيار اذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهما وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى ثم رجع وقال لا خيار لهما وهو قول عروة بن الزبير رضي الله عنهما قال لان هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الاب والجد وهذا لان القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والقريب بالتصرف ينظر للمولي عليه لالنفسه وهو قائم مقام الاب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال فكما ان عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فيما قام فمله مقامه فكذلك عقد الولي وجه قولهما أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فاذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالامة اذا زوجها مولاها ثم أعتقها وهذا لان أصل الشفقة موجود للولي ولكنه ناقص يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكما حين امتنع ثبوت الولاية في المال للاولياء فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لان ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعني النظر لها وانما يتم النظر باثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الاب فانه وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة الى اثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لانه بمنزلة الاب حتى تثبت ولايته في المال والنفس واما القاضي اذا كان هو الذي زوج اليتيمة ففي ظاهر الرواية يثبت لها الخيار لانه قال ولهما الخيار في نكاح غير الاب والجد اذا أدركا وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يثبت الخيار وجه تلك الرواية أن للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعاً فتكون ولايته في القوة كولاية الاب ووجه ظاهر الرواية أن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية العم والأخ فاذا ثبت الخيار في تزويج الاخ والعم ففي تزويج القاضي أولى وهذا لان شفقة القاضي انما تكون لحق الدين والشفقة لحق الدين

لاتكون الامن المتقين بعد التكلف فيحتاج الى اثبات الخيار لهما اذا أدركا فاما الام اذا زوجت الصغير والصغيرة جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى اثبات الخيار لهما اذا أدركا عنه روايتان فى احدى الروايتين لايثبت لان شفقتها وافرة كشفقة الأب أو أكثر والاصح أنه يثبت الخيار لان بها قصور الرأى مع وفور الشفقة ولهذا لاتثبت ولايتها في المال وتمام النظر بوفور الرأى والشفقة فلتمكن النقصان فى رأيها أثبتنا لهما الخيار اذا أدركا فان اختارا الفرقة عند الادراك لم تقع الفرقة الا بحكم الحاكم لان السبب مختلف فيه من العلماء من رأى ومنهم من أبى وهو غير متيقن به أيضاً فان السبب قصور الشفقة ولايوقف على حقيقته فكان ضعيفاً فى نفسه فلهذا توقف على قضاء القاضي وهذا بخلاف خيار الطلاق فان المخيرة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضى لان السبب هناك قوى في نفسه وهو كونها نائبة عن الزوج فى ايقاع الطلاق أو مالكة أمرنفسها بتمليك الزوج وهذا بخلاف خيار العتق فان المعتقة اذا اختارت نفسها وقعت الفرقة من غير قضاء القاضى لان السبب هناك قوى وهو زيادة ملك الزوج عليها فان قبل العتق كان يملك مراجعتها من قرأين ويملك عليها تطليقتين وعدتها حيضتان وقد زاد ذلك بالعتق فكان لها أن تدفع الزيادة ولا تتوصل الى دفع الزيادة الا بدفع أصل الملك فكما ان دفع أصل الملك عند انعدام رضاها يتم بها فكذلك دفع زيادة الملك فأما هنا بالبلوغ لا يزداد الملك وانما كان ثبوت الخيار لتوهم ترك النظر من الولى وذلك غير متيقن به فلهذا لا تتم الفرقة الا بالقضاء فالحاصل أن الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق فى أربعة فصول (أحدها) مابينا (والثانى) خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد الى آخر المجلس كخيار المخيرة وخيار البلوغ فى جانبها يبطل بالسكوت لان المعتقة انما يثبت لها الخيار بتخيير الشرع حيث قال صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختارى فيكون بمنزلة الثابت بتخيير الزوج فأما هنا الخيار يثبت للبكر لانعدام تمام الرضا منها ورضاء البكر يتم بسكوتها شرعا ألا ترى أنها لو زوجت بعد البلوغ فسكتت كان سكوتها رضا فكذلك اذا زوجت قبل البلوغ ولهذا قلنا لو بلغت ثيبا لا يبطل خيارها بالسكوت كما لو زوجت بعد البلوغ وكذلك الغلام لا يبطل خياره بالسكوت لان السكوت في حقه لم يجعل رضا كما لو زوج بعد البلوغ (والثالث) ان خيار العتق يثبت للأمة دون الغلام وخيار البلوغ يثبت لهما جميعا لان ثبوت خيار العتق باعتبار زيادة الملك وذلك فى عتق الامة دون

الغلام

الغلام وثبوت خيار البلوغ لنقصان شفقة الولى وذلك موجود فى حق الغلام والجارية ولان فى تزويج الغلام المولى ينظر له لا لنفسه وفى تزويج الامة ينظر لنفسه باكتساب المهر واسقاط النفقة عن نفسه فلهذا اختلفا في حكم الخيار وهنا لا يختلف معنى نظر الولى بالغلام والجارية فلهذا يثبت الخيار فى الموضعين جميعاً ولا يقال بأن الغلام هنا يتمكن من التخلص بالطلاق كما في المعتق لانه لا يتمكن من التخلص عن المهر بالطلاق ولم يكن متمكنا من التخلص عند العقد بخلاف العبد فانه كان عند العقد متمكنا من التخلص بالطلاق ووجوب المهر يومئذ كان فى مالية المولى وباعتباره ملك المولى اجباره على النكاح فلهذا فرقنا بينهما (والرابع) ان المعتقة اذا علمت بالعتق ولم تعلم ان لها الخيار لا يسقط خيارها حتى تعلم به والتى بلغت اذا لم تعلم بالخيار وعلمت بالنكاح فسكتت سقط خيارها لان سبب الخيار فى العتق وهو زيادة الملك حكم لا يعلمه الا الخواص من الناس فتعذر بالجهل وقد كانت مشغولة بخدمة المولى فعذرناها لذلك اما خيار البلوغ فظاهر يعرفه كل واحد ولظهوره ظن بعض الناس انه يثبت في انكاح الاب أيضا فلهذا لا تعذر بالجهل ولانها ما كانت مشغولة بشئ قبل البلوغ فكان سبيلها ان تتعلم ماتحتاج اليه بعد البلوغ فلهذا لا تعذر بالجهل ﴿ قال ﴾ فان اختار الصغير أو الصغيرة الفرقة بعد البلوغ فلم يفرق القاضي بينهما حتى مات أحدهما توارثا لان أصل النكاح كان صحيحا والفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي فاذا مات أحدهما قبل القضاء كان انتهاء النكاح بينهما بالموت فيتوارثان بمنزلة مالو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات أحدهما قبل قضاء القاضي وباعتبار هذا المعنى نقول يحل للزوج ان يطأها مالم يفرق القاضي بينهما لان أصل النكاح كان صحيحا بخلاف النكاح الفاسد فان أصل الملك لم يكن ثابتا فلا يثبت حل الوطء والتوارث ﴿قال﴾ واذا مات زوج الصغيرة عنها بعد مادخل بها أو طلقها وانقضت عدتها كان لابيها ان يزوجها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ليس للاب ان يزوج الثيب الصغيرة حتي تبلغ فيشاورها لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فقد علق هذا الحكم باسم مشتق من معنى وهو الثيوبة فكان ذلك المعني هو المعتبر فى اثبات هذا الحكم كالزنا والسرقة لايجاب الحدوقد قال صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والمراد بالأيم الثيب ألا ترى أنه قابلها بالبكر فقال البكر تستأمر في نفسها والمعنى فيه أنها ثيب ترجى مشورتها الى وقت معلوم فلا يزوجها وليها بدون رضاها

كالنائمة والمغمى عليها وتأثير هذا الوصف أن في الثيوبة معنى الاختبار وممارسة الرجال وفى النكاح فى جانب النساء معنيان معنى الضرر باثبات الملك عليها ومعنى المنفعة بقضاء شهوتها فمن ترجح معنى قضاء الشهوة فى جانبها تختار الزوج ومن ترجح معنى ضرر الملك تختار التأيم وانما تتمكن من التمييز بالتجربة لان لذة الجماع بالوصف لا تصير معلومة والتجربة انما تحصل بالثيوبة فكانت صفة الثيوبة في حقها نظير البلوغ فى حق الغلام وفى حق التصرف في المال ولهذا تزول ولاية الافتيات عليها بالثيوبة لان فيه تفويت ما يحدث لها فى التأنى من الرأى وهذا بخلاف المجنونة لان المجنون لا يفقد شهوة الجماع ولو لم يزوجها وليها كان فيه اضرار بها فى الحال والصغر يفقد شهوة الجماع فلا يكون في تأخير العقد الا أن تبلغ معنى الاضرار بها ولانه ليس لزوال الجنون غاية معلومة ولا يدرى أيفيق أم لا وفى تأخير العقد الى وقت معلوم ابطال حقها فأما الصغر لزواله غاية معلومة فلا يكون في تأخير العقد الى بلوغها ابطال حقها وحجتنا فى ذلك انه ولى من لا يلى نفسه وماله فيستبد بالعقد عليها كالبكر وتأثيره أن الشرع باعتبار صغرها اقام رأى الولى مقام رأيها كما فى حق الغلام وكما فى حق المال وبالثيوبة لا يزول الصغر وكذلك معنى الرأى لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر لانها مانضت شهوتها بهذا الفعل ولو ثبت لها رأى فهى عاجزة عن التصرف بحكم الرأى فيقام رأى الولى مقام رأيها كما أنها لما كانت عاجزة عن التصرف فى ملكها أقيم تصرف الولى مقام تصرفها والمراد بالحديث البالغة لانه علق به مالا يتحقق الا بعد البلوغ وهو المشاورة وكونها أحق بنفسها وذلك انما يتحقق في البالغة دون الصغيرة ولئن ثبت ان الصغيرة مراد فالمراد المشورة على سبيل الندب دون الحتم كما أمر باستئمار أمهات البنات فقال وتؤامر النساء فى ابضاع بناتهن وكان بطريق الندب فهذا مثله وكما يجوز للاب عندنا تزويج الثيب الصغيرة فكذلك يجوز لغير الاب والجد وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز لمعنيين احدهما انها يتيمة والثانى انها ثيب ﴿قال﴾ واذا اجتمع فى الصغيرة أخوان لاب وأم فايهما زوجها جاز عندنا ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول لا يجوز مالم يجتمعا عليه لان هذا قام مقام الاب فيشترط اجتماعهما لنفوذ العقد كالموليين فى حق العبد أو الامة أو المعتقة ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم اذا أنكح الوليان فالأول أحق وفى هذا تنصيص على ان كل واحد منهما ينفرد بالعقد والمعنى فيه ان سبب الولاية هو القرابة وهو غير محتمل للوصف بالتجزي والحكم

الثابت أيضاً غير متجز وهو النكاح فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به اثبوت صفة الكمال في حق كل واحد منهما بكمال السبب وكونه غير محتمل للتجزي كما في ولاية الامان يثبت لكل واحد من المسلمين بهذا الطريق بخلاف الموليين فان هناك السبب هو الملك أو الولاء وذلك متجز في نفسه فلم يتكامل في حق كل واحد منهما ألا ترى ان أحد الموليين لا يرث جميع المال بالولاء وان تفرد به احد الاخوين يرث جميع المال فلهذا فرقنا بينهما وان كان احد الاخوين لاب وأم والآخر لاب فعندنا الاخ لاب وأم أولى بالتزويج وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يستويان لان ولاية التزويج لقرابة الاب دون قرابة الام فان الولى انما يقوم مقام الاب لقرابته منه وقد استويا في قرابة الاب ولكنا نستدل بحديث على رضى الله تعالى عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال النكاح الى العصبات والاخ لاب وأم في العصوبة مقدم وهو المعنى فانه يدلى بقرابتين فيترجح على من يدلى بقرابة واحدة ويثبت الترجيح بقرابة الام وان كان لا يثبت به أصل الولاية كالعصوبة والاصل في ترتيب الاولياء قوله صلى الله عليه وسلم النكاح لى العصبات والمولى عليها لا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة معتوهة فان كانت صغيرة فأولى الاولياء عليها أبوها ثم الجد بعد الاب قائم مقام الاب في ظاهر الرواية وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الاخ والجد يستويان لان من أصلهما أن الأخ يزاحم الجد في العصوبة حتى يشتركا في الميراث فكذا في الولاية وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجد مقدم في العصوبة فكذلك في الولاية والاصح أن هذا قولهم جميعاً لان في الولاية معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد فوق شفقة الاخ ولهذا لا يثبت لها الخيار في عقد الجد كما لا يثبت في عقد الاب بخلاف الاخ ويثبت للجد الولاية في المال والنفس جميعاً ولا يثبت للاخ وكذلك في حكم الميراث حال الجد أعلى حتى لا ينقص نصيبه عن السدس بحال فلهذا كان في حكم الولاية بمنزلة الاب لا يزاحمه الاخوة ثم بعد الاجداد من قبل الآباء وان علوا الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب على قياس ترتيب العصوبة فاما المجنونة اذا كان لها ابن فللابن عليها ولاية التزويج عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ليس للابن ولاية تزويج الام الا ان يكون من عشيرتها بان كان أبوه تزوج بنت عمه وهذا بناء على أصل

يأتي بيانه من بعد ان شاء الله تعالى في ان المرأة لاولاية لها على نفسها عنده والولد جزء منها فلا يثبت له الولاية عليها وعندنا تثبت لها الولاية على نفسها فكذلك تثبت لابنها وحجته في ذلك ان ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه ولا يحصل ذلك باثبات الولاية للابن لانه يمتنع من تزويج أمه طبعاً فلا ينظر لها في التزويج ولئن فعل ذلك يميل الى قوم أبيه وربما لايكون كفء لها الا ان يكون من عشيرتها فحينئذ ينعدم هذا الضرر فأثبتنا له الولاية وحجتنا فى ذلك الحديث النكاح الى العصبات والابن يستحق العصوبة وهو المعني الفقهي ان الوراثة نوع ولاية لان الوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا والوراثة هى الخلافة فى التصرفات وللوراثة أسباب الفريضة والعصوبة والقرابة ولكن أقوى الاسباب العصوبة لان الارث بها متفق عليه ويستحق بها جميع المال فلهذا رتبنا الولاية على أقوي أسباب الارث وهو العصوبة ولا ينظر الى امتناعه من تزويجها طبعاً فان ذلك موجود فيما اذا كان الابن من عشيرتها وهذا لانه اذا خطبها كفء فلولم يزوجها الابن حكم القاضي عليه بالعضل فيزوجها بنفسه كما في سائر الاولياء ثم اختلف أصحابنا رضى الله عنهم في الاب والابن ايهما أحق بالتزويج فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى الابن أحق لانه مقدم فى العصوبة الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفريضة فقط. وقال محمد رحمه الله تعالى الاب أولى لان ولاية الاب تعم المال والنفس فلا يثبت للابن الولاية فى المال ولان الاب ينظر لها عادة والابن ينظر لنفسه لالها فكان الاب مقدما فى الولاية وبعد هذا الترتيب فى الاولياء لها كالترتيب فى أولياء الصغيرة ﴿قال﴾ فان زوجها الابعد والاقرب حاضر توقف على اجازة الاقرب لان الابعد كالاجنبي عند حضرة الاقرب فيتوقف عقده على اجازة الولى فان كان الاقرب غائباً غيبة منقطعة فللابعد ان يزوجها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يزوجها السلطان وقال زفر رحمه الله تعالى لا يزوجها أحد حتى يحضر الاقرب وحجتهم فى ذلك ان الابعد محجوب بولاية الاقرب وولايته باقية بعد الغيبة اذلا تأثير للغيبة فى قطع الولاية الا ترى انه لاينقطع التوارث وان الولاية من حق الولى ليطلب به الكفاءة فلا يبطل شيء من حقوقه بالغيبة والدليل عليه انه لو زوجها حيث هو جاز النكاح فدل أن ولاية الاقرب باقية اذا ثبت هذا فالشافعى رحمه الله تعالى يقول تعذر عليها الوصول الى حقها من جهة الاقرب مع بقاء ولايته فيزوجها السلطان كما لو عضلها الاقرب بخلاف ما اذا كان

الاقرب صغيراً أو مجنونا لانه لاولاية له عليها والا بعد محجوب بولاية الاقرب الا بالغيبة وزفر رحمه الله تعالى يقول الابعد لا يزوجها لبقاء ولاية الاقرب وكذلك السلطان لا يزوجها لان ولاية السلطان متأخرة عن ولاية الابعد فاذا لم تثبت الولاية للابعد هنا فالسلطان أولى بخلاف ما اذا عضلها لان هناك هو ظالم في الامتناع من ايفاء حق مستحق عليه فيقوم السلطان مقامه في دفع الظلم لانه نصب لذلك وهنا الاقرب غير ظالم في سفره خصوصا اذا سافر للحج وهو غير ممتنع من ايفاء حق مستحق عليه ليقوم السلطان مقامه في الايفاء فيتأخر الى حضوره وحجتنا في ذلك أن ثبوت الولاية لمعنى النظر للمولى عليه حتى لا يثبت الا على من هو عاجز عن النظر لنفسه وجعل الاقرب مقدما لأن نظره لها أكثر لزيادة القرب ثم النظر لها لا يحصل بمجرد رأي الاقرب بل رأى حاضر منتفع به وقد خرج رأيه من أن يكون منتفعا به في هذه الحال بهذه الغيبة فالتحق بمن لا رأى له أصلا كالصغير والمجنون ورأى الابعد خلف عن رأى الاقرب وفي ثبوت الحكم للخلف لافرق بين انعدام الاصل وبين كونه غير منتفع به ألا ترى أن التراب لما كان خلفاً عن الماء في حكم الطهارة فمع وجود الماء النجس يكون التراب خلفا كما ان عند عدم الماء يكون التراب خلفا لان الماء النجس غير منتفع به في حكم الطهارة فهو كالمعدوم أصلا ونظيره الحضانة والتربية يقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت الاقرب حتى اشتغلت بزوجها كانت الولاية للابعد وكذلك النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك ببعد ماله وجبت النفقة في مال الابعد فأما اذا زوجها الاقرب حيث هو فانما يجوز لانها انتفعت برأيه ولكن هذه المنفعة حصلت لها اتفاقا فلا يجوز بناء الحكم عليه فلهذا تثبت الولاية للابعد توضيحه أن للأبعد قرب التدبير وبعد القرابة وللاقرب قرب القرابة وبعد التدبير وثبوت الولاية بهما جميعاً فاستويا من هذا الوجه فكانا بمنزلة وليين في درجة واحدة فايهما زوجها يجوز والولاية انما تثبت للقاضي عند الحاجة ولا حاجة الى ذلك لما ثبتت الولاية للابعد بالطريق الذى قلنا ثم تكلموا في حد الغيبة المنقطعة فكان أبو عصمة سعد بن معاذ رحمه الله تعالى يقول أدنى مدة السفر تكفي لذلك وهو ثلاثة أيام ولياليها لانه ليس لاقصي مدة السفر نهاية فيعتبر الادني واليه يشير في الكتاب فيقول أرأيت لو كان في السواد ونحوه أما كان يستطلع رأيه فهذا دليل على أنه اذا جاوز السواد تثبت للأبعد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه

روايتان في احدى الروايتين قال من جابلقا الى جابلتا وهما قريتان أحداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب فقالوا هذا رجوع منه الى قول زفر رحمه الله تعالى أن الولاية لا تثبت للأبعد وانما ذكر هذا على طريق المثل وفى الرواية الاخرى قال من بغداد الى الرى وهكذاروى عن محمد رحمه الله تعالى وفى رواية قال من الكوفة الى الرى ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من يقول حد الغيبة المنقطعة أن يكون جوالا من موضع الى موضع فلا يوقف على أثره أو يكون مفقوداً لا يعرف خبره وقيل ان كان في موضع يقطع الكرى الى ذلك الموضع فليست الغيبة بمنقطعة وان كان انما يقطع الكري الى ذلك الموضع بدفعتين أو أكثر فالغيبة منقطعة وقيل ان كانت القوافل تنفر الى ذلك الموضع في كل عام فالغيبة ليست بمنقطعة وان كانت لا تنفر فالغيبة منقطعة والاصح أنه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره أواستطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر لها فالغيبة منقطعة وان كان لا يفوت افالغيبة ليست بمنقطعة وبعد ما تثبت الولاية للأبعد اذا زوجها ثم حضر الاقرب فليس له أن يرد نكاحها لان العقد عقد بولاية تامة ﴿قال﴾ ولا يجوز لغير الولى تزويج الصغير والصغيرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى قال والوصى ليس بولى عندنا فى التزويج وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى للوصى ولاية التزويج لان وصي الاب قائم مقام الاب فيما يرجع الى النظر للمولى عليه ألا ترى أنه في التصرف فى المال يقوم مقامه فكذلك في التصرف في النفس ومالك رحمه الله تعالى يقول ان نص في الوصاية على التزويج فله أن يزوجها كما لو وكل بذلك فى حياته وان لم ينص على ذلك فليس له أن يزوج ولكنا نستدل بما روينا النكاح الى العصبات والوصى ليس بعصبة اذا لم يكن من قرابته فهو كسائر الاجانب فى التزويج وان كان الوصى من القرابة بان كان عما أو غيره فله ولاية التزويج بالقرابة لا بالوصاية ولهذا يثبت لهما الخيار اذا أدركا وان حصل التزويج ممن له ولاية التصرف فى المال والنفس جميعاً لان ولايته فى المال بسبب الوصاية ولا تأثير للوصاية في ولاية التزويج فكان وجوده كعدمه وكذلك ان كانا في حجر رجل يعولهما لحال هذا الرجل دون حال الوصى فلا يثبت له ولاية التزويج ولان من يعول الصغير انما يملك عليه ما يتمحض منفعة للصغير كالحفظ وقبول الهبة والصدقة والنكاح ليس بهذه الصفة ﴿قال﴾ ومولى العتاقة تثبت له الولاية اذا لم يكن هناك أحد من القرابة لان العصوبة تستحق بولاء

العتاقة وعليه ينبنى ولاية التزويج ﴿ قال ﴾ والرجل من عرض النسب اذا لم يكن أقرب منه يعنى به العصبات فاما ذوو الارحام كالاخوال والخالات والعمات فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يثبت لهم ولاية التزويج عند عدم العصبات استحسانا وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يثبت وهو القياس وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى مضطرب فيه وذكر في كتاب النكاح قوله مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى كتاب الولاء ذكر فى الام قوله مع محمد رحمه الله تعالى ان الام اذا عقدت الولاء على ولدها لم يصح عندهما والخلاف في التزويج وعقد الولاء سواء وكذلك فى الام وعشيرتها من ذوى الارحام وجه قولهما الحديث النكاح الي العصبات وادخال الالف واللام دليل على ان جميع الولاية فى باب النكاح انما تثبت لمن هو عصبة دون من ليس بعصبة والدليل عليه أنه لا يثبت لغير العصبات ولاية التصرف فى المال بحال وان مولى العتاقة مقدم عليهم فلو كان لقرابتهم تأثير في استحقاق الولاية بها لكانوا مقدمين على مولى العتاقة اذ لا قرابة لمولى العتاقة وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى حديث ابن مسعود رضى الله عنه فى اجازته تزويج امرأته ابنتها على ما روينا فان الاصح ان ابنتها لم تكن من عبد الله فانما جوز نكاحها بولاية الأمومة والمعنى فيه وهو ان استحقاق الولاية باعتبار الشفقة الموجودة بالقرابة وهذه الشفقة توجد فى قرابة الام كما توجد في قرابة الاب فيثبت لهم ولاية التزويج أيضا الا ان قرابة الاب يقدمون باعتبار العصوبة وهذا لا ينفى ثبوته لهؤلاء عند عدم العصبات كاستحقاق الميراث يكون بسبب القرابة ويقدم في ذلك العصبات ثم يثبت بعد ذلك لذوي الارحام وبه ينتقض قولهم ان مولى العتاقة فى الولاية مقدم على ذوى الارحام فان فى الارث أيضا يقدم مولى العتاقة ولا يدل ذلك على انه لا يثبت لذوى الارحام أصلا فكذا هنا وعلى هذا الخلاف مولى الموالاة له ولاية التزويج على الصغير والصغيرة اذا لم يكن لهما قريب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وليس له ذلك عند محمد رحمه الله تعالى لانه مؤخر عن ذوى الارحام ﴿ قال ﴾ ولا ولاية للاب الكافر والمملوك على الصغير والصغيرة اذا كان حراً مسلما لان اختلاف الدين يقطع التوارث فكذلك يقطع ولاية التزويج قال الله تعالى والذين آمنوا ولم يهاجروا الآية نص على قطع الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة فكان ذلك تنصيصا على انقطاع الولاية بين الكفار والمسلمين بطريق الاولى وكذلك

الرق ينفي الولاية حتى يقطع التوارث ولانه ينفي ولايته عن نفسه فلان ينفي ولايته عن غيره أولى وأما الكافر فتثبت له ولاية التزويج على ولده الكافر كما تثبت للمسلم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والدليل عليه جريان التوارث فيما بينهم كما يجرى فيما بين المسلمين ﴿قال﴾ ولأنكحة الكفار فيما بينهم حكم الصحة الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول أنكحتهم باطلة لان الجواز نعمة وكرامة ثابتة شرعا والكافر لايجعل أهلا لمثله ولكنا نستدل بقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب ولولم يكن لهم نكاح لما سماها امرأته وقال صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح وهذه نعمة كما قال ولكن الاهلية لهذه النعمة باعتبار صفة الآدمية وبالكفر لم يخرج من أن يكون من بني آدم فلا يخرج من أن يكون أهلا لهذه النعمة ﴿قال﴾ ولو زوج الاب ابنته الصغيرة ممن لايكافئها أو زوج ابنه الصغير امرأة ليست بكفء له جاز في قول أبي حنيفة استحسانا ولم يجز عندهما وهو القياس وكذلك لو زوج ابنته بأقل من صداق مثلها أو ابنه بأكثر من صداق مثلها بقدر ما لا يتغابن الناس فيه لايجوز عندهما هكذا قال فى الكتاب ولم يبين ماذا لا يجوز حتى ظن بعض أصحابنا أن الزيادة والنقصان لا يجوز فأما أصل النكاح صحيح لان المانع هنا من قبل المسمى وفساد التسمية لايمنع صحة النكاح كما لو ترك التسمية أصلا أو زوجها بخمر أو خنزير ولكن الاصح أن النكاح لا يجوز هكذا فسره فى الجامع الصغير وجه قولهما أن ولاية الاب مقيدة بشرط النظر ومعنى الضرر فى هذا العقد ظاهر فلا يملكها الاب بولايته كما لا يملك البيع والشراء في ماله بالغبن الفاحش والدليل عليه أنه لو زوج أمتها بمثل هذا الصداق لايجوز فاذا زوجها أولى وولايته عليها دون ولاية المرأة على نفسها ولو زوجت هي نفسها من غير كفء أو بدون صداق مثلها يثبت حق الاعتراض للاولياء فهذا أولى ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى ترك القياس بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم زوجها منه أبو بكر رضى الله عنه وزوج فاطمة رضى الله عنها من على رضي الله عنه على صداق أربعمائة درهم ومعلوم ان ذلك لم يكن صداق مثلهما لانه ان كان صداق مثلهما هذا المقدار مع انهما مجمع الفضائل فلا صداق فى الدنيا يزيد على هذا المقدار والمعنى فيه ان النكاح يشتمل على مصالح واغراض ومقاصد جمة والاب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ماينظر لنفسه فالظاهر انه انما قصر فى الكفاءة

والصداق ليوفر سائر المقاصد عليها وذلك أنفع لها من الصداق والكفاءة فكان تصرفه وانما بصفة النظر فيجوز كالوصي اذا صانع في مال اليتيم جاز ذلك لحصول النظر في تصرفه وان كان هو في الظاهر يعطى مالا غير واجب وهذا بخلاف تصرف الاب في المال اذ لا مقصود هناك سوى المالية فاذا قصر في المالية فليس بازاء هذا النقصان ما يجبره وهذا بخلاف ما اذا زوج أمتهما لان سائر مقاصد النكاح لا تحصل للصغير والصغيرة هنا انما يحصل للأمة ففي حق الصغير قد انعدم ما يكون جبراً للنقصان وبخلاف العم والاخ لانه ليس لهما شفقة وافرة فيحمل تقصيرهما في الكفاءة والمهر على معنى ترك النظر والميل الى الرشوة لا لتحصيل سائر المقاصد وبخلاف المرأة في نكاح نفسها لانها سريعة الانخداع ضعيفة الرأى متابعة للشهوة عادة فيكون تقصيرها في الكفاءة والصداق لمتابعة الهوى لا لتحصيل سائر المقاصد على أن سائر المقاصد تحصل لها دون الاولياء وبسبب عدم الكفاءة والنقصان في الصداق يتعير الاولياء وليس بازاء هذا النقصان في حقهم ما يكون جابراً فلهذا يثبت لهم حق الاعتراض ﴿ قال ﴾ واذا أقر الولد على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يثبت النكاح باقراره ما لم يشهد به شاهدان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يثبت النكاح باقراره وانما يتبين هذا الخلاف فيما اذا أقر الولى عليهما ثم أدركا وكذباه وأقام المدعى عليهما بعد البلوغ شاهدين باقرار الولى بالنكاح في الصغر وعلى هذا الخلاف الوكيل من جهة الرجل والمرأة اذا أقر على موكله بالنكاح وكذلك المولى اذا أقر على عبده بالنكاح فهو على هذا الخلاف ايضا اما اذا أقر على أمته بالنكاح صح اقراره بالاتفاق فهما يقولان أقر بما يملك انشاءه فيصح كالمولى اذا أقر على أمته وهذا لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فاذا حصل بما لا يملك انشاءه تمكن التهمة في اخراج الكلام مخرج الاخبار واذا حصل بما لا يملك انشاءه لا يكون متهما في اخراج الكلام مخرج الاخبار لتمكنه من تحصيل المقصود بطريق الانشاء ألا ترى أن المطلق اذا قال قبل انقضاء العدة كنت راجعتها كان مصدقا بخلاف مالو أقر بذلك بعد انقضاء العدة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا اقرار على الغير والاقرار على الغير لا يكون حجة لانه شهادة وشهادة الفرد لا تثبت الحكم بقي كونه مالكا للانشاء فنقول هو لا يملك انشاء هذا العقد الا بشاهدين كما قال صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود فلا يملك الاقرار به الا من

الوجه الذي يملك الانشاء وهكذا نقول اذا ساعده شاهدان على ذلك كان صحيحا اعتبارا للاقرار بالانشاء وهذا بخلاف الامة فان المولى هناك يقر على نفسه لان بضعها مملوك للمولى واقرار الانسان على نفسه صحيح مطلقا من غير ان يكون ذلك معتبراً بالانشاء فاما فى حق العبد الاقرار عليه لا على نفسه فلا يملك الا من الوجه الذي يملك الانشاء وأصل كلامهم يشكل باقرار الوصى بالاستدانة على اليتيم فانه لايكون صحيحاً وان كان هو يملك انشاء الاستدانة ﴿قال﴾ وان كان للصغيرة وليان فزوجها كل واحد منهما رجلا فان علم ايهما أول جاز نكاح الاول منهما لقوله صلى الله عليه وسلم اذا أنكح الوليان فالاول أحق وهذا لان الاول صادف عقده محله وعقد الثانى لم يصادف محله لانها بالعقد الاول صارت مشغولة وان لم يعلم أيهما أول أو وقع العقدان معا بطلا جميعا لانه لا وجه لتصحيحهما وليس احدهما بأولى من الآخر فتعين جهة البطلان فيهما ﴿قال﴾ واذا تزوج الصغير امرأة فأجاز ذلك وليه جاز عندنا لان الصبي العاقل من أهل العبارة عندنا ولكن يحتاج الى انضمام رأى الولى الى مباشرته ليحصل تمام النظر فاذا أجاز الولى جاز ذلك وكان ذلك كمباشرة الولى بنفسه حتى يثبت له الخيار اذا بلغ وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا ينفذ باجازة الولى لان من أصله ان عبارة الصبي غير معتبرة فى العقود وكذلك من أصله ان العقود لا تتوقف على الاجازة وعلى هذا لو زوجت الصغيرة نفسها فاجاز الولى ذلك جاز عندنا ولم يجز عند الشافعي رحمه الله تعالى لهذين المعنيين ومعنى ثالث ان عبارة النساء عنده لا تصلح لعقد النكاح وان كان المجيز غير الاب والجد فلمعنى رابع على قوله أيضاً وهو ان هذا المجيز لا يملك مباشرة التزويج وان أبطل الولى عقدهما بطل وان لم يتعرض له بالاجازة ولا بالابطال حتى بلغا فالرأى اليهما ان أجازا ذلك العقد جاز كما لو أجاز الولىّ فى صغرهما ولا ينفذ بمجرد بلوغهما الا ان يجيز لأن النظر عند مباشرتهما ماتم لصغرهما ونفوذ هذا العقد يعتمد تمام النظر فلهذا يعتمد اجازتهما بعد البلوغ ﴿قال﴾ واذا زوج الاب ابنته الصغيرة وضمن لها المهر عن زوجها فهو جائز لانه صير نفسه زعيما والزعيم غارم بخلاف ما اذا باع مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشترى لايصح الضمان لان ثبوت حق قبض الثمن للاب هناك بحكم العقد لا بولايته عليه الا ترى ان بعد بلوغه الاب هو الذي يقبض الثمن دون الصبي وفيما يكون وجوبه بحكم عقده فهو كالمستحق لان حقوق ذلك العقد تتعلق بالعاقد ولهذا لو أبرأ المشترى عن الثمن

كان صحيحا فاذا ضمن الثمن عن المشترى كان فى معنى الضامن لنفسه فلا يصح فاما ثبوت حق قبض الصداق للاب بولاية الابوة لا بمباشرته عقد النكاح لان حقوق العقد في النكاح لا تتعلق بالعاقد الا ترى انها لو بلغت كان القبض اليها دون الاب فكان الاب فى هذا الضمان كسائر الاجانب ولو ضمن الصداق لها أجنبي آخر وقبل الاب ذلك كان الضمان صحيحا فكذلك اذا ضمنه الاب فاذا بلغت ان شاءت طالبت الزوج بالصداق بحكم النكاح وان شاءت طالبت بحكم الضمان واذا أداه الاب لم يرجع على الزوج لانه ضمن بغير أمره وان كان ضمن عن الزوج بأمره فحينئذ يكون له ان يرجع عليه اذا أدى فان كان هذا الضمان فى مرض الاب ومات منه فهو باطل لانه قصد ايصال النفع الى وارثه وتصرف المريض فيما يكون فيه ايصال النفع الى وارثه باطل ﴿قال﴾ واذا زوج ابنه الصغير فى صحته وضمن عنه المهر جاز يعني اذا قبلت المرأة الضمان ثم اذا أدى الاب لم يرجع بما أدى على الابن استحسانا وفى القياس يرجع عليه لان غيره لو ضمن بأمر الاب وأدى كان له أن يرجع به فى مال الابن فكذلك الاب اذا ضمن لان قيام ولايته عليه فى حالة الصغر بمنزلة أمره اياه بالضمان عنه بعد البلوغ ألا ترى أن الوصى لو كان هو الضامن بالمهر عن الصغير وأدى من مال نفسه يثبت له الرجوع فى ماله فكذلك الاب وجه الاستحسان أن العادة الظاهرة أن الآباء بمثل هذا يتبرعون وفى الرجوع لا يطمعون والثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص فلا يرجع به الا أن يكون شرط ذلك فى أصل الضمان فحينئذ يرجع لان العرف انما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه كتقديم المائدة بين يدى الانسان يكون اذنا له في التناول بطريق العرف فان قال له لا تأكل لم يكن ذلك اذنا له فهذا مثله بخلاف الوصى فان عادة التبرع فى مثل هذا غير موجودة فى حق الاوصياء بل يكتفى من الوصى أن لا يطمع في مال اليتيم فلهذا ثبت له حق الرجوع اذا ضمن وأدى من مال نفسه وان مات الاب قبل أن يؤدى فهذه صلة لم تتم لان تمام الصلة يكون بالقبض ولم يوجد ولكنها بالخيار ان شاءت أخذت الصداق من الزوج وان شاءت من تركة الاب بحكم الضمان لان الاستحقاق كان ثابتا لها في حياة الاب بحكم الكفالة فلا يبطل ذلك بموته واذا استوفت من تركة الاب رجع سائر الورثة بذلك فى نصيب الابن أو عليه ان كان قبض نصيبه وقال زفر رحمه الله تعالى لا يرجعون لان أصل الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع عند الاداء بدليل أنه لو

أداه في حياته لم يرجع عليه فبموته لا يصير موجبا للرجوع ولكنا نقول انما لا يرجع في حياته اذا أدى لمعنى الصلة وقد بطل ذلك بموته قبل التسليم فكان هذا بمنزلة ما لو ضمن عنه بعد البلوغ بأمره واستوفاه من تركته بعد وفاته وان كان هذا الضمان في مرض الاب الذي مات فيه فهو باطل لانه تبرع منه على ولده بضمان الصداق منه وتبرع الوالد على ولده في مرضه باطل وكذلك كل من ضمن عن وارثه أو لوارثه ثم مات فضمانه باطل لما بينا ﴿قال﴾ والمجنون المغلوب بمنزلة الصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير ويستوى ان كان جنونه أصليا أو طارئا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى في الجنون الاصلى كذلك الجواب بان بلغ مجنونا فاما في الجنون الطارئ لايكون للمولى عليه ولاية التزويج لانه ثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه والنكاح يعقد للعمر ولا تجدد الحاجة اليه في كل وقت فبصيرورته من أهل النظر لنفسه يقع الاستغناء فيه عن نظر الولى بخلاف المال فان الحاجة اليه تجدد في كل وقت ولكنا نقول ثبوت الولاية لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه والجنون الاصلى والعارض في هذا سواء فربما لم يتفق له كفء في حال افاقته حتى جن أو ماتت زوجته بعد ماجن فتتحقق الحاجة في الجنون الطارئ كما تحقق في الجنون الاصلى والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس)

(وأوله باب نكاح البكر)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب نكاح البكر

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا زوج الرجل ابنته الكبيرة وهى بكر فبلغها فسكتت فهو رضاها والنكاح جائز عليها واذا أبت وردت لم يجز العقد عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يجوز العقد وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى احتج بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للولى مع الثيب أمر فتخصيص الثيب بالذكر عند نفى ولاية الاستبداد للولى بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر ولان هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة وهذا لما بينا أن بالبلوغ لا يحدث لها رأى فى باب النكاح فان طريق معرفة ذلك التجربة فكان بلوغها مع صفة البكارة كبلوغها مجنونة بخلاف المال والغلام فان الرأى هناك يحدث بالبلوغ عن عقل والدليل عليه أن للاب أن يقبض صداقها بغير أمرها اذا كانت بكراً فاذا جعل فى حق قبض الصداق كانها صغيرة حتى يستبد الأب بقبض صداقها فكذا فى تزويجها وحجتنا فى ذلك حديث أبى هريرة وأبى موسى الأشعري رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح بكر زوّجها أبوها وهى كارهة وفي حديث آخر قال فى البكر يزوجها وليها فان سكتت فقد رضيت وان أبت لم تكره وفى رواية فلا جواز عليها والدليل عليه حديث الخنساء فانها جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان أبى زوجنى من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال صلى الله عليه وسلم أجيزى ماصنع أبوك فقالت مالى رغبة فيما صنع أبى فقال صلى الله عليه وسلم اذهبي فلا نكاح لك انكحى من شئت فقالت أجزت ماصنع أبى ولكنى أردت ان يعلم النساء ان ليس للآباء من أمور بناتهم شىء ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالتها ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل ان الحكم لايختلف وفى الحديث المعروف البكر تستأمر فى نفسها وسكوتها رضاها فدل ان أصل الرضا منها معتبر والشافعى رحمه الله تعالى لايعمل بهذا الحديث أصلا فانه يقول فى حق الأب والجد لايشترط رضاها

وفى تزويج غير الأب والجد لا يكتفي بسكوتها وما علق فى حديث آخر من الحق لها بصفة الثيوبة المراد به في حق الضم والتفرد بالسكني يعني ان للولى ان يضم البكر الى نفسه لانه يخاف عليها ان تخدع فانها لم تمارس الرجال ولم تعرف كيدهم وللثيب ان تنفرد بالسكني لانها آمنة من ذلك والمعني فيه انها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب وتأثيره ان الحرية والخطاب وصفان مؤثران فى استبداد المرء بالتصرف وزوال ولاية الافتيات عليه كما فى حق المال والغلام وبقاء صفة البكارة تأثيره فى عدم الاهتداء بسبب انعدام التجربة والامتحان ولهذا لاتثبت ولاية الافتيات عليه كما فى المال فان الظاهر ان من يبلغ لايكون مهتديا الى التصرفات قبل التجربة والامتحان ولكن الاهتداء وعدم الاهتداء لايوقف على حقيقته وتختلف فيه أحوال الناس فاقام الشرع البلوغ عن عقل مقام حقيقة الاهتداء تيسيراً للأمر على الناس وسقط اعتبار الاهتداء الذى يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة ويسقط اعتبار الجهل الذى يبقى بعد البلوغ لعدم التجربة الا ترى ان البكر التى لا أب لها غير مهتدية كالتى لها أب ثم اعتبر رضاها فى تزويجها بالاتفاق وكذلك اقرارها بالنكاح يصح فلو كان بقاء صفة البكارة فى حقها كبقاء صفة الصغر لم يجز إقرارها بالنكاح واما قبض الصداق فعندنا لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له ان يقبض ولكنه عند عدم النهى له ان يقبض لوجود الاذن دلالة فان الظاهر ان البكر تستحى من قبض صداقها وان الأب هو الذى يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه الى بيت زوجها فكان له ان يقبض لهذا وبعد الثيوبة لاتوجد هذه العادة لان التجهيز من الآباء بالاحسان مرة بعد مرة لايكون فصار الأب فى المرة الثانية كسائر الاولياء ﴿ قال ﴾ وان سكتت حين بلغها عقد الأب فالنكاح جائز عليها لان الشرع جعل السكوت منها رضا لعلة الحياء فان ذلك يحول بينها وبين النطق فتكون بمنزلة الخرساء فكما تقوم اشارة الخرساء مقام عبارتها فكذلك يقام سكوت البكر مقام رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص فأما اذا بلغها العقد فسكتت لايتم العقد لأن الحاجة الى الاجازة هنا والسكوت لايكون اجازة منها لأن هذا ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستئمار لايكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزماً فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت ولكنا نقول هذا فى معني المنصوص لان عند الاستئمار لها جوابان نعم أولا فيكون

سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة الى الرجال وكذلك اذا بلغها العقد فلها جوابان أجزت أو رددت فيجعل السكوت دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك وهو الاجازة ﴿قال﴾ وكذلك لو ضحكت لان الضحك أدل على الرضا بالتصرف من السكوت بخلاف ما اذا بكت فان البكاء دليل السخط والكراهة وقد قال بعض المتأخرين هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فأما اذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يكن هذا رداً بل هى تحزن على مفارقة بيت أبويها وانما يكون ذلك عند الاجازة وكذلك قالوا ان ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لايكون رضاً والضحك الذى يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ﴿قال﴾ فان قال قبل النكاح ان فلانا يخطبك وأنا مزوجك اياه فسكتت ثم ذهب فزوجها جاز النكاح لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا خطب اليه بنت من بناته دنا من خدرها وقال ان فلانا يخطب فلانة ثم ذهب فزوجها ان سكتت وان نكتت خدرها باصبعها لم يزوجها وفى رواية أنه كان يقول ان فلانا يخطب فلانة فان كرهتيه قولى لافانما طلب منها جواب الرد لاجواب الرضا فدل ان السكوت يكفى للرضا وفى الكتاب لم يشترط تسمية الصداق في الاستئمار وانما اشترط تسمية الزوج لان الظاهر ان اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج وان الاب لايقف على مرادها فى حق الزوج فاما فى حق الصداق فالاب يعلم بمرادها فى ذلك وهو صداق مثلها فلا حاجة الى تسمية ذلك مع ان فى أصل النكاح الشرط تسمية الزوجين لاالمهر ففي الاستئمار أولى وبعض المتأخرين يقولون لابد من تسمية المهر في الاستئمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق والقلة والكثرة والذى بيناه فى الاب هو الحكم فى سائر الأولياء فهذا دليل على ان الاستئمار انما يكون معتبراً من الولى الذى يملك مباشرة العقد فاما الاجنبي اذا استأمرها فسكتت لم يكن له أن يزوجها لان سكوتها لعدم الالتفات الى استئمار الاجنبي فكانها قالت مالك وللاستئمار حين لم تكن بسبيل من العقد الا أن يكون الذى استأمرها رسول الولى فحينئذ الرسول قائم مقام المرسل وحكي عن الكرخى رحمه الله تعالى ان سكوتها عند استئمار الاجنبى يكون رضا لانها تستحي من الاجنبى أكثر مما تستحي من الولى ﴿قال﴾ واذا قالت البكر لم أرض حين بلغني وادعى الزوج رضاها فالقول قولها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى القول قول الزوج لانه متمسك بما هو الاصل

وهو السكوت والمرأة تدعى عارضاً وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك بالاصل كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضى المدة فادعى المشروط له الخيار الرد وأنكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بالاصل وهو السكوت وكذلك الشفيع مع المشترى اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع أمس فطلبت الشفعة وقال المشترى بل سكت فالقول قول المشترى لتمسكه بما هو الاصل ولكننا نقول الزوج يدعى ملك بضعها وهذا ملك حادث وهى تنكر ثبوت ملكه عليها فكانت هى المتمسكة بالأصل فكان القول قولها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت هي وهذا لان ما قاله زفر رحمه الله تعالى نوع ظاهر والظاهر يكفى لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الزوج هنا الى اثبات الاستحقاق وفى الحقيقة المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى وهو انه اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وقال المولى قد دخلت عند زفر رحمه الله تعالى القول قول العبد لتمسكه بما هو الاصل وعندنا القول قول المولى لان حاجة العبد الى اثبات الاستحقاق والظاهر لهذا لا يكفى ولان عدم الدخول شرط للعتق ولا يكتفي بثبوت الشرط بطريق الظاهر فكذا هنا رضاها شرط لثبوت النكاح والظاهر لا يكفي لذلك فأما الشفيع اذا قال طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله وان قال علمت أمس وطلبت الآن فالقول قول المشترى لان حاجة المشترى الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفى للدفع وكذلك فى باب البيع فان سبب لزوم العقد وهو مضى مدة الخيار قد ظهر فحاجة الآخر الى دفع استحقاق مدعى الفسخ والظاهر يكفي لذلك فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح والا فلا نكاح بينهما ولا يمين عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تستحلف فان نكلت قضى عليها بالنكاح وأصل المسئلة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى ستة أشياء فى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والرق والنسب والولاء وعندهما يستحلف فى ذلك كله فيقضى بالنكول وقد ذكر في الدعوى فصلا شائعاً اذا ادعت الامة على مولاها انها أسقطت سقطاً مستبين الخلق وصارت أم ولد له بذلك وحجتهما فى ذلك ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيجوز القضاء فيها بالنكول كالاموال وهذا لان النكول قائم مقام الاقرار ولكن فيه نوع شبهة لانه سكوت والسكوت محتمل فانما يثبت به مايثبت مع الشبهات ولهذا لا يثبت القصاص

بالنكول لانه يندرئ بالشبهات وانما يثبت بالنكول مايثبت بالابدال من الحجج نحو كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وهذه الحقوق تثبت بذلك فكذلك بالنكول لانه بدل عن الاقرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الحقوق لايجزى فيها البدل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس وبيان الوصف ظاهر فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت لك نفسي لا يعمل بذلها وكذلك لو قال لست بابن لك ولا مولى ولكن أبذل لك نفسي أو قال أنا حر الاصل ولكن أبذل لك نفسي لتسترقني لا يعمل بذله أصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لك ولكن أبذله لك لأتخلص من خصومتك كان بذله صحيحاً وتأثيره ان النكول بمنزلة البذل لا بمنزلة الاقرار فانا لو جعلناه بذلا يتوصل المدعى الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقاً في انكاره واذا جعلناه اقرارا يجعل المدعى عليه مبطلا في انكاره وذلك لايجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة أقرب منه الى الاقرار فانما يثبت به أدنى مايثبت بترك المنازعة وهو البذل فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين القصاص في النفس فان هناك يستحلف وان كان لا يقضى بالنكول لان اليمين في النفس مقصودة لعظم أمر الدم الا ترى ان الأيمان في القسامة شرعت مكررة وفي هذه المسائل اليمين ليست بحق له مقصوداً وانما المقصود منه القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول لا حاجة الى الاستحلاف لكونه غير مفيد وبان كان يثبت بالابدال من الحجج فذلك لايدل على انه يستحلف فيه كتصديق المقذوف القاذف يثبت بالابدال من الحجج ولا يجري فيه الاستحلاف ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج قد دخل بها ثم قالت لم أرض لم تصدق على ذلك لان تمكينها الزوج من نفسها أدل على الرضا من سكوتها الا ان يكون دخل بها وهي مكرهة فحينئذ القول قولها لظهور دليل السخط منها دون دليل الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك للزوج واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق وهذا لانه لايملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزوم العقد عليها أيضا ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنه الكبير فبلغه فسكت لم يكن رضا حتى يرضى بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا لان في حق الانثى السكوت جعل رضا لعلة الحياء وذلك لا يوجد في الغلام فانه لايستحي من الرغبة في النساء ولان السكوت من البكر محبوب في الناس عادة وفي حق الغلام السكوت مذموم لانه دليل على التخنث فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج البكر قبل أن يدخل بها بعد ماخلابها زوّجها أبوها بعد انقضاء العدة كما تزوج البكر لان صفة البكارة قائمة والحياء الذى هو علة قائم فان بوجوب العدة والمهر لايزول الحياء فلهذا يكتفي بسكوتها وان جومعت بشبهة أو نكاح فاسد لم يجز تزويجها بعد ذلك الا برضاها ولا يكتفي بسكوتها في هذا الموضع لانها ثيب لقوله صلى الله عليه وسلم والثيب تشاور فاما اذا زنت يكتفى بسكوتها عند التزويج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى لايكتفى بسكوتها لانها ثيب لان الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائداً اليها مشتق من قولهم ثاب أى رجع والبكر اسم لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها لان البكارة عبارة عن أولية الشئ ومنه يقال لاول النهار بكرة وأول الثمار باكورة والدليل عليه انها تستحق من الوصية للثيب دون الوصية للابكار واذا كانت ثيباً أوجب مشورتها بالنص ولايجوز الاشتغال بالتعليل مع هذا لانه يكون تعليلا لابطال حكم ثابت بالنص ولان الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فانها لما لم تستح من اظهار الرغبة في الرجال على أخش الوجوه كيف تستحى من اظهار الرغبة على أحسن الوجوه بخلاف حياء البكر لانه حياء كرم الطبيعة وذلك أمر محمود وهذه لو كان فيها حياء انما هو استحياء من ظهور الفاحشة وذلك غير ماورد فيه النص ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول صاحب الشرع انما جعل سكوتها رضا لا للبكارة بل لعلة الحياء فان عائشة رضى الله تعالى عنها لما اخبرت أنها تستحى فحينئذ قال سكوتها رضاها وغلبة الحياء هنا موجودة فانها وان أبتليت بالزنا مرة لفرط الشبق أو أكرهت على الزنا لاينعدم حياؤها بل يزداد لان فى الاستنطاق ظهور فاحشتها وهى تستحي من ذلك غاية الاستحياء وهذا الاستحياء محمود منها لانها سترت ماعلى نفسها وقد أمرت بذلك قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله وقبل هذا الفعل انما كانت لاتستنطق لان الاستنطاق دليل ظهور رغبتها فى الرجال فاذا سقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل رغبتها في الرجال على أحسن الوجوه فلان يسقط نطقها فى موضع يكون النطق دليل الرغبة فى الرجال على أخش الوجوه كان أولى بخلاف ما اذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لان الشرع أظهر ذلك الفعل عليها حين ألزم المهر والعدة وأثبت النسب بذلك الفعل وهنا الشرع ماأظهر ذلك عليها اذلم يعلق به شيئا من الاحكام وأمرها بالستر على نفسها فان

أخرجت وأقيم عليها الحد فالصحيح انه لا يكتفى بسكوتها أيضا بعد ذلك وكذلك اذا صار الزنا عادة لها وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يقول فى هذين الفصلين يكتفى بسكوتها أيضا لانها بكر شرعا . ألا ترى أنها تدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولكن هذا ضعيف فان فى الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ولا يكتفي بسكوتها فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء ولو زالت بكارتها بالوثبة أو الطفرة أو بطول التعنيس يكتفى بسكوتها عندنا وفى أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى هي بمنزلة الثيب استدلالا بالبيع فانه لو باع جارية بشرط انها بكر فوجدها المشترى بهذه الصفة كان له ان يردها فدل انها ليست ببكر بعدما أصابها ما أصابها ولكنا نقول هى بكر لان مصيبها أول مصيب لها الا انها ليست بعذراء و العادة بين الناس انهم باشتراط البكارة فى السرائر يريدون صفة العذرة فلهذا ثبت حق الرد فأما هذا الحكم تعلق بالحياء أو بصفة البكارة وهما قائمان الا ترى ان عائشة رضى الله عنها لما افتخرت بالبكارة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم اشارت الى هذا المعنى فقال رأيت لو وردت واديين احدهما رعاها أحد قبلك والاخرى لم يرعها أحد قبلك الى ايهما تميل فقال صلى الله عليه وسلم الى التى لم يرعها أحد قبلى فقالت انا ذاك فعرفنا انها ما لم توطأ فهي بكر ﴿قال﴾ واذا زوج البكر أبوها من رجل وأخوها من رجل آخر بعده فأجازت نكاح الاخ جاز ذلك عليها ولم يجز نكاح الاب وهو بناء على أصلنا ان العقد لا يجوز الا برضاها سواء كان المباشر أبا أو أخا فانما وجد شرط نفوذ نكاح الاخ وهو رضاها بذلك ومن ضرورة رضاها بنكاح الاخ رد نكاح الاب فلهذا يبطل نكاح الاب ﴿قال﴾ واذا زوجها وليها بغير أمرها فلم يبلغها حتى ماتت هى أو مات الزوج لم يتوارثا لان النكاح لا ينفذ عليها الا برضاها والارث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت ولم يوجد فهو بمنزلة النكاح الفاسد اذا مات فيه أحدهما لم يتوارثا ﴿قال﴾ وان زوجها أبوها وهو عبد أو كافر ورضيت به جاز لان العقد كان موقوفا على اجازتها الا ترى انها لو أذنت في الابتداء نفذ عقده باذنها فكذلك اذا أجازت فى الانتهاء ولكن لا نقول سكوتها رضا منها لان العاقد لم يكن وليا لها والحاجة في عقد غير الولى الى توكيلها لا الى رضاها والتوكيل غير الرضا فان التوكيل انابة والرضا اسقاط حق الرد فلهذا لا يثبت التوكيل بالسكوت وهذا يبين لك ما قلنا ان الصحيح فى استئمار الأجنبي انه لا يكتفي بسكوتها ﴿قال﴾ واذا زوج البكر

وليها

وليها بأمرها وزوجت هي نفسها فان قالت هو الأول فالقول قولها وهو الزوج لانها أقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا أدرى أيهما أول ولا يعلم ذلك فرق بينهما لانه لايمكن تصحيح نكاحهما فان المرأة لاتحل لرجلين بالنكاح وليس أحدهما بأولى من الآخر فيفرق بينها وبينهما لهذا وكذلك لو زوجها وليان بأمرها والثيب والبكر في هذا سواء لما بينا ﴿ قال ﴾ واذا زوّج البكر وليها فأخبرها بذلك فقالت لا ارضى ثم قالت قد رضيت فلا نكاح بينهما لان العقد قد بطل بينهما بردها فانما رضيت بعد ذلك بالعقد المفسوخ وذلك باطل ولهذا جرى الرسم بتجديد العقد عند الزفاف لانها في المرة الاولى تظهر الرد وغير ذلك لا يحمد منها ثم لا يزال بها أو لياؤها يرغبونها حتى رضيت فلو لم يتجدد العقد كانت تزف الى أجنبي فلهذا استحسنا تجديد العقد عند الزفاف ﴿ قال ﴾ واذا استؤمرت في نكاح رجل خطبها فابت ثم زوجها الولى منه فسكتت فهو رضاها لانها لما أبت بطل استئمارها فكانه زوجها من غير استئمار فيكون سكوتها رضاها وكان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول هنا لايجوز ولا يكون سكوتها رضا لانها قد صرحت بالسخط فكيف يكون سكوتها بعد ذلك دليل رضاها ولكنا نقول قد يسخط المرء الشئ في وقت ويرضى به في وقت آخر فسخطها قبل العقد لا يمنعنا ان نجعل سكوتها رضا بعد العقد والله أعلم بالصواب

باب نكاح الثيب

﴿ قال ﴾ قد بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة وهي تريد عم صبيانها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها وبين الذى زوجها منه أبوها ثم زوجها عم ولدها وهذه المرأة كانت ثيبا لان الراوى قال وهي تريد عم صبيانها فهذا دليل على ان نكاح الاب الثيب لاينفذ بدون رضاها وهو مجمع عليه ولا يكون للشافعى في هذا الحديث حجة علينا في البكر لان ضد هذا الحكم في حق البكر مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة ولانه خص الثيب بالذكر وتخصيص الثيب بالذكر لايدل على أن الحكم في غيرها بخلافه ثم في هذا الحديث دليل على أن الولى اذا امتنع عن التزويج زوجها الامام فان الاب هنا امتنع من تزويجها ممن أرادت فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بولاية الامامة وفيه دليل على ان اختيار الازواج اليها لا الى الولى لأنها هي التى تعاشر الازواج فانما تحسن

العشرة مع من تختاره دون من يختاره الولي ﴿قال﴾ واذا زوج الثيب أبوها فبلغها فسكتت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح لان الاصل في السكوت أن لا يكون رضا لكونه محتملا في نفسه وانما أقيم مقام الرضا في البكر لضرورة الحياء والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولا ضرورة في حق الثيب فلهذا لا يكتفي بسكوتها عند الاستئمار ولا اذا بلغها العقد والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب النكاح بغير ولي﴾

﴿قال﴾ رضي الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن امرأة زوجت ابنتها برضاها فجاء أولياؤها فخاصموها الى علي رضي الله عنه فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة اذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى سواء كانت بكراً أو ثيباً اذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء فالنكاح صحيح الا أنه اذا لم يكن كفؤاً لها فللأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن رضي الله عنه ان كان الزوج كفؤاً لها جاز النكاح وان لم يكن كفؤاً لها لا يجوز وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤاً جاز النكاح والا فلا ثم رجع فقال النكاح صحيح سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء لها وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى ان الزوج ان كان كفؤاً أمر القاضي الولي باجازة العقد فان أجازه جاز وان أبى أن يجيزه لم ينفسخ ولكن القاضي يجيزه فيجوز وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يتوقف نكاحها على اجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فان أجازه الولي جاز وان أبطله بطل الا أنه اذا كان الزوج كفؤاً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد اذا أبى الولي أن يزوجها منه وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تزويجها نفسها منه باطل على كل حال ولا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها أو أمتها أو توكلت بالنكاح عن الغير ومن العلماء رحمهم الله تعالى من يقول اذا كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي وان كانت فقيرة خسيسة يجوز لها أن تزوج نفسها من غير رضا الولي ومنهم من فصل بين البكر والثيب وهم أصحاب الظواهر اما من شرط الولي استدل بقوله

تعالى ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن . وقال الشافعي رحمه الله تعالى وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لايجوز بغير ولي لانه نهى الولي عن المنع وانما يتحقق المنع منه اذا كان الممنوع في يده وفي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل واذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها لا وكس ولا شطط فان تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له وفي الحديث المشهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وانما الزانية هي التي تنكح نفسها وان عائشة رضي الله عنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فان النساء لا يعقدن والمعنى فيه أنها ناقصة بنقصان الانوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة وهذا لان النكاح عقد عظيم خطره كبير ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات فلاظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة الى أولي الرأي الكامل من الرجال لان النساء ناقصات العقل والدين فكان نقصان عقلها بصفة الانوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى ان عقدها يتوقف على اجازة الولي كما ان عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على اجازة الولي وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا ينعقد العقد بعبارتها أصلا كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للاولياء اذا وضعت نفسها في غير كفء ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للاولياء حق الاعتراض كالرجل وكذلك تملك مطالبة الولي بالتزويج ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها ان تطالب الولي به والدليل على اعتبار نقصان عقلها انه لم يجعل اليها من جانب رفع العقد شئ بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق واما من جوز النكاح بغير ولي استدل بقوله تعالى فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن وبقوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وقوله تعالى ان ينكحن أزواجهن اضاف العقد اليهن في هذه الآيات فدل انها تملك المباشرة والمراد بالعضل المنع حسا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من ان تتزوج وهذا خطاب للازواج فانه قال في أول الآية واذا طلقتم

النساء وبه نقول ان من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له ان يمنعها من التزوج بزوج آخر واما الاخبار فقوله صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها والايم اسم لامرأة لازوج لها بكراً كانت أو ثيباً وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة وهو اختيار الكرخي رحمه الله تعالى قال الايم من النساء كالاعزب من الرجال بخلاف ماذكر محمد رحمه الله تعالى ان الايم اسم للثيب وقد بيناهذا في شرح الجامع وقال صلى الله عليه وسلم ليس للولى مع الثيب أمر وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكني أردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من أمور بناتهم شيء ولما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة رضى الله عنها اعتذرت باعذار من جملتها ان أولياءها غيب فقال صلى الله عليه وسلم ليس في أوليائك من لا يرضي بي قم ياعمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم جواز النكاح بغير ولى وان عائشة رضى الله تعالى عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر ابن الزبير وهو غائب فلما رجع قال أومثلي يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها أوترغب عن المنذر والله لتملكنه أمرها وبهذا تبين أن ماروو من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها غير صحيح فان فتوى الراوى بخلاف الحديث دليل وهن الحديث ومدار ذلك الحديث على الزهرى وأنكره الزهرى وجوز النكاح بغير ولى ثم هو محمول على الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة وكذلك سائر الاخبار التى رووا على هذا تحمل أو على بيان الندب ان المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولى هو الذى يزوجها والمعنى فيه أنها تصرفت في خالص حقها ولم تلحق الضرر بغيرها فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها وبيان الوصف أن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها بدليل أن لها أن تطالب الولى به ويجبر الولى على الايفاء عند طلبها وهى من أهل استيفاء حقوق نفسها فانما استوفت بالمباشرة حقها وكفت الولى مؤنة الايفاء فهو نظير صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا فكذلك هنا والدليل عليه ان اختيار الازواج اليها بالاتفاق والتفاوت فى حق الاغراض والمقاصد انما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الازواج وكذلك اقرارها بالنكاح صحيح على نفسها ولو كانت بمنزلة الصغيرة ماصح

اقرارها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها فى مباشرة الولى العقد ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها ويجب على الولى تزويجها عند طلبها ولو كانت كالصغيرة لما وجب الايفاء بطلبها وانما يثبت لها حق مطالبة الولى لنوع من المروءة وهو أنها تستحى من الخروج الى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها ويعد هذا رعونة منها ووقاحة ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها كما ورد الشرع بالنهي عن أن يخطب على خطبة غيره ولو فعل جاز لان هذا النهى لنوع من المروءة فلا يمنع جواز المنهي عنه واذا زوجت نفسها من غير كفء فقد ألحقت الضرر بالاولياء فيثبت لهم حق الاعتراض لدفع الضرر عن أنفسهم كما أن الشفيع يثبت له حق الاخذ بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه ولان طلب الكفاءة لحق الأولياء فلا تقدر على اسقاط حقهم وهذا لا يمنع وجود أصل عقدها فى حق نفسها كأحد الشريكين اذا كاتب كان للآخر أن يفسخ دفعا للضرر عن نفسه وعلى رواية الحسن رحمه الله تعالى قال اذا زوجت نفسها من غير كفء لم يجز النكاح أصلا وهو أقرب الى الاحتياط فليس كل ولىّ يحتسب فى المرافعة الى القاضى ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفء عليها وبهذا الطريق قال أبو يوسف رحمه الله تعالى الاحوط أن يجعل عقدها موقوفا على اجازة الولى ليندفع الضرر عن الولى الا أن الولى اذا قصد بالفسخ دفع الضرر عن نفسه بأن لم يكن كفؤاً لها صح فسخه وان قصد الاضرار بها بأن كان الزوج كفؤاً لها لم يصح فسخه ولكن القاضى يقوم مقامه في الاجازة كما يقوم مقامه فى العقد اذا عضلها ومحمد رحمه الله تعالى يقول لما توقف العقد على اجازة الولى لتمام الاحتياط فكما ينعقد باجازته ينفسخ بفسخه وبعدما يفسخ فليس للقاضى أن يجيزه ولكن يستقبل العقد اذا تحقق العضل من الولى وعلى هذا الاصل يقول اذا زوجت نفسها من كفء ثم مات أحدهما قبل المرافعة الى القاضى توارثا اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر وأما على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فلان تصرفها في حق نفسها صحيح ومعنى التوقف لدفع الضرر عن الولى ولهذا لا ينفسخ بفسخ الولى وانما انتهي النكاح الصحيح بالموت فيجرى التوارث بينهما وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يتوارثان لان أصل العقد كان موقوفا وفى العقد الموقوف لا يجرى التوارث وعلى هذا لو ظاهر منها أو آلى منها صح عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وان كانت قصرت فى مهرها فزوجت نفسها بدون صداق مثلها كان للأولياء حق الاعتراض حتى

يبلغ بها مهر مثلها أو يفرق بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت للأولياء حق الاعتراض الا أن قول محمد رحمه الله تعالى لا يتحقق في تزويجها نفسها وانما يتحقق فيما قال في كتاب الاكراه واذا أكرهت المرأة الولى على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها فزوجها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة وأبى الولى أن يرضى فليس له ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان المهر من خالص حقها فانه بدل ما هو مملوك لها ألا ترى أن الاستيفاء والابراء اليها والتصرف فيه كيف شاءت وتصرفها فيما هو خالص حقها صحيح فلا يكون للأولياء حق الاعتراض وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انها ألحقت الضرر بالاولياء فيكون لهم حق الاعتراض كما لو زوجت نفسها من غير كفء وبيان ذلك أن الاولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصان مهرها فان ذلك مهر المومسات الزانيات عادة وفيه يقول القائل

وما عليّ أن تكون جاريه تمشط رأسي وتكون فاليه

حتى ما اذا بلغت ثمانيه زوجتها مروان أو معاويه

أختانُ صدق ومهور غاليه

ومع لحوق العار بالاولياء فيه الحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً فان من تزوج منهن بعد هذا بغير مهر فانما يقدر مهرها بمهر هذه فعرفنا أن في ذلك ضرراً عليهن وانما يذب عن نساء العشيرة رجالها فكان لهم حق الاعتراض فأما بعد تسمية الصداق كاملا صار حق العشيرة مستوفي وبقاء المهر يخلص لها فان شاءت استوفت وان شاءت أبرأت وهو نظير حق الشرع في تسمية أصل المهر في الابتداء وان كان البقاء يخلص لها وان طلقها قبل أن يدخل بها كان لها نصف ما سمي لها لان الطلاق قبل الدخول مسقط للصداق قياسا فان المعقود عليه يعود اليها كما خرج عن ملكها وذلك سبب لسقوط البدل الا انا أوجبنا لها نصف المسمى بالنص وهو قوله تعالى فنصف مافرضتم فلا تجب الزيادة على ذلك وان فرق القاضي بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شئ عليه لانه فسخ أصل النكاح بهذا التفريق فلا يجب لها شئ وان ولت المرأة أمرها رجلا فزوجها كفؤاً فهو بمنزلة تزويجها نفسها وفي قول محمد رحمه الله تعالى لا يجوز ذلك كما لا يجوز تزويجها نفسها زاد في نسخ أبي حفص رضي الله عنه فقال الا ان يكون لها ولى فحينئذ يجوز وهذا شئ رواه أبو رجاء بن أبي رجاء عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه قال سألته عن النكاح بغير ولى فقال لايجوز قلت فان لم يكن لها ولى قال يرفع أمرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كانت فى موضع لاحاكم في ذلك الموضع قال يفعل ما قال سفيان رحمه الله تعالى قلت ومافعل سفيان قال تولى أمرها رجلا ليزوجها ثم قد صح رجوع محمد الى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى النكاح بغير ولى وعلى ذلك تنبني مسائل الجامع يقول في الكتاب فان طلقها ثلاثاً قبل ان يجيز الحاكم أو الولى عقدها يكون هذا رداً للنكاح وهو قول محمد رحمه الله تعالى فاما عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تصح التطليقات الثلاث ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعند محمد رحمه الله تعالى لايقع الطلاق ويكون هذا رد للنكاح الا انه يكره له ان يتزوجها ثانياً قبل ان تتزوج بزوج آخر لاختلاف العلماء واشتباه الاخبار فى جواز النكاح بغير ولى ولان ترك نكاح امرأة تحل له خير من ان يتزوج امرأة لاتحل له ولكنه لو تزوجها لم يفرق بينهما عنده لان الطلاق لم يكن واقعاً عليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوكالة فى النكاح

﴿قال﴾ واذا خطب الرجل امرأة على رجل غائب لم يأمره فزوجت نفسها أو زوجها أبوها برضاها فقدم الغائب أو بلغه ذلك فأجاز النكاح فهو جائز عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو باطل بناء على أصله ان العقود لاتتوقف على الاجازة وهى مسئلة فى البيوع معروفة وعندنا تتوقف العقود على الاجازة وكل عقد لوسبق الاذن به ممن يقع له كان صحيحا فانه يتوقف على اجازته فاذا أجازه فى الانتهاء جعل ذلك كالاذن في الابتداء ولو عقد هذا العقد باذنه فى الابتداء كان صحيحا فكذلك باجازته في الانتهاء وهذا لان ركن العقد هو الايجاب والقبول وذلك من حق المتعاقدين وقد أضافه الى محل قابل للعقد فيتم به الانعقاد اذ لاضرر على الغائب فى انعقاد العقد وانما الضرر عليه فى التزام العقد وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد لانه حق المتعاقدين ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على اجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه ولو ان الغائب وكل هذا الحاضر بكتاب كتبه اليه حتى زوجها منه كان صحيحا وكذلك لو كتب اليها يخطبها فزوّجت نفسها منه كان صحيحا والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى النجاشي يخطب أم حبيبة رضى الله عنها فزوجها

النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطنة وروى انه زوجها منه قبل ان يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم كتابه وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الاجازة وان الخطبة بالكتاب تصح وهذا لان الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فان الكتاب له حروف ومفهوم يؤدى عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر وكان الحسن بن حي رحمه الله تعالى يقول لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح وهذا فاسد فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان فانه كتب الى ملوك الآفاق يدعوهم الى الدين وكان ذلك تبليغا تاما فكذلك في عقد النكاح الكتاب بمنزلة الخطاب الا انه اذا كتب اليها فبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منه بغير محضر من الشهود لا ينعقد النكاح كما في حق الحاضر فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بشهود ولو قالت بين يدي الشهود زوجت نفسي منه لا ينعقد النكاح أيضا لان سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط لجواز النكاح وانما سمعوا كلامها هنا لا كلامه ولو كانت حين بلغها الكتاب قرأته على الشهود وقالت ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا انى قد زوجت نفسي منه فهذا صحيح لأنهم سمعوا كلام الخاطب باسماعها اياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه وسمعوا كلامها حيث أوجبت العقد بين أيديهم فلهذا تم النكاح وهذا بخلاف البيع فان المكتوب اليه اذا قال هناك بعت هذه العين من فلان بكذا جاز وان لم يكن بحضرة الشهود أو كان بحضرتهم ولم يقرأ الكتاب عليهم لان البيع يصح بغير شهود كما في الحاضر الا أنه ذكر في الكتاب في البيع أنه اذا كتب اليه أن بعني كذا بكذا فقال بعت يتم البيع وقد طعنوا في هذا فقالوا أن البيع لا ينعقد بهذا اللفظ من الحاضر فان من قال لغيره بع عبدك مني بكذا فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل الثاني اشتريت لانه لابد في البيع من لفظين هما عبارة عن الماضي بخلاف النكاح فان النكاح ينعقد بلفظين أحدهما عبارة عن الماضي والآخر عن المستقبل والشافعي ومحمد رحمهما الله تعالى سويا بينهما والفرق لعلمائنا رحمهم الله تعالى أن البيع يقع بغتة وفلتة فقوله بعني يكون استياما عادة فلا بد من الايجاب والقبول بعده فأما النكاح يتقدمه خطبة ومراودة فقلما يقع بغتة فقوله زوجني يكون أحد شطرى العقد توضيح الفرق أن قوله زوجني نفسك تفويض للعقد اليها وكلام الواحد في باب النكاح يصلح لاتمام العقد اذا كان الامر مفوضاً

اليه

اليه من الجانبين فيمكن أن يجعل قولها زوجت نفسي عقداً تاما وفى باب البيع كلام الواحد لا يصلح لاتمام العقد من الجانبين وان كان مفوضاً اليه من الجانبين فكان قوله بعت منك شطر العقد فلا بد من أن ينضم اليه الشطر الثانى ليصح اذا عرفنا هذا فنقول مراد محمد رحمه الله تعالى هنا بيان الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود دون اللفظ الذى ينعقد به البيع أو نقول يعنى قوله من الحاضر يكون استياما عادة فأما من الغائب اذا كتب اليه فقوله يعنى يكون أحد شطرى العقد فاذا انضم اليه الشطر الثانى تم البيع فان جاء الزوج بالكتاب مختوما الى الشهود وقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز ذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعلم الشهود ما في الكتاب وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال يجوز ولا يشترط اعلام الشهود بما فى الكتاب وأصل الخلاف فى كتاب القاضى الى القاضى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الكتاب والختم وان كان لا يعلم الشهود ما فى الكتاب وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تجوز لان المشهود به ما فى الكتاب لا نفس الكتاب ولكن استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال قد يشتمل الكتاب على شرط لا يعجبهم اعلام الشهود بذلك واذا كان مختوما يؤمن من الزيادة والنقصان فيه فيكون صحيحاً ثم فى هذا الكتاب قال يجوز عند أبى يوسف رحمه الله تعالى مختوما كان أو غير مختوم وذكر فى الأمالى أن الكتاب اذا كان غير مختوم لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أصلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز الا أن يعلم الشهود ما فيه واذا كان مختوما فحينئذ هل يشترط اعلام الشهود ما فيه فمن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيه روايتان وكما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات للمعنى الذى قلنا ﴿قال﴾ ويجوز للواحد أن ينفرد بالعقد عند الشهود على الاثنين اذا كان وليا لهما أو وكيلا عنهما وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان كان وليهما جاز وان كان وكيلا لا يجوز أما زفر رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد معاوضة فلا يباشره الواحد من الجانبين كعقد البيع وهو قياس يوافقه الأثر وهو ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل والشافعى رحمه الله تعالى بنحوه يستدل فى الوكيل من الجانبين أنه لا يتم العقد بعبارته لانه لا ضرورة في توكيل الواحد من الجانبين بخلاف ما اذا كان ولياً من الجانبين لان فى تنفيذ العقد بعبارته ضرورة

لان أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين فيكون مأموره قائماً مقامه وهو الولى من الجانبين شرعا فيملك مباشرة العقد وهو نظير ما قلتم فى الاب اذا باع مال ولده من نفسه بمثل قيمته يجوز ولا يجوز بيعه من غيره ووجه قول علمائنا قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامي أى فى نكاح اليتامى فهو دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وكذا قوله تعالى وترغبون أن تنكحوهن دليل على أن للولى أن يزوج وليته من نفسه وفى الحديث أن شُرط على رضى الله تعالى عنه أتوه بشيخ مع جارية فسأله عن قصتها فقال انها ابنة عمى وإنى خشيت أنها اذا بلغت ترغب عنى فتزوجتها فقال خذ بيد امرأتك والمعني فيه أن العاقد فى باب النكاح سفير ومعبر والواحد كما يصلح أن يكون معبراً عن الواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين ودليل الوصف أنه لا يستغني عن اضافة العقد الى الزوجين وبه يظهر الفرق بينه وبين البيع فانه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره فكان مباشراً للعقد لا معبراً توضيحه ان حقوق العقد فى باب البيع تتعلق بالعاقد فاذا باشر العقد من الجانبين يؤدى الى تضاد الاحكام لأنه يكون مطالباً مطالباً مسلما مستلما مخاصما مخاصما وفي باب النكاح لا تتعلق الحقوق بالعاقد فلا يؤدى الى تضاد الاحكام ولهذا قلنا بيع الاب مال ولده من نصيبه لأنه فى جانب الصغير يكون ملزما اياه حقوق العقد بولايته عليه حتى اذا بلغ كانت الخصومة في ذلك اليه دون الاب بخلاف بيعه من غيره فلا يؤدى الى تضاد الاحكام توضيحه ان البيع لا يصح الا بتسمية لثمن فاذا تولاه من الجانبين كان مستزيداً مستنقصاً وذلك لا يجوز والنكاح يصح من غير تسمية المهر فلا يؤدى الى هذا المعني اذا باشره الواحد من الجانبين وعلى هذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى فى الكتابة أن الواحد لا يباشره من الجانبين لانه لا يصح الا بتسمية البدل فأما على ظاهر الرواية يجوز لان حقوق العقد فى الكتابة لا تتعلق بالعاقد بل هو معتبر كما فى النكاح ولا حجة لهم فى هذا الحديث لأن هذا النكاح قد حضره أربعة معنى فانه اذا اجتمع وصفان في واحد كان بمنزلة المثنى من حيث المعني لا لاعتبار كل صفة على حدة فان هذا الواحد اذا كان ولياً أو وكيلا من أحد الجانبين دون الآخر وفضولياً من الجانب الآخر أو لم يكن ولياً ولا وكيلا من الجانبين ولكنه فضولى باشر النكاح بمحضر من الشهود فبلغ الزوجين فاجازاه لم يجز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الأول وجاز فى قوله الآخر وكذلك لو قال الزوج بين يدى الشهود

أشهدوا أني تزوجت فلانة ولم يخاطب عنها أحد فبلغها فاجازت أو قالت المرأة اشهدوا انى قد زوجت نفسي من فلان ولم تخاطب عنه أحد فبلغه فاجاز فهو على هذا الخلاف ولو قبل فضولى من جهة الغائب ينعقد موقوفا بالاتفاق حتى لو أجاز يجوز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا كان كلام الواحد فى باب النكاح عقداً تاماً باعتبار الاذن في الابتداء فكذلك باعتبار الاجازة فى الانتهاء وجعل هذا قياس الطلاق والعتاق بمال فان كلام الواحد فيه لما كان عقداً تاما عند الاذن كان عقداً موقوفا على اجازة الغائب عند عدم الاذن وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا النكاح عقد معاوضة محتمل للفسخ فكلام الواحد فيه يكون شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ماوراء المجلس كما فى البيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه أصلا وتحقيقه ان قول الرجل طلقت فلانة بكذا أو أعتقت عبدى فلانا بكذا يكون تعليقاً للطلاق والعتاق بالقبول لان تعليقهما بالشرط صحيح فاذا بلغهما فقبلا وقع لوجود الشرط وفى النكاح قوله زوجت فلانة لا يمكن ان يجعل تعليقا لان النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا شطر العقد ولا يدخل على هذا مالو قال الزوج بمحضر منها طلقتك بكذا فقامت عن المجلس قبل القبول فانه يبطل ذلك ولو كان تعليقاً بالشرط لما بطل بقيامها عن المجلس لان من التعليقات مايقتصر على وجود الشرط فى المجلس كقوله لها أنت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس فهذا مثله وهذا بخلاف مااذا كان مأموراً من الجانبين لان هناك عبارته تنتقل اليهما فيصير قائما مقام عبارتهما فانما يكون تمام العقد بالمثنى من حيث المعني وهنا لا تنتقل عبارته الى الغير لانه غير مأمور به فاذا بقى مقصوراً عليه كان شطر العقد والدليل عليه انه لو قال لها تزوّجتك وهي حاضرة كان هذا شطر العقد حتى لا يتوقف على اجازتها بعد قيامها من ذلك المجلس فكذا اذا قال ذلك وهى غائبة يكون هذا شطر العقد ولو كان عقد النكاح بين فضوليين خاطب أحدهما عن الرجل والآخر عن المرأة فبلغهما فاجازا جاز ذلك العقد لانه جرى بين اثنين ولو كانا وكيلين كان كلامهما عقداً تاما فكذلك اذا كانا فضوليين يكون كلامهما عقداً موقوفا ﴿قال﴾ وليس على العاقد فى باب النكاح وليا كان أو وكيلا حق قبض مهرها بدون أمرها لما بينا انه معبر لا يتعلق به شيء من حقوق العقد وكما لا يتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه لا يكون اليه قبض البدل وكذلك الوكيل من جانب الزوج لا يكون عليه

من المهر شيء كما لا يكون اليه قبض المعقود عليه واليه أشار علي رضي الله عنه في قوله الصداق على من أخذ الساق الا الأب في حق ابنته البالغة فانه يقبض مهرها فيجوز ذلك استحسانا وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا أرسل الى المرأة رسولا حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً فهو سواء لان الرسالة تبليغ عبارة المرسل الى المرسل اليه ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصلح ان يكون رسولا الا ترى ان سليمان عليه السلام جعل الهدهد رسولا في تبليغ كتابه الى بلقيس فالآدمي المميز أولى ان يصلح لذلك فاذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا سألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها قد تزوجته كان ذلك جائزاً اذا أقر الزوج بالرسالة أو أقامت عليه البينة لان الرسول بلغها رسالة المرسل فكانه حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها أيضاً فكان نكاحا باسماعهما كلام المتعاقدين واذا أنكر الرسالة ولم تقم عليه البينة لها فالقول قوله ولا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الخاطب فضولياً ولم يرض الزوج بما صنع فلا نكاح بينهما فان كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وزوجها إياه وقال قد أمرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان أقر أو قامت عليه البينة بالامر والضمان لازم للرسول ان كان من أهل الضمان لانه جعل نفسه زعيما بالمهر والزعيم غارم وان جحد الزوج ولم يكن عليه بينة بالامر فلا نكاح بينهما لما قلنا وللمرأة على الرسول نصف الصداق من قبل أنه مقر بانه قد أمره وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح وذكر في كتاب الوكالة ان على الرسول جميع المهر بحكم الضمان فقيل ماذكر هنا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقول أبي يوسف الاول وما ذكر هناك قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهراً وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول فنفذ قضاؤه بالفرقة هنا قبل الدخول وسقط نصف الصداق عن الزوج فيسقط عن الكفيل أيضاً وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا ينفذ قضاؤه باطنا فيبقى جميع المهر واجباً على الزوج ويكون الكفيل مطالبا به لاقراره وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره أصل النكاح لا يكون طلاقاً فلا يسقط به شيء من الصداق بزعم الكفيل ووجه هذه الرواية أنه أنكر وجوب الصداق عليه وهو مالك لاسقاط نصف الصداق عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطاً فيما يمكنه اسقاطه ومن ضرورة سقوط نصف

الصداق عن الاصيل سقوطه عن الكفيل فلهذا كان الكفيل ضامناً لنصف الصداق ﴿قال﴾ فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكن أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج جاز عليه ولزم الزوج الضمان لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وان أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان لان أصل السبب انتفى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق وبراءة الاصيل حقيقة توجب براءة الكفيل ﴿قال﴾ وان أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه فزوجها اياه وزاد عليه في المهر فان شاء الزوج أجازه وان شاء رده لانه أتى بخلاف ما أمر به فكان مبتدئاً فيتوقف عقده على اجازته وان لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فهو بالخيار أيضاً لان دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره فلا يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل فان الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به فكان على خياره ان شاء أقام معها بالمهر المسمى وان شاء فارقها وكان لها الاقل من المسمى ومن مهر مثلها لان الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد فيسقط به الحد للشبهة ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة ﴿قال﴾ فان كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر فعلى الرسول نصف المسمى لاقراره على نفسه انه أمره به وهذا لان انكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة انكاره الامر بالعقد أصلا كما بيناه في الفصل الاول ﴿قال﴾ فان قال الرسول أنا أغرم المهر وألزمك النكاح لم يكن له ذلك الا أن يشاء الزوج لانه فيما باشر من العقد غير ممتثل أمره فكان بمنزلة الفضولي والفضولي ولا يملك أن يلزم عليه حكم العقد الا برضاه وهذا لانه وان تبرع باداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولا لأن المسمى في العقد صداق والصداق مطلقاً يجب على الزوج وقد تعذر الزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه ﴿قال﴾ واذا وكل الرجل الرجل أن يزوجه امرأة فزوجها اياه وضمن لها عنه المهر جاز ذلك ولم يرجع به الوكيل على الزوج لانه ضمن عنه بغير أمره فان أمره اياه بالنكاح لا يكون أمراً بالتزام الصداق لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر لا ملتزم ومن ضمن عن غيره دينه بغير أمره لم يرجع به عليه لأن تبرعه بالضمان كتبرعه بالاداء فان كان أمره بذلك رجع عليه كما لو أمره بالاداء ﴿قال﴾ واذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز وان لم يكن على التوكيل شهود لان التوكيل بالنكاح ليس بنكاح والشهود من خصائص شرائط

النكاح وانما شرط الشهود في النكاح لانه يتملك به البضع فلاظهار خطره اختص بشهود وذلك لايوجد في التوكيل فان البضع لا يتملك بالتوكيل فهو بمنزلة التوكيل بسائر العقود ﴿قال﴾ واذا أدخل على الرجل غير امرأته فدخل بها فعلى الزوج مهر التي دخل بها لانه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر انها امرأته وخبر الواحد في المعاملات حجة فيصير شبهة في اسقاط الحد فاذا سقط الحد وجب المهر وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ماتتقي المعتدة ونحوه قضى علي رضي الله عنه في الوطء بالشبهة والحداد اظهار التحزن على فوات نعمة النكاح وذلك لايوجد في الوطء بالشبهة وليس لها عليه نفقة العدة لان وجوب النفقة باعتبار ملك اليد الثابت بالنكاح وذلك غير موجود في الوطء بالشبهة ولانه يبقى بالعدة ما كان ثابتاً من النفقة باصل النكاح ولم يكن لها نفقة مستحقة هنا ليبقى ذلك ببقاء العدة ولا يرجع بالمهر على الذي أدخلها عليه لانه وجب عليه عوضا عما استوفى وهو الذى نال اللذة بالاستيفاء فلا يرجع بالعوض على غيره ولان المخبر أخبر بكذب من غير ان ضمن له شيئاً وهذا العقد من الغرور لايثبت له الرجوع عليه كمن أخبره بأمن الطريق فسلك فيه حتى أخذ اللصوص متاعه ﴿قال﴾ فان كانت هذه أم امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة ولها عليه نصف الصداق لوقوع الفرقة قبل الدخول بسبب من جهة الزوج ولا يرجع به على أحد أيضاً لما قلنا وان كانت بنت امرأته حرمت عليه امرأته بالمصاهرة وله أن يتزوج التى دخل بها لان مجرد العقد على الام لايوجب حرمة الربيبة وليس له أن يتزوج أم التي دخل بها لان بالدخول بالبنت تحرم الام على التأبيد بخلاف الفصل الاول فان هناك لا يتزوج واحدة منهما لوجود العقد الصحيح على البنت والدخول بالام ولوكانت هذه أخت امرأته أوذات رحم محرم منها لم يقرب امرأته حتى تنقضي عدتها لان أختها معتدة منه فلو قربها كان جامعاً ماءه في رحم أختين وذلك لايجوز والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاكفاء ﴾

﴿قال﴾ إعلم ان الكفاءة في النكاح معتبرة من حيث النسب الاعلى قول سفيان الثورى رحمه الله تعالى فانه كان يقول لامعتبر في الكفاءة من حيث النسب وقيل إنه كان من العرب فتواضع ورأى الموالي اكفاء له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالى فتواضع

ولم ير نفسه كفؤاً للعرب وحجته فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي على عجمى انما الفضل بالتقوى وهذا الحديث يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال صلى الله عليه وسلم كلكم بنو آدم طف للصاع لم يملأ وقال الناس كابل مائة لاتكاد تجد فيها راحلة واحدة فهذه الآثار تدل على المساواة وان التفاضل بالعمل ومن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه وخطب أبو طيبة امرأة من بني بياضة فابوا ان يزوجوه فقال صلى الله عليه وسلم زوجوا اباطيبة الاتفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير فقالوا نعم وكرامة وخطب بلال رضي الله عنه الى قوم من العرب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل لهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم ان تزوجوني وان سلمان خطب بنت عمر رضي الله عنه فهم ان يزوجها منه ثم لم يتفق ذلك وحجتنا فى ذلك قوله صلي الله عليه وسلم قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وفي حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ومازالت الكفاءة مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال بيانه فى قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وأمر حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا اليهم فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة فى القتال ففي النكاح أولى وهذا لان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد من الصحبة والالفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لايتم الا بين الاكفاء وفى أصل الملك على المرأة نوع ذلة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته واذلال النفس حرام قال صلى الله عليه وسلم ليس للمؤمن ان يذل نفسه وانما جوز ماجوز منه لاجل الضرورة وفي استفراش من لايكافئها زيادة الذل ولاضرورة فى هذه الزيادة فلهذا اعتبرت الكفاءة والمراد من الآثار التى رواها فى أحكام الآخرة وبه نقول ان التفاضل فى الآخرة بالتقوي وتأويل الحديث الآخر الندب الى التواضع وترك طلب الكفاءة لاالالزام وبه نقول ان عند الرضا يجوز العقد ويحكي عن

الكرخي رحمه الله تعالى انه كان يقول الاصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا لان الكفاءة غير معتبرة فيما هو اهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى ولكن هذا ليس بصحيح فان الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم حتى يقتل المسلم بالكافر ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح اذا عرفنا هذا فنقول الكفاءة في خمسة أشياء (أحدها) النسب وهو على ما قال قريش أكفاء بعضها لبعض فانهم فيما بينهم يتفاضلون وأفضلهم بنو هاشم ومع التفاضل هم أكفاء. ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها وكانت تيمية وتزوج حفصة رضي الله تعالى عنها وكانت عدوية وزوج ابنته من عثمان رضي الله تعالى عنه وكان عبشميا فعرفنا أن بعضهم أكفاء لبعض . وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال الا أن يكون نسبا مشهوراً نحو أهل بيت الخلافة فان غيرهم لا يكافئهم وكانه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة والعرب بعضهم أكفاء لبعض فان فضيلة العرب بكون رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ونزول القرآن بلغتهم وقال صلى الله عليه وسلم حب العرب من الايمان وقال صلى الله عليه وسلم لسلمان رضي الله تعالى عنه لا تبغضني قال وكيف أبغضك وقد هداني الله بك قال تبغض العرب فتبغضني ولا تكون العرب كفؤاً لقريش والموالى لا يكونون كفؤاً للعرب كما قال صلى الله عليه وسلم والموالى بعضهم أكفاء لبعض وهذا لأن الموالى ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب بل بالدين كما أشار اليه سلمان رضى الله تعالى عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة بذكر الانساب فلما انتهى الى سلمان رضى الله تعالى عنه قالوا سلمان ابن من فقال سلمان ابن الاسلام فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فبكى وقال وعمر ابن الاسلام فمن كان من الموالى له أبوان في الاسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء لان النسبة تتم بالانتساب إلى الاب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله في الاسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب في الاسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الاسلام لان هذا يحتاج في النسبة الى الاب الكافر وذلك منهى عنه لما روى أن رجلا انتسب الى تسعة آباء في الجاهلية فقال صلى الله عليه وسلم هو عاشرهم في النار ولكن هذا اذا كان على سبيل التفاخر دون التعريف (والثاني) الكفاءة في الحرية فان العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤاً لحرة الاصل والمعتق أبوه لا يكون كفؤاً لامرأة

لها أبوان فى الحرية وهذا لان الرق أثر من آثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الذى أسلم بنفسه أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤاً له (والثالث) الكفاءة من حيث المال فان من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤاً لها لان المهر عوض بضعها والنفقة تندفع بها حاجتها وهى الى ذلك أحوج منها الى نسب الزوج فاذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقة أولى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان يقدر على ما يعجله ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفؤاً لها وأما اذا كان قادراً على المهر والنفقة كان كفؤاً لها وان كانت المرأة صاحبة مال عظيم وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة فى كثرة المال لحديث عائشة رضى الله عنها رأيت ذا المال مهيبا ورأيت ذا الفقر مهيناً وقالت ان احساب ذوى الدنيا المال والاصح أن ذلك لا يعتبر لان كثرة المال فى الاصل مذموم قال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعنى تصدق به (والرابع) الكفاءة فى الحرف والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن ذلك غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤاً لبنت البزاز والعطار وكأنه اعتبر العادة فى ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الناس أكفاء الا الحائك والحجام ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشئ لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب لانه لازم له وذل الفقر كذلك فانه لا يفارقه (والخامس) الكفاءة فى الحسب وهو مروى عن محمد رحمه الله تعالى قال هو معتبر حتى أن الذى يسكر فيخرج فيستهزئ به الصبيان لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات وكذلك أعوان الظلمة من يستخف به منهم لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات الا أن يكون مهيباً يعظم في الناس وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال الذى يشرب المسكر فان كان يسر ذلك فلا يخرج سكران كان كفؤاً وان كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات ولم ينقل عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى شئ من ذلك والصحيح عنده انه غير معتبر لان هذا ليس بلازم حتى لا يمكن تركه ﴿ قال ﴾ واذا واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما لانها

ألحقت العار بالاولياء فانهم يتعيرون بأن ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضي لانه فسخ للعقد بسبب نقص فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض وذلك لا يثبت الا بقضاء القاضي ولانه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق الا بالقضاء وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما لان أصل النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية فانه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد وانما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح فاذا فرق القاضي بينهما كانت فرقة بغير طلاق لان هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح والطلاق تصرف في النكاح فما يكون فسخاً لاصل النكاح عندنا لايكون تصرفا فيه ولان الطلاق الى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه فاذا لم يكن طلاقا قلنا لامهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها أو خلا بها فلها ماسمى من المهر وعليها العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً فيتقرر المسمى بالتسليم اما بالدخول أو بالخلوة والمكاتب والمدبر نظير العبد في انه لايكون كفؤاً للحرة لان الرق فيهما قائم قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه درهم ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء فرضي به أحد الاولياء جاز ذلك ولايكون لمن هو مثله في الولاية أو أبعد منه ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في نوادر هشام اذا رضي أحد الوليين بغير كفء فللولي الذي هو مثله ان لا يرضى به وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان هذا الولي الراضي هو الذي زوجها والخلاف مع الشافعي انما يتحقق هنا وجه قولهم ان طلب الكفاءة حق جميع الاولياء فاذا رضي منهم واحد فقد أسقط حق نفسه وحق غيره فيصح اسقاطه في حق نفسه دون غيره كالدين المشترك اذا أبرأ أحدهم أو ارتهن رجلان عيناً ثم رده أحدهما أو سلم أحد الشفيعين الشفعة أو عفى أحد الوليين عن القصاص يصح في حقه دون غيره وكذلك لو قذف أم جماعة وصدقه أحدهم كان للباقين المطالبة بالحد والدليل عليه انها لو زوجت نفسها من غير كفء كان للاولياء أن يفرقوا ولم يكن رضاها بعدم الكفاءة مبطلا حق الاولياء فكذلك هنا وحجتنا ان الحق واحد وهو غير محتمل للتجزي لانه ثبت بسبب

لايحتمل التجزى فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به كما في الأمان فان فيه ابطال حق الاستغنام والاسترقاق ثم صح من واحد من المسلمين فى حق جماعتهم للمعنى الذى قلنا وهذا لان الاسقاط صحيح فى حق المسقط بالاتفاق فاذا كان الحق واحدا وقد سقط فى حق المسقط فمن ضرورته سقوطه فى حق غيره لانه لو لم يسقط فى حق غيره لكان اذا استوفاه يصير حق الغير مستوفى أيضا وذلك لايجوز ولانه لما لم يبق بعد السقوط لايتمكن الآخر من المطالبة به بخلاف الدين فانه متجزئ فى نفسه وبخلاف الرهن فانا لو نفينا حق الآخر لا يصير حق المسقط مستوفى وبه تبين ان الحق يتعدد هناك وكذلك فى الشفعة وفي القصاص مالا يحتمل التجزي لايبقى بعد عفو أحدهم وانما يبقى ما يحتمل التجزى وهو الدية وبخلاف حد القذف فان ذلك لايحتمل السقوط ولكن المصدق ينكر سبب الوجوب وهو احصان المقذوف وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له فوزانه مما نحن فيه ان لو ادعى أحد الأولياء ان الزوج كفؤ وأثبت الآخر انه ليس بكفء فيكون له ان يطلب التفريق واما اذا رضيت هي فلان الحق الثابت لها غير الحق الثابت للاولياء لان الثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش وللاولياء صيانة نسبهم عن ان ينسب اليهم بالمصاهرة من لايكافئهم وأحدهما غير الآخر فلم يكن اسقاط أحدهما موجبا سقوط الآخر الا ترى انه قد يثبت الخيار لها في موضع لايثبت للاولياء على مانبينه فى آخر الباب ان شاء الله تعالى ومتى فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة حتى وجبت عليها العدة فلها نفقة العدة على الزوج لانها كانت تستحق النفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة وسكوت الولى عن المطالبة بالتفريق ليس برضى منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة ان شاء لان هذا حق ثابت له والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد ولانه يحتاج الى الخصومة فى المطالبة وقد لا يرغب الانسان بالخصومة في كل وقت فتأخيره الى أن يتمكن منه لايكون مبطلا حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوجها الولى غير كفء ثم فارقها ثم تزوجت به بغير ولى كان للولى ان يفرق بينهما لان العقد الثانى غير الأول ورضاه بالعقد الأول بينهما لايكون رضا بالعقد الآخر كما ان رضاه برجل لايكافئها لايكون رضا برجل آخر اذا زوجت نفسها منه بعد ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ثم جاء الولى فقبض مهرها وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح لان قبض المهر تقرير لحكم العقد فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة

ومباشرة الفعل الذى هودليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا ألا ترى ان ثل هذا الفعل يكون اجازة للعقد فلأن يكون رضا بالعقد النافذ كان أولى وان لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها فى نفقتها أو في بقية مهرها عليه بوكالة منها فى القياس هذا لايكون رضا لانه انما خاصم في ذلك ليظهر عجز الزوج عنه وهو احد أسباب عدم الكفاءة واشتغاله باظهار سبب عدم الكفاءة يكون تقريرا لحقه لا اسقاطا وفي الاستحسان يكون هذا رضا بالنكاح لانه انما يخاصم في المهر والنفقة ليستوفي والاستيفاء ينبنى على تمام العقد فتمكن خصومته فى ذلك رضا منه بتمام النكاح بينهما ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولى وألزمه المهر وألزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولى وفرق القاضى بينهما قبل الدخول بها كان لها عليه المهر الثانى كاملا وعليها عدة مستقبلة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لا مهر لها عليه وعليها بقية العدة الاولى وعند زفر رحمه الله تعالى لاعدة عليها وعلى هذا الخلاف لو طلقها تطليقة ثانية فى النكاح الاول ثم تزوجها فى العدة فطلقها قبل الدخول عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجب المهر الثانى كاملا وعليها العدة وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يجب نصف المهر الثانى ولاعدة عليها الا أن عند محمد يلزمها بقية العدة الاولى لظاهر قوله تعالى فان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية وقال ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها وفى النكاح الثانى الطلاق حصل قبل المسيس لان العقد الثانى غير مبنى على الأول والدخول فى النكاح الاول لم يجعل دخولا في النكاح الثانى . ألا ترى أن صريح الطلاق يبينها فصار في حق العقد الثانى كأن الاول لم يوجد أصلا الا أن محمدا رحمه الله تعالى يوجب بقية العدة الأولى احتياطاً لأن تلك العدة كانت واجبة وبالطلاق قبل الدخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وزفر رحمه الله تعالى يقول العدة الاولى سقطت بالنكاح الثانى والساقط من العدة لايعود وتجدد وجوب العدة يستدعى تجدد السبب وهما قالا العقد الثاني يتأكد بنفسه والفرقة متى حصلت بعد تأكد العقد يجب كمال العدة والمهر وبيان التأكد ان اليد والفراش يبقى ببقاء العدة فانما تزوجها والمعقود عليه فى يده حكما فيصير قابضاً بنفس العقد كالغاصب اذا اشترى من المغصوب منه المغصوب وبه يتأكد حكم النكاح سواء وجد الدخول أو لم يوجد كما يتأكد بالخلوة وبه يبطل اعتمادهم على حصول البينونة بصريح الطلاق فان بعد الخلوة صريح الطلاق يبينها

ويكون النكاح متأكداً في حكم المهر والعدة ولان وجوب العدة لتوهم اشتغال الرحم بالماء عند الفرقة وهذا قائم في العقد الثاني لانه لاتأثير في تجديد العقد في براءة الرحم وقد كان توهم الشغل ثابتا حتى أوجبنا العدة عند الفرقة لاولى وهذا على قول محمد رحمه الله تعالى الزم لانه يلزمها بقية العدة الاولى باعتبار توهم الشغل والعدة لا تتجزى فى الوجوب وعلى هذا الاصل لوكانت الفرقة بسبب اللعان أو بخيار البلوغ أو بخيار العتق كله على الاصل الذي بيناه وكذلك ان كان النكاح الاول فاسداً أوكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً في العدة وان كان النكاح الاول صحيحاً والثانى فاسداً ففرق بينهما قبل الدخول لايجب المهر بالاتفاق لان صير ورته قابضاً باعتبار تمكنه من القبض شرعا وذلك بالعقد الفاسد لا يكون ألا ترى أن الخلوة في النكاح الفاسد لاتوجب المهر والعدة فهنا كذلك العدة الاولى لم تسقط بمجرد العقد الفاسد فبقيت معتدة كما كانت ولا مهر لها عليه اذا فرق بينهما قبل الدخول ولو كان العقد الثانى صحيحا فارتدت ووقعت الفرقة بينهما فهو على هذا الخلاف الذى قلنا لها كمال المهر فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لامهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول فلوكان تزوجها في جميع هذه الوجوه بعد انقضاء العدة كان الجواب عندهم كما هو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى في الفصول المتقدمة لانه لم يبق له عليها تلك اليد بعد انقضاء العدة فالتزوج بها وباجنبية أخرى سواء ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة رجلا خيراً منها فليس للولى أن يفرق بينهما لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان الولى لا يتعير بان يكون تحت الرجل من لاتكافئه ولان نسب الولد يكون الى أبيه لا الى أمه ألا ترى ان اسمعيل عليه السلام كان من قوم ابراهيم صلوات الله عليه لامن قوم هاجر وكذلك ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من قريش وما كان قبطياً وأولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة ﴿قال﴾ واذا تسمى الرجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها الى غير نسبه فتزوجته فالمسئلة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهره بأن أخبرها أنه من العرب ثم تبين أنه من قريش وفى هذا لاخيار لها ولا للأولياء لانها وجدته خيراً مما شرط لها فهو كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فاذا هو سليم (والثاني) اذا كان نسبه المكتوم دون ما أظهره ولكنه فى النسب المكتوم غير كفء لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش ثم تبين أنه من

العرب أو من الموالى وفى هذا لها الخيار وان رضيت هى فللاولياء أن يفرقوا بينهما لعدم الكفاءة (والثالث) ان كان النسب المكتوم دون ما أظهر ولكنه فى النسب المكتوم كفؤلها بأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب وفى هذا ليس للاولياء حق المطالبة بالفرقة بالاتفاق لان حق الخصومة للاولياء لدفع العار عن أنفسهم حتى لا ينسب اليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم وهذا غير موجود هنا ولكن لها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا خيار لها كما لا يثبت للاولياء لان الحق فى المطالبة بالكفاءة وهي موجودة ولكنا نقول شرط لها زيادة منفعة وهو أن يكون ولدها منه صالحا للخلافة فاذا لم تنل هذا الشرط كان لها الخيار كمن اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسنه وهذا لان فى الاستفراش ذلا في جانبها والمرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو مثلها فاذا ظهر أنه غرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها فلهذا كان لها الخيار بخلاف الاولياء فان ثبوت الخيار لهم لعدم الكفاءة فقط وللشافعي رحمه الله تعالى فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول مثل قول زفر رحمه الله تعالى وقول آخر أن النكاح باطل لانها زوجت نفسها من رجل هو قرشي ولم يوجد ذلك الرجل ولكنا نقول الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا فالعبرة للاشارة لان التعريف بالاشارة أبلغ وبهذا ونحوه نستدل على قلة فقهه فان مثل هذا الجواب لا يعجز عنه غير الفقيه ومن سئل عن طريق فقال اما من هذا الجانب واما من هذا الجانب فيشير الى الجوانب الاربعة علم أنه لا علم له بالطريق أصلا ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التى غرت الزوج وانتسبت الى غير نسبها فلا خيار له فيه اذا علم وهي امرأته ان شاء طلقها وان شاء أمسكها لما بينا أنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها لا في حق نفسه ولا في ولده ولانه يتمكن من التخلص منها بالطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النكاح بغير شهود

﴿قال﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا بشهود وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي رحمهم الله تعالى يقولون

الشهود ليس بشرط في النكاح انما الشرط الاعلان حتى لو أعلنوا بحضرة الصبيان والمجانين صح النكاح ولو أمر الشاهدين بان لايظهرا العقد لايصح وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح ولو بالدف وحضر رسول الله صلى الله عليه وسلم املاك رجل من الأنصار فقال أين شاهدكم فأتي بالدف فأمر بان يضرب على رأس الرجل وكان لعائشة رضي الله عنها دف تعيره للانكحة وهذا لان حرام هذا الفعل لايكون الا سراً فالحلال لايكون الا ضده وذلك بالاعلان لتنتفي التهم وحجتنا في ذلك الحديث الذي رويناه ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان وقال عمر رضي الله عنه لاأوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته ولان الشرط لما كان هو الاظهار يعتبر فيه ماهو طريق الظهور شرعا وذلك شهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لايبقى سراً قال القائل

وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

ولان اشتراط زيادة شيء في هذا العقد لاظهار خطر البضع فهو نظير اشتراط زيادة شئ في اثبات إتلاف ما يملك بالنكاح وانما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين ثم الأصل عندنا ان كل من يصلح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعقد النكاح بشهادته وكل من يصلح ان يكون ولياً في نكاح يصلح ان يكون شاهداً في ذلك النكاح وعلى هذا الأصل قلنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين ولاينعقد عند الشافعي رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنا نقول ذكر العدالة في هذا الحديث والشهادة مطلقة فيما روينا فنحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً مع انه نكر ذكر العدالة في موضع الاثبات فيقتضى عدالة مّا وذلك من حيث الإعتقاد وفى الحقيقة المسئلة تنبني على ان الفاسق من أهل الشهادة عندنا وانما لاتقبل شهادته لتمكن تهمة الكذب وفى الحضور والسماع لاتتمكن هذه التهمة فكان بمنزلة العدل وعند الشافعي رحمه الله تعالى الفاسق ليس من أهل الشهادة أصلا لنقصان حاله بسبب الفسق وهو ينبني أيضا على أصل ان الفسق لاينقص من ايمانه عندنا فان الايمان لايزيد ولا ينقص والاعمال من شرائع الايمان لامن نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد الايمان بالطاعة وينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين بسبب الفسق

كنقصان الحال بسبب الرق والصغر واعتبر بطرف الأداء فان المقصود اظهار النكاح عند الحاجة اليه والصيانة عن خلل يقع بسبب التجاحد ولا يحصل ذلك بشهادة الفاسق ولكنا نقول الفسق لايخرجه من أن يكون أهلا للامامة والسلطنة فان الأئمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قل مايخلو واحد منهم عن فسق فالقول بخروجه من أن يكون إماما بالفسق يؤدي الى فساد عظيم ومن ضرورة كونه أهلا للامامة كونه أهلا للقضاء لان تقلد القضاء يكون من الامام ومن ضرورة كونه أهلا لولاية القضاء ان يكون أهلا للشهادة وبه ظهر الفرق بينه وبين نقصان الحال بسبب الرق والأداء ثمرة من ثمرات الشهادة وفوت الثمرة لايدل على انعدام الشئ من أصله الا ترى ان بشهادة المستور الذى ظاهر حاله العدالة ينعقد النكاح ولا يظهر عدالته وكذلك بشهادة ابنته منها وكذلك ينعقد بشهادة الاعميين بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لاتقبل شهادته لانه لايميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بدليل مشتبه وهو النغمة والصوت وذلك لايكون في حالة الحضور والسماع وعند الشافعى رحمه الله تعالى لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا قال لوتحمل وهو بصير ثم عمى تقبل شهادته فاما بشهادة المحدودين في القذف فان لم تظهر توبتهما فهما فاسقان وان ظهرت توبتهما ينعقد النكاح بشهادتهما بالاتفاق عند الشافعى رحمه الله تعالى لجواز الاداء منهما بعد التوبة وعندنا انما لاتقبل شهادة المحدود في القذف لكونه محكوما بكذبه فانما يؤثر ذلك فيما يتصور فيه تهمة الكذب أو فيما يستدعى قولا من جهتهما وذلك لا يكون في الحضور والسماع فأما بشهادة العبدين والصبيين لا ينعقد النكاح لانهما لا يقبلان هذا العقد بأنفسهما ولانهما لا يصلحان للولاية فى هذا العقد وهذا لان النكاح يعقد فى محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون الى محافل الرجال عادة فلهذا جعل حضورهما كلاحضورهما وعلى هذا الاصل ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا ينعقد بناء على أصله أن شهادة النساء مع الرجال انماتكون حجة فى الاموال وفيما يكون تبعاللأموال باعتبار أن المعاملة تكثر بين الناس ويلحقهم الحرج باشهاد رجلين فى كل حادثة فكانت حجة ضرورية فى هذا المعنى ولاضرورة فى النكاح والطلاق وما ليس بمال لان المعاملة فيها لا تكثر فكانت كالحدودوالقصاص وكذلك هذا ينبني على أصله أن المرأة لاتصلح أن تكون موجبة للنكاح ولاقابلة فكذلك لاتصلح

شاهدة فى النكاح وعندنا هي تصلح لذلك وللنساء مع الرجال شهادة أصلية ولكن فيها ضرب شبهة من حيث أنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وبانضمام احدى المرأتين الى الاخرى تقل تهمة النسيان ولا تنعدم لبقاء سببها وهى الانوثة فلا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فأما النكاح والطلاق يثبت مع الشبهات فهذه الشهادة فيها نظير شهادة الرجال ولا اشكال ان تهمة الضلال والنسيان فى شهادة الحضور لا تحقق فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لا يثبت شئ ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وسنقرر هذه الاصول فى موضعها من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى واعتمادنا على حديث عمر رضى الله تعالى عنه حيث أجاز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح والفرقة ﴿قال﴾ ولو تزوجها بشهادة ابنته أو ابنتها أو بنته منها ينعقد النكاح بالاتفاق لحضور من هو أهل للشهادة فان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لا لنقصان حاله بل لتهمة ميل كل واحد منهما الى صاحبه ولا تتمكن هذه التهمة فى انعقاد العقد بشهادتهما ﴿قال﴾ ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين جاز النكاح فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولم يجز فى قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى لأن هذا نكاح لا يصح الا بشهود فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين بخلاف أنكحة الكفار فانها تنعقد بغير شهود وحقيقة المعنى ان هذا السماع شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط الانعقاد سماع البينة كلا شطرى العقد ولم يوجد فكان هذا بمنزلة مالو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ولهما طريقان (أحدهما) مابينا ان الكافر يصلح أن يكون وليا فى العقد ويصلح ان يكون قابلا لهذا العقد بنفسه فيصلح ان يكون شاهداً فيه أيضاً كالمسلم وهذا استدلال بطريق الأولى فان الايجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرطه فاذا كان يصلح الكافر للقيام بركن هذا العقد بنفسه فلأن يقوم بشرطه كان أولى بخلاف مايجرى بين المسلمين ولأن المخاطب بالاشهاد هو الرجل لانه يتملك البضع ولا يتملك الا بشهادة الشهود فاما المرأة تملك المال والشهود ليس بشرط لتملك المال ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

مخصوصا بالنكاح بغير شهود ثم كانت المرأة لاتحتاج الى الاشهاد عليه اذا ثبت هذا فنقول الرجل قد اشهد عليها من يصلح ان يكون شاهداً عليها بخلاف ماذا كانت مسلمة وبخلاف ما اذا سمعوا كلامها لانه مخاطب بالاشهاد عليها بالعقد والعقد لايكون الا بكلام المتعاقدين وسماعهما كلام المسلم صحيح ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ثم وقعت الحاجة الى أداء هذه الشهادة تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها اذا جحدت وعلى الزوج لو كانا اسلما بعد ذلك فظهر ان سماعهما كلام المسلم صحيح فيحصل به الاشهاد عليها بالعقد وهذا بخلاف ما اذا تزوجها بغير شهود فانه لايجوز ذلك وان كان في دينهم حلالا لان صاحب العقد هو الزوج وهو مسلم مخاطب بالاشهاد فلا يعتبر اعتقادها في حقه ﴿ قال ﴾ واذا زوج ابنته بشهادة ابنيه ثم جحد الزوج النكاح وادعاه الاب والمرأة فشهد الابنان بذلك فشهادتهما لاتقبل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل ولو كان الزوج هو المدعي وجحد الاب والمرأة لذلك فشهادة الابنين فيه تكون مقبولة على ابيهما والحاصل ان شهادتهما لاختهما وعلى اختهما تكون مقبولة وشهادتهما على أبيهما فيما يجحده الأب مقبولة فأما اذا شهدا لابيهما فيما يدعيه ان كان للاب فيه منفعة نحو ان يشهدا بعقد تتعلق الحقوق به لاتقبل شهادتهما وان لم يكن للاب فيه منفعة لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى أيضاً وعند محمد تقبل واصل المسئلة فيما اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهدابنا فلان ان أباهما كلم العبد فان كان الاب يجحد ذلك فشهادتهما مقبولة وان كان الاب يدعي ذلك لاتقبل الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى تقبل قال لان امتناع قبول شهادة الولد لوالده لتمكن تهمة الميل اليه وايثاره بالمنفعة علي غيره وهذا لايتحقق فيما لامنفعة للاب فيه فقبلت الشهادة جحدها أوادعاها وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شهادة الولد لوالده لاتكون مقبولة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده وانما تكون شهادة له اذا كان مدعياً بشهادته ولا معتبر بالمنفعة فان جحوده الشهادة يقبل وان كان له فيه منفعة بأن شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة درهم بألف درهم مع أن المنفعة هنا تتحقق فان ظهور صدقه عند القاضي والناس من جملة المنفعة والعاقل يؤثر هذا على كثير من المنافع الدنيوية ثم ذكر في الكتاب وقال محمد رحمه الله تعالى كل شيء للأب فيه منفعة جحد أو ادعى فشهادة ابنيه فيه باطل

وكذلك كل شئ تولاه مما يكون فيه خصما كالبيع وما أشبهه والمراد بهذا أن عند دعوى الاب لا تقبل شهادة الابن للتهمة وعند جحود الاب ان كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل الشهادة لعدم الدعوى فأما اذا كان الآخر مدعياً كانت الشهادة مقبولة وان كان للأب فيها منفعة كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوى مائة درهم بألف درهم والمشترى يدعيه وهذا لان هذه منفعة غير مطلوبة من جهة الاب والمنفعة التى هى غير مطلوبة لا تؤثر في المنع من قبول الشهادة ﴿ قال ﴾ وأما شهادة الشاهد على فعل تولاه لنفسه أو لغيره مما يكون فيه خصما ومما لا يكون خصما فساقطة بالاتفاق وبهذا يستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فقال الابن جزء من أبيه فشهادته كشهادة الاب لنفسه فكما أن شهادة الاب فيما باشره لا تكون مقبولة وان لم يكن له فيه منفعة فكذلك شهادة الابن للأب ولكنا نقول فيما باشره يكون مدعيا لا شاهداً فأما الابن فيما باشر أبوه يكون شاهداً فبعد تحقق الشهادة المانع من القبول هو التهمة ففي كل موضع لا تحقق التهمة تكون الشهادة مقبولة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل لان الاب يريد تتميم ما باشره ولو شهد عليها أخواها بالرضا كانت مقبولة لانه لا تهمة في شهادتهما عليها ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة بغير شهود أو بشاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك لم يجز النكاح لان الشرط هو الاشهاد على العقد ولم يوجد وانما وجد الاشهاد على الاقرار بالعقد الفاسد والاقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد وبالاشهاد عليه لا ينقلب الفاسد صحيحاً ﴿ قال ﴾ ولا يجوز النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين أو كافرين أو صبيين أو معتوهين أو نساء ليس معهن رجل لما قلنا فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح لوجود شرطه فان ادرك الصبيان وعتق العبدان وأسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم لان شرائط أداء الشهادة انما يعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهما كان صحيحاً حين تحملا لأن التحمل ليس بشهادة والحرية والاسلام والبلوغ تعتبر فى الشهادة فلهذا جازت شهادتهما ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس وشهد شاهد أنه تزوجها اليوم فشهادتهما باطلة لان النكاح وان كان قولا الا أن من شرائطه ماهو فعل وهو حضور الشهود فكان بمنزلة الافعال واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة توضيحه ان كل واحد منهما شهد بعقد

عقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد ﴿ قال ﴾ واذا جحد الزوج النكاح فأقامت المرأة البينة جاز ولم يكن جحوده طلاقا ولا فرقة لان الطلاق تصرف فى النكاح وهو منكر لأصل النكاح فلا يكون إنكاره تصرفا فيه بالرفع والقطع . ألا ترى أن بالطلاق ينتقص العدد وبانتفاء أصل النكاح لا ينتقص فان أقامت البينة على اقراره بالنكاح جاز أيضاً لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ﴿ قال ﴾ ولو زوج عبده أمته بغير شهود لم يجز لأنه نكاح بين مسلمين واشتراط الشهود فى نكاح المسلمين لاظهار خطر البضع وذلك المعنى لايختلف في الاحرار والعبيد وهذا بخلاف المهر لانه على طريق بعض مشايخنا يجب المهر بهذا العقد لاظهار خطر البضع حقا للشرع ثم يسقط بعد ذلك لانه لو بقى كان للمولى ولا دين للمولى على عبده وان قلنا لايجب فانما امتنع وجوبه لوجود المنافى له ولكونه غير مفيد لان فائدة الوجوب الاستيفاء وهذا لا يوجد فى الشهود فان ملكه رقبتهما لاينافي الاشهاد على النكاح ويحصل به ماهو مقصود الاشهاد ﴿قال﴾ وان طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يستدعى ملكا له على المحل اماملك العين أو ملك اليد وذلك لايحصل بالنكاح الفاسد فان العدة وان وجبت بالدخول لا يثبت ملك اليد باعتباره ولهذا لاتستوجب النفقة ولكنه يكون متاركة فان الطلاق فى النكاح الصحيح يكون رافعا للعقد موجبا نقصان العدد لكن امتنع ثبوت أحد الحكمين هنا فبقى عاملا فى الآخر وهو رفع الشبهة لان رفع الشبهة دون رفع العقد ثم بين حكم الدخول فى النكاح الفاسد وما لو تزوجها فى العدة ثانية بشهود ثم طلقها قبل الدخول وقد بينا الخلاف فيه فيما سبق ﴿قال﴾ واذا قال تزوجتك بغير شهود وقالت هى تزوجتنى بشهود فالقول قولها لانهما اتفقا على أصل العقد فيكون ذلك كالاتفاق منهما على شرائطه لان شرط الشئ يتبعه فالاتفاق على الاصل يكون اتفاقا على الشرط ثم المنكر منهما للشرط فى معنى الراجع فان كانت هى التى أنكرت الشهود فالنكاح بينهما صحيح وان كان الزوج هو المنكر يفرق بينهما لاقراره بالحرمة عليه لانه متمكن من تحريمها على نفسه فجعل اقراره مقبولا فى اثبات الحرمة ويكون هذا بمنزلة الفرقة من جهته فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ونفقة العدة ان كان بعد الدخول وهذا بخلاف ما اذا أنكر الزوج أصل النكاح لان القاضى كذبه فى انكاره بالحجة والمكذب في زعمه بقضاء القاضى لايبقى لزعمه عبرة وهنا القاضى ما كذبه فى زعمه بالحجة ولكنه رجح قولها

للمعنى الذى قلنا فبقى زعمه معتبراً فى حقه فلهذا فرق بينهما ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال تزوجتها ولها زوج أوهي معتدة من غيرى أوهى مجوسية أو أختها عندى أو هي أمة تزوجتها بغير اذن مولاها لان هذه الموانع كلها معني فى محل العقد والحال فى حكم الشروط فكان هذا واختلافهما فى الشهود سواء على ما بينا وهذا بخلاف ما اذا ادعي أحدهما ان النكاح كان فى صغره بمباشرته لانه ينكر أصل العقد هنا فان الصغير ليس بأهل لمباشرة النكاح بنفسه فاضافة العقد الى حالة معهودة تنافى الأهلية يكون انكارا لاصل العقد كما لو قال تزوجتك قبل ان تخلق أو قبل أن أخلق واذا كان القول قول المنكر منهما فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل الادراك وان كان دخل بها قبل الادراك فلها الأقل من المسمي ومن مهر المثل لوجود الدخول بحكم النكاح الموقوف فان عقد الصغير يتوقف على اجازة وليه اذا كان الولى يملك مباشرته وان كان الدخول بعد الادراك فهذا رضي بذلك النكاح وبعد الادراك لو أجاز العقد الذى عقده فى حالة الصغر جاز كما لو اجاز وليه قبل ادراكه فكذلك بدخوله بها يصير مجيزاً ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل امرأة بامره ثم اختلفا فقال الوكيل أشهدت فيه على النكاح وقال الزوج لم تشهد فيه فانه يفرق بينهما لاقراره وعليه نصف الصداق لما قلنا ان اقراره باصل عقد الوكيل اقرار بشرطه وان اختلفت المرأة ووكيلها في مثل ذلك فالقول قول الزوج لانها أقرت بالوكالة والنكاح فيكون ذلك اقراراً منها بشرط النكاح ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قالت لم تزوجنى لا يلزمها اقرار الوكيل وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي خلافا لهما لان اقرار الوكيل بالنكاح فى حال بقاء الوكالة صحيح وقد بيناه وكذلك وكيل الزوج اذا أقر بالنكاح وجحد الزوج فهو على الخلاف الذى بينا هكذا ذكر المسئلة هنا وأعاد المسئلة في كتاب الطلاق وذكر ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال سواء النكاح والخلع والبيع والشراء في ان اقرار الوكيل بفعله جائز اذا كان الآمر مقراً انه أمره بفعله ففي رواية كتاب الطلاق الخلاف فى اقرار الولى على الصغير فى النكاح لا في اقرار الوكيل على الموكل لان الوكيل مسلط من جهة الموكل باختياره فاقرار الوكيل به كاقرار الموكل بنفسه فأما الولى مسلط شرعا والشرع اعتبر الشهود فى النكاح فلا يصح اقرار الولى بغير شهود والاصح أن الخلاف فى الكل كما ذكر هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح أهل الذمة

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه اعلم أن كل نكاح يجوز فيما بين المسلمين فهو جائز فيما بين أهل الذمة لانهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك فى حقهم أيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت الي الاحمر والاسود وخطاب الواحد خطاب الجماعة فما توافقنا فى اعتقاده يكون ثابتاً فى حقهم فاما ما لا يجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود فانه جائز بين أهل الذمة يقرون عليه اذا أسلموا عندنا. وقال زفر رحمه الله تعالى لايتعرض لهم فى ذلك الا أن يسلموا أويترافعوا الينا فحينئذ يفرق القاضى بينهم لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ولانهم بعقد الذمة صاروا منا داراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت فى حقهم ماهو ثابت فى حقنا الا ترى ان حرمة الربا ثابتة في حقهم بهذا الطريق فكذلك حرمة النكاح بغير شهود ولكنا نقول نعرض عنهم لمكان عقد الذمة لا لانا نقرهم على ذلك كما نتركهم وعبادة النار والاوثان على سبيل الاعراض لاعلى سبيل التقرير والحكم بصحة مايفعلون ولا نعرض عنهم فى عقد الربا لان ذلك مستثنى عن عقد الذمة قال صلى الله عليه وسلم الامن أربى فليس بيننا وبينه عقد ويروى عهد وكتب الى بنى نجران اما ان تدعوا الربا أو فأذنوا بحرب من الله ورسوله وحجتنا فى ذلك ان الاشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لايخاطبون بحقوق الشرع بما هوأهم من هذا ولان النكاح بغير شهود يجوزه بعض المسلمين ونحن نعلم انهم لم يلتزموا أحكام الاسلام بجميع الاختلاف ثم من المنزل ان يترك أهل الكتاب وما يعتقدون الا ماالستثني عليهم وان حكم خطاب الشرع فى حقهم كانه غير نازل لاعتقادهم خلاف ذلك الا تري ان الخمر والخنزير يكون مالا متقوما فى حقهم ينفذ تصرفهم فيهما بهذا الطريق فكذا مانحن فيه بخلاف الشرك فان ذلك لم يحل قط ولن يحل قط واذا انعقد انعقد فيما بينهم صحيحاً بهذا الطريق فما بعد المرافعة والاسلام حال بقاء النكاح والشهود شرط ابتداء النكاح لاشرط البقاء فاما اذا تزوج ذمية فى عدة ذمى جاز النكاح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لايفرق بينهما وان أسلما أو ترافعا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرق لان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان باطلا فى حقهم أيضاً ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد

الذمة فاذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم فيهم بما هو حكم الاسلام كما فى نكاح المحارم فاما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالي من أصحابنا من يقول العدة لاتجب من الذمى لان وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج ولا يمكن ايجابها لحق الشرع هنا لانهم لايخاطبون بذلك ولا لحق الزوج لانه لايعتقد ذلك فاذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحا ومنهم من يقول العدة واجبة ولكنها ضعيفة لاتمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا وبعد المرافعة أو الاسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لاتمنع بقاء النكاح كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وهذا بخلاف مااذا كانت معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية واجبة حقا للزوج فاما اذا تزوج ذات رحم محرم منه من أم أو بنت أو أخت فانه لا يتعرض له فى ذلك وان علمه القاضى مالم يترافعوا اليه الا فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر وذكر فى كتاب الطلاق انه يفرق بينهما اذا علم بذلك لما روى ان عمر رضى الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس وبين محارمهم وامنعوهم من الزمزمة اذا أكلوا ولكنا نقول هذا غير مشهور وانما المشهور ما كتب به عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصرى رضى الله تعالى عنهما مابال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وماهم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ايتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع وليس بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم انهم يباشرون ذلك ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة ولهذا قال يقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت ولايسقط احصانه اذا دخل بها حتى اذا أسلم يحد قاذفه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو باطل فى حقهم ولكنا لانتعرض لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة وهذا لان الخطاب بحرمة هذه الانكحة شائع فى دار الاسلام وهم من أهل دار الاسلام فيكون الخطاب ثابتاً فى حقهم لانه ليس في وسع المبلغ التبليغ الى كل واحد وانما في وسعه جعل الخطاب شائعاً فيجعل شيوع الخطاب بمنزلة البلوغ اليهم ولكن لانتعرض لهم لمكان عقد الذمة ألا ترى أنهم لايتوارثون بهذه الانكحة ولو كانت صحيحة فى حقهم لتوارثوا بها وأما الخمر والخنزير فقد قيل الحرمة بخطاب خاص في حق المسلمين وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقيل ليس من ضرورة الحرمة سقوط المالية والتقوم فالمال قد يكون حراما وقد يكون

حلالا وانما تبتني المالية على التمول وهم يتمولون ذلك فأما من ضرورة حرمة المحل بطلان النكاح وقد ثبتت الحرمة في حقهم كما بيناوأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لوتزوج مجوسية صح بالاتفاق والمجوسية محرمة النكاح بخطاب الشرع كذوات المحارم وانما حكمنا بجوازه بينهم لان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل فانهم يكذبون المبلغ ويزعمون أنه لم يكن رسولا وقد انقطعت ولاية الالزام بالسيف أو بالمحاجة لمكان عقد الذمة فصار حكم الخطاب قاصراً عنهم وشيوع الخطاب انما يعتبر فى حق من يعتقد كون المبلغ رسولا فاذا اعتقدوا ذلك بأن أسلموا ثبت حكم الخطاب فى حقهم فأما قبل ذلك لما قصر الخطاب عنهم بقى حكم المنسوخ فى حقهم ما لم يثبت الناسخ كما بقى حكم جواز الصلاة الى بيت المقدس فى حق أهل قباء لما لم يبلغهم الخطاب بالتوجه الى الكعبة فاذا ثبت حكم صحة الانكحة بهذا الطريق ثبت به ما هو من ضرورة صحة النكاح كالنفقة وبقاء الاحصان وأما الميراث فليس استحقاق الميراث من ضرورة صحة النكاح فقد يمتنع التوارث بأسباب كالرق واختلاف الدين مع أن التوارث انما يستحق الميراث على المورث بعد موته وحكم اعتقاده بخلاف الشرع سقط اعتباره بالموت لعلمنا أنه قد تيقن بذلك ولما أشار الله تعالى اليه فى قوله وان من أهل الكتاب الا ليؤمنن به قبل موته فلا يكون اعتقاد الوارث معتبراً فى الاستحقاق عليه فلهذا لا يرثه بخلاف النفقة فى حال الحياة وبقاء الاحصان اذا ثبتت هذه القاعدة فنقول عند أبي حنيفة ان رفع أحدهما الامر الى القاضي وطلب حكم الاسلام لم يفرق بينهما اذا كان الآخر يأبى ذلك وعندهما يفرق بينهما لان أصل النكاح كان باطلا ولكن ترك التعرض كان للوفاء بعقد الذمة فاذا رفع أحدهما الامر وانقاد لحكم الاسلام كان هذا بمنزلة ما لو أسلم أحدهما ولو أسلم أحدهما فرق القاضى بينهما فكان اسلام أحدهما كاسلامهما فكذلك رفع أحدهما اليه كرافعتهما وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح كان صحيحاً فرفع أحدهما الى القاضى ومطالبته بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضاً لاعتقاد الآخر فبقى حكم الصحة على ماكان بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولا يعلى فلا يكون اعتقاد الآخر معارضاً لاسلام المسلم منهما وبخلاف ما اذا رفعا لانهما انقادا لحكم الاسلام فيثبت حكم الخطاب في حقها بانقيادهما له واليه أشار الله تعالى في قوله فان جاؤك فاحكم بينهم فتكون مرافعتهما كاسلامهما وبعد

اسلامهما يفرق بينهما لان المحرمية كما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء بعد ما انعقد صحيحاً كما لو اعترضت المحرمية في نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير بعينه أو بغير عينه فهو جائز ولا مهر لها غير ما سمى لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا متقوما والخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا وان تزوجها على ميتة أو دم أو غير شيء فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانهم لا يتمولون الميتة والدم كما لا يتمولها المسلمون ولو كان المسلم هو الذي تزوج امرأة بهذه الصفة كان لها مهر مثلها فكذلك الذمي وقيل هذا قولهما اما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاشيء لها اذا كانوا يدينون بالنكاح بغير مهر الى هذا يشير في الجامع الصغير والخلاف مشهور فيما اذا تزوجها على ان لامهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايجب المهر وان أسلما وعندهما لها مهر مثلها وهو بناء على ماذكرنا من الأصل فان تقييد الابتغاء بالمال ثبت بخطاب الشرع فعندهما يكون ثابتا في حق أهل الذمة لشيوع الخطاب في دار الاسلام وكونهم من أهلها واشتراطهم بخلاف ذلك باطل الا انه لايتعرض لهم مالم يسلموا أو يرفع أحدهم الأمر الى القاضي بخلاف أهل الحرب فان الخطاب غير شائع في دار الحرب ولان الحربية محل للتملك بالقهر فيتمكن من اثبات ملك النكاح عليها بغير عوض بخلاف الذمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حكم هذا الخطاب قاصر عنهم من الوجه الذي قلنا فصح الشرط ووجب الوفاء به مالم يسلموا وبعد الاسلام أو المرافعة الحال حال بقاء النكاح والمهر ليس بشرط بقاء النكاح فكان هذا والنكاح بغير شهود سواء فاما اذا سكتا عن ذكر المهر فكذا في احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض الا بالشرط وفي الرواية الأخرى يجب لان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع فيما بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض كان العوض مستحقاً لها وكذا عند تسمية الميتة والدم لان ذلك لغو باعتبار أنه ليس بمال فكان هذا والسكوت عن ذكر المهر سواء ﴿قال﴾ واذا طلق الذمي امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لايعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم أرأيت لو اختلطت بمال أكنا ندعه ليقوم عليها وقد استوفى منها فاما اذا

تزوجها بعد التطليقات الثلاث برضاها فالآن هذا ونكاح المحارم سواء لان الثلاث يوجب حرمة المحل بخطاب الشرع كالمحرمية وهم لايعتقدون ذلك وحرمة المحل بهذا السبب تمنع بقاء النكاح كما تمنع الابتداء فكان كالمحرمية فيما ذكرنا من التفريعات ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى ذمية على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم أسلما أو أسلم أحدهما فليس لها غير ذلك المعين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان كانت الخمر بغير عينها فلها قيمتها وفي الخنزير بغير عينه فى القياس كذلك ولكنه استحسن فقال لها مهر مثلها وفي قول محمد لها القيمة على كل حال وفى قول أبي يوسف الآخر لها مهر مثلها على كل حال ولم يذكر قوله الاول وقيل هو كقول محمد رحمه الله اما حجتهما فى المعين ان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيمنع الاسلام قبضه كما في الخمر المشتراة اذ أسلم أحدهما قبل القبض وهذا لان القبض يؤكد الملك الثابت بالعقد الا ترى ان الصداق تتنصف بنفس الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضاً وبعد القبض لا يعود شيء الى ملك الزوج الا بقضاء أو رضاء وكذلك الزوائد تتنصف قبل القبض ولا تتنصف بعده وكذلك لو مر يوم الفطر والصداق عبد عند الزوج ثم طلقها قبل الدخول لاتجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض اذا ثبت هذا فنقول الاسلام كما يمنع تملك الخمر بالعقد ابتداء يمنع تأكد الملك فيها بالقبض وبه فارق الخمر المغصوبة فانه ليس في الاسترداد تأكد الملك انما فيه مجرد النقل من يد الى يد وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاسلام ورد وعين المسمى مملوك لها مضمون بنفسه في يد الزوج فلا يمنع الاسلام قبضه كالخمر المغصوبة لايمنع الاسلام استردادها وهذا لان ملكها في الصداق يتم بنفس العقد حتى تملك التصرف فيه كيف شاءت ومع من شاءت ببدل وغير بدل فليس القبض هنا بموجب ملك التصرف ولا تملك العين بخلاف المبيع فان بالقبض هناك يستفاد ملك التصرف والاسلام المانع منه ولان ضمان المبيع فى يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فكان قبض المشترى ناقلا لضمان الملك فاما ضمان المسمى فى يد الزوج فليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ولهذا وجب لها القيمة فلايكون الاسلام مانعاً من القبض الناقل للضمان اذا لم يكن ضمان ملك كاسترداد المغصوب وهذا بخلاف ما اذا كان المسمى بغير عينه لان القبض هناك موجب ملك العين والاسلام يمنع من ذلك واذا عرفنا هذا فمحمد رحمه الله تعالى يقول في الفصول كلها تعذر بالاسلام تسليم المسمى

بعد صحة التسمية وذلك موجب للقيمة على كل حال كما لو تزوجها على عبد فاستحق أو هلك قبل التسليم وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل في الحكم كالمقارن للعقد كما في البيع ولو اقترن الاسلام بالعقد وجب لها مهر المثل على كل حال فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله محمد رحمه الله تعالى لان التسمية صحيحة وبطريان الاسلام لا يتبين فساد التسمية بخلاف ما اذا اقترن الاسلام بالعقد فان التسمية هناك مفسدة وبخلاف البيع لان أصل السبب هناك يفسد بالاسلام الطارئ وهنا أصل السبب باق وقد كانت التسمية صحيحة فاذا تعذر تسليم المسمى كان لها القيمة غير أني أستقبح ايجاب قيمة الخنزير فأوجب لها مهر مثلها قيل انما استقبح ذلك لبعد الخنزير عن المالية في حق المسلمين ولان المسلمين لا يعرفون قيمته والرجوع الى أهل الذمة في معرفة قيمة الخنزير ليقضى به مستقبح ولكن هذا ضعيف فان المسلم اذا أتلف خنزير الذمي يضمن قيمته كما اذا أتلف خمره والصحيح ان يقال قيمة الخنزير كعينه الا ترى ان قبل الاسلام لو اتاها بالقيمة أجبرت على القبول كما اذا أتاها بالعين فكما تعذر قبض عين الخنزير بالاسلام فكذلك القيمة بخلاف الخمر يقرره ان قيمة الخنزير من موجبات صحة التسمية وبالاسلام قد تغير حكم التسمية فانما يجوز ان يستوفى بعد الاسلام ما ليس من موجبات صحة التسمية وذلك مهر المثل فاما قيمة الخمر ليس من موجبات صحة التسمية لان الخمر من ذوات الامثال فلهذا يصار الى قيمة الخمر ثم ان طلقها قبل الدخول ففي العين لها نصف العين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق على ما نذكره في باب المهور ان شاء الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لها المتعة على كل حال ﴿ قال ﴾ مسلم تزوج مسلمة على خمر أو خنزير أو شئ مما لا يحل كان النكاح جائزا لان صحة التسمية ليس من شرائط أصل النكاح فالنكاح صحيح بغير تسمية المهر فكذلك مع فساد التسمية لان ما كان فاسداً شرعا فذكره كالسكوت عنه في حكم الاستحقاق وتقدم اشتراطه غير مبطل للنكاح فان النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به هكذا قال ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع واذا صح النكاح فلها مهر

مثلها لان البضع لا يتملك الا بعوض وقد تعذر إيجاب المسمى فيصار الى العوض الاصلي وهو قيمة البضع على ما نبينه فى باب المهور ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وتجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس وقد دللنا على جواز أصل المناكحة فيما بينهم ثم هم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم لانه يجمعهم اعتقاد الشرك والانكار لنبوة محمد صلى الله عليه وسلم فتجوز المناكحة فيما بينهم كأهل المذاهب فيما بين المسلمين ولهذا جوزنا شهادة بعضهم على بعض وورثنا بعضهم من بعض ثم المولود بينهما على دين الكتابى من الأبوين عندنا تحل ذبيحته ومناكحته للمسلمين ولا يحل ذلك عند الشافعي رحمه الله تعالى لان المعارضة تحقق بينهما واحدهما يوجب الحرمة والآخر الحل فيغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام على ما بينا ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث فقد جعل اتفاق الابوين علة ناقلة عن أصل الفطرة فيثبت ذلك فيما اذا اتفق عليه الابوان وفيما اختلفا فيه يبقى على أصل الفطرة ولان حل الذبيحة والمناكحة من حكم الاسلام فاذا كان ذلك اعتقاد أحد الأبوين يجعل الولد تبعا له فى ذلك كما فى نفس الاسلام وهذا لان اليهودية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فلا تقع المعارضة بينهما ولكن يترجح جانب التبعية للكتابي لانه يعتقد التوحيد أو يظهره فكان فى جعل الولد تبعاً له نوع نظر للولد وذلك واجب ﴿قال﴾ واذا زوج صبية من صبي وهما من أهل الذمة جاز ذلك كما يجوز بين المسلمين لان الولاية ثبتت للأولياء فيما بينهم قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ثم ان كان المزوج هو الاب والجد فلا خيار لهما اذا أدركا لشفقة الأبوة فان ذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى وان كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد على ما بينا فيما بين المسلمين ﴿قال﴾ واذا تزوجت الذمية ذمياً فقال وليها هذا ليس بكفء لم يلتفت الى قوله لان ذل الشرك وصغار الجزية يجمعهم فلا يظهر مع ذلك نقصان النسب بل هم اكفاء بعضهم لبعض ألا ترى أنهم لو استرقوا كانوا اكفاء ولو اعتقوا كذلك ولو أسلموا كانوا اكفاء فعرفنا أنه لا يظهر التفاوت بينهم فلا يكون للولي ان يخاصم ﴿قال﴾ الا ان يكون شيئاً مشهوراً يعنى كابنة ملك منهم خدعها حائك أو سايس ونحوه فهنا يفرق

بينهما لالا نعدام الكفاءة بل لتسكين الفتنة لان هذا يهيج الفتنة والقاضى مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما هو مأمور بذلك بين المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الذمى مسلمة حرة فرق بينهما لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فاستقر الحكم في الشرع على ان المسلمة لاتحل للكافر وان كان ذلك حلالا في الابتداء فيفرق بينهما ويوجع عقوبة ان كان قد دخل بها ولايبلغ به أربعين سوطاً وتعذر المرأة والذى سعى فيما بينهما وفي حق الذمى لم يذكر لفظ التعذير لانه ينبئ عن معنى التطهير والتوقير قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه وتسبحوه بكرة وأصيلافلهذا قال يوجع عقوبة وهذا لانه أساء الأدب فيما صنع واستخف بالمسلمين وارتكب ما كان ممنوعاً منه فيؤدب على ذلك وكان مالك بن أنس رحمه الله تعالى يقول يقتل لانه يصير بهذا ناقضاً للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لا يفعله فهو نظير الذمي اذا جعل نفسه طليعة للمشركين على قوله ولكنا نقول كما ان المسلم بارتكاب مثله لايصير ناقضاً لامانه فالذمى لايصير ناقضاً لأمانه فلا يقتل ولكن يوجع عقوبة وكذلك يعذر الذى سعى بينهما لأنه أعان على مالا يحل والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وهو الذى يسعى بينهما وان أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه لان أصل النكاح كان باطلا فبالاسلام لاينقلب صحيحا ﴿ قال ﴾ ولو أسلم الزوج وامرأته من أهل الكتاب بقي النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لان ابتداء النكاح صحيح بعد اسلام الرجل فلأن يبقى أولى وان كانت من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا فرق بينهما وكذلك ان كانت المرأة هي التى أسلمت والزوج من أهل الكتاب أو من غير أهل الكتاب فهي امرأته حتى يعرض عليه الاسلام فان أسلم والا فرق بينهما ويستوى ان كان دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر واستدل في ذلك فقال قد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم في الاجبار على الاسلام وذلك يقطع ولاية الاجبار والتفريق عندنا بالاسلام ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس اختلاف الدين اذا كان على وجه يمنع ابتداء النكاح وبعد الدخول النكاح متأكد فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين حتى ينضم اليه مايؤثر

فى الفرقة وهو انقضاء العدة وقاس بالطلاق فان بنفس الطلاق قبل الدخول يرتفع النكاح وبعد الدخول لا يرتفع الا بانقضاء العدة وحجتنا في ذلك ماروى ان دهقانة بهز الملك أسلمت فأمر عمر رضى الله تعالى عنه ان يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم والا فرق بينهما وان دهقانا أسلم فى عهد على رضى الله عنه فعرض الاسلام علي امرأته فابت ففرق بينهما وكان المعنى فيه ان النكاح كان صحيحاً بينهما فلا يرتفع الا بعد وجود السبب الموجب له واسلام المسلم منهما لا يصلح سبباً لذلك لانه سبب لاثبات العصمة وتأكيد الملك له وكذلك كفر من أصر منها على الكفر لانه كان موجوداً قبل هذا وما كان مانعاً لابتداء النكاح ولا بقائه وكذلك اختلاف الدين فان عينه ليس بسبب كما لوكان الزوج مسلماً والمرأة كتابية فلا بد من أن يتقرر السبب الموجب للفرقة لما تعذر استدامة النكاح بينهما وذلك السبب عرض الاسلام على الكافر منهما لا بطريق الاجبار عليه ولكن لان بالنكاح وجب عليه الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فالامساك بالمعروف في ان يساعدها على الاسلام فاذا أبى ذلك تعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع من ذلك ناب القاضى منابه فى التفريق بينهما ثم ان كانت المرأة هى التى أبت الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فان كان قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول فليس لها نفقة العدة لان الفرقة جاءت من قبلها وتكون الفرقة بغير طلاق بالاتفاق لانه ليس اليها من الطلاق شئ وانما فرق القاضى بينهما باصرارها على الخبث والخبيثة لا تصلح للطيب فاما اذا كان الزوج هو الذى أبى الاسلام فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان كان بعد الدخول فلها نفقة العدة وتكون الفرقة بطلاق عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تكون فرقة بغير طلاق واما الفرقة بردة المرأة تكون بغير طلاق وردة الزوج كذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفى قول محمد رحمه الله تعالى تكون بطلاق وحجة أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الفصلين ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان على معنى أنه يتحقق من كل واحد منهما وهو الاباء والردة ومثل هذه الفرقة تكون بغير طلاق كالفرقة الواقعة بالمحرمية وملك أحد الزوجين صاحبه وهذا لانه ليس اليها من الطلاق شئ فكل سبب للفرقة يتحقق من جهتها يعلم انه ليس بسبب للطلاق وحجة محمد رحمه الله تعالى فى الفصلين ان سبب الفرقة قول من جهة الزوج اما إباء أو ردة فيكون بمنزلة ايقاع

الطلاق وهذا لانه يفوت الامساك بالمعروف بهذا السبب فيتعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق الا ترى ان الفرقة بين العنين وامرأته تجعل طلاقاً بهذا الطريق وأبو حنيفة يفرق بينهما والفرق من وجهين احدهما ان الفرقة بالردة كانت لفوات صفة الحل وذلك مناف للنكاح الا تري ان الفرقة لا تتوقف على قضاء القاضى فانه ينافي النكاح ابتداء وبقاء فيكون نظير المحرمية والملك فأما إباء الاسلام فانه غير مناف للنكاح الا تري ان الفرقة به لا تقع الا بقضاء القاضي والفرقة بسبب غير مناف للنكاح اذا كان مضافاً الى الزوج يكون طلاقاً توضيح الفرق ان في فصل الاباء لما كانت الفرقة لا تقع الا بقضاء القاضي أشبه الفرقة بسبب العنة من حيث ان القاضى ينوب فيه عن الزوج وفى مسئلة الردة لما لم تتوقف الفرقة على القضاء أشبه الفرقة بسبب المحرمية والملك الا ترى انه يتم بالمرأة وليس اليها من الطلاق شيء ثم في الفصلين يقع طلاقه عليها ما دامت فى العدة اما في الاباء فظاهر لان الفرقة كانت بالطلاق واما في الردة فلان حرمة المحل بهذا السبب غير متأبدة ألا ترى أنه يرتفع بالاسلام فيتوفر على الطلاق ما هو موجبه وهو حرمة المحل الى غاية إصابة الزوج الثاني فلهذا يقع طلاقه عليها فى العدة بخلاف ما بعد المحرمية فان حرمة المحل هناك مؤبدة فلا يظهر معها ماهو موجب الطلاق ﴿قال﴾ واذا عقد النكاح على صبيين من أهل الذمة ثم أسلم أحدهما وهو يعقل الاسلام صح اسلامه عندنا استحسانا ويعرض على الآخر الاسلام ان كان يعقل فان أسلم فهما على نكاحهما وان أبى أن يسلم فان كان الزوج هو الذى أسلم والمرأة كتابية لم يفرق بينهما كما لو كانا بالغين وان كان بخلاف ذلك ففي القياس لا يفرق بينهما أيضا لان الاباء انما يتحقق موجباً للفرقة ممن يكون مخاطبا بالاداء والذي لم يبلغ وان كان عاقلا فهو غير مخاطب بذلك ولكنه استحسن فقال كل من صح منه الاسلام اذا أتى به صح منه الاباء اذا عرض عليه وعند تقرر السبب الموجب للفرقة الصبي يستوى بالبالغ كما لو وجدته امرأته مجنوناً وقيل هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فأما أبو يوسف رحمه الله فانه يأخذ بالقياس وهو نظير اختلافهم فى ردة الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تجب الفرقة خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى والاصح أنه قولهم جميعا والفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى أن الاباء تمسك بما هو عليه فيكون صحيحا منه فأما الردة انشاء لما لم يكن موجوداً وهو يضره فلا يصح منه ألا ترى أن رده الهبة بعد ما قبض لا يصح وامتناعه من القبول فى الابتداء

صحيح ثم اذا فرق باباء الزوج وكان صغيراً فبعض مشايخنا يقولون هـذا لا يكون طلاقا لأن الصبي ليس من أهل الطلاق بخلاف البالغ والصحيح انه طلاق لأن السبب قد تقرر فهو نظير الفرقة بسبب الجب وهـذا لان الصبي ليس بأهل لايقاع الطلاق والعتاق ثم العتق ينفذ من جهته اذا تقرر سببه بأن ورث قريبه فكذلك الطلاق ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية ثم انها تمجست فهما على نكاحهما لأنها لو كانت مجوسية فى الابتداء صح النكاح بينهما فكذلك اذا تمجست وهو بناء على أصلنا أنه اذا تحول من دين الى دين يترك على ما اعتقد لأن الكفر كله ملة واحدة وللشافعى فيه ثلاثة أقوال قول مثل قولنا وقول آخر أنه يقتل ان لم يسلم لان الأمان له كان على ما اعتقده فاذا بدله بغيره لم يبق له أمان فيقتل ان لم يسلم وهذا فاسد فان الامان بسبب الذمة كان له مع كفره وما ترك الكفر واذا كان ما اعتقد لاينافى ابتداء عقد الذمة لايكون منافياً للبقاء أيضاً وفى قول آخر يقول يجبر على العود الي ما كان عليه كالمسلم اذا ارتد والعياذ بالله وهو بعيد أيضاً فان ما كان عليه كان كفراً فكيف يجبر على العود اليه والنصرانى اذا تهود فقد اعتقد التوحيد ظاهراً فكيف يجبر على العود الى التثليث بعد ما اعتقد التوحيد فان أسلم الزوج بعد ما تمجست عرض عليها الاسلام كما لوكانت مجوسية فى الاصل فان أسلمت والا فرق بينهما وان تهودت أو تنصرت كانا على النكاح كما لوكانت يهودية أو نصرانية في الابتداء وان تمجست بعد ما أسلم الزوج وقعت الفرقة بينهما لان تمجسها بعد الاسلام كردة المسلمة فكما يتعجل الفرقة بنفس ردة المرأة فكذا تمجسها بعد إسلام الزوج ﴿قال﴾ نصرانى تزوج نصرانية بشهادة عبدين كان جائزاً اذا كان ذلك فى دينهم نكاحا لانه لو تزوجها بغير شهود جاز فبشهادة العبدين أولى والله أعلم بالصواب

باب نكاح المرتد

﴿قال﴾ ولايجوز للمرتد ان يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة أصلية لان النكاح يعتمد الملة ولاملة للمرتد فانه ترك ما كان عليه وهو غير مقر علي ما اعتقده وحقيقة المعنى فيه من وجهين أحدهما ان النكاح مشروع لمعنى البقاء فان بقاء النسل به يكون وكذلك بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة والمرتد مستحق للقتل فما كان سبب البقاء لايكون مشروعا

فى

في حقه والثاني ان قتله بنفس الردة صار مستحقا وانما يمهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كانه لا حياة له حكما فلا يصح منه عقد النكاح لان اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لاجله حياته وهو التأمل وكذلك لايجوز نكاح المرتدة مع أحد لانها مأمورة بالتأمل لتعود الى الاسلام وممنوعة من الاشتغال بشئ آخر ولانها بالردة صارت محرمة والنكاح مختص بمحل الحل ابتداء فلهذا لايجوز نكاحها مع أحد ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم بانت منه امرأته مسلمة كانت أو كتابية دخل بها أولم يدخل بها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لم يدخل بها فكذلك وان كان بعد الدخول لايتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض بناء على أصله في الفرق بين تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده على مابينا فى الاسلام فانه بالردة يقصد منابذة الملة لا الحليلة فلا يكون ذلك موجبا للفرقة بعد تأكده مالم ينضم اليه سبب آخر كما لو أسلم أحدهما وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لاتقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد فان تاب فهى امرأته وان مات أوقتل ورثته وجعل هذا قياس اسلام أحد الزوجين على مابينا ولكنا نقول الردة تنافي النكاح واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب للفرقة بنفسه كالمحرمية فاما اختلاف الدين عينه لاينافى النكاح حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكتابية وكذلك الاسلام لاينافي النكاح فان النكاح نعمة وبالاسلام تصير النعم محرزة له فلهذا لا تقع الفرقة هناك الا بقضاء القاضى بعد إباء الآخر ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر ان كان لم يدخل بها ونفقة العدة ان كان دخل بها وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ان كان قبل الدخول وليس لها نفقة العدة بعد الدخول والكلام فى ان هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بيناه ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما استحساناً عندنا وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان فى ردتهما ردة أحدهما وزيادة فاذا كانت ردتهما تنافي ابتداء النكاح تنافي البقاء أيضاً ولكنا تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فان بنى حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر رضى الله تعالى عنه ولم يأمرهم بتجديد الانكحة بعد التوبة ولا أحد من الصحابة رحمهم الله تعالي سواه ولا يقال لعل الارتداد من بعضهم كان قبل بعض ولم يشتغل بذلك أيضاً لان كل أمرين لايعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا وفقه هذا الكلام ان وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور خبثه عند المقابلة

بطيب المسلم فاذا ارتدا معاً لا يظهر هذا الخبث بالمقابلة لانه تقابل الخبث بالخبث والمعنى فيه انه لم يختلف لهما دين ولا دار فيبقى ما كان بينهما على ما كان كما اذا أسلم الكافران معاً واعتبار البقاء بالابتداء فاسد فان العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء ولا فرق لان كل واحد منهما يوجب حرمة المحل ولكنها غير متأبدة فان أسلم أحدهما وقعت الفرقة بينهما باصرار الآخر على الردة لظهور خبثه الآن عند المقابلة بطيب الآخر حتى لو كانت المرأة هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق وان كان الزوج هو الذى أسلم فلا شئ لها لان الفرقة من جانب من أصر على الردة فان اصراره بعد اسلام الاخر كانشاء الردة ﴿قال﴾ وان أسلم النصرانى وامرأته نصرانية ثم تحولت الى اليهودية فهى امرأته كما لو كانت يهودية في الابتداء وان أسلم وهى مجوسية ثم ارتد عن الاسلام بانت منه لان النكاح بعد اسلامه باق مالم يفرق القاضى بينهما ألا ترى أنها لو أسلمت كانا على نكاحهما فتفرده بالردة في حال بقاء النكاح موجب للفرقة وكذلك اذا أسلمت المرأة المجوسية ثم ارتدت بانت منه وكذلك لو ارتد الزوج بانت منه وان لم يرتد الزوج ولم تسلم هى حتى مات الزوج كان لها المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح ينتهى بالموت حين لم يفرق القاضي بينهما فيتقرر به جميع المهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب نكاح أهل الحرب﴾

﴿قال﴾ رضى الله عنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه سئل عن مناكحة أهل الحرب من أهل الكتاب فكره ذلك وبه نأخذ فنقول يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية فى دار الحرب ولكنه يكره لانه اذا تزوجها ثمة ربما يختار المقام فيهم وقال صلى الله عليه وسلم أنا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراآى ناراهما ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل منه فتسبي فيصير ما فى بطنها رقيقاً وان كان مسلماً واذا ولدت تخلق الولد باخلاق الكفار وفيه بعض الفتنة فيكره لهذا فان خرج وتركها فى دار الحرب وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين حقيقة وحكما فانها من أهل دار الحرب والزوج من أهل دار الاسلام وتباين الدارين بهذه الصفة موجب للفرقة عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يكون موجبا للفرقة حتى اذا أسلم أحد الزوجين وخرج الى دارنا فان كانت المرأة هى التى خرجت مراغمة وقعت

الفرقة بالاتفاق عندنا لتباين الدارين وعنده للقصد الى المراغمة والاستيلاء على حق الزوج فان خرجت غير مراغمة لزوجها أو خرج الزوج مسلما أو ذميا تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا ولا تقع عند الشافعي رحمه الله تعالى واستدل بحديث أبي سفيان رضي الله عنه فانه أسلم بمر الظهران فى معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينه وبين امرأته هند ولما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام رضى الله عنهما حتى أسلمت امرأة كل واحد منهما وأخذت الامان لزوجها وذهبت فجاءت بزوجها ولم يجدد رسول الله صلى الله عليه وسلم النكاح بينهما وان زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت الى المدينة ثم تبعها زوجها أبو العاص بعد سنين فردها عليه بالنكاح الاول والمعني فيه ان اختلاف الدار عبارة عن تباين الولايات وذلك لا يوجب ارتفاع النكاح كاختلاف الولايتين فى دار الاسلام الا تري ان الحربي لو خرج الينا مستأمنا أو المسلم دخل دار الحرب بامان لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وكذلك الخارج من مصر أهل العدل الى منعة أهل البغي لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وليس في هذه الآية بيان قصد المراغمة فاشتراطه يكون زيادة على النص وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والكوافر جمع كافرة معناه لا تمدوا من خلفتموه فى دار الحرب من نسائكم ولما أراد عمر رضى الله عنه ان يهاجر الى المدينة نادى بمكة الامن أراد ان تئيم امرأته منه أو تبين فليلتحق بى أى فليصحبني فى الهجرة والمعنى فيه ان من بقى فى دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أى كافراً فرزقناه الهدي الا ترى ان المرتد اللاحق بدار الحرب يجعل كالميت حتي يقسم ماله بين ورثته فكما لا تحقق عصمة النكاح بين الحى والميت فكذلك لا تحقق عند تباين الدارين حقيقة وحكما فاما اذا خرج الينا بامان فتباين الدارين لم يوجد حكما لانه من أهل دار الحرب متمكن من الرجوع اليها وكذلك اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فهو من أهل دار الاسلام حكما ومنعة أهل البغي من جملة دار الاسلام ومن فيها لا يجعل بمنزلة الميت حكما والدليل عليه انه ما خرج الا قاصدا احراز نفسه من المشركين فلا يعتبر مع ذلك القصد الى المراغمة ولو كان خروجها على سبيل المراغمة لزوجها وقعت الفرقة

بالاتفاق فاما حديث زينب رضي الله عنها فالصحيح انه ردها عليه بالنكاح الجديد وما روى انه ردها عليه بالنكاح الأول أي بحرمة النكاح الأول الا ترى انه ردها عليه بعد سنين والعدة تنقضى فى مثل هذه المدة عادة وقد روى ان الكفار تبعوها وضربوها حتى أسقطت فانقضت عدتها بذلك وعند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان لا تقع الفرقة بتباين الدارين تقع بانقضاء العدة واما اسلام أبي سفيان فالصحيح أنه لم يحسن اسلامه يومئذ وانما أجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم بشفاعة عمه العباس رضي الله عنه وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا الى الساحل وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين وقال الزهري ان دار الاسلام انما تميزت من دار الحرب بعد فتح مكة فلم يوجد تباين الدارين يومئذ فلهذا لم يجدد النكاح بينهما فاما اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالاتفاق فعندنا لتباين الدارين وعند الشافعي رضي الله عنه للسبي حتى اذا سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما لقوله تعالى والمحصنات من النساء الآية معناه ذوات الازواج من النساء الا ما ملكت أيمانكم فانها محللة لكم وانما نزلت الآية في سبايا أوطاس وقد نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ الا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وانما سبي أزواجهن معهن والمعنى فيه ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي ولهذا لا يبقى الدين الذى كان واجباً على المسبي وانما يصفو اذا لم يبق ملك النكاح وهذا لان السبي سبب لملك ما يحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيصير مملوكا للسابي لانه لو امتنع ثبوت الملك انما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذى حق محترم ألا ترى أنه تسقط به مالكيته عن نفسه وعن ماله ولهذا قلنا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو لذمي لا يبطل النكاح لان ملك النكاح محترم ولا يدخل عليه القصاص أنه لا يسقط بالسبي لان المستحق بالقصاص الدم وهو ليس بمحتمل للتملك ولان القصاص لا يجب الا لمحترم وحجتنا فى ذلك أن السبي سبب لملك الرقبة مالا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان المملوك فى النكاح ليس بمال فلا يثبت فيه التملك بالسبي مقصوداً لان تملك البضع مقصوداً بسببه يختص بشرائط من الشهود والولي وذلك لا يوجد فى السبي فانما يثبت الملك هنا تبعاً لملك الرقبة وذلك لا يثبت الا عند فراغ المحل عن حق الغير ونفس السبي ليس بمناف للنكاح ألا ترى أن ملك النكاح لو كان محترما لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافى اذا تقرر فالمحترم وغير المحترم فيه سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع ولأن السبي لا ينافى ابتداء النكاح فلأن

لا ينافي البقاء أولى وأما الدين فان كان على عبد فسبي لم يسقط الدين منصوص عليه في المأذون وان كان على حر فسبي فانه يسقط لانه لما صار عبداً والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته فكذلك لا يبقى الا شاغلا للمالية وحين كان واجباً على الحر لم يكن شاغلا لمالية الرقبة اذ لا مالية في رقبته فلا يمكن ابقاؤه الا بتلك الصفة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة بعد السبي ألا ترى أنه لو كان الدين لمحترم لا يبقى كذلك وبه يبطل قولهم ان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي فان ملك النكاح اذا كان محترماً بقي النكاح ولا صفاء وكذلك اذا سبي الزوج وقعت الفرقة وهنا الملك له لا عليه فأما الحديث فالمروى أن الرجال هربوا الى حصونهم وانما سبي النساء وحدهن فقد وقعت الفرقة بتباين الدارين والآية دليلنا فان الله تعالى حرم ذوات الازواج فما لم يثبت انقطاع الزوجية بينهما كانت محرمة على السابي بهذا النص اذا عرفنا هذا فنقول اذا خرج لزوج مسلماً وتركها في دار الحرب حتى وقعت الفرقة بينهما لم يقع عليها طلاقه بعد ذلك لان النكاح قد انقطع لا الى عدة فان بقاءها في دار الحرب كما ينافي أصل النكاح بينها وبين الزوج ينافي العدة فلهذا لا يقع طلاقه عليها وان خرجت المرأة قبل الزوج مسلمة أو ذمية فهما على نكاحهما لان الزوج مسلم من أهل دار الاسلام أيضاً فلم تتباين بهم الدار ﴿قال﴾ حربية كتابية دخلت دار الاسلام بأمان فتزوجت مسلماً أو ذمياً جاز ذلك وصارت ذمية لانها تابعة لزوجها في المقام فتزويجها نفسها ممن هو من أهل دار الاسلام يكون رضى منها بالمقام في دارنا على التأبيد فتصير ذمية وان كانت غير كتابية فان تزوجها ذمي فكذلك الجواب وان تزوجها مسلم لم يجز النكاح وصيرورتها ذمية تكون ضمناً لصحة النكاح ولم يصح النكاح هنا وهذا بخلاف المستأمن في دارنا اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذمياً لان الرجل ليس بتبع للمرأة في المقام ألا ترى أنه لا يصير مقيما باقامة المرأة والمرأة تصير مقيمة باقامة الزوج ومسافرة بسفره فلهذا افترقا ﴿قال﴾ حربي أسلم وتحته خمس نسوة وأسلمن معه فان كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وان كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الاربع الاول جائز ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن شاء ويفارق الخامسة وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وكذلك لو كان تحته اختان فأسلمن معه فان

تزوجهما فى عقدة واحدة بطل نكاحهما ولوكان تزوجهما فى عقدين جاز نكاح الاولى وبطل نكاح الثانية عندهما وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى يختار أيتهما شاء و يفارق الأخرى واستدل بحديث غيلان بن سلمة أنه أسلم وتحته ثمان نسوة وأسلمن معه فقال صلى الله عليه وسلم اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن وقيس بن حارثة رضى الله عنه أسلم وتحته عشر نسوة وأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم ان يختار أربعاً منهن والضحاك بن فيروز الديلمى أسلم وتحته اختان فقال صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت والمعنى فيه ان هذه حرمة اعترضت فى بعض المنكوحات بعد صحة النكاح فتوجب التخيير دون التفريق كما لو طلق احدى نسائه لا بعينها ثلاثا وبيان ذلك ان الانكحة وقعت صحيحة فى الاصل لان حرمة الجمع بخطاب الشرع وقد بينا ان حكم هذا الخطاب قاصر عنهم لاعتقادهم بخلاف ذلك مالم يسلموا ألا ترى أنه لوماتت واحدة منهن أو بانت ثم أسلم وليس عنده الا أربع منهن جاز نكاحهن سواء ماتت الأولى أو الاخيرة واذا ثبت ان الانكحة صحيحة كان العقد الواحدوالعقود المتفرقة فيه سواء بمنزلة الحربى اذا كان تحته أربع نسوةفسبي وسبين معه فان العقدالواحد والعقودالمتفرقة فيه سواء بالاتفاق وان اختلفنا فى التفريق أوالتخيير وفرق محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير بين أهل الحرب وأهل الذمة فقال لو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة كان الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان خطاب الشرع بحكم الشيوع في دار الاسلام يجعل ثابتاً فى حق أهل الذمة وان كنا لانتعرض لهم مالم يسلموا وقد بينا هذا من أصلهما والشافعى رحمه الله تعالى يسوي بين أهل الحرب وأهل الذمة فاما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فالجمع بين الاختين نكاحا حرام بهذا النص وبنكاح الأولى ماحصل الجمع فوقع نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وبنكاح الثانية حصل الجمع فلم يكن نكاحها صحيحاً بحكم الاسلام وانما وجب الاعتراض بعد الاسلام بسبب الجمع اذ لاسبب هنا سوى الجمع فتعين الفساد فى نكاح من حصل الجمع بنكاحها وكان نكاحهافاسدا بحكم الاسلام دون من لم يحصل بنكاحها الجمع وكان نكاحها صحيحا بحكم الاسلام وان تزوجهمافى عقدة واحدة فالجمع حصل بهماولم يكن ابطال نكاح أحداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما بمنزلة الحربية تحت رجلين اذا أسلمت وأسلمامعهاوكذلك فى نكاح الخمس الحرمة بسبب

الجمع بين ما زاد على الاربع فانما حصل ذلك بنكاح الخامسة فصرف الفساد اليها أولى وان كان تزوجهن في عقد واحد فالجمع حصل بهن جميعا وهذا بخلاف مالو ماتت احداهن أو بانت لان الاعتراض بسبب الجمع بعد الاسلام فلا بد من بقاء الجمع المحرم بعد الاسلام حتى يجب الاعتراض ولم يبق ذلك اذا ماتت احداهما أو بانت وهو نظير مالو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فأرضعتهما بانتا منه ولو أرضعت احداهما فماتت ثم أرضعت الاخرى لم يبطل نكاح الثانية لان الجمع انما يتحقق عند ارضاع الثانية فاذا كانت الاولى فى نكاحه تحقق الجمع بين الاختين وان ماتت أو بانت لم يتحقق الجمع بين الاختين وهذا بخلاف المسبيات فان نكاح الاربع هناك وقع صحيحا بحكم الاسلام على الاطلاق لانه حين تزوجهن كان حرا وللحر أن يتزوج أربع نسوة ثم وجب الاعتراض بسبب الرق الحادث فيه وعند حدوث الرق هن مجتمعات مستويات فلهذا استوى العقد الواحد والعقود المتفرقة بمنزلة الرضيعتين اذا ارضعتهما امرأة بانتا منه وأن تزوجهما في عقدين لان الاعتراض وجب بعد صحة النكاح بالاختية العارضة فيهما وهما مستويان فى ذلك بخلاف ما تقدم على ما بينا والاحاديث التى رويت فقد قال مكحول ان تلك كانت قبل نزول الفرائض معناه قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الانكحة صحيحة مطلقا ثم أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار الاربع لتجديد العقد عليهن أو لما كانت الانكحة صحيحة فى الاصل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مستثنى من تحريم الجمع ألا ترى أنه قال فى بعض الروايات وطلق سائرهن فهذا دليل على أنه لم يحكم بالفرقة بينه وبين ما زاد على الاربع وعلى هذا لو أسلم وتحته بنت وأم فاسلمتا معه فان كان تزوجهما في عقد واحد بطل نكاحهما ثم ان كان لم يدخل بهما فله أن يتزوج البنت دون الام وان كان دخل بهما لم يكن له أن يتزوج واحدة منهما لان الدخول بكل واحدة منهما يوجب حرمة الاخرى بالمصاهرة على التأبيد وان كان دخل بالام فليس له أن يتزوج واحدة منهما لان الام حرمت بعقد البنت والبنت حرمت بالدخول بالام وإن كان دخل بالبنت دون الام فله أن يتزوج البنت دون الام لان بمجرد العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان تزوجهما في عقدين فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية فاسد ان لم يدخل بهما وكذلك ان دخل بالاولى فان كان دخل بالثانية فان كانت الاولى بنتا فسد نكاحهما لان الام حرمت بالعقد على البنت

والبنت حرمت بالدخول بالام وان كانت الاولى امافنكاح البنت صحيح لان الدخول بالبنت يحرم الام والعقد على الام لايحرم البنت فاما على قول محمد رحمه الله تعالى سواء تزوجهما فى عقدة أو في عقدتين فنكاح البنت صحيح لان العقد على الام لايوجب حرمة البنت والعقد على البنت يوجب حرمة الام الاان يكون دخل بالام فحينئذ يفرق بينه وبينهما وهذا اذا كان دخوله بالام بعد ماتزوج بالبنت فان كان قبل أن يتزوج البنت فنكاح الام صحيح لان الدخول بها يحرم البنت فاذا لم يصح نكاح البنت لاتحرم الام بذلك الا أن يكون دخل بالبنت أيضاً فحينئذ تقع الفرقة بينه وبينهمابالمصاهرة وليس له أن يتزوج واحدة منهما ﴿ قال ﴾ وان أسلم الحربي وامرأته وقد كان نكاحهما بعد ان طلقها ثلاثاً قبل ان تنكح زوجا آخر فرق بينهما لان التطليقات الثلاث تقع فى دار الحرب كما فى دار الاسلام فانهم يعتقدون ذلك وهى سبب حرمة المحل الى وقت إصابة الزوج الثانى بمنزلة الحرمة بالقرابة والرضاع فكما ان ذلك يوجب التفريق بعد الاسلام فكذلك هنا وكذلك لو جامع أمها أو ابنتها أو قبل واحدة منهما بشهوة لان الحرمة بسبب المصاهرة نظير الحرمة بسبب الرضاع وذلك يتحقق فى دارالحرب كما يتحقق فى دار الاسلام فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا أسلم أحد الزوجين فى دارالحرب ولم يكونا من أهل الكتاب أو كانا والمرأة هى التى أسلمت فانه يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض عندنا سواء دخل بها أو لم يدخل بها وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان كان قبل الدخول تقع الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء العدة وعنده لايختلف هذا الحكم بدار الحرب ودار الاسلام ولكنه ينبني على تأكد النكاح بالدخول وعدم تأكده كما ذكرنا فاماعندنا نفس اسلام أحدهما غير موجب للفرقة ولا كفر من أصر منهما على الكفر ولا اختلاف الدين نفسه كما بينا فى دارالاسلام الاان فى دار الاسلام يمكن تقرير سبب الفرقة بعرض الاسلام على الآخر منهما حتى اذا أبى يصير مفوتا الامساك بالمعروف وفى دار الحرب لايتأتى ذلك لان يد امام المسلمين لاتصل الى المصرّ منهما ليعرض عليه الاسلام ويحكم بالفرقة عند إبائه فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات فى تقرر سبب الفرقة لانه صار غير مريد لها حين لم يساعدها على الاسلام وبعد ماصار غير مريد لها تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض كما لو طلقها الا أن هناك اذا كان الطلاق قبل الدخول يمكن اثبات الفرقة بنفسه لمباشرة الزوج سبب الفرقة

وهنا

وهنا لا يمكن اثبات الفرقة قبل الدخول بدون انقضاء ثلاث حيض لان الزوج ما باشر شيئاً بل
بل هو مستديم لما كان عليه فلهذا يتوقف انقطاع النكاح على انقضاء ثلاث حيض في الوجهين
جميعاً واذا وقعت الفرقة بذلك فان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول
والمرأة حربية فكذلك الجواب لان حكم الشرع لا يثبت في حقها فان كانت المرأة هي
المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي
وأصل المسئلة في المهاجرة فانها اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية لم تلزمها العدة
في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن تكون حاملا فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها
وان كانت حاملا فلها أن تتزوج في الحال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
تلزمها العدة وحجتهما في ذلك حديث نسيبة أنها لما هاجرت أمرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن تعتد والمعنى فيه أن هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة فتلزمها العدة
كالمطلقة في دارنا وهذا لان وجوب العدة عليها لحق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين في
رحمها وهي مسلمة مخاطبة بحق الشرع وهذا بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثيره أنها
حلت للسابي ومن ضرورة الحكم بحلها للسابي الحكم بفراغ رحمها من ماء الزوج بخلاف
ما نحن فيه ولا يقال لماذا يجب الاستبراء على السابي لأنا نقول كما يجب الاستبراء على السابي
اذا كانت ثيباً أو منكوحة فكذلك اذا كانت بكراً أو لم تكن منكوحة فكذا هذا مع ان
هذا دليلنا لان بالاستبراء هناك يحصل المقصود فلا حاجة الى ايجاب العدة عليها بخلاف
المهاجرة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا
آتيتموهن أجورهن فالله تعالى اباح نكاح المهاجرة مطلقاً فتقييد ذلك بما بعد انقضاء العدة
يكون زيادة وقال الله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفي ايجاب العدة تمسك بعصمة الكافرة
والمعنى فيه ان هذه الفرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة عليها كالمسبية هذا لان تباين
الدارين حقيقة وحكماً مناف للنكاح فيكون منافيا لأثر النكاح فلا تجب العدة لحق الشرع
مع وجود المنافي ولا لحق الزوج لانه حربي غير محترم وهو نظير من اشترى امرأته لا تجب
العدة لحقه لان الحل الثابت بالملك حقه ولا تجب لحق الشرع لوجود المنافي فاما اذا كانت
حاملا فلا نقول تجب العدة عليها ولكنها لا تتزوج مالم تضع حملها لان في بطنها ولد ثابت
النسب من الغير وذلك مانع من النكاح كام الولد اذا حبلت من مولاها ليس له ان يزوجها

حتي تضع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها اذا تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربى كماء الزانى فهو بمنزلة ماء الزانى والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عندنا ولكن الاول أصح لان الحبل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت من الحربى وباعتبار ثبوت النسب المحل مشغول فلهذا لا يصح النكاح مالم يفرغ المحل عن حق الغير ويستوى فى وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج أحدهما مسلماً أو ذمياً أو خرج مستأمناً ثم أسلم أو صار ذمياً لانه صار من أهل دارنا حقيقة وحكماً في الفصلين وان كان الخارج هو الزوج فله ان يتزوج أربعاً سواها أو أختها ان كانت فى دار الاسلام لانه لا عدة على التى بقيت فى دار الحرب عندهم جميعاً فكان هذا بمنزلة الفرقة قبل الدخول واذا أسلمت المرأة ثم خرج الزوج مستأمناً فهما على النكاح مالم تحض ثلاث حيض لان المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما فكأنه باق فى دار الحرب حتى اذا أسلم الزوج قبل ان تحيض فهما على النكاح وان صار الزوج من أهل الذمة قبل ان تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح أيضا حتى اذا خرجت المرأة فهى امرأته حتى يعرض السلطان عليه الاسلام بمنزلة مالو كان الزوج فى الاصل ذميا وكذلك لو كان الزوج هو الذى أسلم فى دار الحرب ثم خرجت الى نا ذمية قبل أن تحيض ثلاث حيض فهما على النكاح حتى يعرض السلطان عليها الاسلام فأما اذا خرجا مستأمنين ثم أسلمت المرأة ففي رواية هذا الكتاب يتوقف انقطاع النكاح بينهما على انقضاء ثلاث حيض لان الزوج من أهل دار الحرب فهو بمنزلة ما لو كان فى دار الحرب وفي رواية كتاب الطلاق يقول ان عرض السلطان الاسلام على الزوج فأبى أن يسلم فرق بينهما وان لم يعرض حتى مضى ثلاث حيض تقع الفرقة أيضاً ففي حق الذمى يتعين عرض الاسلام وفى حق الحربى في دار الحرب يتعين انقضاء ثلاث حيض وفي حق المستأمن أى الامرين يوجد تقع به الفرقة لان المستأمن من وجه يشبه الذمى لانه تحت يد الامام يتمكن من عرض الاسلام عليه ومن وجه يشبه الحربي لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بالذمى اذا وجد عرض الاسلام عليه تقع به الفرقة ولشبهه بالحربى اذا وجد انقضاء ثلاث حيض أولا تقع به الفرقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الهبة في النكاح

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه النكاح بلفظة الهبة والصدقة والتمليك صحيح في قول علمائنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا يصح الا بلفظة النكاح والتزويج واستدل بقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي الآية فقد جعل النكاح بلفظة الهبة خالصا للرسول صلوات الله عليه دون غيره من المؤمنين وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله التى أمرنا بالاستحلال بها الا نكاح والتزويج وفى قوله اتخذتموهن بأمانة الله اشارة الا ان هذا العقد غير معقود لمقصود اثبات الملك ولهذا انعقد بلفظة الانكاح والتزويج وهما لا يدلان على الملك الا ترى انه لا ينعقد بهما شئ من عقود التمليكات ولكن المقصود بالنكاح مالا يحصى من مصالح الدين والدنيا وألفاظ التمليك لا تدل على شئ من ذلك فلا ينعقد بها هذا العقد وهو معنى قولهم هذا عقد خاص فلا ينعقد بغيره الا ترى ان الشهادة لما شرعت بلفظ خاص لمعنى وهو انها موجبة بنفسها كما أشار الله تعالى اليه فى قوله شهد الله انه لا إله الا هو لم يقم لفظ آخر مقام هذا اللفظ حتى لو قال الشاهد احلف لا يصح أداء الشهادة به والدليل عليه ان التزويج هو التلفيق والنكاح هو الضم وليس فيهما مايدل على الملك وليس فى التمليك معني التلفيق والضم فلا ينعقد هذا اللفظ بالفاظ التمليك وكيف ينعقد النكاح بهذا اللفظ والفرقة تقع به اذا قال لامرأته وهبت نفسك منك كان بمنزلة لفظ الطلاق مع ان النكاح لا يصح الا بشهود وعند ذكر لفظ الهبة الشهود لا يعرفون انهما أرادا النكاح وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم الآية معناه ان أراد النبي ان يستنكحها فوهبت نفسها منه فقد جعل الله تعالي الهبة جوابا للاستنكاح والاستنكاح طلب النكاح وأما قوله خالصة لك فقد قيل المراد به المرأة يعنى انها خالصة لك فلا تحل لاحد بعدك حتى يكون شريكك في الفراش من حيث الزمان كما قال الله تعالى في آية أخرى وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا والأصح ان المراد هبة خالصة لان قوله ان وهبت يقتضى هبة والكناية تنصرف الى الثابت بمقتضى الكلام فيكون المعنى هبة خالصة لا يلزمك مهر لها وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال

قدعلمنا مافرضنا عليهم فى أزواجهم يعنى من الابتغاء بالمال والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها بالمؤتى مهرها بقوله انا أحللنا لك أزواجك الآية وكذلك قال فى آخر الآية لكي لايكون عليك حرج وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه وذلك ليس في اللفظ اذ لاحرج عليه فى ذكر لفظ النكاح انما الحرج في ابقاء المهر مع ان المذكور لفظة الهبة فى جانب المرأة لا فى جانب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا ان المراد الخصوصية بجواز نكاحه بغير مهر وإمامنافي المسئلة على رضوان الله عليه فان رجلا وهب ابنته لعبيد الله بن الحر بشهادة شاهدين فأجاز ذلك على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه ان هذا ملك يستباح به الوطء فينعقد بلفظ الهبة والتمليك كملك اليمين وهذا كلام على سبيل الاستدلال لاعلى سبيل المقايسة لان صلاحية اللفظ كناية عن غيره وليس بحكم شرعى ليعرف بالقياس بل طريق معرفة ذلك النظر في كلام أهل اللغة وهذه اشارة الى مذهبهم فى الاستعارة لانهم يستعيرون اللفظ لغيره لاتصال بينهما من حيث السببية كما قال الله تعالى انى أرانى أعصر خمراً أى عنباً بالعصر يصير خمراً ويسمى المطر سماء لانه ينزل من السماء وما يكون من علو فالعرب تسميه سماء وكذلك النبات يسمى سماء لانه ينبت بسبب المطر فانهم يقولون ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم واذا ثبت هذا فنقول هذه الالفاظ سبب لملك الرقبة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة موجب لملك المتعة فللاتصال بينهما سبباً يصلح هذا اللفظ كناية عن ملك المتعة والمقصود من النكاح ملك المتعة دون ما سواه من المقاصد ألا ترى أنه يختص به الزوج حتي يجب البدل عليه وسائر المقاصد يحصل لهما وان ملك الطلاق الرافع لهذا الملك يختص به الزوج فعرفنا أن المقصود هو الملك دون ما توهمه الخصم وانما انعقد بلفظ النكاح والتزويج لانهما لفظان جعلا علماً لهذا العقد بالنص واعتبار المعنى في غير المنصوص عليه فأما فى المنصوص لايعتبر المعنى مع أنهما لفظان لايجاب ملك ما ليس بمال فلهذا لا تأثيرلهما فى اثبات ملك المال ومتى صار اللفظ كناية عن غيره سقط اعتبار حقيقته وقام مقام اللفظ الذى جعل كناية عنه والشرط سماع الشاهدين اللفظ الذى ينعقد به النكاح فأما وقوفهما على مقصود المتعاقدين ليس بشرط مع أنه اذا قال وهبت ابنتي منك بصداق كذا فالشهود يعلمون أنه أراد النكاح وكما أن الفرقة تحصل بلفظ الهبة تحصل بلفظ الزوجية اذا قال لامرأته تزوجي ونوى به الطلاق يقع ولم يدل ذلك على أنه لا ينعقد به

النكاح فأما لفظ البيع فالصحيح أنه ينعقد به النكاح واليه أشار في كتاب الحدود قال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها وهذا للفقه الذي بينا أن البيع يوجب ملكا هو سبب لملك المتعة في محله وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله تعالى يقول لاينعقد النكاح بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال بمال والمملوك بالنكاح ليس بمال فأما لفظة الاجارة لاينعقد بها النكاح لانها غير موجبة ملكا يستفاد به ملك المتعة فانها توجب ملك المنفعة وبملك المنفعة لايستفاد ملك المتعة ويحكى عن الكرخي رحمه الله تعالى أنه كان يقول ينعقد به لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله عزوجل فآتوهن أجورهن وذلك دليل على أنه بمنزلة الاجارة ولكن هذا فاسد فان الاجارة شرعا لا تنعقد الا مؤقتا والنكاح لا ينعقد الا مؤبداً فبينهما مغايرة على سبيل المنافاة فأما لفظ الوصية لاينعقد به النكاح لانه لايوجب الملك بنفسه بل موجبه الخلافة مضافة الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح مضافا الى مابعد الموت لا يصح أيضاً فان قيل الهبة أيضاً لاتوجب الملك مالم ينضم اليه القبض قلنا الهبة لاتوجب اضافة الملك ولكن لضعف في السبب لتعريه عن العوض يتأخر الملك الى أن يتقوى بالقبض وينعدم ذلك الضعف اذا استعمل في النكاح لان العوض يجب به بنفسه ولهذا جاز استعماله في حق الصغيرة والكبيرة فلهذا كان موجبا ملك النكاح بنفسه مع ان المملوك بالنكاح بنفس العقد يصير كالمقبوض ولهذا لوماتت عقيب العقد تعذر البدل فكان هذا بمنزلة هبة عين في يد الموهوب له فيوجب الملك بنفسه فأما لفظ الاحلال والتمتع لايوجب ملكا أصلا فأن من أحل لغيره طعاما أو أذن له ان يتمتع به لايملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لايثبت به الملك واما الاعارة فكذلك فانه لايوجب ملكا يستفاد به ملك المتعة والاقراض في معنى الاعارة مع ان الاقراض في محل ملك المتعة لايصح لان محل ملك المتعة الآدمي والاستقراض في الحيوان لايجوز فلهذا لاينعقد النكاح بهذه الالفاظ بخلاف لفظة الهبة والصدقة ولكن باعتبار هذه الالفاظ تنعقد الشبهة فيسقط به الحد ويجب الاقل من المسمي ومن مهر المثل عند الدخول ﴿ قال ﴾ ولو قال أتزوجك بكذا فقالت قد فعلت فهو بمنزلة قولها قد تزوجتك لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب لخطابه فيصير ماتقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولا

يحتاج الى ان يقول الزوج قبلت بخلاف البيع على ما بيناه فيما سبق وذكر في النوادر انه اذا قال جئتك خاطباً فقالت قد فعلت أو زوجتك نفسي كان نكاحا تاما وفى الكتاب يقول اذا قال خطبتك الى نفسك بكذا فقالت زوجتك نفسي فهو نكاح جائز اذا كان بمحضر من الشهود لان هذا كلام الناس وليس بقياس معناه انه بلفظ الخطبة لا ينعقد النكاح في القياس لان الخطبة غير العقد ولكنه استحسن فقال المراد به فى عادة الناس العقد فلاجل الفرق الظاهر جعلنا ذلك بمنزلة النكاح استحسانا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المهور

﴿ قال ﴾ وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ولها مهر مثلها من نسائها لا وكس ولا شطط ان دخل بها أو مات عنها وهذا مذهبنا ان مهر المثل يجب للمفوضة بنفس العقد وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى وفي القول الآخر لا يجب المهر بنفس العقد وانما يجب بالتراضي أو بقضاء القاضي حتى اذا مات أحدهما قبل الدخول فلا مهر لها عنده ومشايخهم رحمهم الله تعالى مختلفون فيما اذا دخل بها وأكثرهم على انه يجب المهر بالدخول ومنهم من يقول لا يجب بالدخول أيضاً واحتج بحديث عمر وعلي وابن عمر وزيد رضى الله عنهم أنهم قالوا حسبها الميراث ولا مهر لها والمعنى فيه أنها جادت بحقها وهي من أهل الجود فيصح منها كما لو وهبت شيئاً من مالها وهذا لان المستوفي بالنكاح اما أن يكون في حكم المنفعة كما هو مذهبي أو في حكم العين كما هو مذهبكم فان كان فى حكم العين فبدله بمنزلة أرش الطرف يخلص حقاً لها ويسقط باسقاطها وان كان بمنزلة المنفعة فبدل المنفعة لها والدليل عليه أنها يملك الابراء عن المهر والشراء به شيئاً وبهذا الطريق قال بعضهم انه وان دخل بها لا يجب المهر لانها كما رضيت بثبوت الملك عليها بغير عوض فقد رضيت بالاستيفاء من غير عوض وأكثرهم على أن فيما يجب بالاستيفاء معنى حق الشرع ألا ترى أن ما يجب بالاستيفاء من العقوبة وهو حد الزنا يكون خالص حق الشرع فكذلك المال الذى يجب عند الاستيفاء لا يسقط برضاها بالاستيفاء بغير عوض والى هذا أشار الله تعالى فى قوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولان المعاوضة فى النكاح بين الزوجين حتى لا ينعقد النكاح الا بذكرهما فأما المهر ليس بعوض أصلى ولكنه زائد وجب لها

بازاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة ومثل هذا يحتمل التعجيل والتأجيل ولكن النكاح كما لا ينعقد الا موجبا لهذا الملك عليها لا ينعقد الا بشرط التعويض فتارة يتعجل العوض بالتسمية وتارة يتأخر الى التأكد بالدخول أو الفرض بالتراضي أو بالقضاء ألا ترى أن ملك اليمين تارة يثبت بعوض واجب بنفس العقد وتارة بشرط التعويض وان لم يكن واجبا بنفس السبب والدليل عليه أن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وما كان واجبا بنفس العقد يتنصف كالمسمى وحجتنا فى ذلك ماروى أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن هذا فجعل يردده شهراً ثم قال أقول فيه بنفسى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن ابن أم عبد . وفى رواية فمنى ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان أو معقل بن يسار وأبو الجراح صاحب الاشجعين رضوان الله عليهم فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضيتك هذه فسر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه بذلك سروراً لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى روى أن عليا رضي الله تعالى عنه رد هذا الحديث وقال ماذا نصنع بقول اعرابى بوال على عقبيه انما رده لمذهب تفرد به وهو أنه كان يحلف الراوى ولم ير هذا الرجل حتى يحلفه ولسنا نأخذ بذلك والمعنى فيه ان النكاح عقد معاوضة بالمهر فاذا انعقد صحيحاً كان موجباً للعوض كالبيع وكما لو زوج الاب ابنته بغير مهر وبيان الوصف قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يعنى تبتغوا ملك النكاح على النساء بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فدل أن العوض الاصلى هو المهر والدليل عليه أنه يثبت لها حق المطالبة بالفرض والفرض عبارة عن التقدير والمطالبة بالتقدير تنبنى على وجوب الاصل ففى كل موضع لم يجب الاصل بالعقد لا تثبت المطالبة بالتقدير كما فى ملك اليمين بطريق الهبة فعرفنا أن أصل الوجوب بالعقد شرعا واليه أشار الله تعالى فى قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم أضاف الى نفسه وبين خصوصية النبى صلى الله عليه وسلم بالنكاح بغير مهر فذلك دليل على انه فى غيره لا ينعقد الا موجبا للمهر واليه أشار أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه بقوله لا نكاح الا بمهر وشهود الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم والدليل عليه انها تحبس نفسها لاستيفاء المهر ولا تحبس المبدل الا ببدل واجب

وان بعد الدخول بها يجب ولا وجه لانكاره لانه منصوص عليه فى القرآن والدخول تصرف في الملك فاذا ثبت الملك بغير عوض لا يجب العوض بالتصرف فيه بعد ذلك ولا معنى لما يقول ان الملك يثبت بشرط التعويض لان هذا العقد لا ينعقد الا بمعاوضة المال اظهاراً لخطر هذا الملك وهنا اظهار الخطر انما يظهر اذا وجب البدل بنفس الملك فكما ان الملك لا يحتمل التأخر عن حالة العقد فكذلك وجوب البدل الا فى حق من قصر عنه حكم هذا الخطاب وهم أهل الذمة كما بينا والطلاق قبل الدخول مسقط لانه رفع للعقد من الاصل فيكون مسقطا للعوض وسقوط العوض عند وجود المسقط لا يكون دليلا على أنه لم يكن واجبا بالعقد وتنصف المسمى بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس وكان المعنى فيه أن المسمى تأكد بالتسمية والعقد جميعا فلتأكده لا يسقط كله لا بالطلاق ولا بالموت والنفقة ضعيفة من كل وجه لانها لا تجب بالتسمية ولا بنفس العقد وتسقط بالطلاق والموت جميعا ومهر المثل ضعيف من كل وجه لانه غير مسمى في العقد وقوي من وجه لانه واجب بنفس العقد فلقوته من وجه لا يسقط بالموت ولضعفه من وجه يسقط كله بالطلاق قبل الدخول اذا عرفنا هذا فنقول نساؤها اللاتى يعتبر مهرها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كأخواتها وعماتها وبنات عماتها عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى أمها وقوم أمها كالخالات ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء ولكنا نقول قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ألا ترى أن الام قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها فلهذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهرها بمهر أمها الا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لا لانها أمها بل لانها بنت عم أبيها وانما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها فى الحسن والجمال والسن والمال والبكارة لان المهور تختلف باختلاف هذه الاوصاف قال صلى الله عليه وسلم تنكح المرأة لمالها وجمالها الحديث وكذلك يعتبر أن تكون تلك المرأة من بلدتها ولا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها فى بلدة أخرى لان المهور تختلف باختلاف البلدان عادة وفى الحاصل مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته قال فان فرض لها الزوج بعد العقد مهراً فرضيت به أو رافعته الى القاضى ففرض لها مهراً فهو سواء ولها ذلك ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل أن يدخل

بها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لها نصف المهر المفروض بعد العقد وهذا والمسمى في العقد سواء ثم رجع فقال لها المتعة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفرض بعد العقد يقدر بمهر المثل وقد بينا ان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولان تنصف المسمى فى العقد بالطلاق حكم ثبت بالنص بخلاف القياس والمفروض بعد العقد ليس فى معناه لأنه وان استند حكمه الى وقت العقد لا يصير كالمسمى فى العقد وعلى هذا لو تزوجها على مهر مسمي ثم زادها فى المهر بعد العقد فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول تتنصف الزيادة والأصل بالطلاق لان الزيادة بعد العقد مثل المسمى فى العقد قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من فريضة بعد الفريضة وفي قوله الآخر لا يتنصف بالطلاق الا المسمى فى العقد خاصة لقوله تعالى فنصف مافرضتم أى سميتم فى العقد فاما الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ﴿ قال ﴾ واذا اختلف الزوجان فى المهر فقال الزوج ألف وقالت المرأة ألفان فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج الا ان يأتى بشئ مستنكر جداً وجه قولهما انهما اختلفا فى بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة كما لو اختلفا فى بدل الخلع والعتق بمال ولا معني للمصير الى تحكيم مهر المثل لان وجود مهر المثل عند عدم التسمية وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى وذلك مانع وجوب مهر المثل ولا معنى للتحالف بينهما لان التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ والدليل عليه انه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مايقوله الزوج ولا يصار الى تحكيم المتعة فكذا فى حال قيام العقد لان المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه الا بتسمية صحيحة فعند الاختلاف فى المسمى يجب المصير الى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجر فانه يصار الى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى وهذا بخلاف القصار ورب الثوب اذا اختلفا فى الاجر لانه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فانه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم فيشبه البيع من هذا الوجه فاذا وقع الاختلاف في البدل يجب التحالف

بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال وأما اذا طلقها قبل الدخول يصار الى تحكيم المتعة على ما نص عليه في الجامع ووضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف بينهما في المائة والمائتين فأما في كتاب النكاح فانه وضع المسئلة فيما اذا كان الاختلاف في الالف والالفين والمتعة لا تزيد على خمسمائة فلهذا قال لها نصف ما يقوله الزوج على أنه يجوز أن يصار الى مهر المثل قبل الطلاق ولا يصار الى المتعة بعد الطلاق كما اذا تزوجها على ألف وكرامة يكون لها نصف الالف بعد الطلاق ويكون لها كمال مهر المثل قبل الطلاق اذا لم يف بما شرط لها من الكرامة وفي معنى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الا أن يأتي بشيء مستنكر جداً قولان لمشايخنا أحدهما أن يدعي ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر أقل من عشرة دراهم والاصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلا يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع أيضاً فيما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري الا أن يأتي بشيء مستنكر جداً وليس في الثمن تقدير شرعا وأما بيان قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فقد كان الكرخي يقول يتحالفان في الابتداء ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول يحكم مهر المثل أولا فان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر يشهد لها وان كان ألف درهم أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد للزوج وان كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة فحينئذ يتحالفان ثم يقضى لها بمقدار مهر مثلها لان المصير الى التحالف اذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له وذلك في هذا الموضع والأصح ما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك انما يكون بعد التحالف فان ما يدعي كل واحد منهما من المسمى ينتفي بيمين صاحبه فيبقى نكاحا بلا تسمية فيكون موجبه مهر المثل فعرفنا أنه لا بد من المصير الى التحالف في الابتداء وأصل النكاح وان كان لا يحتمل الفسخ بالتحالف فالتسمية تحتمل الانتفاء فاذا تحالفا نظر الى مهر مثلها فان كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان ألفا أو أقل فلها الالف لاقرار الزوج به وان كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته لانه نور دعواه بالحجة فان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وكذلك لو مات أحدهما قبل أن يتفقا ثم وقع الاختلاف

بين الحي وورثة الميت فهو وورثة الميت على ماذ كرنا لان الوارث يقوم مقام المورث فأما اذا ماتا معا فهنا فصلان (أحدهما) أن يتفق الورثة انه لم يكن في العقد تسمية (والثاني) أن يختلف الورثة في المسمى أما في الاول فانه يقضي لورثتها في تركة الزوج بمهر المثل في القياس وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان مهر المثل وجب بنفس العقد كالمسمى فكما لايسقط المسمى بعد موتهما فكذلك مهر المثل ألا ترى ان بعد موت أحدهما لايسقط مهر المثل وورثة الميت يقومون مقامه في ذلك فكذلك بعد موتهما واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال لا يقضي بشيء واستدل في الكتاب فقال أرأيت لو ادعي ورثة على رضى الله عنه على ورثة عثمان رضى الله عنه مهر أم كلثوم أكنت تقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما يفوت هذا بعد تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا الطريق اذا لم يكن العهد متقادما يقضي بمهر مثلها والطريق الآخر ان المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المسمى وهو الاقوى والنفقة وهي الاضعف ومهر المثل وهو متوسط على ماقررنا فالمسمى لقوته لايسقط بموتهما وموت أحدهما والنفقة لضعفها تسقط بموتهما وبموت أحدهما ومهر المثل يتردد بين ذلك فيسقط بموتهما ولا يسقط بموت أحدهما لان ماتردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ألا ترى أن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا ان مهر المثل هل يسقط بموت أحدهما فيكون ذلك اتفاقا منهم على أنه يسقط بموتهما فاما اذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما فعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصار الى تحكيم مهر المثل لان من أصله ان مهر المثل لا يسقط بموتهما فيكون هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج الا أن يأتوا بشي مستنكر جداً كما لو وقع الاختلاف في حياتهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول قول ورثة الزوج أيضاً لان مهر المثل عنده لايبقى بعد موتهما فلا يمكن المصير الى التحالف وتحكيم مهر المثل فيبقى ظاهر الدعوى والانكار فيكون القول قول ورثة الزوج الا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ماادعوا من المسمي فحينئذ يقضي بذلك ويستوى في هذا كله ان دخل بها أو لم يدخل بها لان ماقبل الدخول انما يفارق مابعد الدخول عند الطلاق أما عند الموت لافرق لان النكاح ينتهي بالموت ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على بيت وخادم فلها من ذلك خادم وسط

وبيت وسط والكلام هنا في فصول أحدها أن تسمية الخادم فى النكاح صحيح عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح وكذلك لو تزوجها على عبد مطلق أو على أمة فلها عبد وسط أو أمة وسط فان اتاها بالعين أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت على القبول وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح التسمية لان النكاح عقد معاوضة فيكون قياس البيع والعبد المطلق لا يستحق بعقد البيع عوضا فكذلك بالنكاح وهذا أصل للشافعى رحمه الله تعالى ان كل مالا يصح مسمى عوضاً فى البيع لا يستحق فى النكاح لان المقصود بالمسمى مهرا المالية وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة لبقاء الجهالة والغرر فيه . ألا ترى أنه لو سمى ثوبا أو دابة أو داراً لم تصح التسمية فكذلك اذا سمى عبداً وحجتنا في ذلك أن المهر انما يستحق عوضاً عما ليس بمال والحيوان يثبت ديناً فى الذمة مطلقاً فى مبادلة ماليس بمال . ألا ترى أن الشرع أوجب فى الدية مائة من الابل وأوجب فى الجنين غرة عبداً أو أمة فاذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا فى الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا فكذلك يثبت شرطاً وهذا لان في معنى المالية هذا مال ملتزم ابتداء والجهالة المستدركة في التزام المال ابتداء لا تمنع صحته كما في الاقرار فان من أقر لانسان بعبد صح اقراره الا أن هناك لا ينصرف الى الوسط عند محمد رحمه الله تعالى لان المقر به عينه ليس بعوض وهنا عين المهر عوض وان كان باعتبار صفة المالية هذا التزام مبتدأ فلكونه عوضاً صرفناه عند اطلاق التسمية الى الوسط ليعتدل النظر من الجانبين كما أوجب الشرع في الزكوات الوسط نظراً الى الفقراء وأرباب الاموال وبكونه ما لا يلتزم ابتداء لا تمنع جهالة الصفة صحة الالتزام ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين وللاعتبار بما أوجبه الشرع من الدية فان ذلك يتردد بين الابل والدراهم والدنانير ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من يقول لو لم تصح التسمية احتجنا الى ايجاب مهر المثل لان بفساد التسمية لا يبطل النكاح كما لا يبطل بترك التسمية وكل جهالة فى المسمى اذا كانت دون جهالة مهر المثل فذلك لا يمنع صحة التسمية لان بعض الجهالة يرتفع بهذه التسمية وكل جهالة هى مثل جهالة مهر المثل أو فوق جهالة مهر المثل تمنع صحة التسمية لانه لا يحصل به شئ من الاعلام فجهالة العبد المسمى جهالة الصفة دون الجنس فأما جهالة مهر المثل جهالة جنس فصححنا فيه التسمية ليحصل بها التحرز

عن بعض الجهالة فأما جهالة الثوب فوق جهالة مهر المثل لان اسم الثوب يتناول أجناساً مختلفة من القطن والكتان والابريسم وغير ذلك وكذلك جهالة الدابة لانها تتناول أجناساً مختلفة وكذلك جهالة الدار لانها تختلف باختلاف البلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فكانت تلك الجهالة فوق جهالة مهر المثل فلهذا لم تصح التسمية ووجب المصير الى مهر المثل وبه فارق البيع فانا لولم نصحح التسمية مع جهالة الوصف هناك لا نحتاج الى ايجاب جهالة أخري لانه يفسد البيع ويعود اليه عوضه وهو معلوم فاما اذا سمي في المهر بيتاً فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى وهذا معروف بالعراق يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت مما تجهز به تلك المرأة وينصرف الى الوسط من ذلك لاعتبار معنى المعاوضة على ماقلنا ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه قيمة البيت أربعون درهماً وقيمة الخادم أربعون ديناراً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على قدر الغلاء والرخص وليس هذا باختلاف فى الحقيقة ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قصر فتواه على ماشاهده في زمانه وهما زادا على ذلك وبينا الفتوى في الاوقات والامكنة كلها والأمر على ماقالا فان القيم تختلف باختلاف الغلاء والرخص ﴿قال﴾ والوسط من الخادم السندي وهذا لان أرفع الخدم الاتراك وأدنى الخدم الهنود فالسندي هو الوسط فيما بين ذلك ولكنه في بلادنا قلما يوجد السندى فالوسط أدنى الاتراك واعلى الهنود ﴿قال﴾ وان كان تزوجها على وصيف أبيض فلها خمسون ديناراً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا أيضاً بناء على ماشاهد فى زمانه من التفاوت بين قيمة الوسط والجيد وذلك يختلف باختلاف الغلاء والرخص ولكن فى زمانه كان هذا التفاوت بقدر عشرة دنانير فلهذا قدره به وان اعطاها وصيفاً أبيض لايساوى ذلك فهو جائز لانه وفى لها بما شرط واعتبار القيمة عند اختياره اداء القيمة فاما اذا اختار اداء العين فلا معتبر بالقيمة ﴿قال﴾ وان كانا من أهل البادية وقد تزوجها على بيت فلها بيت من شعر من بيوت أهل البادية وان تزوجها على خادم فلها خادم وسط مما يعرف هناك لان المعتبر في التسمية العرف ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقاً ينصرف الى نقد البلد للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف أيضاً والمتعارف من تسمية البيت مطلقا فيما بين أهل البادية البيت من الشعر وفيما بين أهل الامصار متاع البيت فصرفنا التسمية الى ذلك فى كل موضع ﴿قال﴾ وان تزوجها على شئ بعينه ولم تره فليس لها فى ذلك خيار الرؤية لان عدم الرؤية

لما لم يمنع ثبوت صفة اللزوم فيما هو المقصود بهذا العقد وهى المنكوحة فكذلك فى عوضه وكان المعنى فيه ان الفائدة فى اثبات خيار الرؤية أن يتمكن به من إعادة العوض الذى خرج منه اليه وهذا فى البيع يحصل لانه ينفسخ بالرد وفى النكاح لايحصل لانه لاينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولكن تجب القيمة والقيمة غير مرئية كالعين فعرفنا أنه لا يستدرك بالرد فائدة وكذلك لاترد الصداق بالعيب الا أن يكون فاحشا عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى كل عيب يرد به فى البيع يرد به فى الصداق وهو بناء على أصل بيننا وبينه ان عنده بالرد بالعيب تبطل التسمية فيجب مهر المثل وعندنا لاتبطل التسمية ولكن تجب قيمة المسمى فان كان العيب يسيراً لاتستدرك بالرد فائدة اذلا فرق بين عين الشئ وبه عيب يسير وبين قيمته واذا كان العيب فاحشاً فتستدرك بالرد فائدة لانها ترجع بقيمته صحيحاً وهذا هو حد الفرق بين اليسير والفاحش ان كل عيب ينقص من المالية مقدار مالا يدخل تحت تقويم المقومين فى الاسواق فهو عيب فاحش واذا كان ينقص بقدر مايدخل بين تقويم المقومين فهو عيب يسير وحجته لاثبات أصله ان الصداق مال مملوك بعقد معاوضة وهو مما ينفصل عن أصل العقد فتبطل التسمية بالرد كالبيع ولكن بطلان التسمية فى النكاح لايبطل النكاح كانعدام التسمية فى الابتداء ولكنا نقول السبب الموجب للمسمى هو العقد فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم العين كما التزم فتجب قيمته كالمغصوب اذا أبق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق قبل التسليم عندنا لاتبطل التسمية ولكن يجب على الزوج مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وعند الشافعى رحمه الله تعالى تبطل التسمية كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض فيكون لها مهر مثلها وبعض أصحابه يقول لاتبطل التسمية بالهلاك عندنا ولكن تجب قيمة المسمى لتعذر تسليم العين فأما الرد بالعيب لايكون الا لرفع تلك التسمية فتبطل به التسمية وعلى هذا لو استحق المسمى بعينه لاتبطل التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا وبالاستحقاق لاتنعدم المالية ولكن يتعذر التسليم فيكون بمنزلة الهلاك فى انه يجب قيمته على الزوج ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج أجر الصداق فالاجر له لان الصداق فى يده مضمون بنفسه كالمغصوب والغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له ولكن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث فكذلك الزوج وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه

الله تعالى الاجر لها بناء على أصله ان المنافع عنده مال والاجر بدل ماهو مال لها فيكون بمنزلة العقر وأرش الطرف وعندنا المنافع ليست بمال متقوم وانما تتقوم بالعقد والعاقد هو الزوج فكان الاجر له لانه بعقده صير ماليس بمتقوم من ملك الغير متقوما فهو كمن صنع كوزاً من تراب غيره وباعه يكون الثمن له ﴿ قال ﴾ فان ولدت أو اكتسبت مالا قبل التسليم فذلك كله للمرأة معها والحاصل أن الزيادة فى الصداق قبل القبض نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة كالسمن في الجارية وانجلاء البياض عن العين والزيادة المنفصلة اما متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وإما غير متولدة من العين كالكسب والغلة وذلك كله يسلم للمرأة اذا دخل بها الزوج أو مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة وأما اذا طلقها قبل الدخول بها فالزيادة المتولدة منفصلة كانت أومتصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانها فى حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجودة وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شئ من الثمن عند القبض فاما الكسب والغلة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل يسلم الكل لها في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تتنصف مع الاصل وكذلك لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى يبطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذلك المبيع قبل القبض اذا اكتسب كسبا ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يسلم الكسب للمشترى وعندهما هو للبائع وحجتهما فى ذلك ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون قياس الولد فكما لا يسلم ذلك لها بعد مابطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل بحكم انفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الأصل متولدة كانت أو غير متولدة فبعد ماانفسخ سبب الملك لها في الاصل لا يبقى سبباً لملك الزيادة لها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول السبب الذى به ملكت الكسب لم ينفسخ فيبقى ملك الكسب لها كما قبل الطلاق وبيان ذلك أن سبب ملك الكسب إما قبول العبد الهبة أو اجارته نفسه او اكتسابه من حيث الاحتطاب والاحتشاش وشئ من هذه الاسباب لاينفسخ بالطلاق وتأثيره أن الاكتساب يوجب الملك للمكتسب ولكن اذا لم يكن

المكتسب من أهل الملك فمن يخلفه وهو مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب ثم ببطلان ملكه فى الاصل بعد ذلك لا يتبين أنه لم يخلفه فى الملك بذلك السبب وليس الكسب بمنزلة الزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الأصل يسرى اليه ملك الأصل الا ان يكون مملوكا بسبب حادث ألا ترى ان ولد المكاتبة يكون مكاتباً وكسبها لا يكون مكاتباً وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعاً يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسب المبيع لايكون مبيعا فلا يقابله شئ من الثمن وان قبض مع الأصل فظهر الفرق بينهما وكذلك لو قبضت المرأة الأصل مع لزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها يتنصف الأصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة حادثة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت الزيادة فى يدها ثم طلقها قبل الدخول فان كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالماً لها وان لزمها رد الاصل أو بعضه كالمبيع اذا اكتسب فى يد المشترى ثم رد الاصل بالعيب يبقى الكسب سالماً له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق فى ضمانها فمنفعته تسلم لها والكسب بدل المنفعة فاما اذا كانت الزيادة متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار يمنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها ولكن للزوج عليها نصف قيمة الاصل أوجميع قيمته يوم دفع اليها وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يتنصف الاصل مع الزيادة بالطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لايتأكد ملكها مالم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق أو الكل اذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسرى ذلك الحق الى الزيادة بمنزلة المشتراة شراء فاسداً اذا قبضها المشترى وازدادت زيادة منفصلة فان البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال فى الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الاصل وعند ردتها يسترد منها الاصل مع الزيادة لان الردة تفسخ السبب مع الاصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد بسبب فساد البيع وهناك حكم الرد يثبت فى الاصل والزيادة فاما الطلاق حل العقد وليس بفسخ له من الاصل فلا يثبت حق الزوج فى الزيادة التى لم تكن فى ملكه ولا في يده ويتعذر

تنصف الزيادة يتعذر تنصف الاصل ووجه ظاهر الرواية انها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها بالقبض فالزيادة حدثت على ملك تام لها وحكم التنصف عند الطلاق انما يثبت فى المفروض فى العقد والزيادة ما كانت مسماة في العقد لاحقيقة ولا حكما اذا لم يرد عليها القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصفها وهى جزء من العين فيتعذر تنصفها بتعذر تنصف العين كالزيادة المنفصلة فى المبيع تمنع رد الاصل بالعيب اذا كان حادثا بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة فى الموهوب فانه لايمنع الواهب من الرجوع فى الاصل لان الهبة عقد تبرع فاذا رجع في الاصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز ان تسلم الزيادة له أيضاً بغير عوض فاما البيع والنكاح معاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا حكم الرد فى الاصل بقيت الزيادة سالمة بغير عوض وهو جزء من الاصل فلا يجوز أن يسلم الملك بغير عوض بعد رفع عقد المعاوضة بينهما فاذا تعذر تنصيف الاصل وجب عليها نصف القيمة للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر السبب الموجب له وانما دخل الصداق في ضمانها بالقبض فلهذا كان المعتبر القيمة وقت القبض فأما اذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتنصف الاصل بزيادته وحجتهما في ذلك أن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها فى عقود المعاوضات كما فى البيع لو اشترى جارية بعبد وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشترى بعيب يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لان الزيادة المتصلة بمنزلة زيادة الشعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك فى الصداق وهذا بخلاف الموهوبة فان الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لان الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق فى العين حتي تسرى الى الزيادة واذا تعذر الرجوع فى الزيادة تعذر فى الاصل لان الاصل لا ينفصل عن الزيادة فأما قبضها الصداق قبض ضمان وثبوت الضمان لحق الزوج فبه يتبين بقاء حق الزوج في الاصل فيسرى الى الزيادة كما في البيع وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها

فيكون سالماً لها بكل حال كالزيادة المنفصلة واذا تعذر تنصف الزيادة تعذر تنصف الاصل لما قال محمد رحمه الله تعالى والدليل عليه أن الصداق فى حكم الصلة من وجه لانها تملكه لا عوضاً عن مال يستحق عليها والزيادة المتصلة فى الصلات تمنع رد الاصل كالموهوب وتأثير الزيادة المتصلة في الصلات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الاصل فالمتصلة أولى فأما البيع فالصحيح أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الاصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة المنفصلة ولو كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها الزوج قبل الدخول يتنصف الاصل مع الزيادة لان بالطلاق صار رد نصف الاصل مستحقاً عليها فيسرى ذلك الى الزيادة كالمشترى شراء فاسداً يرد بزيادته المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق فأما حكم النقصان فان تعيب الصداق فى يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة لان العيب اليسير لو كان موجوداً وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه فكذا اذا حدث بعد العقد قبل القبض وعن زفر رحمه الله تعالى انه يثبت لها الخيار أيضا لانه تغير عليها شرط العقد فانها استحقت الصداق بصفة السلامة وبالتعيب قد تغيرولكن هذا ينبني على قوله في العيب الموجود وقت العقد ان يثبت لها الخيار أيضا اذ لافرق بينهما فاما اذا حدث بالصداق عيب فاحش فى يد الزوج فهو على خمسة أوجه (أحدها) ان يكون العيب بآفة سماوية فيثبت لها الخيار ان شاءت رجعت بقيمة الصداق يوم تزوجها على الزوج وان شاءت أخذت المعيب ولا شئ لها من ضمان النقصان لان الزوج عجز عن تسليم الصداق سليما كما أوجبه العقد فيثبت لها الخيار واذا أرادت رجعت بالقيمة لانه تعذر تسليم العين مع بقاء السبب الموجب له فان اختارت الأخذ فلا شئ لها من ضمان النقصان على الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد والاوصاف لاتكون مضمونة بالعقد وعن زفر رحمه الله تعالى ان لها ان تضمن الزوج النقصان لان الصداق مضمون في يد الزوج بنفسه كالمغصوب اذا تعيب فى يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين ولكنا نقول المغصوب مضمون بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض (والثانى) ان يكون التعيب بفعل

الزوج فيكون لها الخيار للتغير وان اختارت الأخذ ضمنت الزوج النقصان وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ليس لها حق تضمين النقصان لانه مضمون على الزوج بالعقد فكان بمنزلة المبيع والبائع اذا عيب المبيع قبل القبض لا يلزمه ضمان النقصان للمشترى فهذا مثله ووجه ظاهر الرواية ان الزوج أتلف جزء من الصداق ولو اتلف الكل ضمن قيمة الكل فكذلك اذا أتلف جزء منه وبه فارق البيع فان البائع هناك لو أتلف الكل لم يضمنه فكذا اذا أتلف الجزء ثم المعنى فيه ان المبيع مضمون بالثمن وفيما هو مضمون به فصلنا بين العيب بفعل البائع وبآفة سماوية حتى أنه اذا تعيب بفعل البائع سقطت حصته من الثمن عن المشترى بخلاف ما اذا تعيب بآفة سماوية فهنا أيضاً يفصل بينهما فيما اذا كان الصداق مضمونا به وهو القيمة وهذا لان الاتلاف من الزوج يتحقق في الاوصاف كما يتحقق في الاصل بخلاف ما اذا تعيب بغير فعله فان الضمان هناك بالعقد والعقد لا يتناول الاوصاف مقصوداً (الثالث) ان يكون التعيب بفعل الصداق بنفسه ففى ظاهر الرواية هذا كالعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان هذا بمنزلة تعييب الزوج لانه مضمون عليه وفعل المضمون كفعل الضامن فى استحقاق موجبه عليه كما في المغصوب (الرابع) ان حصل التعيب بفعل الاجنبى يجب عليه ضمان النقصان ويكون ضمان النقصان بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير فاذا اختارت الاخذ رجعت على الجانى بضمان النقصان وان اختارت تضمين الزوج القيمة رجع الزوج على الجاني بضمان النقصان ولو أرادت أن تأخذ العين وتضمن الزوج النقصان لم يكن لها ذلك لانعدام الصنع من الزوج فى التعيب (الخامس) ان يكون التعيب بفعل المرأة فتصير به قابضة للصداق لانها أتلفت جزء منه فتكون قابضة لذلك الجزء بالاتلاف ولما وراء ذلك بالتخلي ولا خيار لها في ذلك والذى بينا في هذه الفصول فيما اذا دخل بها الزوج أو مات عنها فأما اذا لم يدخل بها فهى في حق النصف اذا طلقها قبل الدخول كما فى الكل اذا طلقها بعد الدخول فأما اذا تعيب فى يد المرأة بعد ما قبضت الصداق فهو على خمسة أوجه أيضاً أما اذا تعيب بآفة سماوية ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها فهو بالخيار ان شاء ضمنها نصف قيمته يوم قبضت لتعذر رد النصف كما قبضت وان شاء أخذ النصف ناقصا وليس عليها من ضمان النقصان شئ لان الصداق كان مملوكا لها ملكا تاما فتعيبه فى يدها

لايلزمها شيئاً من ضمان النقصان وكذلك لو كان التعيب بفعل الصداق بنفسه فهو كالتعيب بآفة سماوية لان فعله بنفسه هدر وكذلك لو كان التعيب بفعل المرأة لان فعلها صادف ملكا صحيحاً لها فلايكون موجباً ضمان النقصان عليها بخلاف فعل الزوج قبل القبض فانه صادف ملكها فيصلح أن يكون موجباً للضمان عليه فأما اذا كان التعيب في يدها بفعل أجنبي فان الاجنبي ضامن للنقصان وذلك بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة لانه بدل جزء من عينها فيمنع تنصف الاصل بالطلاق وانما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان كان التعيب بفعل الزوج لان الزوج بمنزلة الاجنبي في جنايته على الصداق بعد التسليم اليها فكان فعله كفعل أجنبي آخر في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصف الصداق بالطلاق وان كان التعيب في يدها بعد الطلاق كان للزوج أن يأخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة بمنزلة المقبوض بحكم شراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان اذا تعيب بآفة سماوية أو بفعله بنفسه أو بفعلها لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان التعيب بفعل الاجنبي فالارش بمنزلة الزيادة المنفصلة وقد بينا حكمه ووقع في المختصر ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء وهو غلط بل الصحيح من الجواب في كل فصل ما ذكرنا ﴿قال﴾ وان كان المهر جارية فلم تقبضها المرأة حتى وطئها الزوج فولدت فادعى ولدها لم يصدق على ذلك لانها مملوكة للمرأة والاستيلاد في ملكها غير صحيح الا ان الحد سقط عن الزوج لان الصداق مضمون عليه بالعقد بمنزلة المبيع في يد البائع فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد واذا سقط الحد لزمه العقر فكان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدل عن ذلك فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فتكون الجارية بينهما ولا تصير ام ولد للزوج لان حق أمومية الولد يثبت لها باعتبار ثبوت نسب الولد ونسب الولد غير ثابت هنا فكذلك لا يثبت لها حق أمومية الولد ولكن نصف الولد يعتق على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه باعتبار الجزئية ويسعى للمرأة في نصف القيمة لان نصيبها احتبس عند الولد ولا يصير الزوج ضامنا لانه ماصنع في الولد شيئا انما صنعه في الطلاق وذلك ليس بمباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما

الملك ولكنها ترجع عليه بنصف العقر لان العقر تنصف بينهما فان قتلت الخادم أو ماتت عند المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله ما لاقى ملك الزوج فانه حين قتلها كانت الخادم ملكا للمرأة فلهذا لم يكن للزوج أن يضمن القاتل شيئاً ﴿قال﴾ وان كانت ازدادت في يدها زيادة متصلة فهلكت ثم طلقها قبل الدخول فانه يرجع عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضت وكذلك ان استهلكت لانها اتلفت ملك نفسها فلا يلزمها بالاتلاف شئ ولكنها بالقبض تصير ضامنة للزوج نصف قيمتها حين قبضت ﴿قال﴾ ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فهلكت في يدها ثم طلقها قبل أن يدخل بها تنصف الاصل لان المانع من تنصيف الاصل هو الزيادة فحين مات ولم يخلف بدلا صار كان لم يكن فيتنصف الاصل الا أنه ان كانت الزيادة ولداً وقد نقصتها الولادة ثبت للزوج الخيار للنقصان الحادث في يدها في الصداق وان لم يتمكن نقصان بسبب الولادة فلا خيار له الا أن تكون المرأة هي التي استهلكت الولد فحينئذ يكون له الخيار بمنزلة الجارية المبيعة اذا ولدت فأتلف المشتري ولدها ثم أراد رد الاصل بالعيب ولو كانت الولادة في يد الزوج فهلك الولد لم يضمن الزوج شيئاً لان الولد حدث بغير صنعه وهلك بغير صنعه بمنزلة ولد المغصوبة ولكن أن تمكن نقصان بسبب الولادة يثبت لها الخيار لاجل النقصان وان كان الزوج هو الذي أتلف الاصل والزيادة ضمن قيمتها للمرأة لان الزيادة امانة في يده فيضمنها بالاتلاف كالمغصوبة وان طلقها قبل الدخول ضمن لها نصف الاصل والزيادة ﴿قال﴾ وان كانت الجارية قائمة عند الزوج فاعتقها الزوج لم يجز عتقه لانه أعتق مالا يملك وكذلك لو طلقها قبل الدخول لم ينفذ ذلك العتق لانه سبق ملكه ولو كانت المرأة هي التي أعتقتها نفذ عتقها في الكل لمصادفته ملكها ثم اذا طلقها الزوج ضمنها نصف قيمتها يوم أعتقتها لانها بالاعتاق تصير قابضة متلفة ﴿قال﴾ وان كانت المرأة قبضت الصداق وهو جارية ثم طلقها قبل ان يدخل بها ثم أعتقها الزوج لم ينفذ عتقه في شئ منها وعند زفر رحمه الله تعالى ينفذ عتقه في نصفها لان من أصله ان حكم التنصيف يثبت بنفس الطلاق ويعود نصفها الى ملك الزوج كما لو كان قبل القبض فينفذ عتقه في نصيبه ولكنا نقول سبب ملكها في النصف يفسد بالطلاق حتى يستحق عليها رد النصف ولكن لا يبطل ملكها في شيء الا بالرد بقضاء أو رضاء

لان فساد السبب فى الابتداء لايمنع ثبوت الملك بالقبض فلأن لايمنع بقاء الملك أولى فاذا لم يعد شئ من العين الى الزوج لاينفذ عتقه ﴿ قال ﴾ ولو قضى القاضى له بنصفها بعد ذلك لاينفذ ذلك العتق السابق لانه سبق ملكه بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وقد قبضها المشترى وأعتقها البائع ثم ردت عليه لم ينفذ العتق وان كان أعتقها بعد ماقضى له القاضى بنصفها أو ردت المرأة عليه النصف بالتراضى نفذ عتقه فيكون حكمه كحكم جارية بين رجلين أعتقها أحدهما ولو كانت هى التى أعتقت الجارية بعد الطلاق نفذ عتقها فى الكل وكذلك إن باعت أو وهبت لان الملك فى الكل باق لها قبل قضاء القاضى واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد تقرر السبب الموجب له فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بالشبهة حتي غرم الواطئ عقرها فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل وكحكم الارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفي بالوطء فى حكم العين دون المنفعة ﴿ قال ﴾ ولا شفعة فى الدار التى تتزوج عليها المرأة وهو مذهب الشافعى رحمه الله تعالى أيضاً لان الشفعة فى الدار لو وجبت انما تجب للجار وهو لا يوجب الشفعة للجار أصلا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى تجب الشفعة ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على شقص من دار لم تجب فيه الشفعة عندنا وعند ابن أبى ليلى والشافعي رحمهما الله تعالى تجب لان النصف ملك بعقد معاوضة فكان كالمملوك بالشراء فتجب فيه الشفعة بقيمة العوض والعوض هو البضع وقيمته مهر المثل وهو كمن اشترى داراً بعبد يأخذها الشفيع بقيمة العبد وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال بمطلق والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة وهذا لان الشفيع انما تملك بمثل السبب الذي به تملك المشترى فان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى أثبات حق الاخذ له بذلك السبب لافي إنشاء سبب آخر ولهذا لا تجب الشفعة فى الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به المتملك فكذلك هنا المرأة انما ملكت الدار بالنكاح صداقا فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر بخلاف ما اذا اشتراها بعبد فان الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لان الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم لم يجب للشفيع الشفعة فى شئ من الدار فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقسم الدار على الالف

وعلى مهر مثلها فما يخص الالف تجب الشفعة فيه للشفيع لان العقد فيما يخص الالف شراء وفيما يخص البضع نكاح . ألا ترى أنه يثبت فيه حكم الشراء من الرد بالعيب اليسير والفاحش وغيره من أحكام البيع وكذلك حكم الصرف يثبت فيه لو تزوجها على مائة دينار على أن ترد عليه ألف درهم يجب التقابض فى حصة الصرف ويجوز أن تستحق الشفعة فى بعض ماتتناوله الصفقة دون البعض كما لو اشترى داراً وعبداً صفقة واحدة فانه تجب الشفعة فى الدار دون العبد ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان البيع هنا تبع للنكاح لان البيع لم يكن مقصوداً بهذه الصفقة وانما كان المقصود النكاح . ألا ترى أنه تتوقف حصة البيع على قبول المرأة اذا حصل العقد من فضولى والشراء مقصودا لايتوقف وكذلك ينعقد بلفظة الرد ولايحتاج فيه الى القبول حتى اذا قال زوجيني نفسك على هذه الدار على أن تردى على ألفا فقالت فعلت يتم بدون قبول الزوج وانها لو قبلت حصة النكاح دون البيع صح ولو قبلت حصة البيع دون النكاح لم يصح واذا ثبت أن الشراء تبع للنكاح فنقول اذا لم تجب الشفعة باعتبار الأصل لاتجب باعتبار التبع كالعرصة الموقوفة اذا كان عليها بناء لم تجب الشفعة فى ذلك البناء وهذا لان المقصود بالاخذ بالشفعة دفع ضرر الجار الحادث ولا يحصل هذا المقصود اذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت باعتبار البيع لان العيب فى الاصل فوات وصف هو تبع وكذلك حكم الصرف يثبت فيما هو تبع كالصفائح من الذهب فى الدار المشتراة بالفضة يثبت فيها حكم الصرف ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة على كذا من الابل أو البقر أو الغنم فلها العدد المسمى من الوسط من ذلك الجنس وان أتى بقيمة ذلك أجبرت على القبول بمنزلة مالو تزوجها على عبد وقد بيناه ﴿قال﴾ والاثواب الهروية وغيرها من أجناس الثياب كذلك وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يتزوجها على ثوب هروى بعينه فلها ذلك الثوب ان كان هروياً وان لم يكن هرويا وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لها قيمة ثوب هروى وسط وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها الخيار ان شاءت أخذت الثوب بعينه وان شاءت طالبت الزوج بقيمة ثوب هروي وسط لان العقد أضيف الى عين ذلك الثوب ولكنها وجدته على خلاف شرطها فلها الخيار كما لو وجدته معيباً ولكنا نقول المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى دون المشار اليه وهو أصل معروف نقرره فى موضعه ان شاء الله

تعالى ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه ولم يبين الصفة فان أتاها بالثوب أجبرت على القبول وان أتاها بالقيمة أجبرت أيضاً بمنزلة العبد المطلق لان الثوب الذي هو غير موصوف لاتثبت عينه فى الذمة ثبوتا صحيحا وانما صحت هذه التسمية باعتبار المالية والثوب فى ذلك وقيمته سواء وان بين صفة هذا الثوب فعلى قول زفر رحمه الله تعالى تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان ذكر الاجل مع ذلك لم تجبر على قبول القيمة وان لم يذكر الاجل أجبرت عليه لان الثياب لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً الا مؤجلا الا ترى انه لايجوز استقراضها ويجوز السلم فيها لان القرض لايكون الا حالاً والسلم لايكون الا مؤجلا فعند ذكر الاجل يثبت الثوب ديناً ثبوتا صحيحاً فلا تجبر على قبول القيمة وعند عدم ذكر الاجل لايثبت ثبوتا صحيحاً وزفر رحمه الله تعالى يقول الثوب يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لان بالمبالغة فى ذكر وصفه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب ديناً فى الذمة فيستوى فى هذا ان ذكر الاجل أو لم يذكر ولكنا نقول لو باع عبداً بثياب موصوفة فى الذمة لايجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لاتثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا ﴿ قال ﴾ فان تزوجها على مكيل أو موزون فان سمى جنسه وصفته ومقداره لم تجبر على قبول القيمة اذا أتاها بها لان المكيل والموزون يثبت فى الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا حالاً كان أو مؤجلا بدليل جواز استقراضها والسلم فيها فان لم يذكر الصفة ففى ظاهر الرواية اذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لانها بتسمية الجنس بدون الصفة لاتثبت فى الذمة ثبوتا صحيحاً وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها لاتجبر على قبول القيمة لان التسمية متى صحت بذكر الجنس تعين الوسط من ذلك الجنس كما فى العبد والثوب الهروى فما تعين من الوصف شرعا يكون كالمذكور نصافلا تجبر على قبول القيمة ﴿ قال ﴾ فان تزوجها على دراهم أوشئ من العروض لاتبلغ قيمته عشرة دراهم فانه يكمل لها عشرة دراهم عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لها ما سمى والاصل عنده أن كل ما يصلح ثمناً فى البيع يصلح صداقا فى النكاح وعندنا أدنى المهر عشرة دراهم من الفضة أو مما تكون الفضة فيه غالبة على الغش واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المهر جائز قليله وكثيره وفى رواية المهر ما تراضى عليه الاهلون وفى رواية من استحل بدرهم فقد استحل وروي أن امرأة

عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ير فيها رغبة فقال مالى حاجة الى النساء فقالت زوجنى ممن شئت فقام رجل فقال زوجها منى فقال ماذا تصدقها فقال ازارى هذه فقال اذاً قعدت ولا ازار لك التمس ولو بفلس التمس ولو خاتما من حديد فقال لا أجد فقال هل تحسن شيئاً من القرآن فقال نعم سورة كذا فقال زوجتكها بما عندك من القرآن فهذه الآثار تدل على أن المهر لا يتقدر بشئ وكذلك فى الكتاب الشرط هو المال المطلق قال الله تعالى ان تبتغوا بأموالكم فتقييد ذلك المال بالعشرة يكون زيادة على النص وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاقطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفى الكتاب قال بلغنا ذلك عن على وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين والمعنى فيه أنه بدل فى عقد لم يجعل ايجاب أصله الى المتعاقدين فيكون مقدراً شرعا كالدية وبيان ذلك أن النكاح لا ينعقد صحيحاً الا موجباً للعوض اما في الحال أو فى الثانى على ما بينا وانما كان اشتراط العوض فيه شرعا لاظهار خطر البضع ولا يحصل هذا المقصود بأصل المالية فاسم المال يتناول الخطير والحقير وانما يحصل اظهار الخطر بمال مقدر واليه أشار الله تعالى في قوله قدعلمنا ما فرضنا عليهم فى أزاجهم والبضع من وجه فى حكم النفوس حتى لا يسقط حكم الفعل فيه بالبدل ولان الوطء سبب لاعلاق النفس واذا كان بغير ملك يضيع لانعدام من ينفق عليه فكان الخطر هنا فى معنى الخطر فى النفوس والمال الذي هو بدل عن النفوس مقدر شرعا وهو الدية وهذا لان كل مال أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة وغيرها فكذا الصداق مما أوجبه الشرع فيكون مقدراً شرعا واليه أشار الله تعالى في قوله قد علمنا ما فرضنا عليهم الآية معناه ما قدرنا فان الفرض عبارة عن التقدير وعلى هذا نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لايستباح بالبدل فكذلك الصداق وتأويل الآثار المروية فيما يعجله لها باليد ألا ترى أنه أمر ذلك الرجل بالالتماس والصداق يمكن اثباته فى الذمة فعرفنا أن المراد ما يعجله لها باليد وذلك غير مقدر شرعا عندنا واذا ثبت هذا فنقول اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها عشرة دراهم استحسانا في قول علمائنا الثلاثة ان دخل بها أو مات

عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها خمسة وفى القياس لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول زفر رحمه الله تعالى وجه القياس انه سمى مالا يصلح أن يكون صداقا لها شرعا فيكون بمنزلة مالو سمى لها خمراً أوخنزيراً وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن العشرة في كونها صداقا لاتتجزى وذكر بعض مالا يتجزى كذكر كله كما لو تزوج نصفها صح النكاح في الكل جميعا (والثانى) أن الامهار الى تمام العشرة حق الشرع وما زاد على ذلك حقها فاذا رضيت بالخمسة فقد أسقطت ماهو حقها وبعض ماهو حق الشرع فيعمل اسقاطها فما هو حقها وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل فى حق الشرع وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وانما تعتبر قيمة الثوب يوم تزوجها عليه وكذلك ان سمى لها مكيلاً أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد ٠ وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفى المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لايثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا يعتبر قيمته وقت القبض ﴿قال﴾ واذا تزوجها على غيرمهر مسمى ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء الى قوله ومتعوهن وأدنى المتعة درع وخمار وملحفة هكذا روى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما أن المتعة ثلاثة أثواب لان المرأة تصلى في ثلاثة أثواب وتخرج في ثلاثة أثواب عادة فيكون ذلك متعة لها تذكرة من الزوج اذا فارقها قبل أن يدخل بها وعند الشافعى رحمه الله تعالى المتعة شيء نفيس من ثوب أو خادم أو فرس أو نحو ذلك الا أن يكون مهر مثلها أقل من قيمة المتعة فحينئذ يكون لها نصف مهر مثلها لاينقص من خمسة دراهم عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها المتعة ولا معتبر بمهر المثل لانه سقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك ولكنا نقول النكاح الذى فيه تسمية فى حكم الصداق أقوى ممالا تسمية فيه فاذا كان فى العقد الذي فيه التسمية لايجب لها بالطلاق أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذلك في النكاح الذى لاتسمية فيه وقد كان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فلا تزاد المتعة على نصف مهر المثل وان كانا سواء فالواجب هو المتعة لانها فريضة فى كتاب الله تعالى فعند المساواة تترجح المتعة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مافى بطن جاريته أو على مافي

بطن أغنامه لم تصح التسمية لان شرط صحة التسمية كون المسمى مالا ومافى البطن ليس بمال متقوم وهذا بخلاف الخلع فانه لو خالعها على ما فى بطن جاريتها صحت التسمية لان مافى البطن بعرض أن يصير مالا بالانفصال واحد العوضين فى الخلع يحتمل الاضافة وهو الطلاق فالعوض الآخر كذلك يحتمل الاضافة فاذا سمي مافى البطن فكأنه اضاف التسمية الى مابعد الانفصال وفى النكاح أحد العوضين لايحتمل الاضافة فالعوض الآخر كذلك والمسمى فى الحال ليس بمال فكان لها مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ماتحمل نخله أو تخرج أرضه العام أو على ما يكتسب غلامه لان المسمى معدوم وتأثير العدم أبلغ من تأثير الجهالة فاذا كان لايصح تسمية مجهول الجنس كالثوب والدابة فتسمية المعدوم أولى ان لاتصح

﴿قال﴾ ولو تزوجها على عبد بعينه فوجدته حراً فلها مهر مثلها فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وفى قوله الآخر قيمة ذلك الشخص أن لو كان عبداً وكذلك لو تزوجها على هذه الشاة المذبوحة فاذا هي ميتة أو تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها مثل ذلك الدن من خل وسط أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول سمى لها فى العقد مالا وهو العبد والذكية والخل فصحت التسمية ثم تعذر تسليم المسمى بما ظهر فتجب القيمة فيما ليس من ذوات الامثال والمثل فيما هو من ذوات الامثال كما لو تعذر تسليم المسمى بالهلاك فى يد الزوج وهذا لانه حين ظهر حراً فقد استحق نفسه فيجعل كاستحقاق الغير اياه ولو تزوجها على عبد فاستحق كان لها قيمته فكذلك اذا استحق نفسه بالحرية وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الأصل ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار اليه وان كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى الا ترى انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان البيع باطلا لان المشار اليه من غير جنس المسمى فيتعلق العقد بالمسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فاذا هو ياقوت أصفر جاز البيع لان المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه لان الاشارة أبلغ فى التعريف لانها تقطع الشركة من كل وجه اذا عرفنا هذا فنقول الحر والعبد جنس واحد فان الآدمي باعتبار الأصل حر ثم يعترض الرق فيه والاعتاق اتلاف لذلك الرق العارض

فلا يوجب تبديل الجنس واختلاف الجنس اماباختلاف الاصل أو الهيئة أو المقصود وذلك لايوجد بين الاحرار والعبيد فاذا اتحد الجنس تعلق العقد بالمشار اليه وهو الحر دون المسمي والمشار اليه ليس بمال فلا يصح تسميته بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم وان كان لايقدر على تسليمه وعلى هذه الذكية والميتة فان الجنس واحد فيتعلق العقد بالمشار اليه فاما محمد رحمه الله تعالى فى الخمر والخل قال هما جنسان مختلفان لان المقصود منهما يختلف وكذلك الخل قط لايصير في مثل حال الخمر والخمر اسم لعين حرام والخل اسم لمطعوم حلال فكانا جنسين فيتعلق العقد بالمسمى والمسمي هو الخل فلهذا كان لها مثل ذلك الدن من الخل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الخل والخمر جنس واحد فان الاصل واحد والهيئة واحدة وهذه أوصاف تعترض على العين فلا توجب تبديل الجنس كالصغر والكبر فى الآدمى فان الحلاوة فى العصير بمنزلة الحلاوة التي تكون فى الصغر ثم الشدة فى الخمر بمنزلة الحدة والقوةالتي تكون فى الشباب ثم الحموضة في الخل بمنزلة حال الشيخوخة فكما ان بتبدل الاحوال لايختلف جنس الآدمى فكذلك بتبدل الاحوال فى العصيرفاذا كان الجنس واحدا تعلق العقد بالمشار اليه والمشار اليه ليس بمال فلهذا كان لها مثلها ﴿قال﴾ فان تزوجها على أمة فولدت عنده ثم مات ولدها فليس على الزوج فى الولد ضمان لأنه لم يصنع فى الولد شيئاً ولا يكون حاله أعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيراً كما لو تعيبت فى يد الزوج بعيب يسير سوى نقصان الولادة وان كان النقصان فاحشا فلها الخيار ان شاءت أخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئاً من النقصان وان شاءت أخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوى وقد كان الولد جابراً لذلك النقصان فأما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام مايجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها فى العيب السماوى بهذه الصفة وان كان الزوج قتل الولد ضمن لها قيمته لانه كان أمانة فى يده فيضمنه بالاتلاف فان كان في قيمته وفاء نقصان الولادة لم يضمن نقصان الولادة لان قيمة الولد قائمة مقام الولد فيكون جابراً للنقصان وانلم يكن فيها وفاء فعليه تمام ذلك به أجاب في الكتاب وهو غلط فقد بين في الابتداء أن الزوج لايضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذلك لايضمن مازاد على قيمة الولد من قدر النقصان ولكنه اذا كان يسيراً فلا خيار لها وان كان فاحشاًفلها الخيار كما بينا ﴿قال﴾ واذا أخذت المرأة

رهنا بصداقها وقيمته مثل الصداق فهلك عندها فهو كما فيه لان دين الصداق يستوفي كسائر الديون والرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم الاستيفاء به عند هلاك الرهن قال صلي الله عليه وسلم الرهن بما فيه فصارت عند هلاك الرهن مستوفية لصداقها بمنزلة مالو استوفت حقيقة فان طلقها قبل أن يدخل بها ضمنها نصف الصداق كما لو كانت استوفت حقيقة وان كان هلاك الرهن بعد الطلاق فلا ضمان عليها في ذلك لأن بالطلاق قبل الدخول سقط نصف الصداق من غير عوض غرمه الزوج ولو سقط الكل بابرائها خرج الرهن من أن يكون مضمونا في الكل فكذلك اذا سقط النصف فانما يبقى ضمان الرهن بما بقي وعند هلاكه انما صارت مستوفية لما بقي فلهذا لا تغرم له شيئاً بخلاف الاول فان عند هلاك الرهن كان جميع الصداق واجباً هناك فصارت مستوفية للكل فلهذا لزمها رد النصف بعد الطلاق ﴿قال﴾ ولو لم يكن في النكاح تسمية ورهن عندها بمهر المثل رهنا صح الرهن لان مهر المثل كالمسمى في كونه ديناً واجب الاستيفاء فان هلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل صارت مستوفية وان طلقها قبل أن يدخل بها فعليها أن ترد ما زاد على قدر المتعة لان قدر المتعة هنا كنصف المسمي هناك فعليها أن ترد ما زاد على ذلك وان طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر وهو القياس وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لها أن تحبس الرهن بالمتعة لوجهين (أحدهما) أن المتعة بمنزلة جزء من أجزاء مهر المثل ألا ترى أن في النكاح الذي فيه التسمية ما يجب بعد الطلاق جزء مما كان فيه فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وهذا لان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجباً فعرفنا أن ما بقي بعض ما كان واجباً قبل الطلاق والرهن بالدين يكون محبوساً بكل جزء منه (والثاني) أن المتعة خلف عن مهر المثل لانه يجب عند سقوط مهر المثل بالسبب الذي كان يجب به مهر المثل وهو النكاح وهذا هو حد الاصل والخلف ثم الرهن بالشيء يكون محبوساً بما هو خلف عنه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوساً بقيمتها ووجه قوله الآخر ان المتعة دين حادث سوى مهر المثل والمحبوس بدين لا يكون محبوساً بدين اخر سواه والدليل على أنه من خلاف جنس مهر المثل فان المتعة ثياب ومهر المثل من النقود ولان مهر المثل قيمة بضعها والمتعة تذكرة لها ولا يلتقيان بحال فان مهر المثل يجب في حال قيام النكاح والمتعة تجب بعد

ارتفاع النكاح والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لايكون كفيلا بالمتعة فاذا ثبت انهما دينان مختلفان لم يكن الرهن بأحدهما محبوساً بالآخر فاذا هلك الرهن فى يدها قبل أن تمنعه لم يكن عليها ضمان ولكنها فى قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لاتصير مستوفية فلها أن تطالب الزوج بالمتعة وان منعت الرهن على الزوج بعد مطالبته حتى هلك ففي قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته لحق وفى قوله الآخر هي ضامنة للزوج قيمة المرهون لانها حبسته بغير حق فصارت غاصبة ضامنة ﴿قال﴾ فان تزوجها على غير مهر مسمي ثم فرض لها بعد العقد داراً فلا شفعة للشفيع فيها لان الفرض بعد العقد تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة وان كان سمى فى العقد مهرا ثم باعها داره به كان للشفيع فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر ولو طلقها قبل ان يدخل بها كانت الدار سالمة لها لان الشراء لايبطل بالطلاق ولكنها ترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أن يشترى لها هذه الدار ويعطيها اياها مهرا أو قال أتزوجك على هذه الدار على أن أشتريها فاسلمها اليك كان لها ان تأخذه بذلك لانه شرط لها ذلك والوفاء بالشرط واجب فان عجز عن ذلك فعليه قيمة الدار لها وان طلقها قبل الدخول فلها نصف القيمة لان التسمية صحيحة فان المسمى مال وان كان الزوج عاجزاً عن تسليمه وقت العقد لان القدرة على تسليم الصداق لا تشترط لصحة التسمية فان القدرة على التسليم فيما يقابل الصداق ليس بشرط لصحة العقد ولكن شرط صحة العقد فيه صفة الحل فكذا فى الصداق شرط صحة التسمية صفة المالية وقد وجد فاذا تحقق عجزه عن تسليم المسمى تلزمه قيمته وهذا بخلاف الكتابة فانه لو كاتب عبده على عبد الغير فانه لا يجوز على الرواية التى تجوز الكتابة على العين لان عقد الكتابة كالبيع من حيث أنه يحتمل الفسخ ولا يصح الا بتسمية البدل فكما أن العجز عن التسليم فى البيع يمنع صحة العقد فكذا فى الكتابة ﴿قال﴾ وان تزوجها على دار فاستحق نصفها خيرت في النصف الباقي لان التشقيص فى الاملاك المجتمعة عيب فاحش فان نصف الدار لا يشترى بنصف مايشترى به جميع الدار عادة وقد بينا أن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فهو عيب فاحش فان شاءت ردت النصف الباقى بالعيب ورجعت بجميع قيمة الدار وان شاءت أمسكت ورجعت بنصف قيمة الدار وان طلقها قبل الدخول

كان لها النصف الذى فى يدها لان حقها بعد الطلاق فى نصف الدار ونصف الدار سالم لها فلا ترجع بشئ آخر عليه ﴿قال﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ان دخل بها أو مات عنها الا على قول زفر رحمه الله تعالى أصله الزيادة في الثمن بعد العقد وهي مسئلة البيوع ودليلنا لجواز الزيادة هنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة معناه من فريضة بعد الفريضة ولو طلقها قبل الدخول بها بطلت الزيادة الا فى قول أبي يوسف الاول وقد بيناه ﴿قال﴾ واذا تزوجها على مهر فى السر وسمع فى العلانية بأ كثر منه يؤخذ بالعلانية وهذا على وجهين ان كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا فى العلانية بأ كثر منه فالمهر مهر العلانية لان تلك المواضعة ما كانت لازمة وجعل ماعقدا عليه فى العلانية بمنزلة الزيادة فى مهرها الا ان يكون أشهد عليها أو على وليها الذى زوجها منه ان المهر هو الذى فى السر والعلانية سمعة فحينئذ المهر ماسمى لها فى السر لانهما في الاشهاد أظهرا أن مرادهما الهزل بالزيادة على مهر السر والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب الا على قول ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى فانه يقول كما لا يعمل الهزل فى جانب المنكوحة فكذلك فى جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية فاما اذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا انهما يجدد ان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثانى بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا انهما قصدا الهزل بما سميا فيه وان لم يشهدا فى ذلك فالذى أشار اليه في الكتاب ان المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها فى المهر قالوا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الاول لان العقد الثانى لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلغو وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أصل العقد الثاني وان صار لغواً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبده وهو أ كبر سنا منه هذا ابني فانه لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان لغي صريح كلامه فى حكم النسب بقي معتبراً فى حق العتق ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على ان ردت عليه عبداً فهو جائز لانها بذلت شيئين بازاء الالف البضع والعبد فيقسم الالف على قيمة العبد ومهر مثلها فما أصاب العبد يكون شراء حتى اذا مات العبد قبل التسليم أو وجد الزوج به عيباً فرده بطل ذلك القدر وما أصاب مهر المثل فهو صداق لها حتى اذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف ذلك ﴿قال﴾ وان تزوجها على أبيها وقيمته ألف درهم على أن ردت عليه أمة

قيمتها الفان جاز ذلك وعتق الاب قبضته أو لم تقبضه لان الأب مقسوم على مهر مثلها وعلى قيمة الأمة فما يخص قيمة الأمة تكون مشترية له بالامة وما يخص مهر المثل يكون صداقا لها وكلا السببين يوجب الملك بنفسه فاذا ملكت الاب عتق عليها ثم اذا طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف مايخص مهر المثل من قيمة أبيها لانها صارت قابضة للاب بالعتق وحصة الصداق منه تتنصف بالطلاق وقد عجزت عن رده فعليها رد نصف قيمة ذلك ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم على أن ترد عليه ألف درهم فلها مهر مثلها بمنزلة مالولم يسم لها مهراً لان الالف المذكورة بمقابلة الالف المشروطة عليها فان الأموال الربوية متى قوبلت بجنسها يكون الجنس بمقابلة المثل لان المقابلة باعتبار المالية والمالية مع القدرة لا تتفاوت فاذا صارت الالف بمقابلة الالف بقي النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف على أن ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار وعلى مهر مثلها فما أصاب الدنانير يكون صرفا فيشترط فيه التقابض في المجلس وما يخص مهر المثل يكون صداقا فاذا طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف وهذا لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس المقابلة باعتبار القيمة لان الجودة لها قيمة فى هذه الحالة والدنانير في حكم المقابلة كالعروض ولو تفرقا قبل التقابض بطلت حصة الدنانير من الدراهم لوجود الافتراق قبل القبض في عقد الصرف وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف أقل من عشرة يكمل لها عشرة كما لو تزوجها على ذلك القدر ولو تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ردت عليه عبداً فنقول المرأة بذلت شيئين البضع والعبد والزوج بذل الالف وشرط الطلاق فى ضرتها فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمناً للعبد ونصف الالف صداق لها فاذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل نظر فان كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها الا ذلك وان كان مهر مثلها أكثر من ذلك فان وفي بالشرط بأن طلق امرأته فلانة فليس لها الا الخمسمائة وان أبى أن يطلق لم يجبر على ذلك لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة فلا يلزمه بالشرط شئ ولكن لها كمال مهر مثلها لان لها فى طلاق ضرتها منفعة فانما رضيت بدون مهر مثلها بشرط أن تسلم لها هذه المنفعة فاذا لم تسلم كان لها كمال مهر مثلها ﴿قال﴾ ولو كان تزوجها على ألف درهم

وعلى طلاق فلانة علي أن ردت عليه عبداً فهنا يقع الطلاق بنفس العقد بخلاف الاول لان هناك شرط أن يطلق فما لم يطلق لم يقع وهنا أوجب الطلاق بالعقد عوضاً والعوض يثبت بنفس العقد فلهذا يقع الطلاق هنا والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة بذلت شيئين البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فاذا كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق بمقابلة العبد ثمنا ونصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول بها كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلة الطلاق نصف العبد ونصف البضع فكان الطلاق بجعل فيكون بائنا وان لم يكن الجعل مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة وان استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بحصة خمسمائة حصة العبد لما قلنا وتنصف قيمة العبد أيضاً لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق الجعل أو هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم وعلى ان يطلق فلانة فأبى أن يطلقها فلها كمال مهر مثلها عندنا لانها انما رضيت بالالف باعتبار منفعة طلاق الضرة فاذا لم يسلم لها ذلك فلها كمال مهر مثلها كما لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى اليها هدية وعلى قول زفر رحمه الله تعالى ان شرط لها مع الالف ما هو مال كالهدية والكرامة فكذلك الجواب وان شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها الا الألف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذلك بمنع التسليم اذا شرط لها في العقد فأما الطلاق ونحوه لا يتقوم بالاتلاف فكذا لا يتقوم بمنع التسليم ولكنا نقول لا نوجب الزيادة باعتبار تقوم ما شرط لها ولكن لانعدام رضاها بالالف بدون المنفعة المشروطة ﴿قال﴾ ولو تزوجها على خمر أو خنزير وهما مسلمان كان لها مهر مثلها عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى النكاح فاسد لان تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر بالعقد على المسلم فكان باطلا كما لو باع عبداً بخمر ولكنا نقول هما شرطا قبول الخمر وهو شرط فاسد الا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وشرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا فاذا لم يكن بطلت التسمية فكأنه لم يسم لها عوضاً فلهذا كان لها مهر مثلها وهكذا نقول فى البيع أنه يصير كانه لم يسم ثمناً والبيع يفسد عند عدم تسمية الثمن ﴿قال﴾ ولو تزوجها على الف وعلى ارطال

معلومة من خمر فليس لها سوى الالف لان تسمية الخمر والسكوت عنها سواء كما قلنا وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الدن عشرة دراهم فلها الدن دون الخمر لان الدن متقوم فيصير كانه سمى لها الخمر مع العشرة وفي رواية أخرى أن لها مهر مثلها لان المقصود بهذه التسمية المظروف دون الظرف والمظروف ليس بمال ﴿قال﴾ ولو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو خل أو على هذا الحر فاذا هو عبد ففي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لها المشار اليه وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن لها مهر مثلها لانه صرح بتسمية ماليس بمال والاصح رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا فيما سبق ان عنده اذا كان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمشار اليه والمشار اليه مال متقوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على ألف درهم ان لم يكن له امرأة وعلى ألفي درهم ان كانت له امرأة أو على ألف درهم ان لم يخرجها من الكوفة وعلى ألفين أن أخرجها أو قدم شرط الالفين في الفصلين فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المذكور أولا صحيح في الوجهين والثاني فاسد حتى اذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المذكور أولا وان دخل بها فان وفى بالشرط فلها الالف وان لم يوف لها بالشرط فلها مهر مثلها لايجاوز بها ألفي درهم لانها رضيت بالالف باعتبار منفعة مشروطة فاذا لم تنل ذلك كان لها مهر مثلها ولكنها رضيت بالالفين بيقين فلهذا لايجاوز به ألفين وانما جوز الشرط الاول دون الثاني لان موجب العقد مع بقائه قد تم بذكر الشرط الاول واستقر بذلك فبذكر الشرط الثاني قصد تغير موجب العقد مع بقائه فلا يكون ذلك صحيحا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الشرطان جائزان على ما اشترطا وعند زفر رحمه الله تعالى الشرطان فاسدان فيكون لها مهر مثلها لاينقص عن الالف ولا يزاد عن الالفين وأصل المسئلة في كتاب الاجارات اذا دفع الى خياط ثوباً وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم وسنبينها ثمة مع نظائرها ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وان تزوجها على ألف وكرامتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول واشتراط الزيادة المجهولة انما كان معتبراً في حال قيام العقد لايجاب مهر المثل بقوله وقد سقط مهر المثل بالطلاق فكان لها نصف الالف كما لو لم يشترط تلك الزيادة أصلا ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم أو ألفين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحكم مهر المثل فان كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فلها الالف وان

كان ألفين أو أكثر فلها ألفان وان كان أكثر من ألف وأقل من ألفين فلها مهر مثلها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها الالف في الوجوه كلها وحجتهما ذلك أن تسمية المال في النكاح منفصل عن العقد بدليل أنه لا يتوقف العقد على ذكره فكان ذلك بمنزلة التزام المال من غير عقد فانما يجب القدر المتيقن به كمن أقر لانسان بألف أو ألفين ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه والتخيير بين الالف والالفين فيه لا يمنع صحة العقد فكان قياس الطلاق بمال والعتق بمال وهناك اذا سمى الالف أو الالفين يجب القدر المتيقن به ولا وجه الى الرجوع الى مهر المثل لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وبالتخيير لا تنعدم التسمية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول النكاح عقد يستحق فيه التسليم والتسلم فالتخيير فى المسمى فيه بين الاقل والاكثر يمنع صحة التسمية كالبيع بخلاف الطلاق والعتاق فانه لايحتاج فيه الى التسليم والتسلم الا أن فى البيع انعدام التسمية يمنع صحة البيع فكذا جهالة المسمى بخلاف النكاح وهذا لان هذه الجهالة كجهالة مهر المثل أو أقوى منها فانه متردد بين أجناس مختلفة تارة وبين المقادير المختلفة تارة ومثل هذه الجهالة يمنع صحة التسمية فاذا لم تصح التسمية يصار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل وبه فارق الطلاق والعتاق لانه لا موجب لذلك العقد فى الاصل حتى لا يجب شئ عند عدم ذكر البدل فلهذا أوجبنا الاقل وبخلاف الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فلو عينا الاقل لا يكون فيه بخس لحق المقر له وهنا الصداق عوض عما يستحق عليها وفى تعيين الاقل بخس لحقها والنظر واجب من الجانبين فحكمنا مهر المثل لهذا ﴿قال﴾ وكذا اذا تزوجها على هذا العبد الحبشي أو على هذا العبد الابيض فهو على ما بينا من تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي ووجوب الاوكس لها عندهما الا أن يعطي الزوج الافضل فحينئذ يجوز ذلك لانه تبرع عليها وهذا عندهما بمنزلة مالو قال على أن أعطيك أيهما شئت ولو صرح بهذا كان له أن يعطيها أيهما شاء ان شرط المشيئة لنفسه وكان لها أن تأخذ أيهما شاءت ان شرط المشيئة لها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول باشتراط الخيار لاحدهما تنعدم المنازعة بينهما ويستبد من له الخيار بالتعيين فلهذا صحت التسمية وعند عدم شرط الخيار تتحقق المنازعة وليس الرجوع الى قول أحدهما بأولى من الآخر فكانت التسمية فاسدة كما في البيع اذا باع أحد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل

واحد منهما ثمنا وشرط الخيار فيه لاحدهما جاز ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس وفي الفصل الاول لها نصف الألف لان الزيادة على ذلك كانت باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق فلهذا كان لها نصف الاول ﴿ قال ﴾ وان تزوجها على حكمه أو على حكمها أو على حكم رجل أجنبي فهذه التسمية فاسدة للجهالة وهذه الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا أنه أضاف الحكم الى نفسه فان حكم لها بمهر المثل أو أكثر جاز حكمه لانه يحكم بالزيادة على نفسه وله هذه الولاية وان حكم بأقل من مهر مثلها لم يجز بدون رضاها لانه حكم عليها باسقاط بعض حقها وليس له هذه الولاية عليها وان أضاف الحكم اليها فان حكمت بمهر المثل أو أقل فلها ذلك لانها تحكم على نفسها وان حكمت بأكثر من مهر مثلها لم يجز حكمها بدون رضا الزوج لانها تحكم على الزوج بالزيادة وليس لها عليه هذه الولاية وان أضاف الحكم الى الاجنبي فان حكم بمهر المثل جاز ذلك وان حكم بأقل من مهر المثل لم يجز بدون رضاها وان حكم بأكثر من مهر المثل لم يجز بدون رضا الزوج ﴿ قال ﴾ ولا يجب المهر على من قبل النكاح لغيره بوكالة أو ولاية على صغيره أو على عبده أو على مكاتبه مالم يضمنه ولها المهر على الزوج لحديث علي رضي الله عنه الصداق على من أخذ الساق ولان تسليم المعقود عليه الى الزوج فوجب البدل عليه أيضاً والعاقد معبر عنه حتى لا يستغني عن اضافة العقد اليه فلا يكون ملتزما للبدل الا ان يضمنه فيؤاخذ بالضمان حينئذ ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الحربي الحربية من غير مهر أو على ميتة ثم أسلما فلا مهر لها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر كما في الذميين على ما بينا وعندهما في الذميين انما يجب المهر لان الخطاب بالابتغاء بالمال شائع في دار الاسلام وأهل الذمة ملتزمون لاحكامنا في المعاملات فاما في دار الحرب الخطاب به غير شائع وهم غير ملتزمين لاحكامنا فلهذا لا شئ لها واذا أسلما بعد ذلك فالحال حال بقاء النكاح والصداق ليس بشرط في حال بقاء النكاح ﴿ قال ﴾ ولو تزوجها على مهر مسمى ثم أسلما أو صارا ذمة فلها ذلك المسمى لانه صار ديناً لها عليه بالتسمية في عقد صحيح فلا يزيده الاسلام الا وكادة وان طلقها قبل ان يدخل بها ثم أسلما فلها ان تأخذه بنصف المسمى لان الطلاق قبل الدخول لا يسقط عنه الا النصف فيبقى مطالباً بما زاد على ذلك ولو لم يكن سمى لها شيئاً فلا متعة لها عليه لان في حال قيام النكاح ما كان لها عليه شئ وان أسلما فبعد الطلاق أولى ﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأتين على ألف درهم فالالف بينهما على قدر

مهر كل واحدة منهما لان المال الواحد اذا قوبل بشيئين مختلفين بعقد المعاوضة ينقسم على مقدار قيمتهما كما لو اشترى عبدين بألف درهم وقيمة البضع مهر المثل فان طلق احداهما قبل الدخول كان لها نصف حصتها من الالف فان طلقهما كان لهما نصف الالف بينهما على قدر مهريهما فان كانت احداهما ممن لا يحل له بان كانت ذات زوج أو معتدة من زوج أو محرمة عليه برضاع أو صهرية فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الالف كلها مهر التي تحل له وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقسم الالف على قدر مهريهما فمهر التي تحل له حصتها من ذلك وحجتهما ان الالف مسمي بمقابلة البضعين وانما التزمها الزوج عند سلامة البضعين له فاذا لم يسلم له الا احدهما لا يلزمه الا حصتها من الالف كما لو خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت احداهما دون الاخرى وكما لو اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر والدليل عليه أن الانقسام جعل معتبراً في حق التي لا تحل له حتى لو دخل بها يلزمه مهر مثلها لا يجاوز به حصتها من الالف عليه نص في الزيادات وادعى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله تعالى بهذا وكذلك يدخل في العقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم ومن ضرورة دخولها في العقد انقسام البدل المسمى وعندهما انما يجب الحد لانتفاء شبهة الحل فان العقد لا ينعقد في غير محل الحل وسقوط الحد من حكم انعقاد العقد فأما الانقسام من حكم التسمية لا من حكم انعقاد العقد كما لو أجابته احدى المرأتين دون الاخرى واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك وقال ضم التي لا تحل له الى التي تحل له في عقد النكاح لغو فهو بمنزلة ضم جدار أو اسطوانة الى المرأة في النكاح وهناك البدل المسمي كله بمقابلتها دون ماضمه اليها فكذا هنا وبيان ذلك أن النكاح يختص بمحل الحل لان موجبه ملك الحل وبين الحل والحرمة في المحل منافاة ففي حق المحرمة العقد مضاف الى غير محله وانقسام البدل من حكم المعاوضة والمساواة في الدخول في العقد فاذا انعدم ذلك لا يثبت الانقسام ألا ترى أنه لو طلق امرأته ثلاثا بالف درهم كان بازاء كل تطليقة ثلث الالف ولو كانت عنده بتطليقة واحدة فطلقها ثلاثا بألف درهم كانت الالف كلها بمقابلة الواحدة وهذا بخلاف ما اذا خاطبهما بالنكاح لانهما استويا في الايجاب حتى لو أجابتاه صح نكاحهما جميعا فيثبت حكم انقسام البدل بالمساواة في الايجاب وكذلك المدبر مع العبد فانه مال مملوك فيدخل تحت العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فأما اذا دخل

بالتى لا تحل له في هذا الكتاب يقول لها مهر مثلها مطلقا وهو الاصح على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وما ذكر فى الزيادات فهو قولهما وبعد التسليم يقول المنع من المجاوزة بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمي لانعقاد العقد وذلك موجود في حق التى لاتحل له فاما الانقسام للاستحقاق باعتبار الدخول فى العقد فالتى تحل له هى المختصة بذلك فكان جميع البدل لها وكذلك سقوط الحد على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده وقد وجد ذلك فى حق التي لاتحل له فاما انقسام البدل من حكم انعقاد العقد

﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل الدخول وقد جنى العبد عندها جناية فالزوج بالخيار لان تعلق الجناية برقبته من أفحش العيوب فانه شبيه باستحقاق نفسه وذلك مثبت الخيار للزوج فان أخذ نصفه دفعاه أو فدياه لانه لايتملكه ابتداء بالطلاق ولكن يعود اليه هذا النصف الى قديم ملكه ولم يوجد من المرأة صنع يكون اختياراً أو استهلاكا فلهذا تبقى الجناية متعلقة برقبته فيخاطب كل واحد منهما بدفع النصف أو الفداء بنصف الدية ثم لا يرجع عليها من قبل الجناية بشئ لانه رضى بأخذ النصف مشغولا بالجناية وقد وصل اليه ذلك وان شاء تركه واخذ منها نصف قيمته يوم دفعه اليها لانه تعذر عليها الرد كما قبضت وكذلك ان كانت الجناية فى يد الزوج قبل القبض ثم طلقها قبل أن يدخل بها كان لها الخيار بين أن تأخذ نصف قيمته يوم تزوجها عليه وبين أخذ نصفه ثم يخاطبان بالدفع أو الفداء كما بينا وان دخل بها الزوج والعبد فى يده فان شاءت أخذت قيمته صحيحاً يوم تزوجها عليه وان شاءت أخذت العبد ثم تخاطب بالدفع أو الفداء ولا ترجع على الزوج بشئ لما قلنا والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى النكاح

﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة واشترط فيه لاحدهما أو لهما خيار فالنكاح جائز والخيار باطل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى النكاح باطل فمنهم من جعل هذا بناء على مسئلة نكاح المكره فان اشتراط الخيار يعدم الرضا كالاكراه ومن أصلنا ان انعدام الرضا بسبب الاكراه لايمنع صحة النكاح ولزومه وعنده يمنع فكذلك اشتراط الخيار ولكن هذا البناء على أصله غير صحيح فان الاكراه عنده يفسد العقد والعبارة وخيار الشرط لايفسد ولهذا لم يصحح الطلاق

والعتاق من المكره وصححهما مع اشتراط الخيار وحجته في المسئلة ان اشتراط الخيار في معنى التوقيت الا ترى ان ما يثبت فيه الخيار وهو البيع يتأخر حكم العقد وهو الملك الى ما بعد مضي المدة ويصير العقد في حق ملكه كالمضاف فكذلك هنا باشتراط الخيار يصير النكاح مضافا واضافة النكاح الى وقت في المستقبل لايجوز والتوقيت في النكاح يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واشتراط الخيار سواء لان الهازل قاصد الى مباشرة السبب غير راض بحكمه بل أولى فان الهازل غير راض بالحكم أبداً وشارط الخيار غير راض بالحكم في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل تمامه فاشتراط الخيار أولى والمعنى فيه انه عقد لايحتمل الفسخ بعد تمامه ولا يقبل خيار الشرط فاشتراط الخيار فيه لايمنع تمامه كالطلاق والعتاق بمال وهذا لان اشتراط الخيار لايمنع انعقاد أصل السبب مطلقاً وانما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحاً اللزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطاً فاسداً و النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا الا ترى ان تمام الرضا انما يكون بعد الرؤية كما في البيع ثم عدم الرؤية لايمنع صحة النكاح ولزومه حتى لا يثبت فيه خيار الرؤية بخلاف الاضافة الى وقت فانه يمنع انعقاد السبب في الحال ألا ترى أن مثله لايصح في البيع بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب فيما وراء الوقت المنصوص عليه والنكاح لايحتمل الانعقاد في وقت دون وقت فلهذا بطل بالتوقيت

﴿ قال ﴾ ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش عندنا ولكنه بالخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وعند الشافعي رحمه الله تعالى يثبت له حق الرد بالعيوب الخمسة وهي الرتق والقرن والجنون والجذام والبرص فاذا ردها انفسخ العقد ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها منه وحجته في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني بياضة فلما خلا بها وجد في كشحها بياضاً فردها وقال دلستموني أو قال دلستم علي والرد متى ذكر عقيب العيب يكون بطريق الفسخ وقال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد وعن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار للزوج بهذه العيوب والمعنى فيه أن النكاح عقد معاوضة يحتمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيب يخل بالمقصود كالبيع و المقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة

وشرعا النسل وهذه العيوب تخل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته أصلا وأما الجنون والجذام والبرص يخل به من حيث أن الطبع ينفر من صحبة مثلها وربما تعدى الى الولد بخلاف سائر العيوب من العمى والشلل فانه لا يخل بالمقصود واحد العوضين فى هذا العقد وهو المهر عندكم يرد بالعيب الفاحش دون اليسير فكذلك العوض الآخر وكذلك المرأة اذا وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا يثبت لها الخيار ولا يثبت في سائر العيوب فكذا في حق الزوج لانهما في حكم هذا العقد سواء واذا كان العيب الذى يخل بالمقصود في جانب الزوج يثبت له الخيار دون الذى لايخل بالمقصود فكذلك فى جانبها والزوج وان كان متمكنا من الطلاق فهو محتاج الى اثبات الخيار له ليسقط به المهر عن نفسه كما قالم في الصغير اذا بلغ وقد زوجه عمه يثبت له الخيار وان كان متمكنا من الطلاق وحجتنا فى ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لاترد الحرة عن عيب وعن على رضى الله عنه قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء أمسك وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد خيار الطلاق وكذلك ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه ردها أى ردها بالطلاق ألا ترى أنه قال الحقى بأهلك وهذا من كنايات الطلاق والذي قال فر من المجذوم فرارك من الاسد قلنا نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق والمعنى فيه ان الرد بالعيب فسخ العقد بعد تمامه بلا خلل فى ولاية المحل والنكاح لايحتمل هذا النوع من الفسخ ألا ترى أنه لايحتمل الفسخ بالاقالة وهذا لان ملك النكاح ملك ضرورى لايظهر فى حق النقل الى الغير ولافى حق الانتقال الى الورثة وانما أظهره الشرع في حق الطلاق للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وهذا لايقتضي ظهوره فى حق الفسخ بعد تمامه لانه لاضرورة فيه فكان فى هذا الفسخ بمنزلة الاسقاطات كالطلاق والعتاق بخلاف الفسخ بعدم الكفاءة أو بخيار البلوغ فانه فسخ قبل تمامه لخلل فى ولاية المحل فيكون فى معنى الامتناع من تمامه وكذلك الفسخ بخيار العتق فانه امتناع من التزام زيادة الملك على مانبينه في موضعه ان شاء الله تعالى ولان هذه العيوب لاتخل بموجب العقد وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى والشلل والزمانة فاما الاستيفاء ثمرة وفوات الثمرة لايؤثر فى عقد النكاح الا ترى ان الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين ولايوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لايسقط شئ من المهر وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت

لان الاستيفاء هنا يتأتى ومقصود النسل يحصل وبه فارق البيع فان هناك فوات التسليم قبل القبض يوجب انفساخ البيع فكذلك وجود العيب وكذلك أيضاً هلاك المهر قبل التسليم يثبت الرجوع بقيمته فوجود العيب الفاحش به كذلك بخلاف المنكوحة ولان وجود العيب تأثيره في انعدام تمام الرضا به والنكاح لزومه لايعتمد تمام الرضا كما بينا في الهزل وعدم الرؤية بخلاف البيع وهذا بخلاف ماذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أوعنينا لان هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا وانما يثبت لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف وذلك في ان يوفيها حقها فى الجماع فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان والتسريح طلاق وعندنا هنا له أن يطلقها ثم المعنى فيه ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل المقصود لانها لا تتوصل الى ذلك من جهة غيره مادامت تحته وهو غير محتاج اليها فلولم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لاذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار لازالة ظلم التعليق وهذا لايوجد في جانبه لانه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها اما بملك اليمين أو بملك النكاح ومتمكن من التخلص منها بالطلاق ولا معتبر بحاجته الى التخلص من المهر كما لو ماتت قبل الدخول لاينفسخ العقد مع قيام حاجته الى التخلص من المهر يوضح الفرق ان الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا الى الاضرار بها بالايلاء كان موجبا للفرقة فكذلك اذا تعذر عليه ايفاء حقها بالجب والعنة والمرأة لومنعت حقه على قصد الاضرار لم يكن له به الخيار بذلك السبب فكذلك اذا تعذر عليه الاستيفاء بالرتق أو القرن فأما المرأة اذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعلى قول محمد لها الخيار اذا كان على حال لاتطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة مالو وجدته مجبوبا أو عنيناً ولكنا نقول بهذه العيوب لاينسد عليها باب استيفاء المقصود انما تقل رغبتها فيه أو تتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيئ الخلق أو مقطوع اليدين أو الرجلين بخلاف الجب والعنة على ما قررنا يوضح الفرق أن الزوج هناك ظالم في امساكها من غير حاجة اليها وللقاضى ولاية ازالة الظلم بالطلاق وهنا الزوج غير ظالم في امساكها مع صدق حاجته اليها وذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك ان اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار وكذلك لو شرط الجمال والبكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار لان فوت

زيادة مشروطة بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما في البيع وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيباً عجوزاً شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل للمرأة بحضرة الشهود زوجيني نفسك فقالت قد فعلت جاز النكاح ولو قال بعني هذا الثوب بكذا فقال فعلت لا يتم البيع مالم يقل المشتري اشتريت أو قبلت وقد بينا هذا فيما سبق وانما أعاده هنا لايضاح الفرق بين البيع والنكاح وقد استكثر من الشواهد لذلك ثم قال وهما في القياس سواء وهكذا ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال انما تركنا القياس فى النكاح للسنة وهو ما حدثني أبو اسحاق الشيباني عن الحكم أن بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم فأبوا أن يزوجوه فقال لو لا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرني أن أخطب اليكم ما فعلت فقالوا قد ملكت فدل أن بهذه اللفظة بعد الخطبة ينعقد النكاح ثم ذكر بعد حكم توقف النكاح على الاجازة ليبين أن ذلك لا يشبه حكم الرد بالعيب لان من توقف العقد على حقه غير راض بأصل السبب فكان أصل السبب فى حقه كالمعدوم مالم يجز واما عند اشتراط الخيار أو وجود العيب فقد ظهر السبب فى حقه وهو راض بأصل السبب حين باشره فلهذا تم العقد ثم بين في العقد الموقوف ان الزوج اذا كان هو الولى ففي حق الزوج يتوقف على قبوله أو رده بكلام أو فعل يدل عليه وفي حق المرأة اذا كانت ثيباً كذلك واذا كانت بكراً فسكوتها رضاها لعلة الحياء وقد بيناه وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد رحمهما الله تعالى أن البكر اذا زوجها وليان كل واحد منهما من رجل فبلغها العقدان فان أجازت أحدهما جاز ذلك وان أجازتهما معاً بطلا للمنافاة بينهما ولو سكتت لم يكن سكوتها رضا منها بواحد منهما وروى على بن صالح عن محمد رحمهما الله تعالى ان سكوتها بمنزلة رضاها بالعقدين فيبطل العقدان جميعاً والاصح رواية ابن سماعة لانه لا يمكن أن يجعل سكوتها رضا بأحد العقدين اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ولا رضي بهما لان السكوت انما يقام مقام الرضا لتصحيح العقد وفى الرضا هنا بهما أبطالهما فلهذا لا يعتبر سكوتها هنا رضى ﴿قال﴾ واذا اعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته باذن المولى فلها الخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك

فاختاري وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويبكي وهي تأباه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه رضى الله عنهم الا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له ثم قال لها اتقي الله فانه زوجك وأب ولدك فقالت أتأمرني فقال لا انما انا شافع فقالت اذاً لا حاجة بي اليه فاختارت نفسها وكان المعنى فيه ان ملك الزوج يزداد عليها بالعتق فان قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان وذلك كله يزداد بالعتق وهي لا تتوصل الى رفع هذه الزيادة الا برفع أصل العقد فاثبت الشرع لها الخيار لهذا ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخا لا طلاقا بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد وفي حق من توقف على اجازته لا يكون طلاقا ولان سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقا ويستوي ان كان الزوج حراً أو عبداً عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان كان زوجها عبداً فلها الخيار وان كان زوجها حراً فلا خيار لها والرواة اختلفوا في زوج بريرة رضى الله تعالى عنها فروي أنه كان عبدا وروي أنه كان حراً فأصحابنا رحمهم الله تعالى أولوا ماروى أنه كان عبداً أي عند أصل العقد ولكنه كان حراً عند عتقها ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها يجعل كانه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري وفي هذا التعليل لا فرق بين ان يكون الزوج حراً أو عبداً والشافعي رحمه الله تعالى استدل بما روي انه كان لعائشة رضي الله عنها زوجان مملوكان فأرادت عتقهما وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمرها بالبداءة بالغلام قال وانما أمرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولكنا نقول أمرها بذلك لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما معا عنده لا يثبت لها الخيار أيضاً ومن طريق المعنى يقول بما اعترض تحقق المساواة بينهما فلا معنى لاثبات الخيار كالكتابية تحت مسلم اذا أسلمت أو المعسرة اذا أيسرت والزوج موسر والمنفية اذا أثبتت نسبها وللزوج نسب ثابت فلا خيار لها بخلاف ما اذا كان الزوج عبداً فان بما اعترض هناك من حريتها يظهر التفاوت وتنعدم الكفاءة ولكنا نقول ثبوت الخيار لها ليس لانعدام الكفاءة فان الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء ألا ترى أنه لو أعسر الزوج أو انتفى نسبه لا يثبت الخيار ولكن ثبوت الخيار لزيادة ملك الزوج عليها وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً وهذا لان الملك انما يثبت بحسب الحل والحل

في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين والحر أربعا واذا انتصف الحل برقها فاذا أعتقت ازداد الحل وبحسبته يزداد الملك على مانبينه في بابه ان شاء الله تعالى وعلى هـذا لو كانت مكاتبـة زوجت نفسها باذن مولاها ثم أدت فعتقت يثبت لهـا الخيار لزيادة الملك عليها عندنا وعلى قول زفر رحمـه الله تعالى لايثبت الخيار هنا لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها وسلامـة المهر لمولاها وهـذا غير موجود هنا فان المهر لهـا والنـكاح ما انعقد الا برضاها وكان ابن أبي ليلى يقول ان أعانها على أداء بدل الكتابة لاخيار لهـا وان لم يعنها فلها الخيار ولـكن الصحيح الموافق لتعليـل صاحب الشرع مابيناه ﴿ قال ﴾ ولو كانت حرة في أصل العقد ثم صارت أمة ثم عتقت بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا والعياذ بالله ثم سبيا معا فأعتقت الامة فلها الخيار عنـد أبي يوسف رحمه الله تعالى ولا خيارلها عنـد محمد رضي الله تعالى عنـه لان بأصـل العقد يثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك فاذا أعتقت عاد الملك الى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها وأبو يوسف رحمـه الله تعالى يقول بالعتق ملكت أمر نفسـها وازداد ملك الزوج عليها وذلك مثبت الخيار لها شرعا ولما صارت أمة حقيقة التحقت بالتي كانت أمة في الاصل في حكم النـكاح فثبت لها الخيار بالعتق والله سبحانه وتعالى أعـلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العنين

﴿ قال ﴾ رضي الله عنـه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنـه قال يؤجل العنين سنة فان وصل الى امرأته فهي امرأته وان لم يصـل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقـة بائنة وجعل لها المهر كاملا وعليها العدة وبهذا أخذ علماؤنا بخلاف ما يقوله بعض الناس انه لاخيار لامرأة العنين أصلا لحديث امرأة رفاعة فانها تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير رضي الله عنه فلم يصل اليها فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقني فابت طلاقي وتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فلم أجد منه الامثل هدبة ثوبي تحكي ضعف حاله في باب النساء فـلم يخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاءت امرأة الى علي رضي الله عنه فذكرت ان زوجها لايصل اليها فقال ولا وقت السحر فقالت ولاوقت السحر فقال هلكت وأهلكت

ما انا بمفرق بينكما ولانه عاجز معذور فيكون منظراً بانظار الله تعالى ولكنا نستدل بحديث عمر رضى الله عنه وقد روى مثله عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعن على رضى الله عنه انه فرق بين العنين وبين امرأته وأوجب عليه المهر كاملا والصحيح من الحديث الذي رووا عن على رضى الله عنه ان تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه الامرة وفى هذا لايفرق بينهما عندنا وامرأة رفاعة بما ذكرت حكت صغر متاعه لا الامنة وفى مثل هذا عندنا لاتخير ثم هو معذور ولكنه فى امساكها ظالم لانه ينسد عليها باب قضاء الشهوة بنكاحه ولا حاجة به اليها فوجب رفع الظلم عنها ولان مقصودها بالعقد قد فات لان مقصودها ان تستعف به وتحصل به صفة الاحصان لنفسها وفوات المقصود بالعقد أصلا يثبت للعاقد حق رفع العقد وهى تحتاج الى تقرير مهرها أيضاً وتمام ذلك بالاتفاق يحصل بالدخول فاذا انسد عليها الباب يثبت لها الخيار الا أن العجز قد يكون لآفة فى أصل الخلقة وقد يكون لعارض وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمدة فلهذا يؤجل والاجل فى هذا سنة كما اتفق الصحابة رضى الله عنهم الاسى (١) وقد روى عن عبدالله بن نوفل رضى الله عنه قال الاجل عشرة أشهر وانما قدرنا بالسنة لان التأجيل لابلاء العذر والحول حسن فى ذلك قال قائلهم * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * ولان العجز عن الوصول قد يكون بعلة الرطوبة وانما يعالج ذلك في فصل الحر واليبوسة من السنة وقد يكون لغلبة الحرارة وانما يعالج ذلك في فصل البرد وقد يكون لغلبة اليبوسة وانما يعالج فى فصل الرطوبة فقدرنا الاجل بحول حتى يعالج نفسه فيوافقه العلاج فى فصل من فصول السنة فيبرأ فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم أن الآفة في أصل الخلقة ولهذا قالوا يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما تكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية وابتداء التأجيل من وقت الخصومة حتى اذا صبرت مدة ثم خاصمت فان ادعى الزوج أنه قد وصل اليها سألها القاضى أبكر هي أم ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر من حال الفحل انه اذا خلا بأنثى نزى عليها وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وان كانت بكراً أراها القاضى النساء فان البكارة لا يطلع عليها الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك والمثنى أحوط لان طمأنينة القلب الى قول المثني أكثر فان قلن انها بكر فالقول قولها وكذلك ان أقر الزوج أنه لم يصل اليها ويؤجله القاضي سنة فيأمره أن

يعالج نفسه فى هذه المدة هكذا قال علي رضى الله عنه أفيضوا عليه الدحج والعسل ليراجع نفسه فان مضت السنة وادعى الزوج أنه وصل اليها فهو على ما بينا من البكارة والثيابة فان أراها النساء فقلن هي بكر خيرها القاضى لان البكارة لاتبقى مع الوصول اليها فاذا خيرها القاضى فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى أن قامت أو أقيمت يسقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ وان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما وكانت تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعي يكون فسخاً بمنزلة الرد بالعيب كما هو مذهبه فأما عندنا لمستحق على الزوج أحد الشيئين اما الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان فاذا عجز عن أحدهما تعين الآخر فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه فى التسريح والتسريح طلاق وقد روينا عن عمر رضى الله تعالى عنه انه جعلها تطليقة بائنة وهذا لان المقصود بالرجعي لا يحصل فالمقصود ازالة ظلم التعليق وفى الرجعى يستبد الزوج بالمراجعة مع ان حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول وذلك غير موجود هنا وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي في غير الاصول انها كما اختارت نفسها تقع الفرقة بينهما اعتباراً بالمخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الشرع كالمعتقة ثم لها المهر كاملا عليه لوجود التسليم المستحق بالعقد منها وعليها العدة لما استوفت كمال المهر به قضى عمر وعلى رضى الله عنهم وقالا ماذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وكما لا يسقط حقها بترك المرافعة زمانا فكذلك لا يسقط حقها بتأخير الخصومة بعد مضى الاجل فان ذلك للاختبار منها لا للرضا به والانسان لا يتمكن من الخصومة في كل وقت خصوصا في هذه الحالة الا أنه لا يحتسب على الزوج بما مضى من المدة قبل المرافعة لان الأمر لم يكن مضيقا عليه قبل التأجيل وربما كان امتناعه من صحبتها لغرض له فى ذلك سوى العجز ولكن بعد التأجيل يترك ذلك الغرض بما يلحقه من العار وضرر زوال ملكه فلهذا لا يحتسب بالمدة قبل التأجيل ويحتسب عليه بزمان حيضها وشهر رمضان لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا الاجل بسنة مع علمهم انه لايخلو عن ذلك عادة فان مرض الزوج فى المدة أو مرضت مرضاً لايستطاع جماعها فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان فى احدى الروايتين اذا كان

المرض أكثر من نصف الشهر لايحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على أيام شهر رمضان فانه في النهار يمتنع عليه غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفى الرواية الأخرى قال اذا كانا صحيحين فى شيء من السنة ولو فى يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهراً لايحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض وان أحرمت بحجة الاسلام لايحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لايقدر ان يحللها الا ترى انها لو كانت محرمة حين خاصمت لم يؤجله القاضى حتى تفرغ من الحج ولو خاصمت والزوج مظاهر منها فانكان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزاً عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها مالم يكفر والعاجز عن العتق كفارته بالصوم شهران فان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه تلك المدة لانه كان متمكنا من ان لايظاهر منها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من النساء أو جواريه ولا يصل اليها خيرها القاضى لان التخيير لرفع الضرر عنها ولايحصل ذلك بوصوله الى غيرها بل تزداد به غيظا ولو كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع بعد ذلك فلا خيار لها لأن ماهو مقصودها من تأكد البدل أو ثبوت صفة الاحصان قد حصل لها بالمرة ﴿ قال ﴾ ولو وجدته مجبوباً خيرها القاضى فى الحال لان التأجيل في العنين لرجاء الوصول اليها وذلك فى المجبوب لايوجد فالمقطوع من الآلة لاينبت فلهذا فرق بينهما فى الحال وان كان قد خلا بها فلها المهر كاملا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولها نصف المهر فى قولهما لان التيقن بعدم الوصول اليها موجود هنا وعذر الجب فى الزوج أبين من عذر المرض فاذا كان مرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى بخلاف العنين فان ذلك باطن لايوقف على حقيقته وهذا ظاهر يشاهد فيجب اعتباره فى الحكم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هى أتت بالتسليم المستحق عليها بالعقد وحقها فى البدل يتقرر بذلك وهذا لان العقد ما انعقد لاستحقاق المجامعة به فانه لا كون له وانما انعقد لما وراء ذلك وقد أتت به فيتقرر حقها ثم يجب عليها العدة اما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لايشكل لانه قد تقرر جميع المهر واما عندهما تجب العدة استحسانا وأشار فى كتاب الطلاق الا أنه لاتجب العدة عندهما وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال لا تجب العدة أراد فى مجبوب قد جف ماؤه فيكون هذا

بمنزلة الصبي لا تعتبر خلوته في ايجاب العدة وحيث قال تجب العدة أراد في مجبوب له ماء يسحق فينزل فتجب العدة احتياطاً وان لم يكن دخل بها أو خلا بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها ثم بعد ما فرق القاضي بينهما في الموضع الذي وجبت عليها العدة اذا جاءت بولد الى سنتين يثبت النسب منه ولا تبطل تلك الفرقة لان ثبوت النسب باعتبار الانزال بالسحق وذلك غير مبطل حقها بخلاف العنين اذا فرق القاضي بينهما وهو يدعى الوصول اليها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب ويبطل التفريق لانا حين حكمنا بثبوت النسب فقد حكمنا بوصوله اليها وكذلك لو شهد شاهدان بعد التفريق على اقرارها بالوصول اليها قبل التفريق بطل تفريق القاضي بينهما كما لو عرف القاضي اقرارها في ذلك الوقت بخلاف ما اذا أقرت بعد التفريق أنه كان وصل اليها فان قولها في إبطال التفريق ورفع الطلاق الواقع غير مقبول لكونها متهمة في ذلك والخصي بمنزلة العنين لان رجاء الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة ولو تزوجت واحداً من هؤلاء وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه لانها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت رضيت سقط خيارها فكذلك اذا كانت عالمة به ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره لانه اسقاط لحقها ﴿قال﴾ وليس يكون أجل العنين الا عند قاضي مصر أو مدينة يجوز قضاؤه ولا يجوز عند من هو دون هؤلاء ومراده بهذا الاشارة الى الفرق بين خيار المعتقة والعنين فان ذلك لا يختص بمجلس الحكم وهو من جهتها فلم يكن طلاقا وهذا يختص بمجلس الحكم وهو لمعنى من الزوج فلهذا كان طلاقا وقد تبين بهذا اللفظ ان المصر شرط لجواز القضاء فانه لا يجوز القضاء في غير المصر بمنزلة اقامة الجمعة انه يختص بالمصر ﴿قال﴾ ولو تزوج امرأة فوصل اليها ثم فارقها ثم تزوجها بنكاح جديد ولم يصل اليها يؤجل كما يؤجل العنين لان النكاح الثاني غير النكاح الأول فلا يعتبر الوصول في النكاح الاول فيما يستحق في النكاح الثاني ﴿قال﴾ والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول قائم فان كان يبول من مبال النساء فهو امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك بعده فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقد بيناه ﴿قال﴾ ولو كانت المرأة رتقاء والزوج عنينا لم يكن لها ان تخاصمه لانه لا حق لها في المطالبة بالجماع مع قيام المانع فيها وذكر

فى اختلاف زفر ويعقوب اذا زوج أمته فوجدته عنينا ان الخصومة فى ذلك الى المولى فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان المهر واجب له فهو محتاج الى أن يؤكد حقه ولأن النسل يكون ملكا له وبكونه عنيناً يفوت ذلك وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الخيار لها لان المقصود بالوطء قضاء الشهوة وذلك يحصل لها دون المولى فكان حق المرافعة اليها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الشغار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن نكاح الشغار وأصل الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجنى أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الاخرى أو قالا ذلك فى ابنتيهما أو أمتيهما ثم النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا ولكل واحدة منهما مهر مثلها وعند الشافعى رضى الله عنه النكاح باطل لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار والنهي يقتضى فساد المنهى عنه ولانه شرط الاشراك فى بضع كل واحدة منهما حين جعل النصف منه صداقا والنصف منكوحة وملك النكاح لا يحتمل الاشتراك فالاشتراك به يكون مبطلا كما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين وحجتنا فى ذلك أنه سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصلح أن يكون صداقا فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير وهذا لانه لما لم يكن فى البضع صلاحية كونه صداقا لم يتحقق الاشراك فبقى هذا شرطا فاسداً والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه بخلاف ما اذا زوجت المرأة نفسها من رجلين لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما فيتحقق معنى الاشراك واستدلاله بالنهى باطل لان النهي للخلو عن المهر هكذا قال ابن عمر رضى الله عنهما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تزوج المرأة بالمرأة من غير مهر لكل واحدة منهما وهذا لان الشغار هو الخلو فى اللغة يقال شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول وبلدة شاغرة اذا كانت خالية من السلطان وانما أراد به ان لا تخلو المرأة بالنكاح عن المهر وبه نقول وان سمى لكل واحدة من المرأتين مهراً فلكل واحدة منهما ماسمي من المهر واشتراط أحد العقدين فى الآخر غير مؤثر هنا لانه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بمثله ﴿قال﴾ واذا جعل

مهر امرأته طلاق أخرى كان النكاح جائزاً بمهر مثلها ولم يكن الطلاق مهراً وكذلك ان جعل القصاص مهراً فقد وقع العفو ولها مهر مثلها عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى كلما يجوز أخذ العوض عنه بالشرط يصلح أن يكو مهراً لان المقصود تحقق المعاوضة وأصل المسئلة في تعليم القرآن فان عنده تعليم القرآن يصلح أن يكون صداقا للحديث الذى روينا فى قوله زوجتكها بما معك من القرآن ولكنا نقول اشتراط صفة المالية في الصداق ثابت بالنص وهو قوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم وطلاق الضرة والعفو عن القصاص ليس بمال وكذلك تعليم القرآن وتأويل الحديث بحرمة ما معك من القرآن وعلى هذا الأصل قلنا اذا اعتق أمته على أن يتزوجها ويكون العتق صداقا لها فزوجت نفسها منه فلها مهر مثلها لان الاعتاق ابطال للرق فلا يصلح ان يكون صداقا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى انه جوز ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي رضى الله عنها وتزوجها وجعل عتقها صداقا لها ولكنا نقول قد روى انه تزوجها بمهر جديد ولو ثبت ذلك فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بالنكاح بغير مهر وعلى هذا لو تزوجها على أن يخدمها سنة فان كان الزوج عبداً صحت التسمية لتضمنها تسليم المال اليها فان رقبة العبد مال وان كان الزوج حرا لم تصح التسمية هكذا ذكر فى الجامع الصغير ونحوه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه اذا تزوجها على ان يرعى غنمها سنة يجوز استدلالا بقصة موسى مع شعيب عليهما السلام فمن أصحابنا من فرق بينهما فقال هى مأمورة بان تعظمه وتراعي حقه وذلك ينعدم باستخدامها اياه فلهذا لم يجز ان يكون خدمتها صداقا وذلك لا يوجد فى عمل الرعى الا ترى ان الابن لا يستأجر اباه للخدمة ويستأجره لعمل آخر والاصح ان في الفصلين روايتين في احدى الروايتين لا تصح التسمية لان المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال اليها وفى الرواية الاخرى تصح التسمية لان المنفعة تأخذ حكم المالية عند العقد ولهذا لا يثبت الحيوان ديناً فى الذمة بمقابلتها فاذا لم تصح تسمية الخدمة فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لها مهر مثلها لانه سمي مالا يصلح ان يكون صداقا لها فهو كتسمية الخمر وعند محمد رحمه الله تعالى لها قيمة خدمته لان الخدمة متقومة عند العقد وان لم تكن مالا فاذا تعذر سلامتها لها تجب قيمتها كما لو تزوجها على عبد فاستحق ثم قد بينا الفرق بينهما اذا تزوج المرأة على طلاق ضرتها

وبين ما اذا تزوجها على ان يطلق ضرتها فى حكم وقوع الطلاق على الضرة فكذا اذا تزوجها على القصاص حصل العفو بنفس العقد واذا تزوجها على ان يعفو عن القصاص لم يسقط القصاص الا بمباشرة العفو ولا يجبر على ذلك وكذلك اذا تزوجها على عتق ابيها عتق الاب بنفس العقد بخلاف ما اذا تزوجها على أن يعتق أباها ولها مهر مثلها لان ماسمى صداقا من عتق الاب ليس بمال بخلاف ما اذا تزوجها على عتق أبيها عنها لانه يتضمن تمليك رقبة الاب منها فان العتق عنها لا يكون الا بهذا الشرط ورقبة الاب مال يصلح أن يكون صداقا لها واذا زوج ابنته من رجل على مهر مسمى على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى فان زوجه فلكل واحدة منهما ماسمى لها من المهر وان لم يزوجه الآخر كان للمزوجة تمام مهر مثلها لان رضاها بدون مهر المثل باعتبار منفعة مشروطة لابيها ومنفعة أبيها كمنفعتها ولو شرط لها مع المسمى منفعة كان لها مهر مثلها كذا هنا والله أعلم بالصواب

باب نكاح الاكفاء

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد قدمنا بيان ماهو مقصود هذا الباب وهو اعتبار الكفاءة فى النكاح وصحة عقد النكاح من كفء بمهر مثلها بمباشرتها أو بمباشرة غيرها برضاها بغير ولى واستدل على ذلك بآثار رويت فمنه حديث جعفر رضى الله عنه ان النبى صلى الله وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبى سفيان وكان الذى ولى عقد النكاح النجاشى ومهرها عنه اربعمائة دينار ومنه حديث عائشة رضى الله عنها انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر من المنذر بن الزبير رضى الله عنه وعبد الرحمن غائب فقال امثلى يفتات عليه في بناته فقالت عائشة رضى الله عنها أو ترغب عن المنذر لتملكن امرها عبد الرحمن فملكها فقال مابى رغبة عنه ومنه حديث عبد الرحمن بن مروان رضى الله عنه قال زوجت امرأة معنا فى الدار ابنتيها فجاء أولياؤها فخاصموها الى على رضى الله عنه فاجاز النكاح ومنه حديث بحرية بنت هانئ قالت زوجت نفسى من القعقاع ابن شور فخاصم أبى الى على رضى الله عنه فأجاز النكاح ولكن الحجة بهذه الآثار على الشافعى رضى الله عنه حيث يقول لا ينعقد النكاح بعبارة النساء فأما على قول محمد رحمه الله تعالى لا تقوى الحجة ببعض هذه الآثار فانه يقول فى حديث النجاشى انه كان هو الولى لانها كانت مسلمة في ولايته فان أم حبيبة رضى الله تعالى

عنها من جملة من هاجر الى الحبشة ولأن عقد عائشة رضى الله تعالى عنها كان موقوفا على اجازة عبد الرحمن وكذلك ما أجازه على رضى الله تعالى عنه انما أجازه بولاية السلطنة ثم استكثر من الشواهد فى جواز تزويج المرأة نفسها من كفء فمن ذلك ان الولى لو عضلها فخاصمته الى السلطان فانه يحق على السلطان أن يأمر الولى بذلك وان أبى أن يزوجها السلطان فاذا صنعت هى بنفسها كيف تحكم ببطلان ماصنعت وكذلك لو أن رجلا أعتق أم ولده ولها ولد ثم تزوجها من غير أن يعلم ولدها منه أما كان يجوز هذا النكاح باعتبار ان الولى هذا الولد أرأيت لو أن امرأة أعتقت أباها وهو معتوه فزوجته أما كان يجوز هذا فاذا كانت تملك أن تزوج أباها فكيف لاتملك أن تزوج نفسها واستكثر من هذا الجنس من الشواهد وقد ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ان ابن أبى ليلى قال لا يجوز ذلك وان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايجوز ذلك حتى يجيزه القاضى أو الولى وقد تقدم بيان مافيه من اختلاف الروايات عنهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نكاح الاماء والعبيد

﴿قال﴾ رضى الله عنه وللرجل الحر اذا لم يكن تحته حرة أن يتزوج أربعا من الاماء عندنا وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس للحر أن يتزوج الا أمة واحدة والخلاف بيننا وبينه فى فصول (أحدها) أن الحر اذا لم يكن تحته حرة ولكنه قادر على طول الحرة عندنا له أن يتزوج الأمة والأولى أن لايفعله وعنده ليس له أن يتزوج أمة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية الى قوله تعالى ذلك لمن خشى العنت منكم فالله تعالى شرط لجواز نكاح الامة عدم طول الحرة والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ثم بين أن نكاح الامة للحر لضرورة خوف الزنا على نفسه وذلك انما يكون عند عدم طول الحرة والمعنى فيه أن فى تزوج الحر الامة تعريض ولده للرق لان الولد جزء منه وهو تابع الأم فى الرق وكما لايجوز له أن يعرض نفسه للرق لا يجوز له أن يعرض ولده للرق من غير ضرورة ولهذا المعنى لايجوز نكاح الامة اذا كان تحته حرة فكذلك اذا كان قادراً على طول الحرة ولا يبعد أن يمتنع النكاح عليه لحق الولد ألا ترى أنه لايتزوج المعتدة من الغير لما فيه من اشتباه نسب

الولد ولان نكاح الامة بدل في حق الحر لان عقد النكاح عقد ازدواج وهو ينبني على المساواة في الاصل ولامساواة بين الحر والامة فكان نكاح الامة في معنى البدل فكما أن وجود الاصل يمنع العدول الى البدل فكذلك القدرة على تحصيله كالتيمم فان وجود الماء كما يمنع التيمم فالقدرة على تحصيله بالشراء تمنع وحجتنا في ذلك قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فاذا استطاب نكاح الامة جازله ذلك بظاهر الآية والمعنى فيه ان النكاح يختص بمحل الحل والامة من جملة المحلات في حق الحر كالحرة فيكون جواز نكاحها أصلا لا بدلا ولا ضرورة والدليل على أنها محللة له أنها بملك اليمين ء له ولايحل بملك اليمين الا ما يحل بملك النكاح وانها محللة للعبد أصلا بالاتفاق فكذلك . ر بل أولى لان الحل في حق الحر أوسع منه في حق العبد حتى لايثبت الحل للعبد بملك اليمين ويثبت للحر وهذا لان الانثى من بنات آدم في أصل الخلقة تحل للذكور لان المقصود حصول النسل وذلك يتحقق بين الذكور والاناث ثم الحرمة بعد ذلك بمعانى نص عليها الشرع من الامية والاختية ونحوهما فاذا انعدمت هذه المعانى كان الحل ثابتاً باعتبار الأصل ولا معنى لاعتبار تمريض الولد للرق أيضاً فان نكاح العقيم والعجوز يجوز وفيه تضييع النسل أصلا فلان يجوز نكاح الأمة وان كان فيه تضييع صفة الحرية للنسل أولى وكذلك ان تزوج أمة ثم قدر على طول الحرة أو تزوج حرة كان له ان يطأ الأمة بالنكاح بعد ذلك وفى هذا تمريض ولده للرق فبهذا تبين ان اعتماده على هذا المعنى لايصح وكذلك دعواه ان الأمة فى حكم البدل فاسد فانها لو كانت بدلا لم يبق النكاح بينه وبينها بعد وجود الأصل كما لا يبقى حكم التيمم بعد وجود الماء فاما اذا كانت تحته حرة فمن أصحابنا من يقول حرمة نكاح الأمة فى هذه الحالة بالنص بخلاف القياس على ما قال صلى الله عليه وسلم لاتنكح الأمة على الحرة الا ترى ان الحرة لو كانت صغيرة أو غائبة لم يجز له ان يتزوج الأمة وان كان هو لايستغنى بنكاحها عن الأمة ويخاف الوقوع فى الزنا فعرفنا ان المانع هناك عين نكاح الحرة لاالاستغناء بنكاحها وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الأمة يبطل الحق الثابت وحق الحرية لايجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لايثبت حق الحرية لولده ومنهم من يقول ان الأمة ليست من جملة المحلات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهى من جملة المحلات منفردة عن الحرة لان الحل الذى ينبنى عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال

والنساء فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد اثنتين والحر أربعاً فكذلك يتنصف برق المرأة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لاتحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فاما ان يقول الاحوال ثلاثة حال ماقبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لاتحتمل التجزى فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها أو في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا لايصح فاما مع طول الحرة فهو بنكاح الامة لايضمها الى الحرة فلهذا جاز نكاحها فأما الآية فقد نقل عن ابن عباس رضى الله عنه ان المراد حال وجود نكاح الحرة وبه نقول على ان من أصلنا ان التعليق بالشرط يقتضي وجود الحكم عند وجود الشرط ولكن لايوجب انعدام الحكم عند انعدام الشرط لجواز ان يكون الحكم ثابتا قبل وجود الشرط لعلة أخرى وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله تعالى يجوز للحران يتزوج أربعاً من الاماء كما يجوز له أن يتزوج أربعاً من الحرائر وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى ليس للحران يتزوج الأمة واحدة لان جواز نكاح الامة للحر عنده لاجل الضرورة وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة فلا يجوز له أن يتزوج أكثر منها كتناول الميتة لما كان حلها لاجل الضرورة لم يجز الا بقدر مايسد به رمقه وعندنا نكاح الامة للحر مباح مطلقا كنكاح الحرة فيجوزله ان يتزوج أربعامن الحرائر وعلى هذا يستوى عندنا ان كن مسلمات أو كتابيات وعند الشافعى رضى الله عنه لايجوز نكاح الامة الكتابية للمسلمين لان الضرورة ترتفع عنه بنكاح الامة المسلمة فلا يجوز له نكاح الامة الكتابية أصلا فان الكتابية تكون في ملك الكافر عادة وتعريض ولده لرق المسلم أهون من تعريضه لرق الكافر واستدل بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب معناه من الحرائر فلما جوز نكاح الكتابية بشرط ان تكون حرة فاذا كانت أمة لم تدخل تحت النص وانما دخلت تحت قوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولان كفرها يغلظ ببعض آثاره وهو الرق فلا يجوز نكاحها أصلا كالمجوسية وحجتنا فى ذلك مابينا ان الأمة الكتابية محللة للمسلم بملك اليمين فكذلك بملك النكاح كالمسلمة وهذا لان مالا يحل بملك النكاح لايحل بملك اليمين

كالمجوسية والدليل عليه أن الشرع سوى بين حكم النكاح والذبيحة ثم في حق حل الذبيحة الكتابية كالمسلمة أمة كانت أو حرة فكذلك في حكم النكاح وأما الآية فقد قيل ان المراد من قوله والمحصنات العفائف من أهل الكتاب فتتناول الأمة كالحرة ولئن كان المراد الحرائر فاباحة نكاح الحرائر من أهل الكتاب لايكون دليلا علي حرمة نكاح الاماء ولكن هذا لبيان الاولى واسم المشركة لا يتناول الكتابية لاختصاصها باسم آخر ألا ترى أن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب بقوله لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين الآية ﴿ قال ﴾ ولو تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم تزوج حرة ثم أجاز مولى الامة لم يجز لان ثبوت ملك الحل عند الاجازة وعند الاجازة الحرة تحته فبهذه الاجازة يحصل ضم الامة الى الحرة وهى ليست من المحللات مضمومة الى الحرة ولانه اعترض بعد العقد قبل الاجازة مايمنع ابتداء العقد فيمنع الاجازة كما لو تزوج امرأة نكاحا موقوفا ثم تزوج أختها ثم ان الاولى أجازت لم يجز أرأيت لو تزوج أم هذه الامة أو ابنتها وهى حرة قبل أجازة مولاها ثم أجاز المولى أكان يجوز قال لايجوز شيء من ذلك لما ذكرنا ﴿قال﴾ واذا تزوج أمة بغير اذن مولاها ثم أعتقها المولى ولم يعلم بالنكاح فان هذا العتق امضاء للنكاح واجازة له لان الامة مخاطبة وانما امتنع نفوذ عقدها لحق المولي فاذا سقط حق المولى نفذ العقد وكان نفوذ هذا العقد من جهتها لا من جهة المولى وما قال انه امضاء واجازة توسع فى الكلام فأما نفوذ العقد من جهتها ولهذا لا يثبت لها خيار العتق كما لو زوجت نفسها بعد العتق لان خيار العتق انما يثبت اذا ازداد الملك عليها بالعتق ولا يتحقق ذلك اذا كان نفوذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق لان الملك انما يثبت عليها فما يقابله من البدل يكون لها وعن زفر رحمه الله تعالى انه قال يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفاً على اجازته لسقوط حقه بالعتق فتعين فيه جهة البطلان كما لو باع مال الغير ثم ان المالك باعه من انسان آخر بطل به البيع الاول ولكنا نقول ماتوقف هذا العقد علي اجازة المولى وانما امتنع نفوذه لقيام حق المولى وقد سقط حق المولى بالعتق بعد العقد لزوال المانع من النفوذ وهذا بخلاف ما اذا أذن لها المولى فى النكاح فانه لا ينفذ ذلك العقد مالم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى فلا بد من اجازة المولى أو اجازة من قام مقامه فاما بالعتق هنا سقط حق المولى وهذا بخلاف

ما اذا اشترت شيئاً ثم أعتقها المولى فانه يبطل الشراء لان ذلك الشراء انعقد موجباً الملك للمولى فلو نفذ بعد عتقها كان موجباً الملك لها وذلك لا يجوز فاما هنا النكاح انعقد موجب الحل لها وبعد العتق انما ينفذ بهذه الصفة ولو لم يعتقها ولكنه مات فورثها ابنه فان كانت تحل الابن بأن لم يمسها الاب بطل النكاح وليس للابن أن يجيزه لانه طرأ حل نافذ على الحل الموقوف فيكون مبطلا لذلك الموقوف كما اذا طرأ ملك نافذ على ملك موقوف بأن باع ملك الغير ثم اشتراه من المالك بطل ذلك العقد ولا يملك الاجازة بعد وهذا لان بين الملكين والحلين فى المحل منافاة فنفوذ أحدهما فى المحل يكون مبطلا للآخر وان كانت ممن لا يحل للابن فأجاز الابن ذلك النكاح جاز عندنا لانه قائم مقام الاب فى هذه الاجازة ولم يوجد المنافي وهو طريان الحل النافذ على الحل الموقوف ولا يجوز عند زفر لانه انما توقف على اجازة الاب فلا ينفذ باجازة غيره وكذلك لو باعها المولى أو وهبها أو سلمها فان كانت تحل للمشترى والموهوب له لم ينفذ ذلك العقد باجازتهما وان كانت لا تحل لهما نفذ العقد باجازتهما عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى ولو كانت تحل لمن ملكها فدخل بها الزوج بعد ما ملكها وقد أجاز ما ملكها النكاح أو لم يجز كان عليه الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها فى النكاح قبل انتقال الملك لان الدخول حصل بشبهة النكاح فسقط الحد ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ويكون ذلك لمالكها يوم وطئها لانه انما وجب بدلا عن المستوفى بالوطء والمستوفي بالوطء مملوك للثانى فكان البدل له ولو كان قد جامعها في ملك الاول ثم أجاز النكاح الآخر فانه يجعل عليه مهر واحد للأول لان الدخول بها في الملك الاول حصل بشبهة النكاح فيجب المهر بمقابلة المستوفى منها وذلك المستوفى مملوك للاول فكان المهر له ثم ذكر أن النكاح لا ينفذ باجازة الثانى هنا لانه قد فسد حين ملكها ومن أصحابنا من يقول هذا غلط لانه لما دخل بها الزوج فى ملك الاول وجب عليها العدة والمعتدة لا تحل لغير المعتد منه فهى لم تصر محللة للمالك الثانى فلا يفسد النكاح الموقوف فاذا أجازه كان صحيحاً ولكنا نقول ماذكره فى الكتاب صحيح لان وجوب العدة انما يكون بعد التفريق بينهما فأما قبل التفريق فهى ليست بمعتدة فاعتراض الملك الثانى يبطل الملك الموقوف وان كان هو ممنوعا من غشيانها وجعل هذا قياس المنع بسبب الاستبراء وذلك لا يمنع بطلان النكاح الموقوف فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان دخل بها فى ملك الاول ثم

أعتقها جاز النكاح وفى القياس عليه مهران مهر للمولى بالدخول بشبهة النكاح قبل العتق ومهر لها لنفوذ العقد عليها بعد العتق لان ملك الحل انما يثبت بعد العتق فلا يجوز اثباته بغير مهر ولكنه استحسن فقال لا يجب الا مهر واحد للمولى لان وجوب المهر بالدخول انما يكون باعتبار العقد ألا ترى أنه لولم يسبق العقد لا يجب المهر والعقد الواحد لا يوجب الا مهراً واحداً واذا وجب به المهر للمولى لا يجب لها به مهر آخر توضيحه أن الاجازة وان كانت بعد العتق فحكمها يستند الى أصل العقد ألا ترى أن الشهود يشترط عند العقد لا عند الاجازة وشرط الشهود اختص بملك الحل كشرط المهر فكما أن وجود الشهود عند العقد يغني عن اعتباره عند الاجازة فكذا وجوب المهر للمولى عند العقد يغني عن اعتبار مهر آخر لها عند الاجازة ولو لم يعتقها ولكنه أجاز النكاح جعل اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو كان أذن لها فى النكاح جاز عقدها ويشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاذن فكذلك اذا أجازه فى الانتهاء انما يشترط حضرة الشهود عند العقد لا عند الاجازة ﴿قال﴾ وللمولى أن يكره أمته أو عبده على النكاح أما الامة فلان بضعها مملوك للمولى فهو انما يعقد على ملك نفسه بتزويجها وله ولاية العقد على ملك نفسه بغير رضاها كما لو باعها والدليل عليه أن البدل يجب للمولى والنفقة تسقط عن المولى فهو فيما صنع عمل لنفسه وأما العبد فللمولى أن يزوجه من غير رضاه عندنا وليس له ذلك عند الشافعى رحمه الله تعالى لان ما تناوله النكاح من العبد غير مملوك للمولى عليه فهو فى تزويجه متصرف فيما لا يملكه فلا يستبد به وهذا لان المولى فيما لا يملكه من عبده كاجنبي آخر ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص لان دمه غير مملوك له ولا يملك أن يطلق امرأة العبد لانها غير مملوكة للمولى فكذلك لا يملك تزويجه لان محل هذا العقد غير مملوك له توضيحه أن تزويجه بغير رضاه لا يفيد مقصود النكاح لان الطلاق بيد العبد فيطلقها من ساعته ولكنا نستدل بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شئ فانما عقد المولى على شئ لا يقدر العبد عليه ولانه مملوكه على الاطلاق فيملك نكاحه بغير رضاه كالامة وهذا لان فى الامة انما يملك المولى العقد عليها لملكه رقبتها لا لملكه ما يملك بالنكاح فان ولاية التزويج لا تستدعى ملك ما يملك بالنكاح ولا يثبت باعتباره الا ترى ان الولى يزوج الصغيرة وهو لا يملك عليها ما يملك بالنكاح فثبت ان فى حق الأمة انما

يملك تزويجها بملكه رقبتها لا بملكه عليها ما يملك بالنكاح وهذا موجود فى جانب العبد بل أولى لان فى تزويج الأمة ينظر لنفسه وفى تزويج العبد انما ينظر للعبد ولان الأمهار أحد شطرى العقد فيملكه المولى بملك الرقبة كتمليك البضع فى جانب الامة وما قال انه غير مملوك للمولى فاسد من الكلام فان العبد لا يستبد بالنكاح بالاتفاق وما لا يملكه المولى من عبده فالعبد فيه مبقى على أصل الحرية يستبد به كالاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق على زوجته وهنا العبد لما كان لا يستبد به عرفنا انه مملوك للمولى عليه وموجب النكاح الحل وذلك يحصل بالنكاح الى ان يرتفع بالطلاق والظاهر ان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق ﴿ قال ﴾ ولو أقر المولى بالنكاح على عبده لم يصح اقراره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف مالو أقر على أمته بالنكاح وقد بيناهذا فيما سبق وذكر شعيب بن أبى القاسم عن أبى يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى على عكس هذا ان اقرار المولى بالنكاح على عبده صحيح وعلى أمته لا يصح لانها فرج فلا تحل للزوج بمجرد قول المولى بغير شهود ﴿ قال ﴾ واذا عتقت الامة المنكوحة فلها الخيار كما بينا فان اختارت نفسها وقد دخل الزوج بها فالمهر المسمى واجب لسيدها لان الدخول حصل بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا لسيدها لان اختيارها نفسها فسخ للنكاح من أصله فيسقط به جميع المهر كما اذا فرق بينهما لانعدام الكفاءة فان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل بها أو لم يدخل بها لان المسمى وجب بنفس العقد بمقابلة ماملكه الزوج وانما ملك ذلك على المولى فكان البدل للمولى ولو لم يعتقها كان للسيد ان يستوفى الصداق من زوجها وليس للزوج أن يمتنع من ذلك حتى يسلمها اليه لان المولى في استحقاق صداق الامة كالحرة فى استحقاق صداق نفسها وهناك لها ان تحبس نفسها لاستيفاء صداقها فهنا أيضاً للمولى أن يحبسها اذا كان الصداق حالا وان كان الصداق مؤجلا لم يكن له أن يحبسها ولا للحرة ان تحبس نفسها في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على قياس المبيع لا يحبس بالثمن المؤجل وفى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الآخر وان كان الصداق مؤجلا فللمرأة ان تحبس نفسها لاستيفائه بخلاف البيع لان تسليم النفس عليها في جميع العمر والمطالبة بالصداق ثابت لها في العمر وفي البيع استحقاق التسليم عقيب العقد وليس له حق المطالبة بالثمن في ذلك الوقت اذا كان مؤجلا فان كان

استوفى المولى صداقها أمر المولى أن يدخلها على زوجها ولكن لا يلزمه ان يبوأها معه بيتا لان خدمتها حق المولى فلا تقع الحيلولة بينه وبين استيفاء حقه ولكنها تخدم المولى فى بيته كما كانت تفعله من قبل ومتى ماوجد الزوج منها خلوة أو فراغاً قضى حاجته فان لم يدخل بها حتى قتلها مولاها فعليه رد جميع الصداق على الزوج في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالي وان كان لم يقبض الصداق سقط جميع حقه عن الزوج وعندهما لا يسقط شيء منه وكذلك لو باعها المولي في مكان لا يقدر الزوج عليها وجه قولهما ان القتل موت بأجل فيتقرر به جميع الصداق كما لو قتلها غير المولى وهذا لان بالموت تنتهي مدة النكاح فان النكاح يعقد للعمر فبمضي مدته ينتهى العقد وانتهاء العقد موجب تقرير البدل والدليل عليه ان كل واحد منهما يرث من صاحبه حتى لو جرحها المولى ثم أعتقها فاكتسبت مالاثم ماتت من تلك الجراحة فان الزوج يرثها ولو مات الزوج قبلها ورثته أيضاً والتوريث انما يكون عند انتهاء النكاح بالموت وبهذا يتبين انه لم ينفسخ النكاح بينهما وسقوط المهر من حكم انفساخ النكاح وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول من له الحق في البدل اكتسب سبب فوات المعقود عليه قبل التسليم فيسقط حقه فى المطالبة بالبدل كما لو أعتقها فاختارت نفسها قبل الدخول وهذا لان القتل موت كما قال ولكن يتضمن فوات المعقود عليه فان كان المولى هو الذى اكتسب سببه يجعل التفويت محالا به اليه الا ترى ان البائع لو أتلف جزء من المبيع قبل القبض يسقط حقه في حصته من الثمن ولو قتل العبد المبيع يسقط جميع الثمن وهذا لان القتل في الحقيقة موت باجل ولكن في حق القاتل جعل فى احكام الدنيا كانه غير الموت حتى يجب على القاتل القصاص والكفارة و لدية ان كان خطأ ومن ذبح شاة انسان بغير امره يكون ضامنا له وباعتبار موته هو محسن الى صاحب الشاة فيما صنعه غير متلف عليه شيئاً توضيحه ان المولي لو غيب أمته لم يكن له أن يطالب الزوج بصداقها فاذا أتلفها أولى أن لا يكون له أن يطالب بصداقها وهذا الكلام يتضح فيما اذا باعها فى مكان لا يقدر عليه الزوج فانه لا فرق بين هذا وبينما اذا غيبها من غير بيع اما الميراث فنقول هذا في الحقيقة موت ولكن جعلناه اتلافا فى حق القاتل والميراث ليس للقاتل بل ذلك شيء بينها وبين الزوج وفيما بينهما هذا موت منه للنكاح ولو قتلت الحرة المنكوحة نفسها قبل أن يدخل بها الزوج لم يسقط مهرها عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يسقط لان

الحق فى المهر لها وقد فوتت المعقود عليه قبل الدخول والتسليم فصار كما لو ارتدت قبل الدخول أو قتل المولى أمته ولكنا نقول قتلها نفسها فى الاحكام كموتها ولو كانت ماتت لم يسقط مهرها وانما قلنا ذلك لان قتلها نفسها هدر فى أحكام الدنيا انما تؤاخذ به في الآخرة فاما فى الدنيا لا يتعلق به شئ من الاحكام فهو كموتها بخلاف قتل المولى أمته فانه معتبر فى الاحكام حتى يتعلق به الكفارة ان كان خطأ والضمان ان كان عليها دين توضيحه ان بعد قتلها نفسها المهر لورثتها لا لها ولم يوجد من الورثة ما كان تفويتاً للمعقود عليه وقد بينا ان القتل موت في حق غير القاتل فاما المهر للمولى بعد قتل الامة والتفويت وجد من جهته فان قيل ماتقول فيما اذا كان الوارث هو الذى قتلها قلنا الوارث اذا قتلها صار محروما عن الميراث ولا حق له فى الميراث هنا فلهذا لا يعتبر فعله فى اسقاط مهرها وهذا بخلاف ردتها لانه معتبر فى أحكام الدنيا ولان المهر لها بعد الردة وتفويت المعقود عليه كان منها فأما الأمة اذا قتلت نفسها فعنه روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى احدى الروايتين لا يسقط مهرها كالحرة اذا قتلت نفسها بل أولى لان المهر هنا لمولاها لا لها وفى الاخرى يسقط مهرها كما لو ارتدت وهذا لان فعل المملوك مضاف الى المالك في موجبه ألا ترى أنها لو قتلت غيرها كان المولى هو المخاطب بدفعها أو فدائها فاذا قتلت نفسها جعل فى الحكم كان المولى قتلها فلهذا يسقط مهرها ﴿ قال ﴾ واذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها اياه ولكن الرجل تزوجها على أنها حرة فاذا هي أمة وقد ولدت له ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور وولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهذا لانه لم يرض برق مائه ولكن كما يعتبر حقه يعتبر حق المستحق فيكون الولد حراً بالقيمة نظراً من الجانبين ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم له شيئاً وانما أخبره بخبر كان كاذبا فيه وذلك لا يثبت حق الرجوع عليه كما لو أخبره ان الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه ولكنه يرجع بقيمة الولد على الامة اذا أعتقت لانها غرته حين زوجته نفسها على أنها حرة وضمان الغرر كضمان الكفالة فانها ضمنت له سلامة الولد بما ذكرت من الحرية فى العقد وضمان الكفالة يجب على الامة بعد العتق ويضمن الزوج العقر للمولى ولا يرجع به على أحد لانه عوض ما استوفى منها والمستوفى كان مملوكا للمولى وهو الذى نال اللذة باستيفائه ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المستسعاة في بعض قيمتها ثم

أدت السعاية فعتقت خيرت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان المستسعاة كالمكاتبة عنده وقد بينا أن المكاتبة اذا أعتقت وقد كانت زوجت نفسها خيرت ﴿ قال ﴾ ولا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من فرقة أو طلاق بائن أو ثلاث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى ولو كانت معتدة من طلاق رجعي لم يجز نكاح الامة في عدتها بالاتفاق فهم يقولون المحرم نكاح الامة على الحرة كما قال صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة والتزوج عليها انما يتحقق اذا كان ملكه باقياً عليها وذلك بعد الطلاق الرجعي أو قبل الطلاق فأما بعد الفرقة لم يبق بينه وبينها نكاح فلا يكون متزوجا عليها كما لو كانت الحرة تعتد منه من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فتزوج أمة يجوز والدليل على صحة هذا لو قال لامرأته ان تزوجت عليك امرأة فهي طالق فتزوج امرأة بعد ما أبانها لم تطلق بخلاف ما لو تزوجها بعد الطلاق الرجعي أو قبله فثبت أنه غير متزوج عليها بعد ما أبانها وهذا بخلاف المنع من نكاح الاخت في عدة الاخت لان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدتها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح وهذا المنع ليس لأجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحها ولكن المنع من تزوج الامة على الحرة لما فيه من ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المنع من نكاح الامة ثبت بنكاح الحرة وكل منع ثبت بسبب النكاح يبقى ببقاء العدة كالمنع من نكاح الاخت والاربع وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح وحق الشئ كنفس ذلك الشئ في ابقاء الحرمة ونكاح الامة انما لا يجوز بعد الحرة لانها محرمة في هذه الحالة فتبقى تلك الحرمة ببقاء عدتها فانها محرمة مضمومة الى الحرة وفي هذا نوع ضم في فراش النكاح فاما اذا كانت الحرة تعتد من نكاح فاسد فقد قيل ان ذلك قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايجوز وبعد التسليم يقول هناك المنع لم يكن ثابتاً بالنكاح الفاسد حتى يقال يبقى ذلك ببقاء العدة وأما مسئلة اليمين قلنا في الايمان المعتبر العرف وفي العرف لايسمي متزوجا عليها بعد البينونة فلهذا لاتطلق فامافي ألفاظ الشرع المعتبر المعني ومعني الحرمة باق ببقاء العدة وكذلك لو تزوج مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد في عدة حرة لان الرق في هؤلاء باق وحكمهن في النكاح حكم الأمة القنة ﴿ قال ﴾ رجل تزوج خمس حرائر وأربع اماء في عقدة واحدة

جاز نكاح الاماء دون الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد عن نكاح الاماء لم يصح هنا فانهن خمس لا يمكن تصحيح نكاحهن وليس بعضهن بأولى من البعض فيلغو ضمهن الى الاماء ويبقى المعتبر نكاح الاماء وهن أربع يجوز نكاحهن للحر عندنا فلهذا جاز نكاح الاماء وكذلك ان تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة وللحرة زوج لان نكاح المنكوحة باطل وهذا هو الاصل انه متى كان لا يصح نكاح الحرة وحدها فضمها الى الامة وجوداً وعدما سواء فاما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها يتحقق ضم الحرة الى الأمة فيبطل نكاح الأمة ويجوز نكاح الحرة عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لايجوز لان العقد واحد فاذا بطل بعضه بطل كله كما لو جمع بين اختين ولكنا نقول نكاح الحرة أقوى من نكاح الامة الا ترى انه يصح تقدم أو تأخر والضعيف لا يدفع القوى ولكنه يندفع به بخلاف الاختين فانهما مستويتان فيندفع نكاح كل واحدة منهما بالاخرى توضيحه ان الامة من المحرمات مضمومة الى الحرة والحرة من المحللات فصار هو جامعاً بين محرمة ومحللة فيجوز العقد فى المحللة دون المحرمة ﴿ قال ﴾ واذا زوج مدبرته أو أمته أو أم ولده وبوأها مع الزوج بيتا ثم بدا له أن يردها الى خدمته كان له ذلك لان خدمتها حق المولى وهو بالتبوئة يصير كالمعير لها من زوجها فكان له أن يستردها متى شاء وكذلك لو كان شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من أن يستخدم أمته لان المستحق للزوج بالنكاح ملك الحل لا غير فاشتراطه شيئاً آخر غير ملزم اياه لانه لا يمكن الزامه بطريق الاستئجار فان المدة غير معلومة ولا بطريق الاعارة فان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم ﴿قال﴾ ولو تزوجها على أنها حرة ثم علم بعد ذلك أنها أمة قد أذن المولى لها فى النكاح فهى امرأته ان شاء أمسك وان شاء طلق لان ظهور رقها نوع عيب وقد بينا أن العيب لا يثبت الخيار للزوج غير أن ماولد له من ولد فيما مضى وما كان فى بطنها فهو حر لاجل الغرور وعلى الاب قيمة الولد يوم يختصمون لان الولد فى يده بصفة الامانة مالم يخاصم فانه لا يكون أعلى حالا من ولد المغصوبة وولد المغصوبة أمانة ما لم يطالب بالرد فكذلك ولد المغرور حتى اذا مات قبل الخصومة فلا ضمان على الاب فيه ولكنه انما يصير مانعاً للولد بعد الطلب وذلك عند الخصومة فلهذا تعتبر قيمته وقت الخصومة وهذا اذا تبين أنها أمة أو مدبرة وكذلك اذا تبين أنها أم ولد في ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى

لا تجب قيمة الولد هنا لان ولد أم الولد كامه لاقيمة لرقه حتى لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكذلك بالمنع بعد الطلب وجـه ظاهر الرواية أن الولد انما يصير كأمه اذا ثبت فيه حق أمية الولد وذلك بعد ثبوت الرق فيه وهنا علق الولد حر الاصل فلم يثبت فيه حق أمية الولد ولو تبين أنها مكاتبـة في ظاهر الرواية الجواب كذلك وروي الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى أنه لا يضمن قيمة الولد هنا لانه لو ضمن انما يضمن لها وهي انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها فني حرية ولدها يحصـل بعض مقصودها فلا يجب الضمان ولانه لو رجع لرجع عليها بما ضمن لأن الغرور كان منها فلا يكون مفيداً شيئاً وجـه ظاهر الرواية أن السبب الموجب لضمان قيمة ولد المغرور وقد تقرر هنا ورجوعه عليها يكون بعد العتق وهي تستوجب الضمان عليه للحال فكان مفيداً وانما يرجع على الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة بقيمة الولد بعد العتق لما بينا ان ضمان الغرور كضمان الكفالة وضمان الكفالة في حق هؤلاء مؤخر الى مابعد العتق ﴿قال﴾ ولو مات الولد وترك مالا فماله لابيه بحكم الارث ولا ضمان على الاب فيه لما بينا أن المنع بعد الطلب لم يتحقق منه ولو قتل الولد يأخذ الاب ديته وكان عليه قيمته لانه سلم له بدل نفسه وحكم البدل كحكم المبدل فيتحقق به المنع بعد الطلب فلهذا كان عليه قيمته وكذلك لو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتاً كان على الضارب خمسمائة درهم بدل الجنين الحر لانه علق حر الاصل وعلى الاب نصف عشر قيمته للمولى ان كان ذكراً أو عشر قيمتها ان كانت أنثى لان حق المستحق في جنين الامـة فلا يغرم له الاب الا بدل جنين الامة وان سلم له بدل جنين الحرة كما لو قتل بعد الانفصال ﴿قال﴾ ولو مات الأب وبقي الولد أخذ المولى قيمته من تركة الأب ولا يرجع بها بقية الورثة في حصـة الولد لان المنع قـد تحقق وذلك موجب ضمان القيمة على الأب فيستوفى من تركته بعـد موته وقضاء دين الأب لايكون على بعض الورثة دون البعض فلهذا لا يرجعون في حصـته وان لم يترك الأب شيئاً لم يؤخذ الولد بشيء كما لا يؤخذ بسائر ديون الأب وكذلك الجواب ان كان مولى الجارية عماً للولد لان عتق الغلام هنا ليس باعتبار القرابة بل بالغرور فانه علق حر الاصـل والعتق بالقـرابة انمـا يكون بعـد ثبوت الملك للعم فيه فلهذا كان العم فيه وغيره في هذا سواء ﴿قال﴾ وان كانت تزوجت بغير اذن المولى أخـذها المولى وعقرها والجواب في قيـمة الولد على مابينا وان كان الذى غره غـير الأمة

بان زوجها منه حر على انها حرة فهذا وما تقدم سواء الا ان الأب يرجع بقيمة الولد على المزوج فى الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والحر يؤاخذ بضمان الكفالة فى الحال وان كان الذى غره فيها عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا سواء كان العبد مأذوناً أولم يكن لان المأذون انما يؤاخذ بضمان التجارة فى الحال لابضمان الكفالة فيتأخر الى عتقهم الا ن يكون المولى أمر العبد أو المدبر بذلك فحينئذ يؤاخذ به فى الحال لان كفالة العبد باذن المولى موجب للضمان عليه فى الحال فاما المكاتب لايؤاخذ به حتى يعتق سواء فعله باذن المولى أو بغير اذنه لان المولى ليس له حق التصرف فى كسبه فلا يعتبر اذنه فيه وان كان المتزوج المغرور عبداً أو مدبراً أو مكاتباً بأن تزوج أحد من هؤلاء باذن المولى امرأة على انها حرة فولدت له ثم ظهر أنها أمة فالولد رقيق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله تعالى نص على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الدعوى وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى الولد حر بقيمته على الأب اذا عتق ويرجع بذلك على الذي غره وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن السبب الموجب للحرية الغرور واشتراط الحرية فيها عند النكاح وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر وكما يحتاج الحر الى حرية الولد فالمملوك محتاج الى ذلك بل حاجته أظهر لانه ربما يتطرق به الى حرية نفسه توضيحه أنه لا معتبر برق الزوج وحريته فى رق الولد بل المعتبر فيه جانب الأم ألا ترى أن الحر اذا تزوج أمة وهو يعلم بحالها كان ولده رقيقاً فاذا كان المعتبر رق الأم وقد سقط اعتبار رقها فى حق الولد عند اشتراط الحرية اذا كان الزوج حراً فكذلك اذا كان الزوج عبداً لان ما شرط من الحرية يجعل كالمتحقق فى حرية الولد فأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله تعالى قالا هذا الولد مخلوق من ماء رقيقين فيكون رقيقاً وهذا لأن الولد متفرع من الاصل فانما يتفرع بصفة الأصل واذا كان الاصلان رقيقين لا تثبت الحرية للولد من غير عتق وأما اذا كان الزوج حراً فقد ثبت حرية الولد هناك باتفاق الصحابة رضى الله عنهم بخلاف القياس وهذا ليس فى معنى ذلك لان ماء الرجل هناك بصفته حر فانه جزء منه وانما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة فتأثير الغرور فى المنع من ثبوت الرق في مائه بالاتصال برحم الامة وهنا ماء العبد رقيق كنفسه فالحاجة الى إثبات الحرية لمائه ومايصلح لابقاء ما كان على ما كان لايصلح لايجاب مالم يكن يوضحه ان

الحاجة هناك الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد واعتبار جانب ماثها يوجب رق الولد فجعلنا الغرور دليلا مرجحا وهنا الحاجة الى أثبات الحرية دون الترجيح ومايصلح مرجحا لا يصلح موجبا توضيحه أن هناك تثبت حرية الولد بضمان قيمته على الاب في الحال فيندفع الضرر به عنه وهنا لو ثبتت حرية الولد انما تثبت بضمان قيمته بعد العتق فيتضرر به المستحق في الحال فاذا ثبت أن هذا ليس فى معنى المنصوص وجب الرجوع فيه الى الاصل فكان الولد رقيقا بمنزلة أمه ثم على قول محمد رحمه الله تعالى ان كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق لان كل دين وجب على المملوك بسبب مأذون من جهة المولى يؤاخذ به في الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير ماذون فيه فانما يؤاخذ به بعد العتق ﴿ قال ﴾ واذا تزوجها وهو يعلم أنها أمة أو تزوجها وهو يحسب أنها حرة ولم يغره فيها أحد فأولاده أرقاء لان هذا ظن منه والظن لا يغنى من الحق شيئاً ولان الموجب لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور هنا ولو كانت أمة بين رجلين زوجها أحدهما من رجل ودخل الزوج بها فللآخر أن يبطل النكاح لان المزوج لا يملك الا نصفها وملك نصف الامة ليس بسبب لولاية التزويج فلم ينفذ عقده عليها وقد تناول عقده نصيب الشريك فكان له أن يفسخ عقده دفعا للضرر عن نفسه وقد سقط الحد عن الزوج لشبهة النكاح فيجب المهر عليه الا أن فى نصيب المزوج يجب الاقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها لانه راض بالمسمى ورضاه صحيح فى نصيب نفسه فاما فى نصيب الشريك يجب نصف مهر المثل بالغا ما بلغ لانه لم يرض بسقوط شئ من حقه وان كان ابطال النكاح قبل الدخول فلا مهر لواحد منهما سواء خلا بها الزوج أو لم يخل لان الخلوة انما تعتبر في النكاح الصحيح وهذا العقد لم يكن صحيحا فلا تعتبر الخلوة فيه ﴿قال﴾ واذا زوج أمة ابنه الصغير فذلك جائز وكذلك الوصي اذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج أمته وكذلك المفاوض اذا زوج أمة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر ويسقط به نفقتها عنه وهؤلاء الاربعة يملكون الاكتساب أما المكاتب فهو منفك الحجر عنه فى اكتساب المال وأما الاب والوصى فنهما أمرا بالنظر للصغير وعقد اكتساب المال من النظر وأما المفاوض فان المتفاوضين انما عقدا المفاوضة لاكتساب المال ولا يملك هؤلاء تزويج العبد لانه ليس فيه

اكتساب المال بل فيه تعييب العبد وشغل ذمته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم فى ذلك ﴿قال﴾ ولو زوج الاب أو الوصى أمة الصبي من عبده لايجوز ذلك أيضا نص عليه فى المأذون وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لانه لاضرر فيه على الصبي فان المهر لايجب بهذا العقد ونفقتهما عليه بعد النكاح كما كانا قبله وفيه منفعة الصبي من حيث النسل فيجوز ذلك من الاب والوصى كانزاء الفحل من مال الصبي على أتانه ووجه ظاهر الرواية أن فى هذا تعييبا لهما لان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ومنفعة النسل موهومة والمنفعة الموهومة لاتكون جائزة للضرر المتحقق فلهذا لايصح هذا العقد منهما وأما العبد المأذون أو المضارب أو الشريك شركة عنان اذا زوج واحد منهما الامة لم يجز ذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز لانه عقد اكتساب المال وهؤلاء يملكون ذلك ولان المستوفي بالوطء في الحقيقة منفعة ولهذا سمي الله تعالى المهر أجراً وهؤلاء يملكون الاجارة فكذلك يملكون التزويج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المأذون انما كان منفك الحجر عنه فى التجارة والتزويج ليس من جملة التجارة فان التجار لايعتادون اكتساب المال بتزويج الاماء والدليل عليه أن المرأة لو زوجت نفسها من رجل بعبد ونوت التجارة عند العقد لا يصير العبد به للتجارة ولو كان النكاح من التجارة لصار العبد به للتجارة فان نية التجارة متى اقترنت بعمل التجارة يصير للتجارة واذا لم يكن النكاح من التجارة فلايملكه هؤلاء كالكتابة وبه فارق الاربعة التى تقدمت فان أولئك يملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم غير مقصور على التجارة وهؤلاء الثلاثة لايملكون الكتابة فعرفنا أن تصرفهم مقصور على التجارة ولا شك أن هؤلاء الثلاثة لايزوجون العبد لان تزويج العبد ليس من الاكتساب ولا من التجارة ﴿قال﴾ واذا تزوج الحر أمة ابنه جاز النكاح عندنا ولا يجوز عند الشافعى رحمه الله تعالى وقيل هذا بناء على الاصل الذى تقدم أن عنده لايجوز للحر نكاح الامة الا عند عدم طول الحرة وعلى الابن أن يعف أباه فيستغنى به عن نكاح الامة ولكن هذا ليس بصحيح فانه لو تزوج أمة غيره صح النكاح اذا لم يكن فى ملكه مايتزوج به الحرة والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة فوجه قوله أن للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لايلزمه الحد فلا يجوز له أن يتزوجها كالمولى اذا تزوج أمة من كسب مكاتبه بل أولي لان حق الملك في مال ولده أظهر ألا ترى أن استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد

المولى أمة مكاتبه لايصح توضيحه أن الولد كسبه قال صلى الله عليه وسلم ان أطيب مايأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه لجارية الابن كسب كسبه فلا يملك التزوج كأمة عبده ولكنانقول ليس له في جارية ولده ملك ولاحق ملك فيجوز لهان يتزوجها كأمة أبيه وأخيه وانما قلنا ذلك لانه يحل للابن ان يطأ جاريته بالاتفاق ولو كان لابيه فيها حق الملك لم يحل له وطئها كالمكاتب فانه لايحل له ان يطأ أمته لما كان للمولى فيها حق الملك فاما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك له فى الجارية ولكن لظاهر الاضافة فى قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا الظاهر وان كان لم يكن معمولا به في ايجاب ملك أو حق ملك له فيها يصير شبهة فى اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار لايوجب الملك ولا حق الملك للمشترى ثم يسقط الحد به وكذلك العقد الفاسد من نكاح أو بيع قبل القبض والولد وان كان كسبا له فهو كسب حر فلا يثبت له حق الملك فى كسبه بمنزلة مال المعتق لاحق للمعتق فيه وان كان المعتق كسبا له لانه كسب حر فاما صحة الاستيلاد ليس باعتبار حق الملك له فيها بل بولاية التملك عند الحاجة وتقرر حاجته الى صيانة مائه كيلا يضيع نسله فان تزوجها فولدت له ولداً كان الولد حراً لان الولد يتبع الأم في الملك فولى الجارية هنا ملك أخاه فيعتق عليه بالقرابة ولا تصير الجارية أم ولد له عندنا وعند زفر رحمه الله تعالي تصير أم ولد له وكذا اذا استولدها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة عندنا لاتصير أم ولد له خلافا لزفر رحمه الله تعالى وحجته انه لو استولدها بفجور صارت أم ولد له فاذا استولدها بنكاح أو بشبهة نكاح أولى ان تصير أم ولد له ولكنا نقول اذا استولدها بغير شبهة فهناك يصير متملكا لحاجته الى ذلك كيلا يضيع ماؤه فان اثبات النسب غير ممكن بدون التملك لانه ليس له فيها ملك ولاحق ملك فاذا تملكها سابقا على الاستيلاد كان الاستيلاد فى ملك نفسه فلهذا صارت أم ولد له وهنا غير محتاج الى تملكها لاثبات النسب بل النكاح أو شبهة النكاح يكفي لذلك فلم يصر متملكا لها فلهذا لاتصير أم ولد له ﴿قال﴾ ولو كان الابن هو الذى تزوج أمة ابيه بتزويج الاب اياها منه جاز النكاح فاذا ولدت فالولد حر لان الاب ملك الابن امته ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لاملك له فيها وان كان الابن وطئها بغير نكاح أو شبهة نكاح لم يثبت نسبه منه وان ادعاه لانه ليس له حق التملك فى جارية أبيه ولكن لاحد عليه ان قال ظننت انها تحل لى وان قال علمت انها على حرام فعليه الحد لان

عند الظن اشتبه عليه ما يشتبه فيسقط الحد به وعند العلم بالحرمة لاشبهة له في المحل حقيقة ولا صورة ولم يشتبه عليه أمرها فلزمه الحد وان صدقه الاب في انه وطئها وان الولد منه عتق الولد باقراره لانه اذاملك ابنه من الزناعتق عليه فكذلك اذاملك ابن ابنه من الزنا ولكن لايثبت النسب لما بينا بخلاف الأب اذا كان هو الذى استولد جارية ابنه فانه لاحاجة الى تصديق الولد لان الاب له ولاية تملك جارية الابن فانما يكون مستولداً لها فى ملك نفسه ولهذا ضمن قيمتها لابنه وليس للابن هذه الولاية فى جارية أبيه فلهذا لايعتق الولد الا اذا صدقه الاب فيه ﴿قال﴾ ولايتزوج العبد أكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله تعالى له أن يتزوج أربعا لان الرق لايؤثر فى مالكية النكاح حتى لايخرج من أن يكون أهلا لملك النكاح ومالا يؤثر فيه الرق فالعبد والحر فيه سواء كملك الطلاق وملك الدم فى الاقرار بالعقود ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله عنه قال لايتزوج العبد أكثر من اثنتين ولان الرق مؤثر في تنصيف ماكان متعدداً فى نفسه كالجلدات فى الحدود وعدد الطلاق واقراء العدة وهذا لان ملك النكاح مبنى على الحل الذى يصير به أهلا للنكاح وذلك الحل يتسع بزيادة الفضيلة ويتضيق بنقصان الحال ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كان مخصوصا باباحة تسع نسوة لفضيلة النبوة التى اختص بها فكان الحل في حقه متسعا لتسع نسوة ولايجوز لاحد غيره أكثر من أربع نسوة فكذلك يتسع الحل لفضيلة الحرية فيتزوج الحر أربعاً ولا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه أن الرق ينصف الحل ألا ترى أن في جانب الامة يتنصف حلها بالرق حتى ان ماينبنى على الحل وهو القسم يكون حالها فيه على النصف من حال الحرة وكذلك مايجب على المستوفى لهذا الحل بغير طريقه وهو الحل يتنصف بالرق حتى يجب على العبد بالزنا خمسون جلدة وعلى الحر مائة جلدة واذا ثبت أن الحل يتنصف بالرق وعليه ينبنى عدد المنكوحات فقلنا حال العبد فيه على النصف من حال الحر فيتزوج ثنتان الحرتان والامتان فى ذلك سواء والشافعي رحمه الله تعالى هنا لايخالفنا لان في حق العبد نكاح الامة أصل وليس ببدل اذ ليس فيه تعريض شئ للرق فانه رقيق بجميع أجزائه فلهذا جوز له نكاح الأمتين وعلى هذا الاصل يقول الشافعي رضى الله تعالى عنه للعبد أن يتزوج أمة على حرة ولكنا نقول لايجوز لان الامة ليست من المحللات مضمومة الى الحرة في حق الحر فكذلك في حق العبد والمدبر والمكاتب وابن أم الولد فى هذا كالعبد

لان الرق المنصف للحل فيهم قائم ﴿قال﴾ ولا يجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يجوز لان الرق لم يؤثر فى مالكية النكاح فيستبد العبد به كالطلاق وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بظاهر قوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شئ والنكاح شئ فلا يملكه العبد بنفسه ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمعنى فيه ان فى النكاح تعييبه وفيه شغل ماليته بالمهر والنفقة وماليته ملك مولاه فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير اذن المولى يوضحه أنه لو باع رقبته أو رهنه بمال لم يجز وان كان منفعة ذلك ترجع الى المولى فاذا تزوج ولا منفعة فى عقده للمولى أولى أن لايجوز وكذلك المدبر وابن أم الولد والمكاتب لايتزوج أحد من هؤلاء بغير اذن المولى لان الرق الموجب للحجر فيهم فان اذن المولى لهم في ذلك جاز العقد فان المولى لو باشر تزويجهم جاز فكذلك اذا أذن لهم فيه الا أن فى المكاتب يحتاج الى رضاه اذا باشره المولى فان أذن له المولى فباشره المكاتب يجوز أيضاً وهذا بخلاف تزويج الامة فان المكاتب يزوج أمته بغير رضا المولى لان أمته غير مملوكة للمولى وتزويجها من عقود الاكتساب فيملكه المكاتب فاما تزويجه لنفسه ليس من عقود الاكتساب ورقبته مملوكة للمولى وعلى هذا لو أن المكاتبة زوجت أمتها جاز ذلك ولو تزوجت بنفسها لم يجز الا باذن المولى لقيام ملك المولى فى رقبتها ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد بغير اذن مولاه فأجازه جاز لان الاجازة فى الانتهاء كاذنه في الابتداء فان طلقها العبد ثلاثا بعد اجازة المولى طلقت ثلاثا ولم يجز للعبد أن يتزوج حتى تنكح زوجا غيره لان النكاح لما صح كان العبد فى ايقاع الطلاق عليها كالحر ولو طلقها ثلاثا قبل اجازة المولى النكاح لم يقع النكاح ولكن يكون هذا متاركة للنكاح لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح ونكاحه بغير اذن المولى لم يكن صحيحا فلا يقع الطلاق ولكن ايقاع الطلاق يؤثر في ازالة الحل عن المحل وايقاع الفرقة اذا كان صحيحا فاذا لم يكن النكاح نكاحا صحيحا فلا يؤثر في هذين الحكمين ولكن يؤثر فى رفع الشبهة حتى لو وطئها قبل الطلاق لايلزمه الحد ولو وطئها بعد الطلاق يلزمه الحد وان لم يجز المولى ذلك العقد ولكن أذن له أن يتزوجها ابتداء فلا بأس بأن يتزوجها لان حرمة المحل بوقوع التطليقات على المحل ولم يقع هنا فلا بأس بأن يتزوجها كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته ثلاثا لايثبت به حرمة المحل ولان النكاح لما لم يصح كان

هذا طلاقاً قبل النكاح وقال عليه الصلاة والسلام لاطلاق قبل النكاح ولوأجازالمولى ذلك النكاح فاجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال توقف العقد وقد ارتفع العقد بما أوقعه العبد لانه يستبد بالطلاق لو أوقعه فى نكاح صحيح ارتفع النكاح فاذا أوقعه فى العقد الموقوف أولى أن يرتفع العقد به فان أذن له أن يتزوجها بعد هذا كرهت له أن يتزوجها ولو فعل لم يفرق بينهما فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكره ذلك وجه قوله ظاهر فان الطلاق غير واقع على المحل وحرمة المحل باعتبار وقوع الطلاق ولان اجازة المولى للعقد باطل فوجوده كعدمه ولولم يجز العقد كان له أن يتزوجها باذنه فكذلك بعد اجازته وجه قولهما ان الطلاق تصرف ينبني على النكاح واجازة العقود يتضمن اجازة ماينبنى عليه فاعتبار هذا المعني يوجب نفوذالطلاق وحرمة المحل فجعلناه معتبراً في الكراهة وان لم يكن معتبراً في حقيقة حرمة المحل ولكن هذا على أصل محمد رحمه الله تعالى غير صحيح فان عنده المشترى من الغاصب اذا أعتق ثم أجازالمولى لاينفذ عتقه وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى انما يصح هذا ان لوكان الطلاق يتوقف على أجازة المولى وقد بينا ان طلاق العبد لايتوقف على اجازة المولى لكن الوجه فيه أن نقول الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والاذن فى الابتداء لوكان موجوداً ثبت به حرمة المحل حقيقة فكذلك بوجود صورة الاجازة فى الانتهاء تثبت الكراهة توضيحه أن العبد أهل للنكاح فى حق نفسه ولهذا لو أعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه فاعتبار هذا الجانب يوجب نفوذ طلاقه واعتبار جانب حق المولى يمنع نفوذ طلاقه فلتعارض الادلة قلنا لاتثبت الحرمة حقيقة ولكن تثبت صفة الكراهة احتياطاً لانه ان ترك نكاح امرأة تحل له كان خيراً له من أن يتزوج امرأة لاتحل له ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد حرة بغير اذن مولاها ثم أعتقه المولى جاز النكاح لانه مخاطب له قول ملزم وانما امتنع نفوذ نكاحه لحق مولاه فاذا أسقط المولى حقه بالعتق فينفذ النكاح لزوال المانع وكذلك لوباعه فاجاز المشترى لان المشترى قام مقام البائع فى ملكه رقبته فكذلك في إجازة عقده وهذا لانه ماطرأ بالبيع حل نافذ على الحل الموقوف فان العبد لايحل للمشترى فلهذا كانت اجازته كاجازة البائع وعندزفر رحمه الله تعالى لاينفذ باجازة المشترى وقد بينا هذا وكذلك لو أجاز وارثه بعدموته ﴿قال﴾ ولوأذن لعبده فى النكاح لم يملك ان يتزوج الاامرأة واحدة عندنا وعند الشافعى رحمه الله

تعالى له أن يتزوج اثنتين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم بيانه ان النكاح مملوك للمولى على عبده عندنا حتى يزوجه من غير رضاه فيكون العبد فيه نائباً عن مولاه فهو كالحر بأمر غيره ان يزوجه فلا يزوجه بمطلق الوكالة الا امرأة واحدة وعندهما النكاح غير مملوك للمولى على عبده ولكن العبد هو المالك له الا انه لا ينفذ منه بدون اذن المولى لان ضرره يتعدى الى حق المولى فاذا أذن المولى له فى ذلك فقد رضى بالتزام هذا الضرر وأسقط حق نفسه فكان للعبد أن يتزوج اثنتين ولو تزوج امرأتين فى عقدة لا يجوز نكاح واحدة منهما الا في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول فانه يقول يجوز نكاح إحداهما والبيان فيه الى العبد بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين عنده يصح نكاح إحداهما والخيار الى الزوج وقد تقدم بيان هذه المسئلة فان قال المولى عنيت نكاح امرأتين جاز نكاحهما لانه لو أجاز نكاح امرأتين جاز فكذلك اذا قال نويت ذلك عند الاذن لان المنوى من محتملات لفظه وهو غير متهم فى هذا البيان ﴿ قال ﴾ واذا أذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسداً ودخل بها أخذ بالمهر فى حالة الرق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يؤخذ به حتى يعتق وأصل المسئلة ان عندهما اذن المولى لعبده فى النكاح ينصرف الى العقد الصحيح دون الفاسد لان مقصوده تحصيل العفة به للعبد وذلك انما يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد واستدلالاً بما لو حلف أن لا يتزوج ينصرف يمينه الى العقد الصحيح دون الفاسد فعرفنا به ان الفاسد ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفساد والصحة صفة العقد والاذن من المولى فى أصل العقد فلا يتقيد بصفة دون صفة كالاذن فى البيع والشراء للوكيل أو للعبد يتناول الفاسد والصحيح جميعاً وهذا لان بعض المقاصد يثبت بالعقد الفاسد نحو النسب والمهر والعدة عند الدخول وهذا لو حلف أنه ما تزوج في الماضى وقد كان تزوج فاسداً أو صحيحاً كان حانثا في يمينه وفى المستقبل انما حملناه على العقد الصحيح لدلالة العرف فان الايمان تبنى على العرف فأما هنا اعتبار اذن المولى لدفع الضرر عنه وذلك يعم العقد الصحيح والفاسد اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا دخل بها بالنكاح الفاسد فقد لزمه المهر بسبب كان مأذونا فيه من جهة المولى فيؤاخذ به فى الحال وعندهما اذن المولى لا يتناول العقد الفاسد فانما لزمه المهر بسبب غير مأذون فيه من جهة المولى فيتأخر الى ما بعد العتق

وعلى هذا لو تزوجها نكاحا صحيحا بعد هذا يجوز عندهما لان حكم اذن المولى ماانتهى بالعقد الفاسد فيكون مباشراً العقد الثاني باذنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايصح العقد الثاني لان حكم اذن المولى انتهى بالعقد الاول فيحتاج في العقد الثاني الى اذن جديد ﴿قال﴾ واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها ثم أجاز المولى ذلك النكاح فعليه مهر واحد وهو الذي سماه لها استحساناً لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وفي القياس عليه مهران مهر المثل بالدخول والمسمى بنفوذ العقد بالاجازة وقد بينا نظير هذا في جانب الأمة فهو كذلك في العبد وعلى هذا لو أعتقه المولى حتى نفذ العقد بعد عتقه ﴿قال﴾ واذا تزوج المكاتب بغير اذن السيد أو العبد أو المدبر ودخل بها ثم فرق بينهما السيد فلا مهر عليه حتى يعتق لان النكاح في حق المكاتب ليس من عقود التجارة ولا من اكتساب المال والمهر عند الدخول انما يجب بسبب ذلك العقد فاذا لم يكن عقد الكتابة متناً ولا لذلك العقد يتأخر المال الواجب بسببه الى مابعد العتق وهذا بخلاف جناية المكاتب فان موجبه في كسبه يثبت في الحال لان وجوب ذلك باعتبار الفعل والرق لايؤثر في الحجر عن الافعال وأما وجوب المهر هنا باعتبار العقد لان الدخول بدون العقد غير موجب للمهر ولانها راضية بهذا الدخول فلهذا يتأخر الواجب الى مابعد العتق بمنزلة المال الواجب عليه بسبب الكفالة ﴿ قال ﴾ واذا زوج الرجل عبده أمته بشهود فهو جائز ولا مهر لها عليه لان المهر لو وجب كان للمولى وانما يجب في مالية العبد وماليته مملوكة للمولى فلا فائدة في وجوبه أصلا وقد بينا ان على طريق بعض أصحابنا يجب ابتداء لحق الشرع ثم يسقط لقيام ملك المولى في رقبة الزوج فان كان العبد نصرانياً أذن له مولاه في التزوج فأقامت عليه امرأة نصرانية شاهدين من النصارى انه تزوجها وهو جاحد أجزت ذلك عليه لان الخصم هو العبد الا ترى انه لو أقر بهذا النكاح ثبت باقراره فكذلك يثبت بشهادة النصارى عليه لانه نصراني الا ترى انهم لو شهدوا عليه ببيع أو شراء وهو مأذون له في التجارة كانت الشهادة مقبولة فكذلك بالنكاح فان قيل النكاح مملوك للمولى على العبد فهذه الشهادة انما تقوم على المولى وهو مسلم قلنا أصل العقد مملوك للمولى عليه ولكن حكمه وهو ملك الحل يثبت للعبد والشهود انما يشهدون لها بذلك على العبد فلهذا اعتبرنا فيه دين العبد وقلنا لو كان المولى كافراً والعبد مسلماً لم تجز شهادتهما لانها تقوم على العبد وهو مسلم وشهادة الكافر ليس بحجة على المسلم ﴿ قال ﴾

ولا يحل للعبد ان يتسرى وان أذن له مولاه عندنا وعلى قول مالك رحمه الله تعالى يحل لان ملك المتعة يثبت بطريقين اما عقد النكاح أو التسرى فاذا كان العبد أهلا لملك المتعة بأحد الطريقين وهو النكاح فكذلك بالطريق الآخر بل أولى لان ملك المتعة الذى يثبت بالنكاح أقوى مما يثبت بملك اليمين وحجتنا في ذلك قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم وهذه ليست بزوجة له ولا مملوكة له وعن ابن عمر رضى الله عنه قال لايحل فرج مملوكة الا لمن اذا أعتق أو وهب جاز والعبد لايجوز عتقه ولا هبته فلا يحل الفرج له بملك اليمين وهذا لان العبد مملوك مالا فلا يجوز ان يكون مالكا للمال لما بين المالكية والمملوكية من المنافاة وملك المتعة لايثبت الا بثبوت سببه فاذا كان سببه وهو ملك الرقبة لايثبت فى حق العبد فكذلك حكمه بخلاف النكاح ولان العبد ليس باهل لملك المال قبل اذن المولى ولا تأثير للاذن في جعل من ليس بأهل أهلا وانما تأثير اذن المولى فى اسقاط حقه عند قيام أهلية العبد فكان ينبغى ان لايجعل العبد أهلا لملك المتعة أصلا لان بين المالكية والمملوكية منافاة ولكن الشرع جعله أهلا لملك المتعة بسبب النكاح لضرورة حاجته الى قضاء الشهوة وابقاء النسل وهذه الضرورة ترتفع بثبوت الحل له بالنكاح فلا حاجة هنا الى ان نجعله أهلا لملك المتعة بسبب ملك الرقبة وكذلك المدبر والمكاتب والمستسعي فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿ قال ﴾ ولو ان عبداً بين رجلين زوجه أحدهما بغير اذن الآخر لم يجز لما بينا ان ولاية النكاح انما تستفاد بملك رقبة العبد وكل واحد منهما غير مالك لما يسمى عبداً ﴿قال﴾ ولايحل للعبد ان يتزوج مولاته ولا امرأة لها في رقبته شقص عندنا وعلى قول نفاة القياس رضى الله عنهم يجوز وكذلك الحر اذا تزوج أمته أو أمة له فيها شقص فهو على هذا الخلاف واستدلوا بظاهر قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء وبقوله فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وانكحوا الأيامى منكم الآية فانما خاطب الله تعالى الموالى بانكاح الاماء لا بنكاحهن ولان العبد اذا تزوج بمولاته فهى تستوجب عليه النفقة بالنكاح وهو يستوجب عليها النفقة بملك اليمين فيتقاصان ويموتان جوعاً وفى هذا من الفساد مالا يخفي والحر اذا تزوج أمته فهذا العقد غير مفيد لان موجب النكاح ملك الحل ومحل الحل ثابت له تبعا لملك الرقبة ولان النكاح انما شرع فى الاصل لضرورة الحاجة اليه وعند ملكه رقبتها لاحاجة فلم يكن

مشروعا أصلا ثم قيام الملك فى شقص منها ينزل منزلة قيام الملك فى جميعها فى حرمة النكاح احتياطاً وان كان لا ينزل منزلة ذلك فى حل الوطء وعلى هذا لو تزوج مكاتبته فالنكاح باطل لقيام الملك له في رقبتها وان كان هو ممنوعا من وطئها بسبب الكتابة فان وطئها كان لها المهر بمنزلة مالو وطئها قبل النكاح وهذا لان الحد يسقط للشبهة فيجب المهر وهى بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها ومكاسبها والمستوفي بالوطء في حكم جزء من عينها ولو قطع المولى يدها كان الارش لها فكذلك اذا وطئها ألا ترى أن الواطئ لو كان غير المولى كان المهر لها فان عتقت بعد هذا النكاح لم يجز ذلك النكاح لانه تعين فيه جهة البطلان لملكه رقبتها فلا ينقلب صحيحا وان زال ذلك الملك وكذلك ان تزوج المكاتب مولاته ودخل بها فعليه المهر لسقوط الحد بشبهة النكاح ولا يجوز النكاح وان عتق لما قلنا وان تزوج المكاتب أو العبد بنت مولاه باذنه جاز النكاح لانه لا ملك لها فى رقبته ولا حق ملك مادام الاب حيا فان مات المولى فسد نكاح العبد لانها ملكت رقبة زوجها ارثا وملكها رقبة الزوج لو اقترن بالنكاح منع صحة النكاح فاذا طرأ على النكاح يرفع النكاح أيضا لان المنافى يؤثر سواء كان طارئا أو مقارنا فأما نكاح المكاتب لا يفسد بموت المولى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفسد وهو بناء على أن رقبة المكاتب لا تورث عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى تورث وأصل المسئلة ان المشغول بحاجة المورث لا يملكه الوارث عندنا كالتركة المستغرقة بالدين والمكاتب أيضا مشغول بحاجته وعند الشافعي رحمه الله تعالى كل ما كان مملوكا للمورث فاذا لم يخرج بموته من أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا لوارثه وحجته على سبيل الابتداء فى هذه المسئلة انها لو تزوجت به ابتداء بعد موت المولى لا يصح النكاح فكذا لا يبقى النكاح كما فى العبد وتقريره أن الوارث خلافة ورقبة المكاتب كانت مملوكة للمولى فيخلفه وارثه فيه بعد الموت ألا ترى أنه لو عجز كان مملوكا للوارث وعجزه ليس بموجب ملك الرقبة للوارث ابتداء فعرفنا أنه كان مالكا قبل ذلك وحجتنا في ذلك أن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذلك لا يملك بالارث كالمدبر والدليل عليه انه لو أدى بدل الكتابة كان ولاؤه للمولى وانما يثبت الولاء لمن يعتق على ملكه فتبين بهذا أنه باق على ملك المولى لحاجته الى ذلك واستحقاقه ولاءه بعقد الكتابة ولهذا يملك بعد العجز لان المانع حق المولى وقد زال فيكون ذلك السبب عاملا فى ايجاب الملك بعد زوال المانع وأما اذا تزوجت

به ابتداء بعد موت المولى انما لايجوز لانه ثبت لها حق أن تملك رقبته عند زوال المانع وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاءه ولهذا لو اشترى المكاتب امرأة مولاه لا يفسد النكاح ولو تزوج أمة مكاتبه لايجوز وكذلك لو اشترى المكاتب امرأة نفسه لايفسد النكاح ولو تزوجها ابتداء لم يصح وكذلك لو كفل رجل عن المكاتب بمال لابن مولاه فهو جائز فان مات أبوه كانت الكفالة على حالها ولو كفل له بمال مستقبل عنه بعد موت أبيه لم يجز ومن غير هذا الباب العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع البقاء فالقياس في هذا كثير واذا ثبت بقاء النكاح قلنا ان أعتق المكاتب فهي امرأته لانه بالعتق ازداد بعداً عنها وان عجز ورد في الرق بطل النكاح ولا مهر لها ان لم يكن دخل بها لان بطلان النكاح يقرر المنافي وذلك اذا وجد قبل الدخول أبطل النكاح من الأصل فلا يوجب شيئاً من المهر كالمحرمية وان كان قد دخل بها فلها المهر في رقبته يبطل منه بقدر حصتها لانها ملكت بعض رقبته والمولى لايستوجب على مملوكه ديناً ﴿قال﴾ رجل تزوج أمة رجل ثم اشترى بعضها قبل ان يدخل بها أو ملكها بوجه من الوجوه فسد النكاح لتقرر المنافي وهو ملكه جزءً من رقبتها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وان كان قد دخل بها فعليه المهر لمولاها وقد انتقض النكاح لملكه جزءً من رقبتها وان أتى العبد المرأة الحرة فاخبرها انه حر فتزوجها على ذلك ثم علمت انه عبد قد أذن له مولاه في التزوج فهي بالخيار ان شاءت أقامت معه وان شاءت فارقته لانه غرها ولانها مارضيت ان يستفرشها مملوك ولانه ليس بكفء لها وقد بينا انه اذا كتم نسبه ثم ظهر ان نسبه المكتوم دون ما أظهره يكون لها الخيار فاذا أظهر الحرية وتبين الرق لان يثبت لها الخيار كان أولى فان اختارت الفرقة لاتكون هذه الفرقة الا عند القاضي بمنزلة الرد بالعيب والفسخ بعدم الكفاءة لايثبت الا بقضاء القاضي ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها لانه فسخ لأصل النكاح بينهما ﴿قال﴾ عبد تزوج امرأة باذن مولاه ولم يخبرها انه حر أو عبد ثم علمت انه عبد فان كان أولياء المرأة زوجوها منه برضاها فلا خيار لهم ولا لها لان مباشرة الأولياء العقد يكون مسقطاً حقهم في طلب الكفاءة والزوج ماشرط لها من نفسه شيئاً فات عليها ذلك انما ظنت انه حر وظنها لا يلزم الزوج شيئاً فلهذا لاخيار لها وان كانت فعلته بدون الاولياء فلهم ان يفرقوا بينهما لانه غير كفء والمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فللأولياء

حق الاعتراض دفعاً للعار عن أنفسهم والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرضاع

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وذكر عروة عن عائشة رضي الله عنهما هذا الحديث قال يحرم بالرضاع مايحرم بالولادة وفيه دليل على ان الرضاع من أسباب التحريم وانه بمنزلة النسب فى ثبوت الحرمة لان ثبوت الحرمة بالنسب لحقيقة البعضية أو شبهة البعضية وفى الرضاع شبهة البعضية بمايحصل باللبن الذي هو جزء الآدمية فى انبات اللحم وانشاز العظم واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرضاع ما أنبت اللحم وانشز العظم وفيه دليل على أن الحرمة بالرضاع كما تثبت من جانب الأمهات تثبت من جانب الآباء وهو الزوج الذى نزل لبنها بوطئه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم شبهه بالنسب فى التحريم والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين فكذلك بالرضاع بخلاف مايقوله بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان لبن الفحل لا يحرم وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى احتجوا بان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء فقال وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب ولان الحرمة في حق الرجل لاتثبت بحقيقة فعل الارضاع فانه لو نزل اللبن في ثندوة الرجل فأرضع به صبيا لاتثبت الحرمة فلان لاتثبت فى جانبه بارضاع زوجته أولى وحجتنا ذلك حديث عمرة عن عائشة رضى الله عنهما قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى فسمعت صوت رجل يستأذن على حفصة رضى الله عنها فقلت هذا رجل يستأذن فى بيتك يارسول الله فقال صلوات الله عليه ما أراه الافلانا عماً لحفصة من الرضاع فقلت لو كان فلان عمى من الرضاع حيا أكان يدخل على فقال نعم الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها قالت يارسول الله ان أفلح بن أبي قعيس يدخل على وأنا في ثياب فضل فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقلت انما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال صلوات الله عليه ليلج عليك فانه عمك والعم من الرضاعة لايكون الاباعتبار ابن الفحل والمعنى فيه ان سبب هذا اللبن فعل الواطئ فالحرمة التى تنبنى عليه تثبت من الجانبين كالولادة فاما ما قالوا ان الله تعالى بين حرمة

الرضاع فى جانب النساء قلنا من الاحكام مايثبت بالقرآن ومنها مايثبت بالسنة فحرمة الرضاع فى جانب الرجل مما يثبت بالسنة والمعنى الذى لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد فى ارضاع الرجل فان مانزل في ثندؤته لايغذى الصبى فلا يحصل به انبات اللحم فهذا نظير وطء الميتة فى أنه لا يوجب الحرمة ﴿قال﴾ ولا ينبغى للرجل أن يتزوج امرأة ابنه من الرضاعة ولا امرأة أبيه من الرضاعة وكذلك أجداده ونوافله وهو نظير الحرمة الثابتة بالنسب وعلى هذا الاخوات من الرضاعة اما اذا أرضعت امرأة واحدة ثنتان فهما اختان فان كان زوجها واحداً فهما اختان لاب وأم من الرضاعة وان كان زوجها مختلفاً عند الارضاعين فهما أختان لام وان كان تحت الرجل امرأتان لكل واحدة لبن منه فأرضعت كل واحدة منهما صبية فهما أختان لاب من الرضاعة لان لبنهما من رجل واحد وعموم قوله تعالى وأخواتكم من الرضاعة يتناول ذلك كله وكذلك بنات الاخ من الرضاع كبنات لأخ من النسب ألا ترى أنه لما عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبى سلمة رضى الله تعالى عنها قال لولم تكن ربيبتى فى حجرى ما كانت تحل لى أرضعتني وأباها ثويبة فقال على رضى الله تعالى عنه يارسول الله انك ترغب فى قريش وترغب عنا فقال هل فيكم شئ قال نعم ابنة حمزة رضى الله تعالى عنه فقال صلى الله عليه وسلم انها ابنة أخى من الرضاعة ﴿قال﴾ واذا كان للمرأة لبن وطلقها زوجها وتزوجت آخر فحبلت من الآخر ونزل لها اللبن فاللبن من الاول حتى تلد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاذا ولدت فاللبن بعد ذلك يكون من الثانى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا عرف أن هذا اللبن من الحبل الثانى فهو من الآخر وقد انقطع اللبن الاول وعنه فى رواية اذا حبلت من الثانى انقطع حكم لبن الاول وقال محمد رحمه الله تعالى أستحسن أن يكون منهما جميعاً حتى تضع من الآخر وجه قوله ان ما كان بها من اللبن فهو من الاول وما ازداد بسبب الحبل فهو من الثانى وباب الحرمة مبنى على الاحتياط فتثبت الحرمة منهما جميعاً كما اذا حلب لبن امرأتين فى قارورة وأوجر صبياً فاذا وضعت من الثانى فقد انتسخ سبب لبن الاول باعتراض مثله عليه فلهذا كان اللبن من الثانى بعده وأبو يوسف يقول اللبن ينزل تارة بعد الولادة وتارة بعد الحبل قبل الولادة فاذا عرف نزول اللبن من الثانى انتسخ به حكم اللبن من الاول كما ينتسخ بالولادة من الثانى وعلى الرواية الأخرى يقول لما كان الحبل سببا لنزول اللبن وحقيقة نزول اللبن من الثانى باطل فيقام السبب

الظاهر مقام المعنى الباطن تيسيراً فينتسخ به حكم لبن الأول وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كون اللبن من الاول ثابت بيقين واللبن يزداد تارة وينقص أخرى باعتبار الغذاء فهذه الزيادة تحتمل أن تكون من قوة الغذاء لامن الحبل الثانى فلا ينتسخ به حكم اللبن من الاول حتى يعترض مثل ذلك السبب من الثاني وذلك يكون بالولادة ﴿قال﴾ ولا يجتمع حكم الرضاع لرجلين على امرأة واحدة فى حالة واحدة لان سببهما لايجتمع حلالا شرعا فكذلك ماينبنى على ذلك السبب ولكن مابقى الاول لايثبت الثانى واذا ثبت الثانى انتفى الاول ﴿قال﴾ ولا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته رضاعا قليلا أو كثيراً عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاتثبت الحرمة الا بخمس رضعات يكتفى الصبي بكل واحدة منها ومن أصحاب الظواهر من اعتبر ثلاث رضعات لايجاب الحرمة واستدل من شرط العدد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان وفى حديث عمرة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما قالت كان فيما أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعد ذلك وحجتنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم أثبت الحرمة بفعل الارضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص ومثله لايثبت بخبر الواحد. وفى حديث على رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرضاع قليله وكثيره سواء يعني فى ايجاب الحرمة ولأن هذا سبب من أسباب التحريم فلايشترط فيه العدد كالوطء أما حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فضعيف جداً لانه اذا كان متلواً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخ التلاوة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجوز فلماذا لا يتلى الآن وذكر فى الحديث فدخل داجن البيت فأكله وهذا يقوى قول الروافض الذين يقولون كثير من القرآن ذهب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يثبته الصحابة رضي الله تعالى عنهم فى المصحف وهو قول باطل بالاجماع ولو ثبت أن هذا كان فى وقت من الاوقات فانما كان فى الوقت الذي كان ارضاع الكبير مشروعا وعليه يحمل الحديث الثانى فان انبات اللحم وانشاز العظم فى حق الكبير لايحصل بالرضعة الواحدة فكان العدد مشروعا فيه ثم انتسخ بانتساخ حكم ارضاع الكبير على مانبينه ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ والسعوط والوجور يثبت الحرمة لانه مما يتغذى به الصبي فان السعوط يصل الى الدماغ فيتقوى به والوجور يصل الى الجوف

فيحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فاما الاقطار فى الأذن لا يوجب الحرمة لان الظاهر انه لا يصل الى الدماغ لضيق ذلك الثقب وكذلك الاقطار في الاحليل فان أكثر مافيه انه يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي عادة وكذلك الحقنة فى ظاهر الرواية الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى قال اذا احتقن صبي بلبن امرأة تثبت به الحرمة لان ذلك يصل الى الجوف الا ترى انه يفسد به الصوم ولكنا نقول ليس الموجب للحرمة عين الوصول الى الجوف بل حصول معني الغذاء ليثبت به شبهة البعضية وذلك انما يحصل من الأعالي لا من الأسافل ثم بين من يحرم بسبب الرضاعة والحاصل فيه ماينا انه بمنزلة النسب فكما ان الحرمة الثابتة بالنسب في حق الأمهات والبنات تتعدي الى الجدات والنوافل والعمات والخالات فكذلك بسبب الرضاع ﴿قال﴾ ولا رضاع بعد الفصال بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما وهكذا رواه جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لارضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم ولا صمت يوم الى الليل ولا وصال فى صيام ولا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا وفاء في نذر في معصية ولا يمين فى قطيعة رحم ولا تغرب بعد الهجرة ولا هجرة بعد الفتح والكلام هنا فى فصول أحدها ان الحرمة لاتثبت بارضاع الكبير عندنا وعلى قول بعض الناس تثبت الحرمة لحديث سهلة امرأة أبي حذيفة رضى الله عنهما فانها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ماانتسخ حكم التبني بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم فقالت يارسول الله ان أبا حذيفة تبنى سالما فكنا نعده ولداً له وان لنا بيتاً واحداً فماذا ترى فى شأنه وفي رواية وانه يدخل عليّ وأناأرى الكراهة فى وجه أبي حذيفة رضي الله عنه فقال صلي الله عليه وسلم ارضعى سالما خمسا تحرمين بها عليه وبهذا الحديث أخذت عائشة رضى الله عنها حتى كان اذا أراد ان يدخل عليها أحد من الرجال أمرت اختها أم كلثوم رضى الله عنها أو بعض بنات أختها ان ترضعه خمسا ثم كان يدخل عليها الا أن غيرها من نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يأبين ذلك ويقلن لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ثم هذا الحكم انتسخ بقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ماأنبت اللحم وانشز العظم وذلك في الكبير لايحصل وقال صلى الله عليه وسلم الرضاعة من المجاعة يعني مايرد الجوع وذلك بارضاع الكبير لايحصل وفى حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال الرضاع مافتق الامعاء وكان قبل الطعام والصحابة رضى الله

عنهم اتفقوا على هذا فقد ذكر فى الكتاب عن على وابن مسعود رضى الله عنهم قالا لارضاع بعد الفصال وروى ان اعرابياً ولدت امرأته ومات الولد فانتفخ ثديها من اللبن فجعل يمصه ويمج فدخل بعض اللبن فى حلقه فجاء الى أبي موسى الاشعرى رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال حرمت عليك فجاء الى ابن مسعود رضى الله عنه وسأله عن ذلك فقال هي حلال لك فاخبره بفتوى أبي موسى فقام معه الى أبي موسى ثم أخذ بأذنه وهو يقول أرضيع فيكم هذا اللحيانى فقال أبو موسى رضى الله عنه لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم وجاء رجل الى عمر رضى الله عنه فقال ان لى جارية فارضعتها امرأتى فدخلت البيت فقالت خذها دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضى الله عنه عزمت عليك ان تأتى امرأتك فتضربها ثم تأتى جاريتك فتطأها وروى نحو هذا عن ابن عمر رضى الله عنهما فثبت بهذه الآثار انتساخ حكم إرضاع الكبير ثم اختلف العلماء فى المدة التى تثبت فيها حرمة الرضاع فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى بثلاثين شهراً وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قدرا ذلك بحولين وزفر قدر ذلك بثلاث سنين فاذا وجد الارضاع في هذه المدة تثبت الحرمة والا فلا واستدلا بظاهر قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ولازيادة بعد التمام والكمال وقال الله تعالى وفصاله فى عامين ولارضاع بعد الفصال ولان الظاهر أن الصبي في مدة الحولين يكتفي باللبن وبعد الحولين لايكتفى به فكان هو بعد الحولين بمنزلة الكبير في حكم الرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وظاهر هذه الاضافة يقتضى أن يكون جميع المذكور مدة لكل واحد منهما الا أن الدليل قد قام على أن مدة الحبل لاتكون أكثر من سنتين فبقى مدة الفصال على ظاهره وقال الله تعالى فان أراد افصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضي والتشاور في الفصلين بعد الحولين فذلك دليل على جواز الارضاع بعد الحولين وقال الله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم قيل بعد الحولين اذا أبت الامهات ولأن اللبن كما يغذى الصبي قبل الحولين يغذيه بعده والفطام لايحصل فى ساعة واحدة لكن يفطم درجة فدرجة حتى ينسي اللبن ويتعود الطعام فلا بد من زيادة على الحولين بمدة واذا وجبت الزيادة قدرنا تلك الزيادة بأدني مدة الحبل وذلك ستة أشهر اعتبارا للانتهاء بالابتداء وبهذا يحتج زفر رحمه الله تعالى

ايضاً

أيضا الا أنه يقول لما وجب اعتبار بعض الحول وجب اعتبار كله وتقدر مدة الفطام بحول لانه حسن للاختبار والتحول به من حال الى حال ﴿ قال ﴾ فان فطم الصبي قبل الحولين ثم أرضع في مدة ثلاثين شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أو في مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه تثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة فصار الفطام كان لم يكن وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد هذا الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا تثبت الحرمة برضاعه بعد ذلك لانه بعد ما صار بحيث يكتفي بالطعام فاللبن بعده لا يغذيه ولا يحصل به معنى البعضية بيانه في حديث أبي هريرة رضى الله عنه قال وكان قبل الطعام أى قبل ان يكتفي بالطعام ﴿ قال ﴾ ولا بأس بان يتزوج الرجل أم ابنه التي أرضعته لانه لا بأس بذلك من النسب فكذلك من الرضاعة وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنتها وهذا من النسب لا يحل ان يتزوج أخت ابنه لا لأجل النسب ولكن لانها ربيبته لانه وطئ أمها وهذا لا يوجد في الرضاع فلهذا جاز له ان يتزوجها وكذلك يتزوج أخت أخته من الرضاع ومثله من النسب يحل لانه اذا تزوج أخت أخته من النسب يحل ذلك بان كان له أخ لاب وأخت لام فللاخيه لابيه ان يتزوج أخته لامه لانه لا نسب بينهما موجب للحرمة فكذلك في الرضاع وكذلك لا بأس بان يتزوج ابنة عمه من الرضاعة أو ابنة عمته أو ابنة خاله أو ابنة خالته كما لا بأس به من النسب وكذلك لا بأس بأن يتزوج التي أرضعت أخاه أو ما بداله من ولدها لانه لا رضاع بينه وبينهم ﴿ قال ﴾ ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين المرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها وكذلك كل امرأة ذات رحم محرم منها من الرضاعة الاصل الذي بينا في النسب ان كل امرأتين لو كانت احداهما ذكراً والاخرى أنثى لم يجز للذكر ان يتزوج الانثى فانه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الاختين فكذلك من الرضاعة وتبين بهذا ان حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فانه ليس بين الرضيعتين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة ﴿ قال ﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل ثم طلقها وتزوجت بزوج آخر وأرضعت بابن الاول ولداً وهي تحت الزوج الثاني فالرضاع من الزوج الاول دون الثاني لان المعتبر من كان نزول اللبن منه لا من هي تحته ونزول هذا اللبن كان من الاول ﴿ قال ﴾ ولا يجوز شهادة امرأة واحدة على الرضاع أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين ولا

يفرق بينهما بقولها ويسعه المقام معها حتى يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لايطلع عليه الرجال يعتبر فيه أربع نسوة لتقوم كل امرأتين مقام رجل وزعم أن الرضاع مما لايطلع عليه الرجال لانه يكون بالثدي ولا تحل مطالعته للاجانب ولكنا نقول الرضاع مما يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم ينظر الى الثدي وهو مقبول الشهادة في ذلك ولان الحرمة كما تحصل بالارضاع من الثدي تحصل بالايجار من القارورة وذلك يطلع عليه الرجال فلا تقبل فيه شهادة النساء وحدهن وكان مالك رحمه الله تعالى يقول تثبت حرمة الرضاع بشهادة امرأة واحدة اذا كانت عدلا وهكذا روى عن عثمان رضى الله تعالى عنه واستدل بحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه تزوج ابنة أبي هانئ فجاءت امرأة سوداء وأخبرت أنها أرضعتهما فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنه ثم ذكر ثانياً فأعرض عنه ثم ثالثاً فقال فارقها اذن فقال انها سوداء يارسول الله قال كيف وقد قيل وحجتنا في ذلك حديث عمر رضى الله تعالى عنه قال لايقبل في الرضاع الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولان سبب نزول هذه الحرمة مما يطلع عليه الرجال فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كالحرمة بالطلاق وحديث عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى دليلنا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرة الاولى والثانية فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما رأى منه طمأنينة القلب الى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن تلك الشهادة كانت عن ضغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع وبالاجماع بمثل هذه الشهادة لاتثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان احتياطاً على وجه التنزه واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله كيف وقد قيل وعندنا اذا وقع في قلبه أنها صادقة فالاحوط أن يتنزه عنها ويأخذ بالثقة سواء أخبرت بذلك قبل عقد النكاح أو بعد عقد النكاح وسواء شهد به رجل أو امرأة فأما القاضي لايفرق بينهما مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان خبر الواحد اذا كان ثقة حجة في أمور الدين وليس بحجة في الحكم والقاضي لايفرق بينهما الا بالحجة الحكمية فاما اذا قامت عنده حجة دينية يفتى له بأن يأخذ بالاحتياط لانه إن ترك نكاح امرأة تحل له خير من أن يتزوج امرأة لاتحل له (قال) واذا نزل للمرأة لبن وهي بكر لم تتزوج فارضعت

شخصاً صغيراً فهو رضاع لان المعنى الذى يثبت به حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما ولذى نزل لها من اللبن جزء منها سواء كانت ذات زوج أولم تكن ولبنها يغذى الرضيع فتثبت به شبهة الجزئية ﴿ قال ﴾ واذا حلب اللبن من ثدى المرأة ثم ماتت فشربه صبي تثبت به الحرمة لحصول المعنى الموجب للحرمة بهذا اللبن ولا معتبر بفعلها فى الارضاع ألا ترى انها لوكانت نائمة فارتضع من ثديها الصبي تثبت الحرمة وكذلك الايجار لو حصل في حياتها تثبت الحرمة فكذلك بعد موتها ﴿ قال ﴾ وكذلك لو حلب اللبن من ثديها بعد موتها فأوجر الصبي تثبت به الحرمة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لاتثبت وهو بناء على أصلين أحدهما أن اللبن لايموت عندنا لانه لاحياة فيه ألا ترى أنه يحلب في حالة الحياة من الحيوان فيكون طاهراً وما فيه الحياة اذا بان من الحى يكون ميتاً فاذا لم يكن في اللبن حياة لاينتجس بالموت بل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يبقى طاهراً وعندهما يتنجس بنجاسة الوعاء كما فى انفحة الميتة فكانه حلب لبن امرأة فى قارورة نجسة فاوجر الصبي به فيثبت به الحرمة وعند الشافعي رحمه الله تعالى اللبن يموت فيكون نجس العين وثبوت حرمة الرضاع باعتبار معنى الكرامة فلا تثبت بما هو نجس العين والاصل الثانى أن عنده الفعل الذى هو حرام بعينه وهو الزنا لايوجب حرمة المصاهرة لان ثبوتها بطريق الكرامة فكذلك ايجار لبن الميتة حرام فلا تثبت به الحرمة ثم قاس لبن الميتة بوطء الميتة ولكن عندنا وان كان الفعل حراما تثبت به الحرمة اذا تحقق فيه المعنى الموجب للحرمة ولهذا أثبتنا الحرمة بالزنا لان معني البعضية لاينعدم به حقيقة فكذا هنا ثبوت الحرمة باعتبار ان اللبن يغذى الصبي فيتقوى به ولوسلمنا له حرمة اللبن بالموت فبالحرمة لايخرج من أن يكون مغذيا ألا ترى ان لحم الميتة مغذ فكذلك لبنها وبه فارق وطء الميتة لان معنى البعضية ينعدم منه أصلا وهو معنى ماقال فى الكتاب الجماع بعد الموت ليس بجماع وايجار لبن الميتة رضاع وشبه اللبن بالبيضة فان بالموت لا تخرج البيضة أن تكون مغذية فكذا اللبن ﴿ قال ﴾ ولو أرضع الصبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعاً وكان بمنزلة طعام أكلاه من اناء واحد ومحمد بن اسماعيل صاحب الاخبار رحمه الله تعالى يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى فى زمن الشيخ الامام أبى حفص رحمه الله تعالى وجعل يفتي فقال له الشيخ رحمه الله تعالى لاتفعل فلست هنالك فابى ان يقبل نصحه حتى استفتى عن هذه المسألة اذا أرضع صبيان بلبن شاة

فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا وأخرجوه من بخاري بسبب هذه الفتوى وهذا لان ثبوت الحرمة بسبب الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون لبن الانعام وشبهة الجزئية لاتثبت بين الآدمي والانعام بشرب لبنها فكذلك لاتثبت بين الآدميين بشرب لبن بهيمة وهذا قياس حرمة المصاهرة التي تثبت بالوطء ولا تثبت بوطء البهائم فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو صنع لبن امرأة في طعام فأكله الصبي فان كانت النار قد مست اللبن وأنضجت الطعام حتى تغير فليس ذلك برضاع ولا يحرم لان النار غيرته فانعدم بها معنى التغذي باللبن وانبات اللحم وانشاز العظم وان كانت النار لم تمسه فان كان الطعام هو الغالب لا تثبت به الحرمة أيضاً لان المغلوب في حكم المستهلك ولأن هذا أكل والموجب للحرمة شرب اللبن دون الاكل وان كان اللبن هو الغالب فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تثبت به الحرمة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تثبت به الحرمة لان الحكم للغالب والغالب هو اللبن ولم يغيره شيء عن حاله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القاء الطعام في اللبن يغيره ألا ترى أنه يرق به وربما يتغير بهلونه فكان بمنزلة ما لو غيرته النار وقيل هذا اذا كان لا يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة وأما اذا كان يتقاطر منه اللبن تثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح أنه لا تثبت على كل حال عنده لان التغذي كان بالطعام دون اللبن ﴿قال﴾ واذا جعل لبن امرأة في دواء فأوجر منه صبياً أو اسعط منه واللبن غالب فهذا رضاع لانه انما يجعل في الدواء ليصل بقوة الدواء الى ما لا يصل اليه وحده فكان هذا أبلغ في حصول معنى التغذي به فلهذا تثبت به الحرمة ﴿قال﴾ وان جعل اللبن في ماء فشربه الصبي فان كان اللبن هو الغالب تثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا تثبت به الحرمة وكذلك ان خلط لبن الآدمية بلبن الانعام وعند الشافعي رحمه الله تعالى قدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن اذا جعل في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة فأما اذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ثم أوجر منه صبيا فعلى قول محمد رحمه الله تعالى تثبت الحرمة منهما جميعاً لان الشيء يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تثبت به الحرمة بينه وبين من يكون لبنها غالبا لان المغلوب لا يظهر حكمه في مقابلة الغالب وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتان في احداهما اعتبر الاغلب كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي الأخرى قال

تثبت الحرمة منهما وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصل المسئلة فيما اذا حلف لايشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه فهو على هذا الخلاف ﴿قال﴾ الرضاع بمنزلة النسب والوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لافرق بين أن يوجد فى دار الحرب أوفى دار الاسلام ﴿قال﴾ واذا جامع الرجل المرأة أولمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لم تحل لابنه ولا لابيه من الرضاعة ولا تحل له أمها ولا ابنتها من الرضاعة كما لا تحل لابنه وأبيه نسباً فان هذه الحرمة تعلقت بأسام تثبت تلك الاسامى بالرضاعة وهى الأبوة والامومة وكذلك لايتزوج على المعتدة منه أختها من الرضاعة ولا ذات رحم محرم منها لان حرمة الجمع متعلقة باسم الاختية وذلك يتحقق بالرضاع كما يتحقق بالنسب والعدة تعمل عمل صلب النكاح فى المنع من النكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية فارضعتها أمه من الرضاعة أوأمه التى ولدته أو أخته من نسب أو رضاع أو امرأة ابنه بلبن ابنه من نسب أو رضاع حرمت عليه لان المحرمية تمنع النكاح بعلة المنافاة فان بين الحل والحرمة فى المحل منافاة والمنافي كما يؤثر اذا اقترن بالنسب ينافى البقاء اذا طرأ عليه فاذا حرمت عليه لزمه بذلك نصف المهر لها لان الفرقة قبل الدخول حصلت لا بمعنى من جهتها أو حصلت بمعني من جهة الزوج وهى المحرمية فيجب نصف الصداق لها ويرجع بذلك على التى أرضعتها ان كانت أرادت الفساد أو عمدت ذلك وان كانت أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها والقول فيه قولها ان لم يظهر منها تعمد الفساد لانه شئ في باطنها لايقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه وانما يختلف الجواب فى نيتها اذا أرادت الفساد أولم ترد لانها مسببة لهذه الفرقة لا مباشرة فانها مباشرة للارضاع وهوليس بسبب موضوع للفرقة والمسبب اذا كان متعديا فى تسببه يكون ضامنا وان لم يكن متعديا لايضمن كحافر البئر فى ملك نفسه لايضمن مايسقط فيه بخلاف الحافر فى ملك الغير فاذا أرادت الفساد كانت متعدية فى السبب واذا لم ترد الفساد لم يكن متعدية في السبب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى انه يرجع عليها بنصف الصداق على كل حال فان من أصله ان المتسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان وفى المباشرة المتعدى وغير المتعدى سواء فكذلك فى التسبب على قوله وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يرجع عليها بمهر مثل المنكوحة لانها أتلفت ملك نكاحه فيها وملك

النكاح عنده مضمون بالاتلاف حتى قال في شاهدى الطلاق بعد الدخول اذا رجعا ضمنا مهر المثل وهذا لان ملك البضع يتقوم عند دخوله في ملك الزوج بمهر المثل فكذلك عند خروجه عن ملكه ولكنا نقول ان ملك النكاح ليس بمتقوم فى نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة انما هو ملك ضرورى لايظهر الا في حق الاستيفاء . ألا ترى أنه لايظهر في حق النقل الى الغير والانتقال الى الورثة فكذلك فى حق التقوم بالمال ولانه ليس بمال فى نفسه فلا يكون مضمونا بالمال لان ضمان الاتلاف مقدر بالمثل بالنص وتقوم البضع عند دخوله في ملك الزوج للضرورة لانه تملك للبضع وهو محترم فلا يثبت الا بعوض وهذه الضرورة لاتوجد عند الخروج من ملكه لانه ابطال للملك لاتمليك منها وابطال الملك لايستدعى التقوم والدليل على الفرق أن الاب يزوج ابنه الصغير بمال الصغير وليس له أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فاذا ثبت أنه غير متقوم عند خروجه من ملكه لم يجب الضمان عليها باتلاف البضع ولكنها قررت عليه ما كان على شرف السقوط فان الصداق وان وجب بالعقد فهو بعرض السقوط مالم يدخل بها اذا جاءت الفرقة من قبلها فهى قررت النصف عليه بما فعلته وهى متسببة فى ذلك متعدية اذا تعمدت الفساد فلهذا رجع عليها بذلك ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل الصبية ثم تزوج عمتها فنكاح العمة باطل للنهى فان أرضعت أم العمة الصبية لم يفرق بينه وبينها لأن الصبية وان صارت أختا للعمة بالرضاعة ولكن لم يصح نكاح العمة فلم يتحقق الجمع الحرام فلهذا بقى نكاح الصبية ﴿قال﴾ واذا تزوج صبيتين رضيعتين فارضعتهما امرأة معا أو احداهما بعد الاخرى بانتا جميعاً لانهما صارتا أختين حين أرضعت الثانية منهما فتقرر الجمع المنافى وليست احداهما ببطلان نكاحها بأولى من الاخرى فاذا بانتا فلكل واحدة منهما نصف الصداق يرجع بذلك على المرضعة ان تعمدت الفساد لما قلنا ولو كن ثلاثا فارضعتهن معا بأن حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثدييها احداهن والاخرى للاخرى واوجرت الثالثة معاً بن جميعا منه لأنهن صرن أخوات معاً وان أرضعتهن واحدة بعد الاخرى بانت الاوليان والثالثة امرأته لانها حين أرضعت الثانية فقد تحققت الاختية بينها وبين الاولى فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثالثة وليس فى نكاحه غيرها في نكاحها وان كن أربعا فارضعتهن معاً أو واحدة ثم الثلاث معاً بن جميعاً وكذلك ان أرضعتهن جميعا واحدة بعد الاخرى لانه حين أرضعت الثانية بانت الاوليان للاختية وحين أرضعت الثالثة والرابعة بانت الاخريان أيضاً

للاختية وان أرضعت الثلاث أولا ثم الرابعة بانت الثلاثة الاول دون الرابعة لانها حين أرضعتها فليس في نكاحه غيرها ﴿ قال ﴾ وان تزوج امرأة وصبيتين فارضعتهما المرأة احداهما قبل الاخرى ولم يدخل بالمرأة حرمت المرأة والصبية الأولى لانها حين أرضعت احداهما فقد صارتا اما وابنتا فتقع الفرقة بينه وبينهما ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فبقى نكاحها لان السابق مجرد العقد على الام وذلك لا يوجب حرمة البنت ثم لا مهر للكبيرة لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة ليست من قبلها انما كانت من جهة الكبيرة حين أرضعتها فان اللبن يصل الى جوفها من غير فعل منها في الارتضاع ويرجع بذلك على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد لما قلنا ولا تحل له هذه الكبيرة أبداً لان مجرد العقد على البنت يوجب حرمة الام وأما الصبية فانها تحل له اذا فارقته التي عنده لان العقد على الام لا يوجب حرمة البنت وان كان بعد ما دخل بالكبيرة حرمن عليه لانهما صارتا ابنتها من الرضاعة والدخول بالام يحرم البنت ثم للكبيرة مهرها ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر ولا يحل له واحدة منهن أبداً لوجود الدخول بالام وصحة العقد على البنت ﴿ قال ﴾ واذا تزوج كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين صغيرة وقعت الفرقة بينه وبينهن لان كل صغيرة صارت بنتاً لمن أرضعتها والجمع بين الام والبنت في النكاح حرام فان كانت أرضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فأما الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فقد بانتا لما قلنا والصغيرة الثانية لم تبن منه بارضاع الكبيرة الاولى فاما بارضاع الكبيرة الثانية فان بدأت بارضاعها بانت منه وان بدأت بارضاع الاولى فالصغيرة الثانية امرأته لانها حين أرضعت الاولى صارت أما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغيرة الاولى فيما سبق ثم أرضعت الثانية وليس في نكاحه غيرها فلهذا لا تقع الفرقة بينه وبينها ﴿ قال ﴾ واذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته أو أمه أو ابنته من الرضاعة ثم أراد بعد ذلك أن يتزوجها وقال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك وله أن يتزوجها وان ثبت على قوله الاول وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها وهذا استحسان وفي القياس الجواب في الفصلين سواء لانه أقر بأنها محرمة عليه على التأبيد والمقر به يجعل في حق المقر كالثابت بالبينة أو بالمعاينة والرجوع عن الاقرار

باطل لانه ملزم بنفسه فسواء رجع أو ثبت كان النكاح باطلا بزعمه فيفرق بينهما ولا مهر لها عليه ولكنه استحسن فقال هذا شئ يقع فيه الاشتباه فقد يقع عند الرجل أ بينه وبين امرأته رضاع فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له أنه قد غلط فى ذلك وفيما يقع الاشتباه اذا أخبر أنه غلط فيه يجب قبول قوله شرعا لوجهين (أحدهما) أن الحل والحرمة من حق الشرع فاذا تصادقا على أنهما قد غلطا فليس هنا من يكذبهما فى خبرهما (والثانى) أن اقراره في الابتداء لم يكن على نفسه إنما كان عليها بحرمتها عليه والحل والحرمة صفة المحل واقرار الانسان على الغير لا يكون لازما فاذا ذكر أنه غلط فيه فهو لا يريد بهذا ابطال شئ لزمه فلهذا قبل قوله فى ذلك وإن أقرت المرأة بذلك وأنكر الزوج ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت أخطأت فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها فالنكاح جائز ولا تصدق المرأة على قولها لان حقيقة المحرمية لا تثبت بالاقرار فانه خبر محتمل متمثل بين الصدق والكذب ولكن الثابت على الاقرار كالمجدد له بعد العقد واقرارها بالمحرمية بعد العقد باطل فكذلك اقرارها به قبل العقد واما اقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة وكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت على ذلك حتى تزوجها فان قيل كان ينبغي أن يجب لها نصف المهر كما لو ابتدأ بعد النكاح قلنا انما لا يجب لوجود التصديق منها على بطلان أصل النكاح أو لانه غير متهم بالقصد الى اسقاط المهر اذ سبق الاقرار منه بوجوب المهر بالنكاح يوضح الفرق بينهما ان الاقرار انما يصح اذا كان مؤثرا في الملك اما بالمنافاة أو بالازالة واقرار الرجل مؤثر فى ذلك فكان معتبرا فى المنع من صحة النكاح اذا ثبت عليه واقرار المرأة غير مؤثر فى ذلك فلا يمنع صحة النكاح ﴿ قال ﴾ واذا أقر الزوج بهذه المقالة وثبت عليها وأشهد الشهود ثم تزوجته المرأة ولم يعلم بذلك ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما ولا ينفعه جحوده لانه لما ثبت على مقالته فى الابتداء وزعم أنه حق لا غلط فيه فقد لزمه حكم اقراره وصار كالمجدد لذلك الاقرار بعد النكاح فيفرق بينهما ولا ينفعه الجحود ولو أقر بذلك جميعا ثم كذبا أنفسهما وقالا أخطأنا ثم تزوجها فالنكاح جائز وكذلك هذا الباب في النسب ليس يلزم من هذا الا ما بينا عليه لان الغلط والاشتباه فيه أظهر فان سبب النسب أخفي من سبب الرضاع فكما ان هناك الاقرار بدون الثبات عليه لا يوجب الحرمة فكذلك هنا ﴿ قال ﴾ ولو تزوج امرأة ثم قال لها بعد

النكاح هي أختي أو ابنتي أو أمي من الرضاعة ثم قال أخطأت أو أوهمت فالنكاح باق استحسانا ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق فشهدت عليه الشهود بذلك فرق بينهما ولو جحد ذلك لم ينفعه جحوده لان اقراره انما كان موجبا للفرقة بشرط الثبات عليه فان قال اوهمت فقد انعدم ماهو شرطه فلا يوجب الفرقة واذا ثبت على ذلك وجد ماهو شرط الاقرار فثبت حكمه وهو الفرقة ثم لا ينفعه جحوده بعد ذلك وكذلك لو قال هذه أختي أو هذه ابنتي وليس لها نسب معروف ثم قال أوهمت يصدق في ذلك بخلاف ما اذا قال لعبده أو أمته هذا ابني او هذه ابنتي ثم قال أوهمت فانه يعتق عليه ولا يصدق في ذلك والفرق من وجهين أحدهما ان اقراره بالنسب في عبده وأمته ملزم بنفسه لان لما أقر به موجبا في ملكه وهو زوال الملك فان من اشترى ابنه يصح الشراء ويعتق عليه فاذا كان لما أقر به موجب في ملكه كان هو مقراً به في ملك نفسه واقرار الانسان في ملك نفسه ملزم فلهذا يتم بنفسه ثبت عليه أو لم يثبت فاما اقراره بنسب زوجته لاموجب له في ملكه لان من تزوج ابنته لايصح النكاح أصلا لاان يثبت النكاح ثم يزول وانما لايصح النكاح بحرمة المحل فوجب اقراره هنا لايظهر في ملكه وانما يظهر في المحل ولا حق له في المحل لان الحل والحرمة صفة المحل فلم يكن اقراره متناولا لملكه ابتداء فلا يكون ملزما الا اذا ثبت عليه فحينئذ بحكم الثبات عليه يتعدى ضرره الى ملكه فيلزمه من هذا الوجه والثاني ان الاشتباه لايقع بين العبد والابن بل عبده في الغالب مباين لابنه في المطعم والملبس والمجلس فاذا كان الاشتباه يندر فيه لايعتبر فاما الاشتباه قد يقع بين زوجته وابنته لتقاربهما في المطعم والملبس والمجلس فلهذا يعذر اذا قال أوهمت ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته هذه ابنتي وثبت على ذلك ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذلك لو قال هي أمي وله أم معروفة لانه مكذب شرعا فيما أقر به وتكذيب الشرع اياه أقوى من تكذيبه نفسه ولو كذب نفسه وقال أوهمت لم يفرق بينهما فكذا اذا أكذبه الشارع وبه فارق العبد لان هناك لو أكذب نفسه كان حراً فكذلك اذا أكذبه الشرع بأن كان ثابت النسب من غيره والمعنى ما قلنا أن اقراره بنسب العبد مصادف ملكه وهو مصدق فيما يقر به في ملك نفسه فيثبت به العتق وان امتنع ثبوت النسب لكونه معروف النسب من الغير فأما اقراره بنسب امرأته لا يصادف ملكه ابتداء وانما يصادف المحل فيثبت به حرمة المحل ثم ينبني عليه انتفاء الملك

وهنا حرمة المحل لم تثبت حين كانت معروفة النسب من الغير فلهذا لا يبطل النكاح وان لم تكن معروفة النسب من الغير ومثلها يولد لمثله وثبت على ذلك فرق بينهما ولكنه لايثبت النسب حقيقة الا بتصديق المرأة اياه بذلك لان المقر يعامل فى حقه وكان ماأقر به حق ولكن لايصدق فى حق الغير فيجعل النسب فى حقه كالثابت حتى ينتفى ملكه عنها ولكنه لايثبت فى حقها الا بتصديقها فلا يلزمها الانتساب اليه الا أن تصدقه فى ذلك واذا كان مثلها لايولد لمثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما لأن تكذيب الحقيقة اياه أقوى من تكذيبه نفسه والفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين العتق ماقلنا ان لاقراره بالنسب في ملكه موجبا فيجعل ذلك الاقرار كناية عن موجبه مجازا وليس لاقراره بالنسب فى ملك النكاح موجب من حيث الازالة فلا يمكن اعماله بطريق المجاز وأكثر مافى الباب أن يقال موجبه نفي أصل النكاح فيجعل كأنه صرح بذلك وجحوده لأصل النكاح لا يكون موجباً للفرقة فكذلك اقراره بذلك وكذلك لو قال أرضعتني ومثلها لا يرضع ولا لبن لها فانه مكذب فى ذلك حقيقة فينزل فى ذلك منزلة تكذيبه نفسه فلهذا لا يفرق بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاحصان

﴿قال﴾ لايحصن الرجل المسلم الاالمرأة الحرة المسلمة اذادخل بهاهكذا نقل عن الشعبي والنخعى رحمهما الله تعالى ومعنى هذا انه اذا تزوج أمة ودخل بها لايصير محصنا لقوله صلى الله عليه وسلم لايحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبدوكان المعني فيه ان ثبوت الاحصان يختص بالوطء بالنكاح حتى لايثبت بملك اليمين وفى معنى قضاء الشهوة لافرق بينهما فعرفنا ان الموجب للفرق ان الاحصان انما يثبت بوجود الوطء بين مستوى الحال في صفة الكمال فان النكاح فى العادة يكون بين مستوى الحال ولامساواة بين المالك والمملوك فلا يتحقق هذا المعنى اذا وجد الدخول بالأمة بالنكاح لانه لامساواة بين الامة والحر فأما اذا دخل بالكتابية بالنكاح لم يصر محصنا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يصير محصنا قيل هذا بناء على الرواية

التي تروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الكتابية محصنة وانها ترجم اذا زنت وقيل بل هي مسئلة مبتدأة فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالي ان ملك النكاح على الكتابية وعلى المسلمة بصفة الكمال بدليل جواز نكاح كل واحدة منهما على الاخرى والمساواة بينهما في القسم وولاية المباشرة لكل واحدة منهما بنفسها فكما يصير محصنا بالدخول بالمسلمة فكذلك بالكتابية بخلاف الأمة فانه لامساواة بينها وبين الحرة في حكم النكاح بل حالها على النصف من حال الحرة وبخلاف الصغيرة والمجنونة فانه لامساواة بينها وبين البالغة العاقلة في ولاية المباشرة وفي معنى قضاء الشهوة لما في طبعه من النفرة عن المجنونة وحجتهما ماروينا وكذلك لما أراد حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ان يتزوج يهودية قال له النبي صلى الله عليه وسلم دعها فانها لاتحصنك ولما أراد كعب بن مالك رحمه الله تعالى ان يتزوج يهودية قال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لاتحصنك ولان الرق أثر من آثار الكفر فاذا كان الاحصان لايثبت بوطء الأمة بالنكاح لما فيه من الرق فلان لايثبت بوطء الكافرة أولى وهذا لان معنى الازدواج لايتم مع الاختلاف في الدين فقل مايركن كل واحد منهما الى صاحبه فكانت بمنزلة الصغيرة والمجنونة توضيحه ان الزوجين اذا كانا كافرين لا يصيرا محصنين بالدخول ومعنى المساواة فيما بينهما أظهر فاذا لم يثبت الاحصان بالوطء هناك فلان لايثبت هنا كان أولى وكذلك المسلمة لايحصنها الزوج اذا كان كافراً بأن أسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما لم تصر هي بهذا الدخول محصنة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على ماقلنا وكذلك لايحصنها العبد والمجنون وغير البالغ اعتبارا لجانبها بجانبه فان الاحصان عبارة عن كمال الحال فلا يثبت الا بوطء موصوف بكونه نعمة كاملة من الجانبين ﴿ قال ﴾ وجماع هؤلاء يحلها للزوج الذى قد طلقها ثلاثا قبل ذلك حتى ان المطلقة ثلاثا اذا كانت ذمية فتزوجت ذمياً ثم أسلمت فدخل بها زوجها قبل ان يفرق بينهما حلت للزوج الأول بهذا الدخول لان النكاح صحيح بينهما قبل تفريق القاضي حتى لو أسلم فهما على نكاحهما والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الأول وكذلك ان كان الزوج عبداً تزوجها باذن المولى ودخل بها حلت للزوج الاول لان اصابة الزوج الثاني انما كان مشروعا لرفع الطلقات مغايظة للزوج الاول وذلك يحصل بدخول العبد والكافر بها كما يحصل بدخول الحر المسلم بل معنى المغايظة في هذا أكثر بخلاف الاحصان فانه

انما يثبت بالوطء بالنكاح لاعتبار معنى كمال النعمة والعبد والكافر في هـذا ليس نظير الحر المسلم وعلى هـذا دخول الصبي الذى يجامع مثـله بالمرأة يحلها للزوج الاول عنـدنا وعند الشافعي رحمـه الله تعالى لا يحلها للزوج الاول لان ثبوت الحل للأول يستدعى كمال الفـعل ألا ترى أنه لا يحصل بالجماع فيما دون الفرج وفعل الصبي دون فعل البالغ فلانعدام صفة الكمال لا يثبت به الحل للزوج الاول ولكنا نستدل بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره واسم الزوج يتناول الصبي كما يتناول البالغ ثم هـذا حكم مختص بالوطء بالنكاح فيتعلق بوطء الصبي كتقرير المسمى والعدة وما هو المعني فيه وهو مغايظة الزوج الاول حاصل أيضاً فان استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسيلته قلنا ليس المراد بذوق العسيلة الانزال بل هى اللذة وهى تنال ذلك بوطء الصبي الذى يجامع ولهذا يلزمها الاغتسال بنفس الايلاج وبه يتبين كمال فعل الصبي فى الوطء ﴿قال﴾ وكذلك فعـل هؤلاء يوجب من التحريم ما يوجبه جماع البالغ المحصن حتي أن الصبي الذى يجامع مثـله يتعلق بوطئـه حرمة المصاهرة وكذا الصبية التى يجامع مثلها تثبت حرمة المصاهرة بوطئها وانما يختلفون فيما اذا وطئ صغيرة لا يجامع مثلها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت به حرمة المصاهرة وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يثبت لوجود فعل الوطء حقيقة وهو كامل في نفسه حتى يتعلق به الاغتسال بالايلاج من غير انزال ويثبت به سائر أحكام الوطء أيضا واعتبر الوطء بالعقد فكما أن العقد على الصغيرة كالعقد على البالغة في ايجاب الحرمة فكذلك الوطء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا ثبوت حرمة المصاهرة ليس لعين الوطء . ألا ترى أنه لا يثبت بالوطء فى غير المأتى ولكن ثبوته باعتبار معني البعضية ولا تصور لذلك اذا كانت لا يجامع مثلها بخلاف ما اذا كانت يجامع مثلها لان حقيقة البعضية وان كانت باعتبار المـاء فهو باطن لا يمكن الوقوف عليـه فيقام السبب الظاهر مقامه وهو بلوغها حد الشهوة فاذا كانت ممن يشتهى أنزلت منزلة البالغة فى ثبوت الحرمة بوطئها بخلاف ما اذا كانت لا تشتهى . ألا ترى أن اباحة هـذا الفعل شرعا لمقصود النسل ثم جعل بلوغها حد الشهوة في حكم اباحة هذا الفعل قائما مقام حقيقة البلوغ فكذلك هنا بخلاف وجوب الاغتسال فانه متعلق باستطلاق وكاء المنى وذلك بمعـنى الحرارة واللين فى المحـل فلهذا يستوى فيه التى يجامع مثلها والتى لا يجامع كما يستوى فيه الفعل فى المأتى وغير المـأتى ﴿قال﴾ والخلوة بين الزوجين البالغين

المسلمين وراء ستر أو باب مغلق يوجب المهر والعدة عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايوجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية والمراد بالمسيس الجماع هكذا قال ابن عباس رضي الله عنه أن الله تعالى يكنى القبيح بالحسن كما كنى بالمس عن الجماع ولا رهذه خلوة خلت عن الاصابة فلا توجب المهر والعدة كالخلوة الفاسدة وهذا لان تقرر البدل في عقود المعاوضات بقبض المعقود عليه والمعقود عليه معنى في باطنها لايصير مستوفي الابالآلة التى تصل الى ذلك الموضع فلا تكون الخلوة فيها قبضا كالقصاص فان حق من له القصاص في الباطن لايصير مستوفى إلا بالآلة الجارحة فلم تكن الخلوة فيه قبضاً والدليل عليه حكم الرجعة وبقاء المطالبة بالوطء فان الخلوة في هذين الحكمين لا تجعل كاستيفاء المعقود عليه فكذلك في حكم المهر والعدة وحجتنا في ذلك قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضي بعضكم الى بعض نهي عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة فان الافضاء عبارة عن الخلوة ومنه يسمى المكان الخالي فضاء ومنه قول القائل أفضيت اليه بشفرى أى خلوت به وذكرت له سرى وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس أو مايقوم مقامه وهي الخلوة وعن عبد الرحمن بن ثوبان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها ولم يدخل ولما فرق عمر وعلى رضي الله عنهما بين العنين وامرأته الزماه كمال المهر وقالا ماذنبهن إن جاء العجز من قبلكم وعن زرارة بن أبي أوفى أنه قال مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم ان من أغلق على امرأته بابا أو أرخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها أو لم يدخل بها ولانها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البدل كما اذا وطئها الزوج وهذا لان البدل في عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لاباستيفاء من عليه كما في البيع والاجارة اذا خلى البائع بين المبيع والمشترى أوخلى الآجر بين الدار والمستأجر في المدة يتقرر البدل وان لم يستوف وهذا لانا لوعلقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصداً منه الى الاضرار بمن له البدل واذا ثبت أن المعتبر التسليم فالمستحق بالعقد عليها مافي وسعها وفي وسعها تسليم النفس في حال زوال المانع لاحقيقة استيفاء الوطء فاذا أتت بما هو المستحق تقرر حقها في البدل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه كما أنها في جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك في حكم التسليم لان تقرر البدل بتسليم مابإعتباره يجوز العقد وهذا

بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فاذا لم يفعل فهو الذى أبطل حق نفسه وليس من ضرورة وجوب المدة ثبوت الرجعة ألا ترى ان بالموت يتقرر المهر والعدة وليس فيه تصور الرجعة ومطالبتها بالوطء ليستعف به ويحصن لنفسها صفة الاحصان بسببه وذلك لايحصل بالخلوة اذا ثبت هذا فنقول حد الخلوة الصحيحة أن لايكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعا ولا شرعا حتى اذا كان أحدهما مريضاً مرضا يمنع الجماع أو صائماً فى رمضان أو محرما أو كانت هي حائضاً لاتصح الخلوة لقيام المانع طبعا أو شرعا وفى صوم القضاء روايتان في أصح الروايتين تصح الخلوة لان الذى يجب بالفطر قضاء يوم وهو يسير كما فى صوم النفل وفى الرواية الاخرى لا تصح الخلوة اعتباراً للقضاء بالاداء وفى صوم النفل رواية شاذة أيضاً انه يمنع صحة الخلوة بمنزلة حج النفل وكذلك ان كانت رتقاء أو قرناء لا يحصل التسليم لقيام المانع حساً بخلاف ما اذا كان الزوج مجبوباً أو عنيناً وقد بيناه ولو كان بينهما ثالث لا تصح الخلوة لقيام المانع الا أن يكون الثالث ممن لايشعر بذلك كصغير لا يعقل أو مغمى عليه أو نحو ذلك وان خلا بزوجته وهناك أمته وكان محمد رحمه الله تعالى يقول أولا تصح الخلوة بخلاف ما اذا كان هناك أمتها لانه يحل له وطء أمته دون أمتها ثم رجع وقال لاتصح الخلوة وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لانه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا وعلى هذا لوخلا بزوجتيه لم تصح الخلوة لما قلنا والمكان الذي لاتصح الخلوة فيه ان يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير اذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك ولهذا لاتصح الخلوة فى المسجد والطريق الاعظم والسطح الذى ليس على جوانبه سترة وبعد صحة الخلوة اذا تصادقا على أنه لم يدخل بها لايكونا محصنين لان الخلوة انما تجعل كالاستيفاء فيما هو من حكم العقد والاحصان ليس من ذلك فى شيء فان أقرا بالجماع لزمهما حكم الاحصان وان أقر به أحدهما صدق على نفسه دون صاحبه ولا يحصن الخصى اذا كان لايجامع وكذلك المجبوب والعنين فان جاءت بولد حتى ثبت به النسب من الزوج ففى الخصى والعنين يكونا محصنين لان الحكم بثبوت النسب حكم بالدخول وفى المجبوب ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان على قول زفر رحمه الله تعالى هى تصير محصنة لما حكمنا بثبوت النسب من الزوج وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لاتصير هى محصنة لانه لاتصور للجماع بدون الآلة والحكم بثبوت النسب بطريق الانزال بالسحق وليس

ذلك من الجماع فى شئ وثبوت حكم الاحصان يتعلق بعين الجماع والرقاء لاتحصن الرجل لانعدام الجماع مع الرق ولا احصان بالجماع فى النكاح الفاسد لان الاحصان عبارة عن كمال الحال فانما يحصل بوطء هو نعمة بل نهاية فى النعمة حتي لايحصل بالوطء بملك اليمين والوطء بالنكاح الفاسد حرام فلا يوجب الاحصان ﴿ قال ﴾ واذا دخل الخنثي بامرأته أو دخل بالخنثي زوجها فهما محصنان لانه لما حكم بكونه رجلا أو امرأة فالجماع بالنكاح الصحيح تحقق بينهما فيثبت به حكم الاحصان ﴿قال﴾ ولو دخل مسلم بامرأته المسلمة ثم ارتدا والعياذ بالله تعالى بطل احصانهما لان الردة تحبط العمل ويلحق المرتد بمن لم يزل كافراً فكما ان الكافر الاصلى لايكون محصناً فالمرتد كذلك فان أسلما جميعاً لم يكونا محصنين الا بجماع جديد بمنزلة زوجين حربيين أو ذميين أسلما وكذلك العبد مع امرأته الأمة اذا أعتقا لم يكونا محصنين حتى يجامعها بعد العتق فان جامعها فهما محصنان علما بالعتق اولم يعلما علمت المرأة ان لها الخيار أولم تعلم فاذا جامعها قبل ان تختار نفسها فقد جامعها بنكاح صحيح بعدما كمل حالهما بالعتق فكانا محصنين ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة من الرجل وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على الدخول بينهما وهو أقوي من شهادة شاهدين فاذا كان الاحصان يثبت بشهادة شاهدين فبثبوت النسب أولى وهذا لانهما مكذبان في انكارهما الدخول شرعا والمكذب شرعا لايعتبر انكاره ﴿قال﴾ واذا أقرت المرأة ان زوجها قد جامعها وأنكر الزوج ثم فارقها وانقضت عدتها حل لزوجها الاول الذى كان طلقها ثلاثاً ان يصدقها ويتزوجها لانها أخبرت عن أمر بينها وبين ربها وهو حلها للزوج الاول ولا حق للزوج الثانى فى ذلك فانكاره فى ذلك الحكم وجوداً وعدما بمنزلة وكذلك ان اخبره بذلك ثقة ولو أنكرت الدخول بعد اقرارها وقد تزوجها الزوج الاول لم تصدق في ذلك لانها مناقضة ولو كان زوجها الذى فارقها هو الذى اقر بالجماع ولم تقر هي لم يحل للزوج الاول أن يتزوجها ولا يصدق الزوج الثانى عليها لانه لاحق له فى حلها وحرمتها للزوج الاول ولا قول له فى ذلك أصلا ويستوى ان كان خلا بها أو لم يخل بها ألا ترى انها لاتصير محصنة باقرار الزوج الثانى أنه قد جامعها اذا أنكرت هي فكذلك لاتصير محللة للزوج الاول ﴿قال﴾ واذا قالت طلقنى زوجي أو مات عني وانقضت عدتى حل لخاطبها أن يتزوجها ويصدقها لان الحل والحرمة من حق الشرع وكل مسلم أمين مقبول القول فيما هو من حق الشرع انما

لايقبل قوله في حق الغير اذا أكذبه من له الحق ولاحق لاحدهنا فيما أخبرت به فلهذا جاز قبول خبرها في ذلك والله أعلم بالصواب

باب نكاح المتعة

﴿ قال ﴾ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أحل المتعة ثلاثة أيام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وتفسير المتعة أن يقول لامرأته اتمتع بك كذا من المدة بكذا من البدل وهذا باطل عندنا جائز عند مالك بن أنس وهو الظاهر من قول ابن عباس رضى الله عنه واستدل بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن ولانا اتفقنا على انه كان مباحا والحكم الثابت يبقي حتى يظهر نسخه ولكن قد ثبت نسخ هذه الاباحة بالآثار المشهورة فمن ذلك ماروي محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم أن منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنه حديث الربيع بن سبرة رضى الله عنه قال أحل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة أيام فجئت مع عم لى الى باب امرأة ومع كل واحدمنا بردة وكان بردة عمي أحسن من بردتى فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا أو شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابى على بردته فبت عندها فلما أصبحت اذا منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادى الا أن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم الاباحة المطلقة لم تثبت فى المتعة قط انما ثبتت الاباحة مؤقتة بثلاثة أيام فلا يبقى ذلك بعد مضى الايام الثلاثة حتى يحتاج الى دليل النسخ وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول نسختها آية الطلاق والعدة والميراث وكان عمر رضى الله عنه يقول لو كنت تقدمت فى المتعة لرجمت وقال جابر بن يزيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنهما من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فثبت النسخ باتفاق الصحابة رضى الله عنهم ولما سئلت عائشة رضى الله عنها عن ذلك فقالت بيني وبينكم كتاب الله تعالى وتلت قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الآية وهذه ليست بزوجة له ولا ملك يمين له وبيان أنها ليست بزوجة ماقال فى الكتاب أنه لا يرث أحدهما من صاحبه بالزوجية ولا يقع عليها الطلاق والظهار والايلاء واستكثر من الشواهد لذلك فى الكتاب والمراد بقوله

فما

فما استمتعتم به منهن الزوجات فانه بناء على قوله ان تبتغوا بأموالكم محصنين والمحصن الناكح ﴿قال﴾ وان قال تزوجتك شهراً فقالت زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى هو نكاح صحيح لان التوقيت شرط فاسد فان النكاح لا يحتمل التوقيت والشرط الفاسد لا يبطل النكاح بل يصح النكاح ويبطل الشرط كاشتراط الخمر وغيرها توضيحه أنه لو شرط أن يطلقها بعد شهر صح النكاح وبطل الشرط فكذا اذا تزوجها شهراً وحجتنا في ذلك ماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لا أوتي برجل تزوج امرأة الى أجل الارجمته ولو أدركته ميتاً لرجمت قبره والمعنى فيه أن النكاح لايحتمل التوقيت انما التوقيت في المتعة فاذا وقتا فقد وجد منهما التنصيص على المتعة فلا ينعقد به النكاح وان ذكر لفظ النكاح وهذا لانه لا يخلو اما أن ينعقد العقد مؤبداً أو في مدة الاول باطل فانهما لم يعقدا العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد العقد فيما وراء المدة المذكورة ولا يجوز الحكم بانعقاد الحكم في زمان لم يعقدا فيه العقد ألا ترى أنهما لو أضافا النكاح الى مابعد شهر لم ينعقد في الحال لانهما لم يعقداه في الحال فكذلك هنا ولا يجوز أن ينعقد في المدة لان النكاح لايحتمل ذلك وهذا يبين أن التوقيت ليس بمنزلة الشرط ولكن ينعدم بالتوقيت أصل العقد في الزمان الذى لم يعقداه فيه وهذا بخلاف ما اذا شرط أن يطلقها بعد شهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراط القاطع بعد شهر لينقطع به دليل على أنهما عقدا العقد مؤبداً ألا ترى أنه لو صح الشرط هناك لا يبطل النكاح بعد مضى شهر وهنا لو صح التوقيت لم يكن بينهما عقد بعد مضى اوقت كما في الاجارة . وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى ان ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لايعيشان أكثر من ذلك كمائة سنة أو أكثر يكون النكاح صحيحاً لان في هذا تأكيد معنى التأبيد فان النكاح يعقد للعمر بخلاف ما اذا ذكرا مدة قد يعيشان أكثر من تلك المدة وعندنا الكل سواء لان التأبيد من شرط النكاح فالتوقيت يبطله طالت المدة أو قصرت والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الدعوى في النكاح

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا ادعي الرجل نكاح امرأة وأقام عليها البينة وأقامت أختها

عليه البينة انها امرأته وانه أتاها بزوج فالقول قول الرجل والبينة بينته صدقته أولم تصدقه
لان ملك النكاح على المرأة للزوج ولهذا كان البدل عليه لها فالزوج يثبت ببينته ماهو حقه
والأخت الاخري تثبت ببينتها حق لزوج وهو ملك النكاح له عليها وبينة المرء على حق
نفسه أولى بالقبول ولان عند تعارض البينتين لا وجه للعمل ببينة الاخت في اثبات نكاحها
فلو قبلناها انما نقبلها فى نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها والبينات للاثبات لا للنفي
ومعني هذا ان دعوى الزوج نكاح احدى الاختين اقرار منه بحرمة الاخرى عليه في
الحال واقراره موجب للفرقة فعرفنا انه لاوجه للقضاء بنكاح الاخري فبقيت تلك البينة
قائمة على النفي ولا مهر للاخرى ان لم يكن دخل بها لان أصل نكاحها لم يثبت ولو كان
الزوج أقام البينة أنه تزوج أحداهما ولا تعرف بعينها غير ان الزوج قال هي هذه فان صدقته
فهي امرأته لتصادقهما فان تصادقهما في حقهما أقوى من البينة فان جحدت ذلك فلا نكاح
بينه وبين واحدة منهما لان الشهود لم يشهدوا على شئ بعينه والشهادة بالمجهول لا تكون
حجة ولانه اما ان تزوج احداهما بغير عينها فيكون ذلك باطلا أو تزوج احداهما بعينها ثم
نسيها الشهود فقد ضيعوا شهادتهم فاذا بطلت الشهادة بقي دعوى الزوج ولا يثبت النكاح
بدعوته ولا يمين له على التي يدعي النكاح عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يرى
الاستحلاف في النكاح ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها وكذلك لو قامت البينة لامرأة
بعينها ان أحد هذين الرجلين تزوجها ولا يعرفون أيهما هو والرجلان ينكران ذلك فهو
باطل ولا مهر على واحد منهما فان ادعت المرأة ذلك على أحدهما فلا يمين عليه في قول
أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان دعواها دعوي النكاح وان ادعت أنه طلقها قبل
الدخول وان لها عليه نصف المهر استحلفته على نصف المهر لان دعواها الآن دعوى المال
والاستحلاف مشروع في دعوى المال فان نكل عن اليمين لزمه ذلك ولا يثبت النكاح
لان الاستحلاف كان في المال لا في النكاح وانما يقضى عند النكول بما استحلف فيه
خاصة كما في دعوى السرقة اذا استحلف فنكل يقضى بالمال دون القطع ﴿قال﴾ وان ادعت
أختان أنه تزوجهما جميعا وكل واحدة منهما تقيم البينة أنه تزوجها أولا كان ذلك الى الزوج
فايهما قال هي الاولى فهي الاولى وهي امرأته لان المعارضة بين البينتين قد تحققت والعمل
بهما غير ممكن لحرمة الجمع بين الاختين نكاحا وقد علمنا أن الثابت أحدهما وهو السابق

منهما فاما أن يكون بيان السابق منهما الي الزوج لانه أعرف الناس بها ولانه صاحب الملك واما أن يقال تصديقه احداهما يرجح بينتها فاذا ظهر الرجحان فى بينة احداهما قضى بنكاحها واندفعت بينة الاخرى ولا مهر لها عليه ان لم يدخل بها فان جحد الزوج ذلك كله وقال لم أتزوج واحدة منهما أو قال تزوجتهما جميعا ولا أدرى أيتهما الاولى فهو سواء ويفرق بينه وبينهما لان العمل بالبينتين غير ممكن فلا ترجيح لاحداهما فتعين التفريق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما ان كان لم يدخل بهما من قبل انه كان يقدر على أن يبين فاذا تجاهل في ذلك لم يبرأ من المهر ومعنى هذا الكلام أن نكاح احداهما صحيح بدليل أنه لو بين الزوج أن هذه هي الاولى حكمنا بصحة نكاحها فاذا أبى أن يبين كان ذلك منه بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بينه وبين التي صح نكاحها قبل الدخول فيلزمه نصف المهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فلهذا كان نصف المهر بينهما ومن أصحابنا رحمهم الله تعالي من قال جمع فى السؤال بين فصلين وأجاب عن احدهما فان هذا الجواب عما اذا قال تزوجتهما جميعاً ولا أدرى أيتهما الاولى أما اذا قال لم أتزوج واحدة منهما ينبغى أن لا يجب عليه شئ من المهر لان العمل بالبينتين تعذر للتعارض وهو منكر ولا يجب المهر الا بحجة والاصح ان هذا جواب الفصلين لان المعارضة بين البينتين فى حكم الحل دون المهر ألا ترى ان البينتين لو قامتا بعد موت الزوج عمل بهما فى حق المهر والميراث فاذا لم يكن تعذر العمل والمعارضة فى حكم المهر وجب نصف المهر فى حق الزوج وليست احداهما بأولى من الاخرى فكان بينهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الامالى قال لا شئ عليه لان المقضى له بالمهر منهما مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء وعند محمد رحمه الله تعالى أنه قال يقضى بجميع المهر لان النكاح لم يرتفع بجحوده فيقضى بمهر كامل للتى صح نكاحها ﴿ قال ﴾ وان كان دخل بأحداهما كان لها المهر وهى امرأته لترجح جانبها بالدخول فان البينتين اذا تعارضتا على العقد تترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقى الملك فى عين من ثالث بالشراء وأحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن والامكان ثابت هنا بأن يجعل نكاح التى دخل بها سابقاً فان قال الزوج هى الاخيرة وتلك الاولى فرق بينه وبينها لاقراره بحرمتها عليه وكان ذلك بمنزلة اكتساب سبب الفرقة بعد الدخول

بالنكاح الصحيح حتى يلزمه المهر المسمى لها ولا يصدق على أن ينقصها عن ذلك وكانت الاخرى امرأته أيضاً لتصادقهما على النكاح باقرار الزوج انها هي الاولى ﴿ قال ﴾ ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعى انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما وكان قد دخل بها فهي امرأته لما ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البينتين على العقد ولان تمكنه من الدخول بها أو من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا أن يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق فان لم تكن في يد أحدهما فايهما اقام البينة أنه أول فهو أحق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انها تزوجته قبل الآخر فهي امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها له كما بينا في جانب الزوج أولان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق أحد الرجلين مع المرأة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما وان لم تقر بشئ من ذلك فرق بينهما وبينها لان المعارضة والمساواة قد تحققت والعمل بالبينتين غير ممكن لان ملك الحل لايحتمل الشركة وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل نكاحهما بخلاف ملك اليمين فان الملك يحتمل الشركة فيجب العمل بالبينتين هناك بحسب الامكان وهذا لأن مقصود الملك هو التصرف وذلك يثبت مع الشركة وهنا المقصود استباحة الوطء والنسل وهذا يفوت بالشركة فاذا تعذر العمل بهما وليس أحدهما بأولى من الآخر يتعين البطلان فيهما فان كانا لم يدخلا بها فلا مهر لها لأن نكاح واحد منهما لم يثبت ولان الفرقة بمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول وان كانا قد دخلا بها جميعا ولا يدرى أيهما أول فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمى ومن مهر المثل لان كل واحد منهما إن تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول وان تأخر فلها مهر المثل بالدخول لسقوط الحد بشبهة العقد غير أن المال بالشك لايجب وانما يجب القدر المتيقن والمتيقن هو الاقل فلهذا كان على كل واحد منهما الاقل من المسمى ومن مهر المثل ﴿ قال ﴾ فان جاءت بولد لزمهما جميعا وكان ولدهما يعقلان عنه بناء على قولنا أن النسب يثبت من رجلين خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وهي مسئلة كتاب الدعوى ويرثانه ميراث أب واحد بينهما نصفان لان الاب في الحقيقة أحدهما وهو من حق الولد من ماله فيجب ميراث أب واحد وليس أحدهما بأولى من الآخر

فيكون بينهما نصفين ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرث من كل واحد منهما نصف ميراث ابن لانه ابن أحدهما فكما أن في جانبهما يرثانه ميراث أب واحد فكذلك فى جانبه يرث منهما ميراث ابن واحد ولكنا نقول هو ابن لكل واحد منهما كما قال عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما هو أبنهما ويرثهما وهذا لأن البنوة لاتحتمل التجزى الا أن فى جانبهما تحققت المزاحمة فتثبت المناصفة وفى جانبه لامزاحمة فيرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل حتى لو انعدمت المزاحمة فى جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثانى من مال الغلام ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وهو للباقى منهما ولو كانت المرأة أقرت أن أحد الرجلين هو الزوج لزمه الولد خاصة لان نكاح المقر له قد ثبت باقرارهما وثبوت نسب الولد منه باعتبار الفراش ولا معارضة بين الفراش الصحيح والفاسد فلهذا ثبت نسب الولد منه فان لم تقر بذلك حتى ماتت كان على كل واحد منهما نصف ماسمى لها من المهر وكان ميراث الزوج من تركتها بينهما نصفين لان نكاح أحدهما صحيح منته بالموت فيكون له الميراث وعليه المسمى لها وليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك تنصف بينهما الميراث والمهر المسمى وهذا لان تعذر العمل بالبينتين ووجوب التوقف لمعنى الحل وذلك يزول بموتها الا ترى انه لو كان إقامة البينة من الرجلين بعد الموت وجب العمل بهذه الصفة فكذلك اذا ماتت بعد اقامة البينتين وهذا لان المقصود من النكاح بعد الموت الميراث وهو مال يحتمل الشركة وفي حال الحياة المقصود هو الحل وهو غير محتمل للشركة ﴿قال﴾ ولولم تمت هي ولكن مات أحد الرجلين فان قالت المرأة هذا الميت هو الاول فلها فى ماله المهر والميراث فان تصديقها بعد موت الزوج كتصديقها في حياته فيثبت النكاح بينهما فينتهي بالموت الا ترى ان رجلا لو أقر بنكاح امرأة فصدقته بعد الموت كان تصديقها صحيحاً لان النكاح بموت الزوج يرتفع الى خلف وهو العدة ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة زوجين في عقدة واحدة كان النكاح باطلا لان النكاح لايحتمل الاشتراك وليس أحدهما بأولى من الآخر ولا خيار لها فى ذلك لان ثبوت الخيار ينبني على صحة السبب ولم يصح السبب في حق كل واحد منهما لاقتران المنافى به وكذلك لو كانت ذمية أو حربية ثم أسلموا لان هذا لا يتجه عند أحد ممن يعتقدملة فحكم أهل الملل فى ذلك سواء ﴿قال﴾ ولو كان أحد الزوجين له

أربع نسوة كان نكاح الذي ليس له نسوة منهما جائز لانه لو انفرد نكاح الذي له أربع نسوة لم يصح ولو انفرد نكاح الآخر كان صحيحاً فاذا اجتمعا صح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وهذا لان المعارضة لا تحقق بين ماله صحة وبين ما لاصحة له واذا صح نكاح أحدهما فعليه جميع ماسمي لهما ان كانا سميا ألف درهم وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر بمنزلة مالو تزوج امرأتين واحداهما لاتحل له بمهر واحد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين هذه وبين تلك فيقولان الالف هنا بمقابلة بضعها وقد سلم ذلك للذي صح نكاحه بكماله فاما هناك الالف مسمى بمقابلة بضعين فاذا لم يسلم له الا أحدهما لا يلزمه الا مقدار حصته من المهر وان كان سمي كل واحد منهما لنفسه خمسمائة لم يلزم هذا الزوج الا خمسمائة لانه ماالتزم الا هذا المقدار ولا يلزم من المهر لا قدر ما التزمه بخلاف الاول فان هناك كل واحد منهما قد سمى جميع الالف بمقابلة بضعها فاذا سلم ذلك لاحدهما لزمه جميع المهر ﴿قال﴾ والنكاح الفاسد اذا لم يكن فيه مسيس أو نظر لايثبت حرمة المصاهرة لان النكاح انما يقام مقام الوطء فى اثبات حرمة المصاهرة لانه يتوصل به الى الوطء شرعا وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد فلهذا لايثبت به الحرمة ولان النكاح الفاسد أصله غير منعقد فالسبب الفاسد لايثبت الاالملك الحرام وموجب النكاح ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فاذا انعدم اثبات الملك الحلال بالسبب الفاسد والملك الحرام بالنكاح لا يكون خلا السبب عن الحكم والاسباب الشرعية انما تعتبر لاحكامها فكل سبب خلا عن الحكم كان لغوا واذا أقامت المرأة البينة على النكاح والزوج جاحد يثبت نكاحها ولم يفسد بجحوده لان النكاح الثابت لايرتفع الا بالطلاق وجحوده ليس بطلاق فان الطلاق قطع للنكاح والجحود نفى للنكاح أصلا فلا يصير به قاطعاً فلهذا قضى بالنكاح بينهما والله أعلم بالصدق والصواب

﴿ باب الغرور فى المملوكة ﴾

﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة على أنها حرة فولدت له أولاداً فاذا هي مكاتبة قد أذن لها مولاها فى التزوج أخذت عقرها وقيمة ولدها الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال لاتجب قيمة الولد أصلا لانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها وفى هذا تحصيل بعض مقصودها وفى ظاهر الرواية يقول هذا ان لودخل الولد في كتابتها ولم يدخل لانه علق حراً

فوجب العقر وقيمة الولد لها كما هو الحكم في المغرور وهي بالكتابة صارت أحق باجزائها ومنافعها فما هو بدل جزء منها فهو لها ثم يرجع الاب بقيمة الولد على الذى غره ان كان رجل حر غره بأن زوجها منه على أنها حرة فان كانت المكاتبة هي التى غرته بأن زوجت نفسها منه على أنها حرة فلا شئ لها عليه من قيمة الولد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لانها لو رجعت عليه بقيمة الولد رجع هو عليها بذلك بسبب الغرور فلا يكون مفيداً ثم رجع فقال لها أن تأخذ قيمة الولد وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان رجوعه عليها بعد العتق فان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة فيتأخر الى ما بعد عتقها والقيمة لها عليه في الحال فكان الرجوع مفيداً وان مات مولاها وهى مكاتبة على حالها فورثه أب الولد خيرت بين أن تبطل الكتابة وبين أن تمضى عليها لانها ان أبطلت الكتابة صارت مملوكة لأب الولد بالميراث ولها منه ولد ثابت النسب فتصير أم ولد له فقد تلقاها جهتا حرية احداهما مؤجلة بغير بدل وهو الاستيلاد والاخرى معجلة ببدل وهو الكتابة فان مضت على الكتابة فعتقت بالاداء فانما عتقت على ملك المولى الاول وكان ولاؤها له وان مات أب الولد قبل أن تؤدى عتقت وبطلت عنها المكاتبة لانها بمنزلة أم الولد فتعتق بموت السيد فان قيل هو لم يملك رقبتها اذا اختارت المضى على الكتابة ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار أحق الناس بها حتى لو أعتقها نفذ عتقه فكذلك اذا مات لان عتق أم الولد متعلق بموت المولى شرعا على أن يصير المولى كالمعتق لها ولانها انما اختارت الكتابة لما في في العتق بجهة الاستيلاد من التأخير فاذا تعجل ذلك بموت المولى فالظاهر أنها تختار هذه الجهة فاذا عتقت سقط عنها بدل الكتابة إما لانفساخ العقد برضاها أو لوقوع الاستغناء لها عن أداء البدل وهو بمنزلة مالو وهب لها المكاتبة ومعنى هذا أن حق المستولد فيها الى موته فبالموت يصير مسقطاً حقه فكانه ابرأها عن بدل الكتابة والوارث اذا كان واحداً فابراء المكاتب عن المكاتبة يصح ابراؤه ويعتق ولهذا لو كان معه شريك في الميراث سعت في مكاتبتها على حالها لان ابراء أحد الوارثين عن نصيبه من بدل الكتابة لا يوجب عتق شئ منها وانما جعلناه كالمبرئ لتعتق فاذا كانت لا تعتق هنا لم يكن مبرئاً ولانه لم يسلم لها العتق مجانا في الحال فبقيت على اختيارها الاول وهو المضى على الكتابة فلهذا سعت في مكاتبتها وكان الولاء للأول اذا أدت ألا ترى ان المكاتب اذا ورثه رجلان فاعتقه أحدهما كان عتقه باطلا ولو كانت

المكاتبة حين ورثها رجلان اختارت ان تكون أم ولد بطلت الكتابة ويضمن أب الولد نصف قيمتها لشريكه لان حكم الاستيلاد كما ثبت في نصيبه ثبت في نصيب الشريك أيضاً لانه لايحتمل التجزى فصار هو متملكا نصيب شريكه بضمان القيمة وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ﴿قال﴾ أمة غرت رجلين من نفسها فتزوجاها على انها حرة فولدت لهما أولاداً ثم ملكاها بوجه من الوجوه كانت أم ولد لهما لانهما ملكاها ولكل واحد منهما ولد ثابت النسب منها وان ملكها أحدهما فهي أم ولد له لهذا المعنى وهذا لان نسب الولد لما ثبت بشبهة النكاح كان هذا بمنزلة الاستيلاد بعد الملك في ثبوت حق الولد في حقيقة الحرية فكذلك في ثبوت حقها في أمية الولد لان حقها تبع لحق الولد فان كانت قد ولدت عند المولى أولاداً بعد ذلك فلكها أحدهما مع أولادها كان أولادها من غيره ارقاء لان ثبوت حق أمية الولد فيها بعد ماتملكها المستولد فان حق الحرية كحقيقة الحرية في استدعائه ملك الحل وقد انفصل الاولاد قبل ثبوت الحق فيها فلا يسرى ذلك الحق اليهم ﴿قال﴾ واذا غرت الامة رجلا من نفسها وأخبرته انها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه فولدت له أولاداً ثم استحقها رجل أخذها وعقرها وقيمة ولدها كان لاب الولد ان يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى باعه لان سبب الغرور مباشرة البيع وانما كان ذلك من البائع ومتى ملكها المغرور بعد ذلك فهى أم ولد لثبوت نسب الولد منه والله أعلم بالصواب

باب النكاح في العقود المتفرقة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ولا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح الا على قول الروافض فانهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والواو للجمع فاذا جمعت بين هذه الاعداد كان تسعا ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمه صلى الله عليه وسلم فما يجوز له يجوز لامته وحجتنا في ذلك قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد قال الفراء رحمه الله تعالى لاوجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العى في الكلام والدليل عليه قوله تعالى أولى أجنحة مثني وثلاث ورباع والمراد أحد هذه الاعداد وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بسبب اباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله

بفضيلة

بفضيلة النبوة فان بزيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الاحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله صلي الله عليه وسلم ولا بعده الي يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا وفي قوله صلى الله وعليه وسلم يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطليقتين ما يدل على أن الحر لايتزوج أكثر من أربع لان حال المملوك على النصف من حال الحر وله أن يتسرى على الاربع مابداله من السرارى ماخلا امرأة ذات رحم محرم منها من نسب أو رضاع لحديث عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه ماحرم الله تعالى من الحرائر شيئاً الا وقد حرم من الاماء مثله الا رجل يجمعهن يريد به العدد اذ التسرى غير محصور بعدد لان النكاح انما كان محصوراً بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهن في القسم وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك وفى الاماء لايلزمه التسوية بينهن فى القسم فلهذا لايكون محصوراً بالعدد واليه أشار الله تعالى فى قوله تعالى فان خفتم ألاّ تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم فاما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمحرمية لاتختلف بالمنكوحة والمملوكة ﴿قال﴾ رجل تزوج أربع نسوة بالكوفة ثم طلق احداهن بغير عينها بمكة ثم تزوج مكية ثم طلق احدى نسائه ثم تزوج بالطائف أخرى ثم مات ولم يدخل بواحدة منهن فنقول العقود كلها قد صحت منه لانه انما تزوج المكية بعد ماطلق احدى الكوفيات قبل الدخول فحين تزوجها لم يكن فى نكاحه الاثلاث نسوة فان قيل أليس ان الطلاق المبهم يجعل كالمتعلق بخطر البيان فينبغى ان لايصح نكاح المكية ﴿قلنا﴾ هذا فى حق المحل لوجود التنكير فى المحل فاما في جانب المطلق لا ابهام لانه متعين فى نفسه وحكم العدد ينبنى على العدد فى جانبه وهو يعلم انه تزوج المكية وليس فى نكاحه الا ثلاث نسوة ثم تزوج الطائفية وليس فى نكاحه الا ثلاث نسوة ثم المسئلة تشتمل على حكم المهر والميراث والعدة أما بيان حكم المهر أن للطائفية مهرا كاملا لان نكاحها قد صح ولم يحدث بعد نكاحها طلاق فيتقرر مهرها بالموت وللمكية سبعة أثمان المهر لانه بعد ما تزوجها طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول وذلك مسقط نصف مهر المثل متردد بينها وبين ثلاث من الكوفيات فيتوزع النقصان عليهن أرباعا فيصيبها نقصان نصف ربع صداق وذلك ثمن صداق فبقى لها سبعة أثمان صداق وأما الكوفيات فلهن ثلاثة أصدقة وثمن صداق بينهن سواء لانه حين طلق احداهن أولا فقد سقط بهذا الطلاق نصف مهر ومن الطلاق الثانى أصابهن أيضاً نقصان ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك

ثلاثة أثمان مهر وفي الاصل لهن أربعة أصدقة فاذا نقصت من ذلك مرة نصف صداق ومرة ثلاثة أثمان صداق بقى ثلاثة أصدقة وثمن صداق وحالهن في ذلك سواء فيقسم بينهن بالسوية أرباعا وأما الميراث فللطائفية ربع ميراث النساء ثمنا كان أو ربعاً لانها احدي نسائه بيقين وللمكية ربع ما بقى لان الباقى وهو ثلاثة أرباع ميراث النساء لايزاحمها فيه الا ثلاث من الكوفيات وحالهن فيه سواء فلها ربع ذلك والباقى بين الكوفيات بالسوية لاستواء حالهن فى ذلك وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفي عنها زوجها أما فى حق الطائفية فللتيقن بانتهاء نكاحها بالموت وفى حق البواقى لاحتمال ذلك والعدة يحتاط لايجابها ﴿قال﴾ ولو كان بعد ماتزوج الطائفية طلق احدى نسائه ثم مات فنقول أما بيان حكم المهر ان للطائفية هنا سبعة أثمان مهرها لانه طلق احدى نسائه بعد ما تزوجها فانتقص به نصف صداق وانما يصيبها من ذلك النقصان الربع فبقى لها سبعة أثمان صداق وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر لأن من النقصان الحاصل بالتطليقة الاخيرة انما يصيبها ربع ثلاثة أرباع نصف صداق فان هذا النقصان يدور بينها وبين ثلاث من الكوفيات وربع ثلاثة أرباع النصف يكون ثلاثة أرباع ثمن الصداق فقد أصابها بالتطليقة الثانية نقصان ثمن صداق كما قلنا وبالتطليقة الثالثة ثلاثة أرباع ثمن فبقى لها ستة أثمان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر صداق وللكوفيات مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن صداق لانه انتقص من مهورهن بالطلاق الاول نصف صداق وبالطلاق الثانى ثلاثة أثمان صداق وبالطلاق الثالث ثمنان وربع ثمن فاذا جمعت ذلك كان مهراً وثمن مهر وربع ثمن مهر فاذا نقصت ذلك من أربعة مهور بقى مهران وستة أثمان وثلاثة أرباع ثمن وفى حكم الميراث والعدة هذا والاول فى التخريج سواء ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأة فى عقدة وامرأتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة ولا يعلم أيتهن الاولى فأما الواحدة فنكاحها صحيح بيقين لان الصحيح من العقدين الأخيرين أحدهما ونكاح الواحدة صحيح تقدم أو تأخر والقول قول الزوج في الثلاث والثنتين أيتهن قال هي الاولى لان نكاح أحد الفريقين صحيح وهو السابق والزوج هو الذى يعرف ذلك لانه باشر العقود فيعرف السابق من المتأخر ولانه صاحب ملك فاليه بيان محل ملكه ولان حقوق النكاح تجب عليه فاليه بيان من يستوجب الحق عليه وأى الفريقين مات والزوج حيّ فقال هن الأولى ورثهن وأعطى مهورهن وفرق بينه وبين الأواخر لان حق البيان الثابت له لايبطل بموتهن

فان الموت منه للنكاح مقرر لاحكامه وان كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته أو عند موته لاحد الفريقين هؤلاء الاول فهو الأول ويفرق بينه وبين الأواخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومما سمى لها لدخوله بها بحكم نكاح فاسد ومراده بهذا الفصل ان دخوله بهن لايؤثر في البيان اذا لم يعلم من دخل بها أولا لان حال الفريقين فى ذلك سواء وان قال الزوج لاأدري أيتهن الأولى حجب عنهن الا عن الواحدة لانه انما يخلى بينه وبين من صح نكاحها منهن ونكاح الواحدة صحيح فيخلى بينه وبينها ولم يتيقن من صح نكاحه من الفريقين الآخرين فيكون محجوبا عنهن مخيراً على ان يبين الأول من الآخر فان مات قبل ان يبين ففى المسئلة بيان حكم الميراث والمهر والعدة أما بيان حكم المهر ان للواحدة ماسمي لها من المهر بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلاث مهر ونصف بينهن وللثنتين مهر واحد بينهما على اختلاف الاصلين فان أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى فى جنس هذه المسائل اعتبار الجملة والتخريج على ذلك فنقول أكثر مالهن ثلاثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلاث وأقل مالهن مهران بان يكون السابق نكاح المثنى فالتردد فى مهر واحد يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لاخصومة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم ذلك للثلاث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت فيه منازعة الفريقين فكان بينهما نصفين فيحصل للثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد وأصل محمد رحمه الله تعالى فى ذلك اعتبار الاحوال فى حق كل فريق على حدة فيقول أما الثلاث فان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلاشئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وأما المثنى فان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلاشئ لهما فلهما نصف ذلك ونكاحهما يصح فى حال دون حال فلهما مهر واحد وأما حكم الميراث فنقول للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين من ميراث النساء ربعا كان أو ثمنا لان نكاحها صحيح على كل حال فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ربع ميراث النساء وان صح مع الثنتين فلها ثلث والربع بيقين وما زاد عليه الى تمام الثلث يثبت فى حال دون حال فيتنصف فنحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثم يتنصف السهم الزائد على الربع الى تمام الثلث فيتكسر بالانصاف فيضعف الحساب فيكون أربعة وعشرين فان صح نكاحها مع الثلاث فلها ستة من أربعة وعشرين وان صح نكاحها مع المثنى فلها ثمانية فالتردد فى سهمين فيثبت أحدهما ويسقط الآخر فكان لها سبعة من أربعة

وعشرين وما بقي وهو سبعة عشر سهما بين الفريقين الآخرين نصفين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى للمثنى من ذلك ثمانية أسهم وللثلاث تسعة أسهم وجه قولهما أن السهم الزائد على ستة عشر لا منازعة فيه للمثني لانه ان صح نكاحهما فلهما ثلثا الميراث ستة عشر من أربعة وعشرين فيسلم ذلك السهم للثلاث وقد استوت منازعة الفريقين في ستة عشر فكان بينهما نصفين أو يعتبر حال كل فريق فنقول ان صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث ثمانية عشر وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة وان صح نكاح المثني فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك ثمانية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما بقي من ميراث النساء بعد ما أخذت الواحدة نصيبها بمنزلة جميع ميراث النساء أن لو لم تكن الواحدة أصلا ولو لم تكن الواحدة أصلا كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين فكذلك ما بقي وهذا لان علة الاستحقاق في حق الفريقين سواء فان كل واحد منهما مستحق اذا كان سابقا محروم اذا كان مسبوقا وقولهما ان المثنى لا يدعيان السهم الواحد فانما لا يدعيان ذلك باعتبار استحقاق الواحدة لذلك السهم فاما بدون استحقاقهما فهما يدعيان جميع الميراث وقد خرج ذلك السهم من أن يكون مستحقا للواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلاث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء فلهذا قسم بين الفريقين نصفين ﴿قال﴾ وعليهن عدة المتوفى عنهن أزواجهن احتياطا لما قلنا وان كان قد دخل بهن كلهن ولا يعرف الاول والآخر فعلى الثلاث والثنتين عدة الوفاة والحيض جميعا على معنى ان كل واحدة تعتد أربعة أشهر وعشرا تستكمل في ذلك ثلاث حيض لان من وجه عليهن عدة الوفاة وهو ما اذا صح نكاحهن ومن وجه الحيض وهو ما اذا فسد نكاحهن فتجب العدة بالحيض لاجل الدخول فيجمع بينهما احتياطا فأما على الواحدة عدة المتوفي عنها زوجها لا حيض في ذلك لان نكاحها صحيح بيقين ثم ان كان مهر مثل كل واحدة من الثلاث والثنتين أقل من المسمى فلها مهر مثلها ونصف الفضل الى تمام المسمى لان في وجوب الاقل وهو مهر المثل اما بالعقد أو بالدخول يقين وما زاد عليه الى تمام المسمى تستحقه كل واحدة ان صح نكاحها ونكاحها يصح في حال دون حال فلهذا كان لكل واحدة نصف ذلك فان كان الزوج حيا فجامع امرأة منهن أو طلقها أو ظاهر منها كان هذا اقرارا منه بانها ومن معها الاولى لان البيان تارة يحصل

بالتصريح وتارة بالدليل فاقدامه على الظهار والطلاق فى احداهن بيان منه ان نكاحها صحيح لان ماباشره من التصرف مختص بالنكاح الصحيح وكذلك ان جامع لان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ماأمكن وانما يكون وطؤه اياها حلالا اذا كان صح نكاحها فلهذا كان هذا بمنزلة البيان منه ان السابق عقدها ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثلاث أم احدى الثنتين ولم يدخل بشيء منهن فالجواب على ما تقدم أيضاً لان الصحيح نكاح أحد الفريقين وهو السابق منهما وفى هذا لايفترق الحال بين ان يكون بينهما محرمية أولم يكن ﴿قال﴾ ولو كان مع الثلاث أمة كان نكاح الامة فاسداً على كل حال لانه ان تقدم هذا العقد فنكاح الحرائر بهذا العقد صحيح ومتى صح نكاح الحرائر بطل نكاح الامة المضمومة اليهن وان تأخر نكاحهن فهو فاسد ولهذا كان نكاح الامة فاسداً على كل حال ﴿قال﴾ وكذلك لو كانت احدى الثنتين أمة فنكاحها فاسد بيقين لما قلنا فان مات الزوج قبل ان يدخل بهن وقبل ان يبين الاولى منهن واحدى الثلاث أمة واحدى الثنتين أمة فنكاح الامتين فاسد ونكاح الحرائر كلهن جائز أما فساد نكاح الامتين لما قلنا وعند فساد نكاحهما الحرائر أربع فيجوز نكاحهن المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وان كانت احدى الثلاث أمة والثنتان حرتان وقد تزوج الواحدة الحرة قبلهن يعلم ذلك فنكاح الامة فاسد لعلمنا انه تزوجها على حرة ونكاح الامة على الحرة فاسد وللحرة المنفردة المهر وثلث ميراث النساء لان نكاحها صحيح بيقين وانما يزاحمها فى الميراث امرأتان اما المنفردتان أو اللتان كانتا مع الامة فلها ثلث ميراث النساء ولكل حرتين نصف مابقى من الميراث لاستواء حال الفريقين في ذلك فان كل فريق ان تقدم نكاحها استحق ذلك وان تأخر لا ويكون للفريقين مهران بينهما سواء لاستواء حال الفريقين فى استحقاق المهرين على ماقلنا ﴿قال﴾ وان كانت احدى الثنتين أمة والثلاث حرائر ولا يعلم أى النساء تزوج أولا فنكاح الامة فاسد للتيقن بضمها الى الحرة والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث من ذلك سهم ونصف وللمنفردتين سهمان ونصف وهذا فى الحكم كرجل تزوج ثلاثاً في عقدة وواحدة فى عقدة وواحدة فى عقدة ولا يدرى أيتهن أول بل هى تلك المسئلة بعينها ووجه التخريج ان الثلاث ان صح نكاحهن بان تقدم أو كان بعد الواحدة من المنفردتين فلهن ثلاثة ارباع ميراث النساء لان الصحيح معهن نكاح الواحدة من المنفردتين سابقاً أو متأخراً

وان لم يصح فلا شئ لهن بان كان نكاحهن بعد نكاح المنفردتين فلهن نصف ثلاثة ارباع الميراث وذلك سهم ونصف من أربعة وما بقى بين المنفردتين لاستواء حالهما ولانهما يستحقان جميع الميراث فى حال وهو ان يكون نكاحهما سابقاً والربع في حال وهو ان يكون نكاح الثلاث سابقاً فالربع لهما بيقين وهو سهم من أربعة وثلاثة تثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهما سهمان ونصف من أربعة وحالهما في استحقاق ذلك سواء فيكون بينهما نصفين وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف وللمنفردتين مهر ونصف لان نكاح إحداهما صحيح بيقين تقدم أوتأخر فيتيقن لها بمهر والاخرى ان صح نكاحها فلها مهر وان لم يصح فلا شئ لها فيتنصف مهرها وليست احداهما بأولى من الاخرى بشئ فما اجتمع لهما وهو مهر ونصف بينهما نصفان ﴿قال﴾ واذا تزوج واحدة فى عقدة وثنتين فى عقدة وثلاثا فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم مات ولا يعرف أيتهن أول فنقول ميراث النساء ربعا كان أو ثمناً بين الثنتين والثلاث والاربع أثلاثا لان الميراث انما يتوزع على الاحوال والاحوال ثلاثة بيقين إما أن يصح نكاح الاربع أو نكاح الثلاث مع الواحدة أو نكاح الثنتين مع الواحدة وليس هنا حالة رابعة وباعتبار الاحوال كل فريق فى استحقاق الميراث مساو للفريقين الآخرين على معنى أنه ان تقدم نكاحه استحق الميراث والا فلا فلهذا كان الميراث بينهن أثلاثا لا مزاحمة للواحدة مع الاربع فى الثلث الذى صار لهن لان نكاحها لا يجوز معهن وانما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ولكنها تدخل مع الثلاث فتأخذ ثمن ما أصابهن لانهن انما أخذن ما أخذن باعتبار جواز نكاحهن ونكاح الواحدة يجوز معهن الا أن فى نكاح الواحدة ترددا فانه اما أن يجوز مع الثلاث أو مع الثنتين فان جاز مع الثلاث كان لها ربع ما فى يدي الثلاث وان جاز مع الثنتين لم يكن لها شئ مما فى يدى الثلاث فتأخذ مما في يدى الثلاث نصف الربع وهو الثمن والباقي بين الثلاث أثلاثا ثم تدخل مع الثنتين فتأخذ سدس ما فى يديهما لانهما أخذتا باعتبار جواز نكاحهما ونكاح الواحدة يجوز مع نكاحهما فان كان جواز نكاحها معهما كان لها ثلث ما فى أيديهما وان كان مع الثلاث لم يكن لها شئ مما فى أيديهما فلهذا تأخذ منهما نصف الثلث وهو سدس ما في أيديهما والباقي بينهما نصفان وأما حكم المهر فنقول على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور

ونصف مهر لانه ان جاز نكاح الاربع فلهن أربعة مهور وان جاز نكاح الثلاث مع الواحدة فكذلك وان كان جاز نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور فثلاثة مهور لهن بيقين والمهر الرابع يثبت في حالين ولا يثبت في حال ولكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكانه ثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن ثلاثة مهور ونصف مهر فاما نصف مهر من ذلك فللاربع ثلاثة أرباعه وللثلاث ربعه لانه لا منازعة للثنتين في هذا النصف والاربع يدعين ذلك لأنفسهن والثلاث يدعين ذلك بانضمام الواحدة اليهن وانضمام الواحدة اليهن في حال دون حال فباعتبار الحالين يكون للثلاث نصف نصف هذا وهو الربع وللاربع ثلاثة أرباع فأما مهر واحد فللاربع منه سدسان ونصف سدس وللثلاث سدسان ونصف سدس وللثنتين سدس لان الثلاث والاربع يدعين هذا المهر لانفسهن والثنتان لا يدعيان ذلك الا بانضمام الواحدة اليهما وانضمام الواحدة اليهما في حال دون حال ففي حالة الانضمام لهما ثلث ذلك وفي غير حالة الانضمام لا شيء لهما فلهما نصف الثلث وهو السدس والباقي وهو خمسة أسداس استوت فيه منازعة الثلاث والأربع فكان بينهما نصفين لكل فريق سدسان ونصف سدس وأما المهران فقد استوت في ذلك منازعة الفرق الثلاث فكان بينهن أثلاثاً لكل فريق ثلثا مهر فأما الأربع فقد أصابهن مرة ثلثا مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلاثة أرباع النصف فيجمع ذلك كله ويقسم بينهن بالسوية اذ لا مزاحمة للواحدة معهن واما الثلاث فقد أصابهن مرة ثمن مهر ومرة سدسان ونصف سدس ومرة ثلثا مهر فيجمع ذلك كله ثم الواحدة تأخذ ثمن جميع ذلك لانه ان صح نكاحها معهن فلها ربع ذلك وان لم يصح فلا شيء لها فتأخذ ثمن ذلك والباقي بين الثلاث بالسوية واما الثنتان فانهما أصابهما مرة ثلثا مهر ومرة سدس مهر فتدخل الواحدة معهما وتأخذ سدس ما في أيديهما لانه ان جاز نكاحها معهما فلها ثلث ذلك والا فلا شيء لها فتأخذ نصف الثلث وهو السدس ثم الباقي بينهما نصفان واذا أردت تصحيح الحساب فالطريق فيه ضرب هذا المخارج بعضها في بعض وهو واضح لا يشتغل به للتحرز عن التطويل وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للاربع مهر وثلث مهر وللثلاث مهر وللاثنتين ثلثا مهر وللواحدة نصف مهر فجملة ذلك أيضاً ثلاثة مهور ونصف كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ووجه التخريج ان الأحوال ثلاثة فيجب اعتبار كل حالة فيقول نكاح الاربع يصح في حال ولا يصح في حالين فان صح

نكاحهن فلهن أربعة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وأحوال الحرمان أحوال فلهن ثلث ذلك وهو مهر وثلث مهر بينهن بالسوية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح فى حال ولا يصح في حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر واحد والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهران ونكاحهما صحيح فى حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر والواحدة يصح نكاحها فى حالين اما مع الثلاث أومع الثنتين ولا يصح نكاحها فى حال وهو ماذا تقدم نكاح الاربع لكن أحوال الاصابة حالة واحدة فكان نكاحها يصح فى حال دون حال فكان لها نصف المهر وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطا ﴿قال﴾ فان كانت احدى الاربع أمة والمسئلة بحالها فنكاح الأمة فاسد بيقين لانضمامها الى الحرائر ولا حظ لها من المهر ولا من الميراث ونكاح المنفردة هنا صحيح على كل حال لان الباقي فى الحاصل ثلاث وثلاث واثنتان وواحدة فيتيقن بصحة نكاح الواحدة اما مع الثنتين أو مع احد الفريقين من الثلاث ثم بيان حكم المهران على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لهن ثلاثة مهور ونصف لما بينا ان أكثر مالهن أربعة مهور وأقل مالهن ثلاثة مهور فيتوزع المهر الرابع نصفين ثم للمنفردة من هذه الجملة مهر كامل لانا تيقنا بصحة نكاحها بقى مهران ونصف فأما نصف مهر من ذلك لامنازعة فيه للثنتين وكل فريق من الثلاث يدعين ذلك فيكون بين الفريقين نصفين بقى مهران استوت فيهما منازعة الفرق الثلاثة فكان بينهن أثلاثا لكل فريق ثلثا مهر فأما على قول محمد فللواحدة مهر كامل لما قلنا ولكل فريق من الثلاث مهر واحد لان نكاح كل فريق يصح في حال ولا يصح في حالين وفى حالة الصحة لهن ثلاثة مهور وأحوال الحرمان أحوال فكان لكل فريق ثلث ذلك وهو مهر واحد ونكاح الثنتين يصح في حال ولا يصح فى حالين وفى حالة الصحة لهما مهران فلهما ثلث ذلك وهو ثلثا مهر وميراث النساء بينهن للواحدة من ذلك سبعة من أربعة وعشرين لان نكاحها صحيح بيقين فان صح مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية من أربعة وعشرين وان صح مع الثلاث فلها ربع الميراث ستة من أربعة وعشرين فقدر ستة يقين وما زاد على ذلك يثبت في حال دون حال فلهذا كان لها سبعة ولا يقال ستة لها فى حالين بأن يصح نكاحها مع هؤلاء الثلاث أو مع الفريق الآخر فكان ينبغي أن تعتبر الحالتان فى حقها لانهما حالتا حرمان الزيادة وهذا لانه لا فرق فى حقها بين أن يكون صحة نكاحها مع هذا

الفريق أومع الفريق الآخر واعتبار الاحوال لايتفاوت و اذا لم يكن فى حقها تفاوت فى هاتين الحالتين فهما حالة واحدة ﴿قال﴾ ولهم واحد من الباقى وهو سبعة عشر بين الثلاث نصفان لان الثنتين لايدعيان أكثر من ثلثى الميراث وما بقى وهو ستة عشر بينهن اثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق ذلك ولكن هذا الجواب على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الباقى بعد نصيب الواحدة كله مقسوم بين الفرق أثلاثا لاستواء حالهن في استحقاق مافرغ من حق الواحدة وقد تقدم بيان نظائره ﴿قال﴾ ولوكان طلق اثنتين من نسائه ثم مات قبل ان يبين والمسئلة بحالها كان لهن مهران ونصف لانه قد سقط بطلاق الثنتين قبل الدخول مهر واحد وقد كان الثابت لهن قبل الطلاق ثلاثة مهور ونصفا فاذا سقط مهر كان الباقي مهرين ونصفا فاما الواحدة فأكثر مايكون لها ربع ثلاثة مهور بان كان صح نكاحها مع الثلاث ووجب أربعة مهور ثم سقط مهر بالطلاق بقى ثلاثة مهور لها ربع ذلك وأقل مايكون لها ثلث مهرين بأن يكون نكاحها صح مع الثنتين فكان الواجب ثلاثة مهور سقط مهر بالطلاق وبقى مهران فلها ثلث ذلك وذلك ثلثا مهر فقدر ثلثي مهر لها بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة ارباع مهر وذلك نصف سدس مهر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فيكون لها ثلثامهر وربع سدس مهر ومابقى يكون بين الفرق الثلاثة أثلاثا لاستواء حالهن فى دعوى ذلك والميراث على ماوصفنا في المسئلة الاولى قال الحاكم رحمه الله تعالى هذا الجواب ليس بسديد فى حكم المهر على مذهب ابى يوسف رحمه الله تعالى ولم يبين الجواب الصواب على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بيان ذلك على مذهبه ان نقول لما كان الواجب لهن مهرين ونصفا فاما نصف مهر من ذلك تأخذه الواحدة لان الثنتين لايدعيان ذلك أصلا والثلاث انما يدعين ذلك بالواحدة فاما بدون الواحدة فلايدعين شيئا من ذلك فكانت الواحدة بذلك أولى ممن يدعي الاستحقاق بها فلهذا تأخذ الواحدة نصف مهر بقى مهران فاما نصف مهر من ذلك فالثلاث يدعين ذلك بأنفسهن والمثنى يدعيان ذلك بالواحدة والواحدة مضمومة اليهن فى حال دون حال فكان سدس هذا النصف للمثنى ولكل فريق من الثلاث سدسان ونصف سدس بقى مهر ونصف استوت منازعة الفرق الثلاث فيه فكان بينهن اثلاثا فقد أصاب الثنتين مرة نصف مهر ومرة سدس النصف فذلك سبعة من اثنى عشر وأصاب كل فريق من الثلاث مرة

نصف مهر ومرة سهمان ونصف سدس من ستة من النصف الآخر فذلك ثمانية ونصف ثم الواحدة ان كان يصح نكاحها مع الثنتين فلها ثلثا مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس مهر ونكاحها مع الثنتين صحيح فى حال دون حالين فتأخذ منهما ثلث سدس مهر ثم تجئ الى كل فريق من الثلاث فان صح نكاحها مع كل فريق من الثلاث فلها ثلاثة ارباع مهر وقد وصل اليها نصف مهر بقى الى تمام حقها سدس ونصف سدس فتأخذ من كل فريق ثلث ذلك فيجتمع لها ثلثا مهر وثلث سدس مهر وما بقى فى يد كل فريق مقسوم بينهم بالسوية ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل امرأة وابنتيها فى عقد متفرقة ثم مات ولا يعلم أيتهن أول فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح الواحدة وهى السابقة منهن أيتهن كانت ثم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى نصف هذا المهر الام ونصفه للبنتين بينهما نصفان وكذلك الميراث نصفه للأم ونصفه للبنتين بينهما نصفان وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر والميراث بينهن أثلاثا فطريقهما واضح فان حجة كل واحدة مثل حجة صاحبتيها على معنى أنه ان تقدم نكاحها استحقت ذلك وان تأخر فلا شئ لها والمساواة فى سبب الاستحقاق يوجب المساواة فى الاستحقاق ألا ترى أنهن لو كن امرأة وأمها وابنتها أو امرأة وأمها وأخت أمها كان الميراث والمهر بينهن أثلاثا فأما أبو حنيفة رحمه الله له فى المسئلة طريقان أشار فى الكتاب الى أحدهما فقال من قبل أنه لا يثبت نكاح احدى البنتين بيقين ومعنى هذا أنا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين وان الأم لا يزاحمها الا احدى البنتين فلهذا كان لها نصف المهر ونصف الميراث وقد استوى فى النصف الآخر حال البنتين لانه ليست احداهما بتعيين جهة البطلان فى نكاحها بأولى من الأخرى فلهذا كان بينهما نصفين وطريق آخر أن سبب بطلان النكاح فى حق الام واحد وهو المصاهرة لانه سواء تزوج الكبرى من البنتين أولا أو الصغرى فقد حرمت الام بالمصاهرة فأما السبب فى حق كل واحد من البنتين مختلف لأن فساد نكاحها مرة فى الجمع بين الاختين ومرة بالجمع بين الام والبنت واحدهما غير الآخر فوجب اعتبار الثنتين فى حق كل واحدة منهما والتوزع على أسباب الحرمة فاذا كان سبب الحرمة فى حق الأم واحداً وفى حق البنتين متعدداً لم يكن بينها وبين كل واحدة منهما مساواة فى الحرمان بل حالها أحسن فكان لها ضعف ما لكل واحدة منهما فأما ما استشهدا به فقد قيل الكل

على الاختلاف وقد يستشهد محمد رحمه الله تعالى بالمختلف على المختلف والصحيح الفرق من قبل انه لا يقين في بطلان نكاح واحدة بل حال الام والجدة والنافلة فى ذلك سواء وكذلك السبب المتعدد فى حرمة كل واحدة منهن باعتبار اختلاف الاسم كالام والجدة والام والخالة أوالام والبنت فلما استوى حالهن كان الواجب بينهن أثلاثا بالسوية وان متن جميعاً والزوج حي فالقول فى الاولى منهن قوله كما فى حال حياتهن القول فى بيان الاولى قوله لان الملك حقه فكذلك بعد موتهن القول في بيان الاولى قوله وان مات الزوج بعدهن قبل أن يبين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن وعليه ثلث ما سمي لكل واحدة منهن من المهر باعتبار الاحوال لان نكاح كل واحدة صحيح فى حال دون حالين فلها ثلث ما سمي لها وباعتبار صحة نكاحها له ميراث زوج منها والصحة في حال دون حالين فله ثلث ميراث زوج من كل واحدة منهن ﴿ قال ﴾ فان كان تزوج البنتين فى عقدة واحدة فنكاحهما باطل لانا نتيقن ببطلان نكاحهما بسبب الجمع بين الاختين سواء تقدم أو تأخر وعند التيقن ببطلان نكاحهما نتيقن بصحة نكاح الام فهى امرأته تقدم نكاحها أو تأخر ﴿ قال ﴾ وان كان قد دخل بهن جميعا ثم مات ولا يدرى أيتهن دخل بها أولا فنقول اما لكل واحدة من البنتين الاقل مما سمى لها ومن مهر المثل لانه دخل بهما بحكم نكاح فاسد ولا ميراث لهما لفساد نكاحهما وكذلك لا ميراث للأم لان نكاحها قد بطل فى حال حياته بالدخول بالبنتين سابقا أو متأخراً فان الدخول بالبنت يحرم الام على التأبيد وأما المهر ففى القياس للام مهر وربع مهر وفى الاستحسان لها مهر واحد وجه القياس ان نكاح الام صحيح بيقين فان كان دخل باحدى البنتين قبل الام فقد حرمت الام بذلك ووجب لها نصف المهر لان الفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ثم دخل بالام بعد ذلك فيجب لها بالدخول مهر فكان لها من هذا الوجه مهر ونصف وان كان دخل بالام أولا فلها مهر واحد وهو المسمى ثم حرمت عليه بالدخول بالبنت بعد ذلك فان كان لها في وجه مهر ونصف وفي وجه مهر فلها مهر بيقين والنصف يثبت فى حال دون حال فيتنصف ولكنه استحسن فقال لها مهر واحد لانه يجعل كانه دخل بالأم أولا فان فعله محمول على الحل ما أمكن وأول فعله يمكن أن يحمل على الوطء الحلال ثم لا امكان بعد ذلك فلهذا جعلنا كأنه وطئ الأم أولا حتى يعلم غير ذلك والثانى ان المهر والنصف وجوبهما باعتبار

سببين أحدهما العقد الصحيح والآخر الوطء بالشبهة ولم يظهر السببان إنما الظاهر سبب واحد وهو العقد الصحيح فاما الوطء تصرف في الملك بعده وباعتبار العقد الصحيح لايجب الامهر واحد فلهذا كان لها مهر واحد وعلى كل واحدة منهن ثلاث حيض لدخوله بهن ولو لم يكن دخل بالأم ودخل بالبنتين أو احداهما فللام نصف المسمى لوقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج بعد صحة نكاحها ولا عدة عليها وللمدخول بها من البنتين الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة بثلاث حيض ﴿قال﴾ وان كان تزوجهن فى عقد متفرقة ولم يدخل بشئ منهن حتى قال احداكن طالق فهذا الكلام لغو منه لان السابق منهن امرأته والاخريان أجنبيتان ومن جمع بين امرأته وأجنبيتين وقال احداكن طالق لم يقع شئ ﴿قال﴾ وان قال احدى نسائه طالق وقع على امرأته منهن لانه أضاف الطلاق الى امرأته فان فى نكاحه امرأة واحدة ومن كان فى نكاحه امرأة واحدة اذا قال احدى نسائى طالق وقع الطلاق بذلك اللفظ على امرأته بخلاف الاول فان هناك أوقع الطلاق على احدى المعينات بغير عينها وفيهن من ليست بمنكوحة له فلا تتعين امرأته لذلك الطلاق واذا وقع الطلاق على امرأته فلها نصف المهر ثم الخلاف فى نصف المهر هنا كالخلاف فى جميع المهر فى المسئلة الاولى ولاميراث لواحدة منهن لوقوع الفرقة بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ وان كان تزوج البنتين فى عقدة ثم قال احدى نسائى طالق طلقت الام بذلك لان الصحيح نكاح الام وهو بهذا اللفظ موقع الطلاق على من صح النكاح بينه وبينها فلهذا طلقت الام ولها نصف المهر ولاعدة عليها ولاميراث لها وان قال احداكن طالق لم يقع الطلاق على الام الا ان ينويها لانه جمع بين امرأته واجنبيتين وأوقع الطلاق على احداهن فلا يتعين لذلك امرأته الا أن ينويها بقلبه ولو كان تزوجهن في عقدة واحدة فنكاحهن فاسد بعلة الجمع فان كان فيهن أمة جاز نكاح الامة لان نكاح الحرتين منهن باطل بيقين فان الحرتين ان كانتا ابنتين بطل نكاحهما للجمع بين الأختين وان كانتا أما وبنتا بطل نكاحهما للجمع أيضا ومتى كان نكاح الحرتين باطلا بيقين لايبطل به نكاح الأمة لان بطلان نكاح الامة بضمها الى الحرة وذلك عند صحة نكاح الحرة لاعند بطلان نكاحها ﴿قال﴾ وان كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرة لان نكاح الأمتين باطل بيقين فانهما اما أختان أو أم وبنت واذا بطل نكاحهما كان ضمهما الى الحرة لغواً فجاز نكاح الحرة

بمنزلة مالو كانت اثنتان منهما ذواتي زوج أو في عدة من زوج ولما بطل نكاحهما صح نكاح الفارغة منهن ﴿قال﴾ وان تزوج خمس حرائر وأربع اماء فى عقدة واحدة جاز نكاح الاماء وبطل نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد كان باطلا ولو انفرد نكاح الاماء كان صحيحاً فعند الجمع يصح نكاح من يصح نكاحه عند الانفراد وبمثله لو تزوج أربع اماء وأربع حرائر في عقدة جاز نكاح الحرائر لان نكاح الحرائر لو انفرد هنا كان صحيحا فيندفع بنكاحهن نكاح الاماء كما لو تزوج حرة وأمة فى عقدة واحدة والاصل الذى تدور عليه المسائل انه متى جمع فى العقد بين الحرائر والاماء نظر فان كان نكاح الحرة يجوز عند الانفراد يبطل نكاح الامة لانه تحقق ضمها الى الحرة في النكاح وان كان نكاح الحرة لا يجوز عند الانفراد يصح نكاح الامة لانه لم يتحقق انضمامها الى الحرة فى النكاح ألا ترى أن الحرة لو كانت ذات رحم محرم منه فجمع بينها وبين أمة فى النكاح جاز نكاح الامة لانه لم يتحقق ضمها الى نكاح الحرة حين لا وجه لتصحيح نكاح الحرة ﴿قال﴾ وان تزوج حرة وأمة في عقدة واحدة واحداهما ابنت الاخرى جاز نكاح الحرة لان كل واحدة لو انفرد نكاحها هنا يصح فيتحقق ضم الامة الى الحرة فلهذا جاز نكاح الحرة دون الامة ﴿قال﴾ واذا كان للرجل أربع نسوة فتزوج خامسة ودخل بها فرق بينه وبينها لبطلان نكاحها وعليه لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة ولم يقرب الاربع حتى تنقضى عدة الخامسة لانه لو قربهن كان جامعا ماءه فى رحم خمس نسوة بالنكاح ولان عدة تلك الواحدة يمنع ابتداء نكاح الاربع اذا اقترن بنكاحهن فيمنع الوطء اذا طرأ على نكاحهن كعدة الاخت لما منعت نكاح الاخت اذا اقترنت به منعت الوطء اذا طرأت عليه حتى اذا وطئ أخت امرأته بشبهة فليس له أن يطأ امرأته حتى تنقضي عدة أختها ﴿قال﴾ ولا بأس أن يتزوج الرجل أخت أم ولده لأن فراش أم الولد ضعيف ألا ترى أنه مجوز للنسب غير ملزم حتى لو نفى المولى ولده انتفى بمجرد نفيه والنكاح قوى ملزم بنفسه والضعيف لا يكون دافعا للقوى والدليل عليه أن المولى لو زوج أم ولده كان النكاح صحيحا فكما أن فراشها لضعفه لا يمنع تزويجها فكذلك لا يمنع المولى نكاح أختها اعتبارا للمنع فى احد الجانبين بالمنع فى الجانب الآخر وكذلك لو تزوج أخت مدبرته أو أخت أمة له قد كان يطأها وهذا أظهر فانه لا فراش لهما غير أنه لا ينبغى أن يطأ التي تزوج حتى يملك فرج الامة غيره لانه لو وطأها صار جامعاً ماءه فى رحم

أختين ولان الجمع بين الاختين في الاستفراش الحقيقي حرام وقد تحقق منه استفراش الاولى فلا يحل له أن يستفرش الثانية مالم ينقطع حكم ذلك الاستفراش وانقطاعه بالتزويج أو البيع في محل البيع فان لم يكن وطئ أمته ولا مدبرته فلا بأس بأن يطأ امرأته وليس له أن يطأ الامة والمدبرة بعد النكاح لان المنكوحة بالعقد صارت فراشاً فليس له أن يستفرش الامة بعد ذلك وله أن يطأ المنكوحة لانه لافراش له على المملوكة حقيقة وحكما ﴿قال﴾ ولو زوج أم ولده ثم وطئ امرأته ثم مات زوج أم الولد أو فارقها فله أن يطأ امرأته مادامت أم ولده تعتد من زوجها لان فرجها حرام عليه في حال عدتها كما هو حرام عليه في حال نكاحها فاذا انقضت عدتها فلا ينبغي له ان يطأ امرأته حتى يملك فرج أم الولد من غيره لان النكاح قد ارتفع بآثاره فعاد الحكم الذي كان قبله وكذلك الامة والمدبرة اذا كان وطئها قبل ان يتزوج الأخت فحكمهما وحكم أم الولد سواء ﴿قال﴾ فان أعتق أم ولده فعليها ان تعتد بثلاث حيض عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها حيضة واحدة ومذهبنا مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضي الله عنهم ومذهبه مروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ويستوى ان أعتقها أو مات عنها الا على قول عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما فانه كان يقول لا تلبسوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد اذا مات عنها سيدها أربعة أشهر وعشراً وهذا دليلنا فانه الزمها عدة الحرائر الا انا نوجب الحيض لان هذه العدة لا تجب الا باعتبار الدخول وتوهم اشتغال الرحم فيقدر بالحيض في الحياة والوفاة كالعدة من نكاح فاسد ووطء شبهة احتج الشافعي فقال عدتها أثر ملك اليمين فتتقدر بحيضة واحدة كالاستبراء ودليل صحة اعتباره بالاستبراء أنه لا يختلف بالحياة والوفاة وتأثيره ان المقصود بين فراغ الرحم لا غير وذلك يحصل بالقرء الواحد ولكنا نقول هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفي فيها بحيضة واحدة كعدة النكاح بل أولى فان عدة النكاح قد تجب على الأمة وهذه العدة لا تجب الا على الحرة وتأثيره ان الحرة كاملة الحال فالوظيفة التي لا تجب الا على الحرة تجب بصفة الكمال لان المعتبر حال وجوب العدة لا ما كان قبله وبه يتبين الفرق بينه وبين الاستبراء فان الاستبراء لا يجب عليها ولكن على المولى أن يستبرئها قال صلى الله عليه وسلم ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للمولى دون الأمة فان قول القائل لا تضرب فلانا خطاب للضارب دون المضروب توضيحه

أن سبب وجوب الاستبراء حدوث ملك الحل بسبب ملك اليمين ألا ترى أنه لو اشتراها من صبي أو امرأة يجب وهنا سبب وجوب المدة زوال الفراش والعدة التي تجب بزوال الفراش لا يكتفي فيها بحيضة واحدة فان تزوج المولى أختها في عدتها لم يجز عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى غير انه لا يقربها حتى تنقضي عدة أختها ولو تزوج أربعاً سواها في عدتها جاز عندنا وله ان يقربهن وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له ذلك زفر رحمه الله تعالى يقول انها معتدة فلا يتزوج أختها ولا أربعا سواها كالمعتدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة بل أولى لان أصل فراشه في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ما كان موجبا للحل له وأصل الفراش هنا موجب الحل ثم العدة التي هي أثر الفراش هناك تمنع نكاح الأخت والأربع فهنا أولى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا عدة أم الولد أثر فراشها وأثر الشيء لا يربو على أثر أصله في المنع فاذا كان أصل فراشها لا يمنع المولى من نكاح أختها وأربع سواها فكذلك أثر فراشها وأصل الفراش بالنكاح الصحيح أو الفاسد بعد الدخول يمنع نكاح الأخت والأربع فكذلك أثره وهذا لانه يبقى ببقاء العدة من المنع ما كان ثابتاً لا ان يثبت مالم يكن ثابتا وهذا بخلاف تزويجها من الغير فان أصل فراشها مانع من التزويج من الغير اذا بقي حتى لو كانت حاملا ليس له ان يزوجها من غيره فكذلك أثر فراشها يمنع الا انها اذا كانت حاملا فله ان يقطع فراشها بالتزويج وليس له ان يقطع عدتها لحق الشرع والفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما من وجهين (أحدهما) أن بسبب بقاء العدة يبقى الفراش حتى اذا جاءت بالولد يثبت النسب منه ولا يثبت النسب منه الا باعتبار الفراش فلو تزوج أختها صار جامعا بين الاختين في الفراش وذلك حرام واذا تزوج أربعا سواها صار جامعا بين خمس نسوة في الفراش ولكن بسببين مختلفين وذلك جائز ألا ترى أن من عنده أربع نسوة له أن يستولد من الجوارى ما شاء والثاني أن فراشها بالعتق يتقوى حتى يثبت النسب بعد العتق على وجه لا يملك نفيه بخلاف ما قبل العتق وكذلك بعد العتق لا يملك تزويجها وان كان قبل العتق يجوز تزويجها فكل منع كان ثابتاً في أصل فراشها يتقوى ذلك بعتقها والمنع من استفراش الاخت كان ثابتا في أصل فراشها حتى لا يحل له أن يطأ أختها بملك اليمين ولا بملك النكاح فيتقوى ذلك المنع بالعتق فيمنع عقد النكاح أصلا ولم يكن هو في أصل فراشها

ممنوعا من استفراش الاربع بالنكاح فلو صار ممنوعا بعد العتق كان هذا اثبات منع مبتدأ لا اظهار قوة فيما كان ثابتا توضيحه أن المقصود بالنكاح الوطء ولما لم يكن هو باعتبار عدتها ممنوعا من وطء الاربع بالنكاح بأن يعتقها وتحته أربع نسوة كان له أن يطأهن فكذلك لا يكون ممنوعا من العقد عليها أيضاً بمنزلة المعتدة بالنكاح ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل أربع نسوة فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم طلق احدى نسائه ثم مات قبل ان يبين فلهن ثلاثة مهور أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلان أ كثر مالهن ثلاثة مهور ونصف مهر بان صح نكاح الأربع وقد سقط بطلاق احداهن نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف مهر بان صح نكاح الثلاث وقد سقط نصف مهر بطلاق احداهن فقدر مهرين ونصف بقين ومهر آخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فكان لهن ثلاثة مهور نصف مهر من ذلك للأربع خاصة لان الثلاث لا يدعين ذلك واستوت منازعة الفريقين فى المهرين والنصف فكان بينهما نصفان لكل فريق مهر وربع والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فى استحقاقه وعند محمد رحمه الله تعالى كذلك لان الاربع ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف مهر لانه طلق احداهن قبل الدخول وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثلاثة ارباع والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وربع مهر ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة فدخل بواحدة منهن ولم يدخل بالثنتين ثم طلق إحدى نسائه واحدة والاخرى ثلاثا ثم مات قبل أن يبين فللمدخول بها مهر تام لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف بأن يكون احد الطلاقين واقعا على المدخول بها والآخر على احدهما وأقل مالهما مهر واحد بأن يكون الطلاقان وقعا عليهما فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما نصفان وعلى قول محمد رحمه الله تعالى للتين لم يدخل بهما مهر وثلث مهر هكذا ذكر في هذا الكتاب وفي الزيادات يقول لهما مهر وربع مهر كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولكن بطريق آخر وهو ان احداهما مطلقة بيقين فيعزلها بنصف مهر والاخرى ان وقع الطلاق عليها فلها نصف مهر وان لم يقع فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت

في حال دون حال فيتنصف فكان لها ثلاثة ارباع مهر فاذا ضممت ذلك الى نصف مهر يكون مهرا وربع مهر بينهما ووجه رواية هذا الكتاب انه لو لم يدخل بشيء منهن لكان الواجب عليه مهرين بينهن اثلاثا لكل واحدة منهن ثلثا مهر لانه قدسقط بالطلاقين مهر واحد وبان دخل باحداهن حتى لم ينتقص من مهرها شيء لم يؤثر ذلك في حق الأخريين بل يجعل في حقهما كأنه لم يدخل بشيء منهن فيكون لهما مهر وثلث مهر بينهما نصفان لكل واحدة منهما ثلثا مهر وأما الميراث فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى للمدخول بها خمسة أسهم من اثنى عشر سهما من ميراث النساء والاخريين سبعة أسهم لانه يلغى التطليقات الثلاث فان حالهن فيها على السواء على معني انه على أيتهن وقعت حرمتها بقيت التطليقة الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها ثلث ميراث النساء أربعة من اثني عشر سهما وان وقعت على أحدى اللتين لم يدخل بهما فلها نصف الميراث ستة فقدار أربعة لها بيقين وما زاد على ذلك وهو سهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون لهاخمسة من اثني عشر والباقي للتين لم يدخل بهما وان وقع الطلاق على احدى اللتين لم يدخل بهما فلهما نصف الميراث وان وقع على المدخول بها فلهما ثلثا الميراث فقدار ستة لهما بيقين وسهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فكان لهما سبعة وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب ان قول محمد رحمه الله تعالى في الميراث كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي بعض النسخ قال عنده للمدخول بها خمسة أثمان ميراث النساء وللتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمان ميراث النساء ووجه ذلك ان احدى اللتين لم يدخل بهما مطلقة محرومة عن الميراث بيقين فعزلها للحرمان وان كانت معزولة بوقوع الواحدة عليها بقي الثلاث على أيتهما وقعت حرمتها فيكون الميراث في هذه الحالة نصفين نصفه للتي دخل بها ونصفه للتين لم يدخل بهما وان كانت المعزولة للحرمان معزولة بوقوع الثلاث عليها فان وقعت الواحدة على غير المدخول بها فالميراث كله للمدخول بها وان وقعت على المدخول بها فالميراث بينهما نصفان فيثبت للمدخول بها في هذه الحالة ثلاثة ارباع الميراث ستة من ثمانية باعتبار ان لها النصف في حال والكل في حال وقد كان لها في الحالة الاولى أربعة فأربعة لها بيقين ومازاد على ذلك الى تمام ستة يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لها خمسة من ثمانية وما بقي للتين لم يدخل بهما أو لان لهما في الحالة الثانية الربع وفي الحالة الاولى النصف فيتنصف الربع باعتبار الاحوال

فلهذا كان لها ثلاثة أثمان الميراث وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ووجه ذلك أن احدى اللاتين لم يدخل بهما محرومة عن الميراث فيعزلها بايقاع الثلاث عليها لانا نتيقن أن ايقاع الثلاث موجب حرمان الميراث ولا يتيقن بذلك في الواحدة فجعلنا المعزولة للحرمان كان الثلاث وقعت عليها بقيت الواحدة فان وقعت على المدخول بها فلها نصف الميراث وان وقعت على غير المدخول بها فللمدخول بها جميع الميراث فكان لها باعتبار الاحوال ثلاثة أرباع الميراث والباقي وهو ربع الميراث للتين لم يدخل بهما ولو كان دخل باثنتين منهن والمسئلة بحالها فلكل واحدة من اللتين دخل بهما مهر كامل لتأكد مهرهما بالدخول بالنكاح الصحيح والتي لم يدخل بها ثلاثة أرباع المهر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانها ان كانت مطلقة فلها نصف مهر وان لم يقع عليها شئ فلها مهر كامل فنصف مهر لها بيقين والنصف الآخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف قال وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله تعالى وينبغى على قول محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثلثا مهر بالطريق الذى قلنا أنه لو لم يدخل بشئ منهن كان لكل واحدة منهن ثلثا مهر فيجعل فى حق التى لم يدخل بها كأنه لم يدخل بشئ منهن لان الدخول بغيرها لا يزيد فى حقها سببا فأما الميراث فعلى قول أبي يوسف للتى لم يدخل بها سدس الميراث لانه ان لم يقع عليها شئ فلها ثلث الميراث وان وقع عليها الطلاق فلا شئ لها فلها سدس الميراث به علل محمد رحمه الله تعالى فى الكتاب وهو غلط فانه ان لم يقع عليها شئ كان لها نصف الميراث لانه لا يزاحمها فى الميراث الا واحدة فان من وقع عليها الطلاق الثلاث من المدخولتين محرومة عن الميراث ولكن الطريق في التخريج أن التي لم يدخل بها لها ثلاثة أحوال ان وقع عليها واحدة فلا شئ لها وان وقع عليها الثلاث فلا شئ لها وان لم يقع عليها شئ فلها نصف الميراث فلها حالتا حرمان وحالة اصابة فلهذا جعل لها ثلث النصف وهو السدس قال وكذلك الجواب فى الميراث عند محمد رحمه الله تعالى قال الحاكم رحمه الله وليس ذلك بسديد بل الصواب عند محمد رحمه الله تعالى أن يكون لها ثمن الميراث وهكذا ذكر فى بعض الروايات لان احدى المدخولتين وارثة فيعزلها للاستحقاق فان كانت معزولة بأن لم يقع عليها شئ فلا شئ للتى لم يدخل بها فى هذه الحالة لان احد الطلاقين وقع عليها لا محالة وان كانت المعزولة للاستحقاق معزولة بوقوع الواحدة عليها فان وقع الثلاث على الأخرى فللتى لم يدخل بها نصف الميراث وان وقع الثلاث على التى لم

يدخل بها فلا شئ لها من الميراث فاذا كان لها النصف في حالة وفي حالة لاشئ لها كان لها الربع ثم هـذا الربع لها في هـذه الحالة ولا شئ لها في الحالة الاولى فلها نصف الربع وهو الثمن والباقى للتين دخل بهما ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأتين في عقدة وثلاثا في عقـدة ثم قال قد دخلت باحد الفريقين ثم مات قبل أن يبين فللثنتين مهر واحد وللثلاث مهر ونصف لأن الثلاث ان صح نكاحهن بالسبق وقد دخـل بهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصـح فلا شئ لهن فلهن مهر ونصف مهر والثنتان ان صح نكاحهما فان دخل بهما فلهـما مهران وان لم يصح فلا شئ لهما فلهما مهر واحد والميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما فيه وفقه هـذه المسئلة أنه جعل اقراره بالدخول باحد الفريقين اقرارا بالدخول بمن صح نكاحـه حملا لفعله وقوله على الصحة فان دينه وعقله يدعوانه الى الاقدام على الوطء الحلال ويمنعانه من الاقدام على الوطء الحرام وكذلك لو طلق احدى نسائه ثلاثا لان الايقاع بهذا اللفظ يتناول من صح نكاحها فان من لم يصح نكاحها ليست من نسائه وايقاع الثلاث بعد الدخول لا يسقط شيئاً من الصداق فكان هذا والاول سواء وان لم يدخل بشئ منهن وطلق احدى نسائه ثلاثا فللثلاث مهر وربع مهر لانه ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف مهر فانه قد طلق احداهن قبل الدخول وذلك يسقط نصف مهر وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهذا كان لهن مهر وربع مهر وللاثنتين ثلاثة أرباع مهر لانه ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف مهر لوقوع الطلاق على احداهما قبل الدخول وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما ثلاثة أرباع مهر بينهما نصفان ﴿قال﴾ ولو تزوج ثلاث نسوة فدخـل باحداهن ولا تعرف بعينها ثم طلق احدى نسائه ثلاثا والاخرى واحدة ثم مات قبـل ان يبين فلهن مهران وربع مهـر لانه ان أوقـع احـد الطلاقين على المدخول بها فلهن مهران ونصف مهر وان أوقع الطلاقين على اللتين لم يدخل بهـما فلهن مهران لسقوط مهر بايقاع الطلاقين على غير المدخولتين فقـدر المهرين لهن بيقين ونصف مهر يثبت في حال دون حال فيتنصف فلهذا كان لهن مهران وربع مهر بينهن أثلاثا لان المدخولة منهن غير معينة فحالهن في استحقاق ذلك سواء والميراث بينهن اثلاثا لهـذا المعنى وعلى كل واحـدة منهن عـدة المتوفى عنها زوجها تستكمـل في ذلك ثلاث حيض لان كل واحـدة منهن يجوز ان تكون هى التي دخل بها ثم أوقع الثلاث عليها فيلزمها العدة بالحيض أو لم يقـع عليها شئ

فيلزمها عدة الوفاة والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا كان على كل واحدة منهن عدة الطلاق والوفاة جميعا فان عرفت المدخول بها فلها المهر كاملا لتأكد مهرها بالدخول وللتين لم يدخل بهما مهر وربع مهر فى قول أبي يوسف وفى قول محمد رحمه الله تعالى لهما مهر وثلث مهر وقد بينا تخريج القولين وبينا حكم تخريج الميراث أيضاً على القولين وان عرفت المدخول بها وقد أوقع تطليقة ثانية على احداهن فالميراث بينهن اثلاثا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء فان الطلقة الثانية على ايتهن وقعت حرمتها المدخول بها وغير المدخول بها سواء فى ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد امرأتين فى عقدة وثلاثا في عقدة ثم مات فنكاح الثلاث باطل لان العبد لايتزوج أكثر من اثنتين فقد تيقنا ببطلان نكاح الثلاث تقدم نكاحهن أو تأخر ونكاح الاثنتين صحيح تقدم أو تأخر فان كانت احدى الثلاث أمة فنكاح الامة فاسد لانضمام نكاحها الى نكاح الحرة ولامهر لها لبطلان عقدها وللحرتين اللتين معها مهر واحد لانه ان سبق نكاحهما فلهما مهران وان تأخر نكاحهما فلاشيء لهما وللاخريين مهر واحد أيضاً لهذا المعنى وان كان المولى قد أعتق العبد ثم مات العبد فالميراث بين الفريقين نصفان لاستواء حالهما في استحقاق الميراث ويستوى ان كان تزوج العبد باذن مولاه أو بغير اذن مولاه لان عقده بغير اذن المولى يتم بالعتق فان المانع حق المولى وقد زال ذلك بالعتق ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين فى عقدة فنكاحهما باطل وقد بينا هذه المسئلة وقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول فيها أن نكاح احداهما بغير عينها صحيح والبيان الى الزوج ولو كان امره ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه واخرى في عقدة جاز نكاح التى أمره بها لانه في العقد عليها ممتثل لأمر الزوج وفي العقد على الأخرى مبتدئ غير ممتثل لأمر سبق من الزوج فينفذ عقده على التى امتثل بها أمر الزوج في العقد عليها ويتوقف فى الاخرى على اجازة الزوج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النفقة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن نفقة الغير تجب بأسباب منها الزوجية ومنها الملك ومنها النسب وهذا الباب لبيان نفقة الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

وكسوتهن بالمعروف وقال الله تعالى وبما أنفقوا من أموالهم وقال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال صلى الله عليه وسلم أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً وأن لا يأذنّ في بيوتكم لأحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف وقال صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف ولأنها محبوسة لحق الزوج ومفرغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه فى ماله كالعامل على الصدقات لما فرغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته فى مالهم والقاضى لما فرغ نفسه لعمله للسلمين استوجب الكفاية فى مالهم اذا عرفنا هذا فنقول طريق ايصال النفقة اليها شيئان التمكين أو التمليك حتي اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تمكن هى من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة فان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته في النفقة فرض لها عليه من النفقة كل شهر مايكفيها بالمعروف لأن النفقة مشروعة للكفاية فانما يفرض بمقدار مايعلم أنه تقع به الكفاية ويعتبر المعروف فى ذلك وهو فوق التقتير ودون الاسراف لانه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك فى المعروف وكذلك يفرض لها من الكسوة مايصلح لها للشتاء والصيف فان بقاء النفس بهما وكما لاتبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف الاوقات والامكنة فيعتبر المعروف فى ذلك فان كان لها خدم فرض القاضى لخادم واحد لان الزوج محتاج الى القيام بحوائجها وأقرب ذلك اصلاح الطعام لها وخادمها ينوب عنه فى ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف ولا تبلغ نفقة خادمها نفقتها حتى قالوا يفرض لخادمها أدنى مايفرض لها على الزوج المعسر ولا يفرض الا لخادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفرض لخادمين لانها قد تحتاج اليهما ليقوم احدهما بامور داخل البيت والآخر يأتيها من خارج البيت بما تحتاج اليه وهما قالا حاجتها ترتفع بالخادم الواحد عادة وما زاد على الواحد فللتجمل والزينة ووجوب النفقة على الزوج للكفاية فكما لا يزيدها على قدر الكفاية فى نفقتها فكذلك فى نفقة خادمها ولو فرض لخادمين لفرض لأكثر من ذلك فيؤدي الا ملا

يتناهى ثم في ظاهر الرواية المعتبر فى ذلك حال الزوج فى اليسار والاعسار فى ذلك قال الله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الآية بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على الرجال بحسب حالهم وذكر الخصاف رحمه الله تعالى فى كتابه ان المعتبر حالهما جميعا حتى اذا كانا موسرين فلها نفقة الموسرين وان كانت هي معسرة تحت زوج موسر تستوجب عليه دون ماتستوجب اذا كانت موسرة لان الظاهر ان دون ذلك يكفيها وان كانت موسرة والزوج معسراً تستوجب عليه فوق ما تستوجب اذا كانت معسرة لتحصل كفايتها بذلك وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله ثم ليس فى النفقة تقدير عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقدر كل يوم بمدين على الموسر وبمد ونصف على وسط الحال وبمد على المعسر وهذا ليس بقوى فان المقصود الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم من الشباب والهرم ويختلف باختلاف الاوقات أيضاً ففي التقدير بمقدار اضرار بأحدهما والذى قال في الكتاب أن كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة ولخادمها عليه ثلاثة دراهم أو أقل من ذلك أو أكثر فليس هذا بتقدير لازم لان هذا يختلف باختلاف الاسعار فى الغلاء والرخص واختلاف المواضع واختلاف الاوقات فلامعتبر بالتقدير بالدراهم في ذلك وانما ذكر هذا بناء على ماشاهد فى ذلك الوقت والذى يحق على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض لها فى كل وقت ومكان وكما يفرض لها من قدر الكفاية من الطعام فكذلك من الادام لان الخبز لا يتناول الامأدوما عادة وجاء فى تأويل قوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم ان أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز والزيت وأدنى ما يطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصاً فى ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز ﴿قال﴾ فان لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه وعن زفر رحمه الله تعالى أنه يفرض لخادم واحد لان على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها فاذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ثم تقوم هي بذلك بنفسها أو تتخذ خادما فاما فى ظاهر الرواية استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا تستوجب نفقة الخادم كالغازى اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس وان أظهر غنا الفارس فى القتال ﴿قال﴾ والكسوة على المعسر فى

الشتاء درع وملحفة زطية وخمار سابوري وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما يدفئها ولخادمها قميص كرابيس وازار وكساء كأرخص ما يكون وللخادم في الصيف قميص مثل ذلك وازار وللمرأة درع وملحفة وخمار وان كان موسراً فالنفقة عليه للمرأة ثمانية دراهم أو تسعة ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة والكسوة للمرأة في الشتاء درع يهودي أو هروي وملحفة دينوريه وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولخادمها قميص زطي وازار كرابيس وكساء رخيص وفي الصيف للمرأة درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم ولخادمها قميص مثل ذلك وازار والحاصل ان ما ذكر من التقدير بالدراهم لا معتبر به لما قلنا وما ذكر من الثياب فهو بناء على عادتهم أيضاً وذلك يختلف باختلاف الامكنة في شدة الحر والبرد وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس في كل وقت فيعتبر المعروف من ذلك فيما يفرض ولم يذكر في كسوة المرأة الازار والخف في شئ من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف فان كانت تخرج للحوائج فلها الخف أو المكعب بحسب مايكفيها فاما المرأة فمأمورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مأمورة بان تكون مهيأة نفسها لبساط الزوج فليس على الزوج ان يتخذ لها مايحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار في كسوتها ثم النفقة للكفاية في كل يوم فاما الكسوة فانما تفرض في السنة مرتين في كل ستة أشهر مرة فان فعل ذلك لم يجدد لها الكسوة حتى يبلغ ذلك الوقت الا أن تكون لبست لبسا معتاداً فتخرق قبل مجيء ذلك الوقت فحينئذ تبين ان ذلك لم يكن يكفيها فتجدد لها الكسوة ولكن ان أخذت الكسوة ورمت بها حتى جاء الوقت وقد بقيت تلك الكسوة عندها يفرض لها كسوة أخرى لانها لو لبست لتخرق ذلك فبأن لم تلبس لا يسقط حقها ويجعل تجدد الوقت كتجدد الحاجة وهذا بخلاف كسوة الاقارب فالمعتبر هناك حقيقة الحاجة واذا بقيت تلك الكسوة فلا حاجة وهنا لا معتبر بحقيقة الحاجة فانها وان كانت صاحبة ثياب تستوجب كسوتها على الزوج فلهذا فرقنا بينهما ﴿قال﴾ وان كان الرجل من أهل الغني المشهورين بذلك فلامرأته خمسة عشر درهما كل شهر ولخادمها خمسة ولها من الكسوة في الشتاء درع يهودي وملحفة هروى وجبة فرو أو درع خز وخمار ابريسم ولخادمها قميص يهودى وازار وجبة وكساء وخفين ثم قال محمد رحمه الله تعالى لا ينبغي أن توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية

فى كل زمان فينظر الى قيمة ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهراً شهراً وقد بينا هذا الفصل والذى قال تفرض شهراً شهراً انما بناه على عادتهم أيضا وبعض المتأخرين من مشايخنا يعتبر فى ذلك حال الرجل أيضا فان كان محترفا تفترض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه أداء النفقة شهراً دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض الاداء شهراً شهراً وان كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة سنة لان تيسر الاداء عليه عند ادراك الغلات فى كل سنة وتيسر الاداء على التاجر عند اتخاذ أجرغلات الحوانيت وغيرها فى كل شهر وتيسر الاداء على المحترف بالاكتساب فى كل يوم ولا يؤخذ من الزوج كفيل بشئ من النفقة أما نفقة المستقبل فلم تجب بعد والانسان لايجبر على اعطاء الكفيل مالم يجب عليه وأما الماضى فلانه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها ولا يجبر على اعطاء الكفيل ولوخاصمته امرأته فى نفقة مامضى من الزمان قبل ان يفرض القاضى عليه لها النفقة لم يكن لها شئ من ذلك عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يقضى لها بمالم تستوف من النفقة الماضية وأصل المسئلة أن النفقة لاتصير دينا الا بقضاء القاضى أو التراضى عندنا وعند الشافعى تصير ديناً لان وجوبها بالعقد فلا تحتاج الى القضاء أو الى الرضاء فى صيرورتها دينا بعد العقد كالمهر ولان وجوب النفقة باعتبار قيام الزوج عليها بعد العقد وقد تقرر ذلك فيصير ديناً بدون القضاء كالأجرة يصير ديناً باستيفاء المنفعة بعد العقد وحجتنا فى ذلك ان النفقة صلة والصلات لاتتأكد بنفس العقد مالم ينضم اليها مايؤكدها كالهبة والصدقة من حيث انها لاتتم الا بالقبض وبيان الوصف ان النفقة ليست بعوض عن البضع فان المهر عوض عن البضع ولاتستوجب عوضين عن شئ واحد بعقد واحد ولان ما يكون عوضاً عن البضع يجب جملة لان ملك البضع يحصل للزوج جملة ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها لان ذلك تصرف منه فى ملكه فلا يوجب عليه عوضا فعرفنا ان طريقه طريق الصلة وتأكدها اما بالقضاء أو التراضى ولان هذه نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لاتصير دينا بمجرد مضى الزمان فكذا هنا وكذلك لو استدانت عليه قبل قضاء القاضى أو التراضى لانه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وانما ولايتها على نفسها فما استدانت يكون فى ذمتها وانفاقها مما استدانت كانفاقها من سائر أملاكها فلا ترجع بشئ من ذلك على الزوج الا ان يكون القاضى فرض لها عليه نفقة كل شهر اوصالحته على نفقة كل شهر ثم

غاب أو حبس للنفقة عليها فاستدانت عليه أو لم تستدن أخذته بنفقة ما مضى لان حقها تأكد بقضاء القاضى أو بالصلح عن تراض فان ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الالزام وذكر عن شريح قال أيما امرأة استدانت على زوجها وهو غائب فانما استدانت على نفسها وانما أراد به اذا لم يفرض القاضى لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما اذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج لان للقاضى عليه ولاية فأمرها بالاستدانة عليه كأمر الزوج بنفسه ﴿ قال ﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أجيز الفرض عليه اذا كان غائبا لان الفرض عليه اذا كان غائبا الزام وليس للقاضى ولاية الالزام على الغائب وان كان لها منه ولد فطلبت أن يفرض للولد معها نفقة فرض عليه للصغار والنساء والرجال الزمنى فأما الذين لا زمانة بهم من الرجال فلا نفقة لهم عليه بل يؤمرون بالاكتساب والانفاق على أنفسهم فأما من كان زمنا منهم فهو عاجز عن الاكتساب وبالنساء عجز ظاهر عن الاكتساب وفى أمرها بالاكتساب فتنة فان المرأة اذا امرت بالاكتساب اكتسبت بفرجها فاذا لم يكن لها زوج فهي بمنزلة الصغيرة ونفقتها فى صغرها على الوالد لحاجتها فكذلك بعد بلوغها ما لم تتزوج لان ببلوغها تزداد الحاجة والاصل فى ذلك ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان مؤنة الرضاع على الوالد بالنص قال الله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن الى قوله وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وذلك حاجة الولد ما دام رضيعا فيكون هذا دليلا على أن كفاية الولد على الوالد ما بقيت حاجته ثم يدفع نفقة الكبار من الولد اليهم لان النفقة حقهم ولهم أهلية استيفاء حقوقهم ولا ولاية لاحد عليهم ويدفع نفقة الصغار الى المرأة لان الصغير فى حجرها وهى التى تصلح له طعامه فيدفع نفقته اليها ثم يبين نفقة الصغير على المعسر بالدراهم وكسوته بالثياب وهذا نظير ماذكرنا فى نفقة الزوجة ان المعتبر ماتقع به الكفاية وهذا أظهر هنا فان الحاجة تختلف باختلاف سن الصغير فلا عبرة بالتقدير اللازم فيه ولكنه ان كان موسرا امر بأن يوسع عليه فى النفقة والكسوة على حسب مايرى الحاكم فيه ويعتبر فيه المعروف في ذلك كما يعتبر فى نفقة الزوجة ﴿ قال ﴾ واذا صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها ان ترجع عن ذلك وتطالب بالكفاية لان النفقة انما تجب شيئا فشيئا فرضاها بدون الكفاية اسقاط منها لحقها قبل

الوجوب وذلك لايجوز ألا ترى أنها لو ابرأته عن النفقة لم تسقط بذلك نفقتها وهذا بخلاف الاجرة فان الابراء عن بعض الاجرة بعد العقد قبل استيفاء المنفعة يجوز بلاخلاف لان سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب فى صحة الاسقاط وهناك السبب ليس هو العقد ولكن تفريغها نفسها الخدمة لزوج وذلك يتجدد حالا فحالا فاسقاطها قبل وجود السبب باطل توضيحه ان النفقة مشروعة للكفاية وفى التراضى على مالا تقع به الكفاية تفويت المقصود لا تحصيله فكان باطلا وكذلك ان كان القاضى قضى بذلك لانه تبين أنه أخطأ فى قضائه حين قضى بما لايكفيها فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها ﴿ قال ﴾ واذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لما بينا ان النفقة تجب شيئاً فشيئاً فيعتبر حاله فى كل وقت فكما لايستأنف القضاء بنفقة المعسر بعد اليسار فكذلك لايستديم ذلك القضاء وقد كان القضاء عليه بنفقة المعسر لعذر العسرة فاذا زال العذر بطل ذلك كمن شرع فى صوم الكفارة للعسرة ثم أيسر كان عليه التكفير بالمال ﴿ قال ﴾ واذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت ان تتحول معه الى منزله أو الى حيث يريد من البلدان وقد أوفاها مهرها فلا نفقة لها لانها ناشزة ولانفقة للناشزة فان الله تعالى أمر فى حق الناشزة بمنع حظها فى الصحبة بقوله تعالى واهجروهن في المضاجع فذلك دليل على انه تمنع كفايتها فى النفقة بطريق الأولى لان الحظ فى الصحبة لهما وفى النفقة لها خاصة ولانها انما تستوجب النفقة بتسليمها نفسها الى الزوج وتفريغها نفسها لمصالحه فاذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتباره فلا نفقة لها وقيل لشريح رحمه الله تعالى هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم قال جراب من تراب معناه لانفقة لها وان كان لم يوفها مهرها فابت عليه ذلك حتى يوفيها فلها النفقة لانها حبست نفسها بحق فلا تكون مفوتة مابه تستوجب النفقة حكماً بل الزوج هو المفوت بمنعها حقها ولان النفقة حقها والمهر حقها فطالبتها باحد الحقين لايسقط حقها الآخر وكذلك لولم يدخل بها فى ظاهر الرواية الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها قبل الدخول اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها فلا نفقة لها وكأنه على هذه الرواية اعتبر لوجوب النفقة انتقالها الى بيت الزوج فاذا لم يوجد لاتستوجب النفقة ابتداء فاما بعد ما انتقلت الى بيته ووجبت لها النفقة فلا يسقط ذلك الا بمنعها نفسها بغير

حق وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت زوجها الا ترى ان الزوج لولم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة فكذلك اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان رجعت الناشزة الى بيت الزوج فنفقتها عليه لان المسقط لنفقتها نشوزها وقد زال ذلك والاصل فيه قوله تعالى فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴿ قال ﴾ ولا نفقة للصغيرة التى لايجامع مثلها عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لها النفقة لانها مال يجب بالعقد فالصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمهر وهذا لان الوجوب لحاجتها والصغيرة محتاجة الى ذلك كالكبيرة ألا ترى أن بسبب ملك اليمين تجب النفقة للصغير كما تجب للكبير فكذلك بسبب النكاح وحجتنا فى ذلك أنها غير مسلمة نفسها الى زوجها في منزله فلا تستوجب النفقة عليه كالناشزة وهذا لأن الصغيرة جدا لاتنتقل الى بيت الزوج بل تنقل اليه ولا تنقل اليه للقرار في بيته أيضاً فتكون كالمكرهة اذا حملت الى بيت الزوج ولان نفقتها عليه باعتبار تفريغها نفسها لمصالحه فاذا كانت لاتصلح لذلك لمعنى فيها كان ذلك بمنزلة منع جاء من قبلها فلا نفقة لها على الزوج بخلاف المملوكة فان نفقتها لاجل الملك فقط وذلك لايختلف بالصغر والكبر وان كانت قد بلغت مبلغا يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيرا كان زوجها أو كبيرا لانها مسلمة نفسها فى منزله مفرغة نفسها لحاجته وانما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لمعني فيه فلا يسقط به حقها فى النفقة وان كان الزوج صغيرا لا مال له لم يؤخذ الاب بنفقة زوجته الا أن يكون ضمنها لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر فكما لايؤخذ أبوه بشيء من المهر اذا لم يضمن ذلك فكذلك لايؤخذ بالنفقة ﴿ قال ﴾ وكل امرأة قضى لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير معسر لايقدر على شيء فانها تؤمر بأن تستدين ثم ترجع عليه ولايحبسه القاضى اذا علم عجزه وعسرته لان الحبس انما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجرا له عن الظلم وقد ظهر هنا عذره لاظلمه فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة فاذا استدانت بأمر القاضى كان كاستدانتها بأمر الزوج فترجع عليه بذلك اذا أيسر وان كان القاضي لايعلم من الزوج عسره فسألت المرأة حبسه بالنفقة لم يحبسه القاضي في أول مرة لان الحبس عقوبة لا يستوجبها الا الظالم ولم يظهر حيفه وظلمه فى أول مرة فلا يحبسه ولكن يأمره بأن ينفق عليها ويخبره أنه يحبسه ان لم يفعل فان عادت اليه مرتين أو ثلاثا حبسه

لظهور ظلمه بالامتناع من ايفاء ماهو مستحق عليه فاذ علم أنه محتاج خلى سبيله لانه مستحق للنظرة الى ميسرة بالنص وليس بظالم فى الامتناع من الايفاء مع العجز ﴿قال﴾ وينبغى للقاضي اذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة فى نفقة أو دين أن يسأل عنه وفى بعض المواضع ذكر أربعة أشهر وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قدر ذلك بستة أشهر وذكر الطحاوى عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى ان أدنى المدة فيه شهر والحاصل أنه ليس فيه تقدير لازم لان الحبس للاضجار وذلك مما تختلف فيه أحوال الناس عادة فالرأى فيه الى القاضى حتى اذا وقع فى أكبر رأيه أنه يضجر بهذه المدة ويظهر مالاً ان كان له أن يسأل عن حاله بعد ذلك وذكر هشام فى نوادره عن محمد رحمه الله تعالى ان له أن يسأل عن حاله بعد ما حبسه ولم يعتبر فى ذلك مدة فاذا سأل عنه فاخبر أنه معسر خلى سبيله لان ما صار معلوما بخبر العدول فهو بمنزلة الثابت باقرار الخصم ولا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا وكان اسماعيل بن حماد رحمه الله تعالى يقول ليس للطالب أن يلازمه وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى لانه منظر بانظار الله تعالى فهو بمنزلة من لو أجله الخصم أو أبرأه منه فكما لا يلازمه هناك فكذلك لا يلازمه هنا ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من أعرابى بعيراً بثمن مؤجل فلما حل الاجل طالبه الاعرابي فقال ليس عندنا شئ فقال الاعرابي واغدراه فهم به الصحابة رضوان الله عليهم فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فان لصاحب الحق اليد واللسان والمراد باللسان التقاضى وباليد الملازمة ولان قضاء الدين مستحق على المديون من كسبه وماله فكما انه اذا كان له مال كان للطالب ان يطالبه بقضاء الدين منه فكذلك اذا كان له كسب كان له ان يطالبه بقضاء الدين من كسبه وذلك انما يتحقق بالملازمة حتى اذا فضل من كسبه شئ عن نفقته أخذه بدينه ولسنا نعني بهذه الملازمة ان يقعده فى موضع فان ذلك حبس ولكن لا يمنعه من التصرف بل يدور معه حيثما دار وان كان غنيا لم يخرجه من السجن أبداً حتى يؤدى النفقة والدين لقوله صلى الله عليه وسلم لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته ولانه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على ايفائه فيجازى بمثله وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه وتصرفه حتى يوفي ماعليه وان كان له مال حاضر أخذ القاضى الدراهم والدنانير من ماله وأدى منها النفقة والدين لان صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فللقاضى ان يعينه على

ذلك أيضاً وكذلك اذا ظفر بطعامه في النفقة لانه عين ماعليه من الحق والمرأة تتمكن من أخذه اذا قدرت عليه فيعينها القاضي على ذلك ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيع ذلك كله وهو بناء على مسئلة الحجر فان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القاضي لايحجر على المديون بسبب الدين وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضى الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص وقال عمر رضى الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب وان أسيفع جهينة قد رضى من دينه وامانته ان يقال له قد سبق الحاج فادان معرضاً أصبح وقد رين به الا انى بائع عليه ماله وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليغد والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لاجله فاذا امتنع من ذلك وهو مما تجرى النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتفريق بين العنين وامرأته وبالاتفاق يبادل أحد النقدين بالآخر بهذا الطريق فكذلك يبيع العروض ولابي حنيفة ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان علم بيساره حين ألزمه ضمان المعتق ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزاً لاشتغل به لان فيه نظرا من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين ألا ترى أنه لا تزوج المديونة لتقضى الدين من صداقها ولا يؤاجر المديون ليقضى الدين من أجرته لانه تعين قضاء الدين عليه فكذلك لا يبيع ماله لانه تعين طريق قضاء الدين عليه ومبادلة أحد النقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضاً ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فان المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق لان له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ رضى الله تعالى عنه فانما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله برضاه وسؤاله لانه لم يكن في ماله وفاء بديونه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله

صلي الله عليه وسلم ماله فيصير فيه وفاء بدينه والمشهور من حديث عمر رضى الله تعالى عنه انى قاسم ماله بين غرمائه فانما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضى أن يبيع المال الا بطلب من الخصم ولم يكن منهم طلب فعرفنا أنه كان ذلك من جنس الحق أو كان فيه نوع مصلحة رآها لاسيفع جهينة ﴿قال﴾ واذا كان لرجل نسوة فرضت النفقة لهن عليه بحسب الكفاية على ماقلنا فان كانت احداهن كتابية أو أمة قد بوأها مولاها معه بيتا فرض عليه لكل واحدة منهن مايكفيها ولا تزاد الحرة المسلمة على الامة والذمية شيئا لان النفقة مشروعة للكفاية وهذا لايختلف باختلاف الدين ولا باختلاف الحال في الرق والحرية فان فرض ذلك وهو معسر وعلم القاضى ذلك منه أمرهن بالاستدانة عليه ففي هذا يعتدل النظر من الجانبين وان كان الزوج غائبا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يأمرهن بالاستدانة عليه اذا كان يعلم النكاح بينه وبينهن وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفعل ذلك عند حضرته ثم رجع فقال لا يأمر بذلك وهو قولهما لان فيه قضاء على الغائب وليس له ذلك وان أمرهن بالاستدانة فلم يجدن ذلك لم يفرق بينه وبينهن ولم يجبره على طلاقهن عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يفرق بينه وبينهن اذا طلبن ذلك لقوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والمعروف فى الامساك أن يوفيها حقها من المهر والنفقة فاذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالاحسان وهو المعنى فى ذلك فان المستحق عليه أحد الشيئين فاذا تعذر احدهما تعين الآخر ألا ترى أنه اذا عجز عن الوصول اليها بسبب الجب والعنة فرق بينهما لفوات الامساك بالمعروف بل أولى لان حاجتها الى النفقة أظهر من حاجتها الى قضاء الشهوة ولكن لما تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة عسره فرق القاضي بينهما فكذلك هنا تعين التفريق لايصالها الى حقها من جهة غيره وبه فارق المهر والنفقة المجتمعة عليه فان التفريق ليس بطريق لايصالها الى ذلك الحق من جهة غيره فاما نفقة الوقت تصل اليها بعد التفريق من جهة زوج آخر وقاس بنفقة العبد والامة فانه يستحق عليه بسبب الملك فاذا تعذر عليه أجبره القاضى على ازالة الملك بالبيع فهنا كذلك واستدل بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كتبا الى أمراء الاجناد أن مروا من قبلكم ان تبعثوا بنفقة أهليكم أو بطلاقهن وقيل لسعيد بن المسيب رضى الله عنه أنفرق بين العاجز عن النفقة وبين امرأته فقال نعم فقيل له انه سنة فقال نعم والسنة

اذا أطلقت يفهم منها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة فهذا تنصيص على ان المعسر منظر ولو أجلته فى ذلك لم يكن لها ان تطالب بالفرقة فكذلك اذا استحق النظرة شرعا الا ان المستحق بالنص التأخير فلا يلحق به مايكون ابطالا لان ذلك فوق المنصوص وفي حق المملوك يكون ابطالا لانه لا يثبت للمملوك على مولاه دين فاما في حق الزوجية يكون تأخيرا لا ابطالا وبهذا يتبين أنه غير عاجز عن معروف يليق بحاله وهو الالتزام فى الذمة فان المعروف في النفقة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهو الالتزام فى الذمة مع أن التسريح طلاق وعند الشافعى المستحق هنا هو الفسخ بسبب العيب حتى اذا فرق بينهما لم يكن طلاقا وبه نجيب عن حديث عمر وعلي رضى الله عنهما مع أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة فان نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والامام هو الذى يوصل ذلك اليهم ولكنهما خافا عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن فأمراهم ان يبعثوا اليهن ماتطيب به قلوبهن والمعني فيه ان النفقة مال فالعجز عنه لا يكون موجبا للفرقة كالمهر والنفقات المجتمعة بل أولى لان ذلك دين مستقر ونفقة الوقت لم تستقر دينا بعد وهذا لان المقصود بالنكاح غير المال فكان المال زائدا والعجز عن التبع لا يكون سببا لرفع الاصل وكما ان بالفرقة لا تتوصل الى مهرها الذى على الزوج الاول وانما تتوصل الى مثله من جهة أخرى فكذلك النفقة وبه فارق الجب والعنة فان هناك تحقق فوات ماهو المقصود مع ان عندنا هناك لا يفسخ العقد ولكن يفرق بينهما بطريق التسريح بالاحسان حتي يكون ذلك طلاقا لازالة ظلم التعليق عنها وهذا ليس فى معنى ذلك من وجوه احدها ان هناك قد انسد عليها باب تحصيل ذلك المقصود بدون التفريق بينهما وهنا لم ينسد عليها وصول النفقة بدون التفريق بأن تستدين فتنفق والثانى ان هناك الزوج يمسكها من غير حاجة به اليها فيما هو المقصود فكان ظالما وهنا يمسكها مع حاجته اليها فيما هو المقصود فلا يكون ظالما ولان هناك في ترك التفريق ابطال حقها لان وظيفة الجماع لا تصير دينا على الزوج بمضي المدة ولو فرقنا كان فيه ابطال ملك الزوج فاستوى الجانبان فى ضرر الابطال وفى جانبها رجحان لصدق حاجتها وهنا فى ترك التفريق تأخير حقها لان النفقة تصير دينا على الزوج وفى التفريق ابطال الملك على الزوج وضرر التأخير دون ضرر الابطال وبه يفرق بينه وبين العبد فالضرر هناك ضرر الابطال لان النفقة هناك لا تصير دينا للمملوك على المالك ثم فيه

ابطال حقه بغير بدل وفي البيع ابطال ملك المولى ببدل فكان هـذا الضرر أهون حتى ان في الموضع الذى يكون ابطالا بغير بدل لا يفعل ذلك وهو أنه اذا عجز عن نفقة أم ولده لم يعتقها القاضى عليه ﴿قال﴾ والتبوئة فى الامة ان يخلى بين الامة وزوجها ولا يستخدمها لما بينا ان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها نفسها لقيام مصالح الزوج وانما يحصل ذلك بهذا النوع من التبوئة فان استخدمها بعد ذلك ولم يخل بينه وبينها فلا نفقة لها لانه ازال مابه كانت تجب نفقتها عليه فهى كالحرة الناشزة فان قيل المولى انما ازال ذلك بحق له فلما ذا لا يجعل هذا كالحرة اذا أحتبست نفسها لصداقها قلنا كما فى الابتداء فان الحرة اذا احتبست نفسها بالصـداق كان لها ان تطلب النفقة والمولى اذا لم يبوئها بيتا فى الابتـداء لم يكن لها النفقة والمعني فيه ان الحرة اذا احتبست نفسها بصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه لتنتقل الى بيته فأما هذا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلهذا لم يكن لها نفقة عليـه فان كانت هى تجيء فتخدمه من غير أن يستخدمها فلها النفقة لان الحق للمولى ولم يوجد من جهته تفويت بل الموجود من جهته التسليم فان جاءت فى وقت والزوج ليس في البيت فاستخدموها ومنعوها من الرجوع الى بيتها فلا نفقة لها لان استخدام أهل المولى اياها كاستخدام المولى وقد بينا لأن فيه تفويت التبوئة والتبوئة شرط لاستحقاق النفقة وبعد التفويت ممن له الحق لا يكون لها نفقة ﴿قال﴾ ونفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت من قبـل أنها مسلمة نفسها الى الزوج في بيته ولا فعل منها في المرض لتصير به مفوتة مع أنه لا يفوت ما هو المقصود من الاستئناس وغيره ولا معتبر بمقصود الجماع فى حق النفقة فان الرتقاء تستحق النفقة على زوجها مع فوات مقصود الجماع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على الزوج اذا لم يرض الزوج بها ويكون له أن يردها الى أهلها ولا ينفق عليها وفي المريضة ان تحولت الى بيته وهي مريضة فله أن يردها الى ان تبرأ وان مرضت في بيته بعد ماتحولت اليه فليس له أن يردها بل ينفق عليها الا أن يتطاول مرضها ﴿قال﴾ وهذا استحسان لان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع عن الانفاق أو يردها لقليل مرض فاذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة وانما يلزمه نفقتها لقيامه عليها وقد فات ذلك بمعني من جهتها فتسقط نفقتها كما اذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها ولكن قد بينا الفرق

بينهما

بينهما من حيث أن الصغر يزول فلا ينعدم به استحقاق الجماع بسبب العقد بخلاف الرتق والقرن وكذلك لو جنت أو أصابها بلاء يمنعه من الجماع أو هرمت حتى لا يستطيع جماعها وذكر في الكتاب انه لو أصابتها هذه العوارض من بعد ما دخل بها وليس مراده حقيقة الوطء بل المراد انتقالها الى منزله وسواء انتقلت أو لم تنتقل اذا لم تكن مانعة نفسها ظالمة فهي مستوجبة للنفقة على ماقلنا ﴿قال﴾ ولا نفقة فى النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا فى العدة منه لان ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها الى الزوج للقيام بمصالحه فان فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعا ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليما في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد ﴿قال﴾ واذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج أنا فقير وقالت المرأة هو غنى فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البينة لان الفقر فى الناس أصل واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله يولد كل مولود أحمر ليس عليه غبرة أى سترة ثم يرزقه الله تعالى من فضله فالزوج يتمسك بما هو الاصل والمرأة تدعى غنى عارضاً فعليها البينة وعليه اليمين لانكاره وبه أجاب فى كتاب العتاق اذا ادعى المعتق أنه معسر فالقول قوله فأما ما أشار في سائر الديون ان كان وجوب الدين عليه ببيع أو قرض لم يقبل قوله انه معسر لانه صار غنيا بما دخل فى ملكه من المال فلا قول له في دعوى الفقر بعد تيقننا بزوال ذلك الأصل وكذلك قالوا فى كل دين التزمه بالعقد اختياراً كالمهر ودين الكفالة فاقدامه على الالتزام بمنزلة اقرار منه انه قادر على الاداء فان العاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختياراً فاما فيما سوى ذلك فالقول قوله في دعوى العسرة وبعض المتأخرين من مشايخنا يقولون يحكم فى ذلك زيه فان كان عليه زى الاغنياء لم يقبل قوله انه معسر لان الزى دليل على غناه قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقال جل وعلا وان كان قميصه قد من قبل ففى هذا دليل على ان الظاهر من العلامة يجعل حكما الا فى الفقهاء والعلوية فانهم يتكلفون الزى مع العسرة ليعظمهم الناس فلا يجعل الزى حكما في حقهم لظهور العادة بخلافه ﴿قال﴾ فان لم يكن لها بينة على يساره وسألت القاضى ان يسأل عن يساره فى السر فليس ذلك على القاضى لانه وجد دليلا يعتمده لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل فليس عليه ان يطلب دليلا آخر وان فعله فأتاه من أخبر عنه انه موسر لا يعتمد ذلك أيضا الا ان يخبره بذلك رجلان عدلان

ويكونا بمنزلة الشاهدين يخبران انهما قدعلما ذلك فحينئذ لو شهدا عنده فى مجلس الحكم يثبت يساره بشهادتهما وكذلك ان أخبراه بذلك لان المعتبر علم القاضى ويحصل له علم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما وان أخبرا انهما علما ذلك من رواية راو لم يؤخذ بقولهما لانهما ما أخبراه عن علم وانما أخبراه عن ظن أو عن خبر من لا يعتمد خبره والخبر اذا تداولته الالسنة تمكن فيه الزيادة والنقصان عادة فلهذا لا يعتمد مثل هذا الخبر ﴿قال﴾ وان أقامت المرأة البينة انه موسر وأقام الزوج البينة أنه محتاج أخذ ببينة المرأة لانها قامت على الاثبات ولان شهود الزوج اعتمدوا في شهادتهم ماهو الأصل وشهود المرأة عرفوا الغنى العارض فلهذا يفرض لها عليه نفقة الموسرين ﴿قال﴾ واذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها نفقتها منه كان له ذلك لان أكثر مافى الباب ان تكون النفقة لها ديناً عليه فاذا التقى الدينان تساويا قصاصا الا ترى ان له ان يقاص بمهرها فالنفقة أولي ﴿قال﴾ واذا فرضت النفقة لها على زوجها ولها عليه شئ من مهرها فاعطاها شيئا من ذلك فقال الزوج هو من المهر وقالت المرأة بل هو من النفقة فالقول قول الزوج أنه من المهر وكذلك هذا فى جميع قضاء الديون اذا كان من وجوه مختلفة لانه هو المملك فالقول قوله فى بيان جهة التمليك وهو المحتاج الى تفريغ ذمته فالقول قوله في انه تفرغ ذمته بهذا الاداء من كذا دون كذا ﴿قال﴾ واذا اختلفا فيما وقع الصلح عليه أو الحكم به من النفقة في الجنس أو القدر فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة لانها مدعية الزيادة فتحتاج الى الاثبات بالبينة والزوج منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فان كان الذى أقر به الزوج وحلف عليه لا يكفيها بلغ بها الكفاية فى المؤتنف لأن النفقة للكفاية وقد بينا أن ماقضى به القاضى أووقع الصلح عليه ان كان لا يكفيها فلها أن تطالب بما يكفيها فى المستقبل فكذلك ما أقر به الزوج ﴿قال﴾ ولو أخذت المرأة من زوجها كفيلا بالنفقة كل شهر لم يكن على الكفيل الا شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الا مالا يعرف منتهاه فيتناول الادنى كمن يقول لفلان على كل درهم وأصله فى الاجارة اذا استأجر داراً لكل شهر كان لزوم العقد في شهر واحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه كفيل بنفقتها ماعاشت وبقي النكاح بينهما استحسانا لما فيه من العرف الظاهر ولأن قصد المرأة التوثق بهذا الجنس من حقها فكان الكفيل صرح لها بما هو مقصودها فقال فى كفالته أبداً أو ماعاشت وهناك يثبت حكم الكفالة بهذا الجنس من حقها عليه

عاما فكذا هنا ولو ضمن لها نفقة سنة كان جائزاً وان لم يكن واجبا ولكن اضافة الكفالة الى سبب الوجوب صحيح وقد حصل ذلك بتسمية المدة ولم يبين أن الزوج هل يجبر على اعطاء الكفيل بالنفقة أم لا فظاهر المذهب أنه لايجبر على ذلك كما لايجبر على اعطاء الكفيل بدين آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال اذا قالت المرأة إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة أمره القاضي أن يعجل لها نفقة شهر أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر استحسانا لانها طلبت من القاضي أن ينظر لها فيجيبها على ذلك لان الحال حال النظر ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي لها على الزوج نفقة معلومة كل شهر فمضت أشهر لم يعطها حتي مات أو ماتت لم يؤخذ بشئ منها لان النفقة تستحق استحقاق الصلات لا استحقاق المعاوضات على ماقررناه والصلات لاتتم الا بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وشبهه فى الكتاب بمن وجبت عليه الجزية اذا مات لم تستوف من تركته لهذا ولان السبب قيام الزوج عليها وتفريغها نفسها لمصالحه وقد زال ذلك قبل الاستيفاء فيسقط حقها كما اذا زال العيب قبل رد المشتري لم يكن له أن يرد بعد ذلك ﴿قال﴾ ولو كانت المرأة استعجلت النفقة لمدة ثم ماتت قبل مضى تلك المدة لم يكن للزوج أن يسترد من تركتها شيئاً من ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا أنها صلة وحق الاسترداد فى الصلات ينقطع بالموت كالرجوع فى الهبة وعند محمد رحمه الله تعالى يترك من ذلك حصة المدة الماضية قبل موتها ويسترد ما وراء ذلك لانها أخذت ذلك من ماله لمقصود لم يحصل ذلك المقصود له فكان له أن يستردمنها كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها وروي ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالي قال ان كان الباقي من المدة شهراً أو دونه لم يرجع بشئ فى تركتها وان كان فوق ذلك ترك لها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها مازاد علي ذلك لانه انما يعطيها النفقة شهراً فشهراً عادة ففي مقدار نفقة شهر هى مستوفية حقها وفيما زاد على ذلك مستعجلة ﴿قال﴾ ولو كانا حيين فاختلفا فيما مضي من المدة من وقت قضاء القاضي فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وانكاره سبق التاريخ فى القضاء والبينة بينة المرأة لاثباتها ذلك ﴿قال﴾ واذا بعث اليها بثوب فقال هو هدية وقال الزوج هو من الكسوة فالقول قول الزوج مع يمينه لانه هو المملك للثوب منها فالقول قوله في بيان جهته الا أن تقيم المرأة البينة أنه بعث به هدية وان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت ببينته فراغ ذمته عن

حقها من الكسوة أو المهر وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة على اقرار الآخر بما ادعاه لان الزوج هو المدعى للقضاء فيما عليه من الحق فمعنى الاثبات فى بينته أظهر وكذلك ان بعث بدراهم فقال هى نفقة وقالت المرأة هى هدية فالقول قوله لما بينا ﴿قال﴾ واذا أعطاها كسوة فعجلت تمزيقها أو هلكت منها لم يكن عليه أن يكسوها حتى يأتى الوقت لما بينا أن أحوال الناس تختلف فى صيانة الثياب وتمزيقها فيتعذر تعليق الحكم بحقيقة تجدد الحاجة فيقام الوقت مقامه تيسيراً فما لم يأت الوقت لاتجدد الحاجة فلا يتجدد سبب الوجوب لها فلم يكن لها أن تطالبه بشئ ﴿ قال ﴾ وكذلك ان صانتها ولبست غيرها فاذا جاء الوقت المعلوم لها ان تطالب بالكسوة والقاضى فى الابتداء يوقت من المدة ماتمزق فيه الثوب باللبس المعتاد فما لم يتبين خطأه فى ذلك التوقيت يجب بناء الحكم عليه ولا ينظر الى تعجيلها التمزيق ولا الى صيانتها فوق المعتاد ﴿قال﴾ وكذلك ان أخذت نفقة شهر فلم تنفق حتى جاء الشهر الثانى وهى معها فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثانى بخلاف نفقة ذى الرحم المحرم فان هناك المعتبر تحقق الحاجة ألا ترى أنه لو كان له مال لم يستوجب النفقة على غيره والحاجة مرتفعة ببقاء المأخوذ معه بخلاف نفقة الزوجة ﴿قال﴾ واذا فرض القاضى لها النفقة على زوجها فأنفقت من مالها ولم تأخذ منه شيئاً فلها أن تأخذه بما مضى من ذلك لان نفقة الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي أو الصلح عن التراضي وقد بيناه ﴿ قال ﴾ وان كان هذا فى ذى الرحم المحرم فأنفق على نفسه من مال آخر بعد فرض القاضى لم يكن له أن يرجع على الذى فرض له عليه بشئ لما مضى لما بينا أن المعتبر هنا حقيقة الحاجة وقد انعدم ذلك بمضي ذلك الوقت فلا تصير النفقة دينا وأورد فى باب الزكاة من الجامع ان نفقة ذى الرحم المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فوضع المسئلة هناك فيما اذا استدان المنفق عليه وانفق من ذلك فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا أنفق من مال له أو من صدقة تصدق بها عليه والحاجة لاتبقى بعد مضي المدة وقد قررنا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿ قال ﴾ وان كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة فان كان القاضى يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة فى ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له الا ترى ان من أقر بدين ثم غاب قضى القاضى عليه بذلك لعلمه به فكذلك النفقة ولكن يشترط ان ينظر للغائب وذلك في ان يحلفها انه لم يعطها

النفقة لجواز ان يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا واذا حلفت فاعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه قد كان أوفى نفقتها وهذا لان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ﴿قال﴾ واذا حضر الزوج وأثبت بالبينة انه كان قد أوفاها أو أرسل اليها بشئ في حال غيبته أمرها برد ما أخذت لانه ظهر عند القاضي انها أخذت بغير حق وللزوج الخيار ان شاء أخذها بذلك وان شاء أخذ الكفيل وان لم يكن النكاح بينهما معلوما للقاضي فأرادت اقامة البينة على الزوجية لم يقبل القاضي ذلك منها عندنا لما فيه من القضاء على الغائب بالبينة وعن زفر رحمه الله تعالى انه يسمع منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة فان حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين وان أنكر ذلك كلفها اعادة البينة فان لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشئ مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فيجيبها القاضي الى ذلك ولكنا نقول فيه قضاء على الغائب لان دفع ماله اليها لتنفق على نفسها لا يكون الا بعد القضاء عليه بالزوجية ﴿قال﴾ وان أحضرت غريما للزوج أو مودعا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فان صاحب الدين اذا أحضر غريما أو مودعا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه وان كان مقرا بالمال وبدينه لان القاضي انما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه عليه وفي الانفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكه عليه بل فيه قضاء عليه بقول الغير فلهذا المعني تقع الفرقة بينهما ﴿قال﴾ وان جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما أو كون المال في يده لم تقبل بينتها على شئ من ذلك أما على الدين والوديعة فلانها تثبت الملك للغائب حتي اذا ثبت ملكه ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في اثبات الملك للزوج في أمواله وأما اذا جحدا الزوجية فقد كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع وقال لاتقبل بينتها على ذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانها تثبت النكاح على الغائب والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه بالبينة والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم

بالزوجية فاذا لم يكن ذلك معلوما له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم وان لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى لان فى هذا قضاء على الغائب وقد بيناه وان كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحسانا ﴿قال﴾ ولا يبيع العروض في نفقتها أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فظاهر لان الزوج لو كان حاضراً لم يبع القاضي عروضه فى ذلك فاذا كان غائبا أولى وأما على قولهما انما يبيع على الحاضر عروضه بعد ما يحجر عليه وليس له ولاية الحجر والزام القضاء على الغائب ﴿قال﴾ وينفق عليها من غلة الدار والعبد لان ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب ان كانت له والنفقة من طعامه ان كان له لانه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فلأن يقضى لها القاضي بذلك كان أولى ويأخذ منها كفيلا بجميع ذلك نظراً منه للغائب فاذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة اليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت لانه التزم بالكفالة وان لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شئ على الكفيل وان نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك أو يأخذ الكفيل لانه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة العبد

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا كان للعبد أو المدبر أو المكاتب امرأة حرة أو أمة قد بوئت معه بيتاً فانه يفرض عليه نفقتها بقدر ما يكفيها لان سبب وجوب النفقة الزوجية وهى تحقق فى حق المملوك كما تحقق فى حق الحر وهو تسليمها الى الزوج فى منزله والحكم ينبنى على السبب الا ترى ان المهر بالنكاح يجب على العبد كما يجب على الحر ثم مايجب على العبد من الديون اذا ظهر فى حق المولى تعلق بمالية رقبته حتى يباع فيه الا ان يقضيه المولى ودين النفقة ظهر في حق المولى لان سببه وهو النكاح كان برضاه فاذا اجتمع عليه من النفقة مايعجز عن أدائه يباع فيه ثم اذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع فيه أيضا وليس فى شئ من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد مرة الا النفقة لان النفقة تجدد

وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث واما المدبر لا يمكن بيعه في النفقة ولكن يؤمر فيه بالسعاية وكذلك المكاتب لا يمكن بيعه مع قيام عقد الكتابة وانما يقضي بالنفقة في كسبه كما يقضي بسائر ديونه في كسبه فان كان للعبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليها نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حراً ولا تجب نفقة الحر على المملوك بحال لان كسب العبد والمدبر لمولاه ونفقة الولد الحر ليست على المولى وكذلك لا يكون في كسبهما وكذلك المكاتب لا يجب في كسبه نفقة ولد حر ولا نفقة ولد هو مملوك للغير وان كانت امرأته مكاتبة معه لمولى واحد كاتبهما كتابة واحدة فنفقة الولد على الام دون الاب لان الولد تابع للام في كتابتها الا ترى ان كسب الولد يكون لها ولو جنى عليه كان ارش الجناية لها وان مات الولد وترك مالا فذلك كله لها فكذلك نفقة الولد تكون عليها وهذا بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت فان نفقة ذلك الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته حتى كان كسبه له وارش الجناية عليه له أيضاً ليس للأم من ذلك شئ لانها أمة ولو كان للأم فالام أمة له أيضاً فلهذا كانت نفقته عليه ولانه جزء منه فاذا تبعه في العقد كانت نفقته بمنزلة نفقة نفسه ﴿قال﴾ ولو تزوج العبد أو المدبر أو المكاتب بغير اذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر لان وجوب النفقة والمهر يكون بعد صحة العقد ونكاحهم بغير اذن المولى غير صحيح وان عتق واحد منهم جاز نكاحه حين يعتق لسقوط حق المولى ويجب عليه المهر والنفقة في المستقبل والمستسعي في بعض القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كالمكاتب ﴿قال﴾ وان كانت المدبرة أو الامة أو أم الولد تحت حر أو عبد فلا نفقة عليهما ما لم يبوئها معه بيتا لانعدام التسليم قبل التبوئة ويستوى ان كان دخل بها أو لم يدخل بها لان بالدخول انما وجد تسليم المعقود عليه ولا معتبر به في النفقة فان تسليم المعقود عليه مقرر للبدل والنفقة ليست ببدل ألا ترى أن الرتقاء تستحق النفقة وقد انعدم منها تسليم المعقود عليه فعرفنا أن المعتبر في النفقة تفريغها نفسها لحق الزوج وذلك يكون بالتبوئة فان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وان انتزعها منه واحتاج الى خدمتها فلا نفقة على الزوج ما دامت عند مولاها وان اعادها اليه وبوأها معه بيتا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت الى بيته توضيحه أن الامة محبوسة عند مولاها لحق المولى في خدمتها فكانت كالمحبوسة في الدين ولا نفقة للمحبوسة بالدين اذا

كان الزوج ممنوعا منها فاذا قضت الدين وعادت الى بيت الزوج كان لها النفقة وان كان لها منه ولد فلا نفقة عليه للولد لان ولد الامة مملوك لمولاها فنفقته تكون على مالكه وان كانت المرأة مكاتبة وقد بوأها معه بيتا أو لم يبوئها منه فهو سواء ولها النفقة ولان المكاتبة فى يد نفسها كالحرة وليس لمولاها أن يستخدمها فكانت هي كالحرة فى استحقاق النفقة على الزوج اذالم تحبس نفسها عنه ظالمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة أهل الذمة

﴿قال﴾ رضى الله عنه ويفرض علي الذمى نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لانها كفاية مشروعة للحاجة وسببها وهو الزوجية يحقق فيما بين أهل الذمة كما يحقق فيما بين المسلمين فان كانت ذات رحم محرم منه وذلك في دينهم نكاح فطالبت نفقتها منه من قبل النكاح فرض لها من ذلك عليه كما يفرض فى النكاح الصحيح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لما بينا من أصله أن لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة وان رفع أحدهما الامر الى القاضى لايفرق القاضى بينهما فيقضى لها بالنفقة وعندهما ليس لهذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة و برفع أحدهما الامر القاضى يفرق القاضي بينهما فلا يقضي لها بالنفقة ولا خلاف فى النكاح بغير شهود ان القاضى يقضى لها بالنفقة لان النكاح بغير شهود صحيح فيما بينهم فان الاشهاد من حق الشرع وهم لايخاطبون بذلك الا ترى انهم يقرون عليه بعد الاسلام ﴿قال﴾ واذا أسلم الذمى وامرأته من غير أهل الكتاب فأبت الاسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها فى العدة لان الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي عاصية فى ذلك وهو إباء الاسلام بعدما عرض عليها ولهذا الامهر لها اذا كان قبل الدخول فليس لها نفقة العدة وان كان بعد الدخول أيضاً الا ان فى المهر اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول سقط المهر عنه سواء كان بحق أو بغير حق لان سقوط المهر بتفويتها المعقود عليه على الزوج وذلك موجود في الحالين فاما سقوط النفقة باعتبار حبسها نفسها فيكون بمنزلة النفقة حال قيام النكاح وهناك ان حبست نفسها ظلما كالناشزة لم يكن لها النفقة وان حبست نفسها بحق لم تسقط نفقتها كما لو حبست نفسها لاستيفاء صداقها فكذلك فى نفقة العدة ان كانت الفرقة من جهتها بسبب هي عاصية فى ذلك فليس لها نفقة العدة وان لم تكن عاصية فى ذلك فلها نفقة العدة ﴿قال﴾ وان كانت

المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج ان يسلم ففرق بينهما كان عليه النفقة والسكنى مادامت فى العدة لان الفرقة جاءت بسبب من جهة الزوج وهو اباؤه عن الاسلام وذلك منه تفويت الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان والاحسان فى التسريح ان يوفيها مهرها ونفقة عدتها ﴿قال﴾ واذا خرج أحد الحربيين مسلما ثم خرج الآخر بعده فلانفقة عليه لها قال لان العصمة انقطعت فيما بينهما بخروج أولهما ومعنى هذا ان وجوب نفقة العدة باعتبار ملك اليد الثابت للزوج عليها في حالة العدة ولهذا لاتجب النفقة فى العدة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة ولا في عدة أم الولد من المولى وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح يقطع ملك اليد الثابت بالنكاح ثم ان كان الزوج هو الخارج فلا عدة عليها لانها حربية وان كانت المرأة هي التي خرجت فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما عليها العدة لحق الشرع لا لحق الزوج فلا تكون نفقة العدة عليه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب النفقة فى الطلاق والفرقة والزوجية

﴿قال﴾ ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة مادامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلانها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل وانما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آلى منها أو علق طلاقها بمضي شهر فاما المبتوتة فلها النفقة والسكنى مادامت في العدة عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لها السكنى ولا نفقة لها الا ان تكون حاملا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لانفقة للمبتوتة في العدة واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضى الله تعالى عنها قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكني الا أن فى صحة هذا الحديث كلاما فانه روى أن زوج فاطمة اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه كان اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وعن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لاندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لاندرى أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكني مادامت في العدة وتأويله ان ثبت من وجهين (أحدهما) أن زوجها كان غائبا فانه خرج الى اليمن ووكل أخاه بأن ينفق

عليها خبز الشعير فأبت هي ذلك ولم يكن الزوج حاضراً ليقضي عليه بشيء آخر (والثاني) أنها كانت بذيئة اللسان على ماروى أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله تعالى عنه فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى فانه منصوص عليه بقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم فعلماؤنا قالوا النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالى مستحق لها بالنكاح وهذه المدة حق من حقوق النكاح فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها مادامت في المدة وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لماله فيه من ملك اليد ولا يدخل عليه نفقة المرهون فانه لا يكون على المرتهن مع ملك اليد له لان ملك اليد للمرتهن في المالية دون العين فان يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين فأما اذا كانت حاملا فلها النفقة بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومن أصل الشافعي رحمه الله تعالى أن تعليق الحكم بالشرط كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط يدل على نفيه عند عدم الشرط وعندنا تعليق الحكم بالشرط لا يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط لان مفهوم النص ليس بحجة ولانه يجوز أن يكون الحكم ثابتاً قبل وجود الشرط بعلة أخرى ألا ترى أن من قال لعبده أنت حر اذا جاء رأس الشهر ثم قال أنت حر غدا يبقى ذلك التعليق صحيحاً حتى لو أزاله من ملكه اليوم فجاء الغد ثم اشتراه ثم جاء رأس الشهر يعتق ولو بقي في ملكه حتى الغد يعتق أيضاً كيف وقد قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقراءته لا بد أن تكون مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذلك دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب المدة وان قوله وان كن أولات حمل لازالة إشكال كان عسى ان يقع فان مدة الحمل تطول عادة فكان يشكل أنها هل تستوجب النفقة بسبب العدة في مدة الحمل وان طالت فأزال الله تعالى هذا الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن ثم النفقة اذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنه لا تجب في مال الولد وان كان له مال أوصى له به وانها لا تتعدد بتعدد الولد وأنها اذا كانت أمة

فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه كما بعد الانفصال وأن المنكوحة اذا حبلت لاتتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعف نفقة المنكوحة اذا حبلت فاذا ثبت ان النفقة لها فقلنا لابد من سبب لاستحقاق النفقة بينهما وبين الزوج ولا سبب لذلك سوى العدة والحامل والحائل في هذا السبب سواء ولاتخرج من بيتها ليلا ولا نهاراً لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة قال ابراهيم رضي الله عنه خروجها من بيتها فاحشة ولانها مكفية المؤنة لاحاجة لها الى الخروج ليلا ولا نهاراً بخلاف المتوفى عنها زوجها فانه لانفقة لها في تركة الزوج فهي تحتاج الى ان تخرج بالنهار في حوائجها والبائنة بالخلع والايلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها سواء في ذلك لان هذه الفرقة كلها بسبب من جهة الزوج بعد انكانت مستحقة للنفقة في أصل النكاح فيبقى ذلك الحق ببقاء العدة فان اشترط الزوج في الخلع أنلاسكنى في العدة ولا نفقة فعليه السكنى ولا نفقة عليه لأن خروجها من بيتها معصية واشتراط المعصية في الخلع باطل ولان النفقة حقها واسقاطها حق نفسها صحيح فأما السكنى من حق الشرع واسقاط ما هو حق الشرع باطل ألا ترى أن اسقاطها لما زاد علي العشرة من المهر عند العقد صحيح بخلاف العشرة حتى لو أبرأت زوجها من مؤنة السكني ورضيت أن تكون في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكني من مالها كان صحيحاً لان ذلك حقها ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته طلاقا بائنا وهي أمة وقد بوأها معه بيتا فعلى الزوج النفقة لانها كانت مستحقة للنفقة حال قيام النكاح فيبقى ذلك ببقاء العدة فان أخرجها المولى اليه لخدمته بطلت النفقة عن الزوج كما في حال قيام النكاح اذا شغلها بخدمته فان أعادها الى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة كما في حال قيام النكاح فاما اذا كانت عند الطلاق في بيت المولى يستخدمها ثم عادت الى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لها النفقة كما لو كان استخدامه اياها بعد الطلاق وهذا لان سقوط النفقة بعارض فاذا زال ذلك العارض صار كان لم يكن الا ترى ان الحرة اذا كانت ناشزة هاربة من الزوج حين طلقها ثم عادت الى بيته كان لها نفقة العدة لهذا المعنى وحجتنا في ذلك ان باعتبار العدة يبقى ما كان ثابتاً ولا يثبت مالم يكن ثابتاً لان الثبوت ابتداء يستدعى قيام الملك مطلقا فاما ثبوت نفقة العدة عند الفرقة فان كانت في بيت الزوج عند ذلك كانت مستحقة للنفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فان اعترض بعد ذلك

مسقط ثم زال صار كان لم يكن واذا لم تكن مستحقة للنفقة عند الفرقة فلو جعلنا لها النفقة في العدة كان هذا إثبات النفقة لها ابتداء في العدة وذلك لا يكون وهذا المعنى وهو ان المقصود من التبوئة ان تتفرغ للقيام بمصالح الزوج وذلك في حال قيام النكاح فاذا بوأها بيتا في حال قيام النكاح استحقت النفقة فيبقى ذلك ببقاء العدة فاما اذا كان ابتداء التبوئة في العدة لا يحصل به هذا المقصود لانها لا تقوم بمصالح الزوج والقياس في الناشزة هكذا ولكنا استحسنا فيها لان الحرة مستحقة في أصل النكاح والعارض المسقط عند الفرقة وبعدها في حقها سواء اذا زال صار كان لم يكن بخلاف الأمة وان جاءت الفرقة من قبل المرأة بالمعصية كالردة ومطاوعة ابن الزوج على الجماع وما أشبه ذلك فلا نفقة لها ان أصرت على ذلك أو رجعت وتابت من الردة اما السكنى فواجبة لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بالمعصية ﴿قال﴾ وان كانت أمة قد بوأها المولى بيتا فعتقت واختارت نفسها فلها النفقة في العدة لان اختيارها كان بسبب حق مستحق لها وقد بينا ان النفقة لا تسقط في حال قيام النكاح اذا حبست نفسها بحق فكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب حق مستحق لها ﴿قال﴾ واذا لم تخاصم المعتقة في نفقتها حتي انقضت عدتها فلا نفقة لها وكذلك التي طلقها زوجها لان نفقة العدة لا تكون أوجب من نفقة النكاح وقد بينا ان نفقة النكاح لا تصير دينا بمضى المدة قبل الفرض ولا يكون لها ان تطالب بها بعد زوال النكاح فنفقة العدة أولى وهذا لان السبب ملك اليد والمستحق بهذا السبب في حكم الصلة فلابد من قيام السبب لثبوت حق المطالبة الا ترى ان الذمى اذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشيء منه لزوال السبب قبل الاستيفاء فهذا مثله ﴿قال﴾ وان كان الزوج غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء العدة فهذا ونفقة النكاح سواء وقد بينا هناك ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول استدانتها على الزوج صحيح وعلى قوله الآخر انما استدانت على نفسها وليس على الزوج من ذلك شيء فكذلك في حكم نفقة العدة ﴿قال﴾ واذا تطاولت العدة بالمرأة فالنفقة لها واجبة حتى تنقضي العدة بالحيض أو بالشهور عند الاياس لان سبب الاستحقاق قائم فيبقى الاستحقاق ببقاء السبب طالت المدة أو قصرت الا ترى ان في الطلاق الرجعي يسوى بين ان تطول مدة الحيض أو تقصر والأصل فيه حديث علقمة رضي الله عنه فانه طلق امرأته

فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورّثه منها عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك ﴿قال﴾ وان اختلفا فى انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها لان ما في رحمها لا يعلمه غيرها فتكون أمينة فيه مقبولة القول هكذا قال أبي بن كعب رضي الله عنه من الامانة ان تؤمن المرأة على ما فى رحمها ولانها متمسكة بالاصل والأصل بقاء العدة واستحقاق النفقة كان ثابتاً لها فيبقى مالم يظهر انقضاء العدة وبقول الزوج ذلك لا يظهر فى حقها لان قوله ليس بحجة عليها فان أقام الزوج البينة على اقرارها بانقضاء العدة برئ من النفقة لان ثبوت اقرارها بالبينة كثبوته بالمعاينة ﴿قال﴾ واذا جامعت ابن زوجها مطاوعة فى عدتها لم تبطل بذلك نفقتها الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول النفقة تجب شيئاً فشيئاً فكما أنها لو طاوعت ابن الزوج فى حال قيام النكاح لم يكن لها النفقة فكذلك اذا فعلت ذلك في العدة ولكنا نقول لا تأثير لفعلها هنا في الفرقة فان الفرقة بينهما قد وقعت قبل فعلها ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة فتبقى النفقة مستحقة لها بخلاف ما اذا فعلت حال قيام النكاح لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وهي عاصية فى ذلك فأما اذا ارتدت فى العدة سقطت نفقتها لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون فى بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب النفقة فى حال قيام النكاح فكذلك لا تستوجب النفقة فى العدة وان تابت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بردتها فان هناك لا نفقة لها وان تابت لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولو لحقت بدار الحرب مرتدة فقد انقطعت العصمة بينهما حتى اذا جاءت مسلمة أو تائبة أو سبيت فأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان استحقاق النفقة باعتبار بقاء العصمة وتباين الدارين قاطع للعصمة ﴿قال﴾ ولو أن مستأمنا فى دارنا تزوج ذمية ودخل بها وطلقها فلها النفقة فى قول من يوجب على الذمية العدة وقد بينا فيه شبه الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فمن أوجب عليها يقول النفقة لما كانت مستحقة فى حال قيام النكاح لها يبقى ببقاء العدة ولا يشبه هذا للذى الذى له أبوان حربيان دخلا بأمان فانه لا نفقة لهما عليه لانهما وان كانا في دارنا صورة فهما من أهل الحرب متمكنان من الرجوع الى دار الحرب ونفقة الاقارب بمنزلة الصلة ولا يثبت استحقاق الصلة للحربى على من هو من أهل دارنا وهذا لان هذه الصلة لابقائه وهو من أهل الحرب

فهو به مستوجب للقتل غير مستوجب للابقاء وكما لاتجب نفقتهما على الذمي لاتجب على المسلم بطريق الاولى ﴿قال﴾ وان كان للمسلم أب ذمى معسر فنى القياس لانفـقة له عليـه لاختلاف الدينين ألا ترى أن التوارث بينهما منقطع فكذلك استحقاق النفـقة وهو نظير سائر الاقارب حتى لا يستوجبون النفقة مع اختلاف الدين ولكنا نستحسن فى حق الاب الذمى والام لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما يموتان جوعا ثم استحقاق النفقة فيما بين الوالد والولد بسبب الولادة وذلك متحقق مع اختـلاف الدين بخلاف سائر الاقارب فان الاستحقاق هنا بسبب الوراثة قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وباختلاف الدين ينقطع التوارث وبمعرفة حـدود كلام صاحب الشرع يحسـن الفقه ألا ترى أن حكم العتق عند دخوله فى ملـكه وحرمة الرجوع فى الهبة لما تعلق بالحرميـة شرعا لم يختلف باختلاف الدين ﴿قال﴾ رجل أعتق أم ولده فلانفقة لها فى العدة لان استحقاق النفقة كان لها بملك اليمين والعتق مناف للملك وما عليها من العـدة نظير العدة من نـكاح فاسد أو وطء بشبهة ألا ترى أنه لايختلف بالحياة والوفاة وبمثل هذه العدة لاتستحق النفقة ﴿قال﴾ واذا أقر الرجل ان نكاح امرأته عليه حرام وقد دخل بها ففرق بينهما فلها المسمى من المهر ونفقة العدة لان أصل النكاح كان صحيحاً باعتبار الظاهر وهو غير مصـدق في اقراره بالحرمة فى حقها وانما يصدق فى حق نفسه بابطال ملكه عنها فيجعل هذا في حقها كالطلاق فلها جميع المسمى ونفقة العدة ﴿قال﴾ والتي زوجها عمها اذا اختارت نفسها بعد البلوغ وقد دخل بها الزوج فلها النفقة مادامت فى العـدة لان الفرقة من جهتها بسبب حق مستحق لها وكذلك اذا فرق القاضى بينهما بعد الدخول لعدم الكفاءة فلها النفقة والسكنى ما دامت فى العدة لان أصل النكاح كان صحيحا يتوارثان به اذا مات أحدهما والفرقة اذا جاءت بسبب حق مستحق لاتسقط به نفقتها ﴿قال﴾ واذا فرض القاضي للمرأة على زوجها النفقة فأعطاها فسرق منها لم يكن على الزوج ان يعطيها مرة أخرى مالم يمض الوقت لانها قـد استوفت حق نفسها فدخل المستوفي فى ضمانها كما اذا استوفت المهر ويكون الهلاك بعـد ذلك عليها دون الزوج ولو أرسل بها اليها رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحـدت هي كان القول قولها مـع يمينها لان رسول الزوج نائبـه فدعواه انه أعطاها كدعوى الزوج ذلك

عليها ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هي الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها فكذلك اذا ادعى الرسول انه أعطاها ولو أقرت بالاستيفاء ثم ماتت قبل مضى المدة ففى حق الزوج فى الاسترداد من التركة خلاف كما بينا فيما سبق ولافرق بين ان يكون المقبوض بعينه قائما أو يكون مستهلكا على القولين جميعا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب حكم الولد عند افتراق الزوجين

اعلم بأن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لانفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الرأى وجعل حق الحضانة الى الامهات لرفقهن فى ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر أن الام أحفى وأشفق من الاب على الولد فتتحمل فى ذلك من المشقة مالا يتحمله الاب وفى تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للولد والاصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدى هذا قد كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجى ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدى أبى بكر رضى الله تعالى عنه لينتزع عاصما منها قال له أبو بكر رضي الله تعالى عنه ريحها خير له من سمن وعسل عندك وفى رواية ريقها خير له ياعمر فدعه عندها حتى يشب وفى رواية دعه فريح لفاعها خير له من سمن وعسل عندك اذا عرفنا هذا فنقول اذا فارق الرجل امرأته ولهما ولد فالام أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى نوادر داود بن رشيد ويستنجى وحده وان كانت جارية فهي أحق بها حتي تحيض وكان القياس أن يستوى الغلام والجارية فى ذلك واذا استغنيا يكون الأب أحق بهما لان للام حق الحضانه وذلك ينتهى اذا استغنى عن ذلك والحاجة الى الحفظ بعد ذلك والاب أقدر على الحفظ. فان المرأة تعجز عن حفظ نفسها وتحتاج الى من يحفظها على ماقيل النساء لحم على وضم الا ماذب عنهن فكيف تقدر على حفظ غيرها ولكنا تركنا القياس فقلنا الجارية وان استغنت عن التربية فقد احتاجت الى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب والام على ذلك

أقدر واذا دفعت الى الاب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحياء فى النساء زينة وانما يبقى ذلك اذا كانت تحت ذيل أمها فكانت أحق بها حتى تحيض فاذا بلغت احتاجت الى التزويج وولاية التزويج الى الاب وصارت عرضة للفتنة ومطمعة للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وفى نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها للمعنى الذى أشرنا اليه وهو قوة غيرة الرجال فان الام ربما تخدع فتقع فى فتنة ولا تشعر الام بذلك ويؤمن ذلك على الاب فأما الغلام اذا استغنى فقد احتاج الى تعلم أعمال الرجال والاب على ذلك أقدر واحتاج الى من يثقفه ويؤدبه والاب هو الذى يقوى على ذلك ولان صحبة النساء مفسدة للرجال فاذا ترك عندها ينكسر لسانه ويميل طبعه الى طبع النساء فربما يجيء مخنثاً فلهذا يدفع الى الاب بعد ذلك وهذا مذهبنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالى يخير بين الابوين فيدفع الى من اختار الغلام صحبته لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين ولكنا نقول فى هذا بناء الالزام والحكم على قول الصبي وذلك لا يجوز ولان الصبي فى العادة يختار ما يضره لانه يختار من لا يؤدبه ولا يمنعه شهوته والذى روى من الاثر فقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك الغلام فقال اللهم سدده فببركة دعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له ولا يوجد مثله فى حق غيره والرضاع والنفقة على الوالد لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعنى مؤنة الرضاع وهذا بخلاف حال قيام النكاح بينهما فانها لا تستوجب الاجر على ارضاع الولد وان استأجرها عندنا لان في حال بقاء النكاح الرضاع من الاعمال المستحقة عليها دِينا وبعد الفرقة ليس ذلك بمستحق عليها دِينا ولا دَينا وكما أن النفقة بعد الفطام على الاب لا يشاركه أحد فى ذلك باعتبار أن الولد جزء منه والانفاق عليه كالانفاق على نفسه فكذلك قبل الفطام مؤنة الرضاع عليه فان كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة ولم تأخذه المرأة بذلك استأجر الظئر لترضعه قال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولانها قصدت الاضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة الا أن الظئر تأتى فترضعه عند أمه وليس للاب أن يأخذ الولد منها لان حق الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال حقها وان اخذته الام بمثل ذلك فهى أحق به لانها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له

والاب

والأب في هذا الموضع قاصد الى الاضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار الى الظئر ولا رضي بدفع مثل ذلك الى الام فان لم يكن وقع بينهما فرقة فلا أجر لها على الرضاع وان أبت أن ترضع لم تكره على ذلك لان المستحق عليها بالنكاح تسليم النفس الى الزوج للاستمتاع وما سوى ذلك من الاعمال تؤمر به تدينا ولا تجبر عليه فى الحكم نحو كنس البيت وغسل الثياب والطبخ والخبز فكذلك ارضاع الولد ﴿ قال ﴾ وان لم يكن للصبي أب وكان له أم وعم فالرضاع عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ان كانا موسرين لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فقد اعتبر صفة الوراثة فى حق غير الاب فدل ذلك على أنه يكون على الورثة بحسب الميراث ولكن بعد أن يكون ذا رحم محرم ثبت ذلك بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فان قراءته لا تتخلف عن روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه ما كان هذا الا سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال في النفقة بعد الفطام الجواب هكذا وكذلك فيما يحتاج اليه من النفقة قبل الفطام فاما الرضاع فانه كله على الأم لانها موسرة باللبن والعم معسر في ذلك ولكن فى ظاهر الرواية قال قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسراً فيه فلهذا كان عليهما اثلاثا والأم أحق ان يكون عندها حتى يبلغ ماوصفنا فان كان العم فقيرا والأم غنية فالرضاع والنفقة على الأم لان النفقة على العم مستحقة فى ماله لا فى كسبه على مانبينه في نفقة ذوى الأرحام ان شاء الله تعالى والمعسر ليس له مال فلا يلزمه شيء من النفقة بل هو كالمعدوم فكانت النفقة على الام فان كان له أم وأخ لاب وأم وعم وهم أغنياء فالرضاع على الأم والأخ اثلاثا بحسب الميراث ولا شيء من ذلك على العم لانه ليس بوارث مع الأخ والغرم مقابل بالغنم وانما يستحق على من يكون الغنم له اذا مات الولد والحاصل ان بعد الأب النفقة على كل ذى رحم محرم اذا كانوا أغنياء على حسب الميراث ومن كان منهم فقيراً لم يجبر على النفقة فان تطوع بشيء فهو أفضل فان كانت الأم فقيرة وللولد عمة وخالة غنيتان فالنفقة عليهما أثلاثا على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث لان الام الفقيرة كالمعدومة وبعدها الميراث بين العمة والخالة أثلاثا فكذا النفقة عليهما وعلى هذا لو كان له ابن عم هو وارثه فان ابن العم ليس بذى رحم محرم فلا شيء عليه من النفقة بل يجعل هو فى حق النفقة كالمعدوم وتكون النفقة على العمة والخالة أثلاثا

وان كان الميراث لابن العم وكذلك كل عصبة ليس بذى رحم محرم فلا نفقة عليه وان كان الميراث له الا ترى ان مولى العتاقة عصبة في حق الميراث ولا نفقة عليه فكذلك من ليس بمحرم من الاقارب ﴿قال﴾ ويؤمر الموسر والوسط لولده اذا كانوا أكثر من واحد بخادم فان لم يكفهم فخادمان يقومان عليهم في خدمتهم لان هذا من جملة كفايتهم فتكون على الاب كالنفقة والكسوة الا أن المعسر عاجز عن ذلك والتكليف بحسب الوسع فأما الموسر ووسط الحال يقدر على ذلك فيؤمر من ذلك بما تقع به الكفاية ﴿قال﴾ فان تزوجت الام فللأب أن يأخذ الولد منها لقوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجى فانما جعل الحق لها الي أن تتزوج وحكم مابعد الغاية مخالف لما قبل ذلك ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والولد في العادة يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الام فكان للأب أن لا يرضى بذلك فيأخذ الولد منها ﴿قال﴾ وأم الام في ذلك سواء بمنزلة الام بعدها لان حق الحضانة بسبب الامومة وهي أم تدلى بأم فهى أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الأب وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ﴿قال﴾ ويستوى ان كانت الام مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين على ماقيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى ومن مشايخنا من يقول اذا كانت كافرة فعقل الولد فانه يؤخذ منها جارية كانت أو غلاما لانه مسلم باسلام الاب وانها تعلمها الكفر فلا تؤمن من الفتنة اذا تركت عندها فلهذا تؤخذ منها فان كان لام الام زوج نظرنا فان كان زوجها جد الولد فهى أحق به لان جد الولد يكون مشفقاً عليه ولا يلحقه الاذى والجفاء من جهته وان كان أجنبياً فلا حق لها في الولد كالام اذا تزوجت أجنبيا ﴿قال﴾ وأم الاب بعدها أحق بهم عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى الاخت من الاب والام أو من الام أو الخالة أحق من الجدة أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سمينا بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولكنا نقول هذه أم فى نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها فى الحضانة ثم أصل الشفقة باعتبار الولاد وذلك للجدات دون الاخوات والخالات فلهذا كانت أم الاب أحق وان كان لها زوج فان كان زوجها جد الولد فكذلك وان كان زوجها أجنبيا أو كانت هى ميتة فحق الحضانة الى الاخوات والاخت لأب وأم أولى من الاخت لام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك

ولكنا نقول قرابة الاخت لاب وأم من جهتين والشفقة بالقرابة فذو القرابتين يكون أشفق فكان بالحضانة أحق ويجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لاب وأم مقدم فى العصوبة على الاخ لأب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ثم الاخت لام تقدم على الاخت لاب لان استحقاق الحضانة بقرابة الام وهي تدلى بقرابة الام والاخرى انما تدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخت لام قال في كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة وفي كتاب الطلاق قال الخالة أولى من الاخت لاب ففي رواية كتاب النكاح اعتبر قرب القرابة والاخت لاب أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وفي كتاب الطلاق اعتبر المدلى به فقال الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الأب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب ثم بعد الاخوات بناتهن على الترتيب الذى ذكرنا في الاخوات وبنات الاخوات فى الحضانة أحق من بنات الاخوة لان المدلى به فى بنات الاخوة لم يكن له حق فى الحضانة بخلاف بنات الاخوات ثم بعدهن الخالة لاب وأم ثم بعدها الخالة لأب والدليل على ثبوت حق الحضانة للخالات ماروى أن علي بن أبى طالب وجعفرا وزيد بن حارثة رضى الله عنهم اختصموا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابنة حمزة رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه بنت عمى فأنا أحق بها وقال جعفر رضى الله عنه ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه ابنة أخي آخيت بيني وبينه يارسول الله فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر رضى الله عنه فقال الخالة أم والترتيب في الخالات على قياس الترتيب في الاخوات وهن أحق بالحضانة من العمات لان الخالة تدلى بالأم والعمة تدلى بالاب واستحقاق الحضانة بقرابة الام فلهذا قدمت الخالة فى ذلك على العمة ثم بعد الخالات العمات فالتي من الاب والام تقدم ثم بعدها التى من الام ثم التى من الاب على قياس الخالات وبنت الاخ أولى من العمات لان كل واحدة منهما تدلى بمن لا حق له فى الحضانة ولكن بنت الاخ أقرب والخالة أولى من بنت الاخ لان الخالة تدلى بمن لها حق فى الحضانة وهي الام وابنة الاخ تدلى بمن ليس له حق في الحضانة فلهذا كانت الخالة أحق

﴿ قال ﴾ وليس لمن سوى الام والجدتين حق في الولد اذا أكل وشرب ولبس وحده جارية كانت أو غلاما لانه ترك الجارية عند الام والجدتين لتعلم أعمال داخل البيت وانما يتأتى

ذلك بالاستخدام وللأم والجدتين حق الاستخدام وليس لغيرهن ممن سمينا حق الاستخدام ولا يحصل مقصود تعليم الاعمال الا بذلك فلهذا أخذ منهن ثم بعد ما استغنى الغلام أو حاضت الجارية عند الام والجدتين او استغنت عند غيرهن فالاب أحق بالولد ثم بعده الجدات لاب ثم الاخ من الاب والام ثم الاخ من الاب لان ولاية الضم الى نفسه بعد هذا باعتبار العصوبة فمن يكون مقدما فى العصوبة من ذى الرحم المحرم أولى بذلك وقد بينا ترتيب العصبات فى أول الكتاب ولا حق لابن العم فى ذلك لانه رحم غير محرم فلا يؤمن منه أن يطمع فيها فلهذا لا يكون له ان يضمها وان كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة ﴿ قال ﴾ واذا اجتمع أخوة لاب وأم فأفضلهم صلاحا وورعا أحق به لان ضمه الى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى أبينهم صلاحا أنفع للولد لانه يتخلق بأخلاقه فان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم أحق لقوله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ولان حق أكبرهم أسرع ثبوتا فعند التعارض يترجح ذلك وكذلك الاعمام بعد الاخوة ثم الغلام اذا بلغ رشيداً فله ان ينفرد بالسكنى وليس للاب ان يضمه الى نفسه الا ان يكون مفسداً مخوفا عليه فحينئذ له ان يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه بعد ما بلغ رشيداً لا يبقى للاب يد فى ماله فكذلك فى نفسه واذا بلغ مبذراً كان للاب ولاية حفظ ماله فكذلك له ان يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ولده فاما الجارية اذا كانت بكراً فللاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال فتكون سريعة الانخداع فاما اذا كانت ثيبا فلها ان تنفرد بالسكنى لانها قد اختبرت الرجال وعرفت كيدهم ومكرهم فليس للاب ان يضمها الى نفسه بعد البلوغ لان ولايته قد زالت بالبلوغ وانما بقى حق الضم فى البكر لانها عرضة للفتنة وللانخداع وذلك غير موجود فى حق الثيب والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للولى مع الثيب أمر وقال صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها يعنى فى التفرد بالسكنى ولكن هذا اذا كانت مأمونة على نفسها وذكر فى كتاب الطلاق أن الثيب اذا كانت مخوفة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها الى نفسه لبقاء الخوف وقد بينا أن ولاية الضم فى البكر لكونها مخوفا عليها فاذا وجد ذلك فى حق الثيب كان له أن يضمها الى نفسه واما البكر فان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اليه أيضاً لانه مشفق عليها فيقوم بحفظها وان كانت لا تبلغ شفقته

شفقة الاب بمنزلة ولاية التزويج يثبت للعم والاخ بعد الاب والجد فان كان أخوها أو عمها مفسداً مخوفا لم يخل بينه وبينها لان ضمها اليه لدفع الفتنة فاذا كان سببا للفتنة لم يكن له حق ضمها اليه بل يجعل هو كالمعدوم فتكون ولاية النظر بعد ذلك الى القاضي ينظر امرأة من المسلمين ثقة فيضمها عندها وكما يثبت للقاضي ولاية النظر في مالها عند عجزها عن ذلك فكذلك في حق نفسها فان كانت البكر قد دخلت في السن فاجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها أو عمها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يخاف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال ذلك حين دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها ﴿قال﴾ وأم الولد اذا أعتقها مولاها في الولد بمنزلة الحرة المطلقة لان ثبوت هذا الحق للأم باعتبار شفقتها على الولد وذلك موجود في حق أم الولد بل شفقتهن على أولادهن أظهر من شفقة الحرائر لان الولد كان سبب عتقها الا أن قبل العتق ليس لها حق الحضانة لاشتغالها بخدمة مولاها ولانها مملوكة لا تلي نفسها وحق الحضانة نوع ولاية فكما لا يثبت سائر الولايات للرقيق فكذلك في الحضانة وهذا المعنى يزول بالعتق فكانت في الحضانة بعد العتق كالحرة الاصلية ﴿قال﴾ والامة اذا فارقها زوجها فان الولد رقيق لمولى الامة يأخذهم المولى وهو أولى بهم من الاب لان الولد تبع الام في الملك والمملوك مالكه أحق من غيره وكذلك اذا كان الزوج حراً لم يفارق أمه فالمولى أولى بالولد لكونه مملوكا له ولكن لا ينبغي أن يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب متاع البيت

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما كان للنساء كالدرع والخمار والمغازل وما أشبه ذلك فهو للمرأة وما كان للرجال كالسلاح والقباء والقلنسوة والمنطقة والطيلسان والسراويل والفرس فهو للرجل وما كان للرجال والنساء كالخادم والعبد والشاة والفرش فهو للرجل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانا حيين وان مات أحدهما ووقع الاختلاف بين الحي منهما وورثة الميت فهو للباقي منهما أيهما كان وقال محمد رحمه الله تعالى

مايصلح للرجال والنساء فهو للرجل ان كان حيا ولورثته ان كان ميتاً وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تعطي المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل استحسن ذلك وقال ابن أبي ليلى مايصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وانما لها مايصلح للنساء خاصة وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجل الا ما على المرأة من ثياب بدنها وقال زفر رحمه الله تعالى المتاع بينهما نصفان اذا لم تقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك رحمه الله تعالى وأحد أقاويل الشافعي رضى الله تعالى عنه وفى قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له لان يد صاحب البيت على مافى البيت أقوى وأظهر من يدغيره ولان المرأة ساكنة البيت الا ترى انها تسمى قعيدة فاذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد ومن يقول المتاع كله للزوج قال لان المرأة في يد الزوج فمافى بيتها يكون فى يد الزوج أيضاً الا ترى انه صاحب البيت وان المنزل يضاف اليه ولهذا لو تنازع رجلان فى امرأة وهي فى بيت أحدهما فأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولي ويكون هذا بمنزلة الاجير مع المستأجر اذا اختلفا في متاع الحانوت فالقول قول المستأجر وليس للاجير الا ماعليه من ثياب بدنه فهذا مثله ومن يقول الكل بينهما نصفان يقول استويا في سبب الاستحقاق لانهما ساكنان في البيت فالبيت مع مافيه يكون فى يدهما ولا معتبر في الدعوي والخصومات بالشبه الا ترى ان اسكافا وعطارا لو تنازعا فى آلات الاسكافة أو آلات العطارين وهو فى أيديهما قضى بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لكل واحد منهما وهذا لان الانسان قد يتخذ الشيء لاستعماله وقد يتخذه ليتجر فيه فكذلك هذا ومن يقول ان المشكل بينهما يقول لكل واحد منهما فيما يصلح له نوع ترجيح من حيث ان الظاهر انه هو الذى اتخذه لاستعماله فيترجح به كما لو تنازع صاحب الدار مع سكانها في لوح موضوع فى الدار ونقشه يشبه نقش الالواح التى فى السقف وموضعه من السقف ظاهر فان القول قول صاحب الدار لاجل شهادة الظاهر له وان لم يكن بهذه الصفة فالقول قول الساكن كسائر الامتعة فاما فى المشكل لا ترجيح لواحد منهما فيعتبر فيه المساواة فى سبب الاستحقاق فيكون بينهما نصفان وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول القياس ان يكون الكل للزوج لان المرأة مع مافى يدها فى يد الزوج الا أن الظاهر انها لا تزف الى

بيت زوجها الامع جهاز مثلها في مقدار جهازمثلها يترك القياس للعرف الظاهر ويجعل ذلك لها وفيما زاد على ذلك القول قول الزوج بطريق القياس الذى قلنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجل وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال يد حتي لو تنازع رجلان فى ثوب واحد وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا في دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لاحدهما فأما فيما يصلح لهما فيترجح جانب الرجل فى الطلاق لانه صاحب البيت فقد كانت هى مع المتاع في يده فأما بعد موت أحدهما قال محمد رحمه الله تعالى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج فكما أن في المشكل القول قوله فى حياته فكذلك بعد موته القول قول ورثته وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يد الباقى منهما الى المتاع أسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد لصلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه فلهذا النوع من الترجيح كان المشكل للباقي منهما أيهما كان وما كان من متاع التجارة والرجل معروف بتلك التجارة فهو للرجل والجبة المحشوة وجبة القز والخز والبرود فهو للرجل اذا كانت ذات لبة لان هذا مما يستعمله الرجال دون النساء والمستقة والبر كان المعلم مما يكون للرجال والنساء جميعا وان كان أحد الزوجين حراً والآخر مملوكا أو مكاتباً فالمتاع للحر منهما أيهما كان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي هذا وما لو كانا حرين سواء على مابينا فى الفصل الاول من قول كل واحد منهما وانما نص على هذا الخلاف فى الجامع الصغير وجه قولهما أن المملوك بمنزلة الحر في الاستحقاق باليد لان له يدا معتبرة ألا ترى أنه لو تنازع حر ومملوك فى متاع في يدهما كان بينهما نصفان ولا تترجح يد الحر بحريته فكذلك هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول يد الحر أقوي فانها يد ملك ويد العبد ليست بيد ملك فكما يقع الترجيح هنا بقوة اليد يقع بالقرب من الاستعمال بخلاف سائر الدعاوى والخصومات فكذلك يقع الترجيح هنا بقوة اليد بالحرية توضيحه أن يد الحر يد نفسه ويد العبد من وجه كأنها يد مولاه وقد بينا أن الترجيح هنا باعتبار أن يده يد نفسه كما بعد موت أحدهما وان كان أحدهما كافراً والآخر مسلما فالمسلم والكافر فى

ذلك سواء لانهما فى قوة اليد يستويان فان يد كل واحد منهما يد نفسه وهي يد ملك فيستويان فى الاستحقاق ويستوى ان وقعت المنازعة بينهما في حال قيام النكاح أو بعد وقوع الفرقة بأى وجه وقعت الفرقة بينهما سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو من قبل المرأة وان كانت أمة فأعتقت فاختارت نفسها فما عرف أنه كان فى البيت قبل أن تعتق فهو للرجل عند أبى حنيفة بمنزلة ما لو وقعت المنازعة فى ذلك قبل عتقها وما أحدثا بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما بينا في الطلاق لان يدها بالعتق تتقوى فتستوى بيد الرجل فيما أحدث بعد العتق ﴿ قال ﴾ فان كان له نسوة فوقع الاختلاف بينه وبينهن فان كن في بيت واحد فمتاع النسوة بينهن سواء للمساواة بينهن فى سبب الاستحقاق وهو القرب من الاستعمال وقوة اليد بسببه وان كانت كل واحدة منهن في بيت واحد فما فى بيت كل واحدة منهن بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشارك بعضهن بعضا لانه لا يد لكل واحدة منهن فيما فى بيت ضرتها فلا تستحق شيئاً من ذلك الا بحجة ﴿ قال ﴾ واذا أقرت المرأة بمتاع أن الرجل اشتراه فهو للرجل لان الشراء سبب موجب للملك وقد أقرت له بمباشرة هذا السبب ولان ما أقرت به كالمعاين ولو عايناه اشترى شيئاً كان ذلك مملوكا له فكذلك اذا أقرت هى بشرائه ﴿ قال ﴾ واذا مات الرجل فقالت الورثة للمرأة قد كان طلقك في حياته ثلاثا وأرادوا أن يأخذوا منها المشكل لم يصدقوا على ذلك وهذا التفريع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه يقول اذا وقعت الفرقة بالطلاق ففى المشكل القول قول الزوج واذا وقعت بالموت ففي المشكل القول قول الباقى منهما ثم هنا الورثة يدعون طلاقا لم يظهر سببه فلا يقبل قولهم فى ذلك الا بحجة الا ترى انهم لو أرادوا منع ميراثها بهذه الدعوى لم يقبل قولهم في ذلك ولان القول قولها بعد ما تحلف بالله انها ما تعلم انه طلقها لانها لو أقرت بالطلاق لزمها فاذا أنكرت حلفت عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان علم انه طلقها فى صحته ثلاثا ثم مات أو طلقها في مرضه ثلاثا ثم مات بعد انقضاء العدة ففى المشكل القول قول ورثة الزوج لانها صارت أجنبية بهذا الطلاق ولو وقعت المنازعة بينهما فى المشكل بعد الطلاق كان القول فيه قول الزوج فكذلك بعد موته القول فيه قول ورثته وان مات قبل ان تنقضى العدة فهو للمرأة لان الطلاق في المرض لا يجعلها أجنبية مالم تنقضى عدتها الا ترى انها ترثه بالزوجية اذا مات فكان هذا ومالو وقعت الفرقة بينهما

بالموت

بالموت سواء فلهذا كان القول في المشكل قولها وان كانا مملوكين أو مكاتبين أو كافرين فالقول فى المتاع على ما وصفنا فى الحرين المسلمين لان هذا من باب الدعوى والخصومة والكفار والمماليك في ذلك يستوون بالاحرار المسلمين كما فى سائر الخصومات والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب القسمة بين النساء

اعلم بان الزوج مأمور بالعدل فى القسمة فيما بين النساء وذلك ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة الى قوله ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه ان لا تجوروا وذكر الشافعي رحمه الله تعالى في أحكام القرآن ان معناه ان لا تكثر عيالكم وهذا مخالف لقول السلف فالمنقول عنهم أن لا تميلوا ومع ذلك فهو خطأ من حيث اللغة فانه لو كان المراد كثرة العيال لكان يقول ان لا تعيلوا يقال عال اذا مال وأعال اذا صار معيلا ومن حيث المعنى كذلك أيضا غلطا فانه أمر بالاكتفاء بالواحدة واتخاذ ما بينا من ملك اليمين عند هذا الجور ومعنى كثرة العيال ووجوب النفقة يحصل فى ملك اليمين كما يحصل فى ملك النكاح وانما ينعدم فى ملك اليمين استحقاق التسوية في القسمة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل فى القسمة بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من زيادة المحبة لبعضهن وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم قال من كانت له زوجتان فمال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولان النساء رعاياه الا ترى انه يحفظهن وينفق عليهن وكل راع مأمور بالعدل فى رعيته واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته اذا عرفنا هذا فنقول اذا كان للرجل الحر أو المملوك امرأتان حرتان فانه يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة وان شاء ان يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل لان المستحق عليه التسوية فاما في مقدار الدور فالاختيار اليه وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا فى المجامعة لان ذلك ينبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه فهو نظير المحبة في القلب وروى عن الاشعث بن الحكم رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لام سلمة رضى الله عنها حين دخل

بها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن زاد فى بعض الروايات ان شئت ثلثت لك وثلثت لهن وفى رواية وان شئت ثلثت لك ثم درت وبهذا الحديث أخذ علماؤنا فقالوا الجديدة والقديمة فى حكم القسم سواء بكراً كانت الجديدة أو ثيبا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان كانت بكراً يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيباً فثلاث ليال ثم التسوية بعد ذلك لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تفضل البكر بسبع والثيب بثلاث ولان القديمة قد ألفت صحبته وأنست به والجديدة ما ألفت ذلك بل فيها نوع نفرة ووحشة فينبغي أن يزيل ذلك عنها ببعض الصحبة لتستوي بالقديمة فى الالف ثم المساواة بعد ذلك فاذا كانت بكراً ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال واذا كانت ثيبا فهي قدصحبت الرجال وانما لم تصحبه خاصة فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحبته وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية اجتماعها فى نكاحه وقد تحقق ذلك بنفس العقد ولو وجب تفضيل إحداهما كانت القديمة أولى بذلك لان الوحشة فى جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها فان ذلك يغيظها عادة ولان للقديمة زيادة حرمة بسبب الخدمة كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة وأما الحديث فالمراد التفضيل بالبداية دون الزيادة كما ذكر فى حديث أم سلمة رضى الله تعالى عنها ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وقوله ان شئت ثلثت لك ثم درت أي أخبرت بمثل ذلك على كل واحدة منهن ونحن نقول به ان للزوج أن يبدأ بالجديدة لما له فى ذلك من اللذة ولكن بعد أن يسوى بينهما ﴿قال﴾ والمسلمة والكافرة والمراهقة والمجنونة والبالغة فى استحقاق القسم سواء للمساواة بينهن فى سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح فلا ينبغي أن يقيم عند إحداهن أكثر مما يقيم عند الاخرى الا أن تأذن له فيه لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذن نساءه في مرضه أن يكون فى بيت عائشة رضى الله تعالى عنها فأذنّ له في ذلك فكان فى بيتها حتى قبض صلي الله عليه وسلم ففي هذا دليل على أن الصحيح والمريض في القسم سواء لان النبى صلى الله عليه وسلم فى أول مرضه كان يكون عند كل واحدة منهن ثم لما شق ذلك عليه استأذنهن فى أن يكون عند عائشة رضى الله تعالى عنها فدل ذلك على أن الصحيح والمريض سواء وأن عند الاذن له أن يقيم عند احداهن فأما الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد تكون زوجة الرجل فيتزوج عليها حرة فللحرة يومان وللامة يوم واحد لحديث على رضى الله تعالى عنه على ماروينا

قال وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث ولان حل الامة على النصف من حل الحرة واستحقاق القسم باعتبار ذلك والرق في المكاتبة والمدبرة وأم الولد قائم ﴿ قال ﴾ وان سافر الرجل مع احدى امرأتيه لحج أو غيره فلما قدم طالبته الثانية أن يقيم عندها مثل المدة التي كان فيها مع الاخرى في السفر لم يكن لها ذلك ولم يحتسب عليه بأيام سفره مع التي كانت معه ولكنه يستقبل العدل بينهن والكلام هنا في فصلين أحدهما ان له أن يسافر بأيتهما شاء من غير اقراع بينهما عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس له ذلك الا أن يقرع بينهما لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفراً أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها وأصابتني القرعة في السفرة التي أصابني فيها ما أصابني وحجتنا في ذلك أنه لا حق للمرأة في القسم عند سفر الزوج ألا ترى ان له أن يسافر ولا يستصحب واحدة منهن فليس عليه التسوية بينهن في حالة السفر وانما كان يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبه نقول ان ذلك مستحب للزوج ثم اذا سافر ببعضهن ليس للباقين بعد الرجوع الاحتساب عليه بتلك المدة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ان سافر ببعضهن بغير اقتراع فذلك محسوب عليه في حق الاخرى بناء على أصله أن الاقراع مستحق عليه فاذا لم يفعل ذلك كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي أن يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وقد بينا أنه لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج فلا يلزمه مراعاة التسوية باعتبار تلك المدة كما اذا سافر بها بالقرعة الا ترى انه في حالة الحضر لا فرق بين ان تكون البداية باقراع أو بغير اقراع فكذلك في السفر ﴿قال﴾ ولو أقام عند إحداهما شهراً ثم خاصمته الأخرى في ذلك قضى عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو هدر غير انه هو فيه آثم لان القسمة تكون بعد الطلب من كل واحدة منهما فما مضى قبل الطلب ليس من القسمة في شئ والواجب عليه العدل في القسمة الا ترى أن ما مضى قبل نكاح احداهما لا يعتبر في حق التي جدد نكاحها فكذلك ما مضى قبل طلبها ﴿ قال ﴾ فان عاد الى الجور بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لانه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعذر في ذلك ويؤمر بالعدل ﴿قال﴾ ولو كان عند الرجل امرأة فدخلت في سنها أى كبرت

فأراد ان يستبدل بها شابة فطلبت ان يمسكها ويتزوج بالأخرى ويقيم عند التى تزوج أياما ويقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزاً لا بأس به لقوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما الآية قال على رضى الله عنه انما نزلت هذه الآية فى هذا وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها حين طعنت فى السن اعتدى فسألته لوجه الله تعالى ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضى الله عنها لكي تحشر يوم القيامة مع أزواجه صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن ففعل ﴿ قال ﴾ ولا بأس بأن يقيم الرجل عند احدى امرأتيه أكثر مما يقيم عند الاخرى اذا أذنت له لما روينا من الحديث في مقامه صلى الله عليه وسلم فى بيت عائشة رضى الله عنها باذنهن رضى الله عنهن ولقول ابن عباس رضى الله عنه فى قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء الآية قال هذا فى الحب فامافى القسم فينبغى ان يعدل ولا يفضل احداهما الا باذن الاخرى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً مثل قول على رضى الله تعالى عنه وكان المعنى فيه أن التى رضيت أسقطت حق نفسها وهي من أهل أن تسقط حقها الا أن هذا الرضا ليس يلزمها شيئا حتى اذا أرادت أن ترجع وتطالب بالعدل فى القسم فلها ذلك ﴿ قال ﴾ واذا أقام عند امرأته الامة يوما ثم أعتقت لم يقم عند الحرة الاخرى الا يوما واحداً لأن المعتقة استوت بالحرة فى السبب فعليه مراعاة التسوية بينهما فى القسم وتجعل حريتها عند انتهاء النوبة اليها بمنزلة حريتها عند ابتداء النوبة ولو أقام عند الحرة يوما ثم أعتقت تحول عنها الى المعتقة لانها قد استوت بها فليس له أن يفضل الحرة بشئ بعد ما استوت المعتقة بها ﴿قال﴾ واذا كان للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر بأن يبيت معها ويفطر لها وبلغنا عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال لكعب بن سور اقض بينهما فقال أراها احدى نسائه الاربع لهن ثلاثة أيام ولياليها ولها يوم وليلة وقصة هذا الحديث أن امرأة جاءت الى عمر رضى الله تعالى عنه وقالت ان زوجى يصوم النهار ويقوم الليل فقال نعم الرجل زوجك فأعادت كلامها مراراً في كل ذلك يجيبها عمر رضي الله عنه بهذا فقال كعب بن سور يا أمير المؤمنين انها تشكو من زوجها فى أنه هجر من صحبتها فتعجب عمر رضى الله تعالى عنه من فطنته وقال اقض بينهما فقضى كعب رضى الله تعالى عنه بما ذكر فولاه عمر رضى الله تعالى

عنه قضاء البصرة ثم فى ظاهر الرواية لايتعين حقها فى يوم وليلة من كل أربع ليال ولكن يؤمر الزوج بأن يراعى قلبها ويبيت معها أحيانا . وروي الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال اذا كان للرجل امرأة واحدة فاشتغل عنها بالصيام والقيام أو بصحبة الاماء فخاصمته فى ذلك نضى القاضى لها بليلة من كل أربع ليال لحديث كعب بن سور ولان للزوج أن يسقط حقها عن ثلاث ليال بأن يتزوج ثلاثا سواها وليس له أن يسقط حقها أكثر من ذلك وجه ظاهر الرواية أن القسمة والعدل انما يكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا حين لم يكن فى نكاحه الا واحدة أرأيت لوكان تحته أربع نسوة أكان يستحق عليه يوم وليلة من أربعة لكل واحدة منهن فلا يشتغل بالصيام والقيام أبداً حتى لا يصوم لا رمضان ولا غيره هذا ليس بشئ والصحيح أنه يؤمر بأن يؤنسها بصحبته أحيانا من غير أن يكون فى ذلك شئ مؤقت وهذا لان عند المزاحمة تلحق كل واحدة منهما المغايظة لمقامه عند الاخرى فيستحق عليه التسوية ولايوجد ذلك عند عدم المزاحمة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج امرأتين على أن يقيم عند احداهما يوما والاخرى يومين ثم طلبت التى لها اليوم أن يعدل بينهما فلها ذلك لما بينا أنها رضيت بترك العدل فيما مضى من المدة فلا يلزمها ذلك فى المستقبل شيئاً ولان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع وهو باطل لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ﴿ قال ﴾ والمجبوب والخصى والعنين فى القسمة سواء بين النساء لما بينا أن وجوب القسم والعدل للصحبة والمؤانسة دون المجامعة وحال هؤلاء فى هذا كحال الفحل وكذلك الغلام الذى لم يحتلم اذا دخل بامرأتين فانه يسوى بينهما فى القسم لان وجوب التسوية لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب كما يتوجه على البالغين ﴿ قال ﴾ واذا جعلت المرأة لزوجها جعلا على أن يزيدها في القسم يوما ففعل لم يجز وترجع فى ماله لانها رشته على أن يجور والرشوة حرام وهذا بمنزلة الرشوة في الحكم وهو من السحت فلهذا تسترد ما أعطت وعليه التسوية في القسم وكذلك لو حطت له شيئاً من المهر على هذا الشرط أو زادها الزوج فى مهرها أو جعل لها جعلا على أن تجعل نوبتها لفلانة فهذا كله باطل لانها بهذا لا يملك الزوج شيئاً فلا تستوجب عليه المال بمقابلته ولانها أخذت الرشوة على أن

ترضى بالجور وذلك حرام فكان الجعل مردوداً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب نفقة ذوي الارحام

﴿قال﴾ رضى الله عنه ويجبر الرجل الموسر على نفقة أبيه وأمه اذا كانا محتاجين لقوله تعالى ولا تقل لهما أف نهى عن التأفيف لمعنى الأذى ومعنى الأذى فى منع النفقة عند حاجتهما أكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى فى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف وقال صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا مما كسب أولادكم واذا كان الاولاد ذكوراً واناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية في أظهر الروايتين وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الرواية الاخرى أن استحقاق الابوين النفقة باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد كما قال صلي الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وفى هذا الذكور والاناث سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة ﴿قال﴾ وان كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا فى الحال لم يكن أحدهما بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر الا انه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لايفضل عن نفقته فعليه ان يضم الأب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الأب ولو فعل ذلك لايخشى الهلاك على الولد والانسان لايهلك على نصف بطنه ﴿قال﴾ وكذلك الجد أب الاب والجدة أم الأم وأم الأب لانهم من الوالدين وحالهم فى استحقاق النفقة كحال الابوين الا ترى ان التأويل في مال النافلة يثبت للجد عند عدم الاب كما يثبت للاب ﴿قال﴾ ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار لقوله عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك ولان الولد جزء من الاب فتكون نفقته عليه كنفقته على نفسه ثم في ظاهر الرواية لايشارك الاب في النفقة أحد وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما من الولد فأما فى ظاهر الرواية كما لايشارك

الاب في مؤنة الرضاع أحد فكذلك في النفقة وهذا اذا كان الاب موسراً فان كان معسراً والام موسرة أمرت بأن تنفق من مالها على الولد ويكون ذلك دينا على الاب اذا أيسر وكذلك الاب اذا كان معسراً وله أخ موسر فان الاخ وهو عم الولد يعطي نفقة الولد ويكون ذلك دينا على الاب له اذا أيسر لان استحقاق النفقة على الأب ولكن الانفاق لا يحتمل التأخير فيقام مال الغير مقام ماله في أداء مقدار الحاجة منه على أن يكون ذلك دينا عليه اذا أيسر والذي قلنا في الصغار من الاولاد كذلك في الكبار اذا كن إناثا لان النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة لعجز المنفق عليه عن كسبه وان كانوا ذكوراً بالغين لم يجبر الاب على الانفاق عليهم لقدرتهم على الكسب الا من كان منهم زمناً أو أعمى أو مقعداً أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو مفلوجا أو معتوها فحينئذ تجب النفقة على الوالد لعجز المنفق عليه عن الكسب وهذا اذا لم يكن للولد مال فاذ كان للولد مال فنفقته في ماله لانه موسر غير محتاج واستحقاق النفقة على الغني للمعسر باعتبار الحاجة اذ ليس أحد الموسرين بايجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر بخلاف نفقة الزوجة فان استحقاق ذلك باعتبار العقد لتفريغها نفسها له فتستحق موسرة كانت أو معسرة فاما الاستحقاق هنا باعتبار الحاجة فلا تثبت عند عدم الحاجة ﴿قال﴾ فان كان مال الولد غائباً أمر الاب بان ينفق عليه من ماله على ان يرجع في مال الولد اذا حضر ماله لكنه ان أشهد فله ان يرجع في الحكم وان أنفق بغير اشهاد لكن على نية الرجوع فله ان يرجع فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحكم ليس له ذلك لان الظاهر انه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضي يتبع الظاهر فاما فيما بينه وبين الله تعالى فله ان يرجع لان الله تعالى عالم بما في ضميره ﴿قال﴾ وكذلك يجبر على نفقة كل ذي رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزمانة من الرجال اذا كانوا ذوي حاجة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو غير محرم واستدل بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولكنا نقول قد بينا ان في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك والشافعي رحمه الله تعالى يبني على أصله فان عنده استحقاق الصلة باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق أحد على أحد الا الوالدين والمولودين عنده وجعل قرابة الاخوة في ذلك كقرابة بني الاعمام فكذلك في حق استحقاق

النفقة وفيما بين الآباء والاولاد الاستحقاق بعلة الجزئية دون القرابة وحمل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك على نفي المضارة دون النفقة وذلك مروى عن ابن عباس رضي الله عنه ولكنا نستدل بقول عمر وزيد رضي الله عنهما فانهما قالا وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة ثم نفي المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث على ان الكناية في قوله ذلك تكون عن الأبعد واذا أريد به الاقرب يقال هذا فلما قال ذلك عرفنا أنه منصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعني فيه أن القرابة القريبة يفترض وصلها ويحرم قطعها قال صلى الله عليه وسلم ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة والرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة خونت ولم أرد ويقول الرحم قطعت ولم أوصل وقد جعل الله تعالى قطيعة الرحم من الملاعن بقوله تعالى أولئك الذين لعنهم الله ومنع النفقة مع يسار المنفق وصدق حاجة المنفق عليه يؤدى الى قطيعة الرحم ولهذا اختص به ذو الرحم المحرم لان القرابة اذا بعدت لا يفرض وصلها ولهذا لا تثبت المحرمية بها وكذلك المرأة الموسرة تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الاقارب لان هذا الاستحقاق بطريق الصلة فيستوى فيه الرجال والنساء كالعتق عند الدخول فى الملك ﴿قال﴾ ولا يجبر المعسر على نفقة أحد الا على نفقة الزوجة والولد الصغير أما استحقاق نفقة الزوجة باعتبار العقد وأما الاولاد الصغار فلأنهم اجزاؤه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة أولاده والاصل فيه قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فأما نفقة الاقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الاقارب الا أنه يروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال اذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل الى أقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى لتيسير الاداء ويسر الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته ﴿قال﴾ واذا امتنع الاب من الانفاق على أولاده الصغار يحبس فى ذلك بخلاف سائر الديون فان الوالد غير محبوس فيه لوجهين أحدهما أن النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصداً الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصده الى اتلاف ولده كما لو عدى عليه بالسيف كان له أن يقتله دفعاً له بخلاف سائر الديون

لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضي الوقت فيستوجب الحبس اذا امتنع من الاداء وهو نظير ما قلنا أن من جار في القسم يوجع عقوبة واذا امتنع من ايفاء حق آخر لا يحبس لان ذلك الحق لا يسقط بتأخير الاداء وما جار فيه من الزمان لا يصير دينا فيوجع عقوبة ليمتنع من الجور ﴿قال﴾ ومن كان له مسكن أو خادم ليس له غيره وهو محتاج تحل له الصدقة فعلى الموسر من ذى الرحم المحرم نفقته وقال الخصاف فى كتابه بعد ما روى هذا عن محمد رحمه الله تعالى وقال غيره ليس عليه نفقته ولكن يقال له بع مسكنك وخادمك وأنفق على نفسك لانه يمكنه أن يكتفي بمنزل يكرى فأما فى ظاهر الرواية المنزل والخادم من أصول حوائجه فانه لا بد له من ذلك فلا ينعدم بملكها حاجته ﴿قال﴾ ولا يقضي بالنفقة فى مال أحد ممن ذكرنا اذا كان رب المال غائباً أو مفقوداً ما خلا الوالدين والزوجة فانى أقضى لهم من مال الغائب والحاصل ان ما كان مختلفا فيه فلا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجد القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق ان يمد يده فيأخذ ذلك من غير قضاء القاضي وللقاضى ان يعينه على ذلك اذا كان صاحب المال حاضراً أو غائبا والسبب معلوما للقاضى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهند رضى الله عنها خذى من مال أبى سفيان رضى الله عنه مايكفيك وولدك بالمعروف وهو كان غائبا وقال في كتاب المفقود وان استوثق منه بكفيل فحسن لجواز ان يكون أخذ النفقة أو بعث الغائب بنفقته فيقصد الأخذ ثانيا والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فاذا كان الغائب عاجزاً عن النظر لنفسه نظر القاضى له بأخذ الكفيل ان شاء وان شاء ضمنهم ذلك ولم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضاً لانه ليس هنا خصم يطلب من القاضى أخذ الكفيل وانما يجب ذلك على القاضى عند طلب الخصم ﴿قال﴾ فان كان له عند هؤلاء مال فأنفقه على نفسه أجزته ولم أضمنه لانه ظفر بجنس حقه فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عند غيرهم فأعطاهم بغير أمر القاضى حتى أنفقوا كان ضامنا له لانه مأمور بالحفظ ودفعه الى غيره لينفق ليس من الحفظ فيصير به مخالفا ضامنا وهو نظير مالو أراد المودع أن يقضى بالوديعة دين المودع ليس له ذلك ويصير ضامناً ان فعله وان كان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ﴿قال﴾ وان باع أحد منهم متاع الغائب للنفقة أبطلت بيعه ماخلا الاب المحتاج فانى أجيز بيعه على ولده الغائب فيما سوى العقار استحسانا لما ينفقه على

نفسه ولا يجوز فى العقار الا ان يكون الولد صغيراً وهـذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في كتاب المفقود ﴿قال﴾ وكذلك قياس قوله فى المفقود وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجوز بيع الاب أيضاً على ابنه الكبير الغائب فى العقار كما لايجوز بيع غيره والقياس ماقالا لان ولاية الاب قد زالت ببلوغ الصبي عن عقـل فيكون هو فى بيع أمواله كغيره يدل عليه ان النفـقة لاتكون أوجب من سائر الديون وليس للأب بيع شئ من متاع ولده فى دين له عليه ولا يقضى القاضي بذلك أيضاً لما فيه من القضاء على الغائب فكذلك في النفقة واستحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لاتبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب واستحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ ولكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العروض يخشى عليه من الهلاك وحفظ الثمن أيسر وولاية الحفظ تثبت لمن يثبت له ولاية التصرف كالوصى فى حق الوارث الكبير الغائب له ولاية الحفظ وبيع العروض فكذلك للاب ذلك وبعد البيع الثمن من جنس حقه فله ان يأخذ منه مقدار النفقة فامابيع العقار ليس من الحفظ لانه محصن بنفسه فلا يملك ذلك الا بمطلق اولاية وهو عند صغر الولد أو جنونه واذا باع عند ذلك أخذ من الثمن نفقته لانه من جنس حقه وبخلاف الام وسائر الاقارب لانه لم تكن لهم ولاية التصرف فى حالة الصغر ليبقي أثر تلك الولاية بعد البلوغ وكذلك ليس لهم ولاية حفظ المال فلهذا لا يجوز منهم بيع العروض ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابتـه ولا الكفار على نفـقة المسلـين من قرابتهم لان هذا الاستحقاق بصلة ولاية الوراثة شرعا وبسبب اختلاف الدين ينعدم التوارث الا الوالدين والولد والزوجة أما استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وذلك متحقق مع اختلاف الدين أما فى حق الوالدين والولد القياس أن لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن فقال يجب على الولد المسلم نفقة أبويه الذميين لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب فى نعم الله ويدعهما يموتان جوعا والنوافل والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين فى ذلك لان استحقاقهم باعتبار الولاد بمنزلة استحقاق الابوين ﴿قال﴾ واذا مات الاب وللولد الصغير أم وجد أب الاب فنفقته

عليهما على قدر ميراثهما أثلاثا بخلاف الاب في ظاهر الرواية فانه لا يشاركه فى النفقة أحد لحقيقة الجزئية بينه وبين الولد وذلك لا يوجد فى حق الجد فان اتصال النافلة بواسطة الاب كاتصال الأخ فكما أن فى الاخ والام النفقة عليهما بحسب الميراث اذا كانا موسرين فكذلك فى الجد والام النفقة عليهما بحسب الميراث ﴿قال﴾ وان كان للولد خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على الخال دون ابن العم وان كان الميراث لابن العم لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس بمحرم فلا نفقة عليه والخال محرم فتكون النفقة عليه اذا كان موسراً ﴿قال﴾ واذا كان الرجل زمنا معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين أهل يسار فنفقة الرجل تكون على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لأم اسداسا بحسب ميراثهما منه وأما نفقة الاولاد فعلى الاخ لأب وأم خاصة لان له ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم فلا يرث معه العم لاب ولا العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل في حكم المعدوم فتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب ميراثه واذا كان الولد بنتا كانت نفقة الاب والبنت على لاخ لأب وأم خاصة أما نفقة البنت فلما بينا وأما نفقة الاب فلأن الوارث هنا هو الاخ لأب وأم خاصة لان الاخ لأب وأم يرث مع البنت والاخ لأم لا يرث مع البنت فلا حاجة الى أن تجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد أن يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب بين الاخ لأب وأم والاخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ﴿ قال ﴾ وان كان مكان الاخوة أخوات متفرقات فان كان الولد ذكراً فنفقة الاب على أخواته أخماسا لان أحداً من الاخوات لا يرث مع الابن فلا بد من أن يجعل الابن كالمعدوم وبعد ذلك الميراث بينهن أخماسا ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم وخمسه للأخت لأب وخمسه للأخت لأم بطريق الفرض والرد فالنفقة عليهم بحسب ذلك ونفقة الولد على الاخت من الاب والام خاصة في قول علمائنا لان ميراثه اذا مات عند عدم الوالد للعمة لأب وأم خاصة دون العمة لأب أو لأم أما فى قول من يورث العمات المتفرقات كما يورث الاخوات وهو قول أهل التنزيل فنفقة الولد عليهن أيضاً أخماسا بحسب الميراث ومن قال بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فى الميراث قال نفقة الأب تكون على الأخت لاب

السدس من ذلك والباقي أرباع على الاخت لأب وأم ثلاثة أرباعه وعلى الاخت لأم ربعه بحسب الميراث فانه لا يرى الرد على الاخت لأب مع الاخت لأب وأم فان كان الولد بنتا فنفقة الاب على الاخت لأب وأم خاصة لانهاوارثة مع البنات فان الاخوات مع البنات عصبة فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا ولكن لو مات الاب كان نصف ميراثه للبنت والباقى للأخت لأب وأم فكذلك نفقته على الاخت لأب وأم وكذلك نفقة البنت فى قولهم جميعا الا في قول أهل التنزيل فانهم يجعلون الميراث بين العمات أخماسا فنفقة البنت عليهن أخماسا أيضاً وأما عندنا ميراث البنت عند عدم الأب كله للعمة لأب وأم فالنفقة عليها أيضاً ثم أشار الى الاصل الذى قلنا انه ينظر الى وارث الاب فان كان يحرز الميراث كله وهو معسر جعلته كالميت ثم نظرت الى من يرثه فجعلت النفقة عليهم على قدر ميراثهم فان كان الذى يرثه لايحرز الميراث كله جعلت النفقة على من يرث معه ﴿قال﴾ امرأة معسرة ولها ولد موسر وأم موسرة فنفقتها على الولد دون الام وكذلك الاب نفقته على ابنه دون أبيه للتأويل الثابت له فى مال ولده بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولا يوجد ذلك في حق الوالد ولا فى حق الام وكما لا يشارك الوالد في النفقة على الولد أحد فكذلك لا يشارك الولد فى النفقة على الوالدين أحد من أم ولا أب ولا جد ﴿قال﴾ ويجبر أهل الذمة فيما بينهم على النفقة كما يجبر أهل الاسلام وان اختلفت مللهم فى الكفر لانهم أهل ملة واحدة يتوارثون مع اختلاف النحل فيثبت حكم استحقاق النفقة فيما بينهم أيضاً ولا يجبر الموسر على نفقة المعسر من قرابته اذا كان رجلا صحيحاً وان كان لايقدر على الكسب لان الصحيح الذى لازمانة به لايعجز عن كسب القوت عادة وبناء الحكم على العادة الظاهرة دون النادر الا فى الوالدين خاصة وفى الجد أب الاب اذا مات أب الولد فانه يجبر الولد على نفقته وان كان صحيحاً لدفع الأذى الذى يلحقه للكد والتعب على مابينا ﴿قال﴾ ولا يجبر المملوك والمكاتب على نفقة أحد من قرابته لان كسب المملوك لمولاه والمكاتب ليس له فى كسبه ملك فى الحقيقة بل هو دائر بينه وبين مولاه فلا يلزمه نفقة أحد من قرابته الاولده المولود فى الكتابة من أمته فانه داخل فى كتابته وكسبه له لتكون نفقته عليه ﴿قال﴾ ولا يجبر المسلم ولا الذمى على النفقة لوالديه وولده من أهل الحرب وان كانوا مستأمنين فى دار الاسلام لان الاستحقاق بطريق الصلة ولا يثبت للحربى استحقاق الصلة على من هو

أهل دار الاسلام الا ترى انهما لا يتوارثان وان كانا على ملة واحدة من الكفر فكذلك استحقاق النفقة لبعضهم على البعض ﴿ قال ﴾ ونفقة المعتوه على ابنه دون أبيه لتأويل الملك له فى مال ابنه دون مال أبيه الا ترى انه لو كان صحيحاً معسرا كانت نفقته على الابن دون الاب فكذلك اذا كان معتوها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قال رحمه الله تعالى هذا آخر شرح كتاب النكاح * بالمأثور من
المعانى والآثار الصحاح * أملاه المنتظر للفرج والفلاح *
مصليا على المبعوث بالحق بالسيوف والرماح *
وعلى آله وأصحابه أهل التقى والصلاح *
الذين مهدوا قواعد الحق
وسلكوا طريق
النجاح

﴿ تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ﴾
﴿ وأوله كتاب الطلاق ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الطلاق ﴾

﴿قال﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء الطلاق فى اللغة عبارة عن ازالة القيد وهو مأخوذ من الاطلاق يقول الرجل أطلقت ابلى وأطلقت أسيري وطلقت امرأتى فالكل من الاطلاق وانما اختلف اللفظ لاختلاف المعنى ففى المرأة يتكرر الطلاق واذا تم رفع القيد بتكرر الطلاق لايتأتى تقييده ثانياً فى الحال ففى التفعيل معنى المبالغة فلهذا يقال فى المرأة طلقت وهو كقولهم حَصان وحِصان لكن يقال فى الفرس حِصان أى بين التحصن وفى المرأة حَصان أى بينة الحصن وكذا يقال عدل وعديل وكلاهما مشتق من العدالة والمعادلة ولكن يختص أحد اللفظين بالآدمي لمعنى اختص به وموجب الطلاق فى الشريعة رفع الحل الذى به صارت المرأة محلا للنكاح اذا تم العدد ثلاثا كما قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويوجب زوال الملك باعتبار سقوط اليد عند انقضاء العدة فى المدخول بها وانعدام العدة عند عدم الدخول والاعتياض عند الخلع فالاسم شرعى فيه معني اللغة وايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً فى الاصل عند عامة العلماء ومن الناس من يقول لايباح ايقاع الطلاق الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق وقال صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين وقد روى مثله فى الرجل يخلع امرأته ولان فيه كفران النعمة فان النكاح نعمة من الله تعالى على عباده قال الله تعالى ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا وقال الله تعالى زين للناس حب الشهوات من النساء الآية وكفران النعمة حرام وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل الا عند الضرورة وذلك إما كبر السن لما روي ان سودة لما طعنت في السن طلقها رسول الله صلى الله عليه وسلم وإما لريبة لما روى أن رجلا جاء الى

النبي صلى الله عليه وسلم وقال ان امرأتى لاتردید لامس فقال صلوات الله عليه طلقها فقال انى أحبها فقال صلي الله عليه وسلم أمسكها اذن واما قوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وذلك كله يقتضى كله اباحة الايقاع وطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة رضى الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره ان يراجعها فانها صوامة قوامة ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة وكذلك الصحابة رضوان الله عليهم فان عمر رضى الله عنه طلق أم عاصم رضى الله عنها وعبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق تماضر رضى الله عنها والمغيرة بن شعبة رضى الله عنه كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا وقال انتن حسان الاخلاق ناعمات الارداف طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق وان الحسن بن على رضى الله عنهما استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال على رضى الله عنه على المنبر إن ابنى هذا مطلاق فلا تزوجوه فقالوا انا نزوجه ثم نزوجه ولان هذا ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا فى الاصل كالاعتاق وفيه معنى كفران النعمة من وجه ومعنى ازالة الرق من وجه فالنكاح رق قال صلى الله عليه وسلم النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وروى بم يرق كريمته ولهذا صان الشرع القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح الامهات والبنات والاخوات والى هذا المعني أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وان أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق فقد نص على أنه مباح لما فيه من ازالة الرق ومبغض لما فيه من معنى كفران النعمة ثم معنى النعمة انما يتحقق عند موافقة الاخلاق فأما عند عدم موافقة الاخلاق فاستدامة النكاح سبب لامتداد المنازعات فكان الطلاق مشروعا مباحا للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق *ثم هو نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة والسنة في الطلاق نوعان سنة من حيث العدد وسنة من حيث الوقت فالسنة من حيث العدد ما بدأ ببيانه الكتاب وهو نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها واحدة فى وقت السنة ويدعها حتى تنقضى عدتها هكذا نقل عن ابراهيم رحمه الله تعالى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم كانوا يستحسنون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه مبغض شرعا لكنه مباح لمقصود التفصى عن عهدة النكاح وذلك يحصل بالواحدة ولا يرتفع بها الحل الذى هو

نعـمة فالاقتصار عليها أحسن والحسن أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار عند كل طهر واحـدة وقال مالك رحمـه الله تعالى لا أعرف المباح من الطلاق الا واحدة والدليل على صحة ما قلنا قول رسول الله صلى الله عليـه وسلم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء يريد به الاشارة الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن ولما قابل الله تعالى الطلاق بالعـدة والطلاق ذو عدد والعـدة ذات عدد تنقسم آحاد أحـدهما على الآخر كقول القائل اعط هؤلاء الرجال الثلاثة ثلاثة دراهم ولان عدم موافقة الاخلاق أمر باطن لا يوقف على حقيقته فأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو الطهر الذى لم يجامعها فيه مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الاخلاق لانه زمان الرغبـة فيها طبعا وشرعا فلا يختار فراقها الا للحاجـة ومتى قام السبب الظاهر مقام المعنى الباطن دار الحكم معه وجوداً وعدما وهذا السبب الظاهر متكرر فتتكرر اباحة الطلاق بتكرره ويجعل ذلك قائم مقام تجدد الحاجة حكما واليـه أشار ابن مسعود رضى الله عنـه فقال اذا أراد الرجل أن يطلق امرأته للسنة طلقها تطليقـة وهى طاهرة من غير جماع فاذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها بعد ما تحيض وتطهر ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها أخرى فكانت قد بانت منه بثلاث تطليقات وبقى عليها من عدتها حيضة وعلى هذا الأصل قال علماؤنا رحمهم الله ايقاع الثلاث جملة بدعـة وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا أعرف فى الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح وربما يقول ايقاع الثلاث جمـلة سنة حتى اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسـنة وقع الكل فى الحال عنده قال وبالاتفاق لو نوى وقوع الثلاث جملة يقع جملة ولو لم يكن سنة لما عملت نيته لان النية بخلاف الملفوظ باطل واستدل فى ذلك بحديث العجلانى فانه لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليـه وسـلم ايقاع الثلاث جملة وقالت فاطمة بنت قيس رضى الله عنها طلقني زوجى ثلاثا الحديث الى ان قالت فلم يجعل لى رسول الله صلى الله عليه وسـلم نفقة ولا سكني وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر رضي الله عنهـا ثلاثا في مرض موته والحسن بن على رضى الله عنهما طلق امرأته شهباء رضي الله عنها ثلاثا حين هنته بالخلافة بعـد موت على رضى الله عنه والمعني فيه أن ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحا مطلقاً جمع أو

فرق كالعتق والدليل عليه انه لو طلق أربع نسوة له جملة كان مباحا بمنزلة مالو فرق فكذلك في حق الواحدة بل أولى لان هذا يزيل الملك عن امرأة واحدة وهناك الايقاع يزيل الملك عن أربع نسوة ولان الطلاق تصرف مملوك بالنكاح فيكون مباحا في الأصل والتحريم فيه لمعنى عارض كالظهار الذى انضم اليه وصف كونه منكراً من القول وزوراً والايلاء الذى انضم اليه معنى قطع الامساك بالمعروف على وجه الاضرار والتعنت فكذلك الطلاق مباح الايقاع الا اذا انضم اليه معني محرم وهو الاضرار بها بتطويل العدة عليها اذا طلقها في حالة الحيض وتلبيس أمر العدة عليها اذا طلقها فى طهر قد جامعها فيه لانها لا تدري أنها حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالاقراء وذلك منعدم اذا طلقها فى طهر لم يجامعها فيه سواء أوقع الثلاث أو الواحدة وهو معنى قولهم هذا طلاق صادف زمان الاحتساب مع زوال الارتياب وحجتنا فى ذلك قوله تعالى الطلاق مرتان معناه دفعتان كقوله أعطيته مرتين وضربته مرتين والالف واللام للجنس فيقتضى ان يكون كل الطلاق المباح في دفعتين ودفعة ثالثة في قوله تعالى فان طلقها أو في قوله عز وجل أو تسريح باحسان على حسب ما اختلف فيه أهل التفسير وفى حديث محمود بن لبيد رحمه الله تعالى ان رجلا طلق امرأته ثلاثا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام النبي صلى الله عليه وسلم مغضباً فقال أتلعبون بكتاب الله تعالى وأنا بين أظهركم واللعب بكتاب الله ترك العمل به فدل ان موقع الثلاث جملة مخالف للعمل بما فى الكتاب وان المراد من قوله فطلقوهن لعدتهن تفريق الطلقات على عدد اقراء العدة الا ترى انه خاطب الزوج بالامر باحصاء العدة وفائدته التفريق فانه قال لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً أي يبدو له فيراجعها وذلك عند التفريق لا عند الجمع وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ان أبانا طلق امرأته ألفا فقال صلى الله عليه وسلم بانت امرأته بثلاث في معصية الله تعالى وبقى تسعمائة وسبعة وتسعين وزراً في عنقه الى يوم القيامة وان ابن عمر رضى الله تعالى عنه لما طلق امرأته في حالة الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فقال أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكانت تحل لى فقال صلى الله عليه وسلم لا بانت منك وهى معصية وبهذه الآثار تبين انه انما ترك الانكار على العجلانى فى ذلك الوقت شفقة عليه لعلمه أنه لشدة الغضب ربما لا يقبل قوله فيكفر فأخر الانكار الى وقت آخر وأنكر عليه فى قوله اذهب

فلا سبيل لك عليها أو كراهة ايقاع الثلاث لما فيه من سد باب التلافي من غير حاجة وذلك غير موجود في حق العجلاني لان باب التلافي بين المتلاعنين منسد ماداما مصرين على اللعان والعجلاني كان مصراً على اللعان ولنا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فقد روى عن على وعمر وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعمران بن حصين رضى الله تعالى عنهم كراهة ايقاع الطلاق الثلاث بألفاظ مختلفة وعن أبي قتادة الانصارى رضى الله عنه قال لو أن الناس طلقوا نساءهم كما أمروا لما فارق الرجل امرأته وله اليها حاجة ان أحدكم يذهب فيطلق امرأته ثلاثا ثم يقعد فيعصر عينيه مهلا مهلا بارك الله عليكم فيكم كتاب الله وسنة رسوله فماذا بعد كتاب الله وسنة رسوله الا الضلال ورب الكعبة وقال الكرخي لاأعرف بين أهل العلم خلافا ان ايقاع الثلاث جملة مكروه الا قول ابن سيرين وان قوله ليس بحجة ويتبين بهذا أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه انما طلق امرأته ثلاثا في ثلاثة أطهار وأن الحسن رضى الله تعالى عنه انما قال لشهباء أنت طالق ثلاثا للسنة وعندنا لا بأس به والمعني فيه أنه تحريم البضع بمجرد قوله من غير حاجة فيكون مكروها كالظهار بل أولى فان الظهار تحريم البضع بمجرد قوله من غير ازالة الملك وفي ايقاع الثلاث تحريم البضع مع ازالة الملك والفقه فيه ماbينا أن اباحة الايقاع للحاجة الى التفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وذلك يحصل بالواحدة ولا يحصل بها تحريم البضع فلا تحقق الحاجة الى مايكون محرما للبضع فكان ينبغى أن لا يباح أصلا ولكن أبيح عند اختلاف الاطهار لتجدد الحاجة حكما على ماقررنا ولان في ايقاع الثلاث قطع باب التلافي وتفويت التدارك عند الندم وفيه معنى معارضة الشرع فالاسقاطات في الاصل لاتتعدد كالعتاق وغيره وانما جعل الشرع الطلاق متعدداً لمعنى التدارك عند الندم فلا يحل له تفويت هذا المعنى في نفسه بعد مانظر الشرع له كما لا يباح له الايقاع في حالة الحيض لانه حالة نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا شرعا فالظاهر أنه يندم اذا جاء زمان الطهر فيكره ايقاع الطلاق لمعني خوف الندم فهذا مثله والدليل عليه أنه لو طلقها واحدة في الطهر ثم أخرى في الحيض يكون مكروها وليس في ايقاع الثانية في الحيض معنى تطويل العدة ولا معني اشتباه أمر العدة عليها فدل أن معنى كراهة الايقاع لمعنى خوف الندم اذا جاء زمان الطهر وهذا في ايقاع الثلاث أظهر فكان مكروها ويستوى في هذا المدخول بها

وغير المدخول بها لان معنى تحريم البضع بايقاع الثلاث يحصل في الحالتين بصفة واحدة وكذلك يستوي فى الكراهة ايقاع الثلاث جملة وايقاع الثنتين لان الكراهة لمعني عدم الحاجة حقيقة وحكما وهو موجود فى الثانية كوجوده في الثالثة ولان ايقاع الثنتين وان كان لايحصل به تحريم البضع فانه يقرب منه وهذا القرب معتبر فى الحكم ألا ترى أن المرأة اذا قالت لزوجها طلقني ثلاثا بألف وطلقها واحدة يجب ثلث الالف ولو طلقها اثنتين يجب ثلثا الالف وكما أن سد باب التلافى حرام من غير حاجة فكذلك مايقرب منه يكون حراما * وأما السنة من حيث الوقت معتبر فى حق المدخول بها وذلك أن يطلقها اذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها فيه قال في الكتاب بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمراد منه حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه فانه لما طلق امرأته في حالة الحيض قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله يابن عمر انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا الحديث وفي رواية قال لعمر رضى الله تعالى عنه ان ابنك أخطأ السنة مره فليراجعها فاذا حاضت وطهرت فليطلقها ان شاء طاهرة من غير جماع أو حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وجاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم في تفسير قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى يطلقها طاهرة من غير جماع والمعنى فيه أن اباحة الايقاع للتفصى عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاق وذلك لا يظهر بالايقاع حالة الحيض لانها حال نفرة الطبع عنها وكونه ممنوعا عنها شرعا فربما يحمله ذلك على الطلاق وكذلك فى الطهر الذى جامعها فيه لانه قد حصل مقصوده منها فتقل رغبته فيها فلا يكون الايقاع دليل عدم موافقة الاخلاق فأما فى الطهر الذى لم يجامعها فيه تعظم رغبته فيها فلا يقدم على الطلاق الا لعدم موافقة الاخلاق فلهذا اختصت اباحة الايقاع به ولهذا المعني قال زفر رحمه الله تعالى إنه يكره ايقاع الطلاق فى حالة الحيض من غير المدخول بها لان معنى نفرة الطبع والمنع شرعا لا يختلف بين كونها مدخولا بها أو غير مدخول بها ومعنى آخر فيه أن في الايقاع فى حالة الحيض اضراراً بها من حيث تطويل العدة عليها لان هذه الحيضة لا تكون محسوبة من العدة وتطويل العدة من الاضرار بها قال الله تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا وفى الايقاع فى طهر قد جامعها فيه اضرار بها من حيث اشتباه العدة عليها ولهذا قلنا لا بأس

بايقاع الطلاق فى الحيض على غير المدخول بها لانه ليس فيه معنى تطويل العدة عليها ولان رغبته فيها كانت بالنكاح فلا يقل ذلك بحيضها ما لم يحصل مقصوده منها فكان الايقاع دليل عدم موافقة الاخلاق بخلاف المدخول بها فان مقصوده بالنكاح قد حصل منها وانما رغبته فيها في الطهر بعد ذلك لتمكنه فيه من غشيانها وينعدم ذلك بالحيض توضيحه ان اباحة الايقاع بشرط ان يأمن الندم كما قال الله تعالى لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً وفى الايقاع في حالة الحيض على المدخول بها لا يأمن الندم اذا جاء زمان الطهر والرغبة فيها وكذلك فى الايقاع فى طهر قد جامعها فيه لا يأمن الندم لانه ربما يظهر بها حبل فتحمله شفقته على الولد على تحمل سوء خلقها والى نحوه أشار ابن مسعود رضى الله عنه فقال لعل شفقة الولد تندمه فلهذا كره الايقاع فى هذين الوقتين واذا أراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض واختار بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى تأخير الايقاع الى آخر الطهر ليكون أبعد عن تطويل العدة وظاهر ما يقول فى الكتاب يدل على انه يطلقها حين تطهر من الحيض لانه لو أخر الايقاع ربما يجامعها ومن قصده انه يطلقها فيبتلى بالايقاع عقيب الجماع وذلك مكروه فلهذا طلقها حين تطهر من حيضها فاذا حاضت وطهرت طلقها أخرى واحتسب بهذه الحيضة من عدتها فاذا حاضت الثالثة وطهرت طلقها أخرى وقد بقى عليها من عدتها حيضة وللشافعى رحمه الله تعالى قول أن ابتداء العدة من آخر التطليقات اذا تكرر الايقاع لان الطلاق بعد الدخول موجب للعدة كالحدث بعد الطهارة موجب للوضوء فكما انه اذا أحدث بعد غسل بعض الاعضاء يلزمه استئناف الوضوء فكذلك اذا تكرر وقوع الطلاق عليها يلزمها استئناف العدة ولكنا نقول السبب الموجب للعدة الدخول وانما تصير شارعة فى العدة حين يصير الزوج غير مريد لها وقد حصل ذلك بالتطليقة الأولى ثم الثانية والثالثة تقرر ذلك المعنى ولا تبطله بخلاف ما لو راجعها ثم طلقها لان بالرجعة ينعدم ذلك المعنى فانه يصير مريداً لها توضيحه أن المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لا يتغير بتكرر الطلاق وعدم التكرر فلهذا كانت عدتها من التطليقة الاولى وعلى هذا اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم ﴿قال﴾ ولا تحل له المرأة بعد ما وقع عليها ثلاث تطليقات حتى تنكح زوجا غيره يدخل بها والطلاق محصور بعدد الثلاث ولا خلاف بين العلماء أن بيان التطليقتين فى قوله تعالى الطلاق مرتان وانما اختلفوا

في

فى الثالثة فقيل هي فى قوله أو تسريح باحسان وهكذا روى أن أبا رزين العقيلي رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عرفنا التطليقتين فى القرآن فأين الثالثة فقال صلى الله عليه وسلم فى قوله تعالى أوتسريح باحسان وأكثرهم على أن بيان الثالثة فى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لانه عندذكرها ذكر ما هو حكم الثالثة وهو حرمة المحل الى غاية ومعناه فان طلقها الثالثة ولا خلاف بين العلماء أن النكاح الصحيح شرط الحل للزوج الاول بعد وقوع الثلاث عليها والمذهب عند جمهور العلماء أن الدخول بها شرط أيضا وقال سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه ليس بشرط لان فى القرآن شرط العقد فقط ولا زيادة بالرأى ولكن هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه فان شرط الدخول ثابت بالآثار المشهورة فمن ذلك حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت بزوج آخر لم تحل للأول حتى تذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها ومنه حديث عائشة رضى الله عنها ان رفاعة القرظي رضى الله عنه طلق امرأته فأبتّ طلاقها فتزوّجت بعبد الرحمن بن الزبير رضي الله عنه ثم جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ما وجدت معه الا مثل هذه وأشارت الى هدبة ثوبها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ضبط نفسه فقال أتريدين ان ترجعى الى رفاعة فقالت نعم فقال لا حتى يذوق من عسيلتك وتذوقى من عسيلته وعن عائشة رضى الله عنها ان عمرو بن حزم رضي الله عنه طلق امرأته العميصاء رضي الله عنها ثلاثا فتزوجت بآخر فلما خلا بها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو ضعف حاله فى باب النساء فقال صلى الله عليه وسلم هل أصابك فقالت لا فقال صلوات الله عليه لا تحلين لعمرو حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك وقيل في القرآن ذكر الدخول اشارة فانه أضاف فعل النكاح الى الزوج واليها فيقضى ذلك فعل النكاح بعد الزوجية وذلك الوطء ولان المقصود منع الازواج من الاستكثار من الطلاق وذلك لا يحصل بمجرد العقد انما يحصل بالدخول ففيه مغايظة الزوج الاول ودخول الثانى بها بالنكاح مباح مبغض عند الزوج الاول كما ان الاستكثار من الطلاق مبغض شرعا ليكون الجزاء بحسب العمل ﴿ قال ﴾ فان تزوج بها الثانى على قصد ان يحللها للزوج الاول من غير ان يشترط ذلك فى العقد صح النكاح ويثبت الحل للاول اذا دخل بها الثانى وفارقها

فان شرط ان يحللها للاول فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجواب كذلك ويكره هذا الشرط وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى النكاح جائز ولكن لاتحل به للاول وعند محمد رحمه الله تعالى النكاح فاسد لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وعقد النكاح سنة ونعمة فما يستحق به المرء اللعن لايكون نكاحا صحيحاً ولان هذا في معني شرط التوقيت وشرط التوقيت مبطل للنكاح ولكن أبو يوسف رحمه الله تعالي يقول هذا ليس بتوقيت فى النكاح ولكنه استعجال لما هو مؤخر شرعافيعاقب بالحرمان كمن قتل مورثه يحرم من الميراث وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا الشرط وراء مايتم به العقد فأكثر مافيه أنه شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ثم النهى عن هذا الشرط لمعنى في غير النكاح فان هذا النكاح شرعا موجب حلها للأول فعرفنا أن النهى لمعني فى غير المنهي عنه وذلك لايؤثر فى النكاح فلهذا ثبت الحل للأول اذا دخل بها الثاني بحكم هذا النكاح الصحيح ﴿قال﴾ واذا أراد أن يطلق امرأته وهى حامل طلقها واحدةمتى شاء حتى انه لابأس بأن يطلقها عقيب الجماع لان كراهة الايقاع عقيب الجماع لاشتباهأمر العدة عليها وخوف الندم اذا ظهر بها حبل وذلك غير موجود هنا ولان الحبل يزيدفي رغبته فيها فيكون ايقاع الطلاق بعد ظهوره دليل عدم موافقة الاخلاق ﴿قال﴾ فان كان جامعها ثم أراد أن يطلقها ثلاثا فله ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويفصل بين التطليقتين بشهر وعند محمد وزفر رحمها الله تعالى لاتطلق الحامل للسنة أكثر من واحدة وفى الكتاب قال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر رضى الله تعالى عنهما والحسن البصرى وقولالصحابى اذا كان فقيها مقدم على القياس والمعني فيه ان الأصل فى طلاق السنة أن يفصل بين التطليقتين بفصل محسوب من فصول العدة كما في حق ذوات الاقراء والآيسةوالشهر فى حق الحامل ليس بفصل محسوب من فصول العدة فلا يفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان الطلاق مقابل بفصول العدة ألا ترى أن عدة الامة لما تقدرت بحيضتين ملك عليها تطليقتين وان بسبب عدم الدخول لما انعدمت فصول العدة انعدم ملك التفريق الا أن النكاح يعقدللدخول فلا يؤثر فى ملك أصل الطلاق لهذا فعرفنا أن التفريق باعتبارفصول العدة ومدة الحبل طالت أو قصرت بمنزلة فصل واحد ألا ترى أن الاستبراء يتقدر بها وفى الفصل الواحد لا يملك تفريق الطلقات على الوجه المسنون

ولأن هذا شهر في حق ذوات الاقراء فلا يصلح للفصل بين طلاقي السنة كما في الممتدة طهرها بخلاف الآيسة والصغيرة وحجتنا في ذلك أن هذا نوع عدة فيكون محلا لتفريق الطلقات المملوكة على وجه السنة كالاقراء والاشهر وهذا لان الله تعالى جعل محل ايقاع الطلقات العدة بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وعدة الحامل نوع من أنواع العدة بل هي الاصل فيما هو المقصود لان المقصود بالعدة تبين فراغ الرحم وذلك يحصل بوضع الحمل على أكمل الوجوه فيستحيل أن يقال لا يملك تفريق الطلاق على ما هو الاصل في العدة وفي حق ذوات الاقراء فصول العدة انما تقع اتفاقا لا قصداً فأما المعنى المعتبر تجدد زمان الرغبة وذلك لا يحصل الا بمضي حيضة وفي حق الآيسة والصغيرة لا يوجد هذا المعنى لان الاوقات في حقها سواء ولا بد من اباحة التفريق في عدتها فأقمنا الشهر في حقها مقام الحيضة في حق ذوات الاقراء باعتبار انه فصل من فصول العدة ثم ينعدم هذا المعني في حق الحامل فلا بد من اباحة التفريق في عدتها فاقمنا الشهر في حق الآيسة باعتبار انه شهر في عدة لا حيض فيها والدليل على انه لا معتبر بفصول العدة انه لو قال لامرأته الصغيرة أنت طالق ثلاثا للسنة يقع عليها للحال واحدة فاذا مضى شهر وقعت أخرى واذا مضى شهر وقعت أخري ثم اذا حاضت يلزمها استئناف العدة والتطليقات الثلاث وقعت على وجه السنة فعرفنا انه لا معتبر بفصول العدة ثم الحامل لا تحيض والشهر في حق من لا تحيض فصل من فصول العدة في حق انقضاء العدة وتفريق الطلاق ولكن هنا في حق انقضاء العدة وجدنا ماهو أقوى من الشهر وهو وضع الحمل وفي حق التفريق بالطلاق لم نجد ماهو أقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضاء العدة كما في الصغيرة اذا حاضت يقرره ان الحبل يؤثر في اباحة ايقاع كان محرما قبله وهو الطلاق عقيب الجماع فيستحيل ان يؤثر في المنع مما كان مباحا قبله ولا يدخل على ما قلنا اذا بقي من مدة حملها يوم لان التعليل لمدة الحمل ولا يتصور ان يكون ذلك يوما الا أن التفريط جاء من قبله حين أخر الايقاع حتى لم يبق من المدة فلا يخرج به من ان يكون أصل المدة قابلا لتفريق الثلاث كالكافر اذا أسلم وقد بقي من الوقت مقدار ما لا يمكنه ان يصلي فيه تلزمه الصلاة لان التفريط جاء من قبله حين أخر الاسلام ولا معنى لما قال ان مدة الحبل كحيضة واحدة بل هي بمنزلة ثلاث حيض حتى تنقضي بها العدة ولكن الاستبراء انما لا يقدر ببعض

مدة الحبل لان المقصود تبين فراغ الرحم وذلك لايحصل قبل اوضع فزيد فى مدة الاستبراء اذا كانت حاملا لهذا المعنى لا أن تجعل مدة الحبل لحيضة واحدة ولا نسلم أن الحامل من ذوات الاقراء على الاطلاق فانه لزمها صفة منافية للحيض حتى أنها وان رأت الدم لايكون حيضا بخلاف الممتدة طهرها ﴿ قال ﴾ واذا أراد أن يطلقها وهى لا تحيض من كبر أو صغر طلقها واحدة متى شاء عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له أن يطلقها عقيب الجماع حتى يمضى الشهر لانه يفصل بين الطلاق والجماع بما يفصل به بين الطلاقين فى عدة هى ذات فصول كما فى حق ذوات الاقراء ثم هنا يفصل بين طلاقيها بشهر فكذلك يفصل بين طلاقها وجماعها بشهر ولكنا نقول انها بمنزلة الحامل في أنها لا حيض في عدتها فيباح ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع كما يباح الايقاع على الحامل وكأن المعنى فيه أن في حق ذوات الاقراء انما كره ايقاع الطلاق عقيب الجماع لتوهم الحبل وهذا لا يوجد هنا فكان ايقاع الطلاق عليها عقيب الجماع مباحا فاذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها بعد شهر آخر ثم بعد شهر آخر وعدتها ثلاثة أشهر من التطليقة الاولى وذلك يتلى فى القرآن قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن والمراد الصغيرة ولا خلاف أن الايقاع اذا كان في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ناقصة أو كاملة فان كان الايقاع فى وسط الشهر ففي حق تفريق الطلاق يعتبر كل شهر بالايام وذلك ثلاثون يوما بالاتفاق وكذلك في حق انقضاء العدة عند أبي حنيفة تعتبر ثلاثة أشهر بالأيام وعندهما يعتبر شهر واحد بالايام وشهران بالأهلة لان الأهلة هى الاصل قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والأيام بدل عنها ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار ماهو الاصل فاعتبر البدل وفى الشهرين لم يتعذر اعتبار ماهو الاصل ولكن أبو حنيفة يقول مالم يتم الشهر الأول لا يدخل الشهر الثانى فدخول الشهر الثاني في وسط الشهر الثانى أيضاً وكذلك فى الشهر الثالث فيتعذر اعتبار الكل بالاهلة فوجب اعتبارها بالايام ولايحكم بانقضاء عدتها الا بتمام تسعين يوما من حين طلقها وقد ظن بعض مشايخنا أن الشهر فى حق التى لاتحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التى تحيض وليس كذلك بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض في حق التى تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر فى حق ذوات القرء الحيض ولكن لايتصور الحيض الا بتخلل الطهر وفي

الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر واذا طلقها واحدة أو ثنتين فهو يملك الرجعة مالم تنقض العدة وهذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص فان ازالة الملك بالطلاق اسقاط والاسقاط يتم بنفسه كالعتق ولكن الشرع أثبت للزوج حق الرجعة فى العدة بعد التطليقة والتطليقتين للتدارك عند الندم قال الله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف معناه قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن بالمراجعة وقال الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف والمراد بالامساك المراجعة بعد التطليقتين مادامت فى العدة ثبت ذلك بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وعدة التى تحيض ثلاث حيض كما قال الله تعالى فى كتابه ثلاثة قروء وهو حكم مقطوع به ثابت بالنص ثم عطف عليه ماهو مجتهد فيه فقال القرء هى الحيض وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى هي الاطهار حتى ان على مذهبه كما طعنت فى الحيضة الثالثة يحكم بانقضاء عدتها وعندنا مالم تطهر من الحيضة الثالثة لا يحكم بانقضاء العدة وأصل الخلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فقد روى الشعبى رضى الله عنه عن بضعة عشر من الصحابة الخير فالخير منهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وأبو الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضى الله تعالى عنهم قال الزوج أحق برجعتها مالم تحل لها الصلاة وعن ابن عمر وعائشة وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهم قالوا الاقراء الاطهار وعن ابن عباس رضى الله عنه كما طعنت فى الحيضة الثالثة تبين من زوجها ولا يحل لها ان تتزوج حتى تطهر وكذلك أهل اللغة يطلقون إسم القرء على الطهر والحيض جميعاً قال القائل

يارب ذى ضغن وضب فارض　　　له قروء كقروء الحائض

وقال الاعشي

مورثة مال وفى الحيّ رفعة　　　لما ضاع فيها من قروء نسائكا

والمراد الاطهار لان زمان الحيض يضيع وان كان حاضراً وأصله فى اللغة الوقت قال القائل * اذا هبت لقارئها الرياح * فنهم من يقول وقت الطهر به أشبه لانه عبارة عن الاجتماع يقال ما قرأت الناقة سلاً قط أى ما جمعت فى رحمها ولداً قط واجتماع الدم فى الرحم في حالة الطهر ومنهم من يقول وقت الحيض به أشبه لان هذا الوصف عارض للنساء فوقت الطهر أصل ووقت الحيض عارض مع أن اجتماع الدم فى حالة الطهر لا يعلم حقيقة ولو ثبت ذلك

فانما يسمى ذلك الوقت قرءً باعتبار الدم المجتمع ثم ان عند اختلاف أهل اللغة يجب المصير الى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم فان الصحابة رضوان الله عليهم لما اختلفوا فى التابوت والتابوه رجعوا لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا اكتبوا بالتاء والقرء فى لغة رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيض قال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس اذا أتاك قرءك فدعى الصلاة وقال صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها والقرء والاقراء كلاهما جمع كما يقال فلس وفلوس ونزل وانزال ثم الشافعى رحمه الله تعالى رجح الاطهار باعتبار حرف الهاء المذكور فى قوله ثلاثة قروء فقال جمع المذكر يؤنث والطهر هو المذكر ولكنا نقول الاعراب يتبع اللفظ دون المعني يقال ثلاثة افراس وثلاث دواب وقال أيضاً القرء عبارة عن الانتقال يقال قرأ النجم اذا انتقل وكما طعنت فى الحيضة الثالثة فقد وجد ثلاث انتقالات من الطهر ولكن هذا لا معني له فالانتقال من الحيض الى الطهر أيضاً قرء فكان ينبغي على هذا أن تنقضى العدة اذا طعنت في الحيضة الثالثة واحد لم يقل بهذا ولكن الصحيح ماقاله علماؤنا رحمهم الله تعالى أن الله تعالى لما ذكر جمعا مقرونا بالعدد اقتضى الكوامل منه والطلاق هو المباح في حالة الطهر فلو جعلنا القرء الاطهار لكان انقضاء العدة بقرأين وبعض الثالث وهذا يستقيم فى جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج أشهر معلومات فأما فى جمع مقرون بالعدد فلابد من الكوامل وانما يحصل ذلك اذا حمل القرء على الحيض فيكون انقضاء العدة بثلاث حيض كوامل واستدل الشافعى رحمه الله تعالى بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن معناه في عدتهن والطلاق المباح في حالة الطهر فعرفنا أن العدة بالطهر وقد فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لابن عمر رضى الله تعالى عنه انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء واستدل علماؤنا بقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه من الحيض والحبل فهو بيان المراد بالقروء قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية وانما نقل الى الاشهر عند عدم الحيض والنقل الى البدل يكون عند عدم الاصل فهو تنصيص على أن المراد بالقرء الحيض وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى قبل عدتهن كما يقال زينت الدار لقدوم الحاج وتوضأت للصلاة أي قبلها وفى قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لقبل عدتهن مع ان المراد عدة الايقاع ونحن نقول ان عدة الايقاع

بالاطهار فأما عـدة الاعتداد بالحيض بيانه في خديث عائشة رضي الله تعالى عنهاوابن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومن حيث المعنى هو يقول الطلاق السنى يستعقب جزءً محسوبا من العدة كما فى الا يسة والصغيرة وانما يكون ذلك اذا كان الاعتداد بالاطهار ونحن نقول المقصود من هذه العدة تبين فراغ الرحم ولهذا لاتجب الاعند توهم اشتغال الرحم ولهذا يعتبر بوضع الحمل اذا كانت حاملا والحيض هي التي تدل على تبيين فراغ الرحم دون الطهر فكان الاعتبار بالحيض أولى ثم الاصل فى العبادات التي تشتمل على أركان ينفصل بعضها عن بعض ان الاداء لايتصل بالشروع فيها كما فى الحج وفيما يكون متصل الاركان يتصل الاداء بالشروع كالصلاة والعدة بالاشهر متصلة الاركان فيتصل الاداء بالشروع فيها والعدة بالاقراء منفصلة الاركان بعضها عن بعض فلا يجب ان يتصل الاداء بالشروع فيها والدليل على ماقلنا الاستبراء فانه معتبر بالحيض بالنص والمقصود تبين فراغ الرحم فكذلك العدة ﴿ قال ﴾ وعدة الحامل ان تضع حملها ولو وضعت حملها بعد الطلاق بيوم لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن ولان وضع الحمل أدل على ماهو المقصود وهو معرفة براءة الرحم من الأقراء وعدة الآيسة والصغيرة ثلاثة أشهر بالنص وتكلموا فى معنى قوله تعالى ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر قال مالك رضي الله عنه المراد ارتيابها في حال نفسها أنها هل تحيض بعد هذا أولا حتى قال اذا ارتابت تربصت سنة ثم اعتدت بثلاثة أشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلاثة قروء قالت الصحابة رضى الله عنهم فيما بينهم فان كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر وارتابوا فى ذلك فنزل قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وفى قول الصحابة رضوان الله عليهم فان كانت ممن لا تحيض دليل على أنهم فهموا من القرء الحيض ﴿قال﴾ والكتابية تحت المسلم فى الطلاق والعدة بمنزلة المسلمة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وهو مسلم وفى العدة الواجب عليها حق الزوج وهو مسلم ﴿ قال ﴾ والامة بمنزلة الحرة فى وقت السنة لان المخاطب بمراعاة وقت السنة الزوج وذلك لا يختلف بكونها حرة أو أمة وعدتها حيضتان اذا كانت من ذوات الاقراء للحديث الذى روينا ولقول عمر رضي الله تعالى عنه عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا بين أن التنصيف بسبب الرق يثبت في العدة ولكن بقدر الممكن والحيضة الواحدة لاتحتمل التنصيف وان كانت آيسة أو صغيرة فعدتها شهر

ونصف لقول عمر رضى الله تعالى عنه ولان الشهر محتمل للتنصيف وعلى قول مالك عدتها بالشهور ثلاثة أشهر لظاهر الآية ولكنا نقول الرق ينصف ذوات الاعداد بمنزلة الجلدات فى الحدود وعدتها اذا كانت حاملا بوضع الحمل بالاتفاق لان تبين فراغ الرحم لايحصل قبل ذلك ﴿قال﴾ واذا كان الرجل غائبا عن امرأته فأراد أن يطلقها للسنة كتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذى جامعها فيه فلو كتب اذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق يقع الطلاق عليها في طهر جامعها فيه وهو خلاف السنة فلهذا قيد بهذه الصفة وفى الرقيات زاد محمد رحمه الله تعالى فقال وعلمت مافيه لجواز ان لاتقرأ كتاب زوجها فيقع الطلاق عليها وهي لاتشعر بذلك ولكن في ظاهر الرواية لم يذكر هذه الزيادة لان المغيبة لاتكون أحرص على شئ منها على قراءة كتاب زوجها والظاهر انها لاتؤخر ذلك ﴿قال﴾ فان أراد ان يطلقها ثلاثا كتب ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق وان شاء أوجز فكتب اذا جاءك كتابى هذا فانت طالق ثلاثا للسنة فيقع بهذه الصفة لان الكتاب ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا وان كانت ممن لاتحيض كتب اذا جاءك كتابى هذا ثم أهل شهر فأنت طالق وان شاء كتب اذا جاءك كتابى هذا فأنت طالق ثلاثا للسنة لما بينا ان له ان يطلقها للسنة اذا كانت ممن لاتحيض فى أى وقت شاء ﴿قال﴾ وان كان لم يدخل بامرأته ولم يخل بها فله ان يطلقها متى شاء خلافا لزفر وقد بينا ذلك وليس عليها عدة لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها قال مشايخنا رحمهم الله تعالى وفى كتاب الله تعالى المتلو لابهذه الصفة بل المتلو ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن الآية ولكن هذا غلط وقع من الكاتب وترك كذلك وان كان قد خلابهافطلقها وعدتها مثل التى دخل بها لان الخلوة الصحيحة فى حكم العدة بمنزلة الدخول ومراعاة وقت السنة في الطلاق لاجل العدة فتقام الخلوة فيه أيضا مقام الدخول ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته وهي حائض فقد أخطأ السنة والطلاق واقع عليها وعلى قول الروافض لايقع وفى الكتاب ذكر بابا رداعليهم فيؤخر الكلام فيه الى ذلك الموضع والقدر الذى نذكره هنا حديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه مر ابنك فليراجعها والمراجعة تكون بعد وقوع الطلاق ولكنهم يدعون ان المروى فليرجعها وقد كان اخرجها من بيته فانما أمره أن يردها الى بيته وهذا باطل من الكلام فقد قيل

لابن

لابن عمر رضى الله عنه هل احتسبت بتلك الطلقة فقال ومالى لا أحتسب بها وان استحمقت أو استجهلت أكان لايقع طلاقي ولما ذكر لعمر رضى الله عنه فى الشورى ابنه فقال سبحان الله أقلد أمور المسلمين ممن لم يحسن طلاق امرأته فطلقها فى حالة الحيض فهو اشارة الى أن ذلك الطلاق كان واقعا وأنه ينبغى للمرء أن يصون نفسه عن ذلك ﴿ قال ﴾ ثم ينبغي له أن يراجعها كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه لو راجعها لم تبن منه بطلاق محظور ويندفع عنها ضرر تطويل العدة فاذا لم يراجعها بانت منه بطلاق محظور ويتحقق معنى تطويل العدة فلهذا ينبغى له أن يراجعها ﴿ قال ﴾ فاذا طهرت من حيضة أخرى طلقها ان شاء وهذا اشارة الى أنها اذا طهرت من هذه الحيضة لايباح ايقاع الطلاق عليها وذكر الطحاوى رحمه الله أنه اذا طلقها فى الحيض ثم طهرت من تلك الحيضة يباح ايقاع الطلاق عليها وقيل ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان وقت السنة الطهر الذى لا جماع فيه وقد وجد وما ذكر فى الكتاب قولهما لان الفصل بين الطلاقين بحيضة كاملة وذلك لا يكون اذا طهرت من هذه الحيضة وحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه روى بروايتين من طريق شعبة مر ابنك فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم ليطلقها ان شاء فهو دليل قولهما ومن طريق آخر مر ابنك فليراجعها فاذا حاضت وطهرت فليطلقها ان شاء وهذا يحتمل بقية هذه الحيضة كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك ان طلقها فى حالة الحيض ﴿ قال ﴾ ولو طلقها في طهر لم يجامعها فيه واحدة ثم راجعها بالقول فأراد أن يطلقها أخرى فى ذلك الطهر للسنة فله ذلك عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وليس له ذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن محمد رضى الله تعالى عنه فيه روايتان فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول شرط الفصل بين طلاقي السنة الحيضة الكاملة كما قال صلى الله عليه وسلم فليطلقها في كل قرء تطليقة ولان ايقاع تطليقة في طهر فى المنع من تطليقة أخرى فى ذلك الطهر كالجماع فكما لايجوز له أن يطلقها بعد الجماع فى طهر واحد فكذلك بعد الطلاق وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الفصل بالحيضة انما يعتبر اذا كانت الثانية تقع فى العدة وبالمراجعة قد ارتفعت العدة فكانت الثانية بمنزلة ابتداء الايقاع وقد حصل فى طهر لاجماع فيه ثم الرجعة تسقط جميع العدة ولو تخلل بين التطليقتين مايسقط بعض العدة كانت الثانية واقعة على وجه السنة فاذا تخلل مايسقط جميع العدة أولى وكذلك

لو راجعها بالتقبيل أو المس عن شهوة حتى روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا كان أخذ بيد امرأته عن شهوة فقال لها أنت طالق ثلاثا للسنة يقع عليها ثلاث تطليقات فى الحال يتبع بعضها بعضا لأن كلما وقع عليها تطليقة صار مراجعاً لها فتقع أخرى فأما اذا راجعها بالجماع فان لم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى فى هذا الطهر بالاجماع لأنه طهر قد جامعها فيه وان راجعها بالجماع فحبلت فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له أن يطلقها أخرى أيضا لانه قد طلقها فى هذا الطهر واحدة والطهر الواحد لايكون محلا لأكثر من تطليقة واحدة على وجه السنة وعند أبى حنيفة ومحمد وزفر رحمهما الله تعالى له أن يطلقها أخرى لأن العدة الأولى قد سقطت والطلاق عقيب الجماع فى الطهر انما لايحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لايوجد اذا حبلت وظهر الحبل بها ﴿ قال ﴾ واذا طلق الرجل امرأته واحدة بائنة فقد أخطأ السنة والطلاق واقع عليها وفى زيادات الزيادات قال التطليقة البائنة تقع بصفة السنة كالرجعية لان ابن ركانة رضى الله تعالى عنه طلق امرأته البتة ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فلو كان خلاف السنة لأنكر عليه كما أنكر على ابن عمر رضى الله تعالى عنه والواقع بهذا اللفظ يكون بائناً والدليل عليه الطلاق قبل الدخول والخلع فانه يقع بائناً ولا يكون مكروها فأما وجه ظاهر الرواية أن اباحة الايقاع للحاجة الى التفصى عن عهدة النكاح ولا حاجة به الى زيادة صفة البينونة فكانت زيادة هذه الصفة كزيادة العدد ثم لامقصود له فى ذلك سوى ردنظر الشرع له بقطع خيار الرجعة وسد باب التلافى على نفسه عند الندم وهذا بخلاف الخلع فانه يحتاج الى ذلك لاسترداد ماساق لها من الصداق اذا كان النشوز منها مع ان الخلع لايكون الا عند تحقق الحاجة ولهذا روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لايكره فى حالة الحيض والطلاق قبل الدخول لايكون الا بائنا والتى لم يدخل بها ليست نظير التى دخل بها بدليل الايقاع فى حالة الحيض وتأويل حديث ابن ركانة رضى الله عنه انه طلقها قبل الدخول بها وقبل الدخول بأي لفظ أوقع يكون بائناً ويحتمل ان يكون أخر الانكار الى وقت آخر لعلمه انه لفرط الغيظ لايقبل فى ذلك الوقت والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرجعة

﴿ قال ﴾ واذا طلقها واحدة في الطهر أو في الحيض أو بعد الجماع فهو يملك الرجعة مادامت في العدة لان النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة رضي الله تعالى عنها بقوله اعتدى ثم راجعها وطلق حفصة رضى الله عنها ثم راجعها بالوطء ويستوى ان طالت مدة العدة أو قصرت لان النكاح بينهما باق ما بقيت العدة وقد روي ان علقمة رضي الله عنه طلق امرأته فارتفع حيضها سبعة عشر شهراً ثم ماتت فورثه ابن مسعود رضى الله عنه منها وقال ان الله تعالى حبس ميراثها عليك فاذا انقضت العدة قبل الرجعة فقد بطل حق الرجعة وبانت المرأة منه وهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها ان اتفقا على ذلك واذا أراد أن يراجعها قبل انقضاء العدة فاحسن ذلك ان لايغشاها حتى يشهد شاهدين على رجعتها والاشهاد على الرجعة مستحب عندنا وفي أحد قولى الشافعي رحمه الله تعالى شرط لاتصح الرجعة الابه وهو قول مالك رحمه الله تعالى وهذا عجيب من مذهبه فانه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا لظاهر قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والامر على الوجوب ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وعمار بن ياسر رضى الله عنهما ولان الرجعة استدامة للنكاح والاشهاد ليس بشرط في استدامة النكاح وبيانه أن الله تعالى سمى الرجعة امساكا وهو منع للمزيل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون الاشهاد عليه شرطا كالفيء في الايلاء والمراد بالآية الاستحباب ألا ترى أنه جمع بين الرجعة والفرقة وأمر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد على الفرقة مستحب لا واجب فكذلك على الرجعة وهو نظير قوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم ثم البيع صحيح من غير اشهاد وليس في الرجعة عوض لا قليل ولا كثير لانه استدامة للملك فلا يستدعى عوضا ولهذا لا يعتبر فيه رضاها ولا رضى المولى لان الله تعالى جعل الزوج أحق بذلك بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا استبد به والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعى دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة ففيه اشارة الى أن وطأها حلال له وهو قول علمائنا أن الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء ولكن لا يستحب له أن يطأها قبل الاشهاد على المراجعة لانه يصير مراجعا لها من غير شهود وعند الشافعي رحمه الله تعالى يحرم عليه

وطأها ما لم يراجعها ولهذا شرط الاشهاد على الرجعة لانه سبب لاستباحة الوطء واستدل بقوله تعالى ان أرادوا اصلاحا والاصلاح يكون بعد تمكن الفساد ولم يتمكن الفساد هنا بزوال أصل الملك عرفنا انه تمكن الفساد بحرمة الوطء ويجوز ان تثبت حرمة الوطء مع قيام أصل الملك كمن كاتب أمته يحرم عليه وطأها وان بقى الملك بعد الكتابة ولهذا لا يلزمه مهر جديد بالوطء كما في المكاتبة ولان هذا طلاق واقع فيحرم الوطء كالواقع بقوله أنت بائن وتقريره ان الاقراء يحتسب بها من العدة بعد الطلاق ومع بقاء ملك النكاح مطلقاً لا يحتسب بالاقراء من العدة لان العدة لصيانة الماء وصون الماء بالنكاح أبلغ منه بالعدة ولان العدة لتبين فراغ الرحم فيستحيل ان تكون هي مشغولة بما يبين فراغ رحمها ويكون الزوج مسلطاً على شغل رحمها والدليل عليه انها اذا جاءت بالولد الى سنتين يحمل هذا من علوق قبل الطلاق ولو بقي الحل بينهما لكان يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهي ستة أشهر وحجتنا في ذلك ان الله تعالى سمى الرجعة امساكا وذلك استدامة للملك فدل ان الملك باق على الاطلاق وملك النكاح ليس الا ملك الحل فانه لا يملك عينها ولا منافعها فبقاء ملك النكاح مطلقا يكون دليل بقاء حل الوطء الا بعارض يحرم به الوطء في ملك اليمين كالحيض والظهار واختلاف الدين وبكونها مطلقة لا يحرم لوطء بملك اليمين لانها لو كانت أمة فاشتراها بعد الطلاق كان له ان يطأها فكذلك لا يحرم الوطء في ملك النكاح والدليل على بقاء الملك مطلقا أنه يملك التصرفات كالظهار والايلاء واللعان وانهما يتوارثان وانه يملك الاعتياض بالخلع وملك الاعتياض لا يكون الا مع بقاء أصل الملك وانه بعد الرجعة يحل له وطأها والرجعة ليست بسبب لحل الوطء مقصوداً حتى لا يعتبر فيها المهر ولا رضاها والدليل عليه أن الطلاق بعد الطلاق واقع فلو كان حكم الطلاق زوال الملك به لم يقع الطلاق بعد الطلاق لان المزال لا يزال وكما أن الطلاق الثاني واقع من غير أن يزول الملك به فكذلك الاول لان الحكم الاصلي للطلاق رفع الحل عن المحل اذا تم ثلاثا فأما زوال الملك به معلق بانقضاء العدة قبل الرجعة والمعلق بالشرط عدم قبله وانما سمى الله تعالى الرجعة رداً واصلاحا لانه يعيدها بالرجعة الى الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا لانه يعيدها الى الملك وملك النكاح ليس نظير ملك اليمين فان صفة الحل هناك تنفصل عن أصل الملك ابتداء وبقاء كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية وهنا صفة الحل تنفصل عن أصل

الملك ابتداء وبقاء مع أن المكاتبة صارت أحق بنفسها لما التزمت من العوض وهنا الزوج أحق بها ووزان هذا من المكاتبة أن لو طلقها بعوض وكون الطلاق واقعا لا يكون دليل حرمة الوطء مع قيام الملك كما بعد الرجعة فان الطلاق يبقى واقعا والوطء حلال وهذا لان هذه الازالة بطريق الاسقاط والمسقط يكون متلاشيا لا يتصور اعادته والاحتساب بالاقراء من العدة لانه صار غير مريد لها بالطلاق كمن وطئ أمته ثم أراد بيعها يستبرئها مع قيام الملك والحل واستناد العلوق الى أبعد الاوقات للتحرز عن اثبات الرجعة بالشك فانا لو أسندنا العلوق الى أقرب الاوقات جعلناه مراجعاً لها بالشك وهو بناء على مذهبنا ان جماعه اياها فى العدة رجعة منه وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايكون رجعة واعتبر الرجعة بأصل النكاح فكما لا يثبت أصل النكاح بالفعل فكذلك لا تثبت الرجعة وفى الحقيقة هذا بناء على ماتقدم فان عنده الرجعة سبب لاستباحة الوطء ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون الا بالقول والجماع قبل الرجعة حرام فلايكون سببا للحل وعندنا الرجعة استدامة للملك والفعل المختص به يكون أدل على استدامة الملك من القول وهو نظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء المدة وذلك يحصل بالجماع ونقول أكثر مافي الباب أن يثبت له أن الطلاق مزيل للملك ولكن المزيل متى ظهر وأعقب خيار الاستبقاء فى مدة معلومة يكون مستبقياً للملك بالوطء كمن باع أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها صار بالوطء مستبقيا للملك بل أولى لأن هناك يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهنا لايحتاج الى رفع الطلاق الواقع وكذلك لو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة لأن هذه الافعال تختص بالملك الموجب للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك ألا ترى فى ثبوت حرمة المصاهرة جعلت هذه الافعال بمنزلة الوطء فكذلك في حكم الرجعة والاحسن له أن يشهد شاهدين بعد ذلك هكذا قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه حين سئل عمن طلق امرأته ولم يعلمها حتى غشيها فقال طلقها لغير السنة وراجعها على غير السنة وليشهد على ذلك شاهدين ﴿قال﴾ ولا يكون النظر الى شيء من جسدها سوى الفرج رجعة لان ذلك لايختص بالملك ولانه لاتثبت به حرمة المصاهرة ولان النظر الى الفرج نوع استمتاع فان النظر الى الفرج اما لحسنه أو للاستمتاع وليس فى الفرج معنى الحسن فكان النظر اليه استمتاعا بخلاف سائر الاعضاء والنظر الى الفرج بغير شهوة لا يكون رجعة لانه غير مختص بالملك فان القابلة تنظر

والحائضة كذلك فأما اذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة أو نظرت الى فرجه بشهوة تثبت به الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا تثبت عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله بها فكذلك في الرجعة ثم فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية بين هذا وبين الخيار فقال الامة اذا فعلت ذلك بالبائع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وهنا لا يكون رجعة منها لان اسقاط الخيار قد يحصل بفعلها وهو ما اذا جنت على نفسها أو قتلت نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وقد روى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى التسوية بين الفصلين فقال لا يسقط هناك الخيار بفعلها ومحمد رحمه الله تعالى يفرق فيقول هناك يسقط الخيار بفعلها لما فيه من فسخ البيع ان كان الخيار للبائع واثبات الملك ان كان الخيار للمشترى وليس اليها ذلك وهنا ليس في الرجعة فسخ السبب ولا اثبات الملك ولكن انما تثبت الرجعة بفعلها اذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة فأما اذا ادعت هى وأنكر الزوج لا تثبت الرجعة وكذلك ان شهد شاهدان أنها فعلت ذلك بشهوة لان الشهود لا يعرفون ذلك الا بقولها وقولها غير مقبول اذا أنكره الزوج ﴿ قال ﴾ وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذلك الاضافة الى وقت حتى اذا قال راجعتك غداً أو اذا جاء غد فهو باطل لانه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق وهو نظير الاذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لانه اطلاق ورفع للقيد والحجر على العبد وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لانه تقييد ﴿قال﴾ وان قال كنت راجعتك أمس صدق ان كانت فى العدة بعد لانه أخبر بما يملك استئنافه فلا يكون متهما في الاخبار ولم يصدق اذا قال ذلك بعد انقضاء العدة لانه أخبر بما لا يملك استئنافه وهذا لان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فاذا كان يملك مباشرته فى الحال تنتفى تهمة الكذب عن خبره واذا كان لا يملك مباشرته تمكن تهمة الكذب في خبره وهو كالوكيل بالبيع اذا قال قبل العزل كنت بعته من فلان يصدق بخلاف ما لو قال بعد العزل فان صدقته المرأة في إخباره بعد انقضاء العدة كان مصدقا لان الحق لا يعدوهما وتصادقهما على الرجعة

كتصادقهما على أصل النكاح ﴿ قال ﴾ واذا طهرت من الحيضة الثالثة غير انها لم تغتسل فالرجعة باقية له عليها وهذا اذا كانت أيامها دون العشرة فاما اذا كانت أيامها عشرة فقد تيقنا بخروجها من الحيض بنفس انقطاع الدم واذا كانت أيامها دون العشرة لم نتيقن بذلك لجواز ان يعاودها الدم فيكون ذلك حيضاً اذا لم يجاوز العشرة وقد قالت الصحابة رضوان الله عليهم الزوج أحق برجعتها مالم تغتسل أو مالم تحل لها الصلاة وحل الصلاة يكون بالاغتسال واذا أخرت الغسل حتى ذهب وقت أدنى الصلاة اليها انقطع حق الرجعة عندنا ولا ينقطع عند زفر رحمه الله تعالى عملا بقول الصحابة رضى الله عنهم مالم تحل لها الصلاة ولبقاء توهم معاودة الدم وكون ذلك حيضاً ولكنا نقول بذهاب الوقت صارت الصلاة دينا فى ذمتها وذلك من خواص أحكام الطاهرات فاذا انضم ذلك الى الانقطاع تقوي به كالاغتسال ولا يعتبر توهم معاودة الدم بعده كما لا يعتبر بعد الاغتسال وقيل فى معنى قول الصحابة رضى الله عنهم حتى تحل لها الصلاة أى تحل عليها الصلاة بأن تلزمها بذهاب الوقت وهو نظير قوله تعالى أولئك لهم اللعنة أى عليهم اللعنة أرأيت لو أخرت الاغتسال شهراً طمعاً فى أن يراجعها الزوج أكان تبقى الرجعة الى هذه المدة هذا قبيح فاذا انقضت عدتها ثم أقام الزوج البينة انه قال في عدتها قد راجعتها أو انه قال قد جامعتها كان ذلك رجعة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل فانه يثبت اقرار نفسه بالبينة بما لو أقر به للحال لم يكن مقبولا منه وان لم تكن له بينة وكذبته المرأة فأراد ان يستحلفها فلا يمين له عليها فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها اليمين لان هذا استحلاف فى الرجعة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يري ذلك على مابيناه فى النكاح فان قيل أليس انها لو ادعت انقضاء عدتها تستحلف فى ذلك ثم لو نكلت كان للزوج أن يراجعها قلنا ذلك استحلاف فى العدة فاذا نكلت بقيت العدة وهى محل الرجعة وهذا استحلاف في نفس الرجعة والخلوة بالمعتدة ليست برجعة لانها لا تختص بالملك فانه يحل للرجل ان يخلو بذوات محارمه فلا يكون دليل استدامة الملك ﴿ قال ﴾ ولو كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهى امرأته لانه فى ايقاع الطلاق هو مستبد به وكذلك فى الرجعة فانه استدامة لملكه ولا يلزمها به شيئاً فلا معتبر بعلمها فيه ولكنه أساء فيما صنع حين ترك الاشهاد على الرجعة وهومستحب قال بلغنا عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان اذا أراد

أن يراجع امرأته لم يدخل عليها حتى يشهد ﴿قال﴾ واذا قال زوج المعتدة لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى فالقول قولها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والرجعة صحيحة لانها صادفت العدة فان عدتها باقية مالم تخبر بالانقضاء وقد سبقت الرجعة خبرها بالانقضاء فصحت الرجعة وسقطت العدة فانها أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة لو سكتت ساعة ثم أخبرت ولانها صارت متهمة فى الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعته وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الرجعة صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح لان انقضاء العدة ليس بعدة مطلقاً وشرط الرجعة أن تكون في عدة مطلقة وبيانه أنها أمينة في الاخبار ولا يمكنها أن تخبر الا بعد الانقضاء فاذا أخبرت مجيبة للزوج عرفنا ضرورة أن الانقضاء سابق وأقرب أحواله حال قول الزوج راجعتك بخلاف ما اذا سكتت ساعة فان أقرب الاحوال للانقضاء هناك حال سكوتها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادر لان انقضاء العدة لابد من أن يوافق حالة فتارة يوافق كلاما وتارة يوما وتارة قول الزوج راجعتك وإن تمكن ما هو نادر وهو رجعة الزوج فى هذه الحالة وانما تصير متهمة اذا فرطت فى الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها هنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط فى الاخبار لان بيعه كان قبل العزل لا مع العزل ولم يذكر فى الكتاب ما اذا قال لها قد طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى قيل هو على هذا الخلاف ولا يقع الطلاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك والاصح أنه يقع لاقرار الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتك فى العدة كان مصدقا فى ذلك بخلاف الرجعة ﴿قال﴾ والتوارث قائم بين الرجل والمعتدة من طلاق رجعي لان الزوجية بينهما قائمة وانما انتهت بالموت وهو سبب التوارث ويستوى فيه التطليقة والتطليقتان ويملك مراجعة المرأة الكتابية والمملوكة فى عدتها مثل مايملكه على الحرة المسلمة لانها استدامة للملك كما قلنا والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة فى الطلاق والعدة لبقاء الرق المنصف للحل فيهن والمستسعاة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانها كالمكاتبة ﴿قال﴾ واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فى العدة وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها فى قول

ابي

أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى القول قول الزوج لان بضعها مملوك للمولى وينزل المولى فيها منزلة الحرة من نفسها حتى يصح تزويجه اياها واقراره بالنكاح عليها فكذلك اقراره بالرجعة بمنزلة اقرار الحرة على نفسها به وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الرجعة تنبني على سبب لا قول للمولى فيه وهو قيام العدة فان القول في العدة قولها في البقاء والانقضاء دون المولى فكذلك فيما ينبني عليه توضيحه ان صحة الرجعة حال قيام العدة ولا ملك للمولى عند ذلك في البضع ولا تصرف فكان القول فيه قولها بخلاف التزويج والاقرار به عليها ولو كانت هي التي صدقت الزوج وكذبه المولى لم تثبت الرجعة اما عندهما فظاهر واما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلان بضعها في الحال خالص حق المولى فان عدتها منقضية فلهذا لا يقبل قولها في ذلك ﴿ قال ﴾ والمعتدة من طلاق رجعي تتشوف وتتزين له لان الزوجية باقية بينهما وهو مندوب على أن يراجعها وتشوفها له يرغبه في ذلك فان كان من شأنه ان لا يراجعها فاحسن ذلك ان يعلمها بدخوله عليها بالتنحنح وخفق النعل كي تتأهب لدخوله لا لان الدخول عليها بغير الاستئذان حرام ولكن المرأة في بيتها في ثياب مهنتها فربما يقع بصره على فرجها وتقترن به الشهوة فيصير مراجعا لها بغير شهود وذلك مكروه واذا صار مراجعا وليس من قصده امسا كها احتاج الى ان يطلقها وتستأنف العدة فيكون اضرارا بها من حيث تطويل العدة ولهذا قال اكره ان يراها متجردة اذا كان لا يريد رجعتها وان رآها لم يكن عليه شئ لان مافوق الرؤية وهو الغشيان حلال له ﴿ قال ﴾ واذا كانت معتدة من تطليقة بائنة أو فرقة بخلع أو إيلاء أو لعان أو اختيارها أمر نفسها أو بالأمر باليد أوما أشبه ذلك فلا رجعة له عليها لان حكم الرجعة عرف بالنص بخلاف القياس والنص ورد بمطلق الطلاق فبقى الطلاق المقيد بصفة البينونة على أصل القياس وهذا لان كونها مطلقة حكم مطلق الطلاق وهذا لا ينافي ملك النكاح كما بعد الرجعة وكونها مبانة أو مالكة أمر نفسها ينافي ملك النكاح والمتنافيان لا يجتمعان فاذا ثبتت البينونة انتفى النكاح ولا رجعة له عليها وفي الخلع انما التزمت العوض لتتخلص من الزوج وذلك لا يحصل مع قيام الملك وحق الرجعة ﴿ قال ﴾ واذا كان الطلاق بعد الخلوة وهو يقول لم أدخل بها فلا رجعة له عليها لانه مقر بالبينونة وسقوط حقه في الرجعة واقراره على نفسه صحيح ولان الخلوة انما جعلت تسليما في حق المهر لدفع الضرر عنها وذلك المعنى

لا يوجد فى الرجعة لانها حق الزوج وهو متمكن من غشيانها ﴿قال﴾ وان كانت حين خلا بها حائضا أوصائمة في رمضان أو محرمة أو رتقاء فلا رجعة له عليها لان الخلوة فاسدة فى هذه الاحوال فاذا كان حق الرجعة لا يثبت بالخلوة الصحيحة فبالفاسدة أولى وعليه نصف المهر الاعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول جميع المهر لان عليها العدة بالاتفاق ولكنا نقول فى العدة معنى حق الشرع وهما متهمان فى ذلك فاما المهر حقها فيفصل فيه بين الخلوة الصحيحة والفاسدة وقد بينا فصول الخلوة في كتاب النكاح ﴿قال﴾ واذا كان عنينا أو مجبوبا أو خصياً فخلى بها ولم يدخل بها فلا رجعة له عليها لانه لوكان خلا ولم يدخل بها لم يكن له حق المراجعة فى العدة فاذا كان المانع من الدخول ظاهراً فيه أولى أن لا يكون له حق المراجعة في العدة ﴿قال﴾ واذا ادعى الزوج الدخول بها وقد خلا بها وأنكرته المرأة فله الرجعة لان الظاهر شاهد له لان الظاهر من حال الفحل انه متى خلى بالانثي التى تحل له نزا عليها فان قيل الظاهر حجة لدفع الاستحقاق والزوج انما يريد استحقاق الرجعة بقوله قلنا لا كذلك بل الزوج انما يستبقي ملكه بما يقول ويدفع استحقاقها نفسها والظاهر يكفى لذلك ﴿قال﴾ وان لم يخل بها حتى طلقها وادعى الدخول فلا رجعة له عليها لانه يدعى عارضاً لا يعرف سببه ولانه لا عدة له عليها فى هذه الحالة فان انكارها سبب العدة كانكارها أصل العدة والرجعة لا تكون الا في العدة ﴿قال﴾ واذا قالت ان عدتى قد انقضت وذلك في وقت لا تحيض فيه ثلاث حيض لم تصدق على ذلك لان الامين انما يقبل خبره اذا لم يكن مستحيلا أو مستنكراً فاذا أخبرت بما هو مستحيل أو مستنكر لم تصدق فى خبرها ثم بين أدنى المدة التي تصدق فيها وهو شهران فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وتسعة وثلاثون يوما فى قولهما وقد بينا هذه المسألة بفروعها فى آخر كتاب الحيض ﴿قال﴾ فان قالت قد أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق صدقت على ذلك لانها مسلطة أمينة فى الاخبار بما في رحمها قال الله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن والنهي عن الكتمان أمر بالاظهار وقال أبيّ بن كعب رضي الله تعالى عنه ان من الامانة ان تؤمن المرأة على مافى رحمها فاذا أخبرت بذلك وكان محتملا وجب قبول خبرها من غير بينة وان اتهمها الزوج حلفها ﴿قال﴾ وكل سقط لم يستبن شئ من خلقه لا تنقضى به العدة لانه ليس له حكم الولد بل هو كالدم المتجمد وعند الشافعى رحمه الله تعالى يمتحن بالماء الحار فاذا ذاب فيه

فهو دم وان لم يذب فهو ولد ولكن هذا من باب الطب لا من باب الفقه وقد بيناه في كتاب الحيض ﴿ قال ﴾ واذا قالت بعد مضى شهرين قد انقضت عدتى وقال الزوج قد أخبرتني أمس انها لم تحض شيئا فان كذبته المرأة فالقول قولها مع يمينها لانه يدعى عليها مالا يعرف سببه وهي تنكر ذلك وقد ظهر انقضاء العدة بخبرها وان صدقته فى ذلك فله ان يراجعها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالمعاينة وبعد ما أخبرت أمس انها لم تحض شيئا فاخبارها في اليوم بانقضاء العدة مستحيل ولان الحق لهما لا يعدوهما وقد تصادقا على قيام الزوجية بينهما ﴿قال﴾ فان كانت تعتد بالشهور لصغر أو إياس فحاضت انتقض ما مضى من عدتها بالشهور وكان عليها ثلاث حيض أما فى الآيسة فظاهر لانها لما حاضت تبين أنها لم تكن آيسة وانما كانت ممتداً طهرها وأما في الصغيرة اذا حاضت فلانها قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل والقدرة على الاصل تمنع اعتبار البدل ولا يكمل مع الاصل لانهما لا يلتقيان فلابد من الاستئناف وعلى هذا قالوا لو طلقها تطليقة فحاضت وطهرت قبل مضى الشهر له أن يطلقها أخرى لان الفصل بالشهر بين الطلاقين كان قبل ظهور الحيض ﴿قال﴾ وكذلك لو حاضت حيضة ثم أيست من الحيض اعتدت بالشهور ثلاثة أشهر بعد الحيضة لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فلابد من الاستئناف واياسها أن تبلغ من السن مالا يحيض فيه مثلها لانه معنى فى باطنها لا يوقف على حقيقته فلابد من اعتبار السبب الظاهر فيه واذا بلغت من السن مالا يحيض فيه مثلها وهي لا ترى الدم فالظاهر أنها آيسة ولم يقدر السن فى الكتاب وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى التقدير بخمسين سنة وفى رواية ستين سنة وفصل في رواية بين الروميات والخراسانيات ففي الروميات التقدير بخمسين سنة لان الهرم يسرع اليهن وفي الخراسانيات التقدير بستين سنة وأكثر مشايخنا على التقدير بالزيادة على خمسين سنة فقد قالت عائشة رضي الله تعالى عنها اذا جاوزت المرأة خمسين سنة لم تر فى بطنها قرة عين ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته واحدة ثم راجعها فى الحيضة الثانية ثم طلقها بعد الطهر وتركها حتى حاضت الثالثة ثم راجعها ثم طلقها بعد الطهر فعليها العدة بعد التطليقة الثالثة ثلاث حيض لان الرجعة قد صحت لمصادفتها العدة فاذا طلقها كان عليها عدة مستقبلة وقد أساء فيما صنع لانه طول العدة عليها وجاء عن ابن عباس رضى الله عنه في تأويل قوله تعالى ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا انه نزل فيما ذكرنا وأما قوله تعالى فلا تعضلوهن ان

ينكحن أزواجهن انما نزلت فيما اذا خطبها الزوج بعد انقضاء عدتها وأبى أولياؤها ان يتركوها ﴿قال﴾ واذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة غير أنه بقي منها عضو لم يصبه الماء فالزوج يملك الرجعة ولو بقي مادون العضو لم يكن للزوج عليها رجعة قال هذا والأول سواء غير أني أستحسن ولم يذكر في الكتاب نصا موضع القياس والاستحسان وقيل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى القياس والاستحسان في العضو الكامل فى القياس ينقطع لانها مغتسلة وقد غسلت أكثر البدن والاكثر حكم الكل وفى الاستحسان لاينقطع لان العضو الكامل ورد الخطاب بتطهيره شرعا فبقاؤه كبقاء جميع البدن ولان العضو الكامل لايقع الانتقال عنه عادة فلا يسرع اليه الجفاف عادة بخلاف مادونه وعند محمد رحمه الله تعالى القياس والاستحسان فيمادون العضو في القياس يبقى حكم الرجعة لبقاء حكم الحدث كما قال صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة ولانه لم تحل لها الصلاة فكان هذا وبقاء عضو كامل سواء وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لان مادون العضو لقلته يسرع اليه الجفاف فلا يتيقن بعدم اصابة الماء فلهذا يؤخذ فيه بالاحتياط فتنقطع الرجعة ولكن لايحل لها ان تتزوج حتى تغسل ذلك الموضع احتياطاً لان الماء لم يصل الى ذلك الموضع من حيث الظاهر ﴿قال﴾ ولو تركت المضمضة والاستنشاق فى الاغتسال لاتنقطع الرجعة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لبقاء عضو كامل وتنقطع عند محمد رحمه الله احتياطاً لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى فان من الناس من يقول المضمضة والاستنشاق في الاغتسال سنة فكان الاحتياط فى قطع الرجعة ﴿قال﴾ واذا لم تقدر على الماء بعد ماطهرت وأيامها دون العشرة فتيممت وصلت مكتوبة أو تطوعا فقد انقطعت الرجعة لانا حكمنا بطهارتها حين جوزنا صلاتها بالتيمم فهو بمنزلة مالو مضى عليها وقت صلاة وهناك تنقطع الرجعة فهنا كذلك فان وجدت الماء بعد هذا اغتسلت ولم يعد حق الرجعة لان صلاتها تلك بقيت مجزئة وهذا بخلاف ما اذا عاودها الدم لان بمعاودة الدم تبين أن الانقطاع لم يكن طهراً وبوجود الماء لايتبين ذلك فاما اذا تيممت ولم تصل فللزوج عليها حق الرجعة فى قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا وفى قول محمد رحمه الله تعالى قد انقطعت الرجعة وهو القياس لان التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء فيما يبنى أمره على الاحتياط بدليل حل أداء الصلاة لها وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف والحكم

بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط ألا ترى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها أداء الصلاة فهنا أولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطاً ولم يحل لها أداء الصلاة في هذين الموضعين فهنا أولى أن تنقطع الرجعة وقد حل لها أداء الصلاة وهذا لان التيمم طهارة عند عدم الماء قال الله تعالى ولكن يريد ليطهركم فاذا أتت به لم تبق مخاطبة بالتطهير فتنقطع الرجعة كالنصرانية تحت مسلم اذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة انقطعت الرجعة بنفس الانقطاع لأنها غير مخاطبة بالتطهير وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا التيمم طهارة ضعيفة فلا تنقطع به الرجعة كنفس الانقطاع وبيانه أنه لا يرفع الحدث بيقين حتى أن المتيمم اذا وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق ولانه في الحقيقة تلويث وتغيير وهذا ضد التطهير وانما جعل طهارة حكما لضرورة الحاجة الى أداء الصلاة لانها مؤقتة والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة فكان طهارة في حكم الصلاة وفيما هو من توابع الصلاة خاصة كدخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حكم الرجعة عند عدم الماء كهو عند وجود الماء توضيحه أن التيمم مشروع لمقصود وهو أداء الصلاة لا لرفع الحدث به ولهذا لا يؤمر به قبل دخول الوقت وفي الوقت أيضا ينتظر آخر الوقت وما كان مشروعا لمقصود فقبل انضمام ذلك المقصود اليه كان ضعيفا فلا يزول به الملك كشهادة الشاهدين على الطلاق لما كان المقصود هو قضاء القاضي به فما لم ينضم اليه القضاء لا يكون مزيلا للملك وهذا بخلاف ما إذا بقي على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة قوية في نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانها طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك في حكم حل الصلاة احتياطاً لاشتباه الادلة في طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة أيضا لكونها طهارة قوية واذا ثبت أن الطهارة قوية جاء موضع الاحتياط فقلنا بأنه تنقطع الرجعة احتياطا ولا تحل للأزواج حتى تغتسل بماء آخر أو تتيمم وتصلي لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطاً وهذا بخلاف النصرانية فانه ليس عليها اغتسال أصلا فكان نفس الانقطاع كطهارة قوية في نفسها وهنا الاغتسال واجب عليها بعد التيمم وانما تعذر للعجز ولم يذكر في الكتاب ما اذا تيممت وشرعت في الصلاة والصحيح عند

أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أن الرجعة لاتنقطع مالم تفرغ من الصلاة لأن الحال بعد شروعها فى الصلاة كالحال قبله ألاترى أنها اذا رأت الماء لايبقى لتيممها أثر بخلاف مابعد الفراغ فانها وان رأت الماء تبقى صلاتها مجزئة وتأويل قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه الزوج أحق برجعتها مالم تحل الصلاة لها وحل الصلاة بالاغتسال فانه صح من مذهبه أنه كان لايرى التيمم للجنب والحائض وان لم يجد الماء شهراً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب العدة وخروج المرأة من بيتها

قد بينا عدة ذات القروء والآيسة والصغيرة اذا كانت حرة أو أمة فاما عدة الوفاة فانها لاتجب الا عن نكاح صحيح ويستوى فيه المدخول بها وغير المدخول بها صغيرة كانت أو كبيرة حتى اذا كانت حرة مسلمة أو كتابية تحت مسلم فعدتها ماقال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله ويذرون أزواجا بيان انها لاتجب الا بنكاح صحيح لان اسم الزوجية مطلقا لايكون الا بعد صحة النكاح ويستوى فى هذا الاسم المدخول بها وغير المدخول بها وهذا لان العدة محض حق النكاح لان النكاح بالموت ينتهي فانه يعقد للعمر ومضى مدة العمر ينهيه فتجب العدة حقاً من حقوقه وبين السلف رحمهم الله فيه خلاف في أربعة فصول (أحدها) أن منهم من يقول لها عدتان الأطول وهو الحول والأقصر وهو أربعة أشهر وعشرا كما قال الله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن أى بعد أربعة أشهر وعشرا فلا جناح عليكم ففي هذا بيان ان العدة الكاملة هو الحول وان الاكتفاء بأربعة أشهر وعشرا رخصة لها ولكنا نقول هذه الآية منسوخة وهذا حكم كان فى الابتداء ان على الزوج أن يوصى لها بالنفقة والسكني الى الحول وقد انتسخ ذلك بقوله تعالى يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا والدليل عليه ماروى ان المتوفى عنها زوجها لما جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال قال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن فى الجاهلية اذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا (والثانى) أن المعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا وعن عبد الله بن عمرو بن

العاص رضى الله عنهما انه كان يقول عشر ليال وتسعة أيام حتى يجوز لها أن تتزوج في اليوم العاشر لظاهر قوله تعالى وعشراً فان جمع المؤنث يذكر وجمع المذكر يؤنث فيقال عشرة أيام وعشر ليال فلما قال هنا وعشرا عرفنا أن المراد الليالي ولكنا نقول هو كذلك الا أن ذكر أحد العددين من الايام والليالي بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر وقد بينا هذا في باب الاعتكاف. (والثالث) أن المتوفي عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها عندنا وهو قول ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وكان علي رضى الله عنه يقول تعتد بأبعد الاجلين اما بوضع الحمل أو بأربعة أشهر وعشراً لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن يوجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بأنفسهن يوجب عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً فيجمع بينهما احتياطا ولو وضعت قبل أربعة أشهر وعشراً فليس لها أن تتزوج لان أمر العدة مبنى على الاحتياط ولكن قد صح عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أن قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن قاضية على قوله تعالى يتربصن بأنفسهن حتى قال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصوى واولات الاحمال أجلهن نزلت بعد قوله أربعة أشهر وعشرا التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله تعالى عنه لو وضعت مافي بطنها وزوجها على سريره لا نقضت عدتها والدليل عليه حديث سبيعة بنت الحارث الاسلمية رضى الله تعالى عنها فانها وضعت مافي بطنها بعد موت الزوج بتسعة أيام فسألت أبا السنابل بن بعكك هل لها أن تتزوج فقال لا حتى يبلغ الكتاب أجله فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بما قال أبو السنابل فقال صلى الله عليه وسلم كذب أبو السنابل فقد بلغ الكتاب أجله اذا أردت النكاح فادأبي وانما اشتبه على علي رضى تعالى عنه لان بوضع الحمل يتبين براءة الرحم وفي التربص بأربعة أشهر وعشرا لاعبرة بشغل الرحم حتى تستوي فيها الصغيرة والكبيرة بخلاف عدة الطلاق ولكنا نقول أصل العدة مشروع لبراءة الرحم وتمام ذلك بوضع الحمل ففي حق الحامل لا يعتبر شئ آخر بأى سبب وجبت عليها العدة (والرابع) ان عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا وهو قول ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما وكان على رضى الله عنه يقول من حين تعلم بموته حتى اذا مات الزوج في السفر فأتاها الخبر بعد مضى مدة العدة عند على رضى تعالى الله عنه يلزمها عدة مستأنفة لان عليها الحداد

في عدة الوفاة ولا يمكنها اقامة سنة الحداد الا بعد العلم بموته ولان هذه العدة تجب بطريق العبادة فلا بد من علمها بالسبب لتكون مؤدية للعبادة ولكنا نقول العدة مجرد مضي المدة وذلك يتحقق بدون علمها فهو وعدة الطلاق سواء وأكثرمافي الباب أنها لم تقم سنة الحداد ولكن ذلك لايمنع من انقضاء العدة كما لو كانت عالمة بموت الزوج ومعني العبادة في العدة تبع لامقصود الا تري انها تجب على الكتابية تحت المسلم وهي لا تخاطب بالعبادات ﴿ قال ﴾ والمتوفى عنها زوجها اذا كانت أمة أو مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد فان كانت حائلا فعدتها شهران وخمسة أيام لان الرق منصف للعدة كما بينا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لان مدة الحبل لاتحتمل التنصيف فان شيئا من المقصود وهو براءة الرحم لايحصل قبل وضع الحمل ﴿ قال ﴾ ولا ينبغي للمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة أو رجعية ان تخرج من منزلها ليلا ولا نهاراً حتى تنقضي عدتها لقوله تعالى ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قال ابراهيم رضى الله عنه الفاحشة خروجها من بيتها وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابن مسعود رضي الله عنه الفاحشة أن تزنى فتخرج لاقامة الحد وبه أخذ أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال ابن عباس رضى الله عنه الفاحشة نشوزها وأن تكون بذيئة اللسان تبذو على احماء زوجها وما قاله ابن مسعود رضى الله عنه هو الاصح فانه جعل الفاحشة غاية والشيء لا يجعل غاية لنفسه وما ذكره ابراهيم محتمل أيضاً والمعنى أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي صلى الله عليه وسلم الا أن يكون كافراً ولا يزنى الا أن يكون فاسقا وعلى هذا لا تخرج لسفر الحج ولا لغيره لان الامتناع من الخروج موقت بالعدة يفوت بمضيها والخروج للحج لا يفوتها فتقدم ما يفوت على ما لا يفوت وأما المتوفى عنها زوجها فلها أن تخرج بالنهار لحوائجها ولكنها لا تبيت فى غير منزلها لما روى أن فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاة زوجها تستأذنه أن تعتد فى بنى خدرة فقال صلى الله عليه وسلم امكثي فى بيتك حتي تنقضى عدتك ولم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وعن علقمة رضى الله تعالى عنه أن اللاتى توفى عنهن أزواجهن شكون الى ابن مسعود رضى الله تعالى عنه الوحشة فرخص لهن أن يتزاورن بالنهار ولا يبتن فى غير منازلهن والمعنى فيه أنه لا نفقة فى هذه العدة على زوجها فهى تحتاج الى الخروج لحوائجها في النهار وتحصيل

ما

ما تنفق على نفسها بخلاف المطلقة فانها مكفية المؤنة ونفقتها على زوجها على أي وجه وقعت الفرقة بالطلاق فلاحاجة بها الى الخروج وان كانت أبرأت زوجها فى الخلع فهى التى أضرت بنفسها فلا يعتبر ذلك وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالي أن للمتوفى عنها زوجها أن تبيت فى غير منزلها أقل من نصف الليل وهذا صحيح لان المحرم عليها البيتوتة فى غير منزلها والبيتوتة فى جميعها أو أكثرها ﴿قال﴾ وان كانت مدبرة أو أم ولد أو أمة أو مكاتبة فلها أن تخرج في عدة الطلاق والوفاة جميعا لانها ما كانت ممنوعة عن الخروج فى حال النكاح والمنع في العدة على ذلك ينبني وهذا لان خدمتها حق مولاها والمنع عن الخروج اما لحق الشرع أو لحق الزوج وحق المولى فى الخدمة مقدم على ذلك كله والمكاتبة انما تخرج للاكتساب وفي كسبها حق المولى اما أن يستوفى منه بدل الكتابة أو يخلص له اذا عجزت والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك الكتابية تحت مسلم اما في الطلاق الرجعي للزوج أن يمنعها من الخروج لقيام النكاح بينهما وأما فى الطلاق البائن فان منعها الزوج عن الخروج فله ذلك تحصيناً لمائه ولكيلاتلحق به نسباً ليس منه وهو معني قوله تعالى لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً أى ولداً وأما اذا كان لايمنعها الزوج فلها أن تخرج وكذلك في عدة الوفاة لها أن تبيت فى غير منزلها لان المنع لحق الشرع وهى لاتخاطب بذلك واليه أشار فقال لان مافيها من الشرك أعظم من الخروج فى العدة وان كانت صبية فلها أن تخرج لانها لاتخاطب بما هو أعظم من هذا من حقوق الشرع كالصلوات والحدود وليس للزوج أن يمنعها فى الطلاق البائن لانه لم يبق له عليها ملك ولا يتوهم الحبل قالوا الا أن تكون مراهقة يتوهم أن تحبل فحينئذ هى كالكتابية فاما في الطلاق الرجعى هى لاتخرج الا باذن الزوج لبقاء ملك النكاح له عليها ﴿قال﴾ واذا كانت المرأة مع زوجها فى منزل مكرا فطلقها فيه فالكراء على زوجها حتى تنقضي عدتها لان السكنى عليه والكراء مؤنة السكنى فتكون عليه كما في حال قيام النكاح فان أخرجها أهل المنزل فهى فى سعة من التحول لان الحق لهم في منزلهم وهى لاتقدر على المقام مع الاخراج فيكون ذلك عذرا لها فى التحول كما اذا انهدم المنزل فاما فى عدة الوفاة أجر المنزل عليها لانها لاتستوجب على زوجها السكني كما لاتستوجب النفقة فان مكنها أهل المنزل من المقام بكراء وهى تقدر على ذلك فعليها ان تسكن وان كانت لاتجد ذلك فهى في سعة من التحول لان سكناها في ذلك

المنزل حق الشرع فاذا قدرت عليه بعوض لزمها كالمسافر اذا وجد الماء بثمن مثله فان كان عنده الثمن فليس له ان يتيمم وان لم يكن عنده الثمن فله ان يتيمم وكذلك ان كان زوج المطلقة غائبا فاخذها أهل المنزل بكراء فعليها ان تعطى الأجر وتسكن اذا كانت تقدر على ذلك وان كانت فى منزل زوجها فمات الزوج ان كان نصيبها من ذلك يكفيها فعليها ان تسكن في نصيبها فى العدة ولا يخلو بها من ليس بمحرم لها من ورثة الزوج وان كان نصيبها لا يكفيها فان رضى ورثة الزوج ان تسكن فيه سكنت وان أبوا كانت في سعة من التحول للعذر وان كانت فى منزل مخوف على نفسها أو مالها وليس معها رجل كانت فى سعة من الرحلة لان المقام مع الخوف لا يمكن وفى المقام ضرر عليها في نفسها ومالها وذلك عذر فى اسقاط حق الشرع كما لو كان بينه وبين الماء سبع أو عدو ولو كانت بالسواد فدخل عليها الخوف من سلطان أو غيره كانت فى سعة من التحول الي المصر لانها تتمكن من ازالة الخوف هنا بالتحول الى المصر ولو كان زوال الخوف بالتحول من منزل الى منزل كان لها ان تتحول فكذلك اذا كان بالتحول من السواد الى المصر ﴿قال﴾ واذا طلقها وهي فى بيت أهلها أو غيرهم زائرة كان عليها ان تعود الى منزل زوجها حتى تمتد فيه سواء كان زوجها معها أولم يكن لان الواجب عليها المقام فى منزل مضاف اليها قال الله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن والاضافة اليها بكونها ساكنة فيه فعرفنا أن المستحق عليها المقام في منزل كانت ساكنة فيه الى وقت الفرقة وهذا لان المنزل الذى هى فيه زائرة ليس بمضاف اليها فعليها أن تعود الى المنزل الذى كانت ساكنة فيه لتتمكن من اقامة حق الشرع ﴿قال﴾ ولو سافر بها ثم طلقها فان كان الطلاق رجعيا فهي لاتفارق زوجها لان الطلاق الرجعى لا يقطع النكاح فأما اذا طلقها طلاقاً رجعياً فى منزلها فليس له أن يسافر بها قبل الرجعة عندنا وله ذلك عند زفر رحمه الله تعالى قيل هذا بناء على أن السفر بها رجعة عند زفر رحمه الله تعالى لانه دليل استدامة الملك كالتقبيل والمس بشهوة وعندنا لا يكون السفر بها رجعة لانه غير مختص بالملك كالخلوة وقيل هي مسئلة مبتدأة فهو يقول الحل والنكاح بينهما قائم فله أن يسافر بها ولكنا نقول هى معتدة والمعتدة ممنوعة من انشاء السفر مع زوجها كما تمنع من انشاء السفر مع المحرم وربما تنقضي عدتها فى الطريق فتبقى بغير محرم ولا زوج وأما فى الطلاق البائن فان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبينها

وبين منزلها كذلك فعليها أن ترجع الى منزلها لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك وان كان بينها وبين مقصدها دون مسيرة سفر وبينها وبين منزلها مسيرة سفر مضت الى مقصدها ولم ترجع لانها اذا مضت لاتكون منشئة سفراً ولا سائرة فى العدة مسيرة سفر واذا رجعت تكون منشئة سفراً فلهذا مضت الى مقصودها وان كان كل واحد من الجانبين مسيرة سفر فان كان الطلاق أو موت الزوج فى موضع لا تقدر على المقام فيه كالمفازة توجهت الى أى الجانبين شاءت سواء كان معها محرم أو لم يكن وينبغي لها أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسألة كالتى أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر الى دارنا من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك فأما اذا كانت في مصر أو قرية تقدر على المقام فيه فليس لها أن تخرج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى تنقضي عدتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان لم يكن معها محرم فكذلك وان كان معها محرم فلها أن تخرج الى أى الجانبين شاءت لانها غريبة فى هذا الموضع والغريب يؤذى ويقصد بالجفاء ومن يصبر على الاذي فكانت مضطرة الى الخروج فلها أن تخرج الى أى الجانبين شاءت كما لو كانت في المفازة الا أن هذا من وجه إنشاء سفر فيعتبر فيه المحرم بخلاف تلك المسألة ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى طريقان (أحدهما) أنها الى الآن كانت تابعة للزوج في السفر ألا ترى أن المعتبر نية الزوج فى السفر والاقامة لانيتها وقد زال ذلك فتكون هي منشئة سفراً من موضع أمن وغياث والعدة تمنعها من ذلك كما لو كانت فى منزلها بخلاف المفازة فانها ليست بموضع الاقامة فلا تكون هى فى التحول منشئة سفراً وقالوا على هذا الطريق اذا كانت سافرت مع المحرم بغير زوج فأتاها خبر موت الزوج أو الطلاق لا يكون عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى المقام فيه لانها ماضية على سفرها لامنشئة (والطريق الآخر) ان تأثير العدة في المنع من الخروج أكثر من عدم المحرم ألا ترى ان للمرأة أن تخرج من غير المحرم مادون مسيرة السفر وليس لها ان تخرج من منزلها فى عدتها دون مدة السفر ثم فقد المحرم هنا يمنعها من الخروج بالاتفاق فلان تمنعها العدة من الخروج وانها ليست فى موضع مخوف أولى بخلاف ما اذا كانت فى المفازة فان فقد المحرم هناك لايمنعها من الخروج لانها ليست فى موضع القرار فكذلك العدة حتى

لو وصلت الى مصر أو قرية لم يكن لها ان تخرج بعد ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ﴿ قال ﴾ وللمعتدة ان تخرج من بيتها الى الدار وتبيت فى أى بيوت الدار شاءت لان جميع الدار منزل واحد وعليها ان تبيت فى منزلها وذلك موجود فى أى بيت باتت وبالخروج الى صحن الدار لاتصير خارجة من منزلها الا ترى انها فى حال بقاء النكاح ليس للزوج ان يمنعها من ذلك الا ان يكون في الدار منازل غيرهم فحينئذ لاتخرج الى تلك المنازل لان صحن الدار هنا بمنزلة السكة وبالوصول اليه تصيرخارجة من منزلها وهى ممنوعة من ذلك فى العدة ﴿ قال ﴾ واذا طلقها طلاقا بائنا وليس له الا بيت واحد فينبغى ان يجعل بينه وبينها ستراً وحجابا لانه ممنوع من الخلوة بهابعد ارتفاع النكاح فيتخذ بينه وبينها سترة حتى يكون فى حكم بيتين وكذلك فى الوفاة اذا كان له أولاد رجال من غيرها فاذا هم وسعوا عليها وخرجوا عنها أو ستروا بينهم وبينها حجابا فلتقم حتى تنقضى عدتها وان أبوا ان يفعلوا ذلك فلتنتقل معناه اذا أخرجوها وكان نصيبها لا يكفيها أوكانت تخاف على نفسها منهم فاذالم يكن بهذه الصفة فلا بأس بان تقيم معهم لان أولاده محرم لها الا ان يكون من ورثته من ليس بمحرم لها ﴿قال﴾ بلغنا أن على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه نقل أم كلثوم حين قتل عمر رضى الله تعالى عنه لانها كانت فى دار الامارة وروى ان عائشة رضى الله تعالى عنها نقلت اختها أم كلثوم حين قتل طلحة بن عبيد الله رضى الله تعالى عنه ﴿قال﴾ واذا انهدم منزل المطلقة أو المتوفى عنها زوجهافهى فى سعة من التحول الى أى موضع شاءت لان المقام فى المنزل المهدوم غير ممكن فكان ذلك عذرا فى التحول والتدبير فى اختيار المنزل اليها بعد زوال الملك عنها الا في الطلاق الرجعى فان التدبير الى الزوج في اختيار المنزل فله أن ينقلها حيث أحب وكذلك فى الطلاق البائن اذا كان الزوج حاضراً وأراد أن ينقلها الى منزل آخر عند العذر فالخيار فى ذلك اليه لان ملك اليد له عليها باق مادامت فى العدة والسكنى والنفقة عليه فكان له أن يحصنها حتى لاتلحق به مايكره وانما الاختيار اليها اذا كان الزوج ميتاً أوغائباً عند تحقق العذر ﴿ قال ﴾ ولا ينبغى للمعتدة أن تحج ولا تسافر مع محرم وغير محرم على مامر وفى الكتاب قال بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالي عنه انه رد المتوفى عنها زوجها من ذي الحليفة وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه انه ردهن من قصر النجف وكن قد خرجن حاجات فدل ان المعتدة تمنع من ذلك ﴿قال﴾ واذا طلقت الامة

تطليقة رجعية ثم أعتقت صارت عدتها عدة الحرة وان كان الطلاق بائنا لم تنتقل عدتها من عدة الاماء الى عدة الحرائر وعند مالك لا تنتقل عدتها الى عدة الحرائر في الوجهين جميعاً وهو أحد قولى الشافعى وفى القول الآخر قال تنتقل عدتها في الوجهين وجه قول مالك ان ما يختلف بالرق والحرية يكون المعتبر فيه حال تقرر الوجوب كالحدود وهكذا يقول الشافعى رحمه الله تعالى في أحد القولين بناء على أصله أن الطلاق الرجعى يرفع الحل فالعتق بعده لا يؤثر فى الحل فلا تتغير العدة كما بعد البينونة وحجتنا فى ذلك أن ملك النكاح يختلف بالحرية والرق لتنصف الحل بسبب الرق وقد بيناه فى كتاب النكاح ثم الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فاذا أعتقت كمل ملك النكاح عليها بكمال حالها بعد العتق والعدة فى الملك الكامل تتقدر بثلاث حيض فأما بعد البينونة فقد زال الملك فلا يتكامل بالعتق الملك الزائل عن الحل توضيحه أن العدة بعد الطلاق الرجعى بعرض التغير حتى تتغير بموت الزوج من الاقراء الى الشهور بعد موته فكذلك بعتقها تتغير الى ثلاث حيض فأما بعد ما بانت فى الصحة فلا تتغير من الاقراء الى الاشهر بعد موته فكذلك لا تتغير بعتقها توضيحه أن زوال الملك بعد الطلاق الرجعى بانقضاء العدة فلا يزول الملك عن الحرة الا بثلاث حيض بخلاف مابعد البينونة وبخلاف الحدود فانها مبنية على الدرء والاسقاط والعدة مأخوذ فيها بالاحتياط وسائر وجوه الفرقة كالطلاق فى هذا وكذلك فى عدة الوفاة لان الملك هناك يزول بالموت ومذهبنا فى الفصلين مروى عن النخعى والشعبى رحمهما الله تعالى

﴿ قال ﴾ واذا مات زوج أم الولد عنها ومولاها ولا يعلم أيهما مات أولاً وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشراً من آخرهما موتا احتياطاً ولا معتبر بالحيض فيها لأنا تيقنا انه له ليس عليها العدة بالحيض فان المولى لو مات أولا فقد مات وهي منكوحة الغير فلا عدة عليها منه لان وجوب العدة من المولى بزوال فراشه عنها ولا فراش للمولى عليها هنا فان مات المولى آخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج فلم تكن فراشا للمولى أيضا ولكن من وجه عليها شهران وخمسة أيام وهو ما اذا مات الزوج أولا ومن وجه عليها أربعة أشهر وعشرا وهو ما اذا مات الزوج آخراً فقلنا تعتد بأربعة أشهر وعشراً احتياطا وان علم أن بين موتيهما شهرين وخمسة أيام أو أكثر فعدتها أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض لانه ان مات الزوج أولا فقد انقضت عدتها

بشهرين وخمسة أيام ثم مات المولى فعليها العدة بثلاث حيض لانه مات بعد ما صارت فراشا وان مات المولى أولا فقد عتقت بموته ثم عليها بموت الزوج أربعة أشهر وعشرا والعدة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا جمعنا بين العدتين فأما اذا لم يعلم مابين موتيهما ولا أيهما مات أولا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليها أربعة أشهر وعشرا لا حيض فيها وعندهما تستكمل فيها ثلاث حيض لانه يحتمل أن يكون الزوج مات أولا ثم مات المولى بعد ما مات الزوج بعد شهرين وخمسة أيام وفي العدة معنى العبادة فالوجه الواحد يكفي لوجوبها للاحتياط وهو نظير مسائل العقد اذا تزوج أربعا في عقدة وثلاثا في عقدة واثنتين في عقدة ثم مات قبل البيان وجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة احتياطا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول سبب وجوب العدة بالحيض لم يوجد وهو زوال فراش المولى عنها والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب وبيانه انه اذا مات المولي أولا فقد مات وهي منكوحة الزوج وان مات آخراً فقد مات وهي معتدة من الزوج وأما قولهما ان مضي الشهرين وخمسة أيام بين الموتين محتمل قلنا نعم ولكن مضي هذه المدة بين الموتين ليس بعدة حتى يؤخذ فيها بالاحتياط ولا سبب لوجوب العدة فلا يقدر به عند التردد مع أن كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما حصلا معاً فيجعل كأنهما ماتا معا كالغرقى والحرقى والهدمي لا يرث بعضهم بعضاً ولان هنا أحوالا ثلاثة ان مات المولى أولا فهناك نكاح يمنع وجوب العدة بالحيض وان مات الزوج أولا ثم مات المولى بعده قبل شهرين وخمسة أيام فهناك عدة تمنع وجوب العدة بالحيض وان كان بعد شهرين وخمسة أيام فحينئذ تجب العدة بالحيض والحالة الواحدة لا تعارض الحالتين وهذا بخلاف العقد لان هناك في حق كل امرأة حالتان إما حال صحة النكاح أو حال فساده والتعارض يقع بين الحالتين فلهذا يؤخذ بالاحتياط هناك وكذلك اذا علم أن بين الموتين شهرين وخمسة أيام فهنا حالتان اما العدة بالاشهر من الزوج أو بالحيض من المولى فلتعارض الحالتين أخذنا بالاحتياط ﴿قال﴾ وكذلك لو كان الزوج طلقها تطليقة رجعية في هذه الوجوه لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فهو وما تقدم سواء ولا ميراث لها من الزوج لانه ان مات الزوج أولا فقد مات وهى أمة والامة لا ترث من الحر شيئاً وان مات المولى أولا ترث والارث بالشك لا يثبت وشرط ارثها منه ان تكون حرة عند موته فما لم يتيقن بذلك

الشرط لا ترث منه ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته طلاق الرجعة ثم مات عنها بطلت عدة الطلاق عنها ولزمها عدة الوفاة لان النكاح قائم بينهما بعد الطلاق الرجعى فكان منتهيا بالموت وانتهاء النكاح بالموت يلزمها عدة الوفاة ولان العدة بعد الطلاق الرجعي بالحيض لزوال الملك بها وقد زال بالموت فمابها العدة التى هى من حقوق النكاح وهى عدة الوفاة وان كانت بائنة عنه فى الصحة بوجه من الوجوه لم تنتقل عدتها الى عدة الوفاة لان النكاح ما انتهى بالوفاة هنا وهو السبب الموجب لعدة الوفاة لان الله تعالى قال ويذرون أزوا جا وهذه ليست بزوجة له عند وفاته حتى لا ترث منه بالزوجية شيئا فلا يلزمها عدة الوفاة أيضا ﴿قال﴾ واذا اتى المرأة خبر وفاة زوجها بعد ما مضت مدة العدة فقد انقضت العدة لما قلنا ان المعتبر وقت موته لا وقت علمها به وان شكت فى وقت وفاته اعتدت من الوقت الذى تستيقن فيه بموته لان العدة يؤخذ فيها بالاحتياط والاحتياط فى ان يؤخذ باليقين وفى الوقت المشكوك فيه لا يقين فلهذا لا تعتد الا من الوقت المتيقن ﴿قال﴾ وطلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان تحت حر كانت أو تحت عبد وطلاق الحرة ثلاث تطليقات وعدتها ثلاث حيض تحت حر كانت أو تحت عبد وفى العدة اتفاق ان العبرة بحالها لا بحال الزوج لانها هى المعتدة الا ترى انها تختلف بصغرها وكبرها وكونها حاملا أو حائلا فكذلك برقها وحريتها فأما الطلاق بالنساء أيضا عندنا وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وعند الشافعى رحمه الله تعالى عدد الطلاق معتبر بحال الرجل فى الرق والحرية وهو مذهب عمر وزيد رضى الله عنهما وابن عمر رضى الله عنه يعتبر بمن رق منهما حتى لا يملك عليها ثلاث تطليقات الا اذا كانا حرين وحجتهم فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وفي رواية يطلق العبد تطليقتين وتعتد الامة بحيضتين والمعنى فيه ان الزوج هو المالك للطلاق المتصرف فيه وثبوت الملك باعتبار حال المالك كملك اليمين الا ترى ان ما يمنع ايقاع الطلاق وهو الصغر والجنون يعتبر وجوده فى الرجل دون المرأة فكذلك ما يمنع ملك الطلاق ولان في اعتبار عدد الطلاق اعتبار عدد النكاح لان من يملك على امرأته ثلاث تطليقات يملك عليها ثلاث عقد ومن يملك عليها تطليقتين يملك عليها عقدتين والمعتبر حال الزوج فى ملك العقد ألا ترى أن الحر يتزوج أربع نسوة والعبد لا يتزوج الا اثنتين وأصحابنا رحمهم الله استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان فقد جمع بين الطلاق

والعدة وما روى أن الطلاق بالرجال قيل إنه كلام زيد رضى الله تعالى عنه لا يثبت مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل معناه ايقاع الطلاق بالرجال وما روى يطلق العبد اثنتين فليس فيه أنه لا يطلق الثالثة أو معناه اذا كانت تحته أمة وانما قاله بناء على ظاهر الحال واعتبار الكفاءة في النكاح ولانه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة والمقابلة تقتضى التسوية وبالاتفاق فى العدة المعتبر حالها فكذلك فى الطلاق ومن ملك على امرأته عدداً من الطلاق يملك ايقاعه في أول أوقات السنة وبهذا ألزم عيسى بن ابان الشافعى رضى الله عنه فقال أيها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها فى أوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت أوقع عليها أخرى فلما ان أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة ولان الطلاق تصرف مملوك في النكاح فيستوى فيه العبد والحر كالظهار والايلاء وهذا لان العبد يستبد بايقاع الطلاق من غير أن يحتاج فيه الى رضا المولى فيكون فيه مبقى على أصل الحرية كالاقرار بالقصاص ومايؤثر فيه الرق يخرج الرقيق من أن يكون أهلا لملكه كالمال ولما بقى أهلا لملك الطلاق عرفنا أن الرق لا يؤثر فيه ولا يدخل عليه النكاح لان الرق يؤثر فيه ولكن ملك النكاح باعتبار الحل والحل يتنصف برقه فلهذا لا يتزوج الا اثنتين وهذا لان الحل نعمة وكرامة فيكون فى حق الحر أزيد منه فى حق العبد ألا ترى أن حل رسول صلى الله عليه وسلم كان يتسع لتسع نسوة كرامة له بسبب النبوة فأما اعتبار عدد النكاح فلا معنى فيه لان الانسان يملك على امرأته من العقد ما لا يحصى حتى لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مراراً كان له أن يتزوجها مرة بعد أخرى ما لم تحرم عليه ولو كان معتوها فهذا دليلنا لان جميع ما يملكه الحر على النساء اثنتي عشرة عقدة فانه يتزوج أربع نسوة ويملك على كل واحدة ثلاث عقد فينبغى أن يملك العبد نصف ذلك وذلك ست عقد بأن يتزوج حرتين فيملك على كل واحدة منهما ثلاث عقد كما هو مذهبنا فأما الصغر والجنون لا يؤثر فى ملك الطلاق وانما يؤثر في المتصرف والمتصرف هو الزوج ثم هو مقابل بصفة البدعة والسنة فى الطلاق فان المعتبر فيه حالها في الحيض والطهر لا حال الرجل ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يعتد بتلك الحيضة من عدتها هكذا قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه وشريح وابراهيم رحمهما الله تعالى وهذا لان الحيضة الواحدة لا تتجزى

وما سبق الطلاق منها لم يكن محسوبا من العدة فيمنع ذلك الاحتساب بما بقي ولو احتسب بما بقي وجب اكمالها بالحيضة الرابعة لان الاعتداد بثلاث حيض كوامل فاذا وجب جزء من الحيضة الرابعة وجب كلها ﴿قال﴾ ولو اعتدت المرأة بحيضتين ثم أيست فعليها استئناف العدة بالشهور وقد بينا هذا وفيه اشكال فان بناء البدل على الأصل يجوز كالمصلي اذا سبقه الحدث فلم يجد ماء يتيمم ويبني واذا عجز عن الركوع والسجود يومئ ويبني ولكنا نقول الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء انما البدلية في الطهارة ولا تكمل احداهما بالأخرى قط وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود فاما العدة بالاشهر فهي بدل عن العدة بالحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ثم قال اذا أيست من الحيض فاعتدت شهرا أو شهرين ثم حاضت اعتدت بالحيض وهذا يجوز فى العبادة فانها بعد ما أيست لا تحيض وانما كان ذلك معجزة لنبي من الانبياء عليهم السلام ولكنها حين حاضت تبين انها لم تكن آيسة وانما كان ممتدة طهرها فلها تعتبر مامضى من الحيض قبل أيامها اذا حاضت ﴿قال﴾ واذا ولدت المعتدة وفى بطنها ولد آخر لم تنقض عدتها حتى تلد الآخر هكذا نقل عن علي وابن عباس والشعبي رضى الله عنهم وهذا لان الله تعالى قال ان يضعن حملهن وذلك اسم لجميع مافى بطنها ولان المقصود هو العلم بفراغ الرحم ولا يحصل ذلك مالم تضع جميع مافى بطنها ﴿قال﴾ واذا تزوجت المرأة المعتدة من الطلاق برجل ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة واحدة من الاول والآخر ثلاث حيض وهو مذهبنا لان العدتين اذا وجبتا يتداخلان وينقضيان بمضى مدة واحدة اذا كانتا من جنس واحد وهو قول معاذ بن جبل رضى الله عنه وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يتداخلان ولكنها تعتد بثلاث حيض من الاول ثم بثلاث حيض من الثانى فان كانت العدتان من واحد بأن وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا أنهما ينقضيان بمدة واحدة وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى وفى القول الآخر يقول لا تجب العدة بسبب الثانى أصلا وحجته فى ذلك أنهما حقان وجبا لمستحقين فلا يتداخلان كالمهرين ولان العدة فرض كف لزمها فى المدة ولا يجتمع الكفان في مدة واحدة كصومين فى يوم واحد وهذا هو الحرف الذى يدور عليه الكلام فان المعتبر عنده معنى العبادة فى العدة لانه كف عن الازواج والخروج فتكون عبادة كالكف عن اقتضاء الشهوات فى الصوم وأداء العبادتين فى وقت

واحد لا يتصور ولو جاز القول بالتداخل في العدة لكان الاولى أقراء عدة واحدة فينبغي أن يكتفي بقرء واحد لان المقصود يحصل وهو العلم بفراغ الرحم وحجتنا في ذلك ان العدة مجرد أجل والآجال تنقضي بمدة واحدة في حق الواحد والجماعة كآجال الديون وبيانه ان الله سبحانه وتعالى سمى العدة أجلا فقال عز وجل أجلهن أن يضعن حملهن وسماه تربصاً والتربص هو الانتظار والانتظار يكون سبب الاجل كالانتظار في المطالبة بالدين الى انقضاء الاجل ومن حيث المقصود في الاجل يحصل مقصود كل واحد من الغريمين بمدة واحدة وهنا مقصود كل واحد من صاحبي العدة يحصل بثلاث حيض وهو العلم بفراغ رحمها من مائه ثم معنى العبادة في العدة تبع لا مقصود وانما ركن العدة حرمة الخروج والتزوج ألا ترى ان الله تعالى ذكر ركن العدة بعبارة النهي فقال تعالي ولا يخرجن وقال عز وجل ولا تعزموا عقدة النكاح وموجب النهي التحريم والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم لحرمة الاحرام والحرم والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا وليمينه اذا حلف لا يشربها بخلاف ركن الصوم فانه مذكور بعبارة الامر قال الله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل فعرفنا أن الركن فيه الفعل ثم عدتها تنقضي وان لم تعلم وتنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج والبروز ولا يتصور أداء العبادة بدون ركنها ولان بوطء الثاني قد لزمها العدة والشروع في العدة لا يتأخر عن حال تقررعن سبب الوجوب وهذا لانه لو امتنع شروعها فيه انما يمتنع بسبب العدة الاولى والعدة الاولى أثر النكاح وأصل النكاح لا يمنع شروعها في العدة اذا تقرر سبب وجوبها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فأثرها أولى ان لا يمنع ولان هذه العدة لتبين فراغ الرحم وبمضي العدة الاولى يتيقن بفراغ الرحم فيستحيل أن يكون شروعها في العدة موقوفا على التيقن بفراغ الرحم ولا معنى لما ذكره من اقراء العدة الواحدة فان الشهور في الاجل الواحد لا تتداخل والجلدات في الحد الواحد لا تتداخل ويتداخل الحدان وهذا لان الحيضة الواحدة لتعريف براءة الرحم والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية فاذا قلنا بالتداخل في أقراء عدة واحدة يفوت هذا المقصود وفي الكتاب قال ألا تري أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها انقضت عدتها منهما أما اذا كانت حاملا من الاول فقد وجب عليها كل واحدة من العدتين وهي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وان حبلت من الثاني فلا بد من القول بسقوط الاقراء اذا حبلت والعدة بعد

ما سقطت لا تعود فان كانت حاضت من الاول حيضة ثم دخل بها الثاني فعليها ثلاث حيض حيضتان تمام العدة من الاول وابتداء العدة من الثاني والحيضة الثالثة لاكمال عدة الثاني حتى لو تزوجها الثاني في هذه الحيضة جاز لان عدتها منه لا تمنع نكاحها ولا يجوز أن يتزوجها غيره حتى تمضي هذه الحيضة وان كان الاول طلقها تطليقة رجعية فله أن يراجعها في الحيضتين الاوليين لان الرجعة استدامة النكاح وعدة الغير لا تمنعه من استدامة النكاح ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وليس له أن يراجعها في الحيضة الثالثة لانها بانت منه بانقضاء عدتها في حقه وليس له أن يتزوجها لانها معتدة من غيره وكذلك ان طلقها تطليقة بائنة فليس له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الآخر كما ليس للآخر أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها من الأول وعلى هذا لو كانت العدتان بالشهور ﴿قال﴾ ولو تزوجت في عدة الوفاة ودخل الثاني بها ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام أربعة أشهر وعشرا وعليها ثلاث حيض من الآخر ثم تحتسب بما حاضت بعد التفريق في الاربعة الأشهر وعشر من عدة الآخر ولا منافاة بين الشهور والحيض فتكون شارعة في العدتين تحتسب بالمدة من العدة الأولى وبما يوجد فيها من الحيض من العدة الثانية ﴿قال﴾ واذا مات الرجل وله امرأتان وقد طلق احداهما طلاقا بائنا ولا يعلم أيتهما هي فعلى كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض احتياطاً لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون مطلقة وعليها العدة بالحيض ويحتمل أن تكون منكوحة وعليها عدة الوفاة وهذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أدخل الدار اليوم فأنت طالق ثلاثا ثم مات بعد مضي اليوم ولا يدرى أدخل أم لم يدخل فعليها عدة الوفاة وليس عليها العدة بالحيض لأن سبب وجوب العدة بالحيض الطلاق ووقوع الطلاق بوجود الشرط غير معلوم ولا معنى للاحتياط قبل ظهور السبب وهنا وقوع الطلاق معلوم انما الجهالة في محله فلهذا ألزمنا كل واحدة منهما العدة بالحيض احتياطا ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته في مرضه ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات قبل انقضاء العدة ورثته بالفرار على ما نبين في بابه ان شاء الله تعالى وعليها من العدة أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله عنه ليس عليها عدة الوفاة لانا حكمنا بانقطاع النكاح بينهما بالطلاق وسبب وجوب عدة الوفاة انتهاء النكاح بالموت فاذا

لم يوجد لا يلزمها عدة الوفاة كما لو كان الطلاق في صحته وانما أخذت الميراث بحكم الفرار وذلك لا يلزمها عدة الوفاة ألا ترى أن المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح كان بردته لا بموته وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا أخذت ميراث الزوجات بالوفاة فيلزمها عدة الوفاة كما لو طلقها تطليقة رجعية وهذا لأنا انما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت موته أو باعتبار اقامة العدة مقام أصل النكاح حكما اذ لابد من قيام السبب عند الموت لاستحقاق الميراث والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب بالشك فاذا جعل في حكم الميراث النكاح كالمنتهي بالموت حكما في حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حكما فألزمناها الجمع بينهما وأما امرأة المرتد فقد أشار الكرخي في كتابه الى أنه لا يلزمها عدة الوفاة ولئن سلمنا فنقول هناك ما استحقت الميراث بالوفاة لأن عند الوفاة هي مسلمة والمسلمة لا ترث من الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض ولا يلزمها عدة الوفاة وهنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا أن النكاح قائم بينهما الى وقت الوفاة ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة في طلاق بائن لأكثر من سنتين من يوم طلقها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره وهذه المسئلة تنبني على معرفة أقل مدة الحبل وأكثرها فأقل مدة الحبل ستة أشهر لما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه ان يرجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقال عز وجل وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحبل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد وأثبت النسب من الزوج وهكذا روى عن على رضى الله عنه ولانه ثبت بالنص ان الولد تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر كما ذكره في حديث ابن مسعود رضى الله عنه يجمع خلق احدكم في بطن أمه الحديث الخ وبعد ما تنفخ فيه الروح يتم خلقه بشهرين فيتحقق الفصال لستة أشهر مستوى الخلق فاما أكثر مدة الحبل سنتان عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى أربع سنين لما روى ان رجلا غاب عن امرأته سنتين ثم قدم وهي حامل فهم عمر رضى الله عنه برجمها فقال معاذ رضى الله عنه ان يك لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولداً قد نبتت

ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال ابني ورب الكعبة فقال عمر رضى الله عنه أتعجز النساء ان يلدن مثل معاذ لولا معاذ لهلك عمر رضي الله عنه فقد وضعت هذا الولد لاكثر من سنتين ثم أثبت نسبه من الزوج وقيل ان الضحاك ولدته أمه لاربع سنين وولدته بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمي ضحاكا وعبد العزيز الماجشوني رضى الله عنه ولدته أمه لاربع سنين وهذه عادة معروفة فى نساء ماجشون رضى الله عنهم انهن يلدن لاربع سنين ولنا حديث عائشة رضي الله عنها قالت لايبقي الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل ومثل هذا لايعرف بالرأى فانما قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الاحكام تنبنى على العادة الظاهرة وبقاء الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين فى غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع أنه لا أصل لما يحكي في هذا الباب فان الضحاك وعبد العزيز ما كانا يعرفان ذلك من أنفسهما وكذلك غيرهما كان لايعرف ذلك لان مافي الرحم لايعلمه الا الله تعالى ولا حجة فى حديث عمر رضي الله تعالى عنه لانه انما أثبت النسب بالفراش القائم بينهما فى الحال أو باقرار الزوج وبه نقول ويحتمل أن معني قوله انه غاب عن امرأته سنتين أى قريبا من سنتين اذا عرفنا هذا فنقول متى كان الحل قائما بين الزوجين يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ستة أشهر الا أن يكون فيه اثبات الرجعة بالشك أو ايقاع الطلاق بالشك فحينئذ يستند العلوق الى أبعد الاوقات فان الطلاق والرجعة لايحكم بهما بالشك ومتي لم يكن الحل قائما بينهما يستند العلوق الى أبعد الاوقات للحاجة الى اثبات النسب وهو مبنى على الاحتياط ﴿ قال ﴾ واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت النكاح يثبت نسبه من الزوج لانها ولدته على فراشه لمدة حبل تام من وقت النكاح ﴿ قال ﴾ واذا طلق الرجل امرأته بعد مادخل بها ثم جاءت بولد فان كان الطلاق رجعياً فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب منه ولايصير مراجعا لها بل يحكم بانقضاء عدتها لانا نسند العلوق الى أبعد الاوقات وهو ماقبل الطلاق فانا لو أسندناه الى أقرب الاوقات صار مراجعا لها والرجعة لاتثبت بالشك وان جاءت به لأكثر من سنتين ولم تقر بانقضاء العدة ثبت النسب منه ويصير مراجعا لها لان حمل أمرها على الصلاح واجب ما امكن فلو جعلنا كأن الزوج وطئها فى العدة فحبلت كان فيه حمل أمرها على الصلاح ولو جعلنا كان غيره وطئها كان فيه حمل

أمرها على الفساد فأما اذا كان الطلاق بائنا فان جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه منه باعتبار اسناد العلوق الى ما قبل الطلاق لان ذلك ممكن وفيه حمل أمرها على الصلاح وان جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانا تيقنا أن العلوق كان بعد الطلاق وسواء جعلناه من الزوج أو من غيره ففيه حمل أمرها على الفساد فيجعل من غيره لانا اذا جعلناه من الزوج كان فيه حمل أمر الزوج على الفساد وهو انه أقدم على الوطء الحرام وذلك لا يجوز من غير دليل وثبوت فراشه القائم بسبب العدة لا يثبت نسب الولد كفراش الصبي على امرأته ثم يلزمها أن ترد نفقة ستة أشهر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى والظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يلزمها رد شيء من النفقة وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لم يظهر انقضاء عدتها قبل الولادة فلا يلزمها رد شيء من النفقة كما لو ولدت لأقل من سنتين وهذا لانها ما دامت معتدة فهي مستحقة للنفقة وما لم يظهر سبب الانقضاء فهي معتدة ولم يظهر للانقضاء هنا سبب سوى الولادة ولو جعلناها كأنها وطئت بشبهة في العدة لم تسقط نفقتها وان جعلناها كأنها تزوجت بعد انقضاء العدة بزوج آخر كان فيه حمل أمرها على الفساد من وجه وهو أنها أخذت مالا بغير حق من زوجها مع ان فيه حكما بنكاح لم يعرف سببه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا حمل أمرها على الصلاح واجب ما أمكن فلو جعلنا هذا الولد من علوق في العدة كان فيه حمل أمرها على الزنا ولو جعلنا كأن عدتها قد انقضت وتزوجت بزوج آخر وعلقت منه كان فيه حمل أمرها على الصلاح فتعين هذا الجانب ثم تزويجها نفسها بمنزلة اقرارها بانقضاء عدتها أو أقوى فتبين انها أخذت النفقة بعد انقضاء عدتها فعليها ردها وهذا اليقين في مقدار ستة أشهر أدنى مدة الحمل ولا يلزمها الرد الا باليقين ولا معنى لما قال ان في ذلك حمل أمرها على الفساد وهو أخذ المال بغير حق لان حرمة المال دون الزنا فان المال بذله يباح بالاذن ولا يسقط احصانها بالأخذ بغير حق وبالزنا يسقط احصانها ومن ابتلي ببليتين يختار أهونهما ولئن جعلناها كأنها وطئت بالشبهة في العدة فكذلك تسقط نفقتها أيضا لانه بمعنى النشوز منها حين جعلت رحمها مشغولا بماء غير الزوج ومقصود الزوج من العدة صيانة رحمها فاذا فوتت ذلك كان أعظم من نشوزها وهروبها من بيت العدة فاذا سقطت نفقتها

تبين أنها أخذت بغير حق فلزمها الرد ﴿ قال ﴾ رجل قال لامرأته كلما ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولدين فى بطن واحد كانت طالقاً بالولد الاول لوجود شرط الطلاق وهو ولادة الولد ثم تصير معتدة فلما وضعت الولد الثاني حكمنا بانقضاء عدتها لانها معتدة وضعت جميع مافى بطنها والولد الذى تنقضي به العدة لايقع به طلاق لان أوان وقوع الطلاق مابعد وجود الشرط وبعد وضع الولد الثاني هي ليست في نكاحه ولا فى عدته ولو ولدت ثلاثة أولاد فى بطن واحد وقعت عليها تطليقتان لان كلمة كلما تقتضي تكرر نزول الجزء بتكرر الشرط وبولادة الولد الثانى تكرر الشرط ولا تنقضي به العدة لان فى بطنها ولدا آخر فيقع عليها تطليقة أخرى ثم بوضع الولد الثالث تنقضي عدتها ولا يقع شيء ولو كان كل ولد فى بطن على حدة فان كان بين كل ولدين ستة أشهر حتى يعلم انهما ليسا بتوءمين تطلق ثلاثا وعليها ثلاث حيض لأن بولادة الولد الأول وقعت عليها تطليقة فلما ولدت الولد الثانى لستة أشهر فصاعدا عرفنا انه من علوق حادث ويجعل ذلك من الزوج حملا لأمرها على الصلاح فصار مراجعاً لها ثم وقع عليها تطليقة ثانية لوجود الشرط وهو ولادة الولد الثاني وكذلك حين وضعت الولد الثالث وقعت عليها تطليقة ثالثة لوجود الشرط بعد ماصار مراجعاً لها فصارت مطلقة ثلاثا وعليها العدة بثلاث حيض ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا مات عن أمرأته فجاءت بولد لأقل من سنتين فان كانت أقرت بانقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرا ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعدا لم يثبت نسبه من الزوج لانه من علوق حادث بعد اقرارها بانقضاء العدة وحمل كلامها على الصحة واجب ما أمكن وان كانت ادعت حبلا وولدت لأقل من سنتين يثبت النسب من الزوج لان اسناد العلوق الى حالة حياته ممكن وفيه حمل أمرها على الصلاح والصحة ولولم تدع حبلا ولم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لأقل من سنتين عندنا يثبت النسب منه وعلى قول زفر اذا جاءت به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات الزوج لم يثبت النسب منه لانه لما لم يكن الحبل ظاهرا فقد حكمنا بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرا بالنص وذلك أقوى من اقرارها بانقضاء العدة ولوأقرت بذلك ثم جاءت بولد لمدة حبل تام لم يثبت النسب منه فكذلك هنا ولكنا نقول انقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشرا معلق بشرط وهو أن لا تكون حاملا فان آية الحبل قاضية على آية التربص على ما بينا

وهذا الشرط لا يوقف عليه الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء العدة لا يحكم بانقضائها وانما جاءت بالولد لمدة يتوهم أن يكون العلوق قبل موت الزوج فيثبت نسبه منه كما لو ادعت حبلا ثم انما يثبت النسب منه اذا كانت ولادتها معاينة أو أقر بها الورثة فأما اذا جحدوا ذلك لم يثبت النسب منه الا بشهادة رجلين أورجل وامرأتين فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يثبت النسب بشهادة امرأة واحدة وهى القابلة وحجتهما في ذلك أن الولادة مما لا يطلع عليها الرجال وشهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة فكانت شهاد القابلة فيه حجة تامة ألا ترى أنه لو كان هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو اقرار من الزوج بالحبل تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة فكذلك هنا وهذا لان النسب والميراث لا يثبت بهذه الشهادة وانما تثبت ولادتها هذا الولد ثم ثبوت النسب والميراث باعتبار أن العلوق به كان في حال قيام النكاح ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى طريقان (أحدهما) ما أشار اليه فى الكتاب فقال من قبل أنه يرث ومعني هذا الكلام أن ثبوت الميراث معلق بالنسب والموت والحكم المعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجودا ولهذا لو رجع شهود النسب وقد شهدوا به بعد الموت ضمنوا الميراث وآخر الوصفين هنا النسب فكانت هذه الشهادة قائمة على تمام علة الارث والميراث لايثبت بشهادة امرأة واحدة ولانها أجنبية للحال لانا نتيقن بانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية لايثبت من الاجنبي بشهادة امرأة واحدة كما لولم يكن النكاح بينهما ظاهرا بخلاف ما اذا كان الفراش قائما فان ثبوت النسب هناك باعتبار الفراش وانما تظهر الولادة بالشهادة وكذلك ان أقر الزوج بالحبل فثبوت النسب هناك باقراره وكذلك ان كان هناك حبل ظاهر فثبوت النسب بظهور الحبل فى حال قيام الفراش وانما تظهر الولادة بالشهادة فقط ولذلك اذا أقر الزوج بالحبل فثبوت النسب هناك باقراره وهنا لاسبب للنسب سوى الشهادة ولايثبت النسب بشهادة امرأة واحدة توضيحه ان شهادة المرأة الواحدة حجة ضعيفة لأن شهادة المرأة الواحدة ليست بشهادة أصلا ولهذا لو شهد رجلان وامرأة واحدة بالمال ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئاً وانما جعلت حجة فى الولادة للضرورة فكانت ضعيفة فى نفسها والضعيف مالم يتأيد بمؤيد لايجوز فصل الحكم به كشهادة النساء فى المال والمؤيد الفراش أوالحبل الظاهر أو اقرار الزوج بالحبل فان تأيدت

شهادتها ببعض هذه الاسباب وجب الحكم بها والا فلا ولو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لا قل من سنة أشهر ثبت النسب منه لانا تيقنا انها أبطلت فيما قالت فانها أقرت بانقضاء العدة بالشهور وقد تبين انها كانت حاملا يومئذ فكان اقرارها باطلا ﴿ قال ﴾ ولو ان رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقة بائنة ثم جاءت بالولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ويلزمه النسب فى قولهما بشهادة امرأة واحدة وهذا والاول سواء لانها للحال أجنبية منه في الوجهين ويستوى ان كانت هذه المعتدة مسلمة أو كافرة أو أمة فى هذا الحكم لان بقاء الولد فى البطن لايختلف بهذه الاوصاف ﴿ قال ﴾ ولو كانت المرأة عند زوجها لم يطلقها فجاءت بولد وأنكر الزوج الحبل قبلت شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لايقبل الا شهادة أربع نسوة لان الأصل فى الشهادة ان الحجة لاتتم الا بشهادة رجلين والمرأتان تقومان مقام رجل واحد فى باب الشهادة بالنص حتى ان المال لايثبت الا شهادة رجل وامرأتين وقد تعذر اعتبار صفة الذكورة فيما لايطلع عليه الرجال فسقط للضرورة وبقى ماسواه على الأصل فيشترط شهادة الاربع ليكون ذلك فى معنى شهادة رجلين ودليل كونه شهادة اعتبار الحرية ولفظ الشهادة فيها ولا معنى لقول من يقول اباحة النظر لاجل الضرورة فاذا ارتفعت الضرورة بالمرأة الواحدة لايحل للثانية النظر لانكم وان قلتم أنه يكتفى بالواحدة تقولون المثنى أحوط وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لابد من شهادة امرأتين لان المعتبر فى الشهادة العدد والذكورة وقد سقط اعتبار صفة الذكورة للتعذر هنا فيبقى العدد على ظاهره وأصحابنا رحمهم الله تعالى استدلوا بحديث حذيفة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وفى حديث آخر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر اليه والنساء اسم جنس يتناول الواحدة وما زاد والمعنى فيه أن هذا خبر لايعتبر فيه صفة الذكورة فلا يعتبر فيه العدد كرواية الاخبار وهذا لان النظر الى الفرج حرام فلا يحل الا عند تحقق الضرورة وعند الضرورة نظر الجنس أهون من نظر الذكور ولما سقطت صفة الذكورة لهذا المعنى سقط أيضا اعتبار العدد لان نظر الواحد أهون من نظر الجماعة ولهذا لايسقط اعتبار الحرية لأن نظر الامة والحرة سواء

والذى يقول ان المثنى أحوط فذلك لا يوجب حل نظر الثانية ولكن ان اتفق ذلك كان أحوط فأما من يشترط العدد يوجب نظر الجماعة ونظر الواحدة أهون ثم هذا خبر من وجه شهادة من وجه لاختصاصها بمجلس الحكم وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فلاعتباره بالشهادة تعتبر فيه الحرية ولفظة الشهادة ولاعتباره بالخبر لا يعتبر فيه الذكورة والعدد فاذا ثبت ماقلنا فانما يثبت بشهادتها الولادة وما هو من ضرورة الولادة وهو عين الولد ثم النسب انما يثبت باعتبار الفراش القائم بمنزلة مالو أقر الزوج بولادتها وقال ليس الولد منى يثبت النسب بالفراش القائم ولا ينتفي الا باللعان ﴿ قال ﴾ واذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها بالحيض فى مدة يحيض فيه مثلها ثلاث حيض ثم جاءت بالولد فاذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت النسب لتيقننا بكذبها فيما قالت وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت اقرارها لم يثبت النسب عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يثبت النسب منه مالم تتزوج ثم تأتى به لستة أشهر لان ثبوت النسب لحق الولد وقولها في ابطال حقه غير مقبول فكان وجود اقرارها كعدمه بخلاف ما اذا تزوجت لان الحق في النسب هناك ثبت للزوج الثانى فينتفى من الأول ضرورة وحجتنا فى ذلك انها أمينة فى الاخبار بمافى رحمها فاذا أخبرت بانقضاء عدتها وهو ممكن وجب قبول خبرها ثم اذا جاءت بالولد بعد ظهور انقضاء عدتها بمدة حبل تام فلا يثبت النسب منه كما لو تزوجت وهذا لان حمل كلامها على الصحة واجب ما أمكن ﴿ قال ﴾ ولو طلق امرأته ولم يدخل بها ولم يخل بها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر لزمه لانا تيقنا ان العلوق به كان قبل الطلاق وحمل أمرها على الصحة واجب ماأمكن فيجعل هذا العلوق من الزوج ويتبين لنا انه طلقها بعد الدخول وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يلزمه لان النكاح بالطلاق ارتفع لا الى عدة وانما جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده وان كان الطلاق بعد الخلوة لزمه الولد الى سنتين لان النكاح بالطلاق قد ارتفع الى عدة ولما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول في ايجاب العدة فكذلك فيما ينبنى عليه وهو ثبوت نسب الولد ﴿ قال ﴾ واذا طلقها وعدتها بالشهور لاياسها من الحيض فاعتدت بثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لسنتين أو أقل من وقت الطلاق فان النسب يثبت من الزوج سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر لانها انما أقرت بانقضاء العدة بالشهور ولما ولدت فقد تبين انها غلطت فيما قالت لان الآيسة لاتلد وانما كانت هى ممتدة طهرها لا آيسة فلا تكون عدتها منقضية

بالشهور فلهذا ثبت النسب منه ﴿ قال ﴾ وان كانت صغيرة فطلقها زوجها بعد ما دخل بها فان ادعت حبلا فذلك اقرار منها بأنها بالغة وقولها في ذلك مقبول فكانت هي كالكبيرة في نسب ولدها وان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب منه لانا حكمنا بانقضاء عدتها فانها ان كانت صغيرة تنقضي عدتها بثلاثة أشهر بالنص وان كانت كبيرة تنقضي عدتها باقرارها وان جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده فأما اذا لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان جاءت به لأقل من تسعة أشهر منذ طلقها يثبت النسب والا فلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان جاءت به لأقل من سنتين منذ طلقها ثبت النسب منه في الطلاق البائن وفي الطلاق الرجعي ان جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً ثبت النسب منه وان كانت جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت النسب وحجته في ذلك أن الحبل في المراهقة موهوم والحكم بانقضاء عدتها بالشهور شرطه أن لا تكون حاملا وذلك لا يعلم الا بقولها كما قررناه في عدة الوفاة في حق الكبيرة واذا جاءت بالولد لأقل من سنتين ولم تقر بانقضاء العدة فيحتمل أن يكون هذا من علوق قبل الطلاق وهذا الاحتمال يكفي للنسب وفي الطلاق الرجعي اذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً فيحتمل أن يكون هذا من علوق كان في العدة وهو مثبت للنسب من الزوج وموجب للحكم بأنه كان مراجعا لها وهما يقولان عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته بيقين لا يحكم بزواله بالاحتمال وصفة الصغر منافية للحبل فاذا بقي فيها صفة الصغر حكم بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر بالنص فكان ذلك أقوى من اقرارها بانقضاء العدة فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده لا يثبت النسب بخلاف المرأة الكبيرة فانه ليس فيها ما ينافي الحبل فلا يحكم بانقضاء عدتها بمضي المدة الا اذا لم تكن حاملا ولا يقال الاصل عدم الحبل لان هذا في غير المنكوحة فأما النكاح لا يعقد الا للاحبال وعلى هذا الصغيرة اذا توفي عنها زوجها فان أقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لم يثبت النسب منه فان ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين يثبت النسب فان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى اذا جاءت بالولد لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام يثبت النسب منه والا فلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان جاءت بولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج يثبت النسب منه وهذا والاول

سواء ﴿ قال ﴾ واذا تزوجت المرأة في عدتها من طلاق بائن ودخل بها الزوج فجاءت بولد لأقل من سنتين من يوم طلقها الاول ولستة أشهر أوأكثر منذ تزوجها الثانى فالولد للاول لان نكاح الثانى فاسد والفاسد من الفراش لايعارض الصحيح في حكم النسب فكان الولد لصاحب الفراش الصحيح فاذا جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الآخر لم نلزمه الاول ولا الآخر لانا تيقنا أن العلوق به كان بعد الطلاق من الاول فلا يثبت النسب منه وتيقنا أنه كان قبل عقد الثانى لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول ولستة أشهر منذ تزوجها الآخر ودخل بهافهو للآخر فانه لامزاحمة للاول هنا فى النسب لانا تيقنا أن العلوق به كان بعدطلاقه فبقى الحكم للآخر وقد جاءت به لمدة حبل تام بعد ما دخل بها الثاني بالعقد الفاسد فثبت النسب منه ﴿قال﴾ واذا مات الصبى عن امرأته فظهر بها حبل بعد موته فان عدتها أربعة أشهر وعشر ولا ينظر الى الحبل لانه من زنا حادث بعد موته فلا يغير حكم العدة الواجبة وقد وجب عليهاالتربص بأربعة أشهر وعشر عند الموت وزعم بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله ان في امرأة الكبير اذا حدث الولد بعد الموت يكون انقضاء العدة بالوضع وليس كذلك بل الجواب فى الفصلين واحد ومتى كان الحبل حادثا بعد الموت كان من زنا فلا يتغير به حكم العدة وانما الفرق فى امرأة الكبير اذا جاءت بالولد لأقل من سنتين تنقضى عدتها به لانه يستند العلوق الى ما قبل الموت حتى يحكم بثبوت النسب فيتبين به ان الحبل ليس بحادث بعد الموت وفي امرأة الصغير لايستند العلوق الى ماقبل الموت وانما يستند الى أقرب الأوقات لأن النسب لايثبت منه واذا لم يكن الحبل ظاهراً وقت الموت وانما ظهر بعد الموت يجعل هذا حبلا حادثا فاما اذا كانت حبلى عند موت الصبي فعدتها أن تضع حملها استحسانا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى ووجهه انا نتيقن ان هذا الحبل من زنا فلا يتقدر انقضاء العدة به كما لو ظهر بعد موته وهذا لان اعتبار وضع الحمل في العدة لحرمة الماء وصيانته ولا حرمة لماء الزانى ولانا نتيقن بفراغ رحمها من ماء الزوج عند موته فعليها العدة بالشهور حقا لنكاحه كما لو لم يكن بها حبل ولكنا استحسنا لظاهر قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقد ذكرنا انها

قاضية على آية التربص لانها نزلت بعدها وعموم هذه الآية يوجب ان لاتجب العدة على الحامل الا بوضع الحمل وهو المعنى انه قد لزمتها العدة وهي حامل فيتقدر انقضاء العدة بالوضع كامرأة الكبير وهذا لان العدة فى الأصل مشروعة لتعرف براءة الرحم وحقيقة ذلك بوضع الحمل وذلك موجود فى جانبها هنا وانما انعدم اشتغال رحمها بماء الزوج وليس الشرط فيما تنقضي به العدة ان يكون من الزوج كالشهور والحيض وكما لو نفى حبل امرأته وفرق القاضى بينهما باللعان وحكم ان الولد ليس منه تنقضي عدتها بوضعه والدليل الحكمى كالدليل المتيقن به بخلاف ما اذا لم يكن الحبل ظاهراً عند الموت لانا حكمنا بفراغ رحمها عند ذلك حملا لامرها على الصلاح وألزمناها العدة بالشهور حقا للنكاح فلا يتغير ذلك بحدوث الحبل من زنا بعده ﴿قال﴾ والخصي كالصحيح فى الولد والعدة لان فراشه كفراش الصحيح وهو يصلح ان يكون والداً والوطء منه يتأتى مع انه لامعتبر بالوطء في حكم النسب حتى لايشترط التمكن من الوطء لاثبات النسب بخلاف الصبي فانه لايصلح ان يكون والداً وبدون الصلاحية لاتعمل العلة ﴿قال﴾ وكذلك المجبوب اذا كان ينزل لانه يصلح ان يكون والداً والاعلاق بالسحق منهم متوهم وزاد فى رواية أبي حفص رحمه الله تعالى وان كان لاينزل لم يلزمه الولد لانه اذا جف ماؤه فهو بمنزلة الصبي أو دونه لان فى حق الصبي ينعدم الماء فى الحال الى توهم ظهوره فى الثانى عادة وفى حق هذا ينعدم الماء لا الي توهم الظهور في الثانى فاذا كان هناك تنعدم الصلاحية فهنا أولي ﴿قال﴾ ولا يكون طلاق الصبي طلاقا حتى يبلغ لقول على وابن مسعود وابن عمر رضوان الله تعالى عليهم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وقد روي ذلك مرفوعا ثم بلوغه إما أن يكون بالعلامة أو بالسن والعلامة فى ذلك الانزال بالاحتلام والاحبال وفي حق الجارية بالاحتلام والحبل والحيض قالوا وأدنى المدة فى حق الغلام اثنا عشر سنة وفى حق الجارية تسع سنين وقد بينا هذا فى كتاب الحيض وأما بلوغهما بالسن فقدر أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الجارية بسبع عشرة سنة وفى الغلام بتسع عشرة سنة وفى كتاب الوكالة ذكر فى الغلام ثمان عشرة سنة في موضع وفى موضع تسع عشرة سنة من أصحابنا من وفق فقال المراد أن يتم له ثمان عشرة سنة ويطعن في التاسع عشرة ولكن ذكر في نسخ أبي سليمان في كتاب الوكالة حتى يستكمل تسع عشرة سنة ففيه روايتان اذن وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى فى الغلام والجارية يتقدر

بخمس عشرة سنة لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردنى ثم عرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فاجازنى ولما سمع عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه هذا الحديث قال هذا هو الفصل بين البالغ وغير البالغ وكتب به الى امراء الاجناد والمعنى فيه ان العادة الظاهرة ان البلوغ لا يتأخر عن هذه المدة وقد بينا ان الحكم يبني على الظاهر دون النادر وأبو حنيفة يقول صفة الصغر فيهما معلومة بيقين فلا يحكم بزوالها الا بيقين مثله ولا يقين في موضع الاختلاف ثم أدنى المدة لبلوغ الغلام اثنا عشر سنة وقد وجب زيادة المدة على ذلك فانما يزاد سبع سنين اعتباراً بأول أمره كما أشار اليه صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا وبين أهل التفسير اختلاف في تفسير الأشد ولم يقل أحد بأقل من ثمان عشرة سنة فى قوله تعالى ولما بلغ أشده آتيناه حكما وعلما فوجب تقدير مدة البلوغ به ولكن الانثى أسرع نشوا عادة فينتقص في حقها سنة فتكون التقدير بسبع عشرة سنة ولا حجة في حديث ابن عمر رضى الله عنه لانه ما أجازه باعتبار أنه حكم ببلوغه بل لانه رآه قويا صالحا للقتال وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجيز من الصبيان من كان صالحا للقتال على ما روى أنه صلى الله عليه وسلم عرض عليه صبي فرده فقيل انه رام فأجازه وعرض عليه صبيان فأجاز أحدهما ورد الآخر فقال المردود يارسول الله أجزته ورددتني ولو صارعته لصرعته فصارعه فأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ قال ﴾ ولا يجوز طلاق المجنون وان مات عن امرأته كان في حكم العدة والولد بمنزلة الصحيح لان المجنون يجامع ويحبل وقد ثبت الفراش له بحكم النكاح وهو يصلح أن يكون والداً ﴿ قال ﴾ واذا مات عن أم ولده أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض فان كانت لا تحيض من إياس فعدتها ثلاثة أشهر وقد بينا هذا فى كتاب النكاح وكذلك لو كانت حرمت عليه قبل موته بوجه من الوجوه فعليها منه العدة لانها فراشه بعد ما حرمت عليه حتى لو ادعى نسب ولدها ثبت منه وانما لا يثبت بدون الدعوة لما فيه من اساءة الظن به والحكم باقدامه على الوطء الحرام فيتحقق زوال الفراش اليها بالعتق وهذا بخلاف ما اذا زوجها من غيره ثم مات المولى أو أعتقها لان هناك قد اعترض على فراشه فراش الزوج وفراش النكاح أقوى من فراش الملك فينعدم الضعيف بالقوى واذا انعدم لم يتقرر بالعتق سبب وجوب العدة وهو زوال فراشه اليها وكذلك لو كانت فى عدة

من زوج ألا ترى أن النسب لا يثبت من المولى وان ادعاه فعرفنا أنها لم تبق فراشاً له أصلا ﴿ قال ﴾ ولو مات عن أم ولده أو أعتقها فجاءت بولد مابينها وبين سنتين لزمه لتوهم أن يكون العلوق به قبل الموت وهذا لان الفراش زال بالعتق الى عدة وهو نظير فراش النكاح فى أنه يستند العلوق الى أبعد الاوقات ولكن لو نفاه المولى لا ينتفي بخلاف ماقبل العتق لان الفراش بالعتق يتقوي حتى لا يملك نقله الى غيره بالتزويج فيلزمه نسب الولد على وجه لا يملك نفيه وقبل العتق كان يملك نقل فراشها الى غيره بالتزويج فكذلك يملك نفى نسب الولد لان ثبوت الحكم بحسب السبب فان جاءت به لاكثر من سنتين منذ أعتقها لم يلزمه الا أن يدعيه لأنا تيقنا أن العلوق كان بعد العتق فان ادعاه ثبت النسب منه لانهما تصادقا على أن الولد منه والحق لهما وماتصادقا عليه محتمل لجواز أن تكون زوجت نفسها منه فى عدتها ﴿ قال ﴾ رجل توفى عن امرأته وهي مملوكة فأقرت بانقضاء عدتها بعد شهرين وخمسة أيام ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ يوم أقرت لم يلزم الزوج لان الشهرين وخمسة أيام فى حقها كأربعة أشهر وعشر فى حق الحرة واقرارها بانقضاء العدة بعد ذلك معتبر ما لم يتبين كذبها فكذلك هنا وان لم تقر بانقضاء العدة لزمه الولد الى سنتين لانا نسند العلوق الى أبعد أوقات الامكان فى حقها لاثبات نسب ولدها من الزوج كما فى الحرة ﴿قال﴾ وان أعتق أم ولده وهى حامل أو مات عنها فعدتها بوضع الحمل لما بينا ان العدة لزمتها وهي حامل فيتقدر انقضاؤها بوضع الحمل كما في عدة النكاح بل أولى لأن معنى تبين فراغ الرحم هو المعتبر هنا لاغير ﴿ قال ﴾ ولو مات عن أمة كان يطأها أوعن مدبرة كان يطأها فلا عدة عليها وكذلك ان أعتقها لان الفراش لا يثبت الا بالوطء فى ملك اليمين وهو معروف فى كتاب الدعوى وبدون الفراش لاتجب العدة وفي الكتاب يقول ألا ترى أنه لو باعها بعد ما وطئها لم تلزمها العدة والاستبراء الواجب على المشترى ليس بعدة لأن العدة تجب عليها والاستبراء يجب على المشترى ﴿ قال ﴾ ولوزوجها المشتري قبل أن يستبرئها جاز ووجوب الاستبراء عليه هناك كوجوبه اذا اشتراها من صبى أو امرأة أو اشتراها وهى بكر ﴿ قال ﴾ ولو دخل بامرأة على وجه شبهة أو نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض ان كانت حرة وحيضتان ان كانت أمة وقد بينا هذا فى كتاب النكاح ان الفراش يثبت بالدخول عند فساد العقد فتجب العدة بزواله بالتفريق ويستوى

ان مات عنها أوفرق بينهما وهو حي لأن هـذه العدة لاتجب الا لتعرف براءة الرحم فـلا تختلف بالحياة والممات كعدة أم الولد وهذا لأن التربص بالاشهر فى عدة الوفاة لقضاء حق النـكاح ولهذا يجب من غير توهم الدخول وهذا لايوجد فى الوطء بالشبهة ولا فى النـكاح الفاسد وان كانت لاتحيض من صغر أو كبر فعدة الحرة ثلاثة أشهر وعدة الامة شهر ونصف اعتباراً للفراش الفاسد بالفراش الصحيح اذا وجبت العدة بالفرقة فى حالة الحياة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج المـكاتب بنت مولاه باذنه ثم مات المولى ثم مات المـكاتب وترك وفاء فعـدتها أربعة أشهر وعشر ولها عليه الصداق وترثه لانها لم تملك شيئاً من رقبته بموت المولى لقيام عقد الـكتابة وموت المـكاتب عن وفاء لايوجب فسخ الـكتابة عنـدنا بل يؤدى كتابتـه ويحكم بحريته فى حياته فيكون النـكاح منتهياً بينهما بموت الزوج فعليها عدة الوفاة ولها جميع الصداق وان لم يدخل بها وترثه بالزوجيـة لانتهاء النـكاح بالموت بعد الحـكم بحرية الزوج فان لم يترك وفاء وقد دخل بها فلها الصداق دينا في عنقه ومعنى هذا انه كان دينا في عنقـه ويبطل عنه مقدار نصيبها في رقبته لان بموته عاجزاً انفسخت الـكتابة قبل الموت لتحقق العجز حين أشرف على الهلاك فملـكت جزءً من رقبة زوجها ارثاً من أبيها وذلك مفسـد للنـكاح بينهما الا ان الصـداق كله قد تأكد بالدخول ولكن بقدر نصيبها يسقط لانهـا لاتستوجب دينا على عبدها كصاحب الدين اذا وهب له العبد المديون وبقـدر نصيب سائر الورثة يبقى فتستوفي ذلك مما ترك من كسبه وعليها ثلاث حيض لوقوع الفرقة بينهما بعـد الدخول قبل الموت حين ملكت جزءاً منه فلا يتغير ذلك بموته وان كان لم يدخل بها فلاصداق لها ولا عدة عليها لان الفرقة وقعت قبل الدخول بسبب مضاف اليها وهو ملكها جزءاً من رقبته وذلك مسقط لجميع الصداق ﴿ قال ﴾ واذا اشترى المكاتب امرأته وقد ولدت منـه لم يبطل النـكاح لان الثابت له فى كسبه حق الملك وقد بينا فى كتاب النكاح ان حق الملك لايمنع بقاء النـكاح فان مات وترك وفاء تؤدي كتابته ويحكم بحريته قبل موته اما اسنادا للعتق الى ماقبل الموت أو ابقاء له حياً حكما الى وقت أداء الكتابة ولما حكم بحريته ثم ملك رقبتها صارت أم ولد له فارتفع النـكاح وعتقت وأم الولد اذا عتقت بموت مولاها اعتدت بثلاث حيض وان لم يترك وفاء فعدتها شهران وخمسـة أيام لانه مات عاجزاً فـكان النكاح منتهيا بالموت وعلى الامة عند زوجها من العدة شهران وخمسة أيام وان لم تكن ولدت منه وقد ترك وفاء

فان كان دخل بها فعدتها حيضتان كالحر اذا اشترى امرأته بعد ما دخل بها فعليها من العدة حيضتان حتى لا يملك تزويجها الا بعد مضى المدة وان لم تظهر هذه الفرقة فى حقه حتى كان له أن يطأها وان لم يدخل بها فلا عدة عليها لان هذه الفرقة وقعت في حالة الحياة قبل الدخول وان كان لم يترك وفاء ولم يدخل بها أو دخل بها غير أنها لم تلد منه فعدتها شهران وخمسة أيام وكذلك ان كانت قد ولدت منه لانه مات عاجزاً فلم يملك شيئاً من رقبتها وانما كان النكاح بينهما منتهيا بالموت فعليها العدة شهران وخمسة أيام وهي أمة لمولى المكاتب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرد على من قال اذا طلق لغير السنة لا يقع

﴿قال﴾ وهذه المسئلة مختلف فيها بيننا وبين الشيعة على فصلين (أحدهما) أنه اذا طلقها فى حالة الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه يقع الطلاق عند جمهور الفقهاء وعندهم لا يقع (والثانى) أنه اذا طلقها ثلاثا جملة يقع ثلاثا عندنا والزيدية من الشيعة يقولون تقع واحدة والامامية يقولون لايقع شئ ويزعمون أنه قول على كرم الله وجهه وهو افتراء منهم على علي رضى الله تعالى عنه فقد ذكر بعد هذا في كتاب الطلاق عن على وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ان الثلاث جملة تقع بايقاع الزوج والمشهور من قول على رضي الله تعالى عنه كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه وشبهتهم فيه ان الزوج مأمور شرعا بايقاع الطلاق للسنة والمأمور من جهة الزوج بايقاع الطلاق للسنة وهو الوكيل اذا أوقع لغير السنة لايقع فكذلك المأمور شرعا بل أولى لأن أمر الشرع ألزم ولأن نفوذ تصرفه بالاذن شرعا والمنهى عنه غير مأذون فيه فلا يكون نافذا كطلاق الصبي والمعتوه وحجتنا فى ذلك حرفان (أحدهما) ان النهى دليل ظاهر على تحقق المنهى عنه لان النهى عما لا يتحقق لايكون فان موجب النهى الانتهاء على وجه يكون المنهى فيه مختاراً حتى يستحق الثواب اذا انتهى ويستوجب العقاب اذا أقدم وما لم يكن المنهى عنه متحققا فى نفسه لايتصور كونه مختاراً فى الانتهاء وقد قررنا هذا في النهى عن صوم يوم العيد (والثاني) ان النهي اذا كان لمعنى فى غير المنهي عنه لايعدم المنهى عنه ولا يمنع نفوذه شرعا كالنهى عن الصلاة فى الأرض المغصوبة والنهى عن البيع عند النداء يوم الجمعة وهنا النهى لمعني فى غير الطلاق من تطويل العدة

واشتباه أمر العدة عليها أوسد باب التلافي عند الندم فلا يمنع النفاذ واستكثر من الشواهد في الكتاب وكل ذلك يرجع الى هذين الحرفين وهذا بخلاف الوكيل فان نفوذ تصرفه بأمر الموكل فاذا خالف المأمور به لاينفذ وهنا تصرف الزوج بحكم ملكه وهو بعقد النكاح صار مالكا للتطليقات الثلاث والملك علة تامة لنفوذ التصرف ممن هو أهل للتصرف وان لم يكن مأموراً ولا مأذونا فيه وهذا بخلاف الصبي والمعتوه لان الاهلية لايقاع الطلاق غير متحققة فيهما ألا ترى أنه لايصح منهما التعليق بالشرط ولا الاضافة الى مابعد البلوغ ولا تمليك الامر منهما وكل ذلك صحيح من الرجل في حيض المرأة وبهذا ونظائره استشهد في الكتاب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اللبس والتطيب

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه الاصل أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الحداد في عدتها وفيه لغتان حداد وإحداد يقال أحدت المرأة تحد وحدت تحد وكلاهما لغة صحيحة وهذا لما روى أن أم حبيبة رضي الله تعالى عنها لما أتاها خبر موت أبي سفيان رضى الله تعالى عنه دعت بطيب بعد ثلاثة أيام فأمسته عارضيها وقالت مابي حاجة الى الطيب ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايحل لامرأة تؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الاعلى زوجها أربعة أشهر وعشراً وقال صلى الله عليه وسلم للمرأة التي استأذنته في الاكتحال قد كانت احدا كن في الجاهلية الحديث على ماروينا فأما المبتوتة وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أو تطليقة بائنة فعليها الحداد في عدتها عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه لاحداد عليها لان هذه العدة واجبة لتعرف براءة الرحم فلا حداد عليها كالمعتدة عن وطء بشبهة أو نكاح فاسد وهذا لان الحداد على المتوفى عنها زوجها لاظهار التأسف على موت الزوج الذي وفى لها حتى فرق الموت بينهما وذلك غير موجود في حق المطلقة لان الزوج جفاها وآثر غيرها عليها فانما تظهر السرور بالتخلص منه دون التأسف (ولنا) في ذلك حديث أم سلمة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء فان الحناء طيب وهذا عام في كل معتدة ولانها معتدة من نكاح صحيح فهي كالمتوفي عنها زوجها وتأثيره ان الحداد إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح والوطء الحلال بسببه وذلك

موجود فى المبتوتة كوجوده في المتوفى عنها زوجها وعين الزوج ماكان مقصوداً لها حتي يكون التحزن بفواته بل كان مقصودها ماذ كرنامن النعمة وذلك بفوتها في الطلاق والوفاة بصفة واحدة بخلاف العدة من نكاح فاسد والوطء بشبهة لانه مافاتها نعمة بل تخلصت من الحرام بالتفريق بينهما*وصفة الحداد ان لاتتطيب ولاتدهن ولا تلبس الحلى ولا الثوب المصبوغ بالمصفر أو الزعفران لان المقصود من هـذا كله التزين وهو ضد إظهار التحزن ولانه من أسباب رغبة الرجال فيها وهى ممنوعة من الرجال مادامت معتدةولاثوب عصب ولا خز لتتزين به قيل هو البرد اليمانى والاصح انه القصب وفي النوادر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لابأس بأن تلبس القصب والخز الاحمر وتأويل ذلك اذا لبست ذلك لا على قصد التزين به فاما على قصد التزين به فهو مكروه كما قال فى الكتاب ولا تدهن رأسها لزينة فان الدهن أصل الطيب الا ترى ان الروائح تلقى فيه فيصيرغالية وان استعملت الدهن على وجه التداوى بان أشتكت رأسها فصبت عليه الدهن جاز لان العدة لاتمنع التداوى وانما تمنع من التزين ولا تكتحل للزينة أيضا فان أشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل بالكحل الاسود لما روى ان المتوفى عنها زوجها استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاكتحال فى الابتداء فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغت الباب دعاها فقال قد كانت احدا كن في الجاهلية الحديث وتأويله أنه وقع عنده صلى الله عليه وسلم أنها لاتقصد الزينة بالاكتحال فى الابتداء فأذن لها ثم علم أن قصدها الزينة فنعها وان لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا بأس بأن تلبسه من غير أن تريد الزينة بذلك لانها لاتجد بداً من ستر عورتها واذا لم تجد سوى هذا الثوب فمقصودها الستر لا الزينة والاعمال بالنيات وأما المطلقة طلاقا رجعياً فلا بأس بأن تتطيب وتتزين بما أحبت من الثياب لان نعمة النكاح والحل مافاتت بعد لان الزوج مندوب الى أن يراجعها والتزين مما يبعثه على مراجعتها فتكون مندوبة اليه أيضاً فأما الكتابية تحت مسلم اذا فارقها أو توفى عنها فليس عليها أن تتقي فى عدتها شيئاً من الطيب والزينة لان الحداد فى العدة لحق الشرع وهى لاتخاطب بالشرائع وفي الكتاب قال لان الذى فيها من الشرك والذى تترك من فرائض الله تعالى أعظم من هذا ﴿ قال ﴾ وتتقى المملوكة المسلمة في عدتها ماتتقى منه الحرة الا الخروج لانها مخاطبة بحق الشرع كالحرة وانما لاتمنع من الخروج لحق مولاها فى خدمته ولا حق للمولى

في تطيبها وتزينها في العدة لانها محرمة عليه مالم تنقض عدتها ﴿قال﴾ وليس على الصبية أن تتقي شيئاً من ذلك عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه هي كالبالغة وعلى الولي أن يمنعها من التطيب والتزين كما يمنعها من شرب الخمر وحرمتها لحق الشرع وكما يجب عليها أصل العدة لحق الشرع لانا نعلم يقينا فراغ رحمها من ماء الزوج فكذلك الحداد في العدة يجب عليها اذا توفي عنها زوجها ولكنا نقول هي لاتخاطب بحق الشرع بما هو أعظم من الحداد من الصوم والصلاة والحداد في معني شكر النعمة لانه اظهار التحزن على فوت نعمة الزوجية وليس عليها ذلك شرعا بخلاف أصل العدة فقد قال بعض مشايخنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه خطاب الشرع عليها بخلاف الحداد فيها ﴿قال﴾ وليس على أم الولد في عدتها اتقاء شيء من ذلك لان عدتها من السيد انما تجب عند العتق وفيه تخلصها من الرق ووصولها الى نعمة الحرية فلا يفوتها بها شيء من النعمة لتأسف على ذلك وما كان من حال الوطء بينها وبين المولى فقد كان بسبب هو عقوبة في حقها وهو الرق فلا يعد نعمة وكرامة ولهذا لايثبت به الاحصان فعدتها بمنزلة العدة من نكاح فاسد وقد بينا فيما سبق أنهما لا يمنعان من الخروج في عدتهما فكذلك لا يمنعان من التزين ألا ترى أن امرأة رجل لو تزوجت ثم دخل بها الزوج ثم فرق بينهما ثم ردت الى الزوج الاول كان لها أن تتزين وتتشوف الى زوجها الاول وعليها عدة الآخر ثلاث حيض ﴿قال﴾ رجل اشترى امرأته وهي أمة قد ولدت منه فسد النكاح وقد كانت حلالا له بالملك فلا بأس بأن تتزين له وتتطيب لانها غير معتدة في حقه لان العدة أثر النكاح وكما أن الملك ينافي أصل النكاح ينافي أثره ولانه يحل له وطؤها بسبب الملك فلا بأس بأن تتطيب له وتتزين ليزداد رغبة فيها ولو أراد أن يزوجها رجلا لم يجز حتى تحيض حيضتين لانها معتدة في حق غيره فان الفرقة وقعت بينها وبين زوجها بعد الدخول بسبب الملك وذلك لا ينفك عن عدة فجعلناها في حق غيره كالمعتدة وان لم يكن في حقه فان أعتقها فعليها ثلاث حيض لانها صارت أم ولد له حين اشتراها بعد ما ولدت منه بالنكاح وعلى أم الولد ثلاث حيض بعد العتق ثم تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الاوليين اللتين كانتا عليها من قبل النكاح استحسانا وفي القياس ليس عليها ذلك لأن الحداد لا يلزمها عند وقوع الفرقة فكيف يلزمها

بعد ذلك وبالعتق انما يفوتها الحل الذى كان قائما قبله وقد بينا ان ذلك ليس بنعمة وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة ولكن لم يظهر ذلك لحق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة في حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد وانما كانت تتطيب تقديما لحق المولى على حق الشرع حين كانت حلالا له وقد زال ذلك بالعتق فاما الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لأن ذلك لم يلزمها بسبب النكاح بل بسبب العتق لكونها أم ولد ولا حداد على أم الولد فى عدتها من سيدها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المتعة والمهر

اعلم بأن العلماء مختلفون فى المتعة فى فصول (أحدها) ان المتعة واجبة عندنا وقال مالك رضى الله تعالي عنه هى مستحبة لظاهر قوله تعالى حقا على المتقين وفى موضع آخر حقا على المحسنين وفي هذا إشارة الى أنها مستحبة فان الواجب يكون حتما على المتقين وغير المتقين ولما أمر شريح رضي الله تعالى عنه المطلق بان يمتعها قال ليس عندى ما أمتعها به فقال ان كنت من المحسنين أو من المتقين فمتعها ولم يجبره ولان المتعة غير واجبة قبل الطلاق فلا تجب بالطلاق لأنه مسقط لا موجب ولو وجبت انما تجب باعتبار ملك النكاح وبالطلاق قبل الدخول أزال الملك لا الى أثر فكيف تجب المتعة باعتبار الملك (ولنا) فى ذلك قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف فان الله سبحانه وتعالى أضاف المتعة اليهن بلام التمليك ثم قال حقا وذلك دليل وجوبه وقال على المتقين وكلمة على تفيد الوجوب والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون والمؤمن هو الذى ينقاد لحكم الشرع وقال الله تعالى ومتعوهن أمر به والامر للوجوب وقال الله تعالى فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا ولان الفرقة وقعت بالطلاق بعد صحة النكاح فلا تنفك عن الواجب لها كما اذا كان فى النكاح مسمى ثم عندنا لا تجب المتعة الا لمطلقة واحدة وهى المطلقة قبل المسيس والفرض وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا تجب المتعة الا لمطلقة واحدة وهى المطلقة بعد المسيس اذا كان مهرها مسمى فانما يتحقق الاختلاف فى المطلقة بعد الدخول عندنا لها المهر المسمي أو مهر المثل اذا لم يكن فى النكاح تسمية وليس لها متعة واجبة ولكنها مستحبة وعند الشافعى رحمه الله تعالى لها متعة واجبة لعموم

قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المحسنين الا انا خصصنا المطلقة قبل المسيس بعد الفرض من هـذا العموم بالنص وهو قوله تعالى فنصف مافرضتم فجعل كل الواجب نصف المسمى ولان وجوب المتعة لمراعاة حق النكاح فأما المسمي أو مهر المثل فانما يسلم لها بالدخول فتبقى المتعة لها بحق النكاح بخلاف المطلقة قبل المسيس بعد الفرض لان نصف المفروض لها بحق النكاح اذ لم يكن بينهما سبب سوى النكاح وهنا بينهما سبب سوي النكاح وهوالدخول فلا حاجة الى ايجاب المتعة هنا ﴿ ولنا ﴾ أنها انما استحقت جميع المهر على زوجها فلا تستحق المتعة مع ذلك كالمتوفى عنها زوجها وهـذا لان النكاح حق معاوضة وبعد تقرر الفرض لاحاجة الى شيء آخر توضيحه ان المتعة لاتجامع نصف المسمى وهو ما اذا طلقها قبل المسيس بعد الفرض فلأن لاتجامع جميع المسمى أولى وتحقيق هذا ان المتعة تجب خلفا عن مهر المثل فان أوان وجوبها بعد الطلاق ولا يمكن ايجابها أصلا بسبب الملك لان مايجب بالملك أصلا لايتوقف وجوبه على زوال الملك فعرفنا انها وجبت خلفا لان بالخلف يبقي ما كان ثابتا من الحكم ولا يجمع بين الخلف والاصل بحال واذا وجب لها المهر الذى هو الاصل كله أو بعضه لا تجب المتعة فأما المطلقة قبل المسيس والفرض فهى لاتستوجب شيئاً من الاصل فتجب لها المتعة وانما قلنا انها مستحبة لقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وقد كان دخل بهن فدل أن المتعة مستحبة فى هـذه الحالة وهو مروى عن ابن عباس وشريح رضى الله تعالى عنهما وكذلك كل فرقة جاءت من قبل الزوج بأى سبب كانت وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا شئ لها من المهر ولا من المتعة لان المتعة بمنزلة نصف المسمى فكما أن فى النكاح الذى فيه التسمية لايجب من المسمى شئ اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فكذلك فى النكاح الذى لاتسمية فيه لاتجب المتعة اذا جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها ﴿قال﴾ وأدنى ما تكون المتعة ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة وللشافعى رحمه الله تعالى قولان (أحدهما) أنه شئ نفيس يعطيها الزوج تذكرة له وقد بينا هذا في كتاب النكاح (والثانى) أن المتعة ثلاثون درهما وهـذا ليس بصحيح قال الله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف واسم المتاع لا يتناول الدراهم وتقدير المتعة بالثياب مروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي رحمهم الله تعالى وكان ابن عباس رضى الله عنه يقول أرفع المتعة الخادم وأوسط المتعة الكسوة

وأدناها النفقة ثم المعتبر فى المتعـة حالة الرجل لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وكان الكرخى رضى الله عنه يقول هذا فى المستحبة فأما فى المتعة الواجبة يعتبر حالهـا لانها خلف عن مهر المثل وفى مهر المثل يعتبر حالها فكذلك في المتعة وهذا الذى قاله ليس بقوى لان الاعتبار بحاله أو بحالها فيما يكون واجبا ويدخل تحت الحكم وفى المستحب هـذا لا يكون ولان الله تعالى قال على الموسع قـدره وعلى المقتر قدره وكلمة على للوجوب فاذا طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهراً فلها نصف المسمى بالنص والقياس فيه أحد الشيئين إما وجوب جميع المسمى لان الزوج هو الذى فوت الملك على نفسـه باختياره فلا يسقط حقها في البدل كالمشتري اذا أتلف المبيع قبل القبض أو أن لا يجب شئ لان المعقود عليه عاد اليها كما خرج عن ملكها وذلك مسقط للبدل كما اذا انفسخ البيع بخيار أو باقالة ولكنا تركنا القياس بالنص وفيـه طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما) أن الطلاق يسقط جميع المسمي كما يسقط جميع مهر المثل وانما لها نصف المسمى بطريق المتعة (والثانى) أن بالطلاق هنا لا يسقط الا نصف المسمي لانه متأكد بالعقد والتسمية جميعا بخلاف مهر المثل وهذا أصح فانه لو تزوجها على ابل سائمة وحال الحول عليها ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها نصف الزكاة ولو سقط جميع المسمى ثم وجب النصف بطريق المتعة لما لزمها شئ من الزكاة ثم المسمى وان تنصف بالطلاق فكل واحـد منهما مندوب الى العفو قال الله تعالى الا أن يعفون أو يعفو الذى بيـده عقـدة النكاح والذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الزوج وهو قول ابن عباس وشريح رضي الله تعالى عنهـما وقال مالك رحمه الله الذى بيـده عقدة النكاح وليها حتى ان على مذهبه اذا أبت المرأة أن تسـقط نصيبها يندب الولى الى اسقاط ذلك ويصح ذلك منـه وهذا فاسد لانه دين واجب لها أو عين مملوكة لها فلا يملك الولى اسقاط حقها عنه ولكن المراد أنها تندب الى العـفو بأن تقول لم يتمتع بى شيئاً فلا آخذ من ماله شيئاً أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وهو الزوج بأن يقول اخترت فراقها فلا أمنعها شيئاً من صداقها فيعطيها جميع المهر وظاهر الآية يدل على ذلك لان الذى بيده عقدة النكاح من يتصرف بعقد النكاح وهو الزوج دون الولى وان طلقها قبل أن يدخل بها وقد تزوجها على مهر فاسد كالخمر والخنزير فلها المتعة عندنا ونصف مهر المثل عند الشافعى عنه رضى الله عنه لان مهر المثل وجب بنفس العقد هنا بالاتفاق فيتنصف بالطلاق قبل الدخول كالمسمى

ولكنا نقول تنصف المسمى ثبت بالنص بخلاف القياس والمخصوص من القياس بالنص لايقاس عليه غيره وقد بينا أن مهر المثل ليس في معني المسمي من كل وجه فانما لها المتعة بالنص وفى النكاح الفاسداذا فرق بينهما قبل الدخول والخلوة أو بعد الخلوة والزوج منكر للدخول فلا شئ عليه لهالان وجوب المتعة اما لمراعاة حق النكاح أو ليكون خلفا عن مهر المثل وما هو الأصل لايجب في النكاح الفاسد قبل الدخول فكذلك ماهو خلفه والعبد بمنزلة الحر فى وجوب المهر والمتعة عليه اذا كان النكاح باذن المولى لانه مساو للحر في سبب وجوبهما وهو النكاح فكذلك فى الواجب بالسبب ﴿ قال ﴾ واذا طلق الرجل احدى امرأتيه ثم مات وقد فرض لاحداهما مهرا ولم يفرض للاخرى والتى سمى لها مهراً لا تعرف بعينها ومهر مثلهما سواء فلهما مهر وربع مهر بينهما سواء لان أكثر مايكون لهما مهر ونصف مهر وهو ان يكون الطلاق وقع على التى سمى لها المهر فيكون لها نصف المهر بالطلاق قبل الدخول والاخرى مهر كامل لتقرر نكاحها بالموت وأقل مايكون لهما مهر واحد وهو ان يكون الطلاق وقع على التى لم يفرض لهامهراً فيسقط جميع مهرها فمهر واحد لهما بيقين ونصف مهر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فكان الواجب مهراً وربع مهر وليست احداهما بأولى من الاخرى فيكون بينهما نصفين ولا شيء لهما من المتعة لان المتعة لاتجامع شيئاً من المهر ﴿ قال ﴾ فان كانت التي سمي لها المهر معروفة فلها ثلاثة أرباع المهر لان الطلاق ان كان وقع عليها فلها نصف المهر وان كان وقع على صاحبتها فلها كل المهر فأعطيناها ثلاثة ارباع المهر باعتبار الاحوال وللاخرى نصف مهر مثلها لان الطلاق ان وقع عليها لم يكن لها شئ وان لم يقع عليها كان لها جميع مهر مثلها فأعطيناها نصف المهر باعتبار الاحوال وفى القياس لها نصف المتعة لان الطلاق ان وقع عليها فلها جميع المتعة وان لم يقع عليها فلا متعة لها فيكون لها نصف المتعة باعتبار الاحوال الا ان فى الاستحسان لا شيء لها من المتعة لما بينا ان المتعة لاتجامع مهر المثل لانها خلف عنه وقد استحقت نصف مهر مثلها فلا يكون لهاشيء من المتعة ولان مهر المثل قيمة بضعها فلا يجامعها بدل آخر كقيمة المبيع اذاوجبت فى البيع الفاسد لايجب معه بدل آخر كذا هنا ﴿ قال ﴾ واذاوهبت المرأة لزوجها مهرها ثم طلقها قبل الدخول بها ولم تكن قبضت منه شيئاً لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء وفي القياس يرجع عليها زوجها بنصفه وهو قول زفر رحمه الله تعالى ووجه القياس انها

بالهبة

بالهبة استهلكت الصداق فكأنها قبضته ثم استهلكته فللزوج أن يرجع عليها بنصفه وجه الاستحسان ان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق فلا يستوجب شيئاً آخر عند الطلاق كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الأجل شيء وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لأعيانها بل لمقاصدها فاذا كان ماهو المقصود واجباً حاصلا فلا عبرة باختلاف السبب وعلى هذا لوكان الصداق عينا فقبضته ثم وهبته من الزوج القياس ان هذا وهبتها من الاجنبي سواء فعند الطلاق يرجع الزوج عليها بنصفه وفي الاستحسان مقصود الزوج قد حصل بعود الصداق اليه بعينه من غير عوض ﴿قال﴾ ولو كان الصداق دينا فقبضته ثم وهبته من الزوج رجع الزوج عليها بنصفه عند الطلاق لأن حق الزوج عند الطلاق هنا ليس فى عين المقبوض ولكن الخيار اليها تعطيه من أى موضع شاءت فهبتها هذا المقبوض منه كهبتها مالا آخر وفى الأول حق الزوج عند الطلاق فى نصف المقبوض بعينه وقد عادت اليه بالهبة وحكي عن زفر رحمه الله تعالى أنه قال اذا تزوجها على ألف درهم بعينها فقبضتها ثم وهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء بناء على أصله ان النقود في العقود يتعين ولكن هذا لايستقيم الا أن يكون في المسئلة روايتان عن زفر احداهما مثل جواب الاستحسان فيخرج هذا على تلك الرواية ﴿قال﴾ ولو قبضت منه النصف ووهبت له النصف ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض وجه قولهما أن هبة نصف الصداق قبل القبض حط منه والحط يلتحق بأصل العقد ويخرج به المحطوط من أن يكون عوضا فكأنه تزوجها على ما بقي وقبضت منه ثم طلقها والجزء معتبر بالكل فيما وهبت وفيما قبضت وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لو قبضت النصف ولم تهب منه الباقي حتى طلقها لم يرجع عليها بشيء فلو رجع عليها بعد الهبة انما يرجع بسبب الهبة والهبة تبرع فلا توجب الضمان على المتبرع فيما تبرع به ولان ملكها في نصف الصداق قبل الدخول قوي وفي النصف ضعيف يسقط بالطلاق فيجعل المقبوض مما قوى ملكها فيه لان القبض مقرر للملك وانما يتقرر ملكها في المقبوض اذا تعين فيه النصف الذى سلم لها بعد الطلاق فتبين أنها وهبت النصف الذى كان للزوج بالطلاق وقد سلم له قبل الطلاق مجانا وعلى هذا لو قبضت ستمائة ووهبت له أربعمائة ثم طلقها قبل الدخول

عند أبي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بمائة لان الموهوب من النصف الذى كان يسلم للزوج بالطلاق وقد سلم له قبل الطلاق مجانا لان الموهوب من النصف الذي هو حق الزوج بعد الطلاق فانما بقى الى تمام حقه مائة درهم وعندهما يرجع عليها بثلثمائة درهم لان المحطوط صار كأن لم يكن وانما يرجع عليها بنصف المقبوض ﴿قال﴾ ولو قبضت الصداق كله ووهبته لأجنبي ثم وهبه الاجنبي من الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصفه العين والدين سواء في ذلك لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يسلم له ذلك وانما سلم له مال من أجنبي آخر بالهبة وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين فكانت مستهلكة للصداق وكذلك لو كانت باعت الصداق من زوجها ثم طلقها رجع عليها بنصفه فان مقصوده لم يحصل فان العين انما وصلت اليه ببدل عقد ضمان ﴿قال﴾ ولو وهبت الصداق لأجنبي قبل القبض فقبض الاجنبي ثم طلقها الزوج قبل الدخول رجع عليها بنصفه لان قبض الاجنبي بتسليطها كقبضها بنفسها ﴿قال﴾ ولو تزوجها على عبد ودفعه اليها ثم طلقها قبل ان يدخل بها فقضى للزوج بنصفه عليها فلم يقبضه حتى اعور أخذ نصفه وضمنها نصف العور لان بقضاء القاضى عاد الملك في النصف اليه وهو ملك مضمون له في يدها فكان كالمغصوب وان كان العبد في يد الزوج فطلقها فلم تقبض نصفه حتى حدث به عيب فاحش فهى بالخيار ان شاءت أخذت نصفه ناقصاً وان شاءت ضمنت الزوج نصف قيمته صحيحا لان ملكها بعد الطلاق في نصف العبد كملكها في جميعه قبل الطلاق ولو لم يطلقها حتى تعيب في يد الزوج كان لها الخيار ان شاءت أخذت الكل ناقصا وان شاءت ضمنته قيمته صحيحا فكذلك في النصف بعد الطلاق وان أعتقه الزوج بعد الطلاق جاز عتقه فى نصفه لان بنفس الطلاق عاد الملك فى نصفه الى الزوج اذا لم تكن قبضته فهو كعبد بين اثنين يعتقه أحدهما ﴿قال﴾ واذا تزوج الرجل ثلاث نسوة فى عقدة واثنتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل ان يدخل منهن بواحدة ثم مات فلهن ثلاثة مهور لان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف بان يصح نكاح الواحدة مع الثلاث فيجب أربعة مهور ثم يسقط بالطلاق قبل الدخول نصف مهر وأقل مالهن مهران ونصف بان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فيجب ثلاثة مهور ثم يسقط نصف مهر بالطلاق فقدر مهرين ونصف لهن بيقين ومهر واحد يثبت فى حال دون حال فيتنصف فيكون لهن ثلاثة مهور للواحدة من ذلك سبعة أثمان مهر الا سدس ثمن مهر

لان نكاح الواحدة صحيح بيقين فان صح مع الثلاث فلها سبعة أثمان مهر لان الساقط بالطلاق نصف مهر حصتها ربع ذلك وهو ثمن المهر وان صح نكاحها مع الثنتين فلها خمسة أسداس المهر لان الساقط بالطلاق نصف مهر حصتها من ذلك ثلث ذلك النصف وهو سدس مهر انكسر المهر بالاسداس والاثمان فالسبيل أن تضرب الستة فى ثمانية فتكون ثمانية وأربعين لها في الحالة الاولى سبعة أثمان وهو اثنان وأربعون وفى الحالة الثانية خمسة أسداس وهو أربعون فمقدار أربعين لها بيقين والسهمان تثبت فى حال دون حال فتتنصف فيكون لها واحد وأربعون من ثمانية وأربعين وذلك سبعة أثمان مهر الا سدس ثمن مهر وللثلاث مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر لان نكاحهن ان صح فلهن ثلاثة مهور أصابهن بالطلاق من الحرمان بقدر ثلاثة أرباع النصف وهو ثلاثة أثمان فيبقى لهن مهران وخمسة أثمان وان لم يصح نكاحهن فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر وللثنتين خمسة أسداس مهر لانه ان صح نكاحهما فقد كان لهما مهران وأصابهما حرمان ثلثى النصف بالطلاق فيبقى لهما مهر وثلثان وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما فكان لهما خمسة أسداس مهر بينهما نصفان وحكم الميراث قد بيناه في كتاب النكاح ان للواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين سهما من ميراث النساء والباقى بين الفريقين الآخرين نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما للثلاث من الباقى تسعة أسهم وللثنتين ثمانية أسهم وعلى كل واحدة منهن عدة المتوفى عنها زوجها احتياطاً ﴿ قال ﴾ واذا تزوج ثلاثا فى عقدة واثنتين فى عقدة وأربعا فى عقدة ثم طلق احدى نسائه قبل الدخول ثم مات فلهن مهران ونصف مهر لان أكثر مالهن ثلاثة مهور ونصف بأن كان السابق نكاح الاربع فوجب أربعة مهور ثم سقط بالطلاق نصف مهر وأقل مالهن مهر ونصف بأن كان السابق نكاح الثنتين فوجب مهران ثم سقط بالطلاق نصف مهر فمهر ونصف لهن بيقين وما زاد على ذلك الى تمام ثلاثة مهور ونصف وذلك مهران يجب في حال دون حال فيتنصف فلهن مهران ونصف فاما مهر من ذلك لادعوى فيه للثنتين والفريقان الآخران يدعيانه فيكون بين الفريقين نصفين وقد استوت منازعة الفرق الثلاثة فى مهر ونصف فكان بينهن أثلاثا فيسلم للثنتين نصف مهر وللثلاث مهر وللاربع مهر وهذا قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ولم يذكر قول محمد رحمه الله تعالى وتخريجه على الاصل الذى بيناه فى كتاب

النكاح انه يعتبر حال كل فريق على حدة فان صح نكاح الاربع فلهن ثلاثة مهور ونصف وان لم يصح فلا شئ لهن ونكاحهن يصح فى حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو مهر وسدس مهر والثلاث ان صح نكاحهن فلهن مهران ونصف ونكاحهن يصح في حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو خمسة أسداس مهر والثنتان ان صح نكاحهما فلهما مهر ونصف ونكاحهما صحيح فى حال دون حالين فلهما ثلث ذلك وهو نصف مهر والميراث بين الفرق الثلاث أثلاثا لكل فريق ثلثه ربعاً كان أوثمنا لان حالهن في استحقاق الميراث سواء وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة ﴿قال﴾ ولو كان دخل بامرأتين لايعرفان باعيانهما ثم طلق احدى نسائه واحدة وطلق الأخرى منهن ثلاثا ثم تزوج واحدة بعد انقضاء العدة معناه بعد انقضاء مدة العدة فان ابتداء العدة فى الطلاق المبهم من وقت البيان ثم مات كان للمرأة الاخيرة التى تزوجها المهر كاملا لان نكاحها صحيح واقدامه على النكاح يكون اقراراً منه بفساد نكاح الاربع لأن المسلم انما يباشر العقد الصحيح وبعد ماصح نكاح الاربع لايصح نكاح هذه الواحدة فكان هذا بيانا منه ان نكاح الاربع فاسد والبيان يكون تارة بالنص وتارة يكون بالدليل فلا مهر للاربع ولا ميراث ولا عدة عليهن وللواحدة جميع مهرها لانه ماأنشأ طلاقها بعد صحة نكاحها وعليها عدة المتوفى عنها زوجها ولها من الميراث خمسة أسهم من اثنى عشر سهما لانه ان صح نكاحها مع الثلاث كان لها أربعة وان صح نكاحها مع الثنتين كان لها ستة فلهذا أعطيناها خمسة من اثنى عشر وللثلاث أربعة من اثنى عشر لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا المهر ثمانية وان لم يصح فلا شئ لهن وللثنتين ثلاثة أسهم من اثنى عشر لانه ان صح نكاحهما فلهما ستة من اثنى عشر نصف الميراث وان لم يصح فلا شئ لهما وللثلاث مهر ونصف لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن وللثنتين مهر ونصف وعلى الثلاث والثنتين عدة النساء أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لتوهم الدخول والطلاق بعده فى حق كل واحدة منهن وهذا الجواب كله غلط غير صحيح أما في حق الواحدة فجوابه فى الميراث غلط لان نكاحها ان صح مع الثنتين فقد وقع الطلاقان على الثنتين وهما متعينتان وقد انقضت عدتهما فالميراث كله للواحدة وان كان الصحيح نكاح الثلاث فلها ثلث الميراث فمقدار الثلاث لها بيقين والثلثان ثابتان فى حال دون حال فيتنصفان فينبغي أن يكون لها ثلثا

الميراث وفي الثلاث جوابه كذلك فى الميراث صحيح وفي المهر غلط لانه ان صح نكاحهن فلهن ثلثا الميراث وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن ثلث الميراث أربعة من اثنى عشر وأما فى حق المهر فان صح نكاحهن فقد تقرر مهران بالدخول لاثنتين منهن والثالثة ان وقع الطلاق عليها فلها نصف وان لم يقع فلها مهر كامل فيكون لهـا ثلاثة أرباع مهر فجملة ما لهن ان صح نكاحهن مهران وثلاثة أرباع مهر وان لم يصح فيكون لهن مهر وثلاثة أثمان مهر لامهر ونصف وفي حق الثنتين جوابه فى الميراث والمهر جميعا غلط لانا نتيقن انه لا ميراث لهما فانه ان صح نكاحهما فقد وقع الطلاق عليهما وانقضت عدتهما وان لم يصح نكاحهما فلا شئ لهما وفي المهر ان صح نكاحهما فلهما مهران وان لم يصح فلا شئ فينبغي ان يكون لهما مهر واحد لا مهر ونصف فعرفنا ان جواب الكتاب غير سديد ﴿ قال ﴾ ولو لم يدخل بشئ منهن ولم يتزوج شيئا وكانت احدى الثلاث أم احدي الأربع والحال على ماوصفت لك فان الأم والبنت لا ينقصان من مهر ولا ميراث من قبل ان الفريق الذى معها نكاحهن ونكاحها جائز أو فاسد اذ لا تصور لجواز نكاح الفريقين فلا يتحقق الجمع بين الام والبنت فلهذا كان هذا والفصل الأول سواء ﴿ قال ﴾ ولو طلق احدى الثلاث كان ذلك اقراراً منه بان الثلاث هن الأول لان تصرفه بايقاع الطلاق محمول على الصحة ما أمكن وذلك لا يكون الا بعد صحة النكاح وكذلك لو ظاهر من احداهن أو دخل باحداهن كان ذلك بيانا منه ان نكاحهن صحيح فهذا والتصريح بالبيان سواء ثم تخريج المسئلة فى المهر والميراث قد بيناه فى كتاب النكاح ﴿ قال ﴾ ولو كانت احدى الاربع أمة لم يكن لها من الميراث ولا من المهر شئ لانا تيقنا بفساد نكاحها اما بتأخر العقد أو بالضم الى الحرائر فاذا فسد نكاحها بقي ثلاث وثلاث واثنتان فان طلق احدى نسائه ثم مات فلهن مهران لان أكثر مالهن مهران ونصف بان صح نكاح الثلاث ووجب ثلاثة مهور ثم سقط نصف مهر بالطلاق وأقل مالهن مهر ونصف بأن صح نكاح الثنتين فقدر مهر ونصف يقين ومهر واحد يثبت فى حال دون حال فيتنصف فلهن مهران فاما نصف مهر من ذلك لا منازعة للثنتين فيه فيكون بين الفريقين الآخرين نصفين وقد استوت منازعة الفرق الثلاث في مهر ونصف فيكون بينهن أثلاثا وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فأما تخريج محمد رحمه الله تعالى على ما أشرنا اليه فى اعتبار حال كل فريق على حدة ويتضح عند التأمل والله سبحانه وتعالى أعلم

بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ماتقع به الفرقة مما يشبه الطلاق

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ حرام فانه يسأل عن نيته لانه تكلم بكلام مبهم محتمل لمعان وكلام المتكلم محمول على مراده ومراده انما يعرف من جهته فيسأل عن نيته فان نوى الطلاق فهو طلاق لانه نوى مايحتمله كلامه فانه وصفها بالحرمة عليه وحرمتها عليه من موجبات الطلاق ثم ان نوى ثلاثا فهو ثلاث لان حرمتها عليه عند وقوع الثلاث فقد نوى نوعا من أنواع الحرمة وان نوى واحدة بائنة فهى واحدة بائنة لانه نوى الحرمة بزوال الملك ولايحصل ذلك الا بالتطليقة البائنة ومن أصلنا أن الزوج يملك الابانة وازالة الملك من غير بدل ولا عدد على مانبينه ان شاء الله تعالى وان نوى اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى يقع اثنتان لقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ مانوى ولان الثنتين بعض الثلاث فاذا كانت نية الثلاث تسع في هذا اللفظ فنية الثنتين أولى ألا ترى أنها لو كانت أمة كان يصح نية الثنتين في حقها بهذا اللفظ فكذلك في حق الحرة ولكنا نقول نية الثنتين فيه عدد وهذا اللفظ لايحتمل العدد لانها كلمة واحدة وليس فيها احتمال التعدد والنية اذا لم تكن من محتملات اللفظ لاتعمل فاما صحة نية الثلاث ليس باعتبار العدد بل باعتبار انه نوى حرمة وهي الحرمة الغليظة فانها لاتثبت بما دون الثلاث فاما الثنتان فلا يتعلق بهما في حق الحرة حرمة لاتثبت تلك الحرمة بالواحدة فبقي مجرد نية العدد بخلاف الأمة فان الثنتين في حقها يوجب الحرمة الغليظة كالثلاث في حق الحرة وهذا بخلاف مااذا طلق الحرة واحدة ثم قال لها أنت علي حرام ونوى اثنتين حيث لا تعمل نيته لان الحرمة الغليظة لاتحصل بهما بل بهما وبما تقدم فكان هذا مجرد نية العدد وان نوى الطلاق ولم ينو عددا فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة وان لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يمينا فان تحريم الحلال يمين قال الله تعالى ياأيها النبي لم تحرم ماأحل الله الى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم جاء في التفسير انه كان حرم مارية القبطية على نفسه وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله تعالى

عنهم في هذا اللفظ انه لو نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى اليمين فهو يمين وعن ابن عمر رضى الله عنه قريبا منه وعن زيد رضى الله عنه قال يمين يكفرها والشافعى رحمه الله تعالى يقول تحريم الحلال لايكون يمينا ولكن تجب به الكفارة في الزوجة والامة خاصة وكذلك ان لم يكن له نية فهو يمين لان الحرمة الثابتة باليمين دون الحرمة التى تثبت بالطلاق وعند الاحتمال لا يثبت الا القدر المتيقن فكان يمينا ان قربها كفر عن يمينه للحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء وكذلك لو نوى الايلاء فهو ونية اليمين سواء وان نوى الكذب فهو كذب لاحكم له لان كلامه من حيث الظاهر كذب فانه وصفها بالحرمة وهي حلال له قالوا هذا فيما بينه وبين الله تعالى فأما في القضاء فلا يدين لان كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعا فلا يلغي مع امكان الاعمال وفي حمله على الكذب الغاؤه ولم يذكر في الكتاب مالو قال نويت به الظهار وذكر في النوادر أنه يكون ظهاراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه وعند محمد رحمه الله تعالى لا يكون ظهاراً لان الظهار تشبيه المحللة بالحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى في هذا ونظائره من الكنايات وهى ثلاث لا يدين في شئ لانه وصفها بكونها محرمة عليه والحرمة لاتثبت صفة للمحل الا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد وصفة الحل لاتزول الا بالتطليقات الثلاث فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شئ آخر ولكنا نقول وصفها بالحرمة والحرمة أنواع ولها أسباب فاذا نوى نوعا أوسبباً كان المنوى من محتملات كلامه فتصح نيته ﴿قال﴾ ولو قال كل حل علىّ حرام يسأل عن نيته فاذا نوى يمينا فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه الا أن ينويها فاذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحنث وتلزمه الكفارة فان فتح العينين والقعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحنث عقيب التحريم موجوداً ولكنا نقول علمنا يقينا انه لم يرد به العموم لان البر مقصود الحالف ولا تصور للبر اذا حمل على العموم فاذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذى به قوام النفس ولا تدخل المرأة فيه الا أن ينويها لان ادخالها بدون النية لمراعاة العموم وقد تعذر ذلك والعادة ان المرأة اذا

قصدت بالتحريم تخص بالذكر فان نواها دخلت فيه لان المنوى من محتملات لفظه ولكن لايخرج الطعام والشراب حتى اذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره فاذا حنث سقط عنه الايلاء لان الكفارة لزمته وارتفعت اليمين وان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها لان الحرمة باليمين أدنى الحرمات وان نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسئلة الأولى وعند نية الطلاق لايكون يمينا لانه لفظ واحد فلايسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين فاذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى انه لو قال لامرأتين أنتما على حرام ينوى في احداهما الطلاق وفي الأخرى اليمين انه يكون طلاقا فيهما جميعا وكذلك لو نوى فى احداهما الطلاق ثلاثا وفى الاخرى واحدة يكون ثلاثا فيهما جميعا لانه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين وان نوى الكذب فهو كذب كما بينا فى الفصل الأول ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته قد حرمتك على أو قد حرمتك أو أنت على حرام أوأنا عليك حرام أو حرمت نفسى عليك أو أنا عليك محرم أو أنت على محرمة فالقول فى ذلك كالقول في الحرام لان الحرمة تثبت من الجانبين فيصح اضافتها الي نفسه كما يصح اضافتها اليها وذكر الفعل وهو قوله حرمتك بمنزلة ذكر الوصف لانها لاتصير محرمة عليه الا بفعله ولو قال أنت على كمتاع فلان ينوى به الطلاق أو الايلاء فهذا ليس بشئ لانه ماوصفها بالحرمة بهذا اللفظ فان متاع فلان ليس عينه بحرام الا ترى انه يحل له تناوله باذن المالك وعند عدم الاذن لايحل لحق المالك لالحرمة المحل حتي اذا لم يكن المالك محترما بان كان حربياً كان تناوله مباحا ﴿قال﴾ واذا قال أنت على كالدم أو كالميتة أوكلحم الخنزير أوالخمر يسأل عن نيته لأنه شبهها بمحرم العين فان هذه الاعيان محرمة العين شرعا قال الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم الآية فكان هذا بمنزلة تحريمها على نفسه بقوله أنت على حرام وقد بينا أنه يسأل عن نيته والدليل على الفرق فصل الظهار فانه لوشبه امرأته بأجنبية لايكون مظاهرا ولو شبهها بأمه يكون مظاهرا لأن الأم تكون محرمة عليه فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت منى بائن أو بتة أو خلية أو برية فان لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون فى الصحبة والعشرة وتارة من النكاح واللفظ المحتمل لا

يتعين

يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال ولان بدون النية معنى الطلاق
مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل وان نوى الطلاق فهو كما نوى ان نوى
ثلاثا فثلاث لانه نوى اتم أنواع البينونة فان البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل
عقيبه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عقيبه وهو الثلاث مالم تتزوج بزوج آخر
فعملت نيته وان نوي اثنتين فهى واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد بينا في الفصل
الاول الكلام فى هذا فان قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد وان نوى واحدة أو نوى
الطلاق فقط فهى واحدة بائنة عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه هي واحدة رجعية وكذلك
كل لفظ يشبه الفرقة اذا أريد به الطلاق كقوله حبلك على غاربك وقد خليت سبيلك ولا
ملك لى عليك والحقى بأهلك واخرجي واستترى وتقنعى وقد وهبتك لأهلك ان قبلوها
أولم يقبلوها وقد أبنت نفسك منى أو أبنت نفسى منك فالجواب فى هذا كله كما ذكرنا في
قوله أنت منى بائن وقد نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه فى قوله حبلك على غاربك أنه
طلاق اذا نوى ولان فى هذه الالفاظ احتمال معنى زوال الملك فان من سيب ناقته يجعل
حبلها على غاربها ويخلى سبيلها وفى قوله لاملك لى عليك تصريح بنفي الملك وفى قوله الحقى
بأهلك الزامها الالتحاق بأهلها وذلك بعد انقطاع النكاح بينهما وفى قوله اخرجي واستتري
وتقنعي الزامها ماصرح به وانما يلزمها ذلك فى حقه بعد زوال الملك وكذلك هبتها لاهلها
تكون أمراً بالالتحاق بهم بازالة ملك نفسه عنها فاذا ثبت هذا كانت هذه الالفاظ كلها
كلفظة البينونة وبعض المتأخرين من مشايخنا يسمون هذه الالفاظ كنايات وهو مجاز
لاحقيقة لان عندنا هذه الالفاظ تعمل فى حقائق موجباتها ولهذا يقع به التطليقة البائنة
والكناية مايستعار لشئ آخر فانما يستقيم هذا الاصل على أصل الشافعي رحمه الله تعالى
فانه يجعل هذه الالفاظ كناية عن لفظ الطلاق ولهذا كان الواقع به رجعياً وكان محمد رحمه
الله تعالى أشار الى هذا المعنى فى قوله وكذلك كل كلام تقع به الفرقة مما يشبه الطلاق ثم الكلام
بيننا وبين الشافعى رحمه الله تعالى ينبنى على أصل وهو ان عنده ازالة الملك بعد الدخول غير
مملوك للزوج الا باشتراط البدل أو باستيفاء العدد وعندنا هو مملوك له كايقاع أصل الطلاق
حتى لو قال لامرأته أنت طالق بائن عندنا تقع تطليقة بائنة وعنده تقع تطليقة رجعية واستدل
فقال ان خيار الرجعة بعد ايقاع الطلاق ثابت شرعا فى العدة لا بايجاب من الزوج فلا تصرف

له في اسقاطه شرعا وفى وصف التطليقة بالبينونة اسقاط خيار الرجعة ولو صرح به فقال أنت طالق ولا رجعة لى عليك لم يسقط حق الرجعة فهنا أولى ولان ازالة ملك النكاح معتبر بازالة ملك اليمين تارة يكون بالمعاوضة فيثبت بنفسه وتارة يكون بجهة التبرع فيتأخر الى مابعد القبض ولو أراد تغييره لايملك ذلك حتى لو قال وهبت منك هبة توجب الملك بنفسه كان باطلا فكذلك ازالة ملك النكاح تارة يكون بعوض وهو الخلع فيثبت بنفسه وتارة يكون بغير عوض فيتأخر الى مابعد انقضاء العدة أو استيفاء العدد فلا يملك تغييره بتنصيصه لان هذا التنصيص تصرف منه فى حكم الشرع لافي ملك نفسه ولان هذه الالفاظ دون لفظ الصريح حتى أنها لاتعمل الا بالنية فاذا كان الصريح الذى هو أقوي لايزيل الملك بنفسه فهذا أولى وهذه الالفاظ كناية عن الطلاق غيرعاملة بحقائق موجباتها فان حقيقة حرمتها عليه ان تكون مؤبدة كحرمة الأمهات ولا يثبت ذلك بشئ من هذه الالفاظ فان مايثبت بهذه الالفاظ الحرمة التى تثبت بالطلاق فعرفنا انها كناية عن الطلاق وحجتنا فى ذلك ان ايقاع صفة البينونة تصرف من الزوج فى ملكه فيكون صحيحا كايقاع أصل الطلاق وبيانه ان الطلاق بالنكاح مملوك للزوج وما صار مملوكا له الا لحاجته الى التفصى عن عهدة النكاح وذلك بازالة ملك النكاح وكذلك قبل الدخول ازالة الملك مملوك للزوج وبالدخول يتأكد له ملكه فلا يبطل ما كان ثابتا له بالملك من ولاية الازالة وكذلك يملك الاعتياض عن ازالة الملك وانما يملك الاعتياض عما هو مملوك له فثبت ان الابانة مملوكة له فكان وصفه الطلاق الذى أوقع بالبينونة تصرفا منه في ملك نفسه فيجب إعماله ما أمكن وكان ينبنى على هذا الاصل ان يزول الملك بنفس الطلاق الا أن حكم الرجعة بعد صريح الطلاق ثبت شرعا بخلاف القياس وما ثبت شرعا بخلاف القياس لايلحق به ماليس فى معناه وهذا ليس فى معنى صريح لفظ الطلاق لانه يجامع النكاح ألا ترى أنها بعد الرجعة توصف بانها مطلقة ومنكوحة ولا توصف بانها مبانة ومنكوحة فاذا لم يكن فى معني المنصوص يؤخذ فيه بأصل القياس ولان فى قوله أنت طالق يحتمل الطلاق المبين وغير المبين فكان قوله بائنا لتعيين أحد المحتملين كما نقول الناس يكون محتملا للعموم والخصوص واذا قال الناس كلهم يزول به هذا الاحتمال وكذلك اذا قال بعت يحتمل البيع بالخيار والبيع البات فاذا قال بيعا باتا يزول هذا الاحتمال وهذا بخلاف الهبة فانها لاتوجب الملك لضعفها في نفسها

حتي تتأيد بما يقويها وهو القبض وبشرطها لا تتقوى وهنا قوله أنت طالق لا يزيل الملك بنفسه لا لضعفه لانه قوي لازم بل لانه غير مناف للنكاح فاذا قال تطليقة بائنة فقد زال ذلك المعني حين صرح بما هو مناف للنكاح وهذه الالفاظ تعمل في حقائق موجباتها فان حرمتها عليه تثبت بهذا اللفظ مؤبدة عند نية الثلاث ولكن الزوج الثانى رافع للحرمة كما أن زوال الملك بالطلاق يثبت مؤبداً وان كان العقد بعده يوجب الملك الا أنه لا يمكن اثبات حقيقة موجب هذا اللفظ من جهة الزوج الا بالطلاق فلهذا وجب اعمال نيته في الطلاق وعلى هذا لو قال لها أنت حرة لان فيه معنى ازالة الملك فان النكاح رق وحريتها عنه تكون بازالته فأما اذا قال لها اعتدى فهذا اللفظ كناية لانه محتمل يحتمل أن يكون مراده اعتدى نعم الله أو نعمي عليك أو اعتدى من النكاح فاذا نوى به الطلاق وقعت تطليقة رجعية لان وقوع الطلاق ليس بحقيقة اللفظ فان حقيقته فى الحساب فلا تأثير له فى ازالة الملك والعدة تجامع النكاح ابتداء وبقاء ولكن من ضرورة عدتها من النكاح تقدم الطلاق فكان وقوع الطلاق بطريق الاضمار فى كلامه فكانه قال طلقتك فاعتدي ولهذا قلنا انه وان تكلم بهذا اللفظ قبل الدخول تعمل نيته فى الطلاق ولا عدة عليها قبل الدخول فعرفنا أن اللفظ غير عامل في حقيقته ولكن الطلاق فيه مضمر يظهر عند نيته عرفنا ذلك بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لسودة حين أراد أن يطلقها اعتدى وكذلك قوله استبرئى رحمك بمنزلة التفسير لقوله اعتدي لانه تصريح بما هو المقصود من العدة وكذلك لو قال لها أنت واحدة لانه كلام محتمل يجوز أن يكون قوله واحدة نعتاً لها أي واحدة عند قومك أو منفردة عندى ليس معك غيرك أو واحدة نساء العالم فى الجمال ويحتمل أن يكون نعتاً لتطليقة أي أنت طالق واحدة فلا يقع الطلاق به الا بالنية فاذا نوى يقع به تطليقة رجعية لان الوقوع بطريق الاضمار فكانه صرح بما هو المضمر وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يقع بهذا اللفظ شئ وان نوى لان قوله واحدة نعت لها وليس فيه احتمال معني الطلاق أصلا ولكنا نقول كلام العاقل متى أمكن حمله على ماهو مفيد يحمل عليه فاما اذا قال لها أنت طالق يقع به تطليقة رجعية نوى أولم ينو لان هذا اللفظ صريح فى الطلاق عند النكاح لغلبة الاستعمال فلا حاجة الى النية فيه ولانه يختص بالنساء ولا يذكر لفظ الطلاق الا مضافا الى النساء وانما يذكر فى غيرهن الاطلاق والمعنى المختص بالنساء النكاح فتعين الطلاق عن النكاح عند الاضافة اليها وكذلك مايكون

مشتقا من لفظ الطلاق كقوله قد طلقتك أو أنت مطلقة الا انه روي عن محمد رحمه الله تعالى انه اذا قال أنت مطلقة باسكان الطاء وتخفيف اللام لايكون طلاقا الا بالنية لان هذا اللفظ غير مختص بالنساء ولو نوى بقوله أنت طالق ثلاثا أو اثنتين لاتعمل نيته عندنا ولا يقع عليها الا واحدة رجعية وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يقع مانوى وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول لان الصريح أقوى من الكناية فاذا صح نية الثلاث في قوله أنت بائن فلأن يصح في قوله أنت طالق أولى وهذا لان لفظ الطلاق محتمل للعدد حتي يفسر به فتقول أنت طالق ثلاثا وهو نصب على التفسير واذ قيل ان فلانا طلق امرأته يصح الاستفسار عن العدد فيقال كم طلقها ولان قوله أنت طالق أي طالق طلاقا فانها لا تكون طالقا الا بالطلاق ولو صرح بهذا ونوى الثلاث يصح ولانه لوقال لها طلقي نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته فكذلك اذا قال طلقتك لان كل واحد منهما ذكر باللفظ الفعل وحجتنا في ذلك ان ابن عمر رضي الله تعالى عنه طلق امرأته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ولم يستفسره انك أردت الثلاث أم لا ولم يحلفه على ذلك ولو كانت نية الثلاث تسع في هذا اللفظ لحلفه كما حلف ابن ركانة رضي الله تعالى عنه في لفظ البتة والمعنى فيه انه نوى مالا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته كما لو قال لها حجي أو زوري أباك أو اسقيني ماء من خارج ونوى به الطلاق وهذا لأن المنوى اذا لم يكن من محتملات اللفظ فقد تجردت النية عن اللفظ وبمجرد النية لايقع شئ وانما قلنا ذلك لان قوله أنت طالق نعت فرد فلا يحتمل العدد ألا ترى أنه يقال للمثني طالقان وللثلاث طوالق فيكون نعتا للنساء لا للطلاق وقوله طلقتك فعل وهو لايحتمل العدد كقوله قمت وقعدت وأحد لايخالف في هذا وانما تعمل النية عنده بما قال انها لاتكون طالقا الا بالطلاق ولكن هذا ثابت بمقتضي كلامه ولا عموم للمقتضى عندنا لان ثبوته لتصحيح الكلام حتى لو صح بدون المقتضى لايثبت المقتضى ويصح بدون صفة العموم في المقتضي ولان ذكر النعت يقتضي وصفا ثابتا للموصوف لغة فاما الوصف الثابت للواصف لتصحيح كلامه يكون ثابتا شرعا لالغة والطلاق بهذه الصفة لان تقديم الايقاع لتصحيح كلامه شرعا وكذلك في قوله قد طلقتك فانه حكاية قوله ولا احتمال فيه لمعنى العدد ولا لمعني العموم بخلاف قوله طلقي نفسك فان نية العدد لاتعمل هناك عندنا حتى لو نوي الثنتين لايصح ونية الثلاث انما تصح

باعتبار معنى العموم لانه تفويض والتفويض قد يكون عاما وقد يكون خاصا والمفوض اليها بهذا اللفظ طلاق وذلك ثابت فى هذا اللفظ لغة والطلاق بمنزلة أسماء الاجناس يحتمل العموم والخصوص فتعمل نيته فى العموم واسـنا نقول فى قوله ثلاثا انه نصب على التفسير بل هو منصوب بنزع حرف الخافض عنه معناه بثلاث كقوله ماهذا بشراً أوهو منصوب على طريق البدل عن مصدر محذوف ومعناه طلاقا ثلاثا وبأن صح الاستفسار عن العدد فى الحكاية فذلك لايدل على أنه من محتملات اللفظ كما يصح الاستفسار عن الشرط والبدل وأما اذا قال أنت طالق طلاقا فقـد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا تعمل نية الثلاث فيه لان المصـدر يذكر لتأكيد الـكلام يقال أكلت أكلا وقمت قياما فلا تسع فيه نية الثلاث ثم ولئن صحت نية الثلاث فلاتصح باعتبار العدد بل باعتبار معنى العموم لان المصدر يحتمل الكثرة قال الله تعالى وادعوا ثبوراً كثيراً ولان المصدر يضارع الاسم فكان هذا وقوله أنت طالق الطلاق سواء وتصح نية الثلاث فى قوله الطلاق لانه من أسماء الاجناس محتمل للعموم والخصوص ولان الالف واللام لاستغراق الجنس فيما لا معهود فيه وكذلك قوله أنت الطلاق فمعناه أنت طالق الطلاق حتى تسع فيه نية الثلاث وقد يذكر المصدر ويراد به الفعل يقال انما هو اقبال وادبار على سبيل النعت للمقبل والمدبر وعلى هذا لو قال أنت الطلاق يقع به الطلاق بمنزلة قوله أنت طالق وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى أن الكسائى رحمه الله تعالى بعث الى محمد رحمه الله تعالى بفتوى فدفعها الىّ فقرأتها عليه ما قول القاضى الامام فيمن يقول لامرأته

فان ترفقى يا هند فالرفق أيمن ... وان تخرقى يا هند فالخرق أشأم

فأنت طلاق والطـلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع عليها • فكتب فى جوابه ان قال ثلاث مرفوعا تقع واحدة وان قال ثلاث منصوبا يقع ثلاث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء فيبقى قوله أنت طالق فتقع واحدة وان قال ثلاثا منصـوب على معنى البـدل أو على التفسير يقع به ثلاث ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته سرحتك أوفارقتك ولم ينو الطلاق لم يقع شئ عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه يقع الطلاق وهما صريح عنده لان كتاب الله تعالى وردبهما فى قوله تعالى وسرحوهن ولكنا نقول الصريح مايكون مختصاً بالاضافة الى النساء فلايستعمل فى غير النكاح وهذا لا يوجد فى هذين اللفظين

فان الرجل يقول سرحت ابلي وفارقت غريمي أو صديقي فهما كسائر الالفاظ المبهمة لا يقع بهما الطلاق الا بالنية ﴿ قال ﴾ ولو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك فان قال اذهبي وبيعي ثوبك ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وكان طلاقا في قول زفر رحمه الله تعالى ذكره في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى لان نية الطلاق عاملة في قوله اذهبي وقوله بيعي ثوبك مشورة فلا يتغير به حكم اللفظ الاول وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول معنى كلامه اذهبي لتبيعي ثوبك فكان مصرحا بخلاف المنوى فلهذا لا تعمل نيته ﴿قال﴾ ولو قال أنا منك طالق فليس هذا بشيء وان نوى الطلاق عندنا وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه يقع به الطلاق اذا نوى الوقوع عليها لانه لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى به وقوع الطلاق يقع ولفظ الصريح أقوى من لفظ الكناية وهذا لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى سميا متناكحين ويبتدأ في النكاح بذكر كل واحد منهما وينتهى النكاح بموت كل واحد منهما حتى يرث كل واحد منهما من صاحبه فيصح اضافة الطلاق الى كل واحد منهما الا ان اضافة الطلاق الى الزوج غير متعارف فيحتاج فيه الى النية ومحل وقوع الطلاق المرأة فلا بد من نية الوقوع عليها كما في ألفاظ الكنايات وحجتنا في ذلك ماروى ان امرأة قالت لزوجها لو كان الي ما اليك لرأيت ماذا أصنع فقال جعلت اليك ما الي فقالت طلقتك فرفع ذلك الى عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنه فقال فض الله فاها هلا قالت طلقت نفسي منك وفي الكتاب علل فقال لان الزوج لا يكون طالقا من امرأته ومعنى الطلاق هو الاطلاق والارسال وقيد الملك في جانبها لا في جانبه ألا ترى انها لا تتزوج بغيره والزوج يتزوج بغيرها فلا يتحقق الارسال في جانبه ولهذا يكون الوقوع عليها لا عليه فانما هو مطلق لها كما يكون المولي معتقا لعبده ولو قال للعبد أنا حرمنك لم يعتق العبد فكذلك الطلاق وبه فارق لفظ البينونة والحرمة لان البينونة قطع الوصلة والوصلة مشتركة بينهما الا ترى انه يقال بانت عنه وبان عنها وكذلك لفظ الحرمة يقال حرم عليها وحرمت عليه وقد بينا أن هذه الالفاظ لم تعمل بحقائق موجباتها والذي يقول الملك مشترك كلام لا معنى له بل الملك للزوج عليها خاصة حتى يتزوج المسلم الكتابية ولا يتزوج الكتابي المسلمة وفيه كلام طويل لاصحابنا رحمهم الله تعالى والأولى ان نقول ماثبت لها بالنكاح ملك المهر والنفقة وذلك

لايقبل الطلاق ومائبت له عليها ملك الحل وهو الملك الأصلى الذي يقابله البدل والطلاق مشروع لرفعه وانما يرفع الشئ عن المحل الوارد عليه دون غيره ثم الملك الذي يثبت في جانبها تبع للملك الثابت للزوج وما يكون تبعاً في النكاح لايكون محلا لاضافة الطلاق اليه عندنا كيدها ورجلها على ما نقرره في قوله يدك طالق ورجلك طالق ﴿قال﴾ ولوقال أنت طالق البتة سئل عن نيته فاذا نوى تطليقة واحدة فهي واحدة بائنة لأن قوله البتة نعت للطلاق أى قاطع للنكاح كقوله بائن ولو نوى ثلاثا فثلاث وان لم يكن له نية فهي واحدة بائنة كما فى قوله أنت بائن فان قال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى البتة أخرى تطلق اثنتين بائنتين لان الرجل لو قال لامرأته أنت بتة ونوى به الطلاق تعمل نيته فكذلك اذا نوى بلفظة البتة تطليقة أخرى ولو قال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى البتة اثنتين طلقت اثنتين لان نية العدد لاتسع فى لفظ البتة وكذلك كل كلام يشبه الطلاق ضمه الى الطلاق الا قوله اعتدى فانه رجعي لاتسع فيه نية الثلاث لان وقوع الطلاق به باضمار لفظ الطلاق فيه فلا يكون أقوى مما لو صرح به ولو قال لها اعتدى وقال لم أنو الطلاق فهى امرأته بعد أن يحلف وكذلك فى جميع الالفاظ المتقدمة اذا قال لم أنو الطلاق فعليه اليمين لانه أمين فيما يخبر عن ضميره والقول قول الامين مع اليمين واليمين لنفى التهمة عنه ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن ركانة رضي الله تعالى عنه فى لفظ البتة لما كان الثلاث من محتملات لفظه ولو قال اعتدى فاعتدي أو قال اعتدى واعتدي أوقال اعتدى اعتدى وقال نويت الطلاق فهي تطليقتان فى القضاء ولو قال عنيت واحدة دين فيما بينه وبين الله تعالى وعن زفر رحمه الله تعالى انه تعمل نيته فى القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى قوله فاعتدى كذلك وفى قوله واعتدى أو اعتدى تطليقتان كما هو ظاهر الرواية وزفر رحمه الله تعالى يقول كرر اللفظ الأول والتكرار للتأكيد لا للزيادة وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الفاء للوصل فيكون معناه فاعتدى بذلك الايقاع لا ايقاعا آخر والواو للعطف وموجب العطف الاشتراك فيكون الثاني ايقاعا كالاول وجه ظاهر الرواية ان هذا اللفظ عند نية الايقاع كالصريح ولو قال أنت طالق وطالق أو طالق فطالق أو طالق طالق كان تطليقتين فكذلك هنا فى القضاء ولوقال اعتدي اعتدي اعتدى وهو ينوى تطليقة واحدة بهن جميعاً فهو كذلك فيما بينه وبين الله تعالى فاما فى القضاء فهو ثلاث لما بينا ان كل كلام

ايقاع مبتدأ فى الظاهر والقاضى مأمور باتباع الظاهر ولكن يحتمل تكرار الأول والله تعالى مطلع على ضميره فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسع المرأة اذا سمعت ذلك ان تقيم معه لانها مأمورة باتباع الظاهر كالقاضى ولو قال نويت بالأولى الطلاق وبالآخرتين العدة فهو مصدق فى القضاء لان ظاهر كلامه أمر بالاعتداد والامر بالاعتداد يستقيم بعد وقوع التطليقة فكان مصدقا في القضاء وفى الحاصل هذه المسئلة على اثنى عشر وجها وقد بينا ذلك فى شرح الجامع الصغير وان قال لها أنت طالق فاعتدي وأراد بقوله فاعتدى العدة فهو مصدق فى القضاء لان الأمر بالاعتداد مستقيم بعد وقوع التطليقة الواحدة وان أراد تطليقة أخرى أو لم ينو شيئاً فهي أخرى لانها ذكرت بعد مذاكرة الطلاق وان أراد به ثنتين فهى واحدة رجعية لان نية العدد لا تسع في هذا اللفظ وكذلك قوله أنت طالق واعتدى ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة لزوجها طلقنى فقال اعتدي ثم قال لم أنو به الطلاق لم يصدق في القضاء عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يصدق لانه لو ذكر هذا اللفظ قبل سؤالها الطلاق لم يعمل الا بنية الطلاق فكذلك بعد سؤالها لان العامل لفظ الزوج ولفظه لا يختلف بسؤالها وعدم سؤالها ويجوز أن يكون مراده اعتدى نعمتى عليك ولا تشتغلى بسؤال الطلاق فانه كفران النعمة ولكنا نقول هذا الكلام بعد سؤال الطلاق لا يراد به الا الطلاق عادة والقاضى مأمور باتباع الظاهر وماهو المعتاد ثم الكلام الواحد قد يكون مدحا وقد يكون ذما وانما يتبين أحدهما عن الآخر بالمقدمة ودلالة الحال فان لم تعتبر دلالة الحال لا يتميز المدح من الذم اذا عرفنا هذا فنقول الاحوال ثلاثة حال مذاكرة الطلاق وحال الغضب وحال الرضا فاما فى حال مذاكرة الطلاق لا يدين فى القضاء فى شئ من الالفاظ التى ذكرناها بل يحمل على الجواب لما تقدم فى سؤالها ويكون ماتقدم فى السؤال كالمعاد في الجواب وفى حالة الغضب لا يدين فى ثلاثة ألفاظ اعتدى واختارى وأمرك بيدك لان هذه الالفاظ لا تحتمل معنى السب والايعاد وعند الغضب اما أن يكون مراده السب أوالطلاق فاذا لم يكن في اللفظ احتمال معنى السب تعين الطلاق مراداً به وفى خمسة ألفاظ يدين فى القضاء وهى قوله أنت بائن حرام بتة خلية برية لان هذه الالفاظ تحتمل معنى السب أي أنت بائن من الدين برية من الاسلام خلية من الخير حرام الصحبة والعشرة بتة عن الاخلاق الحسنة فلا يتعين الطلاق مراداً به فاذا قال أردت السب كان

مديناً فى القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ألحق بهذه الالفاظ أربعة ألفاظ أخر خليت سبيلك فارقتك لاسبيل لى عليك لاملك لى عليك لأنها تحتمل معنى السب أى لاملك لى عليك لانك أدون من أن تملكي لاسبيل لى عليك لشرك وسوء خلقك وفارقتك اتقاء لشرك وخليت سبيلك لهوانك عليّ وأما فى حالة الرضا فهو مدين فى هذه الالفاظ ولا يقع الطلاق بها الا بالنية وكذلك فيما سواها من الالفاظ ﴿قال﴾ واذا قال لها اعتدى ثلاثا وقال نويت تطليقة واحدة تمتد لها ثلاث حيض فالقول قوله فى القضاء لان الثلاث عدد الطلاق وعدد لاقراء العدة أيضاً والعدة في لفظه والطلاق فى ضميره فاذا صلح قوله ثلاثا بيانا لما فى ضميره فلان يصلح بيانا لما تلفظ به أولى فلهذا قبل قوله فى القضاء ﴿قال﴾ وان قال لامرأته لست لى بامرأة ينوى الطلاق فهو كما وصفت لك في الخلية والبرية فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاتطلق وهذا ليس بشئ لحديث عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال اذا سئل الرجل ألك امرأة فقال لا فانما هى كذبة وهذا المعنى انه نفى نكاحها ونفى الزوجية لايكون طلاقا بل يكون كذبا منه لما كانت الزوجية بينهما معلومة كما لوقال لامرأته والله ماأنت لى بامرأة أو على حجة ان كانت لى امرأة أو مالى امرأة أو قال لم أتزوجك لم يقع الطلاق بهذه الالفاظ وان نوى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول قوله لست لى بامرأة كلام محتمل أى لست لى بامرأة لانى فارقتك أو لست لى بامرأة لانك لم تكونى فى نكاحي وموجب الكلام المحتمل يتبين بنيته فلا تكون هذه الالفاظ طلاقا بغير النية ونية الطلاق تعمل فيه لانه من محتملاته كما في قوله خلية برية فاما فى قوله والله ما أنت لى بامرأة فيمينه لايكون الا على النفى فى الماضى وذلك يمنع احتمال معنى الطلاق فيه وكذلك اذا قال لم أتزوجك فهو جحود للنكاح من الاصل والطلاق تصرف في النكاح وجحود أصل الشئ لايحتمل معني التصرف فيه واذا قيل ألك امرأة فقال لا فالسائل انما سأله عن نكاح ماض وكلامه جواب فيكون نفيا للنكاح في الماضى وهو كذب كما قال عمر رضى الله تعالى عنه فاما قوله لست نفى للنكاح فى الحال وفى المستقبل لافى الماضى فيكون محتملا للطلاق وفي قوله مالى امرأة لحرف ما للنفي فيما مضي فهو كحرف اذ للماضي واذا للمستقبل حتى لو قال طلقتك اذ دخلت الدار تطلق فى الحال ولو قال اذا دخلت الدار لاتطلق حتى تدخل فاما

اذا قال لا نكاح بيني وبينك ولا سبيل لي عليك فهو نفي في الحال وفي المستقبل لا في الماضي فتسع فيه نية الطلاق بالاتفاق وهذا دليل لابي حنيفة رحمه الله تعالى واذا قال أنت طالق ثم قال عنيت طالقا من الوثاق أو طالقا من الابل لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه محتمل فان الطلاق من الاطلاق والاطلاق مستعمل في الابل والوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال أنت طالق من وثاق لم يقع عليها شئ لانه بين بكلامه موصولا مراده من قوله طالق والبيان المغير صحيحا موصولا وقد بيناه في الاقرار وان قال عنيت بقولي طالقاً من عمل من الاعمال ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هذا والاول سواء وفي ظاهر الرواية هناك لا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظ الطلاق لا يستعمل في العمل حقيقة ولا مجازاً الا ان يذكره موصولا فيقول أنت طالق من عمل كذا فحينئذ هي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ويقع الطلاق في القضاء لانه ليس ببيان من حيث الظاهر لما لم يكن ذلك اللفظ مستعملا فيه وكل ما لا يدينه القاضي فيه فكذلك المرأة اذا سمعت منه أو شهد به شاهدا عدل لا يسعها أن تدين الزوج فيه لانها لا تعرف منه الا الظاهر كالقاضي ﴿قال﴾ واذا طلق امرأته تطليقة بائنة ثم قال لها في عدتها أنت علىّ حرام أو ما أشبه ذلك وهو يريد بذلك الطلاق لم يقع عليها شئ لانه صادق في قوله هي على حرام وهي منه بائن ومعنى هذا ان صيغة كلامه في قوله طالق أو بائن وصف ولكن يجعل ايقاعا ليتحقق ذلك الوصف بما يقع والوصف هنا متحقق من غير ان يجعل كلامه ايقاعا والا وجه ان يقول ان هذه الالفاظ تعمل بحقائقها من ثبوت الحرمة والبينونة بها والثابت لا يمكن اثباته وانما تعمل هذه الالفاظ بارادة الفرقة أو رفع النكاح بها وذلك لا يتحقق بعد وقوع الفرقة فاما اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت بائن ثم طلقها تطليقة بائنة ثم دخلت الدار في عدتها وقع عليها تطليقة أخرى بذلك اللفظ عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يقع عليها شئ لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو نجز قوله أنت بائن في هذه الحالة لم يقع به شئ فكذلك اذا وجد الشرط كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمي ثم أبانها ثم دخلت الدار لم يكن مظاهراً منها كما لو نجز الظهار في الحال وكذلك اذا قال لها اذا جاء غد فاختاري ثم أبانها ثم جاء غد فاختارت نفسها لم يقع شئ عليها كما

لو نجز التخيير بعد البينونة وعلماؤنا رحمهم الله تعالى قالوا التعليق بالشرط قد صح ووجد الشرط وهي محل لوقوع الطلاق عليها فينزل ماتعلق كما لو وجد الشرط بعد الطلاق الرجعي وكما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا لان هذه الالفاظ انما تخالف الصريح فى الحاجة الى نية الفرقة أو رفع النكاح بها والحاجة الى هذه النية عند التلفظ بها فاذا كان التلفظ بعد البينونة لم تصح هذه النية واذا كان قبل البينونة صحت النية وتعلق الطلاق بالشرط ثم لاحاجة الى النية عند وجود الشرط فكانت هذه الالفاظ عند وجود الشرط فى وقوع الطلاق بها كلفظ الصريح وانما الحاجة فى وجود الشرط الى وجود المحل وباعتبار العدة هي محل لوقوع الطلاق عليها وبه فارق الظهار فانها لم تبق محلا للظهار باعتبار العدة لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وموجبه حرمة مؤقتة الى التكفير وبعد ثبوت الحرمة بزوال الملك على الاطلاق لاتكون محلا للحرمة المؤقتة وهذا بخلاف التخيير لان الوقوع هناك باختيارها نفسها لابتخيير الزوج ولهذا كان الضمان على شاهدى الاختيار دون التخيير واختيارها نفسها بعد الفرقة باطل لانها صارت أحق بنفسها فاما هنا الوقوع عند وجود الشرط باليمين السابق ولهذا كان الضمان على شاهدي اليمين دون شاهدى الشرط واليمين قد صحت كما قررنا ﴿قال﴾ فى الكتاب ألا ترى أنه لو آلي من امرأته ثم طلقها واحدة بائنة ثم مضت مدة الايلاء وهى فى العدة وقعت عليها تطليقة الايلاء وزفر رحمه الله تعالي يخالف في هذا أيضا ولكن من عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام واذا قال لامرأته أنا بائن يعني منك ولم يقل منك فليس هذا بشيء وان عني به الطلاق وكذلك لو قال أنا حرام ولم يقل عليك بخلاف ما اذا قال أنت بائن أو أنت حرام والفرق ان البينونة قطع الوصلة المشتركة ولا وصلة فى حقها الا التي بينه وبينها اذ لايتصور على المرأة نكاحان فعند اضافة البينونة اليها تتعين الوصلة التي بينه وبينها وان لم يضف الى نفسه واما فى جانبه فالوصلة تحقق بينه وبين غيرها مع قيام الوصلة بينه وبينها فاذا قال أنا بائن لايتعين بهذا اللفظ الوصلة التى بينهما مالم يقل منك وكذلك في لفظ الحرمة فانها لاتحل الا له خاصة فاذا قال أنت حرام يتعين الحل الذى بينهما للرفع بهذا اللفظ واذا قال أنا حرام لايتعين الحل الذى بينهما لجواز الحل الذى بينه وبين غيرها فما لم يقل عليك لايتم كلامه ايجابا ﴿قال﴾ ولو قال بعد الخلع أو التطليقة البائنة لها في عدتها أنت طالق عندنا يقع الطلاق عليها وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه لايلحق البائن الصريح

كما لا يلحقه بائن حتى لو قال لها بعد الخلع أنت بائن لا يقع الطلاق وان نوى فكذلك اذا قال أنت طالق لان قوله أنت بائن مع نية الطلاق بمنزلة الصريح أو أقوى منه وهذا لأن الطلاق مشروع لازالة ملك النكاح وقد زال الملك بالخلع فلا يقع الطلاق بعده كما بعد انقضاء العدة ولا يجوز أن تكون محلا للطلاق باعتبار العدة لان وجوب العدة هنا لحرمة الماء حتى لا تجب قبل الدخول فتكون كالعدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ولو كانت هذه العدة أثر النكاح فهو أثر يبقى بعد فساد الملك وهو بعد التطليقات الثلاث وبمثل هذا الأثر لا تكون محلا للطلاق كالنسب فانه أثر النكاح ولكن لما كان يبقى بعد نفاذ ملك الطلاق لا تصير به محلا للطلاق وحجتنا في ذلك قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال بعده فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون هذا تنصيصاً على وقوع الطلقة الثالثة بالايقاع بعد الخلع وفي المشاهير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه وغيره وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني حلفت بثلاث تطليقات أن لا أكلم أخي فقال صلى الله عليه وسلم طلقها واحدة واتركها حتى تنقضي عدتها ثم كلم أخاك ثم تزوجها ولو كان الطلاق لا يقع بعد الخلع لأرشده الى الخلع ليرتفع الهجران بينه وبين أخيه في الحال والمعنى فيه أنها معتدة من طلاق فتلحقها التطليقات المملوكة للزوج بايقاعه كالمعتدة من قوله أنت طالق أو بائن وهذا لان موجبه ليس هو زوال الملك ألا ترى أن بعد الطلاق الرجعي الملك يبقى مع لزوم الطلاق فان المطلقة تطلق ثانيا ولو كان موجبه زوال الملك لم يتصور الايقاع بعد الايقاع لان الاول ان كان مزيلا فلا موجب للثاني وان لم يكن الاول مزيلا فكذلك الثاني وكذلك بعد الرجعة يبقى الطلاق واقعا ولا يزول به الملك في الحال ولا في الثاني والاسباب الشرعية اذا خلت عن موجباتها كانت لغوا فاذا ثبت أن موجب الطلاق ليس هو زوال الملك لا يشترط قيام الملك لصحته كما لا يشترط قيام ملك اليمين لصحته ولكن موجبه الاصلي رفع الحل الذي صارت المرأة به محلا للنكاح وذلك الحل باق بعد الخلع فكان الايقاع في هذه الحالة مفيد الموجبه فان قيل هذا موجود بعد انقضاء العدة قلنا نعم ولكن الايقاع منه تصرف على المحل باثبات صفة الحرمة ورفع الحل فلابد من نوع ملك له على المحل لينفذ تصرفه وذلك اما ملك

النكاح أو ملك اليد ببقاء العدة لانها في سكناه وفي نفقته عندنا وعنده اذا كانت حاملا وملك اليد في التصرف كملك العين ألا ترى أن المكاتب يتصرف بملك اليد له في كسبه والمضارب بعد ماصار المال عروضا يتصرف وان نهاه رب المال لملك اليد له فاما بعد انقضاء العدة فليس له عليها ملك اليد وبهذا الحرف فارق العدة النسب لان باعتبار نسب الولد لايبقي ملك اليد عليها والفرق بين قوله أنت طالق وبين قوله بائن ماذكر محمد رحمه الله تعالى في الكتاب وقد طوّله وحاصل ماقال ان قوله بائن لايعمل الا بارادة الفرقة أو رفع النكاح وبعد البينونة لايتحقق هذا فاما قوله طالق عامل بنفسه من غير ارادة فرقة أو رفع نكاح فيشترط لصحته قيام المحل توضيح الفرق ان قوله بائن عامل في حقيقة موجبه وهو قطع الوصلة ووصلة النكاح بينهما منقطعة ولا أثر لهذا اللفظ في قطع وصلة العدة فخلى عن موجبه فاما موجب الطلاق فهو رفع الحل كما بينا والايقاع بعد البينونة عامل في موجبه لانها تحرم به اذا تم العدد ثلاثا وهذا بخلاف العدة من نكاح فاسد لان بتلك العدة لايثبت له عليها ملك اليد حتي لاتستحق عليه النفقة والسكنى ولو قال لها بعد الخلع اعتدي ونوى به الطلاق وقع عليها تطليقة أخرى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه لايقع عليها شئ بهذا لان هذا اللفظ لايعمل بنفسه بل بنية الطلاق فيكون بمنزلة قوله بائن وفي ظاهر الرواية قال هذا اللفظ عامل من غير ارادة الفرقة أو فساد النكاح فان الواقع به رجعى كالصريح وهذا لان عمل هذا اللفظ لابحقيقة موجبه بل باضمار الطلاق فيه ولهذا صح قبل الدخول فكان المضمر كالمصرح به وقد بينا انه لو قال لامرأته أنت بائن ينوى الثنتين لايقع الا واحدة وفي الكتاب فرق بينه وبين نية الثلاث لما ذكرنا ان نية الثلاث تعمل لانه نوى بها نوعا من أنواع البينونة وذلك لايوجد في الثنتين الا في حق الأمة فاما الحرة اذا كان قد طلقها واحدة ثم قال لها أنت بائن فان نوى ثنتين لم يقع الا واحدة بهذا اللفظ لانه نوى العدد واللفظ لايحتمله وان نوى ثلاثا وقع عليها بهذا اللفظ ثنتان لان نيته قد صحت باعتبار انه نوى نوعا من البينونة فيقع ماتثبت به تلك البينونة وذلك بالتطليقتين الباقيتين والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب طلاق أهل الحرب

﴿ قال ﴾ واذا سبي أحد الزوجين الحربيين وأخرج الى دار الاسلام انقطعت العصمة بينهما بغير طلاق لان ارتفاع النكاح كان حكما لتباين الدارين وهو مناف لعصمة النكاح والفرقة الواقعة بسبب المنافي للنكاح لا تكون طلاقا كالفرقة بالمحرمية ولان هذا السبب يشترك فيه الزوجان وتقع الفرقة بنفسه فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب ملك أحد الزوجين صاحبه وفقهه انه ليس اليها من الطلاق شئ فكل سبب يتم بها لا يكون طلاقا فان طلقها بعد هذا لا يقع أيضاً لأنها بانت لا الى عدة فانه ان سبي الزوج أولا فلا عدة على الحربية وان سبيت المرأة فلا عدة على المسبية لانها تحل للسابي بعد الاستبراء بالنص فان سبي الآخر بعده لم يعد النكاح بينهما لارتفاعه بالسبب المنافي ولا يقع طلاقه أيضاً لانها ليست فى عدته ولا يجب على الزوج شئ من المهر ان كان دخل بها أولم يدخل بها سبيا أو سبي أحدهما لانها ان سبيت فقد خرجت من أن تكون أهلا لمالكية المال وان سبي الزوج فالدين على الحر لا يبقى بعد السبي كسائر الديون لان الدين على المملوك لا يجب الا شاغلا لمالية رقبته وحين وجب الدين عليه لم يكن مالا فلا تشتغل ماليته بعد ذلك بالدين فلهذا سقط وان لم يسبيا ولكن أسلم أحدهما وخرج الى دار الاسلام فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لتباين الدارين فان طلقها بعد هذا لم يقع طلاقه عليها أما اذا كان الزوج هو الذى أسلم فلانه لا عدة على الحربية وان كانت المرأة هي التى أسلمت فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا عدة على المهاجرة أيضاً وعندهما وان كان يلزمها العدة فهذه العدة لا توجب ملك اليد للحربى عليها فكان بمنزلة العدة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة فلا يقع الطلاق عليها باعتبارها وان أسلم الزوج بعدها وخرج لم يقع طلاقه عليها أيضاً وقيل هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى فأما قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر يقع طلاقه عليها وهو نظير مالو اشترى امرأته بعد مادخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لا يقع طلاقه فى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف رضى الله عنه الآخر يقع وكذلك اذا اشترت المرأة زوجها ثم أعتقته وعلى هذا لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه عليها فان عاد مسلما ثم طلقها فهو على هذا الخلاف وجه قوله أبي يوسف رحمه

الله تعالى الاول انها صارت بحال لا يقع طلاقه حين لحق بدار الحرب أو بقي في دار الحرب أو ملكها بالشراء فدل ذلك على زوال ملك اليد الذى كانت به محلا للطلاق وبعد مازال الملك لا يعود الا بالتجديد وجه قوله الآخر أن المانع من وقوع الطلاق تباين الدارين حقيقة وحكما أو عدم ظهور العدة فى حقه حين اشتراها وقد زال ذلك حين أعتقها وحين خرج الى دارنا مسلما وهى فى عدته بعد فيقع عليها طلاقه كما لو أسلم أحد الزوجين فى دار الاسلام وفرق بينهما بالاباء من الآخر ثم طلقها الزوج وهي في العدة فانه يقع الطلاق ثم ان كان دخل بها فلها أن تؤاخذه بمهرها اذا خرج الى دار الاسلام لان المهر قد تقرر عليه بالدخول فيبقى بعد اسلامها وان لم يدخل بها وكانت هى التي خرجت أولا مسلمة فلها على الزوج نصف المهر لانه انما يحال بالفرقة على جانب الزوج حين أصر على شركه في دار الحرب بعد اسلامها وان كان الزوج هو الذى خرج أولا مسلما فلا مهر لها عليه لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول واذا سبيا معا فهما على النكاح لعدم تباين الدارين وقد بيناه في كتاب النكاح ﴿ قال ﴾ واذا تزوج المسلم كتابية فى دار الحرب فتمجست انتقض النكاح بينهما لان تمجسها اذا كانت تحت مسلم بمنزلة ردتها وطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة كما لو ارتدت المرأة فى دار الاسلام وهذا لانه لم تتباين بهما الدار وهو المنافى للعصمة والحرمة بسبب الردة على شرف الزوال بالاسلام فلا تمنع ثبوت الحرمة بالتطليقات الثلاث فان خرج الزوج الى دار الاسلام وبقيت فى دار الحرب لم يقع طلاقه عليها لتباين الدارين حقيقة وحكما وان خرج الزوجان الى دارنا مستأمنين ثم أسلم أحدهما فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد بينا في كتاب النكاح اختلاف الروايات فى عرض الاسلام على الآخر منهما فاذا حاضت ثلاث حيض وقعت الفرقة بغير طلاق بينهما وانقطعت العصمة فلا يقع عليها طلاقه لأن المصر منهما على شركه من أهل دار الحرب ألا ترى انه يتمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو بمنزلة مالو كان فى دار الحرب حقيقة فى المنع من وقوع طلاقه عليها وكذلك اذا صار أحدهما ذمياً وأبى الآخر فالحكم فيما وصفنا من الفرقة فى دار الاسلام وفى دار الحرب سواء لان الذمى صار من أهل دارنا والآخر من أهل دار الحرب وما سوى هذا من مسائل الباب قد بينا شرحها فى كتاب النكاح والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مالايقع فيه الطلاق على المرأة

﴿قال﴾ واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد أو ملكته كله أو بعضه بميراث أو غيره فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان ملك اليمين مناف لملك النكاح ويتحقق هذا المنافي من كل واحد منهما فتكون الفرقة بغير طلاق وكذلك الحر يملك امرأته أو بعضها وهذا لان ملك رقبتها مناف لملك النكاح شرعا لان ملك النكاح مشروع لاثبات الحل به وهى تحل له بملك اليمين فينتفى بتقرره ملك النكاح ثم لا يقع طلاقه عليها لان ملكه رقبتها كما ينافى أصل ملك النكاح ينافى ملك اليد بسبب النكاح وبه كانت محلا لوقوع الطلاق فلهذا لايقع طلاقه عليها بعد هذا وكذلك المرأة يجامعها أبو زوجها أو ابنه أو جامع الزوج أمها أو ابنتها فقد وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق لان المحرمية بالمصاهرة تنافى النكاح ابتداء وبقاء كالمحرمية بالرضاع والنسب وعليها العدة ان كان قد دخل بها ولا يقع طلاقه عليها فى هذه العدة لان موجب الطلاق حرمة ترتفع باصابة الزوج الثانى وقد ثبتت بينهما حرمة مؤبدة لاترتفع بوجه من الوجوه فلا يتصور مع هذا ثبوت الحرمة التى ترتفع بالزوج الثانى ومتى خلا السبب عن موجبه كان لغوا ﴿قال﴾ وأهل الذمة وأهل الاسلام فيما ذكرنا من الحرمة سواء الا أن يكون ملة من ملل الكفر يستحل ذلك أهلها فى دينهم فيخلى عنهم وما استحلوا من ذلك لمكان عقد الذمة وهو بمنزلة المجوسي يتزوج أمه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر لايتركون على شئ من الحرام في النكاح والحكم يجرى عليهم فى ذلك كما يجرى على أهل الاسلام سواء اختصموا أو لم يختصموا وهذا القول لابى يوسف رحمه الله تعالى ذكره فى هذا الكتاب خاصة وقد بينا وجهه فى كتاب النكاح مع سائر مافى الباب من المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من الطلاق

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا وهو قول عمر وعلى وابن عباس وأبى هريرة رضى الله تعالى عنهم وقال الحسن البصرى تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع بها

شيء كما لو قال لها أنت طالق وطالق وطالق ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد لان الموقع هو العدد فاذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لايقع شيء وهذا لان الكل كلمة واحدة في الحكم فان ايقاع الثلاث لايتأتى بعبارة أوجز من هذا والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض بخلاف قوله أنت طالق وطالق وطالق لانها كلمات متفرقة فاما اذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لايملك وهو قول علي وابن مسعود وزيد وابراهيم رضى الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى اذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد ولكنا نقول كل كلمة ايقاع على حدة فلا تعمل الا في محل قابل له فاذا بانت لا الى عدة لم تبق محلا للوقوع عليها ثم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تبين بالاولى قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رحمه الله تعالى بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز ان يلحق بآخر كلامه شرطا أو استثناء ولكن هذا انما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو فامابدونه لايتحقق الخلاف لانه لايلحق به الشرط والاستثناء ﴿قال﴾ ولو قال لها رأسك طالق كانت طالقا لا باضافة الطلاق الى الرأس بعينه فانه لو قال الرأس منك طالق أو وضع يده على رأسها وقال هذا العضو منك طالق لا يقع شيء ولكن باعتبار أن الرأس يعبر به عن جميع البدن يقال هؤلاء رؤس القوم ومع الاضافة الى الشخص أيضاً يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل أمري حسن مادام رأسك أي ما دامت باقيا وكذلك الوجه يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل لغيره ياوجه العرب وكذلك الجسد والبدن والرقبة والعنق يعبر بها عن جميع البدن قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين وكذلك الفرج قال صلي الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج وكذلك الروح يعبر بها عن جميع البدن وهو مذكور في كتاب الكفالة فصار هو بهذا اللفظ مضيفا الطلاق الى جميعها فكأنه قال أنت طالق وأما اذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو أصبعك طالق لا يقع شيء عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى تطلق لانه أضاف الطلاق الى جزء مستمتع به منها بعقد النكاح فيقع الطلاق كالوجه والرأس وهذا لان مبنى الطلاق على الغلبة والسراية فاذا أوقعه علي جزء منها يسري الى جميعها كالجزء الشائع

وبه فارق النكاح فانه غير مبني على السراية ولهذا لا تصح اضافته عندي الى جزء شائع وهذا لان الحل والحرمة اذا اجتمعا فى المحل يترجح جانب الحرمة فى الابتداء والانتهاء والدليل عليه أنه لو قال لها أنت طالق شهراً يقع مؤبداً ولو قال تزوجتك شهراً لم يصح النكاح فيجعل ذكر جزء منها كذكر جزء من الزمان فى الفصلين وحجتنا في ذلك ان الاصبع ليس بمحل لاضافة النكاح اليه فكذلك الطلاق لمعني وهو انه تبع فى حكم النكاح والطلاق ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لها أصبع ويبقى بعد فوات الاصبع وهذا لان النكاح والطلاق يرد عليها فتكون الاطراف فيه تبعاً كما فى ملك الرقبة شراء وملك القصاص واذا ثبت انه تبع فبذكر الاصل يصير التبع مذكوراً فاما بذكر التبع لايصير الاصل مذكورا واذا كان تبعا لايكون محلا لاضافة التصرف اليه مقصوداً والسراية انما تحقق بعد صحة الاضافة الى محله وقد ذكرنا فى الوجه والرأس ان الوقوع ليس بطريق السراية بل باعتبار ان ماذكر عبارة عن جميع البدن حتى لو كان عرفا ظاهرالقوم انهم يذكرون اليد عبارة عن جميع البدن نقول يقع الطلاق فى حقهم ولا يمكن تصحيح الكلام هنا بطريق الاضمار وهو أن يقدم الايقاع على البدن لتصحيح كلامه لانه لو كان هذا كلاما مستقيما لصح اضافة النكاح الى اليد بهذا الطريق وهذا لان المقتضى تبع للمقتضى وجعل الاصل تبعاً للاصبع متعذر فلهذا لايصح بطريق الاقتضاء وهذا بخلاف مالو أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث والربع لان الجزء الشائع ليس بتبع وهو محل لاضافة سائر التصرفات اليه فاذا صحت الاضافة الى محلها ثبت الحكم فى الكل بطريق السراية أو بطريق انها لاتحتمل التجزى في حكم الطلاق وذكر جزء ما لايتجزى كذكر الكل ولهذا صحت اضافة النكاح الى جزء شائع عندنا وهذا بخلاف مالو قال أنت طالق شهرا لان الاضافة صحت الى محلها والطلاق بعد الوقوع لايحتمل الرفع فلا ينعدم بذكر التوقيت فيما وراء المدة بخلاف النكاح فانه يحتمل الرفع فبالتوقيت ينعدم فيما وراء الوقت ولا يمكن تصحيحه موقتاً . وقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع وهذا تصحيف انما هو بعضك طالق أو نصفك طالق فأما البضع لايعبر به عن جميع البدن ولم يذكر مالو قال ظهرك طالق أو بطنك طالق وقد قال بعض مشايخنا انه يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معني الاصل اذ لايتصور النكاح بدونهما والاصح انه لايقع على ماذكر بعد

هذا في باب الظهار انه اذا قال ظهرك أو بطنك علىّ كظهر أمي لايكون مظاهراً لان الظهر والبطن لايعبر بهما عن جميع البدن ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته ولا جنبية احدا كما طالق فان قال عنيت امرأتي وقع الطلاق عليها والا لم يقع لان اللفظ المذكور يصلح عبارة عن امرأته وعن المرأة الاخرى فكان هذا كناية من حيث المحل وكما أن ألفاظ الكناية لا تعمل الا بالنية فكذلك الكناية من حيث المحل لايتعين فيه امرأته الا بالنية ويحلف بالله ماعني امرأته كما بينا في الكنايات ﴿قال﴾ ولو قال لاربع نسوة بينكن تطليقة تطلق كل واحدة واحدة لانه أوقع على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع التطليقة كمالها فان التطليقة الواحدة لاتجزأ وقوعها ولو قال بينكن تطليقتان فكذلك الجواب لان كل واحدة منهن يصيبها نصف تطليقة الا أن يقول عنيت أن كل تطليقة بينهن فحينئذ يقع على كل واحدة منهن تطليقتان لأنه صار موقعا على كل واحدة ربع تطليقة وربع تطليقة أخرى ولكن مالم ينو لايحمل على هذا لان الجنس واحد والقسمة في الجنس الواحد بين الاشخاص تكون جملة واحدة ولكن اذا عنى قسمة كل تطليقة فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لذلك وكذلك لو قال بينكن ثلاث تطليقات أو أربع تطليقات تطلق كل واحدة منهن واحدة الا ان يقول عنيت ان كل تطليقة بينهن فحينئذ تطلق كل واحدة ثلاثا ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة منهن ثنتين لان كل واحدة منهن يصيبها تطليقة وربع وكذلك ان قال ست أو سبع أو ثمان وان قال بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثا لان كل واحدة منهن يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة وكذلك لوقال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ الاشراك ولفظ البين سواء بخلاف مالو طلق امرأتين له ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه صار مشركا لها في كل تطليقة ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة فهي طالق ثنتين لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين عاما وما وراء المستثنى هنا ثنتان ولو قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين فهي واحدة الا على قول الفراء رحمه الله تعالى فانه يقول استثناء الاكثر لايصح لانه لم تتكلم به العرب ولكنا نقول طريق الاستثناء ماقلنا وهو أن يكون عبارة عما وراء المستثنى فشرط صحته أن يبقى وراء المستثني شئ حتى يجعل كلامه عبارة عنه وفي هذا لا فرق بين الاقل والاكثر وعلى قول بعض أهل النحو

رحمهم الله تعالى الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه لكان الكلام متناولا له فيكون بمنزلة دليل الخصوص فى العموم وفى ذلك لا فرق بين الاقل والاكثر وبأن لم تتكلم به العرب لا يمنع صحته اذا كان موافقا لمذهبهم كاستثناء الكسور ولم يذكر فى الكتاب ما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة كم يقع وقيل على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى تطلق اثنتين لان التطليقة كما لا تتجزأ فى الايقاع لا تتجزأ فى الاستثناء فكأنه قال الا واحدة وعند محمد رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لان فى الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى فى الموقع وذلك لا يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه واذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فيكون ثلاثا ﴿قال﴾ واذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا تطلق ثلاثا لانه استثني جميع ما تكلم به وهذا الاستثناء باطل فانه ان جعل عبارة عما وراء المستثنى لا يبقى بعد استثناء الكل شيء ليكون كلامه عبارة عنه وان جعل بمنزلة دليل الخصوص فذلك لا يعم الكل لانه حينئذ يكون نسخاً لا تخصيصاً وظن بعض أصحابنا ومشايخنا رحمهم الله تعالى أن استثناء الكل رجوع والرجوع عن الكل باطل وهذا وهم فقد بطل استثناء الكل فى الوصية أيضاً وهو يحتمل الرجوع فدل ان الطريق ماقلنا ﴿قال﴾ وان قال لها وقد دخل بها أنت طالق أنت طالق الا واحدة تطلق ثلاثاً من قبل انه فرق الكلام فيكون هو مستثنيا جميع ماتكلم به في آخر كلماته وهو باطل وكذلك لو ذكره مع حرف العطف ولو قال أنت طالق ثلاثاً الا واحدة وواحدة وواحدة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق ثلاثاً لانه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنيا للكل فكأنه قال الا ثلاثاً وهو الظاهر من قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وقد روى عنه انه يقع واحدة وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه لو قال الا واحدة وواحدة صار مستثنيا للاثنتين فكان صحيحا فانما بطل استثناء الثالثة فقط ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق تطليقة الا نصفها فهي طالق واحدة لان مابقى منها تطليقة تامة وهو اشارة الى مذهب محمد رحمه الله تعالى فى ان التطليقة تجزى في الاستثناء وعلى قول من يقول لاتجزى هذا استثناء لجميع ماتكلم به وهذا لا يصح وذكر فى النوادر اذا قال أنت طالق ثنتين وثنتين الا ثنتين ان الاستثناء صحيح عندنا وتطلق ثنتين وعند زفر رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لانه استثنى أحد الكلامين وهو باطل ولكنا نقول لتصحيح هذا الاستثناء وجه وهو ان يجعل

مستثنيا من كل كلام تطليقة وكلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن وفى نوادر هشام لوقال ثنتين وثنتين الا ثلاثا تطلق ثلاثا عند محمد رحمه الله تعالى لانه استثنى أحد الكلامين وبعض الآخر وذلك باطل ولا وجه لتصحيح بعض الاستثناء فيه دون البعض وفيه اشكال على أصل محمد رحمه الله تعالى لانه يمكن ان يجعل مستثنيا من كل كلام تطليقة ونصفا فالتطليقة عنده تتجزى في الاستثناء فينبغي ان يقع ثنتان بهذا الطريق ﴿ قال ﴾ واذا طلقها تطليقة رجعية فطلاقه يقع عليها مادامت في العدة وكذلك الظهار والايلاء وان قذفها لاعنها وان مات أحدهما توارثا لبقاء ملك النكاح بعد الطلاق الرجعى وان كان الطلاق بائنا لم يقع عليها ظهار ولا ايلاء لان الظهار منكر من القول وزور لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا تشبيه المحرمة بالمحللة والمولى مضار متعنت من حيث أنه يمنع حقها فى الجماع وبعد البينونة لاحق لها فى الجماع وكذلك لو قذفها لم يلاعنها وكان عليه الحد لان اللعان مشروع لقطع النكاح وقد انقطع النكاح بالبينونة ﴿ قال ﴾ رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم تطلق عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا لان التعليق فى الملك قد صح والشرط وجد فى الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار وهذا لان المعلق بالشرط ليس بطلاق على ماتبينه ان شاء الله تعالى والذى أوقعه طلاق فكان غير المعلق بالشرط والمعلق بالشرط غير واصل الى المحل فلا يعتبر لبقائه متعلقا قيام المحل وانما يشترط كون المحل محلا عند وجود الشرط لانه عند ذلك يصل اليه وهو موجود والدليل عليه أنه لو قال لها ان دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر يكون مظاهراً منها اذا دخلت الدار ولو طلقها اثنتين فى مسئلة اليمين بالطلاق ثم عادت اليه بعد اصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلاثا فاذا كان وقوع بعض الطلقات لايمنع بقاء التعليق فى الثلاث فكذلك في وقوع الكل وحجتنا ماعلل به فى الكتاب فقال من قبل انه لما طلقها ثلاثا فقد ذهب تطليقات ذلك الملك كله ومعنى هذا ان انعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات المملوكة فان اليمين بالطلاق لاينعقد الا فى الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة هنا فكان انعقادها باعتبار التطليقات المملوكة وهى محصورة بالثلاث وقد أوقع ذلك كله والكل من كل شئ لايتصور تعدده فعرفنا أنه لم يبق شئ من الجزاء المعلق

بالشرط طلاقا كان أو غيره وكما لا ينعقد اليمين بدون الجزاء لا يبقي بدون الجزاء ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق كل يوم ثلاثا فوقع عليها ثلاث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يقع شئ وكذلك لو قال لها أنت طالق تسعاً كل سنة ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج لم يقع فى السنة الثانية شئ ولكن زفر رحمه الله تعالى يخالف فى جميع هذا ويقول مايملك على امرأته من التطليقات غير محصور بعدد وانما لا يقع الا الثلاث لان المحل لا يسع الا ذلك حتى ان باعتبار تجدد العقد يقع عليها أكثر من ثلاث ولو قال لها أنت طالق ألفاً يقع عليها ثلاث ولو كان المملوك هو الثلاث لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما لو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ والمعتمد أن نقول بوقوع الثلاث عليها خرجت من ان تكون محلا للطلاق لان الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلاث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار ثم جعل الدار حماما أو بستانا لا يبقى اليمين فهذا مثله بخلاف مابعد بيع العبد لانه بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات العتق لم يبق اليمين وبخلاف مالو طلقها اثنتين لان المحل باق بعد اثنتين فان المحلية باعتبار صفة الحل وهى قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين ثم قد استفاد من جنس ما كان انعقدت عليه اليمين فيسري اليه حكم اليمين كما لو هلك مال المضاربة الا درهما منه يبقى عقد المضاربة على الكل حتى لو تصرف وربح يحصل جميع رأس المال بخلاف مالو هلك الكل وهذا بخلاف اليمين فى الظهار فان المحلية هناك لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك حرمة الى وجود التكفير وهذه حرمة الى وجود مايرفعها وهو الزوج الا أنها لو دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما لا يصير مظاهراً لانه لاحل بينهما فى الحال والظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك لا يوجد الا اذا دخلت الدار بعد التزوج بها وما قال ان المحل لا يعتبر في المعلق بالشرط ضعيف لانه ايجاب وان لم يكن واصلا الى المحل ولا يكون كلامه ايجابا الا باعتبار المحل فلا بد لبقائه معلقا بالشرط من بقاء المحل ولم يبق بعد التطليقات الثلاث وعلى هذا لو قال أنت طالق كلما حضت فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر لم يقع عليها ان حاضت شئ الا على قول زفر رحمه الله تعالى وكذلك ان آلى منها فبانت بالايلاء ثم تزوجها فبانت أيضاً حتى بانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج لم يقع عليها بهذا الايلاء طلاق

الا على قول زفر رحمه الله تعالى ولكن ان قربها كفر عن يمينه لان اليمين باقية فان انعقادها وبقاءها لا يختص بمحل الحل فاذا قربها تحقق حنثه في اليمين فتلزمه الكفارة ﴿قال﴾ وان طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم وأصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن الحصين وأبي هريرة رضى الله عنهم فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة رضوان الله عليهم والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم وحجة محمد رحمه الله تعالى في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث قال الله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية حقيقة وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة لانها متعلقة بوقوع الثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية لان غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق كما لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى استشير فلانا ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين واذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات فكذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالاجنبية في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلاث وبيان هذا ان بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالاجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثاني ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه ان المنهي يكون متقرراً في نفسه ولا حرمة بعد اصابة الزوج الثاني فدل انه رافع للحرمة ولانه موجب للحل فان صاحب الشرع سماه محللا فقال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وانما كان محللا لكونه موجبا للحل ومن ضرورته انه يكون رافعا للحرمة وبهذا تبين ان جعله غاية مجاز وهو نظير قوله تعالى ولا جنباً الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا والاغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنابة والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا الى غاية

ولكن ترتفع بوجود مايرفعها كحكم زوال الملك لايثبت مؤقتا ولكن يرتفع بوجود مايرفعه وهو النكاح واذا ثبت ان الزوج الثانى موجب للحل فانما يوجب حلالا يرتفع الا بثلاث تطليقات وذلك غيرموجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به ولما كان رافعاً للحرمة اذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ولأن يمنع ثبوتها اذا اقترن بأركانها أولى ومحمد رحمه الله تعالى يقول ثبوت الحرمة بسبب ايقاع الطلاق وذلك لا يرتفع بالزوجَ الثانى حتي لاتعود منكوحة له وبقاء الحكم ببقاء سببه فعرفنا أنه ليس برافع للحرمة ولاهو موجب للحل لان تأثير النكاح الثاني فى حرمتها على غيره فكيف يكون موجبا للحل لغيره وسماه محللا لانه شرط للحل لالانه موجب للحل ألا ترى أنه سماه ملعوناً باشتراط مالا يحل له شرعا فعرفنا أنه غير موجب للحل ولكن الحرمة تحتمل التوقيت كحرمة المعتدة وحرمة الاصطياد على المحرم فجعلنا الزوج الثانى غاية للحرمة عملا بحقيقة كلمة حتى المذكورة فى الكتاب والسنة حيث قال صلى الله عليه وسلم حتى تذوق من عسيلته ومسئلة يختلف فيها كبار الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين لغور فقهها يصعب الخروج منها ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة أو اثنتين وعادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى تطلق بالدخول ثلاثا لانها عادت اليه بثلاث تطليقات وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يقع عليها مابقى لان عندهما انما عادت اليه بما بقى من الطلقات ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فهو كما قال يقع عليها ثلاث كما تزوج بها لان كلمة كلما تقتضى نزول الجزاء بتكرار الشرط وانعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات التى يملكها عليها بالتزوج وتلك غير محصورة بعدد فلهذا بقيت اليمين بعد وقوع ثلاث تطليقات بخلاف قوله لامرأته كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فان انعقاد تلك اليمين باعتبار التطليقات المملوكة عليها لانه لم توجد الاضافة الى الملك فلا تبقى اليمين بعد وقوع التطليقات المملوكة عليها وهذه المسئلة تنبني على أصلنا ان مايحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز اضافته الى الملك عم أوخص وهو قول عمر رضى الله عنه روى عنه ذلك في الظهار وعند الشافعى رحمه الله تعالى لايصح ذلك وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه سئل عمن يقول لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق فتلى عليه قوله تعالي اذا نكحتم المؤمنات ثم

طلقتموهن

طلقتموهن وقال شرع الله تعالى الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله وعلى قول ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى ان خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين وان عم فقال كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وروى ان عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما خطب امرأة فأبي أولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهى طالق ثلاثا فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه لا طلاق قبل النكاح والمعنى فيه انه غير مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقه بالشرط كما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فدخلت لم تطلق وهذا لان تأثير الشرط فى تأخير الوقوع الى وجوده ومنع مالولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغواً لا طلاقا ولان الطلاق يستدعى أهلية فى الموقع وملكا فى المحل ثم قبل الاهلية لا يصح التعليق مضافا الى حالة الاهلية كالصبي يقول لامرأته اذا بلغت فأنت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين انه تصرف يختص بالملك فايجابه قبل الملك يكون لغواً كما لو باع الطير في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشترى وحجتنا فى ذلك أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله تعالى وهذا لان اليمين تصرف من الحالف فى ذمة نفسه لانه يوجب على نفسه البر والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بالوصول الى المرأة وما دامت يميناً لا يكون واصلا اليها وانما الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط فعرفنا أن المحلوف به ليس بطلاق وقيام الملك في المحل لأجل الطلاق ولكن المحلوف به ماسيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله اليها ونظيره من المسائل الرمى عينه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا عما هو قتل ولا مؤخرا له بل يكون مانعاً عما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل ولما كان التعليق مانعاً من الوصول الى المحل والتصرف لا يكون الا بركنه ومحله فكما أنه بدون ركنه لا يكون طلاقا فكذلك بدون محله لا يكون طلاقا وبه فارق ما لو قال لأجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق فان المحلوف به هناك غير موجود وهو ما يصير طلاقا عند وجود الشرط لان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط أما هنا نتيقن بوجود المحلوف به موجوداً بطريق الظاهر بأن قال لامرأته

ان دخلت الدار فأنت طالق انعقدت اليمين وان كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك فاذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أولى أن ينعقد اليمين وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق كمن يقول لجاريته اذا ولدت ولدا فهو حر صح وان كان لا يملك تنجيز العتق فى الولد المعدوم واذا قال لامرأته الحائض اذا طهرت فانت طالق كان هذا طلاقا للسنة وان كان لا يملك تنجيزه فى الحال وهذا بخلاف التصرف لانه لا بد منه في تصرف اليمين كما لا بد منه فى تصرف الطلاق فاما الملك في المحل معتبر بالطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فان الايجاب أحد شطرى البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فاما الايجاب هنا تصرف آخر سوى الطلاق وهى اليمين وتأويل الحديث ماروى عن مكحول والزهري وسالم والشعبي رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا كانوا يطلقون في الجاهلية قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لاطلاق قبل النكاح وحديث عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنه غير مشهور وان ثبت فمعني قوله ان نكحتها أي وطئتها لان النكاح حقيقة للوطء وبهذا لا يحصل اضافة الطلاق الى الملك عندنا اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لامرأته اذا تزوجتك أو اذا ماتزوجتك أو ان تزوجتك أو متى ماتزوجتك فهذا كله للمرة الواحدة لانه ليس فى لفظه مايدل على التكرار فان كلمة ان للشرط واذا ومتى للوقت بخلاف مالو قال كلما تزوجتك لأن كلمة كلما تقتضى التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ولكن كلما تزوجها يصير عند التزوج كالمنجز للطلاق وكذلك لو قال كلما دخلت الدار فهذا على كل مرة حتي تطلق ثلاثا بخلاف ان واذا ومتي فان ذلك على المرة الواحدة ﴿قال﴾ ولو قال لامرأة لا يملكها أنت طالق يوم أكلمك أو يوم تدخلين الدار أو يوم أطؤك فهذا باطل بخلاف مالوقال يوم أتزوجك فانه بهذا اللفظ يصير مضيفا الطلاق الى التزوج وهو سبب لملك الطلاق فيصير المحلوف به موجوداً بخلاف ماسبق فان دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق فان تزوج بها ثم فعل ذلك لم يقع عليها شئ عندنا وقال ابن أبي ليلى يقع لان المعتبر لوقوع الطلاق وقت وجود الشرط فان طلقها حينئذ يصل الى المحل والملك موجود عند وجود الشرط فيقع الطلاق ولكنا نقول هذا بعد انعقاد اليمين ولا ينعقد اليمين بدون المحلوف به فاذا لم يكن هو مالكا للطلاق فى الحال ولا فى الوقت المضاف اليه لا ينعقد اليمين فبدون ذلك وان صار مالكا للطلاق فى الوقت المضاف

اليه لايقع شئ لان اليمين ما كانت منعقدة وكذلك لو قال لها أنت طالق غداً ثم تزوجها اليوم لم يقع عليها شئ اذا جاء غد واذا قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق أنت طالق وقال عنيت الاولى صدق فيما بينه وبين الله تعالى وأما فى القضاء فهما تطليقتان لان كل واحد من الكلامين ايقاع من حيث الظاهر فان صيغة الكلام الثانى كصيغة الكلام الاول والقاضي مأمور باتباع الظاهر وما قاله من قصد تكرار الكلام الأول محتمل لان الكلام الواحد يكرر للتأكيد والله تعالى مطلع على ضميره وكذلك قوله قد طلقتك قد طلقتك أو أنت طالق قد طلقتك أو أنت طالق أنت طالق أو طالق وأنت طالق فأما اذا قال لها أنت طالق فقال له انسان ماذا قلت فقال قد طلقتها أو قال قلت هي طالق فهي طالق واحدة لأن كلامه الثانى جواب لسؤال السائل والسائل انما يسأله عن الكلام الاول لا عن ايقاع آخر فيكون جوابه بياناً لذلك الكلام ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة وقد دخل بها فهي طالق اثنتين فى القضاء احداهما بالايقاع والأخرى بوجود الشرط لان قوله اذا طلقتك شرط وقوله فأنت طالق جزاء له وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان نوى بقوله اذا طلقتك فأنت طالق تلك التطليقة فهي واحدة لان مانواه محتمل على ان يكون قوله فأنت طالق بيانا لحكم الايقاع لاجزاء لشرطه والله تعالى مطلع على ضميره وكذلك اذا قال متى ما طلقتك أو ان طلقتك فأنت طالق ولو قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم طلقها واحدة تطلق ثلاثا لان بوقوع الواحدة يوجد الشرط فوقع عليها تطليقة اليمين ثم بوقوع هذه التطليقة وجد الشرط مرة أخرى واليمين معقودة بكلمة كلما فتقع عليها الثالثة وهذا بخلاف مالو قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة تقع عليها أخرى فقط لان وقوع الثانية عليها ليس بايقاع مستقبل منه بعد يمينه فلا يصلح شرطا للحنث فلهذا لايقع عليها الا واحدة فاما في الاول الشرط الوقوع لا الايقاع والوقوع يحصل بالثانية بعد اليمين وعلى هذا لو قال كلما قلت أنت طالق فأنت طالق أو كلما تكلمت بطلاق يقع عليك فأنت طالق وطلقها واحدة فهي طالق أخرى باليمين ولا يقع بالثانية طلاق لما بينا ان ماجعله شرطاً لايصير موجوداً بعد اليمين بما وقع باليمين والاصل فيما نذكره بعد هذا ان اليمين انما يعرف بالجزاء حتى لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق كان يميناً بالطلاق ولو قال فعبدي حر كان يمينا بالعتق والشرط واحد وهو دخول الدار ثم اختلفت اليمين باختلاف الجزاء وأصل

آخران الشرط يعتبر وجوده بعد اليمين وأما ماسبق اليمين لايكون شرطا لانه يقصد باليمين منع نفسه عن ايجادالشرط وانما يمكنه أن يمنع نفسه عن شيء في المستقبل لافيما مضى فعرفنا ان الماضي لم يكن مقصودا له واليمين يتقيد بمقصود الحالف اذا عرفنا هـذا فنقول رجل له امرأتان عمرة وزينب فقال لزينب أنت طالق اذاطلقت عمرة أوكلما طلقت عمرة ثم قال لعمرة أنت طالق اذاطلقت زينب ثم قال لزينب أنت طالق فانه يقع على زينب بالايقاع تطليقة ويقع على عمرة أيضا تطليقـة لان كلامه الاول كان يمينا بطلاق زينب وكلامـه الثاني كان يمينا بطلاق عمرة فان الجزاء فيه طلاق عمرة والشرط طلاق زينب وقد وجـد الشرط بايقاعه على زينب فلهـذا يقع على عمرة تطليقة باليمين ويعود الى زينب لان عمرة طلقت بيمين بعد يمينه بطلاق زينب فيكون وقوع الطلاق عليها شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب فلهذا يقع عليها تطليقة أخرى هكذا في نسخ أبي سليمان رضى الله تعالى عنه وهو الصحيح وفي نسخ أبي حفص رضى الله تعالى عنه قال ولايعود على زينب وهو غلط ثم قال ولو لم يطلق زينب ولكنه طلق عمرة وقعت عليها تطليقة بالايقاع وعلى زينب تطليقة باليمـين ثم وقعت أخرى على عمرة باليمين هكذا ذكر في نسـخ أبي حفص رضى الله تعالى عنـه وهو غلط والصحيح ماذكره في نسخ أبي سليمان رضي الله تعالى عنه انه لايقع على عمرة باليمين لان زينب انما طلقت باليمين السابقة على اليمـين بطلاق عمرة فلا يكون ذلك شرطا للحنث في اليمـين بطـلاق عمرة قال ألا ترى أنه لو قال لزينب اذا طلقت عمرة فانت طالق ثم قال لعمرة ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت عمرة الدار تطلق بالدخول وتطلق زينب أيضاً لان عمـرة انمـا طلقت بكلام بعد اليمـين بطلاق زينب ولو كان قال لعمرة أولا ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لزينب ان طلقت عمرة فأنت طالق ثم دخلت عمرة الدار طلقت ولم يقع الطلاق على زينب لان عمرة انما طلقت بيمين قبل اليمـين بطلاق زينب فلا يصلح أن يكون ذلك شرطا للحنث في اليمـين بطلاق زينب وبهذا الاستشهاد يتبين أن الصواب ما ذكره في نسخ أبي سليمان وان جوابه في نسخ أبي حفص وقع على القلب ﴿قال﴾ واذا حلف بطلاق عمرة لا يحلف بطلاق زينب ثم حلف بطلاق زينب لا يحلف بطلاق عمرة كانت عمرة طالقا لانه بالكلام الاول حلف بطلاق عمرة وشرط حنثـه الحلف بطـلاق زينب وبالكلام الثاني صار حالفا بطلاق زينب لان الجزاء فيه طلاق زينب فوجد فيه شرط

الحنث فى اليمين الاولى ألا ترى أنه لو قال لزينب بعد الكلام الاول ان دخلت الدار فأنت طالق كانت عمرة طالقا لانه قد حلف بطلاق زينب فان الشرط والجزاء يمين عند أهل الفقه وقد وجد فصار به حانثا في اليمين الاولى ﴿قال﴾ ولو قال لزينب أنت طالق ان شئت لم تطلق عمرة لان هذا ليس بيمين بل هو تفويض المشيئة اليها بمنزلة قوله اختارى أو أمرك بيدك وذلك لا يكون حلفا بالطلاق ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير نساءه مع نهيه عن الحلف بالطلاق والدليل على أنه بمنزلة التخيير انه يبطل بقيامها عن المجلس قبل المشيئة والشرط المطلق لا يتوقت بالمجلس وحقيقة المعنى فيه أن الشرط منفي فان الحالف يقصد منع الشرط بيمينه وفى قوله أنت طالق ان شئت لا يقصد منعها عن المشيئة فعرفنا أنه ليس بيمين وكذلك لو قال لزينب أنت طالق اذا حضت حيضة فهذا ليس بيمين عندنا ولا يحنث به فى اليمين بطلاق عمرة لأن هذا تفسير لطلاق السنة فان بهذا اللفظ لا يقع الطلاق عليها مالم تطهر لان الحيضة اسم للحيضة الكاملة وطلاق السنة يتأخر الى حالة الطهر فكانه قال لها أنت طالق للسنة وعن زفر رحمه الله تعالى أن هذا يمين لوجود الشرط والجزاء وليس بتفسير لطلاق السنة ألا ترى أنه لو جامعها فى هذه الحيضة ثم طهرت طلقت ولو قال لها أنت طالق للسنة ثم جامعها في الحيض فطهرت لم تطلق وكذلك لو قال لها اذا حضت حيضتين أو اذا حضت ثلاث حيض لم يكن شئ من ذلك حلفاً بطلاقها بخلاف مالو قال لها اذا حضت فهذا حلف بطلاقها حتى تطلق عمرة لان بهذا اللفظ يقع الطلاق فى الحيض قبل الطهر فلايكون تفسيرا لطلاق السنة فان قيل هذا تفسير لطلاق البدعة ولو قال أنت طالق للبدعة لم يكن حالفا بطلاقها ﴿قلنا﴾ ليس كذلك فطلاق البدعة لايختص بالحيض وهذا الطلاق لايقع الا فى حالة الحيض فعرفنا أنه شرط وجزاء ﴿قال﴾ واذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فكلما حاضت وطهرت طلقت واحدة حتى تستكمل الثلاث لان قوله للسنة أى لوقت السنة فان اللام للوقت قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس وكل طهر محل لوقوع تطليقة واحدة للسنة فلهذا طلقت فى كل طهر واحدة ولا يحتسب بالحيضة الأولى من عدتها لانها سبقت وقوع الطلاق عليها وان نوى ان تطلق ثلاثا فى الحال فهو كما نوى عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لاتعمل نيته لان وقوع الثلاث جملة خلاف السنة ووقوع الطلاق في الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه خلاف السنة

والنية انما تعمل اذا كانت من محتملات اللفظ لا فيما كان من ضده ولان معنى قوله أنت طالق للسنة اذا حضت وطهرت فكأنه صرح بذلك ونوى الوقوع فى الحال فلا تعمل نيته ولكنا نقول المنوى من محتملات لفظه على معنى ان وقوع الثلاث جملة من مذهب أهل السنة ووقوع الطلاق فى الحيض كذلك اذ كون الطلاق ثلاثا عرف بالسنة فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون أكثر من ذلك فعرفنا ان المنوى من محتملات لفظه وفيه تغليظ عليه فتعمل نيته ولو قال أنت طالق للسنة ولم يسم ثلاثا ولم يكن له نية فهى طالق واحدة إذا طهرت من الحيضة لما بينا ان اللام للوقت وان نوى ثلاثا فهى ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة لان أوقات السنة غير محصورة فهو انما نوى التعميم فى أوقات السنة حتى يقع فى كل طهر تطليقة واحدة وقد بينا ان نية التعميم صحيحة في كلامه فلهذا طلقت فى كل طهر واحدة وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر طلقت ساعة تكلم به واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لان الثلاث للسنة هكذا تقع عليها والشهر فى حقها كالحيض فى حق ذات القروء وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا ﴿ قال ﴾ رجل قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كلما حضت حيضتين فهو كما قال اذا حاضت حيضتين طلقت لوجود الشرط ثم اذا حاضت أخراوين طلقت أخرى لوجود الشرط لان اليمين معقودة بكلمة كلما ويحتسب بهاتين الحيضتين من عدتها فاذا حاضت أخرى انقضت عدتها ﴿ قال ﴾ وان قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق وقال لها أيضاً كلما حضت فانت طالق فرأت الدم فهى طالق واحدة باليمين الثانية لان الشرط فيها وجود الحيض لا الخروج منه فاذا طهرت من الحيض فهي طالق أخرى باليمين الاولى لان الشرط فيها الحيضة الكاملة وقد وجدت بعدها ولا يحتسب بهذه الحيضة من عدتها لان وقوع الطلاق كان بعد مضى جزء منها واذا حاضت الثانية فهى طالق أخرى باليمين الثانية لانها عقدت بكلمة كلما وكلمة كلما توجب تكرار الشرط وقد وجد الشرط فيها مرة أخرى ﴿ قال ﴾ ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق وقال أيضا اذا حضت حيضتين فانت طالق فحاضت حيضة وطهرت فهى طالق واحدة باليمين الاولى لان شرط الحنث فيها حيضة واحدة وقد وجدت فاذا حاضت حيضة أخرى طلقت أخري لوجود الشرط فى اليمين الثانية وهو مضى الحيضتين بعدها فان الحيضة الاولى كمال الشرط

في اليمين الأولى ونصف الشرط في اليمين الثانية والشيء الواحد يصلح شرطا للحنث في أيمان كثيرة ويحتسب بالحيضة الثانية من عدتها لانها حاضتها بعد وقوع الطلاق عليها ولو كان قال لها اذا حضت حيضة فأنت طالق ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق فاذا حاضت حيضة واحدة طلقت واحدة ثم لا تطلق أخرى مالم تحض حيضتين سواها لانه جعل الشرط في اليمين الثانية حيضتين سوى الحيضة الاولى فان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي وعلى هذا لو قال اذا دخلت الدار دخلة فأنت طالق ثم اذا دخلتها دخلتين فأنت طالق بخلاف مالو قال اذا دخلت فأنت طالق واذا دخلت فأنت طالق فدخلت دخلة واحدة وقعت عليها تطليقتان لان الشرط في اليمين الدخول مطلقا وقد وجد ذلك بدخلة واحدة وفي الاول الشرط دخلتان بعد الدخلة الاولى في اليمين الثانية ولو قال اذا حضت حيضة فأنت طالق واذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضتين تطلق اثنتين إحداهما حين حاضت الاولى لوجود الشرط في اليمين الاولى والثانية حين حاضت الأخرى لتمام الشرط بها في اليمين الثانية ﴿قال﴾ ولو قال كلما حضت حيضة فأنت طالق فحاضت أربع حيض طلقت ثلاثا كل حيضة واحدة لتكرر الشرط في اليمين المعقودة بكلمة كلما وانقضت العدة بالحيضة الرابعة لان الحيضة الاولى لا تكون محسوبة من عدتها فانها سبقت وقوع الطلاق عليها ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا حضت حيضة فأنت طالق فانما يقع عليها بعد ما ينقطع عنها الدم وتغتسل لان الشرط مضي حيضة كاملة ولا يتيقن به الا بعد الحكم بطهرها فان كانت أيامها عشرة فبنفس الانقطاع يتيقن بطهرها وان كانت أيامها دون العشرة فانما يحكم بطهرها اذا اغتسلت أو ذهب وقت صلاة بعد انقطاع الدم فلهذا توقف الوقوع عليه ولو قال اذا حضت حيضة فأنت طالق فقالت قد حضت حيضة لم تصدق في القياس اذا كذبها الزوج لانها تدعى وجود شرط الطلاق ومجرد قولها في ذلك ليس بحجة في حق الزوج كما لو كان الشرط دخولها الدار وهذا لان دعواها شرط الطلاق كدعواها نفس الطلاق وفي الاستحسان القول قولها لان حيضها لا يعلمه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه كما لو قال لها ان كنت تحبينني أو تبغضينني وجب قبول قولها في ذلك ما دامت في المجلس وكذلك لو قال لها ان شئت الا أن هناك تقدر على الاختيار في المجلس فبالتأخير عنه تصير مفرطة وهنا لا تقدر على الاخبار بالحيض ما لم تر الدم فوجب قبول قولها متى أخبرت به ﴿قال﴾ ويدخل في هذا الاستحسان بعض

القياس معناه أن الزوج لما علق وقوع الطلاق بالحيض صار ذلك من أحكام الحيض بجملة وقولها حجة تامة فى أحكام الحيض لحرمة وطئها اذا أخبرت برؤية الدم وحل الوطء اذا أخبرت بانقطاع الدم وكذلك فى حكم انقضاء العدة بالحيض يقبل قولها لان الشرع سلطها على الاخبار فكذلك الزوج بتعليق الطلاق به يصير مسلطا لها على الاخبار واذا قال اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فقياس الاستحسان الاول أن يقع الطلاق على فلانة كما يقع عليها لان قولها حجة تامة فيما لا يعلمه غيرها فيكون ثبوت هذا الشرط بقولها كثبوت شرط آخر بالبينة أو بتصديق الزوج ولكنا ندع القياس فيه ونقول لا يقع على الاخرى شئ حتى يعلم أنها قد حاضت لان فى ذلك حق الضرة وهي ماسلطتها ولا رضيت بخبرها فى حق نفسها ثم قبول قولها فيما مالا يعلمه غيرها الاجل الضرورة وذلك فى حق نفسها خاصة كما في حل الوطء وانقضاء العدة والحكم يثبت بحسب الحاجة الا ترى ان الملك للمستحق اذا ثبت باقرار المشترى لم يرجع على البائع بالثمن وان شهادة امرأتين ورجل بالسرقة حجة فى حق المال دون القطع فهذا مثله ولو قال لها اذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية فان علم انها ولدت الجارية أولا طلقت اثنتين بولادتها الجارية ثم انقضت عدتها بولادة الغلام وان علم انها ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية فان لم يعلم أيهما أولا لم يقع فى القضاء الا تطليقة واحدة لان التيقن فيها وفى الثانية شك والطلاق بالشك لا يقع وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغى أن يأخذ بتطليقتين حتى اذا كان طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغى أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا ولأن يترك امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وان ولدت غلاما وجاريتين فى بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين أولا فهى طالق ثنتين بولادة الاولى منهما وقد انقضت عدتها بولادة الغلام وان ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الأولى وقد انقضت عدتها بولادة الأخرى وان ولدت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية الاولى والثالثة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الاخرى وان لم يعلم كيف كانت الولادة فنقول فى وجه هي طالق اثنتين وفى وجهين هي طالق ثلاثا في القضاء لا تطلق الا اثنتين لان اليقين فيها وفي التنزه

ينبغى

ينبغي أن يأخذ بثلاث تطليقات احتياطا وقد انقضت عدتها بيقين بولادة الآخر منهم واذا قال لها كلما ولدت ولدا فانت طالق وقال اذ ولدت غلامافانت طالق فولدت جارية فهي طالق واحدة لان الجارية ولد فيقع بها تطليقة بحكم الكلام الاول فان ولدت بعدها غلاما في ذلك البطن انقضت عدتها بولادة الغلام لانها معتدة وضعت جميع ما في بطنها ولا يقع عليها بولادة الغلام شئ لان أوان الوقوع بعد وجود الشرط وهى ليست في عدته بعد ولادة الغلام فهو بمنزلة مالو قال لها اذا انقضت عدتك فانت طالق وان ولدت الغلام أولا وقع به تطليقتان أحدهما بالغلام الاول لان الغلام ولد والثانية بالكلام الثانى لانه غلام وكذلك لو قال لها اذا ولدت غلاما فانت طالق ثم قال اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت غلاما طلقت اثنتين لانه ولد وغلام وكذلك لو قال اذا كلمت فلانا فأنت طالق ثم قال اذا كلمت انسانافانت طالق فكلمت فلانا تطلق اثنتين لانه انسان وفلان وكذلك اذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ثم قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج فلانة تطلق اثنتين لانها فلانة و امرأة والشئ الواحد يصلح شرطا للحنث فى أيمان كثيرة ولو قال لامرأته كلما ولدت غلاما فأنت طالق فولدت غلاماً وجارية في بطن واحد فان علم أنها ولدت الغلام أولا وقع عليها تطليقة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية وان علم أنها ولدت الجارية أولا وقعت عليها تطليقة بولادة الغلام وعليها العدة بثلاث حيض وله أن يراجعها في العدة اذا علم أن الغلام ولد آخراً واذا لم يعلم أيهما أول فعليهما الاخذ بالاحتياط فى كل حكم فيلزمها العدة بثلاث حيض لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا وليس للزوج أن يراجعها فى هذه العدة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ولو مات أحدهما لم يتوارثا لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ثم انقضت عدتها بولادة الجارية والميراث لا يثبت بالشك ﴿قال﴾ وان قال اذا ولدت ولداً فأنت طالق فأسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق طلقت لان مثل هذا السقط ولد ألا ترى أن العدة تنقضي به وتصير الجارية أم ولد له ولو لم يستبن شئ من خلقه لم يقع به طلاق لانه ليس بولد فى حكم العدة وثبوت أمية الولد فكذلك فى حكم الطلاق ﴿قال﴾ ولو قال لها اذا ولدت فأنت طالق فقالت قد ولدت وكذبها الزوج لم يقع الطلاق بقولها بخلاف الحيض لان الولادة مما يقف عليها غيرها فان قول القابلة يقبل فى الولد فلا يحكم بوقوع الطلاق مالم تشهد القابلة به والحيض لا يقف عليه غيرها فان شهدت

القابلة بالولادة ثبت نسب الولد بشهادتها ولا يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع الطلاق عليها بشهادة القابلة لان شرط وقوع الطلاق عليها ولادتها وقد صار محكوما به بشهادة القابلة بدليل ثبوت نسب الولد وشهادة القابلة فى حال قيام الفراش حجة تامة فى حق النسب وتحريره ألا ترى أنه لو قال لجاريته ان كان بها حبل فهو منى فشهدت القابلة على ولادتها صارت هى أم ولد له وكذلك ان ولدت امرأته ولداً ثم قال الزوج هو ليس مني ولا أدرى ولدته أم لا فشهدت القابلة حكم باللعان بينهما ولو كان الزوج عبداً أو حراً محدوداً فى قذف وجب عليه الحد فاذا جعلت شهادة القابلة حجة في حكم اللعان والحد فلأن تجعل حجة فى حكم الطلاق أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول شرط الطلاق اذا كان لا يثبت الا بالشهادة فلا بد فيه من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كسائر الشروط وهذا لأن شرط الطلاق كنفس الطلاق وتأثيره أن شهادة المرأة الواحدة ليست بحجة أصلية وانما يكتفي بها فيما لا يطلع عليه الرجال لاجل الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها والضرورة فى نفس الولادة وما هو من الاحكام المختصة بالولادة لان ثبوت الحكم بثبوت نسبه والولادة لا يطلع عليها الرجال والحكم المختص بالولادة أمية الولد للام واللعان عند نفى الولد فأما وقوع الطلاق والعتاق ليس من الحكم المختص بالولادة ولا أثر للولادة فيه بل انما يقع بايقاعه عند وجود الشرط ونسب الولد من الاحكام المختصة بالولادة مع أن النسب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت بشهادة القابلة وانما يثبت بعين الولد فأن ثبوت النسب بالفراش القائم وبأن يجعل شهادة القابلة حجة فى ثبوت النسب فذلك لا يدل على أنها تكون حجة في وقوع الطلاق كما بينا في قوله اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك ولو كان الزوج أقر بأنها حبلى ثم قال لها اذا ولدت فأنت طالق فقالت قد ولدت عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقع الطلاق بمجرد قولها وعندهما لا يقع الا أن تشهد القابلة لأن شرط الطلاق ولادتها وذلك ما يقف عليه غيرها فلا يقبل فيه مجرد قولها كما فى الفصل الاول ألا ترى أن نسب الولادة لا يثبت الا بشهادة القابلة وان أقر الزوج بالحبل فكذلك الطلاق وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول علق الطلاق ببروز موجود في باطنها فيقع الطلاق بمجرد خبرها كما لو قال اذا حضت فأنت طالق وهذا لأن وجود الحبل بها يثبت باقرار الزوج

فلما جاءت الآن وهى فارغة وتقول قد ولدت فالظاهر يشهد لها أو يتيقن بولادتها وهذا بخلاف النسب لان بقولها يثبت مجرد الولادة وليس من ضرورته تعين هذا الولد لجواز أن تكون ولدت غير هذا من والد ميت ثم تريد حمل نسب هذا الولد عليه فلهذا لا يقبل قولها فى تعيين الولد الا بشهادة الوالد فأما وقوع الطلاق يتعلق بنفس الولادة أى ولد كان من حى أو ميت وبعد اقرار الزوج بالحبل يتيقن بالولادة اذا جاءت وهى فارغة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل لامرأته اذا ولدت ولدين فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطن واحد ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر ولداً آخر فقد وقعت عليها تطليقة بولادة الولدين الأولين لتمام الشرط بهما وانقضت عدتها بالولد الثالث لانها معتدة وضعت جميع ما فى بطنها فان الولد الرابع من حبل حادث بيقين لان التوأم لا يكون بينهما مدة حبل تام ولهذا لا يثبت نسب الولد الرابع من الزوج لانها علقت به بعد انقضاء عدتها ﴿قال﴾ ولو قال أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق فولدت غلاما وجارية فى بطن واحد لا يعلم أيهما أول لم يقع عليها شئ في الحكم لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا ثم الغلام وفى التنزهة قد وقعت عليها تطليقة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا فوقع عليها تطليقة ثم انقضت عدتها بولادة الجارية في هذا الوجه غير أنها لا تحل للازواج حتى يوقع عليها طلاقا مستقبلا وتعتد بعدة مستقبلة لانها فى الحكم امرأته فان الطلاق بالشك لا يقع فى الحكم فلهذا يحتاج فى حلها للازواج الى ايقاع مستقبل وعدة مستقبلة ﴿قال﴾ واذا قال لها كلما ولدت ولدين فأنت طالق فولدتهما فى بطن واحد أو فى بطنين فهو سواء ويقع عليها الطلاق بالولد الآخر لان تمام الشرط به ولا فرق فى الشرط بين أن يوجدا معا أو متفرقا ولو ولدت الثانى وهي ليست فى نكاحه ولا فى عدته لم يقع عليها شئ عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقع لان المعتبر عنده أن الطلاق يقع عند وجود الشرط بالتعليق السابق وقد صح فى ملكه ألا ترى أن الصحيح اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم جن ثم دخل الدار تطلق باعتبار وقت التعليق لا وقت وجود الشرط ولكنا نقول أن وقوع الطلاق عليها عند وجود الشرط وعند ذلك ليست بمحل لوقوع طلاقه عليها لانها ليست فى نكاحه ولا في عدته وبدون المحل لا يثبت الحكم بخلاف جنون الزوج فانه لا يعدم المحلية انما يعدم الاهلية للايقاع والايقاع بكلام الزوج وذلك عند التعليق لا عند وجود الشرط فلهذا لا يعتبر قيام الاهلية

عند وجود الشرط. ولو أبانها فولدت الاول في غير نكاحه وعدته ثم تزوجها فولدت عندنا يقع الطلاق عليها وعند زفر رحمه الله تعالى لا يقع لان ولادة الولد الاول شرط للطلاق لولادة الولد الثاني فكما لا يعتبر قيام الملك للوقوع عند ولادة الولد الثاني فكذلك عند ولادة الولد الاول وعلماؤنا رحمهم الله تعالى يقولون المحل انما يعتبر عند التعليق لصحة التعليق بوجود المحلوف به وعند تمام الشرط لنزول الجزاء فأما في حال ولادة الولد الاول ليس بحال التعليق ولا حال نزول الجزاء انما هو حال بقاء اليمين وملك المحل ليس بشرط لبقاء اليمين كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وهذا لان بوجود بعض الشرط لا ينزل شئ من الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته في رجب ولم يدخل بها اذا جاء يوم الاضحى فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها يوم عرفة فجاء يوم الاضحى طلقت وما لم يمض الشهر لا يتحقق وجود الشرط بمجيء يوم الاضحى ثم لا يعتبر قيام المحل في تلك الشهور وعلى هذا الخلاف لو قال اذا حضت حيضتين فحاضت الاولى في غير ملك والثانية في ملك وكذلك ان تزوجها قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تغتسل وأيامها دون العشرة فاذا اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة طلقت لان الشرط قد تم وهي في نكاحه وكذلك لو قال ان أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأكلت عامة الرغيف في غير ملكه ثم تزوجها فأكلت ما بقي منه طلقت لان الشرط شرط في ملكه والحنث به يحصل وقد قال في الاصل اذا قال كلما حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الاخيرة منهما في غير ملكه ثم تزوجها فحاضت الثانية في ملكه لم يقع عليها شئ قال الحاكم وهذا الجواب غير سديد في قوله كلما حضت وانما يصح اذا كان السؤال بقوله اذا حضت لان كلمة كلما تقتضى التكرار ﴿قال﴾ الشيخ الامام والاصح عندى ان في المسئلة روايتين في رواية هذا الكتاب لا تطلق وفي رواية الجامع تطلق وأصل الاختلاف في كيفية التكرار بكلمة كلما في هذه الرواية يتكرر انعقاد اليمين فكلما وجد الشرط مرة ارتفعت اليمين الاولى وانعقدت يمين أخرى فاذا لم يكن عند تمام الشرط في نكاحه ولا في عدته لا تنعقد اليمين الاخري لان ملك المحل شرط عند انعقاد اليمين فلهذا لا يقع عليها شئ وان حاضت حيضتين في ملكه وعلى رواية الجامع انما يتكرر بكلمة كلما نزول الجزاء بتكرر الشرط ولا يتكرر انعقاد اليمين

فكلما وجد الشرط فى ملكه طلقت والا صح رواية الجامع وقد بينا تمام هـذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع ﴿قال﴾ وان قال اذا حضت فانت طالق فولدت لم تطلق لان شرط الطلاق حيضها والنفاس ليس بحيض ألا ترى أنه لايحتسب به من اقراء العدة وان قال اذا حبلت فانت طالق ثلاثا فوطئها مرة فالافضل له أن لايقربها ثانية حتى يستبرئها بحيضة لجواز أن تكون قد حبلت فطلقت ثلاثا واذا حاضت وطهرت عرفنا أنها لم تحبل فان تبين فراغ رحمها يحصل بحيضة واحدة بدليل الاستبراء فله أن يطأها مرة أخرى وهـذا حاله وحالها مادامت عنده وهو جواب النزهة فاما فى الحكم لايمنع من وطئها مالم يظهر بها حبل لان قيام النكاح فيما بينهما يقين وفي وقوع الطلاق شك واذا ولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر لم تطلق لانا تيقنا ان هذا الحبل كان قبل اليمين وشرط الحنث حبل حادث بعد اليمين وان جاءت به لاكثر من سنتين وقع الطلاق وانقضت العدة بالولد لانا تيقنا أن هذا الولد من حبل حادث بعد اليمين وانما وقع الطلاق عند وجود الشرط وهو مااذا لو حبلت فتنقضى عدتها بالولد وجاءت به لستة أشهر أو أكثر ولكن لاقل من سنتين لم تطلق أيضا لجواز أن يكون هذا الولد من حبل قبل اليمين فان الولد يبقى فى البطن الى سنتين ومالم يتيقن بوجود الشرط بعد اليمين لاينزل الجزاء والحل وان كان قائما بينهما يسند العلوق الى أبعد الاوقات تحرزا عن ايقاع الطلاق بالشك ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا وضعت مافي بطنك فأنت طالق فولدت ولدين فى بطن واحد وقع الطلاق بآخرهما وعليها العدة لان حرف مايوجب التعميم فشرط وقوع الطلاق أن تضع جميع مافى بطنها وذلك لايحصل الا بالولد الثاني وعلى هذا لو قال ان كان حملك هذا جارية فأنت طالق واحدة وان كان غلاما فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم يقع عليها شئ لان الحمل إسم لجميع مافى بطنها قال الله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن ولا تنقضى عدتها الا بوضع جميع مافي بطنها فالشرط أن يكون جميع حملها غلاما أو جارية ولم يوجد ذلك حين ولدت غلاما وجارية في بطن واحد ألا ترى أنه لو كان قال ان كان مافي هـذا الجوالق حنطة فامرأته طالق وان كان مافيه شعيراً فعبده حر فاذا فيه شعير وحنطة لم يلزمه طلاق ولا عتق ونظير هذه المسألة امتحن أبو حنيفة رحمه الله تعالى فطنة الحسن بن زياد رضى الله عنه فقال ماتقول فى عنز ولدت ولدين لاذكرين ولا أنثيين ولا أسودين ولا أبيضين كيف يكون هذا فتأمل ساعة ثم قال أحدهما ذكر

والآخر أنثي وأحدهما أسود والآخر أبيض فتعجب من فطنته وان قال لها كلما حبلت فأنت طالق فولدت بعد هذا القول من حبل حادث فقد وقعت عليها تطليقة كما حبلت لوجود الشرط وانقضت عدتها بالولادة ولو كان جامعها بعد الحبل قبل أن تلد منه كان ذلك منه رجعة لان الواقع بهذا اللفظ كان رجعياً والوطء في العدة من طلاق رجعي يكون رجعة فان حبلت مرة أخرى طلقت لانه عقد يمينه بكلمة كلما وكذلك في الحكم الثالث وان قال أنت طالق مالم تلدي فهي طالق حين سكت لانه جعلها طالقا في وقت لا تلد فيه بعد اليمين وكما سكت فقد وجد ذلك الوقت وكذلك في قوله مالم تحبلي وفي قوله مالم تحيضي الا أن يكون ذلك منها مع سكوته فحينئذ لا يقع وهذا لان وقوع الطلاق بحيض بزمان وهو مابعد كلامه وقد جعلها طالقا الى غاية وهو أن تحيض أو تحبل أو تلد فاذا وجدت الغاية متصلا بسكوته فقد انعدم الزمان الذي أوقع فيه الطلاق لان الشئ لا يكون غاية لنفسه فلا تطلق فاذا لم يوجد ذلك مع سكوته فقد وجد الزمان الذي أوقع فيه الطلاق فتطلق ولو قال أنت طالق مالم تحبلي وهي حبلى أو مالم تحيضي وهي حائض فهي طالق كما سكت لان صيغة كلامه لحبل وحيض حادث يقال حبلت المرأة وحاضت عند ابتداء ذلك ولم يوجد ذلك متصلا بسكوته فلهذا تطلق فان كان يعني مافيه من الحبل والحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى لان استدامة الحيض بخروج الدم منها ساعة فساعة وما يبرز منها حادث من وجه فيجوز أن يطلق عليه اسم ابتداء الحيض مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحبل فلا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يتجدد الحبل في مدته ساعة فساعة فلا يكون لاستدامته اسم الابتداء لا حقيقة ولا مجازا ألا ترى أنه يقال حاضت عشرة أيام ولا يقال حبلت تسعة أشهر انما يقال حبلت ووضعت لتسعة أشهر وان قال لامرأته قد طلقتك قبل أن أتزوجك فهذا باطل لان ماثبت باقراره كالثابت بالمعاينة ولانه أضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا للايقاع عليها في ذلك الوقت فكان نافياً للوقوع عليها لا مثبتا كما لو قال أنت طالق قبل أن تولدي أو تخلق أو قبل أن أولد أو أن أخلق وكذلك لو قال قد طلقتك أمس وانما تزوجها اليوم لانه أضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا الايقاع في ذلك الوقت وان كان تزوجها قبل أمس طلقت للحال لانه أضاف الى وقت كان مالكا الايقاع في ذلك الوقت فكان كلامه معتبراً

فى الايقاع ثم انه وصفها بالطلاق فى الحال مستنداً الى أمس وهو يملك الايقاع عليها فى الحال ولكن لا يملك الاسناد فلهذا تطلق في الحال ﴿قال﴾ ولو قال قد طلقتك وأنا صغير أوقال وأنا نائم لم يقع بهذا شئ لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى صحة الايقاع فكان منكراً للايقاع لا مقراً به . ولوقال وأنا مجنون فان عرف بالجنون قبل هذا لم تطلق لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى صحة الايقاع وان لم يعرف بالجنون طلقت لانه أقر بطلاقها وأضافه الى حالة لم تعرف تلك الحالة منه فلا يعتبر قوله فى الاضافة فلهذا تطلق فى الحال وان قال قلت لك أنت طالق ان كلمت فلانا وقالت هى طلقتنى فالقول قول الزوج لان تعليق الطلاق بالشرط يمين واليمين غير الطلاق ألا ترى أنه لا يقع الطلاق بها ما لم يوجد الحنث فهى تدعى عليه ايقاع الطلاق والزوج منكر لذلك فالقول قوله وان قال أنت طالق ثلاثا ان لم أطلقك لم تطلق حتى يموت أحدهما قبل أن يطلقها لان كلمة ان للشرط فقد جعل عدم ايقاع الطلاق عليها شرطا ولا يتيقن بوجود هذا الشرط ما بقيا حيين فهو كقوله ان لم آت البصرة فأنت طالق ثم ان مات الزوج وقع عليها قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف ولكن قبيل موته يتحقق عجزه عن ايقاع الطلاق عليها فيتحقق شرط الحنث فان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها وان كان قد دخل بها فلها الميراث بحكم الفرار حين وقع الثلاث بايقاعه قبيل موته بلا فصل وان ماتت المرأة وقع الطلاق أيضا قبل موتها وفى النوادر يقول لا يقع لانه قادر على أنه يطلقها مالم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية أن الايقاع من حكمة الوقوع بعد الموت وهوقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه يعقبه الوقوع كما لو قال لها أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها وان قال أنت طالق متى لم أطلقك طلقت كما سكت لان كلمة متى تستعمل للوقت فقد أضاف الطلاق الى وقت بعد يمينه لا يطلقها فيه وقد وجد ذلك الوقت كما سكت وكذلك ان قال متى مالم أطلقك فأما اذا قال اذا لم أطلقك أواذا مالم أطلقك فان قال عنيت بإذاء الشرط فهو بمنزلة أن لا يقع الطلاق حتى يموت أحدهما وان قال عنيت به متي وقع الطلاق كما سكت لأن اذا تستعمل لكل واحدة منهما وان لم تكن له نية فعلي قول أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تطلق حتى يموت أحدهما وعند أبي

يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كما سكت يقع وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو فالكوفيون منهم يقولون اذا قد تستعمل للوقت وقد تستعمل للشرط على السواء فيجازى به مرة ولا يجازى به أخرى واذا كان بمعنى الشرط سقط فيه معنى الوقت أصلا كحرف ان وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى والبصريون رحمهم الله تعالى يقولون اذا للوقت ولكن قد تستعمل للشرط مجازا ولا يسقط به معنى الوقت اذا أريد به الشرط بمنزلة متى وهو مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فهما يقولان اذا تستعمل فيما هو كائن لامحالة وليس فيه معنى الخطر قال الله تعالى اذا الشمس كوّرت واذا السماء انفطرت ويقال الرطب اذا اشتدت الحر والبرد اذا جاء الشتاء والشرط ماهو على خطر الوجود فعرفنا انه للوقت حقيقة فعند عدم النية يحمل اللفظ على حقيقته ألا ترى أنه لو قال لامرأته اذا شئت فانت طالق لم يخرج الامر من يدها بقيامها عن المجلس بمنزلة قوله متى شئت بخلاف قوله ان شئت وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اذا قد تكون للشرط حقيقة يقول الرجل اذا زرتني زرتك واذا أكرمتني أكرمتك والمراد الشرط دل عليه قول القائل شعر

استغن ما أغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتحمل

معناه وان تصبك فعند عدم النية هنا ان حمل على معنى الشرط لم يقع الطلاق حتى يموت أحدهما وان جعل بمعنى متى طلقت في الحال وقد عرفنا أن الطلاق غير واقع فلا نوقعه بالشك ولهذا قلنا في مسئلة المشيئة لايخرج الأمر من يدها بقيامها عن المجلس لانا ان جعلنا اذا بمعنى الشرط خرج الامر من يدها وان جعلناها بمعنى متي لم يخرج الامر من يدها وقد عرفنا كون الامر في يدها بيقين فلا نخرجه من يدها بالشك وفي الكتاب قال ألا ترى أنه لو قال اذا سكت عن طلاقك فانت طالق تطلق كما سكت وهذا لاحجة فيه لانه لو قال ان سكت وان قال كلما لم أطلقك فانت طالق وقد دخل بها ثم سكت فهي طالق ثلاثا يتبع بعضها بعضا لانه أضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه بكلمة كلما وعقيب سكوته يوجد ثلاثة أوقات بهذه الصفة بعضها على أثر البعض فتطلق ثلاثا بطريق الاتباع ولا يقعن معاً حتى اذا لم يكن دخل بها لايقع الا واحدة وان قال متى مالم أطلقك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم قال موصلا بكلامه أنت طالق واحدة فقد بر في يمينه استحسانا ولا يقع عليها الا واحدة وفي القياس تطلق ثلاثاً وهو قول زفر رحمه الله تعالى لأنه آلي أن يفرغ

من

من قوله أنت طالق واحدة يوجد وقت موصوف بأنه لم يطلقها فيه وان لطف وذلك يكفي شرطا للحنث ولكنه استحسن فقال البر مراد الحالف ولا يتأتى له البر الا بعد أن يجعل هذا القدر مستثنى ومالا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفواً وأصل المسئلة فيما اذا قال ان ركبت هذه الدابة وهو راكبها فأخذ في النزول في الحال ولو سكت ساعة ثم قال أنت طالق واحدة فقد طلقت ثلاثا قبل قوله واحدة وهذا لان السكوت فيما بين الكلامين يستطاع الامتناع عنه وعلى هذا لو قال مالم أقم من مقعدي هذا فأنت طالق ان قام كما سكت لم تطلق استحسانا وان سكت هنيهة طلقت ولو قال أنت طالق حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق كما سكت لأن حرف لم عبارة عن الماضي وقد مضي حين لم يطلقها فيه فكان الوقت المضاف اليه الطلاق موجوداً كما سكت وكذلك لو قال زمان لم أطلقك أو يوم لم أطلقك أو حيث لم أطلقك لان حرف حيث عبارة عن المكان وكم من مكان لم يطلقها فيه ولو قال حين لا أطلقك لا تطلق في الحال لان حرف لا للاستقبال وان نوى بحين وقتاً يسيراً أو طويلا تعمل نيته وان لم يكن له نية فهو على ستة أشهر فما لم تمض ستة أشهر بعد يمينه لا تطلق لان حين تستعمل بمعني ساعة قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون أى وقت الصباح والمساء وتستعمل بمعني قيام الساعة قال الله تعالى تمتعوا حتى حين وتستعمل بمعني أربعين سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وتستعمل بمعنى ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين فاذا نوى شيئا كان المنوى من محتملات لفظه وان لم ينو شيئا كان على ستة أشهر هكذا قال ابن عباس رضى الله عنهما حين سئل عمن حلف لا يكلم فلانا حيناً قال هو على ستة أشهر فان النخلة يدرك ثمرها في ستة أشهر وقال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين ولانه متى أراد به ساعة لا يستعمل فيه لفظ الحين عادة ومتى أراد به أربعين سنة أو قيام الساعة استعمل فيه لفظ الأبد فتعين ستة أشهر مراداً به وكذلك لو قال زمان لا أطلقك فان لفظة حين وزمان يستعملان استعمالا واحداً يقول الرجل لغيره لم ألقك منذ حين ولم ألقك منذ زمان ولو قال يوم لا أطلقك فاذا مضى بعد يمينه يوم لم يطلقها فيه طلقت حتى اذا قال هذا قبل طلوع الفجر فكما غربت الشمس تطلق لان اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس حتى يقدر الصوم بالامساك فيه ﴿ قال ﴾ واذا قال يوم أدخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له فدخلها ليلا أو نهاراً طلقت لان اليوم

يستعمل بمعني الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن فر من الزحف ليلا أو نهاراً يلحقه هذا الوعيد والرجل يقول انتظر يوم فلان أي وقت اقباله أو ادباره فاذا قرن بما لا يختص بأحد الوقتين ولا يكون ممتداً كان بمعنى الوقت كالطلاق واذا قرن بما يختص بأحد الوقتين كالصوم كان بمعنى بياض النهار وكذلك اذا قرن بما يكون ممتداً كقوله لامرأته أمرك بيدك يوم يقدم فلان على ما نبينه ان شاء الله تعالى واذا قال في الطلاق نويت النهار دون الليل فهو مصدق في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة فيجب تصديقه في ذلك وان قال ليلة أدخلها فأنت طالق فدخل نهاراً لم تطلق لان الليل اسم خاص لسواد الليل وهو ضد النهار ولا يصح أن ينوى بالشئ ضده وان قال أنت طالق الى حين أو زمان أو الى قريب فان نوى فيه شيئاً فهو على ما نوى من الاجل لان الدنيا كلها قريب فالمنوى من محتملات لفظه وان لم يكن له نية ففي الحين والزمان هي الي ستة أشهر وفي القريب الى مضى ما دون الشهر حتي اذا مضى من وقت يمينه شهر الا يوم طلقت لان القريب عاجل والشهر فما فوقه آجل وما دون الشهر عاجل حتى اذا حلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه والعاجل ما يكون قريبا ولو قال أنت طالق الى شهر فان نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ولغى قوله الى شهر لان الواقع من الطلاق لا يحتمل الاجل وان لم ينو ذلك لم تطلق الا بعد مضى شهر عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق في الحال وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لان قوله الي شهر لبيان الاجل والاجل في الشئ لا ينفي ثبوت أصله بل لا يكون الا بعد أصله كالاجل في الدين لا يكون الا بعد وجوب الدين فكذلك ذكر الاجل هنا فيما أوقعه لا ينفي الوقوع في الحال ولكن يلغو الاجل لان الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك وأصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الواقع لا يحتمل الاجل ولكن الايقاع يحتمل ذلك لان عمله في التأخير والايقاع يحتمل التأخير ولو جعلنا حرف الى داخلا على أصل الايقاع كان عاملا في تأخير الوقوع ولوجعلناه داخلا على الحكم كان لغواً وكلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن تصحيحه لا يجوز الغاؤه فجعلناه داخلا على أصل الايقاع وقلنا بتأخير الوقوع الى ما بعد الشهر كأنه قال أنت طالق بعد مضي شهر وان قال أنت طالق غداً تطلق كما طلع الفجر من الغد لوجود الوقت المضاف اليه

الطلاق وان قال عنيت به آخر النهار لم يدين به فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في لفظ العموم فانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وانما يكون ذلك اذا وقعت فى أول جزء منه فاذا نوي الوقوع فى آخر جزء من الغد فنيته التخصيص فى العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل الطعام ونوى طعاما دون طعام وان قال أنت طالق فى غد طلقت كما طلع الفجر أيضا فان قال عنيت به آخر النهار صدق فى القضاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولم يصدق عندهما ذكر الخلاف في الجامع الصغير فهما سويا بين قوله غد وبين قوله فى غد لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فاذا عنى جزءً خاصاً منه كان هذا كنية التخصيص فى لفظ العموم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرق بينهما فيقول حرف فى للظرف والظرف قد يشغل جميع المظروف وقد يشغل جزءً منه لانه اذا قيل فى الجوالق حنطة لا يفهم منه أن يكون مملوءً من الحنطة فاذا ذكر بين الوصف والوقت حرف الظرف كان كلامه محتملا بين أن تكون موصوفة بالطلاق في جميع الغد أو فى جزء منه والنية في الكلام المحتمل صحيحة فى القضاء والوقت انما يكون ظرفا للطلاق على أن يكون واقعاً فيه لا أن يكون شاغلا له والوقوع يكون في جزء من الوقت فكان هذا أقرب الى حقيقة معنى الظرف واذا قال غداً فلم يدخل بين الوصف والوقت حرف الظرف فكان حقيقته الوصف لها بالطلاق في جميع الغد فلهذا لا تعمل نيته في التخصيص في القضاء ولو قال أنت طالق فى رمضان ولا نية له فهى طالق حين تغيب الشمس من آخر يوم من شعبان لانه كما رأى الهلال فقد وجد جزء من رمضان وذلك يكفى للوقوع وان قال نويت آخر رمضان فهو على الخلاف الذي بينا وان قال أنت طالق اليوم غداً فهى طالق اليوم لانه ذكر وقتين غير معطوف أحدهما على الآخر وفى مثله الوقوع فى أول الوقتين ذكراً وهو اليوم ولو قال غداً اليوم طلقت غداً وهذا لان قوله أنت طالق اليوم تنجيز وقوله غدا اضافة الى وقت منتظر والمنجز لا يحتمل الاضافة فكان قوله غداً لغوا واذا قال أولا غداً كان هذا اضافة الطلاق الى وقت منتظر فلو نجز بذكره اليوم لم يبق مضافا وقوله اليوم ليس بناسخ لحكم أول كلامه فكان لغوا وان قال اليوم وغداً طلقت للحال واحدة لا تطلق غيرها لأن العطف للاشتراك فقد وصفها بالطلاق في الوقتين وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعاً وان قال غداً واليوم تطلق واحدة اليوم عندنا والأخرى غداً لأنه عطف

الجملة الناقصة على الجملة الكاملة فالخبر المذكور فى الجملة الكاملة يصير معاداً فى الجملة الناقصة فان العطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فى الخبر فكأنه قال وأنت طالق اليوم وعن زفر رحمه الله تعالى أنها لا تطلق الا واحدة لان صيغة كلامه وصف وهى بالتطليقة الواحدة تتصف بأنها طالق في الوقتين جميعا وان قال أنت طالق الساعة غداً طلقت للحال وكان قوله غداً حشوا لما قلنا فان قال عنيت تلك الساعة من الغد لم يصدق فى القضاء لان ظاهر كلامه تنجيز وهو يريد بنيته صرف الكلام عن ظاهره فلا يدين فى القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال كلامه المنوى وان كان خلاف الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد فهى طالق حين يطلع الفجر لان قوله اذا جاء غد تعليق بالشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من أن يكون تنجيزاً كما لو قال أنت طالق اليوم اذا كلمت فلانا أو ان كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام ويتبين بذكر الشرط أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع بخلاف قوله اليوم غداً فان هذا ليس بذكر الشرط فبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وان قال أنت طالق رمضان وشوال كانت طالقا أول ليلة من رمضان لانه أضاف الطلاق الى وقتين فيقع عند أول الوقتين ذكراً وان قال أنت طالق في رمضان فهو على أول رمضان يجيء هو الظاهر المعلوم بالعادة من كلامه كما لو ذكر الاجل في اليمين الى رمضان أو أجر داره الى رمضان فان قال عنيت الثانى لم يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر ولانه فى معنى تخصيص العموم لان موجب كلامه أن تكون موصوفة بالطلاق فى كل رمضان يجيء بعد يمينه فاذا عين البعض دون البعض كان هذا تخصيصا للعموم وتخصيص العموم بالنية صحيح فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء وكذلك قوله أنت طالق يوم السبت فهو على أول سبت فان قال عنيت الثاني لم يصدق فى القضاء وان قال طالق بمكة أو في مكة طلقت فى الحال لانه وصفها بالطلاق فى مكان موجود والطلاق لا يختص بمكان دون مكان ولكن اذا وقع عليها في مكان تتصف به فى الامكنة كلها فان قال عنيت به اذا أتيت مكة لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه ذكر المكان وعبر به عن الفعل الموجود فيه وذلك نوع من المجاز مخالف للحقيقة والظاهر فلا يدين فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك قوله أنت طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت

لان وصفه إياها بالطلاق لايختص بثوب دون ثوب فان قال عنيت به اذا لبست ذلك الثوب دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه جعل ذكر الثوب كناية عن فعل اللبس فيه وهو نوع من المجاز وكذلك قوله فى الدار أو في البيت أو في الظل أو فى الشمس وان قال فى ذهابك الى مكة أو فى دخول الدار أو فى لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل ذلك لان حرف فى للظرف والفعل لايصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على معنى الشرط لان المظروف يسبق الظرف كما أن الشرط يسبق الجزاء ويجعل حرف فى بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أى مع عبادى ويقال دخل الأمير البلدة في جنده أى معهم ولو قال أنت طالق مع دخولك الدار لم تطلق حتي تدخل فهذا مثله بخلاف قوله فى الدار لانه لو قال مع الدار طلقت لانه قرن الطلاق بما هو موجود وان قال أنت طالق وأنت تصلين طلقت للحال لان قوله وأنت تصلين ابتداء فان قال عنيت اذا صليت لم يصدق في القضاء لان الشرط لايعطف على الجزاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يذكر بمعني الحال تقول دخلت الدار على فلان وهو يفعل كذا أى في تلك الحالة فيكون معنى هذا أنت طالق في حال اشتغالك بالصلاة فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال لفظه مانوي وكذلك لو قال أنت طالق مصلية فى القضاء تطلق فى الحال وان قال عنيت اذا صليت دين فيما بينه وبين الله تعالى بمعني الحال وأهل النحو يقولون ان قال مصلية بالرفع لايدين فيما بينه وبين الله تعالى وان قال مصلية بالنصب حينئذ يدين فى القضاء أيضا وهو نصب على الحال وهذا ظاهر عند أهل النحو وهو نصب على الحال وعند الفقهاء يدين فيما بينه وبين الله تعالى وان قال أنت طالق فى مرضك أو فى وجعك لم تطلق حتى يكون منها ذلك الفعل اما لان حرف في معني مع أو لأن المرض والوجع لما لم يصلح ظرفا حمل على معنى الشرط مجازاً لتصحيح كلام العاقل وان قال أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر فقدم فلان قبل تمام الشهر لم تطلق لانه أضاف الطلاق الى وقت منتظر وهو أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان فيراعى وجود هذا الوقت بعد اليمين ولم يوجد وكذلك لو قال أنت طالق قبل موت فلان بشهر فمات فلان قبل تمام الشهر لم تطلق بخلاف مالو قال لها فى النصف من شعبان أنت طالق قبل رمضان بشهر تطلق في الحال لانه أضاف الطلاق الى وقت قد تيقن مضيه فيكون ذلك تنجيزاً منه كقوله أنت طالق أمس فأما اذا قدم فلان

أومات لتمام الشهر فعلى قول زفر رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً يقع الطلاق من أول الشهر حتي تعتبر المدة من ذلك الوقت ولو كان وطئها في الشهر صار مراجعاً في الطلاق الرجعي وفي البائن يلزمه مهر بالوطء وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع الطلاق مقصوراً على حالة القدوم والموت حتى تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بالوطء في الشهر ولا يلزمه به مهر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في القدوم الجواب كما قالا وفي الموت الجواب كما قال زفر رحمه الله تعالى وجه قول زفر رحمه الله تعالى أن وقوع الطلاق بايقاعه انما يقع في الوقت الذى أوقعه وانما أوقعه في أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته فيقع في ذلك الوقت وقد وجد ذلك الوقت بعد اليمين ولكن لم يكن معلوما لنا ما لم يوجد القدوم والموت فاذا صار معلوما لنا تبين انه كان واقعاً كما لو قال لها اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام ثم يتبين أنه كان واقعاً عند رؤية الدم وكذلك اذا قال ان كان في بطنك غلام فأنت طالق لا يحكم بالوقوع حتى تلد فاذا ولدت غلاما تبين أن الطلاق كان واقعا والدليل عليه أنه لو أوقع عند مضى شهر بعد القدوم أو الموت لا يقع الا في ذلك الوقت فكذلك اذا أوقع قبله بشهر ولو قال لأجنبية أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر ثم تزوجها بعد شهر لم تطلق ولو انتصب التزوج شرطا وكان أوان الوقوع بعده لطلقت وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قالا وقوع الطلاق توقف بكلامه على وجود القدوم والموت وانما يتوقف على وجود الشرط فعرفنا أنه شرط معنى والجزاء يتأخر عن الشرط ثم هذا في القدوم واضح لانه على خطر الوجود وفي الشرط معني الخطر والموت وان كان كائنا لا محالة ولكن مضى الشهر بعد كلامه قبل الموت لم يكن كائنا عند يمينه لا محالة ولهذا قال لو مات قبل تمام الشهر لم تطلق ولان الموت قد يتقدم وقد يتأخر فكل شهر يمضى بعد يمينه لا يعلم أنه الوقت المضاف اليه الطلاق ما لم يتصل الموت بآخره لجواز أن يتأخر عنه كما في القدوم لا يعلم ذلك لجواز أن لا يقدم أصلا فكان هذا في معني الشرط أيضاً بخلاف قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر فان الاضافة هنا لغو أصلا لانه غير مالك للطلاق في الوقت الذى أضاف اليه واعتبار معني الشرط بعد صحة الاضافة وفي مسئلة الحيض الشرط يوجد برؤية قطرة من الدم ولكن لا يحكم بالطلاق لجواز أن ينقطع قبل تمام الثلاث فلم يكن وقوع الطلاق هناك

موقوفا على وجود أمر منتظر وكذلك في مسئلة الحبل كلامه تنجيز للطلاق لان التعليق بما هو موجود يكون تنجيزاً فلم يكن الوقوع موقوفا على أمر منتظر ولكنا لانحكم به قبل الولادة لعدم علمنا به فلم يكن فى معنى الشرط والفرق لابى حنيفة رحمه الله تعالى ما أشار اليه في الكتاب فقال ان موت فلان حق كائن وقدومه لايدري أيكون أولا يكون وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الشيء انما يتصف بكونه شرطاً بذكر حرف الشرط فيه أو وجود معنى الشرط ولم يذكر حرف الشرط فى الفصلين ولكن وجد معنى الشرط فى مسئلة القدوم لان وجوده على خطر وهو مما يصح الأمر به والنهى عنه وهذا معنى الشرط فان الحالف يقصد بيمينه منع الشرط فاذا توقف وقوع الطلاق على وجوده وفيه معنى الشرط انتصب شرطاً فاما الموت فلا خطر فى وجوده بل هو كائن لامحالة ولايصح الامر به والنهى عنه فلم يكن قصده بهذا الكلام منع الموت واذا لم يكن فيه معنى الشرط كان معرفا للوقت المضاف اليه فانما يقع الطلاق من أول ذلك الوقت كما فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر يقع الطلاق فى أول شعبان الا أن هناك الوقت يصير معلوما قبل دخول رمضان وهنا لايصير معلوما مالم يمت فاذا صار معلوما لنا تبين أن الطلاق كان واقعا من أوله (والثانى) أنه أوقع الطلاق فى أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته وفى مسئلة القدوم هذا الاتصال لا يقع أصلا الا بعد القدوم لجواز أن يكون لايقدم أصلا وبدو هذا الاتصال لايقع الطلاق أصلا أما فى مسئلة الموت هذا الاتصال ثابت قبل الموت لان الموت كائن فيعلم يقينا أن في الشهور التي تأتى شهرا موصوفا بهذه الصفة ولكن لايدرى أى شهر ذاك فلا يحكم بالطلاق مالم يصر معلوماً لنا فاذا صار معلوما تبين أنه كان واقعا من أول ذلك الوقت يقرره أن فى مسئلة الموت الوقت المضاف اليه يصير معلوما قبل حقيقة الموت لانه لما أشرف على الهلاك صار الوقت المضاف اليه معلوما فلهذا لا يتأخر الطلاق عن الموت وفي مسئلة القدوم لايصير الوقت معلوما مالم يوجد حقيقة القدوم لجواز أن لايقدم فلهذا تأخر الطلاق عنه وان قال أنت طالق ثلاثا قبل موتك بشهر فماتت قبل مضى الشهر لم تطلق لانه لم يوجد الوقت المضاف اليه بعد اليمين فان ماتت بعد تمام الشهر فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايقع الطلاق لانه لو وقع وقع بعد موتها والطلاق لايقع عليها بعد الموت وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يقع من

أول الشهر فلا ميراث له منها وان كان جامعها في الشهر فعليه مهر آخر لها لانه تبين أنه جامعها بعد وقوع التطليقات الثلاث عليها وكذلك لو قتلت أو غرقت فهذا موت وان كان بسبب مخصوص وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ثم مات لتمام الشهر عندهما لا تطلق لانه لو وقع وقع بعد موته وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتبين وقوع الطلاق من أول الشهر حتى اذا كان صحيحا فى ذلك الوقت فلا ميراث لها منه وعليها العدة بثلاث حيض وان قال أنت طالق قبل الاضحى بتسعة أيام فهى طالق حين ينسلخ ذو القعدة لعلمنا بوجود الوقت المضاف اليه الطلاق وان قال أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما قبل تمام الشهر لم تطلق لان الوقت المضاف اليه بعد يمينه لم يوجد فان مات أحدهما بعد تمام الشهر طلقت عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا مستندا الى أول الشهر وعندهما طلقت فى الحال بخلاف لوقال لها أنت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر فقدم أحدهما بعد تمام الشهر لم تطلق حتى يقدم الآخر وبهذا يتضح فرق أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن القدوم ينتصب شرطا والموت لا ينتصب ووجه الفرق أنه أوقع الطلاق فى وقت موصوف بأنه قبل قدومهما بشهر وذلك لا يصير معلوما بقدوم أحدهما لجواز أن لا يقدم الآخر أصلا فأما فى الموت يصير ذلك الوقت معلوما بموت أحدهما لان موت الآخر كائن لا محالة وقد طعن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى فى هذا وقالوا ينبغي أن لا يقع الطلاق بموت أحدهما فان الوقت انما يصير موصوفا بأنه قبل موتهما بشهر اذا ماتا معا فأما اذا مات أحدهما وبقى الآخر زمانا فأول هذا الشهر موصوف بأنه قبل موت أحدهما بشهر وقبل موت الآخر بسنة ولكنا نقول موتهما معاً نادر والظاهر أن المتكلم لا يقصد ذلك واذا مات أحدهما بعد تمام الشهر فأول هذا الشهر موصوف بانه قبل موتهما بشهر فى عرف اللسان كما يقال رمضان قبل الفطر والاضحى بشهر وان كان قبل الاضحى بثلاثة أشهر و أكثر ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق الساعة ان كان فى علم الله تعالى أن فلانا يقدم الى شهر فقدم فلان لتمام الشهر طلقت بعد القدوم وهو دليل لهما على أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان علم الله تعالى محيط بالاشياء كلها كما أن الموت كائن لا محالة ولكنا نقول معنى هذا الكلام أن قدم فلان الى شهر لان علم الله تعالى لا طريق للحالف الى معرفته وانما تنبنى الاحكام على ما يكون لنا طريق الى معرفته فكأنه قال ان قدم فلان الى شهر فلهذا

تأخر الوقوع الى القدوم ولو قال لامرأتيه أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع الطلاق حتى تموت احداهما لان المراد طول الحياة فى المستقبل لا فى الماضى حتى اذا كانت احداهما بنت عشر سنين والاخرى بنت ستين سنة لم تطلق العجوز فعرفنا أن طول الحياة في المستقبل مراد وذلك غير معلوم لجواز أن يموتا معا فان ماتت إحداهما طلقت الأخرى فى الحال عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى طلقت من حين تكلم الزوج لانه تبين أنها كانت أطولهما حياة وان الزوج علق الطلاق بشرط موجود ولكنا نقول معني كلام الزوج التي تبقى منكما بعد موت الاخرى طالق وذلك غير معلوم قبل موت احداهما بل هو على خطر الوجود لجواز أن يموتا معاً فلهذا انتصب شرطا ﴿وقال﴾ ولو قال يازينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق ثلاثاً طلقت التى أجابته لانه اتبع الايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيبة وان قال أردت زينب قلنا تطلق زينب بقصده ولكنه لا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره فتطلق عمرة أيضا بالظاهر كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم تطلق فان قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم تزوجتها سراً وإياها عنيت قلنا تطلق تلك بنيته والمعروفة بالظاهر ولو قال يازينب أنت طالق ولم يجبه أحد طلقت زينب لانه اتبع الايقاع النداء فيكون خطابا للمنادى وهي زينب وان قال لامرأته يشير اليها يازينب أنت طالق فاذا هى عمرة طلقت عمرة ان كانت امرأته وان لم تكن امرأته لم تطلق زينب لان التعريف بالاشارة أبلغ من التعريف بالاسم فان التعريف بالاشارة يقطع الشركة من كل وجه وبالاسم لا فكان هذا أقوي ولا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى فكان هو مخاطبا بالايقاع لمن أشار اليها خاصة وان قال يازينب أنت طالق ولم يشر الى شئ غير أنه رأى شخصا فظنها زينب وهي غيرها طلقت زينب فى القضاء لانه بنى الايقاع على التعريف بالاسم هنا فانما يقع على المسماة ولا معتبر بظنه لان التعريف لا يحصل به فى الظاهر والقاضى مأمور باتباع الظاهر فأما فيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق هي ولا الاخرى لانه عناها بقلبه والله تعالى مطلع على ما فى ضميره فيمنع ذلك الايقاع على زينب التى لم يعنها بقلبه وعلى التى عناها بقلبه لانه لم يخاطبها بلسانه حين أتبع الخطاب النداء وان قال أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحدة فهى طالق واحدة وان أشار بأصبعين فهي طالق اثنتين وان أشار بثلاثة أصابع فهى طالق ثلاثا لان الاشارة بالاصابع بمنزلة التصريح بالعدد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه

فى الثالثة فيكون ذلك بيانا ان الشهر تسعة وعشرون يوما ثم الاصل في هذه الاشارة أنها تقع بالاصابع المنشورة لا بالاصابع المعقودة والعرف دليل على هذا وكذلك الشرع فان النبي صلى الله عليه وسلم لما خنس ابهامه فى الثالثة كان الاعتبار بما نشر من الاصابع دون ما عقد حتى لو قال عنيت الاشارة بالاصبعين اللتين عقدت لم يدين فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون ماقال محتملا وكذلك اذا قال عنيت الاشارة بالكف دون الاصابع دين فيما بينه وبين الله تعالى لكونه محتملا ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر فتطلق ثلاثا وبعض المتأخرين يقولون ان جعل ظهر الكف اليها والاصابع المنشورة الى نفسه دين فى القضاء وان جعل الاصابع المنشورة اليها لم يدين في القضاء واذا أشار بأصابعه فقال أنت طالق ولم يقل هكذا فهي واحدة لان كلامه لا يتصل باشارته الا بقوله هكذا فاذا لم يقل كان وجود الاشارة كعدمها فتطلق واحدة بقوله أنت طالق وان قال أنت طالق وهو يريد أن يقول ثلاثا فأمسك رجل على فيه فلم يقل شيئاً بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة لان الوقوع بلفظه لا بقصده وهو ما تلفظ الا بقوله أنت طالق وكذلك لو مات الرجل بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فهى طالق واحدة بخلاف ما اذا ماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فانها لا تطلق شيئا لان الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيكون العامل هو العدد الا ترى انه لو قال لها قبل الدخول أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا لان ذكر العدد حصل بعد موتها فاما اذا مات الرجل فلفظ الطلاق هنا لم يتصل بذكر العدد فبقى قوله أنت طالق ولو قال أنت طالق أنت طالق فماتت المرأة قبل ذكر الثانية طلقت واحدة لما قلنا ان كلامه هنا ايقاع عامل فى الوقوع فانما يقع ما صادفها وهى حية دون ما صادفها بعد الموت وان قال لها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق ان دخلت الدار فماتت قبل فراغه من الكلام لم يقع عليها شئ لان الكلام المعطوف بعضه على بعض اذا اتصل الشرط بآخره يخرج من أن يكون ايقاعا كما اذا اتصل الاستثناء به وقد تحقق اتصال الشرط بالكلام بعد موتها وان قال احدى امرأتى طالق ثلاثا ولا نية له فذلك اليه يوقعها على أيتهما شاء فان ايجاب الطلاق فى المجهول صحيح بخلاف مايقوله نفاة القياس وحجتنا عليهم الحديث كل طلاق جائز ثم الأصل ان الايجاب فى المجهول يصح فيما يحتمل التعليق بالشرط لانه كالمعلق بخطر البيان فى حق العين ولان ماهو مبنى على الضيق وهو

البيع يصح ايجابه فى المجهول اذا كان لايؤدي الى المنازعة وهو ما اذا باع قفيزاً من صبرة ففيما يكون مبنيا على السمة لأن يصح ايجابه فى المجهول كان أولى وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة هنا لان الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالايقاع فان قال أردت هذه حين تكلمت فالقول قوله لانه مالك للايقاع عليها فيصح بيانه أيضاً وما فى ضميره لا يوقف عليه إلا من جهته فيقبل قوله فيه وان قال ما نويت واحدة بعينها يقال له أوقع الآن على أيتهما شئت لان الايقاع الاول كان على منكّر وأحكام الطلاق تتقرر فى المنكر فلا بد من تمييزه فلهذا يقال له أوقع على أيتهما شئت وان ماتت إحداهما قبل أن يبين طلقت الباقية لانه انما كان لا يتبين قبل الموت فى احداهما لمزاحمة الاخرى معها وقد زالت بالموت فان التى ماتت خرجت من أن تكون محلا للطلاق وتعيين الطلاق المبهم في حق العين كابتداء الايقاع فاذا خرجت احداهما من أن تكون محلا للطلاق تعينت الاخرى وان قال عنيت الميتة حين تكلمت صدق فى حق نفسه حتي يبطل ميراثه عنها ولا يصدق على ابطال الطلاق عن الحية لان الطلاق تعين فيها شرعا فلا يملك صرف الطلاق عنها بقوله ﴿ قال ﴾ وان كان له أربع نسوة فاطلعت احداهن فقال الزوج التى اطلعت طالق ثلاثا ثم لم يعلم أيتهن هى وقد علم الزوج انها كانت إحداهن فليس له أن يقرب واحدة منهن حتى يعلم المطلقة منهن لان الوقوع هنا على المعينة ابتداء فتثبت به الحرمة ولا طريق الى التحرى فى هذا الباب لان التحرى انما يجوز فيما يحل تناوله بالضرورة وذلك لا يوجد فى الفرج وليس له البيان بالايقاع ابتداء لان الايقاع على المعينة هنا وقد تم بخلاف الاولى ولان الابهام ليس من جهته بل باختلاط المطلقة بغيرها بخلاف الاولى فالابهام هناك منه فكان البيان اليه ولكن ينبغي له فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن واحدة ويتركهن حتى ينقضين ولا يتزوج شيئاً منهن حتى يعلم أيتهن صاحبة الثلاث لأن الاخذ بالاحتياط فى باب الفرج واجب شرعا والاحتياط في هذا ﴿ قال ﴾ فان تزوج واحدة منهن قبل أن تعلم فخاصمته فى الطلاق يحلف لها لانها تزعم انها المطلقة ثلاثا والزوج منكر لذلك ولو كانت الخصومة منها قبل أن يطلقها كان يحلف لها فكذلك بعده فان حلف أمسكها لانا عرفناها في الاصل غير مطلقة ثلاثا فحين حلف بقي الامر فى الحكم على ما كان معلوما لنا قبل هذا وكذلك ان تزوج اثنتين أو ثلاثا فان لم تعلم وتزوجن بأزواج غيره ودخل بهن أزواجهن ثم فارقوهن نكح أيتهن

شاء لانا تيقنا ان المطلقة ثلاثا منهن قد حلت له باصابة الزوج الثانى فكان له أن ينكح من شاء منهن وان ادعت كل واحدة منهن انها المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج يحلف لكل واحدة منهن بالله تعالى ماهي المطلقة ثلاثا لان كل واحدة تدعى عليه مالو أقر به لزمه فان حلف لهن جميعا بقى الامر على ما كان لانا تيقنا مجازفته فى هذه الايمان فان المطلقة فيهن واليمين الكاذبة لا ترفع الحرمة وعن محمد أنه قال اذا حلف لثلاث منهن تعينت للطلاق الرابعة ولا يحلف لها وان أبى أن يحلف لهن فرق بينه وبينهن بثلاث تطليقات لان نكوله في حق كل واحدة منهن بمنزلة إقراره أنها المطلقة ثلاثا ﴿قال﴾ واذا قال لنسوة له أيتكن أكلت من هذا الطعام فهى طالق فا كلنه طلقن جميعا لان كلمة أى تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد قال الله تعالى ليبلوكم أيكم أحسن عملا وقال تعالى أيكم يأتيني بعرشها وحرف من للتبعيض فصار معلقا طلاق كل واحدة منهن بتناولها شيئاً من الطعام وقد وجد فى حقهن جميعا وكذلك لو قال أيتكن دخلت هذه الدار فدخلنها طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وكذلك لو قال أيتكن شاءت فهى طالق فشئن جميعاً ولو قال أيتكن بشرتني بكذا فهى طالق فبشرنه جميعا معا طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وان بشرته واحدة بعد أخرى طلقت الاولى وحدها لانها هى البشيرة فان البشارة اسم لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه وفى الحقيقة كل خبر غاب عن المخبر به علمه اذا كان صدقا فهو بشارة قال الله تعالى فبشرهم بعذاب أليم وانما سمي هذا الخبر بشارة لتغير بشرة الوجه عند سماعه الا أنه اذا كان محزنا يتغير الى الصفرة وان كان سارا الى الحمرة ولكن فى العرف انما يطلق هذا الاسم على الخبر السار وانما وجد هذا في الاولى لانها أخبرته بما غاب عنه علمه فأما الثانية أخبرته بما كان معلوما له فكانت مخبرة لا بشيرة ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ على قراءة ابن أم عبد فاستبق أبو بكر وعمر رضى الله عنهما أن يخبراه فسبق أبو بكر رضى الله عنه فكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول بعد ذلك بشرنى به أبو بكر رضى الله عنه وأخبرنى به عمر رضى الله عنه ﴿قال﴾ قال رجل لامرأته أنت طالق ملء الدار أو ملء الحب فان نوى ثلاثا فثلاث والا فهى واحدة بائنة لان الشئ يملأ الوعاء العظيمة في نفسه تارة ولكثرة عدده أخرى فاذا نوى الثلاث علمنا انه أراد به كثرة العدد فكأنه قال

أنت طالق أكثر العدد وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة لانه انما أراد به الوصف بعظم التطليقة وذلك بأن يشتد حكمها وكذلك إن لم تكن له نية لان في وقوع الواحدة يقيناوفيما زاد عليه شكاوان نوى اثنتين فهي واحدة بائنة لانه نوى مجرد العدد وذلك لايسع فى هذا اللفظ وان قال واحدة تملأ الدار فهى واحدة بائنة ولا تسع نية الثلاث هنا لانه صرح بالواحدة فيبقى معنى الوصف بالعظم فتكون بائنة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها تكون رجعية لانه وصف الطلاق بما لا يوصف به فكان لاغيا فى وصفه كما لو قال تطليقة تصيح أو تطير كان هذا الوصف لغواً ثم المذهب عند أبي يوسف رحمه الله تعالى انه متى صرح بلفظ العظم يكون الواقع بائنا سواء شبهها بعظيم أو صغير حتى اذا قال عظم الجبل أو عظم رأس الابرة أو الخردلة تكون بائنة وان لم توصف بالعظم ولكن قال مثل الجبل أو مثل رأس الابرة تكون رجعية وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى تكون بائنا وقال زفر رحمه الله تعالى اذا شبه التطليقة بما يكون عظيما عند الناس كالجبل تقع بائنة واذا شبهها بما يكون حقيراً كالخردلة تكون رجعية واذا قال أنت طالق واحدة عظيمة أو كبيرة أو شديدة أو طويلة أو عريضة فوصفها بشئ يشددها به فهى بائنة فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لما بينا ان مراده معني الشدة عليها في حكمها وذلك في البائن لانه لا ينفرد بالتدارك بخلاف الرجعي وان قال أنت طالق الى الصين فهى واحدة رجعية لانه لم يصفها بعظم ولا كبر انما مدها الى مكان والطلاق لا يحتمل ذلك نفسه ولا حكمه ولانه بهذا اللفظ قصر حكم الطلاق لانها اذا وقعت تكون واقعة من المشرق الى المغرب فلا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة ولو قال أنت طالق الى الشتاء فهي طالق واحدة رجعية بعد الاجل كما في قوله الى شهر وكذلك لو قال الى الصيف ومعرفة دخول الشتاء بلبس أكثر الناس الفرو والثوب المحشو فى ذلك الموضع ودخول الصيف بالقاء أكثر الناس ذلك حتى يتعجب ممن يرى عليه بعد ذلك والربيع فى آخر الشتاء قبل دخول الصيف اذا كان الناس بين لابس للمحشو وغير لابس لا يعيب بعضهم على بعض وكذلك الخريف في آخر الصيف قبل دخول الشتاء بهذه الصفة وقيل الربيع اذا نبت العشب والصيف اذا احترق العشب وجف والخريف اذا أخذ الناس فى التأهب للشتاء والشتاء اذا اشتد البرد فى كل موضع ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق واحدة لا بل اثنتين فهى طالق ثلاثا ان كان دخل بها لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثانى

مقام الاول والرجوع عن الأول وهو لا يملك الرجوع عما أوقعه ولكنه يتمكن من ايقاع أخريين اذا كان قد دخل بها فتطلق ثلاثاً لهذا وان لم يكن دخل بها فهي واحدة لانها بانت بالاولى لا الى عدة فلا يقدر على الرجوع عنها ولا على اقامة الثنتين مقامها بايقاعه لانها ليست بمحل فلغى آخر كلامه وان قال في المدخول بها نويت بالاثنتين تلك الواحدة وأخرى معها لم يدين في القضاء لان الثنتين غير الواحدة من حيث الظاهر ولان كلامه ايقاع مبتدأ فيما نص عليه ولكن فيما بينه وبين الله تعالى هو مدين لان ما قاله محتمل ﴿ قال ﴾ واذا قال قد كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين فهي طالق اثنتين استحساناً وفي القياس تطلق ثلاثاً وهو قول زفر رحمه الله كما في الايقاع لان اثنتين غير واحدة فرجوعه عن الاقرار بالواحدة باطل واقراره بالثنتين صحيح وفي الاستحسان يقول الاقرار اخبار وهو مما يتكرر بخلاف الايقاع والعادة الظاهرة ان في الاخبار بهذا اللفظ يراد تدارك الغلط باثبات الزيادة على العدد الاول مع اعادتها فان الرجل يقول حججت حجة لا بل حجتين يفهم من هذا الاخبار حجتين واذا قال سني ستون سنة لا بل سبعون يفهم من هذا الاخبار سبعين لا غير ومطلق الكلام محمول على المتعارف فلهذا تطلق اثنتين وان قال فلانة طالق لا بل فلانة طلقتا لانه ذكر الثانية ولم يذكر لها خبراً فيكون خبر الاولى خبراً لها فكانه قال لا بل فلانة طالق وكذلك لو قال فلانة طالق ثلاثاً لا بل فلانة أو قال بل فلانة تطلق كل واحدة ثلاثاً وان قال فلانة طالق ثلاثاً لا بل فلانة طالق طلقت الاولى ثلاثاً والثانية واحدة لانه ذكر للثانية خبراً فوقع الاستغناء بذلك عن جعل الخبر الاول خبراً لها وان قال فلانة طالق أو فلانة طلقت احداهما لان موجب كلمة أو اذا دخلت بين اثنين إثبات أحد المذكورين بيانه في آية الكفارة فكانه قال احداهما طالق ومن يقول ان حرف أو للتشكيك فهو مخطئ في ذلك لان التشكيك لا يكون مقصودا ليوضع له حرف ولكن حقيقته ما بينا ان موجبه اثبات أحد المذكورين وكذلك لو قال انت طالق واحدة أو اثنتين فالخيار اليه لانه أدخل حرف أو بين عددين فيكون المراد احدهما والبيان اليه ولو قال لها كلما حبلت فأنت طالق وكلما ولدت فانت طالق فحبلت بعد هذا القول وولدت لاكثر من سنتين فقد وقع الطلاق عليها حين حبلت بالكلام الاول وانقضت العدة بالولادة فلا يقع به عليها شئ فان كان وطئها وهي حبلى فذلك منه رجعة ثم تطلق بالولادة تطليقة أخرى بالكلام الثاني وعليها العدة وهو أملك برجعتها فان

حبلت وقعت الثالثة عليها بالكلام الأول لان كلمة كلما تقتضى التكرار ثم تنقضي عدتها بالولادة لانها معتدة وضعت جميع ما فى بطنها ﴿قال﴾ رجل قال لامرأة لا يملكها يوم أتزوجك فأنت طالق وأنت طالق وأنت طالق اوقال ان تزوجتك أو اذا تزوجتك أومتى تزوجتك فأنت طالق وطالق وطالق ثم تزوجها تطلق واحدة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق ثلاثاً حجتهما فى ذلك انه علق ثلاث تطليقات مجتمعات بشرط التزوج فيقعن عند وجود الشرط معاً كما لو أخر الشرط فقال أنت طالق وطالق وطالق اذا تزوجتك وانما قلنا ذلك لان الواو للجمع دون الترتيب بيانه فى آية الوضوء فانه ثبتت به فرضية الطهارة فى الاعضاء الاربعة من غير ترتيب والرجل يقول جاءنى زيد وعمرو فيكون مخبرا بمجيئهما من غير ترتيب بينهما في المجيء ولان قوله وطالق جملة ناقصة معطوفة على الجملة التامة فالمذكور فى الجملة التامة يصير معاداً فى الجملة الناقصة كما في قوله تعالى واللائى لم يحضن معناه فعدتهن ثلاثة أشهر فهنا يصير كأنه قال وأنت طالق اذا تزوجتك وأنت طالق اذا تزوجتك ولو صرح بهذا ثم تزوجها طلقت ثلاثا جملة فهذا مثله وبان كان لو نجز الطلاق بهذا اللفظ يتفرق الوقوع لا يدل على أنه اذا علق يتفرق كما لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل اثنتين فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ الطلاق قبل الدخول لم يقع الا واحدة وهذا لان المنجز طلاق فتبين بالاولى قبل ذكر الثانية والمعلق بالشرط ليس بطلاق وانما يصير طلاقا عند وجود الشرط فما صح تعليقه بالشرط ينزل عند وجود الشرط جملة اذا لم يكن فى لفظه ما يدل على الترتيب وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول تعلق بالشرط ثلاث تطليقات متفرقات فيقعن عند وجود الشرط كذلك كما لو قال ان تزوجتك فانت طالق وبعدها أخرى وبعدها أخرى فاذا وقعن متفرقات بأنت بالاولى فلا تقع الثانية والثالثة كما لو نجز وانما قلنا ذلك لان الواو فى اللغة لعطف مطلق من غير أن يقتضى جمعاً ولا ترتيبا كما فى قوله جاءنى زيد وعمرو لا يقتضي جمعاً حتى يستقيم أن يقول وعمرو بعده كما يستقيم ان يقول وعمرو معه فاذا كان للعطف فالتطليقة الاولى تعلقت بالشرط بلا واسطة والثانية بواسطة الأولى لانها معطوفة عليها كالقنديل اذا علق بحبل بحلق يتعلق بالحلقة الاولى بلا واسطة وبالحلقة الثانية بواسطة الأولى وكعقد لؤلؤ وانما ينزل عند وجود الشرط كما تعلق وهب

انه لم يكن طلاقا يومئذ فانما يصير طلاقا كما تعلق وهذا بخلاف مالو أعاد الشرط عند ذكر كل تطليقة لان تعلق كل تطليقة هناك بالشرط بلا واسطة وانما التفرق فى أزمنة التعليق وذلك لا يوجب تفرقا في المعلق بالشرط وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل اثنتين لان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الأول وقد صح ذلك لبقاء المحل بعد ماتعلق الاول بالشرط فتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالاولى وهنا حرف الواو للعطف وبخلاف مالو نجز بقوله لا بل لانها بانت بالاولى فلم يصح منه التكلم بالثنتين لعدم المحل وأما اذا أخر الشرط فنقول أول الكلام يتوقف على آخره اذا كان فى آخره مايغير موجب أوله وهنا في آخره ما يغير موجب أوله لان أوله ايقاع وبآخره تبين انه تعليق فاذا توقف عليه تعلق الكل بالشرط جملة وأما اذا قدم الشرط فليس فى آخر الكلام مايغير موجب أوله فلا يتوقف أوله على آخره فاذا لم يتوقف كان هذا والتنجيز سواء ونظيره مالو تزوج أمتين نكاحا موقوفا فقال المولى أعتقت هذه وهذه بطل نكاح الثانية لانه ليس فى آخره مايغير موجب أوله فلم يجعل كعتقهما معا ولو زوج أختين من رجل بغير أمره في عقدتين فقال الزوج أجزت نكاح هذه وهذه بطل نكاحهما كما لو قال أجزتهما لان فى آخره ما يغير موجب أوله وان قال اذا تزوجتك فأنت طالق طالق طالق ثم تزوجها طلقت واحدة لانه ماعطف الثانية والثالثة على الاولى فتتعلق الاولى بالشرط وتلغو الثانية والثالثة ولو قال اذا تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمي وواللّه لا أقربك ثم تزوجها طلقت وسقط عنه الظهار والايلاء عند ابى حنيفة لان تعلقهما بالشرط بواسطة الطلاق فبسبق وقوع الطلاق تبين لا إلى عدة فلا يكون مظاهراً موليا بعد ماخرجت من ملكه وعند ابى يوسف ومحمد رحمه اللّه هو مطلق مظاهر مول لان الكل تعلق بالتزويج عندهما جملة ولو قال اذا تزوجتك فواللّه لا أقربك وأنت على كظهر أمى وأنت طالق ثم تزوجها وقع هذا كله عليها اما عندهما لا اشكال وعند ابى حنيفة لانه سبق الايلاء وتكون بعده محلا للظهار فيصير مظاهراً ثم تكون بعدهما محلا للطلاق فيقع الطلاق أيضاً وعلى هذا لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان كلمت فلاناً فانت طالق وطالق وطالق فكلمته فهي طالق واحدة فى قول ابى حنيفة رحمه اللّه وعندهما تقع ثلاثاً نص على قولهما في رواية ابى سليمان ولو قال انت طالق فطالق اذا كلمت فلاناً فكلم فلانا تطلق ثلاثا بالاتفاق والفرق لابى حنيفة ماذكرنا ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق

فطالق فطالق ذكر الطحاوى رحمه الله ان هذا على الخلاف أيضا وحرف الفاء للعطف كحرف الواو فتطلق ثلاثا عندهما والاصح انها تطلق واحدة عند وجود الشرط لان الفاء للتعقيب فى أصل الوضع لا لعطف مطلق فان كل حرف موضوع لمعنى خاص واذا كان للتعقيب ففى كلامه تنصيص على ان الثانية تعقب الاولى فتبين بالاولى لا الى عدة بخلاف الواو وان قال لها أنت طالق طالق طالق ان كلمت فلانا فان كان دخل بها تطلق اثنتين فى الحال والثالثة تعلقت بالكلام وان لم يكن دخل بها طلقت واحدة فى الحال ويلغو ماسواها لانه ماعطف التطليقات بعضها على بعض ولو قال ان كلمت فلانا فانت طالق طالق طالق فان كان دخل بها تعلقت الاولى بالكلام ووقعت الثانية والثالثة فى الحال وان لم يدخل بها تعلقت الاولى بالكلام وتقع الثانية في الحال والثالثة لغو ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق ان كلمت فلانا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كانت مدخولا بها يقع فى الحال اثنتان والثالثة تتعلق بالكلام وان لم يكن دخل بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما سوى ذلك واذا قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فان كان قد دخل بها تعلقت الاولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة فى الحال وان لم يكن دخل بها تعلقت الاولى بالشرط ووقعت الثانية في الحال والثالثة لغو عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى سواء قدم الشرط أو أخر تتعلق الثلاث بالشرط الاان عند وجود الشرط ان كانت مدخولا بها تطلق ثلاثا وان كانت غير مدخول بها تطلق واحدة فأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فاذا أدخله بين الطلاقين كان بمنزلة سكتة بينهما وهما يقولان حرف ثم للعطف ولكن بقيد التراخي فلوجود معنى العطف يتعلق الكل بالشرط ولمعنى التراخي يقع مرتباً عند وجود الشرط ولو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بهافي كل مرةلم يذكر هذافى الاصل قال أبو يوسف رحمه الله تعالى في الامالى تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد رحمه الله تعالى تطلق ثلاثا وعليه لها أربعة مهور ونصف ذكره في الرقيات وجه تخريج أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلمادخل بها لزمه مهر بالدخول ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده لانه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه وبنفس التزوج وجب مهر آخر وذلك مهران ونصف ثم

بالدخول يصير مراجعاً والتزوج في المرة الثالثة لغو فهي عنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف وتخريج قول محمد رحمه الله تعالى أن بالتزوج الأول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك بالتزوج الثاني والثالث لأن عنده وان حصل التزوج في العدة لايخرج به الطلاق من أن يكون واقعا قبل الدخول فتطلق ثلاثا وعليه أربعة مهور ونصف ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها فعند محمد رحمه الله تعالى هذا والاول سواء وعند أبي يوسف تطلق ثلاثا بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف لان بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن ويجب مهر تام وكذلك يجب بكل دخول مهر تام فاذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفا واذا قال كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية لم تطلق لان كلمة كل تقتضي جميع الاسماء لاتكرار الافعال فانما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة بخلاف كلمة كلما فانها تقتضي تكرار الافعال وانما قلنا ذلك لان مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل يقال كل رجل وكل امرأة ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم يقال كلما ضرب وكلما دخل ولايقال كلما زيد وكلما عمرو (قال) واذا قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأتين في عقدة ثم واحدة في عقدة لم تطلق واحدة منهن لان الاول اسم لفرد سابق لايشاركه فيه غيره ولم توجد صفة الفردية في الأوليين لان كل واحدة منهما مزاحمة للأخرى في العقد ولم توجد صفة السبق في الثالثة لانه تقدمها امرأتان فلم تثبت صفة الاولية لواحدة منهن ولو كان قال مع هذا وآخر امرأة أتزوجها فهي طالق، لم تطلق الثالثة أيضا لان الآخر إسم لفرد متأخر لايعقبه غيره ونحن لاندري أن الثالثة هل هي آخر أم لا لجواز ان يتزوج بعدها غيرها فان مات قبل أن يتزوج أخرى طلقت الثالثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من حين تزوجها حتى لايلزمها العدة إن لم يدخل بها ولا ميراث لها وان كان دخل بها فلها عليه مهر ونصف نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر بالدخول وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انما تطلق الثالثة قبيل الموت حتي يكون لها الميراث اذا كان دخل بها ولامهر عليه بالدخول سوي مهر النكاح وعليها عدة الوفاة والطلاق جميعا عند محمد وعند أبي يوسف رحمهما الله تعالى ليس عليها عدة الوفاة وجه قولهما ان

الثالثة انما استحقت صفة الآخرية حين أشرف على الموت وعجز عن التزوج بغيرها فتطلق في الحال كما لو تزوج امرأة ثم قال لها ان لم أتزوج عليك أخرى فأنت طالق فانما تطلق قبيل موته بلا فصل وهما في المعنى سواء لانها انما تكون آخرا بشرط أن لا يتزوج بعدها غيرها الا أن عند محمد لما أخذت الميراث بحكم الفرار لزمها عدة الوفاة مع عدة الطلاق وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تلزمها عدة الوفاة وان ورثته بالفرار وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما تزوجها بعد الاوليين فقد اتصفت بصفة الآخرية ولكن هذه الصفة بعرض أن تزول عنها بأن يتزوج غيرها فلا يحكم بالطلاق لهذا فاذا لم يتزوج غيرها حتى مات تقررت صفة الآخرية فيها من حين تزوجها فتطلق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لايحكم بوقوع الطلاق لجواز ان ينقطع فيما دون الثلاث وان استمر تبين ان الطلاق كان واقعاً مع أول قطرة من الدم وهذا بخلاف مالو قال ان لم أتزوج عليك لانه جعل عدم التزوج شرطا مفصحا به للطلاق ولا يتحقق هذا الشرط الا عند موته ومالم يتحقق الشرط لاينزل الجزاء ويجوز ان يفترق الفصلان لاختلاف اللفظ مع التقارب في المعنى كما لو قال لامرأته ان لم أشأ طلاقك فانت طالق ثم قال لا اشاء لاتطلق مادام حيا ولو قال ان ابيت طلاقك فانت طالق ثم قال قد ابيت طلاقك تطلق وهما في المعنى سواء ثم اختلف الجواب لاختلاف لفظ الشرط من الوجه الذى قلنا ﴿قال﴾ ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج واحدة لم يتزوج قبلها ولا بعدها حتى مات لم تطلق لانها أول امرأة تزوجها فلا تكون آخر امرأة فان صفة الأولية والآخرية لايجتمع في مخلوق واحد لما بينهما من التضاد في المعنى في المخلوقين فان احدهما لمعنى السبق والآخر لمعني التأخر في الزمان ولو قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأتين فى عقدة وإحداهما معتدة وقع الطلاق على التى صح نكاحها لان شرط التزوج فى المستقبل يتناول العقد الصحيح دون الفاسد ونكاح المعتدة باطل وانما صح نكاح الاخرى فهى فرد سابق فى نكاحه فكانت أولا وكذلك لو تزوج امرأة نكاحا فاسداً ثم تزوج امرأة بعدها بنكاح صحيح طلقت هذه لان الاولى لما لم يصح نكاحها لم تكن داخلة في كلامه وانما دخلت فى كلامه الثانية التى صح نكاحها فهي أول امرأة تزوجها وكذلك لوقال لامرأته ان لم أتزوج عليك اليوم فأنت طالق فتزوج امرأة نكاحا فاسداً لم يبر فى يمينه بهذا لأن ذكر التزوج فى

المستقبل ينصرف الى العقد الصحيح سواء ذكره في موضع النفي أو في موضع الاثبات فان المقصود بالتزوج الحل والعفة وذلك يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد ﴿قال﴾ وان قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها ان مات أولم يمت لانها بنفس العقد استحقت اسم الاولية بصفة التفردية فان دخل بها فلها مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ومهر بالدخول بها لان الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء والوطء في غير الملك لاينفك عن حد أو مهر فاذا سقط الحد لشبهة وجب المهر وان قال اذا تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأتين في عقدة فاحداهما طالق والخيار اليه لانا تيقنا بوجود الشرط وهو تزوج امرأة فان في المرأتين امرأة فلهذا طلقت احداهما بغير عينها لان كل واحدة منهما تزاحم الاخرى في الاسم الذي أوقع الطلاق به ولا وجه للايقاع عليهما لانه علق بالتزوج طلاق امرأة واحدة لا طلاق امرأتين فلهذا تطلق احداهما والخيار اليه وان كان نوى امرأة وحدها لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه ذكر التزوج بامرأة مطلقا ثم قيدها بنيته وهو أن تكون وحدها وتقييد المطلق كتخصيص العام وقد بينا أن نية التخصيص في العام صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيحة في القضاء فكذلك التقييد وان كان قال ان تزوجت امرأة وحدها ثم تزوج امرأتين في عقدة لم تطلق واحدة منهما لان التقييد هنا بنص كلامه وواحدة منهما لم تتصف بتلك الصفة التي نص عليها في الشرط لانضمام الاخرى اليها في العقد وان تزوج أخرى بعدهما طلقت لانها موصوفة بالصفة التي نص عليها في الشرط فانها امرأة تزوجها وحدها وهو كما لو قال اذا تزوجت امرأة سوداء فهي طالق فتزوج بيضاوين ثم تزوج سوداء تطلق الثالثة بخلاف قوله أول امرأة أتزوجها لان هناك نص في الشرط على وصفين الفردية والسبق وقد انعدم في الثالثة صفة السبق وهنا الشرط صفة واحدة وهي الفردية وقد وجد ذلك في الثالثة فلهذا تطلق وان قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق فأمر رجلا فزوجها اياه فهي طالق لانه تزوجها بعبارة الوكيل فكانه تزوجها بعبارة نفسه وهذا لان الوكيل في النكاح معبر حتى لا يتعلق به شيء من العهدة ولا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل وبه فارق البيع والشراء اذا حلف لا يفعله فأمر غيره حتى باشره لم يحنث في يمينه لان العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه حتى تتعلق به العهدة ويستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولا يصير الموكل عاقدا

بمباشرة الوكيل وان عني في النكاح ماولى عقده بنفسه لايدين في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه في معنى نية التخصيص في العام فان مطلق اللفظ يتناول مباشرته بنفسه ومباشرة الغير له بأمره وكذلك ان حلف أن لايطلقها فأمر غيره فطلقها حنث لان الزوج هو المطلق بعبارة الوكيل فان الوكيل بالطلاق معبر ألاترى أنه لو قال لها أنت طالق ان شئت فشاءت أوقال اختاري فاختارت نفسها كان الزوج هو المطلق لها فكذلك هنا وان قال نويت ان أطلقها بلساني لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام واذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق أو قال أنت طالق وطالق وطالق بانت بالأولى عندنا وعند مالك رحمه الله تطلق ثلاثا لان الواو للجمع فجمعه بين التطليقات بحرف الجمع كجمعه بلفظ الجمع بأن يقول لها أنت طالق ثلاثا ولكنا نقول الواو للعطف فلا يقتضي جمعا وليس في آخر كلامه ما يغير موجب أوله لان موجب أول الكلام وقوع الطلاق وهو واقع أوقع الثانية والثالثة أو لم يوقع فتبين بالاولى كما تكلم بها ثم قد تكلم بالثانية وهي ليست في عدته وهذا بخلاف مالو ذكر شرطا أو استثناء في آخر كلامه لان في آخر كلامه مايغير موجب أوله فتوقف أوله على آخره ﴿قال﴾ وان قال لها أنت طالق واحدة بعدها أخرى أو قبل أخرى فهي طالق واحدة وهذا الجنس من المسائل ينبني على أصلين (أحدهما) أنه متى ذكر النعت بين اسمين فان الحق به حرف الكناية وهو حرف الهاء كان نعتاً للمذكور آخراً وان لم يلحق كان نعتاً للمذكور أولا تقول جاءني زيد قبل عمرو فيكون قبل نعتا لمجيء زيد واذا قلت قبله عمرو كان نعتا لمجيء عمرو (والثاني) أن من أقر بطلاق سابق يكون ذلك ايقاعا منه في الحال لان من ضرورة الاستناد الوقوع في الحال وهو مالك للايقاع غير مالك للاسناد اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق واحدة قبل أخرى تطلق واحدة لان قبل نعت للاولى ومعناه قبل أخرى تقع عليك فتبين بالاولى ولو قال قبلها أخرى تطلق اثنتين لان قبل نعت للمذكور آخرا فكأنه قال قبلها أخرى وقعت عليك وهذا منه اسناد للثانية الى وقت ماض فيكون موقعاً لها في الحال مع الاولى ولو قال بعد أخرى تطلق اثنتين لان بعد نعت للأولى فيكون معناه بعد أخرى وقعت عليك ولو قال بعدها أخرى تطلق واحدة لان بعدها هنا نعت للثانية ومعناه بعدها أخرى تقع عليك فتبين بالأولى ﴿قال﴾ ولو قال مع أخرى أو معها أخرى تطلق

اثنتين لان كلمة مع للقران فقد قرن احدى التطليقتين بالاخرى واوقعهما جميعاً وكذلك ان قال اثنتين مع واحدة أو معها واحدة أو قبلها واحدة فهى طالق ثلاثا لما قلنا ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا قبل الدخول كانت طالقا اثنتين عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى واحدة لان نصف التطليقة كمالها فكأنه قال أنت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لانه لا يمكنه أن يعبر عن واحدة ونصف بعبارة أوجز من هذه فان لواحدة ونصف عبارتين اما هذه واما اثنتان الا نصف وذلك لا يصير معلوما الا بالاستثناء وهذا معلوم في نفسه فهو أولى العبارتين واذا كان كلاما واحداً معنى لا يفصل بعضه عن بعض بخلاف قوله واحدة وواحدة فكانهما عبارتان لان للاثنتين عبارة أوجز من هذه وهو أن يقول اثنتين وكذلك لو قال أنت طالق احدى وعشرين عندنا تطلق ثلاثا لانه ليس لهذا العدد عبارة أوجز من هذه فكان الكلام واحداً معنى وعند زفر رحمه الله تعالى تطلق واحدة لانهما كلامان أحدهما معطوف على الآخر فتبين بالاولى وان قال احدي عشرة تطلق ثلاثا بالاتفاق لانه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا ولو قال احدى وعشرة عندنا تطلق ثلاثا وعند زفر رحمه الله تعالى واحدة لانه لما ذكر حرف العطف كان كلامين وكذلك لو قال واحدة ومائة عندنا تطلق ثلاثا وقال زفر رحمه الله تعالى واحدة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن هنا تطلق واحدة لان العبارة المعروفة لهذا العدد مائة وواحدة فاذا غير ذلك تفرق كلامه فتبين بالاولى ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق البتة أو قال البائن ينوى ثلاثا فهى ثلاث لان البتة عبارة عن القطع وقد بينا أن القطع نوعان فهو بنية الثلاث ينوى أحد نوعي القطع فيعمل بنيته وكذلك لو قال أنت طالق حراما ينوى ثلاثا فهو كما نوى لانه نوى أحد نوعى الحرمة وكذلك لو قال طالق الحرام فهذا وقوله حرام سواء ويستوى ان كان دخل بها أولم يدخل بها لان الكلمة واحدة فان ماذكر بعد قوله طالق تفسير لهذه الكلمة فهذا وقوله انت طالق ثلاثا سواء وان قال انت طالق الطلاق أوطلاقا فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة رجعية وان عني بطالق تطليقة وبالطلاق أخرى فهى ثنتان رجعيتان ان كان قد دخل بها لان هذه الالفاظ مشتقة من لفظ صريح الطلاق وان لم يدخل بها فواحدة بائنة فانه لما نوى بكل كلمة تطليقة كان هذا بمنزلة قوله انت طالق انت طالق فتبين بالأولى فان قال انت طالق الطلاق كله فهي طالق

ثلاثا كانت له نية أو لم تكن لانه صرح بايقاع كل الطلاق وهو ثلاث ومع التصريح لاحاجة الى النيـة وان قال انت طالق أخبث الطلاق أو أشـد الطلاق أو أعظم الطلاق أو أكبر الطلاق فهذا كله باب واحد فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة أو لم يكن له نية فهى واحدة بائنة لما بينا ان معنى العظم والكبر والشدة يظهر فى الحكم فهذا وقوله طالق بائن سواء وان قال انت طالق اكبر الطلاق فهى ثلاث لايدين فيها اذا قال نويت واحدة لان الكثرة والقـلة فى العدد فقد صرح بايقاع أكثر مايملك عليها من الطلاق ومـع التصريح لاحاجة الى النية ولو قال أسوء الطلاق أو شره أو أفحشه فهو وقوله اخبث الطلاق سواء على مابينا وان قال أكمل الطلاق أو أتم الطلاق فهي واحـدة رجعية لانه ليس في لفظـه ماينبئ عن العظم والشـدة ولو قال انت طالق طول كذا أو عرض كذا فهى واحدة بائنة لان الطول والعرض فيه اشارة الى معني الشدة فان الامر اذا اشتد على انسان يقول كان لهـذا الأمر طول وعرض فتكون واحـدة بائنـة ولا تكون ثلاثا وان نواهـا لان الطول والعرض للشيء الواحـد فكانه قال أنت طالق واحـدة طولها وعرضها كذا وهذا لاتسع فيه نية الثلاث ولو قال أنت طالق خير الطلاق أو أعدل الطلاق أو أحسن الطلاق فهـذا بمنزلة قوله أنت طالق للسنة لان الأعـدل والاحسن مايوافق السنة وانما يوصف بالخيرية مايوافق السـنة حتى يقع بهذا تطليقة رجعية فى وقت السـنة وان نوى ثلاثا فثلاث بمنزلة قوله أنت طالق للسنة ﴿ قال ﴾ ولو قال لها أنت طالق ان ركبت وهى راكبة فمكثت كذلك ساعة طلقت لان الركوب مستدام حتى تضرب له المدة يقال ركبت يوما والاستدامة على ما يستدام انشاء قال الله تعالى واما ينسينك الشـيطان فلا تقعد بعـد الذكرى أى لاتمكث قاعدا وكذلك لو قال أنت طالق أن قعدت وهى قاعدة أو ان قمت وهي قائمة أو ان مشيت وهي ماشية أو ان اتكأت وهى متكئة فمكثت كذلك ساعة يحنث بخلاف مالو قال أنت طالق ان دخلت الدار وهى في الدار فمكثت كذلك لم تطلق حتى تخرج وتدخل لان الدخول ليس بمستدام فانه انفصال من الخارج الى الداخل ألا ترى أنه لاتضرب له المدة فلا يقال دخل يوما وانما يقال دخل وسكن يوما والخروج نظير الدخول لانه انفصال من الداخـل الى الخارج فلا يكون لاستدامته حكم انشائه ولو قال أنت طالق مابين تطليقة الى ثلاث أو من تطليقة الى ثلاث فني القياس تطلق واحـدة وهو

قول زفر رحمه الله تعالى لانه جعل الاولى والثالثة غاية والغاية حد فلا تدخل فى المحدود كقوله بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فيكون الواقع مابين الغايتين وهى الواحدة وفى الاستحسان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق ثلاثا لان الحد انما يكون في ذوى المساحات فامافى عرف اللسان انما يراد بمثل هذا الكلام دخول الكل فان الرجل يقول خذ من مالى من درهم الى عشرة فيكون له أخذ العشرة ويقول كل من الملح الى الحلو فيكون المراد تعميم الاذن ومطلق الكلام محمول على عرف أهل اللسان وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القياس ما قاله زفر ان الحد غير المحدود ولكن فى ادخال الاولى ضرورة لانه أوقع الثانية ولاثانية قبل الاولى ولابد للكلام من ابتداء فاذا لم يوقع الاولى تصير الثانية ابتداء فلا يمكن ايقاعها أيضا فلا جل الضرورة أدخلت الغاية الاولى ولاضرورة فى الغاية الثانية فاخذت فيها بالقياس وقلت تطلق اثنتين وهذا لان الغاية التي ينتهى الكلام اليها قد لاتدخل كالليل فى قوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل وقد تدخل كالمرافق والكعبين في الوضوء والطلاق بالشك لايقع فان قال أردت واحدة لايدين فى القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال الكلام مانوى وان قال أنت طالق مابين واحدة الى أخرى ففي قياس قول زفر لايقع شئ وفى قول أبى حنيفة تطلق واحدة وعندهما تطلق اثنتين وان قال من واحدة الى واحدة قيل هو على الخلاف وقيل تقع واحدة عندهم جميعاً لان الشئ لايكون غاية نفسه فكان قوله الى واحدة لغوا وان قال أنت طالق واحدة أولاشئ فهي طالق تطليقة رجعية فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول وهو قول محمد رحمه الله تعالى ثم رجع أبو يوسف رحمه الله تعالى وقال لايقع شئ وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا أولاشئ فهو على هذا الخلاف وجه قوله الاول ان حرف أولاثبات أحد المذكورين فيما يتخللهما وانما يتخلل هنا قوله واحدة أولاشئ وقوله ثلاثا أولا شئ فيسقط اعتبار هذا اللفظ ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وجه قوله الا خر ان حرف أو للتخيير لأن موجبه اثبات أحد المذكورين فقد خير نفسه بين أن يقع عليها واحدة أو لايقع عليها شئ واحدهما موجود فلا يثبت بهذا الكلام شئ كما لو جمع بين امرأته وأجنبية وقال هذه طالق أو هذه لم يقع شئ وهذا لان الكلام اذا اقترن به ذكر العدد كان العامل هو العدد لاقوله انت طالق وقد خرج ذكر العدد من أن يكون عزيمة

بحرف

بحرف أو فلا يقع عليها شئ وان قال أنت طالق أو غير طالق أو قال أنت طالق أولا أو قال أنت طالق أولا شئ لم يقع عليها شئ لانه انما أدخل حرف الواو بين طلاق وغير طلاق فتخرج به كلمة الايقاع من أن تكون عزيمة فلا يقع شئ كما لو قال لعبده أنت حر أو عبد وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين فهو ثلاث لان حرف فى قد يكون بمعنى الواو لان حروف الصلات يقوم بعضها مقام بعض وان نوى واحدة مع اثنتين يقع ثلاث أيضاً سواء دخل بها أو لم يدخل بها لان حرف فى يذكر بمعنى مع قال الله تعالى فادخلى فى عبادى أي مع عبادي ويقال دخل الامير البلدة فى جنده أى مع جنده وان نوى حساب الضرب فهي واحدة عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى اثنتان لان هذا شئ معروف عند أهل الحساب ان واحدا اذا ضرب فى اثنين يكون اثنين فيحمل كلامه عليهما اذا نوى ولكنا نقول الضرب انما يكون في الممسوحات لا في الطلاق وتأثير الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال والتطليقة الواحدة وان كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة فهذا مثله وعلى هذا لو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب عندنا تطلق اثنتين وعند زفر رحمه الله تعالى ثلاثا لان اثنين فى اثنين يكون أربعة ولكن الطلاق لا يكون أكثر من ثلاث وعلى هذا مسائل الاقرار اذا قال لفلان علىّ عشرة دراهم فى عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعليه عشرة عندنا ومائة عند زفر رحمه الله تعالى وان نوى عشرة وعشرة فعليه عشرون وكذلك لو قال درهم فى دينار أو كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه الا المذكور اولا عندنا الا أن يقول نويت الواو أو حرف مع فيلزمه جميع ذلك حينئذ ويحلفه القاضى بالله ما أردت الاقرار بذلك كله يعنى اذا كان الخصم مدعيا بجميع ذلك ﴿قال﴾ وان كان له ثلاث نسوة فقال فلانة طالق ثلاثا وفلانة أو فلانة فالاولى طالق والخيار اليه فى الاخريين يوقع على أيتهما شاء لان حرف التخيير انما ذكر بين الاخريين فكان كلامه عزيمة فى الاولى فيقع الطلاق عليها ويخير في الاخريين بمنزلة قوله هذه طالق واحدى هاتين وكذلك الجواب فى العتق وقد بينا الفرق بين هذين الفصلين وبين قوله والله لا أكلم فلانا وفلانا أو فلانا فيما أمليناه من شرح الجامع واستوضح فى الكتاب هذه المسئلة بما اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وقد استقرضت ألف درهم من فلان أو فلان كان الطلاق واقعاً عليها وهو مخير فى الالف يقر بها

لأحدهما ويحلف للآخر ما استقرض منه شيئاً وهذا غير مشكل لان حرف التخيير انما ذكر فى الاقرار لا فى الايقاع فيبقى موقعاً للطلاق على امرأته عزما ولو قال فلانة طالق ثلاثا أو فلانة وفلانة طلقت الثالثة والخيار اليه فى الاوليين لانه انما أدخل حرف التخيير بين الاوليين وابن سماعة رحمه الله تعالى يروى عن محمد رحمه الله تعالى انه يخير بين الايقاع على الاولى والأخريين بمنزلة قوله هذا طالق أو هاتان وجعل على تلك الرواية هذه المسئلة كمسئلة اليمين والفرق بينهما على ظاهر الرواية قد استقصينا شرحه في الجامع وان قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها يقع على كل واحدة منهما ثلاث تطليقات لانه عطف الثانية على الاولى ولم يذكر لها خبراً فيكون الخبر الاول خبراً للثانى كما هو موجب العطف ولانه ضم الثانية الى الاولى بقوله معها وانما يتحقق هذا الضم اذا وقع عليها مثل ماوقع على الاولى فان قال عنيت ان فلانة معها شاهدة لم يصدق فى القضاء وهو مصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه اضمر للثانية خبراً آخر وهو محتمل ولكنه خلاف الظاهر فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين فى القضاء وان قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال اشركت فلانة معها فى الطلاق وقع على الاخرى ثلاث لان لفظ الاشراك يقتضى التسوية قال الله تعالى فى ميراث أولاد الام فهم شركاء فى الثلث فيستوى فيه الذكور والاناث ولانه قد اشركها فى كل واحدة مما وقعت على الاولى وهذا بخلاف مالو قال لامرأتين له بينكما ثلاث تطليقات حيث تطلق كل واحدة اثنتين لان هناك لم يسبق وقوع شئ على واحدة منهما فتنقسم الثلاث بينهما نصفين قسمة واحدة وهنا قد وقع الثلاث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئاً مما أوقع عليها باشراك الثانية وانما يمكنه ان يسوى الثانية بها بايقاع الثلاث عليها حتى لو قال لامرأتين أشركتكما فى ثلاث تطليقات لم يقع على كل واحدة الا اثنتان ولانه لما أوقع الثلاث على الاولى فكلامه فى حق الثانية اشراك في حق كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو ينوى ان كل تطليقة بينهما فلهذا تطلق كل واحدة منهما ثلاثا وان قال لامرأتين له انتما طالقان ثلاثا ينوى ان الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون المنوي من محتملات لفظه ولكنه خلاف الظاهر فلايدين في القضاء وتطلق كل واحدة ثلاثا وكذلك لو قال لاربع نسوة له انتن طوالق ثلاثا ينوى أن الثلاث بينهن كان مدينا فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة

ألا ترى أنه قد يقال أكلن أربعة أرغفة على معنى ان كل واحدة أكلت رغيفا ولكنه خلاف الظاهر في الوصف فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة منهن ثلاثا وان قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة فهي تطليقة كاملة عندنا وعند نفاة القياس لا يقع عليها شئ لان نصف التطليقة غير مشروع وايقاع ما ليس بمشروع من الزوج باطل ولكنا نقول ما لا يحتمل الوصف بالتجزي فذكر بعضه كذكر كله فكان هو موقعاً تطليقة كاملة بهذا اللفظ وايقاع التطليقة مشروع وكذلك كل جزء سماه من نصف أو ثلث أو ربع فهو كذلك وان قال أنت طالق نصفي تطليقه فهي طالق واحدة لانه انما أوقع اجزاء تطليقة واحدة ﴿قال﴾ وان قال أنت طالق نصف تطليقة من التطليقات الثلاث وثلث تطليقة وربع تطليقة وقد دخل بها فهي طالق ثلاثا لانه أوقع من كل تطليقة من التطليقات الثلاث جزءً فانه نكر التطليقة في كل كلمة والمنكر اذا أعيد منكراً فالثاني غير الاول ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى فان مع العسر يسراً ان مع العسر يسراً لن يغلب عسر يسرين وان قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم تطلق الا واحدة لانه أضاف الاجزاء المذكورة الى تطليقة واحدة بحرف الكناية ولم يذكر ما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها فمن أصحابنا من يقول هنا تطلق اثنتين لانك اذا جمعت هذه الاجزاء المذكورة تكون أكثر من واحدة والاصح انها لا تطلق الا واحدة لانه أضاف الاجزاء المذكورة الى تطليقة واحدة بحرف الكناية فلا يقع الا واحدة ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق أن لم تصنعي كذا وكذا لعمل يعلم انها لا تصنعه أبداً نحو أن يقول أن لم تمسي السماء بيدك أو ان لم تحولي هذا الحجر ذهبا فهي طالق ساعة تكلم به بخلاف ما لو قال ان لم تدخلي الدار فان هناك لا تطلق حتى تموت لان الشرط فوات الدخول ولا يتحقق ذلك الا عند موتها فان الدخول منها يتأتى مادامت حية فاما هنا الشرط عدم مس السماء منها أو تحويل الحجر ذهبا وذلك متحقق في الحال من حيث الظاهر ولانه لا فائدة في الانتظار هنا لانه لا يحصل به عجز لم يكن ثابتاً قبله بخلاف مسئلة الدخول على ما بينا ولو وقت وقتا فقال أنت طالق ان لم تمسي السماء اليوم لم تطلق الا بعد مضى اليوم عندنا وقال بعض العلماء تطلق في الحال لان فوت الشرط متحقق في الحال ولان الوقت في اليمين المؤقت كالعمر في المطلق فكما لا ينتظر هناك موتها فكذلك هنا لا ينتظر مضى المدة ولكنا نقول عند ذكر الوقت الشرط عدم الفعل في آخر جزء من اجزاء النهار وذلك لا يتحقق

قبل مجيء ذلك الوقت ولانه بذكر الوقت قصد الترفيه على نفسه فكان هذا بمنزلة قوله أنت طالق اذا ذهب هذا اليوم فلم يذهب لايقع الطلاق ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته يامطلقة فهي طالق واحدة لانه وصفها بالطلاق حين ناداها به فكان هذا وقوله أنت طالق سواء ألا ترى أنه لو قال لها يازانية كان قاذفا لها بمنزلة قوله أنت زانية فان قال عنيت أنها مطلقة من زوج لها قبلي فان لم يكن لها زوج لا يلتفت الى كلامه لانه نوى المحال وان كان لها زوج قبله فهو مدين في القضاء ولا يقع عليها شيء لانه نوى حقيقة كلامه فان النداء في الحقيقة بوصف موجود وذلك من طلاق زوج كان قبله ولان حقيقة كلامه الوصف وهو غير الايقاع ﴿قال﴾ وان قال لها طلقتك أمس وهو كاذب كانت طالقا في القضاء فأما فيما بينه وبين الله تعالى فهي امرأته لان الاقرار اخبار محتمل للصدق والكذب الا ان دينه وعقله يحمله على الصدق ويمنعه عن الكذب فحملنا كلامه في الظاهر على الصدق فأما فيما بينه وبين الله تعالى فالمخبر عنه اذا كان كذبا لا يصير بالاخبار عنه صدقا فلهذا لايقع شيء ﴿قال﴾ ولو قال لها يابائن أو ياحرام أوما أشبه ذلك من الكلام الذي يشبه الفرقة وهو يريد بذلك ان يسميها تسمية ولا ينوي الطلاق لم تطلق لانا قد بينا في قوله انت بائن انه لايقع الطلاق الا اذا نوى لان اللفظ مبهم محتمل فكذلك في قوله يابائن فاذا قال لم انو الطلاق كان مدينا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان قال يامطلقة يريد ان يسميها بذلك ولا يريد الطلاق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضاء لان اللفظ صريح فوقوع الطلاق به يكون بعينه لا بنيته بخلاف ماسبق الا ان مانواه محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى بمنزلة قوله عنيت الطلاق عن الوثاق وكذلك لو قال لعبده ياحر يريد أن يسميه بذلك فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن يعتق به في القضاء ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته هذه اختي فهو صادق في ذلك ولا يقع عليها شيء لان هذا الكلام محتمل للاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وفي القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هوداً وبالمحتمل لاتثبت الحرمة وعلى هذا لو قال لمملوكه هذا اخي كان صادقا ولم يعتق وان قال هذه امي أو ابنتي من نسب أو رضاع أو قال هي عمتي أو خالتي من نسب أو رضاع فانه يسأل عن ذلك فان ثبت عليه فرق بينهما وان قال كذبت أوتوهمت فهي امرأته وقد بينا هذا في كتاب النكاح وذكرنا الفرق بينما اذا قال لمملوكه ولزوجته وكذلك اذا قال ياأماه أو يا بنتاه أو يا عمتاه أو يا خالتاه

أو يا أختاه أو ياجدتاه كان هذا باطلا ولاتقع به الفرقة لان في موضع النداء المراد احضارها لا تحقيق ذلك الوصف فيها ألا ترى أنه قد يناديها بما لا يتحقق فيها في موضع الاهانة كالكلب والحمار وفي موضع الاكرام كحور العين ونحوه فعرفنا أنه ليس مراده التحقيق وبدون قصد التحقيق لا عمل لهذا الكلام في قطع الزوجية فلهذا لا يقع شيء ﴿قال﴾ قال رجل لامرأته قدوهبت لك طلاقك ولا نية له فهي طالق في القضاء لان معنى كلامه هذا طلقتك بغير عوض فان هبة الشيء من غيره جعله له مجانا ولو قال بعتك طلاقك بكذا فقالت قبلت طلقت فكذلك اذا قال وهبت لك طلاقك تطلق وان لم تقبل لان اشتراط قبولها لأجل البدل وان كان ينوي بذلك أن يكون الطلاق في يدها لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر فان الهبة تزيل ملك الواهب عن الموهوب وبجعل الطلاق في يدها لا يزول ملكه عن الطلاق ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدين في القضاء لان هبة الشيء من غيره تمليك لذلك الشيء منه في الظاهر فيكون هذا تمليكا للأمر منها فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي امرأته ﴿قال﴾ واذا قال لآخر أخبر امرأتي بطلاقها فهي طالق سواء أخبرها به أو لم يخبرها لان حرف الباء للالصاق فيكون معناه أخبرها بما أوقعت عليها من الطلاق موصولا بالايقاع وذلك يقتضي ايقاعا سابقا لا محالة وكذلك لو قال إحمل اليها طلاقها أو بشرها بطلاقها فهي طالق بلغها أولم يبلغها لان معناه بشرها بما أوقعت عليها أو احمل اليها ما أوقعت عليها وكذلك لوقال أخبرها أنها طالق أو قل لها انها طالق لان الخبر وان كان يحتمل الصدق والكذب فالأصل فيه الصدق وذلك لايكون الابعد ايقاعه الطلاق عليها وكذلك لو قال لعبده وهبت لك عتقك أوتصدقت عليك بعتقك أو قال لغيره أخبره أنه حر أو بشره بأنه حر أو قل له أنه حر كان حرا لما بينا ﴿قال﴾ واذا أراد أن يطلق امرأته فقالت لاتطلقني هب لي طلاقي فقال قد وهبت لك طلاقك يريد بذلك لااطلقك فهي امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان كلامه جواب لسؤالها وهي انما سألته الاعراض عن الايقاع وقد أظهر بكلامه أنه اجابها الى ماسألته فلا يكون ذلك ايقاعا منه ولو قال لامرأته قد أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك يريد بذلك الطلاق لم تطلق لانه نوي ضد كلامه فان الاعراض عن الشيء بترك الخوض فيه وهو ضد الايقاع ولو قال قد تركت طلاقك أو قد خليت

طلاقك أوقد خليت سبيل طلاقك وهو يريد بذلك الطلاق فهى طالق لان هذا الكلام محتمل يجوز أن يكون مراده تركها بطريق الاعراض عن التصرف فيها ويجوز أن يكون المراد تركتها بأن أخرجتها من يدي بالايقاع فينوى فيه فان لم ينو الطلاق فليس بشئ وان نوى الطلاق فهو طلاق بمنزلة الكنايات ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كل يوم فان لم يكن له نية لم تطلق الا واحدة عندنا وعند زفر تطلق ثلاثا فى ثلاثة أيام لان قوله أنت طالق ايقاع وكلمة كل تجمع الاسماء فقد جعل نفسه موقعاً للطلاق عليها فى كل يوم وذلك بتجدد الوقوع حتى تطلق ثلاثا ألا ترى أنه لو قال أنت طالق فى كل يوم طلقت ثلاثا فى كل يوم واحدة ولكنا نقول كلامه صفة وقد وصفها بالطلاق فى كل يوم وهى بالتطليقة الواحدة تتصف به فى الأيام كلها وانما جعلنا كلامه ايقاعا لضرورة تحقيق الوصف وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة ألا ترى أنه لو قال أنت طالق أبداً لم تطلق الا واحدة بخلاف قوله فى كل يوم لان حرف فى للظرف والزمان ظرف للطلاق من حيث الوقوع فيه فما يكون اليوم ظرفا له لا يصلح الغد ظرفا له فيتجدد الايقاع لتحقيق مااقتضاه حرف فى وفي قوله كل يوم ان قال أردت أنها طالق كل يوم تطليقة أخرى فهو كما نوى وتطلق ثلاثا في ثلاثة أيام إما لانه أضمر حرف فى أو لانه أضمر التطليقة فكانه قال أنت طالق كل يوم تطليقة ﴿قال﴾ وكذلك لو قال أنت طالق اليوم وغداً وبعد غد فان لم يكن له نية فهى واحدة لان بوقوع الواحدة عليها تتصف بالطلاق فى هذه الايام وان نوى ثلاثا فهو كما نوى وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلاثا في اليوم الثالث إما لاضمار حرف فى أو لاضمار التطليقة ﴿قال﴾ وان قال أنت طالق مالا يجوز عليك من الطلاق أو مالا يقع عليك من الطلاق فهي طالق واحدة رجعية لان آخر كلامه لغو فانه ليس فيما يملكه الزوج عليها طلاق موصوف بما ذكر وكذلك ان قال أنت طالق ثلاثاً لا يقعن عليك أو ثلاثا لا يجزن عليك فهي طالق ثلاثا لما بينا وفى النوادر قال أنت طالق اقبح الطلاق قال عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تطلق تطليقة رجعية وعند محمد رحمه الله تعالى تطلق تطليقة بائنة لانه جعل القبح صفة للطلاق وذلك هو الطلاق المزيل للملك وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول قد يكون القبح بالايقاع فى غير وقت السنة فلا تثبت صفة البينونة بالشك ﴿قال﴾ ولو قال أنت طالق ثلاثا وأنا بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل والطلاق واقع لان اشتراط الخيار للفسخ بعد الوقوع لا للمنع عن الوقوع

والطلاق لايحتمل الفسخ بعد وقوعه فيلغو شرط الخيار فيه والعتق كذلك ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته اذهبي فتزوجي فان كان نوى طلاقا فهو طلاق وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة بائنة وان لم يكن له نية فليس بشئ لان كلامه محتمل فلا يتعين معنى الطلاق فيه الا بالنية وهو محتمل للطلاق لانه ألزمها الذهاب من بيته وروى عن محمد رحمه الله تعالى أنه لو قال لها افلحي أواستفلحي ينوى به الطلاق فهو بمنزلة قوله اذهبي لأن العرب تقول افلح بخير اى اذهب بخير وكذلك لو قال استفلحي لان معناه اطلبي فلا فكان هذا وقوله تزوجي سواء والله أعلم

باب طلاق الأخرس

﴿قال﴾ واذا طلق الأخرس امرأته فى كتاب وهو يكتب جاز عليه من ذلك مايجوز على الصحيح في كتابه لان الاخرس عاجز عن الكلام وهو قادر على الكتاب فهو الصحيح فى الكتاب سواء والاصل ان البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان لان المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب على ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكتب طلاقا أو عتاقا على مالا يتبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوى أو لم ينو لان مثل هذه الكتابة كصوت لايتبين منه حروف ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته وذلك لايجوز (والثانى) ان يكتب طلاق امرأته على مايتبين فيه الخط ولكن لاعلى رسم كتب الرسالة فهذا ينوى فيه لان مثل هذه الكتابة قد تكون للايقاع وقد تكون لتجربة الخط والقلم والبياض وفيه ينوى كما فى الالفاظ التى التى تشبه الطلاق فان كان صحيحاً تبين نيته بلسانه وان كان أخرس تبين نيته بكتابه (والثالث) ان يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امرأته أو عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق بهذا فى القضاء وان قال عنيت به تجربة الخط لايدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وهو نظير مالو قال انت طالق ثم قال عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الى المكتوب فان كان كتب امرأته طالق فهى طالق سواء بعث الكتاب اليها أو لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابى هذا فانت طالق فما لم يصل اليها لايقع الطلاق كما لو تكلم

بما كتب فان ندم على ذلك فمحى ذكر الطلاق من كتابه وترك ماسوى ذلك وبعث بالكتاب اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط ومحوه كرجوعه عن التعليق فان محي الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان الشرط لم يوجد فان ماوصل اليها ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب وأقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره وان كان الاخرس لايكتب وكانت له اشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز استحسانا وفي القياس لايقع شئ من ذلك باشارته لانه لايتبين باشارته حروف منظومة فبقي مجرد قصده الايقاع وبهذا لا يقع شئ الا ترى ان الصحيح لو أشار لايقع شيء من التصرفات باشارته ولكنه استحسن فقال الاشارة من الأخرس كالعبارة من الناطق ألا ترى أن في العبادات جعل هكذا حتى اذا حرك شفتيه بالتكبير والقرآن جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فكذلك في المعاملات وهذا لاجل الضرورة لانه محتاج الى مايحتاج اليه الناطق فلو لم تجعل اشارته كعبارة الناطق أدى الى أن يموت جوعا وهذه الضرورة لاتتأتي في حق الناطق ولهذا قلنا المريض وان اعتقل لسانه لاينفذ تصرفه باشارته لانه لم يقع اليأس عن نطقه واقامة الاشارة مقام العبارة عند وقوع اليأس عن النطق لاجل الضرورة وان لم تكن له اشارة معروفة يعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل هذه الاشارة فلا يجوز الحكم بها ولم يذكر في الكتاب حكم الطلاق بالفارسية وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الفارسى اذا قال لامرأته هستة أو قال از زنى هستة ينوى في ذلك فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة فواحدة رجعية ويستوى ان كان في حال مذاكرة الطلاق أو لم يكن وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان قال هستة ينوى فيه ولو قال از زني هستة فهي تطليقة رجعية الا أن ينوى ثلاثا وعند محمد رحمه الله تعالى في قوله بهستمت أو اززني بهستمت انه طلاق وكأنهم جعلوا هذا اللفظ تفسيراً للتخلية ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى يكون الواقع به بأئنا ولكن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا يحتمل أن يكون هذا في معنى التخلية فيكون الواقع به بأئنا ويحتمل أن يكون هذا معني لفظ آخر فلا تثبت البينونة بالشك ولكنا نقول نحن أعرف بلغتنا منهم والواقع بهذا اللفظ عندنا تطليقة رجعية سواء نوى الطلاق أو لم ينو أو نوى الثلاث أو لم ينو لان هذا اللفظ

في

فى لساننا صريح بمنزلة الطلاق فى لسان العرب وانما معنى تفسير التخلية بله كردم فينوى في ذلك والحاصل أن كل لفظ لا يستعمل الا مضافا الى النساء فهو صريح وكل مايستعمل فى النساء وغير النساء فهو بمنزلة الكناية ينوى فيه فقوله بله كردم يستعمل فى غير النساء كما يستعمل في النساء فأما قوله هسته أو بهستمت لا يستعمل الا فى النساء فيكون صريحا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى الطلاق

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا شهد شاهدان أنه طلق احدى امرأتيه بعينها وقالا قد سماها لنا لكنا نسيناها فشهادتهما باطلة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تقبل شهادتهما ويحال بينه وبينهما اذا شهدا بالثلاث حتى يبين المطلقة منهما لان الثابت بشهادتهما كالثابت باقرار الزوج ولو أقر أنه طلق احداهما بعينها وقال قد نسيتها امر أن لا يقرب واحدة منهما حتى يتذكر وهذا لان الشهادة على الطلاق مقبولة من غير دعوى وانما تنعدم الدعوي اذا لم يعرفا المطلقة منهما فوجب قبول شهادتهما بقدر ماحفظا من كلام الزوج ولكنا نقول قد أقرا على أنفسهما بالغفلة وبأنهما ضيعا شهادتهما ولان القاضى اما أن يقضى بطلاق إحداهما بغير عينها فيكون هذا قضاء بغير ماشهدا أو يقضي بطلاق احداهما بعينها ولا يتمكن من ذلك بهذه الشهادة لانهما لم يعينا وليست احداهما بأولى من الأخرى فاذا تعذر القضاء بها بطلت الشهادة لانها لاتكون موجبة بدون القضاء بخلاف اقرار الزوج فانه موجب بنفسه قبل أن يتصل به القضاء فكان ملزما اياه البيان وان شهدا أنه طلق احداهما بغير عينها ففى القياس لاتقبل هذه الشهادة أيضا لان المشهود له مجهول وجهالة المشهود له تمنع صحة الشهادة ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة ويجبر على أن يوقع الطلاق على احداهما لان الجهالة فى المشهود له لاتمنع صحة الشهادة لعينها بل لانعدام الدعوى فان الدعوى من المجهول لاتتحقق وهذا لايوجد فى الطلاق فان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوي وهما أثبتا بشهادتهما قول الزوج احداهما طالق فكأن القاضي سمع ذلك من الزوج فيجبره على أن يوقع على احداهما ﴿قال﴾ واذا قال الرجل فلانة بنت فلان طالق وسمى امرأته ونسبها ثم قال عنيت بذلك امرأة أجنبية على ذلك الاسم والنسب لم يصدق والطلاق واقع على امرأته فى

القضاء لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن وله ولاية الايقاع على امرأته دون الاجنبية فلايصدق فيما يدعى من الغاء كلامه في القضاء ولكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن ماقاله محتمل ويجوز أن يكون مراده أن فلانة طالق من زوجها على سبيل الحكاية أو على سبيل الايقاع فيكون موقوفا على اجازة الزوج ولايسع امرأته ان تقيم معه لانها مأمورة باتباع الظاهر كالقاضى فان قال هذه المرأة التى عنيتها امرأتى وصدقته فى ذلك وقع الطلاق عليها لاقرار الزوج بانها هي المطلقة ولم يصدق على ابطال الطلاق عن المرأة المعروفة بذلك لانها تعينت للطلاق فى الحكم وهو متهم فى صرف الطلاق عنها فلا يصدق الا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بطلاقها أو على اقرارهما قبل ذلك فحينئذ يقع الطلاق عليها دون المعروفة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو كان تحته معروفتان على اسم ونسب واحد فطلق بذلك الاسم والنسب كان البيان اليه يوقع الطلاق على أيتهما شاء فكذلك هنا وكذلك ان صدقته المرأة المعروفة بذلك وفى هذا نوع اشكال فان المعروفة متهمة في هذا التصديق كما ان الزوج متهم فى الاقرار ولكنه لم يعتبر هذا الجانب لان الحق لهما وقد تصادقا على قيام النكاح بينهما باعتبار أمر محتمل ولو تصادقا على النكاح ابتداء ثبت في الحكم بتصادقهما فكذلك اذا تصادقا على بقاء النكاح بينهما ﴿ قال ﴾ وان قال فلانة طالق وذلك اسم امرأته طلقت امرأته ولم يصدق على صرف الطلاق عنها لان كلامه ايقاع وله ولاية الايقاع على زوجته وقد بينا ان كلام العاقل محمول على الصحة فتعينت زوجته لهذا والعتاق في هذا قياس الطلاق وهذا بخلاف الاقرار اذا قال لفلان على ألف درهم فجاء رجل على ذلك الاسم وادعى المال لم يلزمه المال الا أن يشهد الشهود على اقراره أنه عناه لان الاقرار من المقر تصرف فى ذمته من حيث الالتزام فلا يتعين المقر له الا بدليل موجب للتعين وذلك اشارته اليه واقراره أنه عناه فأما الطلاق والعتاق تصرف على المحل بالايقاع وزوجته ومملوكته متعينة لذلك توضيحه ان جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار وبمجرد ذكر الاسم لاترتفع الجهالة وجهالة المطلقة والمعتقة لاتمنع صحة الايقاع ولان المال بالشك لايستوجب والطلاق والعتاق يؤخذ فيهما بالاحتياط وكذلك في الاقرار ولو قال لفلان بن فلان على ألف درهم فالمقر له بهذا القدر لايصير معلوما كما فى الدعوى والشهادة بذكر اسمه واسم أبيه لايصير معلوما الا بذكر اسم جده أو بنسبه ألى فخذ أويشير اليه فحينئذ يصير

معلوما ويلزمه المال له بالاقرار ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وجحد الزوج والمرأة ذلك فرق بينهما لان المشهود به حرمتها عليه والحل والحرمة حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليه من غير دعوى كما لو شهدوا بحرمتها عليه والحل والحرمة حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة وهذا لانهم يشهدون ان وطأه اياها بعد هذا زنا والشهادة على الزنا تقبل من غير دعوى فكذلك على ما يتضمن معني الزنا وعلى هذا الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعوى وفى الشهادة على عتق العبد اختلاف عند أبي حنيفة لا تقبل من غير دعوى وعندهما تقبل على ما نبينه في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ واذا كان له امرأتان احداهما نكاحها صحيح الاخرى نكاحها فاسد واسمهما واحد وقال فلانة طالق ثم قال عنيت التى نكاحها فاسد لم يصدق فى القضاء لانها بالنكاح الفاسد لم تصر محلا لوقوع طلاقه عليها فهى كالاجنبية والتي نكاحها صحيح محل لوقوع طلاقه عليها فمطلق الاسم يتناولها ولا يصدق في صرفه عنها في القضاء وان كان يصدق فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نويت أجنبية وكذلك لو قال احدي امرأتى طالق لانه أوقع الطلاق بهذا اللفظ على امرأته وهى التى صح نكاحها دون الاخري لان بالنكاح الفاسد لا تصيرهى امرأته فكانه ليس فى نكاحه الا امرأة واحدة فقال احدى امرأتي طالق ولو قال احداكما طالق لم تطلق امرأته الا أن يعينها لانه أوقع الطلاق على احدى اللتين خاطبهما وأشار اليهما واحداهما ليست بمحل لطلاقه فلا تتعين امرأته الا بالنية كما لو جمع بين امرأته وأجنبية وقال احداكما طالق ولو كان في يده عبدان فاشترى أحدهما شراء صحيحاً واشترى الآخر شراء فاسداً فقال أحدكما حر أو أحد عبدى حر فهو سواء والقول قوله فى البيان لان المشترى شراء فاسداً صار مملوكا له بالقبض وصار محلا لعتقه كالمشترى شراء صحيحاً فكان كلامه ايقاعا سواء قال أحد عبدى أو قال احدكما فكان البيان اليه بخلاف الاولى فان التى نكاحها فاسد ليست بمحل لطلاقه ﴿قال﴾ وان قال فلانة بنت فلان طالق فسمي امرأته ونسبها الى غير أبيها لم تطلق امرأته لانه ما أوقع الطلاق عليها فانه ما أضافها الى نفسه بالنكاح وما أشار اليها ولا عرفها بذكر نسبها انما ذكر امرأة أخرى وأوقع الطلاق عليها بما ذكر من الاسم والنسب فلا يتناول ذلك امرأته كما لو أشار الى أجنبية وقال أنت طالق لم تطلق امرأته وكذلك لو قال فلانة الهمدانية طالق

وامرأته تميمية لم تطلق وكذلك لو قال فلانة العمياء طالق وامرأته صحيحة العينين فان نوى امرأته بهذا كله طلقت لانه قصد الايقاع عليها بذكر اسمها وما زاد على ذلك فضل من الكلام وفي هذا تشديد عليه فتعمل نيته وان كان اسم امرأته زينب فقال فلانة طالق يعنى امرأته وانما قال فلانة ولم يسمها فالطلاق واقع عليها وان لم يعنها لم تطلق لانه أوقع الطلاق بذكر مطلق الاسم ومطلق الاسم كما يتناولها يتناول غيرها فكان هذا بمنزلة الايقاع بلفظ الكناية فينوي فى ذلك لكون اللفظ مبهما محتملا واذا شهد شاهد على تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد بتطليقة والآخر بثلاث لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما وابن أبي ليلى تقبل على الاقل لان المعتبر اتفاق الشاهدين فى المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالتخلي تقبل وقد اتفق الشاهدان على الاقل لان الاقل موجود فى الأكثر فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الاقل وكذلك لو شهد احدهما أنه قال لها أنت طالق والآخر أنه قال لها أنت طالق وطالق أو شهد احدهما أنه طلقها والآخر أنه طلقها وضرتها تقبل شهادتهما على طلاقها لاتفاق الشاهدين عليه ولان الموافقة كما تراعى بين الشاهدين تراعي بين الدعوى والشهادة ثم لو ادعى الفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق فكذلك اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بالفين ينبغى أن تقبل على الأقل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اختلف الشاهدان فى المشهود به لفظا ومعنى فلا تقبل الشهادة كما لو قال احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انه قال لها انت برية وانما قلنا ذلك لان احدهما شهد بالواحدة والاخر بثنتين أو بثلاث والواحدة أصل العدد لا تركب فيها والاثنان والثلاث إسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ومن حيث ان اللفظ الواحد غير التثنية والجمع والدليل عليه ان مدعى الاثنين أوالثلاثة لايكون مقراً بالواحد اذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتدا بالشرك بعد ذلك فينبغي ان تقبل ولان التطليقتين اسم واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزياد ونصر وناصر وكذلك فى الالف والألفين واذا ثبتت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضى من القضاء بشئ بخلاف الألف مع الألف

وخمسمائة فانهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر فيحصل الاتفاق بينهما على الألف لفظا ومعنى وكذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فان الاتفاق هناك في اللفظ ليس بشرط فاما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط الا ترى انه لو أدعى الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لاتقبل وهذا لان الشهادة تعتمد اللفظ ألا ترى انها لاتقبل مالم يقل اشهد والذي يبطل مذهبهما ماذكر في كتاب الرجوع لو شهد شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ولو اعتبر ماقالا ان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا وان شهد أحدهما أنه طلقها ان دخلت الدار وأنها قد دخلت وشهد الآخر أنه طلقها ان كلمت فلانا وأنها قد كلمت فلانا فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما أوقع الطلاق بغير ما أوقع به صاحبه وانما شهد كل واحد منهما بتعليق آخر من الزوج وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين فان شهد احدهما أنه طلقها ثلاثا وشهد الآخر أنه قال لها أنت علىّ حرام ينوي الثلاث فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لفظاً وكذلك ان اختلفا في ألفاظ الكنايات كالخلية والبرية لان هذه الالفاظ عندنا تعمل بحقائق موجباتها فيكون أحدهما شاهداً بالتخلية والآخر بالبراءة وكذلك الاختلاف في مقادير الشروط التي علق بها الطلاق وفي التعليق والارسال وفي مقادير الجعل وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها كل ذلك اختلاف في المشهود به لفظاً ومعنى فيمتنع القضاء بهذه الشهادة لانه ليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتمكن القاضي من القضاء واذا شهد احدهما أنه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها وشهد الآخر أنه قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق وحدها وقد دخلت فلانة فهي طالق وحدها لانهما اتفقا على أن الشرط دخولها واتفقا أن الجزاء طلاقها انما تفرد أحدهما بزيادة جزاء معطوف على طلاقها فيثبت ما اتفقا عليه ولا يثبت ماتفرد به أحدهما ﴿ قال ﴾ وتجوز شهادة رجل وامرأتين على طلاق المرأة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد بينا هذا في النكاح وفي الكتاب قال روي عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز شهادة رجل وامرأتين في النكاح ﴿قال﴾ والطلاق عندنا بمنزلته ولا يجوز أقل من ذلك حتى اذا شهد بالطلاق رجل وامرأة أو شهد

به أربع نسوة ليس معهن رجل لا تقبل لان الطلاق مما يطلع عليه الرجال ﴿قال﴾ ولا يجوز شهادة الولد على أبيه ولا على غيره بطلاق أمه اذا ادعت ذلك أمه لانه شاهد لها والولد متهم فى حق أمه فان قيل لا معتبر بدعواها فى الشهادة على الطلاق ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن اذا وجدت الدعوى منها ففي شهادته اظهار صدق دعواها وفيه منفعة لها حتى لو كانت هي تجحد ذلك مع الاب كانت شهادته مقبولة عليهما وعلى هذا لو شهد الاب علي طلاق ابنته لا تقبل اذا ادعته ويجوز شهادة الاب مع رجل آخر على ابنه بطلاق امرأته وكذلك شهادة الابن على ابيه اذا لم تكن لأمه والحاصل أن الشهادة على الطلاق بمنزلة الشهادة على سائر الحقوق تقبل من الولد علي الوالدين ولا تقبل لهما وتقبل من المسلمين على أهل الذمة ولا تقبل من أهل الذمة على المسلمين ﴿ قال ﴾ واذا زوج رجل أخته ثم شهد هو وآخر على الزوج بطلاقها تقبل لان شهادة الاخ للأخت بسائر الحقوق مقبولة فكذلك الطلاق وهذا لان الطلاق حادث بعد النكاح لاصنع للأخ فيه فلا يمتنع شهادته عليه بسبب مباشرته للنكاح بخلاف ما لو شهد على أصل النكاح أن المرأة قد أجازته فان شهادته لا تقبل لانه هو المزوج وقد قصد بشهادته تتميم فعله فلا تقبل شهادته لهذا ﴿ قال ﴾ واذا شهد شاهدان على رجل بالطلاق قبل الدخول فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للزوج ذلك إما لانهما قررا عليه ما كان على شرف السقوط بمجيء الفرقة من جانبها والمقرر كالموجب أو لان وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط لجميع الصداق الا أن يكون مضافا الى الزوج فهما باضافة السبب الى الزوج وهو الطلاق منعا العلة المسقطة من أن تعمل عملها في النصف فكان ذلك كالايجاب منهما فيضمنان اذا رجعا وان رجع أحدهما ضمن الربع وان كان الشاهد رجلا وامرأتين ثم رجعت امرأة فعليها ثمن المهر وان رجعوا جميعاً فعلى الرجل ربع المهر وعلى كل امرأة ثمن المهر لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة فان عند الاختلاط كل امرأتين تقومان مقام رجل ثم المعتبر في الرجوع بقاء من بقي على الشهادة لارجوع من رجع حتى لو شهد ثلاثة نفر بحق ثم رجع أحدهم لم يضمن شيئاً لانه قد بقي على الشهادة من يثبت جميع الحق بشهادته فان كان الشاهد بالطلاق رجلين وامرأتين ثم رجع رجل وامرأة كان عليهما ثمن المهر أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه قد بقي على الشهادة من يقوم ثلاثة أرباع الحق به فانما انعدمت الحجة فى قدر الربع فلهذا ضمنا ذلك

القدر أثلاثا فان رجعت المرأة الاخرى أيضا لزمها مع الراجعين الاولين ربع المهر لانه قد بقي على الشهادة رجل وهو يقوم بنصف الحق ثم نصف هذا الربع على الرجل الراجع ونصفه على المرأتين وان رجعوا جميعاً كان على المرأتين سدس المهر وعلى الرجلين الثلث لان الثابت بشهادة كل رجل مثل الثابت بشهادة المرأتين ﴿قال﴾ وان شهد رجلان بالدخول ورجلان بالطلاق فالزم القاضى الزوج كمال المهر ثم رجع شاهدا الطلاق فلا شئ عليهما عندنا وعلى قول الشافعي عليهما ضمان مهر المثل لان شاهدى الدخول ثابتان على الشهادة فصار كان الدخول ثابت باقرار الزوج فبقيت شهادة الآخرين بالطلاق بعد الدخول وذلك غير موجب للضمان عليهما اذا رجعا عندنا لان البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم واتلاف ما ليس بمتقوم لا يوجب الضمان عليهما وعنده البضع متقوم عند خروجه من ملك الزوج بمهر المثل كما أنه متقوم عند دخوله في ملك الزوج وقد بينا الفرق بينهما فى كتاب النكاح ثم نقول لما كان جميع المهر يثبت بشهادة شاهدى الدخول وهما ثابتان على الشهادة لم يضمن الراجعان شيئاً وان رجع شاهدا الدخول ولم يرجع شاهدا الطلاق فعليهما نصف المهر لانه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المهر ألا ترى أنه لو لم يوجد شاهدا الدخول كان القاضي يقضي بنصف المهر بشهادة شاهدى الطلاق فانما انعدمت الحجة برجوعهما في نصف المهر فيضمنان ذلك وان رجع أحد شاهدى الدخول وأحد شاهدى الطلاق لم يكن على شاهد الطلاق شئ لان الثابت بشهادته وشهادة صاحبه نصف المهر وقد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المهر وهو أحد شاهدى الدخول وأحد شاهدى الطلاق فلهذا لا يضمن شاهد الطلاق شيئاً ويضمن شاهد الدخول ربع المهر لان الحجة قد انعدمت فى قدر الربع وحقيقة المعنى فيه أن نصف المهر ثابت بشهادة شاهدى الدخول خاصة والنصف الآخر ثابت بشهادة الاربعة فالنصف الذى هو ثابت بشهادتهم قد بقي كمال الحجة فيه ببقاء اثنين على الشهادة والنصف الذى قد ثبت بشهادة شاهدى الدخول بقي نصفه ببقاء أحدهما على الشهادة وانعدمت الحجة فى نصفه فلهذا ضمن شاهد الدخول ربع المهر وان رجع شاهدا الطلاق مع احدى شاهدى الدخول كان عليهم ضمان نصف المهر لانه قد بقي من يثبت بشهادته نصف المهر وهو أحد شاهدى الدخول فانما انعدمت الحجة في النصف نصف هذا النصف علي شاهد الدخول والنصف الآخر عليهم أثلاثا لان نصف المهر ثبت بشهادة شاهدى

الدخول وقد بقي نصفه ببقاء أحدهما فيجب نصفه على الآخر والنصف الآخر ثبت بشهادة الاربعة وقد بقي واحد على الشهادة فيبقي نصف ذلك النصف ببقائه وتنعدم الحجة في نصفه فيكون عليهم اثلاثا وان رجعوا جميعا كان على شاهدى الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شاهدى الطلاق ربع المهر لان النصف يثبت بشهادة شاهدى الدخول خاصة فضمان ذلك عليهما اذا رجعا والنصف الآخر يثبت بشهادة الاربعة فيكون عليهم أرباعا نصفه على شاهدى الدخول ونصفه على شاهدى الطلاق ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد واحد على الطلاق فسألت المرأة القاضى أن يضعها على يدى عدل حتي تأتى بشاهد آخر لم يفعل ذلك ودفعها الى زوجها حتي تأتى ببقية شهودها لان قيام النكاح والحل بينهما معلوم وبشهادة الواحد لم يثبت سبب الحرمة لانها شطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم فيتمسك القاضي بما كان معلوما له حتى يثبت عنده العارض فان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا وادعت أن بقية شهودها في المصر وشاهدها هذا عدل حال بينها وبين الزوج وأجلها ثلاثة أيام حتى ينظر ماتصنع فى شاهدها الآخر وهذا استحسان وفى القياس لا يحول بينه وبينها لان الحجة لم تتم ولكنه استحسن فقال للشهادة طرفان العدد والعدالة ولو وجد تمام العدد تثبت به الحيلولة قبل ظهور العدالة بأن شهد رجلان مستوران فكذلك اذا وجدت العدالة وهذا لان الذى يسبق الى وهم كل أحد أن العدل صادق فى شهادته وباب الفرج مبنى على الاحتياط وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر على الزوج ولكن مع هذا لا تكون هذه الحيلولة واجبة على القاضى بل ان فعل فحسن وان لم يفعل ودفعها الى الزوج فلا بأس لان حجة القضاء به لم تتم ألا ترى أنه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه ﴿قال﴾ واذا شهد شاهد على تطليقة بائنة وشهد آخر على تطليقة رجعية فشهادتهما جائزة على تطليقة رجعية لانهما اتفقا على أصل الطلاق وانما تفرد أحدهما بزيادة صفة البينونة فلا يثبت ماتفرد به أحدهما والدليل لهما على أبى حنيفة رحمه الله فى الثلاث مع الواحدة يقولان تفرد أحدهما بالبينونة الغليظة كتفرد أحدهما بالبينونة الخفيفة وعند أبى حنيفة الطلاق اذا قرن بالعدد كان العامل هو العدد وكل واحد منهما شاهد بالوقوع بلفظ آخر هناك فاما هنا وان الحق صفة البينونة بالطلاق فوقوع الطلاق يكون بلفظ الطلاق وقد اتفق الشاهدان عليه لفظا توضيحه ان بصفة البينونة لا يتغير اصل الطلاق الا ترى ان بمضى العدة ينقلب الرجعي بائنا فاما بانضمام الثاني والثالث

يتغير حكم أصل الطلاق ولو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة جازت شهادتهما في الواحدة لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعني ولو شهد أحدهما علي انه طلقها واحـدة وشهد الآخر انه طلقها واحدة وعشرين أو واحدة ونصفا فقد اتفقا على الواحدة في لفظهما وتكلما بها انما تفرد أحدهما بزيادة لفظ آخر معطوف على لفظ الواحد فيثبت ما اتفقا عليه وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبينما اذا شهد أحدهما بواحدة والآخر باحد عشر قال هناك أحد عشر اسم واحد لانعدام حرف العطف فالشاهد بها لايكون شاهدا بالواحدة لفظا فاما واحدة وعشرون اسمان بينهما حرف العطف فالشاهد بها شاهد بالواحدة لفظا ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما انه طلقها واحدة وشهد الآخر انه طلقها نصف واحدة أو شهد أحدهما على نصف واحدة والآخر على ثلث واحدة لم تقبل الشهادة عند ابى حنيفة رحمه الله وتقبل عندهما لان المعتبر عندهما الاتفاق فى المعنى وقد وجد فان نصف التطليقة وثلثها كلها وعند ابى حنيفـة يعتبر اتفاق الشاهـدين لفظا ومعنى وبين النصف والكل مغايرة على سبيل المضادة وكذلك النصف غير الثلث فلم يوجـد اتفاق الشاهـدين لفظاً فلهذا قال لا تقبـل الشهادة وان شهد أحدهما أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة وشهد الآخر أنه قال فلانة طالق يسمى الأولى فقـد جازت الشهادة على طلاق الأولى لاتفاق الشاهـدين على ذلك لفظا ومعنى وما تفرد أحدهما من الزيادة لم يثبت وان شهد أحدهما أنه قال أنت طالق الطلاق كله وشهد الآخر أنه قال أنت طالق بعض الطلاق فعندهما يقضى بتطليقة واحدة لاتفاق الشاهدين عليها معني وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاتقبل هذه الشهادة لاختلافهما لفظاً والمغايرة بين الكل والبعض على سبيل المضادة ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه قال لها أنت طالق وشهد الآخر انه اقر انه طلقها فالشهادة جائزة لان الطلاق قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة فاختلاف الشهود فى الانشاء والاقرار لايكون اختلافاً في المشهود به وكذلك ان اختلفا فى المكان والزمان لان القول مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول فباختلافهما في المكان والزمان لايختلف المشهود به لفظا بخلاف الافعال كالغصب والقتل ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه طلقها بمكة يوم النحر وشهد الآخر أنه طلقها فى ذلك اليوم بالكوفة كانت شهادتهما باطلة لا لان المشهود به مختلف ولكن لانا تيقنا بكذب أحدهما فان الشخص الواحد فى يوم واحد لايكون بمكة والكوفة واذا كانت تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى ولا

يقال هذا يتحقق فى كرامات الاولياء لان مثل ذلك الولى لا يجحد ما أوقع من الطلاق حتى يحتاج الى إثباته عليه بالبينة ولانا نبني الاحكام على الظاهر ﴿ قال ﴾ ولو شهدا بذلك على يومين متفرقين بينهما من الايام قدر مايسير الراكب من الكوفة الى مكة تقبل شهادتهما لان تهمة الكذب هنا منتفية لظهور عدالتهما وانما تعدد مكان ماشهدا به وباختلاف المكان لا يختلف المشهود به وهو الطلاق ﴿ قال ﴾ ولو شهد شاهدان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة وشهد شاهدان أنه طلق زينب يوم النحر بمكة أو أعتق عبده فشهادتهم جميعاً باطلة لان القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتعذر عليه العمل بشهادتهما ﴿ قال ﴾ فان جاءت إحدى البينتين قبل صاحبتها فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت اليها لان الاولى تأكدت بقضاء القاضى فتعين الكذب فى الأخري إذ لا يجوز نقض القضاء بالشك وهو نظير مالو ادعى رجلان نكاح امرأة وأقام كل واحد منهما البينة واستويا لم يقض القاضى لواحد منهما ولو سبق احدهما باقامة البينة وقضى له ثم أقام الآخر البينة لم تقبل بينته لهذا المعنى ﴿قال﴾ ولو قال لامرأتين له ايتكما أكلت هذا الطعام فهى طالق فجاءت كل واحدة منهما بالبينة أنها أكلته فشهادتهم جميعا باطلة لتيقننا بكذب أحد الفريقين فالشرط أكل جميع الطعام من واحدة ولا يتصور أن تأكل كل واحدة منهما جميع الطعام فان جاءت احدي البينتين قبل الاخرى فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لان بقضائه تعين معني الصدق في شهادة الفريق الاول فيتعين معنى الكذب في شهادة الفريق الثانى وان كانتا أكلتاه لم تطلق واحدة منهما لان الشرط أكل الواحدة جميع الطعام فان كلمة أي تتناول كل واحدة من المخاطبتين علي الانفراد وقد بينا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب طلاق المريض

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا طلق المريض امرأته ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات وهى فى العدة فلا ميراث لها منه فى القياس وهو أحد أقاويل الشافعى رضى الله تعالي عنه وفى الاستحسان ترث منه وهو قولنا وقال ابن أبى ليلى وان مات بعد انقضاء عدتها ترث منه مالم تتزوج بزوج آخر وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه وقال مالك رحمه الله وان مات

بعد ماتزوجت بزوج آخر فلها الميراث منه وجه القياس أن سبب الارث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات والحكم لا يثبت بدون السبب كما لو كان طلقها قبل الدخول ولان الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان فى صحته أو فى مرضه فكذلك اذا انقطعت الزوجية ولكنا استحسنا لا تفاق الصحابة رضى الله تعالى عنهم فقد روى ابراهيم رحمه الله تعالى قال جاء عروة البارقى الى شريح من عند عمر رضى الله تعالى عنه بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امرأته ثلاثا ورثته اذا مات وهي فى العدة وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن الفزارى كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله عنه ففارقها بعد ما حوصر فجاءت الى علي رضي الله عنه بعد ما قتل وأخبرته بذلك فقال تركها حتى اذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه وان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه طلق امرأته تماضر آخر التطليقات الثلاث فى مرضه فورثها عثمان رضى الله عنه وقال ما اتهمته ولكني أردت السنة وعن عائشة رضى الله عنها أن امرأة الفار ترث ما دامت فى العدة وعن أبيّ بن كعب رضى الله عنه أنها ترث مالم تتزوج وقال ابن سيرين كانوا يقولون من فر من كتاب الله تعالى رد اليه يعنى هذا الحكم والقياس يترك باجماع الصحابة رضى الله عنهم فان قيل لا اجماع هنا فقد قال ابن الزبير رضى الله عنه فى حديث تماضر لوكان الامر الى لما ورثتها وقال عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ما طلقتها ضراراً ولا فراراً قلنا معنى قول ابن الزبير رضى الله عنه ما ورثتها أي لجهلي بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفي عليه مالم يخف على عثمان رضي الله عنه وفى بعض الروايات انها سألته الطلاق فمعنى قولها ما ورثتها لانها سألته الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضى الله عنه اياها بعد سؤالها الطلاق دليل علي انه كان يورثها قبله وقد قيل ماسألته الطلاق ولكنه قال لها اذا طهرت فآذنيني فلما طهرت آذنته وبهذا لا يسقط ميراثها وابن عوف رضى الله عنه لم ينكر التوريث انما نفي عن نفسه تهمة الفرار حتى روي ان عثمان رضي الله عنه عاده فقال لومت ورثتها منك فقال أنا أعلم ذلك ماطلقتها ضرارا ولا فرارا والمعنى فيه انه قصد ابطال حقها عن الميراث بقوله فيرد عليه قصده كما لو وهب جميع ماله من انسان وانما قلنا ذلك لان بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث ثم استحقاق الميراث بالسبب والمحل فاذا كان تصرفه فى المحل يجعل

كالمضاف الى مابعد الموت حكما ابقاء لحق الوارث فتصرفه بالسبب بالرفع يجعل كالمضاف الى ما بعد الموت حكما بل أولى لان الحكم يضاف الى السبب دون المحل واذا صار كالمضاف كان النكاح بينهما قائماً عند الموت حكما ولهذا قال ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه ان عدتها في حق الميراث لا تنقضى حتى ان لها الميراث مالم تتزوج فاذا تزوجت فهي التى رضيت بسقوط حقها ولها ذلك كما لو سألته الطلاق في الابتداء ولكنا نقول لما انقضت عدتها حل لها أن تتزوج وذلك دليل حكمي مناف للنكاح الاول فلا يبقي معه النكاح حكما كما لو تزوجت وهو نظير وجوب الصلاة على التى انقطع دمها فيما دون العشرة بمضى الوقت يجعل كاداء الصلاة في الحكم بانقضاء العدة وما قاله مالك من بقاء الميراث بعد التزوج بعيد لان المرأة الواحدة لا ترث من زوجين بحكم النكاح وما قاله يؤدى الى هذا ثم بعد انقضاء العدة يكون مسقطاً حقها بعوض فانها تقدر على أن تتزوج بزوج آخر فتستحق ميراثه وذلك صحيح من المريض كما لو باع ماله بمثل قيمته فاما قبل انقضاء العدة يكون هذا ابطالا لحقها بغير عوض لانها لا تقدر على التزوج وهذا بخلاف النسب فانه لا ينقطع بمجرد قوله انما ينقطع بقضاء القاضى باللعان وذلك أمر حكمى ثم النسب بعد ثبوته لا ينقطع ولكن يتبين بنفيه أنه لم يكن ثابتا في ولد أم الولد فيتبين أنه لم يكن له حق في ماله ولكن الكلام من حيث المعنى ليس بقوى فان بعد ثبوت حرمة المحل اما بالطلقات الثلاث أو بالمصاهرة يتعذر ابقاء النكاح حكما ولكن يجعل بقاء العدة التى هى حق من حقوق النكاح كبقاء النكاح في حكم التوريث باتفاق الصحابة رضوان الله عليهم ولهذا لو كان الطلاق قبل الدخول لا ترث لانه لا عدة عليها ولكن هذا في ابقاء ما كان ثابتا لا في اثبات مالم يكن ثابتا حتى لو كان صحيحا حين طلقها لم ترث منه وانما أقمنا العدة مقام النكاح لدفع الضرر عنها فاذا كان الطلاق بسؤالها فقد رضيت هى بسقوط حقها فلا ميراث لها منه وان مات وهي في العدة ﴿ قال ﴾ وان كانت المرأة أمة أو كتابية حين أبانها في مرضه ثم أعتقت الأمة وأسلمت الكتابية فلا ميراث لها منه وان مات وهي في العدة لانه لم يكن فاراً من ميراثها يوم طلق اذ لم يتعلق حقها بماله في المرض فلو ورثت كان فيه اقامة العدة مقام النكاح في ابتداء الاستحقاق بعد العتق والاسلام وذلك غير ما اتفق عليه الصحابة رضوان الله عليهم فلا يمكن اثباته بالرأى ﴿ قال ﴾ ولو طلق المريض امرأته تطليقة رجعية ثم مات بعد انقضاء العدة فلا

ميراث لها منه لانعدام السبب عند الموت حقيقة وحكما وابهامات قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لانتهاء النكاح بينهما بالموت واذا طلقها في مرضه تطليقة بائنة ثم صح من مرضه ثم مات من غير ذلك المرض وهي في العدة فلا ميراث لها منه عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى ترث منه لانه صار متهما بالفرار حين طلقها في مرضه ولان حقها كان متعلقا بماله عند الطلاق وعند الموت فلا يعتبر ماتخلل بينهما فكانه لم يصح حتى مات في مرضه ولكنا نقول حقها انما يتعلق بماله بمرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت ولم يوجد ذلك وكل مرض يعقبه برء فهو بمنزلة حالة الصحة فكانه طلقها وهو صحيح ثم مرض ومات وان كانت المرأة هي التي ماتت في جميع هذه الوجوه لم يرثها الزوج لأنه رفع السبب باختياره ولم يكن له حق في مالها في حال قيام الزوجية ليبقى ذلك ببقاء العدة ثم جمع بين فصول أربعة أحدها أن يعلق طلاقها بفعل نفسه والثاني أن يعلق بفعل أجنبي والثالث بمجيء الوقت والرابع بفعلها وكل فصل من ذلك على وجهين إما أن يكون التعليق والوقوع في المرض أو التعليق في الصحة والوقوع في المرض أما الفصل الاول وهو ما اذا علق بفعل نفسه وقال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم دخل الدار فلها الميراث اذا مات وهي في العدة أما اذا كان التعليق والوقوع في المرض فلانه متهم بالفرار والقصد الى ابطال حقها عن ماله وان كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض فكذلك لانه لما أقدم على الشرط في المرض مع علمه ان التطليقات عنده تقع فقد صار قاصداً الى ابطال حقها فيجعل ذلك كتنجيز الطلاق في هذه الحالة ويستوي ان كان الشرط فعلا له منه بد أولا بد له منه كالأكل والشرب والصلاة لانه ان لم يكن له من الفعل بد فقد كان له من التعليق ألف بد فأما اذا علق بفعل أجنبي فان كان التعليق في المرض فلها الميراث لانه قاصد ابطال حقها عن ماله فهذا والتنجيز في حقه سواء وان كان التعليق في الصحة ففعل ذلك الفعل الأجنبي في مرضه فلا ميراث لها منه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز من المعلق فيصير عند فعل الأجنبي كأن الزوج طلقها ثلاثا وهو مريض ولكنا نقول لم يوجد من الزوج قصد الفرار لانه حين علق لم يكن لها حق في ماله ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك في وجود الشرط ولا كان متمكنا من المنع لانه ما كان يقدر على ابطال التعليق ولا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط فاما اذا كان التعليق بمضي الوقت

بأن قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق فان كان التعليق فى المرض فلها الميراث منه لوجود قصده الى ابطال حقها بعد ماتعلق بماله وان كان التعليق فى الصحة ثم جاء رأس الشهر وهو مريض لم ترثه عندنا لما بينا وقال زفر رحمه الله تعالى ترثه وهذا والاول سواء وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا غداً ثم مرض قبل مجيء الغد فأما اذا علق بفعلها فان كان التعليق في المرض والفعل فعل لها منه بد كدخول الدار وكلام أجنبي ففعلت فلا ميراث لها لانها لما أقدمت على ايجاد الشرط مع استغنائها عنه فقد صارت راضية بسقوط حقها عن ماله فيكون هذا بمنزلة مالو سألته الطلاق وان كان الفعل فعلا لا بد لها منه كالاكل والشرب والصلاة المكتوبة وكلام الابوين أو أحد من ذوي الرحم المحرم منها فلها الميراث اذا مات وهى فى العدة لانها مضطرة الى ايجاد هذا الشرط فلا تصير بالاقدام عليه راضية بسقوط حقها من ماله وتقاضى دينها من الفعل الذى لا بد لها منه اذا كانت تخاف فوت حقها بترك التقاضي فأما اذا كان التعليق فى الصحة ففعلت في المرض فان كان لها من الفعل بد فلا اشكال انها لا ترث وان لم يكن لها من الفعل بد فلها الميراث في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولا ميراث لها فى قول محمد رحمه الله تعالى لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن لها فى ماله حق فلا يتهم بقصده الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع وأكثر ما فى الباب أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء رأس الشهر وقد بينا أن هناك لا ترث اذا كان التعليق فى الصحة فكذلك هنا وهما يقولان هي مضطرة الى الاقدام على هذا الفعل فانها ان لم تقدم تخاف على نفسها أو تخاف العقوبة وان أقدمت سقط حقها فكانت مضطرة ملجأة وهو الذى ألجأها الى ذلك والاصل أن الملجأ يصير آلة للملجئ والفعل فى الحكم كالموجود من الملجئ كالمكره على اتلاف المال فبهذا المعني تصير كان الفعل وجد من الزوج حكماً فلها الميراث ﴿قال﴾ واذا بانت بالايلاء فى مرضه فان كان الايلاء منه فى مرضه فلها الميراث اذا مات وهى فى العدة وان كان أصل الايلاء في صحته فلا ميراث لها لان المولى فى المعنى يصير كأنه قال ان مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق تطليقة بائنة وقد بينا فى التعليق بمجيء الوقت انه ان كان التعليق فى المرض فلها الميراث وان كان التعليق في الصحة فلا ميراث لها فكذلك فى الايلاء ولو قال المريض لامرأته ان شئت فانت طالق ثلاثا فشاءت أو خيرها فاختارت نفسها لم ترث منه لانها رضيت بسقوط حقها فكانها سألته الطلاق أو

اختلعت منه ﴿ قال ﴾ ولو قال لها وهو مريض اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا فجاء رأس الشهر وهو صحيح فلا ميراث لها وكذلك لو آلى منها وهو مريض وتمت المدة وهو صحيح لانه حين وقعت الفرقة بينهما لم يكن لها حق في ماله فكانه نجز طلاقها في هذه الحالة ولو قال لها وهو صحيح اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا ثم مرض ومات ورثته لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولما جعل الشرط مرضه مع علمه أن بمرضه يتعلق حقها بماله فقد قصد الفرار وكان أبو القاسم الصفار يقول لا ترثه لان الطلاق يقع عليها عند ابتداء مرضه وعند ذلك هو لايكون صاحب فراش والمريض الذى يتعلق حق الوارث بماله مايضنيه ويجعله صاحب فراش وان قال في مرضه قد كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وقع الطلاق عليها ساعة أقر ولها الميراث منه لانه متهم بالفراربهذا الاقرار كما يكون متهما بانشاء الطلاق وهذا لانه فى الاسناد الى حالة الصحة متهم في حقها لانه لو أنشأ الطلاق فى هذه الحالة لم يسقط ميراثها فلهذا لايقبل قوله في الاسناد فى حقها ﴿ قال ﴾ وان أقر في مرضه أنه قدجامع أم امرأته فى الصحة أو أن بينهما رضاعاً أو انه تزوجها بغير شهود أو فى عدة من زوج كان لها قبله لم يصدق فى ابطال ميراثها لكونه متهما فى ذلك ويجعل هذا كانشاء سبب الفرقة منه ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته فى مرضه اذا صححت فأنت طالق ثم صح من مرضه وقع الطلاق عليها لوجود الشرط ولاميراث لها ان مرض بعد ذلك ومات لانه حين وقع الطلاق عليها لم يكن لها حق فى ماله فلا يكون هو قاصدا الفرار ﴿ قال ﴾ ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا قبل ان أقتل أو قبل ان أموت من مرض كذا وكذا بشهر فمات مما قال أو من غيره قبل مضى شهر أو بعده لم تطلق لان ما عرف الوقت به ايس بكائن لا محالة فصار فى معنى الشرط بمنزلة قدوم فلان على ما تقدم ولو وقع الطلاق لوقع بعده ولا نكاح بينهما بعد ما قتل فلهذا لا تطلق ولها الميراث فان قال أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ونصف أو بأقل من شهرين فمات بعد مضى ذلك الوقت الذى قاله فجاة أو مرض ثم مات وقع الطلاق عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قبل موته كما قال ولها الميراث وعندهما لا تطلق لما بينا أن عندهما الموت يصير في معني الشرط وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو معرف للوقت فانما يقع الطلاق من أوله ولكن عدتها لا تنقضى بما دون الشهرين فكان لها الميراث ويصير الزوج فارا لان الطلاق

لايقع مالم يشرف على الموت ويتعلق حقها بماله وان كان قال قبل موتى بشهرين أو بأكثر من ذلك ثم مات قبل مضى الشهرين لم يقع الطلاق ولها الميراث لان الوقت الذى أضاف اليه الطلاق يوجد بعد كلامه وان عاش مثل ما سمي أو أكثر ثم مات وقع عليها الطلاق قبل موته بما سمي ولا ميراث لها منه لان العدة قد تنقضى في شهرين بثلاث حيض وكذلك لو كان وقت وقوع الطلاق مريضاً اذا كان الكلام فى الصحة وان كانت صغيرة أو آيسة فعدتها ثلاثة أشهر ولها الميراث الا أن يسمى من الوقت ثلاثة أشهر أو أكثر وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأما عندهما لا يقع الطلاق فى شئ من ذلك وان وقت سنة ولها الميراث لان عندهما الموت فى معنى الشرط فلو وقع الطلاق لوقع بعده ﴿ قال ﴾ واذا قال لها وهو صحيح أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر ثم مات فجأة بغير مرض فلها الميراث لانه ذكر الموت فيما وقع عليها من الطلاق فيصير به فارا من ميراثها وان استند الوقوع الى حالة الصحة اذا مات قبل انقضاء العدة ﴿ قال ﴾ واذا طلق المريض امرأته واحدة بائنة ثم تزوجها فى عدتها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعليها عدة مستقبلة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى باعتبار أن الدخول السابق على العقد الثاني يجعل كالموجود بعده وقد بينا هذا فى كتاب النكاح فلها المهر كاملا والميراث وله عليها الرجعة مادامت فى العدة وكذلك لو كان الطلاق الاول فى الصحة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله تعالى لارجعة له عليها ولها نصف المهر وتتم بقية عدتها من الطلاق الاول لان الطلاق فى النكاح الثانى حصل قبل الدخول ولم يبين حكم الميراث ولا ميراث لها منه عند محمد رحمه الله تعالى لانه لم يلزمها العدة بالطلاق الثانى لأنه طلاق قبل الدخول وحكم الفرار لا يثبت بالطلاق قبل الدخول ﴿قال﴾ واذا اختلعت نفسها من زوجها فى مرضه أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها فلا ميراث لها منه لان وقوع الفرقة بفعلها إما بقبولها البدل أو بايقاعها الطلاق على نفسها وهذا أبين في اسقاط حقها من سؤال الطلاق ﴿قال﴾ واذا قال المريض لامرأته وهى أمة أنت طالق غداً ثلاثا وقال المولى لها أنت حرة غداً فجاء الغد وقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها منه لان الزوج حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار اذ لم يكن لها حق فى ماله يومئذ ولان الطلاق والعتاق يقعان معا لان كل واحد منهما مضاف الى الغد ثم العتق يصادفها وهى رقيقة فكذلك

الطلاق يصادفها وهي رقيقة فلا ميراث لها وكذلك لو كان المولى تكلم بالعتق قبل كلام الزوج لان العتق لم يلزمه بقول المولى ألا ترى أنه يمكنه أن يبيعها ولا تعتق غدا فلا يصير الزوج فاراً ولان الوقوع يصادفها وهي رقيقة فلو ثبت حقها في ماله انما يثبت بعد العتق ولا نكاح بينهما بعد العتق ﴿قال﴾ واذا قال اذا أعتقت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً لان الطلاق هنا انما يقع بعد العتق وبعد ما يتعلق حقها بماله فقد قصد اسقاط حقها فيرد عليه قصده ﴿قال﴾ وان قال لها المولى انت حرة غداً وقال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد الغد فان كان يعلم بمقالة المولى فهو فار وان لم يعلم بذلك فليس بفار لانه لاحق لها في ماله حين علق الزوج لكونها رقيقة ولكنه اذا أضاف الى وقت يعلم انها تكون حرة في ذلك الوقت وان حقها يكون متعلقاً بماله فقد قصد ابطال حقها وان لم يعلم بذلك لم يكن قاصدا اسقاط حقها فلهذا لا ترثه وان أعتقها المولى ثم طلقها الزوج ثلاثا وهو لا يعلم بالعتق فلها الميراث منه لانها حين عتقت والزوج مريض فقد تعلق حقها في ماله فلو سقط انما يسقط بايقاعه الثلاث وذلك غير مسقط لميراثها مادامت في العدة وجهل الزوج بالعتق لا يكون معتبرا في اسقاط حقها وهذا بخلاف ماسبق من قول الزوج لها انت طالق ثلاثا بعد غد لان هناك لاحق لها في ماله حين تكلم الزوج بالطلاق ألا ترى انه لو نجز طلاقها في ذلك الوقت لم ترث فلم يكن الزوج مسقطا حقا ثابتا لها ولكن اذا كان عالما بمقالة المولى فقد أضاف الطلاق الى وقت يعلم حريتها فيه فكان ذلك قصدا منه الاضرار بها فيرد عليه قصده وان لم يكن عالما بمقالة المولى فلم يوجد منه القصد الى اضرارها فلا يكون فارا لهذا ﴿قال﴾ واذا كانت المرأة حرة كتابية فقال لها انت طالق ثلاثا غدا ثم اسلمت قبل الغد أو بعده فلا ميراث لها منه لانه حين تكلم الزوج بالطلاق لم يكن لها حق في ماله حتى لو نجز الثلاث لم ترث ولم يقصد الاضرار بها باضافة الطلاق الى الغد لانه ما كان يعلم انها تسلم قبل مجيء الغد فلم يكن فاراً ﴿قال﴾ واذا قال لها اذا أسلمت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً لانه قصد الاضرار بها حين أضاف الطلاق الى وقت تعلق حقها بماله وهو ما بعد الاسلام وهذا نظير ما سبق اذا قال الصحيح لامرأته اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم مرض قبل مجيء رأس الشهر لم يكن فاراً ولو قال اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا كان فاراً وان أسلمت فطلقها ثلاثا وهو لا يعلم باسلامها فلها الميراث منه لان ايقاع الثلاث كان بعد تعلق حقها بماله وجهل الزوج غير معتبر في اسقاط

حقها بعد ماتعلق بماله ﴿ قال ﴾ واذا أسلمت امرأة الكافر ثم طلقها ثلاثا وهو مريض ثم أسلم ومات وهى فى العدة فلا ميراث لها منه لانه حين أوقع الثلاث قبل اسلامه فهو غير فار اذ لم يكن لهـا ميراث منه فان اختلاف الدين يمنع توريث المسلم من الكافر بخلاف مالو كان أسلم قبل الطلاق وهو يعلم باسلامها أولا يعلم فان هناك انما أوقع الطلاق بعد ما تعلق حقها بماله وكذلك العبد اذا طلق امرأته في مرضه ثم عتق وأصاب مالا فلا ميراث لهـا لانه لم يكن فاراً حين طلق لانه ما كان يعلم أنه يعتق واذا قال اذا أعتقت فانت طالق ثلاثا فهو فار لانه بالاضافة الى مابعد عتقه قاصد الاضرار بها ﴿ قال ﴾ ولو كانت امرأته أمة فقال لها في مرضه اذا عتقت أنا وأنت فأنت طالق ثلاثا ثم أعتقا جميعاً فلها الميراث لاضافته الطلاق الامابعد تعلق حقها بماله ولوقال أنت طالق غدا ثلاثا ثم أعتقااليوم لم يكن لهـا ميراث لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لهـا حق فى ميراثه وما كان يدري أنهما يعتقان قبل مجيء الغد فلا يكون بهذه الاضافة قاصدا الاضرار وكذلك لو قال لها المولى أنتما حران غداً وقال الزوج أنت طالق ثلاثا غداً لم يكن بينهما ميراث لان وقوع الثلاث بهذا اللفظ قبل أن يثبت حكم التوريث بينهما فان حكم التوريث بعد العتق والطلاق يقترن بالعتق قبل مجيء الغد ﴿ قال ﴾ وان قال لها أنت طالق ثلاثا بعد الغد في القياس لا ميراث لها منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يكن لها حق في ماله ألا ترى أنه لو نجز لم يكن بينهما توارث ولانه لا يتيقن بعتقهما بعد الغد لجواز أن يبيعهما قبل مجيء الغد ولكنه استحسن فقال اذا كان يعلم بمقالة المولى فلها الميراث وان لم يعلم فلا ميراث لها منه لان الظاهر بعد مقالة المولى أنهما يعتقان بمجيء الغد فان الاصل بقاؤهما فى ملكه والبناء على الظاهر واجب حتى يظهر خلافه فهو باضافة الثلاث الى ما بعد الغد بعد العلم بمقالة المولى يكون قاصداً الاضرار بها فيكون فارا واذا لم يكن عالما بمقالة المولى لم يكن قاصداً الاضرار بها ﴿ قال ﴾ وان قال زوج أم الولد أو المرتدة وهو حر مريض أنت طالق ثلاثا اذا مضى شهر ثم مات المولى قبل ذلك فعتقت ثم وقع الطلاق عليها لم يكن لها ميراث منه لانه بهذه الاضافة لم يقصد الاضرار لانه ما كان يعلم أن المولى يموت قبل مضى الشهر بخلاف ما لو قال اذا مات مولاك فعتقت فأنت طالق ثلاثا لان هناك يتحقق أن قصده الاضرار بها ﴿ قال ﴾ واذا طلق المكاتب فى مرضه امرأته الحرة ثلاثاً ثم مات

وهي في العدة وترك وفاء فأديت كتابته أو أعتق قبل أن يموت فلا ميراث لها منه لانه حين أوقع الثلاث لم يكن لها حق في كسبه فان المكاتب عبد وما كان يدرى انه يعتق قبل موته أو يترك وفاء فلم يكن فارا وان كان مكاتبين كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا رقيقين فطلقها في مرضه ثلاثا ثم مات وترك وفاء فلا ميراث لها منه لانه لم يكن لها في ماله حق حين طلقها ثلاثا وعليها العدة حيضتان لان الطلاق وقع عليها وهي امة ويرجعون عليها بما أدى من تركة المكاتب عنها كما لو كان ادي بنفسه في حياته ﴿ قال ﴾ واذا خرجت الامة الينا مسلمة ثم خرج زوجها بعدها مسلما وهو مريض فطلقها أو لم يطلقها ثم مات فلا ميراث لها منه لان العصمة قد انقطعت بينهما بتباين الدارين ولا توارث بينهما يومئذ ثم لا يقع طلاقه عليها بعد ذلك وقد بينا هذا ﴿ قال ﴾ واذا ارتد المسلم نعوذ بالله ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وله امرأة مسلمة لم تنقض عدتها بعد فلها الميراث منه من يوم ارتد لانه بالردة قد اشرف على الهلاك والتوريث يستند الى ذلك الوقت فلا يعتبر فعله في اسقاط حقها عن ميراثه ولان الردة من الرجل كالموت لانه يستحق قتله بها والنكاح كان قائما بينهما يومئذ فكان لها الميراث وعدتها ثلاث حيض لانه حي حقيقة بعد الردة مالم يقتل والفرقة متى وقعت في حالة الحياة فانها تعتد بالحيض فان حاضت قبل ذلك ثلاث حيض أو لم يكن دخل بها فلا ميراث لها منه لان حكم التوريث انما يتقرر بالموت وان كان يستند الى أول الردة لانه بعد الردة حي حقيقة وانما يرث الحي من الميت لا من الحي فلهذا يعتبر بقاء الوارث وقت موته حتى لو مات ولده قبل موته لم يرثه فكذلك يعتبر قيام عدتها وقت موته فاذا انعدم لم يكن لها ميراث ﴿قال﴾ وان كانت المرأة هي التى ارتدت ثم ماتت وهي في العدة فلا ميراث للزوج منها لانه لا تأثير لردتها في زوال ملكها ولهذا نفذ تصرفها في مالها بعد الردة وهذا لان نفسها لم تصر مستحقة بسبب الردة بخلاف الرجل فاذن قد وقعت الفرقة بردتها ولا حق له في مالها ﴿قال﴾ واذا ارتدت وهي مريضة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب وهي في العدة في القياس لا ميراث للزوج منها وهي رواية عن ابى يوسف رضى الله تعالى عنه لانه لا عدة في جانب الزوج وتوريث الباقي من الميت بشرط بقاء العدة ألا ترى انه لو طلقها قبل الدخول في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ولكنه استحسن فقال له الميراث لان حقه قد تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال

حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت وانما يعتبر قيام العدة وقت الموت وهي كانت في عدته يوم مات ولو كانت في نكاحه يوم ماتت كان له الميراث فكذلك اذا كانت في عدته ﴿قال﴾ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا ثم ارتدت عن الاسلام والعياذ بالله ثم أسلمت ومات وهي في العدة فلا ميراث لها لانها بالردة صارت مبطلة حقها لانها تخرج بها من أن تكون أهلا للميراث فلا يعود حقها بالاسلام بعد ذلك لانه في معنى ابتداء ثبوت الحق وليس بينهما نكاح قائم في هذه الحالة بخلاف مالو طاوعت ابن زوجها في العدة فجامعها فانه لا يبطل ميراثها لانها بهذه الطواعية لم تبطل حقها فانه ليس لفعلها تأثير في الفرقة لان الفرقة قد وقعت بايقاع الثلاث ولم تخرج بهذا الفعل من أن تكون أهلا للارث فبقاء ميراثها ببقاء العدة ولا تأثير لهذا الفعل في اسقاط العدة وهذا بخلاف مالو طاوعت ابن زوجها قبل أن يطلقها الزوج لان الفرقة هناك وقعت بفعلها وذلك مسقط لميراثها ولان تعلق حقها بماله يومئذ كان بسبب النكاح وفعلها مؤثر في رفع النكاح فلهذا سقط به ميراثها وكذلك ان أكرهها الابن على ذلك وغلب على نفسها فلا ميراث لها لان الفعل ينعدم من جانبها بهذا السبب وانما تقع الفرقة حكما لثبوت الحرمة من غير أن يصير مضافا الى الزوج فلا ميراث لها منه لان بقاء الميراث بعد الفرقة بسبب الفرار وذلك عند اضافة الفعل الى الزوج فان كان الزوج أمر ابنه بذلك كان لها الميراث لانه قاصد الى ابطال حقها حين أمر ابنه أن يكرهها على ذلك الفعل فكان فاراً وان كان الزوج هو المرتد بعد ماطلقها ثلاثا لم يبطل ميراثها لانه لم يوجد منها مايسقط حقها وانما تكرر سبب الفرار من الزوج وبهذا يتقرر حقها فلا يسقط ﴿قال﴾ واذا أسلم أحد الزوجين وأبي الآخر ان يسلم ففرق بينهما في مرض الزوج ثم مات لم ترثه لانه لو لم يفرق بينهما حتى مات لم ترثه لاختلاف الدين اذ لا توارث بين المسلم والكافر فبعد التفريق أولى ﴿قال﴾ واذا قذف المريض امرأته ولاعنها وفرق بينهما ثم مات فلها الميراث منه لان سبب الفرقة من الزوج وهو قذفه إياها بعد تعلق حقها بماله وهي لا تجد بداً من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلا تصير بذلك راضية بسقوط حقها بمنزلة مالو علق الطلاق بفعلها في مرضه ولا بد لها من ذلك الفعل ﴿قال﴾ ولو كان قذفها في صحته ثم مرض فلاعنها ثم فرق بينهما فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لها الميراث أيضا وعند محمد رحمه الله لا ميراث لها منه

وهو نظير ماسبق اذا علق الطلاق فى صحته بفعل لا بد لها منه ففعلت ذلك الفعل فى مرضه ﴿ قال ﴾ واذا فرق بين العنين وامرأته في مرضه ثم مات وهي فى العدة فلا ميراث لها منه لانها صارت راضية بسقوط حقها حين اختارت الفرقة وكانت تجد بداً من هذا الاختيار بأن تصبر حتي يموت الزوج فتتخلص منه وكذلك المعتقة اذا اختارت الفرقة وهذا أولى لان الفرقة هنا انما تقع بمجرد اختيارها نفسها وهى غير مضطرة الى ذلك ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوجان معا والعياذ بالله ثم أسلم أحدهما ومات الآخر فلا ميراث للباقى منه لانه مرتد والمرتد لا يرث أحداً فان أسلما معا ثم مات أحدهما كان للآخر الميراث لان وقوع الفرقة بينهما بالموت وان أسلمت المرأة ثم مات الزوج مرتداً ورثته لان اصراره على الردة بعد اسلامها كانشاء الردة حتى تجعل هذه الفرقة مضافة الى فعل الزوج فكان لها الميراث اذا مات الزوج وهى فى العدة فان طلقها ثلاثا وهما مرتدان وهو مريض ثم أسلما فلا ميراث لها منه لانه حين طلقها لم يكن حقها متعلقا بماله لردتها فلا يصير هو فاراً فلو ثبت حقها انما يثبت بعد اسلامها ابتداء ولا نكاح بينهما بعد اسلامها ﴿ قال ﴾ واذا قال المريض لامرأته قد طلقتك ثلاثا فى صحتى وانقضت عدتك وصدقته بذلك فلا ميراث لها لان ماتصادقا عليه كالمعاين أو كالثابت بالبينة فى حقهما ولأن الحق فى الميراث لها وقد أقرت بما يسقط حقها فان أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فهو جائز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كما يجوز لأجنبية أخرى الاقرار من جميع المال والوصية من الثلث وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لها الاقل من ميراثها ومما أقر أو أوصى به هما يقولان قد صارت أجنبية منه حتى أنها لا ترثه ولها أن تتزوج فى الحال فاقراره لها كاقراره لأجنبية أخرى ولو اعتبرت التهمة لا عتبرت فى حق التزويج لان الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط فاذا كان يجوز له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ويجوز لها أن تتزوج بزوج آخر عرفنا أنه لا تهمة ولان المانع من صحة الاقرار والوصية لها كونها وارثة له وذلك ينعدم بالحكم بانقضاء عدتها بيقين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لما مرض والنكاح قائم بينهما فى الظاهر فقد صار ممنوعا عن الاقرار والوصية لها فيحتمل أنه واضعها على أن تقر بالطلاق فى صحته وبانقضاء عدتها وتصدقه على ذلك لتصحيح اقراره ووصيته لها ولكن هذه التهمة فى الزيادة على قدر الميراث فاما في مقدار الميراث لاتهمة فلهذا جعلنا لها الاقل وأبطلنا الزيادة على ذلك للتهمة كما لو

سألته في مرضه ان يطلقها ثلاثا ففعل ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية لاتصح الا فى الاقل لتمكن تهمة المواضعة في الزيادة على ذلك وهذه التهمة فيا بينهما وبين سائر الورثة لافي حق الشرع وحل التزوج حق الشرع فلهذا صدقا على ذلك ﴿قال﴾ واذا مات الرجل وقالت امرأته قد كان طلقنى ثلاثا فى مرضه ومات وانا في العدة وقال الورثة بل طلقك فى صحته فالقول قول المرأة لان الورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهي جاحدة لذلك فان الطلاق فى مرضه لا يحرمها فلا تكون هى مقرة بالحرمان كما لو قالت طلقنى فى حالة نومه ولان الورثة يدعون الطلاق بتاريخ سابق وهي تنكر ذلك التاريخ ولو انكرت اصل الطلاق كان القول قولها فكذا اذا أنكرت التاريخ ﴿قال﴾ ولو كانت أمة فقالت أعتقت قبل موت زوجي وصدقها المولى وقالت الورثة أعتقت بعد موته فالقول قول الورثة لان سبب الحرمان وهو الرق كان ظاهراً فيها فاذا ادعت زواله قبل الموت وأنكره الورثة كان القول قول الورثة ولانها تدعي تاريخاً سابقاً لعتقها فلا تصدق الا بحجة ولا معتبر بتصديق المولى لانه للحال لا يملك اسناد عتقها الى حال حياة الزوج فلا يعتبر قوله فى ذلك وكذلك ان كانت كافرة وأدعت الاسلام قبل موت الزوج لم يقبل قولها إلا بحجة لانها تدعى زوال سبب الحرمان بعد ماعرف ثبوته وان لم يعرف كفرها ولا رقها فادعت الورثة انها كافرة أو رقيقة يوم موته وقالت مازلت على حالتى هذه حرة مسلمة فالقول قولها لان سبب الميراث وهو النكاح ظاهر والورثة يدعون عليها سبب الحرمان وهى تنكر ولان من في دار الاسلام فالظاهر انه حر مسلم ولا يقال هذا اثبات الاستحقاق بالظاهر لان الاستحقاق بالنكاح معلوم وانما هذا دفع المانع بالظاهر ﴿قال﴾ واذا مات الزوج كافراً فجاءت المرأة مسلمة تدعى ميراثها فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة لانها جاءت تدعي الميراث وما يحرمها قائم فيها لانها مسلمة والمسلمة لاترث الكافر فمع ظهور سبب الحرمان لاميراث لها الا ان يثبت سبب الاستحقاق بالبينة ولان الأصل ان الاشتباه اذا وقع فيما سبق يحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحا مع المستأجر فى جريان الماء فى المدة فان كان الماء جاريا في الحال يجعل جاريا فيما مضى فاذا كانت هى مسلمة فى الحال تجعل مسلمة فيما مضى أيضاً والمسلمة لاترث الكافر ﴿قال﴾ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا ثم قال بعد شهرين قد أخبرتنى ان عدتها قد انقضت وكذبته ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها ثم مات فالقول

قولها والميراث لها دون الاربع والاخت لان الميراث من حقها وهو لايصدق فى ابطال حقها كما في نفقتها وسكناها ومن ضرورة بقاء الميراث لها بالنكاح ان لا ترث اختها أو أربع سواها بهذا السبب وقد بينا فى كتاب النكاح اختلاف الروايتين فى هذه المسئلة ﴿ قال ﴾ واذا تزوج ثلاثا سواها احداهن أختها فلا ميراث لاختها وللاثنتين معها الميراث لان اخباره غير معتبر فى ميراثها ولو لم يخبر حتى تزوج اثنتين كانتا وارثتين معها بخلاف أختها وإذا طلقها ثلاثا فى مرضه ثم مات بعد تطاول ذلك وهي تقول لم تنقض عدتى فالقول قولها ولها الميراث لانها أمينة ومدة العدة قد تطول وتقصر ولكن عليها اليمين بالله ما انقضت عدتها اذا طلبت الورثة لانهم يدعون عليها ما لو أقرت به لزمها فاذا أنكرت حلفت على ذلك ولو أقام عليها الورثة البينة باقرارها بانقضاء العدة قبل موته فلا ميراث لها لان الثابت باقرارها كالثابت بالمعاينة وان كانت تزوجت قبل موته فى قدر ما تنقضى فى مثله العدة ثم قالت لم تنقض عدتي من الاول لم تصدق على ذلك لان تزويجها نفسها اقرار منها بانقضاء عدتها دلالة فان المسلمة تباشر العقد الصحيح دون الباطل ولو لم تتزوج وقالت قد أيست من الحيض ثم اعتدت بثلاثة أشهر ثم مات الزوج وحرمت الميراث ثم ولدت بعد ذلك من زوج غيره فنكاح الآخر فاسد ولها الميراث من الاول لانا تيقنا بكذبها فان الآيسة لا تلد فتبين أنها كانت ممتداً طهرها لا آيسة وانما تزوجت في العدة فالنكاح فاسد ولها الميراث من الاول لانه مات وهى فى العدة وكذلك ان حاضت لان الا يسة لا تحيض الا أنها ان ادعت الحيض لم تصدق على زوجها الآخر الا أن يصدقها لان النكاح بينهما صحيح فى الظاهر فلا تصدق في دعواها البطلان وان صدقها فرق بينهما ولم يصدقا على ورثة الاول ما لم يقروا بذلك لانها تستحق الميراث عليهم فلا بد من تصديقهم اياها بما تقول ﴿ قال ﴾ واذا كانت المطلقة فى المرض مستحاضة وكان حيضها مختلفا فقد بينا فيما سبق أنها تأخذ بالاحتياط ففى الصلاة والرجعة تأخذ بالاقل وفي الحل للازواج تأخذ بالاكثر وفى الميراث تأخذ بالاقل لان المال بالشك لا يستوجب وبقاء العدة عند موت الزوج شرط لميراثها فما لم يتيقن بهذا الشرط لم ترث وان كان حيضها معلوما وانقطع الدم عنها فى آخر الحيضة الثالثة ثم مات الزوج فان كانت ايامها عشرة فلا ميراث لها لانا تيقنا بانقضاء عدتها قبل موته وان كانت أيامها دون العشرة فان ماتت قبل أن تغتسل أو قبل أن

يذهب وقت الصلاة فلها الميراث لان عدتها باقية مالم تغتسل وكذلك ان اغتسلت وبقى عضو لان عدتها لا تنقضي مع بقاء عضو لم يصبه الماء وقد بينا هذا فى باب الرجعة ﴿قال﴾ واذا بقى الزوج فى مرضه بعد ماطلقها أكثر من سنتين ثم ولدت المرأة بعد موته بشهر فلا ميراث لها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولها الميراث فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير الاختلاف المذكور فى النفقة أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ترد نفقة ستة أشهر لانهما يجعلان هذا من حبل حادث من زوج بعد انقضاء عدتها حملا لامرها على الصلاح وكذلك فى حكم الميراث يتبين بها انقضاء عدتها قبل موته فلا ميراث لها وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجعل معتدة الى أن ولدت فلهذا لا ترد شيئاً من النفقة فكان لها الميراث ﴿قال﴾ واذا طلقها فى مرضه ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر فقد علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها فى صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتاً في ماله وقد بينا أن إرثها منه بحكم الفرار وهو متحقق هنا ﴿قال﴾ واذا قرب الرجل ليقتل فهو بمنزلة المريض اذا طلق امرأته ثلاثا في تلك الحالة فلها الميراث والحاصل أن المريض مشرف على الهلاك فكل سبب يعترض مما يكون الغالب فيه الهلاك فهو بمنزلة المرض وما يكون الغالب فيه السلامة وقد يخاف منه الهلاك أيضا فلا يجعل بمنزلة المرض فالذي قرب ليقتل فى قصاص أو رجم فالظاهر فيه هو الهلاك والسلامة بعد هذا نادر فاما المحبوس قبل أن يخرج ليقتل فالغالب فيه السلامة فانه يتخلص بنوع من أنواع الحيلة فاذا طلقها فى تلك الحالة لم يكن فارا وكذلك ان كان مواقفا للعدو فما دام فى الصف فهو بمنزلة الصحيح فاذا خرج بين الصفين يبارز قرنه من المشركين فهو بمنزلة المريض لانه صار مشرفا على الهلاك والمحصور بمنزلة الصحيح لان غالب حاله السلامة فان خرج يقاتل فهو كالمريض وراكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق فهو بمنزلة المريض في هذه الحالة والمرأة الحامل كالصحيحة فان أخذها الطلق فهى بمنزلة المريضة فاذا قتلته المرأة بعد ماطلقها ثلاثا في مرضه فلا ميراث لها منه لان بقاء ميراثها ببقاء العدة كبقاء الميراث ببقاء النكاح

وان

وان قتلته قبل الطلاق لم ترثه للاثر وهو قوله لاميراث للقاتل بعد صاحب البقرة والمقعد والمريض والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض وان صار قديما لايزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحيث لايزداد فلا يخاف منه الموت فكان بمنزلة الصحيح وصاحب جرح أو قرحة أو وجع لم يصيره على الفراش بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره وحد المرض الذي يكون به فاراً ان يكون صاحب فراش قد أضناه المرض فاما الذي يجيء ويذهب فى حوائجه فلا يكون فاراً وان كان يشتكي ويحم لان الانسان فى العادة قل مايخلو عن نوع مرض فى باطنه ولا يجعل بذلك في حكم المريض بل المريض انما يفارق الصحيح في ان الصحيح يكون في السوق ويقوم بحوائجه والمريض يكون صاحب فراش فى بيته وهذا لان مالا يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر فيه السبب الظاهر ويقام ذلك مقام المعنى الخفى تيسيراً وقد تكلف بعض المتأخرين فقال اذا كان بحال يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بأحد فهو فى حكم الصحيح فى التصرفات وهذا ضعيف فالمريض جداً لايعجز عن هذا القدر اذا تكلف فكان المعتبر ماقلنا وهو أن يكون صاحب فراش ومن قرب ليقتل فطلق امرأته ثلاثا ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل بعد ذلك فلا ميراث لها منه بمنزلة المريض اذا صح بعد ماطلق امرأته ثلاثا وقد بينا هذا كله فكذلك فى هذا الفصل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الولد عند من يكون فى الفرقة ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه واذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان الام انما تكون أحق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندها أنفع له ولهذا لو تزوجت أو كانت أمة والولد حر لم تكن أحق بالحضانة لأنها مشغولة بخدمة زوجها أو مولاها فلا منفعة للولد فى كونه عندها واذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط ﴿ قال ﴾ واذا أرادت المرأة أن تخرج بولدها من مصر الى مصر فان كان النكاح بينهما قائما فليس لها أن تخرج الا باذنه مع الولد وبغير الولد فان وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها فان كان أصل النكاح فى المصر الذى هى فيه فليس لها أن تخرج

بولدها الى مصر آخر لما فيه من الاضرار بالزوج بقطع ولده عنه الا أن يكون بين المصرين قرب بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد أمكنه الرجوع الى منزله قبل الليل فحينئذ هذا بمنزلة محال مختلفة في مصر ولها أن تحول من محلة الى محلة وان كان تزوجها في ذلك المصر الذى يريد الرجوع اليه ونقلها الى هذا المصر فان كانت من أهل هذا المصر فلها أن تخرج بولدها اليه لان الانسان انما يتزوج المرأة في مصر ليقيم معها فيه وانما ساعدته على الخروج لاجل النكاح فاذا ارتفع كان لها ان تعود الى مصرها لان في المقام في الغربة نوع ذل ولها ان تخرج بولدها لانها باصل النكاح استحقت المقام بولدها في ذلك المصر فانما تستوفي ما استحقت لا ان تقصد الاضرار بالزوج وان لم تكن من أهل ذلك المصر الذى تزوجها فيه فان أرادت ان تخرج بولدها الى مصرها لم يكن لها ذلك لان أصل العقد ما كان في مصرها واختيارها الغربة لم يكن بسبب النكاح فلا يكون لها ان ترجع بولدها الى مصرها ولكن يقال لها اترکی الولد واذهبي حيث شئت وكذلك ان أرادت الخروج الى مصر آخر لانها في ذلك المصر غريبة كما هنا فلا تقصد بالخروج اليه دفع وحشة الغربة انما تقصد قطع الولد عن أبيه وان أرادت ان تخرج به الى المصر الذى كان تزوجها فيه فليس لها ذلك أيضا لانها غريبة في ذلك المصر كما هنا وفي الجامع الصغير يقول انظر الى عقدة النكاح أين وقع وهذه اشارة الى ان لها ان تخرج بالولد الى موضع العقد كما لو كان تزوجها في مصرها والاصح انه ليس لها ذلك لانها تقصد الاضرار بالزوج لا دفع الوحشة عن نفسها بالخروج الى ذلك الموضع ولان الزوج ما أخرجها الى دار الغربة بخلاف ما إذا تزوجها في مصرها وان كان أصل النكاح في رستاق له قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بولدها من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة بعضها من بعض على الوجه الذى بينا لانه ليس فيه قطع الولد عن ابيه وان كانت بعيدة فليس لها ذلك الا ان تعود الى قريتها وقد كان أصل النكاح فيها وكذلك ان أرادت ان تعود من القرية الى المصر وان أرادت أن تخرج بولدها من مصر جامع الى قرية قريبة منه فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع في تلك القرية فتخرج اليها لانها بأصل العقد استحقت المقام في قريتها بولدها وان لم يكن أصل النكاح فيها فانها تمنع من الخروج بولدها لان في أخلاق أهل الرستاق بعض الجفاء قال صلى الله عليه وسلم أهل الكفور من أهل القبور ففي خروجها بولدها الى القرية من المصر اضرار بالولد لانه يتخلق بأخلاقهم

وهي ممنوعة من الاضرار بالولد وليس لها أن تخرج بولدها الى دار الحرب وان كان النكاح وقع هناك لما فيه من الاضرار بالولد فانه يتخلق بأخلاق أهل الشرك ولا يأمن على نفسه هناك فان دار الحرب دار نهبة وغارة وكذلك ان كانت هي من أهل الحرب بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا لانها صارت ذمية تبعا لزوجها فتمنع من الرجوع الى دار الحرب ﴿ قال ﴾ وليس للمرأة وان كانت أحق بولدها أن تشترى له وتبيع لان الثابت لها حق الحضانة فأما ولاية التصرف للأب أو لمن يقوم مقامه بعده فان كانت هي وصية أبيه فلها أن تتصرف بسبب الوصاية لا بسبب الامومة ﴿ قال ﴾ وكل فرقة وقعت بين الزوجين فالام أحق بالولد ما لم تتزوج وقد بينا تمام هذا في النكاح الا أن ترتد فحينئذ ان لحقت بدار الحرب فهي ممنوعة من أن تخرج بولدها ولا حق لها في الحضانة وان كانت في دار الاسلام فانها تحبس وتجبر على الاسلام فلا يكون لها حق الحضانة الا أن تتوب فان تابت فهي أحق بالولد ﴿ قال ﴾ واذا احتلم الغلام فلا سبيل لأبيه عليه ان كان قد عقل وكان مأمونا عليه لانه صار من أهل أن يلي على غيره فلا يولى عليه الا أن يكون مخوفا عليه فحينئذ يضمه الاب الى نفسه لدفع الفتنة ولا نفقة له على أبيه الا أن يتطوع وقد بينا تمام فصول النفقة في النكاح والله أعلم بالصواب

باب الخلع

﴿ قال ﴾ واذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع جائز والخلع تطليقة بائنة عندنا وفي قول الشافعي رحمه الله هو فسخ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد روى رجوعه الى قول عامة الصحابة رضي الله عنهم استدل الشافعي بقوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به الى أن قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو جعلنا الخلع طلاقا صارت التطليقات أربعا في سياق هذه الآية ولا يكون الطلاق أكثر من ثلاث ولان النكاح عقد محتمل للفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضي أيضا وذلك بالخلع واعتبر هذه المعاوضة المحتملة للفسخ بالبيع والشراء في جواز فسخها بالتراضي ﴿ ولنا ﴾ ماروى عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه

ان النكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه ألا ترى أنه لايفسخ بالهلاك قبل التسليم فان الملك الثابت به ضروري لايظهر الا فى حق الاستيفاء وقد قررنا هذا فى النكاح وبينا ان الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام وكذلك في خيار البلوغ والعتق فاما الخلع يكون بعد تمام العقد والنكاح لايحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع فى الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فى الحال مجازا وذلك انما يكون بالطلاق ألا ترى أن الرجل يقول خلعت الخف من رجلي يريد به الفصل في الحال فاما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض وبهذا لايصير الطلاق أربعا وفائدة هذا الاختلاف أنه لو خالعها بعد تطليقتين عندنا لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره وعنده له أن يتزوجها وان نوى بالخلع ثلاث تطليقات فهى ثلاث لانه بمنزلة ألفاظ الكناية وقد بينا ان نية الثلاث تسع هناك فكذلك فى الخلع وان نوى اثنتين فهى واحدة بائنة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اثنتان كما في لفظ الحرمة والبينونة وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن لان الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها ولان غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة فان قال الزوج لم أعن بالخلع طلاقا وقد أخذ عليه جعلا لم يصدق فى الحكم لانه أخذ الجعل على سبيل التملك ولا تملك ذلك الا بوقوع الطلاق عليها فكان ذلك أدل على قصده الطلاق من حال مذاكرة الطلاق ولكن فيما بينه وبين الله تعالى يسعه أن يقيم معها لان الله تعالى عالم بما فى سره الا أنه لايسع المرأة ان تقيم معه لانها لاتعرف منه الا الظاهر كالقاضى ﴿قال﴾ والمبارأة بمنزلة الخلع فى جميع ذلك لانه مشتق من البراءة وهو أدل على قطع الوصلة من الخلع واذا جعل الخلع تطليقة بائنة فالمبارأة أولى وللمختلعة والمبارأة النفقة والسكني ما دامت فى العدة هكذا نقل عن علي رضي الله عنه وهذا لان النفقة لم تجب قبل مجيء وقتها فلا يتناولها الخلع والبراءة العامة وانما ينصرف مطلق اللفظ الى ماهو واجب ﴿قال﴾ فان كان الزوج اشترط عليها البراءة من النفقة والسكني فهو بريء من النفقة لانها أسقطت حقها ووجوب النفقة لها فى العدة باعتبار حالة الفرقة حتى اذا كانت ممن لا تستحق النفقة عند ذلك لا تستحقه من بعد فيصح اسقاطها ولكن فى ضمن الخلع تبعا له حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بابراء الزوج عنها لا يصح ذلك لانها مقصودة بالاسقاط فلا يكون الا بعد وجوبها وهى تجب شيئا

فشيئاً بحسب المدة ولا يصح ابراؤها عن السكنى فى الخلع لان خروجها من بيت الزوج معصية قالوا ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن سكنت فى بيت نفسها أو التزمت مؤنة السكنى من مالها صح ذلك مشروطا فى الخلع لانه خالص حقها ﴿قال﴾ والخلع جائز عند السلطان وغيره لانه عقد يعتمد التراضى كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية ايقاع الطلاق ولها ولاية التزام العوض فلا معني لاشتراط حضرة السلطان فى هذا العقد ﴿قال﴾ وان قال لامرأته قد خالعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول اليها فى مجلسها والحاصل أن ايجاب الخلع من الزوج في المعني تعليق الطلاق بشرط قبولها لان العوض الذى من جانبه فى هذا العقد طلاق وهو محتمل للتعليق بالشرط ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ويصح منه وان كانت غائبة حتى اذا بلغها فقبلت فى مجلسها ثم وان قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الامر منها لانها تقدر على المشيئة فى مجلسها فيبطل بقيامها فكذلك تقدر على القبول قبل ذلك والذى من جانبها فى الخلع التزام المال فيكون بمنزلة البيع والشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا بدأت فقالت اخلعني أو بارئني أو طلقني بألف درهم فانه يبطل بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج وكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل ايجاب البيع بقيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر وكذلك ان كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة لا تتوقف على قبوله اذا بلغه كما لا يتوقف ايجاب البيع على قبول المشترى اذا كان غائباً ﴿قال﴾ فان قالت طلقنى ثلاثاً بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الالف لان حرف الباء يصحب الأبدال والأعواض والعوض ينقسم علي المعوض فهي لما التمست الثلث بالف فقد جعلت بازاء كل تطليقة ثلث الالف ثم فيما صنع الزوج منفعة لها لانها رضيت بوجوب جميع الالف عليها بمقابلة التخلص من زوجها فتكون أرضي بوجوب ثلث الالف عليها اذا تخلصت من زوجها وبالواحدة تخلص منه وهذا بخلاف مالو كان الزوج قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت واحدة لم يقع شئ لانه لو وقعت الواحدة لوقعت بثلث الألف والزوج ما رضى بزوال ملكه عنها مالم يجب عليها جميع الالف وبخلاف مالو قال هذه طالق وهذه بألف فقبلت إحداهما وقع الطلاق عليها بنصف الالف لان الزوج هناك راض بوقوع الفرقة بينه وبين إحداهما اذا وجبت عليها حصتها من المال فان نكاح إحداهما لا يتصل بنكاح الاخرى ﴿قال﴾ ولو طلقها ثلاثا فى

كلام متفرق في مجلس واحد فى القياس يلزمها ثلث الالف لانها بانت بالأولى فلزمها ثلث الالف فهو بايقاع الثانية والثالثة بعد ذلك لايستوجب عليها عوضاً آخر وفى الاستحسان يقع عليها ثلاث تطليقات بجميع الالف لان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كـكلام واحد فكأنه أوقع الثلاث عليها بكلام واحد فيلزمها جميع الالف ﴿قال﴾ ولو كانت قالت له طلقني ثلاثا على ألف درهم أو على أن لك علي ألف درهم فطلقها واحدة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقع تطليقة رجعية وليس عليها شئ من الالف وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع عليها تطليقة بائنة بثلث الالف وحجتهما فى ذلك أن الخلع من عقود المعاوضات وحرف على فى المعاوضات كحرف الباء ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول بعت منك هذا المتاع بدرهم أو على درهم وكذلك لافرق بين أن يقول احمل هذا المتاع الى موضع كذا بدرهم أو على درهم فاذا كان عند حرف الباء تتوزع الالف على التطليقات الثلاث فكذلك عند ذكر حرف على يدل عليه أنها لو قالت طلقني وفلانة على ألف درهم فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء فكذلك هنا وهذا بخلاف ما قال في السير الكبير اذا صالح الامام أهل حصن على أن يؤمنهم ثلاث سنين على ألف درهم ثم بدا له بعد مضى السنة أن ينبذ اليهم يلزمه رد جميع المال ولو كان الصلح بحرف الباء يلزمه رد ثلثى المال لان اعطاء الامان ليس بعقد معاوضة وحرف على للشرط فجعله بمنزلة الباء مجاز يصار اليه لدلالة المعاوضة ولان غرضهم لا يحصل هناك فمقصودهم أن يتحصنوا فى هذه المدة ولا يتمكنوا من ذلك فى بعض المدة فلهذا حملنا حرف على على الشرط وهنا مقصودها يحصل بايقاع الواحدة فكان محمولا على المعاوضة بمنزلة حرف الباء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف الالتزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معني الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتي يقوم دليل المجاز والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول من الحقيقة الى المجاز فاذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزء بجزء فانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلاث فاذا لم يوقع لايجب شئ من المال ولان لها فى ذلك غرضا صحيحاً وهو حصول البينونة الغليظة حتي لاتصير فى وثاق نكاحه وأن أكرهها على ذلك فاعتبرنا معني الشرط فى ذلك

ليحصل مقصودها كما في مسئلة الامان وكما أن المال في الامان نادر فكذلك في الطلاق الغالب فيه الايقاع بغير بدل وبهذا فارق البيع والاجارة لان معني الشرط هناك تعذر اعتباره فانه لايحتمل التعليق بالشرط فلهذا جعلنا حرف على بمعني حرف الباء والدليل على أن حرف على للشرط قوله تعالى انى رسول من رب العالمين حقيق على أن لا أقول على الله الا الحق أى بشرط أن لا أقول وقال الله تعالى يبايعنك على أن لايشركن بالله شيئاً أى بشرط أن لايشركن وهذا بخلاف قوله طلقنى وفلانة على كذا لانه لاغرض لها فى طلاق فلانة لتجعل ذلك كالشرط منها ولها فى اشتراط ايقاع الثلاث غرض صحيح كما بينا وان طلقها ثلاثاً في هذه المسئلة متفرقات فى مجلس واحد فالالف لازمة عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى قياساً واستحساناً لأن شيئاً من البدل لم يجب بايقاع الاولى والثانية والمجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة وعندهما على القياس والاستحسان الذى بينا في حرف الباء ﴿قال﴾ واذا طلق الرجل امرأته وهى في العدة بعد الخلع على جعل وقع الطلاق ولم يثبت الجعل وكذلك البائنة بعد الخلع يعنى اذا قال لها أنت بائن ثم طلقها على جعل فى العدة لأنها باعتبار قيام العدة محل للطلاق والطلاق بجعل تعليقا من الزوج بشرط القبول وقد قبلت ولا يجب عليها الجعل لان وجوب الجعل عليها باعتبار زوال ملك الزوج عنها وذلك لايحصل بعد البينونة ولكن امتناع وجوب المقبول لايمنع صحة القبول في حكم وقوع الطلاق كما لو خالعها ببدل فاسد كالخمر والخنزير ﴿قال﴾ وان قال لها بعد البينونة خلعتك ينوى به الطلاق لم يقع لان هذا اللفظ بمنزلة لفظ البينونة والحرمة وقد بينا ان ذلك لايعمل في العدة بعد الفرقة فكذلك لفظ الخلع ألا ترى ان الواقع بلفظ الخلع يكون بائنا وان لم يذكر البدل بمقابلته بخلاف الواقع بلفظ الطلاق ولو قال كل امرأة لى طالق لم تطلق هذه المبانة الا أن يعنيها فان عناها طلقت لانه أوقع بهذا اللفظ على كل امرأة هي مضافة اليه مطلقا وهى المنكوحة فانها تضاف اليه ملكا ويداً فاما المبانة تضاف اليه يدا لاملكا فكانت مقيدة فلا تدخل تحت المطلق الا أن يعنيها كما لو قال كل مملوك لى فهو حر لايدخل المكاتب فيه الا أن يعنيه ولايقع شئ من الطلاق بعد انقضاء العدة لانه ليس له عليها ملك ولا يد وبدونهما لاتكون محلا لاضافة الطلاق اليها لان الايقاع تصرف منه على المحل فيستدعى ولايته على المحل ﴿قال﴾ وان طلقها على جعل بعد الطلاق الرجعى جاز ولزمها الجعل لان زوال الملك لايحصل بهذا

الطـلاق لان الطلاق الرجعي لايزيل ملك النكاح فانه يعتاض عن ملك قائم له فيصح كما قبل الطلاق الرجعي ﴿ قال ﴾ وخلع السكران وطلاقه وعتاقه واقع عنـدنا وفي أحـد قولى الشافعى رحمـه الله تعالى لايقع وهو اختيار الكرخى والطحاوى وقد نقل ذلك عن عثمان وهذا لانه ليس للسكران قصد صحيح والايقاع يعتمد القصد الصحيح ولهذا لايصح من الصبي والمجنون ألا ترى أنه لو سكر من شرب البنج لم يقع طلاقه فكذلك اذا سكر من النبيذ ولان غفلته عن نفسـه فوق غفلة النائم فان النائم ينتبـه اذا نبه والسكران لاينتبه ثم طلاق النـائم لا يقع فطلاق السكران أولى ولا معـنى لقول من يقول غفلتـه هنا بسبب المعصـية وذلك سبب للتشـديد عليه لا للتخفيف فان السكران لو ارتد لم تصح ردته بالاتفاق ولا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو اعتبر هذا المعنى لحكم بصحـة ردته وحجتنا مارويـنا كل طلاق جائز الا طلاق الصـبي والمعتوه ولان السكران مخاطب فاذا صادف تصرفه محـله نفذ كالصاحى ودليـل الوصف قوله تعالى لاتقربوا الصلاة وانتم سكارى فان كان خطابا له فى حال سكره فهو نص وان كان خطابا له قبـل سكره فهو دليـل على انه مخاطب فى حال سـكره لانه لا يقال اذا جننت فلا تفعـل كـذا وهذا لان الخطاب انما يتوجـه باعتـدال الحال ولكنه امر باطن لايوقف على حقيقته فيقام السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً وبالسكر لا ينعدم هذا المعنى فاذا ثبت انه مخاطب قلنا غفلته عن نفسه لما كانت بسبب هو معصية ولا يستحق به التخفيف لم يكن ذلك عذراً فى المنع من نفوذ شئ من تصرفاته بعد ماتقرر سببه لان بالسكر لا يزول عقله انما يعجز عن استعماله لغلبـة السرور عليه بخلاف البنج فان غفلته ليست بسبب هو معصـية وما يعتريه نوع مرض لا أن يكون سكرا حقيقة فيكون بمنزلة الاغماء وبخلاف النائم لان النوم يمنعه من العمل فلا نعـدام الايقاع نقول إنه لايقع والسكر لا يمنعه من العمل مع ان الغفلة بسبب النوم لم تكن عن معصية وهذا بخلاف الردة فان الركن فيها الاعتقاد والسكران غير معتقد لمـا يقول فلا يحكم بردته لا نعـدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب ﴿ قال ﴾ وخلع المكره وطلاقه وعتاقه جائز عنـدنا وهو باطل عنـد الشافعى رحمه الله تعالى فتأثير الاكراه عنده فى الغاء عبارة المكره كتأثير الصبي والجنون وعنـدنا تأثير الاكراه فى انعـدام الرضا لا فى اهـدار القول حتى تنعقد تصرفات المكره ولكن ما يعتمد لزومـه

تمام الرضا كالبيع والشراء لا يلزم منه وما لا يعتمد تمام الرضا كالنكاح والطلاق والعتاق يلزم منه وحجته في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فهذا يقتضي أن عين ما أكره عليه فحكمه واثمه يكون مرفوعا عنه والمعنى فيه أن هذه فرقة يعتمد سببها القول فلا تصح من المكره كالردة وتأثيره أن القول انما يعتبر شرعا اذا صدر عن قصد صحيح وبسبب الاكراه ينعدم ذلك القصد لان المكره يقصد دفع الشر عن نفسه لا عين ما تكلم به وهو مضطر الى هذا القصد والاختيار أيضاً فيفسد قصده شرعا ألا ترى أنه لو أكره على الاقرار بالطلاق كان اقراره لغواً لهذا يقرره ان تأثير الاكراه المبيح للاقدام في جعل المكره آلة للمكره واعدام الفعل من المكره كما في الاكراه على اتلاف المال فيجعل المكره آلة ويصير كأن المكره هو الذي تكلم بالايقاع فيكون لغواً ألا ترى أن حق ابقاء قدر الملك على المكره جعل كالآلة حتى يكون المكره ضامنا قيمة عبده عندكم اذا أكرهه على أن يعتقه ويكون ضامنا نصف الصداق إذا أكرهه على الطلاق قبل الدخول فكذلك في ابقاء عين الملك عليه يجعل آلة له وحجتنا في ذلك ما روي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله تعالى فأبت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق واستكثر محمد من الاستدلال بالآثار في أول كتاب الاكراه حتى روى عن عمر رضى الله عنه قال أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة والمعنى فيه أنه مكلف أوقع الطلاق في محله فيقع كالطائع وتفسير الوصف ان الاكراه لا يزيل الخطاب اما في غير ما أكره عليه فلا اشكال وفيما أكره عليه كذلك حتى تنوع عليه أفعاله فتارة يباح له الاقدام وتارة يفترض عليه كشرب الخمر وتارة يحرم عليه كالقتل والزنا وذلك لا يكون الا باعتبار الخطاب وتأثيره ان انعقاد التصرف بوجود ركنه ومحله ولا ينعدم بسبب الاكراه ذلك انما ينعدم الرضا به والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق ألا ترى ان الرضا باشتراط الخيار ينعدم ولا يمنع لزوم الطلاق فكذلك الاكراه وبسبب الاكراه لا ينعدم القصد الصحيح فان المكره يقصد ما باشره ولكن لغيره وهو دفع الشر عن نفسه لا لعينه فهو كالهازل يكون قاصداً التكلم بالطلاق ولكن للعبث لا لعينه

ثم الهزل لا يمنع وقوع الطلاق فكذلك الاكراه وللمكره اختيار صحيح لانه عرف الشرين فاختار أهونهما وهذا دليل صحة اختياره الا أنه لايحكم بصحة ردته لانها تنبني على الاعتقاد وهو غير معتقد وفيما يخبر به عن اعتقاده مكره فذلك دليل ظاهر على أنه غير معتقد بخلاف الهازل فانه مستخف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وبخلاف الاقرار بالطلاق فانه خبر متمثل بين الصدق والكذب وقيام السبب على رأسه دليل على أنه كاذب والمخبر به اذا كان كذبا فالاخبار عنه لايصير صدقا ولا معنى لجعل المكره آلة للمكره هنا لانه انما يجعل بالاكراه آلة فيما يصلح ان يكون فيه آلة لغيره دون مالا يصلح ان يكون كذلك وفى التكلم لا يصلح أن يكون آلة لغيره اذ لايتحقق تكلم المرء بلسان غيره فبقي مقصوراً عليه ولكن فى حكم الاتلاف يصلح أن يكون آلة لغيره فلهذا كان الضمان على المكره مع ان الخلاف ثابت فى الاكراه بالحبس وهذا النوع من الاكراه لايجعل المكره آلة للمكره والمراد بالحديث رفع الاثم عن المكره لا رفع العين والحكم ألا ترى انه لوأكره ان يجامع ام امرأته وجب عليه الغسل وحرمت عليه امرأته بذلك ﴿قال﴾ وخلع الصبي وطلاقه باطل لانه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره وهذا لما بينا ان اعتبار القصد ينبنى على الخطاب والخطاب ينبني على اعتدال الحال وكذلك فعل ابيه عليه فى الطلاق باطل لان الولاية انما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقق الحاجة اليه وذلك لايتحقق فى الطلاق والعتاق ﴿قال﴾ والمعتوه والمغمى عليه من مرض بمنزلة الصبي فى ذلك لا نعدام القصد الصحيح منهما ﴿قال﴾ واذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير فالطلاق واقع عليها لان الزوج من أهل الايقاع وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال لها ان تكلمت فانت طالق فتكلمت ولكن لايلزمها المال لان التزام المال من الصبية لايصح خصوصا فيما لامنفعة لها فيه كالالتزام بالاقرار والكفالة وقد بينا ان وقوع الطلاق يعتمد القبول لاوجود المقبول وكذلك الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى فالطلاق واقع عليها ولا تؤاخذ بالمال الا بعد العتق لانها مخاطبة يصح التزامها في حق نفسها دون المولى فتؤاخذ به بعد العتق كما لو التزمت بالاقرار والكفالة وان فعلته باذن المولى بيعت فيه لان التزامها المال باذن المولى صحيح في حق المولى فتؤاخذ به في الحال والمدبرة وأم الولد فى ذلك سواء كالامة الا انها لاتحتمل البيع فتؤدي البدل من كسبها اذا التزمت

باذن المولى فأما المكاتبة لاتؤاخذ ببدل الخلع الا بعد العتق سواء اختلعت باذن المولى أو بغير اذنه لان اذن المولى غير معتبر فى الزام المال اياها ألا ترى أن المولى لايملك أن يلزمها المال ولا تأثير للكتابة فى ذلك الحجر عن التزام المال بسبب الخلع فلهذا تؤاخذ به بعدالعتق ﴿قال﴾ واذا وكل أحد الزوجين صبياً أو معتوها أو مملوكا بالقيام مقامه بالخلع والاختلاع جاز ذلك لان الوكيل بهذا العقد سفير معبر عن الموكل ولهؤلاء عبارة معتبرة حتى ينفذ تصرفهم باذن المولى فينفذ العقد بعبارتهم أيضا ﴿قال﴾ واذاخلع الرجل ابنته الصغيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها فانلم يضمن الأب فهوباطل لانه ليس له ولاية الزام المال اياها بهذا السبب اذلا منفعة لها فيه ولا يدخل فى ملكها بمقابلته شيء بخلاف مالو زوج ابنه الصغير بماله فان ذلك العقد من مصالحه ويدخل فى ملكه شيء متقوم بازاء مايلزمه من المال فان ضمن الأب المال جاز الخلع لأن لزوج ينفرد بالايقاع واشتراط القبول فى الخلع لاجل المال فاذا كان الأب هو الملتزم للمال بضمانه يتم الخلع كما لو خالع امرأته مع أجنبي على مال وضمن الاجنبي من أصحابنا من يقول تأويل هذه المسئلة اذا خالعها على مال مثل الصداق فأما اذا خالعها على الصداق ينبغى أن لايصح لانه عين ملكها وليس للاب ولاية اخراج عين عن ملكها بغير عوض ولا معتبر بضمانه فى ذلك ولكنا نقول وان سمى الصداق فى الخلع فانما يتناول العقد مثله فضمان الاب اياه صحيح واسقاطه حقها فى نصف الصداق باطل فيغرم الزوج لها نصف الصداق كما لو طلقها قبل الدخول ويرجع الزوج على الاب بما يضمن من ذلك لأنه قد ضمن للزوج وان كان قددخل بها فلها أن ترجع بجميع مهرها على الزوج لان حقها فى جميع المهر تأكد بالدخول فلا يملك الأب ابطال حقها عن شيء منه ولكنها ترجع بالصداق على الزوج والزوج على الأب بحكم الضمان أو ترجع على الاب بجميع الصداق هنا وبنصف الصداق فى الاول لان الاب يصير كالمعاوض مع الزوج بما ضمنه للزوج مما لها عليه ﴿قال﴾ ولو كانت كبيرة فان كان خلع الاب باذن البنت جاز ذلك عليها وان كان بغير اذنها وقد ضمن الاب للزوج فالخلع جائز وترجع هي بالصداق على زوجها ثم الزوج على الاب بحكم ضمانه لانه ليس له ولاية المعاوضة فى مالها ﴿قال﴾ وكل خلع كان بجعل فامتنع وجوب الجعل اما لفساده كالخمر أولان الملتزم لم يكن من أهله كالصغيرة فالواقع به طلاق بائن لان لفظ الخلع ليس بصريح فى الطلاق ولكنه يشبه

الفرقة كالبينونة والحرمة وكل تطليقة أو تطليقتين بجعل أبطلت الجعل وأمضيت فيه الطلاق فالطلاق رجعي اذا كان قد دخل بها لان الوقوع بصريح لفظ الطلاق فلا يوجب البينونة الا بعوض ولم يجب العوض ﴿قال﴾ ولو خلع ابنته الكبيرة بصداقها وضمنه للزوج فبلغها فاجازت لم يضمن الاب شيئا لان اجازتها في الانتهاء كاذنها في الابتداء وكذلك لو خلعها بالنفقة وضمنها له بغير أمرها فان أجازت فلا شئ على الاب وان أبت فلها ان تتبع الزوج بالنفقة لانها حقها كالصداق فلا يعمل اسقاط الاب لحقها ويرجع الزوج على الاب بما ضمن له من ذلك وكذلك لو فعل هذا غير الاب من الاقارب والاجانب لانه لا ولاية للاب عليها في هذا التصرف فهو والاجنبي فيه سواء ﴿قال﴾ واذا اختلعت بمال ودفعته اليه ثم أقامت البينة أنه طلقها ثلاثا قبل الخلع كان لها أن ترجع عليه بالمال لانه تبين بهذا ان البينونة لم تحصل بما التزمت من المال فلا يكون التزامها صحيحا وإقدامها على الخلع لا يمنعها من اقامة هذه البينة لان دعواها في قبول البينة على الطلاق ليس بشرط فالتناقض منها لا يمنع قبول البينة وكذلك لو أقامت البينة على حرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة اخلعني ولك ألف درهم أو قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل وقع الطلاق ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب المال لوجهين أحدهما ان الواو وان كان للعطف حقيقة فقد يستعمل بمعنى الباء مجازا كما في القسم فان قوله والله كقوله بالله فقولها ولك ألف بمنزلة قولها طلقني بألف أو بعني طلاقي بألف وانما حملناه على هذا المجاز لمعنى المعاوضة لان الخلع معاوضة وفي المعاوضات لا يعطف أحد العوضين على الآخر انما يلصق أحدهما بالآخر الا ترى انه لو قال احمل هذا المتاع الى بيتي ولك درهم كان هذا وقوله أحمله بدرهم سواء حتي يجب المال اذا حمله ولان هذا الواو بمعنى واو الحال كقول المولى لعبده اد إلى الفا وانت حر وقول الغازي للمحصور افتح الباب وأنت آمن وقد بينا فيما سبق ان الواو قد تكون للحال كما في قوله انت طالق وانت مريضة واذا كانت للحال كانت هي ملتزمة المال له حال ايقاع الطلاق عليها وذلك لا يكون الا عوضا وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول الواو للعطف حقيقة والحمل على الحقيقة واجب حتى يقوم الدليل على المجاز وباعتبار العطف تبين أن الالف ليس بعوض عن الطلاق ولا وجه لحملها على الباء أو واو الحال لمعنى المعاوضة لان المال في الطلاق نادر والمعتاد فيه الايقاع بغير عوض بخلاف الاجارة فالعوض فيه أصل لا تصح

الاجارة بدونه وبخلاف قوله أد الى الفا وأنت حر لان أول كلامه هناك غير مفيد شرعا الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق بأداء المال وهنا أول الكلام ان صدر من الزوج بان قال أنت طالق وعليك ألف درهم كان ايقاعا مفيدا بدون آخره فلا حاجة الى أن يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس مفيد أيضاً فلهذا لا يحمل علي واو الحال بل هو بمعنى العطف فمعناه ولك ألف درهم في بيتك أو بمعنى الابتداء فيكون وعداً منها اياه بالمال والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولان أدني ما يكون في الباب أن يكون حرف الواو محتملا لجميع ما ذكرنا فالمال بالشك لا يجب ﴿ قال ﴾ واذا قالت طلقنى ولك ألف درهم فقال أنت طالق على هذه الالف التي سميت فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الطلاق واقع والمال عليها قبلت أولم تقبل لانها بالكلام الاول ملتزمة للمال عندهما فبقى وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بالكلام الاول لم تكن ملتزمة للمال فبقى ايقاع الزوج عليها بمال ابتداء فان قبلت وقع الطلاق وازمها المال وان لم تقبل لا يقع عليها شئ ولوقالت طلقني ثلاثا على أن لك علي ألف درهم فطلقها ثلاثا ازمها المال لانها صرحت بحرف على وهو لالتزام المال ولوكان طلقها اثنتين قبل هذا فقالت طلقنى ثلاثا على أن لك ألفا فطلقها واحدة لزمها الالف لان الالف بازاء ما يصح فيه التماسها من الزوج وذلك ايقاع ماليس بواقع وهى التطليقة الثالثة فأما ايقاع ماهو واقع لا يتحقق فكان تكلمها به لغواً غير معتد به ولانها التزمت المال لحصول البينونة الغليظة لها وقدتم ذلك بايقاع الثالثة ﴿قال﴾ واذا قال الرجل طلقتك أمس بألف درهم أو على ألف درهم فلم تقبلي وقالت قد قبلت فالقول قول الزوج مع يمينه لان ايجاب الطلاق بمال تعليق بقبولها فالزوج أقر بالتعليق وأنكر وجود الشرط فكان القول قوله كما لو علق بدخولها فقالت قد دخلت وأنكر الزوج ذلك وهذا بخلاف البيع اذ قال قد بعت منك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشترى قدقبلت فالقول قول المشترى لان البيع عقد معاوضة لاينعقد الا بايجاب وقبول فاقراره بالبيع يكون اقراراً بقبول المشترى فلا يعمل رجوعه عن الاقرار بعد ذلك فأما ايجاب الطلاق بمال يكون تصرفا عند الايقاع وهو التعليق بمنزلة اليمين ولهذا لا يبطل بقيامه قبل قبولها فلم يكن هو مقراً بالايقاع أصلا فجعلنا القول قوله مع يمينه لهذا ﴿ قال ﴾ واذاقال لها قد طلقتك واحدة بألف درهم وقبلت وقالت هي انما سألتك أن تطلقنى ثلاثا بألف درهم وانما طلقتني واحدة فانما لك ثلث الالف فالقول قولها مع يمينها لانهما اتفقا علي

وقوع الواحدة عليها وانما تنازعا في المال فهو يدعى الزيادة عليها وهي تنكر فالقول قولها وكذلك لو قالت سألتك أن تطلقني بمائة درهم وقال الزوج بل بألف فالقول قولها لما بينا أن الاختلاف في مقدار المال الواجب عليها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج لانه يثبت الزيادة ببينته في حقه والبينة للاثبات فتترجح بالزيادة فيه وكذلك لو قالت خالعتني بغير شئ وقال الزوج بل بألف فالقول قولها والبينة بينة الزوج لما قلنا ﴿قال﴾ واذا اتفقا على انها سألت أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فقالت طلقتني واحدة وقال الزوج طلقتك ثلاثا فالقول قول الزوج ان كان في ذلك المجلس لانه أخبر بما يملك انشاءه وقد بينا أنه لو طلقها ثلاثا متفرقات في المجلس يلزمها الالف فلا تتمكن التهمة في خبره ﴿قال﴾ ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق حصلت له جميع الالف فان كانا قد افترقا من ذلك المجلس لزمها الطلاق ان كانت في العدة لاقرار الزوج بوقوع الطلاق عليها وهو مالك للايقاع ولا يكون عليها الا ثلث الالف لانه في حق المال متهم في خبره فانه يخبر بما يملك انشاءه فكان القول قولها مع يمينها وعليه اثبات الزيادة بالبينة ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقتني واحدة ولا شئ لك وقال هو بل سألتني واحدة على ألف وقد طلقتكها فالقول في ذلك قول المرأة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا شئ عليها لانها تنكر وجوب المال بناء على ما تقدم اذا قالت طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة لا يجب عليها شئ عند أبي حنيفة رحمه الله وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم فلم تطلقني في ذلك المجلس وقال الزوج قد طلقتك ثلاثا في ذلك المجلس فالثلاث واقعات عليها لاقرار الزوج بها والقول في المال قولها مع يمينها إما لانكارها وجوب المال أو لانكارها الزيادة على الثلاث ان أقرت أنه طلقها واحدة في ذلك المجلس وان قالت سألتك أن تطلقني أنا وصاحبتي فلانة على ألف درهم فطلقتني وحدي وقال الزوج طلقتها معك وقد افترقا من ذلك المجلس فالقول قول المرأة وعليها حصتها من الالف لان الاختلاف بينهما في مقدار ما عليها من المال والزوج مخبر بما لا يملك انشاءه في حق المال ولكن الطلاق واقع على الاخرى باقرار الزوج لانه ينفرد بالايقاع عليها وكذلك ان قالت لم تطلقني ولا صاحبتي في ذلك المجلس فالقول قولها مع يمينها لانكارها أصل المال وعلى الزوج ان يثبت المال بالبينة ولكن الطلاق واقع عليها باقرار الزوج ﴿قال﴾ واذا خلع الرجل امرأتيه على ألف درهم فان

الالف تنقسم على مهريهما الذى تزوجهما عليهما لانه سمي الالف بمقابلة شيئين ومقتضى هذه التسمية الانقسام باعتبار القيمة كما لو اشترى عبدين بألف درهم الا أن البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فوجب المصير الى أقرب الاشياء اليه وذلك المهر الذى تزوجها عليه ألا ترى أن في الكتابة الفاسدة على العبد قيمة نفسه بعدما يعتق لان ما هو المعقود عليه هو ملك اليد والمكاسب ليست بمتقومة فيصار الى قيمة أقرب الاشياء اليه وهو الرقبة ثم الاصل فى الخلع ان النشوز اذا كان من الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئاً وان كان النشوز من قبلها فله أن يأخذ منها بالخلع مقدار ما ساق اليها من الصداق لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولو أراد أن يأخذ منها زيادة على ما ساق اليها فذلك مكروه في رواية الطلاق وفى الجامع الصغير يقول لا بأس بذلك وجه هذه الرواية ما روى ان جميلة بنت سلول رحمها الله تعالى كانت تحت ثابت بن قيس رحمه الله تعالى فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعيب على ثابت بن قيس فى دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضي اياه فقال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلوات الله عليه وسلم أما الزيادة فلا وروى انه قال لثابت أخلعها بالحديقة ولا تزدد ولانه لا يملكها شيئاً انما يرفع العقد فيحل له ان يأخذ منها قدر ما ساق اليها بالعقد ولا يحل له الزيادة على ذلك ووجه رواية الجامع الصغير ما روى ان امرأة ناشزة اتى بها عمر رضى الله عنه فحبسها فى مزبلة ثلاثة أيام ثم دعاها وقال كيف وجدت مبيتك فقالت ما مضت على ليال هن أقر لعيني من هذه الليالى لانى لم أره فقال عمر رضى الله عنه وهل يكون النشوز الا هكذا إخلعها ولو بقرطها وعن ابن عمر رضى الله عنه ان مولاة اختلعت بكل شئ لها فلم يعب ذلك عليها وعن ابن عباس رضى الله عنه لو اختلعت بكل شئ لأجزت ذلك وهذا لان جواز أخذ المال هنا بطريق الزجر لها عن النشوز ولهذا لا يحل اذا كان النشوز من الزوج وهذا لا يختص بما ساق اليها من المهر دون غيره فاما فى الحكم الخلع صحيح والمال واجب في جميع الفصول عندنا وعند نفاة القياس لا يجب المال اذا كان النشوز من الزوج ولا تجب الزيادة اذا كان النشوز منها لقوله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الى أن قال تلك حدود الله فلا تعتدوها وقال ابن جريج يعنى فى الزيادة والاعتداء يكون ظلما والمال لا يجب بالظلم ولكنا

نستدل بما روينا من الآثار وتأويل الآية في الحل والحرمة لافي منع وجوب أصل المال ﴿قال﴾ واذا قالت المرأة لزوجها ان طلقتني ثلاثا فلك علىّ ألف درهم فقال نعم سأطلقك فلا شئ له حتى يفعل لانها التزمت المال بمقابلة الايقاع دون الوعد فان فعل ذلك في المجلس فله الالف وان لم يفعل في المجلس فلا شئ له والطلاق واقع لان الذى من جهتها التزام المال بمنزلة ايجاب البيع لايتوقف على ما وراء المجلس ولكن يبطل بالقيام عن المجلس قبل الايقاع فاذا أوقع الطلاق بعد ذلك مطلقا وقع الطلاق لان الزوج ينفرد به وكلامها وان كان شرطا في الصورة ففي المعنى التزام العوض لان التزام المال لايحتمل التعليق بالشرط فهو نظير قوله ان عملت لى هذا العمل فلك علىّ ألف درهم يكون التزاما للعوض بطريق الاجارة ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق ثلاثا اذا أعطيتنى ألفا أومتى أعطيتني ألفافهى امرأته على حالها حتى تعطيه ذلك لانه علق الطلاق بشرط اعطاء المال فلا يقع بدونه ومتى أعطته في المجلس أو بعده فالطلاق واقع عليها لان اذا ومتى للوقت فمعنى قوله اذا أعطيتني في الوقت الذى تعطيني وليس للزوج أن يمتنع منه اذا أتته به لانه يجبر على القبول ولكن اذا وضعته بين يديه طلقت وهو استحسان وفى القياس لاتطلق حتى يقبله الزوج وهو قول زفر رحمه الله تعالى وأصله في العتاق اذا قال لعبده اذا أديت الىّ ألفا فأنت حر وجه القياس أن الحالف لايجبر على ايجاد الشرط ووجه الاستحسان ان كلامه تعليق بالشرط صورة وايجاب للطلاق بعوض معنى حتى اذاقبل المال كان الواقع بائنا ولو وجده زيوفا كان له أن يرد ويستبدل وهذا حكم المعاوضة والملتزم للعوض اذا خلى بين صاحبه وبين المال يصير قابضا فباعتبار الشرط قلنا لاحاجة الى قبولها في المجلس وباعتبار المعاوضة قلنا اذا وضعت المال بين يديه طلقت وليس لها ان ترجع بشئ منه لانها أدت المال عوضاً عن الطلاق وقد سلم لها ﴿قال﴾ ولو كان قال لها ان جئتني بالف درهم فأنت طالق فان جاءت به في ذلك المجلس وقع الطلاق وان تفرقا قبل ان تأتيه به بطل هذا القول لان كلام الزوج تعليق بالشرط فيتم به من غير حاجة الى قبولها ولكنها تتمكن من اداء المال في المجلس فقيامها قبل الاداء يكون مبطلا بمنزلة قوله ان شئت فانت طالق وهما سواء في المعنى الا ان ذلك تمليك الأمر منها بغير عوض وهذا تمليك الأمر منها بعوض فكما يبطل هناك بقيامها عن المجلس قبل المشيئة يبطل هنا بقيامها قبل الأداء ﴿قال﴾ وان قال لها أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم أو على ألف درهم فهو سواء فان قبلت في ذلك

المجلس

المجلس وقع الطلاق عليها والمال دين عليها تؤخذ به لان كلام الزوج ايجاب للطلاق بجعل وليس بتعليق بشرط الاعطاء بمنزلة من يقول لغيره بعت منك هذا العبد على ألف درهم أو على أن تعطيني ألف درهم يكون ايجاباً لا تعليقا فاذا وجد القبول فى المجلس وقع الطلاق ووجب المال عليها بخلاف قوله ان جئتني أو اذا أعطيتني فان هناك قد صرح بالتعليق بالشرط فما لم يوجد الشرط لايقع الطلاق والدليل على الفرق ان هناك لو كان لها على الزوج ألف فاتفقا على جعل الالف قصاصا بما عليه لايقع الطلاق وهنا يصير قصاصا بالدين الذى لها عليه وقد يجوز أن يثبت الحكم بالقبول مع التصريح بالاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وبالقبول يثبت حكم الذمة فاذا ثبت ان الحكم هنا يتعلق بقبول المال يشترط القبول منها في المجلس فاذا لم تقبل حتى قامت فهو باطل وفيما تقدم لما كان الاعطاء شرطا فبجعله قصاصا بما عليه لايصير الشرط موجوداً قبل الاعطاء والمقاصة بين دينين واجبين في قوله اذا أعطيتنى المال المال غير واجب عليها فلا يصير قصاصا وفى قوله انت طالق على أن تعطينى المال يجب عليها بالقبول فيصير قصاصا فاذا لم يصر قصاصاً فى قوله اذا أعطيتنى فرضى الزوج ان يوقع عليها طلاقا مستقبلا بالالف التى لها عليه فذلك جائز اذا قبلت وكان هذا منه لها ايجابا مبتدأ ﴿ قال ﴾ وان كان للرجل امرأتان فسألتاه أن يطلقهما على ألف أو بألف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف أما فى حرف الباء فلانهما جعلتا الألف بدلا عن طلاقها فاذا طلق احداهما فعليها حصتها وكذلك فى حرف على لانه لامنفعة لها فى طلاق الضرة حتى يجعل شرطا ولان أكثر مافى الباب ان كل واحدة منهما التزمت حصتها من الالف بشرط أن يطلق صاحبتها واذا أبى كان هذا شرطا فاسدا الا أن الخلع لايبطل بالشرط الفاسد كالنكاح فان طلق الاخري في ذلك المجلس أيضاً لزمتها حصتها من المال فان المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكان هذا ومالو طلقها بكلام واحد سواء وان افترقوا قبل ان يطلق واحدة منهما بطل ايجابهما بالافتراق فاذا طلقهما بعد ذلك كان الطلاق واقعا بغير بدل ﴿ قال ﴾ واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت شاهدين شهد احدهما بالخلع بألف والآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لانها تدعي احد الامرين لامحالة فتكون مكذبة للشاهد الآخر ولأن الخلع فى جانبها قياس البيع وشهود البيع اذا اختلفوا في جنس الثمن أو فى مقداره بطلت الشهادة فكذلك هنا اذا اختلفا فى جنس

الجعل كالعرض والعبد أو كالعرض والدراهم فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بالطلاق بعوض آخر ولا يمكن ايجاب واحد من العوضين عليها فلو حكم بالطلاق لحكم بالطلاق بغير عوض وقد اتفقا ان الزوج ما أوقع الطلاق بغير عوض ﴿ قال ﴾ ولو كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة فان كان الزوج يدعي الفاوخمسمائة جازت شهادتهما على الالف لان الطلاق قد وقع باقرار الزوج بقي منه دعوي المال ومن ادعى على غيره ألفاً وخمسمائة فشهد له شاهدان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى فان ادعي الزوج الالف لم تجز شهادتهما لان الزوج قد كذب أحد شاهديه وهو الذى شهد بألف وخمسمائة والمدعى اذا أكذب شاهده بطلت شهادته له والطلاق واقع باقراره وكذلك اذا اختلفا في جنس الجعل لان الزوج مكذب لاحدهما لامحالة فلابد ان يدعي أحد الجنسين فان شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة فعند أبي حنيفة لاتقبل شهادتهما لاختلافهما لفظاً وعندهما تقبل على الخمسمائة اذا ادعى الزوج الالف لاتفاقهما على مقدار الخمسمائة معني وقد بيناهذا فيما سبق ثم الاصل بعد هذا فى باب الخلع ان البدل فى الخلع بمنزلة الصداق فى النكاح فانه مال يلتزمه لا بمقابلة مال وقد بينا حكم الصداق فى النكاح فالخلع قياسه الا فى فصول يذكر الفرق بينهما فيها حتي اذا اختلعت على دار فلا شفعة للشفيع فيها وان اشترط أن يرد عليها الفاً مع ذلك ففى وجوب الشفعة فى حصة الالف خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه كما فى الصداق وليس في جعل الخلع خيار الرؤية ولا رد بعيب يسير كما فى الصداق ﴿ قال ﴾ واذا اختلعت بما فى بيتها من شئ فهو جائز وكلما يكون فى بيتها فى تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة وان لم يكن فيه شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغر الزوج بتسمية الشئ فانه ينطلق على مالا قيمة له فلهذا لا يلزمها شئ وفى هذا الفصل فى النكاح يجب مهر المثل ولكن باعتبار ان تسمية الشئ لغو من الزوج فكانه تزوجها على غير مهر فلها مهر مثلها وهنا يصير كانه خلعها بغير شئ فلا شئ عليها وهذا لان البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم بمهر المثل ولا قيمة للبضع عند خروجه عن ملكه ﴿ قال ﴾ واذا اختلعت على مافي بيتها من متاع فله مافيه فان لم يكن فيه شئ رجع عليها بالمهر الذى أخذت منه لانها غرته بتسمية المتاع فانه اسم لما يكون متقوما منتفعا به فاذا لم يوجد في البيت شئ كان مغروراً من جهتها وللمغرور دفع الضرر عن

نفسه بالرجوع على الغار ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لكونه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم فانه لا يملكها شيئا انما يسقط حقه عنها فكان أولى الاشياء ماساق اليها من الصداق فان الغرر يندفع عنه بالرجوع بذلك ﴿قال﴾ وان قالت اخلعنى على مافى يدى من دراهم فان كانت فى يدها ثلاثة دراهم أو أكثر فله ذلك وان لم يكن فى يدها شئ فله ثلاثة دراهم لانها سمت جميع الدراهم وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة وليس لأقصاه نهاية فأوجبنا الادنى وفى الصداق فى هذا الفصل لها مهر مثلها لأن هنالك الزوج يملك عليها ماهو متقوم فلها أن لا ترضى بالادنى وفى معاوضة المتقوم بالمتقوم يجب النظر من الجانبين وفى تعيين الادنى ترك النظر لها فلهذا أوجبنا مهر المثل وهنا الزوج لا يملكها شيئاً متقوما فيتعين أدنى الجمع لكونه متيقنا ولانها لما كانت تلتزم لا بعوض متقوم كان هذا فى حقها قياس الاقرار والوصية ومن أقر لغيره بدراهم أو أوصي له بدراهم يلزمه ثلاثة وان كان في يدها درهمان تؤمر باتمام ثلاثة دراهم له لانها فيما التزمت ذكرت لفظ الجمع وفى المثنى معنى الجمع وليس بجمع مطلق فان التثنية غير الجمع ﴿فان قيل﴾ قد ذكرت فى كلامها حرف من وهو للتبعيض والدرهمان بعض الجمع فينبغي أن لا يلزمها الا ما في يدها كما قال فى الجامع اذا قال ان كان ما فى يدى من الدراهم الا ثلاثة فعبده حر وفي يده أربعة دراهم كان حانثا ﴿قلنا﴾ نعم حرف من قد يكون للتبعيض وقد يكون صلة كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقال الله تعالى ما اتخذ الله من ولد ففي كل موضع يصح الكلام بدون حرف من كان حرف من فيه صلة لتصحيح الكلام كما فى مسئلة الخلع فانها لو قالت اخلعنِي على ما فى يدى دراهم كان الكلام مختلا وحرف من صلة لتصحيح الكلام ويبقى منها لفظ الجمع فلهذا يلزمها ثلاثة دراهم والدنانير والفلوس فى هذا قياس الدراهم ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما فى نخلها من ثمرة وليس فيها شئ فله المهر الذي أعطاها لانها غرته بتسمية الثمرة وهو اسم للمال متقوم وان اختلعت منه بما يثمر نخلها العام فهو جائز فان أثمرت فله ذلك وان لم تثمر شيئاً فلا شيء له فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ثم رجع فقال يرجع عليها بما أعطاها من المهر أثمرت أو لم تثمر ولا شئ له من الثمرة وهو قول محمد رحمه الله تعالى وجه قوله الاول انها لم تغره بشئ ولكنها أوجبت له ما يثمر نخلها العام فكان هذا بمنزلة الايجاب بطريق الوصية ومن أوصى بما تثمر نخيله العام فان أثمرت فهى للموصى له

وان لم تثمر فلا شئ له فهذا مثله وجه قوله الآخر انها تلتزم بدل الخلع عوضا وان لم يكن بمقابلته ما هو متقوم والثمار المعدومة لا تصلح عوضا في شئ من العقود فيبقى مجرد تسمية ما هو متقوم منتفع به وذلك بمنزلة الغرور منها وذلك يثبت حق الرجوع بما أعطاها وهذا لأن الغرور ثابت هنا معنى لما تعذر تسليم المسمى له شرعا فهو بمنزلة ما لو وجد الغرور منها صورة بأن سمت المتاع الذى فى يدها وليس فى يدها متاع فيرجع عليها بما أعطاها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما فى بطن جاريتها أو على ما فى بطون غنمها فهو جائز وله ما فى بطونها بخلاف الصداق فان فى مسئلته يجب مهر المثل لها لان ما فى البطن ليس بمال متقوم فى الحال ولكن باعتبار المآل هو مال بعد الانفصال إلا أن أحد العوضين فى باب النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر ولا يمكن تصحيح التسمية فى الحال لان المسمى ليس بمال ولا باعتبار المآل لانه في معني الاضافة أو التعليق بالانفصال فكان لها مهر مثلها واما في الخلع أحد العوضين وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر وأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل وهو ما بعد الانفصال واذا صحت التسمية فله المسمى وان لم يكن فى بطونها شئ فلا شئ له لانها ما غرته فما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح أو ولد ميت والرجوع عليها بما أعطي بحكم الغرور وما وجد فى بطونها بعد الخلع فهو للمرأة لانها سمت الموجود في البطن عند الخلع فلا يتناول ما يحدث بعد ذلك بل الحادث نماء ملكها فيكون لها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بحكمه أو بحكمها أو بحكم أجنبى فهو جائز كما في الصداق الا أن هناك المعيار مهر المثل وهنا المعيار ما أعطاها فان اختلعت بحكمه فحكم الزوج عليها بمقدار ما أعطاها أو بأقل فذلك صحيح لانه مسقط بعض حقه وان حكم بأكثر من ذلك لم يلزمها الزيادة الا أن ترضى به وان كان بحكمها فان حكمت بما أعطاها الزوج أو أكثر جاز لان تصرفها على نفسها بالتزام الزيادة صحيح وان حكمت بأقل من ذلك لم يثبت النقصان الا أن يرضى الزوج بذلك لان حكمها بذلك على الزوج وان كان بحكم أجنبي فله ما أعطاها لان الاجنبي ان حكم بأقل من ذلك فهو متصرف على الزوج باسقاط بعض حقه وان حكم بأكثر من ذلك فهو متصرف عليها بالزام الزيادة فلا ينفذ بدون رضاها ﴿قال﴾ وان اختلعت منه على خادم بغير عينها فهو جائز وله خادم وسط أو قيمته أيهما أتت به أجبر على القبول كما في الصداق ﴿قال﴾ وان اختلعت منه

بما تكتسب العام من مال أو بما ترثه أو بما تتزوج عليه أو بما تحمل جاريتها أو غنمها فيما يستقبل كان له المهر الذي أعطاها في جميع ذلك لان المسمي لايصلح عوضا في شئ من النقود اما لانه على خطر الوجود لايدرى أيكون أم لا أو لانه مجهول الجنس والصفة والقدر فلا يصح التزامه في الخلع أيضاً ولكنها غرته بتسمية المال فيلزمها رد ماساق اليها بسبب الغرور وكذلك ماتحمل جاريتها أو نعمها من ولد لايصح تمليكه من الغير بشئ من اسباب التمليك الوصية وغيرها فيه سواء فيلزمها رد المقبوض بسبب الغرور ﴿ قال ﴾ وكذلك ان اختلعت على أن تزوجه امرأة وتمهر عنه فالخلع جائز والشرط باطل للجهالة المستتمة في المسمى ولكن الغرور يتمكن لتسمية الامهار فعليها رد العوض وان اختلعت منه على موصوف من المكيل أو الموزون أو النبات فهو جائز كما في الصداق وان اختلعت منه على ثوب أو على دار فالتسمية فاسدة للجهالة المستتمة كما في الصداق وله المهر الذى أعطاها بسبب الغرور وكذلك ان اختلعت منه بدابة للجهالة المستتمة فان اسم الدابة يتناول أجناسا مختلفة فله المهر الذى أعطاها وان اختلعت منه بشئ معروف مسمى ولها عليه مهر وقد دخل بها أولم يدخل بها لزمها ماسمت له ولا شئ لها مما سمى على الزوج من المهر في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لها أن ترجع عليه بالمهر ان كان قد دخل بها وبنصف المهر ان لم يدخل بها وكذلك لو كانت أخذت المهر ثم خلعها قبل الدخول على شئ مسمى فليس للزوج أن يرجع عليها بشئ من المهر فى قول أبى حنيفة وفى قول محمد وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يرجع عليها بنصف المهر وان كان العقد بينهما بلفظة المبارأة فكذلك الجواب فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى والحاصل أن الخلع والمبارأة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى توجبان براءة كل واحد منهما عن صاحبه من الحقوق الواجبة بالنكاح حتى لايرجع أحدهما على صاحبه بشئ بعد ذلك وعند محمد لايوجبان الا المسمى في العقد وفيما سوى ذلك من حقوق النكاح يجعل كالفرقة بغير جعل بالطلاق وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى في الخلع الجواب كما قال محمد رحمه الله تعالى وفى المبارأة الجواب كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وجه قول محمد رضى الله عنه ان هذا طلاق بعوض فيجب به العوض المسمى ولايسقط شئ من الحقوق الواجبة كما لو كان بلفظ الطلاق وهذا

لانه لاتأثير لعقد المعاوضة إلا في استحقاق العوض المسمي به والدليل عليه أنه لو كان لأحدهما على الآخر دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لايسقط شئ من ذلك بالخلع والمبارأة فكذلك الحقوق الواجبة عليه بالنكاح والدليل عليه ان نفقة عدتها لاتسقط وهي من الحقوق الواجبة بالنكاح فكذلك المهر بل أولى لان النفقة أضعف وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المقصود بهذا العقد لايتم الا باسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح فلا تمام هذا المقصود يتعدي حكم هذا العقد الى الحقوق الواجبة بالنكاح لكل واحد منهما وهذا لان الخلع انما يكون عند النشوز وسبب النشوز الوصلة التي بينهما بسبب النكاح فتمام انقطاع المنازعة والنشوز انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة وفي لفظهما ما يدل عليه فان المبارأة مشتقة من البراءة والخلع من الخلع وهو الانتزاع يقول الرجل خلعت الخف من الرِّجل اذا قطعت مابينهما من الوصل من كل وجه فأما اذا كان العقد بلفظ الطلاق فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يسقط الحقوق الواجبة أيضاً بالنكاح لاتمام المقصود وفي ظاهر الرواية ليس في لفظ الطلاق مايدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح فلهذا لاتسقط فأما سائر الديون فوجوبها ما كان بسبب وصلة النكاح والنشوز والمنازعة لم تحقق فيه فلهذا لايسقط وأما نفقة العدة فهي غير واجبة عند الخلع انما تجب شيئاً فشيئاً والخلع والمبارأة سقاط ماهو واجب بحكم النكاح في الحال وأبو يوسف رحمه الله تعالى أخذ في المبارأة بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لتحقيق معنى البراءة وفي الخلع أخذ بقول محمد رحمه الله تعالى لانه ليس فيه معنى البراءة عن الحقوق الواجبة فجعل لفظ الخلع بمنزلة لفظ الطلاق وعلى هذا الاصل لو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم منها لم يكن للزوج غير المائة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف وكذلك لو كان المهر عبداً بعينه في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع عليها بشيء من العبد وعندهما يرجع عليها بنصف العبد ولو تزوجها على ألف درهم فوهبت له النصف وقبضت النصف ثم اختلعت منه بشئ مجهول كالثوب ونحوه فانه يرجع عليها بما دفع اليها من المهر لا بالالف التي كان أصل العقد بها لان ثبوت حق الرجوع عند الغرور لدفع

الضرر عن الزوج وذلك يتم اذا رجع بما ساق اليها ولو كانت وهبت جميع المهر لزوجها لم يرجع الزوج عليها بشئ لان الرجوع بحكم قبضها ولم يقبض شيئاً والرجوع لدفع الضرر عن الزوج والضرر مندفع هنا حين سلم له جميع المهر بالهبة ﴿قال﴾ واذا اختلعت من زوجها بعبد بعينه فمات قبل أن يسلمه فعليها قيمته له كما فى الصداق لان السبب الموجب للتسليم لم ينفسخ بهلاكه فان تبين ان العبد كان مات قبل الخلع فانما يرجع عليها بالمهر الذى أخذت منه لانها غرته بتسمية العبد وان كان حيا فاستحق فعليها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له وان ظهر انه كان حراً فعليها المهر الذى أخذت منه فى قول أبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهما وفى قول أبي يوسف رضي الله عنه عليها قيمته أن لو كان عبداً وهذا والصداق سواء ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بما لا يحل كالخمر والخنزير والميتة لم يكن له عليها شيء لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يتمكن الغرور منها بهذه التسمية فصارت هذه التسمية وجودها كعدمها وبهذا فارق الصداق فان تسمية الخمر هناك وجودها كعدمها ولكن بدون التسمية يجب مهر المثل هناك ولا يجب هنا شيء وان غرته فقالت اختلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها أن ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليها مثل ذلك الكيل من خل وسط وهذا والصداق سواء ﴿قال﴾ واذا تزوجها على ألف درهم ثم اختلعت منه بمال مؤجل فهو جائز اذا كان الأجل معلوما لان الخلع عقد معاوضة فيصح اشتراط الاجل المعلوم في بدله كسائر المعوضات وان كان الاجل مجهولا جهالة مستتمة مثل الميسرة أو موت فلان أو قدوم فلان فالمال عليها حال لان الأجل إسم لزمان منتظر ولم يصر مذكوراً بذكر هذه الألفاظ لجواز ان يتصل موت فلان أو قدومه والميسرة بالعقد فبقى هذا شرطاً فاسداً والخلع لا يبطل به فكان المال حالا عليها وان كان الى الاعطاء أو الى الدياس أو النيروز أو المهرجان فالمال الى ذلك الأجل لانهما ذكرا فى العقد ماهو أجل وهو الزمان الذى هو منتظر فان وقت الشتاء ليس بزمان الحصاد والدياس بيقين ولكن فى آخره بعض الجهالة من حيث أنه قد يتقدم اذا تعجل الحر ويتأخر اذا تطاول البرد ولكن هذا القدر لا يمنع صحة الأجل خصوصا فى العقد المبني على التوسع كالكفالة والخلع مبنى على التوسع فتثبت فيه هذه الآجال فان ذهبت الغلة فى ذلك العام فلم يكن حصاد ولا جزاز فالاجل الى مثل ذلك الوقت

الذى يكون فيه فى مثل ذلك البلد وكذلك العطاء لان ذكر العطاء كان على سبيل الكناية عن وقته فلا معتبر بوجود حقيقته ووقته معروف عند الناس فى كل موضع فاذا جاء ذلك الوقت وجب تسليم المال وبدل الخلع اذا كان دينا فهو في حكم أخذ الرهن والكفيل به بمنزلة الصداق حتى اذا هلك هلك بما فيه وكان هو أمينا فى الفضل ﴿ قال ﴾ وان خلعها على وصيف بغير عينه فان جاءت بقيمته أجبر على قبوله كما فى الصداق وان صالحها من الوصيف على دراهم مما يكال او يوزن و العروض أو الحيوان من غير صفته فهو جائز بعد ان يكون يداً بيد كما فى الصداق وهذا لانه اذا لم يكن مقبوضاً كان دينا بدين وذلك حرام ﴿ قال ﴾ واذا اختلعت فى مرضها بمهرها الذي كان لها على زوجها ثم ماتت فى العدة فله الاقل من ميراثه ومن المهر ان كان يخرج من ثلث مالها مهر وان لم يكن لها مال سوى ذلك فله الاقل من ميراثه منها ومن الثلث وان ماتت بعد انقضاء العدة فله المهر من ثلث مالها والحاصل انه اذا اختلعت فى مرضها فبدل الخلع معتبر من ثلث مالها عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى من جميع المال واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امرأة بصداق مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص به من أذى الزوج ولكنا نقول البضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم وعند الخروج لا يتقوم حتى ان للاب أن يزوج ابنه امرأة بماله وليس له أن يخالع ابنته من زوجها بمالها والخلع ليس من أصول حوائجها فكان بدل الخلع بمنزلة الوصية منها للزوج فيعتبر من الثلث ومن عليه القصاص اذا صالح فى مرضه على الدية عندنا يعتبر من جميع ماله لانه يحتاج اليه لاحياء نفسه فكان ذلك من أصول حوائجه بخلاف بدل الخلع وعند زفر رحمه الله تعالى يعتبر هنا من الثلث بخلاف الخلع لان القصاص عقوبة فلا يعتاض عنه بالمال حقيقة فيكون التزام المال بمعنى الصلة المبتدأة والمملوك بالنكاح مما يعتاض عنه بالمال باعتبار الاصل وما يسلم للزوج هنا يصلح أن يكون عوضا يعتبر من جميع مالها اذا عرفنا هذا فنقول اذا ماتت قبل انقضاء العدة فسبب ميراثه باق ببقاء العدة ويجوز أن يكون قصدها بهذا الخلع ايصال المنفعة المالية الى الزوج ولكن هذه التهمة في الزيادة على قدر ميراثه فأما فى الاقل فلا تهمة فلهذا كان له الاقل من ميراثه ومما سمت له واذا ماتت بعد انقضاء العدة فليس بينهما سبب التوارث عند موتها فيكون له جميع المسمى من الثلث بمنزلة

مالو أوصت له أو أقرت له بشئ بعد ماطلقها ثلاثا وان كان لم يدخل بها فاختلعت منه في مرضها بمهرها فنقول امانصف المهر فقدسقط عن الزوج بالطلاق قبل الدخول لا من جهتها والنصف الباقي له من ثلث مالها لان ذلك القدر بمنزلة الوصية منهاله وليس بينهما سبب التوارث اذا كان الطلاق قبل الدخول فلا معني لاعتبار الاقل وكذلك ان كانت اختلعت منه بأكثر من مهرها فنصف المهر سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الباقى مع الزيادة للزوج من ثلث مالها فان برئت من مرضها فله جميع المسمى بمنزلة مالو خالعها في صحتها ﴿ قال ﴾ وان اختلعت وهى صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر لانه لوطلقها بغير عوض كان صحيحا فبالعوض القليل أولى ولا ميراث لها منه لان الفرقة انما وقعت بقبولها فكانه طلقها بسؤالها ﴿ قال ﴾ وان تبرع أجنبي فى مرضه باختلاعها من الزوج بمال ضمنه للزوج فهو جائز من ثلثه اذا مات من ذلك المرض لان الاجنبي التزم المال فى مرضه من غير عوض حصل له فكان معتبراً من ثلثه وان كان الزوج مريضاً حين فعل الاجنبي هذا بغير رضاها فلها الميراث اذا مات الزوج قبل انقضاء عدتها لان الفرقة وقعت بغير رضاها فيكون الزوج فارا فى حقها ﴿ قال ﴾ واذا وكل رجل رجلا ان يخلع امرأته فقام الوكيل من مجلسه قبل أن يخلعها فهو على وكالته لان مطلق التوكيل لا يتوقت بالمجلس كما فى سائر العقود وهذا لان المطلوب من الوكيل تحصيل مقصود الموكل والمجلس ومابعده فى هذا سواء وهذا بخلاف مالو قال لها أمرك بيدك لان ذلك تمليك الامر منها وجواب التمليك يقتصر على المجلس وهذا إنابة له مناب نفسه في عقد الخلع فيصير نائبا عنه مالم يعزله كما لو قال له طلقها ﴿ قال ﴾ واذا وكل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يجز لان الخلع عقد معاوضة يحتاج فيه الى الرأي والتدبير وهو انما رضى برأى المثني ورأى الواحد لا يكون كرأي المثني فلا يحصل مقصوده اذا انفرد أحدهما به كما فى البيع بخلاف ما لو قال طلقاها فطلقها أحدهما جاز لان ايقاع الطلاق مجرد عبارة لا يحتاج فيه الى الرأى والتدبير وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء وما هو مقصود الزوج يحصل بايقاع أحدهما ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على عبدي هذا ان شئت فقامت من مجلسها قبل أن تشاء فهى امرأته ولا يقع الطلاق فى هذا الا بقبولها لان العبد المسمي ملك الزوج فكان ذكره والسكوت عنه سواء فيبقى قوله أنت طالق ثلاثا ان شئت فاذا قامت قبل أن تشاء خرج الامر من

يدها فلا يقع عليها شئ لان المشيئة منها لم توجد ولانه اوقع الطلاق بعوض فلا يقع الا بوجود القبول وان لم يجب العوض ولا منفعة فيه لأحدهما كما لو طلقها على خمر أو ميتة لا يقع الطلاق الا بقبولها وان كان لا يجب عليها شئ بعد القبول وان قبلت في المجلس وقع الطلاق عليها لوجود القبول ولانها لما قبلت فقد شاءت والعبد عبد الزوج على حاله لان ملكه لا يكون عوضاً عن ملكه ولا شئ له عليها لانها لم تغره وان قال أنت طالق ان شئت على عبدك الذي في يدي فان قبلت وقع الطلاق عليها وله العبد لان ملكها يصلح عوضاً عن الطلاق سواء كان في يدها أو في يد الزوج فان استحق العبد فله قيمته لان التسليم بالعقد صار مستحقاً عليها وقد بطل فيبقى الزوج بالاستحقاق من الاصل والسبب الموجب تسليم قائم فعليها قيمته له ﴿قال﴾ وان طلقها على ما في يده فقبلت فاذا في يده جوهرة لها فهي له وان لم تكن علمت بذلك لانها هي التي أضرت بنفسها حين قبلت الخلع قبل أن تعلم ما في يده ولو اشترى منها بهذه الصفة كان جائزاً ولا خيار لها فالخلع أولى وان لم يكن في يده شئ فالطلاق رجعي ولا شئ له عليها لانها لم تغره وصريح الطلاق لا يوجب البينونة الا بعوض ﴿قال﴾ وان اختلعت منه بعبد حلال الدم فقتل عنده بقصاص رجع عليها بقيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا بمنزلة الاستحقاق عنده على ما نبينه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا بمنزلة العيب الفاحش يكون في يدها بالعبد وعندهما عيب القطع في حكم الحادث عند الزوج فيمنعه من رد العبد عليها وموضع بيان هذه المسئلة في كتاب البيوع ﴿قال﴾ ولو خلعها على عبد نصراني أو أمة لها زوج أو عبد له امرأة ولم تعلمه ذلك لم يرجع عليها بشئ فان هذا بمنزلة العيب اليسير لان نقصان المالية يقل بهذه الاسباب وبدل الخلع لا يرد بالعيب اليسير كالصداق ﴿قال﴾ وان اختلعت ومهرها ألف درهم على عبد على ان زادها ألف درهم فاستحق العبد من يده رجع عليها بالالف وبنصف قيمة العبد لان المرأة بذلت العبد بازاء شيئين الالف التي قبضت والخلع وهما سواء فانقسم العبد نصفين نصفه بيع من الزوج بالالف فعند الاستحقاق يرجع بثمنه المدفوع ونصفه بدل الخلع فعند الاستحقاق يرجع بقيمته فلهذا رجع عليها بالالف وبنصف قيمة العبد وكذلك لو كان أعطاها مكان الالف خادما قيمته ألف أخذ الخادم ونصف قيمة العبد

لان نصف العبد كان بيعاً له بالخادم والاستحقاق يبطل البيع فيرجع بالخادم والنصف الآخر من العبد كان جعلا فيرجع بقيمته عند الاستحقاق ﴿قال﴾ وان خالعها على ان أعطته درهما قد نظراليه فى يدها فاذاهوزيف أوستوق فله أن يأخذ منها جيداً لان مطلق تسمية الدراهم يتناول الجياد فكان له ان يرد الزيف والستوق ويطالبها بما استحق من العقد ﴿قال﴾ وليس هذا بمنزلة العيب فى العبد يريد به ان العبد لا يرد بالعيب اليسير فى الخلع والدراهم ترد بعيب الزيافة وإن كان ذلك عيباً يسيراً لان الخلع ماتعلق بتلك الدراهم بعينها وانما تعلق بدراهم جياد فى ذمتها حتى ان لها ان تمنع ذلك الدرهم وتعطيه آخر فكان له ان يطالبها بما استحق بالعقد ولانه بالرد هنا يستفيد شيئاً وهو الرجوع بالجيد بخلاف العبد فان العبد تعلق بعينه فلا يستفيد شيئاً برده بعيب يسير لانه يرجع بقيمته ولا فرق بين قيمته صحيحاً وبين عينه مع العيب اليسير ﴿قال﴾ ولو اختلعت منه على ثوب في يدها أصفر فقالت هو هروى فاذا هو مصبوغ كان له ثوب هروي وسط لان المسمى اذا لم يكن من جنس المشار اليه فالعقد يتعلق بالمسمي ولهذا لا يجوز البيع فى مثله لانه يتعلق بالمسمى وهو معدوم فكذلك بالخلع يتعلق بالمسمى وهو ثوب هروى والخلع على مثله صحيح وينصرف الى الوسط كما فى الصداق ﴿ قال ﴾ واذا تزوج المريض امرأة مريضة على الف درهم ودفعها اليها ولا مال له غيرها ومهر مثلها مائة درهم فاختلعت بها منه قبل ان يدخل بها ثم ماتت من ذلك المرض ولا مال لها غيرها ثم مات الزوج بعدها من ذلك المرض فلورثة المرأة من هذه الألف مائتا درهم وخمسة وسبعون درهما ولورثة الزوج سبعمائة وخمسة وعشرون درهما وهذه المسألة تنبنى على أصول أحدها ان المريض اذا تزوج امرأة على أكثر من صداق مثلها فالزيادة على صداق المثل بمنزلة الوصية فى الاعتبار من الثلث ومقدار صداق مثلها لايعتبر من الثلث والثانى ان المريضة اذا اختلعت من زوجها بمال يكون معتبراً من ثلث مالها والثالث أن الطلاق قبل الدخول يسقط نصف الصداق عن الزوج شرعا ثم وجه تخريج المسئلة أن فى مقدار مهر مثلها وهو المائة لا وصية من الزوج لها وقد عاد بالطلاق قبل الدخول نصفه اليه بقى لها خمسون وقد أوصت بذلك للزوج حين اختلعت منه به فانما يسلم للزوج ثلث ذلك وهو ستة عشر وثلثان فيكون حاصل مال الزوج تسعمائة وستة وستين وثلثين وقد حاباها بأربعمائة وخمسين في أصل النكاح لان المحاباة كانت تسعمائة ولكن بالطلاق قبل الدخول عاد الى الزوج

نصفها فبقيت المحاباة بأربعمائة وخمسين وذلك أكثر من ثلث ماله فتعتبر محاباته من الثلث فكان ينبغي أن يسلم لها ثلث هذا المقدار الا أنه قال انه تنفذ وصيته فى ثلاثة أثمان هذا المقدار لانا لو نفذنا فى ثلثها رجع ثلث ذلك الى ورثة الزوج بالخلع فيزداد مالهم وتجب الزيادة فى تنفيذ الوصية لها بحسبه فلا يزال يدور هكذا فلقطع الدور قال تنفذ وصيته في ثلاثة أثمانه وطريق معرفة ذلك بالسهام انك تحتاج الى مال ينقسم ثلثه أثلاثا وأقل ذلك تسعة فكان ينبغى أن يجعل مال الزوج على تسعة أسهم وتنفذ وصيته فى ثلثه الا أن سهما من هذه الثلاثة يعود الى الورثة بالخلع وصية منها له فيصير في يد ورثة الزوج سبعة أسهم وحاجتهم الى ستة وهذا السهم الزائد هو الدائر الذى يسعى الى الفساد فالسبيل طرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من قبله وهو معنى قول أبى حنيفة سهم الدور ساقط وانما ظهر هذا الدور من جانب الورثة بزيادة حقهم فنطرح من أصل حقهم سهما فيبقى حقهم فى خمسة وحق المرأة فى ثلاثة فيكون ثمانية فلهذا جعلنا مال الزوج على ثمانية ثم نفذنا وصيته لها فى ثلاثة ويعود سهم من هذه الثلاثة الى ورثته بالخلع فيصل للورثة ستة وقد نفذنا الوصية فى ثلثه فيستقيم الثلث والثلثان ثم وجه التخريج من حيث الدراهم ان مال الزوج تسعمائة وستة وستون وثلثان فاذا قسمت ذلك أثمانا فكل ثمن من ذلك مائة وعشرون وخمسة أسداس فثلاثة أثمانه تكون ثلثمائة واثنين وستين ونصفا تنفذ الوصية فى الابتداء فى هذا المقدار يبقى للورثة ستمائة وأربعة وسدس ثم يعود اليهم من جهتها مائة وعشرون وخمسة أسداس فيكون جملة ذلك سبعمائة وخمسة وعشرين وقد نفذنا الوصية فى ثلثمائة واثنين وستين ونصف فيستقيم الثلث والثلثان وحصل لورثة المرأة فى الابتداء ثلاثة وثلاثون وثلث وبالوصية مائتان واحد وأربعون وثلثان فيكون جملة ذلك مائتين وخمسة وسبعين فاستقام التخريج وهذه المسألة بأخواتها تعود فى كتاب العتق فى المرض فيؤخر تخريج سائر الطرق الى ذلك الموضع والله أعلم بالصواب

باب المشيئة فى الطلاق

﴿قال﴾ رجل قال لامرأته ان شئت فأنت طالق فذلك اليها مادامت فى مجلسها لانه علق الوقوع بمشيئتها وذلك من عمل قلبها بمنزلة اختيارها وقد اتفقت الصحابة رضوان الله عليهم

ان للمخيرة الخيار مادامت في مجلسها فكذلك يثبت هذا الحكم فيما هو في معناه وهو المشيئة وهذا لان الرأي الذى يوجبه الزوج لها معتبر بما يثبت لها من الخيار شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقت بمجلسها غير انهـا ان شاءت هنا فهي طالق تطليقة رجعية لان الوقوع بلفظ الزوج وقد أتى بصريح الطلاق وان قامت قبل ان تشاء فهي امرأته ولا مشيئة لها بعد ذلك لانقطاع مجلسها بالقيام أو لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها من المشيئة وكذلك ان أخذت فى عمل آخر يعرف أنه قطع لما كانا فيه من ذكر الطلاق لان الاعراض عن المشيئة يتحقق باشتغالها بعمل آخر كما يتحقق بقيامها وقيام الزوج من ذلك المجلس لا يبطل مشيئتها لان قيامه دليل الرجوع فيكون كصريح الرجوع ولو رجع عما قال كان رجوعه باطلا بخلاف قيامها فانه دليل الرد ولو ردت المشيئة صح منها وبه فارق البيع فان الموجب لو قام عن المجلس قبل قبول الآخر يبطل ايجابه فكذلك يبطل بقيامه وكذلك لو قال ان أحببت أو هويت أو رضيت أو أردت فأنت طالق لان هذه الالفاظ في المعني تتقارب فانه تعليق للوقوع باختيارها ولان هـذه المعانى لا تفارقها كمشيئتها فيتحقق منها فى المجلس ولو قال طلقى نفسك ان شئت أو أحببت أو هويت أو رضيت أو أردت فهو كذلك الا أن هنا مالم تقل طلقت نفسى لا يقع لان قوله طلقي نفسك تمليك الامر منها وقد علقه بالمشيئة فاذا قالت شئت صار الامر فى يدها لوجود الشرط فلا يقع ما لم توقع وهناك قوله أنت طالق ايقاع وقد علقـه بالمشيئة فاذا قالت شئت يتنجز وان قال ان كنت تحبيننى أو تبغضينني فأنت طالق أو ما أشـبه هذا من الـكلام الذى لا يطلع على ما فى قلبها غـيرها فذلك اليها في المجلس والقول فيه قولهـا استحسانا وفى القياس لا يقبل قولهـا اذا أنكره الزوج لانها تدعى شرط الطـلاق وذلك منها كدعوى نفس الطلاق ولـكنه استحسن فقال لا طريق لنا الى معرفة هـذا الشرط الا من جهتها فلا بد من قبول قولها فيه لان الحجة بحسب الممكن فى كل فصل ولما علق الزوج الطلاق بمـا في قلبها مع علمه انه لا يعرف ذلك الا بقولهـا صار الطلاق معلقاً باخبارها فكأنه قال ان أخبرتنى أنك تحبينني وقد أخبرت بذلك فانما أقمنا نفس الخبر مقام حقيقة ما في قلبها للتيسير استحسانا لهذا وانما توقت بالمجلس لان إخبارها يتحقق فى المجلس كمشيئتها واختيارها ولو قال لها طلقي نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فذلك بمنزلة المشيئة لها ذلك مادامت فى المجلس لانه تمليك للايقاع منها وجواب التمليك يقتصر على المجلس بخلاف مالو

قال لأجنبي طلق امرأتي فان ذلك توكيل والتوكيل لا يتوقت بالمجلس وفي جانبها ليس بتوكيل فانها لا تكون وكيلا ولا رسولا في الايقاع على نفسها فبقي تمليكا للأمر منها فان طلقت نفسها ثلاثا وقال الزوج أردت ثلاثا فهي طالق ثلاثا لان قوله طلقي نفسك تفويض ولهذا جعلناه تمليكا للامر منها على معنى أنه فوض اليها ما كان اليه والتفويض يحتمل معنى العموم والخصوص فنية الثلاث فيه نية العموم وبعد ما صارت الثلاث مفوضة اليها يكون ايقاعها الثلاث كايقاع الزوج ولو قال أردت واحدة لم يقع عليها شئ في قول أبي حنيفة وعندهما يقع عليها واحدة وكذلك لو قال طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقع عليها واحدة وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة أو اثنتين وقع ذلك بالاتفاق هما يقولان أوقعت ما فوض اليها وزادت على ذلك لان الواحدة موجودة في الثلاث فهو كما لو قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة وكما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها وكما لو قال لعبده أعتق نفسك فأعتق نفسه وصاحبه أو قال لاجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر والدليل على وجود الواحدة في الثلاث ان الثلاث آحاد مجتمعة ألا ترى انه لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة يقع وانما يصح ايقاعها اذا كان ما أوقعت موجوداً فيما فوض اليها توضيحه انه لو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي يقع عليها تطليقة رجعية وبما زادت من صفة البينونة لا تنعدم الموافقة في أصل الطلاق فكذلك اذا أوقعت الثلاث لان موجب الثلاث البينونة الغليظة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أتت بغير مافوض اليها فكانت مبتدئة فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها وبيان الوصف ان الثلاث غير الواحدة وقد قررنا هذا في مسئلة الشهادة فيما سبق بخلاف مالو قالت واحدة وواحدة وواحدة لانها بالكلام الاول تكون ممتثلة لما فوض وفي الكلام بالثانية والثالثة تكون مبتدئة وكذلك أن أوقعت على نفسها وضرتها ﴿فان قيل﴾ فكذلك هنا بقولها طلقت نفسي تكون ممتثلة لو اقتصرت عليه فانما تكون مبتدئة في قولها ثلاثا فتلغو هذه الزيادة ﴿قلنا﴾ الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بالعدد لا بلفظ الطلاق ولهذا لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو مات بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لم يقع شيء فاذا كانت مبتدئة في كلمة الايقاع لم يقع عليها شئ بدون اجازته وبه فارق صفة البينونة لان قولها

أبنت نفسي أي طلقت نفسي تطليقة بائنة واصل الطلاق انما يقع بقولها طلقت نفسي لابذكر صفة البينونة وهي في ذلك ممتثلة امره وهذا بخلاف مالو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان الثلاث غير الواحدة ولكن من ضرورة صيرورة الامر في يدها في الثلاث وقوع الواحدة بايقاعها فانها بعض ما صار مملوكا لها فانما ينفذ باعتبار أنها تصرفت فيما ملكت وهنا انما صارت الواحدة في يدها وليس من ضرورته صيرورة الثلاث في يدها فهي في ايقاع الثلاث غير متصرفة فيما تملك ولا ممتثلة أمره توضيحه أن المخاطب متى زاد على حرف الجواب كان مبتدئا كما لو قال تعال تغد معي فقال ان تغديت اليوم فعبده كذا كان مبتدئا حتى لو رجع الى بيته فتغدى حنث لانه زاد على حرف الجواب ومتى نقص لا يكون مبتدئا والمخاطبة بالواحدة اذا أوقعت الثلاث فقد زادت على حرف الجواب والمخاطبة بالثلاث اذا أوقعت الواحدة لم تزد على حرف الجواب فلهذا افترقا يقرره انه اذا فوض الثلاث اليها فأوقعت واحدة فهي تقدر على ايقاع الثانية والثالثة في المجلس ولو فعلت كانت ممتثلة لامحالة فبتركها ايقاع الثانية والثالثة لا تخرج من أن تكون ممتثلة في الاولى بخلاف ماإذا أوقعت الثلاث وقد أمرها بالواحدة لان هناك لا تقدر على الامتثال بعد هذا لاشتغالها بغير ما أمرها به ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة أو اثنتين فهذا باطل لان قوله ان شئت أي ان شئت الثلاث فان هذا اللفظ غير مفهوم المعني بنفسه فلا بد من أن يجعل بناء على ما سبق واذا جعلناه بناء يتبين أنه جعل الشرط مشيئتها الثلاث فلا يتم الشرط بمشيئتها الواحدة ولو قال لها أنت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت اثنتين أو ثلاثا لم يقع شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم توجد مشيئتها الواحدة فان الثلاثة غير الواحدة وعندهما تقع واحدة لانها قد شاءت الواحدة وزيادة وهذا بناء على الفصل الاول ﴿قال﴾ ولو قال لها انت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قد شئت واحدة وواحدة وواحدة وقع عليها ثلاث تطليقات دخل بها أو لم يدخل بها لان تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لاينزل الجزاء فلهذا وقع الثلاث عند تمام الشرط جملة سواء دخل بها أو لم يدخل بها ولان الكلام المعطوف بعضه على بعض يتوقف أوله على آخره وبآخره تحقق منها مشيئة الثلاث فكأنها قالت شئت ثلاثا ولو قالت شئت واحدة وسكتت ثم قالت شئت واحدة وواحدة لم يقع عليها شيء لان كلامها تفرق بسكوتها وهي

فى الكلام الاول شاءت غير ماجعله الزوج شرطا لان الشرط مشيئتها الثلاث وقد شاءت الواحدة واشتغالها بمشيئة أخرى يكون رداً للمشيئة التى جعلها الزوج شرطا فكان هذا بمنزلة قولها لا أشاء ولو قالت ذلك لم يكن لها مشيئة بعده فكذلك هنا بخلاف الاول فان كلامها موصول هناك وبتأخره يبين انه ايجاد للشرط لارد للمشيئة ولو قالت قد شئت ان شاء أبي كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتها وما أتت به انما علقت مشيئتها بمشيئة أبيها والتعليق غير التنجيز ألا ترى ان المفوض اليها تنجيز الطلاق لا تمليك التعليق ثم اشتغالها بالتعليق بمنزلة قيامها فى خروج الامر من يدها فلا مشيئة لها بعد ذلك وان كانت في المجلس ولو قال لها اذا شئت فانت طالق أو متي شئت كان لها ان تشاء فى المجلس وبعد القيام من المجلس متى شاءت مرة واحدة لان كلمة اذا ومتى للوقت فكانه قال أي وقت شئت فيكون موجب هذا الحرف تعدى المشيئة الى مابعد المجلس من الاوقات لا التكرار فكان لها المشيئة مرة واحدة فى أى وقت شاءت وكذلك قوله اذا ماشئت أو متى ماشئت ولو قال لها أنت طالق كلما شئت كان لها ذلك أبداً كلما شاءت مرة بعد أخرى حتى يقع عليها ثلاث تطليقات لان كلمة كلما تقتضى التكرار وان شاءت مرة واحدة وصارت طالقا واحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها كان لها المشيئة أيضاً لبقاء بعض التطليقات المملوكة له ولو شاءت ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج فلا مشيئة لها لان كلامه انما يتناول التطليقات المملوكة ولم يبق منها شئ بعد وقوع الثلاث وفى هذا خلاف زفر وقد بيناه ولو انها شاءت مرتين ووقع عليها تطليقتان وانقضت عدتها فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت اليه تعود بثلاث في قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولها المشيئة في ذلك كله مرة بعد مرة لبقاء شئ من التطليقات المملوكة له وقد قررنا هذا الفرق فيما سبق أنه اذا بقى شئ مما تناوله عقده واستفاد من جنسه يتعدى حكم ذلك العقد اليه بخلاف ما اذا لم يبق شئ منه وكذلك لو لم تشأ حتى طلقها الزوج ثلاثا فلا مشيئة لها بعد ذلك وان عادت اليه بعد الزوج بخلاف مالو طلقها واحدة أو اثنتين ولو لم تشأ شيئا وردت المشيئة كان ردها باطلا لأن ردها إعراض بمنزلة قيامها عن المجلس وفي لفظ كلما لا تبطل مشيئتها بقيامها فكذلك بردها وهذا لان شرط المشيئة فى حكم الرد كسائر الشروط ولو علق الطلاق بدخولها الدار فردت كان ردها باطلا ألا ترى أن فى جانب الزوج جعل هذا فى اللزوم والتعليق بشرط آخر سواء (قال) ولو

قال

قال لها كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل لان معنى كلامه كلما شئت الثلاث ولو قال كلما شئت فأنت طالق واحدة أو قال فأنت طالق ولم يقل واحدة فشاءت الثلاث لم يقع عليها شئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقع واحدة وقد بينا هذا ولو قالت قد شئت أمس تطليقة وكذبها الزوج فالقول قول الزوج لانها أخبرت بما لاتملك انشاءه فانها أخبرت بمشيئة كانت منها أمس ولا يبقى لها ذلك بعد مضى أمس ﴿ فان قيل ﴾ أليس انها لو شاءت في الحال يصح منها فقد أخبرت بما تملك انشاءه ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فالمشيئة في الحال غير المشيئة في الامس وكل مشيئة شرط تطليقة فهي لا تملك إنشاء ما أخبرت به انما تملك انشاء شئ آخر وهو بمنزلة قوله لها أنت طالق ان دخلت الدار اليوم أو ان كلمت فلانا غداً فقالت في الغد قد كنت دخلت الدار أمس لا يقبل قولها وان كانت تملك الايقاع في الحال بأن تكلم فلانا ولو قالت قد شئت أن أكون طالقا غداً كان ذلك باطلا لانه فوض اليها التنجيز فلا تملك الاضافة الى وقت منتظر كما لا تملك التعليق بالشرط ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأتيه ان شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما دون الاخرى كان باطلا عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تطلق التي شاءت لانه لو خاطبها بالطلاق مطلقا كان كلامه متناولا كل واحدة منهما فكذلك اذا خاطبهما بطلاق معلق بالمشيئة يصير كانه قال لكل واحدة منهما أنت طالق ان شئت ولكنا نقول معنى قوله اذا شئتما أى شئتما طلاقكما فبمشيئة احداهما وجد بعض الشرط وبوجود بعض الشرط لا ينزل شئ من الجزاء كما اذا قال اذا دخلتما هذه الدار أو كلمتما فلانا ففعلت احداهما دون الاخري وعلى هذا لو شاءتا ايقاع الطلاق على احداهما دون الاخرى لم تطلق لان الشرط مشيئتهما طلاقهما فبمشيئتهما طلاق احداهما يوجد بعض الشرط وكذلك لو ماتت احداهما ثم شاءت الاخرى الطلاق كان ذلك باطلا لانه تحقق فوات بعض الشرط بموت احداهما وكذلك هذا في الاجنبيتين وكذلك في المحبة اذا قال ان احببتما أن أطلقكما فاحبتا طلاق احداهما لم يقع شئ ﴿ قال ﴾ قال رجل لامرأته شائي طلاقك ينوى الطلاق فقالت قد شئت فهي طالق فان لم يكن له نية فليس بطلاق لما بينا أن مشيئتها من عمل قلبها كاختيارها وهذا بمنزلة قوله اختارى الطلاق فقالت قد اخترت وهناك أن نوى الزوج الايقاع يقع فكذلك هنا لانه يحتمل أن يكون مراده اختاري الطلاق لا طلقك أو اختاري فتكوني طالقا فاعتبر نية الايقاع فيه فكذلك

في المشيئة وان قال أحبي الطلاق أو أريدى الطـلاق أو اهوى الطلاق فقالت قد فعلت كان باطلا وان نوى به الطلاق لان الارادة والمحبـة والهوى من العباد نوع تمنٍ فكأنه قال لهـا تمني الطلاق فقالت قد تمنيت لا يقع به شئ وفى الـكتاب أشار الى الفرق بين هذا وبين قوله شائي لان قوله شائي الطلاق واجبـة فيكون مملكا منها وأحبي وأريدى واهوى لم يملكهافيه شيئاً ومعني هذا أن المشيئة فى صفات المخلوقين الزم في اللغة من الارادة والهوى والمحبة ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال الله تعالى فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض وليس الى الجدار من الارادة شئ توضيح الفرق أن الزوج هو الموقع ولهذا اشرط نية الايقاع منه ولفظ المشيئة يملك الزوج الايقاع به فانه لو قال لها شئت طلاقك بنية الايقاع يقع فكذلك اذا فوض اليها يكون مملكا منها ماكان له فأما لفظ الارادة والمحبة والهوى لا يملك الزوج الايقاع به لانه لو قال أحببت طلاقك أو هويت طلاقك أو أردت طلاقك لا يقـع به شئ وان نوى فكذلك لا يصير مملكا منها بهـذا اللفظ شيئاً وكذلك لو قال انت طالق ان أحببت فقالت قـد شئت الطلاق وقع عليها لانها أتت بمـا جعله شرطا بل باقوى على ما بينا ان المشيئة منها أقوى من المحبة بخلاف مالو قال انت طالق ان شئت فقالت قد أحببت او هويت أو أردت لم يقع شئ لانها أتت بدون ماجعله شرطا في حكم الطلاق وما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء ﴿ قال ﴾ ولو قال لها طلقي نفسـك واحدة ان شئت فقالت قـد طلقت نفسي واحـدة فهي طالق لان ايقاعها على نفسـها مشيئة منها وزيادة فيتم به شرط المشيئة ﴿ قال ﴾ ولو قال انت طالق ثلاثا ان شئت فقالت قـد شئت ان كان كذا لشيء ماض كانت طالقا لان التعليق بشرط موجود يكون تنجيزاً ألا ترى ان الوكيل بالتنجيز يملك هذا النوع من التعليق بخلاف التعليق بما يكون في المستقبل ألا ترى انها لو قالت قد شئت ان كنت زوجي كان ذلك مشيئة منها ولو قالت قد شئت ان شئت فقال الزوج قـد شئت كان باطلا لانها علقت مشيئتها بمشيئـة منتظرة وهي مشيئة الزوج فكان ذلك باطلا منها كما لو علقت بمشيئة رجل آخر ﴿فان قيل﴾ينبغى أن يقع بقول الزوج شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهـذا اللفظ ﴿ قلنا ﴾ انما يملك الايقاع بمشيئة الطلاق وهو بهـذا اللفظ شاء مشيئتها لانه قصد جوابها حتي لو قال شئت الطلاق نقول يقع اذا نوى الطلاق واذا قال لغيره طلق امرأتي فهو رسول معناه ان الوكيل في الطلاق والرسول سواء

لانه سفير ومعبر والرسالة لاتختص بالمجلس فكان له أن يطلقها بعد المجلس ولو قال طلقها ان شئت كان ذلك على المجلس عندنا حتى لايملك الايقاع بعد قيامه من المجلس وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يملك لان قوله ان شئت فضل من الكلام فانانعلم أنه انما يطلقها اذا شاء فتلغو هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها ولكنا نقول بآخر كلامه يتبين ان مراده تمليك أمرها منه لا الرسالة وجواب التمليك يقتصر على المجلس كما لوخاطبها به وحاصل هذا ان في حقها لا تحقق الرسالة فانها لاتكون رسولا الى نفسها فيكون تمليكا سواء قال لها طلق نفسك أو قال ان شئت وفى حق الاجنبي تحقق الرسالة والتمليك جميعا فاذا قال طلق كان رسالة واذا قال ان شئت كان تمليكا لامرها منه وعلى هذا نقول اذا قال طلقها فله ان يعزله قبل الايقاع ولو قال طلقها ان شئت لم يكن له أن يعزله كما لو ملك الامر منها وكذلك لوجعل ذلك الى صبي أو معتوه لان مجرد العبارة يتحقق من هؤلاء ﴿قال﴾ وان قال هى طالق اذا شئت فقال قد شئت فهي طالق لوجود الشرط وان قال طلقها ان شئت فقال قد شئت كان باطلا حتى يقول هى طالق لان هذا اللفظ تمليك فلا يقع الطلاق به مالم يأت بكلمة الايقاع وقد بينا هذا الفرق فى التمليك منها فكذلك من الاجنبي وان قال طلقها ثلاثا فقال قد فعلت فهى طالق ثلاثا لان هذا جواب الكلام وهذا لان قوله قد فعلت غير مفهوم المعنى بنفسه فيصير ماتقدم معادا فيه فكانه قال قد فعلت ماقلت من ايقاع الثلاث عليها ﴿قال﴾ وان قال لرجلين طلقاها فطلقها أحدهما جاز لان الايقاع مجرد عبارة لا يحتاج فيه الى الرأى والتدبير فينفرد به كل واحد منهما وهذا بخلاف مالو قال لغيره طلق امرأتى فوكل الوكيل غيره بذلك لان الموكل رضى بعبارته لابعبارة غيره وانما جعله رسولا في الايقاع لا في الارسال وان قال طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر اثنتين فهى طالق ثلاثا لان فعل كل واحد منهما كفعلهما ولو أوقع الواحدة ثم الاثنتين كانت طالقا ثلاثا ولو قال طلقاها جميعا ولا يطلق واحد منكما دون صاحبه فطلق أحدهما لم يقع لان آخر كلامه عزلهما عن الايقاع الا أن يجتمعا عليه ولو عزلهما عن الايقاع أصلا صح عزله فكذلك اذا عزلهما عن الايقاع الا أن يجتمعا ﴿قال﴾ واذا قال لرجل طلق امرأتي ثم نهاه بعد ذلك فان علم بالنهي فليس له أن يوقع بعد ذلك وان لم يعلم به فهو على وكالته لانه خاطبه بالنهى عن الايقاع وحكم الخطاب لايثبت فى حق

المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع لانه لاتمكن له من الامتثال مالم يعلم والتكليف بحسب الوسع وعلى هذا قال فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى اذا جعل طلاق امرأته الى رجل غائب فطلقها ذلك الرجل قبل أن يعلم بالتفويض اليه لم يقع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان حكم ذلك الخطاب لايثبت فى حقه مالم يعلم به ألا ترى أنه لو كان قال له طلقها ان شئت كان له مجلس علمه فما لم يعلم لايبطل بقيامه ولكن زفر رحمه الله تعالى يقول الموقع للطلاق معبر لايلحقه فى ذلك عهدة وانما يتوقف حكم الطلاق فى حقه على علمه لدفع الضرر عنه ولا ضرر عليه هنا فيقع الطلاق بايقاعه ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته طلقى نفسك ثم نهاها فطلقت نفسها قبل ان تقوم من مجلسها وقع الطلاق لان ذلك فى حقها تمليك لا إرسال وتوكيل وكما يتم ايقاع الطلاق بالزوج اذا أوقع على وجه لايملك الرجوع عنه فكذلك يتم التمليك به على وجه لايملك الرجوع عنه أو هذا فى معنى التعليق بمشيئتها أو تخييره لها فلا يملك الرجوع عنه بعد تمامه ﴿قال﴾ ولو قال لها ان شئت فأنت طالق فقالت نعم كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتها وقولها نعم ليس بمشيئة منها للطلاق فلم يوجد الشرط بقولها شئت لايقع عليها شئ وكذلك لو قالت قد قبلت لان قبولها ليس بمشيئة للطلاق ﴿قال﴾ ولو قال لرجلين اذا شئتما ففلانة طالق ثلاثا فشاء احدهما واحدة والآخر اثنتين لم يقع عليها شئ لان الشرط مشيئتهما الثلاث ولم يشأ أحد منهما الثلاث وبدون تمام الشرط لاينزل الجزاء ﴿قال﴾ ولو قال لها أنت طالق اذا شئت وشاء فلان فقالت قد شئت ان شاء فلان وقال فلان قد شئت كان هذا باطلا لان الشرط مشيئتهما ولم يوجد لانها علقت مشيئتها بمشيئة فلان وقد بينا ان مثل هذا التعليق لايكون مشيئة منها وبمشيئة فلان انما وجد بعض الشرط وان قال لها ان شئت فأنت طالق ثلاثا ثم قال لأخري طلاقك مع طلاق هذه ثم شاءت تلك الطلاق طلقت وطلقت هذه معها ثلاثا ان كان أراد بقوله الطلاق لانه علق طلاق الاولى بمشيئتها فقوله للاخرى طلاقك مع طلاق هذه كلام محتمل يجوز ان يكون المراد طلاقك مع طلاق هذه فى ملكي ويجوز ان يكون المراد طلاقك مع طلاق هذه متعلق بذلك الشرط فينوى فى ذلك فان نوى الطلاق وقع عليهما بمشيئة الاولى وان قال لم أنو الطلاق كان مدينا في القضاء لكون كلامه محتملا وان قال اذا شئت فأنت طالق ثم قال لامرأة له أخري أنت طالق اذا طلقت فلانة ثم شاءت

فـلانة الطلاق طلقت لوجود الشرط ولم تطلق الأخرى لان الوقوع على الاولى عنـد مشيئتها بايقاع الزوج وايقاعه سبق يمينه فى حق الثانيـة وشرط الحنث يراعى وجوده بعـد اليمين ولو قال أولا ان طلقت فلانة فأنت طالق ثم قال لفـلانة أنت طالق اذا شئت فشاءت الطـلاق وقع عليهـما على فلانة بوجود المشيئـة وعلى الاخرى بوجود شرط الحنث لانه صـار مطلقا فلانة بايقاع منه بعـد اليمـين بطلاقها وذلك شرط الحنث فى حقها ﴿ قال ﴾ ولو قال لهـا ان تزوجت فلانة فهى طالق ان شاءت فتزوجهـا فلها المشيئة حين تعـلم بذلك فى مجلسها لان قوله ان تزوجت فلانة شرط وقوله فهى طالق ان شاءت جزاء والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكأنه بعد ماتزوجها قال هى طالق ان شاءت فلهذا توقف على مجلس علمها وان شاءت قبـل أن يتزوجها فتلك المشيئة باطلة لان المعلق بالشرط معدوم قبله فقبل التزوج لم يصر فى يدها شيء فلهذا تلغو مشيئتها قبل التزوج وفي كل فصل تتوقت مشيئتها بالمجلس ان كانت قائمـة فقعدت لم تبطل مشيئتها وان كانت قاعـدة فقامت بطلت مشيئتها لان حالة القعود أجمع على الرأى مما قبل القعود لان القعود يفرغ الرأى والقيام يفرقه فانمـا انتقلت الى القعود للتروى والنظر في أمرها فلا يكون ذلك إعراضاً منها فاذا قامت فذلك دليـل الاعراض منها ﴿ قال ﴾ ولو قال لهـا أنت طالق غـداً ان شئت فقالت الساعة قد شئت كان باطلا وانما لها المشيئة فى الغد بخلاف ما لو قال لهـا ان شئت فأنت طالق غداً ونوى الساعـة بذلك أو قال ان شئت الساعة فأنت طالق غـداً فان لها المشيئة فى مجلسـها لان قوله ان شئت شرط وقوله فأنت طالق غداً جزاء فقد علق بالشرط طلاقا مضافا الى الغد ولو علق بالمشيئة طلاقامنجزاً يعتبروجود المشيئة فى الحال حتى اذا قامت بطلت مشيئتها فكذلك اذا علق بها طلاقا مضافا وفى الفصـل الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغـد ثم جعـل ذلك الطلاق معلقا بمشيئتها فيراعى وجود المشيئة في ذلك الوقت وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن فى الفصلين جميعا يراعي وجود المشيئة فى الغد لان التعليق بمشيئتها فى المعنى كالتنجيز فانما يعتبر وجوده وقت وقوع الطلاق وفى الفصلين الوقوع فى الغد فلذلك يعتبر وجود المشيئة فى الغد وعن زفر رحمه الله تعالى ان فى الفصلين يعتبر وجود المشيئة فى الحال لان قوله ان شئت شرط والشرط وان تأخر ذكره كان متقدما معنى لانه مالم يوجـد الشرط لاينزل الجزاء فكانه

بدأ بذكر المشيئة ألا ترى أنه لافرق بين قوله ان دخلت الدار فأنت طالق غداً وبين قوله أنت طالق غدا ان دخلت الدار ثم انما يقع في قوله ان شئت الساعة فأنت طالق غدا اذا قالت شئت أن أكون غداً طالقا وان قالت شئت أن يقع الطلاق اليوم كانت هذه المشيئة باطلة ولم يقع عليها الطلاق اليوم ولا غدا لانها شاءت غير ماجعله الزوج مفوضا الى مشيئتها فانه جعل الطلاق في الغد مفوضا الى مشيئتها فاذا شاءت أن يقع اليوم فقد اشتغلت بشئ آخر فكان ذلك كقيامها عن المجلس ﴿قال﴾ ولو قال ان شئت فأنت طالق اذا شئت فهما مشيئتان إحداهما على المجلس بقوله ان شئت والاخرى مطلقة بقوله اذا شئت ولكن المشيئة المطلقة معلقة بالمشيئة المؤقتة فاذا قالت في المجلس شئت أن أكون طالقا اذا شئت فقد وجد الشرط وصارت المشيئة المطلقة منجزة فكأنه قال لها أنت طالق اذا شئت فمتى شاءت بعد هذا طلقت وان لم تقل شيئاً حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها لان شرط المشيئة المطلقة لم يوجد والمشيئة المقيدة بطلت بالقيام عن المجلس ويستوى ان صرح بذكر الساعة فقال ان شئت الساعة فأنت طالق اذا شئت أو لم يتكلم بالساعة ونواها قال لان هذا كلام له وجهان في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فان نوى مادامت في المجلس فهو كما نوى وان نوى بعده فهو كما نوي ومراده أن كلمة اذا قد تكون بمعنى ان وقد تكون بمعنى متى فان جعلت بمعني ان كان آخر كلامه تكرارا وان جعلت بمعنى متى كان تصريحا بالمشيئة المطلقة فينوى في ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا قال اذا شئت فأنت طالق ان شئت وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن عند زفر رحمه الله تعالى التقديم والتأخير سواء فهذا كالاول وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى المعتبر هنا المشيئة المطلقة فسواء شاءت فى المجلس أو بعده طلقت فان المشيئة المطلقة أعم فلا تظهر بعدها المشيئة المؤقتة ﴿قال﴾ وان قال أنت طالق كيف شئت فهى طالق تطليقة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا مشيئة لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك فان شاءت البائنة وقد نوى الزوج ذلك كانت بائنة وان شاءت ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك كانت طالقاً ثلاثا وان شاءت واحدة بائنة وقد نوى الزوج ثلاثا فهي واحدة رجعية وان شاءت ثلاثا وقد نوى الزوج واحدة بائنة فهي واحدة رجعية وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايقع عليها شئ مالم تشأ فاذا شاءت فالتفريع كما قال أبو حنيفة

رحمه الله تعالى وعلى هذا لو قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا مشيئة له ولا يعتق عندهما مالم يشأ هما يقولان الزوج تكلم بطلاق المشيئة فلا يقع بدون مشيئتها كقوله أنت طالق كم شئت أو أنت طالق حيث شئت أو اين شئت لا يقع مالم تشأ وهذا لان حرف كيف وان كان استخباراً عن الوصف والحال ولكن ذلك انما يتحقق فيما كان أصله موجوداً قبل الاستخبار دون مالم يكن أصله موجوداً فيقام الاصل مقام الصفة فيما لم يكن موجوداً قبل كلامه فلهذا تعلق أصل الطلاق بمشيئتها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يتأخر الى مشيئتها ماعلق الزوج بمشيئتها دون مالم يعلق وكيف لا يرجع الى أصل الطلاق فيكون منجزاً أصل الطلاق ومفوضاً للصفة الى مشيئتها بقوله كيف شئت الا ان في غير المدخول بها وفى العتق لا مشيئة لها فى الصفة بعد ايقاع الاصل فيلغو تفويضه المشيئة فى الصفة اليها أيضا وفي المدخول بها لها المشيئة فى الصفة بعد وقوع الاصل ان تجعلها بائنا أو ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على ما أمليناه في كتاب الدعوي فيصح تفويضه اليها فان شاءت فى مجلسها ان تكون بائنة أو ثلاثا جاز ذلك اذا نوى الزوج ماشاءت وان نوى الزوج الواحدة البائنة فشاءت الثلاثة فقد شاءت غير ما نوى فلهذا كان الواقع عليها تطليقة رجعية توضيحه ان الاستخبار عن وصف الشيء وحاله لما كان من ضرورته وجود أصله تقدم وقوع أصل الطلاق فى ضمن تفويضه المشيئة فى الصفة اليها فان الاستخبار عن وصف الشيء قبل وجود أصله محال كما قال القائل

يقول خليلى كيف صبرك بعدنا   فقلت وهل صبر فيسأل عن كيف

بخلاف قوله كم شئت لان الكمية استخبار عن العدد فيقتضى تفويض العدد الى مشيئتها وأصل العدد في المعدودات الواحد وبخلاف قوله حيث شئت وأين شئت لانه عبارة عن المكان والطلاق اذا وقع في مكان يكون واقعاً في الامكنة كلها فكان ذلك تعليق أصل الطلاق بمشيئتها وهذه الالفاظ كلها على المجلس لانها لا تنبيء عن الوقت فيتوقت بالمجلس كقوله ان شئت ولو قال انت طالق زمان شئت أو حين شئت فقامت من ذلك المجلس لم تبطل المشيئة لان زمان وحين عبارة عن الوقت فكأنه قال أنت طالق اذا شئت أو متى شئت ﴿ قال ﴾ واذا قال أنت طالق أمس ان شئت فلها المشيئة فى ذلك المجلس لانه لو لم يقل ان شئت كان يقع الطلاق عليها فى الحال وكان قوله

امس لغوا فكذلك اذا قال ان شئت يكون كلامه تعليقاً للطلاق فى الحال بمشيئتها فلها المشيئة مادامت فى المجلس وان قال أنت طالق على ألف درهم اذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت فذلك اليها متى شاءت اعتباراً للطلاق بالجعل بالطلاق بغير جعل وهذا لان في الطلاق بجعل يعتبر قبولها وهي بالمشيئة تكون قابلة ولما كان حرف اذا ومتى للوقت فقد علق الطلاق بجعل بقبولها فى أى وقت يكون فسواء قبلت في المجلس أو بعده بمشيئتها وقع الطلاق ولزمها المال وان قال ان شئت فهذا على المجلس كما لو كان الطلاق بغير جعل فان قالت فى المجلس قد شئت وقع الطلاق ولزمها المال وان قامت قبل أن تشاء فهى امرأته ﴿ قال ﴾ واذا قال لها اذا شاء فلان فانت طالق وفلان ميت أو كان حياً فمات ساعتئذ والزوج يعلم بذلك أولا يعلم لم يقع عليها الطلاق أما اذا كان حيا فمات فلان الشرط مشيئته وقد فات بموته وبفوات الشرط يمتنع نزول الجزاء وأما اذا كان ميتا فلأنه علق الطلاق بشرط لا كون له فيكون تحقيقا للنفي كما لو قال انت طالق ان شاء هذا الجدار أو ان تكلمت الموتى أو ان تكلمت هذه الحصاة يكون تحقيقا للنفي لا ايقاعا وكذلك اذا قال اذا شاء الجن أو ما أشبه هذا من خلق لا يرى ولا يظهر ولا تعلم مشيئته هذا تحقيق للنفى وتأثيره فى اخراج الكلام من أن يكون عزيمة ولو قال اذا شاء فلان وفلان غائب فمات ولا يعلم أنه شاء أولم يشأ لم تطلق كما لو قال أنت طالق ان تكلم فلان بطلاقك فمات فلان قبل أن يعلم ذلك منه لم تطلق لان المتعلق بالشرط لاينزل الا بعد العلم بوجود الشرط ﴿ قال ﴾ ولو قال أنت طالق ان كنت تحبين كذا لشئ يعلم أنها تحبه أولا تحبه مثل الموت والعذاب فقالت أنا أحب ذلك فهي طالق اذا قالت ذلك فى مجلسها فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى فيما يعلم أنها لا تحبه لايقبل قولها ولا تطلق لانا نتيقن بكذبها فان أحدا لايحب العذاب فى النار ولا الموت فى الدنيا والمخبر عن الشئ اذا كان متهما بالكذب لايقبل خبره فمند التيقن بالكذب أولى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا محبتها تكون بقلبها وذلك مما لا يوقف عليه فيقام خبرها بذلك مقام حقيقته تيسيراً وصار كانه قال لها ان أخبرتني أنك تحبين الموت والعذاب وقد أخبرت بذلك مع أن فى خبرها احتمال الصدق وقد يبلغ ضيق الصدر بالمرء وسوء الحال درجة يحب فيها الموت وقد تحملها شدة بغضها للزوج على أن تؤثر العذاب والموت على صحبته وذلك محسوس وقد تحملها شدة البغض أو

الغيرة على أن تقتل نفسها وهل فى ذلك الا ايثار العذاب والموت على صحبته وكذلك لو قال لها ان كنت تبغضين كذا لشئ يعلم أنها تحبه مثل الجنة والغنى فقالت أنا أبغضه فهو كالأول على ماينا وان قال أنت طالق ان كنت تحبين كذا فقالت لست أحبه وهي كاذبة لم يقع الطلاق عليها لان السبب الظاهر وهو الاخبار قام مقام المعنى الخفي فيدور الحكم مع السبب الظاهر وجوداً وعدما ويسقط اعتبار المعني الخفى وكذلك ان قال أنت طالق ثلاثا ان كنت انا أحب ذلك ثم قال لست أحب ذلك وهو كاذب فهى امرأته ويسعه ان يطأها فيا بينه وبين الله تعالى ويسعها المقام معه وهذا مشكل لانه ان كان لايعرف مافي قلبها حقيقة يعرف مافى قلبه ولكن الطريق ماقلنا ان مافى قلبه ومافى قلبها لايمكن الوقوف على حقيقته فانما يتعلق بالسبب وهو الاخبار فاذا أخبر بخلاف ماجعله شرطاً لم يقع عليها شيئ المحبة والبغض في ذلك سواء وان قال لها ان كنت أحب طلاقك فأنت طالق ثم قال لست أحب ذلك أو لم يقل شيئاً فهى امرأته لان شرط وقوع طلاقها إخباره بمحبة طلاقها فاذا لم يقل شيئاً لم يوجد الشرط وان قال لست أحبه فقد أخبر بضد ما جعله شرطا فلا يقع الطلاق وان كان يحب ذلك حقيقة وكذلك لو قال لها ان كنت تحبين طلاقك فأنت طالق ثلاثا فشرط الوقوع إخبارها بمحبة الطلاق مادامت فى المجلس حتى اذا قامت قبل أن تقول شيئاً لم تطلق وان كانت تحب ذلك بقلبها لانعدام الشرط وهو الخبر وكذلك ان قالت لا أحبه وهي كاذبة لم تطلق لانها أخبرت بضد ماهو شرط الطلاق وكذلك لو قال ان كنت تحبين الطلاق بقلبك أو تهوينه أو تريدينه أو تشتهينه بقلبك دون لسانك فأنت طالق ثلاثا فقالت لا أشاء ولا أحب ولا أهوى ولا أريد ولا أشتهى فهى امرأته لانها أخبرت بضد ما هو شرط الطلاق ولا تصدق بعد ذلك على خلاف هذا القول اما للتناقض أو لان بالخبر الاول قد تم شرط بره وبعد تمام شرط البرّ فى اليمين لا يتصور الحنث وان سكتت ولم تقل شيئاً حتى قامت فهى امرأته لان الشرط لم يوجد وهو إخبارها في المجلس وان كان فى قلبها خلاف ما أخبرت به فانه يسعها ان تقيم معه فيا بينها وبين الله تعالى في قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ولا يسعها ذلك فى قول محمد رحمه الله تعالى لانه جعل الشرط محبتها بقلبها حين صرح به فلا معتبر بخبرها بخلافه ولكنا نقول انما يعتبر من كلامه ما يمكن الوقوف على معرفته فاما أن يقوم

خبرها مقام حقيقة ما في قلبها لانه انما يعبر عما في قلبها لسانها أولما جعل الشرط ما لا طريق لنا الى معرفته حقيقة كان ذلك تحقيقا للنفي كما بينا من نظائره فيما سبق ﴿ قال ﴾ وان قال لامرأتيه أيتكما شاءت فهي طالق ثلاثا فشاءتا جميعا فهما طالقان وان شاءت احداهما وسكتت الاخرى فالتي شاءت طالق لان كلمة أي تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد قال الله تعالى أيكم يأتيني بعرشها ولم يقل يأتوني ويقال أيكم فعل كذا ولا يقال فعلوا ولافعلتم واذا ثبت أنه يتناول كل واحدة على الانفراد صارت مشيئة كل واحدة شرطا لوقوع الطلاق عليها على الانفراد بخلاف قوله ان شئتما على ماتقدم فان شاءتا وقال الزوج انما عنيت احدا كما لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى على معني انه نوى التخصيص في لفظ العموم فان كان عنى واحدة منهما بعينها فارق تلك الواحدة وان عنى بغير عينها يمسك أيتهما شاء وفارق الاخرى ولا يسع امرأتيه ان تقيما معه لانهما يتبعان الظاهر فكما لايصدقه القاضي في ذلك فكذلك لايسعهما ان يصدقاه وان قال أشدكما حبالي أوللطلاق طالق أوقال أشدكما بغضالي أوللطلاق طالق فادعت كل واحدة منهما أنها أشد حباً أو بغضاً في ذلك وكذبهما الزوج لم تطلق واحدة منهما لان كل واحدة منهما تدعى شرط الطلاق والزوج ينكر ذلك وقديكونان في ذلك سواء لايحبان ولا يبغضان ﴿فان قيل﴾ لماذا لايقام هنا إخبار كل واحدة منهما مقام حقيقة كونها أشد حبا أوبغضا ﴿قلنا﴾ لاطريق لواحدة منهما الى معرفة مافي قلب صاحبتها وبدون ذلك لايعرف انها أشد حبا أو بغضا فتكون في الاخبار مجازفة فلهذا لايقام الخبر مقام حقيقة الشرط توضيحه انا لما أقمنا هنا الخبر مقام حقيقة الشرط جعلناهما طالقين ونحن نتيقن انه ماطلقهما انما طلق أشدهما حباله أو بغضاله ولا يتصور ذلك في حقهما جميعا ولهذا لاتطلق واحدة منهما والله أعلم

باب الخيار

﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته اختاري فاختارت نفسها في القياس لا يقع عليها شيء وان نوى الطلاق لان التفويض اليها انما يصح فيما يملك الزوج مباشرته بنفسه وهو لايملك ايقاع الطلاق عليها بهذا اللفظ حتي لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك

لايقع شئ فلا يملك التفويض اليها بهذا اللفظ أيضاً ولكنا تركنا القياس لآثار الصحابة روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين قالوا فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فان قامت من مجلسها فلا خيار لها ولان الزوج مخير بين أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك ان يسويها بنفسه فى حقه بأن يخيرها وقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه حين نزل قوله تعالى فتعالين امتعكن وأسرحكن ثم كان القياس أن لايبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد متأبد ولكنا تركنا هذا القياس لآثار الصحابة رضى الله عنهم ولان الخيار الطارئ لها على النكاح من جهة الزوج معتبر بالخيار الطارئ شرعا وهو خيار المعتقة وذلك يتوقت بالمجلس فكذلك هذا لها الخيار مابقيت في المجلس وان تطاول يوما أو أكثر لان المجلس قد يطول وقد يقصر ألا ترى ان حكم قبض بدل الصرف ورأس مال السلم لما توقت بالمجلس لم يفترق الحال بين ان يطول أو يقصر فاذا قامت أو أخذت فى عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه من ذلك بطل خيارها لان اشتغالها بعمل آخر يقطع المجلس ألا ترى أن المجلس يكون مجلس مناظرة ثم ينقلب مجلس أكل اذا اشتغلوا به ثم مجلس القتال اذا اقتتلوا ولان الذهاب عن المجلس انما كان مبطلا لخيارها لوجود دليل الاعراض عما فوض اليها وذلك يحصل باشتغالها بعمل آخر وكذلك بقيامها وان لم تذهب لان القيام يفرق الرأى وبه فارق الصرف والسلم فان بمجرد القيام قبل الذهاب هناك لايبطل العقد لانه لامعتبر بدليل الاعراض ثم وانما المعتبر الافتراق قبل القبض وان كانت قاعدة حين خيرها فاضطجعت بطل خيارها في قول زفر رحمه الله تعالى وهو رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الاضطجاع دليل الاعراض والتهاون بما خيرها وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله أنه لايبطل خيارها لان الانسان قد يضطجع اذا أراد أن يروى النظر فى أمر ولو كانت متكئة حين خيرها فاستوت قاعدة لايبطل خيارها لانه دليل الاقبال على ماحزبها من الامر وان كانت قاعدة فاتكأت ففى احدى الروايتين لايبطل خيارها لان الاتكاء نوع جلسة فكأنها كانت متربعة فاحتبت وفى الرواية الاخرى يبطل خيارها لان الاتكاء بمنزلة الاضطجاع لانه اظهار للتهاون بما خيرها واذا خيرها وقال لم أرد به الطلاق

فالقول قوله مع يمينه لان قوله اختارى كلام محتمل يجوز أن يكون مراده اختارى نفقة أو كسوة أو دارا للسكنى وفى الكلام المحتمل القول قول الزوج انه لم يرد الطلاق مع يمينه لكونه متهما فى ذلك وان نوى الطلاق فان كان قال لها اختارى فقالت اخترت لايقع شئ أيضا لانه ليس فى كلامه ولا في كلامها ما يوجب التخصيص وازالة الابهام والطلاق لايقع بمجرد القصد من غير لفظ يدل عليه بخلاف ما اذا قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت أو قال اختارى فقالت اخترت نفسى لان هناك فى كلام احدهما تنصيص على التخصيص فيقع به الطلاق عند النية ثم المخيرة اذا اختارت زوجها لم يقع عليها شئ الا على قول علي رضى الله عنه فانه يقول يقع تطليقة رجعية اذا اختارت زوجها فكأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا فقال اذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنها اذا اختارت زوجها فلا شئ وهذا لحديث عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علىّ رضى الله عنه وعلى قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما واحدة رجعية وعلى قول زيد رضى الله عنه اذا اختارت نفسها فثلاث وكأنه حمل هذا اللفظ علي أتم مايكون من الاختيار وعمر وابن مسعود رضى الله عنهما حملا على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية ولكنا نأخذ فى هذا بقول علىّ رضى الله عنه لان اختيارها نفسها انما يتحقق اذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة وليس فى هذا اللفظ ما يدل على الثلاث لان حكم مالكيتها أمر نفسها لايختلف بالثلاث والواحدة البائنة ولهذا قلنا وان نوى الثلاث بهذا اللفظ لا تقع الا واحدة بائنة لان هذا مجرد نية العدد منه وقوله اختارى أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله أنت بائن فنية الثلاث انما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعا من البينونة وهنا الاختيار لايتنوع فبقى هذا مجرد نية العدد ﴿ قال ﴾ والتخيير فى السفينة كالتخيير فى البيت لان السفينة فى حق راكبها كالبيت لا يجريها بل هى تجرى به قال الله تعالى وهى تجرى بهم ألا ترى أنه لايتمكن من ايقافها متي شاء فلها الخيار مادامت فى مجلسها بخلاف ماذا خيرها وهى راكبة فسارت الدابة بعد الخيار شيئا يبطل خيارها لان سير الدابة مضاف الى راكبها حتى يتمكن

من ايقافها متى شاء فكان ذلك كمشيئتها فى حكم تبدل المجلس الا أن تكون الدابة واقفة أو سائرة فاختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين الكلامين فحينئذ يصح اختيارها لان دليل الاعراض انما يتحقق بسكوتها بعد تخيير الزوج ولم يوجد وكذلك ان كان معها على تلك الدابة أو كانا فى محمل واحد وهكذا الجواب في البيع ان اتصل قبول المشتري بايجاب البائع من غير سكتة بينهما في هذا الفصل ينعقد البيع والافلا وان خيرها وهي في صلاة مكتوبة فاتمت صلاتها لم يبطل خيارها لانها ممنوعة عن قطع الصلاة قبل اتمامها فلا تتمكن من الاختيار مالم تفرغ ودليل الاعراض بترك الاختيار بعد التمكن منه والوتر فى هذا كالمكتوبة لانها ممنوعة من قطعها قبل الاتمام فأما فى التطوع اذا كانت فى الشفع الاول فأتمت ذلك الشفع لا يبطل خيارها لانها ممنوعة من ابطال العمل والركعة الواحدة لاتكون صلاة معتبرة كما قال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه والله ما أجزت ركعة قط وان تحولت الى الشفع الثاني بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فاشتغالها بالشفع الثاني دليل الاعراض بمنزلة ما لو افتتحت الصلاة بعد ما خيرها الزوج وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى فى الاربع قبل الظهر اذا كانت فى الشفع الاول حين خيرها فأتمت أربعاً لم يسقط خيارها لان هذه الاربع تؤدى بتسليمة واحدة عادة وان كانت قاعدة فدعت بطعام فطعمت يبطل خيارها لان مجلسها تبدل حين دعت بطعام فقد صار مجلسها مجلس الاكل وهذا دليل الاعراض والتهاون منها بخلاف ما لو أكلت شيئاً يسيراً من غير أن تدعو بالطعام فذلك القدر لقلته لا يبدل المجلس فلا يكون ذلك دليل الاعراض بل ذلك منها تفريغ نفسها لما حزبها وكذلك ان شربت ماء لانها انما شربت لتتمكن من الكلام ففى حالة المشاجرة قد يجف فم المرء فلا يقدر على الكلام ما لم يشرب فلا يكون ذلك دليل الاعراض بل ذلك منها تفريغ نفسها ولو نامت أو امتشطت أو اغتسلت أو اختضبت في ذلك المجلس فهذا كله دليل الاعراض لا شتغالها بعمل آخر لاتحتاج اليه وليس ذلك من عمل الاختيار وكذلك ان جامعها فتمكينها من أدل الدلائل على اعراضها وكذلك ان أقامها من مجلسها اما لانها طاوعته فى القيام أو لانها تركت الاختيار حتى أقامها فذلك دليل الاعراض منها وكذلك هذا كله فى قوله أمرك بيدك وأنت طالق ان شئت لتوقتهما بالمجلس وان لبست ثيابها من غير أن تقوم لم يبطل خيارها لانها انما تلبس لتكون مستترة منه اذا اختارت

نفسها فلا يكون دليل الاعراض وكذلك اذا دعت شهودا لانها تقصد بذلك اشهادهم على اختيار أمر نفسها وكذلك اذاقالت ادعوا الى أبي أو أمي لانها تقصد بذلك أن تستشيرهما فلا يكون ذلك دليل الاعراض منها والاستشارة في مثل هذا حسن على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله تعالى عنها اني أعرض عليك أمراً فلا تحدثي فيه شيئاً حتى تستشيري أبويك ثم تلا عليها آية التخيير وخيرها فقالت أفي هذا أستشير أبوي أنا أختار الله ورسوله وكذلك ان سبحت أو قرأت آية أو نحوها من القرآن فلا يكون دليل الاعراض منها وقد يفعل المرء ذلك للاستخارة فلا يبطل به ما صار في يدها من الخيار والامر والمشيئة ﴿قال﴾ واذا خيرها أو جعل أمرها اليها فقالت قد طلقتك فهو باطل وقد بينا هذا فيما سبق أن الزوج ليس بمحل للطلاق وروينا فيه حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه ﴿قال﴾ واذا قال اختاري ثم اختاري ثم اختاري ينوي الطلاق بهذا كله فاختارت نفسها فهي ثلاث تطليقات لان الوقوع بهذه الالفاظ عند اختيارها نفسها يكون جملة واحدة فان اختيارها نفسها جواب للكلمات الثلاث والترتيب بحرف ثم في كلام الزوج فلا يوجب ذلك ترتيبا في الوقوع لان الوقوع باختيارها نفسها ولو اختارت نفسها بالاولى قبل أن يتكلم بالثانية والثالثة بانت بالاولى ولم يقع بالثانية والثالثة شئ لان البائن لا يلحق البائن ولانها ملكت أمر نفسها حين بانت بالاولى فلا يكون كلامه الثاني والثالث ايجابا بل اخباراً عن حالها انها مالكة أمر نفسها وهو صادق في ذلك بخلاف الاول فان هناك كلامه الثاني والثالث ايجاب لانه تكلم به قبل ان تملك أمر نفسها ﴿قال﴾ ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال الزوج نويت بالأولى الطلاق وبالاخريين ان أفهمها لم يصدق في القضاء وبانت بثلاث لان الكلام الثاني والثالث ايجاب صحيح من حيث الظاهر والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولكنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الكلام الواحد قد يكرر للتأكيد وتفهيم المخاطب ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فلما قامت عن المجلس قالت عنيت نفسي لم تصدق في ذلك لان الامر خرج من يدها بالقيام عن المجلس فانما اخبرت بما لا تملك انشاءه وهذا يدل على انها لو قالت قبل ان تقوم أردت نفسي ان ذلك يصح منها لبقائها في المجلس كما لو سكتت حتى الآن ثم قالت اخترت نفسي ولكنه قال في التعليل قد خرج الامر من يدها حين تكلمت بذلك فهذا إشارة الى انها وان قالت في المجلس أردت

نفسى لا يقبل قولها وهذا هو الصحيح لان اشتغالها بكلام مبهم دليل الاعراض والتهاون وان قال لها اختارى نفسك فقالت قد اخترت فهذا جواب وهي طالق لان جوابها بناء على خطاب الزوج فما تقدم فى الخطاب يصير كالمعاد في الجواب فكأنها قالت اخترت نفسى واذا خيرها بعد ذكر الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انوبه الطلاق لم يصدق في القضاء وكذلك ان قال هذا فى غضب وقد بينا هذا فى فصول الكنايات وكما لايصدقه القاضى فكذلك لايسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل واذا قال لها اختاري ثم طلقها واحدة بائنة بطل الخيار لانها صارت مالكة أمر نفسها بما أوقع عليها وانما كانت تختار أمر نفسها لهذا المقصود فلا يتحقق ذلك بعد ماملكت أمر نفسها وكذلك لو قال أنت طالق واحدة بائنة ان شئت فقالت قدشئت سقط الخيار لانها ملكت أمر نفسها ولو كان الطلاق رجعياً كان الخيار على حاله لانها بهذا الطلاق لا تصير مالكة أمر نفسها وكذلك هذا فى الامر باليد وذكر فى الأمالى انه اذا قال لها اختارى اذا شئت أو أمرك بيدك اذا شئت ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها فاختارت نفسها انها لاتطلق في قول أبي يوسف رحمه الله لان الزوج أوقع بنفسه مافوض اليها فيكون ذلك اخراجا للامر من يدها وفى قول أبي حنيفة رحمه الله تطلق تطليقة بائنة لان التفويض قد صح فلا يبطل بزوال الملك الا انها بعد زوال الملك كانت لاتتمكن من الاختيار لكونها مالكة أمر نفسها فاذا زال ذلك بالعقد فهي على خيارها وما قاله أبو يوسف رحمه الله ضعيف لان الطلاق متعدد فلا يتعين ما أوقعه الزوج لما فوضه اليها كما لو قال لغيره بع قفيزاً من هذه الصبرة ثم باع بنفسه قفيزا لاينعزل الوكيل ﴿قال﴾ واذا قال لها اختارى الازواج أو اختارى أهلك أو أبويك فقالت قد اخترت الازواج أو أبي أو أهلي وقد عنى الزوج الطلاق فى القياس لاتطلق لانها ما اختارت نفسها وقد كان القياس فى أصل هذا اللفظ ان لايقع به شئ تركنا القياس لآثار الصحابة رضى الله عنهم وانما ورد الاثر فى اختيارها نفسها فما سوى ذلك يبقي على أصل القياس ولكنه استحسن فقال هي طالق لان هذا فى معنى اختيارها نفسها فانها انما تختار الازواج اذا ملكت أمر نفسها وانما تتمكن من الرجوع الى بيت أبيها وأهلها اذا ملكت أمر نفسها فكان هذا في معنى اختيارها بخلاف مالو قال اختاري أختك أو أخاك أو ذا رحم محرم منك فاختارت ذلك وهو ينوى الطلاق فان هذا ليس في معنى اختيارها نفسها من كل وجه فيؤخذ فيه بالقياس

ولا يقع عليها شيء ولو قال لها اختاري فقالت أختار نفسي في القياس لا تطلق لان كلامها وعد وليس بايجاب ألا ترى أنه لو قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي لم يقع شيء ولكن في الاستحسان تطلق لان قولها أختار وعد صورة وايجاب معنى والعادة الظاهرة في هذا اللفظ أنه يراد به الحال دون الاستقبال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أختار كذا والشاهد يقول بين يدي القاضي أشهد والمؤذن يقول أشهد أن لا اله الا الله والمراد به التحقيق دون الوعد ولم يوجد مثل هذه العادة في قولها أنا أطلق نفسي فلهذا يؤخذ هناك بالقياس ولو قال لها اختاري فقالت قد فعلت لم يقع شيء كما لو قالت اخترت لان قولها قد فعلت في معنى الابهام أزيد من قولها قد اخترت واذا قال اختاري نفسك فقالت قد فعلت طلقت كما لو قالت اخترت لانها أخرجت الكلام مخرج الجواب فيصير ماتقدم في الخطاب كالمعاد في الجواب وان قال اختاري ان شئت فقالت قد اخترت نفسي وقع الطلاق عليها لان في اختيارها نفسها مشيئة وزيادة وان قال اختاري بألف درهم فاختارت زوجها لم يلزمها المال لان وجوب المال عليها بازاء البينونة ولا يحصل ذلك اذا اختارت زوجها بخلاف ما اذا اختارت نفسها فالبينونة قد حصلت هنا وقد أوجب الزوج ذلك لها بعوض وفي اختيارها نفسها قبول منها ﴿قال﴾ وان قال اختاري فقالت قد اخترت نفسي ان كنت زوجي أو ان كان كذا لشيء ماض وقع الطلاق لان التعليق بالموجود تنجيز فهذا وقولها اخترت نفسي سواء فان اشترطت شيئاً لم يكن فقد بطل الخيار لانها أتت بالتعليق وانما فوض اليها التنجيز فاشتغالها بالتعليق يكون اعراضا عما فوض اليها فيبطل خيارها ﴿قال﴾ وان قال اختاري فقالت قد طلقت نفسي طلقت واحدة بائنة بخلاف ما لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان هذا باطلا لان لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ألا ترى أن الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للأقوى والاقوى يصلح جوابا للأضعف توضيحه أن قولها طلقت نفسي لو كان قبل تخيير الزوج توقف على اجازة الزوج فاذا كان بعد تخيير الزوج يكون عاملا وقولها اخترت نفسي قبل تخيير الزوج يكون لغواً لا يتوقف على اجازة الزوج فكذلك بعد تفويض الزوج بقوله طلقي نفسك لان التفويض غير التخيير يقرره أن بقوله اختاري نفسك يثبت لها الخيار ومن ضرورته أن تملك اكتساب سبب الفرقة وقولها طلقت نفسي من ذلك فيصح منها فأما قوله طلقي نفسك فانه تفويض للطلاق

اليها وليس من ضرورته أن يثبت الخيار لها في اكتساب سبب الفرقة وقولها اخترت نفسي من ذلك فلهذا كان باطلا منها ﴿ قال ﴾ ولو قال الزوج لرجل خير امرأتي أو قل لها امرك بيدك فما لم يخيرها ذلك الرجل لا يصير الامر بيدها لانه أناب ذلك الرجل مناب نفسه في تخييرها وما أوجب لها الخيار بنفسه بخلاف مالو قال لذلك الرجل قل لها ان الخيار بيدها أو ان أمرها بيدها أو انها طالق ان شاءت فذلك بيدها أخبرها الرجل أو لم يخبرها لانه أوجب لها ذلك بنفسه وجعل المخاطب رسولا اليها في إعلامها ذلك فسواء أعلمها أو علمت بنفسها بسماعها من الزوج أو من غيره كان لها الخيار في مجلس علمها ولو لم تعلم به الا بعد أيام فمتى علمت كان لها الخيار في مجلسها لانها لا تتمكن من التصرف بمقتضى هذا التخيير مالم تعلم به فيتوقف ثبوت الحكم في حقها على علمها به في خطاب الشرع وكما في خيار المعتقة انه يبقي الى علمها به ومتى علمت كان لها الخيار في ذلك المجلس ﴿قال﴾ وان قال هي بالخيار اليوم فلها الخيار الى غروب الشمس ولا يبطل خيارها بقيامها عن المجلس لانه أوجب لها خياراً ممتداً فلا يبطل ذلك مابقي وقته وان لم تعلم حتى مضى اليوم بطل خيارها لان الخيار كان مؤقتا بوقت فلا موجب له بعد مضي ذلك الوقت ولكن ينتهي بمضي الوقت سواء علمت أو لم تعلم وكذلك لو قال هي بالخيار هذا الشهر وذكر في النوادر انها لو اختارت زوجها ثم أرادت أن تختار نفسها قبل مضي الشهر فليس لها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لها ذلك وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله لها ذلك على عكس هذا وقال اذا قال لها الخيار الى رأس الشهر فاختارت زوجها في يوم ثم أرادت أن تختار نفسها في يوم آخر فليس لها ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ولها ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فمن يقول لها ذلك قال لان اختيارها زوجها بمنزلة قيامها عن المجلس فكما لا يبطل خيارها في الامر المؤقت بالقيام عن المجلس واشتغالها بعمل آخر فكذلك باختيارها زوجها ومن يقول ليس لها أن تختار نفسها قال لان الخيار واحد في جميع المدة وقد أبطلته حين اختارت زوجها فلا يبقى بعد ابطالها خيار حتى تختار به نفسها ﴿قال﴾ وان قال لامرأة يوم أتزوجك فاختاري أو متى أتزوجك فاختاري أو ان تزوجتك أو اذا تزوجتك أو كلما تزوجتك فلها الخيار في جميع ذلك في المجلس الذي يتزوجها فيه لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز الا في كلما فان لها الخيار كلما تزوجها في ذلك المجلس مرة بعد مرة لان كلمة كلما تقتضي التكرار

﴿ قال ﴾ وان قال اختارى اذا أهل الشهر أو اذا كملت السنة أو اذا قدم فلان فان لم تعلم بذلك فلها الخيار اذا علمت فالمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو خيرها مطلقا عند وجود هذه الامور يتوقف على المجلس الذى علمت به كذلك هنا ﴿قال﴾ وان قال اختارى يوم كذا أو رأس الشهر أو صلاة الاولى فلها الخيار في ذلك اليوم كله ووقت تلك الصلاة كله ورأس الشهر ليلته ويومه كله لان الشهر يشتمل الليالى والايام ورأسه الليلة الاولى ويومها ويسقط خيارها بمضى هذا الوقت ان علمت أو لم تعلم لانه أوجب لها الخيار مؤقتا فلا يبقى بعد مضى الوقت ﴿ قال ﴾ وان قال اختاري يوم يقدم فلان فقدم فلان ليلا فلا خيار لها ولو قدم بالنهار فلها الخيار في ذلك اليوم الى غروب الشمس لان الخيار يتوقت فذكر اليوم فيه للتوقيت به فيتناول بياض النهار خاصة بخلاف قوله أنت طالق يوم يقدم فلان لان الطلاق لا يحتمل التوقيت ولا يختص بأحد الوقتين فذكر اليوم فيه عبارة عن الوقت ﴿ قال ﴾ وان قال اختاري تطليقة فقالت قد اخترتها فهي واحدة رجعية لان قوله تطليقة بمنزلة التفسير لاول كلامه والمبهم اذا تعقبه تفسير يكون الحكم لذلك التفسير فيصير مفوضاً اليها الطلاق باللفظ الصريح وكذلك الامر باليد لو قال لها أمرك بيدك فى تطليقة كان هذا تفسير الأول كلامه ولو قال اختارى تطليقتين فقالت قد اخترت واحدة وقع عليها تطليقة رجعية لانها ملكت ايقاع اثنتين ومن ضرورته أن تملك ايقاع الواحدة وهذا بخلاف ما لو قال لها اختارى تطليقتين ان شئتهما فاختارت واحدة لا يقع عليها شئ لانه جعل الشرط مشيئتها تطليقتين ولم يوجد ذلك بايقاع الواحدة ﴿ قال ﴾ ولو قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت نفسي فهذا جواب منها تام للكلمات الثلاث فتطلق ثلاثا وكذلك لو قالت اخترت نفسى مرة واحدة أو بمرة أو اختيارة فهذا جواب تام للكلمات الثلاث فتطلق ثلاثا وان قالت اخترت التطليقة الاولى وقع عليها واحدة بالاتفاق ﴿ قال ﴾ وان قالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهى طالق ثلاثا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تطلق واحدة بائنة بمنزلة ما لو قالت اخترت التطليقة أو اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى ما صار اليها بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك توضيحه ان الاولى نعت لمؤنث فيجوز ان يكون المراد به التطليقة

فلايقع به الا واحدة ويجوز ان يكون المراد به المرة أو الاختيارة فيقع الثلاث ولكن الطلاق بالشك لا ينزل وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاولى نعت لمؤنث ولكن النعت ينصرف الى منعوت مذكور ولا ينصرف الى مالم يذكر مع امكان صرفه الى المذكور والمذكور الاختيار دون الطلاق فكان هذا بمنزلة قولها اخترت الاختيارة الاولى أو المرة الاولى ولوصرحت بذلك طلقت ثلاثا وحرف آخرله انها أتت بالترتيب فيما لا يليق به صفة الترتيب فيلغو ذكر الترتيب فيبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وبيان هذا أن التطليقات الثلاث قد اجتمعت فى ملكها حتى يقع الثلاث جملة باختيارها نفسها والمجتمع فى زمان أو مكان لا يليق به صفة الترتيب فكذلك المجتمع فى الملك لأيليق به صفة الترتيب وهذا بخلاف قولها اخترت التطليقة الاولى فان هناك يلغو ذكر الترتيب أيضافيبقي قولها اخترت التطليقة ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن لا يقع هناك شئ لانه لما لغي ذكر الترتيب بقى قولها اخترت وقد بينا أن بهذا اللفظ لا يقع الطلاق مالم تقل اخترت نفسى ﴿قلنا﴾ هذا اذا لم يكن فى لفظ الزوج مايدل على تخصيص الطلاق وهنا مايدل على ذلك وهو قوله اختارى ثلاث مرات فان الطلاق هو المحصور بعدد الثلاث ولو قال اختارى نفسك أو طلاقك فقالت اخترت كان جوابا فكذلك هنا ﴿قال﴾ ولو قال ان قدم فلان فاختارى فقالت بعد قدومه بأيام لم أعلم الا الساعة ولى الخيار فالقول قولها مع يمينها ان نازعها الزوج لانه يتمسك بالاصل وهو عدم العلم بالقدوم ولان الزوج يدعى عليها ما يسقط خيارها بعد ما عرف ثبوته لها وهي تنكر ذلك فالقول قولها مع يمينها ولكن لو لم تختر نفسها فى ذلك المجلس حتى خاصمت فيه الزوج وذهبت الى القاضى فلاخيار لها لقيامها عن المجلس بعد ما علمت بالقدوم فهو كما لو أقامها الزوج ﴿قال﴾ واذا خيرها في مجلسها فقالت بعد القيام منه قد كنت اخترت نفسى فيه لم تصدق على ذلك اذا كذبها الزوج لأنهاتخبر عما لاتملك انشاءه فاذا أقامت البينة على ذلك كان الثابت بالبينة كالثابت بتصديق الخصم فيفرق بينهما وان لم يكن لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانه يستحلف على فعل غيره ﴿قال﴾ وان قال لها اختارى اليوم واختارى غداً فردت الخيار اليوم أو اختارت زوجها فليس لها الخيارفى بقية ذلك اليوم ولها الخيار غداً لان قوله واختارى غداً تخيير مضاف الى وقت آت والمضاف غير المنجز فانها انما ردت الخيار المنجز فى اليوم

فيبقى خيارها فى الغد على حاله بخلاف مالو قال اختاري اليوم وغداً فردت اليوم أواختارت زوجها فلا خيار لها فى الغد لانه عطف الغد على اليوم والعطف للاشراك فاقتضى ذلك امتداد الخيار الى مضى الغد لا تجديد الخيار المضاف واذا كان الخيار واحداً وقد بطل ذلك بردها فلا خيار لها بعد ذلك فأما اذا قال واختارى غداً فهو خيار آخر أوجبه لها فى الغد لانه ذكر للغد خبراً فلا يجعل الخبر الاول خبرا له وان اختارت اليوم نفسهافبانت فلاخيار لها في الغد لانها قد ملكت أمر نفسها باختيارها نفسها وذلك ينفي الخيار المضاف كما ينفى الخيار المنجز ولان الخيار المضاف الى الغد لا يتضمن تطليقة أخرى لان التطليقة التى فى ضمن الخيار المنجز تحتمل الاضافة الى الغد مالم تقع فاذاوقعت باختيارها نفسها فى اليوم لم يبق حتي تختار نفسها فى الغد بها ﴿قال﴾ وان قال اختارى غدا الطلاق فقالت اليوم اخترت غدا الطلاق أو قالت قداخترت الزوج فاختيارها اليوم باطل ولها الاختيار غداً لان الزوج أضاف التخيير الى وقت منتظر فلا يثبت لها الخيار قبل مجيء ذلك الوقت واختيارها قبل ان يثبت لها الخيار لغو وان قالت فى الغد قد اخترت زوجي لا بل نفسى كانت امرأته ولا خيار لها لان بقولها قد اخترت زوجي بطل خيارها فبقولها لا بل نفسى اختارت نفسها بعدمابطل خيارها وان قالت اخترت نفسى لا بل زوجى بانت بقولها اخترت نفسى فلا ترفع البينونة بقولها لا بل زوجى بعد ذلك ﴿ قال ﴾ وان قال ان شئت فانت طالق واختارى فقالت قد اخترت نفسي وشئت الطلاق كانت طالقاً اثنتين لان قولها قد اخترت نفسى جواب التخيير وقولها شئت الطلاق ايجاد للشرط فى طلاق المشيئة والصريح يلحق البائن ولايكون قولها اخترت نفسي عملا هو ضد مشيئة الطلاق بل هذا من جنس مشيئة الطلاق فلا يخرج به طلاق المشيئة من يدها وكذلك لو قال اختارى ان هويت أو احببت أو أردت فقالت قد أخترت نفسى وقعت تطليقة بائنة لوجود الشرط باختيارها نفسها فقد هويت ذلك وأحبت وأرادت حين اختارت نفسها ﴿ قال ﴾ ولو قال اختاري من ثلاث تطليقات ماشئت فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله لا تملك ان تختار بهذا اللفظ الا واحدة أو اثنتين وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تملك ان تختار الثلاث بهذا اللفظ لان كلمة ما للتعميم ومن قد تكون للتبعيض وقد تكون للتمييز كما يقال سيف من حديد وهو معني قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان وقد تكون صلة كما فى قوله تعالي يغفر لكم من ذنوبكم وقوله تعالى ما اتخذ الله

من ولد فكانت مراعاة جانب التعميم بكلمة ما أولى واذا حمل على معنى التعميم صارت الثلاثة مفوضة اليها فكانت كلمة من لتمييز الطلاق من سائر الاشياء في التفويض اليها أو هو صلة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلمة ما للتعميم كما قالا وكلمة من للتبعيض حقيقة والكلام محمول على حقيقته فان الحقيقة لا تترك الى المجاز الا لقيام الدليل فيعمل بحقيقة الكلمتين ويقول يزاد على الواحدة لحرف التعميم وينقص عن الثلاث لحرف التبعيض فيصير بيدها اثنتان فاذا أوقعت واحدة أو اثنتين جاز ذلك وان أوقعت ثلاثا لم يقع شئ عنده لان المأمور باثنتين لا يملك ايقاع الثلاث عنده وعندهما تطلق ثلاثا لان الثلاث صارت مفوضة اليها وفى الكتاب استشهد لقولهما بما لو قال كل من هذا الطعام ما شئت جاز له أن يأكل كله ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هناك قام دليل المجاز وهو العرف ولانه اباحة لا يتعلق بها اللزوم فينبني الامر فيه على التوسع بخلاف الطلاق فانه يتعلق به اللزوم فيعتبر فيه حقيقة كل لفظ ولو لم تختر شيئاً حتى قال الزوج لك ألف درهم على أن تختاريني فاختارته كانت قد أبطلت الخيار لان اسقاط الخيار لا يتعلق بالجائز من الشرط الفاسد فان الشرط الفاسد لا يمنع ثبوته ولا شئ لها من الالف لانها لا تملك الزوج باسقاطها خيارها شيئاً ﴿قال﴾ ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي أو زوجي بطل الخيار ولم يقع شئ لان حرف أو يقتضي اثبات أحد المذكورين بغير عينه فاشتغالها بالكلام المبهم يكون ابطالا منها للخيار ولا يقع عليها شئ لانها لم تجعل اختيارها نفسها عزيمة فى كلامها وان قالت قد اخترت نفسي وزوجي طلقت بقولها قد اخترت نفسي فقولها بعد ذلك وزوجي لغو وان قالت قد اخترت زوجي ونفسي فقد سقط اختيارها بقولها اخترت زوجي فقولها ونفسي بعد ذلك لغو وهي امرأته ولا خيار لها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الأمر باليد

﴿قال﴾ واذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم فى الخيار فى سائر مسائل الباب المتقدم الا ان هذا صحيح قياساً واستحساناً لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ماهو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الزوج الرجوع عنه اعتباراً بايقاع الطلاق وان نوى بالامر ثلاثا كان كما نوى حتى اذا طلقت نفسها ثلاثا تطلق ثلاثا لان هذا تفويض

للامر اليها وهو يحتمل العموم والخصوص بخلاف قوله اختاري فانه أمر بالفعل فلايحتمل معنى العموم وان لم ينو الثلاث فهي واحدة بائنة وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء اذا قال نويت واحدة لانه فوض اليها بهذا الكلام جنس مايملك عليها وذلك ثلاث ولكنا نقول التفويض قد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصا وهو غير مخالف للظاهر وكذلك ان نوى الطلاق فقط لانه لايثبت الا القدر المتيقن عند الاحتمال وكذلك ان نوى اثنتين لان هذا نية العدد وهي لاتسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائنة ﴿ قال ﴾ واذا قال لها أمرك بيدك ثم قال لها أمرك بيدك بألف درهم فقالت قد اخترت نفسي فهي بائن بتطليقتين والالف عليها لازمة لان كلامها جواب للايجابين جميعاً واحدهما ببدل والآخر بغير بدل وانما يقعان معا عند اختيارها نفسها فيلزمها المال لان الطلاق بجعل يصادفها وهي منكوحة كالتي هي بغير جعل ﴿قال﴾ واذا قال لها امرك في يدك ينوي ثلاثا ثم قال لها أمرك بيدك على الف درهم ينوي ثلاثا فقبلت ذلك ثم قالت قد اخترت نفسي بالخيار الاول كان المال عليها لازما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الامرين قد صارا أمراً واحداً معناه ان الزوج لايملك عليها الا الثلاث والذي أوجبه بجعل هو الذي تضمنه الكلام الاول وقد قبلت ذلك وأوقعت فيلزمها المال توضيحه ان ذكرها الترتيب لغو على أصل أبي حنيفة فيبقي قولها اخترت نفسي فيكون جوابا للكلامين ويلزمها المال وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هي طالق ثلاثا ولا يلزمها المال لأنها بالاختيار أوقعت ماتضمنه الكلام الاول وقد كان ذلك بغير جعل ﴿قال﴾ وان قال لها أمرك بيدك اليوم أو قال في اليوم فان اختارت زوجها فقد بطل خيارها وان لم تختر شيئاً فلها الخيار الى غروب الشمس وذكر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فرقا بين قوله اليوم وبين قوله في اليوم فقال اذا قال في اليوم فلها الخيار في مجلسها لوجود حرف في فان المظروف قد يشغل جزءا من الظرف فانما جعل لها الخيار في جزء من اليوم بخلاف قوله اليوم فان ذلك تصريح بالخيار في جميع اليوم ولكن هذا الفرق ضعيف والمقصود في الوجهين جميعا توقيت الخيار باليوم ﴿قال﴾ واذا قال الزوج جعلت أمرك بيدك أمس فلم تختاري شيئاً وقالت هي بل قد اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لانها اخبرت بما لاتملك انشاءه وتدعي وقوع الطلاق عليها والزوج

منكر لذلك فانه أقر بالتخيير فقط ولا يقع به شئ مالم تختر نفسها ﴿قال﴾ وان جعل أمرها بيد صبي أو مجنون فهو بيده في مجلسه لان موجب هذا التفويض صحة ايقاع الطلاق منهما وذلك يكون بعبارته والصبي من أهله فكان كالبالغ ليس للزوج أن يخرجه من يده ولا يبطل الا بقيام المفوض اليه من مجلسه ﴿قال﴾ وان جعل أمرها بيد رجلين فطلقها احدهما لم يقع لانه ملك الامر منهما فاحدهما لا يستبد بالتصرف فيما هو مملوك لهما ولانه جعل الأمر في أيديهما ليرويا النظر في أمرها ونظر الواحد لا يقوم مقام نظر المثني بخلاف قوله طلقاها لانه أتم النظر بنفسه وانما أنابهما مناب نفسه في العبارة وعبارة الواحد والمثني سواء ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته وهي امة أمرك بيدك يريد اثنتين فاختارت نفسها طلقت اثنتين لان هذا نية العموم في التفويض فالاثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة بخلاف ما اذا كانت حرة فنية الاثنتين في حقها نية العدد وهذا اللفظ لا يحتمل نية العدد وكذلك ان كانت الحرة عنده في ثنتين فهذا في حقها نية العدد لانه بأصل النكاح يملك عليها ثلاثا فلا يكون هذا في حقها إلا نية العدد فلا تقع الا واحدة ﴿قال﴾ وان قال لها أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فهو أمر واحد ان ردته اليوم بطل كله وقد بينا هذا في التخيير فكذلك في الامر باليد وروى أبو يوسف رحمه الله تعالي في الامالي عن أبي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت اليوم فأمرها بيدها غداً فهو بمنزلة مالو قال وأمرك بيدك غداً وقد بينا الفرق بينهما ﴿قال﴾ واذا قال أمرك بيدك اليوم وبعد غد فهما أمران حتى اذا ردت اليوم فلها الخيار بعد الغد وعلى قول زفر رحمه الله هذا امر واحد وكذلك لو قال اليوم ورأس الشهر زفر يقول عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الامر فيكون أمراً واحدا كما في قوله اليوم وغدا ولكنا نقول أحد الوقتين المذكورين هنا غير متصل بالآخر بل بينهما وقت غير مذكور ولا يثبت فيه حكم الامر فعرفنا انه ليس المراد بذكر الوقت الثاني امتداد الامر الاول فاقتضى ضرورة ايجاب أمر آخر فاما اذا قال وغداً فأحد الوقتين متصل بالوقت الآخر فكان ذكر الغد لامتداد حكم الامر اليه فلا يثبت به أمر آخر اذ لا ضرورة فيه والله أعلم

باب الظهار

اعلم بأن الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة

من غير أن يكون مزيلا للملك بيانه في قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الآية وسبب نزولها قصة خولة بنت ثعلبة فانها قالت كنت تحت أوس بن الصامت رضي الله عنه وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما أمرني به فقال أنت عليّ كظهر أمي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع اليّ وراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لاتصل اليّ وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع عليّ فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وقد خرجت الى بعض جيراني فأخذت ثيابا ولبستها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت أشكو الى الله ماأرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال قد أنزل الله تعالى فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم مريه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال صلى الله عليه وسلم مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شئ يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم انا سنعينه بفرق وقلت أنا أعينه بفرق أيضاً فقال صلى الله عليه وسلم افعلي واستوصي به خيراً ثم اختلفت العلماء رحمهم الله تعالى في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله تعالى المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار وقال داود المراد تكرار الظهار حتى ان على مذهبهم لا يلزمه الكفارة بالظهار مرة حتى يعيد مرة أخرى وهذا ضعيف لانه لو كان المراد هذا لكان يقول ثم يعودون لما قالوا والدليل على فساده حديث أوس فانه لم يكرر الظهار انما عزم على الجماع وقد ألزمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفارة وكذلك حديث سلمة بن صخر البياضي رضي الله عنه فانه قال كنت لا أصبر عن الجماع فادخل شهر رمضان ظاهرت من امرأتي مخافة أن لا أصبر عنها بعد طلوع الفجر فظاهرت منها شهر رمضان كله ثم لم أصبر فواقعتها وخرجت الى قومي فأخبرتهم بذلك فشددوا الامر عليّ فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرته بذلك فقال صلى الله عليه وسلم انت بذاك فقلت انا بذاك وها أنا بين يديك فامض في حكم الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم أعتق رقبة الحديث كما روينا في كتاب

الصوم

الصوم وليس فى هذا تكرار الظهار والشافعى رحمه الله تعالى يقول كما سكت عن طلاقها عقيب الظهار فقد صار ممسكا لها فيتقرر عليه الكفارة ولكنا نقول المراد بقوله تعالى ثم يعودون لما قالوا أن يأتى بضد موجب كلامه وموجب كلامه التحريم لا ازالة الملك فاستدامة الملك لا تكون ضده بل ضده العزم على الجماع الذى هو استحلال وبمجرد العزم عندنا لا تتقرر الكفارة أيضا حتى لو أبانها بعد هذا أو ماتت لم تلزمه الكفارة عندنا والحاصل أن عند الشافعى رحمه الله تعالى معنى العقوبة يترجح فى الكفارة فتجب بنفس الظهار الذى هو محظور محض الا أنه يتمكن من اسقاطها بأن يصل الطلاق بكلامه شرعا فاذا لم يفعل تتقرر عليه الكفارة وعندنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة والمحظور المحض لا يكون سببا لها وانما سببها ما تردد بين الحظر والاباحة وذلك انما يتحقق بالعزم على الجماع الذى هو امساك بالمعروف حتى يصير السبب به مترددا وسنقرر هذا الاصل في كتاب الايمان ان شاء الله سبحانه وتعالى ثم لا خلاف ان هذه الكفارة على الترتيب دون التخيير فان من كانت كفارته بالاعتاق أو الصيام فليس له ان يقربها حتى يكفر لقوله تعالى من قبل ان يتماسا فان جامع قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولم يعد حتى يكفر لانه ارتكب الحرام وليس عليه فيما صنع كفارة لما روي ان رجلا ظاهر من امرأته ثم وقع عليها من قبل أن يكفر فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره ان يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر ولو جامعها فى صوم الكفارة بالنهار ناسيا أو بالليل عامدا فعليه استقبال الكفارة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقد بينا هذا فى كتاب الصوم وكذلك لو أعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم أعتق ما بقى لم يجزه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الشرط فى الاعتاق تقديمه على المسيس وأخلاؤه عنه كما فى الصوم والعتق عنده يتجزى وهذا التفريع لا يجئ على قولهما لان العتق عندهما لا يتجزى ولما أعتق بعضه عتق كله وان كانت كفارته بالاطعام فليس له ان يجامعها قبل التكفير عندنا وقال مالك رحمه الله له ذلك لانه ليس في التكفير بالاطعام شرط التقديم على المسيس ولا مدخل للقياس في هذا الباب ولكنا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر من غير تفصيل ولان من الجائز ان يقدر على الاعتاق أو الصيام فتصير كفارته بذلك فلو وطئها كان قد مسها قبل التكفير بالعتق وذلك حرام الا انه لو أطعم ثلاثين مسكينا ثم جامعها لا يلزمه استقبال الطعام بخلاف الاعتاق والصيام لان شرط

الاخلاء عن المسيس من ضرورة شرط التقديم على المسيس وذلك غير منصوص عليه في الاطعام وثبوته لمعنى فى غير الاطعام على مابينا فلهـذا لايلزمه الاستقبال بخلاف الاعتاق والصيام ﴿قال﴾ واذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له فعليه أربع كفارات عندنا وقال الشافعى رضى الله عنـه اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة لم يلزمه الا كفارة واحدة لان الظهار سبب موجب للكفارة فبالكلمة الواحدة لا ينعقد الاظهار واحد فى حكم الكفارة كاليمين ولو قال لله عليّ ان لاأقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة ولكنا نقول الظهار يوجب تحريما مؤقتا بالكفارة فاذا أضاف الى محال مختلفة يثبت فى كل محل حرمة لا ترتفع الا بالكفارة كالتطليقات الثلاث لما كانت توجب حرمة مؤقتة بزوج فاذا أوجبها فى أربع نسوة بكلمة واحدة تثبت فى حق كل واحدة منهن حرمة لا ترتفع الا بزوج بخلاف اليمين فان الكفارة تجب هناك بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وذلك لا يتعدد بتعدد النساء ومذهبنا مروى عن عمر رضى الله تعالى عنه وابراهيم والحسن البصرى رحمهما الله تعالى ﴿قال﴾ واذا ظاهر من امرأته مرتين اوثلاثا فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة فعليه لكل ظهار كفارة هكذا نقل عن على رضي الله تعالى عنه ولأن تكرار الظهار في امرأة واحدة كتكرار اليمين فكما يجب باعتبار كل يمين كفارة فكذلك باعتبار كل ظهار ﴿فان قيل﴾ فاذاثبتت الحرمة المؤقتة بالظهار الأول كيف تثبت بالظهار الثانى والثالث ﴿قلنا﴾ بالظهار الاول تثبت الحرمة مع بقاء ملك المحل فيتحقق الظهار الثانى والثالث وأسباب الحرمة تجتمع في محل واحد فان صيد الحرم حرام على المحرم لا حرامه ولكونه فى الحرم والخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه اذا حلف لايشربها والكفارة الثانية غير الكفارة الأولى فالحرمة الثانية في الحكم غير الاولى أيضاً وان ظاهر منها ثلاث مرات ونوى بالثاني والثالث تكرار الكلام الاول فعليه كفارة واحدة لان صفة الاخبار والانشاء فى الظهار واحدة والكلام الواحد يعاد ويكرر ولا يجب به الا مايجب بالاول ﴿قال﴾ وان قال لها أنت عليّ كظهر أمي أو كبطنها فهو مظاهر لان بطن الام عليه فى الحرمة كظهرها والظهار منكر من القول وزور كما قال الله تعالى وذلك أن يشبه من هو في أقصي غايات الحل بمن هو في أقصى غايات الحرمة وذلك لايختلف بالظهر والبطن وكذلك لوذكر جزءاً من امرأته شائعاًأو عضواً جامعا يعبر به عن جميع البدن بخلاف ماذا ذكر عضوا لايعبر به عن

جميع البدن كاليد والرجل وقد بينا هـذا في باب الطلاق وكذلك اذا شبهها بظهر امرأة محرمة عليه على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة فهـذا والتشبيه بظهر الام سواء للمعني الذي بينا كما قال أبو يوسف رحمـه الله تعالى في الامالى انه اذا شبهها بظهر امرأة قد زنا بامها أو بابنتها فحرمت عليه بذلك فهو مظاهر منها لانه شبهها بمحرمـة عليه على التأبيد قال لان قضاء القاضى بحـل المناكحة بينهما لا ينفذ عنـدى لكونه بخلاف النص فان النكاح حقيقة للوطء وهذا بخلاف مالو شبهها بظهر امرأة قد لاعنها لان اللعان وان كان يوجب الحرمة المؤبدة عندى فهو ممـا يسع فيه الاجتهاد وينفذ فيه قضاء القاضي بخلافه فلم يكن في معنى حرمة الام وقال محمد رحمه الله تعالى فى الكيسانيات اذا شبهها بظهر أم المزنى بها لايكون مظاهراً لأن العلماء مختلفون فى حرمتها عليـه ولوقضى القاضى بحل المناكحة بينهما نفذ قضاؤه لا ن الناس تعارفوا اطلاق اسم النكاح على العقد ولو شبهها بظهر امرأة قد لمس أمها أو ابنتها من شهوة أو نظر الى فرجها من شهوة لم يكن مظاهراً فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان هذه الحرمة حرمة ضعيفة ليست في معنى حرمة الام حتى ينفذ قضاء القاضى بخلافها وعند أبي يوسف رحمـه الله تعالى يكون مظاهراً لان ثبوت الحرمة بالنظر الي الفرج منصوص عليه فى قوله صلى الله عليه وسلم ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها فيتحقق معنى الظهار اذا شبهها به وان شبهها بظهر امرأة أجنبية أو ذات رحم منه غير محرم فليس بمظاهر لانه شبه محللة بمحللة فان الاخرى تحل له بالملك فلا يكون مظاهراً وكذلك لو شبهها بظهر رجل أجنبي أو قريب فهو ليس بمحرم عليه النظر اليه ومسه فلا يكون مظاهراً

﴿ قال ﴾ وان ظاهرت المرأة من زوجها فليس ذلك بشئ لان موجبه التحريم وهو مختص بالنكاح كالطـلاق وليس الى المرأة من ذلك شئ وعن أبي يوسف رحمـه الله تعالى قال عليها الـكفارة للظهار لان المعنى في جانب الرجل تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك يتحقق فى جانبها والحل مشترك بينهما وقال الحسن عليها كفارة اليمين لان هذا بمنزلة التحريم منها زوجها على نفسها وتحريم الحلال يمين فتلزمها الـكفارة كما لو حلفت ان لا تمكنه من نفسها ثم مكنته

﴿ قال ﴾ ولا يكون الرجل مظاهراً من أمته ولا من أم ولده ولا من مدبرته عندنا وقال مالك يصح ظهاره منهن لان ملك اليمين في محل ملك المتعة سبب لملك المتعة كملك النكاح فيتحقق معنى الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمـة ولـكنا نستدل بقوله تعالى والذين يظاهرون من

نسائهم وهذا يتناول الزوجة دون المملوكة وقد بينا ان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية ونقل الشرع حكمه الى التحريم المؤقت بالكفارة والمملوكة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار أيضاً ولهذا لايصح إيلاؤه من الأمة لان الايلاء طلاق مؤجل والامة ليس بمحل للطلاق وقال ابن عباس رضى الله عنه من شاء باهلته عند الحجر الاسود أنه لا كفارة فى الظهار من الأمـة وكذلك لو ظاهر من امرأة أجنبية فهو باطـل كما لوطلقها وهذا لان الأجنبية لا تحل له مالم يتزوجها فانما شبه محرمة بمحرمـة ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته أنت على كفرج أمى أو كفخـذها كان مظاهراً لان فرج الام وفخذها محرم عليـه كظهرها فيتحقق تشبيه المحللة بالمحرمـة ولو قال كيدها أو رجلها لم يكن مظاهراً لانه لايحرم عليـه النظر الى يدها ورجلها ولامسها فلم يتحقق بهذا اللفظ تشبيه المحللة بالمحرمة ولو قال جنبك أو ظهرك على كظهر أمي لم يكن مظاهراً بمنزلة قوله يدك أورجلك لان هذا العضو لايعبر به عن جميع البـدن عادة وقع في بعض النسخ ظفرك مكان قوله ظهرك وهو غلط فالظهر مع الجنب اليق من الظفر ﴿قال﴾ ولو قال أنت على كأمى فهذا كلام يحتمل وجوها لان الكاف للتشبيه وتشبيه الشئ بالشئ قديكون من وجه وقد يكون من وجوه فاذا نوى به البر والكرامة لم يكن مظاهراً لان مانواه محتمل ومعناه أنت عندى فى استحقاق البر والكرامة كأمى وان نوى الظهار فظهار لانه شبهها بجميع الأم ولو شبهها بظهر الأم كان ظهاراً فاذا شبهها بجميع الأم كان أولى وان لم يكن له نية فليس ذلك بشئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول محمد رضي الله تعالى عنه هو ظهار ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعنه روايتان إحداهما كقول محمد رضى الله تعالى عنه لانه قال في الأمالى اذا كان هذا فى حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق فى القضاء وهو ظهار وعنه انه قال إيلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم فكان قوله انت على كامى بمنزلة قوله انت على حرام وقد بينا فى هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئاً يثبت أقل الوجوه وهو الايلاء وبنحو هذا يحتج محمد رضي الله تعالى عنه ولكنه يقول هو ظهار لكاف التشبيه فى كلامه فان الظهار يختص بهذا الحرف ومتى كان مراده البر يقول أنت عنـدي كأمى ولا يقول على الا انه اذا نوى البر أقمنا حرف على مقام عند لتصحيح نيته فاذا لم ينو بقى محمولا على حقيقته فكان ظهاراً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن حمـله على وجه صحيح يحل شرعا

لايحمل على مايحرم شرعا والظهار منكر من القول وزور فلا يمكن حمله عليه اذا أمكن حمله على معنى البر والكرامة توضيحه أنها كانت محللة له وهذا الكلام يحتمل معني البر ويحتمل معني الظهار ولكن الحرمة بالشك لا تثبت كما لايثبت الطلاق بالشك ﴿ قال ﴾ ولو قال لها انت على حرام كأمي فقد انتفى احتمال معنى البر هنا لتصريحه بالحرمة فبقي احتمال الطلاق والظهار فان أراد الطلاق فهو طلاق لان قوله انت على حرام يكون طلاقا بالنية فقوله كأمي لتأكيد تلك الحرمة فلا تخرج به من ان تكون طالقا بالنية وكذلك ان أراد التحريم دون الظهار فهو طلاق وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون ينبغى أن يكون ايلاء بمنزلة قوله أنت علىّ حرام اذا قصد به التحريم فقط ولكنا نقول انما قصد التحريم هنا لزوال الملك لانه شبهها بالام وهى محرمة حرمة تنافي الملك وزوال الملك بالتحريم يكون بالطلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار لانه شبهها فى الحرمة بامه ولو شبهها بظهر الام كان ظهاراً فكذلك اذا شبهها بالام وان لم يكن له نية فهو ظهار لان عند الاحتمال لايثبت الا القدر المتيقن والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق فالحرمة بالظهار لاتزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله ﴿ قال ﴾ وان قال أنت علىّ حرام كظهر أمي فهو ظهار فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء نوى الظهار أو الطلاق أولم يكن له نية بمنزلة قوله أنت علىّ كظهر أمي لان ذلك اللفظ انما كان ظهاراً باعتبار التشبيه فى الحرمة فالتصريح بما هو مقتضى كلامه يؤكد حكم الكلام ولا يغيره وهذا اللفظ صريح في الظهار فلا تعمل فيه نية شئ آخر كاللفظ الذى هو صريح فى الطلاق لا تعمل فيه نية شئ آخر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان نوى الظهار أو لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى الطلاق فهو طلاق لان المنوى من محتملات لفظه فان قوله أنت علىّ حرام تسع فيه نية الطلاق لو اقتصر عليه فقوله كظهر أمي يحتمل معنى التأكيد لتلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون محتملا لنية الطلاق وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا قال نويت به الطلاق يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق فى القضاء في صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق لو وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد مابانت والظهار بعد البينونة لا يصح ﴿فان قيل﴾

الظهار مع الطلاق اثنتان بقوله أنت على حرام ﴿قلنا﴾ اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين المختلفين ﴿قال﴾ وان قال أنا منك مظاهر فهو ظهار لان موجب الظهار هو التحريم وقد بينا ان لفظ التحريم يصح اضافته الى كل واحد منهما باعتبار ان الحل مشترك بينهما فكذلك لفظ الظهار وكذلك لو قال قد ظاهرت منك فان صيغة الاقرار والانشاء في الظهار واحدة كما فى الطلاق ﴿قال﴾ وكذلك لو قال أنت مني كظهر أمي أو عندى ومعى فهو ظهار كقوله على لان تشبيه المحللة بالمحرمة يتحقق بهذه الكلمات ﴿قال﴾ ولا ينبغى للمرأة ان تدعه يقربها حتى يكفر لانها محرمة عليه مالم يكفر وعليها أن تمتنع من الحرام ولها ان تطالبه بالتكفير وتخاصمه فى ذلك لانها استحقت الامساك بالمعروف وهو بالظهار فوت عليها ذلك فلها ان تطالبه بما صار مستحقا لها بالنكاح ويجبره القاضى على التكفير عند طلبها لانه لا يتوصل الى الامساك بالمعروف الا به ولا ينبغى له أن يباشرها ولا يقبلها حتى يكفر لقوله تعالى من قبل أن يتماسا ولان هذه الحرمة في معنى الحرمة بالطلاق الا فى حكم زوال الملك والارتفاع بالكفارة والحرمة متى ثبتت بالطلاق توجب تحريم اللمس والتقبيل فكذلك بالظهار ﴿قال﴾ واذا قال لامرأة اذا تزوجتك فأنت على كظهر أمي أو قال كل امرأة أتزوجها فهى علىّ كظهر أمي فهو كما قال لان الظهار يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق فيصح اضافته الى الملك والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ واذا قال اذا تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمي ثم تزوجها طلقت وبطل الظهار عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الظهار معطوف على الطلاق فتبين بالطلاق قبل أن يصير مظاهرا وعندهما يقعان معاً وقد بينا هذا فى باب الطلاق ﴿قال﴾ واذا قال اذا تزوجتك فأنت طالق ثم قال اذا تزوجتك فأنت علىّ كظهر أمى ثم تزوجها لزم الطلاق والظهار جميعاً لانه تعلق كل واحد منهما بالتزويج هنا من غير واسطة فعند التزويج يقعان معاً ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم أبانها فدخلت الدار فى العدة أو بعد العدة لم يكن مظاهرا منها لان موجب الظهار حرمة ترتفع بالكفارة وبالبينونة تثبت حرمة أقوى من ذلك فلا يظهر الضعيف مع القوى ولأن المرأة محل الظهار لانها محللة له بأبلغ جهاته وقد زال ذلك بالبينونة والمعلق بالشرط عند وجود الشرط لا ينزل الا عند بقاء المحل لان الوصول الى المحل عند ذلك يكون فاذا لم تبق محلا بعد البينونة لم يكن مظاهراً منها ﴿قال﴾ واذا ظاهر المسلم وهو

حر أو عبد من زوجته وهي حرة أو أمة مسلمة أو صبية أو كتابية فهو مظاهر لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان العبد كالحر في كونه أهلا لموجب الظهار وهو الحرمة المؤقتة بالكفارة والامة والصبية والكتابية كالحرة المسلمة في كونها محللة بأبلغ جهاته ﴿ قال ﴾ وان كان الزوج ذمياً فظهاره باطل عندنا سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية وعند الشافعي رحمه الله تعالى ظهار الذمي صحيح لان الذمي من أهل الطلاق وقد بينا أن الحرمة بالظهار في معني الحرمة بالطلاق فكل من صح طلاقه صح ظهاره وكذلك هو من أهل الكفارة لانه من أهل الاعتاق والاطعام الا أنه ليس من أهل الكفارة بالصوم وبهذا لا يمتنع صحة الظهار كالعبد فانه ليس من أهل التكفير بالمال وكان ظهاره صحيحا وهذا على أصله مستقيم فان معني العقوبة عنده يترجح في الكفارة فيكون بمنزلة الحد وفي الحد معنى الكفارة قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها ثم يقام على الذمي بطريق العقوبة ولئن لم يكن من أهل الكفارة فهو أهل للحرمة فيعتبر ظهاره في حق الحرمة كما اعتبر أبو حنيفة رحمه الله تعالى إيلاء الذمي في حق الطلاق وان لم يعتبر في حق الكفارة وكلامنا في المجوسي يتضح فانه يعتقد الحل في أمه وأخته فانما شبه امرأته بمن يعتقد الحل فيها بالنكاح فلا يكون مظاهراً كالمسلم اذا شبه امرأته بأجنبية ﴿ ولنا ﴾ ان الذمي ليس من أهل الكفارة فلا يصح ظهاره كالصبي وبيان الوصف أن المقصود بالكفارة التكفير والتطهير والكافر ليس بأهل له وما فيه من الشرك أعظم من الظهار بخلاف الحدود فالمقصود هناك الخزى والنكال وانما الكفارة في حق من جاء تائبا مستسلماً لحكم الشرع كما فعله ماعز رضى الله عنه والدليل عليه ان معنى العبادة يترجح في الكفارة حتى تتأدي بالصوم الذي هو محض عبادة ولا يتأدى الا بنية العبادة ويفتى به ولا يقام عليه كرهاً والكافر ليس بأهل للعبادة وتأثير هذا الوصف بعد ثبوته ان موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة ولا يمكن اثبات تلك الحرمة هنا لانه ليس بأهل للكفارة فلو صح ظهاره لثبتت به حرمة مطلقة وهذا ليس بموجب الظهار وبه فارق حرمة الطلاق فانه حرمة بزوال الملك أو بانعدام محل الحل والكافر من أهله وبه فارق العبد لانه من أهل الكفارة إلا انه عاجز عن التكفير بالمال لعدم الملك حتى لو عتق وأصاب مالا كانت كفارته بالمال وبه فارق الايلاء لانه طلاق مؤجل على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى والذمي من أهل الطلاق ولان الحرمة الثابتة باليمين تكون مطلقة لا مؤقتة بالكفارة ولهذا لا يجوز التكفير قبل

الحنث ﴿ قال ﴾ واذا ظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلما فهو على ظهاره فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى يكفر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قد سقط الظهار عنه بالردة لان الكافر ليس من أهل الظهار وهو بالردة قد التحق بالكافر الاصلى وكما لا ينعقد الظهار بدون الاهلية لا يبقى بعد انعدام الاهلية وهذا لان الثابت بالظهار حرمة مؤقتة بالكفارة وبعد الردة لا يمكن ابقاء هذه الحرمة لانه لم يبق أهلا للكفارة فلو بقى انما يبقى حرمة مطلقة وهذا لم يكن موجب ظهاره وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ظهاره قد صح موجبا لحكمه فلا يرتفع حكمه الا بالكفارة وهذا لان الحرمة بالظهار في معنى الحرمة بالطلاق ثم المسلم لو طلق امرأته ثلاثا ثم ارتد ثم أسلما لا تحل له الا بعد زوج فكذلك اذا ظاهر منها وهذا لانه غير مقر على كفره بل هو مجبر على العود الى الاسلام فيمكن ابقاء الحرمة المؤقتة بالكفارة باعتبار ما بعد اسلامه توضيحه ان اعتبار الاهلية عند انعقاد السبب ليتقرر موجباً وعند أداء الكفارة ليصح الاداء ففيما بين ذلك لا يعتبر بقاء الاهلية ألا ترى انه لو جن بعد ما ظاهر من امرأته ثم افاق بقى ظهاره حتى يكفر مع انه من أهل التكفير بالعتق حتى لو أعتق عبداً عن ظهاره فى ردته ثم أسلم جاز عتقه عن الكفارة على ما نبينه ﴿قال﴾ واذا قال لامرأته ان شئت فأنت على كظهر أمى فشاءت ذلك فى مجلسها لزمه الظهار وهذا والطلاق المعلق بمشيئتها سواء فى أنه يعتبر وجود المشيئة في المجلس وان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ وان قال أنت عليّ كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها فى ذلك اليوم حتى يكفر فاذا مضى اليوم بطل الظهار وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى هو مظاهر أبداً حتى يكفر وقاس هذا بالحرمة الثابتة بالطلاق فى أنه لا يتوقت بالتوقيت ولكنا نقول موجب الظهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة وحرمة البيع الى الفراغ من الجمعة وحرمة الصيد على المحرم الى ان يحل والحرمة بسبب اليمين فاذا احتمل التوقيت صح توقيته ولا يبقى بعد مضى الوقت بخلاف الطلاق فالحرمة هناك باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت وعلى هذا لو قال انت عليّ كظهر أمى شهراً أو حتي يقدم فلان فهو كما قال ويسقط بمضى الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضى وقتها ﴿قال﴾ ولو ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثا أو ارتدت عن الاسلام فبانت منه ثم أسلمت وتزوجته بعد زوج آخر كان الظهار على حاله لا يقربها حتى يكفر

لان

لان ظهاره قد صح وثبت به الحرمة الى أن يكفر فثبوت الحرمة بسبب آخر لايمنع بقاء تلك الحرمة لان أسباب الحرمة تجتمع في محل واحد واذا بقيت تلك الحرمة لاترتفع إلا بالكفارة ﴿قال﴾ ولو ظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها لم يكن له ان يقربها حتي يكفر لان الحرمة تثبت بالظهار فهو بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ولو طلقها اثنتين لم تحل له بسبب الشراء بعد ذلك مالم تتزوج بزوج آخر فكذلك اذا ثبتت الحرمة بالظهار أو هذه حرمة مع بقاء الملك فكانت كالحرمة الثابتة بسبب الحيض والحائض لاتحل له بملك اليمين كما لاتحل له بملك النكاح وكذلك ان أعتقها ثم تزوجها لان النكاح الثانى كالاول ومع بقاء النكاح الاول ما كان يحل له ان يقربها حتى يكفر فكذلك فى النكاح الثانى ﴿قال﴾ وظهار الصبي والمعتوه باطل كطلاقهما لان موجب الظهار الحرمة المؤقتة بالكفارة وليسا من أهل وجوب الكفارة عليهما ولا من أهل مباشرة سبب الحرمة بالقول ﴿قال﴾ وظهار السكران والمكره لازم كطلاقهما لان الاكراه والسكر لايؤثر فى اكتساب سبب الحرمة بالقول ولا فى اكتساب وجوب الكفارة عندنا ﴿قال﴾ وظهار الاخرس من امرأته فى كتاب أو اشارة مفهومة صحيح كطلاقه لكونه أهلا لموجب الظهار ولايدخل على المظاهر ايلاء وان لم يجامعها أربعة أشهر أو أكثر وقال مالك رحمه الله اذا لم يجامعها ولم يكفر حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء لان المولى مضار متعنت بمنع حقها في الغشيان وقد تحقق ذلك فى حقها بالظهار لان فى الموضعين لا يتمكن من قربانها شرعا إلا بالكفارة ولكنا نقول حكم كل واحد منهما منصوص عليه فى القرآن ولا يقاس المنصوص على المنصوص فلو اثبتنا حكم الايلاء فى الظهار كان بطريق المقايسة وكما لا يجوز ان يثبت حكم الظهار في الايلاء بطريق المقايسة فكذلك لايثبت حكم الايلاء فى الظهار مع ان الظهار ليس فى معنى الايلاء فان التكفير فى الظهار قبل الجماع وفى الايلاء بعده ﴿قال﴾ ولو قال ان قربتك فانت علىّ كظهر أمي كان موليا ان تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء وان قربها فى الاربعة الاشهر لزمه الظهار بمنزلة قوله ان قربتك فانت طالق وهذا لانه منع نفسه من قربانها إلا بظهار يلزمه ومعنى الاضرار والتعنت بهذا يتحقق فكان موليا منها واذا بانت بالايلاء ثم تزوجها فقربها فهو مظاهر لان اليمين باقية والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ﴿قال﴾ واذا ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى انت على مثل هذه ينوى الظهار فهو مظاهر

لانه شبه الثانية بالاولى ولان قصد التشبيه فى حكم الظهار وهذا قصد صحيح لما بينا ان تشبيه الشيء بالشيء قد يكون فى وجه خاص وكذلك ان قال رجل آخر لامرأته أنت عليّ مثل امرأة فلان عليه ينوى الظهار كان مظاهراً منها أيضا وان لم ينو الظهار فهو باطل لان الكلام محتمل يجوز أن يكون التشبيه في حكم الحل والملك أو البر والكرامة والمحتمل لا يكون ملزما شيئاً بدون النية ﴿قال﴾ وان ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد أشركتك فى ظهار فلانة كان مظاهراً أيضا منها كما في الطلاق وهذا لان الاشراك يقتضي التسوية وقد صرح بالظهار فكان ذلك تنصيصاً على التسوية بينهما في حكم الظهار وان قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي ان شاء الله لم يلزمه شيء لان الاستثناء اذا اتصل بالكلام يخرجه من أن يكون عزيمة كما فى الطلاق والعتاق قال صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه وان قال ان شاء فلان فالمشيئة الى فلان فى مجلس علمه كما فى الطلاق ألا ترى أنه لو علق بمشيئتها يتجز اذا شاءت فى مجلس علمها فكذلك اذا علق بمشيئة غيرها ﴿قال﴾ وكفارة الظهار على العبد الصوم مالم يعتق لانه عاجز عن الاعتاق وعجزه أبين من عجز المعسر فانه ليس بأهل للملك فيكفر بالصوم وليس لمولاه أن يمنعه من الصوم لما تعلق به من حق المرأة وقد بيناه في كتاب الصوم فان عتق قبل أن يكفر وملك مالا فكفارته بالعتق لان التكفير بالصوم كان لضرورة العجز عن التكفير بالمال فاذا زال ذلك لزمه التكفير بالمال كالمتيمم اذا وجد الماء وهذا بناء على أصلنا أن المعتبر فى الكفارات حالة الاداء لا حالة الوجوب وفى أحد قولى الشافعي رضى الله عنه المعتبر حالة الوجوب بناء على أصله في اعتبار معني العقوبة فيها كما فى الحدود حتى اذا وجب عليه الحد وهو عبد ثم عتق قبل الاقامة يقام عليه حد العبيد لا حد الاحرار بخلاف الكفارة وعندنا المعتبر حالة الاداء إلا أن الصوم بدل عن العتق ومع القدرة على الاصل لا يتأدى الواجب بالبدل وحد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار والمصير اليه ليس للعجز فبدن العبد يحتمل من الضرب فوق ما يحتمله بدن الحر وسنقرر هذا فى كتاب الايمان ان شاء الله تعالى ﴿قال﴾ وان أعتق عنه مولاه فى رقه أو أطعم عنه بأمره لم يجزه لان الرق مناف للملك فلا يملك المال بتمليك المولى مع قيام المنافى فيه فان المتنافيين لا يجتمعان وبدون ملكه لا يتصور الاعتاق عنه والكفارة الواجبة عليه لا تسقط بملك الغير فلهذا لا يجوز اعتاقه عن كفارته ولا اطعامه المساكين

سواء باشره المولى أوالعبد باذن المولى ﴿قال﴾ حر ظاهر وهو معسر ثم أيسر فعليه العتق لان جواز تكفيره بالصوم كان للعجز وقد زال قبل اسقاط الواجب فالتحق بما لو كان موسراً فى الابتداء فان أعسر قبل أن يكفر فعليه الصوم لانه
عاجز عن التكفير بالعتق فيكفر بالصوم لقوله تعالى
فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية
والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب واليه المرجع
والمآب

﴿ تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع ﴾
﴿ وأوله باب العتق فى الظهار ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العتق في الظهار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ويجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة العوراء عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى لانها ناقصة بنقصان لا يرجى زواله فكانت كالعمياء وهو الاصل عنده أن كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ونحوها والاصل عندنا قوله تعالى فتحرير رقبة فهو دليل على أن الواجب رقبة مطلقة والتقييد بصفة السلامة يكون زيادة والزيادة على النص نسخ ولكن مطلق الرقبة يقتضى قيامها من كل وجه والقائم من وجه دون وجه لا يكون مطلقاً والعمياء مستهلكة من وجه لفوات منفعة الحس وهو البصر فان بقاء الآدمي بمنافعه معني ففوات منفعة الحس يكون استهلاكا من وجه وليس في العور فوات منفعة الحس وكذلك في قطع اليدين تفوت منفعة البطش وبقطع احدى اليدين لا تفوت وكذلك أشل اليدين لا يجزى لفوت منفعة الحس ومقطوع الرجلين أو أشلهما لا يجزي لفوات منفعة المشي ومقطوع أحد الرجلين يجزى لان منفعة المشى لا تفوت به وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف لانه يتمكن من المشى بالعصا ومنفعة البطش باقية أيضاً فلم تكن مستهلكة والمجنون والمعتوه لا يجزى لفوات العقل به وهو منفعة مقصودة والذي يجن ويفيق يجزى لان منفعة العقل غير فائتة بل هي قائمة تستتر تارة وتظهر أخرى والخرساء لا تجزى لان منفعة الكلام مقصودة والآدمى انما باين سائر الحيوانات بالبيان ففواتها يكون أستهلاكا من وجه وتجزى الرقبة الصغيرة لانها قائمة من كل وجه ولا يقال انها فائتة المنافع من البطش والمشى والعقل والكلام لانها عديمة المنافع الى الاصابة عادة فلا يعد ذلك عيباً ولان مالا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة لا يعد نقصانا فضلا عن الاستهلاك ﴿ قال ﴾ وتجزى الرقبة الكافرة فى كفارة الظهار واليمين والافطار عندنا

ولا تجزى عند الشافعي رضي الله عنه الا الرقبة المؤمنة لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولا خبث أشد من الكفر وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سوداء وقال على عتق رقبة أفتجزيني هذه فامتحنها بالايمان فوجدها مؤمنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتقها فانها مؤمنة فامتحانه اياها بالايمان دليل على ان الواجب لايتأدى الا بالمؤمنة ولان هذا تحرير فى تكفير فلا يجزى فيه غير المؤمنة ككفارة القتل وهذا لان الرقبة مطلقة هنا مقيدة بالايمان فى القتل والمطلق محمول على المقيد لان القيد مسكوت عنه في المطلق وقياس المسكوت عنه على المنصوص صحيح ولان التعليق بالشرط يقتضى نفي الحكم عند عدمه فى عين ماتعلق بالشرط وكذلك فى نظائره استدلالا به والكفارات جنس واحد فالتقييد بشرط الايمان في بعضها يوجب نفى الجواز عند عدم الايمان فى جميعها كالتقييد بشرط العدالة فى بعض الشهادات أوجب نفى الجواز عند عدمها فى الكل وكذلك التقييد بالتبليغ الى الكعبة فى هدي جزاء الصيد أوجب ذلك فى جميع الهدايا ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ظاهر الآية فالمنصوص اسم الرقبة وليس فيه ماينبئ عن صفة الايمان والكفر فالتقييد بصفة الايمان يكون زيادة والزيادة على النص نسخ فلا يثبت بخبر الواحد ولا بالقياس ثم قياس المنصوص على المنصوص عندنا باطل لانه اعتقاد النقص فيما تولى الله بيانه وذلك لا يجوز وكذلك شروط الكفارات لا تثبت بالقياس كأصلها ولا يجوز دعوى التخصيص هنا لان التخصيص فيما له عموم والمطلق غير العام وامتناع جواز العمياء ونظائرها ليس بطريق التخصيص بل لكونها مستهلكة من وجه كما بينا مع ان التخصيص فيما له لفظ والصفة فى الرقبة غير مذكورة ولا يقال بين صفة الكفر والايمان تضاد فاذا جوزنا المؤمنة انتفى جواز الكافرة لان جواز المؤمنة عندنا لانها رقبة لا بصفة الايمان ألا ترى أنا نجوز الصغيرة والكبيرة وبين الصفتين تضاد وكذلك نجوز الذكر والانثى وبين الصفتين تضاد ولكن الجواز باسم الرقبة فكان الوصف فيه غير معتبر فأما حمل المطلق على المقيد فالعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يجوزون ذلك في حادثة واحدة كما في قوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل شاة مع قوله في خمس من الابل السائمة شاة ولكن الاصح أنه لا يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا في حادثة ولا فى حادثتين حتى جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى التيمم بجميع أجزاء الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم

جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً ولم يحمل هـذا المطلق على المقيد وهو قوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم وهذا لان للمطلق حكما وهو الاطلاق وفى حمله على المقيد ابطال حكمه واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى قوله ابهموا ما أبهم الله وامتناع وجوب الزكاة فى غير السائمة ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بأن لازكاة فى العوامل واشتراط العدالة في الشهادات ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بالتثبت فى خبر الفاسق وكذلك وجوب التبليغ الى الكعبة فى جميع الهدايا للنص وهو قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولو جاز ذلك انما يجوز بعد ثبوت المساواة بين الحادثتين ولا مساواة بين كفارة القتل وبين سائر الكفارات فان القتل من أعظم الكبائر وفيه تفويت رقبة مؤمنة مخاطبة بالايمان بخلاف أسباب سائر الكفارات ففيها من التغليظ ما ليس فى غيرها ولهذا لا يكون الاطعام بدلا عن الصيام فى كفارة القتل بخلاف كفارة الظهار واشتراط صفة التتابع عندنا في الصوم فى كفارة اليمين ليس بطريق حمل المطلق على المقيد بل بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه وهى مشهورة وهى لازمة عليهم فانهم لا يشترطون صفة التتابع فيها لحمل المطلق على المقيد ولا معنى لقول من يقول لذلك المطلق أصلان أحدهما مقيد بالتفرق وهو صوم المتعة لان ذلك غير مقيد بالتفرق ولكن لايجوز قبل يوم النحر لانه مضاف الى وقت الرجوع بحرف اذا وهو قوله تعالى وسبعة اذا رجعتم فأما الحديث فقد ذكر فى بعض الروايات أن الرجل قال عليّ عتق رقبة مؤمنة أو عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي أن عليه رقبة مؤمنة فلهذا امتحنها بالايمان مع أن فى صحة ذلك الحديث كلاماً فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أين الله فأشارت الى السماء ولا نظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يطلب من أحد أن يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولا حجة لهم فى الآية لان الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصروف الى الكفارة ليس هو الاعتقاد انما المصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال ﴿قال﴾ ويجزئ الاصم فى جميع الكفارات استحسانا وفى القياس لا يجزئ وهو رواية فى النوادر لان منفعة السمع مقصودة وبالصمم يفوت ذلك وجه الاستحسان أن بالصمم لا تفوت منفعة السمع أصلا حتى أنه يسمع اذا صاح انسان فى اذنه وقيل الرواية التى قال لايجوز محمول على صمم أصلى

ولابد وان يكون معه الخرس فانه لم يسمع الكلام ليتكلم وهذا لايجزى ومراده من الرواية التى قال يجزى اذا كان الصمم عارضا فلا يكون معه الخرس ويسمع عند المبالغة فى رفع الصوت ﴿قال﴾ ويجزى الخصى ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا ولايجزئ عند زفر رحمه الله تعالى لانها مستهلكة من وجه بفوات منفعة مقصودة من الآدمى ولكنا نقول بعد قطع الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ماهو زينة وجمال فلا تصير الرقبة به مستهلكة كفوات شعر الحاجبين واللحية وفى الخصى ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهو زائد على ماهو المطلوب من المماليك فاما اذا كان مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لايجزئ لان منفعة المشى فائتة فانه لايتمكن من المشى بعصا وكذلك ان كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز لفوات منفعة البطش وقطع أكثر الاصابع فى هذا كقطع جميعها وان كان المقطوع من كل يد اصبعاً اوأصبعين سوى الابهام يجزئ لان منفعة البطش باقية وان كان مقطوع الابهام من كل يد فمنفعة البطش فائتة فلهذا لايجزى وكذلك لايجوز المفلوج اليابس الشق لفوات جنس المنفعة منه ولايجوز عتق أم الولد فى الكفارة لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوق عرفاً وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضى قيام الرق مطلقاً وبالاستيلاد يتمكن النقصان فى الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقالها مؤجلا فلايكون انشاء من كل وجه وولد أم الولد بمنزلة أمه والمدبر كذلك لان بالتدبير صار مستحقا له ولهذا لايحتمل التدبير الفسخ ويثبت به استحقاق الولاء ﴿قال﴾ ولا يجزى اعتاق المكاتب اذا كان أدى شيئاً من بدل الكتابة لانه عتق بعوض والكفارة به لا تتأدى قال صلى الله عليه وسلم بشر أمتي بالسناء والتمكين مالم يبتغوا بعمل الآخرة الدنيا ودليل ان المقبوض عوض أنه لو وجده زيوفارده واستبدل بالجياد ولان الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا فى رقه بعد ادائه بعض البدل فكان على رضي الله عنه يقول يعتق بقدر ماأدى وابن مسعود رضى الله عنه يقول اذا أدى قيمة نفسه يعتق واختلاف الصحابة رضى الله عنهم في رقه شبهة مانعة من جواز التكفير به وقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يجوز لان رقه لم ينتقص بما أدى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله فاما اذا اعتقه قبل ان

يؤدى شيئا جاز عن الكفارة عندنا استحسانا وفى القياس لايجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لان استحقاق العتق والولاء يثبت بعقد الكتابة فوق مايثبت بالتدبير والاستيلاد ولهذا يصير أحق بمكاسبه ويعتبر الثلث والثلثان من مال الكتابة دون مالية الرقبة ويمتنع على المولى التصرفات فيه فاما ان يقول يتمكن بهذا السبب نقصان فى رقه أو يكون كالزائل عن ملك المولى من وجه حتى لو أتلفه يضمن قيمته ولو وطئ مكاتبته يغرم العقر وثبوت حكم الزوال عن ملكه من وجه يكفى للمنع من التكفير ولانه في حق المولى كفائت المنفعة لانه صار أحق بمنافعه ومكاسبه أو لان العتق لما صار مستحقا بالكتابة فاذا أوقعه وقع من الوجه المستحق ولهذا يسلم له الاولاد والاكساب والعتق عند الكتابة لا تتأدى به الكفارة مع ان هذا من المولى اعتاق صورة فأما في المعنى هو ابراء عن بدل الكتابة ولهذا يسقط مال الكتابة ويسلم له الاولاد والاكساب وهو كما لو أعتقه الوارث بعد موته لايجزى عن كفارته بالاتفاق ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بتحرير الرقبة والتحرير تصيير شخص مرقوق حراً وقد حصل والرقبة اسم لذات مرقوق عرفا والمكاتب كذلك قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان فى رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما أن ثبوت الحرية من جميع الوجوه لايحتمل الفسخ فكذلك ثبوته من وجه ولان الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عنه فى حق المكاتب وبذلك لا يتمكن النقصان في رقه كالاذن في التجارة الا أن ذلك فك بغير عوض فلا يكون لازما فى حق المولى وهذا فك بعوض فيكون لازما ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة فبالتصرف فيها لازما كان أو غير لازم لا يتمكن النقصان فى الرق والملك كالاعارة مع الاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه ضمان العقر والارش لأن ذلك فى حكم المكاسب والمنافع والمكاسب صارت مستحقة له ولكن بهذا الاستحقاق لا تصير الرقبة في حكم المستهلك واذا ثبت أن العتق لا يصير مستحقاً بهذا السبب ظهر ان اعتاق المولى اياه يكون تحريراً مبتدأ من كل وجه فيصير به ممتثلا للامر والدليل عليه انه يسقط به بدل الكتابة ولو كان هذا اعتاقا بجهة الكتابة

لتقرر به البدل فان تسليم العوض يوجب تقرير البدل ولا يجوز ان يكون اعتاقه ابراء لانه يحتمل التعليق بالشرط واذا أعتق نصفه يعتق ذلك القدر والابراء عن نصف البدل لا يوجب عتق شيء منه فاما سلامة الاكساب والاولاد فلانه عتق وهو مكاتب لالانه عتق بجهة الكتابة كما لو كاتب ام ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الاولاد والاكساب وهذا لان العتق في حق المكاتب واحد والاعتاق من المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحداً وفى حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وتجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها تجعل تمليكا بهبة مبتدأة ﴿قال﴾ فان أعتق عن ظهاره نصيبه من عبد بينه وبين غيره لم يجزه عن كفارته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان ضمن نصيب شريكه فاعتق مابقى منه لان العتق عنده يتجزي فانما اعتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة ثم يتمكن النقصان فى حق النصف الآخر لانه يتعذر عليه استدامة الرق فيه وهذا النقصان في ملك الشريك غير مجز عن الكفارة وبالضمان انما يملك مابقى منه فاذا أعتقه كان هذا فى المعنى اعتاق عبد الا شيئاً وعند الضمان انما يستحق عليه السعاية فيما ضمن لشريكه فاعتاقه يكون ابراء عن تلك السعاية فلا تتأدى به الكفارة فاما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى العتق لا يتجزي فان أعتق نصيبه عتق كله الا ان المعتق ان كان مؤسراً فهو ضامن لنصيب شريكه ولاسعاية على العبد فكان هذا اعتاقا بغير عوض فيجزى عن الكفارة وان كان معسرا فعلى العبد السعاية فى نصيب شريكه فيكون هذا اعتاقا بعوض فلا تتأدى به الكفارة فأما اذا كان العبد كله له فاعتق نصفه عن كفارته عندهما يعتق كله بغير سعاية ويجوز عن الكفارة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصفه ولا يجوز عن كفارته فان أعتق النصف الباقي بعد ذلك بنية الكفارة فى القياس لايجزيه لما بينا ان باعتاق النصف يتمكن النقصان فى النصف الآخر كما فى الفصل الاول وفى الاستحسان يجزى لان هذا النقصان بسبب العتق عن الكفارة فلا يمنع الجواز ومعنى هذا ان الرقبة كلها مملوكة له هنا فالنقصان في النصف الآخر انما يحصل فى ملكه فيمكن تحريره عن الكفارة اذا أكمله ويجعل كأنه في المرة الاولى أعتق النصف وزيادة ثم أعتق مابقى بخلاف المشترك وهذا

نظير الاستحسان فيمن أضجع أضحيته ليذبحها فأصابت السكين عين الشاة لايمنع جواز التضحية بها استحساناً لان حصول هذا العيب بسبب فعل التضحية ﴿قال﴾ ولا يجزيه العتق بما في البطن عن الكفارة وان ولدته لاقل من ستة أشهر لان الجنين بمنزلة جزء من الام في بعض الأحكام فلا يكون رقبة مطلقة لان الرقبة المطلقة مايكون نفساً على حدة من كل وجه خصوصاً في حكم العتق والجنين بمنزلة الجزء حتى يعتق بعتقها على وجه لا يجوز استثناؤه كيدها ورجلها ﴿قال﴾ وان اشترى أباه ينوي به العتق عن ظهاره أجزأه استحساناً في قول علمائنا الثلاثة رضي الله عنهم وفي القياس لا يجزئ وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول وزفر والشافعي رحمهما الله تعالى وجه القياس أن الواجب عليه التحرير والشراء غير التحرير لان الشراء استجلاب للملك والعتق ابطال له فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ولان العتق بسبب القرابة صار مستحقا له عند دخوله في ملكه فلا تتأدى به الكفارة كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوي به الكفارة وهذا لان عند وجود الشرط انما يعتق بالسبب الذي حصل الاستحقاق به وهو القرابة ولا يتصور اقتران نية الكفارة بذلك السبب والدليل على أن الاستحقاق بالقرابة أن أحد الشريكين في العبد اذا ادعى سببه يضمن لشريكه قيمة نصيبه كما لو أعتقه توضيحه أن أم هذا الولد استحقت حق العتق عند دخولها في ملكه وذلك مانع اعتاقها عن الكفارة حتى لو قال لها اذا اشتريتك فأنت حرة عن ظهاري لا يجزئه عن الظهار فالابن الذي استحق حقيقة العتق عند دخوله في ملكه أو الاب أولى أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة وهذا لان العتق مجازاة للأبوة ومجازاة الابوة فرض فلا يتأدى به واجب آخر وصرف منفعة الكفارة الى أبيه لا يجوز كالطعام والكسوة ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بالتحرير وهو تصيير شخص مرقوق حرا كالتسويد تصيير المحل أسود وقد وجد ذلك وهذا لان شراء القريب اعتاق قال صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أي بالشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسماه بالشراء مجازيا وانما يكون مجازيا بالاعتاق والدليل عليه أنه لو اشترى نصف قريبه يضمن لشريكه ان كان موسراً والضمان الذي يختلف باليسار والاعسار لايكون الا عن اعتاق وهذا لانه بالشراء يصير متملكا والملك في القريب اكمال لعلة العتق فاذا صار مضافا الى الشراء يكون به معتقاً لان السبب الموجب للحكم بواسطة كالموجب بغير واسطة

فى كون الحكم مضافا اليه والدليل على اثبات هـذه القاعدة ان عتق القريب يثبت بالقرابة والملك جميعا قال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وهـذا لان العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صـلة للفقراء كما أن للقرابة تأثيراً في استحقاق الصلة وكل واحد من الوصفين لكونه مؤثراً علة ومتى تعلق الحكم بعـلة ذات وصفين فالحكم لآخرهما وجوداً لان تمام العلة به وآخر الوصـفين هنا الملك فيكون به معتقاً ولهذا لو ادعي أحد الشريكين نسب نصيبه يضمن لشريكه لان آخر الوصفين وجود القرابة هنا فيصـير به معتقا وهو كالشهادة على النسب بعد الموت يوجب ضمان الميراث عند الرجوع لان آخر الوصفين ما أثبته الشهود ولا يدخل على هذا شـهادة الشاهـد الثانى فانه لايحال بالاتلاف عليها وان تمت الحجة بها لان الشـهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء والقضاء يكون بهما معاً وبهذا تبين فساد قولهم أن العتق مستحق بالقرابة لان الاستحقاق لا يثبت قبـل كمال العـلة ولانه لا يجـبر على الشراء وهـذا بخلاف المحلوف بعتقه لان الملك هناك شرط لاأثر له فى استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نيـة الكفارة بها حتى لو اقـترنت جاز وقولهم ان العتق بسبب القرابة فرض قلنا انما يقع العتق بسبب القرابة ويكون مجازاة له اذا قصد ذلك فاما اذا قصد به الكفارة كان هذا فى حقـه اعتاقا عن الكفارة فهو بمنزلة من فرض عليه نفقة أخيه فصرف اليه زكاة ماله جاز ثم تسقط به النفقة حكما لحصول المقصود وهـذا الفقه الذى أشرنا اليه فى مسئلة الكتابة ان فى حق المعتق العتق واحد فيحصل مقصوده من أى وجـه نواه المعتق ولكن فى حق المعتق تكثر جهاته فيكون عما نوى ليصح قصده وليس هذا نظير أم الولد لان استحقاق العتق لها بالاستيلاد كما قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فيكون الملك فيها شرطاً للعتق لا إكمالا للعلة ولا معنى لقولهم ان هـذا صرف منفعة الكفارة الى ابيه لانه لما جاز صرف هذه المنفعة الى عبده جاز صرفها الى أبيه بخلاف الاطعام والكسوة فصرفـه الى عبـده لايجوز فالى أبيه أولى وكذلك ان وُهب له أبوه أو تصدق به عليـه أو أوصى له به وهو ينوي عن كفارته فهو على الخلاف الذى بينا لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول فاما اذا ورث أباه ينوي به الكفارة لايجزئه لان الميراث يدخـل فى ملكه من غير صنعه وبدون الصنع لايكون محرراً والتكفير انما يتأدى بالتحرير ولهـذا لايضمن لشريكه

اذا ورث نصف قريبه واذا قال فلان حر يوم اشتريه ثم اشتراه ونوى عن ظهاره لايجزئه لانه انما يعتق عند الشراء بقوله حر ولم يقترن به نية الكفارة وان كان عنى بقوله هو حر يوم اشتريه عن ظهارى أجزأه لاقتران نية الكفارة بالاعتاق ﴿قال﴾ وان قال اذا اشتريته فهو حر ثم قال اذا اشتريته فهو حر عن ظهارى فاشتراه لايجزى عن الظهار لان التعليق الاول قد صح على وجه لايملك ابطاله ولا تغييره فانما يحال بالعتق عند الشراء عليه لانه ترجح بالسبق ولم تقترن به نية الكفارة ﴿قال﴾ ولايجزى ان يعتق عن ظهار واحد نصف رقبة ويصوم شهراً أو يطعم ثلاثين مسكينا لان نصف الرقبة ليس برقبة وا كمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لايجتمعان فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر ﴿فان قيل﴾ ان أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان ﴿قلنا﴾ لايجوز أيضاً لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بها بخلاف الاضحية فان رجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع التضحية كما فى البدنة ﴿قال﴾ ولو أعتق عبداً عن ظهارين فله أن يجعله عن أيهما شاء ويجامع تلك المرأة وكذلك الصوم والاطعام وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانعدام نية التعيين ولانه يصير معتقا عن كل ظهار نصف رقبة اذ ليس إحداهما بأولى من الاخرى فهو كما لو أعتق رقبة عن كفارة القتل والظهار ووجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس الواحد لغو غير مفيد فلا تعتبر بخلاف الجنسين ألا تري ان من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوي صوم القضاء جاز وان لم يعين صوم يوم الخميس أو الجمعة لان الجنس واحد بخلاف مالو كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التعيين لاختلاف الجنس ﴿قال﴾ ولو أعتق رجل عنه بغير أمره لم يجزه عن ظهاره لان المعتق عن المعتق ونيته من غيره لغو لانه يعقب الولاء وليس لاحد ان يلزم غيره ولاء بغير أمره فان كان بأمره فهو على وجهين إما ان يكون بجعل أو بغير جعل فان كان بجعل بان قال أعتق عبدك عن ظهارى على الف درهم فاعتقه جاز عن ظهاره استحسانا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى ووجب المال عليه وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى يعتق عن المعتق والولاء له ولا يجزئ عن ظهار الآمر ولا مال عليه لانه التمس منه محالا وهو أن يعتق ملك نفسه من غيره ولاعتق فيما لا يملكه ابن آدم فكان اعتاق زيد ملكه عن عمرو محالا ولا يجوز اضمار التمليك هنا لان الاضمار لتصحيح المصرح به لا لابطاله

واذا أضمرنا التمليك صار معتقا عن الآمر ملكه لا ملك نفسه وهو خلاف ما صرح به ولكنا نقول معنى كلامه ملكني عبدك هذا بألف درهم ثم كن وكيلي في اعتاقه عن ظهاري لانه التمس منه اعتاقه عن ظهاره ولا وجه لتصحيح التماسه الا بهذا الاضمار وتصحيح كلام العاقل واجب بحسب الامكان فاذا أمكن تصحيحه بهذا الطريق يصحح لمعنى وهو أن الملك في المحل شرط العتق وشرط الشئ تبعه فيصير كالمذكور بذكر أصله كمن نذر صلاة تلزمه الطهارة ومن نذر اعتكافا يلزمه الصوم ويصير ذلك كالمذكور وعلى هذا لو قال بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشتري هو حر يعتق من جهته ويصير القبول والتمليك ثابتا بمقتضى كلامه ومعنى قوله عبدك يعني العبد الذي هو ملك للحال لا عند مصادفة العتق اياه فمقصوده من هذا تعريف العبد لا اضافته اليه والخلاف ثابت فيما لو قال أعتق هذا العبد عني وأما اذا كان بغير جعل بأن قال أعتق عبدك عن ظهاري بغير شئ فأعتقه المأمور على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الولاء للمأمور ولا يجزئ عن ظهار الآمر وهو القياس وعلى قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى الولاء للآمر ويجزئ عن ظهاره باعتبار اضمار التمليك كما في الاول وهذا لان الملك سواء حصل له بعوض أو بغير عوض يجوز عن كفارته اذا أعتقه ولا يجوز أن يقال الملك بطريق الهبة لا يحصل الا بالقبض لان القبض في باب الهبة كالقبول في البيع فكما سقط اعتبار القبول هناك لكون البيع في ضمن العتق فكذلك يسقط اعتبار القبض هنا أو يجعل القبض مدرجا في كلامه حكما كما يندرج القبول في كلامه أو يجعل العبد قابضا نفسه من المولى له كما لو قال أطعم عن ظهاري ستين مسكينا يجوز بغير بدل على أن يقبض الفقير له ثم لنفسه والدليل عليه أنه لو قال أعتقه عني بألف ورطل من خمر فأعتقه جاز عن الآمر ويندرج البيع الفاسد هنا والملك بالبيع الفاسد لا يحصل الا بالقبض كما في الهبة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان مستوهب أمر بالعتق قبل القبض فلا يجزى عنه كما لو استوهبه العبد نصا ثم قال قبل قبضه اعتقه وهذا لان القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز اسقاطه بحال فلا يسقط بالاندراج في العتق لان المسقط انما يعمل في محله لا في غير محله بخلاف القبول في البيع فانه يحتمل السقوط حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بعشرة فاقطعه فقطعه صار متملكا وان لم يقبل وهذا لان الايجاب مع القبول قد يحتمل السقوط في البيع

وهو عند التعاطى فجرد القبول أولى أن يحتمل السقوط وبه فارق البيع الفاسد لان الفاسد في الحكم ملحق بالجائز والقبض هناك نظير القبول هنا فى أنه يحتمل الاسقاط ولا يجوز أن يجعل القبض مدرجا فى كلامه هنا لان القبض فعل والقول لايتضمن الفعل انما يتضمن قولا مثله والقبول قول فيجوز أن يندرج فى كلامه ولا يجوز أن يجعل العبد قابضا نفسه هنا لان الاعتاق ابطال للملك والمالية والعبد انما يقبض مايسلم له دون مالا يسلم له وبه فارق الطعام فان المسكين يقبض عين الطعام فيمكن أن يجعل قابضا للآمر أولا ثم لنفسه ولكن العبد ينتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه يندرج فيه أدنى القبض ولكن أدنى القبض يكفى فى البيع الفاسد ولايكفي فى الهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع الاتصال فى الثمار على رؤس الاشجار يكفى لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة وبهذا يتضح الفرق بين هذه الفصول ﴿قال﴾ ولو أعتق المظاهر عبده على جعل لم يجز قل الجعل أو كثر لان التكفير بما يخلص لله تعالى وعمله فى العتق بجعل لايكون خالصاً لله تعالى لانه قصد به العوض ولهذا قال صلى الله عليه وسلم فيما يؤثر عن ربه عزوجل يقول الله تعالى انا أغنى الشركاء عن الشرك فمن عمل لى عملا واشرك فيه غيرى فهو كله لذلك الشريك وأنا منه برئ وان وهب له الجعل بعد ذلك لم يجزه عن الكفارة لان هذا إبراء عن الدين ولامدخل للابراء عن الدين فى الكفارات والله أعلم بالصواب

باب الصيام فى الظهار

﴿قال﴾ واذا لم يجد المظاهر مايعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص فان أفطر فيهما يوما لمرض أو لغيره فعليه استقبال الصيام لفوات صفة التتابع بفطره والواجب المقيد بوصف شرعا لا يتأدى بدونه وكذلك ان أيسر قبل ان يفرغ من الصوم انتقض صيامه وعليه العتق لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فان المقصود اسقاط الكفارة عنه وذلك لايحصل قبل تمام الشهرين وهو كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة والطارئ من اليسار قبل حصول المقصود كالمقترن بحالة الشروع فى الصوم ومعنى قوله انتقض صومه فى حكم جوازه عن الكفارة فاما أصل الصوم باق فيستحب اتمامه نفلا لان اليسار لايمنع ابتداء الصوم انما يمنع التكفير به ﴿قال﴾ ولو صام شهرين أحدهما شهر

رمضان

رمضان لم يجزه عن الظهار لانه لم يشرع في شهر رمضان الا صوم واحد وهو الفرض فلا يصح التكفير به لان وجوب الكفارة في ذمته وما في الذمة انما يتأدى بما للمرء لا بما عليه وقد قررنا هذا في كتاب الصوم وبينا اختلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى مع صاحبيه رحمهما الله في المسافر واذا لم يجز صومه في شهر رمضان عن الظهار فعليه أن يستقبل بعد يوم الفطر شهرين لانقطاع التتابع في حق صوم الكفارة وكذلك لو دخل صومه يوم النحر أو أيام التشريق فعليه استقبال الصوم صام في هذه الايام أولا لان الصوم في هذه الايام منهي عنه فلا يتأدى به الواجب في ذمته وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام لانه يجد شهرين خاليين عن هذه الايام ﴿ قال ﴾ ولا يجزى الصوم لمن له خادم لانه واجد لما يتأدى به الاصل فلا يتأدى الواجب بالبدل بخلاف من له مسكن فقط لانه غير واجد لما هو الاصل وهو محتاج الى المسكن فجعل ملكه فيه كالمعدوم لكونه مشغولا بحاجته وقد بينا في كتاب الزكاة ان ملك المسكن يزيد في حاجته والخادم كذلك الا انه عين المنصوص عليه فلا معتبر بالمعني فيه وان كان له دراهم أو دنانير يجد بها رقبة لم يجز الصوم لقوله تعالى فمن لم يجد والواجد لثمن الرقبة كالواجد لعينها ألا تري ان في حكم التيمم الواجد لثمن الماء كالواجد لعينه وهذا لان الوجود عبارة عن التيسر دون الغني وبملك الدراهم والدنانير يتيسر عليه تحصيل مايعتق ويسار التيسر ينفي الشرط المنصوص وهو عدم الوجود ﴿قال﴾ واذا ظاهر من أربع نسوة له فاعتق رقبة ليس له غيرها ثم صام أربعة أشهر متتابعة ثم مرض فاطعم ستين مسكينا ولم ينو في ذلك واحدة بعينها أجزأه عنهن استحسانا لما بينا ان نية التمييز غير معتبرة في الجنس الواحد وقد أعتق حين وجد ثم صام حين لم يجد مايعتق وذلك كفارته ثم أطعم حين لم يستطع الصوم وذلك كفارته لان المعتبر عدم الاستطاعة عند التكفير بالاطعام وذلك يتحقق بمرضه ولا يشترط استدامة العذر بعد التكفير ثم فيما أدى وفاء بالواجب عليه فيجزيه ﴿قال﴾ واذا بانت من المظاهر امرأته ثم كفر عنها وهي تحت زوج أو مرتدة لاحقة بدار الحرب جازت الكفارة عنه لان الحرمة الثابتة بالظهار باقية بعد البينونة والكفارة واجبة بدليل أنه لو تزوجها لم يكن له أن يقربها حتى يكفر ولو سقطت لم يعد بالتزوج واذا ثبت بقاء الواجب صح إسقاطه بادائه وان كانت لا تحل له للحال لكونها مرتدة أو ذات زوج وهذا لان اداء الكفارة يرفع الحرمة الثابتة بالظهار

ولا يوجب حل المحل ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوج والعياذ بالله ثم اعتق عبدا له عن ظهاره ثم أسلم أجزى عنه وهذا بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الظهار يبقى بعد ردته عنده وطعن عيسى رحمه الله تعالى فقال هذا الجواب غلط لان الكفارة انما تتأدى بعتق هو قربة خالصة ولهذا لا يتأدى بالعتق بجعل والمرتد ليس من أهل القربة ولا تتأدى الكفارة الا بنية العبادة والمرتد ليس من أهلها وما ذكره في الكتاب أصح لان تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانما ينفذ عتقه بعد اسلامه وكما توقف أصل عتقه توقف نيته فيصير بعد الاسلام كالمجدد لذلك كله ولا يبعد ان يتوقف حكم النية كمن أبهم النية عند الاحرام تتوقف على ان يكون حجا أو عمرة لتعيينه في الثاني ويجعل عند التعيين كانه جدده وهذا لانه بعدما أسلم يبطل حكم ردته ولهذا يعاد اليه من أملاكه ما كان قائما بعينه في يد وارثه فكذلك يبطل ما ينبني على ردته وهو فساد نيته ﴿قال﴾ وان أكل في صوم الظهار ناسياً لصومه لم يضره وكذلك ان جامع غير التي ظاهر منها لان حرمة هذا الفعل عليه لاجل الصوم فيختلف بالنسيان والعمد بخلاف ما لو جامع التي ظاهر منها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان حرمة ذلك الفعل ليس لاجل الصوم ألا ترى انه كان محرما قبل الشروع في الصوم فيستوى فيه النسيان والعمد ثم ان صام المظاهر شهرين بالاهلة أجزأه وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستقبال لان الاهلة أصل والايام بدل كما قال صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلاثين يوما فعند وجود الاصل وهي الاهلة لا معتبر بالايام وعند عدم الاصل الاعتبار بالايام فلا يتم الشهران الا بستين يوما فان صام خمسة عشر يوما ثم صام شهراً بالاهلة تسعة وعشرين ثم خمسة عشر يوما اجزأه وهذا بناء على قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجزيه وقد بينا هذا في حكم العدة ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان ابتداء الشهر بالايام يعتبر كله بالايام لانه ما لم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني وعندهما الاعتبار بالايام فيما تعذر عليه الاعتبار بالاهلة وهو الشهر الواحد فقط والله أعلم

﴿ باب الاطعام في الظهار ﴾

﴿قال﴾ رضي الله عنه ويجزيه ان يدعو ستين مسكينا فيغديهم ويعشيهم وهو قول علمائنا ان

الاطعام في الكفارات يتأدى بالتمكين من الطعام وعند الشافعي لا يتأدى الا بالتمليك من الفقير وكان أحمد بن سهل رضي الله تعالى عنه يقول لايتأدى بالتمليك وانما يتأدى بالتمكين فقط لظاهر قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والاطعام فعل متعد ولازمه طعم يطعم وذلك الاكل دون الملك ففي التمليك لايوجد الاطعام وانما يوجد ذلك فى التمكين لانه لايتم ذلك الابان يطعم المسكين والكلام محمول على حقيقته والشافعي رحمه الله يقول الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره أطعمتك هذا الطعام أى ملكتك والمقصود سد خلة المسكين واغناؤه وذلك يحصل بالتمليك دون التمكين فاذا لم يتم المقصود بالتمكين لايتأدى الواجب كما في الزكاة وصدقة الفطر وقاس بالكسوة فانه لو أعار المساكين ثيابا فلبسوا بنية الكفارة لايجوز فكذلك الاطعام والجامع انه أحد أنواع التكفير ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ان المنصوص عليه الاطعام وحقيقة ذلك في التمكين والمقصود به سد الخلة وفى التمليك تمام ذلك فيتأدي الواجب بكل واحد منهما أما بالتمليك فلان الاكل الذى هو المنصوص جزء مما هو المقصود بالتمليك لانه اذا ملك فاما ان يأكل أو يصرف الى حاجة أخرى فيقام هذا التمليك مقام ماهو المنصوص عليه لهذا المعنى ويتأدي بالتمكين لمراعاة عين النص والدليل عليه انه يشبهه بطعام الاهل فقال من أوسط ماتطعمون أهليكم وذلك يتأدي بالتمليك تارة وبالتمكين أخري فكذا هذا لان حكم المشبه حكم المشبه به وليس هذا كالكسوة لان الكسوة بكسر الكاف عين الثوب فأما الفعل بفتح الكاف كسوة وهو الالباس فثبت بالنص أن التكفير بعين الثوب لابمنافعه والاعارة والالباس تصرف فى المنفعة فلا يتأدي به الواجب فأما فى التمكين من الطعام المسكين طاعم للعين وبالتمكين يحصل الاطعام حقيقة وهذا بخلاف الزكاة فالواجب هناك فعل الايتاء بالنص وفى صدقة الفطر الواجب فعل الاداء وذلك لايحصل بالتمكين بدون التمليك وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن فقه الرجل ثم المعتبر فى التمكين أكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غدا آن أو عشا آن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويستوى فى خبز البر أن يكون مأدوماً أو غير مأدوم وفي الكتاب أطلق الخبز ومراده خبز البر وقد فسره في الزيادات وهذا لان المسكين يستوفى منه حاجته وان لم يكن مأدوماً بخلاف خبز الشعير فانه لايستوفي منه تمام حاجته الا اذا كان مأدوماً وكذلك لو غداهم وعشاهم بسويق وتمر

قالوا وهذا في ديارهم فانهم يكتفون بذلك عادة ويستوفون منه حاجتهم فأما فى ديارنا لابد من الخبز وهذا كله بمنزلة طعام الأهل ويعتبر فيه الا كلتان المشبعتان مما يكون معتاداً في كل موضع فقد قالت الصحابة رضوان الله عليهم أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط مايطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأدني مايطعم الرجل أهله الخبز والملح ﴿ قال ﴾ وان اختار التمليك أعطي كل مسكين نصف صاع من بر أو دقيق أوسويق أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير لا يجزئه دون ذلك عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لكل مسكين مدّ من بر لحديث الاعرابي في كفارة الفطر فان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على ستين مسكينا ولكنا نستدل بحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر البياضى رضى الله عنهما فقد ذكر فى الحديثين اطعام ستين مسكينا لكل مسكين نصف صاع من برّ وحديث عليّ وعائشة رضى الله عنهما قالا لكل مسكين مدان من برّ وعن عمر وابن عباس رضى الله عنهما لكل مسكين نصف صاع من حنطة ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر ولا يتأدى ذلك بالمد بل بما قلنا فكذلك هذا وذكر فى بعض الروايات فى حديث الاعرابى فرقها ومثلها معها ثم هذا الاستدلال من الشافعى رحمه الله تعالى لا يستقيم لان الصاع لا يتقدر بأربعة امناء عنده وان أعطى قيمة الطعام كل مسكين أجزأه لحصول المقصود وهو سد الخلة وهو عندنا وقد بيناه فى الزكاة ﴿ قال ﴾ وان أعطى من صنف من ذلك أقل مما سميناه وهو يساوى كمال الواجب من جنس آخر لم يجزه الا عن مقداره معناه اذا أعطى كل مسكين مدا من بر يساوى صاعا من شعير أو نصف صاع من تمر يساوى نصف صاع من حنطة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يجزئه لان المقصود يحصل بالمؤدى وهو كاعطاء القيمة ألا ترى أنه لو كسا عشرة مساكين ثوباواحداً في كفارة جاز عن الطعام اذا كانت قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام ولكنا نقول المؤدى عين المنصوص ولا معتبر بالمعنى فى المنصوص بل يعتبر عين النص بخلاف الكسوة فالمنصوص عليه مايحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لايحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه توضيحه ان في اقامة صنف مقام صنف ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وكل تعليل يتضمن ابطال النص فهو باطل وليس فى الكسوة تقدير منصوص عليه فاقامته مقام الطعام لايؤدى الى ابطال التقدير المنصوص

عليه ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة يجوز اقامة أحدهما مقام الآخر والمقصود بأصناف الطعام واحد فاعتبار عين المؤدى فيه أولى فاذا كان المؤدى لكل مسكين مدا من بر كان عليه ان يعيد على كل واحد منهم بمد آخر ليصل الى كل واحد منهم ماقدر نصا ﴿ قال ﴾ وان لم يجدهم استقبل الطعام ولا يجزئه أن يطعم ستين مسكيناً آخرين مداً مداً لان الواجب عليه ايصال نصف صاع الى كل مسكين ليحصل به سد الخلة وزوال الحاجة فى يومه وذلك لا يحصل بصرف نصف الوظيفة الى كل مسكين ﴿ قال ﴾ ولو أعطى كل مسكين مدا من بر ومدين من شعير أو تمر اجزأه لان كل واحد منهما أصل والمقصود يحصل بأداء نصف الواجب من كل صنف وهو زوال حاجته فى يومه ولو أطعم الطعام كله مسكينا واحداً لم يجزه فى دفعة واحدة لان الواجب تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة ولو أعطاه فى ستين يوما أجزأه عندنا ولا يجزئه عند الشافعى رحمه الله تعالى لان الواجب عليه بالنص اطعام ستين مسكينا والمسكين الواحد بتكرر الايام لا يصير ستين مسكينا فلا يتأدى الواجب بالصرف اليه وشبه هذا بالشهادة فان الشاهد الواحد وان كرر شهادته فى مجلسين لا يصير فى معنى شاهدين ولكنا نقول فيما هو المقصود المسكين الواحد بتجدد الايام فى معنى المساكين لأن المقصود سد الخلة وذلك يتجدد له بتجدد الايام فكان هو فى اليوم الثانى فى المعنى مسكيناً آخر لتجدد سبب الاستحقاق له ولان الاطعام يقتضى طعاما لا محالة فمعنى الآية فاطعام طعام ستين مسكينا وقد أدى ذلك وبه فارق الشهادة لان المقصود طمأنينة القلب هناك وبتكرار الواحد شهادته لا يحصل هذا المقصود ولم يذكر مالو فرق الفعل فى يوم واحد ولا اشكال فى طعام الاباحة أنه لا يجوز الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفى فى يوم واحد طعام ستين مسكينا فأما فى التمليك فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يجوز لان التمليك أقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك فى يوم واحد كما فى الايام واستدلوا على هذا بما ذكر فى كتاب الأيمان أنه لو كسا مسكينا واحدا فى عشرة أيام كسوة عشرة مساكين أجزأه لتفرق الفعل وان انعدم تجدد الحاجة فى كل يوم والدليل عليه أنه بعد ما أخذ وظيفته فى ذلك اليوم لو صرف اليه رجل آخر طعام مسكين عن كفارته يجوز ذلك فكذلك اذا صرف اليه ذلك الرجل طعام مسكين آخر وبعضهم

قالوا لا يجوز لان المعتبر سد الخلة ولهذا لايجوز صرفه الى الغنى لانه طاعم بملكه واطعام الطاعم لا يتحقق كما أن التمليك من المالك لايتحقق وبعد مااستوفي وظيفته في هذااليوم لايحصل سدخلته بصرف وظيفة أخرى في هذااليوم اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن أن يجعل مثله فى حق هذه الكفارة وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف باختلاف أحوال الناس فيه فلايمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيراً ﴿ قال ﴾ ولو أطعم ستين مسكيناً كل مسكين صاعامن حنطة من ظهارين فى امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزالا من احدهمافي قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ويجزئه فى قول محمد رحمه الله تعالى لان فى المؤدى وفاء بوظيفة الكفارتين والمصروف اليه محل الكفارتين فيجزئه كما لو أعطى عن كفارة نصف صاع على حدة لكل مسكين والدليل عليه لو كانت الكفارتان من جنسين إحداهما كفارة الظهار والاخرى كفارة الفطر أجزأ عنهما بالنية بالاجماع فكذلك اذا كانتا من جنس واحد وهما يقولان زاد فى الوظيفة ونقص عن المحل فلا يجزئه الا بقدر المحل كما لو أعطي ثلاثين مسكينا فى كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك أن الواجب عليه فى كل كفارة طعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد فى الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد أدي صاعا وحقيقة المعنى فيه ان فى الجنس الواحد كما لا تعتبر نيته فى التمييز لاتعتبر نيته فى العدد فنيته عن ظهارين وعن ظهار واحد سواء بخلاف ما اذا كانتا من جنسين لان نية التعيين معتبرة عند اختلاف الجنس فكذلك تعتبر نيته عن الكفارتين ليكون عن كل واحدة منهما نصف المؤدى ﴿ قال ﴾ ولا يجزئه أن يعطى من هذه الكفارة من لا يجزئه أن يعطيه من زكاة المال وقد بينا ذلك فى كتاب الزكاة الافقراء أهل الذمة فانه يعطيهم من هذه الكفارة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفقراء الاسلام أحب الينا ولايجزيه أن يعطى فقراء أهل الحرب وان كانوا مستأمنين في دارنا وقد بينا هذا الفصل بتمامه فى صدقة الفطر وروي أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ان ما أوجبه على نفسه بنذره يجوز صرفه الى فقراء أهل الذمة فاما ما أوجبه الله تعالى عليه لا يصرفه الا الى فقراء المسلمين كالزكاة وهذه الرواية مخالفة للرواية المشهورة عن أبى حنيفة رحمه الله تعالي ﴿ قال ﴾ فان أعتق عبداً حربيا في دار الحرب لم يجزه عن

الظهار لانه معتق بلسانه مسترق بيده وهو محل للاسترقاق فلا ينفذ عتقه فان أعتقه في دار الاسلام أجزأه لان عتقه ينفذ في دار الاسلام وهو ذمي تبع لمولاه ألا ترى أنه لا يمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو كاعتاق الذمي وقد بيناه ولم يذكر اعتاق العبد المرتد عن ظهاره وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان المرتدة تجزى بخلاف المرتد لان المرتد مشرف على الهلاك فانه يقتل بخلاف المرتدة وذكر الكرخي في المختصر أنه لو أعتق عبداً حلال الدم عن الظهار أجزأه لان العتق يتحقق فيه وما عليه حق مستحق فلا يمنع جواز التكفير به كما لو كان مديونا أو مرهونا ﴿قال﴾ ولو أعتق المديون جاز عن الكفارة وان كان عليه السعاية في الدين وكذلك لو أعتق المرهون جاز عن الكفارة وان كان الراهن معسراً وسعى العبد في الدين لان تلك السعاية ليست في بدل رقبته حتى يرجع به على الراهن اذا أيسر فلا يكون هذا عتقاً بجعل بخلاف المريض مرض الموت اذا أعتق عبداً عن ظهاره ولا مال له سواه لانه يسعى في ثلثي قيمته للورثة وتلك السعاية بدل رقبته فيكون ذلك في معنى عتق بجعل ﴿قال﴾ ولو تصدق عنه رجل بغير أمره لم يجزه لان أحداً لا يملك أن يدخل الشيء في ملك غيره بغير رضاه وبدون ملكه لا تتأدى كفارته ولو تصدق عنه بأمره أجزأه وقد بينا الفرق بينه وبين العتق وقررنا طريق الحق أنه يجعل المسكين نائبا في القبض له أولا ثم لنفسه وان صام عنه بأمره أو بغير أمره لا يجزئه لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه لا يصوم أحد عن أحد وقد بينا هذا في كتاب الصوم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الايلاء

﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه الايلاء في اللغة هو اليمين قال القائل

قليل الألايا حافظ ليمينه   وان بدرت منه الالية برت

وفي الشريعة عبارة عن يمين يمنع جماع المنكوحة هكذا نقل عن ابراهيم رحمه الله وقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا مؤجلا بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر واذا حلف الرجل لا يجامع امرأته أبداً أو لم يقل أبداً فهو مول لان مطلق اللفظ فيما يتأبد يقتضي التأبيد وبعد ما صار موليا ان جامعها قبل تمام أربعة أشهر فعليه كفارة

اليمين لوجود شرط الحنث وقد سقط الايلاء لان ثبوت حكم الايلاء بقصده الاضرار والتعنت بمنع حقها بالجماع وقد زال ذلك حين أوفاها حقها وهو الفيء المذكور في قوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم لان الفيء عبارة عن الرجوع يقال فاء الظل اذا رجع وقد رجع عما قصد من الاضرار حين جامعها ولهذا قال بعض الناس ليس عليه كفارة لان الله تعالى وعده بالرحمة والمغفرة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم ولكنا نقول حكم الكفارة عند الحنث ثابت بقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وان مضت المدة قبل أن يفيء اليها طلقت تطليقة بائنة عندنا وكان معنى الايلاء ان مضت أربعة أشهر ولم اجامعك فيها فانت طالق تطليقة بائنة هكذا نقل عن علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين قالوا عزيمة الطلاق مضي المدة وعند الشافعي لايقع الطلاق بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة حتى يفيء اليها أو يفارقها فان أبى ان يفعل فرق القاضي بينهما وكان تفريقه تطليقة بائنة والكلام في فصلين ﴿ أحدهما ﴾ ان عنده الفيء بعد مضي المدة لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فبين ان هذه المدة للزوج لاعليه وانما تكون المدة له اذا كان الأمر موسعاً عليه والتضييق بعده فاما اذا كان مطالباً بالجماع في المدة فلا تكون المدة له ثم قال الله تعالى فان فاؤا وحرف الفاء للتعقيب عرفنا ان الفيء الذي يؤمر به الزوج بعد مضي المدة وعندنا الفيء في المدة بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فان فاؤا فيهن وقراءته لاتتخلف عن سماعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم والتقسيم في قوله تعالى وان عزموا الطلاق دليل على ان الفيء في المدة وعزيمة الطلاق بعده كما في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والامساك بالمعروف بالمجامعة في المدة والتسريح بالاحسان بتركها حتى تبين بمضي المدة وهذا التربص مشروع للزوج لان الايلاء كان طلاقا معجلا فجعل الشرع للزوج فيه مدة أربعة أشهر حتى مكنه من التدارك في المدة وجعل الطلاق مؤخراً الى مابعد المدة ﴿ والفصل الثاني ﴾ أن الفرقة عنده لاتقع الا بتفريق القاضي بينهما أو بايقاع الزوج الطلاق لان الله تعالى قال فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وهو اشارة الى ان عزيمة الطلاق بما هو مسموع وذلك بايقاع الطلاق أو تفريق القاضي والمعنى فيه أن التفريق بينهما لدفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف فلا يقع الا بتفريق القاضي كفرقة العنين فان بعد مضي المدة

هناك

هناك لا تقع الفرقة الا بتفريق القاضي بل أولى لان الزوج هناك معذور وهنا هو ظالم متعنت والقاضي منصوب لازالة الظلم فيأمره أن يوفيها حقها أو يفارقها فان أبي ناب عنه في ايقاع الطلاق وهو نظير التفريق بسبب العجز عن النفقة على قوله ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى وان عزموا الطلاق فذكر عزيمة الطلاق بعد ذكر المدة فهو اشارة الى أن ترك الفيء في المدة عزيمة الطلاق عند مضي المدة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عزيمة الطلاق مضى أربعة أشهر وقد أضاف الى الزوج فدل أن الطلاق يتم به من غير حاجة الى قضاء القاضي ومعنى قوله تعالى فان الله سميع عليم سميع لايلائه عليم بقصده الاضرار ولان هذه المدة مدة تربص بعد ما أظهر الزوج من نفسه أنه غير مريد لها فتبين بمضيها كمدة العدة بعد الطلاق الرجعى ولا فرق لان هناك الزوج بالطلاق يظهر كراهية صحبتها فيصير في المعنى كأنه علق البينونة بمضى المدة قبل أن يراجعها وهنا هو بيمينه يظهر كراهيتها فيصير كأنه علق البينونة بمضى الوقت قبل أن يفيء اليها ولهذا جعلنا الواقعة تطليقة بائنة لان المقصود دفع ضرر التعليق عنها وذلك لا يحصل بالتطليقة الرجعية ولكن العدة هنا تجب هنا بعد وقوع الطلاق بمضي المدة لان وقوع الطلاق بعده وهناك الطلاق كان واقعا فجعلنا الاقراء محسوبة من العدة وكذلك لو حلف لا يقربها أبداً لان القربان متى ذكر مضافا الى النساء فالمراد به الجماع وان قال الزوج لم أعن الجماع لم يصدق في القضاء لانه قصد تغيير اللفظ عن الظاهر المتعارف فلا يصدق في القضاء هنا ولا في الفصل الاول ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان حقيقة معنى الجماع هو الاجتماع ففيما نوى به مما سوى الجماع هو محتمل فيدين فيما بينه و بين الله تعالى وان حلف لايدخل عليها وقال لم أعن الجماع فهو مصدق في القضاء لان الدخول عليها لفظ مشترك يستعمل في الجماع والزيارة وغير ذلك فالمنوى غير مخالف للظاهر وحرف الصلة يدل عليه وهو على فانه اذا كان المراد الجماع يقال دخل بها وكذلك لو حلف ليغيظنها أو ليسوءنها أو لايجمع رأسه ورأسها شيء أو لايمسها وفي نسخ أبى سليمان أو لايلامسها فهذه الالفاظ تطلق في الجماع وغير الجماع فان نوى بها الجماع كان موليا وان نوى غير الجماع لم يكن موليا لان المولى من لايتمكن من الجماع في المدة الا بشيء يلزمه حتى يتحقق اضراره بمنع حقها في الجماع وان حلف لايمس جلده جلدها وعنى به حقيقة المس فالحنث هنا يحصل بدون الجماع

فلا يكون ايلاء ويمكنه أن يجامعها من غير أن يلزمه شئ بان يلف آلته في حريرة ثم يدسه فيها وقال فى رواية أبي حفص رحمه الله تعالى اذا حلف لايأتيها وعنى الجماع فهو مول وان قال لم أعن الجماع صدق فى القضاء مع يمينه لان الاتيان قد يراد به الجماع ويراد به الزيارة أو الضرب فكان اللفظ محتملا والمحتمل لايوجب شيئاً بدون النية وكذلك لو حلف لا يغشاها فهو مدين فى القضاء لان الغشيان يراد به الجماع قال الله تعالى فلما تغشاها ويراد به غير الجماع قال الله تعالى واذا غشيهم موج وكذلك لوحلف لايقرب فراشها فلفظ القرب اضافه الى فراشها لا اليها ولذلك يحتمل الجماع وغيره فان عني الجماع فهو مولٍ والا فليس بمول لانه يتمكن من ان يجامعها من غير حنث إما على الارض أو بان تدخل هى فراشه من غير أن يقرب هو فراشها وان حلف لايباضعها فهو مولٍ ولايصدق فى القضاء لان ظاهر اللفظ للجماع فان المباضعة ادخال البضع في البضع فلا يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره وكذلك لو حلف لايغتسل منها من جنابة لان الاغتسال منها انما يكون بالجماع فى الفرج خاصة فأما بالجماع فيما دون الفرج يكون اغتسالا من الانزال لا منها واذا كان ظاهر لفظه للجماع فى الفرج لم يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره وكان موليا بمنعه حقها بيمينه فان حقها فى الجماع فى الفرج لافيما دونه ﴿ قال ﴾ واذا حلف لايقربها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عندنا وقال ابن أبي ليلى هو مول ان تركها أربعة أشهر بانت بالتطليقة وهكذا كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لاايلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله وابن أبى ليلى استدل بظاهر الآية قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والايلاء هو اليمين فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة ولكنا نقول المولى من لايملك قربان امرأته فى المدة الا بشئ يلزمه واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر من غير أن يلزمه شئ فلم يكن موليا كما فى ترك مجامعتها مدة بغير يمين ﴿ قال ﴾ وكل ماحلف به على أربعة أشهر أو أكثر أن لايقربها مما يكون به حالفاً فهو مول عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا عقد يمينه على أربعة أشهر لم يكن موليا بناء على الاصل الذى بينا أن تضييق الامر عنده بعد مضي المدة فاذا كانت المدة أربعة أشهر ينتهى اليمين بمضيها فلا يمكن تضييق الامر عليه بعد ذلك لانه يتمكن من قربانها من غير أن يلزمه شئ واذا كانت المدة أكثر

من أربعـة أشهر فتضييق الامر عليه بعد مضى المدة ممكن وعندنا مجرد مضى المدة عزيمة الطلاق فاذا كانت المدة أربعة أشهر يتم معني الايلاء به وتقع الفرقة بمضيه ثم اليمين نوعان أحدهما مايقصد به تعظيم المقسم به والثانى الشرط والجزاء والاول يعرفه أهل اللغة فاما الشرط والجزاء يمين عند الفقهاء ولا يعرفه أهل اللغـة وبكل واحد من النوعين يثبت حكم الايلاء فاذا قال أحلف أو أحلف بالله لا أقربك فهو مول عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى فى قوله أحلف بالله كذلك فاما فى قوله أحلف عنده لايكون يمينا ولكنه وعدأن يحلف بهذا اللفظ ﴿ ولكنا ﴾ نستدل بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهـم وقال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم فدل ان كل واحد منهما يمين سواء ذكر قوله بالله أو أطلق لان الحلف فى الظاهر يكون بالله وكذلك لو قال أشهد أوأشهد بالله فعند زفر رحمه الله تعالى قوله أشهد لايكون يمينا بل يكون هذا اللفظ للشهادة فاذا قال بالله كان يمينا ولكنا نقول كل واحـد من اللفظين يمين سواء ذكر قوله بالله أو أطلق قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله الى قوله اتخذوا ايمانهم جنة فقد سمي شهادتهم يمينا وقال الله تعالى أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين واللعان يمين قال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لى ولها شأن ولان قول الشاهد بين يدى القاضي أشهد فى معنى اليمين ولهذا عظم الوزر في شهادة الزور لانه بمعنى اليمين الغموس وكذلك قوله أقسم أو أقسم بالله فعند زفررحمه الله تعالى قوله أقسم لايكون يمينا كقوله أحلف ولكنا نستدل بقوله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون والاستثناء فى اليمين وقال الله تعالى واقسموا بالله جهد ايمانهم وكذلك لوقال اعزم أو اعزم بالله فان العزم آكد مايكون من العهد وذلك يكون باليمين وكذلك لو قال على نذر أو نذر لله قال صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وكذلك لو قال عهد الله على فالعهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم معناه اذا حلفتم بدليل قوله تعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وكذلك قوله على ذمة الله لان الذمة عبارة عن العهد قال الله تعالى لا يرقبون فى مؤمن الاً ولا ذمة وقال صلى الله عليه وسلم اذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله فلا تعطوهم وأهل الذمة هم أهل العهد وكذلك لو قال هو يهودي أونصرانى أومجوسى أو برئ من الاسلام ان قربتك فهو مول وعند الشافعى رضى الله عنه لايكون مولياً بهذه الالفاظ لانه لايلزمه عين ما التزم عند القربان فلا يلزمه غيره كما

لو قال هو مستحل الميتة ان قربتك ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنه وهو بناء على مسئلة تحريم الحلال فان تحريم الحلال عندنا يمين فتحليل الحرام كذلك وتحريم الكفر بانه مصمتة فاستحلالها يمين لما علقه بالقربان بخلاف استحلال الميتة فان حرمتها ليست بباتة ولكنها تنكشف عند الضرورة وسنقرر هذا الفصل في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى وكذلك قوله وعظمة الله أو وعزة الله أو وقدرة الله فهذا وقوله والله سواء لان معنى كلامه والله العظيم والله العزيز والله القادر وسنقرر حكم اليمين بصفات الله تعالى وكذلك ان حلف على ذلك بعتق أو طلاق فهو مول لانه لا يتمكن من قربانها فى المدة لا بشئ يلزمه ولان الشرط والجزاء يمين قال صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق فقد سماه حالفاً وكذلك ان حلف على ذلك بحج أو هدى أو عمرة أو صوم جعل لله عليه ان قربها لانه يتحقق بهذا منع القربان حين علق بالقربان ما يكون ممتنعا من التزامه عادة وتلحقه مشقة فى أدائه واذا قال والقرآن لا أقربك لا يكون موليا لان الناس لم يتعارفوا الحلف بالقرآن والمعتبر فى الايمان العرف فكل لفظ لم يكن الحلف به متعارفا لا يكون يمينا وهذا اللفظ انما يذكر فى الكتاب خاصة وقد طعن عليه بعض الناس فقالوا القرآن كلام الله تعالى والكلام صفة المتكلم فلماذا لم يجعل الحلف بهذه الصفة يمينا ولكنا نقول كلام الله تعالى صفته ولكن الحلف به غير متعارف فكان هذا بمنزلة قوله وعلم الله على ما نبينه فى الايمان وعلى هذا خلاف ما لو قال هو برئ من القرآن ان قربتك فهو مول لان البراءة من القرآن كفر فهو بمنزلة قوله هو برئ من الاسلام ان قربتك وان قال والكعبة أو والصلاة أو الزكاة لا أقربك أو حلف على ذلك بشئ من طاعة الله أو بشئ من الحدود لا يكون موليا لانه حلف بغير الله وهو منهي عنه ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سمع عمر رضى الله تعالى عنه يقول وأبى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فليحلف بالله أو فليذر فدل أن الحلف بغير الله لا يكون يمينا شرعا وان قال بالله لا أقربك فهو مول وحروف اليمين ثلاثة الباء والواو والتاء فأعمها الباء حتى تدخل فى اسم الله وفى غير اسم الله تعالى وفى المضمر والمظهر والواو أخص منها فانها تدخل في المظهر دون المضمر ولكنها تدخل في اسم الله وفي غير اسم الله تعالى والتاء أخص منها فانها لا تدخل الا فى اسم الله تعالى مظهراً قال الله تعالى وتالله لأكيدن أصنامكم وكذلك لو قال وأيم الله أو

لعمرو الله لان الناس تعارفوا الحلف بهذه الالفاظ وقيل معنى قوله وأيم الله أى وأيمن الله فيكون جمع اليمين ولعمرو الله أى والله الباقى وفى قوله لعمرك دليل على أن هذا اللفظ يمين وان قال آلله لاأقربك فهو مول أيضا والكسرة فى الهاء دليل على محذوف وهو القسم ولا يصدق فى الحكم أنه لم يرد به الايلاء لانه خلاف الظاهر وان قال قولا لايقربها ولم يحلف لايلزمه شئ هكذا نقل عن عائشة رضى الله تعالى عنها ولان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم والايلاء يمين فبدون يمينه كان كلامه وعداً والمواعيد لايتعلق بها اللزوم فهو يتمكن من قربانها من غير أن يلزمه شئ وان حلف لايقربها فى مكان كذا أو في مصر كذا أوقال في أرض العراق لم يكن موليا عندنا وقال ابن أبى ليلى هو مول لانه قصد الاضرار والتعنت بيمينه فلزمه حكم الايلاء ولكنا نقول اليمين اذا وقتت بمكان توقتت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شئ فلا يتحقق به منع حقها فى الجماع ﴿ قال ﴾ ولو حلف لا يقربها وهى حائض لم يكن موليا لانه حلف على أقل من أربعة أشهر فان الحيض لايمتد الى أربعة أشهر ولانه لاحظ لها فى الجماع في حالة الحيض فلا يكون مانعاً حقها بهذه اليمين فان قيل فعلى هذا لوحلف على أربعة أشهر ينبغى ان لاتعتبر مدة الحيض فيبقى يمينه على أقل من أربعة أشهر قلنا هذا ان لو كانت هذه المدة ثابتة بالمعنى وثبوتها بالنص فلا يجوز الزيادة عليها بالرأى وان حلف لايقربها حتى يقدم فلان أو حتى يفعل هو شيئاً يقدر على فعله قبل مضى أربعة أشهر فليس بمول لانه يقدر على ان يجامعها بعد وجود ماجعله غاية قبل مضى أربعة أشهر وان تأخر ذلك أربعة أشهر لم يضره لانه بأصل اليمين لم يكن موليا فلا يصير مولياً بترك المجامعة بعد ذلك كما لو ترك المجامعة بغير يمين وان حلف لايقربها حتى يفعل شيئاً يعلم أنه لايقدر عليه فهو مول معناه حتي يمس السماء أو يحول هذا الحجر ذهباً لانه اذا لم يكن فى مقدوره ذلك الفعل كان مقصوده من جعله غاية تحقيق معنى التأبيد وعلى هذا لوقال والله لاأقربك حتي تخرج الدابة أو الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحسانا وفي القياس ليس بمول لانه ماجعله غاية يتوهم وجوده قبل مضى أربعة أشهر ولكنا نقول مقصود الزوج بهذا المبالغة فى النفي لاالتوقيت فيتحقق به معنى الايلاء ﴿ قال ﴾ واذا حلف لايقربها سنة الا يوما لم يكن موليا عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى هو مول لان اليوم المستثني من آخر

السنة كما في الاجارة والآجال وهو لا يملك قربانها في المدة الا بكفارة تلزمه والدليل عليه أنه لو قال سنة بنقصان يوم كان موليا فكذلك اذا قال الا يوما ولكنا نقول استثني يوما منكراً فما من يوم بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها من غير ان يلزمه شئ والذي قال ان اليوم من آخر السنة غير صحيح لان المستثنى منكر فلو جعلناه من آخر السنة لم يكن منكراً وتغيير كلامه من غير حاجة لايجوز وفي الآجال والاجارة دعت الحاجة الى ذلك لانا لو جعلنا اليوم منكراً فيهما لم يصح العقد للجهالة ولا يحصل المقصود وهو تأخر المطالبة والتمكن من استيفاء المنفعة وهنا لاحاجة لان الجهالة لاتمنع انعقاد اليمين فلهذا جعلنا اليوم المستثنى منكراً كما نكره بخلاف قوله بنقصان يوم لان النقصان لايكون الا من آخر المدة وذلك تنصيص على ان يكون المستثني آخر يوم من السنة فاذا ثبت انه ليس بمول عندنا قلنا اذا قربها في يوم فهذا اليوم هو اليوم المستثنى فلا يكون مولياً حتى يمضي ذلك اليوم ثم ينظر بعد مضيه فان كان الباقي من السنة أربعة أشهر أو أكثر فهو مول وان كان الباقي دون أربعة أشهر فليس بمول لان الاستثناء قد ارتفع وصارت اليمين مطلقة في بقية المدة وكذلك لو قال والله لا أقربك سنة الامرة لم يكن مولياً لانه متمكن من قربانها بسبب الاستثناء من غير ان يلزمه شئ فاذا قربها مرة ارتفع الاستثناء وصارت اليمين مطلقة فان بقي بعد فراغه من الجماع من السنة أربعة أشهر أو أكثر فهو مول وان كان الباقي دون ذلك لم يكن مولياً فان وصل قوله ان شاء الله بيمينه لم يكن مولياً لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وأن اشترط مشيئتها ومشيئة فلان فهو على المجلس وقد بينا نظيره في الظهار ﴿قال﴾ واذا قال لامرأته أنا منك مول وعني الايجاب فهو مول كما في قوله أنا منك مظاهر لانه أضاف لفظه الى محله فان الرجل يكون موليا من امرأته وان قال عنيت الخبر بالكذب لم يدين في في القضاء لان ظاهر كلامه ايجاب وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لان صيغة الايجاب والاخبار في الايلاء واحد والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار لايصير صدقا ﴿قال﴾ واذا حلف على أربع نسوة لايقربهن فهو مول منهن ان تركهن أربعة أشهر بانّ بالايلاء عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يكون موليا حتى يقرب ثلاثا منهن فحينئذ يكون موليا من الرابعة لانه يملك قربان كل واحدة منهن من غير أن يلزمه شئ فلم يكن موليا حتى يقرب ثلاثا منهن فحينئذ لا يملك

قربان الرابعة الا بكفارة تلزمه لانه يتم شرط الحنث بقربانها فيكون موليا منها ويكون معنى كلامه ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة ﴿وجه قولنا﴾ أنه مضار متعنت في حق كل واحدة منهن بمنع حقها من الجماع فيكون موليا من كل واحدة منهن كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا تجب مالم يتم شرط الحنث ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الآخرة فقط بل بقربانهن جميعا فأما وقوع الطلاق باعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة منهن فهذا بمضي المدة بخلاف ما لو قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة لان هناك ما عقد اليمين في الحال بل علقه بشرط فلا ينعقد يمينه قبل وجود الشرط فان جامع بعضهن في الاربعة الاشهر سقط عمن جامع منهن لانه قد فاء اليها في المدة ولا كفارة عليه لعدم تمام شرط الحنث فاذا تمت أربعة أشهر بانت التي لم يجامعها لان الفيء في حقها لم يوجد فبقي حكم الايلاء في حقها فتبين بمضي المدة ولو لم يجامع شيئا منهن ولكن طلق احداهن ثلاثا كان موليا على حاله لان شرط حنثه منتظر ان جامعهن حنث اذ ليس في يمينه تقييد الجماع بما قبل الطلاق وان لم يطلق ولكن ماتت احداهن بطل الايلاء عنهن لان شرط حنثه قد فات لانه لا يحنث بجماع من بقي بعد هذا ولا بجماع الميتة واليمين لا يبقى بعد فوات شرط الحنث فلهذا لا يبطل الايلاء عنهن ﴿قال﴾ وان حلف لا يقرب واحدة منهن فهو مول منهن فان مضت الاربعة الاشهر بن جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رضى الله تعالى عنه يكون موليا من واحدة منهن حتى اذا مضت المدة طلقت واحدة منهن بغير عينها لانه منع نفسه عن قربان واحدة منهن ألا ترى أنه لو قرب واحدة منهن يلزمه الكفارة وحكم الطلاق ينبني على المنع من القربان فعند مضى المدة يقع الطلاق على احداهن بغير عينها كما لو قال والله لا أقرب احداكن ووجه ظاهر الرواية أنه ذكر الواحدة منكرا في موضع النفي لان القربان منفى والنكرة في موضع النفى تعم بخلاف النكرة في موضع الاثبات فان الرجل اذا قال رأيت اليوم رجلا يقتضى رؤية رجل واحد ولو قال مارأيت اليوم رجلا يقتضى نفى رؤية جميع الرجال وهذا لان معنى التنكير في محل النفي لا يتحقق الا بالتعميم ففيما ينبني على نفى القربان وهو وقوع الطلاق عند مضي المدة يتناولهن كلامه جميعا وفيما ينبني على وجود القربان وهي الكفارة

يتناول كلامه احداهن فلهذا اذا قرب واحدة منهن لزمته الكفارة وسقط الايلاء عنهن لان اليمين لم يبق بعد تمام الشرط وهذا بخلاف قوله احدا كن فان معنى التعميم هناك لا يتحقق ألا ترى انه لو قرن بكلامه حرف كل بان قال كل احدا كن لا يتناولهن جميعا وهنا لو قرن بكلامه حرف كلّ فقال كل واحدة منكن تناولهن جميعاً فكذلك بسبب التنكير وان كان نوى واحدة بعينها دون غيرها فهو مول منها خاصة فيما بينه وبين الله تعالى لان مانواه محتمل ألا ترى انه لو طلق واحدة منهن ونوى واحدة بعينها صحت نيته فكذلك فى الايلاء ولكن لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر ﴿قال﴾ واذا آلى من واحدة لم يسمها ولم ينوها فهو بالخيار يوقع الطلاق على أيتهن شاء فتبين به وحدها ولو أراد التعيين قبل مضى المدة لم يملك لان فيه تغيير حكم اليمين فانه قبل التعيين يحنث بقربان واحدة أيتهن قرب وبعد التعيين لا يحنث بقربان البواقى وكما لا يملك ابطال حكم اليمين لا يملك تغييره فاما بعد وقوع الطلاق بمضى المدة ملك تعيين الطلاق لانه ليس فى هذا تغيير حكم اليمين ولكنه تعيين الطلاق المبهم وذلك الى الزوج ثم اذا عين الطلاق فى احداهن لا يتعين يمينه فيها الا فى رواية عن أبي يوسف وقد بيناهذا فيما أمليناه فى شرح الجامع ﴿قال﴾ واذا آلى الرجل من امرأته وبينه وبينها مسيرة أربعة أشهر أو أكثر أجزأه انفاء بقلبه ولسانه والحاصل أن العاجز عن الجماع فى المدة يكون فيئه باللسان عندنا وذلك مروي عن عليّ وابن مسعود رضى الله عنهما وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفيء باللسان ليس بشيء لان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر فى حق أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الحكم الآخر ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق فى الفيء باللسان فأما وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار معنى الاضرار والتعنت وذلك ينعدم فى الفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع أصلا وباللسان بدلا عنه لان الفيء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار والتعنت بمنع حقها فى الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بأن يجامعها واذا كان عاجزاً عن الجماع لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع لانه لا حق لها فى الجماع فى هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بأن يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ثم العجز عن الجماع تارة يكون ببعد المسافة وتارة بالمرض فاذا كان بينه وبينها أربعة أشهر أو أكثر

فهو

فهو عاجز عن جماعها فى المدة فيكون فيئه بقلبه ولسانه وان كان بينهما أقل من أربعة أشهر فهو قادر على الجماع فلا يكون فيئه الا بالجماع لان حكم البدل انما يعتبر عند العجز عن الاصل وكذلك ان كان مريضاً حين آلى ففيئه الرضا بالقلب واللسان ان تمت أربعة أشهر وهو مريض لانه عاجز عن الجماع لمرضه وكذلك ان اتصل مرضه بالايلاء فان كان صحيحاً حين آلى وبقى صحيحاً بعد ايلائه مقدار مايستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك لم يكن فيئه الا بالجماع وقال زفر فيئه باللسان لتحقق عجزه عن الجماع والمعتبر عنده آخر المدة كما لو كان واجدا للماء في أول الوقت فلم يتوضأ حتى عدم الماء جاز له التيمم ولكنا نقول لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الاضرار والتعنت بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع فاما اذا كان مريضاً حين آلى ثم صح قبل تمام أربعة أشهر لم يكن فيئه الا بالجماع ويستوي ان كان فاء اليها فى مرضه أو لم يفئ لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فان تمام المقصود بمضى المدة وسقط اعتبار حكم البدل بهذه القدرة كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة وكذلك ان كانت المرأة مريضة أو صغيرة لاتجامع ففيئه الرضا باللسان وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان الزوج اذا كان مريضاً حين آلى ثم مرضت المرأة ثم صح الزوج قبل مضى أربعة أشهر ففيئه الرضا باللسان عند زفر رحمه الله تعالى لان تأثير مرضها فى المنع من الجماع كتأثير مرضه وعلى قول أبى يوسف لايكون فيئه الا بالجماع لان العجز الذى كان لأجله فيئه الرضا باللسان قد زال قبل تمام المدة فكان ذلك كالمعدوم أصلا ولو كانا محرمين بالحج أو احدهما فآلى وقت اداء الحج أربعة أشهر أو أكثر لم يكن فيئه الا بالجماع في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه متمكن من ذلك وان كان حراما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى فيئه الرضا باللسان لانه ممنوع من جماعها في المدة شرعا فهو كما لو كان ممنوعا منها حسا ببعد المسافة ألا ترى أنه لو خلى بأمرأته واحدهما محرم بالحج لم تصح الخلوة كما لو كان بينهما ثالث ومتي وطئها بعد الفئ باللسان فعليه كفارة اليمين لان الفئ باللسان يمنع وقوع الطلاق ولا يرتفع اليمين فيتحقق شرط الحنث متى جامعها ﴿قال﴾ وايلاء النائم والصبي والمجنون والمعتوه الذى يهذى باطل بمنزلة طلاق هؤلاء وهذا لان اليمين من هؤلاء لاينعقد فان قولهم غير معتبر فى اللزوم ﴿قال﴾ واذا آلى الرجل من امرأته أنه لايقربها أبداً ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على

التطليقات المملوكة ولم يبق شئ منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج لم يكن موليا الا على قول زفر وان قربها كفر يمينه لانه الايلاء وان لم يبق في حكم الطلاق لنفاذ ملك الطلاق فقد بقيت اليمين فاذا قربها تم شرط الحنث وليس من ضرورة بقاء اليمين حكم الايلاء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك ثم تزوجها لم يكن موليا وان قربها كفر يمينه وان كان طلقها تطليقة بائنة فان تمت الاربعة الاشهر وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالايلاء وان لم تكن في العدة لم يقع عليها شيء لان المولى في المعنى كالمعلق تطليقة بائنة بمضي الاربعة الاشهر قبل أن يفئ اليها وقد صح ذلك في الملك فلا يبطل بالبينونة ولكن الطلاق لا يقع عليها الا في العدة فاذا تمت المدة وهي محل لوقوع الطلاق عليها طلقت وان لم تكن محلا بان كانت منقضية العدة لم تطلق فان تزوجها بعد انقضاء عدتها فهو مول منها وتستأنف شهور الايلاء من حين تزوجها ولا يحتسب بما مضى منها قبل ذلك لان ابتداء مدة الايلاء لا تنعقد بعد انقضاء العدة اذ ليس له على المحل ملك ولا يد فانما يكون ابتداء المدة من حين تزوجها ولو كان تزوجها في العدة يحتسب بما مضى منها لانها بقيت في العدة فهي محل لوقوع الطلاق عليها فيبقى حكم المدة أرأيت لو تزوجت بزوج آخر أكان يبقى حكم مدة الايلاء وكذلك بعد ماحلت للأزواج بانقضاء مدة العدة ﴿ قال ﴾ ولو طلق امرأته تطليقة بائنة ثم آلى منها لم يكن موليا وان انعقدت يمينه لأن معنى الايلاء بمنع حقها في الجماع ولا حق لها في الجماع بعد مابانت ولان المقصود بالايلاء ازالة ظلم التعليق عنها وذلك لا يتحقق بعد البينونة واذا لم يكن كلامه في الاصل ايلاء لا يصير ايلاء وان تزوجها كما في الاجنبية بخلاف ماسبق لان أصل كلامه هناك كان ايلاء صحيحا فلا يبطل بالبينونة وانقضاء العدة وان بطلت المدة لخروجها من أن تكون محلا لطلاقه فاذا تزوجها لم يكن موليا منها ولم يذكر في الكتاب فصلا آخر وهو انه اذا آلى من امرأته فبانت بمضي أربعة أشهر هل تنعقد مدة أخرى قبل أن يتزوجها أم لا وكان أبو سهل رحمه الله يقول تنعقد حتى اذا تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة أخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيهن فأنت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بهذا كان الحكم مابينا وفقهه أن انعقاد المدة من حكم بقاء اليمين هنا وابتداء اليمين لا ينعقد ايلاء بعد البينونة ولكنها تبقى بعد البينونة ألا ترى أنه لو تمت أربعة أشهر وهو مجنون

ثم زوجها وليه منه انعقدت مدة الايلاء وان كان ابتداء اليمين من المجنون لايصح وكان الكرخى رضي الله عنه يقول لا تنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها وهذا هو الأصح لأن فى انعقاد المدة ابتداء لابد من اعتبار معنى الاضرار وذلك لايتقرر بعد البينونة مالم يتزوجها لانه لاحق لها في الجماع فلهذا لم تنعقد المدة مالم يتزوجها ﴿ قال ﴾ ولو آلى من أمته أو أم ولده لايكون موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وهذه ليست من نسائه ولان الايلاء طلاق مؤجل والمملوكة ليست بمحل للطلاق ولان حكم الايلاء منع القربان المستحق والامة لاتستحق ذلك على المولى وكذلك لو آلى من أجنبية فهو باطل لهذه المعانى بخلاف مالو قال ان تزوجتك فوالله لاأقربك فتزوجها كان موليا لانه علق الايلاء بالتزوج والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وان حلف لا يقرب امرأته الا فى أرض كذا وبينه وبين تلك الارض أربعة أشهر فهو مول لانه لايملك قربانها فى المدة الا بحنث يلزمه فان المستثني مكان لايصل اليه فى المدة فلهذا كان مولياً ﴿ قال ﴾ ولو آلى من امرأته وهو فى سجن أو حبس لم يكن له فىء الا الجماع لانه ان كان لايقدر ان يخرج اليها فهى تقدر على ان تدخل اليه ليجامعها فان السجن موضع للمجامعة ومع القدرة على الاصل لاعبرة للبدل ﴿ قال ﴾ وان أصاب المولى من امرأته ما دون الجماع فى الفرج لم يكن ذلك فيئاً لان حقها فى الجماع فى الفرج فلا يتأدى بما دونه والفىء مافيه ايفاء حقها وان ادعى أنه قد جامعها فان ادعى في الاربعة الاشهر فالقول قوله وان ادعى ذلك بعد مضى المدة لم يقبل قوله بناء على الاصل المعروف أنه متى أقر بما يملك انشاءه لايكون متهما فلو أقام شاهدين على مقالته في الاربعة الاشهر أنه قد جامعها فهى امرأته لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهى من أعجب المسائل ان لايقبل اقراره بعد مضى المدة ثم يتمكن من اثباته بالبينة وكذلك ان صدقته المرأة فالحق لهما لايعدوهما غير أنه لايسعها ان تقيم معه اذا كانت تعلم كذبه لان القاضي لو علم بذلك فرق بينهما فاذا علمت هي عليها أن تمنع نفسها منه بأن تهرب اوتفتدى بمالها الا أن يتزوجها نكاحاً جديداً ﴿ قال ﴾ ولو آلى منها بعد ماطلقها تطليقة رجعية فهو مول لان جماعها له حلال فان انقضت العدة سقط حكم الايلاء لخروجها من أن تكون محلا لطلاقه فاذا تزوجها يستقبل مدة الايلاء من حين تزوجها وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا آلى الرجل ثلاث مرات فى مجلس واحد فان كان مراده تكرار

يمين واحدة فعليه كفارة واحدة اذا قربها ولا يقع بمضى المدة الا تطليقة واحدة ان لم يقربها لان الكلام الواحد قد يكرر ولا يراد حكمه بالتكرار وان كان مراده التغليظ والتجديد فان قربها فعليه ثلاث كفارات لان معني التغليظ تجدد عقد اليمين فكان حالفا بثلاثة أيمان وبالقربان مرة يتم شرط الحنث فى الايمان كلها وان لم يقربها حتى مضت المدة ففى القياس تطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضاً وهو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى حتى اذا لم يدخل بها لا يقع الا واحدة وفى الاستحسان وهو قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تبين بتطليقة واحدة سواء دخل بها أو لم يدخل بها وجه القياس ان ابتداء مدة الايلاء من الوقت المتصل بعقد اليمين وفى الايلاء المعتبر أول المدة فقد انعقدت باعتبار كل يمين مدة فيقع عند تمام كل مدة تطليقة حتى تبين بثلاث تطليقات كما لو كانت الايمان فى مجالس مختلفة وهذا لانه يتأخر انعقاد المدة بعد اليمين الى حال اقترانهما بدليل أنه لو حلف بيمين واحدة ثم بقيا فى المجلس يوما أو أكثر فتمت المدة من حيث حلف بانت بتطليقة فعرفنا أن المجالس والمجالس فى هذا الحكم سواء كما فى حكم الحنث وهو الكفارة ووجه الاستحسان أن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كالموجود جملة بدليل القبول مع الايجاب اذا وجدا في المجلس يجعل كانهما وجدا معا وكذلك المرأة لو قالت لزوجها طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة وواحدة وواحدة في مجلس واحد جعل كانه أوقع الثلاث جملة حتى يستحق جميع الالف فاذا ثبت هذا قلنا حالة المجالس كحالة واحدة ولا ينعقد فى حالة واحدة الا مدة واحدة فى حكم الطلاق وان تعددت الايمان كما لو قال اذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال ذلك ثانياً وثالثاً ثم جاء الغد تنعقد ثلاثة ايمان فى حكم الكفارة ومدة واحدة فى حكم الطلاق وبهذا تبين ان أحد الحكمين غير معتبر بالآخر وعلى عكس هذا لو قال كلما دخلت الدار فوالله لا أقربك فدخل الدار ثلاث مرات فى ثلاثة أيام تنعقد ثلاث ايلاآت فى حكم الطلاق ولو قربها لم يلزمه الا كفارة واحدة وهذا بخلاف ما اذا كانت الايمان فى مجالس متفرقة لانه لم يوجد هناك ما يجمع الاحوال فاعتبرنا كل حالة على حدة فانعقدت مدة جديدة لتجدد اليمين في كل حالة ﴿قال﴾ ولو قال لها ان قربتك فعلى يمين أو على كفارة يمين فهو مول لان معنى قوله فعلى يمين كفارة يمين فان موجب اليمين الكفارة عند الحنث فقد صارت بحيث لا يملك قربانها فى المدة الا بكفارة تلزمه ﴿قال﴾ وايلاء الحرة

أربعة أشهر تحت حر كانت أو تحت عبد لقوله تعالى تربص أربعة أشهر والذين يتناول الاحرار والعبيد وايلاء الامة شهران عندنا وعلى قول الشافعي أربعة أشهر لظاهر الآية وهو بناء على أصله ان المدة فسحة للزوج لا عليه فلا يتغير ذلك برقها ولا بحريتها ولكنا نقول مدة الايلاء مذكورة في القرآن بلفظ التربص وهو مختص بالنكاح فيتنصف بالرق كمدة العدة وفي المدة معنى الفسحة للزوج خصوصا من عدة في طلاق رجعي ثم تنصف برقها ﴿قال﴾ والمريض الذي يهذي في الايلاء كالنائم لانه بمنزلة المغمى عليه في هذه الحالة ﴿قال﴾ وايلاء الأخرس جائز لما بينا ان الكتبة والاشارة منه اذا كانت تعرف بمنزلة عبارة الناطق ﴿قال﴾ وان قال ان قربتك فأنت على كظهر أمي فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بظهار يلزمه وكذلك ان قال ان قربتك فانت علي حرام وهو ينوي الطلاق بذلك فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بطلاق يلزمه وان كان ينوى اليمين فهو مول أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يكون موليا في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى مالم يقربها لان قوله أنت على حرام عند ارادة اليمين بمنزلة قوله والله لا أقربك حتى لو أرسله كان به موليا في الحال فاذا علقه بالقربان لا يصير به موليا الا بعد القربان كما لو قال ان قربتك فو الله لا أقربك وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول صار ممنوعا عن قربانها في المدة حين علق بالقربان حرمتها عليه فيكون موليا في الحال كما لو قال ان قربتك فأنت على كظهر أمي لان الظهار موجبه التحريم الى وقت الكفارة ولو قال لها أنت على كالميتة أو كالدم يعني التحريم فهو مول لانه شبهها بحرمة العين فهو بمنزلة قوله أنت على حرام ﴿قال﴾ ولو قال أنت على كامرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته ينوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بامرأة فلان وقد يكون التشبيه في وصف خاص فاذا نوى التحريم أو الايلاء فقد نوى مايحتمله كلامه فيكون موليا وان لم ينو ذلك فليس بشئ ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا لان الاشراك يغير حكم يمينه فان قبل الاشراك كان يحنث بقربان الاولى وبعد الاشراك لا يحنث بقربان الاولى مالم يقربهما كما لو قال والله لا أقربكما وهو لا يملك تغيير حكم اليمين مع بقائه ولو صح منه هذا الاشراك لكان يشرك أجنبية مع امرأته ثم يقرب امرأته بعد ذلك فلا يلزمه شئ وبهذا فارق الظهار لان اشراك الثانية لا يغير حكم الظهار في الاولى وكذلك لو قال في

الايلاء للمرأة الثانية أنت عليّ مثل هـذه ينوي الايلاء فيها فبهذا لا يتغير حكم الايلاء في حق الاولى ويصح منه عقد الايلاء في حق الثانية بهذا اللفظ ﴿قال﴾ واذا آلى من امرأته وهي أمة ثم أعتقت قبل انقضاء شهرين لم تطلق حتى تستكمل أربعة أشهر من حين آلى لان مدة الايلاء نظير مدة العدة من طلاق رجعي من حيث أن ملك النكاح لا يرتفع مع بقائها والمعتقة بعد الطلاق هناك قبل انقضاء العدة بمنزلة الحرة عند الطلاق وكذلك هنا وهذا لان ملك النكاح تم عليها ما تم حلها بالعتق ولا يزول الملك التام الا بمدة تامة ﴿قال﴾ ولو طلقها زوجها في الشهرين تطليقة بائنة ثم أعتقت فيهما كانت عدتها للطلاق عدة الامة لأنها انما أعتقت بعد البينونة ومدة ايلائها مدة الحرة لانها أعتقت قبل تمام مدة الايلاء فكان في حكم الايلاء هذا وما لو كانت حرة حين آلى منها سواء وقد طعن بعضهم في الجواب فقالوا لم يتم ملكه عليها بهذا العتق لانها اعتقت بعد البينونة فينبغي أن تكون مدة ايلائها شهرين كما في حكم العدة ولكنا نقول الطلاق الواقع ليس من حكم الايلاء في شيء فالبائن والرجعي فيه سواء ولو كان رجعياً صارت مدة ايلائها بالعتق أربعة أشهر بالنص فكذلك اذا كانت بائنة بخلاف العدة لانها تعقب الطلاق فيعتبر فيها صفة الطلاق ولان في زيادة مدة العدة بالعتق اضراراً بها لانها تمنع من الازواج في العدة وليس في زيادة مدة الايلاء بالعتق اضرار بها فلهذا كان المعتبر حصول العتق مع بقاء المدة ﴿قال﴾ وان حلف لا يقرب امرأته وامرأة أجنبية معها حرة أو أمة لم يكن موليا من امرأته لانه يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء وهو ليس بمول في حق الاجنبية فلا يعتبر قربان الاجنبية في حكم الايلاء من امرأته وان اعتبر حال امرأته وحدها وهو يملك قربانها من غير أن يلزمـه شيء لم يكن موليا منها بخلاف ما لو قال لامرأتين له لا أقربكما لانهـما مستويتان في حكم الايلاء هناك فيجعلان كشخص واحد لا يملك قربانهما الا بكفارة تلزمه فكان موليا منهـما يقول فان جامع الاجنبيـة صار موليا من امرأته من الساعة التي جامع فيها تلك لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بكفارة تلزمـه فيتحقق معنى الاضرار والتعنت في حقـها الآن فيكون موليا منها وهو بمنزلة ما لو قال والله لا أقربك اذا أتيت مكان كذا لا يكون موليا ما لم يأت ذلك المكان أو هو بمنزلة ما لو قال لامرأته والله لا أقربك اذا جامعت هذه الاجنبية فاذا جامعها كان موليا من امرأته ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأسلمت ثم تزوجها فهو مول منها ان مضي شهران من يوم

تزوجها بانت بالايلاء لان اليمين لا يبطل بلحاقها فان شرط الحنث منتظر بعد وأصل كلامه كان ايلاء صحيحا فاذا تزوجها مع بقاء تلك اليمين كان موليا منها حين تزوجها وانما انعقدت المدة الثانية وهي أمة ومدة ايلاء الامة شهران ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته وهي أمة ثم اشتراها سقط الايلاء لانها صارت بحيث لايقع طلاقه عليها وموجب المدة المنعقدة وقوع الطلاق عند مضيها فاذا خرجت من أن تكون محلا لذلك سقط حكم تلك المدة كما لو أبانها وانقضت عدتها فان باعها أو أعتقها ثم تزوجها فهو مول منها لانها صارت بحال لايقع طلاقه عليها واليمين باقية فتنعقد المدة من حين تزوجها وكذلك الحرة اذا اشترت زوجها فهذا والاول سواء لان عصمة النكاح تنقطع بالملك من الجانبين على وجه لايقع طلاقه عليها فانها انما تكون محلا لطلاقه باعتبار ملك اليد له عليها وملك اليمين كما ينافي أصل ملك النكاح ينافي ملك اليد الثابت بالنكاح ولهذا لاتستوجب عليه النفقة والسكنى في عدتها ﴿قال﴾ واذا حلف العبد بالعتق أوالصدقة أن لايقرب امرأته لايكون موليا لانه يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ فانه لاعتق فيما لايملكه ابن آدم ومراده من الصدقة أن يلتزم الصدقة بمال بعينه وهو لايملك ذلك المال فيكون التزامه التصدق به لغوا ﴿قال﴾ وان حلف بحج أو صوم أوطلاق أو ماأشبه ذلك كان موليا لان التزام هذه الاشياء صحيح منه كما يصح من الحر فاذا علقها بالقربان فهو لايملك قربانها في المدة الا بشئ يلزمه وعلى هذا لو علق بالقربان التزام الصدقة في ذمته ﴿قال﴾ واذا حلف الذمي أن لايقرب امرأته فهو على ثلاثة أوجه في وجه يكون موليا بالاتفاق وهو ماذا حلف بطلاق أو عتاق لان العتق والطلاق يصح منه كما يصح من المسلم وفي وجه لايكون موليا بالاتفاق وهو ماذا حلف بحج أو صوم أو صدقة لان التزام هذه الاشياء منه لايصح لانها قربة وطاعة وما فيه من الشرك يخرجه من أن يكون أهلا لذلك وقع في بعض الكتب عن الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الايلاء منه بالحج صحيح في حكم الطلاق وان لم يصح في حكم التزام الحج لا ن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر عنده كما في اليمين بالله تعالى ولا يعتمد على هذه الرواية فأما ايلاؤه في اليمين بالله تعالى ينعقد في حكم الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء ولو قربها لم تلزمه الكفارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا بمنزلة القسم الثاني لانه يملك قربانها في المدة من غير أن يلزمه

شيء فلا يتحقق معنى الايلاء وهو قصد الاضرار بمنع حقها في الجماع وهذا لان حرمة اليمين بالله تعالى لوجوب تعظيم المقسم به ومع الشرك لا يتحقق منه هذا التعظيم كما لا يتحقق منه هذا الالتزام التزام الحج والصوم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه من أهل اليمين بالله تعالى فان فيها ذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم وذلك صحيح معتبر من الذمي حتى تحل ذبيحة الكتابي اذا ذكر اسم الله تعالى وكذلك يستحلف في المظالم والخصومات بالله تعالى وقد جعل الله تعالى للكفار ايمانا بقوله تعالى ألا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم وقوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم واذا ثبت أنه من أهل اليمين صار هو بحيث لا يملك قربانها الا بحنث يلزمه فيكون موليا ثم يترتب على هذا الحنث وجوب الكفارة وهو ليس من أهلها ولكن حكم الطلاق ينفصل عن حكم الكفارة في الايلاء كما لو قال لاربع نسوة له لا أقربكن يكون موليا من كل واحدة منهن وان كان لو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء ولان لهذه اليمين حكمين . أحدهما الطلاق وهو من أهله والآخر الكفارة وهو ليس من أهلها وكل واحد من الحكمين مقصود بهذه اليمين فامتناع ثبوت أحد الحكمين لانعدام الاهلية لا يمنع ثبوت الحكم الثاني مع وجود الاهلية ﴿قال﴾ واذا حلف الرجل بعتق عبده لا يقرب امرأته فهو مول الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول يملك قربانها في المدة من غير أن يلزمه شيء بأن يبيع عبده وفي ظاهر الرواية هو لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه فيكون موليا ولا يعتبر تمكنه من البيع لان البيع لا يتم به وحده وربما لا يجد مشتريا يشتريه منه فان باع العبد سقط عنه الايلاء لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لان المدة الاولى قد بطلت فيستأنف المدة من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد فهو يملك قربانها بعد ذلك من غير ان يلزمه شيء واذا مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موت العبد من غير ان يلزمه شيء وكذلك لو حلف على ايلاء هذه بطلاق أخرى ثم ماتت تلك أو طلقها ثلاثا لم يكن موليا بعد هذا لانه يمكنه ان يقربها من غير ان يلزمه شيء وان تزوجها بعد زوج لم يكن موليا من هذه أيضا الا على قول زفر لان يمينه على تطليقات ذلك الملك ولم يبق شيء منها بعد ايقاع الثلاث

وكذلك

وكذلك لو طلق هذه التي آلى منها ثلاثا سقط الايلاء لان ايلاءه في حكم الطلاق باعتبار التطليقات المملوكة ولم يبق منها شيء بعد ايقاع الثلاث ولو لم يطلقها ولكنه جامعها طلقت الاخرى لوجود شرط الوقوع عليها وارتفعت اليمين فان تزوجها بعد ذلك لم يعد الايلاء وان لم يجامعها ولكنه طلق الاخرى وانقضت عدتها سقط الايلاء عن هذه لانه صار بحيث يتمكن من قربانها من غير ان يلزمه شيء وهذا وبيمه العبد سواء على ما بينا ﴿قال﴾ واذا حلف لا يقرب امرأته حتى يموت هو أو تموت هي فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بحنث يلزمه وبعد موت أحدهما لا يبقى النكاح فهذا بمنزلة قوله لا أقربك ما دمت في نكاحي ويتم بهذا منع حقها في القربان بخلاف ما لو قال لا أقربك حتى يموت فلان لان موت فلان لا يمنع بقاء النكاح بينهما وهو موهوم في المدة فيتوهم أن يقربها في المدة من غير أن يلزمه شيء بعد موت فلان فلهذا لا يكون موليا وقد بينا القياس والاستحسان في قوله حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها وان قال حتى القيامة فهو مول قياسا واستحسانا وهذا وقوله أبدا سواء لانه لا تصور لبقاء النكاح بينهما بعد وجود ما جعله غاية بخلاف خروج الدجال على طريقة القياس ﴿قال﴾ ولو حلف لا يقربها حتى تفطم صبيا لها وبينه وبين الفطام أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا لانه يتحقق منه أن يقربها بعد الفطام في المدة من غير أن يلزمه شيء ولما كان ما جعله غاية ليمينه يوجد قبل تمام أربعة أشهر كانت هذه اليمين بمنزلة اليمين على القربان في أقل من الاربعة الاشهر لان بعد وجود الغاية لا يبقى اليمين وان كان بينه وبين الفطام أربعة أشهر أو أكثر وهو ينوي ذلك الفطام لا ينوي دونه فهو مول لان يمينه انعقدت موجبة للمنع من القربان في المدة ولو مات الصبي قبل أن يمضي أربعة أشهر سقط الايلاء لفوات ما جعله غاية ليمينه لان اليمين لا يبقى بعد فوات الغاية الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهي مسئلة كتاب الايمان وكذلك لو حلف لا يقربها حتى يأذن له فلان فمات فلان في الاربعة الاشهر بطلت اليمين لفوات الغاية ولو بقي فلان أربعة أشهر ولم يكن قربها لم يكن موليا أيضا لانه كان يتمكن من قربانها اذا أذن له فلان من غير أن يلزمه شيء وفي الكتاب قال ينبغي في القياس أن لا يكون موليا ولم يذكر شيئا سوى هذا فليس مراده أن هذا استحسان بخلاف القياس وانما مراده قياس ما تقدم من الفصول ﴿قال﴾ ولو قال ان قربتك فكل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فهو

مول فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون موليا لانه لايلزمه بالقربان شئ وهو يتمكن من أن لايتملك مملوكا بعده وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايتمكن من قربانها الا بيمين بالعتق يلزمه فيكون موليا كما لو قال إن قربتك فهذا المدبر حر ان دخل الدار يكون موليا منها وهذا لان الانسان يكون ممتنعا من اليمين بالعتق كما يكون ممتنعا من موجب اليمين فيصير بهذا اللفظ مانعاً حقها يوضحه ان الملك فى المستقبل قد يحصل له من غير صنعه كالميراث ولايتمكن من رده ولو قال ان قربتك فعلى حجة بعد ما أقربك بسنة أو قبل ان أقربك بيوم فهو مول لانه لايتمكن من قربانها الا بحجة تلزمه فى الوجهين جميعاً ﴿قال﴾ واذا قال ان قربتك فعلى صوم هذا الشهر لم يكن موليا لان يمينه لايتناول جميع المدة فان بمضى المدة يسقط اليمين ويصير بحيث يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ لان التزام الصوم مضافا الى الزمان الماضى لايصح فيصير عند القربان كأنه قال على صوم أمس وذلك لغو ولو قال ان قربتك فعلى طعام مسكين أو صوم يوم أو صدقة أو حج أو هدى فهو مول بالاتفاق وان قال فعلي صلاة ركعتين فهو مول فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة لايكون موليأ وجه قول محمد أنه علق بالقربان التزام ماهو قربة فيكون موليا كما فى الحج قال محمد فى الأمالى ولا معني لقول من يقول لايتوصل الى الحج الا بمال ويتوصل الى الصلاة بدون المال لانه لو قال ان قربتك فلله على صلاة ركعتين فى بيت المقدس لم يكن موليا عندهما وهو لايتوصل الى ماالتزم الا بالمال ووجه قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان بهذا اللفظ لا يتحقق منع القربان المستحق لان الانسان لايكون ممتنعا من التزام صلاة ركعتين اذ لايلحقه فى ادائها مشقة ولا خسران في ماله بخلاف سائر القرب توضيحه أنه ان علق بالقربان اطعام مسكين فهو موجب اليمين وكذلك الصدقة والصوم وكذلك الهدى والحج فانه لايتوصل الى ادائهما الا بمال والتكفير بالمال موجب اليمين عند الحنث فهو كما لو علق اليمين بالقربان فاما الصلاة ليست بموجب اليمين وكذلك لو قال فى بيت المقدس لان المكان لايتعين لأداء المنذور من الصلاة وان قال ان قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى وقد ظاهر أولم يظاهر فهو مول لانه لايملك قربانها الا بعتق يتنجز فى العبد وتنجز العتق ليس بموجب للظهار بخلاف مالو قال ان قربتك فلله على ان أعتق فلانا عن ظهارى

وهو مظاهر فليس بمول لانه عاق بالقربان وجوب العتق عليه عن الظهار وهو واجب عليه قبل القربان فلا يكون ملتزما بالقربان شيئاً والله أعلم

باب اللعان

اعلم بأن موجب قذف الزوج زوجته كان هو الحد في الابتداء كما فى الاجنبية ثبت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والدليل عليه ماروى ان ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل رجل انصاري فقال يارسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقال صلي الله عليه وسلم لهلال بن أمية رضى الله عنه حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء إيت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك وقالت الصحابة رضوان الله عليهم الآن يجلد هلال بن أمية رضى الله عنه فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فى حق الزوجين واستقر الامر على ان موجب قذف الزوج الزوجة اللعان بشرائط نذكرها وعلى قول الشافعى موجبه الحد ولكنه يتمكن من اسقاط ذلك عن نفسه باللعان حتى لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلاعن واستدل بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم فى آية اللعان بيان المخرج للزوج بان تقام كلمات اللعان مقام أربعة من الشهداء لان في كلمات اللعان لفظة الشهادة وهي شهادات مؤكدة بالايمان مزكاة باللعن مؤكدة بالظاهر وهو ان الزوج لايلوث الفراش على نفسه كاذبا ولهذا قلت بلعانه يجب حد الزنا عليها ثم تتمكن هى من اسقاط الحد عن نفسها بلعانها على أن يكون لعانها معارضا لحجة الزوج لانها شهادات مؤكدة بالايمان مزكاة بالتزام الغضب مؤيدة بالظاهر وهو ان المسلمة تمتنع من ارتكاب الحرام وفي كتاب الله تعالى اشارة الى هذا فانه قال ويدرأ عنها العذاب أى يسقط الحد الواجب بلعان الزوج ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم فهذا يقتضى ان يكون المذكور في الآية جميع موجب قذف الزوجة وذلك ينفي ان يكون الحد موجب هذا القذف مع اللعان ولو وجب الحد عليه لم يسقط الا بحجة وكلمات اللعان قذف أيضا فكيف يصح ان يكون القذف مسقطا لموجب القذف

نعرفنا انه هو الموجب لما فيه من التزام اللعن واذا امتنع منه يحبس حتى يلاعن لان من امتنع من ايفاء حق مستحق عليه لا تجرى النيابة فى ايفائه يحبس حتى يأتى به ولا يجب عليها حد بلعانه لان شهادة المرء لنفسه لا تكون حجة فى استحقاق ما يثبت مع الشبهات على الغير ابتداء فكيف تكون حجة فى استحقاق ما يندرئ بالشبهات وهذا لان الشهادات وان تكررت من واحد ليس بخصم لا تتم الحجة بها فمن الخصم أولى والعجب من الشافعى رحمه الله تعالى أنه يقول لو شهد الزوج مع ثلاثة نفر على زوجته بالزنا لا يجب الحد عليها فكيف يجب الحد بشهادته وحده ولكن اللعان مستحق عليها كما هو علي الزوج فاذا امتنعت حبست والمراد من قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب الحبس لا الحد اذا عرفنا هذا فنقول من شرائط اللعان عندنا كون الزوجين من أهل الشهادة على الاطلاق وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه هذا ليس بشرط ولكن كل من كان من أهل الطلاق عنده فهو من أهل اللعان وهذا منه تناقض لانه يجعل كلمات اللعان شهادات فى وجوب الحد بها ثم لا يشترط الاهلية للشهادة ولكن يقول اللعان من كلام الزوج موجب للفرقة فيكون بمنزلة الطلاق ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك مابدأ به الباب فقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا لعان بين أهل الكفر وأهل الاسلام ولا بين العبد وامرأته وأهل الحديث يروون هذا بلفظ آخر وقد ذكره صاحب المشافهات في تفسيره أربعة لا لعان بينهم وبين نسائهم المسلم اذا كان تحته كافرة والكافر اذا كان تحته مسلمة والحر اذا كان تحته أمة والعبد اذا كان تحته حرة فذلك تنصيص على اشتراط أهلية الشهادة فيهما وفى الآية اشارة الى هذا فانه قال ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والمراد بالشهداء من يكون أهلا للشهادة مطلقا والمستثني من جنس المستثنى منه وقال الله تعالى فشهادة أحدهم وهذا شأن شهادة شرعية ولا يتحقق ذلك ممن ليس بأهل للشهادة ثم المسلم اذا كان تحته كافرة فهى ليست بمحصنة وكما ان قذف الاجنبية اذا لم تكن محصنة لا يوجب الحد فكذلك قذف الزوج زوجته اذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان وكذلك الحر اذا كان تحته أمة فاما الكافر اذا كان تحته مسلمة بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام فهو ليس من أهل الشهادة عليها وكذلك العبد اذا كان تحته حرة فلا يكون قذفه اياها موجبا للعان ولكنه يكون موجبا حد القذف لان القذف بالزنا لا ينفك عن موجب فاذا خرج من أن يكون موجبا للعان لمعني فى القاذف

كان موجبا للحد وكذلك المحدود في القذف اذا قذف امرأته لان الدلالة قامت لنا على ان اقامة حد القذف عليه مبطل لشهادته ومخرج له من ان يكون أهلا لاداء الشهادة وكذلك ان كانت المرأة محدودة فى قذف فلا لعان بينهما لانعدام أهلية اداء الشهادة في جانبها الا أنه اذا كانت هى المحدودة فى القذف فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفه باعتبار حاله موجب للعان فلا يكون موجبا للحد اذ لايجمع بين الموجبين ولكن امتنع جريان اللعان لمعنى من جهتها فهو كما لوصدقت الزوج بخلاف مااذا كان الزوج هو المحدود لان قذفه باعتبار حاله لم يكن موجبا اللعان فكان موجبا للحد اذهي محصنة ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد أيضا لان قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيكون موجبا للحد ولايجوز ان يقال امتناع جريان اللعان هنا لكونها محدودة لان أصل القذف يكون من الرجل وانما يظهر حكم المانع فى جانبها بعد قيام الاهلية في جانب الرجل فأما بدون الاهلية فى جانبه لامعتبر بحالها وكذلك العبد يقذف الحرة المحدودة تحته لانها محصنة وان قذف العبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فلا حد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة وكذلك الحر يقذف امرأته وهى أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانها بمنزلة المكاتبة فلا تكون محصنة مع قيام الرق ولكنه يعذر لذلك أسواطا لان قذف المملوك يوجب التعزير لمعنى هتك الستر واشاعة الفاحشة والعبد اذا قذف امرأته الحرة المسلمة فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيلزمه الحد لكونها محصنة ﴿قال﴾ واذا قذف الاعمى امرأته وهى عمياء والفاسق قذف امرأته فعليهما اللعان لان الفاسق من أهل الشهادة ولكن لا تقبل شهادته لعدم ظهور رجحان جانب الصدق ولهذا أمر الله تعالى بالتثبت فى خبره والتثبت غير الرد بخلاف المحدود فى القذف فانه محكوم ببطلان شهادته كما قالت الصحابة رضوان الله عليهم فتبطل شهادته فى المسلمين والدليل عليه أن الفاسق اذا شهد فى حادثة فرد القاضى شهادته ثم أعادها بعد التوبة لم تقبل ولو لم يكن المردود شهادة لكانت مقبولة بعد التوبة وكذلك الاعمي من أهل الشهادة الا أنه لاتقبل شهادته لنقصان في ذاته وهو أنه لايميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بالصوت والنغمة ولان شهادته جائزة في قول بعض الفقهاء يعني اذا تحمل وهو بصير ثم أدى بعد العمي تقبل شهادته عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فاذا كان من أهل الشهادة كان من أهل اللعان أيضا ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته وقد زنت

فلاحد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة وهو صادق فيما رماها به من الزنا وكذلك ان وطئت وطئاً حراما يريدبه الوطء بشبهة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يلاعنها وهو قول ابن أبي ليلى لان هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض ولكنا نقول وطء غير مملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الاحصان ولكن لايجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لالايجابه فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه ايجاب الحد بالشبهة وبهذا فارق حكم النسب والعدة لانه يثبت مع الشبهة ﴿قال﴾ واذا قذفها وهي صغيرة أو هو صغير فلا حد ولا لعان اما الصبي فقوله هدر فيما يتعلق به اللزوم والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك ان كان أحدهما مجنونا أو معتوها وكذلك ان كان أحدهما أخرس اما اذا كان الزوج هو الاخرس فقذفه لايوجب الحد ولا اللعان عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يوجب لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولكنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد أو اللعان ولايتأتى هذا التصريح في اشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكتابة ولانه لابد من لفظ الشهادة في اللعان حتى ان الناطق لو قال أحلف مكان قوله أشهد لايكون صحيحا وبعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى يرتكبون هذا ولكنه مخالف للنص فاذا ثبت أنه لابد من لفظ الشهادة وذلك لايتحقق باشارة الاخرس وكذلك ان كانت هي خرساء لان قذف الخرساء لايوجب الحد على الاجنبي لجواز ان تصدقه لو كانت تنطق ولاتقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لايجوز ﴿قال﴾ واذا قذف الحر المسلم امرأته الحرة المسلمة بالزنا فان كفت عن مرافعته فهي امرأته لان حقيقة زناها لاينافي بقاء النكاح بينهما فالنسب الى الزنا أولى واللعان هنا كالحد في قذف الاجانب وذلك لايستوفى الا بطلب المقذوف فهذا مثله وان دفعته بدأ الامام بالرجل فأمره ان يلاعن كما قال الله تعالى في كتابه يقوم فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا اما قيامهما ليس بشرط فسره الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال لايضره اللعان قائما أو قاعداً لان اللعان شهادة أو يمين فالقائم والقاعد فيه سواء

وذكر في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لابد ان يقول إني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه اذا ذكر بلفظة الغائبة يتمكن فيه شبهة واحتمال فلا بد من لفظ الخطاب وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا لان كل واحد منهما يشير الى صاحبه والاشارة أبلغ أسباب التعريف فاذا فرغا من اللعان فرق الامام بينهما لحديث سهل بن سعد رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين العجلاني وامرأته فقال العجلاني كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ففارقها قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يفارقها فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم الفرقة لاتقع عندنا الا بتفريق القاضي وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه تقع بنفس لعان الزوج وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يقع الفرقة بلعانهما فالشافعي رحمه الله تعالى يقول سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح فيتم به كالطلاق وزفر رحمه الله تعالى يستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبداً فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما ولكنا نستدل بالحديث الذى روينا فان العجلاني رضى الله تعالى عنه أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه فان قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها ﴿ قلنا ﴾ ذاك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى أنه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها ولان الراوى قال فذلك السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما فدل أنه لاتقع الفرقة الا بالتفريق وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لاينفسخ البيع مالم يفسخ القاضي فكذلك هنا وهذا لان مجرد اللعان غير موضوع للفرقة ولا هو مناف للنكاح الا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة والخصومة وفوات المقصود بالنكاح مع اصرارهما على كلامهما فلا يتم الا بقضاء القاضي فأما قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لايجتمعان أبداً حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين فزفر رحمه الله تعالى يوافقنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما ثم ذكر عن ابراهيم رضى الله تعالى عنه قال اللعان تطليقة بائنة واذا أكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

فقالا الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تكون فرقة بغير طلاق بناء على ان عند أبي يوسف يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما وهو قول الشافعي رضي الله عنه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لاتتأبد الحرمة بسبب اللعان حجتهما في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لايجتمعان أبداً وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم والمعنى فيه ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لايكون طلاقا ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع توضيحه ان ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الاجنبي وذلك يتأبد فكذلك هنا وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص وذلك لايجوز خصوصاً فيما كان طريقه طريق العقوبات ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه الا في نكاح صحيح فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة وهذا لان باللعان يفوت الامساك بالمعروف فيتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج واذا ثبت انه طلاق والحرمة بسبب الطلاق لاتتأبد فاما الحديث فقد بينا ان حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ومن حيث المجاز انما يسميان متلاعنين مابقي اللعان بينهما حكما وعندنا لايجتمعان مابقي اللعان بينهما حكما وانما تجوز المناكحة بينهما اذا لم يبق اللعان بينهما حكما لانه اذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان ولا يبقى أهلا للعان بعد اقامة الحد وكذلك ان أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلا للعان وكذلك ان قذفت رجلا فاقيم عليها الحد فعرفنا ان حل المناكحة بينهما بعد مابطل حكم اللعان فلا يكون في هذا اثبات الاجتماع بين المتلاعنين ﴿ قال ﴾ واذا أنكر الزوج القذف فاقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ثم قال ابن أبي ليلى انكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد ولكنا نقول انكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقام اكذابه نفسه فلهذا لايحد ﴿ قال ﴾ واذا نفي الرجل حبل امرأته فقال هو من زنا فلا لعان بينهما ولا حد قبل الوضع في قول علمائنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى

يلاعنها لحديث هلال بن أمية رضى الله عنه فانه قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولان الحبل يعرف وجوده بالظاهر ويتعلق به أحكام شرعا نحو الرد بالعيب والميراث والوصية به وله فكذلك يثبت حكم اللعان بنفيه (وحجتنا) ما قال فى الكتاب ان نفي الحبل ليس بشيء لانه لايدرى لعله ريح واللعان فى قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد فى قذف الاجنبية فلا يجوز اقامته مع الشبهة بخلاف حكم الرد بالعيب فانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية تتوقف على انفصال الولد ولا تتقرر فى الحال فاما الحديث من أصحابنا من قال انه قذفها بالزنا نصا فانه قال وجدت شريك بن سمحاء على بطنها يزني بها ثم نفي الحبل بعد ذلك وعندنا اذا قذفها بالزنا نصاً يلاعنها علي ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف من طريق الوحي انها حبلى حتى قال ان جاءت به أحيمر على نعت كذا فهو لهلال ابن أمية رضي الله عنه وان جاءت به أسود جعداً جمالياً فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان التى سبقت لكان لى ولها شأن ومثل هذا لا يعرف الا بطريق الوحي ولا يتحقق مثله فى زماننا ثم عند أبي حنيفة اذا جاءت بالولد يثبت نسبه من الزوج ولا يجرى اللعان بينهما بذلك النفي وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر منذ نفي فكذلك وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أمه لانا تيقنا ان الحبل كان موجوداً حين نفاه عن نفسه فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء والدليل عليه حكم الوصية والميراث فانه يثبت اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر لتيقننا انه كان موجوداً وقت السبب وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل هذا القذف لم يكن موجباً للعان فلا يصير موجباً بعد ذلك لانه حينئذ يكون هذا فى معنى قذف مضاف والقذف لايحتمل الاضافة ولا التعليق بالشرط وبه فارق الوصية والميراث لانه يمكن اثباته على سبيل التوقف والاضافة الى مابعد الانفصال يقرره انه لو لاعنها قبل الوضع كما قال الشافعي يحكم على الحبل بقطع نسبه من الزوج اذ النسب من حق الولد والزام الحكم على الحمل لايجوز فاذا تعذر نفي النسب عند النفي لايصير محتملا للنفي بعد ذلك ولو لاعنها بعد الوضع لنفي النسب عنه وذلك لا يجوز واذا تعذر نفي النسب يتعذر اللعان كما لو ولدت ولداً ميتاً واذا لاعنها بغير ولد فلها النفقة والسكني في العدة لان وقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج ولهذا كان طلاقا فاذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لانها جاءت به لمدة يتوهم

أن العلوق فى حال قيام النكاح وان لم يكن عليها عدة لزمه الولد مابينه وبين ستة أشهر كما لو وقعت الفرقة بينهما بسبب آخر ولو نفي هذا الولد لم يجر اللعان بينهما عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يجرى اللعان بينهما لان الاصل عنده أن اللعان يجرى لنفى الولد مقصوداً ولهذا قال في النكاح الفاسد اذا دخل بها الزوج ثم جاءت بولد فنفاه يجرى اللعان بينهما لنفي الولد مقصوداً وهذا لانه محتاج الى أن ينفى عن نفسه نسباً ليس منه واللعان مشروع لحاجته فأما عندنا حكم اللعان ثبت بالنص فى الزوجات قال الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولا زوجية فى النكاح الفاسد ولا بعد البينونة ولانه لو جرى اللعان بينهما انما يجرى لنفى الولد وقد حكم الشرع بثبوت نسب الولد منه حين أوجب المهر والعدة بالنكاح الفاسد وبعد الحكم بثبوت النسب لا يتصور نفيه توضيحه أن نفي النسب تبع لقطع الزوجية والتفريق بينهما وقيام التبع بالمتبوع فاذا تعذر الحكم عليه بقطع الزوجية يمتنع جريان اللعان بينهما ﴿ قال ﴾ واذا لاعنها بولد ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر أو أكثر مابينها وبين السنتين لزمه هذا الولد لان العلوق به موهوم أنه كان فى حال قيام النكاح ﴿ قال ﴾ واذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد فأقر بالاول ونفي الثانى لزمه الولدان ويلاعنها فان نفي الاول وأقر بالثانى لزماه ويحد لان اقراره بنسب أحدهما اقرار بنسبهما فانهما توأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حكم النسب لعلمنا انهما خلقا من ماء واحد فاذا أقر بالاول كان هذا كاقراره بهما ثم في نفي الثاني هو قاذف لها بالزنا فيلاعنها وان نفي الاول فقد صار قاذفا لها بالزنا وحين أقر بالثانى فقد أكذب نفسه فيلزمه الحد ونسب الولدين ثابت منه لان اقراره باحدهما كاقراره بهما وان نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان فانه يلاعن على الحي منهما وهما ولداه لان الذي مات قد لزمه نسبه ألا ترى أنه يرثه لو كان له مال وانه لو قتل كان له الميراث من ديته والحكم بثبوت نسب أحدهما منه حكم بثبوت نسبهما فلا يحتمل النفي بعد ذلك ولانه لو قطع نسب هذا الحي منه قطع نسب الميت أيضاً والنسب كما لا يمكن اثباته بعد الموت بالدعوة لا يمكن قطعه بالنفي لان فيه الزام الحكم على الميت من غير خصم عنه فان الاخ لا ينتصب خصما عن أخيه ولكن لا يمتنع جريان اللعان بينهما لانه قذفها بالزنا وليس من ضرورة اللعان قطع النسب والنسب انما لزمه حكما فلا يكون ذلك بمنزلة اكذابه نفسه في منع جريان اللعان بينهما وكذلك لو كانت ولدت أحدهما ميتا فنفاهما لان المولود ميتا ثابت النسب منه

حتى لو ضرب انسان بطنها فلزمته الغرة كان للوالد منه الميراث واذا لزمه نسب أحدهما لزمه نسبهما ﴿ قال ﴾ وان ولدت ولداً فنفاه ولاعن به ثم ولدت من الغد ولداً آخر لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لان نسب الذى كان فى البطن لم يثبت فيه حكم الحاكم لما فيه من الزام الحكم على الحمل وذلك ممتنع ولا يجوز أن يتوقف على الانفصال فاذا انفصل كان ثابت النسب منه وهما توأم اذ ليس بينهما مدة حبل تام ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ولان اعتبار جانب الذى كان منفصلا وقت اللعان يوجبه نفى النسب واعتبار جانب الآخر يثبت النسب وانما يحتاط لاثبات النسب لا لنفيه فان قال هما ابناى كان صادقا ولا حد عليه لأن نسبهما منه يثبت شرعا فهو بهذا اللفظ يخبر عما يلزمه شرعا فلا يكون اكذابا منه نفسه توضيحه أن كلامه محتمل يجوز أن يكون مراده الاكذاب بدعوى النسب ويجوز أن يكون مراده الاخبار بما لزمه شرعا والحد لا يجب مع الاحتمال وان قال ليسا بابنيّ كانا ابنيه لان نسبهما لزمه حكما فلا يملك نفيه ولا حد عليه لانه بهذا اللفظ كرر القذف الذى لاعنها به فلا يلزمه بالتكرار حد ولو قال كذبت فى اللعان وفيما قذفتها به كان عليه الحد لانه صرح باكذابه نفسه وذلك يوجب الحد عليه ﴿ قال ﴾ ولو نفى ولد زوجة محدودة أو كتابية أو مملوكة والزوج حر أو عبد كان نفيه باطلا ويلزم الولد اياه لان النسب قد ثبت منه بالفراش فلا ينقطع الا باللعان وقد تعذر اثباته بينهما لانعدام أهلية الشهادة فيهما أو فى أحدهما فيبقى النسب ثابتا منه ولا حد على الزوج ولا لعان وقد أجمل هذا الجواب لانه فى السؤال ذكر الزوج العبد والمرأة المحدودة وقد بينا فيما سبق ان العبد اذا قذف امرأته المحدودة فعليه الحد فيحمل هذا الجواب على ما اذا كان الزوج حرا مسلما حتى يمتنع جريان اللعان من قبلها فحينئذ لا يجب الحد ولا اللعان ﴿ قال ﴾ واذا التعن الرجل ثلاث مرات والتعنت المرأة ثلاث مرات ثم فرق القاضى بينهما فقد أخطأ السنة والفرقة جائزة عندنا وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى حكمه بخلاف السنة باطل فلا تقع الفرقة بينهما لانه حكم بخلاف النص فان اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات والحكم بخلاف النص باطل كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر فى حد الزنا أو بشهادة رجل وامرأة بالمال ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ان هذا حكم فى موضع الاجتهاد فيجوز وينفذ كالحكم بشهادة المحدود فى القذف ونحوها وبيانه من وجهين أحدهما ان ماشرع مكرراً من واحد فقد يقام الاكثر منه مقام

الكل والثاني ان تكرار اللعان للتغليظ ومعنى التغليظ يحصل بأكثر كلمات اللعان لانه جمع متفق عليه وأدنى الجمع كأعلاه فى بعض المواضع فاذا اجتهد القاضى وأدي اجتهاده الى هذا الحكم نفذ حكمه ألا ترى انه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهداً فيه فبعد ماأتى كل واحد منهما بأكثر كلمات اللعان أولى ولا نسلم ان قضاءه مخالف للنص لان أصل الفرقة ومحلها غير مذكور فى النص وهذا الاجتهاد فى محل الفرقة فان من أبطل هذا القضاء يقول لاتقع الفرقة وان أتمت المرأة اللعان بعد ذلك ولاينفذ حكمه وان أتم الزوج اللعان وانما تقع الفرقة عنده بلعان الزوج ولو فرق بينهما بعد ماالتعن كل واحد منهما مرتين لم ينفذ حكمه لان بقاء أكثر اللعان كبقاء جميعه فهذا حكم في غير موضع الاجتهادفان أقل الشئ لايقوم مقام كماله ﴿قال﴾ ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهماحتي مات أحدهما توارثا لان الفرقة عندنا لاتقع الابقضاء القاضى فانما انتهى النكاح بينهمابالموت ﴿قال﴾ ولو أخطأ القاضى فأمر المرأة فبدأت باللعان ثم التعن الرجل كان عليه ان يأمر المرأة باعادة اللعان لانها التعنت قبل أوانه فان اللعان مشروع فى جانبها لمعارضة لعان الزوج لانها لايثبت بلعانها شئ على الزوج وماحصل قبل أوانه لا يعتد به فيأمرها باستقبال اللعان فان لم يأمرها بذلك وفرق بينهماوقعت الفرقة كما لو التعن الزوج ولم تلتعن المرأة حتى فرق بينهما لانه حكم فى موضع الاجتهاد لان فيما طريقه على طريق المعارضة لافرق بين ان يسبق هذا أوذاك وفي باب التحالف له ان يبدأ بيمين أيهما شاء ولانهما متلاعنان سواء بدأت هى أو هو وحكمه فى موضع الاجتهاد نافذ ﴿قال﴾ واذا قذف أجنبية ثم تزوجها فقذفها فرافعته فيهما جلد الحدود رئ اللعان لان موجب قذفه قبل التزوج الحد وموجب قذفه بعد التزوج اللعان ولكن متى اجتمع الحدان عند الامام وفى البداية بأحدهما إسقاط الآخر بدئ بمافيه اسقاط الآخر احتيالا للدرء ولوبدأ باللعان هنا لم يسقط الحدولو بدأ بالحد يسقط اللعان لان المحدود فى القذف لايلاعن امرأته فلهذا يبدأ بالحد ولو أخذته بالآخر وتركت الاول لاعنها لان حد القذف لايقام الا بطلب المقذوف فاذا لم يطلب صار القذف الاول كالمعدوم فى حق الثانى وقد وجد منها الخصومة في الثانى فيلاعنها فان أخذته بعد ذلك بالاول ضرب الحد لان بترك الطلب زمانا لايسقط حقها فى المطالبة بحد القذف بعد تقرر الموجب لحد القذف وان بدأت بالاول حدلها فان أخذته بعد ذلك بالآخر لم يلزمه حد

ولا لعان لان القذف الثاني كان موجبا للعان وقد تعذر اقامته حين صار محدوداً في قذف ولو كان موجبا للحد لا يقام الا حد واحد وقد أقيم ذلك بعد القذفين ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته مرات فعليه لعان واحد لان اللعان في كونه موجب قذف الزوجات كالحد في حق الاجنبيات والحد لا يتكرر بتكرر القذف لشخص واحد ﴿قال﴾ واذا قذف أربع نسوة في كلمة واحدة أو في كلمات متفرقة فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف مالو قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد واحد لهن لان المقصود يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان مع بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد هنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات ﴿قال﴾ ولو قذف رجلا فضرب بعض الحد ثم قذف امرأة نفسه لم يكن عليه لعان وعليه تمام الحد لذلك الرجل لان قذفه اياها موجب للعان فان باقامة بعض الحد عليه لا تبطل شهادته ولكن لا بد من اكمال الحد لذلك الرجل أولا لان في البداية به اسقاط اللعان فانه يصير محدوداً في قذف فيبدأ باكمال الحد الاول لهذا ولو كان قذفه اياها في هذه الحالة موجباً للحد لم يجب الا كمال الحد الاول كما لو قذف أجنبياً آخر ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود به ولا حد عليه لان قذفه كان موجباً للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين ولو أكذب نفسه لم يضرب الحد أيضا لهذا المعنى بخلاف مالو أكذب نفسه بعد مالاعنها لان وجوب اللعان هناك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة باكذابه نفسه فيكون هذا نظير الشهود بالزنا فاما هنا لم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان أكذب نفسه ﴿قال﴾ ولو قال انت طالق ثلاثا يازانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث فانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد ماقذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان وهذا لانه وان ذكر كلامه على سبيل النداء فقد نسبها به الى الزنا لان النداء للتعريف وتعريفها بهذا الوصف نسبتها اليه بابلغ الجهات

﴿قال﴾ واذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان لان القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ولان التعلق بالشرط يمنع تحقق نسبتها الى الزنا فى الحال ولان من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار وكذلك لو قال اذا تزوجتك فانت زانية أو انت زانية ان شاء فلان فهو باطل لما قلنا ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته قد زنيت قبل أن أتزوجك أو رأيتك تزنين قبل ان أتزوجك فهو قاذف اليوم وعليه اللعان لان القذف نسبتها الى الزنا وقد تحقق ذلك فى الحال بخلاف مالو قال قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فانه يجب عليه الحد لانه ظهر باقراره قذف قبل التزوج فهو كما لو ثبت ذلك بالبينة بخلاف مالو قال لها زنيت وأنت صغيرة فانه لا حد عليه ولا لعان فان فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعاً فقد نسبها الى مالا يتحقق شرعاً فيكون هذا بمنزلة مالو نسبها الى مالا يتحقق اصلا بأن قال زنيت قبل ان تخلق فاما ما قبل التزوج يتحقق منها فعل الزنا شرعا ولان الصغيرة لا يلحقها العار ولا الاثم شرعا والقذف بالزنا يتعير به المقذوف وقد يكون فيه آثما شرعا وان قال لها فرجك زان أو جسدك زان أو بدنك زان فهو قذف لانه ذكر مايعبر به عن جميع البدن بخلاف الرجل واليد وبأى لغة رماها بالزنا فهو قاذف لان مايلحقها من العار والشنار بالنسبة الى الزنا لا يختلف بين العربية والفارسية واذا قال وجدت رجلا معها يجامعها لم يكن قاذفا لان الجماع قد يكون حلالا وشبهة وبدون التصريح بالزنا لا يكون القذف موجباً كما فى حق الاجانب مالم يصرح بالزنا لا يكون موجباً للحد ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته يازانية فقالت بل أنت فانها تحد له ويدرأ اللعان لان معنى كلامها لا بل أنت الزانى وقذفها اياه موجب للحد وفى البداية به اسقاط اللعان لانها تصير محدودة فى قذف وقد بينا أنه متى كان فى البداية باحد الحدين اسقاط الاخر يبدأ به وذكر فى الاصل أنه لو قال لامرأته يازاني فعليه اللعان لانه قاذف لها وان أسقط الهاء من كلامه لان الاسقاط للترخيم عادة العرب بخلاف مالو قال لرجل يازانية لم يكن عليه حد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهي مسئلة الحدود وقذف الأصم امرأته يوجب اللعان لان التصريح بالنسبة الى الزنا يتحقق من الأصم بخلاف الاخرس ولو قذف رجل امرأة رجل فقال الزوج صدقت لم يكن عليه حد ولا لعان لانه ليس بتصريح بالنسبة لها الى الزنا فمن الجائز ان مراده صدقت هى امرأته وهذا اللفظ لا يكون قذفا فى حق الاجانب فكذلك فى حق الزوجة ﴿قال﴾ وان قال يازانية فقالت زنيت

بك في القياس يلاعنها لان كلامها ليس باقرار بالزنا منها فان فعل المرأة بزوجها لا يكون زنا ولكن في الاستحسان ليس بينهما حد ولا لعان لانها بأول كلامها صارت مصدقة له حين قالت زنيت ولان كلامها محتمل لعلها أرادت زنيت بك قبل النكاح ولعلها أرادت بعد النكاح فلاحتمال الوجه الاول يسقط اللعان ولاحتمال الوجه الثاني لاتكون هي قاذفة له فلا يلزمها الحد وان قال يازانية فقالت أنت أزنى مني فعليه اللعان لان كلامها ليس بقذف له فان معناه أنت أقدر على الزنا مني ولهذا لو قذف الاجنبي بهذا اللفظ لايلزمه الحد وكذلك لو قال الزوج أنت أزنى من فلانة أو أنت أزني الناس فلا حد ولا لعان لان معنى كلامه أنت أقدر على الزنا أو أكثر شبقاً فلا يتحقق نسبتها الى الزنا بهذا اللفظ واذا قذفها أونفى نسب ولدها فصدقته لم يكن بينهما حد ولا لعان لانها بتصديق الزوج فيما نسبها اليه من الزنا تخرج من أن تكون محصنة والولد ولده لان النسب يثبت منه بالفراش فلا ينتفى الا باللعان وقد تعذر اللعان بينهما فان قذف امرأة رجل فقال الرجل صدقت هي كما قلت كان قاذفا لها لانه صرح بآخر كلامه أن مراده من التصديق أول الكلام ومعناه هي زانية كما قلت بخلاف مالوقال مطلقا صدقت ولو قال لامرأته يازانية بنت الزانية فقد صار قاذفا لها ولامها وقذفه أمها موجب للحد وقذفه إياها موجب للعان فاذ رفعته هي وأمها بدئ بالحد لما في البداية به من اسقاط اللعان وكذلك ان كانت الام ميتة فللبنت أن تخاصم في اقامة الحد لان العار يلحقها بزنا أمها فاذا خاصمت في ذلك حد لها ودرئ اللعان وان قال زنيت مستكرهة أو زني بك صبي لم يكن قاذفا لها لان المستكرهة لاتكون زانية شرعا فان الفعل ينعدم منها وهو التمكين في الاكراه ولهذا لايلزمها الحد وكذلك فعل الصبي لايكون زنا شرعا وهي بالتمكين من غير الزنا لاتكون زانية فلا يكون قاذفا لها ولو قذفها ثم وطئت وطئاً حراما سقط اللعان لانها خرجت من ان تكون محصنة والعارض في الحدود قبل الاقامة كالمقترن بأصل السبب ﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة ولداً ثم نفى الولد بعد سنة لاعنها ولم ينتف الولد انما استحسن اذا نفاه حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك ان ينتفي باللعان فهذا قول أبي حنيفة رضي الله ولم يكن وقت فيه وقتا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الوقت فيه أيام النفاس أربعون يوما وجه قولهما ان مدة النفاس كحالة الولادة بدليل انها لاتصوم فيه ولا تصلي وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول اذا لم يكن الولد منه لايحل له ان يسكت عن نفيه بعد

الولادة فيكون سكوته عن النفي دليل القبول وكذلك يهنى بالولد عند الولادة فقبوله بالتهنئة اقرار منه ان الولد منه وكذلك يشتري مايحتاج اليه لاصلاح الولد عادة وبعد وجود دليل القبول ليس له ان ينفيه وكان القياس ان لايصح نفيه الا على فور الولادة وبه أخذالشافعي ولكنه استحسن أبو حنيفة رحمه الله فقال له ان ينفيه بعد ذلك بيوم أو يومين لانه يحتاج الى ان يروى النظر لئلا يكون مجازفا في النفي قال صلى الله عليه وسلم من نفي نسب ولده وهو ينظر اليه فهو ملعون ولا يمكنه ان يروى النظر الا بمدة فجعلنا له من المدة يوما أو يومين وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة سبعة أيام فى هذه المدة يستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف فان نصب المقدار بالرأى لا يكون ﴿قال﴾ ولو كان الزوج غائبا حين ولدته فحضر بعد مدة يجعل في حقه في حكم النفي كأنها ولدته الآن الا أنه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان حضر قبل الفصال فله أن ينفيه الى أربعين ليلة ولو حضر بعد الفصال فليس له أن ينفيه لانه يقضى بنفقته عليه في ماله الذى خلفه ولو كان له أن ينفيه بعد الفصال لكان له أن ينفيه بعد ما صار شيخاً وهذا قبيح هذا كله ان لم يقبل التهنئة فاما اذا هنئ فسكت فليس له أن ينفيه بعد ذلك لان سكوته عند التهنئة بمنزلة قبوله التهنئة وذلك بمنزلة الاقرار بنسبه الا أنه روى عن محمد رحمه الله تعالى انه اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة فاما نسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يكون مسقطا حقه في النفي ﴿قال﴾ واذا لاعن بولد ولزم أمه ثم مات الولد عن مال فادعاه الاب لم يصدق على النسب والميراث لان الولد بالموت قد استغنى عن النسب فكان هذا منه دعوى الميراث وهو مناقض فى دعواه لكن يضرب الحد لانه أكذب نفسه وأقر أنه كان قاذفا لها فى كلمات اللعان فان كان الولد ابنا له فمات وترك ولداً ذكراً أو أنثى ثبت نسبه من المدعى وورث الاب منه لان الولد الباقي محتاج الي النسب فبقاؤه كبقاء الولد الاول فأما اذا كان ولد الملاعنة بنتا فماتت عن ولد ثم أكذب الملاعن نفسه فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى [1] وعندهما لايثبت النسب هنا لان نسب الولد القائم من جانب ابيه لامن جانب أمه قال القائل

---

(١) وجد في احدي النسخ بين هذه الجملة وما بعدها مانصه (والجواب على العكس عند أبي

وانما

وانما أمهات الناس أوعية مستودعات وللانساب آباء

ألا ترى ان أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة وهذا وما لوماتت لا عن ولد سواء ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الولد يتعير بانتفاء نسب أمه كما يتعير بانتفاء نسب أبيه فكان هذا الولد محتاجاً الى اثبات نسب أمه ليصير كريم الطرفين فيكون بقاؤه كبقائها كما لو كان ولد الملاعنة ذكراً واذا ثبت النسب فالميراث ينبنى عليه حكما ﴿ قال ﴾ ولو ولدت امرأة الرجل فقال الزوج لم تلده فلا حد عليه ولا لعان لانه أنكر ولادتها وذلك لا يتضمن نسبتها الى الزنا ولو شهدت امرأة على الولادة ثبت نسبه منها لقيام الفراش بينهما فاذا نفاه بعد ذلك لاعنها وان قال ليس هذا مني ولا منك لم يكن بهذا قاذفا لها لانه ينكر ولادتها هذا الولد بهذا اللفظ ﴿ قال ﴾ واذا قذف امرأته ثم ارتدت ثم أسلمت ثم تزوجها لم يكن لها أن تأخذه بذلك القذف لانها بالردة خرجت من ان تكون محصنة ولانها بانت منه بالردة ولو بانت بسبب آخر لم يكن عليه حد ولا لعان فاذا بانت بالردة أولى ﴿ قال ﴾ واذا لاعن الرجل امرأته بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره فعليه الحد لانها بقيت محصنة بعد اللعان والتفريق فان اللعان بينهما باعتبار كونها محصنة فلا تخرج به من أن تكون محصنة ﴿قال﴾ وان لاعنها بولد ثم قذفها هو أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لانها في صورة الزانيات فان في حجرها ولداً لا يعرف له والد فلا تكون محصنة فان ادعى الزوج الولد جلد الحد وألزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات حين ثبت نسب ولدها من الزوج ولا حد على من كان قذفها قبل ذلك لان حال وجود السبب في الحدود معتبر لا محالة وقد كانت عند القذف في صورة الزانيات ﴿قال﴾ ولو ادعي الولد ثم مات قبل أن يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوة وضرب من قذف المرأة بعده الحد وكذلك لو أقامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر ثبت نسبه منه وضرب الحد لأن الثابت بالبينة على الزوج أنه ادعاه كالثابت بالاقرار ومن قذفها بعد ذلك ضرب الحد لانها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات ﴿قال﴾ واذا قذف الرجل امرأته فرافعته فأقامت

حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت وعندهما يثبت هكذا ذكر في عامة كتب الاصل وكذا ذكر شمس الأئمة في آخر كتاب الولاء) وهذه ليست من الاصل وانما هي حاشية كتبت على الهامش فأدخلها الناسخ في الاصل ظنا أنها منه اه مصححه

شاهدين أنه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بالمعاينة ﴿قال﴾ واذا رجع الملاعنان الى حال لا يتلاعنان فيه أبداً فان كان بعد التفريق حل له أن يتزوجها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان كان قبل التفريق لم يفرق بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يجتمعان أبداً وقد بينا هذه المسئلة وحاصل مذهب أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن التفريق بينهما والحرمة للتحرز عن تكرار اللعان وقد زال ذلك المعني حين صارا الى حال لا يتلاعنان فيه أبداً ﴿قال﴾ واذا أسلمت امرأة الذمى فقذفها ثم أسلم فعليه الحد لانها كانت محصنة حين قذفها فكان اللعان ممتنعا باعتبار حال الزوج فانه كافر فلزمه الحد ثم لا يسقط ذلك بعد اسلامه وكذلك العبد يعتق بعد ما قذف امرأته ﴿قال﴾ ولو قذف الحر امرأته الذمية أو الامة ثم أسلمت أو أعتقت لم يكن عليه حد ولا لعان لان امتناع جريان اللعان بمعنى من جهتها عند القذف فلا يجرى اللعان وان ارتفع المعنى بعد ذلك واذا أعتقت المرأة الامة ثم قذفها الزوج فعليه اللعان لبقاء النكاح بينهما عندنا بعد ما عتقت فان اختارت نفسها بطل اللعان لوقوع الفرقة بينهما باختيارها نفسها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وان لم تكن اختارت حتى يلاعنها ويفرق بينهما فعليه نصف المهر لان الفرقة محال بها على جانب الزوج هنا ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان تطليقة بائنة وكذلك لو كان دخل بها ثم فرق بينهما باللعان فلها النفقة والسكنى فى العدة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى اللعان

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وأمضي عليها الحد عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم فى ذلك فانه يصير قاذفا لها مستوجبا للعان ولا شهادة للخصم ولانه شاهد طمن لان الزوج يغيظه زناها فيحمله ذلك على أن يشهد عليها لا بطريق الحسبة ولانه يدعى عليها الجناية فى أمانته فالفراش أمانة الزوج عندها ولا شهادة للمدعى ولكنا نقول لو شهد عليها بحق آخر قبلت الشهادة لظهور العدالة وانتفاء التهمة فكذلك بالزنا بل أولى لان انتفاء التهمة هنا أظهر والظاهر أن الزوج يستر الزنا على امرأته لان ذلك يشينه ومعنى الغيظ الذى قال يبطل

بالاب اذا شهد على ابنته بالزنا تقبل وان كان يغيظه زناها ولا معني لقوله أنه خصم لان اخراجه الكلام مخرج الشهادة في الابتداء يمنع كونه خصماً مستوجباً للعان كالاجنبي فان قذف الاجنبي موجب للحد ثم اذا أخرج الكلام مخرج الشهادة فى الابتداء لم يكن مستوجباً للحد وكان محتسباً في الشهادة بخلاف مالو قذفها أولا لانه صار مستوجباً للعان فانما يقصد بالشهادة بعد ذلك اسقاط اللعان عن نفسه والحد الواجب بزناها بخالص حقا لله تعالى وانما يكون الزوج مدعياً اذا قصد بشهادته اثبات حق لنفسه وليس فى هذه الشهادة اثبات حق له ولو ردت شهادتهم بان لم يعدلوا لم يجب اللعان على الزوج كما لايجب الحد على الاجانب لتكامل عدد الشهود وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال لو قذفها الزوج ثم جاء بأربعة يشهدون عليها بالزنا فلم يعدلوا لاعنها الزوج لانه قد استوجب اللعان بقذفه فلا يسقط عنه الا بثبوت الزنا عليها والاصح أنه لا يلاعنها لان القاذف لو كان أجنبيا فاقام أربعة من الشهداء بهذه الصفة لم يحد وكذلك لا يلاعنها الزوج ولو شهد مع الزوج ثلاثة من العميان بالزنا عليها يحد العميان ويلاعنها الزوج لانه يتيقن بكذب العميان فى الشهادة بالزنا فان تحمل هذه الشهادة لايكون الا عن معاينة وليس للعميان تلك الآلة فلا تعتبر شهادتهم ويلزمهم الحد بالقذف ويلاعنها الزوج بقذفه أيضا بخلاف الفساق فان لهم فى الزنا شهادة لانا لا نتيقن بكذبهم فيه ﴿قال﴾ واذا شهد للمرأة ابناها على زوجها أنه قذفها لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لامهما وكذلك لو شهد أب المرأة وابن لها وكذلك لو شهد لها رجل وامرأتان بالقذف لم يجز لان هذا حد فلا تجوز شهادة النساء في الحدود هكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهم وكذلك لا تجوز الشهادة على الشهادة في هذا لان فى كلا النوعين ضرب شبهة والحد لا يثبت مع الشبهة ولكن فى هذا التعليل كلام فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى اللعان شهادة فيه معنى اليمين وعند محمد رحمه الله تعالى يمين فيه معنى الحد وفائدة هذا الاختلاف فيما اذا عزل القاضى أو مات بعد اللعان قبل التفريق عندهما القاضى الثاني يستقبل اللعان لانها شهادة لم يتصل بها الحكم وعند محمد رحمه الله تعالى لا يستقبله لانها يمين في معني الحد واليمين والحد اذا أمضاها القاضى لا يستقبلهما قاض آخر واستدل محمد رحمه الله تعالى بقوله صلى الله عليه وسلم لو لا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شأن ولان فى كلمات اللعان قوله بالله وهذا يمين ويستوى فى اللعان الرجال والنساء ولا مساواة

بينهما في الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى فشهادة أحدهم ولانه يختص بمجلس القضاء ولفظ الشهادة فيكون شهادة فيها معنى اليمين لقوله بالله ولهذا سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم يمينا وفى بعض الروايات لو لا الشهادات التي سبقت وفى الشهادة على الولادة يستوى فيه الرجال والنساء حتى تقبل شهادة امرأة واحدة لاجل الحاجة فهنا كذلك ثم على قول محمد رحمه الله تعالى هذا التعليل واضح لان في اللعان معنى الحد فأما على قولهما معنى هذا التعليل ان قذف زوجته قد يكون موجبا للحد اذا تعذر اللعان بسبب من جهته فلهذا لا يثبت بالحجة التي فيها شبهة ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه قذفها بالزنا وشهد الآخر أنه قال لولدها هذا من الزنا لم يجز لانهما اختلفا في المشهود به لفظا ومعني فان نسبة الولد الى أنه مخلوق بالزنا غير قذفها بالزنا والموافقة بين الشاهدين لفظا في هذا الموضع معتبرة ولهذا لو شهد أحدهما انه قذفها بالعربية والآخر انه قذفها بالفارسية لا تقبل ولو شهد أحدهما انه قال لها زنى بك فلان وشهد الآخر انه قال لها زنا بك فلان لرجل آخر فعليه اللعان لان فعلها بالزنا هو التمكين من فعل الزنا وذلك لا يختلف باختلاف الفاعل اذا كان فعل كل واحد من الفاعلين زنا فقد اتفق الشاهدان على انه قذفها بالزنا لفظا ومعنى وانما اختلفا فيما لا حاجة بهما الى ذكره ولو كان قذفها برجل واحد وجاء ذلك الرجل يطالب حده جلد الحد ودرئ اللعان لانه اجتمع عند الامام حدان فان قذفه في حق الرجل موجب للحد وفي حقها موجب للعان ومتى اجتمع حدان وفى البداية باحدهما اسقاط الآخر يبدأ بذلك ﴿قال﴾ واذا شهد الشاهدان على الزوج بالقذف حبسه حتى يسأل عن الشاهدين ولم يكفله لانه لا كفالة فى الحدود وهذا في معني الحد فان قالا نشهد انه قذف امرأته وأمنا في كلمة واحدة لم تجز الشهادة لانها بطلت فى حق أمهما فانهما يشهدان لها ومتى بطلت الشهادة في بعض الكلمة الواحدة بطل في كلها وان شهد ابناه من غيرها على قذفه اياها وأمهما عنده لم تجز شهادتهم لما فيها من نفع أمهما فانها لو قبلت فرق بينهما باللعان فيخلص الفراش لامهما وهو كما لو شهدا عليه بطلاق ضرة أمهما قال الا ان الاب اذا كان عبداً أو محدوداً فى قذف فتجوز شهادتهما عليه ولا يضرب الحد لانهما يشهدان على ابيهما بالحد وليس فيه منفعة لامهما ﴿قال﴾ ولو شهد عليه شاهدان بقذف امرأته فعدلا ثم غابا أو ماتا قبل ان يقضى القاضى بشهادتهما فانه يحكم باللعان فان الموت والغيبة لا تقدح فى عدالتهما بخلاف مالو

عميا أو ارتدا أو فسقا وهكذا الجواب في كل حد ماخلا الرجم فانه لايقام بعد موت الشهود أوفسقهم لان الشرط فيه ان يبدأ الشهود وذلك يفوت ﴿قال﴾ ويقبل توكيل المرأة في اثبات القذف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يقبل توكيل المقذوف اذا كان اجنبيا في اثبات القذف فاذا جاء موضع الاقامة فلا بد من ان يحضر لان اللعان لاتجرى فيه النيابة فان المقصود لايحصل بالنائب ﴿قال﴾ واذا أقام الزوج القاذف شاهدين على اقرار المرأة بالزنا يسقط اللعان عن الزوج لان الثابت باقرارها وبالبينة كالثابت بالمعاينة ولا يلزمها حد الزنا كما لو أقرت مرة واحدة فان الاقارير الاربعة في مجالس متفرقة لابد منها لاقامة حد الزنا وتمتنع الاقامة بانكارها بعد الاقارير الاربعة ولو شهد عليها رجل وامرأتان بذلك درأت اللعان أيضا استحسانا وفي القياس يلاعنها لانه لاشهادة للنساء في باب الزنا فلا يكون لهن شهادة أيضا في اثبات الاقرار بالزنا ولكنه استحسن فقال المقصود هنا درء الحد لا اثباته ودرء الحد يثبت مع الشبهات فتقبل فيه شهادة الرجال مع النساء ولو عفت المرأة عن القذف كان لها ان تخاصم بعد ذلك وتطالب باللعان كما في الحدود في قذف الاجانب عندنا ﴿قال﴾ وان شهد للزوج ابناه منها انها أقرت بالزنا لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما باسقاط اللعان عنه وان شهد شاهدان على رجل انه قذفها وقذف امرأته بعد ذلك أو قبله في كلام متفرق جازت شهادتهما للمرأة لانهما في حق انفسهما مدعيان وفي حق المرأة شاهدان فاذا كان الكلام متفرقا فبطلان شهادتهما في أحد الكلامين لا يبطل شهادتهما في الكلام الآخر بخلاف ما اذا كان الكل في كلام واحد ﴿قال﴾ واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق كلام محتمل ومالم تفصح بالاقرار بالزنا لايلزمها الحد ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها بعد هذا لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان بالقذف فقال الزوج يومئذ كانت أمة أو كافرة فالقول قوله في ذلك لانه ينكر وجوب اللعان عليه وهي تدعي ولا يمين عليه لان اللعان بمنزلة الحد ولايمين في الحدود فانه لو استحلف انما يستحلف ليتوصل الى اللعان بنكوله وذلك لايجوز وان كانت معروفة الاصل في الاسلام والحرية فعرف ذلك القاضي لم يلتفت الى قول الزوج لانه يعلم أنه كاذب فيما يدعي وان أقاما البينة المرأةُ على حريتها

واسلامها والزوج على كفرها ورقها وقت القذف فالبينة بينة المرأة لانها هي المدعية لانها تثبت اللعان ببينتها والزوج ينفي ذلك فكانت بينتها أولى الا أن يثبت شهود الزوج ردتها بعد الاسلام الذي شهد به شهودها فحينئذ بينته أولى لان معنى الاثبات في بينته أظهر ﴿قال﴾ وان ادعى الزوج أنها زانية أو قد وطئت وطئاً حراما فعليه اللعان لان احصانها معلوم للقاضي باعتبار الاصل والزوج يدعى ما يسقط احصانها فلا يقبل قوله الا ببينة كما لو علم القاضي حريتها واسلامها فان ادعى الزوج بينة على أنها كما قال أجل الى قيام القاضي فان أحضر بينته والا لاعن لان سبب وجوب اللعان قد ظهر ولكن يمكن الزوج من اقامة البينة على الدفع بقدر ما لا بد له منه وذلك الى قيام القاضي ولا يؤجله أكثر من ذلك لما فيه من الاضرار بها ﴿قال﴾ وان قال الزوج قذفتها وهي صغيرة وادعت أنه قذفها بعد ما أدركت فالقول قوله وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها هي المدعية ولانه لا تنافي بين البينتين فيجعل كأنه قذفها مرتين ﴿قال﴾ واذا ادعت على الزوج القذف ولم يكن لها بينة فلا يمين على الزوج لانه حد ولا يمين في الحدود وكذلك ان ادعى الزوج أنها صدقته وأراد يمينها لم يكن عليها يمين لان تصديقها اقرار منها بالزنا ولا يمين في الاقرار بالزنا ﴿قال﴾ فان ادعت قذفا متقادما وأقامت عليه شهوداً جاز لان موجب القذف لا يبطل بالتقادم كالحد في قذف الاجانب فان أقام الزوج البينة انه طلقها بعد ذلك طلاقا رجعيا فلا لعان بينهما ولا حد لان ما يثبته الزوج بالبينة كالمعاين والفرقة بعد القذف مسقطة للعان فيتمكن الزوج من اثباته بالبينة كما لو أقام البينة على فرقة بردتها بعد القذف أو بسبب آخر واذا أقامت المرأة البينة على اقرار الزوج بالولد وهو ينكر وقد نفاه لزمه الولد ولا يستطيع ان ينفيه بعد اقراره هكذا نقل عن عمر وعلى والشعبي رضى الله عنهم قالوا اذا أقر الرجل بولده فليس له ان ينفيه وما لم يقر به فله ان ينفيه واذا نفاه قبل الاقرار لاعنها لانه بعد ما أثبت ولادتها يكون هو بنفي لولد قاذفا لها بالزنا فان قيل لا كذلك فقد يكون ولدها من وطء بشبهة قلنا الولد من وطء بشبهة يكون ثابت النسب من انسان والذي لا يكون ثابت النسب من أحد لا يكون الا من زنا ولا نسب لهذا الولد منه فاذا نفاه فقد زعم انه لا نسب لولدها هذا فيكون قاذفا لها بالزنا ثم كيفية اللعان بنفي الولد على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان يقول الزوج اشهد انى لمن الصادقين فيما رميتها به من نفى ولدها وهى تقول اشهد انه لمن الكاذبين فيما

رمانى به من نفي ولدى وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال يقول الزوج أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولدها وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ونفى ولدى وليس هـذا باختلاف فى الحقيقة وانما اختلف الجواب لاختلاف الاحوال فجواب محمد رحمه الله تعالى فيما اذا قذفها بالزنا ونفى ولدها وجواب أبى يوسف رحمه الله تعالى فيما اذا نفى ولدها فقط ﴿ قال ﴾ واذا فرق القاضى بينهما بعد اللعان يلزم الولد أمه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى انه لابد ان يقول القاضى فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد منه حتى لولم يقل ذلك لاينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب كما بعد موت الولد يفرق القاضى بينهما باللعان ولاينتفى نسبه عنه فلا بد من أن يصرح القاضي بنفي النسب لهذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب ﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه هذا آخر شرح كتاب الطلاق بالمؤثرة من المعانى الدقاق أملاه المحصور عن الانطلاق المبتلى بوحشة الفراق مصليا على صاحب البراق وآله وصحبه أهل الخير والسباق صلاة تتضاعف وتدوم الى يوم التلاق كتبه العبد البري من النفاق

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وبه نستعين وعليه نتوكل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم ﴾

كتاب العتاق

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إعلم بان الاعتاق لغة هو إحداث القوة يقال عتق الفرخ اذا قوى فطار عن وكره وفي الشريعة عبارة عن احداث المالكية والاستبداد للآدمي ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق ولهذا يتعقبه الولاء الذي هو كالنسب لان الاب سبب لايجاد ولده فيكون الولد منسوبا اليه والمعتق مسبب لاحداث صفة المالكية التي اختص الآدمي بها فصار المعتق منسوبا اليه بالولاء ولهذا ندب الشرع اليه بيانه في حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما مسلم اعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار ولهذا استحبوا للرجل أن يعتق العبد وللمرأة ان تعتق الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء والتحرير لغة التخليص يقال طين حر أى خالص عما يشوبه وأرض حرة أى خالصة لاخراج عليها ولا عشر وفي الشريعة عبارة عن جعل الرقبة خالصة لله تعالى قال الله تعالى اني نذرت لك مافي بطنى محرراً ولهذا شرع التحرير في التكفير لاجل التطهير قال الله تعالى فتحرير رقبة ولهذا ندب الشرع الى فك الرقبة بقوله وما ادراك ماالعقبة فك رقبة وفي حديث البراء بن عازب ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يدخلني الجنة فقال عليه السلام لئن أو جزت الخطبة فقد اعرضت المسئلة فك الرقبة وعتق النسمة قال أو ليسا واحداً يارسول الله قال لاعتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في ثمنها وسأل أبو ذر رضى الله تعالى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن افضل الرقاب فقال اغلاها ثمنا وأنفسها عند اهلها فهذه الآثار تبين ان الاعتاق من باب البر والارفاق وان أفضل الرقاب اعزها عند صاحبها ثم

بدأ الكتاب بحديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية في ذلك ولا تتخذوا آيات الله هزواً وقال عمر رضى عنه من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه أى نافذ لازم وفيه دليل على أن الهزل بهذه التصرفات جد كما قال صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واللعب سواء فانه اسم لكلام يكون على نهج كلام الصبيان لا يراد به ما وضع له ونفوذ هذه التصرفات بوجود التكلم بها ممن هو من أهلها ولا معتبر بقصده الى حكمها لان بانعدام القصد الى الحكم ينعدم الرضا بالحكم وذلك لا يمنع لزوم هذه التصرفات لو قرن بها شرط الخيار والمراد بالآيات في قوله تعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا الاحكام والهزء اللعب ففيه بيان أنه لا لعب فى أحكام الشرع وذكر فى الأصل عن الحسن رحمه الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساوم به ولم يشتره فجاء رجل فاشتراه فأعتقه ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وفيه دليل أنه لا بأس بالمساومة لمن لا يريد الشراء بخلاف ما يقوله بعض الناس ان هذا اشتغال بما لا يفيد فان فيه فائدة وهو ترغيب الغير في شرائه والرجل تفرس فيه خيرا حين رأي رسول الله صلى الله عليه وسلم ساوم به فلهذا اشتراه وأعتقه وقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك أى فى الدين قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وفيه دليل على أن الولاء يثبت بالعتق وان لم يشترط المعتق بخلاف ما يقوله بعض الناس وقوله فان شكرك أى بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه انتدب الى ماندب اليه في الشرع قال صلى الله عليه وسلم من أزلت اليه نعمة فليشكرها وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء فى الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك فى الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال صلى الله عليه وسلم من لم يشكر الناس لم يشكر الله وفيه دليل على أن المعتق يكون عصبة للمعتق لانه قال كنت أنت عصبته ويستدل بالظاهر من يؤخر مولى العتاقة عن ذوى الارحام لانه قال ولم يترك وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة ولكن عندنا مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوي الارحام ومعنى

الحديث لم يترك وارثا هو عصبة بدليل قوله كنت أنت عصبته ثم بين أن من عتق عبداً ينبغي أن يكتب له بذلك كتابا والمقصود بالكتاب التوثيق فليكتب على أحوط الوجوه ويتحرز فيه عن طعن كل طاعن ولهذا ذكر فيه أني أعتقك لوجه الله فان من الناس من يقول لا ينفذ العتق اذا لم يقصد المعتق وجه الله تعالى ونحن لا نقول بهذا حتى لو قال أعتقك لوجه الله تعالى أو الشيطان نفذ العتق والحديث الذي بدأ به الكتاب يدل عليه ولكن يذكر هذا للتحرز عن جهل بعض القضاة وكذلك يكتب ولي ولاؤك وولاء عتقك من بعدك لان من الناس من يقول لايثبت الولاء الا بالشرط فيذكره في الكتاب للتحرز عن هذا ثم الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء ويستوي إن ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء أما بصيغة الخبر أن يقول قد أعتقتك أو حررتك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ووجه الصحة هنا متعين وهو الانشاء وصيغة الاخبار والانشاء في العتق واحد واما على سبيل الوصف أن يقول أنت حر أنت عتيق لانه لما وصفه بما يملك ايجابه فيه جعل ذلك بمنزلة الايجاب منه لتحقيق وصفه فان قال أردت الكذب والخبر بالباطل دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولكنه لايدين في القضاء لان هذا اللفظ في الظاهر موضوع لايجاب العتق والقاضي يتبع الظاهر لان ماوراء ذلك غيب عنه وكذلك لو قال ياحر ياعتيق لان النداء لاستحضار المنادى وذلك بذكر ماهو وصف له حتى يعلم أنه هو المقصود بالنداء فهذا ووصفه اياه بالعتق سواء وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي أو لامته هذه مولاتي لان المولى يذكر بمعنى الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لامولى لهم ولكن المالك لايستنصر بمملوكه عادة ويذكر بمعنى ابن العم قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي ولكن نسب العبد معروف فلا احتمال لهذا المعنى هنا ويذكر بمعني الموالاة في الدين ولكنه نوع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ويذكر بمعني المولى الا على وذلك غير محتمل عند الاضافة الى العبد فيتعين المولى الأسفل ولايتحقق ذلك الا بعد العتق فلهذا عتق به في القضاء وان قال اردت به الولاية في الدين أو الكذب دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر فان قال يامولاي فكذلك الجواب عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يعتق بهذا اللفظ الا بالنية لان هذا اللفظ في موضع النداء يقصد به

الاكرام دون التحقيق يقال ياسيدى ويامولاى ولو قال له ياسيدى ويامالكى لا يعتق به بدون النية فكذلك اذا قال يامولاى ولكنا نقول الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقة قوله يامولاى لا يكون الا بولاء له عليه والعتق متعين لذلك فهذا وقوله ياحر ياعتيق سواء بخلاف قوله ياسيدى ويامالكي لانه ليس فيه ذكر مايختص باعتاقه اياه ومما يلحق بالصريح هنا قوله لمملوكه وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك فانه يعتق به وان لم ينو لأن موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لانسان آخر يكون مزيلا للملك اليه فيتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط لا اليه فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد برده فأما بيان ألفاظ الكناية قوله لاسبيل لى عليك فانه محتمل يجوز أن يكون المراد لاسبيل لى عليك فى اللوم والعقوبة لانك وفيت بما أمرتك به ولا سبيل لى عليك لانى كاتبتك ولا سبيل لى عليك لانى أعتقتك والمحتمل لا تتعين جهة فيه بدون النية فلا يعتق به الا أن ينوى العتق وكذلك قوله لاملك لى عليك يحتمل لاملك لى عليك لانى بعتك وكذلك قوله قد خرجت من ملكى يحتمل هذا المعنى فلا يعتق به مالم ينو ويدين فى القضاء وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى لو قال له أطلقتك ينوى به العتق أيضا لان الاطلاق يذكر بمعنى التحرير يقال أطلقته من السجن وحررته اذا خلى سبيله ولانه يحتمل أن يكون مراده الاطلاق من الرق الذى عليه فهو كقوله لارق لى عليك فأما اذا قال لامته أنت طالق أو قد طلقتك ونوى به العتق لم تعتق عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى تعتق وكذلك سائر كنايات الطلاق كقوله قد بنت منى أو حرمت على أو أنت خلية أو برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اغربى أو استبرى أو تقنعى أو اذهبى أو قومى أو اختارى فاختارت نفسها أو قال ذلك لعبده فهو كله على الخلاف وجه قول الشافعى أن صريح مايسرى كناية فيما يسرى كلفظ التحرير في الطلاق معنى صريح ما يسرى ماوضع لما يسرى بطريق المطابقة كناية لما هو وصف وهو كونه حرا لمعنى آخر هو مسمى للفظ آخر وتقرير هذا الكلام ان الاستعارة للاتصال بين الشيئين معنى طريق صحيح فى اللغة يقال للبليد حمار وللشجاع أسد للاتصال معنى وهو الشجاعة والبلادة وبين الملكين اتصال من حيث المشابهة معنى لان النكاح فيه معني الرق قال عليه الصلاة والسلام النكاح رق ولانه يستباح بكل واحد منهما الوطء فى محله وبين الازالتين الاتصال في المعني لان كل واحد منهما ابطال للملك ويحتمل التعليق

بالشرط وهو ينبئ عن السراية ويلزم على وجه لا يحتمل الفسخ فاذا ثبتت المشابهة معني قلنا ما كان صريحا فى ازالة ملك اليمين وهو لفظ التحرير كان كناية في ملك النكاح فكذلك ماهوصريح فى ملك النكاح يجعل كناية صحيحة فى ازالة ملك اليمين ولان التحريم من موجبات التحرير فان الأمة اذا أعتقت حرمت على مولاها وذكر الموجب على سبيل الكناية عن الموجب صحيح كقوله لامرأته اعتدى بنية الطلاق ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك انه نوي ما لا يحتمله لفظه فهو كما لو قال لها كلي واشربي ونوى العتق وهذا لان المنوى اذا لم يكن من محتملات اللفظ فقد تجردت النية عن لفظ يدل عليه وبيان ذلك انه لا مشابهة بين العتق والطلاق صورة ولا معنى لان الطلاق ازالة المانع من الانطلاق فان المرأة بعد عقد النكاح حرة محبوسة عند الزوج فبالفرقة يزول المانع من الانطلاق والاعتاق إحداث قوة الانطلاق لانه لم يبق فى الرقيق صفة المالكية وبالعتق يحدث له صفة المالكية ولا مشابهة بين احداث القوة وبين ازالة المانع كما لا مشابهة بين احياء الميت وبين رفع القيد عن المقيد ونحن نسلم أن المشابهة فى المعنى طريق الاستعارة ولكن لا في كل وصف بل فى الوصف الخاص لكل واحد منهما والوصف الخاص لكل واحد منهما ما بينا دون ما ذكره الخصم ألا ترى أنه لا يستعار الاسد للجبان والحمار للذكى وبينهما مشابهة فى أوصاف وكل واحد منهما حيوان موجود ولكن لما انعدمت المشابهة في الوصف الخاص لم تجز الاستعارة فهذا مثله فأما اذا استعمل لفظ التحرير فى الطلاق فليس ذلك عندنا للمشابهة معنى بل لان موجب النكاح ملك المتعة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة يوجب ملك المتعة فما يزيل ملك الرقبة يكون سببا لازالة ملك المتعة فيصلح أن يكون كناية عنه فأما مايزيل ملك المتعة لايكون سببا لازالة ملك الرقبة فلا يصلح كناية عنه ولهذا قلنا فى طرف الاستجلاب أن ما وضع لاستجلاب ملك المتعة وهو لفظ النكاح والتزويج لا يثبت به ملك الرقبة وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة وهو لفظ الهبة والبيع يصلح لايجاب ملك المتعة وهو النكاح ولا يدخل على هذا اللفظ البيع فانه لا تنعقد به الاجارة على ما قال في كتاب الصلح اذا باع سكنى داره من انسان لا يجوز وان كان بهذا اللفظ ثبت ملك الرقبة وهو سبب لملك المتعة لان عندنا الاجارة تنعقد بلفظ البيع فان الحر اذا قال لغيره بعت نفسى منك شهراً بدرهم لعمل كذا يكون اجارة صحيحة فأما بيع السكني انما لا يجوز لانعدام المحل

لان لفظ البيع موضوع للتمليك والنافع معدومة لا تقبل التمليك ولهذا لو أضاف لفظة الاجارة الى المنفعة رقال أجرتك منفعة هذه الدار لا يجوز واذا أضاف لفظ البيع الى عين لدار فهو عامل بحقيقته لان العين قابل للبيع فلا تجعل كناية عن الاجارة لهذا ولا معنى لما قاله أنه ذكر الموجب وعني به الموجب لان الموجب حكم والحكم لا يصلح كناية عن السبب لانه لا حكم بدون السبب والسبب يتحقق بدون الحكم فكان الحكم كالتبع والاصل يستعار للتبع ولا يستعار التبع للاصل لافتقار التبع الى الاصل واستغناء الاصل عن التبع وفي قوله اعتدى وقوع الطلاق ليس بهذا الطريق بل بطريق الاضمار حتى يقع الطلاق به على غير المدخول بها وان لم يكن عليها عدة وكذلك اذا قال لامرأته أنت على حرام فذلك اللفظ عامل بحقيقته عندنا لاان يكون كناية بطريق أنه ذكر الموجب وعنى به الموجب وهذا لان التحريم ينافي النكاح ابتداء وبقاء وذلك لا يوجد هنا فان حرمة الامة عليه لا ينافي الملك ابتداء وبقاء كما في المجوسية والاخت من الرضاعة ولو قال اعبده لاسلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق لانه ليس من ضرورة انتفاء سلطانه عنه انتفاء الملك كالمكاتب فانه لاسلطان للمولى عليه وهو مملوك بخلاف قوله لاسبيل لى عليك فان من ضرورة انتفاء السبيل عنه من كل وجه العتق لان له على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفي ذلك بالبراءة عتق ولو قال لعبده أنت لله لم يعتق وان نوى فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه صادق في مقالته فالمخلوقات كلها لله تعالى فهو كما لو قال أنت عبد الله وعند أبي يوسف يعتق به اذا نوى لان معنى كلامه أنت خالص لله بانتفاء ملكه عنه فهو كقوله لاملك لى عليك بخلاف قوله أنت عبد الله ولو قال لعبده يابنى أولامته يابنية لم تعتق لان هذا دعاء ولطف منه معناه ان هذا اللفظ في موضع النداء يقصد به استحضار المنادى واكرامه مع ان قوله يابني تصغير الابن ولو قال يا ابن لا يعتق لانه صادق فى مقالته فانه ابن لابيه وانما الاشكال فى قوله يا ابى ولا يعتق بهذا اللفظ الا في رواية شاذة عن أبي حنيفة رحمه الله انه جعله كقوله ياحر ولكن لا يعتمد على تلك الرواية والصحيح ان هذا اللفظ فى موضع النداء لاستحضار المنادي وتفهيمه ليحضر وذلك بصورة اللفظ لا بمعناه ووقوع العتق بهذا اللفظ لاعتبار معنى البنوة فلهذا لا يعتق به عند النداء حتى لو جعل اسم عبده حرا وكان ذلك معروفا عند الناس ثم ناداه به فقال ياحر لم

يعتق أيضاً واذا لم يكن هـذا الاسم معروفا له يعتق به في القضاء لانه ناداه بوصف يملك ايجابه بخـلاف قوله يا ابني فانه ناداه بوصف لا يملك ايجابه فينظر الى مقصوده فيـه وهو الاكرام دون التحقيق وان قال هذا ابني ومثله يولد لمثله عتق ويثبت نسبه منه ان لم يكن له نسب معروف لان كلامـه دعوة النسب وهو تصرف يملكه المولى في مملوكه فاذا كان المحل محلا قابلا للنسب وهو محتاج الى النسب ثبت نسبه منه والنسب لايثبت مقصوراً على الحال بل يثبت من وقت العلوق فتبين انه ملك ولده فيعتق عليه ويستوى ان كان أعجميا جليبا أومولداً لان صحة دعوة المولى شرعاً بوصلة الملك وحاجة المملوك الى النسب وكذلك لو قال هـذا أبي أوكانت أمة فقال هـذه أمي ومثلهما يلد مثله عتقا وان لم يكن له أبوان معروفان وصدقاه في ذلك ثبت نسبه منهما فقد اعتبر تصديقهما في دعوى الأبوة والأمومة عليهـما ولم يعتبر في دعوى البنوة لان النسب من حق الولد فانه يشرف به فمدعى البنوة يقر على نفسه بالمحمولية فلاحاجة الى تصديقه لان الاقرار يلزم المقر بنفسه فأما مدعى الابوة والامومة يحتاج الى تصديقهما لانه يحمـل نسـبه على غيره فيكون مدعياً ومجرد الدعوى لايلزم شيئاً بدون الحجة فلهذا يحتاج الى تصديقهما ولان مدعى الابوة والامومة يخبر أنه علق من مائهما وهو غيب عنه فلا بد من تصديقهما ومدعى البنوة يخبر أنه علق من مائه وقد يعرف ذلك لكونه عاقلا عنـد علوقه وان كان للغلام نسب معروف فقال هـذا ابني يعتق عليه ولا يثبت نسبه لانه مكذب فيما قال شرعا حين ثبت نسبه من الغير ولكن هذا التكذيب في حكم النسب دون العتق فهو في حكم العتق بمنزلة من لانسب له ولهـذا قلنا في الفصـل الاول اذا قال هـذا أبي أو أمي وكذباه يعتق لان اعتبار تكذيبهما في حكم النسب دون العتق توضيحه أن المملوك مسـتغن عن النسب اذا كان معروف النسب من الغير ولكنه غير مستغن عن الحرية فيثبت بكلامه مايحتاج اليه المملوك دون مالا يحتاج اليه وهذا بخلاف مالو قال لامرأته هذه ابنتي وهي معروفة النسب من الغير فانه لاتقع الفرقة بينهـما لان هناك صار مكذبا في حـكم النسب شرعا ولو أكذب نفسـه بأن قال غلطت لاتقع الفرقة وان لم يكن لها نسب معروف فكذلك اذا صار مكذبا شرعا وهنالو أكذب المولى نفسه في حق من لانسب له كان العتق ثابتاً فكذلك اذا صار مكذبا في النسب شرعا وحقيقة المعني فيه أنه في قوله لامرأته هذا ابنتي غير مقر على نفسـه بشيء ولكنه مقر على

المحل بصفة الحرمة لانه لا موجب للنسب فى ملكه من حيث الازالة وانما موجبه حرمة المحل ثم ينتفي به الملك ابتداء وبقاء ولم يعتبر اقراره في حرمة المحل هنا لما كانت معروفة النسب وأما قوله لعبده هذا ابنى اقرار على نفسه لان للبنوة موجبا فى ملكه وهو زوال الملك به فانه يملك ابنه بالشراء ثم يعتق عليه فيعتبر اقراره فيما يقر به على نفسه وهو عتقه عليه من حين دخل في ملكه فأما اذا كان ممن لا يولد مثله لمثل المولى فقال هذا ابني لم يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وعتق فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وجه قوله الاول أن كلامه محال فيلغو كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق وبيان الاستحالة أن قوله هذا ابنى أى مخلوق من مائى وابن خمسين سنة يستحيل أن يكون مخلوقا من ماء ابن عشرين سنة وبه فارق معروف النسب فان كلامه محتمل هناك لجواز أن يكون مخلوقا من مائه بالزنا أو يكون مخلوقا من مائه بالشبهة وقد اشتهر نسبه من الغير ألا ترى أن أم الغلام لو كانت فى ملكه هناك تصير أم ولد له وهنا لا تصير أم ولد له ولان الحقيقة تكذبه فى هذا الخبر فيلغو خبره كما لو قال لصبي صغر فى يده هذا جدي أو قال لعبده هذه ابنتى أو لأمته هذا غلامى وفي غير هذا الباب لو قال قطعت يد فلان وله على الارش فأخرج فلان يده صحيحة لم يستوجب شيئاً بخلاف معروف النسب فان الحقيقة لا تكذبه هناك ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر انه أقر بنسب مملوكه طائعا فيعتق عليه كما لو قال لمعروف النسب هذا ابنى وتأثيره أن صريح كلامه محال كما قال ولكن له مجاز صحيح ومعناه عتق على من حين ملكته لان البنوة سبب لهذا فانه اذا ملك ابنه يعتق عليه فيجعل هذا السبب كناية عن موجبه مجازاً وتصحيح كلام العاقل واجب وللعرب لسانان حقيقة ومجاز فاذا تعذر تصحيحه باعتبار الحقيقة يصحح باعتبار المجاز ألا ترى أن الوارث اذا اعتق المكاتب يجعل ابراء منه عن بدل الكتابة بهذا النوع من المجاز الا انهما يقولان المجاز خلف عن الحقيقة ففى كل موضع يكون الاصل متصورا يمكن أن يجعل المجاز خلفا عنه كما فى مسألة المكاتب وفى كل موضع لا يكون الاصل متصوراً لا يمكن جعل المجاز خلفا عنه وهنا لا تصور للاصل بخلاف معروف النسب فان هناك الاصل متصور فيجوز اثبات المجاز خلفاً عنه ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المجاز خلف عن الحقيقة فى التكلم لا فى الحكم لانه تصرف من المتكلم فى اقامة كلام مقام كلام والمقصود تصحيح الكلام فلا يعتبر في تصحيح

المجاز تصور الحكم لاثبات الخلافة ألا ترى أنه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل لاصل حكم البيع وهو ملك الرقبة ولهذا المعنى قلنا ان أم الغلام لو كانت في ملكه لاتعتق لان اللفظ اذا صار مجازاً لغيره سقط اعتبار حقيقته وهذا مجاز عن الاقرار بحريته فكانه قال عتق على من حين ملكه وليس لهذا اللفظ موجب في الام فاما اذا قال لعبده هذه ابنتي فقد ذكره محمد على سبيل الاستشهاد في كتاب الدعوى ومن عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف فلا نسلمه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبعد التسليم نقول الاصل أن المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصاً على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكور والاناث من بنى آدم جنسان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمي وهو معدوم ولا يتصور تصحيح الكلام ايجابا ولا اقراراً في المعدوم وكذا قوله لصبي صغير هذا جدى فانه ذكره على سبيل الاستشهاد هنا وقد منعوه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبعد التسليم نقول لاموجب لذلك الكلام في ملكه الا بواسطة الاب وتلك الواسطة غير ثابتة وبدونها لاموجب لكلامه حتى يجعل كناية عن موجبه مجازاً فأما للبنوة والابوة موجب فى ملكه بغير واسطة فيجعل كلامه كناية عن موجبه وبخلاف قوله أعتقتك قبل ان أخلق لانه لاموجب فيما صرح به وكذلك قوله قطعت يدك لأنه لاموجب للجرح بعد البرء اذا لم يبق له أثر فلا يمكن تصحيح كلامه على أن يجعل كناية عن موجبه فلهذا كان لغواً وان قال لعبده هذا أخي لم يعتق وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يعتق لان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق فيجعل هذا اللفظ كناية عن موجبه وجه ظاهر الرواية أن الاخوة اسم مشترك قد يراد به الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد به الاتحاد فى القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هوداً وقد يراد به الاخوة فى النسب والمشترك لايكون حجة بدون البيان حتى لو قال هذا أخي لأبي أو لامى نقول يعتق على هذا الطريق فان قيل فالبنوة والابوة قد تكون بالرضاعة ثم أثبتم العتق بهذين اللفظين عند الاطلاق قلنا لان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لايعارض الحقيقة فأما الاخوة مشتركة فى الاستعمال كما بينا ولان الاخوة لاتكون الا بواسطة الاب أو الام لانه عبارة عن مجاورة فى صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه

الكلمة بدون هـذه الواسطة فان قال لامته فرجك حر أو قال لعبده رأسك حر يعتق وقد بينا هذا في الطلاق ان ذكر ما يعبر به عن جميع البدن كذكر البدن بخلاف اليد أو الرجل فهو في العتاق كذلك وان قال نويت الكذب لم يصدق في القضاء كما في قوله أنت حر وان قال لعبده أو لأمته ما أنت الا حر أو ما أنت الا حرة فانهما يعتقان لان كلامه اشتمل على النفي والاثبات وهذا آكد مايكون من الاثبات دليله كلمة الشهادة فكان هذا كقوله أنت حر وهذا بخلاف ما لو قال أنت مثل الحر لان هذا اللفظ للمشابهة والمشابهة بين الشيئين قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً فلا يثبت العتق به بدون النية وكذلك لو قال بدنك حر لان معناه بدنك بدن حر وفي النوادر قال لو نوى فقال بدنك بدن حر يعتق لان هذا اللفظ للايجاب لا للتشبيه ولو قال لعبده أنت حر اليوم من هذا العمل فانه يعتق في القضاء لانه وصفه بالحرية وتخصيصه وقتا أو عملا لايغير حكم ما وصفه به وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان لا يريد العتق فهو عبده لانه يحتمل أن يكون مراده لا أكلفك اليوم هذا العمل والله تعالى مطلع على ضميره ولكنه خلاف الظاهر فانه جعل الحرية صفة له في الظاهر فلهذا لايدين في القضاء والله أعلم بالصدق والصواب

﴿ باب عتق ذوي الأرحام ﴾

ذكر عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم منه فهو حر وكذلك روي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وفي هذا دليل على ان من ملك قريبه يعتق عليه لان قوله فهو حر جزاء لقوله من ملك مع القرابة فانما يتناول حرية المملوك دون المالك وفي بعض الروايات قال عتق عليه وفيه دليل ان سبب العتق الملك مع القرابة فان مثل هذا في لسان صاحب الشرع بمعنى بيان السبب كما قال من بدل دينه فاقتلوه وقال تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولهذا قال عامة العلماء اذا ملك أباه أو أمه أو ابنه يعتق عليه وقال أصحاب الظواهر يلزمه ان يعتقه ولكن لايعتق قبل اعتاقه لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لن يجزى ولد عن والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ففيه تنصيص على أنه مستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله فيعتقه معنى ولان القرابة لاتمنع ثبوت الملك ابتداء فلا تمنع البقاء بطريق الاولى ألا ترى

أنها لما منعت بقاء ملك النكاح منعت ثبوته ابتداء ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى ومايبنغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من فى السموات والارض الاآتي الرحمن عبداً فقد نفي البنوة بينه وبين الخلق بأثبات العبودية فذلك تنصيص على المنافاة بينهما والمتنافيان لا يجتمعان فاذا كانت البنوة متقررة انتفت العبودية ومراده عليه الصلاة والسلام من قوله فيعتقه بذلك الشراء لابسبب آخر كما يقال أطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضرب فاوجع وكتبه فقرمط واءنا أثبتنا له الملك ابتداء لان انتفاء العبودية لايتحقق الا به فاذا لم يملكه لا يعتق بخلاف ملك النكاح لانه لافائدة في أثبات ملك النكاح له على ابنته ثم إزالته لأنها تعود الى ما كانت عليه ولان هذا العتق صلة ومجازاة فلا يتحقق الا بعد الملك فأما انتفاء النكاح بحرمة المحل وهو موجود قبل العقد ولان ملك النكاح ليس الا بملك الحل فيختص بمحل الحل والام والابنة محرمة عليه بالنص ولا تصور للملك بدون المحل فأما هذا ملك مال وذلك ثابت في المحل فيثبت له نسبه أيضا اذ ليس من ضرورة أثباته الاستدامة وبهذا الحديث أيضاً قال علماؤنا رحمهم الله تعالى اذا ملك أخاه أو أخته أو أحدا من ذوي الرحم المحرم منه أنه يعتق عليه وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يعتق الا الوالدين والمولودين لانه ليس بينهما بعضية فلا يعتق أحدهما على صاحبه كبني الاعمام بخلاف الآباء والاولاد فالعتق هناك للبعضية والجزئية ولان القرابة التى بينهما فى الاحكام كقرابة بنى الاعمام حتى تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ويجوز لكل واحد منهما وضع زكاة ماله فى صاحبه ويجرى القصاص بينهما فى الطرفين ويحل لكل واحد منهما حليلة صاحبه ولا يستوجب كل واحد منهما النفقة على صاحبه مع اختلاف الدين ولايتكاتب احدهما علي صاحبه بخلاف الوالدين والمولودين وهذا بخلاف المناكحة لان ثبوتها باسم الأختية والبنتية لا بمعنى القرابة ألا ترى أنها تثبت بالرضاع ولا تثبت بالقرابة بها ولهذا لا يعتبر في الحرمة معنى قرب القرابة وبعدها ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا جاء الى النبي صلي الله عليه وسلم وقال انى وجدت أخي يباع في السوق فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال عليه الصلاة والسلام قد اعتقه الله والمعنى فيه ان القرابة المتأيدة بالمحرمية علة العتق مع الملك كما في الآباء والأولاد وهذا لان لهذا العتق بطريق الصلة والقرابة المتأيدة بالمحرمية تأثيرا فى استحقاق الصلة لانه يفترض وصلها ويحرم قطعها ألا ترى أن الله تعالى

جعل قطيعة الرحم من الملاعن لقوله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله وقال عليه الصلاة والسلام ثلاث معلقات بالعرش منها الرحم يقول قطعت ولم أوصل والدليل عليه أن حرمة المناكحة تثبت بهذه القرابة بمعنى الصيانة عن ذل الاستفراش والاستخدام قهراً فذلك اليمين أبلغ في الاستذلال من الاستفراش وكذلك يحرم الجمع بين الأختين نكاحاً صيانة للقرابة عن القطيعة بسبب المنافرة التي تكون بين الضرائر ومعنى قطيعة الرحم فى استدامة ملك اليمين أكثر ولا شك أن للملك تأثيراً فى استحقاق الصلة فيثبت بهذا التقرير ان علة العتق هذان الوصفان وبعد هذا لا يضر انتفاء الجزئية بينهما لما ثبت أن علة العتق هذا دون الجزئية لان التعدية بمعنى واحد قد ظهر أثره مستقيم ولان هذه القرابة فى معني القرابة بين الجد والنافلة أيضالان اتصال أحد الاخوين بالآخر بواسطة الأب كما أن اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى الجد مع الاخوة في الميراث وشبه بعضهم الجد مع النافلة بشجرة انشعب منها غصن ومن ذلك الغصن غصن والاخوين بغصنين من شجرة واحدة وشبه بعضهم الجد مع النافلة بواد تشعب منه نهر ومن النهر جدول والاخوين بنهرين تشعبا من واد فيكون معنى القرب بينهما أظهر لان تفرقهما بشعب واحد والاول بشعبين فعرفنا أن القرابة التى بينهما بمنزلة قرابة الجد مع النافلة وذلك موجب للعتق مع الملك الا أن فى حكم الولاية لم يجعل الاخ كالجد لان المعتبر فيه الشفقة مع القرابة وشفقة الاخ ليست كشفقة الجد وفي حكم الارث كذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان ذلك نوع ولاية فانه خلافة فى الملك والتصرف وبه فارق بني الاعمام فالواسطات هناك قد كثرت من كل جانب فكانت القرابة بعيدة بينهما ولهذا لايثبت بها حرمة النكاح ولا حرمة الجمع بينهما فى النكاح فأما المكاتب فلا ملك له على الحقيقة وهذه القرابة مع الملك علة والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين الا أن المكاتب اذا ملك اباه يمتنع عليه بيعه واذا ملك أخاه لايمتنع عليه بيعه عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان المكاتب له كسب وليس له ملك حقيقة وحق الآباء والاولاد يثبت فى الكسب حتى يجب عليه نفقة أبيه اذا كان مكتسبا وان لم يكن موسراً فأما حق الاخ لايثبت فى الكسب حتى لايجب عليه نفقة أخيه الزمن اذا كان هو معسرا وان كان مكتسبا وكذلك ان كان المالك صغيراً فانه

يعتق عليه لتمام علة العتق وهو الملك مع القرابة فان الصغير يملك حقيقة ألا ترى أنه يثبت له صفة الغناء بملكه حتى يحرم عليه أخذ الصدقة بخلاف المكاتب وكذلك ان كان المالك كافراً والمملوك مسلما أو على عكس ذلك لان الملك مع القرابة يتحقق مع اختلاف الدين وبهما تمام علة العتق بخلاف استحقاق النفقة فان الشرع أوجب ذلك بصفة الوراثة فقال تعالى وعلى الوارث مثل ذلك معناه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وبسبب اختلاف الدين ينعدم صفة الوراثة فلهذا لا يستحق النفقة بخلاف الآباء والاولاد فالاستحقاق هناك بالولاد قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وبسبب اختلاف الدين لا ينعدم الولاد فهذا بيان معنى الفرق بين هذه الفصول فان ملكه الرجل مع آخر عتق نصيبه منه وسعي العبد للشريك في نصيبه ولا ضمان على الذي عتق من قبله في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن لشريكه قيمة نصيبه ان كان موسراً ويسعي العبد لشريكه ان كان معسراً وكذلك لو ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية فهو على هذا الخلاف وجه قولهما ان القريب بالشراء صار معتقا لنصيبه لان شراء القريب اعتاق ولهذا تتأدى به الكفارة والمعتق ضامن لنصيب شريكه اذا كان موسراً كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى قريب العبد نصيب أحد الشريكين منه يضمن لشريكه الذي لم يبع ان كان موسراً وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما قال في الكتاب لان شراء الشريك معه رضا منه بالذي يكون به العتق ومعنى هذا الكلام ان ضمان العتق يجب بالاتلاف والافساد والرضا بالسبب يمنع وجوب مثل هذا الضمان كما لو أتلف مال الغير باذنه وفي اثبات الرضا هنا نوعان من الكلام أحدهما انه لما ساعد شريكه على القبول مع علمه أن قبول شريكه موجب للعتق فقد صار راضياً بعتقه علي شريكه فهو كما لو استأذن أحد الشريكين من صاحبه في أن يعتق نصيبه فأذن له في ذلك والثاني ان المشتريين صارا كشخص واحد لاتحاد الايجاب من البائع ولهذا لو قبل أحدهما دون الآخر لم يصح قبوله ولم يملك نصيبه به ولا شك ان كل واحد منهما راض بالتمليك في نصيبه فيكون راضياً بالتمليك في نصيب صاحبه أيضاً لما ساعده على القبول بل يصير مشاركا له في السبب بهذا الطريق والمشاركة في السبب فوق الرضا به الا ان بهذا السبب تتم علة العتق في حق القريب وهو الملك ولا تتم علة العتق في حق الاجنبي فكان القريب معتقا دون الاجنبي

ولكن بمعاونة الاجنبي يسقط حقه في تضمينه لماعاونه على السبب وفي هذا يتضح الكلام لأبي حنيفة في الشراء فيما اذا كان العبد كله لرجل فباع نصفه من قريبه فان الخلاف ثابت فيه ولاشك ان ايجاب البائع رضا منه بقبول المشترى وما ينبني على قبول المشترى يحال به على ايجاب البائع كما لو باع الامة المنكوحة من زوجها قبل الدخول سقط جميع المهر لان الفرقة جاءت من قبل من له المهر وهو البائع فاما في الهبة والصدقة والوصية كلاهما أوضح لان قبول أحدهما في نصيبه صحيح بدون قبول الآخر ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هما كشخص واحد أيضاً الا أن في الهبة والصدقة والوصية قبول الشخص الواحد في النصف دون النصف صحيح وهذا بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من قريبه لان هناك لم يوجد من الشريك الآخر مايكون رضا منه أومعاونة على السبب وبخلاف مالوقال أحد الشريكين لشريكه ان ضربته اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا فان الحالف يضمن للضارب ان كان موسراً ومن أصحابنا من قال موضوع تلك المسئلة ان الشريك قال أيضاً ان لم أضربه اليوم سوطاً فهو حر فاقدامه على الضرب بعد هذا يكون لدفع العتق عن نصيبه فلا يصير به راضياً بعتق نصيب الشريك على ان هناك انما يعتق نصيب الشريك بقوله هو حر وذلك تم بالحالف من غير رضاً كان من الضارب فاما الضرب شرط للعتق والرضا بالشرط لا يكون رضاً بأصل السبب بخلاف مانحن فيه فانه انما رضي بالسبب حين شاركه فيه وهذا بخلاف حكم الفرار فان الرضا بالشرط من المرأة كالرضا بالسبب في اسقاط حقها عن الميراث لانه لاملك لها قبل موت الزوج في ماله وانما يثبت حكم الفرار دفعاً لقصد الزوج الاضرار بها وذلك ينعدم بالرضا بالشرط كما ينعدم بالرضا من السبب بخلاف مانحن فيه ولم يفصل في ظاهر الرواية بين أن يكون الشريك عالماً بان المشترى معه قريب العبد أو لا يكون عالماً وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لان سبب الرضا يتحقق وان لم يكن عالماً به فهو كمن قال لغيره كل هذا الطعام وهو لا يعلم أنه طعامه فا كله المخاطب فليس للآذن أن يضمنه شيئاً وكذلك لو قال لشريكه أعتق هذا العبد وهو لا يعلم انه مشترك بينهما وقد روي أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن رضاه انما يتحقق اذا كان عالماً فاما اذا كان لا يعلم بذلك فله أن يرد نصيبه بالعيب لانه لا يتم رضاه وقبوله حين لم يكن عالماً بان شريكه معتق وبدون تمام القبول لا يعتق نصيب الشريك فكان هذا بمنزلة العيب في نصيبه فان لم يكن عالماً به

كان له أن يرده واستشهد فى الكتاب بقول أبي حنيفة رحمه الله بما لو أعتق أحد الشريكين باذن شريكه وقد روي عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال فى هذا الفصل لا يسقط حق الشريك فى التضمين بالاذن وهذا صحيح على أصله لان ضمان العتق عنده ضمان التملك فان العتق لا يتجزأ على قوله وضمان التملك لا يسقط بالاذن كما لو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه وجه ظاهر الرواية أن هذا الضمان سببه الافساد والاتلاف فسقط بالاذن كضمان الاتلاف الحقيقى بل أولى لان هذا الضمان يسقط بالاعسار بخلاف ضمان الاتلاف الحقيقى فأما اذا ورث مع قريبه غيره عتق نصيبه ولا ضمان عليه لشريكه لان الميراث يدخل في ملكه بغير قبوله والضمان لا يجب الا باعتبار الصنع من جهته ولهذا لو ورث قريبه لم يجز عن كفارته وهذا بخلاف ما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ورثها مع غيره لان هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه وضمان التملك لا يعتمد الصنع ولهذا لا يختلف باليسار والاعسار هناك ولو ملك محرما له برضاع أو مصاهرة لم يعتق عليه لانه لا قرابة بينهما والعتق صلة تستحق بالقرابة والرضاع انما جعل كالنسب في الحرمة خاصة ولهذا لا يتعلق به استحقاق الميراث والنفقة وليس من ضرورة ثبوت الحرمة العتق عليه اذا ملكه كالوثنية والمجوسية وكذلك ان ملك ذا رحم ليس بمحرم لان مثل هذه القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها حرمة المناكحة وحرمة الجمع فى النكاح ولو ملك أحد الزوجين صاحبه لم يعتق عليه لانه ليس بينهما قرابة ولان ما بينهما من الزوجية يرتفع بالملك واذا اشترى أمة وهى حبلي من ابيه عتق مافى بطنها لانه ملك أخاه وليس له أن يبيع الامة حتى تضع لان فى بطنها ولداً حراً كما لو أعتق مافي بطن أمته وهذا لان الولد يصير مستثنى بالعتق ولو استثناه شرطا فى البيع بطل البيع فكذلك اذا صار مستثنى بالعتق وله أن يبيعها بعد الوضع لان الامة ما صارت أم ولد للابن فان المستولد أبوه ولا يصير الأب متملكا لها على الابن لانها ما كانت مملوكة للابن حين علقت من الاب فلهذا كان له أن يبيعها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب لوجوه من العتق

﴿ قال ﴾ رضي الله تعالى عنه ذكر عن أبى قلابة أن رجلا أعتق عبداً له عند موته ولا مال

له غيره فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثي قيمته وفى هذا دليل أن العتق فى المرض يكون وصية وأنه ينفذ من ثلثه وأن معتق البعض يستسعى فيما بقي من قيمته فيكون دليلا لنا على الشافعى رضى الله عنه لانه لايري السعاية على العبد بحال ولكنه يقول يستدام الرق فيما بقى على مانبينه فى مسئلة تجزى العتق وذكر عن الحسن البصرى أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة فى الرق وبظاهر هذا الحديث يحتج الشافعى رحمه الله تعالى علينا فان المذهب عندنا أن من أعتق ستة أعبد له فى مرضه ولا مال له غيرهم وقيمتهم سواء يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى فى ثلثي قيمته وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجزئهم القاضى ثلاثة أجزاء ثم يقرع بينهم فيعتق اثنين بالقرعة ويرد أربعة فى الرق واستدل بهذا الحديث ورجح مذهبه بان فيه اعتبار النظر من الجانبين لانه لو أعتق من كل واحد منهم ثلثه تعجل تنفيذ الوصية وتأخر اتصال حق الورثة اليهم بل فى هذا ابطال حق الورثة معنى لان السعاية فى معنى التاوى فان المال فى ذمة المفلس يكون تاويا فاذا تعذر تنفيذ الوصية بهذا الطريق وجب جميع العتق فى شخصين وتعيين المستحق بالقرعة لان ذلك أصل فى الشرع وكان فى شريعة من قبلنا قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وقال فساهم فكان من المدحضين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفراً اقرع بين نسائه والقاضى اذا قسم المال بين الشركاء اقرع بينهم وبهذا تبين ان هذا ليس فى معنى القمار لان فى القمار تعليق أصل الاستحقاق بخروج القدح وفى هذا تعيين المستحق فأما أصل الاستحقاق ثابت بايجاب المعتق (وحجتنا) في ذلك أن العبيد استووا فى سبب الاستحقاق وذلك موجب للمساواة في الاستحقاق فلا يجوز اعطاء البعض وحرمان البعض كما لو أوصي برقابهم لغيرهم لكل رجل برقبة بل أولى لان ملك الوصية يحتمل الرجوع من الموصى والرد من الموصي له وهذه الوصية لا تحتمل ذلك فاذا لم يجز حرمان البعض هناك فهنا أولى ثم فيما قاله الخصم ضرر الابطال في حق بعض الموصى لهم وفيما قلنا ضرر التأخير في حق الورثة وضرر التأخير متى قوبل بضرر الابطال كان ضرر التأخير أهون واذا لم نجد بداً من نوع ضرر رجحنا أهون الضررين على أعظمهما مع أنه ليس فى هذا تعجيل حق الموصى له لان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى المستسعى مكاتب فلا يعتق شيء منهم مالم يصل الى الورثة السعاية وعلى قولهما وان

تعجل العتق للعبيد وذلك ليس بصنع منا بل باعتاق الموصى ولزوم تصرفه شرعا ولو أبطلنا حق بعض العبيد كان ذلك بايجاب منا ثم كلامه يشكل بما لو كان ماله دينا على مفلس فأوصي به له فانه يسقط نصيبه والباقى دين عليه الى أن يقدر على ادائه ولا وجه لتعيين المستحق بالقرعة لان تعيين المستحق بمنزلة ابتداء الاستحقاق فان الاستحقاق في المجهول في حكم العين كانه غير ثابت فكما ان تعليق ابتداء الاستحقاق بخروج القرعة يكون قماراً فكذلك تعيين المستحق وانما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة فان للقاضى ان يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة فانما يقرع تطييبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبهذا الطريق كان يقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين نسائه اذا أراد سفراً لان له أن يسافر بمن شاء منهن بغير قرعة اذ لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج وكذلك يونس صلوات الله عليه عرف أنه هو المقصود وكان له أن يلقى نفسه في الماء من غير اقراع ولكنه أقرع كيلا ينسب الى مالا يليق بالانبياء وكذلك زكريا عليه السلام كان أحق بضم مريم الى نفسه لان خالتها كانت تحته ولكنه أقرع تطييبا لقلوب الاحبار مع أن تلك كانت معجزة له فقد روى أن أقلامهم كانت من الحديد وكان الشرط أن من طفى قلمه على وجه الماء فهو أحق بها وروى أنه كان من القصب وكان الشرط أن من استقبل قلمه جرى الماء ولم يجر مع الماء فهو أحق بها بقى اعتمادهم على الحديث ومن أصحابنا من قال هذا الحديث غير صحيح لان فيه أن الرجل كان له ستة أعبد قيمتهم سواء ولم يكن له معهم شئ آخر وهذا من أندر ما يكون ولو ثبت فيحتمل أن الرجل أوصى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتقهم وفي الحديث دليل عليه لانه قال فاعتق أثنين منهم وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق أى الاثنين شاء منهم فأقرع تطييبا لقلوبهم وذكر الجصاص أن معنى قوله فاعتق أثنين أي قدر أثنين منهم وبه نقول فانا اذا أعتقنا من كل واحد منهم ثلثه نقد أعتقنا قدر أثنين منهم ومعنى قوله فاقرع أى دقق النظر يقال فلان قريع دهره أى دقيق النظر في الامور ودقق الحساب بأن جعل قدر الرقبتين بينهم أسداساً هذا تأويل الحديث ان صح وعن اسماعيل بن خالد عن الشعبي رضي الله تعالى عنهم في رجل أعتق عبداً له عند الموت ولا مال له غيره قال عامر قال مسروق هو حر كله جعله لله لا أرده وقال شريح يعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين فقلت لعامر أى القولين أحب اليك قال فتيا مسروق وقضاء شريح

رضى الله تعالى عنهما وفى هذا اشارة أن العتق يتجزى في الحكم كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأنه يجب اتمامه ولا يجوز استدامة الرق فيما بقى منه كما هو فتوى مسروق رحمه الله تعالى وعن على رضى الله عنه أن رجلا أعتق عبداً له عند الموت وعليه دين قال يسعي العبد فى قيمته وعن أبي يحيي الاعرج رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعي العبد في الدين والمراد اذا كان الدين بقدر قيمته وعن ابن مسعود رضي الله عنه نحوه فانه قال تسعى الامة في ثمنها يعنى فى قيمتها وهذا لان الدين مقدم على الوصية والميراث والعتق فى المرض وصية فوجب رده لقيام الدين ولكن العتق لا يحتمل الفسخ والرق بعد سقوطه لا يحتمل العود فكان الرد بايجاب السعاية عليه وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا كان وصية وعتق بدئ بالعتق وهكذا عن شريح وهو قول ابن عمر رضى الله عنه لان العتق أقوى سببا فانه يلزم بنفسه على وجه لا يحتمل الرد والرجوع عنه والترجيح بقوة السبب أصل وعن عمر رضى الله عنه أنه اعتق عبداً له نصرانيا يدعي بجيس وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك على بعض أعمالنا وفيه دليل على أن اعتاق النصرانى قربة وانهم لا يؤتمنون على شيء من أمور المسلمين فانهم لا يؤدون الامانة فى ذلك وقد أنكر عمر رضى الله عنه ذلك على أبي موسى الاشعرى فانه قال له مر كاتبك ليكتب لنا كذا قال ان كاتبي لا يدخل المسجد قال أجنب هو قال لا ولكنه نصرانى فقال سبحان الله أما سمعت الله يقول لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا وعن عمر بن عبد العزيز أنه أعتق عبداً له نصرانيا فمات العبد فجعل ميراثه لبيت المال وفيه دليل على أن المسلم لا يرث الكافر وان مات ولا وارث له فخصة ماله لبيت المال وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان أمة فجرت فولدت من الزنا فأعتقها ابن عمر رضى الله عنه وأعتق ولدها وفيه دليل على جواز التقرب الى الله تعالى بعتق ولد الزنا وعن عمر رضى الله عنه أنه أوصى بولد الزنا خيرا وأوصى بهم أن يعتقوا وهذا لان له من الحرمة ما لسائر بنى آدم ولا ذنب لهم وانما الذنب لآبائهم كما ذكر عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تتأول في أولاد الزنا ولا تزر وازرة وزر أخري وذكر عن ابراهيم وعامر رضي الله عنهما قالا لا يجزى ولد الزنا فى النسمة الواجبة وكأنهما تأولا فى ذلك قوله صلي الله عليه وسلم ولد الزنا شر الثلاثة ولسنا نأخذ بقولهما فان الله تعالى أمر بتحرير الرقبة وأكثر المماليك لا تعرف آباؤهم عادة وتأويل الحديث شر

الثلاثة نسبا فانه لا نسب له أو قال ذلك فى ولد زنا بعينه نشأ مريداً فكان أخبث من أبويه

واذا قال الرجل لامته أمرك بيدك يعني في العتق فان أعتقت نفسها فى مجلسها عتقت وان قامت منه قبل أن تعتق نفسها فهى أمة لانه ملكها أمرها واهم أمورها العتق فتعمل نيته فى العتق وجواب التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه فى الطلاق وذكرنا هناك أنه اذا لم ينو الطلاق فالقول قوله فكذلك هنا اذا لم ينو العتق وكذلك ان جعل أمرها في يد غيرها وان قال لها اعتقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا لان كلامها يصلح جوابا للتخيير والمولى ماخيرها انما ملكها أمرها وقولها اخترت نفسى لايصلح للتصرف بحكم الملك ألا ترى ان المولى يملك اعتاقها ولو قال لها اخترتك من نفسى أو اخترت نفسي منك لاتعتق فكذلك قولها اخترت نفسى ولان قوله اعتق نفسك اقامة منه اياها مقام نفسه فى ايقاع العتق فانما يملك الايقاع باللفظ الذى كان المولى مالكا للايقاع به ولو قال لها أنت حرة ان شئت فان قالت فى مجلسها قد شئت كانت حرة ولو قامت قبل ان تقول شيئاً فهى أمة والتفويض الى مشيئتها بمنزلة التمليك منها فتقتصر على الجواب في المجلس وكذلك ان قال ان أردت أو هويت أو أحببت أو قال أنت حرة ان كنت تحبينى أو تبغضينى فالقول في ذلك قولها ما دامت فى مجلسها كما فى الطلاق لانه لايوقف على مافى قلبها الا باخبارها فكان هذا بمنزلة التعليق بالاخبار بذلك وان قالت فى ذلك لست أحبك ثم قالت أنا أحبك لم تصدق للتناقض ولان شرط البر قد تم بقولها الاول فلم يبق لها قول مقبول بعد ذلك في حق المولى وكذلك لو قال ان كنت تحبين العتق فانت حرة ولو قال انت حرة اذا حضت كان القول فى ذلك قولها استحسانا لانه لايوقف عليه الا من جهتها ولكن هذا لايقتصر على مجلسها لانها لاتقدر على الاخبار بالحيض على وجه تكون صادقة فيه الا بعد رؤية الدم وربما لايتحقق في ذلك المجلس فتي قالت حضت عتقت ولو قال أنت حرة وفلانة ان شئت فقالت قد شئت نفسى لم تعتق لان قوله ان شئت ليس بكلام مستقل بنفسه فلا بد من جعله بناء على ماسبق فيكون معناه ان شئت عتقكما فلا يتم الشرط بمشيئتها عتق نفسها وكذلك لو قال لامتيه أنتما حرتان ان شئتما فشاءت إحداهما فهو باطل لان معنى كلامه ان شئتما عتقكما فلا يتم الشرط بمشيئة إحداهما ولا بمشيئتهما عتق إحداهما ولو قال أيتكما شاءت العتق فهى حرة فشاءتا جميعاً عتقتا لان كلمة أى تتناول كل واحدة منهما على

الانفراد فان شاءت احداهما عتقت التي شاءت لان مشيئة كل واحدة منهما بهذا اللفظ شرط عتقهما ألا ترى انه قال أيتكما شاءت ولم يقل شاءتا وان شاءتا جميعاً عتقتا فان قال أردت احداهما لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام فان كان نوى احداهما بعينها عتقت هي وان نوى احداهما لا بعينها كان له ان يختار احداهما فيعتقها ويمسك الأخرى بمنزلة مالو اعتق احداهما لا بعينها ولو قال كل مملوك لى فهو حر وله عبيد وامهات أولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين فانهم لايعتقون الا أن ينويهم لان كلمة كل توجب التعميم وقد أوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه بالملكية مطلقا بقوله لى وهذا يتحقق فى العبيد وأمهات الاولاد والمدبرين لانه يملكهم رقا ويدا حتى يملك استغلالهم واستكسابهم وهذا غير موجود فى المكاتبين فانه يملكهم رقالا يداً بل المكاتب كالحر يداً حتى كان أحق بمكاسبه ولا يملك المولى اكسابه والثابت من وجه دون وجه لايكون ثابتا مطلقاً فلهذا لايدخلون الا ان ينويهم فان نواهم فنقول المنوي من محتملات كلامه لانه قد يضيف الى نفسه مايكون مضافا اليه من وجه دون وجه وان قال اردت الرجال دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف مالو قال نويت السود منهم دون البيض فانه لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هناك نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ولا عموم لما لا لفظ له فلا تعمل فيه نية التخصيص وهنا نوى التخصيص فيما في لفظه لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثي يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ التذكير عادة فاذا نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء وفى كتاب الايمان يقول اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء ففيه روايتان وجه تلك الرواية أنه نوى التخصيص بما ليس فى لفظه لان التدبير وان كان يوجب استحقاق العتق فلا يوجب نقصانا فى اضافته اليه بالملكية واليد وجه هذه الرواية ان اضافته الى المولى برقه والتدبير يمكن نقصانا فى الرق لان استحقاق العتق على وجه لايحتمل الفسخ لا يكون الا بعد نقصان فى رقه ولهذا قيل المدبر من وجه

كالحر حتى لايحتمل البيع فكان هو كالمكاتب من هذا الوجه غير مضاف الى المولى بمطلق الملك والرق الا أن النقصان هنا فى الاضافة بمعنى خفي فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولا يخرج من الكلام بدون النية وفى المكاتب النقصان بسبب ظاهر وهو ملك اليد له في مكاسبه فلا يدخل الا أن ينويه ولان قوله كل مملوك لي حر انشاء العتق وقد بينا أن عتق المدبر من وجه تعجيل لما استحقه مؤجلا فلا يكون انشاء من كل وجه فاذا قال لم أنو المدبرين فقد بين أنه نوي ما يكون انشاء من كل وجه خاصة وذلك أمر فى ضميره خاصة فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لعبيده أنتم أحرار الا فلانا كان كما قال لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وكذلك لو قال لعبدين أنتما حران الا سالما وهو اسم احدهما كان سالم عبداً لان كلامه عبارة عما وراء المستثنى وقد بقى سوى المستثنى عبد يمكن أن يجعل كلامه عبارة عنه ولو قال سالم حر ومرزوق حر الا سالماً عتقا جميعا لانه تكلم بكلامين كل واحد منهما مستقل بنفسه بما ذكر له من الخبر فكان قوله الا سالماً استثناء لجميع ماتناوله أحد كلاميه وذلك باطل لانه تعطيل والاستثناء للتحصيل والبيان وانما يتحقق ذلك اذا كان يبقى سوى المستثنى شئ يتناوله ذلك الكلام وهذا بخلاف مالو قال سالم ومرزوق حران الا سالما فان الاستثناء صحيح هنا لان كلامه واحد هنا معني حين أخر ذكر الخبر حتى عطف احداهما على الاخرى وذكر مايصلح خبرا للمستثنى فعرفنا به أن كلامه واحد معنى فكانه قال هما حران الا سالما فان قال كل مملوك أملكه أبداً فهو حر فهذا اللفظ انما يتناول مايملكه في المستقبل لانه قال أبداً وليس للابد نهاية فى الحقيقة وفى العرف هو عبارة عن وقت فى المستقبل الى موته ومن أصلنا أن العتق يحتمل الاضافة الى الملك كالطلاق فبأي سبب يملك المملوك من شراء أو غيره فانه يعتق لان المضاف الى وقت أو المعلق بشرط عند وجوده كالمنجز وكذلك لو قال كل مملوك أملكه الي ثلاثين سنة وكذلك اذا قال كل مملوك اشتريه فهو حر لان الشراء سبب للملك واقامة السبب مقام الحكم صحيح فان أمر غيره فاشتري مملوكا لم يعتق لانه جعل الشرط شراءه بنفسه ولم يوجد فان حقوق العقد في البيع والشراء انما تتعلق بالعاقد والعاقد يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر بخلاف النكاح وان كان نوى أن لا يشترى هو ولاغيره عتق لانه شدد الامر على نفسه بلفظ يحتمله فانه نوي الحكم وهو الملك بماذكر

من سببه وهو الشراء قالوا وهذا كله اذا كان الرجل ممن يباشر العقد بنفسه فأما اذا كان الحالف ممن لا يباشر الشراء بنفسه عادة فأمر غيره بان يشترى له عتق لانه باليمين منع نفسه عما يباشره عادة فاذا كان عادته الشراء بهذا الطريق ينصرف يمينه اليه عند الاطلاق وان قال كل مملوك لى حر يوم أكلم فلانا وليس له مملوك ثم اشترى مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان قوله أملكه وان كان ظاهرا فى الاستقبال فالمراد به الحال فى الاستعمال يقال فلان يملك كذا وأنا أملك كذا يعنى في الحال فما ليس بمملوك له فى الحال لا يتناوله كلامه لان المضاف الى وقت والمعلق بالشرط انما يتناول مايتناوله المنجز فاذا كان العتق المنجز بهذا اللفظ لا يتناول الا مايملكه فى الحال فكذا المضاف الى وقت بخلاف ماسبق لان الاضافة هنا في الملك لا فى الحرية فلهذا يتناول مايملكه في المستقبل وان كان قال يوم أكلم فلانا فكل مملوك لى يومئذ حر عتقوا لانه أوجب العتق لما يكون في ملكه وقت الكلام وما كان موجوداً فى ملكه وقت اليمين وما استحدث الملك فيه موصوف بانه مملوك له وقت الكلام فيعتقون جميعاً وان قال يوم أكلمه فكل مملوك أملكه أبداً فهو حر ثم اشتري مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وقوله يوم أكلم فلانا شرط وقوله كل مملوك أملكه أبداً حر فيصير عند وجود الكلام كانه قال كل مملوك أملكه أبداً وهذا اللفظ انما يتناول مايملكه بعد الكلام دون ما كان مملوكا له قبل الكلام والمشتري قبل الكلام مملوك له وقت الكلام فلا يتناوله ايجابه وان قال كل مملوك أملكه حر يوم أكلم فلانا وهو يريد مايملكه فيما يستقبل فاشترى مملوكا ثم كلمه عتق لانه نوى حقيقة كلامه فان حقيقة قوله أملكه للاستقبال ولكن يعتق فى القضاء من كان في ملكه يوم حلف لان ظاهر لفظه يتناول المملوك له فى الحال لغلبة الاستعمال فلا يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره وذكر فى النوادر أنه يصدق لان مانوى من حقيقة كلامه مستعمل أيضاً وانما لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره اذا كان المنوى خلاف المستعمل وان قال كل مملوك لى حر وله عبد بينه وبين آخر لم يعتق لانه أوجب العتق لمملوك مضاف اليه بالملك مطلقاً والمملوك إسم للعبد وهو المضاف اليه من وجه والى شريكه من وجه فلا يتناوله مطلق كلامه فان نواه عتق استحسانا وفى القياس لا يعتق لان نصيبه من العبد المشترك لا يسمي عبداً ولا مملوكا فقد نوى خلاف الملفوظ ولكن فى الاستحسان يقول جزء من العبد موصوف بانه مملوك كالكل ولهذا

صح اضافة التصرفات المختصة بالملك الى الجزء الشائع فاذا نواه فقد شدد على نفسه بلفظ يحتمله وبدون نيته انما لم ندخله للعرف فان المملوك اسم للعبد الكامل عرفا وقد سقط اعتبار هذا العرف حين نوى بخلافه توضيحه ان العبد المشترك مضاف اليه من وجه دون وجه فيكون كالمكاتب يدخل بنيته وان كان له عبد تاجر له مماليك وعليه دين أولا دين عليه عتق العبد التاجر لانه مملوك رقبة ويداً فيتنا وله مطلق الاضافة فأما مماليكه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان عليه دين يحيط برقبته وكسبه لم يعتق مماليكه نواهم أو لم ينوهم وان لم يكن عليه دين لم يعتق مماليكه الا أن ينويهم وعندأبي يوسف رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أو لم يكن فان نواهم عتقوا وان لم ينوهم لايعتقون وعند محمد رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أولم يكن يعتقون الا أن يستثنيهم بنيته وهذا ينبني على أصلين أحدهما في المأذون أن المولى لايملك كسب العبد المأذون اذا كان مستغرقا بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يملكه والثاني في الايمان ان كسب العبد لا يكون مضافا الى المولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رضى الله تعالى عنه يكون حتي لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار عبده عند محمد رحمه الله تعالى يحنث لان حقيقة هذه الاضافة للملك وكسب العبد مملوك لمولاه وعندهما الاضافة إلى المولى مجاز والى العبد حقيقة لانه كسبه قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال والدليل عليه أنه يستقيم أن تنفى عن المولى فيقال هذه ليست بداره بل هى دار عبده والعبرة للاضافة لا للملك ألا ترى أنه لو دخل دارا يسكنها فلان عارية أو اجارة كان حانثاً اذا عرفنا هذافنقول أما عند أبي حنيفةرحمه الله تعالى فالمولى لايملك كسب العبد اذا كان عليه دين حتى لو أعتقه بعينه لم يعتق فكذلك بمطلق كلامه وان نواه فان لم يكن عليه دين فهوغير مضاف اليه مطلقا فلا يعتق بمطلق كلامه الا أن ينويه فان نواه عتق لان المنوى من محتملات كلامه وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هو مالك له سواء كان عليه دين أو لم يكن الا أنه غير مضاف اليه مطلقا فلا يدخل فى كلامه الا أن ينويه وعند محمد رحمه الله تعالى الاضافة باعتبار الملك وهو مملوك له سواء كان عليه دين أو لم يكن فيعتق بايجابه الا أن يستثنيه بنية فيعمل استثناؤه لانه نوى المضاف اليه من كل وجه وهذا مضاف اليه ملكا ولكنه مضاف الى عبده كسبا أو نوى تخصيص لفظه العام فتعمل نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولهذا لايصدق

في القضاء وإذا دعا عبده سالما فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذي أجابه لانه اتبع الايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيب وان قال عنيت سالما عتق سالم بنيته لكون المنوى من محتملات كلامه ولكنه لا يصدق في القضاء في صرف العتق عن مرزوق لان الايقاع تناوله في الظاهر فلا يدين في صرفه عنه في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى وان قال يا سالم أنت حر وأشار الى شخص ظنه سالما فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق عبده سالم لانه اتبع الايقاع النداء فتناول المنادي خاصة ولا معتبر لظنه فان الظن لا يغني من الحق شيئاً وإذا أعتق الرجل عبده أو أمته ثم جحد العتق حتى أصاب من الخدمة والغلة ما أصاب ثم أقر به أو قامت عليه البينة فليس عليه في الخدمة شئ لانه مجرد استيفاء المنفعة ولا تتقوم المنفعة الا بعقد ألا ترى أنه لو غصب حراً فاستخدمه لم يكن عليه شئ سوى المأثم عندنا فهذا مثله بل عينه لانها تبين أنها كانت حرة حين استخدمها ويرد عليها ما أصاب من غلتها ومراده اذا كانت هي التي أجرت نفسها أو اكتسبت لانه تبين أنها كانت حرة مالكة لكسبها فعلى المولى أن يردعليها ما أخذ منها وان كان هو الذي أجرها فما أخذ من الغلة يكون مملوكا له لانه وجب بعقده ولكن لا يطيب له لانه حصل له بكسب خبيث وعليه في الوطء لها مهر المثل لانه تبين أنه وطئها وهي حرة والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر وقد سقط الحد بالشبهة لانها كانت مملوكة له يومئذ في الظاهر فوجب المهر وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة ولهذا يختص اباحة تناوله بالملك ولا يملك بالعقد الا مؤبدا وان كان أجنبي جنى عليه ثم أقر المولى انه كان أعتقه قبل ذلك لم يصدق على الزام الجاني حكم أرش الحر لان اقراره ليس بحجة في حق الجاني وثبوت الحكم بحسب الحجة واقراره حجة عليه خاصة فما وجب من أرش المماليك يكون لها لان المولى حول ذلك باقراره اليها وذلك صحيح منه لكونه مقراً به على نفسه وان قامت به بينة لزم الجاني حكم الجناية على الحر لان البينة حجة في حق الكل والثابت من الحرية بها قبل الجناية كالثابت معاينة على الحر ولا يجوز عتق الصبي والمجنون في حال جنونه لان قولهما هدر شرعا خصوصاً فيما يضرهما ولان العتق لا ينفذ الا بقول ملزم لأنه ملزم في نفسه وقولهما غير ملزم شرعا وان أعتق في حال افاقته جاز لانه مخاطب له قول ملزم وهو يملك العبد حقيقة فينفذ عتقه وان قال أعتقت عبدي وأنا صبي أو أنا نائم فالقول قوله لانه أضاف اقراره الى

حالة معهودة تنافي اعتاقه فكان انكاراً للعتق معنى واقراراً صورة والعبرة للمعنى دون الصورة وكذلك لو قال أعتقته قبل أن يخلق أو قبل أن أخلق لانه أضاف الى حالة معهودة تنافي تصور الاعتاق فيكون هذا أبلغ في النفي من الاضافة الى حالة تنافي الاعتاق شرعا واذا وجب تصديقه هناك فهنا أولى واذا قال لعبده أنت حر متى شئت أو كلما شئت أو اذا ما شئت فقال العبد لا أشاء ثم باعه ثم اشتراه ثم شاء العتق فهو حر لانه عاق عتقه بوجود مشيئته في عمره ولم يفت ذلك بقوله لا اشاء لانه يتحقق منه المشيئة بعده وقوله لا أشاء كسكوته أو قيامه عن المجلس ولا يجعل قوله لا أشاء رد الاصل كلام المولى لان تعليق العتق بالشرط يتم بالمولى فلا يرتد برد العبد واذا بقي التعليق نزل العتق لوجود الشرط بمشيئته (قال) ألا ترى أنه لو قال أنت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق وهذا مذهبنا فاما عند الشافعي لا يعتق لان الملك عنده كما يشترط لانعقاد اليمين يشترط لبقائها وبالبيع زال ملكه ولكنا نقول الملك ليس بشرط لانعقاد اليمين وانما الشرط وجود المحلوف به فلهذا صححنا اضافة العتق الى الملك والمحلوف به هو العتق ومحلية العبد للعتق بصفة الرق وذلك لا ينعدم بالبيع الا أنه يشترط الملك عند وجود الشرط لنزول العتق لان تصرفه يتصل بالمحل عند وجود الشرط فاما قبل ذلك بقاء اليمين ببقاء ذمته وبقاء المحلوف به لكونه محلا للعتق فلا معنى لاشتراط الملك فيه وان قال أنت حر حيث شئت فقام من مجلسه بطل ذلك لان حيث عبارة عن المكان أي أنت حر في أي مكان شئت فليس في لفظه مايوجب تعميما في الوقت فيتوقت بالمجلس كقوله ان شئت وان قال أنت حر كيف شئت عتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يعتق في قولهما مالم يشأ قبل ان يقوم من مجلسه وقد بينا هذا في الطلاق والعتق قياسه وقوله كيف شئت في العتق ليس بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان بعد نزول العتق لامشيئة لاحد في تغييره من وصف الى وصف ولهذا لو شاء العبد عتقاً على مال أو الى أجل أو بشرط أو شاء التدبير فذلك باطل كله وهو حر وان قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه فكأنه عرفه بالاشارة اليه ولانه أوجب ما لا يتم ايجابه الا في ملكه فتعين ملكه له فان قال لى عبد آخر واياه عنيت لم يصدق الا ببينة لان كلامه تناول ذلك العبد الذي ظهر ملكه فيه باعتبار الظاهر فيكون هو متهما في صرفه عنه الا من لا يعلم

فلا يصدقه القاضي الا بحجة ولو قال ابيعك عبداً بكذا ولم يسمه ولم يره المشترى فالبيع باطل لانه أوجبه فى مجهول وايجاب البيع فى المجهول باطل وهذه جهالة تفضي الى المنازعة بينهما فان اتفقا أنه هذا فالبيع جائز لان الجهالة والمنازعة قد ارتفعت باتفاقهما وكان بيانهما فى الانتهاء بمنزلة التعيين فى الابتداء وان قال أبيعك عبدى بكذا ولم يسم كان المشترى بالخيار اذا رآه لانه عرفه بالاضافة الى نفسه فكان بمنزلة التعريف بالاشارة الى مكانه وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم الا واحد وثبوت الخيار للمشترى لعدم الرؤية ﴿ قال ﴾ وليس هذا كالعتق وظن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أن مراده الفرق بينهما في اثبات خيار الرؤية وليس كذلك بل المراد هو الفرق لان ايجاب العتق فى المجهول صحيح بخلاف ايجاب البيع حتى لو قال أعتقت عبداً وليس له الا عبد واحد يعتق ذلك العبد بخلاف ما لو قال بعتك عبداً لان المنازعة تمكن بسبب الجهالة فى البيع دون العتق والبيان من المولى مقبول فى العتق لانه ايجاب لايقابله استيجاب بخلاف البيع ولو قال أحد عبدي حر أوأحد عبيدى حر وليس له الا عبد واحد عتق ذلك العبد لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه بالملكية واذا كان المضاف اليه بالملكية واحدا كان متعينا لايجابه ولو قال لعبديه احد كما حر عتق احدهما لابعينه لان العتق يحتمل التعليق بالشرط فيصح ايجابه فى المجهول كالطلاق وهذا لان المتعلق بالشرط انما ينزل عند وجود الشرط والايجاب في المجهول فى حق العين كالمتعلق بشرط البيان فيما يحتمل التعليق بالشرط فيصح ايجابه فى المجهول فان مات أحدهما أو قتل تعين العتق فى الآخر لان الذى مات خرج من أن يكون محلا لايقاع العتق عليه والعتق المبهم في حق المعين كالنازل عند البيان فلا بد من بقاء المحل ليبقي خياره فى البيان وعدم التعين فى الباقي منهما كان لمزاحمة الآخر اياه وقد زالت هذه المزاحمة بخروج أحدهما من أن يكون محلا للعتق فلهذا يتعين في الآخر وهذا بخلاف البيع فانه لو اشترى أحد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعين البيع فى الهالك وهنا يتعين العتق فى القائم قال على القمى وفى الحقيقة لافرق بينهما لان الهالك يهلك على ملكه فى الفصلين والاصح أن يقول هناك حين أشرف أحدهما على الهلاك تعين البيع فيه لأنه تعذر عليه رده كما قبض فانما يتعين للبيع وهو حي لاميت وهنا لو تعين العتق فيه تعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لايخرج من أن يكون محلا للعتق وبعد الموت هو ليس

بمحل للعتق فيتعين في القائم ضرورة وكذلك لو باع أحدهما أو وهبه لانه اكتسب فيه سبب التمليك والمعتق لا يكون محلا للتمليك فمن ضرورة اكتساب سبب التمليك فيه نفي العتق عنه وذلك يخرجه من مزاحمة الآخر في ذلك العتق وهذا لان تصرف العاقل محمول على الصحة ما أمكن ومن ضرورة صحة هذا التصرف انتفاء ذلك العتق عن هذا المحل وكذلك لو دبر أحدهما صح تدبيره لانهما مملوكان في الظاهر ومن ضرورة صحة التدبير انتفاء ذلك العتق عنه لان المعتق لا يدبر وهذا لان التدبير تعليق للعتق بالشرط والعتق في محل واحد غير متعدد فمن ضرورة تنجزه بطلان التعلق بالموت ومن ضرورة صحة تعليقه بالموت انتفاء تنجز العتق فيه قبله وكذلك لو كانا أمتين فوطئ إحداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذ انتفي عن إحداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة ولو وطئ احداهما ولم تعلق منه فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي حنيفة لا يتعين العتق في الاخرى بل يبقى خياره في البيان وجه قولهما ان الوطء تصرف لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه في احداهما دليل تعيين الملك فيها ومن ضرورته انتفاء ذلك العتق عنها فتعين في الاخرى وقاسا بما بينا من التصرفات وبما لو قال لامرأتين له احداكما طالق ثلاثا ثم وطئ احداهما تعين الطلاق في الاخرى وهذا لان فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن لان عقله ودينه يمنعه من الحرام ووطؤهما جميعاً ليس بحلال له حتى لا يفتي له بذلك فكان من ضرورة حل الوطء في احداهما انتفاء العتق عنها ألا ترى أنه لو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها في مدة الخيار يصير فاسخا للبيع وهناك الجارية باقية على ملكه ووطؤها حلال له ثم كان من ضرورة الاقدام على الوطء انتفاء سبب المزيل عنها فهنا أولى وكذلك لو باع احدى الامتين وسمي لكل واحدة منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم وطئ احداهما فليس له أن يعين البيع فيها بعد ذلك وكذلك ان كان المشترى بالخيار فوطئ احداهما تعين البيع فيها لاثبات صفة الحل لفعله فهذا قياسه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول وطؤهما جميعا مملوك له والوطء في الملك بمنزلة الاستخدام لانه من حيث الحقيقة ليس في الوطء الا استيفاء المنفعة وانما تظهر المفارقة بينهما من طريق الحكم وذلك في غير الملك فبقي في الملك الوطء نظير الاستخدام وبيان ان وطأهما مملوك له أما من حيث الحكم فلأنهما لو وطئهما بالشبهة كان الواجب عقر المملوكتين وكان ذلك كله

للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل ومن حيث الحقيقة فلانهما كانتا مملوكتين له قبل ايجاب العتق وانما أوجب العتق في نكرة وكل واحدة منهما بعينها معرفة والمنكر غير المعرف فلا يجوز ايجاب العتق في المعين قبل بيانه لانه ايجاب فى غير المحل الذى أوجبه ولا يقول هو في الذمة كما توهمه بعض أصحابنا رضى الله عنهم لانه ما أوجبه فى الذمة ولكن نقول هو فى المنكر كما أوجبه وعدم التعين لا يمنع صحة الايجاب فيما هو أضيق من هذا معنى حتى لو باع قفيزا من صبرة جاز فلأن لا يمنع صحة الايجاب هنا أولى ولكن الايجاب في المنكر كالمتعلق بشرط البيان فى حكم العين والتعليق بالشرط يمنع الوصول الى المحل وفيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع المعتبر انتفاء معني المنازعة لصحة الايجاب فاذا بقيت كل واحدة منهما مملوكة له عينا بقى وطء كل واحدة منهما مملوكا له ولكن لا يفتى بالحل لان المنكر الذى وجب فيه العتق فيهما والحل والحرمة مبنى على الاحتياط فلهذا لا يفتى بحل وطئهما له وان كان وطؤهما مملوكا له وهذا بخلاف النكاح فان ملك النكاح ليس الا ملك الحل والطلاق موجبه الاصلى حرمة المحل ولا يجتمع الوصفان فى محل واحد فمن ضرورة كون ملك المتعة باقيا له في الموطوءة انتفاء التطليقات عنها فيتعين في الأخرى واما العتق يزيل ملك الرقبة وحل الوطء باعتبار ملك المتعة لا باعتبار ملك الرقبة وليس من ضرورة ملك المتعة فى محل انتفاء العتق عن ذلك المحل ولا يقال هنا لا سبب لملك المتعة الا ملك الرقبة ومن ضرورة انتفاء ملك الرقبة انتفاء ملك المتعة الثابت بسببه لان ما كان طريقه طريق الضرورة تعتبر فيه الجملة لا الاحوال ألا ترى أن الجارية المبيعة اذا جاءت بولد لاقل من ستة أشهر فقطعت يد الولد وأخذ المشترى الارش ثم ادعى البائع نسب الولد بطل البيع وحكم بحرمة الاصل للولد وبقى الارش سالما للمشتري ولا سبب فى هذا الموضع لملكه الأرش سوى ملك الرقبة ثم نظر الى الجملة دون الاحوال وكذلك لو اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسى يحرم عليه تناوله وسبب الملك هنا ملك العين ولما كان حل التناول يثبت فى الطعام في الجملة من غير ملك نظر الى الجملة دون الاحوال بخلاف حل الوطء اذا تقرر هذا فنقول لا منافاة بين ملك المتعة والحرية في محل واحد ابتداء وبقاء فى الجملة وأكثر مافي الباب ان يكون إقدامه على الوطء دليل بقاء ملك المتعة له فى هذا المحل وذلك لا يوجب منافاة الحرية عنه ضرورة توضيحه ان وطء احداهما دليل الحرمة فى الأخري والتصريح

بالحرمة يجوز أن يقع به الطلاق بأن يقول لامرأته أنت على حرام بنيـة الطلاق فكذلك ما يدل على الحرمة فى الأخرى يحصل به البيان فأما التصريح بالحرمة لا ينزل به العتق فكذلك البيان لا يحصل بما يكون دليل الحرمـة فى احداهما لان البيان فى حق المحل كالايجاب ابتـداء ولهذا لا يصح بعد الموت فاما فى البيع بشرط الخيار لو لم يجعله فاسخاً للبيع بالوطء لكان اذا جاز البيع يملكه المشـتري من وقت العقد حتى لو وطئت بالشبهة كان الارش للمشترى فتبين به ان البائع وطئها في غير ملكه فلهذا جعلناه بيانا وهنا لو عين العتق فى الموطوءة لا يتبين انعدام ملكه فيها سابقا على الوطء بدليل انها لو وطئت بشبهة يكون الارش سالما للمولى وان عين العتق فيها مع ان فسخ البيع هناك يحصل بالجناية وهنا لا يحصل بجنايته علي احداهما بالبيان فكذلك بالوطء وكذلك في بيع احدى الامتين أما اذا كان الخيار المشترى فلأنه لا يملك احداهما الا بعد تعيين البيع فيها واذا كان الخيار للبائع فلانه لو عين البيع فيها بعد الوطء يثبت الملك للمشـترى من وقت البيع ويتبين أنه وطئها في غـير ملكه فللتحرز عن هذا تعين البيع فى الاخرى ضرورة وذكر ابن سماعـة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لو قبـل إحـداهما أو لمسها بشـهوة أو نظر الى فرجها فكذلك أيضا لان هذه الافعال لا تحل الا في الملك كالوطء ولو أعتق احداهما بعينها ثم قال إياها كنت عنيت بذلك العتق الاول كان مصدقا أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فلان العتق الاول فى حق العين لم يكن نازلا حتى يقال له أوقع فكان هذا ايقاعا لذلك العتق فى العين وعند محمد رحمه الله تعالى هو نازل فى احـداهما حتى يقال له بين على ماذكره فى الزيادات ولكن لفظه فى الايقاع والبيان يتقارب والبيان مستحق عليه فيحمل فعله على الوجه المستحق وان قال أردت به الايقاع ابتداء صح ايقاعه لانها بقيت على ملكه بعد العتق المبهم محلا قابلا لتصرفه وبتقرر ايقاعه تخرج عن أن تكون محلا لذلك العتق المبهم فيتعين في الاخرى كما لو دبر احداهما ولو فقأ رجل عين احـداهما فالمولى على خياره لان المفقوءة عينها محل للعتق كالاخرى وسواء أوقع العتق عليها أو على الاخرى فالواجب على الفاقئ أرش عين الامة للمولى أما اذا أوقع على الاخرى فلا اشكال فيه وكذلك اذا أوقع على المفقوءة عينها لانها كانت مملوكة حين فقئت عينها فصار ارش عين المملوكة مستحقا للمولى ثم ايقـاع العتق عليها يعمل فيما بقي منها دون مافات ونظيره ارش اليـد فى ولد

الجارية المبيعة اذا ادعى البائع نسبه انه يبقي سالما للمشتري وان قال كنت عينتها حين أوقعت العتق أو قال كنت أوقعت العتق عليها قبل فقء العين لم يصدق في حق الجاني لان الواجب عليه أرش مملوكة فهو بهذا الكلام يريد ان يلزمه أرش عين حرة ولكنه يصدق على نفسه حتى يكون ذلك الارش لها لانه هو المستحق للارش ظاهراً وقد أقر به لها فاقراره صحيح في حق نفسه ولو قتلهما رجل واحد فان قتل احداهما قبل الاخرى فعليه قيمة الاولى للمولى ودية الاخرى لورثتها لان بقتل احداهما يتعين العتق في الاخرى ضرورة فتبين أنه قتلها وهي حرة وان قتلهما معاً كان عليه قيمة أمة ودية حرة ان استوت القيمتان وان اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحدة منهما ونصف دية حرة لانا نتيقن أنه قتل حرة وأمة وقتل الحر يوجب الدية وليست احداهما بأولى من الاخرى فيلزمه نصف قيمة كل واحدة منهما ونصف ديتها لان البيان فات حين قتلتا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما ﴿فان قيل﴾ اذا لم يكن العتق نازلا في احداهما كيف يجب عليه دية حرة ﴿قلنا﴾ هذا انما يلزم من يقول أن العتق نازل في الذمة ونحن قلنا أن العتق نازل في المنكر وذلك المنكر فيهما لا يعدوهما فعند اتحاد القاتل يعلم أنه قاتل للمنكر الذي نزل فيه العتق وهو بمنزلة ما قال في الجامع لو أوصى لرجل بأحد عبديه ثم مات فأعتقهما الموصى له ثم عين الوارث وصيته في احدهما تعين ذلك المعين من قبله ثم نصف ما وجب في بدل نفس كل واحدة منهما يكون لمولاها والنصف لورثتها لان كل واحدة منهما ان كانت حرة فبدل نفسها لوارثها وان كانت أمة فبدل نفسها لمولاها فيتوزع نصفين للمساواة ولو قتلهما رجلان كل واحد منهما قتل احداهما فان كان على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاولى لمولاها وعلى القاتل الثاني ديتها لورثتها لان العتق تعين فيها وان كان معا فعلى كل واحد منهما قيمة أمة لان كل واحد من القاتلين انما قتل احداهما بعينها والعتق في حق المعين كأنه غير نازل فكانت كل واحدة منهما مملوكة عيناً وانما نزول العتق في المنكر ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فانما وجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في الكتاب أن ذلك للمولى أو لورثتها وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحدة منهما والنصف للورثة لان في حق المولى الحرية ثابتة في احداهما فلا يستحق بدل نفسها فيتوزع ذلك نصفين لهذا ولو قطع ايديهما رجل واحد جميعا معا أو احداهما قبل الاخرى أو فعل

ذلك رجلان كان الواجب أرش يدي مملوكتين ويسلم ذلك كله للمولى لان بعد قطع اليد يبقى خيار المولى لبقاء كل واحدة منهما محلا للعتق وما بقي خيار المولى لا يكون العتق نازلا في عين احداهما فانما ابينت يد كل واحدة منهما على حكم الرق بخلاف الرق فانه لا يبقى خيار المولى في البيان بعد ماقتلت أو احداهما واذا لم يبق خياره لم يكن بدمن الحكم بشيوع العتق فيهما واذا كان قاتلهما واحدا نتيقن بأنه قتل حرة وأمة وان لم يجن عليهما أحد ولكن المولى مات قبل ان يبين عتق من كل واحدة منهما نصفها وسعت فى نصف قيمتها لان البيان فات بموت المولى فان وارثه لا يخلفه فى ذلك فانه لا يقف على مراده ولان مجرد الخيار لا يورث ولما فات البيان شاع العتق فيهما اذ ليست احـداهما بأولى من الاخري وبعد ما عتق نصف كل واحـدة منهما يجب اخراج النصف الباقى الى الحرية بالسعاية وان اختار المولى عند الموت احداهما عتقت كلها ولا يعتبر من ثلث ماله لان الايقاع كان منه فى الصحة وقد تم الاستحقاق به في حقه معتبراً من جميع ماله لانه لا تكير فى جانبه فلا يتغير ذلك ببيانه عند الموت وهو نظير مالو طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول من غير عينها كان له أن يتزوج أخرى لان احداهن قد بانت في حقه فانه لا تكير فى جانبه ولو جنت احداهما جناية قبل أن يختار المولى ثم اختار ايقاع العتق عليها بعد علمه بالجناية كان مختاراً للجناية لانه كان متمكنا من أن يوقع العتق على الاخرى فايقاعه على هذه في حق أولياء الجناية بمنزلة اعتاق مبتدأ لانه يمتنع به دفعها فيصير مختاراً للدية ولا يصدق فى حقهم انه كان أرادها بذلك العتق السابق وان مات المولى قبل البيان عتق من كل واحدة منهما نصفها وسعت كل واحدة منهما في نصف قيمتها لورثة المولى وكان على المولى قيمة التى جنت فى ماله لانه تعذر دفعها حين عتق نصفها على وجه لم يصر المولى مختاراً بل صار مستهلكا بترك البيان فى الاخرى حتى مات فيلزمه قيمتها كما لو أعتق الجانية قبل أن يعلم بالجناية ولو باع احداهما على انه بالخيار وقع العتق على الاخرى لان تصرفه بالبيع في احداهما نافذ ومن ضرورة نفوذه خروجها من أن تكون محلا لذلك العتق فيتعين فى الاخرى وكذلك لو باع احداهما بيعاً فاسداً وقبضها المشترى وهذا أظهر لان المشتري بالقبض قد ملكها فمن ضرورته تعين العتق فى الاخري ولكن قيل لا معتبر بهذه الزيادة فسواء قبضها المشترى أولم يقبضها تعين العتق في الاخرى لان البيع اسم خاص لتمليك مال بمال في قوله بعت هذا بكذا

اقرار بأنه لا حظ لها في ذلك العتق فيتعين في الاخرى ألا ترى أنه لو عرض احداهما على البيع تعين الاخرى للعتق محفوظ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فاذا باع إحداهما بيعا فاسداً أولى وهذا لان دليل البيان ممن له الخيار كصريح البيان كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما خير بريرة قال لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك وكذلك لو باع احداهما بعينها على أن المشترى بالخيار عتقت الباقية وهذا أظهر لأن المشترى لو أعتقها عتقت من قبله فمن ضرورة هذا التصرف خروجها من أن تكون مزاحمة في ذلك العتق وكذلك لو كاتب احداهما لانه بالكتابة يوجب لها ملك اليد في نفسها ومكاسبها بعوض وهذا لا يتحقق في العتق فكان انتفاء العتق عنها من ضرورة تصرفه وكذلك لو رهن احداهما لانه أثبت للمرتهن يد الاستيفاء في ماليتها بتصرفه ومن ضرورته انتفاء العتق عنها وكذلك لو أجر احداهما لانه التزم تسليمها الى المستأجر بولاية الملك ومن ضرورته انتفاء العتق عنها وان استخدمها لم تعتق الباقية لانه ليس من ضرورة استخدامه اياها انتفاء العتق عنها فالانسان قد يستخدم الحرة خصوصا اذا كانت مولاة له ويحل له ذلك شرعا برضاها فلا يكون ذلك دليل البيان وقد بينا ان الاعتاق من الصبي لا يجوز وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وكذلك لو قال كل مملوك أملكه اذا احتلمت فهو حر لان اليمين لا تنعقد الا بقول ملزم وليس للصبي قول ملزم شرعاً خصوصا فيما لا منفعة له فيه والمجنون كالصبي واذا قال الصحيح عبدي حر يوم أفعل كذا ففعل ذلك وهو معتوه عتق عبده الا على قول ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه فانه يقول المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز والمعتوه ليس من أهل تنجيز العتق ولكنا نقول العته لا يعدم ملكه ولا يمنع تحقق الفعل منه انما يهدر قوله ولا حاجة الى قوله عند وجود الشرط والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز بذلك التعليق السابق وقد صح منه واذا أعتق الرجل عبده وهو من أهل الحرب في دار الحرب ثم صار ذمياً أو أسلم وعبده معه في يده فهو عبده وعتقه وتدبيره في دار الحرب باطل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عتقه نافذ لانه ازالة الملك بطريق الابطال فيصح في دار الحرب كالطلاق ثم ملك الحربي أضعف من ملك المسلم فاذا كان ملك المسلم يزول بالعتق مع تأكده بالاحراز فملك الحربي أولى وهما يقولان لا فائدة في هذا العتق لانه معتق بلسانه مسترق بيده وهو محل للاسترقاق والدار دار

القهر فعرفنا أنه غير مفيد شيئاً ولان الاعتاق احداث قوة واذا كان العبد حربيا لا يتحقق فيه معنى احداث القوة لانه عرضة للتملك ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أهل الحرب بمنزلة الارقاء حتى لو كان العبد مسلماً كان العتق نافذاً وبعض أصحابنا يقولون لاخلاف في نفوذ العتق على مافسره محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير أنه اذا كان من حكم ملكهم أنه يمنع المعتق من استرقاق المعتق فانه ينفذ العتق وانما الكلام في اثبات الولا على ماذكره الطحاوى ان عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا ولاء عليه للمعتق وله ان يوالى من شاء وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى استحسن ان يكون ولاؤه للذى أعتقه لان الولاء كالنسب ولا خلاف ان النسب يثبت فى دار الحرب حتى لو قال المستأمن لغلمان في يده هؤلاء أولادى أو لجوار في يده هن أمهات أولادى قبل ذلك منه فكذلك الولاء يثبت فى دار الحرب ثم يتأكد بالخروج الى دار الاسلام ولا يبطل وهما يقولان ثبوت الولاء للمعتق على المعتق حكم شرعى ودار الحرب ليس بدار الاحكام وهو أثر ملك محترم ولا حرمة لملك الكافر ثم لو أحرز المملوك نفسه بدارنا لم يكن لأحد عليه ولاء فكذلك المعتق والاصل فيه ماروى أن ستة من أهل الطائف خرجوا حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصراً لهم ثم خرج مواليهم يطلبون ولاءهم فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول هناك لم يوجد من الموالى اكتساب سبب الولاء وانما زال ملكهم بتباين الدارين وهنا من المولى قد وجد اكتساب سبب الولاء بالعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب الشهادة فى العتق ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه وشهادة الشهود على عتق الامة جائزة وان كانت هى منكرة لأن هذا فرج معناه أن عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على المولى وذلك من حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير الدعوى ﴿ فان قيل ﴾ فعلى هذا ينبغى أن يكتفي بشهادة الواحد لانه أمر دينى وخبر الواحد فيه حجة تامة ﴿ قلنا ﴾ خبر الواحد انما يكون حجة فى الامر الدينى اذا لم تقع الحاجة الى التزام المنكر وهنا الحاجة ماسة الى ذلك ولان في هذا ازالة الملك والمالية عن المولى وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا لا بد من أن يشهد به رجلان

فان

﴿فان قيل﴾ فاذا كانت هي أخته من الرضاعة قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج هنا ﴿قلنا﴾ بل فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه الحد وبضعها مملوك للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها للمحرمية ألا ترى أنه يزوجها وان بدل بضعها يكون له فيزول ذلك الملك باعتاقها ولان الامة فى انكار العتق متهمة لما لها من الحظ فى الصحبة مع مولاها ولا معتبر لانكار من هو متهم في انكاره فجعلناها كالمدعية لهذا فأما الشهادة على عتق العبد لا تقبل مع جحود العبد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وتقبل فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قولهما أن المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة عليه كعتق الامة وطلاق الزوجة وبيان ذلك أن المشهود به العتق وهو حق الشرع ألا ترى أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وانه مما يجوز أن يحلف به وانما يحلف بما هو حق الشرع وان ايجابه فى المجهول صحيح ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه وذلك حق الشرع قال النبي عليه الصلاة والسلام ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر فى جملتهم من استرق الحر ويتعلق به حكم تكميل الحدود ووجوب الجمعة والاهلية للولايات ثم الاسترقاق على أهل الحرب عقوبة بطريق المجازاة لهم حين أنكروا وحدانية الله فجازاهم على ذلك بان جعلهم عبيد عبيده فازالته بعد الاسلام يكون حقا للشرع ولهذا كانت قربة تتأدى بعض الواجبات بها والدليل عليه ان التناقض في الدعوى لايمنع قبول البينة حتى لو أقر بالرق ثم ادعي حرية الاصل وأقام البينة قبلت بينته والتناقض يعدم الدعوي وحجة أبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد فقد جعل أداء الشهادة قبل الاستشهاد من امارات الكذب فظاهره يقتضي أن لايكون مقبولا منه الا حيث خص بدليل الاجماع والمعنى فيه ان ازالة ملك اليمين بالقول ولا يتضمن معنى تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه الا بالدعوى كالبيع وتأثيره ان المشهود به حق العبد لان الاعتاق احداث قوة المالكية والاستبداد فيتضمن انتفاء ذل المالكية والرق وذلك كله حق العبد فأما ماوراء ذلك من ثمرات العتق فلا يعتبر ذلك وانما يعتبر المشهود به فاذا كان حقاً للعبد يتوقف قبول البينة على دعواه ونحن نسلم أن فى السبب معني حق الشرع ولهذا لايتوقف على قبوله ولايرتد برده ولكن هذا لايدل على قبول البينة

فيه من غير الدعوى كالعفو عن القصاص ثم العبد غير متهم فى هذا الانكار لان العاقل لايجحد الحرية ليستكسبه غيره فينفق عليه بعض كسبه ويجعل الباقى لنفسه فصح انكاره وصار به مكذبا لشهوده بخلاف الامة لانها متهمة في الانكار على ماقلنا حتى لو كان العبد متهما بأن كان لزمه حد قذف أو قصاص فى طرف فانكر العتق تقبل الشهادة ومن أصحابنا من قال التناقض انما يعدم الدعوى فيما يحتمل الفسخ بعد ثبوته لان أول كلامه ينقض آخره وآخره ينقض أوله فاما فيما لايحتمل النقض بعد ثبوته فلا معتبر بالتناقض كما فى دعوى النسب فان الملاعن اذا أكذب نفسه ثبت النسب منه ولا ينظر الى تناقضه فى الدعوى ولانافض لحرية الاصل فى دارنا فالتناقض فيه لايكون معدما للدعوي وهذا ضعيف فان من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالي أنه بعدماأقر بنسب ولد أمته لغيره لوادعاه لنفسه لا يصح للتناقض والنسب لايحتمل النقض والوجه ان يسلك فيه طريقة الشبهين فنقول من حيث السبب المشهود به من حق الشرع بمنزلة طلاق الزوجة وعتاق الامة ومن حيث الحكم المطلوب بالسبب هو حق العبد كما بينا وما تردد بين الشبهين يوفر حظه عليهمافلشبهه بحقوق العباد قلنا الشهادة لاتقبل بدون الدعوى ولشبهه بحق الشرع قلنا التناقض فى الدعوى لايمنع قبول البينة عليه واذاشهدوا انه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالماوله عبد واحداسمه سالم فانه يعتق لما بينا ان ايجاب العتق في المجهول صحيح ولان ملكه متعين لما أوجبه فبان لايعرف الشهود العبد لايمنع قبول شهادتهم كان القاضى يقضى بالعتق اذاسمع هذه المقالة من المولى وان كان هولايعرف العبد ولو شهدوابه فى البيع أبطلته لمابينا ان الجهالة التى تفضى الى المنازعة تمنع صحة البيع واذا لم يعرف الشهود العبد فهذه جهالة تفضي الى المنازعة ويتعذر على القاضى القضاء لاجله بالشهادة واذا شهدوا عليه بعتق عبد بعينه واختلفا فى الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد احدهما أنه أعتقه وشهد الآخر أنه أقر انه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى الزمان والمكان ولا باختلافهما فى اللغة وصيغة الاقرار والانشاء فى العتق واحد وان اختلفا في الشرط الذى علق به العتق لم يجز لان احدهما يشهد بعتق يتنجز عند دخول الدار والآخر بعتق يتنجز عند كلام فلان والكلام غير الدخول فلا يتمكن القاضى من القضاء بواحد من الشرطين وان اتفقا على أنه قال له ان دخلت الدار فأنت حر وقال المولى انما قلت له ان كلمت فلانا فأنت حر فأيهما

فعل فهو حر لان التعليق بشرط الدخول ثبت بشهادة شاهدين وبكلام فلان باقرار المولى ولا منافاة بينهما ولو شهد احدهما أنه أعتقه بجعل والآخر أنه كان بغير جعل لم تقبل الشهادة لان احدهما يشهد بعتق متعلق بقبول البدل والآخر بعتق بات ولان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذلك لو اختلفا فى مقدار الجعل والمولى ينكر ذلك فالشهادة لاتقبل سواء أدعى العبد أقل المالين أو أكثرهما لان احدهما يشهد بعتق متعلق بقبول الف والآخر بقبول الف وخمسمائة وان كان المولى هو المدعي والعبد منكرفان كان يدعي أقل المالين عتق العبد لا قرار المولى بحريته ولا شئ عليه لانه أكذب أحد شاهديه وهو الذى شهدله بالف وخمسمائة وان ادعى العتق بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لان الشهادة هنالاتقوم على العتق فالعبد قد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة يقضى بالالف لاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى واذا شهد شاهدان انه أعتقه ان دخل الدار وآخران ان كلم فلانا فايهما وجد عتق العبد لان كل واحد من التعليقين ثبت بحجة كاملة ولا تنافي بينهما وان ادعى الغلام انه أعتقه بالف وأقام شاهدين وادعاه المولى بألفين وأقام شاهدين فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة في حقه ببينته وان أقام العبد بينة أنه قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر وأنه قد أداها وأقام المولى بينته أنه انما قال له اذا أديت الى ألفين فأنت حر فالعبد حر ولا شئ عليه غير الالف الذى أداه لان العبد يثبت ببينته تنجز الحرية فيه وهو حقه ولانه يجعل كان الامرين كانا اذ لامنافاة بينهما ولو عاينا وجود الكلامين من المولى تخير العبد وعتق باداء أى المالين اختاره ولو أقام العبد البينة أنه باعه نفسه بألف فأقام المولى البينة انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق يتنجز بالقبول هنا فكان اثبات الزيادة في بينة المولى بخلاف الاول ﴿ قال ﴾ فى الاصل ولو باعه نفسه بألف درهم فأداها من مال المولى كان حراً وللمولى أن يرجع عليه بمثلها والعتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء والوجه فيه أن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أومغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق فى الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله وان شهد للعبد ابناه أو أبوه وأمه أن مولاه أعتقه فشهادتهما باطلة لانها تقوم لمنفعة العبد وهؤلاء متهمون فى حقه ولا شهادة لمتهم والعتق يثبت مع الشبهات

فيثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال واذا رجع شهود العتق بعد القضاء لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان فى ابطال الحكم ولا فى ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته لانهما أتلفا ماليته على المولى وقد أقر بالرجوع أنهما أتلفاه عليه بغير حق والمعتبر فى الضمان عند الرجوع بقاء من بقى على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بينا هذا فى الطلاق وان شهد شاهدان بعتقه فلم يحكم بشهادتهما للتهمة ثم ملكه أحدهما عتق عليه لانه قد أقر بحريته وذلك الاقرار صحيح لازم فى حقه الا أنه لم يكن عاملا لانعدام الملك له فى المحل فاذا وجد الملك عمل وكان كالمجدد للاقرار بعد ما ملكه فيكون حراً من ماله واذا شهدا بعتقه فحكم بشهادتهما ثم رجعا عنه فضمنا قيمته ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى قد كان أعتقه فان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو فانه عتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادة هؤلاء لم يرجعوا بما ضمنوا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وان لم يكن هناك مدعيا لذلك ثم تبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئاً بشهادتهم وانه أخذ ما أخذ منهم بغير حق وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل الشهادة على عتق العبد من غير الدعوى ولا مدعى لما يشهد به الفريق الثانى فان العبد قد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والفريق الاول لما شهدوا بأنه أعتقه فى وقت لا يمكنهم أن يدعوا عتقا فى وقت سابق عليه لتناقض فلانعدام الدعوى لا تقبل شهادة الفريق الثانى ولا يجب على المولى رد شئ مما أخذه من الفريق الاول ولو قيد رجل عبده ثم قال ان لم يكن فى قيده عشرة أرطال حديد فهو حر وان حل قيده فهو حر فشهد شاهدان أن فى قيده خمسة أرطال حديد فقضى القاضي بعتقه ثم حل القيد فاذا فيه عشرة أرطال فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الشهود يضمنون قيمته للمولي وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا يضمنون له شيئاً وهذا بناء على ان قضاء القاضي بالعتق بشهادة الزور عند أبي حنيفة رحمه الله ينفذ ظاهراً وباطناً وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى ينفذ ظاهراً لا باطناً فتبين ان قضاء القاضي بشهادتهما لم يكن نافذا فى الباطن وان

العبد انما عتق بحل القيد لا بشهادتهما فلا يضمنان عندهما شيئا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما عتق العبد بقضاء القاضي لنفوذ قضائه ظاهراً وباطنا وقضاء القاضي كان بشهادتهما فلهذا ضمنا قيمته لانا علمنا انهما شهدا بالباطل ﴿فان قيل﴾ هما انما شهدا بشرط العتق لانهما شهدا بوزن القيد انه دون عشرة أرطال وذلك شرط العتق ولا ضمان على شهود الشرط ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل شهدا بتنجيز العتق لانهما زعما ان المولى علق عتقه بشرط موجود والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزاً حتى يملكه الوكيل بالتنجيز وشهود تنجيز العتق يضمنون عند الرجوع ﴿فان قيل﴾ قضاء القاضي انما ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يتيقن ببطلانه فاما بعد التيقن ببطلانه لا ينفذ كما لو ظهر ان الشهود عبيد أو كفار وهنا قد تيقنا ببطلان الحجة حين كان وزن القيد خمسة أرطال وبعد ما علم كذبهم بيقين لا ينفذ القضاء باطنا فانما عتق بحل القيد ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل نفوذ القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى باعتبار انه يسقط عن القاضي تعرف ما لا طريق له الى معرفته وهو حقيقة صدق الشهود ولا يسقط عنه الوقوف على ما يتوصل اليه من كفرهم ورقهم لان التكليف يثبت بحسب الوسع وقد تعذر على القاضي هنا الوقوف على حقيقة وزن القيد لانه لا يعرف ذلك الا بعد ان يحله واذا حله عتق العبد فيسقط عنه حقيقة معرفة وزن القيد ونفذ قضاؤه بالعتق بشهادتهما ظاهراً وباطنا ﴿فان قيل﴾ لا كذلك فقد يمكنه معرفة وزن القيد قبل أن يحله بأن يضع رجلي العبد مع القيد في طست ويصب فيه الماء حتى يعلو القيد ثم يجعل على مبلغ الماء علامة ثم يرفع القيد الى ساقه ويضع حديدا في الطست الى أن يصل الماء الى تلك العلامة ثم يزن ذلك الحديد فيعرف به وزن القيد ﴿قلنا﴾ هذا من أعمال المهندسين ولا تنبني أحكام الشرع على مثله مع أنه انما يعرف وزن القيد بهذا الطريق اذا استوى الحديدان في الثقل ولا يعرف ذلك ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما وله عبدان اسم كل واحد منهما سالم والمولى يجحد ذلك لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا بد من الدعوى لقبول الشهادة عنده والدعوى لا تحقق من المشهود له لانه غير معين منهما ولا يتمكن الشهود من تعيينه فبطلت شهادتهما لهذا وان قالا قد سماه لنا فنسينا إسمه فشهادتهما باطلة لاقرارهما على أنفسهما بالغفلة وبأنهما ضيعا شهادتهما وحكي عن زفر رحمه الله تعالى ان الشهادة تقبل ويقال للمولى بين لانهما نثبتان كلام المولى فثبت بشهادتهما ان المولى أعتق عبدا

له والجهالة لا تمنع صحة العتق فكان المولى مجبرا على البيان ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه بغير عينه والمولى يجحد ذلك فشهادتهما باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الدعوى شرط لقبول البينة على العتق عنده والدعوى من المجهول لا تحقق انما تحقق الدعوي من كل واحد منهما بعينه والمشهود به عتق فى منكر لا فى معين فلا تقبل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذه المسئلة وفى مسئلة الشهادة تقبل ويؤمر المولى بالبيان لان الشهادة على العتق عندهما تقبل من غير دعوى فيثبت به أن المولى أعتق احدهما بغير عينه فيؤمر بالبيان لهذا وكذلك لو شهدا بأنه أعتق احدى أمتيه ﴿ فان قيل ﴾ فى هذا الفصل ينبغى أن تقبل الشهادة عندهم جميعا لان أباحنيفة رحمه الله تعالى لايشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة ﴿ قلنا ﴾ نعم انما لا يشترط الدعوى فى الشهادة على عتق أمة بعينها لما فيها من تحريم الفرج فأما العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده ولهذا قال لا يكون الوطء بيانا فلهذا كان الجواب فى العبد والامة سواء هنا الا ان شهدا أن هذا كان عند الموت منه فحينئذ تقبل شهادتهما عنده استحسانا وفى القياس لا تقبل لانعدام شرط القبول وهو الدعوي كما لو كان ذلك فى حال حياته وصحته والاستحسان وجهان .

أحدهما أن العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فتتحقق الدعوى من كل واحد منهما والثانى أن العتق فى مرض الموت بمنزلة الوصية حتى يعتبر من الثلث ووجوب تنفيذ الوصية لحق الموصى فتتحقق الدعوى من وصيه أو وارثه هنا فلهذا قبلت البينة ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده لم تجز شهادتهما لان المشهود عليه مجهول وذلك يمنع قبول الشهادة فان الانكار شرط لقبول البينة والانكار من المجهول لا يتحقق ولان القاضى لا يتمكن من القضاء على واحد منهما بهذه الشهادة وان أدعي العبد أو الامة العتق ولم يكن له بينة حاضرة لم يحل بين المولى وبين العبد لان بمجرد الدعوى لا يثبت استحقاق العبد العتق فانه خبر متمثل بين الصدق وبين الكذب والمخبر غير موثوق فيه لما له في ذلك من الحظ والى هذا أشار عليه الصلاة والسلام فى قوله لو أعطى الناس بدعواهم لادعي قوم دماء قوم وأموالهم واليد حق للمولى في مملوكه فكما لا يجوز ابطال الملك بمجرد الدعوى فكذلك لا يجوز ابطال اليد بالحيلولة وكذلك ان أقام شاهداً واحداً لان الحجة لا تتم بشهادة الواحد وهذا الجواب فى العبد فاما فى الامة الحيلولة تثبت اذا ادعت ان شاهدها الآخر

حاضر احتياطا لامر الفرج وقد بينا هـذا فيما أمليناه من شرح الجامع وان أقام شاهدين حيل بينه وبين مولاه حتى ينظر فى أمر الشاهدين وهـذا اذا كان مولاه فاسقاأومخوفا عليه على مافسرناه في الجامع والمعنى فيه ان الحجة هنا تمت من حيث الظاهر حتى لو قضى القاضى بشهادتهما قبل ان تظهرعدالتهما نفذ قضاؤه فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهداً واحداً فاذا شهدشاهد أنه أعتق عبداً له وشهد آخر انه وهبه لنفسه فهذا باطل لانهما اختلفا في المشهود به لفظا فان الهبـة غير العتق وضعا لان الهبة تمليـك والاعتاق احداث القوة أو ابطال الملك واختلافهما في المشهود به لفظا يمنع قبول الشهادة وان شهدا جميعاً انه وهب عبده لنفسه فالعبد حر لانه ملكه نفسه ومن ملك نفسه يعتق كالمراغم وقد يجوز ان تكون الهبة اعتاقا كما لو شهدوا انه وهبه من قريبه وسلمه اليه فانه يقضى بعتقه وقد بينا فيما سـبق أنه اذا قال لم أنوبه العتق لايصدق فى القضاء واذا قال له أنت حران فعلت كذا وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصـلاة ودخول الدار ونحوه فقال العبـد قد فعلت لا يصـدق الا أن يقيم البينة أو يقرالمولى لان العتق المعلق بالشرط انما يتنجز عند وجود الشرط فالعبـد بدعواه وجود الشرط يدعى تنجيز العتق فيـه وهو غير مصدق فى ذلك الا بحجة بخـلاف قوله ان كنت تحبـنى أوتبغضنى لان ذلك لايوقف عليـه الامن جهته فوجب قبول قوله فى ذلك مادام في مجلسه ﴿فان قيل﴾ فالصوم كذلك لانه بينه وبين ربه لا يقف عليه غيره ﴿قلنا﴾ لا كذلك فان ركن الصوم هو الكف وذلك أمر ظاهر يقف عليـه الناس بوقوفهم علي ضده وهو الاكل ولو قال لرجل أعتق أى عبيدى شئت فأعتقهم جميعاً لم يعتق منهم الا واحـد والأمر فى بيانه الى المولى بخلاف مالو قال أيكم شاء العتق فهو حر فشاؤا جميعاً عتقوا لان كلمة أى فيها معـنى العموم والخصوص من حيث انها تتناول كل واحـد من المخاطبين على الانفراد فاذاأضاف المشيئة بها الى خاص ترجح جانب الخصوص فـلا يتناول الا واحداً منهم واذا أضاف المشيئةبها الى عام يترجح جانب العموم ولان هـذه الكلمة انما توجب التعميم فيمن دخل تحتها دون من لم يدخل والداخل تحت هذه الكلمة العبيد دون المخاطب بالمشيئة واذا قال شئت فلا يكون شرط العتق الامشيئة واحدة وبالمشيئةالواحدةمنهلايعتق الا عبدواحدفاما في قولهشاءانما أضاف المشيئةالىالعبيد وكلمة أى اقتضت التعميم في العبيد فصارت مشيئة كل واحد منهم شرطا لعتقه فلهذا عتقوا

ثم البيان الي المولي دون المخاطب بالمشيئة لان مافوض اليه قد انتهي بوجود المشيئة منه بقي العتق واقعا على أحدهم بغيرعينه بايقاع المولى فالبيان اليه ولو قال أيكم دخل الدار فهو حر فدخلوا عتقوا لان الشرط دخول من دخل تحت كلمة أي وكذلك لو قال أيكم بشرني بكذا فهو حر فبشروه معا عتقوا لان الشرط وجودالبشارة ممن دخل تحت كلمة أي فيتعمم بتعميمه وان قال عنيت واحداً منهم لم يدين فى القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوي التخصيص فى اللفظ العام وان بشره واحد بعد واحد فالاول هو البشير ولا يعتق غيره وقد بينا هذا فى كتاب الطلاق أن البشارة اسم لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه واذا قال لآخر أخبر عبدى بعتقه أو انه حر أو بشره بعتقه فهو حر ساعة تكلم به المولى أخبر العبد به أولم يخبر لان الباء للالصاق وانما يتحقق الصاق الاخبار بعتق موجود منه لا معدوم ولانه لوأخبره بنفسه بأن قال أنت حر تضمن ذلك تنجيز العتق من جهته حتي يكون خبره حقا فكذلك ان أمرغيره حتي يخبره به ويصير كأنه قال أعتقته فبشره بذلك أو أخبره فيعتق سواء أخبره أو لم يخبره واذا قال لعبد له يا سالم أنت حر وهو يعني انسانا بين يديه غير سالم فان سالم حر لانه أتبع الايقاع النداء فانما يتناول المنادى واذا قال أول عبد يدخل عليّ من عبيدي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم أدخل عليه عبد حي فانه يعتق الحي قال لانه هو الاول ولا يحتسب بالميت ولا يكون الميت أولا وآخراً ومعني هذا أن الادخال عليه للاكرام اوالاهانة ولا يتحقق ذلك فى الميت فيصير الحياة ثابتاً بمقتضى كلامه وكانه قال أول عبد حي من عبيدي ولانه جازاه بالحرية وانما يجازي به الحى دون الميت لان الميت ليس بمحل لايجاب العتق فيه والثابت بمقتضي الكلام كالثابت بالنص وان أدخل عليه عبدان حيان جميعا معا لم يعتق واحد منهما لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه فيه غيره ولم يتصف واحد منهما بالفردية عند الادخال عليه فان أدخل بعدهما عبد آخر لم يعتق لانه وان اتصف بالفردية فلم يتصف بالسبق فقد تقدمه عبدان ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدين معاً لم يعتق واحد منهما لانه لم يتصف واحد منهما بالفردية عند دخوله فى ملكه وان ملك بعدهما آخر لم يعتق أيضاً لانه لم يتصف بالسبق ولو قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدين ثم عبداً ثم مات المولى عتق الثالث لان الآخر اسم لفرد متأخر وقد اتصف به الثالث حين لم يملك غيره حتى مات ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعتق

من

من جميع المال اذا كان تملكه فى الصحة لان صفة الآخرية ثابت له من حين تملكه فيتبين أنه عتق من ذلك الوقت وعندهما يعتق من الثلث لان نزول العتق عندهما وقت الموت لتحقق الشرط فيه في هذه الحالة وقد بينا هذا فى الطلاق ولو قال آخر عبد أملكه فهو حر فاشترى عبداً ثم لم يملك غيره حتي مات لم يعتق لان هذا أول وصفة الاولية والآخرية لايجتمع فى شخص واحد من المخلوقين وان اشترى عبدين بعده ثم مات لم يعتق واحد منهم لان الاول ما اتصف بالآخرية ليكون آخراً والعبدان لم يتصف واحد منهما بالفردية فلا يكون واحد منهما آخراً ولو قال لامة لم يملكها انت حرة من مالى فهذا باطل لان تنجيز العتق لايصح الا بعد وجود الملك في المحل ولم يوجد بخلاف قوله اذا ملكتك لان بذلك اللفظ لا يصير مضيفا للعتق الى الملك ولا الى سببه وهو فضل من الكلام لان العتق من جهته لايكون الا من ماله فلا يخرج به كلامه من أن يكون تنجيزاً ولو قال اذا اشتريتك فانت حرة أو ان جامعتك فانت حرة فاشتراها وتسراها أو جامعها لم تعتق الا على قول زفر فانه يقول التسرى والجماع لا يحل الا فى الملك فكان هذا فى معني اضافة العتق الى الملك بمنزلة قوله ان اشتريتك ولكنا نقول الجماع يتحقق فى غير الملك فكذلك التسرى فانه عبارة عن التحصين والمنع من الخروج وهو ليس بسبب للملك فلا يتحقق به اضافة العتق الى الملك صورة ولا معني فهو بمنزلة قوله اذا كلمتك فانت حرة بخلاف الشراء فانه سبب للملك وكذلك لو قال كل جارية اتسرى بها فهى حرة فاشترى جارية بعد يمينه وتسراها لم تعتق ولو تسرى جارية كانت مملوكة له وقت يمينه عتقت لان الايجاب فى حقها يصح لوجود الملك في المحل وقت الايجاب بمنزلة قوله كل جارية أملكها فهى حرة ثم تسري فالشرط عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان يبوأها بيتا ويحصنها ويجامعها وطلب الولد ليس بشرط وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالي لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا للعادة الظاهرة ان الناس يطلبون الأولاد من السرارى وفى الايمان يعتبر العرف وهما يقولان ليس فى لفظه مايدل على طلب الولد لان التسرى اما ان يكون مأخوذاً من التسرر كالتقضى وذلك الاخفاء أو يكون مأخوذاً من السرار ومعناه التحصين والمنع من الخروج أو يكون مأخوذا من السر الذى هو الجماع كما قال تعالى ولكن لاتواعدوهن سراً فاذا لم يكن فيها ماينبئ عن طلب الولد لا يشترط فيه ذلك من غير لفظ وكيف يشترط ذلك وبحصول الولد تخرج

من ان تكون سرية لانها تصير أم ولد له فطلبه يخرجه حقيقة من أن تكون سرية فلا يمكن أن يجعل شرطا لتحقيق التسرى ولو وطئ جارية فعلقت منه لم تعتق لان التسري بالتحصين والمنع من الخروج ولم يوجد وان قال لعبديه ايكما أكل هذا الرغيف فهو حر فأكلاه جميعاً لم يعتق واحد منهما لان الشرط أكل الواحد لجميع الرغيف ولم يوجد وان أقام احدهما البينة أنه أكله فأعتقه القاضي ثم أقام الآخر البينة أنه هو الذي أكله لم يعتقه القاضى لانه جعل الاول آكلا فلا يتصور بعده كون الثانى آكلا له اذا الرغيف الواحد لا يتكرر فيه فعل الاكل وهذه البينة انما تقوم لابطال القضاء الاول والبينة لا بطال القضاء لا تقبل توضيحه إنا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح معنى الصدق فى شهادة الفريق الاول بالقضاء فتعين معنى الكذب فى شهادة الفريق الثاني وان جاءت البينتان معاً لم يعتق واحد منهما لان القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب واذا كانت تهمة الكذب تمنع القضاء بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى وعلى هذا لو شهد شاهدان أنه أعتق عبده سالما يوم النحر بمكة فأعتقه القاضى ثم شهد آخران أنه أعتق سريعا يوم النحر بالكوفة لم تجز شهادتهما وان جاءت البينتان معاً لم تقبل واحدة منهما وهذا والاول سواء وان ردهما ثم ماتت احدى البينتين فأعاد الآخر بينته تلك لم يقبل القاضى شهادتهم لانه قد ردها للتهمة فلا يقبلها أبداً كما لو رد شهادة الفاسق ثم تاب فأعادها وان لم تمت واحدة من البينتين حتي جاء أحد الغلامين بشاهدين آخرين يشهدان على ما شهدت به البينة الاولى وجاء الآخر بشهوده الذين كانوا شهدوا فان القاضى يجيز شهادة الآخرين اللذين لم يكونا شهدا عنده لان شهادة الفريقين الاولين قد بطلت للتعارض وصارت كالمعدومة وانما بقى شهادة الفريق الثانى لاحدهما ولا معارض له فثبت المشهود به بشهادتهما ولا يعتبر بما اعاده العبد الثانى لان تلك شهادة حكم ببطلانها وكما لاتقوم حجة القضاء بمثل هذه الشهادة فكذلك المعارضة لاتثبت بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب عتق العبد بين الشركاء

اكثر مسائل هذا الباب تنبنى على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فان العتق عنده

يتجزى حتى ان من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقى ان شاء أعتقه وان شاء استسعاه فى النصف الباقى فى نصف قيمته وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب وعند أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك وفى الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضا رضى الله عنه والمعنى فيه ان العتق اسقاط للرق والرق لايتجزى ابتداء وبقاء فاسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضا كما ان الحل لما كان لايتجزى ابتداء وبقاء فابطاله بالطلاق لايتجزى وبيانه ان فعله اعتاق فلا يتحقق الا بانفعال العتق فى المحل وبعد انفعال العتق فى بعض الشخص لو بقى الرق فى شيء منه كان فى ذلك تجزى الرق في محل واحد وذلك لايجوز فان الذي ينبنى على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود والاهلية للشهادات والارث والولايات ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد ولان اتصال أحد النصفين بالآخر أقوى من اتصال الجنين بالام لان ذلك بعرض الفصل ثم اعتاق الام يوجب عتق الجنين لامحالة فاعتاق أحد النصفين لان يوجب عتق النصف الآخر أولى ولان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى فى محل واحد فحقيقة العتق أولى واستدل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصاً له فى عبد فان كان موسراً فعليه خلاصه والا فقد عتق ما عتق ورق ما رق وقال علي رضى الله عنه يعتق الرجل من عبده ما شاء وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم فهو حر كله سيصير حرا كله باخراج الباقى الى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه وهو مذهبنا ولأن هذا ازالة ملك اليمين فيتجزء فى المحل كالبيع وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق فالرق اسم لضعف ثابت فى أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة الا أن بقاء ملكه لا يكون الا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حيا الا باعتبار صفة الحياة في المحل فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له فاذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتي كان معتق البعض كالمكاتب الا في حكم واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد فى الرق لان السبب هناك عقد محتمل للفسخ وهذا اذا عجز عن السعاية لا يرد فى الرق لان

سببه ازالة ملك لا الى أحد وهو لايحتمل الفسخ وانما يسمى فعله اعتاقا مجازاً على معنى أنه اذا تم ازالة الملك بطريق الاسقاط يعقبه العتق الذى هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملاقيا للرق كالقاتل فعله لايحل الروح وانما يحل البنية ثم بنقض البنية تزهق الروح فيكون فعله قتلا من هذا الوجه ولئن كان فعله اعتاقا فالعتق الذى ينبني على الاعتاق لايتجزى والاعتاق في نفسه متجز حتى يتصور من جماعة فى محل واحد فالعتق للبعض انما يوجد شطر العلة فيتوقف عتق المحل الي تكميله وهو نظير اباحة أداء الصلاة تنبني على غسل أعضاء هى متجزئة فى نفسها حتى يكون غسل بعض الاعضاء مطهراً ثم يتوقف اباحة أداء الصلاة على اكمال العدد وحرمة المحل لاتجزى وان كان ينبني على طلقات هى متجزئة حتى كان الموقع للتطليقة والتطليقتين مطلقا ويتوقف ثبوت الحرمة على كمال العدد فهنا أيضا نزول العتق فى المحل يتوقف على تمام العلة باعتاق مابقي وان كان معتق البعض معتقاً لان الاعتاق يقتضي انفعال العتق كما قال ولكن لايقتضى الاتصال بالاعتاق بل يثبت استحقاق الاعتاق ويتأخر ثبوته فى المحل الى اكمال العلة فأما الاسترقاق فقد قيل يحتمل الوصف بالتجزى حتى لو فتح الامام بلدة ورأى الصواب في أن يسترق أنصافهم صح ذلك منه والاصح أنه لايتجزى لان سببه وهو القهر لايتجزى اذ لايتصور قهر نصف الشخص دون النصف والحكم ينبنى على السبب وكذلك الاستيلاد سببه لايتجزي وهو نسب الولد فأما عتق الجنين عند اعتاق الام ليس لاجل الاتصال ألا ترى أن اعتاق الجنين لايوجب اعتاق الام والاتصال موجود ولكن الجنين فى حكم جزء من أجزائها كيدها ورجلها وثبوت الحكم فى التبع ثبوته فى المتبوع وأحد النصفين ليس بتبع للنصف الباقى فلهذا لم يكن إعتاق أحد النصفين موجبا للعتق في النصف الباقى فان كان العبد بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه جاز ثم ان كان المعتق موسراً فللساكت ثلاث خيارات فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعي العبد في قيمة نصيبه فاذا ادى السعاية اليه عتق والولاء بينهما وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق على العبد والولاء كله له وان كان المعتق معسراً فللساكت خياران ان شاء اعتق وان شاء استسعي وليس له حق تضمين الشريك الا على قول بشر المريسى والقياس فيه أحد الشيئين اما وجوب الضمان على المعتق موسراً كان أو معسراً لانه باعتاق نصيبه يفسد على الشريك

نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف فى نصيبه وضمان الافساد لايختلف باليسار والعسرة أو القياس أن لايجب على المعتق ضمان بحال لانه متصرف فى نصيب نفسه والمتصرف فى ملكه لايكون متعديا ولايلزمه الضمان وان تعدي ضرر تصرفه الى ملك غيره كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد فى أرضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنا تركنا القياسين للآثار فمنه ماروي عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الرجل يعتق نصيبه فى المملوك ان كان غنيا ضمن وان كان فقيراً يسعي فى حصة الآخر وهكذاروي عروة عن عائشة وعمر بن شعيب عن أبيه عن ابن مسعود رضوان الله عليهم ان رجلين من جهينة كان بينهماعبد فأعتقه احدهما فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فضمنه نصيب صاحبه وحبسه حتى باع غنيمة له في ذلك وذكر الحسن عن عمر رضي الله عنه في العبد بين اثنين يعتقه احدهما انه يضمن نصيب صاحبه ان كان غنياً وان كان فقيراً يسعي العبد فى النصف لصاحبه وعن ابراهيم عن الاسود بن يزيد أنه أعتق عبداً له ولا خوة له صغار فذكر ذلك لعمر رضي الله عنه فقال يستأنى بالصغار حتى يدركوا فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا أخذوا القيمة فلهذه الآثارقلنا بوجوب الضمان في حالة اليسار دون العسرة ولكن المعتبر يسار اليسر لا يسار الغنى حتى اذا كان له من المال قدر قيمة المملوك فهو ضامن وان كانت تحل له الصدقة هكذا ذكره فى حديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال قوم عليه نصيب شريكه ان كان له من المال مايبلغ ذلك ولانه قصد التقرب والصلة باعتاق نصيبه وتمام ذلك بعتق مابقي فاذا كان متمكنا من اتمامه بملكه مقدار مايؤديه الى شريكه كان عليه ذلك ولان اختلاف هذا الضمان باليسار والاعسار لتحقيق معني النظر للشريك فانه اذا استسعي العبد يتأخر وصول حقه اليه واذا ضمن شريكه يتوصل الى مالية نصيبه فى الحال وانما يكون هذا اذا كان موسراً له من المال مايبلغ قيمة نصيب شريكه ثم على قول أبي يوسف ومحمد لاخيار للساكت وانما له تضمين الشريك ان كان موسراً واستسعاء العبد ان كان معسراً أخذاً بظاهر الحديث وبناء على أصلهما ان العتق لا يتجزى ولهذا كان الولاء عندهما كله للمعتق فى الوجهين جميعاً وهوقول ابن أبي ليلى الا في حرف واحد يقول اذا سعي العبد رجع به على المعتق اذا أيسر لانه هو الذي الزمه ذلك

بفعله وقاس بالعبد المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر فسعى العبد في الدين رجع به على الراهن اذا أيسر ولكنا نقول اذا كانت عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنع وجوب الضمان عليه للعبد وانما يسعى العبد في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فانه ليس فى بدل رقبته بل فى الدين الذي هو ثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان المعتق موسرا يعتق كله وهو ضامن لنصيب شريكه وان كان معسراً فللشريك أن يستديم الرق فى نصيبه ويتصرف فيه بما شاء وقال لاأعرف السعاية على العبد ووجه قوله ان عسرة العبد أظهر من عسرة المعتق لانه ليس من أهل ملك المال فاذا لم يجب الضمان على المعتق لعسرته فكذلك لايجب على العبد بل أولى لان المعتق معسر جانٍ والعبد معسر غير جانٍ وهذا لو لزمه السعاية انما تلزمه فى بدل رقبته وليس للمولى ولاية الزامه المال بدلا عن رقبته فى ذمته كما لو كاتبه بغير رضاه فلأن لايكون ذلك لغير المالك أولى ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك حديث بشر بن نهيك عن أبي هريرة رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره قوّم عليه نصيب شريكه ان كان موسراً قيمة عدل والا يستسعى العبد فى نصيبه غير مستغرق عليه والمعنى فيه أن نصيب الشريك مال متقوّم وقد احتبس عند العبد لما قلنا أن بعد اعتاق البعض يمتنع استدامة الملك فيما بقى لوجوب تكميل العتق والدليل عليه حالة اليسار فان حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق وعسرته ومن احتبس ملك الغير عنده يكون ضامنا له موسراً كان أو معسراً وجد منه الصنع أو لم يوجد كما لو هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ انسان فانصبغ كان لصاحب الصبغ أن يرجع عليه بقيمة صبغه اذا اختار صاحب الثوب امساك الثوب وكذلك اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً لاحتباس نصيب الشريك عنده فكذلك هنا يجب على العبد السعاية فى نصيب الشريك وان كان معسراً لاحتباس نصيب الشريك عنده وهذا بخلاف بدل الكتابة لان وجوبه بعقد التراضى ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس وذلك متقرر وان لم يرض به العبد فأما بيان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فنقول عنده العتق يتجزى فانما عتق نصيب المعتق فقط وبقي نصيب الآخر على ملكه فله أن يعتقه كما كان له أن

يعتقه قبل ذلك فاذا أعتقه كان الولاء بينهما كما لو أعتقاه معاً وله أن يستسعى العبد فى نصيبه لان نصيبه احتبس عند العبد حين تعذر استدامة الملك فيه واذا استسعاه فأدى السعاية عتق والولاء بينهما لان نصيبه عتق من جهته وله ان يضمن شريكه ان كان موسراً لانه مفسد عليه نصيبه لما تعذر عليه استدامة الملك باعتاق نصيبه ثم بالتضمين يصير مملكا نصيبه من شريكه فيلتحق بما لو كان العبد كله له فأعتق نصفه حتى يتخير فى النصف الباقى بين أن يعتقه وأن يستسعيه ولانه بالتضمين يقيم المعتق فى نصيبه مقام نفسه وقد كان له الخيار بين ان يعتقه أو يستسعيه فيثبت ذلك للمعتق بعد اداء الضمان فلهذا قال يرجع على العبد بما ضمن والولاء كله له لانه عتق من جهته وان أعتق احدهما نصيب شريكه منه لم يعتق لان ملك الغير ليس بمحل للعتق فى حقه والسراية عندهما انما تكون بعد مصادفة العتق محله واذا لم يصادف محله كان لغواً ولو دبر احدهما نصيبه وهو موسر فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى التدبير يتجزى لان موجبه حق الحرية فيكون معتبراً بحقيقة الحرية فيبقى بعد تدبير المدبر نصيب الآخر على ملكه فينفذ عتقه فيه وللمدبر الخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبراً وان شاء استسعى العبد في ذلك لانه تمكن نقصان فى نصيبه بالتدبير لانه وان امتنع البيع ولكنه كان متمكنا من استدامة الملك الى موته وانما تعذر عليه ذلك باعتاق الشريك فيضمنه ان كان موسراً وانما يضمنه مدبراً لانه أفسده وهو منقوص بنقصان التدبير ولم يرجع المعتق على العبد بما ضمن باعتبار أنه يقوم مقام من ضمنه وقد كان للمدبر ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه مدبراً وأى ذلك فعل فالولاء بينهما هنا لانه بالتدبير استحق ولاء نصيبه فلا يبطل ذلك وان ضمن شريكه بخلاف القن وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حين دبره الاول صار الكل مدبراً له لان التدبير عندهما لا يتجزي كالعتق ويضمن قيمة نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً لانه صار متملكا على شريكه نصيبه وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ثم إعتاق الثانى باطل لانه أعتق مالا يملكه وان كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم ثم أعتقه الثانى وهما موسران فجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذا والاول سواء لانه حين دبره احدهم صار الكل مدبراً له وهو ضامن ثلثى قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً وان كان العبد بين ثلاثة دبره أحدهم وأعتقه الآخر فالاعتاق من الثاني بعد ذلك لغو وأما عند

أبي حنيفة رحمه الله تعالى تدبير المدبر يقتصر على نصيبه والاعتاق من الثاني صحيح لمصادفته المحل ثم للساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته ان كان موسراً وليس له أن يضمن المعتق لأن بالتدبير السابق صار نصيبه بحيث لايحتمل النقل الا الى المدبر بالضمان فلو أثبت له حق تضمين المعتق انتقل نصيبه الى المعتق بالضمان وذلك ممتنع بالتدبير السابق فلهذا يضمن المدبر دون المعتق وان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته وان شاء أعتقه واذا ضمن المدبر فللمدبر ان يرجع بذلك على العبد فيسعى له فيه وللمدبر أيضا ان يضمن الذي أعتق ثلث قيمته مدبراً لانه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق فكان له ان يضمنه ثلث قيمته مدبراً وليس له أن يضمن المعتق ما أدى الى الساكت من قيمة نصيبه لان الساكت لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذلك من يقوم مقامه ولان صنعه وهو الاعتاق وجد قبل ان يتملك المدبر نصيب الساكت فلهذا لايضمنه قيمة هذا الثلث ويكون الولاء بين المدبر والمعتق أثلاثاً ثلثاه المدبر وثلثه المعتق واذا كان العبد بين اثنين فشهد كل واحد منهما على صاحبه انه أعتقه وصاحبه منكر ذلك فالعبد يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً في قول أبي حنيفة والولاء بينهما نصفان فأما فساد رق العبد فلاتفاقهما على ذلك وهما يملكانه بطريق الانشاء ثم يسار المعتق عنده لايمنع وجوب السعاية على العبد فكل واحد منهما بشهادته على شريكه يدعى السعاية لنفسه في قيمة نصيبه على العبد ويدعى الضمان على شريكه الا أن الضمان لم يثبت لانكار الشريك فتبقى السعاية لكل واحد منهما على العبد وعند الاداء يعتق نصيب كل واحد منهما من جهته فكان الولاء بينهما وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه لانهما تصادقا على حريته وكل واحد منهما يتبرأ من جهة السعاية ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق عندهما يمنع وجوب السعاية عليه وما أدعى كل واحد منهما من الضمان على شريكه لم يثبت لانكار شريكه وان كانا معسرين يسعى العبد في قيمته بينهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية هنا فانه يقول شريكي معتق وهو معسر وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى الموسر منهما في نصف قيمته ولم يسع للمعسر في شئ لان الموسر يدعى السعاية فانه يقول شريكي معتق وهو معسر فلي استسعاء العبد في قيمة نصيبي وأما المعسر يتبري من السعاية ويقول شريكي معتق وهو موسر فحق

في

في الضمان قبله فلا يكون له أن يستسعى العبد بالتبري منه ولا يجب الضمان له على شريكه بجحوده والولاء في جميع ذلك موقوف عندهما لان كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فان الولاء للمعتق وكل واحد منهما يزعم أن صاحبه هو المعتق فلهذا توقف الولاء واذا أعتق أحد الشريكين العبد واختار الآخر تضمينه فاختلفا في قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضي يقوم للحال لان العتق حادث فيحال بحدوثه على أقرب أوقات ظهوره ووجوب الضمان بالافساد أو الاتلاف فيكون المعتبر قيمته وقت تقرر السبب وذلك عند ظهور العتق فلهذا يقوم في الحال وكذلك ان أراد أن يستسعى العبد ألا ترى أن له أن يعتق نصيبه الساعة فكذلك له أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه الساعة ولو تصادقا انه أعتقه قبل هذا كان عليه نصف القيمة يوم أعتقه حتى إذا انتقصت قيمته بزيادة السن فانه لا تعتبر الزيادة والنقصان لان السبب الموجب للضمان على الشريك هو العتق فينظر الى قيمته عند ذلك كما في المغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب وان اختلفا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق لان القيمة عليه فكان القول قوله في مقداره كما في المغصوب وهذا لأن الشريك يدعى عليه الزيادة وهو منكر وهذا بخلاف الشفعة فان المشتري لو أحرق البناء كان للشفيع أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن في قسمة الثمن وينظر الى قيمة الارض في الحال ويكون القول في قيمة البناء قول المشتري لان الشفيع هناك يتملك على المشتري العرصة فهو يدعى لنفسه على المشترى حق التملك بأقل المالين والمشترى ينكر ذلك وهنا الساكت يملك المعتق نصيبه بالضمان فهو يدعى عليه حق التمليك فيه بأكثر المالين والمعتق منكر لذلك فان مات الذى لم يعتق قبل أن يختار شيئاً كان لورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس في هذا توريث الخيار بل المعني الذى لاجله كان الخيار ثابتا للمورث موجود في حق الورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه بأداء الضمان اليهم يتملك نصيبهم كما كان يتملك بالاداء الي المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا تورث عينه وان كان يورث ما عليه من المال فانما اعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء

لا يورث وان اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ناله قام مقام الميت وهذا لان الملك بالارث يثبت حكما فيكون بمنزلة الملك بالضمان فكما أن نصيب الساكت يحتمل التمليك بالضمان من المعتق فكذلك يحتمل الانتقال الى الورثة وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء وهذا هو الاصح لانه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم أنه لايثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلف المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذلك لا يكون للورثة ذلك وفرع على تلك الرواية وقال لو أعتق أحد الورثة نصيبه لا يعتق ما لم يجتمعوا على اعتاقه بمنزلة المكاتب يعتقه أحد الورثة بعد موت المورث لا يعتق ولا يسقط به شيء من بدل الكتابة فهذا كذلك ولو لم يمت الساكت ولكن العبد مات قبل أن يختار الشريك شيئاً فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسراً وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد ووجهه أن نصيبه باق على ملكه والضمان غير متقرر على الشريك مالم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه باختياره بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين متعلق بشرط وهو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لايحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان ذلك بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لايمنع المغصوب منه من تضمين الغاصب وان كان التمليك منه من حكم ذلك الزمان فكذلك هنا وهذا لانه لما كان يضمنه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك فذلك الحكم لايبطل بموته وان خرج به من أن يكون محتملا للتمليك في الحال فاذا ضمن المعتق رجع بما ضمن في تركة الغلام لان في حال حياته كان له أن يستسعيه فيما ضمن فاذا مات كان له أن يرجع به في تركته وان كان معسراً رجع الشريك بقيمة نصيبه في تركة الغلام لان السعاية له عليه مستحقة كبدل الكتابة فيستوفيه من تركته بعد موته وان كان العبد ترك مالا قد اكتسب بعضه قبل العتق وبعضه بعد العتق فما اكتسب قبل العتق بين المولين نصفان لانه كان على ملكهما حين اكتسب هذا المال والكسب لمالك

الاصل وما اكتسب بعد العتق فهو تركة العبد لانه اكتسبه فيكون ذلك له يرجع فيه الساكت أو المعتق اذا ضمن وما بقي فهو ميراث للمعتق لانه بالضمان ملك نصيب صاحبه فكان الولاء في الكل له وان اختلفا فيه فقال أحدهما هذا مما اكتسبه قبل العتق وهو بيننا وقال الآخر اكتسب بعده فهو بمنزلة ما اكتسب بعده لان الكسب حادث فيحال بحدوثه الى أقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق الا بحجة وان اختلفا في قيمته والمعتق موسر فالقول قول المعتق لان العبد ميت لا يمكن تقويمه في الحال ليستدل بذلك على قيمته فيما مضي فيتعين ظاهر الدعوى والانكار والساكت يدعى لنفسه زيادة والمعتق منكر لذلك فان كان المعتق معسراً ولا كسب للعبد فنصف القيمة دين للساكت على العبد ان ظهر له مال يستوفى منه وان لم يظهر فليس هذا بأول مدين هلك مفلسا وان كان العبد حياً فصالحه الساكت على أقل من نصف قيمته فهو جائز لانه استوجب عليه نصف قيمته فهو بالصلح أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك يستقيم كما في الكتابة وان صالحه على أكثر من نصف قيمته بذهب او ورق فالفضل باطل أما عندهما فلان الواجب له نصف القيمة شرعا فالصلح على أكثر من جنسه يكون ربا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان بقي له الملك في نصيبه ولكن العبد استحق العتق عند أداء نصف القيمة شرعا فلا يملك ابطال ذلك الاستحقاق بالصلح على أكثر منه وكذلك ان صالح المعتق على أكثر من نصف القيمة فالفضل مردود لان حقه قبل المعتق يتقدر بنصف القيمة فالصلح على أكثر منه يكون ربا ثم هذا على أصلهما ظاهر فان الصلح على المغصوب الهالك على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرق ويقول هناك المغصوب باق على ملك المغصوب منه ولم يستحق عليه تمليكه من الغاصب حتى ان له أن يبرئه من الضمان ليبقى هالكا على ملكه فاذا صالحه على أكثر من قيمته كان بدل الصلح بمقابلة ملكه وليس فيه ابطال حق مستحق شرعاً فلا يتمكن فيه الربا وهنا الساكت غير متمكن من استبقاء نصيبه على ملكه ولكن يستحق عليه ازالته عن ملكه بنصف القيمة اما سعاية على العبد أو ضمانا يستوفيه من الشريك فاذا صالح على أكثر منه كان في هذا الصلح ابطال حق مستحق شرعا توضيحه ان المعتق يرجع على العبد بما يضمن فلو صححنا هذا الصلح رجع على العبد بالزيادة وكما ليس للساكت أن يلزم العبد أكثر من نصف القيمة بالصلح فكذلك لا يكون له ان يلزم من يرجع على العبد وان صالحه على

عروض أكثر من نصف قيمته فهو جائز لانه لايتمكن فيه الربا لاختلاف الجنس بخلاف ماإذا صالح على الذهب أو الورق وانما لايجوز هناك أيضاً اذا كانت الزيادة بقدر مالايتغابن الناس فيه فأما مقدار مايتغابن الناس فيه عفو لان ذلك يدخل تحت تقويم المقومين فلا يتيقن بالزيادة ﴿ قال ﴾ وان صالح العبد على شئ من الحيوان الى أجل فهو جائز بمنزلة الكتابة قال عيسى هذا غلط فانه استحق السعاية على العبد وهو نصف القيمة فاذا صالح على حيوان كان ذلك بدلا عن نصف القيمة المستحق له ولا يثبت الحيوان دينا فى الذمة بدلا عن ماهو مال ألا ترى أنه لوصالح المعتق علي حيوان في الذمة لايجوز فكذلك اذا صالح العبد وما ذكره فى الكتاب أصح لان نصيب الساكت باق على ملكه فاذا صالح على حيوان الى أجل فكانه كاتبه عليه وهذا لانه ليس في هذا الصلح ابطال حق مستحق للعبد بخلاف ماإذا صالحه على أكثر من نصف قيمته وبخلاف ماإذا صالح المعتق على الحيوان لان هناك يملك نصيبه بما يصح العتق عليه والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عن العتق واذا أعتقه احدهما وهو معسر ثم أيسر فلا ضمان عليه لان صفة اليسار فى العتق تعتبر لايجاب الضمان فاذا انعدم وقت الاعتاق تقرر العتق غير موجب للضمان فلا يصير موجباً بعد ذلك كمن قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات وان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل أعتقت وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فاذا كان فى الحال موسراً فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسراً فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كشرب الرحا مع المستأجر اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال فان تصادقا على أن العتق كان سابقا منه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى انكار يساره ولانه ينكر المعنى الموجب للضمان فهو كانكاره أصل الاعتاق ﴿ قال ﴾ وان كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه لو قضي القاضي له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله ذلك قيل ماذكره فى الكتاب مطلقاً محمولا على ذلك التفصيل وقيل بل المسألة على روايتين وجه ظاهر الرواية ان المخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين

أحدهما وهذا لانه باختياره التضمين يصير مملكا نصيبه من المعتق حتى يكون ولاؤه له والولاء لايحتمل الفسخ فلا يمكنه الرجوع عنه بعد ذلك ومن ضرورة تمليكه منه اسقاط حقه فى السعاية قبل العبد ووجه رواية محمد رحمهما الله تعالى ان التمليك منه لا يتم الا بالقضاء أوالرضا وان كان ذلك مستحقا شرعا كالتمليك بالاخذ بالشفعة وحقه فى الضمان لايتقرر ما لم يتم التمليك وسقوط حقه في الاستسعاء بناء على تقرر حقه في الضمان وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول هكذا ينبغي فى الغاصب وغاصب الغاصب أنه اذا اختار تضمين أحدهما فقبل القضاء أو الرضا ممن اختار ضمانه يكون له أن يرجع فيضمنه الآخر فاما اذا اختار استسعاء العبد فليس له أن يضمن الشريك بعد ذلك لانه ليس فيه تمليك من أحد بل فيه تقرير لملكه وابراء للمعتق عن الضمان وذلك يتم به كما لو أذن له فى أن يعتق نصيبه ولو ان المعتق رجع على العبد بمالزمه من الضمان ثم أحال الساكت عليه ووكله بقبض السعاية منه اقتضاء من حقه كان جائزاً والولاية للمعتق لانه بمنزلة المكاتب للمعتق والمولى اذا أحال غريما له بدينه على مكاتبه ليقبضه من بدل الكتابة كان صحيحاً وكان صاحب الدين بمنزلة الوكيل يقبض له أولا ثم لنفسه وان لم يختر شيئاً حتي جرحه انسان كان الارش عليه للعبد لانه بمنزلة المكاتب لما عليه من السعاية اما للساكت أو للمعتق ومن جنى على مكاتبه أو على مكاتب غيره فعليه الارش يقبضه فيستعين به فى سعايته ولا تكون جنايته اختياراً منه للسعاية لان موجب جنايته لايختلف بالاستسعاء أو تضمين الشريك فليس فيه ما يدل على اختيار السعاية وكذلك لواغتصب منه مالا فيه وفاء بنصف قيمته أو أقرض العبد أو بايعه كان ذلك عليه للعبد لانه بمنزلة المكاتب له أو لغيره وهو على خياره لان موجب هذه المعاملة لايختلف بالاستسعاء والتضمين ولو أعتق جزءاً من عبده أو شقصا منه أو بعضه فعندهما يعتق كله وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى البيان اليه لان ماسمى يطلق على القليل والكثير منه فأي مقدار عنى منه يعتق ذلك القدر ويستسعيه فيما بقى وان أعتق سهما منه فالسهم في قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي السدس كما قال في الوصية بسهم من ماله وقد بينا هذا فى الاقرار فيستسعيه في خمسة أسداس واذا أعتق أمة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق قيمة نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئاً من قيمة الولد لانه ماصنع فى الولد شيئاً ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة

حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما انها أحق بكسبها واذا كان العبد بين ثلاثة رهط فاعتق أحدهم نصيبه ودبر الآخر وكاتب الآخر ولا يعلم أيهم أول فنقول اما على قول أبي حنيفة عتق المعتق في نصيبه نافذ ولاضمان له علي أحد تقدم تصرفه أو تأخر وتدبير المدبر في نصيبه أيضاً نافذ وهو مخير ان شاء استسعى العبد فى ثلث قيمته مدبراً وان شاء ضمن المعتق فاذا اختار التضمين ضمنه سدس قيمته مدبراً ورجع على العبد بسدس قيمته استحسانا وفى القياس ليس له حق التضمين لان التدبير منه ان سبق فله حق تضمين المعتق وان تأخر فليس له حق تضمينه والضمان لايجب بالشك ولان تدبيره مانع من تمليك نصيبه من المعتق بالضمان وهو شرط التضمين اذا سبق العتق وفى الاستحسان اعتبر الاحوال فقال من وجه هو قياس له ثلث قيمته وهو أن يكون التدبير سابقاً ومن وجه لايكون ضامنا شيئاً فيضمنه سدس القيمة باعتبار الاحوال ومن وجه يستسعى العبد فيما بقي وهو سدس القيمة لانه يستوجب السعاية عليه على كل حال فأما المكاتب فان مضى العبد على كتابته يؤدى اليه مال الكتابة والولاء بينهم أثلاثا وان عجز كان للمكاتب أن يضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه نصفين اذا كانا موسرين لانه ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان على العبد بما ضمنا ويكون ولاؤه بينهما نصفين ولم يذكر قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى الكتاب وذكر فى الزيادات اذا كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما ودبره الآخر ولا يعلم أيهما أول فعلى قول أبي يوسف يترجح العتق على التدبير فيكون ولاؤه للذى أعتقه وللمدبر أن يضمن شريكه نصف قيمته فيما اذا كان موسراً وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كانهما وقعا معا ثم يغلب العتق فيعتق كله والولاء بينهما وللمدبر أن يعتق نصف قيمته مدبرا اذا عرفنا هذا فنقول الكتابة من الثالث اول عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يسبق العتق فيكون للمكاتب والمدبر ضمان قيمة الثلثين على المعتق والولاء كله للمعتق وعند محمد رحمه الله تعالى المكاتب يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه بينهما نصفين كانهما وقعا معا وقيل بل ذلك فى نصيبه خاصة فأما فى نصيب المكاتب العتق أقوى من التدبير فانما يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان موسراً وان كان العبد بين خمسة رهط فأعتق أحدهم ودبر الآخر وكاتب الثالث نصيبه وباع الرابع نصيبه وقبض الثمن وتزوج الخامس على نصيبه ولم يعلم أيهم أول فنقول

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فحكم العتق والتدبير على ما بينا في الفصل الاول الا أن التضمين والاستسعاء هناك فى الثلث وهنا فى الخمس لان نصيب المدبر الخمس هنا فأما في البيع فان تصادقا أنه كان بعد العتق والتدبير أو قال البائع كان قبل العتق والعبد فى يده وقال المشترى كان بعده فالبيع باطل لان معتق البعض لا يباع فالمبطل للبيع ظاهر فى الحال أو يجعل كانهما وقعا معا فكان البيع باطلا وان تصادقا أنه كان قبل العتق والتدبير فالمشترى بالخيار ان شاء نقض البيع لتغير المبيع في ضمان البائع وان شاء أمضاه وأعتق نصيبه واستسعاه فيكون ولاؤه له وان شاء ضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه ان كانا موسرين اذ ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان به على العبد وأما المرأة فان تصادقا أن التزويج كان بعد العتق أو التدبير فالنكاح صحيح ولها خمس قيمته على الزوج لانه تبين أنه تزوجها على من هو كالمكاتب وان تصادقا على أن التزويج كان قبل العتق والتدبير فلها الخيار للتغير ان شاءت تركت المسمى وضمنت الزوج خمس قيمته وان شاءت أجازت وأعتقت واستسعت العبد في خمس قيمته وولاء خمسه لها وان شاءت ضمنت المعتق والمدبر خمس قيمته نصفين ثم لا تتصدق هي بالزيادة ان كانت بخلاف المشتري لان المشترى انما حصل له ذلك بمال فيتصدق بربح حصل لا على ضمانه والمرأة تملكت ذلك لا بأداء مال فلا يظهر الربح في حقها وأما نصيب المكاتب فهو على ماذكرنا ان أدى البدل اليه عتق من قبله وان عجز كان له أن يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه نصفين ان كانا موسرين وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فالجواب فى العتق والتدبير على ماقلنا فأما البيع فان تصادقا أنه كان البيع أولا ثم العتق ثم التدبير فللمشتري الخيار واذا اختار امضاء البيع ضمن المعتق خمس قيمته اذا كان موسرا ليس له الا ذلك وان تصادقا أنه كان البيع ثم التدبير ثم العتق واختار المشتري الامضاء للتدبير ضمن المدبر خمس قيمته موسراً كان أو معسراً ليس له الا ذلك وأما التزويج فان تصادقا أنه كان التزويج ثم العتق ثم التدبير فاختارت الاجازة ضمنت المعتق خمس القيمة ليس لها الا ذلك اذا كان موسراً وان كان معسراً استسعت الغلام فى خمس القيمة وان كان التزويج ثم التدبير ثم العتق ضمنت المدبر خمس قيمته موسرا كان أو معسرا ليس لها الا ذلك وان تصادقا ان التزويج كان بعد العتق فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ترجع على الزوج بخمس القيمة وعند محمد

رحمه الله تعالى لها مهر مثلها لانه ظهر أنه تزوجها على حر وقد بينا فى كتاب النكاح اختلافهما فيما اذا تزوجها على عبد فاذا هو حر فأما الكتابة فهو باطل عندهما كما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى للمكاتب أن يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان موسراً وعند محمد رحمه الله تعالى يضمنه الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة على قياس مايأتى بعد هذا من اختلافهم في المكاتب بين اثنين يعتقه احدهما ولو كان فى العبد شريك سادس وهب نصيبه لابن له صغير لا يعلم قبل العتق كان أو بعده فالقول فيه قول الاب لانه هو المملك فان قال الهبة بعد العتق فهو باطل وان قال الهبة قبل العتق فالهبة جائزة ثم يقوم الاب فى نصيب الابن مقام الابن ان لو كان بالغا فى التضمين أو الاستسعاء وليس له حق الاعتاق فان كان المعتق والمدبر موسرين ضمنهما سدس قيمته للابن لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وللأب ولاية الكتابة في مال ولده واذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد لم يكن للآخر أن يبيع نصيبه ولا يهبه ولا يمهره لانه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لايحتمل التمليك بشئ من الاسباب فان كاتبه على أكثر من نصف قيمته طرح الفضل عنه لان هذا بمنزلة الاستسعاء منه وقد بينا أنه لو استسعاه وصالحه على أكثر من نصف قيمته دراهم أودنانير فالفضل مردود وان كاتبه على عروض أكثر من نصف قيمته جاز كما لو صالحه من السعاية على عروض لان الفضل لايتحقق هنا فان عجز عن الكتابة سقط عنه ماالتزم من العروض ويجبر على السعاية فى نصف القيمة كما كان قبل الكتابة ولا يكون له ان يضمن الشريك شيئاً لان مكاتبته بمنزلة الاستسعاء منه واختياره السعاية يسقط حقه في تضمين الشريك فليس له أن يرجع فيه فيضمنه شيئاً وكذلك لوكان قال قد اخترت السعاية فليس له ان يضمن الشريك بعد ذلك والخيار في هذا عند السلطان وعند غيره سواء لان الخيار ثابت للساكت شرعا فمن يختار بنفسه يكون ملتزما اياه ولو لم يختر واحداً منهما حتى يموت المعتق كان للساكت ان يرجع بالضمان فى ماله لان حق التضمين قد ثبت له بالعتق فى الصحة فلايسقط ذلك بموته كسائر ديونه واذا باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه على عوض أخذه منه فان هذا واختيار الضمان سواء فى القياس لانه تمليك لنصيبه منه بعوض يستوفيه منه والتضمين ليس الاهذا غيران هذاالخشهما لان فى التضمين تمليكا حكما بسبب ذلك العتق وفى البيع والهبة بعوض تمليك مبتدأ بسبب ينشأ نه في الحال ومعتق البعض لا يحتمل

ذلك فباعتبار السبب كان هـذا الخلاف وباعتبار حكم السبب كان هـذا والتضمين سواء والمقصود الحكم دون السبب الا أنه ان كان العوض أكثر من نصف القيمة من الدراهم أو الدنانير فالفضل باطل كما بيناه فى الصلح وان دبر الساكت نصيبه فتدبيره اختيار للسعاية لان موجب التضمين تمليك نصيبه من صاحبه بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير لانه استحق ولاء نصيبه فكان ذلك ابراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية وان كان العتق بعد التدبير ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ان كان موسراً لانه انما تعذر عليه استدامة الملك فى نصيبه باعتاق المعتق وكان نصيبه عند الاعتاق مدبراً فلهذا ضمنه نصف قيمته مدبراً وان لم يعلم أيهما أول فهو على القياس والاستحسان الذى بينا فى القياس لاضمان على المعتق وفى الاستحسان يضمن ربع قيمته مدبراً ويرجع به المعتق على العبد وعلى العبد مثل ذلك للمدبر والولاء بينهما ولو كان العبد بين صغير وكبير فأعتقه الكبير وهو غني وللصغير أب أو وصى فهو قائم مقامه في اختيار التضمين أو الاستسعاء وليس له أن يعتق لانه تبرع وذلك لايثبت للأب والوصى فى مال الولد فان لم يكن له أب ولا وصى استؤنى به بلوغه ليختار اما الضمان أو الاعتاق أو الاستسعاء وقيل هـذا اذا كان فى موضع لا قاضي فيـه فان كان فى موضع فيـه قاض نصب القاضى له قيـما يختار التضمين أو الاستسعاء فان ذلك أنفع للصبي لانه يتعـذر التصرف فى نصيب الصبي من العبد بعـد العتق وكذلك ان كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون عليه دين فهو مخير بين الضمان والسعاية وليس له أن يعتق لانه تبرع لا يحتمله كسب المكاتب والمأذون فأما التضمين والاستسعاء فله ذلك في المكاتب لان المكاتب يملك أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة فأما فى العبـد المديون فينبغى أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للمأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربمـا يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهـذا يملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتـداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما للمولى لانه ليس من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى كما يكون بين حرين لان كسب العبد مملوك للمولى فى هذه الحالة واذا قال أحد الشريكين للعبد ان دخلت المسجد اليوم فأنت حر وقال له الآخر ان لم تدخل المسجد اليوم فأنت حر فمضى

اليوم وقال كل واحد منهما حنث صاحبي فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يسقط نصف السعاية عن العبد وعند محمد رحمه الله تعالى لا يسقط عنه شئ من السعاية اذا كانا معسرين لان كل واحد من الشريكين شاهد على صاحبه بالعتق فلا يسقط شئ من السعاية عن العبد اذا كانا معسرين وهذا لان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية مجهول والقضاء بالمجهول لا يجوز ألا ترى أنه لو كان بينهما عبدان سالم وبزيع فقال أحدهما ان دخلت المسجد اليوم فسالم حر وقال الآخر ان لم تدخل اليوم فبزيع حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل أولم يدخل لا يسقط شئ من السعاية عن العبد لجهالة المقضى عليه منهما فهذا مثله وهما يقولان تيقن القاضى بحنث أحدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد ولا يجوز له أن يقضي بوجوب ما تيقن سقوطه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ثم مات قبل أن يبين سقط نصف الصداق للتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولا ولكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء به فهنا أيضا المقضى له بسقوط نصف السعاية عنه معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وان كان المقضى عليه مجهولا بخلاف العبدين فان الجهالة هناك فى المقضى له والمقضى عليه جميعا فيمتنع القضاء لتفاحش الجهالة وبخلاف مالو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق لان هناك لم يتيقن بسقوط شئ من السعاية عن العبد لجواز أن يكونا كاذبين في شهادتهما وهنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحد المولبين حانث لامحالة ثم تخريج المسألة على قول أبي حنيفة أن العبد يسعى في نصف قيمته بينهما نصفين موسرين كانا أو معسرين أوكان احدهما موسرا والآخر معسراً لانه ليس أحدهما باسقاط حقه فى السعاية بأولى من الآخر ويسار المعتق عنده لايمنع وجوب السعاية على العبد فيتوزع الساقط عليهما نصفين ويكون الباقى وهو نصف القيمة بينهما نصفان وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان كانا معسرين فكذلك الجواب وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه ويتبرى من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ من السعاية والموسر يقول شريكى معتق وهو معسر فلى حق استسعاء العبد فلهذا يسعى له في ربع قيمته وعند محمد رحمه الله تعالى ان كانا معسرين يسعى فى جميع قيمته بينهما نصفان وان كانا موسرين لا يسعى لواحد منهما لان كل

واحد منهما تبرأ من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسراً يسعى فى نصف قيمته للموسر منهما لانه يدعى السعاية عليه ولا يسعى للمعسر فى شئ لانه يتبرأ من السعاية ويدعى الضمان على شريكه فعليه اثباته بالحجة رجل أعتق عبده عند الموت ولا مال له غيره فأمر العبد موقوف فى جنايته وشهادته ونكاحه بغير اذن المولى وهذا بخلاف مالو وهبه من انسان فى مرضه فان الهبة تكون صحيحة حتى لو كانت جارية حل للموهوب له وطؤها بعد الاستبراء والأصل أن كل تصرف يحتمل النقض بعد نفوذه فهو نافذ من المريض لقيام ملكه فى الحال والهبة من هذا النوع وكل تصرف لايحتمل النقض بعد نفوذه يتوقف من المريض لان حاله متردد بين أن يبرأ فيكون متصرفا فى حق نفسه أو يموت فيكون متصرفا فى حق ورثته ولا يمكن دفع الضرر عن الورثة بالابطال بعد النفوذ لان هذا النوع من التصرف لا يحتمل ذلك فيدفع الضرر عنهم يتوقف حكم التصرف على ما يتبين فى الثاني والعتق من هذا النوع فيوقف منه حتى اذا برئ من مرضه تبين أنه كان نافذا وان حاله فى الجناية والشهادة كحال الحر وان مات من مرضه وهو يخرج من ثلثه وكذلك ان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية فى ثلثي قيمته لان العتق فى المرض وصية لا تنفذ الا من الثلث وما دام يسعى فهو كالمكاتب لان سعايته في بدل رقبته فهو بمنزلة معتق البعض يكون كالمكاتب مادام يسعى بخلاف المرهون يعتقه الراهن وهو معسر فهو وان كان يسعى في الدين إلا أن السعاية هناك ليس في بدل الرقبة بل فى الدين الذى هو على الراهن ولهذا يرجع عليه اذا أيسر فلا يمنع سلامة الرقبة له وهنا السعاية فى بدل الرقبة فلا تسلم له رقبته مالم يؤدها واذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد فى مرضه ثم مات وهو موسر لم يضمن حصة شريكه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو ضامن لشريكه قيمة نصيبه تستوفى من تركته لان هذا ضمان الاتلاف والافساد فاذا تقرر سببه من المريض كان هو والصحيح سواء كضمان المغصوب والمتلفات وهذا ضمان التملك فيستوى فيه الصحيح والمريض كالضمان بالاستيلاد والحجر بسبب المرض لا يكون أعلى من الحجر بسبب الرق ثم المكاتب لوكاتب نصيبه كان ضامنا لنصيب شريكه فالمريض أولى وحجة أبي حنيفة رحمه الله ماقال فى الكتاب من قبل ان الضمان لو وجب لوجب ان يكون من مال الورثة يعنى ان تركته تنتقل الى ورثته بالموت فلو استوفى ضمان العتق انما يستوفى من مال الوارث

ولا سبب لوجوب هذا الضمان على الوارث ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل هذا دين لزمه فيمنع انتقال المال الى وارثه ﴿قلنا﴾ مالزمه شئ قبل ان يختار الشريك ضمانه ولو لزمه فهذا ليس بدين صحيح يتقرر ألا ترى ان العسرة تمنع وجوبه ومثل هذا الدين لايمنع ملك الوارث ثم تقريره من وجهين أحدهما ان هذا في الصورة دين وفي المعنى صلة لان وجوبها لا كمال الصلة وهو العتق والصلة وان تقرر سببها في حياته يجعل كالمضاف الى مابعد الموت حتى يتمين من الثلث ولهذا الحرف قال ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه ان كان الضمان يخرج من ثلث ماله يجب والا فلا ولكنا نقول لكونه في حكم الصلات لايمنع نقل الملك الى الوارث ولا يجوز استيفاؤه من مال الوارث لماقلنا ولان المرض أنفى للضمان من الفقر حتى ان الفقر لايمنع ضمان الكفالة والمرض يمنع منه فيما زاد على الثلث فاذا كان الفقر ينفي وجوب الضمان للعتق أصلا فلان ينفيه من مرض الموت أصلا أولى وهذا بخلاف المكاتب لان الضمان هناك يجب في كسبه وهو أحق بكسبه يداً وتصرفا انما ينعدم بسبب الرق حقيقة الملك والغنا وقد بينا انه لا معتبر بالغنا في وجوب ضمان العتق انما المعتبر هو اليسر والاداء على المكاتب متيسر هناك من كسبه والمكاتب فيما يتقرر منه من أسباب الصلة كالحر ألا ترى أن المحاباة اليسيرة تصح منه بالاتفاق ومن المريض تعتبر من ثلثه وهذا بخلاف ما لو كان العتق في الصحة فان الضمان يستوفي من تركته بعد موته لان السبب هناك تقرر في حال كونه مطلق التصرف في الصلات فيتقرر وجوبه عليه ألا ترى أنه لو كفل بمال في صحته فهو معتبر من جميع ماله بخلاف ما اذا كفل في مرضه فهذا مثله واذا أعتق أحد الشريكين العبد ثم اختلفا فقال المعتق أعتقته وأنا معسر عام أول ثم أصبت مالا بعد ذلك وقال الآخر بل أعتقته عام أول وانت موسر فالقول قول المعتق لان حاله يتبدل في مثل هذه المدة وان أقاما البينة فالبينة بينة الساكت لانه يثبت اليسار والضمان لنفسه بسببه واذا كان العبد بين رجلين فقال أحدهما ان لم أضربه اليوم فهو حر وقال الآخر ان ضربته سوطا فهو حر فضربه سوطين ثم مات منهما في المسئلة حكمان حكم العتق وحكم الجناية أما حكم العتق أنه يعتق نصيب الذى لم يضربه لوجود شرط حنثه حين ضربه سوطا وان كان موسراً فللضارب الخيار بين أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وبين أن يستسعى العبد في ذلك لانه انما صار معتقا له وهو منقوص بضرب السوط الاول وقد بينا أن ايجاد الشرط

من الضارب لا يسقط حقه في الضمان فلهذا كان له أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وأما حكم الجناية فان الضارب يضمن نصف ما نقصه السوط الاول لشريكه في ماله لان جنايته بضرب السوط الاول لاقى ملكا مشتركا بينهما ثم قد انقطعت سراية هذه الجناية بالعتق بعدها والجناية على المماليك فيما دون النفس لا تعقله العاقلة فلهذا يضمن له نصف النقصان بالسوط الأول في ماله ثم يضمن ما نقصه السوط الآخر كله لانه صار بمنزلة المكاتب حين أعتق نصيبه وجنايته على مكاتبه وعلى مكاتب غيره موجبة للضمان عليه ويضمن نصف قيمته بعد السوطين لانه مات من السوطين جميعا واحدهما صار هدرا والآخر معتبر فيضمن نصف قيمته مضروبا سوطين ويجمع ذلك مع نقصان السوط الثاني فيكون على العاقلة لأن الجناية الثانية صارت نفسا فما يجب باعتبارها يكون على العاقلة وهذا تركة العبد يستوفي منه الشريك ما ضمن لانه كان له حق الرجوع على العبد بما ضمن لشريكه فيرجع في تركته بعد موته وما بقي بعده فهو ميراث للمعتق لان الولاء قد صار له في الكل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يغرم نقصان السوط الثاني لانه بعتق البعض عتق كله والنقصان غير معتبر في الجناية على الاحرار ولكن يجب نصف ديته على عاقلته فان كان له وارث فهو لوارثه والا فهو للمعتق ولا يرجع فيه بشيء مما ضمن لشريكه وان كان المعتق معسرا فان الشريك الذي لم يعتق لم يرجع بما غرمه من نقصان السوط الآخر ومن نصف قيمته مضروبا سوطين بل بنصف قيمة العبد لانه كان له حق استسعاء العبد في ذلك فيستوفيه من تركته وما بقي فهو بين الشريك والمعتق وبين أقرب الناس الى الضارب من العصبة لان الولاء بينهما ولكن الضارب قاتل فيكون محروما عن الميراث ويجعل كالميت فيقوم أقرب عصبة مقامه في ذلك وعندهما الواجب نصف الدية يستوفي منه الضارب نصف القيمة وهو السعاية وما بقي فهو كله للمعتق لان الولاء في الكل له عندهما واذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فملك مملوكا مع غيره لا يعتق لان شرط عتقه أن يملك مملوكا مطلقا ونصف المملوك لا يتناوله هذا الاسم فان اشترى نصيب شريكه عتق لان الشرط قد تم حين صار الملك في الكل له ولا فرق بين أن يملك المملوك جملة أو متفرقا وان باع نصيبه أولا ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق لانه لم يحصل في ملكه مملوك تام في شيء من أحواله والعرف الظاهر بين الناس أنهم يريدون بهذا اللفظ الملك التام ولو قال لمملوك بعينه اذا ملكتك فأنت حر فاشترى

نصفه ثم باع ثم اشترى النصف الباقي عتق لان الشرط قد تم حين اشترى النصف الباقي والموجود في ملكه هذا النصف يعتق والقياس في المعين وغير المعين سواء غير أنه استحسن وفرق بينهما بحرفين (أحدهما) أن الوصف في المعين غير معتبر والاجتماع في الملك وصف فيعتبر ذلك في غير المعين ولا يعتبر في المعين (والثاني) العادة فان الانسان يقول ماملكت قط مائة درهم ولا يريد بذلك مجتمعا لا متفرقا وفي المعين لا يقول ما ملكت هذه المائة درهم اذا كان ملكها متفرقا وان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسداً لم يعتق لان شرط حنثه تم قبل أن يقبضه ولا ملك له في القبض ألا ترى أنه لو أعتقه لا ينفذ عتقه فان كان في يده حين اشتراه عتق ومراده اذا كان مضمونا بنفسه في يده حتى ينوب قبضه عن قبض الشراء فيصير متملكا بنفس الشراء فيعتق لوجود الشرط واذا جنى المستسعى فهو بمنزلة المكاتب يحكم عليه بالاقل من أرش الجناية ومن قيمته لان الرق فيه باق وهو أحق بمكاسبه فيكون كالمكاتب في جنايته ألا ترى أنه كالمكاتب في الجناية عليه فان جنى جناية أخرى بعد الحكم بالاولى حكم في الثانية بمثل ذلك لان الاولى بالقضاء تحولت الى كسبه فتتعلق الثانية برقبته وان لم يكن حكم بالاولى تحاصا في القيمة لانهما تعلقا برقبته فلا يلزمه باعتبارهما الا قيمة واحدة وبيان هذه الفصول في كتاب الديات وان حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه انسان فعليه أن يسعى في قيمته لانه متعد فيه فهو في حكم الضمان كجنايته بيده وان وقع فيه آخر اشتركوا في تلك القيمة لاستناد الجنايتين الى سبب واحد وهو الحفر ولا يجب بالسبب الواحد الا قيمة واحدة وان وجد في داره قتيل سعى في قيمته لان التدبير في حفظ داره اليه فكان حكم القتيل الموجود فيها كحكم الذي جنى عليه بيده وما أفسد من الاموال فهو عليه بالغا مابلغ لانه بمنزلة المكاتب في ذلك كله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو حر في جميع أحكامه واذا أعتق أحد الشريكين الجارية وهي حامل ثم أعتق الآخر مافي بطنها ثم أراد ان يضمن شريكه نصف قيمة الأم لم يكن له ذلك وهذا اختيار منه للسعاية لانه باعتاق الجنين استحق ولاءه وهو في حكم جزء من اجزاء الأم ولو اكتسب سبب الولاء في جزء منها سقط حقه في تضمين الشريك ولانه منع تمليك مافي بطنها من الشريك بالضمان فلهذا صار به مختارا للسعاية ولو أعتقا جميعاً مافي بطنها ثم أعتق احدهما الأم وهو موسر كان لصاحبه أن يضمنه نصف قيمتها ان شاء لان بعد اعتاق الجنين كانا يتمكنان

من استدامة الملك فيها والتصرف بعد الوضع وقد امتنع على الساكت ذلك باعتاق الشريك وهو موسر فكان له أن يضمنه نصف قيمتها ان شاء والحبل نقصان في بنات آدم لا زيادة فانما يضمنه نصف قيمتها حاملا لانه أعتقها وهي على هذه الصفة والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في عتق الشركاء

﴿ قال ﴾ واذا شهد الشاهدان ان أحد الشريكين أعتق العبد ولا يدرون أيهما هو وجحد المولیان لم تجز شهادتهما لانهما لم يبينا المعتق منهما والحجة هى البينة فما لا تكون مبينة لا تكون حجة ولان الشهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء ولا يتمكن القاضى من الايجاب على المجهول فان شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق لم تجز شهادته لانه فى الحقيقة يدعى اما الضمان على شريكه أو السعاية على العبد فى نصيبه ولكن الرق يفسد باقراره لانه متمكن من افساد الرق باعتاقه فاذا أقر بفساد الرق باعتاق الشريك يعتبر اقراره فى ذلك ثم يسعى العبد فى قيمته بينهما في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى موسرين كانا أو معسرين أو كان احدهما موسراً والآخر معسراً لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية فالشاهد منهما يقول شريكى معتق ولى حق استسعاء العبد مع يساره والمشهود عليه يقول الشاهد كاذب ولا ضمان لى عليه ولكن لى حق استسعاء العبد لاحتباس نصيبي عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان كان المشهود عليه معسراً فكذلك الجواب وان كان موسراً يسعى للمشهود عليه فى نصف قيمته ولا يسعى للشاهد فى شئ لان المشهود عليه يدعى السعاية مع يسار الشاهد فانه يزعم أنه كاذب وليس بمعتق فلا يضمن شيئاً مع يساره فان الشاهد تبرأ من السعاية عند يسار المشهود عليه لانه يقول هو معتق ضامن لنصيبي ويدعي السعاية عند عسرة المشهود عليه فيسعى له فى هذه الحالة ولو شهد أحد الشريكين مع آخر على شريكه باستيفاء السعاية لم تجز شهادته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه شهد لعبده فانه بمنزلة المكاتب لهما ما دام يسعى والمكاتب عبد لمولاه ولانه متهم فلعله قصد استخلاص كسبه لنفسه بشهادته على صاحبه بالاستيفاء وكذلك لو شهد عليه بغصب أو جراحة أو شئ يجب به عليه مال فشهادته مردودة لانه شاهد لعبده عبد بين ثلاثة شهد اثنان منهم على صاحبهما أنه أعتقه فحكم على العبد أن يسعى لهم فى قيمته فأدى الى واحد منهم شيئاً كان

ذلك بينهم أثلاثا لان السعاية وجبت لهم عليه بسبب واحد فيكون المستوفى مشتركا بينهم ولانه بمنزلة العبد لهم فلا يكون لأحدهم حق الاختصاص بشئ من كسبه فان شهد اثنان منهم على الآخر أنه استوفى منه حصته لم تجز شهادتهما من قبل أنهما يجران الى أنفسهما منفعة حتى يأخذا منه ثلثي ما استوفاه وكذلك ان شهدا أنه استوفى المال كله بوكالة منهما لم تجز شهادتهما عليه لما قلنا ويبرأ العبد من حصتهما لاقرارهما فيه بقبض مبرئ فان قبض وكيلهما في براءة المديون كقبضهما ويستوفى المشهود عليه حصته من العبد ولا يشاركه في ذلك الشاهدان لانهما أسقطا حقهما بالشهادة السابقة ولانهما يزعمان أنه ظالم في هذا الاستيفاء لا حق له فيه ولا لهما وان شهدا بدين لهذا العبد على أجنبي لم تقبل لانه بمنزلة عبدهما ما دام يسعى واذا شهد شاهدان على أحد الشريكين أن شريكه الغائب أعتق حصته من هذا العبد فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل هذه الشهادة ويقضي بعتقه لان العتق عندهما لا يتجزأ فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وهما في الحقيقة يشهدان على الحاضر بعتق نصيبه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل هذه الشهادة لان العتق عنده يتجزأ فانما يشهدان بعتق نصيب الغائب خاصة وليس عنه خصم حاضر والقضاء على الغائب بالشهادة لا يجوز ولكن يحال بينه وبين هذا الحاضر أن يسترقه ويوقف حتى يقدم الغائب استحسانا وفي القياس لا يحال لان هذه الحيلولة تنبني على ثبوت العتق في نصيب الغائب ولا يثبت ذلك بالشهادة بدون القضاء ولكن في الاستحسان قال هما يشهدان على الغائب بالعتق وعلى الحاضر بقصر يده عنه لان معتق البعض بمنزلة المكاتب لا يد عليه لمولاه والحاضر خصم في اثبات قصر يده عنه فتقبل هذه الشهادة في هذا الحكم اذ ليس من ضرورة القضاء بها القضاء على الغائب بالعتق فهو نظير من وكل بعتق عبده فأقام العبد البينة على الوكيل أن مولاه أعتقه لا يحكم بعتقه ولكن يحكم بقصر يد الوكيل عنه حتي يحضر المولى فتعاد عليه البينة فكذلك هنا اذا حضر الغائب فلا بد من اعادة البينة عليه للحكم بعتقه لان الاولى قامت على غير خصم فان كانا غائبين فقامت البينة على احدهما بعينه أنه أعتق العبد لم تقبل هذه الشهادة الا بخصومة تقع من قبل قذف أو جناية أو وجه من الوجوه فحينئذ تقبل البينة اذا قامت على ان المولين اعتقاه أو ان أحدهما اعتقه واستوفى الآخر السعاية منه لان الخصم الحاضر لا يتمكن من اثبات ما يدعيه على العبد الا باثبات حريته والعبد لا يتمكن من دفعه الا بانكار حريته

فينتصب

فينتصب خصما على الغائبين في ذلك واذا شهد شاهد على احد الشريكين أنه أعتقه وشهد آخر على الشريك الآخر أنه أعتقه لم يحكم بشهادتهما اما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايشكل لان المشهود به مختلف والمشهود عليه كذلك واما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فلان أحدهما شهد بعتق يبرأ فيه من نصيب زيد الى نصيب عمرو والآخر شهد بعتق يبرأ فيه من نصيب عمرو الى نصيب زيد ولم يتفق الشاهدان علي واحد من الأمرين فلا يحكم بشهادتهما وان كان العبد لمسلم ونصرانى شهد نصرانيان عليهما بالعتق جازت شهادتهما على النصراني لان شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وشهادتهم على المسلمين مردودة فأنما يثبت العتق فى نصيب النصرانى خاصة فهذا ومالو شهدا عليه أنه أعتق نصيبه سواء حتي يخير المسلم بين الاعتاق والتضمين والاستسعاء فان شهدا علي المسلم منهما بانه أعتق نصيبه فالشهادة باطلة والعبد مملوك لهما على حاله بخلاف ما اذا شهد النصرانى على شريكه بالعتق فان ذلك اقرار منه فى نصيبه بفساد الرق والاقرار يلزم بنفسه قبل القضاء وهذه شهادة لاتوجب شيئاً الا بالقضاء وليس للقاضى أن يقضي على المسلم بشهادة النصراني ولوشهد نصرانيان على شهادة مسلمين ان النصرانى أعتقه فهذا باطل لانهما يثبتان شهادة المسلمين عند القاضي وكمالا يثبت قضاء القاضى على المسلمين بشهادة النصرانى وان كان الخصم نصرانياً فكذلك لاتثبت شهادة المسلمين بشهادة النصرانى واذا كان العبد بين ثلاثة نفر ادعى أحدهم أنه أعتق نصيبه على ألف وشهد له شريكاه على العبد فالشهادة جائزة لان نصيبه من العبد قد عتق باقراره وانما بقى دعواه المال عليه فالآخران يشهدان بالمال على احدهما ولاتهمة فى هذه الشهادة ولو شهد ابنا أحد الشركاء ان أباهما قد أعتق العبد بغير جعل جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما وشهادة ابن العبد بالعتق تقبل ان كان العبد ينكر ذلك والمولى يدعيه وان كان العبد يدعى ذلك لاتقبل لانهما يشهدان لأبيهما وكذلك ان شهدا بوجود شرط العتق بعد ظهور التعليق فانما يشهدان لابيهما فلا تقبل شهادتهما ولو ادعى المولى أنه أعتقه بألف درهم وقال العبد اعتقني بغير شئ فشهد ابنا المولى للعبد بما ادعى وأقام الاب شاهدين على أنه أعتقه بألف درهم فانه يؤخذ له بالالف لانه يثبت المال ببينة والعبد ينفى المال بما يقيم من البينة وعند التعارض يرجح بين البينتين واذا كانت بين رجلين فشهد ابنا

أحدهما على الشريك انه أعتقها فشهادتهما باطلة لانهما شهدا لأمة أبيهما ولانهما يشهدان لأبيهما بثبوت حق التضمين له قبل الشريك ان كان موسراً ولو شهدا على أبيهما انه أعتقها جاز ذلك لانه لا تهمة فى شهادتهما على أبيهما فان كان الاب موسراً ثم ماتت الخادم وتركت مالا وقد ولدت بعد العتق ولدا فأراد الشريك أن يستسعى الولد فليس له ذلك كما فى حياة الام لم يكن له سبيل على استسعاء الولد فكذلك بعد موتها اذا خلفت مالا ولكنه يضمن الشريك كما كان يضمنه فى حياتها ثم يرجع الشريك بما يضمن فى تركتها كما كان يرجع عليها لو كانت حية وما بقى فهو ميراث للابن لان باداء ماعليها من السعاية يحكم بعتقها وعتق ولدها مستنداً الى حال حياتها على مابينه فى المكاتبة وان لم تدع مالا رجع بذلك على الابن لأن الابن مولود فى الكتابة والمولود فى الكتابة يسعي فيما على امه بعد موتها لانه جزء من أجزائها فبقاؤه كبقائها ولانه محتاج الى تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل الى ذلك الا باداء ماعلى أمه وان لم تمت فاختار الشريك أن يستسعيها فهى بمنزلة المكاتبة في تلك السعاية والحاصل أن بعد موتها ليس للشريك أن يستسعيها باعتبار بقاء الولد وفى حال حياتها له أن يستسعيها لان حق الاستسعاء باعتبار احتباس نصيب الشريك عندها وذلك لا يتحقق بعد موتها ولا حق للشريك فى ولدها فلهذا لا يستسعيها باعتبار بقاء الولد ولا باعتبار بقاء المال ولكنه يضمن الشريك وأما فى حال حياتها فقد تقرر احتباس نصيب الشريك عندها فكان له ان يستسعيها وهى بمنزلة المكاتبة مادامت تسعى حتى ليس لها أن تتزوج بدون اذن مولاها وان ولدت فولدها بمنزلتها وان اشترت أباها أو أمها أو ولدها فليس لها أن تبيعهم ولو اشترت أخاها أو ذا رحم محرم منها فلها أن تبيعهم فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا وليس لها ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو القياس أصل المسئلة فى المكاتب وجه قولهما أن الحر لو اشترى أخاه يصير فى مثل حاله فكذلك المكاتب اذا اشترى أخاه يصير في مثل حاله ألا ترى أن في الآباء والاولاد لا يفصل بين المكاتب وبين الحر حتى يصير فى مثل حاله في الوجهين فكذلك فى كل ذى رحم محرم لان القرابة المتأيدة بالحرمية بمنزلة الولاد فى استحقاق الحرية كما في استحقاق العتق بها وهذا لان ما للمكاتب من الحق فى كسبه يحتمل الكتابة حتى لو كاتب عبده صح كما أن ما للحر من الملك يحتمل العتق فاذا سوى هناك بين الاخوة والآباء فى اثبات ما يحتمله ملك الحر

فكذلك يسوى بينهما هنا فى اثبات مايحتمله كسب المكاتب وجه الاستحسان لابي حنيفة
ان من تكاتب عليه يكون تبعاً له ان الكتابة لا تكون الا ببدل وليس عليه شئ من البدل
فعرفنا أنه تبع ومعنى الاصالة والتبعية يتحقق فيما بين الآباء والاولاد لاجل الجزئية فيستقيم
أن يتكاتب عليه بسبب الجزئية فأما معنى الاصالة والتبعية لا يتحقق بين الاخوة وسائر
القرابات فلا يتكاتب أحدهما على الآخر والثانى أن المكاتب كسائر الاباء والاولاد يثبت
باعتبار الكسب على أن يوفى بعد ظهور الملك فان الابن اذا كان مكتسبا يقضى عليه بنفقة
أبيه على أن يملك بالاكتساب فيؤدي فكذلك هنا ثبت حق الآباء والاولاد فى الكسب
على أنه متى ثبت الملك بالعتق عتق عليه فيمتنع بيعهم لهذا ولا يثبت حق الاخوة فى
الكسب على أن يوفي من الملك اذا ظهر فكذلك لا يثبت حق الاخوة فى كسب المكاتب
ولا يمتنع عليه بيعهم ولا يدخل على هذا الكلام أنه لا يقضى على المكاتب بالنفقة لآبائه
وأولاده الاحرار لأن الاستحقاق بالكسب على ان يقضى من الملك وهنا لو قضى عليه
بالنفقة لزمه ذلك قبل تمام الملك له بالعتق وذلك لا يجوز لان ماله من الحق قبل العتق
لا يحتمل الصلة التامة توضيحه أن الأقارب يكثرون فلو تعذر عليه بيعهم اذا دخلوا فى ملكه
أدى الى تفويت المقصود بالكتابة وهو تحصيل المال ليؤدى فيعتق ولا يوجد مثل ذلك
فى الآباء فلهذا استحسن أبو حنيفة رحمه الله تعالى وان اشترت زوجها لم يفسد النكاح ولها
أن تبيعه كالمكاتب لانه انما يثبت لها حق الملك فى رقبة الزوج وحق الملك لا يرفع النكاح
لانه أضعف منه والضعيف لا يرفع القوى اذا طرأ عليه وان كان عبد على هذه الصفة
فاشترى امرأته كان له أن يبيعها ان لم تكن ولدت منه وان كانت ولدت منه فاشترى ولدها
معها فهى بمنزلته لان حق الام تبع لحق الولد وثبوت التبع بثبوت المتبوع وقد امتنع عليه
بيع الولد فيمتنع عليه بيع الام أيضاً وان كفل عن المستسعى رجل بسعايته لمولاه فهو
باطل لان السعاية كبدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة لانه عبده فلا يتقرر عليه
دينه فهذا مثله وان مات ولم يترك مالا حاضراً وترك دينا على الناس فلم يختصموا فى أمره
حتى خرج الدين فهو بمنزلة المال الحاضر يؤدى منه سعايته ويكون ما بقى ميراثا والولد
الحر والمولود فى السعاية والمشتري فى ذلك سواء لان الكل يعتقون بعتقه ثم يجر ولاء
ولده الحر لان الاب فى الولاء أصل كما في النسب وانما كان ولاؤه لموالى الام لعدم الولاء

فى جانب الاب فاذا ظهر الولاء في جانبه انجر اليه ولاء أولاده وسنقرر هـذا في موضعه
وان لم يخرج الدين حتى جني ولده الحر كانت الجناية على عاقلة أمه لانه مولى لموالى الأم
مالم يظهر له ولاء فى جانب الأب فان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولايته قبل
خروج الدين فقضي به لموالي الام ثم خرج الدين بعد ذلك كان الدين لموالى الاب كله
لايكون للابن فيه شئ فى القياس ولكنا ندع المتاقين ونجعل السعاية للمولى ومابقى ميراثا
للابن وجه القياس ان القاضي لماحكم بولائه لموالى الام فقد حكم برق الاب الى هذا
الوقت وهو ميت والرقيق لايرثه الحر توضيحه انه قطعه عن جانب الاب حين قضى
بولائه لموالى الام وقضي بجنايته عليهم ووجه الاستحسان ان حكم الكتابة فيه لكونه معتق
البعض وذلك لايحتمل الفسخ فيبقى بعد قضاء القاضى حكم الكتابة فيه على حاله فاذا خرج
ماله يؤدى كتابته ويحكم بحريته مستندا الى حال حياته لانه لايمكن الحكم بحريته مقصوراً
على الحال فتبين أنه مات حراً والحر يرثه ابنه الحر والقاضى ماقضى بقطع نسبه عن أبيه
ولو كان العبد في سعاية وله ولد من أمة له ثم مات العبد كان للابن ان يسعي فيما على أبيه
بمنزلة المولود في الكتابة ولو كان عبد وأمة زوجين لرجل واعتق نصف كل واحد منهما
وقضى عليهما بالسعاية في نصف قيمتهما ثم ولدت ولداً فقتل الولد وترك مالافديته وماله لأمه
لان الولد جزء من أمه يتبعها فى الملك والرق ولم يعتق فكان تابعاً لامه داخلا في سعايتها
فلهذا كان بدل نفسه وماله لها ولو جنى الولد جناية سعي فى الاقل من قيمته ومن الجناية
لانه بمنزلة المكاتب وهذا هو الحكم فى جناية المكاتب ولو مات أبواه سعى فيما بقى على
أمه دون أبيه لانه يتبعها في حكم الكتابة دون الاب فيقوم مقامها فى السعاية فيما عليها ولو
ماتت أمه عن مال أدي منه سعايتها ومابقى فهو ميراث للابن لانه يعتق بعتقها ولا ميراث
للزوج منها لان الزوج مكاتب مالم يؤد السعاية وان مات الزوج عن مال يؤدى ما عليه
من سعايته ومابقي ميراث لمعتقه لايرث ابنه ولاامرأته من ذلك شيئاً لانهما بمنزلة المكاتبين
مالم تؤد الام سعايتها وهذا ومالو كوتب الزوجان كل واحدمنهما بعقد على حدة سواء فى
جميع ماذكرنا وذكر فى الاصل عن ابراهيم ان معتق النصف اذا جني فنصف جنايته على
العاقلة والنصف عليه واذا جني عليه فارش نصف الجناية عليه ارش العبيد وارش النصف
الآخر ارش الاحرار وكانه اعتبرالبعض بالكل ولسنانأخذ بهذا بل هو بمنزلة العبدفى الجناية

والجناية عليه لان بين الحرية والرق فى محل واحد منافاة وقد قررناه فيما سبق واذا شهد الشاهدان على أحد الشريكين أنه أقر بعتق المملوك وهو موسر جاز ذلك وثبوت اقراره بالبينة كثبوته بسماع القاضي منه ويضمن لشريكه ان كان موسرا نصف قيمته ويرجع به على الغلام والولاء له وان كان جاحدا للعتق لان القاضى حكم عليه بخلاف زعمه وبقضاء القاضى سقط اعتبار زعمه بخلافه ألا ترى أن العبد لو كان كله له فشهدا عليه بعتقه كان الولاء له وان كان منكراً وان شهدا أنه أقر أنه حر الاصل عتق ولا ولاء له لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وانما يقضي القاضى على المقر بما يقر به ويجعله في حقه كانه حق وحرية الأصل لا تعقب الولاء وان شهدوا على اقراره أن الذى باعه كان أعتقه عتق كما لو سمع القاضى اقراره بذلك وهذا لانه أقر بنفوذ العتق فيه ممن كان مالكا له وولاؤه موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه فان البائع يقول أنا ما أعتقته وانما عتق باقرار المشترى فله ولاؤه والمشترى يقول بل أعتقه البائع فالولاء له فلهذا توقف ولاؤه على أن يرجع أحدهما الى تصديق صاحبه فيكون الولاء له لان الولاء لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا يبطل بالتكذيب أصلا ولكن يبقى موقوفا فاذا صدقه ثبت منه وان شهدا على اقراره أن البائع كان دبره أو كاتب أمه او أن البائع كان استولدها قبل البيع فانه يخرج كل واحد منهما من ملكه لاقراره انه لم يملكهما بالشراء وأنهما باقيان على ملك البائع ولا يرجع على البائع بالثمن لان اقراره ليس بحجة على البائع في ابطال البيع وقد استحق البائع الثمن به ولا يعتقان حتى يموت البائع فاذا مات عتقا لان المشترى أقر بتعلق عتقهما بموت البائع والبائع كان مقراً بأن اقرار المشتري فيهما نافذ لان يملكهما فعندموت البائع يحصل التصادق منهما على الحرية اذا كان المدبر يخرج من ثلث مال البائع فلهذا يحكم بعتقهما والجناية عليهما كالجناية على مملوكين قبل موت البائع لانهما لا يعتقان الا بموته وتوقف جنايتهما فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليهم السعاية فى الاقل من قيمتهما وأرش جنايتهما والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان المشترى ان كان صادقا فوجب جنايتهما على البائع ابتداء لان موجب جناية المدبر وأم الولد القيمة على المولى ابتداء وان كان كاذبا فجنايتهما تتعلق برقبتهما ويخاطب المشترى بذلك ومع جهالة المستحق عليه لا يتمكن القاضى من القضاء بشئ فلهذا تتوقف جنايتهما ولكنهما استحسنا فقالا هما بمنزلة

المكاتبين فى الحال حتى يكتسبان وينفقان على أنفسهما من كسبهما ولا سبيل لأحد على أخذ الكسب منهما وانما كان موجب جناية المكاتب على نفسه لكونه أحق بكسبه فاذا وجد ذلك المعنى هنا قلنا عليهما السعاية فى الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية وكذلك أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها ولدت من الآخر وأنكر الآخر ذلك فهى موقوفة تخدم المنكر يوما ويرفع عنها يوم ولا سبيل للمقر عليها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الآخر وفى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى تسعى في نصف قيمتها للمنكر لان اقرار أحدهما على شريكه بأمية الولد كشهادته عليه بعتق نصيبه وقد بينا أن هناك يسعى للمنكر فى نصيبه فكذلك هنا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هناك تعذر استدامة الملك لان ما أقر به لو كان حقا كان استدامة الملك فيها ممتنعا فلهذا تخرج الى الحرية بالسعاية وهنا ما أقر به من أمية الولد لو كان حقا لم يكن استدامة الملك فيها ممتنعا فلا معنى لايجاب السعاية عليها للمنكر ولكن في زعم المنكر أنها مشتركة بينهما كما كانت وان شريكه كاذب فكان له أن يستخدمها يوما من كل يومين كما قبل هذا الأوان وليس للمقر أن يستخدمها فى اليوم الآخر لانه يزعم انها صارت أم ولد لشريكه وان حقه فى الضمان قبل شريكه ولاحق له في الاستخدام فلهذا لم يكن للمقر عليها سبيل وجنايتها والجناية عليها تكون موقوفة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى هى بمنزلة المكاتبة تسعي فى الجناية عليها بأخذ الارش فتستعين بها هكذا ذكر في الكتاب وهو ظاهر لان عندهما لما قضى عليها بالسعاية فى نصيب الجاحد كانت كالمكاتب وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لما كانت موقوفة الحال لا يقضى فيها بشئ فكذلك حكم جنايتها والجناية عليها وقيل الصحيح ان عند أبى حنيفة نصف جنايتها على الجاحد لان نصفها مملوك له مطلقا حتى يستخدمها بقدره والنصف الآخر يتوقف وعلى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد جنايتها عليها تسعى فى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانها أحق بكسبها ألا ترى انها تنفق على نفسها من كسبها ولو جعلناها موقوفة فمن ينفق عليها واذا لم يكن بد من أن تجعل أحق بكسبها كان موجب جنايتها فى كسبها كالمكاتبة والله تعالى أعلم بالصواب

باب عتق مافى البطن

﴿ قال ﴾ رجل قال لجاريته كل ولد تلدينه فهو حر فما ولدته فى ملكه فهو حر لان ملك الام سبب لملك الولد فان الجنين يتبع الام فى الملك وقيام سبب الملك عند التعليق كقيام الملك في صحة التعليق ألا ترى ان فى اليمين المضاف جعل التعليق بسبب الملك وهو الشراء كالتعليق بالملك ولو كان الملك موجوداً في المحل الذى يلاقيه وقت التعليق كان التعليق صحيحاً فكذلك اذا كان سبب الملك موجوداً ولا يعتق مالم تلد لانه جعل شرط العتق الولادة وان مات المولى وهى حبلى ثم ولدته لم تعتق لانها صارت ملكا للوارث بالموت فانما وجد الشرط بعد زوال ملك المعتق وكذلك لو باعها المولى وهى حبلى جازبيعه لقيام ملكه وقدرته على تسليمها واذا ولدت بعد ذلك لم تعتق لان الشرط وجد فى غير ملك الحالف وان ضرب ضارب بطنها فالقته ميتاً كان فيه مافى جنين الأمة لانه مادام في البطن فهو رقيق ولو كان قال كل ولد تحبلين به فهو حر كان فيه مافى جنين الحر لان شرط العتق هنا وجود الحبل وقد علم أنه كان موجوداً قبل الضرب فانما وجدت جناية الضارب على جنين هو حر وان ولدته بعد البيع لاقل من ستة أشهر فهو حر والبيع باطل لانا تيقنا بوجود الولد قبل البيع وحريته فانما باعها وفى بطنها ولد حر فيكون البيع باطلا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كانت جارية فأنت حرة فولدت غلامين وجاريتين فان علم ان الغلام أول ماولدت فهو حر والباقون أرقاء وان علم ان الجارية أول ماولدت فهي مملوكة والباقون مع الام احرار لان بولادة الجارية الاولى عتقت الامة وانما عتقت بعد انفصال هذه الجارية عنها فكانت هى مملوكة والباقون أحرار لانهم انفصلوا منها بعد حريتها والولد لا ينفصل من الحرة الاحراً وان لم يعلم أيهم أول يعتق من الام نصفها لانها تعتق في حال وترق فى حال ويعتق ثلاثة أرباع كل واحد من الغلامين لان أحدهما حر بيقين فانها ان ولدت الغلام أولا فهذا الغلام حر وان ولدت الجارية أولا فالغلامان يعتقان بعتق الام فاحدهما حر بيقين والآخر يعتق فى حال دون حال فيعتق نصفه ثم حرية ونصف بينهما نصفان اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته ويعتق من كل واحدة من الجاريتين ربعها لان احداها أمة بيقين والأخرى تعتق في حال دون حال فانها ان

ولدت الغلام أولا فالجاريتان مملوكتان وان ولدت احدى الجاريتين أولا فهذه مملوكة والاخرى حرة فاذا كانت احداهما تعتق فى حال دون حال يعتق نصفها وليست احداهما بأولى من الأخرى فكان نصف الحرية بينهما لكل واحدة منهما ربع حرية وتسعى كل واحدة في ثلاثة أرباع القيمة وان تصادق الام والمولى علي أن هذا الغلام أول عتق ماتصادقا عليه والباقون أرقاء لان اليد لهما والقول قول ذى اليد فيمن لا يعبر عن نفسه فى رقه وحريته فان تصادقا على شئ وجب الاخذ بما تصادقا عليه و ن اختلفا فيه فالقول قول المولى مع يمينه لان المعتق هو المولى فكان قوله فى بيان من عتق مقبولا مع يمينه ان ادعت الام خلاف ذلك لإنها تدعي عليه مالو أقر به لزمه وانما يستحلف على العلم بالله مايعلم أنها ولدت الجارية أولا لانه يستحلف على فعلها والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم واذا قال لها ان كان حملك غلاما فأنت حرة وان كانت جارية فهى حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما فى البطن قال تعالى أن يضعن حملهن والعدة لا تنقضى الا بوضع جميع ما فى البطن فانما جعل شرط عتقها كون جميع مافى البطن غلاما وشرط عتق الجارية كونها جميع ما فى البطن ولم يوجد ذلك وكذلك قوله ان كان ما فى بطنك لان ماهو من ألفاظ العموم فهو يقتضى أن يكون جميع مافي بطنها بتلك الصفة ولو كان قال فى الكلامين ان كان في بطنك عتقت الجارية والغلام لانه جعل شرط عتقها وجود الغلام فى بطنها وقد تبين أنه كان موجوداً والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزاً فعلمنا أنها عتقت قبل انفصال الولدين عنها فيعتق الولدان جميعا واذا قال اذا كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعاً فان علم أن الغلام أول عتقت هى مع ابنتها والغلام رقيق وان علم أنها ولدت الجارية أولا عتقت الجارية والام مع الغلام رقيقان وان لم يعلم واتفق الام والمولى على شئ فكذلك لان اليد لهما وان قالا لا ندرى فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما ان تعتق بنفسها أو بعتق الام ولو كان قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية فان ولدت الغلام أولا فالغلام رقيق والام والجارية حرتان وان ولدت الجارية أولا فهم أرقاء فالام

تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها وكذلك الجارية والغلام رقيق بيقين وذكر فى الكيسانيات عن محمد رحمه الله تعالى فى هذا الفصل أنه لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء بخلاف الفصل الاول لانا تيقنا بحرية بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية صحيح وهنا لم يتيقن بشئ من الحرية لجواز أنها ولدت الجارية أولا فلا معنى لاعتبار الاحوال ولكنها تدعى عليه شرط العتق وهو منكر فالقول قوله مع يمينه ولو قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لا يعتق وان ولدت لأقل من ستة أشهر عتق لانه أوجب العتق لما هو موجود في بطنها واذا ولدت لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا أنه كان موجوداً فأما اذا ولدت لستة أشهر فصاعداً لم نتيقن انه كان موجوداً والعلوق يضاف الى أدنى مدة الحمل الا فى حالة الضرورة وان ولدت واحداً لأقل منها بيوم والآخر لأكثر منها بيوم عتقا لانا تيقنا بوجود الاول في بطنها وقت اليمين حين ولدته لاقل من ستة أشهر وهما توأم واحد خلقا من ماء واحد فالحكم بوجود احدهما فى البطن فى وقت حكم بوجودهما واذا أعتق أمته ولها زوج حر فولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً بعد العتق فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد أمه لان الحل قائم بين الزوجين فانما يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ستة أشهر وتبين أنها علقت به في حال هما أهل اللعان فيقطع النسب عنه باللعان ويكون ولاؤه لموالى الام لانه لا نسب له من جهة الاب وان وضعته لاقل من ستة أشهر لزم اباه ولاعن أما اللعان فلانه قذفها في الحال وهي محصنة وأما لزوم الولد اباه فلانا تيقنا أن العلوق كان قبل العتق وهي لم تكن من أهل اللعان فلزمه نسب الولد على وجه لا يملك نفيه فلا يتغير ذلك بالعتق بعده وولاء الولد لموالى الام لانه كان موجودا فى البطن حين أعتق الام فصار الولد مقصوداً بالعتق وله ولاء نفسه ولو قال لامته ان كنت حبلى فأنت حرة فان ولدت لأقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها لانه تبين أنه كان منجزاً عتقها بالتعليق بشرط موجود وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط لجواز أن يكون هذا الولد من علوق حادث وما لم نتيقن بوجود الشرط لا ينزل الجزاء ولو قال لها ما فى بطنك حر فضرب رجل بطنها بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فألقت جنينا ميتا ففيه ما فى جنين الحرة لانا علمنا أنه كان موجوداً فى بطنها حين قال ذلك وانه حكم بعتقه

﴿فان قيل﴾ فلعله كان ميتاً واعتاق الميت باطل ﴿قلنا﴾ قد ظهر لموته سبب وهو الضرب فيحال بالحكم عليه ولما حكمنا بوجوب الضمان على الضارب فقد حكمنا بحياته الى هذا الوقت فعلى الجاني ما في جنين الحرة ولو قال لها ان كان أول ماتلدينه غلاما ثم جارية فانت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلامين وجاريتين لا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم وربع الاولاد لانها ان ولدت الغلام أولا ثم الجارية فالأم حرة وان ولدت الجارية أولا ثم الغلام فالام رقيقة فهي تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها وأحد الغلامين رقيق بيقين والآخر يعتق في حال دون حال فيعتق ربع كل واحد منهم ولا يقال من الجائز انها ولدت الغلامين أولا ثم الجاريتين لان هذا بمنزلة ولادة الغلام أولا ثم الجارية واذا ولدت الجاريتين أولا ثم الغلامين فهذا بمنزلة ولادة الجارية أولا ثم الغلام لان الشرط ولادة الغلام بعد ولادة الجارية وقد وجد سواء تخلل بينهما ولادة جارية أخرى أو لم يتخلل وان ولدت غلاما وجارية في بطن لا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم ونصف الغلام لان الام تعتق في حال دون حال وكذلك الغلام فيعتق نصف كل واحد منهما والابنة أمة لانها ان ولدت الغلام أولا ثم الجارية فانما عتقت الام بعد انفصال الجارية فهي أمة وان ولدت الجارية أولا فهي أمة فعرفنا ان رقها متعين وان قال أول ولد تلدينه فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت لان الميت ولد كالحي ألا ترى ان الجارية تصير به أم ولد والمرأة تصير به نفساء فيتم شرط عتقها بولادته ولو كان قال هو حر لانحل يمينه بولادة الميت حتى اذا ولدت ولداً حيا بعد ذلك عتق الولد الحي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يعتق في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قولهما ان انحلال شرط اليمين تحقق بولادة الولد الميت وليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء ألا ترى أنه لو قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً لغيره انحلت اليمين حتى لو اشترى بعد ذلك عبداً لنفسه لم يعتق والدليل عليه أنه لو قال أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق فولدت ولداً ميتا وقع الطلاق ثم عندكم لو ولدت ولداً حيا بعد ذلك يعتق الحي وهذا لاوجه له لان الشرط ان صار موجوداً بولادة الميت انحلت اليمين وان لم يصر موجوداً فينبغي أن لا يقع الطلاق والدليل عليه ان هذا الحي ثاني ولد حتى لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر يعتق هذا ولا يكون الشخص الواحد أولا وثانيا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما حكى

عن أبي سعيد البردعي رحمه الله تعالى أنه كان يقول الولد الميت ولد في حق الغير حتى أن العدة تنقضي به والجارية تصير أم ولد وليس بولد في حق نفسه حتى لا يسمى ولا يصلى عليه فاذا كان الجزاء عتق الام أو طلاق المرأة كان الميت ولدا فيه واذا كان الجزاء عتق الولد لم يكن الميت ولدا فيه ولكن هذا تشه ومع أنه تشه لامعني له فانه يقال ينبغي أن يجعل ولداً في حق المولى حتى يحل يمينه به وينبغي أن يجعل ولداً في حق الولد الثاني حتى لا يعتق فالوجه الصحيح أن يقول جازى بكلامه مالا يجازى به الا الحي فتصير الحياة مدرجة في كلامه ويكون المضمر كالمصرح به فكأنه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر وانما قلنا ذلك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ولا يصح هذا الكلام الا باضمار الحياة في الولد لان الاعتاق احداث القوة وذلك يتحقق في الحي دون الميت فتبين بقوله فهو حر ان حياة الولد مضمر في كلامه ألا ترى أنه لو قال اذا ولدت ولداً ميتا فهو حر كان كلامه لغوا وبه فارق الطلاق وعتق الام لانه لا حاجة في تصحيح ذلك الكلام الى اضمار الحياة في الولد ألا ترى أنه لو صرح بموت الولد كان التعليق صحيحاً ثم ماثبت بطريق الاقتضاء يجعل ثابتا للحاجة والضرورة ففيما تحقق فيه الحاجة يجعل مدرجا في كلامه وفيما لا تحقق فيه الحاجة لا يجعل مدرجا ولا يبعد أن يكون الشرط واحداً ثم يحكم بوجوده في بعض الجزاء دون البعض كما لو قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت تصدق في وقوع الطلاق عليها دون ضرتها ولما ثبت أن الحياة مدرجة في كلامه فالذي ولدته بعد الميت أول ولد حيّ وان كان في الصورة ثاني ولد وليس هذا كقوله أول عبد اشتريه فهو حر لان المشترى لغيره محل للعتق ألا ترى أن العتق ينفذ فيه من مالكه ومن المشتري موقوفا على اجازة مالكه فلا حاجة الى اضمار الشراء لنفسه لتصحيح الكلام وههنا الميت ليس بمحل للعتق أصلا فلهذا جعلنا الحياة مدرجة في كلامه وان قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولداً وشهدت امرأة على الولادة وكذبها المولى وقال هذا عبدي من غيرها لم يعتق بشهادة امرأة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق وقد تقدم نظيره في الطلاق وقد بينا أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بشهادة القابلة انما يثبت ما هو من أحكام الولادة على الخصوص والعتق ليس من أحكام الولادة على الخصوص وعندهما لما قبلت شهادة القابلة في حق نسب الولد

فكذلك تقبل فيما جعل بناء على الولادة ألا ترى أنه لو قال ان كان بها حبل فهو مني ثم جاءت امرأة تشهد على الولادة بعد هذا القول بيوم صارت أم ولده وبالاستيلاد يثبت حق الحرية ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرّق فيقول الاستيلاد من أحكام نسب الولد فأما هذا العتق ليس من حكم الولادة وشهادة القابلة حجة ضرورية فلا تكون حجة الا فيما هو فى حكم الولادة وان قال لها أنت حبلى فاذا ولدت فأنت حرة فشهدت امرأة على الولادة عتقت لا بشهادة القابلة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بل بمجرد قول الامة لانه لما أقر بأنها حبلى فقد جعل شرط وقوع العتق عليها ظهور ما هو موجود في بطنها وقد ظهر بقولها كما اذا قال لها اذا حضت فأنت حرة وقد تقدم نظير هذا فى الطلاق واذا قال لها اذا حبلت فأنت حرة ثم وطئها فينبغي له فى الورع والتنزه ان يعتزلها حتى يعلم أحامل هي أم لا لان سبب الحبل هو الوطء فبعد ما وطئها يحتمل انها قد حبلت وقد عتقت فلو وطئها كان حراما عليه والتحرز عن الحرام واجب فلهذا نأمره على طريق التنزه ان يعتزلها فاذا حاضت علمنا انها ليست بحامل فيطأها مرة أخرى بعد ما تطهر وهكذا دأبه ودأبها وان ولدت بعد هذه المقالة لاكثر من سنتين وقد وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر لانا تيقنا بوجود شرط العتق بعد اليمين وتيقنا بانه وطئها بعد ما علقت فانما وطئها وهي حرة بالشبهة فعليه العقر وان ولدته لاقل من سنتين لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط وهو الحبل بعد اليمين لجواز ان يكون هذا الولد من علوق كان قبل اليمين ﴿فان قيل﴾ فأين ذهب قولكم ان يستند العلوق الى أقرب الاوقات ﴿قلنا﴾ نعم يستند العلوق الى أقرب الأوقات اذا لم يكن فيه اثبات العتق بالشك لان العتق بالشك لا ينزل وقد تقدم نظيره فى الرجعة فى الطلاق واذا قال لامتيه ما في بطن احدا كما حر فله ان يوقع على أيهما شاء لان ما فى البطن فى حكم العتق كالمنفصل وقد بينا فى المنفصل أنه لو أوجب العتق فى غير المعين كان البيان اليه فكذلك فيما في البطن فان ضرب انسان بطن احداهما فالقت جنينا ميتا وقع العتق على ما في بطن الاخرى لان الذى انفصل ميتاً خرج من ان يكون محلا للعتق ومزاحما للآخر فيما أوجب فيتعين العتق فى الآخر ضرورة ولو ضرب بطن كل واحدة منهما رجل معاً فالقتا جنينين ميتين لاقل من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق كان على كل واحد منهما ما فى جنين الامة لان كل واحد من الجنينين كان مملوكا يقينا وبعد ايجاب العتق فى المجهول بقيا كذلك وقد بينا في المنفصلين أنه لو قتل

كل واحد منهما رجل كان على كل واحد من القاتلين قيمة مملوك فهذا مثله وان قال ما في بطن هـذه حر وما في بطن هذه حر أو سالم عتق ما في البطن الاولى والخيار بين سالم وما في بطن الثانية اليـه لانه أوجب العتق لما في بطن الأولى بعينها وخير نفسه بين عتق ما في بطن الثانية وسالم لانه ادخل بينهما حرف أو وذلك للتخيير فكانه قال ما في بطن هـذه حر واحـد الآخرين فيعتق الأول بعينه والخيار اليه في الآخرين يوقع العتق على أيهما شاء واذا قال لامتيه ما في بطن احداكما حر ثم خرجت احـداهما وجاءت أخرى فقال ما في بطن احـداكما حر ثم ولدن كلهن لاقل من ستة أشهر فالقول فيـه قول المولى وأصـل هـذه المسألة في العبيد ذكرها في مواضع من الكتب والتخريج في الكل واحـد فنقول رجـل له ثلاثة أعبـد دخـل عليـه اثنان فقال احـدكما حر ثم خرج احـدهما ودخل الثالث فقال احدكما حر فالبيان الى المولى لان الايهام كان منه ولان حكم الكلامين يختلف ببيانه فان قال عنيت بالكلام الاول الثابت أو أعنيـه الآن واختاره عتق الثابت بالكلام الاول وتبين أنه في الكلام الثاني جمع بين حر وعبد وقال احـدكما حر فلا يجب به شئ اذا لم ينو العبـد وان قال عنيت بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول وصح الكلام الثاني لانه جمع فيه بين عبدين فقال احدكما حر فالبيان اليـه فان بين أولا أنه عنى بالكلام الثاني الثابت تعين الخارج بالكلام الاول لان الثابت خرج من مزاحمـة الخارج في موجب الكلام الاول حين انشأ عتقه بعـده وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ولا بد من أن يبين مراده بالكلام الاول وان مات قبل أن يبين عتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل نصفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وربعه في قول محمد رحمه الله تعالى لانه وجب بالكلام الاول حرية تتردد بين الخارج والثابت وقد فات البيان بموت المولى فيشيع فيهما فلهذا يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت نصفه بالكلام الاول والكلام الثاني لا يجب به شئ ان كان المراد بالكلام الاول الثابت ويجب به حرية ان كان المراد بالكلام الاول الخارج فأوجبنا به نصف حرية باعتبار التردد ثم هذا النصف يتردد بين الثابت والداخل فيكون نصفه وهو الربع للثابت فاجتمع له ثلاثة أرباع حرية وحصـل للداخل ربع حرية بالكلام الثاني فلهذا قال محمد رحمـه الله تعالى يعتق منه ربعـه ولانه شريك الثابت في الكلام الثاني فلا يصيب الا قدر ما يصيب

الثابت بهذا الكلام وشبه هذا بمن له ثلاث نسوة لم يدخل بشئ منهن قال لاثنتين منهن احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق ثم مات قبل ان يبين يسقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه للطريق الذى قلنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا الكلام الثاني صحيح على كل حال فان كان مراده الثابت عتق به ما بقى وهو النصف وان كان مراده الداخل عتق به كله فالداخل يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيعتق نصفه وبيان هذا الكلام اما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان الحرية الاولى لما شاعت فيهما كان الثابت معتق البعض ومعتق البعض عنده بمنزلة المكاتب أهل لانشاء العتق فيه فيصح الكلام الثانى علي كل حال وعلى قول أبى يوسف رحمه الله العتق لا يتجزأ بعد وقوعه على محل بعينه بعد وقوعه ولم يكن واقعا على الثابت حين تكلم بالكلام الثانى فصح الكلام الثاني وأما مسألة الطلاق فقد قيل هو مذكور في الزيادات وهو قول محمد رحمه الله فأما عندهما يسقط من مهر الداخلة ربعه وبعد التسليم الفرق واضح على أصل أبى حنيفة رحمه الله لان الطلاق عنده لا يتجزأ بخلاف العتق فالكلام الثانى ليس بصحيح على كل حال وانما الاشكال على قول أبى يوسف رحمه الله والفرق أنه يوجد شخص متردد الحال بين الرق والحرية ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت بهذه الصفة حين تكلم بالكلام الثانى فأمكن تصحيح الكلام الثانى من هذا الوجه على كل حال فأما الطلاق لا يوجد شخص متردد الحال بين أن تكون مطلقة ومنكوحة ثم يصح وقوع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثانى من كل وجه ﴿قلنا﴾ ان كان صحيحا يسقط به نصف مهر وان لم يصح لم يسقط به شئ فسقط به ربع مهر ثم يتردد هذا الربع بين الثابتة والداخلة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها وان كان المولى قال ذلك فى مرضه ومات قبل البيان ولا مال له سواهم فانهم يقتسمون الثلث على قدر حقهم فيضرب الخارج في الثلث بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهمين فى قولهما فيكون الثلث بينهم على سبعة والقسمة من احد وعشرين كل رقبة سبعة فيستسعى الخارج فى خمسة أسباعه وكذلك الداخل والمقيم فى أربعة أسباعه وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الداخل انما يضرب بسهم واحد فيكون الثلث بينهم على ستة والقسمة من ثمانية عشر يسعى الخارج فى ثلثى قيمته والثابت في نصف قيمته والداخل فى خمسة أسداس قيمته اذا عرفت

هذا التخريج فى العبيد فكذلك فيما فى بطن الجواري لأن الجنين فى حكم العتق كالمنفصل وان قال لامته قد أعتقت ما فى بطنك على ألف درهم عليك فقبلت ثم وضعت غلاما لاقل من ستة أشهر فهو حر لانا تيقنا أنه كان موجوداً فى البطن حين علق العتق بقبولها المال وقد وجد منها القبول والمال باطل لانه لا يمكن ايجابه على الجنين لان المولى شرطه على الام دون الجنين ولانه لاولاية للام على الجنين فى الزام المال اياه ولا يمكن ايجابه على الام لان الجنين فى حكم العتق كشخص واحد على حدة واعتاق شخص ببدل على شخص آخر لايجوز وهذا بخلاف الطلاق فانه لو طلق امرأته بمال على أجنبي وقبل الاجنبي ذلك وجب المال عليه ولو أعتق عبده بمال على أجنبي وقبل الاجنبي ذلك لا يلزمه المال لان المولى منتفع بالعتق من حيث تحصيل الثواب لنفسه فى العقبي والولاء في الدنيا ومن انتفع بملك نفسه لا يستوجب بدله على غيره بالشرط كمن أكل طعام نفسه ببدل على غيره فأما الزوج غير منتفع بالطلاق ولكنه مبطل لملكه فاذا شرط بدلا على غيره والتزمه ذلك الغير كان صحيحاً كالعفو عن القصاص والابراء عن الدين ولو ولدت الامة غلاما ثم كاتبت على نفسها وعليه ألف درهم أجزت ذلك والتزمه ان كبر أو عقل فرضي وفرض الجواب على هذا الموضع انما يستقيم على طريقة القياس فاما على طريقة الاستحسان على ماذكره فى الجامع وغيره من المواضع غير مستقيم بل الصحيح من الجواب ماذكره في رواية أبي حفص رحمه الله تعالى أن المكاتبة تجوز وتلزم الام ولا يلزم الغلام من المال شئ ولكن يعتق بأدائها وهذا لانه لاولاية للام على الولد في الزام بدل الكتابة اياه فيكون هذا بمنزلة مالوكاتب له عبداً حاضراً وعبداً له غائبا على ألف درهم فى القياس يتوقف العقد فى حق الغائب على اجازته لانه ليس للحاضر عليه ولاية وفى الاستحسان ينفذ العقد وتكون الالف كلها على الحاضر بقبوله فكان المولى شرط البدل كله عليه وجعل عتق الآخر معلقا بأدائه وذلك صحيح بدون القبول من الآخر فكذلك فى هذه المسئلة ﴿ قال ﴾ ورأيت فى بعض النسخ زيادة ألف فى وضع هذه المسئلة قال فكاتبها على نفسها أو عليه على ألف درهم وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامالى فى وضع هذه المسئلة انها كاتبت عليه فعلى هذا الجواب مستقيم لان المقصود بالكتابة الولد دون الام فان لم تكن الام داخلة فى العقد يعتبر وجود القبول من الابن اذا كبر أو عقل ومقصوده الفرق بين حالة الاجتنان في

البطن وما بعد الانفصال فان فى حالة الاجتنان فى البطن لايتوقف لانه لاولاية لاحد عليه فى حالة الاجتنان وانما يتوقف ماله مجيز حال وقوعه فاما بعد الانفصال قد تولى عليه فى هذا العقد لماله فيه من المنفعة له فيتوقف على اجازته واذا كبر أو عقل فرضي لزمه المال ولو قال لامته مافى بطنك حرمتى ما أدى الى الفا فوضعته لاقل من ستة أشهر فتى ماأدى فهو حر لان مافى البطن في تنجيز العتق كالمنفصل فكذلك في تعليق عتقه بأدائه المال بخلاف الكتابة لان فيها الزام المال اياه ولاولاية لاحد عليه فى ذلك وليس فى التعليق الزام المال اياه بل التعليق يتم بالمعلق وحده وكلامه قبل الانفصال وبعده سواء ولوقال بعد الانفصال متى أدى الى هذا المولود ألفا فهو حر صح وعتق اذا أدي فكذلك اذا قال قبل الانفصال ولو قال لثلاث اماء له مافي بطن هذه حر ومافى بطن هذه أو في بطن هذه عتق مافى بطن الاولى وهو مخير في الباقيتين لادخاله حرف التخيير بين الثانية والثالثة ولو قال ان كان مافى بطن جاريتى غلام فاعتقوه وان كانت جارية فاعتقوها ثم مات فكان فى بطنها غلام وجارية فعلى الوصى أن يعتقهما من ثلثه وكان ينبغي على قياس ماسبق ان لايعتق واحدا منهما لانه شرط ان يكون جميع مافى بطنها غلاما أو جميع مافي بطنها جارية وقد تقدم نظيره في التخيير ولكنه في هذا الموضع اعتبر مقصود المولى وهو الوصية باعتاق الغلام عنه وباعتاق الجارية وكلامه هذا ليس بتعليق فكانه قال اعتقوا مافى بطنها غلاما كان أوجارية أو كلاهما فيجب على الوصى أو الورثة تنفيذ الوصية فيهما من ثلثه وان قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين لايعلم أيهما أول عتق نصف الام لانها تعتق فى حال وهو ان تكون ولادة الغلام أولا ولا تعتق فى حال وهو أن تكون ولادة الجارية أولا فيعتق نصفها ونصف الغلام أيضاً لانها ان ولدت الجارية ثم الغلام فالغلام حر وان ولدت الغلام أولا فالغلام رقيق فيعتق نصفه قال ويعتق من كل واحدة من الجاريتين ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها ﴿قال﴾ أبو عصمة رحمه الله وهذا غلط بل الصحيح أنه يعتق من كل واحدة منهما ثلاثة أرباعها وتسعى في الربع لان احداهما حرة بيقين فانها ان ولدت الغلام أولا عتقت الام والجاريتان تعتقان بعتقها وان ولدت الجارية أولا ثم الغلام عتقت احدى الجاريتين فاحداهما حرة بيقين والاخرى تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها فيكون السالم لهما حرية ونصف بينهما لكل واحدة ثلاثة أرباع الحرية ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى

من تكلف لتصحيح جواب الكتاب فقال احدى الجاريتين مقصودة بالعتق في حال فلا يعتبر مع هذا جانب التبعية بينهما واذا سقط اعتبار جانب التبعية فاحداهما تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ثم هذا النصف بينهما لاستواء حالهما فانما يعتق من كل واحدة ربعها ولكن هذا يكون مخالفا فى التخريج للمسائل المتقدمة اذا فالأصح ما قاله أبو عصمة رضى الله عنه واذا كانت الامة بين رجلين فأعتق احدهما ما في بطنها وهو غني ثم ولدت بعد ذلك بيوم غلاما ميتا فلا ضمان على المعتق لان نفوذ عتقه لا يكون الا باعتبار حياة الجنين ولم يعلم ذلك حقيقة ولا حكما حين انفصل ميتا والضمان بالشك لا يجب وان كان رجل ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب ما في جنين الامة نصف عشر قيمته ان كان غلاما وعشر قيمتها ان كانت جارية وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العتق عنده يقتصر على نصيب المعتق من الجنين ويبقى الرق فيه باعتبار نصيب الشريك فلهذا يجب على الضارب مافى جنين الامة ثم يكون على المعتق نصف ذلك لشريكه لان جنايته انما ثبتت بما وجب من الضمان على الضارب فيتقدر حكم الضمان بقدر ذلك فلهذا كان على المعتق نصف ذلك لشريكه ثم يرجع به فيما أدى الضارب لانه بدل نفسه فيكون تركة له وقد بينا أن المعتق اذا ضمن يرجع بما ضمن فيما تركه معتق البعض بعد موته ثم الباقي ميراث عنه للذى أعتقه ان لم يكن له وارث أقرب منه من أخ أو نحوه لان الولاء في جميعه للمعتق حين ضمن نصيب شريكه وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يجب على الضارب ما يجب في جنين الحرة لان العتق عندهما لا يتجزأ ويكون ذلك كله للمعتق ميراث بولائه ويكون على المعتق نصف قيمته لشريكه معتبراً بوقت الانفصال لان ضمان العتق انما يعتبر بوقت الاعتاق ولكن يتعذر الوقوف على ذلك لكونه مجتناً فى البطن فيعتبر قيمته بأقرب أوقات الامكان وذلك بعد الانفصال وان لم يضرب بطنها أحد ولكن ولدت بعد العتق بيوم ولداً حيا ثم مات فعلى المعتق نصف قيمته معتبراً بوقت الانفصال لما بينا فان لم تلد حتى أعتق الآخر الام وهو موسر ثم ولدت فاختار شريكه أن يضمنه نصف قيمة الام فله ذلك لانه بعد اعتاق الجنين كان متمكنا من استدامة الملك فى الام وقد أفسد شريكه ذلك حين أعتقها فله أن يضمنه نصف قيمتها ويرجع بذلك الضمان على الأمة وولاء الامة للذى أعتقها وولاء الولد بينهما فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

لانهما أعتقاه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولاء الولد كله لمعتق الولد وان دبر أحدهما ما فى البطن ثم أعتق الآخر الام البتة وهو غنى ثم ولدت بعده بيوم فان الذى أعتق الام يضمن نصف قيمة الام ويرجع بذلك عليها ويكون ولاء الأم للذي أعتقها لما بينا وولاء الولد لهما جميعاً فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تدبير المدبر اقتصر على نصيبه فاستحق نصف ولاء الولد والنصف الآخر من الولد انما عتق باعتاق الشريك الذى أعتق الام فلهذا كان ولاء الولد بينهما واما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى التدبير لا يتجزأ فصار كله مدبراً للذى دبره واستحق ولاء جميعه ويكون هو ضامناً نصف قيمة الولد لشريكه موسراً كان أو معسراً ثم الشريك باعتاق الام يصير ضامنا له نصف قيمتها وولاء الام لمن أعتقها وولاء الولد للمدبر لانه استحق ولاءه وان عتق بعد ذلك تبعاً للام فلهذا كان له ولاء الولد والله أعلم بالصواب

﴿ باب العتق على المال ﴾

﴿ قال ﴾ رجل أعتق عبده على مال من عروض أو حيوان أو غير ذلك أو باعه نفسه أو وهب له نفسه على ان يعوضه كذا فهو جائز واذا قبله العبد فهو حر فى جميع أحكامه لانه علق عتقه بقبول المال ولانه جعل التزام المال من العبد بمقابلة العتق وقد وجد ذلك بقبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه فان العبد ليس من أهل أن يملك مالية نفسه فيبطل ملك المالية باعتاق المولى وتحدث القوة للعبد بايجاب المولى وهو موجب للولاء بعوض كان أو بغير عوض والمال دين على العبد لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام فيها وتأيدت بالعتق ويجوز وجوب المال عليه وان لم يملك ما يقابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وعلى القاتل بقبول الصلح وان كان لا يملك شيئاً بمقابلته ولهذا كل مايصلح التزامه عوضا فى الطلاق يصلح التزامه عوضا هنا وان اختلفا في المال فى جنسه أو مقداره فالقول قول العبد لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثباته الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينة ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف درهم فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد

غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله والمولى منكر لذلك فالقول قوله كما لو قال له قلت لك أمس أنت حر ان شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف ما لو قال لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشتري قبلت فالقول قول المشترى لان البائع أقر بالبيع ولا يكون البيع الا بقبول المشترى فهو في قوله لم يقبل راجع عما أقر به واذا أعتقه على مال حال أو مؤجل فله أن يشترى بذلك المال منه مابداله يدا بيد لانه دين يجوز الابراء عنه ولا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز الاستبدال به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام في الشرع ولو أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تدع شيئاً فليس على الولد من ذلك المال شئ لانه انفصل عنها بعد حريتها فكان حراً وليس على الحر شئ من دين مورثه اذا مات ولو أعطته فى حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لانها حرة فثبت المال دينا عليها بصفة القوة والكفالة بمثله من الديون صحيحة بخلاف بدل الكتابة وان قال لعبده اذا أديت الىّ فأنت حر لم يكن مكاتبا ولم يعتق حتى يؤدى لان الكتابة توجب المال على المكاتب بالقبول فيثبت له بمقابلته ملك اليد والمكاسب وهنا المال لا يجب على العبد فلا يثبت له ملك اليد والمكاسب ولكن هذا اللفظ من المولى تعليق لعتقه باداء المال فيكون كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لايحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد ولا يمتنع علي المولى بيعه ولكن متى جاء بالمال عتق وليس للمولى أن يمتنع من قبوله عندنا استحسانا وفى القياس له ذلك وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه تعليق العتق بالشرط فلا يجبر المولى على ايجاد الشرط كما لو علقه بسائر الشروط واذا لم يكن مجبراً على ايجاد الشرط لايتم الشرط بفعل العبد لان الشرط ان يتصل بالمولى نص على ذلك بقوله ولا يتصل به الا بقبوله ودليل الوصف أنه لا يسرى الى الولد ولا يمتنع عليه بيعه ولا يصير العبد أحق بمكاسبه ولا يحتمل الفسخ والدليل عليه أنه لو باعه ثم اشتراه ثم جاء بالمال لم يجبر على قبوله فكذلك قبل البيع لان حكم التعليق بالشرط لايختلف بما قبل البيع وبعده وجه الاستحسان أنه مملوك تعلق عتقه بأداء مال معلوم الى المولى فاذا خلى بين المال والمولي يعتق كالمكاتب وتأثيره أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المعنى والمقصود كتابة لانه حثه على اكتساب المال ورغبه فى الاداء بما جعل له من العتق وليست الكتابة الا هذا وهذا المال عوض من

وجه ألا ترى أن في زوجته الطلاق بهذه الصفة يكون بائناً وان المولى لو وجد المال زيوفا فرده كان له أن يستبدله بالجياد وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى ودفع الضرر عنه ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء دفعا للضرر والغرور عن العبد فقلنا كما وضع المال بين يدي المولي يعتق يدل عليه انه علق العتق بفعل يباشره العبد وهو الاداء وفي مثله لا يكون للمولى أن يمتنع منه ولا أن يمنع عبده من ذلك الفعل كما لو قال له أنت حر ان شئت فشاء العبد في المجلس يعتق وليس للمولى أن يمتنع من ذلك الفعل فأما اذا باعه ثم اشتراه قد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه اذا جاء بالمال يعتق وهذا وما قبل البيع سواء لان التعليق لا يبطل بالبيع وعلى ما ذكره في الزيادات أنه لا يجبر المولى على القبول والعذر واضح فان معنى التعليق لا يبطل بالبيع ولكن معنى الكتابة يبطل بنفوذ البيع فيه واجبار المولى على القبول كان من حكم الكتابة وقد بطل ذلك بنفوذ البيع فيه فلهذا لا يجبر على القبول بعده فأما قبل البيع معنى الكتابة باق كما بينا ولسنا نعني بقولنا يجبر المولى على القبول الاجبار حساً وانما نعني أن بمجرد التخلية بينه وبين المال يعتق وليس للمولى أن يمتنع عنه واذا أحضر العبد المال لا يمكن المولى من أن يهرب منه ثم لا يعتق العبد الا بأداء جميع المال لان الشرط لا يتم الا به حتى لو بقي من المال درهم فهو عبد على حاله ولمولاه أن يبيعه وكذلك لو كان قال له ان أديت الي ألفا الا أن هذا على المجلس في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يتوقت بالمجلس كالتعليق بسائر الشروط وجه ظاهر الرواية أنه بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لانه يتخير بين الاداء والامتناع منه فكما يتوقت بالمجلس اذا قال له أنت حر ان شئت فكذلك هذا توضيحه أنه في الكتابة يحتاج الى القبول في المجلس والاداء هنا بمنزلة القبول هناك من حيث أن حكم الكتابة يثبت به فيعتبر وجود الاداء في المجلس هنا اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الوقت كما يعتبر القبول في المجلس في الكتابة وإن اختلفا في مقدار المال فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف مسألة أول الباب فان العبد هناك عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه وهنا لا يعتق الا بالاداء فانما وقع الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فلهذا كان القول قول المولى فيه وان أقاما البينة فالبينة بينة العبد لانه لا منافاة بين

البينتين فيجعل كان الامرين كانا فأي الشرطين أتي به العبد يعتق ولان البينات للالزام وفى بينة العبد معني الالزام فانها اذا قبلت عتق العبد بأداء الخمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها وان قبلت لا يجبر العبد على أداء المال واذا قال لأمته اذا أديت الىّ ألفا فأنت حرة فولدت ولداً ثم أدت لم يعتق ولدها معها لانها انما عتقت عند الاداء وقد انفصل الولد عنها قبل هذا فلا يسرى اليه ذلك العتق وقد بينا أن حكم الكتابة لايثبت بهذا اللفظ قبل الاداء فبقى ولدها مملوكا للمولى مطلقاً وان أدت الالف من مال مولاها عتقت لوجود الشرط وللمولى أن يرجع عليها بمثله لان مقصود المولى لم يحصل بها فان مقصوده ان يحثها على الاكتساب لتؤدى من كسبها فيملك المولى مالم يكن له ملكا قبل هذا وبأداء مال المولى اليه لايحصل هذا المقصود فيرجع عليها بمثله دفعاً للضرر عنه وكذلك ان أدت من كسب اكتسبه قبل هذا القول لان ذلك الكسب من ملك المولى قبل التعليق ولو أدته من كسب اكتسبته بعد هذا القول لم يرجع المولى عليها بشئ آخر لان مقصوده قد تم فان استحق المقبوض من يد المولى لم يبطل العتق لان الشرط تم باداء المستحق والعتق بعد وقوعه لايحتمل الفسخ وللمولى ان يرجع عليها بمثله لان مقصوده لم يحصل بهذا الاداء ولو كان المولى مريضا حين قال لها ان أديت الى ألفا فأنت حرة فاكتسبت وأدت ثم مات المولى من مرضه فانها تعتق من ثلثه في القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان كسبها ملك المولى فلا يكون ملكه عوضا عن ملكه والعتق فى المرض بغير عوض يكون معتبراً من الثلث وفي الاستحسان تعتق من جميع ماله لان المؤدى في حكم العوض حتى اذا وجده زيوفا استبدله بالجياد ولان الضرر مندفع عن الورثة حين استوفى المولى منها مقدار ماليتها وهذا بناء على اعتبار معنى الكتابة فيه عند الاداء استحسانا ولو قال لها اذا أديت الى الفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له ان يبيعها وان أدت عتقت وان كسرت شهراً واحداً ثم أدت اليه ذلك الشهر كان جائزاً هكذا فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص رضى الله عنه قال لاتكون مكاتبة وله ان يبيعها قبل الاداء ولو كسرت شهراً ثم أدت فى الشهر الثانى لم تعتق وجه رواية أبى حفص رضي الله عنه أن تعليق العتق بشرط واحد وبشروط كثيرة سواء كما فى سائر الشروط وليس فى هذا أكثر من أنه علق عتقه بوجود اداء المائة عشر مرات

في عشرة أشهر ولو علقه بأداء الالف جملة واحدة لم تكن مكاتبة ولا تعتق الا بوجود صورة الشرط فكذلك اذا علقه بالاداء عشر مرات ووجه رواية أبي سليمان رضى الله عنه انه أتي بمعني الكتابة حين جعل المال مؤجلا منجما عليه والتأجيل والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هـذا العبد بكذا كان بيعاً وان لم يصرح بلفظ البيع ولان التأجيل والتنجيم للتيسير وذلك فى المال الواجب فعرفنا أنه قصد ايجاب المال عليه ولا يجب عليه المـال الا بالكتابة ولو قال لهـا اذا أديت الىّ ألفا فى هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها فى ذلك الشهر وأدتها فى غيره لم تعتق علي الروايتين جميعا وبهذا استشهد في نسخ أبي حفص ووجه الفرق على رواية أبي سليمان أنه ليس في هذا اللفظ ما يدل على معنى الكتابة من التنجيم والتيسير على العبد بل فيه اشتراط تعجيل أداء المـال فلم يكن كتابة وقد فات الشرط بمضي الشهر قبل أدائه فلهذا لا يعتق بخـلاف ما اذا صرح بالتنجيم واذا قال متى أديت الىّ ألفا فأنت حرة فمات المولى قبل الاداء بطل هذا القول كما يبطل التعليق بسائر الشروط اذ لا فائدة في بقائه بعد موت المولى لانها صارت مملوكة للوارث فلا يتوهم وجود الشرط بعد هذا على ملك المولى لتعتق به بخلاف الكتابة فان المكاتب ثبت له حكم المالكية يداً بعقد الكتابة فلا يصـير ملكا للوارث ولكن يبقى على حكم ملك المولى حتى يعتق بأدائه وان كان قال ان أديت ألفا بعد موتى فأنت حرة فهذه وصية لان العتق بمـال والعتق بغير مال في صحة ايجابه من المولى سواء ولو قال أنت حرة بعـد موتى كان صحيحاً فكذلك اذا قال اذا أديت ألفا بعد موتى فأنت حرة اذا جاءت بالمال فعلى الوصى أن يقبله منها ويعتقها ثم ان كانت قيمتها ألف درهم أو أقل فليس عليهـا شئ آخر استحسانا وان كانت قيمتها أكثر من ذلك فالفضل يعتبر من الثلث وهذا ومسئلة المريض سواء ولو قال لعبدين له اذا أديتما الىّ ألفا فأنتما حران فادي احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميعا المـال والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءا الجزءا وانما ذلك من أحكام المعاوضات وكذلك لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم بأداء أحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كأداء المرسل فيتم الشرط بهـذا وهو أداؤهما جميعاً المـال فان أداها عنهما رجل آخر لم يعتقا لان الشرط أداؤهما بخلاف الكتابة فان شرط العتق هناك براءته

عن المال وذلك يحصل بأداء الاجنبي اذا قبله المولى ثم للمؤدى أن يرجع فيها لانه أداها ليعتقابه ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المال الى المؤدى أما العتق فلأن قبول المولي على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق من المولى اياهما وأما ثبوت حق الرجوع فلأن عوض العتق لايجب على الأجنبي وقد بينا هذا فى الباب المتقدم واذا أداها وقال هما أمرانى أن أؤديها اليك عنهما فقبلها عتقا لانه رسول عنهما فى الاداء وأداء الرسول كأداء المرسل وقوله لعبده متى أديت الى ألفا فأنت حر أوان أديت أو اذا أديت اذن منه له فى التجارة استحسانا لوجود دليل الاذن فانه حثه على أداء المال ولا يتمكن من الاداء الا بالاكتساب فيكون هذا ترغيباً له فى الاكتساب ليؤدى المال ولم يرد الاكتساب بالتكدى لانه يدنى المرء ويخسسه وانما مراده الاكتساب بالتجارة ودلالة الاذن كصريح الاذن ألا ترى أنه لو قال أدّ الىّ ألفاً كل شهر كذا كان ذلك منه اذنا له في التجارة فان اكتسب ألفي درهم فأدى اليه الفا عتق لوجود الشرط وللمولى ان يأخذ منه الألف الباقية لانه كسب عبده بخلاف المكاتب فقد ثبت له المالكية يداً فى مكاسبه بعقد الكتابة فلهذا سلم الفضل له وهنا ماثبت للعبد حكم المالكية فى مكاسبه وانما اعتبرنا معني الكتابة عند الاداء ليندفع الضرر والغرور عن العبد وذلك فى قدر ماشرط عليه اداؤه فأثبتنا حقه بذلك القدر وما زاد عليه فهو للمولى لان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وان قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر فقال العبد للمولى حط عنى منها شيئاً أو اقبل منى مكانها مائة دينار فحط عنه المولى مائة درهم وأدى تسعمائة لم يعتق ألا ترى أنه لو ابرأه عن جميع المال لم يعتق وهذا لان الشرط وجود اداء الالف فلا يتم باداء تسعمائة بخلاف الكتابة فان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أوحط بعضه وهنا لامال على العبد فالحط والابراء باطل ولايعتق مالم يتم الشرط وليس للعبد ان يسترد من المولى ماأخذ منه لان كسبه مملوك لمولاه وهونظير مالوقال له اذاخدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة وتجاوز المولى عما بقى لم يعتق لان الشرط لم يتم وكذلك لو صالحه من الخدمة على مال كان باطلا ولا يعتق بها لان العتق المتعلق بالشرط لاينزل مالم يوجد الشرط بعينه ولا تتحقق الخدمة بهذا الصلح فلا يعتق به الا أن يقول المولى له عند الصلح أنت حر ان أديت هذا ولو قال لعبده ان أديت الىّ كذا من العروض فأنت حر فأداها اليه عتق

لوجود الشرط الا أنه ان كان ذلك شيئاً يصلح أن يكون عوضا في الكتابة يجبر المولى على قبوله بمنزلة الالف وان كان لا يصلح عوضا فى الكتابة لا يجبر على قبوله ولكن ان قبله يعتق لان الاجبار على القبول باعتبار معنى الكتابة ولو قال أخدمني وولدي سنة ثم أنت حر أواذا خدمتني واياه سنة فأنت حر فمات المولى قبل مضى السنة لم يعتق به لان الشرط لم يتم وقد بينا أن التعليق يبطل بموت المولى وكذلك ان مات الولد فقد فات شرط العتق بموته فلا يعتق بعد ذلك ولو قال أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يؤخذ بها لانه أوجب له العتق هنا بقبول الخدمة وفي الاول أوجب له العتق بوجود الخدمة ثم الخدمة فى مدة معلومة تصلح أن تكون عوضاً فيصح التزامه دينا بمقابلة العتق فان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقى من خدمة السنة من قيمته فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى انما يأخذونه بما بقى من الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا هنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقى من الالف ولكن فى ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون فى الخدمة وانما كان الشرط أن يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد ولو مات العبد قبل تمام السنة فللمولى أن يأخذ من تركته بقدر مابقى عليه من خدمة السنة من قيمته فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى من قيمة الخدمة وأصل المسألة فى كتاب البيوع اذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت أو هلكت قبل القبض فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يرجع على العبد بقيمة نفسه وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى يرجع بقيمة الجارية الا أن هذا القدر ليس بقوى فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح أن يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن ابقاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على حسب مااختلفوا فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب بيع أمهات الاولاد

(قال) رضي الله عنه بيع أم الولد باطل في قول جمهور الفقهاء وكان بشر المريسي وداود ومن تبعه من أصحاب الظواهر رضوان الله عليهم أجمعين يجوزون بيعها لان المالية والمحلية للبيع قبل الولادة معلوم فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين ولكنا نقول في معارضة هذا الكلام لما حبلت من المولى امتنع بيعها بيقين فلا يرتفع ذلك الا بيقين مثله ولا يقين بعد انفصال الولد (فان قال) انما امتنع بيعها لان في بطنها ولداً حراً وقد علمنا انفصاله عنها (قلنا) لا كذلك بل انما امتنع بيعها لثبوت الحرية في جزء منها فان الولد يعلق من الماءين حر الأصل وماؤها جزء منها وثبوت الحرية لجزء منها مانع من بيعها وهذا المعنى لا ترتفع بالانفصال واليه أشار عمر رضي الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن أو انما امتنع بيعها لانها صارت منسوبة اليه بواسطة الولد يقال أم ولده وهذه النسبة توجب العتق فيمتنع البيع ضرورة وبالانفصال يتقرر هذا المعنى ولا يرتفع ثم الآثار المشهورة تدل على ذلك فمنه حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه ولما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهما قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها قال قد أعتقها ولدها ففي هذين الحديثين دليل استحقاق العتق لها وذلك يمنع البيع وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وان لا يبعن في دين ففيه دليل استحقاق العتق وانعدام المالية والتقوم فيها حين لم يجعل عتقها من الثلث ولم يثبت حق الغرماء فيها وفيه دليل أنه لا يجوز بيعها لحاجة المولى في حياته ولا بعد موته وحديث سلامة بنت معقل قالت اشتراني الحباب بن عمرو فولدت منه ثم مات فجئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته اني ولدت من الحباب فقال من وارث الحباب فقال أبو بشر بن عمرو فقال أعتقوا هذه فاذا اتانا سبي فأتونا حتى نعوضكم وتاويله ان وارث الحباب كان ينكر ولادتها منه ومع ذلك أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتقها احتياطاً ووعده العوض من عنده فهو دليل على ان الاستيلاد اذا كان ظاهراً ثبت به استحقاق العتق

ولا يجوز بيعها وحديث عبيدة السلماني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال استشارني عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في عتق أمهات الاولاد فاجتمعت انا وهو على عتقهن ثم رأيت بعد ذلك ان ارقهن فقال أبو عبيدة رأي ذوي عدل أحب الى من رأي ذي عدل وحده فدل انهم كانوا مجمعين على استحقاق العتق لها في الابتداء ﴿فان قيل﴾ فكيف جوز علي رضي الله تعالى عنه مخالفة الاجماع بعد ذلك ﴿قلنا﴾ يحتمل أنه كان من مذهبه ان الاجماع لا يتم الا بانقراض ذلك العصر ويحتمل ان معنى قوله ثم رأيت ان أرقهن الى اداء السعاية فلا يكون هذا منه خلافا في أصل استحقاق العتق بل في صفته أنه من الثلث أو من جميع المال وعن ابراهيم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع أمهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد موت مولاها وعن ابراهيم في أم الولد اذا أسقطت سقطا قد استبان خلقه كانت به أم ولد هكذا روى عنه حماد وروى عنه الحكم اذا أسقطت مضغة أو علقة كانت به أم ولد وكانه على هذه الرواية اعتبر نفس اختلاط الماءين كما في حديث عمر رضي الله عنه ولسنا ناخذ بهذا وانما نأخذ بحديث حماد عنه لان السقط الذى لم يستبن شئ من خلقه ليس بولد فلا تصير به أم ولد بخلاف السقط الذي استبان بعض خلقه فانه ولد في الاحكام فيتحقق نسبتها اليه بواسطة واذا أقر الرجل ان حمل أمته منه صارت أم ولد له وله خدمتها ووطؤها ولا يجوز له ان ينقل ملكها الى غيره اما اذا ظهر ولادتها بعد هذا الاقرار فلا اشكال فيه لان نسب الولد ثبت منه باقراره فان ثبوت النسب من وقت العلوق باقراره واقراره مصادف محله وأما اذا لم تظهر ولادتها وزعم المولى أنه كان ريحا في بطنها وصدقته في ذلك فهي بمنزلة أم الولد أيضا لان الحمل اسم للولد وقد ثبت لها حق العتق باقراره المتقدم فلا يصدقان على ابطاله كما لا يصدقان على ابطال حقيقة العتق وكذلك لو كان قال ما في بطنك من ولد فهو مني ولو كان قال ما في بطنك مني ثم تصادقا أنه كان ريحا في بطنها فله أن يبيعها لانه ليس في لفظه تصريح بوجود الولد في بطنها فلا يكون مقراً لها بحق العتق بهذا اللفظ بخلاف ماسبق وان قال ان كانت حبلى فهو مني فولدت ولداً أو أسقطت سقطاً قد استبان خلقه فان أقر المولى به فهي أم ولده اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر لان ولادتها هذا الولد ثبت باقراره ووجوده في البطن عند دعواه معلوم وان أنكر المولى الولادة فشهدت عليه امرأة جاز ذلك وثبت النسب

لان الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة كما تثبت باقراره ثم النسب وأمية الولد انما تثبت باقرار المولى لا بشهادة القابلة واذا ولدت المدبرة من السيد صارت أم ولد له وبطل التدبير معناه أنه لايظهر حكم التدبير بعد ثبوت أمية الولد لان كل واحد منهما يوجب استحقاق العتق لها في الحال وتعلق التنجز بموت المولى والاستحقاق بالاستيلاد أقوى حتى يكون من جميع المال والتدبير من الثلث والضعيف لايظهر فى مقابلة القوي فلهذا قال وقد بطل التدبير واذا أقر فى صحته ان أمته هذه قد ولدت منه صارت أم ولده لانه أقر باستحقاق العتق لها فى حال يملك انشاء عتقها مطلقا والمقر يعامل فى حق نفسه كأنما أقر به حق اذا لم يكن في المحل حق لأحد سواه كان الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة وان أقر بذلك فى مرضه فان كان معها ولد فكذلك الجواب لان نسب الولد ثبت منه فان المريض غير محجور على الاقرار بالنسب وثبوت نسب الولد شاهد لها بمنزلة ما لو أقامت البينة على أنها أم ولده وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لان اقراره لها باستحقاق العتق بمنزلة تنجيز العتق ولو نجز عتقها كان من الثلث لان حق الورثة قد تعلق بها بمرضه توضيحه أنه اذا كان معها ولد فهو محتاج الى إثبات نسب ولده منه كيلا يضيع نسله وحاجته مقدم على حق الورثة فانما صرفها مع ولدها الى حاجته فكانت من جميع ماله واذا لم يكن معها ولد فهو بكلامه ما صرفها الى حاجته بل أقر بعتقها بعد موته فيكون معتبراً من ثلثه واذا زوج أم ولده من رجل جاز النكاح لان الفراش الثابت له عليها سببه ملك اليمين وذلك غير ملزم للمولى فلا يمنع صحة تزويجه اياها فاذا ولدت من الزوج فولدها بمنزلتها أما ثبوت النسب من الزوج فلأنها ولدته على فراشه وأما ثبوت حق أمية الولد لهذا الولد فلأنه جزء منها فانما ينفصل عنها بصفتها وكما أنها تعتق بالموت ولا تسعى لأحد فكذلك ولدها من غير المولى ألا ترى أن الولد لا ينفصل من الحر الا حرا وعلى المولى فى جناية أم الولد قيمتها لايلزمه أكثر من ذلك وان كثرت الجناية منها لانه بالاستيلاد السابق منع دفعها بالجناية على وجه لم يصر مختاراً لانه ما كان يعلم انها تجنى ولو كانت محل الدفع لم يكن عليه الا دفعها بالجناية وان كثرت الجناية منها فكذلك لايلزمه الا قيمة واحدة لانه مامنع الا رقبة واحدة واما الدين الذى يلحقها بغصب أو استهلاك فانها تسعى فيه بالغا مابلغ لان الدين ثابت فى ذمتها ولو كانت محل البيع لكانت تباع فيه ويصرف كسبها ورقبتها

الى ديونها فاذا تعذر بيعها بالاستيلاد وجب قضاء ديونها من كسبها بخلاف الجناية فانها تتباعد عن الجاني وتتعلق بأقرب الناس اليه ألا ترى أن دين المملوك يبقى في ذمته بعد بيعه ولا تبقى الجناية في رقبته بعد بيعه أو عتقه وولد أم الولد ثابت النسب من المولى مالم ينفه لانها فراش له وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش ولكن ينتفى عنه بمجرد النفي عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان لم يكن استبرأها بحيضة يلزمه نسب ولدها وليس له ان ينفيه وان كان قد استبرأها بحيضة بعد ماوطئها لا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة وحكمها وحكم الأمة التي ليست بام ولد سواء عنده بناء على أصلين له احدهما انه لا عدة علي أم الولد بعد العتق كالامة القنة وانما يلزمها الاستبراء بحيضة وقد بيناهذا في كتاب النكاح والثاني ان عنده الامة تصير فراشا بنفس الوطء وقد بينا هذا أيضاً فيما امليناه من شرح الدعوى فاذا صارت عنده فراشا بالوطء لا يرتفع حكم هذا الفراش الا بالاستبراء فان جاءت بالولد قبل أن يستبرأها يلزمه النسب لوجود دليله شرعا فلا يملك نفيه كما لو قامت البينة به وان استبرأها بحيضة فقد انعدم حكم ذلك الفراش لان بسببها كان اشتغال رحمها بمائه بالوطء وقد انعدم ذلك بالاستبراء فلا يلزمه النسب إلا بالدعوة وعندنا له على أم الولد فراش معتبر ولهذا لزمها أن تعتد بثلاث حيض بعد العتق فثبت النسب باعتبار الفراش ولكن هذا الفراش غير ملزم في حقه ولهذا يملك تزويجها من غيره فكما ينفرد بنقل الفراش الى غيره ينفرد بنفي نسب الولد وانما يملك نفيه مالم يقض به القاضى أو يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضى فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق بيانه في باب اللعان من كتاب الطلاق فاما الامة والمدبرة فلا يلزمه ولدهما وان حصنهما وطلب ولدهما مالم يقر به لان الفراش على المملوكة لا يثبت بالوطء عندنا والنسب لا يثبت بدون الفراش الا أنه روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها فله أن يدعي نسب ولدها وليس له أن ينفيه فيما بينه وبين ربه لان الظاهر أنه منه والبناء علي الظاهر واجب فيما لا تعلم حقيقته وأما اذا عزل عنها أولم يحصنها فله أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل

حصنها أولم يحصن تحسينا للظن بها وحملا لأمرها على الصلاح مالم يتبين خلافه ولأن مايظهر عقيب سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعند محمد رحمه الله تعالى لا ينبغى له أن يدعى النسب اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لايحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فى أن لايدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتق الام بعد موته لاحتمال أن يكون منه ولا ينبغي له أن يزوج أم ولده حتى يستبرئها بحيضة لجواز أن تكون حاملا من المولى فلا يكون تزويجها صحيحاً ولكن هذا التوهم يوجب الاحتياط ولا يبطل النكاح فاذا اشتراها فقد علم أنها ليست بحامل فيتزوجها بعد ذلك وان زوجها قبل الاستبراء فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لأنا تيقنا أن العلوق سبق النكاح على فراش المولى وان زوجها وهى حامل ومن كان فى بطنها ولد ثابت النسب من أحد لا يجوز تزويجها وان ولدته لأكثر من ستة أشهر فالنسب ثابت من الزوج لانها علقت على فراشه فان ادعاه المولى عتق باقراره ونسبه ثابت من الزوج وقد تقدم بيان هذا الفصل واذا حرمت أم الولد على مولاها بوطء ابنه اياها فان جاءت بولد بعد ذلك لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه الا أن يدعيه وعند زفر رحمه الله تعالى ثبت النسب منه وله أن ينفيه لانه ما اعترض على فراش آخر فيكون النسب ثابتا منه بالفراش وثبوت الحرمة بهذا السبب كثبوتها بالحيض وذلك لا يقطع الفراش ولكنا نقول تحسين الظن بالمسلم واجب فلو أثبتنا النسب منه من غير دعوة لكان فيه حمل أمره على الفساد والحكم عليه بمباشرة الوطء الحرام وذلك لا يجوز الا أن توجد الدعوى منه فحينئذ يحكم بذلك باقراره وان جاءت به لأكثر من سنتين وان جاءت به لأقل من سنتين وزعم أنه كان من علوق قبل الحرمة وجب قبول قوله فى ذلك للاحتمال واذا مات عن أم ولده أو أعتقها فعليها أن تعتد بثلاث حيض هكذا نقل عن عليّ وابن مسعود رضى الله عنهما وقد بينا هذا في كتاب النكاح وكذلك ان كانت حرمت عليه قبل ذلك لانها بالحرمة ماصارت فراشا لغيره الا أن يثبت نسب الولد منه لتحسين الظن به لا لانعدام الفراش حتي اذا ادعى يثبت النسب منه فاذا أعتقها فقد زال الفراش اليها بالعتق فى هذه الحالة فتلزمها العدة لهذا واذا أعتق أم ولده فجاءت بولد مابينها وبين سنتين من يوم أعتقها فنفاه فنفيه باطل لان فراشها قد

تأكد بحريتها ألا ترى أنه لايملك تزويجها من غيره مالم تنقض عدتها فكانت كالمنكوحة في هذه الحالة والمعتدة من نكاح متى جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت النسب من الزوج على وجه لايملك النفي فكذلك هنا وان أقرت بانقضاء عدتها بثلاث حيض ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت النسب منه وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لايثبت نسبه منه كما فى المعتدة من نكاح واذا تزوج أمة رجل فولدت ثم اشتراها أو ملكها بسبب آخر صارت أم ولد له عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا تصير أم ولد له وفي المغرور اذا ملك الجارية له وجهان احتج بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فشرط لثبوت حق العتق لها أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها لامن سيدها والمعنى فيه أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد بذلك كمالو استولدها بالزنا ثم ملكها وتأثيره أن ثبوت حق أمية الولد اذا علقت من سيدها باعتبار أن الولد يعلق حر الاصل من الماءين وماؤها جزء منها فثبوت الحرية لذلك الجزء يوجب ثبوت الحرية لجميعها الا أن اتصال الولد بها بعرض الانفصال وجعل الولد كشخص على حدة فى بعض الاحكام فلوجود حقيقة الاتصال أثبتنا حق العتق لما بقى منها ولكونه بعرض الانفصال وبمنزلة شخص على حدة فى بعض الاحكام لاتثبت حقيقة الحرية لما بقي منها فى الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وحقها فى أمية الولد ليس في معنى حق الولد فى الحرية لان الولد انما يعتق عليه باعتبار الجزئية ولهذا لو كان الاستيلاد بالزنا فملكه يعتق عليه ولا يوجد ذلك المعنى في حق الام وعلى هذا الطريق يقولون في المغرور أن الجارية تصير أم ولد له اذا ملكها لانها علقت بحر والطريق الآخر أن موجب الاستيلاد ثبوت حق العتق لها فاذا حصل قبل الملك لا يكون موجبا فى الملك الذي يحدث بعده كالتدبير وحقيقة العتق وعلى هذا الطريق فى المغرور يقولون لاتصير أم ولد له ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك أنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فتكون أم ولده كما لو استولدها فى ملكه وتأثيره أن حق العتق ثبت لها بالاستيلاد كما قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها والملك في المحل شرط فاذا تقرر السبب قبل الملك توقف على وجود شرطه وهو الملك ألا ترى ان فى حرية الولد لما تقرر السبب قبل الملك وهو النسب توقف على وجود شرطه وهو الملك حتي اذا ملكه يعتق فكذلك فى الام لان حقها تابع لحق الولد بخلاف التدبير والعتق قبل الملك فان ذلك

لغو شرعا فلا يظهر حكمه بعد الملك وهذا السبب متقرر شرعا توضيحه ان حق العتق لام الولد باعتبار انها منسوبة اليه بواسطة الولد فان للجزئية تأثيراً في النسبة والولد جزء منها فتصير هي منسوبة له باعتبار هذه الواسطة حتى يقال أم ولده وهذامتقرر حتى يثبت نسب الولد بنكاح كان أو بملك ولامعتبر بما قاله الخصم من حرية الماء الذي هو في حكم الجزء ولانه لو أعتق مافي بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقةالعتق فلوكان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال والجزئية لثبت هنا لا ن الثابت لها باعتبار الجزئية من جنس ماهو ثابت للجزء والثابت للولد حريةالاصل على وجه لايعقب الولاء والثابت لها حق العتق على وجه يثبت به الولاء ولامشابهة بينهما فعرفنا ان الطريق فيه ماقلنا وهو ثبوت نسب الولد ويستوى ان كان النكاح بينهما ظاهرا أو أقر بذلك وأنكر مولاها ثم ملك لان المقر يعامل في حق نفسه كان ماأقر به حق فأما اذا استولدها بالزنا وأقر بذلك ثم ملكها في القياس تصير أم ولد له وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه أقر لها بحق العتق وللولد بحقيقة العتق ثم في حقيقة العتق للولد لافرق بين مااذا أقر به بالنكاح أو الزنا فكذلك في حق العتق لها ولكن استحسن علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا انها لاتصير أم ولدله لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد وهذاالمعنى لايوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لايثبت وهي لاتصير منسوبة اليه بدون هذه الواسطة فلهذا لا تكون أم ولد له فاما الولد يعتق عليه اذا ملكه لانه وان انعدم هذا المعنى في حق الولد فقدوجد معنى آخر وهو الجزئية لان الجزئية لاتنعدم حقيقة بسبب ان الولد بالزنا والانسان كمالا يستديم الملك على نفسه لايستديم الملك على جزئه فلهذا يعتق الولد اذا ملكه يقرره ان حال الأم في حق أمية الولد كحال الاخ فانه ينسبه الى أخيه بواسطة الاب ثم من ملك أخاه من الزنا لايعتق الاخ لان الواسطة قدانعدمت حين لم يثبت النسب بالزنا فكذلك الواسطة هنا قد انعدمت حين لم يثبت نسب ولدها بالزنا فلهذا لا تصير أم ولد له ولو زوج أمته عبده فولدت فادعاه المولى يعتق الولد وتكون أمه بمنزلة أم الولد له وهنا نسب الولد غير ثابت من المولى ومع ذلك الجارية تكون أم ولد له وانما كان كذلك لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح والشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت نسبه من الزوج واستغنائه به عن النسب فبقى معتبراً في حق الام لانها محتاجة الى

حق أمية الولد بخلاف ما اذا أقر بالاستيلاد بالزنا لانه لا احتمال النسب هناك مع تصريحه بالزنا واذا اشترى أمة لها ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فان كانوا ولدوا فى بطن واحد ثبت نسبهم جميعاً منه لانهم فى حكم النسب كشخص واحد فانهم خلقوا من ماء واحد وان كانوا فى بطون مختلفة لم يثبت الانسب الذى ادعاه والباقيان رقيقان ويبيعهما ان شاء لانهم ولدوا فى غير ملكه فتكون دعوته فيهم دعوة تحرير ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق ولو أعتق أحدهم لم يعتق الا ذاك فكذلك اذا ادعي نسب أحدهم ولو ولدوا فى ملكه بأن ولدت أمة رجل ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة فان ادعى الاصغر فانه يثبت نسب الاصغر منه وله أن يبيع الآخرين بالاتفاق وان ادعي الاكبر ثبت نسب الاكبر منه والاوسط والاصغر بمنزلة الام ليس له أن يبيعهما ولا يثبت نسبهما منه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول ثبت نسبهما منه لانه ثبت لها حق أمية الولد من حين علقت بالاكبر ونسب ولد أم الولد ثابت من المولى مالم ينفه ولا يجوز أن يقال تخصيص الاكبر بالدعوة دليل النفي في حق الآخرين لان هذا مفهوم والمفهوم ليس بحجة عندنا ولكنا نقول يحق عليه شرعا الاقرار بنسب ولد هو منه ولما خص الاكبر بالدعوة بعد مالزمه هذا شرعا كان هذا منه نفياً للآخرين وهذا نظير ماقيل السكوت لا يكون حجة ولكن السكوت بعد لزوم البيان يجعل دليل النفي فهذا مثله وكما أن دليل الدعوة كالتصريح فدليل النفى كالتصريح به ولو نفى الآخرين لم يثبت نسبهما وكانا عنده بمنزلة أمهما وكذلك لو اشترى ابن أم ولده من غيره بأن استولد جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون أم ولد له وولده حر فأما ولدها من غيره فله أن يبيعه في قول علمائنا رحمهم الله تعالى ولا تصير بمنزلة الام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تصير بمنزلة الام ليس له أن يبيعه ويعتق بموته لانها ولدته بعد تمام سبب أمية الولد وهو نسب الولد فيكون حاله كحال أمه ألا ترى أنها لو ولدته بعد ما ملكها من غيره كان الولد بمنزلة أمه فكذلك هنا ﴿ وحجتنا ﴾ أن السبب لا يوجب الحكم الا فى محله والمحل ملكه فما لم يثبت الملك فيها لا يثبت لها حق أمية الولد بذلك النسب وكل ولد انفصل قبل ثبوت حق أمية الولد فيها لا يسري حق أمية الولد الى ذلك الولد لان السراية باعتبار الاتصال ألا ترى أنه لو أعتق أمته وقد ولدت قبل ذلك لم يعتق الولد فكذلك لا يسري حق أمية الولد الى

الولد المنفصل قبل ثبوت الحق فيها بخلاف ما تلد بعد ثبوت الحق فيها واذا ولدت أمة بين رجلين فادعاه أحدهما في صحته أو في مرضه فهو ابنه لانه يملك جزءاً منها وقيام ملكه فى جزء منها كقيام الملك فى جميعها فى صحة الدعوة فان اعتبار جانب ملكه يثبت النسب منه بالدعوة واعتبار جانب ملك شريكه يمنع من ذلك فيغلب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى أنه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة لان الولد محتاج الى النسب وبعضه ملكه فلا بد من اثبات نسب ذلك البعض منه بدعوته والنسب لا يتجزى فى محل واحد والجارية أم ولد له لان نصيبه منها صار أم ولد والاستيلاد لا يحتمل التجزى فى محل واحد لانه فرع النسب فيصير متملكا نصيب شريكه لضرورة عدم احتمال الاستيلاد للتجزى ويضمن نصف قيمتها لشريكه يوم وطئها فعلقت لان أمية الولد ثبت لها من وقت العلوق فيصير متملكا نصيب شريكه عليه من ذلك الوقت ولا يملكها الا بعوض فلهذا يضمن قيمتها من ذلك الوقت وعليه نصف عقرها لان أصل الوطء حصل منه ونصفها ملك لشريكه وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وانما قلنا ذلك لان تملك نصيب الشريك هنا حكم الاستيلاد لا شرطه فان قيام ملكه فى نصفها يكفي لصحة الاستيلاد وحكم الشئ يعقبه وليس عليه من قيمة الولد شئ لان الولد علق حر الاصل باعتبار قيام الملك له فى نصفها وقت العلوق ولانه حين علق كان ماء مهينا لا قيمة له فلهذا لا يغرم من قيمة الولد للشريك شيئاً وضمان نصف قيمتها عليه فى حالتي اليسار والعسرة لانه ضمان التملك الا أنه روى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا كان المستولد معسراً تؤمر هى بالسعاية فى نصف قيمتها للشريك لان حق العتق قد ثبت لها فنصيب الشريك من وجه كانه احتبس عندها وكذلك ان ادعى أحدهما نسب الولد وأعتق الآخر الولد وخرج القول منهما معا فعتق الآخر باطل وكذلك ان ادعي أحدهما نسب الولد وأعتقها الآخر لان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فيكون سابقا معني وان اقترن بالعتق صورة ولما ثبت به للولد حرية الاصل فاعتاق الآخر إياه باطل وكذلك الام لما صارت أم ولد لمدعى النسب من حين علقت فقد أعتقها الآخر وهو لا يملكها فلهذا كان العتق باطلا ودعوة الآخر أولى كافراً كان أو مسلما لان صحة دعوة النسب باعتبار ملكه وقت العلوق والمسلم والكافر فى ذلك سواء فان كانت الجارية بين مسلم وذمى ومكاتب

وعبد فولدت فادعوا جميعاً فدعوة المسلم أولى عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى وهو
رواية عن أبي يوسف دعوة المسلم والذمى سواء اما المكاتب والعبد فليس لهما حقيقة الملك
ولا تعارض دعوتهما دعوة من له حقيقة الملك واما المسلم والذمى فزفر يقول لكل واحد
منهما ملك فى نصيبه على الحقيقة وصحة الدعوى باعتبار الملك فلا يترجح المسلم باسلامه بعد
ماتساويا في السبب كما في سائر الدعاوى ولكنا نقول دعوة المسلم توجب الاسلام للولد
ودعوة الكافر توجب الكفر له فيترجح الموجب للاسلام لانه أنفع للولد توضيحه أنه لابد
من اعتبار دعوة المسلم والحكم باسلام الولد به وبعد ماحكم بذلك فقول الكافر على المسلم
ليس بحجة فلهذا كانت دعوة المسلم أولى وان كان نصيبه أقل الانصباء لان صحة دعوته
باعتبار أصل ملكه فى جزء منها اذ لامعتبر بقدر الملك في تصحيح الدعوى وعليه ضمان
حصة شركائه من قيمة الامة والعقر لما بينا وعلى كل واحد من الآخرين حصة شركائه من
العقر لاقراره بالوطء حين ادعى النسب الا أن العبد يؤخذ به بعد العتق لأن وجوب
هذا الدين لا بسبب التجارة فاقراره به صحيح في حقه فيؤاخذ به بعد العتق ولو كان مكان
الحر المسلم مدبراً مسلما كان الولد ولد الذمى الحر لان الملك على الحقيقة له وليس لاحد
من شركائه حقيقة الملك وقد بينا ان الدعوة بحقيقة الملك لا تعارضه الدعوة بحق الملك
ثم فى تصحيح دعوة الكافر هنا اثبات الحرية للولد وفيه منفعة ظاهرة له ولا يقال فى
تصحيح دعوة المملوك اثبات الاسلام للولد لان فى الحال منفعته فى الحرية فيما يرجع الى
أمور الدنيا أظهر وباعتبار المآل اذا بلغ لا يمكنه أن يحصل الحرية لنفسه ويمكنه أن
يكتسب سبب الاسلام لنفسه بأن يهديه الله تعالي فيسلم فلهذا رجحنا جانب الحرية
وجعلنا الولد ولد الذمى الحر ولو لم يكن فيهم ذمى كان ابن المكاتب لان للمكاتب
حق الملك فى كسبه وليس للعبد والمدبر ذلك فلا تعارض دعوتهما دعوة المكاتب
يقرره أن المكاتب له نوع مالكية فانه مالك يداً ولو رجحنا دعوته ثبت للولد مثل ذلك
أيضا لانه يتكاتب عليه فلهذا رجحنا دعوته على دعوة المدبر والعبد ولو لم يكن فيهم
مكاتب لم تجز دعوي المدبر والعبد لان كسبهما ملك المولى ودعوى النسب فى ملك
الغير لا يصح من الحر فكيف يصح من العبد ونحوه علل فقال من قبل أن المولى لم يزوجهم
ولو صدقهما المولى بالولد وقالا كنا وطئناها بغير نكاح لم يثبت النسب أيضا لما قلنا وذ كر

فى كتاب الدعوى أن دعوة العبد المأذون نسب ولد جارية من كسبه تكون صحيحة كدعوة المكاتب لما للمأذون من اليد فى كسبه فقالوا تأويل ماذكر هنا أن العبد اذا كان محجوراً عليه فوهب له جارية وهو فارغ عن الدين حتى يكون كسبه خالص حق المولى وليس له فيه يد ولا ملك فحينئذ لا يثبت النسب منه اذا لم يدع شبهة واذا ولدت الامة من الرجل ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولد له لان نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزى فيثبت في نصيب شريكه أيضا ويضمن لصاحبه نصف قيمتها موسرا كان أو معسراً لان هذا ضمان التملك فالرضا لا يمنع وجوبه وكذلك ان ورثاها لأن ضمان التملك لا يعتمد الصنع وبالارث انما ينعدم الصنع وهذا لان وجوب هذا الضمان باحتباس نصيب الشريك عند المستولد ملكا وهذا المعنى يتقرر فى الميراث فان ورثا معها الولد وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد عتق عليهما جميعاً لان علة العتق وهو الملك والقرابة تم لكل واحد منهما فى نصيبه وان كان الشريك أجنبياً عتق نصيب الاب وسعى للشريك فى نصيبه لان وجوب ضمان العتق يعتمد الصنع والميراث يدخل فى ملكه من غير صنع وكذلك ان اشتريا أو وهب لهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان عرف الاجنبي أن شريكه أبوه أو لم يعرف وعندهما يضمن الاب نصيب الشريك ان كان موسراً وقد بينا هذا فيما سبق أمة بين رجلين قد ولدت من زوج حر فاشترى الزوج حصة أحدهما من الام والولد وهو موسر فهو ضامن لنصيب شريكه من الام لانه يملك نصيبه حين صارت أم ولد له وشريكه فى الولد بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء استسعاه وان شاء أعتقه فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان بالشراء صار معتقا لنصيبه من الولد ولم يساعده الشريك على ذلك ولا رضى به ولو أن أمة غرت رجلا من نفسها فادعت أنها حرة فتزوجها وولدت له ولداً ثم استحقها رجل فانه يقضى له بها وبقيمة الولد والعقر على الواطئ هكذا روي عن عمر وعلىّ رضى الله عنهما وقد بينا أحكام ولد المغرور في كتاب النكاح والدعوى ثم اذا عتقت رجع عليها الاب بقيمة الولد لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والمملوك انما يؤاخذ بضمان الكفالة بعد العتق فان اشترى أب الولد نصفها من مولاها صارت أم ولد له لان نسب ولدها ثبت منه ويضمن نصف قيمتها لمولاها لانه يملك النصف الباقى عليه بالاستيلاد واذا ادعى رجلان ولد جارية بينهما فهو ابنهما يرثهما ويرثاه وحكم ثبوت النسب من رجلين قد بيناه بتمامه فيما أمليناه من

شرح الدعوى ومقصوده هنا بيان حكم أمية الولد فنقول الجارية أم ولد لهما لثبوت سبب ولدها منهما والاستيلاد لا يحتمل الوصف بالتجزي في المحل ولكن اذا ثبت لاثنين لا يظهر به حكم التجزي فى المحل كملك القصاص لايحتمل الوصف بالتجزى فى المحل ثم يجوزأن يجب القصاص لاثنين على شخص واحدوالعتق على قولهما لا يتجزى فى المحل ثم اذا باشره رجلان كان كل واحد منهما معتقاً للنصف فاذا ثبت أنها أم ولد لهما قلنا تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لاتأثير للاستيلاد فى ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبى يوسف ومحمد رضى الله تعالى عنهما تسعى فى نصف قيمتها للشريك الحى فلو أعتقها أحدهما فى حياته عتقت ولا ضمان على المعتق للشريك ولا سعاية عليها في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه ان كان موسراً وتسعى فى نصف قيمتها ان كان معسراً وأصل هذه المسألة أن رق أم الولد ليس بمال متقوم فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعلى قولهما هومال متقوم وجه قولهما أنها مملوكة لمالك محترم فتكون مالا متقوما كالامة القنة ودليل الوصف أنه يملك استخدامها واستكسابها ووطأها بملك اليمين ولو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فى ذلك واذا ثبت بقاء ملك اليمين فصفة المالية والتقوم لاتنفصل عنه لان المملوكية فى الآدمى ليس الاعبارة عن المالية والتقوم بكون المالك محترما ولان بالاستيلاد تعلق عتقها بموته فتكون مالا متقوما كالمدبرة الا أن المدبرة تسعي للغرماء والورثة وأم الولد لاتسعى لانها مصروفة الى حاجته فان الاستيلاد من حوائجه كيلا يضيع ماؤه وحاجته مقدمة على حق الغرماء والورثة كحاجته الى الجهاز والكفن بخلاف المدبرة فان التدبير ليس من أصول حوائجه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المالية والتقوم انما يثبت بالاحراز ألا ترى أن الصيد قبل الاحراز لا يكون مالا متقوما وبعد الاحراز يصير مالا متقوما والآدمي باعتبار الاصل ليس بمال لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لاليصير مالا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا متقوماً ويثبت به ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها فقد ظهر أن احرازه لها كان لملك المتعة لالقصد التمول فصار فى صفة المالية كأن الاحراز لم يوجد أصلا فلا يكون مالا متقوما وهذا لان ملك المتعة ينفصل عن ملك

المالية ألا ترى أن للزوج على المنكوحة ملك المتعة دون ملك المالية والدليل عليه من جهة الحكم أنها لاتسعى للغرماء والورثة وما كان مالا متقوماً فى حياته يتعلق به حق غرمائه وورثته وحاجته الى النسب فنقول ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت حق أمية الولد لها حتى تجعل حاجته مسقطا حق الغرماء والورثة عنها فعرفنا أنها انما لاتسعى للغرماء والورثة لانه لم يبق فيها صفة المالية والتقوم بخلاف المدبرة فان احرازها للمالية حين لم يظهر منه قصدالى احرازهاللملك المتعة ولهذا تقومت في حق الغرماء والورثة اذا عرفنا هذاالاصل فنخرج المسائل عليه منها أنه لو مات أحدهما فلا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيب الشريك منها ليس بمال متقوم فلا يلزمها بدله واذا أبرئت عن السعاية عتقت لبراءتها عن السعاية وعندهما لما كان نصيب الشريك منها مالا متقوما وقد سلم لها بالعتق فعليها السعاية كما فى الامة اذا أعتقها أحد الشريكين وهو معسر وكذلك لوأعتقها أحدهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانها ليست بمال متقوم فلا يكون مضمونا على الشريك بالافساد ولا بالاتلاف وعندهما يضمن للشريك ان كان موسراً بمنزلة القنة ومنها أم الولد بين الشريكين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت النسب منه بالدعوة وعتق ولم يضمن لشريكه شيئاً من قيمته ولاسعاية عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان ولد أم الولد بمنزلة أمه فلا يكون مالا متقوما عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسراً ويسعى له الولد ان كان معسراً ومنها ان أم الولد لاتضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى حتى لو غصبها غاصب فماتت عنده لم يضمن شيئاً لان ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوم بخلاف ضمان القتل فان الحر يضمن بالقتل دون الغصب وعندهما أم الولد تضمن بالغصب لانها مال متقوم وذكر محمد فى الرقيات ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أم الولد تضمن بالغصب على نحو مايضمن به الصبى الحر حتى لوماتت حتف أنفها لم يضمن الغاصب شيئاً ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لاضمان الغصب ألا ترى أنه يضمن الصبى الحر بمثله والذى يوضح كلام أبى حنيفة أن الباقى للمولى على أم ولده ملك الخدمة والمنفعة والمتعة وملك المتعة لايضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقى عليها ملك المالية حتى يقضى دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف ويدخل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فصل أم ولد النصرانى اذا أسلمت وفصل

المغرورباًم الولد وسنبين عذر كل فصل فى موضعه فان كانت أم ولد لرجل خالصة فاعتق نصفها عتق جميعها ولا سعاية عليها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا سعاية عليها بحال وبراءتها عن السعاية توجب عتقها وعندهما هي كالامة القنة فى هذا الحكم ﴿قال﴾ أمة بين رجلين ولدت ولدين في بطن واحد أو بطنين مختلفين فادعى أحدهما الولد الأكبر والآخر الاصغر معا فاما ان كان في بطن واحد فهما ابناهما جميعا لانهما خلقا من ماء واحد فدعوة كل واحد منهما لأحدهما تكون دعوة لهما وان كانا فى بطنين فالاكبر ولد الذى ادعاه لانه ادعى نسب ولد جارية مشتركة بينهما وقد حصل العلوق فى ملكهما فتستند دعوته الى حالة العلوق وتصير الجارية أم ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لمدعى الاصغر فأما الاصغر فى القياس عبد لمدعى الاكبر بمنزلة أمه لا يثبت نسبه لمدعيه لان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر من حين علقت به فمدعى الاصغر ادعى نسب ولد أم ولد الغير فلا تصح دعوته ويضمن جميع العقر لاقراره بوطء أم ولد الغير وقد سقط الحد عنه للشبهة وفي الاستحسان يثبت نسب الاصغر من مدعى الاصغر لانها حين علقت بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فيصير ذلك شبهة معتبرة فى اثبات نسب الاصغر من مدعيه بالدعوة وقيام الملك له فى نصفها ظاهراً عند ذلك بمنزلة المغرور ونسب ولد المغرور يكون ثابتا باعتبار الظاهر وان تبين الامر بخلافه ويضمن قيمته كاملة لشريكه اما على أصلهما فلا يشكل لان ولد أم الولد عندهما مال متقوم وقد تبين أن مدعى الاصغر أتلفه بالدعوة على مدعى الاكبر وانما الاشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى والعذر أن يقول سقوط المالية والتقوم باعتبار ثبوت حق أمية الولد ولم يثبت فى هذا الولد لانه انفصل من أمه قبل ثبوت حق أمية الولد فيها بدعوة مدعى الاكبر وما لم يثبت الحق فى الام لا يسرى الى الولد فلهذا ضمن قيمتها لشريكه أو عذره هنا نظير عذره فى المغرور بأم ولد الغير ان الولد يكون حراً بالقيمة لانه تعلق حر الاصل وثبوت أمية الولد فيه مبنى على ثبوت الرق فاذا لم يثبت الرق فيه أصلا لا يثبت حكم أمية الولد فيه وانما يضمن قيمته لانه منع حدوث الرق فيه بسبب الغرور فهذا مثله ﴿قال﴾ ويضمن العقر لشريكه وقال في موضع من كتاب الدعوي يضمن نصف العقر لشريكه وليس هذا باختلاف الرواية لكن مراده هنا بيان جميع مايجب عليه ومراده ثم بيان حاصل مايبقى عليه لانه قد وجب له على مدعى الاكبر نصف العقر فنصف

العقر بنصف العقر قصاص يبقى لمدعى الاكبر على مدعى الاصغر نصف العقر قال وكذلك لو كان مدعى الاكبر ذميا ومدعى الاصغر مسلما لان كل واحد منهما منفرد فيما ادعى والترجيح بالاسلام عند المزاحمة فأما عند عدم المزاحمة تصح دعوة الذمي كما تصح دعوة المسلم ﴿قال﴾ أمة بين رجلين فجاءت بولدين في بطن واحد أحدهما حي والآخر ميت فادعى أحدهما الميت ونفى الحي لزمه الحي لانهما خلقا من ماء واحد ودعوته أحدهما بمنزلة دعوتهما فيثبت نسب الحي منه ولا يملك نفيه بعد ذلك ﴿فان قيل﴾ الميت ليس بمحل للدعوة بدليل أنه لو لم يكن معه ولد حي لا يثبت نسبه منه فاذا لم تصادف دعوته محله كان لغوا ﴿قلنا﴾ انما لا تصح دعوته نسب الميت لانه غير مفيد وهذا المعنى ينعدم اذا كان معه في ذلك البطن ولد حي ولان معنى قوله هو ابني أي مخلوق من مائي حتى تصير الجارية أم ولد له فاذا كان هناك ولد حي فاقراره بأن الميت مخلوق من مائه اقرار بأن الحي مخلوق من مائه لانهما خلقا من ماء واحد فلهذا أثبتنا نسب الحي منه وكذلك لو ادعى كل واحد منهما الميت أو ادعى كل واحد منهما أحد الولدين ثبت نسب الحي منهما جميعاً لما بيناه ﴿قال﴾ واذا قال أحد الموليين اذا كان في بطنها غلام فهو مني وان كانت جارية فليست مني وقال الآخر ان كانت جارية فهي مني وان كان غلاما فليس مني والقول منهما معاً فا ولدت من ولد في ذلك البطن فهو لهما جميعا لان أصل الدعوة من كل واحد منهما صحيح لما في بطنها والتقسيم الذي ذكراه باطل فانه رجم بالغيب وتقسيم فيما هو في الرحم ولا يعلم ما في الرحم الا الله تعالى فاذا الغى هذا التقسيم ثبت النسب منهما بالدعوة اذا كان القول منهما معاً وان كان أحدهما سابقا فالولد ولده غلاما كان أو جارية لان أصل الدعوة منه قد صح والتقسيم بطل وقد صارت الجارية أم ولد له فالدعوة من الآخر حصل في غير الملك وفي ولد ثابت النسب من غيره فكان باطلا ﴿قال﴾ وان قال أحدهما ان كان في بطنها غلام فهو مني الى سنتين وقال الآخر بعد ذلك بيوم ان كان في بطنها جارية فهي مني الى سنتين فولدت غلامين بعد قولهما لتمام ستة أشهر منذ قالا ذلك لا يثبت النسب بتلك الدعوة فهما رقيقان لهما لانا لم نتيقن بوجودهما في البطن وقت الدعوة وقول المدعيين الى سنتين لغو لانه رجم بالغيب منهما فلا طريق لهما الى معرفة مدة بقاء الولد في البطن وان جاءت بآخرهما لأقل من ستة أشهر من القول الاول وجاءت بالاول قبل ذلك بثلاثة أيام فهما ولدا الاول لانا تيقنا بوجودهما في

البطن حين ادعى الاول فيثبت نسبهما منه وهذا لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود أحدهما وقت دعوته وجود الآخر كذلك وان جاءت بالولد الاول لاقل من ستة أشهر من اقرار الثاني ولا كثر من ستة أشهر من اقرار الاول فهما ولدا الآخر لانا لم نتيقن بوجودهما فى البطن وقت دعوة الاول منهما فبطلت دعوته وتيقنا بوجودهما فى البطن وقت دعوة الآخر فلهذا ثبت نسبهما من الآخر وصارت الجارية أم ولد له وماولدت بعد هذا من ولدفهويلزم الآخر الا أن ينفيه ﴿قال﴾ أمة بين رجلين ولدت من رجل قال زوجتمانيها فصدقه احدهما فيه وقال الآخر بل بعنا كها فان نصفها بمنزلة أم الولد لان مدعى البيع قد أقر بأن المستولد استولد ملك نفسه وانها صارت أم ولد له واقراره فى نصيبه منها صحيح لانه مملوك له فى الظاهر قال ونصفها رقيق للذى قال زوجناك لانه ينكر أمية الولد فى نصيبه وقد بينا ان أحد الشريكين في الجارية اذا أقر انها أم ولد لشريكه لايثبت حكم الاستيلاد بهذا الاقرار فى نصيب شريكه اذا كذبه فكذلك اذا أقرأنها أم ولدلغيره ﴿قال﴾ ويعتق نصف الولدحصة الذى أقربالبيع لانه أقربحرية الولد واقراره فى نصيب نفسه صحيح ويسعى الولدفي نصف قيمته للذى أنكر البيع بمنزلة مالو شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق الا أن هناك يسعى للشاهد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه يدعي السعاية وهنا لايسعي الولد للمقر بالبيع لانه يتبرأ من السعاية ويزعم أن الولد حر الأصل ثم يكون على الواطئ العقر لهما نصفه للمقر بالنكاح ياخذه بحساب المهر لتصادقهما عليه ونصفه لمدعى البيع ياخذه من الوجه الذى ادعى لانهما يتصادقان على وجوب هذا المقدار له وان اختلفا فى جهته فان الزوج يقول هو مهر ومدعى البيع يقول هو ثمن والاختلاف في السبب بعد الاتفاق على وجوب أصل المال لايمنع من الاستيفاء فلهذا يستوفيه من الوجه الذي يدعيه فأما اذامات أب الولدسعت الجارية في نصف قيمتها للمقر بالنكاح لان مدعي البيع يزعم أنها أم ولد لاب الولد وانها عتقت بموته ولاسعاية عليها فيعتبر زعمه في نصيبه ولا يعتبر فى نصيب شريكه فتسعي في نصف قيمتها لمدعى النكاح وهذا عندهم جميعاً لان أمية الولد لم تثبت في هذا النصف على ما بينا ﴿قال﴾ ولو كان الاب ادعى الشراء كانت أم ولد له ويضمن نصف الثمن للذى صدقه بالبيع لان نصيبه منها صار ملكا لاب الولد لتصادقهما على البيع والشراء فيصير الكل أم

ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للذى كذبه لان البيع في نصيبه لم يثبت فهي كأمة مشتركة بين اثنين يستولدها أحدهما ﴿ قال ﴾ ولو كانت الجارية مجهولة لاتعرف لمن كانت فقال أب الولد زوجتمانى وقالا بعنا كها فهى أم ولد له وابنها حر لانها في الظاهر مملوكته فصارت أم ولد وكان ولدها حراً باعتبار الظاهر ولا يصدق هو في الاقرار أنها لغيره فيما يرجع الى ابطال حقها ويكون على الواطئ القيمة لهما لان اقراره صحيح فى حق نفسه وقد زعم أنها مملوكة لهما فى يده وقد تعذر عليه ردها عليهما فيغرم قيمتها لهذا ولا يسقط حقهما عن هذه القيمة اقرارهما بالبيع لان البيع لم يثبت حين كذبهما ولان تعذر الاسترداد لم يكن باقرارهما بالبيع ألا ترى أنهما وان جحدا البيع والنكاح جميعا لم يكن لهما حق الاسترداد ثم قال في نسخ أبى سليمان رحمه الله وكذلك لو كانت معروفة بأنها لهما وهذا غلط والصواب ماذكر فى نسخ أبى حفص رضى الله عنه ونوادر هشام قال ولو كانت معروفة بأنها لهما كان عليه العقر وهذا لان تعذر الاسترداد هنا باقرارهما بالبيع ألا ترى انهما لو أنكرا البيع والتزويج كانت أمة قنة لهما فيكون اقرارهما بالبيع مانعا لهما من الاسترداد فلهذا لم يكن لهما أن يضمناه قيمتها وانما وجب عليه العقر لاقراره بالوطء في ملك الغير وقد سقط الحد عنه بدعوى النكاح فيلزمه العقر ﴿قال﴾ واذا ادعى الواطئ الهبة وادعيا هما بالبيع والجارية مجهولة لايدرى لمن كانت فهى أم ولد له باعتبار الظاهر لما بينا وعليه قيمتها لهما لان الهبة لم تثبت لانكارهما والبيع لم يثبت بانكاره الا ان تعذر الاسترداد ما كان باقرارهما بالبيع على مابينا بل باستهلاكه جارية زعم أنها لهما فيضمن قيمتها لهما ﴿قال﴾ وان قالا غصبتها وقال صدقتما وهي مجهولة لم يصدق عليها بعد الذي دخلها من العتق باعتبار الظاهر وعليه قيمتها لانه أقر بغصبها منهما وقد تعذر ردها عليهما بما ثبت فيها من أمية الولد ﴿قال﴾ وان صدقتهم بذلك صدقت وكانت أمة لهما لان الحق لها فان تصادقوا على شئ ثبت ذلك بتصادقهم وفي رواية أبى حفص وهشام رضى الله عنهما قال لا تصدق بعد العتق لانها صارت أم ولد لمن هى فى يديه باعتبار الظاهر وكما لايقبل قولها فى ابطال حقيقة العتق بعد ماحكم بثبوته فكذلك لايقبل قولها فى ابطال حق العتق لما في ذلك من حق الشرع ﴿ قال ﴾ ولو كانت لهما بينة عليها اخذاها وولدها رقيق لهما لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فظهر أنه غاصب زني بجارية مغصوبة فعليه الحد ان لم يدع الشبهة وان ادعي بيعا أو هبة أو

نكاحا سقط الحد عنه لتمكن الشبهة فقد آل الامر الى الخصومة والاستحلاف والحد بمثله يسقط ولكن لا يثبت النسب لان بمجرد دعواه لم يثبت له فى هذا المحل ملك ولا حق ملك وثبوت النسب ينبني على ذلك ﴿ قال ﴾ وان ملكها يوما مع ولدها كانت أم ولد له وكان الولد ولده لان اقراره صحيح فى حق نفسه وانما لم يصح لقيام حق الغير في المحل فاذا زال بملكه اياها كان كالمجدد للاقرار فى هذه الحالة فيثبت نسب الولد منه لانه ادعاه بسبب صحيح محتمل فيكون الولد حرا والجارية أم ولده والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب مكاتبة أم الولد ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل أم ولده على خدمتها أو على رقبتها فذلك جائز لانها مملوكة له وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوصل به الى ملك اليد والمكاسب فى الحال والحرية في ثانى الحال وحاجة أم الولد الى هذا كحاجة غيرها توضيحه أن موجب الكتابة مالكية اليد في المنافع والمكاسب للمكاتب وأم الولد مملوكة للمولى يدا وكسبا فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل ثم كل مايصلح عوضا في كتابة القن يصلح عوضا فى كتابة أم الولد فاذا أدت المكاتبة عتقت لفراغ ذمتها عن بدل الكتابة وان مات المولي قبل أن تؤدي عتقت لان حكم الاستيلاد باق بعد الكتابة ومن حكم الاستيلاد عتقها بعد موته ﴿ قال ﴾ ولا شيء عليها من البدل لانها كانت تؤدي لتعتق وقد عتقت فصارت مستغنية عن أداء البدل كما لو أعتقها فى حال حياته ويسلم الكسب لها لانها عتقت وهى مكاتبة وبالعتق تتأكد المالكية الثابتة لها بالكتابة ﴿ قال ﴾ وان باعها نفسها أو أعتقها على مال فقبلت فهى حرة والمال دين عليها لان أقل درجاتها ان يكون للمولى عليها ملك المتعة واسقاطه الملك ببدل عليها صحيح كالطلاق بجعل والمال دين عليها لانها التزمته بقبولها فان مات المولى لم يسقط ذلك الدين عنها لان حكم الاستيلاد بطل بعتقها فى حياته وانما المال دين عليها وليس للاستيلاد تأثير فى الابراء عن الدين ﴿ قال ﴾ وان كاتب أم ولده فجاءت بولد بعد الكتابة لاكثر من ستة أشهر ثم مات المولى قبل أن يقربه لايلزمه النسب لانها بالكتابة حرمت عليه حتى يمنع من وطئها ولو وطئها يغرم عقرا خارجا من ملكه والفراش ينعدم

بمثل هذه الحرمة فاذا جاءت بالولد لمدة يتوهم أن تكون من علوق حادث بعد الكتابة لم يثبت النسب وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فهو ثابت النسب من المولى لتيقننا انها علقت به قبل الكتابة وهو حر وقد عتقت هى أيضا بموت المولى ﴿ قال ﴾ وان كان حيا فادعاه فهو ابنه وان جاءت به لاكثر من سنتين لانها ما صارت فراشا لغيره وحرمتها على المولى اذا كانت بسبب لا تزيل ملكه عنها ولا تجعلها فراشا لغيره يمنع ثبوت النسب منه قبل الدعوة ولا يمنع ثبوت النسب منه بعد الدعوة كما لو حرمت بجماع ابن المولى إياها ولانا قبل الدعوة انما لا نثبت النسب منه تحرزا عن الحكم عليه بارتكاب الحرام ووجوب العقر ويسقط اعتبار هذا التحرز اذا أقر هو بالولد فان جنت فى كتابتها جناية سعت فيها لان موجب جنايتها كان على المولى قبل الكتابة لان كسبها للمولى وقد زال ذلك بالكتابة فانها صارت أحق بكسبها أو كان موجب جنايتها على المولى لانه بالاستيلاد كان مانعا دفعها بالجناية وقد انعدم هذا المعني بالكتابة لان المكاتبة ليست بمحل للدفع فهي والقنة اذا كوتبت سواء ﴿ قال ﴾ وان جنى عليها كان الارش لها لان ارش الجناية بمنزلة الكسب وهى أحق بمكاسبها ﴿ قال ﴾ وان ماتت وتركت ولدا ولدته في المكاتبة من غير المولى سعى فيما على أمه لانه انفصل عنها وهى مكاتبة فيكون حكمه حكمها باعتبار أنه جزء من اجزائها وقد كانت في حياتها تسعى على النجوم لحاجتها الى تحصيل العتق لنفسها بالاداء وحاجة هذا الجزء الى ذلك كحاجتها فتبقى الكتابة ببقاء هذا الجزء ﴿ قال ﴾ ولو اشترت ابنا لها عبدا لم يكن لها أن تبيعه لانه صار داخلا في كتابتها فان بالكتابة ثبت لها نوع مالكية فاذا كان لها نوع مالكية ثبت مثل ذلك لولدها وقد بينا أن من يكاتب عليها يكون مملوكا للمولى حتى اذا أعتقه نفذ عتقه فيه وابنها وأبواها في ذلك سواء الا أنها اذا ماتت عن هذا الابن المشترى فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يسعى على هذه النجوم كالابن المولود فى الكتابة وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى القياس يباع هذا الولد فى الكتابة لانه انفصل عنها قبل ثبوت أمية الولد فيها فلم يثبت حق أمية الولد لهذا الولد وان ملكته فيباع بعد موتها فى المكاتبة كسائر أكسابها بخلاف المولود في الكتابة فانه بمنزلتها لانه انفصل منها وهى أم ولد مكاتبة وفى الاستحسان ان جاء بالمكاتبة حالا قبل منه ولم يبع فيها لانه فى الحقيقة جزء منها فيقوم مقامها فى أداء الكتابة الا أنه ليس بجزء من مكاتبة فلا يبقى الاجل

ببقائه ولكن يأتي بالمال حالا فيكون مقبولا منه لما فيه من حصول مقصود المولى بخلاف المولود في الكتابة لانه جزء من المكاتبة يقرره أن السراية من الاصل الى الجزء المتصل دون المنفصل فيثبت حقيقة سراية العقد الى الولد المولود في الكتابة فيسعي على النجوم ولا يثبت حقيقة سراية العقد الى الولد المشترى فلا يثبت النجوم في حقه ولكن فيما هو المقصود وهو تحصيل العتق بالاداء حكم هذا الجزء وحكم الاصل سواء فاذا جاء بالمال حالا يقبل منه ﴿قال﴾ ولو كانت اشترت أباها أو أمها فانه يؤخذ فيهما بالقياس بعد موتها فيباعان في المكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الاب والام ليسا بجزء من الولد وامتناع بيعهما عليها في حياتها كان لما لهما من الحق في كسبها وقد انعدم هذا المعنى بموتها لان حاجتها مقدمة على حاجة أبويها فلهذا يباعان في مكاتبتها بخلاف الولد فانه جزء منها فيجعل بقاء هذا الجزء كبقائها فيما هو المقصود وقد بدا اختلافهم في غير الوالدين والمولودين من القرابات أنه هل يمتنع عليها بيعهم الا أن الحاكم الجليل رضي الله عنه ذكر فيما سبق أن القياس والاستحسان عند أبي حنيفة رحمه الله في الاخوة وغيرهم وقد نص هنا في الاصل أن القياس والاستحسان في الاب والام في القياس لها أن تبيعهما لانهما لا يتبعانها فلا يمكن اثبات حكم الكتابة فيهما بطريق التبعية ولهذا لا يمتنع بيعهما بعد موتها وفي الاستحسان يمتنع عليها بيعهما لان حق الوالدين يثبت في الكسب ولها كسب على ما قررنا وهذا هو الاصح ﴿قال﴾ واذا أسلمت أم ولد النصراني قومت قيمة عدل فبيعت بقيمتها لانه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده بعد اسلامها واصراره على الكفر فتخرج الى الحرية بالسعاية كما بينا في معتق البعض وهذا لان ملك الذمي محترم فلا يمكن ازالته مجانا وهو اشكال لهما على أبي حنيفة رحمه الله تعالى في أن رق أم الولد مال متقوم وان وراء ملك المتعة عليها شئ آخر فان ملكه المتعة في هذه الحالة يزال من غير بدل كما لو أسلمت امرأته وأبى أن يسلم والعذر لابي حنيفة رحمه الله تعالى من وجهين (أحدهما) أن الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك لانه معتقد جواز بيعها وانما بني في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالية الخمر (والثاني) أن ملكه فيها محترم وان لم يكن مالا متقوما وقد احتبس عندها لمعني من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله ولم يبين مقدار قيمتها وهي أم ولد

وهذا مشكل فانها لوكانت بحيث تباع فلا نقصان فى قيمتها ولكن قيل قيمة المدبرة قدر ثلثي قيمتها قنة وقيمة أم الولد قدر ثلث قيمتها قنة لان للمالك فى مملوكه ثلاث منافع الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء ديونه من ماليته بعده فبالتدبير ينعدم أحد هذه المعانى وهو الاسترباح ويبقى منفعتان وبالاستيلاد ينعدم اثنان ويبقى واحد فتتوزع القيمة على ذلك ثم لا تعتق مالم تؤد السعاية عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تعتق فى الحال والسعاية دين عليها لان ازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وفى استدامة الملك عليها ذل ولكنا نقول الذل فى الاستخدام قهراً بملك اليمين وذلك يزول بالاستسعاء لانها تصير بمنزلة المكاتبة أحق بنفسها ومكاسبها فالمقصود يحصل بهذا ودفع الضرر عن الذمى واجب ولو قلنا يزول ملكه عنها في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال فى ذمة المفلس تاو لأدى الى الاضرار به وكان هذا فى الحكم بمنزلة ازالتها عن ملكه بغير بدل ولهذا لا تعتق مالم تؤد السعاية وليس لها ان تعجز نفسها الا أن يسلم المولى وان مات المولى أعتقت وسقط عنها السعاية وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى تخارج معني هذا انها تخرج من يد المولى وتؤمر بأن تكتسب وتنفق على نفسها الى أن يموت المولى فحينئذ تعتق فانه لا يرى السعاية على المملوك بحال فجعل طريق ازالة الذل اخراجها من يد المولى كما قلنا ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر منذ صارت مستسعاة لم يثبت نسبه من المولى لانها في حكم المكاتبة ولو ماتت كان على هذا الولد ان يسعى فيما على أمه بمنزلة المولود في الكتابة ﴿قال﴾ واذا اختلف المولى وأم الولد في المكاتبة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتحالفان وينفسخ المكاتبة بعد التحالف وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الكتابة فى معني البيع من حيث أنه لا يصح الا بتسمية البدل وأنه يحتمل الفسخ بعد تمامه ثم رجع فقال يكون القول قولها ولا يتحالفان لان حكم التحالف فى البيع ثابت أيضا بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه والكتابة ليس فى معنى البيع اما من حيث الصورة فالبيع مشروع للاسترباح مبنى على الضيق والمماكسة والكتابة للارفاق مبنى على التوسع ومن حيث المعنى الكتابة بعد تمامها بأداء البدل لا تحتمل الفسخ بخلاف البيع وفي الحال موجب العقد اثبات صفة المالكية يداً في المنافع والمكاسب فما مضى منه فائت لا يتحقق رده فعرفنا أنه ليس في معنى المنصوص من كل وجه فلو ألحق به بالمشاركة في بعض الاوصاف كان قياسا والثابت

بخلاف القياس لا يمكن اثباته بطريق المقايسة توضيحه أن البيع لازم من الجانبين فكان المصير الى التحالف فيه مفيداً حتى اذا نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه وفى الكتابة هذا لا يتحقق فانها لو نكلت لايلزمها شئ وكان لها أن تعجز نفسها فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قولها مع يمينها لانكارها الزيادة وان أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة ببينته الا أنها ان ادعت مقدارا أقامت البينة عليه تعتق لانها أثبتت الحرية لنفسها عند أداء هذا المقدار فوجب قبول بينتها على ذلك بمنزلة مالو كاتبها على ألف درهم على أنها متى أدت خمسمائة عتقت وهذا لانه لايبعد أن يكون عليها بدل الكتابة بعد عتقها كما لو أدت الكتابة بمال مستحق تعتق وبدل الكتابة عليها بحاله ﴿قال﴾ واذا كاتب أم ولده على ألف درهم أو أمته على ألف درهم على ان يرد عليها وصيفا وسطاً فالكتابة باطلة فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الكتابة وتقسم الالف على قيمتها وعلى قيمة وصيف وسط فتكون مكاتبة بما يخصها ولا خلاف أن العقد في الوصيف باطل لانها تكون مشترية للوصيف من مولاها وشراء الحيوان بغير عينه باطل ثم وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الالف مذكور بمقابلة شيئين فيقسم عليهما بالقيمة وامتناع ثبوت حكم العقد فى احدهما لا يمنع ثبوته في الآخر كما لو كان الوصيف بعينه فاستحقه انسان يكون العقد صحيحاً فى حقها بما يخصها من البدل ولا يجوز ابطال هذا العقد لمعنى الجهالة فى بدل الكتابة لان هذه الجهالة باعتبار ذكر الوصيف وهو لايمنع صحة الكتابة كما لو كاتبها على وصيف وسط لان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة لان قيمة الوصيف الوسط معلوم فاذا قسم الالف على قيمتها وقيمة وصيف وسط تتبين حصتها على وجه لا يبقى بينهما منازعة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان الحيوان بغير عينه ليس بمحل للبيع أصلا وانقسام البدل من حكم الدخول فى العقد فاذا لم يدخل الوصيف فى العقد كان هذا كتابة بالحصة ابتداء والكتابة بالحصة لاتصح كما لو كاتبها على مايخصها من الالف اذا قسم على قيمتها وقيمة عبد آخر والدليل عليه أنه لو خاطب عبدين بالكتابة بألف فقبل أحدهما دون الآخر لم يكن صحيحا لانه لو صح كان بحصته من الالف حتى لو كان سمي بمقابلة كل واحد منهما شيئاً معلوما صح القبول من أحدهما وهذا لان الكتابة فى الحاجة الي تسمية البدل وفسادها بالشروط التى تمكن فى

صلب العقد بمنزلة البيع والبيع بمثل هـذه الجهالة يبطل فكذا الكتابة وليس هـذا بمنزلة الكتابة على وصيف فان بالاجماع لو تزوج امرأة على وصيف صحت التسمية ولو تزوجها على مايخصها من الالف اذا قسم على مهر فلانة لاتصح التسمية وكان لها مهر مثلها ثم المعنى أن تعين صفة النبطية في الوصيف باعتبار استحقاقه بعقد المعاوضـة وذلك يتحقق اذا سمي الوصيف بدلا في الكتابة ولايتحقق هنا لما لم يصر الوصيف مستحقاً بالعقد ﴿قال﴾ ولو ضمن رجل لرجل عن أم ولده المكاتبة فهو باطل كما في القنة فانه ليس لها ذمـة صحيحة فى حق المولى مالم تعتق فلا يكون مال الكتابة دينا متقرراً عليه ﴿قال﴾ واذا أسلمت أم ولد النصرانى فكاتبها بأكثر من قيمتها جازت الكتابة لان المقصود يحصل بهذا العقد وهو اخراجها من يد الكافر (فان قيل) البدل المستحق عليها يقدر بالقيمة شرعا فينبغي أن لاتجوز الزيادة على ذلك كما بينا فى معتق البعض ﴿قلنا﴾ هنا ماتعذر على المولى استدامة الملك فيها فانه لو أسلم كان له أن يستديم ملكه فيها فعرفنا ان استحقاق الازالة ببدل مقـدر لم يتقرر هنا بخلاف معتق البعض فان عجزت هنا ردت فى الرق وتسعى فى قيمتها لان اظهار العجز هنا مفيد بخلاف ما اذا كانت مستسعاة فى قيمتها ﴿قال﴾ مسلم تزوج أم ولد ذمى فولدت له سعى الولد فى قيمة نفسه لانه مسلم باسلام أبيه وهو بمنزلة الام مملوك للمولى الذمى فيجب ازالته عن ملكه بالاستسعاء وكذلك لو كان الزوج كافراً فأسلم لان الولد ما دام صغيرا فانه يصير مسلما باسلام أبيه ﴿قال﴾ مكاتب ذمى اشترى أمة مسلمة فأولدها كانت على حالها لانه يتعذر عليه بيعها وثبت لها نوع حق تبعا لما ثبت من حق الولد فان عتق المكاتب بالاداء تم ملكه فيها وصارت أم ولد للذمى فتسعى في قيمتها فان عجز فرد رقيقا أجبر المولى على بيعها لان الملك تقرر فيها للمولى فلم تصر أم ولد ولكن المولى كافر وهي مسلمة فيجبر على بيعها ﴿قال﴾ حربى خرج الى دارنا مستأمنا ومعه أم ولده لم يكن له أن يبيعها لان حق أمية الولد تبع لحق الولد فى النسب والنسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دارنا فكذلك ما ينبنى عليه من أمية الولد لها وكما لا يمكن من بيع ابنه فى دار الاسلام فكذلك لا يمكن من بيع أم ولده ولو أسلمت سعت فى قيمتها لان ملك المسـتأمن محترم كملك الذمى فيتعذر ازالة ملكه عنها مجانا فلهذا سعت في قيمتها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب دعوى الرجل رق الغلام في يده

﴿قال﴾ رضي الله عنه غلام صغير لاينطق في يد رجل فقال هذا عبدي فهو كما قال اذا لم يعرف خلافه لانه لا يد له في نفسه ولا قول فيتقرر قول ذي اليد عليه وما في يده مملوك له باعتبار الظاهر فاذا ادعي مايشهد له الظاهر به كان القول فيه قوله كما لو كان في يده دابة أو ثوب فقال هذا لى ﴿قال﴾ وان أدرك الصغير فقال أنا حر الاصل فعليه البينة لأنه يدعي ابطال ملك ثبت عليه لذى اليد بدليل شرعي فلا يقبل ذلك منه الا بحجة ﴿قال﴾ وان كان حين ادعاه الذي فى يده يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه وله قول معتبر شرعا فلا تتقرر عليه يد ذى اليد مع ذلك بل يد نفسه تكون دافعة ليد ذى اليد لانها أقرب اليه فكان القول قوله فى حريته لتمسكه بما هو الاصل وكذلك لو قال الغلام أنا لقيط لان اللقيط حر باعتبار الاصل والدار فهو كقوله أنا حر فان أقام الذى فى يده البينة أنه عبده وأقام الغلام البينة أنه حر أخذت بينة الغلام لانه يثبت حرية الاصل ببينته وبينة الملك لاتعارض بينة الحرية من وجهين (أحدهما) أن الحرية لاتحتمل النقض والفسخ والملك يحتمل الابطال (والثاني) أن الاثبات فى بينة الحرية أكثر لانه يتعلق بالحرية أحكام متعدية الى الناس كافة ولان فى بينته ما يدفع بينة ذى اليد وليس فى بينته ذى اليد ما يدفع بينته فان الحرية تتحقق بعد الملك وان قال الذى فى يده هذا عبدى وقال الغلام أنا عبد فلان فهو عبد الذى فى يديه لانه لما أقر بالرق على نفسه لم يبق له يد ولا قول معتبر في نفسه بل تتقرر يد ذى اليد عليه فالقول قوله انه ملكه بخلاف الاول فان هناك هو ينكر رقه أصلا وقوله فى دفع الرق عن نفسه مقبول وفي تعيين مالكه غير مقبول لانه يحول به ملكا ثابتا لذى اليد الى غيره وكذلك لو كان فى يدي رجلين يدعى كل واحد منهما انه له فقال هو أنا عبد أحدهما لا نه لما أقر بالرق على نفسه تقررت يدهما عليه وان كان لا ينطق فأقام أحدهما البينة انه عبده وأقام الآخر البينة انه ابنه من أم ولده قضى به للذى ادعاه لان في بينته زيادة اثبات النسب والحرية للولد فتترجح بذلك فان أقام كل واحد منهما البينة أنه عبده ولد عبده ووقتت احدى البينتين وقتا وقبل وقت الاخرى قضى به للاول اذا كان بذلك الميلاد معناه اذا كان سن الغلام موافقا للوقت الاول فقد ظهر علامة الصدق فى شهادة

شهوده وعلامة الكذب فى شهادة شهود الآخر وان علم أنه على غير ذلك الميلاد قضى به للآخر لان علامة الكذب ظهرت فى شهادة أسبق التاريخين وذلك مانع من العمل بها فان كان يشك فيه قضى به بينهما لاستواء الحجتين فان كان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه من حين ولد لان الملك لا يسبق الولادة ولا يعتبر سبق التاريخ مع ذلك ولكن لما كان كل واحد من الامرين محتملا قضى به بينهما وقيل هذا قولهما فأما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن يقضى به لصاحب الوقت الاول لانهما استويا فى معني الاحتمال وصاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه فى وقت لاينازعه فيه أحد فيجب القضاء بالملك له ثم لايستحق عليه بعد ذلك الابسبب من جهته وانلم توقت واحدة منهما وقتا غير أن احدي البينتين شهدت أن هذا المولى أعتق أمه قبل أن تلده أو دبرها أو أعتق الغلام وأمه حامل به أو دبره قضى به لصاحب العتق لانه فى بينته زيادة اثبات الحرية للغلام اما مقصوداً أو تبعا لامه ولان العتق قبض من المعتق فباثباته العتق أو التدبير يثبت أن اليد له وبينة ذى اليد تترجح فى اثبات الملك من وقت الولادة ألا ترى أنه لو كان فى يد غيرهما فأقام كل واحد منهما البينة أنه عبده غير أن احدى البينتين شهدوا أنه دبره أو أعتقه البتة يقضى به له لانه بالتدبير والعتق يستحق الولاء والولاء كالنسب ولو كان فى احدى البينتين زيادة اثبات النسب ترجحت بذلك فكذلك الولاء ﴿قال﴾ صبي فى يدى رجلين ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه عبده فهو حر وابن الذى ادعاه لانه يقر له بالنسب والحرية واقراره فيما في يده صحيح وثبوت النسب والحرية في البعض ينفى الرق فيما بقى منه وان كان فى في أيديهما يتجاذبانه فمات من عملهما بعد هذه المقالة فالدية على عاقلتهما لأنهما قتلاه خطأ بعد ماحكم بحريته ونسبه لمدعى البنوة ويكون ذلك لاقرب الناس منه بعد الذي ادعي أنه ابنه لانه قاتل فيكون محروما عن الميراث واذا صار محروما كان كالميت واذا ادعى كل واحد منهما أنه عبده ولد عنده من هذه الامة لامة واحدة والامة فى يد أحدهما وهي مقرة بالملك له فالامة لمن هى فى يده والولد بينهما لان الاستحقاق باعتبار اليد وقد اختص أحدهما باليد فى الامة واستويا فى اليد فى الولد ﴿فان قيل﴾ لما ثبت الملك فى الامة لاحدهما والولد يتبع الام فى الملك فينبغي ان يقضى بالولد له ﴿قلنا﴾ ثبوت الملك له فى الامة باعتبار يده واليد حجة دافعة للاستحقاق لاموجبة له فلا يستحق به مافى يد الآخر من الولد وعلى هذا لو كان

الصبي في يد أحدهما والام في يد الآخر فلكل واحد منهما مافي يده على مابينا قال أرأيت لو كانت جدته في يد الآخر أكان يدفع الى الصبي من كانت جدته في يده هذا بعيد ﴿قال﴾ واذا كان الصبي في يد رجل فاعتقه ثم جاء آخر يدعي أنه عبده ويقيم البينة على ذلك فانه يقضى به لان اليد لاتعارض البينة بل تبين بهذه البينة ان ذا اليد أعتق ملك غيره الا أن يقيم المعتق البينة انه كان له ولد عنده أو أعتقه فحينئذ تترجح بينته لما قلنا ﴿ قال ﴾ واذا كان العبد في يد رجل فدبره أو أعتقه ثم أقام الآخر البينة أنه له وأقام ذو اليد البينة أنه له أعتقه أو دبره فهو أولى لانه يثبت زيادة العتق واستحقاق الولاء ولان حجة ذي اليد في الحقيقة للعبد فانه يثبت به حريته وولاءه والولاء كالنسب فكانه هو الذي يقيم البينة على ذلك ﴿ قال ﴾ واذا كان الصبي في يد رجل فباعه من رجل ثم ادعي أنه كان دبره أو أعتقه قبل البيع لم يصدق على ذلك لانه متناقض في دعواه ولانه يسعى في نقض ماقدتم به وهو البيع كذلك لو ادعى أنه ابنه ولم يكن العلوق به في ملكه لان هذا دعوة التحرير ودعوة التحرير لاتصح كالاعتاق من غير المالك الا أن يكون العلوق به في ملكه فيصدق على النسب حينئذ فيفسخ البيع فيه لان حق استحقاق النسب يثبت له بالعلوق في ملكه ولم يبطل ذلك بالبيع لان البيع دونه في احتمال النقض وهذه زفرية موضعها كتاب البيوع والدعوى وان لم يكن شئ من ذلك ولكن الصبي أدرك فاقام البينة أنه حر عتق ولا شئ عليه لانه أثبت حريته بالحجة وانما يرجع المشترى بالثمن على البائع فان كان كبيراً مقراً بالملك وأمر المشترى أن يشتريه وأخبره أنه عبد للبائع فاشتراه ثم أقام البينة انه حر عتق لانا قد بينا أن التناقض لا يمنعه من اثبات حرية الاصل بالبينة كما لا يمنعه من اثبات النسب لان حرية الاصل لا ناقض لها فان لم يقدر المشترى على الذى باعه كان له أن يرجع على العبد بالثمن الذى أداه الى البائع لانه مغرور من جهته حين أقر بالملك وأمره أن يشتريه وصحة البيع كان بقوله فانه لو قال أنا حر ما كان يشتريه أحد ولا يصح البيع فيه والغرور متى تمكن في عقد المعاوضة فهو مثبت حق الرجوع للمغرور على الغار وصار كأنه التزم للمشترى سلامة نفسه أو رد الثمن عليه الا أن البائع اذا كان حاضراً فرجوعه على البائع لانه هو الذى قبض الثمن حقيقة والمشترى سلمه اليه مختاراً فاذا تعذر الرجوع عليه بعينه كان له أن يرجع على العبد ليندفع الضرر عنه ثم يرجع العبد بذلك على البائع لانه يقوم مقام المشترى

في الرجوع عليه حين ضمن له بالثمن وان كان المشتري أقر بحريته عتق باقراره وولاؤه موقوف ولا يرجع بالثمن على البائع ولا على العبد لان اقراره ليس بحجة عليهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ما لا يثبت النسب فيه من أم الولد

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا زوج الرجل أمته من عبده فولدت ولداً فادعاه المولى لم يثبت نسبه منه لان نسبه ثابت من العبد بالفراش فلا يثبت من غيره ولكنه يعتق عليه وتصير الجارية أم ولده لما ذكرنا قبل هذا واذا استولد الرجل جارية غيره وادعي شبهة بشراء أو غيره وكذبه مولاها لم يثبت نسبه لان بمجرد دعواه لم يثبت له شبهة فى المحل فى حق مولاها حين عارضه بالتكذيب وثبوت النسب ينبني على وجود الشبهة في المحل فان ملكه يوما ثبت نسبه منه لان الشبهة فى المحل في حقه تثبت بقوله فان خبره محمول على الصدق فى حقه الا أنه امتنع العمل به للمعارضة من مولاها وحق المعارضة كان له باعتبار ملكه فاذا زال ذلك سقطت معارضته وخلص الحق للمدعى حين ملكه فيثبت النسب منه كما لو وجد الاقرار فى الحال وان أعتقه مالكه فهو مولاه ولا يثبت نسبه من المدعى الا أن يصدقه الغلام فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق في نسبه خلص له وقد تقرر بالتصديق منه وليس فى ثبوت نسبه تعرض للولاء الثابت للمولى اذ لا منافاة بينهما ﴿فان قيل﴾ قبل العتق ليس فى اثبات النسب أيضا تعرض للملك الثابت للمولى ﴿قلنا﴾ نعم ولكن النسب لا يثبت الا بحجة ومجرد الدعوى مع قيام المعارضة لا يكون حجة فأما دعواه عند تصديق الغلام بنفوذ العتق يكون حجة ﴿قال﴾ واذا استولد الاب جارية ولده غصبا والولد صغير أو كبير مسلم أو ذمى أو مستأمن أو مرتد وقد علم الاب أنها عليه حرام وادعاه بعد الولادة ثبت نسبه منه كذبه الولد فى ذلك أو صدقه وهو ضامن لقيمتها وهى أم ولد له ولا عقر عليه أما سقوط الحد عنه مع العلم بالحرمة فللتأويل الثابت له فى مال الولد بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وأما ثبوت النسب منه فلان حق التملك له في مال ولده عند حاجته ثابت الا أن ما كان من أصول الحوائج كالنفقة يتملك بغير عوض وفيما دون ذلك يتملك بعوض وهو محتاج هنا الى صيانة مائه عن الضياع فيتملكها بضمان القيمة سابقا على الاستيلاد وقد بينا

فروع هذه المسألة فيما أمليناه من شرح الدعوى والفرق بينهما اذا كان الولد كافراً والوالد مسلماً أو على عكس ذلك وما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان حكمه كحكم المغرور وبينا فى كتاب النكاح أيضاً ان الأب لو كان تزوجها باذنه أو بغير اذنه بنكاح صحيح أو فاسد والاب حر أو عبد لم تصر أم ولد له لانه مستغن عن تملكها فى ثبوت نسب ولده فان شبهة النكاح تكفي لذلك وفي الكتاب قال هذا والأول سواء فى القياس يعنى لا يتملكها ولكن يثبت النسب باعتبار الغرور كما استقر عليه قول أبي يوسف غير أنى أخذت فى الاول بالاستحسان يعنى أن تملكها عليه بضمان القيمة بهذا السبب نوع استحسان لتحقق صيانة مائه ولاثبات حرية الاصل للولد وحق أمية الولد لها ﴿ قال ﴾ ولو ولدت أمة الرجل ولداً وأدعاه المولى وأبوه معا فالمولى أحق به لان صحة دعوته باعتبار حقيقة الملك وصحة دعوة الاب باعتبار تأويل الملك وتأويل الملك لا يعارض حقيقة الملك ثم دعوة الولد تمنع الاب من ان يتملك الجارية بدعوته وبدون هذا الشرط لا يصح استيلاده ولا يثبت النسب منه ﴿ قال ﴾ واذا وطئ الرجل أمة لمكاتبه فولدت ولداً فادعاه وصدقه المكاتب فهو ولده بالقيمة وعليه العقر لان له حق التملك فى كسب العبد المكاتب وذلك بمنزلة المغرور أو أقوى منه فكما يثبت النسب هناك ويكون الولد حراً بالقيمة وعليه العقر فكذلك هنا الا أنه اعتبر تصديق المكاتب لان المولى حجر على نفسه التصرف في كسب المكاتب والدعوة تصرف فلا ينفذ الا بتصديق المكاتب بخلاف الاب فانه ماحجر على نفسه التصرف فى مال الولد عند الحاجة فلا يحتاج الى تصديق الولد ثم عند التصديق فى المكاتب لا تصير الجارية أم ولد له لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أن بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية يوضحه أنه ليس للمولى حق التملك فى كسب المكاتب عند الحاجة وللاب ذلك فى ملك الولد فاذا ملك المولى الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا أن بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه ﴿ قال ﴾ وان وطئ مكاتبة مكاتبه فولدت ولداً فادعاه وصدقته المكاتبة

الاخيرة فهو ابنه لانها بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها وولدها فتصديقها في هذه الحالة كتصديق المكاتب حين كانت أمة له فيثبت النسب وعليه العقر لها لانه وطئها بعد ماصارت أحق بنفسها والغلام بمنزلة أمه داخل في كتابتها بخلاف الاول فالغلام هناك حر بالقيمة لان سبب بعدها من المولى هناك واحد وقد تعدد هنا سبب بعدها من المولى فان الكتابة الثانية توجب بعدها من المولى كالاولى فيمنع تعدد أسباب البعد ثبوت الحرية للولد توضيحه أنه لو جعل الولد هنا حراً كان حراً بغير قيمة لانه لا يمكن ايجاب القيمة للام فانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها ولا يمكن ايجاب القيمة هنا للمكاتب لانه لا حق له في نفسها ولا في ولدها بعد ما كاتبها ولا يمكن اثبات الحرية بغير قيمة لانها ربما تعجز فتخلص للمكاتب وحقه فيها وفي ولدها مرعى فلهذا لا يحكم بحرية الولد هنا وفي الاول اثبات الحرية بالقيمة ممكن فلهذا أثبتناه فان عجزت هي أخذ المولى الولد بالقيمة لان الكتابة الثانية انفسخت فكأنها لم تكن وان كانت كذبته لم يثبت النسب منه وان عجزت لانعدام الدليل الموجب لصحة الدعوي وهو التصديق ممن الحق له الا أن يملكه فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق خلص له فكأنه جدد الدعوة الآن ﴿قال﴾ وان ادعى ولد جارية امرأته أو أحد أبويه لم يثبت النسب منه بحال لان ثبوت النسب باعتبار الشبهة في المحل وقد انعدم الا أنه اذا قال ظننت أنها تحل لي يدرأ عنه الحد وان قال علمت بالحرمة يلزمه الحد لان الشبهة من حيث الاشتباه وهو انه ظن بعض ما يظن مثله فانه قال لما كانت المرأة حلالا لي فكذلك جاريتها ولما كانت جارية الاب حلالا له فكذلك لي لاني جزء منه وشبهة الاشتباه معتبرة في اسقاط العقوبة في حق من تشتبه عليه ولكن لا يعتبر في اثبات النسب فاذا ملكه يوما عتق ولم يثبت نسبه منه وان ملك أمه لم تصر أم ولد له بمنزلة مالو استولد جارية الغير بالزنا الا أن يدعى شبهة نكاح فحينئذ اذا ملكها مع الولد يثبت النسب منه وتصير أم ولد له ﴿قال﴾ واذا وطئ الرجل جارية رجل فقال احلها لي والولد ولدي وصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لا يثبت النسب منه لان الاحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين فلا يثبت به شبهة في حق المحل في حق مولاها ويكون تكذيبه اياه في الدعوة معارضا مانعا من صحة دعوته فلا يثبت نسبه منه وان ملكه يوما ثبت نسبه منه بسقوط المعارضة بالدعوة وهو بناء على

الاستحسان الذى بيناه فى كتاب الدعوي أن المولى اذا صدقه فى الاحلال والدعوة جميعاً يثبت النسب منه استحسانا لان التزويج ليس بموجب للزوج الا ملك الحل والتمكن من الوطء شرعا والاحلال تمكين من ذلك حساً وفى غير هذا المحل من الطعام وغيره الاحلال يكون مثبتاً حل التناول فيصير ذلك شبهة فى اثبات النسب ولكنها شبهة ضعيفة جداً فلا بد من أن ينضم اليه التصديق من المولى بأن الولد ولده أو خلوص الملك فى الولد للمدعى فان ذلك أقوى من تصديق المولى فلهذا ثبت نسبه منه وان ملك أمه كانت أم ولد له وكذلك عند تصديق المولى يثبت النسب منه وهو عبد لمولاه وكذلك الجواب في جارية الزوجة والابوين اذا ادعى أن مولاها أحلها لى الا أن هناك متى ثبت النسب بالتصديق عتق لقرابته من المولى أبا كان أو أما ﴿ قال ﴾ واذا كانت الامة وولدها فى يد رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشتراها منه ونقد الثمن وقبضها فولدت له هذا الولد فان علم الاول منهما فالجارية وولدها له لانه أثبت الحق لنفسه في وقت لا ينازعه أحد فيه وان لم يعلم فالجارية أم ولد لهما والولد ولدهما لتحقق المساواة بينهما فى سبب الملك وفي نسب الولد وفى حق أمية الولد للأم وان كانت فى يدى أحدهما فهو أحق بها لان شراءه متأيد بالقبض وشراء الآخر متجرد عن القبض وعند تعارض البينتين يترجح القابض منهما الا أن يقيم الآخر البينة انه الاول فحينئذ يكون أسبق التاريخين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المدبر

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن التدبير عبارة عن العتق الموقع فى المملوك بعد موت المالك عن دبر منه مأخوذ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه وصورة المدبر أن يتعلق عتقه بمطلق موت المولى كما يتعلق عتق أم الولد به ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه إن المدبر يعتق من جميع المال كأم الولد وهو قول حماد رضى الله تعالى عنه واحدي الروايتين عن ابراهيم رحمه الله تعالى ولكنا لا نأخذ بهذا وانما نأخذ بقول علىّ وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وابن سيرين رضوان الله عليهم أجمعين أنه يعتق من الثلث لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم جعل المدبر

من الثلث ولان التدبير خلافة بعد الموت فيتقدر بقدر حقه بعد الموت وحق المولى بعد الموت في ثلث ماله فيعتبر خلافته فى هذا المقدار فيكون من ثلثه كسائر الوصايا وفى أم الولد انما يعتق من جميع المال لسقوط قيمة ماليتها على ما قررنا أن الاحراز بعد الاستيلاد لقصد ملك المتعة لا لقصد المالية وبدون الاحراز لا تثبت المالية والتقوم وهذا المعنى لا يتقرر بالتدبير فان التدبير ليس بقصد الى الاحراز لملك المتعة فيبقى الاحراز بعده للتمول واذا بقى ما لا متقوما كان معتبراً من ثلثه وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى انه لا يجوز بيع المدبر وقال الشافعى رحمه الله تعالى يجوز بيعه لحديث عطاء أن رجلا دبر عبداً له ثم احتاج الى ثمنه فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل يقال له نعيم بن النحام بثمانمائة درهم وعن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها دبرت أمة لها فسحرتها وعلمت بذلك فقالت ماحملك على ما صنعت فقالت حب العتاق فباعتها من أسوأ الناس ملكة والمعنى فيه أن التدبير تعليق العتق بالشرط وذلك لا يمنع جواز البيع كما لو علقه بشرط آخر من دخول الدار أو مجىء رأس الشهر والتدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال بعد الموت والوصية لا تمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان وهذا لان الوصية ايجاب بعد الموت فتمنع الاضافة بثبوت حكم الوجوب فى الحال ﴿ وحجتنا ﴾ حديث نافع عن ابن عمر رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من الثلث وتأويل حديث عطاء مانقل عن أبى جعفر محمد بن على رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال انما باع خدمة المدبر لا رقبته يعني به أنه أجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة أو يحتمل أنه كان مدبراً مقيداً أو كان فى وقت كان بيع الحر جائزاً على ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم انتسخ ذلك الحكم وعن زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله تعالى عنهما قالا لا يباع المدبر وما نقل عن عائشة رضى الله تعالى عنها محمول على المدبر المقيد ليكون جمعاً بينهما والمعني فيه أنه مملوك تعلق عتقه بمطلق موت سيده فلا يجوز بيعه كام الولد ودليل الوصف ان التعلق حكم التعليق وانما يتعلق بما به علق السيد وهو انما علقه بمطلق الموت وتأثيره ان الموت كائن لا محالة وهو سبب للخلافة ألا ترى أن الوارث يخلف المورث فى تركته بعد موته فهو بهذا التعليق يكون مثبتا للمملوك فى الحال الخلافة في رقبته بعد موته فيكون ايجاباً فى ثانى الحال باعتبار وجود سببه على وجه يصير محجوراً

عن ابطاله كما ان الموت لما كان موجبا الخلافة للوارث فى تركته وسببه المرض ثبت نوع حق لهم بهذا السبب على وجه يصير المريض محجوراً عن التبرع وهـذه الخلافة في العتق الذى لا يحتمل الابطال بعد ثبوته فيتقوى هذا السبب من وجهين أحـدهما أن المتعلق به مما لايحتمل الابطال والثانى ان التعليق بما هو كائن لامحالة وهو موجب للخلافة ولهذه القوة قلنا لا يحتمل الابطال والفسـخ بالرجوع عنـه بخلاف ما يقوله الشافعى رحمـه الله تعالى فى بعض أقاويله وهو ضعيف جداً بأن تعليق العتق بسائر الشروط يحتمـل الفسخ فهـذا الشرط أولى ولهذه القوة يجب حق الحرية له فى الحال على وجه يمنع بيعه ويثبت استحقاق الولاء للمولى على وجه لايجوز ابطاله بخلاف التعليق بسائر الشروط فان دخول الدار ونحو ذلك ليس بكائن لامحالة والتدبير المقيـد وهو قوله ان مت من مرضى هـذا ليس بكائن لامحالة أيضاً والتعليق بمجيء رأس الشهر فان ذلك ليس بسبب موجب للخلافـة وكذلك الوصية برقبتـه لغيره فان ذلك تمليك يحتمل الابطال بعـد ثبوته فلا يجب به الحق بنفسه وتقرر بهذا التحقيق ان المدبر في معني أم الولد الا ان هناك معنيين تعلق بأحدهما وجوب حق الحرية فى الحال وبالآخر سقوط المالية والتقوم ثم وجـد أحـد المعنيـين ههنا دون الآخر فيتعـدى بذلك المعنى حكم ثبوت حق الحرية الى المدبر ولا يتعـدى حكم سقوط المالية والتقوم لانعدام معناه هنا فلهذا كان معتبرا من الثلث على هذا نقول ولد المدبرة يكون مـدبراً لانه وجب حق الحرية لها فى الحال فيسري الى الولد كالاستيلاد وهو دليلنا على الشافعى وبعض أصحابه يمنعون سرايته الى الولد وهو ضعيف جداً لانه مخالف لقول الصحابة والتابعين وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه ولد المدبرة مثـل أمـه وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبـد يباع وما ولدته بعـد التدبير فهو مثلها لايباع وعن شريح وسعيد بن المسيب وقتادة وجماعة منهم رضوان الله عليهم أجمـعين انهم قالوا ولد المدبرة مدبر اذا عرفنا هذا فنقول رجل قال لمملوكه أنت حر بعد موتي أو اذا مت أو ان مت أو متى مت أو اذا حـدث بى حـدث فهذا كله واحـد وهو مدبر لانه علق عتقـه بمطلق موته فانه وان أطلق الحـدث فالمراد به الموت عادة وكذلك لو قال أنت حر يوم أموت لانه قرن باليوم ما لا يمتد ولا يختص بأحـد الوقتين فيكون عبارة عن الوقت فكأنه قال أنت حر وقت موتى فان نوى باليوم النهار دون الليل صحت

نيته

نيته لانه نوى حقيقة كلامه ثم لا يكون مدبراً لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار وربما يموت بالليل فلهذا لا يكون مدبراً ولو قال ان حدث بي حدث في مرضي هذا أو سفري هذا فأنت حر لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض وفقه هذا الكلام انا انما نوجب حق الحرية بالتدبير في الحال بناء على قصده القربة بطريق الخلافة وهذا القصد منه ينعدم اذا علقه بموت بصفة لان القصد الى القربة لا يختلف بالموت من ذلك المرض أو من غيره فلا نعدام هذا القصد لم يكن مدبراً بخلاف ما اذا علقه بمطلق الموت فان القصد الى ايجاب القربة هناك متحقق حين علقه بما هو كائن لا محالة ولكن ان مات كما قال عتق من ثلثه لان التعليق بالشرط صحيح مع انعدام القصد الى ايجاب القربة واذا وجد الشرط عتق من ثلثه وان برئ من مرضه أو رجع من سفره ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق عتقه به قد انعدم واذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبراً لان موت فلان ليس بسبب للخلافة في حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة فاذا لم يوجد ذلك لم يكن مدبراً والى هذا أشار فقال ألا ترى أن فلانا لو مات والمولى حي عتق العبد ولا خلافة قبل موته ولو مات المولى وذلك الرجل حي صار العبد ميراثا للورثة فكيف يكون مدبراً وتجرى فيه سهام الورثة وكذلك ان قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو بعد موت فلان وموتي فهذا لا يكون مدبراً لانه ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى فحسب وانما تعلق بموتين فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم وصار ميراثا للورثة فكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبراً عندنا وليس له أن يبيعه وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يكون مدبراً لانه ما تعلق عتقه بموت المولى فحسب انما تعلق بموتين كما علقه المولى فكان موت المولى بعد موت فلان متمما للشرط لانه كمال الشرط. وهذا على أصل زفر رحمه الله تعالى مستقيم فانه يجعل كل جزء من الشرط معتبراً حتى اعتبر وجود الملك عند وجود بعض الشرط على ما بينا في الطلاق ولكنا نقول بعد موت فلان تعلق عتقه بمطلق موت المولى حتى أنه متى مات عتق وصورة المدبر هذا فكان مدبراً كما لو قال له اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا كان مدبراً فكذلك هنا قال وان قال انت حر بعد موتي ان شئت لم يصر مدبراً

لانه ماتعلق عتقه بمطلق موت المولى بل به ومشيئته ثم قول المولى ان شئت محتمل يجوز ان يكون مراده المشيئة فى الحال ويجوز ان يكون مراده المشيئة بعد الموت فينوى فى ذلك فان نوى بالمشيئة الساعة فشاء العبد فهو حر بعد موته من الثلث لان شرط المشيئة لما وجد من العبد في المجلس يصير عتقه متعلقا بمطلق موت المولى بعده فيكون مدبراً وان كان نوى بالمشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول الصحيح أن لا يعتق هنا مالم يعتقه الوارث أو الوصى لانه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد ذلك الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وجعل هذا نظير مالو قال له أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق من الوارث أو الوصى بعد شهر هكذا ذكره ابن سماعة فى نوادره ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في المجلس بعد موت المولى كما يتقيد بهذا اللفظ مشيئته بالمجلس فى حال حياته وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يتوقت بالمجلس لان هذا فى معني الوصية ولا يشترط فى لزوم الوصية القبول في المجلس بعد الموت ولو قال أنت حر بعد موتى بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لان عتقه ماتعلق بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتي يعتقه الورثة وهذا يؤيد ماذكره أبو بكر الرازى وقد بينا المعنى فيه ومن أصحابنا من فرق بين هذا وبين الاول فقال لما أخر العتق عن موته بزمان ممتد فى يوم أو شهر وملك الوارث يتقرر فى ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق مالم يعتقه واما فى مسئلة المشيئة تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تقع الحاجة الي اعتاق الوارث إياه وكذلك لو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتي بيوم فهذا وما أوجب للمملوك بعينه سواء لما بينا ولو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى فما كان فى ملكه حين قال هذه المقالة فهو مدبر لانه تعلق عتقه بموت المولى وما دخل فى ملكه بعد ذلك لم يصر مدبراً ولكن ان مات وهو فى ملكه عتق من ثلثه مع المدبرين وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتناول هذا اللفظ ما يستحدث الملك فيه وكذلك لو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى أو كل مملوك أملكه اذا مت فهو حر فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول التعليق معتبر بالتنجيز ولو نجز العتق بهذا اللفظ لم يتناول العتق الا ما هو مملوك له فى الحال فكذلك اذا علق بالموت

وهـذا في قوله كل مملوك لى ظاهر لانه سمى ما هو مضاف اليـه فى الحال وكذلك في قوله كل مملوك أملكه فان أهـل اللغـة يقولون المراد بهـذا اللفظ الحال واذا أريد به الاستقبال يقيد بالسـين أو سوف فيقال سأملكه أو سوف أملكه والدليل عليـه أن ما يستحدث الملك فيه لا يصير مدبراً بالاتفاق ولو تناوله هذا اللفظ لصار مدبراً كالموجود فى ملكه وهما يقولان عاق عتق ما يملكه فيتناول ما مملوك له عند الموت والذى استحدث الملك فيه مملوك له عند الموت كالموجود فى ملكه وهـذا لان الاضافة الى ما بعـد الموت وصية وفى الوصية اذا لم يوجد التعيين من الموصى عند الايصاء يعتبر وجوده عند الموت كما لوأوصى بثلث ماله لانسان يتناول هذا مايكون ماله عند الموت فهذا مثله الا أن التدبير ايجاب العتق كما قررنا فلا يصح الا بالملك أو مضافا الى الملك ففي حق الموجودين في ملكه وجد الملك فيصح ايجاب حق العتق لهم وفى حق الذين يسـتحدث الملك فيهم لم يوجد الايجاب فى الملك ولا الاضافة الى الملك انمـا وجدت الاضافة الى الموت فلم يوجـد لهم حق العتق بنفس الملك لانه لا يدرى بقاؤهم فى ملكه الى وقت الموت وباعتبار ذلك يتناولهم كلامه فلهـذا كان له أن يبيعهم واذا لم يبعهم حتي مات نفذتنا ولهم وصيته فيعتقون من الثلث لهذا

﴿ قال ﴾ وللمولى أن يؤاجر المدبرة ويستغلها ويطأها ويزوجها ومهرها له كأم الولد لانهما باقيتان على ملكه بعـد ماثبت لهما حق العتق وانما يمنع من التصرف المبطل لحقهـما دون التصرف الذى لا يبطل حقهما كمن زوج أمته من رجل له أن يبيعها لانه غير مبطل لحق الزوج وليس له أن يطأها ولا يزوجها من غيره فهنا الهبة والبيع مبطل لحقهما فيمنع المولى من ذلك وسائر التصرفات ليس بمبطل لحقهما فلا يمنع منه وليس له أن يرهنهما لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المـالية ولا مالية فى أم الولد واستيفاء الدين من مالية المدبر غـير ممكن لان استيفاء الدين من المـالية يكون بطريق البيع وهى ليست بمحـل للبيع

﴿ قال ﴾ وجناية المدبر على مولاه فيما بينه وبين قيمته لان بالتدبير السابق منع الدفع على وجـه لم يصر مختاراً للفداء وليس عليه فى جنايته الا قيمة واحـدة وان كان بعضها بمباشرة وبعضها بتسبب لانه مامنع الا رقبة واحدة وأما غرم المستهلكات فدين في رقبته ويسعى فيه وقد بينا نظيره فى أم الولد وفى الجناية على المدبر مافي الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير

﴿ قال ﴾ واذا قال لعبده أنت مدبر أوقال قددبرتك فهو كما قال لان هذا اللفظ صريح فلا فرق

بين أن يذكره بصيغة الانشاء أو بصيغة الوصف ﴿ قال ﴾ أرأيت لو كان أعجميا لا يفصح بالتدبير فقال هذه المقالة أما يكون مدبراً فهذه اشارة الى أن هذا اللفظ لكثرة الاستعمال في حكم المعلوم لكل واحد وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر في الحال وجعل هذا وقوله أنت حر بعد موتى سواء لكثرة استعمال هذا اللفظ لهذا المقصود ﴿ وقال ﴾ وتدبير الصبي والمجنون باطل اطلقا أو اضافا الى ما بعد البلوغ والافاقة لان حقيقة الاعتاق منهما باطلة فايجاب حق الحرية بالقول كذلك وللشافعي رضى الله عنه قول أن تدبير الصبي صحيح لان التدبير عنده وصية وهو يجوز وصية الصبي بما هو قربة لان نفوذه يكون بعد وقوع الاستغناء له فيه وفي حديث شريح رضى الله عنه أنه جوز وصية غلام يفع وهذا ضعيف لان الوصية تبرع وقول الصبي في التبرعات هدر وقد تناقض مذهب الشافعي رضى الله عنه في هذا فانه لا يصحح اسلامه وقبوله الهبة والصدقة مع أن ذلك محض منفعة له فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما وأما المكاتب فاعتاقه وتدبيره باطل لان نفوذهما يستدعي حقيقة الملك في المحل وليس للمكاتب حقيقة الملك في كسبه ﴿ قال ﴾ واذا قال العبد أو المكاتب اذا عتقت فكل مملوك أملكه بعد ما أعتق فهو حر ثم عتق فملك مملوكا فهو حر لانه مخاطب له قول ملزم في حق نفسه وقد صرح باضافة العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فتصح اضافته ويكون عند وجود الملك كالمنجز له ﴿ وقال ﴾ ولو قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل أو الى خمسين سنة فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لم يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق لان له في المستقبل نوعي ملك ملك لا يقبل العتق وهو حال قيام الكتابة وملك يقبل العتق وهو ما بعد عتقه فينصرف مطلق لفظه اليهما ويصير كالمنجز عند وجود حقيقة الملك كما في المسألة الاولى وقاسا هذا بالحر اذا قال كل مملوك اشتريه فهو حر فانه يتناول مايشتريه لنفسه لا ما يشتريه لغيره حتى يعتق مايشتريه لنفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول ملكه في حال قيام الكتابة ملك مجاز وبعد العتق حقيقة ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز جميعا لان المجاز مستعار والحقيقة غير مستعارة وكما لا يتصور أن يكون الثوب الواحد على انسان ملكا وعارية في حالة واحدة فكذلك لا يتصور الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد والمجاز هنا مراد بالاتفاق حتى لو قال اذا ملكت مملوكا فيما استقبل فملك في حال قيام الكتابة يحل يمينه به

فاذا صار المجاز من مرادا تنحى الحقيقة وهذا المجاز مستعمل ورد الشرع به فى قوله من باع عبداً وله مال وهذا بخلاف الشراء فان الشراء للغير ليس بمجاز بل هو حقيقة كالشراء لنفسه فيما يرجع الى أحكام العقد ولان الاعتاق يستدعى أهلية المعتق والمحلية في المعتق ثم لو انعدمت المحلية لم يصح الايجاب الا مضافا الى الملك أو سببه فكذلك اذا انعدمت الاهلية فى الحال لا يصح الايجاب الا مضافا الى حالة الاهلية صريحا وهو ما بعد العتق فاذا لم يوجد ذلك في الفصل الثانى لم يكن كلامه ايجابا للعتق ﴿قال﴾ واذا قال لامة الغير اذا ملكتك فأنت مدبرة فولدت له ولداً ثم اشتراها فالام مدبرة دون الولد وكذلك العتق المنجز لان العتق والتدبير انما يصل اليهما بعد الملك وقد انفصل الولد قبل ذلك ولا سراية الى المنفصل ﴿قال﴾ ولو قال لرجل دبر عبدي فأعتقه فهو باطل لانه خالف ما أمره به فكان مبتدئا لا ممتثلا ﴿قال﴾ ولو قال لصبي أو مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة وقد تقدم نظيره في العتق والطلاق ﴿قال﴾ وان جعل أمر عبده في التدبير الى رجلين فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف ما لو قال دبرا عبدى هذا فدبره أحدهما جاز لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك في الفصل الاول ﴿قال﴾ واذا اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير وقالت هى ولدته بعد التدبير فالقول قول المولي لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعت ذلك لنفسها كان القول قول المولى اذا أنكر فكذلك اذا ادعت لولدها فالقول قول المولى مع يمينه والبينة بينة المدبرة لما فيها من زيادة اثبات حق العتق لها ﴿قال﴾ وعتق المدبر محسوب من ثلث المال بعد الدين حتى اذا كان عليه دين يحيط بماله فعلي المدبر السعاية فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته والعتق لا يمكن رده فكان الرد بايجاب السعاية وان لم يكن عليه دين فهو حر من ثلث ماله يوم يموت المولى ويستوى ان كان دبره في صحته أو فى مرضه لان زوال المالية بالعتق بعد الموت بالتدبير السابق فلهذا اعتبر من ثلث ماله يوم يموت ﴿قال﴾ ولو دبر عبده ثم جن ثم مات فهو حر من ثلثه لان التدبير قد صح فى حال قيام عقله فلا يبطل بجنونه وكذلك لو قال يوم أدخل الدار فعبدى هذا مدبر ثم جن فدخل الدار فهو مدبر بالكلام السابق لان ذلك قد صح منه في حال افاقته وذكر فى اختلاف زفر

ويعقوب رحمهما الله تعالى اذا قال لعبده اذا مت أو قتلت فأنت حر على قول زفر رحمه الله تعالى يكون مدبراً لان عتقه تعلق بمطلق موت المولى حتى يعتق اذا مات على أى وجه مات وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون مدبراً لانه علق بأحد الشيئين الموت أو القتل فان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد شيئين يمنع أن يكون عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا قال لعبده اذا مت وغسلت فأنت حر لايكون مدبرا لانه علقه بالموت وبشئ آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لايعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفى الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من ثلثه بخلاف دخول الدار فذلك لايتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب تدبير العبد بين اثنين

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه عبد بين اثنين دبره أحدهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتدبر نصيبه خاصة لان التدبير يحتمل التجزى عنده ثم ان كان المدبر موسراً فللآخر خمس خيارات ان شاء دبر نصيبه لقيام ملكه في نصيبه واذا فعل ذلك صار مدبراً بينهما وان شاء أعتق نصيبه لقيام ملكه في نصيبه أيضا وان شاء استسعى لان نصيبه صار كالمحتبس عند المدبر حيث تعذر عليه التصرف فى نصيبه بالبيع وغيره وان شاء ضمن صاحبه لانه أفسد عليه نصيبه وهو موسر كما لو أعتقه وان شاء تركه على حاله لان الملك للمدبر باق في نصيبه فيتمكن الشريك من استدامة الملك في نصيبه أيضاً بخلاف ما بعد عتق أحد الشريكين وان كان المدبر معسراً فليس للساكت حق التضمين وله الخيار بين الاشياء الاربعة كما قلنا فان أعتق الساكت نصيبه وهو موسر فللمدبر الخيار ان شاء ضمنه نصف قيمته مدبراً وان شاء استسعى الغلام فى ذلك وان شاء أعتق لانه بعد التدبير كان متمكنا من استدامة الملك فى نصيبه وقد أفسد عليه صاحبه ذلك باعتاق نصيبه فله أن يضمنه ان كان موسراً ويرجع هو بما ضمن على الغلام وأى ذلك اختار فالولاء بينهما لانه بالتدبير

السابق استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فهو وان ضمن شريكه بعد ذلك لم يتحول الملك فى نصيبه الى الشريك لان المدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ورجوع الضامن على الغلام باعتبار انه يقوم مقام من ضمنه لا باعتبار أنه يصير مالكا ولهذا كان الولاء بينهما وان لم يعتقه الثانى ولكن ضمن المدبر قيمة نصيبه صار الغلام كله للمدبر لان نصيب الشريك غير مدبر فيملكه بالضمان ويكون حاله كحال من دبر نصف عبده فهو مملوك له نصفه مدبر ونصفه غير مدبر وان لم يضمنه ولكن استسعاه فأدى اليه السعاية عتق نصيبه حكما بأداء السعاية فيكون المدبر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى فى قيمة نصيبه وليس له أن يضمن شريكه بخلاف مالو أعتقه لان الاستسعاء كان بسبب التدبير الموجود منه فهذا عتق حصل بسبب رضى المدبر به فلهذا لا يضمنه بهذا السبب واذا أعتقه ابتداء فلم يكن ذلك العتق بسبب التدبير الموجود فى المدبر فله أن يضمنه ان شاء وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا دبره أحدهما كان مدبراً كله ويضمن نصف قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً لان التدبير عندهما لا يتجزى فيصير المدبر متملكا نصيب شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن المدبر اذا كان معسراً فالمدبر يسعى في نصف قيمته سعاية ملك لا سعاية ضمان وفى هذا أشار الى الفرق بين التدبير والاستيلاد كما روينا في نظير هذا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن السعاية على أم الولد سعاية ضمان لانه لا يلزمها السعاية في ديون مولاها وأما السعاية على المدبر سعاية ملك على معنى أن كسبه مملوك للمولى فيكون مصروفا الى دينه ألا ترى ان عليه السعاية فى دين مولاه بعد الموت وليس ذلك على أم الولد قال ابن أبى ليلى اذا دبر أحدهما كان للآخر بيع حصته منه لانه لما ملك الآخر استدامة الملك فى نصيبه غير مدبر عرفنا أن التدبير لم يؤثر فى نصيبه فكان له أن يبيعه ولكنا نقول بالتدبير يجب حق العتق في بعضه في الحال وذلك مانع من بيعه كحقيقة العتق وقال ابن أبى ليلى أيضاً اذا دبر أحدهما ثم أعتق الآخر فالتدبير باطل والعتق جائز وهو بناء على أصله أن العتق لا يتجزأ فيبطل به تدبير المدبر فيضمن المعتق للمدبر ان كان موسراً ولكنا نقول المدبر استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فلا يبطل ذلك باعتاق الآخر ﴿ قال ﴾ أمة بين رجلين قالا جميعا لها أنت حرة بعد موتنا لم تصر مدبرة لان عتق نصيب كل واحد منهما ما تعلق بمطلق موته

بل تعلق بموتهما فكان هـذا بمنزلة مالو قال كل واحد منهما أنت حر بعـد موتى وموت فلان فلا يكون مدبراً ولكن اذا مات أحدهما صار نصيب الآخر مدبراً لانه يتعلق عتق نصيبه بمطلق موته الآن ونصيب الذى مات صار ميراثا لورثته لان شرط عتقه لم يتم بموته ثم الورثة بالخيار ان كان الشريك موسراً بين الاشياء الخمسة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة مالو أنشأ تدبير نصيبه فى الحال ﴿ فان قيـل ﴾ كيف يكون ضامنا وانما تدبر نصيبه بسبب كان ساعده عليه الميت وورثته في ذلك خلفاؤه ﴿قلنا﴾ نعم الورثة خلفاؤه فيما كان ثابتاً في حقه والتدبير لم يكن ثابتا فى نصيب واحد منهما قبل الموت وانما يثبت فى نصيب الحى بعد ما انتقل الملك فى نصيب الميت الى ورثتـه فلهـذا كان لهم أن يضمنوه ﴿ قال ﴾ مدبرة بين رجلين مات أحدهما عتق نصيبه منها وسعت للآخر فى قيمة نصيبه ولا ضمان له فى تركة الميت لان العتق حصل بسبب التدبير الذى رضيا به الا أن نصيبه بعد التدبير بقى مالا متقوما وقد احتبس عندها فتسعى له ﴿ قال ﴾ فان مات الآخر قبل أن تسعى له عتق نصيبه أيضا ان خرج من ثلثه وسقط عنه السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالي لان نصيبه كان ثابتاً على ملكه مالم تؤد السعاية فتعتق بموته من ثلثه وعندهما لا يسقط عنها السعاية لان عندهما العتق لا يتجزيء فقد عتق كلها بموت الاول والسعاية دين عليها فلا يسقط ذلك بموت المولى ﴿قال﴾ مدبرة بين رجلين ولدت ولداً فادعى أحدهما الولد ففي القياس لا يثبت نسبه منه لان نصيب الشريك من الولد مدبر وبالتدبير يجب حق العتق فلا يملك الآخر ابطاله بالدعوة ولانه تعذر اثبات الاستيلاد في نصيب الشريك لان نصيبه مدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولكنه استحسن فقال يثبت نسبه منه لان قيام ملكه فى النصف كاف لصحة دعوته والولد محتاج الى النسب ويكون عليه نصف العقر ونصف قيمته مدبراً بخلاف الامة القنة فان هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه منها من وقت العلوق فيعلق الولد حر الاصـل فلهذا لا يضمن قيمة الولد وهنا لا يصـير متملكا نصيب شريكه منها لانها مدبرة فيصير الولد مقصوداً بالاتلاف فيضمن قيمة نصيب شريكه منه مدبراً وكذلك لو ادعاه وهي حبلى فولدت كان القول فيه كذلك لان الجنين فى البطن محل للعتق واستحقاق النسب بالدعوة فهو كالمنفصل فان ولدته بعد ذلك ميتا فلا ضمان عليه فيه لانه لم تعرف حياته واتلاف صاحب الدعوة نصيب شريكه فلا يكون ضامنا وان ضرب

انسان بطنها فألقت جنينا ميتا بعد الدعوة لاقل من ستة أشهر فعلى الجانى نصف عشر قيمته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان غلاما وعشر قيمتها ان كانت جارية لأبي الولد لان النسب يثبت منه بالدعوة فلم يعتق نصيب الشريك منه وأرش الجنين المملوك هذا المقدار وعلى أب الولد نصف عشر قيمتها ان كانت جارية لشريكه وان كان غلاما فربع عشر قيمته لان حصة نصيبه من الارش هذا وباعتبار سلامة الارش لاب الولد يجب عليه الضمان اذ لا دليل على حياته الا ذلك فيتقدر الضمان بقدره لهذا وعليه نصف العقر لا قراره بوطئها والمدبرة على حالها فى خدمتها لهما فان ولدت ولداً آخر فادعاه أب الولد أيضاً فهو أبنه لما قلنا وعليه نصف قيمته مدبراً لاتلافه نصيب الشريك فيه مقصوداً بالدعوة وعليه نصف العقر أيضا من قبل الوطء الثانى لان نصيب الشريك منها باق على ملكه فوطؤه في ذلك القدر حصل فى غير ملكه وولاء الولد بينهما لان الولد انفصل مدبراً بينهما فاستحق كل واحد منهما ولاء نصيبه حتي انه ان جنى جناية كانت على عاقلتهما باعتبار الولاء الثابت لهما اذ لا منافاة بين النسب والولاء ولو ولدت آخر بعد ذلك فادعاه الشريك الآخر كان ابنه لقيام الملك له في نصفه وحاجته الي النسب فان نسب الولد الثانى لا يثبت من المدعى الاول قبل الدعوة لانها ما صارت فراشاً له ووطؤها حرام عليه لاجل الشركة فلهذا يثبت نسبه من الآخر وكان ضامنا لنصف العقر ونصف قيمته مدبرا وجوابه فى ضمان نصف العقر قولهم جميعا فاما في ضمان نصف القيمة فهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان نصيب المدعى الاول من الولد بمنزلة نصيبه من الام أم الولد ولا قيمة لرق أم الولد عند أبى حنيفة رحمه الله فلهذا لا يضمن الشريك بالدعوة له شيئاً من قيمة الولد عنده ثم الجارية صارت أم ولد بينهما لان كل واحد منهما استولدها فصح استيلادها فى نصيبه منها فاذا مات أحدهما عتقت ولا سعاية عليها للحى فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما تسعى له في نصف قيمتها وقد تقدم بيان هذا ﴿قال﴾ مدبرة بين اثنين ولدت ولداً فادعاه أحدهما ثم مات الآخر عتق نصيبه منها من ثلثه بالتدبير وعتق نصيب أب الولد من غير سعاية في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيبه صار أم ولد ولا سعاية على أم الولد عنده وان مات أب الولد عتق نصيبه من جميع المال بالاستيلاد وسعت للآخر فى نصف قيمتها مدبرة لان نصيب الآخر مدبر وليس بام الولد والمدبر يلزمه السعاية وبهذه المسئلة يتبين

ان الاستيلاد يحتمل التجزى عند أبي حنيفة رحمه الله ﴿قال﴾ مدبرة بين رجلين جاءت بولد فشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه ادعاه وأنكراه فالغلام حر لانهما تصادقا على أنه حر والحق لهما لا يعدوهما ولا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ من سعايته ويزعم أنه حر الاصل والجارية بينهما تخدمهما على حالها لانها كانت مدبرة بينهما وبقيت كذلك بعد اقرارهما فان مات أحدهما عتق نصيبه من ثلث ماله بالتدبير وسعت فى نصيب الآخر لان الاستيلاد لم يثبت بشهادة الذي مات فى نصيب الحى فانه كان منكرا لذلك وهذا بخلاف ما اذا كانت أمه غير مدبرة فان بعد موت أحدهما لا تسعى للآخر لان الآخر يتبرأ من سعايتها ويزعم انها أم ولد للشريك الميت قد عتقت بموته وحقه فى الضمان قبله فلهذا لا يستسعيها هناك ﴿قال﴾ جارية بين رجلين شهد أحدهما على صاحبه أنه دبرها وأنكر الآخر ذلك فقد دخلها بشهادته شئ حتى لا تباع ولا توهب ولا تمهر لان شهادة الشاهد في حقه يجعل كانه حق ولو كان التدبير من أحدهما معلوما لم يمكن بيعها بعد ذلك فكذلك اذا شهد به أحدهما وهو وشهادته عليه بالعتق سواء فى هذا الحكم فان مات الشاهد فهي بين ورثته وبين المشهود عليه كما كانت لان نصيب الشاهد ليس بمدبر على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى باتفاقهما فيخلفه ورثته فيه بعد موته فان مات المشهود عليه عتقت وسعت في جميع قيمتها لان الشاهد مقر بعتق نصيب المشهود عليه عند موته فيفسد رقها بزعمه ثم ورثة المشهود عليه يقولون الشاهد كاذب وقد تعذر استدامة الملك فيها عليه ﴿قلنا﴾ له أن يستسعيها فى قيمة نصيبها والشاهد يقول عتق نصيب شريكى بموته ولى حق استسعائها فى نصيبى فلهذا سعت فى جميع قيمتها بينهما وان شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير فهى بينهما كالمدبرة لاعتبار زعم كل واحد منهما فى حقه وايهما مات سعت فى جميع قيمتها لورثته وللحي لما بينا ان كل واحد منهما يدعي السعاية ويزعم أن نصيب شريكه عتق بموته أو باقرار شريكه ﴿قال﴾ واذا عتق أحد الشريكين العبد ثم دبره الآخر فتدبيره صحيح فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيبه باق على ملكه وتدبيره يكون ابراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية فيسعى له الغلام فى نصف قيمته مدبراً لان قدر نقصان التدبير حصل بمباشرته واكتسابه سبب استحقاق الولاء فلهذا يسعى له فى نصف قيمته مدبراً ﴿قال﴾ عبد بين ثلاثة نفر دبر أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر نصف نصيبه وهو غنى فقد ابرأ المدبر عن الضمان لانه

لو أعتق جميع نصيبه كان مبريًا له عن الضمان فكذلك اذا أعتق البعض اذ ليس له حق التضمين في بعض نصيبه دون البعض ثم يسعي له العبد فيما بقي من نصيبه لان نصيبه بمنزلة عبد كامل ومن أعتق بعض عبده فله أن يستسعيه فيما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال فيضمنه المدبر ان شاء ثلث قيمته مدبراً وان شاء استسعى الغلام فيه لانه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق بعض نصيبه فهو كما لو تعذر عليه استدامة الملك فيه باعتاق المعتق جميع نصيبه واما الثالث فله ان يضمن المدبر ان كان موسراً وليس له أن يضمن الثانى لان المدبر بالتدبير السابق قد اكتسب سبب الضمان للثالث على نفسه وصار نصيبه بحيث لا يحتمل الانتقال الا اليه بالضمان والسبب الموجود منه لا يحتمل الابطال لانه يثبت به استحقاق العتق والولاء فلا يبطل ذلك الحكم باعتاق الثانى فلهذا لا يكون له أن يضمن الثانى ولكن يضمن المدبر ويرجع به المدبر على العبد فيستسعيه في ذلك كما يستسعيه في نصيب نفسه لانه تملك على الثالث نصيبه بالضمان ﴿ قال ﴾ ولو لم يعتق الثانى حتى ضمن الثالث المدبر نصيبه ثم أعتقه الثانى وهو موسر كان للمدبر أن يضمنه ثلثي قيمته ثلث مدبر وثلث غير مدبر لا نه بالضمان يملك نصيب الثالث غير مدبر ثم صنع المعتق في الاعتاق وجد بعد ذلك فله أن يضمنه باعتبار هذا الصنع قيمة جميع نصيبه كل ثلث بصفته بخلاف ما سبق فان صنع المعتق هناك وجد قبل أن يتملك المدبر نصيب شريكه بالضمان فلهذا لا يكون له أن يضمنه قيمة نصيب الثالث باعتبار ذلك الصنع ثم يرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وذلك ثلثا قيمته وثلث الولاء للمعتق بقدر نصيبه الذى أعتق وثلثا الولاء للمدبر أما مقدار نصيبه وهو الثلث فلا اشكال فيه لا نه استحق ولاءه بالتدبير وأما نصيب الثالث فلأنه كان لا يحتمل الانتقال الا اليه وبعد النقل اليه لم ينتقل الى المعتق وان ضمنه ألا ترى أنه لم يكن للثالث حق تضمين المعتق ولو كان يجوز نقل هذا النصيب اليه بحال لكان له أن يضمنه واذا ظهر أنه غير محتمل للانتقال اليه فانما عتق على ملك المدبر فلهذا كان له ولاء الثلثين ألا ترى أنه لو كان بين اثنين فدبر أحدهما ثلث نصيبه وأعتق الآخر نصيبه كله وهو موسر كان للمدبر أن يضمن المعتق قيمته نصيبه وهو نصف قيمة العبد ثلثه مدبر وثلثاه غير مدبر ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان لأن حصة المدبر قد دخلها عتق حين دبر بعضه فلا ينتقل شئ من نصيبه الى المعتق بالضمان فكذلك ما سبق واذا قال ان ملكت شيئاً من هذا العبد

فهو حر بعد موتي ثم ملكه مع آخر صار نصيبه منه مدبرا لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولم يكن لشريكه أن يضمنه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى والتدبير في هذا وتنجيز العتق سواء وهذا فرع ما تقدم من اختلافهم فى رجلين اشتريا عبداً وهو قريب أحدهما كان أبو بكر الرازى يقول هـذا غلط فان الملك هنا شرط العتق لا علته ومباشرة أحد الشريكين للشرط لا يسقط حقه في الضمان كما فى مسألة ضرب السوط فمعاونته على تحصيل الشرط أو رضاه به كيف يكون مسقطا ولكنا نقول ما ذكره فى الكتاب صحيح وهـذا شرط فى معني السبب لانه مصحح للتعليق فان التعليق فى غـير الملك لا يصح الا مضافا الى الملك ألا ترى أنه لو علق عتق هذا المملوك أو تدبيره بشرط آخر كان باطلا واذا كان مصححا لما هو السبب كان فى معنى المتمم للسبب فمعاونته اياه عليـه يكون مسقطا حقه فى الضمان بخلاف ضرب السوط ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن يقال اذا قال لعبد الغير اذا ملكتك فأنت حر ثم اشتراه بنية الكفارة أن يجوز عن الكفارة كما لو اشترى قريبه وبالاتفاق لا يجوز ﴿قلنا﴾ هذا الشرط مصحح لليمين ولكنه غير موجب للعتق بل الموجب للعتق هو اليمين ولا بد من أن تقترن نية الكفارة بالسبب الموجب للعتق فأما الرضا بما يصحح اليمين كالرضا باليمين في اسقاط حقه فى التضمين وأشار في الكتاب الى علة أخري فقال لأنهما يملكاه جميعا معناه أن وجوب الضمان يعتمد الصنع وصنعه اتصل بالمملوك قبل ملك الشريك لان صنعه الشراء والملك حكم الشراء والحكم يعقب السبب فلا يكون له أن يضمنه بصنع سبق ملكه كمن قطع يد عبد انسان ثم باعه مولاه فسرى الى النفس عند المشترى ليس للمشترى أن يضمن القاطع شيئا لهذا المعنى وهـذا الطريق يستقيم هنا وفى مسئلة شراء القريب أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب تدبير مافي البطن

﴿قال﴾ رضى الله عنـه أمة بين رجلين دبر أحـدهما ما فى بطنها جاز كما لو أعتق ما في بطنها فان ولدت لاقل من ستة أشهر بعد هذا القول فهو مدبر والشريك فيه بالخيار بين التدبير والتضمين والاستسعاء لانا تيقنا أنه كان موجودا فى البطن وقت التدبير فهو كالمنفصل وان ولدته لاكثر من ستة أشهر لم يعمل فيـه التدبير لانا لم نتيقن بوجوده

حين دبر لعلها حبلت به بعد ذلك ومع الشك لايثبت التدبير ولو قال أحدهما مافى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستةأشهر بعد النطق الاول فالولد مدبر بينهما لانا علمنا أنه كان موجوداً حين دبره الاول فتدبر نصيبه بتدبيره ونصيب الشريك بتدبيره حصته من الام فلهذا كان الولد مدبرا بينهما وحصة الذى دبر الام مدبر مع الام وشريكه فيها بالخيار وان ولدته لاكثر من ستة أشهر فالولد مدبر للذى دبر الام لانا لم نتيقن بوجوده عند تدبير الاول فانما يثبت فيه حكم التدبير بطريق التبعية للام من جهة الذى دبر الام وثبوت حكم التبعية باعتبار أنه كالجزء من وجه وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فلهذا كان الولد كله مدبراً للذى دبر الام بخلاف الاول فان نصيب الشريك من الولد هناك صار مقصوداً ينفرد التدبير من جهته فيه ثم نصف الام مدبر للذى دبرها والآخر بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصف قيمة الام ان كان موسراً والولدالمدبر بغير ضمان لان الضمان انما لزمه من حين دبر وعلوق الولد بعد ذلك فلا يثبت فيه حق الشريك ألا ترى أنها لو ازدادت في بدنها لم يكن للشريك الآخر تضمين نصف القيمة الا وقت التدبير فكذلك اذا كانت الزيادة منفصلة لانها صارت فى حكم المستسعاة حتى ثبت له حق ان يستسعيها فى نصف قيمتها بذلك التدبير والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها فلهذا لم يجب على المدبر شئ من ضمان قيمة الولد وان شاء الشريك استسعاها فى نصف قيمتها ولا يسعى الابن فى شئ لما بينا ان المستسعاة كالمكاتبة فلا يثبت لمولاها فيما يحدث لها من الولاء بعد ذلك حق يمكنه من استسعائه الولد فان دبر أحدهما مافى بطنها ثم أعتق الآخر نصيبه البتة ثم ولدت بعد ذلك بشهر فالمدبر بالخيار ان شاء أعتق حصته من الولد وان شاء استسعى وان شاءضمن المعتق ان كان موسراً ويرجع الذى ضمن به على الولد لانا تيقنا أنه كان موجوداً في البطن عند تصرفهما فيكون حكم هذا وحكم مالو كان تصرفهما فى الولد بعد الانفصال سواء ﴿قال﴾ واذا دبر الرجل مافى بطن جاريته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وقد ذكر فى كتاب الهبة اذا أعتق مافى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف مالو باعها وقيل في المسئلة روايتان وجه هذه الرواية ان مافى البطن صار بحيث لايحتمل التمليك فتمليكها دون مافى بطنها بالهبة لا يتحقق فلهذا لا يجوز هبتها ووجه تلك الرواية ان ما فى البطن يصير مستثني

ويجعل كأنه استثناه نصا والهبة لا تبطل فى الجارية باستثناء ما فى البطن نصا بخلاف البيع والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق فنقول بعد ما أعتق ما فى بطنها لو وهب الام جاز كما ذكر هناك وبعد ما دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز كما ذكر هنا والفرق أن بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فاذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد العتق ما فى البطن غير مملوك فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فهو كما لو وهب داراً فيها ابن الواهب وسلمها الى الموهوب له تتم الهبة فان ولدته لأقل من ستة أشهر فالولد مدبر وان ولدته لأكثر من ستة أشهر كان رقيقا لانا لم نتيقن بوجوده في البطن وقت التدبير وان ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر من ستة أشهر بيوم فهما مدبران لانا تيقنا بوجود الاول منهما وقت التدبير وهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود أحدهما من ذلك الوقت وجود الآخر ﴿قال﴾ ولو دبر ما فى بطن أمته ثم كاتبها جازت الكتابة لان الكتابة تعقد للعتق وثبوت حق العتق في الولد لا يمنع عقد العتق فى الام وان وضعت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا ولكن يثبت أيضاً فى الولد حكم الكتابة تبعا للأم فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير من الثلث وعلى الام السعاية فى المكاتبة على حالها وان لم يمت المولى حتى ماتت الام فعلى الولد أن يسعى فيما على أمه لانه ولد مولود فى الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما بالتدبير والآخر بأداء كتابة الام فيختار أنفع الوجهين له وان كان يخرج من ثلث مال الميت عتق ولا شئ عليه لان مقصوده قد حصل ﴿قال﴾ ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة وهو لا يريد بهذا عتقاً لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال لها أنت مثل الحرة أو المدبرة وقد بينا هذا فيما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة المدبر

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير

وسقطت عنه المكاتبة لوقوع الاستغناء له عن أداء المال وهو بمنزلة مالو أعتق المولى مكاتبه وان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شئ من بدل الكتابة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يسقط عنه ثلث الكتابة لانه عتق ثلثه بالتدبير ولو عتق كله سقط عنه جميع بدل الكتابة فكذلك اذا عتق ثلثه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة اعتباراً للجزء بالكل قياسا على ما اذا كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق عليه ثلثه بالتدبير فكذلك اذا سبق التدبير الكتابة ولا معني لقول من يقول إن المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لا نه لو ادى جميع بدل الكتابة فى حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ثم لو كاتب أم ولده صحت الكتابة ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود عقد الكتابة عليه ولابى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت مالم يكن ثابتاً فى المكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ماهو ثابت وقد بينا ان التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة ليكون البدل بمقابلته بل بمقابلة ماوراء ذلك بمنزلة مالو طلق امرأته اثنتين ثم طلقها ثلاثا بألف كان الالف كلها بازاء التطليقة الثالثة ألا ترى أنه لو استحق جميع نفسه بالتدبير بأن خرج من الثلث بطلت الكتابة وكذلك فى أم الولد اذا مات المولى حتى تقرر استحقاقها فى جميع نفسها بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لا ن الاستحقاق غير متقرر لجواز أن يموتا قبل المولى واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى فلا يسقط شئ عنه من بدل الكتابة وهذا بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير الآخر وصية بالرقبة له والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر بحال كما لو أوصى بعبده لانسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية من قيمته ولا من ثمنه فلو اسقطنا شيئا من بدل الكتابة كان فيه تنفيذ وصيته من غير ماأوصى له به وذلك لا يجوز بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان عند التدبير هناك

حقه أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدي أو مالية الرقبة ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرفنا هذا فتخريج المسئلة على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا دبرهأ ولا ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة وان شاء سعى فى ثلثي قيمته بالتدبير أو بالكتابة لا ن عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية اما السعاية فى ثلثى قيمته بالتدبير أو فى بدل الكتابة بجهة العقد فيختار أى الوجهين شاء وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يسعي فى الا قل منهما بغير خيار لان العتق عنده لايتجزأ فقدعتق كله والمال عليه فلا يلزمه الاأقل المالين وعند محمد رحمه الله تعالى يسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة لان ثلث بدل الكتابة قد سقط ولايتجدد لان العتق عنده لايتجزأ ولو كان كاتبه أولا ثم دبره ثم مات المولى فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يتخير بين أن يسعى في ثلثى قيمته أوثلثى بدل الكتابةلما بينا أنه تلقاه جهتاحرية وربما يكون التخيير مفيداً لمنفعة له فى احدهما دون الآخر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يسعى فى أقل المالين بلا خيار لان العتق عندهما لايتجزأ ﴿قال﴾ واذا كاتب مدبرته فولدت ولدا ثم ماتت يسعي الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله من سعايته لم يرجع على صاحبه بشئ لانه ماأدى عن صاحبه شيئا وانما أدى عن الأم فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل واحد منهما للأم ألا ترى أنها فى حياتها كانت أحق بكسب كل واحد منهما لتستعين به فى أداء الكتابة فكان أداء أحدهما من كسبه بمنزلة الاداء من مال الام وكذلك ان كاتب مدبرين له جميعا وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ثم مات و ترك احدهما ولدا ولد له فى مكاتبته من أمته فعليه أن يسعى فى جميع الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعي لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا بأداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة على التدبير

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا شهد شاهد أنه دبر عبده وشهد آخر أنه أعتق فالشهادة باطلة لانهما اختلفا فى المشهود به لفظا ولا يتمكن القاضى من القضاء بشىء اذ ليس على واحد

من

من الامرين شهادة شاهدين وكذلك ان شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه قال احدهما اعتقه بعد موته وموت فلان وقال الآخر بعد موته خاصة لان اختلافهما في الشرط اختلاف في المشهود به على وجه يتعذر على القاضي القضاء بشيء وكذلك لو شهد احدهما انه دبر احد عبديه والآخر أنه دبر هذا بعينه وان شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما بيناه في العتق البات فان مات المولى قبل أن يترافعوا الى القاضي ثم شهدا بعد موته استحسن أن أجيز شهادتهما لان العتق يتنجز فيهما بالموت ولان في الوصية معنى حق الموصى وذكر بعد هذا الموضع في نظير هذه المسئلة أن الشهود قالوا كان ذلك في المرض وفي حكم قبول الشهادة سواء قالوا ذلك أو لم يقولوا فالشهادة مقبولة وانما ذكر هذا القيد لمقصود آخر وان كانا شهدا بذلك في حياته فأبطلها القاضي لم يقبلها بعد ذلك لانه اتصل الحكم برد هذه الشهادة وكل شهادة حكم القاضي بردها لا يقبلها بعد ذلك ﴿قال﴾ وان شهدا أنه قال هذا حر بعد موتي لا بل هذا عتقا جميعا من ثلثه لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط بالرجوع عن الاول واقامة الثاني مقامه ولا يصح رجوعه عن تدبير الاول ويصح تدبيره في الثاني فكانا شاهدين لكل واحد منهما بالتدبير بعينه وكذلك ان شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر لانهما شهدا للأول بعينه بالحرية وللثاني بعينه بالتدبير ولو شهدا أنه قال هذا حر أو هذا مدبر لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانهما ما شهدا للمعين بشيء فان حرف أو بين الكلامين يخرج كلامه من أن يكون عزيمة في واحد منهما والشهادة لغير المعين بالعتق أو التدبير غير مقبولة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولو شهدا أنه قال هذا مدبر أو هذا جازت الشهادة للأول وحده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان هذا اللفظ لو سمعناه من المولى ثبت به التدبير للأول ويخير المولى في الباقين فكانا شاهدين للأول بعينه وهو مدع لذلك فيجوز شهادتهما له ولا يجوز لاحد الآخرين بغير عينه وهما كلامان ينفصل احدهما عن الآخر فبطلان أحدهما لا يبطل العمل بالآخر ولو شهدا أنه قال احد هذين العبدين مدبر لا بل هذا لأحدهما بعينه صار الذي عينه مدبراً لانهما شهدا له بعينه بالتدبير ويحلف للآخر بالله ما عناه بأول كلامه فاذا حلف كان عبداً له على حاله ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها أنها ولدته قبل التدبير أو بعده قد بينا أن القول في ذلك قول المولى مع يمينه ويحلف على العلم لانه استحلاف على

فعلها وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير واذا شهدا انه دبر أحد عبديه ثم شهدا أنه أعتق أحدهما في صحته ولا مال له غيرهما فشهادتهما باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى في العتق والتدبير جميعا في القياس لانهما لم يعينا المشهود له ولكني أستحسن أن أجيزها فى التدبير لانها وصية فيعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته وفى هذا بيان أن طريق الاستحسان لابى حنيفة رحمه الله تعالى ما بينا أن فى الوصية حق الموصى دون تنجيز العتق فيهما بالموت فان العتق فى الصحة والتدبير فى ذلك سواء وان شهدا أنه دبر هذا بعينه وأعتق احدهما البتة فى صحته كانت شهادتهما فى العتق البات باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانهما شهدا به لغير المدعى المعين اذ المدبر والقن فى المحلية للعتق البات سواء حتى لو أقر الورثة بذلك ولا مال للميت غيرهما عتق من كل واحد منهما نصفه من جميع المال لان الحرية فى الصحة تثبت لأحدهما فيشيع العتق فيهما بموت المولى قبل البيان فيعتق من كل واحد منهما نصفه ويعتق من المدبر ثلث ما بقى منه وهو ثلث رقبته فكان السالم له خمسة أسداس رقبته ويسعى في سدس قيمته والآخر يسعى فى نصف قيمته وان أقروا أن العتق البات كان فى المرض يعتبر من الثلث وانما سلم للآخر نصف رقبته فيضرب هو فى الثلث بنصف رقبته والمدبر بجميع رقبته فيصير الثلث بينهما أثلاثا والمال على تسعة إلا أن المال رقبتهما ولو جعلنا كل رقبة أربعة ونصفا لانكسر بالانصاف فيضعف ونجعله من ثمانية عشر كل رقبة على تسعة وقد كان للمدبر سهمان فبالتضعيف صار أربعة فلهذا سلم له أربعة اتساعه ويسعى فى خمسة اتساعه وللقن نصف ذلك سهمان ويسعى فى سبعة اتساعه فيستقيم الثلث والثلثان ان كانت قيمتهما سواء ﴿فان قيل﴾ لماذا لم يجعل العتق فى المرض للقن كله ليكون كلامه محمولا على الصحة فان المدبر موصى له بجميع رقبته والعتق في المرض وصية فمايصرف اليه من ذلك يكون لغواً ﴿قلنا﴾ انما لم يجعل هكذا لان المدبر محل للعتق فى المرض والصحة جميعاً وبقاء المحلية فيه يمنع تعين الآخر للعتق البات فلابدمن اعتبار الاحوال فيه فيعتق فى حال دون حال فيعتق نصفه فلهذا ضرب في الثلث بنصف رقبته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتب اذا دبره مولاه

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه رجل دبر مكاتباً له فهو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وكان مدبراً له وان شاء مضى على المكاتبة لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل فله أن يميل الى اى الجانبين شاء وعقد الكتابة غير لازم في حق العبد لتمكنه من أن يعجز نفسه فلهذا كان له الخيار وان مات المولى ولا مال له غيره يسعى فى الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي المكاتبة وقد بينا أن قول أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى تخييره فى ذلك ولو لم يعلم المكاتب بالتدبير حتى أدى المكاتبة كلها فقد عتق بالاداء والمال سالم للمولى ولا خيار له بعد ذلك لان التدبير قد بطل بعتقه ولو أدي البعض ثم علم كان له الخيار لبقاء الرق فيه واذا اختار التدبير فما أخذه المولى حلال له لانه كسب عبده ﴿ قال ﴾ ولو كاتب عبدين مكاتبة واحدة على ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم دبر أحدهما ثم مات المولى وله مال كثير عتق المدبر من ثلثه وسقطت حصته من المكاتبة لوقوع الاستغناء له عن أدائها كما لو أعتقه المولى فى حياته وأخذ الورثة بحصة الآخر أيهما شاؤا لان المكاتب الثاني أصيل فى حصته والمدبر كان كفيلا مطالبا فلا تسقط عنه تلك المطالبة بعتقه فان أداها المدبر رجع بها عليه كما لو أداها قبل عتقه بل أولى لان هناك هو منتفع بالأداء لانه يعتق بذلك والآن لا منفعة له فى الاداء بل انما أداها بحكم الكفالة المحضة وان لم يكن له مال غيرهما عتق المدبر بالتدبير من الثلث وسعى فيما يجب عليه فان كانت قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ومكاتبتهما ألف بطل حصة المدبر من المكاتبة واعتبر قيمته ثلثمائة لانه أقل والمتيقن من حق المولى هو الاقل فعرفنا أن المال ثلثمائة قيمة المدبر وخمسمائة حصة الآخر من المكاتبة وذلك ثمانمائة ثلثه وذلك مائتان وستة وستون وثلثا درهم يسلم للمدبر من قيمته ويسعى فيما بقى وهو أربعمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ثم يؤخذ المدبر بما بقى على المكاتب لانه كفيل به ولا يؤخذ المكاتب بما على المدبر لانه قد خرج من المكاتبة ولزمته السعاية من قبل التدبير والمكاتب لم يكن كفيلا عنه بذلك فان كانت قيمة كل واحد منهما ألف درهم ومكاتبتهما على ألف درهم فاختار المدبر أن يسعى فى الكتابة فله ذلك لان ذلك ربما ينفعه عسى يكون بدل الكتابة منجما مؤجلا واذا اختار ذلك يسقط ثلث المكاتبة

لانه عتق ثلثا رقبته بالتدبير والوصية كانت له بما هو حق المولى فلهذا يسقط ثلث المكاتبة ويبقى للورثة ثلثا المكاتبة عليهما يأخذون بذلك أيهما شاؤا فان أدى المدبر رجع على الآخر بثلاثة أرباع ذلك مقدار حصته وهو خمسمائة وان أدي المكاتب رجع على المدبر بربع ذلك وهو مقدار ما بقي من حصته واذا كان المكاتب بين اثنين فدبره أحدهما فاختار المكاتب أن يسعى فهو على حاله وسعايته لان التدبير لا ينافي الكتابة ابتداء وبقاء والمدبر غير مفسد على شريكه شيئاً مابقيت الكتابة فان عجز فالذى لم يدبر بالخيار لأن عمل تدبيره في الافساد قد ظهر بعد العجز فكان حكم هذا كحكم عبد بين اثنين دبره أحدهما وقد بيناه رجل قال لأمتين اذا ملكتكما فأنتما حرتان بعد موتي فاشترى إحداهما فولدت عنده ثم اشترى الاخرى فقد صارتا مدبرتين لان الشرط ملكهما فانما تم عند شراء الثانية وولد الاولى رقيق يباع لانه انفصل عنها قبل ثبوت حكم التدبير فيها فان المتعلق بالشرط لا يصل الى المحل الابعد وجود كمال الشرط ﴿قال﴾ واذا أسلم مدبر ذمي قضى عليه بالسعاية فى قيمته وعند الشافعى رحمه الله تعالى يجبر على بيعه لان المدبر عنده محل للبيع وعندنا هو كأم الولد وقد بينا هذا الحكم فى أم الولد فان أدى السعاية عتق وان مات المولى قبل أن يؤدي وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه السعاية لحصول المقصود بدونه وكذلك ان صالحه المولى على قيمته من غير محاكمة فهذا واستسعاء القاضى سواء لان السبب الموجب للاستسعاء قائم بعد عجزه الا أنه ان كان فى مال الصلح فضل على قيمته يبطل القاضى ذلك الفضل عنه اذا عجز ويجبره على أن يسعى فى قيمته ﴿قال﴾ واذا دبر الحربى عبده فى دار الحرب فهو باطل كما لو أعتقه فى دار الحرب لان ثبوت حق العتق بالتدبير من أحكام الاسلام وأحكام الاسلام لاتجرى عليهم في دار الحرب فان خرجا بأمان فأسلم العبد أجبر على بيعه لان تدبيره فى دار الحرب كان لغوا وان دبره بعد ماخرجا بأمان فتدبيره جائز لان حكم الاسلام يجرى عليهما في دارنا فيما يرجع الى المعاملات فان أسلم هذا المدبر قضى عليه بالسعاية في قيمته لان ملك المستأمن محترم بالامان وبيعه بسبب التدبير متعذر فان لحق المولى بدار الحرب وهو يسعى ثم قتل المولى أو ظهر على الدار أو أسر عتق العبد وبطلت عنه السعاية اما اذا قتل المولى فلوجود شرط العتق بالتدبير وان أسر فلان ملكه عنه قد بطل لان الرقيق ليس من أهل ملك المال والمدبر ليس يحتمل النقل من ملك الى ملك والمملوك

متى زال عن ملك المولى لا الى أحد كان حراً وان ظهر على الدار لم يبق لملكه حرمة والسعاية كانت لحرمة ملكه فاذا لم يبق ذلك عتق وبطلت عنه السعاية ﴿ قال ﴾ ولو كان خرج بام ولد له ثم أسلمت قضى عليها بالسعاية لان الاستيلاد في دار الحرب صحيح تبعا للنسب فان قضى عليها بالسعاية ثم أسلم المولى فان أدت السعاية عتقت وان عجزت ردت أم ولد له لان المانع من استدامة ملكه فيها قد ارتفع باسلامه فلو أسلمت وباعها من نفسها بمال قليل أو كثير جاز وكانت حرة بالقبول والمال دين عليها وان مات المولى قبل أن يسلم أو بعد ما أسلم فالمال دين عليها على حاله لانها عتقت بالقبول فموت المولى وحياته بعد ذلك سواء ﴿ قال ﴾ واذا دبر المرتد عبده فهو موقوف في قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته فان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب فتدبيره باطل والعبد رقيق للورثة وان أسلم ورجع الى دارنا ووجد العبد في يد الورثة فأخذ فهو مدبر على حاله لانه يعود الى قديم ملكه بالاخذ فينفذ ذلك التدبير منه بمنزلة مالو أسلم قبل اللحاق بالدار لان التدبير في حقه كان صحيحا لانه بالردة لم يخرج من أن يكون مخاطبا وأصل ملكه باق بعد الردة وانما كان التوقف لحق الورثة وقد سقط حقهم حين عاد مسلما وكذلك ان كان القاضي قضى به للورثة وباعوه فبيعهم جائز لان التدبير كان صحيحا في حقه فانه كان مالكا له يومئذ فمتى حصل الملك له بأي وجه حصل كان مدبراً وان استولد في ردته فهي أم ولد له وان أسلم أو قتل أو لحق بدار الحرب لان ثبوت أمية الولد لها باعتبار نسب الولد ولا حجر على المرتد عن ذلك لانه لاحق للورثة فيه ولان ملكه في كسبه أظهر من ملك الاب في مال ولده فاذا كان يصح الاستيلاد من الاب فمن المرتد لأن يصح أولى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى التدبير منه صحيح كالاستيلاد فاذا لحق بدار الحرب أعتقه القاضي من ثلثه كما يعتق المدبر الذى دبره في حال اسلامه بناء على مذهبهما في نفوذ تصرفات المرتد وتمام بيانه في السير ﴿ قال ﴾ واذا دبر المسلم عبده ثم ارتد العبد ولحق بدار الحرب أو اشتراه أهل الحرب فأصابه المسلمون فأسلم رد الى مولاه مدبرا على حاله لانه ثبت فيه حق الحرية بالتدبير فلا يبطل بردته ولحاقه كما لا تبطل حقيقة العتق والمدبر ليس بمحل للتملك بالاستيلاد فلم يملكه أهل الحرب ولا المسلمون للولاء المستحق عليه لمولاه ولهذا رد الى مولاه مدبراً على حاله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الامة الحامل اذا بيعت

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل باع أمة وسلمها أولم يسلمها حتى ولدت ولداً فادعياه جميعا فنقول اذا كان البائع سبق بالدعوة فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثبت النسب منه استحسانا وفى القياس لايثبت وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه مناقض فى كلامه ساع فى نقض ما قد تم به ولكنا نقول تيقنا أن العلوق كان في ملكه وبحصول العلوق فى ملكه ثبت له حق استلحاق النسب فلا يبطل ذلك ببيعه لأن حق استلحاق النسب لايحتمل الابطال كالنسب ولان البيع دونه فى احتمال النقض والابطال والضعيف لا يبطل القوي وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يصدق البائع لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملكه وان كان المشترى سبق بالدعوة ثبت النسب منه سواء جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر لان دعوته حصلت في ملكه ثم لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عنه لثبوت نسبه من المشترى ولان ثبوت النسب أقوى من حق الاستلحاق والضعيف لا يبقى بطريان القوى واذا ادعياه معا فان كانت ولدت لاقل من ستة أشهر فهو ابن البائع عندنا وعند ابراهيم النخعى هو ابن المشترى لان له حقيقة الملك وقت الدعوة فيترجح بذلك ولكنا نقول دعوة البائع أسبق معنى لانه يستند الى حالة العلوق فان أصل العلوق كان فى ملكه فكانت الجارية أم ولد له والبيع باطل فان جاءت به لستة أشهر فدعوة المشترى أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق فى ملكه وقد بينا هذه الفصول فيما أمليناه من شرح الدعوى وان ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لستة أشهر فالدعوة دعوة البائع لانهما توأم وقد تيقنا بحصول الاول منهما فى ملكه فيتبع الشك اليقين ويجعل كانها ولدتهما لاقل من ستة أشهر وان كان المشترى أعتق الام قبل الدعوة لم ترد رقيقة لان العتق نفذ فيها لقيام ملك المشترى فيها وقت الاعتاق فخرجت من أن تكون محلا لنقض البيع فيها ولانا لو نقضنا البيع والعتق كانت أم ولد للبائع فيطأها بالملك بعد ما حكمنا بحريتها وذلك لايجوز الا أن الولد محتاج الى النسب بعد عتقها وحق الاستلحاق الذى كان للبائع فى الولد باق فلهذا يثبت النسب منه وينقض البيع فيه بحصته من الثمن لان الولد صار مقصودا بالاسترداد فيكون له حصة من الثمن يرده البائع على

المشترى وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت أمية الولد فى الام كما في ولد المغرور وان كان أعتق المشترى الولد قبل الدعوة فدعوة البائع باطل لان الولاء قد ثبت للمشترى وهو أقوى من حق الاستلحاق الذى كان للبائع فلا يبقى الضعيف بعد طريان القوى ولا تصير الام أم ولد للبائع لان حقها تبع لحق الولد في النسب ولم يصدق البائع فيما هو الاصل فكذلك في التبع وكذلك ان لم يعتقه ولكنه مات ثم ادعاه البائع لانه بالموت قد استغنى عن النسب وخرج من أن يكون محلا لثبوت نسبه ابتداء واذا كان للولد ولد حي لم تجز دعوة البائع أيضا بخلاف ولد الملاعنة فان هناك النسب كان ثابتا استتر باللعان فيبقى بعد موته ببقاء ولد يخلفه حتى يظهر بدعوته وهنا النسب لم يكن ثابتا أصلا ولا يمكن اثباته بعد موته ابتداء فلهذا لا يعتبر بقاء ولد الولد فى تصحيح دعوته وقد قررنا هذا الفرق في الدعوى ﴿ قال ﴾ واذا باع أمته فولدت بعد البيع لاكثر من ستة أشهر فادعاه البائع وصدقه المشترى ثبت النسب منه وفسخ البيع لان المانع من صحة دعوته حق المشترى ولانهما تصادقا على ان العلوق كان قبل البيع والحق لا يعدوهما فاذا تصادقا على شئ ثبت ما تصادقا عليه وان لم تلد حتى باعها المشترى وتناسخها رجال ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع الاول فادعوه جميعا فهو ابن البائع الاول لان أصل العلوق كان فى ملكه فتكون دعوته في المعنى أسبق وتفسخ البيوع كلها لان البيوع في احتمال الفسخ كبيع واحد فلا يبطل بذلك حق الاستلحاق الذي كان للبائع الأول وكذلك لو باع ولداً ولد عنده ثم ادعاه لان أصل العلوق والولادة كان فى ملكه فحق استلحاق النسب له في هذا الفصل أظهر والتناقض لا يمنعه من الدعوى لخفاء أمر العلوق فقد يشتبه عليه فى الابتداء فيظن أن الولد ليس منه ثم يعلم أنه منه فيتدارك ذلك بالدعوة ﴿ قال ﴾ واذا كان فى يدى رجل صبي لا ينطق ولد عنده أو لم يولد عنده فزعم أنه عبده وأعتقه ثم زعم أنه ابنه لم يصدق فى القياس للتناقض وصدق فى الاستحسان لخفاء أمر العلوق على ما بينا ولانه يقر له بالنسب فى حال حاجته الى النسب وهو فى يده بعد العتق ولو كان لقيطا في يده فادعى نسبه ثبت نسبه منه فهنا اولى ولو كان عبداً كبيراً فاعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله ثم صدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كذبه لم يثبت لانه فى يد نفسه وهو معبر عن نفسه فتتوقف صحة دعوة نسبه على تصديقه بخلاف ماقبل العتق فانه فى يد مولاه باعتبار ملكه ولا قول له في نفسه فكان

مصدقا في دعوة نسبه من غير تصديقه ﴿قال﴾ وانما استحسن في الصغير كما استحسن في المدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما أن نسبه يثبت منه وهو ضامن لنصف قيمته مدبراً ونصف عقر أمه فكأنه أشار الى أن بالعتق يثبت الولاء له والولاء لايحتمل النقض فيبطل حق استلحاق النسب في القياس كما في ولد المدبرة بينهما لما ثبت نصف الولاء لشريكه لم يصدق في الدعوة في القياس ولكنه استحسن فقال لامنافاة بين ثبوت النسب منه وبين الولاء للشريك وفي اثبات النسب منفعة للصغير فلهذا ثبت النسب منه في الفصلين جميعا ثم قال هنا وولاء الولد بينه وبين شريكه وبنحوه أجاب في كتاب الدعوى وقال في كتاب الولاء نصف ولاء الولد للشريك والنصف الآخر بمنزلة الاب ومعنى هذا أيضا أن الولاء في النصف الآخر للأب ولكن لايظهر في حقه بعد ثبوت النسب الا عند جناية الولد وقد بينا هذا فيما سبق وأما الام فنصيب الاب منها أم ولد ونصيب الشريك منها مدبر لانه غير محتمل للانتقال اليه بعد التدبير وانما يصير الكل أم ولد له اذا لم يملك نصيب شريكه بالضمان فأما اذا تعذر تملكه عليه اقتصر الاستيلاد على نصيبه ولو كان عبداً كبيراً بينهما ثم دبراه ثم ادعاه احدهما ثبت النسب منه لان بالتدبير لم يزل ملكهما ولم يظهر للعبد يد في نفسه ولا حاجة الى تصديقه ولكن يثبت النسب من أحدهما بالدعوة استحساناً كما قبل التدبير والولا بينهما كانهما بالتدبير استحقا ولاءه ولا منافاة بين الولاء والنسب ﴿قال﴾ واذا ولدت ولدين في بطن واحد فباع المولى احدهما مع الام فادعاه المشترى ثبت نسبهما منه لانهما توأم والذى في يد البائع عبد له لان دعوة المشترى دعوة التحرير فان أصل العلوق لم يكن في ملكه فهو بمنزلة الاعتاق والتوأم ينفصل أحدهما عن الآخر في الاعتاق فان لم يدع المشترى ولكنه اعتقه مع الام ثم ادعى البائع الذى عنده ثبت نسبهما جميعاً منه لما قلنا وثبت حرية الأصل للولد الذى عند البائع لان أصل العلوق كان في ملكه والتوأم لاينفصل احدهما عن الآخر في حرية الاصل فمن ضرورة ثبوته لاحدهما ثبوته للآخر ومن ضرورة الحكم بحرية الاصل للولد الذي عند المشترى الحكم ببطلان عتقه لان حر الاصل لايعتق ولكن ليس من ضرورة ذلك بطلان عتق الام اذ الاستيلاد ليس من ضرورة نسب الولد فلهذا رد البائع حصة الابن على المشترى من الثمن ولا يرد حصة الام ولانا لو نقضنا عتقه في الولد انما ننقضه لاثبات ماهو اقوي منه وهو حرية

الاصل ولو نقضنا عتقه في الام نقضه لما هو أضعف وهو حق أمية الولد ويؤدي الى أن توطأ بملك اليمين بعد الحكم بحريتها وذلك لايجوز ﴿ قال ﴾ واذا باع أمة حاملا فخاف المشترى أن يدعى البائع ولدها فأراد أن يحترز منه فانه يشهد عليه ان هذا الحبل من عبد كان له قد زوجها منه فاذا أقر البائع بهذا لم يستطع أن يدعيه أبداً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يستطيع أن يدعيه ان أنكر العبد الولد لان اقراره بنسب الولد للعبد يبطل بتكذيب العبد واذا بطل الاقرار صار كالمعدوم من الأصل وشبها هذا بالولاء فان الولاء بمنزلة النسب ثم لو ادعى المشترى للعبد أن البائع أعتقه فكذبه البائع كان له أن يدعى ولاءه لنفسه بعد ذلك لبطلان اقراره بتكذيب البائع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اقراره تضمن حكمين انتفاء النسب عنه وثبوته من العبد فبانكار العبد يبطل اقراره بالحكم الذى يتصل به وهو ثبوت نسبه منه ولا يبطل فى الحكم الآخر وهو انتفاؤه من المقر لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أن ولد الملاعنة يقطع نسبه عن الملاعن ولا يكون لأحد فيه حق دعوة النسب لان في اثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه عن غيره فبعد ذلك وان أبطلنا باللعان حكم اثبات النسب من الملاعن يبقى معتبراً فى الحكم الآخر وليس النسب كالولاء لانه أثر من آثار الملك فيتصور فيه الانتقال من شخص الى شخص بخلاف النسب وتمام بيان هذا الفرق في البيوع ﴿قال﴾ أمة بين رجلين باعها أحدهما من صاحبه فولدت لاقل من ستة أشهر فادعياه معا فهو ولدهما ويبطل البيع لان العلوق أصله كان فى ملكهما فاستويا فى استلحاق النسب واذا جاز ابطال البيع فى جميعها بدعوة الولد ففي نصفها أولى وان ادعاه البائع وأعتقه المشترى معا كانت الدعوة أحق لانه يستند الى حالة العلوق فقيام ملكه فى نصفها وقت العلوق كقيام ملكه فى جميعها فى ثبوت حرية الاصل واذا كانت الدعوة أسبق وثبت بها حرية الأصل للولد كان اعتاق المشترى فيه باطلا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتب

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في وقت عتق المكاتب

فكان ابن عباس رضى الله عنه يقول كما أخذ الصحيفة من مولاه يعتق يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وكانه جعل الكتابة واردا على الرقبة كالعتق بجعل يعتق بالقبول وهو غريم للمولى فيما عليه من بدل الكتابة وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول اذا أدي قيمة نفسه عتق وهو غريم للمولى في الفضل فكانه اعتبر وصول قدر مالية الرقبة الى المولى ليندفع به الضرر عنه وكان على رضى الله عنه يقول يعتق بقدرما أدى فكانه يعتبر البعض بالكل وهو بناء على قوله يعتق الرجل من عبده ماشاء وكان زيدبن ثابت رضى الله عنه يقول هو عبد مابقى عليه درهم وبه أخذ جمهور الفقهاء وقالوا لايعتق مالم يؤد جميع البدل والدليل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كاتب عبده على مائة أو قية فاداها الا عشر اواقى فهو رقيق والا وقية أو بعون درهما وفى هذا دليل على أنه لم يعتق شئ منه الابأداء جميع البدل وهذا لان موجب العقد مالكية اليد فى حق المكاسب والمنافع للمكاتب فانه كان مملوكا يدا ورقبة فهو بعقد الكتابة يثبت له مالكية اليد لان مالكية اليد من كرامات بنى آدم وهو مع الرق أهل لبعض الكرامات ألا ترى أنه أهل لمالكية النكاح ومالكية اليد تنفصل عن مالكية الرقبة ألا ترى ان الراهن يثبت للمرتهن ملك اليد وان الغاصب يضمن بتفويت اليد فكذلك بالكتابة يثبت له مالكية اليد فاما العتق متعلق بشرط الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً فجزءا لان ثبوت الحكم عند وجود الشرط نظير ثبوت الحكم بالعلة فلهذا لايعتق شئ منه مالم يؤد جميع البدل وفى هذا الحديث دليل أيضا على أنه لايستحق على المولى حط شئ من بدل الكتابة عنه وان كان يستحب له ذلك على مارواه عن على رضي الله عنه فى قوله وأتوهم من مال الله الذي آتاكم قال ربع المكاتبة وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه حط عن مكاتب له أول نجم حل عليه وقرأ هذه الآية ولكن الأمر قد يكون بمعني الندب فبالحديث المرفوع تبين أن المراد الندب دون الحتم وهو مذهبنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر الآية فان مطلق الامر للوجوب لان هذا عقد ارفاق يجرى بين المولى وعبده ولايقصد المولى به التجارة وانما يقصد ايصاله به الى العتق فيكون ارفاقا ويستحق بكل عقد ما كان العقد مشروعا لاجله فاذا كان هذا العقد مشروعا

للارفاق ينبغي أن يستحق ما هو محض الارفاق وهو حط بعض البدل ﴿وحجتنا﴾ فيه ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا لاسقاط البدل اذ الشيء لا يتضمن ضده والقياس لنا فانه عقد معاوضة فلا يستحق به حط شيء من البدل كسائر المعاوضات اذ يعتبر أحد العوضين بالآخر فالمراد بالآية الندب دون الحتم فانه معطوف على الامر المذكور في قوله فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً فذلك ندب وليس بحتم اذ لا يجب عليه ان يكاتب عبده وان علم ان فيه خيرا فكذلك قوله وآتوهم لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وذكر الكلبي ان المراد به دفع الصدقة الى المكاتبين فيكون هذا خطابا للناس بصرف الصدقة الى المكاتبين ليستعينوا بذلك على اداء المكاتبة كما قال في بيان مصارف الصدقات وفي الرقاب والمراد المكاتبون والدليل عليه انه قال من مال الله والمال المضاف الى الله تعالى مطلقا هو الصدقة ثم ذكر عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبا له عجز فكسر مكاتبته فرده في الرق ففي هذا دليل على ان الكتابة تحتمل الفسخ وفيه دليل على ان المكاتب اذا كسر نجما فللمولى ان يفسخ الكتابة ويرده في الرق وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه قد تغير عليه شرط عقده وذلك يثبت للعاقد حق الفسخ في العقود المحتملة للفسخ وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرد في الرق ما لم يكسر نجمين وهو قول علي رضي الله عنه قال اذا اجتمع على المكاتب نجمان فدخلا رد في الرق وكان هذا استحسان من أبي يوسف رحمه الله تعالى لان العقد مبني على الارفاق وفي رده في الرق عند كسره نجما واحداً تضييق عليه فلمعنى التوسع والارفاق شرط أن يتوالى عليه نجمان وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كانت النجوم مستوية فان كانت متفاوتة فكسر نجما واحداً يرد في الرق لانه لما عجز عن أداء الاقل فالظاهر أنه عن أداء الاكثر أعجز وفي حديث علي وابن عمر رضي الله عنهم دليل على أن للمولى أن يفسخ الكتابة عند عجز المكاتب من غير أن يحتاج فيه الى المرافعة الى القاضي فيكون حجة على ابن أبي ليلى لانه يقول لا يرد في الرق الا بقضاء القاضي فان العجز لا يتحقق بدون القضاء فان المال غاد ورائح وجعل هذا العجز نظير عجز العنين عن الوصول الى امرأته ثم الفرقة هناك لا تكون الا بقضاء القاضي ولكنا نقول العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضي بلزوم هذا العقد الا بشرط فاذا فات عليه ذلك الشرط تمكن من فسخه لانعدام رضاه به بخلاف النكاح فانه لا يعتمد تمام الرضا وبخلاف الرد بالعيب قبل القبض لان المشتري ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض

لفوات شرطه وهو أصل لنا فأما بعد القبض فقد قامت الدلالة لنا على تمام الصفقة بالقبض وبعد تمام الصفقة لا ينفرد بالفسخ لحاجته الى نقض القبض التام ونقل الضمان الى البائع ثم اختلف الصحابة رضوان الله عليهم في المكاتب اذا مات وترك وفاء بمكاتبته قال علي وابن مسعود رضى الله عنهما يؤدى كتابته ويحكم بحريته حتى يكون ما بقى ميراثا لورثته وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تنفسخ الكتابة بموته والمال كله للمولى وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتج فيه وقال المعقود عليه فات بموته قبل سلامته وذلك موجب انفساخ العقد كهلاك البيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هو الرقبة فان العقد يضاف اليه والدليل عليه أن عند فساد العقد يرجع الى قيمة الرقبة والرجوع عند فساد العقد الى قيمة المعقود عليه ولانه لو بقى لبقى ليعتق بوصول بدل الكتابة الى المولى والميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز أن يستند العتق الى حال حياته لان المتعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل وجود الشرط وهو الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد ولانه لو بقى العقد بعد موت المولى يعتق بالاداء الى الورثة وصار المولى معتقا له ويجوز أن يكون الميت معتقاً ولا يجوز أن يكون معتقا ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا وكذلك لو أوصى بأن يعتق عبده بعد موته كان صحيحاً فاذا أعتق كان المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له والفقه في الكل أنه يبقى ملكه بعد موته حكما لحاجته كما في القدر المشغول بالدين فاذا بقى ملكه صار معتقاً ولكن لا يجوز أن يبقى مملوكا بعد موته حكما لان ابقاء المالكية لمعنى الكرامة وليس فى ابقاء المملوكية بعد الموت معنى الكرامة له واذا لم تبق المملوكية لا يتصور أن يكون معتقا بعد موته ﴿ وحجتنا ﴾ فيه أنه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا ينفسخ بموت الآخر كعقد البيع وهذا لان قضية مطلق المعاوضة التسوية بين المتعاقدين والخصم لا ينازع في هذا ولكنه يدعى أن في موت المكاتب فوات المعقود عليه وليس كذلك فان المعقود عليه ما يسلم للعاقد بمطلق العقد والرقبة لا تسلم له بمطلق العقد انما السالم له مالكية اليد وهو المعقود عليه وقد سلم بنفس العقد واضافة العقد الى الرقبة لا يدل على أن المعقود

عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود عليه المنفعة والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة ولكن لان ماهو المعقود عليه لا يتقوم بنفسه وهو مالكية اليد فيصار الى قيمة أقرب الاشياء اليه كما فى الخلع يصار الى رد المقبوض عند فساد التسمية لان ماهو المعقود عليه غير متقوم ثم اذا جاز ان يجعل المولى بعد الموت كالحى حكما حتى يصير معتقا فكذلك يجوز ان يبقى المكاتب حياً حكما حتى يؤدي كتابته فيصير حراً وهذا لان المملوكية أليق بحال الميت من المالكية لان المملوكية عبارة عن الضعف والمالكية ضرب قوة والضعف بحال الميت اليق من القوة والدليل على جواز ابقاء المملوكية بعد موته لحاجته ان كفن العبد بعد موته على مولاه ولا سبب لاستحقاقه عليه سوي المملوكية والاصح ان نقول نحن انما تبقي المالكية بعد موت المكاتب لما بينا ان بعقد الكتابة يثبت له مالكية اليد في مكاسبه وبه يتمكن من اداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة مولاه الى الولاء فاذا جاز بقاء المالكية بعد موت المولى لحاجته الى الولاء يبقى بعد موت العبد صفة المملوكية لحاجته الى الحرية ثم بقاء صفة المملوكية يكون تبعا لامقصوداً ومن أصحابنا من يقول لا نجعله حراً بعد الموت ولكنا نسند حريته الى حال حياته لان بدل الكتابة كان فى ذمته والدين بالموت يتحول من الذمة الى التركة لان الذمة لا تبقى محلا صالحا للدين بعد الموت ولهذا حل الاجل بالموت فاذا تحول بدل الكتابة الى التركة فرغت الذمة منه وفراغ ذمة المكاتب موجب حريته الا أنه لا يجوز الحكم بحريته مالم يصل المال الى المولى فاذا وصل المال اليه حكم بحريته فى آخر جزء من اجزاء حياته ﴿فان قيل﴾ لو قذفه قاذف بعد اداء بدل الكتابة فانه لا يحد قاذفه عندكم ولو حكم بحريته فى حال حياته لحد قاذفه ﴿ قلنا ﴾ هذا شئ نثبته حكما للاستحقاق الثابت بالكتابة ولتحقق الضرورة فيه والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر به حريته مطلقا فى حالة الحياة ولا يصير محصنا باعتبار حرية ثبتت بطريق الضرورة والحد لا يجب بقذف غير المحصن مع ان الحدود تندرئ بالشبهات والحرية تثبت مع الشبهة وكذلك الميراث فانه يثبت مع الشبهات ومن ضرورة الحكم بموته حراً أن يكون مابقى من كسبه ميراثا لورثته ﴿ قال ﴾ واذا اشترط الرجل على مكاتبه أن لا يخرج من الكوفة الا باذنه كان هذا الشرط باطلا لانه خلاف موجب العقد فان مالكية اليد تثبت له حق الاستبداد بالخروج الى حيث

شاء والمقصود بالعقد تمكنه من ابتغاء المال وذلك بالضرب في الارض قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض الآية فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد والمقصود به فكان باطلا وعند سفيان الثوري رضي الله عنه يصح هذا الشرط لانه مفيد كالمودع اذا قال للمودع أحفظها في بيتك دون بيت غيرك صح كذا هذا وان لم يصح هذا الشرط عندنا لا يبطل العقد بهذا الشرط لان هذا الشرط وراء مايتم به العقد والشرط الفاسد في الكتابة لايفسد العقد اذا لم يكن متمكنا في صلبه وانما يفسد اذا تمكن في صلبه لمعنى وهو ان الكتابة تشبه البيع من وجه وهو أنها تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من وجه وهو انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظها عليهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها ولشبهها بالنكاح لاتبطل بالشرط الفاسد اذا لم تمكن في صلبها ولان هذا العقد مع احتماله الفسخ مبني على التوسع فلتحقق معنى التوسع قلنا الشرط اذا لم يتمكن في صلبه يكون لغواً بخلاف البيع فانه مبنى على الضيق ولمعني التوسع قلنا يثبت الحيوان دينا في الذمة في هذا العقد وكل مايصلح مسمى في النكاح يصلح مسمى في الكتابة وقد قررنا هذا في النكاح ﴿قال﴾ وان أخذ كفيلا بالمكاتبة عن المكاتب لم يجز عندنا وقال ابن أبي ليلى يجوز لانه دين مطلوب في نفسه وهو كالدين الثابت في ذمة حر من صداق أو غيره ولكنا نقول المكاتب عبد له وليس للعبد ذمة قوية في وجوب الدين عليها للمولى ولانه يملك أن يعجز نفسه فتبرأ ذمته بذلك ولا يمكن اثباته بهذه الصفة في ذمة الكفيل ولا يجوز أن يثبت في ذمة الكفيل أقوى مما هو ثابت في ذمة الاصيل ﴿قال﴾ وان كاتب عبدين له وجعل نجومهما واحدة وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فهذا في القياس لا يجوز لانه كفالة ببدل الكتابة من كل واحد منهما ولانه كفالة من المكاتب والمكاتب ليس بأهل للكفالة ولكنا نجوز هذا العقد استحسانا لكونه متعارفا فيما بين الناس محتاجا اليه في تحصيل هذا الارفاق وقد يكون اعتماد المولى على أحدهما دون الآخر ولانه بهذا العقد يجعلهما كشخص واحد ولهذا اذا قبل أحدهما دون الآخر لم يجز فكأنه شرط جميع المال على كل واحد وعلق به عتق صاحبه ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى لا يعتق واحد منهما الا بأداء جميع المال وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اذا أدى أحدهما حصته من المال يعتق لان العقد لما صح ثبت موجبه وهو انقسام البدل عليهما باعتبار قيمتهما فاذا أدى أحدهما

حصته من المال فقد برئت ذمته عما عليه وانما يبقى مطلوبا بها على صاحبه بطريق الكفالة وهذا لا يمنع ثبوت الحرية فيه ولكنا نقول شرط المولى ومقصوده معتبر وقد شرط أن لا يعتق واحد منهما مالم يصل اليه جميع المال فمراعاة شرطه قلنا له أن يطالب أيهما شاء بجميع المال ولا يعتق واحد منهما مالم يصل اليه جميع المال ثم ذكر في الكتاب الذي يكتبه المولى لهما وليس لهما ان يتزوجا الا بأذن فلان مولاهما وانما يكتب هذا للتوثق فان من العلماء من يقول للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه لتحقيق ثبوت مالكية اليد له وعندنا لا يملك لانه عبد مابقى عليه شئ من البدل فللتحرز عن قول هذا القائل يشترط ذلك في الكتاب ﴿ قال ﴾ واذا كاتب عبده على ألف درهم وعلى وصيف فهو جائز لان جهالة الصفة بعد اعلام الجنس لا يمنع صحة التسمية في عقد الكتابة كما لا يمنع ذلك في النكاح ﴿ قال ﴾ وان كاتبه على ألف درهم واشترط خدمته مدة معلومة فهو جائز لان المسمى من الخدمة يصير معلوما ببيان المدة حتى يصح استحقاقه بعقد الاجارة فكذلك يصح تسميته في الكتابة وهذا لان المكاتب يكون أحق بكسبه ومنافعه فكما يجوز أن يشترط عليه مالا معلوما يوفيه من كسبه فكذلك يجوز أن يشترط عليه خدمة معلومة يوفيها من منافعه وان اشترط عليه خدمة مجهولة بغير ذكر الوقت أو شرط على المكاتبة أن تخدمه أبداً أو يجامعها أبداً فالكتابة فاسدة لان ماشرط مع الالف مجهول جهالة متفاحشة والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وهذا المفسد يتمكن فيما هو من صلب العقد وهو البدل فيفسد به العقد ولانه في معنى استثناء موجب العقد لان موجب العقد اثبات مالكية اليد له حتى يصير أحق بمنافعه ومكاسبه واشترط الخدمة عليه أبداً يمنع من ذلك وكذلك اشتراط الوطء عليها بنفسه واستثناء موجب العقد يكون مفسداً للعقد يقول فان أدى الالف عتق قال بشر المريسي هذا غلط لان العتق لا ينزل الا بعد اداء جميع المشروط عليه وقد شرط المولى عليه مع الالف شيئا آخر فكيف يعتق بأداء الالف ولكنا نقول ماذكر في الكتاب صحيح واشتراط الخدمة والوطء عليها ليس بطريق البدل لما أوجبه له بل باعتبار ابقاء ملك نفسه في الخدمة والوطء كما كان من قبل فلا يكون استثناء لموجب العقد فأما البدل المشروط عليه هو الالف فاذا أداه يعتق ويستوى في ظاهر الرواية ان كان قال له إذا أديتها الى فأنت حر أو لم يقل وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يعتق الا أن يكون قال له ان أديتها الى فأنت

حرلان العتق عند فساد العقد باعتبار الشرط فالم ينص على الشرط لا يعتق ووجه ظاهر الرواية أن العقد منعقد مع الفساد لان تاثير الفساد في تغيير وصف العقد فلا يعدم أصله واذا بقى العقد كان العتق عند الاداء بحكم العقد فلا يعتبر فيه التصريح بالتعليق بالشرط كما في البيع الفاسد يثبت الملك عند القبض بحكم العقد ثم كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا عليه أن يؤدى الفضل على الالف الى مكاتبة مثله لانه شرط مع الالف لنفسه منفعة فاذا لم ينل ذلك كان عليه مكاتبة مثله كما لو تزوج على ألف وكرامتها ودخل بها كان لها تمام مهر مثلها ثم رجع فقال عليه فضل قيمة نفسه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لما بينا أن الرقبة هنا أقرب الاشياء الى المعقود عليه في الاعتبار عند فساد العقد فيلزمه تمام قيمة نفسه كما في البيع اذا تعذر على المشترى الرد بسبب الفساد يلزمه قيمة المبيع ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى اذا كانت قيمته دون الالف له أن يسترد من المولى ما زاد على قيمته من الالف كما في البيع ولكنا نقول ليس له أن يسترد شيئاً من الالف لان المولى ما رضى بعتقه بحكم العقد الا بعد سلامة جميع الالف له واعتبار القيمة لدفع الضرر عن المولى فاذا كان يؤل الى الاضرار به سقط اعتباره ﴿قال﴾ وشراء المكاتب من مولاه وبيعه جائز وما استهلك كل واحد منهما لصاحبه فهو دين عليه لانه صار بمنزلة الحر يداً فيما يرجع الى المكاسب فاختص بملك التصرف فى مكاسبه فكان حال المولي فى كسبه كحال أجنبي آخر ثم قد بينا أن الولد المولود في الكتابة يسعى على النجوم بعد الموت عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف المشتري وعندهما كل من تكاتب عليه يقوم مقامه بعد الموت فى السعاية على النجوم ثم كل من دخل فى كتابته اذا أعتقه مولاه ينفذ عتقه فيه عندنا كما فى رقبة المكاتب لان من تكاتب عليه كان تبعاً له فى العقد ولهذا لا يكون عليه شئ من البدل والاصل مملوك له فكذا ما يتبعه وزفر يقول لا ينفذ عتقه فيهم لان المكاتب أحق بكسبهم ليستعين به على أداء المكاتبة وفي تنفيذ عتق المولى فيهم ابطال حقه عن كسبهم وليس للمولى على المكاتب هذه الولاية ولكنا نقول ينفذ عتقه لمصادفته ملكه ثم يبطل حق المكاتب من كسبه حكما لثبوت حريته لا أن يكون بتصرف المولى وقصده ﴿قال﴾ واذا اشترى المكاتب امرأته فهما على النكاح لان حقيقة الملك فى رقبتها لا يثبت للمكاتب لقيام الرق المنافى فيه انما يثبت له حكم اليد وبملك اليد لا يبطل النكاح وله أن يبيعها مالم تلد منه لان النكاح ليس بسبب

الاستحقاق

لاستحقاق الصلة فلا يمتنع عليه البيع بسببه فان ولدت منه فقد امتنع بيعها تبعا لثبوت حق الولد وكذلك المكاتبة تشتري زوجها له أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة ﴿قال﴾ ولا تجوز شهادته ولا هبته ولا صدقته له ولا عتقه لبقاء الرق فيه وهو مناف لولاية الشهادة والتمليك حقيقة وباعتباره يصح التبرعات وكذلك لو باع عبداً له من نفسه أو اعتقه على مال فهو والعتق بغير جعل سواء في انه لا ينفذ الا من المالك حقيقة وليس للمكاتب ملك على الحقيقة ﴿قال﴾ وان كاتب عبدا له ففي القياس لا يجوز أيضاً وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مآل هذا العقد عتق والمكاتب ليس من أهله ولانه منفك الحجر عنه في التجارات ليكتسب المال بها فيؤدي الكتابة والكتابة ليست من عقود التجارة ولانه يثبت بهذا العقد استحقاق الولاء عند تمامه بالاداء والمكاتب ليس من أهله ولكنا نقول الكتابة من عقود اكتساب المال وقد ثبت له مالكية اليد فيما يرجع الى اكتساب المال ألا ترى أنه يزوج أمته وان لم يكن ذلك تجارة فكذلك يكاتب وربما تكون الكتابة أنفع له من البيع لان البيع يزيل ملكه بنفسه والكتابة لا تزيل ملكه عن المملوك الا بعد وصول المال اليه فكان هذا أنفع له ولانه يسوى غيره بنفسه في حق نفسه فانه يوجب لمملوكه مثل ما هو ثابت له وذلك صحيح منه كما يصح من الحر اعتاق مملوكه بخلاف العتق بمال فان هناك يوجب لغيره فوق ماله وهو حقيقة العتق بنفس القبول فلهذا لا يصح منه ﴿قال﴾ ولا يجوز كفالة المكاتب لانه تبرع وليس من عقود اكتساب المال في شئ وليس له أن يشارك مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة العامة ولا يجوز نكاحه ولا وصيته لان الوصية تبرع بعد الموت فيعتبر تبرعه في حياته والاستبداد بالنكاح في حق نفسه يعتمد الولاية والرق ينفي الولاية ولان التزوج ليس من عقود اكتساب المال في حقه ﴿قال﴾ واذا سرق المكاتب أو سرق منه يجب القطع لانه مخاطب تم منه جناية السرقة وحقه في كسبه كملك الحر في ماله فيقطع السارق منه وكذلك هو في حق الشفعة فيما يستحقه أو يستحق عليه كالحر ﴿قال﴾ وليس له أن يبيع مااشتراه من مولاه مرابحة الا أن يبين وكذلك مولاه فيما اشتري منه لان كل واحد منهما يسامح صاحبه في المعاملة لعلمه أن ذلك لا يبعد منه ولان للمولى حق الملك في كسب المكاتب فما يغرمه للمكاتب بالشراء لا يتم خروجه ولا يبيعه مرابحة الا على أقل الشيئين لان ذلك القدر يتيقن بخروجه عن ملكه وبعد البيان تنتفي التهمة والغرور ولو اشترى من

مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز لان هذا صريح الربا والمكاتب فى كسبه بمنزلة الحر يداً كما قررنا فصريح الربا يجرى بينه وبين المولى باعتبار هذا المعنى احتياطا ﴿ قال ﴾ واذا أخذ بالمكاتبة رهنا فيه وفاء بها فهلك الرهن عتق العبد لأن عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء على أن يتم ذلك الاستيفاء بهلاك الرهن ودين الكتابة فى حكم الاستيفاء كسائر الديون واذا صار مستوفى بهلاك الرهن عتق المكاتب كما لو استوفاه حقيقة ﴿ قال ﴾ ولو كاتبه على وصيف فأتاه المكاتب بأربعين ديناراً ثمن الوصيف أجبر المولى على قبولها لما بينا فى كتاب النكاح أن الحيوان في العقود المبنية على التوسع يثبت ديناً فى الذمة على أن يكون الحق متردداً بينه وبين قيمة الوصيف وان قيمة الوصيف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أربعون ديناراً ﴿ قال ﴾ واذا كاتب على خمر أو خنزير أو ما اشبه ذلك مما لا يحل فالكتابة فاسدة لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يصير مستحقا للمولى بالتسمية فاذا اداه قبل أن يترافعا الى القاضى وقد قال له أنت حر اذا أديته أو لم يقل فانه يعتق وقد بينا هذا فيما سبق أن مع فساد العقد العقد منعقد فيعتق بالاداء وعليه قيمة نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لأجل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشترى شراء فاسداً اذا أعتق المبيع بعد القبض وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن عند زفر رحمه الله تعالى لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة وانما يعتق بأداء البدل وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه فانه يعتق لأن البدل صورة هو المشروط والعتق معلق بأدائه ومن حيث المعنى البدل القيمة فأيهما أدى يعتق وبدل الكتابة في جواز الاستبدال به بمنزلة المهر والثمن ﴿ قال ﴾ وان جاء المكاتب بالمال قبل محل الأجل فأبي المولى أن يقبله أجبر على أخذه لان الأجل حق المكاتب فاذا أسقطه يسقط وان صالحه المولى علي أن يعجل بعض المكاتبة قبل محلها ليحط ما بقى فهذا جائز بينهما وان كان لا يجوز مثله بين الحرين لان الصحابة رضوان الله عليهم مختلفون في جواز هذا التصرف بين الحرين على ما نبينه فى كتاب الصلح فعرفنا أنه ليس بصريح الربا فلا يجري بين المكاتب ومولاه لانه عبده بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين على ما بينا واذا كاتبه على ألف درهم وعلى عبد مثله يعمل عمله وهو خياط أو شبه ذلك فهو جائز لان المسمى معلوم الجنس وان كان مجهول الوصف ألا ترى أنه لو كاتبه على عبد خياط أجزت ذلك

استحسانا ومراده القياس والاستحسان عند ترك بيان الوصف فى بدل الكتابة بعد اعلام الجنس فان فى القياس الكتابة كالبيع حتى لا تصح الا بتسمية البدل وفي الاستحسان هى كالنكاح من حيث أنه مبني على التوسع بالبدل فان المقصود به الارفاق دون المال وعلى هذا يثبت فيه الآجال المجهولة المستدركة كالحصاد والدياس والعطاء كما يثبت فى الصداق ويحل عليه المال فى ذلك الوقت حتى اذا تأخر العطاء حل عليه اذا دخل أجل العطاء في مثل الوقت الذى كان يخرج فيه لان المقصود بيان الوصف لا حقيقة فعل العطاء وان كاتب عبده على قيمته فهو فاسد لان المسمى مجهول الجنس والوصف ولان هذا تفسير الكتابة الفاسدة ولو كاتبه على عبد فلان هذا أو دابة فلان هذه لايجوز لان القدرة على تسليم المسمى معتبر لصحة الكتابة فانه لا يصح منه التزام التسليم فيما لايقدر على تسليمه وهذا بخلاف النكاح فان تسمية ملك الغير صحيح هناك لان الشرط كون المسمى مالا متقوما والقدرة على تسليمه ليس بشرط لصحة التسمية كما أنه ليس بشرط فيما يقابله ثم فى الكتابة على الاعيان روايتان على ما نذكره في كتاب المكاتب ﴿قال﴾ وان كاتبه على وصيف أبيض فصالحه من ذلك على وصيفين ابيضين أو حبشيين يداً بيد فهو جائز لان الحيوان ليس بمال الربا فبادلة الواحد منه بالمثنى يداً بيد صحيح ولا يجوز نسيئة لان الحيوان لا يثبت فى الذمة بدلا عما هو مال والاصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس بعد أن يكون يداً بيد ولا خير فيه نسيئة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب موت المكاتب

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا مات المكاتب عن مال وعليه دين وجناية وله أولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا فى المكاتبة من أمته وأولاد اشتراهم بدئ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة لان الحقوق متى اجتمعت فى المين وتفاوتت فى القوة يبدأ بالأقوى فالاقوى كما يبدأ فى التركة بالجهاز ثم بالدين ثم بالوصية وأصله قوله تعالى ويؤت كل ذى فضل فضله والدين أقوى من الجناية لانه كان مالا متقررا في ذمته في حياته والجناية لاتتعلق بذمته الا بقضاء القاضى أو بفوت الدفع بموته والمال خلف عن ذمته فى ثبوت الحق فيه فما كان

أسبق تعلقا بذمته وكان متقررا في نفسه فهو أقوى ثم الجناية أقوى من الكتابة لان الكتابة ليست بدين متقرر فانه يتمكن من اسقاطها عن نفسه بان يعجز نفسه والضعيف لا يزاحم القوى فلهذا قدمت الجناية ثم بعدها الكتابة واذا أديت الكتابة حكم بحريته في حال حياته وحرية كل من كان تبعا له في الكتابة فلهذا كان الباقي ميراثا لجميع أولاده وكذلك ان كان له ابن مكاتب لانه اذا ضم اليه في عقد الكتابة فهما كشخص واحد لا يعتق احدهما بحكم الكتابة قبل صاحبه فتسند حرية هذا الابن الى الوقت الذي أستند حرية أبيه وان كان مكاتبا على حدة لم يرث منه شيئا اذا أدى مكاتبته بعد موت أبيه وان كان قبل اداء مكاتبة أبيه لان اسناد الحرية في حق الاب لاجل الضرورة ولا يوجد ذلك في حق الابن اذا كان مكاتبا على حدة بل تقتصر حريته على وقت الاداء فيكون هو رقيقا عند موت أبيه فلا يرث منه شيئا وان كان عليه مهر لامرأة حرة تزوجها بغير اذن مولاه كان دينها بعد قضاء بدل الكتابة لان مهرها متأخر الى مابعد العتق فان سببه لم يظهر في حق المولى لانه ممنوع من النكاح بغير اذن المولى والمرأة راضية بتأخير حقها حين زوجته نفسها بغير اذن المولى فما لم يسقط حق المولى عن كسبه لا يظهر المهر فلهذا كان بعد دين الكتابة بخلاف الجناية فهي ظاهرة في حق المولى ولم يوجد من المجني عليه الرضا بتأخير حقه وان لم يترك شيئا يسعى ولده الذين ولدوا في المكاتبة فيها حتى يؤدوها لانه مات عمن يؤدى بدل الكتابة فيجعل كونه عما يؤدى به بدل الكتابة وهو المال فاذا أدوا عتق كل من كان تبعا له في المكاتبة وقد بينا ان النجوم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يبقى الا باعتبار الاولاد الذين ولدوا في المكاتبة وعندهما يبقى ببقاء كل من كان داخلا في كتابته حتى اذا لم يكن له الا الاولاد الذين اشتراهم فانهم يباعون عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا لم يؤدوا المال حالا ويكون ثمنهم تركة له تؤدى منه كتابته وان كان معهم ولد مولود في الكتابة لم يبع هؤلاء لبقاء النجوم باعتباره يسعون به فان حل على الولد المولود في الكتابة أول نجم ولم يكن له مال حاضر ولا غائب ينتظر ردوا جميعا في الرق لانه قائم مقام أبيه ولو كسر أبوه نجما رد في الرق فكذلك هو ان كانوا جماعة بعضهم غائب وعجز الشاهد لم يرد في الرق حتى يحضر الغائب لان الذي عجز جعل كالمعدوم فيبقى النجوم ببقاء الغائب ولا يظهر عجزه عن الاداء مالم يحضر ولان كل ولد مولود في الكتابة قائم مقام أبيه ألا ترى أنهم يعتقون باداء أحدهم

سواء أدي الغائب أو الشاهد فالم يتحقق عجزهم لا تنفسخ الكتابة واذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولداً حراً فهو مولى لموالى الأم ما لم يخرج الدين فيؤدى الكتابة أما بقاء الكتابة فلماله المنتظر لان الدين مال باعتبار ماله ولكن لا يحكم بعتقه مالم يؤد الكتابة وما لم يحكم بعتقه لا يظهر لولده ولاء في جانب أبيه فيكون مولى لموالي الام فاذا أديت ظهر له ولاء في جانب أبيه فينجر ولاؤه الى موالى الاب لان الولاء كالنسب ولا يرجع موالى الام بما عقلوا من جنايته في حياة المكاتب على موالى الاب لانه انما يحكم بعتق الاب في آخر جزء من أجزاء حياته ولا يستند عتقه الى أول عقد الكتابة فكان موالى الام عند جنايته مواليه على الحقيقة فلهذا لا يرجعون بما عقلوا على موالى الاب ويرجعون بما عقلوا من جنايته بعد موت الاب قبل أداء كتابته لما بينا أن عتق الاب يستند الى حال حياته فتبين أن ولاءه كان لموالى الاب من ذلك الوقت وموالى الام كانوا مجبرين على الأداء فيرجعون بما أدوا كالملاعن اذا كذب نفسه بعد ما جنى الولد وعقل جنايته قوم أمه رجعوا به على قوم الاب لانه تبين ثبوت نسبه من ذلك الوقت واذا مات الولد بعد موت المكاتب قبل خروج الدين فاختصم موالى الاب وموالى الام في ميراثه قضي به لموالى الام لانه لم يظهر ولاء في جانب الاب بعد واذا قضى بذلك بطلت المكاتبة لان ولاءه لموالى الام وقد تقرر عند موته بحكم الحاكم ومن ضرورة بطلان الكتابة اذ لولم تبطل لكان يؤدي كتابته وتبين به ان ولاءه لقوم الاب فيبطل به حكم الحاكم وذلك ممتنع ولانه لما لم يكن بد من ابطال أحدهما بالآخر فابطال الكتابة التى اختلفت الصحابة رضوان الله عليهم في بقائها أولى من ابطال حكم الحاكم ولأن السبب المبطل للكتابة هو عجزه عن الاداء بعد حل المال عليه ظاهر والمنفى وهو قدرته بخروج الدين موهوم والظاهر اذا تأيد بحكم الحاكم لايعتبر الموهوم في مقابلته فان خرج الدين بعد ذلك كان للمولى لانه كسب عبده وان كان للمكاتب ولد ولدوا في الكتابة فقد بقي النجوم ببقائهم فتي ما خرج دين المكاتب أديت المكاتبة وجر ولاء الولد وولد الولد لانه حكم بحريته مستنداً الى حال حياته وكان مابقي ميراثا واذا مات المكاتب عن ولد حر فجاء رجل بوديعة فقال هذه للمكاتب فانه يؤدي منه المكاتبة وتبين بهذه المسألة أن بموته عاجزاً لاتنفسخ الكتابة مالم يقض القاضي بفسخه لجواز أن يظهر له مال أو يتبرع انسان

بأداء بدل الكتابة عنه وهكذا فسره ابن سماعة رضي الله تعالى عنه في نوادره ثم اقرار الرجل بالوديعة للمكاتب صحيح في حقه فيؤدي منه الكتابة ولكن لا يصدق على جر الولاء لان اقراره ليس بحجة في حق موالى الام ولانه متهم بالقصد الى ابطال حقهم في جر ولاء الولد ﴿قال﴾ أرأيت لو قال المولى نفسه هذه وديعة عندي للمكاتب أو أقر له بدين مثل الكتابة أو قال قد كنت استوفيت الكتابة قبل موته أكان يصدق في جر ولاء الولد اليه فكذلك غيره وبهذا تبين انه ان تبرع انسان عنه بقضاء الدين بعد موته لا يحكم بحريته بخلاف ما ذكره ابن سماعة في نوادره وهذا لان ذمته بالموت تخرج من أن تكون محلا صالحا لبدل الكتابة فلا بد من خلف يبقى باعتباره والخلف ماله دون أموال الناس عادة فاذا ظهر له مال فقد علمنا بوجود الخلف واذا تبرع انسان بالاداء فلا يتبين به وجود الخلف وقت موته فلهذا لا يحكم بعتقه في حق موالى الام ويجعل المقر بالوديعة كالمتبرع بالاداء في حقهم واذا ترك المكاتب أم ولد ليس معها ولد بيعت في المكاتبة وان كان معها ولد سعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيراً كان ولدها أو كبيراً وان كان ترك مالا لم يؤخر الى أجله وصار حالا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حال أم الولد بغير الولد كحالها مع الولد في جميع ذلك حتى يسعى فيها على الاجل وهذا بناء على ان عندهما يمتنع على المكاتب بيع أم ولده اذا ملكها سواء كان معها ولد أو لم يكن لان ثبوت حقها باعتبار نسب الولد ونسب الولد ثابت منه سواء ملك الولد معها أو لم يملك ألا ترى ان الحر اذا ملك جارية قد ولدت منه تصير أم ولد له سواء ملك الولد معها أو لم يملك فكذلك المكاتب ولما كان في حال حياته لا يختلف حالها بين ان يكون معها ولد أولا يكون فكذلك بعد موته واما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا ملكها في حال حياته مع الولد يمتنع بيعها واذا ملكها بدون الولد لا يمتنع عليه بيعها لان حقها تابع لحق الولد وثبوت التبع بثبوت الاصل فاذا لم يثبت الاصل لا يثبت التبع وهذا لان حقيقة أمية الولد لا يثبت لها في حال الكتابة ألا ترى أنه لو عجز المكاتب كانت هي أمة قنة للمولى بخلاف الحر فان حقيقة أمية الولد يثبت لها وبدخولها في ملك المكاتب لا تصير داخلة في كتابته تبعا بدليل أنها لا تعتق بعتقه فعرفنا ان امتناع البيع انما يثبت فيها تبعا لثبوته في الولد فاذا لم يثبت في الولد بأن لم يملك الولد معها لا يثبت فيها واذا ثبت هذا في حياته فكذلك بعد

الموت والولد المولود في الكتابة هو الاصل فى بقاء الاجل بوجوده فاذا كان معها الولد يثبت الاجل فى حقها تبعا ويسعي على النجوم واذا لم يكن معها الولد لايثبت الاجل فى حقها فتباع فى المكاتبة ثم الولد خلف عن المال لان المال كسب المكاتب حقيقة فأما كسب الولد فهو قائم مقام كسب المكاتب في أداء البدل منه فلهذا كان المعتبر هو المال اذا خلف مالا وباعتبار المال لا يبقى الاجل فيصير حالا وجد الولد أولم يوجد وهذا لانه لامنفعة للميت ولا لولده فى إبقاء الاجل اذا ترك وفاء وينتفعون ببقاء الاجل اذا لم يترك وفاء ليكتسب ولده فيؤدى واذا ترك المكاتب ولدين ولداله في المكاتبة وعليه دين ومكاتبة سعيا في جميع ذلك لقيامهما مقام الأب وأيهما أداه لم يرجع على صاحبه بشيء لان كسبه لابيه مالم يحكم بعتقه فيجعل اداؤه من كسبه كادائه من مال أبيه وأيهما أعتقه المولى عتق كما لو أعتقه في حياة أبيه وعلى الآخر أن يسعى فى جميع المكاتبة التى بقيت على الاب لان الولد الذى عتق قد استغنى عن أداء بدل الكتابة فيجعل كالمعدوم والآخر محتاج الى بدل الكتابة فكان المكاتب لم يخلف الا إياه فيسعى في جميع المكاتبة وللغرماء أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لانهما جميعاً مال الميت وقد تعلق حق الغرماء بكل واحد منهما ألا ترى أنهما لو عجزا جميعا بدئ بقضاء الدين منهما واعتاق المولى أحدهما معتبر فى اسقاط حقه عنه غير معتبر في اسقاط حق الغرماء عن كسبه فلهذا كان لهم أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين ولا يرجع الذى يؤدى منهما على صاحبه لان أداءه من مال الميت حكما فكأنه أدى من مال الميت حقيقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب جناية رقيق المكاتب وولده

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا قتل عبد المكاتب رجلا خطأ قيل للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لانه أحق بكسبه مستبد بالتصرف فيه كالحر ألا ترى أنه ملك بيعه فكذلك يخاطب بدفعه بالجناية بخلاف نفسه وولده الذين لايستطيع بيعهم فانهم داخلون فى كتابته فلا يمكنه دفعهم بالجناية كما لا يمكنه بيعهم ولا ن من دخل فى كتابته فهو ملك لمولاه كنفسه واذا قتل عبده رجلا عمداً فله ان يصالح عنه لانه مستبد بالتصرف فيه فله ان يصالح عن جنايته على مال يؤديه لتسلم له نفسه كما للحر ذلك فى ملكه ثم يؤخذ به وان عجز لانه مال

التزمه بتصرف مملوك به بسبب عقد الكتابة فيؤخذ له بعد العجز بمنزلة ما يلتزمه بالشراء وان جنت أمته جناية خطأ فباعها أو وطئها فولدت منه وهو يعلم بالجناية فهذا منه اختيار وعليه الارش لانه منع الدفع بالبيع والاستيلاد ومن خوطب بالدفع أو الفداء اذا امتنع من الدفع بعد العلم كان مختارا للفداء بعد العلم كالحر وان قتله عبد له عمدا فالعبد فى قتل مولاه عمدا كاجنبي آخر فى وجوب القصاص عليه كالحر اذا قتله عبده فالمكاتب مثله ثم المكاتب اذا قتل عمداً فهو على ثلاثة أوجه ان لم يترك وفاء فالقصاص واجب للمولى لانه عبده حين مات عاجزاً فله ان يستوفى القصاص من قاتله وان ترك وفاء وله وارث سوى المولى فلا قصاص على القاتل لاشتباه من يستوفيه فان على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما يموت حراً فيكون استيفاء القصاص لوارثه وعلى قول زيد رضى الله عنه يموت عبدا فيكون حق استيفاء القصاص للمولى واختلاف الصحابة رضى الله عنهم يمكن شبهة معتبرة ومع انعدام المستوفى لا يجب القصاص لان الوجوب فى القصاص غير مقصود بنفسه بل المقصود الاستيفاء لان الزجر يحصل به وكذلك لو اجتمعا لم يكن لهما استيفاء القصاص لان بأصل الفعل لم يجب القصاص لاشتباه المستوفى فلا يجب بعد ذلك بتراضيهما وان قتل ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجب القصاص لمولاه وعند محمد رحمه الله تعالى لا يجب لان سبب ثبوت حق الاستيفاء له مشتبه فان الكتابة ان انفسخت كما قال زيد رضى الله عنه فانما يستوفيه بالملك وان بقيت كما قاله على وعبد الله رضى الله عنهما فانما يستوفيه بالارث بالولاء واشتباه السبب معتبر فيما يندرئ بالشبهات كاشتباه المستوفى ألا ترى أن أمة انسان اذا كانت فى يد غيره فقال ذو اليد زوجتنيها بكذا وقال المولى بل بعتها منك بكذا لم يحل له أن يطأها لاختلافهما فى سبب ثبوت حل الوطء له وان اتفقا على ان الوطء له حلال ولكن من قبل ان حل الوطء لا يثبت مع الشبهات فاشتباه السبب يكون مانعا من ثبوته وهما يقولان تيقنا بثبوت حق استيفاء القصاص للمولى فيجب القصاص ويتمكن من استيفائه كما لو قتل عاجزاً وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها ألا ترى أن من قال لغيره لى عليك ألف درهم غصبا وقال الآخر بل قرضاً وجب المال ولا ينظر لاختلافهما فى السبب لما اتفقا على وجوب المال فكذا هنا لا يعتبر الاشتباه فى السبب بعد ماتعين المولى مستوفيا بأى السببين كان بخلاف

ما اذا ترك وارثا لان المولى هناك لم يتعين مستوفيا مع اشتباه المستوفى لتعذر الاستيفاء وبخلاف مسألة الوطء لا نا لم نتيقن هناك بثبوت الحل له لجواز أن يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يدعى من السبب ولأن السبب هناك حكمى ولا يثبت واحد من السببين بقول أحد الخصمين مع تكذيب صاحبه وبدون ثبوت سبب الحل لا يثبت الحل وهنا السبب الموجب للقود وهو العمد المحض متيقن به وثبوت حق استيفاء المولى متيقن به أيضاً اما باعتبار الملك أو الولاء فلهذا يمكن من الاستيفاء واذا استهلك عبد المكاتب مالا فهو دين في عنقه يباع فيه لظهور سببه في حق المكاتب وان جني عبده ثم عتق المكاتب فهو على خياره لانه انما كان مخيراً بين الدفع والفداء باعتبار ملكه وقد تقرر ملكه بالعتق وان عجز فالخيار الى المولى لان الملك بعجزه تقرر للمولى فيتخير بين الدفع والفداء كما يخير الوارث بعد موت المورث في جناية عبد الحر وان كان العبد وامرأته مكاتبين مكاتبة واحدة فولدت ولداً فقتله المولى وقيمته أكثر من الكتابة فقيمته على مولاه في ثلاث سنين لان ولدها مملوك للمولى فلا يجب عليه القصاص بقتله ولكنه داخل فى الكتابة فعلى المولى قيمته بقتله كما يلزمه الدية لو قتل المكاتب فالمال بنفس القتل يجب مؤجلا فى ثلاث سنين وان كانت الكتابة قد حلت قاصهم بها لان القيمة واجبة للأم فان الولد داخل في كتابتها حتى يكون كسبه لها فكذلك بدل نفسه وقد بينا أن الولد جزء من أجزاء الام يتبعها في الرق والحرية فكذلك فى الكتابة وقد كان للمولى أن يطالب الام بجميع الكتابة ومتى التقى الدينان تقاصا اذا استويا لانه لافائدة فى الاستيفاء ثم على المولى أداء فضل القيمة الى الام لان المقاصة انما وقعت بقدر بدل الكتابة ورجعت الام على الاب بما أدت عنه من ذلك لانها صارت قاضية بدل الكتابة بالمقاصة فكانها أدت بنفسها فترجع على الاب بحصته وان كانت المكاتبة لم تحل أدى المولى القيمة الى الام لان المقاصة لاتقع بين الحال والمؤجل فيستوفى منه ماحل وهو القيمة لتستعين به فى مكاتبتها اذا حلت وان كان الابن مكاتبا معها فقتله المولى ثم حلت القيمة أقتص منها بقدر الكتابة ان كانت المكاتبة حلت أو لم تحل لان الولد المقتول هنا مقصود بالكتابة وقد كان مطالبا بجميع البدل عند حله والاجل لا يبقى في حقه بعد موته اذا ترك وفاء فاذا حلت القيمة قد تحقق الوفاء فصار قصاصا ببدل الكتابة حلت أو لم تحل ويؤدي المولى الى الورثة فضل القيمة والاب والام حصتهما من المكاتبة لان الابن

لو أدي جميع البدل فى حياته رجع عليها بحصتها منها فكذلك إذا صار مؤديا ببدل نفسه بعد موته ثم يقسم ذلك كله بين ورثة الابن على فرائض الله تعالى ويرث أبواه معهم لان عتقه أستند الى حال حياته وكذلك عتقهما لاتحاد العقد فى حقهم ﴿فان قيل﴾ فلماذا لا يجب على المولى الدية ﴿قلنا﴾ لما بينا أن استناد الحرية الي حال الحياة لاجل الضرورة وليس من ضرورته وجوب الدية فكم من قتيل حر لاتجب ديته ولان الاستناد فيما هو من حكم عقد الكتابة ووجوب الدية ليس من حكم عقد الكتابة فى شئ ولأن المولى انما يضمن جنايته ولا يستند العتق الى وقت جنايته انما يستند الى آخر جزء من أجزاء حياته بعد الجناية ولو أعتق المولى أم ولد لمكاتبه لم يجز عتقه بخلاف ما اذا أعتق ولدها لان الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى فأما أم الولد غير داخلة في كتابته حتي لاتعتق بعتقه فلا تكون مملوكة للمولى توضيحه أن فى اعتاق الولد تحصيل مقصود المكاتب فأما فى اعتاق أم الولد تفويت مقصود المكاتب لان المكاتب لو عتق كانت أم ولد له يطأها ويستمتع بها وفى العتق تفويت هذا المقصود عليه فلا يملكه المولى ولو ملك المكاتب أب مولاه أو ابنه لم يعتق لان المولى لو أعتق رقيق المكاتب لا ينفذ عتقه فعرفنا أنه لا يملكهم فلا يعتقون عليه ولا يمتنع بيعهم أيضا بخلاف ما اذا ملك أب نفسه أو ابن نفسه وكان ينبغى أن يمتنع بيعهم لأن للمولى فى كسب المكاتب حق الملك كما للمكاتب ولكن قال البيع من التصرف وفى حكم التصرف المولى من كسب المكاتب أجنبي والمكاتب بمنزلة الحر توضيحه أن عتق أب المكاتب وابنه من مقصود المكاتب وكسبه محل لما هو من مقاصده فكان في ادخالهم فى كتابته ليعتقوا بعتقه معني تحصيل مقصوده وعتق أب المولى وابن المولى ليس بمقصود للمكاتب فلم يكن فى ادخالهم في كتابته تحصيل مقصوده فلهذا لا يتكاتبون عليه واذا جنى المكاتب جناية خطأ فانه يسعي في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له فالواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى أن فى جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما فان جنى جناية أخرى بعد ما حكم عليه بالاقل في الجناية الاولى يلزمه بالجناية الثانية أيضاً الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان موجب الجناية الاولى صار دينا فى ذمته

فتتعلق الجناية الثانية برقبته ويلزمه الاقل كالجناية الاولى وان كانت الجناية الثانية قبل أن يحكم عليه بموجب الجناية الاولى فليس عليه الا قيمة واحدة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لولى كل جناية قيمة على حدة لان من أصله أن جنايته لا تتعلق برقبته بل موجبه القيمة ابتداء لان الدفع متعذر فكان القضاء وغير القضاء فيه سواء يجب عليه قيمة باعتبار كل جناية لكونه أحق بكسبه عند كل جناية وعندنا تتعلق جناية المكاتب برقبته لان الدفع موهوم فانه ان عجز انفسخت الكتابة ودفع بالجناية فانما تحول الى القيمة بقضاء القاضى فاذا اجتمعت الجنايات في رقبته قبل قضاء القاضى لم يلزمه الا قيمة واحدة لانه لو أمكن دفعه لم يكن حقهم الا في رقبة واحدة بخلاف ما اذا قضى القاضي بالاولى لانه تحول الى القيمة دينا فى ذمته بقضاء القاضي ثم تعلقت الجناية الثانية برقبته حتى يدفع بها اذا عجز فلهذا يقضى له بقيمة أخرى ولو قتل رجلا عمداً هو أو ابن له في ملكه ثم صالح فى ذمته على مال جاز الصلح لان من دخل فى كتابته تبع له وله أن يصالح عن جناية نفسه فكذلك عن جناية من دخل فى كتابته لانه أحق بكسبه فان عجز فرد في الرق فان كان أعطي المال لم يكن له حق الاسترداد وان لم يكن أدى المال لم يؤخذ بالمال حتى يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يؤخذ بالمال في الحال فيباع فيه وأصل المسئلة فى المكاتب اذا أقر بجناية الخطأ فقضى عليه بالقيمة ثم عجز لم يؤخذ به الا بعد العتق في قول أبي حنيفة لان وجوب هذا المال بقوله واقراره فيما ليس من التجارة يكون ملزما إياه بعد العتق لا بعد العجز قبل العتق لان بعد العجز الحق في ماليته لمولاه واقراره ليس بصحيح في حق المولى كما لو أقر بالجناية بعد العجز فكذلك في الصلح لان دم العمد ليس بمال فهو بهذا الصلح يلتزم مالا لا بازاء مال فهو وما يقربه سواء وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كل واحد من المالين ثابت في ذمته وهو مطالب بهما فى حال قيام الكتابة فيبقى فى ذمته بعد العجز فيباع فيه كسائر الديون وتمام بيان هذه المسائل فى الديات واذا حفر المكاتب بئرا فى الطريق فوقع فيها انسان فعليه أن يسعى فى قيمته يوم حفر لانه جان بطريق التسبب بالحفر في الطريق فيجعل كجنايته مباشرة واذا وقع فيها آخر بعد ما قضى للاول شركه في تلك القيمة لان الموجود من المكاتب جناية واحدة وهو الحفر فلا يلزمه به أكثر من قيمة واحدة ولكن الثاني يشارك الاول في تلك القيمة بخلاف جنايته بالمباشرة فان الثانية غير الاولى

ولو سقط حائط له مائل قد شهد فيه على انسان فقتله فعليه أن يسعى في قيمته لانه متمكن من هدم الحائط المائل فاذا تركه بعد ماأشهد عليه جعل كالدافع له على من سقط الحائط عليه فلزمه قيمته وان وجد فى داره قتيل أخذ بقيمته يوم وجد القتيل فيها لان التدبير فى داره اليه فيكون كالحر فى ذلك ولو وجد القتيل فى دار الحر جعل كالقاتل له فى وجوب البدل فكذلك المكاتب الا أن تكون قيمة المكاتب أكثر من الدية فينقص حينئذ عشرة دراهم من الدية لان وجوب القيمة عليه اذا كانت الجناية منه معتبر بوجوب القيمة اذا كانت الجناية عليه والجناية على المكاتب لا توجب من قيمته الا عن الف الا عشرة دراهم لانه عبد مابقى عليه درهم فكذلك القيمة الواجبة بالجناية منه فان جنى جناية ثم عجز فان كان قد قضي عليه بالسعاية فهو دين عليه يباع بها لان سببه ظاهر فى حق المولى وقد صار ديناً فى ذمته بالقضاء وان لم يقض بها عليه خير المولى بين الدفع والفداء الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول الواجب قيمته يباع فيه بناء على أصله الذي قلنا أن موجب جنايته القيمة ابتداء وقد ذكر فى كتاب الجنايات أن أبا يوسف رحمه الله كان يقول بهذا مرة ثم رجع عنه فقال يخير المولى كما هو مذهبهما لان موجب جنايته في رقبته لتوهم امكان الدفع بعد العجز وانما يتحول الى الذمة بقضاء القاضى فاذا عجز قبل القضاء بقيت الجناية فى رقبته فكانه جني ابتداء بعد العجز فيخاطب المولى بالدفع أو الفداء وان جنى عليه فالواجب ارش المماليك لانه عبد وذلك للمكاتب بمنزلة كسبه لانه صار أحق بنفسه وان قتل رجلا عمداً فعليه القود لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود والرقيق في حكم القود والحر سواء وان قتل ابن المكاتب أو عبده فلا قود على القاتل أما الابن فلأنه من وجه مملوك للمولى حتى لو أعتقه ينفذ عتقه ومن وجه هو مملوك للمكاتب حتى يكون أحق بكسبه فاشتبه من يجب القصاص له وذلك مانع من وجوب القصاص وأما عبده فلأن للمولى فيه حق الملك ألا ترى ان بعجزه يتم فيه ملك المولى ومن وجه هو ملك المكاتب حتى يتم ملكه فيه اذا أعتق فيشتبه من له القصاص ولان المكاتب انما صار أحق بكسبه ليؤدى بدل الكتابة والقصاص ليس من ذلك فى شئ والمولي ممنوع من كسبه فلا يمكن ايجاب القصاص له أيضا ومع الاشتباه لم يجب القصاص وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لانه لم يجب بأصل الفعل فلا يجب باتفاقهما بعد ذلك ولكن على القاتل القيمة لما تعذر ايجاب القصاص وهو "مكاتب بمنزلة سائر اكسابه وان عفوا

فعفوهما باطل أما المولى فلانه لم يجب له شئ وأما المكاتب فلان العفو تبرع منه فلا يصح كالابراء عن الديون وان قتل المولى مكاتبه خطأ أو عمداً وقد ترك وفاء فعليه قيمته تقضى به كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان المكاتب كان أحق بكسبه وبنفسه فلما جعل المولى كالاجنبي فيما يجب باتلاف كسبه فكذلك فيما يجب باتلاف نفسه وان أقر المكاتب بجناية خطأ أو عمداً لا قصاص فيه فاقراره جائز مادام مكاتبا لان موجب جنايته فى كسبه واقراره في كسبه صحيح وان عجز ورد فى الرق بطلت عنه قضى به عليه أو لم يقض وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وذكر فى كتاب الجنايات ان أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله تعالى قالا يؤخذ بما قضى عليه منها خاصة وما أداه قبل العجز لم يسترده عندهم جميعا وقد بينا هذا ولا يلزم المكاتب مهر من نكاح بغير اذن مولاه حتى يعتق ويلزمه ذلك في فى الشراء عند الاستحقاق يعنى اذا اشتري جارية فوطئها ثم استحقت يغرم عقرها فى الحال لان سقوط الحد هناك كان بسبب الشراء وهو عقد تجارة فما يجب باعتباره من الضمان يكون ضمان التجارة فيؤاخذ به فى الحال وفى النكاح سقوط الحد عنه ووجوب المهر كان بسبب النكاح وهو ليس بتجارة فما يجب بسببه لايكون من جنس ضمان التجارة فلا يؤاخذ به حتى يعتق توضيح الفرق أنه صار منفك الحجر عنه فى الشراء ففي الضمان الواجب بسببه يلتحق بالحر ولم يصر منفك الحجر عنه من نكاح نفسه ففيما يجب بسببه هو كالعبد المحجور ولا يتزوج المكاتب بغير اذن مولاه لان انفكاك الحجر عنه فى عقود الاكتساب وليس فى التزوج اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة ولان حكم المالكية انما يثبت له يداً ليتمكن من اداء بدل الكتابة فكل عقد لايوصله الى ذلك لايثبت له حكم المالكية فى ذلك بل يكون هو كالعبد لايتزوج الاباذن مولاه وكذلك لا يزوج عبده لانه تعييب للعبد وليس باكتساب للمال وكذلك لايزوج ابنه لان الرق الباقي فيه مخرج له من أهلية الولاية بالقرابة وسبب الملك فى ابنه أبعد عنه من عبده لما بينا ان من دخل في كتابته فهو مملوك لمولاه ولهذا لايزوج ابنته أيضا لانها لما دخلت فى كتابته صارت مملوكة لمولاه بمنزلة نفسه ولا يزوجها بدون اذن مولاها وله ان يزوج أمته لان تزويج الامة اكتساب فى حقه فانه يكتسب به المهر ويسقط عن نفسه نفقتها وهو منفك الحجر عنه فى عقود الاكتساب ﴿ فان قيل ﴾ هذا موجود فى حق ابنته قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى

وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى فى ابنته دون أمته ولو عجز وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب علي المولى فيها استبراء جديد ويلزمه ذلك فى أمته ومكاتبته كانه تزوجها برضاها بدون اذن المولى لا ن بكتابتها ثبت لها الحق فى نفسها دون اذن المولى وانما يعتبر رضاها فى تزويجها ولا يعتبر رضا المولى ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها وكان ينبغى أن يملك ذلك لا نه اكتساب للمهر فى حقها ولكن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بالتزوج لان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فيها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فى ملك المولى توضيحه أن النكاح غير مشروع فى الاصل لاكتساب المال بل للتحصين والنفقة وانفكاك الحجر بسبب الكتابة في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئاً آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة فان تزوجت بغير اذن مولاها فلم يفرق بينهما حتى عتقت جاز النكاح ولا خيار لها لان المانع حق المولى وقد سقط بالعتق ونفوذ العقد كان بعد العتق وفي مثله لا يثبت الخيار لها واذا وقع المكاتب على بكر فافتضها كان عليه الحد لوجود الزنا المحض منه وهو مخاطب فان دخل فى ذلك وجه شبهة ولم تطاوعه المرأة كان عليه المهر لان هذا الفعل لا ينفك عن عقوبة أو غرامة اذا حصل فى غير الملك وقد سقطت العقوبة فوجب المهر الا أنها اذا طاوعته فقد رضيت بتأخير حقها فيتأخر الى مابعد العتق واذا لم تطاوعه فلم ترض بتأخير حقها فيلزمه ذلك فى الحال كما لو جنى عليها كان مؤاخذاً بالارش فى الحال فان قال تزوجتها فصدقته فانما عليه المهر اذا عتق لوجود الرضا منها بتأخير حقها وان قال اشتريتها أو وهبت لى أخذ بالمهر فى المكاتبة لما بينا أن فى الشراء الواجب من جنس ضمان التجارة وكذلك فى الهبة لانه انما سقط الحد عنه بسبب موجب للمال فهو نظير الشراء وهذا لان بعد الملك لا حق لأحد سواه فلا يعتبر فعل الغير فى الرضا بالتأخير بخلاف التزويج فانه لا يسقط به حقها من نفسها فيعتبر رضاها وتمكينها من تأخير حقها ولا يجوز هبة المكاتب ولا صدقته وقال ابن أبي ليلى يتوقف عتقه وهبته وصدقته على سقوط حق المولى بعتق المكاتب فاذا عتق نفذ ذلك كله لانه أحق بكسبه في الحال ولكن فيه حق المولى على أن يصير مملوكا اذا عجز فيمتنع نفوذ هذه التصرفات

منه فى الحال لمراعاة حق المولى فاذا سقط حق المولي بالعتق فقد زال المانع فينفذ تصرفه كالوارث اذا أعتق عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين ولكنا نقول هو ليس بأهل للتبرعات لكونه عبداً ولان صحة التبرعات باعتبار حقيقة الملك وهو ليس من أهله ولا يتوقف التصرف اذا صدر من غير أهل فهو كالصبي اذا أعتق أو وهب ثم بلغ لم ينفذ ذلك منه ولان بالعتق يتم ملكه فى الكسب مقصوراً على الحال فلا ينفذ التبرع السابق عليه منه ألا ترى أن المولى لو كان هو الذى أعتق عبده أو وهب كسبه ثم عجز المكاتب حتي ملك المولى لم ينفذ ذلك التصرف منه فهذا مثله ولا يجوز وصية المكاتب وان ترك وفاء لانه تبرع بعد الموت فيكون كتبرعه فى حياته ﴿فان قيل﴾ أليس أنه اذا أديت كتابته يحكم بموته حراً ولو عتق في حال حياته وجب تنفيذ وصيته بمال مرسل بعد موته من ثلثه فكذلك اذا أديت كتابته ﴿قلنا﴾ قد بينا أن استناد حريته فى حكم الكتابة للضرورة ووصيته ليست من ذلك في شئ ولان حريته انما تستند الى آخر جزء من أجزاء حياته وتلك الحالة للطافتها لا تتسع للوصية ولا يجوز اقراضه ولا كفالته لانه تبرع الا أن كفالته ككفالة العبد المحجور عليه تظهر فى حقه بعد العتق واستقراضه جائز لانه تبرع عليه وهو من أهله بمنزلة قبول الهبة والصدقة ويجوز بيعه وشراؤه بالمحاباة لأنه من التجارة وقد يفعله التاجر لاظهار المسامحة حتى يميل الناس اليه أو يحابي في تصرف ليتوصل به الى تصرف آخر هو أنفع له وكذلك ان حط شيئاً بعد البيع بعيب ادعى عليه أو زاد فى ثمنه شيئا اشتراه فهذا من صنع التجارة والمكاتب فيما هو من التجارة بمنزلة الحر وان أعار دابة أو أهدى هدية أو دعا الى طعام فلا بأس بذلك وهذا استحسان فأما في القياس هذا كله تبرع والمكاتب ليس من أهل التبرع ولكنه استحسن فقال هذا من صنع التجارة فانه لا يجد بداً من ايجاد الدعوة للمجاهرين أو الاهداء اليهم أو اعارة مسكن أو غير ذلك منهم اذا أتوه من بلدة أخرى واذا لم يفعل ذلك تفرقوا عنه فلكونه من توابع التجارة قلنا يملكه استحسانا وليس له أن يكسو الثوب لان ذلك تمليك لعين الثوب بطريق التبرع والتاجر لا يحتاج الى ذلك عادة وكذلك لا يعطى درهما فصاعداً لانه تبرع بتمليك العين بخلاف المنفعة فالتجار يتوسعون فى المنافع ما لا يتوسعون فى الاعيان ففي هذا اشارة الى أن له أن يعطى دون الدرهم لانه

قد يحتاج الى ذلك عادة فان مجاهره اذا شرب الماء من سقاء على باب حانوته لايجد بداً من اعطاء فلس لاجله وما دون الدرهم قليل يتوسع فيه الناس فلهذا يملكه استحسانا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة المكاتب

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه وقد بينا أن للمكاتب أن يكاتب استحسانا فان أدى الثانى قبل الاول كان ولاؤه لمولى الاول لان الاول صار معتقا فيخلفه مولاه لأن الاعتاق يعقب الولاء وهو ليس بأهل للولاء لانه رقيق بعد فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئاً يملكه مولاه بهذا الطريق وهو أن الشراء موجب للملك فاذا لم يكن المشتري من أهل الملك خلفه فى الملك أقرب الناس اليه وهو المولى فان عتق الاول بعد ذلك لم يرجع اليه كما لا يرجع الملك في كسب العبد اليه بعد مايعتقه مولاه وان سبق الاول بالاداء ثم أدي الثانى فولاؤه للاول لان الولاء يعقب العتق وانما عتق الثانى بعد ماتم الملك للاول فى رقبته وهو من أهل الولاء لحريته فان قتل المولى مكاتب مكاتبه وقيمته ألف ومكاتبه خمسمائة وقد بقي على الاول من مكاتبته مائة فعلى المولي قيمته ألف درهم في ثلاث سنين يقتص من ذلك المائة التى بقيت من مكاتبة الاول اذا كانت قد حلت وحل ماعلى المولى من القيمة فيعتق المكاتب الاول وقد صار مستوفياً من الثانى لانه من مكاتبته ثم يعطيه المولى اربعمائة تمام مكاتبة الثانى والخمسمائة الباقية ميراث للمولى فان لم يكن للثاني وارث فهو لاقرب الناس من المولى من العصبة لان عتقه يستند الى حال حياته والاول في ذلك الوقت كان مكاتباً فيكون ولاء الثانى للمولى الا ان المولى قاتل ولا ميراث للقاتل فكان ذلك لاقرب عصبة له وان كانت مكاتبته ألفا ولم يحل على المكاتب الاول شيء من نجومه فان المولى يؤدي جميع القيمة الى المكاتب الاول في ثلاث سنين لان الثانى مات عن وفاء فان فى قيمته وفاء بمكاتبته فيستوفى الاول مكاتبته من قيمته ويحكم بحريته ولو لم يقتله المولى ولكن قتله المكاتب الأول وقيمة القاتل أكثر فعليه قيمة المقتول يستوفى من ذلك كتابته وان فضل من قيمته شيء أداه الى المولى لان ولاءه للمولى حين عتق قبل الأول فيكون

ما فضل ميراثاً مكاتب كاتب عبداً ثم مات الأول عن ابن حر ولم يترك الا ماعلى الآخر ثم مات الآخر عن ابن ولد له في المكاتبة فعليه أن يسعى فيما على ابنه فيؤدى ذلك الى المولى من مكاتبة الأول لان عقد كتابة الأول باق ببقاء دينه على المكاتب الثانى فيؤدى منه مكاتبته وما فضل عنها فهو ميراث لابن الأول عن أبيه لانه حكم بحريته قبل موته وولاء الابن الآخر لابن الأول لان عتق كل واحد من المكاتبين يستند الى آخر جزء من أجزاء حياته فانما حكم بحرية الثانى بعد الحكم بحرية الأول فيكون ولاؤه وولاء ولده للمكاتب الأول يخلفه فيه ابنه مكاتب اشترى امرأته ولم تكن ولدت منه ثم كاتبها فذلك جائز وما ولدت بعد الكتابة فهو معها في الكتابة لانه جزء منها وقد صارت هى أحق بنفسها وولدها بعقد الكتابة فان مات المكاتب عن وفاء عتقت هى وأولادها لان كتابة الأول لما أديت فقد حكم بعتقه وصارت المكاتبة أم ولده فتعتق بالاستيلاد هى وأولادها وأخذ أولادها مابقى من ميراثه بعد أداء كتابته لانهم عتقوا فى حال حياته حين تم ملكه فيهم وهم أولاده فان لم يترك وفاء فالمرأة وولدها بالخيار ان شاؤا سعوا فيما بقى على الأول ليعتقوا بعتق الاول وان شاؤا سعوا فيما بقى على الام لانهم يستفيدون العتق باداء ذلك كما لو أدوا الى المكاتب فى حياته ويسعون فى الاقل من ذلك لان العبد انما يتخير بين شيئين لرفق له فى احدهما والرفق فى اختيار الاقل دون الاكثر وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والديه لانهم دخلوا فى كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة مملوكين للمولى حتى لا يبيعهم وكما لا يكاتب نفسه فكذلك لا يكاتبهم ولا يجوز له أن يكاتب من لا يجوز له بيعه الا أم ولده لان أم الولد وان امتنع بيعها تبعا لولدها فلم تدخل في مكاتبته حتى لا تعتق بعتقه قبل موته ولانها لم تصر مملوكة للمولى حتى لا ينفذ عتقه فيها والمكاتبة أحق بكسبها فاذا كاتبها يحصل له ماهو المقصود بعقد الكتابة لانها تصير أحق بمكاسبها واذا كاتب المكاتب امرأته ولم تلد منه ثم ولدت بعد الكتابة ثم ماتت المرأة ولم تترك وفاء فالابن بالخيار ان شاء سعى فيما بقى على أمه ليعتق بأدائه وان شاء عجز نفسه فيكون بمنزلة أبيه لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما ببدل يؤديه والآخر بغير بدل عليه وهو التبعية لابيه فيميل الى أيهما شاء واذا كاتب المكاتب عبداً له ولد عنده فى مكاتبته ثم أدعاه يثبت النسب منه لان أصل العلوق كان فى حكم ملكه ثم الابن بالخيار بين المضى على الكتابة وبين العجز لما بينا ﴿فان قيل﴾

لما كان لايكاتبه ابتداء بعد ثبوت نسبه منه فينبغي أن لاتبقى مكاتبته أيضا ﴿ قلنا ﴾ مثله لايمتنع ألا ترى أنه لايتزوج المكاتب أمته ثم يشتري امرأته فيبقى النكاح وهذا لانه يصدق في دعوى النسب لما فيه من المنفعة للولد ولا يصدق في ابطال ماثبت له من الحق في كسبه بعقد الكتابة ولهذا يخير الولد واذا كاتب المكاتب عبداً له على نفسه وماله أو على نفسه وابنه فهو جائز لان المكاتب مالك لعقد الكتابة في مكاسبه بمنزلة الحر والكتابة من الحر صحيحة بهذه الصفة فكذلك من المكاتب واذا مات المولى عن ابن وابنة وله مكاتب فاعتقه أحدهما فعتقه باطل لان المكاتب لايورث كما لايملك بسائر أسباب الملك مع قيام الكتابة ولان المولى استحق ولاءه بعقد الكتابة ففي جعل رقبته ميراثا ابطال هذا الاستحقاق على المولى فالمعتق منهما أضاف العتق الى مالا يملكه فلا ينفذ منه ولا يسقط به حصته من البدل أيضاً لانه أضاف التصرف الى مالا يملكه فلا يظهر حكمه فيما يملكه كاحد الشريكين في العبد اذا أعتق نصيب شريكه يكون لغوا منه ولا يفسد الرق في نصيبه واذا أعتق المكاتب جميع الورثة في القياس لاينفذ أيضاً ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم التصرف الى ماليس بملك لهم وفي الاستحسان يعتق ويجعل هذا بمنزلة الاقرار منهم باستيفاء بدل الكتابة ومعنى هذا ان المكاتب انما يعتق بعد موت المولى بايفاء جميع بدل الكتابة فقولهم هو حر يكون اقراراً منهم بما تحصل به الحرية له وهو إيفاء بدل الكتابة بخلاف ماإذا قال ذلك بعضهم لانه لا يعتق شيء منه بايفاء نصيب أحدهم من بدل الكتابة فلا يتضمن كلامه الاقرار باستيفاء نصيبه توضيحه ان عتق جميع المكاتب مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن أعمال كلامهم بطريق المجاز وهو ان يكون اسقاطامنهم لبدل الكتابة ومتي تعذر العمل بحقيقة الكلام يعمل بمجازه اذا أمكن بخلاف ما اذا أعتق أحدهم لان عتق البعض ليس بمسقط عنه شيئاً من بدل الكتابة على ما بينا اذا أعتق نصفه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة بخلاف ما اذا أعتقه كله فقد تعذر العمل بحقيقة كلامه ومجازه في ملكه فلهذا كان لغواً ثم ولاؤه للابن دون الابنة لما بينا ان المولى استحق ولاءه وانما عتق على ملكه فيخلفه ابنه في ولائه لانه عصبته وان وهب له احدهما نصيبه من المال فذلك جائز لان المال صار ميراثا لهما فانما أضاف الواهب تصرفه الى ملكه ولا يعتق شيء منه لانه سقط عنه بعض البدل ولا موجب لذلك في العتق كما لو أوفى بعض البدل فان عجز فرد

فى الرق فنصيب الواهب من الرقبة ملك له لان الكتابة انفسخت بالعجز وصارت الرقبة ميراثا لهما وليس لهبة بدل الكتابة تأثير في انتقال ملكه عن الرقبة ولانه تبين أن ميراثهم كان هو الرقبة دون المال فكان هبته لنصيبه من المال لغواً وهذا بخلاف ما اذا كاتب رجلان عبداً لهما ثم وهب احدهما نصيبه من البدل فان هناك يعتق نصيبه لا نه مالك لنصيبه حتى يملك اعتاقه فيجعل هبته لنصيبه من البدل كاعتاقه وهنا أحد الوارثين لايملك اعتاقه فلهذا لا يعتق شئ منه بهبة نصيبه من المال منه وان وهب منه جميع الورثة المال عتق استحسانا كما لو أعتقه جميع الورثة وهذا أظهر لأن ذمته برئت عن جميع المال حين وهبوه له وبراءة ذمة المكاتب توجب حريته واذا أدى المكاتب مكاتبته الى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين يحيط بذلك أولا يحيط لم يعتق لانه لا حق للورثة في قبض بدل الكتابة منه مادام على الميت دين فاداؤه اليهم في هذه الحالة كادائه اليهم قبل موت المولى وان أداها الى الوصي عتق كان عليه دين أو لم يكن وصل ذلك الى الغريم والوارث أو لم يصل لا ن الوصي قائم مقام الموصي والأداء اليه كأداء الى الموصي وكذلك ان كانت الورثة حين قبضوا منه دفعوه الى الوصي فهو كدفع المكاتب بنفسه الى الوصي واذا أداها الي بعض الورثة ولا دين على الميت لم يعتق الا أن يوصل الوارث الى الآخرين انصباءهم ان كانوا كباراً أو الى الوصي نصيب الصغير فحينئذ يعتق لان حق القبض لكل واحد منهم في نصيبه ولا ولاية للقابض على الآخرين فلا يعتق بقبضه مالم يوصل اليهم انصباءهم ولهم الخيار ان شاؤا اتبعوا المكاتب بحصصهم وان شاؤا اتبعوا الوارث القابض بمنزلة سائر الديون اذا قضاها الغريم بعض الورثة ولا يعتق المكاتب حتي يقع في يد كل انسان نصيبه لانه لا يستفيد البراءة الا بذلك ولو أدى المكاتبة الى الورثة وهم صغار فذلك باطل لا نه لايستفيد البراءة بقبضهم فان قبض الصبي دينه من غريمه باطل فما لم يصل الي وصيه لا يعتق وان كان على الميت دين يحيط بالمكاتبة فأعطاها المكاتب الى الغرماء فذلك جائز اذا أخذ كل ذى حق حقه منها لانه أوصل الحق الى مستحقه ألا ترى انه لو لم يكن عليه دين فأعطاها الورثة وهم كبار فاقتسموها بينهم بالحصص كان ذلك جائزا فكذلك الغرماء واذا أوصى بما على مكاتبه لرجل وهو يخرج من الثلث فأداها الى الموصي له جاز لانه تعين مستحقا لما عليه بايجاب الموصى له وكذلك اذا أداها الى الوصي لانه قائم مقام الموصى فيما هو من حقه وتنفيذ الوصية من حقه فكان للوصي

أن يقبض لينفذ الوصية فيه فلهذا عتق المكاتب بالدفع اليه وصل الى الموصى له أو لم يصل وان أداها الى الوارث لم يعتق حتى يصل الى الموصي له لا نه لا حق للوارث فى هذا المال وكذلك لو كان أوصى بثلث ماله لم يعتق المكاتب بالاداء الى الوارث حتى يصل الثلث الى الموصى له والله أعلم بالصواب

باب المكاتبة من المريض والمرتد

﴿قال﴾ واذا كاتب الرجل عبده فى مرضه على مكاتبة مثله ولا مال له غيره ثم مات المولى فانه يقال للمكاتب عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك الى الاجل فان لم يعجل رد رقيقاً لان التأجيل تبرع منه والتبرع فى مرضه بالتأخير كتبرعه بالاسقاط فلا يصح الا فى ثلثه بخلاف ماذا كاتبه فى صحته لان تأجيله هناك صحيح مطلقا لكونه مالكا للتبرع بالاسقاط في صحته ولا يبطل الاجل بموت المولى لانه حق المكاتب وان كان كاتبه على أكثر من قيمته أضعافا فكذلك الجواب في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة وفى قول محمد رضوان الله عليهم أجمعين تأجيله فيما زاد على مقدار قيمته صحيح وكذلك في قدر ثلث قيمته وانما يلزمه أن يعجل قدر ثلثي قيمته لان مازاد على قدر قيمته فقد كان للمريض أن لا تملكه أصلا ولا يثبت حق ورثته فيه بأن يكاتبه على قيمته فاذا تملكه مؤجلا صح تأجيله مطلقا كالمريضة اذا زوجت نفسها بمهر مؤجل صح تأجيلها في ذلك لان لها ان لا تملك ذلك أصلا بأن لا تزوج نفسها أصلا وهما يقولان جميع البدل مسمى في الكتابة بمقابلة ماهو حق للمولى فى رقبته فلا يصح التأخير الا في ثلثه كما لو كاتبه على قيمته وهذا لان حق المولى في مالية الرقبة وقد تعلق به حق الورثة فى ذلك فكان جميع البدل بمقابلة ماتعلق به حق الورثة فلهذا لا يصح التأجيل الا في ثلثه بخلاف المهر فانه بدل عما لا حق للوارث فيه وانما يثبت حق الوارث فيه ابتداء فاذا كان مؤجلا لم يثبت حقهم الا بتلك الصفة ولو كاتبه فى مرضه على مكاتبة مثله ثم أقر باستيفائها لم يصدق الا من الثلث لان ماباشره فى المرض من المكاتبة والاقرار بالاستيفاء بمنزلة الاعتاق ولا نه يتمكن تهمة المواضعة من حيث أنه لما علم انه لو أعتقه كان من ثلثه واضعه على هذا ليحصل مقصوده بهذا الطريق فلا يصدق في حق الورثة ولكن ان كان عليه دين يحيط بما له لا يصدق فى شئ الا أن

العبد يعتق ويؤخذ بالكتابة كما لو أعتقه وان لم يكن عليه دين وهو يخرج من ثلث ماله فهو حر ولا شيء عليه وان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية في الثلثين في المكاتبة للورثة الا أن تكون قيمته أقل فحينئذ يسعى في ثلثي قيمته لان تهمة المواضعة انما تمكنت في مقدار القيمة ولا تمكن في الزيادة على ذلك فيصح اقراره باستيفائه ويجعل هذا واعتاقه في مرضه ابتداء سواء وكذلك لو أقر انه كان كاتبه في صحته واستوفى لان اقراره لا يصح في المرض الا بما يملك انشاءه وتمكن فيه تهمة المواضعة كما بينا وان كاتبه في صحته ثم أقر في مرضه بالاستيفاء صدق في ذلك لأن تهمة المواضعة هنا منتفية حين باشر العقد في صحته لتمكنه من اعتاقه يومئذ ثم المكاتب يستحق براءة ذمته عند اقراره بالاستيفاء فلا يبطل ذلك الاستحقاق بمرضه بخلاف ما اذا كاتبه في مرضه ألا ترى أنه لو باعه في صحته من انسان ثم أقر في مرضه باستيفاء الثمن كان مصدقاً في حق غرماء الصحة بخلاف ما لو كان باعه في مرضه ولو أن مكاتباً أقر عند موته أنه كاتب عبده فلانا واستوفى مكاتبته لم يجز قوله لان هذا بمنزلة الاعتاق والمكاتب لا يملك ذلك أصلا ولان هذا من الحر صحيح من ثلثه وليس للمكاتب ثلث فلهذا كان على الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة وكذلك لو كاتبه في مرضه بأقل من قيمته لم يجز لان محاباته وصية والوصية من المكاتب باطلة ولو كاتبه على مكاتبة مثله أمر الآخر أن يعجل مكاتبته كلها والا رد في الرق لان تأجيله تبرع منه والمكاتب المريض ليس من أهله فان برأ من مرضه صح ذلك منه لان المرض اذا تعقبه برء فهو كحالة الصحة ولو أوصى رجل فقال كاتبوا عبدي على كذا الى أجل كذا ان حدث بي الموت وذلك كتابة مثله أجزت ذلك ان كان يخرج من الثلث كما لو باشره بنفسه لانه أوصى بما هو من حاجته وقصد به استحقاق ولاية فهو كما لو أوصى بعتقه وان لم يكن له مال غيره عرضت عليه أن يعجل الثلثين ويؤخر الثلث ان قبل الكتابة كما لو باشره في حياته فان أبى لم يكاتب لأن عقد الكتابة لم يتم بدون رضاه وكذلك ان حط عنه منها شيئاً يكون أكثر من الثلث ولو كان مكاتب أوصى بهذا في عبده لم يجز لانه وصية ولا يجوز للمكاتب ان يوصي بشيء وان ترك وفاء ولو كاتب رجل عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجاز الورثة في حياته فلهم أن يمتنعوا من الاجازة بعد موته كما في سائر الوصايا وهذا لأنهم أجازوا قبل تقرر حقهم لأن حقهم انما يثبت في الحقيقة بعد موت المولى ولأن اجازتهم في الحياة للاستحياء منه فلا

يكون ذلك دليل الرضا منهم وانما دليل الرضا الاجازة بعد الموت ﴿قال﴾ وان كاتب المرتد عبده فكتابته موقوفة ان أسلم جاز وان قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كتابته جائزة الا ان عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز جوازها من الاصحاء وعند محمد رحمه الله تعالى من المريض حتى تعتبر من ثلثه وهو بمنزلة اختلافهم في سائر تصرفات المرتد واذا قسم القاضي مال المرتد بين ورثته ثم كاتب الوارث عبداً من تركته ثم تاب المرتد ورجع فوجد المكاتب فهو مكاتب له يؤدي اليه ويعتق وولاؤه له كانه هو الذي كاتبه وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لاسبيل له عليه لان الوارث بتصرفه استحق ولاءه فكانه أعتقه ولأن المكاتب غير محتمل للنقل من ملك الى ملك فلا يعود اليه من ملك الوارث كالمدبر وأم الولد ولكنا نقول استحقاق العتق لايثبت بنفس الكتابة ولهذا كان محتملا للفسخ والمرتد اذا تاب لا يتملك ماله على الوارث ولكنه يعود الى قديم ملكه كما كان وعقد الكتابة لا يمنع من ذلك الا ترى ان المكاتب اذا كاتب عبداً له ثم عجز الاول كان الثاني مكاتبا للمولى ويجعل كان الاول كان نائبا عن المولى في مكاتبته فكذلك هنا يجعل الوارث كالنائب عنه في مكاتبته وكتابة المرتدة وعتقها وبيعها جائز كما يكون في الاسلام لان نفسها تتوقف بالردة حتى لاتقتل فكذلك ملكها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كاتبت على خمر أو خنزير فاني ابطل ذلك ولا أجيز عليها الا مايجوز منها قبل الردة لانها مجبرة على الاسلام فكان حكم الاسلام باقيا في حقها واذا ارتد العبد والمولى مسلم فكاتبه جاز لان المانع من نفوذ تصرف المرتد توقف ملكه على حق ورثته وذلك لا يوجد في العبد ولانه محض منفعة في حقه بمنزلة قبول الهبة فان قتل وترك مالا أخذت الكتابة من ماله والباقي ميراث لورثته لانه حكم بحريته مستندا الى حال حياته والمرتد الحر يرثه الورثة المسلمون وكذلك لو ترك ولداً ولد له في المكاتبة يسعى فيما عليه لان موته عمن يؤدي بدل الكتابة كموته عما يؤدي به بدل الكتابة واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ أسيرا فابي أن يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه من كسبه مكاتبته والباقي ميراث استحسانا وكان القياس ان يكون كله لمولاه ان كان عبداً وان كان حراً فهو فيء لانه كسب ردته وأبو حنيفة رحمه الله لايقول بتوريث كسب الردة عن المرتد اذا كان حراً ولكن يجعل ذلك فيئا للمسلمين

فكذلك فى المكاتب ولكنه استحسن هنا فقال فى كسب المكاتب حق لمولاه على معنى أنه متى عجز كان كسبه لمولاه والمولى مسلم فقيام حقه يمنع من أن يكون كسبه فيئاً فاذا يجعل هذا وما اكتسبه فى حالة الاسلام سواء يؤدى منه بدل كتابته ويكون الباقى ميراثاً لورثته واذا لحق المكاتب بدار الحرب مرتداً وخلف فى دار الاسلام ابنا له ولد فى كتابته فلا سبيل على ابنه حتى ينظر مايصنع المكاتب فان مات أو قتل عن وفاء أديت كتابته والباقى ميراث لابنه وان لم يترك وفاء سعي الابن فيما على أبيه وكذلك لولم يترك فى دار الاسلام ولدا ولكنه خلف مالا لم اقسم ماله حتى أنظر مايصنع وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يؤدى مكاتبته من ماله ويجعل الباقى ميراثا لورثته لان لحوقه بدار الحرب كموته ألا ترى أن في حق الحر يجعل هذا كالموت فى قسمة ماله بين ورثته فكذلك في حق المكاتب ولكنا نقول لحوقه بدار الحرب ليس بموت بعينه ولكن باعتبار أنه يصير حربيا وأهل الحرب فى حق المسلمين كالموتى يجعل ميتا حكما وهذا لا يوجد فى حق المكاتب لان ملك المولى فى رقبته باق وقيام ملك المسلم فى رقبة العبد يمنعه من أن يصير حربيا فاذا لم يصر حربيا كان هو بمنزلة المتردد فى دار الاسلام والحكم فيه اذا كان مترددا فى دار الاسلام مابينا فكذلك بعد لحاقه ولو لم يلتحق بدار الحرب ولكن أهل الحرب اسروه فباعوه من رجل فاعتقه فذلك باطل لانهم بالاسر ماملكوه فان المكاتب لايحتمل النقل من ملك الى ملك وانما يملك بالاستيلاء مايحتمل النقل من ملك الى ملك واذا لم يملكوه بالاسر لايملكه المشترى منهم فكان اعتاقه اياه باطلا وان كان المشتري اشتراه بأمره رجع عليه بالثمن لانه مكاتب على حاله فيصح أمره المشتري بشرائه فى كسبه كما يصح أمر الحر الاسير بذلك فيرجع عليه بما أدي لانه أدي مال نفسه فى تخليصه بأمره وان كان أصابه المسلمون فى غنيمة أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها وهو مكاتب على حاله لان الكفار لم يملكوه بالاسر فلا يملكه المسلمون أيضا وكذلك الجواب فى أم الولد والمدبر وان كاتب الحربى المستأمن عبدا فى دار الاسلام فهو جائز كما لو أعتقه بمال أو بغير مال فان مات عن مال أديت كتابته والباقى ميراث للحربي ان جاء بالعبد من دار الحرب لانه مولاه وهو حربى مثله ألا تري أنه كان متمكنا من الرجوع الى دار الحرب والحربى يرث الحربى وان كان اشتراه في دار الاسلام وهو مسلم أو كافر كان الباقى لبيت المال لان الحربى لا يرث المسلم ولا المعاهد

والعبد الكافر الذى اشتراه فى دارالاسلام بمنزلة المعاهد حتى لو عتق كان معاهداً لايترك ليرجع الى دار الحرب ولايرثه الحربى بخلاف العبد الحربى فانه لوعتق فهو حربى على حاله فيرثه الحربى فان لحق الحربى بدار الحرب فالمكاتب مكاتب على حاله لان حكم الامان باق فيما خلفه فى دار الاسلام فان بعث بما عليه اليه عتق لبراءة ذمته وان ظهر المسلمون على الدار فقتل الحربى أوأسر عتق المكاتب لبراءة ذمته عن بدل الكتابة فانه لم يبق للمولى ولا لورثته حق مرعى بعد ماقتل أو أسر ولم يخلفه السابى فى ملك بدل الكتابة لان الدين فى الذمة لايتصور ورود القهر عليه والملك للسابى بطريق القهر ولان يد المكاتب فيمافى ذمته أسبق فيملك مافى ذمته وتسقط عنه المكاتبة فلهذا عتق وكذلك ان أسر من غير أن يظهروا على الدار لان نفسه بالاسر قد تبدل وخرج من أن يكون أهلا لملك المال ولم يخلفه وارثه فى ذلك لبقائه حيا فى حق ورثته فاما اذا قتل ولم يظهر المسلمون على الدار فالكتابة دين عليه يؤديه الى ورثة مولاه لانهم يخلفونه فيما كان لمولاه حين لم يقع الظهور عليهم وكما وجب عليه مراعاة الأمان فيما خلفه فى دار الاسلام لحقه فكذلك يجب مراعاته لحق ورثته حربي كاتب عبده في دار الحرب ثم أسلما جميعاً أو صارا ذمة أجزت ذلك لان الكتابة تعتمد التراضى كالبيع والشراء فكما يبقى بيعهم وشراؤهم بعد اسلامهم فكذلك الكتابة فان خرجا مستأمنين والعبد فى يديه على حاله فخاصمه في المكاتبة أبطلتها كما ابطل العتق والتدبير في دار الحرب منهم اذا خرجوا بأمان ألا ترى أن رجلا منهم لوقهر رجلا فاسره ثم خرج الينا وهو في يديه كان له أن يبيعه فكذلك المكاتب لانه فى حكم القاهر لمولاه فيما في ذمته فلهذا بطلت المكاتبة وان كان المولى قاهراً حين أخرجه الي دار الاسلام فهو عبده كما لو كان أعتقه ثم قهره هو أو غيره وأخرجه الى دار الاسلام كان عبداً له ولو كاتبه ثم خرج العبد مسلماً عتق وبطلت عنه الكتابة لانه قهر لمولاه حين أحرز نفسه بدار الاسلام مسلماً أو ذمياً ولو فعل ذلك وهو عبدملك نفسه حتى يعتق فكذلك اذافعله وهو مكاتب يملك مافى ذمته فيسقط عنه ويكون حراً مسلم تاجر فى دارالحرب كاتب عبده أوأعتقه أو دبره كان جائزاً استحساناً وفى القياس لايجوز شئ من ذلك منه لانه فعله حيث لايجرى حكم المسلمين وتنفيذ هذه التصرفات من أحكام المسلمين ووجه الاستحسان انه مسلم ملتزم لاحكام الاسلام وان كان فى دار الحرب وكذلك العبد مسلم ليس بمحل الاسترقاق بعد

حق

حق العتق أو حقيقته فوجود هذا التصرف منهما في دار الحرب كوجوده في دار الاسلام وكذلك لو كان العبد كافراً قد اشتراه في دار الاسلام لان الذمي في أنه ليس بمحل الاسترقاق كالمسلم فان كان العبد كافراً قد اشتراه في دار الحرب وكاتبه فأدى وعتق ثم أسلم أجزته على المسلم استحساناً وفى القياس هو عبد له لانه معتق له بالكتابة واستيفاء البدل فكأنه أعتقه قصداً وقد بينا ان اعتاق المسلم العبد الحربى فى دار الحرب لايجوز لان غرضه الاسترقاق فلا ينفذ العتق فيه من المسلم كما لا ينفذ من الحربى وللاستحسان فيه وجهان أحدهما أن المسلم ضمن له ترك التعرض له بعد ما يؤدى بدل الكتابة اليه فعليه الوفاء بما ضمن لان التحرز عن الغدر واجب على المسلم فى دار الحرب ألا ترى أنه لايحل له أن يأخذ شيئاً من أموالهم سراً فللوفاء بما ضمن جعلناه حراً والثاني أن المسلم انما يتملك بالقهر اذا أحرزه بدار الاسلام وذلك لا يوجد منه هنا لان دار الحرب ليس بدار له فلا يتملكه قبل الاسلام وبعد الاسلام يستحيل أن يتملك الحر المسلم بالقهر وعلى هذا الطريق الاستحسان فى الكتابة والعتق جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتبة تلد من مولاها

﴿ قال ﴾ رضي الله تعالى عنه واذا ولدت المكاتبة من مولاها خيرت فان شاءت أبطلت الكتابة وكانت أم ولد له وان شاءت مضت وأخذت العقر لانه تلقاها جهتا حرية أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل فتختار أيهما شاءت ونسب ولدها ثابت من المولى بالدعوة وهو حر لان المولى مالك للاعتاق في ولدها وان اختارت المضى على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاقراره بوطئها ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت ما لا يؤدى مكاتبتها منه وما بقى ميراث لابنها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وانما السعاية على ولد هو تبع لها فى الكتابة حتى اذا كانت ولدت ولداً آخر فنفاه المولى أو لم يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها مكاتبة لا يحل للمولى وطؤها فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة واذا ماتت سعى هذا الولد فيما بقى عليها فان مات المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد كأمه فيعتق بموت المولى فان ادعى المولى حبل مكاتبته فضرب انسان بطنها بعد ذلك بيوم فالقت جنينا ميتا فان فى

الولد غرة لا بيه لانه عتق بدعوته كما لو ادعاه بعد الانفصال وبدل الجنين الحر الغرة وكان ميراثا لابيه لان الام مكاتبة بعد فلا ترث شيئا ولكنها تأخذ العقر من المولى اذا اختارت المضي على المكاتبة واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى لانها محرمة عليه باعتبار بقاء الكتابة فلا يلزمه نسب ولدها الا بالدعوة فان كان الولد بنتا فولدت هذه الابنة بنتا ثم أعتق المولى الابنة السفلى عتقت هي وحدها لانها داخلة في كتابة الجدة ومملوكة للمولى فتعتق باعتاقه اياها وان أعتق الابنة الاولى عتقت هي والابنة السفلى في قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رضوان الله عليهم أجمعين لا تعتق السفلى ولكنها تكون مع الجدة على حالها لان السفلى تبع للجدة فى الكتابة بمنزلة ولد آخر لها ولو كان لها ولدان فاعتق المولى أحدهما لم يعتق الآخر والدليل على هذا ان الجدة لو ماتت كان على العليا والسفلى السعاية فيما عليها من بدل الكتابة واذا أدت السعاية إحداهما لم ترجع على الاخرى بشئ وان الجدة فى حال حياتها أحق بكسبها لتستعين به على مكاتبتها وهذا لان العليا تبع ولا تبع للتبع فعرفنا انهما فى الحكم بمنزلة الولدين من الجدة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول مع هذا السفلى جزء من العليا كما ان العليا جزء من الجدة ثم لو أعتق المولى الجدة عتقت العليا فكذلك اذا أعتق العليا عتقت السفلى والسفلى تبع للجدة كما قالا ولكن بواسطة العليا ولا تحقق هذه الواسطة الا بعد جعل السفلى تبعا للعليا ولو أعتق العليا قبل انفصال السفلى منها عتقت السفلى بلا شك فكذلك بعد الانفصال لان معني التبعية بالانفصال لا ينقطع لبقاء عقد الكتابة واذا ولدت المكاتبة من مولاها ثم أقر المولى أنها أمة لفلان لم يصدق وان صدقته فى ذلك لان حق أمية الولد قد ثبت لها واستحق المولى ولاءها فلا يصدقان على إبطاله فان قال المدعي بعتك بألف درهم ولم تنقد الثمن وقال المولى زوجتنى والامة معروفة للمدعى فعلى المولى المهر يستوفيه المدعي قصاصا من الثمن لانهما يتصادقان على وجوبه عليه وان اختلفا فى سببه وليس عليه قيمة فى الام ولا فى الولد لان تعذر استردادها كان باقرار المدعى ببيعها منه الا ترى انه لو أنكر ذلك تمكن من استردادها لكونها معروفة انها له وان لم تكن معروفة انها للمدعى ضمن له القيمة لان تعذر استردادها لم يكن باقراره بالبيع ولكن كان بالاستيلاد الموجود من المستولد ألا ترى أنه وان أنكر البيع لم يتمكن من استردادها وقد أقر المستولد انها ملك المقر له

احتبست عنده فيضمن قيمتها له بعد أن يحلف بالله مااشتريتها منه بما يدعى من الثمن لانه لو أقر بالشراء لزمه الثمن فاذا أنكر يحلف على ذلك والله أعلم

باب الايمان فى العتق

﴿قال﴾ واذا قال الرجل لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لان أوان نزول العتق المتعلق بالشرط بعد وجود الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك له فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لان بعد وجود الشرط هو باق على ملكه فان البيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه الا أن يكون سلمه الى المشترى قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ولو قال اذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار لم يعتق الا على قول ابن أبى ليلى رحمه الله فانه يقول يعتق ويبطل البيع وكذلك مذهبه فى الفصل الأول لان التعليق قد صح فى الملك فينزل العتق من جهته عند وجود الشرط ولايعتبر قيام ملكه فى المحل عند ذلك كما لايعتبر قيام الأهلية فى المولى حتى لو جن ثم دخل الدار عتق ولكنا نقول المتعلق بالشرط انما يصل الى المحل عند وجود الشرط فلا بد من قيام ملكه في ذلك الوقت ليعتق من جهته والأهلية انما يحتاج اليها لصحة التكلم وتكلمه عند التعليق لاعند وجود الشرط فيستقيم أن يجعل عند وجود الشرط كالمنجز للعتق بذلك الكلام الذي صح منه فان اشتراه بعد هذا فدخل الدار لم يعتق أيضاً لان يمينه انحلت بوجود الشرط فى غير الملك اذ ليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء وان لم يدخل الدار بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق عندنا لبقاء اليمين الى وقت وجود الشرط فى ملكه ولا يعتق عند الشافعى رحمه الله لبطلان اليمين بزوال الملك فان اليمين كما لاينعقد عنده الا فى الملك لا يبقى بعد زوال الملك فان قال اذا دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لوجود الملك عند تمام الشرط وعند زفر رحمه الله لايعتق لانه يعتبر قيام الملك عند وجود نفس الشرط كما يعتبره عند تمام الشرط وقد بيناهذا فى الطلاق فان دخل احداهما قبل البيع ثم باعه فدخل الأخرى لم يعتق لأن الشرط قد تم فى غير ملكه وأوان نزول الجزاء مابعد تمام الشرط ولوقال له اذا دخلت هذه الدار فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه ثم دخل الدار ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لأنه جعل شرط العتق الكلام وعلق ذلك اليمين بدخول الدار

والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فيصير عند دخول الدار كأنه قال له أنت حر اذا كلمت فلاناً ولو قال ذلك لم يصح لانه ليس فى ملكه عند دخول الدار فلهذا لا يعتق وان كلم فلاناً فى ملكه بخلاف الاول فان هناك عقد اليمين في الحال وجعل دخول الدارين شرطا للعتق وقد وجد الملك عند التعليق وعند تمام الشرط فلهذا يعتق ولو قال اذا دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فباعه فدخل الدار ثم اشتراه لم يعتق ان مات لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز له عند الدخول والتدبير لا يصح الا فى الملك أومضافا الى الملك فاذا لم يكن فى ملكه عند دخول الدار لم يصر مدبراً فلا يعتق بموته ولو قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل الدار فهو حر لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته على فعل العبد كغيره فيثبت الشرط بشهادتهما ولو قال ان كلمت فلانا فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد كلمه لم يعتق لان كلام فلان قوله باللسان والانسان لا يصلح أن يكون شاهداً على فعل نفسه فلم يبق على الشرط الا شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يثبت الشرط فان شهد ابنا فلان أنه قد كلم أباهما فان جحد الأب ذلك جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما بالكلام وعلى المولى بوجود الشرط وان كان أبوهما يدعى ذلك فشهادتهما باطلة فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى جائزة في قول محمد رحمه الله تعالى لانه لا منفعة فى المشهود به لأبيهما ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر المنفعة للتهمة وأبو يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الدعوة والانكار لانهما يشهدان لابيهما ويظهران صدقه فيما يدعى وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب النكاح واذا حلف الرجل بعتق عبد بينه وبين آخر لا يدخل داراً ثم اشترى نصيب الآخر فدخل الدار عتق النصف الأول خاصة لان تعليقه في ذلك النصف صحيح لوجود الملك وقت التعليق فيصير كالمنجز للعتق فى ذلك النصف عند وجود الشرط ومن أصل أبي حنيفة أن من أعتق نصف عبده يسعى العبد فى النصف الآخر وعندهما يعتق كله فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان باع النصف الاول ثم اشتري نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق لان الشرط وجد بعد زوال ملكه فيما صح فيه التعليق وهو النصف الأول ولم يكن التعليق صحيحاً فى النصف الذى استحدث الملك فيه بعد التعليق فلهذا لا يعتق ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق من ميت أو اسطوانة أو حمار فقال أحدكما حر أو قال هذا حر أوهذا عتق عبده فى قول أبي حنيفة

رضى الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتق الا أن يعنيه لانه ما عين عبده فى كلامه بل ردد الكلام بينه وبين غيره فلا يتعين عبده الا بنية كما لو جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر ولانه لما ضم اليه مالا يتحقق فيه العتق صار تقدير الكلام كانه قال لعبده أنت حر أولا ولو قال ذلك لم يعتق بدون النية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول وصف أحدهما بالحرية والعبد محل لهذا الوصف دون الاسطوانة والحمار فيتعين لذلك ويلغو ضم الاسطوانة اليه كما لو أوصى بثلث ماله لحى وميت كانت الوصية كلها للحى ولان كلامه ايجاب للعتق فيتعين له المحل الذى يصلح لايجاب العتق فيه وهو الحي دون الميت والاسطوانة وهذا لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن بخلاف عبد الغير فانه محل بأن يوصف بالعتق ومحل الايجاب العتق أيضا ولكن يصير موقوفا على اجازة المالك فلهذا لا يتعين عبده هنالك وروي ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال أحدهما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب للحرية ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب للحرية بمنزلة ما لو قال هذا حرا ولا

ثم ذكر في بعض النسخ من الاصل بابا من كتاب الولاء وشرح ذلك يأتى بتمامه فى
كتاب الولاء انتهى شرح كتاب العتاق من مسائل الخلاف والوفاق
أملاه المستقيل للمحن بالاعتاق المحصور فى طرف من
الآفاق حامدا للمهيمن الرزاق ومرتجيا الى لقائه
العزيز بالاشواق ومصليا على حبيب
الخلاق وعلى آله وأصحابه
خير الصحب
والرفاق

﴿ تم الجزء السابع ويليه الجزء الثامن
وأوله كتاب المكاتب ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المكاتب

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله الكتابة لغة هو الضم والجمع يقول كتب البغلة اذا جمع بين سفريها بحلقة ومنه فعل الكتابة لما فيها من الضم والجمع بين الحروف فسمى العقد الذي يجرى بين المولى وعبده بطريق المعاوضة كتابة إما لأنه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة ولهذا سمي مكاتبة على ميزان المفاعلة لان العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده ليكون في يد كل واحد منهما مايتوثق به أو سمى كتابة لأن المولى به يضم العبد الى نفسه في اثبات صفة المالكية له يداً فان موجب هذا العقد ثبوت المالكية للعبد يداً في نفسه وكسبه لان المالكية عبارة عن ضرب قوة وقد ثبتت له هذه القوة بنفس العقد حتي يختص بالتصرف فى منافعه ومكاسبه ويذهب للتجارة حيث شاء ولهذا لايمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه أن لا يخرج كان الشرط باطلا لان ذلك ثابت له بضرورة هذه المالكية ومقصود المولى من اثبات هذه المالكية له أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وربما لا يتمكن منه الا بالخروج من بلدة الى بلدة وموجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق ثم عتقه عند أداء المال لاتمام هذه المالكية لان العقد معاوضة فيقتضي المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى فى ذمته بنفس العقد ولكن لا يتم ملكه الا بالقبض لان الذمة تضعف بسبب الرق فان صلاحية الذمة لوجوب المال فيها من كرامات البشر وذلك ينتقص بالرق كالحل الذي ينبنى عليه ملك النكاح ولهذا لا يثبت الدين في ذمة العبد الا متعلقا بمالكية رقبته وهذا لا يتحقق فيما كان واجبا للمولى لان المالكية حقه فلهذا كان ما يجب له ضعيفا فى ذمته فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضاً ثم اذا تم الملك المولى بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة اتمام المالكية

ثم جواز هذا العقد ثبت بالنص قال الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وبظاهر الآية يقول داود ومن تابعه اذا طلب العبد من مولاه أن يكاتبه وقد علم المولى فيه خيراً يجب عليه أن يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الجواز والاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة والعادة أن المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيراً ولكن هذا ضعيف فانه اذا حمل على هذا لم يكن مفيداً شيئا وكلام الله تعالى منزه عن هذا ولكن نقول الامر قد يكون للندب والاباحة ثابتة بدون هذا الشرط والندب متعلق بهذا الشرط فانما ندب المولى الى أن يكاتبه اذا علم فيه خيراً ثم الكتابة قد تكون ببدل منجم مؤجل وقد تكون ببدل حال عندنا بظاهر الآية فالتنجيم والتأجيل زيادة على ما يتلى في القرآن ومثل هذه الزيادة لا يمكن اثباتها بالرأى فعرفنا أنه ليس بشرط بل هو ترفيه والشافعى رحمه الله تعالى لا يجوز الكتابة الا مؤجلا منجما أقله نجمان قال لان العبد يلتزم الاداء بالعقد والقدرة على التسليم شرط لصحة التزام التسليم بالعقد وهو يخرج من يد مولاه مفلسا فلا يقدر على التسليم الا بالتأجيل والاكتساب في المدة فاذا كان مؤجلا منجما كان ملتزما تسليم مايقدر على تسليمه فيصح واذا كان حالا فانما يلتزم تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يصح العقد توضيحه أن صفة الحلول تفوت ماهو المقصود بالكتابة لانه يثبت للمولى حق المطالبة عقيب العقد والعبد عاجز عن الاداء ويتحقق عجزه بفسخ العقد فيفوت ماهو المقصود وكل وصف يفوت ماهو المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد وذلك لا يكون الا بالتنجيم والتأجيل قال وهذا بخلاف السلم على أصله فان المسلم اليه قبل العقد كان من أهل الملك والعاقل لا يلتزم الا تسليم مايقدر على تسليمه فعرفنا قدرته على التسليم بهذا الطريق وهنا العبد قبل العقد لم يكن أهلا للملك فيتيقن بعجزه عن التسليم في الحال ولان بعقد السلم يدخل ملك المسلم اليه بدل بقدرته على تسليم المسلم فيه فى الحال وهو رأس المال وهنا بالعقد لا يدخل فى ملك العبد شئ يقدرته على تسليم البدل فى الحال ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك أن البدل فى باب الكتابة معقود به كالثمن فى باب البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة الشراء فالقدرة على تسليم البدل فى باب الكتابة مثله وهذا لان العقد انما يرد على المعقود عليه فتشرط القدرة على تسليم المعقود عليه ولهذا لا يجوز البيع الا بعد أن يكون المبيع

مملوكا للبائع مقدور التسليم له ولهذا شرطنا الاجل فى السلم لان المسلم فيه معقود عليه وهو غير مقدور التسليم فى الحال لانه غير مملوك للمسلم اليه وقدرته على التسليم لا تحقق الا بملكه فلا يجوز الا مؤجلا ليثبت قدرته على التسليم بالتحصيل فى المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق على المكاتب ولا يطالبه بالاداء مالم يعلم قدرته عليه الا انه لا يذكر الاجل ليكون منفضلا فى تأخير المطالبة منعما عليه كما كان في الاصل العقد وليمتحنه بما تفرس فيه من الخير حتى اذا تبين له خلافه تمكن من فسخ العقد وبه فارق السلم لانه مبنى على الضيق والمماكسة فالظاهر انه لا يؤخر عنه بعد توجه المطالبة له اختياراً فلهذا لا يجوز الا بذكر الاجل ليثبت به قدرته على التسليم ثم يعتق المكاتب بأداء المال سواء قال له اذا أديت الي فأنت حر أولم يقل له وللشافعى قول انه لا بد من أن يضمر هذا بقلبه ويظهر بلسانه وهذا بعيد لما بينا ان العتق عند الاداء حكم العقد وثبوت الحكم بثبوت السبب والقصد الى الحكم والتكلم به بعد مباشرة العقد ليس بشرط كما في البيع فان اضمار التمليك بالقلب واظهاره باللسان ليس بشرط لثبوته عند مباشرة البيع فهذا مثله وان عجز عن أول نجم منها أوكانت حالة فلم يؤدها حين طالبه بها رد فى الرق لتغير شرط العقد وتمكن الخلل في مقصود المولى وقد بينا خلاف أبي يوسف فى كتاب العتاق ويستوى ان شرط ذلك في الكتابة أو لم يشرط وحكي ابن أبي ليلى قال هذا اذا شرط عند العقد ان يرده فى الرق اذا كسر نجما فان لم يشترط ذلك فما لم يكسر نجمين لا يرد فى الرق وهذا فاسد لان تمكن الخلل فيما هو مقصود العاقد عكنه من الفسخ سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط كوجود العيب بالمبيع وهذا لان موجب العقد الوفاء بمقتضاه وبدونه ينعدم تمام الرضا وانعدام تمام الرضا فى العقد المحتمل للفسخ يمنع ثبوت صفة اللزوم والعاقد فى العقد الذي لا يكون لازما متمكن من الفسخ شرط ذلك اولم يشترط كما فى الوكالة والشركة فان كاتبه على ألف منجمة فان عجز عن نجم فكاتبته الفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لان هذا العقد لا يصح الا بتسمية البدل كالبيع وفى باب البيع لا تصح التسمية بهذه الصفة لكونها مترددة بين الالف والالفين فكذلك فى المكاتبة وهذا في معنى صفقتين فى صفقة واحدة وقد ورد النهي فى ذلك ثم فيه تعليق وجوب بعض البدل بالخطر وهو عجزه عن اداء نجم وهذا شرط فاسد تمكن فيما هو من صلب العقد وهو البدل فيفسد به العقد وقد قررنا هذا الاصل في العتاق وان كاتبه على ألف

درهم على نفسه وماله وللعبد ألف درهم أو أكثر فهو جائز ولايدخل بينه وبين عبده ربا قال عليه الصلاة والسلام لاربابين العبد وسيده ثم مقصود المولى الارفاق بعبده واشتراط مال العبدللعبد في الكتابة يحقق هذا المقصود لانه كما لايتمكن من الكسب الا بنافعه لايتمكن من تحصيل الربح الا برأس مال له فلتحقق معني الارفاق صح اشتراط ماله له والربا هو الفضل الخالى عن العوض والمقابلة اذا كان مستحقا بمعاوضة محضة فما يكون بطريق الارفاق كما قررنا لايكون ربا فان كان في يده مال سيده لم يدخل ذلك في الكتابة لانه شرط له في العقد مالا مضافا اليه واضافة المال الى المرء اما ان يكون بكونه ملكا له أو لكونه كسبا له والعبد ليس من أهل الملك فالاضافة اليه لكونه كسبا له بل يده فيه يد مولاه فهو كسائر الاموال التى في يد المولى وانما يدخل في هذه التسمية كسبه من مال ورقيق وغير ذلك لانه مضاف اليه شرعا قال عليه الصلاة والسلام من باع عبداً وله مال وكذلك ما كان سيده وهبه له أو وهبه له غيره بعلمه أو بغير علمه لان ذلك كله كسبه فانه حصل له بقبوله وعدم علم المولى لايخرجه من أن يكون كسبا له فيدخل ذلك كله في هذه التسمية ثم موجب عقد الكتابة ان يكون هو أحق بكسبه واشتراط ما اكتسبه قبل العقد ليس من جنس ما هو موجب العقد فيكون داخلا في هذا الايجاب فاما مال المولى الذى ليس من كسب العبد ليس بجنس ما هو موجب العقد فلا يستحقه بهذه التسمية وان كاتبه على أن يخدمه شهراً فهو جائز استحسانا وفي القياس لايجوز لان الخدمة غير معلومة وفيما لايصح الا بتسمية البدل لابد من أن يكون المسمى معلوما ثم خدمته مستحقة لمولاه بملكه رقبته وانما يجوز عقد الكتابة اذا كان يستحق به المولى مالم يكن مستحقا له ولكنه استحسن فقال أصل الخدمة معلوم بالعرف ومقداره ببيان المدة وانما تكون الجهالة في الصفة وذلك لايمنع صحة تسميته في الكتابة كما لو كاتبه على عبد أو ثوب هروى ثم المولى وان كان يستخدمه قبل الكتابة فلم يكن ذلك دينا له في ذمة العبد وبتسميته في العقد يصير واجباله في ذمته فهو بمنزلة الكسب كان مستحقا لمولاه قبل العقد وانما يؤدى بدل الكتابة من ذلك الكسب ولكن لما كان وجوبه في الذمة بالتسمية في العقد صح العقد بتسميته وكذلك ان كاتبه على أن يحفر له بئراً قد سمى طولها وعرضها وأراه مكانها أو على أن يبني له داراً قد أراه آجرها وجصها وما يبني بها فهو على القياس والاستحسان الذى قلنا وان كاتبه على أن يخدم رجلا

شهراً فهو جائز في القياس لأن المولى انما يشترط الخدمة لنفسه ثم يجعل غيره نائبا في الاستيفاء فهو واشتراطه الاستيفاء بنفسه سواء الا أنه قال هنا يجوز فى القياس بخلاف الاول لان خدمته لم تكن مستحقة لذلك الرجل قبل العقد وانما تصير مستحقة بقبوله بالعقد فأما خدمته لمولاه وحفر البئر وبناء الدار كان مستحقا له قبل العقد بملك رقبته وذلك الملك يبقى بعد الكتابة فبهذا الحرف يفرق بينهما في وجه القياس وان كاتبه على ألف درهم يؤديها الى غريم له فهو جائز لانه شرط المال لنفسه بالعقد ثم أمره بأن يقضى به دينا عليه وجعل الغريم نائبا فى قبضه منه وقبض نائبه كقبضه بنفسه وكذلك ان كاتبه على ألف درهم يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان وهذا ليس بضمان هو تبرع من المكاتب بل هو التزام أداء مال الكتابة الي من أمره المولى بالاداء اليه ولا فرق فى حقه بين أن يلتزم الاداء الى المولى وبين أن يلتزم الاداء الى من أمره المولى بالاداء اليه وان ضمن لرجل مالا بغير اذن سيده سوي الكتابة لم يجز لانه انما يضمن المال ليؤديه من كسبه وكسبه لا يحتمل التبرع فكذلك التزامه بطريق التبرع ليؤديه من كسبه لا يجوز وهذا لانه بقى عبداً بعد الكتابة ولا يجب المال في ذمة العبد الا شاغلا لمالية رقبته أو كسبه فاذا كان بطريق التبرع لم يكن شغل كسبه فلا يثبت دينا فى ذمته للحال وكذلك ان أذن له المولى فى ذلك لان المولى ممنوع من التبرع بكسبه فلا يعتبر اذنه فى ذلك وبه فارق القن فانه لو كفل باذن مولاه صح لان المولى مالك للتبرع بمالية رقبته وكسبه فاذا أذن له في هذا الالتزام يثبت المال فى ذمته متعلقا بمالية رقبته فكان صحيحا وان ضمن عن السيد لغريم له بمال على أن يؤديه من المكاتبة أو قبل الحوالة به فهو جائز لانه لا يتحقق معني التبرع فى هذا الالتزام فانه مطلوب ببدل الكتابة سواء كان طالبه به المولى أو المضمون له ولان دين الكتابة وجب فى ذمته شاغلا لكسبه حتى يؤديه من كسبه فما يلتزم اداؤه من الكتابة فهو متمكن من اداء ذلك من كسبه فلهذا صح هذا الضمان وان كاتبه على مال منجم ثم صالحه على أن يعجل بعضها ويحط عنه مابقى فهو جائز لانه عبده ومعنى الارفاق فيما يجرى بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه أرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فى تعجيل مابقى قبل حل الاجل ليتوصل به الي شرف الحرية وهو مندوب اليه في الشرع أيضا بخلاف مالو جرت

هذه المعاملة بين حرين لان معنى المعاوضة فيما بينهما يغلب على معني الارفاق فيكون هذا مبادلة الاجل بالدراهم ومبادلة الاجل بالدراهم ربا وكذلك ان صالحه من الكتابة على شئ بعينه فهو جائز لان دين الكتابة يحتمل الاسقاط بالابراء وقبضه غير مستحق فالاستبدال به صحيح كالثمن فى البيع وهذا لان في الاستبدال اسقاط القبض بعوض واذا جاز اسقاط القبض بما هو ابراء حقيقة وحكما بغير عوض فكذلك بالعوض وان فارقه قبل القبض لم يفسد الصلح لانه افتراق عن عين بدين ألا تري أنه لو اشترى ذلك الشئ بعينه بما عليه من الكتابة جاز وان لم يقبضه في المجلس وان صالحه على عرض أو غيره مؤجل لم يجز لانه دين بدين ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى فان كاتبه على ألف درهم منجمة على أن يؤدى اليه مع كل نجم ثوبا قد سمى جنسه أو على أن يؤدى مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز لان ماضمه الى المسمى فى كل نجم يكون بدلا مشروطا عليه بمنزلة الالف الذى ذكره أولا والثوب الذى هو مسمى الجنس يصلح ان يكون بدلا فى الكتابة لانه مبنى على التوسع فكان هذا بمنزلة قوله كاتبتك على كذا وكذا وهو صحيح يتضح فيما ذكر بعده أنه لو قال له على ان تؤدى مع مكاتبتك ألف درهم لانه لا فرق بين ان يقول كاتبتك على ألف درهم مع ألف درهم أو يقول على ألف درهم وألف درهم واذا ثبت ان جميع ذلك بدل فاذا عجز عن اداء شئ منه بعد حله رد في الرق وان كاتبه على ألف درهم فاداها ثم استحقت من يد المولى فالمكاتب حر لوجود شرط عتقه وهو الاداء والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فالاداء وان بطل بالاستحقاق بعد الوجود لا يبطل العتق ولان المكاتبة لم تقع على هذه الالف بعينها يريد به أن بدل الكتابة كان في ذمته وما يؤديه عوض عن ذلك فان الديون تقضي بأمثاله لا بأعيانها وبدل المستحق مملوك للمولى بالقبض والمكاتب قابض لما في ذمته فيكون مملوكا له وان كان بدله مستحقا ومن ملك ما فى ذمته سقط عنه ذلك فلهذا كان حراً ويرجع عليه السيد بألف مكانها لان قبضه قد انتقض بالاستحقاق فكانه لم يقبض أو وجد المقبوض زيوفا فرده فلهذا رجع بألف مكانها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مالا يجوز من المكاتبة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل عبده على قيمته لم يجز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البدل كعقد البيع والقيمة مجهول الجنس والقدر عند العقد فلم تصح تسميته وهو تفسير العقد الفاسد فان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بعد تمامها فاذا أدى اليه القيمة عتق لان العقد انعقد مع الفساد فينعقد موجبا لحكمه والاصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم لان صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد بل تدل على انعقاده فان قيام الوصف بالموصوف فان الصفة تبع وبانعدام التبع لا ينعدم الاصل ثم العقود الشرعية لا تنعقد الا مفيدة للحكم فى الحال أو فى الثانى ولا يمكن تعرف حكم العقد الفاسد من نفسه لأن الشرع لم يرد بالاذن فيه فلا بد من أن يتعرف حكمه من الجائز ولان الحكم يضاف الى أصل العقد لا الى صفة الجواز والذي يتعلق بصفة الجواز لزوم العقد بنفسه وذلك لا يثبت مع الفساد فأما حكم العتق عند أداء البدل مضاف الى أصل العقد وأصل العقد منعقد وقد وجد أداء البدل لانا ان نظرنا الى المسمى فهو القيمة وان نظرنا الى الواجب شرعا عند فساد العقد فهو القيمة فلهذا يعتق بأداء القيمة وان كاتبه على ثوب لم يسم جنسه لم يجز لان الثياب أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا فى الذمة في شئ من المعاوضات كما فى النكاح وان أدى اليه ثوبا لم يعتق لانا لم نعلم بأداء المشروط حقيقة فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ولم يوجد أداء بدل الكتابة أيضاً حكما لان بدل الكتابة هو القيمة فى العقد الفاسد وبأداء الثوب لا يصير مؤديا القيمة فلهذا لا يعتق ﴿ فان قيل ﴾ المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقة لما أدى فينبغى أن يعتق وان لم يكن هذا هو البدل حكما كما لو كاتبه على خمر فأدى ﴿ قلنا ﴾ نعم المسمى ثوب ولكنا نقول الثياب متفاوتة تفاوتا فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى لانه لو تعين لم يكن للمولى أن يرجع عليه بشئ آخر فانه مال متقوم وقد سلم له وفى هذا ضرر عليه فلدفع الضرر عنه لا يتعين هذا مسمى ولان هذا بمنزلة الاسم المشترك وفى المشترك لا يتعين بمطلق الاسم ولا عموم للاسم المشترك فلهذا لا يعتق بأداء الثوب وكذلك لو كاتبه على خمر أو خنزير أو دار بغير عينها لان الدار لا تثبت فى الذمة في شئ من العقود ولان اختلاف البلدان والمحال فى الدار كاختلاف الاجناس فى

الثياب ولهذا لو وكله بشراء دارله لم يصح التوكيل وان كاتب أمته على ألف درهم على ان يطأها مادامت مكاتبة لم تجز الكتابة وقد بينا هذه المسئلة بما فيها من الاختلاف والطعن فى كتاب العتاق فان وطئها السيد ثم أدت الكتابة فمليه عقرها لما بينا أن العقد الفاسد معتبر بالجائز فى الحكم وفى الكتابة الجائزة يلزمه العقر بالوطء ويتقرر عليه اذا أدت الكتابة فكذلك فى الفاسد وهذا بخلاف البيع الفاسد فان البائع اذاوطئ الجارية المبيعة قبل التسليم ثم سلمها الى المشترى فاعتقها لم يكن على البائع عقرفى الوطء والفرق بينهما ان الملك للمشترى فى البيع الفاسد يحصل عند القبض مقصورا عليه لان السبب ضعيف فلا يفيد الحكم حتى يتقوى بالقبض فلا يتبين بقبض المشتري أن وطء البائع كان في غير ملكه بل كان وطؤه فى ملكه فلا يلزمه العقر ولهذا لو وطئها غير البائع قبل التسليم بشبهة كان العقر للبائع ولو اكتسب كسبا كان ذلك للبائع بخلاف الكتابة فانها اذا تمت بأداء البدل يثبت الاستحقاق لها من وقت العقد حتي لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو اكتسبت كانت الاكتسابات كلها لها فلهذا يجب العقر على المولى بوطئها وحقيقة المعني فى الفرق أن موجب الكتابة اثبات المالكية لها فى اليد والمكاسب وذلك فى حكم المسلم اليها بنفس العقد لمالها من اليد فى نفسها الا أن المولى كان متمكنا من الفسخ والاسترداد لفساد السبب فاذا زال ذلك بالعتق تقرر الاستحقاق لها بأصل العقد ووزانه المبيع بعد قبض المشترى فانه يكون مملوكا له ويتمكن البائع من فسخ العقد لفساد السبب فاذازال ذلك بالاعتاق تقرر الملك له من وقت القبض واذا كاتب عبده مكاتبة فاسدة ثم مات المولى فأدي المكاتبة الى الورثة عتق استحسانا وفى القياس لايعتق لأن العقد الفاسد لكونه ضعيفاً فى نفسه لايمنع ملك الوارث ومن ضرورة انتقاله الى الوارث بطلان ذلك العقد ولو عتق بالاداء انما يعتق من جهة الوارث والوارث لم يكاتبه ولكنه استحسن فقال ما هو المعقود عليه مسلم الى العبد بنفس العقد فبموت المولى لايبطل حقه وان تمكن الوارث من ابطاله لفساد السبب كالمبيع فى البيع الفاسد بعد التسليم فان البائع اذا مات لايملكه وارثه ولايبطل ملك المشترى فيه وان كان الوارث تمكن من استرداده وتملكه لفساد السبب حتى لو أعتقه المشترى نفذ عتقه فكذلك هنا بعد الموت يبقى العقد ما لم يفسخه الوارث واذا بقى العقد كان أداء البدل الى الوارث القائم مقام المورث كأدائه الى

المورث في حياته فلهذا يعتق به وان كاتب أمته مكاتبة فاسدة فولدت ولداً ثم أدت المكاتبة عتق ولدها معها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز في الحكم لما بينا أن الاستحقاق اذا تم لها بالاداء فانه يحكم بثبوته من وقت العقد كما في استحقاق الكسب وان ماتت قبل أن تؤدي فليس على ولدها أن يسعى في شيء لانه انما يلزمه السعاية فيما كان واجبا على أمه ومع فساد العقد لم يكن عليها شيء من المال فكذلك لا يكون على ولدها فان استسعاه في مكاتبة الام فأداه لم يعتق في القياس لان العقد فاسد والاستحقاق به ضعيف والحق الضعيف في الام لا يسرى الى الولد وفي الاستحسان يعتق هو وأمه مستندا الى حال حياتها اعتباراً للعقد الفاسد بالجائز في الحكم ولان الولد جزء منها وكان أداؤه في حياة الام كادائها فكذلك بعد موت الام أداؤه كأدائها وان كاتبها على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد أو على أن تخدمه بعد العتق فالكتابة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد وهو متمكن في صلب العقد فيفسد به العقد ولانها بالكتابة تصير أحق بأولادها واكسابها ولو شرط عليها مع الالف شيئا مجهولا من كسبها لم تصح الكتابة فكذلك اذا شرط مع الالف ما تلده لنفسه لان ذلك مجهول ثم ان أدت مكاتبتها تعتق وفيه طعن بشر وقد بيناه في كتاب العتاق وان كاتبها على ألف درهم الى العطاء أو الدياس أو الى الحصاد أو الى نحو ذلك مما لا يعرف من الاجل جاز ذلك استحسانا وفي القياس لا يجوز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البدل كالبيع وهذه الآجال المجهولة اذا شرطت في أصل البيع فسد بها العقد فكذلك الكتابة ولكنه استحسن فقال الكتابة فيما يرجع الى البدل بمنزلة العقود المبنية على التوسع في البدل كالنكاح والخلع ومثل هذه الجهالة في الاجل لا يمنع صحة التسمية في الصداق فكذلك في الكتابة وهذا لان الجهالة المستدركة في الاجل نظير الجهالة المستدركة في البدل وهو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس فكما لا يمنع ذلك صحة التسمية في الكتابة فكذلك هذا فان تأخر العطاء فانه يحل المال اذا جاء أجل العطاء في مثل ذلك الوقت الذي يخرج فيه لان المقصود وقت العطاء لاعينه فان الآجال تقدر بالاوقات ولها أن تعجل المال وتعتق لان الأجل حقها فيسقط باسقاطها ولها في هذا التعجيل منفعة أيضا وهو وصولها الى شرف الحرية في الحال ولو كاتبها على ميتة فولدت ولداً ثم أعتق السيد الام لم يعتق ولدها معها لأن أصل العقد لم يكن منعقداً فان الكتابة لا تنعقد الا بتسمية

مال متقوم والميتة ليست بمال متقوم ألا ترى أن البيع به لا ينعقد حتي لا يملك المشترى المبيع بالقبض، فكذلك الكتابة واذا لغى العقد بقى اعتاق الام بعد انفصال الولد عنها فلا يوجب ذلك عتق ولدها بخلاف ما اذا كاتبها على ألف درهم مكاتبة فاسدة فولدت ولدا ثم أعتق السيد الام عتق ولدها معها لان العقد هناك منعقد مع الفساد فثبت حكمه في الولد اعتبارا للفاسد بالجائز ثم عتق الام باعتاق السيد اياها بمنزلة عتقها بأداء البدل فيعتق ولدها معها وان كاتبها على ألف درهم وهى قيمتها على أنها اذا أدت فعتقت فعليها ألف أخري جاز على ماقال لانه جعل بدل الكتابة عليها ألفى درهم الا أنه علق عتقها بأداء الالف من الالفين وذلك صحيح فاذا أدت الالف عتقت وعليها الالف الاخرى كما كان الشرط بينهما اذ لا يبعد ان تكون مطالبة ببدل الكتابة بعد عتقها كما لو استحق البدل بعد ما أدت الى المولى تبقى مطالبة ببدل الكتابة وقد عتقت بالاداء وان كاتبها على حكمه أو حكمها لم تجز المكاتبة لانه ماسمى فى العقد مالا متقوما فحكمه قد يكون بغير المال كما يكون بالمال فاذا أدت قيمتها لم تعتق لان أصل العقد لم يكن منعقدا باعتبار أنه لم يسم فيه مالا متقوما فهذا والكتابة على الميتة سواء وان كاتبها على عبد بعينه لرجل لم يجز وكذلك ماعينه من مال غيره من مكيل أو موزون وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجوز حتى أنه ان ملك ذلك العين فأداه الى المولى عتق أو عجز عن ادائه رد فى الرق لان المسمى مال متقوم وقدرته على التسليم بما يحدث له من ملك فيه موهوم فتصح التسمية كما في الصداق اذ سمي عبد غيره فتصح التسمية بهذا الطريق فاما فى ظاهر الرواية يقول بأن العتق فى عقد المعاوضة يكون معقوداً عليه وقدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فى العقود التى تحتمل الفسخ وملك الغير ليس بمقدور التسليم للعبد فلا تصح تسميته بخلاف النكاح فشرط صحة التسمية هناك ان يكون المسمي مالا متقوما لا ان يكون مقدور التسليم لان القدرة على التسليم فيما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط لصحة العقد ففيما ليس بمقصود أولى ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ان ملك ذلك العين فأدى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا أديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان قول زفر رحمه الله تعالى كذلك وهو رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وروى أصحاب الاملاء عن أبي

يوسف رحمه الله تعالى انه قال يعتق بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لوكاتبه على خمر فأدي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ملك الغير لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم له اذا لم يسم شيئاً اخر معه فلم ينعقد العقد أصلافانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط فاذا لم يصرح بالتعليق قلنا بأنه لا يعتق كما لوكاتبه على ثوب أو على ميتة وان قال كاتبتك على هذه الالف درهم وهي لغيرها جازت المكاتبة لان النقود لا تتعين في عقود المعاوضات فانما ينعقد العقد بألف هي دين في ذمتها ألا ترى ان تلك الالف لوكانت من كسبها لم تجبر على ادائها بعينها واذا أدت غيرها عتقت وكذلك ان قالت كاتبني على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فالعقد جائز وهذا الشرط لغو لان الالف تجب في ذمتها فالتدبير في أداء مافي ذمتها اليها واذا كاتبها واشترط فيها الخيار لنفسه أولها جاز ذلك لان عقد الكتابة يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد انعقاده ويعتمد تمام الرضا فيكون كالبيع في حكم شرط الخيار لهما أولاحدهما لان اشتراط الخيار للفسخ بعد الانعقاد ينعدم به تمام الرضا باللزوم فان ولدت ولدا ثم أسقط صاحب الخيار خياره فالولد مكاتب معها لان لزوم العقد عند اسقاط الخيار يثبت من وقت العقد الا ترى ان في البيع تسلم الزوائد المنفصلة والمتصلة للمشتري اذا تم العقد بالاجازة فكذلك في الكتابة وان مات المولى قبل اسقاط الخيار والخيار له أو ماتت الامة والخيار لها فالخيار يسقط بموت من له كما في البيع ويسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها وان أعتق المولى نصفها قبل ان يسقط خياره فهذا منه فسخ الكتابة كما لو أعتق جميعها واذا انفسخت الكتابة فعليها السعاية في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة وكذلك لو أعتق السيد ولدها كان هذا فسخا للكتابة لان الولد جزء منها وهو داخل في كتابتها فاعتاقه الولد كاعتاق بعضها وان كان الخيار لها فالولد يعتق باعتاق المولى ولا يسقط عنها به شيء من البدل لان الولد تبع لا يقابله شيء من البدل ولهذا لو مات لا يسقط عنها شيء من البدل وان كاتبها على ألف درهم تؤديها اليه نجوما واشترط أنها ان عجزت عن نجم فعليها مائة درهم سوى النجم فالكتابة فاسدة لتعلق بعض البدل بشرط فيه خطر وقد تقدم نظيره هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة العبدين

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فهو جائز استحسانا وقد بيناه فى العتاق فان أدى أحدهما جميع الالف عتقا لوصول جميع المال الى المولى ولان أداء أحدهما كأدائهما فان كل واحد منهما مطالب بجميع المال وهما كشخص واحد في حكم الاداء حتى ليس للمولى أن يأبي قبول المال من احدهما ثم يرجع المؤدى على صاحبه بحصته حتى اذا كانت قيمتهما سواء رجع بنصفه لانه تحمل عنه بأمره وكذلك لو أدى احدهما شيئاً رجع على صاحبه بنصفه قل ذلك أو كثر اعتبارا للبعض بالكل بخلاف مال على حرين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فان أدى أحدهما هناك النصف يكون عن نفسه خاصة لانه في النصف أصيل والمال على الاصيل أقوى منه على الكفيل وصرف المؤدى الى الاقوى ممكن لانه يجوز الحكم ببراءة ذمة أحدهما عن نصيبه قبل براءة الآخر وهنا لا يمكن جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة لانه اذا جعل كذلك برئت ذمته عما عليه من البدل فيعتق والحكم بعتق أحدهما قبل وصول جميع المال الى المولى متعذر فلهذا جعلنا المؤدى عنهما فيرجع على صاحبه بنصفه وللسيد أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال على أن يكون أصيلا فى النصف كفيلا في النصف وان مات أحدهما لم يسقط عن الحى شئ منها لانه مات عن كفيل فيبقى عقد الكتابة فى حق الميت ببقاء كفيله ولان الحى منهما محتاج الي تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل الى ذلك الا بأداء جميع المال فلحاجته بقى مطالبا بجميع المال وان أدى يحكم بعتقهما جميعاً وان أعتق المولى أحدهما تسقط حصته لوقوع الاستغناء له باعتاق المولى اياه ولان المولى باعتاقه اياه يصير مبرئاً له عن حصته من بدل الكتابة وابراء الاصيل إبراء الكفيل أو يجعل اعتاقه كقبض حصته من البدل منه بطريق انه أتلفه بتصرفه فلهذا يعتق الآخر بأداء حصته من البدل ولو كانتا أمتين فولدت احداهما وأعتق السيد ولدها لم يسقط شئ من المال عنهما لان الولد تبع لا يقابله شئ من البدل والمولى باعتاقه لا يكون مبرئاً ولا يكون قابضا لشئ من بدل الكتابة والمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ما بينا والثانى

أن يكاتبهما على ألف درهم مكاتبة واحدة ولم يزد على هذا وفي هذا اذا أدى أحدهما حصته من المال يعتق لان المولى حين أوجب العقد لهما ببدل واحد فقد شرط على كل واحد منهما حصته من المال وكذلك هما بالقبول انما يلتزم كل واحد منهما حصته فلا يكون للمولى أن يطالب كل واحد منهما الا بقدر حصته وبالاداء برئت ذمته فيحكم بحريته والثالث أن يقول المولى اذا أديا عتقا وان عجز ردا في الرق ولا يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر رحمه الله تعالى جواب هذا الفصل كجواب الثاني يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ألا ترى أنه ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع المال وان احدهما اذا أدى جميع المال لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه ولكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان ما شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه ولان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولو عتق احدهما بأداء حصته لم يبق لقول المولى ان أديا عتقا وان عجزا ردا فائدة وما استدل به زفر رحمه الله تعالى ممنوع فان عندنا هذا كالفصل الاول في جميع الاحكام فلهذا قلنا مالم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما رجل كاتب عبدا له على نفسه وعلى عبد له غائب بألف درهم جاز ذلك استحسانا وفى القياس الحاضر منهما يصير مكاتبا بحصته من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة الغائب لانه لاولاية للحاضر على الغائب فى قبول العقد فى حقه فانما يصح قبوله فى حق نفسه فلا يلزمه الا حصته من البدل والدليل عليه أنه ليس للمولى ان يطالب الغائب بشئ من البدل فعرفنا ان حكم الكتابة لم يثبت فى حقه وانما يثبت فى حق الحاضر خاصة وجميع البدل ليس بمقابلته فلا يلزمه الا حصته من البدل وجه الاستحسان أن المولى شرط للعتق وصول جميع المال اليه فلا يحصل هذا المقصود اذا أوجبنا على الحاضر حصته فقط ولكن اما ان يجعل كانه كاتب الحاضر على الالف وعلق عتق الغائب بأدائه وهذا التعليق ينفرد به المولى أو يجعل العقد كأنه بقبول الحاضر منعقدا فيما لايضر بالغائب لان تأثير انعدام الولاية للحاضر على الغائب فى دفع الضرر عنه لافى منع أصل العقد فان انعقاد العقد بكلام المتعاقدين وهو مملوك لهما ولهذا جعلنا البيع الموقوف سببا تاما قبل اجازة المالك ولكن لايثبت به مايضر بالمالك وهو

ازالة ملكه فكذلك هنا لاضرر على الغائب فى انعقاد العقد في حقه ولا فى عتقه عند اداء الحاضر انما الضرر فى وجوب البدل عليه فلا يثبت هـذا الحكم بقبول الحاضر وهـذا هو الاصح فان أدى الحاضر المال عتقا لانعقاد العقد فى حقهما ووصول جميع البدل الى المولى سواء قال فى الكتابة اذا أديت فانتما حران أو لم يقل ولا يرجع على الغائب بشئ لانه لم يجب فى ذمته شئ من البدل ولو كان واجباً وأدى هذا بغير أمره لم يرجع عليه فاذا لم يكن واجبا فأولى وان مات الغائب لم يرفع عن الحاضر شئ منه لانه ما كان على الغائب شئ من البدل ولان العقد بقى فى حق الغائب بعد موته ببقاء من يؤدى بدل الكتابة عنه وان مات الحاضر فليس للمولى أن يطالب الغائب بشئ من البدل لانه لم يلتزم له شيئاً ولهذا كان لا يطالبه بشئ فى حياة الحاضر فكذلك بعد موته ولكن ان قال الغائب انا أؤدى جميع المكاتبة وجاء بها وقال المولى لاأقبلها ففى القياس للمولى أن لا يقبل لانه متبرع غير مطالب بشئ من البدل فيسقط بموت من عليه حين لم يترك وفاء وانفسخ العقد فبقى الغائب عبدا قنا للمولى وكسبه له فيكون له أن لا يقبل المؤدي منه بجهة الكتابة ولكنه استحسن فقال ليس للمولى أن لا يقبل منه ويعتقان جميعا بأداء هذا الغائب لان حكم العقد ثبت في حق الغائب فيما لا يضر به وذلك بمنزلة البيع بحكم العقد فى حق الحاضر فيكون الحاضر مع الغائب هنا بمنزلة مكاتب اشترى ولده ثم مات وقد بينا أن الولد هناك لا يطالب بالبدل ولكن ان جاء به حالا فأدى عتقا جميعاً فهذا مثله والمعنى ان الحاضر مات عمن يؤدي البدل ويختار ذلك لتحصيل الحرية لنفسه وهو الغائب فتبقى الكتابة ببقائه بهذه الصفة حتى اذا اختار الاداء يكون أداؤه كاداء الحاضر ولكن لا يثبت الاجل فى حقه لان الاجل ينبنى على وجوب المال فانه تأخير للمطالبة ولا وجوب على الغائب واذا كانا حيين فأراد المولى بيع الغائب لم يكن له ذلك في الاستحسان لما بينا أن بقبول الحاضر تم السبب فى حق الغائب فيما لا يضره وامتناع بيعه على المولي لا يضره فيجعل قبول الحاضر عنه في هذا الحكم كقبوله بنفسه وبهذا تبين أن الاصح هذا الطريق دون طريق تعليق عتقه بأداء الحاضر لان مجرد تعليق العتق بالشرط لا يمنع بيع المولى فيه قبل وجود الشرط رجل قال لعبده قد كاتبت عبدى فلانا الغائب على كذا على أن تؤديها عنه فرضي بذلك الحاضر فهذا لا يجوز لان الحاضر هنا مملوك قن لم يدخله المولى فى الكتابة والمولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أن بقبول الحاضر لا يمكن ايجاب المال فى ذمة الغائب

وجواز عقد الكتابة لاينفك عن وجوب البدل واذا لم يجب البدل هنا على أحد لم يجز العقد بخلاف الاول فقد وجب المال هناك على الحاضر لما صار مكاتبا ولكن ان أدى الحاضر هنا المال الى المولى عتق الغائب استحسانا وفى القياس لا يعتق لأن العقد صار لغواً حين لم يتعلق به وجوب البدل على أحد وجه الاستحسان أن هذا التصرف من المولي إما أن يجعل كتعليقه عتق الغائب بأداء الحاضر وهو ينفرد بهذا التعليق أو يجعل العقد بمباشرة المولى وقبول الحاضر منعقداً في حق الغائب فيما لا يضربه وعتقه عند أداء الحاضر ينفعه ولا يضره فيثبت حكم العقد فى حقه بمباشرتهما لان المولى يستبد بالتصرف الموجب لعتق العبد لافي الزام المال في ذمته والاداء يتحقق بدون تقدم الوجوب كما يتحقق ممن ليس بواجب عليه وهو المتبرع وان كاتب الحر على عبد لرجل على أن ضمن عنه المكاتبة لم يجز لانه لم يجب البدل بقبول الحر علي العبد ولا يمكن ايجاب بدل الكتابة على الحر ابتداء بقبوله ولأن الحر لايضمن عنه مالم يجب عليه ولو ضمن عنه لسيده ما كان واجبا عليه من بدل الكتابة لم يجز فاذا ضمن مالم يجب عليه أولى وكذلك ان كان هذا العبد ابنا لهذا الحر وهو صغير أو كبير لانه لا ولاية للحر على ولده المملوك فى الزام المال عليه فهو كالاجنبي فى ذلك وكذلك عبد وابن له صغير لرجل واحد كاتب الاب على ابنه لم يجز لان الاب لما لم يدخل في الكتابة لم يلزمه البدل وليس له ولاية علي الابن فى الزام البدل اياه لكونه مملوكا الا أنه ان أدى الاب عنه في الوجهين يعتق استحسانا لمابينا رجلان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما معا على ألف درهم كتابة واحدة ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق قال يكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته لصاحبه حتى اذا أدى حصته من البدل الى مولاه يعتق لان كل واحد منهما انما يستوجب البدل على مملوكه ويعتبر شرطه فى حق مملوكه لا فى حق مملوك الغير فانما وجب لكل واحد منهما على مملوكه بقبوله حصته من الالف فاذا أدى فقد برئت ذمته من بدل الكتابة فيعتق بخلاف ماإذا كانا لشخص واحد لان شرط المولى في حقهما معتبر وقد شرط انهما لايعتقان الا بوصول جميع المال اليه فلهذا لايعتق واحد منهما هناك بأداء حصته ولو كاتب عبدا له صغيرا يعقل ويعبر عن نفسه جاز لانه من أهل العبارة وقوله معتبر عند اذن المولى ألا ترى أنه لوأذن له فى التجارة نفذ تصرفه فكذلك اذا أوجب له الكتابة واذا أذن له فى القبول فيعتبر قبوله لان فيه منفعة له وان كان

صغيراً لا يعقل فلا معتبر بقبوله والكتابة لا تنعقد بمجرد الايجاب بدون القبول حر كاتب على عبد لرجل فأدى اليه المكاتبة يعتق ولا يرجع الحر بالمال على العبد ولا على المولى أما على العبد فلانه لم يلتزم شيئاً من المال ولا أمر الحر بالاداء عنه وأما على المولى ففي القياس له أن يسترد المال لانه رشاه حيث أعتق عبده فيثبت له حق الرجوع عليه كما لو قال له أعتق عبدك بألف درهم وأعطاها اياه فأعتقه كان له أن يرجع فيما أعطاه ويضمنه ان كان قد استهلكه فكذلك فيما سبق توضيحه أن المال لو كان واجبا على العبد فضمنه عنه الحر للسيد وأدى كان له أن يرجع عليه فيسترد منه ما أدى اليه فاذا لم يجب المال على العبد أولي ولكنه استحسن وقال انه تبرع بأداء المال عنه ولو كان العبد قبل الكتابة ثم أدى حر عنه على سبيل التبرع لم يرجع بالمؤدى على المولى فكذلك الحر اذا كان هو القابل للعقد لأن قبوله كقبول العبد فيما لا يضربه ولانه لو رجع صار المولى مغروراً من جهته بقبوله وأدائه ودفع الضرر والغرور واجب فلهذا جعلناه متبرعا بأداء بدل الكتابة فلا يرجع به على أحد رجل كاتب عبدين له كتابة واحدة ان أديا عتقا وان عجزا ردا ثم عجز أحدهما فرده المولى في الرق أو قدمه الى القاضي فرده وهو لا يعلم بكتابة المولى الآخر معه ثم أدى الآخر جميع المكاتبة فانهما يعتقان جميعاً لانهما كشخص واحد ألا ترى أنهما لا يعتقان الا بأداء جميع المال مما وكما جعلا فى حق العتق كشخص واحد فكذلك فى العجز فبعجز أحدهما لا يتحقق تغير شرط الكتابة على المولى ما لم يظهر عجز الآخر فلهذا لا ينفذ قضاء القاضى برده فى الرق ولان في هذا القضاء اضرارا بالغائب لانه يسقط حصة الغائب من البدل لا محالة اذا نفذ قضاء القاضى بعجزه والغائب لا يعتق بأداء حصته فيتضرر من هذا الوجه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يضره وكذلك ان استسعى الغائب بعد ذلك في نجم أو نجمين ثم عجز فرده هو أو القاضي فهذا باطل لان رد الاول فى الرق لما لم يصح صار ذلك كالمعدوم فلا يتحقق العجز بهذا الآخر لتوهم قدرة الاول بالاداء بعد العجز فلهذا لا يصح ردهما فى الرق الا معا وكذلك اذا كاتب الرجلان عبداً واحداً مكاتبة واحدة فغاب أحدهما وقدم الآخر العبد الى القاضى وقد عجز لم يرده في الرق مالم يجتمع المولیان لان العقد واحد باتحاد القابل ولان من ضرورة الحكم بعجزه فى نصيب الحاضر الحكم بعجزه في نصيب الغائب أيضا والحاضر ليس بخصم عن الغائب فلا يرد فى الرق مالم يجتمعا ولو كان المولى واحداً فمات عن

ورثة كان لبعضهم ان يرده في الرق بقضاء القاضى اما لان كل واحد منهم خصم عن الميت ورده في الرق قضاء على الميت لانه يبطل به حقه فى الولاء ولان بعض الورثة خصم عن بعض فيما هو ميراث بينهم الا ترى ان أحد الورثة اذا أثبت دينا على انسان بالبينة للميت ثبت فى حق الكل وكذلك اذا ثبت عليه دين ولكن لورده بغير قضاء لم يصح ذلك منه لان للآخرين رأيا فى المسامحة والمهلة معه فلا يكون له ولاية الاستبداد بقطع رأيهم وان كان المكاتب هو الميت عن ولدين لم يكن للمولى أن يرد أحدهما في الرق حتى يجتمعا لان كل واحد منهما بانفراده كاف لبقاء عقد الكتابة باعتباره فبعجز أحدهما لا يظهر عجز الميت كما لا يظهر عجزه بعدم أحدهما عند وجود الآخر الا ترى انه لو عجز أحدهما وأدى الآخر عتقا جميعاً فلهذا لا يردهما فى الرق حتى يجتمعا واذا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة فارتد أحدهما وقتل الآخر فان الحى لا يعتق مالم يؤد جميع المكاتبة مراعاة لشرط المولى كما فى حال حياة الآخر وان أدى عتقا جميعاً لانهما في حكم الاداء كشخص واحد فبعدموت أحدهما يبقى العقد فى حقه ببقاء من يؤدى بدل الكتابة وهو الحى فلهذا عتقا بأدائه وان كان المرتد حين قتل ترك له كسبا اكتسبه فى ردته فان المولى يأخذ من ذلك المال جميع المكاتبة لانه مات عن وفاء فيبقى عقد الكتابة لحاجته الى تحصيل الحرية ولا يحصل ذلك الا بأداء جميع المال فلهذا أخذ المولى جميع المكاتبة من تركته ويعتقان جميعا ثم يرجع ورثته على الحى بحصته كما لو أداه فى حياته وهذا لانه مضطر فى الاداء حيث لا يتوصل الى العتق الا به وبهذا تبين فساد استدلال زفر فان عنده أحدهما اذا أدى لا يرجع على صاحبه وان عندنا يرجع بعد مقالة المولى اذا أديا عتقا وان عجزا ردا ثم بقية الكسب ميراث لهم لما بينا في العتاق أن قيام حق المولى فى كسبه يمنعنا أن نجعل كسب ردته فيئا فيكون ميراثا لورثته وكذلك ان كان المرتد لحق بدار الحرب أخذ الباقى بجميع المكاتبة لان أكثر مافيه أن لحاقه بدار الحرب كموته والآخر لا يتوصل الى العتق الا بأداء جميع البدل فاذا أدى رجع على المرتد بحصته اذا رجع كما يرجع في تركته أن لو مات وان لم يرجع حتي مات فى دار الشرك عن مال وظهر المسلمون على ماله لم يرجع هذا المؤدي فيه بشيء لان ذلك المال صار فيئاً للمسلمين اذ لم يبق فيه للمولى حق حين حكم بحريته والدين لا يبقى في المال الذى صار فيئاً وان وجده قبل القسمة ألا ترى أن حراً لو استدان ديناً ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ولم يخلف مالا هنا فظهر المسلمون عليه وعلى ماله فقتلوه لم

يكن لغرمائه على ماله سبيل لانه صار فيئاً وهـذا لان السبي يوجب صفاء الحق في المسبي للسابي ولا يصفو له الحق اذا بقي الدين فيه وان عجز المكاتب الحاضر والآخر مرتد فى دار الحرب لم يرده القاضى فى الرق لان لحاقه بدار الحرب لم يتم لما بقي حق المولى في كسبه ورقبته فهو بمنزلة الغائب فى دار الاسـلام وقد بينا أنه اذا كان أحدهما غائبا لا يحكم بعجز الحاضر قبل رجوعه فهذا مثله فان رد القاضى هـذا فى الرق لم يكن ردا للآخر حتى اذا رجع مسلما لم يرد الى مولاه رقيقا لمـا بينا أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب وان عجز الغائب لم يظهر بعجز الحاضر فلهـذا لا تنفسخ الكتابة فى حق الغائب وان كان مرتداً فى دار الحرب رجـل كاتب عبـداً له وامرأته مكاتبة واحدة وكل واحـد منهما كفيل عن صاحبه ثم ولدت ولداً فقتل الولد فقيمته للأم دون الاب لانه جزء منهـا يتبعها فى الرق والحرية فيتبعها فى الكتابة أيضا فلهذا كان بدل نفسه لها وكسبه وأرش الجناية عليه كله لها وان قتله المولى فعليه قيمته وكان قصاصا بالكتابة ان كانت قد حلت أو رضيت هي بالقصاص ان لم تكن حلت لان الاجل حقها فيسقط باسقاطها كما لو عجلت المال ثم ترجع على الزوج بحصته اذا حلت الكتابة لانها صارت مؤدية جميع البدل بالمقاصة فترجع على الزوج بحصته بحكم الكفالة ولكن رضاها بسقوط الاجل يعتبر فى حقها دون حق الزوج فلهذا لا ترجع عليه الا بعد حل المال وان كان فى القيمة فضل على الكتابة فذلك الفضل وماترك الولد من مال فهو للأم دون الاب لان الولد قتل وهو مملوك وقد كان تبعا للأم في الكتابة فكسبه وما فضل من قيمته يكون لها خاصة وكذلك ان كان الولد جارية فكبرت وولدت ابنة ثم قتلت الابنة السفلى كانت قيمتها للجدة لان السفلي كالعليا في انها تابعة للجدة داخلة فى كتابتها وان ماتت الجدة وبقى الولدان والزوج كان على الولدين من السعاية ما كان على الجدة لانهما فى حكم جزء منها فيسعيان فيما كان عليها وان أدي أحد الولدين لم يرجع على صاحبه بشيء لانه مؤد عن الجدة وكسبه فى حكم اداء بدل الكتابة بمنزلة كسب الجدة فلا يرجع على صاحبه بشيء لهذا ولكنه يرجع على الزوج بحصته كما لو أدت الجدة فى حياتها جميع البدل رجعت على الزوج بحصته ثم يسلم له ذلك دون الآخر لانه كسبه وانما يسلم للجدة من كسبه قدر مايحتاج اليه لاداء بدل الكتابة وتحصيل الحرية لنفسها فما فضل من ذلك يسلم للمكتسب وهذا هو الذى رجع به فاضل عن حاجتها فيكون للمكتسب خاصة رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحـدة

بألف درهم وقيمتهما سواء فأدى أحدهما مائتي درهم ثم أعتقه المولى بعد ذلك فانه يرجع بنصف ما أدى على صاحبه لانه قبل العتق كان قد استوجب الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى قل ذلك أو كثر فلا يبطل ذلك بعتقه لان عتقه مقرر لحقه لا مبطل له ثم يرفع عن الآخر نصف ما بقي من الكتابة اعتبارا للبعض بالكل وقد بينا أنه لو أعتق أحدهما فى حال بقاء جميع الكتابة صار كالقابض للنصف أو كالمبرئ له عن النصف فكذلك فى حق الباقي هنا وكذلك لو أعتق الذى لم يؤد لان اداء أحدهما كادائهما فلا يختلف حكم عتقهما وايهما عتق فانه يؤخذ على حاله بمكاتبة صاحبه لانه بمنزلة الكفيل عنه وقد صحت هذه الكفالة تبعاً لعقد الكتابة حين كان مطالباً بجميع المال قبل عتق صاحبه فكذلك يبقى مطالبا بنصيب صاحبه بعد عتقه فاذا أدي رجع به عليه وليس من ضرورة امتناع صحة كفالته ابتداء بما يبقي على صاحبه بعد حريته امتناع بقاء ما كان ثابتا ألا ترى أن الاباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه والعدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع بقاءه والله سبحانه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة المكاتب

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد بينا ان للمكاتب ان يكاتب استحسانا فان أعتقه بعد الكتابة لم ينفذ عتقه كما قبله لانه لا يملكه حقيقة وهو متبرع في اعتاقه وكذلك ان وهب له نصف المكاتبة أو كلها لانه ابراء بطريق التبرع وكذلك لو قال المكاتب لعبده اذا أعطيتني ألف درهم فأنت حر فهذا باطل ولو أدي لم يعتق لان تعليق العتق بالشرط لا يصح ممن ليس باهل للتنجيز كالصبي وهذا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة بمنزلة البيع أو أنفع منه فى حق المكاتب ولهذا احتمل الفسخ بالتراضي ولو اعتبر معنى التعليق فيه لم يحتمل الفسخ مكاتب كاتب جاريته ثم وطئها فعلقت منه فان شاءت مضت على الكتابة لان الاستيلاد لا ينافى ابتداء الكتابة فكذلك بقاءها واذا اختارت ذلك أخذت عقرها لان المكاتب فيما يلزمه من العقر بالوطء كالحر وقد بينا أن الحر اذا وطئ مكاتبته يلزمه عقرها لانها صارت أحق بنفسها فكذلك المكاتب وان شاءت عجزت نفسها فتكون بمنزلة أم ولده لا يبيعها كما لو استولد المكاتب جاريته فان عجزت نفسها فأعتقها المولى لم يجز كما لو أعتق جارية من كسب مكاتبه بخلاف ما لو أعتق

ولدها لان الولد داخل فى كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى فأما الام لم تدخل فى كتابته ألا ترى أنها لا تعتق بعتقه ولكنها أم ولد له يطأها ويستخدمها فلم تصر مملوكة للمولى لان ثبوت ملك المولى لضرورة التبعية فى الكتابة وامتناع بيعها لانها تابعة للولد فى هذا الحكم لأنها داخلة فى الكتابة وان مات الولد لم يكن للمكاتب أن يبيعها أيضا لأن امتناع البيع فيها كان تبعا لحق الولد وحق الولد بموته لا يبطل فكذلك حق الام وانما امتنع بيعها تبعاً لثبوت نسب ولدها منه وذلك باق بعد موته مكاتب كاتب جاريته ثم استولدها المولى فعليه العقر لها لأنها صارت أحق بنفسها والولد مع أمه بمنزلتها لأنه جزء منها وقد بينا فى كتاب العتق أنه لا يمكن الحكم بحرية ولدها مجانا ولا بالقيمة فان عجزت أخذ المولى الولد بالقيمة استحسانا لانها بالعجز صارت أمة قنة للمكاتب والمولى اذا استولد أمة مكاتبه يكون الولد حراً بالقيمة استحسانا والجارية مملوكة للمكاتب بمنزلة المغرور وان كان المكاتب هو الذى وطئها ثم مات ولم يترك مالا فان لم تلد مضت على الكتابة لان المكاتب مات عن وفاء باعتبار ما عليها من البدل وقد بينا ان الوفاء بمال هو دين له معتبر كالوفاء بالمال العين وان كانت ولدت خيرت فان شاءت رفضت مكاتبتها وسعت هى وولدها فى مكاتبة الاول وان شاءت مضت على مكاتبتها لانه تلقاها جهتا حرية اما اداء كتابة نفسها لتعتق مع ولدها به أو اداء كتابة المكاتب بعد رفض مكاتبتها لانها بمنزلة أم الولد والمكاتب اذا مات عن أم ولد له ومعها ولد مولود فى الكتابة سعت هى مع ولدها فى المكاتبة ويعتقان بالاداء فهذا مثله ولو كان ترك مالا فيه وفاء بالمكاتبة أديت مكاتبته وحكم بحريته وحرية ولده وتبطل المكاتبة عنها لانها صارت أم ولد للمكاتب فعتق بموته حين حكمنا بحريته ووقع الاستغناء لها عن اداء مكاتبتها وان عجزت هى والمولى هو المدعى للولد والمكاتب الاول ميت فالولد حر وعلى المولى قيمته لان كتابة المكاتب باق بعد موته للوفاء بها وبولدها وقد بينا انها لو عجزت فى حياة المكاتب أخذ المولى ابنه بالقيمة فكذلك بعد موته وان كان بالقيمة وفاء بالمكاتبة عتق المكاتب لان المولى صار مستوفيا لبدل الكتابة بالمقاصة وكانت الام مملوكة لورثة المكاتب ان كان له وارث سوى المولى وان لم يكن صارت للمولى بالارث وكانت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب مكاتب كاتب عبده ثم كاتب عبده أمته فاستولدها المكاتب الاول أخذت منه عقرها لما سقط الحد عنده بشبهة حق الملك له فيها بعد عجزها

وعجز من كاتبها ومضت على كتابتها لانها أحق بنفسها ومكاسبها وولدها بمنزلتها لانه جزء منها فان عجزت كان الولد للمكاتب الاول بالقيمة لان حق المكاتب في كسب مكاتبه كحق الحر فان الثابت له حق الملك وفي حق الملك المكاتب والحر سواء فكما ان الحر يأخذ ولده بالقيمة فى هذه الصورة استحسانا فكذلك المكاتب الا ان الحر اذا أخذه بالقيمة كان حراً مثله والمكاتب اذا أخذه بالقيمة كان مثله أيضا داخلا فى كتابته لان كسب المكاتب يحتمل الكتابة ولا يحتمل الحرية فان أعتق المولى هذا الولد نفذ عتقه لانه لما دخل في كتابته صار ملكا للمولى فان كاتب المكاتب عبده ثم كاتب الثانى أيضاً عبداً له ثم عجز الاوسط فالمكاتب الآخر يصير للمكاتب الاول لان الاوسط صار عبداً قناً له ومكاتبه أيضا يصير مكاتبا له ولا يكون عجز الاوسط عجزا للآخر فاذا أدي عتق وان عجز كان عبداً له ثم ذكر مسئلة العتاق اذا ولدت المكاتبة ابنتا ثم ولدت الابنة ابنتا ثم أعتق المولى احداهن وقد بينا ذلك بتمامه هناك رجل كاتب جاريتين له مكاتبة واحدة ثم استولد احداهما فالولد حر والام مع الجارية الاخرى مكاتبة كما كانت ولا خيار لها فى ذلك بخلاف ما اذا كاتب مكاتبة وحدها لان هناك لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاد وتفسخ الكتابة به فكذلك بعد الاستيلاد وهنا لم يكن لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاد وتفسخ الكتابة لحق الأخرى فانهما كشخص واحد فلا يظهر العجز فى حق احداهما دون الأخرى ألا ترى أن الأخري لو أدت المكاتبة بعد ماعجزت هذه نفسها عتقا فلهذا لاتخير وكذلك لو كانت إحداهما ولدت بنتا فاستولد السيد البنت لم تصر أم ولد له والولد حر بغير قيمة لان المكاتبة تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وأولادها وأولاد أولادها وفى هذا تحصيل مقصودها ولانه لو تحقق عجزها كان ولد الولد حراً بغير قيمة لثبوت نسبه فكذلك قبل عجزها ومعني قوله ان الابنة لاتصير أم ولد انه لا يبطل عنها حكم تبعية الام فى الكتابة لان مقصود الام في حقها لا يحصل بالاستيلاد ألا ترى أنا لو أخرجناها من المكاتبة وجعلناها أم ولد للمولى لم تعتق بأداء المال لان فى هذا تفويت مقصوده فلهذا ابقينا حكم الكتابة فيها حتى تعتق الام بالاداء مكاتبة كاتبت عبداً ثم ولدت ولداً ثم ماتت ولم تدع شيئا قال يسعى الولد فيما على أمه لانه مولود فى كتابتها ولا يجوز ان يعتبر ماعلى المكاتب فى اسقاط السعاية عنه لان ذلك دين لايمكن اداء كتابتها منه قبل حله ألا تري أنه لو كان لها على حر

دين الى أجل قضى على الولد بالسعاية فكذلك هنا فان كان نجم الكتابة الى سنة فقضى على الولد بالسعاية فعجز عنها عند حله قبل حلول ما على المكاتب أو قبل حلول الدين الذى على الاجنبي فانه يرد فى الرق لانه قائم مقام الام ولو عجزت هى في حياتها عن أداء نجم حل عليها ردت فى الرق ولا يلتفت الى مالها من الدين المؤجل على غيرها لانها لا تصل الى ذلك الا بعد حله فقبل الحلول بمنزلة المعدوم في تحقق عجزها حتى ترد فى الرق فكذلك ولدها بعد موتها فان رد فى الرق ثم خرج الدين من الاجنبي أو المكاتب فهو للمولي والولد رقيق له لان كتابتها قد بطلت بقضاء القاضى بردالولد في الرق فهذا المال كسب أمته فيكون للمولى مع ولدها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب كتابة العبد على نفسه وولده الصغار

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل كاتب عبده على نفسه وولده الصغار قال هو جائز لانه لو كاتب عبداً حاضراً نفسه وعلى غائب جاز اذا قبل الغائب فهذا مثله أوأولى لان ولده اليه أقرب من الأجنبي فان عجز قبل ادراك الولد أو بعده فرد فى الرق كان ذلك ردا للولد أيضا لان الاولاد صغار عاجزون عن الكسب ولانه ليس عليهم شئ من المال انما المال على الاب وقد تحقق عجزه فيرد في الرق ويكون ذلك رداً فى حق من من دخل في العقد تبعا له لان ثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى الاصل وهذا بخلاف المكاتبين اذا عجز أحدهما لان هناك الآخر مطالب بالمال فبعجز أحدهما لا يظهر العجز في حق الآخر وهنا الاولاد لا يطالبون بشئ من المال لان الأب مملوك لاولاية له على أولاده في الزام المال اياهم فلهذا يتم العجز به كما تم العقد بقبوله فان أدرك ولده فقالوا نحن نسعى في المكاتبة لم يلتفت اليهم لان المكاتبة قد سقطت برد الاب في الرق وكذلك لو كانوا بالغين حين عجز الاب لانه ليس عليهم شئ من المال فقدرتهم على السعاية وعجزهم عنها سواء وان مات الاب ولم يدع شيئا سعوا فى المكاتبة على النجوم وكان ينبغى في القياس أن لا يثبت النجوم فى حقهم ولكن ان جاؤا بالمال حالا والاردوا فى الرق كما بينا فى العبد الغائب والحاضر اذا مات الحاضر ولكن قال هنا قبول الاب الكتابة فى حق اولاده صحيح فيما يرجع الى مقصوده وعتق الاولاد من مقاصده كعتق نفسه فكما يثبت الاجل ويبقى باعتبار بقائه لتحصيل

مقصوده فكذلك يبقى باعتبار بقاء الولد لانه من مقاصده بخلاف العبد الغائب فانه لا مقصود للحاضر في عتقه توضيحه ان حال الاولاد هنا كحال ولد مولود في الكتابة لان ذلك الولد كما حدث حدث مكاتبا وهذا الولد كما عقد عقد الكتابة صار مكاتبا ثم ذلك الولد يسعي على النجوم فهذا الولد مثله يقرره ان سبب الولاية وهو الابوة ثابت هنا حتي اذا تم سقوط حق المولى بعتقهما كان له الولاية فيعتبر قيام السبب أيضاً فيما ينفعهما ولا يضر بالمولى وفي القول بان الولد يسعى في النجوم منفعة لهما فان كانوا صغاراً لا يقدرون على السعاية ردوا فى الرق لتحقق العجز في حق الاب حين لم يخلف مايؤدى به بدل الكتابة ولا من يؤدى عنه وان كانوا يقدرون عليها فسعى بعضهم فى المكاتبة فأداها لم يرجع على اخوته بشئ لانه ماأدى عنهم اذلم يكن عليهم شئ من المال وانما أدي عن الاب لان المال عليه الا ترى انه لو أدى فى حياة الاب لم يرجع على إخوته بشيء فكذلك بعد موته فان ظهر للأب مال كان ميراثاً بينهم لاستناد حريتهم الى ماا ستند اليه حرية أبيهم ولم يكن لهذا ان يأخذ من تركة الاب ما أدى لانه متبرع فيما أدى اذ لم يكن مطالبا بشيء من المال كما فى حال حياة الاب ولانه بمنزلة الاب فى المكاتبة فانما يؤدى لتحصيل العتق لنفسه وكسبه فيما يؤدي به البدل ككسب أبيه فلهذا لا يرجع بالمؤدى فى تركة أبيه وكان للمولى أن يأخذ كل واحد من الاولاد بجميع المال لاباعتبار أنه دين فى ذمته ولكن باعتبار انه قائم مقام أبيه وفيما هو من حقوق الأب كان قبوله صحيحا فى حق الاولاد فيأخذ كل واحد منهما بجميع المال كانه ليس معه غيره ولهذا لو مات بعضهم لا يرفع عن بقيتهم شئ من المكاتبة كما لو كان معدوما فى الابتداء وهذا لان المكاتبة واحدة فى حقهم وفي حق الاب فلا يعتق أحد منهم الا بوصول جميع المال الى المولى فان أعتق المولى بعضهم رفع عنهم بحصة قيمة المعتق لان اعتاق المولى بعضهم بمنزلة القبض منه لحصته وفيما يرجع الى منفعتهم لكل واحد منهم حصة من البدل وان كان الاب هو القابل لان العقد مضاف الي الكل قصدا بخلاف الولد المولود في الكتابة اذا أعتقه المولى فانه لايسقط شئ من البدل لانه كان تبعا في العقد وشئ من البدل لا يقابل التبع وان كان فيهم جارية فاستولدها السيد أخذت عقرها وهى مكاتبة على حالها ليس لها ان تعجز نفسها لمكان إخوتها ألا ترى أنهم لو أدوا عتقت هي أيضاً وان كان الولد كباراً حين كاتب على نفسه وعليهم بغير أمرهم وأدى الكتابة عتقوا ولم يرجع بشئ منها عليهم

١

في هذا الوجه ولا في الوجه الاول لان بقبوله لم يلزمهم شيء من البدل فكان هو مؤديا المال عن نفسه لا عنهم رجل كاتب عبداً له وامرأته مكاتبة واحدة على أنفسهما وأولادهما وهم صغار ثم ان انسانا قتل الولد فقيمته للابوين جميعا يستعينان بها في الكتابة لانهما قبلا الكتابة عليهم وحالهما في ذلك على السواء اذ لا ولاية لواحد منهما عليه ولا يمكن جعل هذه القيمة للمولى لان الولد صار مكاتبا لقبولهما فلا يبقى للمولى سبيل على كسبه ولا على قيمة رقبته فلا بد من أن تؤخذ القيمة منه فتكون للابوين لانهما كانا ينفقان عليه في حياته فكانا أحق بحضانته وهذا بخلاف الولد المولود بينهما بعد الكتابة فان قيمته للام خاصة لان ثبوت الكتابة في الولد هناك بطريق التبعية وجانب الام يترجح في ذلك لانه جزء منها وهنا ثبوت الكتابة في حق الولد بالقبول والقبول منهما جميعاً وان غاب الاب فاراد المولى سعاية الولد لم يكن له ذلك لان وجوب المال بقبولهما كان عليهما دون الولد فما بقيا حيين لم يكن على الولد شيء من المال وليس للأبوين سبيل على كسب الولد لانه مكاتب للمولى مقصوداً بالعقد معهما وليس للابوين سبيل على كسب المكاتب بخلاف الولد المولود في الكتابة فانه تبع للام فكانت أحق بكسبه لتستعين به على أداء البدل وان مات الولد وترك مالا فماله للأبوين مثل قيمته على ما بينا أنه مكاتب معهما فلا سبيل للمولى على ماله ولكنهما يأخذان ماله فيستعينان به على أداء البدل وان أعتق السيد الولد رفعت حصته عن الابوين لما بينا أن العقد تناوله مقصوداً فكان له من البدل حصته وان لم يكن للمولى أن يطالبه به لانعدام القبول من جهته وصار المولى قابضا بعتقه حصته وان لم يعتقه وأراد أن يأخذه بشيء من الكتابة لم يكن له ذلك ما بقي أحد الوالدين لان قبولهما عليه غير معتبر في الالزام والابوان هما الاصلان في وجوب المال عليهما بالقبول فما بقي شيء من الاصل لا يظهر حكم الخلف فاذا ماتا قلنا ان وقعت الكتابة والولد صغير سعى فيها على النجوم بعد موتهما كما يسعى الولد المولود في الكتابة وان وقعت وهو كبير فعليه أن يؤدي المكاتبة حالة والا رد في الرق بمنزلة العبد الحاضر والغائب لانه لا ولاية للابوين على الولد الكبير بعد سقوط حق المولى عنه فهو بمنزلة الاجنبي في حقهما فلا يبقى الاجل بعد موتهما لان الاجل لتأخير المطالبة وهو غير مطالب لانعدام القبول منه أو ممن له ولاية عليه فقلنا ان جاء بالمال حالا والا رد في الرق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة الوصى

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه وللوصى أن يكاتب عبد اليتيم استحسانا وفى القياس لا يصح ذلك منه لانه ارفاق للحال واعتاق باعتبار المآل وجه الاستحسان أن الوصى قائم مقام اليتيم فيما فيه النظر له والكتابة أنظر له من البيع لان بالبيع يزول ملكه عن العين قبل وصول البدل اليه وبالكتابة لا يزول ملكه عن العين الا بعد وصول المال اليه وتسقط نفقته عنه في الحال واذا تعذر وصول المال اليه بعجزه تفسخ للكتابة فكان عبداً له على حاله فاذا ملك البيع ملك الكتابة بالطريق الاولى فان وهب المال له بعد الكتابة لم يجز لانه تبرع بما لا يملكه فلا يصح من جهته ولا من جهة الصبي لانه ليس بقائم مقامه فى التبرع وان أقر بالقبض صدق لان المال وجب بعقده وهو يملك مباشرة قبضه فيصح اقراره بالقبض أيضا ﴿ فان قيل ﴾ فعلى قياس هذا ينبغي أن تصح هبته فى حق المكاتب لما كان الوجوب بعقده كما لو باعه من انسان ثم أبرأ المشترى عن الثمن جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ﴿ قلنا ﴾ لان فى البيع هو كالعاقد لنفسه فيما هو من حقوق عقده ولهذا كان قبض الثمن اليه بعد بلوغ اليتيم فأما فى الكتابة هو معبر عن اليتيم ولهذا لا يملك قبض البدل بعد بلوغ اليتيم فيكون هو بالهبة متبرعا بما لا يملكه ولان هبة البدل من المكاتب اعتاق له والوصى لا يملك الاعتاق فأما الاقرار بالقبض ليس باعتاق ولكنه إقرار بما يملك الانشاء فيه وان قال قد كنت كاتبته وأدى الى لم يصدق لان الاقرار بالكتابة وقبض البدل اعتاق له ﴿ فان قيل ﴾ أليس انه يملك انشاء الكتابة واستيفاء البدل فينبغي أن يصح اقراره به ﴿ قلنا ﴾ انما يملك الانشاء لانه يدخل بتصرفه في ملك اليتيم ظاهراً مثل مايخرجه عن ملكه وذلك لا يوجد في الاقرار ﴿ فان قيل ﴾ فكذلك اذا أقر باستيفاء البدل بعد ما باشر الكتابة ﴿ قلنا ﴾ هناك بمباشرة الكتابة يدخل فى ملكه ظاهراً مثل ما يخرجه من ملكه ثم بالاقرار بالقبض ليس يخرج من ملكه شيئاً انما يقرر ملكه فى البدل بقبضه ولو وكل الوصى بقبض بدل الكتابة جاز لانه يملك مباشرة القبض بولايته فيصح توكيله به غيره كالاب فان كاتبه ثم أدرك اليتيم فلم يرض به فالكتابة ماضية لانه تصرف نفذ من الوصي فى حال قيام ولايته فلا يملك اليتيم ابطاله بعد البلوغ كالبيع وهذا لان فعله فى حال

بقاء ولايتـه كـفعل اليتيم بنفسه غير أنه لايدفع المال الى الوصي لان ولاية القبض له كان بطريق نيابته عن اليتيم وقد زال ذلك فهو كدين وجب ليتيم لا بعقد الوصي لايملك الوصي قبضه بعد بلوغه وهذا لان العاقد فى باب الكتابة سفير ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لايملك القبض وأنه ليس عليه تسليم المعقود عليه فلا يقبض البدل بحكم العقد أيضا ولكن القبض الى اليتيم بعد بلوغه ولا يعتق المكاتب الا بالاداء اليه أو الى وكيله وكذلك لو كان القاضي عزل الوصي الذى كان كاتب وجعل غيره وصيا كان قبض البـدل الى الثانى دون الاول حتى لو أدى الى الاول أو أدى الى اليتيم لم يعتق ولا يجوز لاحـد الوصيين ان يكاتب بغير اذن صاحبه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويجوز فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى بمنزلة بيع أحد الوصيين عبد اليتيم فان عندهما لاينفرد به أحدهما لان الاب أقام رأيهما مقام رأى نفسه ورأى المثنى لايكون كرأى الواحد وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول تصرف الوصي بحكم ولايته ولكل واحد من الوصيين ولاية تامة ولايجوز للوصى أن يعتق على مال كما لا يعتق بغير مال لان العبد يخرج من ملك اليتيم بنفس القبول والبدل فى ذمة مفلسة كالتاوي وكذلك لايبيع نفس العبد منه بمال لانه اعتاق بجعل ألا ترى أنه اذا صح عتق بنفس القبول قبل اداء المال بخلاف الكتابة ولا يجوز للوصي ان يكاتب اذا كانت الورثة كباراً غيبا كانوا أوحضوراً لانه ليس له على الورثة الكبار ولاية وانما له حفظ المال عليهـم فانما يملك التصرفات فيما يرجع الى الحفظ والكتابة ليست من هذه الجملة ألا ترى انه لايبيع العقار ﴿ قال ﴾ وكذلك لو كانوا صغاراً فادركوا ثم كاتبه الوصي لم يجز كما لو كانوا كبارا ألا ترى أنهـم لوكاتبوه بانفسهم صح منهم وانما ثبت الولاية للوصي فى حال لايملك المولى عليهم مباشرة التصرف بنفسه وكذا ان كان بعض الورثة كبارا فأبوا أن يجيزوا كتابة الوصي لم تجز مكاتبتـه لانه لا ولاية له فى نصيب الكبار والصغير لو كان بالغا فكاتب نصيبه بنفسه كان للآخر أن يفسخ الكتابة فكذا اذا فعله الوصي وان كانت الورثة صغاراً وعلى الميت دين فكاتب الوصي عبداً من تركته لم يجز وان كان الدين لايحيط بماله لان حق الغريم مقدم ومالم يصل اليه كمال حقه لايسلم شئ من التركة الى الوارث فلا يمكن تصحيح كتابته للغريم اذ ليس للوصي عليه ولاية ولا لليتيم لانه لايسلم له شئ الا بعد وفاء الدين ولا للميت لان حقه في تفريغ ذمته ويتأخر ذلك فى كتابته فلهذا لم يجز عقده الا ان يستوفى الغريم

حقه من بقية التركة فحينئذ تنفذ الكتابة لان المانع قيام حق الغريم وقد زال ذلك بوصول دينه اليه وكذلك ان كان مكان الدين وصية بالثلث لانه لا ولاية للوصي على الموصى له في كتابة نصيبه وثلث العبد بالوصية صار له فلا تنفذ الكتابة من الوصي فيه كما لو كان بعض الورثة كباراً رجل أوصى بثلث ماله وله عبيد لا مال له غيرهم وترك يتامى صغاراً فكاتب الوصي بعض الرقيق فأدي اليه جميع المكاتبة فانه يعتق حصة الورثة منه لان ثلثي المكاتب كان مملوكا لهم والوصي قائم مقامهم في الكتابة ولو كانوا بالغين فكاتبوا واستوفوا البدل عتق نصيبهم فكذلك اذا فعله الوصي فيأخذ الموصى له من المكاتب حصته لان ثلث العبد بموت الوصي صار له وانما أدي بدل الكتابة من كسبه وثلث الكسب حقه فكان له أن يستوفي ذلك من الوصي وله أن يضمن الورثة حصته من العبد ان كانوا أغنياء لانهم معتقون له وأحد الشريكين اذا أعتق وهو موسر يكون ضامنا لنصيب شريكه والصبي لا ينفي اليسار فلا يمنع وجوب ضمان العتق أيضا وقد بينا في العتاق أن الرق لا يمنع وجوب ضمان العتق فالصبي أولى لان الرق ينافي حقيقة الملك والصبي لا ينافيه وليس له أن يضمن الوصي شيئا لان الوصي نائب عن الورثة بمنزلة الوكيل لهم بعد البلوغ فلا يكون معتقا وانما يجب الضمان على المعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة الامة الحامل

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه رجل كاتب أمة له حاملا فما في بطنها داخل في كتابتها ذكر أو لم يذكر كما يدخل في بيعها لانه جزء منها ولانها لو حبلت بعد الكتابة وولدت كان الولد داخلا في كتابتها فاذا كان موجوداً عند العقد أولى فان استثنى ما في بطنها لم تجز الكتابة كما لو باعها واستثنى ما في بطنها وهذا لانه بالاستثناء يشترط ما في بطنها لنفسه وهو شرط فاسد متمكن في صلب العقد فتبطل به الكتابة كما لو استثنى وطأها أو خدمتها لنفسه وان كاتب ما في بطنها دونها لم يجز كما لو باع ما في البطن وهذا لان ما في البطن بمنزلة جزء منها فلا يحتمل الكتابة مقصوداً ولان الكتابة لا تتم الا بالقبول والقبول من الجنين لا يتحقق وليس لأحد عليه ولاية القبول الام وغيرها فيه سواء لان القابل لا يمكن أن يجعل نائبا فان نيابة الغير شرعا فيما يكون متصوراً من المنوب عنه وان كاتبها وهي حامل

فولدت ثم ماتت سعى الولد في مكاتبتها على نجومها لانه جزء منها انفصل بعد ثبوت حكم الكتابة فيها والنجوم تبقى ببقاء مثل هذا الجزء وان كان عليها دين سعى فيه أيضا لان هذا الجزء قائم مقامها وهي فى حياتها كانت تسعى في الدين والكتابة جميعا فان أدى الولد المكاتبة قبل الدين عتق وأخذه الغرماء بالدين حتى يسعى لهم فيه استحسانا وفي القياس لا يعتق لان كسب الولد فيما يرجع الى حاجتها ككسبها وانما يبدأ من كسبها بالدين قبل الكتابة لان الدين أقوى من الكتابة ألا ترى أنه لا يسقط عنها بالعجز ولكنه استحسن فقال الولد قائم مقامها وهي فى حياتها لو أدت الكتابة قبل الدين عتقت وكان للغرماء أن يطالبوها بالدين فكذلك الولد اذا أدى وهذا لان ذمة الولد خلف عن ذمتها ولهذا بقيت النجوم ببقاء الولد فهما دينان في ذمته فاذا قضي أحدهما من كسبه صح قضاؤه ولا سبيل للغرماء على ما أخذه المولى لان حقهم في ذمته فيطالبونه بأن يسعى لهم كما لو كانت هى التي أدت الكتابة في حياتها وان عجز عن المكاتبة رده القاضى رقيقا وبيع فى الدين للغرماء كما لو عجزت هى في حياتها وهذا لان الدين ثابت فى ذمته والدين فى ذمة الرقيق يثبت متعلقا بمالية الرقبة فيباع فيه وان كان المولى قد قبض منه شيئا من المال فهو سالم له كما لو كان أخذ منها في حياتها وهذا لانه بمنزلة غريم من الغرماء وللمكاتب أن يقضى بعض غرمائه ويسلم المقبوض للقابض عتق المكاتب أو عجز لانه فى قضاء الدين بكسبه كالحر واذا قتل الولد خطأ أخذت الدية من عاقلة القاتل فيبدأ منها بقضاء الدين لان بدل نفس الولد بمنزلة كسبه وذلك فى حاجتها بمنزلة مالها فيبدأ منه بقضاء الدين ثم بالكتابة لان الذمة لما خربت تعلقت الحقوق بالمال فيبدأ بالاقوي والدين أقوى من الكتابة ثم تقضى الكتابة بعد ذلك والباقى يكون لورثة الابن دون ورثة الام لانه يحكم بعتقها وعتق الولد بأداء المكاتبة ولا حق لها فيما كان فاضلا عن حاجتها من بدل نفس الولد وكسبه ألا ترى أن الولد لو كان حيا كان الفضل سالما له فكذا يسلم لورثته بعد موته ويستوى ان كاتبها وهي حامل أو ولدت فى كتابتها وان ماتت الام وتركت مالا وفاء بالدين الذى عليها فقبض المولى ذلك من الكتابة تعتق الام والولد اذا كان الولد هو الذي أدى اليه لانه خلف عنها فأداؤه كأدائها الا أن الغرماء أحق بذلك المال يأخذونه من المولى لان حقهم تعلق بمالها بعد الموت كما يتعلق حق غرماء الحر بماله بعد موته وحقهم أقوى من حق المولى وليس للابن ولاية ابطال حقهم فلهذا

أخذوا المال منه ثم يرجع هو على الابن ببدل الكتابة ولكن لا يبطل العتق كما لو استحق المقبوض من البدل وهذا بخلاف ما اذا لم تترك مالا وأدي الولد الكتابة من كسبه لان هناك حق الغرماء فى ذمته كحق المولى وهو مكاتب قائم مقام الام فيملك تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدين من كسبه وان كان المولى هو الذى قبض مالها من غير أداء الولد اليه لم يعتق لان هذا مال الغرماء فالمولى غاصب في أخذه لا مستوف لبدل الكتابة بخلاف ما اذا أدى الولد لانه يكون مؤديا بدل الكتابة بمال هو حق غيره ألا ترى أنه لو كان في يدها مال مغصوب لانسان فغصب المولى ذلك منها لم تعتق ولو أدت اليه بجهة الكتابة عتقت فكذلك بعد موتها وان كان القاضي دفعه اليه وهو لا يعلم أن عليها دين فهو بمنزلة الباب الاول تعتق هي وولدها لأن أداء القاضي كأداء الولد أو أقوى منه لان القاضي له ولاية قضاء دين الميت من ماله كما يكون لمن يخلفه ذلك وان أعتق المولى ولدها فى حياتها عتق ولم يرفع عنها شئ من الكتابة لانه تبع محض لا يقابله شئ من البدل اذا لم يكن من أهل القبول وقت عقد الكتابة فهو كالولد المولود في الكتابة وان ماتت ولم تترك مالا فأعتق المولى الولد جاز العتق لانه قائم مقامها ولو أعتقها المولى جاز العتق وان كان عليها دين وبقى حق الغرماء فى ذمتها فكذلك اذا أعتق ولدها وهذا لان حق غرمائها لا يتعلق بذمة الولد ما بقيت الكتابة انما يتعلق بالكسب وبالعتق لا يفوت شئ من محل حقهم فلا يمنع نفوذ العتق من المولى ولا يفوت الغرماء شئ من محل حقهم ولا يضمن للغرماء شيئا ولكن الولد يسعى لهم في الدين كما كان يفعله قبل العتق رجل كاتب أمته وهي حبلى أو حبلت من بعد ثم أعتق نصفها قبل أن تلد عتق من الولد مثل ذلك لان الجنين تبع لها وثبوت الحكم في التبع بثبوته فى الاصل فلهذا يعتق منه بقدر ما عتق منها وهي بالخيار ان شاءت سعت فى نصف المكاتبة وان شاءت سعت فى نصف القيمة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق عنده يتجزى وقد تلقاها جهتا حرية الكتابة والسعاية فتختار أيتهما شاءت فان ماتت بعد ما ولدت يسعى الولد فيما على أمه لانها بمنزلة المكاتبة سواء اختارت السعاية في نصف المكاتبة أو نصف القيمة والولد مولود فى كتابتها فيسعى فيما عليها ولا يسعى فى شئ من قيمة نفسه لان ثبوت العتق فى نصفه بطريق التبعية للأم فلا ينقلب مقصوداً فيما كان فيه تبعا وان كان عليها دين يسعى الولد فى جميع الدين أيضا لانه قائم مقامها فيما كان عليها من الدين والكتابة وهذا لانه لا يعتق

الا بعتقها فكان هذا والولد المولود فى الكتابة سواء وان أعتقه المولى لم يبطل عنه الدين لان الدين قد ثبت فى ذمته على أن يؤدى من سعايته باعتبار خلافته عنها فلا يبطل باعتاق المولى اياه كما لا يبطل باعتاق المولى اياها وان كان هذا الولد جارية فعلقت من المولى ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد لانها كانت كالمكاتبة للمولى وسعت فى الدين الذى على أمها كما لو كان المولى أعتقها في حياته ولم تسع فى المكاتبة لان سعايتها فى المكاتبة كان لتحصيل العتق لنفسها وقد عتقت ولان المولى باعتاقه اياها بعد موت الام يصير مبرئاً لها عن بدل الكتابة ألا ترى أنه لو أعتق أمها في حياتها كان مبرئا لها عن بدل الكتابة فكذلك الولد ويستوى ان أعتقها قصداً أو بالاستيلاد واذا كاتب الرجل أمة فولدت ولداً فجنى على الولد جناية أو اكتسب مالا فجميع ذلك للأم لانه تابع لها في الكتابة فكسبه وأرش طرفه لها وليس للولد أن يمنع شيئا منها وان كان كبيراً فان عتقا ثم ماتت الام فذلك ميراث عنها سواء كانت أخذت منه أو لم تأخذ بخلاف ما يكتسبه الولد بعد موتها وهذا لان فى حال بقاء الأصل لا عبرة للتبع فكان كسب الولد ككسبها ولو اكتسبت ثم عتقت وماتت كان كسبها ميراثا عنها سواء كان فى يدها أو فى يد غيرها فكذلك كسب ولدها فأما بعد الموت فات ماهو الاصل ولكن بقي الولد خلفا عنها فيما كان من حاجتها وحاجتها الى أداء البدل لتعتق به فلهذا كان ماوراء ذلك من كسب الولد له وان مات الولد بعد العتق من تلك الجراحة كان جميع قيمته للام لان الجانى صار قاتلا له فان بالعتق لا تنقطع السراية هنا حين لم يتبدل المستحق واذا صار قاتلا له وهو مكاتب وقت جنايته فيكون الواجب عليه القيمة ويكون ذلك سالما للام وان مات الولد عن مال وورثة أحرار ثم ماتت الام قبل أن تأخذه ولم تترك شيئاً فذلك المال مالها لان سبب الاستحقاق تم لها فى حياتها فلا يبطل حقها بموتها ولكن القيمة مالها ويأخذ المولى منه المكاتبة والباقى ميراث عنها ويجوز لولد المكاتبة ان يبيع ويشترى لانه بمنزلة أمه مكاتب فيملك التصرف وان كان كسبه لها بحكم التبعية في الكتابة فان لحقه دين ثم ماتت الام سعى فى جميع ذلك كما كان يسعى فى حياتها فان اكتسب مالا قضى منه الدين الذى عليه وعلى أمه وسعى في الكتابة لانه مع لحوق الدين اياه هو قائم مقام الام بعد موتها فيسعى فى جميع ماعليها وان مات بدئ بدينه لان دينه فى ذمته أقوى من حيث انه أسبق تعلقا وانه أصيل فيه لمباشرة سببه فيبدأ من كسبه بدينه ثم بدين أمه ألا ترى ان المكاتبة لو أذنت لعبدها فى

التجارة فلحقه دين ثم ماتت كان غرماء العبد أحق بمالية الرقبة من غرمائها فكذلك الولد وهذا لان كسبه لها بعد ما يفرغ من حاجته فان حاجة المكتسب في كسبه مقدم على حاجة غيره مكاتبة ولدت بنتا فكبرت وارتدت ولحقت بالدار ثم أسرت لم تكن فيئا لانها مكاتبة تبع لامها والمكاتبة لا تملك بالاسر فتحبس حتى تتوب أو تموت كما لو كانت الام هي التي فعلت ذلك وبهذا ونحوه يتبين فساد قول من يقول من أصحابنا ان أحداً لا يتكاتب على أحد فان الابنة اولم تصر مكاتبة حقيقة لصارت فيئا بالاسر فان ماتت المكاتبة عن غير وفاء فان القاضي يخرج الابنة من الحبس حتى تسعى فيما على امها لان حبسها لحق الشرع وحق الامة والمولى فيها وفي سعايتها مقدم على حق الشرع الا ترى ان الامة اذا ارتدت لم تحبس ولكنها تدفع الى المولى يستخدمها ويحبسها فكذلك الابنة هنا تخرج لتسعى فيما على أمها مكاتبة ولدت ولداً ثم قتلها الولد فقتلها بمنزلة موتها وليس عليه من جنايته شئ لانه جزء منها فكانها جنت على نفسها ولانه لو جني على غيرها كان موجب جنايته في كسبه وكسبه لها فلووجب لها بجنايته شئ انما يجب فيما هو من حقها فلا يكون مفيدا وان جنت الام جناية على انسان ثم ماتت قبل ان يقضي عليها بشئ سعى الولد في الجناية والكتابة لانه قائم مقامها وهي في حياتها كانت تسعى فيها فان عجز نظر فان كان القاضي قضى لولى الجناية بالقيمة فهو بمنزلة الدين على الولد يباع فيه وان كان القاضي لم يقض لولى الجناية بشئ بطلت الجناية بعجزه كما لو عجزت في حال حياتها قبل قضاء القاضي ثم ماتت وهذا لان حق ولى الجناية في رقبتها وانما يصير دينا في ذمتها بقضاء القاضي فاذا ماتت قبل القضاء بطل حقه لفوات محله فكذلك هنا والله أعلم بالصواب

باب مكاتبة الرجلين

﴿ قال ﴾ واذا كاتب الرجلان عبدهما مكاتبة واحدة فأدى الى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبة اليهما لان العقد واحد في حق المكاتب فلا يعتق شئ منه باداء بعض البدل كما لو كان لرجل واحد وهذا لان المقبوض غير سالم للقابض بل لشريكه أن يستوفي منه نصفه لانه مال وجب لهما بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان اداؤه الى أحدهما كادائه اليهما وان أعتقه أحدهما جاز لانه مالك لنصيبه متمكن من اعتاقه

بعد الكتابة كما كان متمكنا منه قبل ذلك وكذلك ان وهب له نصيبه من المكاتبة أو ابرأه عنه عتق لانه لو كان مالكا لجميعه كان معتقا له بابرائه عن جميع البدل فكذلك اذا كان مالكا لبعضه كان معتقا لحصته بابرائه اياه عن حصته من البدل بمنزلة ما لو قال له أنت حر بخلاف ما لو استوفى حصته وهذا لان ما أسقط بالهبة والابراء نصيبه خاصة فيتحقق به براءة ذمة المكاتب عن نصيبه فأما المستوفي ليس بنصيبه خاصة حتى كان لشريكه ان يشاركه فلا يتم براءة ذمته عن نصيبه بهذا الاستيفاء وكذلك ان سلم الشريك للقابض ما قبض أو كان قبض نصيبه باذن شريكه لانه لا يتم سلامة المقبوض له بهذا أيضاً حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما نصفين وهذا لانه انما سلم المقبوض بشرط أن يسلم له ما في ذمة المكاتب فاذا فات شرطه بالعجز رجع بنصف ما قبض كالمحال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما اياه ان شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية فى نصف القيمة والعتق فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبين العتق والسعاية ان كان المعتق معسراً لانه بتعجيزه نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق نصف قيمته ان كان موسراً ويسعى العبد فى نصف قيمته ان كان معسرا كما هو مذهبه في العبد المشترك وعلى قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة وكذلك يسعى العبد فى الاقل عند عسرة المعتق لان وجوب الضمان والسعاية لدفع الضرر عن الشريك ويندفع الضرر عنه بايجاب الاقل كأن حقه وقت الاعتاق كان في الاقل ألا ترى أنه يعتق نصيبه باتصال ذلك اليه والضرر يندفع عنه باتصال حقه اليه وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول اعتبار الاقل بحكم بقاء الكتابة وحين عجز نفسه فقد انفسخت الكتابة فكان حق الساكت في نصف العبد عينا ولا يندفع الضرر عنه الا باتصال نصف القيمة اليه ولا معنى لاعتبار الاقل بعد ذلك وان اختار المضى على المكاتبة ثم مات عن مال كثير أخذ المولى الذى لم يعتق نصف المكاتبة من ماله كما كان يطالبه به فى حياته ثم الباقي بعد ذلك لورثته واذا كاتب الرجلان عبدين بينهما مكاتبة واحدة ان أديا عتقا وان عجزا ردّا فانه يكون كل واحد منهما مكاتبا بينهما على حدة بحصته وذلك بأن يقسم المسمى على قيمتهما فيكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته واذا أدى أحدهما حصته اليهما عتق بخلاف ما لو كانا لرجل واحد لان هناك كل واحد منهما

يمكن أن يجعل ملتزما لجميع البدل البعض بطريق الاصالة والبعض بطريق الكفالة مراعاة لشرط المولى والمالك واحد فلا يكون ذلك منهما كفالة على الحقيقة فأما هنا نصف كل واحد منهما لمالك على حدة فلو جعلنا كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل كان بحكم الكفالة في البعض وفى نصف ذلك كفالة من كل واحد منهما عن مملوك هو لغير مولاه فيكون كفالة حقيقة ولا تصح الكفالة من المكاتب ولا ببدل الكتابة فلهذا كان كل واحد منهما مطالبا بحصته خاصة يعتق بأداء ذلك اليهما كما لو كاتبه كل واحد منهما بعقد على حدة عبد بين رجلين كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه فللشريك أن يرد المكاتبة وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ليس له ذلك بمنزلة ما لو أعتق أحدهما نصيبه أو بمنزلة ما لو باع أحدهما نصيبه لان تصرف المكاتب لاقى خالص ملكه ولكنا نقول هذا عقد محتمل للفسخ وفى ابقائه ضرر على الشريك الآخر أما فى الحال فلانه يتعذر عليه بيع نصيبه وأما بعد الأداء فلانه يتعذر عليه استدامة الملك فى نصيبه فلدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ عقد شريكه واذا جاز فسخ الكتابة لدفع الضرر عن المتعاقدين فلان يجوز فسخه لدفع الضرر عن غيرهما ممن لم يرض بعقدهما أولى ولا يبعد أن يلاقى تصرف الانسان ملكه ثم للغير أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه كالراهن يبيع المرهون او الآجر يبيع المؤاجر فان أعتقه الشريك الآخر بعد ذلك نفذ عتقه عندنا وقال ابن أبي ليلى لا ينفذ عتقه حتى ينظر ماذا يصنع في المكاتبة فان أداها عتق وضمن الذى كاتبه نصيب شريكه والولاء كله له وان عجز ينفذ عتقه وهذا بناء على أصله أن الكتابة لا تتجزى وأن المولى بعقد الكتابة يستحق الولاء فاذا صار المكاتب مستحقا لجميع ولائه لا يملك الآخر ابطاله عليه بالاعتاق ولكن يتوقف حكم اعتاقه لتوقف ملكه في نصيبه فان أدي الكتابة تبين أن نصيب الشريك كان منتقلا الى المكاتب فيضمن المكاتب له نصف قيمته والولاء كله له وان عجز تبين أنه كان مشتركا بينهما فينفذ عتق المعتق في نصيبه فأما عندنا نصيب الشريك باق على ملكه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى غير مكاتب وعندهما مكاتب كان متمكنا من فسخ الكتابة فيعتق نصيبه باعتاقه واذا أعتق فالمكاتب بالخيار فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان شاء مضى على الكتابة وادى البدل وكان ولاؤه لهما واذا اختار ذلك فليس للمكاتب ان يضمن المعتق شيئاً لانه ماأتلف عليه شيئا من حقه وان شاء عجز نفسه فعند ذلك يخير الذى كاتبه بين عتقه

واستسعائه وتضمين شريكه لما بينا وعندهما يعتق كله باعتاق أحدهما وان كان المعتق موسراً فللآخر حق التضمين فان كان معسراً فللآخر حق الاستسعاء على ما بينا من الاختلاف بينهما وعلى هذا لو كاتب الآخر نصيبه أيضا عند ابن أبي ليلي لا ينفذ منه وعندنا ينفذ ويكون مكاتبا بينهما وليس للمكاتب الاول أن يفسخ عقد الثاني وان باشره بغير اذنه لان ثبوت حق الفسخ لمعنى دفع الضرر ولا ضرر عليه هنا لان نصيبه مكاتب ثم المسئلة في كتابة أحد الشريكين على ثلاثة أوجه أحدها ان يكون بغير اذن شريكه ويستوفي البدل قبل ان يفسخ الشريك الكتابة فنقول على قول أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصيبه لوجود شرط العتق وهو أداء البدل ثم يكون للساكت ان يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من العبد لان المؤدي كسبه وكسبه كان مشتركا بينهما فله ان يأخذ نصف ذلك منه ونصف مابقي من الكسب في يد العبد أيضاً ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذه منه شريكه لان جميع البدل كان بمقابلة نصيبه وقد سلم نصيبه للعبد أيضا ولم يسلم للمولى نصف البدل فيرجع به عليه كما لو استحقه مستحق آخر من يده ثم ان كان المكاتب موسراً فللشريك خيار بين ثلاثة أشياء واذا اختار التضمين يرجع المكاتب بما ضمن على العبد ويكون الولاء كله له وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق أو كان المكاتب معسراً فالولاء بينهما وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الجواب كذلك الا أن المكاتب لا يرجع على العبد بالنصف الذي أخذه شريكه منه لان عندهما صار الكل مكاتبا فان جميع البدل مقابل بجميع الكسب ولم يسلم له الا النصف وقد سلم للمولى من جهته نصف البدل أيضا ثم ان كان المكاتب موسراً فليس للساكت الا التضمين وان كان معسراً فليس له الا الاستسعاء والوجه الثاني أن يكاتب أحدهما نصيبه باذن شريكه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا استوفي البدل عتق نصيبه وللشريك أن يرجع عليه بنصف ما أخذ أيضا وبنصف ما بقي من الكسب في يد العبد لانه أداه من كسبه واذنه في العقد لا يكون اذنا في قبض البدل ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لا يملك قبض البدل فلهذا كان هذا الفصل والفصل الاول سواء عنده الا في حكمين أحدهما أنه لا يكون للآخر حق فسخ الكتابة والآخر أنه لا يكون له أن يضمن المكاتب بعد العتق لوجود الرضا منه بالسبب وعلى قولهما اذنه في كتابة نصيبه يكون اذنا في كتابة الكل فيصير الكل مكاتبا بينهما الا أن تقبض أحدهما جميع البدل لا يعتق ما لم يصل الى الآخر نصيبه لان

المكاتب فى نصيبه كان وكيلا والوكيل بالكتابة لا يملك القبض للبدل فاذ وصل الى الآخر نصيبه حينئذ يعتق وما بقي من الكسب كله سالم للعبد والوجه الثالث أن يأذن أحدهما لشريكه فى أن يكاتب نصيبه ويقبض البدل فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا قبض المكاتب البدل فليس للشريك أن يرجع بشيء من المقبوض لأنه قبضه برضاه وصار هو آذنا للعبد في أن يقضي دينه بكسبه فلا يثبت له حق استرداد شيء من القابض بخلاف الأول وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله بقبض المكاتب سواء وصل الى الشريك نصيبه أولم يصل لانه كان وكيلا من جهته في قبض البدل فيعتق العبد بالاداء اليه والمقبوض مشترك بينهما ولا سبيل للشريك على مابقي من كسب العبد في يده سواء وصل اليه نصيبه مما قبضه المكاتب أولم يصل بأن هلك فى يده لان هلاك نصيبه فى يد وكيله كهلاكه فى يده وان كان أحد الشريكين كاتب جميع العبد فقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا كقولهما حتى اذا عتق بالاداء اليه رجع الشريك عليه بنصف المقبوض واذا كان بغير اذنه لم يكن له أن يرجع على العبد بشيء من ذلك لان جميع البدل هنا بمقابلة جميع الكسب والرقبة ولم يسلم له من جهة المكاتب الا النصف وقد سلم للمكاتب نصف البدل أيضا فلا يرجع عليه بشيء آخر فان أذن احدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه ويقبض البدل ثم نهاه بعد ماقبض بعضه صح نهيه لان أذنه للمكاتب فى قضاء دينه بنصيبه من الكسب لايكون ملزما شيئا اياه فيكون له أن يرجع عن ذلك حتى يشاركه فيما يقبض بعده ولا يشاركه فيما كان قبض قبل النهي اعتباراً للبعض بالكل وان كاتب أحدهما نصيبه بغير اذن شريكه فلم يعلم به شريكه حتي كاتبه نصيبه باذن الاول ثم علم بكتابة الأول فأراد ردها لم يكن له ذلك لأنه بمباشرة الكتابة فى نصيبه صار مسقطا لخياره فان الخيار له كان لدفع الضرر وقد التزم ذلك الضرر ثم مايأخذ واحد منهما بعد هذا منه فهو سالم له لايشاركه الآخر فيه لان نصيب كل واحد منهما صار مكاتبا بعقد باشره بنفسه فلا يكون بينهما في البدل شركة كما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد على حدة بخلاف ما اذا كاتباه معا لان البدل هناك وجب لهما بعقد واحد وان كان الاول أخذ منه شيئا قبل كتابة الثانى كان للثانى أن يشاركه فيه لان الثانى انما يكون مسقطا حقه عن كسبه بكتابة نفسه فيقتصر ذلك على مايكتسبه بعد كتابته فلا يتعدي الى ما كان قبله وان أذن كل واحد منهما لصاحبه في مكاتبة نصيبه منه فهذا اذن له

فى القبض ولا يرجع أحدهما فيما قبض الآخر ولا يشركه وقوله وهـذا اذن له في القبض تجوز فى العبارة فان الاذن فى الكتابة لا يكون اذنا فى القبض ولكن انما لا يرجع واحـد منهما على صاحبه لان المكاتب صار أحق بجميع كسبه ونصيب كل واحـد منهما من البدل واجب بعقد على حـدة فلا شركة بينهما فى المقبوض وان كاتب أحدهما نصيبه منـه بعـد ما أذن له صاحبـه فى الكتابة والقبض فقبض بعض الكتابة ثم عجز الغـلام ففى القياس للشريك أن يرجع على القابض بنصف المقبوض لانه انما رضى بقبضـه ليعتق نصيبه به ولم يعتق حـين عجز الغلام ولانه انما رضي الآذن بأن يقضي العبد دينه بنصيبه من الكسب وبعـد العجز لا دين فبقي هو كسب عبـد مشترك بينهما فله أن يأخذ منـه نصفه وفى الاستحسان لا سبيل له عليه فيما قبض اعتباراً للبعض بالكل وهذا لانه صار مسقطا حقه عن المقبوض حين أذن له فى قبضه فلا يعود حقه فيـه بعجز الغلام ألا ترى أنه لو تبرع انسان بقضاء بعض البـدل عن المكاتب ثم عجز المكاتب عما بقي لم يكن للمتبرع استرداد ما تبرع به فهذا مثله واذا كاتب احـدهما كله بغير اذن شريكه ثم وهب للعبد نصف المكاتبـة لم يعتق منـه شئ كما لو كان العبد كله له وهذا لانه أضاف الهبة الى نصف شائع فلا يتعين لذلك حصة نصيبه خاصة فلهذا لا يعتق وان قال وهبت لك جميع حصتي من هذه المكاتبة عتق إما لان جميع البدل وجب بعقده فكان هـذا وقوله وهبت لك المكاتبة كلها سواء أولانه برئ من حصته من البدل حين أضاف الهبة الى نصيبه خاصة بمنزلة مالو كاتباه ثم وهب أحدهما جميع حصته الا أن الاول أصح لان العبد هنا لا يعتق الا بأداء جميع البدل اليه فعلم أن هبة جميع حصته تكون هبة لجميع المكاتبة مكاتبة بين رجلين علقت من احدهما فهى بالخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها لانها أمة بينهما وقد استولدها وان شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها فان مضت على الكتابة ثم علقت من الآخر ثم عجزت فالولد الاول للاول والولد الثانى للثانى لان نصفها فى الظاهر مكاتب له حين استولدها وذلك يكفى لثبوت نسب الولد الثانى منـه وهي أم ولد للأول لانه استحق حق أمية الولد في جميعها الا أن المكاتبة فى نصيب الآخر كان مانعا من ظهور هـذا الاستحقاق قبل العجز وقد ارتفع هذا المانع بالعجز فصارت أم ولد له من ذلك الوقت ألا ترى أن الخيار اذا سقط فى البيع

بشرط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد واذا صارت أم ولد له فعليه نصف قيمتها للثاني وعلى الثاني جميع قيمة الولد لانه تبين أنه استولد مملوكة الغير ولكنه كان مغروراً باعتبار ظاهر الملك فيكون ولده حراً بالقيمة ولم يذكر حكم العقر لانه على رواية هذا الكتاب وجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر على الاول فيكون احدهما قصاصا بالآخر وقد بينا فى كتاب الدعوى أن الاصح وجوب جميع العقر على الثانى ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقي للأول نصف العقر على الثانى وبينا هناك ان قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أيضا انه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له وهى مكاتبة فلا يصح استيلاد الثانى بعد ذلك ولا يثبت النسب منه بالدعوي مكاتبة بين رجلين ولدت بنتا ثم وطئ أحدهما الابنة فعلقت منه قال ثبت نسبه منه لان الابنة بمنزلة أمة مكاتبة بينهما فيثبت نسب ولدها من احدهما بالدعوى كما ثبت نسب ولد المكاتبة والابنة على حالها ليس لها أن تخرج نفسها من المكاتبة لتكون أم ولد المستولد لانها تابعة فى العقد فلا تملك فسخ العقد في حق نفسها مقصوداً ولا ولاية لها على فسخ العقد في حق أمها ولان الام انما كانت تعجز نفسها عما عليها من البدل وليس على الولد شئ من البدل وقد كان للام منفعة فى التخيير فخيرناها ولا منفعة للابنة فى ذلك وعلى المستولد عقرها لانه وطئها وهي مكاتبة ولكن عقرها للام بمنزلة كسبها وانها تابعة للام في الكتابة فان عجزت المكاتبة صارت الابنة أم ولد للواطئ لان المانع من ظهور أمية الولد فى نصيب شريكه منها قد ارتفع بعجز الام وانما تصير أم ولد له من حين علقت منه فلهذا يضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت منه وان لم تعجز فاعتق الشريك الآخر الابنة بعد علوقها من الاول عتقت عند أبي حنيفة رحمه الله لان نصيبه من الابنة باق على ملكه مابقيت الكتابة فيها فينفذ عتقه ولا سعاية عليها لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب الآخر بمنزلة أم الولد ولا سعاية على أم الولد للمستولد فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما وولدها حر لانه ثابت النسب من المستولد وقد عتقت بذلك لكونه متمكنا من اعتاقه ولا سعاية عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً لان اعتاق الشريك نصيبه من الام يكون اعتاقا لنصيبه منه كما بينا من عتق السفلى باعتاق العليا على أصله والمكاتبة باقية على حالها تعتق بالاداء أو تعجز فتكون أمة بينهما مكاتبة بين رجلين ولدت فاعتق

أحدهما الولد عتق نصيبه منه لكونه مالكا لنصيبه بسبب دخوله فى مكاتبة الام وهو على حاله حتي تعجز الام أو تعتق لانه لما صار تبعا لامه فى الكتابة لاينقلب مقصوداً مابقى حكم التبعية ولان الام لها حق في كسب الولد فلا يتمكن المعتق من ابطال حقها في كسبه فان عتقت عتق معها لبقاء حكم التبعية فى النصف الذى بقى رقيقا منه فان عجزت فقد زال معنى التبعية وصار الولد مقصوداً وهو مشترك بينهما أعتقه أحدهما وقد بينا حكم العبد المشترك يعتقه أحد الشريكين واذا اختار التضمين يضمنه نصف قيمته وقت اعتاقه لا وقت عجز الام لان وجوب الضمان بسبب الاعتاق فتعتبر القيمة عند ذلك كما تعتبر قيمة المغصوب وقت الغصب مكاتبة بين رجلين ولدت بنتا فوطئا الابنة فعلقت فولدت منهما ثم ماتا فالابنة حرة لانها كانت أم ولدهما فتعتق بموتهما كما لو اعتقاها وهذا لانها استغنت عن تبعية الام لما ظهر لها من سبب العتق مجانا وتبقي الام على مكاتبتها لان نفوذ العتق فى التبع لا يوجب عتق الاصل ولو كانت الام هى التى ولدت منهما ثم ماتا عتقت هى بجهة الاستيلاد وعتق ولدها أيضا لانه تبع لها وثبوت العتق فى التبع بثبوته فى الاصل ولان عتقها بالاستيلاد كعتقها باعتاق منهما ابتداء وقد بينا أنهما اذا أعتقاها عتق الولد معها لان اعتاقهما اياها بمنزلة الاستيفاء لما عليها من المكاتبة وان عجزت ثم ولدت منهما بعد ذلك فالولد الاول رقيق لان بعجزها انفسخت الكتابة وصار الولد الاول رقيقاً ثم يثبت فيها حق أمية الولد بعد انفصال هذا الولد عنها وحق العتق لايسري الى الولد المنفصل كحقيقة العتق وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كاتب أحد الشريكين بغير اذن شريكه ثم علقت منه فهى أم ولد له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى فى هذا لايخالفهما لأن نصيب الشريك عنده لم يصر مكاتبا فتصير أم ولد للمشتري ولكنه حفظ جوابهما ولم يحفظ جواب أبي حنيفة وهى مكاتبة على حالها لان الكتابة لاتنافى الاستيلاد سابقاً ولا طارئاً ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك وهذه اجازة للمكاتبة لان العقد في حق الشريك لدفع الضرر عنه وقد زال ذلك بتحول نصيبه الى المستولد قال وهذا بمنزلة رجل له أم ولد كاتبها يريد به التشبيه فى حكم لزوم الكتابة فأما في مسألة الأصل المستولد ضامن نصف العقر لان كتابته فى نصيبه كان نافذاً ومن استولد مكاتبته يلزمه العقر لها وقد فسره بعد هذا فقال جارية بين رجلين كاتبها احدهما بغير اذن شريكه ثم

وطئ الذى كاتبها قبل ان يعلم شريكه بالمكاتبة فولدت منه فهى أم ولد له والمكاتبة جائزة ويضمن الواطئ نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك ونصف العقر لها وللمكاتبة الخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان اختارت الكتابة أخذت نصف العقر منه وان اختارت ان تكون أم ولد له لم يكن لها نصف العقر لان استحقاقها نصف العقر لكونها أحق بنفسها بعقد الكتابة وقد زال ذلك حين اختارت الاستيلاد فان أم الولد لاتستوجب على مولاها دينا وان أجاز شريكه المكاتبة بعد ما علقت منه فاجازته باطلة وهى مكاتبة لانه أجاز عقدا باطلا ولان نصيبه تحول الى المكاتب بالاستيلاد وانما كان يعتبر اجازته باعتبار ملكه فان وطئها الذى لم يكاتب فعلقت منه فهى أم ولد الذى علقت منه لانه مالك لنصيبه منها فصح استيلاده فيها والمكاتبة على حالها جائزة حتي يردها الواطئ لانه لامنافاة بين الاستيلاد والكتابة وكل واحد منهما يطرأ على صاحبه فلم يكن اقدامه على الاستيلاد إبطالا منه للكتابة ولكنه لو انفسخت الكتابة بعد ذلك صار الكل أم ولدله لان المانع من انتقال نصيب الشريك اليه بالاستيلاد هو الكتابة وقد ارتفعت وان كاتبها احدهما باذن شريكه ثم استولدها الآخر فان شاءت عجزت وكانت أم ولد المستولد لزوال المانع في نصيب الشريك وان شاءت مضت على كتابتها وأخذت منه نصف العقر لان الكتابة في نصيب الشريك لازمة حين باشرها باذن شريكه وتأخذ منه نصف العقر لانها أحق بنفسها فى ذلك النصف فاذا أدت المكاتبة عتقت ولم تسع للمستولد فى شئ لان نصيبه منها أم ولد ولاسعاية على أم الولد للمستولد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وان كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه فاكتسبت مالا وقضت منه الكتابة فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر الذى لم يكاتب فله نصف ما اكتسبته قبل اداء الكتابة ولها نصفه لان نصيب المكاتب منها مكاتب ونصيب الشريك مملوك له والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسبته بعد اداء الكتابة فهو لها لان عندهما تعتق كلها بعتق البعض وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالي يعتق نصيب المكاتب ونصيب الشريك بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية والمكاتب أحق بكسبه من المولى فلهذا لم يكن للشريك شئ مما اكتسبت بعد اداء الكتابة فان ماتت قبل ان تؤدى شيئا وتركت مالا فنصفه للذى لم يكاتب لانه كسب نصيبه منها ويأخذ الذى كاتب النصف الباقى فى المكاتبة لان كسب نصيبه منها والمكاتبة كانت نافذة في نصيبه فيأخذ بدل

الكتابة من تركتها بعد موتها ثم يأخذ الذى لم يكاتب نصف قيمتها مما بقى ان كان شريكه معسراً لانه يثبت له حق استسعائها في نصف القيمة ان كانت حية وقد ماتت عن مال فيأخذ تلك السعاية من مالها والباقى ميراث لورثتها الأحرار لانه حكم بعتقها بأداء السعاية مستنداً الى حال حياتها فان لم يكن لها وارث غيرهما كان مابقي بينهما نصفين لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فهى مولاة لهما وان شاء أن يضمن شريكه لانه موسرا كان له ذلك لان المكاتب صار ممتنعا لنصيبه ثم يرجع به المكاتب في مالها كما يرجع عليها لو كانت حية ويكون ولاؤها وميراثها له ان لم يكن لها وارث لانه تملك نصيب شريكه بالضمان وان كانت ماتت بعد ماأدت المكاتبة وقد تركت مالا لايدري متى اكتسبته قبل الاداء أو بعده فالمال له لان الكسب حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات وهو ما بعد أداء الكتابة ولان سبب الاستحقاق لها لانه قدظهر وهو اكتسابها واستحقاق النصف لشريكه لم يعلم سببه وهو كون نصيبه قنا حين اكتسب ولايقال قد عرفنا نصيبه مملوكا قناله فيجب التمسك بذلك حتي يتبين خلافه لان هذا ظاهر علم زواله بعد ماأدت الكتابة واستصحاب الحال انما يعتبر اذا لم يكن خلافه معلوما فى الحال جارية بين رجلين كاتبها أحدهما بغير اذن شريكه فأدت اليه الكتابة ثم وطئها الآخر فعلقت منه قال تسعى له في نصيبه لان نصيبه بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية ولا تصير أم ولد له أما عندهما لانها عتقت بأداء الكتابة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه تعذر استدامة الملك لما نفذ فيها من العتق من جهة المكاتب وانما تكون أم ولد له اذا عجزت عن السعاية وليس لها ذلك ههنا حتى لو مات المستولد قبل أن تؤدي السعاية عتق نصيبه بجهة الاستيلاد وسقط عنها السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى رجل كاتب جارية ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار ان شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لأن الكتابة انفسخت بالعجز فصارت مشتركة بينهما ارثا قد استولدها أحدهما وان شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها لان المكاتب لايورث مابقيت الكتابة وقد سقط الحد عن الواطئ بشبهة حق الملك الثابت له فيها بانعقاد سببه فيجب العقر لها واذا كاتب الرجلان جارية بينهما مكاتبة واحدة ثم ارتد أحدهما عن الاسلام فأدت المكاتبة اليهما ثم قتل مرتداً قال لاتعتق وليس أداؤها الى المرتد بشئ فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تعتق لان قبض المرتد عندهما جائز كقبض المسلم بمنزلة قولهما في تصرفات المرتد وأما في قول أبي حنيفة تصرفات المرتد تتوقف وتبطل بقتله فكذلك قبضه نصيبه من البدل كان موقوفا وبالقتل تبين أنه كان حق الوارث فكان قبضه باطلا وترجع الورثة على الشريك بنصف ما أخذ كما لو كان هو أخذ نصيبه وحده ولهذا لا يعتق نصيب الشريك منها أيضا ثم يستسعونها في النصف الباقي فان عجزت ردت في الرق بمنزلة مكاتبة أدت نصف البدل الى الموليين ثم عجزت ثم أشار في الاصل الى أنه وان كاتبه في حالة الردة لم يجز قبضه لبدل الكتابة بخلاف ما اذا باعه في حالة الردة وقبض ثمنه كان جائزاً من قبل ان بالردة صار ماله كأنه للوارث والعاقد في باب الكتابة لا يستحق قبض البدل بعقده اذا كانت المكاتبة لغيره بخلاف العاقد في باب البيع فان حق قبض الثمن له وان كان البيع لغيره وكان في هذا الكلام نظر لان بيعه في كسب اسلامه لا ينفذ بعد الردة ما لم يسلم وبعد الاسلام يجوز قبضه في المكاتبة وفي الثمن جميعا وانما هذا الفرق فيما اذا كان البيع والكتابة قبل الردة فلا يجوز قبضه لبدل الكتابة بعد الردة ويجوز قبضه الثمن بحق العقد ونما لحقه الحجر بالردة كالعبد المأذون اذا باع شيئا ثم حجر عليه مولاه كان قبضه الثمن صحيحا ولو لحق المرتد منهما بدار الحرب فأدت جميع الكتابة الى الشريك الآخر لم تعتق لان قبضه نصيب ورثة المرتد باطل وان أدت الى الشريك الباقي والى ورثة المرتد عتقت اذا كان قد قضى بلحاقه كما لو مات فدفعت الكتابة الى الشريك الحي والى ورثة الميت وان عجزت بعد ما ارتد أحدهما فردها في الرق ثم قتل المرتد على ردته فهي على مكاتبتها لان فسخ الكتابة في نصيب المرتد باطل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ككتابته والكتابة اذا كانت واحدة لا يمكن فسخها في البعض دون البعض بسبب العجز كما لو كان أحد الموليين غائبا فعجزت عن المكاتبة لم يفسخ القاضي العقد بخصومة الشاهد منهما حتي يحضر الآخر واذا ارتد الشريكان معا ثم عجزت المكاتبة فرداها في الرق فان أسلما فهي أمة قنة بينهما وان قتلا علي الردة فهي على مكاتبتها وان كانت المكاتبة بين رجلين فولدت بنتا ثم ان أحد الموليين وطئ الابنة فعلقت منه ووطئ الآخر الام فعلقت منه فقالتا نحن نعجز فذلك لهما ومراده أن للام ان تعجز نفسها لانه تلقاها جهتا حرية وأما الولد فليس من هذا الخيار في شئ لانه ليس عليه شئ من البدل

فاذا اختارت الام المضى على الكتابة أخذت كل واحدة منهما عقرها من الواطي وعقر الابنة يكون للام بمنزلة الكسب وان عجزت كانت كل واحدة منهما أم ولد للذى وطئها ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كاتب الرجل نصيبه من عبده بغير اذن شريكه فللشريك أن يرد ذلك ولا يرده الا بقضاء القاضى الا أن يرضى العبد ومولاه الذى كاتبه أن ينقض الكتابة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضا لان ثبوت حق الفسخ للآخر مختلف فيه بين العلماء فلا يتم الا بقضاء القاضى اوالتراضى كالرجوع في الهبة وهذا لأن الفاسخ انما يفسخ باعتبار ملكه والعاقد عنمه من ذلك باعتبار ملكه أيضا فاذا استوت الاقدام كان الفصل الى القاضى والله سبحانه وتعالي أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة الرجل شقصاً من عبده

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل نصف عبده جاز ذلك وصار كله مكاتبا بذلك فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الكتابة عندهما لا تتجزأ كالعتق وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر على القدر الذى كاتب منه فان أدى المكاتبة عتق منه ذلك القدر ويسعى فيما بقى من قيمته على قدر مايطيق بمنزلة رجل أعتق بعض عبده ومعنى هذا أنه ليس للمولى أن يطالبه بالسعاية فى الحال ولكن يجعله منجما عليه بحسب مايعلم أنه يطيق اداءه لأنه معسر فيستحق النظرة الى الميسرة بالنص ولان مقصوده تكميل العتق دون التضييق عليه وان اكتسب العبد مالا قبل الاداء اليه فنصفه له ونصفه للمولى لان نصفه مملوك للمولى غير مكاتب والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسب بعد الاداء ليس للمولى منه شئ لان النصف منه عتق بالاداء والنصف الآخر يستسعى كالمكاتب فيكون هو أحق بجميع كسبه بعد الاداء واذا كاتب نصفه ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لان مقصود المولى بالكتابة تمكينه من التقلب والتكسب ليؤدى به البدل وقد ثبت هذا الحق للمكاتب بكتابة النصف لازما فكما لا يكون له أن يفسخ الكتابة لايكون له أن يحول بينه وبين الكسب واذا أراد أن يخرج من المصر فله أن يمنعه في القياس لان نصفه مملوك له وللمولى أن يمنع ملكه من السفر ولا يتأتي السفر فى قدر ماصار مكاتبا

منه وحده فكان للمولى أن يمنعه دفعا للضرر عن ملكه كمن استأجر دابة ليركبها هو ليس له أن يركب غيره أو استأجر ثوبا ليلبسه هو ليس له أن يلبس غيره لان الركوب واللبس يتفاوت فيه الناس فيصير المستأجر ممنوعا من التصرف فيما يملكه من المنفعة على وجه يلحق الضرر بصاحب الثوب ولكنه فى الاستحسان لا يمنع من ذلك لان المولى أثبت له حق التقلب والتكسب وربما لا يحصل له هذا المقصود في المصر والخروج من المصر للطلب طريق ظاهر بين الناس فيصير مثبتا له ذلك الحق حين كاتب نصفه فلا يمنعه بعد ذلك منه وهذا أولى الوجهين بالأخذ به لان المقصود من هذا العقد الارفاق به وكذلك لو أراد أن يستخدمه أو يستسعيه يوما ويخلى عنه يوما للكسب فله ذلك في القياس لان خدمته ومنفعته ككسبه فكما أن للمولى أن يأخذ نصف كسبه فكذلك له أن يجعل نصف خدمته لنفسه بالتهايؤ بينه وبين نفسه وفى الاستحسان لا يعرض له في شئ حتي يؤدى أو يعجز لانه أثبت له حق التقلب والتكسب وذلك بمنافعه يكون فمن ضرورة ثبوت هذا الحق له لازما ان يكون أحق بمنافعه وهذا أولى الوجهين بالاخذ به لانه ارفاق به وليس فيه ضرر على مولاه فانه اذا اكتسب بمنافعه كان للمولى أن يأخذ نصفه فيكون هذا تحويلا لحقه من المنفعة الى الكسب ولا ضرر فيه ولو جعلنا المكاتب أحق بكسبه كان فيه ابطال حق المولى عن نصف الكسب فلهذا لا يعتبر الارفاق في ذلك واذا كاتب نصف جاريته فولدت ولداً كان ولدها بمنزلتها ونصف كسبه للمولى لان نصف الولد مملوك كنصف الام ونصف كسبه للأم لانه داخل في كتابتها فتأخذ حصة ذلك من كسبه فان أدت عتق نصفها ونصف الولد معها ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته لان كل واحد منهما معتق البعض وقد احتبس ما بقي من ملك المولى فيه عنده وكل واحد منهما مقصود فى هذه السعاية فاذا اكتسب الولد بعد ذلك فذلك الكسب له دون أمه ومولاه لانه صار كالمكاتب بما لزمه من السعاية في نصف قيمته مقصوداً وان ماتت الام قبل أن تؤدى شيئا من كتابتها يسعى الولد فى المكاتبة لان نصفه تبع للأم فى الكتابة فيقوم مقامها بعد موتها في السعاية وفي المكاتبة فاذا أداها عتق نصفها كما لو أدت فى حال حياتها ويسعي بعد ذلك فى نصف قيمته ولا يسعى فى نصف قيمة أمه لان فى السعاية فى نصف القيمة كل واحد منهما مقصود فلا يجب عليه ما كان واجبا عليها من السعاية لان ذلك فى حكم التبعية ولا تبعية هنا فى حق

ذلك النصف وهو بمنزلة رجل أعتق نصف جاريته ونصف ولدها ثم ماتت الام فلا سعاية على الولد من قبل الام ولو كان أعتق نصف أمته وهي حبلى فولدت بعد ذلك أو حبلت بعد العتق فهذا الولد يسعى فيما على أمه اذا ماتت لان جميع الولد تبع لهـا ألا ترى أنه ليس عليه شيء من السعاية مقصوداً فيسعى فيما عليها بعـد موتها واذا كاتب نصف أمتـه فولدت ولداً ثم ماتت الام وتركت مالا وعليها دين قضي الدين من جميع تركتها أولا لان نصفها مكاتب ونصفها مأذون ودين المأذون في كسبه مقدم على حق المولى ويكون للمولى نصف ما بقي بعد الدين لان نصفه ملكه وكسب ذلك النصف له بعـد الفراغ من الدين ونصف المكتسب لها فيؤدي من ذلك كتابتها فان بقي شيء أخذ المولى نصف قيمتها لانه كان يستسعيها في نصف القيمة بعد أداء الكتابة لو كانت حية فيأخذ ذلك من تركتها بعـد موتها والباقي ميراث لورثتها لانا حكمنا بموتها حرة ولا يرث هذا الولد منها شيئاً لان استناد العتق في الولد الى حال حياتها كان في النصف الذي هو تبع لها وفي النصف الباقي الولد مقصود فان عليه أن يسعى في نصف قيمته ولا يعتق الا بعد أداء سعايته فكان بمنزلة المملوك عند موت أمه فان لم تدع الام شيئا سعى الولد في الدين كله لان في حكم الدين الولد قائم مقام لام كولد المأذونة وولد المكاتبة يسـعى في الكتابة أيضا لهذا المعنى ثم يسعى في نصف قيمة نفسه لانه معتق النصف بعد أداء الكتابة ولا يسعي في نصف قيمة الام لما بينا أنه ليس بتبع لها في هـذا النصف فان أدى الكتابة قبـل أن يؤدي دين الغرماء عتق نصفه ونصف أمه كما لو أدت في حياتها ولم يرجع الغرماء على المولى بمـا أخذ لكنهم يتبعون الولد بالدين لانه قائم مقامها فأخـذه بدل الكتابة منـه كأخذه منها واذا أخذ منها كان المأخوذ سالمـا والغرماء يتبعونها بديونهم فكذلك الولد وما اكتسب الولد قبل أن يؤدي الكتابة فنصفه للمولى بعد الدين لان الولد بمنزلتها وقد بينا أنه يبـدأ بالدين من كسبها ثم يسلم للمولى نصف مابقي باعتبار ملكه في نصفها فكذلك الولد رجـل كاتب نصف أمته فاسـتدانت دينا سـعت في جميع الدين لان كتابة النصف من المولى يتضمن الاذن للنصف الآخر في التجارة على ما بينا أنه تمليك لها من التقلب والتكسب ومن ضرورته الاذن في التجارة فان عجزت كان جميع الدين في جميع رقبتها تباع في ذلك لان جميع الدين ظهر وجوبه في حق المولى باعتبار الاذن

فتباع فيه بعد العجز وكذلك ان كانت الشريكين وكاتبها أحدهما باذن شريكه فاستدانت دينا ثم عجزت فالدين في جميع رقبتها تباع فيه لان رضا الشريك بالكتابة يتضمن الاذن لها فى التجارة فى نصيب نفسه ضرورة عبد بين رجلين اذن له احدهما فى التجارة فاستدان دينا فهو فى نصيب الآذن خاصة لان الاذن رضى بتعلق الدين بمالية رقبته وذلك منه صحيح فى نصيبه دون نصيب شريكه وكذلك ان كاتب احدهما بغير اذن شريكه لان الشريك لم يرض بتعلق الدين بنصيبه ولا بثبوت حكم الاذن في نصيبه بخلاف ما اذا كانت الكتابة باذنه فان اشترى الذى أذن له فى التجارة نصيب شريكه بعد ما لحقه الدين فالدين فى النصف الاول خاصة كما لو كان قبل شرائه وكذلك ما استدان بعد هذا بغير علم مولاه لان حكم الاذن لم يثبت فى المشترى بنفس شرائه وهذا النصف كان محجوراً قبل الشراء وتأثير الشراء فى رفع الاذن الثابت لافى اثباته وان علم أنه يشتري ويبيع فلم ينهه فالقياس كذلك لان شراءه وبيعه صحيح باعتبار الاذن فى نصفه وتأثير سكوت المولى فى اثبات الرضا بتصرفه لينفذ ذلك دفعا للضرر والغرور عمن عامله وذلك حاصل بدون ثبوت الاذن فى النصف الباقى فلا يجعل سكوته اذنا وفى الاستحسان يلزمه جميع ذلك فى جميع الرقبة اعتباراً للبعض بالكل فانه لو كان الكل محجوراً فرآه المولى يبيع ويشترى فلم ينهه صار الكل ماذونا فكذلك اذا كان النصف محجوراً لان سكوته عن النهى بعد العلم بتصرفه بمنزلة التصريح بالاذن واذا كاتب نصف عبده لم يكن له أن يبيع الباقى لانه ثبت للعبد حق التكسب والتقلب لازما وفى بيع الباقى ابطال هذا الحق عليه فان باعه من العبد عتق النصف الذى باعه لان بيع النصف من نفسه اعتاق وكتابة البعض لا تمنع اعتاق ما بقى منه لان فى الاعتاق تقرير حقه لا ابطاله وله الخيار ان شاء عجز وسعى فى نصف قيمته وان شاء مضى على الكتابة فان مضي على الكتابة وأدى بعضها ثم عجز حسب له ما أدى من نصف القيمة وسعى فيما بقي منه لان بعتق النصف صار هو أحق بجميع كسبه وللمولى عليه اما الكتابة واما نصف القيمة فما سبق فيه يكون محسوبا مما له عليه وكذلك بدل الكتابة فى حال قيام العقد أو نصف القيمة بعد العجز عنه وما كان كسبه قبل أن يشتري نفسه فله نصفه وللمولى نصفه لان نصفه كان مملوكا للمولى حين اكتسب هذا المال فان كان أدى الي المولى شيئاً قبل أن يشتري نفسه فقال المولى اطرح نصف ذلك المؤدى لان لى نصف الكسب فله ذلك ان كان أداه

من شيء اكتسبه وان كان أداه من دين استدانه فلا شيء للمولى من ذلك لما قلنا انه فى النصف الآخر مأذون له ولا يسلم كسبه للمولى الا بعد الفراغ من دينه ولو كاتب نصف عبده ثم اشترى السيد من المكاتب شيئا جاز الشراء في نصفه لان النصف منه مكاتب والنصف مأذون وشراء المولى من مكاتبه مفيد وشراؤه من المأذون اذا لم يكن عليه دين غير مفيد فلهذا كان نصف المشترى للسيد بنصف الثمن والنصف الآخر للسيد بقديم ملكه وان اشترى المكاتب من مولاه عبداً ففى الاستحسان جاز شراؤه فى الكل كما لو اشتراه من غيره لان النصف منه مكاتب والنصف مأذون وفى القياس لا يجوز شراؤه الا فى النصف لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى وشراء المملوك من مولاه لا يجوز اذا لم يكن عليه دين لانه غير مفيد ويجوز اذا كان عليه دين لانه مفيد فكذلك هنا وبالقياس نأخذ لانه أقوى الوجهين فالعقود الشرعية غير مطلوبة بعينها بل لفائدتها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب كتابة العبد المأذون

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل عبده المأذون جاز اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط برقبته أولا يحيط بها فللغرماء أن يردوا الكتابة بمنزلة مالو باعه المولى لأن هناك الغرماء يتوصلون الى حقهم من الثمن فى الحال وهنا لا يتوصلون الى حقهم لان بدل الكتابة منجم مؤجل عليه فاذا كان لهم أن ينقضوا البيع لدفع الضرر عنهم فلأن يكون لهم أن ينقضوا الكتابة أولى فان أخذ المولى الكتابة أو بعضها ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا ذلك من المولى لأن حق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولى فلا يسلم للمولى شيء من كسبه مابقى حق الغرماء ولكن العبد قد عتق ان كان أدى جميع الكتابة لوجود الشرط بمنزلة مالو أعتقه المولى فان قيام الدين عليه لا يمنع صحة اعتاق المولى اياه فان بقي من دينهم شيء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لان مالية رقبته كان حقا للغرماء حتى يبيعوه في دينهم وقد أبطل المولى ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن قيمته ثم يتبعون العبد ببقية دينهم لانه كان في ذمته وبالعتق تقوى ذمته ولا يرجع المولى على العبد بالمكاتبة لأنه انما كاتبه ليؤدى البدل من كسبه وهو كان عالما فى ذلك الوقت أن كسبه مشغول بالدين فيكون راضيا بقبض البدل مشغولا ولان

البدل للمولى بما أوجبه للعبد من الحق فى كسبه وانما أوجب له الحق فى كسبه مشغولا بالدين فاذا سلم البدل للمولى مشغولا بالدين تحقق المساواة وان لم يأخذ المولى المكاتبة ولم يردها الغرماء حتى قضى المولى دينهم جازت الكتابة لان المانع دينهم وقد ارتفع بوصول دينهم فجازت الكتابة كما لو باعه ثم قضى الدين وهذا لان المانع حق الغرماء وقد ارتفع بوصول دينهم اليهم ولا يرجع على العبد بما أدى عنه من الدين لانه ظهر ملكه بما أدى فهو كما اذا أدى الفداء عن العبد الجانى ولانه أصلح مكاتبته فيكون عاملا لنفسه فى ذلك ولانه لم يكن مطالبا بأداء هذا الدين وكان هو فى الاداء كمتبرع آخر وكذلك ان أبى المولى أن يؤدي الدين فأداه الغلام عاجلا لانه سقط حقهم بوصول دينهم اليهم من جهة العبد رجل كاتب أمته وعليها دين فولدت ولداً وأدت المكاتبة ثم حضر الغرماء فلهم أن يأخذوا المكاتبة من السيد لانه كسبها ويضمنونه قيمة الجارية لانه أتلف ماليتها عليهم بالعتق ويرجعون بفضل الدين ان شاؤا على الجارية وان شاؤا على الولد لان حق الغرماء كان متعلقا بمالية الولد لما انفصل بعد لحوق الدين اياها ألا ترى أنه يباع فى ديونهم وقد احتبست تلك المالية عند الولد بالعتق فيبيعونه بدينهم ان شاؤا ولكن لا يأخذون منه الا مقدار قيمته لأن وجوب الدين عليه باحتباس ماليته عنده فيتقدر بذلك القدر وان شاؤا رجعوا على الجارية بجميع ديونهم لان ذمتها تأكدت بالعتق وليس لهم أن يضمنوا المولى قيمة الولد لانه ما صنع فى الولد شيئا وانما عتق الولد تبعا للأم بجهة الكتابة وان ماتت الام بعد أداء بدل الكتابة فعلى الولد الاقل من قيمته ومن الدين لما قلنا أمة بين رجلين أذن لها أحدهما فى التجارة فاستدانت دينا ثم كاتب الآخر نصيبه منها باذن شريكه فابى الغرماء أن يجيزوا ذلك فلهم ذلك لانهم استحقوا بيع نصيب الآذن في ديونهم وفى لزوم الكتابة فى النصف الآخر ابطال هذا الحق عليهم لان مكاتب البعض لا يباع ولان اذن الشريك غير معتبر في حق الغرماء لان حقهم في نصيبه مقدم على حقه فيجعل وجود اذنه كعدمه فان رضوا به جاز لان المانع حقهم وان لم يحضر الغرماء حتى أخذ المولى الكتابة عتق نصيبه لوجود شرطه ويأخذ الغرماء نصف ما أخذ من كسبه ونصف حصة نصيب الآذن وهو مشغول بديونهم ثم يرجع به الذى كاتبه على المكاتبة لان نصيب المكاتب من الكسب قد سلم لها ولم يسلم له جميع البدل

من جهتها فكان له أن يرجع عليها بما استحق من ذلك من يده أمة مأذون لها فى التجارة عليها دين فولدت ولداً وكاتب السيد الولد فللغرماء أن يردوا ذلك ان لم يكن بالام وفاء بالدين لان حقهم تعلق بمالية الولد حتى يباع به فى ديونهم وفى الكتابة ابطال ذلك الحق عليهم وان كان فيها وفاء جازت الكتابة لان حقهم يصل اليهم من مالية الام ببيعها فى ديونهم وهذا لأن الام أصل والولد تبع واذا كان فى الاصل وفاء بالدين لم يكن شئ من التبع مشغولا بالدين ألا ترى أنه اذا كان في كسبها وفاء بالدين لا تباع رقبتها فيه فكذلك اذا كان فيها وفاء بالدين لايباع ولدها فيه فلهذا جازت الكتابة فان أعتق السيد الولد كان لهم أن يضمنوه قيمته اذا لم يكن في الام وفاء بالدين لان حقهم تعلق بماليته عند عدم الوفاء فى الام وقد أتلف ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن لهم قيمته كما لو أعتق الام فان كان السيد معسراً فلهم أن يستسعوا الابن فيما بقى من الدين لان حقهم كان متعلقا بماليته وقد احتبس ذلك عنده بالعتق فكان لهم أن يستسعوه فى الاقل من قيمته ومما بقى من الدين وان كانت الام عليها دين فولدت ولداً فشب الولد وباع واشترى ولزمه دين ثم جاء الغرماء الاولون فردوا المكاتبة فقد بطلت المكاتبة بردهم لقيام حقهم فى مالية الام تباع الام لغرمائها ويباع الولد لغرمائه خاصة دون غرماء أمه لان دينه فى ذمته وقد تعلق بماليته فهو آكد من دين غرماء الام اذ ليس فى ذمته من ديونهم شئ ألا ترى أن دين العبد ودين المولى اذا اجتمعا فى مالية العبد بعد موت المولى يقدم دينه على دين المولى ﴿فان قيل﴾ هناك دينه أسبق تعلقا بماليته وهنا دين غرماء الام أسبق تعلقا بمالية الولد ﴿قلنا﴾ الترجيح بالسبق انما يكون بعد المساواة فى القوة وقد بينا أن دين الولد أقوى حتى يبقى كله بعد العتق والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى ولا معنى للترجيح بالسبق مع التفاوت في القوة والضعف وكذلك ان لم يكن كاتب الام ولكنه اذن للولد فى التجارة لان بالاذن يتعلق دينه بمالية رقبته كما يتعلق بثبوت حكم الكتابة فيه رجل كاتب عبدين له تاجرين عليهما دين مكاتبة واحدة فغاب أحدهما ثم جاء الغرماء فليس لهم أن يردوا الحاضر فى الرق لان كتابتهما واحدة فلا يردان في الرق الا معا والحاضر لاينتصب خصما عن الغائب فكان غيبة أحدهما كغيبتهما ألا ترى أنه لورد الحاضر فى الرق وبيع فى الدين ثم أدى الغائب البدل عتقا جميعاً وبطل البيع فعرفنا ان رد الحاضر فى الرق غير مفيد شيئاً ولكنهم يستسعونه فيما عليه من الدين لان ديونهم ثابتة

في ذمته فيأخذون ذلك من كسبه وما أدى من المكاتبة فالغرماء أحق به لان ذلك من كسبه أيضاً وليس لهم أن يضمنوا المولى قيمتهما لان المولى ماأتلف ماليتهما على الغرماء ولا كسبهما ألا تري أنهما لو حضرا ردا فى الرق وبيعا للغرماء في الدين وهذا لان اتلاف المالية على الغرماء يكون بثبوت حقيقة العتق فى الرقبة أو حق العتق وبمجرد الكتابة لم يثبت شئ من ذلك ولهذا احتمل الكتابة الفسخ ألا ترى ان حق الغرماء بمنزلة حق الشريك ولو كاتب أحد الشريكين لم يكن لشريك الآخر أن يضمنه شيئاً قبل اداء بدل الكتابة فكذلك الغرماء ولكنهم ان شاؤا ضمنوه قيمة هذا العبد الشاهد لانه منعهم من بيعه بتصرفه والتأخير كالابطال في ايجاب الضمان ولو أبطل حق البيع بتصرفه بالتدبير كان ضامنا لهم فكذلك اذا أخره وليس لهم ان يضمنوه قيمة الغائب لان امتناع بيعه ليس بتصرفه بدليل أنه لو حضر تمكنوا من بيعه ولو حضر العبدان فأجاز الغرماء مكاتبة أحدهما لم يكن لهم أن يردوا الاخر في الرق لان مكاتبتهما واحدة فاجازتهم العقد في احدهما يكون إجازة فى الآخر والله أعلم بالصواب

باب ميراث المكاتب

﴿قال﴾ واذا مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره وترك ولداً حراً وولداً ولد فى المكاتبة من أمته بدئ من تركته بديون الاجانب لان دين الاجنبي أقوى من دين المولى حتى يبقى دين الاجنبي عليه بعد العجز دون دين المولى ثم بدين المولى ان كان ثم بالمكاتبة لان دين المولى أقوى من بدل الكتابة اذ ليس لبدل الكتابة حكم الدين مالم يقبض ولانه يملك أن يعجز نفسه عن المكاتبة فيسقطها عن نفسه ولا يملك أن يعجز نفسه عن سائر الديون سوى المكاتبة ثم بالمكاتبة بعد ذلك فان أديت حكم بحريته والباقي ميراث بين أولاده وبطلت وصاياه لانه تبرع وقد بينا أن استناد العتق انما يظهر في حكم الكتابة دون وصاياه ووصايا المكاتب في الحاصل على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يوصى بشئ من أعيان كسبه فهذه الوصية باطلة سواء أدى الكتابة فى حال حياته أو مات قبل الاداء لأن فى الوصية بالعين يراعى قيام ملك الموصى وقت الايصاء وملكه وقت الايصاء لايحتمل الوصية (والثانى) أن يقول اذا عتقت فثلث مالى وصية لك فان أدي بدل الكتابة وعتق ثم

مات جازت الوصية لأن المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وان لم يؤد حتى مات فهذه الوصية باطلة (والثالث) أن يقول ثلث مالى وصية لفلان ثم يؤدى بدل الكتابة ثم يموت فهذه الوصية باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى صحيحة عندهما وهو نظير ما تقدم فى العتاق اذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك مملوكا فان مات المكاتب وترك ألفا وعليه للمولى ألف درهم دين وبدل الكتابة بدئ ببدل الكتابة استحسانا وفي القياس يبدأ بالدين لأن الدين أقوي من بدل الكتابة وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن المولى لو قبض هذا المال بجهة الكتابة يسلم له من تلك الجهة ولو قبضه من جهة الدين لا يسلم له من تلك الجهة لانه تبين أنه مات عاجزاً والمولى لا يستوجب على عبده دينا (والثاني) أنه اذا قبض بجهة الكتابة سلم المال له ووصل المكاتب الى شرف الحرية واذا قبض بجهة الدين لا يسلم له الا ذلك المال أيضا ولا تحصل الحرية للعبد فكان قبضه من جهة يحصل بها للعبد الحرية أولى وان لم يترك مالا الا دينا على انسان فاستسعى الولد المولود فى الكتابة ولا دين على المكاتبة سواها فعجز عنه وقد أيس من الدين أن يخرج فانه يرد فى الرق لان الدين المأيوس تاو فلا يثبت باعتباره القدرة على الأداء وبدونه قد تحقق عجز الولد ولو تحقق عجز الام فى حياتها لكانت ترد فى الرق ولا معتبر بالدين المأيوس عن خروجه فكذلك اذا تحقق عجز الولد فاذا خرج الدين بعد ذلك كان للمولى لانه كسب أمته واذا ماتت المكاتبة عن وفاء وولد قد كوتب عليه مكاتبة واحدة وهو صغير أو كبير أو عن ولد مولود فى مكاتبتها ورثه بعد قضاء مكاتبتها لان عتق الولد لا يستند الى ما يستند اليه عتق الاب اما لانه مكاتب معه مضموم اليه فى العقد أو لانه تبع له وان كان الولد مفرداً بكتابته فأداها بعد موت الاب قبل قضاء مكاتبة الاب أو بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة فانما يعتق من وقت أداء البدل مقصوراً عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة فى حقه هنا فاذا لم يستند عتقه كان هو عبداً عند موت أبيه فلهذا لا يرثه وان مات المولى عن مكاتبه وله ورثة ذكور واناث ثم مات المكاتب عن وفاء فانه يؤدى كتابته فيكون ذلك بين جميع ورثة المولى لانه ماله فيكون ميراثا لهم عنه كسائر أمواله وما فضل عنها فللذكور منهم دون الاناث ان لم يكن للمكاتب وارث سوى ورثة المولى لان بأداء مكاتبته بعد موته يحكم بحريته وكان ولاؤه للمولى لانه مستحق ولاءه بكتابته فى حياته فانما يخلفه فى الميراث

بالولاء الذكور من عصبته دون الاناث وكذلك ان لم يمت المكاتب حتى أدى المكاتبة اليهم أو وهبوها له أو أعتقوه ثم مات فميراثه للذكور من ورثة المولى لان بهذه الاسباب عتق على ملكه فانه عتق وهو مكاتب والمكاتب لا يورث فلهذا كان ولاؤه للمولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة الصغير

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه رجل كاتب عبداً صغيراً لم يعقل لم تجز لان الكتابة لا تنعقد إلا بالقبول والذى لا يعقل ليس من أهل القبول فان كان يعقل جاز لانه من أهل القبول ألا ترى أن اذن المولى له في التجارة يصح وانه يقبل الهبة والصدقة لانه نفع فكذلك الكتابة واذا صح العقد كان هو بمنزلة الكبير فى جميع الاحكام وان كان لا يعقل فكاتبه ثم أداها عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لان أداء البدل انما يعتبر بعد انعقاد العقد ولم ينعقد العقد حين لم يقبله أحد فلا يحصل العتق بالاداء كما لو كاتب مافي بطن جاريته فجاء رجل وأدى عنه المال لم يعتق ثم يرد المال على صاحبه لان أداءه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود ولانه أداه باعتبار سبب باطل واذا كاتب عبدين صغيرين يعقلان مكاتبة واحدة فهما كالكبيرين فى ذلك لان الصغير الذى يعقل من أهل قبول الكتابة فكان كالكبير فيما ينبني عليه وقد بينا ان حقيقة الكفالة لا تثبت في هذه الكتابة اذا كان العبدان لرجل واحد والصغيران فيه كالكبيرين رجل كاتب على عبد لرجل رضيع رضى المولى بذلك لا يجوز لانه لا ولاية للقابل على عبد الغير ولا يلزمه البدل بالقبول فى كتابة الغير ولكن ان أدي اليه المكاتبة عتق استحسانا وفى القياس لا يعتق لما بينا في الفصل الاول لأن قبول الرجل على الرضيع غير معتبر ولكنه استحسن هنا فقال يعتق وقال فى وجه الاستحسان أجعل هذا بمنزلة قوله اذا أديت الى كذا فعبدى حر ومعنى هذا أنه خاطب الاجنبي هنا بالعقد فيمكن أن يجعل معلقا عتقه بأداء الاجنبي وفى الاول ماخاطب الاجنبي بعقد انما خاطب به الذى لا يعقل فلا يمكن أن يجعل معلقا عتقه بأداء الاجنبي وحقيقة المعني فيه أن العقد هنا منعقد لقبول الاجنبي ولكن لم يلزم مراعاة لحق المولى حتى لم يجب له البدل على أحد فاذا أدى اليه المكاتبة فقد وصل اليه حقه فقلنا بأنه يعتق ألا ترى أنه لو كاتب حراً على عبد له غائب

ثم رجع الغائب فأجاز كان العقد جائزاً ولو أدى القابل قبل رجوع الغائب عتق الغائب ولو أدى البدل الا درهما ثم رجع الغائب فأجاز فعليه أداء الدراهم الباقي ويعتق اذا أدى فبهذا تبين معنى الاستحسان فى الرضيع والله أعلم بالصواب

باب مكاتبة عبده على نفسه

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه رجل كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له آخر غائب بغير أمره على ألف درهم مكاتبة واحدة وضمنها الحاضر فان مكاتبته على نفسه جائزة ولا يجوز على الغائب لانه لا ولاية له على الغائب في الالزام وقد بينا أن على طريقة القياس الحاضر يصير مكاتبا بحصته من البدل وعلى طريقة الاستحسان يصير مكاتبا بجميع البدل ويثبت حكم العقد فى حق الغائب فيما لا يضره حتى يمتنع بيعه ويعتق بأداء الحاضر جميع المال ولا يرجع هو على الغائب بشئ لانه لم يكن له على الغائب شئ من البدل ولا كان هو مأموراً بالاداء عنه وان عجز الحاضر رد فى الرق لان المال عليه خاصة وقد تحقق عجزه ولا قول للغائب في ذلك من قبول ولا رد لان العقد غير موقوف على اجازته بل قد نفذ حين وجب جميع المال على الحاضر وانما ثبت حكم العقد فى حقه تبعا ولا قول للتبع فى القبول والرد وان أدى الحاضر حصته لم يعتق استحسانا لانه ملتزم جميع البدل والمولى غير راض بعتقه مالم يؤد جميع البدل وان مات عن غير وفاء فان عجل الآخر جميع المكاتبة قبل منه استحسانا لانه تبع فى حكم العقد بمنزلة الولد المشترى في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك ان وقع العقد مع هذا والآخر حاضر ساكت لان سكوته لا يكون التزاما للبدل واذا لم يكن عليه شئ من البدل فحضوره وغيبته سواء وكذلك المكاتب على نفسه وولد له صغير اذ لا ولاية للمملوك على ولده في الزام البدل الا فى وجه واحد ان مات الوالد سعى الولد فى المكاتبة على نجومها بمنزلة الولد المولود فى الكتابة وقد بينا معنى هذا رجل كاتب جارية له على نفسها وعلى جارية أخرى ثم استولد السيد المكاتبة فاختارت العجز فلها ذلك لانها مقصودة فى الكتابة والمال كله عليها وقد تلقاها جهتا حرية فلها الخيار وان استولد الاخرى فعلى طريقة القياس تصير أم ولد له لانها غير داخلة في الكتابة وتسعى المكاتبة فى حصتها من المال وعلى طريقة الاستحسان تكون على حالها حتى ينظر ماتصنع الاخرى لان حكم الكتابة

قد تناولها تبعا ولهذا امتنع بيعها وقد بينا أن قول التابع لايعتبر وان ظهر له حق عتق لجهة أخرى فاذا أدت الأخرى عتقا جميعا وان عجزت فحينئذ تصير أم ولد له وان كان دبر لم يرفع عن المكاتبة شيء من الكتابة لان بالتدبير لايتغير حكم الكتابة فيها بخلاف مالوأعتقها فانه يسقط حصتها من البدل لتغير حكم العقد فيها بالاعتاق ألا ترى أنه لو أعتق الحاضرة منهما سقط حصتها وجعل كالقابض للمال منهما فكذلك اذا أعتق الاخرى يجعل كالقابض لحصتها من البدل لان الاخرى انما التزمت المال عنهما ولو أدت الغائبة وجب القبول منها فكذلك تسقط حصتها باعتاقه اياها وان لم يدبرها ولكنها ولدت ولداً لم يكن له أن يبيع ولدها لأن الولد بمنزلة الام وما كان له أن يبيعها لثبوت حكم الكتابة فيها فكذلك لا يبيع ولدها واكره للمولى ان يطأها لان حكم الكتابة قد ثبت فيها على وجه الاستحسان ألا ترى أنه امتنع بيعها فكذلك يحرم وطؤها كالولد المولود في الكتابة وان قتلت فأخذ المولى قيمتها وفيها وفاء بالكتابة عتقت المكاتبة لان قيمة نفسها ككسبها ولو ماتت عن كسب كان يوفي بدل الكتابه من كسبها ويحكم بحريتها فكذلك يجعل المولى مستوفيا لبدل الكتابة بما أخذ من قيمتها ولم يرجع المولى على المكاتبة بشيء منه لانها لو كانت حية فأدت الكتابة لم يرجع على المكاتبة بشيء فكذلك من خلفها وهو الولى بسبب الولاء لا يكون له أن يرجع على المكاتبة بشيء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الكتابة على الحيوان وغيره

﴿ قال ﴾ رجل كاتب عبده على عبد مؤجل أو على وصيف جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان هذا العقد لايصح الا بتسمية البدل فلايثبت الحيوان دينا فى الذمة كالبيع والاجارة وفى الاستحسان قال هذا عقد مبنى على التوسع فى حكم البدل والبدل بمقابلة مايثبت للعبد من صفة المالكية وذلك ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما فى الصداق ثم قيمة الوصيف أربعون ديناراً فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على قدر الغلاء والرخص وان جاء بوصيف وسط أو قيمته أجبر المولى على القبول كما فى الصداق وقد بينا معنى هذا في النكاح وان كاتبه على دابة أو ثوب لم يجز حتى يبين الجنس لان اسم الدابة والثوب يشتمل على أجناس ومع جهالة الجنس لا تصح التسمية فى شيء من العقود

كما في الصداق والخلع رجل كاتب عبده على جارية فدفعها اليه فوطئها المولى فولدت منه ثم استحقها رجل قال يأخذها المستحق وعلى المولى عقرها وقيمة ولدها لانه مغرور فانه استولدها على انها مملوكته ثم يرجع المولى بقيمة الولد على المكاتب ولا يرجع بالعقر لانه مغرور من جهة المكاتب والمغرور يرجع على الغار بقيمة الولد دون العقر وهذا لان المكاتب في حكم الغرور من المولى كالاجنبي ألا ترى أنه لو ابتاع من مكاتب له جارية فاستولدها ثم استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة ولدها ويرجع المولى على المكاتب بالثمن وبقيمة الولد كما لو اشتراها من أجنبي آخر ثم لا يبطل عتق المكاتب لانه قد عتق بتسليم الجارية الى المولى والعتق بعد وقوعه لا يبطل باستحقاق البدل ولكن يرجع المولى على المكاتب بالجارية التى كاتب عليها لأن قبضه انتقض بالاستحقاق من الأصل فيما يحتمل النقض فيكون رجوعه بموجب العقد كما لو كانت الكتابة على دراهم فاستحقت بعد القبض وان كاتب على دار قد سماها ووصفها أو على أرض لم يجز لان الدار والارض لا تثبت دينا في الذمة في شئ من العقود وهو مجهول جهالة فاحشة والى نحو هذا أشار فاذا لم يعين الدار فقد كاتب على شئ لا يعرف واذا عينها فقد كاتب على ما لا يملك دينا وقد بينا اختلاف الروايات في الكتابة على الاعيان ولو كاتبها على ياقوتة أو لؤلؤة أو ما أشبه ذلك من العروض لم يجز أما اذا كانت بعينها فلانه لا يملك وان كانت بغير عينها فان الياقوتة واللؤلؤة لا تثبت دينا في الذمة صداقا فكذلك في الكتابة وهذا لان التفاوت في اليواقيت واللؤلؤ عظيم في المالية وهذه الجهالة فوق جهالة الجنس في معنى التفاوت في المالية وهو مقصود وان كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون جاز وله الوسط من جنسه لان جنس المسمى معلوم وجهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في الكتابة بخلاف السلم وان كاتبه على وصيف فأعطاه وصيفا وعتق به ثم أصاب السيد به عيبا فاحشا رده على المكاتب ويرجع بمثله لأن بدل الكتابة كالصداق يرد بالعيب الفاحش ولم يرجع المكاتب رقيقاً بعد ما عتق وكذلك ان استحق نصف الوصيف كان للمولى أن يرد ما بقى لأن الشركة عيب فاحش يرد الصداق به فكذلك بدل الكتابة فيرده انشاء ويطالبه بموجب العقد وهو وصيف وسط والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب كتابة أهل الكفر

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه ذمي ابتاع عبداً مسلما فكاتبه فهو جائز ولا يرد لأن شراءه صحيح عندنا فانما كاتب ملكه وكان مجبراً على بيعه ليزول به ذل الكفر عن المسلم وقد حصل هذا بالكتابة لأن المكاتب بمنزلة الحر يداً وان كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز لأن القابل مسلم وهو ليس من أهل أن يلتزم في ذمته الخمر بالعقد ولكنه ان أدى الخمر عتق لأن الكتابة انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء البدل المشروط وعليه قيمته لان رقبته سلمت له بحكم عقد فاسد فيلزمه قيمته وكذلك ان كان المولى هو المسلم وقد بينا هذا الحكم فيما اذا كانا مسلمين فاذا كان أحدهما مسلما أولى ذمي كاتب عبداً كافراً على خمر فهو جائز لان الخمر في حقهم مال متقوم بمنزلة الخل والعصير في حقنا فان أسلم العبد فالمكاتبة جائزة وعليه قيمة الخمر وهذا استحسان وفي القياس يبطل العقد لان الاسلام ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيجعل كالمقترن بالعقد كما في البيع ولكنه استحسن فقال قد صحت الكتابة بصحة التسمية في الابتداء وباعتبار صحة العقد يثبت للعبد صفة المالكية يداً فباسلامه يتأكد ملك المالكية ولا يجوز أن يكون اسلامه مبطلا مالكيته واذا بقيت الكتابة وقد تعذر عليه تسليم الخمر باسلامه مع بقاء السبب الموجب للتسليم فيجب قيمته كما لو تزوج الذمي ذمية على خمر بغير عينها ثم أسلم احدهما الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى هناك يوجب مهر المثل لان بقاء العقد بعد فساد التسمية هناك ممكن فيجعل الاسلام الطارئ كالمقارن وهنا لا يمكن ابقاء العقد مع فساد التسمية ولا بد من ابقاء العقد لما قلنا فتبقى التسمية معتبرة أيضا فلهذا يجب قيمة الخمر وان كاتبه على ميتة أو دم لم يجز لان هذا ليس بمال في حقهم وشرط صحة التسمية في الكتابة ان يكون المسمى مالا ثم قد بينا حكم هذا في حق المسلمين أنه لا يعتق بالاداء لان العقد غير منعقد أصلا الا أن يكون المولى قال في الكتابة اذا أديت الى فانت حر ثم أداه وقبله السيد فيعتق بقوله أنت حر لا بالاداء ولا يرجع عليه السيد بشيء فكذلك في حق الذمي لان معنى انعدام المالية في الميتة يعمهما واذا كاتب النصراني أم ولده فادت بعض الكتابة ثم أسلمت ثم عجزت فردها القاضي وقضى عليها بالقيمة لتعذر بيعها بسبب الاستيلاد فانه لا يحتسب بما أخذه السيد منها بهذه القيمة وكذلك ان أدته بعد اسلامها لانها حين

ردت فى الرق صارت مملوكة له وصار هو أحق بجميع مكاسبها ألا ترى أنه لو أسلم كان متمكنا من استدامة الملك فيها وكسبها سالم له فانما قضى عليها بالسعاية بعد ماصار هذا المال للسيد فلهذا لايحتسب بذلك المال من هذه القيمة ذمى وطئ مكاتبته فولدت منه فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت وكذلك ان أسلمت فهى على خيارها فان مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها وان عجزت نفسها قضي عليها بالسعاية فى قيمتها لانها أسلمت وهى أم ولده ولا عقر على السيد لان عقرها ككسبها وقد بينا حكم الكسب فى الفصل الاول فكذلك هنا عبد كافر بين مسلم وذمى فكاتب الذمي نصيبه باذن شريكه علي خمر تجوز المكاتبة فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا تجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان عندهما الكتابة لا تتجزى ولا يمكن تنفيذها فى نصيب المسلم بالخمر فكذلك فى نصيب الكافر وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الكتابة تتجزى فيقتصر العقد على نصيب الكافر خاصة ولو باعه من كافر بخمر جاز فكذلك اذا كاتبه على خمر ولا يضمن للمسلم فيما أخذ النصرانى من الخمر سواء كاتب باذنه أو بغير اذنه لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم والعبد قضى به دينا عليه وقد استهلكه القابض فلا يكون له ان يرجع عليه بشئ منه لان الذمى لا يضمن الخمر للمسلم بالاستهلاك وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم يجز في نصيب واحد منهما لان العقد واحد ألا ترى أنه لا يعتق الا بأداء جميع البدل لو كان دراهم وقد تعذر تصحيحه فى نصيب المسلم اذا كان البدل خمراً فلا يصح فى نصيب الآخر أيضا اذ لو صححناه يعتق بأداء نصيب الآخر من الخمر اليه وذلك خلاف شرطهما فان أدى اليهما عتق لوجود الشرط وعليه نصف قيمته للمسلم لان العقد في نصيبه فاسد وقد تقرر بالاداء مع صفة الفساد فيرجع على العبد بقيمة نصيبه وللذمى نصف الخمر لان المفسد قد زال فى نصيبه حين عتق بالاداء وتسمية الخمر فى حقه كان صحيحا وقد سلم له نصف الخمر كما شرط فلهذا لا يرجع على العبد بشئ ولو أن ذميين كاتبا عبداً على خمر ثم أسلم أحدهما فلهما جميعا قيمة الخمر يوم أسلم لأن العقد واحد فيجعل اسلام أحدهما فى تعذر قبض الخمر كاسلامهما ولو أسلما تحول الخمر قيمة عليه ولا يعتق بأداء الخمر بعد ذلك فكذلك اذا أسلم أحدهما وهذا لأن نصيب المسلم تحول الى الدراهم باسلامه ومن ضرورته تحول نصيب الآخر الى الدراهم أيضا لأن العقد فى نصيبهما واحد فلهذا

لا يعتق نصيب واحد منهما بأداء الخمر واذا قبض احدهما حصته من القيمة كان المقبوض مشتركا بينهما والباقي مشترك بينهما كما لو قبض أحدهما الخمر قبل الاسلام وهذا لان القيمة انما سميت قيمة لقيامها مقام العين واذا مات عبد المكاتب فالمكاتب أحق بالصلاة عليه لانه كسبه وقد كان أحق به في حياته وعليه كفنه بعد موته فيكون هو أحق بالصلاة عليه الا أنه ان كان حضر مولاه فينبغي له أن يقدمه للصلاة عليه لانه ملك مولاه فلا ينبغي له أن يتقدم عليه للصلاة على الجنازة وان كان الحق له حربي دخل دار الاسلام بأمان فاشترى عبداً مسلما وكاتبه جاز لانه ملكه بالشراء حتى لو أعتقه أو دبره جاز ذلك فكذلك اذا كاتبه فان أدخله معه دار الحرب فهو حر ساعة أدخله في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لو أدخله قبل الكتابة عتق عنده فكذلك اذا أدخله بعد الكتابة لأن عنده لو أعتقه جاز عتقه وادخاله اياه في دار الحرب بمنزلة اعتاقه وهذا لان الحربي لا يثبت له الملك في دار الحرب على من هو من أهل دار الاسلام فكذلك لا يبقى له عليه الملك وتمام بيان هذا في السير الكبير وكذلك لو كان دبره فقضى القاضي عليه بالسعاية في قيمته أو لم يقض حتى أدخله في دار الحرب أو كانت جارية فاستولدها ثم أدخلها دار الحرب فانها تعتق وتسقط السعاية عنها وعن المدبر كما لو أعتقها وكذلك ان كان العبد ذمياً أو الامة ذمية لأنهما من أهل دار الاسلام كالمسلم وان كان اشترى عبدين فكاتبهما مكاتبة واحدة ثم رجع الى دار الحرب بأحدهما فالذي أدخله معه دار الحرب حر كما لو أعتقه قصداً والآخر لا يعتق باعتاق أحدهما قصداً ولكنه على مكاتبته يسعى في حصته منها فان رجع الحربي الى دار الاسلام أداها اليه وان لم يرجع فأداها الى القاضي عتق لان من في دار الحرب حربي في حق من هو في دار الاسلام كالميت وللقاضي ولاية في قبض ديون الميت فلهذا يعتق المكاتب بأداء البدل الى القاضي ويكون ذلك المال للحربي اذا جاء أخذه لبقاء حكم الامان له في المال الذي خلفه في دارنا وولاء العبد له لانه استحق ولاءه حين عتق على ملكه فهو كما لو أعتقه ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام فان ولاء العبد يكون له حربي مستأمن في دارنا اشترى عبداً فأدخله دار الحرب عتق ولم يكن له ولاؤه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان عنده حين أدخله دار الحرب فقد سقطت حرمة ملكه وبقي العبد في يد نفسه ويده محترمة فيعتق بذلك لانه لو قهر مولاه صار هو مالكا والمولى مملوكا فكذلك اذا استولى على نفسه

ومتى كان عتق العبد لتملكه نفسه لم يكن عليه ولاء كالمراغم وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتق العبد المسلم اذا أدخله دار الحرب حتى يظهر عليه المسلمون أو يهرب منه الينا بمنزلة العبد الحربى اذا أسلم فى دار الحرب وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا أعتق الحربى فى دار الحرب عبداً مسلما فالعتق جائز لأنه لا يملكه بعد العتق بالقهر فان حريته تتأكد باسلامه فلهذا نفذ اعتاقه فى دار الحرب وله ولاؤه لان لولاء كالنسب والنسب يثبت ممن باشر سببه فى دار الحرب كما يثبت فى دار الاسلام وكذلك الولاء وقد باشر الحربى هنا اكتساب سبب الولاء وهو إعتاقه اياه وكل معتق يجرى عليه السبى بعد العتق والمولى حربى أو مسلم فى دار الحرب فان في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى للمعتق أن يوالى من شاء وقد بينا في كتاب العتاق ان عتق الحربى عبده في دار الحرب لا ينفذ فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى وان الطحاوى رضى الله عنه جعل هذا الخلاف في الولاء وكأنه أخذ ذلك من رواية كتاب المكاتب فانه نص هنا على الخلاف فى الولاء أن للمعتق أن يوالى من شاء في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعلى قول أبى يوسف ولاؤه الذى أعتقه استحسانا وفي بعض النسخ جعل ذلك الاستحسان من أبى يوسف رحمه الله تعالى فى المسلم خاصة يعتق الحربى أن له ولاءه بمنزلة الحربيين يعتق أحدهما صاحبه ثم أسلما قال لان الحكم على المولى اذا كان مسلما حكم أهل الاسلام ففى التعليل أشار الى أن الاستحسان فيما اذا كان المولى مسلما وفى قوله هو بمنزلة الحربيين يعتق أحدهما صاحبه ثم أسلما أشار الى الاستحسان فى الفصلين جميعا فاشتبه مذهب أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في الفصلين له أن يوالى من شاء لان العبد حربى فما دام في دار الحرب لا يلزمه حكم الاسلام وإلزام الولاء عليه من حكم الاسلام فلا يلزمه ذلك فى دار الحرب وان خرج الينا فقد خرج ولا ولاء عليه فله أن يوالى من شاء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ضمان المكاتب

(قال) رضى الله عنه ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال بأمر المكفول عنه ولا بغير أمره لانه تبرع واصطناع معروف فانه يلتزم للغرماء مالا في ذمته من غير منفعة له في ذلك وهو ليس من صنيع

التجار عادة بل يحترزون عنها وكذلك كفالته بالنفس لانه التزام بطريق التبرع وهو يتضرر بذلك من حيث أنه يحبس اذا غاب المطلوب ويستوى ان كان باذن مولاه أو بغير اذنه لانه لا ملك للمولى فى منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه ولانه لا ولاية للمولى فى الزام شئ فى ذمته وكذلك قبول الحوالة فان معني التزام المال فى قبول الحوالة أظهر منه فى الكفالة فان كفل بمال باذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لان أصل ضمانه كان باطلا فى حالة رقه لانعدام أهلية التبرع مع الرق وبالعجز يتأكد رقه ولا معتبر باذن سيده حين كفل وان أدى فعتق لزمته الكفالة لان التزامه صحيح فى ذمته باعتبار أنه مخاطب له قول ملزم ولا يكون هو فى هذا الالتزام أدون من العبد ولو أن عبداً محجورا كفل بكفالة ثم عتق لزمته فالمكاتب مثله الا أن العبد اذا كفل باذن سيده يطالب به فى حال رقه لان له ولاية الزام المال في رقبته بخلاف المكاتب ولو كان المكاتب صغيراً حين كفل لم يؤخذ بها وان عتق لان الصغير ليس له قول ملزم في التبرعات فى حق نفسه ألا تري أنه لو كان حراً لم يلزمه بذلك شئ فكذلك اذا أعتق بعد الكفالة وكذلك ابن المكاتب وأبوه وقرابته لان من دخل فى كتابته فحاله كحال المكاتب ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد محجور عليه فلا تصح كفالته وان كان باذن المكاتب لان اذنه انما يعتبر فيما يملك مباشرته بنفسه وان كفل له سيده بمال على انسان جاز لانه بمنزلة الاجنبي عنه حتى يشترى منه ويبيع كسائر الاجانب وكفالة الاجنبي له بالمال صحيح لانه تبرع عليه لا منه فكذلك كفالة المولى فان عجز المكاتب رجع السيد بالمال على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره بطل المال عنهما جميعا ولم يرجع عليه بشئ لان ما فى ذمة الاجنبي وهو المال المكفول به كسب المكاتب وكسبه بالعجز يصير ملكا لمولاه فكان ملك المولى المال المكفول به بهذا الطريق كملكه والهبة منه وهناك يسقط عنهما جميعا ويرجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره ولم يرجع اذا كفل بغير أمره فهذا مثله ولو كان أدى السيد المال ثم عجز المكاتب رجع به المولى على الذى ضمنه بأمره لانه بالاداء استوجب الرجوع عليه وصار ذلك دينا له فى ذمته فلا يسقط بعجز المكاتب بعد ذلك ويستوى ان كان المقبوض قائما بعينه فى يد المكاتب أو مستهلكا لان ماقبضه المكاتب التحق بسائر أمواله فكما أن عود ماله الى المولى بالعجز لا يمنعه من الرجوع على المكفول عنه

فكذلك عود هذا المال اليه وكذلك لو حلت المكاتبة فصارت قصاصا بماله على المولى من الضمان لان المولى بالمقاصة يصير قاضيا دين الكفالة للمكاتب أو يصير متملكا ما فى ذمته فيثبت له حق الرجوع على المكفول عنه اذا كان كفل بأمره ولا تجوز مكاتبة ما فى البطن وان قبلتها الأم عليه لان مافي البطن غير معلوم الوجود والحياة ولا ولاية لأحد عليه فى القبول والقبول منه لايتصور وقد بينا أن كتابة الصبي الذى لايعقل باطل فما في البطن أولى وكذلك أن تولى قبول ذلك حر على مافي البطن وضمنه لأنه لا ولاية له عليه فى القبول وما في البطن ليس بمحل الكتابة والعقد متي أضيف الى غير محله كان باطلا وانما يجعل قبول الغير كقبول من هو المقصود فى موضع يتحقق القبول فيه ممن هو المقصود الا أن المولى ان كان قال للحر اذا أديت الى ألفا فهو حر فأداه عتق اذا وضعت لأقل من ستة أشهر حتى يتيقن بوجوده في البطن يومئذ وهذا لان مافى البطن محل تنجيز العتق فيكون محلا لتعليق عتقه بالشرط ويعتق بوجود شرطه ثم يرجع صاحب المال بماله لان المؤدى لم يملكه من المولى بسبب صحيح وعتق الجنين كان بوجود الشرط والشرط هو الاداء الى المولى دون التمليك منه فبقى المال على ملك المؤدي فلهذا يرجع به عليه وان عتق الجنين واذا وهب المكاتب هبة أو تصدق بصدقة فهو باطل لانه تبرع فان عتق بالاداء ردت الهبة والصدقة حيث كانت لانه لم يكن أهلا لما صنع ولا كان كسبه محتملا له فلغا فعله وبقى المال على ملكه فيأخذه حيثما يجده بعد العتق بخلاف كفالته فان ذلك التزام فى ذمته وله ذمة صالحة لالتزام الحقوق فينفذ ذلك بعد عتقه وان استهلك الموهوب له أو المتصدق عليه فهو ضامن لقيمته باستهلاكه مالا لاحق له فيه يستوفى ذلك منه المكاتب فى حال قيام الكتابة وبعد العتق ويستوفيه المولى بعد عجز المكاتب بطريق الاولى لان الحق فى كسبه خاص له واذا اشترى المكاتب عبداً من مولاه أو من غيره فوجد به عيباً فله ان يرده على البائع لانه في حقوق عقد الشراء كالحر والمولى منه فى ذلك كأجنبي آخر فان عجز ثم وجد السيد به عيبا وقد اشتراه المكاتب من غير السيد فلسيده ان يرده بالعيب لان الحق يخلص له بعجز المكاتب كما يخلص للمكاتب بعتقه ثم لايمتنع عليه الرد بالعيب بعد العتق فكذلك على المولى بعد العجز والمولى يخلفه فى كسبه بعد العجز خلافة الوارث المورث وللوارث حق الرد بالعيب فيما اشتراه مورثه فكذلك للمولى ذلك ولكن المكاتب هو الذى يلى رده لان الرد بالعيب من حقوق العقد

وذلك الى العاقد خاصة مابقي حياً وهو كالعبد المأذون يشترى شيئاً ثم يحجر عليه مولاه مكاتب اشتري عبداً ثم باعه من سيده ثم عجز فوجد به السيد عيباً لم يستطع رده على عبده لأنه لايستوجب بالرد عليه شيئاً فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولان حق الرد بالعيب بناء على ثبوت المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك غير ثابت للمولى على عبده ولا يرده على بائعه من عبده لانه ماعامله بشئ ولا كان ملكه مستفادا بذلك العقد وانما كان المستفاد بعقده ملك المكاتب فما لم يعد ذلك الملك لا تتصور الخصومة معه فى العيب وكذلك ان مات المكاتب بعد العجز ثم وجد السيد بالعبد عيبا لم يرده لان اعادة الملك المستفاد للمكاتب متعذر بعد موته عاجزاً عما كان متعذراً بعد عجزه في حياته فاذا عجز المكاتب وعليه دين لمولاه ودين لاجنبى فانه يبطل دين المولي عنه لان الدين في ذمة العبد لايثبت الا شاغلا ماليته وماليته ملك مولاه وهو لايستوجب الدين فى ملكه ويباع فى دين الاجنبى لانه كان ثابتا فى ذمته وبقي بعد العجز كذلك فان العجز لاينافى وجوب الدين عليه للأجنبي ابتداء اذا وجد سببه فكذلك لاينافي بقاءه واذا بقى الدين عليه كان متعلقا بماليته فيباع فيه وان لم يعجز ولكنه مات عن مال كثير بدئ بدين الأجنبي لانه أقوى ثم بقضاء دين المولى ومكاتبته وفي هذا أشار الى التسوية بين المكاتبة والدين الآخر للمولى وقد ذكر قبل هذا مفسراً أن دين المولى مقدم في القضاء على المكاتبة وهو الصحيح وقد بينا وجهه واذا عجز المكاتب وفى رقبته دين فجاء رجل بعبد اشتراه منه يريد رده عليه بالعيب له ذلك لأنه حق استوجبه عليه قبل العجز فلا يبطل بالعجز فان رده وسلمه اليه كان الثمن ديناله فى ذمته كسائر الديون والعبد المردود كسبه فيباع ويقسم ثمنه بين الراد وسائر الغرماء بالحصص لاستواء حقهم فى كسبه وان قال الراد لاأرده حتى آخذ ثمنه كان له ذلك لان حال المشترى مع البائع عند الرد كحال البائع مع المشترى في ابتداء العقد وقد كان له أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك المشترى بعد الرد له ان يحبسه لاسترداد الثمن وباعتبار بقاء يده هو أحق بماليته من سائر الغرماء فيباع له خاصة واذا سبي المكاتب فاستدان دينا فهو بمنزلة ما استدانه فى أرض الاسلام لان المكاتب لايملك بالاسر فهو باق على ملك مولاه مكاتبا سواء كان في دار الحرب أو فى دار الاسلام وان ارتد المكاتب وعليه دين واستدان فى ردته أيضا علم ذلك باقراره ثم قتل على ردته فهو بمنزلة دين المرض حتى يبدأ بما استدانه في حال

الاسـلام من اكسابه ثم ما بقي للذي ادانه في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رضوان عليهم أجمعين الكل في ذلك سواء لان من أصل أبي يوسف أن الحر بعد الردة في التصرفات بمنزلة الصحيح لتمكنه من دفع مانزل به عن نفسه بالتوبة فكذلك المكاتب ومن أصل محمد رحمه الله تعالى أنه في التصرفات بمنزلة المريض لكونه مشرفا على الهلاك فكذلك المكاتب ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الحر بالردة تتوقف تصرفاته ويصير في حكم المحجور عليه والمكاتب انما ينفذ تصرفه بعد الردة لمراعاة حق مولاه لأن كسبه قد تعلق به حق مولاه فأما في حق نفسه السبب الموجب للحجر متقرر فلهذا كان بمنزلة المريض فيما يلزمه باقراره ويقدم دين الاسلام عليه ويستوى في هذا كسب الاسلام وما اكتسبه بعد الردة لان حق المولى ثابت في ذلك كله لبقاء عقد الكتابة فلهذا يستوى الكسبان فيه وما بقي بعـد قضاء ديونه وأداء مكاتبته يكون لورثته المسلمين لان قيام حق المولى يمنع من أن يجعل كسب ردته فيئا فيكون موروثا عنـه بعد عتقه ككسب اسلامه ولو ارتد العبد المأذون ثم استدان في ردته ثم أسلم فجميع ذلك في رقبته لأنه باق على اذنه بعد الردة فاذا أسلم صار كأنّ الردة لم تكن فيكون هـذا وما استدانه في حال اسلامه سواء ولو قتـل مرتداً عن مال كان غرماؤه أحق به من المولى لانهم في حال حياته كانوا أحق بكسبه من المولى فكذلك بعد موته واذا سـعى ولد المكاتب المولود في مكاتبته وقضي مكاتبته وعتق ثم حضر غرماء أبيـه لم يكن لهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ ولكنهم يتبعون الولد بدينهم لانه بعد موت أبيه قائم مقامه والمكاتب في حياته لو أدي المكاتبة أو لا عتق ولا سبيل للغرماء على ما أخذه المولى فكذلك ولده بعد موته استحسانا نقول فان كان المكاتب ترك مالا فأداه الابن الى السيد فان الغرماء يرجعون بذلك المال على السيد لان حقهم ثبت في ذلك المال بموت المكاتب وهو مقدم على حق المولى فلا يملك الولد ابطال ذلك الحق عليهم ثم قال ويعود الابن مكاتبا كما كان لأن أداءه لما بطل صار كأن لم يؤد بدل الكتابة الى المولى وقد قال قبل هذا في الفصل بعينه انه يكون حراً وهكذا يذكر في آخر الكتاب ويضـيفه الى أبي يوسف ومحمد رحمهـما الله تعالى ان ابن المكاتب اذا أدي من تركة المكاتب مالا في المكاتبـة ولحقه دين كان على الميت فالعتق ماض فيؤخـذ من المولى ما أخذ ويرجع على الابن ببدل الكتابة وهذا هو الأصح لأن شرط عتقه قد وجـد وهو الاداء فيعتق وان كان المـال مستحقا

للغرماء ولكن على الرواية الأخرى يقول هو لايخاف اباه في كسبه مابقي الرق فيه فلا معتبر بادائه فى ذلك ولكن يخلفه فيما يكتسبه بنفسه فيعتبر أداؤه في ذلك ولهذا يسلم للمولى مايقبضه من تركة المكاتب وقد بينا فيما سبق وجوه وصية المكاتب فان أوصى لعبد له فقال بيعوه بعد موتى نسمة فهذا باطل لأن هـذا وصية للعبد بقدر ثلثه فان البيع نسمة يكون للعتق والمشتري لايرغب فيه بمثل الثمن ألا ترى أن الحر لوأوصى بهذا يحط عنه من الثمن بقدر ثلث ماله اذا لم يكن يرغب فى الشراء بأكثر منه ووصية المكاتب بالثلث باطلة وان مات عن وفاء لما بينا أن كسبه لايحتمل التبرع فان أجازوابعد الموت ثم أرادوا أن يدفعوه الى صاحبهم فلهم ذلك لان العقد كان لغواً باعتبار أنه لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة في لزومه بخلاف ورثة الحر اذا أجازوا وصيته بما زاد على الثلث لان ذلك صادف محله لكونه مملوكا له ولكنه امتنع نفوذه لحق الورثة فأجازتهم تكون اسقاطا لحقهم فلهذا يتم بنفسه وهنا لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة فيه ولكنهم لو دفعوه الى صاحبه بعد الاجازة ففي القياس لهم الاسترداد أيضا لان الاجازة لا ينعقد بها العقد ابتداء ألا ترى أن الصبي لو طلق امرأته ثم أجازه بعد البلوغ كان لغواً ولكنه استحسن فقال دفعهم المال الى صاحبه تمليك منه لذلك المال وتمليكهم صحيح بعد ما خلص المال لهم من الوجه الذى قصد تمليكه فلهذا يصح ذلك ليحصل مقصودهم واذا تصدق على المكاتب بصدقة فقضى منها الكتابة أو لم يكن فيها وفاء فعجز عن المكاتبة والصدقة فى يده فهى طيبة للمولى لان الصدقة تمت وصار المقبوض كسبا للمكاتب فانما يسلم للمولى اما بجهة الكتابة أو بجهة الخلافة عنه في كسبه بعد العجز فيكون طيبا له كسائر أكسابه والاصل فيه حديث بريرة وقول النبى صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وكذلك ماتصدق به على عبد المكاتب فهو جائز لان المكاتب فى حكم الصدقة كالفقير المحتاج ويجوز التصدق على عبد الفقير بزكوة المال ويحل ذلك لمولاه فكذلك على العبد المكاتب والله أعلم بالصواب

باب الاختلاف في المكاتب

﴿قال﴾ رضى الله عنه قد بينا فى كتاب العتاق الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فيما اذا اختلف المولى مع المكاتب فى مقدار البدل أو جنسه في حكم التحالف ثم فرع على

قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ﴿ قال ﴾ اذا قال المكاتب كاتبتني على ألف درهم وقال المولى على ألفين فجعل القاضي القول قول المكاتب مع يمينه وألزمه ألف درهم كما هو قول المكاتب ثم أقام السيد البينة على أنه كاتبه على ألفين فبينته مقبولة لما فيها من اثبات زيادة المال وهو حقه ثم ان كان المكاتب لم يؤد شيئاً بعد لم يعتق الا بأداء الالفين لأن الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين وان كان أدى ألفا وأمضى القاضي عتقه ثم أقام المولى البينة ففي القياس هذا والاول سواء لأنه تبين بالحجة أن بدل الكتابة ألفان وأن القاضي مخطئ في امضاء عتقه بعد أداء الالف ولكنه استحسن فقال هو حر وعليه ألف درهم لان القاضي قضى بعتقه بدليل شرعي والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ثم بينة المولى بعد ذلك مقبولة على اثبات الزيادة له في ذمته غير مقبولة على نفي العتق المقضى به اذ ليس من ضرورة وجوب المال على المكاتب بطلان العتق كما لو استحق البدل من المولى لانا قد بينا اختلاف الصحابة رضى الله عنهم في وقت عتق المكاتب فمنهم من يقول يعتق بنفس العقد ومنهم من يقول يعتق بأداء قدر قيمته وقضاء القاضي بعتقه صادف موضع الاجتهاد فكان نافذا فان أدى المكاتب ألف درهم ولم يخاصمه الى القاضي حتي أقام المولى البينة على الالفين لم يعتق حتي يؤدى الالف الباقية لانه تبين أن بدل الكتابة ألفان فلا يعتق بأداء بعض المال ولما لم يخاصمه الى القاضي لا يمكن اثبات العتق له محالا به على قضاء القاضي في المجتهدات لان القاضي لم يقض بشئ فلهذا لا يعتق حتي يؤدى جميع المال واذا اختلفا فقال المولى كاتبتك على ألفين وقال العبد كاتبتني على ألف اذا أديت فأنا حر فأقاما البينة فانه يقضى عليه بألفين فيؤخذ ببينة المولي على المال وببينة العبد على العتق فاذا أدى ألفا عتق وعليه ألف أخرى لان العبد قد أقام البينة على عتقه بعد اداء الألف حين شهد شهوده أنه قال اذا أدى ألفا فهو حر بمنزلة رجل أعتق عبده على ألف وقد بينا معنى هذه المسئلة في كتاب العتاق الا أن هناك أبهم الجواب وهنا فسر وفرق بينما اذا شهد شهود العبد أنه قال اذا أديت الى فأنت حر وبين ما اذا لم يشهدوا بذلك ولكن شهدوا أنه كاتبه على ألف ونجمها عليه نجوما فانه لا يعتق هنا حتي يؤدى ألفا أخرى وهذا الفرق صحيح لان في الفصل الاول عتقه عند أداء الألف بحكم الشرط مصرح به في شهادته ولا يوجد ذلك في الفصل الثاني فانه يعتق بحكم العقد وقد ثبت ببينة المولى ان البدل بحكم العقد ألفان فلا يعتق إلا بأداء الالفين ألا ترى أنه لو كاتبه على ألف ثم جدد

الكتابة على ألفين أو زاده فى المكاتبة ألفا أخرى فانه لا يعتق الا بأداء الالفين فكذلك عند اقامة البينة لانا نجعل كان الامرين كانا وان اختلفا فقال العبد كاتبتنى على نفسى ومالى على ألف درهم وقال المولى بل كاتبتك على نفسك دون مالك فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان العبد فى هذا الفصل يدعى زيادة في حقه والمولى ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه لانكاره والبينة بينة العبد لما فيها من اثبات الزيادة وكذلك لو قال المولى كاتبتك على نفسك خاصة وقال العبد بل على نفسى وولدى فان قال المولى كان هذا المال فى يدك حين كاتبتك فهو مالى وقال العبد أصبته بعد ذلك فالقول قول العبد والبينة بينة المولى لان المال فى يد العبد فهو مستحق بحكم يده والمولى يحتاج الى اثبات الاستحقاق عليه بالبينة ولان الكسب حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات وهو مابعد الكتابة ويحتاج المولى الى اثبات التاريخ السابق بالبينة وان ادعى أحدهما فساداً فى المكاتبة وأنكر الآخر فالقول قول المنكر لان اتفاقهما على العقد يكون اتفاقا منهما على مايصح به العقد فان مطلق فعل المسلم محمول على الصحة فلا يقبل قول من يدعى الفساد الا بحجة ولأن المفسد شرط زائد على مابه تتم المكاتبة فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل اقامة الحجة ولهذا لو أقاما البينة كانت البينة بينة من يدعى الفساد لانه يثبت زيادة شرط ببينته وان قال المولى كاتبتك على ألف الى سنة وقال العبد الى سنتين فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاجل حق العبد فهو يدعى زيادة فى حقه وهو منكر ألا ترى أن المولى لو أنكر أصل الاجل كان القول قوله والبينة بينة العبد فكذلك اذا أنكر زيادة فى الاجل وان ادعى أنه كاتبه نجوما على ألف كل شهر مائة وقال المولى نجومك مائتان كل شهر فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاختلاف بينهما في الحقيقة في فصل الاجل العبد يدعى ان الاجل عشرة أشهر والمولى يدعى أن الاجل خمسة أشهر ولو قال العبد كاتبتنى على مائة دينار وأقام البينة وقال المولى على ألف درهم وأقام البينة فالبينة بينة المولى لان حق المكاتب ثابت باتفاقهما وانما قامت البينتان فيما هو حق المولى وبينته على اثبات حق نفسه أولى بالقبول من بينة غيره على حقه ولو قال المولى لمكاتبته ولدت هذا الولد قبل ان أكاتبك فهو عبدى وقالت بل ولدته في مكاتبتى فالقول قول من في يده الولد منهما لانه مستحق له باعتبار يده والآخر يريد استحقاقه عليه فلا يستحقه الا باقامة البينة ﴿فان قيل﴾ اذا كان فى يد السيد فلماذا يجعل القول قوله وولادتها الولد حادث ويحال بالحادث على أقرب الاوقات

﴿قلنا﴾ نعم ولكن هذا نوع ظاهر والظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق والمكاتب يحتاج الى استحقاق اليد على المولى في الولد والظاهر لهذا لا يكفى فان أقاما البينة فالبينة بينة المكاتبة أما اذا كان الولد في يد المولى فلأنه يثبت الاستحقاق ببينتها والمولى ينفى ذلك الاستحقاق وأما اذا كان فى يد المكاتبة فانها ببينتها تثبت حكم الكتابة فى الولد وحريته عند أدائها والمولى ينفي ذلك ببينته فكان المثبت من البينتين أولى كما لو أعتق جاريته ثم اختلفا فى ولدها هذا الاختلاف وأقاما البينة فالبينة بينة الجارية لما فيها من اثبات العتق للولد واذا ماتت المكاتبة ثم اختلف ولدها والمولى فى المكاتبة فهو كاختلاف المولى والام في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر لان الولد قام مقام الام فاختلافه مع المولى فى مقدار البدل بمنزلة اختلاف الام ولهذا لو ادعى الولد أنه أدى البدل أو ان الام أدت البدل لم يصدق الا بحجة كما لو ادعت الام ذلك فى حياتها وكذلك اذا كان الاختلاف بين المكاتبة وابن المولى بعد موت المولى ولو كاتب الذمى عبداً له مسلما ثم اختلفا في مقدار البدل وأقام المولى بينة من النصارى لم تقبل لان الخصم مسلم وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم حربي دخل دار الاسلام بأمان فاشترى عبداً ذميا وكاتبه ثم اختلفا فى المكاتبة فأقام المولى البينة من أهل الحرب ممن دخل معه بأمان لم تقبل شهادتهم على العبد الذمى لانه من أهل دارنا وشهادة أهل الحرب على من هو من أهل دارنا لا تكون حجة كشهادة الكفار على المسلمين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب مكاتبة المريض﴾

﴿قال﴾ رضي الله عنه مريض كاتب عبده على ألف درهم نجمها عليه نجوما وقيمته ألف درهم وهو لا يخرج من ثلثه فانه يخير العبد ان شاء عجل مازاد من القيمة على ثلث مال الميت والا رد في الرق لانه بتأجيل المال عليه أخر حق الورثة الى مضي الاجل وفيه ضرر عليهم فلا يصح فيما هو من حقهم وهذا لان ضرر التأجيل كضرر الابطال من حيث ان الحيلولة تقع بين الورثة وبين حقهم عقيب موته ألا ترى أن المريض اذا أجل فى دين له على الاجنبي يعتبر له من الثلث كما لو أبرأ وان شهود التأجيل في الدين اذا رجعوا ضمنوا كشهود الابراء فان عجل ما زاد على الثلث حسب ذلك من كل نجم بحصته لان التنجيم كان ثابتا في جميع المال وان

عجل شيئاً عند اعتراض الورثة يشيع المعجل فى جميع النجوم فيكون من كل نجم بحصته اذ ليس بعض النجوم بأن يجعل المؤجل عنه أولى من البعض وان كاتبه على ألفين وقيمته ألف درهم لا مال له غيره قيل له عجل ثاني الالفين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقال له عجل ثاني قيمتك لأن من أصلهما أن مال المولى بدل الكتابة فلا يصح تأجيله الا في قدر الثلث ومن أصل محمد رحمه الله تعالى أن مازاد على ثاني قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يملكه أصلا فاذا تملكه مؤجلا لا يثبت للاولياء حق الاعتراض على الأجل فيه وقد بيناه فى كتاب العتاق وان كاتبه على ألف وقيمته ألفان ولا مال له غيره قيل له عجل ثلثي قيمتك وأنت حر والا رددناك فى الرق لانه حاباه بنصف المال والمحاباة فى المرض وصية فلا يجوز الا بقدر ثلثه واذا استغرقت المحاباة للثلث لا يمكن تصحيح التأجيل فى شئ منه فيؤمر بأن يعجل ثلثي قيمته أو يرد فى الرق رجل كاتب عبده فى صحته على ألف درهم ثم أقر في مرضه أنه استوفى بدل الكتابة فهو مصدق ويعتق المكاتب لانه استحق براءة ذمته عند اقرار المولى باستيفاء البدل منه لما كان العقد فى صحته ومرضه لا يبطل الاستحقاق الثابت للمكاتب كما لو باعه من انسان فى صحته ثم أقر فى مرضه باستيفاء الثمن بخلاف مالو كاتبه في مرضه ثم أقر باستيفاء البدل فانه لا يصح الا بقدر ثلثه لانه ما استحق هنا براءة ذمته عند اقراره وانما استحق براءة ذمته عند ايصال المال اليه ظاهراً ليتعلق به حق ورثته كما كان حقهم متعلقا برقبته ثم تتمكن تهمة المواضعة هنا أنه قصد بتصرفه تحصيل العتق له فيجعل في حق الورثة كان المولى أعتقه مكان الكتابة فلهذا كان معتبراً من ثلثه ولو كاتبه في صحته على ألف درهم وقيمته خمسمائة ثم أعتقه فى مرضه ثم مات ولم يقبض شيئاً فانه يسعى فى ثلثي قيمته لان مال المولى فى مرضه الاقل من قيمته ومن بدل الكتابة فان مازاد على الاقل غير متيقن بأنه له ألا ترى أنه يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يكون حقه الا في القيمة فلهذا يعتبر الثلث والثلثان في الاقل وهو قيمته فعليه أن يسعى فى ثلثي قيمته ولان اعتاقه اياه ابطال للكتابة لان الاعتاق المبتدأ فى حق المولى غير العتق بجهة الكتابة واذا كان هذا ابطالا للكتابة جعل كانه لم يكاتبه وكذلك أن وهب جميع ما عليه من الكتابة فى مرضه وهو حر ويسعى فى ثلثي قيمته لان مال المولى هو الاقل فانما يعتبر تبرعه بالهبة من الثلث فيما يعلم أنه حقه وهو الاقل وفي الكتاب قال انه متي

أدي ثلثي قيمته عتق وان كان على المكاتبة في قول يعقوب ومراده قول يعقوب في أنه اذا كان لعتقه وجهان سعى في أقل ما يلزمه من جهة السعاية ومن جهة المكاتبة ولا يخير بينهما لان التخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد غير مفيد وعلي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كاتبه في صحته ثم أعتقه في مرضه فهو بالخيار ان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي ما عليه وقد بينا هذا في كتاب العتاق وان كان المولى قد قبض منه قبل ذلك خمسمائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي قيمته ولم يحتسب له شئ مما أدى قبل ذلك لانه لما عتق بالاعتاق المبتدأ بطل حكم الكتابة في حق المولى فما أدى قبل ذلك كسب عبده فيكون سالما له غير محسوب مما عليه من السعاية وهذا عندهما وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان اختار فسخ الكتابة والسعاية في ثلثي قيمته ﴿ قال ﴾ وان أدى المكاتبة الا مائة درهم ثم أعتقه في مرضه أو وهب له الباقي سعى في ثلثي المائة لان مابقي من بدل الكتابة هنا أقل وقد بينا أن مال المولى القدر المتيقن به وهو الاقل فلهذا يعتبر الثلث والثلثان هنا من بدل الكتابة لانه أقل واذا ولدت المكاتبة ولداً واشترت ولداً آخر لها ثم ماتت سعيا في الكتابة على النجوم لان المولود في الكتابة قائم مقام الام في بقاء النجوم ببقائه وهو المطالب ببدل الكتابة وهو الذى يلي الاداء الى المولى عند حلول كل نجم دون المشترى لان المشترى لو كان وحده لا يطالب بالمال على النجوم ولكن اذالم يؤد المال حالا فهو بمنزلة عبدها يباع فعرفنا أنه غير قائم مقامها وانما القائم مقامها هو المولود في الكتابة ألا ترى أنه لو كان وحده كان المال في ذمته وانما يطالب به عند حلول الاجل فصار المولود في الكتابة في حق الولد الآخر كالأم وفى حال حياتها كانت هي التى تطالب بالمال وتلي الاداء دون الولد فكذا هنا فان سعى الولد في الكتابة وأدى لم يرجع على أخيه بشئ لأنه أدى عن أمه ولأن كسبه في أداء بدل الكتابة منه بمنزلة تركتها وعند الأداء من التركة لا يرجع على أخيه بشئ فكذلك اذا أدى من كسبه ولو اكتسب هذا الابن المشترى كسبا فلأخيه أن يأخذه فيستعين به في كتابته لانه قائم مقام أمه وكان لها في حياتها أن تأخذ كسبه فكذلك لمن قام مقامها وهذا لانه لما بقي الأجل باعتبار بقاء المولود في الكتابة ولا يبقي الأجل الا باعتبار من هو أصل عرفنا أنه أصل في هذا العقد والمشترى تبع له وعلى هذا لو أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته

كان له ذلك ويأمره القاضي أن يؤاجر نفسه أو يأمر أخاه أن يؤاجره كما لو كانت الأم حية كان لها أن تؤاجره بأمر القاضي اذا أبى أن يؤاجر نفسه ليؤدي المكاتبة من اجارته وما اكتسب المولود في المكاتبة بعد موت الام قبل الاداء فهو له خاصة وما اكتسب أخوه حسب من تركتها فقضى منه الكتابة والباقي ميراث بينهما لأن المشترى بمنزلة عبدها فيكون كسبه لها بمنزلة مال خلفته يقضى منه بدل الكتابة والباقي ميراث عنها بين الاثنين فأما المولود فى الكتابة قد انتصب أصلا فاذا حكم بعتقه مستنداً الى وقت عتق أمه كان ما اكتسب بعد ذلك له خاصة وهذا كله مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأما عندهما الولد المشترى والولد المولود فى الكتابة وكل من تكاتب عليها في حكم السعاية على النجوم سواء فلا يكون لأخيه أن يأخذ منه شيئاً من كسبه اذ كل واحد منهما قائم مقام الام وليس أحدهما بتبع لصاحبه واذا كان العبد بين رجلين فرض أحدهما ثم كاتب الصحيح باذنه جاز ذلك وليس للوارث إبطاله لانه قائم مقام مورثه ولم يكن للمورث ابطاله فكذلك لا يكون ذلك لوارثه وهذا لانه ليس فى هذا الاذن ابطال شئ من حق الورثة عما تعلق حقهم به انما هو مجرد اسقاط خيار ثبت له وكذلك ان اذن له فى القبض فقبض بعض المكاتبة ثم مات المريض لم يكن للوارث أن يأخذ منه شيئاً من أصحابنا رضى الله عنهم من قال هذا غلط وينبغى أن يكون للوارث أن يأخذ منه مازاد على الثلث لان اذنه فى القبض رضا منه بأن يقضى المكاتب دينه بنصف الكسب الذى هو حق المريض وهذا تبرع منه فانما يعتبر من ثلثه ولكنا نقول المريض يتمكن من اسقاط حق ورثته عن كسبه بأن يساعده على الكتابة فيعمل رضاه أيضاً بقضاء بدل الكتابة من كسبه ولا يكون للورثة سبيل على ابطال ذلك وهذا لان الكسب بدل المنفعة وتبرعه بمنفعة نصيبه لا يكون معتبراً من ثلثه فكذلك تبرعه من بدل المنفعة ولا يجوز للمكاتب ان يزوج أمته من عبده لان فيه تعييبا لهما فان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ولا يسقط بهذا العقد نفقتها عنه ولا يجب المهر أيضا فكان هذا ضررا في حق المكاتب فلهذا لا يصح منه وللمكاتب أن يأذن لعبده فى التجارة لانه من صنيع التجار ويقصد به اكتساب المال والمكاتب منفك الحجر عنه في مثله ولان الفك الثابت بالكتابة فوق الثابت بالاذن واذا جاز للمأذون أن يأذن لعبده فى التجارة فلأن يجوز للمكاتب أولى فان لحقه دين بيع الا أن يؤدى عنه المكاتب ويجوز أن يؤدى عنه

الدين وان كان أكثر من قيمته لان هذا تصرف تناوله الفك الثابت بالكتابة والمكاتب في مثله كالحر ألا ترى أن فيما يبيع ويشترى بنفسه جعل كالحر لهذا فان عجز المكاتب وقد لحق كل واحد منهما دين بيع كل واحد منهما في دين نفسه لا أن يفديهما المولى لان بعجز المكاتب صار كل واحد منهما مملوكا للمولى فيكون الرأي اليه فى أن يؤدى عنهم الدين أو يباع كل واحد منهما في دينه فان فضل من ثمن المكاتب شئ لم يصرف في دين عبده لان حق غرماء العبد انما تعلق بمالية العبد وكسبه والمكاتب ليس من ذلك في شئ بل المكاتب في حق العبد بمنزلة الحر فكما لا يقضى دين العبد من مال مولاه الحر فكذلك لا يقضي من ثمن المكاتب وان فضل من ثمن العبد شئ صرف في دين المكاتب لان العبد كسبه وحق غرمائه ثبت في كسبه الا أن دين العبد كان مقدما في مالية رقبته فما يفضل من دينه صرف في دين المكاتب فان قضي المولى بعض غرماء العبد دينه ثم جاء الآخرون لم يكن لهم على من اقتضى دينه سبيل اذا لم يكن الدين مشتركا بينهم لان المولى انما قضى من خالص ملكه ولا حق للغرماء في خالص ملكه فهو بمنزلة متبرع آخر يتبرع بقضاء بعض دينه فلا يكون للباقين على المقتضى سبيل ولكنهم يأخذون العبد بدينهم لتعلق حقهم بمالية رقبته ولا يخاصمهم المولى بما قضى من دينه فى رقبته لانه لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولا في مالية رقبته فكان هو في الاداء بمنزلة متبرع آخر وعجز المكاتب حجر على عبده لان ثبوت الاذن باعتبار الفك الثابت للمكاتب وقد زال ذلك بعجزه فيكون عجزه كموت الحر وبموت الحر يصير العبد محجوراً عليه فكذلك بعجز المكاتب وكذلك بموته لانه ان مات عاجزا فقد انفسخت الكتابة وان مات عن وفاء فهو كموت الحر فيكون حجرا على العبد في الوجهين جميعا فان كان له ولد فأذن له في التجارة وعليه دين لم يصح اذنه لان غرماء العبد أحق بمالية رقبته والولد المولود في الكتابة انما يخلف أباه فيما هو حقه فأما فيما هو حق غرمائه فلا فلهذا لا يصح اذنه له في التجارة واذا أذن المكاتب لعبده في التجارة فاستدان دينا فدفعه المولى الى الغرماء بدينهم جاز ذلك والمراد بالمولي هو المكاتب دون مولى المكاتب لانه لا حق لمولى المكاتب في التصرف في كسبه ما بقيت الكتابة والمكاتب في التصرف في كسبه كالحر فيما تناوله الفك ودفع العبد الى الغرماء بدينهم يجوز من الحر فكذلك من المكاتب ولو أذن لعبده في التزويج لم يجز لانه لا يملك مباشرته بنفسه لما فيه من

الضرر عليه فكذلك لا يأذن العبد فيه وان أذن لامته في التزويج جاز ذلك استحسانا كما لو زوجها بنفسه لانه يأخذ مهرها ويسقط نفقها عن نفسه وفى القياس لا يجوز أيضا لان هذا التصرف ليس من صنع التجار عادة والله أعلم بالصواب

باب الخيار في الكتابة

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه ويجوز من اشتراط الخيار فى الكتابة ما يجوز فى البيع لانه عقد معاوضة يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد نفوذه كالبيع فان اشترط المولى لنفسه فيها الخيار ثلاثا فاكتسب العبد كسبا أو كانت جارية فوطئت بشبهة أو ولدت ولداً ثم أجاز الكتابة كان ذلك كله للمكاتب والمكاتبة لان الخيار كان مانعا من نفوذ حكم الكتابة فاذا زال المانع باسقاط الخيار صار كأن لم يكن فيتم العقد من حين عقد كما في البيع اذا أجاز من له الخيار يسلم المبيع للمشترى بزوائده المتصلة والمنفصلة ولان ولدها في حكم جزء منها وهي صارت أحق بنفسها عند سقوط الخيار فكذلك بما هو جزء منها والعقر بدل جزء منها والكسب بدل منافعها وهى أحق بمنافعها بحكم الكتابة كما أنها أحق بنفسها ولو باع المولى الولد أو وهبه وسلم أو أعتقه فهو جائز وهو رد للمكاتبة كما فى البيع ولو ولدت الجارية المبيعة فى مدة الخيار للبائع فأعتق الولد أو باعه كان ردا للبيع والمعنى فى الكل واحد ان الولد جزء منها ولو باشر هذا التصرف فيها كان ردا للمكاتبة فكذلك في جزء منها وهذا لان الولد يسلم لها بنفوذ الكتابة بالاجازة ومقصود المولى تصحيح بيعه وهبته ولا يمكن تصحيحه الا بفسخ الكتابة فجعلناه فاسخا لهذا ولكن فيه بعض الاشكال فى العتق لانه لا منافاة بين عتق الولد وبين نفوذ الكتابة فيها ألا ترى أنه لو أعتق ولدها بعد نفوذ الكتابة ولزومها كان عتقه صحيحا نافذا فينبغي أن لا يجعل اعتاقه الولد رداً للكتابة على هذا الطريق ولكنه مستقيم على الطريق الاول رجل كاتب عبده على نفسه وولده صغار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فمات بعض ولده ثم أجاز الكتابة جازت ولا يسقط عنه شئ من البدل لان البدل كله عليه دون الولد اذ لا ولاية له على ولده فى التزام البدل اياه فكذلك موته لا يؤثر فى كتابته ولا يسقط عنه شئ من البدل وان كاتب أمته على أنها بالخيار ثلاثا فولدت فأعتق السيد الولد فهى على خيارها لان تنفيذ عتق السيد الولد مع بقاء الكتابة فيها ممكن ألا ترى انه لو أعتق ولدها بعد لزوم الكتابة

نفذ عتقه ثم لا يحط عنها شئ من البدل لان في هـذا تحصيل بعض مقصودها ألا ترى أنها لو ولدت بعد نفوذ الكتابة فأعتق المولى الولد لم يحط عنها شئ من البدل فكذلك قبل تمام الكتابة اذا أعتق الولد وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمولى فان اقدامه على العتق هناك فسخ منه للعقد ألا ترى أنه لو أعتق الام كان فسخا للعقد حتى لا يعتق الولد معها فكذلك اعتاقه الولد لانه جزء منها وهو متمكن من فسخ الكتابة بخياره فأما اذا كان الخيار لها فالعقد لازم من جانب المولى ألا ترى أنه لو أعتقها لم يكن فسخا للكتابة حتى يعتق الولد معها وكذلك اذا أعتق ولدها فان ماتت بعد الولادة والخيار للمولي فله الاجازة ثم الولد بمنزلة الام استحسانا وفى القياس المكاتبة باطلة وبالقياس يأخذ محمد رحمه الله تعالى لان أوان لزوم العقد عند اسقاط الخيار فلا بد من بقاء من هو الاصل والمقصود بالعقد عند ذلك وهذا لان البدل انما يجب عند اسقاط الخيار ولا يمكن ايجابه على الميت ولا على الولد ابتداء لانه خلف فما لم يثبت الوجوب فى حق من هو الاصل لا يظهر حكمه في حق الخلف ووجه الاستحسان أن الولد جزء منها فبقاؤه عند اسقاط الخيار كبقائها ألا ترى أن بعد نفوذ العقد لو ماتت جعل الولد قائما مقامها فى السعاية على النجوم فكذلك قبل تمام العقد بالاجازة اذا ماتت يجعل الولد قائما مقامها فى تنفيذ العقد بالاجازة وانما استحسنا ذلك لحاجتها ولحاجة ولدها الى تحصيل العتق عند أداء البدل ولو كان الخيار لها فموتها بمنزلة قبول المكاتبة لان الخيار لا يورث ممن هو حر فكيف يورث من المكاتبة ولكنها لما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها فلو كان الخيار للمولى فاشترت وباعت فى مدة الخيار ثم رد المولى المكاتبة لم يجز شئ مما صنعت لان المكاتبة بطلت بفسخ المولى قبل تمامها والاذن فى التجارة من ضرورة نفوذ الكتابة ولزومها فاذا لم يثبت ذلك لم تكن مأذونة فى التجارة فلا ينفذ تصرفها الا أن يكون المولى رآها فلم يغير عليها فيكون ذلك منه اجازة ألا ترى أن رجلا لو باع عبداً على أن البائع بالخيار ثلاثا وقبضه المشترى فأذن له فى التجارة واستدان دينا ثم رد البائع البيع لم يلزمه شئ من ذلك فكذلك فى المكاتبة فأما اذا رآه يتصرف فقد قامت الدلالة لنا على أن سكوته عن النهى بعد العلم بتصرفه يكون دليل الرضا ودليل الرضا كصريح الرضا ولو صرح بذلك كان إجازة منه للكتابة وان كان الخيار للمكاتب كان شراؤه وبيعه رضا منه بالكتابة لانه تصرف منه في المعقود عليه على

ما هو مقتضي العقد منه فيتضمن الاجازة للعقد منه وهو نظير ما لو اشتري عبدا على أنه بالخيار ثم أذن له المشترى فى التجارة كان هذا رضا منه بالبيع فكذلك الكتابة والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة أم الولد والمدبر

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه رجل باع أم ولد له أو مدبرته خدمتها من نفسها جاز ذلك وهما حرتان والثمن دين عليهما بمنزلة ما لو باع رقبتهما من نفسهما وهذا لان المملوك للمولى عليهما الخدمة بملك الرقبة فهو بكل واحد من هذين اللفظين يكون مسقطا حقه عنهما بعوض ومضيفا لتصرفه الى ما هو المملوك له عليهما فيصح ويجب البدل بنفس القبول أم ولد بين شريكين كاتبها أحدهما بغير اذن شريكه فللآخر أن ينقض الكتابة كما لو كانت قنة ولا يقال هنا ليس لهما أن يبيعاها قبل الكتابة فلماذا ثبت للساكت حق فسخ كتابة صاحبه لان لهما أن يستخدماها ويؤاجراها ولان لهما أن يستديما الملك فيها واذا ردت الكتابة تعذر على الشريك استدامة الملك فيها فكان له أن يفسخ الكتابة لدفع هذا الضرر عن نفسه ولو كاتب أم ولده وأمة له وقيمتهما سواء ثم أعتق أم الولد أو عتقت بموته فالأخري تسعى في نصف البدل لان البدل يتوزع على قيمتهما وقيمتهما سواء وباعتاق أم الولد يصير مستوفيا حصتها من البدل وكذلك لو كاتب مدبراً له وقنا وقيمتهما سواء ثم مات المولى فان خرج المدبر من الثلث فانه يسقط نصف البدل وسعي الآخر فى نصف البدل وانما يعني بهاتين المسئلتين ان تكون قيمته مدبراً أو قيمتها أم ولد مثل قيمة القن لان فى الانقسام انما تعتبر القيمة على الصفة التى تناولها العقد والله أعلم بالصواب

باب دعوة المكاتب

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه جارية بين مكاتب وحر ولدت فادعاه المكاتب فالولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها للحر يوم علقت منه ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لان المكاتب بماله من حق الملك فى كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له فى نصفها هنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق أمية الولد فى حق امتناع البيع تبعا

اثبوت حق الولد ويصير متملكا نصيب صاحبه منها من حين علقت فيضمن نصف عقرها لشريكه ونصف قيمتها من ذلك الوقت ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لانه حادث على ملكه والحر في نظير هذا لا يكون ضامنا شيئا من قيمة الولد فكذلك المكاتب وأشار في الاصل الى أن الجنين تبع ألا ترى ان أمة اذا كانت بين رجلين وهي حبلى فاشترى أحدهما نصيب صاحبه منها كان مافي بطنها أيضاً للمشترى فان ضمن ذلك ثم عجز كانت الجارية وولدها مملوكا للمولى لانهما كسبه وقد خرجا من حكم الكتابة بعجزه فكانا مملوكين له وان لم يخاصمه ولم يضمنه شيئاً حتى عجز كان نصف الجارية ونصف الولد لشريكه الحر لانهما خرجا من حكم الكتابة بعجزه ونصفهما على ملك الشريك الحر مالم يصل اليه الضمان اذ لا منافاة بين ثبوت النسب منه وبقاء الملك للشريك بخلاف الاول فان المكاتب بالضمان هناك يصير متملكا نصيب الشريك والضمان كان واجبا مابقيت الكتابة وقد زال ذلك بالعجز وصار الحر متمكنا من التصرف فى نصيب نفسه منها ولكن عليه نصف العقر لاقراره بوطئها بسبب الملك وهى مشتركة بينهما فان كانت مكاتبة بينهما فادعى المكاتب ولدها جازت الدعوة لبقاء حق ملكه فى نصفها بعد الكتابة وهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وأخذت العقر من المكاتب بوطئه اياها وان شاءت عجزت وضمن المكاتب لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها ألا ترى أن الحر لو ادعى الولد كان الحكم فيه كذلك فكذلك المكاتب الا أنه اذا كان الحر هو المدعى واختارت أن تعجز نفسها فهي بمنزلة أم الولد واذا كان المكاتب هو المدعي فهي بمنزلة أم الولد فى امتناع بيعها ولكن لا تثبت أمية الولد فيها حقيقة مالم يعتق المكاتب بالاداء فان كانا ادعيا الولد فالدعوة دعوة الحر لان له حقيقة الملك فى نصفها وحق الملك لا يعارض حقيقة الملك ولان في تصحيح دعوة الحر اثبات الحرية للولد فى الحال وحقيقة أمية الولد للام وذلك لا يوجد فى دعوة المكاتب فان اختارت المضى على الكتابة ثم مات الحر سقط نصيب الحر من المكاتبة عنها لأن نصيبه عتق بموته فكانه عتق باعتاقه وسعت فى أقل من حصة المكاتب من المكاتبة ومن نصف قيمتها وهذا قول محمد رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تسعى فى نصف قيمتها كما بينا فى مكاتبة بين شريكين يعتقها أحدهما وان اختارت العجز سعت في نصف قيمتها ان كان المعتق معسراً وان كان موسراً ضمن نصف القيمة للمكاتب أما عندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن

أمية الولد لم تثبت في نصيب المكاتب بعد ألا ترى أنه لو عجز كان نصيبه ملكا للمولى فلهذا بقي قيمة رقها فى حكم الضمان والسعاية ثم لا يرجع عليها بما ضمن لانه لما ملك نصيب المكاتب بالضمان صارت أم ولدله ومن أعتق نصف أم ولده عتق كلها ولا سعاية عليها فان كان المكاتب وطئها أولا فولدت له ثم وطئها الحر فولدت له فادعيا الولدين معاً ولم يعلم الا بقولهما فولد كل واحد منهما له بغير قيمة ويغرم كل واحد منهما لها الصداق وبهذا اللفظ تبين ان عقر المملوكة هو الصداق وانه فى كل موضع يستعمل لفظ العقر فانما يريد به الصداق وهى بالخيار بين العجز والمضي على المكاتبة فان عجزت كانت أم ولد للحر خاصة لان دعوتهما التقت فيها بالولدين ولو التقت دعوتهما فيها في ولد واحد كان الحر أولى بها لان في دعوته اثبات أمية الولد لها في الحال فكذلك هنا وعليه نصف قيمتها للمكاتب لانه تملك نصيب المكاتب منها فانه لم يثبت فيها حق أمية الولد للمكاتب بعد وولد المكاتب ثابت النسب منه لان حين وطئها كان نصفها مملوكا له وعليه نصف قيمته للحر لان الولد صار مقصوداً في حق المكاتب بالدعوة حين لم يتملك نصيب صاحبه من الأم فيضمن قيمة نصيب شريكه من الولد له بخلاف الحر فان عجزت وعجز المكاتب معها كان ولد المكاتب رقيقاً بين مولاه وبين الحر لان وجوب ضمان نصف قيمة الولد للحر على المكاتب باعتبار تملكه اياه بالاستتباع فى الكتابة وقد زال ذلك بعجزه وان كان وطء المكاتب بعد وطء الحر فهى أم ولد للحر كما بينا وولد المكاتب بمنزلة أمه لا يثبت نسبه من المكاتب لانه تبين أنه استولد أم ولد الحر وقال محمد رحمه الله تعالى استحسن ان أثبت نسبه وهو للحر بمنزلة أمه لانه حين وطئها كان نصفها مملوكا له فى الظاهر وذلك يكفي لثبوت النسب ولا خلاف بينهم في هذه المسئلة وانما فيها القياس والاستحسان كما نص عليه فى كتاب الدعوى والزيادات فى الحرين لا أن هناك مدعى الاصغر يضمن قيمة الولد لشريكه لانه حر بحكم الغرور ولا يثبت فيه حكم أمية الولد إذ علق حر الاصل وهنا لا يعتق الاصغر على المكاتب لانه ليس من أهل الاعتاق فيبقى مملوكا لمدعى الاكبر بمنزلة أمه ومحمد رحمه الله تعالى يثبت الحرية بسبب الغرور فى حق المكاتب فى النكاح دون ملك اليمين لان ما ظنه المكاتب هنا لو كان حقيقة لم يكن الولد حرا والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب كتابة المرتد

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه مرتد كاتب عبده ثم لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فان رفع المكاتب الى القاضى فرده فى الرق فالمكاتبة باطلة والا فهو على مكاتبته لان عقده كان موقوفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقد بطل بقضاء القاضى فلا يعود بعد ذلك وان عاد الملك اليه واذا كاتب المسلم عبده ثم ارتد المولى فهو على مكاتبته وان لحق بدار الحرب لأن لحوقه بدار الحرب مرتداً كموته وبموت المولى لاتبطل الكتابة بعد ما صحت ولكن يؤدى المكاتبة الى ورثته وان كان المرتد قبض منه مكاتبته فان أسلم فهو حر وان قتل مرتداً لم يجز اقراره بالقبض في قول أبى حنيفة رحمه الله وهو على حاله اذا لم يعلم ذلك الا بقوله لأن اقراره كسائر تصرفاته قولا فيبطل اذا قتل علي ردته عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قال فان كان يعلم ذلك يجوز أخذه للدين بشهادة الشهود في كل ماوليه ولا يجوز أن يخرج شيئاً من ملكه بثمن وغير ذلك وأكثر مشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون إن هذا الجواب غلط فى الكتابة وانما يستقيم هذا فى ثمن المبيع لان ثمن المبيع حق القبض فيه للعاقد فأما فى بدل الكتابة حق القبض ليس للعاقد ولكنه للمالك ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لايقبض البدل فكان هذا دين وجب له لا بمباشرة سببه فلا يصح قبضه فى براءة المديون اذا قتل على ردته ﴿قال﴾ رضى الله عنه عندى أن ماذكره فى الكتاب صحيح لأن حق القبض هنا يثبت له بعقد الكتابة فانه باشر العقد فى ملكه فلهذا يستحق ولاءه وان قبض ورثته البدل واذا ثبت أن حق القبض له بالعقد لايبطل ذلك بردته كما في البيع وهذا لأن المكاتب يستحق الحرية عند تسليم المال اليه وردته لاتبطل استحقاق المكاتب ﴿فان قيل﴾ لماذا لايقول في الاقرار هكذا استحق براءة قيمته عند اقراره بالقبض منه فلا يبطل ذلك بردته ﴿قلنا﴾ انما يستحق براءة ذمته عند اقراره بقبض ملكه منه والملك هنا صار لورثته وهذا لان الاقرار مخرج لبدل الكتابة من ملك ورثته بغير عوض وهو لا يملك ذلك بعد الردة والقبض مقرر حق ورثته فى المقبوض فيمكن تنفيذ ذلك فى حقهم فان لم يقبض شيئاً حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضى ماله ميراثا لورثته فاخذوا المكاتبة ثم رجع مسلما فولاء العبد له لانه يستحق الولاء بعقد الكتابة واذا رجع مسلما فهو من أهل أن يثبت الولاء له عليه ألا ترى أنه لو

كان دبر عبده فاعتقه القاضي بعد لحوقه بدار الحرب ثم رجع مسلماً كان ولاؤه له دون الورثة وهذا لأن الولاء أثر من آثار الملك فيعاد اليه مايجد من ملكه قائماً بعد اسلامه فكذلك الولاء الذي هو أثر الملك ويأخذ من الورثة ماقبضوه من بدل الكتابة ان وجد بعينه سواء قبضوا جميع البدل أو بعضه لانه قد وجد عين ماله وقال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به والله أعلم بالصواب

باب شركة المكاتب وشفعته

﴿ قال ﴾ وليس للمكاتب أن يشارك حراً شركة مفاوضة لانها تنبني على المساواة في التصرف ولا مساواة بين الحر والمكاتب في التصرفات ولان شركة المفاوضة تتضمن الكفالة العامة فان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه والمكاتب ليس من أهل الكفالة وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أظهر فان عنده كفالة أحد المتفاوضين تلزم شريكه فلو صححنا المفاوضة بينهما لكان اذا كفل الحر بمال يلزم ذلك المكاتب ولا يجوز أن يلزم المال على المكاتب بعقد الكفالة ويجوز له أن يشارك الحر شركة عنان لانها تتضمن توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء والبيع والمكاتب في ذلك كالحر فان عجز المكاتب بعد ذلك انقطعت الشركة بينهما لانه لما رد في الرق صار عبداً محجورا عليه لا يملك مباشرة التصرف لنفسه فكذلك لا يملك شريكه أن يشترى له بحكم الوكالة فلهذا تبطل الشركة ﴿ قال ﴾ وله الشفعة فيما اشتراه المولى وللمولى فيما اشتراه المكاتب لانه بعد الكتابة التحق بسائر الاجانب في حقه في حكم البيع والشراء ألا ترى ان كل واحد منهما يشترى من صاحبه فيجوز فكذلك في حكم الاخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة شراء ﴿ قال ﴾ ولو أعتق المكاتب بعد شركة العنان بقيت الشركة على حالها لان ملكه تأكد بالعتق وكذلك قدرته على التصرف فيبقى شريكه على وكالته ﴿ قال ﴾ وان شارك الغير شركة مفاوضة بغير اذن سيده أو باذنه ثم عتق لم تصح تلك الشركة لان المكاتب ليس من أهل المفاوضة والعقد اذا بطل لانعدام الاهلية لا يصح بحدوث الاهلية بعد ذلك ﴿ قال ﴾ وان اشترى المكاتب داراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فعجز ورد في الرق انقطع خياره لانه مجرد رأي كان ثابتا له بين الفسخ والامضاء فلا يبقى بعد العجز له لما صار محجورا عليه عن التصرف كما لو مات ولا يخلفه المولى في ذلك

لان رأى الانسان لا يحتمل النقل الى غيره ولان الدار بعجزه خرجت من حكم ملكه وصارت مملوكة للمولى وذلك مسقط لخيار المشتري فان كان البائع بالخيار فهو على خياره بعد عجز المكاتب كما بعد موته وان كان الخيار للمكاتب المشتري فبيعت دار الى جنبها فله أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لانه صار أحق بما اشترى حتى يملك التصرف فيه فتجب الشفعة له باعتباره واخذه بالشفعة يكون اسقاطا منه لخياره لانه تقرر به ملكه في المشترى حين حصل ثمرة ذلك الملك لنفسه وان لم يأخذها بالشفعة حتى رد المشترى على البائع فلا شفعة في الدار الاخري لواحد منهما أما المكاتب فلانه زال جواره برد المشترى وأما البائع فلأنه لم يكن جاراً حين بيعت هذه الدار ﴿ قال ﴾ ولا يقطع المكاتب في سرقته من مولاه لانه مملوك له يدخل بيته من غير حشمة ولا استئذان فلا يتم احراز المال عنه والقطع لا يجب الا بسرقة مال محرز قد تم احرازه وكذلك ان سرق من ابن مولاه أو من امرأة مولاه أو من ذي رحم محرم من مولاه لان المولى لو سرق من أحد من هؤلاء أوسرق أحد من هؤلاء من المولى لم يقطع باعتبار ان بعضهم يدخل دار بعض من غير استئذان ولا حشمة وكذلك المكاتب لانه ملكه يدخل عادة في كل بيت يدخل فيه مالكه من غير استئذان فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنه وكذلك لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لانه لو سرق واحد من هؤلاء من المولي لم يقطع فكذلك من المكاتب لان المكاتب ملك المولى وله في كسبه حق الملك ﴿قال﴾ فان سرق المكاتب من أجنبي ثم رد في الرق فاشتراه ذلك الرجل لم يقطع لان القطع عقوبة تندرئ بالشبهات وفي مثله المعترض بعد الوجوب قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب الا ترى ان السارق لو ملك المسروق بعد وجوب القطع عليه يسقط عنه القطع وان ملكه بسبب حادث فكذلك المسروق منه اذا ملك السارق بعد وجوب القطع ﴿ قال ﴾ وان سرق المكاتب من رجل ولذلك الرجل عليه دين فانه يقطع لانه لا شبهة بينهما بسبب وجوب الدين للمسروق منه على السارق فان عجز المكاتب فطلب المسروق منه دينه فقضى القاضى ان يباع له في دينه وقد أبى المولى ان يفديه فانه يقطع في القياس لان المسروق منه لم يصر مالكا وان قضي القاضي بأن يباع في دينه ولم يذكر الاستحسان وقيل في الاستحسان ينبغى ان لا يقطع لان مالية العبد صارت له بقضاء القاضي فانه اذا بيع في الدين يصرف ثمنه اليه فيجعل هذا بمنزلة مالو صار الملك له في رقبته

في ايراث الشبهة ولكنه استحسان ضعيف فلهذا لم يذكره وكذلك العبد المأذون في جميع ماذكرنا ﴿ قال ﴾ وان سرق المكاتب من مكاتب آخر لمولاه لم يقطع كما لو سرق من مولاه لأن كسب ذلك المكاتب من وجه لمولاه أو يجعل سرقة المكاتب كسرقة مولاه ولو سرق المولى من ذلك المكاتب لايقطع فكذلك مكاتبه وكذلك ان سرق من عبد كان بين مولاه وبين آخر وقد أعتق المولى نصيبه منه لان هذا كالمكاتب لمولاه من وجه ألا ترى أن الشريك اذا اختار ضمان المولى رجع المولى به عليه فيكون بمنزلة المكاتب له ﴿قال﴾ واذا سرق المكاتب من مضارب مولاه من مال المضاربة لايقطع لانه مال المولى لو سرقه منه لا يقطع فكذا من مضاربه وكذلك لو سرق المكاتب من مال رجل لمولاه عليه مثل ذلك دين لان فعله في السرقة كفعل المولى ولو سرق المولى هذا المال لم يقطع وكيف يقطع وانما أخذه بحق لأن صاحب الحق اذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فأما اذا كانت السرقة عروضا قطعا جميعاً لان دين المولى ثابت في ذمة المديون وذلك لا يوجب له حقاً ولا شبهة فيما ليس من جنس حقه في مال المديون فلهذا يقطع المولى والمكاتب بسرقته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

﴿ قال ﴾ شمس الائمة الزاهد انتهى شرح كتاب المكاتب باملاء المحصور
المعاتب والمحبوس المعاقب وهو منذ حولين على الصبر مواظب
وللنجاة بلطيف صنع الله مراقب والحمد لله وحده وصلى
الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

بسم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاذ شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى اعلم بأن الولاء نوعان ولاء نعمة وولاء موالاة فولاء النعمة ولاء العتاقة وانما اخترنا هذه العبارة اقتداء بكتاب الله اذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أى أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالعتق والآية في زيد بن حارثة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنه وأكثر أصحابنا رضى الله عنهم يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق هنا والاصح أن سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق وولاء الموالاة ماثبت بالعقد فان الموالاة عقد يجرى بين اثنين والحكم يضاف الى سببه والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون بأسباب منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء حتى قال صلى الله عليه وسلم مولى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم فالمراد بالحليف مولى الموالاة فانهم كانوا يؤكدون ذلك بالحلف ولمعنى التناصر أثبت الشرع حكم التعاقد بالولاء وبنى على ذلك حكم الارث وفي حكم الارث تفاوت بين السببين أما ثبوت أصل الميراث بالسببين ففي كتاب الله تعالى اشارة اليه فقال الله تعالى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد الموالاة وفيه تحقيق مقابلة الغنم بالغرم من حيث أنه يعقل جنايته ويرث ماله الا أن الارث بولاء العتاقة أقوى لكونه متفقا عليه ولهذا قلنا مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام وهو قول على رضى الله تعالى عنه وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول مؤخر عن ذوى الارحام لقوله صلى الله عليه وسلم للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذوو الارحام من جملة

الورثة وقال صلى الله عليه وسلم الولاء مشبه بالنسب وقال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وما أشبه الشئ لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولكنا نحتج بما روى أن بنت حمزة رضى الله عنها أعتقت عبداً فمات المعتق وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف المال للبنت ونصفه لبنت حمزة رضى الله عنها والباقى بعد نصيب صاحب الفرض للعصبة فتبين بهذا ان المعتق عصبة ورد الباقى على صاحب الفرض عند عدم العصبة مقدم على حق ذوى الارحام ثم لم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم مابقى على البنت بل جعله للمعتقة عرفنا أنها عصبة مقدم على ذوي الارحام وفى حديثه عليه الصلاة والسلام اشارة الى هذا فانه قال كنت أنت عصبته فتبين بهذا اللفظ ان مراده ولم يدع وارثا هو عصبة وقوله والولاء كالنسب دليلنا عند التحقيق لان العتق يضاف الى المعتق بالولاء من حيث أنه سبب لاحيائه فان الحرية حياة والرق تلف حكما فكان كالاب الذى هو سبب لايجاد الولد فتستحق العصوبة بهذه الاضافة كما تستحق العصوبة بالابوة فأما قرابة ذوى الارحام لا يستحق بها الاضافة على كل حال والانسان لا يضاف الى عمته وخالته حقيقة فكان مؤخراً عن الولاء وكان الولاء خلفا عن الأبوة فى حكم الاضافة فتستحق به العصوبة بهذه الاضافة كما تستحق العصوبة بالابوة ثم تقدم الورثة على ذوى الأرحام فأما ولاء الموالاة سبب لاستحقاق الارث عندنا ولكنه مؤخر عن ذوى الارحام وعند الشافعى رضى الله عنه ليس بسبب الارث أصلا وهو بناء على ان من أوصى بجميع ماله فيمن لا وارث له عندنا يكون للموصى له جميع المال وعنده يكون له الثلث لان من أصله انما زاد على الثلث حق بيت المال عند عدم الورثة العصبة فلا يملك ابطال ذلك الحق بعقده بطريق الوصية أو الموالاة وعندنا المال ملكه وحقه وانما يمتنع تصرفه فيما زاد على الثلث لتعلق حق الورثة والصرف الى بيت المال عند عدم الوارث لانه لا مستحق له لا لانه مستحق لبيت المال فاذا انعدم الوارث كان له أن يوجبه بعقده لمن شاء بطريق الوصية أو الموالاة قال ابن مسعود رضى الله عنه السائبة يضع ماله حيث أحب وتمام هذه المسئلة فى الوصايا والفرائض اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بما رواه عن الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصارى وأسامة بن زيد رضوان الله عليهم أجمعين انهم قالوا الولاء للكبر وهو قول ابراهيم وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان شريح رحمه الله تعالى يقول الولاء بمنزلة المال ولسنا نأخذ بهذا وفائدة هذا

الاختلاف أن ميراث المعتق بالولاء بعد المعتق يكون لابن المعتق دون بنته عندنا وعند شريح رحمه الله تعالى بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين هو يقول الولاء أثر من آثار الملك وكان أصل ملك الاب فى هذا العبد بعد موته بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين فكذلك الولاء الذي هو أثر من آثار الملك فكأنه بالعتق يزول بعض الملك ويبقى بعضه فهذا معنى قوله الولاء بمنزلة المال ولكنه ضعيف فان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يورث وانما يورث به فكذلك الولاء وهذا لان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي المملوكية فكيف يكون الولاء جزءاً من الملك ومعنى قول الصحابة رضى الله عنهم الولاء للكبر للقرب والكبر بمعنى العظم وبمعنى القرب فدخل كل واحد من المعنيين في قوله تعالى ومكروا مكراً كباراً وتفسيره رجل أعتق عبداً ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه دون ابن ابنه لان ابن المعتق لصلبه أقرب الى المعتق من ابن ابنه ولهذا كان أحق بميراثه فكذلك بالارث بولائه وهذا لان الولاء عينه لم يصر ميراثا بين الابنين حتى يخلف ابن الابن اباه فى نصيبه ولكنه للأب على حاله ألا ترى أن المعتق ينسب بالولاء الى المعتق دون أولاده فكان استحقاق الارث بالولاء لمن هو منسوب اليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبته كما يخلفه فى ماله لو مات الاب فيكون لابنه دون ابن ابنه ودون ابنته لان هذا الاستحقاق بطريق العصوبة والبنت لا تكون عصبة بنفسها انما تكون عصبة بالابن فعند وجوده لا تزاحمه وعند عدمه هى لا تكون عصبة وهذا لان السبب هو النصرة كما بينا والنصرة لا تحصل بالنساء ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة عند حمل أرش الجناية فكذلك فى الارث بولاء الغير وان كان للمعتق بنت فلها النصف والباقى لابن المعتق لان الارث بالولاء طريقه العصوبة وحق أصحاب الفرائض مقدم فلهذا يعطى نصيب بنت المعتق أولا وكذلك نصيب زوجته ان كانت ثم حكم الباقى هنا كحكم جميع المال في المسألة الاولى فيكون لابن المعتق دون ابن ابنه فاذا مات هذا الابن بعد ذلك عن ابن ثم ماتت بنت المعتق فميراثها لابنى ابن المعتق جميعا لأنها تابعة لأبيها فى الولاء فان الولاء كالكسب والولد منسوب الى أبيه حقيقة له فكذلك يكون مولى لموالى أبيه فكان ميراثها بهذا الطريق لمعتق الاب يخلفه فى ذلك ابنا ابنه كما في ماله لو مات الأب وكذلك

هذا القول في كل عصبة للمعتق وقد طول محمد رحمه الله ذلك في الأصل وحاصله يرجع الى ماذكرنا أن أقرب عصبة المعتق عند موت المعتق يخلفه في ميراث المعتق في ذلك الوقت وهو معنى قول الصحابة رضى الله تعالى عنهم الولاء للكبر ﴿قال﴾ فان كان لأحد الابنين ابنان وللآخر ابن واحد فالميراث بينهم على عدد رؤسهم لأن الجد لو مات الآن كان ميراثه بينهم بالسوية فكذلك ميراث المعتق وكذلك الحكم في ولاء المدبر وميراثه وولاء أم الولد والمكاتب وميراثهما لأن المدبر والمكاتب والمستولد استحق ولاءهم لما باشر من السبب ولا فرق بين أن يكون نزول العتق بهذا السبب بعد موته أو قبله وكذلك في العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وبعتقه بعد موته لانه يستحق الولاء بما أوصى به وفعل وصيته بعد موته كفعله في حياته فان كانت بنت المعتق ماتت عن بنت ثم ماتت ابنتها فليس لابني ابن المعتق من ميراث هذه الأخيرة شيء لان المعتق لو كان حيا لم يرثها لانه ليس بمولى لها انما هو مولى لامها وقد بينا ان الولاء كالنسب والولد في النسب لا يتبع أمه اذا كان له نسب من جانب الأب فكذلك في الولاء ثم روى عن عمر وعلى وابن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود الانصاري وأسامة بن زيد رضوان الله عليهم أجمعين أنهم قالوا ليس للنساء من الولاء الاما أعتقن وعن ابراهيم أنه قال ليس للنساء من الولاء الاما أعتقن أو كاتبن أو أعتق من أعتقن وعن شريح ليس للنساء من الولاء شيء الاما أعتقن أو كاتبن وهذا الحديث مخالف لما ذكره الاعمش عن ابراهيم عن شريح رحمهم الله تعالى ان الولاء بمنزلة المال وبهذه الآثار نأخذ فقد روي مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جر ولاء معتق معتقهن والحديث وان كان شاذا فقد تأكد بما اشتهر من أقاويل الكبار من الصحابة رضى الله عنهم وبالحديث المشهور الذى روينا أن بنت حمزة رضى الله عنهما أعتقت مملوكا فمات وترك بنتا فأعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم بنته النصف وبنت حمزة رضى الله عنهما النصف فبهذا تبين ان المرأة تكون عصبة لمعتقها وهذا لان سبب النسبة للولاء إحداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما تحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش والفراش للرجل على المرأة فلا تكون المرأة صاحبة فراش ولانها أصل في هذا الولاء لمباشرتها سببه وكما أن المرأة في ملك المال تساوي الرجل فكذلك فيما يترتب عليه

بخلاف النسب فان سببه وهو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل والمرأة لا تساوي الرجل في ملك النكاح لانها بصفة الانوثة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة نكاحا واذا ثبت أنها أصل في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها فكذلك ميراث معتق معتقها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وهي مثل الرجل في الولاء الذي هو الاصل على المعتق الاول ولان ميراث معتق المعتق يكون لمعتقه بالعصوبة ومعتقه معتقها في هذا الفصل فتخلفه في استحقاق ذلك المال كما تخلفه في استحقاق المال بالعصوبة لو مات الاب وعلى هذا مكاتبها ومكاتب مكاتبها لان الكتابة سبب في استحقاق الولاية كالعتق وعلى هذا جر ولاء معتق معتقها لان سببه العتق على ما نبينه فتستوي هي بالرجل في استحقاق ذلك ﴿قال﴾ واذا أعتقت المرأة عبداً ثم ماتت عن زوجها وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المرأة خاصة لانه أقرب عصبتها اذ ليس لزوجها في العصوبة حظ والبنت لا تكون عصبة بنفسها فكان أقرب عصبتها الابن فيخلفها في ميراث معتقها ويستوي ان كانت أعتقته بجعل أو بغير جعل لان ثبوت الولاء لها باحداث قوة المالكية في المعتق وفي هذا يستوي المعتق بجعل أو بغير جعل ﴿قال﴾ واذا اشترت امرأتان أباهما فعتق عليهما ثم اشترت احداهما مع الاب أخا لها من الاب فعتق ثم مات الأب فميراثه بينهم جميعا للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات عن ابن وابنتين فان مات الاخ بعد ذلك فلهما من ميراثه الثلثان بالنسب لأنهما أختاه لاب وللاختين الثلثان ثم للتي اشترت الاخ مع الاب بالولاء نصف الثلث الباقي لانها معتقة نصفه بالشراء فان شراء القريب اعتاق وهي المشترية لنصف الاخ ولهما جميعا نصف الثلث الباقي بولاء الاب لان الاب كان هو المعتق لهذا النصف من الاخ بشرائه وهما كانتا معتقتين الاب بشرائهما اياه وقد بينا أن المرأة في ميراث معتق معتقها كالرجل ولهذا كان نصف الثلث الباقي لهما بطريق الخلافة عن أبيهما ﴿قال﴾ امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأباها ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع فقال لأبيها السدس والباقي للابن وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الابوة تستحق بها العصوبة كالبنوة ألا ترى ان الاب عصبة عند عدم الابن واستحقاق الميراث بالولاء ينبني على العصوبة ووجود الابن لا يكون موجبا حرمان الاب أصلا عن الميراث الا ترى انه لم يصر محروما عن ميراثها بهذا فكذلك عن ميراث معتقها فالاحسن ان يجعل ميراث المعتق بينهما كميراثهما

لو ماتت الآن فيكون للأب السدس والباقى للابن وهذا لان كل واحد منهما ذكر في نفسه ويتصل بها بغير واسطة فلا يجوز أن يكون أحدهما محجوباً بالآخر فهذا شبه الاستحسان من أبي يوسف رحمه الله تعالى فاما القياس ما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان أقرب عصبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة فهو كاستحقاق البنت نصف مالها بالفريضة مع الاب وذلك لا يكون سببا لمزاحمتها مع الاب فى ميراث معتقها فكذلك هنا ﴿قال﴾ رجل أعتق أمة ثم غرقا جميعا لا يدرى أيهما مات أولا لم يرث المولى منها شيئا لان الوراثة خلافة فشرط استحقاق ميراث الغير بقاؤه حيا بعد موته وذلك غير معلوم هنا ولان كل امرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا اذ ليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر ولو علمنا موتهما معا لم يرث المولى منها فهذا مثله ولكن ميراثها لأقرب عصبة المولى ان لم يكن لها وارث لان المولى لما لم يرثها جعل كالمعدوم فكأنه كان كافراً أو ميتا قبلها فيكون ميراثها لاقرب عصبته ﴿قال﴾ واذا أعتق الرجل الامة ثم مات وترك ابنا ثم مات الابن وترك أخا من أمه ثم ماتت الأمة فميراثها لعصبة المعتق وليس للاخ لام من ذلك شئ سواء كان اخ المعتق لامه أو أخ لابنه لان الولاء للمعتق وأخ ابن المعتق لأمه أجنبي من المعتق وأخ المعتق لامه ليس بعصبة له انما هو صاحب فريضة ولا يخلف المعتق في ميراث معتقه الا من كان عصبة له ﴿قال﴾ امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن لانه أقرب عصبتها يقدم على الاخ بالارث عنها فكذلك في الخلافة في ميراث معتقها وان جني جناية فعقله على عاقلة الاخ لان جناية معتقها كجنايتها وجنايتها على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها واستدل عليه بحديث ابراهيم عن على بن أبى طالب والزبير بن العوام رضى الله تعالى عنهم أنهما اختصما الى عمر رضي الله تعالى عنه فى مولى لصفية بنت عبد المطلب رضي الله عنها مات فقال على رضى الله عنه عمتي وأنا أرث مولاها وأعقل عنه وقال الزبير رحمه الله تعالى أمى وأنا أرث مولاها فقضى عمر بالميراث للزبير وبالعقل على علىٍ رضى الله تعالى عنه وقال الشعبي شهدت علي الزبير أنه ذهب بموالى صفية وشهدت على جعدة بن هبيرة أنه ذهب بموالى أم هانئ رضى الله عنها وكان ابنا لها فخاصمه على

ميراث مولاها فبهذين الحديثين يثبت أن ميراث المعتق يكون لابن المعتقة وان كان عقل جنايته على قوم أبيها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب جر الولاء

﴿قال﴾ رضي الله عنه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوهم جر الولاء وبه نأخذ لان الولد جزء من أجزائها وهي حرة بجميع اجزائها فينفصل الولد منها حراً ثم الولاء كالنسب والولد ينسب الى أبيه بالنسب فكذلك في الولاء يكون منسوبا الى من ينسب اليه أبوه والاب بعد العتق ينسب بالولاء الى معتقه فكذلك ولده واستدل على اثبات جر الولاء بحديث الزبير أيضا فانه أبصر بخيبر فتية لعسا أعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل أن الولد منسوب الى موالى أمه مالم يظهر له ولاء من جانب أبيه فاذا ظهر بالعتق جر الاب ولاء الولد الى مواليه وهذا لان في النسب الولد منسوب الى أمه اذا لم يكن له نسب من أبيه للضرورة كالولد من الزنا وولد الملاعنة بعد ما انقطع نسبه من أبيه ثم اذا ظهر له نسب من جانب الاب بأن أكذب الملاعن نفسه صار الولد منسوباً اليه وكذلك في الولاء وقوله فتية لعسا بيان لملاحتهم فهو حمرة تضرب الى السواد قال الشاعر

لمياء في شفتيها حوة لعس   وفي اللثات وفي انيابها شنب

وقوله أعجبني ظرفهم أي ملاحتهم وقيل كياستهم فمن كان بهذا اللون فهو كيس عادة ثم ذكر الشعبي قال اذا أعتق الجد جر الولاء وهكذا يروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي ظاهر الرواية الجد لايجر الولاء بخلاف الاب وقد بينا في صدقة الفطر فان هذه أربع مسائل جر الولاء وصدقة الفطر وصيرورته مسلما باسلام جده ودخول الجد في الوصية للقرابة بخلاف الأب في الفصول الأربعة وروايتان بينا وجه الروايتين هناك واستبعد محمد رحمه الله تعالى قول من تقول النافلة باسلام الجد يصير مسلما فقال لو كان كذلك لكان بنو آدم مسلمين باسلام آدم صلوات الله عليه ولا يسبي صغير أبداً وهذا باطل

وكذلك في جر الولاء بعتق الجد لو أعتق الأب فلا بد من القول بأن الأب جر ولاء الولد الى مواليه والجد أب وبعد ماثبت جر الولاء بالأبوة لايتحقق نقله الى غيره ﴿ قال ﴾ واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه ثم أسر أبوه فاعتق فان الابن يكون مولى لموالى الاب لان ولاء الموالاة ضعيف والضعيف لايظهر في مقابلة القوى فكانه لا ولاء على الولد لاحد وهذا بخلاف مالو كان الابن معتق انسان فأعتق اباه انسان آخر فانه لا يجر ولاء الابن اليه لان الولاء الثابت على الابن مثل الولاء الذي ظهر للاب وهو في هذا مقصود فبعد ما صار مقصوداً في حكم لايمكن جعله تبعا في عين ذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج العبد حرة فولدت له أولاداً فأولادها موال لموالي الام معتقة كانت أو موالية فمتى أعتق أبوهم جر ولاءهم الى مولاه أما اذا كانت موالية فلأن الولد لو كان مقصودا بولاء الموالاة كان يسقط اعتباره بظهور ولاء العتق للأب فكيف اذا كان تبعا وأما كانت معتقة فلأن الولد هنا تبع في الولاء وانما كان تبعا للأم لضرورة عدم الولاء للأب والثابت بالضرورة لا يبقي بعد ارتفاع الضرورة واذا كانت الام معتقة انسان والاب حر مسلم نبطى لم يعتقه أحد فالولد مولى لموالى الام في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان الاب والى رجلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالى الام ولكنه منسوب الى قوم أبيه قال وكيف ينسب الى قوم أمه وأبوه حر له عشيرة وموال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا وتقرير هذا من وجهين أحدهما أن العبد رقيق بجميع أجزائه وماؤه جزء منه فانما تثبت الحرية لمائه لاتصاله برحمها فلهذا كان الولد مولى لمواليها حتى يعتق الاب وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا ألا ترى أنه لو كان حرا عربيا كان الولد منسوبا الى قوم أبيه ولايكون مولى لموالى أمه فكذلك اذا كان أعجمياً لان العرب والعجم في حرية الاصل سواء والثاني ان الرق تلف حكما فاذا كان الاب عبداً كان حال هذا الولد في الحكم كحال من لاأب له فيكون منسوبا الى مولى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حراً لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن ولاء العتاقة ولاء نعمة وهو قوى معتبر في الاحكام والحرية والنسب في حق العجم ضعيف ألا ترى أن حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب ولان العجم ضيعوا أنسابهم

ألا ترى أن تفاخرهم ليس بالنسب ولكن تفاخرهم كان قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالدين واليه أشار سلمان رضى الله تعالى عنه حين قيل سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان هذا وما لو كان الاب عبدا سواء وكذلك ان كان الاب مولى الموالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لايظهر فى مقابلة ولاء العتاقة فوجوده كعدمه فأما اذا كان الاب عربيا فله نسب معتبر ألا ترى أن الكفاءة بالنسب تعتبر في حق العرب ولا تعتبر فى حق العجم والاصل فى النسبة النسب فاذا كان في جانب الأب نسب معتبر أو ولاء قوى كان الولد منسوبا اليه واذا عدم ذلك كان الولد مولى لموالى الام واستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى بعربية تزوجها رجل من الموالى فولدت له ابنا فان الولد ينسب الى قوم أبيه دون قوم أمه فكذلك اذا كانت معتقة لان كونها عربية وكونها معتقة سواء كما سوينا بينهما فى جانب الاب ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فرقا بينهما وقالا فى الفرق ان العربية لم تجر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا أن الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء أقوى لانه معتبر شرعا واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما ينسب بالنسب والانتساب بالنسبة الى الام ضعيف جدا وكذلك بواسطة الام الى أبيها حتى لا تستحق العصوبة بمثل هذا النسب فلهذا رجحنا جانب الاب لان النسبة اليه بالنسب واذا كان نسبه ضعيفا لايستحق به العصوبة

﴿قال﴾ واذا أعتق الرجل أمة وولدها أو كانت حبلى حين أعتقها أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر وقد أعتق الاب رجل آخر كان الولد مولى الذى أعتقه مع أمه دون من أعتق اباه أما اذا كان الولد منفصلا عنها فهو مملوك لمالك الام فتناوله العتق مقصوداً والولد اذا صار مقصودا بولاء العتق لا يكون تبعا للاب وكذلك ان كانت حبلى به لان الجنين باعتاقها يعتق مقصودا فان الجنين فى حكم العتق كشخص على حدة حتى يفرد بالعتق فهو والمنفصل سواء وكذلك لو ولدت لأقل من ستة أشهر بيوم من حين أعتقت لانا تيقنا أنه كان موجودا فى البطن حين أعتقت وكذلك لو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم لان التوأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة التيقن بوجود أحدهما حين أعتقت التيقن بوجود الآخر فاما اذا ولدت لأكثر من ستة أشهر فلم يتيقن بوجود هذا الولد حين أعتقت فكان مولى لموالى الام تبعاً وهذا لان الحل اذا كان قائما بين الزوجين فانما

يسند العلوق الى أقرب الاوقات اذ لاضرورة فى الاسناد الى ماوراءه الا اذا كانت معتدة من موت أو طلاق فحينئذ اذا جاءت به لتمام سنتين منذ يوم مات أو طلق فالولد مولي لموالى الأم لان الحل ليس بقائم في المعتدة من طلاق بائن أو موت فيسند العلوق الى أبعد الاوقات لضرورة الحاجة الى إثبات النسب واذا حكمنا بذلك ظهر أن الولد كان موجودا في البطن حين أعتقت وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعى لانا لانثبت الرجعة بالشك ومن ضرورة اثبات النسب الى سنتين من غير ان يجعل مراجعا الحكم بأن العلوق قبل الطلاق وان جاءت به لا كثر من سنتين كان الولد مولى لموالى الاب فصار مراجعا لتيقننا ن العلوق حصل بعد الطلاق وان كانت أقرت بانقضاء العدة فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد ذلك ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالى الام لانا علمنا مجازفتها فى الاقرار بانقضاء العدة حين أقرت وهي حامل فيسند العلوق الى أبعد الاوقات ولا يصير مراجعا الا أن تكون جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلق فحينئذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضاء العدة صار لغوا حين تيقنا انها كانت حاملا يومئذ فكان ولاء الولد لموالى الاب لانا لم نتيقن بكونه موجوداً فى البطن حين أعتقت ولا يصير مقصوداً بالولاء الا بذلك

﴿وقال﴾ أمة معتقة ولدت من عبد فالولد مولى لموالى أمه فان أعتق الولد وأمه فوالاته موالاة لموالى الام بمنزلة موالاة الام لو كانت هى التى أعتقها وكذلك ان أسلم على يد الولد رجل ووالاه فهو مولى لموالى الام أيضا يعقلون عنه ويرثونه لان ولدها كنفسها ولو أسلم على يدها ووالاها كان مولى لمواليها فهذا مثله فان أعتق الاب بعد ذلك جر ولاؤها ولاء كلهم حتي يكون مولى لموالى الاب لان ولاء الام أنجر الى قوم الاب فكذلك ماينبنى عليه من ولاء معتقه ومولاه وهذا لان نسبة معتقه ومولاه الى قوم الام كان بواسطة وقد انقطعت هذه الواسطة حين صار هو منسوبا الى قوم الاب ويستوى ان كان ولد المعتقة حيا أوميتا له ولد أو ليس له ولد لانه تبع في حكم الولاء لمعتق أمه وبقاء الاصل يغنى عن اعتبار بقاء التبع لان ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل ولا يرجع عاقلة الأم على عاقلة الأب بما غرموا من ارش جنايته لانهم غرموا ذلك حين كان مولى لهم حقيقة فان حكم جر الولاء في الولد ثبت مقصوراً على الحال لان سببه وهو عتق الاب مقصور غير مستند الى وقت سابق وكذلك حكمه بخلاف الملاعن اذا أكذب نفسه وقد عقل جناية الولد قوم أمه

فانهم يرجعون على عاقلة الأب بذلك لأن النسب يثبت من وقت العلوق فتبين باكذابه نفسه انه كان ثابت النسب منه من حين علق وقوم الام كانوا مجبرين على أداء الارش فلا يكونون متبرعين فى ذلك ولو لم يعتق الاب فأراد المولى الذى أسلم على يدى ابيه أن يتحول بولائه الى مالك أبيه وقد عقل عنه موالى الام لم يكن له ذلك لان عقده مع الابن تأكد بحصول المقصود به فلا يحتمل الفسخ وفى التحول الى غيره فسخ الاول بخلاف ما اذا أعتق الاب فانه ليس فى تحول ولائه الى موالى الاب فسخ ذلك العقد الذى جرى بينه وبين الابن بل فيه تأكيد ذلك ولان هذا التحول يثبت حكما لضرورة اتباع التبع الاصل والاول يكون عن قصد منه وقد يثبت الشئ حكما في موضع لا يجوز اثباته قصدا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ولاء الموالاة

﴿قال﴾ ابراهيم رضى الله عنه اذا أسلم الرجل على يد الرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول عنه الى غيره وبهذا نأخذ والاسلام على يديه ليس بشرط لعقد الموالاة وانما ذكره على سبيل العادة وسواء أسلم على يده أو أتاه مسلما وعاقده عقد الولاء كان مولى له وكان الشعبى يقول لا ولاء الا لذى نعمة يعنى العتاق وبه يأخذ الشافعى رحمه الله تعالى وانما أخذنا فيه بقول ابراهيم رضى الله تعالى عنه لحديث أبى الاشعث حيث سأل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن رجل أسلم على يديه ووالاه فمات وترك مالا فقال عمر رضى الله عنه ميراثه لك فان أبيت فلبيت المال ولحديث زياد عن علىّ بن أبى طالب رضي الله عنهما ان رجلا من أهل الارض أتاه يواليه فأبى علىّ رضى الله عنه ذلك فأتى ابن عباس رضى الله عنه فوالاه ولحديث مسروق رضى الله عنه أن رجلا من أهل الارض والى ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود رضى الله عنه عن ميراثه فقال هو لمولاه وأيد أقاويل الصحابة حديث تميم الدارى رضى الله عنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يسلم على يدى الرجل ما السنة فيه قال هو أولى الناس بمحياه ومماته وأيد هذا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم وقد بينا في أول الكتاب فان أسلم على يديه ولم يواله لم يعقل عنه ولم

يرثه الا على قول الروافض فانهم يقولون بالاسلام على يديه يكون مولى له لانه أحياه باخراجه اياه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق وعلى هذا يزعمون أن الناس موالى على وأولاده رضي الله عنهم فان السيف كان بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وهذا باطل عندنا فان الله تعالى هو الذي أحياه بالاسلام بأن هداه لذلك وبيان ذلك في قوله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أى كافرا فرزقناه الهدى وقال تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه يعنى بالاسلام فدل أن المنعم بالاسلام هو الله تعالى فلا يجوز أن يضاف ذلك الى الذى عرض عليه الاسلام لانه بما صنع نائب عن الشرع مباشر ما يحق عليه لله تعالى فهو فى حقه كغيره من المسلمين لا يكون مولى له ما لم يعاقده عقد الولاء ثم من أين لهم هذا التحكم ان أكثر الناس أسلموا من هيبة علي وهو كان صغيراً حين أسلم الكبار من الصحابة وأبو بكر وعمر كانا مقدمين عليه رضى الله عنهم فى أمور القتال وغير القتال لا يخفى ذلك على من يتأمل فى أحوالهم ولكن الروافض قوم بهت لا يحترزون عن الكذب بل بناء مذهبهم على الكذب فان أسلم رجل على يدى رجل ووالى رجلا آخر فهو مولى هذا الذي والاه يرثه ويعقل عنه لانه بالاسلام على يدى الاول لم يصر مولى له ولو كان مولى بأن عاقده كان له أن يتحول عنه وقد فعل ذلك حين عاقد مع الثانى فكيف اذا لم يكن مولى للأول فان مات عن عمة أو خالة أو غيرهما من القرابة كان ميراثه لقرابته دون المولى لما بينا أنه لا يملك ابطال حق المستحق عن ماله بعقده كما لو أوصي بجميع ماله وله وارث وذوو الارحام من جملة الورثة قال صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لا وارث له فلا يملك ابطال حقه بعقده توضيحه أن سبب ذى الرحم وهو القرابة أقوى لانه متفق على ثبوته شرعا وان اختلفوا فى الارث به وعقد الولاء مختلف فى ثبوته شرعا فلا يظهر الضعيف فى مقابلة القوى ﴿فان قيل﴾ ينبغي أن يكون للمولى الثلث لانه خالص حقه يملك وضعه فيمن شاء ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه بعقد الولاء ما وضع شيئاً من ماله فيه انما جعله وارثا منه وفى سبب الوراثة ذو القرابة يترجح فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانه خلافة في المال مقصوداً توضيحه أن التملك بالوصية غير التملك بالارث الا ترى أن الموصى له لا يرد بالعيب ولا يصير مغروراً فيما اشتراه الموصى بخلاف الوارث فلا يمكن جعل الثلث له لا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك ولا بطريق الارث

لترجح استحقاق القريب عليه واذا والى رجل رجلا ثم ولد له ابن من امرأة قد والت رجلا فولاء الولد لموالى الأب لان الاب هو الاصل فى النسب والولاء فاذا كان للولد في جانب الاب ولاء هو مساو للولاء الذى فى جانب الام يترجح جانبه كما في ولاء العتق ﴿ قال ﴾ وكذلك ان كانت والت وهى حبلى به وهذا بخلاف ولاء العتاقة فانها اذا أعتقت وهى حبلى به كان ولاء الولد لموالى أمه لان الولد هناك يكون مقصوداً بالسبب وهو العتق فان الجنين محل للعتق مقصوداً وهنا الجنين لم يصر مقصوداً بالولاء لأنه ما دام فى البطن فهو ليس بمحل لعقد الموالاة مقصوداً لأن تمام هذا العقد بالايجاب والقبول وليس لأحد عليه ولاية القبول واذا كان تبعاً فاتباعه الاب أولي كما بينا وكذلك لو كان لهما أولاد صغار حين والى الاب انسانا وقد والت الام قبل ذلك آخر فالاولاد موال لموالى الاب لانه ليس للام ولاية عقد الولاء على الاولاد فى قولهما وفى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لها ذلك عند عدم الاب اما مع وجود الاب فلا ولئن كان لها ذلك مع وجود الاب فهى ماعقدت عليهم انما عقدت على نفسها خاصة ولئن جعل عقدها على نفسها عقداً على الا ولاد فعقد الأب كذلك على نفسه عقد على الاولاد وولاء الموالاة يقبل التحول فيجعل الأب محولا لولائهم الى من والاه وذلك صحيح منه ولهذا كان الاولاد موال لموالى الاب فان جنى الاب جناية فعقل الذى والاه عنه فليس لولده أن يتحول عنه الى غيره بعد الكبر لأن ولاء الاب تأكد بعقل الجناية ويتأكد التبع بتأكد الاصل وكما ليس للاب أن يتحول عنه الى غيره بعدما عقل جنايته فكذلك ليس لولده ذلك اذا كبر وكذلك اذا كان هذا الولد جني اوجني بعض اخوته فعقل عنه مولاه فليس له أن يتحول عنه لأن الاب مع أولاده كالشخص الواحد فى حكم الولاء فبعقل جناية أحدهم يتأكد العقد في حقهم جميعاً بخلاف ما قبل عقل الجناية عن أحد منهم لأن هناك ولاؤهم لم يتأكد فان تأكد العقد بحصول المقصود به وانما لم يجعل هذا العقد متأكدا قبل حصول المقصود به لأنه ليس فيه معنى المعاوضة بل أحدهما متبرع على صاحبه بالقيام على نصرته وعقل جنايته والآخر متبرع على صاحبه في جعله اياه خليفته فى ماله بعد وفاته وعقد التبرع لا يلزم بنفسه ما لم يتصل به القبض ولو كان هذا معاوضة باعتبار المعني لم يخرج من أن يكون متبرعا صورة فيكون كالهبة بشرط العوض لايتم بنفسه ما لم يتصل به القبض فان كان له ابن كبير

حين والى الاب فأسلم الابن على يدي رجل آخر ووالاه فولاؤه له لانه مقصود با كتساب سبب الولاء هنا بمنزلة اكتساب أبيه فهو كما لو أعتق الأب انسان والابن انسان آخر فيكون كل واحد منهما مولى لمن أعتقه وأن أسلم الابن ولم يوال أحدا فولاؤه موقوف نعني به انه لا يكون مولى لموالى الاب بخلاف المولود فى ولائه والصغير عند عقد الاب لان عقد الولاء ترتب على الاسلام عادة والابن الكبير لا يتبع أباه فى الاسلام بخلاف الصغير والمولود بعد الاسلام فكذلك في حكم الولاء الذى ترتب عليه وهذا لأن الصغير ليس بأصل في اكتساب سبب الولاء ألا ترى أنه لا يصح هذا العقد منه بدون اذن وليه فيجعل فيه تبعاً لأبيه أما الكبير أصل فى اكتساب سبب هذا الولاء حتى يصح منه عقد الولاء بدون اذن أبيه وبين كونه أصلا فى حكم وتبعاً فيه منافاة ولهذا لا يصير مولى للذي والاه أبوه واذا أسلمت الذمية ووالت رجلا ولها ولد صغير من رجل ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكون ولاء ولدها لمولاها فمنهم من جعل هذه المسئلة قياس ولاية التزويج ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يثبت ذلك للام على ولدها الصغير حتى يصح عقدها ولا يتعلق به صفة اللزوم حتي يثبت للولد خيار البلوغ فكذلك يصح هذا العقد منها فى حق الولد لأنه لا يتعلق به صفة اللزوم بنفسه وعندهما ليس للام ولاية التزويج مع اختلاف فى الرواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى هناك وكذلك ولاء الموالاة والأظهر أن هذه مسئلة على حدة ووجه قولهما أن حكم الولاء يثبت بعقد فيستدعى الايجاب والقبول ويتردد بين المنفعة والمضرة والولد بعد الانفصال لا يكون تبعا للام فى مثل هذا العقد ولا يكون لها عليه ولاية المباشرة لهذا العقد كعقد الكتابة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ولاء الموالاة اما أن يعتبر بالاسلام من حيث أنه يترتب عليه عادة أو بولاء العتاقة فان اعتبر بالاسلام فالولد الصغير يتبع أمه فى الاسلام فكذا فى هذا الولاء وان اعتبر بولاء العتاقة فالولد يتبع أمه فيه اذا لم يكن له ولاء من جانب أبيه وهذا لأنه يتمحض منفعة في حق هذا الولد لانه مادام حيا فولاه يقوم بنصرته ويعقل جنايته واذا بلغ قبل أن يعقل جنايته كان له أن يتحول عنه ان شاء فعرفنا أنه منفعة محضة فى حقه فيصح من الام كقبول الهبة والصدقة بخلاف عقد الكتابة فان فيه الزام الدين في ذمته ولا يتمحض منفعة في حقه واذا أسلم حربى أو ذمى على يدي

رجل ووالاه ثم أسلم ابنه على يدى آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى الذى والاه ولا يجر بعضهم ولاء بعض وليس هذا كالعتاق وأشار الى الفرق ولافرق فى الحقيقة لان كل واحد منهما مقصود فى سبب الولاء وهو العقد ولو كان مقصودا في سبب ولاء العتق أيضاً لم يجر أحدهما ولاء الآخر وانما مراده من الفرق ان الولد الكبير لما أسلم على يدى الثاني لايصير مولى لموالى أبيه لان هناك سبب الولاء العقد لاالاسلام وهو أصل في العقد يتمكن من مباشرته بنفسه فلهذا لايجعل فيه تبعا لابيه حربى أسلم ووالى مسلما في دار الحرب أو في دار الاسلام فهو مولاه لان سببه هو العقد الذى جرى بين المسلمين والعقد بين المسلمين صحيح سواء كان فى دار الحرب أوكان أحدهما فى دار الحرب والآخر في دار الاسلام كعقد النكاح وهذا لان المقصود التناصر والمسلم يقوم بنصرته حيث يكون أو يعتبر ولاء الموالاة بولاء العتق ولوأن مسلما فى دار الاسلام أعتق عبداً مسلماً له فى دار الحرب كان مولى له فكذلك فى الموالاة فان سبي ابنه فاعتق لم يجر ولاء الاب لان الوالد لا يتبع ولده في الولاء فان الولاء كالنسب والوالد لا ينسب الى ولده لانه فرعه والاصل لا ينسب الى الفرع فلهذا لايجر الابن ولاء الاب وان سبي أبوه فاعتق جر ولاءه لما بينا ان ولاء الموالاة لايظهر في مقابلة ولاء العتق فكان الابن بعد عتق الاب بمنزلة من لاولاء له فيجر الأب ولاءه بخلاف ما اذا أسلم الاب ووالى رجلا لان ولاء الابن هنا مساو لولاء الاب فيظهر فى مقابلته فيكون كل واحد منهما مولى لمولاه ولو كان ابن ابنه لم يسب ولكنه أسلم على يدى رجل ووالاه ثم سبي الجد فاعتق لم يجر ولاء نافلته لما بينا ان الجد لايجر الولاء الا أن يجر ولاء ابنه فان تحقق ذلك فحينئذ يجر ولاء ابنه وانما يتصور جره ولاء ابنه فيما اذا سبي أبوه فاشتراه هذا الجد حتى عتق عليه فيصير ابنه مولى لمواليه ويجر اليه ولاء النافلة بهذه الواسطة فأما اذا أعتق الابن غيره فالجد لايجر ولاءه لكونه مقصوداً بالعتق ولا يجر ولاء ولده أيضاً ﴿ قال ﴾ وموالاة الصبي باطلة يعنى اذا أسلم على يدى صبي ووالاه لان بالعقد يلتزم نصرته في الحال والصبي ليس من أهل النصرة ولهذا لايدخل فى العاقلة وهو ليس من أهل الالتزام بخلاف ما اذا أسلم على يدي امرأة ووالاها لان المرأة من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل اكتساب سبب الولاء بالعتق فكذلك بالعقد وان والى رجل عبداً لم نجزه الا ان يكون باذن المولى فحينئذ يكون مولى له لانه عقد التزام النصرة والعبد لايملكه بنفسه بدون

اذن مولاه فان كان باذنه فحينئذ يكون عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى كما اذا أعتق عبدا من كسبه باذن مولاه وهذا لان المقصود به النصرة والميراث بعد الموت ونصرة العبد لمولاه وهو ليس بأهل للملك بالارث ولهذا يجعل المولى خلفا عنه فيما هو من حكم هذا العقد وان والى صبيا باذن ابيه أو وصيه يجوز لان عبارة الصبي اذا كان يعقل معتبرة في العقود والتزامه بالعقد باذن وليه صحيح فيما لا يكون محض مضرة كالبيع والشراء ونحوه لان الولي يملك عليه هذا العقد فانه لو قبل الولاء لولده على انسان كان صحيحا فكذلك يملكه الولد باذن أبيه ثم يكون مولى للصبي لانه أهل للولاء بنفسه اذا صح سببه ألا ترى أنه اذا ورث قريبه يعتق عليه ويكون مولى له فكذا حكم ولاء الموالاة بخلاف العبد ولو أسلم على يدى مكاتب ووالاه كان جائزا لان المكاتب من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل مباشرة سبب الولاء ألا ترى أنه يكاتب عبده فيكون صحيحا منه واذا أدى مكاتبته فعتق قبل أدائه كان مولى لمولاه فكذا هنا يكون مولى لمولاه لانه مع الرق ليس بأهل لموجب الولاء وهو الارث فيخلفه مولاه فيه ولو والى ذمي مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه وان أسلم الاسفل لان الذمى من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل اكتساب سبب الولاء كالمسلم واذا صح العقد فاسلام الاسفل لا يزيده الا وكادة ويبقى مولى له بعد اسلامه حتى يتحول الى غيره ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدى رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وأصلهم يعقلون عنه ويرثونه وكذلك المرأة لما بينا ان النسب فى حق العرب معتبر وانه يضاهى ولاء العتق ومن كان عليه ولاء العتق لم يصح منه عقد الموالاة مع أحد فكذلك من كان له نسب من العرب لا يصح منه عقد الموالاة مع أحد وهذا بخلاف ولاء العتق فان من ثبت عليه الرق من نصارى العرب اذا أعتق كان مولى لمعتقه لان ولاء العتق قوى كالنسب فى حق العرب أو أقوى منه فيظهر مع وجوده ويتقرر حكمه بتقرر سببه فأما ولاء الموالاة ضعيف لا يتقرر سببه مع وجود النسب فى حق العربى والحكم ينبني على السبب ذمى أسلم ولم يوال أحدا ثم أسلم آخر على يديه ووالاه فهو مولاه لانه من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل المقصود بالولاء وان لم يكن لأحد عليه ولاء وان أسلم ذمى على يد حربى فانه لا يكون مولاه وان أسلم الحربي بعد ذلك وهذا ظاهر لانه لو أسلم على يدى مسلم لم يكن مولى له ولكن فائدة هذه المسئلة بيان أن الحربى الذى يعرض الاسلام على غيره

ويلقنه لا يصير مسلما بذلك ألا ترى أنه قال وان أسلم الحربي بعد ذلك لم يكن مولاه وهذا لان من يلقن غيره شيئاً لا يكون مباشراً لذلك الشئ بنفسه كالذى يلقن غيره طلاق امرأته وعتق عبده ﴿قال﴾ رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه ولكن انما ينتقض العقد بحضرته لان العقد تم بهما ومثل هذا العقد لا يفسخه أحدهما الا بمحضر من صاحبه كعقد الشركة والمضاربة والوكالة وهذا لأن تمكن كل أحد منهما من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم بنفسه لاباعتبار أنه غير منعقد بنفسه في فسخ احدهما الزام الآخر حكم الفسخ في عقد كان منعقداً في حقه فلا يكون الا بمحضر منه لما عليه من الضرر لو ثبت حكم الفسخ في حقه قبل علمه وهو نظير الخطاب بالشرعيات فانه لايظهر حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به لدفع الضرر عنه وكذلك لو ان الاعلى تبرأ من ولاء الاسفل صح ذلك اذا كان بمحضر منه لان العقد غير لازم من الجانبين ولكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بغير رضاء صاحبه بعد أن يكون بمحضر منه وان والى الأسفل رجلا آخر كان ذلك نقضا للعقد مع الاول وان لم يكن بمحضر منه لان انتقاض العقد في حق الاول هنا يثبت حكما لصحة العقد مع الثانى وفي العقد مع الثاني لا يشترط حضرة الاول فكذلك فيما يثبت حكما له بخلاف الفسخ مقصوداً وهو نظير عزل الوكيل حال غيبته لا يصح مقصوداً ويصح حكما لعتق العبد الذى وكله ببيعه ﴿فان قيل﴾ فلماذا يجعل صحة العقد مع الثانى موجبافسخ العقد الاول ولو والاهما جملة صح ﴿قلنا﴾ لان الولاء كالنسب مادام ثابتا من انسان لايتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضروة صحة العقد مع الثانى بطلان العقد الاول ثم ولاء الموالاة بعد صحته معتبر بولاء العتق حتى اذا أعتق الاسفل عبدا ووالاه رجل فولاء معتقه وولاؤه للاعلى الذى هو مولاه ولو مات الاعلى ثم مات الاسفل فانما يرثه الذكور من أولاد الاعلى دون الاناث على نحو مابيناه في ولاء العتق والله أعلم بالصواب

باب بيع الولاء

﴿قال﴾ ذكر عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهما قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب وبهذا نأخذ دون ماروي عن سليمان بن يسار أنه كان

مولى لميمونة بنت الحارث فوهبت ولاءه لابن العباس وهذا لان الهبة عقد تمليك فيستدعي شيئاً مملوكا يضاف اليه عقد الهبة ليصح التمليك فيه وليس للمعتق على معتقه شئ مملوك وعلى هذا لو تصدق بولاء العتاقة أو أوصى به لانسان فهو باطل وكذلك لو باع ولاء العتاقة فهو باطل لما قلنا ولان البيع يستدعي مالا متقوما والولاء ليس بمال متقوم وقد بينا في أول الكتاب أن الولاء نفسه لا يورث انما يورث به كالنسب والارث قد يثبت فيما لا يحتمل البيع والهبة كالقصاص فاذا كان لا يورث فلان لا يتحقق فيه البيع والهبة والصدقة كان أولى وولاء الموالاة قياس ولاء العتق لا يجوز بيعه من أحد ولا هبته لما قلنا بل أولى لان ولاء الموالاة يعتمد التراضي والاسفل غير راض بان يكون ولاؤه لغير من عاقده وولاء العتق لا يعتمد التراضي فاذا لم يصح التحويل هناك فهنا أولى وان كان الذي أسلم ووالى هو الذي باع ولاءه من آخر أو وهبه كان ذلك نقضا للولاء الاول وموالاة مع هذا الثاني ان لم يكن عقل عنه الاول لان قصده بتصرفه ان يكون ولاؤه للثاني فيجب تحصيل مقصوده بطريق الامكان ألا ترى أنه لو عقد مع الثاني بغير محضر من الاول كان ذلك نقضا منه للولاء الاول بخلاف الاعلى فانه لا يملك نقض ولائه بغير محضر منه بحال ولكن بيع الاسفل من الثاني باطل حتى يرد عليه ما قبض من الثاني من الثمن لان البيع لا ينعقد الاعلى مال متقوم والولاء ليس بمال فلا ينعقد به البيع مضافا اليه كالميتة والدم واذا لم ينعقد البيع لا يملك البدل بالقبض فلا ينفذ عتقه فيه والله أعلم بالصواب

باب عتق الرجل عبده عن غيره

﴿ قال ﴾ ذكر في الاصل حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن بريرة اتتها تسألها في مكاتبتها فقالت لها اشتريك فاعتقك وأوفي عنك أهلك فذكرت ذلك لهم فقالوا الا أن نشترط الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اشتريها وأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق فاشترتها فأعتقتها وقام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال مابال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق مابال أقوام يقولون اعتق يافلان والولاء لي انما الولاء لمن أعتق ثم قال هذا وهم من هشام بن عروة ولا يأمر

النبي صلى الله عليه وسلم بباطل ولا بغرور وهو شاذ من الحديث لا يكاد يصح انما القدر الذي صح ما ذكره ابراهيم رحمه الله تعالى لما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها الولاء لمن أعتق وهو بيان للحكم الذي بعث لأجله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما مازاد عليه هشام فهو وهم لان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأمر بالعقد الفاسد والشراء بهذا الشرط فاسد واستدل بحديث الزهري أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى من امرأته الثقفية جارية وشرط لها أنها لها بالثمن اذا استغنى عنها فسأل عمر رضي الله عنه عن ذلك فقال أكره أن أطأها ولاحد فيها شرط فكان عمر رضي الله عنه أوثق وأعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره وفي البيع مع الشرط اختلاف بين العلماء نذكره في كتاب البيوع وفائدة هذا الحديث أن بيع المكاتبة برضاها يجوز وأن الولاء يثبت لمن حصل العتق على ملكه لا لمن شرطه لنفسه بدون ملك المحل فانه قال الولاء لمن أعتق ولأجله روى الحديث في هذا الكتاب واذا أعتق الرجل عن حيّ أو ميت قريب أو أجنبي باذنه أو بغير اذنه فالعتق جائز عن المعتق والولاء له دون المعتق عنه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أما اذا كان بغير اذنه فهو قول الكل لانه ليس لأحد ولاية ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه سواء كان قريبا أو أجنبيا حيا أو ميتا فانما ينفذ العتق على ملك المعتق فيكون الولاء له وهذا بخلاف ما اذا تصدق الوارث عن مورثه فان ذلك يجزيه لان نفوذ الصدقة لا يستدعي ملك من تكون الصدقة عنه لا محالة ولانه بالتصدق عنه يكتسب له الثواب ولا يلزمه شيئاً وبالعتق عنه يلزمه الولاء وليس للوارث أن يلزم مورثه الولاء بعد موته بغير رضاه فأما اذا كان باذنه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذلك لان التمليك من المعتق عنه بغير عوض لا يحصل الا بالقبض ولم يوجد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يكون الولاء للمعتق عنه وقد بينا في باب الظهار من كتاب الطلاق وكذلك اذا قال الرجل أعتق عبدك على ألف درهم أضمنها لك ففعل لم يكن العتق عن الآمر بخلاف ما لو قال أعتق عبدك عني على ألف لان هناك التمليك يندرج فيه وذلك يستقيم اذا كان في لفظه ما يدل عليه وهو قوله أعتقه عني فأما هنا فليس في لفظه ما يدل على التماس التمليك منه فلا يندرج فيه التمليك وبدونه يكون العتق عن المعتق دون الآمر وليس على الآمر من المال شيء لانه ضمن ما ليس بواجب

على أحد ولانه التزم له مالا بانتفاعه بملك نفسه وتحصيله الولاء لنفسه وهذا باطل قد بيناه في كتاب العتاق وان كان أدى المال رجع عنه لانه أدى بطريق الرشوة ولو أن امرأة تزوجت رجلا على أن يعتق اباها ففعل فالولاء للزوج ولها مهر مثلها بخلاف ما اذا تزوجها على أن يعتق أباها عنها فان التمليك منها يندرج هناك فيتقرر فيها رقبة الأب صداقا لها وهنا لا يندرج التمليك حين لم يكن في اللفظ عليه دليل فيبقى النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها (قال) وكذلك الخلع يعني أن تختلع من زوجها على أن تعتق أباه فالعتق عنها والاب مولى لها لانه عتق على ملكها ولم يبين أن الزوج هل يرجع عليها بشيء فمن أصحابنا من يقول يرجع عليها بما ساق اليها لانه شرط عليها منفعة الولاء لنفسه ولم ينل والاصح أنه لا يرجع عليها بشيء لان الولاء ليس بمال متقوم ولو خلعها على خمر لم يرجع عليها فهذا مثله ولو قال أعتق عبدك عني على ألف درهم ففعل فهو حر على الآمر والمال لازم له والولاء له وفي هذا خلاف زفر رحمه الله تعالى وقد بيناه في باب الظهار وكذلك ان كان الآمر بذلك امرأة العبد فسد النكاح لانها قد ملكت الرقبة وذكر حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها حلفت أن لا تكلم عبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه فشفع عليها حتى كلمته فأعتق عنها ابن الزبير رضى الله تعالى عنه خمسين رقبة في كفارة يمينها وبهذا استدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فان البدل ليس بمذكور في الحديث ولكنا نقول كما لم يذكر البدل في الحديث فلم يذكر أنها امرأته بذلك وبالاتفاق بدون الأمر لا يكون العتق عن المعتق عنه فانما يحمل هذا على انها كفرت يمينها وابن الزبير رحمه الله تعالى انما أعتق شكرا لله تعالى حيث كلمته وذكر عن عائشة رضى الله تعالى عنها انها أعتقت عن عبد الرحمن ابن أبي بكر رضى الله تعالى عنهم عبيداً من تلاده بعد موته وانما يحمل هذا على ان عبد الرحمن رحمه الله تعالى كان أوصي بعتقهم وجعل اليها ذلك والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في الولاء

(قال) رضى الله عنه رجل مات وترك مالا ولا وارث له فادعى رجل انه وارثه بالولاء فشهد له شاهدان ان الميت مولاه ووارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسرا الولاء لان اسم المولى مشترك قد يكون بمعنى الناصر قال الله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا

وأن الكافرين لا مولى لهم وقد يكون بمعنى ابن العم قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي وقد يكون بالعتق وقد يكون بالموالاة فما لم يفسروا لم يتمكن القاضي من القضاء بشئ وكذا لو شهدا أن الميت مولى هذا مولى عتاقة لأن اسم مولى العتاقة يتناول الاعلى ويتناول الاسفل فلا يدري القاضي بأى الامرين يقضي وأيهما كان أعتق صاحبه ﴿ فان قيل ﴾ هذا الاحتمال يزول بقولهما ووارثه فان الأسفل لا يرث من الأعلى وانما يرث الأعلى من الأسفل ﴿ قلنا ﴾ بهذا لا يزول الاحتمال فمن الناس من يري توريث الاسفل من الاعلى وهو باطل عندنا ولعل الشاهدين أعتقدا ذلك وقصدا به التلبيس على القاضي بعلمهما انهما لو فسرا لم يقض القاضي له بالميراث ثم قد يكون مولى عتاقة له باعتاق منه وباعتاق من أبيه أو ببعض أقاربه وبين الناس كلام في الارث بمثل هذا الولاء يختص به العصبة أم يكون بين جميع الورثة فلهذا لا يقضى بشهادتهما مالم يفسرا فان شهدا ان هذا الحي أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا يعلمون له وارثا سواه جازت الشهادة لانهم فسروا ماشهدوا به على وجه لم يبق فيه تهمة التلبيس ويستوى في هذا الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء لانهم يشهدون بسبب استحقاق المال فهو بمنزلة شهادتهم على النسب وان لم يشهدوا أنه وارثه لم يرث منه شيئاً لان استحقاق الارث بولاء العتاقة مقيد بشرط وهو أن لا يكون للميت عصبة نسبا ولا يثبت ذلك الشرط الا بشهادتهم وقولهم لا نعلم له وارثا غيره ليس بشهادة انما الشهادة على مايعلمون وكما انهم لا يعلمون فالقاضي لا يعلم فعرفنا أن هذا ليس هو المشهود به فلا بد من أن يشهدوا أنه وارثه وكذلك ان شهدوا على عتق كان من ابيه وفسروا على وجه يثبت وراثته منه فان قالا لم ندرك اباه هذا المعتق ولكنا قد علمنا هذا لم نجز شهادتهما على هذا اما علي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فلانهما لا يجوز ان الشهادة على الولاء بالتسامع وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز ذلك ولكن اذا أطلقا الشهادة عند القاضي فاما اذا بينا أنهما لم يدركا وانما يشهدان بالتسامع فالقاضي لا يقبل ذلك وبيان هذا في كتاب الشهادات ولو أقام المدعى شاهدين أنه أعتق أم هذا الميت وانها ولدته بعد ذلك بمدة من عبد فلان وان أباه مات عبداً أو مات أمه ثم مات وهو وارثه فقد فسروا الأمر على وجهه فان القاضي يقضى له بالميراث ﴿ قال ﴾ فان أقام رجل البينة أنه كان أعتق اباه قبل أن يموت وهو يملكه وانه وارثه فانه يقضى له بالميراث لانه اثبت

سبب جر الولاء اليه وهو عتق الاب فتبين أن القاضي أخطأ في قضائه بالميراث لموالى الام وكذلك هذا في ولاء الموالاة اذا أثبت الثانى خطأ القاضى في القضاء به للاول فانه يبطل ماقضى به ويكون الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بالمعاينة ولو ادعى رجلان ولاء ميت بالعتق وأقام كل واحد منهما البينة جعلت ميراثه بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولانه لايبعد ارث رجلين بالولاء من واحد كما لو أعتقا عبداً بينهما والبينات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان فان وقتت كل واحدة من البينتين وقتا وكان احدهما سابقا فهو أولى لانه أثبت الولاء لنفسه في وقت لاينازعه الغير فيه فهو كالنسب اذا أقام رجلان البينة عليه واحدهما أسبق تاريخا ولانه بعدماثبت العتق من الاول في الوقت الذى أرخ شهوده لا يتصور ملك الثاني فيه حتى يعتقه فتبين بشهادة الذين أرخوا تاريخا سابقا بطلان شهادة الفريق الثاني وان كان ذلك في ولاء الموالاة فصاحب العقد الآخر أولى لانه بعد عقد الموالاة مع الاول يتحقق منه العقد مع الثاني ويكون ذلك نقضا للولاء الاول فشهود الآخر أثبتوا بشهادتهم ما يفسخ الولاء الاول فالقضاء بشهادتهم أولى الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول انه كان عقل عنه فحينئذ قد تأكد ولاؤه ولا ينتقض بالعقد مع الآخر بل يبطل الثانى ويبقى الاول بحاله فلهذا كان الاول أولى وان أقام رجل البينة أنه أعتقه وهو يملكه وقضى له القاضى بولائه وميراثه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل القاضى ذلك كما في النسب اذا ترجح أحد المدعيين بتقدم القضاء من القاضي ببينته لم تقبل البينة من الآخر بعد ذلك وهذا لان القاضى يعلم كذب أحد الفريقين وقد تأكدت شهادة الفريق الاول بانضمام القضاء اليها فاءما يحال بالكذب على شهادة الفريق الثانى الا أن يشهدوا أنه كان اشتراه من الاول قبل أن يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فحينئذ يقضى القاضى له بالميراث ويبطل قضاؤه للاول لانهم أثبتوا سبب كونه مخطئا في القضاء الاول وهو أن الاول لم يكن مالكا حين أعتقه لان الثانى كان اشتراه منه قبل ذلك رجل مات وأدعى رجل ان أباه أعتقه وهو يملكه وأنه لا وارث لابيه ولا لهذا الميت غيره وجاء بابنى أخيه فشهدا على ذلك قال لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لجدهما على ما بينا ان الولاء للمعتق والارث به كان للمعتق بطريق العصوبة على ان يخلفه فى ذلك أقرب عصبته وشهادة النافلة للجد لا تقبل وكذلك شهادة ابنى المعتق بذلك لا تجوز لانهما يشهدان لابيهما واذا

ادعى رجل ولاء رجل وأقام البينة انه أعتقه وهو يملكه وأقام الآخر البينة ان هذا حر الاصل أسلم على يديه ووالاه والغلام يدعى انه حر الاصل يقضى به للذي والاه دون الذي أعتقه لان حرية الاصل تثبت له بالبينة وحرية الاصل لاناقض لها فبعد ثبوتها تندفع بينة العتق ضرورة لان العتق ينبني على الملك وقد انتفي الملك بثبوت حرية الاصل ولهذا قضى بولائه للذي والاه وكذلك لو كان ميتا عن تركة لان إحدى البينتين تقوم على رقه والأخرى على حريته فالمثبت للحرية أولى ولان صاحب الموالاة أثبت ببينته أنه عاقده عقد الولاء وذلك اقرار منه بأنه حر ولا ولاء عليه فثبوت هذا الاقرار بالبينة كثبوته بالمعاينة أن لو كان حيا أو ادعى ذلك فان كان حيا فأقر أنه مولى عتاقة لهذا أجزت بينة العتاقة وكان هذا نقضا من الغلام للموالاة لو كان والى هذا الآخر لان العبد مكذب للذين شهدوا بحريته فى الاصل ومدعى الموالاة خرج من أن يكون خصما فى اثبات ذلك لان العبد باقراره بولاء العتاقة على نفسه يصير ناقضا لولاء الموالاة لما بينهما من المنافاة وهو متمكن من نقض ولائه مالم يعقل عنه فاذا لم يبق خصم يدعى حرية الاصل له صح اقراره بالملك وولاء العتاقة ومن أصحابنا من يقول هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان من أصله أن البينة على حرية العبد لاتقبل من غير الدعوى وعندهما تقبل فيثبت له حرية الاصل بحجة حكمية وذلك لايحتمل النقض باقراره فينبغي أن لايثبت عليه ولاء العتاقة عندهما والاصح ان هذا قولهم جميعا لان بينة العتاقة تعارض بينة حرية الاصل فيما لاجله تقبل البينة عندهما وهو اثبات حقوق الشرع عليه ثم تترجح بخصم يدعيها أو لما انتفي ولاء الموالاة فهذا حر لاولاء عليه وقد أقر بأنه مولى هذا الذي يدعى ولاء العتق عليه فيكون اقراره صحيحا لانه يقر بما هو من خالص حقه كما لو أقر بالنسب لانسان ولا نسب له رجل مات عن بنين وبنات فادعى رجل أن أباه أعتقه وهو يملكه وشهد ابنا الميت على ذلك وادعى آخر أن أباه أعتقه فأقرت بذلك بنت الميت فالاقرار باطل والشهادة جائزة لان الابنين يشهدان علي أبيهما بالولاء ولا تهمة في شهادة الولد على والده ثم الاقرار لايعارض البينة لان الاقرار لايعدو المقر والشهادة حجة في حق الناس كافة فلابد من أن يقضي القاضي بأن الميت معتق أب المدعى ومن ضرورة هذا القضاء تكذيب الابنة فيما أقرت به فسقط اعتبار اقرارها وهو بمنزلة مالو مات عن ألف درهم وابنين وابنة وادعى رجل دينا ألف درهم على الميت وشهد له ابنا الميت وادعى آخر دينا

ألف درهم وأقرت ابنة الميت بذلك فانه لايلتفت الى اقرارها ويجعل المال كله للذى أثبت دينه بالبينة ولو شهد للآخر ابن له وابنتان ولم يوقتوا وقتاً كان الولاء بينهما نصفين للمساواة بين الحجتين فان شهادة النساء مع الرجال فى الولاء مثل شهادة الرجال ولا ترجيح من حيث التاريخ فى احدى البينتين فلهذا كان الولاء بينهما نصفين ولو جاء رجل من الموالى فادعى على عربى أنه مولاه وان أباه أعتق أباه وجاء باخويه لابيه يشهدان بذلك والعربى ينكره لم تقبل شهادتهما لان فى الحقيقة هذامنهم دعوى فان المدعى مع اخويه فى هذا الولاء سواء لانهما يشهدان لابيهما مالا فان الولاء كالنسب تحقق الدعوى فيه من الجانبين فاذا كان العربى منكراً كان المدعى هو الابن الذى يدعى الولاء بطريق الخلافة عن أبيه فيجعل كان الاب حى يدعيه وشهادة الابنين لابيهما فيما يدعيه لاتكون مقبولة وان ادعى العربى ذلك وأنكره المولى جازت الشهادة لان انكار الابن كانكار أبيه لو كان حيا فانهما يشهدان على أبيهما بالولاء للعربى ولا تهمة فى هذه الشهادة وان ادعى رجل ولاء رجل فجاء بشاهدين فشهد احدهما أن أباه أعتقه فى مرضه ولا وارث له غيره وشهد الآخر ان أباه أعتقه عن دبر موته وهو يملكه فالشهادة باطلة لاختلافهمافي المشهود به لفظا ومعني فان التدبير غير العتق المنجز فى المرض ومثل هذا لوشهد أحدهما ان أباه قد علق عتقه بدخول الدار وقد دخل والآخر أنه قد علق عتقه بكلام فلان وقد فعل أو شهد أحدهما ان أباه كاتبه واستوفى البدل والآخر أنه أعتقه بمال فان الكتابة غير العتق بمال ألا ترى انه يملك الكتابة من لايملك العتق فكان هذا اختلافا فى المشهود به لفظاً ومعنى بخلاف مالو اختلفا فى الزمان والمكان حيث تقبل شهادتهما لان العتق قول ولا يختلف باختلاف الزمان والمكان اذ القول يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول ولو مات رجل فأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه لم يؤخذ منه لانه لامنازع له فى ذلك وخبر المخبر محمول على الصدق فى حقه اذا لم يكن هناك من يعارضه ولان المال فى يده فى الحال وهو يزعم أنه ملكه فالقول قوله فى ذلك فان خاصمه فيه انسان سألته البينة لانه يدعى استحقاق اليد عليه فى هذا المال ولا يثبت الاستحقاق الا ببينة فالم تقم البينة على سبب استحقاقه لايؤخذ المال من يدذى اليد فان ادعى رجل أنه أعتق الميت وهو يملكه وأنه لاوارث له غيره وأقام الذى فى يديه المال البينة على مثل ذلك قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين لان المقصود بهذه البينة اثبات السبب وهو الولاء

وانما قامت بينة كل واحد منهما على الميت وقد استوت البينتان فى ذلك فيقضى بينهما بالولاء ثم استحقاق المال يترتب على ذلك ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل المقصود اثبات استحقاق المال واحدهما فيها صاحب اليد والآخر خارج فاما ان يجعل هذا كبينة ذى اليد والخارج على الملك المطلق فيقضى للخارج أو يجعل كما لو أدعيا تلقى الملك من واحد وأقاما البينة فتكون بينة ذى اليد أولى ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل الولاء حق مقصود يستقيم اثباته بالبينة وان لم يكن هناك مال وانما ينظر الى اقامتهما البينة على الولاء أولا وهما فى ذلك سواء ثم استحقاق الميراث ينبنى على ذلك وليس هذا نظير ما لو ادعيا تلقي الملك من واحد بالشراء لان السبب هناك غير مقصود حتى لا يمكن اثباته بدون الحكم وهو الملك ولان السبب هناك يتأكد بالقبض فذو اليد يثبت شراء متأكداً بالقبض فلهذا كانت بينته أولى وهنا الولاء متأكد بنفسه ولا تأثير لليد على المال فى تأكيد السبب فلهذا قضى بينهما فان أقام مسلم شاهدين مسلمين انه أعتقه وهو يملكه وانه مات وهو مسلم لا وارث له غيره وأقام ذو اليد الذمى شاهدين مسلمين أنه أعتقه وهو يملكه وانه مات كافراً لا وارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لأقرب الناس الى الذمى من المسلمين فان لم يكن له منهم قرابة جعلته لبيت المال لما بينا أن المقصود اثبات الولاء وقد استوت الحجتان فى ذلك فان شهود الذمى مسلمون وهو حجة على المسلم كشهود المسلم فيثبت الولاء بينهما نصفين ثم احدى البينتين توجب كفره عند الموت والاخري توجب اسلامه عند الموت والذي يثبت اسلامه أولى واذا ثبت أنه مات مسلما فالمسلم يرثه المسلم دون الكافر ولكن الارث بحسب السبب وللمسلم نصف ولاية فلا يرث به الا نصف الميراث ونصف اولاء للذمى وهو ليس بأهل أن يرثه فيجعل كالميت ويكون هذا النصف لأقرب عصبة له من المسلمين فاذا لم يوجد ذلك فهو لبيت المال بمنزلة ما لو مات الذمى ولا وارث له فالولاء فى هذا مخالف للنسب فان النسب لا يتجزي بحال فيتكامل السبب فى حق كل واحد منهما فاذا لم يكن احدهما ممن يرثه فللآخر جميع المال لتكامل السبب فى حقه فأما الولاء يحتمل التجزى حتى لو أعتق رجلان عبداً كان لكل واحد منهما نصف ولائه فلهذا لا يرث المسلم الا نصف الميراث فان كان شهود الذمى نصارى لم تجز شهادتهم على المسلم لان اسلام الميت يثبت بشهادة الشهود المسلمين والحجة في الولاء تقوم عليه وشهادة النصارى ليست بحجة عليه ولان المسلم أثبت

دعواه بما هو حجة على خصمه والذمى أثبت دعواه بما ليس بحجة على خصمه فلا تحقق المعارضة بينهما ولكن يقضي بولائه للمسلم وبجميع الميراث له فان وقت كل واحدة من البينتين وقتا فى العتق وهو حى والشهود كلهم مسلمون فصاحب الوقت الاول أحق لأن صاحب الوقت الاول أثبت عتقه من حين أرخ شهوده فلا تصور للعتق من الآخر بعد ذلك ومتى كانت احدى البينتين طاعنة فى الاخرى دافعة لها فالعمل بها أولى ذمى فى يديه عبد أعتقه فأقام مسلم شاهدين مسلمين أنه عبده وأقام الذمى شاهدين مسلمين أنه أعتقه وهو يملكه أمضيت العتق والولاء للذمي لان فى بينته اثبات العتق وفى بينة المسلم اثبات الملك وكل واحد منهما حجة على الخصم فيترجح بينة العتق كما لو كان كل واحد من المدعين مسلما واذا كان شهود الذمى كفاراً قضيت به للمسلم لان بينته فى اثبات الملك حجة على خصمه وبينة الذمي فى اثبات العتق ليس بحجة على خصمه فكانها لم تقم فى حقه وان كان المسلم أقام شاهدين مسلمين انه عبده دبره أو كانت جارية وأقام البينة انه استولدها وأقام الذمى شاهدين مسلمين على الملك والعتق فبينة الذمى أولى لأن المسلم يثبت ببينته حق العتق والذمى حقيقة العتق وحق العتق لا يعارض حقيقة العتق ولو قبلنا بينة المسلم وطأها بالملك بعد ماقامت البينة على حريتها وذلك قبيح ولهذا كانت بينة الذمى أولى ولو كانت أمة فى يدى ذمى قد ولدت له ولداً فادعى رجل أنها أمته غصبها هذا منه وأقام البينة على ذلك وأقام ذو اليد البينة أنها أمته ولدت هذا منه فى ملكه قضيت بها وبولدها للمدعى لأن بينته طاعنة فى بينة ذى اليد دافعة لها فانهم انما شهدوا بالملك لذي اليد باعتبار يده اذلا طريق لمعرفة الملك حقيقة سوى اليد وقد أثبتت بينة المدعى أن يده كانت يد غصب من جهته لا يد ملك فلهذا كانت بينة المدعى أولى واذا قضى بالملك للمدعى قضي له بالولد أيضا لانه جزء منها وولادتها فى يدى الآخر بعد ما ثبت أنه ليس بمالك لها لا يوجب أمية الولد لها وكذلك لو ادعى المدعى أنها أمته أجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو وهبها منه وسلمها اليه لان بهذه الاسباب يثبت أن وصولها الى يده كان من جهته وان يده فيها ليست يد ملك فهذا وفصل الغصب سواء ولو كان المدعى أقام البينة أنها أمته ولدت فى ملكه قضيت بها لذى اليد لانه ليس فى بينة المدعى هنا ما يدفع بينة ذى اليد لان ولادتها فى ملكه لا ينفي ملك ذى اليد بعد ذلك فيبقي الترجيح لذى اليد من حيث أنه يثبت الحرية للولد وحق أمية

الولد لها وكذلك لو ادعى ذو اليد أنها أمته أعتقها وأقام المدعى البينة أنها أمته ولدت في ملكه فبينة المعتق أولى لان فيها اثبات حريتها ولا يجوز أن توطأ بالملك بعد ما قامت البينة على حريتها ولو شهد شهود كل واحد منهما مع ذلك بالغصب على الآخر كان شهود العتق أيضاً أولى لان البينتين تعارضتا في أن كل واحدة منهما دافعة للأخرى طاعنة فيها وللمعارضة لا تندفع واحدة منهما بالأخرى ثم في بينة ذى اليد زيادة اثبات الحرية لها واستحقاق الولاء عليها وهذا لان الولاء أقوى من الملك لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته واذا كان في أحدى البينتين اثبات حق قوى ليس ذلك في الاخرى تترجح هذه البينة والله أعلم بالصواب

باب ولاء المكاتب والصبي

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه واذا كاتب المسلم عبداً كافراً ثم ان المكاتب كاتب أمة مسلمة ثم ادى الاول فعتق فولاؤه لمولاه وان كان كافراً لان الولاء كالنسب ونسب الكافر قد يكون ثابتاً من المسلم فكذلك يثبت الولاء للمسلم على الكافر اذا تقرر سببه ولأن الولاء أثر من آثار الملك وأصل الملك يثبت للمسلم على الكافر فكذلك أثره ولكنه لا يرثه لكونه مخالفا له فى الملة وشرط الارث الموافقة في الملة ولا يعقل عنه جنايته لان عقل الجناية باعتبار النصرة والمسلم لا ينصر الكافر فاذا أدت الامة فعتقت فولاؤها للمكاتب الكافر لانها عتقت من جهته على ملكه وهو من أهل أن يثبت الولاء له لكونه حراً وكما يثبت الملك للكافر على المسلم فكذلك الولاء أو يعتبر بالنسب ونسب المسلم قد يكون ثابتاً من الكافر فان ماتت فيراثها للمولى المسلم وان جنت فعقل جنايتها على عاقلة المولى المسلم لأن مولاها وهو المكاتب الكافر ليس من أهل أن يرثها ولا أن يعقل جنايتها فيجعل كالميت وعند الموت معتقه يقوم مقامه فى ولاء معتقه فى حكم الارث وعقل الجناية فهذا مثله ﴿فان قيل﴾ فأى فائدة فى اثبات الولاء للمسلم على الكافر وللكافر على المسلم اذا كان لا يرثه ولا يعقل جنايته بعد ذلك ﴿قلنا﴾ أما فائدته النسبة اليها بالولاء كالنسب مع أن الكافر قد يسلم فيرثه ويعقل جنايته بعد ذلك وبعد الاسلام قد ظهرت من الوجه الذي قلنا أن المولى المسلم معتقه فيرثه ويعقل جنايتها عاقلته رجل باع مكاتبا فبيعه باطل لانه استحق نفسه بالكتابة وفي بيعه ابطال هذا

الحق الثابت له وقد صار بمنزلة الحر يداً فلا يقدر المولى على تسليمه بحكم البيع ومالية رقبته صار كالتاوى لان حق المولى فى بدل الكتابة دون مالية الرقبة فان أعتقه المشترى بعد القبض فقبضه باطل وهو مكاتب على حاله لانه مع بقاء الكتابة ليس بمحل للبيع كالحر والبيع لا ينفذ بدون المحل والملك لا يثبت بالقبض اذا لم يكن العقد منعقداً فلهذا كان عتق المشترى باطلا وان قال المكاتب قد عجزت وكسر المكاتبة فباعه المولى فبيعه جائز لان المكاتب يملك فسخ الكتابة بأن يعجز نفسه فانما صادفه البيع من المولى وهو قن وكذلك لو باع المكاتب برضاه يجوز فى ظاهر الرواية لما روينا من حديث بريرة ولأنهما قصدا تصحيح البيع ولا وجه لذلك الا بتقديم فسخ الكتابة فيتقدم فسخ الكتابة ليصح البيع وقد بينا مافي هذا الفصل من اختلاف الروايات فيما أمليناه من شرح الجامع رجل كاتب عبده على ألف وهي حالة فكاتب العبد أمة على الفين ثم وكل العبد مولاه بقبض الالفين منها على ان الفا منها قضاء له من مكاتبته ففعل فان ولاء الامة للمولى لان المولى وكيل عبده فى قبض الألفين منها فتعتق هى بالاداء اليه ثم المولى يقبض احدى الألفين لنفسه بعد ما يقبضه للمكاتب فتبين بهذا ان عتقها يسبق عتق المكاتب ولو أدت الى المكاتب فعتقت قبل عتق المكاتب كان ولاؤها للمولى لان المكاتب ليس من أهل ان يثبت له الولاء فيخلفه مولاه فى ذلك فهذا مثله ولانا نعلم ان المكاتب لم يعتق قبلها ومالم يعتق قبلها لا يكون هو أهلا لولائها وليس للعبد المأذون له أن يعتق وان أذن له مولاه فيه اذا كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه وكما لا يكون للمولى أن يعتق كسبه اذا كان عليه دين فكذلك لا يكون له أن يأذن للعبد فيه أو نيبه مناب نفسه وان فعل والدين على العبد محيط بكسبه ورقبته ففى نفوذه اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى بناء على أن المولى هل يملك كسب العبد المديون وهي مسئلة المأذون وان لم يكن عليه دين جاز ذلك منه باذن المولى لان المولى يملك مباشرته بنفسه فان كسبه خالص ما ... فيملك ان ينيب العبد مناب نفسه وكذلك الكتابة فان كاتب عبداً باذن المولى ثم أعتقه مولاه ثم أدى المكاتب المكاتبة عتق وولاؤه للمولى دون العبد المعتق لان العبد كان نائبا عن المولى فى عقد الكتابة كالوكيل الا ترى ان المولى هو الذى يقبض بدل الكتابة منه فانما عتق عند الاداء على ملك المولى ولهذا كان الولاء له وهذا بخلاف مكاتب المكاتب اذا أدي بعد ما أعتق الاول لان الثاني مكاتب من جهة الاول باعتبار حق الملك

الذى له فى كسبه وقد انقلب ذلك بالعتق حقيقة ملك وكان حق قبض البدل له فانما عتق على ملك الاول فكان له ولاؤه وليس للعبد فى كسبه ملك ولا حق وبعد عتقه يكون كسبه الذى اكتسبه فى حالة الرق لمولاه وللصبي أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه وليس له أن يعتقه على مال لأن وليه يملك مباشرة الكتابة فى عبده دون العتق بمال فكذلك يصح اذنه في الكتابة دون العتق بمال واذا أدى المكاتب اليه البدل فولاؤه للصبي لانه عتق على ملكه واذا ثبت أن الصبي من أهل ولاء العتق فكذلك ولاء الموالاة للصبي أن يقبل ولاء من يواليه باذن وصيه أو أبيه ولهما أن يقبلا عليه هذا الولاء لما بينا أن عقد الولاء يتردد بين المنفعة والمضرة ومعنى المنفعة فيه أظهر ومثل هذا العقد يملكه الوصى على الصبي ويصح من الصبي باذن الولى لانه يتأيد رأيه بانضمام رأي الولى اليه كما فى التجارات وان أسلم صبي على يدى رجل ووالاه لم يجز عقد الموالاة لان حق الاستبداد باعتبار ما ظهر له من العقل والتمييز يثبت فيما يتمحض منفعة له دون ما يتردد بين المنفعة والمضرة والاسلام يتمحض منفعة له فيصح منه وأما عقد الولاء متردد بين المنفعة والمضرة فلا يصح منه مباشرته ما لم ينضم رأى وليه الى رأيه وكذلك ان فعله باذن وليه الكافر لانه لما حكم باسلامه فلا ولاية للاب الكافر عليه بل هو كاجنبي آخر منه في مباشرة هذا العقد عليه فكذلك فى الاذن له فيه وان أسلم رجل على يدى رجل على ان يكون ولاؤه لما فى بطن امرأته أو على ان يكون لاول ولد تلده لم يجز له ذلك لانه لا ولاية لأحد على مافي البطن في ايجاب العقد ولا فى قبوله وبدونه لا يثبت عقد الولاء فلهذا كان الحكم فى الموجود فى البطن هذا ففي المعدوم أصلا أولى رجل أعطى رجلا ألف درهم على ان يعتق عبده عن ابن المعطى وهو صغير ففعل فالعتق عن المولى الذى أعتق ولا يكون عن الصبي لان الصبي ليس له ولاية العتق في ملكه ولا لوليه ذلك عنه ولا يمكن اضمار التمليك من الصبي في هذا الالتماس لان الاضمار لتصحيح ما صرح به ان أعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف ان كان قبض فاذا لم يكن فى الاضمار تصحيح ماصرح به فلا معني للاشتغال به ولا يمكن اضمار التمليك من المعطى للمال في كلامه أيضا لانه ما التمس اعتاقه عن نفسه والتمليك فى ضمن هذا الالتماس فظهر أن العبد باق على ملك مولاه الى أن أعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف ان كان قبض وكذلك ان كان الآمر بذلك مكاتبا أو عبدا تاجرا بأن قال لحر أعتق عبدك عني على ألف درهم لانه ليس فى اضمار التمليك هنا تصحيح

ما صرح به فان المكاتب والعبد ليس لهما أهلية العتق في كسبهما وان كان العبد للصبي فقال رجل لأبيه أو وصيه أعتقه عني على ألف درهم ففعله الاب جاز لانه يصير مملكا العبد من الملتمس بالالف ثم نائبا عنه فى العتق وللولى حق هذا التصرف فى مال الصبي كالبيع وكذلك لو قال هذا حر لمكاتب أو عبد مأذون له عبد فقال أعتقه عنى على ألف درهم لانه يصير مملكا العبد منه بألف وذلك صحيح من المكاتب والمأذون فى كسبهما ثم ينوب عن الملتمس فى العتق وذلك صحيح منهما أيضا وان قال ذلك مكاتب لمكاتب لم يجز ولم يعتق لان اضمار التمليك انما يجوز لتصحيح ما صرح به والمكاتب الملتمس ليس بأهل للعتق فلما ثبت التمليك منه بهذا الالتماس بقى المأمور معتقا ملك نفسه وهو مكاتب فيكون الاعتاق باطلا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الولاء الموقوف

﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه رجل اشترى من رجل عبداً ثم شهد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف اذا جحد ذلك البائع لان المشترى مالك له في الظاهر وقد أقر بحريته بعتق نفذ فيه ممن يملكه ولو أنشأ فيه عتقا نفذ منه فكذلك اذا أقر بحريته بسبب صحيح ثم كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فالبائع يقول المشترى كاذب وانما عتق عليه باقراره والمشترى يقول عتق على البائع وولاؤه له وليس لواحد منهما ولاية الزام صاحبه الولاء فبقي موقوفا فان صدقه البائع بعد ذلك لزمه الولاء ورد الثمن لانه أقر ببطلان البيع وانه كان حراً من جهته حين باعه وكذلك ان صدقه ورثته بعد موته اما فى حق رد الثمن فلأنه أوجب من التركة والتركة حقهم وأما فى حق الولاء ففي القياس لا يعتبر تصديق الورثة لانهم يلزمون الميت ولاء قد أنكره وليس لهم عليه ولاية الزام الولاء ألا ترى أنهم لو أعتقوا عنه عبداً لم يلزمه ولاؤه فكذلك هذا ولكنه استحسن فقال ورثته يخلفونه بعد موته ويقومون مقامه فى حقوقه فيكون تصديقهم كتصديقه فى حياته ألا ترى أن فى النسب يجعل اقرار جميع الورثة اذا كانوا عدداً كاقرار المورث فكذلك فى الولاء وان كان اقر بالتدبير فانكره البائع فهو موقوف لا يخدم واحداً منهما لان كل واحد منهما تبرأ عن خدمته ولكنه يكتسب فينفق على نفسه فاذا مات البائع عتق لان المشترى مقر أنه

مدبر البائع قد عتق بموته والبائع كان مقراً أنه ملك المشترى وان اقراره فيه نافذ فيحكم بعتقه وولاؤه موقوف فان صدقه الورثة لزم الولاء البائع استحسانا لما قلنا أمة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها ولدت من صاحبه وصاحبه ينكر فانها تبقى موقوفة لا تخدم واحدا منهما لان كل واحد منهما يتبرأ عنها ويزعم انها أم ولد صاحبه وان حقه فى ضمان نصف القيمة على صاحبه فتبقى موقوفة حتى يموت أحدهما فاذا مات أحدهما عتقت لان الحى منهما مقر بانها كانت أم ولد للميت وقد عتقت بموته والميت منهما كان مقرا بانها أم ولد الحى وان اقراره فيها نافذ فيعتق باتفاقهما وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه أمة لرجل معروفة انها له ولدت من آخر فقال رب الامة بعتكها بألف وقال الآخر بل زوجتنيها فالولد حر لان فى زعم والده أنه ملك لمولى الامة فانه استولدها بالنكاح ومولى الامة يزعم أنه حر لانه باعها من أب الولد وانما استولد ملك نفسه فيثبت حرية الولد لاتفاقهما على ذلك عند اقرار مولى الأمة به وولاؤه موقوف لان مولى الامة ينفي ولاءه عن نفسه ويقول هو حر الاصل علق فى ملك أبيه والجارية موقوفة بمنزلة أم الولد لا يطأها واحد منهما ولا يستخدمها ولا يستغلها لان أب الولد يتبرأ عنها لانكاره الشراء ويزعم انها أمة لمولاها ومولاها يقول هي أم ولد لاب الولد لانى قد بعتها منه فتبقى موقوفة بمنزلة أم الولد لان مولاها أقر بذلك وأب الولد مقر بأن اقرار مولاها فيها نافذ فاذا مات أب الولد عتقت لان مولاها مقر بأنها عتقت بعد موت أب الولد لكونها أم ولد وأب الولد كان مقرا بأن اقرار مولاها فيها نافذ فلهذا عتقت وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ويأخذ البائع العقر من أب الولد قصاصا من الثمن لتصادقهما على وجوب هذا القدر من المال له عليه فان أب الولد يزعم أنه دخل بها بالنكاح فعليه صداقها لمولاها ومولاها يزعم أنه باعها منه فعليه الثمن وبعد ما تصادقا على وجوب المال في ذمته لا يعتبر اختلافهما في السبب ولكن يؤمر من عليه بأن يؤدى ذلك من الوجه الذى يدعيه ويقبضه الآخر من الوجه الذى يدعى أنه واجب له رجل أقر أن أباه أعتق عبده فى صحته أو في مرضه ولا وارث له سواه فولاؤه موقوف فى القياس ولا يصدق على الأب لأنه أقر بما لا يملك انشاءه فانه لا يملك أن يلزم ولاءه أباه بانشاء العتق فلا يصدق في الاقرار به لكونه متهما فى حق أبيه ولأن الولاء كالنسب وباقرار الوارث

اذا كان واحدا لايثبت النسب عن أبيه فكذلك لايثبت الولاء له ولكنه استحسن وألزم ولاء الاب اذا كان عصبتهما واحدا وقومهما من حي واحد لان الولاء أثر الملك واقراره في أصل الملك بعد موت الاب كاقرار الاب له في حياته فكذلك في أثره ثم الارث بحكم ذلك الولاء انما يثبت للابن المقر كما لو أعتقه بنفسه وعقد الجناية يكون على قومه فاذا كانا من حي واحد فهو غير متهم في حق قومه لانه لو أنشأ عتقه بنفسه يلزمهم عقل جنايته فكذلك اذا أقر به على أبيه وان كان الاب أعتقه قوم والابن أعتقه آخرون فالولاء موقوف لانه متهم في حق موالي الاب فانه لايملك أن يلزمهم عقل جنايته بانشاء العتق فيكون متهما في الاقرار به وهذا الفصل نظير النسب لانه لايملك اثبات حكمه في حق الأب وقومه بطريق الانشاء فلا يصدق في الاقرار به أيضا وان كان معه ابن آخر فكذبه كان له أن يستسعي العبد في حصته لان نصف العبد مملوك وهو يزعم أن صاحبه قد أفسده عليه باقراره كاذبا ولم يصر بذلك ضامنا كما لو شهد على شريكه بالعتق بل احتبس نصيبه عند العبد فله ان يستسعيه في نصف قيمته ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولاء هذا النصف للذي استسعاه لانه يدعيه ويزعم انه عتق على ملكه بأداء السعاية وولاء النصف الآخر للميت لان الولد المقر يزعم ان ولاء الكل للميت واقراره صحيح فيما هو من حقه كما لو لم يكن معه غيره ولهذا جعلنا ولاء حصته للميت اذا كان قومهما واحداً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولاء النصف الذي هو نصيب المقر للميت لهذا المعنى أيضاً وولاء النصف الذي استسعاه موقوف لأن عندهما العتق لايتجزى فالذي استسعاه يتبرأ من الولاء ويقول انما عتق هذا النصف باقرار شريكي لان اقراره كالعتق فالولاء في الكل له والمقر يزعم أنه ليس له بل هو للميت فيتعارض قولهما في نصيب الذي استسعاه فيبقى موقوفا حتى يرجع أحدهما الى تصديق صاحبه وكذلك ان كان في الورثة رجال ونساء فأقرت امرأة منهم بذلك ﴿ فان قيل ﴾ على قولهما لما أقر المستسعي بولاء نصيبه لصاحبه وصاحبه مقر به للميت فينبغي ان يثبت ولاء العبد كله من الميت ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن من ضرورة اثبات كل الولاء من الميت الحكم بأنه عتق من جهة الميت وذلك يسقط حق المستسعي في السعاية فلابقاء حقه في السعاية جعلنا ولاء هذا النصف موقوفا عبد بين رجلين قال أحدهما ان لم يكن دخل أمس المسجد فهو حر وقال الآخر ان كان دخل فهو حر قد بينا هذه المسئلة في كتاب العتاق

في الاسقاط نصف السعاية عن المملوك أعادها لبيان حكم الولاء وهو انهما اذا كانا معسرين يسعى العبد في نصف قيمته بينهما والولاء بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيب كل واحد عتق على ملكه باعتبار ما أدى اليه من السعاية وما سقط باسقاطه لا باعتبار الاحوال فيكون لكل واحد منهما ولاء نصيبه وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الولاء موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ويزعم أن صاحبه حانث وأن الكل عتق من جهته لان العتق عنده لا يتجزى فلهذا كان الولاء موقوفا وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يسعي في قيمته كاملة لهما والولاء موقوف لان العتق عند محمد رحمه الله تعالى لا يتجزي فكل واحد منهما يزعم أن صاحبه حانث وان الولاء كله له فلهذا يتوقف الولاء وكل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال لانه لصاحب الولاء وهو غير معلوم والمال الذي لا يعرف مستحقه يوقف في بيت المال حتى يظهر مستحقه وجنايته على نفسه لا يعقل عنه بيت المال لان بيت المال لا يرث ماله انما يوقف المال فيه ليظهر مستحقه فلا يعقل جنايته أيضاً وهذا لان بيت المال انما يعقل جناية من يكون ولاؤه للمسلمين ومن عليه ولاء عتاقة لا يكون ولاؤه للمسلمين ونحن نتيقن أن على هذا الرجل ولاء عتاقة فلهذا لا يجعل عقل جنايته على بيت المال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب آخر من الولاء

﴿قال﴾ رضي الله عنه واللقيط حر يرثه بيت المال ويعقل عنه هكذا نقل عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهذا لان الحرية والاسلام تثبت له باعتبار الدار فيكون ولاؤه لأهل دار الاسلام يرثونه ويعقلون جنايته ومال بيت المال مال المسلمين بخلاف مال من عليه ولاء موقوف لان ذلك منسوب الي المعتق وهذا غير منسوب الى أحد حتي لو والى اللقيط انسانا قبل أن يعقل عنه بيت المال جنايته فولاؤه له لانه صار منسوبا اليه بالولاء حين عاقده وولاؤه لبيت المال لم يتأكد بعقل الجناية حتى لو تأكد بعقل الجناية لم يملك أن يوالى أحدا ﴿فان قيل﴾ الولاء عليه للمسلمين ثبت شرعا فلا يملك ابطاله بعقده كولاء العتق ﴿قلنا﴾ نعم ولكن ثبوته لمعنى ذلك المعنى يزول بالعقد وهو أنه غير منسوب الى أحد بخلاف مولى العتاقة فان ثبوت الولاء عليه لمعنى لا يزول ذلك بالعقد وحكم موالى اللقيط كحكم اللقيط

لانهم ينسبون اليه بولاء العتق أو الموالاة وولاؤه للمسلمين فكذلك ولاء مواليه كما فى معتق المعتق وكذلك الكافر أسلم ولا يوالى أحدا لانه غير منسوب الى أحد بالولاء وهو من أهل دار الاسلام فهو كاللقيط فان كان بينه وبين رجل من العرب عبد فاعتقاه فجنى جناية كان نصف الجناية على عاقلة العربي لان نصف ولائه له ونصفها على بيت المال لان نصف ولائه لمن هو مولى المسلمين وكذلك اذا ادعيا ولداً وأقاما البينة فهو ولدهما ونصف جنايته على قبيلة العربى ونصفه على بيت المال باعتبار ثبوت نسبه من اللقيط والعربى جميعاً ﴿قال﴾ ذمى أعتق مسلما أو كافراً فأسلم الكافر كان ميراثه لبيت المال لانه مولى الكافر ولكن الكافر لا يرث المسلم وعقله على نفسه لانه منسوب بالولاء الى انسان ولا يمكن ايجاب عقل جنايته على بيت المال ولا وجه لايجابه على الكافر لان الكافر لا ينصر المسلم فكان عقل جنايته على نفسه ألا ترى انه لو مات مولاه ولا عشيرة له من الكفار كان ماله مصروفا الى بيت المال ﴿ قال ﴾ ولو جني جناية كان عقل جنايته على نفسه فكذلك حال المعتق وهذا اذا لم يكن للذمي عشيرة من المسلمين فان كان له ذلك فميراثه له لانه أقرب عصبة من المعتق وان والى هذا المعتق رجلا لم يجز لأن عليه ولاء عتاقة لكافر فلا يتمكن من ابطاله بعقد الموالاة وان أسلم مولاه المعتق ووالى رجلا صار هذا المعتق مولاه لأنه كان منسوبا اليه بالولاء وقد صار مولى لمن عاقده نصرانى أعتق عبداً له مسلما كان ولاؤه لقبيلة مولاه الذى أعتقه ان كان من بنى تغلب فهو تغلبي منسوب اليهم يعقلون عنه ويرث المسلمون منهم أقربهم الى مولاه عصوبة لان الولاء يثبت للمعتق وان كان نصرانياً الا أنه لا يرث لكونه مخالفا له فى الدين فيقوم أقرب عصبته مقامه فى استحقاق ميراثه وعقل جنايته على قبيلة مولاه كعقل جناية مولاه لانه منسوب اليهم بالولاء وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض به الولاء الاول وكان حكم الولاء للعتق الذى يحدث من بعد عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه لا ينتقض الاول بالاسترقاق فربما يقول لا يسترق من عليه ولاء لمسلم لان الولاء كالنسب ولا يبطل النسب بالاسترقاق أو لمراعاة حق المسلم فى الولاء لا يجوز استرقاقه كالحرية المتأكدة بالاسلام لا يجوز ابطالها بالرق ﴿ولكنا﴾ نقول سبب الولاء الاول قد انعدم بالاسترقاق وهو العتق وقوة المالكية التى حدثت فيه ولا بقاء للحكم بعد بطلان السبب ولا يجوز أن يمتنع الاسترقاق لان سببه قد تقرر فلا يمتنع الا لمانع

وهى العصمة ولا عصمة باعتبار الولاء كما لا عصمة له باعتبار نسب المسلم حتى يجوز استرقاق الحربى وان كان له والد مسلم واذا صار رقيقا للثانى فاعتقه فقد اكتسب سبب الولاء عليه لنفسه فلهذا كان مولى له حربى أعتق عبداً فى دار الحرب ثم خرجا مسلمين كان له ان يوالى من شاء لما بينا ان عتقه فى دار الحرب باطل لانه ان لم يخل سبيله فلا ولاية له عليه وان خلى سبيله كان عتقه نافذاً ولكن لا يثبت الولاء له لان ذلك من حكم الاسلام فلا يجرى على أهل الحرب ولئن ثبت الولاء فهو أثر من آثار الملك ولا حرمة لملكه فكذلك لا حرمة لأثر ملكه ولكن باحراز العبد نفسه في دار الاسلام يبطل ذلك كله فله أن يوالى من شاء حربى دخل دارنا بأمان فاشترى عبداً فأعتقه أو أعتق عبداً جاء به من دار الحرب معه ثم رجع الى دار الحرب فأسر وجرى عليه الرق فمعتقه مولاه لا يتحول عنه أبداً لان سبب ثبوت الولاء له العتق واحداث القوة في المملوك وذلك باق بعدما صار رقيقا وضعف حاله بسبب الرق لا يكون فوق ضعف حاله بالموت والولاء الثابت للمعتق لا يبطل بالموت فكذلك برقه ﴿فان قيل﴾ الرق الذى حدث فيه ينافي ابتداء الولاء بالعتق وان تقرر سببه منه كما بينا في المكاتب فكذلك ينافى بقاءه ﴿قلنا﴾ لا كذلك ولكن الرق مناف حقيقة الملك وعليه يترتب العتق الذي يعقبه الولاء ولا حاجة الى ذلك في ابقاء الولاء وهو نظير الموت فى أنه ينافى الملك وابتداء الولاء للميت ولا ينافى بقاءه فان مات معتقه كان ميراثه في بيت المال لان مولاه رقيق لا يرثه وليس له عشيرة من المسلمين فيوضع ماله فى بيت المال نصيب كل مال ضائع وعقل جنايته على نفسه لانه منسوب بالولاء الى انسان فان عتق هذا الحربي صار مولى لمعتقه وكذلك معتقه يكون مولى له بواسطة أم ولد لحربى خرجت الينا مسلمة فهى حرة توالى من شاءت لما بينا انها أحرزت نفسها بدار الاسلام ولو كانت قنة فأحرزت نفسها بالدار كانت تعتق لملكها نفسها ولا ولاء عليها لاحد فكذلك اذا كانت أم ولد ولهذا كان لها ان توالى من شاءت والاصل فيه ماروى ان ستة من عبيد أهل الطائف خرجوا مسلمين حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصرا لهم ثم خرج مواليهم يطلبون ولاءهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله مسلم دخل دار الحرب بأمان أو أسلم حربى هناك ثم أعتق عبداً اشتراه في دار الحرب ثم أسلم عبده لم يكن مولاه في القياس وله أن يوالى من شاء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

لان ثبوت الولاء عليه من حكم الاسلام وحكم الاسلام لايجرى على الحربى فى دار الحرب فاذا لم يثبت علي هذا المعتق الحربى ولاء حين أسلم فله أن يوالى من شاء وقال أبو يوسف أجعله مولاه استحسانا لما ورد فى الخبر من عتق النبي عليه الصلاة والسلام زيد بن حارثة وعتق أبى بكر رضى الله عنه سبعة ممن كان يعذب في الله تعالى بمكة منهم صهيب وبلال وكان ولاؤهم له وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى كان هذا قبل أن يؤمر بالقتال وقبل أن تصير مكة دار الحرب وانما صارت دار حرب بعدما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وأمر بالقتال فجرى حكم الاسلام فى دار الاسلام على ان أولئك المعتقين كانوا مسلمين وكانوا يعذبون بمكة والمسلم اذا أعتق عبداً مسلما فى دار الحرب فولاؤه له حربى اشترى في دار الاسلام عبداً فاعتقه ثم رجع الحربى الي دار الحرب فاسر واسترق فاشتراه معتقه وأعتقه فولاء الاول للآخر وولاء الآخر للاول لانه تقرر من كل واحد منهما اكتساب سبب الولاء في صاحبه ولا منافاة بين الولاءين لانه اذا كان يجوز نسبة كل واحد من الأخوين بالاخوة الى صاحبه فكذلك نسبة كل واحد من المعتقين الى صاحبه بالولاء حربي مستأمن اشتري عبداً مسلما فأدخله دار الحرب فهو حر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقد بيناه في كتاب العتاق ولا يكون ولاؤه للذى أدخله فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه انما عتق بعد وصوله الى دار الحرب وزوال العصمة عن ملك الحربى وثبوت الولاء باعتبار عصمة الملك فاذا لم يبق لملكه عصمة لايثبت له ولاؤه وعند أبي يوسف ومحمد ان أعتقه الذي أدخله فولاؤه له لان المسلم من أهل دار الاسلام وان كان في دار الحرب فهو ملتزم لحكم الاسلام فيثبت الولاء له بالعتق ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما عتق لملكه نفسه لانه لما دخل دار الحرب حل له قتل مولاه وأخذ ماله وهو قاهر لمولاه فى حق نفسه فيعتق بملكه نفسه ولهذا لايكون عليه ولاء واذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب لم يعتق بنفس الاسلام لانه لم يكن محرزاً نفسه بدار الاسلام قبل هذا وملكه نفسه بالاحراز بخلاف الاول على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان محرزاً نفسه بدار الاسلام ولم يبطل ذلك بادخال الحربي اياه دار الحرب فان باعه الحربي من مسلم أو حربى مثله فهو حر فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان ملك الحربى زال عنه بالبيع وملك الحربى متي زال عن العبد المسلم في دار الحرب يزول الى العتق كما لو خرج مراغما وعندهما

لا يعتق لان المشترى يخلف البائع فى ملكه وهى مسئلة السير فان غنمه المسلمون عتق بالاتفاق لان يده في نفسه أقرب من أيدى المسلمين اليه فيصير محرزاً نفسه بمنعة الجيش حربي خرج مستأمنا فى تجارة لمولاه فأسلم لم يعتق ولكن الامام يبيعه ويمسك ثمنه على مولاه لان مالية الحربى فيه صار معصوما بالامان فلا يعتق ولكن بعد الاسلام لايجوز ابقاء المسلم فى ملك الكافر ألا ترى ان مولاه لو كان معه يجبره الامام على بيعه ولم يتركه ليرجع به الى دار الحرب فاذا لم يكن المولى معه ناب الامام عنه فى البيع ويمسك ثمنه على مولاه حتى يجيء فيأخذه وكذلك لو كان أسلم فى دار الحرب ثم خرج الينا في تجارة لمولاه لانه ماقصد بالخروج احراز نفسه على مولاه فهو كما لوخرج مع مولاه فى تجارة بخلاف مااذا خرج مراغما لانه قصد احراز نفسه عن مولاه فكان حراً يوالى من شاء مالم يعقل عنه بيت المال فان عقل عنه بيت المال لم يكن له أن يوالى أحداً لان ولاءه للمسلمين قد تأكد بعقد جنايته رجل ارتد ولحق بدار الحرب فمات مولي له قد كان أعتقه قبل ردته فورثه الرجال من ورثته دون النساء ثم خرج ثانيا أخذ ماوجد من مال نفسه فى يد ورثته ولم يأخذ ماوجد من مال مولاه في أيديهم لانه كان مرتدا حين مات مولاه والمرتد لا يرث وأنما يعاد اليه بعد الاسلام المال الذى كان له قبل الردة فأما ما لم يكن مملوكا قط لا يعاداليه لانه لوأسلم كان هذا ملكا مبتدءاً له وبسبب اسلامه لايستحق تملك المال على أحد ابتداء وكذلك ان كان في دار الاسلام حين مات مولاه لانه مرتد فلا يرث المسلم ولكن يجعل هو كالميت فى إرث مولاه فيكون ميراثه لاقرب عصبة منه من المسلمين امرأة من بنى أسد أعتقت عبداً لها فى ردتها أو قبل ردتها ثم لحقت بدار الحرب فسبيت فاشتراها رجل من همدان فأعتقها فانه يعقل عن العبد بنو أسد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وترثه المرأة ان لم يكن له وارث لان قبل ردتها كان عقل جناية هذا المعتق على بنى أسد باعتبار نسبة المعتقة اليهم وذلك باق بعد السبى فان النسب لا ينقطع بالسبي وبعد ما عتقت هى منسوبة اليهم بالنسب أيضاً فكان عقل جنايته عليهم ألا ترى أنه بعد السبي قبل العتق كان الحكم هكذا فلا يزداد بالعتق الا وكادة ثم رجع يعقوب عن هذا وقال يعقل عنه همدان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان المعتقة لما سبيت فأعتقت صارت منسوبة بالولاء الى قبيلة معتقها فكذلك معتقها يكون منسوبا اليهم بواسطتها وهذا لان ولاء العتق فى

الحكم أقوى من النسب ألا ترى ان عقل جنايتها يكون على قوم معتقها ولو أعتقت بعد هذا عبداً كان مولى لقوم معتقها فكذلك ما سبق وقبل الردة انما كان المعتبر النسبة لانعدام ولاء العتق عليها فاذا ظهر ولاء العتق كان الحكم له كما ينسب الولد بالولاء الى قوم أمه ما لم يظهر له ولاء في جانب أبيه فاذا ظهر كان الحكم له وكذلك لو كانت معتقة للأولين لما بينا أن الولاء الثابت عليها للأولين قد بطل حين سبيت وأعتقت فكذلك ما ينبني عليه من ولاء معتقها رجل ذمي أعتق عبداً فأسلم العبد ثم نقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب فليس للعبد أن يوالي أحدا لان الولاء ثابت عليه لمعتقه وان صار حربيا باعتبار أن صيرورته حربيا كموته وان جني جناية لم يعقل عنه بيت المال وكانت عليه في ماله لانه منسوب بالولاء للانسان وانما يعقل بيت المال عمن لا عشيرة له من المسلمين ولا ورثة واذا أسلمت امرأة من أهل الذمة ثم أعتقت عبدا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبي أبوها من دار الحرب كافرا فأعتقه رجل لم يجر ولاء مولاها لانها حرة حربية فلا تصير مولى لموالى أبيها لما بينا أن حكم الاسلام لا يجرى على الحربية في دار الحرب وانما يجر ولاء معتقها الى موالى الاب بواسطتها فاذا لم تثبت هذه الواسطة في حقهم لا يجر اليهم الولاء فان كان مولاها الذى أعتقته مسلما فجنى جناية فعقله على بيت المال لانها حين أعتقت العبد كان ولاؤها لبيت المال ألا ترى أنها لو جنت كان عقل جنايتها على بيت المال فيثبت ذلك الحكم في حق مولاها ثم يبقى بعد ردتها كما يبقي بعد موتها لو ماتت لان من هو من أهل دار الحرب فهو في حق المسلمين كالميت امرأة من العجم أسلمت ثم أعتقت عبدا ثم سبي أبوها فاشتراه رجل فأعتقه فان ولاء المرأة وولاء مولاها الى موالى الاب ويجر بواسطتها ولاء معتقها الى موالى الاب أيضاً وهذا لان ثبوت الولاء عليها للمسلمين لا يمنعها من أن توالى انسانا فلا يمنع جرولائها الى قوم الاب بعد ما عتق الاب حربي أو مرتد أسلم في دار الحرب ثم أعتق عبدا مسلما ثم رجع عن الاسلام فأسر فأسلم العبد وابى المولى ان يسلم فقتل فولاء العبد للمولى لا يتحول عنه لان قتله بعد الردة كموته والولاء الثابت لا يبطل بموته فان كان له عشيرة كان عقله عليهم وان لم يكن له عشيرة فميراثه لبيت المال وعقله على نفسه لما بينا أنه منسوب بالولاء الى انسان بعينه فلا يعقل عنه بيت المال فاذا تعذر ايجاب عقل جنايته على غيره جعل على نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاقرار بالولاء

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه رجل أقر أنه مولى فلان مولى عتاقة من فوق أو من تحت وصدقه الآخر فهو مولى له ويعقل عنه قومه لان الولاء كالنسب والاقرار بالنسب صحيح من الاب والابن جميعاً فكذلك الاقرار بالولاء وهذا لان الاسفل يقر على نفسه بأنه منسوب الى الأعلى بالولاء والاعلى يقر على نفسه بأنه منسوب اليه وأن عليه نصرته واقرار كل واحد منهما على نفسه نافذ وان كان له أولاد كبار وأنكروا ذلك وقالوا أبونا مولى عتاقة لفلان آخر فالاب يصدق على نفسه والاولاد مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للأب عليهم بعد البلوغ فى عقد الولاء فكذلك فى الاقرار به وهم يملكون مباشرة عقد الولاء على أنفسهم بعد البلوغ فيملكون الاقرار به واذا ثبت هذا فى ولاء الموالاة فكذلك فى ولاء العتاقة لانهما فى النسبة والنصرة سواء وان كان الاولاد صغاراً كان الاب مصدقا عليهم لانه يملك مباشرة عقد الولاء عليهم بولاية الابوة فينفذ اقراره عليهم أيضاً ولان الصغار من الاولاد يتبعونه فى الاسلام ولا يعتبر اعتقادهم بخلافه فان كانت لهم أم فقالت أنا مولاة فلان وصدقها مولاها بذلك فالولد مولى موالى الاب لان كل واحد من الابوين أصل فى حق نفسه ولو كان ولاء كل واحد منهما معروفا كان الولد مولى لموالى الاب ولو قالت الام للاب أنت عبد فلان وقال كنت عبد فلان فاعتقنى وصدقه فلان فالقول قول الاب لان بتصادقهما ظهر فى جانب الاب ولاء فلا يلتفت الى قولها في حق الولد بعد ذلك وكذلك لو قالت هم ولدى من غيرك لان الولد للفراش وفراش الزوج عليها ظاهر فلا تصدق فيما تدعي من فراش آخر عليها غير معلوم ولو قالت ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى لموالىّ وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولاء كالنسب وفى مثل هذا لو اختلفا فى النسب بان قالت المرأة ولدته بعد النكاح لاقل من ستة أشهر وقال الزوج بل لستة أشهر كان القول قول الزوج لظهور فراشه عليها فى الحال فكذلك فى الولاء لظهور ولاء الاب فى الحال وهو موجب جر ولاء الولد مالم يعلم أنه كان مقصوداً بالعتق امرأة في يدها ولد لا يعرف أبوه أقرت انها معتقة هذا الرجل وصدقها ذلك الرجل لم تصدق على الابن في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهي مصدقة

فى قول أبي حنيفة لان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى هى تملك مباشرة عقد الولاء على ولدها ويتبعها الولد في الاسلام فتصدق فى الاقرار عليه بالولاء أيضا وكذلك ان قالت كان زوجى رجلا من أهل الارض أسلم أو كان عبداً صدقت على الولد فى قول أبى حنيفة ولا تصدق فى قولهما لان عندهما لا تملك مباشرة عقد الولاء عليه وان كان زوجها رجلا من العرب وهي لا تعرف فأقرت انها مولى عتاقة لرجل صدقت على نفسها ولا تصدق على الولد فى قول أبي حنيفة لان الولد بماله من النسب مستغن عن الولاء واعتبار قولها عليه لمنفعة الولد فاذا لم توجد المنفعة هنا لا يعتبر قولها عليه بخلاف ماسبق والاقرار بولاء العتاقة والولاء سواء فى الصحة والمرض كالاقرار بالنسب وهذا لان تصرفه فى المرض انما يتعلق بالمحل الذى يتعلق به حق الغرماء والورثة وذلك غير موجود في الولاء واذا قال فلان مولى لى قد أعتقته وقال فلان بل انا أعتقتك لم يصدق واحد منهما على صاحبه فى قول أبى حنيفة اعتبارا للولاء بالسبب ولو قال أنا مولى لفلان وفلان اعتقانى فأقر أحدهما بذلك وانكر الآخر وحلف ماأعتقته فهو بمنزلة عبد بين اثنين يعتقه أحدهما وان قال أنا مولى فلان أعتقنى ثم قال لا بل أعتقنى فلان فهو مولى للاول لانه رجع عن الاقرار بالولاء للاول وهو لا يملك ذلك وبعد ماثبت عليه الولاء للاول لا يصح اقراره بالولاء للثانى ولو قال أعتقني فلان أو فلان وادعى كل واحد منهما فهذا الاقرار باطل لجهالة المقر له فان الاقرار للمجهول غير ملزم اياه شيئاً فيقر بعد ذلك لايهما شاء أو لغيرهما انه مولاه فيجوز ذلك كما لو لم يوجد الاقرار الاول رجل اقر انه مولى لامرأة أعتقته فقالت لم أعتقك ولكنك أسلمت على يدى وواليتنى فهو مولاها لانهما تصادقا على ثبوت أصل الولاء واختلفا في سببه والاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لأحكامها وليس له ان يتحول عنها في قول أبي حنيفة رحمه الله وله ذلك في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانه انما يثبت عليه بأقراره مقدار ماوجد فيه التصديق وذلك لا يمنعه من التحول وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقر يعامل في اقراره كأنما أقر به حق وفى زعمه ان عليه ولاء عتاقة لها وذلك يمنعه من التحول وأصل المسئلة فى النسب اذا أقر لانسان فكذبه ثم ادعاه لم يصح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو صحيح فى قولهما وقد بيناه فى العتاق وان أقر انه أسلم على يدها ووالاها وقالت بل أعتقتك فهو مولاها وله ان يتحول عنها ما لم يعقل عنه قومها لان الثابت عند التصديق مقدار ما أقر به المقر وهو انما أقر بولاء

الموالاة وذلك لا يمنعه من التحول مالم يتأكد بعقل الجناية وان أقر ان فلانا أعتقه وقال فلان ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر انه مولى لآخر لا يجوز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قولهما اعتبارا للولاء بالنسب وفي النسب في نظيره خلاف ظاهر منهم فكذلك في الولاء واذا مات رجل وادعى رجلان كل واحد منهما انه أعتقه وصدق بعض أولاده من الذكور والاناث أحدهما وصدق الباقون الآخر فكل مولى الذى صدقه لان الاولاد البالغين كل واحد منهم أصل في مباشرة الولاء على نفسه ذكراً كان أو انثى فكذلك اقرار كل واحد منهما بالولاء للذى صدقه صحيح في حق نفسه والله سبحانه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب عتق ما في البطن

(قال) رضى الله عنه رجل قال لأمته ما في بطنك حر ثم قال ان حبلت فسالم حر فولدت بعد هذا القول لأقل من سنتين فالقول فيه قول المولى لجواز أن يكون هذا الولد موجودا في البطن وقت الايجاب فانما يعتق هذا أو كان من حبل حادث فانما يعتق سالم وقد بينا أن العلوق انما يستند الى أقرب الاوقات اذا لم يكن فيه اثبات عتق بالشك فأما اذا كان فيه اثبات عتق بالشك فانما يعتبر اليقين لان بالشك لا يزول وهنا تيقنا بحرية أحدهما فالبيان فيه الي المولى كما لو قال لعبدين له أحدكما حر فان أقر انها كانت حاملا يومئذ فهذا منه اقرار بعتق الولد وان أقر أنه حبل مستقبل عتق سالم لاقراره به وان جاءت به لأكثر من سنتين عتق سالم لانا تيقنا أنه من علوق حادث رجل أوصى بما في بطن أمته لرجل فاعتقه الموصى له بعد موته فان عتقه جائز وهو مولاه لان الوصية أخت الميراث فكما ان الجنين يملك بالارث فكذلك بالوصية وعتق الموصي له في ملكه نافذ فان ضرب انسان بطنها فالقته ميتاً ففيه مافي جنين الحرة وهو ميراث لمولاه الذى أعتقه لان بدل نفس الجنين موروث عنه وأبواه مملوكان فكان ميراثاً لمولاه ولو أوصى بما في بطن أمته لفلان فاعتقه الموصى له به وأعتق الوارث الامة وأعتق مولى الزوج زوج الأمة فولاء الولد للموصى لانه مقصود بالعتق من جهته فان ضرب انسان بطنها فألقته ميتا ففيه ما في جنين الحرة ميراثا لأبويه لانهما حران عند وجوب بدل نفس الجنين فان كانا اعتقا بعد الضربة

قبل أن يسقط أو بعد الاسقاط فالغرة للذى أعتق الولد لانه يحكم بموت الجنين عند الضربة ولهذا وجب البدل به وعند ذلك كانا مملوكين فلا يرثانه وان عتقا بعد ذلك بل الميراث للمعتق وانما يستقيم هذا الجواب وهو ان ولاء الجنين للمعتق اذا كان عتق مافي البطن أولا أو كانا سواء فأما اذا أعتق الوارث الام أولا فان الجنين يعتق بعتق الام ويكون الوارث ضامنا للموصى له قيمة الجنين يوم تلد ولا يتصور الاعتاق من جهته فى الجنين بعد ذلك ولا يثبت له ولاؤه واذا أعتق الرجل مافى بطن أمته فولدت لستة أشهر فقالت للمولى قد أقررت أنى حامل بقولك مافى بطنك حر وقال المولى هذا حبل حادث فالقول قول المولى لانكاره العتق وما تقدم لايكون اقراراً منه بوجود الولد في البطن يومئذ بل معناه ما في بطنك حر ان كان فى بطنك ولد ولو أعتق أمته وهى معتدة فجاءت بولد لتمام سنتين من وقت وجوب العدة عليها فهو مولى لموالى الام لانا حكمنا بأن العلوق كان سابقا على اعتاقه اياها حين أثبتنا نسب الولد من الزوج فان ولدت ولدين أحدهما لتمام سنتين والآخر بعد ذلك بيوم فكذلك أيضاً هكذا ذكره فى الاصل وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فأما عند محمد رحمه الله تعالى يكون الولد لموالي الاب هنا وكانها ولدتهما لاكثر من سنتين قال اتبع الشك اليقين وهما يتبعان الثانى الأول وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الزيادات ولا يمين في الولاء فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ادعى الاعلى أو الاسفل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيه اليمين وقد بينا هذا مع نظائره فى كتاب النكاح والدعوى ولا خلاف ان المولى اذا جحد العتق فانه يستحلف لان العتق مما يعمل فيه البدل فيجرى فيه الاستحلاف وعند نكوله يقضى بالعتق ثم الولاء ينبني عليه وهو نظير المرأة تستحلف في انقضاء العدة ثم اذا نكلت ينبني عليه صحة رجعة الزوج وكذلك لو ادعى رجل عربى على ورثة ميت قد ترك ابنة ومالا أنه مولاه الذى أعتقه وله نصف ميراثه فلا يمين على الابنة فى الولاء ولكن تحلف أنها ماتعلم له فى ميراث أبيها حقا ولا ارثا لأن هذا استحلاف فى المال والمال مما يعمل فيه البدل وهو كمن ادعى ميراثا بنسب لايستحلف المنكر على النسب عنده ويستحلف على الميراث وان ادعى عربى على نبطى أنه والاه وجحده النبطى فلا يمين عليه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وولاء الموالاة في فى هذا كولاء العتاقة فان أقر به بعد انكاره فهو مولاه ولا يكون جحوده نقضا للولاء

وكذلك لو كان العربى هو الجاحد لان النقض تصرف في العقد بالرفع بعد الثبوت وانكار أصل الشئ لايكون تصرفا فيه بالرفع كانكار الزوج لأصل النكاح وان ادعى نبطى علي عربى أنه مولاه الذى أعتقه والعربى غائب ثم ادعى النبطى ذلك على آخر وأراد استحلافه فانه لاحلف لوجهين (أحدهما) أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الاستحلاف فى الولاء (والثاني) أنه قد ادعي ذلك على غيره ولو أقر الثانى له بذلك لم يكن مولاه في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فكيف يستحلف على ذلك وعندهما ان قدم الغائب فادعى الولاء فهو أحق به وان أنكر فهو مولى للثانى رجل من الموالى قتل رجلا خطأ فادعى ورثته على رجل من قبيلة أنه أعتقه وأرادوا استحلافه فليس لهم ذلك لانه لايمين فى الولاء ولأنه ليس بخصم لهم وان أقر الرجل به لم يصدق على العاقلة لانه متهم في حق العاقلة وانما يريد أن يلزمهم مالا باقراره وهو لايملك أن يلزمهم ذلك بانشاء التصرف في هذه الحالة فكذلك بالاقرار وتكون الدية على القاتل فى ماله لان أصل وجوب الدية عليه فى ماله وان كان المقتول من الموالى فادعى رجل أنه أعتقه قبل القتل وأنه لاوارث له غيره وأراد استحلاف القاتل على الولاء وهو مقر بالقتل لم يستحلف عليه ولكن يحلف مايعلم لهذا فى دية فلان المسمى عليك حقاً لانه لو أقر بما ادعاه المدعى أمر بتسليم الدية اليه فاذا أنكر يستحلف على ذلك لرجاء نكوله فأما أصل الولاء فلا يمين فيه على من يدعيه فكيف على غيره وولد الملاعنة من قوم أمه وعقل جنايته عليهم لانه لا نسب له ولا ولاء من جانب الاب فيكون منسوبا الى قوم الام بالنسب ان كانت من العرب وبالولاء ان كانت من الموالى فان أعتق ابن الملاعنة عبداً فعقل جنايته على عاقلة الام أيضاً لان المعتق منسوب بالولاء الى من ينسب اليه المعتق بواسطة وقد بينا ان المعتق منسوب الى قوم أمه عليهم عقل جنايته فكذلك معتقه وان مات العبد بعد موت الابن وأمه ولا وارث له غيره ورثه أقرب الناس من الام من العصبات لان الولد لما كان منسوبا اليها كانت هي فى حقه كالاب ولو كان له أب كان ميراث معتقه لاقرب عصبة الاب بعد موته فكذلك هنا ولو كان لها ابن ثم مات المولى ولا وارث له غير ابن الام وهو أخ المعتق لامه فانه يرث المولى كأنه أخ المعتق لابيه وأمه ولان هذا الابن أقرب عصبة الام فى نسبة المعتق اليها كالاب فكذلك ابنها فى استحقاق ميراث المعتق كابن الاب ولو كان للمعتق أخ وأخت كان ميراث المولى للأخ دون الاخت لهذين

المعنيين ولو لم يكن له وارث غير أمه لم يكن لها من الميراث شيء لما بينا أنه لا يرث من النساء بالولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكان الميراث لأقرب الناس منها من العصبات لأنها لما لم ترث شيئاً كانت كالميتة فان ادعاه الاب وهو حي ثبت نسبه منه لأن النسب قد استتر باللعان بعد ما كان ثابتاً منه بالفراش وبقي موقوفا على حقه فاذا ادعاه فى حال قيام حاجته ثبت نسبه منه ورجع ولاء مواليه العتاقة والموالاة اليه ويرجع عاقلة الام بما عقلوا عنهم على عاقلة الاب وما كانوا متبرعين فى هذا الأداء بل كانوا مجبرين عليه فى الحكم فيرجعون عليهم وقد بينا الفرق بين هذا وبين ما اذا جر الأب ولاء الولد بعدما عقل عنه موالى الام وانما يرجعون على عاقلة الأب لما بينا أن النسب انما يثبت من وقت العلوق فتبين أن عاقلة الام أدوا ما كان مستحقا على عاقلة الاب وان كان الابن ميتا لم تجز دعوة الاب الا أن يكون بقى له ولد لانه بالموت استغنى عن النسب فدعوى الأب لا تكون اقراراً بالنسب بل تكون دعوى للميراث وهو في ذلك متناقض فان خلف الولد ابناً فحاجة ابن الابن كحاجة الابن في تصحيح دعوي الاب ولو كان ولد الملاعنة بنتا فماتت وتركت ولداً ثم ادعاه الاب جازت دعوته في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لأن موتها عن ولد كموت ابن الملاعنة عن ولد وهذا لان ولدها محتاج الى اثبات نسب أمه ليصير كريم الطرفين وفى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لم تجز دعوته لان نسبة هذا الولد الى أبيه دون أمه فان الولد من قوم أبيه ألا ترى أن ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنه كان من قريش وأن أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة فلا معتبر بوجود هذا الولد لما لم يكن منسوبا اليها فلهذا لا تصح دعوة الاب وان كان ولد الملاعنة أعتق عبداً ثم مات لاعن ولد فادعى الاب نسبه لم يصدق باعتبار بقاء مولاه لأن الولاء أثر الملك ولو بقى له أصل الملك على العبد لم يصدق هو فى الدعوة باعتباره فبقاء الولاء أولى وهذا لانه انما يعتبر بقاء من يصير منسوبا اليه بالنسب اذا صحت دعوته والمولى لا يصير منسوبا اليه بالنسب واذا لاعن بولدى توأم ثم أعتق أحدهما عبداً ومات فادعي الاب الحي منهما ثبت نسبهما لأنهما خلقا من ماء واحد فبقاء أحدهما محتاجا الى النسبة كبقائهما

واذا ثبت نسبهما جر الأب ولاء معتق الميت منهما الى نفسه كما لو كان ثابت النسب منه حين أعتقه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد انتهى شرح كتاب الولاء بطريق
الاملاء من الممتحن بأنواع البلاء يسأل من الله تعالى
تبديل البلاء والجلاء بالعز والعلاء فان ذلك عليه
يسير وهو على مايشاء قدير وصلى
الله على سيدنا محمد وعلى آله
وأصحابه الطاهرين

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الايمان

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رضي الله تعالى عنه اليمين في اللغة القوة ومنه قوله تعالى لأخذنا منه باليمين وقال القائل

رأيت عرابة الاوسى يسمو الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين *

فما يستعمل بالعهود والتوثيق والقوة يسمى يميناوقيل اليمين الجارحة فلما كانت يستعمل بذلها في العهود سمي مايؤكد به العقد باسمها وهي نوعان نوع يعرفه أهل اللغة وهو مايقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا أنهم لايخصون ذلك بالله تعالى وفي الشرع هذا النوع من اليمين لايكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لايجوز هتك حرمة اسمه بحال والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع أو الايجاب ولكن أهل اللغة لايعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم ثم بدأ الكتاب ببيان النوع الأول فقال الايمان ثلاثة وهذا اللفظ على النحو الذي ذكره محمد رحمه الله تعالى يروى عن رجلين من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين أبي مالك الغفاري وكعب بن مالك رحمهما الله ولم يرد عدد الايمان فان ذلك أكثر من أن يحصى وانما أراد أن اليمين بالله تعالى تنقسم في أحكامها ثلاثة أقسام يمين يكفر ويمين لايكفر ويمين يرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها فأما الذي يكفر فهو اليمين على أمر في المستقبل لايجاد فعل أو نفي فعل وهذا عقد مشروع أمر الله تعالى به في بيعة نصرة الحق وفي المظالم والخصومات وهي في وجوب الحفظ أربعة أنواع نوع منها يجب اتمام البر فيها وهو أن يعقد على أمر طاعة أمر به أو الامتناع عن معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة

ونوع لا يجوز حفظها وهو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصية لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصى الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين البر والحنث والحنث خير من البر فيندب فيه الى الحنث لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر وأدنى درجات الامر الندب ونوع يستوي فيه البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين أولى بظاهر قوله تعالى واحفظوا أيمانكم وحفظ اليمين يكون بالبر بعد وجودها فعرفنا أن المراد حفظ البر ومن حنث فى هذا اليمين فعليه الكفارة كما قال الله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين ويتخير بين الطعام والكسوة والاعتاق للتنصيص على حرف أو ولان البداية بالأخف والختم بالاغلظ اشارة الى ذلك لانها لو كانت مرتبة كانت البداية بالاغلظ والتى لا تكفر اليمين الغموس وهي المعقودة على أمر فى الماضي أو الحال كاذبة يتعمد صاحبها ذلك وهذه لىست بيمين حقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازاً لان ارتكاب هذه الكبيرة لاستعمال صورة اليمين كما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازاً لان ارتكاب تلك الكبيرة لاستعمال صورة البيع ثم لا ينعقد هذا اليمين فيما هو حكمه فى الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعى رحمه الله تعالى تنعقد موجبة للكفارة فمن أصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوت البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله أثبت المؤاخذة فى اليمين المكسوبة واليمين الغموس بهذه الصفة لانها بالقلب مقصودة ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة فى قوله بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم والعقد هو القصد ومنه سميت النية عقيدة وأوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل وقال فى آخر الآية ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما تجب بالغموس والمراد بقوله واحفظوا أيمانكم الامتناع من الحلف فان بعد الحلف انما يتصور حفظ البر وحفظ اليمين يذكر لمعنى الامتناع قال القائل

قليل الألايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت

ولان قوله خالف فعله في يمين بالله تعالى مقصود فيلزمه الكفارة كما في المعقودة على أمر في المستقبل وأقرب ما يقيسون عليه اذا حلف ليمسن السماء أوليحولن هذا الحجر ذهبا وهذا لان وجوب الكفارة في المعقودة على أمر في المستقبل لمعنى الحظر ولهذا سميت كفارة أى ساترة وهذا الحظر من حيث الاستشهاد بالله تعالى كاذبا وذلك بعينه موجود في الغموس ولان الغموس انما يخالف المعقودة على أمر في المستقبل في توهم البر والبر مانع من الكفارة وانعدام ما يمنع الكفارة يحقق معنى الكفارة فيها ولان في أحد نوعى اليمين وهو الشرط والجزاء يسوى بين الماضى والمستقبل في موجبه فكذلك في النوع الآخر ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها ولان الكفارة لو وجبت انما تجب لرفع هذا الوعيد المنصوص وذلك لايقول به أحد قال عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها اليمين الفاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم وقال اليمين الغموس تدع الديار بلاقع أى خالية من أهلها وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا نعد اليمين الغموس من الأيمان التى لا كفارة فيها والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر أو الايجاب وذلك لايتحقق في الماضى والخبر الذى ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولانه قارنها ما يحلها ولو طرأ عليها يرفعها فاذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها ما يحلها لانها عقدت على فعل في المستقبل فما يحلها انعدام الفعل في المستقبل ولهذا تتوقت تلك اليمين بالتوقيت ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشروعات تنقسم ثلاثة أقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهى تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث أنها لاتجب الاجزاء تشبه العقوبة ومن حيث أنه يفتى بها فلا تتأدى الا بنية العبادة وتتأدى بما هو محض العبادة كالصوم تشبه العبادات فينبغى أن يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على أمر في المستقبل لانه باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى باليمين مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة

بالحنث

بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فأما الغموس محظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى أولى فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا يجب فى المعقودة على أمر فى المستقبل بعد الحنث لان قبل الحنث ماهو الاصل قائم فاذا حنث فقد فات الاصل فتجب الكفارة ليكون خلفا ويصير باعتبارها كأنه عى بره وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلف عنه وفي مس السماء هكذا لان السماء عين ممسوسة فلتصور البر انعقدت اليمين ثم لفواته بالعجز من حيث العادة تلزمه الكفارة فى الحال خلفا عن البر فأما فيما نحن فيه لا تصور للبر فلا ينعقد موجبا لما هو الاصل فلا يمكن أن يجعل موجبا للخلف ولانه حينئذ لايكون خلفا بل يكون واجبا ابتداء ولا يمكن جعل الكفارة واجبة باليمين ابتداء لانها حينئذ لا تكون كبيرة بل تكون سبب التزام القربة ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم وحنثتم ومن أسباب الوجوب ماهو مضمر فى الكتاب كقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر فعدة من أيام أخر ثم ان الله تعالى أوجب الكفارة بعد عقد اليمين بقوله بما عقدتم الايمان والقراءة بالتشديد لا تتناول الا المعقودة وكذلك بالتخفيف لأنه يقال عقدته فانعقد كما يقال كسرته فانكسر وانما يتصور الانعقاد فيما يتصور فيه الحل لأنه ضده قال القائل * ولقلب المحب حل وعقد * ولا يتصور ذلك فى الماضي أو المراد بقوله بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة لأن دار الجزاء فى الحقيقة الآخرة فأما في الدنيا قد يؤاخذ المطيع ابتداء وينعم علي العاصي استدراجا والمؤاخذة المطلقة محمولة علي المؤاخذة فى الآخرة وبفصل الشرط والجزاء يستدل على ماقلنا فانه اذا أضيف الى الماضي يكون تحقيقا للكذب ولا يكون يمينا واليه يشير فى الكتاب ويقول أمر الغموس أمر عظيم والبأس فيه شديد معناه أن مايلحقه من المأثم فيه أعظم من أن يرتفع بالكفارة والنوع الثالث يمين اللغو فنفي المؤاخذة بها منصوص فى القرآن قال الله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم واختلف العلماء فى صورتها فعندنا صورتها أن يحلف على أمر فى الماضى أو فى الحال وهو يرى أنه حق ثم ظهر خلافه وهو مروي عن زرارة بن أبى أوفى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى احدى الروايتين وعن محمد رحمه الله قال هو قول الرجل فى كلامه لا والله بلي والله وهو قريب من قول الشافعى رضى الله تعالى عنه فان عنده اللغو

مايجري على اللسان من غير قصد في الماضي كان أو في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس قال اليمين اللغو يمين الغضب وروى عن عائشة رضى الله تعالى عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في تفسير اللغو قول الرجل لا والله بلى و لله وهو قول عائشة رضى الله تعالى عنها وتأويله عندنا فيما يكون خبراً عن الماضي فان اللغو مايكون خاليا عن الفائدة والخبر الماضي خال عن فائدة اليمين على ماقررنا فكان لغواً فأما الخبر في المستقبل عدم القصد لايعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء ولما أخذ المشركون حذيفة بن اليمان رضى الله عنه واستحلفوه أن لاينصر محمداً صلى الله عليه وسلم أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أوف لهم بعهودهم ونحن نستعين بالله عليهم والمكره غير قاصد ومع ذلك أمره بالوفاء به فدل أن عدم القصد لا يمنع انعقاد اليمين ممن هو من أهله وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان رفع الاثم ومن السلف من قال اللغو هو اليمين المكفرة وهذا باطل فان الله تعالى عطف اليمين التي فيها الكفارة على اللغو والشئ لا يعطف على نفسه ومنهم من يقول يمين اللغو اليمين على المعصية وقال بعضهم لا كفارة فيها وقال بعضهم هي محبطة بالكفارة أى لا مؤاخذة فيها بعد الكفارة وهذا أيضا فاسد فان كون الفعل معصية لا يمنع عقد اليمين عليه ولا يخرجه عن كونه سببا للكفارة كالظهار فانه منكر من القول وزور ثم كان موجبا للكفارة عند العود وهذا النوع لا يتحقق الا في اليمين بالله تعالى فأما في الشرط والجزاء لا يتحقق اللغو هكذا ذكره ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى لان عدم القصد لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق ﴿فان قيل﴾ فما معنى تعليق محمد رحمه الله تعالى نفى المؤاخذة في هذا النوع من الرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به ﴿قلنا﴾ نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص مع أنه لم يرد بهذا اللفظ التعليق بالرجاء انما أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا مر بالمقابر قال صلى الله عليه وسلم السلام عليكم ديار قوم مؤمنين وانا ان شاء الله بكم لاحقون وما ذكر الاستثناء بمعنى الشك فانه كان متيقنا بالموت وقد قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ولكن معنى ذكر الاستثناء

ما ذكرنا واذا حلف ليفعلن كذا ولم يوقت لذلك وقتا فهو على يمينه حتى يهلك ذلك الشيء الذي حلف عليه فيلزمه الكفارة حينئذ واعلم ان اليمين ثلاثة أنواع مؤبدة لفظا ومعنى بأن يقول والله لا أفعل كذا أبداً أويقول لاأفعل مطلقا والمطلق فيما يتأبد يقتضي التأبيد كالبيع ومؤقتة لفظا ومعنى بأن يقول لاأفعل كذا اليوم فيتوقت اليمين بذلك الوقت لان موجبه الحظر او الايجاب وذلك يحتمل التوقيت فيتوقت بتوقيته ومؤبد لفظا مؤقت معنى كيمين الفور اذا قال تعال تغدمعي فقال والله لا أتغدي يتوقت يمينه بذلك الغداء المدعو اليه وهذا النوع من اليمين سبق به أبو حنيفة رحمه الله تعالى ولم يسبق به وأخذه من حديث جابر بن عبد الله وابنه حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا وبناه على ماعرف من مقصود الحالف وهو الاصل فى الشرع أن يبتني الكلام على ماهو معلوم من مقصود المتكلم قال الله تعالى واستفزز من استطعت منهم بصوتك والمراد الامكان والاقدار لاستحالة الامر بالشرك والمعصية من الله تعالى ثم الكفارة لاتجب الا بعد فوت البر فى اليمين المطلقة وانما يفوت البر بهلاك ذلك الشيء الذى حلف عليه أو بموت الحالف وأما فى اليمين المؤقتة ففوت البر بمضي الوقت مع بقاء ذلك الشيء الذى حلف عليه ومع بقاء الحالف وأما اذا كان الحالف قد مات قبل مضى ذلك الوقت لاتجب الكفارة واذا هلك ذلك الشيء ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى واذا قال ورحمة الله لا أفعل كذا أو غضب الله وسخط الله وعذاب الله وثوابه ورضاه وعلمه فانه لايكون يمينا والحاصل أن نقول اليمين اما أن يكون باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته وذلك يبتنى على حروف القسم فلا بد من معرفتها أولا فنقول حروف القسم الباء والواو والتاء أما الباء فهي للالصاق في الاصل وهي بدل عن فعل محذوف فمعني قوله بالله أى احلف بالله قال الله تعالى ويحلفون بالله أو أقسم بالله قال تعالي وأقسموا بالله ولهذا يصح اقترانها بالكناية فيقول القائل به وبك ثم الواو تستعار للقسم بمعنى الباء لما بينهما من المشابهة صورة ومعني أما صورة فلان مخرج كل واحد منهما بضم الشفتين وأما المعني فلان الواو للعطف وفى العطف معني الالصاق الا أنه لا يستقيم اظهار الفعل مع حرف الواو بأن يقول احلف والله لأن الاستعارة لتوسعة صلات الاسم لا لمعنى الالصاق فاذا استعمل مع اظهار الفعل يكون بمعنى الالصاق ولهذا لايستقيم حرف الواو مع الكناية وانما يستقيم مع التصريح

بالاسم سواء ذكر اسم الله تعالى أو اسم غير الله فيقول وأبيك وأبي ثم التاء تستعار لمعنى الواو لما بينهما من المشابهة فانهما من حروف الزوائد تستعمل العرب احداهما بمعنى الأخرى كقولهم تراث ووارث ولكن هذه الاستعارة لتوسعة صلة القسم بالله خاصة ولهذا لا يستقيم ذكر التاء الا مع التصريح بالله حتى لا يقال بالرحمن وانما يقال بالله خاصة قال الله تعالى تالله لقد آثرك الله علينا تالله لأكيدن أصنامكم ثم الحلف بأسماء الله تعالى يمين في الصحيح من الجواب ومن أصحابنا من يقول كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كقوله والله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعالم فان أراد به اليمين فهو يمين وان لم يرد به اليمين لا يكون يمينا وكان بشر المريسي يقول في قوله والرحمن ان أراد به اسم الله تعالى فهو يمين وان أراد به سورة الرحمن لا يكون يمينا لانه حلف بالقرآن وقد بينا في كتاب الطلاق أن قوله والقرآن لا يكون يمينا ولكن الاول أصح لان تصحيح كلام المتكلم واجب ما أمكن ومطلق الكلام محمول على ما يفيد دون مالا يفيد وذلك في أن يجعل يمينا ويستوي ان قال والله أو بالله أو تالله وكذلك ان قال الله لان من عادة العرب حذف بعض الحروف للايجاز قال القائل

قلت لها قفي فقالت قاف   لا تحسبن اني نسيت الالحاف

أي وقفت الا ان عند نحويي البصرة عند حذف حرف القسم يذكر منصوبا بانتزاع حرف الخافض منه وعند نحويي الكوفة يذكر مخفوضا لتكون كسرة الهاء دليلا على محذوفه وكذلك لو قال لله لان معناه بالله فان الباء واللام يتقاربان قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وذكر القفال في تفسيره اذا قال له وعنى به اليمين يكون يمينا واستدل بقول القائل

لهنك من عبسية لوسيمة   على هنوات كاذب من يقولها

معناه لله انك ولو قال وايم الله فهو يمين قال محمد رحمه الله تعالى ومعناه أيمن فهو جمع اليمين وهذا مذهب نحويي الكوفة وأما البصريون يقولون معناه والله وايم صلته كقولهم صه ومه وما شاكله وكذلك لو قال لعمرو الله فهو يمين باعتبار النص قال الله تعالى لعمرك والعمرو هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة

والجلال والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لايكون يمينا وقالوا صفات الذات مالا يجوز أن يوصف بضده كالقدرة وصفات الفعل مايجوز أن يوصف بضده يقال رحم فلان ولم يرحم فلان وغضب على فلان ورضى عن فلان قالوا وعلى هذا ينبغي في القياس في قوله وعلم الله أن يكون يمينا لانه من صفات الذات فانه لايوصف بضد العلم ولكنهم تركوا هذا القياس لان العلم يذكر بمعني المعلوم كقول الرجل في دعائه اللهم اغفر لنا علمك فينا أي معلومك ويقال علم أبي حنيفة رحمه الله أي معلومه والمعلوم غير الله ﴿ فان قيل ﴾ وقد يقال أيضا انظر الى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين ﴿ قلنا ﴾ معنى قوله انظر الى قدرة الله أي الى أثر قدرة الله تعالى ولكن بحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فان القدرة لا تعاين ولكن هذا الطريق غير مرضى عندنا فانهم يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله تعالى والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل في حكم اليمين ومنهم من يقول فيقول رحمة الله تعالى الجنة قال الله تعالى ففي رحمة الله هم فيها خالدون واذا كانت الرحمة بمعنى الجنة فالسخط والغضب بمعنى النار فيكون حلفا بغير الله تعالى وهذا غير مرضى أيضا لان الرحمة والغضب عندنا من صفة الله تعالى والاصح أن يقول الايمان مبنية على العرف والعادة فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لم يتعارف الحلف به لايكون يمينا والحلف بقدرة الله تعالى وكبريائه وعظمته متعارف فيما بين الناس وبرحمته غضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل قوله وعلم الله يمينا ولهذا قال محمد رحمه الله في قوله وأمانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا أدرى فكأنه قال وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينا وذكر الطحاوى أن قوله وأمانة الله لايكون يمينا لانه عبادة من العبادات والطاعات ولكن أمر الله تعالى بها وهي غير الله تعالى وجه رواية الاصل أنه يتعذر الاشارة الى شئ بعينه على الخصوص انه أمانة الله والحلف به متعارف وعلمنا انهم يريدون به الصفة فكانه قال والله الامين فان قال ووجه الله روى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انه يمين لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقي وجه ربك قال الحسن هو هو وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لايكون يمينا قال أبو شجاع رحمه الله تعالى في حكايته عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو من ايمان السفلة يعنى الجهلة الذين يذكرونه بمعنى الجارحة وهذا دليل على انه لم يجعله يمينا وان قال وحق الله فهو يمين

في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وفى الرواية الأخري لا يكون يمينا لان حق الله على عباده الطاعات كما فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لمعاذ أتدرى ماحق الله تعالى على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا والحلف بالطاعات لايكون يمينا وجه قوله أن معنى وحق الله والله الحق والحق من صفات الله تعالى قال الله تعالى ذلك بأن الله هو الحق ولا خلاف أنه لو قال والحق لا أفعل كذا انه يمين كقوله والله قال الله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم ولو قال حقاً لايكون يمينا لان التنكير فى لفظه دليل على أنه لم يرد به اسم الله وانما أراد به تحقيق الوعد معناه أفعل هذا لامحالة فلا يكون يمينا قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وقد بينا فى باب الايلاء من كتاب الطلاق ألفاظ القسم ما اتفقوا عليه وما فيه اختلاف كقولهم هو يهودى أو نصرانى أومجوسى وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال اذا قال هو يهودي إن فعل كذا وهو نصرانى ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودى هو نصراني ان فعل كذا فهي يمين واحدة لان فى الاول كل واحد من الكلامين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثانى الكلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة ولو حلف على أمر في الماضى بهذا اللفظ فان كان عنده أنه صادق فلا شئ عليه وان كان يعلم أنه كاذب كان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو كافر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لايكفر اعتباراً للماضى بالمستقبل ففي المستقبل هذا اللفظ يمين يكفرها كاليمين بالله تعالى ففى الماضى هو بمنزلة الغموس أيضاً والاصح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضى والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يصير كافراً فى الماضى والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد صار راضيا بالكفر ومن هذا الجنس تحريم الحلال فانه يمين يوجب الكفارة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالي لايكون يمينا الا فى النساء والجواري لأن تحريم الحلال قلب الشريعة واليمين عقد شرعى فكيف ينعقد بلفظ هو قلب الشريعة ولانه ليس فى هذا المعنى تعظيم المقسم به ولا معنى الشرط والجزاء من حيث أنه بوجود الشرط لايثبت عين ما علق به من الجزاء أو اليمين يتنوع بهذين النوعين ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم العسل على نفسه وقيل حرم مارية على

نفسه فيعمل بهما أولما ثبت بهذه الآية أن التحريم المضاف الى الجوارى يكون يمينا فكذلك التحريم المضاف الى سائر المباحات كقوله والله فكما أن هناك عند وجود الشرط لا يثبت ماعلق به من التحريم فكذلك فى الجوارى ثم معنى اليمين فى هذا اللفظ يتحقق بالقصد الى المنع أوالى الايجاب لان المؤمن يكون ممتنعا من تحريم الحلال واذا جعل ذلك يمينه علامة فعله عرفنا أنه قصد منع نفسه عن ذلك الفعل كما في قوله والله لانه ثبت أن الانسان يكون ممتنعا من هتك حرمة اسم الله تعالى فكان يمينا وعلى هذا القول فى قوله هوكافر ان فعل كذا كان يمينا لان حرمة الكفرحرمة تامة مصمتة كهتك حرمة اسم الله تعالى فاذا جعل فعله علامة لذلك كان يمينا فأما اذا قال هو يأكل الميتة أو يستحلها أوالدم أو لحم الخنزير ان فعل كذافهذا لا يكون يمينا لان هذه الحرمة ليست بحرمة تامة مصمتة حتى أنه ينكشف عند الضرورة وكذلك قوله هو يترك الصلاة والزكاة ان فعل كذا لان ذلك يجوز عند تحقق الضرورة والعجز فلم يكن فى معنى اليمين من كل وجه ولو ألحق به باعتبار بعض الاوصاف لكان قياسا ولا مدخل للقياس في هذاالباب وكذلك لو حلف بحد من حدود الله تعالى أو بشئ من شرائع الاسلام لم يكن يمينا لانه حلف بغير الله تعالى ولان الحلف بهذه الاشياء غير متعارف وقد بينا أن العرف معتبر فى اليمين ولو قال عليه لعنة الله أو غضب الله أو أمانة الله أو عذبه الله بالنار أو حرم عليه الجنة ان فعل كذا فشئ من هذا لا يكون يمينا انما هو دعاء على نفسه قال الله تعالى ويدع الانسان بالشر دعاءه بالخير ولان الحلف بهذه الالفاظ غير متعارف وسئل محمد رحمه الله تعالى عمن يقول وسلطان الله لايفعل كذا فقال لا أدرى ما هذا من حلف بهذا فقد أشار الى عدم العرف والصحيح من الجواب فى هذا الفصل انه اذا أراد بالسلطان القدرة فهو يمين كقوله وقدرة الله ولو جعل عليه حجة أوعمرة أوصوما أو صلاة أو صدقة أوما أشبه ذلك مما هو طاعة ان فعل كذا ففعل لزمه ذلك الذى جعله على نفسه ولم يجب كفارة اليمين فيه فى ظاهر الرواية عندنا وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى قال ان علق النذر بشرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى أورد غائبي لا يخرج عنه بالكفارة وان علق بشرط لا يريد كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين عين ماالتزمه وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى فى الجديد وقد كان يقول في القديم يتعين عليه

كفارة اليمين وروي أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى رجع الى التخيير أيضا فان عبد العزيز ابن خالد الترمذي رضي الله تعالى عنه قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلما انتهيت الى هذه المسألة فقال قف فان من رأيي أن أرجع فلما رجعت من الحج اذا أبو حنيفة رحمه الله تعالى قد توفي فأخبرني الوليد بن أبان رحمه الله أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسماعيل الزاهد رحمه الله قال رضي الله عنه وهو اختياري أيضا لكثرة البلوى في زماننا وكان من مذهب عمر وعائشة رضي الله عنهما أنه يخرج عنه بالكفارة ومن مذهب عبد الله بن عمرو عبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم انه لا يخرج عنه بالكفارة حتى كان ابن عمر يقول لا أعرف في النذر الا الوفاء وأما وجه قوله الاول قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذراً وسمي فعليه الوفاء بما سمي ومن نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين والمعنى فيه أنه علق بالشرط ما يصح التزامه في الذمة فعند وجود الشرط يصير كالمنجز ولو نجز النذر لم يخرج عنه بالكفارة ألا ترى أن الطلاق المعلق بالشرط يجعل عند وجود الشرط كالمنجز فهذا مثله وتحقيق هذا وهو أن معنى اليمين لا يوجد هنا لانه ليس فيه تعظيم المقسم به لانه جعل دخول الدار علامة التزام الصوم والصلاة وفي الالتزام معنى القربة والمسلم لا يكون ممتنعا من التزام القربة توضيحه أن الكفارة تجب لمعني الحظر لانها ستارة للذنب ومعني الحظر لا يوجد هنا وفي القول بالخيار له تخيير بين القليل والكثير في جنس واحد حتى اذا قال ان دخلت الدار فعلى طعام ألف مسكين فمن يقول بالخيار يخيره بين اطعام عشرة مساكين وبين اطعام ألف مسكين وكذا العتق والكسوة وان قال المعسر ان دخلت الدار فعلى صوم سنة يخيره بين صوم سنة وبين صوم ثلاثة أيام والتخيير بين القليل والكثير في جنس واحد غير مفيد شرعا فلا يجوز أن يكون حكما شرعيا ووجه قوله الآخر قوله صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين فيحمل هذا على النذر المعلق بالشرط وما رووه على النذر المرسل أو المعلق بما يريد كونه ليكون جمعا بين الاخبار والمعنى فيه أن كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا أما معني النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلانه قصد بيمينه هذا منع نفسه عن ايجاد الشرط لان الانسان يمتنع من التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة أن لا يفي بها فيلحقه الوعيد الذي ذكره الله تعالى في قوله ورهبانية ابتدعوها

ما كتبناها عليهم الا ابتغاء رضوان الله الى قوله وكثير منهم فاسقون فاذا جعل دخول الدار علامة التزام مايكون ممتنعا من التزامه يكون يمينا وكذلك من حيث العرف يسمي يمينا يقال حلف بالنذر فلوجود اسم اليمين ومعناها قلنا يخرج بالكفارة ولوجود معني النذر قلنا يخرج عنه بعين ما التزمه بخلاف النذر المرسل فاسم اليمين ومعناها غير موجود فيه وكذلك المعلق بشرط يريد كونه لان معني اليمين غير موجود فيه وهو القصد الى المنع بل قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطاً يقرر هذا ان معنى الحظر يتحقق هنا لان الالتزام بالنذر قربة بشرط أن يفي بما وعد فأما بدون الوفاء يكون معصية قال الله تعالى لِمَ تقولون ما لا تفعلون وقال الله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الآية ولا يدرى أنه هل يفي بهذا أولا يفي فيكون متردداً دائراً بين الحظر والاباحة بمنزلة اليمين بالله تعالى فيصلح سببا لوجوب الكفارة ﴿فان قيل﴾ هذا في النذر المرسل موجود ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن لابد من اعتبار اسم اليمين لايجاب الكفارة لانها تسمى كفارة اليمين واسم اليمين لايوجد في النذر المرسل ومنهم من يقول هو يمين يتوقف موجبها على تنفيذ من جهته فيخرج عنها بالكفارة كاليمين بالله تعالى بخلاف اليمين بالطلاق والعتاق فانه لايتوقف موجبها على تنفيذ من جهته بل بوجود الشرط يقع الطلاق والعتاق ولو شرعت الكفارة فيها كانت لرفع ما وقع من الطلاق والعتاق وذلك غير مشروع هنا ولو شرعت الكفارة كانت مشروعة خلفا عن البر ليصير كانه تم على بره وذلك مشروع فانه لو تم على بره لايلزمه شئ والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا أذن له مولاه بأداء الجمعة يتخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين الظهر أربعاً فهذا مثله وكذلك اذا حلف بالمشي الى بيت الله ان فعل كذا ففعل ذلك الفعل لم يلزمه شئ في القياس لانه انما يجب بالنذر مايكون من جنسه واجب شرعا والمشي الى بيت الله ليس بواجب شرعا ولانه لايلزمه عين ما التزمه وهو المشي فلأن لايلزمه شئ آخر أولى وهو الحج أو العمرة وفي الاستحسان يلزمه حجة أو عمرة وهكذا روى عن عليّ رضى الله عنه ولان في عرف الناس بذكر هذا اللفظ بمعنى التزام الحج والعمرة وفي النذور والايمان يعتبر العرف فجعلنا هذا عبارة عن التزام حج أو عمرة مجازا لان المقصود بالكلام استعمال الناس لاظهار ما في باطنهم فاذا صار اللفظ في شئ مستعملا مجازا يجعل كالحقيقة في ذلك الشئ ثم يتخير بين الحج

والعمرة لانهما النسكان المتعلقان بالبيت لا يتوصل الى أدائهما الا بالاحرام والا بالذهاب الى ذلك الموضع ثم يتخير ان شاء مشي وان شاء ركب واراق دما لحديث عقبة بن عامر أنه قال يا رسول الله ان أختي نذرت أن تحج ماشية فقال صلي الله عليه وسلم ان الله غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دما ولان النسك بصفة المشي يكون أتم على ما روى أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما بعدما كف بصره كان يقول لا أتأسف على شيء كتأسفي على ان لا أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فاذا ركب فقد أدخل فيه نقصا ونقائص النسك تجبر بالدم وان اختار المشي فالصحيح من الجواب أنه يمشي من بيته الى أن يفرغ من أفعال الحج وماسواه فيه من الكلام قد بيناه في المناسك وقد ذكرنا أنه ثمان فصول في ثلاث يلزم بلا خلاف في المشي الى بيت الله تعالى أو الكعبة أو مكة وفي ثلاث لا يلزمه شيء بالاتفاق وهو اذا نذر الذهاب الى مكة أو السفر الى مكة أو الركوب وفي فصلين خلاف وهو ما اذا نذر المشي الى الحرم أو المسجد الحرام كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يأخذ فيهما بالقياس وهما بالاستحسان ولو حلف بالمشي الى بيت الله وهو ينوى مسجداً من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لأن المنوى من محتملات لفظه فالمساجد كلها بيوت الله تعالى علي معني أنها تجردت عن حقوق العباد فصارت معدة لاقامة الطاعة فيها لله تعالى فاذا عملت نيته صار المنوى كالملفوظ به وسائر المساجد يتوصل اليها بغير احرام فلا يلزمه بالتزام المشي اليها شيء ومسجد بيت المقدس ومسجد المدينة في ذلك سواء عندنا بخلاف المسجد الحرام فانه لا يتوصل اليه الا بالاحرام والملتزم بالاحرام يلزمه أحد النسكين المختص أداؤهما بالاحرام وهو الحج أو العمرة واذا قال أنا أحرم ان فعلت كذا أو أنا محرم أو أهدي أو أمشي الى البيت وهو يريد ان يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيئا فليس عليه شيء لان ظاهر كلامه وعد فانه يخبر عن فعل يفعله في المستقبل والوعد فيه غير ملزم وانما يندب الى الوفاء بما هو قربة منه من غير أن يكون ذلك دينا عليه وان أراد الايجاب لزمه ما قال لأن المنوى من محتملات لفظه فان الفعل الذى يفعله في المستقبل قد يكون واجبا وقد يكون غير واجب فاذا أراد الايجاب فقد خص أحد النوعين بنيته وتعليقه بالشرط دليل على الايجاب أيضا لانه يدل علي انه يثبت عند وجود الشرط مالم يكن ثابتا من قبل وهو الوجوب دون التمكن من الفعل فانه لا يختلف بوجود الشرط

وعدمه وان لم يكن له نية ففي القياس لا يلزمه شيء لان ظاهر لفظه عدة ولان الوجوب بالشك لا يثبت وفي الاستحسان يلزمه ماقال لان العرف بين الناس انهم يريدون بها اللفظ الايجاب ومطلق الكلام محمول على المتعارف والتعليق بالشرط دليل الايجاب أيضا وانما ذكر محمد رحمه الله تعالى القياس والاستحسان في المناسك واذا حلف ان يهدي مالا يملكه لا يلزمه شيء لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم ومراده من هذا اللفظ ان يقول ان فعلت كذا فلله علي ان أهدي هذه الشاة وهي مملوكة لغيره فاما اذا قال والله لأهدين هذه الشاة ينعقد يمينه لان محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق وذلك بكون الفعل ممكنا ومحل النذر فعل هو قربة واهداء شاة الغير ليس بقربة الا ان يريد اليمين فحينئذ ينعقد لان في النذر معنى اليمين حتى ذكر الطحاوي انه لو أضاف النذر الى ما هو معصية وعني به اليمين بأن قال لله تعالى على ان أقتل فلانا كان يمينا ويلزمه الكفارة بالحنث لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين واذا قال لله على ان أنحر ولدي أو أذبح ولدي لم يلزمه شيء في القياس وهو قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى وفي الاستحسان يلزمه ذبح شاة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لكنه ان ذكر بلفظ الهدي فذلك يختص بالحرم وفي سائر الالفاظ اما أن يذبحها في الحرم أوفي أيام النحر وجه القياس انه نذر باراقة دم محقون فلا يلزمه شيء كما لو قال أبي أو أمي وهذا لان الفعل الذي سماه معصية ولا نذر في معصية الله تعالى ولانه لو نذر ذبح ما يملك ذبحه ولكن لا يحل ذبحه كالحمار والبغل لا يلزمه شيء ولو نذر ذبح ما يحل ذبحه ولكن لا يملك ذبحه كشاة الغير لا يلزمه شيء فاذا نذر ذبح مالا يحل ذبحه ولا يملك ذبحه أولى أن لا يلزمه شيء وجه الاستحسان ماروى أن رجلا سأل ابن عباس رضى الله عنهما عن هذه المسئلة فقال أرى عليك مائة بدنة ثم قال ائت ذلك الشيخ فاسأله وأشار الى مسروق فسأله فقال أرى عليك شاة فأخبر بذلك ابن عباس رضى الله عنهما فقال وأنا أرى عليك ذلك وفي رواية عن ابن عباس انه أوجب فيه كفارة اليمين وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه أوجب فيه بدنة أو مائة بدنة وسألت امرأة عبد الله ابن عمر فقالت اني جعلت ولدي نحيراً فقال أمر الله بالوفاء بالنذر فقالت أتأمرني بقتل ولدي فقال نهي الله عن قتل الولد وان عبد المطلب نذر ان تم له عشرة بنين أن يذبح عاشرهم فتم له ذلك بعبد الله أبي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقرع بينه وبين عشر من

الابل فخرجت القرعة عليه فما زال يزيد عشراً عشراً والقرعة تخرج عليه حتى بلغت الابل مائة فخرجت القرعة عليها ثلاث مرات فنحر مائة من الابل وأرى عليك مائة من الابل. والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على صحة النذر واختلفوا فيما يخرج به فاستدللنا باجماعهم على صحة النذر لأن من الاجماع أن يشتهر قول بعض الكبار منهم ولا يظهر خلاف ذلك ولا شك أن رجوع ابن عباس الى قول مسروق قد اشتهر ولم يظهر من أحد خلاف ذلك والذى روى عن مروان أخطأ الفتيا لا نذر فى معصية الله شاذ لايلتفت اليه فان قول مروان لايعارض قول الصحابة مع أن الاجماع لايعتبر فيما يكون مخالفا للقياس ولكن قول الواحد من فقهائهم فيما يخالف القياس حجة يترك به القياس لانه لاوجه لحمل قوله الا على السماع ممن ينزل عليه الوحي ثم أخذنا بفتوى ابن عباس ومسروق فى ايجاب الشاة لها لان هذا القدر متفق عليه. فان من أوجب بدنة أو أكثر فقد أوجب الزيادة أو لأن من أوجب الشاة فانما أوجبها استدلالا بقصة الخليل صلوات الله عليه ومن أوجب مائة من الابل فانما أوجبها استدلالا بفعل عبد المطلب والأخذ بفعل الخليل صلوات الله عليه أولى من الأخذ بفعل عبد المطلب وهو الاستدلال الفقهى في المسألة فان الشاة محل لوجوب ذبحها بايجاب ذبح مضاف الى الولد فكان اضافة النذر بالذبح الى الولد بهذا الطريق كالاضافة الى الشاة فيكون ملزمة وبيانه أن الخليل صلوات الله وسلامه عليه أمر بذبح الولد كما أخبر به ولده فقال الله تعالى مخبرا عنه انى أرى فى المنام أنى أذبحك أى أمرت بذبحك بدليل أن ابنه قال في الجواب يا أبت افعل ما تؤمر ولانهما اعتقدا الامر بذبح الولد حيث اشتغلا به فاقر عليه وتقرير الرسل على الخطأ لا يجوز خصوصا فيما لا يحل العمل فيه بغالب الرأى من اراقة دم نبى ثم وجب عليه بذلك الامر ذبح الشاة لان الله تعالى قال وناديناه أن يا ابراهيم قد صدقت الرؤيا أى حققت وانما حقق ذبح الشاة فلا يجوز أن يقال انما سماه مصدقا رؤياه. قبل ذبح الشاة لان فى الآية تقديما وتأخيرا معناه وفديناه بذبح عظيم وناديناه أن يا ابراهيم وهذا لان قبل ذبح الشاة انما أتى بمقدمات ذبح الولد من تله للجبين وامراره السكين على حلقه وبه لم يحصل الامتثال لانه ليس بذبح ولانه لو حصل الامتثال به لم تكن الشاة فداء ولا يجوز أن يقول وجوب الشاة بأمر آخر لان اثبات أمر آخر بالرأى غير ممكن ولانه حينئذ لا يكون فداء والله تعالى سمى الشاة فداء

على أنه دفع مكروه الذبح عن الولد بالشاة وهـذا اذا كان وجوب الشاة بذلك الامر ولا يجوز أن يقال وجب عليه ذبح الولد بدليل أنه اشتغل بمقدماته وانما كانت الشاة فداء عن ولد وجب ذبحه وهـذا لا يوجد في النذر وهذا لانه ماوجب عليه ذبح الولد حتى جعلت الشاة فداء اذالو كان واجبا لما تأدى بالفداء مع وجود الاصـل في يده ولان الولد كان معصوما عن الذبح وقد ظهرت العصمة حسا على ماروى أن الشفرة كانت تنبو وتنفل ولا تقطع وبين كونه معصوما عن الذبح وبين كونه واجب الذبح منافاة فعرفنا أنه ماوجب ذبح الولد بل أضيف الايجاب اليه على أن يحل الوجوب بالشاة وفائدة هـذه الاضافة الابتلاء فى حق الخليل عليه السلام بالاستسلام واظهار الطاعة فيما لا يضطلع فيه أحد من المخلوقين وللولد بالانقياد والصبر على مجاهدة بذل الروح الى مكاشفة الحال وليكون له ثواب أن يكون قربانا لله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم أنا ابن الذبيحين وما ذبحا بل أضيف اليهما ثم فديا بالقرابين ولا يقال قد وجب ذبح الولد ثم تحول وجوب ذبح الولد الى الشاة بانتساخ المحلية فتكون الشاة واجبة بذلك الامر كالدين يحال من ذمة الى ذمة فيفرغ المحل الاول منه بعد الوجوب فيه فيكون واجبا فى المحل الثانى بذلك السبب وهذا لأن الوجوب فى المحل لا يكون الا بعد صلاحية المحل له وبعد ذلك وان تحول الى محل آخر يبقى المحل الاول صالحا لمثله كالدين اذا حول من ذمة الى ذمة ولم يبق الولد محلا صالحا لذبح هو قربان فعرفنا أنه لم يكن محلا وان الوجوب بحكم ذلك الايجاب حل بالشاة من حيث أنه يقدم على الولد فى قبول حكم الوجوب ولهذا سمى فداء نظيره من الحياة أن يرمي الى انسان فيفديه غيره بنفسه من حيث أنه يتقدم عليه لينفذ السهم فيه لاان يتحول اليه بعد ما وصل الى المحل ويقول لغيره فدتك نفس عن المكاره والمراد هذا ومن الشرعيات الخف مقدم على الرجل فى قبول حكم الحدث لاان يتحول الى الخف ما حل بالرجل من الحدث ولو سلمنا انه وجب ذبح الولد فانما كان ذلك لغيره وهو الفداء لالعينه ولهـذا صار محققا رؤياه بالفداء وفي مثل هذا ايجاب الاصل في حال العجز عنه يكون ايجابا للفداء كالشيخ الفانى اذا نذر الصوم يلزمه الفداء لان وجوب الصوم عليه شرعاً لغيره وهو الفداء لا لعينه فانه عاجز عنه وذكر الطبري فى تفسيره ان الخليل عليه السلام كان نذر الذبح لاول ولد يولد له ثم نسى ذلك فذكر فى المنام فان ثبت هذا فهو نص لان شريعة من قبلنا تلزمنا مالم يظهر ناسخه

خصوصا شريعة الخليل صلوات الله عليه قال الله تعالى فاتبع ملة ابراهيم حنيفا فأما اذا نذر ذبح عبده فمحمد رحمه الله تعالى أخذ فيه بالاستحسان أيضا وقال أيضا يلزمه ذبح الشاة لان العبد كسبه وملكه فاذا صح اضافة النذر الى الولد لكونه كسبا له وان لم يكن ملكا له فلان يصح اضافته الى كسبه وهو ملكه أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أخذ بالقياس فقال لا يلزمه شيء لان جعل الشاة فداء عن الولد لكرامة الولد والعبد فى استحقاق الكرامة ليس بنظير الولد ولا مدخل للقياس فى هذا الباب وان نذر ذبح ابن ابنه ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى احدى الروايتين لا يلزمه شئ وهو الاظهر لان ابن الابن ليس نظير الابن من كل وجه ولا مدخل للقياس فى هذا الباب وفى الرواية الاخرى قال يلزمه لانه مضاف اليه بالبنوة كالابن وهو فى معنى الكرامة كالابن فى حقه وان أضاف النذر الى أبيه أو أمه لا يلزمه شئ فى الصحيح من الجواب لانه لا ولاية له عليهما وهما كالاجانب فى حقه في حكم النذر بالذبح وفى الهارونيات يشير الى أنه يلزمه ذبح الشاة وكأنه اعتبر أحد الطرفين بالطرف الآخر ثم قد بينا الفرق فى المناسك بين النذر بالهدى والبدنة والجزور واذا حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج أو عمرة فعليه ما نوى لان المنوي من محتملات لفظه فيكون كالملفوظ به وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة يمين ولانه التزام بحق الله والحلف فى مثله يوجب الكفارة ساترة للذنب وان حلف على معصية بالنذر فعليه كفارة يمين وقال الشعبي رحمه الله تعالى لا شئ عليه لان المعاصى لا تلتزم بالنذر والكفارة خلف عن البر الواجب باليمين أو الوفاء الواجب بالنذر وذلك لا يوجد فى المعصية وحكى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى دخل على الشعبي رضى الله عنه وسأله عن هذه المسئلة فقال لا شئ عليه لان المنذور معصية فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أليس أن الظهار معصية وقد أمر الله بالكفارة فيه فتحير الشعبي وقال انت من الآرائيين وفى الكتاب استدل بهذا وبقوله صلى الله عليه وسلم فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه واذا حلف بالنذر وهو ينوى صياما ولم ينو عددا فعليه صيام ثلاثة أيام اذا حنث لان ما أوجبه على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وأدني ما أوجب الله من الصيام ثلاثة أيام وكذلك اذا نوى صدقة ولم ينو عددا فعليه اطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من الحنطة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله تعالى عليه من

اطعام عشرة مساكين في كفارة اليمين وقد بينا هذه الفصول في المناسك ولا ينبغي أن يحلف فيقول وأبيك وأبي فانه بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ونهى عن الحلف بجد من جدوده ومن الحلف بالطواغيت وفى الباب حديثان (أحدهما) حديث عمر رضى الله عنه قال تبعني رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض الاسفار وأنا أحلف بأبي فقال لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر فما حلفت بعد ذلك لاذاكراً ولا آثراً وفى حديث آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف بغير الله فقد أشرك ومن قال لغيره تعالى أفاخرك فليقل لااله الا الله واذا حلف على يمين أو نذر وقال ان شاء الله موصولا فليس عليه شئ عندنا وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الامور كلها بمشيئة الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الكلام ولكنا نستدل بقوله تعالى ستجدني ان شاء الله صابراً ولم يصبر ولم يعاتبه على ذلك والوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا من حلف علي يمين وقال ان شاء الله فقد استثني ولا حنث عليه ولا كفارة الا أن ابن عباس كان يجوز الاستثناء وان كان مفصولا لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت يعنى اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا ولسنا نأخذ بهذا فان الله تعالى بين حكم الزوج الثاني بعد التطليقات الثلاث ولو كان الاستثناء المفصول صحيحا لكان المطلق يستثنى اذا ندم ولا حاجة الى المحال وفي تصحيح الاستثناء مفصولا اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة من أن تكون ملزمة ﴿قال﴾ والى هذا أشار أبو حنيفة رحمه الله تعالى حين عاتبه الخليفة فقال أبلغ من قدرك أن تخالف جدي قال ففيم يا أمير المؤمنين قال في الاستثناء المفصول قال انما خالفته مراعاة لعهودك فاذا جاز الاستثناء المفصول فبارك الله فى عهودك اذن فانهم يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون فيستثنون فلا يبقى عليهم لزوم طاعتك فندم الخليفة وقال استر هذا عليّ وتأويل قوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أي اذا لم تذكر ان شاء الله في أول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك ثم الاستثناء مبطل للكلام ومخرج له من أن يكون عزيمة فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى هو بمعني الشرط وقد بينا هذا فيما أمليناه من

ايمان الجامع وإذا حلف على يمين فحنث فيها فعليه أى الكفارات شاء ان شاء أعتق رقبة وان شاء أطعم عشرة مساكين وان شاء كسا عشرة مساكين لقول ابراهيم النخعى كل شئ فى القرآن بأو فهو بالخيار وان لم يجد شيئاً من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام متتابعة عندنا وهو بالخيار عند الشافعى رحمه الله تعالى ان شاء تابع وان شاء فرق لان الصوم مطلق فى قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام ولكنا نشترط صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه ثلاثة أيام متتابعة وقد بينا هذا فى كتاب الصوم فيحتاج الى الفرق بين هذا وبين صدقة الفطر فقد ورد هناك حديثان أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عن كل حر وعبد والثانى قوله أدوا من كل حر وعبد من المسلمين ثم لم يحمل المطلق على المقيد حتى أوجبنا صدقة الفطر عن العبد الكافر وهذا لان المطلق والمقيد هناك في السبب ولا منافاة بين السببين فالتقييد في احد الحديثين لايمنع بقاء حكم الاطلاق في الحديث الآخر بناء على أصلنا ان التعليق بالشرط لا يقتضي نفى الحكم عند عدم الشرط وهنا المطلق والمقيد في الحكم وهو الصوم الواجب فى الكفارة وبين التتابع والتفريق منافاة فى حكم واحد ومن ضرورة ثبوت صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه ان لا يبقى مطلقا ﴿ قال ﴾ ويجوز فى كفارة اليمين من الرقاب ما يجزى فى كفارة الظهار والحكم في هذه الرقبة مثل الحكم فى تلك الرقبة سواء على ما ذكرنا فى باب الظهار رجل أعتق نصف عبده عن يمينه وأطعم خمسة مساكين فذلك لا يجزى عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فأما عندهما العتق لا يتجزي ويتأدى الواجب بالعتق عندهما وعند أبى حنيفة العتق يتجزى والواجب هو اعتاق رقبة أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ولم يوجد ذلك لان نصف الرقبة ليس برقبة ولو جوزنا هذا كان نوعا رابعا فيما يتأدى به الكفارة واثبات مثله بالرأى لايجوز وهذا بخلاف مالو أطعم كل مسكين مداً من بر ونصف صاع من شعير لان التقدير فى الطعام غير منصوص عليه فى القرآن واثبات ذلك لمعنى حصول كفاية المسكين به فى يومه وفى ذلك لايفترق الحال بين الاداء من نوع واحد ومن نوعين وهنا الرقبة فى التحرير وعشرة مساكين فى الاطعام منصوص عليه ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان اخلالا بالمنصوص عليه وذلك لايجوز وان حنث وهو معسر وأخر الصوم حتى أيسر لم يجزه الصوم هكذا نقل عن ابن عباس وابراهيم النخعى رضى الله عنهما اذا صام المكفر يومين ثم وجد فى اليوم

الثالث مايطعم أو يكسو لم يجزه الصوم وعليه الكفارة بالاطعام أو الكسوة لأنه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فيسقط به حكم البدل كالمعتدة بالأشهر اذا حاضت والمتيمم اذا أبصر الماء قبل أداء الصلاة وهذا لأن الله تعالى شرط عدم الوجود بقوله فمن لم يجد وهذا الشرط ليس لتصحيح الصوم فان أصل الصوم صحيح من الواجد للمال ولكنه شرط ليكون الصوم كفارة يسقط به الواجب وذلك عند الاداء والفراغ منه فاذا انعدم هذا الشرط لم يكن الصوم كفارة له وللشافعي رحمه الله تعالى فى هذه المسألة ثلاثة أقاويل في قول مثل قولنا وقول آخر أن المعتبر حالة الوجوب فى اليسار والعسرة وما وجب عند ذلك صار دينا في ذمته لا يتغير بتغير حاله بعد ذلك كالزكاة وصدقة الفطر واعتبره بالحدود أن المعتبر عند الوجوب بالتنصف بالرق وهذا ضعيف لان الواجب باليمين الكفارة لاما يكفر به كالواجب بالحدث الطهارة دون مايتطهر به من الماء والتراب بل ذلك يختلف باختلاف حاله في القدرة والعجز عند الاداء ووجوب الحد باعتبار هتك حرمة المنعم بالجناية والنعمة تختلف بالرق والحرية وذلك عند ارتكاب الجناية لابعده مع ان الحدود تندرئ بالشبهات فاذا وجب بصفة النقصان لايتكامل بالحرية الطارئة من بعد وله قول آخر أنه لايجوز الصوم مالم يكن معسراً من وقت الوجوب الى وقت الأداء لان التكفير بالصوم عن ضرورة محضة وذلك لايتحقق اذا كان موسراً فى احدى الحالتين ولانه اذا كان موسراً عند الحنث فقد وجب عليه التكفير بالمال فهو بالتأخير الى أن يعسر مفرط فلا يستحق التخفيف باعتبار تفريطه ولكنا نقول كما ان هذه كفارة ضرورة فالتيمم طهارة ضرورة ثم كان المعتبر فيه وقت الاداء لاوقت الوجوب وهذا لان الضرورة باعتبار حاجته الي اسقاط الواجب عن ذمته وذلك للاداء وان اشترى عبدا شراء فاسداً فقبضه وأعتقه عن يمينه اجزأه لانه ملك العبد بالقبض واعتاقه فى ملك نفسه نافذ ونية التكفير به صحيح لكونه متصرفا فيما يملك وان وجبت عليه كفارات ايمان متفرقة فأعتق رقاباً بعددهن ولا ينوي لكل يمين رقبة بعينها أونوى فى كل رقبة عنهن اجزته استحسانا لان نية التعيين فى الجنس الواحد لغو وقد بيناه فى باب الظهار وكذلك لو أعتق عن احداهن وأطعم عن الأخرى وكسا عن الثالثة كان كل نوع من هذه الانواع يتأدى به الكفارة مطلقا فيكون الحكم فى كلها سواء وقد بينا في الظهار ان اعتاق الجنين لايجزي عن الكفارة وان

كان موجوداً لكونه في حكم الاجزاء فكذلك في اليمين وكفارة المملوك بالصوم مالم يعتق لانه اعسر من الحر المعسر لانه لايملك وان ملك ولا يجزى أن يعتق عنه مولاه أو يطعم ويكسو الاعلى قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول للمولى أن يملكه حتي يتسري باذن مولاه وقد بينا هذا فى كتاب الطلاق والنكاح وهذا بخلاف الحر اذا أمر انسانا ان يطعم عنه لان الحر من أهل ان يملك فيجوز أن يجعل هو متملكا بأن يكون المسكين قابضا له أولا ثم لنفسه والعبد ليس من أهل الملك لان الرق المنافى فيه موجود وبين صفة المالكية مالا والمملوكية مالا مغايرة على سبيل المنافاة والمكاتب والمدبر وأم الولد فى هذا بمنزلة القن والمستسعى فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذلك لانه بمنزلة المكاتب وان صام المعسر يومين ثم وجد فى اليوم الثالث ما يعتق فعليه التكفير بالمال لانعدام شرط جواز البدل قبل حصول المقصود به والاولى أن يتم صوم يومه وان أفطر فلا قضاء الا على قول زفر رحمه الله تعالى وهذا والصوم المظنون سواء ذمى حلف على يمين ثم أسلم ثم حنث فى يمينه لم يكن عليه كفارة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يلزمه الكفارة لانه من أهل اليمين فان المقصود من اليمين الحظر او الايجاب والذمى من أهله قال الله تعالى ألا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم فقد جعل للكافرين يمينا والدليل عليه أنه يستحلف فى المظالم والخصومات بالله وانه من أهل الطلاق والعتاق ومن أهل اليمين بالطلاق والعتاق فيكون من أهل اليمين بالله تعالى واذا انعقدت يمينه يلزمه الكفارة عند الحنث ان حنث قبل الاسلام كفر بالمال لانه ليس من أهل التكفير بالصوم ونظيره العبد يلزمه الكفارة بالتكفير بالصوم لانه ليس بأهل للتكفير بالمال وان حنث بعد الاسلام كفر بالصوم اذا لم يجد المال والدليل على أن الكافر أهل للكفارة ان فى الكفارة معني العقوبة ومعنى العبادة فيجب على الكافر بطريق العقوبة وعلى المسلم بطريق الطهرة كالحدود فانها كفارات كما قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها ثم تقام علي المسلم التائب تطهراً وعلى الكافر عقوبة (وحجتنا) في ذلك حديث قيس بن عاصم المنقرى حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى حلفت في الجاهلية أو قال نذرت فقال صلى الله عليه وسلم هدم الاسلام ما كان فى الشرك ولان وجوب الكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وما فيه من الشرك أعظم من ذلك فقد هتك حرمة اسم الله تعالى باصراره على الشرك بأبلغ الجهات

وعقد اليمين لما فيه من الحظر والايجاب تعظيما لحرمة اسم الله تعالى والكافر ليس بأهل له قال الله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا ايمان لهم والاستحلاف فى المظالم والخصومات لانه من أهل مقصودها وهو النكول أو الاقرار وانعقاد يمينه بالطلاق والعتاق لانه من أهلها تنجيزاً فأما هذه اليمين موجبها البر لتعظيم اسم الله والكافر ليس من أهله وبعد الحنث موجبها الكفارة والكافر ليس بأهل لها لان الكفارة كاسمها ستارة للذنب قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات ومعنى العقوبة في الكفارة صورة فأما من حيث المعنى والحكم المقصود منها العبادة ألا ترى أنه يأتى بها من غير أن تقام عليه كرها وانها تتأدى بالصوم الذى هو محض العبادة ولا تتأدى الا بنية العبادة والمقصود بها التطهر كما بينا بخلاف الحدود فانها تقام خزيا وعذابا ونكالا ومعنى التكفير بها اذا جاء تائباً مستسلما مؤثراً عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة كما فعله ماعز رضى الله عنه فلهذا يستقيم اقامتها على الكافر بطريق الخزى والنكال رجل أعتق رقبة عن كفارة يمينه ينوى ذلك بقلبه ولم يتكلم بلسانه وقد تكلم بالعتق أجزأه لأن النية عمل القلب ويتأدى به سائر العبادات فكذلك الكفارات لأن اشتراط النية فيها لمعني العبادة وهو معني قوله صلى الله عليه وسلم ان الله لا ينظر الى صوركم وأعمالكم وانما ينظر الى قلوبكم ﴿قال﴾ ولا يجوز التكفير بعد اليمين قبل الحنث عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بالمال دون الصوم وان كان يمينه على معصية فله في جواز التكفير قبل الحنث وجهان احتج بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته وحرف الفاء للتعقيب مع الوصل فيقتضى جواز أداء الكفارة موصولا بعقد اليمين وقال صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليكفر يمينه وليأت الذى هو خير وفي رواية فليكفر ثم ليأت بالذى هو خير وهذا تنصيص على الامر بالتكفير قبل الحنث وأقل أحواله أن يفيد الجواز ولان السبب للكفارة اليمين فانها تضاف الى اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها حقيقة ومن قال على يمين تلزمه الكفارة باعتبار أن التزام السبب يكون كناية عن الواجب به والدليل عليه اليمين بالطلاق فالسبب هناك اليمين دون الشرط حتى يكون الضمان على شهود اليمين دون شهود الشرط فكذلك اليمين بالله تعالى واذا ثبت هذا فنقول أداء الحق المالى بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كأداء الزكاة بعد كمال النصاب قبل الحول وأما البدنى لا يجوز الا بعد تقرر

الوجوب لان التكفير بالصوم للضرورة ولا ضرورة قبل تقرر الوجوب ولان هذه كفارة مالية توقف وجوبها على معنى فيجوز أداؤها قبله ككفارة القتل في الآدمي والصيد اذا جرح مسلما ثم كفر بالمال قبل زهوق الروح أو جرح المحرم صيداً ثم كفر قبل موته يجوز بالمال بالاتفاق ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسئلة وكلت اليها وان أعطيتها من غير مسئلة أعنت عليها واذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك وما رواه الشافعي رحمه الله تعالى محمول على التقديم والتأخير بدليل ما روينا وهذا لمعنيين أحدهما أن الامر يفيد الوجوب حقيقة ولا وجوب قبل الحنث بالاتفاق والثاني أن قوله فليكفر أمر بمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث اما قبل الحنث يجوز عنده بالمال دون الصوم وليس من باب التخصيص لان ما يكفر به ليس في لفظه والتخصيص في الملفوظ الذي له عموم دون ماثبت بطريق الاقتضاء والمعنى فيه أن مجرد اليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى حد السبب أن يكون مؤديا الى الشيء طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون موجبة لما يجب بعد الحنث ألا ترى أن الصوم والاحرام لما كان مانعا مما يجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور لم يكن بنفسه سببا لوجوب الكفارة بخلاف الجرح فانه طريق يفضي الى زهوق الروح وبخلاف كمال النصاب فانه تحقق الغني المؤدي الى النماء الذي به يكون المال سببا لوجوب الزكاة ولان الكفارة لا تجب الا بعد ارتفاع اليمين فان بالحنث اليمين يرتفع ومايكون سببا للشيء فالوجوب يترتب على تقرره لا على ارتفاعه والدليل عليه أن اليمين ليست بسبب التكفير بالصوم حتى لا يجوز أداؤه قبل الحنث وبعد وجود السبب الاداء جائز ماليا كان أو بدنيا الا ترى أن صوم المسافر في رمضان يجوز لوجود السبب وان كان الاداء متأخراً الى أن يدرك عدة من أيام أخر واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام بهذا الطريق ولئن سلمنا أن اليمين سبب فالكفارة انما تجب خلفا عن البر الواجب ليصير عند أدائها كانه تم على بره ولا معتبر بالخلف في حال بقاء الواجب وقبل الحنث ماهو الاصل باق وهو البر فلا تكون الكفارة خلفاً كما لا يكون التيمم طهارة مع القدرة على الماء يقرره أن الكفارة توبة كما قال الله تعالى في كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الذنب لا تكون وهو في عقد اليمين معظم حرمة

اسم الله تعالى فأما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى فالتكفير قبل الحنث بمنزلة الطهارة قبل الحدث بخلاف كفارة القتل فانه جزاء جنايته وجنايته فى الجرح اذ لا صنع له فى زهوق الروح وبخلاف الزكاة لانه شكر النعمة والنعمة المال دون مضى الحول فكان حولان الحول تأجيلا فيه والتأجيل لا ينفي الوجوب فكيف ينفي تقرر السبب ﴿قال﴾ واذا أعتق عبداً عند الموت عن كفارة يمينه وليس له مال غيره عتق من ثلثه ويسعى فى ثلثي قيمته لان ما يباشره المريض من العتق كالمضاف الى مابعد الموت ولو أوصى به بعد الموت كان معتبراً من ثلثه على ما بيناه فى الزكاة وسائر الحقوق الواجبة لله تعالى واذا لم يكن له مال سواه فقد لزمه السعاية فى ثلثي قيمته وكان هذا عتقا بعوض فلا يجزيه عن الكفارة وكذلك ان أعتقه فى صحته على مال قليل أو كثير لان العتق بمال لا تمحض قربة والكفارة لا تتأدى الا بما هو قربة فان أبرأه من المال بعد ذلك لم يجز عن كفارته لان أصل العتق وقع غير مجزئ عن الكفارة والابراء عن المال بعد ذلك اسقاط للدين ولا مدخل له فى الكفارات فلهذا لا يجزيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الاطعام فى كفارة اليمين

﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه بلغنا عن عمر رضى الله عنه انه قال لمولى له أرقا وفى رواية (١) برقا انى أحلف على قوم ان لا أعطيهم ثم يبدو لى فاعطيهم فاذا أنا فعلت ذلك فاطعم عنى عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعاً من تمر وفى هذا دليل انه لا بأس للانسان ان يحلف مختاراً بخلاف مايقوله المتشفعة ان ذلك مكروه بظاهر قوله ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ولكنا نقول قد حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة من غير ضرورة كانت له فى ذلك وتأويل تلك الآية انه يجازف في الحلف من غير مراعاة البر والحنث وفيه دليل على ان الحالف اذا رأى الحنث خيراً يجوز له ان يحنث نفسه وقد روينا فيه حديث عبد الرحمن بن سمرة وفى حديث أبي مالك الاشعرى رحمه الله تعالى قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى نفر من الاشعريين نستحمله فحلف أن لا يحملنا ثم رجع قوم من عنده بخمس ذود وقالوا حملنا عليها فقلت لعله نسي يمينه فأتيته فاخبرته بذلك فقال انى أحلف ثم أري غيره خيراً منه فاتحلل يميني وفيه دليل ان أوان التكفير ما بعد الحنث كما هو مذهبنا وأن

ماروى فليكفر يمينه وليأت الذى هو خير محمول على التقديم والتأخير وكذلك قوله ثم يأت بالذي هو خير لان ثم قد تكون بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا أي وكان ثم الله شهيد أي والله شهيد وفيه دليل أن التوكيل بالتكفير جائز بخلاف مايقوله بعض الناس أنه لا توكيل فى العبادة أصلا لظاهر قوله تعالى وان ليس للانسان الا ماسعى ولكنا نقول المقصود فيما هو مالى الابتداء باخراج جزء من المال عن ملكه وذلك يتحقق بالنائب وفيه دليل أن الوظيفة لكل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاع من تمر أوصاع من شعير وهكذا روى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم وذكر بعده عن على رضى الله عنه نصف صاع من حنطة وقد بينا هذه المسئلة في كتاب الظهار وكفارة اليمين مثله وقد بينا ان دقيق الحنطة وسويقها بمنزلة الحنطة لان ماهو المقصود يحصل للفقير بهما مع سقوط مؤنة الطحن عنه وقد بينا ان طعام الاباحة تتأدى به الكفارة عندنا والمعتبر فيه اكلتان مشبعتان سواء كان خبز البر مع الطعام أو بغير ادام وان أعطى قيمة الطعام يجوز فكذلك فى كفارة اليمين وكذلك ان غداهم وأعطاهم قيمة العشاء اعتباراً للبعض بالكل وهذا لان المقصود واحد وقد أتى من كل وظيفة بنصفه وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطم أوفوق ذلك شيئاً لم يجز لانه لا يستوفى كمال الوظيفة كما يستوفيه البالغ وعليه طعام مسكين واحد مكانه فان أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه ان يعيد عليهم مدا مدا وان لم يقدر عليهم استقبل الطعام لان الواجب لا يتأدي الا بايصال وظيفة كاملة الى كل مسكين وذلك نصف صاع من حنطة وذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين فى كفارة يمينه فغدى الوصى عشرة مساكين ثم ماتوا قبل ان يعشيهم فعليه الاستقبال لان الوظيفة فى طعام الاباحة الغداء والعشاء فلا يتأدي الواجب الا باتصال وظيفة كاملة الى كل مسكين ولا يكون الوصى ضامنا لما أطعم لانه فيما صنع كان ممتثلا لأمره وكان بقاؤهم الى أن يعشيهم ليس فى وسعه ولو كان أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يذكر الكفارة فغدي الوصي عشرة فماتوا فانه يعشي عشرة أخرى ويكفي ذلك لان الموصى به أكلتان فقط دون اسقاط الكفارة بهما وقد وجد بخلاف الاول ثم قد بينا فى باب الظهار أن المسكين الواحد فى الايام المتفرقة كالمساكين عندنا وعند تفريق الدفعات في يوم واحد فيه اختلاف بين المشايخ فكذلك فى اليمين وبينا هناك أن اطعام فقراء أهل

الذمة فى الكفارة يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الفرق بين المنذور والكفارة فقال اذا نذر اطعام عشرة مساكين فله أن يطعم فقراء أهل الذمة انما ليس له أن يطعم في الكفارة فقراء أهل الذمة اعتباراً لما أوجب الله عليه من الكفارة بالزكاة وقد بينا أنه يجوز صرف الكفارة الى من يجوز صرف الزكاة اليه ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين أجزأه ذلك من الطعام ان كان الطعام أرخص من الكسوة وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزأ مالا يجزئ كل واحد منهما عن نفسه لان المنصوص عليه ثلاثة أنواع فلو جوزنا اطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا فيكون زيادة على المنصوص وهذا بخلاف ما اذا أدى الى كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير لان المقصود واحد وهو سد الجوعة فلا يصير نوعاً رابعا فأما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام ألا يرى أن الاباحة تجزى فى احدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا ثم مراده من هذه المسألة اذا أطعم خمسة مساكين بطريق الاباحة والتمكين دون التمليك فان التمليك فوق التمكين واذا كان الطعام أرخص من الكسوة أمكن اكمال التمكين بالتمليك فتجوز الكسوة مكان الطعام وان كانت الكسوة أرخص لا يمكن اقامة الطعام مقام الكسوة لان التمكين دون التمليك وفى الكسوة التمليك معتبر فلا يمكن اقامة الكسوة مقام الطعام لانه ليس فيهما وفاء بقيمة الطعام فأما اذا ملك الطعام خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فانه يجوز على اعتبار انه ان كان الطعام أرخص تقام الكسوة مقام الطعام وان كانت الكسوة أرخص يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التمليك فيها اليه أشار فى باب الكسوة بعد هذا ولو أطعم خمسة مساكين ثم افتقر كان عليه أن يستقبل الصيام لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان وليس له أن يسترد من المساكين الخمسة ما أعطاهم لأنها صدقة قد تمت بالوصول الى يد المساكين ومن كانت له دار يسكنها أو ثوب يلبسه ولا يجد شيئاً سوى ذلك اجزأه الصوم فى الكفارة لان المسكن والثياب من أصول حوائجه ومالا بد منه فلا يصير به واجداً لما يكفر به بخلاف مالو كان له عبد يخدمه فان ذلك ليس من أصول الحوائج ألا ترى ان كثيراً من الناس يتعيش من

غير خادم له ولان الرقبة منصوص عليها فمع وجود المنصوص عليه في ملكه لايجزيه الصوم وفي الكتاب علل فقال لان الصدقة تحل له وهذا يؤيد مذهب أبي يوسف رحمه الله الذى ذكره في الامالى أنه اذا كان الفاضل من حاجته دون مايساوي مائتين يجوز له التكفير بالصوم لان الصدقة تحل له فلايكون موسراً ولا غنيا فاما ظاهر المذهب أنه اذا كان يملك فضلا عن حاجته مقدار مايكفر به لايجوز له التكفير بالصوم لان المنصوص عليه الوجود دون الغنى واليسار قال الله تعالى فمن لم يجد وهذا واجد وقد بينا في كتاب الاعتاق أن المعتبر في وجوب الضمان ملكه مقدار مايؤدى به الضمان وان كان اليسار منصوصا عليه هناك فهنا أولى وبينا فى الظهار أنه لو أعطى كل مسكين صاعا عن ظهارين لا يجزيه الا عن احدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى بخلاف ما اذا اختلف جنس الكفارة فكذلك في كفارة اليمين وان أعطي عشرة مساكين ثوبا عن كفارة يمين لم يجزه عن الكسوة لان الواجب عليه لكل مسكين كسوته وهو مايصير به مكتسياً وبعشر الثوب لايكون مكتسيا ويجزى من الطعام اذا كان الثوب يساويه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لايجزيه الا بالنية لانه يجعل الكسوة بدلا عن الطعام وهو انما نواه بدلا عن نفسه فلا يمكن جعله بدلا عن غيره الا بنية وجه ظاهر الرواية أنه ناو للتكفير به وذلك يكفيه كما لو أدى الدراهم بنية الكفارة يجزيه وان لم ينو أن يكون بدلا عن الطعام الا أن أبا يوسف يقول الدراهم ليست بأصل فأداؤها بنية الكفارة يكون قصداً الى البدل فاما الكسوة أصل فأداؤها بنية الكفارة لايكون قصدا الى جعلها بدلا عن الطعام ولكنا نقول عشر الثوب ليس بأصل فى الكسوة لكل مسكين فهو وأداء الدراهم سواء مسلم حلف على يمين ثم ارتد ثم أسلم فحنث فيها لم يلزمه شئ لانه بالردة التحق بالكافر الاصلى ولهذا حبط عمله قال الله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وكما ان الكفر الاصلى ينافى الاهلية لليمين الموجبة للكفارة فكذلك الردة تنافى بقاء اليمين الموجبة للكفارة واذا جعل الرجل لله على نفسه اطعام مسكين فهو على مانوى من عدد المساكين وكيل الطعام لان المنوى من محتملات لفظه وهو شئ بينه وبين ربه وان لم يكن له نية فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة اعتباراً لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله عليه من اطعام المساكين وأدنى ذلك عشرة مساكين في كفارة اليمين الا انه ان قال فى نذره اطعام المساكين فليس له ان

يصرف الكل الى مسكين واحد جملة وان قال طعام المساكين فله ذلك لأن بهذا اللفظ يلتزم مقداراً من الطعام وباللفظ الاول يلتزم الفعل لان الاطعام فعل فلا يتأدى الا بأفعال عشرة ويعطى من الكفارة من له الدار والخادم لانهما يزيدان في حاجته فالدار تستر والخادم يستنفق وقد بينا انه يجوز صرف الزكاة الى مثله فكذلك الكفارة وان أوصى بأن يكفر عنه يمينه بعد موته فهو من ثلثه لانه لايجب أداؤه بعد الموت الا بوصية ومحل الوصية الثلث ثم ذكر الاختلاف فى مقدار الصاع وقد بيناه فى صدقة الفطر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الكسوة

﴿قال﴾ رضى الله تعالى والكسوة ثوب لكل مسكين إزارأورداءأوقميص أو قباءأو كساء هكذا نقل عن الزهري فى قوله تعالى أو كسوتهم أنه الازار فصاعداً من ثوب تام لكل مسكين وعن ابن عباس رضى الله عنه قال لكل مسكين ثوب ويعطى في الكسوة القباء والذى روى عن أبي موسي الاشعرى أنه كان يعطى فى كفارة اليمين لكل مسكين ثوبين فانما يقصد التبرع باحدهما فأما الواحد يتأدي به الواجب هكذا نقل عن مجاهد رحمه الله تعالي قال أدناه ثوب لكل مسكين وأعلاه ماشئت وهذا لأن الكسوة مايكون المرء به مكتسيا وبالثوب الواحد يكون مكتسيا حتى يجوز له أن يصلي في ثوب واحد واذا كان في ثوب واحد فالناس يسمونه مكتسيا لاعاريا والمراد بالازار الكبير الذى هو كالرداء فأما الصغير الذي لايتم به ستر العورة لا يجزى ولو كسا كل مسكين سراويل ذكر فى النوادر عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجزئه لانه يكون به مكتسيا شرعا حتى تجوز صلاته فيه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لايجزئه من الكسوة لان لابس السراويل وحده يسمى عريانا لامكتسيا الا أن تبلغ قيمته قيمة الطعام فحينئذ يجزئه من الطعام اذا نواه ولو أعطي كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل ولكنه يجزي من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ولو كسا كل مسكين قلنسوة أو أعطاه نعلين أوخفين لايجزيه من الكسوة لان الاكتساء به لايحصل وان أعطى كل واحد منهم عمامة فان كان ذلك يبلغ قيصا أو رداءأجزأه والالم يجزه من الكسوة لان العمامة كسوة

الرأس كالقلنسوة ولكن يجزيه من الطعام اذا كانت قيمته تساوي قيمة الطعام ولو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام قال ألا ترى انه لو أعطى كل مسكين ربع صاع حنطة وذلك يساوي صاعا من تمر لم يجز عنه من الطعام ولو كان هذا المد من الحنطة يساوي ثوبا كان يجزئ من الكسوة دون الطعام وهذا تفسير لما أبهمه قبل هذا من انه لا يجوز اقامة الطعام مقام الكسوة وتبين بهذا ان المراد هناك التمكين دون التمليك ولو أعطى مسكينا واحداً عشرة أثواب في مرة واحدة لم يجزه كما فى الطعام وان أعطاه فى كل يوم ثوبا حتى استكمل عشرة أثواب في عشرة أيام أجزأه كما فى الطعام ﴿فان قيل﴾ الحاجة الى الطعام تجدد بتجدد الايام والحاجة الى الكسوة لا تجدد بتجدد الايام وانما تجدد فى كل ستة أشهر أو نحو ذلك ﴿ قلنا ﴾ نعم الحاجة الى الملبوس كذلك ولكنا أقمنا التمليك مقامه في باب الكسوة والتمليك يتحقق فى كل يوم واذا قام الشئ مقام غيره يسقط اعتبار حقيقة نفسه وهذا لان الحاجة الى الملك لا نهاية لها الا أنا لا نجوز أداء الكل دفعة واحدة للتنصيص على تفريق الافعال وذلك بتفرق الايام فى حق الواحد وقد يحصل أيضاً بتفرق الدفعات فى يوم واحد الا أنه ليس لذلك حد معلوم فقدرنا بالأيام وجعلنا تجدد الايام في حق الواحد كتجدد الحاجة تيسيراً وان أعطى عشرة مساكين عبداً أو دابة قيمته تبلغ عشرة أثواب أجزأه من الكسوة باعتبار القيمة كما لو أدى الدراهم وان لم تبلغ قيمته عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزأه من الطعام لان مقصوده معلوم وهو سقوط الواجب به عنه فيحصل مقصوده بالطريق الممكن ولو أقام رجل البينة عليه أنه ملكه واخذه فعليه استقبال التكفير لان المؤدي استحق من يد المسكين فكانه لم يصل اليه ولو كسا عن رجل بأمره عشرة مساكين أجزأ عنه وان لم يعط عنه ثمنا لأن فعل الغير ينتقل اليه بأمره كفعله بنفسه والمسكين يصير قابضا له أولا ثم لنفسه وقد بينا فى الطعام مثله في الظهار ولو كساهم بغير أمره ورضى به لم يجز عنه لأن الصدقة قد تمت من جهة المؤدي فلا يتصور وقوعها عن غيره بعد ذلك وان رضى به ولو أعطى عن كفارة ايمانه في أكفان الموتى أو في بناء مسجد أو في قضاء دين ميت أو فى عتق رقبة لم يجز عنه لان الواجب انما يتأدى بالتمليك الى الفقير والتمليك لا يحصل بهذا وقد بينا مثله فى الزكاة أنه

لايجزئه ﴿فان قيل﴾ في باب الكفارة التمليك غير محتاج اليه عندكم حتى يتأدى بالتمكين من الطعام بخلاف الزكاة ﴿قلنا﴾ لايعتبر التمليك عند وجود ما هو المنصوص عليه وهو فعل الاطعام وهذا لا يوجد فى هذه المواضع فلا بد من اعتبار التمليك وذلك لا يحصل بتكفين الميت وبناء المسجد وان أعطي منها ابن سبيل منقطعا به أجزأه لانه محل لصرف الزكاة اليه وقد بينا أن مصرف الكفارة من هو مصرف الزكاة ولو كانت عليه يمينان فكسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبين عنهما أجزأه عن يمين واحدة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كما في الطعام واذا كسا مسكينا عن كفارة يمينه ثم مات المسكين فورثه هذا منه أو اشتراه فى حياته أووهبه له لم يفسد ذلك عليه لان الواجب قد تأدي بوصول الثوب الى يد المسكين ولم يبطل ذلك بما اعترض له من الاسباب وقد بينا فى الزكاة نظيره والاصل فيه ما روى أن بريرة كان يتصدق عليها وتهديه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقول هي لها صدقة ولنا هدية فهذا دليل على ان اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الاعيان وفي حديث أبي طلحة أنه تصدق على ابنته بحديقة له ثم ماتت فورثها منها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ان الله قبل منك صدقتك ورد عليك حديقتك والله أعلم بالصواب

باب الصيام

﴿قال﴾ واذا حنث الرجل وهو معسر فعليه ثلاثة أيام متتابعة فان أصبح في يوم مفطراً ثم عزم على الصوم عن كفارة يمينه لم يجزه لانه دين في ذمته وما كان دينا في الذمة لا يتأدى الا بنية من الليل وهذا لانه انما يتأدى بالنية من النهار صوم يوم توقف الامساك في أول النهار عليه باعتبار ان النية تستند اليه وهذا فيما يكون عينا فى الوقت دون مايكون دينا في الذمة واذا أفطرت المرأة في هذا الصوم لمرض أو حيض فعليها ان تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام خالية عن الحيض والمرض فلا تعذر فيها بالافطار بعذر الحيض بخلاف الشهرين المتتابعين وقد بينا هذا في الصوم ولايجزى الصوم عن هذا فى أيام التشريق لانه واجب فى ذمته بصفة الكمال والصوم فى هذه الايام ناقص لانه منهى عنه فلا يتأدى به ماوجب فى ذمته بصفة الكمال فان كان لهذا المعسر مال غائب عنه أو دين وهو لايجد مايطعم أو يكسو

ولا مايعتق أجزأه أن يصوم لان المانع قدرته على المال وذلك لايحصل بالملك دون اليد فما يكون دينا على مفلس أوغائبا عنه فهو غير قادر على التكفير به الا أن يكون في ماله الغائب عبد فحينئذ لايجزيه التكفير بالصوم لانه متمكن من التكفير بالعتق فان نفوذ العتق باعتبار الملك دون اليد وكذلك ان كان العبد أبق وهو يعلم حياته فانه لايجزيه التكفير بالصوم لقدرته على التكفير بالعتق ولو كان له مال وعليه دين مثله أجزأه الصوم بعدما يقضى دينه عن ذلك المال وهذا غير مشكل لانه بعد قضاء الدين بالمال غير واجد لمال يكفر به وانما الشبهة فيما اذا كفر بالصوم قبل أن يقضى دينه بالمال فمن مشايخنا من يقول بانه لايجوز ويستدل بالتقييد الذي ذكره بقوله بعد مايقضى دينه وهذا لان المعتبر هنا الوجود دون الغني ومالم يقض الدين بالمال فهو واجد والاصح انه يجزيه التكفير بالصوم لما أشار اليه في الكتاب من قوله الا ترى ان الصدقة تحل لهذا وفى هذا التعليل لا فرق بينما قبل قضاء الدين وبعده وهذا لان المال الذي في يده مستحق بدينه فيجعل كالمعدوم في حق التكفير بالصوم كالمسافر اذا كان معه ماء وهو يخاف العطش يجوز له التيمم لان الماء مستحق لعطشه فيجعل كالمعدوم فى حق التيمم وان صام العبد عن كفارة يمينه فعتق قبل ان يفرغ منه وأصاب مالا لم يجزه الصوم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وقد بينا مثله فى الحر المعسر اذا أيسر فكذلك فى غيره لان السبب الموجب للكفارة بالمال متحقق فى حقه ولكن لانعدام الملك كان يكفر بالصوم وقد زال ذلك بالعتق فكان هو والحر سواء ولو صام رجل ستة أيام عن يمينين اجزأه وان لم ينو ثلاثة أيام لكل واحدة لان الواجب عليه نية الكفارة دون نية التمييز فان التمييز في الجنس الواحد غير مفيد وانما يستحق شرعاً ما يكون مفيداً والصوم فى نفسه أنواع فلا يتعين نوع من الكفارات الابالنية فأما كفارات الايمان نوع واحد فلا يعتبر نية التمييز فيما بينها كقضاء رمضان فان عليه ان ينوى القضاء وليس عليه نية تعيين يوم الخميس والجمعة ثم فرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى بين هذا وبين الاطعام والكسوة من حيث أن هناك لو أعطى كل مسكين صاعا أو ثوبين عن يمينين لم يجز الا عن واحدة لان الاداء يكون دفعة واحدة وهنا صوم ستة أيام عن يمينين لا يتصور دفعة واحدة بل مالم يفرغ عن صوم ثلاثة أيام لا يتصور صوم ثلاثة أخرى فلهذا جاز كل ثلاثة عن كفارة ووزان هذا من الطعام والكسوة ما لو فرق فعل الدفع وان كان عنده طعام احدى

الكفارتين فصام لاحداهما ثم أطعم للأخري لم يجزه الصوم لانه كفر بالصوم في حال وجود ما يكفر به من المال وعليه أن يعيد الصوم بعد التكفير بالاطعام لانه لما كفر بالاطعام عن يمين فقد صار غير واجد في حق اليمين الاخرى وهو نظير محدثين في سفر وجدا من الماء مقدار ما يكفي لوضوء أحدهما فتيمم أحدهما أولا ثم توضأ الآخر به فعلى من تيمم اعادة التيمم بعد ما توضأ به الآخر لهذا المعنى ولا يجوز صوم أحد عن أحد حيّ أو ميت في كفارة أو غيرها لحديث ابن عمر رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا لا يصوم أحد عن أحد ولان معنى العبادة في الصوم في الابتداء بما هو شاق على بدنه وهو الكف عن اقتضاء الشهوات وهذا لا يحصل في حق زيد بأداء عمرو والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب من الايمان

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا حلف الرجل على أمر لا يفعله أبداً ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا يفعله أبداً ثم فعله كانت عليه كفارة يمينين لان اليمين عقد بباشره بمبتدأ وخبر وهو شرط وجزاء والثاني في ذلك مثل الاول فهما عقدان فبوجود الشرط مرة واحدة يحنث فيهما وهذا اذا نوى يمينا أخرى أو نوى التغليظ لان معنى التغليظ بهذا يتحقق أولم يكن له نية لان المعتبر صيغة الكلام عند ذلك ثم الكفارات لا تندرئ بالشبهات خصوصا في كفارة اليمين فلا تتداخل وأما اذا نوى بالكلام الثاني اليمين الاول فعليه كفارة واحدة لانه قصد التكرار والكلام الواحد قد يكرر فكان المنوي من محتملات لفظه وهو أمر بينه وبين ربه وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا اذا كانت يمينه بحجة أو عمرة أو صوم أو صدقة فأما اذا كانت يمينه بالله تعالى فلا تصح نيته وعليه كفارتان قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هذا أحسن ما سمعنا منه ووجهه أن قوله فعليه حجة مذكور بصيغة الخبر فيحتمل أن يكون الثاني هو الاول فأما قوله والله هذا ايجاب تعظيم المقسم به نفسه من غير أن يكون بصيغة الخبر فكان الثاني ايجابا كالاول فلا يحتمل معنى التكرار لان ذلك في الاخبار دون الايقاع والايجاب واذا كانت احدي اليمينين بحجة والاخرى بالله فعليه كفارة وحجة لان معني تكرار الاول غير محتمل هنا فانعقدت يمينان

وقد حنث فيهما بايجاد الفعل مرة فيلزمه موجب كل واحد منهما فان حلف ليفعلن كذا الى وقت كذا وذلك الشيء معصية يحق عليه أن لا يفعله لانه منهي عن الاقدام على المعصية ولا يرتفع النهي بيمينه ولكن اليمين منعقدة فاذا ذهب الوقت قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث فيها بفوت شرط البر فيلزمه الكفارة فان لم يؤقت فيه وقتا وذلك الفعل مما يقدر على أن يأتي به كشرب الخمر والزنا ونحوه لم يحنث الى أن يموت لان الحنث بفوت شرط البر وشرط البر بوجود ذلك الشيء منه في عمره فاذا مات قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث بفوت شرط البر حين أشرف على الموت ووجبت عليه الكفارة فينبغي له أن يوصي بها لتقضى بعد موته كما ينبغي أن يوصي بسائر ما عليه من حقوق الله تعالى كالزكاة ونحوها واذا حلف بأيمان متصلة معطوفة بعضها على بعض واستثنى في آخرها كان ذلك استثناء من جميعها لأن الكلمات المعطوفة بعضها على بعض ككلام واحد فيؤثر الاستثناء في ابطالها كلها اعتباراً للايمان بالايقاعات وقيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان الاستثناء عندهما لابطال الكلام وحاجة اليمين الاولى كحاجة اليمين الثانية فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الاستثناء بمنزلة الشرط فانما ينصرف الى مايليه خاصة كما لو ذكر شرطا آخر لان اليمين الاولى تامة بما ذكر لها من الشرط والجزاء فلا ينصرف الشرط المذكور آخرا اليها وقد بينا هذا في الجامع وكذلك لو قال الا أن يبدو لي أو أرى غير ذلك أو الا أن أرى خيراً من ذلك فهذا كله من ألفاظ الاستثناء وبه يخرج الكلام من أن يكون عزيمة وايجابا وان قال الا أن لا أستطيع فهذا على ثلاثة أوجه فان كان يعني ما سبق به من القضاء فهو موسع عليه ولا يلزمه الكفارة لان المنوى من محتملات لفظه فالمذهب عند أهل السنة ان كل شيء بقضاء وقدر وان الاستطاعة مع الفعل فاذا لم يفعل علمنا أن الاستطاعة التي قد استثنى بها لم توجد ولكن هذا في اليمين بالله فان موجبه الكفارة وذلك بينه وبين ربه فان كانت اليمين بالطلاق أو العتاق فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن لا يدين في الحكم لان العادة الظاهرة أن الناس يريدون بهذه الاستطاعة ارتفاع الموانع فان الرجل يقول أنا مستطيع لكذا ولا أستطيع أن أفعل كذا على معنى أنه يمنعني مانع من ذلك قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة فاذا كان الظاهر هذا والقاضي مأمور باتباع الظاهر لا يدينه في الحكم فان كان يعني شيئاً يعرض

من البلايا لم يسقط عنه يمينه مالم يعرض ذلك الشئ وكذلك ان لم يكن له نية في الاستطاعة فهو على أمر يعرض له فلا يكون على القضاء والقدر مالم ينوه لما بينا ان الكلام المطلق محمول على ما هو الظاهر والمتعارف ولو قال والله لا أكلم فلانا ووالله لا أكلم فلانا رجلا آخر ان شاء الله تعالى يعني بالاستثناء اليمينين جميعا كان الاستثناء عليهما لكون احدى اليمينين معطوفة على الأخري وفى بعض النسخ لم يذكر حرف العطف ولكن قال والله لا أكلم فلانا وهذا صحيح أيضاً لان موجب هذه اليمين الكفارة وذلك أمر بينه وبين ربه فاذا لم يسكت بين اليمينين كان المنوى من محتملات لفظه أو يحمل الواو في الكلام الثانى للعطف دون القسم فكانه قال والله والله وكذلك لوقال على حجة ان كلمت فلانا وعلى عمرة ان كلمت فلانا ان شاء الله فكلمه لم يحنث لان الكلام الثاني معطوف على الاول فأما اذا قال عبدى حران كلمت فلانا عبدى الآخر حر ان كلمت فلانا ان شاء الله ثم كلمه فان عبده الاول حر في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله لانه لم يذكر بين الكلامين حرف العطف فانعدم الاتصال بينهما حكما ووجد الاتصال صورة حين لم يسكت بينهما فان نوي صرف الاستثناء اليهما كان مدينا فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولا يدين في الحكم لانه خلاف الظاهر فان الكلام الثاني غير معطوف على الاول فيصير فاصلا بين الاستثناء والكلام الاول وان قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فعبدى حر فهذه يمين بالعتق لان اليمين تعرف بالجزاء والجزاء عتق العبد لان الجزاء ما يتعقب حرف الجزاء وهو الفاء والشرط أن يحلف بطلاق امرأته فاذا قال بعد ذلك لعبده ان حلفت بعتقك فامرأته طالق فان عبده يعتق لان بالكلام الثاني حلف بطلاق امرأته بذكر الشرط والجزاء طلاقها فوجد به الشرط في اليمين الاول فلهذا يعتق عبده ولا تطلق امرأته لان الحلف بعتق العبد كان سابقا على الحلف بطلاقها وما يكون سابقا على اليمين لا يكون شرطا لان الحالف انما يقصد منع نفسه عن ايجاد الشرط وذلك لا يتحقق فيما كان سابقا على يمينه ولو قال لامرأته ثلاث مرات ان حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت اثنتين ان كان دخل بها لانه باليمين الثانية يحنث فى اليمين الاولى فتطلق واحدة ثم باليمين الثالثة يحنث في اليمين الثانية فتطلق أخري لانها فى عدته وان لم يكن دخل بها لا تطلق الا واحدة لانها بانت بالاولى لا الى عدة ولان شرط الحنث فى اليمين الثانية لا يوجد باليمين

الثالثة لان الشرط هو الحلف بطلاقها وذلك لا يتحقق في غير الملك بدون الاضافة الى الملك فلهذا لا تطلق الا واحدة ولو قال عبده حر ان حلف بطلاق امرأته ثم قال لامرأته أنت طالق ان شئت لا يعتق عبده وليس هـذا بيمين وان وجد الشرط والجزاء صورة بل هو مخير بمنزلة قوله أمرك بيدك أو اختارى فقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه رضى الله تعالى عنهن مع نهيه عن اليمين بالطلاق والدليل عليه انه يشترط وجود المشيئة منها فى المجلس ولو كان يمينا لم يتوقت بالمجلس كقوله انت طالق ان كلمت وكذلك اذا قال اذا حضت حيضة لم يعتق عبده لان هـذا تفسير لطلاق السنة بمنزلة قوله انت طالق للسنة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يعتق لان هذا ليس بايقاع لطلاق السنة بدليل انه لو جامعها فى الحيض ثم طهرت وقع الطلاق عليها ولو كان هذا كقوله للسنة لم يقع قلنا هو سنى من وجه فلا يحنث بالحيض وتطليق لوجود الشرط حقيقة واما اذا قال لها اذا حضت فأنت طالق أو اذا جاء غد فأنت طالق عتق عبده عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يعتق قال لان الحالف يكون مانعا نفسه من ايجاد الشرط وانما يكون الكلام يمينا بذكر شرط يتصور المنع عنه فأما بذكر شرط لا يتصور المنع عنه لا يصير حالفا بطلاقها فلا يعتق عبده كما لو قال انت طالق غداً ولكنا نقول الكلام يعرف بصيغته وقد وجد صيغة اليمين بذكر الشرط والجزاء ولم يغلب عليه غيره فكان يمينا بخلاف قوله أنت طالق غداً لانه ما ذكر الشرط والجزاء انما أضاف الطلاق الى وقت وبخلاف قوله أنت طالق ان شئت أو اذا حضت حيضة لانه غلب عليه معنى آخر كما بينا وبأن لم يكن فى وسعه منع هذا الشرط لا يخرج من أن يكون يمينا كما لو جعل الشرط فعل انسان آخر لا يقدر على منعه من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المساكنة

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا حلف الرجل لا يساكن فلانا ولا نية له فساكنه في دار كل واحد منهما فى مقصورة على حدة لم يحنث لان المساكنة على ميزان المفاعلة فشرط حنثه وجود السكنى مع فلان والسكنى المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فتكون المساكنة بوجود هذا الفعل منهما على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك اذا سكنا بيتا واحدا

أو سكنا فى دار و كل واحد منهما فى بيت منها لان جميع الدار مسكن واحد فأما اذا كان في الدار مقاصير وحجر فكل مقصورة مسكن على حدة فلا يكون هو مساكنا فلانا فلا يحنث فى يمينه بمنزلة ما لو سكنا فى محلة كل واحد منهما على حدة والدليل على الفرق أن الدار التى تشتمل على المقاصير كل مقصورة منها حرز على حدة حتى لو أخرج السارق المتاع من مقصورة فأخذ فى صحن الدار يقطع ولو سرق من يسكن احدى المقصورتين من المقصورة الاخرى يقطع والدار التى تشتمل على بيوت حرز واحد حتى لو أخرج السارق المتاع من بيت واخذ في صحن الدار لا يقطع ومن كان مأذونا فى الدخول فى أحد البيوت من الدار اذا سرق من البيت الآخر لا يقطع وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال هذا اذا كانت الدار كبيرة نحو دار الوليد بالكوفة ونظيره دار نوح ببخارى لان ذلك بمنزلة المحلة فأما اذا لم يكن بهذه الصفة فانه يحنث سواء كانت دارا تشتمل على مقاصير أو على بيوت لان فى عرف الناس هذا مسكن واحد ويعد الحالف مساكنا لصاحبه وان كان كل واحد منهما فى مقصورة وان كان نوى حين حلف أن لا يساكنه في بيت واحد أو فى حجرة أو في منزل واحد بأن يكونا فيه جميعا لم يحنث حتى يساكنه فيما نوي لان المنوى من محتملات لفظه ﴿فان قيل﴾ المسكن ليس فى لفظه فكيف تعمل نيته في تخصيص المسكن ونية التخصيص فيما لا لفظ له باطل ﴿ قلنا ﴾ نحن لا نعتبر تخصيص المسكن حتى لو نوى شيئاً بعينه لا تعمل نيته ولكن الفعل يقتضى المصدر لا محالة فبذكر الفعل يصير المصدر كالمذكور لغة وهو انما نوى أكمل مايكون من السكني لان أكمل ذلك أن يجمعهما بيت واحد وما دون هذا عند المقابلة بهذا يكون قاصراً فيكون هذا منه نية نوع من السكنى وذلك صحيح نظيره ماقال فى الجامع ان خرجت ونوى السفر تعمل نيته لأنه نوى نوعا من الخروج والخروج الذى هو مصدر كالمذكور بذكر الفعل فتصح نيته فى نوع منه بخلاف ما اذا نوى الخروج الى بغداد لان المكان ليس في لفظه فلا تعمل نيته فى ذلك وان كان نوى أن لايساكنه فى مدينة أوقرية وسمى ذلك فان ساكنه في شئ من ذلك حنث ولا تكون المساكنة فى ذلك الا أن يسكنا بيتا واحدا أو دارا واحدة من دار البلدة أو القرية على مابينا أن المساكنة فعل على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك لايكون الا فى مسكن واحد وفائدة تخصيصه البلدة أو القرية اخراج سائر المواضع عن يمينه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه

في هذا الفصل يحنث اذا جمعهما المكان الذى سمى فى السكنى وان كان كل واحد منهما فى دار على حدة لاجل العرف فانه يقال فلان يساكن فلانا فى قرية كذا وبلدة كذا وان كان كل واحد منهما فى دار على حدة فأما فى ظاهر الرواية لايحنث فى ذلك الا أن ينويه فحينئذ تعمل نيته لما فيه من التشديد عليه وان حلف لايساكنه فى بيت فدخل عليه فيه زائراً أو ضيفا وأقام فيه يوما أو يومين لم يحنث لان هذا ليس بمساكنة انما المساكنة بالاستقرار والدوام وذلك بمتاعه وثقله ألا ترى أن الانسان يدخل فى المسجد كل يوم مراراً ولا يسمي ساكنا فيه ويدخل على الأمير ويكون فى داره يوما ولا يسمي مساكناله في داره فكذلك هذا الذى دخل على فلان زائراً أو ضيفا لايكون ساكنا معه فيه فلا يحنث الا أن ينويه فحينئذ فى نيته تشديد عليه فيكون عاملا ألا ترى أن الرجل قد يمر بالقرية فيبيت فيها ويقول ماسكنتها قط فيكون صادقا فى ذلك ولو كان ساكنا في دار فحلف أن لايسكنها ولا نية له ثم أقام فيها يوما أو أكثر لزمه الحنث لأن السكنى فعل مستدام حتى يضرب له المدة ويقال سكن يوما أو شهراً والاستدامة على مايستدام كالانشاء قال الله تعالى وإما ينسينك الشيطان فلاتقعد بعد الذكرى أى لاتمكث قاعداً فيجعل استدامة السكني بعد يمينه كانشائه وكذلك اللبس والركوب لانه يستدام كالسكني فأما اذا أخذ في النقلة من ساعته أو فى نزع الثوب أو فى النزول عن الدابة لم يحنث عندنا استحسانا وفي القياس يحنث وهو قول زفر رحمه الله تعالى لوجود جزء من الفعل المحلوف عليه بعد يمينه الى أن يفرغ عنه ووجه الاستحسان أن هذا القدر لا يستطاع الامتناع عنه فيصير مستثنى لما عرف من مقصود الحالف وهو البر دون الحنث ولا يتأتى البر الا بهذا ولان السكني هو الاستقرار والدوام فى المكان والخروج ضده فالموجود منه بعد اليمين ماهو ضد السكنى حين أخذفي النقلة فى الحال ولو خرج منها بنفسه ولم يشتغل بنقل الامتعة يحنث عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث لانه عقد يمينه على سكناه وحقيقة ذلك بنفسه فينعدم بخروجه عقيب اليمين وحكى عنه فى تعليل هذه المسألة قال خرجت من مكة وخلفت فيها دفيترات أفأكون ساكنا بمكة ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك أنه ساكن فيها بثقله وعياله فمالم ينقلهم فهو ساكن فيها لما بينا أن السكني فعل على سبيل الاستقرار والدوام وذلك لايتأتي الا بالثقل والمتاع والعرف شاهد لذلك فانك تسأل السوقى أين تسكن فيقول في محلة كذا وهو فى تجارته يكون

في السوق ثم يشير الى موضع ثقله وعياله ومتاعه فعرفنا أن السكني بذلك بخلاف الدفيترات فان السكني لا تتأتي بها مع أن من مشايخنا من يقول اذا كان يمينه على أن لا يسكن بلدة كذا فخرج منها بنفسه لم يحنث وان خلف ثقله بها وقد روي بعض ذلك عن محمد رحمه الله بخلاف السكنى في الدار فان من يكون فى المصر فى السوق يسمى ساكنا فى الدار التى فيها ثقله ومتاعه وعياله فأما المقيم بأوزجند لا يسمى ساكنا ببخارى وان كان بها عياله وثقله قال رضى الله عنه وهذه المسئلة تنبنى على أصل فى مسائل الايمان بيننا وبين الشافعى رحمه الله تعالى أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ والعادة بخلافها لا تعتبر لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعندنا العادة الظاهرة اصطلاح طارئ على حقيقة اللغة والحالف يريد ذلك ظاهراً فيحمل كلامه عليه ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين والله لأجرينك على الشوك فيحمل على شدة المطل دون حقيقة اللفظ وكان مالك يقول ألفاظ اليمين محمولة على ألفاظ القرآن وهذا بعيد أيضاً فان من حلف لا يستضيء بالسراج فاستضاء بالشمس لا يحنث والله تعالى سمى الشمس سراجا ومن حلف لا يجلس على البساط فجلس على الارض لم يحنث والله تعالى سمى الارض بساطا ولو حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحنث وقد سمى الله تعالى الجبال أوتاداً فعرفنا أن الصحيح ما قلنا فان نقل بعض الامتعة فالمروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يحنث اذا ترك بعض أمتعته فيها لانه كان ساكنا فيها بجميع الامتعة فيبقي ذلك ببقاء بعض الامتعة فيها وهو أصل لأبى حنيفة حتى جعل بقاء صفة السكون فى العصير مانعا من أن يكون خمراً وبقاء مسلم واحد منا فى بلدة ارتد أهلها مانعامن أن تصير دار حرب الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا اذا كان الباقى يتأتى بها السكنى اما ببقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير فيها لا يبقى ساكنا فيها فلا يحنث وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قريب من هذا قال ان بقي فيها ما يتأتى لمثله السكنى به يحنث والا فلا وعن محمد رحمه الله تعالى قال ان نقل الى المسكن الثاني ما يتأتى له السكني به لم يحنث لان بهذا صار ساكنا فى المسكن الثانى فلا يبقى ساكنا فى المسكن الاول ولو كان في طلب مسكن آخر فبقى فى ذلك يوما أو أكثر لم يحنث في الصحيح من الجواب لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثني لما عرف من مقصوده اذا لم يفرط فى الطلب وكذلك ان بقى فى نقل الامتعة أياما لكثرة أمتعته ولبعد المسافة ولم يستأجر لذلك جمالا بل جعل

ينقل بنفسه شيئاً فشيئاً لم يحنث وان بقي في ذلك شهراً اذا لم يفرط لان نقل الامتعة ضد الاستقرار فى ذلك المكان فاشتغاله به يمنعه من أن يكون ساكنا فيه فلا يحنث لهذا ولو حلف لا يساكن فلانا فى دار قد سماها بعينها واقتسماوضربا بينهماحائطاوفتح كل واحد منهما بابا لنفسه ثم سكن الحالف طائفة والآخر طائفة لزمه الحنث لانه قد ساكنه فيها بعينها والمعني فيه أن شرط حنثه حين عقد اليمين ان يجمعهما فعل السكني في الموضع الذى عينه وقد وجد ذلك بعد القسمة وضرب الحائط كما قبله وهذا بخلاف مالو كانت يمينه على ان لايساكنه فى منزل ولم يسم داراً بعينها ولم ينوها لان هناك بالقسمةوضرب الحائط صار كل جانب منزلا على حدة ولان فى غير العين يعتبر الوصف وفى العين يعتبر العين دون الوصف كما لوحلف أن لايكلم شابا فكلم شيخاً كان شابا وقت يمينه لم يحنث بخلاف مالو حلف أن لايكلم هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ يحنث وهذا لانه فى الدارالمعينة أظهر بيمينه التبرم منها لامن فلان وفى غير المعين انما أظهر التبرم من مساكنة فلان ولايكون مساكنا له اذا لم يجمعهما منزل واحد ولوحلف ان لايساكنه وهوينوى فى بيت واحدفساكنه فى منزل كل واحد منهما في بيت لم يحنث لانه نوى أكمل مايكون من المساكنة فتصح نيته ويصير المنوى كالملفوظ به وان حلف أن لايسكن دارا بعينها فهدمت وبنيت بناء آخر فسكنها يحنث لانهاتلك الدار بعينها ومعني هذا ان البناءوصف ورفع البناء الاول واحداث بناء آخر يغير الوصف وفى العين لامعتبر بالوصف واسم الدار يبقي بعد هدم البناء حتى لو سكنها كذلك صار حانثاً وهذا لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط فلا يزول ذلك برفع البناء أما ترى أن العرب تطلق اسم الدار على الخرابات التى لم يبق منها الا الآثار قال القائل

* عفت الديار محلها فمقامها * وقال آخر * يادار مية بالعلياء فالسند *

وهذا بخلاف مالو حلف لايسكن بيتا عينه فهدم حتى ترك صحراء ثم بني بيت آخر فى ذلك الموضع فسكنه لم يحنث لان اسم البيت يزول بهدم البناء ألا ترى أنه لوسكنه حين كان صحراء لم يحنث وهذا لان البيت اسم لما يكون صالحا للبيتوتة فيه والصحراء غير صالح لذلك واليمين المعقودة باسم لايبقى بعد زوال الاسم ثم انماحدث اسم البيت لذلك الموضع بالبناء الذي أحدث فكان هذا اسما غير ماعقد به اليمين ووزانه من الدار ان لو جعلها بستانا أو حماما ثم بنى داراً فسكنها لم يحنث لان الاسم زال جعلها بستانا أوحماما ثم حدث اسم الدار

بصفة حادثة فلم يكن ذلك الاسم الذي انعقد به اليمين (واذا حلف لايسكن دار فلان هذه فباعها فسكن الحالف ولم يكن له نية لم يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى يحنث وكذلك العبد والثوب وكل مايضاف الى انسان بالملك وجه قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى أنه جمع في كلامه بين الاشارة والاضافة فيتعلق الحكم بالاشارة لأنها أبلغ في التعريف من الاضافة فانها تقطع الشركة والاضافة لاتقطع الشركة فكان هذا بمنزلة قوله لا أسكن هذه الدار والدليل عليه مالو قال والله لا أكلم زوجة فلان هذه صديق فلان هذا فكلم بعد ماعاداه وفارقها يحنث لما قلنا وكذلك لو قال لأ كلم صاحب هذا الطيلسان فكلم بعد ماباع الطيلسان يحنث وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول عقد يمينه على ملك يضاف الى مالك فلا يبقى بعد زوال الملك كما لو كان أطلق دار فلان وتحقيقه من وجهين (أحدهما) أن الدار لايقصد هجرانها لعينها بل لاذى حصل من مالكها واليمين تتقيد بمقصود الحالف فصار بمعرفة مقصوده كانه قال مادامت لفلان بخلاف الزوجة والصديق فانه يقصد هجرانهما لعينهما وكذلك قوله صاحب الطيلسان لانه يقصد هجرانه لعينه لا لطيلسانه فكان ذكر هذه الاشياء للتعريف لا لتقييد اليمين (فان قيل) في العبد هو آدمي فيقصد هجرانه لعينه ومع ذلك قلتم اذا حلف لايكلم عبد فلان هذا فكلمه بعد مباعه لايحنث (قلنا) ذكر ابن سماعة في نوادره أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحنث بهذا في العبد ووجه ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقط المنزلة عند الاحرار فالظاهر أنه اذا كان الأذى منه لايقصد هجرانه باليمين فلا يجعل له هذه المنزلة ولكن انما يحلف اذا كان الاذى من مالكه ولان اضافة المملوك الى المالك حقيقة كالاسم ثم لو جمع في يمينه بين ذكر الاسم والعين وزال الاسم لم يبق اليمين كما لو حلف لايدخل هذه الدار بعينها فجعلت بستانا فدخل لم يحنث لزوال الاسم فكذلك اذا جمع بين الاضافة والتعيين فزالت الاضافة لايبقى اليمين بخلاف الزوجة والصديق فالاضافة هناك ليست بحقيقية ولكنه تعريف كالنسبة وكما أنه يتعلق اليمين بالعين دون النسبة فكذلك هنا يتعلق بالعين دون الاضافة فان نوى ان لايسكنها وان زالت الاضافة فله مانوى لانه شدد الامر على نفسه بنيته وكذلك عند محمد رحمه الله تعالى لو نوى أن لايسكنها مادامت لفلان فله مانوي لان المنوى من محتملات لفظه (واذا حلف ان لايسكن دار فلان أو دارا لفلان ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها فسكن دارا له قد باعها بعد

يمينه لم يحنث لانه جعل شرط الحنث وجود السكنى فى دار مضافة الى فلان ولم يوجد بخلاف قوله زوجة فلان أوصديق فلان لان هناك انما يقصد هجرانهما لعينهما فيتعين ما كان موجوداً وقت يمينه بناء على مقصوده كما لوعينه وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله تعالي التسوية بينهما ووجهه أنه عقد اليمين بالاضافة وحقيقة ذلك فيما كان موجوداً وقت يمينه ولكن على هذه الرواية لا بد من ان يقال اذا جمع بين الاضافة والتعيين يبقى اليمين بعد زوال الاضافة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى كما هو قول محمد رحمه الله تعالى واما اذا سكن داراً كانت مملوكة لفلان من وقت اليمين الى وقت السكنى فهو حانث بالاتفاق وان سكن دارا اشتراها فلان بعد يمينه حنث فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يحنث فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وكذلك العبد والدابة والثوب ولو حلف لا يأكل طعام فلان أولا يشرب شراب فلان فتناول شيئا مما استحدثه فلان لنفسه فهو حانث بالاتفاق وقد أشار ابن سماعة الى التسوية بين الكل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا أنه عقد اليمين على الاضافة فما لم يوجد حقيقة وقت اليمين لا يتناوله اليمين فاما وجه قوله في الفرق على ظاهر الرواية أن الطعام والشراب يستحدث الملك فيهما فى كل وقت فعرفنا أن مقصود الحالف وجود الاضافة الى فلان وقت التناول فأما الدار والعبد والدابة فلا يستحدث الملك فيها فى كل وقت فعرفنا ان مقصوده ماكان موجوداً في الحال دون مايستحدث فيه فكان هذا بمنزلة الزوجة والصديق وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه عقد يمينه على ملك مضاف الى المالك فاذا وجدت الاضافة الى وقت الفعل كان حانثا كما فى الطعام والشراب وتحقيقه ان شرط حنثه وجود السكنى فى دار مضافة الى فلان بالملك وانما حمله على اليمين أذي دخله من فلان وفى هذا لا فرق بين الموجود فى ملكه وقت اليمين وما استحدث الملك فيه بخلاف الزوجة والصديق وقد روى محمد عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى فى قوله داراً لفلان انه لا يحنث اذا سكن دار اشتراها فلان بعد يمينه بخلاف قوله دار فلان لان اللام دليل على الملك فصار تقدير كلامه كأنه قال لا أسكن داراً هى مملوكة لفلان فيتعين الموجود في ملكه دون مايستحدثه ولا يوجد ذلك في قوله دار فلان وروي بشر عن أبي يوسف رحمهما الله على عكس هذا قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث الملك فيه بخلاف قوله دارا لفلان لان في قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة ألا ترى أنه لولم يذكر فلانا كان كلاما

مختلا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت اليمين ليتناوله اليمين وفى قوله دارا لفلان الكلام تام بدون ذكر فلان فانه لوقال لا أسكن دارا كان مستقيما فذكرفلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى وان حلف لا يسكن دارا لفلان فسكن دارا بينه وبين آخر لم يحنث قل نصيب الآخر أوكثر لانه جعل شرط الحنث وجود السكنى فى دار يملكها فلان والمملوك لفلان بعض هذه الدار وبعض الدار لا يسمى داراً وان حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان فسكن داراً اشتراها لغيره حنث لان المشترى لغيره كالمشتري لنفسه فيما ينبنى على الشراء ألا ترى ان حقوق العقد تتعلق به وانه يستغني عن اضافة العقد الى غيره وانما رتب الحالف يمينه على الشراء دون الملك فان قال أردت ما اشتراه لنفسه دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين فى القضاء اذا كان يمينه بالطلاق لانه نوي التخصيص فى اللفظ العام وان حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر أو فسطاطا أوخيمة لم يحنث اذا كان من أهل الامصار وحنث اذا كان من أهل البادية لان البيت اسم لموضع يبات فيه واليمين يتقيد بما عرف من مقصود الحالف فأهل الامصار انما يسكنون البيوت المبنية عادة وأهل البادية يسكنون البيوت المتخذة من الشعر فاذا كان الحالف بدويا فقد علمنا ان هذا مقصوده بيمينه فيحنث بخلاف ما اذا كان من أهل الامصار واسم البيت للمبني حقيقة فلا يختلف فيه حكم أهل الامصار وأهل البادية لان أهل البادية يسمون البيت للمبني حقيقة والاصل فى هذا ان سائلا سأل ابن مسعود رضى الله عنه فقال ان صاحبا لنا أوجب بدنة أفتجزى البقرة فقال ممن صاحبكم فقال من بني رياح قال ومتى أقتنت بنو رياح البقر انما وهم صاحبكم الابل فدل ان عند اطلاق الكلام يعتبر عرف المتكلم فيما يتقيد به كلامه واذا حلف لا يسكن بيتا لفلان فسكن صفة له حنث لان الصفة بيت الا أن يكون نوي البيوت دون الصفاف فيدين فيما بينه وبين الله ولا يدين فى القضاء لانه نوى تخصيص اللفظ العام من أصحابنا من يقول هذا الجواب بناء على عرف أهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونه يسمي صفاً ومثله فى ديارنا يسمى كاشانه فأما الصفة في عرف ديارنا غير البيت فلا يطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه فيقال هذا صفة وليس ببيت فلا يحنث قال والاصح عندى أن مراده حقيقة ما نسميه الصفة ووجهه أن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا أن مدخله أوسع من مدخل البيوت المعروفة

فكان اسم البيت متناولا له فيحنث بسكناه الا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته ولو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها حنث لان السكنى في الدار هكذا تكون فان الانسان يقول أنا ساكن فى دار فلان وانما يسكن في بعضها فانه لا يسكن تحت السور وعلى الغرف والحجر الا أن يكون نوى أن يسكنها كلها فلا يحنث حينئذ حتي يسكنها كلها لانه نوى حقيقة كلامه ومطلق الكلام وان كان محمولا على المتعارف فنية الحقيقة تصح فيه كما لو قال يوم يقدم فلان فأمرأته طالق حمل علي الوقت للعرف فان نوى حقيقة بياض النهار عملت نيته في ذلك فهذا مثله حتى لو كان حلف بعتق أو طلاق يدين في القضاء لان هذه حقيقة غير مهجورة ولو حلف لايسكن داراً لفلان وهو ينوى بأجر أو عارية وسكنها علي غير ماعنى ولم يجر قبل ذلك كلام فانه يحنث وما نوي لايغني عنه شيئا لانه نوى التخصيص فيما ليس من لفظه فان فى لفظه فعل السكني وهو نوى التخصيص في السبب الذى يتمكن به من السكنى الا ان يكون قبل هذا كلام يدل عليه بان استعاره فأبى فحلف وهو ينوى العارية ثم سكن بأجر فحينئذ لا يحنث لان مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

باب الدخول

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا حلف لايدخل بيتا لفلان ولم يسم بيتا بعينه ولم يكن له نية فدخل بيتا هو فيه ساكن بأجر أو عارية فهو حانث عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لايحنث لان الاضافة الى فلان بالملك حقيقة وبالسكنى مجاز فلا تجتمع الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد والحقيقة مرادة بالاتفاق فيتنحي المجاز واللام فى قوله لفلان دليل الملك أيضا ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك أنه عقد يمينه على الاضافة الى فلان ومايسكنه فلان عارية أواجارة مضاف اليه بمنزلة مايسكنه بالملك ألا تري انك تقول بيت فلان ومنزل فلان وان كان نازلا فيه باجر أو عارية فكذلك مع حرف اللام فان النبي عليه الصلاة والسلام حين قال لرافع بن خديج لمن هذا الحائط فقال لى استأجرته لم ينكر عليه اضافته الى نفسه بحرف اللام ولا يقول أنه اذا دخل بيتا هو ملك فلان أنه يحنث بحقيقة الاضافة بالملك لوجود الاضافة بالسكنى

وحاصل هذا الكلام أنه يحنث باعتبار عموم المجاز وفى ذلك الملك والمستمار سواء كمن حلف لايضع قدمه فى دار فلان فدخلها حافيا أو متنعلا أو راكبا يحنث باعتبار عموم المجاز وهو الدخول دون حقيقة وضع القدم ﴿فان قيل﴾ كيف يكون للمجاز عموم والمصير اليه بطريق الضرورة ﴿قلنا﴾ العموم للحقيقة ليس باعتبار أنه حقيقة بل بدليل ذلك الدليل بعينه موجود فى المجاز وهذا لان المجاز كالمستمار ويحصل بلبس الثوب المستمار دفع الحر والبرد كما يحصل بلبس الثوب المملوك ولايقال بأن المجاز يصار اليه للضرورة بل هو أحد قسمي الكلام ألا ترى أن في كتاب الله تعالى مجازا وحقيقة والله تعالى يتعالى أن تلحقه الضرورة فعرفنا ان العموم يعتبر فى المجاز كما في الحقيقة وعلى هذا روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه اذا حلف لايدخل بيتا لفلان فدخل بيتا أجره فلان من غيره لم يحنث لانه مضاف الى المستأجر بالسكني دون الآجر ولو حلف لا يسكن حانوتا لفلان فسكن حانوتا أجره فان كان فلان ممن يسكن حانوتا لايحنث بهذا أيضاً وان كان لايسكن حانوتا فحينئذ يحنث لما عرف من مقصود الحالف فان من حلف لايسكن حانوت الامير يعلم كل أحد ان مراده حانوت علمكه الامير واذا حلف لايدخل على فلان ولم يسم شيئاولم يكن له نية فدخل عليه في بيته أو فى بيت غيره أو فى صفة حنث لانه وجد الدخول على فلان فان الدخول عليه فى موضع يبيت هو فيه أو يجلس لدخول الزائرين عليه وذلك يكون في بيته تارة وفى بيت غيره أخرى والصفة فى هذه كالبيت فيحنث لهذا وان دخل عليه فى مسجد لم يحنث لانه معد للعبادة فيه لاللبيتوتة والجلوس لدخول الزائرين عليه وكذلك ان دخل عليه في ظلة أو سقيفة أو دهليز باب دار لم يحنث لان العرف الظاهر ان جلوسه لدخول الزائرين عليه لايكون فى مثل هذه المواضع عادة وانما يكون نادراً عند الضرورة فاما الجلوس عادة يكون فى الصفة اوالبيت فهو وان أتاه فى هذه المواضع لايكون داخلا عليه ولا يحنث وكذلك لودخل عليه في فسطاط أوخيمة أو بيت شعر لم يحنث الا أن يكون الحالف من أهل البادية والحاصل أنه جعل قوله لا أدخل على فلان وقوله لا أدخل عليه بيتا سواء لاعتبار العرف كما بينا واذا حلف لايدخل عليه بيتا فدخل عليه فى المسجد أوالكعبة لم يحنث لانه مصلى والبيت اسم للموضع المعد للبيتوتة فيه ﴿فان قيل﴾ أليس إن الله تعالى سمي الكعبة بيتا بقوله ان أول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا فى قوله فى بيوت أذن الله ﴿قلنا﴾ قد بينا أن

الايمان لاتنبني على لفظ القرآن وقد سمي بيت العنكبوت بيتا فقال وان أوهن البيوت لبيت العنكبوت ثم هذا لايدل على أن مطلق اسم البيت فى اليمين يتناوله ﴿ قال ﴾ وكل شئ من المساكن يقع عليه اسم بيت حنث فيه ان دخل ومراده مايطلق عليه الاسم عادة فى الاستعمال وان دخل بيتا هو فيه ولم ينو الدخول عليه لم يحنث لان شرط حنثه الدخول عليه وذلك بأن يقصد زيارته أو الاستخفاف به بأن يقصد ضربه وهذا لم يوجد اذا لم ينو الدخول عليه أولم يعلم أنه فيه ألا ترى أن السقاء يدخل دار الامير فى كل يوم ولا يقال دخل على الامير وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يحنث وان لم يعلم كونه فيه ولم ينو الدخول عليه بأن دخل على قوم هو فيهم والحالف لا يعلم بمكانه لان حقيقة الدخول عليه قد وجد ولا يسقط حكمه باعتبار جهله واذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم بيتا ولم ينوه فدخل دارا هو فيها لم يحنث ألا ترى أنه لو كان فى بيت منها لا يراه الداخل فانه لايكون داخلا عليه أرأيت أنه لو كانت الدار عظيمة فيها منازل فدخل منزلا منها وفلان في منزل آخر كان يحنث انما يقع اليمين فى هذا اذا دخل عليه بيتا أو صفة لانه حينئذ يكون داخلا عليه حقيقة الا أن يكون حلف أن لا يدخل عليه داراً فحينئذ يحنث اذا دخل داره لان اعتبار العرف عند عدم التصريح بخلافه وكذلك ان نوى داراً لانه يشدد الامر على نفسه بهذه النية ولو حلف لا يدخل بيتا وهو فيه داخل فمكث فيه أياما لم يحنث لان الدخول هو الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ذلك بعد يمينه انما وجد المكث فيه وذلك غير الدخول وهذا بخلاف السكنى لانه فعل مستدام يضرب له مدة فتكون للاستدامة فيه حكم الانشاء فأما الدخول ليس بمستدام ألا ترى أنه لايضرب له المدة فانه لا يقال دخل يوما أو شهراً انما يقال دخل ومكث فيه يوما ولو قال والله لادخلنه غداً فأقام فيه حتى مضى الغد حنث لان شرط بره وجود فعل الدخول فى غد ولم يوجد انما وجد المكث فيه فاذا نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث لان المنوى من محتملات لفظه فان الدخول لمقصود الاقامة وكانه جعل ذكر الدخول كناية عما هو المقصود فلهذا لم يحنث وان قال والله لا أدخلها الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها أو يعود مريضا أو يطعم حنث لانه عقد يمينه على الدخول واستثنى دخولا بصفة وهو أن يكون عابر سبيل أي مجتازاً ومار طريق قال الله تعالى ولا جنبا الا عابرى سبيل وقد وجد الدخول لاعلى الوجه المستثني فيحنث وان

دخلها مجتازاً ثم بدا له أن يقعد فيها لم يحنث لان دخوله على الوجه المستثنى فلم يحنث به وبقى ما وراء ذلك مكث فى الدار وذلك غير الدخول فلا يحنث به أيضا وان نوى بكلامه أن لا يدخلها يريد النزول فيها صحت نيته لانه عابر سبيل يكون مجتازا فى موضع ولا يكون نازلا فيه فجعل هذا مستثني دليل على ان مراده منع نفسه مما هو ضده وهو الدخول للنزول فاذا صحت نيته صار المنوى كالملفوظ واذا دخلها يريد أن يطعم أو يقعد لحاجة ولا يريد المقام فيها لم يحنث لان شرط حنثه دخول بصفة وهو أن يكون للسكني والقرار ولم يوجد واذا حلف لا يدخل دار فلان فجعلها بستانا أو مسجداً ودخلها لم يحنث قال لانها قد تغيرت عن حالها ولم يرد تغير الوصف لان ذلك لا يرفع اليمين اذا لم يكن وصفا داعيا الى اليمين وانما أراد تغير الاسم لانه عقد اليمين باسم الدار والبستان والمسجد والحمام غير الدار فاذا لم يبق ذلك الاسم لا يبقي اليمين وكذلك لو كانت داراً صغيرة فجعلها بيتا واحداً وأشرع بابه الى الطريق أو الى دار فدخله لم يحنث لانها قد تغيرت وصارت بيتاً وهذه اشارة الى ما قلنا أن اسم البيت غير اسم الدار فمن ضرورة حدوث اسم البيت لهذه البقعة زوال اسم الدار وان حلف لا يدخل بيتا بعينه فهدم سقفه وبقيت حيطانه فدخله يحنث لانه بيت وان انهدم سقفه قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية بما ظلموا أي ساقطة سقفها ولان البيت اسم لما هو صالح للبيتوتة فيه وما بقيت الحيطان فهو صالح لذلك وان لم يكن مسقفا بخلاف ما لو انهدمت الحيطان لانه صار صحراء غير صالح للبيتوتة فلا يتناوله اسم البيت وان حلف لا يدخل دار فلان فاحتمله انسان فأدخله وهو كاره لم يحنث لانه مدخل لا داخل ألا ترى أن الميت قد يدخل الدار وفعل الدخول منه لا يتحقق وان أدخله بأمره حنث لان فعل الغير بأمره كفعله بنفسه فأما اذا لم يأمره ولكنه غير ممتنع راض بقلبه حتى أدخله فقد قال بعض مشايخنا يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يفعل صار كالآمر به وادخاله مكرها انما يكون مستثنى لانه لا يستطيع الامتناع عنه والاصح أنه لا يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه وقد انعدم فعله حقيقة وحكما لان فعل الغير بغير أمره واستعماله اياه لا يصير مضافا اليه حكما الا بأمره ولم يوجد امابترك المنع والرضا بالقلب فلا وان دخلها على دابة حنث لان سير الدابة يضاف الى راكبها ألا ترى أن الراكب ضامن لما تطأ دابته وأنه يتمكن من ايقافه متى شاء فكان هذا والدخول ماشيا سواء وان حلف لا يضع قدمه فيها فدخلها

راكبا أو ماشيا عليه حذاء أو لم يكن حنث لان وضع القدم عبارة عن الدخول عرفا فاذا نوى حين حلف أن لا يضع قدمه ماشيا فدخلها راكبا لم يحنث لانه نوى حقيقة كلامه وهذه حقيقة مستعملة غير مهجورة وان حلف لا يدخلها فقام على حائط من حيطانها حنث لانه قد دخلها فان القائم على حائط من حيطانها ليس بخارج منها فعرفنا أنه داخل فيها ألا ترى ان السارق لو أخذ في ذلك الموضع ومعه المال لم يقطع كما لو أخذ في صحن الدار توضيحه أن الدار اسم لما أدير عليه الحائط فيكون الحائط داخلا فيه ألا ترى أنه يدخل في بيع الدار من غير ذكر وان حلف لا يدخل فى الدار فقام على السطح يحنث لان السطح من الدار ألا ترى أن من نام على سطح الدار يستجيز من نفسه أن يقول بت الليلة فى دارى ولو قام فى طاق باب الدار والباب بينه وبين الدار لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فكل موضع اذا رد الباب بقى خارجا فليس ذلك من الدار فلا يحنث لانه لم يدخلها وان كان بحيث لو رد الباب بقي داخلا فهذا قد دخلها فيحنث ولو كان داخلا فيها فحلف ان لا يخرج فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار اذا أغلقت حنث لان الخروج انفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد ذلك حين وصل الى هذا الموضع وان أخرج احدى رجليه لم يحنث وكذلك ان حلف ان لا يدخلها فأدخل احدى رجليه لم يحنث لان قيامه بالرجلين فلا يكون باحداهما خارجا ولا داخلا ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما وعد أبي بن كعب رضى الله تعالى عنه أن يعلمه سورة ليس في التوراة ولا فى الانجيل مثلها قبل أن يخرج من المسجد فعلمه بعد ما أخرج احدى رجليه ولم يكن مخالفا لوعده من أصحابنا من يقول هذا اذا كان الداخل والخارج مستويان فان كان الداخل أسفل من الخارج فبادخال احدى الرجلين يصير داخلا لان عامة بدنه تمايل الى الداخل وان كان الخارج أسفل من الداخل فباخراج احدي الرجلين يصير خارجا لهذا المعنى والاول أصح لانه لم يوجد شرط الحنث حقيقة فلا يحنث واعتبار احدي الرجلين يوجب أن يكون حانثا والرجل الأخرى تمنع من ذلك فلا يحنث بالشك وان دخل من حائط لها حتي قام على سطح من سطوحها فقد دخلها لما بينا أن السطح مما أدير عليه الحائط فالداخل اليه يكون داخلا فيها ولو دخل بيتا من تلك الدار قد أشرع الى السكة حنث لأنه مما أدير عليه الحائط وهذا اذا كان لذلك البيت باب في الدار وباب فى السكة وان دخل فى علوها على الطريق الاعظم أو دخل

كنيفا منها شارعا الى الطريق حنث وهذا اذا كانت مفتحه فى الدار لأنه من حجر الدار ومرافقه فالداخل اليه لايكون خارجا من الدار واذا لم يكن خارجا كان داخلا فى الدار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الخروج

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا حلف على امرأته بالطلاق ان لا تخرج حتى يأذن لها فأذن لها مرة سقطت اليمين لان حتى للغاية قال الله تعالى حتى مطلع الفجر واليمين يتوقت بالتوقيت ومن حكم الغاية أن يكون مابعدها بخلاف ماقبلها فاذا انتهت اليمين بالاذن مرة لم يحنث بعد ذلك وان خرجت بغير اذنه الا أن ينوى الاذن فى كل مرة فحينئذ يكون مشدداً الامر على نفسه بلفظ يحتمله ولو قال الا باذنى فلا بد من الاذن لكل مرة حتى اذا خرجت مرة بغير اذنه حنث لانه استثنى خروجا بصفة وهو أن يكون باذنه فان الباء للالصاق فكل خروج لايكون بتلك الصفة كان شرط الحنث ومعنى كلامه الامستاذنة قال الله تعالى وما نتنزل الا بأمر ربك أى مأمورين بذلك ونظيره ان خرجت الا بقناع أو الا بملاءة فاذا خرجت مرة بغير قناع أو بغير ملاءة حنث فأما اذا قال الا ان آذن لها فهذا بمنزلته حتى اذا وجد الاذن مرة لا يبقى اليمين فيه لان الا أن بمعنى حتى فيما يتوقت قال الله تعالى الا أن يحاط بكم أي حتى يحاط بكم ألا ترى أنه لا يستقيم اظهار المصدر هنا بخلاف قوله الا باذنى فانه يستقيم أن يقول الا خروجا باذنى فعرفنا أنه صفة للمستثني وهنا لو قال الا خروجا ان آذن لك كان كلاما مختلا فعرفنا أنه بمعني التوقيت وفيه طعن الفراء وقد بيناه وان حلف عليها ان لاتخرج من بيته فخرجت الى الدار حنث لانه جعل شرط الحنث الخروج من البيت نصاً والبيت غير الدار فبالوصول الى صحن الدار صارت خارجة من البيت بخلاف ما لو حلف ان لاتخرج لان مقصوده هنا الخروج الى السكة والوصول الى موضع يراها الناس فيه ولا يوجد ذلك بخروجها الى صحن الدار وان حلف لا يدخل فلان بيته فدخل داره لم يحنث لما بينا أنه سمي البيت نصاً والدار غير البيت فالداخل فى الدار لايكون داخلا فى البيت ألا ترى أن الانسان قد يأذن لغيره في دخول داره ولا يأذن فى دخول بيته ولو حلف على امرأته أن لا تخرج من باب هذه الدار فخرجت من غير الباب لم يحنث لانه حلف بتسمية الباب

﴿فان قيل﴾ مقصوده منعها من الخروج لكيلا لا يراها الاجانب وذلك لا يختلف بالباب وغير الباب ﴿قلنا﴾ اعتبار مقصوده يكون مع مراعاة لفظه ولا يجوز الغاء اللفظ لاعتبار المقصود ثم قد يمنعها من الخروج الى الباب لكيلا يراها الجار المحاذى وربما يتهمها بانسان اذا خرجت من الباب رآها واذا خرجت من غير الباب لم يرها وربما يكون على الباب كلب عقور فكان تقييد الباب مفيداً فيجب اعتباره وكذلك لو حلف على باب بعينه فخرجت من باب آخر لم يحنث مراعاة للفظه ألا ترى أن يعقوب عليه السلام قال لأولاده عليهم السلام لا تدخلوا من باب واحد وادخلوا من أبواب متفرقة وكان ذلك منه أمراً بما هو مفيد وان حلف أن لا تخرج الا باذنه فأذن لها من حيث لا تسمع لم يكن اذنا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالي وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو اذن لان الاذن فعل الآذن يتم به كالرضا ولو حلف أن لا تخرج الا برضاه فرضى بذلك ولم تسمع فخرجت لم يحنث فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال الاذن اما أن يكون مشتقا من الوقوع في الاذن وذلك لا يحصل الا بالسماع أو يكون مشتقا من الأذان وهو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله وذلك لا يحصل الا بالسماع بخلاف الرضا فانه بالقلب يكون توضيحه ان مقصوده من هذا أن لا تجاسر بالخروج قبل أن تستأذنه وهذا المقصود لا يحصل اذا لم تسمع باذنه فكان وجوده كعدمه ولو حلف عليها لا تخرج من المنزل الا فى كذا فخرجت لذلك مرة ثم خرجت في غيره حنث لوجود الخروج لا على الوجه المستثني فان كان عنى لا تخرج هذه المرة الا فى كذا فخرجت فيه ثم خرجت فى غيره لم يحنث لانه خص اللفظ العام بنيته وان خرجت لذلك ثم بدا لها فانطلقت فى حاجة أخري ولم تنطلق فى ذلك الشئ لم يحنث لان خروجها بالصفة المستثني ثم بعد ذلك وجد منها الذهاب فى حاجة أخري لا الخروج وشرط حنثه الخروج وان حلف عليها ان لا تخرج مع فلان من المنزل فخرجت مع غيره أو خرجت وحدها ثم لحقها فلان لم يحنث لان الخروج الانفصال من الداخل الى الخارج ولم تكن مع فلان وذلك شرط حنثه فلهذا لا يحنث وان لحقها فلان بعد ذلك وكذلك لو حلف لا يدخل فلان عليها بيتا فدخل فلان أولا ثم دخلت هي فاجتمعا فيه لم يحنث لأنها دخلت على فلان وشرط حنثه دخول فلان عليها وان حلف عليها أن لا تخرج من الدار فدخلت بيتا أو كنيفا فى علوها شارعا الى الطريق الاعظم لم يكن خروجها الى هذا

الموضع خروجاً من الدار على ما بينا ان الواصل الى هذا الموضع يكون داخلا فى الدار فلا تصير هى خارجة من الدار بالوصول اليه والله أعلم بالصواب

باب الأكل

﴿ قال ﴾ واذا حلف لا يأكل طعاما أولا يشرب شرابا فذاق شرابا من ذلك ولم يدخله حلقه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل الاكل والشرب والذوق ليس باكل ولا شرب فان الاكل ايصال الشئ الى جوفه بفيه مهشوما أو غير مهشوم ممضوغا أو غير ممضوغ مما يتأتى فيه المشم والمضغ والشرب أيضا ايصال الشئ الى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه المشم والمضغ في حال اتصاله والذوق معرفة طعم الشئ بفيه من غير ادخال عينه فى حلقه ألا ترى أن الصائم اذا ذاق شيئاً لم يفطره والاكل والشرب مفطر له ومتى عقد يمينه على فعل فاتى بما هو دونه لم يحنث وان أتي بما هو فوقه حنث لانه أتى بالمحلوف عليه وزيادة وان كان قال لا أذوق حنث لوجود الذوق حقيقة وان لم يدخله حلقه الا اذا تمضمض بماء فحينئذ لا يحنث لان قصده التطهير لا معرفة طعم الماء فلم يكن ذلك ذوقا وان عني بالذوق الاكل فى المأكول والشرب فى المشروب لم يحنث مالم يدخله في حلقه لان المنوى من محتملات لفظه وفيه عرف ظاهر فان الرجل يقول ما ذقت اليوم شيئا أي ما أكلت وجاء فى الحديث أنهم كانوا لا يتفرقون إلا عن ذوق فان نوى ذلك عملت نيته وان لم تكن له نية فيمينه على حقيقة ذلك لان ذلك متعارف أيضا الا أنه روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى أنه اذا تقدم مايدل على ان مراده الاكل لايحنث مالم يأكل بأن قال تغد معي فحلف ان لا يذوق طعامه فيمينه على الاكل لان ماتقدم دليل عليه وذلك فوق نيته وان قال لا أذوق طعاما ولا شرابا فذاق احدهما حنث لانه كرر حرف النفي فتبين ان مراده نفي كل واحد منهما على الانفراد كما قال تعالى لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيما وكذلك لو قال لا آكل كذا ولا كذا أولا أكلم فلاناً ولا فلانا وكذلك ان أدخل حرف أو بينهما لان في موضع النفي حرف أو بمعني ولا قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفوراً يعني ولا كفوراً فصار كل واحد منهما كانه عقد عليه اليمين بانفراده بخلاف مااذا ذكر حرف الواو بينهما ولم يعد حرف النفي لان الواو للعطف فيصير في المعنى جامعا بينهما ولا يتم الحنث الا بوجودهما وان حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا

طريا أو ما لحما لم يحنث الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يحمل الايمان على ألفاظ القرآن وقد قال الله تعالى لتأكلوا منه لحما طريا وقد بينا بعد هذا والدليل عليه أن من حلف لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث وقد قال ان شر الدواب عند الله الذين كفروا ثم معني اللحمية ناقص في السمك لان اللحم مايتولد من الدم وليس في السمك دم ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك من حيث العرف لا يستعمل السمك استعمال اللحم في اتخاذ الباحات منه وبائع السمك لا يسمى لحاما والعرف في اليمين معتبر الا أن يكون نوى السمك فحينئذ تعمل نيته لانه لحم من وجه وفيه تشديد عليه وهو نظير قوله كل امرأة له طالق لا تدخل المختلعة فيه الا بالنية وكل مملوك له لا يدخل فيه المكاتب قال ألا ترى أنه أكل رئة أو كبدا لم يحنث وفي رواية أبي حفص رضي الله تعالى عنه أو طحالا وان أكل لحم غنم أو طير مشوى أو مطبوخ أو قديد حنث لان المأكول لحم مطلق ألا ترى أن معنى الغذاء تام فيه ويستوي في ذلك الحرام والحلال حتى لو أكل لحم خنزير أو انسان حنث لانه لا نقصان في معني اللحمية فيه فان كمال معنى اللحمية بتولده من الدم وما يحل وما يحرم من الحيوانات والطيور فيها دم ﴿قال﴾ وكذلك لو أكل شيئاً من الرؤس فانما على الرأس لحم لا يقصد بأكله سوى أكل اللحم بخلاف ما لو حلف لا يشترى لحماً فاشترى رأساً لم يحنث لان فعل الشراء لا يتم به بدون البائع وبائع الرأس يسمى رآسا لا لحاما فكذلك هو لا يسمى مشتريا للحم بشراء الرأس فأما الاكل يتم به وحده فيعتبر فيه حقيقة المأكول وكذلك ان أكل شيئاً من البطون كالكرش والكبد والطحال قيل هذا بناء على عادة أهل الكوفة فانهم يبيعون ذلك مع اللحم فأما في البلاد التى لا يباع مع اللحم عادة لا يحنث بكل حال وقيل بل يحنث بكل حال لانه يستعمل استعمال اللحم لاتخاذ المرقة واللحم ما يتولد من الدم والكبد والطحال عينه دم فمعنى اللحمية فيها أظهر وكذلك ان أكل شحم الظهر فانه لحم الا أنه سمين ألا ترى أنه يباع مع اللحم وانه يسمى سمين اللحم ولا يحنث في شحم البطن والالية لانه ينفي عنه اسم اللحم ويقال انه شحم وليس بلحم ولا يستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الباحات والالية كذلك فانه ليس بلحم ولا شحم بل له اسم خاص وفيه مقصود لا يحصل بغيره الا أن ينوى ذلك فحينئذ تعمل نيته لانه من محتملات لفظه وفيه تشديد عليه ولو حلف لا يأكل اداما ولا نية له فالادام الخل والزيت واللبن والزبد وأشباه ذلك مما يصطبغ الخبز به ويختلط

به فأما الجبن والسمك والبيض واللحم فانه ليس بادام فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعلى قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الأمالى وروى هشام عنه أن الجوز اليابس إدام كالجبن وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الادام مايؤكل مع الخبز غالبا فانه مشتق من المؤادمة وهو الموافقة قال صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة لو نظرت اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق فما يؤكل مع الخبز غالبا فهو موافق له فيكون اداماً وقال صلى الله عليه وسلم سيد ادام أهل الجنة اللحم وأخذ لقمة بيمينه وتمرة بشماله وقال هذه ادام هذه فعرفنا أن مايوافق الخبز في الأكل فهو ادام الا أنا خصصنا مايؤكل غالبا وحده كالبطيخ والتمر والعنب لان الادام تبع فما يؤكل وحده غالباً لا يكون تبعا فأما الجبن والبيض واللحم لا يؤكل وحده غالبا فكان اداما ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الادام تبع ولكن حقيقة التبعية فيما يختلط بالخبز ولا يحتاج الى أن يحمل معه كالخل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعم الادام الخل فما يصطبغ به فهو بهذه الصفة فأما اللحم والجبن والبيض يحمل مع الخبز فلا يكون إداما وان كان قد يؤكل معه كالعنب توضيحه أن الادام مالا يتأتى أكله وحده كالملح فانه ادام والخل واللبن لا يتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا أكلا فعرفنا أنه ادام فأما اللحم والجبن والبيض يتأتي الاكل فيها وحدها فلم تكن اداماً الا ان ينوى ذلك فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ولو حلف لا يأكل طعاما ينوي طعاما بعينه أو حلف لا يأكل لحما ينوى لحما بعينه فأكل غير ذلك لم يحنث الا انه اذا كانت يمينه بالطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام لانه ذكر الطعام منكراً فى موضع النفي والنكرة فى موضع النفي تعم وان قال لا آكل وعني طعاما دون طعام لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى هذا والاول سواء لان الاكل يقتضى مأكولا فكأنه صرح بذكر الطعام وهو بناء على أصله ان الثابت بمقتضى اللفظ كالملفوظ فأما عندنا لا عموم للمقتضى ونية التخصيص انما تصح فيما له عموم دون مالا عموم له فالاصل عندنا أنه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول أو الحال أو الصفة كانت نيته لغواً لانه تخصيص مالا لفظ له أما نية التخصيص في المفعول كما بينا ونية التخصيص فى الحال بأن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم بين يديه ونوي

حال قيامه فنيته لغو بخلاف مالو قال هذا الرجل القائم وهو ينوي حال قيامه فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى وتخصيص الصفة ان يقول لا أتزوج امرأة وهو ينوى كوفية أو بصرية فان نيته لغو ولو نوى عربية أو حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص فى الجنس وذلك في لفظه ولو حلف لا يأكل شواء ولا نيـة له فهو على اللحم خاصة مالم ينوغيره لان الناس يطلقون هذه اللفظة على اللحم عادة دون الفجل والجزر المشوى ألا ترى أن الشوّا اسم لمن يبيع اللحم المشوى فمطلق لفظه ينصرف اليه للعرف الا أن ينوى كل مايشوى من بيض أوغيره فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ولو حلف لا يأكل رأسا قال فهـذا على رؤس البقر والغنم وهـذا لانا نعلم أنه لم يرد رأس كل شئ وان رأس الجراد والعصفور لا يدخل في هذا وهو رأس حقيقة فاذا علمنا أنه لم يرد الحقيـقة وجب اعتبار العرف وهو الرأس الذى يشـوى فى التنانير ويباع مشويا فكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اولا يدخل فيـه رأس الابل والبقر والغنم لانه رأى عادة أهل الكوفة فانهم يفعلون ذلك فى هذه الرؤس الثلاثة ثم تركوا هذه العادة فرجع وقال يحنث فى رأس البقر والغنم خاصة ثم ان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لايفعلون ذلك الا فى رأس الغنم خاصة فقالا لايحنث الا فى رؤس الغنم فعلم أن الاختلاف اختلاف عصر و زمان لااختلاف حكم وبيان والعرف الظاهر أصل في مسائل الايمان وان حلف لا يأكل بيضا فهو على بيض الطير من الدجاجة والاوز وغيرهما ولا يدخل بيض السمك ونحوه فيه الاان ينويه لانا نعلم أنه لا يراد بهذا بيض كل شئ فان بيض الدود لا يدخل فيه فانما يحمل على مايطلق عليه اسم البيض ويؤكل عادة وهو كل بيض له قشر كبيض الدجاجة ونحوها وان حلف لا يأكل طبيخا فهو على اللحم خاصة مالم ينو غير استحسانا وفى القياس يحنث فى اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الأخذ بالقياس يفحش فان المسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم أنه لم يرد ذلك فحملناه علي أخص الخصوص وهو اللحم لانه هو الذى يطبخ في العادات الظاهرة فان الطبيخ فى العادة ما يتخـذ من الالوان والباحات وهو الذى يسمى متخذ ذلك طباخا فأما من يطبخ الآجر لا يسمى طباخا قالوا وانمـا يحنث اذا أكل اللحم المطبوخ فأما المقلية اليابسة فلا وما طبخ بالماء اذا أكل المرقة مع الخبز يحنث وان لم يأكل عين اللحم لان أجزاء اللحم فيـه ولان تلك المرقة تسمي طبيخا واذا حلف لا يأكل

فاكهة فأكل عنبا أو رطبا أو رمانا لم يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويحنث في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفاكهة ما يؤكل على سبيل التفكه وهو التنعم وهذه الاشياء أكمل ما يكون من ذلك ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك الفاكهة ما يقدم بين يدى الضيفان للتفكه به لا للشبع والرمان والرطب من أنفس ذلك كالتين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الاشياء غير الفاكهة قال الله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان وقال الله تعالى وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلباً وفاكهة وأبا فتارة عطف الفاكهة على هذه الاشياء وتارة عطف هذه الاشياء على الفاكهة والشيء لا يعطف على نفسه مع أنه مذكور في موضع المنة ولا يليق بالحكمة ذكر الشيء الواحد في موضع المنة بلفظين ثم الاسم مشتق من التفكه وهو التنعم قال الله تعالى انقلبوا فكهين أى متنعمين وذلك معنى زائد على ما به القوام والبقاء والعنب والرطب يتعلق بهما القوام وقد يجتزى بهما في بعض المواضع والرمان كذلك في الادوية فلا يتناولها مطلق اسم الفاكهة ألا ترى أن يابس هذه الاشياء ليس من الفواكه فان الزبيب والتمر قوت وحب الرمان من التوابل دون الفواكه وما يكون رطبه من الفواكه فيابسه من الفواكه أيضاً كالتين والمشمش والخوخ ومالا يكون يابسه من الفواكه فرطبه لا يكون من الفواكه كالبطيخ فانه يقدم مع الفواكه بين يدى الضيفان ولا يتناوله اسم الفاكهة وأما القثاء والفول والجزر ليس من الفواكه انما هي من البقول والتوابل بعضها يوضع على المائدة مع البقل وبعضها يجعل في القدر مع التوابل قال ويدخل في الفاكهة اليابسة اللوز والجوز وأشباه ذلك وقد بينا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يجعل الجوز اليابس من الادام دون الفاكهة لانه لا يتفكه به عادة انما يأكل مع الخبز كالجبن أو يجعل مع التوابل في القدر ولكن في ظاهر الرواية يقول رطب الجوز من الفواكه فكذلك يابسه للاصل الذى بينا وان حلف لا يأكل طعاما فأكل خبزاً أو فاكهة أو غير ذلك حنث ومراده أو غير ذلك مما يسمى طعاما عادة دون ماله طعم حقيقة فان كل أحد يعلم أنه لا يريد السقمونيا بهذا اللفظ وله طعم عرفنا أن مراده ما يسمى في العادة طعاما ويؤكل على سبيل التطعم ولو حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله غيره في اليوم لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه يحنث اذا غابت الشمس والاصل فيه أن اليمين اذا كانت مؤقتة بوقت فانعقادها موجبا للبر في آخر

ذلك اليوم الآن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وجود ما حلف عليه ليس بشرط لانعقاد اليمين حتى اذا قال لاشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه تنعقد اليمين فكذلك هنا انعدام الطعام في آخر اليوم عنده لا يمنع انعقاد اليمين فاذا انعقدت وتحقق فوت شرط البر حنث فيها وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انعدام ما حلف عليه يمنع انعقاد اليمين كما في مسئلة الشرب فلا ينعقد اليمين هنا لما انعدم الطعام في آخر الوقت وهذا لان شرط حنثه ترك أكل الطعام في آخر جزء من أجزاء اليوم ولا يتصور ذلك اذا لم يبق الطعام وقد بينا ان بدون توهم البر لا ينعقد اليمين وان لم يكن وقت فيه وقتاً حنث لان اليمين انعقدت في الحال لتوهم البر فيها لكون الطعام قائماً في الحال ثم فات شرط البر بأكل الغير اياه فيحنث ﴿قال﴾ وكذلك ان مات الحالف قبل أن يأكله والطعام قائم بعينه لأن شرط البر قد فات بموته وكذلك ان مضت المدة وهو حي والطعام قائم لان شرط البر فعل الأكل في الوقت وقد تحقق فوته بمضي الوقت فحنث في يمينه وعلى هذا لو حلف ليقضين حق فلان غداً فقضاه اليوم لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويحنث عند أبي يوسف رحمه الله تعالى كما جاء الغد لأن عنده كما جاء الغد انعقدت اليمين فان عدم المحلوف عليه لا يمنع انعقاد اليمين عنده وان حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه فلان مع آخر حنث لان ما اشتراه فلان من ذلك طعام وقد أكله فان كل جزء من الطعام يسمى طعاما بخلاف مالو حلف لا يسكن داراً اشتراها فلان فسكن داراً اشتراها فلان وآخر معه لان نصف الدار لا يسمى داراً الا أن يكون نوي في الطعام أن يشتري هو وحده فتعمل نيته لانه نوي التخصيص في اللفظ العام فان شراء الطعام قد يكون وحده وقد يكون مع غيره وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام يملكه فلان بخلاف مالو حلف لا يلبس ثوبا لفلان أو ثوبا اشتراه فلان لان اسم الثوب للكل وبعض الثوب ليس بثوب ألا ترى أنه لو قال هذا الثوب لفلان وهو بينه وبين آخر كان كذبا ولو قال هذا الطعام لفلان وهو يعني نصفه كان صدقا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق شيئاً فأكل خبزه حنث لان عين الدقيق لا يؤكل عادة فتنصرف يمينه الى ما يتخذ منه كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة واختلف مشايخنا فيما لو أكل عين الدقيق فمنهم من يقول يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لأن عين الدقيق مأكول والاصح أنه

لايحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف يسقط اعتبار الحقيقة كمن قال للاجنبية ان نكحتك فعبدى حر فزنى بها لم يحنث لأنه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وان كان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة شيئاً فان نوى يأكلها حبا كما هو فأكل من خبزها أو سويقها لم يحنث لان المنوى حقيقة كلامه فهو كالملفوظ وان لم يكن له نية فأكل من خبزها لم يحنث فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويحنث فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قال فى الكتاب يمينه على مايصنع منها وهذا اشارة الى أن عندهما لو أكل من عينها لم يحنث ولكن ذكر فى الجامع الصغير وان أكل من خبزها يحنث عندهما أيضا فهذا يدل على أنه يحنث بتناول عين الحنطة عندهما وهو الصحيح وجه قولهما ان أكل الحنطة في العادة هكذا يكون فانك تقول أكلنا أجود حنطة فى الارض تريد الخبز ويقال أهل بلدة كذا يأكلون الحنطة وأهل بلدة كذا يأكلون الشعير والمراد الخبز الا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول عين الحنطة مأكول عادة فانها تقلى فتؤكل وتغلى فتؤكل ويتخذ منها الهريسة ومن انعقدت يمينه على أكل عين مأكولة ينصرف يمينه الى اكل عينه دون ما يتخذ منه كالعنب والرطب وهذا لان لكلامه حقيقة مستعملة ومجازا متعارفا ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز لان المجاز مستعار والثوب الواحد فى حالة واحدة لا يتصور ان يكون ملكا وعارية فاذا كانت الحقيقة مرادة هنا يتنحى المجاز وهما لا ينكران هذا الاصل ولكنهما يقولان اذا أكل الحنطة انما يحنث باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الحقيقة وقد بينا نظائره في وضع القدم وغيره ﴿ قال ﴾ واذا أكل من سويقها لم يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وكذلك قول محمد أيضا لان الموجود فى الحنطة لبها وهو مايصير بالطحن دقيقا ومن أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان السويق جنس آخر غير الدقيق ولهذا جوزا بيع السويق بالدقيق متفاضلا فما تناول ليس من جنس ما كان موجوداً فى الحنطة التى عينها فلا يحنث وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يمينه تناولت الحقيقة فلا يحنث بأكل السويق وان حلف لا يأكل من هذا الطلع شيئا فأكل منه بعد ماصار بسراً لم يحنث لان الطلع عينه ماكول ومتى عقد يمينه على أكل مأكول عينه لا ينصرف يمينه الى ما يكون منه ثم البسر ليس من جنس الطلع ألا ترى أن بيع البسر

بالطالع يجوز كيف ما كان وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا البسر فأكل منه بعد ماصار رطبا لان البسر عينه مأكول ولان الرطب وان كان من جنس البسر الا أن الانسان قد يمتنع من تناول البسر ولا يمتنع من تناول الرطب والأصل أنه متى عقد يمينه على عين بوصف يدعو ذلك الوصف الى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف وينزل منزلة الاسم ولهذا لوحلف لايأكل من هذا الرطب فأكله بعد ماصار تمراً لم يحنث لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يمتنع الانسان من تناول الرطب دون التمر وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يحنث لان صفة الشباب ليست بداعية الى اليمين وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا الحمل فأكله بعد ما كبر يحنث لان الصفة المذكورة ليست بداعية الى اليمين ولو حلف لا يأكل من هذا السويق فشربه لم يحنث لان الشرب غير الاكل فان الله تعالى قال كلوا واشربوا والشيء لا يعطف على نفسه وقد بينا حد كل واحد من الفعلين وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فشربه أو حلف لا يشربه فأكله لم يحنث وأكل اللبن بأن يثرد فيه الخبز وشربه أن يشربه كما هو ولو تناول شيئاً مما يصنع منه كالجبن والأقط لم يحنث لان عينه مأكول وقد عقد اليمين عليه ألا ترى أنه لو حلف لا يذوق من هذا الخمر فذاقه بعد ما صار خلا لم يحنث ولو حلف ليأكلن هذا السويق فأكله كله الاحبة منه لم يحنث لانه يسمى في العادة أكل ولانه لا يتصور أكل كله على وجه لا يبقي حبة في الاناء وبين لهواته وأسنانه فتحمل يمينه على ما يتأتى فيه البر اذا كان ذلك متعارفا بين الناس وعلى هذالو حلف ليأكلن هذه الرمانة فأكلها كلها الا حبة واحدة كان قد بر في يمينه لان أكل الرمانة هكذا يكون فانه لايمكنه أن يأكلها على وجه لا يسقط منه حبة الا أن ينوى ذلك فحينئذ قد شدد على نفسه بنية حقيقة كلامه ولو مص ماءها ورمى بالحب لم يحنث سواء حلف على أكلها أو شربها لان هذا ليس بأكل ولا شرب ولكنه مص وان قال لامرأتيه أيتكما أكلت هذه الرمانة فهى طالق فأكلتا جميعا لم تطلقا لأن كلمة أى تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد وشرط الطلاق أكل الواحدة جميع الرمانة ولم يوجد ذلك فلهذا لم تطلق واحدة منهما وان حلف لايأكل سمنا فأكل سويقاً قدلت بسمن وأوسع حتى يستبين فيه طعمه ويرى مكانه حنث وكذلك كل شيء فيه سمن يوجد طعمه ويستبين فيه وان كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لانه عقد يمينه

على أكل عين السمن فلا بد من قيام عينه عند الاكل ليحنث وقيام عين المأكول بذاته أوطعمه فاذا كان يري مكانه ويستبين فيه طعمه فقدعلمنا وجود شرط حنثه زاد هشام فى نوادره أن يكون بحال يمكن عصر السمن فأما اذا كان لا يرى مكانه ولا يستبين طعمه فيه فقد صار مستهلكا فيه ولم يذكر فى الكتاب ما اذا عقد اليمين على مائع فاختلط بمائع آخر من جنسه أو من غير جنسه وذكر في النوادر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا حلف لايشرب لبنا فصب الماء فى اللبن وشربه فان كان اللون فيما شرب لون اللبن ويوجد طعمه وهو الغالب فيحنث به وان كان اللون لون الماء فيه علمنا أن اللبن مغلوب مستهلك فلايحنث به ألا ترى أنه يقال للأول لبن مغشوش وللثاني ماء خالطه لبن وهكذا ذكر في نسخ الاصل وعن محمد رحمه الله تعالى أنه يعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة لان القليل لايظهر فى مقابلة الكثير وان كانا سواء لم يحنث فى القياس للشك والتردد وفى الاستحسان هو هو حانث لان ما حلف عليه لم يصر مغلوبا بما سواه وان حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هذا والاول سواء لان المغلوب فى حكم المستهلك سواء كان الغالب من جنسه أو من خلاف جنسه وعند محمد رحمه الله تعالى يحنث هنا على كل حال لان الشئ يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به ولو حلف لا يأكل هذه التمرة فاختلطت بتمر فأكل ذلك التمر كله حنث لانه قد أكل تلك التمرة حقيقة فانه يأكل تمرة تمرة وجهله بما حلف عليه لا يمنع حنثه وان حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث لانه قد أكل المحلوف عليه بيقين وهذا بخلاف ما سبق من السمن اذا كان لا يرى مكانه فى السويق لان هناك يأكل الكل جملة فما يأكله من السمن مستهلك اذا كان لا يري مكانه وهنا انما يأكل حبة حبة فاذا أكل حبة الشعير وحدها فقدوجد شرط الحنث حتي اذا كانت يمينه على الشراء لم يحنث لانه يشترى الكل جملة ومشترى الحنطة لايسمى مشتريا للشعير وان كان فيها حبات الشعير لان بائعها لايسمى بائع الشعير وان حلف لايأكل شحما فان أكل شحم البطن فهو حانث وان أكل لحما يخالطه شحم البطن فهو حانث وان أكل لحما يخالطه شحم يعني شحم الظهر لم يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو حانث في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبي حنيفة وجه قول أبي يوسف رضوان الله عليهم

أجمعين ان شحم الظهر شحم بذاته ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما والمستثنى من جنس المستثنى منه هو الحقيقة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا لحم عند الناس ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما يحنث بهذا وكذلك في العادة يقال فى العربية سمين اللحم وبالفارسية فربهن والدليل عليه أن يمينه لو كان على الشراء لم يحنث بهذا الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يفرق بما ذكرنا ان الشراء لا يتم به وحده بخلاف الاكل ثم سمين اللحم يستعمل استعمال اللحوم في اتخاذ القلايا والباجات كاستعمال الشحوم وقد بينا ان الايمان لا تنبني على ألفاظ القرآن وفي الآية استثناء الحوايا أيضاً وما اختلط بعظم وأحد لا يقول ان مخ العظم يكون شحما واذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بسراً مذنبا حنث وكذلك لو حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا فيه بعض البسر فهو حانث لانه أكل المحلوف عليه حقيقة وعرفا ولو حلف لا يأكل رطبا فأكل بسراً مذنبا حنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يحنث فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وكذلك لو حلف لا يأكل بسراً فأكل رطبا وفيه شئ من البسر فهو على الخلاف أبو يوسف رحمه الله يقول المذنب لا يسمى رطبا وانما يسمى بسراً حتى يحنث بأكله لو كانت يمينه على البسر فكيف يكون رطبا وبسراً فى حالة واحدة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا الجانب الذى ارطب منه رطب ألا ترى أنه لو ميز ذلك وأكله وحده حنث فى يمينه فكذلك اذا أكله مع غيره ولهذا يحنث لو كانت يمينه على أكل البسر لان أحد الجانبين منه بسر وهذا ينبنى على الاصل الذى بينا فان الرطب والبسر جنس واحد ومن أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المغلوب مستهلك بالغالب وان كان الجنس واحداً فاما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فى الجنس الواحد لا يكون الاقل مستهلكا بالاكثر فيعتبر كل واحد منهما على حدة وان حلف لا يأكل من هذا العنب شيئا فأكل منه بعد ما صار زبيبا لم يحنث لان الوصف المذكور داع الى اليمين فقد يمتنع المرء من تناول العنب دون الزبيب وقد بينا نظيره في الرطب مع التمر ولان الزبيب غير العنب ألا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق صاحبه عنه ويمينه على عين مأكول فلا يتناول ما يتخذ منه ولو حلف لا يأكل جوزاً فأكل منه رطبا أو يابساً حنث وكذلك اللوز والفستق والتين واشباه ذلك لان الاسم الذى عقد به اليمين حقيقة فى الرطب واليابس منه فانه بعد

اليبس

اليبس لا يتجدد للعين اسم آخر بخلاف الزبيب وان حلف لا يأكل شيئا من الحلو فأي
شئ من الحلو أكله من خبيص أو عسل أو سكر أو ناطف حنث والحلو اسم لكل شئ
حلو لا يكون من جنسه غير حلو وذلك موجود في هذه الاشياء وان أكل عنبا أو
بطيخا لم يحنث وان كان حلوا لان من جنسه حامض غير حلو خصوصا باوزجند وان حلف
لا يأكل خبيصا فأكل منه يابسا أو رطبا حنث لان الرطب واليابس خبيص حقيقة وعرفا
وان حلف طائعا أو مكرها أن لا يأكل شيئا سماه فأكره حتى أكله حنث وهذا لأن الاكراه
لا يعدم القصد ولا يمنع عقد اليمين عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وقد بيناه فى الطلاق
وبعد انعقاد اليمين شرط حنثه الأكل وذلك فعل محسوس ولا ينعدم بالاكراه ألا ترى
أنه لا يمنع حصول الشبع والري به وكذلك ان أكله وهو مغمي عليه أو مجنون لان شرط
حنثه الاكل والجنون والاغماء لا يعدم فعل الأكل ووجوب الكفارة باليمين لا بالحنث وهو
كان صحيحا عند اليمين فيحنث عند وجود الشرط وان أوجر أو صب فى حلقه مكرها وقد
حلف لا يشربه لا يحنث لأنه عقد يمينه على فعل نفسه وهو ليس بفاعل بل هو مفعول به
فلا يحنث ولكن لو شرب منه بعد هذا حنث لان ما سبق غير معتبر فى ايجاد شرط الحنث
ولكن لا يرتفع اليمين به لان ارتفاعها بوجود شرط الحنث وان حلف لا يأكل طعاما سماه
فمضغه حتي دخل جوفه من مائه ثم ألقاه لم يحنث لانه ما وصل الى جوفه عين الطعام ولا ما
يتأتي فيه المضغ والهشم وقد بينا ان الأكل لا يتم الا بهذا وان حلف لا يأكل تمراً فأكل
قسبا لم يحنث لان القسب يابس البسر ولو أكله رطبا لم يحنث فكذلك اذا أكله يابساً
وكذلك ان أكل بسراً مطبوخاً وان حلف لا يأكل حباً فأى حب أكل من سمسم
أو غيره حنث لان كل شئ يقع عليه اسم الحب مما يأكله الناس فهو داخل في يمينه
باعتبار العادة الا أن ينوى شيئا بعينه فيكون على ما نوى بينه وبين الله تعالى وكل شئ
يؤكل ويشرب كالسويق والعسل واللبن فان عقد اليمين على أكله لم يحنث بشربه
وان عقد على شربه لم يحنث بأكله لأنهما فعلان مختلفان وان كان المحل واحداً وشرط
حنثه الفعل دون المحل وان حلف لا يأكل خبزاً فأكل خبز حنطة أو شعير حنث
لانه خبز حقيقة وعرفا وان أكل من خبز غيرهما لم يحنث الا أن ينويه لانه لا يسمي خبزاً

مطلقا ولا يؤكل ذلك عادة فى عامة الأمصار وان أكل خبز قطايف لم يحنث الا أن يكون نواه لانه لا يسمي خبزاً مطلقا وانما يسمى قطايف وان نواه فالمنوي من محتملات لفظه لانه نوى خبزاً مقيداً وان أكل خبز الارز فان كان من أهل بلد ذلك طعامهم كأهل طبرستان فهو حانث فأما فى ديارنا لا يحنث لان لان أكل خبز الارز غير معتاد فى ديارنا ولا يسمى خبزاً مطلقا وان حلف لا يأكل تمراً فأكل حيسا حنث لان هذا هو التمر بعينه لم يغلب عليه غيره فان الحيس تمر ينقع فى اللبن حتى ينتفخ فيؤكل دخل رجل على رجل فدعاه الى الغداء فحلف أن لا يتغدى ثم رجع الى أهله فتغدي لم يحنث لان يمينه انما وقعت جوابا لكلامه ومعنى هذا أن مطلق الكلام يتقيد بما سبق فعلا أو قولا حتى لو قامت امرأته لتخرج فقال لها ان خرجت فأنت طالق كانت يمينه على تلك الخرجة فكذلك اذا دعاه الى الغداء فقال ان تغديت معناه الغداء الذى دعوتنى اليه ولو صرح بذلك لم يحنث اذا رجع الى أهله وتغدى ولا اذا تغدى عنده فى يوم آخر فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اليمين فى الشراب

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل حلف لا يشرب شرابا فأى شراب شربه من ماء أو غيره حنث فى يمينه لان الشراب ما يتأتى فيه فعل الشرب وقد بينا حده والماء فى ذلك كغيره فانه شراب طهور قال الله تعالي وسقاهم ربهم شرابا طهورا فيدخل فى ذلك كل شراب تشتهيه الا نفس وان عين شرابا بعينه دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوي التخصيص فى اللفظ العام وان حلف لا يشرب نبيذا فأي نبيذ شربه حنث والنبيذ الزبيب أو التمر ينقع فى الماء فتستخرج حلاوتها ثم يجعل شرابا مأخوذ من النبذ وهو الطرح قال الله تعالى فنبذوه وراء ظهورهم فان شرب سكراً أو فضيخا أو عصيراً لم يحنث لانه ليس بنبيذ ولا يطلق عليه اسم النبيذ عادة ولكن هذا اذا كانت يمينه بالعربية اما بالفارسية اسم النبيذ يطلق على كل مسكر والايمان تنبني على العرف فى كل موضع ولو حلف لا يشرب ماء فشرب نبيذاً لم يحنث لانه غير الماء فانه قد تغير بما غلب عليه من حلاوة الزبيب والتمر وان

طبخ فلا اشكال فيه انه غير الماء وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشربا في مجلس واحد من شراب واحد حنث وان كان الاناء الذي يشربان منه مختلفافان شرب الحالف من شراب والآخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد حنث لان مراده الامتناع من منادمته وقد وجد ذلك اذا جمعهما مجلس واحد سواء كان الشراب واحداً أو مختلفا والاناء الذي يشربان فيه واحداً أو مختلفا لان الشرب مع الغير هكذا يكون ألا ترى ان الامير مع ندمائه يشرب ثم اناؤه الذي يشرب منه غير انائهم وربما يشرب الصرف ويمزج لهم الا ان يكون نوي شرابا واحداً حين حلف فحينئذ قد نوى أكمل مايكون من الشرب مع فلان ونيته لذلك صحيح ولو حلف لايأكل الطعام فأكل منه شيئا يسيراً حنث وكذلك لو حلف لايشرب الماء لان الاسم حقيقة للقليل والكثير والفعل يحقق فى القليل والكثير فاذا عني الماء كله والطعام كله لم يحنث بهذا لان الماء والطعام اسم جنس فاذا عني الكل فانما نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته فلايحنث بهذا لانه لا يستطيع ان يشرب الماء كله ولا ان يأكل الطعام كله ولو حلف لا يذوق شرابا وهو يعني لا يشرب النبيذ خاصة فأكله أكلا لم يحنث لانه ذكر الشراب والشراب يشرب فنية الشرب فيما ذكر من الذوق صحيح وقد بينا انه متى عقد يمينه على فعل الشرب لم يحنث بالاكل وان حلف لا يذوق لبنا ولا نية له فأكله أوشربه حنث لانه قد ذاقه وزاد عليه ولو حلف لا يشرب من دجلة فغرف منها بقدح وشربه لم يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يضع فاه على دجلة بعينها فيشرب وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحنث لان الشرب من دجلة هكذا يكون فى العادة فانه يقال أهل بلدة كذا يشربون من دجلة وانما يراد بطريق الاغتراف فى الاوانى ولكن أبو حنيفة يقول حقيقة الشرب من دجلة يكون بالكرع وهذه حقيقة مستعملة جاء فى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات فى شن والا كرعنا وقد بينا ان الحقيقة اذا كانت مستعملة فاللفظ يحمل عليه دون المجاز والحقيقة مرادة فانه لو كرع يحنث وهو حقيقة الشرب من دجلة لان من للتبعيض فالحقيقة ان يضع فاه على بعض دجلة والحقيقة استعمال اللفظ في موضعه والمجاز استعماله فى غير موضعه ولا يتصور أن يكون اللفظ الواحد مستعملا في موضعه معدولا به عن موضعه فهذا وما تقدم

من مسئلة الحنطة سواء وأن عندهما في الفصلين انما يحنث لعموم المجاز ﴿قال﴾
ألا ترى أنه لوحلف لايشرب من هـذا الحب فغرف منه بقدح فشرب
فانه يحنث وهذا عندهما فأما عندأبي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان
ملآنا فيمينه على الكرع خاصة وان لم يكن ملآنا فحينئذ
الجواب كما قالا لان الكرع لا يتأتى هنا كما لو حلف
لا يشرب من هـذا البئر وان تـكلف للكرع
من البـئر ففيه اختلاف المشايخ كما بيناه
في مسئلة الدقيق والله سبحانه وتعالى
أعـلم بالصـواب واليـه
المرجـع والمـآب

﴿تم الجزء الثامن من كتاب المبسوط ويليه الجزء التاسع﴾
﴿وأوله باب الكسوة﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الكسوة

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا حلف لا يشترى ثوبا ولا نية له فاشترى كساء خز أو طيلسانا أو فرواً أو قباء أو غير ذلك مما يلبس الناس حنث لان اسم الثوب حقيقة لهذا وينطلق عليه عرفا وان اشترى مسحا أو بساطا لم يحنث لان اسم الثوب لا يطلق عليه عادة وانما يطلق على ملبوس بنى آدم وفي الايمان للعادة عبرة ولو اشترى قلنسوة لم يحنث لانه ليس بثوب فالثوب ما يستر العورة وتجوز الصلاة فيه وكذلك لو اشترى خرقة لا تكون أى لا تبلغ نصف ثوب لان هذا لا يستر العورة ولا يتأدى به الكسوة فى الكفارة وان اشترى أكثر من نصف الثوب حنث لان اسم الثوب ينطلق على أكثر الثوب ولانه يستر عورته وكذلك ان اشترى ثوباً صغيراً حنث ومراده مايكون ازاراً أو سراويل يستر العورة وتجوز الصلاة فيه وكذلك لو حلف لايلبس ثوبا فلو سمي ثوبا بعينه ولبس منه طائفة يكون أكثر من نصفه حنث لأنه يسمى لابسا له ألا تري أن الانسان قد يلبس الرداء وبعض جوانبه على الارض وان حلف لايلبس ثوبا بعينه فاتخذ منه جبة وحشاها ولبسها حنث لانه جعل شرط حنثه لبس العين وعقد اليمين باسم الثوب والثوب باق بعد ما اتخذ منه الجبة فان لابس الجبة يسمى لابسا للثوب بخلاف مالو حلف على قميص لايلبسه أبداً فجعل منه قباء فلبسه لم يحنث لانه عقد اليمين باسم القميص ولا يبقى هذا الاسم بعد ماجعله قباء ألا ترى أن لابس القباء لايسمي لابسا للقميص وان حلف لايلبس من غزل فلانة شيئا فلبس ثوبا من غزلها حنث لان لبس الغزل هكذا يكون فى العادة وفي القياس لايحنث لان الثوب غير الغزل ألا تري أن من غصب غزلا فنسجه كان الثوب له ولكنه ترك هذا القياس للعرف فان أحدا لايلف الغزل على نفسه هكذا ولو فعله لا يسمى لابسا ثوبا وانما يسمي لابسا للغزل وان نوي الغزل بعينه قبل أن ينسج لم يحنث اذا لبسه

يعني ثوبا لانه نوى حقيقة كلامه وان حلف لايلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لم يحنث لان الذي من غزلها بعض الثوب ويستوي ان نسج غزلهما مختلطا أو غزل كل واحدة منهما في جانب على حدة وكذلك لو حلف لايلبس ثوبا من نسج فلان أو من شراء فلان وهذا اذا كان فلان ذلك يباشر الشراء والنسج بيده فان كان ممن لا يفعل ذلك وانما ينسج له غلمانه واجراؤه فهو حانث اذا لبس ثوبا نسجوه له لان مقصود الحالف معتبر في اليمين وان حلف لايلبس خزاً فلبس ثوبا من هذا الذي يسميه الناس الخز حنث وان لم يكن خالصا لان مطلق الاسم ينصرف الى ما هو المتعارف باعتبار ان العرف اصطلاح حادث طرأ على أصل اللغة وهو مقصود المتكلم عند الاطلاق وان حلف لا يلبس حريراً أو ابريسما فلبس ثوب خز سداه حرير وابريسم لم يحنث لان الثوب لاينسب الى سداه وانما ينسب الى لحمته فان اللحمة هي التي تظهر دون السدا ألا ترى ان لبس الحرير حرام على الذكور ثم لا بأس بلبس العتابي والمصمت وان كان سداه حريراً لان لحمته غزل ولو لبس ثوبا لحمته ابريسم أو حرير حنث عندنا بمنزلة مالو كان حريراً كله ألا ترى أنه لا يحل للرجال لبسه والشافعي يعتبر اللون والبريق فيقول ان كان الغالب عليه بريق الابريسم ولينه حنث والا فلا وأشار الى الفرق بين هذا وبين الخز ولا معنى للفرق سوى العرف فان الناس يسمونه ثوب الخز وان لم تكن لحمته خزا ولا يسمونه ثوب الحرير الا ان يكون حريراً كله أو يكون لحمته حريراً ﴿قال﴾ الا أن يعني سدا الثوب أو لحمته أو علمه فحينئذ يحنث اذا لبسه بتلك الصفة لانه شدد الامر على نفسه بنيته وان حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن حنث لان القطن هكذا يلبس وان لبس قباء ليس بقطن ولكنه محشو بقطن لم يحنث لان القباء ينسب الى الظهارة لا الى الحشو ولا يسمي في الناس لابسا للحشو وانما يسمى لابسا للقباء المحشو فلا يحنث لكون حشوه قطنا الا أن يعنيه وان حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبا من قطن وكتان حنث لانه قد لبس الكتان بخلاف ما لو كان حلف لا يلبس ثوب كتان لانه اذا سمى الثوب فشرط حنثه أن يكون جميعه كتانا ولم يوجد واذا سمي الكتان فشرط حنثه وهو لبس الكتان قد وجد لانه يقال هذا ثوب قطن وكتان فان القطن والكتان يستويان في اضافة الثوب اليهما فلا يصير منسوبا الى احدهما دون الآخر بخلاف الخز فانه يغلب على الابريسم في نسبة الثوب

اليه وبخلاف الابريسم مع الغزل فان الابريسم يغلب على الغزل في نسبة الثوب اليه حتى يسمى ملحماً وان كان سداه قطنا وان حلف لايلبس هذا القطن فجعله ثوبا فلبسه حنث لان القطن هكذا يلبس والحاصل أنه بنى هذه المسائل على معانى كلام الناس فلا يشكل على من يتأمل فى كلام الناس وان حلف لا يلبس ثوبا قد سماه بعينه فاتزر به أو ارتدى أو اشتمل به حنث والقميص وغيره فيه سواء بخلاف مالو قال لا ألبس قميصا فاتزر بقميص أو ارتدى به فانه لا يحنث فى القياس فى الفصلين سواء ولكنه استحسن الفرق بينهما بناء على الحرف الذي بينا أن الوصف فى غير المعين معتبر وفى المعين لايعتبر انما يصير معلوما بوصفه ثم لبس القميص بصفة مخصوصة متعارف والثابت بالعرف كالثابت بالنص واذا لم يعين القميص انصرفت يمينه الى اللبس بالصفة المعروفة فاذا اتزر به أو ارتدي به لم يحنث الا ترى انه لو قال مالبست اليوم قميصاً كان صدقا واما في المعين لايعتبر الوصف فعلى أى وجه لبسه كان حانثا الا ترى انه لو قال مالبست هذا القميص وقد اتزر به كان كاذبا وان لبس قميصا ليس له كمان حنث فى يمينه لانه يسمى قميصا وان لم يكن له كم لان القميص كالدرع وقد يشترى الرجل لدرعه كمين فعرفنا ان القيص والدرع ينسب الى البدن فلا ينعدم الاسم بعدم الكمين كالرجل يسمى رجلا وان لم يكن له يدان وان حلف لايلبس ثوبا فوضعه على عاتقه يريد به الحمل لا يحنث لانه حامل حافظ لامستعمل لابس الا ترى ان الامين اذا فعل ذلك بالامانة لم يضمن وان نوي نوعا من الثياب دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في الحكم لانه نوي التخصيص في اللفظ العام وان حلف لايلبس من ثوب فلان شيئاً وهو ينوى ماعنده فاشتري فلان ثيابا فلبس منها لم يحنث لان المنوى من محتملات لفظه فانه عقد يمينه على فعل فى ملك مضاف الى فلان ونوى حقيقة الاضافة فى الحال فتصح نيته ويجعل مانوى كالملفوظ به ولو حلف لايكسو فلانا شيئاولا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أونعلين أو جوربين حنث لان الكسوة عبارة عن التمليك وماملكه شئ فيتم شرط حنثه بخلاف مالو حلف لا يكسوه ثوبا فان الثوب مايكون ساترا لبدنه وذلك لايوجد في الخف والقلنسوة ولهذا لاتتأدى بهما الكسوة فى الكفارة ولو حلف لايكسوه ثوبا فاعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا لم يحنث لانه ما كساه الثوب وانما وهب له الدراهم وأشار عليه بمشورة والموهوب له بالخيار ان شاء اشترى بها ثوبا وان شاء غيره فلو أرسل اليه بثوب كسوة

حنث لانه قد كساه فان فعل رسوله كفعله فان نوى أن يعطيه من يده الى يده لم يحنث لانه نوي حقيقة كلامه وان حلف لايلبس سلاحا فتقلد سيفا أو تنكب قوساً أو ترسا لم يحنث لانه لايسمى في الناس لابسا وانما يسمى متقلدا للسيف أو حاملا للسلاح أو معلقا له على نفسه ولو لبس درع حديد حنث لانه يسمى به لابسا للسلاح ولو حلف لايلبس درعا فلبس درع حديد أو درع امرأة حنث لان اسم الدرع تناولهما حقيقة وعادة فان عني أحدهما فقد نوي التخصيص في اللفظ العام وذلك صحيح فلا يحنث الا بلبس ماعنى وان حلف لايلبس شيئاً فلبس درع حديد أودع امرأة أو خفين أو قلنسوة حنث فى كل ذلك لانه عقد يمينه على فعل اللبس فى محل هو شئ واسم الشئ يتناول هذا كله وفعل اللبس يوجد فى كلها فلهذا حنث والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب القضاء فى اليمين

﴿ قال ﴾ واذا حلف ليعطين فلانا ماله رأس الشهر أوعند الهلال ولا نية له فله الليلة التى يهل فيها الهلال ويومها كلها لان الشهر جزء من الزمان يشتمل على الليل والنهار ورأس كل شهر أوله فأول الليلة وأول اليوم من الشهر يكون رأس الشهر ألا تري ان في العرف يقال اليوم رأس الشهر وانما أهل البارحة وعند عبارة عن القرب وذكره فى المعنى وذكر الرأس سواء وان حلف ليعطينه حقه صلاة الظهر فله وقت الظهر كله لان الصلاة تذكر بمعنى الوقت قال عليه الصلاة والسلام ان للصلاة أولا وآخراً والمراد الوقت ولان الاعطاء انما يكون فى الزمان لا فى الصلاة فعرفنا ان مراده الوقت وان قال عند طلوع الشمس أو حين تطلع الشمس فهو الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ثم النهى يمتد الى أن تبيض وان قال ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال مساء فالمساء مساءان احدهما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وان قال سحراً فوقت السحر مابعد ذهاب ثلثي الليل الى طلوع الفجر الثانى فان لم يعطه حتى مضى الوقت الذى سماه حنث لفوات شرط البر وان قال يوم كذا فله ذلك اليوم كله فاذا غابت الشمس قبل أن يعطيه حنث لان اليوم من طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس ألا ترى أن صوم اليوم يتأدى بوجود الامساك فى هذا القدر وان أعطاه قبل

مجئ الوقت المسمى أو وهبه له أو أبرأه منه ثم جاء الوقت وليس عليه شئ لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما بينا أن اليمين المؤقتة انما تنعقد موجبا في آخر الوقت المسمى وعند ذلك لا حق له عليه وفي مثله لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى ولو مات أحدهما قبل مضي الوقت لم يحنث لان شرط حنثه ترك فعل الاداء في آخر ذلك الوقت اليه ولا يتحقق ذلك اذا مات أحدهما قبله وكذلك لو قضى الى وكيل الطالب بر لان دفعه الى وكيل الطالب كدفعه الى الطالب وان حلف لا يعطيه حتى يأذن له فلان فمات فلان قبل أن يأذن له فأعطاه لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله لانه عقد يمينه على فعل الاعطاء وجعل لذلك غاية وهو اذن فلان فبموت فلان تفوت الغاية وذلك يوجب صيرورة اليمين مطلقة لاطلاقها واذن فلان كان مانعا من الحنث فبفواته يتحقق اتحاد شرط الحنث ولا ينعدم وهما يقولان المعقود عليه حرمة الدفع الى غاية وهو اذن فلان وقد فات اذنه بموته فيفوت المعقود عليه والعقد لا يبقى بعد فوات المعقود عليه توضيحه أنها لو بقيت بقيت حرمة الدفع مطلقا لا مؤقتا وهذا المطلق لم يكن ثابتا بيمينه فلا يثبت من بعد ولأنه جعل شرط حنثه ترك الاستئذان من فلان قبل الاعطاء وذلك لا يتحقق بعد موت فلان فمن هذا الوجه يفوت شرط الحنث بموت فلان وان حلف ليقضين فلانا ماله وفلان قد مات وهو لا يعلم به لم يكن عليه حنث في يمينه وان كان يعلم بموته حين حلف حنث وكذلك لو حلف ليضربنه أو ليكلمنه أو ليقتلنه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رضوان الله عليهم أجمعين يحنث علم أو لم يعلم لأنه أضاف اليمين الى محلها فانعقدت ثم شرط البر فات منه وفوات شرط البر يوجب الحنث كما لو كان عالما بموته أو كان حيا فمات قبل أن يقتله وبيان الوصف أن محل اليمين خبر في المستقبل سواء كان الحالف قادراً عليه أو عاجزاً عنه ألا ترى أنه لو قال والله لامسن السماء أولأحولن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه لانه عقدها على خبر في المستقبل وان كان هو عاجزاً عن ايجاده فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا محل اليمين المعقودة خبر فيه رجاء الصدق لانها تعقد للحظر أو للايجاب أولاظهار معني الصدق وذلك لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد أصلا كاليمين الغموس ثم اذا كان لا يعلم بموته فمقصوده أزهاق روح موجودة فيه وقت

اليمين ولا تصور لهـذا اذا كان ميتا واذا كان يعلم بموته فمقصوده أزهاق روح يحدثه الله تعالى فيـه اذا أحياه وذلك متوهم فانعقدت يمينه ثم حنث لوقوع اليأس عما هو شرط البر ظاهراً وعلى هذا والله لاشر بن هذا الماء الذى في هـذا الكوز ولاماء فى الكوز لاتنعقد يمينه في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه عقد يمينه على خبر ليس فيه رجاء الصدق الا أنه لا فرق هنا بين ان يعلم ان الكوز لاماء فيه أولا يعلم لانه عقـد اليمين على شرب المـاء الموجود فى الكوز والله تعالى وان أحـدث فى الكوز ماء فليس هو الماء الذى كان موجوداً فى الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فـلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان فكان ماعقد عليه اليمين متوهما ووزان هذا فى مسئلة الكوز ان لو قال لاقتلن هذا الميت فان يمينه لاينعقد لانه لا تصورلما حلف عليه فانه اذا أحياه الله تعالى حتى يتحقق فيه فعل القتل لايكون ميتاً وفى مسئلة القتل رواية أبي يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى على ضد ماذكره فى الاصل أنه اذا كان لايعلم بموته ينعقد يمينه باعتبار مايتوهمه بجهله كالموجود حقيقة فى حقه وان كان يعلم بموته لا تنعقد يمينه ولكن الاول أصح فأما اذا حلف ليمسن السماء فهو آثم فى هذه اليمين لان المقصود باليمين تعظيم المقسم به وانما يحصل بيمينه هتك حرمة الاسم باستعمال اليمين فى هذا المحل ولكن عليه الكفارة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى فانه يعتبر لعقد اليمين ان يكون مايحلف عليه فى وسعه ايجاده وذلك غير موجود هنا ولكنا نقول انعقاد اليمين باعتبار توهم الصدق فى الخبر وذلك موجود فان السماء عين ممسوس والملائكة يصعدون السماء ولو أقدره الله تعالى على صعود السماء يصعد وكذلك الحجر محل قابل للتحول لوجوده فانعقدت يمينه ثم حنث فى الحال لعجزه عن ايجاد شرط البر ظاهراً وذلك كاف للحنث ألا ترى ان فى الفـعل الذى يقدر عليه يحنث اذا مات قبل أن يفعله لوجود العجز عن ايجاد شرط البر ظاهراً ولا فائدة في انتظار الموت هنا لان ذلك العجز ثابت فى الحال ولايقال اعادة الزمان الماضى في قدرة الله تعالى أيضاً وقد فعله لسليمان صلوات الله عليـه فكان ينبغي أن ينعقد اليمين الغموس بالطريق الذي قلتم وهذا لان هناك أخبر عن فعل قد وجد منه وذلك لا كون له والله تعالى وان أعاد الزمان الماضى لايصير الفـعل موجوداً من الماضى حتى يفعله وفي مسئلة مس السماء لو وقت يمينـه لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت لمـا بينا أن انعقاد اليمين المؤقتـة

في آخر الوقت المسمى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يحنث في الحال لانه انما يتوقت انعقاد اليمين اذا كان ما حلف عليه فى وسعه ايجاده عند ذلك فأما اذا لم يكن فى وسعه ايجاده كان توقيته لغوا فيحنث فى الحال وهكذا على مذهبه في مسئلة شرب الماء الذى فى الكوز اذا وقت يمينه فان كان فى الكوز ماء لم يحنث الا في آخر الوقت وان لم يكن فى الكوز ماء حنث في الحال ولو حلف بطلاق امرأته ليأتين البصرة فمات قبل ذلك طلقت عند الموت لان بموته فات شرط البر وهو اتيان البصرة ولانقول انه يحنث بعد موته ولكنه كما أشرف على الموت وتحقق عجزه عن اتيان البصرة حنث حتى ان كان لم يدخل بها فلا ميراث لها ولا عدة عليها وان كان قد دخل بها فلها الميراث وعليها العدة وتعتد الى أبعد الاجلين بمنزلة امرأة الفار فان ماتت هى وهو حيّ لم تطلق لانه قادر على اتيان البصرة بعد موتها فلم يتحقق شرط الحنث بموتها ولو حلف بطلاق امرأته ان لم تأت البصرة هى فماتت فلا ميراث للزوج لانها لما أشرفت على الموت فقد تحقق عجزها عن اتيان البصرة فتطلق ثلاثا قبل موتها ولو مات الزوج كان لها الميراث لانها تقدر على اتيان البصرة بعد موته ولو حلف بعتق كل مملوك له لايكلم فلانا فانما يتناول هذا اللفظ الموجود فى ملكه حين حلف فان بقى فى ملكه الى وقت الكلام عتق والا فلا فان لم يكن في ملكه حين حلف مملوك لم ينعقد يمينه ولو قال اذا كلمت فلانا فكل مملوك لى يوم أكلمه حر فهو كما قال اذا ملك مملوكا ثم كلمه عتق وان قال كل مملوك أشتريه حر يوم أكلم فلانا فاشترى رقيقا ثم كلم فلانا ثم اشترى آخرين عتق الذين اشتراهم قبل الكلام ولم يعتق الذين اشتراهم بعد الكلام لان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله فهو حر يوم أكلم فلانا جزاء لما بينا أن الجزاء ما يتعقب حرف الجزاء فانما جعل الجزاء عتقا معلقا بالكلام وهذا يتحقق فى الذين اشتراهم قبل الكلام ولو تناول كلامه الذين اشتراهم بعد الكلام لعتقوا بنفس الشراء فلم يكن هذا هو الجزاء الذى علقه بالشراء وان حلف بعتق عبده ان لم يكلم فلانا فمات الحالف عتق العبد من ثلثه لان شرط حنثه فوت الكلام في حياته وذلك يتحقق عند موته فكان هذا بمنزلة العتق في المرض فيعتبر من ثلثه وان مات المحلوف عليه وبقي الحالف عتق العبد لفوات شرط البر وهو الكلام مع فلان فان الميت لايكلم فان

المقصود من الكلام الافهام وذلك لا يحصل بعد الموت وان حلف لا يطلق امرأته فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها حنث لان الموقع للطلاق هو الزوج ولكن بعبارة الوكيل أو بعبارتها وحقوق العقد في الطلاق لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر عن الآمر فكأنه طلقها بنفسه الا أن يكون نوى أن يتكلم به بلسانه فحينئذ يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانه نوى التخصيص ولان الظاهر أن مقصوده أن لا يفارقها ويحتمل أن يكون مقصوده أن لا يتكلم بطلاقها ولكن القاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ما في ضميره ولهذا لو خلعها وقال أنت بائن حنث لان ما منع نفسه منه وقصده بيمينه قد أتى به ولو آلى منها فمضت المدة بانت وحنث في يمينه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضى المدة يقع الطلاق ويكون مضافا الى الزوج وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما باعتبار دفع الضرر عنها فلا يكون شرط الحنث به موجودا وعلى هذا لو كان الزوج عنينا ففرق القاضي بينهما بعد مضى المدة لم يحنث في قول زفر رحمه الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى هنا روايتان في احداهما سوى بين هذا وبين الايلاء لان القاضي نائب عن الزوج في الطلاق شرعا بعد مضي المدة وفي الأخرى فرق بينهما فقال هنا لم يوجد من الزوج معني يصير به مباشرا للطلاق وذلك شرط حنثه والعتق قياس الطلاق لان الحقوق فيه تتعلق بمن وقع له دون من باشره فاما اذا حلف لا يبيع ولا يشترى فأمر غيره ففعل ذلك لم يحنث لان حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالعاقد والعاقد لغيره بمنزلة العاقد لنفسه فيما يرجع الى حقوق العقد فلا يصير الحالف بفعل الوكيل عاقدا الا أن يكون نوي أن لا يأمر غيره فحينئذ قد شدد الامر على نفسه بنيته وكذلك ان كان الحالف ممن لا يباشر البيع والشراء بنفسه لان اليمين تتقيد بما عرف من مقصود الحالف وان حلف لا يتزوج امرأة فأمر غيره فزوجه حنث لان حقوق العقد في النكاح تتعلق بالآمر دون العاقد ولان الوكيل لا يضيف العقد الى نفسه وانما يضيف الى الموكل فكان بمنزلة الرسول وكذلك ان زوجه بغير أمره فأجازه بالقول حنث لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يحنث لان في أصل العقد العاقد ليس

بمعبر عنه إذا لم يكن مأموراً به من جهته والاجازة ليست بعقد ألا ترى أن ما هو شرط النكاح وهو الشهود لايشترط عند الاجازة فلهذا لايحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ ﴿قال﴾ رضى الله عنه والأصح عندى أنه لايحنث لان عقدالنكاح يختص بالقول حتى لاينعقد بالفعل بحال ولا يمكن أن يجعل المجيز بالفعل عاقداً حقيقة ولا حكما انما يكون راضيا وشرط حنثه العقد دون الرضا وان قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ان كلمت فلانا فتزوج امرأة قبل الكلام وأخرى بعده تطلق التى تزوج قبل الكلام خاصة لما بينا أن التزوج شرط والطلاق جزاء معلق بالكلام وذلك يتحقق فى التي تزوجها قبل الكلام دون التي يتزوجها بعد الكلام لانها لوطلقت طلقت بنفس التزوج وذلك لم يكن جزاء شرطه وفيه اختلاف زفر رحمه الله تعالى وقد بيناه فى الجامع وبينا هناك الفرق بين ما اذا وقت يمينه فقال الى ثلثين سنة وبين ما اذا لم يوقت وبينما اذا قدم الشرط أو أخر وقال ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهى طالق فانما تطلق بهذا اللفظ التي تزوجها بعد الكلام وقت يمينه أو لم يوقت واذا حلف لايبيع لرجل شيئا قد سماه بعينه فباعه لآخر طلبه اليه لم يحنث وكذلك الشراء لأن معني قوله لا أبيع لفلان أي لاجل فلان وما باع لاجله حين أمره به غيره وانما باعه لاجل من أمره به بخلاف مالوقال لاأبيع ثوبا لفلان لان معنى هذا الكلام لا أبيع ثوبا هومملوك لفلان وقد وجد ذلك وان أمره به غيره وايضاح هذا الفرق فى الجامع وان حلف لا يهب لفلان هبة فوهب ولم يقبل فلان أو قبل ولم يقبض فهو حانث عندنا وقال زفر رحمه الله تعالي لايحنث لان الهبة عقد تمليك كالبيع وفى البيع لا يحنث ما لم يقبل المشترى لان الملك لا يحصل قبل قبوله فكذلك فى الهبة ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى فى البيع لو باعه بيعا فاسدا لم يحنث حتى يقبضه المشترى ولكنا نقول الهبة تبرع وذلك يتم فى جانب المتبرع بفعله لانه ايجاب لا يقابله استيجاب وذلك يتم بالموجب في حقه كالاقرار بخلاف البيع فانه معاوضة وايجاب يقابله استيجاب والدليل عليه العرف فان الرجل يقول وهبت لفلان فردعلى هبتى وأهديت اليه فرد على هديتى وكذلك كل عقد هو تبرع كالصدقة والقرض حتي لو حلف لا يقرض فلانا شيئاً فأقرضه ولم يقبل حنث الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في القرض لا يحنث كما فى البيع فان القرض عقد ضمان فانه يوجب ضمان المثل على المستقرض وذلك لا يحصل الا بقبضه وعلى هذه الرواية يفرق

أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما اذا حلف لا يستقرض فانه يحنث اذا طلب القرض من آخر وان لم يقرضه لان السين في قوله استقرضت لمعنى السؤال فانما شرط حنثه طلب القرض وقد وجد بخلاف ما لو حلف لا يقرض أو حلف لا يهب فأمر غيره حتى فعل حنث وكذلك لو حلف لا يكسوه أو لا يحمله على دابة لان هذا من العقود التي لاتتعلق الحقوق فيها بالعاقد ألا ترى أنه يقال كسا الامير فلانا وانما أمر غيره به وان حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو ليبنين داره فأمر غيره ففعل بر في يمينه لانه هو الفاعل لذلك وان أمر غيره به فان في العرف يقال بني فلان داراً أو خاط فلان ثوبا على معنى أنه أمر غيره به وان لم يكن هو بناء ولا خياطاً الا أن يكون عني ان يبنيه بيده فحينئذ المنوى حقيقة فعله وفيه تشديد عليه وكذلك كل شئ يحسن فيه ان يقول فعلته وقد فعل وكيله ولو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده لانه لا ولاية له على الحر فلا يعتبر أمره فيه ألا تري أنه لايثبت للضارب حل الضرب باعتبار أمره بخلاف العبد فانه مملوك له عليه ولاية فأمر غيره بضربه معتبر ألا تري ان الضارب يستفيد به حل الضرب ولان العادة الظاهرة ان الانسان يترفع من ضرب عبده بيده وانما يأمر به غيره فعرفنا ان ذلك مقصوده ولا يوجد مثله فى حق الحر الا أن يكون الحالف السلطان أو القاضي فحينئذ يبر اذا أمر غيره بضربه لانه لا يباشر الضرب بنفسه عادة وضرب الغير بأمره يضاف اليه فيقال الأمير اليوم ضرب فلانا وضرب القاضي فلانا الحد الا أن ينوي ان يضربه بيده فحينئذ نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته ويدين فى القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب اليمين فى الخدمة

﴿قال﴾ رضى الله تعالى عنه واذا حلف الرجل لا يستخدم خادما قد كانت تخدمه قبل ذلك ولا نية له فجعلت الخادم تخدمه من غير أن يأمرها حنث لأنه يستخدمها باستدامة ملكه فيها فانه انما اشتراها للخدمة فما دام مستديما للملك فيها فهو دليل استخدامها ولانها كانت تخدمه قبل اليمين باستخدام كان منه فاذا جعلت تخدمه على حالها ولم ينهها فهو مستخدم لها بما سبق منه حتى لو نهاها ثم خدمته لم يحنث لانه بالنهي قد انقطع حكم الاستخدام

السابق ولان ادامة الملك دليل الاستخدام ولا معتبر بالفعل بعد التصريح بخلافه ولو حلف على خادم لا يملكها أن لا يستخدمها فخدمته بغير أمره لم يحنث لانعدام الاستخدام صريحا ودلالة فانه ليس بمالك ليكون طالبا خدمتها باستدامة ذلك الملك أو ليجعل الاستخدام السابق باعتباره قائما وان كان حلف أن لا تخدمه حنث لانه عقد اليمين على فعل الخادم وقد تحقق منه ذلك سواء كان بأمره أو بغير أمره بخلاف الاول فانه عقد اليمين على فعل نفسه لأن الاستخدام طلب الخدمة وكل شيء من عمل بيته فانه خدمته لان الانسان انما يتخذ الخادم لذلك وكذلك لو سألها وضوءا أو شرابا أو أشار أو أومأ اليها بذلك فقد استخدمها لأن الاستخدام بالايماء والاشارة ظاهر ممن ترفع عن أن يخاطب خدمه بالكلام وكذلك لو حلف أن لا يستعين بها فأشار اليها بشيء من ذلك حنث ان أعانته أو لم تعنه لان الاستعانة طلب الاعانة وقد تحقق منه الا أن يكون نوى أن تفعله فلا يحنث حينئذ حتى تعينه لان المقصود هو الاعانة دون الاستعانة فاذا ذكر السبب وعنى به ما هو المقصود عملت نيته فاذا حلف لا يخدمه خادم فلان فجلس على مائدة مع قوم يطعمون وذلك الخادم يقوم في طعامهم وشرابهم حنث لانه قد خدم كل واحد منهم فوجد به شرط الحنث في حق الحالف بدليل حديث أنس رضي الله عنه كنّ جوارى عمر رضى الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤس مضطربات الثدي وان كان حلف أن لا يستخدمها لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه ولم يوجد منه حقيقة ولا حكما لانها غير مملوكة له وسواء في ذلك اذا استخدم غلاما أو جارية صغيرا كان أو كبيراً لان اسم الخادم يتناولهما والاستخدام يتحقق منهما وهو متعارف أيضاً فلهذا حنث في ذلك كله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اليمين في الركوب

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا حلف لا يركب دابة فركب حماراً أو فرسا أو برذونا أو بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وعرفا فان الدابة مايدب على الارض قال تعالى وما من دابة في الارض الآية وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنا أنه لم يرد التعميم في كل مايدب على الارض وقد وقع يمينه على فعل الركوب

فيتناول ماير كب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وانما ذكر الركوب في هذه الأنواع الثلاثة فأما في الانعام ذكر منفعة الأكل بقوله والانعام خلقها لكم وبأن كان يركب الفيل والبعير في بعض الأوقات فذلك لايدل على أن اليمين يتناوله ألا ترى أن البقر والجاموس يركب في بعض المواضع ثم لايفهم أحد من قول القائل فلان ركب دابة البقر الا أن ينوى جميع ذلك فيكون على مانوى لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحده لم يدين فى الحكم لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام وان قال لا أركب وعنى الخيل وحدها لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن فى لفظه فعل الركوب والخيل ليس بمذكور ونية التخصيص تصح فى الملفوظ دون مالا لفظ له وان حلف لايركب فرسا فركب برذونا لم يحنث وكذلك ان حلف لايركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لأن البرذون فرس العجم والفرس اسم العربى فهو كما لو حلف لايكلم عربياً فكلم عجميا أو على عكس هذا لم يحنث وان حلف لايركب شيئاًمن الخيل فركب فرسا أو برذونا حنث لأن اسم الخيل يجمع الكل قال الله تعالى ومن رباط الخيل الآية وقال صلى الله عليه وسلم الخيل معقود فى نواصيها الخير الى يوم القيامة ولهذا يستحق الغازى السهم بالبرذون والفرس جميعا وان حلف لايركب دابة فحمل عليها مكرها لم يحنث لانه عقد يمينه على فعله فى الركوب وهو ما ركبها بل حمل عليها مكرها ألا ترى أن الحمل يتحقق فيما يستحيل نسبة الفعل اليه كالجمادات وان ركب دابة عريانا أو بسرج أو اكاف حنث لأنه ركبها والركوب بهذه الاوصاف معتاد وان حلف لايركب دابة لفلان فركب دابة لعبده ولا دين عليه لم يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الا أن ينويها وفي قول محمد رحمه الله تعالى هو حانث لانه عقد يمينه على دابة هى مملوكة لفلان فان اللام دليل على الملك وكسب العبد مملوك لمولاه فيكون حانثا به وكونها في يد عبده ككونها في يد أجيره وهما يقولان عقد يمينه على دابة هي منسوبة الى فلان وهذه منسوبة الى العبد حقيقة من حيث أنه اكتسبها وعرفا من حيث أنه يقال دابة عبد فلان وشرعا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع عبداً وله مال فقد أضاف المال الى العبد فلا يحنث به الا أن ينويه وهو نظير ماتقدم فى قوله لاأدخل دارا لفلان ان المعتبر هو النسبة بالسكنى دون الملك فهذا مثله ثم على

قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان على العبد دين يحيط بكسبه وبرقبته لم يحنث وان نواها لان من أصله ان المولى لايملك كسب عبده المديون بخلاف مااذا لم يكن عليه دين فان هناك اذا نواها يحنث لانه نوى اضافة الملك وهو مملوك له وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أو لم يكن عليه دين فان نواها يحنث لان عنده استغراق كسب العبد بالدين لا يمنع ملك المولى وعند محمد يحنث على كل حال لان المعتبر عنده اضافة الملك واستغراق كسب العبد بالدين يمنع ملك المولى وان ركب دابة لمكاتب فلان لم يحنث وكذلك الدار والثوب لانه ان اعتبر اضافة الملك فكسب المكاتب غير مملوك مابقى مكاتبا وان اعتبر اضافة النسبة فهي منسوبة الى المكاتب دون المولى وان حلف لايركب مركبا ولانية له فركب سفينة أو محملا أو دابة حنث لانه ذكر المركب هنا وكل هذا مركب والمركب مايركب ومن حيث العرف تسمى السفينة مركبا وكذلك شرعا قال الله تعالى يابني اركب معنا وقال اركبوا فيها وان حلف لايركب بهذا السرج فزاد فيه شيئا أونقص منه حنث لانه ذلك السرج الذى عينه وقد ركب به والنقصان والزيادة في شئ لايبدل أصله ولو بدل السرج نفسه وترك اللبد والصفة لم يحنث لان اسم السرج للحنا أصل واللبد والصفة وصف فيه والمعتبر هو الاصل دون الوصف وهذا لان الذي يدعوه الى اليمين ضيق السرج وسعته وذلك يتبدل بتبدل الحنا دون اللبد والصفة واذا حلف بالله ماله مال وله دين على مفلس أو على ملئ وليس له غيره لم يحنث لان الدين ليس بمال حقيقة فالمال مايتمول وتمول مافى الذمة لايتحقق والمال مايتوصل به الى قضاء الحوائج وما فى الذمة باعتبار عينه غير صالح لذلك بل باعتبار مآله وهو بالقبض والمقبوض عين وكذلك ان كان رجل قد غصبه مالا فاستهلكه وأقر به أو جحده وهو قائم بعينه لم يحنث أما اذا استهلكه فقد صار دينا فى ذمته واما اذا كان قائما بعينه اذا كان جاحداً له فهو ناو فى حق الحالف ألا ترى أنه لايلزمه الزكاة باعتباره ولا يحرم عليه الصدقة باعتباره والتاوى لايمكن تموله فلا يعد ذلك مالا له ولو كانت له وديعة عند انسان حنث لان الوديعة عين ماله ويدمودعه كيده ألا ترى أنه يتمكن من استردادها متى شاء وأنه تنفذ تصرفاته فيها مطلقا ولم يذكر المغصوب اذا كان قائما بعينه والغاصب مقر به قيل هنا يحنث لانه متمكن من استردادها بقوة السلطان لما كان الغاصب مقراً به وتصرفه فيه ينفذ فهو كالوديعة وقيل لايحنث لان الغاصب اذا كان قاهراً فالظاهر

أنه لا يتمكن من الاسترداد عنه وان كان مقرا وفى العرف اذا صودر رجل يقال له قد افتقر ولم يبق له مال وان كان من صادره مقراً وفى باب الايمان العرف معتبر وان كانت عنده فضة أو ذهب قليل أو كثير حنث لان النقد مال على كل حال ألا تري أن زكاة المال تجب في النقود باعتبار العين الا أن اعتبار النصاب هناك لاثبات صفة الغنى للمالك بها أما هنا اسم المال يتناول القليل والكثير وكذلك مال التجارة والسائمة كان ذلك مالا حقيقة وشرعا حتى تجب الزكاة فيها وان نوى الفضة والذهب خاصة لم يدين فى القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان كان له عروض أوحيوان غير السائمة لم يحنث وفى القياس يحنث لان ذلك مال ألا ترى أن الوصية تتناول ذلك كله ولكنه استحسن فقال ليس ذلك بمال شرعا وعرفا حتى لا تجب الزكاة فيها ولا يعد صاحبها متمولا بها والايمان مبنية على العرف والعادة وان لم يكن له مال وكان له عبد له مال لم يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ويحنث فى قول محمد رحمه الله تعالى وهذا ومسئلة الدابة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوقت فى اليمين

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا حلف الرجل ليعطين فلانا حقه اذا صلى الاولى فله وقت الظهر الى آخره لان المراد بذكر الصلاة الوقت والاولى هى الظهر فى لسان الناس فلا يحنث مالم يخرج وقت الظهر قبل أن يعطيه وان حلف ليعطينه كل شهر درهما ولا نية له وقد حلف في أول الشهر فهذا الشهر يدخل فى يمينه وينبغى أن يعطيه فيه درهما قبل أن يخرج وكذلك لوحلف فى آخر الشهر ألا ترى أنه لوحلف ليعطينه فى الشهر كان عليه أن يعطيه قبل أن يهل الهلال سواء كان فى أول الشهر أو آخره وكذلك لو قال فى كل شهر لان الشهر الذى فيه أقرب الشهور اليه ألا ترى أنه لو قال فى كل يوم كان اليوم الذي حلف فيه داخلا فى الجملة فكذلك اذا قال فى كل شهر وكذلك لو كان المال عليه نجوما عند انسلاخ كل شهر فحلف ليعطينه النجوم فى كل شهر كان له ذلك الشهر الذي حل فيه النجم فمتى أعطاه في آخر ذلك الشهر فقد بر لانه جعل شرط البر اعطاء كل نجم بعد حلوله فى الشهر والشهر اسم لجزء من الزمان من حين يهل الهلال الى أن يهل الهلال فاذا أعطاه فى ذلك أو في آخره فقد

تم شرط بره ولو حلف ليعطينه عاجلا ولا نية له فالعاجل قبل أن يمضي الشهر لان الآجال في العادة تقدر بالشهور وأدنى ذلك شهر فما دونه في حكم العاجل وكذلك لو حلف لايكلم فلانا عاجلا فان كان يعني شيئاً فهو على مانوى وان لم يكن له نية فاذا كلمه بعد شهر لم يحنث وكذلك اذا قال ملياً فالمراد به البعيد قال تعالى واهجرني ملياً وان كان يعني شيئاً فهو على مانوى والا كان على الشهر فصاعداً لان البعيد والأجل سواء وان حلف ليعطينه في أول الشهر الداخل فيه فله أن يعطيه قبل أن يمضي منه نصفه وان مضى منه نصفه قبل أن يعطيه حنث لأن للشهر أولا وآخراً فأوله عند الاطلاق يتناول النصف الاول والآخر منه يتناول النصف الآخر وعلى هذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لو قال والله لا أكلمه آخر يوم من أول الشهر وأول يوم من آخر الشهر أن يمينه يتناول الخامس عشر والسادس عشر وان حلف لا يعطيه ماله عليه حينا فأعطاه قبل ستة أشهر حنث لان الحين قد يذكر بمعني الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد وقت الصلاة ويذكر بمعني أربعين سنة قال الله تعالى هل أتي على الانسان حين من الدهر ويذكر بمعنى ستة أشهر كما نقل عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في تأويل قوله تعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها أنه ستة أشهر من حين يخرج الطلع الى أن يدرك الثمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الأمور أوسطها ولأنا نعلم أنه لم يرد به الساعة فانه اذا قصد المماطلة ساعة واحدة لايحلف على ذلك ويعلم أنه لم يرد أربعين سنة فانه اذا أراد ذلك يقول ابداً فعرفنا ان المراد ستة أشهر والزمان في هذا كالحين لانهما يستعملان استعمالا واحدا فان الرجل يقول لغيره لم القك منذ حين لم القك منذ زمان ويستوى ان كان ذكره معرفا بالالف واللام أو منكراً لان ستة أشهر لماصار معهوداً في الحين والزمان فالمعرف ينصرف الى المعهود وكذلك الدهر في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أدري ماالدهر من أصحابنا من يقول هذا الاختلاف فيما اذا ذكره منكراً وقال دهراً فاما اذا ذكره معرفا فذلك على جميع العمر قال الله تعالى حين من الدهر فقد جعل الحين من الدهر جزء فيبعد ان يسوى بينهما في التقدير ومنهم من قال ان الخلاف في الكل واحد وهما يقولان الدهر في العرف يستعمل استعمال الحين والزمان فان الرجل يقول لغيره لم القك منذ دهر لم القك منذ حين وفي

ألفاظ اليمين المعتبر هو العرف وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول قد علمت بالنص ان الحين بعض الدهر ولم أجد فى تقدير الدهر شيئاً نصا ونصب المقادير بالرأى لايكون وانما يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه فلهذا توقف ولاعيب عليه فى ذلك ألا ترى ان ابن عمر رضى الله عنه لما سئل عن شئ فقال لاأدرى حين لم يحضره جواب ثم قال طوبى لابن عمر سئل عما لايدري فقال لاأدري وقيل انما قال لاأدرى لانه حفظ لسانه عن الكلام فى معني الدهر فقد جاء فى الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لاتسبوا الدهر فان الله هو الدهر معناه أنه خالق الدهر وفي حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال فيمايؤثر عن ربه استقرضت من عبدى فأبى ان يقرضني وهو يسبني ولايدرى فسب الدهر ويقول وادهراه وانما انا الدهر حديث فيه طول فلهذه الآثار الظاهرة حفظ لسانه وقال لاأدرى ما الدهر وهو كما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال لاأدرى حتى أسأل جبريل فسأل جبريل فقال لاأدرى حتي أسأل ربى فصعد الى السماء ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان وان حلف لايكلمه الايام فهو على عشرة أيام فى قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رضوان الله عليهم أجمعين على سبعة أيام لان الالف واللام للمعهود فيما فيه معهود والمعهود فى الايام السبعة التى تدور عليها الشهور والسنين كلما دارت عادت وفي الشهور اثني عشر شهراً وليس فى السنين معهود فيستغرق العمر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الالف واللام للكثرة فكانه قال أياما كثيرة وأكثر مايتناوله اسم الايام مقرونا بالعدد العشرة لانه يقال بعده احد عشر يوما وكذلك فى الشهور والسنين فينصرف يمينه الي العشرة مما سمي وان قال أياما ولانية له على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على ثلاثة أيام لأنه ذكر لفظ الجمع وأدني مايطلق عليه اسم الجمع المتفق عليه ثلاثة وكذلك قول أبى حنيفة على ماذكره فى الجامع الكبير وهو الصحيح وذكر هنا أن على قوله يكون على عشرة أيام سواء قال أياما أو قال الايام وأكثر مشايخنا على أن هذا غلط والصحيح ماذكره في الجامع وقد بيناه ثمة وان حلف ليعطينه غداً فى أول النهار فاذا أعطاه قبل أن ينتصف النهار بر لما بينا أن للنهار أولا وآخراً كما للشهر وان حلف ليعطينه مع حل المال أو عند حله أو حين يحل المال أو حيث يحل ولا نية له فهذا يعطيه

ساعة يحل فان أخره أكثر من ذلك حنث لان مع للضم وعند للقرب وحين في مثل هذا الموضع يراد به الساعة عادة فكأنه حلف ليعطينه ساعة يحل فاذا أخره من ذلك حنث وان حلف لايضرب عبده فوجأه أو خنقه أو قرصه أو مد شعره أو عضه حنث لان الضرب فعل موجع على قصد الاستخفاف أو التأديب وهذا كله موجع موصل الالم الى قلبه فكان ضربا وكذلك من حيث العادة القاصد الى ضرب عبده انما يقصد مايقدر عليه من هذه الأفعال ويسمى فعله ضربا ومن يعاينه يفعل ذلك يسميه ضاربا عبده ولو حلف ليضربنه مائة سوط فضربه مائة سوط وخفف بر لان شرط بره اصل الضرب دون نهايته والخفيف كالضرب الشديد ومطلق الاسم لايتناول نهاية الشئ وان جمعها جماعة ثم ضربه بها لم يبر لانه انمايكون ضاربا له بما يصل الى بدنه والواصل الى بدنه بعض السياط حين جمع الكل جمعا فلهذا لا يبر ولوضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين ووقعت عليه الشعبتان بر لان كل شعبة سوط واقع على بدنه ضربا فيصير بكل ايقاع ضاربا له سوطين فاذا ضربه خمسين فقد ضربه مائة سوط وهو شرط بره ألا ترى أن الامام يصير مقيما حد الزنا بهذا المقدار فكذلك الحالف والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب البشارة ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا قال أى غلماني بشرني بكذا فهو حر فبشره بذلك واحد ثم آخر عتق الاول دون الثاني لان الاول بشير والآخر مخبر فان البشير من يخبره بما غاب عنه علمه فتتغير عند سماعه بشرة وجهه وانما وجد هذا من الاول دون الثاني وان بشروه معاً عتقوا لان كل واحد منهم أخبره بما غاب عنه علمه فالعلم بالمخبر به يتعقب الخبر ولا يقترن به والدليل على أن البشارة تحقق من الجماعة قوله تعالى وبشروه بغلام حليم ولو بعث أحد غلمانه مع رجل بالبشارة فقال ان غلامك يبشرك بكذا عتق لان عبارة الرسول كعبارة المرسل فالبشير هو المرسل والرسول مبلغ قال الله تعالى ان الله يبشرك بكلمة منه اسمه المسيح وانما سمعت من رسل الله صلوات الله عليهم وهم الملائكة ثم كان بشارة من الله تعالى لها وكذلك لو كتب به اليه كتابا لان البيان بالكتاب كالبيان باللسان فان قال نويت المشافهة لم يعتق لانه نوى حقيقة كلامه فان البشارة انما تكون حقيقة منه اذا سمعه بعبارته

واذا قال أي غلماني أخبرني بكذا فالاول والثاني والكاتب والرسل يعتقون جميعا لان الخبر متحقق منهم فقد يخبر المرء بما هو معلوم له كما يخبر بما غاب عنه علمه الا أن يعني المشافهة فتعمل نيته لانه حقيقة كلامه وقع في بعض نسخ الاصل التسوية بين الاخبار والاعلام والمراد أن الاعلام يحصل بالكتاب والرسول كالاخبار فأما الاعلام لا يكون من الثاني بعد الاول لان الاعلام ايقاع العلم بالخبر وذلك لا يتكرر بخلاف الاخبار ألا ترى أن الرجل يقول أخبرني بهذا غير واحد ولا يقول أعلمني غير واحد واذا قال أي غلماني حدثني فهو على المشافهة بمنزلة قوله كلمني ألا ترى أنا نقول أخبرنا الله بكذا بكتابه أو على لسان رسوله ولا نقول حدثنا الله ولا كلمنا الله وان حلف ان علم بمكان فلان ليخبرنك به ثم علما جميعا فلا بد من أن يخبره ليبر لان الاخبار يتحقق وان كان المخبر به معلوما له ولو قال ليعلمنك به لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو حانث في قول أبي يوسف رحمه الله لانهما اذا علما جميعا به فما هو شرط بره وهو الاعلام فائت فهو بمنزلة قوله لا شربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه وان قال يوم أفعل كذا فعبده حر ففعله ليلا عتق لان اليوم يذكر بمعني الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا والرجل يقول انتظر يوم فلان ويذكر والمراد بياض النهار فقلنا اذا قرن به ما يمتد كالصوم علم ان المراد به بياض النهار واذا قرن به مالا يمتد فالمراد به الوقت وانما قرن بذكر اليوم هنا فعلا لا يمتد فكان بمعنى الوقت وان قال نويت النهار دون الليل دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة وان قال ليلة أفعل كذا فهو على الليل خاصة لان الليل ضد النهار قال الله تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار خلفة وكما أن النهار مختص بزمان الضياء فالليل مختص بزمان الظلمة والسواد وان حلف لا يبيت في مكان كذا فأقام فيه ولم ينم حنث لأن البيتوتة هو المكث والقرار بالليل في مكان ولهذا يسمى الموضع الذي يكون المرء فيه بالليل مبيتا واللفظ لا يدل على النوم واليقظة فيحنث نام أو لم ينم الا أن يعني النوم فيكون على ما نوى لانه نوى التخصيص في لفظه والعرف والاستعمال يشهد له وكذلك ان أقام فيه أكثر من نصف الليل وان أقام فيه أقل من نصف الليل لم يحنث لان الانسان قد يكون في بعض الليل في غير منزله ثم يرجع الى منزله واذا سئل أين بات قال في منزلي ولان الأكثر ينزل منزلة الكمال والاقل تبع للاكثر فاذا أقام فيه أكثر من نصف الليل فكانه أقام فيه جميع الليل فيحنث

وان حلف لايظله ظل بيت فدخل بيتا حنث لان هذا للفظ عبارة عن الدخول في عرف الناس فانه انما يظله ظل البيت اذا دخل تحت سقفه وان أقام في ظله خارجا لم يحنث الاان ينوي ذلك لان لفظه عبارة عن الدخول لغلبة الاستعمال ولم يوجد ذلك وان حلف لايأويه بيت فآواه بيت ساعة من الليل اوالنهار ثم خرج لم يحنث حتى يكون فيه أكثر من نصف الليل أو النهار في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول لان الايواء والبيتوتة تتقارب في الاستعمال الا ان البيتوتة تستعمل في الليل خاصة يقال بات فلان يفعل كذا اذا فعل ليلا وظل يفعل كذا اذا فعله نهاراً فاما الايواء يستعمل فيهما ثم البيتوتة لاتكون الا في أكثر من نصف الليل فكذلك الايواء لايكون الا في أكثر من نصف الليل أو النهار ثم رجع وقال اذا دخل ساعة حنث وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان الايواء بالحصول في مكان قال الله تعالى سآوي الى جبل يعصمني أي التجئ اليه فأكون فيه وقال أبو سعيد الخدري لابن عباس رضي الله عنهم لا آواني واياك ظل بيت مادمت على هذا القول أي لا اجتمع معك وقال عليه الصلاة والسلام ما آواه الحرز ففيه القطع فاذا آواه الحرز أي حصل فيه فاذا دخل البيت ساعة فقد وجد الايواء فيحنث ولو أدخل احدى قدميه لم يحنث لانه ماحصل في البيت بادخال احدى القدمين وكذلك ان أدخل جسده وهو قائم ولم يدخل رجليه لم يحنث لان اعتماد القائم على رجليه والجسد تبع للرجلين فاذا لم يدخلهما لم يكن حاصلاً في البيت فلا يحنث والله سبحانه وتعالي أعلم بالصواب

باب اليمين في الكفالة

﴿قال﴾ واذا حلف لايكفل بكفالة فكفل بنفس حر أو عبد أو ثوب أودابة أو بدرك في بيع فهو حانث لان الكفالة التزام المطالبة بما على الغير من تسليم مال أو نفس وقد تحقق ذلك منه ويسمى به في الناس كفيلا والمتحرز من الكفالة يكون ممتنعا من ذلك فيحنث والضمان والقبالة قياس الكفالة لان الكل يستعمل استعمالا واحداً واذا حلف لايكفل عن انسان بشئ فكفل بنفس رجل لم يحنث لان صلة عن لاتستعمل الا في الكفالة بالمال فأما الصلة في الكفالة بالنفس الباء يقال كفل بنفس فلان وكفل عن فلان بكذا من المال وان حلف لايكفل عنه بشئ فاشترى له بأمره شيئاً لم يحنث لان الكفالة التزام المطالبة بما على

الغير والثمن بالشراء هنا في ذمة الوكيل دون الموكل فلا يكون الوكيل كفيلا عن الموكل بل يكون هو في حقه بمنزلة البائع ولهذا طالبه بالثمن وان أبرأه البائع عنه وحبس المبيع عنه الى أن يستوفي الثمن وان كفل بأمره عن انسان شيئاً لم يحنث لانه ما التزم عن الآمر شيئاً هو عليه وانما التزم ما على المطلوب ولكن بمسئلة الآمر فكان كفيلا عن المطلوب دون الآمر ألا ترى أنه يبرأ ببراءة المطلوب وأنه لا يرجع عند الاداء على الآمر بشيء وانما يرجع على المطلوب اذا كان ذلك بسؤاله ولو كان المال على فلان وبه كفيل فأمر فلان الحالف فكفل بها عن كفيله لم يحنث لأن الكفيل غير الاصيل وهو انما كفل عن الكفيل وشرط حنثه الكفالة عن الاصيل ألا ترى أنه لو برئ الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني وان بقي المال على الاصيل ولو حلف لايكفل له فكفل لغيره والدراهم أصلها له لم يحنث لان الكفالة له أن يلتزم مطالبة عليه ولم يوجد ذلك فان المطالبة انما تتوجه للمكفول له دون من يملك أصل المال وكذلك لو كفل لعبده لانه ماالتزم المطالبة للمولى انما التزمها للعبد وان كان أصل المال للمولى ولا بد من مراعاة لفظ الحالف في بره وحنثه وان كفل لفلان وأصل الدراهم لغيره حنث لانه التزم المطالبة لفلان ومتى كان وجوب المال بعقده في حكم المطالبة كان الواجب له وان كان أصل الملك لغيره وان حلف لايكفل عنه فضمن عنه حنث لان الضمان والكفالة تتقارب فى الاستعمال كالهبة مع النحلى والعمرى وان كان عنى اسم الكفالة أن لايكفل ولكن يضمن دين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوي حقيقة لفظه ولكنه نوى الفصل بين الضمان والكفالة وهذا خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ولو حلف لايكفل عن فلان وأحال فلان عليه بماله عليه لم يحنث اذا لم يكن للمحتال له دين على المحيل لان الكفالة عنه أن يلتزم المطالبة عنه لغيره بما لم يكن عليه قبل الكفالة وذلك لم يوجد هنا انما وكل فلان المحتال له بقبض دينه من الحالف وذلك لايكون كفالة عنه للمحتال له وكذلك ان ضمنه له ولو كان للمحتال له على المحيل مال ولم يكن للمحيل مال على المحتال عليه حنث لانه التزم المطالبة عنه للمحتال له بما لم يكن عليه من قبل والالتزام بقبول الحوالة أبلغ من الالتزام بالكفالة والضمان فاذا كان يحنث هناك فكذلك يحنث هنا لأنه لافرق بينهما فى حق الملتزم انما الفرق فى حق المضمون عنه أن الحوالة توجب براءة الاصيل والكفالة لاتوجب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب اليمين فى الكلام وغيره

﴿ قال ﴾ واذا حلف لا يتكلم اليوم ثم صلى لم يحنث استحسانا وفى القياس يحنث وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لانه بالتسبيح والتهليل والتكبير وقراءة القرآن متكلم فان التكلم ليس الا تحريك اللسان وتصحيح الحروف على وجه يكون مفهوما من العباد وقد وجد ذلك ألا ترى أنه لو أتي به في غير الصلاة كان حانثا فكذلك في الصلاة ووجه الاستحسان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله يحدث من أمره مايشاء وان مما أحدث أن لا يتكلم فى الصلاة ولا يفهم أحد من هذا ترك القراءة واذ كار الصلاة وكذلك فى العرف يقال فلان لم يتكلم فى صلاته وان كان قد اتى باذ كار الصلاة ويقال حرمة الصلاة تمنع الكلام ولا يراد به الاذ كار والعرف معتبر فى الايمان فاما اذا قرأ فى غير الصلاة أو سبح أو هلل أو كبر يحنث لانه قد تكلم ألا ترى أنه يقال القرآن كلام الله وان التكلم لا يتحقق من الاخرس والقراءة والذكر باللسان لا يتحقق من الاخرس فكان كلاما وكذلك لو أنشد شعراً أو تكلم بأى لسان كان فهو حانث لوجود الشرط ولو حلف لا يكلم فلانا فناداه من بعيد فان كان بحيث لا يسمع صوته لا يحنث وان كان بحيث يسمع صوته فهو حانث لانه يكون مكلما فلانا بايقاع صوته فى اذنه فاذا كان من البعد بحيث لا يسمع لم يوجد ذلك واذا كان بحيث يسمع فقد أوقع صوته فى اذنه وان لم يفهم لتغافله عنه واشتغاله بغيره فيحنث ألا ترى أن الاول يسمى هاذيا والثانى يسمى مناديا له وكذلك لو ناداه وهو نائم فايقظه حنث وهذا ظاهر وقع في بعض نسخ الاصل فناداه أو أيقظه وهذا اشارة الى أنه وان لم ينتبه بندائه فهو حانث لانه أوقع صوته فى اذنه ولكنه لم يفهم لمانع والاظهر أنه لا يحنث لان النائم كالغائب وان لم ينتبه كان بمنزلة مالو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فلا يكون حانثا واذا انتبه فقد علمنا أنه أسمعه صوته فيكون مكلما له وقيل هو على الخلاف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالي يحنث لانه يجعل النائم كالمنتبه وعندهما لا يحنث بيانه فيمن رمي سهما الى صيد فوقع عند نائم حيا ثم لم يدرك ذكاته حتى مات على مانبينه في كتاب الصيد وان مر على قوم فسلم عليهم وهو فيهم حنث لانه مخاطب كل واحد منهم بسلامه الا أن ينوى القوم دونه فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يكون مكلما له اذا قصد بالخطاب غيره ولكنه لا يدين

في القضاء لانه في الظاهر مخاطب لهم وان كتب اليه أو أرسل لم يحنث لما بينا ان الكلام لا يكون الا مشافهة ألا ترى أن أحداً منا لا يستجيز أن يقول كلمني الله وقد أتانا كتابه ورسوله وانما يقال كلم الله موسى تكليما لانه أسمعه كلامه بلا واسطة وكذلك لو أومي أو أشار لم يحنث لان الكلام ما لا يتحقق من الاخرس والايماء والاشارة يتحقق منه فلا يكون كلاما وذكر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال سألني هارون عمن حلف لا يكتب الى فلان فأمر أن يكتب اليه بايماء أو اشارة هل يحنث فقلت نعم اذا كان مثلك يا أمير المؤمنين وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة انما يأمر به غيره ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة وعن ابن سماعة قال سألت محمدا عمن حلف لا يقرأ كتابا لفلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأه فقال سأل هارون أبا يوسف رحمه الله تعالى عن هذا وكان قد ابتلى بشيء منه فقال لا يحنث وأنا بريء من ذلك ثم ندم وقال اما انا فلا أقول فيه شيئاً وذكر هشام وابن رستم عن محمد رحمهم الله تعالى انه يحنث لان المقصود الوقوف على مافيه لا عين القراءة وفي الايمان يعتبر المقصود وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن اللفظ مراعى ولفظه القراءة والنظر والتفكر ليفهم لا يكون قراءة ألا ترى أنه لا يتأدى به فرض القراءة في الصلاة وان قال لا أكلم مولاك وله موليان أعلى وأسفل ولا نية له حنث بأيهما كلم وكذلك لو قال لا أكلم جدك وله جدان من قبل أبيه وأمه لان هذا اسم مشترك والاسماء المشتركة في موضع النفي تعم لان معني النفي لا يتحقق بدون التعميم وهو بمنزلة النكرة تعم في موضع النفي دون الاثبات وهذا اشارة الى الفرق بين هذا وبين الوصية لمولاه وقد بينا تمام هذا الفرق في الجامع وان حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ماله عليه فلزمه ثم فر منه الغريم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه في المفارقة وهو ما فارق غريمه انما الغريم هو الذى فارقه وكذلك لو كابره حتى انفلت منه لانه يقصد بيمينه منع نفسه عما في وسعه دون ما ليس في وسعه ﴿ قال ﴾ ولو أن المطلوب أحال بالمال على رجل وأبرأه الطالب منه ثم فارقه لم يحنث عند محمد وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحنث لان ما جعله غاية وهو استيفاء ماله عليه قد فات حين بريء المطلوب بالحوالة وقد بينا أن فوت الغاية عندهما يسقط اليمين لا الى حنث خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى كما في قوله لا أكلمك حتى يأذن لى فلان فان توى المال على المحال عليه ورجع الطالب الى

المطلوب لم يحنث أيضاً لان الحوالة تنفسخ بالتوى ولا يتبين أنها لم تكن وانما تنفسخ الحوالة في حق حكم يحتمل الفسخ وسقوط اليمين لا يحتمل الفسخ فلهذا لا يعود اليمين بانفساخ الحوالة وان لم يحل بالمال ولكنه قضاه وفارقه ثم وجده زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا فان كان الغالب عليه الفضة لم يحنث وان رده لانه مستوف بالقبض ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز فتم شرط بره ثم انتقض قبضه بالرد فلا ينتقض به حكم البر لانه لا يحتمل الانتقاض وان كان الغالب النحاس كالستوقة فهو حانث لانه ماصار مستوفيا حقه بالقبض ألا ترى أنه لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز وان استحق المقبوض من يده لم يحنث لانه مستوف ألا ترى أنه لو أجازه المستحق بعد الافتراق في الصرف والسلم جاز ثم انتقض قبضه بالاستحقاق بعد حصول الاستيفاء وشرط البر لا يحتمل الانتقاض وان حلف ليعطينه حقه عن قريب فهو وقوله عاجلا سواء وان نوى وقتا فهو على مانوي لأن الدنيا كلها قريب عاجل وان لم يكن له نية فهو على أقل من شهر استحسانا وقد بينا هذا وان حلف أن لا يحبس عنه من حقه شيئاً ولا نية له فينبغي أن يعطيه ساعة حلف لان الحبس عبارة عن التأخير فان لم يؤخره بعد الحلف لم يكن حابسا وان أخره كان حابسا ولكن الحبس قد يطول ويقصر فان حاسبه فأعطاه كل شئ له عنده وأقر بذلك الطالب ثم أتاه بعد ذلك بأيام فقال بقي لى عندك كذا من قبل كذا فذكر المطلوب ذلك وقد كان نسيا ذلك جميعا لم يحنث اذا أعطاه ساعتئذ أوقال له خذه لان الحبس لا يتحقق فيما لا يكون معلوما لهما وبعد التذكر لم يحبسه ولكنه أعطاه بالمناولة أو التخلية بينه وبينه فلهذا لم يحنث وان حلف لا يقعد على الارض ولا نية له فقعد على بساط أوغيره لم يحنث لان القاعد على الارض من يباشر الأرض من غير أن يكون بينه وبين الارض ماهو منفصل عنه ولم يوجد ذلك وفي العرف الرجل يقول لغيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض ويقول فلان جالس على الارض وفلان على البساط والعرف معتبر في الايمان وان قعد على الارض ولباسه بينه وبين الارض حنث لانه يسمى في الناس قاعداً على الارض ولان الملبوس تبع اللابس فلا يصير حائلا بينه وبين الارض ولان الانسان انما يمتنع من الجلوس على الارض لكيلا تضر به وهذا يوجد وان كان ذيله بينه وبين الارض ولا يوجد اذا جلس على بساط وان حلف لا يمشي على الارض فمشي عليها بنعل أو خف حنث لان المشي على الارض هكذا يكون في العرف

وان مشى على بساط لم يحنث لانه غير ماش على الارض ولو مشي على ظهر اجار حافيا أو بنعلين حنث لان ظهر الاجار يسمى أرضا عرفا فان من أراد الجلوس عليه يقول له غيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض وان حلف لايدخل فى الفرات فمر علي الجسر أو دخل سفينة لم يحنث وان دخل الماء حنث لان فى العرف دخول الفرات بالشروع في الماء والجسر والسفينة ما اتخذ للعاجزين عن الشروع في الفرات فعرفنا أن الحاصل على الجسر أو السفينة لايكون داخلا فى الفرات عرفا وفي النوادر ولو حلف لا يدخل بغداد فمر فى الدجلة فى السفينة فهو حانث في قول محمد رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحنث ما لم يخرج الى الحد ﴿قال﴾ ولو كان من أهل بغداد فجاء من الموصل فى السفينة فى دجلة حتى دخل بغداد كان مقيما وان لم يخرج الى الحد ومحمد رحمه الله تعالى سوى بينهما ويقول الموضع الذى حصل فيه من بغداد فيكون حانثا كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها راكبا وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول مراد الحالف دخول الموضع الذى يتوطن فيه أهل بغداد ولا يوجد ذلك ما لم يخرج الى الحد فان قهر الماء يمنع قهر غيره وان حلف لا يكلم فلانا الى كذا وكذا فان نوى شيئا فهو على ما نوى وان لم يكن له نية ولم يسم شيئا فله أن يكلمه بعد ذلك اليوم لان الكلام كان مطلقا له قبل اليمين فلا يمتنع الا القدر المتيقن به والمتيقن ذلك اليوم لانا نعلم أنه اذا كان مراده أقل من يوم لا يحلف على ذلك ولا يقين فيما وراء ذلك فلا يحنث بالشك ﴿فان قيل﴾ أليس انه لو قال لفلان علىّ كذا وكذا درهما يلزمه احد وعشرون درهما ﴿قلنا﴾ وهنا لو قال كذا وكذا يوما فالجواب كذلك فأما اذا لم يقل يوما فيحتمل أن مراده الساعة واليوم والليلة يشتمل على ساعات كثيرة فلهذا له أن يكلمه بعد ذلك اليوم وان حلف لايكلم فلانا الى قدوم الحاج أو الى الحصاد فقدم أول قادم كان له أن يكلمه لان مراده وقت القدوم ووقت الحصاد وقد علمنا بدخول ذلك الوقت فهو كما لو حلف لا يكلمه الى الغد فكما طلع الفجر من الغد له أن يكلمه ولو حلف لا يؤمّ الناس فأم بعضهم حنث لان الناس اسم جنس وقد علمنا أنه لم يرد استغراق الجنس لان ذلك لا يتحقق فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس وان حلف لا يكلمه حتى الشتاء فجاء أول الشتاء سقطت اليمين وكذلك الصيف وقد بينا الفصول الاربعة فى كتاب الطلاق وان حلف لا يستعير من فلان فاستعار منه حائطا يضع عليه جذوعه حنث لان الاستعارة طلب العارية

وقد تحقق منه بما استعار من حائطه ليضع عليه جذوعه فهو كما لو استعار منه بيتاً أو داراً أو دابة ولو سار اليه ضيفاً أو دخل عليه فاستقى من بئره لم يحنث لانه لايسمى مستعيراً شيئا فان موضع جلوس الضيف وماجلس عليه في يد المضيف ومن استقي من بئر فى دار غيره لاتثبت يده على الرشافلا يكون مستعيراً شيئا من ذلك ولو حلف لايعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لم يحنث لانه يعرفه من وجه دون وجه فانه يمكنه أن يشير اليه اذا كان حاضراً ولا يمكنه احضاره اذا كان غائبا والثابت من وجه دون وجه لايكون ثابتا مطلقا والأصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل رجلا عن رجل فقال هل تعرفه فقال نعم فقال هل تدرى ما اسمه قال لا قال فانك اذا لاتعرفه الا أن يعني معرفة وجهه فان عني ذلك فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لما نوى وهذا اذا كان للمحلوف عليه اسم فان لم يكن له اسم بأن ولد من رجل فرأى الولد جاره ولكن لم يسم بعد فحلف الجار أنه لايعرف هذا الولد فهو حانث لانه يعرف وجهه ويعرف نسبه وليس له اسم خاص ليشترط معرفة ذلك فكان حانثا فى يمينه والله أعلم بالصواب

باب فى الاستثناء

﴿ قال ﴾ واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق الا أن يقدم فلان فان قدم فلان لم تطلق وان مات قبل أن يقدم طلقت لان معنى كلامه أنت طالق ان لم يقدم فلان أى الا ان يقدم فلان فلا تكون طالقا وانما لاتكون طالقا عند قدوم فلان اذا كان الوقوع متعلقا بشرط عدم القدوم سواء كان الشرط نفياً أو اثباتاً فما لم يوجد لاينزل الجزاء فان قدم فلان فشرط الوقوع قد انعدم واذا مات قبل ان يقدم فقد تحقق شرط الوقوع الآن وهذا بخلاف مالو قال أنت طالق ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان فانها ان كلمت فلانا قبل القدوم طلقت وان سبق القدوم لم تطلق بعد ذلك وان كلمت فلانا بعين لوجود الشرط والجزاء واليمين قابلة للتوقيت فكان قوله الا أن يقدم فلان توقيت ليمينه بمعنى حتى واذا كلمت قبل القدوم فقد وجد الشرط واليمين باقية فتطلق واذا قدم فلان فقد انتهت اليمين بوجود غايتها واذا كلمت بعد ذلك فقد وجد الشرط ولايمين فاما في الاول قوله أنت طالق ايقاع لايحتمل التوقيت فلو جعلنا قوله الا أن يقدم فلان بمعنى حتي كان لغواً وكلام العاقل مهما أمكن

تصحيحه لايجوز الغاؤه فجعلناه قوله الا أن يقدم فلان بمعـني الشرط لان الايقاع يحتمل التعليق بالشرط ولو قال أنت طالق الا أن يري فلان غير ذلك فهذا اليه على مجلسه الذى يعلم فيه فان قام قبل أن يري غيره طلقت لان معنى كلامه ان لم يرفلان غير ذلك ولو قال ان رأي فلان غير ذلك كان يتوقت بالمجلس عليه فكذلك اذا قال ان لم ير فلان غير ذلك لانه تمليك للأمر من فلان وكذلك لوقال الا ان يشاء فلان غير ذلك أو الا أن يبدو لفلان غير ذلك وذلك كله بلسانه لانا لانقف على مافى ضميره وانما يعبر عما فى قلبـه لسانه ولو قال الا أن أرى غير ذلك أو الا ان اشاء أوالا أن يبدو لى فهو الى الموت لان فى حقه لا يمكن أن يحمل على معنى تمليك الأمر من نفسه فانه كان مالكا لأمرها فيحمل على حقيقة الشرط وعدم رؤيته غير ذلك بعد موتها يتحقق والحال بعد موتهافى حقه كالحال قبله وكذلك قوله أنت طالق ان شاء فلان أو أحب أو رضى أو هوى أو أراد ذلك كله على مجلس علمه به ولو أضاف الى نفسه فكان على الأبد لان فى حق الغـير يجعل تمليكا للأمر منه فيختص بالمجلس وفى حق نفسه لا يمكن ان يجعل تمليكا فيبقى حقيقة الشرط معتبراً ولو قال ان لم اشا ثم قال بعد ذلك لا أشاء لايقع به الطلاق لان الشرط عدم مشيئة طلاقها فى عمره ولم يوجد ذلك بقوله لاأشاء فانه متمـكن من أن يشاء بعد ذلك ولو قال ان أبيت طلاقك أو كرهت طلاقك ثم قال لست اشاء طلاقك وقد ابيته طلقت لانه جعل الشرط هنا وجود فعل هو إباء منه وقد وجد ذلك بقوله لا أشاء أو بقوله أبيت وفي الاول جعل الشرط عدم المشيئه فكانه قال انسكت عن مشيئة طلاقك حتى أموت فلايصير الشرط موجوداً بقوله لاأشاء فلهـذا لاتطلق ولو قال ان لم يشأ فلان ذلك فقال فلان لا أشاء طلقت لا بقـوله لا أشاء ولكن بخروج المشيئة عن يده فقوله لاأشاء بمنزلة مالوقام عن المجلس أو أخذ فى عمـل آخر حتى أنه لو وقت كلامه فى حق فلان فقال انلم يشأفلان اليوم فقال فلان لا أشاءلم تطلق لان هذا يتوقت باليوم دون المجلس وبقوله لا أشاء لاتنعدم المشيئة منه فى بقية اليوم فلهذا لاتطلق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب اليمين فى الازهار والرياحين

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا حلف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عنـدنا

ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله تعالى لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى غير البنفسج لأن المنتقل الى الدهن رائحة البنفسج لاعينه ولكنا نعتبر العرف فانه اذا أطلق اسم البنفسج في العرف يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج أيضاً ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخي في مختصره أنه يحنث أيضا وهذا شئ ينبني على العرف وفى عرف أهل الكوفة بائع الورق لايسمي بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف أهل بغداد انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به وهكذا في ديارنا ولايقول اللفظ فى أحدهما حقيقة وفى الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخيرى كالبنفسج فأما الحنا والورد فقال انى أستحسن أن أحمله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث والقياس فى الكل واحد ولكنه بني الاستحسان على العرف وان الورد والحنا تسمي به العين دون الدهن والبنفسج والخيري يسمى بهما مطلقا والياسمين قياس الورد يسمي به العين فان الدهن يسمي به زنبقا وان حلف لا يشترى بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى الحب لم يحنث لاعتبار العرف الظاهر ولو حلف لا يشترى دهنا فهذا على الدهن الذي يدهن به الناس عادة حتى لو اشترى زيتاً أوبزراً لم يحنث ولو حلف لا يدهن فادهن بزيت حنث ولو ادهن بسمن أو بزر لم يحنث والزيت من حيث أنه ياتي فيه الارايح ويطبخ ثم يدهن به يكون دهنا ومن حيث أنه لا يدهن به كذلك لايكون دهنا مطلقا فان كانت يمينه على الشراء لم يحنث واذا كانت على الادهان يحنث به وأما السمن والبزر لايدهن بهما فى العادة بحال ولو حلف لا يشتري بزاً فاشترى فرواً أو مسحا لم يحنث وكذلك الطيالسة والاكيسة لان بائع هذه الاشياء لايسمي بزازاً ولا يباع فى سوق البزازين أيضاً فلا يصير مشتريا البز بشرائها ولو حلف لايشتري طعاما فاشترى تمراً أو فاكهة حنث في القياس لان الطعام اسم لما يطعمه الناس والفاكهة والتمر بهذه الصفة ألا ترى أنه لوعقد عينه على الأكل حنث بهما فكذلك الشراء ولكنه استحسن فقال لايحنث الا في الحنطة والخبز والدقيق لانه عقد يمينه على الشراء والشراء انما يتم به وبالبائع وما يسمى بائعه بائع الطعام أو يباع في سوق الطعام يصير هو بشرائه مشتريا للطعام وبائع الفاكهة واللحم لا

يسمى بائع الطعام فلا يصير هو بشرائها مشتريا للطعام أيضا بخلاف الأكل فانه يتم بالآكل وحد فيعتبر فيه حقيقة الاسم وان حلف لا يشترى سلاحا فاشترى حديدا غير معمول لم يحنث لان بائعه لايسمى بائع السلاح وانما يسمى حدادا وكذلك يباع فى سوق الحدادين ولا يباع فى سوق الاسلحة وان اشترى سكينا لم يحنث أيضا لان بائعه لايسمى بائع السلاح وانما يسمى سكانا واما اذا اشترى سيفا أو درعا أو قوسا يحنث لانه سلاح يباع فى سوق السلاح وبائعه يسمى بائع السلاح فيصير هو مشتريا السلاح بشرائه ﴿قال﴾ واذا سأل رجل رجلا عن حديث فقال اكان كذا وكذا فقال نعم وسعه ان يقول حدثنى فلان بكذا وان حلف على ذلك كان صادقا لانه ذكر فى جوابه نعم وهو غير مستقل بنفسه فيصير ماتقدم كالمعاد فيه ألا ترى ان من قرأ صكا على غيره وقال أشهد عليك بكذا وكذا فقال نعم وسعه أن يشهد بجميع ذلك عليه وان حلف لايشم طيباً فدهن به لحيته فوجد ريحه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل منه يسمي شم الطيب ولم يوجد وانما وصلت رائحة الطيب الى دماغه فهو كما لو مر على سوق العطارين فدخل رائحة الطيب فى أنفه ألا ترى أن المحرم بهذا لايلزمه شئ وأنه لو ادهن قبل احرامه ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يلزمه شئ وهو ممنوع من شم الطيب فى الاحرام وليس الدهن بطيب اذا لم يجعل فيه طيب انما الطيب ما يجعل فيه المسك والعنبر ونحوهما لان الطيب ماله رائحة مستلذة وليس للدهن ذلك اذا لم يكن فيه طيب وانما يستعمل الدهن لتليين الجلد ودفع اليبوسة لاللطيب اذا لم يكن متطيبا وان حلف لايشم دهنا أولا يدهن فالزيت فيه كغيره من الأدهان وقد بينا الفرق بين هذا والشراء وان حلف لايشم ريحانا فشم آسا أو ما أشبه ذلك من الرياحين حنث وان شم الياسمين أو الورد لم يحنث لانهما من جملة الاشجار والريحان اسم لما ليس له شجر ألا ترى ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان والحب ذو العصف والريحان قد جعل الريحان غير الشجر عرفنا أن ماله شجر فليس بريحان وان كان له رائحة مستلذة وكذلك فى العرف لايطلق اسم الريحان على الورد والياسمين وانما يطلق على ماينبت من بزره مما لاشجر له وقيل الريحان مايكون لعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للورد خاصة فلا يكون من جملة الرياحين ﴿قال﴾ ولو أن امرأة حلفت أن لا تلبس حليا فلبست خاتم الفضة لم تحنث لأن الرجل ممنوع من استعمال الحلى وله أن يلبس خاتم الفضة

فعرفنا أنه ليس بحلي وقيل هذا اذا كان مصوغا على هيئة خاتم الرجال فأما اذا كان على هيئة خاتم النساء مما له فصوص فهو من الحلي لانه يستعمل استعمال الحلي للتزين به والسوار والخلخال والقلادة والقرط من الحلي لانها تستعمل استعمال الحلي للتزين بها حتى يختص بلبسها من يلبس الحلي والله تعالى وعد ذلك لاهل الجنة بقوله يحلون فيها من أساور من ذهب فأما اللؤلؤ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون حليا الا أن يكون مرصعا بالذهب والفضة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو حلي لقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤاً ولقوله وتستخرجون منه حلية تلبسونها وكذلك من حيث العرف يستعمل ذلك استعمال الحلي فالمرأة قد تلبس عقد لؤلؤ للتحلي بها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى شاهد العرف في عصره وأنهم يتحلون باللؤلؤ مرصعا بالذهب أو الفضة ولا يتحلون باللؤلؤ وحده فبنى الجواب على ماشاهده وقد بينا أنه لا تبنى مسائل الايمان على ألفاظ القرآن ولكن قولهما أظهر وأقرب الى عرف ديارنا ولو حلف لا يقطع بهذا السكين فكسره فجعل منه سكينا آخر ثم قطع لم يحنث لانه حين كسره فقد زال الاسم الذي عقد به اليمين فلهذا لا يحنث وقد بينا نظيره في الدار اذا جعلها بستانا ولو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج امرأة بغير شهود حنث في القياس لانه منع نفسه عن أصل العقد والفساد والجواز صفة لا ينعدم أصل العقد بانعدامها كالبيع ألا ترى أنه لو عقد يمينه على الماضي بأن قال ما تزوجت كان على الفاسد والجائز فكذلك في المستقبل وجه الاستحسان أن المقصود بالنكاح ملك الحل وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد كيف وقد نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم أصل العقد بغير شهود حيث قال لا نكاح الا بشهود بخلاف البيع فالمقصود هناك وهو الملك يحصل بالعقد الفاسد اذا تأكد بالقبض وبخلاف ما لو تدبر الكلام في النكاح لانه في الخبر عن الماضي من النكاح ليس مقصوده الحل والعفة وانما يمينه في الماضي على مجرد الخبر والخبر يتحقق عن العقد الفاسد والجائز ولو حلف لا يشتري عبداً فاشتراه شراء فاسداً حنث عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنث الا بالقبض لان القبض في الشراء الفاسد نظير القبول في الشراء الصحيح من حيث أن الملك لا يحصل الا به ولكنا نقول شرط حنثه العقد وبالايجاب والقبول ينعقد العقد فاسداً كان أو صحيحا والملك غير معتبر في تحقيق شرط الحنث ألا ترى أنه لو اشتراه بشرط الخيار أو اشتراه لغيره حنث وان لم يثبت الملك له قال

وهـذا والنكاح سواء في القياس ولكني أستحسن في البيع وهـذا الاستحسان يعود الى القياس في النكاح وأشار الى الفرق فقال ألا ترى أنه لو اعتقه بعد القبض عتق وأنه لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد فدل أن العقد منعقد هنا غير منعقد هناك ولو حلف لا يصلي ركعتين فصلاها بغير وضوء ففي القياس يحنث وفي الاستحسان لا يحنث وهذا والنكاح سواء لأن المقصود بالصلاة العبادة ونيل الثواب ولا يحصل ذلك بالصلاة بغير وضوء لقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بطهور ﴿قال﴾ ولو حلف لا يصلي فافتتح الصلاة لم يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا وفي القياس يحنث لان شرط حنثه فعل يكون به مصليا وقد حصل ذلك بالتكبير لأنه يسمى في العادة مصليا ويحرم عليه ما يحرم على المصلين ولكنه استحسن فقال الصلاة تشتمل على أركان منها القيام والقراءة والسجود والركوع لانها عبادة بجميع البدن وكل ركن من هذه الاركان لا يتناوله اسم الصلاة فلا يكون مصليا مطلقا مالم يأت بأركان الصلاة وانما يسمى مصليا بعد التكبير مجازاً على اعتبار أنه اشتغل بالاركان التي يصير بها مصليا فاذا قيد الركعة بسجدة فقد أتي بأركان الصلاة وما بعد ذلك يكون تكراراً ولا يشترط التكرار في اتمام شرط الحنث وقد بينا في كتاب الصلاة أن القعدة من أسباب التحلل وان حلف لا يصوم فأصبح صائما ثم أفطر حنث لان الصوم ركن واحد وهو الامساك وشرطه النية فلما أصبح ناويا للصوم فقد أتى بما هو ركن الصوم فيتم به شرط حنثه الا أن يكون قال يوما فحينئذ اذا أفطر قبل الليل لم يحنث لان شرط حنثه صوم يوم كامل ولا يحصل ذلك الا بامتداد الامساك الى غروب الشمس وان حلف ليفطرن عند فلان ولا نية له فأفطر على ماء وتعشى عند فلان حنث لانه جعل شرط بره الفطر عند فلان وقد تعشى عند فلان وما أفطر عنده فالفطر الحكمي بغروب الشمس وحقيقته بوصول المفطر الى جوفه وقد وجد ذلك قبل أن يأتي فلانا وان كان نوى حين حلف العشاء لم يحنث لان الفطر يذكر في العادة والمراد العشاء فان الرجل يقول أفطرت عند فلان وفلان يفطر عنده جماعة والمراد التعشي وان حلف لا يتوضأ بكوز فلان فصب فلان عليه الماء من كوزه فتوضأ حنث لأن التوضي بالماء الذي في الكوز لا بغير الكوز وقد وجد ذلك وان كان الذي يصب عليه الماء من ذلك الكوز غيره وكوز الصفر والادم وغير ذلك فيه سواء وهـذا اذا كان ذلك يسمي كوزاً عادة . فأما اذا توضأ باناء لفلان غير

الكوز لم يحنث ولو كان فلان هو الذى وضاه وغسل يديه ووجهه لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه وهو التوضى ولم يوجد وكذلك لو حلف لايشرب بقدح فلان والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اليمين فى العتق

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل تزوج أمة ثم قال لها ان مات مولاك فأنت طالق اثنتين فمات المولى والزوج وارثه وقع الطلاق عليها ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق لان موت المورث سبب لانتقال المال الى الوارث وذلك مفسد للنكاح وأوان وقوع الطلاق بعد وجود الشرط فيقترن الطلاق بحال فساد النكاح ولا يقع الطلاق في هذه الحالة كما اذا قال اذا باعك مني فأنت طالق اثنتين ثم اشتراها لم تطلق توضيحه ان الطلاق لا يقع الا فى النكاح المستقر وهو غير مستقر فى حال انتقال الملك اليه ولهذا قال محمد لو كان قال اذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى وهو وارثه لا تعتق لان العتق لا ينزل الا في الملك المستقر وبنفس موت المولى لا يستقر الملك للوارث ولكن أوان استقرار ملكه بعده بخلاف ما لو قال اذا مات مولاك فملكتك لان أوان العتق هناك ما بعد استقرار الملك وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول وجد شرط الطلاق وهى منكوحة بعد فيقع الطلاق كما لو لم يكن الزوج وارثا له وبيان ذلك أن موت المولى سبب لزوال ملكه فانما يزول ملكه بعد الموت ثم ينتقل الى الوارث بعد ذلك ثم يفسد النكاح بعد ما يدخل في ملكه ووقوع الطلاق قبل هذا بدرجتين لان وقوع الطلاق يقترن بزوال ملك المولى وزوال ملك المولى غير مؤثر فى دفع استقرار النكاح والدليل عليه أنه لو قال لها اذا مات مولاك فأنت حرة لم تعتق لان أوان وقوع العتق مع زوال ملك المالك وملك الوارث يكون بعد ذلك فاذا لم يعتبر الملك الذى يتأخر للوارث فى تصحيح عتقه فكذلك لايعتبر فى المنع من وقوع الطلاق ألا ترى أنه لو شرط الملك بقوله اذا مات مولاك فملكتك وقع العتق دون الطلاق فاذا لم يشترط الملك يقع الطلاق دون العتق لان الملك منفذ للعتق مانع وقوع الطلاق رجل قال لامته اذا مات فلان فأنت حرة ثم باعها ثم تزوجها ثم قال لها اذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين

ثم مات المولى وهو وارثه على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لاتعتق ويقع الطلاق وعلى قول زفر رحمـه الله تعالى يقع العتاق ولايقع الطلاق وعلى قول محمد رحمه الله تعالى لايقع الطلاق ولا العتاق أما أبو يوسف رحمه الله تعالي مر على أصله ان الطلاق لايمتنع وقوعه الا بعد الملك كما ان العتق لايقع الابعد الملك وقد علقهما الحالف بموت فلان والذى ثبت بموت فلان زوال ملكه ثم ثبوت الملك للوارث بعد ذلك فأوان العتق والطلاق قبل ثبوت الملك له فيقع الطلاق ولا يقع العتق ومحمد رحمـه الله تعالى مر على أصله ان وقوع الطلاق مع وقوع الملك وحال وقوع الملك للزوج فى رقبتها ليس بحال استقرار النكاح فلا يقع الطلاق ولايقع العتق لانه يقترن بوقوع الملك وأوان نفوذ العتق مابعد الملك واما زفر رحمه الله تعالى فانه يقول لايقع الطلاق لما قال محمد رحمه الله تعالى لأن مابعد موت المولى ليس بحال استقرار النكاح ويقع العتق باعتبار أنه حلف بالعتق فى الملك والشرط تم فى الملك لان تمام الشرط بعد موت المولى المورث وكما مات المورث انتقل الملك الى الوارث فيقع العتق ولايعتبر تخلل زوال الملك بعد ذلك كما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت حرة ثم باعها ثم اشتراها ثم دخلت الدار توضيحه ان العتق لما كان أوان نزوله بعد الملك يصير تقدير كلامه كانه قال اذا مات مولاك فورثتك ولايدرج مثل هذا فى الطلاق لانه يبطل الطلاق والادراج للتصحيح لا للابطال أويدرج حتى لايقع الطلاق ويقع العتق كما هو مذهب زفر واذا قال لامته اذا باعك فلان فأنت حرة فباعهامن فلان ثم اشتراها منه لم تعتق لان الشرط بيع فلان اياها وبيع فلان من الحالف سبب لزوال ملكه فأما وقوع الملك للحالف بشرائه لابيع فلان فلهذا لاتعتق ألا ترى أنه لو قال اذا وهبك لى فلان فأنت حرةفباعها من فلان وسلمها ثم استودعها البائع ثم قال للبائع هبها لى فقال هي لك انها له وهذا قبول ولا تعتق لان العتق والهبة وقعا وهى في ملك غيره فانه انما يملكها بالهبة والشراء بعد خروجها من ملك البائع والواهب فكان العتق متصلا بزوال ملك البائع والواهب أو مقترنا بوقوع الملك للحالف ولا ينفذ العتق الا بعد تقدم الملك في المحل وان قال اذا وهبك فلان مني فأنت حرة فوهبها منه وهو قابض لها عتقت وكذلك قوله اذا باعك فلان مني فأنت حرة لانه صرح بما هو سبب الملك في حقه واضافة العتق الى سبب الملك كاضافته الى نفس الملك رجل قال لآخر يافلان والله لا أكلمك عشرة أيام والله لا أكلمك تسعة أيام والله

لا أكلمك ثمانية أيام فقد حنث مرتين لانه باليمين الثانية صار مخاطبا له فيحنث في اليمين الاولى وباليمين الثالثة صار مخاطبا له فيحنث فى اليمين الثانية وعليه اليمين الثالثة حتى ان كلمه فى الثمانية الايام حنث أيضاً وان قال والله لا أكلمك ثمانية أيام والله لا أكلمك تسعة أيام والله لا أكلمك عشرة أيام فقد حنث مرتين وعليه اليمين الثالثة ان كلمه فى العشرة الايام حنث أيضاً رجل قال عليّ المشى الى بيت الله تعالى وكل مملوك له حر وكل امرأة له طالق ان دخل هذه الدار وقال رجل آخر عليّ مثل ماحلفت على يمينك من هذه الايمان ان دخلت الدار فدخل الثانى الدار لزمه المشى الى بيت الله تعالى ولم يلزمه عتق ولا طلاق لان الثاني صرح بكلمة على وهى كلمة التزام فكانت عاملة فيما يصح التزامه فى الذمة دون مالا يصح التزامه فى الذمة والمشى الى بيت الله تعالى يصح التزامه فى الذمة فيتعلق بدخوله الدار وعند الدخول يصير كالمنجز فأما الطلاق لا يصح التزامه في الذمة والعتق وان كان يصح التزامه فى الذمة ولكن لا يتنجز فى المحل بدون التنجيز فلهذا لا يعتق مملوكه ولا تطلق زوجته اذا دخل الدار وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان الرجل اذا قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار وقال آخر عليّ مثل ذلك فى امرأتى من الطلاق ان دخلتها فدخل الثانى الدار لم تطلق امرأته عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وطلقت عند زفر رحمه الله تعالى لانه ألزم نفسه عند دخول الدار في امرأته من الطلاق ما التزمه الاول والاول انما الزم نفسه وقوع الطلاق عليها عند الدخول لا لزوم الطلاق دينا فى ذمته فيثبت ذلك في حق الثانى ﴿ قال ﴾ فى الكتاب ألا ترى أنه لو قال لله عليّ طلاق امرأتى لا يلزمه شئ وهذا يصير رواية فى فصل وفيه اختلاف ان من قال لامرأته طلاقك على واجب أو طلاقك لى لازم فكان محمد بن سلمة رحمه الله تعالى يقول يقع الطلاق فيهما جميعا والعراقيون من مشايخنا كانوا يقولون فى قوله على واجب لايقع وفى قوله لى لازم يقع والاصح ماذكره محمد بن مقاتل رضى الله تعالى عنه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالي لا يقع الطلاق فيهما جميعا لان الوجوب واللزوم يكون فى الذمة والطلاق لا يلتزم فى الذمة وليس لالتزامه في الذمة عمل فى الوقوع وعلى قول محمد رحمه الله تعالى فى قوله لي لازم يقع لان معناه حكم الطلاق لى لازم وجعل السبب كناية عن الحكم صحيح وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ينوى فى ذلك لاحتمال ان يكون المراد لزوم الحكم اياه فاذا نوى الوقوع وقع فاما العتق فقد جعل الثانى بهذا اللفظ

عليه عتق ممـاليكه فيؤمر بالوفاء بالنـذر من غـير أن يجبر عليه فى القضاء كما لو قال لله على أن أعتق عبـدي هـذا لم يعتق بهـذا القول ولكن الافضل له ان يفي به معناه ان يؤمر بالوفاء فيما بينـه وبين ربه كما هو موجب نذره ألا ترى ان رجـلا لو قال عبده سالم حران دخل الدار فقال رجل آخر على مثل ماجعلت على نفسك ان دخلت الدار فدخلها أنه لاشي عليه وهذا ظاهر لان الثانى يلتزم بالدخول عتق مالايملكه ولاعتق فيما لايملكه ابن آدم فان عني به عتق عبد من عبيده الذى يملكه فالاحسن له أ ن يفى به وهو آثم ان لم يف به لترك الوفاء بالمنذور وبيانه فى قوله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية واما المشى الى بيت الله تعالى والحج والعمرة والنـذر والصيام وكل شئ يتقرب به العبد الى ربه فاذا

قال رجل آخر على مثـل ماحلفت به ان فعلت ففعله الثانى فانه عليه

وكذلك لو قال الاول على عتق نسمة ان فعلت كذا

ففعل فعليه عتق نسمة لانه قربة يصح التزامها

فى الذمـة بالنذر والوفاء بالنذور

يؤمر به الناذر بينه وبين

ربه والله أعـلم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

﴿قال﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء الحد في اللغة هو المنع ومنه سمي البواب حداداً لمنعه الناس من الدخول وسمى اللفظ الجامع المانع حداً لانه يجمع معانى الشئ ويمنع دخول غيره فيه فسميت العقوبات حدودا لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها وفي الشرع الحد اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى ولهذا لا يسمي به التعزير لانه غير مقدر ولا يسمى به القصاص لانه حق العباد وهذا لان وجوب حق العباد فى الاصل بطريق الجبران فأما ما يجب حقا لله تعالى فالمنع من ارتكاب سببه لان الله تعالى عن أن يلحقه نقصان ليحتاج فى حقه الى الجبران وهي أنواع فهذا الكتاب لبيان نوعين منها حد الزنا وحد النسبة الى الزنا وسبب كل واحد منهما مايضاف اليه لان الواجبات تضاف الى أسبابها والموجب هو الله تعالى ولكن الاسباب لتيسير المعرفة على العباد لا لان تكون الاسباب هى الموجبة ثم حد الزنا نوعان رجم فى حق المحصن وجلد فى حق غير المحصن وقد كان الحكم فى الابتداء الحبس فى البيوت والتعيير والأذى باللسان كما قال الله تعالى فامسكوهن فى البيوت وقال فآذوهما ثم انتسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد كان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله خذوا عنى ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله تعالى ثم انتسخ ذلك بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة واستقر الحكم على الجلد فى حق غير المحصن والرجم فى حق المحصن فأما الجلد فهو متفق عليه بين العلماء وأما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تكن فى حد التواتر والدليل على أن الرجم حد فى حق المحصن

أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً بعد ماسأل عن احصانه ورجم الغامدية وحديث العسيف حيث قال واغديا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها دليل على ذلك وقال عمر رضي الله عنه على المنبر وان مما أنزل في القرآن أن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون زاد عمر في كتاب الله لكتبتها على حاشية المصحف والجمع بين الجلد والرجم فى حق المحصن غير مشروع حداً عندنا وعند أصحاب الظواهر هما حد المحصن لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والثيب بالثيب جلد مائة و رجم بالحجارة ولحديث علي رضي الله عنه فانه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها ثم قال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بالسنة ﴿ وحجتنا ﴾ حديث ماعز والغامدية قد رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدهما وقال فان اعترفت فارجمها وقد بينا أن المقصود الزجر عن ارتكاب السبب وأبلغ ما يكون من الزجر بعقوبة تأتى على النفس بأفحش الوجوه فلا حاجة معها الى الجلد والاشتغال به اشتغال بما لا يفيد وما لافائدة فيه لا يكون مشروعا حدا وقد بينا أن الجمع بينهما قد انتسخ وقيل تأويل قوله جلد مائة ورجم بالحجارة الجلد في حق ثيب هو غير محصن والرجم فى حق ثيب هو محصن وحديث علي رضي الله عنه تأويله ان جلدها لانه لم يعرف احصانها ثم علم احصانها فرجمها وهو القياس عندنا على مابيناه فى الجامع ثم سبب هذا الحد يثبت عند الامام بالشهادة تارة وبالاقرار أخرى فبدأ الكتاب ببيان ما يثبت بالشهادة فقال والزنا مختص من بين سائر الحقوق فى أنه لا يثبت الا بشهادة أربعة لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقد تكلف بعضهم فيه معنى وهو أن الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولكن هذا ضعيف فان شهادة شاهدين كما يثبت فعل الواحد يثبت فعل الاثنين ولكنا نقول ان الله تعالى يحب الستر على عباده والى ذلك ندب وذم من أحب أن تشيع الفاحشة فلتحقيق معني الستر شرط زيادة العدد فى الشهود على هذه الفاحشة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لهلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك واليه أشار عمر رضي الله عنه حين شهد عنده أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق على المغيرة بن شعبة رضي الله عنه بالزنا فقال لزياد وهو الرابع بم تشهد فقال أنا رأيت أقداما بادية وأنفاسا عالية وأمراً منكراً وفى رواية قال رأيتهما تحت

لحاف واحد يخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخيزران وفى رواية رأيت رجلا أقمى وامرأة صرعى ورجلين مخضوبتين وانسانا يذهب ويجيء ولم أر ماسوى ذلك فقال الله أكبر الحمد لله الذى لم يفضح واحداً من أصحاب رسوله صلى الله عليه وسلم ففى هذا بيان اشتراط الاربعة لابقاء ستر العفة ﴿قال﴾ واذا شهدت الاربعة بالزنا بين يدى القاضى ينبغي له أن يسألهم عن الزنا ما هو وكيف هو ومتي زنا وأين زنا لانهم شهدوا بلفظ محتمل فلا بد من أن يستفسرهم أما السؤال عن ماهية الزنا لأن من الناس من يعتقد فى كل وطء حرام أنه زنا ولان الشرع سمي الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله أو يكذب والحد لايجب الا بالجماع في الفرج ألا تري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزاً حتى فسر كالميل في المكحلة والرشا فى البئر وقال له مع ذلك املك قبلتها لعلك مسستها حتى اذا ذكر الكاف والنون قبل اقراره والزنا لغة مأخوذ من الزناوهو الضيق ولايكون ذلك الا بالجماع فى الفرج فلهذا سألهم عن ماهية الزنا وكيفيته وأما السؤال عن الوقت لجواز أن يكون العهد متقادما فان حد الزنا بحجة البينة لايقام بعد تقادم العهد عندنا والسؤال عن المكان لتوهم أن يكون فعل ذلك فى دار الحرب حيث لم يكن تحت ولاية الامام والسؤال عن المزنى بها لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل ماعزاً عن ذلك بقوله الآن أقررت أربعة فبمن زنيت ولان من الجائز أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح فى المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضى والحاصل أن القاضى مندوب الى الاحتيال لدرء الحد كما قال صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ولقن المقر الرجوع بقوله اسرق ماأخاله سرق وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين يعني الذين يقرون على أنفسهم بالسبب الموجب للحدومن أسباب احتيال الدرء ان يستقصى مع الشهود ولان المتعلق بهذه الشهادة مااذاوقع فيه الغلط لايمكن تداركه فيستقصى للتحرز عن ذلك فاذا بينوا ذلك والقاضى لايعرف عدالة الشهود فانه يحبسه حتي يسأل عن الشهود وهذا لانه لوخلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولاوجه الى أخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بنى على الدرء ﴿فان قيل﴾ الاحتياط في الحبس أظهر ﴿قلنا﴾ حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة

فيحبسه تعزيراً ولهذا لايحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود ولان الحبس اقصى العقوبة هنالك فانه بعد ماثبت الحق لايعاقبه الا بالحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف الحدود فاذا ظهرت عدالة الشهود نظر فى أمر الرجل فان كان محصنا رجمه وان كان غير محصن جلده والاحصان الذى يتعلق به الرجم له شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبعة العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر فى صفة الاحصان والاسلام والاصح ان نقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هى مثله فأما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لايكون أهلا لالتزام شئ من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا ان تكون شرط الاحصان على الخصوص فأما الدخول شرط ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيوبة لاتكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيوبة على ماعليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح وكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم أفحش العقوبات فيستدعى أغلظ الجنايات والجناية فى الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال يكون أغلظ ولهذا لاتشترط العفة عن الزنا فى هذا الاحصان بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا أغلظ فى الجريمة من الزنا بعد العفة فاما الاسلام شرط في قول علمائنا وعن أبي يوسف رحمه الله انه ليس بشرط وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهما رجم يهوديين زنيا وزاد فى بعض الروايات وقد أحصنا والمعني فيه ان هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها فيقام عليه كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل فى القصاص بخلاف حد الشرب فانه لايعتقد حرمة سببه وتأثيره مابينا ان ما اشترط فى الاحصان انما يشترط لمعنى تغلظ الجريمة وغلظ الجريمة باعتبار الدين من حيث اعتقاد الحرمة فاذا كان هو فى دينه معتقداً للحرمة كالمسلم فقد حصل ما هو المقصود فكان به محصنا فان المحصن من يكون فى حصن ومنع من الزنا وهو باعتقاده ممنوع من الزنا وقد أنذر عليه بالعقوبة في دينه فكان محصنا ثم لايجوز اشتراط الاسلام لمعنى الفضيلة والكرامة والنعمة كما لايشترط سائر الفضائل من العلم والشرف ولا يجوز اشتراط الاسلام لمعني التغليظ لان الكفر أليق بهذا من الاسلام فالاسلام

للتخفيف والعصمة والكفر من دواعى التغليظ فاذا كان تقام هذه العقوبة على المسلم بارتكاب هذه الفاحشة فعلى الكافر أولى ﴿وحجتنا﴾ قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن معناه ليس بكامل الحال فان المحصن من هو كامل الحال والرجم لا يقام الا على من هو كامل الحال والاعتماد فى المسئلة على الاستدلال بالثيوبة فان الثيوبة بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته باصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالاصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك الا لاعتبار معنى النعمة ويتبين بهذا أن مايشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة وذلك بالاسلام بل أولي لان أصل النعمة فى الوطء بملك اليمين موجود انما انعدم نهايتها وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر وتأثيره أن الجريمة كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهن بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى يضاعف لها العذاب ضعفين لزيادة النعمة عليهن وعوتب الانبياء عليهم الصلاة والسلام على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر فعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما فى ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة فأما سائر الفضائل انما لا تشترط لان شرط الحد بالرأى لا يمكن اثباته ونحن قلنا ما يكون شرطا بالاتفاق لا ينبغى أن يشترط بطريق هو نعمة استدلالا بالثيوبة فأما ما لم يعرف شرطا لو أثبتناه لأثبتناه بالرأي ابتداء مع أنه انما يشترط في الاحصان ما ينطلق عليه اسم الاحصان وسائر الفضائل لا ينطلق عليه اسم الاحصان وأما الاسلام فيطلق عليه اسم الاحصان في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات وقال تعالى فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فأما العفة وان كان يطلق عليها اسم الاحصان ولكن العفة انزجار عن الزنا والانزجار عن الزنا مع الاقدام على الزنا لا يتحقق فلا يمكن اشتراط العفة مقترنا بالزنا ولا سابقا على الزنا لانه لا تتغلظ به الجريمة كما بينا فان الاصرار على الزنا أفحش فى الجريمة مع أن العفة الوقوف على حدود الدين فاذا شرطنا أصل الدين بطريق هو نعمة فقد حصل ماهو المقصود فأما الحديث فانما رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة ألا ترى أنه دعى بالتوراة

وبابن صوريا الاعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا فى كتابهم الرجم فرجمهما وقال أنا أحق من أحيي سنة أماتوها وإحياء سنة أميتت انما يكون بالعمل بها فدل انه انما رجمهما بحكم التوراة ولم يكن الاحصان شرطاً فى الرجم بحكم التوراة وقوله وقد احصنا شاذ ولو ثبت فراده الاحصان من حيث الحرية كما في قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وأما اشتراط احصان كل واحد منهما فى الآخر فهو مذهبنا وفي رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي رحمهما الله تعالى ليس بشرط حتى أن المملوكين اذا كان بينهما وطء بنكاح صحيح في حالة الرق ثم عتقا لايكونا محصنين عندنا وكذلك الكافران وفى رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى هما محصنان وكذلك الحر اذا تزوج أمة أو صغيرة أو مجنونة ودخل بها وكذلك المسلم اذا تزوج كتابية ودخل بها أو أسلمت المرأة قبل أن يدخل بها الزوج الكافر فدخل بها قبل أن يفرق بينهما فانها لاتكون محصنة بهذا الدخول عندنا وعلى قول أبي يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى يثبت الاحصان لأن ماهو المقصود قد تم وهو انكسار الشهوة باصابة الحلال وأن يكون بطريق هو نهاية فى النعمة ولكنا نستدل بماروى ان كعب بن مالك أراد أن يتزوج بيهودية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم دعها فانها لا تحصنك وان حذيفة بن اليمان رضى الله عنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لا تحصنك وقال صلى الله عليه وسلم لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة العبد ولا الحر الامة وفيه معنيان أحدهما أن الزوجية تنبيء عن المساواة فذلك المفهوم من قولهم زوج نعل زوج خف وقد صارت الزوجية هنا شرطا فتشترط المساواة بينهما فى الصفة لان تمام الزوجية يكون به ثم بسبب الرق ينتقص ملك الحل وقد بينا ذلك فى كتاب الطلاق فلا بد من اعتبار حرية كل واحد منهما لتكون الثيوبة بعد كمال ملك الحل واذا ثبت اشتراط الحرية يثبت اشتراط البلوغ والعقل فيها بطريق الاولى لان بسبب الصغر يدخل فى هذا الفعل نقصان فان تمام ميل طبع المرء الى البالغة العاقلة وكذلك يشترط الاسلام لان الكافرة فى حق المسلم ناقصة الحال لا يتم سكونه اليها وقد بينا ان الرجم أقصى العقوبات وفى شرائطه يعتبر النهاية أيضا احتيالا لدرء هذه العقوبة فان أقر الزانى بأنه محصن فاقراره عليه حجة تامة لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه ولكنه يستفسره الامام لان الاحصان لفظ مبهم وهو يطلق على اشياء يسمى به كل واحد منها وان قال لست بمحصن فشهد عليه

شاهدان أنه محصن استفسرهما عن الاحصان ما هو وكيف هو فاذا بينا ذلك رجمه ان كان الشاهد بالاحصان رجلين ولايشترط فى الاحصان عدد الاربعة لانه ليس بسبب موجب للعقوبة ﴿ قال ﴾ وكذلك لوشهد رجل وامرأتان بالاحصان وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين أما الكلام مع الشافعى رحمه الله تعالى ينبنى على ما بينا فى النكاح أن النكاح في غير هذه الحالة عنده لا يثبت بشهادة الرجل مع النساء لانه ليس بمال ولا من حقوق ماهو مال وانما يتحقق الكلام هنابينناوبين زفر فحجته رحمه الله تعالى ان المقصود بالاحصان هنا تكميل العقوبة وباعتبار ماهو المقصود لايكون للنساء فيه شهادة لان المكمل للعقوبة بمنزلة الموجب لأصل العقوبة به فكما لايثبت أصل العقوبة بشهادة النساء فكذلك تكميلها ألا ترى أن هذا الزانى لو كان عبداً مسلما لذمي فشهد ذميان ان مولاه كان أعتقه قبل الزنا وقد استجمع سائر شرائط الاحصان لاتقبل شهادتهما ومعلوم ان في غير هذه الحالة شهادة أهل الذمة على العتق على الذمى مقبولة ولكن لما كان المقصود هنا تكميل العقوبة على المسلم نظرنا الى المقصود دون المشهود به يوضح ماقلنا ان الاحصان شرط والحكم يضاف الى الشرط وجوداً عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فكما لايثبت سبب العقوبة بشهادة النساء فكذلك شرطها ﴿ وحجتنا ﴾ فيه ان الاحصان ليس بسبب موجب للعقوبة فيثبت بشهادة الرجال مع النساء كسائر الحقوق وهذا لااشكال فيه فان الاحصان عبارة عن خصال حميدة بعضها مأمور به وبعضها مندوب اليه فيستحيل أن يكون سببا لايجاب العقوبة ولا هو شرط أيضاً لان الشرط مايتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود الاحصان بعد الزنا فانه وان صار محصنا بعد الزنا لم يرجم ولكنه عبارة عن حال في الزانى يصير الزنا فى تلك الحالة موجباً للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجوداً عنده فعرفنا ان الشهادة بالنكاح فى هذه الحالة وفى غير هذه الحالة سواء واما شهادة أهل الذمة فنقول العتق هناك يثبت وانما لايثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لايثبت بشهادة أهل الذمة ولان المسلم يتضرر بهذه الشهادة من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه ولا يجوز ان يتضرر المسلم بشهادة الكفار وتحقيقه ان شهادة أهل الذمة دخلها الخصوص فى المشهود عليه لا فى المشهود به فان شهادتهم على المسلمين غير مقبولة وعلى أهل الذمة مقبولة فى الحدود وغيرها فاذا كان الخصوص فى

المشهود عليه ينظر الى من يقام عليه الحكم بعد شهادتهم والذى يقام هنا الحد الكامل على المسلم فلا تقبل شهادتهما فيه فأما شهادة الرجال مع النساء دخلها الخصوص فى المشهود به لا فى المشهود عليه فانما يمتنع قبولها اذا كان المشهود به سبب العقوبة أو شرطا مؤثراً في العقوبة وقد بينا ان ذلك غير موجود في الاحصان فلهذا قبلت شهادة النساء مع الرجال هنا ﴿ قال ﴾ فان قال شهود الاحصان حين استفسرهم القاضى إنه تزوج امرأة فجامعها أو باضعها فذلك كاف لأن مطلق الجماع يتناول الجماع فى الفرج خاصة ولهذا ما تعلق بالجماع من الاحكام شرعا انما يتعلق بالجماع في الفرج والمباضعة مفاعلة من ادخال البضع فى البضع فأما اذا قالوا دخل بها فذلك يكفي لثبوت الاحصان فى قول أبي حنيفة ولا يكفى فى قول محمد رحمهما الله تعالى ولم يذكر قول أبي يوسف وهو كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى محمد رحمه الله يقول الدخول مشترك قد يراد به الوطء وقد يراد به الملاقاة وكل لفظ مشترك أو مبهم يذكر الشهود فعلى القاضى أن يستفسرهم ليكون اقدامه على الامر عن بصيرة ألا ترى أنهم لو قالوا أتاها أو قربها لا يكتفي بذلك وأبو حنيفة رحمه الله قال انهم ذكروا الدخول مضافا اليها والدخول مضافا الى النساء بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن واذا قيل فلان دخل بامرأته لا يفهم منه الا الجماع والاسم مشترك بدون الصلة وأما مع هذه الصلة والاضافة فلا وهو كاسم الوطء فقد يراد به الوطء بالقدم ثم اذا قالوا وطئها كان ذلك كافيا لثبوت الاحصان فهذا مثله ولكن محمد رحمه الله تعالى يقول قد يقال دخل بها والمراد مر بها أى خلى بها الا أن ذلك نوع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ﴿ قال ﴾ وان شهدوا على التزويج فقط غير أن له منها ولداً فهو احصان ولا يكون الاحصان بشئ أبين من هذا لأنا لما حكمنا بثبوت النسب منه فقد حكمنا بالدخول بها وذلك أقوي من شهادة الشهود على أنه جامعها ولأن الذى يقع به العلم بالدخول بها اذا كان بينهما أولاد فوق ما يقع بشهادة الشاهدين ﴿قال﴾ ولا يكون محصنا بالخلوة الموجبة للمهر والعدة لان المقصود انكسار الشهوة باصابة الحلال لاستغنائه عن الحرام وذلك لا يحصل بالخلوة وانما تجعل الخلوة تسليما للمستحق بالعقد فى حكم المهر والعدة ألا ترى أن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء لا يثبت شئ منها بالخلوة فكذلك الاحصان ﴿قال﴾ ولا يجمع بين الجلد والرجم ولا بين الجلد والنفي أما في حق

الجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن فقد بيناه وأما في حق البكر فلا يجمع بين الجلد والنفى عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجمع بينهما فيجلد مائة ويغرب سنة واحتج في ذلك بحديث العسيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام وروى أن النبي صلى الله وسلم ضرب وغرب وأبو بكر رضى الله عنه ضرب وغرب وعمر رضى الله عنه ضرب وغرب واشتغل بعضهم بالقياس فقال النفى مما يقع به التعزير فكان من جنسه حداً كالجلد ولكن هذا كلام الجهال فان اثبات الحدود وتكميلها بالقياس لا يكون ولكن الحرف لهم أن الزنا قبل ان تتخذه المرأة عادة تكتسب به انما ينشأ من الصحبة والمؤالفة والمؤانسة والفراغ والتغريب قاطع لهذا السبب والحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه فما يكون قاطعا للسبب يحصل به المقصود فيكون حداً ألا ترى أن حد السرقة مشروع بقطع اليد والرجل لان تمكنه من هذا الفعل بالمشي والبطش فقطع الآلة الماشية والباطشة مانع له من ذلك ولا معنى لقولكم كيف تنفي مع المحرم أو بغير محرم لان النفى هجرة واجبة فلا يعتبر فيه المحرم كالهجرة فى التى أسلمت في دار الحرب فلما كان حداً فعلى الامام ان يتكلف لما يحتاج اليه في اقامته كالجلد ﴿وحجتنا﴾ فيه قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فقد جعل الجلد جميع حد الزنا فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ وروى ان مخدجا سقيما وجد على بطن أمة من اماء الحى يفجر بها فأتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اضربوه مائة فقالوا أن بدنه لايحتمل الضرب فقال صلى الله عليه وسلم خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها ولم يأمره بالتغريب ولو كان ذلك حداً لتكلف له كما تكلف للحد وان عمر رضى الله عنه جلدا أبا بكرة رضي الله تعالى عنه فى داره على الزنا وأمر امرأته ان تكتم فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان لان ذلك لا يتصور ولما نفي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال والله لا أنفي أحداً بعد هذا أبدا فلو كان مشروعا حدا لما حلف أن لايقيمه قال على رضى الله عنه كفي بالنفى فتنة والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لايكون حدا وعن ابراهيم رحمه الله تعالى ان عليا وابن مسعود رضى الله عنهما اختلفا فى أم ولد زنت بعد موت مولاها فقال على رضى الله عنه تجلد ولا تنفي وقال ابن مسعود رضى الله عنه تنفى وأخذنا بقول على رضي الله عنه لانه أقرب الى دفع الفتنة والفساد ومعني هذا ماذكره في الكتاب قال أرأيت شابة زنت أكنت

أنفيها أى فى نفيها تعريض لهـا لمثل ما ابتليت به فانها عنـد أبويها تكون محفوظة ففى دار الغربة تكون خليعة العـذار والنساء لحم على وضم الاماذب عنهن وانما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضا لها للاقدام على هـذه الفاحشة برفع المـانع وهذا أولى مما قاله الخصم لان ماينشأ عن الصحبة والمؤانسـة يكون مكتوما وما ينشأ عن المواخة يكون ظاهراً فان فى هذا قطع لسبب ما ينشأ عن الحادثة وهو مكتوم ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحـة وهو أفحش ثم قال أرأيت أمـة زنت أ كنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاها وبين خدمتها وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقـدم على الشرع واذا ثبت أن الامة لا تنفي فكذلك الحرة لان الله قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت ان كماله مائة جلدة ثم لايجوز أن تنفي الحرة مع المحرم لان المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد وبدون المحرم هى ممنوعة عن المسافرة شرعا فلا يجوز اقامة الحـد بطريق فيـه ابطال ما هو مستحق شرعا فأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وانما تقصد التخلص من المشركين حتى لو وصلت الى جيش لهم منعة فى دار الاسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير قيل فى تأويل قوله تعالى أوينفوا من الارض أنه الحبس وقال القائل

ومن يك أمسى بالمدينة رحله ... فاني وقيار بهـا لغـريب

أى محبوس ونحن نقول يحبس بطريق التعزير حـتى تظهر توبتـه وان ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحـد كما نفي رسول الله صـلى الله عليه وسلم وسلم هيت المخنث من المدينة ونفي عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول

هل من سبيل الى خمر فأشربها ... أو هل سبيل الى نصر بن حجاج

فنفاه والجمال لايوجب النفى ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال وما ذنبي ياأمير المؤمنين قال لاذنب لك وانما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك وقول ابن أبي ليلى رحمـه الله تعالى فى النفي كقول الشافعي رحمه الله تعالى الا أنه يقول ينفي الى بلد غيرالبلد الذي فجر فيه ولكن دون مسيرة سفر وعند الشافعى رحمه الله لايكون النفي دون مسيرة سفر ﴿قال﴾ ولا يكون محصناً بالجماع فى النـكاح الفاسد لأنه نوع من الوطء الحرام فلا يتم به عليه النعمة

ولا يستفيد كمال الحال والاحصان عبارة عن ذلك ولا بالجماع في النكاح الصحيح اذا كان قال لها ان تزوجتك فأنت طالق لان الدلالة قامت لنا على أنها تطلق بنفس العقد فجماعه إياها بعد ذلك يكون زنا الا أنه لايجب به الحد لشبهة اختلاف العلماء ولكن لايستفاد بهذا الفعل كمال الحال، وكذلك ان تزوج المسلم مجوسية أو مسلمة بغير شهود فدخل بها لان هذا من أنواع النكاح الفاسد ﴿ قال ﴾ واذا ثبت الزنا عند القاضي سأل الزاني أمحصن أنت لانه لو أقر بالاحصان استغنى القاضي عن طلب احصانه بالحجة فان أنكر احصانه وشهد الشهود عليه فرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا شيئاً لانهم ما شهدوا بسبب العقوبة ولا بشرطها ولان سبب العقوبة ثابت ببقاء شهود الزنا على شهادتهم فان رجع شهود الزنا وشهود الاحصان فلا ضمان على شهود الاحصان عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يشتركون في الضمان بناء على أصل ان الاحصان شرط الرجم وان شهود الشرط يضمنون عند الرجوع كشهود السبب عنده وعندنا لاضمان على شهود الشرط ثم قد بينا أن الاحصان ليس بشرط لان الشرط حقيقة ما يتوقف تمام السبب عليه ولكنه حال في الزاني فلا يكون الاتلاف مضافا اليه بوجه وربما قال زفر رحمه الله تعالى الاحصان يغلظ جريمته والرجم عقوبة جريمة مغلظة فاذا ثبت أن بشهود الاحصان تغلظت جريمته كانوا بمنزلة من أثبت أصل الجريمة فصاروا في المعنى كستة نفر شهدوا علي استحقاق القتل ولكن هذا بعيد فان الاسلام والنكاح يثبت بشهادتهما ولا يجوز أن تضاف اليهما الجريمة ولا تغليظها ألا ترى أنه لو شهد رجلان بالزنا وآخران بالاحصان لا تتم الحجة معلوم أن الرجم يستحق بشهادة شهود أربعة فلو كان شهود الاحصان كشهود الزنا لتمت الحجة هنا فأما اذا رجع شهود الزنا أو بعضهم فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يرجع أحدهم قبل القضاء أو بعد القضاء قبل اقامة الحد أو بعد اقامة الحد فان رجع أحدهم قبل القضاء يحدون حد القذف عندنا كما لو رجعوا جميعا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يحد الا الراجع خاصة وجه قوله ان الحجة تمت باجتماع الاربعة على أداء الشهادة وتمام الحجة يمنع من ان يكون كلامهم قذفا ثم الراجع فسخ معنى الشهادة من كلامه برجوعه فينقلب كلامه قذفا ولكن له ولاية فسخ الشهادة على نفسه لا على غيره فيبقى كلام الباقين

شهادة وصار في حقهم كانه لم يرجع فلا يلزمهم الحد بخلاف ما اذا أشهد ثلاثة وامتنع الرابع لان الحجة لم تتم هناك والشهادة على الزنا فى الحقيقة قذف ولكن باعتبار تمام الحجة يخرج من أن يكون قذفا شرعا فلما لم تتم الحجة هناك بقى كلامهم قذفا فيلزمهم الحد ولما تمت الحجة هنا لم يكن كلامهم قذفاً ثم حكم فسخ الشهادة برجوع الرابع مقصور عليه فلا يتعدي الى الباقي ﴿وحجتنا﴾ فيه أن العارض بالشهود قبل القضاء كالمقترن بأصل الاداء بدليل عمى الشهود وردتهم وبدليل المال فان رجوع الشهود هناك قبل القضاء يمنع القاضى من القضاء بالمال لعدم تمام الحجة في الابتداء فاذا ثبت هذا فنقول لو امتنع الرابع من أداء الشهادة فى الابتداء يقام حد القذف على الثلاثة ولا يكون ذلك لسكوت الرابع بل بنسبتهم اياه الى الزنا فكذلك اذا رجع أحدهم قبل القضاء قوله ان الحجة تمت وكان كلامهم شهادة ﴿ قلنا ﴾ هذا موقوف مراعى لان الشهادة لاتكون حجة موجبة مالم يتصل بها القضاء فاذا لم يتصل القضاء هنا بالشهادة حتى رجع أحدهم بقى كلامهم قذفا بالزنا الا ان يكون حجة الحد على المشهود عليه تامة ألا ترى ان كلام الراجع قذف بالزنا ومعلوم أنه لو شهد مع القاذف ثلاثة نفر يقام عليهم الحد جميعا فكذلك هنا فأما اذا رجع أحدهم بعد القضاء قبل استيفاء الحد فانه لايقام الحد على المشهود عليه لان العارض بعد القضاء فيما يندرئ بالشبهات كالعارض قبله بدليل عمى الشهود وردتهم وهذا لان الامام لايمكنه اقامة الحد الا بحجة كاملة ولم تبق بعد رجوع أحدهم ثم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر يحدون جميعا حد القذف استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يحد الراجع وحده وهو القياس وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله تعالى لان الاصل ان رجوع الشاهد بعد القضاء قبل الاستيفاء فيما يندرئ بالشبهات كالرجوع قبل القضاء وفيما يثبت مع الشبهات كالرجوع بعد الاستيفاء بدليل المال فانهم اذا رجعوا بعد القضاء لا يمتنع الاستيفاء على المقضي عليه اذا ثبت هذا فنقول اقامة الحد على المشهود عليه تندرئ بالشبهات فرجوع أحدهم فيه بعد القضاء كالرجوع قبله فأما سقوط حد القذف عنهم يثبت مع الشبهات فرجوع أحدهم فيه بعد القضاء كرجوعه بعد الاستيفاء توضيحه ان الحجة تعتمد القضاء وبعدما تمت الحجة لايكون كلامهم قذفا ثم برجوع أحدهم يبطل معنى الحجة فى حقه فيصير كلامه قذفا ولكن لا ولاية له على الباقين ولا على ابطال حكم الحاكم فيبقى كلام الباقين حجة غير قذف كما كان قبل

رجوعه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى يقولان رجوع أحدهم بعد القضاء كرجوعه قبل القضاء بدليل سقوط الحد عن المشهود عليه ولا يكون ذلك الا بعد ابطال الحكم واذا ثبت بطلان الحكم بهذا الدليل كان هذا وما قبل القضاء سواء وتحقيقه أن فيما يجب حقا لله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء فان الاستيفاء من تتمة القضاء ولهذا كان الى الامام وهذا لان القضاء اما أن يكون لاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور فى حقوق الله تعالى فكان المعتبر فى حقوق الله تعالى النيابة في الاستيفاء ولا يتم ذلك بالقضاء بل بحقيقة الاستيفاء فاذا رجع أحدهم قبل تمام القضاء بالاستيفاء كان بمنزلة رجوعه قبل القضاء وكذلك ان أقيم بعض الحد ثم رجع أحدهم لان الحد لا يتجزى فاستيفاؤه لا يكون الا باتمامه فأما اذا رجع أحدهم بعد اقامة الحد فهذا على وجهين اما ان يكون الحد جلداً أو رجما فان كان جلداً فانه يحد هذا الراجع بالاتفاق ولا حد على الباقين لان الحجة تمت والحكم تأكد بالاستيفاء فرجوع أحدهم يبطل معنى الشهادة فى حقه لاقراره فيكون قاذفا له ولا يبطل به معني الشهادة المتأكدة فى حق الباقين فلا حد عليهم فأما اذا كان الحد رجما فعندنا يحد الراجع وحده وقال زفر رحمه الله تعالى لا يحد الراجع أيضا لان الراجع لا يكون قاذفا له بالرجوع فانه يثنى عليه خيراً فيقول كان عفيفا ولم يكن زانيا وانما يكون قاذفا له بالشهادة السابقة فتبين أنه قذف حيا ثم مات ومن قذف حيا ثم مات لا يقام عليه حد القذف لان حد القذف لا يورث بخلاف ما اذا كان الحد جلدا لان المقذوف حى بعد اقامة الحد عليه والدليل على الفرق أنه لو ظهر أن أحد الشهود كان عبدا فان كان الحد جلداً يحدون حد القذف وان كان رجم المشهود عليه فلا رجم عليهم بالاتفاق وهذا مثله ﴿ وحجتنا ﴾ فيه أنه بالرجوع أقر على نفسه بالتزام حد القذف واقراره على نفسه حجة وتحقيقه وهو ان الشاهد عند الرجوع لا يصير قاذفا من وقت الشهادة بل يصير قاذفا فى الحال لان اقتران معني الشهادة بكلامه يمنعه من أن يكون قذفا وانما انتزع معنى الشهادة من كلامه عند رجوعه فيصير كلامه السابق الآن قذفا كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق عند دخول الدار يصير ذلك الكلام طلاقا لا أن يتبين أنه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل ووصوله الى المحل مقصور على الحال فاذا ثبت أنه انما يصير كلامه فى الحال قذفا والمقذوف فى الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد ﴿ فان قيل ﴾ هو فى الحال مرجوم بحكم الحاكم لو

قذفه

تذفه قاذف لايحد قاذفه فكيف يحد هذا الراجع ﴿قلنا﴾ هو مرجوم بحكم الحاكم بشهادتهم وهو يزعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه معتبر في نفسه بخلاف القاذف فان قذفه لايقدح في الشهادة التى هى حجة ﴿فان قيل﴾ أكثر مافيه أنه مقر بأنه كان عفيفا ولو قذفه انسان بالزنا ثم أكذب نفسه وقال انه كان عفيفا لا يقام عليه الحد أيضاً ﴿قلنا﴾ نعم القاذف وان أكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فى حقه فأما اذا رجع واحد من الشهود لاتبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد وهذا بخلاف ما اذا ظهر أن أحدهم عبد لان العبد لاشهادة له فتبين أن كلامهم كان قذفا فى حال حياته ومن قذف حيائم مات لايقام عليه الحد فأما حكم الضمان فعلى الراجع ربع الدية لانه زعم أنه مقتول ظلمابشهادتهم وكل شاهد على الزنا متلف ربع النفس كما قال عمر رضى الله عنه حين شهد أحدالشهود على المغيرة رضى الله عنه أوه أودى ربع المغيرة ولانه قد بقى على الشهادة من يقوم بثلاثة أرباع الحق وانما انعدمت الحجة فى ربع الحق فلهذا كان على الراجع ربع الدية عندنا ﴿قال﴾ ولو رجعوا جميعا حدوا حد القذف وغرم كل واحد منهم ربع الدية عندنا وقال ابن أبي ليلى والحسن رحمهما الله تعالى يقتلون لانهم قاتلون له فان ما يحصل بقضاء القاضى يكون مضافا الى شهادة الشهود ونحن نسلم أنهم بمنزلة القاتلين له ولكن قضاء القاضي باباحة دمه شبهة مانعة من وجوب القصاص مع أن الرجم يكون بالحجارة ومباشرة القتل بالحجر لا يوجب القصاص عندنا والشهود متسببون عندنا ولا قصاص على المتسبب على ما نبين فى كتاب الديات فى شهود القصاص ﴿قال﴾ وان قال أحد الشهود بعد الرجم كنت يوم شهدت عليه كافراً أو مملوكا لم يصدق على أصحابه فى ذلك لما بينا أن كلامهم حجة متأكدة باعتبار الظاهر واقرار المرء حجة على نفسه لا على غيره فلا يتبين بقوله ان كلامهم كان قذفا بخلاف ما اذا ظهر ان أحدهم كان كافراً أو عبداً فان هناك تبين أن كلامهم كان قذفا فان كان المقذوف حياً بأن كان الحد جلداً يحدون وان كان المقذوف ميتاً بأن كان الحد رجما لايحدون ثم اذا ظهر أن أحد الشهود كان أعمي أومحدوداً في قذف فهو ومالو ظهر أنه عبد سواء لان المحدود فى القذف ليس له شهادة الاداء فان الشرع أبطل شهادته ولهذا لا يلاعن امرأته والاعمي ليست له شهادة فى الزنا لان الشهادة على الزنا لاتكون الا بعد الرؤية كالمرود فى المكحلة وليس للأعمى ذلك ومعتق البعض كالمكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله

تعالى ولا شهادة للمكاتب فاذا كان ظهور هذا بعد الرجم فدية المرجوم في بيت المال لأن هذا خطأ من الامام فى عمله لله تعالى فيكون ضمانه فى مال الله وهو مال بيت المال والامام في هذا عامل للمسلمين لان المقصود تطهير دار الاسلام عن ارتكاب الفواحش فيها فيكون الضمان فى مال المسلمين وهذا لانه لا يمكن ايجاب الضمان على الامام لانه لو ضمن كان خصما وفيما هو خصم لا يكون قاضيا كما فى حقوق نفسه فاذا تعذر ايجاب الضمان عليه قلنا يجب الضمان على من وقع القضاء له ففي حقوق الله تعالى يكون على بيت المال وفى حقوق العباد كالقصاص والمال يكون الضمان على المقضى له ﴿ قال ﴾ فان رجمه الامام بشهادتهم قبل أن يسأل عن الشهود ثم سأل عنهم فأخبر أنهم غير عدول فلا ضمان على أحد لان للفاسق شهادة الاداء عندنا ولكن يتوقف فى شهادته لتمكن تهمة الكذب ولهذا يلاعن امرأته فلا يتبين بظهور فسقهم أن القاضى قضى بغير حجة فلهذا لا يجب الضمان بخلاف ماسبق وفي الكتاب قال ان هؤلاء قد تجوز شهادتهم اذا تابوا وهذا ضعيف فالكفار تجوز شهادتهم اذا أسلموا والعبيد اذا أعتقوا والاعتماد على ماقلنا ﴿قال﴾ فان وجد الرجل مجبوبا بعد مارجم فعلى الشهود الدية لأنه ظهر كذبهم بيقين لان المجبوب ليس له آلة الزنا فكيف يزنى وظهور كذبهم هنا فوق ظهور كذبهم فيما اذا رجعوا بخلاف ما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار فان هناك لم يتيقن بكذبهم والعبد والكافر قد يصدق ولكن لا شهادة لهم فكان خطأ من الامام فلهذا كان الضمان فى بيت المال وان كانت امرأة فنظر النساء اليها بعد الرجم وقلن هى عذراء أو رتقاء فلا ضمان على الشهود بقول النساء لأن شهادة النساء لا تكون حجة تامة في الزام ضمان المال ولا مقصود هنا سوى ايجاب ضمان المال على الشهود بخلاف الجب فذلك معاين يتيقن به لا من جهة قول النساء لكن ان نظر اليها النساء قبل اقامة الحد وقلن هى عذراء أو رتقاء يدرأ عنها الحد لان الشبهة تتمكن بقول النساء ولا شبهة أبلغ من هذا فمع الرتق لا يتصور الزنا الموجب للحد وبعد الزنا الموجب للحد لا يتصور بقاء العذرة ﴿ قال ﴾ واذا شهدوا بالزنا والاحصان وماتوا أو غابوا أو عموا أو ارتدوا أو خرسوا أو ضربوا حد القذف قبل اقامة الحد او قبل ان يقضى بشهادتهم لم يرجم أما ما يبطل الشهادة كالعمى والخرس والردة وحد القذف لان هذه العوارض لو اقترنت بالشهادة منعتها من أن تكون حجة فكذلك اذا اعترضت بعد الشهادة قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الاستيفاء لان موجبه مما يندرئ

بالشبهات ولكن لاحد على الشهود لانهم جاؤا مجيء الشهود والعدد متكامل وكذلك ان أصاب ذلك أحد الشهود فهو ومالو أصابهم في الحكم سواء فاما فى موت الشهود وغيبتهم فنقول ان ذلك لايقدح فى الحجة ألا ترى أن فى حقوق الناس لايمتنع على القاضى القضاء بها فكذلك في الزنا اذا كان الحد جلداً لان بالموت يتأكد عدالتهم اذ لايتصور منهم بعد الموت مايبطل عدالتهم وكذلك غيبتهم لاتكون قدحا فى عدالتهم فلا يمنع اقامة الحد على القاضى فأما اذا كان الحد رجما فانه لايقام بعد غيبة الشهود وموتهم لان السنة فى الرجم أن يبدأ به الشهود ثم الامام ثم الناس وقد تعذر ذلك بموتهم وغيبتهم وهذا قولنا واما عند الشافعى رحمه الله تعالى لايعتبر فى الرجم بداية الشهود ولكن الامام هو الذى يبدأ قال لان الشهود فارقوا سائر الناس فى اداء الشهادة واقامة الرجم ليس من اداء الشهادة فى شئ فهم فى ذلك كسائر الناس ألا تري ان الحد لوكان جلدا لايؤمر الشهود بالضرب فكذا الرجم ولكنا نستدل بحديث على رضي الله عنه فانه لما أراد ان يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية ان يشهد على المرأة مافى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الامام ثم الناس ورجم السر ان يشهد أربعة على رجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس ولان فى الامر ببداية الشهود احتيالا لدرء الحد فالانسان قد يجترئ على اداء الشهادة كاذبا ثم اذا آل الامر الى مباشرة القتل يمتنع من ذلك وقد أمرنا فى الحدود بالاحتيال للدرء بخلاف الجلد فكل أحد لايحسن الضرب فلو أمرنا الشهود بذلك ربما يقتلونه بخرقهم من غير ان يكون قتله مستحقا وذلك لايوجد فى الرجم فكل أحد يحسن الرمى وقد صار الاتلاف مستحقا هنا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يؤمر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعى الايدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف مالو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعى الايدى فى الابتداء لم تستحق البداية بهم للتعذر فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فاذا تعذر بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم

﴿قال﴾ ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشئ ولا يمسك ولكن ينصب قائما للناس فيرجم لان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ولم يحفر له ولا ربطه فانه روى لما مسه حر الحجارة

هرب فاستقبله رجل بلحى حمل فقتله ثم لما أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هلا خليتم سبيله وفى رواية أبطأ عليه الموت فهرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولو كان مربوطا أوفى حفيرة لم يتمكن من الهرب وأما المرأة فان حفر لها فحسن وان تركـ لم يضر لماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم لما أمر برجم الغامدية أمر بأن يحفر لها الى قريب من السرة فجعلت فيها فلما رجموها وماتت أمر باخراجها وصلى عليها وقال لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفرله وان عليا رضى الله عنه حفر لشراحة الهمدانية الى قريب من السرة ثم لفها فى ثيابها وجعلها فيها ثم رماها وكان مصيب الرمية فأصاب أصل اذنها ولان مبنى حال المرأة على الستر والحفر أستر لها لانها تضطرب اذا مستها الحجارة فربما ينكشف شئ من عورتها ولكن مع هذا الحفر ليس من الحد فى شئ فلا يضر تركه فأما مبنى حال الرجال على الظهور فينصب قائما عند الرجم ولا يشبه بالنساء فى الحفر له واذا شهد الشهود على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود بذلك ولكنهم شهدوا أنها طاوعته فعليهما الحد لان انكارها صفة الطواعية لايكون فوق انكارها أصل الفعل ولا ينفعها ذلك بعد ماشهد الشهود به عليها ولكن ان قالت تزوجني وقال الرجل كذبت بل زنيت بها فلاحد على واحد منهما لانها تدعي عليه الصداق ولو ساعدها الزوج على ذلك لزمه الصداق فاذا أنكر كان لها أن تحلفه عليه فاذا نكل لزمه الصداق وان حلف لم يلزمه الصداق ولا يحد واحد منهما لانه لو أقيم الحد انما يقام بالحلف والحدود لا تقام بالايمان بخلاف الاول فانها بدعوى الاكراه لا تدعى الصداق لان الزنا بالمكرهة لا يوجب الصداق لها والشافعى رحمه الله يخالفنا فى الفصلين فيقول بمجرد دعواهما أو دعوى أحدهما النكاح لا يسقط الحد لقوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم وهذا لان كل زان لا يعجز عن دعوى نكاح صحيح أو فاسد فلو أسقطنا الحد بمجرد الدعوى لانسد باب اقامة الحد ولكنا نقول كما أمرنا باقامة الحدود فقد أمرنا بدرئها بالشبهة قال صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وتتمكن الشبهة عند دعوى أحدهما النكاح لاحتمال أن يكون صادقا ألا ترى أنه تسمع بينته على ذلك ويستحلف خصمه على قول من يرى الاستحلاف فى النكاح فاذا سقط الحد يسقط عن الآخر للشركة ولا يؤدى هذا الى سد باب الحد ألا تري أن هذا الحد يقام بالاقرار ثم لو رجع المقر عن اقراره لايقام عليه ولايؤدى ذلك الى سد باب اقامة

الحد فى الاقرار فأما اذا زنى بمكرهة يلزمه الحد دون المهر عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجب المهر لها وهى نظير مسألة القطع والضمان أنهما لا يجتمعان عندنا على ما نبينه في السرقة ان شاء الله تعالى والشافعي رحمه الله تعالى يقول هنا المستوفى بالوطء متقوم لحقها بدليل أنه متقوم بالعقد والشبهة فلا يجوز اسقاط حقها عنه بغير رضاها فاذا كانت مطاوعة فقد رضيت بسقوط حقها فيجب المهر لها ولكنا نقول فعله بالمكرهة زنا والواجب بالزنا الحد فلا يجوز الزيادة على ذلك بالرأى ثم لو كان بضعها يتقوم على الزانى لم يسقط ذلك برضاها ألا ترى أنه لما كان يتقوم بشبهة العقد لم يسقط برضاها بأن طاوعته والدليل عليه أنه لو زنى بأمة وهى مطاوعة لم يجب المهر وتقوم بضعها لحق المولى فلا يسقط برضاها ولكن انما لم يجب لان البضع لا يتقوم بالمال بالزنا المحض وانما يتقوم بالعقد أو بشبهته ولم يوجد ثم اذا سقط الحد عنه بدعواها النكاح وجب الصداق لها لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة فاذا جعل ما ادعت من النكاح كالثابت فى اسقاط الحد فكذلك فى ايجاب المهر يجعل كالثابت في ايراث الشبهة ﴿قال﴾ وكذلك الرجل يطأ جارية امرأته وقال ظننتها تحل لى أو يطأ جارية أبيه أو أمه ويقول ظننت انها تحل لى لا حد عليهما عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليهما الحد لان السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما لو قالا علمنا بالحرمة يلزمهما الحد ولو سقط انما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئاً كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننتها تحل لى ولكنا نقول قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه لانه اشتبه عليه ما يشتبه فان مال المرأة من وجه كأنه للزوج قيل فى تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أى بمال خديجة ولما جاء رجل الى على رضي الله عنه فقال ان عبدى سرق مرآة امرأتى فقال مالك سرق بعضه بعضاً ولانها حلال له فربما يشتبه عليه ان حال جاريتها كحالها وفى جارية الاب والام كذلك قد يشتبه ذلك باعتبار ان الاملاك متصلة بين الآباء والاولاد والمنافع دائرة ولان الولد جزء من أبيه فربما أشتبه عليه انها لما كانت حلالا للاصل تكون حلالا للجزء أيضا وشبهة الاشتباه مؤثرة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه كالقوم على مائدة فسقوا خمراً على علم منهم انه خمر يلزمه الحد ومن لم يعلم لا يحد والاصل في هذا حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلا تضيف أهل بيت باليمن فأصبح يخبر الناس أنه زنى بربة البيت فكتب الى عمر رضي الله عنه فقال عمر ان كان يعلم ان

الله حرم الزنا فحدوه وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فحدوه فقد جعل ظن الحل فى ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الاحكام فلأن يكون الظن في موضع الاشتباه مورثا شبهة أولى فأما اذا لم يجب الحد وجب المهر لما بينا أن هذا الفعل فى غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة واذا سقطت العقوبة وجب المهر ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على رجل أنه استكره هذه المرأة فزنى بها حد الرجل دون المرأة لان وجوب الحد للزجر وهى منزجرة حين أبت التمكين حتي استكرهها ولان الاكراه من جهتها يعتبر فى نفي الاثم عنها على ماذكرنا في كتاب الاكراه ان لها أن تمكن اذا اكرهت بوعيد متلف والحد أقرب الى السقوط من الاثم فاذا سقط الاثم عنها فالحد أولى ويقام الحد على الرجل لان الزنا التام قد ثبت عليه وجنايته اذا استكرهها أغلظ من جنايته اذا طاوعته ولا يقال قد سقط الحد عنها فينبغى أن يسقط عنه كما لو ادعت النكاح وهذا لان الشبهة بدعوى النكاح تمكن فى الفعل والفعل مشترك بينهما فأما كونها مكرهة لا يتمكن به شبهة في الفعل ولا يخرج فعل الرجل من أن يكون زنا محضا لان المرأة محل الفعل ولا تنعدم المحلية بكونها مكرهة وهو كما لو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة يقام عليه الحد وان لم يجب عليها ﴿قال﴾ ولو أن مجنونا اكره عاقلة حتى زنى بها لاحد على واحد منهما اما المرأة فلانها مكرهة غير ممكنة طوعا واما الرجل فلانه مجنون ليس من أهل التزام العقوبة فاذا دعت العاقلة البالغة مجنونا أو صبيا الى نفسها فزنى بها لاحد عليها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى عليها الحد وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانها زانية فعليها الحد بالنص وبيانه وهو ان الزنا ليس الا وطء متعر عن العقد والملك وشبههما وقد وجد ذلك الا أنه سقط الحد عن احدهما لانعدام الاهلية لمعني فلا يمتنع اقامته على الآخر كما لو زنى بصبية أو مجنونة وهذا لان فعل كل واحد منهما كامل في نفسه وهى في التمكين زانية كالرجل في الايلاج ألا تري ان الله تعالى سماها زانية وبدأ بذكرها وان من نسبها الى الزنا يلزمه الحد ولو كان لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمجبوب ولانها بهذا التمكين تقضى شهوتها كالرجل بالايلاج فاذا ثبت كمال الفعل من كل جانب يراعى حال كل واحد منهما فيما يلزمه من العقوبة ﴿وحجتنا﴾ في ذلك انها مكنت نفسها من فاعل لم يأثم ولم يحرج فلا يلزمها الحد كما لو مكنت نفسها من زوجها وبيان الوصف ظاهر لان الاثم والحرج ينبني على الخطاب وهما لا يخاطبان وتحقيقه ان المباشر للفعل هو الرجل والمرأة تابعة بدليل

تصور الفعل فيها وهى نائمة لاتشعر بذلك وان لم يكن أصل الفعل زنا فهى لاتصير زانية لان ثبوت التبع بثبوت الاصل وفعل الصبي والمجنون زنا لغة ولكن ليس بزنا شرعا لان الزنا شرعا فعل وجب الكف عنه لخطاب الشرع فلا ينفك عن الاثم والحرج وفعل الصبي والمجنون لايوصف بذلك واذا انعدم الزنا شرعا فى جانبه فكذلك فى جانبها والحد حكم شرعى فيستدعي ثبوت سببه شرعا وانما سماها الله تعالى زانية على معني انها مزنى بها كما قال تعالى فى عيشة راضية أى مرضية وقال تعالى من ماء دافق أى مدفوق وانما يجب الحد على قاذفها لنسبتها الى ماتتعير وتستوجب به الحد وتقضى به شهوتها وهو التمكين من الزنا وان كانت تابعة في ذلك وأما الرجل اذا زني بصبية فهو المباشر لأصل الفعل وفعله زنا لغة وشرعا فلهذا لزمه الحد بحقيقة ان المرأة محل والمحلية مشتهاة وذلك باللين والحرارة فلا يتمكن نقصان فيه بجنونها وصغرها فقد تم فعله زنا لمصادفة محله فأما من جانب الرجل استعمال الآلة لانفس الآلة واستعمال الآلة لا يكون زنا شرعا الا اذا كان واجب الكف عند الخطاب وذا بصفة الاثم والحرج وذلك ينعدم بالصبا والجنون وهذا فقه دقيق وفرق حسن وفى الكتاب علل فقال ذكر الصبي كاصبعه معناه ما هو المقصود بالزنا معدوم في آلة الصبي فلا يكون فعله بهذه الآلة زنا والمعتوه بمنزلة الصبي في الحكم فأما المحصنة اذا زني بها غير المحصن فعليها الرجم لان فعل غير المحصن زنا فتصير هي زانية بالتمكين من الزنا ثم المعتبر حالها فيما يقام من العقوبة بعد تقرر السبب وكل رجل يزنى بامرأة لا يجب عليها الحد بشبهة مثل الخرساء التى لاتنطق فلا حد عليه لان الشبهة تمكنت هنا والخرساء لو كانت تنطق ربما تدعى شبهة نكاح وقد لاتقدر على اظهار مافى نفسها بالاشارة وقد بينا انها لو ادعت النكاح سقط عنها الحد فكذلك اذا كانت خرساء والاصل فيه حديث عمر رضى الله تعالى عنه ادرؤا ماستطعتم فان الامام لان يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة فاذا وجدتم للمسلم مخرجا فادرؤا عنه وهذا بخلاف مااذا زنى بصبية أو مجنونة لان سقوط الحد عنها ليس للشبهة بل لانعدام الأهلية ﴿قال﴾ واذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا حد عليه فى قول أبى حنيفة وقال محمد رحمهما الله تعالى لاحد على واحد منهما وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال يحدان جميعاً أما المستأمن فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لاتقام عليه الحدود التى هي لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق وفي قول

أبي يوسف الآخر والشافعي رحمهما الله تعالى يقام الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه مادام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالذمي ألا ترى أنه يقام عليه القصاص وحد القذف ويمنع من الربا ويجبر على بيع العبد المسلم والمصحف اذا اشتراه كما يجبر عليه الذمي وهذا لان هذه الحدود تقام صيانة لدار الاسلام فلو قلنا لا تقام على المستأمن يرجع ذلك الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناه الامان ليستخف بالمسلمين بخلاف حد شرب الخمر فانه لا يقام على الذمي وهذا لانهما يعتقدان اباحة شرب الخمر وانما أعطيناهم الامان على أن نتركهم وما يدينون ﴿ وحجتنا ﴾ في ذلك قوله تعالى ثم أبلغه مأمنه فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقا لله تعالى وفي اقامة الحد عليه تفويت ذلك ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق لله والمعنى أن المستأمن ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وانما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع الى داره ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع الى دار الحرب ولو كان ملتزما شيئاً من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي وهذا لان منعه من أن يعود حربا للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى بخلاف القصاص فانه حق العباد وهو قد التزم حقوق العباد في المعاملات وحد القذف فيه بعض حق العباد أيضاً لان المقصود رفع العار عن المقذوف والاجبار على بيع العبد المسلم من حق العبد وهو من حقوق المسلمين أيضاً لان في استخدام العبد المسلم نوع اذلال بالمسلمين وكذلك في استخفافه بالمصحف وأما الربا فهو مستثنى من كل عهد قال صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد فأما في جانب المرأة المسلمة فمحمد رحمه الله تعالى يقول لا حد عليها أيضا لانها مكنت نفسها من فاعل لا يلزم الحد بفعله فهو كالتمكين من صبي أو مجنون وهذا لان الكفار لا يخاطبون بالشرائع عندنا وما هو من خالص حق الله تعالى فالخطاب فيه قاصر عن الكافر كما هو قاصر عن الصبي والمجنون وقاس هذا بما لو مكنت نفسها من مكره فانه لا يجب الحد عليها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل المستأمن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لا يقام عليه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا ويقام عليها الحد بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لان معنى قولنا الكفار لا يخاطبون بالشرائع العبادات التي تنبنى على الاسلام فأما الحرمات ثابتة في حقهم وكان فعل المستأمن واجب الكف عنه بخطاب الشرع

فيكون زنا الا أنه لايقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه وأما اذا مكنت نفسها من مكره فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب الحد عليها وان ضجع أبو يوسف رحمه الله تعالى الرواية فيه بقوله لست أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المكره شيئاً وهذا لان المكره ممنوع عن الاقدام على الزنا وفي الاقدام عليه يكون فعله زنا وتصير هي بالتمكين زانية تبعاً فيلزمها الحد ﴿قال﴾ واذا زني المسلم أو الذمي بالمستأمنة حد المسلم والذمي دون المستأمنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحدان أما الكلام في المستأمنة فقد بيناه وتعذر اقامة الحد عليها ليس للشبهة فلا يمنع اقامته على الرجل مسلما كان أو ذميا لان حد الزنا يقام على أهل الذمة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا يقام ولكنه يدفع الى أهل دينه ليقيموا عليه ما يعتقدون من العقوبة لما روي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما لما سئلا عن ذميين زنيا فقالا يدفعان الى أهل دينهما ولكنا نقول قد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجم على اليهوديين وكانا ذميين ولنا فيه أسوة حسنة ولان الذمي من أهل دارنا وملتزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهو يعتقد حرمة الزنا كما يعتقده المسلم فيقام عليه كما يقام على المسلم لان المقصود من الحدود تطهير دار الاسلام عن ارتكاب الفواحش توضيحه أن من كان من أهل دارنا فهو تحت يد الامام حقيقة وحكما حتى يمنعه من الرجوع الى دار الحرب فيقيم الحد عليه أيضاً بخلاف المستأمن فانه ليس تحت يد الامام حكما حتى لا يمنعه من الرجوع الى دار الحرب ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على رجل أنه زنى بامرأة فقال ظننت أنها تحل لى أو شبهتها بامرأتي أوجاريتي لم يدرأ عنه الحد لان فعل الزنا قد تحقق عنه وظنه هذا ليس بصادر عن دليل فكان لغواً وكذلك لو أن بصيراً وجد امرأة على فراشه فواقعها على ظن أنها امرأته وهي أجنبية فعليه الحد وكذلك الاعمى عندنا وقال زفر رحمه الله يدرأ الحد عن الاعمى لانه عدم آلة التمييز وهو البصر فبنى على ظاهر الحال والظاهر ان لا يكون على فراشه الا زوجته أو أمته فيصير ذلك شبهة في حقه بخلاف البصير ومذهبنا مروى عن عمر رضي الله عنه والمعنى فيه ان اعتمد مجرد الظن فان الموجودة على فراشه قد تكون أمه أو أخته وقد تكون أجنبية وقد تكون زوجته فلا معتبر بذلك وهو متمكن من أن يسألها كتمكن البصير من أن يراها فأما اذا دعي الاعمى امرأته الى فراشه فأتته أجنبية فواقعها ان كانت قالت له أنا زوجتك فلا حد عليه وان أجابت أو أتته ساكتة

فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يجب عليه الحد لانها اذا قالت أنا زوجتك فقد اعتمد خبر الواحد وذلك دليل شرعى ألا ترى أن البصير اذا تزوج امرأة فأخبره رجل أن امرأته هذه كان له أن يعتمد خبره ويطأها فاذا تبين أنها غير امرأته كان الثابت حكم الوطء بشبهة فكذلك هي اذا أخبرته بذلك فأما اذا لم تخبره فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول اجابتها أو اتيانها بعد ما دعى زوجته بمنزلة اخبارها أنى زوجتك ومحمد رحمه الله تعالى يقول ان اجابته الى الفراش فهو كما لو وجدها نائمة على فراشه وكما لا يسقط الحد هناك بظنه فكذلك هنا ﴿قال﴾ رجل استأجر امرأة ليزني بها فزني بها فلا حد عليهما في قول أبي حنيفة وقال وأبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى عليهما الحد لتحقق فعل الزنا منهما فان الاستئجار ليس بطريق لاستباحة البضع شرعا فكان لغواً بمنزلة مالو استأجرها للطبخ او الخبز ثم زنى بها وهذا لان محل الاستئجار منفعة لها حكم المالية والمستوفي بالوطء فى حكم العتق وهو ليس بمال أصلا والعقد بدون محله لا ينعقد أصلا فاذا لم ينعقد به كان هو والاذن سواء ولو زنى بها باذنها يلزمه الحد ولكن أبو حنيفة رحمه الله احتج بحديثين ذكرهما عن عمر رضى الله عنه أحدهما ماروى ان امرأة استسقت راعيا فأبي ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى الله عنه الحد عنهما والثاني ان امرأة سألت رجلا مالا فأبى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ الحد وقال هذا مهر ولا يجوز ان يقال انما درأ الحد عنها لانها كانت مضطرة تخاف الهلاك من العطش لان هذا المعني لا يوجب سقوط الحد عنه وهو غير موجود فيما اذا كانت سائلة مالا كما ذكرنا فى الحديث الثانى مع أنه علل فقال ان هذا مهر ومعنى هذا أن المهر والاجر يتقاربان قال تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن سمى المهر أجراً ولو قال أمهرتك كذا لأزنى بك لم يجب الحد فكذلك اذا قال استأجرتك توضيحه أن هذا الفعل ليس بزنا وأهل اللغة لا يسمون الوطء الذى يترتب على العقد زنا ولا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد فكذلك لا يفصلون بين الاستئجار والنكاح لان الفرق بينهما شرعى وأهل اللغة لا يعرفون ذلك فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا لغة وذلك شبهة فى المنع من وجوب الحد حقا لله تعالي كما لا يجب الحد على المختلس لان فعله ليس بسرقة لغة يوضحه أن المستوفى بالوطء وان كان فى حكم العتق فهو فى الحقيقة منفعة والاستئجار عقد مشروع لملك المنفعة وباعتبار هذه الحقيقة يصير شبهة

بخلاف الاستئجار للطبخ والخبز ولان العقد هناك غير مضاف الى المستوفى بالوطء ولا الى ماهو سبب له والعقد المضاف الى محل يوجب الشبهة فى ذلك المحل لا فى محل آخر ﴿ قال ﴾ رجل أكره حتى زنى بامرأة كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يلزمه الحد وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان الرجل لا يزنى مالم تنتشر آلته وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فان التمكين يتحقق منها مع الاكراه فلا يكون تمكينها دليل الطواعية ثم رجع فقال اذا كان المكره سلطانا فلا حد عليه لان الحد مشروع للزجر وهو منزجر عن الزنا وانما كان قصده من الاقدام دفع الهلاك عن نفسه فلا يلزمه الحد كالمرأة وهذا لان انتشار الآلة لا يدل على أنه كان طائعا لان انتشار الآلة قد يكون طبعا وقد يكون طوعا ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته من غير قصد وفعل منه وانما انتشار الآلة دليل الفحولية فأما اذا أكرهه غير السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه الحد اذا زنى وعندهما اذا جاء من إكراه غير السلطان ما يشبه اكراه السلطان فلا حد عليه وقيل هذا اختلاف عصر فان السلطان كان مطاعاً فى زمن أبي حنيفة ولم ير لغير السلطان من القوة ما يقوى به على الاكراه فقال لا يتحقق الاكراه الا من السلطان ثم فى عصرهما قد ظهرت القوة لكل متغلب فقالا يتحقق الاكراه من غير السلطان وجه قولهما ان المعتبر خوف التلف على نفسه وذلك يتحقق اذا كان المكره قادراً على ايقاع ماهدد به سلطاناً كان أو غيره بل خوف التلف هنا أظهر لان المتغلب يكون مستعجلا لما قصده لخوفه من العزل بقوة السلطان والسلطان ذو أناة بما يفعله فاذا تحقق الاكراه من السلطان بالتهديد فمن المتغلب أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يكون مغيراً للحكم يختص بالسلطان كاقامة الجمعة ونحوها وتحقيقه أن الاكراه من غير السلطان نادر لانه مغلوب بقوة السلطان فالمبتلى به يستغيث بالسلطان ليدفع شره عنه فاذا عجز عن ذلك فهو نادر ولا حكم للنادر فأما المبتلى بالسلطان لا يمكنه ان يستغيث بغيره ليدفع شره عنه فيتحقق خوف التلف على نفسه فيكون ذلك مسقطا للحد عنه ﴿قال﴾ رجل زنى بأمة أو حرة ثم قال اشتريتها درئ عنه الحد لانه ادعى سبباً مبيحاً فان الشراء في الامة يفيد ملك المتعة وفى الحرة النكاح فانه ينعقد بلفظ الشراء فكان دعواه الشراء كدعوى النكاح وقد بينا أن مجرد دعوى النكاح يسقط الحد ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وزكاهم المزكون وزعموا انهم أحرار مسلمون فرجمه الامام ثم تبين أنهم عبيد أو مجوس فان ثبت

المزكون على التزكية وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود أما على الشهود فلانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة على المسلمين للعبيد والكفار وأما على المزكين فلأنهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم وانما زكوهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما أخبروا به القاضي من قول الناس انهم أحرار مسلمون فاما اذا رجعوا عن التزكية وقالوا تعمدنا فعليهم ضمان الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لاضمان على المزكين ولكن الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ماأثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا وانما أثنوا على الشهود خيراً فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا أن أولئك أثبتوا خصالا محمودة في الزاني لا يقام الرجم عليه الا بها وهؤلاء أثبتوا خصالا في الشاهد لا يقام الرجم الا عندها فكما لا ضمان علي شهود الاحصان اذا رجعوا فكذلك لاضمان على المزكين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المزكون جعلوا ما ليس بموجب موجبا فكانوا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية وسبب الاتلاف الشهادة وانما كانت الشهادة موجبة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليه بخلاف شهود الاحصان فان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجب للعقوبة وشهود الاحصان ماجعلوا ما ليس بموجب موجبا وأما الشهادة لاتوجب شيئاً بدون التزكية فمن هذا الوجه تقع الفرقة بينهما ولهذا اشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال وان كان المزكون قالوا هم عدول فلاشيء عليهم بالاتفاق لانهم صادقون في ذلك والعبد قد يكون عدلا ويكون القاضي جهل حين اكتفي منهم بهذا القدر فلهذا لايضمن المزكون ﴿ قال ﴾ واذا زنى بجارية فقتلها ان قتلها بفعله فعليه الحد وضمان القيمة الحد للزنا والقيمة لاتلاف النفس وهما معنيان كل واحد منهما منفصل عن الآخر وكذلك لو فعل ذلك بحرة فعليه الحد والدية وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامة يدرأ عنه الحد للشبهة لان ضمان القيمة سبب لملك الامة بخلاف الحرة وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالي أنه اذا زني بأمة فأذهب بصرها فعليه قيمتها وسقط عنه الحد لان الجثة العمياء تملك بالضمان فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد فأما اذا قتلها فانما لزمه ضمان القيمة بالجناية وضمان القيمة بالجناية بدل النفس فلا يوجب الملك لان وجوبها بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك

بعد الموت ﴿قال﴾ واذا زني بأمة هي رهن عنده فان قال ظننت أنها تحل لى درئ عنه الحد وان قال علمت أنها على حرام حد لان عقد الرهن يثبت ملك اليد حقا للمرتهن وبملك اليد تثبت شبهة الاشتباه كما في المعتدة من خلع أو من تطليقات اذا وطئها وقال ظننت أنها تحل لى لا يحد لبقاء ملك اليد له فيها بسبب العدة وذكر فى كتاب الرهن أنه يحد على كل حال لان حق المرتهن انما يثبت في المالية وذلك ليس بسبب للحل بحال وهو نظير الغريم اذا وطئ جارية من التركة يلزمه الحد وان كانت المالية حقا له فانها تباع فى دينه ﴿قال﴾ ولو استأجر أمة لتخدمه أو استعارها فزنى بها فعليه الحد فى الوجهين جميعا لانعدام شبهة الاشتباه فان ملك المنفعة لا يتعدي الى ملك الحل بحال ﴿قال﴾ واذا شهد أربعة على رجل بالزنا واختلفوا فى المزنى بها أو في المكان أو فى الوقت بطلت شهادتهم وذلك لأن الزنا فعل يختلف باختلاف المحل والمكان والزمان ومالم يجتمع الشهود الاربعة على فعل واحد لا يثبت ذلك عند الامام ولكن لا حد على الشهود عندنا وقال زفر رحمه الله عليهم حد القذف لأن كل اثنين نسباه الى زنا آخر فكانا قاذفين له وشرط سقوط الحد عنهم اجتماعهم على الشهادة بزنا واحد ألا ترى أنه لو شهد ثلاثة وسكت الرابع حد الثلاثة فكذلك اذا شهد كل اثنين على زنا آخر لان الزنا لا يثبت بشهادة المثنى ولكنا نقول قد اجتمع الاربعة على الشهادة عليه بالزنا وذلك منع من وجوب الحد عليهم كما لو شهد أربعة من الفساق بالزنا على رجل توضيحه انا لو اعتبرنا اختلافهم فى المزنى بها أو فى المكان أو فى الزمان فى ايراث الشبهة وذلك مسقط للحد عن المشهود عليه غير موجب للحد عليهم ويجعل فى الحكم كأنهم امتنعوا من بيان ذلك أصلا ولو شهدوا عليه بالزنا وامتنعوا من بيان المزنى بها والمكان والزمان لا يقام الحد على المشهود عليه ولا عليهم فهذا مثله ﴿قال﴾ واذا شهدوا على بيت واحد انه زنى بها فيه فقال اثنان في مقدمه وقال اثنان فى مؤخره فى القياس لا حد على المشهود عليه وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان الفعل في مقدم البيت غير الفعل فى مؤخر البيت وهو بمنزلة الشهادة فى بيتين أو قبيلتين وفي الاستحسان يقام الحد على المشهود عليه عندنا لانهم اجتمعوا على فعل واحد واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله والتوفيق ممكن فوجب قبول شهادتهم كما لو اختلفوا فى ثيابها حين زني بها وبيان الوصف أنهم لو شهدوا أنه زنى بها فى هذا البيت لم يسألهم القاضي ان كان فى مقدمه أو فى مؤخره وبيان امكان التوفيق من وجهين (أحدهما)

أن ابتداء الفعل كان في مقدم البيت وانتهاءه كان فى مؤخره لاضطرابهما أو كان في وسط البيت فظن اثنان أن ذلك الموضع من مقدم البيت واثنان انه من مؤخر البيت فشهدوا علي ما وقع عندهم بخلاف البيتين والقبيلتين فالتوفيق هناك غير ممكن ثم هذا الاستحسان من التصحيح الشهادة لا لاقامة الحد فانما يستحسن لدرء الحد ولم يذكر اذا تقارب اختلافهم فى الزمان والجواب فيه كالجواب فى المكان اذا تقارب علي وجه يمكن التوفيق تقبل شهادتهم استحسانا ولو اختلفوا فى الثوب الذى كان عليه حين زنى بها لم تبطل شهادتهم لانهم لو امتنعوا من بيان ثوبه حين زنى لم يقدح ذلك في شهادتهم فعرفنا أنهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله والتوفيق ممكن لجواز أن يكون عليه ثوبان وقع بصر اثنان على أحدهما وبصر الآخرين على الآخر ﴿قال﴾ واذا شهد أربعة على رجل بالزنا واحدهم والده أو ولده فالشهادة جائزة لأنه لا تهمة في شهادة الولد على والده ثم يرث الولد من والده وان رجم بشهادته الا أنه اذا أمره الامام بالبداية ينبغي أن لا يتعمد قتله لان الولادة مانع للولد من أن يتعرض لوالده بالقتل وان كان مباح الدم على ماروى أن حنظلة بن أبي عامر رضى الله عنه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه المشرك فلم يأذن له وقال يكفيك ذلك غيرك وكذلك ان كان الشاهد أخا أو جداً أو واحدا من ذى الرحم المحرم لانه اجتمع حرمتان الاسلام والقرابة وذلك مانع من التعرض له بالقتل كما فى العادل لا يحل له أن يقتل أخاه الباغي بخلاف المسلم يحل له أن يقتل أخاه الكافر لأن الموجود هناك حرمة واحدة وهى القرابة فكان بمنزلة حرمة الاسلام فيما بين الاجانب ﴿قال﴾ فأما فى حق الوالدين من الكفار الموجود حرمتان الولاد يعني به الجزئية والقرابة فلو أنه أصاب مقتله لم يحرم الميراث أيضاً لانه قتل بحق وحرمان الميراث جزاء على القتل المحظور عقوبة فلا يثبت ذلك فى القتل بحق ﴿قال﴾ ولو امتنع أحد الشهود من البداية بالرجم فذلك شبهة في اسقاط الحد عن المشهود عليه ولكن لا يقام الحد على المشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل بحق ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وعدلوا فلم يقض القاضي بالرجم حتى قتله انسان بالسيف عمداً أو خطأ فعليه القصاص فى العمد والدية على العاقلة فى الخطأ لان الشهادة لا توجب شيئاً ما لم يتصل بها القضاء ألا ترى أنهم لو رجعوا بعد التهم

لم يقض القاضي بشئ ولم يضمنوا للمشهود له شيئاً ولو وجب حق المشهود له قبل القضاء بظهور عد التهم لصاروا متلفين ذلك عليه بالرجوع فينبغي أن يضمنوا له ولما ثبت ان الشهادة لاتوجب شيئا بدون القضاء فبقيت النفس معصومة على ما كانت قبل الشهادة فيجب القصاص على من قتله عمداً ولان الشهادة قد بطلت بالقتل فان القاضي لا يقضي بها بعد ذلك لفوات المحل فهو كما لو بطلت الشهادة برجوعهم فان قضى القاضي برجمه ثم قتله انسان عمداً أو خطأ أو قطع يده أو فقأ عينه لا شئ عليه لانه قد صار مباح الدم بقضاء القاضي والفعل في محل مباح لايكون سبب وجوب الضمان وكذلك لو رجع الشهود عن شهادتهم فلا شئ على الجاني لان رجوعهم ليس بحجة في حق الجاني فوجوده كعدمه وان وجد أحد الشهود عبداً بعد ماقتله الرجل عمداً ففي القياس عليه القصاص لانه تبين أنه كان محقون الدم حين ظهر أن عدد الشهود لم يتكامل فان العبد لاشهادة له ولان هذا في معني قتله اياه قبل قضاء القاضي لانه قد تبين أن قضاء القاضي كان باطلا ولكنه استحسن فأبطل عنه القصاص وجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين لان القاضي قضى باباحة دمه وصورة قضاء القاضي تكفي لايراث الشبهة فانه لو كان حقا كان مبيحاً للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذ لايجب القصاص على المولى اذا جاء المشهود بقتله حيا واذا امتنع وجوب القصاص للشبهة وجبت الدية في ماله لان القتل عمد والعاقلة لاتعقل العمد ولكن تجب الدية في ثلاث سنين لأن وجوبها بنفس القتل فان كان هذا الرجل قتله رجما فلا شئ عليه لانه ممتثل أمر القاضي فيكون فعله كفعل القاضي فلا يضمن شيئاً ولكن هذا خطأ من الامام فيما عمله لله تعالى فتجب الدية في بيت المال بخلاف الأول لان هناك ما امتثل أمر القاضي في قتله اياه بالسيف ولهذا يؤدبه القاضي هناك على ماصنع ولا يؤدبه هنا وان لم يكونوا أجهزوا عليه حتى ظهر أن أحد الشهود عبد فارش الجراحة أيضا في بيت المال اعتباراً للبعض بالكل والمعنى الجامع أن الخطأ من الامام في الوجهين

﴿ قال ﴾ أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن وضربه الامام الحد ثم وجد أحدهم عبداً وقد مات من ذلك الضرب أولم يمت فلاشئ في بيت المال ولا على الامام في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو على بيت المال وعلى هذا لو رجع الشهود وقد جرحته

السياط فلا ضمان على الشهود فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن الشهود أرش الجراحات والدية ان مات من ذلك ﴿وحجتنا﴾ أن الجلدات أقيمت عليه بشهادتهم فالشاهد يجعل كالمباشر لما أوجبه بشهادته فى حكم الضمان كما لو كان الحد رجما وكما أن شهود القصاص وشهود القتل اذا رجعوا ضمنوا ما أتلف بشهادتهم كأنهم باشروا ذلك فهذا مثله فاذا ثبت أنهم كالمباشرين تلفا ومن ضرب انسانا بسوط فجرحه من ذلك فهو ضامن أرش الجراحة ولو مات من ذلك كان ضامنا للدية فكذلك اذا رجعوا هنا واذا ظهر أنهم عبيد فقد ظهر الخطأ من الامام فذلك الضمان فى بيت المال وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جارح ومتلف بدليل أنه لا يقام هذا الحد الشديد على المريض كيلا يؤدى الى الاتلاف وبدليل أنه يختار لاقامة الحد سوطا لا ثمرة له كيلا يجرحه ويفرق على الاعضاء كيلا يؤدى الى الجراحة ولانه لو ضربه فلم يجرحه يتم اقامة الحد حتى لا يعاد عليه فيثبت أنهم اذا أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جارح ولا متلف ولكن الجراحة والاتلاف افضت اليه الشهادة والشاهد عند الرجوع لا يضمن ما أفضى اليه شهادته كالشهادة بالنسب في حال الحياة اذا رجع بعد ما مات المشهود عليه وورث المشهود له بنسبه وكما أن الجراحة والاتلاف ليس من موجب الشهادة فكذا ليس من موجب القضاء لان القاضى انما يقضى بما شهد به الشهود فلا يمكن ايجاب الضمان على القاضى ولا فى بيت المال لانه انما يجب فى بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضى اذا تبين فيه الخطأ ولا شئ على الجلاد أيضا لانه امتثل أمر القاضى وهو مجتهد فيما أقام من الحد فلهذا لا يضمن أحد شيئاً بخلاف ما اذا باشر الضرب بالسوط فانما يحصل بضربه من موجبات فعله وهو متعد فى ذلك فكان مؤاخذا بضمانه ﴿قال﴾ أربعة شهدوا على رجل بشئ يجب فيه التعزير فعزره الامام فمات من ذلك فلا شئ على الامام ولا فى بيت المال عندنا وهو مذهب عمر وعلى رضى الله عنهما وعلى قول الشافعى رحمه الله تجب الدية فى بيت المال وهو قول علىّ رضي الله عنه لان التعزير للتأديب لا للاتلاف فاذا أدي الى الاتلاف كان خطأ من الامام فيجب الضمان في بيت المال لانه عمل فيه لله تعالى وكما نقول في الزوج اذا عزر زوجته فماتت كان عليه ضمان الدية ولكنا نقول الامام محق فيما أقام وهو مستوف حق الله تعالى فيصير كأن من له الحق أماته بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه يستوفى ذلك

لمنفعة نفسه فما يتولد منه يكون مضافا اليه توضيحه ان اقامة التعزير مستحق على الامام شرعا اذا علم أنه لا ينزجر الا به وما يكون مستحقا على المرء لا يتقيد بشرط ليس فى وسعه التحرز عنه وهو كما لو قطع يد السارق فمات من ذلك فأما تعزير الزوج مباح له غير مستحق عليه والمباحات تتقيد بشرط السلامة كالمشى فى الطريق والرمى الى الصيد ﴿قال﴾ واذا حكم الامام على رجل بالزنا والرجم بشهادة الشهود وقال للناس ارجموه وسعهم أن يرجموه وان لم يعاينوا أداء الشهادة وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى لا يسعهم ذلك ما لم يشهد به عدل آخر عندهم أو يعاينوا أداء الشهادة والحكم لان القتل أمر عظيم اذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافى ومن يكون مجرد قوله ملزما الأنبياء المعصومون عن الكذب فانهم لا يقرون على الكذب والقاضي لا تبلغ درجته درجة الانبياء بل هو غير معصوم عن الخطأ والكذب فلا يسعهم الاقدام بمجرد قوله على ما اذا وقع الغلط لا يمكن تداركه وجه ظاهر الرواية أن قضاء القاضى أولى من شهادة الشهود فلو عاينوا أداء الشهادة وسعهم أن يرجموه وان كان الشهود غير معصومين عن الكذب فكذلك اذا أخبرهم القاضي بقضائه وهذا لان العادة الظاهرة هي الاكتفاء فى كل بلدة بقاض واحد فلو لم يكن مجرد حكمه حجة لكان يتخذ قاضيان في كل بلدة لحاجة الناس الى ذلك وفى الاكتفاء بقاض واحد دليل على أن مجرد قوله حجة يطلق لهم الاقدام على اقامة الحد رجما كان أو قتلا حد قطاع الطريق أو قطعا في السرقة ﴿قال﴾ واذا شهد عليه ثلاثة بالزنا وقال الرابع لم أر ما قالوا ولكنى رأيتهما فى لحاف واحد فشهادتهم باطلة لان الرابع ماشهد بشيء فلم يتكامل عدد شهود الزنا فلا يجب الحد على المشهود عليه ويحد الثلاثة لانهم قذفوه بالزنا حيث لم يتكامل عدد الشهود ولا يحد الرابع لانه مانسبه الى الزنا بقوله رأيتهما فى لحاف واحد والاصل فيه مارويناه من حديث المغيرة فان عمر رضى الله تعالى عنه أقام الحد على الثلاثة حين امتنع زياد من الشهادة على صريح الزنا ولم يقم الحد على زياد وان كان الرابع قال أشهد انه زان ثم سئل عن صفته فلم يصف ذلك فعليه الحد بقوله انه زان لانه قد نسبه الى الزنا بهذا وأكد ذلك بلفظ الشهادة ولو لم يؤكد ذلك بلفظة الشهادة ولكن قال هذا زان كان قاذفا له بهذا اللفظ مستوجبا الحد فهنا أولى وتأويل هذه المسألة أن الرابع اذا قال هذا فى مجلس آخر سوى المجلس الذى شهد فيه الثلاثة فأما اذا اجتمع الاربعة فى مجلس وشهدوا عليه بالزنا وأبى بعضهم

أن يفسر ذلك فلا حد على ما فسره بعد هذا لان الاربعة اذا شهدوا عليه بالزنا فسئلوا عن كيفيته وماهيته وقالوا لانزيد لك على هذالم تقبل شهادتهم لانهم لم يبينوا مبهم كلامهم ولكن لاحد عليهم لتكامل عددهم فان تكامل عدد الشهود مانع من وجوب الحد عليه كما لو شهد عليه أربعة من الفساق بالزنا وكذلك ان وصف بعضهم دون بعض لان عددهم متكامل في أصل الشهادة عليه بالزنا وامتناع بعضهم عن البيان لا يكون رجوعا عن الشهادة ولكن يصير ذلك شبهة في حق المشهود عليه فلا يقام عليه الحد ولا يقام على الشهود أيضاً كما في فسق الشهود ﴿قال﴾ أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة فشهد أربعة على الشهود انهم هم الذين زنوا بها لاتقبل شهادة واحد منهم ولا يقام الحد للشبهة التي دخلت عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقام حد الزنا على الفريق الاول ولا شئ على المشهود عليه للاول لان الفريق الثاني عدول شهدوا على الفريق الاول بالزنا فوجب قبول شهادتهم وقد ثبت فسقهم لظهور زناهم بالحجة فتبطل شهادتهم على المشهود عليه الاول وبقيت الشبهة التى أشار اليها أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان قصد الفريق الثاني بهذه الشهادة إبطال شهادة الفريق الاول لانهم حين لم يشهدوا الى أن شهد الفريق الاول فاما ان يكونوا كاذبين قاصدين الى ابطال شهادتهم أو كانوا صادقين ولكنهم اختاروا الستر فلما شهد الفريق الاول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم دون الحسبة ومثل هذه الشهادة لاتقبل كما لو شهدوا بالزنا بعد تقادم العهد ولان فى لفظهم مايدل على ان قصدهم المجازاة دون الحسبة فان في الشهادة بطريق الحسبة يقولون زنوا وهم زناة واما قولهم هم الذين زنوا يكون على طريق المجازاة ثم هذا يؤدى الى التهاتر فربما يشهد فريق ثالث على الفريق الثاني بمثل ذلك ومثل هذا لايجوز اقامة الحد به ﴿قال﴾ وان شهد ثلاثة نفر وامرأتان بالزنا لم تجز شهادتهم لحديث الزهرى قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في حد الزنا فكانوا جميعاً قذفة ﴿قال﴾ وان شهد أربعة علي شهادة أربعة على رجل بالزنا لاتجوز شهادتهم لان الشهادة على الشهادة فيها ضرب شبهة من حيث ان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن فيه زيادة ونقصان ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال منصوبة للحاجة ولا تقام الحدود بمثله لانها مبنية علي الدرء ولاحد على الفروع لانهم مانسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الأصول بذلك والحاكي للقذف عن غيره لا يكون قاذفا فان قدم الاصول فشهدوا على شهادة أنفسهم على هذا

الرجل بالزنا لا تقبل شهادتهم لوجهين أحدهما ان العهد قد تطاول والثانى ان الحاكم حكم برد هذه الشهادة لان فى الموضع الذى تقبل الشهادة على الشهادة تقبل شهادة الاصول أيضاً ففى الموضع الذي ترد أيضاً يتعدى رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة ولا حد على الشهود لتكامل عددهم ولانا انما لانقيم الحد على المشهود عليه بنوع شبهة والشبهة تصلح لدرء الحد بها لالايجاب الحد ﴿قال﴾ وان قال الشهود للرجل والمرأة فى غير مجلس القاضى نشهد انكما زانيان وقدموهما الى القاضى وشهدوا عليهما وقالا انهم قد قالوا لنا هذه المقالة قبل أن يرفعونا اليك ولنا بذلك بينة لم تقبل شهادتهما على ذلك ولم تسقط شهادتهم به وحد الرجل والمرأة لانهم عدول ﴿فان قيل﴾ صاروا قاذفين لهما بالنسبة الى الزنا فى غير مجلس القاضى فكانوا متهمين في الشهادة من حيث انهم قصدوا بها اسقاط الحد ﴿قلنا﴾ انما كان كذلك لان تكامل العدد كما يمنع من أن يكون كلامهم قذفا في مجلس القاضى فكذلك فى غير مجلسه ولان المقصود من فعلها الندم معناه ان مقصود الشهود من هذه المقالة فى غير مجلس القاضى انكما زانيان ليظهرا الندم ليستروا عليهما أو الاصرار ليشهدوا عليهما والشاهد مندوب الى ذلك ولان كلامهم الأول موقوف فاذا اتصل به شهادتهم فى مجلس القاضى لم يكن قذفاً والا فحينئذ يكون قذفاً ﴿قال﴾ واذا شهدوا عليهما بالزنا فقال اثنان طاوعته وقال آخران استكرهها درئ الحدعنهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحد الرجل وحده لهما ان الحجة فى جانب الرجل تمت موجبة للحد فانما الاختلاف بينهم فى حالها وذلك لا يغير حكم الفعل فى جانبه فان الكل لو اتفقوا انها كانت طائعة أو مكرهة يجب الحد على الرجل وهذا لان الزنا فعلان من الرجل والمرأة وانما يقام الحد على كل واحد منهما بفعله وقد اتفقوا على وجود الفعل الموجب للحد على الرجل ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ان كل اثنين شهدا بفعل آخر فما لم يتفق الأربعة على الفعل الواحد لا يثبت الزنا كما لو اختلفوا فى المكان والزمان وبيانه ان شاهدي الطواعية شهدا بفعل مشترك بينهما فانها اذا كانت طائعة كانت شريكة له فى الفعل حتي تشاركه في اسم الفعل وشاهدا الاكراه شهدا بفعل تفرد به الرجل لانه لاشركة للمرأة فى الفعل اذا كانت مكرهة حتى لاتشاركه فى اسم الفعل والفعل المشترك غير الفعل الذى تفرد به الرجل وقولنا ان الزنا فعلان يعني من حيث الحكم فأما في الحقيقة

الفعل واحد ولهذا لو تمكنت الشبهة من أحد الجانبين يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عن الآخر والطريق الثاني ماذكره الطحاوى ان الذين شهدوا انها طاوعته صاروا قاذفين لها ملتزمين حد القذف لولا شهادة الآخرين انه زنى بها وهي مكرهة فكانا خصمين ولا شهادة للخصم وانما لا يقام حد القذف عليهما بشهادة آخرين بمنزلة من قذف امرأة ثم أقام شاهدين انها زنت وهى مكرهة سقط الحد عن القاذف ولان اعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها لان زنا المكرهة لا يوجب حد الزنا عليها بحال وسقوط الاحصان يثبت بشهادة شاهدين وبيان هذا الطريق فيما ذكره محمد في الكيسانيات قال لو شهد ثلاثة انها طاوعته وواحد انها مكرهة فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يقام الحد على الشهود وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقام على الثلاثة حد القذف بخصومتها لانهم صاروا قاذفين لها والشاهد على سقوط احصانها واحد وبشهادة واحد لا يثبت الاحصان وهذا لان المكرهة لا فعل لها فتكون هذه الشهادة فى حقها بمنزلة ما لو امتنع الرابع من أداء الشهادة ﴿قال﴾ ولو شهد ثلاثة أنه استكرهها وواحد انها طاوعته فليس على هذا الواحد حد القذف لها بشهادة الباقي بسقوط احصانها هذا كله بناء على ظاهر المذهب أن المكرهة على الزنا يسقط إحصانها وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يسقط احصانها بفعلها ووجه ظاهر الرواية أنها ممكنة من وطء حرام فان الاكراه لا يعدم لها الفعل خصوصا فيما لا يصلح أن تكون المكرهة آلة للمكره ولانها مضطرة الى ذلك وذلك لا يمنع سقوط احصانها ﴿قال﴾ وان شهد أربعة على رجل انه زنى بهذه المرأة في موضع كذا في وقت كذا وشهد أربعة أنه زنى بهذه المرأة الاخرى في ذلك الوقت بعينه في مكان آخر والبينتان بينهما بعد لم يحد واحد منهم لان القاضى تيقن بكذب أحد الفريقين والشخصان فى وقت واحد لا يتصور أن يكونا فى مكانين مختلفين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع القضاء للتعارض أو لتمكن تهمة الكذب فى شهادة كل فريق أو لعدم ظهور رجحان جانب الصدق وان شهد كل فريق منهم على وقت غير الوقت الآخر جازت الشهادة وحد الرجل والمرأتان لانه ثبت على الرجل فعلان وعلى كل امرأة فعل موجب للحد بحجة كاملة فيقيم القاضى الحد عليهم اذ الزنا بعد الزنا يتحقق فى وقتين ومكانين مختلفين بامرأة وامرأتين ﴿قال﴾ وان شهد أربعة أنه زني يوم النحر بمكة بفلانة

وشهد أربعة أنه قتل يوم النحر بالكوفة فلانا لم تقبل واحدة من الشهادتين لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين ولا حد على شهود الزنا لتكامل عددهم وعلى هذا سائر الاحكام من العتاق والطلاق ولا يقال لاننكر كرامة الاولياء فيجوز أن يكون فى يوم واحد بمكة والكوفة لان مثل ذلك الولى لا يزنى ولا يجحد مافعله ولانا أمرنا ببناء الاحكام على ماهو الظاهر المعروف فان حضر أحد الفريقين وشهدوا فحكم الحاكم بشهادتهم ثم شهد الآخرون فشهادة الآخرين باطلة لان رجحان جانب الصدق ثبت فى شهادة الاولين حين اتصل الحكم بها فيبقى الكذب فى شهادة الفريق الثانى ولا يقام الحد على شهود الزنا وان كانوا هم الفريق الثانى لتكامل عددهم ﴿قال﴾ واذا ثبت حد الزنا على رجل بشهادة الشهود وهو محصن أو غير محصن فلما أقيم عليه بعضه هرب فطلبه الشرط فأخذوه في فوره أقيم عليه بقية الحد لان الهروب غير مسقط عنه مالزمه من الحد وأصله ان حد الزنا لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد عندنا وكذلك كل حد هو محض حق الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله تعالي يقام واعتبره بسائر الحقوق من حيث ان تقادم العهد غير مسقط عنه مالزمه فاعتبر البينة بالاقرار فان هذه الحدود تقام بالاقرار بعد تقادم العهد فكذلك بالبينة لانها احدي الحجتين ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك حديث عمر رضى الله عنه حيث قال ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن قال الحسن رحمه الله تعالى فى حديثه لا شهادة لهم والمعني ان الشاهد على هذه الأسباب مخير فى الابتداء بين ان يستر عليه أو يشهد فلما أخر الشهادة عرفنا أنه مال الى الستر ثم حملته المداوة علي أن يترك الستر ويشهد عليه فلا تكون هذه شهادة بطريق الحسبة فلهذا لا تقبل بخلاف حد القذف فان الشهادة عليه لا تقبل الا بخصومة المقذوف وطلبه الحد فانما أخروا اداء الشهادة لعدم الخصومة من المقذوف ولان فيه بعض حق العباد وهو دفع العار عن المقذوف فمتى أقام الحجة عليه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه ولا يدخل على هذا الكلام السرقة فان الشهادة عليها لا تقبل قبل الخصومة ولكن خصومة المسروق منه هناك في المال لا فى الحد وبعد تقادم العهد الشهادة مقبولة فيما فيه الخصومة له ولان الحد هناك محض حق الله تعالى ولهذا صح الرجوع فيه عن الاقرار بخلاف حد القذف وحد الله تعالى أقرب الى الدرء لانه يتعالي عن ان يلحقه خسران أو ضرر وهذا بخلاف الاقرار فان معنى الضغينة لا يتحقق فى الاقرار بعد التقادم اذ الانسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله

ذلك على الاقرار ولم يبين في الكتاب حد التقادم وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال جهدت بابي حنيفة رحمه الله تعالى كل الجهد فأبى ان يؤقت في التقادم وقتا وهذا لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في البعد من القاضي والقرب وباختلاف عادة القاضي في الجلوس والتوقيت لايكون بالرأى بل بالنص فلما لم يجد فيه نصا أبي ان يوقته بشيء وجعله موكولا الى رأى القاضي وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انهم اذاشهدوا بعد سنة لاتقبل وأشار الطحاوى رحمه الله تعالى الى ستة أشهر وهو الحين والاصح مانقل عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انهما قدرا ذلك بشهر فقالا مادون الشهر قريب عاجل والشهر ومافوقه آجل كما بينا في الايمان فاذا شهدوا به بعد شهر لاتقبل ولكن هذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهرفان كان ذلك وعلم أنه تأخر الاداء لبعدهم من مجلسه لايكون ذلك قدحا في شهادتهم ولا يمتنع اقامة الحد به لحديث المغيرة رضي الله عنه فانه كان واليابالبصرة حين جاء الشهود الى المدينة فشهدوا عليه بالزنا فكتب اليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن سلم عملك الى أبي موسى والحق بي ثم لما حضر قبل الشهادة عليه حتى قال بعدشهادة الواحد أوه أودى ربع المغيرة فعرفنا ان التقادم اذا كان لعذر ظاهر لايكون قدحاً بالشهادة اذاعرفنا هذا قلنا في مسئلة الكتاب وهوماإذا هرب فوجد بعد أيام في القياس انه لايمتنع اقامة بقية الحد عليه لانه إنما تأخر لعذر وهوهربه فلايكون ذلك قدحا في الشهادة ولكنه استحسن فقال العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الاتمام كالمقترن بالشهادة بدليل عمي الشهود وردتهم وهذا لان التفريط هنا كان من أعوان الامام حتى تمكن من الهرب منهم فالظاهر انهم مالوا الى اكتساب سبب درء الحد عنه ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه فكان هذا والضغينة في الشهود سواء ﴿ قال ﴾ ولا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا لان القذف خبر متردد بين الصدق والكذب فلايكون مسقطاً للشهادة وانما المسقط للشهادة اقامة الحد عليه لان الحكم بكذبه يتحقق والحد لايتجزي فمادونه يكون تعزيرا لاحداً والتعزير غير مسقط للشهادة ففي هذه المسئلة عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات احديها مابينا وهو قولهما والثانية اذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للأكثر مقام الكل والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا تسقط شهادته لان من ضرورة اقامة ذلك القدر من الحد الحكم بكذبه وكذلك هذه الروايات

الثلاثة فى النصرانى اذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ماذكر في الجامع الصغير ﴿ قال ﴾ واذا أقيم على القاذف تسعة وسبعون سوطاً ثم قذف آخر لم يضرب الاذلك السوط الواحد لان مبني الحدود على التداخل والمغلب عندنا فى حد القذف حق الله تعالى ولهذا لو قذف جماعة لايقام عليه الاحد واحد عندنا على مانبينه وقد اجتمع الحدان هنا لان كمال الحد الأول بالسوط الذي بقى فلهذا يدخل احدهما فى الآخر ولا يقام الا ذلك السوط توضيحه ان المقصود اظهار كذبه ليندفع به العار عن المقذوف وذلك يحصل في حقهما باقامة السوط لانه يصير محكوماً بكذبه وتسقط شهادته ﴿ قال ﴾ وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا وضرب الزانى أشد من ضرب شارب الخمر وحد القذف أخف من جميع ذلك أما ضرب التعزير أشد لان المقصود به الزجر وقد دخله التخفيف من حيث نقصان العدد فلو قلنا بتخفيف الضرب أيضاً فات ماهو المقصود لان الألم مالم يخلص اليه لاينزجر ولهذا قلنا يجرد فى التعزير عن ثيابه ويعذر فى ازار واحد واختلفوا في مقدار التعزير ففي ظاهر المذهب لا يبلغ التعزير أربعين سوطا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز أن يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا وهو قول ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المراد الحد الكامل وهو حد الاحرار وأدناه ثمانون جلدة فينقص التعزير من ذلك خمسة أسواط وقيل كان ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يضرب بالخمسين مرة واحدة فنقص ضربة واحدة فى التعزير وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال لا يزاد على تسعة وثلاثين سوطا لان الاربعين فى حق العبد فى القذف والشرب حد فنقص التعزير عنه بضربة واحدة وهذا بيان أقصى التعزير فأما فيما دون ذلك الرأى الى الامام يعزره بقدر مايعلم أنه ينزجر به لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس وباختلاف جرائمهم وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال أقرب كل شئ من بابه فالتعزير في اللمس والقبلة بشهوة أقربه من الزنا والتعزير فى الشبهة بغير الزنا أقربه من الشبهة بالزنا فاعتبر كل فرع بأصله فيما أقيم من التعزير ثم الضرب في الزنا أشد من الضرب فى الشرب لان حد الزنا يتلى في القرآن وقد سماه الله تعالى عذابا بقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وقال تعالى لاتأخذكم بهما رأفة في دين الله وحد الشرب لا يتلى فى القرآن ولان المقصود هو الزجر ودعاء الطبع الى الزنا عند

غلبة الشبق أكثر منه الى الشرب ثم حد الشرب أشد من حد القذف لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فالقذف خبر متمثل بين الصدق والكذب وقد يعجز عن اقامة أربعة من الشهداء مع صدقه فلهذا كان حد القذف أخف من حد الشرب حتى يضرب حد القذف وعليه ثيابه الا أنه ينزع عنه الحشو والفرو ليخلص الألم الى بدنه وسائر الحدود تقام على الرجل فى إزار الا أنه روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى انه يقام عليه حد الشرب وعليه ثيابه أيضا لان حد الشرب حد القذف كما قال علي رضى الله عنه اذا شرب هذي واذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون جلدة ولان حد الشرب كان بالجريد والنعال فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن اتفقت الصحابة علي الجلد فى عهد عمر رضي الله عنه ولهذا قال عليّ رضى الله عنه ما من أحد أقيم عليه حد فيموت فأحب أن أديه الا حد الشرب فانه بآرائنا ولضعفه قال لا يجرد عن ثيابه ولكن فى ظاهر الرواية لتحقق جريمته يجرد كما فى حد الزنا ﴿قال﴾ ولا يمد فى شئ من الحدود والتعزير قيل مراده المد بين العقابين وقيل مراده أن الجلاد لا يفصل عضده عن ابطه ولا يمد يده فوق رأسه وقيل مراده أنه بعد ما أوقع السوط على بدن المجلود لا يمده لانه زيادة مبالغة لم يستحق عليه ذلك لانه ربما يؤدى الى التلف والتحرز عن ذلك واجب شرعا في موضع لا يستحق الاتلاف شرعا ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بحسم السارق بعد القطع للتحرز عن الاتلاف ويعطى كل عضو حظه من الضرب لأنه قد نال اللذة فى كل عضو ولان جميع الجلدات فى عضو واحد ربما يؤدي الى الاتلاف والاتلاف غير مستحق فيفرق على الاعضاء كيلا يؤدي الى الاتلاف غير أنه لايضرب الوجه والفرج أما الفرج فلايحتمل الضرب والضرب على الفرج متلف وأما الوجه فلان النبى صلى الله عليه وسلم لما أمرهم برجم الغامدية أخذ حصاة كالحمصة ورماها بها ثم قال للناس ارموها واتقوا الوجه فلما منع من ضرب الوجه فى موضع كان الاتلاف مستحقا في موضع لم يستحق الاتلاف أولى ولان الوجه موضع الحواس ففى الضرب عليه اذهاب بعض الحواس عنه وهو استهلاك حكما وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى لايضرب الصدر والبطن أيضا لان الضرب عليهما متلف ﴿قال﴾ ولا يضرب الرأس فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول ثم رجع وقال يضرب الرأس أيضا ضربة واحدة وهو قول ابن أبى ليلى

لحديث أبي بكر رضى الله عنه فانه قال اضربوا الرأس فان الشيطان فى الرأس ﴿وحجتنا﴾ في ذلك حديث عمر رضي الله عنه فانه قال للجلاد اياك أن تضرب الرأس والفرج ولان الرأس موضع الحواس ففي الضرب عليه تفويت بعض الحواس ﴿قال﴾ ولا تجرد المرأة لاقامة الحد والتعزير عليها لانها عورة مستورة وكشف العورة حرام الا أنه ينزع عنها الحشو والفرو ليخلص الالم الى بدنها ولان ستر العورة يحصل بالملبوس عادة فلا حاجة الى ابقاء الحشو والفرو عليها ﴿قال﴾ وتضرب وهي قاعدة كاستر مايكون ويضرب الرجل قائما وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يضرب المرأة الحد وهي قائمة كالرجل ولكنا نأخذ بقول عمر رضى الله عنه حيث قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة ولان مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور ومبنى حالها على الستر ﴿قال﴾ فان كان حدها الرجم فان حفر لها فحسن وان ترك لم يضر وقد بيناه ﴿قال﴾ وان كانت حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية فانها لما أقرت انها حبلا من الزنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبي حتى تضعى حملك ولحديث معاذ رضى الله عنه حين هم برجم المغنية ان يكن لك عليها سبيل فلا سبيل لك على مافي بطنها وهو المعني لأن ماف بطنها نفس محترمة فان المخلوق من ماء الزنا له من الحرمة والعهد مالغيره ولم يوجد منه جناية ولو رجمت كان فيه اتلاف الولد ولو تركت هربت وليس للامام أن يضيع الحد بعدما ثبت عنده ببينة فيحبسها حتى تلد ثم ان كان حدها الرجم رجمها لأن اتلافها مستحق وانما تؤخر لحق الولد وقد انفصل الولد عنها وان كان حدها الجلد تؤخر الى أن تتعافى من نفاسها لأن النفساء في حكم المريضة والحدود فيما دون النفس لاتقام فى حالة المرض ولانه اذا انضم ألم الجلد الى ألم الولادة ربما يؤدي الى الاتلاف وهو غير مستحق فى هذه الحالة فتؤخر الى أن تتعافى من نفاسها ﴿قال﴾ وان شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها حبلت فمجرد قولها لايكون حجة فيما يؤخر الحد عنها كما لايكون حجة فى المسقط ولكن القاضى يريها النساء لان هذا شئ يطلع عليه النساء وما يشكل على القاضى فانما يرجع فيه الى من له بصر فى هذا الباب كما في قيم المتلفات والاصل فيه قوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون فان قلن هى حبلى حبسها الى سنتين فان لم تلد رجمها للتيقن بكذبهن فان الولد لايبقي أكثر من سنتين وان ادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هى كذلك درئ الحد عنها

لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولكن لا يقام الحد على الشهود بقول النساء وكذلك المجبوب اذا علم أنه مجبوب درئ الحد ولم يحد الشهود لان المجبوب لا يزنى ولا حد على قاذفه وهذا لان المقصود من اقامة الحد اظهار كذب القاذف ليندفع به العار عن المقذوف وكذبه ظاهر هنا وانما يلحق العار القاذف هنا دون عفة المقذوف وعند الشافعى رحمه الله تعالى قذف المجبوب كقذف غيره يوجب الجلد على القاذف بناء على أصله أن نفس القذف جريمة وفيما يرجع القاضى فيه الى قول النساء يكتفي بقول امرأة واحدة والمثنى أحوط وقد بينا هذا فى الطلاق ﴿قال﴾ واذا قال المسلم الزانى أنا عبد فشهد نصرانيان أن مولاه أعتقه منذ سنة وهو نصرانى عتق بشهادتهما ولكن يقام عليه حد العبيد لان شهادة النصرانى لا تكون حجة على المسلم فيجعل فيما يقام عليه وجود هذه الشهادة كعدمها بخلاف ما اذا شهد على ذلك رجل وامرأتان فان هذه الشهادة حجة على المسلم فيكون معتبرا فى اقامة الحد الكامل عليه وهذا الفرق الذي قررناه فى مسئلة الاحصان ﴿قال﴾ وان شهد أربعة نصارى على نصراني بالزنا فقضى عليه بالحد ثم أسلم قال أدرأ عنه الحد لان القاضى لا يتمكن من اقامة الحد الا بحجة وشهادة النصراني ليست بحجة على المسلم وقد بينا أن العارض من قبل اقامة الحد كالمقترن بالسبب وكذلك لو كان أقيم عليه بعضه وأسلم لا يقام عليه ما بقى وكذلك الشهادة على السرقة والقطع والقتل وهذا استحسان فى الحدود والقصاص وأما فى القياس فقد تم القضاء بما هو حجة ولا تأثير للاسلام بعد ذلك فى اسقاط ما لزمه من الحق عنه كالمال اذا قضى عليه بشهادة النصرانى فأسلم يستوفى منه وفى الاستحسان قال العقوبات تندرئ بالشبهات فيجعل المعترض قبل الاستيفاء شبهة مانعة كالمقترن بأصل السبب بخلاف الاموال فانها تثبت بالشبهات ثم المقصود في العقوبات الاستيفاء ولهذا لو رجع الشهود قبل الاستيفاء امتنع الاستيفاء بخلاف المال وقد بينا أن فى الحدود التى هى حق الله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء فما يعترض قبل الاستيفاء من اسلام المقضي عليه يجعل كالموجود قبل القضاء ثم ذكر مسئلة الشهادات أن شهادة الكفار بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت مللهم الا على قول ابن أبى ليلى قال لا تجيز شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى ﴿قال﴾ ولا تجوز شهادة الكافر المحدود فى القذف فان أسلم ثم شهد جازت شهادته لانه بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة قبل اقامة الحد وهذه العدالة لم

تصر مجروحة بخلاف العبد يقام عليه حد القذف ثم يعتق لانه بالعتق لم يستفد عدالة لم تكن موجودة وقت اقامة الحد فان العبد عدل في دينه وتمام بيان هذه الفصول في الشهادات ﴿قال﴾ أوبعة شهدوا على رجل بالزنا ثم أقروا عند القاضي أنهم شهدوا بالباطل فعليهم الحد لانهم اكذبوا أنفسهم بالرجوع عن الشهادة فان لم يحدهم القاضي حتى شهد أربعة أخر غيرهم على ذلك الرجل بالزنا جازت شهادتهم لظهور عدالتهم وأقيم الحد على المشهود عليه بشهادتهم لان شهادة الفريق الاول ورجوعهم في حق الفريق الثاني كالمعدوم ويدرأ عن الفريق الاول حد القذف لانه تبين بشهادة الفريق الثاني ان المشهود عليه زان وانهم صادقون في قذفه بالزنا ولانه تبين انه غير محصن وقذف غير المحصن لا يوجب الحد وأكثر ما في الباب ان الفريق الاول لم يعاينوا الزنا منه فحالهم كحال سائر الاجانب في قذفه والقاذف انما يستوجب الحد اذا لم يكن هناك أربعة يشهدون على المقذوف بالزنا ﴿قال﴾ واذا ثبت الزنا والسرقة على الكافر بشهادة المسلمين ثم أسلم أقيم عليه الحد لانه لو كان مسلما عند أداء الشهادة كانت هذه الشهادة حجة عليه فكذلك اذا اعترض اسلامه الا ان يكون العهد قد تقادم فحينئذ يدرأ عنه للشبهة كما لو كان مسلما حين شهدوا عليه ﴿قال﴾ رجل زني بامرأة مستكرهة فأفضاها فعليه الحد للزنا فان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية وان كانت لاتستمسك البول فعليه كمال الدية لانه أفسد عليها عضواً لا ثاني له في البدن وهو ما يستمسك به البول وفي ذلك كمال الدية وما يجب بالجناية ليس بدل المستوفي بالوطء حتى يقال لايجمع بينه وبين الحد بل هو بدل المتلف بالجناية وذلك غير المستوفي بالوطء فالمستوفي بالوطء مايملك بالنكاح والافضاء لايكون مستحقا بالنكاح وان طاوعته فعليها الحد وليس عليه ضمان الجناية لوجود الرضي منها فان اذنها فيما دون النفس معتبر في اسقاط الارش وكذلك ان كانت صبية يجامع مثلها الا أن رضاها هناك لا يعتبر في اسقاط الارش لانها ليست من أهل اسقاط حقها ﴿قال﴾ وان زنى بصبية لايجامع مثلها فأفضاها فلاحد عليه لان وجوب حد الزنا يعتمد كمال الفعل وكمال الفعل لا يتحقق بدون كمال المحل فقد تبين ان المحل لم يكن محلا لهذا الفعل حين أفضاها بخلاف ما اذا زنى بها ولم يفضها لانه تبين انها كانت محلا لذلك الفعل حين احتملت الجماع ولان الحد مشروع للزجر وانما يشرع الزجر فيما يميل الطبع اليه وطبع العقلاء لايميل الى وطء الصغيرة التي لاتشتهي ولا تحتمل الجماع فلهذا لاحد عليه ولكنه يعزر لارتكابه مالا يحل

له شرعا ثم ان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية والمهر اما ثلث الدية لجرح الجائفة والمهر للوطء فان الوطء في ملك الغير لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة لشبهة النقصان في الفعل فيجب المهر لانه يثبت مع الشبهة والوطء ليس الا ايلاج الفرج في الفرج وقد وجد ذلك منه ألا ترى أنه يجب المهر تارة بالعقد وتارة بالوطء ثم العقد على الصغيرة يوجب المهر فكذلك وطئها ان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لافساد العضو الذى كان استمساك البول به فانه لا ثاني له في البدن ولا مهر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى عليه مهر لوجود حقيقة الوطء منه فكما لا يدخل المهر في بعض الدية فكذا لا يدخل في جميع الدية لان وجوب الدية بالجناية على العاقلة مؤجلا والمهر في مال الجاني حالا فكيف يدخل احدهما في الآخر وهما يقولان الفعل واحد فاذا وجب به كمال بدل النفس يدخل فيه مادونه كما لو شج رجلا فذهب عقله أو سقط جميع شعره حتى وجب عليه كمال الدية دخل فيه ارش الموضحة وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم العتق وكذلك المتلف بالجناية وعند اتحاد المستوفى لا يجب أكثر من بدل النفس بخلاف ما اذا كان البول يستمسك فان الواجب هناك بعض بدل النفس فيجوز ان يجب المهر معه وهو نظير ما لو فقأ احدى عيني أمة انسان يضمن نصف قيمتها ولا يملك شيئاً من الجثة بخلاف ما اذا فقأ العينين وضمن كمال الدية فانه يملك الجثة ﴿قال﴾ واذا جامع صبية فافضاها ومثلها لا يجامع لم تحرم عليه أمها وابنتها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحرم استحسانا لوجود حقيقة الوطء بوجود إيلاج الفرج في الفرج والوطء علة لايجاب حرمة المصاهرة والدليل على ان الوطء جعل حكما أنه يتعلق به الاغتسال بنفس الايلاج من غير انزال ويجب به المهر وباب الحل والحرمة مبنى على الاحتياط فللاحتياط استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى وجه قولهما أن ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء ليس لعينه بل لانه حرث للولد ولهذا لا يثبت بوطء الميتة وبالوطء في الدبر وهذا الفعل ليس بحرث للولد لان الحرث لا يتحقق الا بمحل منبت بخلاف الاغتسال فان وجوبه باستطلاق وكاء المنى وذلك يتم بمعنى الحرارة واللين في المحل وبخلاف ما اذا كانت صغيرة يشتهى مثلها لان كون المحل منبتاً حقيقة لا يمكن الوقوف عليه فيقام السبب الظاهر وهو كونها مشتهاة مقامه ألا ترى أن هذا الفعل حلال شرعاً لمعنى الحرث

ثم يحل وطء الصغيرة التى تشتهى بالنكاح ولا يحل وطء الصغيرة التي لاتشتهى ومن قذف هذا الذى جامع هذه الصبية لاحد عليه لارتكابه وطءاً حراماً فان الوطء الحرام فى غير الملك مسقط للاحصان والصورة في ايراث الشبهة بمنزلة الحقيقة فى درء مايندرئ بالشبهات ﴿قال﴾ رجل زنى بامرأة فكسر فخذها فعليه الحد والارش فى ماله لانه بمنزلة العمد ولا تعقل العاقلة العمد وهو الجواب عن قول محمد رحمه الله فى مسئلة الافضاء بأن الواجب من الدية فى ماله هنا لان الفعل عمد فيستقيم ادخال المهر فيه ﴿قال﴾ واذا قال الشهود تعمدنا النظر الى الزانيين لم تبطل شهادتهم به لانهم قصدوا بهذا النظر صحة تحمل الشهادة لاقضاء الشهوة فانه لا يحل لهم أداء الشهادة ما لم يروا كالمرود فى المكحلة والنظر الى العورة عند الحاجة لايوجب الفسق وان تعمد ذلك ألا ترى ان القابلة تنظر و الختان والخافظة كذلك وكذلك لو قالوا رأينا ذلك ولم نتعمد النظر ﴿قال﴾ واذا ادعت المزنى بها انها صارت مفضاة لم يقبل قولها في ذلك ما لم يشهد الشهود على الافضاء وما لم يفسروا انهم رأوا ذلك لأنها تدعى الجناية الموجبة للارش وذلك لا يثبت الا بشهادة الشهود ﴿قال﴾ ومن أتى امرأة أجنبية فى دبرها فعليه الحد فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والتعزير فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك اللواط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي يوجب التعزير عليهما وعندهما يحدان حد الزنا يرجمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وفى قول آخر قال يقتلان على كل حال لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفى رواية ارجموا الاعلى والاسفل وتأويل ذلك عندنا في حق من استحل ذلك الفعل فانه يصير مرتداً فيقتل لذلك وهو تأويل الحديث الذى روى من أتى امرأته الحائض أو أتى امرأته فى غير مأتاها فقد كفر بما أنزل على محمد يعنى اذا استحل ذلك ﴿وحجتهما﴾ ان هذا الفعل زنا فيتعلق به حد الزنا بالنص فأما من حيث الاسم فلان الزنا فاحشة وهذا الفعل فاحشة بالنص قال الله تعالى أتأتون الفاحشة ومن حيث المعني ان الزنا فعل معنوي له غرض وهو ايلاج الفرج في الفرج على وجه محظور لاشبهة فيه لقصد سفح الماء وقد وجد ذلك كله فان القبل والدبر كل واحد منهما فرج يجب ستره شرعا وكل واحد منهما مشتهى طبعاً حتى ان من لايعرف الشرع لايفصل بينهما والمحل انما يصير مشتهي طبعا لمعنى الحرارة واللين وذلك لايختلف بالقبل والدبر ولهذا وجب

الاغتسال بنفس الايلاج فى الموضعين ولا شبهة فى تمحض الحرمة هنا لان المحل باعتبار الملك ويتصور هذا الفعل مملوكا فى القبل ولا يتصور في الدبر فكان تمحض الحرمة هنا أبين ومعنى سفح الماء هنا أبلغ منه فى القبل لان هناك المحل منبت فيتوهم ان يكون الفعل حرثا وان لم يقصد الزانى ذلك ولا توهم هنا فكان تضييع الماء هنا أبين وليس هذا الكلام على سبيل القياس فالحد بالقياس لا يثبت ولكن هذا ايجاب الحد بالنص وما كان اختلاف اسم المحل الا كاختلاف اسم الفاعل فان النص ورد بالحد فى حق ماعز رضي الله عنه فايجاب الحد على الغير بذلك الفعل لا يكون قياسا فكذلك هنا ورد النص بايجاب الحد على من باشر هذا الفعل في محل هو قبل فايجابه على المباشر فى محل هو دبر بعد ثبوت المساواة فى جميع المعاني لا يكون قياسا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا الفعل ليس بزنا لغة ألا ترى أنه ينفي عنه هذا الاسم باثبات غيره فيقال لاط وما زني وكذلك أهل اللغة فصلوا بينهما قال القائل

من كف ذات حر فى زي ذى ذكر   لها محبان لوطيّ وزناء

فقد غاير بينهما فى الاسم ولا بد من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد ولهذا لا يجب القطع على المختلس والمنتهب والذى ورد فى الحديث اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان مجاز لا تثبت حقيقة اللغة به والمراد فى حق الاثم ألا ترى أنه قال واذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان والمراد في حق الاثم دون الحد كما ان الله تعالى سمى هذا الفعل فاحشة فقد سمى كل كبيرة فاحشة فقال ولا تقربوا الفواحش ماظهر منها ومابطن ثم هذا الفعل دون الفعل فى القبل فى المعني الذى لأجله وجب حد الزنا من وجهين احدهما أن الحد مشروع زجراً وطبع كل واحد من الفاعلين يدعو الى الفعل فى القبل واذا آل الامر الى الدبر كان المفعول به ممتنعا من ذلك بطبعه فيتمكن النقصان في دعاء الطبع اليه والثانى أن حد الزنا مشروع صيانة للفراش فان الفعل فى القبل مفسد للفراش ويتخلق الولد من ذلك الماء لا والد له ليؤدبه فيصير ذلك جرما يفسد بسببه عالم واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله وولد الزنا شر الثلاثة واذا آل الامر الى الدبر ينعدم معني فساد الفراش ولا يجوز أن يجبر هذا النقصان بزيادة الحرمة من الوجه الذى قالا لان ذلك يكون مقايسة ولا مدخل لها فى الحدود ثم اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى هذه المسئلة فالمروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه انهما يحرقان بالنار وبه

أمر في السبعة الذين وجدوا على اللواطة وكان علي رضي الله عنه يقول يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول يعلى أعلى الاماكن من القرية ثم يلقى منكوساً فيتبع بالحجارة وهو قوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة الآية وكان ابن الزبير رضي الله عنه يقول يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اتفقت الصحابة رضي الله عنهم أنه لا يسلم لهما أنفسهما وانما اختلفوا في كيفية تغليظ عقوبتهما فأخذنا بقولهم فيما اتفقوا عليه ورجحنا قول علي رضي الله عنه بما يوجب عليهما من الحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول الصحابة اتفقوا على أن هذا الفعل ليس بزنا لانهم عرفوا نص الزنا ومع هذا اختلفوا في موجب هذا الفعل ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقا منهم أن هذا الفعل غير الزنا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا بقيت هذه جريمة لا عقوبة لها في الشرع مقدرة فيجب التعزير فيه يقينا وما وراء ذلك من السياسة موكول الى رأى الامام ان رأى شيئاً من ذلك في حق فله أن يفعله شرعا ﴿قال﴾ والناس أحرار في كل شئ الا في أربعة في الشهادة والعقل والحدود والقصاص يعني بالشهادة أن المشهود عليه اذا طعن في الشاهد أنه عبد فما لم يقم البينة على حريته لا يقضى بشهادته وبالعقل ان عاقلة القاتل خطأ اذا زعموا أنه عبد فما لم تقم البينة على حريته لا يعقلون جنايته وبالحدود اذا ادعى الزاني أنه عبد فما لم تقم البينة على حريته لا يقيم عليه حد الأحرار وبالقصاص اذا قطع يد حر أو عبد وزعم أنه عبد لا قصاص عليه فما لم تقم البينة علي حريته لا يقضي عليه بالقصاص وهذا لأن ثبوت الحرية لمجهول الحال باعتبار الظاهر وهو أن الدار دار الاسلام فالظاهر من حال كل من هو فيه الحرية أو باعتبار استصحاب الحال من حيث أن الناس أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين وهذا يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وشهادة الشاهد تثبت الاستحقاق وكذلك العاقلة تثبت استحقاق الدية عليهم وكذلك الحد والقصاص فالظاهر لهذا لا يكون حجة حتي تقوم البينة عليه وهو نظير اليد فانها حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته حتى انه باعتبار اليد في الجارية لا يستحق أولادها على الغير بخلاف ما اذا ثبت الملك فيها بالبينة فان قامت البينة في هذه الفصول على انه كان ملكا لفلان أعتقه وقضى القاضي بذلك ثم حضر المولى الغائب فأنكر ذلك فلا حاجة الى اعادة البينة عليه لأن هذه بينة قامت على خصم وهو المنكر

لحريته فانه خصم عن الغائب لاتصال حقه بحق الغائب فالقضاء به عليه يكون قضاء على الغائب ﴿ قال ﴾ واذا قضى القاضى بحد أو قصاص أو مال وأمضاه ثم قال قضيت بالجور وانا أعلم ذلك ضمنه فى ماله وعزر وعزل عن القضاء لانه فيما جار فيه ليس بقضاء بل هو اتلاف بغير حق انما قضاؤه على موافقة أمر الشرع والشرع لا يأمر بالجور وهو فيما يتلف بغير حق كغيره في ايجاب الضمان عليه فى ماله ويعزر لارتكابه مالا يحل له قصداً ويعزل عن القضاء لظهور خيانته فيما جعل أمينا فيه وفى هذا اللفظ دليل أن الصحيح من مذهب علمائنا أن القاضي لا ينعزل بالجور ولكن يستحق عزله لان الفسق عندنا لا يمنع صحة تقليده ابتداء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى بخلاف ماتقوله المعتزلة انه ينعزل بالجور وان تقليد الفاسق ابتداء لا يصح بناء على أصلهم ان بالفسق يخرج من الايمان لان اسم الفسق اسم ذم واسم الايمان اسم مدح فلا يجتمعان وهي معروفة من مذهبهم في القول بالمنزلة بين المنزلتين والشافعى رحمه الله يوافقهم فى انه ينعزل بناء على أصله ان بالفسق ينتقص ايمانه وان التقليد ممن قلده كان على ظن أداء الامانة فلا يبقى حكمه بعد الخيانة كما فى الوديعة يقول بالخلاف من طريق الفعل يبطل العقد وهذا كله عندنا باطل فان الولاة من الخلفاء والسلاطين والقضاة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم عن فسق وجور ففي القول بما قالوا يؤدي الى أن يكون الناس سدى لا والى لهم وأى قول أفحش من هذا وان ظهر أنه قضى بالجور وقد فعله خطأ لم يكن عليه غرمه لانه غير معصوم عن الخطأ والخطأ موضوع شرعاً قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به فكان هو قاضيا على موافقة أمر الشرع ظاهراً غير جان فيما فعل ولكن اذا تبين الخطأ أخذ المقضى له بغرم ذلك ان كان قضاؤه بحق العباد وان كان بحق الله تعالى فضمانه في بيت المال وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى القاضي اذا أخبر عن قضائه بشئ وأمر الناس برجم أو قتل بناء على قضائه فان كان عالما ورعا وسعهم أن يأخذوا بقوله من غير أن يستفسروه وان كان عالما غير ورع لم يسعهم ذلك مالم يستفسروا وكذلك لوكان ورعا غير عالم لان الورع الذي هو غير عالم قد يخطئ لجهله والعالم الذي ليس بورع قد يتعمد الجور ويميل الى الرشوة وأما اذا كان عالما ورعا فانهم يأمنون الخطأ لعلمه والجور لورعه فيسعهم الاخذ بقوله ﴿ قال ﴾ وليس للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ومملوكته عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك فى الحدود التى هي محض حق الله

تعالى

تعالى اذا عاين سببه من العبد أو أقر به بين يديه واذا ثبت بحجة البينة فله فيه قولان وفى حد القذف والقصاص له فيه وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما وان كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له ولاية اقامة الحد كما لا يثبت له ولاية اقامة الحد بتقليد القضاء والامامة واحتج بحديث عليّ رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا زنت أمة أحدكم فليحدها الى أن قال بعد الثالثة فليبعها ولو بظفير والجلد متى ذكر عند حكم الزنا يراد به الحد دون التعزير وقد ذكر في بعض الروايات فليجلدها الحد والمعنى فيه أن هذه عقوبة مشروعة للزجر والتطهير فيملك المولى اقامته بولاية الملك كالتعزير وتأثيره أنه اصلاح للملك لان ملكه يتعيب بارتكاب هذه الفواحش فما شرع للزجر عنها يكون اصلاحا لملكه بمنزلة التزويج وفى التطهير اصلاح ملكه أيضاً ألا ترى أن ما كان مشروعاللتطهير كالختان وصدقة الفطر يملكه المولى بولاية الملك وهذالانه من مملوكه ينزل منزلة السلطان من رعيته أوهو أقوى حتى تنفذ فيه تصرفاته ولو حلف لا يضربه فأمر غيره حتى ضربه حنث كالسلطان فى حق الرعية ولهذا قلنا اذا كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة لا يقيم الحد لانه بولاية السلطنة لا يقيم فكذلك بولاية الملك كما فى حق نفسه لما كان لا يقيم الحد على نفسه بولايته السلطنة لا يقيم بملكه نفسه ولان فى القول بأنه يقيم التعزير عليه دون الحد جمعا بين التعزير والحد بسبب فعل واحد لانه اذا علم بزناه عزره ثم رفعه الى الامام فيقيم عليه الحد ولا يجمع بينهما بسبب فعل واحد ﴿وحجتنا﴾ فيه قوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واستيفاء ما على المحصنات للامام خاصة فكذلك ما على الاماء من نصف ما على المحصنات وعن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم موقوفا ومرفوعا ضمن الامام أربعة وفي رواية أربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء والمعني فيه وهو أن هذا حق الله تعالى يستوفيه الامام بولاية شرعية فلا يشاركه غيره فى استيفائه كالخراج والجزية والصدقات وتأثيره ان بسبب الملك يثبت للمولى الولاية فيما هو من حقوق ملكه فأما حقوق الله تعالى استيفاؤها بطريق النيابة ألا ترى أن حق العبد لا يستوفيه الا هو أو نائبه والامام متعين للنيابة عن الشرع فأما المولى بولاية الملك لا يصير نائبا عن الشرع وهو كأجنبي آخر فى استيفائه بخلاف التعزير

فانه من حقوق الملك والمقصود به التأديب ألا ترى أنه قد يعزر من لا يخاطب بحقوق الله كالصبيان وهو نظير التأديب فى الدواب فانه من حقوق الملك وكذلك الختان فانه بمنزلة الخصى في الدواب لاصلاح الملك وكذلك صدقة الفطر فانها بمنزلة المؤن والنفقات فلما كان معني حق الملك مرجحا فى هذه الاشياء ملك المولى اقامته ألا ترى أنه لو كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة كان له اقامة التعزير دون الحد يوضحه أن فيما يثبت للمولى الولاية بسبب الملك هو مقدم على السلطان كالتزويج وبالاتفاق للامام ولاية اقامة هذا الحد شاء المولى أو أبى عرفنا أنه لا يثبت ولاية اقامته بسبب الملك ووجه آخر أن وجوب هذه الحدود باعتبار معني النفسية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد فى معنى النفسية مبقى على أصل الحرية ولهذا يصح اقراره على نفسه بهذه الاسباب ولا يصح اقرار المولى عليه بشيء من هذه الاشياء وولاية المولى عليه فيما يتصل بالمالية فأما فيما يتصل بالبدن كأجنبي آخر ألا ترى أن فى طلاق زوجته جعل المولى كأجنبي آخر بخلاف التعزير فذلك قد يستحق باعتبار المالية على ما بينا أنه نظير الضرب في الدواب والدليل عليه أنه لا يملك سماع البينة عليه ولو نزل منزلة السلطان لملك ذلك وانما يحنث فى اليمين بالضرب لاعتبار العرف وقوله أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم خطاب للائمة كقوله فاقطعوا خطاب للائمة وفائدة تخصيص المماليك أن لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم او المراد السبب والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشر تارة والى المسبب أخرى وهذا تأويل الحديث الآخر ان المراد به التعزير لان الجلد وان ذكر عند الزنا وانما أضيف الى من لم يتعين نائبا فى استيفاء حقوق الله تعالى فكان المراد التعزير ولا يبعد الجمع بين الحد والتعزير بسبب فعل واحد كالزانى فى نهار رمضان يعزر لتعمد الافطار ويحد للزنا وكما لو كان المولى مكاتباً يعزر مملوكه على الزنا ثم يرفعه الى الامام ليقيم عليه الحد ﴿ قال ﴾ واذا ادعى المشهود عليه بالزنا ان هذا الشاهد محدود في قذف وان عنده بينة بذلك أمهلته مابينه وبين أن يقوم القاضى من مجلسه من غير أن يخلى عنه لأنه أخبر بخبر متمثل فيتأنى فى ذلك ولكن على وجه لا يكون فيه تضييع الحد الذى ظهر سببه عنده فانه منهى عن ذلك شرعا مأمور بالاقامة والاحتيال للدرء فلهذا لا يخلى عنه ولكن يمهله الى آخر المجلس لأنه يتمكن من احضار شهود بيانه فى هذا المقدار فان جاء بالبينة والا أقام عليه الحد فان اقران

شهوده ليس بحضور في المصر وسأله أن يؤجله أياما لم يؤجله لأن الظاهر أنه كاذب فيما يقول ولو كان صادقا فليس على كل غائب يؤب والتأخير في المعنى كالتضييع فكما ليس له أن يضيع الحد فكذلك لا يؤخر اقامته بعد ماظهر سببه من غير حجة بخلاف الاول فليس هناك تأخير الحد لان مجلس الامام كحالة واحدة ولو لم يدع ذلك المشهود عليه كان للامام أن يؤخر الحد الى آخر المجلس لانه يجلس في المسجد وهو ممنوع من اقامة الحد فيها لحديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتقام الحدود في المساجد ولحديث حكيم بن حزام رضى الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حدولان تلويث المسجد حرام واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم واقامة الحد في المسجد ربما يؤدي الى التلويث فان أراد الامام ان يقام بين يديه فلا بد من أن يؤخره الى ان يقوم من مجلسه ويخرج من المسجد ليقام بين يديه فلهذا جوزنا له ذلك القدر من التأخير وان لم يدع المشهود عليه شيئاً ولكن ان أقام رجل البينة على بعض الشهود أنه قذفه فانه يحبسه ويسأل عن شهود القذف فاذا زكوا وزكى شهود الزنا بدئ بحد القذف ودرئ عنه حد الزنا لانه اجتمع عليه حدان وفي البداية باحدهما اسقاط الآخر فيبدأ بذلك احتيالا للدرء وبيانه أنه اذا بدأ بحد القذف صار شاهد الزنا محدوداً في القذف والمعترض في الشهود قبل اقامة الحد كالمقترن بالسبب وفيه درء حد الزنا من هذا الوجه وكذلك لو قذف رجل من شهود الزنا رجلا من المسلمين بين يدى القاضي فان حضر المقذوف وطالب بحده أقيم عليه حد القذف وسقط عنه حد الزنا فان لم يأت المقذوف ليطالب بحده يقام حد الزنا لان مجرد القذف عندنا لا يقدح في شهادته لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب ألا ترى أنه يتمكن من اثباته بالبينة وانما الذى يبطل شهادته اقامة الحد عليه ولا يكون الا بطلب المقذوف فاذا أقيم حد الزنا ثم جاء المقذوف وطلب حده يحد له أيضاً لانه لم يوجد منه مايسقط حقه فان تأخير الخصومة لا يسقط حد القذف وكذلك لو كان مكان الزاني سارق أو كانت الشهادة بشئ آخر من حقوق العباد وهذا القذف من الشاهد قبل قضاء القاضي بشهادته وماتقدم سواء يبدأ باقامة حد القذف فان أقاموا بطلت شهادته فلا يقضى بها فلو بدأ بقطع السارق أو بالقضاء بشهادته ثم أقام عليه حد القذف وسعه ذلك أيضاً لانه اعتمد في قضائه الحجة ﴿قال﴾ واذا ادعى المشهود عليه ان الشاهد آكل

ربا أو شارب خمر أو انه استؤجر على هذه الشهادة وجاء على ذلك ببينة لم تقبل بينته الا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فانه يقول هذا جرح في الشاهد فيمكن اثباته بالبينة كما لو ادعي أنه عبد أو محدود فى قذف والدليل عليه ان المشهود له لو أقر بهذا أو الشاهد أقر به امتنع القضاء بشهادته فكذلك اذا أثبته الخصم بالبينة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكنا نقول المشهود عليه بهذه البينة ليس يثبت شيئا انما ينفي شهادته والشهادة على النفي لا تقبل كما لو قامت البينة على رجل بالغصب أو بالقتل فى مكان فى يوم فأقام البينة على انه لم يحضر ذلك المكان فى ذلك اليوم لم تقبل هذه البينة وفي الكتاب أشار الى التهاتر فقال لو قبلت هذا لم تجز شهادة أحد فان المشهود عليه بذلك يأتى بالبينة على الذين شهدوا عليه انهم كذلك فهذا لا ينقطع بخلاف ما لو أقام البينة على انه عبد أو محدود في قذف فان ذلك اثبات وصف لازم فيه لان كونه محدوداً لازم مبطل لشهادته على التأبيد وقبول تلك البينة لا يؤدى الى التهاتر لأن القاضى يسألهم من حده وما لم يثبتوا أن قاضى بلدة كذا حده لم تقبل شهادتهم ومثل هذا لا يجده كل خصم وهذا مما يمكن اثباته بالبينة أيضا أن تكون الشهادة فى مال فيجيء بالبينة أن الشاهد شريك فيه قد ادعى شركته أو يقول أخذ مني كذا من المال رشوة لكيلا يشهد على الباطل فانه تقبل بينته على ذلك لانه يدعى استرداد ذلك المال فتقبل بينته لذلك ثم يظهر به فسق الشاهد ﴿قال﴾ فان أقام البينة أن الشاهد محدود فى قذف حده فلان قاضى بلد كذا وقال المشهود عليه أنا آتيك بالبينة على اقرار ذلك القاضى أنه لم يحدني أو على موته قبل ذلك الوقت الذي شهد هؤلاء انه حدني فيه لا يقبل ذلك منه لانه لا يثبت بهذا شيئا انما ينفي شهادة الذين شهدوا عليه وكذلك ان قال أنا آتى بالبينة أني كنت غائباً ذلك اليوم فى أرض كذا لم يقبل ذلك منه الا أن يجيء من ذلك بأمر مشهور فيقبل ذلك فى الحدود والقصاص والاموال وغير ذلك لان الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات واذا كان ذلك أمراً مشهوراً فالقاضي عالم بكذب الشهود واذا لم يجز له القضاء بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم أولى ﴿قال﴾ أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأراد الامام أن يحده فافترى رجل من الشهود على بعضهم فخاف المقذوف ان طالب بحقه فى القذف أن تبطل شهادتهم فلم يطالب قال تجوز شهادتهم على الزنا ويحد المشهود عليه وليست هذه شبهة لان القذف خبر فنفسه لا يكون جريمة وربما يكون حسنة اذا علم اصراره وله أربعة من الشهود

وانما الجريمة فى هتك ستر العفة واشاعة الفاحشة من غير فائدة فلا يظهر ذلك الا بعجزه عن اقامة أربعة من الشهداء وانما يتم ذلك باقامة الحد عليه فلهذا لا يكون مجرد القذف عندنا شبهة مانعة من القضاء بشهادته ﴿قال﴾ واذا حكم الحاكم بالرجم عليه ثم عزل قبل أن يرجمه وولى آخر لم يحكم عليه بذلك لان الاستيفاء فى الحدود من تتمة القضاء فهو كنفس القضاء فى سائر الحقوق واذا عزل القاضى بعد سماع البينة قبل القضاء في سائر الحقوق فليس الذى ولى بعده أن يقضى بتلك البينة قال وانما هذا مثل قاض قضى على رجل بالرجم ثم انه أتى به قاض آخر فقامت عليه البينة عند ذلك القاضى أن فلانا قضى عليه بالرجم فان القاضى لا ينفذ ذلك وكذلك كتاب القاضى الى القاضى في الحدود لا يكون حجة للعمل به فكذلك هنا ﴿قال﴾ وان شهد الشهود على رجل فقالوا نشهد أنه وطئ هذه المرأة ولم يقولوا زني بها فشهادتهم باطلة لان سبب الحد الزنا ولا يثبت بهذا اللفظ فالوطء قد يكون حراما وقد يكون حلالا بشبهة وغير شبهة والزنا نوع مخصوص من الوطء وباللفظ العام لا يثبت ما هو خاص وكذلك لو شهدوا أنه جامعها أو باضعها ولا حد على الشهود لتكامل عددهم ولأنهم ما صرحوا بنسبته الى الزنا ﴿قال﴾ واذا زني الذمى فقال عندى هذا حلال لم يدرأ عنه الحد لانا علمنا بكذبه فالزنا حرام فى الاديان كلها ولانا ما أعطيناه الذمة على استحلال الزنا بخلاف شرب الخمر فذلك معروف من أصل اعتقادهم فأما استحلال الزنا فسق منهم فيما يعتقدون كاستحلال الربا وقد بينا أنهم يمنعون من الربا ولا يعتبر استحلالهم لذلك فكذلك الزنا ﴿قال﴾ واذا شهد أربعة من أهل الذمه على ذمى أنه زنى بهذه المسلمة فشهادتهم باطلة لانه لا شهادة للذمى على المسلمة فكانوا قاذفين لها فيحدون حد القذف وتبطل شهادتهم على الرجل إما لاقامة حد القذف عليهم أولان الزنا لا يتصور بدون المحل ولم يثبت بشهادتهم كون المسلمة محلا لذلك ﴿قال﴾ رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه سواء كان عالما بذلك أو غير عالم فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولكنه يوجع عقوبة اذا كان عالما بذلك وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان عالما بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم وكل امرأة اذا كانت ذات زوج أو محرمة عليه علي التأبيد ﴿وحجتهما﴾ فى ذلك أن فعله هذا زنا قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم وكما فى قوله تعالى انه كان فاحشة والفاحشة اسم الزنا وفي حديث البراء بن عازب مر بى خالي أبو بردة بن نيار ومعه

لواء فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح منكوحة أبيه وامرني أن أقتله والدليل عليه أن العقد لا يتصور انعقاده بدون المحل ومحل النكاح هو الحل لانه مشروع لملك الحل فالمحرمية على التأبيد لا تكون محلا للحل واذا لم ينعقد العقد لا تحل له لانه لم يصادف محله فكان لغواً كما يلغو إضافة النكاح الى الذكور والبيع الى الميتة والدم والدليل عليه أن العقد المنعقد لو ارتفع بالطلاق قبل الدخول لم يبق شبهة مسقطة للحد فالذى لم ينعقد أصلا أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فمع الحكم ببطلان النكاح أسقط الحد به فهو دليل على أن صورة العقد مسقطة للحد وان كان باطلا شرعا واختلف عمر وعلى رضى الله عنهما في المعتدة اذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها الزوج فقال على رضى الله عنه المهر لها وقال عمر رضى الله عنه لبيت المال وهذا اتفاق منهما على سقوط الحد ولان هذا الفعل ليس بزنا لغة لما بينا ان أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد وهم لا يعرفون الحل والحرمة شرعا فعرفنا ان الوطء المترتب على عقد لا يكون زنا لغة فكذلك شرعا لان هذا الفعل كان حلالا في شريعة من قبلنا والزنا ما كان حلالا قط وكذلك أهل الذمة يقرون على هذا ولا يقرون علي الزنا بل يحدون عليه وكذلك لا ينسب أولادهم الى أولاد الزنا فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا وحد الزنا لا يجب بغير الزنا لانه لو وجب انما يجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد ثم هذا العقد مضاف الى محله في الجملة لان المرأة بصفة الأنوثة محل للنكاح ولكن امتنع ثبوت حكمه في حقه لما بين الحل والحرمة من المنافاة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد كما لو اشترى جارية بخمر فان الخمر ليس بمال عندنا ولكن لما كانت مالا في حق أهل الذمة جعل ذلك معتبراً في حق انعقاد العقد به فهذه هي التى محل في حق غيره من المسلمين لان يعتبر ذلك في ايراث الشبهة في حقه أولى والدليل عليه ملك اليمين فان من وطىء أمته التى هى أخته من الرضاع لا يلزمه الحد والنكاح فى كونه مشروعا للحل أقوى من ملك اليمين ثم ملك اليمين في محل لا يوجب الحل بحال يصير شبهة في إسقاط الحد فعقد النكاح أولى وشبهة العقد انما تعتبر بعد العقد لا بعد الرفع والطلاق رافع للعقد وقد بينا ان اسم الفاحشة لا تختص بالزنا بل هو اسم لجميع ماهو حرام قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ماظهر منها وما بطن وتأويل حديث أبي بردة

ابن نيار رحمه الله تعالى أن الرجل استحل ذلك الفعل فكان مرتداً ألا ترى أنه قال وامرني ان أخمس ماله ﴿ قال ﴾ رجل تزوج امرأة فزفت اليه أخرى فوطئها لا حد عليه لانه وطء بشبهة وفيه قضى عليّ رضى الله عنه بسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ولا حد على قاذفه أيضاً لانه وطئ وطءا حراما غير مملوك له وذلك مسقط احصانه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه به ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر فانما يبقي اعتبار الظاهر في إيراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد ﴿قال﴾ ولو فجر بامرأة فقال حسبتها امرأتى فعليه الحد لان الحسبان والظن ليس بدليل شرعى له أن يعتمده فى الاقدام على الوطء بخلاف الزفاف وخبر المخبر أنها امرأته فانه دليل يجوز اعتماده في الاقدام على الوطء فيكون مورثا شبهة ﴿ قال ﴾ رجل زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراءا فاسداً أو على أن للبائع خياراً فيه أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درئ الحد عنه لان ما ادعاه لو كان ثابتا لكان مسقطا للحد عنه فكذلك اذا ادعى ذلك كما لوادعى نكاحا أو شراء صحيحا وهذا لانه لوأقام علي ذلك شاهداً أو استحلف مولى الامة فأبى أن يحلف يدرأ الحد عنه لان انعقاد السبب مورث شبهة وان امتنع ثبوت الحكم لمانع فكذلك اذا قال لا بينة لى لانه متي آل الامر الى الخصومة والاستحلاف سقط حد الزنا وكذلك لو شهد عليه الشهود بالزنا وشهدوا أنه أقر بذلك فقال لست أملك الجارية ثم ادعى عند القاضى هبة أو بيعا درئ عنه الحد لما قلنا ﴿قال﴾ ومن وطئ جارية له شقص فيها لا حد عليه وان كان يعلم حرمتها عليه لان ملكه فيها كان مبيحا للوطء فوجود جزء منها يكون مسقطا للحد ألا ترى أنه لو جاءت بولد فادعي نسبه ثبت النسب منه وصارت هى أم ولد له فكيف يلزمه الحد بمثل هذا الفعل ولكن عليه حصة شريكه من العقر اذا لم تلد ﴿قال﴾ ومن أعتق أمة بينه وبين آخر وهو معسر فقضى عليها بالسعاية لشريكه فوطئها الشريك فلا حد عليه لانها بمنزلة المكاتبة وان كان المعتق موسراً فوقع عليها الآخر قبل أن يضمن شريكه فلا حد عليه لانه يملك نصفها ولو ضمن شريكه ثم وطئها المعتق فلا حد عليه لانه يستسعيها فيما ضمن فتكون كالمكاتبة له وان وطئها الشريك بعد ما ضمن شريكه فعليه الحد لانها مكاتبة غيره وزعم بعض المتأخرين أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما عندهما

يجب الحد على من وطئها المعتق والساكت فيه سواء بناء على أصلهما أن العتق لايتجزى ولكن الاصح أن هذا قولهم جميعا لان الاخبار متعارضة في تجزي العتق وبين الصحابة فيه اختلاف ظاهر فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد ولكن يسقط به احصان الواطئ حتى لايحد قاذفه لانه وطئ وطأ غير مملوك فان ثبوت ملك الواطئ باعتبار كمال ملك الرقبة وذلك غير موجود ﴿قال﴾ رجل طلق امرأته ثلاثا أو خالعها ثم وقع عليها في عدتها فان قال ظننت أنها تحل لى فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام فعليه الحد وفي الاصل أو طلقها واحدة بائنة والمراد الخلع فاما ما يكون بلفظ البينونة قد ذكر بعد هذا انه لاحد عليه على كل حال والمعنى أن بعد الخلع والطلقات الثلاث هي معتدة وبسبب العدة له عليها ملك اليد وقد بينا أن ملك اليد معتبر في الاشتباه فان اشتبه عليه سقط الحد والا فلا ﴿فان قيل﴾ بين الناس اختلاف ان من طلق امرأته ثلاثا جملة هل يقع الثلاث أم لا فينبغي أن يصير شبهة في اسقاط الحد ﴿قلنا﴾ هذا خلاف غير معتد به حتى لايسع القاضي ان يقضي به ولو قضى لاينفذ قضاؤه أرأيت لو وطئها بعد انقضاء العدة أكنا نسقط الحد بقول من يقول اذا طلقها ثلاثا جملة لايقع شئ وكذلك لو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة لانها معتدته عن فراش صحيح بعد زوال الملك كالمطلقة ثلاثا والمختلعة ولا حد على قاذفه في الوجهين لارتكابه وطأ حراما غير مملوك ﴿قال﴾ واذا حرمت المرأة على زوجها بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه مع أمها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام ففي القياس أنه يلزمه الحد لان ارتفاع النكاح بهذه الاسباب أبلغ منه بالخلع ألا ترى انها صارت محرمة على التأبيد ولكنه استحسن فدرأ عنه الحد لان العلماء يختلفون في عدتها ومنهم من يقول يتوقف زوال الملك بالردة على انقضاء العدة وكذلك يختلفون في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام ومن لا يثبت ذلك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحلال الحرام وهذا خلاف ظاهر لو قضي به القاضي نفذ قضاؤه فيصير شبهة في درء الحد وكذلك ان أبانها بقوله انت خلية أو برية أو بائن أو بتة أو حرام وقال أردت بذلك ثلاث تطليقات ثم جامعها ثم قال علمت انها على حرام فلا حد عليه لان بين الصحابة وأهل العلم رضى الله عنهم في هذا اختلاف ظاهر وكان عمر رضى الله عنه يقول هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة حكمية في درء الحد وكذلك لو قال أمرك بيدك فطلقت نفسها ثلاثا والزوج ينوي ذلك لان عمر وابن مسعود رضي الله عنهما قالا في

ذلك هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد عنهم والحاصل أن الشبهة الحكمية مسقطة فى حق من يعلم بالحرمة أولا يعلم كالأب اذا وطئ جارية ابنه وشبهة الاشتباه تكون معتبرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه ﴿قال﴾ وان شهد الشهود عليه أنه زنى بامرأة لم يعرفوها فلا حد عليه لان شهادتهم عليها غير معتبرة اذا لم يعرفوها والزنا من الرجل بدون المحل لا يتحقق ولان من الجائز أن تلك المرأة التي رأوها يفعل بها زوجته أو أمته فانهم لا يفصلون بين زوجته وأمته الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان قال المشهود عليه التي رأوها مني ليست لى بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا لأن الشهادة قد بطلت حين لم يبينوا الشهادة فهذه اللفظة منه ليس باقرار بالزنا ولو كان إقراراً فحد الزنا لا يقام بالاقرار مرة وان أقر بالزنا بامرأة غير معروفة فعليه الحد اذا أقر أربع مرات لان الانسان يعرف زوجته وأمته ويعلم أن فعله بها لا يكون زنا فلما أقر بالزنا فهذا تصريح منه بفعل الزنا فى محله وانه لا ملك له في تلك المرأة فيقام الحد عليه لذلك ﴿قال﴾ أربعة غير عدول شهدوا على رجل بالزنا فلا حد عليه ولا عليهم أما عليه فلان ظهور الزنا لا يكون الا بعد قبول شهادتهم وشهادة الفساق غير مقبولة لانا أمرنا فيها بالتوقف بالنص وأما عليهم فلا يقام الحد عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وهذا بناء على أن الفاسق له شهادة عندنا حتى أن القاضى لو قضى بشهادته نفذ قضاؤه فيكون كلامهم شهادة مانعة من وجوب الحد عليهم وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس للفاسق شهادة وهي مسئلة كتاب الشهادات وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا لان الله تعالى قال ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وهذا قد أتى بأربعة شهداء وان لم تكن شهادتهم مقبولة فلا يلزمه الحد لانعدام الشرط وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا شهادة لهم بل يجب الحد عليهم وعلى القاذف بقذفه وان كانوا عميانا أو محدودين فى قذف أو عبيدا حدوا جميعا لان العبيد لا شهادة لهم فكان كلامهم قذفا في الاصل والمحدود في القذف ليس له شهادة الاداء لان الشرع أبطل شهادته وحكم بكذبه والعميان لا شهادة لهم في الزنا لان الشهادة على الزنا لا تكون الا بعد الرؤية كالميل فى المكحلة وليس للأعمى هذه الآلة فكان كلامهم قذفا من الاصل ولو كان الشهود أربعة أحدهم زوج المشهود عليها بالزنا فهذه الشهادة تقبل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وقد بينا هذا فى باب اللعان فاذا كانت الثلاثة كفاراً والزوج

مسلما فلا شهادة للكفار على المسلمة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج امرأته لانه قذفها بالزنا وقذف الزوج موجب للعان ﴿ قال ﴾ وان جاء شهود الزنا فشهدوا به متفرقين فى مجالس مختلفة لم تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى تقبل شهادتهم ويقام الحد على المشهود عليه واعتبر هذا بالشهادة على سائر الحقوق فان اختلاف المجالس لايمنع العمل بالشهادة فى شئ من الحقوق وما يندرئ بالشبهات ومالا يندرئ بالشبهات فيه سواء فكذلك الزنا وهذا لان الثابت بالنص عدد الاربعة فى الشهود فاشتراط اتحاد المجلس يكون زيادة على النص ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ماروينا أن الثلاثة لما شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا بين يدي عمر رضى الله عنهما وامتنع زياد أقام الحد على الثلاثة ولم ينتظر مجيء رابع ليشهد عليه بالزنا فلو كان اختلاف المجلس غير مؤثر فى هذه الشهادة لانتظر مجيء رابع ليدرأ به الحد عن الثلاثة وفي الكتاب ذكر عن الشعبي رحمه الله تعالى قال لو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى حددتهم والمعنى فيه ان الشهادة على الزنا قذف فى الحقيقة ولكن بتكامل العدد يتغير حكمها فيصير حجة للحد فيخرج من أن يكون قذفا به وفي مثل هذا المغير يعتبر وجوده فى المجلس كالقبول مع الايجاب فان الايجاب ليس بعقد فاذا انضم اليه القبول يصير عقداً فيعتبر وجود القبول فى المجلس ليصير الايجاب به عقداً وهذا لان كلامهم من حيث أنه قذف مفترق ومن حيث أنه حجة كشيء واحد ولاتحاد المجلس تأثير في جمع ماتفرق من الكلام فاذا كان المجلس واحداً جعل كلامهم كشئ واحد بخلاف ما اذا تفرقت المجالس وان كانوا فى مقعد واحد على باب القاضى فقام الى القاضي واحد بعد واحد وشهدوا عليه بالزنا ففي القياس لاتقبل شهادتهم أيضاً وهو رواية عن محمد رحمه الله تعالي لان اتحاد المجلس بهذا لايحصل انما يحصل بأن يجلسوا جميعا بين يدى القاضي فيشهدوا واحدا بعد واحد ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة هنا لان الشهادات اجتمعت فى مجلس واحد وهذا من القاضى مبالغة فى الاحتياط لينظر انهم هل يتفقون على لفظ واحد اذا لم يسمع بعضهم كلام بعض فلا يوجب ذلك قدحاً فى شهادتهم فانالوا عتبرنا هذا القدر من التفرق وجب اعتبار تفرق الاداء وان جلسوا جميعا بين يدى القاضى ولا يتصور اداؤهم جملة لان القاضى لايتمكن من سماع كلام الجماعة وان قال اثنان زنى بها فى دار فلان آخر فقد بينا ان هذه الشهادة لاتقبل فى ايجاب الحد على المشهود عليه ولكن لا حد

على الشهود لاجتماع الاربعة على الشهادة بالزنا عليهما ﴿قال﴾ واذا شهد أربعة نصارى على نصرانيين بالزنا فقضى القاضي بشهادتهم ثم أسلم الرجل أو المرأة قال يبطل الحد عنهما جميعاً لما بينا ان الطارئ من اسلام أحدهما بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقارن للسبب ولان شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم فيصير ذلك شبهة فى حق الآخر فان أسلم الشهود بعد ذلك لم ينفع أعادوا الشهادة أو لم يعيدوها لان الحاكم ابطلها حين درأ الحد عنهما فلا يعمل بها بعد ذلك ﴿قال﴾ وان كانوا شهدوا على رجلين وامرأتين بالزنا فلما حكم الحاكم بذلك أسلم أحد الرجلين أو احدي المرأتين درئ الحد عن الذى أسلم وعن صاحبه ولا يدرأ عن الآخرين لانهم شهدوا على كل رجل وامرأة كأنهم تفردوا بالشهادة عليهما والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالزنا

﴿قال﴾ رضى الله عنه حد الزنا لا يقام بالاقرار الا بالاقرار أربع مرات فى أربعة مجالس عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يقام بالاقرار مرة واحدة وقال ابن ليلي رحمه الله تعالى يقام بالاقرار أربع مرات وان كان في مجلس واحد واحتج الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم أغديا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها وان الغامدية لما جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان بى حبلا من الزنا قال اذهبي حتى تضعى حملك ثم رجمها ولم يشترط الاقارير الاربعة واعتبر هذا الحق بسائر الحقوق فما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات يثبت بالاقرار الواحد وبهذا تبين أن الاقرار غير معتبر بالشهادة فى العدد فان فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الاقرار وكذلك فى هذا الموضع العدالة تعتبر فى الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذا الموضع المذكورة ولفظ الشهادة يعتبر فى الشهادة دون الاقرار وهذا لان زيادة طمأنينة القلب تحصل بزيادة العدد ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد وفى أحد الحكمين وهو سقوط الحد عن القاذف يعتبر عدد الاربعة فى الشهادة دون الاقرار فكذلك فى الحكم الآخر وابن أبى ليلى رحمه الله تعالى اعتبر الاقرار بالشهادة بعلة انه أحد حجتى الزنا ثم فى الشهادة المعتبر عدد الاربعة دون اختلاف المجالس فكذلك فى الاقرار ﴿وحجتنا﴾ فيه

حديث ماعز بن مالك رحمه الله تعالى فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فأعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر فقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك وفى رواية قال فى كل مرة وأن هذا للآخر فلما كان فى المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فبمن زنيت وفى رواية الآن شهدت على نفسك أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها أو لمستها بشهوة لعلك باشرتها فابي الا أن يقر بصريح الزنا فقال ابك خبل أبك جنون وفى رواية بعث الى أهله هل ينكرون من عقله شيئاً فقالوا لا فسأل عن احصانه فوجده محصنا فأمر برجمه فالنبي صلى الله عليه وسلم أعرض عنه فى المرة الاولى والثانية والثالثة وحكم بالرابعة ولو لم يكن العدد من شرطه لم يسعه الاعراض عنه على ماقاله صلى الله عليه وسلم لاينبغى لوال عنده حد من حدود الله الا يقيمه ألا ترى أنه فى المرة الرابعة لماتمت الحجة كيف لم يعرض عنه ولكنه قال الآن أقررت أربعا واشتغل بطلب مايدرأ عنه الحد فحين لم يجد ذلك اشتغل بالاقامة ولا يقال انما أعرض عنه لانه أحس به الجنون على ماروى أنه جاء أشعث أغبر ثائر الرأس واليه أشار في قوله أبك خبل ثم لما رأى اصراره على كلام واحد علم أنه ليس به جنون وهذا لانه قال الآن أقررت أربعا وفي هذا تنصيص أن الاعراض قبل هذا لعدم قيام الحجة وقد جاء تائبا مستسلما مؤثراً عقوبة الدنيا على الآخرة فكيف يكون هذا دليل جنونه وانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لطلب مايدرأ به عنه الحد كما لقن المقر الرجوع بقوله اسرقت ما أخاله سرق أسرقت قولي لا وانما كان أشعث أغبر لانه جاء من البادية وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا علامة الابرار فقال رب أشعث أغبر ذى طمرين لايؤبه به لو أقسم على الله لابره وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يستدل بهذا الحديث أيضاً ويقول المذكور عدد الاقادير دون اختلاف المجالس ولكنا نقول قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع وفي رواية قال اذهب ويلك فاستغفر الله فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضى حتى اذا غاب عن بصر القاضى في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس والذى روى انه أقر خمس مرات فانما يحمل ذلك على اقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا

كاقرار واحد وروى ان أبا بكر رضى الله عنه قال له أقررت ثلاث مرات ان أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى رواية قال اياك والرابعة فانها موجبة وعن بريدة الاسلمي قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث ان ماعزا لو جلس في بيته بعد ماأقر ثلاثا مابعث رسول الله صلى الله عليه وسلم اليه من يرجمه فدل على ان اشتراط عدد الاقارير كان معروفا فيما بينهم وان المراد من قوله فان اعترفت فارجمها الاعتراف المعروف فى الزنا وهو أربع مرات والصحيح من حديث الغامدية انها أقرت أربع مرات هكذا ذكر الطحاوى رحمه الله تعالى الا ان الاقارير منها كانت فى أوقات مختلفة قبل الوضع وبعد الوضع وبعد ماطهرت من نفاسها وبعد مافطمت ولدها ولهذا لم تتفق الرواية على نقل الاقارير الاربعة في حديثها والذى روى انها قالت اتريد ان تردنى كما رددت ماعزا لايكاد يصح لان ترديد ماعز كان حكما شرعياً فلا يظن بها انها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما هو حكم شرعى واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيها من التغليظ مالم يظهر فى سائر الاشياء من ذلك ان النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وموجب للعان اذا حصل من الزوج فى زوجته بخلاف سائر الافعال ويشترط فى احدي الحجتين من العدد مالا يشترط فى سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الاقرار الا ان العدد فى الشهادة يثبت حقيقة وحكما بدون اختلاف المجالس ولا يثبت فى الاقرار حكما الاباختلاف المجالس لان الكلام اذا تكرر من واحد فى مجلس واحد بطريق الاخبار يجعل ككلام واحد وانما يتحقق معنى التغليظ باشتراط العدد فى الاقرار الموجب للحد لافي الاقرار المسقط للحد عن القاذف ألا ترى ان التصريح بلفظ الزنا يعتبر في الاقرار الموجب للحد دون المسقط وكذلك عدد الاربعة بالشهود حتى اذا قذف امرأة بالزنا فشهد عليها شاهدان أنها اكرهت علي الزنا سقط الحد عن القاذف اذا عرفنا هذا فنقول ينبغى للامام أن يرد المعترف بالزنا فى المرة الاولى والثانية والثالثة لحديث عمر رضى الله عنه قال اطردوا المعترفين بالزنا فاذا عاد الرابعة فاقر عنده سأله عن الزنا ماهو وكيف هو وبمن زنى وأين زنى لما بينا في الشهادة الا ان فى الاقرار لايسأله متى زنا لان حد الزنا يقام بالاقرار بعد التقادم وانما لايقام بالبينة فلهذا يسأل الشهود متى زنى ولا يسأل المقر عن ذلك فاذا وصفه وأثبته قال له فلعلك تزوجتها أو وطئتها

بشبهة وهذا في معنى تلقين الرجوع والامام مندوب اليه وهو نظير ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز لعلك قبلتها فان قال لانظر في عقله وسأل أهله عن ذلك كمافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ماعز وهذا لان الاقرار من المجنون والمعتوه هدر والعقل ليس بمعاين فلا بد للامام من ان يتأمل فى ذلك فاذا علم انه صحيح العقل يسأل عن الاحصان لان مايلزمه من العقوبة يختلف باحصانه وعدم احصانه وسأله عن ذلك فعسى يقربه ولا يطول الامر على القاضى فى طلب البينة على احصانه فاذاقال أحصنت استفسره في ذلك لان اسم الاحصان ينطلق على خصال وربما لا يعرف المقر بعضها فيسأله لهذا فاذا فسره أمر برجمه فاذا رجم غسل وكفن وحنط وصلى عليه لانه مقتول بحق فيصنع به ما يصنع بالموتى وقد سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه فقال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم زاد فى رواية ولقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الحجاز لو سعتهم وفى رواية على أهل الارض وقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة وروى أن رجلين من الصحابة قالا فيما بينهما ما ركنت نفسه حتي جاء واعترف فقتل كما يقتل الكلاب فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكت حتى مروا بحمارميت فقال للرجلين انزلا فكلا فقالا انها ميتة فقال تناولكما من عرض أخيكما أعظم من ذلك ﴿قال﴾ فان أمر برجمه فرجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا يدرأ عنه الحد برجوعه وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى واعتبر هذا الاقرار بسائر الحقوق مما لايندرئ بالشبهات أو يندرئ بالشبهات كالقصاص وحدالقذف فالرجوع عن الاقرار باطل فى هذا كله ﴿وحجتنا﴾ فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع فلولم يصح رجوعه لما لقنه ذلك فقد روينا أن ماعزاً رضى الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجوه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هلا خليتم سبيله ولان الرجوع بعد الاقرار انما لايصح فى حقوق العباد لوجود خصم يصدقه فى الاقرار ويكذبه فى الرجوع وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالي فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة ﴿قال﴾ واذا أقر أربع مرات في أربعة مجالس وأنكر الاحصان وشهد الشهود عليه بالاحصان يرجم لان الثابت بالبينة أقوي من الثابت بالاقرار ولايجعل انكاره للاحصان رجوعا منه عن

الاقرار بالزنا لانه مصر على الاقرار بالزنا والتزام العقوبة مع انكار الاحصان وانما أنكر الاحصان وقد ثبت بالبينة ولو أقر بالاحصان بعد انكاره كان يرجم فكذلك اذا ثبت بالبينة ﴿قال﴾ فان كانت المرأة التى أقر أنه زنى بها غائبة فالقياس أن لا يحد الرجل لانها لو حضرت ربما ادعت شبهة نكاح مسقطة للحد عنها فلا يقام الحد في موضع الشبهة وقيل هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قياس مسألة السرقة اذا قال سرقت أنا وفلان مال فلان وفى الاستحسان يقام عليه الحد لحديث ماعز رضى الله تعالى عنه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحضر المرأة التى أقر انه زنى بها ولكن أمر برجمه وفي حديث العسيف أوجب الجلد على ابن الرجل ثم قال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فدل ان حضور المرأة ليس بشرط وهذا لان ما من شبهة تدعيها اذا حضرت فالرجل متمكن من أن يدعى ذلك وتوهم ان تحضر فتدعى الشبهة كتوهم ان يرجع المقر عن اقراره فكما لا يمتنع اقامة الحد على المقر لتوهم ان يرجع عنه فكذلك هذا وان جاءت المرأة بعد ما حد الرجل فادعت النكاح وطلبت المهر لم يكن لها المهر لان القاضى حكم بان فعله كان زنا بها حين أقام عليه الحد والزنا لا يوجب المهر وهي تدعى ابطال حكم الحاكم بقولها ﴿قال﴾ أربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة فلا حد عليه لعدم الحجة فان الحجة الاقارير الاربعة أو شهادة أربعة عدول ولا يقال اقراره مرة واحدة تعديل منه للشهود وتصديق لهم فينبغي ان يلتحقوا بالعدول فى هذه الحادثة لان القاضي لا يقضى بشهادة الفساق وان رضي به الخصم فان التوقف في خبر الفاسق واجب بالنص فلا يتغير ذلك باقراره ثم اقراره مانع من القضاء بالشهادة لان الشهادة تكون حجة على المنكر دون المقر الا انه اذا كان الشهود عدولا يجعل الاقرار الواحد كالمعدوم لما لم يتبين به سبب الحد فيتبين ذلك بالبينة وان كان الشهود عدولا لم يذكر فى الاصل وذكر في غير رواية الاصول انه لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الشهادة قد بطلت باقراره لكونه حجة على المنكر لا على المقر وعند محمد رحمه الله تعالى يحد لان الشهود عدول فاستغني عن اقراره فبطل الاقرار ولا يوجد ذلك في شهادة الفاسق ﴿فان قيل﴾ فبالاقرار الواحد اذا لم يثبت الحد يثبت الوطء الموجب للمهر فينبغي أن لا يعتبر ذلك وان كرر الاقرار لانه قصد بذلك اسقاط المهر عن نفسه فيكون متهما وهو نظير ما قلتم فى الاستدلال على قول أبي يوسف فى السرقة

أنه اذا لم يثبت الحد فبالاقرار الواحد يجب الضمان فلا يعتبر اقراره بعد ذلك في اسقاط الضمان وهذا لان حكم اقراره بالزنا مراعى من حيث أن الزنا غير موجب للمهر فان تم عدد الاربعة تبين أنه لم يكن موجبا للمهر وان لم يتم كان موجبا للمهر كما أنه بعد تمام الاقرار ان رجع تبين أن الواجب لم يكن عليه الحد بخلاف السرقة فان نفس الاخذ موجب للضمان وانما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى على مانبينه ﴿ قال ﴾ واذا وطئ الرجل جارية ولده وقال علمت أنها علي حرام لايحد للشبهة الحكمية التي تمكنت في الموطوءة بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وكيف يجب الحد ولوجاءت بولد فادعاه ثبت النسب وصارت أم ولد له وان وطئ جارية أحد أبويه أو امرأته فان اتفقا على أنهما كانا يعلمان بحرمة الفعل فعليهما الحد لانه لاشبهة هنا في المحل وانما الشبهة من حيث الاشتباه فلا يكون معتبرا اذا لم يشتبه فأما اذا قال الواطئ ظننت أنها تحل لي أو قالت الجارية ظننت أنه يحل لي لاحد علي واحد منهما لان شبهة الاشتباه عند الاشتباه معتبر بالشبهة الحكمية ودعوي الشبهة الحكمية من أحدهما يسقط الحد عنهما فكذلك شبهة الاشتباه وحكى عن ابن أبي ليلى انه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له أوطأتها قال نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه أحدها ان باقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا والثاني وهو ان القاضي ليس له أن يطلب الاقرار في هذا الباب بقوله أفعلت بل هو مندوب الى تلقين الرجوع والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد مالم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل ﴿ قال ﴾ ولو وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي فعليه الحد لان هذا ليس بموضع الاشتباه وان كل واحد منهما في حكم الملك كالاجنبي ﴿ قال ﴾ في الاصل ولم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع ثم أجاب وقال ألا ترى أنه لو زنى بأخته وعمته حددته ولو سرق من واحدة منهما لم أقطعه وانما أشار بهذا الى أن في حد السرقة لا بد من هتك الحرز والاحراز لا يتم في حق ذي الرحم المحرم لان بعضهم يدخل بيت بعض من غير استئذان وحشمة بخلاف حد الزنا ﴿ قال ﴾ وان وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه ولد الولد لان صحة الاستيلاد تنبني على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الاب ولكن

ان

ان أقربه ولدالولدعتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولاشئ على الجد من قيمة الامة لانه لم تملكها وعليه العقر لان الوطء قد ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهو البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا ان العلوق كان فى حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الاب أو كذبه لان العلوق به انما حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب بمنزلة الاب فى الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على زنا قديم لم أحد بشهادتهم المشهود عليه وقد بينا هذا ولم أحدهم أيضا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وان أقر بزنا قديم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجه البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضاً مندوب الي الستر على نفسه قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال ومن أبدي لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وهذا قد أبدى صفحته باقراره وان كان تقادم العهد والمعنى فيه أن التهمة تنتفي عن اقراره وان كان بعد تقادم العهد فان الانسان لا يعادى نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره بل انما يحمله على ذلك الندم وايثار عقوبة الدنيا على الآخرة بخلاف الشهادة فبتقادم العهد هناك تتمكن التهمة من حيث أن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعد ما اختاروا الستر عليه وهنا كان اصراره يمنعه عن الاقرار ثم الندم والتوبة حمله على الاقرار بعد تقادم العهد ﴿قال﴾ والذمى والعبد فى الاقرار بالزنا كالحر المسلم وأما الذمى فحرمة الزنا ثابت فى حقه كما هو ثابت فى حق المسلم واقراره ملزم أيضاً كاقرار المسلم فأما العبد فاقراره بالزنا يصح عندنا موجبا للحد عليه مأذونا كان أو محجوراً وعند زفر رحمه الله تعالى لا يصح لان نفسه مملوكة للمولى وبهذا الاقرار يتضرر المولى من حيث أنه تنتقص ماليته باقامة الحد عليه ولهذا لا يصح اقراره على نفسه بالمال اذا كان محجوراً فكذلك بالحد ولكنا نقول ما لا يملكه المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كطلاق زوجته بخلاف الاقرار بالمال فان المولى يملكه عليه ثم وجوب الحد على العبد باعتبار أنه نفس مخاطبة وفيما يرجع الى ذلك هو كالحر ولانه غير متهم بالاقرار على

نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولان ما يلحقه من الضرر في ذلك فوق ما يلحق المولى فلانتفاء التهمة حكمنا بصحة اقراره بخلاف الاقرار بالمال ﴿ قال ﴾ ولا يؤخذ الاخرس بحد الزنا ولا بشيء من الحدود وان أقر به باشارة أو كتابة أو شهدت به عليه شهود وعند الشافعي رحمه الله تعالى يؤخذ بذلك لانه نفس مخاطبة فهو كالاعمى أو أقطع اليدين أو الرجلين ولكنا نقول اذا أقر به بالاشارة فالاشارة بدل عن العبارة والحد لا يقام بالبدل ولانه لا بد من التصريح بلفظة الزنا فى الاقرار وذلك لا يوجد في اشارة الاخرس انما الذي يفهم من اشارته الوطء فلو أقر الناطق بهذه العبارة لا يلزمه الحد فكذلك الاخرس وكذلك ان كتب به لان الكتابة تترددوالكتابة قائمة مقام العبارة والحد لا يقام بمثله وكذلك ان شهدت الشهود عليه بذلك لانه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة تدرأ الحد وليس كل ما يكون فى نفسه يقدر على اظهاره بالاشارة فلو اقمنا عليه كان اقامة الحد مع تمكن الشبهة ولا يوجد مثله فى الاعمى والاقطع لتمكنه من اظهار دعوى الشبهة والذي يجن ويفيق في حال افاقته كغيره من الاصحاء يلزمه الحد بالزنا فى هذه الحالة سواء أقر به أو شهد عليه الشهود وان قال زنيت في حال جنوني لم يحد لانه أضاف الاقرار الى حالة معهودة وهو ليس بأهل لالتزام العقوبة فى تلك الحالة لكونه مرفوع القلم عنه فهو كالبالغ اذا قال زنيت وأنا صبي وكذلك الذي أسلم اذا أقر أنه كان يزني في دار الحرب لانه أضاف الاقرار الى حالة تنافى التزام العقوبة بالزنا فى تلك الحالة فانه لم يكن تحت ولاية الامام ولا كان ملتزما حكم الاسلام ﴿قال﴾ وان أقر المجبوب بالزنا لا يحد لانا نتيقن بكذبه فالمجبوب ليس له آلة الزنا فالتيقن بكذبه أكثر تأثيراً من رجوعه عن الاقرار ﴿ قال ﴾ وان أقر الخصى بالزنا أو شهدت به عليه الشهود حد لان للخصى آلة الزنا وانما ينعدم بالخصى الانزال وذلك غير معتبر فى اتمام فعل الزنا فيلزمه من الحد مايلزم الفحل وان قال العبد بعد عتقه زنيت وانا عبد لزمه حد العبيد لانه مصدق في اضافة الاقرار الى حالة الرق لكونها حالة معهودة فيه ثم الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ولو عايناه زنى فى حالة رقه ثم عتق كان عليه حد العبيد فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا أقر الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت كذب مازنى بى ولا أعرفه لم يحد الرجل فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحد لحديث سهل بن سعد ان رجلا أقر بالزنا بامرأة وأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن الزنا

فعلان من الزانيين وفعل كل واحد منهما يظهر باقراره موجباً للحد عليه فانكارها لا يؤثر في اقراره وأكثر مافيه أنه يمتنع بانكارها ظهور الزنا فى حقها وذلك لايمنع وجوب الحد على الرجل كما لوكانت حاضرة ساكتة أو غائبة وكما لو قالت زنا بى مستكرهة يجب الحد عليه وان لم يجب عليها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل الزنا من الرجل لايتصور بدون المحل وبانكارها قد انتفي في جانبها فينتفى فى جانبه أيضاً ألا ترى أنه لو انتفى صفة الزنا في جانبها بدعوي النكاح سقط الحد عنهما فاذا انتفي أصل الفعل أولى وهذا لان القاضي لايتمكن من القضاء عليه بالزنا بها مع انكارها ألا ترى انها تبقى محصنة لايتمكن من القضاء عليه بالزنا بغيرها لانه لم يقر بذلك وبدون القضاء بالزنا لايتمكن من اقامة الحد وفي الغائبة قياس استحسان والفصل المستحسن لايدخل على طريقة القياس ثم بغيبتها واستكراهها لاينتفي الفعل فى جانبها وبانكارها ينتفى ألا تري أن من أقر لانسان بشيء وكذبه بطل اقراره حتى لوصدقه بعد ذلك لم يصح ولوكان غائباً أو حاضراً ساكتا لم يبطل به الاقرار حتى اذا صدقه عمل بتصديقه وهذا بخلاف مااذا قالت زنى بي مستكرهة لان المحلية وأصل الفعل هنالك قدظهر فى حقها ولهذا سقط احصانها به وحديث سهل بن سعد قد ضعفه أهل الحديث ثم تأويل الحديث أنها أنكرت وطالبته بحد القذف فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقذفه اياها بالزنا لاباقراره بالزنا على نفسه وعلى هذا لوأقرت امرأة أنه زنى بها فلان أربع مرات وأنكر الرجل فهو على الخلاف الذى بينا فى اقامة الحد عليها وكلام أبي حنيفة رحمه الله تعالى هنا أظهر لان المباشر للفعل هو الرجل فلا يثبت أصل الفعل مع انكاره وان قال الرجل صدقت حدت المرأة ولم يحد الرجل لانه بالتصديق صار مقرا بالزنا مرة واحدة وقد بينا ان بالاقرار الواحد لايقام الحد ﴿قال﴾ الحربى المستأمن فى دارنا اذا أقر بالزنا أربع مرات لايقام عليه الحد وقد بينا الخلاف فى هذا فى البينة فكذلك فى الاقرار وعلل فى الاصل فقال بأنه لا يؤخذ منه الخراج ومعناه ان الجزية تؤخذ من أهل الذمة حقا لله تعالى ثم لا تؤخذ من المستأمن عرفنا انه لايجرى عليه ما هو خالص حق الله تعالى ﴿قال﴾ واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فزنى هنالك بمسلمة أو ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فأقر به لم يحد وهذا عندنا وقال الشافعى يحد لان المسلم ملتزم لاحكام الاسلام حيث ما كان ومن أحكام الاسلام وجوب الحد على الزانى ولكنا نستدل بقوله صلي الله عليه وسلم لا تقام الحدود

في دار الحرب والمعنى فيه ان الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء وقد انعدم المستوفى لانه لا يملك اقامة الحد على نفسه وليس للامام ولاية على من فى دار الحرب ليقيم عليه الحد فامتنع الوجوب لانعدام المستوفى واذا لم يجب عليه حين باشر السبب لا يجب بعد ذلك وان خرج الى دارنا ﴿ قال ﴾ وكذلك سرية من المسلمين دخلت في دار الحرب فزنى رجل منهم هناك أو كانوا عسكراً لان أمير العسكر والسرية انما فوض اليه تدبير الحرب وما فوض اليه اقامة الحدود وأما اذا كان الخليفة غزا بنفسه أو كان أمير مصر يقيم الحدود على أهله فاذا غزا بجنده فانه يقيم الحدود والقصاص فى دار الحرب لان أهل جنده تحت ولايته فمن ارتكب منهم منكراً موجبا للعقوبة يقيم عليه العقوبة كما يقيمها فى دار الاسلام هذا اذا زنى فى المعسكر وأما اذا دخل دار الحرب وفعل ذلك خارجا من المعسكر لا يقيم عليه الحد بمنزلة المستأمن في دار الحرب ﴿قال﴾ ولا حد على من زنى أو شرب الخمر فى معسكر أهل البغي منهم ولا من كان تاجراً من أهل العدل وأسرائهم فيه لان يد امام أهل العدل لا تصل اليهم لمنعة أهل البغي وولايته في الاستيفاء منقطعة لقصور يده وقد بينا أن الوجوب للاستيفاء فاذا انعدم المستوفى امتنع الوجوب كما لو فعل ذلك فى دار الحرب وان كان خروجه من دار الحرب أو من عسكر أهل البغى بعد تطاول المدة فلا اشكال فى أنه يدرأ العقوبة اذا تطاولت المدة فى حد الشرب سواء ثبت بالاقرار أو بالبينة وفي حد الزنا اذا ثبت بالبينة ﴿ قال ﴾ ويقام الحد على العبد اذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وان كان مولاه غائبا وكذلك القطع والقصاص لان الوجوب عليه باعتبار النفسية فى محل لا حق للمولى فيه فان حق المولى فى المالية وقد بينا أنه في حكم النفسية هو والحر سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين حجة البينة والاقرار باعتبار ان للمولى حق الطعن فى البينة دون الاقرار وان الاقرار موجب للحق بنفسه والبينة لا توجب الا بالقضاء وقد قررناه في الآبق ﴿قال﴾ واذا وجب على المريض حد من الحدود فى زنا أو شرب أو سرقة حبس حتى يبرأ لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر عليا رضى الله عنه باقامة حد على أمة فرأى بها أثر الدم فرجع ولم يقم عليها ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يحمل هذا على أن أثر الدم بها كان نفاسا لا حيضا لان الحائض بمنزلة الصحيحة فى اقامة الحد عليها والنفساء بمنزلة المريضة ولانه لو أقام الحد على المريض ربما ينضم الم الجلد

الى ألم المرض فيؤدى الى الاتلاف والحد انما يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفا والذى روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اقام الحد على مريض تأويله انه وقع اليأس عن برئه واستحكم ذلك المرض على وجه يخاف منه التلف وعندنا فى مثل هذا يقام عليه الحد تطهيراً وهذا اذا لم يكن الحد رجما فاما الرجم يقام على المريض لان اتلاف نفسه هناك مستحق فلايمتنع اقامته بسبب المرض ﴿قال﴾ رجل ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل فانه يبدأ بالقصاص فى الفقء لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم فى الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله تعالى يتعالى عن ذلك ثم اذا برئ من ذلك أخرجه وأقام عليه حد القذف لانه مشوب بحق العباد فيقدم فى الاستيفاء على ماهو محض حق الله تعالى وهذا لان المقصود من اقامة حد القذف دفع العار عن المقذوف فلهذا يبدأ به قبل حد الزنا والشرب واذا برئ من ذلك فهو بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بدأ بحد السرقة لان كل واحد منهما محض حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلي ويجعل حد شرب الخمر آخرها لانه أضعف من حيث أنه لا يتلى في القرآن وقد بينا ذلك وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر لانه ان والى اقامة هذه الحدود ربما يؤدي الى الاتلاف وقد بينا أنه مأمور باقامة الحد علي وجه يكون زاجراً لامتلفا ولكنه يحبس لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من اقامة الحد الآخر عليه ويصير مضيعا للحد والامام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده وان كان محصناً اقتص منه في العين وضربه حد القذف لمافيهما من حق العباد ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ماسوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم والمعنى فيه ان فى الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد فلهذا رجمه ودرأ عنه ماسوى ذلك الا أنه يضمنه السرقة لان الضمان قد وجب عليه بالأخذ وانما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقا لله ولم يوجد ذلك فلهذا يضمنه السرقة ويأمر بايفائها من تركته ﴿قال﴾ ولايقام حد فى المسجد ولا قود ولاتعزير لما فيه من وهم تلويث المسجد ولان المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت في المسجد بقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع

أصواتكم ولكن القاضي يخرج من المسجد اذا أراد اقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث الغامدية أو يبعث أمينا ليقام بحضرته كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ماعز ﴿ قال ﴾ واذا زنى الرجل مرات أو قذف مرات أو سرق مرات أو شرب مرات لايقام عليه الا حد واحد لان مبنى الحدود على التداخل لما أن المقصود بها الزجر وذلك يحصل بحد واحد ولان المقصود اظهار كذب القاذف لدفع العار عن المقذوف وذلك يحصل باقامة حد واحد ولان المغلب فى حد القذف حق الله تعالى عندنا على مابينه في بابه ﴿قال﴾ وليس على واطئ البهيمة حد عندنا ولكنه يعزر ومن الناس من أوجب عليه الحد لحديث روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه ولكن الحديث شاذ لايثبت الحد بمثله ولو ثبت فتأويله في حق من استحل ذلك الفعل ثم ليس لفرج البهيمة حكم الفرج حتى لايجب ستره والايلاج فيه بمنزلة الايلاج فى كوز أو كوة ولهذا قلنا أنه لاتنتقض طهارته بنفس الايلاج من غير انزال ولان الحد مشروع للزجر ولا يميل طبع العقلاء الى اتيان البهيمة فانها ليست بمشتهاة فى حق بني آدم وقضاء الشهوة يكون من غلبة الشبق أوفرط السفه كما يحصل قضاء الشهوة بالكف والالية ولكنه يعزر لارتكابه مالا يحل ﴿قال﴾ في الاصل بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فلم يحده وأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وتأويله أنه فعل ذلك كيلا يعير الرجل به اذا كانت البهيمة باقية ﴿ قال ﴾ ولو قذف قاذف رجلا باتيان البهيمة فلا حد عليه لان القاذف انما يستوجب الحد اذا نسبه الى فعل يلزمه الحد بمباشرته وذلك غير موجود هنا ألا ترى أنه لوقذفه بوطء الميتة أو تقبيل الحرام لايجب الحد فكذلك اذا قذفه باتيان البهيمة ﴿قال﴾ وان قذفه بعمل قوم لوط لم يحد الا أن يفصح معناه اذا قال يالوطى لاحد عليه بالاتفاق لانه نسبه الى نبي من أنبياء الله تعالى فلا يكون هذا اللفظ صريحا فى القذف فأما اذا أفصح بنسبته الى ذلك الفعل فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعزر ولا يحد لانه نسبه الى فعل لايلزمه الحد بذلك الفعل عنده وعندهما يلزمه حد القذف لانه نسبه الى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما ﴿ قال ﴾ ومن وطئ امرأة فى نكاح فاسد ثم قذفه رجل لا حد عليه لانه ارتكب وطءاً حراما غير مملوك فيسقط به احصانه ﴿قال﴾ ولاينبغي للقاضى أن يلقن الشهود ما تتم به شهادتهم فى الحدود

لانه مأمور بالاحتيال لدرء الحد لا لاقامته وفي هذا احتيال لاقامة الحد فلا يكون للقاضي أن يشتغل به ﴿قال﴾ وينبغي للقاضي اذا أشكل عليه شئ أن يسأل من هو أفقه منه ولا يسعه الا ذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وقال صلى الله عليه وسلم هلا سألوه اذا لم يعرفوه وانما شفاء العي السؤال ولانه مأمور بالقضاء بحق ولا يتصل الى ذلك فيما أشكل عليه الا بالسؤال فلا يسعه الا ذلك فان أشار عليه ذلك الذي هو أفقه منه في رأي نفسه بما هو خطأ عند القاضي فعليه أن يقضي بما هو الصواب عنده اذا كان يبصر وجوه الكلام لانه مأمور شرعا بالاجتهاد اذا كان مستجمعا شرائطه ولا يحل للمجتهد أن يدع رأيه برأي غيره وان كان أفقه منه فقد يسبق وجه الصواب في حادثة لانسان ويشتبه على غيره وان كان أفقه منه وان ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه كان موسعاً عليه أيضاً لان هذا نوع اجتهاد منه فان عند تعارض الاقاويل ترجيح قول من هو أفقه منه نوع اجتهاد ألا ترى ان القاضي اذا لم يكن مجتهداً واختلاف العلماء في حادثة كان عليه ان يأخذ بقول من هو أفقه عنده ويكون ذلك اجتهاد مثله وهنا أيضاً اذا قدم رأي من هو افقه منه على رأي نفسه كان ذلك نوع اجتهاد منه فكان موسعا عليه والله أعلم بالصواب

باب الرجوع عن الشهادات

﴿قال﴾ واذا شهد ثمانية نفر على رجل بالزنا كل أربعة يشهدون على الزنا بأمرأة على حدة فرجمه القاضي ثم رجع أربعة منهم عن الشهادة لم يضمنوا ولم يحدوا لانه قد بقي على الشهادة أربعة منهم ولان مايثبته عليه شهادة الاربعة والمعتبر في مسائل الرجوع بقاء من بقي على الشهادة فان بقي على الشهادة من تم به الحجة لم يضمن الراجعون شيئاً ولا يحدون أيضاً لانه غير محصن في حق أحد مابقيت حجة تامة على زناه فان رجع واحد من الآخرين أيضاً فعلي الراجعين ربع الدية لانه قد بقي علي الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس وانما انعدمت الحجة في الربع فعلى الراجعين ذلك القدر وليس بعضهم بالوجوب عليه بأولى من البعض لانه قبل شهادتهم جميعاً ويحدون حد القذف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى لايحدون وكذلك ان رجع

الفريقان جميعاً فعليهم ضمان الدية ويحدون عندهما ولا حد عليهم عند محمد لان كل أربعة أثبتوا بشهادتهم زنا آخر فالزنا بزينب غير الزنا بعمرة ففي حق كل فريق يجعل كان الفريق الاول ثابتون على الشهادة فى حكم سقوط الاحصان ألا ترى ان شهود الزنا لو رجعوا وقذف المرجوم انسان فلا حد على القاذف ويجعل في حقه كانهم ثابتون على الشهادة وكذلك لو شهد أربعة سواهم أنه كان زانيا بعد رجوعه لايحدون الا ان هذا المعنى لايعتبر فى سقوط ضمان بدل النفس لانه يؤدي الى اهدار الدم ويعتبر فى امتناع وجوب الحد عليهم لان الحد يندرئ بالشبهات وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا هم فى حق الرجوع كالشاهدين عليه بزنا واحد لان المقصود بهذه الشهادة اقامة الحد ولا يقام عليه الا حد واحد وان تعدد فعل الزنا منه والدليل عليه ان فى حكم الضمان جعلوا كالشاهدين بزنا واحد وأنه لو رجع اثنان من كل فريق لايضمنون شيئاً أيضاً ولو لم يجعلوا كذلك لضمنوا لان الباقى على الشهادة شاهدان أنه زنى بامرأة وشاهدان أنه زنى بامرأة أخرى والحجة لا تتم بهذا فعرفنا أنهم جعلوا كالشاهدين عليه بزنا واحد ﴿قال﴾ ولو شهدوا بذلك ثم رجع خمسة حدوا جميعا فهذا مثله وهذا لانهم اذا رجعوا جميعاً فقد حكمنا في حقهم بأنه محصن مقتول ظلما حتى غرمناهم الدية فيبعد ان يقال لايقام عليه الحد ومن زعمهم أنه عفيف وانهم قذفوه بغير حق ﴿قال﴾ وان شهد خمسة على رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شئ عليه لبقاء حجة تامة فان رجع آخر غرما ربع الدية لان الباقى على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس ويحدان جميعا لانه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد ﴿فان قيل﴾ الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولاضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثانى ورجوع غيره لايكون ملزما اياه الحد ﴿قلنا﴾ لم يجب لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر في حقه لا بزوال المانع فلو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معالم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لايلزمه شئ برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد ﴿قال﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا فعل الامام الذي ليس فوقه امام شيئا مما هو الى السلطان فليس فيه عليه حد الا القصاص والاموال فانه يؤخذ بها لان استيفاء الحد الى الامام وهو الامام فلا يملك اقامة الحد على

نفسه لان الشرع ماجعل من عليه نائبا عنه فى الاستيفاء من نفسه فان اقامته بطريق الخزى والعقوبة فلا يفعل الانسان ذلك بنفسه ومن هو دونه نائبه لايمكنه أن يقيم فانعدم المستوفى وفائدة الوجوب الاستيفاء فاذا انعدم المستوفى قلنا انه لايجب والشافعى رحمه الله تعالى يقول يلزمه الحد ويجتمع الصلحاء من المسلمين على رجل ليقيم عليه ذلك الحد وأهل الزيغ يعللون فى هذه المسألة ويقولون انه بالزنا قد انعزل فكان زناه فى وقت لاامام فيه ولو زنى في مكان لا امام فيه وهو دار الحرب لايلزمه الحد فكذلك اذا زنى فى زمان لا امام فيه وهذا قول باطل عندنا لما قلنا أنه بالفسق لاينعزل فأما القصاص والاموال محض حق العبد واستيفاؤه الى صاحب الحق فيستوفيه منه ان تمكن من ذلك ﴿قال﴾ وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى السكر الذى يجب به الحد على صاحبه أن لا يعرف الرجل من المرأة وانما أراد به أن من شرب ماسوى الخمر من الاشربة فلا حد عليه مالم يسكر وحد سكره عندهما أن يختلط كلامه فلا يتميز جده من هزله لانه اذا بلغ هذا الحد يسمى فى الناس سكرانا واليه أشار الله عز وجل فى قوله يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال مالم يبلغ نهاية السكر لايلزمه الحد لان فى الاسباب الموجبة للحد يعتبر أقصى النهاية احتيالا لدرء الحد وذلك فى أن لايعرف الارض من السماء والفرو من القباء والذكر من الانثى الى هذا أشار في الاشربة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى القذف

﴿قال﴾ رضي الله تعالى عنه واذا ادعى رجل على رجل أنه قذفه ولا بينة له لم يستحلف على ذلك ولا يمين في شيء من الحدود لأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول انما يكون بدلا والبدل لايعمل فى الحدود أو يكون قائما مقام الاقرار والحد لايقام بما هو قائم مقام غيره الا أن على قول الشافعى رحمه الله يستحلف في حد القذف بخلاف سائر الحدود بناء على أصله أن حد القذف حق العبد فيستحلف فيه كالتعزير والقصاص ولان فى سائر الحدود رجوعه بعد الاقرار صحيح فلا يكون استحلافه مفيداً وفي حد القذف رجوعه عن الاقرار باطل فالاستحلاف فيه يكون مفيداً كالاموال ولكنا نقول هذا حد يدرأ

بالشبهة فلا يستحلف فيه كسائر الحدود وهو بناء على أصلنا أن المغلب فيه حق الله تعالى على ماتبينه ﴿قال﴾ الا أنه يستحلف في السرقة لأجل المال فان أبى أن يحلف ضمن المال ولم يقطع لان المال حق العبد وهو يثبت مع الشبهات وحقيقة المعنى فيه أن في السرقة أخذ المال فانما يستحلف على الاخذ لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة يثبت الاخذ الموجب للضمان ولا يثبت القطع الذى ينبني على فعل السرقة فان جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلاعن ماهيته وكيفيته لانهم شهدوا بلفظ مبهم فالقذف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فان لم يزيدوا على ذلك لم تقبل شهادتهم لان المشهود به غير معلوم ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول فكذلك يمتنع عن القضاء عند امتناعهما عن بيان ما شهدا به فان قالا نشهد أنه قال يازاني قبلت شهادتهما وحد القاذف ان كانا عدلين لانهم شهدوا بالقذف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون المحصنات واتفق أهل التفسير أن المراد بالرمى الرمى بالزنا دل عليه قوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان عدد الاربعة فى الشهود شرط في الزنا خاصة واماالسنة فما روى أن هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحماء قال صلى الله عليه وسلم ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا لحد في ظهرك ﴿قال﴾ وان لم يعرف القاضى شهود القذف بالعدالة حبسه حتى يسأل عنهم لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من هتك الستر وأذى الناس بالقذف فيحبس لذلك ولا يكفله لان التكفيل للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط ثم ذكر أنه لا يكفل فى شئ من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الاول ذكره فى كتاب الكفالة وفى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله تعالى يأخذ منه الكفيل فى دعوى حد القذف عليه وكذلك فى دعوي القصاص ولا خلاف له أنه لا تصح الكفالة بنفس الحد والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه فى الايفاء وهذا لا يتحقق فى شئ من الحدود فلا تصح الكفالة بها فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبى حنيفة رحمه الله اذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة فى المصر فان القاضى لا يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه ولكن يحبسه الى آخر المجلس فان أحضر بينته والا خلى سبيله ومراده بهذا الحبس الملازمة أنه

يأمره بملازمته الى آخر المجلس لا حقيقة الحبس لانه عقوبة وبمجرد الدعوى لا تقام العقوبة على أحد وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام ليأتي بالبينة وقالا ان حد القذف في الدعوى والخصومة بمنزلة حقوق العباد وفي أخذ الكفيل نظر للمدعي من حيث أنه يتمكن من احضار الخصم باقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعي عليه فيأخذ القاضي كفيلا بنفس المدعي عليه كما في الاموال وهذا لان تسليم النفس مستحق على المدعى عليه حقا للمدعي ولهذا يستوفى منه عند طلبه وهو مما يجرى فيه النيابة فيجوز أخذ الكفيل فيه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المقصود من هذه الخصومة اثبات الحد والكفالة للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط فلا يحتاط فيه بأخذ الكفيل كما في حد الزنا وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول مراد أبي حنيفة ان القاضي لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل ولكن ان سمحت نفسه فأعطى كفيلا بنفسه صح ذلك لان تسليم النفس مستحق عليه كما قلنا وان أقام المدعي شاهدا واحدا فان كان القاضي لا يعرف هذا الشاهد بالعدالة فهو ومالم يقم الشاهد سواء لا يحبسه الا بطريق الملازمة الى آخر المجلس وان كان يعرف هذا الشاهد بالعدالة فادعي ان شاهده الآخر حاضر حبسه يومين أو ثلاثة استحسانا وفي القياس لا يفعل لان الحجة لا تتم بالشاهد الواحد حتي لا يجوز القضاء به بحال ولكنه استحسن فقال قد تم أحد شرطي الشهادة فان للشهادة شرطين العدد والعدالة فلو تم العدد حبسه قبل ظهور العدالة فكذلك اذا وجدت صفة العدالة قلنا أنه يحبسه الى ان يأتي بشاهد آخر ويمهله في ذلك يومين أو ثلاثة فيحبسه هذا المقدار استحسانا وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحد فاما عندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه والمقصود يحصل بذلك ﴿ قال ﴾ واذا تزوج المجوسي أمه ودخل بها ثم أسلما وفرق بينهما ثم قذفهما رجل فعليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله ان نكاح المحارم فيما بينهم له حكم الصحة فلا يسقط به الاحصان ﴿ قال ﴾ وان مات المكاتب وترك وفاء فأديت مكاتبته فقذفه رجل فلا حد عليه لشبهة الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم أنه مات حراً أو عبداً وقد بينا هذا فيما سبق وبعد ثبوت القذف يسأله البينة أنه حر يريد به أنه اذا زعم القاذف ان المقذوف عبد وقد بينا ان الحرية الثابتة بالظاهر لا تكفي لثبوت الاحصان واستحقاق الحد على القاذف وكذلك اذا ادعى القاذف أنه عبد

وعليه حد العبيد فالقول قوله فما لم يقم المقذوف البينة على حريته لايقام عليه حـد الاحرار فان عرف القاضي حريتـه اكتفي بمعرفتـه لان عـلم القاضي أقوى من الشـهادة ولا يقال كيف يقضي القاضي بالحد بعلمه لان في حـد القذف له أن يقضي بعلمـه ولانه انما يقضي بالحرية هنا بعلمه والحرية ليست بسبب لوجوب الحد فان اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان لم تبطل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما لايحـد القاذف بهذه الشادة فالحاصل ان مايكون قولا محضا كالبيوع والاقارير ونحوها فاختلاف الشهود في المكان أو الزمان لايمنع قبول الشهادة لانه مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان وكذلك لو اختلفا في الانشاء والاقرار لان حقيقة الانشاء والاقرار واحد في هذا الباب ومن هذه الجملة القرض لان تمام القرض وان كان بالتسليم ولكن تحمل الشهادة على قول المقرض أقرضتك وذلك قول فالحقه بالاقرار لهـذا فأما الجناية والغصب وما أشبههما من الافعال اختلاف الشـهود في المكان والزمان والاقرار والانشاء يمنع قبول الشـهادة لان الفعل مما لا يتكرر والاقرار بالفعل غير الفعل وما لم يتفق الشاهدان على شيء واحد لا يتمكن القاضي من القضاء به والنكاح من هذا النوع أيضاً لانه وان كان قولا فلا يصح الا بحضر من شاهـدين وحضور الشهود فعل فالحق بالافعال لهذا وفي القول الذي لا يتم الا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن اختلاف معروف نذكره في الهبـة والرهن فأما القذف فأبو يوسف ومحمـد رحمهما الله تعالى قالا اختلاف الشهود فيه في المكان والزمان يمنع قبول الشهادة لانه إنشاء سبب موجب للحد وما لم يتفق الشاهدان علي سبب واحـد لا يتمكن القاضي من القضاء ألا ترى أنهما لو اختلفا في الاقرار والانشاء لم تقبـل شـهادتهما وألحق ذلك بالافعال فكذلك لو اختلفا في الوقت والمكان وهذا لان وجوب الحد بالتناول من عرض المقذوف فالشـهادة عليـه بمنزلة الشـهادة على التناول من نفسه بالجناية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القـذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق بخـلاف الاقرار والافعال وهـذا هو القياس اذا اختلفا في الانشاء والاقرار قال الا أني أستحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف مخالف لحكم الانشاء بالقذف ألا ترى أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل أن يتزوجها فعليه الحد وان قذفها في الحال لاعنها

وكذلك لو أبان امرأته ثم أقر أنه كان قذفها قبل الابانة فلا حد عليه ولا لعان ولو قذفها في الحال حد فلما كان حكم الاقرار مخالفا لحكم الانشاء يحقق الاختلاف بين الشاهدين اذا اختلفا في الاقرار والانشاء فأما حكم القذف لا يختلف بالمكان والزمان فلا يتحقق الاختلاف بينهما في المشهود به وان اختلفا في المكان والزمان ﴿قال﴾ واذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفي المقذوف عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد بعفوه عندنا وذكر ابن عمران عن بشر بن الوليد عن ابي الوليد عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى انه يسقط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وأصل المسئلة ان المغلب في حد القذف عندنا حق الله تعالى وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع وعند الشافعي رحمه الله تعالى المغلب حق العبد وحجته لاثبات هذا الاصل ان سبب الوجوب التناول من عرضه وعرضه حقه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أيعجز أحدكم ان يكون مثل أبي ضمضم اذا أصبح قال اللهم اني تصدقت بعرضي على عبادك وانما يستحق المدح على التصدق بما هو من حقه والمقصود دفع الشين عن المقذوف وذلك حقه ومن حيث الحكم حد القذف يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وذلك دليل ظاهر على أنه حق العبد ولذلك لا يستوفي الا بخصومته وانما يستوفى بخصومته ماهو حقه بخلاف السرقة فخصومته هناك بالمال دون الحد ويقام هذا الحد على المستأمن بالاتفاق وانما يوأخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد الا أن من له لا يتمكن من الاستيفاء بنفسه لان ألم الجلدات غير معلوم المقدار فاذا فوض الى من له ربما لا يقف على الحد لغيظه فجعل الاستيفاء الى الامام مراعاة للنظر من الجانبين بخلاف القصاص فانه معلوم بحده فاذا جاوز من له الحق ذلك الحد يعلم ذلك فيمنع منه ﴿وحجتنا﴾ في ذلك وهو ان هذا حد يعتبر فيه الاحصان فيكون حقا لله تعالى كالرجم وتأثير هذا الكلام لان الحدود زواجر والزواجر مشروعة حقا لله تعالى فاما مايكون حقا للعبد فهو في الاصل جائز فما أوجب من العقوبات حقا للعبد وجب باسم القصاص الذي ينبئ عن المساواة ليكون اشارة الى معنى الجبر وما أوجب باسم الحد فهو حق الله تعالى وفي هذا الاسم اشارة الى معنى الزجر والدليل عليه ان في حقوق العباد يعتبر المماثلة وبه ورد النص حيث قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل مااعتدي عليكم ولا مناسبة بين نسبة الزنا وبين ثمانين جلدة لا صورة ولا معنى والدليل عليه وهو أن الحد مشروع

لتعفية أثر الزنا وحرمة اشاعة الفاحشة من حقوق الله تعالى فكان هذا نظير الواجب بمباشرة الزنا من حيث أن كل واحد منهما مشروع لابقاء الستر وتعفية أثر الزنا واعتبار الاحصان لمعني النعمة وذلك فيما هو من حق الله تعالى وما ذكره الخصم لاينفي معني حق الله تعالى لان فى عرضه حقه وحق الله تعالى وذلك فى دفع عار الزنا عنه لان في ابقاء ستر العفة معني حق الله تعالى فاذا دل بعض الادلة على أنه محض حق الله تعالى وبعض الادلة على اجتماع الحقين فيه قلنا بأن المغلب حق الله تعالى مع اعتبار حق العبد فيه أيضاً ليكون عملا بالادلة كلها والدليل عليه أن الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا فى استيفاء حق الله تعالى واما ما كأن حقاً للعبد فاستيفاؤه اليه ولا معتبر بتوهم التفاوت فان للزوج أن يعزرزوجته وان كان ذلك يوهم التفاوت لكن التعزير لما كان للزوج حقا له لاينظر الى توهم التفاوت من هذا الوجه وهذا لان هذه المبالغة كما تتوهم من صاحب الحق تتوهم من الجلاد ويمنع صاحب الحق من ذلك اذا ظهر أثره كما يمنع الجلاد منه مع أن توهم الزيادة لا يمنع صاحب الحق عن استيفاء حقه كتوهم السراية في القصاص والدليل عليه أنه يتنصف هذا الحد بالرق وانما يتنصف بالرق لانعدام نعمة الحرية فى حق العبد لالان بدنه دون بدن الحر فى احتمال الضرب فاحتمال بدن العبد للمهانة والضرب أكثر وانما يتكامل بتكامل النعم ما كان حقا لله تعالى لان شكر النعمة والتحرز عن كفران النعمة حق للمنعم والدليل عليه ان ما كان متمما لهذا الحد وهو سقوط الشهادة كان حقا لله تعالى فكذلك أصل الحد ولكن قد بينا ان فيه معنى حق العبد أيضاً فلهذا تعتبر خصومته وطلبه ولهذا لايعمل فيه الرجوع عن الاقرار لان الخصم مصدق له فى الاقرار مكذب له فى الرجوع بخلاف ما كان محض حق الله تعالى فان هناك ليس من يكذبه ولهذا يقام بحجة البينة بعد التقادم لعدم تمكن الشهود من اداء الشهادة قبل طلب المدعى فلا يصيرون متهمين بالضغينة ولهذا يقام على المستأمن لانه لما كان للعبد حق الخصومة والطلب به والمستأمن ملتزم لحقوق العباد فيقام عليه اذا ثبت هذا الاصل فنقول بعفوه لايسقط عندنا ولانه انما يملك اسقاط ماتمحض حقا له فأما حق الله تعالى لا يملك اسقاطه وان كان للعبد فيه حق كالعدة فانها لا تسقط باسقاط الزوج لما فيها من حق الله تعالى وقد روى مثل مذهبنا عن على رضى الله عنه ولكن الحد وان لم يسقط بعفوه فاذا ذهب العافى لايكون للامام ان يستوفى لما بينا ان الاستيفاء عند طلبه وقد ترك

الطالب الا أنه اذا عاد فطلب فحينئذ يقيم الحد لان عفوه كان لغوا فكانه لم يخاصم الى الآن ولو صدقه فيما قال أو قال شهودى شهدوا بالباطل فليس له ان يخاصم فى شئ لانه اذا أكذب شهوده تبطل شهادتهم كالمسروق منه اذا أكذب شهوده واذا صدقه فقد صار مقرا بالزنا وانعدم به احصانه وقذف غير المحصن لا يوجب الحد فباقراره ينعدم السبب الموجب للحد لا انه يسقط فاما بعفوه لا ينعدم السبب وما أسقطه حق الشرع فكان اسقاطه لغوا لهذا ﴿قال﴾ ويستحسن للامام ان يقول للطالب قبل اقامة البينة أترك هذا وانصرف لان الحد لم يثبت عنده بعد وهذا نوع احتيال منه لدرء الحد وهكذا فى السرقة يستحب له أن يقول للمسروق منه اترك دعوى السرقة قبل ان تثبت السرقة بالبينة ﴿قال﴾ ولو قذف جماعة فى كلمة واحدة أو فى كلمات متفرقة لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعى ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضهم للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام عليه الحد لاجله أيضا وعندنا لا يقام اذا علم أنه قذفه بالزنا قبل اقامة الحد عليه لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وما هو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف ﴿قال﴾ ولا يقبل في القذف كتاب القاضى الى القاضى ولا الشهادة على الشهادة ولا شهادة النساء مع الرجال لان موجبه حد يندرئ بالشبهات وتجوز شهادة القاذف بعد ما ضرب بعض الحد اذا كان عدلا لان رد شهادته من تتمة الحد فلو ثبت قبل كمال الجلد لم يكن متمما للحد ولان الله تعالى عطف رد الشهادة على الجلدات والمعطوف لا يسبق المعطوف عليه ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته زنيت مستكرهة أو قال جامعك فلان جماعا حراما أو زنيت وانت صغيرة لا حد عليه لانه نسبها الى فعل غير موجب للحد عليها وقد بينا ان وجوب الحد على القاذف بنسبة المقذوف الى فعل موجب للحد عليه ثم المستكرهة لا فعل لها وقوله جامعك جماعا حراما ليس بصريح بالقذف بالزنا وقوله زنيت وأنت صغيرة محال شرعا لان فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعا الا ترى انها لا تأثم به فهو كقوله زنيت قبل ان تولدى وذلك غير موجب للحد لان الشين بهذا الكلام يلحق القاذف دون

المقذوف وإقامة الحد لدفع العار عن المقذوف وان قال زنيت وأنت كافرة وقد أسلمت أو قال زنيت وأنت أمة وقد أعتقت فعليه الحد لدفع العار عن المقذوف لانه نسبها الى فعل موجب للحد عليها فان فعل الذمية والأمة زنا ويحدان على ذلك ولو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حد عليه لانه مانسبها الى الزنا بهذا الكلام بل أقر على نفسه أنه قذفها فى حال لو علمنا منه القذف فى تلك الحالة لم يلزمه الحد فكان منكراً للحد لا مقراً به ويضرب فى حد القذف ضربا ليس بشديد مبرح وهكذا فى سائر الحدود لان المستحق فعل مؤلم لا متلف فالشديد المبرح متلف فعلى الجلاد أن يتحرز عن ذلك ﴿قال﴾ رجل قذف ميتا بالزنا فعليه الحد لان وجوب الحد باعتبار احصان المقذوف والموت يقرر احصانه ولا ينفيه ثم الخصومة في هذا القذف الى من ينسب الى الميت بالولاد أو ينسب اليه الميت بالولاد ولانه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم باقامة الحد عليه ﴿قال﴾ وليس لاخيه أن يخاصم في ذلك عندنا وعند ابن أبي ليلى له ذلك لان للأخ علقة فى حقوقه بعد موته كالولد ألا ترى أنه في القصاص يخلفه فكذا في حد القذف ولكنا نقول الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة فان حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه وانما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والاخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه لانه لا ينسب أحد الأخوين الى صاحبه وانما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته اليه بخلاف الآباء والاولاد ﴿قال﴾ ولولد الولد أن يأخذ بذلك كما للولد ذلك قال وفى كتاب الحدود الاختلاف فيمن يرث ويورث ولا معتبر بهذه الزيادة لأن المطالبة بالحد ليس بطريق الوراثة الا أن محمداً رحمه الله تعالى روى عنه أنه ليس لولد الابنة حق الخصومة فى هذا الحد لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ولو قذف أمه كان له أن يخاصم باعتبار نسبته اليها ليدفع به عن نفسه فكذلك اذا قذف أبا أمه وقال زفر رحمه الله تعالى مع بقاء الولد ليس لولد الولد ان يخاصم لان الشين الذى يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فايهما خاصم بقيام

الحد

الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه وذلك لا يوجد فى حق ولده ﴿ قال ﴾ ولولد الكافر والمملوك ان يأخذ بالحد كما يأخذ به الولد الحر المسلم وعند زفر ليس له ذلك لان الكافر والمملوك لو قذف في نفسه لم يجب الحد على قاذفه فاذا قذف فى أبيه وأمه أولى ولكنا نقول الحد وجب لحق الله تعالى وخصومة الولد باعتبار الشين الذي لحقه وذلك موجود فى حق الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر وانما تنعدم الخلافة ارثا بالكفر والرق فيما هو من حق الميت وحد القذف ليس من ذلك فى شئ وهذا بخلاف ماذا قذف في نفسه لان الموجب للحد قذف المحصن والعبد والكافر ليس بمحصن اما هنا تم سبب وجوب الحد وهو قذف المحصن اذ الميت محصن فكل من يلحقه الشين بهذا القذف فهم خصم فى المطالبة بالحد بعد تقرر سببه ﴿ قال ﴾ وان كان المقذوف حيا غائبا ليس لاحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى الغائب كالميت لان خصومته تتعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته ولكنا نقول ينوب أو يبعث وكيلا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين وفى الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأيوس عنه فيقام الحد بخصومة من يلحقه الشين بخلاف الغائب فان مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضا عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى لان المغلب عنده حق العبد فيصير موروثا عن المقذوف بعد موته لورثته وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يجرى الارث فيما هو من حق الله تعالى ولان الارث خلافة الوارث المورث بعد موته فى حقه والله تعالى يتعالى عن ذلك ﴿ فان قيل ﴾ فحق لله تعالى لا يسقط أيضاً بموت المقذوف ﴿ قلنا ﴾ لا نقول سقط بموته ولكنه يتعذر استيفاؤه لانعدام شرطه فالشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغى أن يقوم الوارث مقامه فى خصومته أو وصيه ان أوصى بذلك الى انسان ﴿ قلنا ﴾ شرط الحد معتبر بسببه فكما أن ما يقوم مقام الغير لا يثبت به سبب الحد فكذلك لا يثبت به شرط الحد بخلاف ماذا قذف بعد الموت لأنا لا نقول خصومة ولده تقوم مقام خصومته وكيف يقال ذلك ولا يورث ذلك ولا يثبت له حق الخصومة بعد موته ولكن الولد خصم عن نفسه باعتبار ما لحقه من الشين فأما في حال الحياة لم يثبت للولد حق الخصومة فلو ثبت بعد الموت

كان بطريق القيام مقامه وذلك لايكون فى الحدود ﴿قال﴾ ولو وكل الغائب من يطلب بحده صح التوكيل فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهم الله تعالى ثم رجع وقال لا أقبل الوكالة فى حد ولا قصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام الموكل وشرط الحد لايثبت بمثله ولأن بالاجماع لايصح التوكيل باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات فكذلك فى الاثبات كما فى الحدود التى هي حق لله تعالى وهما يقولان الاثبات من جملة ما اذا وقع الغلط فيه أمكن التدارك فيه وتلافيه والتوكيل فى مثله صحيح كالاموال بخلاف الاستيفاء فانه اذا وقع فيه الغلط لايمكن تداركه ولو استوفاه الوكيل فى حال غيبة الموكل كان استيفاؤه مع تمكن الشبهة لجواز أن من له القصاص قدعفي وان المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده وهذا لايستوفى بحضرة الوكيل حال غيبة الموكل ﴿قال﴾ فان مات المقذوف بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فانه لا يقام عليه ما بقي اعتباراً للبعض بالكل وكذلك ان غاب بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم الا وهو حاضر ألا ترى أنه لو عمي الشهود أو فسقوا بعد ما ضرب بعض الحد درئ عنه ما بقي ﴿قال﴾ والقذف بأيّ لسان كان بالفارسية أو العربية أو النبطية يوجب الحد بعد أن يكون بصريح الزنا لان المقصود دفع الشين وذلك لا يختلف باختلاف الالسن رجل قال لرجل يازانية لا حد عليه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى استحسانا وفى القياس عليه الحد وهو قول محمد رحمه الله تعالى ورواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ولو قال لامرأة يا زاني فعليه الحد بالاتفاق لوجهين أحدهما أن الايجاز والترخيم معروف في لسان العرب قال القائل * أصاح تري برقا أريك وميضه * معناه يا صاحب وقرئ ونادوا يا مال أى مالك وهذا أيضاً حذف آخر الكلام للترخيم فلا يخرج به من أن يكون قذفا لها ألا ترى الى قول امرئ القيس أفاطم مهلا أى يا فاطمة ولان الاصل فى الكلام التذكير وإلحاق هاء التأنيث للفصل والفصل هنا حاصل بالاشارة فلا يخرج باسقاط حرف التأنيث من أن يكون قذفا لها واستدل فى الاصل بقوله تعالى اذا جاءك المؤمنات وقال نسوة فى المدينة فأما اذا قال يازانية فمحمد رحمه الله تعالى يقول صرح بنسبته الى الزنا وزاد حرف الهاء فتلغو الزيادة ويبقى قاذفا له ملتزما للحد ولان في لسان العرب إلحاق هاء التأنيث بآخر الكلام للمبالغة في الوصف فانهم يقولون نسابة وعلامة وراوية للشعر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

تعالى يقولان هو كذلك ولكن المقصود هو المبالغة فى الوصف بعلم ذلك الشئ فكأنه قال أنت أكثر الناس علما بالزنا أو أعلم الناس بالزنا وهكذا لا يكون قذفا موجبا للحد ثم نسبه الى فعل لا يتحقق ذلك منه لان الزانيـة هى الموطوءة الممكنة من فعل الزنا والرجـل ليس بمحل لذلك فقذفه بهذا اللفظ نظير قذف المجبوب وذلك غير موجب للحد بخـلاف ما اذا قال لامرأته يا زانى لانه نسبها الى مباشرة فعل الزنا وذلك يتحقق منها بان تستدخل فرج الرجل فى فرجها ﴿ قال ﴾ واذا ادعي القاذف أن له بينة على تحقيق قوله أجل ما بينه وبين قيام القاضى من مجلسه من غـير أن يطلق عنه وعن أبى يوسف رحمـه الله تعالى يستأنى به ويمهل الى المجلس الثانى ليحضر شهوده لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة أربعة من الشهداء والعجز لا يتحقق الا بالامهال ألا ترى أن المدعي عليـه اذا ادعي دفعاً أو طعنا فى الشهود يمهل الى المجلس الثانى ليأتى به فهذا مثله وجه ظاهر الرواية ان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الاقامة لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه ولـكن الى آخر المجلس لايكون تأخيراً فلا يتضرر بذلك القدر ألا ترى أنه يؤخر الى أن يحضر الجلاد فلهذا جوزنا له أن يمهله الى آخر المجلس من غير ان يطلق عنه ولكن يقول له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى اذا لم يكن له من يحضر شهوده أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وهذا لان كل واحد لا يجد نائبا والقاضى مأمور بالنظر من كل جانب ولكن لم يعتبر هذا في ظاهر الرواية لانه اذا لم يحضر الشهود بقى ستر العفة على المقذوف وذلك أولى الوجهين ﴿ قال ﴾ ولا يقبل منه أقل من أربعة شهود لقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال تعالى فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عنـد الله هم الكاذبون فان جاء بهم فشهدوا على المقذوف بزنا متقادم درأت الحد عن القاذف استحسانا والقياس ان الشهادة على الزنا بعد التقادم لاتكون مقبولة فوجودها كعدمها الا أنه استحسن فقال انما لاتقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة وذلك معتبر فى منع وجوب الحد على المشهود عليه لا فى اسقاط الحد عن القاذف كما لو أقام أربعة من الفساق على صدق مقالته وان جاء بثلاثة فشهدوا عليه بالزنا وقال القاذف انا رابعهم لم يلتفت الي كلامه ويقام عليه وعلي الثلاثة الحد لانه خصم ملتزم للحد فلايكون شاهداً وبالثلاثة لاتتم الحجة فكانوا قذفة يحدون جميعاً ﴿ قال ﴾ وان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ

الحد عن القاذف وعن الثلاثة لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وليس المقصود من اثبات الاقرار هنا اقامة الحد على المقر لان الاقرار لا يثبت بحجة البينة موجبا للحد وان كثر الشهود فانه فى الحال منكر ولو سمعنا اقراره ثم رجع عنه لم يقم عليه الحد فكيف يثبت اقراره بالبينة ولكن المقصود اسقاط الحد وذلك يثبت مع الشبهات بخلاف ما اذا شهد الشاهدان على زنا المقذوف لان موجب تلك الشهادة الحد على الزانى اذا تم عدد الشهود فلهذا لا يكون للمثنى شهادة فى ذلك ﴿ قال ﴾ ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهما وحكى عن ابراهيم وابن أبي ليلي رحمهما الله تعالى أنه ان قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهما فعليه الحد لان الرمي موجب للحد الا ان يكون الرامى صادقا وانما يكون صادقا اذا نسبه الى ذلك الزنا بعينه ففي ماسوى ذلك فهو كاذب ملحق الشين به ولكنا نقول رمى المحصن موجب للحد بالنص قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمحصن لا يكون زانيا فقاذف الزانى بالزنا قاذف غير المحصن وهو صادق فى نسبته الى أصل فعل الزنا فلا يكون ملتزماً للحد ﴿ قال ﴾ واذا وطئ الرجل امرأة وطأً حراماً فهو على وجهين اما ان يكون وطؤه هذا فى الملك او فى غير الملك اما في الملك فان كانت الحرمة بعارض على شرف الزوال لم يسقط به احصانه كوطء امرأته الحائض والمجوسية أو التى ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوجها أو هى في عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه والمحرم هو الاستمتاع وهو نظير وطء امرأته المريضة اذا كانت تستضر بالوطء وهذا لان مع قيام الملك بالمحل لا يكون الفعل زنا ولا فى معناه فأما اذا كانت محرمة عليه على التأبيد كأمته التي هى اخته من الرضاع فانه يسقط بوطئها احصانه فى ظاهر المذهب وذكر الكرخى رحمه الله تعالى انه لا يسقط به الاحصان لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى هو مبيح وهو نظير ما سبق وجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة فى المحل منافاة ومن ضرورة ثبوت الحرمة المؤبدة انتفاء الحل فالسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا ولو وطئ مكاتبته لم يسقط به احصانه عندنا وعند زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يسقط لان المكاتبة غير مملوكة له وطأً بدليل أنه يلزمه العقر بوطئها والوطء فى غير الملك يسقط الاحصان ولان المكاتبة مملوكة

له رقا لا يدا فهي بمنزلة الأمة المشتركة ووطء المشتركة مسقط الاحصان ولكنا نقول ملكه في المكاتبة قائم والحرمة بعارض على شرف الزوال فهو نظير الامة المزوجة وبأن يلزمه العقر لا يدل على أنه يسقط به الاحصان كالزوجة ﴿قال﴾ فان وطئ أمته التي هي محرمة عليه بوطء أبيه اياها أو بوطئه أمها يسقط احصانه لان في المصاهرة حرمة مؤبدة فهو نظير حرمة الرضاع فأما اذا نظر الى فرج امرأة أو أمة بشهوة ثم اشترى أمها أو ابنتها أو تزوجها فوطئها فقذفه رجل حد قاذفه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يحد في قولهما لأنها محرمة عليه على التأبيد فان اللمس والتقبيل يثبت حرمة المصاهرة فلا معني لاعتبار اختلاف العلماء فيه كالزنا فان أباه لو زنى بأمة ثم اشتراها هو فوطئها يسقط احصانه وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه بين العلماء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كثير من الفقهاء لا يرون اللمس والتقبيل موجبا للحرمة وليس في اثبات الحرمة نص ظاهر بل نوع احتياط أخذنا به من حيث اقامة السبب الداعي الى الوطء مقام الوطء وبمثل هذا الاحتياط لا يسقط الاحصان الثابت بيقين بخلاف المزنى بها فان في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء نص وهو قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فقد قامت الدلالة لنا أن النكاح حقيقة للوطء ومع وجود النص لا يعتبر اختلاف العلماء وأما الوطء في غير الملك مسقط للاحصان على كل حال وكذلك في الاب يطأ جارية ابنه ﴿قال﴾ واذا تزوج امرأة بغير شهود أو في عدة من زوج أو تزوجها وهي مجوسية ووطئها سقط به احصانه لان العقد الفاسد غير موجب للملك والوطء في غير الملك في معنى الزنا وكذلك اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج أختين أو امرأة وعمتها في عقد واحد فبالوطء بحكم هذه العقود الفاسدة يسقط الاحصان وكذلك اذا تزوج امرأة فوطئها ثم علم أنها كانت محرمة عليه بالمصاهرة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وأما عند أبي يوسف رحمه الله اذا كان عالما عند الوطء بأنها غير مملوكة سقط احصانه وان لم يكن معلوما له لا يسقط احصانه وهو رواية عن محمد لان في الظاهر هذا الوطء حلال بدليل أنه لا يأثم به وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه معذور لجهله من حيث الظاهر فأما الوطء فغير مملوك له في الحقيقة بل هو في معني الزنا فيكون مسقطا لاحصانه ﴿قال﴾ وان ملك أختين فوطئهما حد قاذفه لان هذا وطء في الملك والحرمة بعارض على شرف الزوال ألا ترى أنه لو أخرج احداهما عن ملكه حل له وطء الاخرى وبمثل هذا الوطء لا يسقط

الاحصان فان وطئ المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يحد قاذفه لان هذا وطء في غير الملك وان وطئ امرأة مستكرهة لم يحد قاذفه ولا قاذفها لان هذا وطء غير مملوك وعند الاكراه وان كان يسقط الاثم عنها فلا يخرج من ان يكون الفعل زنا فلهذا سقط احصانها وان وطئ جارية ابنته أو أحد أبويه أو أخته ثم ادعي ان مولاها باعها منه ولم يكن له بينة فلا حد على قاذفه وكذلك ان أقام شاهداً واحدا على الشراء لان سبب ملك الحل لا يثبت بالشاهد الواحد فيكون وطؤه في غير الملك وهو مسقط للاحصان فان زنى في حال كفره في دار الحرب أو في دار الاسلام ثم أسلم فقذفه انسان لم يحد قاذفه لان فعل الزنا يتحقق من الكافر وان كان لا يقام به الحد عليه فيكون قاذفه صادقا في مقالته وان باشر امرأة حراما وبلغ كل شئ منها سوى الجماع فقذفه قاذف فعليه الحد لان سقوط الاحصان بالوطء فان المسقط للاحصان الزنا أو ما في معناه واللمس والتقبيل ليس في معني الزنا ﴿قال﴾ مجنون زنى بامرأة مطاوعة أو مستكرهة ثم قذف المجنون أو المرأة قاذف فلا حد على قاذفه اما المرأة فلوجود الوطء منها في غير الملك واما المجنون فان قذفه بعد الافاقة لم يحد لان الوطء الذى هو غير مملوك قد تحقق من المجنون وهو مسقط للاحصان وان قذفه في حال جنونه فقاذف الصبي والمجنون لا يحد لان احصان المقذوف شرط والاحصان عبارة عن خصال حميدة فأول ذلك كمال العقل وذلك ينعدم بالصغر والجنون ولان الحد لدفع الشين عن المقذوف والشين بقذف الصبي والمجنون يلحق القاذف دون المقذوف وكذلك المملوك لا يكون محصنا لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فهو بيان ان المملوك لا يكون محصنا وان كان المملوك هو القاذف فعليه نصف حد الحر للآية ﴿قال﴾ ولا حد على قاذف الكافر لان الاسلام من شرائط الاحصان قال صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن وعلى الذمي في قذف المسلم حد كامل لان المسلم محصن يلحقه الشين بقذفه والقاذف مع كفره حر فعليه حد الأحرار ثمانون جلدة والذى يجن ويفيق في حال افاقته محصن ولا يحد قاذف الأخرس لانه لو كان ينطق ربما يقر بما يكون فيه من تصديق القاذف ولا يقام الحد مع الشبهة ولا حد على قاذف المجبوب والرتقاء لانه لا يلحقه الشين فان الزنا منهما لا يتحقق ويلحق الشين القاذف في هذا القذف ﴿قال﴾ والقاذف من أهل البغى متي قذف رجلا من أهل العدل في عسكرهم أو في عسكر أهل الحرب أو قذف رجل من أهل الحرب رجلا

منهم لم يحد واحد منهم لانه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الامام وقد بينا ان ولاية الاستيفاء انما تثبت للامام اذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفى لايجب الحد ﴿ قال ﴾ ولو دخل حربى دارنا بأمان فقذف مسلما لم يحد فى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول لان المغلب فى هذا الحد حق الله تعالى ولانه ليس للامام عليه ولاية الاستيفاء حين لم يلتزم شيئاً من أحكام الاسلام بدخوله دارنا بأمان ويحد فى قوله الآخر وهو قولهما فان فى هذا الحد معنى حق العبد وهو ملتزم حقوق العباد ولانه بقذف المسلم يستخف به وما أعطى الامان على ان يستخف بالمسلمين ولهذا يجبر على بيع العبد المسلم فكذلك يحد بقذف المسلم ﴿قال﴾ وكل شئ أوجبنا فيه الحد على الاجنبي فانه اذا قال ذلك لامرأته وهما حران مسلمان فعليهما اللعان لان اللعان موجب قذف الزوج زوجته بالنص وقد بيناه فى باب اللعان ﴿قال﴾ وان قال لامرأته زنيت قبل أن أتزوجك لاعنها لانه قاذف لها فى الحال بخلاف مالو قال كنت قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فانه يحد لانه ماصار قاذفا لها بكلامه بعد النكاح وانما ظهر بكلامه قذف كان قبل النكاح فكانه ظهر ذلك بالبينة فعليه الحد ﴿ قال ﴾ وان قال لأجنبية يازانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لها وتحد المرأة للرجل لانها صدقته بقولها زنيت فصارت قاذفة للرجل بقولها زنيت بك فعليها الحد له ﴿قال﴾ ولو قال ذلك لامرأته فقالت زنيت بك فلا لعان ولاحد لانها صدقته فسقط اللعان بتصديقها ولم تصر قاذفة له لان فعل المرأة بزوجها لايكون زنا ﴿قال﴾ ولو قالت المرأة لزوجها مبتدئة زنيت بك ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان لوجود الاقرار منها بقولها زنيت ﴿قال﴾ رجل قال لآخر يافاسق ياخبيث أو يافاجر أو يا بن الفاجر أو يابن القحبة فلا حد عليه لانه ما نسبه ولا أمه الى صريح الزنا فالفجور قد يكون بالزنا وغير الزنا والقحبة من يكون منها ذلك الفعل فلا يكون هذا قذفا بصريح الزنا فلو أوجبنا به الحد انما يوجب بالقياس ولا مدخل للقياس فى الحد ولو قال يا آكل الربا أو ياخائن أو ياشارب الخمر لاحد عليه فى شئ من ذلك ولكنه عليه التعزير لانه ارتكب حراما وليس فيه حد مقدر ولانه ألحقه نوع شين بما نسبه اليه فيجب التعزير لدفع ذلك الشين عنه ولو قال ياحمار أو ياثور أو ياخنزير لم يعزر في شئ من ذلك لان من عادة العرب اطلاق هذه الالفاظ بمعنى البلادة أو الحرص ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به فيقال عياض بن حمار وسفيان الثوري ولان

المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف فكل أحد يعلم أنه آدمى وليس بحمار وان القاذف كاذب وكذلك لو قال يا كلب وحكي عن الهندوانى أنه قال يعزر فى عرف ديارنا لان هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة والاصح انه لا يعزر لان من عادة العرب اطلاق هذا الاسم لمعني المبالغة في الطلب وقلة الاستحياء فقد يسمون به كالكلبي ونحوه ثم كل أحد يعلم أنه كاذب فالشين يلحقه دون المقذوف ﴿قال﴾ واذا قال له فجرت بفلانة وجامعتها أو فعلت بها فسمى الفحش لم يكن عليه في ذلك حد لانه ماصرح بالقذف بالزنا وفى الاسباب الموجبة للحد يعتبر عين النص فما لم يقذفه بصريح الزنا لا يتقرر السبب ﴿قال﴾ واذا عرض بالزنا فقال أما أنا فلست بزان فلا حد عليه عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يحد والاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم فعمر رضي الله عنه كان لا يوجب الحد في مثل هذا ويقول فى حال المخاصمة مع الغير مقصوده بهذا اللفظ نسبة صاحبه الى الشين وتزكيته لنفسه لا أن يكون قذفا للغير وأخذنا بقوله لانه ان تصور معنى القذف بهذا اللفظ فهو بطريق المفهوم والمفهوم ليس بحجة ﴿قال﴾ فان قال قد اخبرت أنك زان فلا حد عليه لانه ما نسبه الى الزنا انما حكى خبر مخبر والخبر قد يكون صدقا وقد يكون كذبا فالمخبر يكون حاكيا للقذف عن الغير لا قاذفا وان قال اذهب فقل لفلان انك زان فالمرسل لا يكون قاذفا له بهذا لانه أمر الغير ان يقذفه وبالامر لا يصير قاذفا كما انه بالامر بالقتل لا يكون قاتلا فان ذهب الرسول وحكي كلام المرسل على وجه تبليغ الرسالة لا حد عليه لانه حاك كلام الغير وان قال الرسول أنت زان فعليه الحد لانه قاذف له بالزنا وكذلك لو قال أشهدني رجل على شهادته بأنك زان فهو انما ذكر شهادة الغير اياه فيكون قاذفا ﴿قال﴾ واذا قال للعبد يازانى فقال لا بل أنت حد العبد لان قوله لا بل أنت معناه بل أنت الزانى فان كلمة لا بل لاستدراك الغلط وهو غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من أن يجعل ما تقدم معاداً فيه فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه ولكن الحد لا يجب على الحر بقذف العبد ويجب على العبد بقذف الحر وان كانا حرين فعلى كل واحد منهما الحد لصاحبه ﴿قال﴾ وان قال لرجل يازانى فقال رجل آخر صدقت لم يحد المصدق لانه ماصرح بنسبته الى الزنا وتصديقه اياه لفظ محتمل يجوز أن يكون المراد به فى الزنا وفى غيره وان كان باعتبار الظاهر انما يفهم منه التصديق فى الزنا ولكن هذا الظاهر لا يكفي لايجاب الحد الا أن يكون

قال صدقت هو كما قلت فحينئذ قد صرح بكلامه ان مراده التصديق فى نسبته الى الزنا فيكون قاذفا له ﴿قال﴾ وان قال لرجل أشهد انك زان وقال الآخر وأنا أشهد أيضا لاحد على الآخر لان قوله أشهد كلام محتمل فلا يتحقق به القذف الا أن يقول أنا أشهد عليه بمثل ما شهدت به فحينئذ يكون قاذفا له ﴿قال﴾ وان قال الرجل لرجل زني فرجك فعليه الحد لان الفرج عبارة عن جميع البدن ولان الزنا يكون بالفرج بخلاف قوله زنى يدك أو رجلك ﴿قال﴾ وان قال لامرأة يا زانية ثم قال بعد ماقطع كلامه وأنت مستكرهة لم يسقط الحد عنه بخلاف ما لو وصله بكلامه فقال زنيت وانت مستكرهة لان هذا بيان مغير حكم أول الكلام ومثله يصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء ﴿قال﴾ وان قال الرجل لآخر زنيت أنت وفلان معك فهو قاذف للثانى لانه عطف الثاني على الاول والعطف للاشراك في الخبر وقد أكد ذلك بقوله معك ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر وفلان معك عتقا جميعا فان قال عنيت أن فلانا معك شاهد لم يصدق الا أن يصرح بذلك لانه أضمر خبراً آخر للثانى وموجب العطف الاشتراك فى الخبر الاول فلا يصدق فى اضمار خبر آخر للثانى فلا يسقط به الحد عنه ﴿قال﴾ وان قال لرجل يا ولد الزنا أو يا بن الزنا فعليه الحد لانه قذف أمه بهذا اللفظ فان ولد الزنا من تكون أمه زانية وقد بينا أن قذف الميتة يوجب الحد ولولدها أن يطالب بحده الا أنه يشترط اثبات احصان الام وموتها لانها اذا كانت غير محصنة فلا حد على قاذفها واذا كانت حية فلا خصومة للولد مع قاذفها ﴿قال﴾ وكذلك ان قال لست لأبيك فعليه الحد لانه قذف أمه بهذا فان الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه فأما الوطء اذا لم يكن زنا يكون مثبتا للنسب فعرفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فاذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد وفى القياس لاحد عليه لانه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الام زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه حيث قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من انسان وانما لا يكون الولد ثابت النسب من الاب اذا كانت هى زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه ﴿قال﴾ وان قال انك ابن فلان لغير ابيه فعليه الحد اذا كانت هذه اللفظة فى حالة المسابة لان مقصوده نفي نسبه من أبيه ونسبة أمه الى الزنا اذا لم يعرف بين أمه وبين فلان الذى نسبه

اليه سبب ذلك ولكن فى حالة الرضا لا يجب الحد عليه لان مراده من هذا اللفظ فى حالة الرضا ان أخلاقك تشبه أخلاق فلان فكانك ابنه فهذا لا يكون قذفا ﴿قال﴾ وان قال لست بابن فلان يعنى جده لا يحد لانه صادق فى مقالته فانه ابن ابنه الادنى حقيقة ونسبته الى الجد بطريق المجاز ألا ترى أنه يستقيم نفي اسم الابوة عن جده فيقال انه جده وليس بأبيه فان نسبه الى جده فلا حد عليه لان الولد كما ينسب الى أبيه حقيقة ينسب الى جده مجازاً ألا ترى أنه يقال بنو آدم وآدم جدهم الأعلى عليه السلام وكذلك لو نسبه الى عمه أو خاله فان العم بمنزلة الاب قال تعالى قالوا نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق وهو كان عما وقال صلى الله عليه وسلم الرجل صنو أبيه وكذلك الخالة سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم أما فيكون الخال أبا أيضا قال القائل * وخال بني العباس والخال كالاب * وكذلك لو نسبه الى زوج أمه قال تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم وفي العادة زوج الام يقول لولد امرأته هو ولدى باعتبار أنى أربيه والناس يسمونه ابناً له أيضا وان كان ذلك مجازاً ولكنه متى كان صادقا فى كلامه مجازاً أو حقيقة لم يكن قاذفا له وان قال لست لأبيك وأمه حرة وأبوه عبد وقد ماتت فانه قاذف لامه وهى محصنة فعليه الحد وكذلك ان قال لكافر قدمات أبواه مسلمين أولعبد وقد مات أبواه حرين لما بينا أن المقذوف بهذا اللفظ الام والمعتبر احصان المقذوف لا احصان من يطالب بالحد فان قال المولى ذلك لعبده لم يكن له أن يأخذه بحده وان عتق لان العبد مملوك له فلا يجوز ان يكون مستوجبا عليه الحد ألا ترى أنه لا يقتل بقتله وعلى هذا اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهي ميتة فليس للابن أن يخاصم في الحد لان الابن يضاف الى أبيه كالعبد الى سيده ألا ترى أنه لا يقتل بقتله ولا يحد فى قذفه فى نفسه فكذلك فى قذفه في أمه لان الأب كان سبب ايجاده فيستحيل ان يكون الولد مستوجبا عليه العقوبة بهذه الاسباب ﴿قال﴾ وان قال لرجل لست من بني فلان لقبيلته لا يحد لانه صادق فان بنى فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولانه لو كان هذا قذفا فانما يكون قذفا لامرأة من تنسب اليه القبيلة وهى كانت كافرة غير محصنة وهو نظير مالو قال له جدك زان أو جدتك زانية فانه لا يكون قاذفا بهذا لان فى أجداده وجداته من هو كافر فاذا لم يعين مسلما لا يكون قاذف محصن بخلاف مالو قال أنت ابن ابن الزانية لانه بهذا اللفظ قاذف لامه الأدنى وهى كانت محصنة فعليه الحد ﴿قال﴾ وان قال له يابن مزيقيا أو يابن ماء السماء

أو يابن جلا فليس عليه فى شئ من هذا حد لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف ومعنى هذا ان من عادة العرب اطلاق هذا اللفظ على سبيل المدح والمعنى أنه يشبه هؤلاء فى حسن الخلق أو الجود أو الجلادة فقد كانوا معروفين بذلك فيهم فلذلك لايكون قاذفا ملتزما للحد واذا نسب رجل رجلا الى غير أبيه في غير غضب فلا حد عليه وان كان على سبيل الغضب والسب فعليه الحد استحسانا وفي القياس لاحد عليه في الوجهين لانه تكلم بكلام مبهم محتمل وجوها الا أنه استحسن فقال مطلق الكلام يجب تحصيله على قصد المتكلم ففي حالة الرضا مقصوده المدح بنسبته الى جواد أو مبارز أو متبحر فى العلم ألا ترى الى ماروى ان أبا بكر رضى الله عنه كان يأخذ الحسن ويقول ياشبيها بعله(١) وفى حالة الغضب يعلم ان مقصوده الحاق الشين به فى ذكر نسبة أمه الى الزنا فاذا كان يعتبر الحال فى كنايات الطلاق فكذلك فى لفظ القذف ألا ترى ان المصلى اذا قال يايحيى خذ الكتاب بقوة واراد القراءة لم يضره وان أراد خطاب انسان فسدت صلاته ﴿ قال ﴾ وان قال لعربى يانبطى أو قال لعربى لست بعربى فلا حد عليه وقال ابن أبى ليلى اذا قال لعربي يانبطي أو قال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير أبيه ولكنا نقول لايراد بهذا اللفظ القذف ألا ترى أن الرجل يقول للآخر أنت رستاقى أو خراساني أو كوفى ولا يريد بشي من ذلك القذف ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يانبطي فقال لاحد عليه ﴿ قال ﴾ واذا قذف الوالد ولده لاحد عليه لانه منسوب اليه بالولاد ولا يعاقب بجنايته على نفسه وأطرافه فكذلك لايعاقب بالتناول من عرضه ﴿ قال ﴾ وان قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه فعليه الحد لان المقذوف محصن ولو قتله القاذف قتل به فيحد بالحاق الشين بقذفه ﴿ قال ﴾ رجل قال لابنه يابن الزانية وأمه ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد يضرب القاذف الحد لانه قذف الام وهى محصنة ولكل واحد من الولدين حق الخصومة فى الحد بنسبته اليها الا أن احدهما ابن القاذف والابن لايخاصم أباه فى اقامة العقوبة عليه فيكون كالمقذوف يبقى الآخر فله المطالبة بالحد وكذلك ان كان للميت المقذوف ابنان فصدق أحدهما كان للآخر أن يأخذه بالحد لان الحد واجب لحق الله تعالى والمعتبر الخصومة ممن يلحقه الشين وكل واحد منهما أصل في هذه الخصومة كانه ليس معه غيره فتصديق أحدهما لايكون عاملا فى

حق الآخر وهذا بخلاف ما اذا قتلت امرأة ولها ابنان فعفى أحدهما أو كان أحد الابنين لها من القاتل حيث لايكون للآخر استيفاء القصاص لان القصاص حق العبد فكان ميراثا بين الاثنين فيسقط نصيب أحدهما اما باسقاطه أو لمعنى الابوة ويتعذر على الآخر الاستيفاء لانه لايحتمل التجزى فأما حد القذف حق الله تعالى ولم يصر ميراثا للابنين بل المعتبر الخصومة من كل واحد منهما وحق الخصومة ثابت لكل واحد منهما بكماله توضيحه أن المقذوف هنا منكر وجوب الحد لامسقط له فاذا أثبت الآخر وجوب الحد بالحجة استوفاه الامام بخلاف العفو في القصاص وان لم يكن للمقذوف الا ابن واحد فصدقه فى القذف ثم أراد أن يأخذه بالحد ليس له ذلك لانه مناقض فى كلامه ومع التناقض لا تصح الدعوى فلا يقام الحد الا بخصومة معتبرة ولو كان للمقذوف ابنان أحدهما عبد أو كافر كان له أن يطالب بالحد حاضراً كان الآخر أو غائباً لما بينا أن خصومته باعتبار أنه منسوب اليها وحال الابنين فى ذلك سواء ﴿ قال ﴾ رجل قذف رجلا قدام القاضي فله أن يضربه الحد وان لم يشهد به غيره لان العلم الذى يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذى يثبت له بشهادة الشاهدين وفى حد القذف معنى حق العبد فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد فالقاضى يقضي فى ذلك بعلمه وان علمه قبل أن يستقضي ثم استقضى فليس له أن يقيم الحد بعلمه حتي يشهد الشاهد عنده فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له أن يقضى بعلمه لان علمه بمعاينة السبب لا يختلف بعد ما قلد القضاء وقبله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حين عاين السبب استفاد علم الشهادة فلا يتغير ذلك بتقليد القضاء بخلاف ما اذا علم وهو قاض لانه حين عاين السبب استفاد علم القضاء توضيحه أن معاينة السبب بمنزلة شهادة الشهود فى الفصلين عنده ولو شهد الشاهدان عنده قبل أن يستقضي ثم استقضي لم يكن له أن يقضى بذلك فكذلك اذا عاين السبب فأما فى الحدود التى هي خالص حق الله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر فان عاين السبب في حالة القضاء فليس له أن يقضى بعلمه استحسانا وفي القياس له ذلك لان علمه بمعاينة السبب أقوي من علمه بشهادة الشهود عنده ولكنه استحسن لما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أرأيت لو لقيت رجلا على الزنا ما كنت أصنع به فقال شهادتك عليه كشهادة واحد من المسلمين فقال صدقت وروى

نحو هذا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه والمعني فيه أن الامام نائب في استيفاء ماوجب لحق الله تعالى فمن هذا الوجه يشبه الخصم ومجرد علم الخصم لايكفي للقضاء فلا يتمكن القاضي من الاستيفاء توضيحه أنه لوسمع اقراره بذلك ثم جحد لم يكن له أن يقيم عليه الحد والمقر به في حق المقر كالمعاين بخلاف حد القذف والقصاص وروى ابن سماعة أن محمدا رحمه الله تعالى رجع عن هذا فقال لايقضي بعلم نفسه في شيء من الحدود لانه هو المستوفي لذلك كله واذا اكتفى بعلم نفسه اتهمه الناس فعليه أن يتحرز عن موضع التهمة ﴿قال﴾ رجل اشترى جارية شراء فاسداً فوطئها ثم قذفه انسان فعلى قاذفه الحد لانه ملكها بالقبض مع فساد السبب وملك الرقبة مبيح للوطء والحرمة بعده بعارض على شرف الزوال وذلك لايسقط احصانه بخلاف الوطء في النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد غير موجب للملك فان موجب النكاح ملك الحل فلا يمكن اثباته بالسبب الفاسد فيكون وطؤه في غير الملك ﴿قال﴾ رجل قال لرجل يابن الزانيين فعليه حد واحد لانه قذف أباه وأمه ولو كانا حيين فخاصماه لم يكن عليه الاحد واحد فكذلك اذا كانا ميتين فخاصمه الابن ﴿قال﴾ وان قال لست لفلان ولا لفلانة لاحد عليه لانه نفي ولادة الام اياه فان ثبوت النسب من الام بالولادة فنفي ولادتها لا يكون قذفا لها انما يكون قذفا لها اذا ذكر أنها ولدته من زنا فانما يندرج ذلك في قوله لست لابيك ولا لامك لا يندرج قذف الأم يوضحه ان ولادتها اياه معاين فكل أحد يعلم بكذب القاذف في نفس ما هو معاين ولا يلحق الولد شين بهذا القذف بخلاف قوله لست لابيك فانه يلحقه الشين بنفي نسبه عن أبيه واذا قال لم يلدك فلان لابيه لاحد عليه لانه صادق في مقالته وانما ولدته أمه لا أبوه ﴿قال﴾ رجل قال لامرأة زنيت ببعير أو بثور أو بحمار لاحد عليه لانه نسبها الى التمكين من بهيمة وذلك غير موجب للحد عليها وقد بينا ان نسبته الى فعل لا يوجب الحد على فاعله لا يكون قذفا موجباً للحد ولو قال زنيت بناقة أو ببقرة أو بثوب أو بدرهم فعليه الحد لان معنى كلامه زنيت بدرهم بدلك وهذا أخس ما يكون من الزنا ان تكتسب المرأة بفرجها ﴿فان قيل﴾ بل معنى كلامه زنيت بدرهم استؤجرت عليه فينبغي أن لايحد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض ﴿قلنا﴾ هذا محتمل والبدل أيضاً محتمل فتقابل المحتملان يبقى قوله زنيت فكانه لم يزد على هذا حتى لو قال استؤجرت على الزنا بدرهم فلا حد على القاذف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

فالحاصل أنه متي كان في آخر كلامه مايحقق تمكينها منه جعل كلامه بمعنى التمكين واذا لم يكن فيه احتمال ذلك جعل بمعنى البدل ﴿قال﴾ وان قال لرجل زنيت ببعير أو بناقة أو ماأشبه ذلك لاحد عليه لانه نسبه الى اتيان البهيمة فان قال بأمة فعليه الحد فان قال لرجل يابن الاقطع أويابن المقعد أويابن الحجام وأبوه ليس كذلك ليس عليه حد لانه لايراد بمثل هذه اللفظة نفيه عن أبيه وانما يراد به وصف الاب بهذه الاوصاف كمن يقول لبصير ياأعمى أو يشبه به في الحرفة وكذلك لو قال يابن الازرق يابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك ألا ترى أنه لو قال يابن السندي أو يابن الحبشي لايكون قاذفا له بهذا فالمقصود تحقيره لاقذفه بهذا اللفظ ولو قال لعربي ياعبد اويامولى لاحد عليه لانه صادق في مقالته فانه عبد الله وليس بقاذف له بقوله يا مولى قال تعالى واني خفت الموالى من ورائي والمراد الورثة وبنو الاعمام وكذلك لو قال لعربي يادهقان لاحد عليه وهذا من أعجب المسائل فلفظ الدهقان فينا للمدح والتعظيم وقد ذكره من جملة القذف وهذا لان العرب كانوا يستنكفون من هذا اللفظ ولا يسمون به الا العلوج فلا زالة الاشكال ذكره وبين انه ليس بقذف فان الدهقان اسم لمن له ضياع واملاك وذلك يتحقق للعرب والعجم ﴿قال﴾ ولو قال يابني لاحد عليه لان هذا اللفظ يذكر على وجه اللطف دون القذف فهو كقوله يا أخي وكذلك لو قال لرجل أنت عبدي أومولاي فهذا دعوي الرق والولاء عليه فليس من القذف في شيء وان قال يايهودي يانصراني أو يامجوسي أو يابن اليهودي لاحد عليه لان القذف بالكفر ليس في معني القذف فانه لايشين المقذوف اذا كان اسلامه معلوما ولكنه يعزر لان نسبة المسلم الى الكفر حرام وبارتكاب المحرم يستوجب التعزير ﴿قال﴾ وان قال يازانيء وأدخل فيه الهمزة وقال عنيت أنه يصعد على الجبل أوعلى شيء فعليه الحد ونيته باطلة لان أصل الكلمة لغة بالهمزة فذكر الهمزة يقرره ولا يخرجه من أن يكون قذفا ﴿قال﴾ وان قال زنأت في الجبل وقال عنيت الصعود فيه عليه الحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولاحد عليه في قول محمد فمحمد رحمه الله يقول أهل اللغة يستعملون هذا اللفظ مهموزاً عند ذكر الجبل ويريدون به الصعود قال القائل

* وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * وأكثر ما فيه أن تكون الكلمة مشتركة والحد لايجب بمثله ولكنا نقول مطلق اللفظ محمول على مايتفاهمه الناس في مخاطباتهم والعامة

لايفهمون من هذا اللفظ الا الزنا فبهذا الطريق يلحق المقذوف الشين فيقام الحد على القاذف لدفع الشين عنه ألا ترى أنه لولم يذكر الجبل كان قاذفا ملتزما للحد بأن قال زنأت فلا يتغير بذكر الجبل كما لو قال زنيت لايفصل بين قوله زنيت فى الجبل وبين قوله بدون ذكر الجبل وكذلك لو قال زنأت على الجبل يلزمه الحد فكذلك اذا قال زنأت فى الجبل الا أن محمداً رحمه الله يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة لمعني الصعود يصلون به حرف فى لاحرف على ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا كان المتكلم بهذا اللفظ لغويا ومن أصحابنا من يقول هو يصدق في أنه أراد به الصعود والأصح أنه لافرق بين اللغوى وبين غيره لأن اللفظ محمول على ماهو المتعارف فى عادة العوام من الناس وهو القذف بالزنا ﴿قال﴾ واذا زني المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطءا حراما غير مملوك فقد سقط الحد عن القاذف لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وقد زال احصانه بهذا الوطء وكذلك اذا ارتد المقذوف وان أسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لانه قد سقط الحد لزوال احصانه بالردة وكذلك ان صار معتوها ذاهب العقل أو أخرس وبقي كذلك وبالخرس لايزول احصانه ولكن تتمكن شبهة من حيث أنه اذا كان ناطقا ربما يصدقه ولهذا شرط بقاء الخرس حتى اذا زال الخرس وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض يبرأ ﴿قال﴾ ومن قذف ولد ملاعنة أو ولد زنا فى نفسه فعليه الحد لانه محصن عفيف وانما الذنب لأبويه وفعلهما لايسقط احصانه وان قذف أمه فلا حد عليه أما ولد الزنا فلان قاذف أمه صادق لانها زانية وأما ولد الملاعنة فان أمه ليست بمحصنة لانه كان فى حجرها ولد لايعرف له والد ومثله فى صورة الزانيات لايحد قاذفه ﴿قال﴾ وان اختلفا شاهدا القذف في اللغة التي قذف بها من الفارسية والعربية والنبطية فشهادتهما باطلة لان اللفظ معتبر فى القذف ألا ترى أنه لا يجب الحد الا بصريح الزنا وعند اختلافهما في اللغة تتمكن الاختلاف فى المشهود به وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر انه قال لست لأبيك فقد اختلفا فى اللفظ المشهود به وكذلك لو تزوج مجوسى أمه ودخل بها ثم أسلما فقذفه انسان فعليه الحد فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى ولا حد عليه عندهما اذا كان الدخول بحكم نكاح يتركان عليه بعد الاسلام وان كان بحيث لا يتركان عليه بعد الاسلام كالنكاح بغير شهود فعلى قاذفهم الحد وهو بناء على أن عند

أبي حنيفة رحمه الله لأ نكحتهم حكم الصحة ما لم يسلموا وعندهما كل نكاح لا يتركان عليه بعد الاسلام فليس له حكم الصحة ولكن لا يتعرض لهم في ذلك لاعتقادهم ما لم يسلموا واعتقادهم لايكون حجة على القاذف ﴿قال﴾ أربعة شهدوا على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قد زني وهو محصن فرجم ثم رجعوا عن شهادة الزنا والعتق فعليهم ضمان القيمة للمولى لانهم أقروا عند الرجوع أنهم أتلفوا ماليته بشهادتهم عليه بالعتق وبالزنا بغير حق ويضربون الحد لاقرارهم انه كان عفيفاً وبطلان معنى الشهادة من كلامهم عند رجوعهم وان شهد اثنان منهم على العتق فأعتقه ثم شهدا مع آخرين على الزنا عليه فرجم ثم رجع شاهدا العتق عن العتق ولم يرجعا عن الزنا ورجع الآخران عن الزنا فعلى شاهدى العتق جميع القيمة للمولى لان تلف المالية كان بشهادتهما عليه بالعتق وعلى الآخرين نصف الدية للورثة لانه بقي على الشهادة بالزنا من يستحق بشهادته نصف النفس فانما انعدمت الحجة فى النصف فلهذا ضمن الراجعان نصف الدية وعليهما الحد وان شهد الرجلان على عتقه فأعتقه ثم شهد هو وآخر مع شاهدى العتق على رجل بالزنا فرجمه ثم رجعا عن العتق جميعا ضمنا قيمته للمولى ولم يضمنا من دية المرجوم شيئاً لانه قد بقي على الشهادة بالزنا حجة تامة ﴿فان قيل﴾ كيف يستقيم هذا وفي زعمهما أنه عبد ولا شهادة له على الزنا ﴿قلنا﴾ ولو شهد أربعة على الزنا فرجم ثم ظهر ان أحد الشهود عبد لا ضمان على الشهود ولايمكن ايجاب ضمان النفس عليهما من أجل شهادتهما بعتقه لانه ما رجم لعتقه وانما رجم لزناه وقيل على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى أن يجب الضمان عليهما لانه يقول المزكى للشهود اذا رجع ضمن وهما بشهادتهما بحرية الشاهد صارا مزكيين له وقد رجعا عن التزكية فينبغى أن يجب عليهما الضمان ولكن الاصح أن لا يجب لان الشاهد على الزنا لا يصح أن يكون مزكيا للشاهد معه فلا يمكن جعل شهادتهما بالعتق تزكية للشاهد معهما على الزنا ولان قضاء القاضي بالعتق لايبطل برجوعهما فتبقى الحجة على الزنا تامة فلهذا لم يضمنا من دية المرجوم شيئاً ولا حد عليهما ﴿قال﴾ ولو أن صبيا زني بصبية مطاوعة لا حد عليهما لانعدام الاهلية للعقوبة فيهما وعلى الصبي المهر فى ماله لانه ضمان الفعل والصبي أسوة البالغ فى المؤاخذة بضمان الفعل بحق العباد انما لا يؤخذ بضمان القول ولهذا لو كان أقر بالوطء لا يلزمه شئ ﴿قال﴾ ولو زني الصبي بامرأة فأذهب عذرتها وشهد عليه الشهود بذلك فعليه المهر اذا استكرهها وان كانت دعته

الي

الى نفسها فلا مهر عليه لانها رضيت بسقوط حقها ورضاها معتبر لكونها بالغة ولانها صارت مستعملة للصبي ومن استعمل صبيا فى شئ لحقه فيه ضمان ثبت لوليه حق الرجوع على المستعمل فلا فائدة فى ايجاب المهر لها اذا طاوعته والمجنون فى ذلك بمنزلة الصبي ولو كانت صبية أو مجنونة دعته الى نفسها فالمهر واجب لانها ليست من أهل الرضي بسقوط حقها ولان اشتغالها بالامر غير مثبت حق الرجوع عليها الاهدار قولها ﴿قال﴾ رجل قال لرجل أنت أزنى من فلان فلا حد عليه لان افعل يذكر بمعني المبالغة فى العلم فكان معني كلامه أنت أعلم بالزنا من فلان أو أنت أقدر على الزنا من فلان وكذلك لو قال أنت أزني الناس أو أزنى الزناة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنت أزنى من فلان الزاني أو أزنى الزناة فعليه الحد لانه بين بآخر كلامه أن المراد المبالغة فى وصفه بفعل الزنا وكذلك قوله أزنى الناس لأن فى الناس زان فهو كقوله أزني الزناة بخلاف قوله أنت أزنى من فلان ﴿قال﴾ رجل زني بخرساء أو أخرس زنى بامرأة لاحد عليه لان الأخرس لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة يسقط به الحد عن نفسه وعن صاحبه والخرس يمنعه من اظهار تلك الشبهة ولا يجوز اقامة الحد مع تمكن الشبهة بخلاف ما اذا زنى صحيح بمجنونة فعليه الحد لان المجنونة ليست من أهل أن تدعى الشبهة وامتناع وجوب الحد لمعنى فيها وهو الجنون لا لشبهة في الفعل فهو نظير الزنا بمستكرهة ﴿قال﴾ ولو سرق رجلان سرقة واحدة وأحدهما أخرس أو مجنون لاقطع على واحد منهما لان الفعل هنا واحد فاذا لم يكن موجبا للقطع على احدهما لايكون موجبا على الآخر فأما فى الزنا كل واحد من الزانيين مباشر لفعل آخر اذ لا مجانسة بين الفعلين لان فعله الايلاج وفعلها التمكين لجنونها لا يعدم التمكين فلا يتمكن فيه نقصان فيكون فعل الرجل فى الايلاج مخصوصا بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد ﴿قال﴾ واذا شهد الشاهدان على رجل بالزنا وآخران على اقراره بالزنا لاحد عليه لان الشهادة على الاقرار لغو فى ايجاب حكم الحد فان المشهود عليه جاحد ومن ضرورة جحوده الرجوع عن اقراره ولأنهم اختلفوا في المشهود به فشهد اثنان بالفعل والآخران بالقول ولاحد عليهم لان الذين شهدوا على الاقرار مانسباه الى الزنا والآخران وان نسباه الى الزنا فشهادة الشاهدين على الاقرار يسقط الحد عنهما لانهما شهدا على تصديق المقذوف والتصديق يثبت بشهادة شاهدين ﴿قال﴾ وان شهد ثلاثة بالزنا وواحد بالاقرار به فعلى الثلاثة الحد لانهم قذفوه بالزنا وليس على التصديق الا شاهد

واحد وشهادة الواحد لا تثبت التصديق ﴿ قال ﴾ واذا ضرب العبد حد القذف أربعين سوطا ثم أعتق لم تجز شهادته أبداً لوجهين أحدهما أن الاربعين حد فى حقه واقامة الحد عليه جرح في عدالتـه وحكم بكذبه فيسقط به شهادته على التأبيـد كما في حق الحر ولان العبد ليس من أهل الشهادة ورد الشهادة من تتمـة الحد فيتوقف ذلك على صيرورته من أهل الشهادة وبالعتق صار من أهل الشهادة الآن فيصير مردود الشهادة تتميا لحده وكذلك اذا ارتد المحـدود فى قذف ثم أسـلم لم تقبل شهادته لان الكفر لم يزده الا شراً واذا صار مردود الشهادة على التأبيد فبالردة لا يصير مقبول الشهادة فان ضرب الكافر حد القذف ثم أسـلم جازت شـهادته لان الكافر محكوم بكذبه ولـكن يزول ذلك باسـلامه ويستفيد بالاسلام عدالة لم تكن موجودة حين أقيم عليه الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة توضيحه أن الكافر ليس من أهل الشهادة فيصير مردود الشهادة باقامة الحد عليه ويتم به حده ثم بالاسلام استفاد شهادة حادثة لم تكن موجودة عند اقامة الحد عليه فلهـذا قبلت شهادته ﴿ قال ﴾ أربعة كفار شـهدوا على كافر انه زني بامرأتين كافرتين فلما قضي بالحد عليهم أسلم الرجل والمرأتان بطل الحـد عنهم جميعاً لان الحجة لم تبق عليهم بعد الاسلام فشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلمين ولا يمكن اقامة الحـد بغير حجة وان أسلمت احدى المرأتين سقط عنها الحد وبقى الحد على الاخري لبقاء الحجة في حقها وكذلك على الرجل لان الحجة في الزنا بالتي هي باقية على الكفر باق وذلك كاف فى اقامـة الحد عليه وكذلك ان شـهدوا على كافرين بالزنا بامرأة واحـدة فان أسـلمت المرأة درئ الحـد عنها وعن الرجلين كما لو كانت مسلمة عند الشهادة وان أسـلم أحد الرجلين درئ الحد عنـه خاصة ويقام الحد على الرجل الآخر والمرأة لبقاء الحجة الكاملة عليه فى زناه بها ﴿ قال ﴾ واذا جنت الامـة جناية عمـداً فيها القصاص فوطئها الولى ولم يدع شبهة فليس عليه الحد لوجهين أحدهما ان من العلماء من يقول ان لولى الجناية حق التملك ان شاء وهـذا قول معتبر فانه لا فرق فى حق المولى بين ان يتلف ماليته باستيفاء القصاص وبين ان يتلف بتمليك الولي اياها عليه وفيـه منفعة للولى سواء استوفى القصاص أو تملكها فله أن يختار أى الوجهين شاء فاذا ثبت له حق التملك فيها على قول بعض الفقهاء يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحـد عنه ولان الوطء اتلاف جزء منها لان المستوفى بالوطء في حكم الجزء من العين فاذا صار

اتلاف الكل حقا له شرعا يصير ذلك شبهة في اتلافه جزءاً منها والحد يسقط بالشبهة ثم يلزمه العقر لسيدها لانه وطء في غير الملك فلايخلو عن حد أو عقر وقدسقط الحدبشبهة فعليه العقر ويكون للسيد بمنزلة كسبها لان حق من له القصاص في استيفاء القصاص فلا يثبت في المال والعقر والكسب مال فيكون لمولاها بملكه رقبتها وان كانت الجناية خطأ فوطئها الولى ففي القياس عليه الحد وبه يأخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى سواء اختار المولى الدفع أو الفداء وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان اختار المولى الفداء فكذلك الجواب وان اختار الدفع فلا حد عليه استحسانا لان بالجناية الخطأ لم يثبت للولى حق التملك فيها وهذا لان موجب جناية الخطأ يكون على أقرب الناس من الجانى ألا ترى ان في الحر موجب جنايته على العاقلة وفي المملوك موجب جنايته على المولى لانه أقرب الناس اليه ولهذا خير بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فقد وصل الى ولى الجناية حقه وبقيت الجارية مملوكة للمولى كما كانت فتبين أنه وطئها ولاشبهة له فيها فكان عليه الحد فان اختار الدفع فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان موجب الجناية كان على المولى ولكنه كان متمكنا من اختيار الدفع بأن يقول هذا الشغل انما لحقني بجنايتها على ان أدفعها لا خلص نفسي من هذا الشغل فكان هذا ملكا حادثا للولى فيها بعد تقرر فعل الزنا فلا يسقط به الحد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالي يسقط الحد استحسانا لان حق ولى الجناية في رقبتها وان كان المولى متمكنا من تحويل الحق عن الرقبة باختيار الفداء بدليل انها لو هلكت يسقط حق ولى الجناية وانما سقط لفوات محل حقه فاذا تقرر حقه في محله باختيار المولى الدفع فانما يملكها بسبب تلك الجناية وتبين انها وطئها وله فيها سبب ملك فيسقط الحد كمن اشتري جارية على أن البائع بالخيار فوطئها المشترى ثم اختار البائع البيع فلا حد على المشترى ولكن هذا ضعيف لانه لو كان له فيها سبب ملك لم يلزمه الحد وان اختار المولى الفداء كما في المشتراة بشرط الخيار للبائع فلا حد على المشتري وان فسخ البيع فيهاوحيث وجب الحد هنا عند اختيار الفداء عرفنا أنه ليس فيها سبب ملك ثم ذكر في بعض النسخ فصلا وهو أنه زنى بجارية ثم اشتراها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحدولا حد عليه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فان كان جواب هذا الفصل هكذا فلا حاجة الى التكلف الذى قلنا في مسئلة الدفع بالجناية لان الملك الحادث بعد وجوب الحد

قبل الاستيفاء عند أبي يوسف رحمه الله تعالى مسقط للحد وقد ثبت ذلك للولى بدفع الجارية اليه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون مسقطا للحد ولكن فى هذا الفصل اختلاف الرواية فى النوادر فذكر أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى أن من زني بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشتراها لا حد عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الحد فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى فى نوادره على عكس هذا قال على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى عليه الحد فى الوجهين جميعا وعند أبى يوسف رحمه الله تعالي لا حد عليه فى الوجهين جميعا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه اذا زنى بأمة ثم اشتراها فلا حد عليه وان زنى بحرة ثم تزوجها فعليه الحد فأما وجه الرواية التى قال لا حد عليه فى الفصلين أن الملك في المحل لو اقترن بالفعل كان مانعا وجوب الحد فاذا طرأ بعد الوجوب قبل الاستيفاء يكون مسقطا للحد كملك السارق العين المسروقة بعد ما وجب عليه القطع والعمى والفسق فى الشهود بعد وجوب الحد قبل الاستيفاء وهذا لانه لو أقام الحد عليه انما أقام بوطئه امرأة هى زوجته في الحال وذلك لا يجوز وجه الرواية التى قال يقام الحد فى الفصلين أن وجوب الحد باعتبار المستوفى والمستوفى مثلا شئ فبالنكاح والشراء بعد الاستيفاء لا يثبت له الملك فى المستوفي فلا يسقط الحد بخلاف السرقة فان وجوب القطع على السارق باعتبار العين وقد ملك تلك العين فسقط القطع عنه بالشبهة وجه رواية الحسن فى الفرق بين النكاح والشراء أنه بالشراء يملك عينها وملك العين فى محل الحرث سبب لملك الحل فيجعل الطارئ قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب كما في باب السرقة فأما بالنكاح لا يملك عين المرأة وانما يثبت له ملك الاستيفاء ولهذا لو وطئت بالشبهة كان المهر لها فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلهذا لا يسقط الحد عنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب السرقة ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاذ شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى السرقة لغة أخذ مال الغير على وجه الخفية سمي به لانه يسارق عين حافظه ويطلب غرته ليأخذه أو يسارق عين أعوانه على الحفظ بأن يسامره ليلا لان الغوث بالليل قل مايلحقه وهي نوعان صغرى وكبرى فالكبرى هي قطع الطريق لانه يأخذ المال في مكان لايلحق صاحبه الغوث ويطلب غفلة من التزم حفظ ذلك المكان وهو السلطان والعقوبة تستحق بكل واحد من الفعلين على حسب الجريمة في الغلظ والخفة فهذا الكتاب لبيان هذين الحدين وكل واحدمنهما ثابت منهما بالنص امافى السرقةالصغرى الواجب بالنص قطع اليدقال الله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءبما كسبانكالا من الله والواجب باخذ المال في السرقة الكبري قطع يدورجل قال الله تعالى انما جزاء الذى يحاربون الله ورسوله الآية وكل واحد من الحدين عقوبة فان الله عز وجل سمي أحدهما نكالا والاخر خزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا وكل واحدمنهما جميع موجب الفعل فقد سمى كل واحد منهما جزاءوفيه اشارة الى الكمال يقال خزى أى قضي وجزأ بالهمزة أى كفي فعرفنا انه جميع موجب الفعل وان كان كل واحدمنهما مستحقاحقالله تعالى لان الجزاء علي الافعال المحرمة من العباد يكون حقا لله تعالى وفيه اشارة الى أن الفعل محرم العين وان عصمة المال فيما يرجع الى موجب الفعل لله تعالى خالصاواختلف العلماءبعد هذافى السرقة الصغرى قال فقهاء الامصار رضي الله عنهم المستحق قطع اليد اليمني من الرسغ وقال الخوارج الى المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها وهو مخالف للنص والمنصوص قطع اليد وقطع اليد قد يكون من الرسغ وقد

يكون من المرفق وقد يكون من المنكب ولكن هذا الابهام زال ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هـذا القدر متيقن به وفى العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن فاما قوله جل وعلا انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله فقد قيـل المراد يحاربون أولياء الله فان أحـدا لايحارب الله تعالى ولـكنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وهو أصل فى اللغة وقيل المراد بيان ان قاطع الطريق كانه يحارب الله تعالى لان المسافر فى المفاوز في امان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له كانه يحـارب الله تعالى وهو نظير قوله سبحانه وتعالى ومن يشاقق الله ورسوله فان أحـدا لا يشاقق الله حقيقة ولـكن راد أمر الله تعالى كانه يشاقق الله تعالى وزعم بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان نزول الآية فى المرتدين واستدلوا عليه بحديث أنس رضى الله عنه ان العرنيين لما ارتدوا وقتلوا الرعاة وساقوا ابل الصدقة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أثرهم وجئ بهم فامر بقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فنزلت الآية ولـكن الاصح ان نزول الآية في الذين قطعوا الطريق من غير المرتدين لان في الآية بيان عقوبة تستحق بقطع الطريق وقيل المرتد يستحق القتل قطع الطريق أو لم يقطع وانما سبب نزول هذه الآية الذين قطعوا الطريق وما بدأ به محمد الكتاب ورواه عن أبى يوسف رحمه الله تعالى عن الكلبى عن أبي صالح عن ابن عباس رضى الله عنهم أجمعين ﴿ قال ﴾ وادع رسول الله صلى الله عليـه وسـلم أبا بردة هـلال بن عويمر الاسلمى فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبى بردة الطريق فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان فى الشرك فقوله وادع يحتمل المؤقتة وهى الامان ويحتمل المؤبدة وهى الذمة فأجرى أبو يوسف رحمه الله تعالى الـكلمة على ظاهرها وقال يقام حد قطاع الطريق على المستأمنين وأهل الذمة بدليل الحديث وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا المراد الموادعة المؤبدة وهي عقد الذمة لانه قد ثبت بالنص وجوب تبليغ المستأمنين مأمنهم والآية وان نزلت فى الـكفار فالحكم غير مقصور عليهم لان السبب الموجب للعقوبة قطع الطريق بالنص ففى حق كل من تقرر السبب ثبت الحكم ولـكن بعد ان يصير محاربا بقطع الطريق والمستأمن محارب وان لم يقطع الطريق لانه متمكن من الرجوع الى دار الحرب

والمحارب بقطع الطريق يكون من أهل دارنا وقوله فجاء اناس يريدون الاسلام قيل معناه قد أسلموا فجاؤا يريدون الهجرة لتعلم أحكام الشرع وقيل بل جاؤا على قصد أن يسلموا ومن جاء من دار الحرب على هذا القصد فوصل الى دار الاسلام فهو بمنزلة أهل الذمة والحد يجب بقطع الطريق على أهل الذمة كما يجب بقطع الطريق على المسلمين بخلاف المستأمنين على ما بيناه ثم فى هذا الحديث دليل على أن هذا الحد مشروع على الترتيب بخلاف ما يقوله مالك رضى الله عنه أنه على التخيير بظاهر حرف أو وهذا لان الجناية تختلف منه بمباشرة القتل أو أخذ المال أو اخافة الناس والعقوبة بحسب الجناية فيستحيل أن يقال عند غلظ الجناية يعاقب بأخف الانواع وعند خفتها بأغلظ الانواع فعرفنا أنها مرتبة كما ذكر فى الحديث فظاهر قوله من قتل وأخذ المال صلب دليل لابى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى أن الامام لا يشتغل بقطع يده ورجله بهذه الحالة ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول المراد بيان ما يختص به بهذه الحالة فأما قطع اليد والرجل عند أخذ المال مبين فى الحديث ألا ترى أنه لم يذكر القتل في هذه الحالة لانه مبين في حق من قتل ولم يأخذ المال فأقول الامام يتخير في هذه الحالة بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله ويصلبه أو يقتله ويصلبه ثم يطعن تحت تندوته اليسرى فيقتله على خشبة ففي ظاهر المذهب يتخير بين ان يصلبه حيا وبين ان يقتله ثم يصلبه وذكر الطحاوى انه لا يصلبه قبل القتل فان ذلك مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكن في هذا الحديث دليل على ان له ذلك لتحقيق معني الخزى فى حقه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتركه على خشبته أبداً الى ان يسقط لتحقيق معنى الخزي وليعتبر به غيره فأما قوله عز وجل أو ينفوا من الارض فهو غير مذكور فى هذا الحديث والمراد عندنا الحبس فى حق من خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لانه اما أن يكون المراد نفيه من جميع الارض وذلك لا يتحقق مادام حيا أو المراد نفيه من بلدته الى بلدة أخرى وبه لا يحصل المقصود وهو دفع أذيته عن الناس أو يكون المراد نفيه عن دار الاسلام الى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة فعرفنا أن المراد نفيه من جميع الارض الى موضع حبسه فان المحبوس يسمي خارجا من الدنيا قال القائل

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

والشافعى رحمه الله تعالى يقول المراد اتباعه حتى لا يتمكن من القرار فى موضع فذلك نفيه من الارض فأما قوله من جاء مسلما هدم الاسلام ما كان فى الشرك فهو معنى قوله جل وعلا الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وفيه كلام نبينه فى بابه ثم الاسلام يهدم ما كان فى الشرك من الجناية على خالص حق الله تعالى قال الله جل وعلا قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ماقبله والتوبة قبل قدرة الامام عليه مسقطة لهذه العقوبة بالنص على مانبينه ان شاء الله تعالى وذكر عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لاتقطع اليد الا فى ثمن المجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفيه دليل على أن النصاب فى المسروق معتبر لايجاب القطع على السارق وهو قول فقهاء الامصار وأصحاب الظواهر يقولون لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصرى رحمه الله تعالى واستدلوا بالآية فان الله عز وجل قال والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما يعني بالسرقة لان السارق اسم مشتق من فعل والفعل الذى اشتق منه الاسم يكون علة للحكم ولكن السرقة لاتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان أخذ المال المباح يسمي اصطيادا أواحتطابا لا سرقة وكذلك ماليس بمحرز محفوظ فاخذه لايكون سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ فشرطنا مايقتضيه اسم السرقة وليس فى اسم السرقة مايدل على النصاب فالسرقة تحقق فى القليل والكثير فاشتراط النصاب يكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ وفي الحديث ان النبى صلي الله قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده والبيضة قد لا تساوي أكثر من فلس ولا يجوز ان يقال المراد بيضة الحديدوحبال السفن واللؤلؤلان المقصود بيان حقارةالسارق وفي حمله على ماقلتم تفويت هذا المقصود ولكنا نقول لما كان في اسم السرقة ما ينبيء عن صفة الاحرازصار كون المال محرزاً شرطاً بالنص وشرائط العقوبة يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم والاحراز انما يتم فى المال الخطير دون الحقيرفالقليل لايقصدالانسان احرازه عادة واليه اشارت عائشة رضى الله عنها فى قولها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص والمراد من الحديث بيضة

الحديد الا أن صاحب الشرع وان ذكره لاظهار حقارة السارق فقد أضمر في كلامه هذا المعنى ليحصل المقصود ويكون كلامه حقا على ما روى أنه كان يمازح ولا يقول الا حقا وقيل ان هذا كان في الابتداء لزيادة التغليظ والتشديد ثم انتسخ بالآثار المشهورة باعتبار النصاب في المسروق ثم اختلفوا في مقدار النصاب فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى عشرة دراهم أو دينار وقال الشافعي رحمه الله تعالى ربع دينار وقال مالك رحمه الله ثلاثة دراهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى خمسة دراهم وقال عكرمة رحمه الله تعالى أربعة دراهم وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنهما أربعون درهما واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بحديث الزهري عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال القطع في ربع دينار فصاعداً ولانهم اتفقوا على أن القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واختلف في ثمن المجن وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون في قيمة المسروق يؤخذ بالأقل في ذلك فأقل ما نقل فيه ثلاثة دراهم فلهذا قدر مالك رحمه الله تعالى النصاب به وقد كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما فثلاثة دراهم يكون ربع دينار وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يستدل بحديث عثمان رضى الله عنه لا تقطع الخمس الا بخمسة يعني اليد التى عليها خمسة أصابع لا تقطع الا بخمسة دراهم ومن اعتبر بأربعين استدل بحديث عائشة رضى الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه فكانت تقطع في ثمن المجن وهو كان يومئذ ذا ثمن وهذا منها اشارة الى أنه كان مالا خطيراً والخطير ما يكون مقداراً يعتبر لايجاب الزكاة فيه وأدنى ذلك الأربعون في نصاب الشياه وعلماؤنا رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا تقطع اليد الا في دينار أو في عشرة دراهم وهكذا عن علي رضي الله عنه وفي الحديث المعروف لا مهر أقل من عشرة ولا قطع في أقل من عشرة دراهم وعن أيمن بن أبي أيمن وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم والرجوع الى قولهم أولى لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان

الاخذ بالاقل أولي لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالاكثر ههنا لان معني درء الحد فيه وقد روى أن عمر رضى الله تعالى عنه أتي بسارق سرق ثوبا فأمر بقطع يده قال عثمان رضى الله عنه ان سرقته لاتساوي عشرة دراهم فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه فدل أنه كان ظاهراً معروفا فيما بينهم ان النصاب يتقدر بعشرة دراهم ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم والمستحق بكل واحد منهما ماله خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق الا بمال خطير والحديث الذى رواه عن عائشة رضي الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه وأكثرهم على أنه غير مرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القاسم بن عبد الرحمن رحمهما الله تعالى اذا سمع من يروى هذا الحديث مرفوعا رماه بالحجارة والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لاتقطع في الشيء التافه وكانت تقطع فى ثمن المجن فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ قال الله جل وعلا ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ثم فى ظاهر الرواية المعتبر عشرة دراهم من النقرة المضروبة حتى روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى اذا سرق نقرة لاتساوى عشرة دراهم مضروبة فلا قطع عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أن المعتبر عشرة دراهم من النقد الغالب بعد أن تكون الفضة فيها غالبة على الغش وأما ما يغلب عليه الغش فهو من الفلوس لا من الدراهم والاول أصح لما بينا أن شرط العقوبة يراعى وجوده بصفة الكمال فاذا كانت الدراهم مغشوشة فالغش ليس من الفضة فى شئ ولو أوجبنا القطع عليه كان ايجاب القطع فى موضع الشبهة وما يندرئ بالشبهات لا يستوفى مع الشبهة فلهذا اعتبرنا عشرة دراهم من النقرة المضروبة ثم المعتبر عشرة دراهم من وزن سبعة فانه هو المعتبر فى وزن الدراهم فى غالب البلدان وقد بينا تفسير ذلك فيما أمليناه من شرح الاقرار وعن ابن مسعود وابن عباس وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين قالوا اذا أصاب من الحدود فيها القتل قتل وألغي ما سوى ذلك معناه ما سوى ذلك من الحدود التي حق لله تعالى فأما ما فيه حق العباد كحد القذف والقصاص فى الطرف فلا بد من استيفائه مقدما لمراعاة من له الحق وفى حقوق الله تعالى القتل أهم وفى معني الزجر أتم فيبدأ به ثم لا فائدة فى الجلد

والقطع بعده بهذا استدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى أن قاطع الطريق اذا استحق قتله لايشتغل بقطع يده ورجله وأبو حنيفة رحمه الله يقول إن المراد في الحدود لا في حد واحد وحد قاطع الطريق واحد ولا تداخل فى أجزاء حد واحد فللامام إن يقطع يده ورجله ثم يقتله لتحقيق معنى التغليظ وعن عمر رضي الله عنه انه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا بحضرته فانما شهدوا على ضغن قال الحسن رحمه الله في حديثه ولا شهادة لهم والمراد الحدود التى هى محض حق الله تعالى والشهادة عليها بطريق الحسبة من غير أن ينبني على خصومة فى الحد كالزنا والسرقة وشرب الخمر وأما حد القذف فالشهادة عليه تنبني على الدعوى والخصومة فى الحد فلا يمتنع قبولها بتقادم العهد وعن على رضى الله عنه فى رجل أخذ وقد نقب البيت ولم يأخذ المتاع قال لاحد عليه وبه نأخذ فان سبب وجوب الحد مالم يتم لايجب الحد وتمام السرقة باخراج المال من الحرز وهذا لان الحد يتعلق بما هو المقصود من كل نوع ولهذا لم يجب حد الزنا الا بالايلاج فى الفرج والمقصود في السرقة اخراج المال دون هتك الحرز فان أخذ قبل اخراج المال فقد انعدم ما هو المقصود فلا حد عليه وعن رافع بن خديج رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى ثمر ولا فى كثر وبه نقول فالثمر اسم الرطب المعلق على الاشجار وهو مما يتسارع اليه الفساد ولا قطع عندنا في سرقة مايتسارع اليه الفساد ﴿فان قيل﴾ المراد ثمار المدينة فانها على رؤس الاشجار وهى لاتكون محرزة لقصر الحيطان ﴿ قلنا ﴾ رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على المعنى المانع من وجوب الحد والقطع وهو كون المسروق ثمراً وفي الحمل على ماقلتم تعطيل هذا السبب واحالة الحكم الى سبب آخر فأما الكثر فقد قيل المراد به الجمار هكذا قال يحيي ابن سعيد وقال غيره هو الودى وهو النخل الصغار وقد حكي أن غلاما سرق وديا فغرسه فى أرض مولاه فأتي به مروان فأمر بقطعه فجاء مولاه الى رافع بن خديج رضي الله عنه فأخبره بذلك فقال لا قطع عليه فساله أن يأتى معه مروان فقام اليه وقد روى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع فى ثمر ولا في كثر فدرأ الحد مروان وعن الحسن رحمه الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى الطعام المهيأ للأكل فان ذلك مما يتسارع اليه الفساد ولا يمكن ادخاره وأما الحنطة ونحوها يتعلق بسرقتها القطع بعد تمام الاحراز وقبل تمام الاحراز لايتعلق بها القطع لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن جريسة

الجبل فقال هى ومثلها والنكال واذا جمعها المراح ففيها القطع وفى رواية ففيها غرم مثله وجلدات نكال وفى رواية فاذا آواها الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع وقيل المراد لاقطع في عام السنة وهي زمان القحط. لان الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فيمنع ذلك وجوب القطع لما روى عن مكحول رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في مجاعة مضطر وذكر عن الحسن عن رجل قال رأيت رجلين مكتوفين ولحما فذهبت معهم الى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها كما ينتظر الربيع فوجدت هذين قد اجتزراها فقال عمر رضى الله عنه هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشراوان مربعتان فانا لا نقطع فى العذق ولا فى عام السنة وكان ذلك فى عام السنة والعشراء هى الحامل التي أتى عليها عشرة أشهر وقرب ولادتها فهي أعز ما يكون عند أهلها ينتظرون الخصب والسعة بلبنها كما ينتظرون الربيع وقوله فانا لا نقطع فى العذق منهم من يروى في العرق وهو اللحم والاشهر العذق وهو الكباسة ومعناه لاقطع في عام السنة للضرورة والمخمصة وقد كان عمر رضى الله عنه فى عام السنة يضم الي أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول ان يهلك الناس على انصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع في ذلك وعن على رضى الله عنه فى الخلسة قال تلك الدعارة المغالبة لاقطع فيها وفى رواية الغالبة فهذا منه منه اشارة الى ان القطع انما يتعلق بفعل السرقة والخلسة لاتكون سرقة فان المختلس يستدبر صاحب المتاع ولا يسارق عينه وعن ابراهيم قال لاقطع على سارق الحر الصغير وان سرق مملوكا قطع وبه نأخذ والحر ليس بمال بخلاف المملوك وفى الصغير يتحقق فعل السرقة وفيه اختلاف لابي يوسف رحمه الله تعالى نبينه وعن على رضى الله عنه فى السارق تقطع يده اليمني فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد استودعته السجن انى لاستحى من الله تعالى ان لاأدع له يدا يأكل بها ورجلا يمشي عليها وذكر في الاصل أنه عرض السجون فاتي برجل قد قطعت يده ورجله وقد سرق فقال ماترون فيه قال بعضهم تقطع يده اليسري فقال ليس ذلك عليه فبأى شئ يستنجي ويرفع لقمته وقال بعضهم تقطع رجله اليمني فقال ماذاك عليه فبأي شئ يمشى الى حاجته قال ابراهيم رحمه الله تعالى وقد اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنهم من قال أقطعه حتى آتى على قوائمه كلها يريد به قول أبى بكر وعمر رضي الله عنهما ومنهم من قال أقطع يده ورجله ثم أحبسه يريد به قول على وابن مسعود رضي الله عنهما قال

هذا أحب الى وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى لان القطع شرع زاجرا لا متلفا وفى تفويت منفعة الجنس اتلاف حكمى على ما أشار اليه على رضى الله عنه وسيأتى بيان هذا الفصل وذكر عن ابن عمر رضي الله عنهما قال أضاف أبو بكر الصديق رضى الله عنه أقطع اليد والرجل فكان يصلى بالليل فقال له أبو بكر رضي الله عنه من قطعك فقال يعلى بن أمية باليمن قال أبو بكر رضى الله عنه ماليلك بليل سارق ثم اغار على حلي لاسماء فسرقه ثم أصبح يدعو مع القوم على من سرق أهل البيت الصالح وفى رواية كان يقول اللهم أظهر فلم يقم الانوم حتى أتى بصائغ بالمدينة عنده الحلى فقال أتانى به هذا الاقطع واعترف فقال أبو بكر رضي الله عنه لعزته بالله أعز على من سرقته وفى رواية ما أجهلك بالله فقال عمر رضى الله عنه والله لأبرح حتى يقطع فقطعت يده اليسرى وقد ذكرنا فى كتاب الاكراه أنه كان أقطع اليد فقطع أبو بكر رضى الله عنه رجله اليسرى وليس لحكاية الحال عموم فعند اختلاف الرواية فيه يضعف الاستدلال به والاشكال في الحديث انه كان ضيفا عند أبي بكر رضى الله عنه والضيف اذا سرق من بيت المضيف لايقطع لانه مأذون بالدخول فى الحرز ولكن تأويله ان بيت الضيافة لابى بكر رضى الله عنه كان منفصلا عن بيت العيال فلم يكن الضيف مأذونا فى بيت العيال فلهذا قطعه وفيه دليل على انه لا يعتمد على ظاهر حال الرجل فى دعائه وصلاته وقد كان يصلى بالليل ثم كان مقصوده السرقة لا الصلاة وتمام فوائد الحديث نبينه في الاكراه ان شاء الله تعالى وذكر عن يزيد بن خصيف رضي الله عنه قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فقال أسرقت ما أخاله سرق فقال نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به ففعلوا به ذلك فقال تب الى الله فقال تبت الى الله تعالى فقال اللهم تب عليه وفيه دليل على أن الامام مندوب الى الاحتيال لدرء الحد وتلقين المقر الرجوع ويدل عليه ما رواه عن أبي الدرداء أنه أتى بسارق أو بسارقة فقال أسرقت قولى لا وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه أتى بسوداء يقال لها سلامة فقال أسرقت قولى لا قالوا أتلقنها قال جئتمونى بأعجمية لا تدري ماراد بها حين تفسر فاقطعها وفيه دليل على أن المقر بالسرقة اذا رجع درئ عنه الحد وان الرجل والمرأة فى ذلك سواء وان للامام أن ينيب غيره منابه ليستوفى الحد لابحضرته فانه عليه الصلاة والسلام قال اذهبوا به فاقطعوه وفيه دليل على أن القطع للزجر لا للاتلاف لانه أمر بالحسم بعد القطع

وهو دواء واصلاح يتحرز به عن الاتلاف وفيه دليل على ان التطهير لا يحصل بالحد اذا كان مصراً على ذلك ولانه خزى ونكال وانما التطهير والتكفير به فى حق التائب فانه دعاه الى التوبة بقوله صلى الله عليه وسلم تب الى الله وفيه دليل على ان التوبة لاتتم بقوله تبت فانه صلى الله عليه وسلم قال اللهم تب عليه وتمام التوبة بالندم على ما كان منه والعزم على ان لا يعود اليه من بعد مع الوجل فيما بين ذلك ﴿ قال ﴾ وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها لان مبهم الاسم محتمل فان من يستمع كلام الغير سراً يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ويقال سرق لسان الامير ومن لا يعتدل فى الركوع والسجود يسمى سارقا قال صلى الله عليه وسلم ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته فيستفسرهما عن الماهية والكيفية لها ولان المسروق قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير مال وقد يكون محرزاً أو غير محرز وقد يكون نصابا وما دونه فلا بد أن يسألهما عن الماهية والكيفية وينبغي أن يسألهما متى سرق وأين سرق كما بيناه في الزنا لان حد السرقة لايقام بعد تقادم العهد ولا يقام على من باشر السبب في دار الحرب فيسألهما عن ذلك ولم يذكر السؤال عمن سرق لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه ولا حاجة الى السؤال عن ذلك فاذا بينوا جميع ذلك والقاضى لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما لانه صار متهما بارتكاب الحرام فيحبس ولا يمكن التوثق بالكفيل لانه لا كفالة فى حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه فلهذا حبسه فان زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع الا بحضرته وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول لا حاجة الى حضرة المسروق منه وتقبل الشهاده على السرقة وحبسه كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى والشافعى رحمه الله يقول اذا أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى حضرة المسروق منه لقطعه فأما اذا قامت البينة عليه بذلك فلا بد من حضوره عند الشهادة لان الشهادة تنبنى على الدعوي في المال فما لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه فى الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان ظهور فعل السرقة لا يكون الا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق فاذا قطع قبل حضوره

كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد اقراره فيبقى المال مملوكا لمن فى يده أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود أو أنه كان ضيفا عنده ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لايثبت بما هو قائم مقام الغير ﴿قال﴾ واذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا فى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله تعالى وفى قوله الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقطع وكذلك بعد موت الشهود وقد ذكر فى كتاب الحدود أنه يقام الحد بعد غيبة الشهود وموتهم الا الرجم خاصة وقد بينا ذلك الا ان هناك لم يذكر قول أبى حنيفة الاول رحمه الله تعالى وانما ذكره ههنا وهو القياس فى كل عقوبة لان الاستيفاء مع غيبة الشهود استيفاء مع الشبهة لجواز ان يكونا رجعا عن الشهادة أو ابتليا بما يسقط شهادتهما ورجوع الشاهد فى العقوبات بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء ولكنه رجع عن هذا فقال الغيبة والموت لاتقدح فى عدالة الشاهد والشرط بعد الاداء عدالته فلهذا لايمتنع الاقامة لغيبته وموته الا الرجم فالمعتبر فيه البداية بالشهود وذلك ينعدم بعد موتهم ثم بين أن العارض فى شهود السرقة بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من استيفاء القطع وهو غير مانع من استرداد عين المسروق لانه محض حق العبد فتتأكد الشهادة فيه بنفس القضاء ولان المال يثبت بالشبهات بخلاف الحد ولهذا قبلت شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة فى السرقة بالمال دون القطع ﴿قال﴾ واذا سرق الرجل ثوبا يساوى عشرة من رجلين قطع لأن المسروق نصاب كامل فلا يختلف مقصود السارق بتعدد المسروق منه أو اتحاده ﴿قال﴾ وان سرق رجلان ثوبا يساوى عشرة من رجل لم يقطعا لان سرقة كل واحد منهما نصف النصاب فان عند تعدد السراق لايصيب كل واحد منهم الا شئ يسير قل ما يرغب فيه ولا تقطع اليد فى الشئ التافه بخلاف الاول فان السارق واحد والنصاب كامل يرغب الواحد فى أخذه سواء كان المالك واحداً أو جماعة وان كانت قيمة الثوب بحيث يبلغ نصيب كل واحد من السارقين منه عشرة دراهم فانه يقطع كل واحد منهما لان التعاون مما يزيد رغبة السارق فى الاجتراء على فعل السرقة فالحاجة الى شرع الزاجر فى هذه الحالة أظهر وهو نظير الصداق فانه لو تزوج امرأتين على ثوب يساوى نصيب كل واحدة منهما عشرة دراهم كانت التسمية صحيحة فى حقهما ولو كانت قيمة الثوب عشرة فلكل واحدة نصف الثوب وخمسة لان البضع لايتملك

على واحدة منهما الا بنصاب كامل فكذلك ههنا لايقطع اليد من كل واحد منهما مالم تبلغ سرقته نصابا كاملا ﴿ قال ﴾ ويقطع السارق من المستودع والمضارب والمستعير والغاصب والمرتهن عندنا وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يقطع بخصومة هؤلاء مالم يحضر المالك والكلام مع الشافعى رحمه الله تعالى ينبنى على أن لهؤلاء حق الخصومة فى الاسترداد عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس لهم ذلك عند جحود من في يده مالم يحضر المالك وقد بينا هذا فى الوديعة فأما الكلام مع زفر رحمه الله تعالى يتحقق فى هذه المسألة هو يقول خصومة هؤلاء تقوم مقام خصومة المالك فلا يستوفى القطع بمثله كما لايستوفى بخصومة وكيل المسروق منه وهذا لانه استوفى مع تمكن الشبهة فان المالك اذا حضر ربما يقر بالملك له أوانه كان مأذونا في الاخذ من جهته وما يندرئ بالشبهات لا يستوفى مع تمكن الشبهة ألا ترى أن القصاص في النفس لايستوفى بخصومة المستودع عند غيبة المالك لهذا المعنى فأما الاب أو الوصى فقد قيل على قول زفر رحمه الله لايستوفى القطع بخصومتهما أيضاً لاعتبار معنى النيابة وقيل انه يستوفى لانه ليس فيه تمكن الشبهة فى الحال فان اقرار الصغير بالملك للسارق لغو ولهذا ملك الاب استيفاء القصاص في الطرف والنفس جميعا وملك الوصى استيفاء القصاص في الطرف في احدي الروايتين توضيحه أن المال مضمون على السارق وفي استيفاء القطع اسقاط الضمان وصاحب اليد اذا لم يكن مالكا لايملك اسقاط الضمان فلا يستوفى القطع بخصومته ﴿ وحجتنا ﴾ فيه أن السرقة تمت موجبة للقطع فيستوفي القطع بخصومة المسروق منه كالمالك والاب والوصى ان سلم وبيانه أن المالك لو حضر وخاصم يستوفي القطع بالاتفاق وتأثيره ان بعد تمام الفعل موجبا للقطع الشرط ظهوره عند الامام بلا شبهة وقد ظهر بخصومة هؤلاء لان أيديهم صحيحة وصاحب اليد الصحيحة اذا أزيلت يده كان له حق الخصومة فى الاعادة لان اليد مقصود كالملك ألا ترى أن الغاصب يضمن بتفويت اليد ولان صاحب اليد وان كان أمينا فلا يتمكن من أداء الامانة الا بيده وان كان ضامنا فلا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا بيده فكانت اليد مقصودة له ولا شك في حق المرتهن أن اليد مقصودة لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حقا للمرتهن وكل من كان خصما فى اثبات ازالة يده يكون خصما فى اثبات سبب الازالة كمن ادعى عينا فى يد انسان أنه له اشتراه

من

من فلان الغائب وأقام البينة على ذلك قبلت بينته حتى اذا حضر الغائب وأنكر البيع لم يلتفت الى ذلك لانه لما كان خصما في اثبات الملك لنفسه كان خصما في اثبات سببه وسبب الازالة هنا السرقة فيظهر بخصومته عند الامام بلا شبهة لانه أصل فى هذه الخصومة وانما يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير ألا ترى أنه يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره فانه يقول سرق مني وأزال يدي بخلاف الوكيل واذا ظهرت السرقة بلا شبهة استوفي الامام القطع حقا لله تعالى ولا يمتنع الاستيفاء لتوهم اعتراض اقرار من المالك اذا حضر ألا ترى أن المالك اذا حضر وغاب المودع يستوفي القطع وان كان يتوهم أن يحضر المودع فيقر أنه كان ضيفا عنده وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها فى الحال فاما ما يتوهم اعتراضها لا يعتبر ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع من المقر وصاحب اليد بهذه الخصومة انما يقصد احياء حق المالك لا اسقاطه ولكن الامام اذا استوفى القطع حقا لله تعالى فمن ضرورته سقوط الضمان على ما نبينه فلا يصير به المودع مسقطاً للضمان بل القطع مشروع بطريق الزجر فاذا علم السارق أنه لا يقطع بخصومة المودع فى حال غيبة المالك يجترئ على سرقة الوديعة فلتحقيق الزجر يستوفي القطع بخصومته ويكون ذلك من الحفظ حكما كما أن الله تعالى وصف القصاص بأنه حياة وهو اماتة فى الحقيقة ولكن فيه حياة بطريق الزجر فأما القصاص انما لا يستوفى بخصومة المودع لتمكن شبهة عفو من المالك في الحال ولان اليد فيما تناوله من الايداع له وهو المالية ووجوب القصاص باعتبار معنى النفسية وذلك لا يتناوله الايداع بخلاف الخصومة فى السرقة فانه يكون فى المال باعتبار معنى المالية فيكون المودع أصلا بنفسه ولان الحرز الذي هو المودع لا أثر له فى القصاص بخلاف القطع فانه لا يجب الا بهتك الحرز وأخذ المال وكل واحد منهما جناية تصلح سببا للعقوبة فكان المودع باعتبار هذا المعنى كالمودع لانه صاحب أحد وصفي السبب فكما أن المالك أصل في الخصومة المظهرة للسرقة بلا شبهة فكذلك المودع وأما اذا سرق من السارق فان كان الاول لم تقطع يده فهو بمنزلة الغاصب يقطع الثاني بخصومة الاول وان كان الاول قد قطعت يده فالسرقة بعد لم تتم موجبة للقطع لانه لا معتبر بيد السارق الاول بعد ما قطعت يده فانه ليس بيد أمانة ولا يد ضمان ولا يد ملك ولهذا لا يكون له حق الخصومة فى الاسترداد ولو حضر المالك

لم يكن له أن يستوفى القطع من الثانى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ﴿ قال ﴾ واذا شهد كافران على مسلم وكافر بسرقة ثوب فشهادتهما باطلة فى جميع ذلك الا أنه يقضى على الكافر بنصف الثوب للمدعى لانهما شهدا بسرقة واحدة ولم تظهر شهادتهما فى حق المسلم لانها ليست بحجة عليه فلا تظهر في حق الكافر أيضا لان شهادتهما حجة فى فعل يختص به الكافر لا في فعل يشاركه المسلم فيه وقد تقدم فى الزنا نظيره وأما فى حق الثوب فنصفه فى يد المسلم فشهادتهما ليست بحجة فيه ونصفه فى يد الكافر فشهادتهما حجة عليه فيقضي بشهادتهما على الكافر بنصف الثوب للمدعى فان كان المشهود عليهما كافرين فأسلم أحدهما قبل القضاء فكذلك الجواب وان أسلم احدهما بعد القضاء فكذلك الجواب في حق القطع فأما فى حق الثوب فللمدعى أن يسترده كله لان شهادتهما فى ملك الثوب تأكدت بالقضاء ﴿ قال ﴾ ويستحب لشاهدى السرقة أن لا يشهدا عليه بذلك ليندرئ به الحد عندنا لما جاء فى الحديث ادرؤا الحدود ما استطعتم وهذا خطاب لكل من تمكن من ذلك ولانه بالامتناع من أداء الشهادة يقصد ابقاء الستر عليه وانه مندوب اليه ولكن هذا اذا رد السارق المتاع فان أبى ذلك وقال صاحب المتاع اذا يذهب متاعى وسعهما أن يشهدا أنه متاع هذا أخذه هذا من غير أن يذكرا السرقة لانهما ندبا الى الستر عليه ونهيا عن كتمان الشهادة التى تتضمن ابطال حق المسلم فالطريق الذى يعتدل فيه النظر من الجانبين هذا وهو أن يشهدا بلفظ الأخذ دون السرقة ليكون الآخذ مجبراً على رد العين حال قيامها وعلى رد القيمة عند هلاكها فيتوصل صاحب المتاع الى حقه ولا ينهتك ستر الآخذ وهما صادقان فى هذه الشهادة فالسارق أخذ المتاع لامحالة وكل من كان في يده شئ أو في بيته فأخذه إنسان وسع الشاهدان أن يشهدا أنه لفلان الذى كان في يديه لانه لاطريق لمعرفة الملك الا اليد لانه وان عاين الشراء فالمشتري لايملك الا باعتبار ملك البائع ولا يعرف ملكه الا باعتبار يده وكذلك الاحتطاب والاحتشاش وسائر الاسباب انما يوجب الملك باعتبار اليد وهذا لان إحراز الشئ يكون باليد وبالاحراز يثبت الملك وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لايسعه أن يشهد له بالملك ولو رآه فى يده الا أن يراه يتصرف فيه ولا يمنعه أحد منه لان الايدى قد تتنوع فقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة وقد تكون يد غصب ولكنا نقول لا معتبر بهذه الزيادة فاليد مع التصرف تتنوع أيضاً ألا ترى أن الوكيل

والمضارب متصرف وفي الكتاب قال الشاهد يبنى على الظاهر فان ماوراءه غيب لا يعلمه الا الله تعالى ألا ترى أنه لو تزوج امرأة بين يدى الشهود كان لهم أن يشهدوا بالنكاح بينهما وان كان من الجائز أنها كانت منكوحة الغير أو وقعت الفرقة بينهما بعد العقد وشهود الدين يسعهم أن يشهدوا عليه بعدزمان ولعل البراءة وقعت عنه بالاستيفاء أوالابراء ﴿قال﴾ ومن نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع وذهب به لم يقطع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فى الاملاء انه يقطع لانه أخذ مالا محرزاً على وجه السرقة وهو كما لو دخل البيت وأخرج المتاع وهذا لان المقصود أخذ المال لا دخول الحرز وبناء الحكم على ما هو المقصود ألا تري أنه لو سرق من الجوالق وأدخل يده وأخرج المتاع قطعت يده فكذلك فى البيت وجه ظاهر الرواية ما روي عن عليّ رضى الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وشرط الحد وسببه يراعي وجوده بأكمل الجهات وأكمل جهة هتك الحرز فى البيوت ان يدخلها فلا يلزمه القطع بدون ذلك بخلاف الجوالق فالدخول فيه لا يتأتى وهو ليس بمعتاد أيضاً فيتم هتك الحرز بادخال اليد واخراج المتاع منه وكمال أخذ المال مقصود فدخول الحرز كذلك ألا ترى أن من الجهال من يقصد ذلك اظهار اللجلادة من نفسه والاستخفاف بصاحب الحرز وان لم يكن به قصد الي أخذ ماله ﴿قال﴾ وان دخل الحرز وجمع المتاع ولم يخرجه حتى أخذ لم يقطع لان تمام السرقة باخراج المال من الحرز فمقصود السارق لايتم الا به وقبل تميم السبب لا يلزمه القطع وعند الشافعى رحمه الله تعالي يقطع لأن سرقته قد تمت بأخذ المال المحرز والخروج بعد ذلك ليس تتميم فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه وهو كحد الزنا يجب بنفس الايلاج وان أخذ على ذلك قبل أن ينزع نفسه ولكنا نقول هناك يحصل مقصوده فى الايلاج وههنا يحصل مقصوده فى صرف المسروق الى شهواته وحاجاته وذلك يكون بعد الاخراج فلا يقطع اذا أخذ قبل أن يخرج ﴿قال﴾ فان ناول صاحباله على الباب لم يقطع واحد منهما لان الذى وقف خارج البيت لم يدخل الحرز والآخر لم يخرج المال ألا ترى أنه خرج من الحرز وليس معه فى يده مال حقيقة ولا حكما اذ المال في يد الآخذ منه فلا يقطع واحد منهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان كان الخارج أدخل يده حتي تناول المتاع فالقطع عليهما وان كان الداخل أخرج يده مع المتاع حتى أخذ الخارج منه

فالقطع على الداخل دون الخارج لأن الداخل قد تم منه هتك الحرز فصار المال مخرجا بفعله ومعاونته فعليه القطع على كل حال فأما الخارج فان أدخل يده فقد وجد منه اخراج المال من الحرز وذلك يوجب القطع عليه عنده وان لم يدخل يده ولكن أخرج الآخر يده اليه فانما أخذ متاعا هو غير محرز فلا يقطع ﴿قال﴾ فان رمى بالثياب الى الطريق ثم خرج وأخذها من الطريق قطع عندنا وعند زفر رحمه الله لا يقطع لانه خرج من الحرز ولا مال فى يده فهو كما لو ناول صاحبا له من خارج فانما فارق هذا الاول فى الاخذ من السكة وذلك غير موجب للقطع عليه ولكنا نقول خرج والمال فى يده حكما فتم سرقته كما لو كان فى يده حقيقة بيانه أن يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمى الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده ألا ترى أن من سقط منه مال فأخذه انسان ليرده على صاحبه ثم رده الي موضعه لم يضمن لانه فى ذلك الموضع فى يد صاحبه حكما فرده الى ذلك الموضع بمنزلة رده على صاحبه واذا ثبت بقاؤه حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ من الثاني فكان مستوجبا القطع فهذه مبالغة في الحيلة من السارق ليكون مستمداً لدفع صاحب البيت فى بيته ان يدركه فلا يشغل يده بالمتاع وقد يحول ذلك بينه وبين الدفع واكتسابه زيادة حيلة لا يكون مسقطا للقطع عنه فأما اذا ناول غيره فقد زالت يده حقيقة وحكما باعتراض يد أخرى قبل خروجه من الحرز فلهذا لم يلزمه القطع ﴿قال﴾ ولو رمى به الى السكة ثم لما خرج لم يجده بأن كان أخذه غيره وذهب به لم يقطع لان فعله هذا كان تضييعا للمال لا تتميما لفعل السرقة وكما ثبتت يد الغير عليه بالاخذ زالت يده حكما فقد خرج ولا مال فى يده ﴿قال﴾ ولو كان فى البيت نهر جار ورمى بالمتاع في النهر حتى أخرجه الماء ثم خرج فأخذه فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لاقطع عليه لانه ما أخرج المتاع وانما خرج به الماء بخلاف الاول فهناك هو الذي أخرجه بالرمى به الى خارج والاصح أنه يلزمه القطع لان جري الماء به كان بسبب القائه فى النهر فيصير الاخراج مضافا اليه من هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطا للحد عنه ﴿قال﴾ ولو حمل المتاع على ظهر دابة وساق الدابة حتى أخرجها فعليه القطع لان فعل الدابة مضاف الى سائقها ألا ترى أن ما وطئت دابته فضمانه على سائق الدابة فتم سرقته باخراج المال على ظهر الدابة ﴿قال﴾ وان دخل جماعة الدار فجمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل

منهم فكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه أو بعده في فوره أو خرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم ففي القياس يقطع الحمال وحده وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وفي الاستحسان عليهم القطع وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أن فعل السرقة انما يتم من الحمال باخراج المتاع فأما الآخرون لم يوجد اخراج المتاع منهم حقيقة ولا حكما فلا يلزمهم القطع وبيان ذلك أنهم خرجوا ولا شيء في أيديهم حقيقة ومن طريق الحكم المتاع في يد الحمال حتى لو نازعوه كان القول قوله ويده معتبرة في ايجاب القطع عليه ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب القطع على الآخرين بخلاف ما اذا حملوه على ظهر الدابة لان فعل الدابة هدر فيبقى الاخراج مضافا الى سوق الدابة فكانوا مخرجين له ولانه لا يد للدابة على المتاع فيبقى في يد الآخذين حكما الى ان أخرجوه على ظهر الدابة وجه الاستحسان انهم اشتركوا في هتك الحرز وصار المال مخرجا بمعاونتهم فيلزمهم القطع كما لو أخرجوه على ظهر الدابة وهذا لان هذه زيادة حيلة معروفة بين السراق أن يباشر حمل المتاع واحد منهم وأصحابه يكونون مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم فلا يجوز ان يكون ذلك مسقطا للحد عنهم والمسئلة مع الشافعي رحمه الله تعالى انما تنبني على الردء في قطع الطريق أنه هل تلزمه العقوبة على ما نبينه فان الآخرين كالردء للحمال الا أن زفر رحمه الله تعالى قد يفرق بينهما فيقول حد قطاع الطريق بسبب المحاربة والردء مباشر للمحاربة لان المحاربة في العادة هكذا تكون فانهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال فاذا وقعت الهزيمة عليهم لا تستقر قدمهم واذا كان بعضهم ردءا فاذا وقعت الهزيمة على المباشرين للحرب التجؤا الى الردء فلهذا كانت العقوبة عليهم بخلاف السرقة فالحد ههنا انما يجب بمباشرة فعل السرقة وذلك في اخراج المال من الحرز فاذا كان المخرج من يؤاخذ بحكم فعله لم يجب القطع على غيره ﴿قال﴾ وان دخل البيت وأخرج المتاع بعضهم دون البعض فالقطع على من دخل البيت وأخرج ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم لان فعل السرقة انما تم من بعضهم وهو غير معروف بعينه فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنهم ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقال السارق هذا متاعي كنت استودعته فجحدني أو اشتريته منه أو قال هو أمرني به درئ عنه القطع في جميع ذلك لان المسروق منه قد صار خصما له فانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه ويتمكن من اثباته عليه بالبينة وان طلب

عينه كان له أن يستحلفه عليه وبعد ما آل الامر الى الخصومة لا يستوفى الحد الواجب لله تعالى وقد بينا هذا فى حد الزنا وهذا لانه اذا امتنع عن اليمين يقضى عليه بالنكول ولو حلف لو قلنا بأنه يقطع كان استيفاء الحد باليمين ولا يجوز استيفاء الحد باليمين والشافعى رحمه الله تعالى يقول لا يجوز أن يسقط الحد بمجرد الدعوى لان ذلك لا يعجز عنه سارق فيؤدى ذلك الى سد باب هذا الحد ولكنا نقول قد أمرنا بدرء الحد عند الشبهة والشبهة تتمكن بمجرد دعواه بدليل تمكنه من الخصومة وهو نظير المقر اذا رجع يدرأ عنه الحد وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع ثم كان ذلك معتبراً فى ايراث الشبهة ﴿ قال ﴾ وان سرق باب دار أو مسجد لم يقطع لانه ظاهر غير محرز ولا قطع فى سرقة مال غير محرز ولان بالباب يصير ما فى البيت محرزاً فسارق الباب يكون سارقا للحرز دون المحرز فهو كسرقة الحارس وكذلك لو سرق ثوبا قد سقط على حائط الى السكة فانه غير محرز فان الحائط غير محرز بل به يحرز ما فى داخل البيت فما على ظاهر الحائط لا يكون محرزاً أيضاً وكذلك ان سرق خشبة أو ساجة في السكة وكذلك لو سرق ثوبا من حمام أو بيت انسان أذن له في دخوله أو حانوت تاجر فى السوق قد أذن للناس فى دخوله والاصل فى جنس هذه المسائل ان المال يكون محرزاً بالمكان تارة وبالحائط أخرى وكل مكان هو معد لحفظ الامتعة فيه فهو حرز وما لم يكن معداً مبنياً لذلك لايكون حرزاً والاحراز بالحافظ انما يعتبر فيما ليس بمحرز بالمكان فأما فيما كان محرزاً بالمكان لايعتبر الاحراز بالحافظ لانه بدونه محرز فانما يتحقق الاحراز فيما ليس محرزاً اذا عرفنا هذا فنقول الحانوت حرز حتى لوسرق منه ليلا استوجب القطع واذا فتح التاجر باب الحانوت بالنهار وأذن للناس بالدخول فيه والمعاملة معه فكل من دخل كان داخلا باذن صاحبه وذلك شبهة مانعة من وجوب القطع لان كل داخل بحكم الاذن بمنزلة صاحب الدار والحانوت فينعدم هتك الحرز من هذا الوجه ويستوى ان كان صاحب الحانوت هناك يحفظ متاعه أولا يكون لان الحافظ غير معتبر فيما هو محرز بالمكان وكذلك البيت المأذون بالدخول فيه أو الدار الواحدة اذا أذن له بالدخول فى بعض بيوتها ويستوى ان سرق من ذلك البيت أو من بيت آخر فيها أو من صندوق مقفل لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق ما لم يخرج المسروق من الدار لا يستوجب القطع بخلاف ما اذا كانت احدى الدارين تنفصل عن الاخرى لان كل واحدة منهما

حرز على حدة ألا ترى أن المودع اذا أمر بحفظ الوديعة فى دار فحفظها فى دار أخرى فهلكت كان ضامنا بخلاف ما اذا أمر بحفظها فى بيت فحفظها فى بيت آخر من تلك الدار فاذا كان مأذونا فى دخول بيت منها تنعدم الحرزية فى حقه فلا يقطع سواء كان صاحب الدار هناك أو لم يكن وكذلك الحمام فانه حرز في نفسه حتى لو سرق منه ليلا يقطع وبالنهار هو مأذون بالدخول فيه فيمتنع وجوب القطع عليه سواء كان هناك حافظ أولم يكن فأما الصحراء فليس بحرز فى نفسه وانما يصير المال محرزاً فيه بالحافظ فاذا كان هناك حافظ يجب القطع على السارق والا فلا قطع عليه وكذلك المسجد فانه ما بنى للاحراز وحفظ الامتعة به فانما يكون المتاع فيه محرزاً بالحافظ فاذا لم يكن مع المال حافظ فلا قطع عليه سرق منه ليلا أو نهاراً فاذا كان هناك حافظ فعليه القطع لحديث صفوان رضى الله عنه فانه كان نائما فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسداً بردائه فجاء سارق فسرقه فاتبعه حتى أخذه وجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه ﴿قال﴾ ولو كابر انسانا ليلا حتى سرق متاعه ليلا فعليه القطع لان سرقته قد تمت حين كابره ليلا فان الغوث بالليل قل مايلحق صاحب البيت وهو عاجز عن دفعه بنفسه فيكون تمكنه من ذلك بالناس والسارق استخفي فعله من الناس بخلاف ما اذا كابره في المصر نهاراً حتي أخذ منه مالا فانه لايلزمه القطع استحسانا لان الغوث في المصر بالنهار يلحقه عادة فالآخذ مجاهر بفعله غير مستخف له وذلك يمكن نقصانا فى السرقة قال صلى الله عليه وسلم لاقطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ﴿قال﴾ واذا سرق رجلان من رجل ثوبا واحدهما أب المسروق منه لم يقطع واحد منهما أما الاب فللتأول له فى مال ولده بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولانه قد يدخل بيته من غير استئذان عادة فلا يكون بيته حرزاً فى حقه والسرقة فعل من السارق فاذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة وهو نظير ما قلنا فى الاب والأجنبي اذا اشتركا فى قتل الولد لم يجب القصاص على واحد منهما ﴿قال﴾ ومن سرق من ذى رحم محرم منه لم يقطع عند علمائنا وقال الشافعى رحمه الله فى الوالدين والمولودين كذلك وفى غيرهم يجب القطع لانه ليس بينهما ولاد ولا جزئية فلا تمكن الشبهة لاحدهما في مال صاحبه كبنى الاعمام والدليل عليه قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وجواز وضع الزكاة فيه ولان الثابت بهذه القرابة بينهما

حرمة النكاح وذلك لا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من أخيه من الرضاعة وهذا على أصله مستقيم فانه يقول لا يتعلق بهذه القرابة استحقاق النفقة بحال ولا استحقاق العتق عليه عند دخوله في ملكه ﴿وحجتنا﴾ فيه قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم الآية فالله تعالى رفع الجناح على الداخل في بيت الاخوة والاعمام والاكل منه فظاهر هذا يقتضي الاباحة والظاهر وان ترك لقيام الدليل يبقى شبهة ألا ترى أنه عطف بيوت الاخوة والاعمام على بيوت الآباء والاولاد وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ولا يدخل عليه قوله تعالى في آخر الآية أو صديقكم لان الصداقة لا تبقى مع السرقة فلانعدام السبب عند السرقة تنتفي الشبهة هناك فأما الاخوة تبقى مع السرقة كالابوة والمعنى فيه أن بينهما قرابة محرمة للنكاح فكانت كالولاد وتأثيره أن البعض يدخل بيت البعض من غير استئذان ولا حشمة ولهذا ثبت حل النظر الى موضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة كما في الولاد فينتقص معنى الحرزية في حقهم وهو على أصلنا مستقيم لانه يتعلق استحقاق النفقة بهذه القرابة والعتق عند دخوله في الملك فذلك دليل على ثبوت الحق لبعضهم في مال البعض من وجه وأدنى الشبهة تكفي لدرء الحد وان كان أحد السارقين ذا رحم محرم من المسروق منه أو شريكا له يدرأ الحد عنه بالشبهة ويدرأ عن الآخر للشبهة للشركة لما بينا أنها سرقة واحدة فلا يكون بعضها موجبا للعقوبة وبعضها غير موجب كالخاطئ مع العامد اذا اشتركا في القتل ﴿قال﴾ ولا قطع على سارق المصحف عند علمائنا رحمهم الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه القطع لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فان الجلد والبياض مال متقوم قبل أن يكتب فيه القرآن يجب القطع بسرقته فكذلك بعد ما كتب فيه ألا ترى أنه يجوز بيعه وشراؤه وانه لو كان المكتوب فيه شيئا آخر لم تنتقص ماليته فاذا كتب فيه القرآن أولى وفي الكتاب علل وقال لان فيه القرآن فلا قطع فيه وفي هذا التعليل اشارة الى أن في المصاحف قرآنا كما هو مذهب أهل السنة وتأثيره أن لكل واحد تأويلا في أخذ المصحف للقراءة فيه والنظر لازالة اشكال وقع في كلمة فالقطع لا يجب مع تمكن الشبهة توضيحه أن المقصود ما في المصحف لا عين الجلد والبياض ولا يمكن ايجاب القطع عليه باعتبار هذا المقصود لان ذلك ليس بمال فيصير ذلك شبهة كمن سرق آنية من خمر لا يلزمه القطع وان كانت الآنية تساوي نصابا لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال وكذلك

ان كان المصحف مفضضاً وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقطع في هذه الحالة لان ماعليه من الفضة ليس من المصحف في شئ فهو كالمنفصل يتعلق القطع بسرقته ووجه ظاهر الرواية أن المقصود ما في المصحف دون ما على جلده من الفضة واذا لم يمكن ايجاب القطع باعتبار ما هو المقصود يعتبر ذلك شبهة في دره الحد كمن سرق ثوبا خلقا قد صر في الثوب ديناراولم يعلم السارق لايلزمه القطع لان ما هوالمقصود ليس بنصاب فلا يلزمه القطع باعتبار غيره ﴿ قال ﴾ ولا قطع على سارق الخبزواللحم والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحناء والوسمة سواء سرق من شجرهأو من غير شجره عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه القطع في هذا كله وهو روايةعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم جواز البيع والشراء فيها ووجوب ضمان القيمة على غاصبها ومتلفها ودليل الحرزية أنه لو سرق مالا آخرمن هذا الموضع يقطع وكل مكان هو حرز معتاد لمال فانه يتم احرازه بذلك المكان على وجه لا يبقى فيه شبهة ﴿وحجتنا﴾ ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا في كثر وبالاجماع المراد بالثمار الرطبة لانه يتسارع اليها الفساد ولان في ماليةهذه الاشياء نقصانا لان المالية بالتمول وذلك بالصيانةوالادخار لوقت الحاجة ولا يتأتى ذلك فيما يتسارع اليه الفساد فيتمكن النقصان في ماليتها وفى النقصان شبهة العدم ولانه تافه جنسا ولان الناس يتساهلون به فيما بينهم فيلتحق بالتافه قدرا وهو ما دون النصاب والاصل فيه حديث عائشةرضى الله عنها كانت لا تقطع الايدى في الشئ التافه ﴿قال﴾ وكذلك لا قطع في الحرض والجص والنورة والزرنيخ عندنا لان هذه الاشياء توجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه فلا يتعلق القطع بسرقته عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه يتعلق القطع بسرقة كل مال تبلغ قيمته نصابا الا التراب والسرجين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه وقررنا هذا في المسئلة الاولى وبأن كان يوجد جنسه مباحا لا تتمكن فيه شبهة بعد الاحراز كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج يتعلق القطع بسرقتها وان كان يوجد جنسه مباحا ولانه لو سرق سريراً أو كرسيا يلزمه القطع والخشب غير مصنوع يوجد مباحا ثم وجوب القطع باعتبار العين لا باعتبار الصنعة ولا يفترق الحال بينهما قبل الصنعة وما بعده في حكم القطع ﴿ وحجتنا ﴾ فيه ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الناس

شركاء فى ثلاثة فى الكلأ والماء والنار وقد أثبت بين الناس شركة عامة فى هذه الاشياء وذلك شبهة فى المنع من وجوب القطع بها وان انقطعت الشركة باحرازها واذا علم الحكم فى هذه الاشياء وهى توجد مباح الاصل بصورتها غير مرغوب فيها فكذلك كل مايوجد مباح الاصل في دارالاسلام غير مرغوب فيه والمعني فيه أنه تافه جنسا ألا ترى أن الانسان قد يتمكن من أخذه ولا يرغب فيه فيكون نظير التافه قدراً يقرره ان التافه لا يتم احرازه ألا ترى أن الخشب تكون مطروحة فى السكك عادة وكذلك الجص والزرنيخ والنورة والناس لا يحرزونها كما يحرزون سائر الاموال لتفاهتها والنقصان فى الحرزية يمنع من وجوب القطع فأما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد رحمهما الله تعالي أنه اذا سرقها على الصورة التى توجد مباحا لايقطع وهو المختلط بالحجر والتراب وفى ظاهر المذهب يجب لانه ليس بتافه جنسا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وكذلك احرازه يتم عادة فأما المصنوع من الخشب فهو لا يوجد بصورته مباحا فلم يكن تافها جنسا ولا يبعد أن لايتعلق القطع بعين الشيء ثم يتعلق بالمصنوع منه كما قال هو فى التراب لايقطع بسرقته ثم يتعلق بسرقة المصنوع منه من الطوابق والكيزان ونحوهما ﴿قال﴾ ولا يقطع بسرقة النبيذ واللبن لان ذلك مما يتسارع اليه الفساد وكذلك في سرقة الخمر والخنزير والسكر أما فيما بين المسلمين هذا حرام ولكل واحد تأول أخذه للاراقة وأما فى حق أهل الذمة وان كان مالا متقوما ولكنه مما يتسارع اليه الفساد وانعدام المالية والتقوم فيه فى حق المسلم يصير شبهة والقطع يندرئ بالشبهات ﴿قال﴾ ولا قطع في الدف وما أشبهه من الملاهى أما عندهما فلانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن متلفه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى آخر فيه سوى اللهو والمقصود التلهى به ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود ولان للآخذ تأويلا فى أخذه لانه يقصد به النهى عن المنكر وهو استعماله للتلهى فيصير ذلك شبهة ﴿قال﴾ ولا قطع فى البازى والصقر وسائر الطيور ولا فى الوحوش من الصيود لحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال لا قطع فى الطير ولان هذا يوجد مباح الاصل بصورته غير مرغوب فيه ولا يتم احرازه فى الناس عادة ولان فعله اصطياد من وجه والاصطياد مباح وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه يورث شبهة والقطع يندرئ بالشبهة وكذلك الفهد والكلب فان الفهد من جنس

الصيود والكلب صياد فلما لم يجب القطع بسرقة الصيد فكذلك بسرقة الصياد وبين العلماء رحمهم الله تعالى اختلاف ظاهر فى مالية الكلب وجواز بيعه وظاهر نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يورث الشبهة ﴿قال﴾ فان سرق التمر من رؤس النخل فى حائط محرز أو حنطة في سنبلها لم تحصد فلا قطع عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى ثمر ولا كثر ولان الثمار مادامت فى رؤس الاشجار فانه يتسارع اليها الفساد ألا ترى أنها لو تركت كذلك فسدت ولا يتم معني الاحراز فيها ولا فى الحنطة فى سنبلها فانها زرعت في ذلك الموضع لمقصود آخر سوى الاحراز والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم فما آواه الجرين ففيه القطع وفى هذا بيان أن الثمار ما لم تجذ والزرع ما لم يحصد لا يجب القطع بسرقته وكذلك ان كان سرق النخلة بأصولها لقوله صلى الله عليه وسلم ولا كثر والمراد صغار النخل فاذا لم يجب القطع فى الصغار من الاشجار فكذلك في الكبار وهذا لانه بالانبات فى موضع لا يقصد احرازه فان معنى الحرز لا يتم فيه عادة فان احراز الثمر في حظيرة عليها باب أو حصدت الحنطة وجعلت في حظيرة فسرق منها قطع للحديث ولان الاحراز قد تم فانه انما جمعه صاحبه في هذا الموضع ليكون محرزاً محفوظا وكذلك ان كانت في الصحراء وصاحبها يحفظها لان الصحراء ليس بحرز بنفسه فيتم الاحراز بالحافظ ويستوى ان كان الحافظ منتبها أو نائما عندها لان حفظ المال فى الصحراء كذلك يكون عادة والآخذ يسارق عين الحافظ وكذلك المسافر ينزل فى الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فيسرق منه قطع ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال فى هذا اللفظ اشارة الى أنه انما يكون محرزاً به في حال نومه اذا كان موضوعا بين يديه والا لا يكون محرزاً به فى حال نومه لان النائم كالغائب لا يتأتى منه الحرز والاصح انه يلزمه القطع على كل حال لان المعتبر هو الاحراز المعتاد لا أقصى ما يتأتى والاحراز المعتاد يتأتى بهذا المقدار فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له ألا تري أن المودع والمستعير لا يضمن بمثله وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزاً يكون مضيعا ﴿قال﴾ وكذلك ان كان في فسطاط قد جمع متاعه فيه لان نصب الفسطاط فى الصحارى كبناء البيوت فى الامصار ويكون ما فى الفسطاط محرزاً بالفسطاط وبالحافظ عنده ﴿قال﴾ وان سرق الفسطاط بعينه لم أقطعه لانه ظاهر ولم يحرزه صاحبه انما احرز صاحبه الامتعة به ووجوب القطع بسرقة المحرز لا بسرقة الحرز وهذا لو كان الفسطاط منصوبا فان

كان ملفوفا بين يديه يجب القطع بسرقته لانه متاع محرز بالحافظ كسائر الامتعة وكذلك ان سرق الجوالق من ظهر الدابة مع ما في الجوالق لم يقطع لانه ظاهر غير محرز فان صاحب الجوالق يحرز بالجوالق ما فيه ولا يقصد احراز الجوالق فان شق الجوالق وسرق ما فيه قطع لانه سرق مالا محرزاً وقد بينا أن المعتبر في الاحراز ما هو المعتاد فاذا اعتاد احراز المتاع بالجوالق كان الجوالق حرزاً له فاذا شقه وأدخل يده فيه وأخرج المتاع فقد تم منه هتك الحرز وأخذ المال فيلزم القطع ثم في كل موضع كان المال محرزاً بالحافظ فاذا أخذ السارق كما أخذ يلزمه القطع وفي كل موضع كان محرزاً بالمكان فاذا أخذ قبل أن يخرجه من ذلك المكان لم يقطع لان فعله في المحرز بالحافظ يتم بنفس الاخذ وهو ازالة اليد باثبات اليد لنفسه على وجه السرقة فأما المحرز بالمكان فلا تتم سرقته فيه الا باخراج المال من الحرز وقد بينا أن الدار كلها حرز واحد فالم يخرج المتاع منها لا يلزمه القطع ﴿قال﴾ واذا قطع السارق ردت السرقة الى صاحبها لان المسروق منه واجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به فان لم يقدر عليها فلا ضمان على السارق عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو ضامن لقيمتها وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يؤمر بأداء الضمان في الحال وان لم يكن له شئ فلا ضمان عليه في الحال ولا بعد ذلك واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بقول النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتي ترد فقد أوجب على الآخذ ضمان المأخوذ الى غاية الرد وقد وجد منه الاخذ ههنا فيكون ضامنا وهو المعنى في المسئلة فانه أخذ مال الغير بغير حق فيكون ضامنا له كالغاصب ولا شك أنه بالاخذ ضامن حتى اذا سقط الحد بشبهة كان ضامنا للمال فلو سقط الضمان انما يسقط باستيفاء القطع والقطع حد واجب لله تعالى فاستيفاؤه لا يسقط الضمان الواجب لحق العبد ولان وجوب الضمان عليه بنفس الأخذ ووجوب القطع بإتمام فعل السرقة بالاخراج والحقان اذا وجبا بسببين فاستيفاء أحدهما لا يسقط الآخر كما لو قتل انسانا وعليه ثيابه لا يسقط عنه ضمان الثياب باستيفاء القصاص ولأنهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه السرقة ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه ادخال النقصان عليه بأخذ ماله فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل والجزاء مع القيمة في الصيد المملوك في الحرم وشرب خمر الذمى على أصلكم فانه يوجب الحد حقا لله تعالى

والضمان للذمى ﴿وحجتنا﴾ فيه قوله تبارك وتعالى جزاء بما كسبا فقد نص على أن القطع جميع موجب فعله لما بينا أن فى لفظ الجزاء اشارة الى الكمال فلو أوجبنا الضمان معه لم يكن القطع جميع موجب الفعل فكان نسخا لما هو ثابت بالنص وعن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا غرم على السارق بعد ماقطعت يده وفى رواية لاغرم على السارق فيما قطعت يمينه فيه وفي رواية اذا قطعت يد السارق لم يغرم والمعنى فيه أن القطع عقوبة تندرئ بالشبهات والضمان غرامة تثبت مع الشبهات فلا يجمع بينهما بسبب فعل واحد كالقصاص مع الدية وتأثيره وهو أن الفعل الواحد صار بكماله معتبراً في حق مايندرئ بالشبهات فلا يبقى شئ منه ليعتبر في حكم الضمان وبدون الفعل لايجب الضمان ولا معنى لما قال الموجود منه فعلان الأخذ والاخراج لان الاخراج تتميم لما هو المقصود بالأخذ فلا يأخذ حكم فعل آخر والاخراج بدون الأخذ لايتحقق والخلاف ثابت فيما اذا سرق الثوب من تحت رأس نائم والأخذ والاخراج هنا حصل بفعل واحد ثم الفعل وان تعدد صورة فالوجوب باعتبار حرمة المحل وهو بالسرقة ماهتك الا حرمة واحدة هى من خالص حق الله تعالى وبيان ذلك ان القطع لايجب الا بسرقة مال متقوم محرز والقطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا باعتبار جعل مايجب به القطع لله تعالى لان مايجب باعتبار ماهو حق العبد يكون للعبد عقوبة كانت أو غرامة كالقصاص ولما وجب القطع لله تعالى عرفنا انه يجب باعتبار انه صار لله تعالى واذا صارت المالية والتقوم فى هذا المحل لله تعالى لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لاقيمة له ولكن هذا لايتصور الا باستيفاء القطع لان مايجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الأخذ مراعي ان استوفى به القطع تبين ان حرمة المحل فى ذلك الفعل كان لله تعالى فلا يجب الضمان للعبد وان تعذر استيفاء القطع تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان له توضيحه ان العقوبة التى تندرئ بالشبهات لاتجب الا بفعل حرام لعينه وانما يكون فعل السارق حراما لعينه اذا لم يبق المحل محترماً لحق العبد فأما اذا كانت حرمة المالية والتقوم لحق العبد فأخذه حرام لغيره وهو حق المالك ومثل هذا الفعل لايوجب العقوبة كشرب عصير الغير انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام لعينه كشرب الخمر ولايتحقق ذلك الا بجعل المالية والتقوم في هذا المحل لله تعالي خالصا واذا صار لله تعالى لم يبق للعبد كالعصير اذا تخمر لم يبق فيه المالية والتقوم لحق

العبد ولا يدخل عليه الدية مع الكفارة لان الكفارة ليست بعقوبة تندرئ بالشبهات ولانها جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل فيبقى المحل محترما لحق العبد ووجوب الكفارة لا يستدعى فعلا هو حرام العين ألا ترى أنها تجب في الخطأ وكذلك الجزاء مع القيمة فى الصيد المملوك فانه لامعتبر بالمالية والتقوم فى ايجاب الجزاء ولهذا يجب الجزاء بقتل صيد نفسه والكفارة بقتل عبد نفسه وكذلك فى شرب الخمر لا معتبر بالمالية والتقوم فى ايجاب الحد ولهذا يجب الحد على من شرب خمر نفسه فبقيت المالية والتقوم في المحل حقا للذمى لان مع بقائه الفعل محرم العين بما حدث من صفة الخمر فى المحل ولا يدخل على هذا الملك فانه يبقي للمسروق منه حتى يرد عليه لان وجوب القطع باعتبار المالية والتقوم فى المحل فأما الملك صفة المالك والفعل يكون محرم العين مع بقاء الملك ألا ترى أن فعله فى شرب خمر نفسه يكون محرم العين مع بقاء الملك وليس من ضرورة انعدام المالية والتقوم في حقه انعدام الملك كالشاة اذا ماتت بقي ملك صاحبها فى جلدها وان لم تبق المالية والتقوم واذا ثبت أن المالية والتقوم صار حقا لله تعالى خالصا فلو وجب الضمان انما يجب لله تعالى وقد وجب القطع لله تعالى ولا يجمع بين الحقين لمستحق واحد كالقصاص مع الدية ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجب الضمان على السارق اذا تلف المال فى يده أو أتلفه وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يضمن اذا أتلفه لان انعدام المالية والتقوم حقا للعبد انما كان فى فعل السرقة لافيما سواه ألا ترى ان بيع المسروق منه وهبته العين من السارق أو من غيره صحيح والاتلاف فعل آخر فلا يظهر حكم المالية والتقوم حقا لله تعالى في هذا الفعل حتى يجب الضمان على المتلف كما لو أتلفه غيره وهذا لان العين باق على ملك صاحبه بعد القطع فاما ان يكون أمانة أو مضمونا وكيف ما كان فهو مضمون بالاتلاف وجه رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الاتلاف اتمام للمقصود بالسرقة فكما لا تبقى المالية والتقوم حقا للعبد في أصل السرقة بعد القطع فكذلك فيما يكون اتماما للمقصود به بخلاف بيع المسروق منه وهبته فانه ليس باتمام للمقصود بالسرقة بل هو تصرف آخر ابتداء وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أن السارق لا يضمن فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بأداء الضمان لان المسروق منه قد لحقه النقصان والخسران من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما اعتبر المالية والتقوم فى

حق استيفاء القطع فلا يقضى بالضمان ولكنه يفتى برفع النقصان والخسران الذى الحق به فيما بينه وبين الله تعالى ﴿قال﴾ ولا قطع على النباش في قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع والاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضوان الله عليهم أجمعين قالوا بوجوب القطع وابن عباس رضى الله عنه كان يقول لا قطع عليه وعليه اتفق من بقي فى عهد مروان من الصحابة على ماروي ان نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة رضى الله عنهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئاً فعزره اسواطاً ولم يقطعه وبهذا تبين فساد استدلال من يستدل بالآية لايجاب القطع عليه فان اسم السرقة لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة رضى الله عنهم مع النص وما اتفقوا على خلاف النص فأما من اوجب القطع استدل بقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه والمعنى فيه انه سرق مالاً كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع كما لو سرق لباس الحي وهذا لان الآدمي محترم حيا وميتاً وبيان هذه الأوصاف فاما السرقة فهو أخذ المال على وجه الخفية وذلك يتحقق من النباش وهذا الثوب كان مالاً قبل ان يلبسه الميت فلا تختل صفة المالية فيه بلبس الميت فاما الحرز فلان الناس تعارفوا منذ ولدوا احراز الاكفان بالقبور ولا يحرزونه بأحصن من ذلك الموضع فكان حرزاً متعينا له باتفاق جميع الناس ولا يبقي في احرازه شبهة لما كان لا يحرز بأحصن منه عادة والدليل عليه أنه ليس بمضيع حتى لا يضمن الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي وما لا يكون محرزاً يكون مضيعا ﴿وحجتنا﴾ فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل المدينة كما جاء فى حديث آخر من اختفى ميتا فكأنما قتله وقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه لا يصح مرفوعا بل هو من كلام زياد ألا ترى أنه قال فى ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه ولئن صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع نباشا أو أحداً من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فانه يحمل على أنه كان ذلك بطريق السياسة وللامام رأى فى ذلك والمعنى فيه أن وجوب القطع بسرقة مال محرز مملوك وجميع هذه الاوصاف اختلت فى الكفن فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ولا تتصور مسارقة عين الميت وانما يختفى النباش باعتبار أنه يرتكب الكبيرة كالزاني وشارب الخمر والدليل عليه أنه ينفي هذا الاسم عنه باثبات غيره فيقال نبش وما سرق فأما المالية فانها عبارة عن

للتمول والادخار لوقت الحاجة وهذا المقصود يفوت فى الكفن فان الكفن مع الميت يوضع فى القبر للبلى ولهذا يوضع فى أقرب الأماكن من البلاء واليه أشار الصديق رضي الله تعالى عنه فقال اغسلوا ثوبيّ هذين فكفنوني فيهما فانهما للمهل والصديد والحى من الميت أحوج الى الجديد فأما انعدام صفة المملوكية فلان المملوك لايكون الا للمالك والكفن ليس بملك لأحد لانه مقدم على حق الوارث ولا يصير مملوكا له ألا ترى أن القدر المشغول بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين لايصير ملكا للوارث فالكفن أولى وليس بملك للميت لان الموت مناف للمالكية فان المالكية عبارة عن القدرة وأدنى درجاته باعتبار صفة الحياة فعرفنا أن الوصف مختل أيضاً فأما الحرزية فنقول الكفن غير محرز لأن الاحراز بالحافظ والميت لايحرز نفسه فكيف يحرز غيره والمكان حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزاً ألا ترى أنه لايجعل حرزاً لثوب آخر من جنس الكفن ومن ضرورة كونه حرزالثوب أن يكون حرزالثوب آخر من جنسه وكذلك لايكون حرزاً قبل وضع الميت فيه وقوله ان الناس تعارفوا أحراز الكفن فى القبر فليس كذلك بل انما يدفنون الميت للمواراة عن أعين الناس وما يخاف عليه من السباع لا للاحراز ألا ترى أن الدفن يكون في ملاٍ من الناس ومن دفن مالا على قصد الاحراز فانه يخفيه عن الناس واذا فعله فى ملاٍ منهم على قصد الاحراز ينسب الى الجنون ولا نقول انه مضيع ولكنه مصروف الى حاجته وصرف الشئ الى الحاجة لايكون تضييعاً ولا احرازاً كتناول الطعام والقاء البذر فى الارض لايكون تضييعاً ولا احرازاً واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا كان القبر فى بيت مقفل قال رحمه الله والأصح عندى انه لايجب القطع سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختلت صفة الحرزية فى ذلك البيت فان لكل واحد من الناس تأويلا للدخول فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على من سرق منه شيئاً لان صفة الكمال فى شرائط القطع معتبر وكذلك يختلفون فى قاطع الطريق اذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة ولم يأخذ شيئاً آخر فمنهم من قال يقام عليه الحد لانه محرز بالقافلة قال رحمه الله تعالى والأصح عندى انه لايجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية فى الكفن من الوجه الذى قررنا (قال) ولاقطع على المختلس لانعدام فعل السرقة لانه مجاهر بفعله ولا يسارق عين صاحبه واما الطرار فهو على وجهين فاما ان تكون الدراهم مصرورة في داخل الكم او فى ظاهر الكم

فان كانت مصرورة في داخله فان طر الصرة يقطع لانه بعد القطع يبقى المال فى الكم حتى يخرجه وان حل الرباط لم يقطع لانه اذا حل الرباط يبقى المال خارجاً من الكم فلم يوجد اخراج المال من الكم والحرز وان كان مصروراً ظاهرا فان طر لم يقطع لانعدام الاخراج من الحرز وان حل الرباط يقطع لان الدراهم يبقى في الكم بعد حل الرباط حتي يدخل يده فيخرجه وتمام السرقة باخراج المال من الحرز وعن أبي يوسف رحمه الله انه قال استحسن أن أقطعه في الاحوال كلها لان المال محرز بصاحبه والكم تبع له وفرق أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى بين الطرار والنباش فقالا اختصاص الطرار بهذا الاسم لمبالغة فى سرقته لان السارق يسارق عين حافظه فى حال نومه وغفلته عن الحفظ والطرار يسارق عين المنتبه فى حال اقباله على الحفظ فهو زيادة حذق منه في فعله فعرفنا أن فعله أتم ما يكون من السرقة فيلزمه القطع فأما النباش لا يسارق عين المقبل على حفظ المال اوالقاصد لذلك بل يسارق عين من يهجم عليه من غير أن يكون له قصد الى حفظ الكفن وذلك دليل ظاهر على النقصان فى فعل السرقة فلهذا لا يلزمه القطع ﴿قال﴾ وان سرق صبيا حراً لم يقطع لانه ليس بمال ووجوب القطع يختص بسرقة مال متقوم وكذلك لو كان عليه حلى كثير وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع لان قيمة الحلي نصاب كامل لو سرقه وحده يلزمه القطع فكذا مع الصبي ولان المقصود الحلي دون الصبي وجه ظاهر الرواية أن الحلي تبع للصبي والاصل يقطع بسرقته فالتبع مثله ولأن له تأويلا في أخذه فانه يقول كان يبكى فأخذته لأسكته أو أحمله الى موضع أهله قال ألا ترى أنه لوسرق ثوبا لايساوى عشرة دراهم ووجد فى جيبه عشرة دراهم مصرورة لم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته قد تمت فى نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج مايعلم به دون مالا يعلم به واذاكان قصده أخذ الثوب نظر الى قيمة الثوب وهو ليس بنصاب كامل واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم ﴿قال﴾ ولو سرق جرابا فيه مال أوجوالقا فيه مال أو كيسا فيه مال قطع لانه وعاء يوضع فيه المال فمقصود السارق المال دون الوعاء فأما القميص ونحوه من الثياب ليس بوعاء للمال فكان قصده سرقة الثوب الا أن يكون عالما بالمال المصرور فيه فحينئذ يعلم أن قصده المال دون الثوب لما اختاره من بين سائر الثياب مع العلم ﴿قال﴾ وان سرق عبداً فان كان بالغا أو

صبيا يعقل ويتكلم لا يقطع لان هذا خداع لا سرقة ولان من يعبر عن نفسه له يد على نفسه وذلك مانع من تقرير يد السارق عليه وان كان لا يعبر عن نفسه ويتكلم قطع فيه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه استحسن ان لا أقطعه لان المملوك من جنس الحر فان الجنسية لا تتبدل بالرق واذا كان لا يقطع بسرقة جنسه من الاحرار يصير ذلك شبهة ولان احرازه لم يتم فان الصغير الذى لا يعقل يخرج الى السكة وقد يوضع في السكة ويترك حراً كان أو مملوكا وما لا يتم احرازه عادة فهو تافه فى حكم القطع وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا هو مال متقوم لا يد له فى نفسه فهو بمنزلة الدابة والكارة يتعلق القطع بسرقته والتافه ما يوجد جنسه مباح الاصل فى دار الاسلام غير مرغوب وذلك لا يوجد فى المماليك خصوصا فى الصغار منهم ﴿قال﴾ فان سرق شاة من مرعاها لم يقطع لانها غير محرزة والمقصود من تركها فى المرعى الرعي دون الاحراز وان سرقها من دار قطع لانها محرزة بالدار كسائر الاموال وكذلك الابل والبقر والفرس والحمار والبغل فان كانت تأوي بالليل الى حائط قد بني لها عليه باب يغلق عليها ومعها من يحفظها أو ليس معها حافظ فكسر الباب ودخل وسرق منه بقرة فآواها أو ساقها أو ركبها حتى أخرجها قال يقطع لما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال اذا جمعها المراح ففيها القطع ولانها بالليل تجمع في المراح للاحراز والحفظ ثم المذهب عندنا أن المكان الذي هو حرز لمال يكون حرزاً لمال آخر حتي لو سرق ثياب الراعى من هذا الموضع يقطع وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى المراح حرز للدواب دون غيرها من الأموال لان المعتبر في احراز كل مال ماهو المعتاد ومعتاد احراز الدواب بالمراح دون سائر الأموال الا ترى انه بابه قد يكون بحيث يمنع خروج الدواب ولا يمنع دخول الناس فيه فلهذا لا يقطع اذا سرق منه مالا آخر ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان انه سرق بقرة واختلفا فى لونها فقال احدهما بيضاء وقال الآخر سوداء فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى تقبل هذه الشهادة وعندهما لا تقبل قال الكرخي رحمه الله فى لونين متشابهين كالحمرة والصفرة تقبل عنده فأما فيما لا يتشابه كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة بالاتفاق والأصح ان الكل علي الخلاف فهما يقولان اختلفا في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فلا تقبل الشهادة كما لو شهد احدهما انه سرق ثوراً والآخر انه سرق انثى أو شهد احدهما انه سرق بقرة والآخر أنه سرق بعيراً والدليل عليه ان فى الغصب لو اختلف الشهود

فى لون البقرة لم تقبل مع ان الثابت به مما لا يندرئ بالشبهات وهو الضمان ففي السرقة التى يتعلق بها مايندرئ بالشبهات أولى ولا معني لقول من يقول لعله كان أحدشقي البقرة أبيض والآخر اسود لان تلك بلقاء لاسوداء ولا بيضاء وابو حنيفة رحمه الله يقول اختلفا فيما لم يكلفا نقله والتوفيق ممكن فتقبل الشهادة كما لو اختلف شهود الزنا فى الزانيين فى بيت واحد وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضى بيان ذلك ولهذا تبين انه ليس من صلب الشهادة والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان علي وجه يمكن التوفيق لايمنع قبول الشهادة وهنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها ابيض والآخر اسود وقوله هذه تسمى بلقاء نعم ولكن فى حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو علي ذلك اللون وشهود السرقة يحملون الشهادة من بعيد فى ظلمة الليل فلا يتمكنون من ان يقتربوا من السارق ليتأملوا فى جانب البقرة وبه فارق الغصب فان الغاصب مجاهر بما يصنع فالشاهد يتمكن من التأمل ليقف على صفة المغصوب فلهذا لا يشتغل بالتوفيق هناك وهذا بخلاف البقرة والبعير فان الاختلاف هناك فى صلب الشهادة وبخلاف الذكر والانثى فانه لا يوقف على هذه الصفة الا بعد القرب منها وعند ذلك لايشتبه ولا حاجة الى التوفيق

﴿ قال ﴾ ولو شهدا أنه سرق ثوبا فقال أحدهما هروي وقال الآخر مروى فقد ذكر هذه المسئلة فى نسخ أبي سليمان على الخلاف أيضا وفى نسخ أبي حفص قال لاتقبل هذه الشهادة عندهم جميعا ووجه الفرق لابى حنيفة رحمه الله أن الهروى والمروي جنسان مختلفان وبيان الجنس من صلب الشهادة فكان هذا اختلافا فى صلب الشهادة وذلك مانع من قبول شهادتهما وان اختلفا في الوقت لم تجز الشهادة عندهم جميعا لان السرقة فعل والفعل الموجود فى وقت غير الموجود فى وقت آخر فاذا اختلفا في الزمان والمكان يمتنع قبول شهادتهما كما في الغصب والقتل ﴿ قال ﴾ واذا سرق ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه فان كان لا يساوى عشرة دراهم بعد ما شقه لم يقطع بالاتفاق لان المعتبر كمال النصاب عند تمام السرقة وتمامه بالاخراج من الحرز فاذا لم تكن قيمته نصابا عند الاخراج لم يلزمه القطع بخلاف ما لو شقه بعد الاخراج فانتقصت قيمته من النصاب وذلك لان سرقته تمت فى نصاب كامل ثم التعيب تفويت جزء من الثوب ولو استهلك الكل بعد ما أخرجه من الحرز لم يسقط القطع فكذلك اذا فوت جزءاً منه بخلاف ما قبل الاخراج

فانه لو استهلكه في الحرز لم يلزمه القطع فكذلك اذا فوت جزءا منه وهذا لان ما استهلك مضمون عليه في ذمته ولا يتصور اتمام فعل السرقة فيما هو دين لان اتمام فعل السرقة بالاخراج وذلك في الدين لا يتحقق فاما اذا لم تنتقص العين بفوات شئ منه بعد الاخراج وانما انتقصت قيمته من النصاب بنقصان السعر فلا قطع عليه عندنا وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالي لان السرقة تمت في نصاب كامل فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع كالنقصان في العين ولكنا نقول كما ان النصاب يشترط لايجاب القطع فيشترط بقاؤه الى وقت الاستيفاء كالثبات على الاقرار والشهادة وقد انعدم ذلك لان نقصان السعر فتور رغائب الناس فيه وذلك لايكون مضمونا على أحد فانما يقطع باعتبار هذا العين فقط وقيمته دون النصاب بخلاف ما اذا كان النقصان في العين لانه يتقرر الضمان عليه بقدر مافات من العين فانما يقطع باعتبار هذا العين فيما صار دينا في ذمته وهو نصاب كامل فاما اذا شق الثوب في الحرز ثم أخرجه وهو يساوي عشرة فان كان هذا العيب يمكن نقصانا يسيراً فعليه القطع بالاتفاق ولان حق صاحب الثوب في تضمين النقصان وليس له ان يضمنه القيمة اذا كان العيب يسيراً فأما اذا كان النقصان فاحشا فان اختار أخذ الثوب وبتضمين النقصان فعليه القطع وان اختار أن يضمنه قيمة الثوب وسلم له الثوب فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لايقطع في الوجهين جميعا وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى هذا الخلاف على قلب هذا ولكن ماذكر في الاصل أصح وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان سبب الملك قد انعقد له في الثوب قبل اتمام فعل السرقة وانعقاد سبب الملك يمكن شبهة كما لو اشترى ثوبا على ان البائع بالخيار ثم سرقته منه وبيان ذلك أنه ثبت للمالك خيار تضمين القيمة اياه والمضمونات تملك بالضمان فعرفنا ان سبب الملك انعقد له قبل الاخراج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان تمت سرقته في نصاب كامل فعليه القطع كما لوكان النقصان يسيراً وبيان ذلك ان شق الثوب من السارق عدوان محض فلا يصلح سببا للملك انما يكون سبب الملك ماهو مشروع وهو يقرر الضمان عليه وهذا الملك يثبت شرطا لتقرر الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فاما ان يكون العدوان سبب المملك فلا اذا ثبت هذا فاذا اختار المالك تضمينه قبل ان يقطع فقد صار

مملكا للثوب منه وذلك مسقط للقطع كما لو ملكه بالبيع أو الهبة وان اختار استرداد الثوب فلم يحدث السارق فيه ملكا ولا سبب ملك فيبقى القطع عليه ﴿ قال ﴾ واذا سرق شاة فذبحها في الدار وأخرجها فلا قطع عليه لانها صارت لحما واللحم مما يتسارع اليه الفساد واتمام فعل السرقة فيما يتسارع اليه الفساد غير موجب للقطع وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لهذه العلة ولثبوت حق التضمين للمالك فان له أن يضمنه قيمة الشاة ويملكه ذلك اللحم فكان ذلك شبهة فى اسقاط القطع عنه ﴿ قال ﴾ واذا قطعت يد السارق ورد المتاع على صاحبه ثم سرقه مرة أخرى لم يقطع عندنا استحسانا وعن أبي يوسف انه يقطع وهو القياس وهو قول الشافعى لانه سرق مالا كامل المقدار من حرز لاشبهة فيه وبهذه الاوصاف قد لزمه القطع فى المرة الأولى فكذلك في المرة الثانية وهذا لانه تعذر ردالمتاع على المسروق منه وهذه العين فى حق السارق كعين أخرى فى حكم الضمان حتى لو غصبه أو أتلفه كان ضامنا وكذلك فى حكم القطع ألا ترى أنه لوباعه المسروق منه من انسان فسرقه من المشترى أو باعه ثم اشتراه ثم سرقه منه ثانيا يقطع فكذلك قبل البيع والشراء والدليل عليه انه لوسرق غزلا فقطعت يده ثم نسجه المالك ثم سرقه ثانياً يقطع وكذلك الحنطة اذا طحنها وكذلك لو كانت بقرة فولدت عند المسروق منه ثم سرق ولدها يقطع والولد جزء منها فاذا كان يقطع بسرقة جزء منها فكذلك بسرقتها والدليل عليه أنه لو سرق من حرز فقطعت يده فخرب ثم أعيد ذلك الحرز فسرق منه مرة أخرى قطع فكذلك المال ولأن هذا حد لله تعالى خالصا فيتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد كحد الزنا فان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى لزمه الحد بخلاف حد القذف فانه حق المقذوف عندي وخصومته فى الحد غير مسموعة فى المرة الثانية لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل ذلك بالمرة الاولى ﴿ وحجتنا ﴾ فيه نوعان من الكلام أحدهما مابينا أن صفة المالية والتقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه بعد ما قطعت يد السارق بدليل أنه لو تلف فى يده أو أتلفه لم يضمن فبعد ذلك وان ظهرت المالية والتقوم فى حقه بالاسترداد يبقي ما سبق مورثا شبهة والقطع يندرئ بالشبهات وهو نظير ما يوجد مباح الاصل فى دار الاسلام اذا أحرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل فهذا مثله فأما اذا باعه ثم اشتراه فقد قيل لا يلزمه القطع أيضا

ولئن سلمنا فان الملك هناك يتجدد بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فجعل متجددا أيضا بخلاف ما قبل البيع والشراء هذا لان اختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان ألا ترى أن بريرة كان يتصدق عليها وهى تهديه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هو لها صدقة ولنا هدية والمشترى اذا باع من غيره ثم اشتراه ثم وجد به عيبا لم يرده على البائع الاول فدل أن تبدل سبب الملك كتبدل العين فأما الغزل اذا نسجه فهو فى حكم عين آخر فلهذا لو فعله الغاصب كان الثوب مملوكا له فانما سرق فى المرة الثانية عينا أخرى وعلى هذا الحرز فانه اذا أعيد الحرز كان هذا حرزاً متجدداً غير الاول لان الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار بل هو عبارة عن التحفظ والتحصن وكذلك حد الزنا فانه يجب باعتبار المستوفى فالمستوفي مثلا شئ والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفي فى المرة الاولى فلهذا لزمه الحد مع أن هناك حرمة المحل لاتسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك فى العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق ولان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من واحد فى محل واحد كحد القذف وبيانه أن الشهود لو شهدوا بالسرقة من غير خصم لا يثبت القطع بالاتفاق وتأثيره أن فى خصومته فى المرة الثانية نوع شبهة لانه قد استوفي بخصومته مرة ماهو جزاء سرقة هذا العين فيمكن شبهة فى خصومته فى المرة الثانية وذلك مانع من القطع الذى يندرئ بالشبهات غير مانع من الضمان الذى يثبت مع الشبهات بخلاف حد الزنا فانه لاتعتبر الخصومة فيه ﴿قال﴾ والسارق تقطع فى المرة الاولى يده اليمني فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق بعد ذلك لم يقطع عندنا استحسانا ولكن يعزر ويحبس حتى تظهر توبته وعند الشافعى رحمه الله تعالى فى المرة الثالثة تقطع يده اليسرى وفى المرة الرابعة تقطع رجله اليمنى ثم يحبس بعد ذلك وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل وحجته قوله تبارك وتعالى فاقطعوا أيديهما واسم اليد يتناول اليسرى كما يتناول اليمنى بدليل آية الطهارة ولا معنى لا ستدلالكم بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه وهو قوله تعالي فاقطعوا أيديهما لان بهذه القراءة ينبغي ان تقطع رجله اليمني ثم عندكم اذا سرق وهو مقطوع اليد اليسري أو مقطوع الابهام من اليد اليسرى لم تقطع يده اليمني وبالقراءتين وبالاجماع صار قطع اليمني مستحقا من السارق فلا يجوز تركه بالرأى وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان

النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا سرق السارق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه الى ان قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه وفى رواية مفسراً فى المرة الاولى ذكر اليد اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى وروى المعلى أنه قطع من السارق هكذا وقد بينا حديث أبى بكر وعمر رضى الله عنهما والمعنى فيه ان اليد اليسرى يد باطشة فتقطع فى السرقة كاليمنى وهذا لان سرقته بالبطش والمشى يتأتى فقطعت هذه الاعضاء للزجر لتفويت مابه تتأتي السرقة وذلك موجود فى اليد اليسرى والرجل اليمنى وربما يقولون المتناول للسرقة متناول فيها كاليد اليمنى والرجل اليسرى وكل عقوبة تتعلق باليد اليمنى تتعلق باليد اليسرى كالقصاص والدليل عليه أنه اذا أخطأ الحداد فقطع اليسرى مكان اليمنى لم يضمن وكان مستوفيا للحد حتى لا يضمن السارق المسروق واستيفاء الحد من غير محله لا يتحقق فتبين ان اليسري محل الا أنه لا يصار اليها فى المرة الثانية مراعاة للترتيب المشروع وكان المعنى فى شرع هذا الترتيب ان يكون الحد زاجراً له بالتنقيص له من بطشه ومشيه فان لم يحصل الانزجار به فالزجر بالتفويت يتحقق به الانزجار ﴿وحجتنا﴾ فيه قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا ايمانهما قال ابراهيم النخعى ان من قراءتنا والسارقون والسارقات فاقطعوا ايمانهما وهذه القراءة من القراءة المشهورة بمنزلة المقيد من المطلق فيصير كانه قال فاقطعوا ايمانهما من الايدي فلا يتناول الرجل أصلا ولا يتناول اليسري والدليل عليه أنه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول الى غيره فلو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجز قطع الرجل مع بقاء اليد والايدي وان ذكرت بلفظ الجمع فالاصل ان ما يوجد من خلق الانسان تذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله سبحانه وتعالى فقد صغت قلوبكما يقال ملأت بطونهما ولان الجمع المضاف الى الجماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معني الآية فاقطعوا يدا من كل سارق وسارقة وكان ينبغي باعتبار هذا الظاهر أن لا يقطع الرجل اليسرى منهما ولكن ثبت ذلك بدليل الاجماع ولا يجوز الاعتماد على الآثار المروية فقد قال الطحاوي تتبعنا هذا الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا ثم يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظا فى الابتداء ألا ترى أنه قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحدود وقيل كان ذلك الرجل مرتداً على ما قال جابر رضى الله عنه في حديثه أتى رسول الله صلى

الله عليه وسلم بسارق فقال اقتلوه فقيل انما سرق يا رسول الله فقال اقطعوه ثم ذكر هكذا في كل مرة الى أن قال فى المرة الخامسة ألم أقل لكم اقتلوه فقد عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي وجوب القتل عليه ولما خاف أن يظن ظان أن موجب السرقة القتل أمر بقطعه حتى تبين لهم ذلك فى المرة الخامسة فأمر بقتله فلما كان مستوجبا للقتل يباح قطع الاعضاء منه وقد بينا أن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة اختلافا ظاهراً واختلافهم يورث شبهة ثم أخذنا بقول علي رضي الله عنه لانه حاجهم بالمعنى حيث قال انى لأستحيي من الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ورجلا يمشي عليها وفي هذا بيان أن القطع انما شرع زاجراً لامتلفا وفى استيفاء الاعضاء الاربعة اتلاف حكما أو شبهة الاتلاف والشبهة تعمل عمل الاتلاف فيما يندرئ بالشبهات وبيان الوصف أن الامام مأمور بالتحرز عن الاتلاف عند اقامة الحد بحسب الامكان ألا ترى أنه لا يقيم فى الحر الشديد والبرد الشديد ولا فى حالة المرض كيلا يؤدي الى الاتلاف وانه مأمور بالحسم بعد القطع كيلا يؤدي الى الاتلاف وأنه يقطع فى المرة الثانية الرجل اليسري واليد الى اليد أقرب ألا ترى أن في باب الطهارة لا يحول الى الرجل الا بعد الفراغ من اليدين وانما شرع الترتيب هكذا للتحرز عن الاتلاف الحكمى فدل أنه شرع زاجراً لامتلفا وفي قطع الاعضاء الاربعة اتلاف للشخص حكما فان فيه تفويت منفعة الجنس على الكمال وبقاء الشخص حكما ببقاء منافعه فلهذا يتعلق بقطع اليدين من العبد كل قيمة النفس ولهذا لا يجوز اعتاق مقطوع اليدين فى الكفارة فعرفنا أنه استهلاك حكما وفيه شبهة الاتلاف والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وهذا بخلاف القصاص فالمستحق هناك اعتبار المساواة دون التحرز عن الاتلاف الا ترى ان الاتلاف الحقيقي يستحق به اذا كان المساواة فيه بخلاف مانحن فيه فاما الحداد انما لا يضمن اذا قطع اليسرى لانه عوضه من جنس مافوت عليه ماهو خير له منه والاتلاف بعوض لا يكون سببا لوجوب الضمان وانما اسقطنا ضمان المسروق لتحقيق معنى التعويض ولان الحداد مجتهد فاعتمد ظاهر النص فيما صنع فنفذ اجتهاده ولم يكن ضامنا وهذا هو الجواب عما قاله انه اذا كان مقطوع اليد اليسرى في الابتداء عندكم لا تقطع يده اليمنى قلنا اليد اليمني محل بالنص ولكن للاستيفاء شرط وهو أن لا يكون على وجه يفوت منفعة الجنس وقد انعدم هذا الشرط اذا كان

مقطوع اليد اليسرى فلانعدام الشرط لاتقطع اليمنى فى هذه الحالة كما اذا كان مريضاً لاتقطع يده اليمنى مع وجود المحل لانعدام الشرط فربما ينضم ألم القطع الى ألم المرض فيؤدى الى الاتلاف وكذلك في الحر الشديد والبرد الشديد فهذا مثله ﴿قال﴾ وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم أتيا بانسان آخر وقالا هذا السارق الذى شهدنا عليه ولكنا أخطأنا بذلك لم تجز شهادتهما على هذا وضمنا دية يد الاول هكذا روي عن علىّ رضى الله عنه أنه أتى برجل شهد عليه رجلان بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بآخر فقالا وهمنا ياأمير المؤمنين انما السارق هذا فقال لا أصدقكما على الثانى وأغرمكما دية اليد ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وبه يستدل الشافعى رحمه الله تعالي فى وجوب القصاص على الشهود وقطع اليدين بيد واحدة ولكنا نقول انما ذكر هذا اللفظ على سبيل التهديد ولم يكن كذبا منه لانه علقه بشرط لا سبيل الى معرفته وقد صح عن علي رضى الله عنه أن اليدين لايقطعان بيد واحدة ذكره محمد فى كتاب الرجوع والمعنى أنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة وتناقض كلامهما فى الشهادة على الثانى فقد رجعا عن الشهادة على الاول فكانا ضامنين لما استوفى بشهادتهما وان لم يرجعا ولكنهما وجدا عبدين كانت دية اليد على بيت المال لان هذا خطأ من الامام لما استوفاه لله تعالي فان رجعا عن شهادتهما بعد الحكم بالسرقة قبل أن تقطع يده أو قالا شككنا في شهادتنا ذرئ الحد ولكن السرقة تسلم للمشهود له لان رجوعهما بعد القضاء مبطل للقضاء فيما كان عقوبة لتمكن الشبهة أو فيما كان حقا لله تعالى لان تمامه بالاستيفاء فأما فيما هو حق العبد فالشهادة تتأكد بنفس القضاء والرجوع لا يبطل حق المقضى له والمال حق المسروق منه ولهذا لا يبطل حقه برجوعهما بعد القضاء وان لم يرجعا عند الحاكم ولكن شاهدين شهدا عليهما بالرجوع قبل القطع أو بعده فلا معتبر بهذه الشهادة وتقطع يد السارق لان الرجوع عن الشهادة معتبر بالشهادة والشهادة فى غير مجلس الحكم لاتوجب شيئا فكذلك الرجوع فانما شهد هذين على رجوع باطل ﴿قال﴾ واذا شهد رجلان وامرأتان على رجل بسرقة مال لم يقطع وأخذ بالمال وكذلك الشهادة على الشهادة لان في شهادة النساء ضرب شبهة من حيث ان الغالب عليهن الضلال والنسيان واليه أشار الله تعالى تبارك و تعالى في قوله ان تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى فلا يثبت بشهادتهما ما كان يندرئ بالشبهات وهو السرقة الموجبة للقطع

ولكن يثبت به أخذ المال لان الثابت به رد العين ووجوب الضمان وهو مما يثبت مع الشبهات وكذلك في الشهادة على الشهادة ضرب شبهة من حيث ان الكلام اذا تداولته الالسن يتمكن فيه زيادة ونقصان ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان على رجلين انهما سرقا من هذا الرجل ألف درهم واحد الرجلين غائب قطع الحاضر وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قولهما وفى قوله الاول لايقطع ذكر القولين بعد هذا فى الاقرار اذا أقر أنه سرق مع فلان الغائب لم يقطع فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول وهو قول زفر رحمه الله تعالى ويقطع المقر فى قوله الآخر وهو قولهما وقد بينا نظيره في الحدود اذا أقر أنه زني بغائبة وجه قوله الاول ان الغائب لو حضر ربما يدعي شبهة يدرأ بها القطع عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذالا يجوز كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لايكون للحاضر ان يستوفيه حتى يحضر الغائب وجه قوله الآخر ان السرقة ظهرت على الحاضر بالبينة أو بالاقرار فيستوفى الامام حقا لله تعالى وهذا لأن السراق يحضرون وقل مايحضرون بل في العادة يهربون وبعضهم يوجد وبعضهم لايوجد فلو لم يقطع الحاضر أدى الى سد باب هذا الحد وما من شبهة يدعيها الغائب الا والحاضر يتمكن من أن يدعى ذلك وقد بينا أن بالشبهة التي يتوهم اعتراضها لايمتنع الاستيفاء بخلاف القصاص فالشبهة هناك توهم عفو موجود من الغائب فى الحال فان جاء الغائب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الاولى حتى تعاد تلك البينة عليه أو غيرها فيقطع حينئذ لان تلك البينة فى حق الغائب قامت بغير محضر من الخصم فان الحاضر لاينتصب خصما عنه إما لان النيابة فى الخصومة فى الحد لاتجري أو لانه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب فلهذا يشترط اعادة البينة على الغائب ليقطع ﴿قال﴾ وان كان القاضى يعرف شهود الحدود والقصاص انهم أحرار مسلمون غير أنه لايعرف عدالتهم ولا يطعن فيهم السارق حبسه حتى يسأل عنهم لانه صار متهما بارتكاب الكبيرة فيحبس ولا تقطع يده قبل السؤال عن الشهود لان هذا شئ لو وقع فيه الغلط لايمكن تداركه وتلافيه فعلى الحاكم أن يسأل عن الشهود صيانة لقضاء نفسه طعن الخصم فيه أو لم يطعن وهذا لان الشبهة متمكنة في شهادتهم قبل التزكية ومع تمكن الشبهة لايقدم على استيفاء ماينذرئ بالشبهات فأما فى غير الحدود والقصاص مما لايندرئ بالشبهات فالقاضى يقضى عند أبي حنيفة رحمه الله قبل أن يسأل عنهم الا أن يطعن الخصم فيهم أو

يستريب فيهم وعندهما لا يقضي مالم يسأل عنهم على كل حال لانه مأمور بالقضاء بالشهادة العادلة فما لم تظهر العدالة عنده لايجوز له أن يقضي شرعا كما في الحدود وهذا لانه مأمور بالتوقف في خبر الفاسق منهي عن العمل به فانما ينتفي الفسق عنهم بالتزكية فما لم يظهر ذلك عنده بالسؤال لا يحل له أن يقضي لان قبل السؤال ثبوت عدالتهم بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق به وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض وهكذا روى عن عمر رضي الله عنه فيما كتب به الى أبي موسى الاشعرى رضي الله عنه فقد عدل رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسلم باسلامه فتعديل صاحب الشرع اياه لايختلف عن تعديل المزكى فيتمكن القاضي من القضاء الا أن يطعن الخصم فهو أيضاً معدل باسلامه على لسان صاحب الشرع فللتعارض احتاج الامام الى السؤال ولهذا يتبين ان هذا ليس بقضاء بالظاهر بل بدليل موجب له وهو اسلامه فالمسلم يكون منزجراً عن ارتكاب ما يعتقد الحرمة فيه حتي يظهر خلافه ثم المستحق بشهادتهما مال اذا وقع فيه الغلط أمكن تداركه بالرد فلا يجب على القاضي الاستقصاء فيه للقضاء بخلاف الحدود وبهذا تبين ان السؤال عن الشهود هناك لحق المدعي فانما يشتغل به عند طلبه فاما قبل الطلب لو اشتغل القاضي به كان ذلك منه انشاء لخصومة وهو مأمور بفصل الخصومة لا بانشائها فكان ذلك اعانة منه لأحد الخصمين وهو منهي عن ذلك ﴿قال﴾ واذا شهد الشهود على رجل بحد هو خالص حق الله تعالى بعد تقادم العهد لم تقبل شهادتهم وقد بينا هذا في كتاب الحدود وذكرنا حد التقادم في حد الزنا والسرقة فاما في شرب الخمر فكذلك الجواب عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى حد التقادم زوال رائحة الخمر حتي لا يقام عليه اذا شهدوا بعد زوال رائحة الخمر أو أقرهو بذلك فمحمد رحمه الله تعالي يقول هذا حد ظهر سببه عند الامام فلايشترط لاقامته بقاء أثر الفعل كحد الزنا والسرقة وهذا لان وجود الرائحة لا يمكن ان يجعل دليلا فقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء أثر الخمر في بطن الشارب وقد توجد رائحة الخمر من غير الخمر فان من استكثر من أكل السفرجل والتفاح يوجد منه رائحة الخمر قال القائل

يقولون لى انكه شربت مدامة ... فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

فكان هذا شاهد زور ألا ترى أنه لا يقام الحد لوجود الرائحة مالم يشهد الشهود عليه بالشرب

أو يقربه وهما احتجا بحديث ابن مسعود رضى الله عنه أنه أتى بشارب الخمر قال مزمزوه وترتروه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فحدوه فقد شرط لاقامة الحد وجود الرائحة والمعنى فيه ان حد الخمر ضعيف من الوجه الذى بينا أنه لانص فيه فلا يقام الا على الوجه الذى ورد الأثر به وانما ورد الأثر باقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ولوجود الخمر فى بطنه علامة وهو وجود الرائحة منه فلا يقضي الا بظهور تلك العلامة كالمرأة اذا ادعت الولادة مالم تشهد القابلة بذلك لايقضي القاضى به ثم زوال رائحة الخمر بعد الشرب لايكون الا بمضى زمان وقد بينا أنه لانص فى حق التقادم ففيما أمكن اعتبار التقادم لمعنى في الفعل كان المصير اليه أولى من المصير الى غيره ووجود رائحة الخمر من غير الخمر نادر ولا يكون مستداما أيضا فلايعتبر ذلك ولكن هذا اذا كان بحضرة الامام فأما اذا كانوا بالبعد منه فجاؤا به بعد زوال الرائحة لبعد المسافة فالصحيح انه لا يمتنع استيفاء الحد بشهادتهم لانه لم يوجد منهم تفريط وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفواً ألا ترى أن الامام اذا علم أن الشارب تكلف لازالة الرائحة لا يمتنع من اقامة الحد عليه فهذا مثله ﴿ قال ﴾ واذا قطعت يد السارق وقد قطع الثوب قميصا ولم يخطه أو صبغه اسود أو باعه من رجل أو وهبه منه وهو بعينه فى يده فانه يرد على المسروق منه لان القطع نقصان وكذلك السواد في الثوب نقص والبيع والهبة من السارق باطل لانه حصل فى ملك الغير بغير أمر صاحبه فكما يكون للمسروق منه أن يأخذه اذا وجده في يد السارق فكذلك اذا وجده فى يد المشترى منه فان كان خاط الثوب فلاسبيل للمسروق منه عليه لما اتصل بالثوب من وصف متقوم هو حق السارق ألا ترى أن الغاصب لو قطع الثوب وخاطه لم يتمكن المغصوب منه من أخذ الثوب منه بعد ذلك فهذا مثله الا أن هناك يكون الغاصب ضامنا للثوب بمنزلة ما لو أتلفه أو تلف فى يده وههنا لا يكون ضامنا لانه لو تلف فى يده أو أتلفه بعد القطع لا يضمن فكذلك اذا احتبس عنده بما اتصل به من الوصف حقا له فأما اذا صبغه أحمر أو أصفر فعلى قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينقطع حق المسروق منه فى الاسترداد وعند محمد رحمه الله لا ينقطع ولكنه يأخذ الثوب ويعطى السارق مازاد الصبغ فيه لان عين الثوب قائم بعد الصبغ ومن وجد عين ماله فهو أحق به بالنص ثم الصبغ لو حصل من الغاصب لم ينقطع به حق المغصوب منه في الاسترداد فكذلك من السارق الا أن مااتصل به من الصبغ مال متقوم من الصباغ

وهو وصف والثوب أصل والوصف تبع للاصل فكان لصاحب الاصل أن يأخذه فيعطيه مازاد الصبغ فيه كما في الغاصب ولو أراد أن يسلم له الثوب ويضمنه قيمة ثوبه أبيض لم يكن له ذلك بخلاف الغصب لان عند تسليم الثوب له يجعله فى حكم المستهلك ولو استهلك المغصوب حقيقة كان ضامنا له ولو استهلك المسروق حقيقة لم يكن ضامنا فباعتبار هذا المعنى يقع الفرق بينهما في هذا الجانب فأما عند اختيار الاخذ فلا فرق بين الغاصب والسارق ومن حيث أن كل واحد منهما جان وان مراعاة حقه بأداء قيمة الصبغ اليه ممكن فلا ضرورة فى قطع حق صاحب الثوب عن الثوب وجه قولهما أن الوصف الذى اتصل بالثوب متقوم حقا للسارق فينقطع به حق المسروق منه فى الاسترداد كالخياطة وهذا لان هذا حق ضعيف له مقصور على العين ألا ترى أنه لايتعدى الى بدل العين عند الاستهلاك ومثل هذا الحق يبطل بالصبغ كحق الواهب فى الرجوع وترجيح الأصل عند مساواة الحقين في القوة فأما الضعيف لايظهر في مقابلة القوى بخلاف الغاصب فان حق المغصوب منه قوى يسري الى بدل العين فيستقيم الترجيح هناك باعتبار الأصل والتبع واستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الأمالى بحرف آخر فقال لو بقي الثوب على ملك المسروق منه بعد الصبغ تعذر استيفاء القطع من السارق لانه يصير شريكا في العين بملكه فى الصبغ واقتران الشركة بالسرقة يمنع وجوب القطع فاعتراضها بعد السرقة يمنع الاستيفاء وبالاجماع يستوفى القطع من السارق فعرفنا أنه لم يبق حق المسروق منه في الثوب ﴿فان قيل﴾ هذا فاسد فانه اذا جعل السارق متملكا للثوب يمنع استيفاء القطع منه أيضاً ﴿قلنا﴾ نعم ولكن يجعل الثوب فى حكم المستهلك فانما يقطع بسرقة ما قد صار مستهلكا لا باعتبار ما هو مملوك له في الحال كما اذا خاط الثوب فأما مع بقاء حق الاخذ له لا يمكن جعله مستهلكا فيتقرر معنى الشركة وعلى هذا الطريق نقول لو صبغه بعد ما قطعت يده لا يتعذر على المسروق منه الاسترداد لانه لا تأثير للشركة بعد استيفاء القطع والدليل على اعتبار معنى الشركة أن فى المغصوب لو اختار المغصوب منه بيع الثوب استقام ذلك وضرب صاحب الثوب في الثمن بقيمة الثوب أبيض والآخر بقيمة الصبغ وهذا لا يكون الا بعد ثبوت الشركة بينهما في المبيع وعلى هذا الخلاف لو كان المغصوب سويقا فلته بسمن لان السمن زيادة فى السويق من غير أن يكون مبدلا للعين حتى لا ينقطع به حق المغصوب منه فهو

كالصبغ فى الثوب فى جميع ما ذكرنا وان كان المسروق دراهم فسبكها أو صاغها قلنا كان للمسروق منه أن يأخذها لان الصنعة بانفرادها لا تتقوم في الذهب والفضة فلا تثبت الشركة باعتبارها بينهما وقد ذكر الخلاف فى الجامع الصغير فى الغصب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا ينقطع به حق المغصوب منه عن استرداد العين وعندهما ينقطع فكذلك فى السرقة والاصح أنه على ذلك الخلاف ومنهم من يفرق لابي يوسف رحمه الله تعالى فيقول هناك لو اعتبرنا حق الغاصب في الصنعة لم يبطل به حق المغصوب منه أصلا ولكنه يضمنه مثل المغصوب وههنا لو اعتبرنا ذلك بطل به حق المسروق منه لانه لا يتمكن من تضمين السارق والعين متقوم من كل وجه والصنعة تتقوم تبعا للاصل وان كانت لا تتقوم منفردة عن الاصل فكان ابقاء حق المسروق منه فى العين أولى فان كانت السرقة صفراً فجعلها قمقمة أو حديداً فجعله درعا لم يأخذه لأن للصنعة قيمة فى هذه الاعيان ولهذا يخرج بالصنعة من أن يكون مال الربا فلا بد من اعتبارها حقا للسارق ثم هذه الصنعة لو وجدت من الغاصب انقطع بها حق المغصوب منه عن استرداد العين فكذلك اذا وجدت من السارق وكذلك كل شيء من العروض وغيرها اذا كان قد غيره عن حاله فان كان التغيير بالنقصان فللمسروق منه أن يأخذ كما للمغصوب منه الا ان المغصوب منه يضمن الغاصب النقصان والمسروق منه لا يضمنه النقصان اعتباراً لاتلاف الجزء باتلاف الكل وان كان التغيير زيادة فيه فان كان على وجه لو حصل من الغاصب لا يتمكن المغصوب منه من أخذ العين بعد ذلك فكذلك المسروق منه لا يتمكن من أخذه وان كان على وجه لا يتعذر على المغصوب منه استرداد العين فهو على الخلاف الذى بينا ﴿قال﴾ وان كانت السرقة شاة فولدت أخذهما جميعاً المسروق منه لان الولد زيادة متولدة من العين وكما يتمكن من استرداد العين قبل انفصال هذه الزيادة فكذلك بعدها ألا ترى أن المغصوب منه يتمكن من الاسترداد بعد الولادة وان حق الواهب لا ينقطع في الرجوع بالولادة وهذا بخلاف السمن والصبغ فالزيادة هناك فى ملك السارق يثبت باعتبارها معنى الشركة وههنا الزيادة في ملك المسروق منه فلا يثبت باعتبارها للسارق شركة ﴿قال﴾ واذا قطع فى صوف أو كتان أو قطن فرده على صاحبه فصنع منه ثوباً ثم سرقه فعليه القطع لان العين تتبدل بالصنعة والثوب فى حكم الحادث بالنسج ألا ترى أنه لو وجد هذا من الغاصب كان الثوب مملوكا له فسرقته لذلك بعد

صنعته بمنزلة سرقته مالا آخر ﴿قال﴾ فان كان السارق أشل اليد اليمنى واليد اليسرى صحيحة قطعت اليمني لأن اليمنى لوكانت صحيحة وجب قطعها بسبب السرقة فاذا كانت شلاء أولى وهذا بخلاف ما اذا كانت يده اليسرى شلاء فانه لا تقطع يده اليمنى لان شرط استيفاء القطع ان لا يكون مفوتا منفعة الجنس وفى قطع اليمنى اذا كانت اليسري شلاء تفويت منفعة البطش واذا كانت اليسري صحيحة فليس في قطع اليمنى تفويت منفعة البطش ولا تقطع الرجل اليسرى أيضاً لان فيه تفويت منفعة المشى فان اليد اليسري اذا كانت شلاء فقطعت رجله اليسرى لا يمكنه المشي بعصى بخلاف ما اذا كانت يده اليسرى صحيحة ﴿فان قيل﴾ التفويت لا يكون باستيفاء اليد اليمنى بل بالشلل في اليسرى ﴿قلنا﴾ لا كذلك فالحكم اذا كان ثابتا بعلة ذات وصفين يحال به على آخرهما وجودا وآخرهما قطع اليد اليمنى ههنا فكان التفويت مضافا اليه وكذلك اذا كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع يده اليمني ولا رجله اليسرى لان فيه تفويت منفعة الجنس وهو المشى فانه لا يمكنه المشي بعده بعصى فان كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمني لانه ليس فيه تفويت فانه يتمكن من المشى بعصى اذا كانت يده اليسرى صحيحة ﴿قال﴾ واذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمداً فعليه القصاص لان بمجرد الشهادة قبل اتصال القضاء بها لا تسقط حرمة يده فالقاطع استوفي يداً متقومة من نفس محترمة فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق لفوات المحل وهو ضامن قيمة المسروق لأن سقوط ذلك لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ذلك وكذلك اذا كان قطع يده اليسرى لانه يتعذر استيفاء الحد بعده لما فيه من تفويت منفعة البطش ﴿قال﴾ فان حكم عليه بالقطع فى السرقة فقطع رجل يده اليمني من غير اذن الامام فلا شئ عليه لانه سقطت قيمة يده بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يداً لا قيمة لها فلم يكن ضامنا ولكن الامام يؤدبه على ذلك لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمر الامام به وان أمر القاضي الحداد بقطع يده اليمني فأخطأ وقطع يده اليسري فهو ضامن في القياس لان بالقضاء بالقطع فى اليد اليمنى لم تخرج اليد اليسرى من أن تكون محترمة متقومة فقطعها خطأ قبل القضاء وبعده سواء وفى الاستحسان لا شئ عليه لان فعله حصل فى موضع الاجتهاد فان المنصوص عليه قطع اليد من السارق وقد قطع اليد واجتهد وان أخطأ فلا

ضمان عليه اذا كان فعله في موضع الاجتهاد يوضحه انه وان فوت عليه اليسري فقد عوض اليمني لانه لا تقطع يده اليمنى بعد هذا وما عوضه من جنس ما فوت عليه فهو خير له مما فوت عليه لان منفعة البطش في اليد اليمنى أظهر والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان وان تعمد ذلك فان كان السارق أخرج يده اليسرى فقال اقطعها فلا ضمان عليـه بالاتفاق لانه قطعها باذن صاحب اليد ألا ترى أن من قطع يد الغير باذنه من غير أن يكون قطعه مستحقا بالسرقة لم يكن ضامنا شيئا فهذا أولى وان لم يكن أمره بذلك فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أخـذا بالقياس ههنا وقالا يضمن الحداد لأنه جان فيما صنع متعمد فيكون ضامنا كما لو قطع رجله أو أنفه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أخذ بالاستحسان لما بينا أن الحداد مجتهد وفعله حصل فى موضع الاجتهاد بخلاف مالو قطع رجله أو أنفـه ولانه عوضه من جنس مافوت عليـه ماهو خـير منـه والاتلاف بعوض لايوجب الضمان على المتعدي كالشهود اذا شهدوا عليه ببيع مال بمثل قيمته فأما اذا قطع أنفـه فلم يعوضه مما أتلف عليـه شيئاً لان القطع فى اليد لايسقط عنـه بذلك وان قطع رجله اليسرى فلم يعوضـه شيئاً لأن القطع لايسقط عنه بهذا وان قطع رجله اليمنى فلم يعوضه من جنس مافوت عليه لان منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشى ﴿قال﴾ واذا حكم عليه بالقطع بشهود في السرقة ثم انفلت ولم يكن حكم عليه حتى انفلت فأخذ بعد زمان لم يقطع لما بينا أن حـد السرقة لاتقام بحجة البينة بعد تقادم العهد والعارض فى الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء وان اتبعه الشرط وأخـذوه من ساعتـه قطعت يده لأن مجرد الهرب ليس بمسقط للحد عنـه ولانه لم يتمكن ههنا تهمة التهاون والتقصير فى الطلب من أحـد ﴿قال﴾ واذا ردت السرقة الى صاحبها قبل أن يرفع السارق الى الامام ثم رفع اليـه لم يقطع لان توبته قد تحققت برد المال وقد نص الله تعالى في السرقة الكبرى على سـقوط الحد بالتوبة قبـل قدرة الامام عليه ففي الصغرى أولى ولان الامام لايتمكن من اقامة الحد عليه الابعدظهور السرقة عنده ولا تظهر اذا رد المال قبل أن يرفع اليه لأن السرقة لاتظهرعنده الابالخصومة فى المال ولا خصومة بعد استرداد المـال ولانا قد بينا أن الخصومة شرط وانعـدام الشرط قبل القضاء يمنع القاضى من القضاء بالقطع واذا كانت اصبعان من اليسرى مقطوعةلم تقطع يده اليمنى فى السرقة لان قطع الاصبعين ينقص من البطش باليد اليسرى أو يفوت بمنزلة

الشلال فقطع اليد اليمنى بعد ذلك يكون تفويتا لمنفعة الجنس وكذلك ان كانت الابهام وحدها مقطوعة لان منفعة البطش منها تفوت بقطعها كما تفوت بالشلال واذا كانت أصبع واحدة سواها مقطوعة قطعت اليد اليمنى لان قطع الاصبع الواحدة سوي الابهام لايفوت منفعة البطش من اليسري فقطع اليد اليمنى فى هذه الحالة لايفوت عليه منفعة البطش وان كانت رجله اليمني مقطوعة الاصابع فان كان لايستطيع القيام والمشى عليها قطعت يده وان كان لايستطيع أن يمشي عليها لم تقطع وكذلك ان كان المقطوع من رجله اليسرى أصبعين لان فيه تفويت منفعة المشي عليه ﴿قال﴾ وكل شئ درأت فيه الحد ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة واذا قطعت لم أضمنه وان كانت قائمة رددتها لبقاء الملك فيها لصاحبها ﴿ قال ﴾ واذا سرق سرقات لم يقطع بها الا يد واحدة لان مبني الحدود على التداخل ومعنى الزجر يتم بقطع يد واحدة فان حضروا جميعا قطعت يده بخصومتهم ولم يضمن شيئاً من السرقات المستهلكة لان فى حق كل واحد منهم قد استوفى الحد بخصومته بعد ماظهرت السرقة فكانه ليس معه غيره وان حضر أحدهم قطعت يده بخصومته على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يضمن شيئاً من سرقاته المستهلكة وعندهما هو ضامن للسرقات كلها الا السرقة التى قطعت يده بالخصومة فيها وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى في نوادره هذا الخلاف على عكس هذا وما ذكره فى الاصل أصح وجه قولهما ان الأخذ الموجب للضمان متقرر فى حق كل واحد منهم حتى لو سقط الحد بشبهة كان ضامنا لكل واحد منهم ماله فانما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى وانما وجد ذلك في حق الذى خاصم خاصة لان القطع فى سرقته دون غيره من السرقات فان الشرط الخصومة المظهرة للسرقة ولم يوجد ذلك فى حق الباقين لان الحاضر ليس بخصم عنهم ولانه ماخاصم الا في سرقته فيجعل فى حقهم كأنه تعذر اقامة الحد للشبهة فبقي الضمان واجبا لهم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فى حق السارق حضور أحدهم كحضورهم فانه لايقطع به الا يد واحدة فى الأحوال كلها وكما لا يضمن شيئاً لو حضروا فكذلك اذا حضر بعضهم وهذا لان الحد هو المستحق عليه بكل شئ سرقه والمقام عليه حد واحد بالاتفاق فيكون مسقطا ضمان السرقات كلها ألا ترى أنه لو أقر بالسرقة والمسروق منه غائب فاجتهد الامام وقطع يده لم يضمن للمسروق منه شيئاً وان حضر فصدقه ﴿ قال ﴾ وان شهد شاهدان أنه نقب بيت هذا وأخرج منه كارة لايدريان

مافيها لم يقطع لان المشهود به مجهول وشرائط وجوب الحد بمثل هذه الشهادة المجهولة لا تثبت ولم يشهدوا لامسروق منه بالملك فى شيء أيضاً فالمخرج من بيته قد يكون ماله وقد يكون مال المخرج وان قالوا نشهد أنه سرق منه هذا المتاع فاذا هو ثياب مختلفة تساوى مالا عظيما قطع لانهم شهدوا بفعل السرقة فى معلوم فان الاعلام بالاشارة الى العين أبلغ من الاعلام بالتسمية ولان الشاهد لا يتمكن عند تحمل الشهادة من أن يقتص ما سرقه ليتأمل كل ثوب منه ولا يكلف أداء الشهادة بما ليس في وسعه ﴿ قال ﴾ وان كان للسارق دين على المسروق منه لم يبطل القطع عنه بخلاف مايقوله بعض الناس أن قيام الدين عليه له سبب لاستحقاق ماله ألا ترى أن مال المديون لا يكون نصاب الزكاة بطريق انه كالمستحق لصاحب الدين بدينه وسبب الاستحقاق يورث شبهة فى درء الحد عنه ولكنا نقول محل الدين الذمة ولا تعلق له بالمال خصوصا في حال صحة المديون حتى يملك التصرف فى ماله كيف شاء ومع من شاء ببدل وبغير بدل وانما تعلق الدين بالمال من حيث أن قضاء الدين يكون به فأما قبل القضاء فلاحق لصاحب الدين فى مال المديون الا أنه اذا كان الدين من جنس ما أخذه كان فعله استيفاء ولصاحب الدين أن يستوفى جنس حقه اذا ظفر به فلا يلزمه القطع لذلك فأما اذا كان من خلاف جنس حقه ففعله ليس باستيفاء ولكنه سرقة موجبة للحد عليه فان قال انما أردت أن آخذه رهنا بحقي أو قضاء لحقي درئ عنه الحد لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى فان ابن أبي ليلى رحمه الله كان يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول يأخذه رهنا بحقه والاختلاف المعتبر يتكن شبهة وهذا لان فعله كان فى موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئاً في ذلك التأويل عندنا ﴿قال﴾ وان سرق الحربى المستأمن في دار الاسلام لم يقطع وهو ضامن الا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلي رحمه الله تعالى فانهما يقولان يقطع ولا ضمان عليه وقد بينا نظيره فى كتاب الحدود ﴿قال﴾ واذا أشكل على الامام قيمة المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم أدنى لم يقطع لان كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه وقد بينا حديث عمر حين قضى بالقطع على السارق فقال عثمان رضى الله تعالى عنه مرقته لا تساوي الا ثمانية دراهم فدرأ القطع عنه ﴿قال﴾ وان كان أراها واحدا منهم فقال هي تساوى عشرة

دراهم لم يقطعها حتى يريها لآخر منهم لان الحجة الحكمية لاتتم بقول واحد وشرط القطع يعتبر ثبوته بالحجة الحكمية فلهذا لا يكتفي بقول الواحد حتى يراها غيره فان اجتمع اثنان على ذلك ولم يرها أحد بعد ذلك قطعه لان سبب الحد يثبت بشهادة اثنين فكذلك شرطه يثبت بقولهما فى الحكم فيستوفى القطع الا أن يقول آخر لايساوى ذلك فحينئذ للمعارضة تتمكن الشبهة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع ﴿قال﴾ فان سرق ديناراً أو مثقال ذهب لايساوى عشرة دراهم لم يقطع لقيام الدليل على ان نصاب السرقة يتقدر بعشرة دراهم وغير المنصوص يقام مقام المنصوص عليه باعتبار القيمة فاذا لم تبلغ قيمته نصابا لم يتم شرط القطع ولا يقال الدينار كان مقوما بعشرة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك شيء يختلف باختلاف الاوقات والامكنة فى قلة الوجود وكثرة الوجود وليس هذا الحكم شرعيا ليصار في معرفته الى ما كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿قال﴾ ولو شهدوا ان هذا سرق ولم يعرفوا اسمه قطع ولم يضرهم أن كانوا لا يعرفون اسمه لانهم عرفوه بالاشارة اليه فهو أبلغ من ذكر الاسم والنسبة ولانه انما يحتاج الى ذكر الاسم والنسبة لتعريف الغائب به وهو حاضر فلا يقدح فى شهادتهم أن لا يعرفوا اسمه ﴿قال﴾ وان قال السارق صاحب البيت اذن لى في دخولي أو قال كنت ضيفا عنه درئ عنه القطع لانه لو ثبت ما ادعاه لم يكن فعله موجبا للقطع فبمجرد دعواه تتمكن الشبهة كما لو ادعى ملك العين لنفسه وهذا لانه اذا آل الامر الى الخصومة والاستحلاف فلا يستحسن اقامة القطع معه ﴿قال﴾ وان كان القوم فى دار واحدة كل رجل فى مقصورة وباب عليه مغلق دون مقصورة صاحبه فنقب رجل منهم على صاحبه فسرق منه قال لايقطع الا أن تكون داراً عظيمة فيقطع وقد بينا ان الدار العظيمة كالمحلة فكل مقصورة منها حرز على حدة ومن يسكن بعض المقاصير يتم منه فعل السرقة فى مقصورة صاحبه فاما اذا كانت دارا صغيرة فبيوت هذه الدار كلها حرز واحد وان كان يغلق على كل بيت منها باب فمن يسكن بعض هذه البيوت فهو متمكن من الدخول فى الحرز شرعا فيصير ذلك شبهة فى درء العقوبة عنه ولهذا قلنا فى الدار الصغيرة لو أخذ مع المتاع فى صحن الدار لايقطع مالم يخرجه الى السكة بخلاف الدار العظيمة فان السارق اذا أخذ من مقصورة منها اذا أخذ فى صحن الدار يقطع ﴿قال﴾ واذا أجر الرجل منزله من رجل وهو فى منزل آخر فسرق المؤاجر من المستأجر متاعه من ذلك الموضع قطع فى قول أبى حنيفة رحمه الله

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا قطع عليه لقيام ملكه فى الحرز ووجوب القطع باعتبار هتك الحرز وأخذ المال ثم لو سرق العين الذى أجره من المستأجر لم يقطع لقيام ملكه في العين فكذلك اذا سرق من البيت الذى أجره وهذا لان له نوع تأويل فى الدخول لينظر هل استرم شئ منه فيرم ذلك أو هل خرب المستأجر شيئا منه فيمنعه من ذلك وأبو حنيفة رحمه الله يقول سرق ملك الغير من حرز صاحب الملك فيلزمه القطع كما لو باع منزله ثم سرق منه متاع المشترى وهذا لان الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار ولكنه عبارة عن التحفظ بها وذلك صار للمستأجر خالصا لاحق للآجر فيه في مدة الاجارة بخلاف المال الذى آجره لان وجوب القطع باعتبار العين والعين باق على ملكه والدليل عليه أنه لو حدث الملك للسارق فى المال بعد تمام فعل السرقة يسقط القطع عنه ولو حدث له الملك فى الحرز لم يسقط القطع عنه فكذلك اذا اقترن بالسبب ولم يذكر فى الكتاب أن المستأجر اذا سرق متاع الآجر من منزله ففي بعض النوادر ذكر أنه على الخلاف أيضاً والاصح أنه اذ كان المنزل المؤاجر حرزاً على حدة والمنزل الذي يسكنه المؤاجر حرزاً على حدة فانه يلزمه القطع عندهم لانه لا تأويل للمستأجر فى منزل المؤاجر ولا شبهة وقد ذكر الخلاف فى بعض نسخ الاصل وتأويل ذلك فيما اذا كانت صغيرة أجر منزلا منها من انسان حتى يكون الكل فى حكم حرز واحد فحينئذ لا يلزمه القطع عندهما ولكن اذا كان التأويل هذا فكذلك ينبنى على قول أبى حنيفة رحمه الله كما لو باع منزلا منها من انسان فهذا فصل مشتبه ولكن الجواب الصحيح فيه ما بينا ثم ذكر فى الاصل مايقطع فيه ومالا يقطع من الاعيان وذكر فى الجملة أنه يقطع فى الحناء والوسمة وقد ذكر قبل هذا أنه لا يقطع فيهما فتأويل ماذكر قبل هذا فى الرطب منه قبل أن يحرزه صاحبه احرازاً تاما وتأويل ماذكر ههنا فى اليابس منه فهو نظير الثمار لا يقطع في الرطب ويقطع فى الفواكه اليابسة الا في رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال مالا يقطع فى رطبه لا يقطع في يابسه لان العين على حاله بعد اليبس فيصير ذلك شبهة وقد بينا أنه يقطع فى اللؤلؤ والياقوت والزمرذ والفيروزج الا في رواية عن محمد رحمه الله تعالى فانه يقول هذا من الاحجار ولا قطع في الحجر ولكنا نقول انما لا يقطع في الحجر لمعنى التفاهة وما يكون من أعز الأموال يرغب فيه من يتمكن منه لا يكون تافها ﴿قال﴾ ولا يقطع فى الزجاج أما جوهر الزجاج فلانه يوجد مباح الاصل بصورته فى دار الاسلام غير

مرغوب فيه فأما المعمول منه فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول يجب فيه القطع بمنزلة المعمول من الخشب لان هذا لا يوجد بصورته مباحا والاصل فيه أنه لا يجب لان هذا مما يتسارع اليه الكسر فهو فى معنى مايتسارع اليه الفساد ولان الصنعة فيه لاتغلب على الاصل عادة وعلى هذا الاصل قال لايقطع في البوارى والقصب لان القصب يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ثم الصنعة لاتغلب على الاصل من حيث أنه لا يتضاعف قيمته بالصنعة ويكون تافها بعد الصنعة في الاستعمال والبسط في المواضع المحرزة وغير المحرزة بخلاف المعمول من الخشب فالصنعة هناك تغلب على الاصل ألا ترى أن القيمة تزداد بالصنعة أضعافا وذكر أن فى العاج يجب القطع وكذلك في الابنوس لان هذا مما لا يوجد مباح الاصل فى دار الاسلام ولانه لا يكون تافها فان من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وعلى هذا يجب القطع فى الصندل والعنبر وما أشبهه لانه لا يوجد مباح الاصل فى دار الاسلام غير مرغوب فيه وانما يوجد ذلك فى دار الحرب وذلك لايمكن شبهة فى الاموال لان الاموال كلها في دار الحرب على الاباحة ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان أنه سرق من هذا العبد كذا وكذا يقطع وكذلك السارق من أهل الذمة ومن مال اليتيم لانه لا تأويل له في مال هؤلاء ولا شبهة والسرقة تظهر بخصومة العبد والذمى ووصى اليتيم عند الامام بلا شبهة ﴿قال﴾ ولا يقطع السارق من مال الحربى المستأمن عندنا استحسانا وفى القياس يقطع وهو قول زفر رحمه الله لان ماله محرز بدارنا فانه معصوم كمال الذمي وجه الاستحسان أن العصمة بالاحراز بالدار واحراز المستأمن لا يتم ألا ترى أن احراز المال تبع لاحراز النفس ولا يتم احراز نفسه بدار الاسلام حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب فكذلك لا يتم احراز ماله ولانه بقي حربيا حكما حتى يبقى النكاح بينه وبين زوجته فى دار الحرب ومال الحربى مباح الأخذ الا أنه يتأخر اباحة الأخذ بسبب الامان الى أن يرجع الى دار الحرب فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القطع عن السارق بخلاف الذمى فانه يتم احراز نفسه بعقد الذمة ويخرج به من أن يكون حربيا من كل وجه ﴿قال﴾ رجل من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغى ليلا فسرق من رجل منهم مالا فجاء به الى الامام العدل قال لا يقطعه لان لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغي على أى وجه يقدرون على ذلك ويمسكوه الى أن يتوبوا أو يموتوا فيرد على ورثتهم فتتمكن الشبهة فى أخذه بهذا الطريق وكذلك لو أغار رجل من أهل البغى فى عسكر أهل

العدل لم يقطع أيضاً لان أهل البغي يستحلون أموال أهل العدل وتأويلهم وان كان فاسداً فاذا انضم اليه المنعة كان بمنزلة التأويل الصحيح ألا ترى أنه لايضمن الباغي ما أتلف من مال العادل بهذا الطريق فكذا لايلزمه القطع ﴿ قال ﴾ ولو أن رجلا من أهل دار العدل سرق مالا من آخر وهو ممن يشهد عليه بالكفر ويستحل ماله ودمه قطعته لان التأويل ههنا تجرد عن المنعة ولا معتبر بالتأويل بدون المنعة ولهذا لايسقط الضمان به فكذلك القطع وهذا لانه تحت حكم أهل العدل فيتمكن امام أهل العدل من استيفاء القطع منه بخلاف الذي هو في عسكر أهل البغي فان يد امام أهل العدل لاتصل اليه فلهذا افترقا ﴿قال﴾ واذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى لايقطع مالم يقر مرتين وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبي يوسف الى قول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وحجتهما ماروى عن على رضي الله عنه ان رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده وهذا لانه حد لله تعالى خالصا فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ولهذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه شرط اقرارين في مجلسين مختلفين وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتي بسارق فقال أسرقت ماأخاله سرق فقال سرقته فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ولان ماثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت باقرار واحد كالقصاص وقد بينا ان الزنا مخصوص من بين نظائره وفي الكتاب علل فقال لو لم أقطعه في المرة الاولى لم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك وان كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ألا ترى ان بالشهادة لايلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار أولى وان رجع قبل أن يقطع درئ القطع لانه ليس ههنا من يرد جحوده اذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين فأما في حق المال لايصح رجوعه لان المسروق منه يكذبه في الرجوع والمال حقه ﴿قال﴾ فان شهد شاهدان على اقراره وهو منكر أو هو ساكت لايقر ولا ينكر لم أقطعه لان الاقرار غير ملزم اياه حتى يتمكن من الرجوع عنه فلا يمكن اثباته بالبينة وسكوته كانكاره فان البينة لا تقبل الا على المنكر وانكاره بمنزلة

الرجوع أو أقوى منه ولكن عليه الضمان لان رجوعه في حق الضمان باطل فكذلك انكاره ﴿ قال ﴾ واذا أقر العبد بسرقة مال فهو على وجهين اما ان يكون مأذونا له أو محجوراً عليه وكل وجه على وجهين اما ان يكون المال مستهلكا أوقائما بعينه في يده فان كان العبد مأذونا أقر بسرقة مال مستهلك فعليه القطع في قول علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله تعالى لا قطع عليه ولكن يضمن المال وان كان المال قائما بعينه في يده تقطع يده ويرد المال على المسروق منه عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرد المال ولا تقطع يده لان اقراره في حق المال يلاقي حقه فانه يلاقي كسبه أوذمته وهو منفك الحجر عنه في ذلك فأما في حق القطع يلاقي نفسه والفك بحكم الاذن لم يتناوله ألا ترى أنه لو أقر برقبته لانسان كان اقراره باطلا فكذلك اقراره بما يوجب استحقاق نفسه أو جزء منه يكون باطلا وجه قول علمائنا رحمهم الله تعالى ان وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد في هذا كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كاقرار الحر فهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق يوضحه أنه لا تهمة في اقراره لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى والاقرار حجة عند انتفاء التهمة عنه ﴿ قال ﴾ فان كان العبد محجوراً عليه فأقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده الا على قول زفر رحمه الله تعالى لان فيما كان العبد مبقى على أصل الحرية المأذون والمحجور عليه فيه سواء وان أقر بسرقة مال قائم بعينه في يده فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تقطع يده والمال للمولى وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا تقطع يده والمال للمولى اما محمد رحمه الله تعالى يقول اقرار المحجور عليه بالمال باطل لان كسبه ملك مولاه وما في يده كانه في يد المولى ألا ترى أنه لو أقر فيه بالغصب لا يصح فكذلك بالسرقة واذا لم يصح اقراره في حق المال بقي المال على ملك مولاه ولا يمكن أن يقطع في هذا المال لانه ملك لمولاه ولا في مال آخر لانه لم يقر بالسرقة فيه والمال أصل ألا ترى أن المسروق منه لو قال أبغي المال تسمع خصومته ولو قال أبغي القطع ولا أبغي المال لا تسمع خصومته وكذلك قد يثبت المال ولا يثبت القطع ولا يتصور أن يثبت القطع قبل أن يثبت المال فاذا لم يصح اقراره فيما هو الاصل لم يصح فيما ينبني عليه أيضاً وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أقر بشيئين بالقطع والمال للمسروق منه

واقراره حجة في حق القطع دون المال فيثبت ما كان اقراره فيه حجة لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع وهو ما اذا شهد به رجل وامرأتان فكذلك يجوز أن يثبت القطع دون المال كما اذا أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأنا لا نقبل اقراره في تعيين هذا المال فيبقى المسروق مستهلكا ويجوز أن تقطع يده وان لم يقبل اقراره فى تعيين المال كالحر اذا قال الثوب الذي فى يد زيد أنا سرقته من عمرو فقال زيد هو ثوبي فانه تقطع يد المقر وان لم يقبل اقراره فى ملك ذلك العين للمسروق منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لابد من قبول اقراره فى حق القطع لما بينا أنه فى ذلك مبقى على أصل الحرية ولان القطع هو الاصل ألا ترى أن القاضي يقضي بالقطع اذا ثبتت السرقة عنده بالبينة ثم من ضرورة وجوب القطع عليه كون المال مملوكا لغير مولاه لاستحالة أن يقطع العبد في مال هو مملوك لمولاه وبثبوت الشئ يثبت ما كان من ضرورته كما لو باع أحد ولدى التوأم فأعتقه المشترى ثم ادعي البائع نسب الذى عنده يثبت نسب الآخر منه ويبطل عتق المشتري فيه للضرورة فهذا مثله بخلاف الحر فان المال هناك لغير السارق وهو ذو اليد ولا يستحيل أن يقطع فى مال الغير فأما ههنا يستحيل أن يقطع العبد فى مال هو مملوك لمولاه فوزان هذا من ذلك أنه لو أقر بسرقة مال من انسان فقال المقر له هو مالك لا حق لى فيه أو قال المقر له هذا المال لمولاك لا حق لى فيه ولو قال ذلك لا تقطع يده بالاتفاق ولا بد من القضاء عليه بالقطع لما قلنا فيقضى برد المال على المقر له بالسرقة ﴿ قال ﴾ واقرار الصبي بالسرقة باطل ثم بلوغه قد يكون بالعلامة وقد يكون بالسن فأما البلوغ بالعلامة فالغلام بالاحتلام أو بالاحبال وأقل المدة فى ذلك اثنى عشرة سنة وفى الجارية بالحيض أو بالحبل أو الاحتلام وأدنى المدة فى ذلك تسع سنين وعند عدم ذلك فعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى يحكم ببلوغهما اذا بلغا خمس عشرة سنة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى التقدير في الجارية بسبع عشرة سنة وفى الغلام فى احدى الروايتين بثمان عشرة سنة وفى الرواية الاخرى بتسع عشرة سنة وهو الاصح باعتبار أنه زاد على أدني المدة سبع سنين وأدنى المدة التى اعتبرها الشرع بقوله صلى الله عليه وسلم مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا وقد بينا المسئلة فيما أمليناه من شرح الوكالة ﴿قال﴾ واذا أقر بالسرقة عند العذاب أو عند الضرب أو عند التهديد بالحبس فاقراره باطل لحديث ابن عمر

رضى

رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بأمين ان جوعت أو خوفت أو أوثقت وقال شريح رحمه الله تعالى القيد كره والسجن كره والوعيد والضرب كره وهذا لان الاقرار انما يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه فلما امتنع من الاقرار حتى هدد بشئ من ذلك فالظاهر أنه كاذب في اقراره وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى افتوا بصحة اقرار السارق بالسرقة مع الاكراه لان الظاهر ان السراق لايقرون فى زماننا طائعين وسئل الحسن بن زياد رحمه الله تعالى أيحل ضرب السارق حتي يقر فقال مالم يقطع اللحم ولايتبين العظم وأفتى مرة بجواز ضربه ثم ندم واتبع السائل الى باب الامير فوجده قد ضرب السارق وأقر بالمال وجاء به فقال مارأيت جوراً أشبه بالحق من هذا وان أقر طائعاً ثم قال المتاع متاعى أو قال استودعنيه أو قال أخذته رهنا بدين لى عليه درأت القطع عنه لان ما ادعاه محتمل فقد آل الأمر الى الخصومة والاستحلاف وقد بينا ان صاحب الدين اذا سرق خلاف جنس حقه على سبيل الرهن بحقه لايلزمه القطع ويستوي ان كان دينه حالا أو مؤجلا وكذلك اذا أخذ جنس حقه والدين مؤجل وهذا استحسان وكان ينبغى فى القياس ان يقطع لانه لاحق له فى أخذ المال قبل حلول الأجل ولكنه استحسن فقال التأجيل لاينفي وجوب أصل المال انما يؤخر حق الاستيفاء فيكون وجوب الدين عليه شبهة ﴿ قال ﴾ ويستحب للامام ان يلقن السارق حتى لايقر بالسرقة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال أسرقت ماأخاله سرق وهذا لان هذا احتيال من الامام لدرء الحد عنه وهو مندوب اليه واذا ثبتت السرقة فى البرد الشديد والحر الشديد الذي يتخوف عليه الموت ان قطعه حبسه حتى ينكشف الحر والبرد لان القطع يستوفي على وجه يكون القطع زاجرا لا متلفا واذا كان لا يتخوف عليه الموت ان قطع لم يؤخر لقوله صلى الله عليه وسلم لاينبغي لوال ثبت عنده الحد ان لايقيمه وان حبس الى فتور الحر والبرد فمات فى السجن فضمان المسروق دين فى تركته لانه تعذر استيفاء القطع ﴿ قال ﴾ واذا اجتمع فى يده قطع فى السرقة والقصاص بدئ بالقصاص وضمن السرقة لانه ان كان القصاص فى النفس فقد بينا أنه اذا اجتمع في النفس ومادونه يقتل ويترك ماسوى ذلك وان كان القصاص فى اليد اليمنى فقد اجتمع في اليد حقان أحدهما لله تعالى والآخر للعبد فيقدم حق العبد لحاجته الى ذلك وكذلك ان كان القصاص في اليد اليسرى أو فى الرجل اليمني أو فى الرجل اليسرى يبدأ

باستيفاء القصاص واذا استوفى تعذر استيفاء القطع فيضمن المسروق فان قضى بالقصاص فعفي عنه صاحبه أو صالحه قطعت يده في السرقة لان القطع في السرقة كان مستحقا وقد سقط ما كان مقدما عليه وهو القصاص وان لم يصالحه حتى مضى زمان وهما يتراضيان فيه على الصلح ثم صالحه درأت القطع في السرقة لتقادم العهد فان ذلك مانع من استيفاء القطع بحجة البينة وان كان القصاص في الرجل اليسرى بدئ بالقصاص ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده في السرقة وكذلك ان كان القصاص في شجة في رأسه لأن الامام لو والي في الاستيفاء بالضرب ربما يموت لتضاعف الآلام عليه فليتحرز عن ذلك بجهده ولهذا قلنا بأنه يحبس حتي يبرأ ثم يقام عليه الحد ﴿ قال ﴾ واذا حكم على السارق بالقطع ببينة أو باقرار ثم قال المسروق منه هذا متاعه أو قال لم يسرقه مني انما كنت أودعته أو قال شهد شهودي بزور أو قال أقر هو بالباطل بطل القطع عنه لانقطاع خصومته وقد بينا أن بقاء الخصومة الى وقت استيفاء القطع شرط وان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء في الحد كالمقترن بأصل السبب وهذا بخلاف رد المال بعد القضاء لان رد المال منه للخصومة فالمقصود بالخصومة استرداد المال والمنتهى يكون متقرراً في نفسه فكانت خصومته قائمة باعتبار قيام يده في المال وان قال قد عفوت لم يبطل القطع لان العفو اسقاط فانما يصح من صاحب الحق والقطع حق لله تعالى لاحق للمسروق منه فيه والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلي الله عليه وسلم تجافوا العقوبة بينكم فاذا انتهي بها الى الامام فلا عفي الله عنه ان عفي عنه فأما اذا وهب المسروق منه المال من السارق أو باعه منه فان كان قبل قضاء القاضى بالقطع سقط القطع عنه لانقطاع خصومته وان كان بعد القضاء فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إنه لا يسقط القطع عنه وهو قول الشافعى رحمه الله وحجتهما حديث صفوان رضي الله عنه فانه كان نائما في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسداً بردائه فجاء سارق وسرق رداءه فاتبعه حتي أخذه فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه فقال أنقطعه بسبب ردائى وهبتها له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا قبل أن تأتيني فهذا يدل على أن الهبة بعد القضاء لا تسقط القطع ولان هذا حد لله تعالى خالصا فاذا وجب بتقرر سببه لا يمتنع استيفاؤه لملك عارض في المحل كحد الزنا فان من زنى بامرأة ثم تزوجها لم يسقط الحد عنه وهذا لان

وجوب القطع باعتبار الملك والعصمة وقت السرقة والهبة توجب ملكا حادثا ولا أثر لها فيما وجب القطع باعتباره بخلاف ما اذا أقر بالملك للسارق لان فى اقراره احتمال الصدق وبهذا الاحتمال تبين أن الملك كان للسارق عند السرقة وذلك مانع تقرر فعل السرقة بخلاف ما اذا كانت الهبة قبل المرافعة لان هناك لا يظهر عند الامام لانقطاع حق المسروق منه فأما الآن فقد ظهرت السرقة عنده وتمكن من استيفاء القطع حقا لله تعالى فلا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك فى المحل كما لا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك فى الحرز أو برد المال بعد القضاء ﴿وحجتنا﴾ فيه أن انتفاء ملك السارق عن المسروق شرط لوجوب القطع عليه وما يكون شرطا لوجوب القطع عليه يراعى قيامه الى وقت الاستيفاء لان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود والدليل عليه أن انتفاء الابوة لما كان شرطا لوجوب القصاص يشترط بقاؤه الى وقت الاستيفاء حتى أن المعترض من الابوة بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب وهذا لان وجوب القطع باعتبار العين والملك وان كان حادثا ههنا فالعين الذى وجد فعل السرقة فيه عين ذلك ولو اتحد الملك بأن أقر المسروق منه له بالملك أو أثبت السارق ملكه بالبينة لم يقطع فكذلك اذا اتحدت العين واختلف الملك لانه تمكن شبهة باعتبار اتحاد العين وقد بينا اختلاف الروايات فى حد الزنا وبعد التسليم العذر واضح فان وجوب الحد باعتبار ما استوفي من العين وذلك المستوفي مثلا شئ وههنا وجوب القطع باعتبار العين وملكه حدث فى ذلك العين وبخلاف الحرز فانه عبارة عن التحرز والتحصن وقد فات ذلك فانما حدث الملك له فى حرز آخر وبخلاف رد المال لان الرد منه للخصومة فان ماهو المقصود يحصل بالرد والمنتهى فى حكم المتقرر فأما الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وما يفوت المقصود بالشيء لا يكون منهيا له فأما حديث صفوان رضى الله عنه فقد ذكر في بعض الروايات عفوت عنه والحديث حكاية حال لا عموم له ثم معنى قوله صلى الله عليه وسلم هلا قبل أن تأتيني به كيلا ينهتك ستره ألا ترى أن ماروي أن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم تغير فقال صفوان رضي الله عنه كأنه شق عليك ذلك يارسول الله قال وكيف لا يشق علي وكأنكم أعوان الشياطين على أخيكم المسلم فعرفنا أنه كره هتك الستر عليه ولم يرو مشهوراً انه قطع

يده بعد هبته وان روى ذلك فيحتمل أن السارق لم يقبل الهبة ولما انهتك ستره استحب أن يطهره رسول الله صلى الله عليه وسلم باقامة الحد عليه فلم يقبل الهبة لذلك وعندنا اذا لم يقبل الهبة السارق لا يسقط القطع ﴿ قال ﴾ فان أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه أقر بوجوب الحد عليه حقالله تعالى فيستوفيه الامام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فان المسروق منه اذا حضر ربما يكذبه في الاقرار وقد بينا ﴿ قال ﴾ ولا يقطع السارق من بيت المال حراً كان أو عبداً لان له فيه شركة أو شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو أحدهم فانه اذا احتاج يثبت له الحق فيه بقدر حاجته وفى الكتاب روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا ولانه ليس لهذا المال مالك متعين ووجوب القطع على السارق لصيانة الملك على المالك ولهذا لا يقطع بسرقة مال لا مالك له ﴿ قال ﴾ ولا يقطع السارق من امرأة ابنه أو زوج ابنته أو زوج أمه أو امرأة أبيه اذا سرق من المنزل المضاف اليه لان له أن يدخل منزل أبيه وأمه ومنزل ابنه وابنته من غير استئذان ولا حشمة فلا يتم معنى الحرزية فى حقه في منازلهم فلهذا لا يلزمهم القطع فأما اذا سرق مال هؤلاء من غير منزل ولده أو والده أو سرق من ابن امرأته أو من أبويها فلا قطع عليه فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا وفى قولهما يقطع وهو القياس وهو الخلاف فى الاختان والاصهار كلهم سواء على ماذكرنا هما يقولان لاشبهة للبعض فى ملك البعض ولا تأويل ولا في حرزه فكانوا بمنزلة الاجانب الا أن بينهما محرمية ثابتة بالمصاهرة ولا تأثير للمحرمية فى المنع من وجوب القطع كالمحرمية الثابتة بالرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بين الاختان والاصهار مباسطة في دخول بعضهم فى منزل البعض من غير استئذان فتتمكن شبهة فى الحرزية وأدنى الشبهة تكفى في المنع من وجوب القطع كما لو سرق من منزل أبيه مال امرأته يوضحه أن اقامة المضاف مقام المضاف اليه أصل فى الشرع وامرأة الابن مضاف اليه ولو سرق الاب من المضاف اليه لا يقطع فكذلك اذا سرق من المضاف باعتبار اقامة المضاف مقام المضاف اليه يوضحه أن الابن جزء من أبيه ولو سرق الابن مال هذه المرأة من منزلها لم يقطع فكذلك أبوه وهذا بناء على أصل علمائنا رحمهم الله تعالى أن أحد الزوجين اذا سرق مال الآخر لم يقطع والشافعي

رحمه الله تعالى يقول ان سرق من بيت يسكنان فيه فكذلك الجواب وان سرق من حرز آخر لصاحبه يقطع بناء على أصله أن فيما وراء حقوق النكاح هما كالاجانب حتي تقبل شهادة أحدهما لصاحبه وعندنا بسبب الزوجية يثبت معنى الاتحاد بينهما ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه وتباسط كل واحد منهما في مال صاحبه كتباسط الولد في مال والده فكما أن ذاك مانع من وجوب القطع عليه فكذلك هذا (قال) وان أقر بسرقة مع صبي أو معتوه لم يقطع وكذلك لو شهدت عليه الشهود بذلك لانها سرقة واحدة فاذا لم يوجب القطع على احدهما للشبهة لا يوجب على الآخر للشركة بخلاف ما اذا زنى بصبية لان فعله هناك ليس من جنس فعلها لتحقق الشركة في الفعل بل هو الفاعل وهي محل الفعل وعن أبي يوسف رحمه الله قال ان كان الصبي هو الذى حمل المتاع فلا قطع على واحد منهما لأنه مقصود بالفعل وان كان الحامل للمتاع هو البالغ فعليه القطع ولا معتبر بفعل الصبي فاني أستقبح أن أدرأ القطع لهذا فيتطرق السراق به الى اسقاط القطع لان كل سارق لا يعجز عن أن يستصحب صبيا أو معتوها مع نفسه وكذلك ان كان مع أخرس لا قطع على واحد منهما أما الاخرس فلتمكن الشبهة فى حقه لانه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه وأما الناطق فلاجل الشركة (قال) ولو سرق خمراً في ظرف وقيمة الظرف نصاب لا قطع عليه لان المقصود الخمر وهي حرام الا أن يشرب الخمر فى الحرز ثم يخرج الظرف وهو مما يقطع فى جنسه فحينئذ يلزمه القطع وهذه المسئلة ذكرها فى الاصل لايضاح الفصل الاول ان وجوب القطع باعتبار العين والفعل ثم اذا كان أحد العينين مما لا يقطع بسرقته يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد فكذلك اذا كان أحد الفاعلين ممن لا يجب عليه القطع (قال) وقد بينا أن القطع يستوفي بخصومة الغائب والمودع والمستعير وان كان المالك هو الذي حضر فقد ذكر فى الجامع الصغير أنه يقطع السارق وذكر ابن سماعة رحمه الله فى نوادره اذا حضر المالك وغاب المسروق منه لم يقطع بخصومته حتى يحضر المسروق منه فعلى هذا قيل مراده مما ذكر في الجامع الصغير اذا حضرا جميعاً وقيل بل فيه روايتان وجه رواية الجامع ان المالك هو الاصل في هذه الخصومة لان بها يحيي ملكه وحقه فلا معتبر بغيبة غيره مع حضوره وجه رواية النوادر ان المسروق منه غيره والشرط حضور المسروق منه ألا ترى أنه لا يستوفى بخصومة وكيله لانه غير المسروق منه فكذلك المالك ههنا وهذا لان المسروق منه

اذا حضر ربما يدعى أنه كان ضيفا عنده فلهذا النوع من الشبهة لايستوفى القطع وكاسب الربا يقطع السارق منه بخصومته لانه مالك للمكسوب وهو ملك معصوم وان كان حراماً وقد بينا الكلام فى السارق من السارق فان كان السارق من المودع ذا رحم محرم منه لم يقطع بخصومته ولا بخصومة المالك كما لو سرق مال المودع وهذا لان المسقط للحد عن ذي الرحم المحرم الشبهة في الحرز من حيث ان بعضهم يدخل على البعض من غير حشمة ولا استئذان وفي هذا لايفترق بين أن يسرق ماله أو مال أجنبي وديعة عنده ﴿قال﴾ ولا يقطع السارق من امرأته المبتوتة المعتدة منه فى منزل على حدة لان العدة حق من حقوق النكاح فتعمل عمل حقيقة النكاح فى ايراث الشبهة ولانه قد يدخل عليها اذا أتاها بالنفقة والسكنى عليها فمن هذا الوجه تصير السكني كالمضاف اليه وان سرق بعد انقضاء العدة قطع لانه لم يبق بينهما حق ولا علاقة فصارت في حقه كما قبل أن يتزوجها وكما يقطع بعد انقضاء العدة اذا سرق منها فكذلك من أبويها لان المانع فى حال قيام النكاح دخول بعضهم على بعض من غير استئذان عادة وقد زال ذلك بارتفاع النكاح بجميع علائقه ﴿قال﴾ ولا يقطع السارق من امرأة قد تزوجها بعد سرقته لان العارض بعد وجوب الحد قبل استيفائه كالمقترن بأصل السبب ولو كان النكاح قائما بينهما وقت السرقة لم يقطع وان لم تزف اليه فكذلك اذا اعترض النكاح وعن أبي يوسف قال اذا تزوجها قبل القضاء بالقطع فكذلك الجواب لان القاضى لايسمع خصومتها فى حكم الحد وهى منكوحته فأما اذا تزوجها بعد القضاء بالقطع لايمنع استيفاء القطع لان الزوجية عينها لاتمنع القطع بل معنى الشبهة من حيث أنه يدخل عليها من غير استئذان وهذا لايوجد فى زوجية معترضة بعد القضاء بالقطع ﴿قال﴾ ولو سرق من امرأته ثم أبانها ولم يدخل بها فلا قطع عليه لان الشبهة فى الحرزية كانت موجودة وقت السرقة فلم يكن أصل فعله موجباً للقطع ثم لايصير موجبا بعد ذلك واذا سرق من أمه من الرضاعة أو من أخته فعليه القطع لانه لا سبب بينهما سوى المحرمية ولا تأثير للمحرمية فى المنع من وجوب القطع كالمحرمية بسبب المصاهرة بعد ارتفاع النكاح أو بسبب المصاهرة الثابتة بالزنا أو بالتقبيل من شهوة لا تؤثر فى اسقاط القطع وعن أبى يوسف رحمه الله قال اذا سرق من أمه من الرضاعة فلا قطع عليه لانه يدخل عليها من غير استئذان عادة بخلاف أخته من الرضاعة وغيرها وهذا بعيد فان الامية من الرضاعة لو كانت مؤثرة في اسقاط

القطع لكانت الاختية مؤثرة فيه كما لو كانت بالنسب ﴿قال﴾ وان أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وان كان في فوره ذلك لان هربه دليل رجوعه ولو رجع عن الاقرار لم يقطع فكذلك اذا هرب والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عز حين أخبر بالهرب فقال هلا خليتم سبيله ولكنه اذا أتى به بعد ذلك كان ضامنا للمال كما لو رجع عن اقراره فانه يسقط القطع به دون الضمان ﴿قال﴾ واذا أقر أنه سرق من هذا مائة ثم قال وهمت انما سرقت من هذا الآخر لم يقطع لانه رجع عن اقراره بالسرقة من الاول وتناقض كلامه فى اقراره بالسرقة من الآخر والتناقض كالرجوع فى ايراث الشبهة ويقضى لكل واحد منهما بمائة لان بالرجوع والتناقض يبطل اقراره فى حق الحد دون المال وقد أقر بسرقة مائة درهم من كل واحد منهما وصدقه كل واحد منهما في ذلك فكان ضامنا له وان قال ذلك الشهود قبل القضاء للأول لم يقض عليه بقطع ولا مال لانهم رجعوا عن شهادتهم بالسرقة من الاول وتناقض كلامهم بالسرقة من الثانى حين شهدوا أولا بسرقة هذه المائة بعينها من الاول والرجوع عن الشهادة قبل القضاء والتناقض فيها مانع من القضاء بالمال والحد جميعا ﴿قال﴾ وان كانت الشهود أربعة فثبت اثنان على الشهادة للأول به ورجع اثنان فشهدوا على هذا الآخر لا قطع عليه لواحد منهما للشبهة التى دخلت من حيث أن الراجعين شهدوا بسرقة ذلك المال بعينه من الآخر فيكون ذلك معارضا لشهادة الثابتين على السرقة من الاول فيمتنع وجوب القطع عليه بشهادة الثابتين للمعارضة وبشهادة الراجعين للتناقض ويقضي بالمال للأول لبقاء حجة كاملة على الشهادة فى حق المال وتأثير المعارضة في ايراث الشبهة ولكن المال يثبت مع الشبهات ولا يقضي للآخر بشئ للتناقض من الشهود في حق الآخر لان ذلك مانع من القضاء بالمال ﴿قال﴾ رجل أقر انه سرق من هذا مائة درهم ثم جاء آخر فقال لم يسرقها هذا ولكنى أنا سرقتها فقال المسروق منه كذبت فانه يقطع الاول بخصومته لانه صدقه في اقراره بالسرقة منه فأما اقرار الثانى فقد بطل بتكذيب المسروق منه اياه فصار كالمعدوم فان قال المسروق منه لم يسرقها الاول فقد علمت وذكرت أن هذا الآخر هو الذى سرقه لم يقطع الآخر ولا الاول لان دعواه على الاول براءة منه للآخر

ودعواه على الآخر براءة منه للأول ولأنه قد تناقض كلامه والخصومة من المناقض غير مسموعة وشرط القطع الخصومة فلهذا لا يقطع واحد منهما ولا يضمن الاول السرقة أيضا لانه قد أبرأه منها بالدعوى على الآخر فصار مكذباله فى اقراره وقد كذب الآخر فى اقراره قبل هذا فلا ضمان له على واحد منهما ألا ترى أنه لو أقر بأنه سرق منه فقال المقرله كذبت ثم قال له صدقت أنت سرقتها لم يكن له أن يضمنه شيئاً وان لم يقل كذبت ولكنه قال صدقت ثم قال آخر أنا سرقتها فقال له صدقت لم يقطع واحد منهما لمعنى التناقض ويضمن الآخر دون الاول لانه بتصديق الآخر صار مكذبا للاول مبرئاً له عما أقر به ﴿فان قيل﴾ فكذلك هو بتصديق الاول صار مكذبا للآخر قلنا نعم لكن وجد من الآخر الاقرار له بعد ذلك التكذيب فيصح تصديقه في ذلك كمن أقر لانسان بمال فكذبه ثم أقر له ثانياً به فصدقه كان له أن يأخذ المال وان كان ذلك فى شهادة لم يضمن واحد منهما شيئاً لأن الشهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء ولا يقضي القاضي بها الا اذا ترتبت على خصومة صحيحة وقد سقط اعتبار خصومته للتناقض ولانه صار مكذبا كل فريق بتصديق الآخر كالمدعى اذا أكذب شاهده لم تقبل شهادته له ﴿قال﴾ رجل قال لآخر سرقت منك كذا وكذا فقال كذبت لم تسرق منى ولكنك غصبته غصبا وانما أردت بذكر السرقة أن تبرأ من الضمان ففي القياس لاشئ عليه لانه كذبه ثم ادعى عليه غصبا مبتدأ فبطل اقراره بالتكذيب ولم يثبت ما ادعاه بغير حجة ولكنه استحسن فقال له أن يضمنه لان كلامه موصول وفي آخره بيان ان مراده التكذيب فى جهة السرقة لا فى أصل المال المضمون عليه والبيان المغير صحيح اذا كان موصولا بالكلام ثم المقرله انتدب بما صنع الي ماندب اليه فى الشرع من ابقاء الستر على المسلم والاحتيال لدرء العقوبة عنه فلا يكون ذلك مسقطا حقه فى المال وان قال سرقت منك كذا فقال الطالب غصبته غصبا فهو مستهلك فعليه ضمانه لانه كما صدقه في الاقرار بملك أصل المال له فقد صدقه فى ايجاب الضمان فى ذمته لان الغصب والسرقة كل واحد منهما سبب للضمان والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فمع التصديق فى الحكم لا يعتبر التكذيب في السبب وان قال غصبتك كذا فقال سرقته منى فله أن يضمنه لانه صدقه فيما أقر له به وادعى زيادة جهة السرقة ولم يثبت له تلك الزيادة بدعواه فعليه ضمان القيمة والقول في مقدار القيمة قول الضامن مع يمينه لانكاره الزيادة التي يدعيها الطالب وان قال سرقت

من

من فلان وفلان ثوبا واحدهما غائب لم يكن للحاضر ان يقطعه ولكن يقضي له بنصف الثوب ان كان قائما وبنصف قيمته ان كان مستهلكا لان التصديق من الغائب لم يعرف فاذا حضر ربما يكذبه فيبقى نصف الثوب على ملكه فلو قطعناه لقطعناه فيما هو شريك فيه وذلك لايجوز وهذا بخلاف مالو قال زنيت بفلانة وفلانة فكذبته احداهما وصدقته الأخرى يقام عليه الحد لان فعله بكل واحدة منهما متميز عن فعله بالأخرى وهنا انما أقر بفعل واحد فى ثوب بينهما ولم يثبت باقراره السرقة في نصيب الغائب قبل تصديقه فلا يمكن القضاء بالسرقة فى نصيب الحاضر خاصة لان فعل السرقة فى نصف الثوب شائعا لايتحقق منفرداً عن النصف الآخر فلهذا لم يقطع فاذا تعذر استيفاء القطع ظهر حكم المال فيقضى للحاضر بما أقر له به وذلك نصف الثوب ان كان قائما ونصف قيمته ان كان مستهلكا فان كانا حاضرين فقال أحدهما كذبت لم تسرقه ولكنك غصبته أو استودعناكه أو أعرناكه أو قال هو ثوبك لاحق لنا فيه لم يقطع فى شئ من ذلك اما للشركة له في الثوب باقرار أحدهما له بالملك أو لانتفاء فعل السرقة عن نصيب أحدهما بتكذيبه لانه لايتحقق فعل السرقة فى نصيب الآخر من الثوب منفرداً ولكن يقضى بنصف الآخر أو بنصف قيمته ان كان مستهلكا لما بينا أن فى حق الثانى ينبنى القضاء على ما أقر له وان كان ذلك ببينة واحدهما غائب فقضي للحاضر بنصف الثوب أو بنصف قيمته ثم جاء الغائب وادعي السرقة يقضى له بمثل ذلك لان أحد الشريكين في اثبات الملك قائم مقام صاحبه ولكن لايقطع السارق لان القاضي حين قضى بنصف الثوب الاول أو بنصف قيمته فقد درأ القطع عنه في نصيبه اذ القاضي لايشتغل بالضمان الا بعد درء الحد ولأنه بالضمان ملك ذلك النصف واعتراض الملك في البعض كاعتراضه فى الجميع فى اسقاط الحد عنه وان كان الآخر حاضرا وقت الخصومة فقال الثوب وديعة أو عارية لنا عندك لم يقض له بشئ لانه أكذب شهوده فانهم شهدوا بالسرقة واكذاب المدعى شاهده يبطل الشهادة فى حقه وليس للآخر أن يشاركه في تلك الخصومة لأنه أبطل حق نفسه باكذابه شهوده وصار كما لو أبرأه عن نصيبه من الضمان وبعد الابراء لايبقى له حق مشاركة الآخر فيما يقبض ﴿قال﴾ رجلان أقر أنهما سرقا هذا الثوب من هذا الرجل والرجل يدعى ذلك فلما أمر الحاكم بقطعهما قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه قال يدرأ القطع عنهما لان المعترض

من دعوى الملك من احدهما كالمقترن بالسبب ألا ترى انهما لو ادعيا جميعا الملك بعد القضاء كان شبهة في درء الحد بمنزلة المقترن بالسبب فكذلك اذا ادعى ذلك احدهما وهذا لان الحد وجب عليهما في شئ واحد وقد آل الامر الى الخصومة والاستحلاف في ذلك الشئ ولو كان احدهما قال سرقناهذا الثوب من هذا الرجل وقال الآخر كذبت لم نسرقه ولكنه لفلان قال يقطع المقر بالسرقة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمهم الله أحب الى أن لا يقطع واحد منهما وكذلك لو قال احدهما سرقناه وقال الآخر لم أسرق معك ولا أعرفك ولا أعرف هذا الثوب فهو على الخلاف وقد كان أبو يوسف رحمه الله تعالى أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ثم رجع وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المقر منهما أقر بسرقة شئ واحد وقد تعذر ايجاب القطع على واحد منهما لانكاره فصار كما لو تعذر ايجاب الحد عليه لدعواه الملك لنفسه فيكون شبهة في درء الحد عنهما وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن المقر أقر بالفعل الموجب للعقوبة على نفسه وعلى غيره وقد انعدم أصل الفعل في حق الآخر لتكذيبه فلا يوجب ذلك شبهة في الفعل الثابت في حق المقر باقراره ولا في موجبه كما لو قال قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر أنا ماقتلت فالقصاص واجب على المقر وكذلك لو قال زنيت أنا وفلان بفلانة وكذبه الآخر كان على المقر الحد بخلاف مالو ادعى الآخر الملك فان أصل الفعل ثبت هناك مشتركا لاتفاقهما ثم امتنع وجوب القصاص على احدهما للشبهة فيمتنع وجوبه على الآخر للشركة كما في المقرين بالقتل اذازعم احدهما أنه كان مخطئاً وقد ذكر في الحدود أنه اذا أقر أنه زنى بامرأة وكذبته انه لاحد عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقام عليه الحد فمحمد رحمه الله تعالي يسوى بين الفصلين ويقول تكذيب المكذب لا يؤثر في حق المقر وأبو يوسف رحمه الله تعالى يفرق بينهما فيقول هناك يقام الحد عليه وههنا لا يقام لان فعلها في الزنا ليس من جنس فعله فان فعله ايلاج وفعلها تمكين وهي في الحقيقة محل الفعل والمباشر هو الرجل فانتفاؤه في جانبها بتكذيبها لا يمكن شبهة في الرجل وههنا الفعل من السارقين واحد والمشاركة بينهما تتحقق فانتفاؤه عن احدهما بانكاره يمكن شبهة في حق الآخر كما في القتل اذا اشترك الخاطئ مع العامد وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما أيضاً فيقول هناك لا يقام عليه الحد وهنا يقام على المقر منهما لان فعل الزنا من الرجل لا يتصور

بدون المحل وقد انعدم المحل بتكذيبها فأما فعل السرقة من المقر يتحقق بدون الآخر فانتفاء الفعل فى حق الآخر بانكاره لا يمنع تقرر الفعل فى حق المقر موجبا للقطع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب قطاع الطريق

﴿قال﴾ رضي الله عنه واذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة الطريق فقتلوا وأخذوا المال قال يقطع الامام أيديهم اليمنى وأرجلهم اليسرى من خلاف أو يصلبهم ان شاء وانما شرطنا ان يكونوا قوما لان قطاع الطريق محاربون بالنص والمحاربة عادة من قوم لهم منعة وشوكة يدفعون عن أنفسهم ويقوون على غيرهم بقوتهم ولان السبب هنا قطع الطريق ولا ينقطع الطريق الا بقوم لهم منعة وشرط ان يكونوا من المسلمين أو من أهل الذمة ليكونوا من أهل دارنا على التأبيد فانهم اذا كانوا من أهل الحرب مستأمنين فى دارنا ففي اقامة الحد عليهم خلاف وقد بيناه وشرط ان يقطعوا الطريق على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة لتكون العصمة المؤبدة ثابتة فى مالهم فانهم اذا قطعوا الطريق على المستأمنين لا يقام عليهم الحد لانعدام العصمة المؤبدة فى مالهم وقد بينا ذلك في السرقة الصغرى فهو مثله فى السرقة الكبري ثم قد بينا فى أول الكتاب ان حد قطع الطريق على الترتيب بحسب جنايتهم عندنا وهو قول ابن عباس وابراهيم رضى الله عنهما وعند مالك رحمه الله تعالى هو على التخيير وهو قول سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ولم نأخذ بذلك لان الذى أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا قدهم بالمعصية والقتل والقطع اغلظ العقوبات فلا يجوز اقامته على من هم بالمعصية ولم يباشر والقطع جزاء أخذ المال كما فى السرقة الصغري الا ان ذلك دخله نوع تخفيف من حيث أنه يخفي فعله وهذا يغلظ بالمجاهرة ولهذا وجب قطع عضوين منه من أعضائه ثم من هم بالسرقة الصغرى ولم يأخذ المال لا يقام عليه القطع فكذلك من هم بأخذ المال ههنا ولم يأخذ فان قتلوا وأخذوا المال فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الامام فيهم بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم ثم قتلهم وان شاء قتلهم من غير قطع وان شاء صلبهم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الامام يصلبهم أخذا فيه بقول ابن عباس رضى الله عنهما ولانه اجتمع عليه

العقوبة في النفس وما دونه حقا لله تعالى فيكون الحكم فيه ان يدخل مادون النفس فى النفس كما اذا اجتمع حد السرقة والشرب والرجم وهذا لان المقصود الزجر وذلك يتم باستيفاء النفس فلا فائدة بالاشتغال بما دونه ولابي حنيفة رحمه الله تعالى حر فان احدهما ان مبنى هذا الحد على التغليظ لغلظ جريمتهم والقطع ثم القتل أقرب الى التغليظ فكان للامام أن يختار ذلك لكونه أقرب الى مالا جله شرع هذا الحد والثاني ان السبب الموجب للقطع هو أخذ المال وقد وجد منهم والسبب الموجب للقتل وهو قتل النفس قد وجد منهم وانما يثبت الحكم بثبوت السبب والكل حد واحد ولا تداخل فى الحد الواحد كالجلدات في الزنا انما التداخل في الحدود ﴿ فان قيل ﴾ هذا فاسد لان للامام ان يقتلهم ويدع القطع ﴿ قلنا ﴾ لابطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب فى أجزاء حد واحد فكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة فى اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزانى اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك مابقى لانه لافائدة فى اقامته ثم فى ظاهر الرواية هو مخير فى الصلب ان شاء فعله وان شاء لم يفعله واكتفي بالقتل وعن أبي يوسف رحمه الله قال ليس للامام أن يدع الصلب لان المقصود به الاشهار ليعتبر غيره فينزجر فلا يتركه وجه ظاهر الرواية أن معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل فى شيء من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم صلب أحداً ألا ترى أنه لم يفعله بالعرنيين مع المبالغة والاستقصاء فى عقوبتهم حتى سمل أعينهم ﴿ قال ﴾ واذا أراد أن يصلب ففي ظاهر الرواية يصلبهم أحياء ثم يطعن تحت ثندوتهم الأيسر ليموتوا فان المقصود الزجر وذلك انما يحصل اذا صلبهم أحياء لابعد موتهم وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى أنه لايصلبهم أحياء لانه مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكنه يقتلهم فبه يتم معنى الزجر والعقوبة فى قتلهم ثم يصلبهم بعد ذلك للاشتهار حتى يعتبر بهم غيرهم وفى الصحيح من المذهب يتركهم على الخشب ثلاثة أيام ثم يخلى بينهم وبين أهاليهم لانه لو تركهم كذلك تغيروا وتأذى بهم المارة فيخلى بينهم وبين أهاليهم بعد ثلاثة أيام لينزلوهم فيدفنوهم ﴿ قال ﴾ واذا وجد منهم القتل وأخذ المال فلا معتبر بالجراحات في تعلق الارش والقصاص بها لانهم استوجبوا أتم ما يكون من الحد فيسقط اعتبار ما دون ذلك من الجراحات وعفو الاولياء فى ذلك باطل لان هذا حد يقام لحق الله تعالي واسقاط الاولياء انما يعمل فيما هو حقهم

ويكون استيفاؤه اليهم أو يستوفي بطلبهم فاما مايستوفيه الامام لله تعالى فلا عفو فيه للأولياء ولا للامام أيضاً لانه ليس بصاحب الحق بل هو نائب في الاستيفاء فهو في العفو كغيره والاصل فيه ما روينا لا ينبغي لوالى حد ثبت عنده حق الله تعالى الا اقامه ثم المذهب عندنا أن الواجب عليهم الحد وعند الشافعي رحمه الله تعالى القتل الواجب عليهم القصاص متحم لا يعمل فيه عفو الولى لان هذا قتل لا يستحق الا بالقتل والقتل المستحق بالقتل يكون قصاصا الا انه تأكد بانضمام حق الشرع اليه فلا يعمل فيه الاسقاط كالعدة ولكنا نقول القطع والقتل المستحق بالقتل في قطع الطريق كله حد واحد ثم القطع حق الله تعالى فكذلك القتل ألا ترى أن الله تعالى سماه جزاء والجزاء المطلق ما يجب حقاً لله تعالى بمقابلة الفعل فاما القصاص واجب بطريق المساواة وفيه معنى المقابلة بالمحل والدليل عليه أن الله تعالى جعل سبب هذا القتل ما قال في قوله تعالى يحاربون الله ورسوله وما يجب بمثل هذا السبب يكون لله تعالى وسماه خزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا فعرفنا أنه حد واحد لله تعالى ﴿قال﴾ فان كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم في الرجال الاحرار أما العبد فلأنه مخاطب محارب وهو في السرقة الصغرى يستوى بالحر فكذلك في الكبرى والمرأة كذلك في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي رحمه الله فانه قال في كتابه الرجال والنساء في حق قطاع الطريق سواء كما يستويان في سائر الحدود وهذا لان الواجب قتل وقطع وفي القطع الواجب جزاء الرجل والمرأة سواء كالسرقة وفي القتل الواجب جزاء الرجل المرأة سواء كالرجم وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أن حد قطع الطريق لايجب على النساء لان السبب هو المحاربة وانقطاع الطريق بهم والمرأة بأصل الخلقة ليست بمحاربة كالصبي ألا ترى أن في استحقاق مايستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لايسوى بين الرجل والمرأة فكذلك في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يدخل على هذا العبد فانه لايساوى الحر في استحقاق السهم ثم يساويه في حق هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لانعدام الاهلية للعقوبة بعدم التكليف لايثبت الحكم وذلك لايوجد في حق النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه اذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها وقال محمد رحمه الله تعالى يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى أنه يدرأ

عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة فيهم كالصبي ولو كان معهم صبي أو مجنون لا يقام على واحد منهم فكذلك المرأة ومحمد رحمه الله تعالى يقول الردء تبع للمباشر فى المحاربة والرجال لا يصلحون تبعا للنساء فى التناصر والمحاربة وانما يقام عليها جزاء المباشرة ولا يقام على الرجال وأبو يوسف رحمه الله يقول انما يتأتى هذا الفعل منها بقوتهم فان بنيتها لا تصلح للمحاربة بدون الرجال فكأنهم فعلوا ذلك فيقام الحد عليهم لا عليها لان المانع من الاقامة عليها معنى فيها لا فى فعلها وهو ان بنيتها لا تصلح للمحاربة بخلاف الصبي فان المانع معنى فى فعله وهو ان فعله لا يصلح موجبا للعقوبة وقد تحقق الاشتراك فى الفعل بينهم وبينه فلا يقام الحد على واحد منهم ﴿قال﴾ والمباشر وغير المباشر فى حد قطاع الطريق سواء عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يقام الحد الا على من باشر القتل وأخذ المال لانه جزاء الفعل فلا يجب الا على من باشر الفعل كحد الزنا ألا ترى أنهم لو لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا لم يقم الحد على واحد منهم ففي حق الذين لم يأخذوا يجعل كانهم جميعاً لم يأخذوا ﴿وحجتنا﴾ فيه ان هذا حكم متعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم فى الغنيمة وتأثيره أنهم جميعاً مباشرون السبب وهو المحاربة وقطع الطريق هكذا يكون فى العادة لانهم لو اشتغلوا جميعاً بالقتال خفي عليهم طريق الاصابة لكثرة الزحمة ولا يستقرون ان زلت قدمهم فانهزموا فاذا كان البعض ردءاً لهم التجؤا اليهم وتنكسر شوكة الخصوم برؤيتهم وكذلك فى العادة انما يتولى أخذ المال الاصاغر منهم والاكابر يترفعون عن ذلك وانقطاع الطريق يكون بهم جميعاً فعرفنا أنهم مباشرون للسبب فأما أخذ المال والقتل شرط فيه واذا صار الشرط وجوداً بقوتهم وباشروا السبب بأجمعهم قلنا يقام الحد عليهم ﴿قال﴾ وان أصابوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ولم يقتلوا لانهم باشروا أخذ المال فيقام عليهم جزاؤه وقد بينا ان القتل شرط لوجوب القطع عليهم والحكم بعد وجود السبب لا يثبت قبل وجود الشرط ﴿قال﴾ فان لم يوجدوا طلبوا الى ان يوجدوا أو ينقطع اذاهم ويأمن المسافرون منهم فى طرقهم وذلك نفيهم من الارض فى تأويل بعضهم فان قتلوا ولم يصيبوا مالا قتلوا ولم تقطع أيديهم وأرجلهم لان جزاء أخذ المال لا يتم الا بأخذ المال ﴿قال﴾ فان قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا فردوا المال الى أهله ثم أتى بهم الامام لم يقطعهم ولم يقتلهم لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وقد بينا ان تمام توبته فى رد المال لينقطع به خصومة صاحب المال

فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال فى ماله وقد انقطعت خصومته بوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد ولكنه يدفعهم الى أولياء القتلى فيقتلونهم أو يصالحونهم وهذا لان في التوبة انما يسقط ما كان حقا لله تعالى فأما ما كان حقا للعبد فلاوليائه واليه أشار الله تعالى فى قوله ان الله غفور رحيم وقد كان السبب الموجب للقتل متقرراً ممن باشر القتل منهم وهو تعمده قتل نفس بغير حق الا أن استحقاق القتل عليهم حداً كان مانعا من ظهور القود فاذا سقط ذلك زال المانع فظهر حكم القود والقود انما يجب على من باشر القتل دون الردء ﴿قال﴾ وللولى الخيار ان شاء عفي وان شاء صالح على مال وان شاء استوفى القتل لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وقال صلى الله عليه وسلم لولى القتل أتعفو فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال أتقتل فقال نم فعرفنا أنه يتخير بين هذه الاشياء ومن باشر منهم الجراحات ففيما يمكن اعتبار المساواة فيها يجب القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش كما لو كانت الجراحات منهم من غير قطع الطريق وهذا لان سقوط اعتبار حكم الجراحات بوجود اقامة الحد فاذا زال ذلك ظهر حكم الجراحات كما اذا استهلك السارق المال سقط حكم التضمين لوجود اقامة القطع فاذا سقط القطع ظهر حكم التضمين ﴿قال﴾ واذا قطعوا الطريق وأخافوا السبيل ولم يقتلوا أحداً ولم يأخذوا مالا حبسوا حتى يتوبوا بعد مايعزرون وفى الكتاب يقول عوقبوا فكأنه كره اطلاق لفظ التعزير على ما يقام عليهم قبل التوبة لما في التعزير من معنى التطهير وهو المراد من قوله تعالى أوينفوا من الارض يعني يحبسون وقد بينا ذلك وهذا أولى مما قاله الشافعى رحمه الله تعالى أن المراد الطلب ليهربوا من كل موضع لان العقوبة بالحبس مشروع فالاخذ بما يوجد له نظير فى الشرع أولى من الاخذ بما لانظير له وفى هذا الموضع يطالبون بموجب الجراحات التى كانت منهم من قصاص أو أرش لانه لا يقام عليهم الحد وسقوط اعتبار حكم الجراحات لوجود اقامة الحدفاذا انعدم ذلك وجب اعتبار الجراحات فى حق العبد فان تابوا وفيهم عبد قد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لاقصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقي حكم الدفع أو الفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد فى مالها لانه لاقصاص بين الرجال

والنساء في الاطراف فعليها الدية والفعل منها عمداً لا تعقله العاقلة فكان في مالها (قال) واذا أخذهم الامام قبل أن يتوبوا وقد أصابوا المال فان كان يصيب كل واحد منهم من المال المصاب عشرة دراهم فصاعدا فعليهم الحد عندنا وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعداً لان التقدير بالعشرة في موضع يكون المستحق بأخذ المال قطع عضو واحد وههنا المستحق قطع عضوين ولا يقطع عضوان في السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكنا نقول هذا حد هو جزاء على أخذ المال فيستدعي مالا خطيراً وقد بينا أن العشرة مال خطير فيستحق به اقامة الحد كما يستحق به القطع بالسرقة ثم تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وان كان لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم درئ الحد عنهم الا على قول مالك رحمه الله وهكذا مذهبه في الصغرى فانه يعتبر أن يكون المأخوذ فى نفسه نصابا كاملا سواء أخذه الواحد أو الجماعة ولكنا نقول اقامة الحد على كل واحد منهم باعتبار ما يصيبه من المال فلا بد من ان يكون خطيراً فى نفسه وما دون النصاب حقير تافه واذا كان نصيب كل واحد منهم تافها لا يقام عليهم الحد كما لو كان المأخوذ في نفسه تافها ثم يضمنون المال اذا درئ الحد عنهم والامر فى القصاص فى النفس وغيرها الى الاولياء ان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسي رحمه الله تعالى في هذه المسئلة فقال يقتلهم الامام حداً لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئاً من المال قتلهم الامام حداً لا قصاصاً والردء والمباشر فيه سواء فكذلك اذا أخذوا مع القتل مالا يبلغ نصيب كل واحد منهم نصابا اما لان ما دون النصاب لما لم يتعلق به حكم فوجوده كعدمه أو لانه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال وما يغلظ الجناية لا يكون مسقطا للحد ولكن ما ذكر فى الكتاب أصح لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر أنهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال فاذا لم يأخذوا المال عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فأوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم وان أخذوا المال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب فلهذا قال محمد رحمه الله تعالى يدرأ الحد عنهم ويبقى حكم القصاص

قال

﴿ قال ﴾ واذا قطعوا الطريق في المصر أو ما بين الكوفة والحيرة أو ما بين قريتين على قوم مسافرين لم يلزمهم حد قطاع الطريق وأخذوا برد المال وأديروا وحبسوا والامر في قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقام عليهم حد قطاع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لان السبب قد تقرر وهو أخذ المال والقتل على وجه المحاربة والمجاهرة وجريمتهم بمباشرة ذلك في المصر أغلظ من جريمتهم بمباشرة ذلك في المفازة لان تغلظ الجريمة باعتبار المجاهرة والاعتماد على مالهم من المنعة وهذا في المصر أظهر واعتبر هذا الحد بحد السرقة فانه لا فرق هناك بين مباشرة السبب في المصر وفي المفازة فهذا مثله ﴿ وحجتنا ﴾ فيه أن سبب وجوب الحد ما يضاف اليه وهو قطع الطريق وانما ينقطع بفعلهم ذلك في المفازة لا في جوف المصر ولا فيما بين القري فالناس لا يمتنعون من التطرق في ذلك الموضع بعد فعلهم وبدون السبب لا يثبت الحكم ولان السبب محاربة الله ورسوله وذلك انما يتحقق في المفازة لان المسافر في المفازة لا يلحقه الغوث عادة وانما يسير في حفظ الله تعالى معتمدا على ذلك فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى يلحقه الغوث من السلطان والناس عادة وهو يعتمد ذلك بالتطرق في هذه المواضع فيتمكن باعتباره معنى النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم فلا يقام عليه الحد وهو نظير المختلس من السارق في أنه لا يقام عليه حد السرقة لانه بقدر ماجاهر يتمكن النقصان في فعل السرقة وقد قال بعض المتأخرين ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القري كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فثبت مع ذلك تمكن دفع القاصد من قطع الطريق وأخذ المال والحكم لا ينبني على نادر وكذلك فيما بين الحيرة والكوفة كان يندر ذلك لكثرة العمران واتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر فاما اليوم فقد ترك الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار وفيما بين القري موجبا للحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق وان قصده بالحجر والخشب فان كان ذلك بالنهار لا يقام عليه حد قطاع الطريق وان كان بالليل يقام عليه ذلك لان السلاح لا يلبث والظاهر أنه يأتي عليه قبل ان يلحقه الغوث فاما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح في

ذلك والظاهر أن الغوث يلحقه بالنهار فى المصر قبل ان يأتي عليه ذلك فأما فى الليل الغوث يبطئ فالى أن ينتبه الناس ويخرجوا قد أتى عليه فلهذا ثبت فى حقه حكم قطع الطريق ﴿ قال ﴾ وان بيتوا على مسافرين فى منازلهم فى غير مصر ولا في مدينة فكابروهم وأخذوا المال فالحكم فيهم كالحكم فى الذين قطعوا الطريق لان السبب قد تحقق منهم وهو المحاربة وقطع الطريق اذ لافرق في ذلك بين ان يفعلوا فى مشيهم أو فى حال نزولهم لانهم في حفظ الله تعالى في الحالين فانما يتمكن هؤلاء منهم لمنعتهم وشوكتهم فى الحالين فان نزل المسافرون منزلا فى قرية ففعلوا ذلك بهم لم يلزمهم حد قطاع الطريق لان الذين نزلوا القرية بمنزله أهل القرية فى ان بعضهم يغيث البعض فلا يتحقق قطع الطريق بما فعل بهم وكذلك ان أغار بعض النازلين فى القرية على البعض فقتلوا وأخذوا المال فالحكم فيهم كالحكم فى الذى فعل ذلك في جوف المصر فان نزل رجل في بيت أوفى فسطاط فاغلق عليه بابه وضم اليه متاعه فجاء رجل وسرق من فسطاطه أو بيته شيئاً فالحكم فيه ماهو الحكم فى السارق في المصر ﴿ قال ﴾ وماقتل به قطاع الطريق من حديد أو حجر أو عصى أو سوط فهذا كله سواء لان هذا حكم ينبنى على المحاربة فيكون بمنزلة استحقاق السهم بالغنيمة وثبوت صفة الشهادة فلا يفترق الحال في ذلك بين القتل بالسلاح وغيره فهذا مثله بخلاف القصاص فانه يعتمد العمدية والمماثلة وذلك يختلف بالسلاح وغيره ﴿ قال ﴾ واذا أخذ قاطع الطريق ويده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم يقطع منه شئ وقتل أو صلب لما بينا فى السرقة الصغرى أنه لايستوفى القطع على وجه يؤدى الى تفويت منفعة الجنس وقد طعن عيسى فى هذا الفصل وقال اعتبار ذلك المعني فى السرقة للتحرز عن الاستهلاك الحكمى أو شبهة الاستهلاك ولا معني لذلك ههنا فان اتلافه حقيقة قد صار مستحقا لانه يقتل ويصلب بعد القطع فكيف يمنع استيفاء القطع لشلل فى يده اليسرى ولكنا نقول مع هذا القطع جزاء أخذ المال فلا يستوفى على وجه يكون متلفا له حكما ألا ترى أنه لم يشرع قطع عضوين منه من شق واحد للتحرز عن الاتلاف الحكمى وانما يشرع قطع اليد والرجل من خلاف لكيلا يؤدى الى الاتلاف حكما وهذا لأنه لايستحق اتلافه مرتين فاذا كان تفويت منفعة الجنس اتلافا ثم قتله كان اتلافا مرتين وان كانت اليمنى منه مقطوعة قطعت الرجل اليسرى وقتل أو صلب وان كان أشل اليمني قطعها مع الرجل اليسرى وقد بينا نظيره فى السرقة فكذلك

فى قطع الطريق ﴿ قال ﴾ وان كان في المقطوع عليهم الطريق ذو رحم محرم من القطاع أو شريك له مفاوض لم يلزمهم حكم القطع لأنه امتنع وجوب القطع على ذى الرحم المحرم للشبهة فيمتنع وجوبه على الباقين للشركة وقد بينا ذلك في السرقة فكذلك فى قطع الطريق وكان الشيخ أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول تأويل المسئلة اذا كان فى المال المأخوذ لذى الرحم المحرم شركة للجميع وللشريك المفاوض لان مال ذى الرحم المحرم فى حكم العقوبة كماله فشركته بمنزلة شركة أحد قطاع الطريق فى المال المأخوذ فأما اذا أخذوا مع ذلك مالا كثيراً لاشركة فيه لذى الرحم المحرم منه يلزمهم القطاع باعتبار ذلك المال كما لو سرقوا من حرز ذى الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي آخر مالا بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز فى قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله محرز له والاصح أن الجواب فى الكل واحد لان مال جميع القافلة فى حق قطاع الطريق كشئ واحد فانهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال فى حقهم فقد تمكنت الشبهة فى جميعه بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما ووزان هذا من ذلك أن لو قطعوا الطريق على قوم فيهم ذو الرحم المحرم من أحدهم ثم قطعوا الطريق على قوم أجانب وأخذوا المال وهذا فى حكم القطع دون القتل حتى لو قتلوا أحدهم يقتلون لان المحرم كالاجنبي فى القتل ﴿ قال ﴾ واذا شهد أحد الشاهدين عليهم بمعاينة قطع الطريق وشهد الآخر على اقرارهم بالقطع لم تجز الشهادة لاختلاف المشهود به لان الفعل غير القول وان قال الشاهدان قطع الطريق علينا وعلى أصحابنا هو وأصحابه وأخذوا المال منالم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لانفسهما وشهادة المرء لنفسه دعوى وكذلك ان شهدا أنه قطع الطريق على والدهما أو ولدهما لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما وهذا لان الحد وان كان استيفاؤه الى الامام فلا بد من خصومة صاحب المال وفيما كان الخصم أب الشاهد أو ابن الشاهد لاشهادة له ولان شهادته لأبيه كشهادته لنفسه وان شهدوا أنه قطع الطريق على رجل من عرض الناس له ولى يعرف أو ليس له ولى يعرف لم يقم الامام عليهم الحد الا بحضرة من الخصم لما بينا ان السبب لا يثبت بالشهادة عنده الا اذا ترتبت على خصومة الخصم ﴿ قال ﴾ فان قطعوا الطريق فى دار الحرب على تجار

مستأمنين أو في دار الاسلام فى موضع قد غلب عليه عسكر أهل البغى ثم أتى بهم الى الامام لم يمض عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يد الامام وفى موضع لايجرى فيه حكمه وقد بينا ان ذلك مانع من وجوب الحد حقا لله تعالى لانعدام المستوفى فان استيفاء ذلك الى الامام ولايتمكن من الاستيفاء اذا كانوا فى موضع لاتصل اليهم يده ﴿ قال ﴾ واذا رفع قوم من قطاع الطريق الى القاضي فرأى تضمينهم المال وسلمهم الى أولياء القود فصالحوهم علي الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض اخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد أولا نعدام الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيهم بما قضى فان ذلك نافذ لحصوله فى موضع الاجتهاد ومن العلماء من يقول يتقرر الضمان عليهم ووجوب القود بالقتل وان كان متحتما وقضاء القاضي فى المجتهدات نافذ ﴿ قال ﴾ واذا قضى القاضى على قطاع الطريق بقطع الايدي والارجل والقتل وحبسوا لذلك فذهب رجل بغير اذن الامام فقتل منهم رجلا لم يكن عليه شئ لان الامام أحل دمهم حين قضى عليهم بالقتل ومن قتل حلال الدم لاشئ عليه كمن قتل مرتدا أو مقضياً عليه بالرجم وكذلك لوقطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه اقتضي ذلك سقوط حرمة أطرافه ضرورة ويتم بقية الحد لان مافعله ذلك الرجل من اقامة الحد وان افتات فيه على رأى الامام ففعله فى ذلك كفعل الامام لانه رجل من المسلمين والامام بمنزلة جماعة من المسلمين في استيفاء هذا الحد وان أخطأ الامام حين قدم اليه فقطع يده اليسرى فلا شئ عليه لان دمه حلال فانه يقتله بعد القطع فلا عصمة فى طرفه ولانه مجتهد فيما صنع وقد بينا نظيره فى الحداد ﴿ قال ﴾ واذا أقر القاطع بقطع الطريق مرة واحدة أخذ بالحد الا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كما فى السرقة وان أنكره بعد ذلك دريء عنه الحد لرجوعه عن الاقرار وأخذ بالمال والقود لان رجوعه عن الاقرار فيما هو حق العبد باطل ﴿ قال ﴾ واذا قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زمانا لم يقم الامام عليه الحد استحسانا وفى القياس يقام عليه لان الحد لزمه بارتكاب سببه ولكن استحسن لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل أن يقدر عليه والاصل فيه ماروى أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فكتب على بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه الى عامله بالبصرة أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق وقد ترك وتحول عنه فلا تعرض له الا بخير ﴿ قال ﴾ واذا قطعوا

الطريق على قوم من أهل الحرب مستأمنين في دار الاسلام لم يلزمهم الحد لما بينا أن السبب المبيح فى مال المستأمن قائم وهو كون مالكه حربيا وان تأخر ذلك الى رجوعه الى دار الحرب ولكنهم يضمنون المال ودية القتلي لبقاء الشبهة فى دم المستأمن بكونه متمكنا من الرجوع الى دار الحرب وهذا مسقط للعقوبة ولكنه غير مانع من وجوب الضمان الذى يثبت مع الشبهة لقيام العصمة في الحال ولكن يوجعون عقوبة لتخويفهم الناس بقطع الطريق كما اذا لم يصيبوا مالا ولا نفسا ﴿ قال ﴾ واذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون ومستأمنون أقيم عليهم الحد الا أن يكون القتل وأخذ المال وقع على أهل الحرب خاصة فحينئذ لا يجب الحد كما لو لم يكن معهم غيرهم فأما اذا وقع القتل وأخذ المال على المسلمين وأهل الحرب يقام عليهم الحد كما لو لم يكن أهل الحرب معهم وهذا بخلاف ما اذا كان في القافلة ذو رحم محرم من أحدهم لما بينا أن مال ذي الرحم فى حقه في حكم الحد كماله فيمكن ذلك شبهة فى فعلهم فأما مال المستأمنين ليس كماله وانما لم يكن أخذ مال المستأمنين موجبا للعقوبة عليه لبقاء شبهة الاباحة فى ماله وذلك غير موجود فى حق المسلمين وأهل الذمة فيقام عليهم الحد باعتبار نفوس المسلمين ومالهم ويجعل كأنهم لم يتعرضوا للمستأمنين بشيء ﴿ قال ﴾ واذا احرم قاطع الطريق حين يأتى به الامام لم يدرأ عنه الحد بذلك لان احرامه لو اقترن بالسبب لم يمنع وجوب الحد عليه فكذلك اذا اعترض وكذلك لو كان ذميا فأسلم وهذا الحد معتبر بسائر الحدود حكما وكما أن احرامه واسلامه لا يمنع اقامة سائر الحدود فكذلك هذا الحد ﴿ قال ﴾ واذا قتله رجل فى حبس الامام قبل أن يثبت عليه شيء ثم قامت البينة بما صنع فعلى قاتله القود لان العصمة والتقوم لا يرتفع بمجرد التهمة ما لم يقض القاضي بحل دمه فانما قتل نفسا محقونة فعليه القود ثم القاضي لا يقضي عليه بحل دمه بعد ماقتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل هو ولي المقتول الذى قتله هذا في قطع الطريق فحينئذ لا يلزمه شيء لانه استوفى حق نفسه على ما بينا ان السبب الموجب للقود قد تقرر وانما يمتنع ظهوره اذا ظهر استحقاق نفسه حداً ولم يظهر ذلك قبل اقامة البينة عليه فكان الولي مستوفيا حقه فلا يلزمه شيء والله أعلم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب السير

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى إعلم ان السير جمع سيرة وبه سمى هذا الكتاب لانه بين فيه سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومع أهل العهد منهم من المستأمنين وأهل الذمة ومع المرتدين الذين هم أخبث الكفار بالانكار بعد الاقرار ومع أهل البغي الذين حالهم دون حال المشركين وان كانوا جاهلين وفى التأويل مبطلين فأما بيان المعاملة مع المشركين فنقول الواجب دعاؤهم الى الدين وقتال الممتنعين منهم من الاجابة لان صفة هذه الأمة في الكتب المنزلة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبها كانوا خير الامم قال الله تعالى كنتم خير أمة أخرجت للناس الآية ورأس المعروف الايمان بالله تعالى فعلى كل مؤمن ان يكون آمرا به داعيا اليه وأصل المنكر الشرك فهو أعظم مايكون من الجهل والعناد لما فيه من انكار الحق من غير تأويل فعلى كل مؤمن ان ينهى عنه بما يقدر عليه وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأمورا فى الابتداء بالصفح والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالوعظ والمجادلة بالاحسن فقال تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداية منهم فقال تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا أى اذن لهم فى الدفع وقال تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم أمر بالبداية بالقتال فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقال تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتي يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله فاستقر الامر على فرضية الجهاد مع المشركين وهو فرض قائم الى قيام

الساعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض منذ بعثني الله تعالى الى ان يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال وقال صلي الله عليه وسلم بعثت بالسيف بين يدى الساعة وجعل رزقى تحت ظل رمحى والذل والصغار على من خالفني ومن تشبه بقوم فهو منهم وتفسيره منقول عن سفيان بن عيينة رحمه الله تعالى قال بعث الله تعالى رسوله صلى الله عليه وسلم باربعة سيوف سيف قاتل به بنفسه عبدة الاوثان وسيف قاتل به أبو بكر رضي الله تعالى عنه أهل الردة قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون وسيف قاتل به عمر رضى الله تعالى عنه المجوس وأهل الكتاب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وسيف قاتل به على رضى الله تعالى عنه المارقين والناكثين والقاسطين وهكذا روى عنه قال أمرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الي أمر الله ثم فريضة الجهاد على نوعين أحدهما عين على كل من يقوى عليه بقدر طاقته وهو ما اذا كان النفير عاما قال الله تعالى انفروا خفافا وثقالا وقال تعالى مالكم اذا قيل انفروا فى سبيل الله اثاقلتم الى الارض الى قوله يعذبكم عذابا أليما ونوع هو فرض على الكفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود وهو كسر شوكة المشركين واعزاز الدين لانه لو جعل فرضا في كل وقت على كل أحد عاد على موضوعه بالنقض والمقصود أن يامن المسلمون ويتمكنوا من القيام بمصالح دينهم ودنياهم فاذا اشتغل الكل بالجهاد لم يتفرغوا للقيام بمصالح دنياهم فلذلك قلنا اذا قام به البعض سقط عن الباقين وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم تارة يخرج وتارة يبعث غيره حتى قال وددت أن لا تخرج سرية أو جيش الا وأنا معهم ولكن لا أجد ما أحملهم ولا تطيب أنفسهم بالتخلف عنى ولوددت أن أقاتل في سبيل الله تعالى حتي أقتل ثم أحيي ثم أقتل ففي هذا دليل على أن الجهاد وصفة الشهادة فى الفضيلة بأعلى النهاية حتي تمنى ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم مع درجة الرسالة وفى حديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المجاهد في سبيل الله كالصائم القائم الراكع الساجد الشاهد وفى حديث الحسن رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال غدوة أو روحة فى سبيل الله تعالى خير من الدنيا وما فيها والآثار في فضيلة الجهاد كثيرة وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سنام الدين وعلى امام المسلمين فى كل وقت أن يبذل مجهوده فى الخروج بنفسه أو يبعث الجيوش

والسرايا من المسلمين ثم يثق بجميل وعد الله تعالى فى نصرته بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان تنصروا الله ينصركم فاذا بعث جيشا ينبغى أن يؤمر عليهم أميراً هكذا كان يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان به يجتمع كلامهم وتتألف قلوبهم وبذلك ينصرون قال الله تعالى هو الذي أيدك بنصره وبالمؤمنين وألف بين قلوبهم وانما يؤمر عليهم من يكون صالحا لذلك بأن يكون حسن التدبير فى أمر الحرب ورعا مشفقا عليهم سخيا شجاعا ويحكي عن نصر بن سيار رحمه الله تعالى قال اجتمع عظماء العجم وغيرهم على أن قائد الجيش ينبغي ان يكون فيه عشر خصال من خصال البهائم شجاعة كشجاعة الديك وتحنن كتحنن الدجاجة وقلب كقلب الأسد وروغان كروغان الثعلب أى صاحب مكر وحيلة وغارة كغارة الذئب وحذر كحذر الغراب وحرص كحرص الكركى وصبر على الجراح كالكلب وحملة كالجبهة وسمن كما يكون لدابة بخراسان لاتهزل بحال واذا أمر عليهم بهذه الصفة فينبغي له أن يوصيهم كما بدأ الكتاب ببيانه ورواه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضى الله عنهم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه ففي هذا اشارة الى الفرق بين الجيش والسرية فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم الذى يجيش بعضهم فى بعض قال صلى الله عليه وسلم خير الاصحاب أربعة وخير السرايا ربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف ولن يغلب اثنا عشر ألفا عن قلة اذا كانت كلمتهم واحدة وفيه بيان أنه ينبغي للامام ان يخص صاحب الجيش والسرية بالوصية لانه يجملهم تحت أمره وولايته فيوصيه بهم وفى تخصيصه بالوصية بيان ان عليهم طاعته فلا تظهر فائدة الامارة الا بذلك وقد أوصي أبو بكر رضى الله عنه يزيد بن أبي سفيان رحمه الله حين وجهه الى الشام فى حديث طويل ذكره فى السير الكبير وانما يوصيه بتقوى الله تعالى لانه بالتقوي ينال النصرة والمدد من السماء قال الله تعالى بلى ان تصبروا وتتقوا ويأتوكم من فورهم هذا يمددكم ربكم وبالتقوي يجتمع للمرء مصالح المعاش والمعاد قال صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقال التقى ملجم وقيل في معنى قوله فى خاصة نفسه أنه كان يوصيه سراً حتى لايقف على جميع مايوصيه به غيره والأظهر ان المراد أنه كان يوصيه فى حق نفسه أولا ثم يوصيه بمن معه من المسلمين خيرا قال صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ونفسه

اليه أقرب فكأنه كان يوصيه بحفظ نفسه من المهالك وحفظ من معه من المسلمين حتى لا يرضى لهم الا بما يرضى لنفسه ولا يخص نفسه بشيء دونهم فبذلك يتحقق التألف وانقيادهم له ثم قال اغزوا باسم الله أي اخرجوا واقصدوا والغزو القصد قال الله تعالى أو كانوا غزا وبين أنه ينبغي لهم أن يقصدوا على اسم الله تعالى كما قال صلى الله عليه وسلم كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه باسم الله تعالى فهو أقطع قال وفى سبيل الله أي ليكن خروجكم لابتغاء مرضاة الله تعالى لا لطلب المال فالمجاهد يبذل نفسه وماله فانما يربح على عمله اذا قصد به ابتغاء مرضاة الله تعالى فاما اذا كان قصده تحصيل المال فهو كرة خاسرة ثم قال قاتلوا من كفر بالله فيه دليل فرضية القتال وانهم يقاتلون لدفع فتنة الكفر ودفع شر الكفار وهذا عام لحقه خصوص فالمراد من كفر بالله من المقاتلين ألا ترى أنه صلى الله عليه وسلم حين رأى امرأة مقتولة يوم فتح مكة استعظم ذلك وقال هاه ما كانت هذه تقاتل والى ذلك أشار فى هذا الحديث بقوله ولا تقتلوا وليدا ثم قال ولا تغلوا والغلول السرقة من الغنيمة وهو حرام قال الله تعالى ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة قيل فى التفسير يحمل ذلك فى قعر جهنم ويؤمر باخراجه وكل ما انتهي الى شفير جهنم يرجع في قعرها وقال صلى الله عليه وسلم الغلول من جمر جهنم والاسود الذى كان يرحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما أصابه سهم غرب فمات قال الصحابة رضى الله تعالى عنهم هنيأ له الشهادة فقال صلى الله عليه وسلم كلا فان العباءة التى غلها من المغنم لتشتعل عليه نارا يوم القيامة وقال فى خطبته ردوا الخيط والمخيط فالغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيامة قال ولا تغدروا والغدر الخيانة ونقض العهد وهو حرام قال الله تعالى فانبذ اليهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين وقال صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يركز عند باب أسته يعرف به غدرته يوم القيامة وكان صلى الله عليه وسلم يكتب في العهود وفاء لا غدر فيه قال ولا تمثلوا والمثلة حرام كما روى عمران بن حصين رضى الله تعالى عنه قال ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا ويحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر فى كل وقت وخطبة دليل على تأكيد الحرمة فيه قال ولا تقتلوا وليدا والوليد المولود في اللغة وكل آدمي مولود ولكن هذا اللفظ انما يستعمل في الصغار عادة ففيه دليل على أنه لا يحل قتل الصغار منهم اذا كانوا لا يقاتلون وقد جاء فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والولدان وقال

اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شروخهم والمراد بالشيوخ البالغين وبالشروخ الاتباع من الصغار والنساء والاستحياء الاسترقاق قال الله تعالى واستحيوا نساءهم وفي وصية أبي بكر رضي لله عنه ليزيد بن أبي سفيان لا تقتل شيخا ضرعا ولا صبيا ضعيفا يعني شيخا فانيا وصغيراً لا يقاتل قال واذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم الى الاسلام وفى نسخ أبي حفص رضى الله عنه واذا حاصرتم حصنا أو مدينة فادعوهم الى الاسلام وفيه دليل أنه ينبغي للغزاة أن يبدؤا بالدعاء الي الاسلام وهو على وجهين فان كانوا يقاتلون قوما لم تبلغهم الدعوة فلا يحل قتالهم حتي يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وقال ابن عباس رضي الله عنهما ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم الي الاسلام وهذا لانهم لا يدرون على ماذا يقاتلون فربما يظنون أنهم لصوص قصدوا أموالهم ولو علموا أنهم يقاتلون على الدعاء الى الدين ربما أجابوا وانقادوا للحق فلهذا يجب تقديم الدعوة وان كانوا قد بلغتهم الدعوة فالاحسن أن يدعوهم الى الاسلام أيضاً فالجد والمبالغة فى الانذار ربما ينفع وكان صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة وعاد بعد الفراغ الى القتال جدد الدعوة وان تركوا ذلك وبيتوهم فلا بأس بذلك لانهم علموا على ماذا يقاتلون ولو اشتغلوا بالدعوة ربما تحصنوا فلا يتمكن المسلمون منهم فكان لهم أن يقاتلوهم بغير دعوة على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر اسامة بن زيد رضى الله تعالى عنه أن يغير على أُبني صباحا وفي رواية ابنان صباحا فان أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم وفيه دليل أنهم اذا أظهروا الاسلام وجب الكف عنهم وقبول ذلك عنهم واليه أشار صلى الله عليه وسلم فى قوله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم وقال تعالى ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلم لست مؤمنا (قال) ادعوهم الى التحول من ديارهم الى دار المهاجرين وهذا فى وقت كانت الهجرة فريضة وذلك قبل فتح مكة كان يفترض على كل مسلم في قبيلته أن يهاجر الى المدينة ليتعلم أحكام الدين وينضم الى المؤمنين في القيام بنصره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى والذين آمنوا ولم يهاجروا الآية ثم انتسخ ذلك بعد الفتح بقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح وانما هو جهاد ونية وقال صلى الله عليه وسلم المهاجر من هجر السوء وهجر مانهى الله تعالى عنه قال فان فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المسلمين وليس لهم فى الفيء ولا في الغنيمة نصيب

وهذا كان الحكم حين كانت الهجرة فريضة فأمرهم بأن يعلموهم بذلك وهو أن يجرى عليهم حكم الله تعالى لالتزامهم وانقيادهم لدين الحق وليس لهم في الفيء ولا في الغنيمة نصيب لامتناعهم من الجهاد والقيام بنصرة الدين أو الاشتغال بتعلم أحكام الدين ففيه دليل أن النصيب في الغنيمة والفيء لهذين الفريقين والغنيمة اسم للمال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه والفيء اسم للمصاب من أموالهم بغير قتال كالخراج والجزية قال الله تعالى وما أفاء الله على رسوله الآية فان أبوا فادعوهم الى اعطاء الجزية وهذا عام دخله الخصوص فالمراد من يقبل منهم الجزية من أهل الكتاب أو المجوس أو عبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب لا تقبل منهم الجزية ولكنهم يقاتلون الى أن يسلموا قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي حتى يسلموا فان كانوا ممن تقبل منهم الجزية يجب عرض ذلك عليهم اذا امتنعوا من الايمان لانه أصل ما ينتهي به القتال قال الله تعالى حتي يعطوا الجزية عن يد وبقبول ذلك يصيرون من أهل دارنا ويلتزمون أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات فيدعون اليه والمراد بالاعطاء القبول والالتزام فان فعلوا ذلك فاقبلوا منهم وكفوا عنهم واذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم فانكم لاتدرون ماحكم الله تعالى فيهم وبه يستدل محمد رحمه الله تعالى على أنه لايجوز انزال المحاصرين على حكم الله تعالى وأبو يوسف رحمه الله تعالى يجوّز ذلك ويقول كان هذا في ذلك الوقت فان الوحي كان ينزل والحكم يتغير ساعة فساعة فالذين كانوا بالبعد من رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا لايدرون مانزل بعدهم من حكم الله تعالى فأما الآن فقد استقر الحكم وعلم أن الحكم في المشركين الدعاء الى الاسلام وتخلية سبيلهم ان أجابوا قال الله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم فان أبوا فالدعاء الي التزام الجزية فان أبوا فقتل المقاتلة وسبي الذرية ومحمد رحمه الله تعالى يقول لايجوز الانزال على حكم الله تعالى كما ذكر في الحديث فان الحكم الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله تعالى في قوم وقع الظهور عليهم فأما في قوم محصورين ممتنعين في أنفسهم نزلوا على حكم الله تعالى فلا يدري أن الحكم هذا أو غيره وفي هذا اللفظ دليل لأهل السنة والجماعة على أن المجتهد يخطئ ويصيب فانه قال فانكم لاتدرون ماحكم الله فيهم ولو كان كل مجتهد مصيباً لكان يعلم حكم الله فيهم بالاجتهاد

لامحالة ﴿فان قيل﴾ فقد قال أنزلوهم على حكمكم ثم احكموا فيهم بما رأيتم ولو لم يكن المجتهد مصيبا للحق لما أمر بانزالهم على حكمنا فانه لا يأمر بالانزال على الخطأ وانما يأمر بالانزال على الصواب ﴿قلنا﴾ نحن لانقول المجتهد يكون مخطئاً لامحالة ولكنه على رجاء من الاصابة وهو آت بما في وسعه فلهذا أمر بالانزال على ذلك لالانه يكون مصيباً للحق باجتهاده لامحالة وفائدة ذلك أنه لا يتمكن فيه شبهة الخلاف اذا نزلوا على حكمنا وحكمنا فيهم بما رأينا ويتمكن ذلك اذا نزلوا على حكم الله تعالى باعتبار ان المجتهد يخطئ ويصيب فهذا فائدة هذا اللفظ ﴿قال﴾ واذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم فلا تعطوهم ذمة الله ولا ذمة رسوله ولكن أعطوهم ذممكم وذمم آبائكم فانكم ان تخفروا ذممكم وذمم آبائكم فهو اهون والمراد بالذمة العهد ومنه سمى أهل الذمة قال الله تعالى لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة أي عهداً فهو عبارة عن اللزوم ومنه سمى محل الالتزام من الآدمى ذمة والالتزام بالعهد يكون وفيه دليل على أنه لا ينبغى للمسلمين ان يعطوا المشركين عهد الله ولا عهد رسوله لانهم ربما يحتاجون الى النبذ اليهم ونقض عهد الله وعهد رسوله لا يحل واليه أشار بقوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم آبائكم يعنى عهدكم وعهد آبائكم من المالحة والصحبة التى كانوا يعتقدون الحرمة به في الجاهلية فانكم ان تخفروا ذممكم فهو أهون أي تنقضوا يقال أخفر اذا نقض العهد وخفر أي عاهد ومنه الخفير وهو الذى يسير الناس في امانه سمى خفيرا للمعاهدة مع الذين في امانه أو مع الذين يتعرضون للناس في ان لا يقصدوا من كان في أمانه وهذا بيان فوائد الحديث والله أعلم وعن ابن عباس رضى الله عنه ان الخمس كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة أسهم فلله ولرسوله سهم ولذى القربى سهم وللمساكين سهم ولليتامى سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم على ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وابن السبيل ومراده بيان قول الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وكان ابن عباس رضى الله عنهما يقول سهم الله وسهم الرسول صلى الله عليه وسلم واحد وذكر اسم الله تعالى للتبرك ومفتاح الكلام وكان أبو العالية يقول الغنيمة على ستة أسهم سهم لله تعالى ويصرف ذلك الى عمارة الكعبة ان كانت الكعبة بالقرب منها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه البقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله تعالى فيصرف الى عمارة

البقاع المضافة اليه خالصاً ولسنا نأخذ بهذا فذكر الله تعالى ليس للاستحقاق لان الدنيا بما فيها لله تعالى ولكن للتبرك أو لتشريف هذا المال لان اضافة شئ من الدنيا الى الله تعالى على الخصوص لمعني التشريف كالمساجد والناقة وهذا المعنى يتحقق فى الغنيمة لانها أصيبت بطريق فيه اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه واما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان ثابتا فى حياته وسقط بموته عندنا وقال الشافعى رحمه الله هو باق يصرف الى كل خليفة بعده لانه كان يأخذ ذلك السهم فى حياته ليستعين به فى جوائز الوفود والرسل كما قال صلى الله عليه وسلم والله ما يحل لى من غنائمكم الا الخمس والخمس مردود فيكم والخليفة بعده محتاج الى مثل ما كان هو محتاجا اليه فيصرف هذا السهم اليه ولكنا نقول الخلفاء الراشدون بعده لم يرفعوا هذا السهم لأنفسهم فعرفنا أنه كان له بدرجة الرسالة لا بالقيام بأمور الناس وذلك غير موجود في الخلفاء بعده ولما اجتمع الصحابة رضي الله عنهم ليفرضوا لأبى بكر رضى الله عنه قدر كفايته لم يجعلوا ذلك من هذا السهم ولانه كان له من الغنائم ثلاث حظوظ خمس الخمس والصفي والسهم ثم الخليفة لا يقام مقامه فى استحقاق الصفى فكذلك فى استحقاق خمس الخمس والصفي شئ نفيس كان يصطفيه لنفسه من سيف أو فرس أو جارية كما روى أنه صلى الله عليه وسلم اصطفي ذا الفقار من غنائم بدر وكان سيفا لمنبه بن الحجاج بخلاف ما يزعم الروافض أنه نزل من السماء لعلىّ رضي الله عنه واصطفي صفية من غنائم خيبر وهذا شئ كان لرأس الجيش في الجاهلية كما قال القائل

لك المرباع منها والصفايا وحكمك والنشيطة والفضول

فأما سهم ذوى القربى فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرفه اليهم فى حياته وهم صلبية بني هاشم وبنى المطلب ولم يبق لهم ذلك بعده عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى هو مستحق لهم يجمعون من أقطار الارض فيقسم بين ذكورهم واناثهم بالسوية وكان الكرخى رحمه الله تعالى يقول انما سقط بموته هذا السهم فى حق الاغنياء منهم دون الفقراء والطحاوي رحمه الله تعالى كان يقول سقط في حق الفقراء والاغنياء منهم جميعا وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول لم يكن لهم هذا السهم مستحقا بالقرابة بل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرفه اليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك المعني بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم والاعتماد على هذا والشافعى رحمه الله تعالى استدل

بظاهر قوله تعالى ولذي القربى فقد أضاف اليهم سهما بلام التمليك فدل أنه حق مستحق لهم وأن الاغنياء والفقراء فيه سواء لانه ليس في اسم القرابة ما ينبئ عن الفقر والحاجة بخلاف سهم اليتامى ففي اسم اليتيم ما ينبئ عن الحاجة حتى لو أوصي ليتامى بني فلان وهم لا يحصون فالوصية لفقرائهم بخلاف ما لو أوصى لاقرباء فلان وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى الاغنياء منهم فانه أعطى العباس رضي الله عنه وقد كان له عشرون عبداً كل عبد يتجر في عشرين ألفا وأعطى الزبير بن العوام من غنائم خيبر خمسة أسهم سهما له وسهمين لفرسه وسهما لقرابته وسهما لامه صفية وكانت عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها فاذا كان هذا الحكم ثابتا في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم بقى بعده لانه لانسخ بعد وفاته ومن قال من مشايخنا رحمهم الله ان الاستحقاق للفقراء منهم دون الاغنياء احتج بقوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم وبين مصارف الخمس ثم بين المعنى فيه وهو ان لا يكون شئ منه دولة بين الاغنياء تتداوله أيديهم واسم ذوى القربى عام يتناول الاغنياء والفقراء فيخصه ويحمله على الفقراء بهذا الدليل ومن قال لا حق للفقراء والاغنياء منهم جميعاً قال المراد بالآية بيان جواز الصرف اليهم لا بيان وجوب الصرف اليهم وكان هذا مشكلا فان الصدقة لا تحل لهم فكان يشكل أنه هل يجوز صرف شئ من الخمس اليهم ولم يزل هذا الاشكال ببيان سهم رسول الله صلي الله عليه وسلم لانه ما كان يصرف مايأخذ الى حاجة نفسه فازال الله تعالى هذا الاشكال بقوله تعالى ولذي القربى وانما حملناه على هذا لاجماع الخلفاء الراشدين على قسمة الخمس على ثلاثة أسهم ولا يظن بهم أنه خفى عليهم هذا النص ولا انهم منعوا حق ذوى القربي فعرفنا باجماعهم أنه لم يبق الا الاستحقاق لاغنيائهم وفقرائهم والشافعى رحمه الله تعالى يقول لا اجماع ويستدل بالحديث الذي ذكره عن أبي جعفر محمد بن على رضى الله عنهما قال كان رأي على رضى الله عنه في الخمس رأى أهل بيته ولكنه كره ان يخالف أبا بكر وعمر رضى الله عنهما قال والاجماع بدون أهل البيت لا ينعقد كيف وقد كان رأى علي رضى الله عنه معهم ولكنه يتحرز من أن ينسب الى مخالفة أبى بكر وعمر رضي الله عنهما ولكنا نقول ليس في هذا الحديث بيان من كان يرى ذلك من أهل البيت وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة وانما كره علي رضى الله عنه هذه المخالفة لانه رأي الحجة معهما فانه خالفهما فى كثير من

المسائل حين ظهر الدليل عنده وهذا لانه كان مجتهداً ولا يحل للمجتهد ان يدع رأي نفسه لرأى مجتهد آخر احتشاما له والدليل عليه حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمه الله عن علي رضى الله عنه قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال العباس كبر سنى ورق عظمى وركبتني المؤن فان رأيت ان تأمرلى بكذا وسقا من طعام فافعل ففعل ذلك وقالت فاطمة رضى الله عنها أنت تعلم مكانى منك فان رأيت ان تأمرلى بمثل ماأمرتَ به لعمك فافعل ففعل ذلك وقال زيد بن حارثة كنت أعطيتني أرضا فكنت أزرعها وأعيش بها ثم أخذتها منى فان رأيت أن تردها علىَّ فافعل ففعل ذلك فقلت أنا ان رأيت أن توليني القسمة فيما هوحقنا كيلا ينازعني أحد بعدك فافعل ففعل ذلك وقال للعباس رضى الله تعالى عنه هلا سألت كما سأل ابن أخيك فقال الى ذلك انتهت مسألتى فكنت أقسم فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى عهد أبي بكر وصدراً من خلافة عمر رضى الله تعالى عنهما حتى أتاه مال عظيم فدعانى لآخذ ما كنت آخذه وأقسمه بين أهل البيت فقلت له ان بنا اليوم عنه غني وبالمسلمين خلة فاصرفه اليهم ففعل ذلك وقال لى العباس لقد جرمنا اليوم شيئاً لايعود الينا أبداً وكان رجلا داهيا فكان كما قال فبهذا تبين أن عليا رضى الله تعالى عنه علم أن الصرف اليهم للحاجة لا للاستحقاق حين رد بقوله ان بنا اليوم عنه غنى وذكر عن ابن عباس رضى الله عنهما قال عرض علينا عمر رضى الله عنه أن يزوج من الخمس أيمنا وأن يقضى به عن مغرمنا فأبينا الا أن يسلمه الينا فأبى ذلك علينا قال الشافعى رحمه الله تعالى وفى هذا دليل على أن ابن عباس رضي الله عنه كان يري استحقاق ذلك السهم لهم وذلك ظاهر فيما ذكر بعدهذا من كتابه الى نجدة وكتبت الي أن تسألنى عن سهم ذوى القربى وانا لنزعم أنه لنا ويأبى علينا ذلك غيرنا ولكنا نقول بعد اجماع الخلفاء الراشدين لايؤخذ بقول ابن عباس رضى الله عنهم أجمعين فى هذا كما لايؤخذ به فى العول وغيره مع أن معني قوله فأبينا الا أن يسلمه الينا لنتولى صرفه الى المحتاجين منا لا لنصرفه الى أنفسنا وكل أحد يحب ذلك في أهل بيته ألا ترى أنه قال فأبى ذلك علينا وعمر رضى الله عنه ما كان يعرف بمنع الحق من المستحق بل بايصال الحق الى المستحق على ماقال صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وعن سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس يوم خيبر فقسم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبني المطلب

فكلم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضى الله عنهما رسول الله صلى الله عليه وسلم قالا نحن وبنو المطلب فى النسب اليك سواء فأعطيتهم دوننا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انا لم نزل نحن وبنو المطلب فى الجاهلية والاسلام معاوفى بعض الروايات قالا لاينكر فضل بني هاشم لمكانك الذى وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن واخواننا من بنى المطلب اليك فى النسب سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يفارقونى فى الجاهلية ولا فى الاسلام وفى رواية فانما بنو هاشم وبنو المطلب كشئ واحد وفى رواية لم نزل معهم هكذا وشبك بين أصابعه واعتمادنا على هذا الحديث فقد بين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الاستحقاق بالنصرة دون القرابة وأن المراد بالقربى قرب النصرة حين شبك بين أصابعه ومعني الحديث أن أصل النسب وهو عبد مناف كان له أربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان من أولاد هاشم فانه محمد صلى الله عليه وسلم ابن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكانت بنو هاشم أولاد جده وجبير بن مطعم كان من بنى نوفل وعثمان رضى الله عنه كان من بني عبد شمس وولد جد الانسان أقرب اليه من ولد أخ جده فهذا معنى قولهما لا ننكر فضل بنى هاشم فأما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بنى المطلب في القرابة إسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أقرب اليه من بني المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا اخوى هاشم لأب وأم والمطلب كان أخا هاشم لأبيه لا لأمه والاخ لأب وأم أقرب الى المرء من الاخ لأب ثم أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى المطلب ولم يعط بني نوفل وبنى عبد شمس فأشكل ذلك عليهما فلذلك سألاه ثم أزال اشكالهما ببيان علة الاستحقاق أنه النصرة دون القرابة ولم يرد به نصرة القتال فقد كان ذلك موجوداً من عثمان رضي الله عنه وجبير بن مطعم وانما أراد نصرة الاجتماع اليه للمؤانسة في حال ماهجره الناس على ما روي أن الله تعالى لما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم من بني هاشم ورأت قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاقدوا فيما بينهم أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتي يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاقد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتي دخلوا معهم الشعب فكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله

عليه وسلم حتى أكلوا العلهز من الجهد القصة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم انا لم نزل نحن وبنو المطلب في الجاهلية والاسلام معا واذا ثبت أن الاستحقاق بتلك النصرة ولا تبقى تلك النصرة بعد وفاة رسول الله صلي الله عليه وسلم فلا يبقى الاستحقاق لاللانتساخ بعد موته بل لانعدام الحكم لعدم علته وهذا معنى ما قلنا إن ذلك كان لرسول الله صلي الله عليه وسلم يصرفه اليهم مجازاة على تلك النصرة المخصوصة فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكافئ كل من نصره يوما حتى قال يوما لما عرض عليه الاسارى لو كان معظم بن عدى حيا لوهبت هؤلاء السبى منه مجازاة له على ماصنع وقد كان مات على شركه ولكنه قام بنصرته يوما وفيه قصة معروفة أو نقول ثبت بالكتاب أن الاستحقاق بالقرابة وببيان رسول الله صلي الله عليه وسلم ان الاستحقاق بالنصرة وما كان ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحي فصار هذا الاستحقاق ثابتاً بعلة ذات وصفين القرابة والنصرة وانعدم أحد الوصفين وهو النصرة بعد وفاته فلا يبقى الاستحقاق كما أنه لما انعدم أحد الوصفين في حق بني نوفل وبني عبد شمس في حياته لم يعطهم شيئاً فبنوهاشم وبنو المطلب بعد وفاته بمنزلة بني نوفل وبنى عبد شمس في حياته وتعليق الاستحقاق بالنصرة أولى منه بالقرابة لان القيام بنصرة رسول الله صلي الله عليه وسلم قربة وطاعة ومال الله تعالى يجوز أن يستحق بعمل هو قربة ولا يجوز ان يستحق بنفس القرابة لان قرابة الرجل سبب لاستحقاق ماله فاما مال الله تعالى لايستحق بالقرابة ولان درجة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلى من أن تجعل علة لاستحقاق شئ من الدنيا ولا معني لما يقول الخصم ان هذا السهم لهم عوض عن حرمة الصدقة عليهم كما قال صلى الله عليه وسلم يامعشر بنى هاشم ان الله تعالي كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها سهما من الخمس وهذا لان حرمة الصدقة عليهم لكرامتهم فلا يدخل به عليهم نقصان يحتاج الى جبره بالتعويض ولئن كان هذا السهم عوضا من حرمة الصدقة فينبغى ان يستحقه من يستحق الصدقة لولا قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم الفقراء دون الاغنياء وينبغى ان يكون استحقاقهم على نحو استحقاق الصدقة لولا قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحقاقهم للصدقة لولا قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه جواز الصرف اليهم لا وجوب الصرف اليهم فكذلك هذا السهم ونحن نقول إنه يجوز صرف بعض الخمس اليهم وانما ننكر وجوب الصرف اليهم بسبب القرابة وأيد جميع

ماقلنا حديث أم هانئ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال سهم ذوى القربى لهم في حياتي وليس لهم بعد وفاتي والحديث وان كان شاذا فقد تأكد باجماع الخلفاء الراشدين على العمل به وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال كان يحمل من الخمس في سبيل الله تعالى ويعطي منه نائبة القوم فلما كثر المال جعل فى غير ذلك وانما اراد به ما كان يصرف من الخمس الى ذوى القربى فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماذكر بعد هذا عن الضحاك ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه استشار المسلمين فى سهم ذوى القربي فرأوا ان يجعل فى الخيل والسلاح وفى هذا بيان انهم كانوا مجمعين على أنه لا استحقاق لهم بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان استحقاقهم فى حياته كان للنصرة ألا ترى أنهم جعلوا مصرفه آلة النصرة وهي الخيل والسلاح وقوله ويعطى منه نائبة القوم قيل المراد بالقوم ذوى القربى كما قال في حديث ابن عباس رضي الله عنهما عرض علينا عمر رضى الله عنه ان يزوج منه ايمنا ويقضى منه عن مغرمنا وقيل المراد بالقوم الغزاة أي يعطى منه مايحتاج اليه الغزاة فى سبيل الله تعالى ومعلوم أن الصرف الى المستحق المحتاج أولى من الصرف الى محتاج غير مستحق وقوله فلما كثر المال جعل فى غير ذلك تعرض لبعض من كان لايصرفه الى مصرفه فى وقته يعنى كثرة الاجماع فيه فمع كثرة المال لايصل الى المصرف الذي كان يصل اليه عند قلة المال وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رجلا وجد بعيرا في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك فسأل عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك وان وجدته بعد القسمة أخذته بالثمن ان شئت وفى رواية أخرى عن ابن عباس رضى الله تعالي عنهما أن المشركين أحرزوا ناقة لرجل من المسلمين بدارهم فاشتراها رجل منهم وأخرجها فخاصم فيها مالكها فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت أخذتها بالثمن وفي الحديثين حجة لنا أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاحراز لانهم لولم يملكوا لرده رسول الله صلى الله عليه وسلم على المالك مجانا بكل حال فان المسلمين انما يملكون على الكفار مالهم لامال المسلم وكذلك المشترى انما يملك على البائع ماله الا أنه جعل له حق الاخذ قبل القسمة بغير شئ وبعد القسمة بالقيمة لان المستولى عليه صار مظلوما وعلى من يذب عن دار الاسلام القيام بنصرته ودفع الظلم عنه وذلك باعادة ماله اليه وقبل القسمة لم يتعين الملك فيه لاحد بل هو باق على حق الغزاة فكان عليهم الرد ليندفع به الظلم عن صاحبه وبعد القسمة قد تعين الملك لمن وقع فى

سهمه وعليه دفع الظلم عنه ولكن ليس له أن يحول ملكه وحقه اليه الا أن حقه فى المالية فلمراعاة النظر من الجانبين قلنا تماد اليه العين بالقيمة ليصل المستولى عليه الى عين ماله ويصل الآخر الى حقه فى المالية ودليل أن حقه فى المالية أن الامام بيع الغنائم وقسمتها بين الغانمين ومراده بالثمن القيمة فالقيمة ثمن التعديل والمسمى ثمن التراضي ولهذا مكنه من الاخذ من المشترى بالثمن لان حق المشترى فيما أعطى من ماله وهو الثمن فينظر له فى ذلك كما ينظر للمستولى عليه في اعادة ماله اليه وعن الشعبي رحمه الله تعالى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل أهل السواد ذمة المراد سواد العراق وفيه دليل على أن الامام اذا فتح بلدة عنوة وقهراً فله أن يجعل أهلها ذمة ويضع الجزية على جماجمهم والخراج على أراضيهم كما فعله عمر رضي الله تعالى عنه فانه افتتح السواد عنوة وقهراً وذلك مشهور فى كتب المغازى وفيه أشعار وقد كان صاحب جيش العجم رستم بن فرخ هرمزان وقتل في الحرب وأنشد الأعرابى الذى قتله فقال

ألم تر أنى حميت الذمار ... وأبقيت مكرمة فى الامم
غداة الهزيمة اذ رستم ... يسوق الفوارس سوق النعم
رمانى بسهم وقد نلته ... فصك الركاب ببطن القدم
واضرب بالسيف يافوخه ... فكانت لعمرى فتح العجم

وقد كان صاحب جيش المسلمين سعد بن أبيّ وقاص رضى الله عنه وكان قد خرج به دماميل فلم يحضر الحرب يوم الفتح وفى ذلك يقول قائلهم

الم تر أن الله أنزل نصره ... وسعد بباب القادسية معصم
فأبنا وقد آمت نساء كثيرة ... ونسوة سعد ليس فيهن أيم

وانما بينا هذا لان بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله ينكرون فتح السواد عنوة وذكر الشافعي رحمه الله تعالى فى كتابه لا أدرى ماذا أقول فى سواد الكوفة ولكني أقول قولا بظن مقرون الى علم وهذا جهل وتناقض من قائله فان الظن ان يترجح أحد الجانبين من غير دليل فكيف يكون علما وفتح السواد عنوة وقهراً أشهر من أن يخفى على أحد حتى يحتاج الى هذا التكلف وربما يقول الشافعى رحمه الله أن عمر رضى الله عنه ملك الاراضى للمسلمين واسترقهم ثم تركهم ليعملوا في أراضى المسلمين وما جعل عليهم من الخراج والجزية بمنزلة

الضريبة كالمولى يساوى عبده الضريبة ويستعمله وربما يقول من عليهم برقابهم وتملك الاراضى ثم أجرها منهم والخراج الذي جعل عليهم أجرة وهذا بعيد فان جزيتهم أشهر من أن تخفى وقد كانوا يتبايعون ذلك فيما بينهم ويتوارثونه من ذلك الوقت الى يومنا هذا فعرفنا أن الصحيح ماقاله علماؤنا رحمهم الله تعالى انه من عليهم برقابهم وأرضهم وجعل عليهم الجزية فى رؤسهم والخراج فى أرضهم وانما فعل ذلك بعد ما شاور الصحابة رضى الله عنهم على ما روى أنه استشارهم مراراً ثم جمعهم فقال اما انى تلوت آية من كتاب الله تعالى واستغنيت بها عنكم ثم تلى قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى الى قوله تعالى للفقراء المهاجرين الى قوله تعالي والذين تبوّؤا الدار هكذا في قراءة عمر رضي الله عنه الى قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم ثم قال أري لمن بعدكم فى هذا الفيء نصيبا ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب فمن بها عليهم وجعل الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ليكون ذلك لهم ولمن يأتى بعدهم من المسلمين ولم يخالفه فى ذلك الا نفر يسير منهم بلال رضي الله عنه ولم يحمدوا على خلافه حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أي ماتوا جميعا وذكر عن عطاء رحمه الله تعالى قال كتب نجدة الى ابن عباس رضى الله عنهما يسأله هل للعبد في المغنم سهم وهل كانت النساء يحضرن الحرب مع رسول الله صلي الله عليه وسلم ومتى يجب للصبي سهم فى المغنم وعن سهم ذوى القربى فكتب ابن عباس رضى الله عنهما إنه لاحق للعبد فى المغنم ولكن يرضخ له الحديث وفي هذا بيان ان الاستفتاء بالكتاب كان معروفا فيهم فان نجدة كان حروريا وهم كانوا قوما يسألون سؤال التعمق فكان كثيرا مايكتب نجدة الى ابن عباس رضى الله عنهما حتى ربما كان يضجر ابن عباس رضى الله عنهما ويقول لايزال يأتينا باحموقة من خاطره ومع هذا كان يجيبه فيما كتب اليه وفيه بيان أنه لايسهم للعبد كما يسهم للحر وبه نأخذ فان العبد تبع للحر وليس من أهل أن يجاهد بنفسه حتى كان للمولى أن يمنعه وهو ممنوع من الخروج بغير اذنه ولايسوى بين الاصل والتبع في الاستحقاق ولكن يرضخ له اذا قاتل بحسب جرأته وغنائه وكفايته وكتب اليه ان النساء كن يخرجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يداوين الجرحى وكان يرضخ لهن وخروج النساء مع رسول الله عليه الصلاة والسلام مشهور فى الآثار ومنهن من كانت تقاتل معه على ماروى ان

أم سليم بنت ملحان قاتلت يوم حنين شادة على بطنها وكانت حاملا حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعنى الذين انهزموا وهي التى قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا نقاتل هؤلاء الفرارين كما قاتلنا المشركين فقال صلى الله عليه وسلم عافية الله أوسع لنا وأم أيمن كانت تخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فتداوي الجرحي وتقوم على المرضى وبعض العجائز كانت تخرج مع خالد بن الوليد رضى الله عنه للطبخ والخبز وسقي الماء وهذا دليل علي أنه لا بأس بخروج العجائز مع الجيش لهذه الاعمال ثم يرضخ لهن لانهن اتباع كالعبيد ولانهن عاجزات عن القتال بنية والعبيد يعجزون عن ذلك بمنع الموالى فاستويا فى المعنى فلهذا يرضخ للفريقين وكتب أنه لا حق للصبي في المغنم حتى يحلم وانما أراد السهم الكامل أنه لا يثبت اسمه فيمن يسهم له مالم يبلغ وبه نأخذ والاصل فيه حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال عرضت علي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردنى ثم عرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى ولكن يرضخ للصبي اذا قاتل فقد كان في الصبيان من يقاتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما روى أنه عرض عليه صبي فرده فقيل إنه رام فأجازه وعرض عليه صبيان فرد احدهما وأجاز لآخر فقال المردود أجزته ورددتني ولو صارعته لصرعته فقال صارعه فصارعه فصرعه فأجازهما والمراد الاجازة في المقاتلين ليرضخ لهما لا ليسهم فقد ثبت أنه لا يستحق السهم الا بعد البلوغ وذكر عن عمر رضى الله عنه انه قال لا حق للعبد فى المغنم والمراد السهم الكامل فأما الرضخ ثابت له اذا قاتل باذن سيده أو المراد الآبق الخارج بغير اذن مولاه وهذا لا حق له بل يؤدب على فعله وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بعد ماقدم المدينة وانما أورد هذا ليبين أن الامام لا يشتغل بالقسمة فى دار الحرب لانهم كانوا محتاجين فى ذلك الوقت ثم أخر القسمة حتى قدم المدينة فدل أنها لا تقسم فى دار الحرب والذى يرويه الشافعى رحمه الله تعالى أنه قسمها بالسَّير شعب من شعاب الصفراء والصفراء من بدر لا يكاد يصح بل المشهور أنه قسم بالمدينة حتى طلب منه عثمان رضى الله تعالى عنه أن يضرب له فيها بسهم ففعل قال وأجرى يارسول الله قال وأجرك وكان خلفه بالمدينة على ابنته رقية يمرضها فماتت قبل قدوم رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماقاله بعضهم قدم علينا زيد بن حارثة بشيراً بفتح بدر حين سوينا على رقية يعني التراب

على قبرها وسأله طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه أن يضرب له بسهم وكان غائبا بالشام فوافق قدومه قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فضرب له بسهم قال وأجري يارسول الله قال وأجرك وتكلموا في ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لهما بالسهم ولم يشهدا بدراً فذكر الواقدي رحمه الله تعالي أنه ضرب لثمانية نفر ممن لم يشهدوا بدراً بالسهم فقيل انما ضرب لعثمان رضى الله تعالى عنه لان تخلفه كان بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لمرض ابنته وكانت تحته وكان في ذلك فراغ قلب رسول الله صلى الله عليه وسلم والتحق هو بمن شهد بدراً ألا ترى أنه وعده الاجر وطلحة كان بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليتجسس خبر العير فكان مشغولا بعمل المسلمين فجعله كمن شهد بدراً وقيل بل كان أسهم لهما لانهما كالمدد أما طلحة فقد كان فى دار الحرب عازما على اللحوق بالمسلمين وعثمان رضي الله عنه وان كان بالمدينة فالمدينة انما كان لها حكم دار الاسلام فى ذلك الوقت حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع المسلمين فيها فأما بعد خروجهم فقد كانت الغلبة فيها لليهود والمنافقين وهو دليل لنا على أن المدد اذا لحق الجيش فى دار الحرب شركهم فى الغنيمة وان لم يشهد الوقعة وقيل انما أسهم لهما لان الامر في غنائم بدر كان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى من يشاء ويمنع من يشاء اما لانها أصيبت بمنعة السماء أو لانها كثرت المنازعة بينهم فيها على ما روى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال ساءت أخلاقنا يوم بدر فحرمنا ثم بين ذلك فقال كنا ثلاث فرق فرقة كانوا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفرقة جمعوا الغنائم وفرقة اتبعوا المنهزمين فجعلت كل فرقة تقول الغنيمة لنا فارتفعت أصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم ساكت فأنزل الله تعالى يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول فتبين أن الامر كان فى غنائم بدر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا أعطى من أعطى ممن لم يحضر وذكر عن محمد بن اسحاق والكلبي رحمهما الله تعالى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين بعد منصرفه من الطائف بالجعرانة وفي هذا دليل أنها لا تقسم في دار الحرب فانه أخر القسمة حتى انتهى الى الجعرانة وكانت حدود دار الاسلام فى ذلك الوقت لان فتح حنين كان بعد فتح مكة والجعرانة من نواحى مكة وقد روي ان الاعراب طالبوه بالقسمة وأحاطوا به يقولون أقسم بيننا ما أفاء الله تعالى علينا حتى ألجؤه الى سمرة وجذب بعضهم رداءه فتخرق فقال اتركوا لى ردائى فلو كانت هذه العضاه

ابلا وبقراً وغنما لقسمتها بينكم ثم لا تجدونني جبانا ولا بخيلا فمع كثرة مطالبتهم أخر القسمة حتى انتهى الى دار الاسلام فدل أنها لا تقسم فى دار الحرب ﴿ قال ﴾ واما خيبر فانه افتتح الارض وجرى فيها حكمه فكانت القسمة فيها بمنزلة القسمة فى المدينة وقسم الغنائم فيها قبل أن يخرج منها ففي هذا دليل أن الامام اذا افتتح بلدة وصيرها دار اسلام باجراء أحكام الاسلام فيها فانه يجوز له أن يقسم الغنائم فيها وقد طال مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد الفتح وأجرى أحكام الاسلام فيها فكانت من دار الاسلام القسمة فيها كالقسمة في غيرها من بقاع دار الاسلام ﴿قال﴾ وقسم غنائم بني المصطلق فى ديارهم وكان قد افتتحها يعنى صيرها دار الاسلام ودل على ذلك حديث مكحول قال ماقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم الا فى دار الاسلام وفى هذا دليل على أنها لاتقسم فى دار الحرب لان الافعال المتفقة فى الاوقات المختلفة لاتكون الا على صفة واحدة الا لداع يدعو اليها وليس ذلك الا لكراهة القسمة في دار الحرب وذكر عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الفارس سهمين والراجل سهما يوم بدر وانما كان يوم بدر مع المسلمين فرسان وسبعون بعيراً ففي هذا دليل أنه يسهم للفرس دون غيره من البهائم وهذا لأن الارهاب الذى يحصل بالخيل لايحصل بغيره قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وفيه دليل أنه يسهم للفرس سهم واحد وهو حجة لابى حنيفة رحمه الله تعالى فانهما يقولان للفرس سهمان وللرجل سهم واحد وقد ورد به بعض الآثار ولكن رجح أبو حنيفة رحمه الله تعالي حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى غنائم بدر قال السهم الواحد متيقن به لاتفاق الآثار وما زاد عليه مشكوك فيه لاشتباه الآثار فلا أعطينه الا المتيقن ولا أفضل بهيمة على آدمي وسنقرره فى موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى جعل القاعد للشاخص ما جعل من ذلك فى الكراع والسلاح فلا بأس به وما صنع ذلك فى متاع البيت فلا خير فيه وفيه دليل جواز التجاعل بخلاف ما يقوله بعض الناس ان من خرج للجهاد لا يحل له أن يجتعل من غيره واعتمدوا فيه ما روى ان رجلا استؤجر بدينارين للجهاد فلما جاء يطلب الغنيمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بكم استؤجرت قال بدينارين قال انما لك ديناران فى الدنيا والآخرة ولكنا نقول بهذا الحديث فنقول الاستئجار علي الجهاد لايجوز والتجاعل ليس

باستئجار ولكنه اعانة على السير وهو مندوب اليه وجهاد بالمال والنفس جميعاً قال الله تعالى وتجاهدون في سبيل الله بأموالكم وأنفسكم وقال جل وعلا ان الله اشتري من المؤمنين أنفسهم واحوال الناس متفاوتة فمنهم من يقدر على اقامة الفرض بهما ومنهم من يقدر على اقامة الجهاد بالنفس لصحة بدنه ويعجز عن الخروج لفقره والآخر يعجز عن الخروج والجهاد بالنفس لمرض أوآفة ويقدر علي الجهاد بالمال فيجهز بماله من يخرج فيجاهد بنفسه حتى يكون الخارج مجاهدا بالنفس والقاعد المعطى المال مجاهداً بالمال والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضاً ولهذا كره ابن عباس رضى الله عنهما لقابض المال أن يجعل ذلك في متاع بيته لان المعطى أمره بالجهاد به وذلك في استعداده له والانفاق في الطريق على نفسه وهو على وجهين عندنا ان قال هذا المال لك فاغزبه فله أن يصرفه الى مايشاء لانه ملكه المال ثم أشار عليه بان يصرفه الي الجهاد فان شاء قبل مشورته وان شاء لم يقبل وان قال اغز بهذا المال فليس له أن يصرفه الى متاع بيته ولكن يشتري به الكراع والسلاح وينفق على نفسه في طريق الجهاد وقد بينا نظيره في الحج وعن عمر رضى الله عنه أنه كان يغزى العزب عن ذي الحليلة ويعطى الغازى فرس القاعد وانه كان حسن التدبير والنظر للمسلمين فمن حسن نظره هذا ان ذا الحليلة قلبه مع أهله فلا يطيل المقام في الثغر والعزب لا يكون قلبه وراءه فيتمكن من اطالة المقام فلهذا كان يأمر العزب بالخروج ومنهم من يروى الاعزب وكان يعطى الغازى فرس القاعد ليكون صاحب الفرس مع زوجته يحفظها ويكون مجاهداً بفرسه والخارج يكون مجاهداً ببدنه ثم منهم من يقول انما كان يفعل ذلك بالتراضي فأما عند عدم الرضي ما كان يفعل ذلك بل كان يجهز الغازي من بيت المال ان لم يكن مال فان مال بيت المال معد لذلك والاصح أن نقول للامام أن يفعل ذلك عند الحاجة فان لم يكن في بيت المال مال ومست الحاجة الى تجهيز الجيش ليذبوا عن المسلمين فله أن يحكم على الناس بقدر ما يحتاج اليه لذلك لانه مأمور بالنظر للمسلمين و انلم يجهزالجيش للدفع ظهر المشركون على المسلمين فيأخذون المال والذراري والنفوس فمن حسن التدبير أن يتحكم على أرباب الاموال بقدر مايحتاج اليه لتجهيز الجيش ليأمنوا فيما سوي ذلك وهو المراد بما ذكر بعده عن جرير بن عبد الله ان معاوية رضى الله عنه ضرب بعثا على أهل الكوفة فرفع عن جرير وعن ولده وقال جرير رضى الله عنه لا نقبل ذلك ولكن نجعل أموالنا للغازى ومعنى ضرب البعث

التحكم عليهم في أموالهم بقدر الحاجة لتجهيز الجيش فكانه منّ على جرير وولده رضي الله عنهم بأن رفع ذلك عنهم فقد كان موقراً فيهم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوقره حتى قال جرير رضي الله عنه مانظر الىّ الا تبسم ولو في صلاته لكن لم يقبل جرير هذه المنة منه لعلمه أن في الجهاد بالمال معنى الثواب واستحقاق المؤمن التوقير بكونه مستبقا الى الخيرات والطاعات ولكن قال لا أعطي المال اليك بل أدفع بنفسي الى من أختاره من الغزاة ليتبين به أنه غير مجبر على مايعطي وبهذا يستدل من يقول من أصحابنا أن الافضل للمرء أن يشارك أهل محلته في اعطاء النائبة ولكنا نقول هذا كان في ذلك الوقت لانه اعانة على الطاعة فأما في زماننا انما يوجد أكثر النوائب بطريق الظلم ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فذلك خير له وان أراد الاعطاء فليعطه من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه وعن أداء المال لفقره حتي يستعين على دفع الظلم فينال المعطى الثواب بذلك وعن ابي مرزوق عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم انه افتتح قرية بالمغرب فخطب اصحابه فقال لا احدثكم الا بما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول يوم خيبر من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره ولايبتع المغنم حتى يقسم ولا يركب دابة من فئ المسلمين حتى اذا اعجفها ردها فيه ولايلبس ثوبا من فئ المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه ففيه دليل على ان صاحب الجيش عند الفتح ينبغي له ان يخطب ويعلم الناس في خطبته مايحتاجون اليه فى ذلك الوقت فقد فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة وعند فتح خيبر فما ذكر عنده فى فتح خيبر هذا الحديث وفيه دليل على انه لايحل وطء الحبالى من الفئ وبه نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سبايا اوطاس الالانوطأ الحبالى من الفئ حتى يضعن ولا الحيالي حتى يستبرئن بحيضة وفى وطء الحامل سقى مائه زرع غيره كما فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قوة سمع الجنين وبصره وشعره بماء الواطئ ففيه دليل انه ليس للغازي ان يبيع نصيبه قبل القسمة لان الملك لايثبت له الا بالقسمة وبيع مجرد الحق لا يجوز ولان نصيبه مجهول لا يدرى أين يقع وأي مقدار يكون وللامام رأي في بيع الغنائم وقسمة الثمن فانما يبيع ما هو مجهول جهالة متفاحشة وذلك باطل وفيه دليل على أنه لا يحل لبعضهم الانتفاع بدواب الغنيمة وثيابها قبل القسمة وقد سمى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ربا الغلول فى حديث آخر ونهى عنه ولكن هذا عند عدم

الحاجة فأما اذا تحققت الحاجة والضرورة فلا بأس بأن يفعل ذلك فى دار الحرب بغير ضمان وفى دار الاسلام يشترط ضمان النقصان لان عند الضرورة له أن يدفع الضرر عن نفسه بمال الغير بشرط الضمان مع أنه لاحق له فيه فلان يكون له ذلك فيماله فيه حق أولى وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلامن المشركين وقع فى الخندق فمات فأعطي المسلمون بجيفته مالا فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاهم وفيه دليل لأبى يوسف على أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى فى أنه لا يجوز للمسلم بيع الميتة من الحربى فى دار الحرب بمال فان مطلق النهى دليل فساد المنهى عنه ولكنهما يقولان انما يجوز ذلك للمسلم المستأمن فى دار الحرب وموضع الخندق كان من دار الاسلام فلهذا نهى عن ذلك وهذا ليس بقوى فانّ في دار الاسلام انما لايحل ذلك مع الحربى المستأمن فأما مع الحربي الذي لا أمان له يجوز فى دار الاسلام ودار الحرب لان ماله مباح فللمسلم أن يأخذه بأى وجه يقدر عليه ولكن الاصح أن نقول انما نهي عن ذلك لما عرف فيه من الكبت والغيظ للمشركين لا لان ذلك حرام أو لئلا يظن بالمسلمين أنهم يجاهدون لطلب المال بل لابتغاء مرضاة الله تعالى واعزاز الدين وعن الشعبي وزياد بن علاقة رحمهما الله تعالى أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه كتب الى سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه انى قد أمددتك بقوم من أهل الشام فمن أتاك منهم قبل أن تتفق القتلى فاشركه فى الغنيمة فيه بيان أن الامام اذا بعث جيشا ينبغي له أن يمدهم بقوم أخر ليزدادوا بهم قوة وان المدد اذا لحق الجيش بعد اصابة الغنيمة قبل الاحراز فانهم يشاركونهم فى المصاب كما هو مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى وان مراد عمر رضى الله عنه فى قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة اذا كانت الوقعة فى دار الاسلام ودار الحرب بمنزلة موضع واحد فمن حصل من المدد فى دار الحرب كان شاهداً للوقعة معنى وتكلموا فى معني قوله قبل أن تتفق القتلى قيل معناه قبل أن تتشقق القتلى بطول الزمان فجعل ذلك كناية عن الانصراف الي دار الاسلام وقيل معناه قبل أن يميز قتلى المسلمين من قتلى المشركين والتفقؤ عبارة عن هذا ومنه سمى الفقيه لانه يميز الصحيح من السقيم وقال الشاعر

تفقأ فوقه القلع السواري وجن الخاز بازبه جنونا

ومنهم من يروى تتفي القتلى القاف قبل الفاء ومعناه قبل ان تجعلوا القتلى على قفاكم بالانصراف

الى دار الاسلام وعن ابي قسيط قال بعث أبو بكر رضى الله عنه عكرمة بن أبي جهل في خمسمائة رجل مددالزياد بن لبيد البياضي والمهاجر بن أمية المخزومي الى اليمن فاتوهم حتى افتتحوا النجير فاشركهم في الغنيمة وبهذا يستدل من يجعل للمدد شركة وان لحقوا بالجيش في دار الاسلام لان بالفتح قد صارت تلك البقعة دار اسلام ولكنا نقول تاويله أنهم فتحوا ولم تجر احكام الاسلام فيهابعد وبمجرد الفتح قبل اجراء احكام الاسلام لاتصير داراسلام وعليه يحمل ايضاً ماروى ان اباهريرة رضى الله عنه التحق برسول الله صلى الله عليه وسلم بعد مافتح خيبر وكذلك جعفر مع أصحابه رضى الله عنهم قدموا من الحبشة بعد فتح خيبر حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاأدرى باي الأمرين انا اشد فرحابفتح خيبرأوبقدوم جعفر ولم يشركهم في الغنيمة لانهم انما ادركوا بعد تصير البقعة دار اسلام فلهذا لم يسهم لهم مع ان غنائم خيبر كانت عدة من الله تعالى لاهل الحديبية خاصة كما قال الله تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه وهما ما كانا من أهل الحديبية فلهذا لم يسهم لهما والدليل على أن للمدد شركة اذا لحقوا بالجيش فى دار الحرب ماروى أن أهل الكوفة غزوا نهاوند فأمدهم أهل البصرة بألفي فارس وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فأدركوهم بعد اصابة الغنيمة فطاب عمار رضي الله عنه الشركة وكان على الجيش رجل من عطارد فقال يا أجدع أتريد أن تشركنا في غنائمنا فقال عمار رضي الله عنه خير أذنيّ سببت وكان قد قطعت احدي أذنيه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزاة ثم رفع الى عمر رضى الله عنه فجعل لهم الشركة في الغنيمة فبهذه الآثار يأخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وعن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعان بيهود قينقاع على بنى قريظة ولم يعطهم من الغنيمة شيئاً وفى هذا دليل أنه لا بأس للمسلمين أن يستعينوا بأهل الذمة فى القتال مع المشركين وقد كره ذلك بعض الناس فقالوا فعل المشركين لايكون جهاداً فلا ينبغي أن يخلط بالجهاد ماليس بجهاد واستدلوا على ذلك بما روى أن رجلين من المشركين خرجامع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر فقال لايغز معنا الا من كان على ديننا فأسلما ولكنا نقول فى الاستعانة بهم زيادة كبت وغيظ لهم والاستعانة بهم كالاستعانة بالكلاب عليهم وانما قال رسول الله صلى عليه وسلم ذلك لعلمه ان الرجلين يسلمان اذ أبى ذلك عليهما ألا ترى أنه قال فى الحديث فأسلما وقيل كان يخاف الغدر منهما لضعف كان بالمسلمين يوم بدر كما قال الله

تعالى ولقد نصركم الله ببدر وأنتم أذلة واذا خاف الامام ذلك فلا ينبغي أن يستعين بهم وان
يمكنهم من الاختلاط بالمسلمين وهو تأويل ماذكر من حديث الضحاك رضي الله عنه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم أحد فاذا كتيبة حسناء أو قال خشناء فقال من
هؤلاء قالوا يهود كذا وكذا فقال لانستعين بالكفار أو تأويله أنهم كانوا متعززين في
أنفسهم لا يقاتلون تحت راية المسلمين وعندنا انما يستعين بهم اذا كانوا يقاتلون تحت راية
المسلمين فأما اذا انفردوا براية أنفسهم فلا يستعان بهم وهو تأويل ماروي عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال لاتستضيئوا بنار المشركين وقال صلى الله عليه وسلم أنا بريء من كل
مسلم مع مشرك يعني اذا كان المسلم تحت راية المشركين وعن الحكم أن أبا بكر رضي الله
عنهما كتب اليه في أسيرين من الروم أن لا تفادوهما وان أعطيتم بهما مدين من الذهب
ولكن اقتلوهما أو يسلما ففيه دليل أنه لايجوز مفاداة الاسير بالمال كما هو المذهب عندنا
بخلاف مايقوله الشافعي رحمه الله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم فادى الأسري
يوم بدر وكان الفداء أربعة آلاف الا انه انتسخ ذلك بنزول قوله تعالى ما كان لنبي أن
يكون له أسرى الى قوله لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم وقد كان
أبو بكر رضي الله عنه قد أشار عليه بالفداء وعمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل فمال رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى رأى أبي بكر رضي الله عنه لحاجة الصحابة رضي الله عنهم الى
المال في ذلك الوقت واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لو نزل من السماء
عذاب مانجي من ذلك الامر فلهذا بالغ أبو بكر رضي عنه في النهي عن المفاداة بقوله ولو
أعطيتم بهما مدين من ذهب ففيه دليل على أن الأسير يقتل انلم يسلم وممن قتله رسول
الله صلى الله عليه وسلم من أسارى بدر عقبة بن أبي معيط قال صلى الله عليه وسلم لعلي
رضي الله عنه قدمه واضرب عنقه وأوف بنذر نبيك ومنّ رسول الله صلى الله عليه
وسلم على أبي عزة يوم بدر بشرط أن لايمين عليه وكان شاعراً فوقع أسيراً يوم أحد
وأمر بقتله وكان طلب أن يمن عليه فقال صلى الله عليه وسلم لاتحدث العرب أني خدعت
محمداً مرتين ثم ذكر عن الحسن وعطاء رحمهما الله تعالى قال لايقتل الاسير ولكن يفادى
أو يمن عليه وكانهما اعتمدا ظاهر قوله تعالى فاما منّاً بعد واما فداء ولسنا نأخذ بقولهما فان
حكم المن والمفاداة بالمال قد انتسخ بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم لأن سورة

براءة من آخر ما نزل وذكر في بعض النوادر عن محمد رحمه الله تعالى قال كان ذلك في عبدة الاوثان من العرب لانه لا يجوز استرقاقهم فلم يكن في المن والمفاداة ابطال حق المسلمين عما ثبت حقهم فيه ولكن هذا ضعيف والصحيح ما بينا أن حكم المن والمفاداة قد انتسخ ولا يجوز للامام أن يفعل ذلك الا اذا عرف للمسلمين فيه منفعة عامة كما روى أن ثمامة بن اثال الحنفي سيد أهل اليمامة أسره أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم وربطوه بسارية المسجد فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما وراءك يا ثمامة فقال ان عاقبت عاقبت ذا ذنب وان مننت مننت على شاكر وان أردت المال فعندي من المال ما شئت فمن عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بشرط أن يقطع الميرة عن أهل مكة ففعل ذلك حتى قحطوا وعن عبد الله بن أبي أوفي رضى الله عنه قال لم يخمس طعام خيبر وكان قليلا فكان أحدنا اذا احتاج الى شئ أخذ قدر حاجته وفى هذا دليل أنه يباح لكل واحد من الغانمين أن يتناول من الطعام والعلف بقدر حاجته وقد رواه ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يخمس الغنيمة الا الطعام والعلف فكان يأخذ من ذلك بقدر حاجته وكتب صاحب جيش عمر رضى الله عنه بالشام اليه انا افتتحنا أرضا كثيرة الطعام فكرهت أن أمضى في ذلك شيئاً الا بأمرك فكتب اليه دع الناس ليصيبوا من ذلك بقدر حاجتهم بشرط أن لا يبيعوا فمن باع شيئاً من ذلك فقد وجب فيه خمس الله تعالى ورسوله وبهذه الآثار نأخذ لتساهل في أمر الطعام بالناس وللعلم بتجدد الحاجة اليه فى كل وقت وعجزهم عن الحمل من دار الاسلام مايحتاجون اليه للذهاب والرجوع اذا أمعنوا فى دار الحرب فقد روى عن عبد الله بن المغفل قال دلى على جراب من شحم من بعض حصون خيبر فاحتضنته وقلت فى نفسى لا أعطى أحداً منه شيئاً فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر الىّ ويتبسم ولم ينكر عليه ذلك لعلمه بحاجته وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون يد على من سواهم تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم والمراد باليد النصرة يعني النصرة للمسلمين على من سواهم كما قال الله تعالى وكان حقا علينا نصر المؤمنين وفى قوله تتكافأ دماؤهم دليل لنا على المساواة بين العبيد والاحرار في حكم القصاص ولا معنى لاستدلال الشافعى رحمه الله تعالى بهذا اللفظ أنه لايقتل مسلم بكافر لان فيه اثبات التساوي في دماء المسلمين

لانفي المساواة بين دمائهم ودماء غيرهم بل ذلك مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة وبقوله يسعى بذمتهم ادناهم يستدل محمد رحمه الله تعالى على صحة أمان العبد فان أدنى المسلمين العبيد ولكنا نقول معناه يسعى بذمتهم أقربهم الى دار الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لامن الدناءة قال الله تعالى فكان قاب قوسين أو أدنى وقيل معناه أقلهم في القرب ويكون ذلك من القلة كما في قوله تعالى ولا أدنى من ذلك ولا أكثر فيكون ذلك دليلا على صحة أمان الواحد أو المراد به الفاسق لانه لايظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أن ينسب العبد الورع الي الدناءة وقيل المراد بالذمة عقد الذمة دون الامان وذلك صحيح من العبد عندنا وعن أبي عمير مولى آبي اللحم قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقسم غنائم حنين فقال لى تقلد هذا السيف فتقلدته فجررته على الارض فأعطاني من حربي المتاع ومنهم من يروي مولى أبي اللحم والأشهر هو الاول لان مولاه كان يأبى اللحم فسمى بآبي اللحم وفي الحديث اشارة الى صغره لان جر السيف على الارض لصغره وقيل لا بل فعل ذلك على طريق الخيلاء كما يفعله المبارز بين الصفين وفائدة الحديث أن من قاتل ممن لايستحق السهم لصغر أو رق فانه يرضخ له لانه أعطاه من حربي المتاع يعني الشفق منه على سبيل الرضخ وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم في المحرم لمستهل الشهر وأقام عليها أربعين يوما وفتحها يعني الطائف في صفر وفي هذا دليل على انه لابأس بالقتال في الشهر الحرام فان المحاصرة من القتال وقد روى أنه نصب المنجنيق على الطائف ففعله بيان أن ما كان من حرمة القتال في الاشهر الحرم قد انتسخ وكان الكلبي رحمه الله يقول ذلك ليس بمنسوخ ولسنا نأخذ بقوله في ذلك بل بما روي عن مجاهد رحمه الله قال النهى عن القتال في الاشهر الحرم منسوخ نسخه قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقد بينا أن سورة براءة من آخر مانزل فانتسخ به ما كان من الحكم في قوله تعالى يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه الآية ﴿فان قيل﴾ كيف يستقيم دعوي النسخ بهذه الآية وقد قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الآية ﴿قلنا﴾ المراد به مضى مدة الامان الذى كان لهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم بأمر الله تعالى كما قال فسيحوا في الارض أربعة أشهر ووافق مضى ذلك انسلاخ الاشهر الحرم والدليل على نسخ حرمة القتال في الاشهر الحرم قوله تعالى منها أربعة حرم الى قوله فلا تظلموا فيهن أنفسكم وقاتلوا المشركين كافة

كما يقاتلونكم كافة قيل معناه لا تظلموا فيهن أنفسكم بالامتناع من قتال المشركين ليجترؤا عليكم بل قاتلوهم كافة لتنكسر شوكتهم وتكون النصرة لكم عليهم وفيما ذكر من الاخبار في الاصل عن الزبير رضى الله عنه ممن شهد المشاهد قال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بني قريظة فقال من كانت له عانة فاقتلوه ومن لم تكن له عانة خلوا عنه فكنت ممن لا عانة له نخلي عني قات وما من أحد الا وله عانة فالعانة في اللغة الموضع الذي ينبت عليه الشعر ولكن المراد من نبت الشعر على ذلك الموضع منه وجعل اسم الموضع كناية عنه وبه يستدل مالك رحمه الله تعالى فانه يجعل نبات الشعر دليل البلوغ ولسنا نقول به لاختلاف أحوال الناس فيه فنبات الشعر في الهنود يسرع وفي الاتراك يبطئ وتأويل الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف من طريق الوحى أن نبات الشعر فى أولئك القوم يكون عند البلوغ أو أراد تنفيذ حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه فانه كان من حكمه بأن يقتل منهم من جرت عليه الموسى لعلمه أنه كان من المقاتلة فيهم وذكر عن محمد بن اسحاق والكلبي رحمهما الله ان سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كان مع سهم عاصم بن عدى وفيه دليل على أن الامام ينبغي له أن يقسم الغنيمة على العرفاء أولا ثم يقسم كل عريف على من تحت رايته ليكون ذلك أسهل وفيه دليل على تواضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لم يجعل باسم نفسه سهما ولكن جعل نفسه تحت راية غيره وروى أن أول السهام خرج يومئذ سهم عاصم بن عدي لكون سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم وذكر عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والله مايصلح الى من فيئهم ولا مثل هذه الوبرة أخذها من سنام بعيره الا الخمس والخمس مردود فيكم فأدوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على أهله يوم القيامة فجاء رجل من الانصار بكبة من خيوط شعر فقال أخذت هذه لأخيط بها بردعة بعير لى فقال صلي الله عليه وسلم أما نصيبي فهو لك فقال أما اذا بلغت هذا فلا حاجة لى بها وفيه دليل حرمة الغلول وان ذلك فى القليل والكثير ويستدل الشافعي رحمه الله تعالى بالحديث فى جواز هبة المشاع فقد وهب رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه من الرجل وكان مشاعا ولكنا نقول مقصود رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذا المبالغة فى المنع من الغلول يعنى انك تطلب مني أن أجعل لك هذه الكبة ولا ولاية

لى الا على نصيبي منها فقد جعلت نصيبي منها لك ان جاز ليبين به أنه ليس للامام ولاية ابطال حق الغانمين وتخصيص أحدهم بشئ منه مع أن الكبة من الشعر لاتحتمل القسمة بين الجند لكثرتهم فانه لايصيب كل واحد منهم شيئاً منتفعا به اذا قسمت وعندنا هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة يجوز وعن أبي المليح بن أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع كل ربا كان فى الجاهلية موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس ابن عبد المطلب زاد في رواية وكل دم كان فى الجاهلية موضوع وأول دم يوضع دم ربيعة ابن الحارث وان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم يوم بدر رجع الى مكة باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يربى بمكة قبل نزول التحريم وبعد نزوله لان حكم الربا لايجرى بين المسلم والحربى فى دار الحرب وقد كانت مكة يومئذ دار حرب ثم بين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه موضوع لاخصومة فيه بعد الفتح وقيل مراده أنه لامطالبة له بما بقى منه بعد الفتح قال الله تعالى وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين وانما بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بربا العباس رضى الله عنه فيما أخبر أنه موضوع ليبين أن فعله ليس على نهج الملوك فالملوك فى الاوامر يبدؤن بالأجانب وبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعمه ليبين للناس أن القريب والبعيد عنده فى حكم الشرع سواء وذكر عن حبيب بن سلمة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفل فى البداءة الربع وفى الرجعة الثلث وفيه دليل على جواز التنفيل للتحريض على القتال كما أمر الله تعالى به رسوله صلى الله عليه وسلم بقوله ياأيها النبي حرض المؤمنين على القتال وبظاهره يستدل الاوزاعى رحمه الله تعالى فى جواز التنفيل بعد الاصابة فان التنفيل في الرجعة يكون بعد الاصابة ولكنا نقول المراد أنه كان ينفل السرية الاولى الربع والسرية الثانية الثلث قبل الاصابة لا بعدها وهذا لان التنفيل للتحريض والجيش في أول دخولهم ينشطون في القتال ما لا ينشطون بعد تطاول المدة ولهذا قال نفل السرية الاولى وزاد في نفل السرية الثانية ولان السرية الثانية يحتاجون الي أن يمعنوا في الطلب فلهذا زاد في النفل لهم وذكر عن الزهرى رحمه الله تعالى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقر الخيل فى أرض العدو وهو دليلنا على مالك رحمه الله تعالى فانه يجوز العقر فيما يقوم عليه من الدواب من الغنيمة كانت أو من غيرها لحديث جعفر الطيار رضي الله عنه فانه لما استقتل يوم مؤتة وعلم أنه لاينجو منهم عقر فرسه

وتقدم في نحر العدو حتي قتل ولكنا نقول في المقر مثلة ونهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وامل فعل جعفر رضى الله عنه كان قبل النهي فانتسخ به وعن الضحاك رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية قال لاتقتلوا وليداً ولاالنساء ولا الشيخ الكبير وقد بينا حرمة قتل النساء والصبيان منهم لانهم لايقاتلون وكذلك الشيخ الكبير الذى أمن من قتاله بنفسه ورأيه ولايرجي له نسل أما اذا كان له رأى يقتل ألا ترى ان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وكان ابن مائة وستين سنة وقد ذهب بصره ولكنهم احضروه ليستعينوا برأيه وأشار اليهم بأن يرفعوا الثقل الى عليا بلادهم ويلقوا المسلمين على متون الخيل بسيوفهم فخالفوه فى ذلك وفيه يقول

أمرتهم أمري بمنعرج اللوي   فلم يستبينوا الرشد الا ضحي الغد

وانما قتله رسول الله صلى الله عليه وسلم لرأيه فى الحرب وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تدخل المصاحف أرض العدو والمشهور فيه ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم قال لاتسافروا بالقرآن الى أرض العدو وانما نهى عن ذلك مخافة ان تناله أيدى العدو ويستخفوا به فعلي هذا النهى فى سرية ليست لهم منعة قوية فاما اذا كانوا جنداً عظيما كالصائفة فلا بأس بأن يتبرك الرجل منهم بحمل المصحف مع نفسه ليقرأ فيه لانهم يأمنون من ذلك لقوتهم وشوكتهم ﴿فان قيل﴾ أهل الشرك وان كانوا يزعمون ان القرآن ليس بكلام الله تعالى فيقرون أنه كلام حكيم فصيح فكيف يستخفون به ﴿قلنا﴾ انما يفعلون ذلك مغايظة للمسلمين وقد ظهر ذلك من فعل القرامطة في الموضع الذى أظهروا فيه اعتقادهم على ذكره ابن رزام فى كتابه أنهم كانوا يستنجون بالمصاحف وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى في مشكل الآثار ان هذا النهى كان فى ذلك الوقت لانه يخاف فوت شئ من القرآن من أيدى المسلمين فأما فى زماننا فقد كثرت المصاحف وكثر الحافظون للقرآن عن ظهر القلب فلا بأس بحمل المصحف الى أرض العدو لانه لايخاف فوت شئ من القرآن وان وقع بعض المصاحف فى أيديهم وذكر عن يزيد ابن هرمز قال انا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما الى نجدة كتبت الى تسألني عن قتل الولدان وان عالم موسى قتل وليدا وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل الولدان ولو كنت تعلم فى الولدان ما كان يعلم عالم موسى كان ذلك وقد بينا ان نجدة كان

يسأل ابن عباس رضي الله عنهما سؤال التعمق حتى سأله يوما لما ذا طلب سليمان عليه السلام الهدهد قال ليخبره بالماء فانه يبصر الماء تحت الارض وان كان الى مائة ذراع فقال إنه لا يبصر الفخ تحت التراب فكيف يبصر الماء تحت الارض فقال ابن عباس رضى الله عنهما اذا جاء القضا عمى البصر ومما سأله هذا لذى رواه وجوابه ما قال ابن عباس رضي الله عنهما أن عالم موسى كان يعلم من ذلك الغلام ما أظهره لموسى عليه السلام حين استعظم ذلك فخشينا أن يرهقهما طغيانا وكفراً وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أن ذلك الغلام الذى قتله عالم موسى كان بالغا فقد كان عاقلا مميزاً والبلوغ فى ذلك الوقت كان بالعقل ثم ذكر فى الحديث وكتبت تسألني عن اليتيم متى يخرج من اليتم فاذا احتلم يخرج من اليتم ويضرب له بسهم وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم والذى روى أن الكفار كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبي طالب بعد المبعث قد كانوا يقصدون الاستخفاف به لا انه فى الحال يتيم قيل هذا لطف من الله لنبيه صلى الله عليه وسلم فانهم كانوا يشتمون يتيما وهو لم يكن يتيما ولا تتناوله تلك الشتمة كما روي انهم كانوا يسمونه مذمما ويشتمون مذمما وهو كان محمداً صلى الله عليه وسلم فلا تتناوله تلك الشتمة فهذا مثله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب معاملة الجيش مع الكفار

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا غزا الجيش أرضا لم تبلغهم الدعوة لا يحل لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الاسلام ليعرفوا انهم على ماذا يقاتلون وهو معنى حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ماغزا رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم الى الاسلام ولو قاتلوهم بغير دعوة كانوا آثمين في ذلك ولكنهم لايضمنون شيئاً مما اتلفوا من الدماء والاموال عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم يضمنون ذلك لبقاء صفة الحقن والعصمة الا أن يوجد الاباء منهم ولا يتحقق ذلك الا أن تبلغهم الدعوة ولكنا نقول العصمة المقومة تكون بالاحراز وذلك لم يوجد فى حقهم ولئن كانت العصمة بالدين كما يدعيه الخصم فهو غير موجود فى حقهم أيضاً والقتل اما أن يكون للمحاربة كما يقوله علماؤنا رحمهم الله تعالى أو للشرك كما يقوله الخصم وذلك موجود في حقهم ولكن شرط الاباحة تقديم الدعوة فبدونه لايثبت

ومجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في النساء والولدان منهم وكما نهي عن قتل من بلغته الدعوة منهم بطريق المثلة ثم لا يكون موجبا للضمان عليه على من فعله وان كانوا قد بلغتهم الدعوة فان هم دعوهم فحسن لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذا في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم فان أبوا فلا تقاتلوهم حتي يبدؤكم فان بدؤكم فلا تقاتلوهم حتي يقتلوا منكم قتيلا ثم أروهم ذلك القتيل وقولوا لهم هل الى خير من هذا سبيل فلأن يهدي الله تعالى على يديك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت وقد بينا ان المبالغة في الانذار قد تنفع وان تركوا ذلك فحسن أيضاً لأنهم ربما لا يقوون عليهم اذا قدموا الانذار والدعاء ولا بأس ان يغيروا عليهم ليلا أو نهاراً بغير دعوة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اغار علي بني المصطلق وهم غارون غافلون ونعمهم على الماء يسقى وعهد الى اسامة بن زيد رضى الله عنه ان يغيروا على أبنا صباحا ثم يحرق وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد ان يغير على قوم صبحهم واستمع النداء فان لم يسمع اغار عليهم حتي روى أنه صبح أهل خيبر وقد خرج العمال ومعهم المساحي والمكاتل فلما رأوهم ولوا منهزمين يقولون محمد والخميس والخميس الجيش وقد كانوا وجدوا في التوراة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزوهم يوم الخميس ويظفر عليهم وكان ذلك اليوم يوم الخميس فلما قالوا ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين ولا بأس بأن يحرقوا حصونهم ويغرقوها ويخربوا البنيان ويقطعوا الاشجار وكان الاوزاعى رحمه الله تعالى يكره ذلك كله لحديث أبي بكر رضى الله عنه فى وصية يزيد ابن أبي سفيان رضى الله عنه لا تقطعوا شجراً ولا تخربوا ولا تفسدوا ضرعا ولقوله تعالي واذا تولى سعى فى الارض ليفسد فيها الآية وتأويل هذا ماذكره محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير ان أبا بكر رضى الله عنه كان أخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن الشام تفتح له على ماروى أنه قال يوما انكم ستظهرون على كنوز كسرى وقيصر فقد أشار أبو بكر رضى الله عنه الى ذلك فى وصيته حيث قال فان الله ناصركم عليهم وممكن لكم أن تتخذوا فيها مساجد فلا يعلم الله منكم انكم تأتونها تلهيا فلما علم ان ذلك كله ميراث للمسلمين كره القطع والتخريب لهذا ثم الدليل على جوازه ماذكره الزهرى رحمه الله تعالى ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بقطع نخيل بني النضير فشق ذلك عليهم حتى نادوه ما كنت ترضي

بالفساد يا أبا القاسم فما بال النخيل تقطع فانزل الله تعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على اصولها الآية واللينة النخلة الكريمة فيما ذكره المفسرون وأمر بقطع النخيل بخيبر حتى أتاه عمر رضى الله عنه فقال أليس ان الله تعالى وعدك خيبر فقال نعم فقال اذا تقطع نخيلك ونخيل أصحابك فأمر بالكف عن ذلك ولما حاصر ثقيفا أمر بقطع النخيل والكروم حتى شق ذلك عليهم وجعلوا يقولون الحبلة لا تحمل الا بعد عشرين سنة فلا عيش بعد هذا ففي هذا بيان أنهم يذلون بذلك وان فيه كبتا وغيظا لهم وقد أمرنا بذلك قال الله تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار ولما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم من أوطاس يريد الطائف بدا له قصر عوف بن مالك النضرى فأمر بأن يحرق وفيه يقول حسان بن ثابت رضى الله عنه

وهان على سراة بنى لؤى ... حريق بالبويرة مستطير

فهذه الآثار تدل على جواز ذلك كله وكان الحسن بن زياد رحمه الله تعالى يقول هذا اذا علم أنه ليس فى ذلك الحصن أسير مسلم فأما اذا لم يعلم ذلك فلا يحل التحريق والتغريق لان التحرز عن قتل المسلم فرض وتحريق حصونهم مباح والاخذ بما هو الفرض أولى ولكنا نقول لو منعناهم من ذلك يتعذر عليهم قتال المشركين والظهور عليهم والحصون قل ما تخلو عن أسير وكما لا يحل قتل الاسير لا يحل قتل النساء والولدان ثم لا يمتنع تحريق حصونهم بكون النساء والولدان فيها فكذلك لا يمتنع ذلك بكون الاسير فيها ولكنهم يقصدون المشركين بذلك لانهم لو قدروا على التمييز فعلا لزمهم ذلك فكذلك اذا قدروا على التمييز بالنية يلزمهم ذلك ولا تقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها الى دار الاسلام ويحرزوها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا بأس بقسمتها فى دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين وهو بناء على أن الملك عنده يثبت بنفس الاصابة لانه مال مباح فيملك بنفس الاخذ ويجوز قسمته في ذلك الموضع كالصيد وهذا لان سبب الملك الاخذ وذلك محسوس يتم بنفسه وقيام منازعة المشركين لكون الغزاة فى دارهم لا يمنع تقرر ملكهم لقيام منازعتهم فى ثياب الغزاة ودوابهم فانهم لو تمكنوا من الكر عليهم أخذوا جميع ذلك وهذا لان توهم الكرة عليهم سبب يعارض الاستيلاء بالنقض والامن عما ينقض سبب الملك ليس بشرط لوقوع الملك كالملك بالبيع والهبة ألا ترى أنه لو كان القتال في دار الاسلام أو صير الامام البقعة دار اسلام يجوز له أن يقسم فيها وهذا التوهم باق ولانهم ان كروا

فالمسلمون واثقون بجميل وعد الله تعالى الله في نصرة أوليائه ينصرهم في المرة الثانية كما نصرهم فى المرة الاولى فأما عندنا الحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد الاحراز ويتمكن بالقسمة كحق الشفيع يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف فى المبيع قبل القبض وبيان هذا الاصل أن السبب لا يتم قبل الاحراز لان السبب هو القهر وقبل الاحراز هم قاهرون يداً مقهورون دارا والثابت من وجه دون وجه يكون ضعيفا وهذا لأن البقعة انما تنسب الينا أو اليهم باعتبار القوة والشوكة ولما بقيت هذه البقعة منسوبة اليهم عرفنا أن القوة فيها لهم والدليل عليه أنه يحل للامام أن يرجع الى دار الاسلام ويترك هذه البقعة في أيديهم وانما حل ذلك لعجزه عن المقام في هذا الموضع فعرفنا أنا نحسن العبارة فى قولنا أنه هزم المشركين وفى الحقيقة هو المنهزم منهم حين ترك هذا الموضع في أيديهم والدليل عليه أن بالأخذ يملك الاراضي كما يملك الاموال ثم لا يتأكد الحق فى الارض التى نزلوا فيها اذا لم يصيرها دار الاسلام فكذلك فى الاموال والقصد الى التملك وجد فى الكل فانه مادخل دار الحرب الا قاصداً لملك الاراضى والاموال عليهم بحسب الامكان ولسنا نسلم أن سبب الملك نفس الأخذ بل هو قهر يحصل به اعلاء كلمة الله تعالى ولهذا كان المصاب غنيمة يخمس وهذا القهر لا يتم بنفس الاخذ ولا بقهر الملاك بل بقهر جميع أهل دار الحرب وذلك بالاحراز ليكون حينئذ جميع دارهم مقابلا بجميع دارنا فأما قبل الاحراز يقابل جميع دارهم بالجيش وليس بهم قوة المقاومة مع جميع أهل الحرب وبه فارق المراغم اذا أحرز نفسه بمنعة أهل الجيش فانه يعتق لان حاجته الى قهر مولاه فقط وذلك يتم بالجيش ألا ترى أنه لا يجب الخمس فى رقبته واذا كان القتال فى دار الاسلام فبنفس الاخذ يصير المال محرزاً بالدار فيتم القهر واذا صير البقعة دار اسلام فقد تم الاحراز بالدار ألا ترى أنه وان لم يؤخذ المال يتأكد حقهم فيها وان الحق يتأكد فى الاراضي أيضا وبه فارق الصيد فسبب الملك هناك الأخذ وهو القهر على الممتنع في نفسه وهنا الامتناع في المال بل فيمن يقاتل دونه وذلك جميع أهل الحرب ولا يتم قهر جميعهم الا بالاحراز حكما نقول فان قسمها جاز لانه أمضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد في المجتهدات نافذ وبيان هذا أن الاختلاف فى سبب القسمة وهو الملك أنه هل يتم بنفس الاخذ أم لا فاذا نفذ باجتهاده كان صحيحا كما اذا قضي بشهادة الاعمي أو المحدود فى قذف

وقيل من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقل به رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكثر العدو على بعضهم وهذا أمر وراءما يتم به القسمة فلا يمتنع جوازها وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال اذا لم يجد الامام حمولة لها يحمله عليها فليقسمها في دار الحرب هكذا ذكر في بعض روايات هذا الكتاب ووجهه أن هذه حالة ضرورة لانه لولم يقسمها يحتاج الى تركها فيبطل حق الغانمين فيها فكان تقرير حقهم بالقسمة أنفع وان كان فيه قطع شركة المدد وكما لا يقسمها لا يبيعها في دار الحرب لان البيع ينبني على تأكد الحق بالاحراز ولان البيع تصرف كالقسمة ألا ترى أن في البيع قبل القبض يسوى بين البيع والقسمة واذا كان في الغنيمة طعام أو علف فاحتاج اليه رجل تناول بقدر حاجته وقوله فاحتاج مذكور على وجه العادة دون الشرط فللمحتاج وغير المحتاج ان يتناول من ذلك لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ان المسلمين أصابوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزو طعاما وعسلا فلم يخمس ذلك وكان الرجل منهم يصيب من ذلك بقدر حاجته وان المسلمين لما ظهروا على كسرى ظفروا بمطبخه وكان قد أركت القدور وظن بعض الأعراب ان ذلك طيب فهموا ان يصبغوا به لحاهم فقيل أنه ما كول فوقعوا في ذلك حتى اتخموا وان غلاما لسلمان رضى الله عنه أتاه بسلة يوم القادسية فقال افتحها فان كان فيها طعام أصبنا منه وان كان فيها مال رددناه على هؤلاء فاذا فيها خبز وجبن وسكين فجعل يأكل من ذلك ويقطع لاصحابه من الجبن ويصف لهم كيف يتخذ الجبن فدل أنه كان معروفا بينهم الرخصة في الطعام والعلف نظير الطعام لانه محتاج اليه لظهره كما يحتاج الى القوت لنفسه وهذا لانهم لا يمكنهم أن يستصحبوا من الطعام والعلف مقدار حاجتهم للذهاب والرجوع ولا يجدون في دار الحرب من يشترون منه وما يأخذون يكون غنيمة فللعلم بوقوع الحاجة اليه يصير مستثنى من شركة الغنيمة ويبقى على أصل الاباحة ولهذا حل للمحتاج وغير المحتاج مالم يخرجوا الى دار الاسلام فاذا خرجوا فقد ارتفعت الضرورة لانهم يجدون في دار الاسلام الطعام والعلف بالشراء فيثبت حكم الغنيمة فيما كان باقيا منها وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة اذا احتاج اليه للقتال ثم يرده اذا استغنى عنه ويكره من غير حاجة لان المستثنى من شركة الغنيمة الطعام والعلف للعلم بتجدد الحاجة اليهما في كل وقت وذلك لا يوجد

في السلاح وكل واحد منهم يتمكن من أن يستصحب السلاح من دار الاسلام فلا يصير هذا مستثنى من الشركة ونفي المبيح تحقق الحاجة فاذا لم يوجد ذلك يكره الاستعمال واذا وجد فلا بأس به لان عند الضرورة يجوز له ان ينتفع بملك الغير مما لا حق له فيه فماله فيه حق أولى وهذا لان المبارز قد يبتلى بهذا بان يسقط سيفه من يده فيعالج قرنه ليأخذ منه سيفه فاذا أخذه صار غنيمة له فلو لم يجزله أن يضربه أدى الى الضرر والحرج والى نحوه أشار قال أرأيت لو رماه العدو بنشابة فرماهم بها أو انتزع سيفا من بعضهم فضربه أكان يكره ذلك هذا ونحوه لا بأس به فأما المتاع والثياب والدواب فيكره الانتفاع بها قبل القسمة لما روينا من النهي قبل هذا ولان حقهم ثبت فيها وان لم يتأكد قبل الاحراز فلا يكون لبعضهم ان يختص بالانتفاع بشئ منها قبل القسمة اعتباراً للمنفعة بالعين فان احتاجوا الى ذلك قسمها الامام بينهم في دار الحرب لتحقق الحاجة وهذا لان مراعاة حقهم عند حاجتهم أولى من مراعاة حق المدد ولا يدرى أيلحق بهم المدد أم لا يلحق وان لم يحتاجوا الى ذلك كرهت القسمة في دار الحرب وهذا اللفظ دليل على أن الخلاف في كراهة القسمة لا في الجواز ﴿قال﴾ ألا ترى أن جيشا آخر لو دخلوا دار الحرب شركوهم في تلك الغنيمة وهذا عندنا فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى لا شركة للمدد اذا لحق الجيش بعد الاصابة بناء على أصله أن السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ وما قبل الاحراز بدار الاسلام وبعده سواء وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز فاذا شارك المدد للجيش في الاحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في تأكد الحق به كما اذا التحقوا بهم في حالة القتال بعد ما أخذوا بعض الاموال وهذا لان اجتماع المحاربين في دار الحرب للمحاربة سبب الشركة في المصاب بدليل ان الرد‌ء يستوى بالمباشر للقتال وقد سأل عليّ رضى الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أرأيت الرجل يكون حامية لقوم وآخر لا يقدر على حمل السلاح أيشتركان في الغنيمة فقال صلى الله عليه وسلم انما تنصرون وترزقون بضعفائكم ولان دخول دار الحرب سبب لقهر المشركين قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما غزى قوم في عقر دارهم الاذلوا ولهذا جعل الله تعالى الواطئ موطئ العدو بمنزلة النيل في الثواب قال الله تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا الآية فكذلك في الشركة في المصاب يجعل الواطئ موطئ العدو على قصد الحرب بمنزلة النيل

منهم لما فيه من الكبت والغيظ لهم ولا يدخل على شيء مما ذكرنا التجار وأهل سوق العسكر والاسير المنقلب منهم والذي أسلم في دار الحرب اذا التحق بالجيش لان قصد هؤلاء ليس هو الحرب بل قصد بعضهم التجارة وقصد بعضهم التخلص فلا يستحقون الشركة الا أن يقاتلوا فيظهر حينئذ بفعلهم أن قصدهم هو القتال وان احتاج رجل من المسلمين الى شيء من المتاع حاجة يخاف على نفسه منها فلا بأس باستعمالها قبل القسمة كما يجوز تناول ملك الغير عند الحاجة الا أن ذلك بشرط الضمان لثبوت الملك للمأخوذ منه وهذا بغير ضمان لعدم تأكد الحق قبل الاحراز ألا ترى أنه لو أتلف شيئا من المال قبل الاحراز لم يكن ضامنا لما أتلف ولا يقسم السبي بينهم وان احتاج الناس اليه مالم يخرجوهم الى دار الاسلام ولا يبيعهم كما لا يفعل في شيء من سائر الأموال وهذا لعدم تأكد الحق فيهم قبل الاحراز ولكن يمشيهم حتى يحرزهم بدار الاسلام ان أطاقوا المشي فان لم يطيقوه وكان معهم فضل حمولة من الغنيمة حملهم عليها لان الحمولة حق الغانمين والسبي كذلك فمن النظر لهم أن يحمل حقهم فان لم يكن معهم فضل حمولة ولكن كان مع بعض الغانمين فضل حمولة يحملهم عليها فعل ذلك برضاهم وان لم تطب أنفسهم بذلك لم يفعل لان الحمولة للخاص والسبي حق الجماعة فلا يكون له أن يستعمل في احراز حق الجماعة حمولة الخاص منهم بغير رضاهم أرأيت لو أطاق بعضهم حمل بعض السبي على ظهره أو على عاتقه أكان يجبره الامام على ذلك ثم يقتل الرجال لما بينا من جواز قتل الاسير قبل تمين الملك فيه اذا كان فيه نظر وفي هذا الموضع لولم يقتلهم احتاج الى تركهم فيرجعون الى دار الحرب حربا على المسلمين فكان النظر في قتلهم ويترك النساء والصبيان في موضع يأمن أيدي المشركين ان تصل اليهم لانه اذا تركهم في موضع تصل اليهم أيديهم يتقوون بهم وبتركه اياهم في هذا الموضع لا يكون متلفا بل يكون تاركا للاحسان اليهم وترك الاحسان لا يكون اساءة وانما جاز له هذا القدر لعجزه عن الاحسان اليهم بالاخراج عن المهلكة وان رأى أن يقسم ليتكلف كل واحد منهم حمل نصيبه فعل ذلك وهو أنفع من الترك وأما السلاح والمتاع فيحرقه بالنار اذا لم يستطع اخراجه الي دار الاسلام لانه مأمور بقطع قوة المشركين عنه واثبات القوة للمسلمين به وقد عجز عن احدهما وقدر على الآخر فيأتي بما يقدر عليه وهو الاحراق بالنار كيلا تصل اليه يد المشركين ليتقووا به قال هذا فيما يحترق فأما مالا

يحترق كالحديد ينبغي أن يدفنه في موضع لا يقف عليه أهل الحرب فيستعينوا به وأما الدواب والمواشي اذا قامت عليه فانه لا يعقرها خلافا لمالك رحمه الله تعالى وقد بينا هذا ولا يتركها كذلك خلافا للشافعي رحمه الله تعالى لما في الترك من تقوى المشركين بها ولكنه يذبحها ثم يحرقها لئلا ينتفع بها العدو فالذبح عند الحاجة مباح شرعا في مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وبعد الذبح ربما يتقوون بلحمها فيقطع ذلك عنهم بالاحراق بالنار كما يفعل بالثياب والمتاع وفي هذا كبت وغيظ لهم وقد بينا جواز التخريب والاحراق فيما يكون فيه الكبت والغيظ للمشركين وما ظهروا عليه من أرض العدو فالامام فيها بالخيار ان شاء خمسها وقسمها بين الغانمين كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء من بها على أهلها فتركهم احرار الاصل ذمة للمسلمين والاراضي مملوكة لهم وجعل الجزية على رقابهم والخراج على أراضيهم عندنا كما فعله عمر رضى الله عنه بالسواد وقال الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك في الرقاب فأما في الاراضي ليس له ذلك بل عليه أن يقسمها بين الغانمين ويصرف الخمس الى مصارفه وينبني هذا الكلام على فصلين أحدهما في السواد أنها فتحت عنوة أو صلحا وقد بينا والثاني في فتح مكة فانها فتحت عنوة وقهرا عندنا وزعم الشافعي رحمه الله تعالى أنها فتحت صلحا قال الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه ومن له أدنى علم بالسير والفتوح لا يقول بهذا وقد كان أهل العلم مجمعين على فتح مكة عنوة وقهراً حتى حدث قول بعد المائتين انها فتحت صلحا وانما قال الشافعي رحمه الله تعالى هذا لان النبي صلى الله عليه وسلم ترك لهم الاراضي والنخيل التي هي حول مكة فلم يجد بداً في اجراء مذهبه من هذا ﴿ قال ﴾ والدليل على ذلك حديث ابن عباس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على ان وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ثم دخلها بعد ذلك بأثنين وعشرين شهراً فعرفنا أنه دخلها بذلك الصلح وقد أشار الله تعالى الي ذلك في قوله وهو الذى كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان أظفركم عليهم والدليل عليه أنه لم يضع على أراضيهم وظيفة وفي البلاد المفتوحة عنوة وقهراً لا يجوز ترك الاراضي لهم بغير وظيفة ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ان الآثار أشتهرت بنقض قريش الصلح الذى كان بينه وبينهم على ماروى ان بنى خزاعة دخلوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ وبني بكر في عهد قريش ثم قاتل بنو بكر بنى خزاعة وأردفتهم قريش بالاسلحة والاطعمة

وقاتل من قاتل من قريش معهم مستخفيا بالليل حتى جاء وافد بني خزاعة عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستنصره ويقول

لاهم انى ناشد محمداً حلف أبينا وأبيه الاتلدا
ان قريشا اخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا
وبيتونا بالوتير هجداً وقتلونا ركعا وسجدا

فقال صلى الله عليه وسلم نصرت ياعمرو بن سالم فنشأت سحابة فقال انها تستهل بنصر بني خزاعة الى أن نزل صلى الله عليه وسلم بمر الظهران قال العباس رضى الله عنه قلت واصباحا قريش لو دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يخرجوا فيستأمنوا لهلكت قريش فركبت بغلة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت الاراك لعلى أجد بعض الحطابين فاخبرهم بمجيء رسول الله صلى الله عليه وسلم فلقيت أباسفيان بن حرب وحكيم ابن حزام رضوان الله عليهم أجمعين يتراجعان الحديث ويقول احدهما لصاحبه ماهذه النيران فيقول الآخر نيران خزاعة ويقول الآخر هم أقل من ذلك وأذل فقلت ياحنظلة ماشأنك قال ياأبا الفضل ماتفعل ههنا فقلت هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل بمر الظهران في عشرة آلاف قال وما الحيلة قلت لاأعرف لك حيلة ولكن أركب عجز دابتى فأردفته فامررت بنار الاقيل هذه بغلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا عمه حتى مررت بنار عمر رضى الله عنه فعرفه فأخذ السيف وعدا خلفه ليقتله فسرت بالدابة حتى اقتحمت مضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عمر رضى الله عنه وقال يارسول الله صلى الله عليك ان الله مكنك من عدوك من غير عقد ولاصلح فدعنى لأقتله فقلت مهلا فانى أجرته ولو كان من بنى عدى ما قتلته فبكى عمر رضى الله عنه وقال والله ان سروري باسلامك يوم أسلمت أكثر من سرورى باسلام الخطاب أن لو أسلم فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أحمله الى رحلى فغدوت به عليه وقال ألم يأن ان تشهد أن لا اله الا الله فقال أبو سفيان انى أقول لو كان مع الله آلهة لجاز أن ينصرونا فقال صلى الله عليه وسلم أتشهد أنى رسول الله فقال ان في النفس بعد من هذا لشيئاً فقلت أسلم فان السيف في قفاك فأسلم فقلت ان أبا سفيان رجل يحب الفخر فاجعل له من الامر شيئاً يا رسول الله فقال من دخل دار أبى سفيان فهو آمن فقال وكم تسعهم دارى يا رسول الله قال من أغلق الباب

على نفسه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن ومن تعلق بأستار الكعبة فهو آمن الا ابن خطل ويعيش بن صبابة وقينتين لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أمرني أن أحبسه في مضيق الوادي لتمر عليه الكتائب فكلما مرت عليه كتيبة قال من هؤلاء الحديث الى أن مر رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبته الخضراء وفيها ألفا رجل من المهاجرين والانصار عليهم السلاح والحلق لا يرى منهم الا الحدق فلما حاذاه سعد بن عبادة وكان لواء رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده هز اللواء وقال اليوم يوم الملحمة اليوم تهتك فيه الحرمة فقال أبو سفيان ان ابن أخيك أصبح في ملك عظيم فقلت ليس بملك انما هو نبوة قال أوذاك ثم نادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت باستئصال قومك من قريش فقد قال سعد كذا فقال صلى الله عليه وسلم اليوم يوم المرحمة اليوم تحفظ فيه الحرمة وبعث الى سعد ليسلم اللواء الى ابنه قيس الحديث فهذه القصة من أولها الى آخرها تدل على انتقاض ذلك العهد ولما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة بعث خالد بن الوليد رضى الله عنه من جانب والزبير بن العوام رضى الله عنه من جانب وقال أترون أوباش قريش احصدوهم حصداً حتى تلقونى على الصفا وفيه يقول قائلهم يخاطب زوجته

انك لو شهدت يوم خندمه اذ فر صفوان وفر عكرمه

* لم ينطق اليوم بأدنى كلمه *

وقال ابن رواحة رضي الله تعالى عنه ينشد بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقول

خلوا بنى الكفار عن سبيله اليوم نضربكم على تأويله

ضربا يزيل الهام عن مقيله ويذهل الخليل عن خليله

* لاهم أني مؤمن بقيله *

فقال له عمر رضى الله عنه أتنشد الشعر فى حرم الله تعالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم دعه ياعمر فانه أسرع فى قلوبهم من وقع النبل حتى جاء أبو سفيان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لقد انتدب حضرا قريش فلا قريش بعد اليوم فقال صلى الله عليه وسلم الابيض والاسود آمن الا ابن خطل ثم جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الى باب الكعبة وفيها رؤساء قريش فأخذ بعضادتى الباب وقال ماذا ترون أنى صانع بكم فقالوا أخ كريم وابن أخ كريم ملكت فاسجح فقال صلي الله عليه وسلم انى أقول لكم كما قال أخي

يوسف لاخوته لاتثريب عليكم اليوم يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين أنتم الطلقاء لكم أموالكم وصح أنه صلى الله عليه وسلم دخل مكة وعلى رأسه المغفر فذلك دليل أنه صلى الله عليه وسلم دخلها مقاتلا وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم هي حرام الى يوم القيامة وانما مراده حل القتال فيها فدل أنه دخلها مقاتلا وفى قوله تعالى اذا جاء نصر الله والفتح يشهد لما قلنا ونزول قوله تعالى وهو الذى كف أيديهم في صلح الحديبية ألا ترى الى قوله تعالى والهدي معكوفا ان يبلغ محله وانما لم يضع الخراج على أراضيهم لان الاراضي تابعة للرقاب ولم يضع الجزية على رقابهم اذ لا جزية على عربى ولا رق فكذلك لا خراج على أراضيهم فاذا ظهر انها فتحت قهرا اتضح مذهبنا فى المسئلة التى قلنا وعلى سبيل الابتداء فى تلك المسئلة فالشافعى رحمه الله تعالى يقول قد تأكد حق الغانمين فى الاراضي أما عندي فقد ثبت الملك لهم بنفس الاصابة وعندكم تأكد الحق بالاحراز فقد صارت محرزة بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وفى المن ابطال حق الغانمين عما تأكد حقهم فيه والامام لايملك ذلك كما اذا استولى على الاموال بدون الاراضى لم يكن له أن يبطل حق الغانمين عنها بالرد عليهم بخلاف الرقاب فالحق فى رقابهم لم يتأكد بدليل أن له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمن على رقابهم بجزية يأخذها منهم ثم حق مصارف الخمس ثابت بالنص وفى المن ابطال ذلك ولهذا قلت اما تخمس الجزية لان الخمس من الرقاب كان حقا لارباب الخمس فيثبت حقهم فى بدل ذلك وهو الجزية وعلماؤنا رحمهم الله تعالى يقولون تصرف الامام وقع على وجه النظر وانه نصب لذلك وبيانه أنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فيكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً فاذا تركها في أيديهم وهم أعرف بذلك العمل اشتغلوا بالزراعة وأدوا الجزية والخراج فيصرف ذلك الى المقاتلة ويكونون مشغولين بالجهاد وبهذا تبين أنه ليس في هذا ابطال حقهم بل فيه توفير المنفعة عليهم لان منفعة القسمة وان كانت أعجل فنفعة الخراج أدوم ولانه كما ثبت الحق فيها للذين أصابوا ثبت لمن يأتي بعدهم بالنص قال الله تعالى والذين جاؤا من بعدهم وفى القسمة ابطال حق من يأتى بعدهم أصلا وفى المن عليهم مراعاة الحقين جميعا وانما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر لحاجة لأصحابه رضى الله عنهم كانت

يومئذ

يومئذ ونحن نقول للامام ذلك عند حاجة المسلمين فامابدون الحاجة الاولي ما فعله عمر رضي الله عنه بالسواد والاستدلال بما استدل به ولا قول أبعد من قول من أوجب فى الجزية الخمس فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر والحلل من بني نجران وقال لمعاذ رضى الله عنه خذ من كل حالم وحالمة ديناراً ولم يخمس شيئا من ذلك فدل أنه لاخمس فى الجزية واذا قسم الغنيمة ضرب للفارس بسهمين وللراجل بسهم فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو قول أهل العراق وفى قولهما والشافعى رحمهم الله تعالى يضرب للفارس بثلاثة أسهم وهو قول أهل الشام وأهل الحجاز لحديث عبد الله بن العمرى رضى الله تعالى عنهما عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهم أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم سهما له وسهمين لفرسه وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجال ألفا وأربعمائة والخيل مائتى فرس وباسم كل كل مائة سهم فتبين أنه جعل سهم الفرس ضعف سهم الرجل وعند تعارض الاخبار المصير الى مارويناه أولى لما فيه من اثبات الزيادة ولانه اتفق عليه أهل الشام وأهل الحجاز فهم أعرف بذلك من أهل العراق ثم مؤنة الفرس أعظم من مؤنة الرجل والاستحقاق باعتبار التزام المؤنة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استدل بحديث عبيد الله العمرى عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه وعبيد الله أوثق من أخيه عبد الله رضى الله تعالى عنهما وفى حديث كريمة بنت المقداد بن الاسود عن أبيها المقداد رضى الله تعالي عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم له يوم بدر سهمين سهما له وسهما لفرسه وفى حديث مجمع بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس يوم خيبر سهمين ومارووا أنه قسم خيبر على ثمانية عشر سهما صحيح لكن ذكر في هذا الحديث أن الخيل كانت ثلثمائة ولو ثبت ماورووا فالمراد من قوله وكانت الخيل مائتى فرس الخيل بفرسانها والرجال ألف وأربعمائة أي الرجالة قال الله تعالى واجلب عليهم بخيلك ورجلك أي بفرسانك ورجالتك وقال تعالى يأتوك رجالا أى رجالة فتبين بهذا ان الناس كانوا ألفا وستمائة فاذا كان باسم كل مائة سهم كان للفارس سهمان وللراجل سهم ثم المصير الى مارويناه أولى لانه هو المتيقن وما رجح به من اثبات الزيادة متعارض ففيما روينا اثبات الزيادة في نصيب الراجل ثم فى هذا تفضيل البهيمة على الآدمى وذلك غير جائز لان الاستحقاق

بالقتال والرجل يقاتل وحده والفرس لا تقاتل ولهذا كان القياس ان لا يسوى بين الفرس والرجل وان لا يستحق بالفرس شيئاً لانه آلة من آلات الحرب كسائر الآلات ولكن الآثار اتفقت على سهم واحد فأخذنا بما اتفق عليه الأثر وأبقينا ما اختلف فيه الاثر على أصل القياس ولا معنى لاعتبار المؤنة فصاحب الحمار والبغل يلتزم المؤنة أيضا ولا يستحق به شيئاً وصاحب الفيل والبعير مؤنته أكثر ثم لا يستحق بهما شيئاً مع أنا لا نسلم ان مؤنة الفرس أكثر فان ما يحتاج اليه الفرس من العلف يوجد مباحاً ومطعوم بني آدم من الخبز واللحم لا يوجد الا بثمن ومذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى مروي عن عمر رضي الله عنه وصاحب البرذون والهجين والمقرف كصاحب الفرس العربي في استحقاق السهم به عندنا سواء وقال أهل الشام لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه شاذ والمشهور لهم حديث عمر رضي الله عنه على ما روي أن الخيل اغارت بالشام وعلى القوم المنذر بن أبي حمصة الوداعي فأدركت العراب اليوم والبراذين ضحى الغد فلم يسهم المنذر للبراذين وقال لا أجعل من أدرك كمن لا يدرك وكتب في ذلك الى عمر رضي الله عنه فقال هبلت الوداعي أمه لقد أذكت به وفي رواية لقد أذكرته أمضوها على ما قال ﴿ وحجتنا ﴾ في ذلك أن استحقاق السهم بالخيل لمعنى ارهاب العدو قال الله تعالى ومن رباط الخيل الآية والارهاب يحصل بالبرذون كما يحصل بالفرس العربي ثم العربي في الطلب والهرب أقوى والبرذون أقوى على الحرب وأصبر والين عطفا عند اللقاء ففي كل جانب نوع منفعة معتبرة ومعنى التزام المؤنة يجمعهما وتأويل حديث عمر رضي الله عنه أن المنذر فعل ذلك باجتهاده فأمضى عمر رضي الله عنه اجتهاده وهكذا نقول ومن الناس من يقول يستحق بالفرس العربي سهمان وبما سوى ذلك سهم واحد وهذا بعيد فان البرذون فرس العجم والعربي فرس العرب وكما يسوى بين العجمي والعربي في استحقاق السهم فكذلك في الخيل والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وأمه عربية والمقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن ومعنى قوله لقد اذكت به اتت به ذكيا وقوله اذكرته اتت به ذكرا جلدا ﴿ قال ﴾ واذا دخل الغازي دار الحرب مع الجيش فارساً ثم نفق فرسه أو عقر قبل احراز الغنيمة فله سهم الفرسان عندنا وهو قول عمر رضي الله عنه وقال الشافعي رحمه الله له سهم الراجل لقول عمر رضي الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وقد شهد الوقعة راجلا ولان سبب

الإستحقاق الأخذ وعند الأخـذ هو راجل فيستحق سهم الراجل كما لونفق فرسه قبل دخول دار الحرب وهذا لان سهم الفرس لايكون أقوى من سهم صاحبه ولومات الغازى بعد مجاوزة الدرب لم يسـتحق شيئا فاذا نفق الفرس اولى ولانه يستحق السهم بفرسه كما يستحق الرضخ بعبده ولومات عبده بعد مجاوزة الدرب لم يستحق به شيئاً فكذلك الفرس ﴿وحجتنا﴾ انه دخل دار الحرب فارساً على قصد الجهاد فيستحق سهم الفرسان كمالو كان فرسه قائماً وقاتل راجلا وهذا لان الاستحقاق بالفرس لمعني ارهاب العدو به وقد حصل به والجيش انما يعرض عند مجاوزة الدرب فمن كان فارساً فى ذلك الوقت واثبت اسمه فى ديوان الفرسان فقد حصل ارهاب العدو بفرسه لانه ينتشر الخبر في دار الحرب انه دخل كذا وكذا فارس وقل مايعيش بعـد ذلك ولان الاعتبار للقهر الذى يحصل به اعزاز الدين وذلك بدخول دار الحرب علي قصد الجهاد فاذا كان هو عند دخول دار الحرب ملتزماً مؤنة الفرس على قصد الجهاد انعقد له سبب الاستحقاق وبالاجماع لامعتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق لانه لونفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف مالو مات قبل مجاوزة الدرب لان معنى ارهاب العدو والقهر لم يحصل به وبخلاف ما اذا مات الفارس لانه هو المستحق ولا يبقى الاستحقاق بعـد موت المستحق وان كان السبب منعقدا ألا ترى انه لو قتل في دار الحرب أو مات بعد الفراغ قبل الاحراز عندنا لا يستحق شيئا والعبد آدمى كالحر ثم الرضخ ليس نظير السهم ألا ترى انه غير مقـدر بشيء فلا يستقيم اعتبار السهم بما دونه ولو باع فرسه بعـد ما جاوز الدرب قبل القتال في رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهمـا الله تعالى يستحق سهم الفرسان أيضا لانه أثبت اسمه فى ديوان الفرسان وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لانه تبين بالبيع انه ما كان قصده من التزام مؤنة الفرس القتال عليـه انما كان قصده التجارة وبمجاوزة الدرب على قصد التجارة لا ينعـقد سبب استحقاق الغنيمة بخلاف ما اذا مات فرسـه ولانه بالبيع والهبة أزاله عن ملكه باختياره فيكون به مسقطا حقه وبالموت ما أزا له عن ملكه باختياره بل هو مصاب فى ذلك ولو باعـه بعد الفـراغ من القتال لم يسقط سهمه لانه لا يتبين به أنه لم يكن قصـده من التزام مؤنة الفرس عدم القتال الا ترى أنه ما لم يفرغ من القتال لم يشـتغل بالبيع فيـه واختلف مشايخنا رحمهم الله

تعالى فيما اذا باعه في حالة القتال قال بعضهم لا يسقط سهمه لان بيع الفرس عند القتال مخاطرة بالنفس فمن ليس له قصد القتال يطلب في ذلك الوقت فرسا ليهرب عليه وبهذا تبين أن بيعه الفرس لاظهار المبالغة في الحرب وهو أنه يرى العدو انه غير عازم على الفرار أصلا ﴿ قال ﴾ رحمه الله تعالى والاصح عندي أنه لا يستحق سهم الفارس لان تأخيره بيع الفرس الى وقت القتال يحقق قصد التجارة فيه فان المشترى فيه عند ذلك أرغب والتاجر يحبس مال تجارته الى وقت عزته وكثرة الرغبة فيه فلهذا يسقط سهمه ببيع الفرس فأما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا فله سهم الراجل وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن له سهم الفرسان لان معنى ارهاب العدو والقهر الذي يتم به اعزاز الدين بالقتال على الفرس أظهر منه في مجاوزة الدرب فاذا كان يستحق سهم الفرسان بمجاوزة الدرب فارسا فالقتال على الفرس أولى وجه ظاهر الرواية أن الامام انما يدون الدواوين ويثبت أسامي الفرسان والرجالة عند مجاوزة الدرب ويشق عليه تفقد أحوالهم بعد ذلك فمن أثبت اسمه في ديوان الرجالة فقد انعقد له سبب الاستحقاق راجلا فلا يتغير ذلك بشراء الفرس كما في الفصل الأول لايتغير حاله بموت الفرس ومن دخل دار الحرب فارساً ثم قاتل راجلا بأن كان القتال على باب حصن أو في السفينة فانه يستحق سهم الفارس اما عندنا فلانه أثبت اسمه في ديوان الفرسان والاستحقاق بحصوله في دار الحرب فارسا وعند الشافعي رحمه الله لانه قاتل وله فرس معد للقتال عليه لو احتاج اليه فيستحق سهم الفرسان كما يستحق الردء السهم مع المباشر واذا مات الغازي أو قتل بعد اصابة الغنيمة قبل اخراجها الى دار الاسلام لم يورث سهمه عندنا وهو قول علي رضى الله عنه وقال الشافعي رحمه الله يورث وهو قول عمر رضي الله عنه وهذا ينبني على الأصل الذي بينا فان عنده الملك يثبت لهم بنفس الاصابة وموت أحد الشركاء لا يبطل ملكه عن نصيبه بل يخلفه وارثه فيه كالشركاء في الاصطياد اذا مات أحدهم بعد الأخذ ومن اصلنا ان الحق يثبت بنفس الاصابة ولا يتأكد الا بالاحراز والحق الضعيف لايورث كحق القبول فان المشترى اذا مات بعد ايجاب البائع قبل قبوله لايخلفه وارثه في القبول واما بعد الاحراز الحق يتأكد والارث يجرى في الحق المتأكد كحق الرهن والرد بالعيب وهو نظير مذهبنا في الشفعة وخيار الشرط لا يورث لانه حق ضعيف وقد استدل بعض مشايخنا على

ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام والعلف لكل واحد منهم من غير ضرورة وضمان وبامتناع وجوب الضمان على من اتلف شيئاً من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف مابعد الاحراز وبقبول شهادة الغانمين في الغنيمة قبل الاحراز وامتناع قبول الشهادة بعد الاحراز وتبين بذلك ان الحق ضعيف كحق كل مسلم في مال بيت المال ولكن أصحاب الشافعي رحمهم الله ربما لا يسلمون هذين الفصلين واذا كان العبد مع مولاه فقاتل باذنه يرضخ له وكذلك الصبي والمرأة والذمي والمكاتب لحديث أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم وعن فضالة بن عبيد ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرضخ للمماليك ولا يسهم لهم ولان العبد غير مجاهد بنفسه الا ترى ان للمولى ان يمنعه من الخروج فلا يسوى بينه وبين الحر الذى هو أهل للجهاد بنفسه في استحقاق السهم ولكن يرضخ له اذا قاتل لمعنى التحريض والصبي والمرأة ليس لهما قوة الجهاد بانفسهما ولهذا لا يلحقهما فرض الجهاد والذمي ليس من أهل الجهاد بنفسه فان الكفار لا يخاطبون بالشرائع مالم يسلموا والرق في المكاتب قائم ويتوهم ان يعجز فيمنعه المولى من الخروج الى الجهاد وان كان العبد في خدمة مولاه وهو لا يقاتل لا يرضخ له أيضا لان مولاه التزم مؤنته لخدمته لا للقتال به بخلاف الاول فانه التزم مؤنته للقتال به ونظيره ما قررناه من بيع الفرس وأهل سوق العسكر ان لم يقاتلوا فلا يسهم لهم ولا يرضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو واعزاز الدين فان قاتلوا استحقوا السهم لانه تبين بفعلهم ان قصدهم القتال ومعنى التجارة تبع لذلك فحالهم كحال التاجر في طريق الحج لا ينتقص به ثواب حجه وفيه نزل قوله تعالى ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم ومن دخل دار الحرب بأفراس لا يستحق السهم الا لفرس واحد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أهل العراق وأهل الحجاز وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يستحق السهم لفرسين وهو قول أهل الشام رحمهم الله تعالي لما روي ان الزبير بن العوام رضى الله عنه شهد خيبر بفرسين فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم سهما له وسهمين لكل فرس ولان الانسان قد يحتاج في القتال الى فرسين حتى اذا كل أحدهما قاتل على الآخر وهو عادة معروفة في المبارزين فكان ملتزما مؤنة فرسين للقتال فيستحق السهم لهما وما زاد على ذلك غير محتاج اليه للقتال فكان من الجنائب وهما استدلا

بما روى ابراهيم بن الحارث التيمى عن أبيه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسهم لصاحب الافراس الا لفرس واحد يوم حنين وحديث ابن الزبير فانما أعطاه سهم ذوى القربى له ولامه صفية وما أسهم له الا لفرس واحد ثم عند تعارض الآثار يؤخذ بالمتيقن لان القياس يأبى استحقاق السهم بالفرس ولانه لايقاتل الا على فرس واحد ويحمل ما يروي من الزيادة انه أعطى ذلك على سبيل التنفيل كما روى انه اعطى سلمة بن الأكوع رضى الله عنه سهمين وكان راجلا ولكن أعطاه احد السهمين على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة وهذه المسئلة نظير مابينا فى النكاح ان المرأة لاتستحق النفقة الا لخادم واحد فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله تستحق النفقة لخادمين ومن مرض أوكان جريحاً فى خيمته حتي أصابوا الغنائم فله السهم كاملا لان سبب الاستحقاق وجد في حقه كما قررنا وفى نظيره قال صلى الله عليه وسلم انما تنصرون وترزقون بضعفائكم واذا بعث الامام سرية من العسكر فى دار الحرب فجاءت بغنائم وقد أصاب الجيش غنائم أيضا فان بعضهم يشارك بعضا فى المصاب لانهم اشتركوا فى سبب الاستحقاق وهو دخول دار الحرب على قصد القتال ولان الجيش في حق أصحاب السرية كالردء لهم حتي يلجؤن اليهم اذا حزبهم أمر وهم بمنزلة الردء لاجتماعهم في دار الحرب وقد بينا أن للردء أن يشارك الجيش في المصاب وان لم يلقوا قتالا بعد ما التحقوا بهم فهذا أولى وان أسر فأصاب المسلمون بعده غنيمة ثم انفلت منهم فالتحق بالجيش الذى أسر منه قبل أن يخرجوا فهو شريكهم في جميع ما أصابوا وان لم يلقوا قتالا بعد ذلك لانه انعقد سبب الاستحقاق له معهم فيشاركهم فيما تأكد الحق به وهو الاحراز فلا يعتبر العارض بعد ذلك كما لو مرض أو جرح وان التحق هذا الاسير بعسكر آخر في دار الحرب وقد أصابوا غنائم فانه لا يستحق السهم الا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفوز والنجاة فلا يستحق السهم الا أن يلقوا قتالا فحينئذ تبين بفعله ان قصده القتال معهم ويجعل قتاله للدفع عن المصاب كقتاله للاصابة فى الابتداء وكذلك الذى أسلم فى دار الحرب اذا التحق بالعسكر أو المرتد اذا تاب فالتحق بالعسكر أوالتاجر الذى دخل بأمان اذا التحق بالعسكر فانهم بمنزلة الاسير ان قاتلوا استحقوا السهم والا فلا شئ لهم وفى الاصل ذكر أن عبداً لو جنى جناية

خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دين ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم على مال فهو له ثم الجناية تبطل عنه والدين يلحقه لان حق الجناية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولى الجناية فأما الدين في ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه وهذا لان الدين في ذمة العبد يجب شاغلا لماليته فانما يملك العدو ماليته مشغولة بالدين كما أسروه ولهذا يبقى الدين عليه بعد ما أسلم ولو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة يأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فان الجناية والدين يلحقانه لأنه يعيده بالأخذ الى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا في قديم ملكه وسيأتي بيان هذا الفصل وان كانت الجناية قتل عمد لم يبطل ذلك عنه بحال لان المستحق عليه نفسه قصاصا فلا يبطل ذلك بزوال ملك المولى كما لو باعه أو أعتقه بعد مالزمه القصاص ﴿قال﴾ ولا ينبغي للامام أن ينفل احدا ماقد أصابه انما النفل قبل احراز الغنيمة أن يقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن أصاب شيئا فهو له وقد كان يستحب ذلك للاغراء على القتال وهذا الكلام يشتمل على فصول أحدها أن القاتل لا يستحق السلب بالقتل عندنا من غير تنفيل الامام وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا قتله مقبلا بين الصفين على وجه المبارزة استحق سلبه واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فمثل هذا اللفظ في لسان صاحب الشرع لبيان السبب كقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه فظاهره لنصب الشرع فانه صلى الله عليه وسلم بعث لذلك وفي حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه قال أصاب المسلمين جولة يوم حنين فلقيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فأتيته من ورائه وضربته على حبل عاتقه ضربة فأقبل عليّ وضمني الى نفسه ضمة شممت منها رائحة الموت ثم أدركه الموت فأرسلني فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول من قتل قتيلا فله سلبه فقلت من يشهد لي فقال رجل صدق يارسول الله سلب ذلك القتيل عندي فارضه عني فقال أبو بكر رضي الله تعالى عنه لاها الله أيعمد أسد من أسد الله فيقتل عدو الله ثم يعطيك سلبه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد كان القتل منه قبل مقالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعطاه سلبه فظهر أن الاستحقاق بالقتل لا بالتنفيل ولان القاتل أظهر فضل عناية على غيره بمباشرة القتل فيستحق التفضيل في الاستحقاق كالفارس مع الراجل

وهذا لأن القاتل على سبيل المبارزة يحتاج الى زيادة عناء ومخاطرة بالنفس ولهذا لو قتله مدبراً لا يستحق سلبه وكذلك لو رمى سهما من صف المسلمين فقتل مشركا لا يستحق سلبه لانه ليس فيه زيادة العناء فكل واحد يتجاسر على ذلك وأصحابنا استدلوا بقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه والسلب من الغنيمة لان الغنيمة مال يصاب بأشرف الجهات فينبغي أن يجب فيه الخمس بظاهر الآية وعندكم لا يجب وهذا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال السلب من الغنيمة وفيه الخمس واستدل بالآية وجاء رجل من بلقين الي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال لمن المغنم قال لله سهم ولهؤلاء أربعة أسهم فقال هل احد أحق بشيء من غيره قال لا حتى لو رميت بسهم في جنبك فاستخرجته لم تكن أحق به من أخيك وعن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال كنت واقفا يوم بدر بين شابين حديث أسنانهما أحدهما معوذ بن عفراء والآخر معاذ بن عمرو بن الجموح فقال لى أحدهما أى عم أتعرف أبا جهل قلت وما شأنك به قال بلغنى أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم فوالله لو لقيته ما فارق سوادي سواده حتي يموت الأعجل منا موتا وعمر بى الآخر الى مثل ذلك فلقيت أبا جهل فى صف المشركين فقلت ذاك صاحبكما الذى تريدانه فابتدراه بسيفيهما حتى قتلاه واختصما فى سلبه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل واحد منهما أنا قتلته والسلب لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمسحتما سيفيكما فقالا لا فقال أريانى سيفيكما فارياه فقال كلا كما قتله ثم أعطى السلب معوذ بن عفراء ولو كان الاستحقاق بالقتل لما خص به أحدهما مع قوله صلى الله عليه وسلم كلا كما قتله ﴿فان قيل﴾ كيف يصح هذا والمشهور أن ابن مسعود رضي الله عنه قتله قلنا هما اثخناه وابن مسعود رضى الله عنه اجهز عليه على ماروى انه قال وجدته صريعاً فى القتلى وبه رمق فجلست على صدره ففتح عينيه وقال يارويعى الغنم لقد ارتقيت مرتقى عظيما لمن الدبرة قلت لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم فقال ماتريد ان تصنع قلت احز رأسك قال لست بأول عبد قتل سيده ولكن خذ سيفي فهو امضى لما تريد وأقطع رأسى من كاهل ليكون اهيب فى عين الناظر واذا لقيت محمداً فاخبره اني اليوم أشد بغضاً له مما كنت قبل هذا فقطعت رأسه وآتيت به رسول الله صلى الله عليه وسلم فالقيته بين يديه وقلت هذا رأس أبي جهل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله أكبر هذا كان فرعونى وفرعون امتي شره على امتي

أكثر من شر فرعون على بنى اسرائيل ونفلني سيفه في هذا بيان انه اجهز عليه وان الاستحقاق ليس بنفس القتل اذ لو كان الاستحقاق بنفس القتل لكان المستحق للسيف من اثخنه فما كان ينفله غيره وان البراء بن مالك رضى الله عنه قتل مرزبان الرازة واخذ سلبه مرصعاً باللؤلؤ والجوهر فقوم بثلاثين الفاً فقال عمر رضى الله عنه كنا لا نخمس الاسلاب وان سلب البراء بلغ هذا المبلغ وما اراني الا خامسه قال انس فبعثنا بالخمس أربعة آلاف اليه فاذا تبين وجوب الخمس فيه ثبت ان الباقي منه مقسوم بين الغانمين وما نقل من قوله من قتل قتيلا فله سلبه كان على سبيل التنفيل منه لا على وجه نصب الشرع وانما يكون ذلك نصب الشرع اذا قاله في المدينة في مسجده ولم ينقل انه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا أذلة يوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض فعرفنا انه قال ذلك على سبيل التنفيل لا على وجه نصب الشرع وعندنا بالتنفيل يستحق ولان القاتل انما تمكن من قتله وأخذ سلبه بقوة الجيش فلا يختص به كما لو أخذ أسيرا أو أصاب مالا آخر لا يختص به وكما يكون منه فضل عناء فى القتل يكون ذلك منه بأخذ الاسير واستلاب سلب الحى ثم لا يختص به الا بعد تنفيل الامام وكما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر من قتيل قتيلا فله سلبه قال من أخذ أسيراً فهو له ثم كان ذلك على وجه التنفيل فكذلك فى السلب والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه ويستحب للامام ان ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى ياايها النبي حرض المؤمنين على القتال ولان بالنفل يعينه على البر وهو بذل النفس لابتغاء مرضاة الله تعالى فكان ذلك مستحبا ولكن قبل الاصابة وأما بعد الاصابة لا يجوز النفل الا على قول أهل الشام فانهم يجوزون ذلك وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم نفل بعد الاصابة وتأويل ذلك عندنا انه نفل من الخمس أومن الصفى الذى كان له أو فعل ذلك يوم بدر لان الامر فى الغنائم كان اليه كما روينا واليه أشار سعيد بن المسيب رضى الله عنه فقال لا نفل بعد الاحراز الا ما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان المعنى فيه أن بعد الاصابة فى التنفيل ابطال حق أرباب الخمس وابطال حق بعض الغانمين عما ثبت حقهم فيه وهو سبب لايقاع الفتنة والعداوة بينهم والتنفيل للتحريض على القتال وتسكين الفتنة فاذا نفل بعد الاصابة عاد على موضوعه

بالنقض والابطال وذلك لا يجوز واذا أخذ الرجل علفا من الغنيمة ففضل منه فضلة بعد ما خرج الى دار الاسلام أعادها في الغنيمة ان كانت لم تقسم لان اختصاصه بذلك كان للحاجة وقد زال بالخروج الى دار الاسلام وكان ذلك لعدم تأكد الحق في الغنيمة لهم وقد زال ذلك بالاحراز وان كانت الغنائم قد قسمت فذلك بمنزلة اللقطة في يده فان كان فقيراً فلا بأس بأن يأكله وان كان غنياً باعه وتصدق بثمنه كما يفعل باللقطة وكذلك لا ينبغى له أن أن يبيع شيئاً من الطعام والعلف لانه أبيح له التناول للحاجة والمباح له التناول لا يملك التصرف فيه بالبيع وان فعل ذلك أعاد الثمن فى الغنيمة ان لم تقسم وان كانت قد قسمت صنع مايصنع باللقطة كما بينا وان أقرضه رجلا في دار الحرب من الجند لم يسع له أن يأخذ منه شيئا لان المقرض والمستقرض فى حق اباحة تناوله سواء الا أن الآخذ كان أحق به لانه في يده فاذا زال مايده الى الآخر سقط حقه فلهذا لا يأخذ منه شيئا واذا أعتق رجل من الجند جارية من الغنيمة نفذ عتقه فى القياس لان حقهم تأكد بالاحراز ألا ترى أن بالقسمة يتعين ملك كل واحد منهم والقسمة لتميز الملك لا لابتداء الملك فتبين به أن الملك كان ثابتا لهم من قبل وانه أعتق جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذا على أصل الشافعى رحمه الله تعالى أظهر فانه يقول بنفس الاصابة يثبت لهم الملك وفى الاستحسان عندنا لا ينفذ عتقه لان نفوذ العتق يستدعى ملكا قائما فى المحل وذلك غير موجود لهم قبل القسمة ألا ترى أن للامام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن وأنه لا يدرى ان نصيب كل واحد منهم فى اى موضع يقع عند القسمة فكان ماهو شرط نفوذ العتق منعدما فلهذا لا ينفذ عتقه وكذلك لو استولدها لم يصح استيلاده لان الاستيلاد يوجب حق العتق وذلك لا يكون الا بعد قيام الملك فى المحل بخلاف الأب يستولد جارية ابنه فله ولاية التملك هناك فيتملكها سابقاً على الاستيلاد وليس له ولاية تملك هذه الجارية بدون رأى الامام فلا يصح استيلاده فيها ولا يثبت النسب منه ولكن يسقط الحد عنه لثبوت حق متأكد ويلزمه العقر لأن الوطء فى دار الاسلام عند ذلك لا ينفك عن حد أوعقر فكانت هى وولدها فى الغنيمة لان الولد يتبع الأم وعلى قول الشافعى رحمه الله استيلاده صحيح بناء على الأصل الذى بينا ان الملك عنده يثبت بنفس الاصابة وان سرق بعض الغانمين شيئاً من الغنيمة لم يقطع لتأكد حقه فيها ولكنه يضمن المسروق ويؤدب ولا يحرق رحله عندنا وقال الاوزاعى رحمه الله يحرق رحله

ويستدل بحديث روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأن يحرق رحل الغالّ وفى السير الكبير ذكر عن محمد رحمه الله ان هذا الحديث لا يكاد يصح وقد كان في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من الجيش أعراب جهال يكون منهم الغلول فلو كان يستحق احراق رحل الغال لاشتهر ذلك ونقل نقلا مستفيضاً ارأيت لو كان في رحله مصاحف كانت تحرق واستكثر من الشواهد لاستبعاد هذا القول وكما لا يلزمه اذا سرق بنفسه فكذلك اذا سرق عبده اوذو رحم محرم منه لان فعل هذا في السرقة كفعله وقد بينا هذا في كتاب السرقة واذا قسمت الغنيمة على الرايات فوقعت جارية بين أهل راية أو عرافة فاعتقها رجل منهم قال يجوز اذا قل الشركاء لان الملك قد ثبت بقسمة الجملة وان لم يتعين لعدم القسمة على الافراد الاترى انه لم يبق للامام رأى البيع بعد ذلك ولا رأى القتل في الأسارى فكانت مشتركة بين أهل تلك العرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ ولكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة فاما اذا كثروا فالشركة عامة وبالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق كشركة المسلمين فى مال بيت المال ثم قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل ولست اوقت فيه وقتاً وفي السير الكبير حكى فيه أقاويل فقال قد قيل أربعون لان النبي صلى الله عليه وسلم أظهر الاسلام حين كثر المسلمون فكانوا أربعين وقيل خمسون اعتباراً بعدد الايمان في القسامة وقيل مائة استدلالا بقوله تعالى وان يكن منكم مائة صابرة وقيل اذا كانوا يحصون من غير حاجة الى كتاب وحساب وقيل اذا كانوا بحيث لو ولد لاحدهم ولد يظهر ذلك من يومه فهم قليل والأصح انه موكول الى رأي الامام فى استقلال عددهم واستكثاره لان نصب المقادير لا يكون بالرأي وليس فيه نص فالاولى ان يجعل موكولا الي اجتهاد الامام واذا سبي الجند امرأة ثم سبوا زوجها بعدها بقليل أوكثير وقد حاضت فيما بين ذلك حيضتين أولم تحض غير انهم لم يخرجوها من دار الحرب حتى سبوا زوجها فهما على نكاحهما وأيهما سبي وأخرج الى دار الاسلام ثم سبي الآخر وأخرج فلانكاح بينهما وهذا فصل بيناه في كتاب النكاح ان الموجب للفرقة تباين الدارين لاالسبي فاذا انعدم تباين الدارين كانا على نكاحهما سواء سبيا معاً أوأحدهما بعد الآخر واذا أخرج المسبي منهما الى دار الاسلام وجد تباين الدارين بينهما حقيقة وحكما فارتفع النكاح بينهما ثم لايعود بعد ذلك وان سبي الآخر منهما والله أعلم بالصواب

باب ما أصيب في الغنيمة مما كان المشركون أصابوه من مال المسلم

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه بني مسائل الباب على أصل مختلف فيه وهو ان الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر اذا أحرزوه بدارهم عندنا ولا يملكونها عند الشافعي لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر أقوى جهات السبيل ولما أغار عتيبة بن حصن على سرح المدينة وفيه ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم العضباء وامرأة من الانصار قالت الانصارية فلما جن الليل قصدت الفرار من أيديهم فما وضعت يدى على بعير الارغي حتى وضعت يدى على ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم العضباء فركنت الي فركبتها وقلت لئن نجاني الله تعالى عليها لأنحرنها ولآكلن من سنامها وكبدها فلما أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقصصت عليه هذه القصة قال بئسما جازيتها لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم وفى رواية ردها فانها ناقة من إبلنا وارجعى الى أهلك على اسم الله والمعنى فيه أن هذا عدوان محض لانه حرام ليس فيه شبهة الاباحة فلا يكون سببا للملك كاستيلاء المسلم على مال المسلم وهذا لان الملك حكم مشروع مرغوب فيه فيستدعى سببا مشروعا والعدوان المحض ضد المشروع ولان المعصوم بالاسلام لا يملك بالقهر كالرقاب فان الشرع أثبت العصمة بسبب واحد فى المال والرقاب قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم فذلك دليل المساواة بينهما فى المنع من التملك بالقهر وهذا لان الاستيلاء سبب الملك في محل مباح لا في محل معصوم حتى لا يملك مال المستأمن بالقهر بخلاف مال الحربي الذى لا أمان له ولا يملك صيد الحرم بالاستيلاء بخلاف صيد الحل والسبب لا يعمل الا فى محله فاذا صادف الاستيلاء محلا معصوما لم يكن موجبا للملك وبه فارق سائر أسباب الملك من البيع والهبة لانه موجب للملك في محل معصوم وهو مملوك ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم الآية فان الله تعالى سمي المهاجرين فقراء والفقير حقيقة من لا ملك له ولو لم يملك الكفار أموالهم بالاستيلاء لما سماهم فقراء ولما قال على لرسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ألا تنزل دارك قال وهل ترك لنا عقيل من ربع وقد كان له دار بمكة ورثها من خديجة رضي الله عنها فاستولى عليها عقيل بعد هجرته والمعنى فيه أن الاستيلاء سبب يملك به المسلم مال الكافر

فيملك به الكافر مال المسلم كالبيع والهبة وتأثيره أن نفس الاخذ سبب لملك المال اذا تم بالاحراز وبيننا وبينهم مساواة في أسباب اصابة الدنيا بل حظهم أوفر من حظنا لان الدنيا لهم ولانه لامقصود لهم فى هذا الأخذ سوى اكتساب المال ونحن لانقصد بالاخذ اكتساب المال ثم جعل هذا الاخذ سببا للملك فى حق المسلم بدون القصد فلان يكون سبباً للملك فى حقهم مع وجود القصد أولى وانما يفارقوننا فيما يكون طريقه طريق الجزاء لان الجزاء بوفاق العمل وذلك في تملك رقاب الاحرار لان الآدمى فى الاصل خلق مالكا لامملوكا فصفة المملوكية فيه تكون بواسطة ابطال صفة المالكية وذلك مشروع فى حقهم بطريق الجزاء فانهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جازاهم الله تعالى على ذلك بأن جعلهم عبيد عبيده ولا يوجد ذلك فى حق المسلمين ولا اشكال أن ابطال صفة الحرية يكون بطريق الجزاء والعقوبة ألا ترى أن اثبات صفة الحرية فى المملوك مشروع بطريق الجزاء والتقرب فابطال صفة الحرية يكون بطريق الجزاء والعقوبة وقد تعذر اثبات هذه الواسطة فى رقاب الاحرار المسلمين أو من ثبت له حق العتق منهم حتى أن فى حق العبيد لما كان الملك يثبت بدون هذه الواسطة قلنا بأنهم يملكون عبيدنا بالاخذ والمفارقة بيننا وبينهم فى الحل والحرمة لا يمنع المساواة فى حكم الملك عند تقرر سببه ألا ترى أن استكساب المسلم عبده الكافر سبب مباح للملك واستكساب الكافر عبده المسلم حرام ومع ذلك كان موجبا للملك لتقرر السبب مع أن الفعل الذى هو عدوان غير موجب للملك عندنا لان الفعل انما يكون عدوانا فى مال معصوم والعصمة بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الاحراز بالدين من حيث مراعاة حق الشرع والاثم فى مجاوزة ذلك ولا يتحقق ذلك فى حق المنكرين فانما يكون الاحراز فى حقهم بالدار التى هي دافعة لشرهم حسا وما بقي المال معصوما بالاحراز بدار الاسلام لا يملك بالاستيلاء عندنا وانما يملك بعد انعدام هذه العصمة بالاحراز بدار الحرب والأخذ بعد ذلك ليس بعدوان محض والمحل غير معصوم أيضا فلهذا كان الاستيلاء فيه سببا للملك والدليل على أن الاحراز بالدين لايظهر حكمه فى حقهم فصل الضمان فانهم لا يضمنون ما أتلفوا من نفوس المسلمين وأموالهم وتأثير العصمة فى ايجاب الضمان أظهر منه في دفع الملك ثم لما لم يبق للعصمة بالدين اعتبار في حقهم فى ايجاب الضمان فكذلك فى دفع الملك وتأويل الحديث أنهم لم يحرزوها بدارهم بعد فلم يملكوها ولا ملكت هي فلهذا

استردها وجعل نذرها فيما لا تملك والمراد بالآية حكم الاخذ بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينهم يوم القيامة وبه نقول انهم يفارقوننا في دار الآخرة فانها دار الجزاء ولا سبيل لهم علينا في دار الجزاء اذا عرفنا هذا فنقول اذا وقع هذا المال في الغنيمة وقد كان المشركون أحرزوه فان وجده مالكه قبل القسمة أخذه بغير شئ وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة ان شاء لحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن المشركين أحرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال صلي الله عليه وسلم ان وجدتها قبل القسمة أخذتها بغير شئ وان وجدتها بعد القسمة أخذتها بالقيمة ان شئت ففي هذا دليل أنهم قد ملكوها وانما فرق في الأخذ مجانا بين ماقبل القسمة وما بعدها لان المستولى عليه صار مظلوما وقد كان يفترض على من يقوم بنصرة الدار وهم الغزاة ان يدفعوا الظلم عنه بأن يتبعوا المشركين ليستنقذوا المال من أيديهم وقبل القسمة الحق لعامة الغزاة فعليهم دفع الظلم باعادة ماله اليه فاما بعد القسمة فقد تعين الملك لمن وقع في سهمه وعليه دفع الظلم ولكن لا بطريق ابطال حقه وحقه في المالية حتى كان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن بين الغانمين وحق المالك القديم في العين فيتمكن من الأخذ بالقيمة ان شاء ليتوصل كل واحد منهما الى حقه فيعتدل النظر من الجانبين ولان قبل القسمة ثبوت حق الغزاة فيه ليس بعوض على شئ بل صلة شرعية لهم ابتداء فلا يكون في أخذ المالك القديم اياه مجانا ابطال حقهم عن عوض كان حقا لهم فاما بعد القسمة فمن وقع في سهمه استحق هذا العين عوضا عن سهمه في الغنيمة فلا وجه لابطال حقه في ذلك العوض فيثبت للمالك القديم حق الأخذ بعد مايعطي من وقع في سهمه العوض الذي كان حقا له وانما يأخذه اذا أثبت دعواه فان مجرد قوله ليس بحجة في ابطال حق الغانمين قبل القسمة ولا في استحقاق الملك على من وقع في سهمه بعد القسمة وهذا اذا كان المأخوذ شيئا لا مثل له فاما الدراهم والدنانير والفلوس والمكيل والموزون فان وجدها قبل القسمة أخذها بغير شئ وان وجدها بعد القسمة فلا سبيل له عليها لان الأخذ شرعا انما ثبت له اذا كان مفيدا وقبل القسمة هو مفيد فامابعد القسمة لو أخذها أخذها بمثلها وذلك غير مفيد فان المالية في هذه الاشياء باعتبار الكيل والوزن ولهذا جرى الربا فيها فلكون الأخذ غير مفيد قلنا بأنه لايكون مشروعا بخلاف مالامثل له فانه يأخذه بالقيمة وذلك يكون مفيدا لما في العين من الغرض الصحيح للناس وان

وجد عبداً كان له فابق اليهم وقد وقع فى سهم رجل من الجند أخذه منه بغير شئ فى قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأخذه بالقيمة ان شاء لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن عبداً لمسلم أبق الى دار الحرب ثم وقع في الغنية فخاصم فيه المالك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدته قبل القسمة أخذته بغير شئ وان وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة ان شئت وعن الازهر بن يزيد ان أمة لقوم أبقت الى دار الحرب ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها مولاها فكتب أبو عبيدة بن الجراح الى عمر رضي الله عنهما فرد جوابه ان وجدها قبل القسمة أخذها وان وجدها بعد القسمة فقد مضت القسمة ولان الآبق يملك بسائر أسباب الملك فيملك بالاستيلاء كما لو كان متردداً فى دار الاسلام فاحرزوه بدارهم أوكالدابة اذا ندت اليهم وبيان الوصف انه يملك بالارث حتى لو أعتقه الوارث بعد موت المورث ينفذ عتقه ويملك بالضمان حتى اذا كان مغصوبا فضمن الغاصب قيمته يملكه بالضمان ويملك بالهبة من ابنه الصغير وبالبيع ممن فى يده وانما لايجوز بيعه من غيره للعجز عن التسليم لالانه ليس بمحل للتمليك والدليل عليه آبقهم الينا فانا نملكه بالاستيلاء فكذا آبقنا اليهم لما بينا من تحقق المساواة بيننا وبينهم في أسباب اصابة الدنيا وعلل أبو حنيفة فى الكتاب وقال لان الكفار لم يحرزوه ويعنى انه صار فى يد نفسه وهى يد محترمة فتكون دافعة لاحراز المشركين اياه كيد المكاتب فى نفسه وانما قلنا ذلك لان يد المولى زالت عنه حقيقة بالاباق وحكما بدخوله دار الحرب اذ لايجوز ان يثبت للمسلم يد على من في دار الحرب حكماً كما لايثبت لامام المسلمين اليد على من كان فى دار الحرب فلم يخلفه الآخر اما لانه حين انتهى الى الموضع الذى لايأتى فيه المسلمون وأهل الحرب فقد زالت يد المولى ولاتثبت يد أهل الحرب عليه فى هذا الموضع أولان يد أهل الحرب انما تثبت عليه حساً لاحكماً فما لم يأخذوه لاتثبت يدهم عليه فصار في يد نفسه لان الآدمى من أهل ان تثبت له اليد على نفسه وان كان مملوكا ألاترى ان العبد اذاتوكل بشراء نفسه من مولاه لايملك البائع حبسه بالثمن لثبوت اليد له على نفسه وهذا لان المانع من ثبوت يده على نفسه يد المولى فاذا زالت تلك اليد لا الى من يخلفه ثبتت اليد له في نفسه لزوال المانع كما فى المكاتب وباعتبار هذه اليد المحترمة يبقى هو محرزاً بدار الاسلام لان صاحب اليد من أهل دار الاسلام ولا طريق لهم الى الحيلولة بينه وبين هذه اليد وما بقى

المال محرزاً بدار الاسلام لا يتم احراز المشركين اياه فهذا معني قوله أن الكفار لم يحرزوه بخلاف المتردد فى دار الاسلام فانه في يد مولاه حكما ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له فى نفسه فيتم احراز المشركين اياه فأما الآبق الى دار الحرب لا يكون فى يد مولاه حكما حتى لو وهبه من ابنه الصغير لا يجوز هكذا ذكره أبو الحسين قاضى الحرمين عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى بخلاف الدابة اذا ندت اليهم لانها ليست من أهل أن تثبت لها اليد فى نفسها وبخلاف آبقهم الينا لان يده فى نفسه ليست بمحترمة فيتم احراز المسلمين اياه وبخلاف التملك بالارث والضمان فانه تملك حكمى يثبت فى المحل الذى لا يقبل الملك قصداً بسببه كالخمر والقصاص يملك بالارث والدين يملك بالارث والضمان وان لم يكن محلا للتمليك بالقهر وهذا لما بينا أنه مع بقاء العصمة والاحراز قد يملك بالارث والضمان ولا يملك بالاخذ وتأويل الحديثين أن الآبق لم يكن وصل اليهم حتى خرجوا اليه فأخذوه وأحرزوه اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لما كان له أن يأخذه بعد القسمة بغير شئ فالامام يعوض لمن وقع في سهمه قيمته من بيت المال لان نصيبه استحق فله أن يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم فى القبائل فيعوضه من بيت المال لأن حقه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمه كالجوهر ونحوه يوضع ذلك فى بيت المال فكذلك اذا لحق غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغرم يقابل بالغنم وهكذا يقال على أصل الكل اذا كان المأسور مدبراً أو مكاتبا أو أم ولد لمسلم فان المالك القديم يأخذه بغير شئ بعد القسمة ويعوض الامام من وقع فى سهمه قيمته من بيت المال لما قلنا فان وجد العبد فى يد مسلم اشتراه من أهل الحرب فأخرجه فان كان قد أبق اليهم فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى للمولى أن يأخذه بغير شئ لبقائه على ملكه ولا يغرم للمشترى شيئا مما أدى لانه فدى ملكه بغير أمره الا أن يكون أمره بالفداء فحينئذ يرجع عليه بما أدى وعندهما يأخذه منه بالثمن ان شاء وكذلك ان كان العبد مأسوراً بالاتفاق لانه لا يستحق على المشترى دفع الظلم عنه بالتزام الخسران في مال نفسه ولأنه وصل اليه هذا العبد بعوض وهو ما أدى من الثمن فيبقى حقه مرعيا فى ذلك العوض ولهذا يأخذه منه بالثمن ان شاء وان كان أهل الحرب قد وهبوه لرجل أخذه منه مولاه بالقيمة ان شاء لانه صار ملك الموهوب له وهو ملك مرعى

محترم فلا يجوز ابطاله عليه مجانا لدفع الظلم عن المأسور منه ولكن حاله في ذلك كحال من وقع في سهمه فلهذا يأخذه منه بالقيمة ﴿فان قيل﴾ هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض ﴿قلنا﴾ لا كذلك فالعوض والمكافأة في الهبة مقصود وان لم يكن مشروطاً ولهذا يثبت حق الرجوع للواهب اذا لم ينل العوض فجعل ذلك المعنى معتبراً في اثبات حقه في القيمة وان كان المشترى للعبد من العدو باعه من غيره أخذه المولى من المشترى الثانى بالثمن الذي اشتراه به ان كان من ذوات الأمثال فبمثله وان لم يكن فبقيمته ولان المشترى الثانى قائم مقام المشترى الاول وملكه مرعى كملك المشتري الاول وليس للمالك القديم أن يبطل العقد الثانى ليأخذه من يد المشترى الاول بالثمن الاول وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى أن له ذلك لان حق المولى القديم في العين سابق على حق المشترى الاول ولم يبطل ذلك بتصرفه فيكون متمكنا من نقض تصرفه كما يتمكن الشفيع من نقض تصرف المشترى وهذا لان له في نقض هذا التصرف فائدة لما بين الثمنين من التفاوت وجه ظاهر الرواية ان الشرع جعل للمالك القديم حق الأخذ من غير نقض التصرف ألا ترى أنه لم يجعل له حق نقض القسمة ليأخذه مجانا وفائدته في ذلك أظهر وهذا بخلاف الشفيع لان تصرف المشترى قد يكون مبطلا لحق الشفيع لولم يكن له حق النقض وربما يهبه من انسان والشفعة تثبت في الشراء دون الهبة فلابقاء حق الشفيع في العين مكناه من نقض التصرف فأما ههنا ليس في تنفيذ تصرف المشترى ابطال حق المالك القديم فان حق الآخذ يبقي سواء باعه المشترى أو وهبه أو تصدق به ولهذا تمكن من الأخذ من غير نقض التصرف توضيحه ان حق الشفيع يثبت قبل ملك المشترى ولهذا لو اشترى بشرط الخيار يثبت حق الشفيع وتصرف المشترى بحكم ملكه فينتقض تصرفه بحق من سبق حقه في ملكه فأما حق المولى القديم لم يثبت بعد ملك المشترى ألا ترى ان الكفار لو اسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للمولى ان يأخذه ولهذا لا يتمكن من نقض تصرف المشترى فان وقع الاختلاف بينهما في مقدار الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله فلا يتمكن من أخذه الا بما يقر هو له كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل من ذلك فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان اشتراه رجل من أهل الحرب وعلم به مولاه فلم يخاصم فيه زمانا ثم أراد ان يأخذه بالثمن فله ذلك وفي رواية ابن سماعة عن

محمد ليس له بمنزلة الشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع وجه ظاهر الرواية ان سكوت الشفيع جعل مبطلا حقه لدفع الضرر والغرر عن المشتري فانه يتمكن الشفيع من نقض تصرفه فلو لم يبطل حقه بالسكوت كان يتعذر على المشترى تنفيذ التصرف فيه مخافة ان يبطل الشفيع تصرفه وهذا المعني لا يوجد ههنا فان المالك القديم لا يتمكن من نقض تصرف المشترى علي ما بينا فلهذا لا يكون سكوته مبطلا لحقه فان لم يأخذه حتى أسروه ثانيا ثم اشتراه رجل آخر منهم ثم حضر مولاه الاول فلا سبيل له على المشترى الثانى لان حق الآخذ انما يثبت للمأسور منه والمأسور منه فى هذه المرة المشتري الاول دون المالك القديم فلهذا كان حق الآخذ من يد المشترى الثاني للمشتري الاول فاذا أخذه حينئذ يثبت للمالك الاخذ من يده بالثمنين جميعاً ان شاء وان أبى المشتري الاول ان يأخذه فلا سبيل للمالك القديم عليه لان حقه كان ثابتاً فى ملك المشتري الاول فاذا أخذه فقد ظهر محل حقه وان لم يأخذه لم يظهر محل حقه فلا سبيل له عليه كالموهوب له اذا وهبه لغيره فلا سبيل للواهب الأول عليه بالرجوع الا ان يرجع الموهوب له الاول فيه فحينئذ يثبت للواهب الأول حق الرجوع لهذا المعنى ﴿ فان قيل ﴾ انما كان للمالك القديم حق الأخذ فى الملك الذى استفاده المشترى من العدو وهذا ملك آخر استفاده من المشترى الثانى فكيف يثبت حقه فيه ﴿قلنا﴾ لا كذلك لان المأسور منه بالأخذ يعيده الى قديم ملكه ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب ان يرجع فيه وما يغرم المشترى من العدو فداء وليس ببدل عن الملك كالمولى يفدي عبده من الجناية فيبقى على قديم ملكه لا ان يتملكه بالفداء وانما يأخذه بالثمنين لان ذلك هو العوض الذى أدى من ماله فيه مرتين ولو أداه مرة واحدة لم يملك المولى أخذه مالم يرد عليه جميع ذلك فكذلك اذا غرمه مرتين واذا أسر العدو عبدا وفي عنقه جناية عمد أو خطأ أو دين انسان فان رجع الى مولاه الأول بوجه من الوجهين بحق الملك الأول فذلك كله في عنقه كما كان لما بينا انه بالأخذ أعاده الى قديم ملكه فالتحق بما لم يزل عن ملكه أصلا وان لم يرجع اليه أورجع اليه بملك مستأنف بطلت جناية الخطأ لان المستحق بالجناية الخطأ على الملك الذى كان له فى وقتها وقد فات ذلك ولم يعد والحق لا يبقى بعد فوات محله كما لو زال العبد الجانى عن ملكه بالبيع أو بالعتق وأما جناية العمد والدين فهما عليه كما كان يؤخذ بهما لان المستحق بجناية العمد ذمته وذلك باق بعد زوال ملك المولى الا ترى

انه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبطل القصاص عنه وكذلك الدين المستحق في ذمته وذمته باقية الا ترى ان بالبيع والعتق لا يبطل الدين عنه والدين فى ذمته يكون شاغلا لماليته اذا كان ظاهراً فى حق مولاه فلهذا أخذ به وفى الموضع الذي تلحقه الجناية والدين يبدأ بالدفع بالجناية ثم بالبيع ثم بالدين لانه لو بدأ بالبيع بطل حق ولى الجناية ولو دفع بالجناية أولا لم يبطل حق صاحب الدين فلهذا كانت البداية بالدفع بالجناية فان وقع المأسور فى سهم رجل فلم يحضر مولاه حتى أعتقه هذا الرجل أو دبره جاز لانه تصرف بحكم ملكه وملكه تام مع قيام حق المأسور منه فينفذ تصرفه ثم لا يكون للمولى عليه سبيل لانه خرج من أن يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك لما ثبت فيه من الحرية أو حقها ولان الولاء عليه قد لزم المشترى الاول على وجه لا سبيل الى ابطاله وحق المالك القديم بعرض الابطال وهو نظير الموهوب له اذا أعتق أو دبر يبطل حق الواهب في الرجوع لما قلنا وان كانت أمة فزوجها فولدت من الزوج فله أن يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج من أن تكون قابلة للنقل من ملك الي ملك والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ فيه كما في سائر أجزائها بخلاف حق الواهب فى الرجوع فانه لا يثبت في الولد لان ذلك حق ضعيف المين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعد ومحله والولد وان كان جزءاً من العين ففي المال هو محل آخر فأما حق المولي ههنا قوي يتأكد فى العين حتي لا يبطل بتصرف المشترى فلهذا يسرى الى الولد الذى هو جزء من العين ولا يكون له أن يفسخ النكاح لما بينا أنه يتمكن من الاخذ من غير أن ينقض تصرف المشترى والنكاح ألزم من سائر التصرفات ولا يتمكن من نقضه وان كان أخذ عقرها أو أرش جناية جني عليها لم يكن للمولى على ذلك سبيل لان حقه في العين والارش والعقر غير متولد من العين ولم يوجد فيه السبب وهو الاستيلاء عليه فى ذلك المال ولأنه لو أخذ العقر والارش أخذهما بمثلهما فلا يكون مفيداً شيئا ثم لا ينتقص عن المولى القديم شئ من الثمن بسبب احتباس العقر والارش عند المشترى ألا تري أنها لو تعيبت فى يد المشترى بعيب يسير أو فاحش لم ينتقص عن المولى شئ وهذا لما بينا أن مايعطى فداء وليس ببدل فى حقه والفداء لا يقابل بشئ من الاوصاف وان لم يكن زوجها المشتري من العدو حل له وطئها وان كان يعلم قصتها لانها مملوكة ملكا صحيحا وقيام حق المولى فى الاخذ لا ينافي ملكه كالجارية

الموهوبة يحل للموهوب له وطئها وان كان للواهب فيها حق الرجوع ﴿ قال ﴾ فان كان المأسور منه يتيما كان للوصى أن يأخذه من مشتريه بالثمن لانه قام مقام الصبي فى استيفاء حقوقه نظراً له فلا يكون له أخذه لنفسه لان الأسر لم يقع على ملكه وهو السبب المثبت لحق لأخذ له فاذا كانت الجارية رهناً بألف درهم وهي قيمتها فأسرها العدو ثم اشتراها منهم رجل بألف درهم كان مولاها أحق بها بالثمن لانها أسرت على ملكه وحق الاخذ بالثمن للمأسور منه باعتبار ملكه القديم وذلك للراهن دون المرتهن فان أخذها لم تكن رهنا لأنها في حق المرتهن تاوية ولانه لافائدة للمرتهن في أخذها لان الراهن لم يكن متبرعا فيما أعطي من الالف فانه ما كان يتوصل الى احياء ملكه الا باداء الالف فلا يتمكن المرتهن من أخذها الا برد الالف على الراهن وانما يأخذها ليستوفى ألفا من ماليتها فلا يفيده اعطاء الالف ليستوفى منه ألفا وهو نظير مالو جنت جناية يبلغ ارشها ألف درهم وأبى المرتهن أن يفديها ففداها الراهن وان كان الثمن أقل من ألف درهم كان للمرتهن أن يؤدى ذلك الثمن الذي أداه المولى فيكون رهنا عنده على حاله ان شاء وان شاء تركها لان أخذه اياها مفيد له فانه يغرم الخمسمائة ليحيي به حقه في الالف وهو نظير الجناية اذا كان ارشها أقل من الالف ففداها الراهن كان للمرتهن أن يرد عليه الفداء وتكون رهنا عنده على حالها وان شاء تركها فكانت تاوية فى حقه وقد بينا فيما سبق أن الثمن الذي يعطيه المالك القديم للمشتري فداء وليس ببدل عن الملك بمنزلة الفداء من الجناية وان كانت في يده وديعة أو عارية أو إجارة لم يكن له الى أخذها سبيل وكان الحق فى أخذها لمولاها لان ثبوت الأخذ باعتبار قديم الملك وذلك للمولى دون ذى اليد وهذا بخلاف الاسترداد من الغاصب فالغصب لا يزيل ملك المولى والمودع والمستعير قائم مقامه في حفظ ملكه فيمكن من الاسترداد ليتوصل الى الحفظ فاما الاحراز يزيل ملك المولى فيخرج به المستعير والمستودع من ان يكون عاملا له ولو أثبتنا له حق الأخذ بالثمن كان عاملا لنفسه فى التملك ابتداء فلهذا لم يكن لهما حق الاخذ بالثمن وبه فارق الفداء من الجناية فان المودع والمستعير لو فداها من الجناية صح وكان متبرعا فى ذلك لان الجناية لاتزيل ملك المولى ونظيرها بالفداء يقرر حفظ الملك عليه وأما الاحراز يزيل ملك المولى فان أخذ بالثمن يكون اعادة للملك لا ان يكون حفظا للملك وهو ما أقامهما في ذلك مقام نفسه فان كان لها زوج قبل

ان تؤسر فالنكاح بحاله لانه لم تتباين بهما الدار حكما فانها مسلمة وان كانت مأسورة في دار الحرب فالمسلم من أهل دار الاسلام حكما وان كان فى دار الحرب صورة وتباين الدارين حقيقة لاحكما لايقطع عصمة النكاح وبالاحراز تصير مملوكة لاهل الحرب فيكون ذلك فى حكم النكاح كبيع المولى إياها وذلك غير مفسد للنكاح فان غلب العدو على مال المسلمين فاحرزوه وهناك مسلم تاجر مستأمن حل له ان يشتريه منهم فيأكل الطعام من ذلك ويطأ الجارية لانهم ملكوها بالاحراز فالتحقت بسائر أملاكهم وهذا بخلاف مالو دخل اليهم تاجر بأمان فسرق منهم جارية وأخرجها لم يحل للمسلم ان يشتريها منه لانه احرزها على سبيل الغدر وهو مأمور بردها عليهم فيما بينه وبين ربه وان كان لايجبره الامام على ذلك لانه غدر بأمان نفسه لا بامان الامام فاما ههنا هذا الملك تام للذى أحرزها بدليل أنه لو أسلم أو صار ذميا كانت سالمة له ولايفتى بردها فلهذا حل للمشترى منه وطئها وهذا للفقه الذى قلنا ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام تنعدم عند تمام احراز المشركين اياها وهذا بخلاف ما اذا كانت مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة فانها لم تصر مملوكة بالاحراز فلا يحل للتاجر ان يشتريها منهم ولا ان يطأها ألا ترى أنهم لو أسلموا أو صاروا ذمة وجب عليهم ردها على المالك القديم فتكون على ملكه كما كانت وان اشتري التاجر مكاتبا أو مدبراً أو حراً أسره أهل الحرب فاخرجه فالحر على حاله والمكاتب والمدبر كذلك لانهما لايملكان بشئ من أسباب الملك وان كان المشترى فداهما بغير أمرهما فلا رجوع له عليهما لانه تبرع بما فداهما به وان كان بأمرهما فله ان يرجع عليهما بما فداهما به لانه أدي مال نفسه في تخليصهما وتوفير المنفعة عليهما بأمرهما وهذا في الحر غير مشكل وكذلك فى المكاتب فان موجب جناية المكاتب على نفسه لانه بمنزلة الحر فى ملك اليد والمكاسب وان كان المأسور عبداً لمسلم فباعه ملكه من رجل من أهل الحرب فاعتقه فهو حر كما لوباعه من مسلم فاعتقه وقيل على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي ان يعتق بنفس البيع لاباعتاقه لان من أصله ان عبد الحربى اذا أسلم فباعه مولاه يعتق فهذا أيضا عبد مسلم لحربى فاذا زال ملكه ويده ببيعه يزول الى العتق وعندهما بالبيع لايعتق وانما يعتق بالاعتاق اما عند ابى يوسف فالاعتاق من الحربى صحيح وكذلك عند محمد اذا كان من حكم ملكهم منع المعتق من استرقاق المعتق مع ان العبد ههنا مسلم فلا يكون محلا للاسترقاق بعد الاعتاق فلهذا يعتق باعتاقه وقيل

بل هذا قولهم جميعاً فان أباحنيفة انما يقول يعتق بالبيع في عبد ليس لمسلم فيه حق وفى هذا العبد للمولى القديم حق الاعادة الى ملكه مجانا أو بفداء فلا يعتق بالبيع مالم يعتقه مالكه وإذا اسلم أهل الحرب على مال أخذوه من أموال المسلمين وصاروا ذمة فهو لهم ولا سبيل للمسلمين عليه لان القياس ان لايكون للمالك القديم حق الأخذ بعد زوال ملكه بتمام الاحراز وبه كان يقول الزهري والحسن البصرى رحمهما الله وانما تركنا القياس بالسنة فى الذي وقع فى الغنيمة أو اشتراه منهم مسلم والسنة ههنا جاءت بتقرر الملك للذي أسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم على مال فهو له والمعنى الذى لاجله ثبت للمالك القديم حق الأخذ هناك وجوب نصرته والقيام بدفع الظلم عنه على المسلم الذى وقع فى سهمه كما بينا وهذا غير موجود ههنا فانه ما كان على هذا الحربى القيام بنصرته حين أحرزوه لان ذلك ثابت شرعا وهم لايخاطبون بذلك ولان القيام بالنصرة على من هو أهل دار الاسلام وهو ما كان يومئذ من أهل دار الاسلام فلم يثبت حقه فى ملكه واذا أسلم أو صار ذمة فقد تقرر ملكه وكذلك لوكان ذلك الحربي باعه من حربى آخر ثم أسلم المشترى أو صار ذمة فالمشتري بمنزلة البائع فى المعنى الذى قررنا وكذلك لو خرج الينا بأمان ومعه ذلك المال فانه لا يتعرض له فيه وهذا أظهر لانه حربي وان كان مستأمنا فى دارنا ولم يكن حق المولى ثابتا فى ملكه فلو مكناه من الأخذ منه كان غدراً بالامان وذلك حرام الا أنه يجبر المستأمن على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم فلا يمكن الحربي من استذلاله باستدامة الملك واعادته الى دار الحرب واذا سبي الصبي من أهل دار الحرب وأخرج الى دار الاسلام فمات فان كان معه أبواه كافرين أو أحدهما فانه لا يصلى عليه والاصل فيه أن الولد تابع للأبوين فى الدين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكراً واما كفوراً ولا تظهر تبعية الدار عند تبعية الابوين ألا ترى أن أولاد أهل الذمة فى دار الاسلام يكونون على دين آبائهم وهذا لان الولد من الابوين ولكنه في الدار لامن الدار فكان اتباعه للأبوين أصلا والدار فى حكم الخلف فلا يظهر الخلف مع قيام الاصل وكذلك أحد الابوين فى هذا الحكم بمنزلتهما ألا ترى أن الذمية اذا ولدت من زنا فان الولد يتبعها في الدين ولا اب هنا فعرفنا أن أحد الابوين يكفي في الاتباع فان كان معه أبواه أو أحدهما فهو على دينه فاذا مات لا يصلى عليه وان كانت جارية لم يحل

للسابي رطئها اذا لم يكن أبواها أو أحدهما من أهل الكتاب فان أسلم أبواه أو أحدهما فقد صار الصبي مسلما تبعا لمن أسلم منهما فانه يتبع خير الابوين دينا لانه يقرب من التابع فاذا مات يصلى عليه وان خرج وليس معه أبواه أو أحد من الابوين فمات قبل أن يعقل الاسلام صلى عليه لان التبعية بينه وبين الابوين انقطعت بتباين الدار حقيقة وحكما فيظهر تبعية الدار ويصير محكوما باسلامه تبعا للدار كاللقيط فاذا مات يصلى عليه وان خرج الاب من ناحية والابن من ناحية معا فمات الصبي لم يصل عليه لانه ما حصل في دارنا الا وله أب كافر فيكون تبعا له دون الدار وكذلك ان خرج الاب أولا ثم الصبي بخلاف ما لو خرج الصبي أولا ثم الاب فانه حين خرج أولا حكم باسلامه تبعا للدار فلا يحكم بكفره بعد ذلك وان خرج أبواه ﴿فان قيل﴾ اذا خرج معه أحد أبويه فاعتبار جانب الأب يوجب كفره واعتبار جانب الدار يوجب اسلامه فينبغي ان يرجح الموجب لاسلامه كما لو أسلمت أمه قلنا الاشتغال بالترجيح عند المساواة وذلك في حق الأبوين فاما الدار خلف عن الأبوين في حقه كما بينا ولا يظهر الخلف في حال بقاء الأصل فلا معنى للاشتغال بالترجيح وكذلك لومات أبوه كافراً في دارنا لان بموته لاينقطع حكم التبعية الاترى أن أولاد أهل الذمة لايحكم باسلامهم وان ماتت آباؤهم وفي هذا نوع اشكال فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ثم جعلنا الولد تبعاً للدار اذا بقي أبواه في دار الحرب ولانجعله تبعاً للدار اذا مات أبواه في دار الاسلام ولكن نقول الموت لايقطع العصمة الاترى ان المتوفي عنها زوجها يبقى حل النكاح بينها وبينه في حق الغسل وتباين الدارين حقيقة وحكماً ينافي العصمة والتبعية فمن هذا الوجه يفترقان ولا بأس ببيع السبي من أهل الذمة مالم يسلموا لانهم صاروا من أهل دارنا ولكنهم كفار فلا بأس ببيعهم من أهل الذمة وان كان الاولى ان لايفعل الامام ذلك ولكن يبيعهم من المسلمين ليسلموا عسي ويكره بيعهم من أهل الحرب لانهم صاروا من أهل دارنا فلا يباعون من أهل الحرب ليعيدوهم الى دار الحرب فيتقووا بهم على المسلمين ومن صار محكوماً باسلامه من صغارهم يكره بيعه من أهل الذمة كغيره من العبيد المسلمين وللامام أن يقتل الرجال من الاسارى وله أن يستبقيهم ويقسمهم بين الجند ينظر أى ذلك خيرا للمسلمين فعله لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل سبي بني قريظة وقسم سبايا أوطاس فعرفنا أن كل

ذلك جائز والامام نصب ناظرا فربما يكون النظر في قتلهم لمعنى الكبت والغيظ للعدو
وليأ من المسلمون فتنتهم وربما يكون النظر في قسمتهم لينتفع بهم المسلمون فيختار من
ذلك ماهو الانفع ولهذا لايحل للمسلمين قتلهم بدون رأى الامام لان فيه افتياتا على رأيه
الا أن يخاف الآسر فتنة فحينئذ له أن يقتله قبل أن يأتي به الى الامام وليس لغير من أسره
ذلك لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتعاطى أحد كم أسير
صاحبه فيقتله وان كان لو قتله لم يلزمه شئ لأن الاسير مالم يقسم الامام مباح الدم بدليل
أن للامام أن يقتله وقتل مباح الدم لايوجب ضمانه فان أسلموا لم يقتلهم لقوله صلى الله عليه
وسلم فاذا قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم ولان القتل لدفع فتنة الكفر وقد اندفعت
بالاسلام ولكنه يقسمهم لانه كان مخيراً فيهم بين القتل والقسمة فاذا تعذر أحدهما
تعين الآخر وهذا لان حق المسلمين قد ثبت فيهم بالاخذ وصاروا بمنزلة الارقاء
والاسلام لا ينافي بقاء الرق والقسمة لتعيين الملك لا ان يكون ابتداء الاسترقاق فاسلامهم
لا يمنع من ذلك فان لم يسلموا ولكنهم ادعوا أمانا فقال قوم من المسلمين قد كنا أمناهم
فانهم لا يصدقون على ذلك لان حق المسلمين قد ثبت فيهم فلا يصدقون فى ابطال حق
المسلمين وقولهم هذا اقرار لا شهادة فانهم أخبروا به عن أنفسهم ومن أخبر بما لا يملك
استئنافه كان متهما فى خبره فلا يصدق وان شهد قوم من المسلمين عدول على طائفة
أخرى من المسلمين أنهم أسروهم وهم ممتنعون جازت شهادتهم لأنه لا تهمة
فى شهادتهم فانهم ان كانوا من الجند ففي شهادتهم ضرر عليهم وان كانوا من غير الجند
فليس فى شهادتهم منفعة لهم واذا انتفت التهمة فالثابت بالشهادة كالثابت معاينة ولا يقتل
الاعمى ولا المقعد والمعتوه من الأسارى لانه انما يقتل من يقاتل قال الله تعالى وقاتلوهم
والمفاعلة تكون من الجانبين ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال
هاهما كانت هذه تقاتل فعرفنا أنه انما يقتل من الاساري من يقاتل والأعمي والمقعد والمعتوه
لايقاتلون أحداً وان كان ذلك منهم عارضاً فقد اندفع بالأسر فلا يقتلون بعد ذلك كالمرأة
منهم اذا قاتلت فأسرت لاتقتل بعد ذلك ولا بأس بارساله الماء الى مدينة أهل الحرب
واحراقهم بالنار ورميهم بالمنجنيق وان كان فيهم اطفال أو ناس من المسلمين اسرى أو تجاري
وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى اذا علم ان فيهم مسلم وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له

ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى ان للامام أن لايقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه ولكنا نقول أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ماتخلو من مسلم عادة ولانه يجوز لنا ان نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم وكما لايحل قتل المسلم لايحل قتل نسائهم وصبيانهم ثم لايمتنع ذلك لمكان نسائهم وصبيانهم فكذلك لمكان المسلم فلا يستقيم منع هذا وقد روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف وأمر أسامة بن يزيد رضى الله عنه بان يحرق وحرق حصن عوف بن مالك وكذلك ان تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمي اليهم وان كان الرامي يعلم أنه يصيب المسلم وعلى قول الحسن رضى الله عنه لايحل له ذلك وهو قول الشافعى لما بينا ان التحرز عن قتل المسلم فرض وترك الرمي اليهم جائز ولكنا نقول القتال معهم فرض واذا تركنا ذلك لما فعلوا ادى الى سد باب القتال معهم ولانه يتضرر المسلمون بذلك فانهم يمتنعون من الرمي لما أنهم تترسوا باطفال المسلمين فيجترؤن بذلك على المسلمين وربما يصيبون منهم اذا تمكنوا من الدنو من المسلمين والضرر مدفوع الا ان على المسلم الرامى ان يقصد به الحربى لانه لو قدر على التمييز بين الحربى والمسلم فعلا كان ذلك مستحقا عليه فاذا عجز عن ذلك كان عليه ان يميز بقصده لانه وسع مثله ولا كفارة عليه ولادية فيما أصاب مسلما منهم لانه اصابة بفعل مباح مع العلم بحقيقة الحال والمباح مطلقا لايوجب عليه كفارة ولادية والشافعى يوجب ذلك ويقول هذا قتل خطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وهذا هو صورة الخطأ ولكنا نقول اذا كان عالماً بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقاً واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان وله في أيديهم جارية مأسورة كرهت له غصبها ووطئها لانهم ملكوها عليه والتحقت بسائر املاكهم فلو غصبها منهم أو سرقها كان ذلك منه غدراً للأمان وقد ضمن ان لايغدربهم ولايأخذ شيئاً من أموالهم الا بطيب أنفسهم وان كانت مدبرة اوام ولدلم يكره له ذلك لانهم لم يملكوها عليه فهو انما يعيد ملكه الى يده ولايتعرض لملكهم بشئ فلم يكن ذلك منه غدراً للأمان الا ترى انهم لو أسلموا كان عليهم ردها بخلاف الامة وان كان الرجل مأسوراً فيهم لم اكره له ان يغصب أمته أو يسرقها لانه ماكان بينه وبينهم أمان ولكنه مقهور فيهم مظلوم

فكان له ان يدفع الظلم عن نفسه بما يقدر عليه ألا ترى ان له ان يقتل من قدر عليه منهم وان يسرق ما استطاع من أموالهم وأولادهم بخلاف الذي دخل اليهم بأمان واذا أسلم الحربي فى دار الحرب ثم ظهر المسلمون على تلك الدار ترك له مافي يده من ماله ورقيقه وولده الصغار لان أولاده الصغار صاروا مسلمين باسلامه تبعا فلا يسترقون والمنقولات فى يده حقيقة وهي يد محترمة لاسلام صاحبها فلا يملك ذلك عليه بالاستيلاء ولانه صار محرزاً ما في يده من المال بمنعة المسلمين وذلك سبب لتقرير ملك المسلم لا لابطال ملكه يوضحه ان يده الى أمتعته أسبق من يد المسلمين فأما عقاره فانها تصير غنيمة للمسلمين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول واستدل بحديث الكلبي ومحمد بن اسحاق رحمهما الله تعالى ان نفرا من بني قريظة أسلموا حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصراً لهم فأحرزوا بذلك أنفسهم وأموالهم قال وعامة أموالهم الدور والاراضى ولكنا نقول هذه بقعة من بقاع دار الحرب فتصير غنيمة للمسلمين كسائر البقاع وهذا لان اليد على العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده فلهذا كانت غنيمة بخلاف المنقولات وتأويل الحديث ان صح فى المنقول دون العقار وكذلك أولاده الكبار فئ لانهم ماصاروا مسلمين باسلامه ولا كانت له عليهم يد فهم كسائر أهل الحرب وكذلك زوجته الحبلى لانها لاتصير مسلمة باسلام زوجها فتكون فيئا ويده عليها يد حكمية بسبب النكاح ومثله لايمنع الاغتنام كاليد على العقار وكذلك مافى بطنها فئ عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لايكون فيئا لان مافى بطنها مسلم باسلام أبيه والمسلم لايسترق أبداً كالولد المنفصل ولكنا نقول الجنين في حكم جزء من أجزاء الام وهى قد صارت فيئاً بجميع أجزائها ألا ترى أنه لايجوز أن يستثنى الجنين فى اعتاق الام كما لا يستثني سائر أجزائها وكما أن فى الاعتاق لايصير الجنين مستثنى عند اعتاق الام بحال فكذلك فى الاسترقاق لايصير الجنين مستثني بعد ماثبت الرق فى الام وهذا لان الحكم فى التبع لايثبت ابتداء بل بثبوته فى الاصل يظهر فى التبع فيكون هذا في حق التبع بمنزلة بقاء الحكم والاسلام لا يمنع بقاء الرق وان كان خرج الى دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فأهله وماله وأولاده

أجمعون فيء لانه لما أسلم في دارنا فولده الذي في دار الحرب لايصير مسلما باسلامه لما بينا أن تباين الدارين حقيقة وحكما مناف للتبعية ولانه لا يد له على شيء مما خلفه في دار الحرب من أمواله فلهذا كان جميع ذلك فيئاً للمسلمين لانهم أحرزوه دونه ولو أسلم في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله فيء الا أولاده الصغار لانهم صاروا مسلمين باسلامه لانه حين أسلم في دار الحرب كانت التبعية بينه وبينهم قائمة وبعد ماصاروا مسلمين لايسترقون فأما الاموال فلم يبق له يد فيها بعد ماخرج الى دار الاسلام وتركها في دار الحرب وان كان أودع شيئا من ماله مسلما أو ذميا فذلك المال لايكون فيئاً لان يد المسلم والذمي يد صحيحة على هذا المال فتكون مانعة احراز المسلمين اياها كما في سائر أموال المودع واذا لم تصر غنيمة كانت يد المودع فيها كيد المودع فيصير هو المحرز لها من هذا الوجه فترد عليه وان كان أودع شيئا من ماله حربيا فذلك المال فيء في ظاهر الرواية وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يكون فيئاً لان يد المودع كيد المودع فجعلت يده باقية على هذا المال حكما بيد من يخلفه وجه ظاهر الرواية ان يد المودع في هذا المال ليست بيد صحيحة الا ترى انها لاتكون دافعة لاغتنام المسلمين عن سائر أمواله فكذلك عن هذه الوديعة واذا لم تكن يده معتبرة كان هذا والمال الذي لم يودعه احداً سواء واذا دخل المسلم أو الذمي دار الحرب تاجرا بأمان فاصاب هناك مالا ودوراً ثم ظهر المسلمون على ذلك كله فهو له كله الا الدور والارضين فانها فيء لان يده يد صحيحة فانه من أهل دار الاسلام فيكون هو المحرز بيده لامواله وتكون يده دافعة لاحراز المسلمين تلك الاموال فأما الدور والأرضين فهي بقعة من بقاع دار الحرب فتصير مغنومة كسائر البقاع وتقرير هذا الكلام ان اليد على هذه البقعة من دار الحرب لاتقوي مقصودة بنفسها وانما تقوى اذا ثبتت على جميع الدار فكانت هذه البقعة في حكم التبع وقد بينا ان ثبوت الحكم في التبع كثبوته في الاصل بخلاف المنقولات فاليد عليها تبقى مقصودة بنفسها وقد سبق ذلك من المسلم فكان هو المحرز لها يوضحه ان المسلم يتحقق منه الاحراز في المنقولات بأن يخرجها الى دار الاسلام فيجعل أيضاً محرزاً لها بظهور المسلمين على الدار فأما العقار لايتحول ولا يتحقق من المسلم احرازه بالاخراج الى دار الاسلام فانما تصير محرزة بالغانمين ومن قاتل من كبار عبيده فهو فيء لانه نزع نفسه من يده حين قاتل المسلمين فان المسلم يمنع

عبده من قتال المسلمين وان لم يبق له عليه يد حقيقة كان فيئاً كسائر عبيد أهل الحرب وان كانت له امرأة حبلى فهي وما في بطنها فيء كما بينا وما كان له من وديعة عند مسلم أو ذمي أو حربي فهو له وليست بفيء أما ما كان عند مسلم أو ذمي فلا اشكال فيه وأما ما كان عند حربي فلأنه ما دام في دار الحرب فيده ثابتة على تلك الوديعة باعتبار يد مودعه وكونه حافظا له فتكون يده دافعة لاحراز المسلمين فى ذلك المال بخلاف ما تقدم فى ما اذا خرج الى دار الاسلام ﴿قال﴾ وكذلك ان كان خرج الى دار الاسلام قبل ذلك فان كان مراده من هذا العطف ما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو ظاهر وان كان مراده ما أودعه عند حربي فهو يقوي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما سبق على ظاهر الرواية ووجه الفرق أن التاجر الذى دخل اليهم ماله كان محرزاً بدار الاسلام ولم يبطل ذلك الاحراز الا باحراز المشركين اياه وذلك لا يوجد فيما اذا أودعه من الحربي اذا كان الحربي جاريا على وفاق ما أمر به فاذا بقى المال محرزاً بدار الاسلام لا يملكه المسلمون بالاستغنام فأما الذي أسلم في دار الحرب فماله لم يصر محرزا بدار الاسلام فكان محلا للاستغنام الا ما ثبتت عليه يد صحيحة دافعة للاستغنام وذلك غير موجود فيما اذا أودعه من أهل الحرب فان أخذ المسلمون تلك الوديعة فاقتسموها فى الغنيمة ثم جاء صاحبها أخذها بغير قيمة لانه مال مسلم لم يحرزه المشركون وان كان المشركون قتلوا هذا المسلم فى دارهم وأخذوا ماله ثم ظهر عليهم المسلمون ردوه على ورثة المقتول قبل القسمة بغير شئ لأنهم لما قتلوه وأخذوا ماله فقد صاروا محرزين له فيملكونه ثم المسلمون يملكونه عليهم بالاغتنام فهو بمنزلة مال المسلم استولى عليه أهل الحرب وأحرزوه ثم وقع فى الغنيمة وقد مات صاحبه فكان لوارثه أن يأخذه قبل القسمة بغير شئ لأنه قائم مقام مورثه في ملكه وحقوق ملكه وتمكنه من الاخذ كان لحق ملكه القديم فيقوم فيه وارثه مقامه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يثبت لوارثه حق الاخذ واعتبر هذا بحق الشفعة وحق الخيار فان ذلك لا يصير ميراثا عنه بعد موته فكذلك فى حق المأسور ألا ترى أن هذا الحق دون ذلك الحق فان للشفيع أن ينقض تصرف المشترى وليس للمالك القديم ذلك وان كانوا اقتسموه ثم حضر ورثة المقتول أخذوا الامتعة بالقيمة ان شاؤا ولم يأخذوا الذهب والفضة كما لو كان المورث حيا وان كان هؤلاء المشركون أسلموا على دراهم وصالحوا لم يؤخذوا

بشيء من مال المقتول لان اسلامهم يقرر ملكهم ولا ضمان عليهم في دمه لانهم قتلوه حين كانوا حربا للمسلمين فلم يكن عليهم ضمان دمه يومئذ ثم لايجب بعد ذلك باسلامهم ولو كان مسلم دخل دار الحرب بأمان واشترى صبيا وصبية فاعتقهما ثم خرج وتركهما هناك فكبرا هناك كافرين ثم ظهر المسلمون على الدار فهما فيء لان اعتاقه اياهما في دار الحرب ليس بشيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فلا يصير محرزاً لهما وعند أبي يوسف رضي الله تعالى عنه ان كان ذلك اعتاقا صحيحا فهم كسائر احرار أهل الحرب من الكفار فيكونون فيئاً ومقصوده ان الولاء ليس نظير الولاد فان الولد يصير مسلما باسلام أبيه والمعتق لا يصير مسلما باسلام معتقه ان كان صغيراً لان الولاء أثر الملك وهو باعتبار أصل الملك لا يتبع مولاه في الدين فباعتبار أثر الملك أولى واذا كان المسلم في دار الحرب تاجراً أو أسيراً أو أسلم هناك فأمنهم فأمانه باطل لانه مقهور في أيديهم والظاهر أنه مكره على الأمان من جهتهم ولانه لا يقصد بالأمان منفعة للمسلمين وانما قصده أن يؤمن نفسه ولان الامان يكون عن خوف ولا خوف لهم من جهته فيكون عقده على الغير ابتداء لا على نفسه وليس له ولاية العقد على الغير ابتداء فان من أمن رجلا من أهل الجيش جاز أمانه لقوله صلى الله عليه وسلم يسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد وقال يعقد عليهم أولاهم ويرد عليهم أقصاهم قيل معناه أن السرية الاولى تعقد الامان فينفذ على المسلمين ثم السرية الاخرى تنبذ اليهم فينفذ ذلك أيضا ولان من في الجيش انما يؤمنهم من نفسه لانهم يخافونه فينفذ عقده على نفسه ثم يتعدى الي غيره وهذا لان الامان لا يحتمل الوصف بالتجزى وسببه وهو الايمان لا يتجزى أيضا فينفرد به كل مسلم لتكامل السبب في حقه كالتزويج بولاية القرابة وكذلك لو أمنت المرأة من أهل دار الاسلام أهل الحرب جاز أمانها لما روي أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانها وعن أم هانئ رضي الله عنها قالت أجرت حموين لي يوم فتح مكة فدخل علي رضي الله عنه يريد قتلهما وقال اتجيرين المشركين فقلت لا الا أن تبدأ بي قبلهما وأخرجته من البيت وأغلقت الباب عليهما ثم أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رآني قال مرحبا بأم هانئ فاختة قلت ماذا لقيت من ابن أمي علي أجرت حموين لي وأراد قتلهما فقال صلى الله عليه وسلم ليس له ذلك

وقد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ولانها من أهل الجهاد فانها تجاهد بمالها وكذلك بنفسها فانها تخرج لمداواة المرضى والخبز وذلك جهاد منها فأما العبد اذا أمن أهل الحرب فان كان مأذونا له في القتال فأمانه صحيح لما روى أن عبداً كتب على سهم بالفارسية مترسيت ورمى بذلك الى قوم محصورين فرفع ذلك الي عمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمى فعل المقاتل ولانه اذا كان متمكنا من القتال لوجود الاذن من مولاه فهم يخافونه فعقده يكون على نفسه ثم يتعدى حكمه الى الغير وقول العبد في مثله صحيح كما في شهادته على رؤية هلال رمضان واقراره على نفسه بالقود ولا يقال قرابته فيهم فهو متهم بايصال المنفعة اليهم دون المسلمين فينبغي ان لا يصح أمانه كالذمى وهذا لانه لا يظن بالمسلم ايثار القرابة على الدين ولو اعتبرنا هذا لم يصح أمانه بعد العتق أيضا ولا وجه للقول به فأما الذمى لم يوجد في حقه سبب ولاية الامان وهو موافق لهم في الاعتقاد فالظاهر أنه يميل اليهم وأنهم لايخافونه فأما أمان العبد المحجور عليه عن القتال فهو باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله صحيح في قول محمد والشافعي رحمهما الله تعالى وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر الكرخي قوله مع محمد رحمهما الله تعالى حجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم يسعى بذمتهم أدناهم وأدنى المسلمين العبد وفي حديث عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أمان العبد والصبي والمرأة سواء وفي حديث أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أمان العبد أمان ولانه من أهل الجهاد ولا تهمة في أمره فيصح أمانه كالحر وبيان الاهلية أن المطلوب بالجهاد اعزاز الدين ودفع فتنة الكفر فكل مسلم يكون أهلا له ثم الجهاد يكون بالنفس تارة وبالمال أخرى فالعبد لامال له وهو ممنوع من الجهاد بالنفس لما فيه من ابطال حق المولى عن منافعه وتعريض ماليته للهلاك فاما الامان جهاد بالقول وليس فيه ابطال حق المولى عن شئ فكان العبد فيه كالحر والدليل عليه صحة أمانه اذا كان مأذونا في القتال وتأثير الاذن في رفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن ليس بأهل ألا ترى ان بالاذن لا يصير أهلا للشهادة وزوال المانع من التصرفات لوجود الاهلية ثم الامان ترك القتال ولا يستفاد بالاذن في القتال لانه ضده وبعد الاذن هو في الامان ليس بنائب عن المولى بدليل ان المعتبر دينه لا دين المولى فعرفنا انه كان أهلا لكونه مسلما

ولان الامان من فروع الدين وقوله فى أصل الدين معتبر ملزم فكذلك فى فروعه ولهذا صح احرامه وصح منه عقد الذمة مع قوم من المشركين والذمة أقوى من الامان فيستدل بصحة ما هوأقوى منه على صحة الادنى بطريق الاولى ﴿وحجتنا﴾ قوله تعالى ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شئ والامان شئ وهذا عام لا يجوز دعوي التخصيص فيه لان الله تعالى ذكر هذا المثل للأصنام واحدها لا يقدر على شئ ولانه ليس بأهل للجهاد فلا يصح أمانه بنفسه كالذمي والصبي والمجنون وبيان الوصف أن الجهاد يكون بالنفس أو بالمال ونفسه مملوكة لغيره وهو ليس من أهل ملك المال فعرفنا أنه ليس من أهل الجهاد وتأثيره أن صحة الامان من الواحد باعتبار منفعة المسلمين فربمايكون الامان خيراً لهم لحفظ قوة أنفسهم لان القتال حفظ قوة النفس أولا ثم العلو والغلبة ولكن الخيرة فى الامان مستورة لايعرفه الا من يكون مجاهداً فاذا كان العبد المحجور لايملك القتال لايعرف الخيرة فى الامان فلا يكون أمانه جهادا بالقول بخلاف المأذون فى القتال فانه لما تمكن من مباشرة القتال عرف الخيرة فى الامان فحكمنا بصحة أمانه ولهذا لايحكم بصحة أمان الاسير لان الخيرة في الامان مستورة لايعرفه الامن يكون آمناعلى نفسه والاسير خائف فاذا تقرر هذا فى المقيد بالاسر ففي المقيد بالرق أولى لان الاسير مالك للقتال وانما لايتمكن منه حسا والعبد غير مالك للقتال أصلا ولان عقد العبد على الغير ابتداء لانهم لايخافونه حين لم يكن مالكا للقتال بخلاف المأذون له فى القتال فانهم يخافونه فانما يعقد علي نفسه ولا معنى لقول من يقول العبد يؤمن نفسه وهو يخافهم وان كان محجوراً عليه لانه يقول أمنتكم ولا يقول أمنت نفسي ولو قال ذلك لايكون أمانا ولانه نوع ولاية حيث أنه يتقيد القول على الغير بشرط التكليف فيكون نظير ولاية النكاح والعبد لايملك النكاح بنفسه الا ان يأذن له مولاه فيه فكذلك لايملك الأمان إلا ان يكون ماذونا فى القتال لان الأمان ترك القتال ضرورة ولكنه من القتال معنى فيملكه من يكون مالكا للقتال والآثار محمولة على المأذون فى القتال وقد تقدم بيان تأويل قوله صلى الله عليه وسلم يسعى بذمتهم أدناهم فاما عقد الذمة فنقول انه تمحض منفعة للمسلمين لان الكفار اذا طلبوا ذلك افترض على الامام اجابتهم اليه فلو اعتبر ماسبق من العبد احتسب عليهم تلك المدة لأخذ الجزية ولولم يعتبر كان ابتداء تلك المدةمن الحال فلكونه محض منفعة حكمنا بصحته من العبد كقبول

الهبة والصدقة فاما الأمان يتردد بين المضرة والمنفعة ولهذا لايفترض اجابة الكفار اليه وفيه ابطال حق المسلمين فى الاستغنام والاسترقاق والتصرف الذى فيه توهم الضرر فى حق المولى خاصة كالبيع والشراء لايملكه العبد بنفسه لما فيه من الحاق الضرر بالمولى فالتصرف الذى فيه الحاق الضرر بالمسلمين أولى فأما الصبي اذا كان لا يعقل فلا اشكال ان أمانه باطل وان كان يعقل فعند أبي حنيفة وابى يوسف رحمهما الله امانه باطل ايضاً وهو قول الشافعي رحمه الله كما أنه لا يصح ايمانه ومحمد يقول بصحة امانه كما يقول بصحة ايمانه فان كان هذا الصبي مأذونا فى القتال فقد قال بعض مشايخنا لايصح امانه أيضا لان قوله غير معتبر فيما يضر به وان كان مأذوناً كالطلاق والعتاق ففيما يضر بالمسلمين أولى والاصح انه يجوز أمانه اذا كان مأذونا له فى القتال لان هذا التصرف يتردد بين المضرة والمنفعة فهو نظير البيع والشراء يملكه الصبي بعد الاذن واذا قال الامام من أصاب شيئاً فهوله فأصاب رجل جارية فاستبرأها فانه لايطأها ولا يبيعها حتي يخرجها الى دار الاسلام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى يحل له ذلك لأنه اختص بملكها فيحل له وطئها بعد الاستبراء كالمسلم يشترى جارية في دار الحرب يحل له وطئها بعد الاستبراء وهذا لان ملك المنفعة سببه ملك الرقبة وقد تحقق هذا السبب في حقه حين اختص بملكها بتنفيل الامام وهذا بخلاف اللص في دار الحرب اذا أخذ جارية واستبرأها فانه لا يحل له وطئها لانه ما اختص بملكها ألا ترى انه لو التحق بجيش المسلمين فى دار الحرب شاركوه فيها وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا سبب الملك في المنفل القهر فلا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام كما فى الغنيمة فى حق الجيش وهذا لما بينا أنه قبل الاحراز قاهر يداً مقهور داراً فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في إتمام القهر انما تأثير التنفيل فى قطع شركة الجيش مع المنفل له فأماسبب الملك للمنفل له ما هو السبب لو لا التنفيل وهو القهر فاشبه من هذا الوجه ماأخذه اللص فى دار الحرب وهذا لان لحوق الجيش به موهوم والموهوم لايعارض الحقيقة فعرفنا ان امتناع ثبوت الحل لعدم تمام القهر بخلاف المشتراة فسبب الملك فيها تم بالعقد والقبض وعلى هذا الخلاف لو قسم الامام الغنائم في دار الحرب فأصاب رجل جارية فاستبرأها لان بقسمة الامام لاينعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا ومن أصحابنا من يقول لما نفذت

القسمة

القسمة من الامام تصير هي بمنزلة المشتراة لان من وقعت في سهمه يملك عينها بالقسمة وقد تم فينبغي ان يحل الوطء عندهم جميعاً والاول اظهر واذا خرج القوم من مسلحة او عسكر فأصابوا غنائم فانها تخمس وما بقي فهو بينهم وبين أهل العسكر سواء كان باذن الامام أو بغير اذن الامام وسواء كانت لهم منعة أولم تكن لان أهل العسكر بمنزلة المدد للخارجين فان المصاب صار محرزاً بالدار بقوتهم جميعاً اذهم الردء لهم يستنصرونهم اذا حزبهم أمر لانهم دخلوا دار الحرب لينصر بعضهم بعضاً والامام أذن لهم في ان يأخذوا مايقدرون عليه من أموال المشركين لانه ادخلهم في دار الحرب لهذا فلا حاجة الى اذن جديد بعد ذلك وكذلك ان بعث الامام رجلا طليعة فأصاب ذلك لان أهل العسكر ردء له وان كانوا خرجوا من مدينة عظيمة مثل المصيصة وملطية بعثهم الامام سرية منها فأصابوا غنائم لم يشركهم فيها أهل المدينة لانهم ساكنون في دار الاسلام فلا يكونون ردءاً للمقاتلين في دار الحرب وهذا لان توطنهم على قصد المقام في أهاليهم بخلاف أهل العسكر فان توطنهم في العسكر للقتال فكانوا بمنزلة الردء للسرية ألا ترى أن من نوى منهم الاقامة في العسكر في دار الحرب لاتصح نيته بخلاف ساكن المدينة ولان الاحراز ههنا حصل بالسرية خاصة وهناك الاحراز بدار الاسلام حصل بالسرية والجيش فمن هذا الوجه يقع الفرق ثم الذين خرجوا من مصر من أمصار المسلمين اما أن يكونوا قوما لهم منعة أولا منعة لهم خرجوا باذن الامام أو بغير اذنه فان كانت لهم منعة فسواء خرجوا باذن الامام أو بغير اذنه فان ما أصابوه غنيمة حتى يخمس ويقسم مابقي بينهم على سهام الفرسان والرجالة المصيب وغير المصيب فيه سواء لان دخولهم لايخفى على الامام عادة وعليه ان ينصرهم ويمدهم فانهم لواصيبوا مع منعتهم كان فيه وهنا بالمسلمين ويجترئ عليهم المشركون فاذا كان على الامام نصرتهم كانوا بمنزلة الداخلين باذنه ولان الغنيمة اسم لما اصيب بطريق فيه اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه وذلك موجود ههنا لان المصيبين أهل منعة يفعلون مايفعلون جهاراً فاما اذا كانوا قوما لامنعة لهم كالواحد والاثنين فان كان دخولهما باذن الامام فكذلك الجواب لان على الامام ان ينصره ويمده اذا حزبه أمر ولان الامام لايأذن للواحد في الدخول الا ان يعلم قوته على مابعثه لاجله وعند ذلك يكون الواحد سرية على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عبد الله بن أنيس رضى الله عنه سرية وحده وبعث دحية الكلبي رضي

الله عنه يوم الخندق طليعة وقد ذكر في النوادر انه لا يخمس ما أصاب هذا الواحد لان أخذه ليس على طريق اعزاز الدين فانه لا يجاهر بما يأخذ وانما يفعله سرا اذ هو غير ممتنع من أهل الحرب فهو كالداخل بغير اذن الامام فان كان دخول القوم الذين لامنعة لهم بغير اذن الامام على سبيل التلصص فلا خمس فيما أصابوا عندنا ولكن من أصاب منهم شيئاً فهو له خاصة وان أصابوا جميعا قسم بينهم بالسوية ولا يفضل الفارس على الراجل وقال الشافعي رحمه الله تعالى يخمس ما أصابوا ويقسم ما بقي بينهم قسمة الغنيمة لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه والغنيمة اسم مال يأخذه المسلمون من الكفرة بطريق القهر وذلك موجود ههنا فانهم دخلوا للمحاربة والقهر لان القهر تارة يكون بالقوة جهاراً وتارة يكون بالمكر والحيلة سراً قال صلى الله عليه وسلم الحرب خدعة ألا ترى انهم لو دخلوا باذن الامام كان ما يأخذون غنيمة وصفة أحدهم لاتختلف بوجود اذن الامام وعدمه ﴿وحجتنا﴾ ماروى ان المشركين أسروا ابنا لرجل من المسلمين فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يشكو ما يلقى من الوحشة فأمره ان يستكثر من قول لاحول ولاقوة الا بالله العلي العظيم ففعل ذلك فخرج الابن عن قليل بقطيع من الغنم فسلم ذلك له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يأخذ منه شيئا والمعنى مابينا أن الغنيمة اسم لمال مصاب بأشرف الجهات وهو أن يكون فيه اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز الدين ولهذا جعل الخمس منه لله تعالى وهذا المعنى لا يحصل فيما يأخذه الواحد على سبيل التلصص فيتمحض فعله اكتسابا للمال بمنزلة الاصطياد والاحتطاب بخلاف ما اذا كانوا أهل منعة وشوكة والدليل على الفرق أن الواحد من الذين لهم منعة لو أمنهم صح أمانه واللص في دار الحرب لو أمنهم لم يصح أمانه وقد بينا اختلاف الرواية فيما اذا كان دخول الواحد باذن الامام ووجه الفرق على ظاهر الرواية وان دخل مسلم دار الحرب بأمان فاشترى جارية كتابية واستبرأها كان له أن يطأها هناك لان ملكه فيها تم بتمام سببه فان الشراء في كونه سبب الملك تام لايختلف بدار الحرب ودار الاسلام بخلاف المتلصص اذا أصاب جارية فان سبب ملكه هناك لم يتم قبل الاحراز لكونه مقهوراً في دارهم ولانه ربما يتصل بجيش في دار الحرب فيشاركونه فيها اذا شاركوه في الاحراز ﴿قال﴾ واكره للرجل أن يطأ أمته أو امرأته في دار الحرب مخافة أن يكون له فيها نسل لأنه ممنوع من التوطن في دار الحرب قال صلى الله عليه وسلم أنا بريء من كل مسلم مع مشرك

واذا خرج ربما يبقى له نسل في دار الحرب فيتخلق ولده باخلاق المشركين ولان موطوءته اذا كانت حربية فاذا علقت منه ثم ظهر المسلمون على الدار ملكوها مع ما فى بطنها ففي هذا تعريض ولده للرق وذلك مكروه ولا بأس بأن يعطى الامام أبا الغازى شيئاً من الخمس اذا كان محتاجا لانه لو عرف حاجة الغازي الى ذلك جاز له أن يضعه فيه ففي ابيه أولى وهذا لان المقصود سدخلة المحتاج بخلاف الزكاة فانها تجب على صاحب المال والواجب فعل الايتاء فانما يتم ذلك اذا جعله لله خالصا بقطع منفعته منه من كل وجه وههنا الخمس ليس بواجب على الغزاة بل خمس ما أصابوه لله تعالى يصرف الى المحتاجين بأمر الله تعالى والغازي وأبوه في ذلك كغيره واذا غزا أمير الشام في جيش عظيم فانه يقيم الحدود فى العسكر وقد بينا هذا فى كتاب الحدود وفرقنا بينه وبين أمير الجيش الذي فوض اليه الحرب خاصة فان حاصر أمير الشام مدينة مدة طويلة لم يتم الصلاة ولم يجمع لانه مسافر ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام بتبوك عشرين ليلة وكان يقصر الصلاة وابن عمر رضى الله عنهما أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر الصلاة وقد بينا فى كتاب الصلاة أن نية المحارب في دار الحرب الاقامة لا تصح لانه لا يتمكن من التوطن فانه بين ان يهزم عدوه فيقر أو ينهزم فيفر واذا أراد قوم من المسلين ان يغزوا أرض الحرب ولم تكن لهم قوة ولا مال فلا بأس بأن يجهز بعضهم بعضاً ويجعل القاعد للشاخص وقد بينا ذلك فى حديث عمر رضى الله عنه والمعني فيه ان الجهاد بالنفس تارة وبالمال أخرى والقادر على الخروج بنفسه يحتاج الى مال كثير ليتمكن به من الخروج وصاحب المال يحتاج الى مجاهد يقوم بدفع أذى المشركين عنه وعن ماله فلا بأس بالتعاون بينهما والتناصر ليكون القاعد مجاهداً بما له والخارج بنفسه والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضاً ثم دافع المال الى الخارج ليغزو بما له يعينه على اقامة الفرض وذلك مندوب اليه فى الشرع وان كانت عندهم قوة أو عند الامام كرهت ذلك أما اذا كان فى بيت المال فذلك المال فى يد الامام معد لمثل هذه الحاجة فعليه ان يصرفه اليها ولا يحل له ان يأخذ من المسلمين شيئاً لاستغنائه عن ذلك بما فى يده وكذلك ان كان الغازى صاحب مال فلا حاجة به الى الاخذ من غيره وتمام الجهاد بالمال والنفس ولانه لو أخذ من غيره مالا فعمله فى الصورة كعمل من يعمل بالاجرة فلا يكون ذلك لله تعالى خالصا الا ترى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لذلك

الاجير بكم استؤجرت قال بدينارين قال انما لك ديناراك في الدنيا والآخرة ولان الاشتراك ينفي معنى العبادة قال صلى الله عليه وسلم فيما يؤثر عن ربه من عمل لى عملا واشرك فيه غيرى فهو كله لذلك الشريك وأنا منه برىء فلهذا يكره له الاشراك بأخذ المال من غيره اذا كان مستغنيا عنه واذا وجد من يكفيه الحرس فالصلاة بالليل أفضل له من الحرس وكل واحد منهما طاعة أما الصلاة بالليل فظاهر وأما الحرس فلقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث أعين لا تمسها نار جهنم عين غضت من محارم الله تعالى وعين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس فى سبيل الله الا أنه اذا كان له من يكفيه الحرس فالصلاة أولى لانها عبادة بجميع البدن فهى تنهى عن الفحشاء وتدفع الخواطر الردية وتمنع اللغو فالاشتغال بها أولى وان لم يجد من يكفيه الحرس فان أمكنه أن يجمع بين الصلاة والحرس فالجمع بينهما أفضل وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير عن بعض الصحابة أنه كان يجمع بينهما واذا تعذر عليه الجمع بينهما فالحرس أفضل لانه أعم نفعا وقال صلى الله عليه وسلم خير الناس من ينفع الناس ولان الصلاة بالليل ممكن اذا رجع الى أهله ولا يتمكن من الحرس الا في هذا الموضع فالاشتغال فى هذا الموضع بما هو متعين أولى وهو كالطواف بالبيت للغرباء أفضل من الصلاة بخلاف أهل مكة واذا طعن المسلم بالرمح فى جوفه لم يكن له أن يمشي الى صاحبه والرمح في جوفه حتى يضربه بالسيف ولا يكون به معينا على نفسه لان المسلم مندوب الى بذل نفسه فى قهر المشركين واعزاز الدين وليس فى هذا أكبر من بذل النفس لهذا المقصود ولكن هذا اذا كان يعلم أنه يصيب من قرنه اذا فعل ذلك وهو نظير مالو حمل الواحد على جمع عظيم من المشركين فان كان يعلم أنه يصيب بعضهم أو ينكى فيهم نكاية فلابأس بذلك وان كان يعلم انه لاينكى فيهم فلا ينبغي له أن يفعل ذلك لقوله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة والاصل فيه ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى يوم أحد كتيبة من اليهود فقال من لهذه الكتيبة فقال وهب بن قابوس أنا لها يارسول الله فحمل عليهم حتى فرقهم ثم رأى كتيبة أخرى فقال من لهذه الكتيبة فقال وهب أنالها فقال صلى الله عليه وسلم انت لها وأبشر بالشهادة فحمل عليهم حتى فرقهم وقتل هو فذلك دليل على انه اذا كان ينكى فعله فيهم فلابأس بأن يحمل عليهم واذا كان المسلمون في سفينة فألقيت اليهم النار لم يضيق على أحد منهم أن يصبر على النار أو يلقي نفسه فى البحر أما اذا كان

يرجو النجاة فى أحـد الجانبين تمين عليه ذلك لانه مأمور بدفع الهلاك عن نفسه بما يقدر عليه وذلك فى الميل الى الطريق الذى يرجو النجاة فيه وان كان يرجو النجاة فى الجانبين يخير لاختلاف أحوال الناس فنهم من يصبر على الماء فوق مايصبر على النار ومنهـم من يكون صبره على الدخان والنار أكثر على غم المـاء وان كان لا يرجو النجاة فى واحد من الجانبين فعلي قول أبى حنيفـة وأبي يوسف رحمهما الله تعالي يتخير وعلى قول محمد رحمـه الله تعالى ليس له أن يلقي نفسه فى الماء لأنه لو صبر على النار كان هلاكه بفعل العدو ولو ألقى نفسـه كان هلاكه بفعل نفسه فيتمين عليه الصبر لذلك ولانه انما يجوز له ان يلقى فى نفسه الماء لدفع الهلاك وذلك عند رجاء النجاة فيه فاذا كان لا يرجو النجاة لم يكن فعله دفعا للهلاك عن نفسه وهما يقولان ان طبائع الناس تختلف فنهم من يختار غم المـاء على ألم الدار فهو بالالقاء يدفع ألم النار عن نفسه لعلمه انه لا يجـد الصبر عليه فكان فى سعة من ذلك لانه مضطر ومن ابتلى ببليتين يختار أهونهما عليه ثم هو وان ألقي نفسـه مدفوع بفعل المشركين فقـد ألجؤه الى ذلك وأفسـدوا عليه اختياره فلا يبـقى فعله معتبرا بعد ذلك فى اضافة الفعل اليه فلهذا يخير والله أعلم بالصواب

باب فى توظيف الخراج

﴿ قال ﴾ رضي الله عنـه واذا جعل الامام قوما من الكفار أهل ذمـة وضع الخراج على رؤس الرجال وعلى الارضـين بقدر الاحتمال اما خـراج الرؤس ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون واما السنة ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر وأخـذ الحلل من نصاري نجران وكانت جزية وقال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب يعني في أخذ الجزية منهـم وقد طعن بعض الملحدين قال كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذى هو أعظم الجرائم بمال يؤخذ منـه ولو جاز ذلك جاز تقرير الزانى على الزنا بمال يؤخذ منـه والكلام فى هذا يرجع الى الكلام في اثبات الصانع وانه حكيم واثبات النبوة ثم نقول المقصود ليس هو المال بل الدعاء الى الدين بأحسـن الوجوه لانه بعقد الذمة يترك القتال أصـلا ولا يقاتل من لا يقاتل ثم يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الدين ويعظه واعظ فربما يسـلم الا أنه اذا سكن دار

الاسلام فما دام مصراً على كفره لايخلا عن صغار وعقوبة وذلك بالجزية التى تؤخذ منه ليكون ذلك دليلا على ذل الكافر وعز المؤمن ثم يأخذ المسلمون الجزية منه خلفا عن النصرة التي فاتت باصراره على الكفر لان من هو من أهل دار الاسلام فمايه القيام بنصرة الدار وأبدانهم لاتصلح لهذه النصرة لانهم يميلون الى أهل الدار المعادية فيشوشون علينا أهل الحرب فيؤخذ منهم المال ليصرف الى الغزاة الذين يقومون بنصرة الدار ولهذا يختلف باختلاف حاله فى الغنى والفقر فانه معتبر بأصل النصرة والفقير لو كان مسلما كان ينصر الدار راجلا ووسط الحال كان ينصر الدار را كبا والفائق فى الغنى يركب ويركب غلاما فما كان خلفا عن النصرة يتفاوت بتفاوت الحال أيضا والاصل فى معرفة المقدار حديث عمر رضى الله عنه فانه وضع الجزية على رؤس الرجال اثني عشر درهما وأربعة وعشرين وثمانية وأربعين ونصب المقادير بالرأي لا يكون فعرفنا انه اعتمد السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذنا به وقلنا المعتمل الذي يكتسب أكثر من حاجته ولا مال له يؤخذ منه كل سنة اثنى عشر درهما والمعتمل الذى له مال ولكنه لايستغني بماله عن العمل يؤخذ منه أربعة وعشرون درهما فى كل سنة والفائق فى الغنى وهو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الي العمل يؤخذ منه ثمانية وأربعون درهما ولايمكن أن يقدر في المال بتقدير فان ذلك يختلف باختلاف البلدان فبالعراق من يملك خمسين ألفا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف درهم يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا الى رأى الامام والحسن البصرى كان يقول انما يؤخذ ثمانية وأربعون ممن يركب البغلة الشهباء ويتختم بخاتم الذهب وقد قيل انه بدل عن السكنى لانه مع الاصرار على الكفر لا يكون من أهل دار الاسلام أصلا ولا يمكن من السكنى في دار الغير الا بكراء فالفقير يكفيه لمؤنة السكني فى كل شهر درهم ووسط الحال يحتاج الي أكثر من ذلك فيضعف عليه وكذلك الفائق فى الغني والاصح هو الاول انه خلف عن النصرة كما بينا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى تتقدر الجزية بدينار ولا يختلف باختلاف حاله في الفقر والغنى بناء على أصله ان وجوب هذا المال بحقن الدم وذلك لايختلف بفقره وغناه واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا ولكنا نقول ثبوت الحقن ليس بالمال بل بانعدام علة الاباحة وهو القتال ولصحة احرازه نفسه وماله فى دارنا لانه بقبول عقد الذمة يصير من أهل دارنا حتى لايمكن من الرجوع

الى دار الحرب بحال وحديث معاذ رضى الله عنه في مال كان وقع الصلح عليه دون الجزية ألا ترى انه أمر بالأخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء واما خراج الارض فالاصل فيه حديث عمر رضى الله عنه فانه وضع على كل أرض تصلح للزرع على الجريب درهما وقفيزا وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم واعتمد فى ما صنع السنة أيضاً فان النبي صلى الله عليه وسلم قال منعت العراق قفيزها ودرهمها فيما ذكر من اشراط الساعة بعده ثم تفاوت الواجب بتفاوت ريع الاراضى ولان أصل الوجوب باعتبار الريع فان الخراج مؤنة الارض النامية فيتفاوت بتفاوت الريع وقد روى انه بعث لذلك عثمان بن حنيف وحذيفة ابن اليمان رضى الله عنهما فلما رجعا اليه قال لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا لا بل حملناها ماتطيق ولو زدنا لاطاقت وبظاهر هذا الحديث يستدل أبو يوسف رضى الله عنه ويقول لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضى الله عنه وان كانت الارض تطيق الزيادة لانهما قالا لو زدنا لاطاقت فلم يأمرهما بالزيادة ومحمد رحمه الله تعالى يقول انه فيما وظف اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فاذا كانت تطيق الزيادة يزاد بقدر الطاقة ألا ترى انها اذا كانت لا تطيق تلك الوظيفة لقلة ريعها تنقص فكذلك اذا كانت تطيق الزيادة لكثرة ريعها يزاد وقد قررنا هذا فى شرح الزيادات ثم فى خراج الاراضى الرجال والنساء والصبيان سواء لانها مؤنة الاراضي النامية وهم في حصول النماء لهم سواء فأما خراج الرؤس لا يؤخذ من النساء والصبيان لما بينا أنه خلف عن النصرة التى فاتت باصرارهم علي الكفر ونصرة القتال لو كانوا مسلمين على الرجال دون النساء والصبيان ولان فى حقهم الوجوب بطريق العقوبة كالقتل وانما يقتل الرجال منهم دون النساء والصبيان حين كانوا حربيين فكذلك حكم الجزية بعد عقد الذمة ولئن كان مؤنة السكني فالنساء والصبيان في السكنى تبع وأجرة السكنى على من هو الاصل دون التبع ولكن الاول أصح فانه لا تؤخذ الجزية من الاعمى والشيخ الفانى والمتوه والمقعد مع انهم فى السكني أصل ولكن لا يلزمه أصل النصرة ببدنه لو كان مسلما فكذلك لا يؤخذ منه ماهو خلف عن النصرة وعن أبي يوسف ان الاعمى والمقعد اذا كان صاحب مال ورأى يؤخذ منه لانه يقاتل برأيه وان كان لا يقاتل ببدنه لو كان مسلما وعجزه لنقصان فى بدنه ولا نقصان فى ماله فيؤخذ منه ماهو خلف عن النصرة والفقير الذى لا يستطيع أن يعمل لا تؤخذ منه الجزية لان الجزية مال يؤخذ منه ولا مال له والعاجز عن الاداء معذور شرعا

فيما هو حق العباد قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ففي الجزية أولى وهذا لان الجزية صلة مالية وليست بدين واجب ألا ترى أنها سميت خراجا فى الشرع والخراج اسم لما هو صلة قال الله تعالي فهل نجعل لك خرجا أم تسألهم خرجا فخراج ربك خير والصلة المالية لاتكون الا ممن يجد للمال فأما من لايجد يمان بالمال فكيف يؤخذ منه ولا خراج على رؤس المماليك لانه خلف عن النصرة والمملوك لايملك نصرة القتال فى نفسه ان لو كان مسلما فلا يلزمه ماهو خلف عن النصرة ثم هو أعسر من الحر الذى لايجد شيئا لانه ليس من أهل الملك أصلا ثم المملوك فى السكنى تبع لمولاه ولا خراج فى الاتباع كالنساء والصبيان ولا صدقة فى أموال أهل الذمة من السوائم ومال التجارة فى أوطانهم لان الامام فى الباب عمر رضى الله عنه وهو لم يتعرض لأموالهم فى ذلك بشئ الا أن يمروا على العاشر فقد بينا ذلك فى الزكاة وكان المعنى فيه أن الاخذ من أموال المسلمين بطريق العبادة المحضة دون المؤنة فان الشرع جعل الزكاة احد أركان الدين والكافر ليس بأهل لذلك بخلاف الخراج والعشر فالأخذ من المسلم بطريق مؤنة الأرض ولهذا جاز أخذه من الكافر ولكن يؤخذ من الكافر ماهو أبعد عن معنى العبادة وأقرب الى معني الصغار وهو الخراج ومن أسلم من أهل الذمة قبل استكمال السنة أو بعدها قبل ان يؤخذ منه خراج رأسه سقط عنه ذلك عندنا وقال الشافعى ان أسلم بعد كمال السنة لم يسقط عنه وان أسلم قبل كمال السنة فله فيه وجهان وحجته فى ذلك انه دين استقر وجوبه فى ذمته فلا يسقط عنه باسلامه كسائر الديون وبيان الوصف وهو انه مطالب بادائه مجبر على ذلك محبوس فيه كسائر الديون أو أقوى حتي اذا بعث بالجزية على يد نائبه لاتقبل بخلاف سائر الديون وبان كان لاتجب ابتداء على المسلم فهذا لايمنع بقاءه عليه بعد الاسلام كخراج الاراضى فالمسلم لايبتدأ بتوظيف الخراج على الأرض ثم يبقي وكذلك الرق لايبتدأ به المسلم ثم يبقى رقيقا بعد الاسلام وكذلك الفقير لاتجب عليه الزكاة ابتداء ثم تبقى اذا أستهلك النصاب بعد الوجوب عليه وهذا لانه مؤنة السكني فالاسلام لاينافى استيفاءه كالأجرة وانما لايجب عليه بعد الاسلام ابتداء لانه صار من أهل دار الاسلام أصلا وهذا بدل حقن الدم بمنزلة المال الواجب بالصلح عن القصاص فالاسلام لايمنع استيفاءه اذا حصل له الحقن به فيما مضى ولكن لايجب بعد الاسلام ابتداء لانه حقن دمه بالاسلام ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى

الله

الله عليه وسلم قال ليس على مسلم جزية وفي حديث عمر رضى الله عنه ان ذمياً طولب بالجزية فأسلم فقيل له انك أسلمت تعوذاً فقال ان أسلمت تعوذاً ففي الاسلام لمتعوذ فرفع ذلك الي عمر رضى الله عنه فقال صدق فأمر بتخلية سبيله والمعني فيه ماقررنا ان الوجوب عليهم بطريق العقوبة لابطريق الديون وعقوبات الكفر تسقط بالاسلام كالقتل والدليل على انه نظير القتل انه يختص بالوجوب عليه من يقتل على كفره حتى لايوجب على النساء والصبيان وبه فارق خراج الاراضى والاسترقاق مع ان الاسترقاق عقوبة من حيث تبديل صفة المالكية بالمملوكية وقد تم ذلك حين استرق فهو عقوبة مستوفاة ووزانها جزية استوفيت قبل الاسلام ثم في حق المسلمين هذا المال خلف عن النصرة كما بينا واذا أسلم فقد صار من أهل النصرة فيسقط ماهو الخلف لانه لابقاء للخلف بعد وجود الاصل ولان أخذ الجزية منهم بطريق الصغار كما قال تعالى وهم صاغرون ولهذا لاتقبل منه لو بعثها على يد نائبه بل يكلف بأن يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه فيهزه هزا ويقول إعط الجزية ياذمى وبعد الاسلام لايمكن استيفاؤه بطريق الصغار لان المسلم يوقر لايمانه واذا تعذر استيفاؤه من الوجه الذى وجب امتنع الاستيفاء لانه لايجوز أن يستوفي غير الواجب وانما يتحقق استيفاء الواجب اذا استوفي بالصفة التى وجب وهذا بخلاف ما اذا استهلك النصاب في مال الزكاة بعد وجوبها لأن وجوب الزكاة على المسلم بطريق العبادة وبعدما افتقر يستوفي بطريق العبادة أيضا حتى لو خرج من أن يكون أهلا للعبادة بان ارتد نقول بأنه لايبقى وقد بينا أن الجزية ليست بدين ولا بدل عن السكني ولا بدل عن حقن الدم ولئن سلمنا له ذلك فانما هو بدل عن الحقن في المستقبل لانفيما مضى وقد استفاد الحقن بالاسلام فلا معني لأخذ الجزية منه بعد ذلك وعلى هذا الخلاف لو مات بعد مضي السنة عندنا لايستوفى الجزية من تركته وعنده يستوفى اعتباراً بسائر الديون وطريقنا ماقررنا في المسئلة الأولى ولان هذه صلة والصلات لاتتم الا بالقبض وتبطل بالموت قبل التسليم كالنفقات ودليل أنها صلة مابينا أنها ليست ببدل عن السكنى لأنه بعقد الذمة صار من أهل دارنا فانما يسكن دار نفسه ولا يسكن ملك نفسه حقيقة وقولنا دار الاسلام نسبة للولاية فلا يستحق باعتباره الاجرة ولا هو بدل عن حقن الدم لان الآدمى في الاصل محقون الدم والاباحة بعارض القتال فاذا زال ذلك بعقد الذمة عاد الحقن الاصلى

ولان قتل الكافر جزاء مستحق لحق الله تعالى فلا يجوز اسقاطه بحال أصلا فاذا ثبت أنه ليس بعوض عن شيء عرفنا أنه صلة وفي الصلات المعتبر الفعل دون المال والافعال لا يمكن استيفاؤها من التركة فانما يبقى بعد الموت ما يمكن استيفاؤه ألا ترى أنه لو استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بيده فمات الخياط بطل العقد لان المستحق الفعل ولا يمكن استيفاؤه من التركة وان لم يمت ومرت عليه سنون قبل أن يؤخذ خراج رأسه لم يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا باعتبار السنة التي هو فيها ويؤخذ في قولهما بجميع مامضى اذا لم يكن ترك ذلك لعذر وتلقب هذه المسئلة بالموانيذ وهما يقولان الموانيذ في خراج الرأس كالموانيذ في خراج الارض ثم يستوفى جميع ذلك وان طالت المدة فكذلك هنا وهذا لانه مابقي حيا مصراً على كفره فاستيفاؤه من الوجه الذي وجب ممكن بخلاف مابعد اسلامه وموته ولابي حنيفة رحمه الله تعالى حرفان أحدهما أن الواجب عليهم بطريق العقوبة والعقوبات التي تجب لحق الله تعالى اذا اجتمعت تداخلت كالحدود وفي حقنا خلف عن النصرة وهذا المعنى يتم باستيفاء جزية واحدة منه فلا حاجة الى استيفاء مامضى ولان المقصود ليس هو المال بل المقصود استذلال الكافر واستصغاره لان اصراره على الشرك في دار التوحيد جناية فلا ينفك عن صغار يجرى عليه وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة فلو أخذناه بالموانيذ لم يكن ذلك الا لمقصود المال وقد بينا ان المال غير مقصود ولهذا لا يبقى بعد موته واسلامه ثم أوان أخذ خراج الرأس منه آخر السنة قبل ان يتحول وقد روى عن أبي يوسف انه يؤخذ منه في كل شهرين بقسط ذلك وعن محمد انه يؤخذ شهراً فشهراً ليكون أشد عليه وأقرب الى تحصيل المنفعة للمسلمين والأصح هو الأول من ان المعتبر الحول كما في زكاة المال في حق المسلم وخراج الاراضي ولا يؤخذ بخراج الأرض في السنة الامرة واحدة وان استغلها صاحبها مرات لحديث عمر رضي الله عنه فانه ما أخذ الخراج من أهل الذمة في السنة الامرة واحدة ولان ريع عامة الاراضي في السنة يكون مرة واحدة وانما يبنى الحكم على العام الغالب والاراضي يكون فيها الشجر الكبير يوضع عليها من الخراج بقدر الطاقة لان عمر رضي الله عنه فيما وظفه اعتبر الطاقة فعرفنا ان ذلك هو الأصل فاذا عطل أرضه لم يسقط عنه خراجها لانه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده

بخلاف العشر فالواجب هناك جزء من الخراج والايجاب بدون المحل لايتحقق وههنا الواجب مال فى ذمته باعتبار تمكنه من الانتفاع بالارض فلم ينعدم ذلك بتعطيله الارض وان زرعها فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج لانه مصاب فيستحق المعونة ولو أخذناه بالخراج كان فيه استئصاله ومما حمد من سير الاكاسرة انهم كانوا اذا اصطلم الارض آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا فى الارض ويقولون التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يرد عليه شيئاً فلا أقل من أن لا يؤخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كان الارض مشغولا بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا فى ذمته فأما الخراج صلة واجبة باعتبار الاراضى فلا يمكن ايجابها بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها واذا أسلم الذمي على أرضه كان عليه خراجها كما كان عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يسقط ذلك وكذلك اذا باعها من مسلم واعتبر خراج الارض بخراج الرأس فكما لا يجب على المسلم بعد اسلامه خراج الرأس فكذلك خراج الارض ولكنا نقول الخراج مؤنة الارض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة وهذا لانه بعد الاسلام لا يخلى أرضه عن مؤنة فابقاء ما تقرر واجبا أولى لانا ان أسقطنا ذلك احتجنا الى ايجاب العشر بخلاف خراج الرأس فانا لو أسقطنا ذلك عنه بعد اسلامه لانحتاج الى ايجاب مؤنة أخرى عليه ولا يكره للمسلم اداء خراج الارض لما روى عن ابن مسعود والحسن بن على وشريح رضى الله عنهم انه كانت لهم أرضون بالسواد يؤدون خراجها فبهذا تبين ان خراج الارض لايعد من الصغار وانما الصغار خراج الاعناق بخلاف مايقوله المتقشفة ويستدلون بما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال مادخل هذا بيت قوم الاذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة تغلبي اشترى ارضاً من أرض الخراج فعليه الخراج كما كان لانه انما يضعف عليه ما يبتدأ المسلم بالايجاب عليه هكذا جرى الصلح بيننا وبينهم ولا يبتدأ المسلم بتوظيف الخراج على أرضه الا ترى ان أهل بلدة لو اسلموا طوعاً يجعل على أراضيهم العشر دون الخراج فلهذا لايضعف الخراج على التغلبي وان اشترى أرضا من أرض العشر ضوعف عليه العشر لان

العشر يبتدأ به المسلم فيضعف على التغلبي كالزكاة والرجل والمرأة والصبي منهم في ذلك سواء وقد بينا تمام هذه الفصول في كتاب الزكاة وذكرنا قول محمد ان التضعيف عليهم في الاراضي التي وقع الصلح عليها فأما فيما اشتراها من مسلم لاتتغير الوظيفة بتغير المالك كما لاتتغير وظيفة الخراج اذا اشترى مسلم أرضا خراجية وكما لاتتغير وظيفة العشر اذا اشتراها مكاتب أوصبي ﴿ قال ﴾ أرأيت لو أن أرضا بمكة في الحرم اشتراها ذمي أو تغلبي كانت تصير خراجية أو تحول عن العشر الذي كان عليها قبل ذلك واذا دخل الحربي دار الاسلام مستأمنا فتزوج امرأة ذمية لم يصر ذميا لان الرجل ليس بتابع لامرأته في السكنى فهو بالنكاح لم يصر راضيا بالمقام في دارنا على التأبيد وانما استأمن الينا للتجارة والتاجر قد يتزوج في موضع لايقصد التوطن فيه فلهذا لايصير ذميا فان أطال المقام وأوطن فحينئذ توضع عليه الجزية وينبغي للامام أن يتقدم اليه ويأمره بالخروج الى دار الحرب على سبيل الانذار والاعذار وفي التقدم اليه إن بين مدة فقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج الى ذلك الوقت تركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا لان مقامه بعد التقدم اليه حتى مضت المدة رضا منه بالمقام في دارنا على التأبيد وان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا أقام في دارنا بعد ذلك حولا لايمكنه من الخروج لان هذا لابلاء العذر والحول لذلك حسن كما في أجل العنين ونحوه وان اشتري أرض خراج فزرعها يوضع عليه خراج الارض والرأس أما خراج الارض فلأنه مؤنة الارض النامية وقد تقرر ذلك في حقه حين استغل الارض ثم بالتزام خراج الارض صار راضيا بالتزام أحكام دار الاسلام فيكون بمنزلة لذمي لان الذمي ملتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والالتزام تارة يكون نصا وتارة يكون دلالة والحربية المستأمنة اذا تزوجت مسلما أو ذميا فقد توطنت وصارت ذمية لان المرأة في السكنى تابعة للزوج ألا ترى أنها لا تملك الخروج الا باذنه فجعلها نفسها تابعة لمن هو من دارنا رضى بالتوطن في دارنا على التأبيد فرضاها بذلك دلالة كالرضا بطريق الافصاح فلهذا صارت ذمية والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

***

باب صلح الملوك والموادعة

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه ملك من ملوك أهل الحرب له أرض واسعة فيها قوم من أهل مملكته هم عبيد له يبيع منهم ماشاء صالح المسلمين وصار ذمة لهم فان أهل مملكته عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في حكم الاحراز ولو أسلم كانوا عبيداً له لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم على مال فهو له فكذلك اذا صار ذمياً وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد استقرت يده وازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظهر عليهم عدو غيرهم ثم استنقذهم المسلمون من أيدي أولئك فانهم يردون على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة بمنزلة سائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وعلى هذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلم أهل أرضه دونه فهم عبيد له كما كانوا لانه كان محرزاً لهم بعقد الذمة فيزداد ذلك قوة باسلامه واسلام مملوكه الذمي لا يبطل ملكه عنه وان كان طلب الذمة على أن يترك يحكم في أهل مملكته بما شاء من قتل أو صلب أو غيره مما لا يصلح في دار الاسلام لم يجب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع امكان المنع منه حرام ولان الذمي من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرطه بخلاف موجب العقد باطل كما لو أسلم بشرط أن يرتكب شيئاً من الفواحش كان الشرط باطلا والاصل فيه ما روى أن وفد ثقيف جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا نؤمن بشرط أن لا نحني للركوع والسجود فانا نكره ان تعلونا استاهنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاخير في دين لاصلاة فيه ولاخير في صلاة لاركوع فيها ولاسجود فان أعطى الصلح والذمة على هذا بطل من شروطه مالا يصلح في الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل فان رضي بما يوافق حكم الاسلام والا أبلغ مأمنه هو وأصحابه لان عقد الذمة يعتمد الرضى وماتم رضاه بدون هذا الشرط وقد تعذر الوفاء بهذا الشرط فاذا أبى ان يرضى بدون هذا الشرط يبلغ مأمنه كغيره من المستأمنين فان التحرز عن الغدر واجب قال صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لاغدر فيه بخلاف مالو أسلم بشرط أن لا يصلي فان الاسلام صحيح بدون تمام الرضى كما لو أسلم مكرها ولا يترك بعد صحة اسلامه ليرتد فيرجع الى الكفر فان صار ذمة ثم وقفت منه على أنه يخبر المشركين بعورة المسلمين ويقرى عيونهم لم يكن هذا منه نقضاً للعهد ولكن يعاقب

على هذا ويحبس وقال مالك رحمه الله تعالى هو ناقض للعهد بما صنع فيقتل وكذلك ان كان لايزال يقتال رجلا من المسلمين فيقتله أو يفعل ذلك أهل أرضه لم يكن هذا نقضاً للعهد عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى هو نقض لانه خلاف موجب العقد فان الذمي من ينقاد لحكم الاسلام في المعاملات ويكون مقهوراً في دار الاسلام تحت يد المسلمين ومباشرة ما كان يخالف موجب العقد يكون نقضاً للعهد ولكنا نقول لو فعل هذا مسلم لم يكن به ناقضاً لايمانه فكذلك اذا فعله ذمي لايكون ناقضا لامانه والاصل فيه حديث حاطب بن أبي بلتعة وفيه نزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا عدوي وعدوكم أولياء وقصته فيما صنع معروفة في المغازي وقد سماه الله تعالى مؤمنا مع ذلك وحديث أبي لبابة بن المنذر وفيه نزل قوله تعالي يا أيها الذين آمنوا لاتخونوا الله والرسول وقصته فيما أخبر به بني قريظة معروفة وقد سماه الله مؤمنا فعرفنا ان مثل هذا لايكون نقضا للايمان ولا للذمة ولكن من ثبت عليه القتل بالبينة يقتص منه فان لم يعرف القاتل ووجد القتيل في قرية من قراهم ففيه القسامة والدية كما قضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القتيل الموجود بخيبر فيحلف المالك خمسين يمينا بالله ماقتلت ولاعرفت قاتله ثم يغرم الدية ولايحلف بقية أهل مملكته لانهم عبيده والعبيد لايزاحمون الأحرار فى القسامة والدية فان كانوا احرارا فعليهم القسامة والدية لانهم يساوونه فى الحرية والسكنى فى القرية فيشاركونه فى القسامة والدية واذا طلب قوم من أهل الحرب الموادعة سنين بغير شيء نظر الامام فى ذلك فان رآه خيرا للمسلمين لشدة شوكتهم أو لغير ذلك فعله لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على ان وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين فكان ذلك نظرا للمسلمين لمواطئة كانت بين أهل مكة وأهل خيبر وهي معروفة ولان الامام نصب ناظراً ومن النظر حفظ قوة المسلمين أولا فربما يكون ذلك في الموادعة اذا كانت للمشركين شوكة أو احتاج الى أن يمعن فى دار الحرب ليتوصل الى قوم لهم بأس شديد فلا يجد بداً من أن يوادع من على طريقه وان لم تكن الموادعة خيرا للمسلمين فلا ينبغي أن يوادعهم لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الي السلم وأنتم الاعلون ولأن قتال المشركين فرض وترك ماهو الفرض من غير عذر لايجوز فان رأى الموادعة خيراً فوادعهم ثم نظر فوجد موادعتهم شراً للمسلمين نبذ اليهم الموادعة وقاتلهم لانه ظهر فى الانتهاء

مالو كان موجودا في الابتداء منعه ذلك من الموادعة فاذا ظهر ذلك فى الانتهاء منع ذلك من استدامة الموادعة وهذا لان نقض الموادعة بالنبذ جائز قال صلى الله عليه وسلم يعقد عليهم أولاهم ويرد عليهم أقصاهم ولكن ينبغى أن ينبذ اليهم على سواء قال تعالى وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك فعرفنا أنه لايحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر فان حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على أن يؤدي اليهم المسلمون شيئاً معلوما كل سنة فلاينبغي للامام أن يجيبهم الى ذلك لما فيه من الدنية والذلة بالمسلمين الاعند الضرورة وهو ان يخاف المسلمون الهلاك على أنفسهم ويرى الامام أن هذا الصلح خير لهم فحينئذ لا بأس بأن يفعله لما روى ان المشركين احاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديداً بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا الصلح بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما و قالا يارسول الله ان كان هذا عن وحى فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقدكنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطمعون فى ثمار المدينة الابشراء أو قري فاذا أعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال صلى الله عليه وسلم انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان أصرفهم عنكم فاذا أبيتم ذلك فانتم واولئك اذهبوا فلانعطيكم الا السيف فقدمال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح فى الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بماقاله السعدان رضي الله عنهما امتنع من ذلك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل على انه لابأس بذلك عند خوف الضرر وهذا لانهم ان ظهروا على المسلمين أخذوا جميع الاموال وسبوا الذرارى فدفع بعض المال ليسلم المسلمون فى ذراريهم وسائر أموالهم أهون وأنفع وان أراد قوم من أهل الحرب من المسلمين الموادعة سنين معلومة على ان يؤدى أهل الحرب الخراج اليهم كل سنة شيئاً معلوماً على ان لاتجرى أحكام الاسلام عليهم فى بلادهم لم يفعل ذلك الا ان يكون فى ذلك

خير للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لايلتزمون أحكام الاسلام ولايخرجون من ان يكونوا أهل حرب وقد بينا ان ترك القتال مع أهل الحرب لايجوز الا ان يكون خيرا للمسلين فاذا رأي الامام منفعة في ذلك فصالحهم فان كان قد احاط مع الجيش ببلادهم فما يأخذ منهم يكون غنيمة يخمسها ويقسم مابقي بينهم لانه توصل اليها بقوة الجيش فهو كما لوظهر عليهم بالفتح فان لم ينزل مع الجيش بساحتهم ولكنهم أرسلوا اليه وادعوه على هذا فما يأخذ منهم بمنزلة الجزية لاخمس فيها بل يصرف مصارف الجزية وان وقع الصلح على ان يؤدوا اليهم كل سنة مائة رأس فان كانت هذه المائة الرأس يؤدونها من أنفسهم وأولادهم لم يصح هذا لان الصلح وقع علي جماعتهم فكانوا جميعا مستأمنين واسترقاق المستأمن لايجوز الا ترى ان واحدا منهم لوباع ابنه بعدهذا الصلح لم يجز وكذلك لايجوز تمليك شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بها وان صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فهذا جائز لان المعينين فى السنة الاولى لاتتناولهم الموادعة وباعتباره يثبت الامان فاذا جعلوهم مستثنين من الموادعة بجعلهم إياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك للمسلمين بالموادعة ثم شرطوا في السنين المستقبلة مائة رأس من رقيقهم فى كل سنة ورقيقهم قابل للملك والتملك بالبيع فكذا بالموادعة وهذا لان الموادعة ليست بمال في نفسها واشتراط الحيوان دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال صحيح اذا كان معلوم الجنس كما في النكاح والخلع واذا وقع الصلح على هذا ثم سرق منه مسلم شيئاً لم يصح شراء ذلك منه لانهم استفادوا الامان فى أنفسهم وأموالهم ومال المستأمن لا يملك بالسرقة واذا لم يملكه السارق لم يحل شراؤه منه ولان ما صنعه غدر يؤدبه الامام علي ذلك اذا علمه منه وفى الشراء منه اغراء له على هذا الغدر وتقرير ذلك لا يحل فان أغار عليهم قوم من أهل الحرب جاز أن يشترى منهم ما أخذوا من أموالهم ورقيقهم لانهم تملكوها عليهم بالاحراز ولو تملكوا ذلك من أموال المسلمين جاز شراؤها منهم فمن أموال أهل الحرب أولى ثم لا يرد عليهم شئ من ذلك مجانا ولابالثمن لانهم بالموادعة ماخرجوا من ان يكونوا أهل حرب حين لم ينقادوا لحكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم وبه فارق مال المسلمين وأهل لذمة ولايمنع التجار من حمل التجارات اليهم الاالكراع والسلاح والحديد لانهم أهل حرب

وان كانوا موادعين ألا ترى أنهم بعدمضى المدة يعودون حربا للمسلمين ولا يمنع التجارمن دخول دار الحرب بالتجارات ماخلا الكراع والسلاح فانهم يتقوون بذلك على قتال المسلمين فيمنعون من حمله اليهم وكذلك الحديد فانه أصل السلاح قال الله تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديدومن دخل منهم دارالاسلام بغير أمان جديدسوى الموادعةلم يتعرض له لانه آمن بتلك الموادعة ألا ترى أنه لايحل للمسلمين أن يتعرضوا له في داره فكذلك اذا دخل دار الاسلام وقد دخل أبو سفيان رضي الله عنه المدينة فى زمن الهدنة ولم يتعرض له أحد بشئ وكذلك لو دخل رجل منهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليهم لم يتعرضوا له لانه فى أمان المسلمين حيث كان بمنزلة ذمى يدخل دار الحرب ثم يظهر المسلمون على تلك الدار واذا اشتري الحربى المستأمن فيدار الاسلام عبداً مسلما أو ذميا أوأسلم بعض عبيده الذين أدخلهم لم يترك ليرده الى دارالحرب لانه مسلم ولا يترك في ملك الكافر ليستذله ولكن يجبرعلى بيعه من المسلمين بمنزلة الذمى يسلم عبده ﴿فان قيل﴾ الذمى ملتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستأمن غير ملتزم لذلك ﴿قلنا﴾ المستأمن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما أعطيناه الامان ليستذل المسلم اذ لايجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه وان رجع المستأمن الى دارالحرب وقدأدان فى دار الاسلام وأودع ودبر ثم أسر وظهر على تلك الدار وقتل فنقول اما مدبروه وأمهات أولاده فهم احرار ان قتل فغير مشكل وكذلك اذا استرق لانه صار مملوكا والرق اتلاف له حكما ولانهم خرجوا من ملكه لوجود المنافي ولا يصيرون فى ملك غيره لان المدبر وأم الولد لايحتمل ذلك فلهذا كان حراً واما الدين فهو يسقط عمن عليه لخروجه من أن يكون أهلا للملك ولان الدين لا يرد عليه القهر ليصير مملوكا للسابى اذ هو في ذمة من عليه ويده الي مافى ذمته اسبق من يد غيره فصار محرزاً له والودائع فئ لانها تدخل تحت القهر ويدالمودع كيد المودع ولو كانت فى يده حين سبي كان ذلك فيئا فكذلك ان كان فى يد مودعه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انها مملوكة للمودعين لان أيديهم اليها أسبق حين سقط عنها يد الحربى بالأسر فصاروا محرزين لها دون الغانمين وهذا كله لان بقاء حكم الامان له في هذه الأموال مالم يتقرر المنافي وقد تقرر ذلك حين أسر وظهر المسلمون على الدار وان دخل بعبده المسلم الذى اشتراه أو أسلم فى يده فى دار الحرب عتق فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يعتق فى قول

أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يظهر المسلمون على الدار أو يخرج مراغما لمولاه لانه كان قاهراً له في دارنا حكما بعقد الأمان وفي دار الحرب حسا بقوته فيبقى مملوكا له حتى يصير العبد قاهراً له وذلك بخروجه مراغما أو ظهور المسلمين عليه الا ترى انه لو كان في دار الحرب حين أسلم عبده لم يعتق الا بأحد هذين الوجهين فكذلك اذا أدخله دار الحرب وقد بينا طريق أبي حنيفة رحمه الله لهذه المسئلة في كتاب العتاق وفيه طريق آخر نذكره ههنا وهو انه حين انتهى به الى آخر جزء من أجزاء دار الاسلام فقد ارتفع حكم الامان الذي بيننا وبينه وبقاء ملكه بعد اسلام العبد كان بحكم الامان فاذا ارتفع زال ذلك الملك وحصل العبد في يد نفسه فيعتق وهي يد محترمة فتكون دافعة لقهره وان أدخله دار الحرب فلا يثبت له باعتبار هذا القهر الملك في دار الحرب ﴿ فان قيل ﴾ بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيئا لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح في دار الحرب ابقاء ما كان من الملك لا اثبات ملك له فيه ابتداء ﴿ قلنا ﴾ ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لولم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهراً له في دار الاسلام وكان حراً فاذا زال الحظر بزوال الامان زال أصل الملك ﴿قال﴾ ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حراً وكان ماخرج به من المال له وهذا اشارة الى مابينا أنه ظهرت يده في نفسه وهي يد محترمة وكذلك لو كان هذا العبد الذي اشتراه وأدخله ذميا لأن للذمي يداً محترمة في نفسه كما للمسلم ولو أسلم عبد الحربي في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالعبد حر لاحرازه نفسه بمنعة المسلمين وان أسلم مولاه قبل أن يظهر المسلمون عليه فهو عبد له على حاله لان باسلام العبد لم يزل ملكه عنه ومن أسلم على مال فهو له ولو كان حين أسلم عبده باعه من مسلم أوذمي أو حربي فهو حر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن العبد المسلم متي زال ملك الحربي عنه يزول الى العتق كما لو خرج مراغما وكان أبو بكر الرازي يقول بمجرد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يعتق مالم يخرجه من يده بالتسليم فاذا أخرجه ثم زال قهره عنه فحينئذ يعتق ولا يثبت عليه قهر المشتري لانه مسلم في يد نفسه ويده دافعة للقهر عنه سواء كان من مسلم أو ذمي أو حربي وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتق لان ملك المشتري ويده كملك البائع ويده وقبل البيع كان مملوكا للبائع باعتبار يده فكذلك بعد البيع وقد بينا هذه

المسئلة مع أخواتها فى كتاب العتاق واذا مات المستأمن فى دار الاسلام عن مال وورثته فى دار الحرب وقف ماله حتي يقدم ورثته لانه وان كان فى دارنا صورة فهو فى الحكم كأنه فى دار الحرب فيخلفه ورثته فى دار الحرب فى املاكه وبموته فى دارنا لا يبطل حكم الامان الذي كان ثبت له بل ذلك باق فى ماله فيوقف لحقه حتى يقدم ورثته واذا قدموا فلابد من أن يقيموا البينة ليأخذوا المال لانهم بمجرد الدعوى لا يستحقون شيئا فان أقاموا بينة من أهل الذمة في القياس لا تقبل هذه البينة لان المال فى يد امام المسلمين وحاجتهم الى استحقاق اليد على المسلمين وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة فى الاستحقاق على المسلمين وفى الاستحسان تقبل شهادتهم ويدفع المال اليهم اذا شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثا غيرهم لانهم يستحقون المال على المستأمن فان المال موقوف لحقه وشهادة أهل الذمة حجة على المستأمن ولانهم لا يجدون شهوداً مسلمين على وراثتهم عادة فان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فهو بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويؤخذ منهم كفيل بما أدرك فى المال من درك قيل هو قولهما دون قول أبى حنيفة رحمهم الله تعالى كما فيما بين المسلمين وقيل بل هذا قولهم جميعا لان المال مدفوع اليهم بحجة ضعيفة فلا يدفع الا بعد الاحتياط بكفيل ولا يقبل كتاب ملكهم فى ذلك لان ملكهم كافر لا أمان له ولو شهد لم تقبل شهادته فكيف يقبل كتابه وان شهد على كتابه وختمه قوم من المسلمين فكذلك الجواب لانه فى حق المسلمين كواحد من العوام أو دونه وكتابه وختمه لا يكون حجة واذا أراد الحربى المستأمن أن يرجع الى دار الحرب لم يترك أن يخرج معه كراعا وسلاحا أو حديدا أو رقيقا اشتراهم في دار الاسلام مسلمين أو كفارا كما لا يترك تجار المسلمين ليحملوا اليهم هذه الاشياء وهذا لانهم يتقوون بها على المسلمين ولا يجوز اعطاء الامان له ليكتسب به ما يكون قوة لأهل الحرب على قتال المسلمين وفى العبيد لا اشكال لانهم مسلمون وأهل الذمة فلا يترك أن يدخل بهم ليعودوا حربا للمسلمين ولا يمنع أن يرجع بما جاء به من هذه الاشياء لأنه كان معه فى دار الحرب فباعادته لا يزدادون قوة لم تكن لهم بخلاف ما اشتراه فى دار الاسلام ولأنا أمناه على مافى يده من المال وكما لايمنع هو من الرجوع للوفاء بذلك الامان فكذلك لايمنع من أن يرجع بما جاء به فان كان جاء بسيف فباعه واشترى مكانه قوساً أو رمحا أو ترسا لم يترك أن يخرج به مكان سيفه

لان معنى القوة يختلف باختلاف الاسلحة فانما قصد بما صنع أن يزداد قوة علينا ولانه قد يكثر فيهم نوع من أنواع الاسلحة ويعز نوع آخر خير فيقصدون تحصيل ذلك لهم بهذا الطريق وكذلك اذا استبدل بسيفه سيفا آخر خيرا منه لان بتلك الزيادة يزدادون قوة ولم يكن استحق ذلك حين أمناه فيمنع من تحصيل تلك الزيادة ولا يمكن منعه من ذلك الا بأن يمنع من ادخاله هذا السيف بأصله دارهم وان كان هذا السيف مثل الاول أو شرا منه لم يمنع أن يدخل به لانه بمنزلة الاول اذ ليس فيه زيادة قوة لهم وجنس المنفعة واحد فكما لو أعاد الاول الى دار الحرب لم يمنع منه فكذلك اذا أعاد مثله وله أن يخرج بما شاء من الامتعة سوى ماذكرنا كما للتاجر المسلم أن يحمل اليهم ماشاء من سائر الامتعة للتجارة وللشافعي رحمه الله تعالى قول أنه يمنع من ذلك أيضا لانهم يزدادون قوة بما يحمل طعاما كان أو ثيابا أو سلاحا ولكنا نستدل بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدي الى أبي سفيان رضى الله عنه تمر عجوة حين كان بمكة حربيا واستهداه ادما وبعث بخمسمائة دينار الى أهل مكة حين قحطوا لتفرق بين المحتاجين منهم ولان بعض مايحتاج اليه المسلمون من الأدوية وغيرها يحمل من دار الحرب فاذا منعنا تجار المسلمين من أن يحملوا اليهم ماسوى السلاح فهم يمنعون ذلك أيضا وفيه من الضرر مالا يخفي واذا بعث الحربي عبدا له تاجرا الى دار الاسلام بأمان فأسلم العبد فيها بيع وكان ثمنه للحربي لان الامان يثبت له في مالية العبد حين خرج العبد بأمان منقادا له ولو كان المولى معه فأسلم أجبر على بيعه وكان ثمنه له فكذلك اذا لم يكن المولى معه قلنا يباع لازالة ذل الكفر عن المسلم ويكون ثمنه للحربي للأمان له في هذه المالية واذا وجد الحربي في دار الاسلام فقال انا رسول فان أخرج كتابا عرف أنه كتاب ملكهم كان آمنا حتى يبلغ رسالته ويرجع لان الرسل لم تزل آمنة في الجاهلية والاسلام وهذا لان أمر القتال أو الصلح لايتم الا بالرسل فلا بد من أمان الرسل ليتوصل الى ما هو المقصود ولما تكلم رسول بين يدى النبي صلى الله عليه وسلم بما كرهه قال لولا انك رسول لقتلتك وفي هذا دليل ان الرسول آمن ثم لا يتمكن من اقامة البينة على أنه رسول فلو كلفناه ذلك أدى الى الضيق والحرج وهذا مدفوع فلهذا يكتفي بالعلامة والعلامة ان يكون معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم فاذا أخرج ذلك فالظاهر أنه صادق والبناء على الظاهر واجب فيما لايمكن الوقوف على حقيقته وان لم يخرج كتابا أو أخرج ولم يعلم أنه كتاب ملكهم فهو

ومامعه فيء لان الكتاب قد يفتعل واذا لم يعلم أنه كتاب ملكهم بختم وتوقيع معروف فالظاهر أنه افتعل ذلك وأنه لص مغير في دار الاسلام فحين أخذناه احتال بذلك ليتخلص من أيدينا ولهذا كان فيئا مع مامعه وان ادعى أنه دخل بأمان لم يصدق وهو فيء لان حق المسلمين قد ثبت فيه حين تمكنوا منه من غير أمان ظاهر له فلا يصدق هو في ابطال حقهم واذا خرج قوم من أهل الحرب مستأمنين لم يعرض لهم فيما كان جرى بينهم في دار الحرب من المداينات لانهم بالدخول بأمان ما صاروا من أهل دارنا وقد كانت هذه المعاملة بينهم حين لم يكونوا تحت يد الامام فلا يسمع الامام الخصومة في شيء من ذلك الا أن يلتزموا حكم الاسلام وذلك يكون بعقد الذمة فان كان ذلك جرى بينهم في دار الاسلام أخذوا به لانهم كانوا تحت يد الامام حين جرت هذه المعاملة بينهم وما أمناهم ليظلم بعضهم بعضا بل التزمنا لهم ان نمنع الظلم عنهم فلهذا تسمع الخصومة التي جرت بينهم في دارنا كما لو جرت بينهم وبين المسلمين ولو ان حربيا دخل دار الاسلام بغير أمان فأخذه واحد من المسلمين فهو فيء لجماعة المسلمين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهي رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وظاهر المذهب عند أبي يوسف وهو قول محمد رحمهما الله تعالى انه لمن أخذه خاصة وحجتهما في ذلك ان يد الآخذ سبقت اليه وهو مباح في دارنا فمن سبقت يده اليه صار محرزاً له فاختص بملكه كالصيد والحطب والركاز الذي يجده في دار الاسلام وهذا لانه وان دخل دارنا فلم يصر به مأخوذاً مقهوراً لعدم علم المسلمين به ألا ترى انه لو عاد الى دار الحرب قبل ان يعلم به كان حراً فانما صار مقهورا بالاخذ فكان للآخذ خاصة كما لو أخذه في دار الحرب وأخرجه ولابي حنيفة رحمه الله تعالى فيه طريقان أحدهما ان نواحي دار الاسلام تحت يد امام المسلمين ويده يد جماعة المسلمين فهو كما دخل دار الاسلام صار في يد المسلمين حكما فصار مأخوذاً وثبت فيه حق جماعة المسلمين فمن أخذه بعد ذلك فانما استولى على ما ثبت فيه حق المسلمين فلا يختص به كما اذا استولى على مال بيت المال ولكن هذا اليد حكمية فتظهر في حق المسلمين ولا تظهر في حق أهل الحرب فلهذا اذا عاد الى دار الحرب قبل أن يعلم به كان حراً حربيا على حاله ولان الحق الثابت فيه ضعيف فهو بمنزلة حق الغانمين في دار الحرب وهناك من عاد من الاسرى الى منعة أهل الحرب قبل الاحراز يكون حراً فهنا من عاد قبل أن يعلم به يكون حراً ولكنه لا يختص به الآخذ لثبوت الحق للجماعة

فيه والثانى أن الآخذ انما تمكن منه بقوة المسلمين لانه رقبانى مثله يدفعه عن نفسه فانما صار قاهراً له بقوة المسلمين فلهذا لا يختص به وهو نظير السرية مع الجيش في دار الحرب فان السرية لا تختص بما أخذت لان تمكنهم بقوة الجيش فهذا مثله والمسلمون بمنزلة المدد للآخذ وتأكد الحق بالاخذ والاحراز وقد شاركوه في الاحراز وان اختص هو بالاخذ وقد بينا أن المدد يشاركون الجيش الا أن الاحراز هناك بعد الاخذ وههنا الاحراز سبق الاخذ فاذا شاركوه بالمشاركة فى الاحراز بعد الاخذ فلان يشاركوه بالاحراز منهم قبل أخذه أولى وبه فارق الصيد والحطب لان تمكنه من هذه الاشياء لم يكن بقوة المسلمين اذ لا دفع فى المال ولكن الطريق الاول أصح فان على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا أسلم قبل أن يؤخذ فهو رقيق للمسلمين ومن أسلم قبل الأخذ فحريته تتأكد باسلامه كما لو أسلم فى دار الحرب فلولا أنه صار مأخوذاً بالدار لكان حراً اذا أسلم قبل أن يؤخذ وعندهما اذا أسلم قبل أن يؤخذ فهو حر لا سبيل عليه لان سبب الرق فيه الاخذ والمسلم لا يسترق فكان حراً ولو أسلم ثم رجع الى دار الحرب قبل أن يؤخذ فهو حر بالاتفاق كما لو رجع قبل أن يسلم ثم فى وجوب الخمس فيه اذا أخذ روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى في احدى الروايتين قال المأخوذ بمنعة الدار كالمأخوذ بمنعة الجيش يكون غنيمة يخمس وفى الرواية الاخرى قال الخمس فيما أوجف عليه المسلمون ولم يوجد ذلك ههنا فهو بمنزلة الجزية والخراج لا خمس فيها ولان الحق فيه لجماعة المسلمين يصرف الى بيت المال فلا فائدة فى ايجاب الخمس فيه وكذلك عن محمد رحمه الله تعالى روايتان في ايجاب الخمس فيه في احدى الروايتين جعله كالحطب والصيد فلا خمس فيه لانه ما أصيب بطريق فيه اعزاز الدين وفي الرواية الاخرى قال فيه الخمس بمنزلة الركاز وهذا لان الواجد انما أخذه بقوة المسلمين وأذن الامام له فى ذلك فان الامام أذن في مثله لكل مسلم ولو أخذه فى دار الحرب بهذا الطريق اختص به وكان فيه الخمس فكذلك اذا أخذه فى دار الاسلام وان دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يؤخذ ويكون فيئاً للمسلمين لان حقهم ثبت فيه قبل أن يدخل الحرم فهو كعبد من عبيد بيت المال دخل الحرم وهذا لانه قبل أن يدخل الحرم كان يجوز قتله واسترقاقه فبدخوله الحرم استفاد الأمن من القتل فيبقى حكم الرق فيه للمسلمين كما لو أسلم فأما عندهما لا يتعرض له في الحرم لانه لم يصر مأخوذاً عندهما فهو حر مباح الدم

التجأ الى الحرم فلا يتعرض له فى الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقي ولا يؤوى حتى يخرج وقد بينا هذا فى المناسك فان أسلم الحربي في الحرم قبل أن يخرج فهو حر عندهما لانه لم يصر مأخوذا بالدار فتتأكد حريته بالاسلام وليس لاحد أن يتعرض له بعد ذلك بشيء وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فداينهم أو داينوه أو غصبهم شيئا أوغصبوه لم يحكم فيما بينهم بذلك فانهم فعلوا ذلك حيث لاتجرى عليهم أحكام المسلمين أما اذا غصبهم فلان أموالهم في حقنا على أصل الاباحة وانما ضمن المستأمن لهم أن لايخونهم وانما غدر بأمان نفسه دون أمان الامام فيفتى بالرد ولايجبر عليه فى الحكم وان غصبوه فقد غدروا بأمانهم حين لم يكونوا ملتزمين لحكم الاسلام ولو قتلوه لم يضمنوا فاذا أتلفوا ماله أو غصبوه شيئا أولى وهذا لانه عرض نفسه لذلك حين فارق منعة المسلمين ودخل اليهم فامافى المداينة فهم وان خرجوا بأمان لم يلتزموا أحكام المسلمين فلا تسمع الخصومة عليهم فى مداينة كانت فى دارهم ولاتسمع الخصومة على المسلم منهم أيضا لتحقيق معني التسوية بين الخصمين الا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول تسمع الخصومة على المسلم لانه ملتزم أحكام الاسلام حيث مايكون وان بايعهم المستأمن اليهم الدرهم بالدرهمين نقدا أو نسيئة أو بايعهم في الخمر والخنزير والميتة فلا بأس بذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولايجوز شيء من ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيثما يكون ومن حكم الاسلام حرمة هذا النوع من المعاملة ألا ترى أنه لوفعله مع المستأمنين منهم فى دارنا لم يجز فكذلك في دار الحرب وهما يقولان هذا أخذ مال الكافر بطيبة نفسه ومعني هذا ان أموالهم على أصل الاباحة الا أنه ضمن أن لايخونهم فهو يسترضيهم بهذه الاسباب للتحرز عن الغدر ثم يأخذ أموالهم بأصل الاباحة لاباعتبار العقد وبه فارق المستأمنين فى دارنا لان أموالهم صارت معصومة بعقد الامان فلا يمكنه أخذها بحكم الاباحة والأخذ بهذه العقود الباطلة حرام وتمام هذه الفصول فى كتاب الصرف وان قتل المسلم في دارنا حربيا مستأمنا عمدا أو خطأ أوقطع يده فلا قود عليه لبقاء شبهة الاباحة فى دم المستأمن فانه حربى حكما فلا يمكن المساواة بينه وبين من هو من أهل دارنا فى العصمة والقصاص يعتمد المساواة ولكن عليه دية الحر المسلم لان أصل العصمة تثبت موجبة للتقوم في نفسه حين استأمن الينا ألا ترى أن العصمة المتقومة تثبت فى ماله بهذا القدر من الاحراز حتى يضمن بالاتلاف

فى نفسه أولى وصار حاله فى قيمة نفسه كحال الذمي فكما يسوى بين دية الذمى والمسلم عندنا فكذلك يسوي بين دية المسلم والمستأمن والله أعلم بالصواب

باب نكاح أهل الحرب ودخول التجار اليهم بأمان

﴿قال﴾ رضي الله عنه حربى تزوج امرأة حربية لهازوج ثم أسلما وخرجا الى دارنا لم تحل له الا بنكاح جديد لان العقد الذى كان بينهما في دار الحرب لغو فانها كانت منكوحة الغير يومئذ ونكاح المنكوحة لا يحله أحد من أهل الاديان فكانا أجنبين حين أسلما فلا يحل له أن يطأها الا بنكاح جديد كما لو لم يسبق بينهما ذلك العقد فى دار الحرب واذا تزوج المرء الحربي أربع نسوة ثم سبي وسبين معه فلا نكاح بينه وبينهن سواء تزوجهن فى عقدة أو في عقد لان الرق المعترض فى الزوج ينافى نكاح الاربع بقاء وابتداء وليس بعضهن بأولى من البعض فى التفريق بينه وبينها فتقع الفرقة بينه وبينهن كما لو تزوج رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما ولا فرق فالمنافي هناك عارض فى المحل بعد صحة نكاحهما وهو الاختية وههنا عارض في الزوج بعد صحة نكاحهن فان كانت قد ماتت امرأتان منهن فنكاح الباقيتين جائز لانه حين استرق فليس فى نكاحه الا اثنتين ورقه لا ينافي نكاح اثنتين ابتداء ولا بقاء وقد تقدم بيان هذه الفصول في النكاح وذكرنا أنه يكره للمسلم ان يتزوج كتابية في دار الحرب ولا بأس له ان يتناول من ذبائح أهل الكتاب منهم وذلك منقول عن على رضى الله عنه ثم كراهة النكاح لمعنى كراهة التوطن فيهم أو مخافة ان يبقى له نسل فى دار الحرب أو ما فيه من تعريض ولده للرق اذا سبيت والولد في بطنها وذلك لا يوجد فى الذبائح واذا قتل المسلم المستأمن فى دار الحرب انسانا منهم أو استهلك ماله لم يلزمه غرم ذلك اذا خرجوا لانهم لو فعلوا ذلك به لم يلزمهم غرم فكذلك اذا فعل بهم وهذا لانهم غير ملتزمين أحكام الاسلام فى دار الحرب حيث جرى ذلك بينهم وأكره للمسلم المستأمن اليهم في دينه أن يغدر بهم لان الغدر حرام قال صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يركز عند باب أسته يوم القيامة يعرف به غدرته فان غدر بهم وأخذ مالهم وأخرجه الى دار الاسلام كرهت للمسلم شراءه منه اذا علم ذلك لانه حصله بكسب خبيث وفى الشراء منه اغراء له على مثل هذا السبب وهو مكروه للمسلم والاصل فيه حديث المغيرة بن شعبة رضى الله عنه حين قتل أصحابه وجاء بمالهم الى المدينة فأسلم وطلب من رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم أن يخمس ماله فقال أما اسلامك فمقبول وأما مالك فمال غدر فلا حاجة لنا فيه فان اشتراه أجزته لانه صار مالكا للمال بالاحراز والنهى عن الشراء منه ليس لمعنى فى عين الشراء فلا يمنع جوازه وان كانت جارية كرهت للمشترى ان يطأها لانه قائم فيها مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشترى وهذا بخلاف المشتراة شراء فاسداً اذا باعها المشترى جاز للثانى وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق الاول لبقاء حق البائع فى الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع الثاني وههنا الكراهة لمعني الغدر وكونه مأموراً بردها عليهم دينا وهذا المعنى فى حق الثانى كهو فى حق الاول فان أصاب أهل هذه الدار سبايا من غيرهم من أهل الحرب وسع هذا المسلم أن يشتريها منهم لانهم ملكوا ذلك بالاحراز بمنعتهم فانهم نهبة يملك بعضهم على بعض نفسه وماله بالاحراز فحل للمستأمن اليهم شراء ذلك منهم كسائر أموالهم وكذلك ان سبي أهل الدار التى هو فيها جازله أن يشتريهم من السابين لانهم ملكوهم بالاحراز وقد كانوا على أصل الاباحة فى حقه انما كان الواجب عليه أن لا يغدر بهم وليس ذلك من الغدر فى شيء وكذلك لو أن المسلمين وادعوا قوما من أهل الحرب ثم أغار عليهم قوم آخرون أهل حرب لهم فلهذا المسلم أن يشترى السبي منهم لانهم بالموادعة ما خرجوا من أن يكونوا أهل حرب ولكن علينا أن لا نغدربهم وقد صاروا مملوكين للسابى بالاحراز فيجوز شراؤه منهم كسائر الاموال وان كان الذين سبوهم قوم من المسلمين غدروا بأهل الموادعة لم يسع المسلمون أن يشتروا من ذلك السبي وان اشتروا رددت البيع لانهم كانوا فى أمان من المسلمين فان أمان بعض المسلمين كأمان الجماعة ولا يملك المسلمون رقاب المستأمنين وأموالهم بالاحراز وهذا بخلاف ما لو كان دخل اليهم رجل بأمان ثم استولى عليهم المسلمون لان هناك المسلم ما أمنهم ولكنهم أمنوه وكيف يقال قد أمنهم وهو مقهور غير ممتنع منهم فلهذا حل للمسلمين سبيهم وههنا هم فى أمان من المسلمين لانه أمنهم من له منعة من المسلمين واذا كان قوم من المسلمين مستأمنين فى دار الحرب فأغار على تلك الدار قوم من أهل الحرب لم يحل لهؤلاء المسلمين أن يقاتلوهم لان فى القتال تعريض النفس فلا يحل ذلك الا على وجه اعلاء كلمة الله عز وجل واعزاز الدين وذلك لا يوجد ههنا لان أحكام أهل الشرك غالبة فيهم فلا يستطيع المسلمون أن يحكموا بأحكام أهل الاسلام فكان قتالهم فى الصورة

لاعلاء كلمة الشرك وذلك لا يحل الا أن يخافوا على أنفسهم من أولئك فحينئذ لا بأس بأن يقاتلوهم للدفع عن أنفسهم لا لاعلاء كلمة الشرك والاصل فيه حديث جعفر رضى الله عنه فانه قاتل بالحبشة مع العدو الذى كان قصد النجاشى وانما فعل ذلك لانه لما كان مع المسلمين يومئذ آمنا عند النجاشى فكان يخاف على نفسه وعلى المسلمين من غيره فعرفنا أنه لا بأس بذلك عند الخوف وان أغار أهل الحرب الذي فيهم المسلمون المستأمنون على دار من المسلمين فأسروا ذرارى المسلمين اذا كانوا يطيقون القتال لانهم ما ملكوا ذرارى المسلمين بالاحراز فهم ظالمون في استرقاقهم والمستأمنون ما ضمنوا لهم التقرير على الظلم فلا يسعهم الا قتالهم لاستنقاذ ذراري المسلمين من أيديهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمن المستأمنون أن لا يتعرضوا لهم في أموالهم وكذلك ان كانوا أغاروا على الخوارج وسبوا ذراريهم لانهم مسلمون فلا تملك ذراريهم بالاحراز بدار الحرب وكذلك ان كان فى بلاد الخوارج الذين أغار عليهم أهل الحرب قوم من أهل العدل لم يسعهم الا أن يقاتلوا عن بيضة المسلمين وحريمهم لان الخوارج مسلمون ففي القتال معهم اعزاز الدين ولانهم بهذا القتال يدفعون أهل الحرب عن المسلمين ودفع أهل الحرب عن المسلمين واجب على كل من يقدر عليه فلهذا لا يسعهم الا أن يقاتلوهم والله سبحانه وتعالى أعلم

باب المرتدين

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا ارتد المسلم عرض عليه الاسلام فان أسلم والا قتل مكانه الا أن يطلب أن يؤجل فاذا طلب ذلك أجل ثلاثة أيام والاصل فى وجوب قتل المرتدين قوله تعالى أو يسلمون قيل الآية في المرتدين وقال صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وقتل المرتد على ردته مروى عن على وابن مسعود ومعاذ وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم وهذا لأن المرتد بمنزلة مشركى العرب أو أغلظ منهم جناية فانهم قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن نزل بلغتهم ولم يراعوا حق ذلك حين أشركوا وهذا المرتد كان من أهل دين رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عرف محاسن شريعته ثم لم يراع ذلك حين ارتد فكما لا يقبل من مشركى العرب الا السيف أو الاسلام فكذلك من المرتدين الا أنه اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة ارتد لاجلها فعلينا ازالة تلك الشبهة أو هو يحتاج الى

التفكر ليتبين له الحق فـلا يكون ذلك الا بمهلة فان استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر مقدرة بثلاثة أيام في الشرع كما في الخيار فلهذا يمهله ثلاثة أيام لا يزيده على ذلك وان لم يطلب التأجيل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه يستحب للامام أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجب على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبـل ذلك لما روي أن رجلا قدم على عمر رضي الله عنه فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعـد ايمانه فقال ماذا صنعتم به قال قدمناه فضربنا عنقـه فقال هـلا طينتم عليـه الباب ثلاثة أيام ورميتم اليه كل يوم برغيف فلعـله أن يتوب ويراجع الحق ثم رفع يديه وقال اللهـم اني لم أشهد ولم أرض اذ بلغني وقد روى هذا الحديث بطريق آخر أن عمر رضي الله عنـه قال لو وليت منه مثـل الذي وليتم لاستتبته ثلاثة أيام فان تاب والا قتلته فهذا دليل أنه يستحب الامهال وتأويل اللفظ الاول أنه لعله كان طلب التأجيل اذ كان في ذلك الوقت فقـد كان فيهم من هو حديث عهد بالاسلام فربما يظهر له شبهة ويتوب اذا رفعت شبهته فلهذا كره ترك الامهال والاستتابة فأما في زماننا فقد استقر حكم الدين وتبين الحق فالاشراك بعد ذلك قد يكون تعنتا وقد يكون لشبهة دخلت عليه وعلامة ذلك طلب التأجيل واذا لم يطلب ذلك فالظاهر أنه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله الا أنه يستحب أن يستتاب لانه بمنزلة كافر قد بلغته الدعوة وتجديد الدعوة في حق مثله مستحب وليس بواجب فهذا كذلك فان استتيب فتاب خلى سبيله ولكن توبته أن يأتي بكلمة الشهادة ويتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام أو يتبرى عما كان انتقل اليه فان تمام الاسلام من اليهودى التبرى عن اليهودية ومن النصراني التبرى عن النصرانية ومن المرتد التبرى عن كل ملة سوى الاسلام لانه ليس للمرتد ملة منفعة وان تبرأ عما انتقل اليه فقد حصل ما هو المقصود فان ارتد ثانيا وثالثا فكذلك يفعل به في كل مرة فاذا أسلم خلى سبيله لقوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وكان علي وابن عمر رضى الله عنهما يقولان اذا ارتد رابعا لم تقبل توبته بعـد ذلك ولكن يقتل على كل حال لانه ظهر أنه مستخف مستهزئ وليس بتائب واستدلا بقوله عز وجل ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولكنا نقول الآية في حق من ازداد كفرا الا في حق من آمن وأظهر التوبة والخشوع فحاله في

المرة الرابعة كحاله قبل ذلك واذا أسلم يجب قبول ذلك منه لقوله تعالى ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمناً وروي أن أسامة بن زيد رضى الله عنه حمل على رجل من المشركين فقال لا اله الا الله فقتله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أقتلت رجلا قال لا اله الا الله من لك بلا إله الا الله يوم القيامة فقال انما قالها تعوذاً فقال هلا شققت عن قلبه فقال لو فعلت ذلك ما كان يتبين لى فقال صلى الله عليه وسلم فانما يعبر عن قلبه لسانه الا أنه ذكر فى النوادر أنه اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا لجنايته ثم يحبس الى ان يظهر توبته وخشوعه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا فعل ذلك مراراً يقتل غيلة وهو أن ينتظر فاذا أظهر كلمة الشرك قتل قبل أن يستتاب لانه قد ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز فان أبي المرتد أن يسلم فقتل كان ميراثه بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى فى قول علمائنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ماله فيء يوضع فى بيت مال المسلمين لقوله صلي الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر والمرتد كافر فلا يرثه المسلم ولان المرتد لا يرث أحداً فلا يرثه أحد كالرقيق يوضحه أنه لا يرثه من يوافقه في الملة والموافقة في الملة سبب التوريث والمخالفة فى الملة سبب الحرمان فلما لم يرثه من يوافقه فى الملة مع وجود سبب التوريث فلان لا يرثه من يخالفه في الملة أولى واذا انتفي التوريث عن ماله فهو فى أحد الوجهين لأنه مال حربى لا أمان له فيكون فيئاً للمسلمين وفي الوجه الآخر هو مال ضائع فصيبه بيت المال كالذمي اذا مات ولا وارث له من الكفار يوضع ماله في بيت المال ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ظاهر قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك والمرتد هالك لانه ارتكب جريمة استحق بها نفسه فيكون هالكا ولما مات عبد الله بن أبي سلول جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله لورثته المسلمين وهو كان مرتداً وان كان منافقا فقد شهد الله بكفره بعد الايمان وفيه نزل قوله تعالي ان الذين آمنوا ثم كفروا وان عليا رضى الله عنه قتل المستورد العجلى على الردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وذلك مروي عن ابن مسعود ومعاذ رضى الله تعالى عنهما والمعنى فيه أنه كان مسلما مالكا لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه فى ماله كما لو مات المسلم وتحقيق هذا الكلام أن الردة هلاك فانه يصير به حربا وأهل الحرب فى حق المسلمين كالموتى الا أن تمام هلاكه حقيقة بالقتل أو الموت فاذا تم ذلك استند التوريث الى أول الردة وقد كان مسلما عند ذلك

فيخلفه وارثه المسلم فى ماله ويكون هـذا توريث المسـلم من المسلم وهـذا لان الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا أجيز يثبت الملك من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعا فعلى هـذا الطريق يكون فيـه توريث المسلم من المسلم ﴿فان قيل﴾ زوال ملكه اما أن يكون قبل الردة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب ولا يقترن به بل يعقبه وبعـد الردة هو كافر ﴿قلنا﴾ ثم المزيل للملك ردته كما أن المزيل للملك موت المسلم ثم الموت يزيل الملك عن الحى لا عن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسـلم وكما أن الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لا عن غـير معصوم فعـرفنا أنه يتحقق بهـذا الطريق توريث المسلم من المسلم ولهذا لا يرثه ورثته الكفار لان التوريث من المسلم والكافر لا يرث المسلم وهو دليلنا فانه كان تعلق باسلامه حكمان حرمان ورثته الكفار وتوريث ورثتـه المسلمين ثم بقي أحـد الحكمين بعد ردته باعتبار أنه ىبقى على حكم الاسلام فكذلك الحكم الآخر وانما لا يرث المرتد أحداً لجنايته فهو كالقاتل لا يرث المقتول لجنايته ويرثه المقتول لو مات القاتل قبـله ولانه لا وجـه لجعل ماله فيئاً فان هـذا المال كان محرزاً بدار الاسلام ولم يبطل ذلك الاحراز بردته حتى لا يغنم فى حياته والمـال المحرز بدار الاسـلام لا يكون فيئاً وبهذا تبين ثبوت حق الورثة فيه لانه انمـا لا يغنم فى حياته لا لحقه فانه لا حرمة له بل لحق الورثة فكذلك بعد موته وان قال يوضع فى بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع ﴿قلنا﴾ المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته ساووا المسلمين فى الاسلام وترجحوا عليهم بالقرابة وذو السببين مقدم فى الاستحقاق على ذي سبب واحد فكان الصرف اليهم أولى فأما ما اكتسب في حال ردته فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى هو فىء يوضع فى بيت المال وعندهما هو ميراث لورثته المسلمين لان كسبه يوقف على أن يسلم له بالاسـلام فيخلفه وارثه فيه بعد موته ككسب الاسـلام وما ذكرنا من المعانى يجمع الكسبين وليس فى الردة أكثر من أنه صار به مشرفا على الهلاك فيكون كالمريض والمكتسب فى مرض الموت كالمكتسب فى الصحة فى حكم الارث وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الوراثة خلافة فى الملك والردة تنافى بقاء الملك فتنافي ابتداء الملك بطريق الاولى فما اكتسب فى اسلامه كان مملوكا له فيخلفه وارثه فيه اذا تم انقطاع حقه عنه وكسب الردة لم يكن مملوكا له لقيام

المنافى عند الاكتساب وانما كان له حق ان يتملك ان لوأسلم والوارث لايخلفه في مثل هذا الحق فبقى هذا مالا ضائعاً بعد موته يوضع فى بيت المال والاصح ان نقول اسناد التوريث الى أول الردة فى كسب الاسلام ممكن لان السبب يعمل فى المحل والمحل كان موجوداً عند أول الردة فاما اسناد التوريث في كسب الردة غير ممكن لانعدام المحل عند السبب فى هذا الكسب فلو ثبت فيه حكم التوريث ثبت مقصوراً على الحال وهو كافر بعد الا كتساب والمسلم لا يرث الكافر فيبقى موقوفاً على ان يسلم له بالاسلام فاذا زال ذلك بأن مات أو قتل فهذا كسب حربى لا أمان له فيكون فيئاً للمسلمين يوضع في بيت مالهم ثم اختلفت الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيمن يرث المرتد فروي الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه من كان وارثاله وقت ردته وبقى الى موت المرتد فانه يرثه ومن حدث له صفة الوراثة بعد ذلك لا يرثه حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته فانه لا يرثه على هذه الرواية لان سبب التوريث الردة فمن لم يكن موجودا عند ذلك السبب لم ينعقد له سبب الاستحقاق ثم تمام الاستحقاق بالموت فانما يتم فى حق من انعقد له السبب لافي حق من لم ينعقد له السبب ثم فى حق من انعقد له السبب يشترط بقاؤه الى وقت تمام الاستحقاق فاذا مات قبل ذلك يبطل السبب فى حقه كما في بيع الموقوف يتم الملك عند الاجازة من وقت السبب ولكن بشرط قيام المعقود عليه عند الاجازة حتى اذا هلك قبل ذلك بطل السبب وفى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل ا سحقاقه بموته قبل موت المرتد لان الردة في حكم التوريث كالموت ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا مثله وأما رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وهو الاصح انه يعتبر من يكون وارثا له حين مات أو قتل سواء كان موجوداً عند الردة أوحدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يجعل كالموجود عند ابتداء السبب الاترى ان الزيادة التى تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى انه يصير معقوداً عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن فهمنا أيضاً من يحدث قبل انعقاد السبب يجعل كالموجود عند ابتداء السبب ولو تصور بعد الموت الحقيقي ولد له من علوق حادث لكنا نجعله كذلك أيضاً الا ان ذلك لا يتصور فأما بعد الهلاك بالحكم بالردة

يتصور فيجعل الحادث كالموجود عند ابتداء السبب وكذلك ان لحق بدار الحرب قسم الامام ماله بين ورثته وكان لحاقه بدار الحرب بمنزلة موته وعند الشافعي رحمه الله تعالى يبقى ماله بعد لحاقه موقوفا كما كان قبل لحاقه لان ذهابه الى دار الحرب نوع غيبة فلا يتغير به حكم ماله كما لو كان مترددا في دار الاسلام ولكنا نقول انه صار حربيا حقيقة وحكما لانه قد أبطل حياة نفسه بدار الحرب حين عاد الى دار الحرب حربا للمسلمين والحربي في دار الحرب كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه وقد قررنا هذا في النكاح في مسئلة تباين الدارين ولانه قد خرج من يد الامام حقيقة وحكما ولو كان في يده لموته حقيقة بان يقتله ويقسم ماله فاذا عجز عن ذلك بخروجه عن يده موته حكما فيقسم ماله بين ورثته وحكم بعتق امهات أولاده ومدبريه وبحلول آجاله ثم قال أبو يوسف يعتبر من يكون وارثا له وقت قضاء القاضي بلحاقه وعند محمد وقت لحاقه وهذا لان عندهما ملكه لا يزول بالردة ولهذا ينفذ تصرف المرتد عندهما على ما نبينه فانما زوال ملكه بسبب الردة عند لحاقه فيعتبر وارثه عند ذلك ولحاقه موت حكمي فهو كالموت الحقيقي بالقتل ولكن أبو يوسف يقول اللحاق في الحقيقة غيبة وانما يصير موتا حكما بقضاء القاضي فيعتبر من يكون وارثا له عند القضاء باللحاق في استحقاق ماله وكذلك ترث منه امرأته ان كانت في العدة لان النكاح بينهما وان ارتفع بنفس الردة لكنه فار عن ميراثها وامرأة الفار ترث اذا كانت في العدة عند موته وعلى رواية أبي يوسف ترث وان كانت منقضية العدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان سبب التوريث كان موجودا في حقها عند ردته وعلى تلك الرواية انما يعتبر قيام السبب عند أول الردة وتبطل وصاياه لان تنفيذ الوصايا لحق الموصي ولم يبق له حق بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وهذا بخلاف التدبير فان حق العبد في العتق بالتدبير قد ثبت للمدبر فيكون عتقه كعتق أم الولد أو حقه كحق أصحاب الديون وفي الكتاب يقول ردته كرجوعه عن الوصية لانه بالردة يبطل حقه وتنفيذ الوصية كان لحقه فرجوعه يعمل في ابطال وصاياه ولا يعمل في ابطال تدبيره فكذلك ردته وهو لا يفعل شيئا من ذلك مادام المرتد مقيما في دار الاسلام لانه في يده حقيقة وحكما فيموته بالقتل حقيقة ان لم يسلم أولا ثم يقسم ماله وان فعل ذلك بعد لحاقه بدار الحرب ثم رجع تائبا قد مضى جميع مافعله الامام غير أنه اذا وجد شيئا من ملكه بعينه في يد وارثه أخذه

منه لان الوراثة خلافة والخلف يسقط اعتباره اذا ظهر الاصل ولما جاء تائبا فقد صار حيا حكما وانما كانت خلافة الوارث اياه في هذا الملك كونه حكما فاذا انعدم ذلك ظهر حكم الاصل ولهذا قلنا لو كان الوارث كاتب عبداً يعاد اليه ذلك العبد مكاتبا لان الحكم لايكون منتقلا من الخلف الى الاصل وتأثير الكتابة في منع النقل ولكن ينعدم الخلف بظهور الاصل فيكون الملك لصاحب الاصل بطريق البقاء ولايعاد اليه شئ مما باعه وارثه لان الاصل والخلف في الحكم فلابد من قيامه عند ظهور الاصل ليكون عاملا وماتصرف الوارث من بيع أو غيره فهو نافذ منه لمصادفته ملكه ولا ضمان عليه في شئ مما أتلفه لان الملك كان خالصا له وفعله فيما خلص حقا له لا يكون سبب الضمان فلو لم يفعل الامام شيئاً من ذلك حتى رجع تائبا فجميع ذلك له كما كان قبل ردته لان اللحاق قبل أن يتصل به القضاء بمنزلة الغيبة فهو والمتردد في دار الاسلام في الحكم سواء ﴿قال﴾ وجميع ما فعل المرتد في حال ردته من بيع أو شراء أو عتق أو تدبير أو كتابة باطل ان لحق بدار الحرب وقسم الامام ماله والحاصل أن تصرفات المرتد أربعة أنواع نوع منها نافذ بالاتفاق وهو الاستيلاد حتى اذا جاءت جاريته بولد فادعى نسبه ثبت النسب منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه في ملكه أقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فاستيلاد المرتد أولى لانها موقوفة على حكم ملكه حتى اذا أسلم كانت مملوكة له وحقه فيها أقوى من حق المولى في كسب المكاتب وهناك يصح منه دعوة النسب فهنا أولى الا ان هناك يحتاج الى تصديق المكاتب لاختصاصه بملك اليد والتصرف وهنا لا يحتاج الى تصديق الورثة لانه لم يثبت لهم ملك اليد والتصرف في الحال ومنها ما هو بالاتفاق باطل في الحال كالنكاح والذبيحة لان الحل بهما يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فقد ترك ما كان عليه وهو غير مقر على ما اعتمده ومنها ما هوموقوف بالاتفاق وهو المفاوضة فانه اذا شارك غيره شركة مفاوضة توقف صفة المفاوضة بالاتفاق وان اختلفوا في توقف أصل الشركة ومنها ماهو مختلف فيه وهو سائر تصرفاته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف بين أن ينفذ بالاسلام أو يبطل اذامات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وعندهما نافذ الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من جميع المال وعند محمد رحمه الله تعالى ينفذ كما ينفذ من المريض

وحجتهما فى ذلك أنه من أهل التصرف لاقي تصرفه ملكه فينفذ وبيان ذلك أن التصرف قول والاهلية له باعتبار قوله شرعا ولا ينعدم ذلك بالردة والمالكية باعتبار صفة الحرية ولا ينعدم ذلك بالردة انما تأثير ردته فى اباحة دمه وذلك لايحصل بالمالكية كالمقضى عليه بالرجم والقصاص والدليل عليه أن تصرف المكاتب بعد الردة نافذ بالاتفاق وحال الحر فى التصرف فوق حال المكاتب فاذا كانت الردة لاتنافى ملك اليد الذى ينبني عليه تصرف المكاتب حتى ينفذ تصرفه فلأن لاينافى ملك الحر وتصرفه أولى الا أن محمداً رحمه الله تعالى قال هو مشرف على الهلاك فيكون بمنزلة المريض فى التصرف ألا تري أن زوجته ترثه بحكم الفرار وذلك لايتحقق الا فى المريض وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول هو متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بسبب يستحق عليه مرغوب فيه فلا يصير في حكم المريض كمن قصد أن يلقى نفسه من شاهق جبل لايصير به في حكم المريض يوضحه أن المقضى عليه بالرجم والقصاص لايصير كالمريض مادام في السجن لتمكنه من دفع الهلاك عن نفسه بادعاء شبهة فالمرتد أولى وأبو حنيفة يقول بالردة يزول ملكه عن المال وكان موقوفا على العود اليه بالاسلام وتصرفه بحكم الملك فيتوقف بتوقف الملك ودليل الوصف ان المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاء وانما يكون ذلك حكماً باعتبار العصمة الاترى ان الشرع جعل عصمة النفس والمال بسبب واحد ثم عصمة نفسه تزول بالردة حتى يقتل فكذلك عصمة ماله والدليل عليه أنه هالك حكما واذا كان الهلاك حقيقة ينافي مالكية المال ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذلك الهلاك الحكمى ولان تأثير الردة فى نفي المالكية فوق تأثير الرق فان الرق ينافى مالكية المال ولا ينافى مالكية النكاح والردة تنافيهما وهذا بخلاف المقضي عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزل مابه عصمة المال والنفس وانما استحق عليه نفسه بما هو من حقوق تلك العصمة فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله وقد انعدم ههنا مابه كانت العصمة فى حق النفس فكذلك فى حق المال لأنها تابعة للنفس فى العصمة وبخلاف المكاتب فان تصرفه باعتبار عقد الكتابة والردة لاتؤثر فيه ألا تري أن الهلاك الحقيقي لايمنع بقاء الكتابة فالهلاك الحكمي أولى ولهذا نفذ تصرف المكاتب بعد لحاقه بدار الحرب وههنا بالاتفاق لاينفذ تصرفه في ماله بعد لحاقه بل يتوقف فكذلك قبل لحاقه لان الهلاك بردته لا بلحاقه وكذلك التوريث باعتبار ردته على ما قررنا

أنه يستند التوريث الى أول الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم والدليل عليه أنه بالردة صار حربيا ولهذا يقتل والحربي المقهور في أيدينا يتوقف تصرفه كالمأسورين الا أن هناك توقف حالهم بين الاسترقاق والقتل والمن وههنا بين القتل والاسلام ثم توقف تصرفهم هناك لتوقف حالهم فكذلك ههنا واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه أيضا ولا وارث له غيره لم يجز عتق واحد منهما اما عتق المرتد فكان موقوفا فبموته يبطل واما عتق الوارث فقد سبق ملكه لان قبل موت المرتد لا ملك للوارث في ماله بل الملك موقوف على حق المرتد فلا ينفذ تصرف الوارث وهذا بخلاف التركة المستغرقة بالدين اذا أعتق الوارث عبداً منها ثم سقط الدين لان سبب التوريث هناك قد تم والتوقف لحق الغرماء والعتق بعد تمام سبب الملك لا يتوقف وههنا أصل السبب انعقد بالردة ولكن لا يتم لقيام الاصل حقيقة وحكما والخلافة تكون بعد فوات الاصل فلهذا لا تنفذ تصرفات الوارث وان ملك بعد ذلك واذا مات الابن وله معتق والاب مرتد ثم مات الاب وله معتق كان ميراث الاب لمعتقه دون معتق الابن لما بينا ان أصل السبب وان انعقد بالردة فاذا مات الابن قبل وقت تمام السبب بطل ذلك لان بقاءه الى وقت تمام السبب شرط وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل وما اكتسبه في ردته فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهما يستدلان على أبي حنيفة رحمه الله تعالي بكسب الردة أنه ينفذ تصرفه فيه حتى لو قضى دينه بكسب ردته أو رهنه بدين عليه كان صحيحا فكذلك كسب الاسلام ومن أصحابنا من سلم واشتغل بالفرق فقال تصرفه في كسب الردة باعتبار أنه كسبه لا باعتبار أنه ملكه لان الردة تنافي الملك فاما في كسب الاسلام تصرفه باعتبار ملكه وقد بينا توقف ملكه والاصح ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتوقف تصرفه في الكسبين جميعاً ويبطل ذلك بموته واختلفت الروايات عنه في قضاء ديونه فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يقضي ديونه من كسب الردة فان لم يف بذلك فحينئذ من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق ورثته ولا حق لورثته في كسب ردته بل هو خالص حقه فلهذا كان فيئاً اذا قتل فكان وفاء الدين من خالص حقه أولى فعلى هذا نقول عقد الرهن لقضاء الدين واذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فلهذا كان نافذا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يبدأ بكسب الاسلام في قضاء ديونه فان لم تف بذلك فحينئذ من كسب الردة لان قضاء الدين من

ملك المديون وكسب الاسلام كان مملوكا له ولهذا يخلفه الوارث فيه وخلافة الوارث بعد الفراغ من حقه فأما كسب الردة لم يكن مملوكا له فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الردة اذا كان في كسب الاسلام وفاء بذلك وروي زفر عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن ديون اسلامه تقضى من كسب الاسلام وما استدان في الردة يقضي من كسب الردة لان المستحق للكسبين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بمقابلة الغنم وبه أخذ زفر رحمه الله تعالى وان جنى المرتد جناية لم يعقله العاقلة لان تحمل العقل باعتبار معني النصرة وهو أن تمكنه من الجناية بقوة العاقلة وأحد لا ينصر المرتد أو ذلك للتخفيف على الجاني لعذر الخطأ والمرتد غير مستحق للتخفيف فيكون الارش في ماله وكذلك ما غصب وأتلف من أموال الناس فذلك كله دين عليه وان لم يكن له مال الا ما اكتسبه في ردته كان ذلك كله فيه لأنه كسبه فيكون مصروفا الى دينه ككسب المكاتب والجناية على المرتد هدر لان اعتبار الجناية عليه لعصمة نفسه وقد انعدمت العصمة بردته فكانت الجناية عليه هدرا مسلم قطع يد مسلم عمداً أو خطأ ثم ارتد المقطوعة يده عن الاسلام فمات أو قتل أو لحق بدار الحرب فعلى القاطع دية اليد في ماله ان كان عمداً وعلى عاقلته ان كان خطأ لان قطع اليد كانت جناية موجبة للضمان وقد انقطعت السراية بزوال عصمة نفسه بالردة فصار كالو انقطع بالبرء فيلزمه دية اليد فقط وان أسلم قبل اللحوق بدار الحرب ثم مات من تلك الجناية فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله عليه دية النفس استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله ليس عليه الا دية اليد قياساً لان السراية قد انقطعت بزوال عصمة نفسه بالردة ثم بالاسلام بعد ذلك لا يتبين أن العصمة لم تكن زائلة فحكم السراية بعد ما انقطع لا يعود وكان موته من تلك الجناية وموته بسبب آخر سواء ألا ترى انه لو لحق بدار الحرب ثم عاد ثانيا فمات من تلك الجناية لم يجب على القاطع الا دية اليد فكذلك قبل اللحوق ولان اعتبار الجناية والسراية لحقه بعد سقوط حقه بالردة فيصير هو كالمبرئ عن سراية تلك الجناية كما لو قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه أو باعه صار مبرئاً عن السراية بازالة ملكه وبعد ما صح الابراء ليس له ولاية اعادة حقه في السراية فكان وجود اسلامه في حكم السراية كعدمه وهما يقولان حقه توقف بالردة على ما قررنا

فاذا أسلم زال التوقف فصار ما اعترض كأن لم يكن بخلاف العبد اذا باعه أو اعتقه فقد تم زوال ملكه هناك واعتبار الجنـاية كان الملك يوضح الفرق ان ضمان الجناية في المماليك باعتبار صفة المملوكية ولهذا يجب الضمان لتمكن النقصان في المالية شيئاً فشيئا وقد انعدم ذلك بالعتق أصلا وبالبيع في حق من كان مستحقا له فاما وجوب ضمان الجزء باعتبار النفسية ولا ينعدم بالردة ولكن العصمة شرط فانما يراعى وجوده عند ابتداء السبب لينعقد موجبا وعند تقرره بالموت لتقرر الحكم فلا يعتبر فيه بقاء العصمة وهو نظير مالو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حرثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار يعتق لهذا المعني فاما اذا لحق بدار الحرب فان كان القاضي قضى بلحاقه فقد صار ميتا حكماً وبقاء حكم الجناية باعتبار بقاء النفسية وذلك لا يتحقق بعد موته حكما اذ لا تصور لبقاء الحكم بدون المحل واذا لم يقض القاضي بلحاقه فالأصح انه على الخلاف فمن أصحابنا من سلم وقال بنفس اللحاق صار حربيا والحربي في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولهذا لو كانت امرأة تسترق كسائر الحربيات فيتم به انقطاع حكم السراية بخلاف ماقبل لحاقه بدار الحرب يوضحه ان الردة عارض فاذا زال قبل تقرره صار كان لم يكن كالعصير المشترى اذا تخمر قبل القبض ثم تخالل بقي العقد صحيحا ولا يعتبر زواله بعد تقرره كما في العصير اذا تخمر فقضى القاضي بفسخ العقد ثم تخلل وباللحاق قد تقرر خصوصا اذا قضى به القاضي فلا يعتبر زواله بعد ذلك بخلاف ماقبل اللحاق وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوعة يده من ذلك مسلما فان كان عمداً فلا شئ له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته أحد ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الاسلام عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى تقتل ان لم تسلم وهكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الابتداء ثم رجع وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انها تخرج في كل قليل وتعذر تسعة وثلاثين سوطا ثم تعاد الى الحبس الى أن تتوب أو تموت واستدل الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى

فمن شهد منكم الشهر فليصمه وتبين ان الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة يقال لها أم مروان وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قتل مرتدة يقال لها أم فرقة ولأنها اعتقدت دينا باطلا بعد ما اعترفت ببطلانه فتقتل كالرجل وهذا لان القتل جزاء على الردة لان الرجوع عن الاقرار بالحق من أعظم الجرائم ولهذا كان قتل المرتد من خالص حق الله تعالى وما يكون من خالص حق الله فهو جزاء وفي اجزية الجرائم الرجال والنساء سواء كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر وبهذا تبين أن الجناية بالردة أغلظ من الجناية بالكفر الاصلي فان الانكار بعد الاقرار أغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار كما في سائر الحقوق وبأن كانت لا تقتل اذا لم تتغلظ جنايتها فذلك لا يدل على أنها لا تقتل اذا تغلظت جنايتها ثم في الكفر الاصلي اذا تغلظت جنايتها بأن كانت مقاتلة أو ساحرة أو ملكة تحرض على القتال تقتل فكذلك بعد الردة والدليل عليه انها تحبس وتعزر وتجبر على الاسلام بعد الردة ولا يفعل ذلك بها في الكفر الاصلي وكذلك الشيوخ وأصحاب الصوامع والرهبان يقتلون بعد الردة ولا يقتلون في الكفر الاصلي وذوو الاعذار كالاعمى والزمن كذلك وكذلك الرق في الكفر الاصلي يمنع القتل وهو ما اذا استرق الاسير وفي الردة لا يمنع ثم في الكفر الاصلي لا تسلم لها نفسها حتى تسترق لينتفع المسلمون بها فكذلك بعد الردة وبالاتفاق لا تسترق في دار الاسلام فقلنا انها تقتل ﴿وحجتنا﴾ في ذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وفيه حديثان أحدهما مارواه رباح بن ربيعة رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى في بعض الغزوات قوما مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فقالوا ينظرون الى امرأة مقتولة فقال لواحد أدرك خالداً وقل له لا يقتلن عسيفاً ولا ذرية والثاني حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة فقال من قتل هذه قال رجل أنا يارسول الله أردفتها خلفي فأهوت الى سيفي لتقتلني فقتلتها فقال ما شأن قتل النساء وارها ولا تعد ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة امرأة مقتولة فقال ها ماكانت هذه تقاتل ففي هذا بيان أن استحقاق القتل بعلة القتال وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن وفي هذا لافرق بين الكفر الاصلي وبين الكفر الطارئ وما روى من الحديث غير مجرى

على ظاهره فالتبديل يتحقق من الكافر اذا أسلم فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ماذكرنا والمرتدة التى قتلت كانت مقاتلة فان أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال وكانت مطاعة فيهم وأم قرفة كان لها ثلاثون ابنا وكانت تحرضهم على قتال المسلمين ففي قتلها كسر شوكتهم ويحتمل أنه كان ذلك من الصديق رضى الله عنه بطريق المصلحة والسياسة كما أمر بقطع يد النساء اللاتى ضربن الدف لموت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاظهار الشماتة والمعنى فيه أنها كافرة فلا تقتل كالأصلية وهذا لأن القتل ليس بجزاء على الردة بل هو مستحق باعتبار الاصرار على الكفر ألا ترى أنه لو أسلم يسقط لانعدام الاصرار وما يكون مستحقا جزاء لا يسقط بالتوبة كالحدود فانه بعدماظهر سببها عند الامام لا تسقط بالتوبة وحد قطاع الطريق لا يسقط بالتوبة بل توبته برد المال قبل أن يقدر عليه فلا يظهر السبب عند الامام بعدذلك يقرره ان تبديل الدين وأصل الكفر من أعظم الجنايات ولكنها بين العبد وبين ربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الجزاء وما عجل فى الدنيا سياسات مشروعة لمصالح تعود الى العباد كالقصاص لصيانة النفوس وحد الزنا لصيانة الانساب والفرش وحد السرقة لصيانة الاموال وحد القذف لصيانة الاعراض وحد الخمر لصيانة العقول وبالاصرار على الكفر يكون محاربا للمسلمين فيقتل لدفع المحاربة الا أن الله تعالى نص على العلة فى بعض المواضع بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وعلى السبب الداعى الى العلة فى بعض المواضع وهو الشرك فاذا ثبت أن القتل باعتبار المحاربة وليس للمرأة بنية صالحة للمحاربة فلا تقتل فى الكفر الاصلى ولا فى الكفر الطارئ ولكنها تحبس فالحبس مشروع فى حقها فى الكفر الأصلى فانها تسترق والاسترقاق حبس نفسها عنها ثم الحبس مشروع فى حق كل من رجع عما أقربه كما فى سائر الحقوق وليس ذلك باعتبار الكفر ولا باعتبار المحاربة وما يدعى من تغلظ الجناية لا يقوى فالرجوع عن الاقرار والاصرار على الانكار بعد قيام الحجة فى الجناية سواء مع أن الجناية فى الاصرار أغلظ من وجه لانه بعد الردة لا يقر على مااعتقده والشئ قبل تقرره يكون أضعف منه بعد تقرره ولو سلمنا تغلظ الجناية فانما يعتبر بمن يغلظ جنايتها فى الكفر الأصلى المشركة العربية فكما لا تقتل تلك فكذلك لا تقتل هذه واذا كانت مقاتلة أو ملكة أو ساحرة فقتلها الدفع وبدون القتل هنا يحصل المقصود اذا حبست وأجبرت كما بينا على الاسلام وأما الرق لا يمنع القتل فى

الكفر الاصلى فانه تقتل عبيدهم كأحرارهم وانما الاسترقاق بمنزلة اعطاء الامان وبعقد الذمة ينتهي القتال في حق من يجوز أخذ الجزية منه لا فى حق من لا يجوز أخذ الجزية منه كما فى مشركى العرب والمرتدون لا تؤخذ منهم الجزية فلهذا لا ينتهى القتال في حقهم بعقد الذمة والشيخ اذا كان له رأى يقتل في الكفر الاصلى والردة لا تتصور الا ممن له رأى والترهب لا يتحقق بعد الاسلام لان القيام بنصرة دين الحق واجب على كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم لا رهبانية فى الاسلام وبدون تحقق السبب لا يثبت الحكم واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالي في ذوى الاعذار من مشركى العرب فمنهم من يقول يقتلون فى الكفر الاصلى لان حلول الآفة كعقد الذمة فانه ينعدم به القتال فمن لا يسقط القتال عنه بعقد الذمة فى الكفر الاصلى فكذلك بحلول الآفة فعلى هذا القول ذوو الاعذار من المرتدين يقتلون وقيل حلول الآفة بمنزلة الانوثة لانه تخرج به بنيته من أن تكون صالحة للقتال فعلى هذا القول لا يقتلون بعد الردة كما لا يقتلون فى الكفر الاصلى واذا ثبت أن المرتدة لا تقتل قلنا تسترق اذا لحقت بدار الحرب لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فان بني حنيفة لما ارتدوا استرق أبو بكر رضى الله عنه نساءهم وأصاب على رضى الله عنه جارية من ذلك السبي فولدت له محمد بن حنفية رحمهما الله تعالى وذكر عاصم عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما فى النساء اذا ارتددن يسبين ولا يقتلن وهذا لانها كالحربية والاسترقاق مشروع فى الحربيات وما دامت فى دار الاسلام فى ظاهر الرواية لا تسترق لان حريتها المتأكدة بالاحراز لم تبطل بنفس الردة وهي دافعة للاسترقاق ولان دار الاسلام ليست بدار الاسترقاق وفي النوادر عن أبى حنيفة رحمه الله انها تسترق لانا لما جعلنا المرتد بمنزلة حربى مقهور لا أمان له فكذلك المرتدة بمنزلة حربية مقهورة لا أمان لها فتسترق وان كانت في دارنا فان تصرفت فى مالها بعد الردة نفذ تصرفها مادامت في دار الاسلام لانها تصرفت فى خالص ملكها بخلاف الرجل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأشار الى الفرق قال المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعنى هذا ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتي لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل ولهذا استوت بالرجل في التصرف بعد اللحوق لان عصمة نفسها تزول بلحاقها حتى تسترق والاسترقاق اتلاف حكما فكذلك عصمة مالها فان ماتت فى الحبس أو لحقت بدار الحرب

قسم مالها بين ورثتها ويستوي في ذلك كسب اسلامها وكسب ردتها لما بينا ان العصمة باقية بعد ردتها فكان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ولاميراث لزوجها منها لانها بنفس الردة قد بانت منه ولم تصر مشرفة على الهلاك فلاتكون فى حكم الفارة المريضة ولزوجها ان يتزوج بأختها بعد لحاقها قبل انقضاء عدتها لانها صارت حربية فكانت كالميتة فى حقه وبعد موتها له ان يتزوج أختها ولانه لاعدة على الحربية من المسلم لان العدة فيها حق الزوج وتباين الدارين مناف له فان سبيت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك نكاح الاخت لانه بعد ماسقطت العدة عنها لاتعود معتدة ثم ان جاءت مسلمة فلها ان تتزوج من ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة وان سبيت أجبرت على الاسلام كما كانت تجبر عليه قبل لحاقها وان ولدت بأرض الحرب ثم سبيت ومعها ولدها كان ولدها فيئامعها لان ولدها بمنزلتها وهى حربية تسترق فكذلك ولدها واذا رفعت المرتدة الى الامام فقالت ما ارتددت وأنا أشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله فهذا توبة منها لما بينا ان توبة المرتد بالاقرار بكلمة الشهادتين والتبرى عما كان انتقل اليه وقد حصل ذلك فانه بالانكار يحصل نهاية التبرى فلهذا كان ذلك توبة من الرجل والمرأة جميعاً ويقتل المملوك على الردة لانه محارب كالحر وكسبه اذا قتل لمولاه لانه يملك الرقبة يخلفه فى ملك الكسب ولاتقتل المملوكة وتحبس لانها ليس لها بنية صالحة للقتال كالحرة واذا كان أهلها يحتاجون الى خدمتها دفعتها اليهم وأمرتهم باجبارها على الاسلام لان حق العبد فى المحل مقدم على حق الله تعالى لحاجة العبد ولان الجمع بين الحقين ممكن فان حق الله تعالى في إجبارها على الاسلام ومولاها ينوب فى ذلك عن الامام فتدفع اليه ليستخدمها ويجبرها على الاسلام وجناية الامة والمكاتب فى الردة كجنايتهم فى غيرة الردة لان الملك فيهم باق بعد الردة والمكاتب أحق بكسبه بعد الردة يداً وتصرفا كما كان قبله فيكون موجب جنايته فى كسبه والجناية على المماليك في الردة هدر أما فى الذكور منهم فلاستحقاق قتلهم بالردة ومن استوفي قتلا مستحقا يكون محسنا لاجانيا وفي الاناث قتل المملوكة بعد الردة كقتل الحرة ومن قتل حرة مرتدة لم يضمن شيئا وان ارتكب مالا يحل ويؤدب على ذلك فكذلك الامة قال لان بعض الفقهاء يرى عليها القتل ولانها كالحربية والحربية لاتقتل ولو قتلها قاتل لايلزمه شئ فكذلك المرتدة ﴿ فان قيل ﴾ فلما ذا لاتسترق في دارنا قلنا لبقاء

الاحراز ومن ضرورة تأكد الحرمة بالاحراز منع الاسترقاق وليس من ضرورته تقوم الدم كما في المقضى عليها بالرجم واذا كان هدر الدم مما يثبت مع الاحراز يثبت ذلك في حق المرتدة فكانت فيه كالحربية واذا باع الرجل عبده المرتد أو أمته المرتدة فالبيع جائز لبقاء صفة المملوكية والرق فيه بعد الردة ﴿فان قيل﴾ جواز البيع باعتبار المالية والتقوم ولا مالية فيهما حتى لا يضمن قاتلهما ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل المالية في الآدمي بسبب المملوكية وهو ثابت على الاطلاق والتقوم بالاحراز وهو باق فيهما وان كان لا يجب على المتلف الضمان لعارض وهو الردة ألا ترى ان غاصبهما يكون ضامنا وان الردة عيب فيهما والعيب لا يعدم المالية والتقوم ولهذا لو كان البائع اعلم المشتري فالبيع لازم لانتفاء التدليس حين أعلمه العيب مدبرة أو أم ولد ارتدت ولحقت بدار الحرب فمات مولاها في دار الاسلام ثم أخذت أسيرة فهي فيء بخلاف ما لو أسرت قبل موت المولى فانها ترد عليه لقيام ملكه فأما بعد موت المولى فقد عتقت لأن عتقها كان تعلق بموت المولى وتباين الدارين لا يمنع نزول العتق عند وجود شرطه واذا عتقت فهي حرة مرتدة أسرت من دار الحرب فتكون فيئاً عبد ارتد مع مولاه ولحقا بدار الحرب فمات المولى هناك وأسر العبد فهو فيء لانه مال حربي فقد أحرزه مع نفسه بدار الحرب وذلك مانع من ثبوت حق ورثته المسلمين فيه فيكون فيئا ويقتل ان لم يسلم لردته وكذلك كل ماذهب به المرتد من ماله مع نفسه فهو فيء فان كان خرج من دار الحرب مغيراً فأخذ مالا من ماله قد قسم بين ورثته وذهب به ثم قتل مرتداً وأصيب ذلك المال فهو لورثته بغير قيمة قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة لأنهم ملكوا ذلك المال حين قسمه القاضي بينهم فهذا حربي أحرز مال المسلم بدار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه وقد بينا الحكم فيه ولو ارتد العبد وأخذ مال مولاه فذهب به الى دار الحرب ثم أخذ مع ذلك المال لم يكن فيئا ويرد على مولاه لان العبد باق على ملكه فلا يكون محرزاً نفسه بدار الحرب ألا ترى أنه لو أبق منه غير مرتد فدخل دار الحرب لم يكن محرزاً نفسه عليه فكذلك اذا أبق مرتداً وكذلك لا يكون محرزاً لما معه من المال فيرد ذلك كله على المولى ثم هذا لا يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما هو مذهبه في الآبق وكذلك عندهما لان أهل الحرب لم يأخذوه وانما يزول ملك المولى عندهما باحراز المشركين اياه بالاخذ فاذا لم يوجد ذلك بقي على ملك مولاه قوم ارتدوا عن الاسلام وحاربوا المسلمين وغلبوا على مدينة من

مدائنهم في أرض الحرب ومعهم نساؤهم وذراريهم ثم ظهر المسلمون عليهم فانه تقتل رجالهم وتسبي نساؤهم وذراريهم والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى انما تصير دارهم دار الحرب بثلاث شرائط أحدها أن تكون متاخمة أرض الترك ليس بينها وبين أرض الحرب دار للمسلمين والثاني أن لا يبقى فيها مسلم آمن بايمانه ولا ذمى آمن بامانه والثالث أن يظهروا أحكام الشرك فيها وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا أظهروا أحكام الشرك فيها فقد صارت دارهم دار حرب لان البقعة انما تنسب الينا أو اليهم باعتبار القوة والغلبة فكل موضع ظهر فيه حكم الشرك فالقوة في ذلك الموضع للمشركين فكانت دار حرب وكل موضع كان الظاهر فيه حكم الاسلام فالقوة فيه للمسلمين ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر تمام القهر والقوة لان هذه البلدة كانت من دار الاسلام محرزة للمسلمين فلا يبطل ذلك الاحراز الا بتمام القهر من المشركين وذلك باستجماع الشرائط الثلاث لانها اذا لم تكن متصلة بالشرك فأهلها مقهورون باحاطة المسلمين بهم من كل جانب فكذلك ان بقي فيها مسلم أو ذمى آمن فذلك دليل عدم تمام القهر منهم وهو نظير ما لو أخذوا مال المسلم في دار الاسلام لا يملكونه قبل الاحراز بدارهم لعدم تمام القهر ثم ما بقي شئ من آثار الاصل فالحكم له دون العارض كالمحلة اذا بقي فيها واحد من أصحاب الخطة فالحكم له دون السكان والمشترين وهذه الدار كانت دار اسلام في الأصل فاذا بقي فيها مسلم أو ذمى فقد بقي أثر من آثار الاصل فيبقى ذلك الحكم وهذا أصل لابي حنيفة رحمه الله حتى قال اذا اشتد العصير ولم يقذف بالزبد لا يصير خمرا لبقاء صفة السكون وكذلك حكم كل موضع معتبر بما حوله فاذا كان ما حول هذه البلدة كله دار اسلام لا يعطى لها حكم دار الحرب كما لو لم يظهر حكم الشرك فيها وانما استولى المرتدون عليها ساعة من نهار ثم في كل موضع لم تصر الدار دار حرب فاذا ظهر المسلمون عليها قتلوا الرجال واجبروا النساء والذراري على الاسلام ولم يسب واحد منهم وفي كل موضع صار دار حرب فالنساء والذراري والاموال فئ فيه الخمس ويجبرون على الاسلام لردتهم فلا يحل لمن وقعت امرأة منهم في سهمه ان يطأها مادامت مرتدة وان كانت متهودة أو متنصرة لان الردة تنافي الحل وانما يحل بملك اليمين من يحل بالنكاح فان كان عليها دين فقد بطل بالسبي لانها صارت أمة وما كان من الدين على حرة لا يبقى بعد ان تصير أمة لان بالرق تتبدل نفسها ولان الدين لا يجب على المملوك الا شاغلا مالية رقبته

وهذه مالية حادثة بالسبي فتخلص للسابي فلهذا لا يبقى الدين عليها واذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولدهما الصغير ثم ظهر عليهما المسلمون فالولد فيء لانه خرج من ان يكون مسلما حين لحقا به الى دار الحرب فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار فقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به بدار الحرب فلهذا كان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه وان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا للامه ﴿فان قيل﴾ كيف يتبعها بعد تباين الدارين ﴿قلنا﴾ تباين الدارين يمنع الاتباع فى الاسلام ابتداء لا فى ابقاء ما كان ثابتا ألا ترى أن الحربى لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير ثم خرج الى دارنا بقى الولد مسلما باسلامه حتى اذا وقع الظهور عليه لا يكون فيئا بخلاف مالو أسلم فى دارنا وله ولد فى دار الحرب فهنا قد كان الولد مسلما فيبقى كذلك ببقاء الام مسلمة وان كانت في دار الاسلام وكذلك ان كانت الام ماتت مسلمة لان اسلامها يتأكد بموتها ولا يبطل وكذلك ان كانت الام نصرانية ذمية لانها من أهل دارنا وكما يتبعها الولد اذا كانت من أهل ديننا يتبعها اذا كانت من أهل دارنا توفيرا للمنفعة على الولد ولانه لا يتم احراز الولد بدار الحرب لان اعتبار جانب الاب يوجب ان يكون الولد حربيا واعتبار جانب الام يوجب ان يكون الولد من أهل دار الاسلام فيترجح هذا الجانب عند المعارضة توفيرا للمنفعة على الولد واذا بقي من أهل دار الاسلام فكانه من أهل دارنا حقيقة فلا يسترق وكذلك ان كان الاب ذميا نقض العهد فهو كالمسلم يرتد فى أنه يصير من أهل دار الحرب اذا التحق بهم واذا ولد للمرتدين فى دار الحرب ولد ثم ولد لولدهما ولد ثم وقع الظهور عليهم أجبر ولدهما على الاسلام ولم يجبر ولد ولدهما على الاسلام لان حكم الاسلام قد ثبت لولدهما باعتبار ان الابوين كانا مسلمين في الاصل والولد تابع لهما فكذلك يجبر على الاسلام فأما ولد الولد لم يثبت له حكم الاسلام لانه تابع لابيه فى الدين لا لجده وأبوه ما كان مسلما قط ألا ترى أنه لو أسلم الجد لا يصير ولد الولد مسلما باسلامه فكذلك لا يجبر على الاسلام باسلام جده وهذا لانه لو اعتبر اسلام جده فى حق النافلة كان الجد الاعلى والادنى فى ذلك سواء فيؤدي الى ان يكون الكفار كلهم مرتدين يجبرون على الاسلام باسلام جدهم آدم أو نوح عليهما السلام وذكر فى النوادر انهما اذا ارتدا أو لحقا بولد صغير لهما بدار الحرب فولد لذلك الولد بعدما كبر ثم ظهر المسلمون على ولد الولد فهو

يجبر على الاسلام في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا يجبر عليه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان هذا الولد ما كان مسلماً بنفسه وانما ثبت حكم الاسلام في حقه تبعا فهو والمولود في دار الحرب بعد ردتهما سواء وهما يقولان قد كان هذا الولد محكوما باسلامه تبعا لابويه أولدار الاسلام والولد يتبع أباه في الدين فاذا كان الاب مسلما في وقت يثبت لولده حكم الاسلام فيجبر على الاسلام بخلاف ما اذا ولد في دار الحرب بعد ردتهما لان هذا الولد لم يكن مسلما قط واذا نقض قوم من أهل الذمة العهد وغلبوا على مدينة فالحكم فيها كالحكم في المرتدين الا ان للامام ان يسترق رجالهم بخلاف المرتدين لانهم كفار في الاصل وانما كانوا لا يسترقون لكونهم من أهل دارنا وقد بطل ذلك حين نقضوا العهد وصارت دارهم دار الحرب فأما المرتدون كانوا مسلمين في الاصل فلا يقبل منهم الا السيف أو الاسلام وكذلك ان رجع الذين كان نقضوا العهد الى الصلح والذمة قبل ذلك منهم بخلاف المرتدين لانهم لما نقضوا العهد التحقوا بالحربيين وأهل الحرب اذا انقادوا للذمة قبل ذلك منهم بخلاف المرتدين والاصل أن من جاز استرقاقه جاز ابقاؤه على الكفر بالجزية لان القتال ينتهي بكل واحد من الطريقين وفيه منفعة للمسلمين ثم اذا عادوا الى الذمة أخذوا بالحقوق التي كانت قبل نقض الذمة عليهم من القصاص والمال لبقاء نفوسهم وذممهم على ما كانت قبل نقض العهد ونقض العهد كان عارضا فاذا انعدم صار كأن لم يكن ولم يؤخذوا بما أصابوا في المحاربة لانهم أهل حرب حين باشروا السبب وقد بينا أن أهل الحرب لا يضمنون ما أتلفوا من النفوس والاموال في حال حربهم اذا تركوا المحاربة بالاسلام أو الذمة وكذلك المرتدون في هذا هم بمنزلة أهل الذمة لان القصاص المستحق عليهم عقوبة ثابتة لحق المسلم والردة ونقض العهد لا ينافيهما وان تعذر استيفاؤها لقصور يد صاحب الحق عمن عليه والمال كذلك فاذا تمكن من الاستيفاء كان له أن يستوفي حقه واذا نقض الذمي العهد مع امرأته ولحقا بأرض الحرب ثم عادا على الذمة فهما على نكاحهما لانه لم يتباين بهما دين ولا دار ولو ارتد المسلمان ثم أسلما كانا على نكاحهما فالذميان أولى بذلك وان كان خلف في دار الاسلام امرأة ذمية بانت منه بتباين الدار حقيقة وحكما والتي بقيت في دارنا من أهل دارنا وكذلك المرتد اذا لحق بدار الحرب وخلف امرأته المرتدة معه في دار الاسلام انقطعت العصمة بينهما لان المرأة من أهل دارنا وان كانت مرتدة فقد تباينت بينهما الدار حقيقة وذلك قاطع للعصمة بينهما واذا امتنع

المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم لحقوا بدار الحرب فأصابوا سبايا منهم وأصابوا مالا من أموال المسلمين وأهل الذمة ثم أسلموا كان ذلك كله لهم لانهم ملكوا ذلك كله بالاحراز بدارهم ومن أسلم على مال فهو له الا أن يكونوا أخذوا من المسلمين أو أهل الذمة حراً أو مدبراً أو مكاتبا أو أم ولد فعليهم تخلية سبيلهم لان هؤلاء لا يملكون بالاحراز لتأكد حقيقة الحرية أو حقها فيهم بالاسلام فان كان أهل الاسلام أصابوا من هؤلاء في حربهم مالا أو ذرية فاقتسموها على الغنيمة لم يردوا عليهم شيئاً من ذلك لانهم أصابوا أموال أهل الحرب وذراريهم وملكوها بالاحراز والقسمة فلا ترد عليهم وان أسلموا بعد ذلك كما لو أصابوا ذلك من غيرهم من أهل الحرب وان طلب المرتدون أن يجعلوا ذمة للمسلمين لم يفعلوا ذلك بهم لانه انما تقبل الذمة ممن يجوز استرقاقه ولأن المرتدين كمشركي العرب فان أولئك جناة على قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهؤلاء على دينه وكما لا تقبل الذمة من مشركي العرب عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع في جزيرة العرب دينان فكذلك لا يقبل ذلك من المرتدين وان طلبوا الموادعة مدة لينظروا في أمورهم فلا بأس بذلك ان كان ذلك خيراً للمسلمين ولم يكن للمسلمين بهم طاقة لانهم لما ارتدوا دخلت عليهم الشبهة ويزول ذلك اذا نظروا في أمرهم وقد بينا أن المرتد اذا طلب التأجيل يؤجل الا أن هناك لا يزاد على ثلاثة أيام لتمكن المسلمين من قتله وههنا لا طاقة بهم للمسلمين فلا بأس بأن يمهلوهم مقدار ماطلبوا من المدة لحفظ قوة أنفسهم ولعجزهم عن مقاومتهم وان كانوا يطيقونهم وكان الحرب خيراً لهم من الموادعة حاربوهم لان القتال معهم فرض الى أن يسلموا قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون ولا يجوز تأخير اقامة الفرض مع التمكن من اقامته فاذا وادعوهم لم يأخذ الامام منهم في الموادعة خراجا لان ذلك حينئذ يشبه عقد الذمة وقد بينا أنه لا تقبل منهم الذمة فكذلك لا يؤخذ منهم على الموادعة خراج بخلاف أهل الحرب فان أخذ منهم مالا جاز لأن العصمة زالت عن مالهم ألا ترى أنه لو ظهر المسلمون عليهم كانت أموالهم غنيمة وكذلك ان أخذوا شيئاً من مالهم ملكوا ذلك بأي طريق أخذوا منهم (قال) ولا يقبل من مشركي العرب الصلح والذمة ولكن يدعون الى الاسلام فان أسلموا والا قوتلوا وتسترق نساؤهم وذراريهم ولا يجبرون على الاسلام وهم في ذلك بمنزلة المرتدين الا في حكم الاجبار على الاسلام فان نساء المرتدين وذراريهم كانوا مسلمين في الاصل فيجبرون على العود وأما النساء والذرارى

من مشركى العرب ما كانوا مسلمين فى الاصل فلا يجبرون على الاسلام ولكنهم يسترقون لان النبي صلى الله عليه وسلم سبي النساء والذرارى بأوطاس وقسمهم وقد بينا أن أبا بكر رضى الله عنه سبي النساء والذرارى من بنى حنيفة فاذا جاز ذلك فى المرتدين ففى مشركى العرب أولى وأما الرجال منهم لا يسترقون عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يسترقون لان المعني الذى لأجله جاز الاسترقاق فى حق سائر الكفار موجود فى حق مشركي العرب وهو منفعة للمسلمين فى عملهم وخدمتهم ولان الاسترقاق اتلاف حكمى ومن جاز فى حقه الاتلاف الحقيقى من الكفار الاصليين يجوز الاتلاف الحكمي بطريق الاولى لان فيه تحقيق معنى العقوبة بتبديل صفة المالكية بالمملوكية وهو الايق بحال كل كافر فانهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى عاقبهم على ذلك بأن جعلهم عبيد عبيده وهكذا كان ينبغى فى المرتدين الا ان قتل المرتد على ردته حد فقلنا لا يترك اقامة الحد لمنفعة المسلمين ولان حريته كانت متأكدة بالاسلام فلا يحتمل النقض بالاسترقاق وذلك لا يوجد فى حق مشركى العرب (وحجتنا) فى ذلك قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون قيل معناه الى أن يسلموا والآية فيمن كان يقاتلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم عبدة الاوثان من العرب فدل أنهم يقتلون ان لم يسلموا وقال صلى الله عليه وسلم لا رق على عربي وقال يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لكان اليوم وانما هو القتل أو الاسلام وظاهر قوله تعالى ما كان لنبي ان يكون له اسري حتى يثخن فى الارض تريدون عرض الدنيا يدل على تحريم الاسترقاق كما يدل على المنع من المفاداة لان المقصود بكل واحد منهما ابتغاء عرض الدنيا ولانه لا يقبل منهم عقد الذمة بالاتفاق والاسترقاق والذمة يتقاربان فى المعنى لان فى كل واحد من الأمرين ابقاء الكافر على كفره لمنفعة المسلمين فى ذلك من مال أو عمل وفى الجزية معنى الصغار والعقوبة فى حقهم كما فى الاسترقاق بل أظهر والاسترقاق ثابت فى حق النساء والصغار والجزية لا تجب الا على الرجال البالغين فاذا لم يجز ابقاء عبدة الاوثان من العرب على الشرك بالجزية فكذلك بالاسترقاق وقد بينا أنهم في تغلظ جنايتهم كالمرتدين فكما لا يسترق المرتدون فكذلك عبدة الاوثان من العرب بخلاف سائر المشركين وأهل الكتاب من العرب حكمهم حكم غيرهم من أهل الكتاب حتى يجوز استرقاقهم وأخذ الجزية منهم لانهم ليسوا من العرب في الاصل وان توطنوا فى أرض العرب بل هم فى الاصل من

بني اسرائيل ولئن كانوا في الاصل من العرب فجنايتهم في الغلظ ليست كجناية عبدة الاوثان فان أهل الكتاب يدعون التوحيد ولهذا تؤكل ذبائحهم وتجوز مناكحة نسائهم بخلاف عبدة الاوثان والاصل فيه ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من يهود تيماء ووادي القري وكذلك من بهزا وتنوخ وطي وعمر رضي الله عنه أراد أن يوظف الجزية على نصاري بني تغلب ثم صالحهم على الصدقة المضعفة وقال هذه جزية فسموها ماشئتم وكانوا من العرب فأما عبدة الاوثان من العجم فلا خلاف في جواز استرقاقهم وانما الخلاف في جواز أخذ الجزية منهم فعندنا يجوز ذلك وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بمنزلة عبدة الاوثان من العرب فان الله تعالى خص أهل الكتاب بحكم الجزية بقوله تعالي ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وزعم الشافعي ان المجوس أهل كتاب وروى فيه أثراً عن علي رضي الله عنه أنه قال كان لهم كتاب يقرؤن الى أن واقع ملكهم ابنته فاصبحوا وقد أسرى بكتابهم حديث فيه طول (وحجتنا) في ذلك ان الجزية تؤخذ من المجوس بالاتفاق ولا كتاب لهم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب ففي هذا تنصيص على أنه لا كتاب لهم وقال الله تعالى ان تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ولو كان للمجوس كتاب لكانوا ثلاث طوائف والاثر بخلاف نص القرآن لا يكاد يصح عن علي رضي الله عنه فثبت ان لا كتاب للمجوس ومع ذلك تؤخذ منهم الجزية وهم مشركون فانهم يدعون الاثنين وان اختلفت عبارتهم في ذلك من النور والظلمة أو يزدان واهرمن وليس الشرك الا هذا فاذا جاز أخذ الجزية منهم فكذلك من غيرهم من المشركين وقد أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية من مجوس هجر وبهذا تبين أن ذكر أهل الكتاب في الآية ليس لتقييد الحكم بل لبيان جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب ومن أصلنا أن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قوم غزوا أرض الحرب فارتد منهم طائفة واعتزلوا عسكرهم وحاربوا ونابذوهم فأصاب المسلمون غنيمة وأصاب أولئك المرتدون غنيمة من أهل الشرك ثم تابوا قبل أن يخرجوا من دار الحرب لم يشارك أحد الفريقين الآخر فيما أصابوا لان بعضهم لم يكن ردءاً للبعض فالمسلمون لا ينصرون المرتدين ولا يستنصرون بالمرتدين اذا حزبهم أمر ولان مصاب المرتدين ليس بغنيمة اذ لم يكن قصدهم عند الاصابة اعزاز الدين والمرتدون في حق

المسلمين كاهل الحرب فانهم في دار الحرب وأهل الحرب اذا أسلموا والتحقوا بالجيش لم يشاركوهم فيما أصابوا قبل ذلك وكذلك المرتدون الا أن يلقوا قتالا فيقاتلوا قبل أن يخرجوا الى دار الاسلام فحينئذ يشارك بعضهم بعضا لانهم قاتلوا دفعا عن ذلك المال فكأنهم أصابوه بهذا القتال واشتركوا فى احرازه بالدار فيشارك بعضهم بعضاً فى ذلك ثم هذا فيما أصابه المسلمون غير مشكل بمنزلة من أسلم من أهل الحرب والتحق بالجيش اذا لقوا قتالا فقاتل بعضهم وما أصاب المرتدون وان لم يكن له حكم الغنيمة فانه يأخذ حكم الغنيمة بهذا القتال كالمتلصص اذا أصاب مالا ثم لحقه جيش المسلمين فان مصابه يأخذ حكم الغنيمة حتى يخمس ولا شئ على من قتل المرتدين قبل أن يدعوهم الى الاسلام لانهم بمنزلة كفار قد بلغتهم الدعوة فان جددوها فحسن وان قاتلوهم قبل أن يدعوهم فحسن ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الغلام المراهق عن الاسلام لم يقتل وهنا فصلان اذا أسلم الغلام العاقل الذى لم يحتلم فاسلامه صحيح عندنا استحسانا وفى القياس لا يصح اسلامه فى أحكام الدنيا وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يحتلم ومن كان مرفوع القلم فلا ينبني الحكم فى الدنيا على قوله ولانه غير مخاطب بالاسلام مالم يبلغ فلا يحكم بصحة اسلامه كالذى لا يعقل اذا لقن فتكلم به وتقريره من أوجه أحدها أنه لا عبرة لعقله قبل البلوغ حتى يكون تبعا لغيره فى الدين والدار بمنزلة الذى لا يعقل وتقرير هذا انه يحكم باسلامه اذا أسلم أحد أبويه مع كونه معتقداً للكفر بنفسه فاذا لم يعتبر اعتقاده ومعرفته فى ابقاء ما كان ثابتا فكيف يعتبر ذلك فى اثبات مالم يكن ثابتا وبين كونه أصلا فى حكم وتبعا فيه بعينه مغايرة على سبيل المنافاة والثانى انه لو صح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضاً لاستحالة القول بكونه مستقلا فى الاسلام ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب باتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح أصلا بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لغيره لان صفة الفرضية فى الاصل تغني عن اعتباره فى التبع كالاقرار باللسان والاعتقاد بالقلب ولان اعتبار عقله قبل البلوغ لضرورة الحاجة اليه وذلك يختص بما لا يمكن تحصيله له من قبل غيره ففيما يمكن تحصيله له من جهة غيره لا حاجة الى اعتبار عقله فلا يعتبر والدليل عليه انه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ولو صار عقله معتبراً فى الدين لو قعت الفرقة اذا لم يحسن ان

يصف كما بعد البلوغ ولان أحكام الاسلام فى الدنيا تنبنى على قوله وقوله اما ان يكون اقراراً أو شهادة ولا يتعلق به حكم الشرع كسائر الاقارير والشهادات وأما فيما بينه وبين ربه اذا كان معتقدا لما يقول فنحن نسلم ان له فى أحكام الآخرة ماللمسلمين ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حتي يعرب عنه لسانه اما شاكراً واما كفوراً وقد أعرب هنا لسانه شاكرا شكورا فلا نجعله كافراً كفورا وان عليا رضي الله عنه أسلم وهو صبي وحسن اسلامه حتى افتخر به فى شعره قال

سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما مابلغت أوان حلمى

واختلفت الروايات فى سنه حين أسلم وحين مات فقال محمد ابن جعفر رضى الله عنهما أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمانية وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام فى أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهي بموت على رضي الله عنه فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين فيكون ثمانية وخمسين وقال العتبي أسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين سنة بهذا الطريق أيضا وقال الجاحظ أسلم وهو ابن عشر سنين ومات وهو ابن ثلاث وستين وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير والمعني فيه أنه أتى بحقيقة الاسلام وهو من أهله فيحكم باسلامه كالبالغ وبيان الوصف ان الاسلام اعتقاد بالقلب واقرار باللسان وهو من أهل الاعتقاد ومن رجع الى نفسه علم أنه كان معتقد للتوحيد قبل بلوغه ولانه من أهل اعتقاد سائر الاشياء والمعرفة به ومن أهل معرفة أبويه والرجوع اليهما اذا حزبه أمر فعرفنا ضرورة أنه من أهل معرفة خالقه وقد سمعنا اقراره بعبارة مفهومة ونحن نرى صبيا يناظر في الدين ويقيم الحجج الظاهرة حتي اذا ناظر الموحدين أفهم واذا ناظر الملحدين أفحم فلا يظن بعاقل ان يقول أنه ليس من أهل المعرفة والدليل علي الاهلية أنه يجعل مسلما تبعا لغيره وبدون الاهلية لا يتصور ذلك ولانه مع الصبا أهل للرسالة قال الله تعالى وآتيناه الحكم صبيا فعلم ضرورة أنه أهل للاسلام ثم بعد وجود الشئ حقيقة اما ان يسقط اعتباره بحجر شرعى فلا يظن ذلك ههنا والناس عن آخرهم دعوا الى الاسلام والحجر عن الاسلام كفر أو لا يحكم بصحته لضرر يلحقه ولا تصور لذلك فى الاسلام فانه سبب للفوز والسعادة الابدية فيكون محض منفعة فى الدنيا والآخرة وان حرم ميراث مورثه الكافر أو بانت منه وزجته الكافرة فانما

بحال بذلك على خبثها لا على اسلامه ألا ترى ان هذا الحكم يثبت اذا جعل تبعاً لغيره والتبعية فيما يتمحض منفعة لا فيما يشوبه ضرر وانما جعل تبعاً لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار منفعته مع ابقاء التبعية معنى توفير المنفعة لانه ينفتح عليه باب تحصيل هذه المنفعة بطريقين فكان ذلك انفع وانما يمتنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فاما اذا تأيد احدهما بالآخر فذلك مستقيم كالمرأة اذا سافرت مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنيتها مقصوداً وتبعاً لزوجها أيضاً وانما لم يعتبر اعتقاده عند اسلام أحد الابوين لتوفير المنفعة عليه فهذا يدل على اعتبار اعتقاده اذا أسلم مع كفرهما لتوفير المنفعة عليه وانما لم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرج عنه اذا امتنع من الاداء وهذا يدل على انه يحكم بصحته اذا أدي باعتبار ان عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق لتحصيل المقصود كالمسافر لا يخاطب بأداء الجمعة فاذا أدي يجعل ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا لان عدم توجه الخطاب اليه بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا أدرج الخطاب بهذا الطريق بل تتوفر المنفعة عليه مع أنه يحكم باسلامه لوجود حقيقته من غير أن يتعرض لصفته وانما لا تبين زوجته منه اذا لم يحسن أن يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية ولتوفير المنفعة عليه ولا وجه لاعتبار هذا القول بسائر الاقاويل فانا نجعله فيها كاذبا أو لاغيا واذا أقر بوحدانية الله تعالى فلا يظن بأحد أن يقول انه كاذب في ذلك أو لاغ بل يتيقن بأنه صادق فى ذلك فجرينا الحكم عليه فأما اذا ارتد هذا الصبي العاقل فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول لا تصح ردته وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو القياس لان الردة تضره وانما يعتبر معرفته وعقله فيما ينفعه لا فيما يضره ألا ترى أن قبول الهبة منه صحيح والرد باطل وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا يحكم بصحة ردته استحسانا لعلته لا لحكمه فان من ضرورة اعتبار معرفته والحكم باسلامه بناء على علته اعتبار ردته أيضا لانه جهل منه بخالقه وجهله فى سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفا اذا علم جهله به فكذلك جهله بربه ولان من ضرورة كونه أهلا للعقد أن يكون أهلا لرفعه كما انه لما كان أهلا لعقد الاحرام والصلاة كان أهلا للخروج منهما وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الي غيره ألا تري أن ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد أبواه ولحقا به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة أبيه فبهذا يتضح الفرق بينهما واذا حكم بصحة

ردته بانت منه امرأته ولكنه لايقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببها كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئاً لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه وليس من ضرورته استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لاتقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ وهذه فصول أحدها في الذى أسلم تبعا لابويه اذا بلغ مرتداً في القياس يقتل لارتداده بعد اسلامه وفى الاستحسان لايقتل ولكن يجبر على الاسلام لانه ما كان مسلما مقصوداً بنفسه وانما يثبت له حكم الاسلام تبعا لغيره فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتداً والثانى اذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتداً فهو على هذا القياس والاستحسان لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر والثالث اذا ارتد في صغره والرابع المكره على الاسلام اذا ارتد فانه لايقتل استحسانا لانا حكمنا باسلامه باعتبار الظاهر وهو أن الاسلام مما يجب اعتقاده ولكن قيام السيف على رأسه دليل على أنه غير معتقد فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القتل عنه وفى جميع ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لايلزمه شئ واذا ارتد السكران فى القياس تبين منه امرأته لان السكران كالصاحي فى اعتبار أقواله وأفعاله حتي لو طلق امرأته بانت منه ولو باع أو أقر بشئ كان صحيحا منه ولكنه استحسن وقال لاتبين منه امرأته لان الردة تنبني على الاعتقاد ونحن نعلم أن السكران غير معتقد لما يقول ولانه لاينجو سكران من التكلم بكلمة الكفر فى حال سكره عادة والاصل فيه ماروى أن واحدا من كبار الصحابة رضى الله عنهم سكر حين كان الشرب حلالا وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم هل أنتم الا عبيدى وعبيد آبائى ولم يجعل ذلك منه كفراً وقرأ سكران سورة قل يا أيها الكافرون فى صلاة المغرب فترك اللاآت فيه فنزل فيه قوله تعالى ياأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكاري حتى تعلموا ماتقولون فهو دليل على أنه لايحكم بردته في حال سكره كما لايحكم به فى حال جنونه فلا تبين منه امرأته والمكره على الردة فى القياس تبين منه امرأته وبه أخذ الحسن لانا لانعلم من سره مانعلم من علانيته وانما ينبني الحكم على مانسمع منه ولهذا يحكم باسلامه ان أسلم مكرهاً ولا أثر لعذر الاكراه فى المنع من وقوع الفرقة كما لو أكره على الطلاق وفى الاستحسان لاتقع الفرقة بينه وبين امرأته لان قيام السيف على رأسه دليل ظاهر على أنه غير معتقد لما يقول وانما قصد به دفع الشر عن نفسه والردة تنبني على

الاعتقاد وبخلاف الاسلام فهناك بمقابلة هذا الظاهر ظاهر آخر وهو أن الاسلام مما يجب اعتقاده بخلاف الطلاق لان ذلك انشاء سببه التكلم والاكراه لا ينافي الانشاء وهذا اخبار عن اعتقاده والاكراه دليل على أنه كاذب فيه فوز انه الاكراه على الاقرار بالطلاق واذا طالب ورثة المرتد كسبه الذي اكتسبه في ردته وقالوا أسلم قبل أن يموت فعليهم البينة في ذلك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه يفرق بين الكسبين والمعنى فيه أن سبب حرمانهم ظاهر وهو ردته عند اكتسابه فهم يدعون عارضا مزيلا لذلك وهو اسلامه قبل موته فعليهم أن يثبتوا ذلك بالبينة وان نقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب عمل في تركته ورثته ما يعمل في تركة المرتد لانه صار حربيا حقيقة وحكما فيكون كالميت في حق من هو من أهل دارنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الخوارج

﴿قال﴾ رضي الله عنه اعلم أن الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته هكذا رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من أصحابه في الفتنة كن حلسا من أحلاس بيتك فان دخل عليك فكن عبد الله المقتول أو قال عبد الله معناه كن ساكنا في بيتك لا قاصداً فان كان المسلمون مجتمعين على واحد وكانوا آمنين به والسبيل آمنة فخرج عليه طائفة من المسلمين فحينئذ يجب على من يقوى على القتال أن يقاتل مع امام المسلمين الخارجين لقوله تعالى فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي والامر حقيقة للوجوب ولان الخارجين قصدوا أذى المسلمين واماطة الاذى من أبواب الدين وخروجهم معصية ففي القيام بقتالهم نهي عن المنكر وهو فرض ولانهم يهيجون الفتنة قال صلى الله عليه وسلم الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها فمن كان ملعونا على لسان صاحب الشرع صلوات الله عليه يقاتل معه والذي روى أن ابن عمر رضي الله عنهما وغيره لزم بيته تأويله انه لم يكن له طاقة على القتال وهو فرض على من يطيقه والامام فيه علي رضي الله عنه فقد قام بالقتال وأخبر أنه مأمور بذلك بقوله رضي الله عنه أمرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين ولهذا بدأ الباب بحديث كثير الحضرمي حيث قال دخلت مسجد

الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضى الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لاقتلنه فتعلقت به وتفرق أصحابه فأتيت به عليا رضى الله عنه فقلت انى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك قال ادن ويحك من أنت قال أنا سوار المنقري فقال على رضي الله عنه خل عنه فقلت أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك فقال أفأقتله ولم يقتلني قلت وأنه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت أو دعه رفى هذا دليل على أن من لم يظهر منه خروج فليس للامام أن يقتله وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى قال مالم يعزموا على الخروج فالامام لايتعرض لهم فاذا بلغه عزمهم على الخروج فحينئذ ينبغى له أن يأخذهم فيحبسهم قبل أن يتفاقم الأمر لعزمهم على المعصية وتهييج الفتنة وكان هؤلاء لم يكونوا مغلبين الخروج عليه ولم يعزموا على ذلك أو لم يصدقه على رضي الله تعالى عنه فيما أخبره به من عزمه على قتله فلهذا أمره بأن يخلى عنه وليس مراده من قوله فاشتمه ان شئت أن ينسبه الى ماليس فيه فذلك كذب وبهتان لارخصة فيه وانما مراده أن ينسبه الى ماعلمه منه فيقول يافتان ياشرير لقصده الى الشر والفتنة وماأشبه ذلك من الكلام وهو معنى قوله تعالى لايحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم ﴿ قال ﴾ وبلغنا عن على رضى الله تعالى عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال على رضى الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفئ مادامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتي تقاتلونا ثم أخذ فى خطبته ومعني قوله اذ حكمت الخوارج أي نادوا الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا أخذ على رضي الله عنه في خطبته ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالحكمين وتفويضه الحكم الى أبى موسى رضى الله عنه ولهذا قال على رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني ان ظاهر قول المرء الحكم لله حق ولكنهم يقصدون به الباطل وهو نسبته الى الكفر ثم فيه دليل على أنهم مالم يعزموا على الخروج فالامام لايتعرض لهم بالحبس والقتل فان المتكلمين بذلك ما كانوا عازمين على الخروج عند ذلك فلهذا قال لن نمنعكم مساجد الله ولن نمنعكم الفيء وفيه دليل على أن التعريض بالشتم لايوجب التعزير فانه لم يعزرهم وقد عرضوا بنسبته الى الكفر والشتم بالكفر موجب للتعزير وفيه دليل على ان الخوارج اذا كانوا يقاتلون الكفار تحت راية أهل العدل فانهم يستحقون من الغنيمة مايستحقه غيرهم

لانهم مسلمون وفيه دليل على أنهم يقاتلون دفعا لقتالهم فانه قال وان نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا على القتال بالتجمع والتحيز عن أهل العدل ﴿ قال ﴾ وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تقتلوا أسيراً ولا تدففوا على جريح ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وبهذا كله نأخذ فنقول اذا قاتل أهل العدل أهل البغي فهزموهم فلا ينبغي لاهل العدل أن يتبعوا مدبراً لانا قاتلناهم لقطع بغيهم وقد اندفع حين ولوا مدبرين ولكن هذا اذا لم يبق لهم فئة يرجعون اليها فان بقي لهم فئة فانه يتبع مدبرهم لانهم ما تركوا قصدهم لهذا حين ولوا منهم منهزمين بل تحيزوا الى فئتهم ليعودوا فيتبعون لذلك ولهذا يتبع المدبر من المشركين لبقاء الفئة لاهل الحرب وكذلك لا يقتلون الاسير اذا لم يبق لهم فئة وقد كان علي رضي الله عنه يحلف من يؤسر منهم ان لا يخرج عليه قط ثم يخلي سبيله وان كانت له فئة فلا بأس بأن يقتل أسيرهم لانه ما اندفع شره ولكنه مقهور ولو تخلص انحاز الى فئته فاذا رأى الامام المصلحة في قتله فلا بأس بأن يقتله وكذلك لا يجهزوا على جريحهم اذا لم يبق لهم فئة فان كانت باقية فلا بأس بأن يجهز على جريحهم لانه اذا برئ عاد الى تلك الفتنة والشر بقوة تلك الفئة ولان في قتل الاسير والتجهيز على الجريح كسر شوكة أصحابه فاذا بقيت لهم فئة فهذا المقصود يحصل بذلك بخلاف ما اذا لم يبق لهم فئة وقوله لا يكشف ستر قيل معناه لا يسبي الذراري ولا يؤخذ مال على سبيل التملك بطريق الاغتنام وبه نقول لا تسبى نساؤهم وذراريهم لانهم مسلمون ولا تملك أموالهم لبقاء العصمة فيها بكونها محرزة بدار الاسلام فان التملك بالقهر يختص بمحل ليس فيه عصمة الاحراز بدار الاسلام ﴿قال﴾ وما أصاب أهل العدل من كراع أهل البغي وسلاحهم فلا بأس باستعمال ذلك عليهم عند الحاجة لانهم لو احتاجوا الى سلاح أهل العدل كان لهم أن يأخذوه للحاجة والضرورة وقد أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن وكان ذلك بغير رضاه حيث قال أغصبا يا محمد فاذا كان يجوز ذلك في سلاح من لا يقاتل ففي سلاح من يقاتل من أهل البغي أولى فاذا وضعت الحرب أوزارها رد جميع ذلك عليهم لزوال الحاجة وكذلك ما أصيب من أموالهم يرد اليهم لانه لم يتملك ذلك المال عليهم لبقاء العصمة والاحراز فيه ولان الملك بطريق القهر لا يثبت مالم يتم وتمامه بالاحراز بدار تخالف دار المستولي عليه وذلك لا يوجد بين أهل البغي وأهل العدل لان دار الفئتين واحدة ﴿قال﴾

وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه ألقي ما أصاب من عسكر أهل النهر وان في الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخر من عرف شيئاً لانسان قدر حديد فأخذها ولما قيل لعلي رضي الله عنه يوم الجمل الا تقسم بيننا ما أفاء الله علينا قال فمن يأخذ منكم عائشة وانما قال ذلك استبعاداً لكلامهم واظهاراً لخطأهم فيما طلبوا واذا أخذت المرأة من أهل البغي فان كانت تقاتل حبست حتى لا يبقى منهم أحد ولا تقتل لان المرأة لا تقتل على ردتها فكيف تقتل اذا كانت باغية وفي حال اشتغالها بالقتال انما جاز قتلها دفعا وقد اندفع ذلك حين أسرت كالولد يقتل والده دفعا اذا قصده وليس له ذلك بعد ما اندفع قصده ولكنها تحبس لارتكابها المعصية ويمنعها من الشر والفتنة واذا أخذ رجل حر أو عبد كان يقاتل وكان عسكر أهل البغي على حاله قتل لانه ممن يقاتل عبداً كان أو حراً وقد بينا جواز قتل الاسير اذا بقيت له فئة وان كان عبدا يخدم مولاه ولم يقاتل حبس حتى لا يبقى من أهل البغي أحد ولم يقتل لانه ما كان مقاتلا والقتل في حق أهل البغي للدفع فمن لم يقاتل ولم يعزم على ذلك لا يقتل ولكنه مال الباغي وقد بينا أنه يوقف حتى لا يبقى أحد منهم وانما يوقف العبد بحبسه لكيلا يهرب فيعود الى مولاه وما أصاب المسلمون منهم من كراع أو سلاح وليس لهم اليه حاجة قال اما الكراع فيباع ويحبس الثمن لانه يحتاج الى النفقة فلا ينفق عليه الامام من بيت المال لما فيه من الاحسان الى صاحبه الباغي ولان حبس الثمن أهون عليه من حبس الكراع فلهذا يبيعه ويحبس ثمنه حتى يتفرق جمعهم فيرد ذلك على صاحبه وأما السلاح فيمسكه ليرده على صاحبه اذا وضعت الحرب أو زارها وهذا لان في الرد في الحال اعانة لهم على أهل العدل وذلك لا يجوز فلهذا يوقف لتفرق الجمع/ فان طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا اليها ان كان خيراً للمسلمين لما بينا أنهم قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوة أنفسهم اذا لم يقووا على قتالهم وكما يجوز ذلك في حق المرتدين يجوز في حق أهل البغي ولم يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ولا يجوز أخذ الجزية من المسلمين وقد بينا مثله في حق المرتدين الا ان هناك اذا أخذوا ملكوا لانهم بعد ما صاروا أهل حرب تغنم أموالهم وههنا ان أخذوا لا يملكون لان أموال الخوارج لا تغنم بحال واذا تاب أهل البغي ودخلوا الى أهل العدل لم يؤخذوا بشيء مما أصابوا يعني بضمان ما أتلفوا من النفوس والأموال ومراده اذا أصابوا ذلك بعد ما تجمعوا وصاروا أهل منعة فاما ما أصابوا قبل ذلك فهم ضامنون لذلك لانا أمرنا

في حقهم بالحاجة والالزام بالدليل فلا يعتبر تأويلهم الباطل فى إسقاط الضمان قبل أن يصيروا أهل منعـة فاما بعـد ما صارت لهـم منعة فقـد انقطع ولاية الالزام بالدليـل حسا فيعتبر تأويلهـم وان كان باطلا في اسقاط الضمان عنهم كتأويل أهل الحرب بعد ما أسلموا والاصل فيه حـديث الزهرى قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع وما كان قائما بعينه فى أيديهم فهو مردود على صاحبه لانهم لم يملكوا ذلك بالاخـذ كما أنا لانملك عليهم مالهم والتسوية بين الفئتين المتقاتلتين بتأويـل الدين فى الاحكام أصل وقـد روى عن محمد قال افتيهم اذا تابوا بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم ذلك فى الحكم وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقـد ظهر لهم خطأهم فى التأويل الا أن ولاية الالزام كان منقطعا للمنعة فلا يجبر على اداء الضمان فى الحكم ولكن يفتي به فيما بينه وبين ربه ولا يفتى أهل العدل بمثله لانهم محقون في قتالهم وقتلهم ممتثلون للامر وان كان أهل البغى قد استعانوا بقوم من أهل الذمـة على حربهـم فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضاً للعهد ألا ترى أن هـذا الفعل من أهل البغي ليس بنقض للايمان فكذلك لايكون من أهل الذمة نقضا للعهد وهـذا لان أهل البغى مسلمون فان الله تعالى سمى الطائفتين باسم الايمان بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا وقال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام فى المعاملات وان يكونوا من أهل دار الاسلام فلهذا لاينتقض عهدهم بذلك ولكنهم بمنزلة أهل البغى فيما أصابوا فى الحرب لانهـم قاتلوا تحت راية البغاة فحكمهم فيما فعلوا كحكم البغاة وينبغى لاهل العدل اذا لقوا أهل البغي أن يدعوهم الى العدل هكذا روى عن على رضى الله عنه أنه بعث ابن عباس رضى الله عنهما الى أهـل حرورا حتى ناظرهم ودعاهم الى التوبة ولان المقصود ربما يحصل من غير قتـال بالوعظ والانذار فالأحسن ان يقـدم ذلك على القتال لان الكي آخر الدواء وان لم يفعلوا فلا شئ عليهم لانهم قد علموا ما يقاتلون عليه فحالهم فى ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز القتال به من أهل الحرب كالرمى بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيات بالليل

لان

لان قتالهم فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين واذا وقعت الموادعة بينهم فأعطى كل واحد من الفريقين رهنا على انه ايهما غدر فقتل الرهن فدماء الآخرين لهم حلال فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن الذين في أيديهم لم ينبغ لاهل العدل ان يقتلوا الرهن الذين فى أيديهم ولكنهم يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لانهم صاروا آمنين فينا إما بالموادعة أو بأن أعطيناهم الامان حين أخذناهم رهنا وانما كان الغدر من غيرهم فلا يؤاخذون بذنب الغير قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولكنه لايخلى سبيلهم لانه يخاف فتنتهم وان يعودوا الى فئتهم فيحاربون أهل العدل فلهذا حبسوا الى ان يتفرق جمعهم وكذلك ان كان هذا الصلح بين المسلمين والمشركين فغدر المشركون حبس رهنهم فى أيدى المسلمين حتى يسلموا وان أبوا فهم ذمة المسلمين يوضع عليهم الجزية لانهم حصلوا فى أيدينا آمنين فلا يحل قتلهم بغدر كان من غيرهم ولكنهم احتبسوا في دارنا على التأبيد لانهم كانوا راضين بالمقام فى دارنا الى أن يرد علينا رهننا وقد فات ذلك حين قتلوا رهننا فقلنا انهم يحتبسون فى دارنا على التأبيد والكافر لا يترك فى دارنا مقيما الا بجزية فتوضع عليهم الجزية ان لم يسلموا ويحكي أن الدوانيقى كان ابتلى بهذا الصلح مع أهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء ليستشيرهم فى رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة رحمه الله تعالى ساكت فقال له ما تقول قال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لايحل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر أخرى فاغلظ عليه القول وأمر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشئ الا أتيتني بما أكره ثم جمعهم من الغد وقال قد تبين لى أن الصواب ما قلت فما ذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا بذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى توضع عليهم الجزية فقال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام فى دارنا الى أن يرد علينا رهننا وقد تحقق فوات ذلك فكانوا راضين بالمقام فى دارنا على التأبيد والكافر اذا رضى بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه ورده الى بيته بمحمل واذا أمن الرجل من أهل العدل رجلا من أهل البغي جاز أمانه لان وجوب قتل الباغي لايكون أقوى من وجوب قتل المشرك ثم هناك يصح أمان واحد من المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم يسعى بذمتهم ادناهم فكذلك ههنا ولانه ربما يحتاج الي أن يناظره فعسى أن يتوب من غير قتال ولا يتأتى ذلك مالم يأمن كل

واحد منهما من صاحبه وكذا ان قال لاسبيل عليك أو أمنه بالفارسية أو النبطية هكذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب الى أمراء الاجناد أيما مسلم قال لكافر مبرس أولا بذهل أولاده فهو أمان وكل من يصح أمانه للحربي يصح أمانه للباغي كالمرأة والعبد الذي يقاتل مع مولاه فان كان العبد لايقاتل مع مولاه فأمانه لأهل البغى على الخلاف ولايجوز أمان الذمى وان كان يقاتل مع أهل العدل كما لايجوز أمانه للكفار واذا قاتل النساء من أهل البغي أهل العدل وسعهم قتلهنّ دفعا لقتالهن فاذا لم يقاتلن لم يسعهم قتالهنّ كما فى حق أهل الحرب بل أولى فهذا القتال دفع محض فاذا قاتلن قتلن للدفع واذا لم يقاتلن فلا حاجة الى دفعهنّ واذا كان قوم من أهل العدل في يدي أهل البغى تجار أو أسرى فجني بعضهم على بعض ثم ظهر عليهم أهل العدل لم يقتص لبعضهم من بعض لانهم فعلوا ذلك حيث لاتصل اليهم يد امام أهل العدل ولا يجري عليهم حكمه فكانهم فعلوا ذلك فى دار الحرب ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضى أهل البغى لان أهل البغي فسقة وما لم يخرجوا ففسقهم فسق اعتقاد فأما بعد ماخرجوا ففسقهم فسق التعاطى فكما لا تقبل شهادة الفاسق فكذلك كتاب الفاسق ولانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فربما حكم قاضى أهل البغى بناء على هذا الاستحلال من غير حجة وان ظهر أهل البغى على مصر فاستعملوا عليه قاضيا من أهله وليس من أهل البغي فانه يقيم الحدود والقصاص والاحكام بين الناس بالحق لايسعه الا ذلك لان شريحا رحمه الله تعالى تقلد القضاء من جهة بعض بني أمية والحسن رحمه الله تعالى كذلك وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنه بعد ما استخلف لم يتعرض لقضاء القضاة الذين تقلدوا من جهة بني أمية والمعني فيه أن الحكم بالعدل ودفع الظلم عن المظلوم من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك فرض على كل مسلم الا أن كل من كان من الرعية فهو غير متمكن من الزام ذلك فاذا تمكن من ذلك بقوة من قلده كان عليه أن يحكم بما هو فرض عليه سواء كان من قلده باغيا أو عادلا فان شرط التقليد التمكن وقد حصل فان كتب هذا القاضى كتابا الي قاضى أهل العدل بحق لرجل من أهل المصر بشهادة من شهد عنده بذلك أجازه اذا كان هذا القاضى الذي أتاه الكتاب يعرف الشهود الذين شهدوا عند ذلك القاضى وليسوا من أهل البغى لانهم لو شهدوا عنده بذلك كان عليه أن يقضى بشهادتهم فكذلك اذا نقل القاضى بكتابه شهادتهم الى مجلسه وان كانوا من أهل البغى لايجيز كتابه كما لو

شهدوا عنده بذلك لم يقض بشهادتهم على ما بينا وكذلك ان كان لا يعرفهم لان الظاهر في منعة أهل البغي أن من يسكن فيهم فهو منهم فما لم يعلم خلافه وجب عليه الاخذ بالظاهر ﴿قال﴾ وما أصاب أهل البغي من القتل والاموال قبل أن يخرجوا ويحاربوا ثم صالحوا بعد الخروج على ابطال ذلك لم يجز وأخذوا بجميع ذلك من القصاص والاموال لان ذلك حق لزمهم للعباد وليس للامام ولاية اسقاط حقوق العباد فكان شرطهم اسقاط ذلك عنهم شرطاً باطلا فلا يوفي به ويصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بالشهيد فلا يغسلون ويصلى عليهم هكذا فعل علي رضي الله عنه بمن قتل من أصحابه وبه أوصى عمار بن ياسر وحجر بن عدي وزيد بن صوحان رضي الله عنهم حين استشهدوا وقد رويناه في كتاب الصلاة ولا يصلى على قتلى أهل البغي ولا يغسلون أيضا ولكنهم يدفنون لاماطة الاذى هكذا روى عن علي رضي الله عنه أنه لم يصل على قتلى النهروان ولان الصلاة عليهم للدعاء لهم والاستغفار قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم وقد منعنا من ذلك في حق أهل البغي ولان القيام بغسلهم والصلاة عليهم نوع موالاة معهم والعادل ممنوع من الموالاة مع أهل البغي في حياة الباغي فكذلك بعد وفاته وكان الحسن بن زياد رحمهما الله تعالى يقول هذا اذا بقيت لهم فئة فان لم يبق لهم فلا بأس للعادل بأن يغسل قريبه من أهل البغي ويصلى عليه وجعل ذلك بمنزلة قتل الاسير والتجهيز على الجريح لان في القيام بذلك مراعاة حق القرابة ولا بأس بذلك اذا لم يبق لهم فئة ﴿قال﴾ وأكره ان تؤخذ رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولانه لم يبلغنا ان عليا رضي الله عنه صنع ذلك في شيء من حروبه وهو المتبع في الباب ولما حمل رأس يباب البطريق الى أبي بكر رضي الله عنه كرهه فقيل ان الفرس والروم يفعلون ذلك فقال لسنا من الفرس ولا الروم يكفينا الكتاب والخبر وقد جوز ذلك بعض المتأخرين من أصحابنا ان كان فيه كسر شوكتهم أو طمأنينة قلب أهل العدل استدلالا بحديث ابن مسعود رضي الله عنهم حين حمل رأس أبي جهل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه واذا قتل العادل في الحرب أباه الباغي ورثه لانه قتل بحق فلا يحرمه الميراث كالقتل رجما أو في قصاص وهذا لان حرمان الميراث عقوبة شرعت جزاء على قتل محظور فالقتل المأمور به لا يصلح ان يكون سببا له وكذلك الباغي اذا قتل مورثه العادل

يرثه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا يرثه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه قتل بغير حق فيحرمه الميراث كما لو قتله ظلما من غير تأويل وهذا لان اعتقاده تأويله لايكون حجة على مورثه العادل ولا على سائر ورثته وانما يعتبر ذلك في حقه خاصة يوضحه ان تأويل أهل البغي عند انضمام المنعة يعتبر على الوجه الذي يعتبر في حق أهل الحرب وتأثير ذلك في اسقاط ضمان النفس والمال لا في حكم التوريث اذلا توارث بين المسلم والكافر فكذلك تأويل أهل البغي وهما يقولان المقاتلة بين الفئتين بتأويل الدين فيستويان في الاحكام وان اختلفا في الآثام كما في سقوط الضمان وكما في حق أهل الحرب مع المسلمين وكما ان قتل الباغي مورثه بغير حق فقتل الحربي كذلك بغير حق ثم لايتعلق به حرمان الميراث حتى اذا جرح الكافر مورثه ثم أسلم ثم مات من تلك الجراحة ورثه وكما أن اعتقاده لايكون حجة على العادل في حكم التوريث فكذلك في حكم سقوط حقه في الضمان لايكون حجة ولكن قيل لما انقطعت ولاية الالزام بانضمام المنعة الى التأويل جعل الفاسد من التأويل كالصحيح في ذلك الحكم فكذلك في حكم التوريث ويكره للعادل أن يلي قتل أخيه وأبيه من أهل البغي اما في حق الاب لايشكل فانه يكره له قتل أبيه المشرك كما قال تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فالمراد في الابوين المشركين كذلك تأول الآية وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما ولما استأذن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه المشرك كره له ذلك وقال يكفيك ذلك غيرك وكذلك لما استأذن عبد الله بن عبد الله بن أبي سلول رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه المشرك نهاه عن ذلك ولا بأس بقتل اخيه اذا كان مشركا ويكره اذا كان باغيا لان في حق الباغي اجتمع حرمتان حرمة القرابة وحرمة الاسلام فيمنعه ذلك من القصد الى قتله وفي حق الكافر انما وجد حرمة واحدة وهو حرمة القرابة فذلك لايمنعه من القتل كالحرمة في حق الدين في حق الأجانب من أهل البغي فان قصده أبوه المشرك أو الباغي ليقتله كان للابن أن يمتنع منه ويقتله لانه يقصد بفعله الدفع عن نفسه لاقتل أبيه وكل واحد مأمور بأن يدفع قصد الغير عن نفسه وان كان الرجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله رجل لم يكن عليه فيه الدية كما لو كان في صف أهل الحرب لانا أمرنا بقتال الفريقين فكل من كان واقفا في صفهم فقتاله حلال

والقتال الحلال لايوجب شيئاً ولانه أهدر دمه حين وقف فى صف أهل البغي واذا دخل الباغي عسكر أهل العدل بأمان فقتله رجل من أهل العدل فعليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه حين كان دخوله بامان ألا ترى أنه يجب تبليغه مأمنه ليعود حربا فالقصاص يندرئ بالشبهات ووجوب الدية للعصمة والتقوم فى دمه للحال ﴿ قال ﴾ واذا حمل العادل على الباغي في المحاربة فقال قد تبت وألقى السلاح كف عنه لانه انما يقاتله ليتوب وقد حصل المقصود فهو كالحربي اذا أسلم ولانه يقاتله دفعا لبغيه وقتاله وقد اندفع ذلك حين ألقى السلاح وكذلك لو قال كف عني حتى أنظر في أمري فلعلي أنا بعك وألقى السلاح لانه استأمن لينظر في أمره فعليه أن يجيبه الى ذلك رجاء أن يحصل المقصود بدون القتال وفي حق أهل الحرب لايلزمه اعطاء الأمان لان الداعى الى المحاربة هناك شركه ولا ينعدم ذلك بالقاء السلاح وههنا أهل البغي مسلمون وانما يقاتلون لدفع قتالهم فاذا ألقي السلاح واستمهله كان عليه أن يمهله ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لم يكف عنه بذلك لانه صادق فيما قال وقد بينا أن البغاة مسلمون وقد كان العادل مأمورا بقتالهم مع علمه بذلك فلا يتغير ذلك باخباره اياه بذلك وهذا لانه مادام حاملا للسلاح فهو قاصد للقتال ان تمكن منه فيقتله دفعا لقتاله واذا غلب قوم من أهل البغي على مدينة فقاتلهم قوم آخرون من أهل البغى فهزموهم فأرادوا أن يسبوا ذرارى أهل المدينة لم يسع أهل المدينة الا أن يقاتلوا دون الذراري لان ذرارى المسلمين لا يسبون فان البغاة ظالمون فى سبيهم وعلي كل من يقوى على دفع الظلم عن المظلوم أن يقوم به كما قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تأخذوا علي يدي الظالم فتأطروه على الحق أطراً واذا وادع أهل البغي قوما من أهل الحرب لم يسع لاهل العدل أن يغزوهم لانهم من المسلمين وأمان المسلم اذا كان في فئة ممتنعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم أهل البغي فسبوهم لم يشتر منهم أهل العدل شيئاً من تلك السبايا لانهم كانوا في موادعة وأمان من المسلمين فالذين غدروا بهم لا يملكونهم ولكنهم يؤمرون باعادتهم الى ما كانوا عليه حتى اذا تاب أهل البغى أمروا بردهم وكذلك ان كان أهل العدل هم الذين وادعوهم وان ظهر أهل البغى علي أهل العدل حتى ألجؤهم الى دار الشرك فلا يحل لهم أن يقاتلوا مع المشركين أهل البغى لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا بأهل الشرك على أهل البغى من

المسلمين اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بأن يستعين أهل العدل بقوم من أهل البغي وأهل الذمة على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل ظاهراً لأنهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا لم يكن لأهل البغي منعة وانما خرج رجل أو رجلان من أهل مصر على تأويل يقاتلان ثم يستأمنان أخذا بجميع الاحكام لانهما بمنزلة اللصوص وقد بينا أن التأويل اذا تجرد عن المنعة لا يكون معتبراً لبقاء ولاية الالزام بالمحاجة والدليل انهما معتقدان الاسلام فيكونان كاللصين في جميع ما أصابا واذا اشتد رجل على رجل في المصر بعصا أو حجر فقتله المشدود عليه بحديدة قتل به في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا اشتد عليه بشيء لو قتله به قتله فقتله المشدود عليه فدمه هدر وينبغي له ان يقتله وهذه المسئلة تنبني على مسئلة كتاب الديات ان القتل بالحجر والعصا لا يوجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما مالا يلبث من الحجر الكبير والعصا بمنزلة السلاح في انه يجب القصاص به بخلاف العصا الصغير ثم المشدود عليه يتمكن من دفع شر القتل عن نفسه اذا صار مقصوداً بالقتل وإقدامه علي ماهو مباح له أو مستحق عليه شرعا لا يوجب عليه شيئاً فاذا كان عندهما الحجر الكبير كالسلاح فنقول الشاد لو حقق مقصوده لزمه القصاص فبمجرد قصده يهدر دمه بل أولى لان هدر الدم واباحة القتل بمجرد القصد أسرع ثبوتا حتى كان للابن ان يقتل اباه اذا قصده دفعاً للضرر وان كان لو حقق مقصوده لا يلزمه القود وكذلك الصبي والمجنون اذا قصد قتل انسان بالسلاح يباح قتله دفعا وان كان لو حقق مقصوده لا يلزمه القصاص ثم مالا يلبث عندهما آلة القتل كالسلاح فالمقصود بالقتل دفع شر القتل عن نفسه فلا يلزمه شيء وعند أبي حنيفة العصا والحجر ليس بآلة القتل فهو لا يدفع القتل عن نفسه وانما يدفع الأذى عن نفسه وبالحاجة الى دفع الأذي لا يباح له الاقدام على القتل ولان الشاد لو حقق مقصوده لا يلزمه القصاص فبمجرد القصد أيضا لا يهدر دمه ﴿فان قيل﴾ ان كان لا يخاف على نفسه من جهة القتل بخلاف الجرح وحرمة أطرافه لا تكون دون حرمة ماله ولو قصد ماله كان له ان يقتله دفعافهنا أولى ﴿قلنا﴾ بناء هذا الحكم على قصده وقصده ههنا النفس لا الطرف والمشدود عليه لا يخاف القتل من جهة لانه في المصر بالنهار فيلحقه الغوث قبل ان يأتي على نفسه فلهذا

لا يباح الاقدام على قتله بخلاف ماإذا كان بالليل أو كان بالمفازة لان الغوث بالبعد منه عادة فالى ان ينتبه الناس ويخرجوا ربما يأتي على نفسه فكان هو دافعا شر القتل عن نفسه وبخلاف السلاح فانه آلة القتل من حيث أنه جارح فالظاهر أنه يأتى على نفسه قبل أن يلحقه الغوث فيباح له أن يقتله دفعا فلا يلزمه به شئ ولا يفصل بين قصده الى المال أو الى النفس بل هو على التقسيم الذي قلنا سواء أراد نفسه أو ماله ومقصوده من ايراد هذه المسئلة ههنا الفرق بين اللصوص وبين أهل البغي فان في حق اللصوص المنعة تجردت عن تأويل وقد بينا ان في حق أهل البغي ان المغير للحكم اجتماع المنعة والتأويل وأنه اذا تجرد احدهما عن الآخر لا يتغير الحكم في حق ضمان المصاب والعبد في جميع ماذكرنا كالحر وعلى هذا لوان لصوصاً غير متأولين غلبوا على مدينة فقتلوا الأنفس واستهلكوا الأموال ثم ظهر عليهم أهل العدل أخذوا بجميع ذلك لتجرد المنعة عن التأويل واذا غلب أهل البغى على مدينة فاستعملوا عليها قاضيا فقضى باشياء ثم ظهر أهل العدل على تلك المدينة فرفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل فانه ينفذ منها ما كان عدلا لانه لو نقضها احتاج الي إعادة مثلها والقاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيئا ليعيده وكذلك ان قضى بما رآه بعض الفقهاء لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ فلا ينقض ذلك قاضي أهل العدل من قضايا من تقلد من أهل البغى وان كان مخالفا لرأيه واذا اجتمع عسكر أهل العدل والبغى على قتال أهل الحرب فغنموا غنيمة اشتركوا فيها لانهم مسلمون اشتركوا فى القتال لاعزاز الدين وفى احراز الفئ بدار الاسلام وهو معني قول على رضى الله عنه لن نمنعكم الفئ مادامت أيديكم مع أيدينا ويأخذ خمسها أهل العدل ليصرفوا ذلك الى المصارف فان أهل البغى لا يفعلون ذلك لانهم يستحلون أموالنا فالظاهر أنهم لا يصرفون الخمس الى مصارفه ولان أهل العدل يؤمرون بأن يتكلفوا لتكون الراية لهم وانما يظهر ذلك اذا كانوا هم الذين أخذوا الخمس وكذلك ان غنم أحد الفريقين دون الآخر اشتركوا فيها لان بعضهم ردء البعض وقد اشتركوا فى الاحراز وكذلك اذا غزا الامام بجند المسلمين فمات فى أرض الحرب واختلف الجند فيمن يستخلفونه ثم غنموا أو غنمت طائفة منهم اشتركوا فيها لانهم مع هذا الاختلاف يجتمعون على قتال أهل الحرب لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز الدين فيشتركون في المصاب وقد بينا ان جيشا لهم منعة لو دخلوا دار الحرب من غير اذن الامام خمس ما أصابوا وقسم ما بقى بينهم علي سهام الغنيمة

فكذلك حال الذين قاتلوا بعد ما مات الامام قبل أن يستخلفوا غيره واذا استعان قوم من أهل البغي بقوم من أهل الحرب على قتال أهـل العدل وقاتلوهم فظهر عليهم أهـل العدل قال يسبي أهل الحرب وليست استعانة أهل البغي بهم بأمان لهم لأن المستأمن يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخـلوا دار الاسلام الا ليقاتلوا المسلمين من أهل العـدل فعرفنا أنهم غـير مستأمنين ولان المستأمنين لو تجمعوا وقصـدوا قتال المسلمين وناجـزوهم كان ذلك منهم نقضا للامان فلأن يكون هـذا المعنى مانعا ثبوت الامان فى الابتـداء أولى وكذلك أهـل البغي اذا دعوا قـوما من أهل الحـرب فأعان أولئـك القوم من أهل الحرب على أهل العدل فقاتلوهم فظهر عليهم أهل العدل فانهم يسبونهم لما بينا أن موادعة أهل البغي وان كانت عاملة فى حق أهل العدل فهم بالقصد الى مال أهل العدل صاروا ناقضين لتلك المواد عـة والتحقوا بمن لا موادعـة لهم من أهـل الحرب فى حكم السبي من لحق بعسكر أهل البغى وحارب معهـم لم يكن فيـه حكم المرتد حتى لا يقسم ماله بين ورثته ولا تنقطع العصمة بينه وبين امرأته فان عليا رضي الله تعالى عنه لم يفعل ذلك فى حق أحد ممن التحق من أهل عسكره بمن خالف ولما قال للذى أتاه بعد ذلك يخاصم في زوجته أنت المالئ علينا عدونا قال أويمنعني ذلك عدلك فقال لا وقضى له بزوجتـه ولان الموت الحكمي انمـا يثبت بتباين الدارين حقيقة وحكما وذلك لا يوجـد ههنا فمنعة أهـل البغي وأهـل العدل كلها فى دار الاسلام فلهذا لا يقسم ماله بين ورثته ولا تنقطع العصمة بينه وبين زوجته والله أعلم

باب آخر فى الغنيمة

﴿قال﴾ قال أبو حنيفة رحمه الله المتطوع فى الحـرب وصاحب الديون فى الغنيمة سواء لان النبي صلى الله عليه وسـلم لما سئل عن الغنيمة قال لله سهم ولهؤلاء أربعة أسهم فقال السائل فهل أحد احق بشيء من غيره قال لا حتى لو رميت بسهم فى جنبك فاستخرجته لم تكن أحق به من صاحبك ولان السبب هو القهر على وجه يكون فيـه اعزاز الدين والمتطوع فى ذلك كصاحب الديون ومن دخل دار الحرب للتجارة وهو فى عسكر المسلمين فـلا حق له فى الغنيمة الا ان يلتقي المسلمون العدو فيقاتل معهم فيشاركهم حينئذ لان التاجر ما كان

قصده عند الانفصال الى دار الحرب القتال لاعزاز الدين وانما كان قصده التجارة فلا يكون هو من الغزاة وان كان فيهم الا ان يقاتل فحينئذ يتبين بفعله ان مقصوده القتال ومعنى التجارة تبع فلا يحرمه ذلك سهمه وقيل نزل قوله عز وجل ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم يعنى التجارة في طريق الحج فكذلك فى طريق الغزو وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى سألت أبا حنيفة رحمه الله تعالى عن قتل النساء والصبيان والشيخ الكبير الذي لا يطيق القتال والذين بهم زمانة لا يطيقون القتال فنهى عن ذلك وكرهه والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين رأي امرأة مقتولة ها ما كانت هذه تقاتل فهذا تنصيص على انها لا تقتل والشيخ الكبير ومن به زمانة بهذه الصفة قالوا وهذا اذا كان لا يقاتل برأيه وأما اذا كان يقاتل برأيه ففي قتله كسر شوكتهم فلا بأس بذلك فان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وكان ابن مائة وستين سنة وقد عمى وكان ذا رأي في الحرب ﴿ قال ﴾ وسألته عن أصحاب الصوامع والرهبان فرأي قتلهم حسنا وفى السير الكبير مروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انهم لا يقتلون وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وقيل لا خلاف فى الحقيقة فانهم ان كانوا يخالطون الناس يقتلون عندهم جميعا لان المقاتلة يصدرون عن رأيهم وهم الذين يحثونهم على قتال المسلمين وان كانوا طينوا على أنفسهم الباب ولا يخالطون الناس أصلا فانهم لا يقتلون لانهم لا يقاتلون بالفعل ولا بالحث عليه وقيل بل فى المسئلة خلاف فهما استدلا بوصية أبى بكر رضي الله عنه ليزيد بن أبى سفيان حيث قال وستلقى أقواما من أصحاب الصوامع والرهبان زعموا انهم فرغوا أنفسهم للعبادة فدعهم وما فرغوا أنفسهم له والمعنى فيه أنهم لا يقاتلون والقتل لدفع القتال فكانوا هم في ذلك كالنساء والصبيان وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هؤلاء من أئمة الكفر قال تعالى فقاتلوا أئمة الكفر فمعنى هذا الكلام انهم فرغوا أنفسهم للاصرار على الكفر والاشتغال بما يمنع عنه فى الاسلام والظاهر ان الناس يقتدون بهم فهم يحثون الناس على القتال فعلا وان كانوا لا يحثونهم على ذلك قولا ولانهم بما صنعوا لا تخرج بنيتهم من أن تكون صالحة للمحاربة وان كانوا لا يشتغلون بالمحاربة كالمشغولين بالتجارة والحراثة منهم بخلاف النساء والصبيان ﴿ قال ﴾ وسألته عن الرجل يأسر الرجل من أهل العدو هل يقتله أو يأتي به الامام قال أى ذلك فعل فحسن لان بالاسر ما تسقط الاباحة من دمه حتى يباح للامام ان يقتله فكذلك يباح لمن أسره كما قبل أخذه

ولما قتل أمية بن خلف بعد ما أسر يوم بدر لم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على من قتله وان أتى به الامام فهو أقرب الى تعظيم حرمة الامام والاول أقرب الى اظهار الشدة على المشركين وكسر شوكتهم فينبغي ان يختار من ذلك ما يعلمه أنفع وأفضل للمسلمين ﴿قال﴾ وسألته عن الرجل من أهل الحرب يقتله المسلمون هل يبيعون جيفته من أهل الحرب قال لا بأس في ذلك بدار الحرب في غير عسكر المسلمين وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى أكره ذلك وأنهى عنه وأصل الخلاف في عقود الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وقد بيناه وأشار الى المعنى ههنا فقال أموال أهل الحرب تحل للمسلمين بالغصب فبطيب أنفسهم أولى معناه أن في غير عسكر المسلمين لا امان لهم في المال الذي جاؤا به فان للمسلمين أن يأخذوه بأي طريق يتمكنون من ذلك ولا يكون هذا أخذاً بسبب بيع الميتة والدم بل بطريق الغنيمة ولهذا يخمس ويقسم مابقي بينهم على طريق الغنيمة وسألته عن المسلمين يستعينون بأهل الشرك على أهل الحرب قال لا بأس بذلك اذا كان حكم الاسلام هو الظاهر الغالب لأن قتالهم بهذه الصفة لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بأهل الشرك كالاستعانة بالكلاب ولكن يرضخ لاولئك ولا يسهم لان السهم للغزاة والمشرك ليس بغاز فان الغزو عبادة والمشرك ليس من أهلها وأما الرضخ لتحريضهم على الاعانة اذا احتاج المسلمون اليهم بمنزلة الرضخ للعبيد والنساء ﴿قال﴾ وسألته عن الاسير يقتل أو يفادي قال لا يفادي ولكنه يقتل أو يجعل فيئاً أي ذلك كان خيراً للمسلمين فعله الامام والكلام ههنا في فصول (أحدها) مفاداة الاسير بمال يؤخذ من أهل الحرب فان ذلك لا يجوز عنده وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بالمال العظيم وذكر محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير ان ذلك يجوز اذا كان بالمسلمين حاجة الى المال لقوله تعالى فإما مناً بعد واما فداء والمراد به الأسارى بدليل أول الآية فشدوا الوثاق ولما شاور رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه رضي الله تعالى عنهم في الاسارى يوم بدر أشار أبو بكر رضي الله عنه بالمفاداة فمال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذلك لما رأي من حاجة أصحابه الي المال في ذلك الوقت والمعنى فيه أن استرقاق الاسير جائز وفيه منفعة للمسلمين من حيث المال فاذا فادوه بمال عظيم فمنفعة المسلمين من حيث المال في ذلك أظهر فيجوز ذلك ولا يجوز قتله وفيه ابطال حق الغانمين عنه بغير عوض فلان يجوز بعوض وهو المال

الذي يفادي به كان أولى ﴿ وحجتنا ﴾ في ذلك قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فبهذا تبين أن قتل المشرك عند التمكن منه فرض محكم وفي المفاداة ترك اقامة هذا الفرض وسورة براءة من آخر ما نزل فكانت هذه الآية قاضية على قوله تعالى فاما منًّا بعد واما فداء على ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم من مفاداة الاسارى يوم بدر كيف وقد قال تعالى لو لا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم وقال صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجى منه الا عمر فانه كان أشار بقتلهم واستقصى في ذلك وقال تعالى وان يأتوكم أسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فما أخبر الله تعالى عن الامم السالفة على وجه الانكار عليهم ففائدتنا أن لا نفعل مثل ما فعلوا وحديث أبي بكر رضي الله عنه في الاسير حيث قال لا تفادوه وان أعطيتم به مدين من ذهب ولانه صار من أهل دارنا فلا يجوز اعادته الى دار الحرب ليكون حربا علينا بمال يؤخذ منه كأهل الذمة وبه فارق الاسترقاق لان في ذلك تقرير كونه من أهل دارنا لا لمقصود المال كأخذ الجزية من أهل الذمة ولان تخلية سبيل المشرك ليعود حربا للمسلمين معصية وارتكاب المعصية لمنفعة المال لا يجوز وقتل المشرك فرض ولو أعطونا مالا لترك الصلاة لا يجوز لنا أن نفعل ذلك مع الحاجة الى المال فكذلك لا يجوز ترك قتل المشرك بالمفاداة يوضحه أن في هذا تقوية المشركين بمعنى يختص بالقتال وذلك لا يجوز لمنفعة المال كما لا يجوز بيع الكراع والسلاح منهم بل أولى لان قوة القتال بالمقاتل أظهر منه بآلة القتال وعن محمد رحمه الله تعالى قال لا يجوز المفاداة للشيخ الكبير الذي لا يرجي له نسل ولا رأى له في الحرب بالمال لان مثله لا يقتل وليس في المفاداة ترك القتل المستحق ولا تقوية المشركين باعادة المقاتل اليهم فهو كبيع الطعام وغيره من الأموال منهم فأما مفاداة الاسير بالاسير لا يجوز في أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي رواية عنه أنه جوز ذلك وهو قولهما لان في هذا تخليص المسلم من عذاب المشركين والفتنة في الدين وذلك جائز كما تجوز المفاداة في أسارى المسلمين بمال من كراع أو سلاح أو غير ذلك وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان قتل المشركين فرض محكم فلا يجوز تركه بالمفاداة وهذا لانه اذ ابتلى الاسير المسلم بعذاب أو فتنة من جهتهم فذلك لا يكون مضافا الى فعل المسلم واذا خلينا سبيل المشرك ليعود حربا لنا فذلك بفعل مضاف الينا فمراعاة هذا الجانب أولى وهذا لانا أمرنا ببذل النفوس والاموال لنتوصل الى

قتلهم فبعد التمكن من ذلك لايجوز تركه للخوف على الاسير المسلم ولان أسيرهم صار من أهل دارنا بمنزلة الذمي فكما لايجوز اعادة الذمي اليهم بطريق المفاداة بأسير المسلمين فكذلك بأسيرهم ويستوى ان طلب مفاداة أسير بأسير أو أسيرين بأسير منهم لان الظاهر انهم انما يطلبون ذلك لقوة قتال ذلك الاسير وفى المفاداة تقويتهم على قتال المسلمين وقد بينا أن ذلك ممتنع شرعا ثم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز المفاداة بالاسير قبل القسمة ولا يجوز بعد القسمة لان قبل القسمة لم يتقرر كونه من أهل دارنا حتى كان للامام أن يقتله وقد تقرر ذلك بعد القسمة حتى ليس للامام أن يقتله فكان بمنزلة الذى بعد القسمة وجعل قوله حتى تضع الحرب أوزارها كناية عن القسمة لان تحققه يكون عند ذلك ومحمد رحمه الله تعالى يجوز المفاداة بالاسير بعد القسمة لأن المعنى الذى لأجله جوزنا ذلك قبل القسمة الحاجة الى تخليص المسلم من عذابهم وهذا موجود بعد القسمة وحقهم في الاسترقاق ثابت قبل القسمة وقد صار بذلك من أهل دارنا ثم تجوز المفاداة به لهذه الحاجة فكذلك بعد القسمة وقال لو انفلتت اليهم دابة مسلم فأخذوها فى دارهم ثم ظهر المسلمون عليها أخذها صاحبها قبل القسمة بغير شئ وبعد القسمة بالقيمة لانه لايد للدابة فى نفسها فتحقق احراز المشركين اياها بالاخذ فى دارهم بخلاف الآبق على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقد بيناه وان خرج رجل من المشركين بمال أصابه من المسلمين ليبيعه فى دار الاسلام فلا سبيل للمالك القديم عليه كما لو أسلم أو صار ذميا لانا أعطيناه الامان فيما معه من المال وفى أخذ ذلك منه ترك الوفاء بالامان الا فى العبد الآبق فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال يأخذه مولاه حيث ما وجده بغير شئ لانهم لم يملكوه وانما أعطيناه الامان فيما هو مملوك له واذا أسر المشركون جارية لمسلم فأحرزوها ثم اشتراها منهم مسلم فعميت عندهم لم يكن لمولاها أن يأخذها الا بجميع الثمن فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما أعلم لان الثمن الذى يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل والفداء بمقابلة الاصل دون الوصف ألا ترى أن العبد الجانى اذا عمى عند مولاه واختار الفداء لزمه الفداء بجميع الدية ولان المولى اذا اختار الأخذ بالثمن يصير المشتري كالمأمور من جهته بالشراء له ولو كان أمره بذلك فعميت عنده لم يسقط عنه شئ من الثمن فهذا مثله وكذلك لو قطعت يدها فأخذ المشتري أرشها فان مولاها يأخذها دون الارش بجميع الثمن لان الارش دراهم ودنانير

وهي لا تفدى فاذا كان حق المولى في الارش لا يثبت كان هذا في حقه وما لو سقطت اليد بآفة سواء فلا يسقط شيء من الفداء عن المولى بسلامة الارش للمشتري ألا ترى أن المشترى لو كان هو الذي قطع يدها أوفقأ عينها لم ينتقص شيء من الفداء باعتباره فكذلك اذا فعل ذلك غيره لان سلامة البدل كسلامة الاصل وبه يظهر الفرق بين هذا وبين الشفعة فان هناك لو هدم المشترى شيئاً من البناء سقط عن الشفيع حصته من الثمن فكذا اذا فعله غيره يسلم للمشترى بدله وهذا لان مايعطيه الشفيع بدل وما صار مقصوداً من الاوصاف يكون له حصة من البدل كما لوفقأ البائع عين المبيعة قبل القبض وكذلك ان ولدت عند المشترى فاعتق المشتري الام أوالولد أخذ الباقى منهما بجميع الثمن وكذلك لو قتل الولد فاختار الاخذ فله ان يأخذ الام بجميع الثمن لان الولد جزء من الاصل فاتلاف الولد كاتلاف جزء منها واذابقى الولد فبقاء الجزء في حكم الفداء كبقاء الاصل ولم يذكر الخلاف ههنا فيما اذا أتلف الام وبقى الولدوفى ذلك اختلاف بين أبي يوسف ومحمد وقد قررنا ذلك فيما أمليناه من شرح الجامع ولو ان رجلا باع أمة من رجل فلم يقبضها المشترى ولم ينقد الثمن حتى أسرها أهل الحرب فاشتراها منهم رجل لم يكن للمشتري عليها سبيل حتى يأخذها البائع لان قبل الاسر كان البائع أحق بها ليحبسها بالثمن فكذلك بعد الاسر هو أحق بأن يأخذها بالثمن ليعيد حقه فى الحبس واذا أخذها بالثمن كان للمشتري أن يأخذها بالثمنين جميعا الثمن الاول الذى اشتراها به والثاني الذى افتكها به لان قصده بما أدي من الفداء إحياء حقه وكان لا يتوصل الى احياء حقه الا بذلك فلم يكن متبرعا فيما أدى وكل حر اسره أهل الحرب ثم اسلموا عليه فهو حر لانهم لم يملكوه بالأسر فكانوا ظالمين فى حبسه فيؤمرون بعد الاسلام بتخلية سبيله وكذلك أم الولد والمدبر والمكاتب لان أهل الحرب لم يملكوهم لما ثبت فيهم من حق الحرية أو اليد المحترمة للمكاتب فى نفسه ولهذا لا يملكون بالبيع فكذلك بالأسر ولو ان الحر أمر تاجرا فى دارهم فاشتراه منهم كان للمشترى ان يرجع عليه بالثمن لانه أمره بأن يعطى مال نفسه فى عمل يباشره له فيرجع عليه بذلك كما لو أمره بأن ينفق عليه أو على عياله والمكاتب كذلك لان أحق بكسبه وأمره بالفداء صحيح فى كسبه كأمر الحر وأما المدبر وأم الولد فانه يرجع عليهما بالثمن اذا أعتقا لان كسبهما ملك مولاهما وأمرهما غير معتبر فى حق المولى ولكنه معتبر فى حقهما فيكون هذا بمنزلة

كفالة أو اقرار منهما بمال فيؤخذ ان به بعد العتق وان اشتراهم بغير امرهم لم يملكهم لان البائع لم يكن مالكالهم فكذلك المشترى لا يملكهم وبطل ماله لانه متبرع فيما فدى به غير مجبر على ذلك شرعا ولامأمور به من جهة من حصلت له المنفعة فلا يرجع عليه بشئ كما لو انفق على عيال رجل بغير أمره ولو ان رجلا حراً أمر رجلا ان يشترى حراً من دار الحرب بعينه بمال سماه فاشتراه لم يكن له على الحر الذى اشتراه من ذلك شئ لانه لم يأمره بما فعل وكان للمأمور ان يرجع على الذى أمره ان كان ضمن له الثمن أو قال اشتره لي لانه استعمله وضمن له مايؤدي من مال نفسه وان كان قال له اشتره لنفسه واحتسب فيه لم يرجع عليه بشئ لانه أشار عليه بما هو تبرع واحسان ولم يستعمله ولاضمن له شيئاً والرجوع عليه بهذا الطريق يكون واذا اشترى من المشركين عبداً كانوا أسروه من المسلمين فرهنه المشترى ثم جاء مولاه الاول لم يكن له عليه سبيل حتى يفتكه الراهن لان الراهن بعقد الرهن أوجب الحق للمرتهن فى ماليته وصح ذلك منه بمصادفة تصرفه ملكه ولا يتمكن المولى من أخذه من المرتهن لانه ليس بمالك له ولا من الراهن قبل الفكاك لقصور يده عنه بحق المرتهن فان أراد ان يتطوع بأداء الدين ثم يعطى الراهن الثمن فذلك له لانه أوصل الى المرتهن حقه وهو متطوع فى الدين الذى أدى لانه متبرع بقضاء الدين عن الغير ولانه فادى ملك الغير وهذا بخلاف البائع فانه قبل التسليم هو بمنزلة المالك يداً وانما فادى حقاً له يوضحه ان هناك لاطريق له في التوصل الى احياء حقه الا بما أدى من الفداء فلا يجعل متبرعا فيه وههنا للمولى القديم طريق الى ذلك بدون قضاء الدين وهو ان يصبر حتى يفتك الراهن فيأخذه حينئذ ﴿ قال ﴾ ولا يجبر الراهن على افتكاكه لان الاحياء لحق ثابت في العين فى الحال ولا حق للمولى القديم فى الاخذ مالم يسقط حق المرتهن فلهذا لا يجبر على افتكاكه ولو كان أجره المشترى إجارة كان لمولاه أن يأخذه بالثمن ويبطل الاجارة فيما بقي لان الاجارة عقد ضعيف ينقض بالعذر ألا ترى انها تنقض بالرد بسبب فساد البيع والرد بالعيب بخلاف الرهن فكذلك تنقض بالرد على المالك القديم بالثمن بخلاف الرهن واذا غلب قوم من أهل الحرب على قوم آخرين من أهل الحرب فاتخذوهم عبيداً للملك ثم ان الملك وأهل أرضه أسلموا أو صاروا ذمة فأولئك المغلوبون عبيد له يصنع بهم ماشاء لما بينا أنهم نهبة فالمقهورون منهم صاروا مملوكين للقاهر باحرازه اياهم بمنعته لان قهره بالذين هم جنده

يطيعونه كقهره بنفسه وأما جنده الذين غلب بهم فهم احرار لانه كان قاهراً بهم لا لهم فكانوا قبل الاسلام احرارا وبالاسلام تتأكد حريتهم ولا تبطل وان حضر الملك الموت فورث ماله بعض بنيه دون بعض أوجعل لكل واحد من بنيه موضعا معلوما فانكان صنع ذلك قبل أن يسلم أو يصير ذمة ثم أسلم ولده بعده فهو جائز على ما صنع لان الولد الذي ملكه أبوه صار قاهراً مالكا لما أعطاه ولو فعل ذلك بعد موت أبيه بقوته بنفسه أو أتباعه كان يتم ملكه فكذلك اذا فعله بقوة أبيه ومنعته وما كان هو مالكاله قبل الاسلام فبالاسلام يتأكد ملكه فيه وكذلك ان كان فعله وهو موادع للمسلمين جاز أيضا لأن بالموادعة لاتخرج أمواله من أن تكون نهبة تملك بالقهر وانما يحرم علينا أخذه لمعنى الغدر وهذا لان بالموادعة لايصير محرزاً له فان داره لاتصير دار الاسلام فكان مافعله بعد الموادعة من تخصيص بعض الاولاد بتمليك المال منه كالمفعول قبل الموادعة ولانه ماالتزم أحكام الاسلام والمنع من إيثار بعض الاولاد على البعض من حكم الاسلام وان كان جعله لابنه فظهر عليه ابن آخر له بعده فقتله أو نفاه وغلب على مافي يده ثم أسلم كانللابنالقاهر ماغلب عليه من ذلك لما بينا أنه بالقهر يصير متملكا عليه ذلك المال لبقائه على الاباحة بعد الموادعة فى حق مابينهم فان فعل ذلك هذا الابن بعد ماأسلم الابن المقهور أو صار ذمة غلبه على جميع ذلكوأخرج منه أخاه فان صنعه وهومحارب فجميع ماغلبه عليهله انأسلم أوصار ذمة لانه تم احرازه لمال المسلم أو الذمى فيملكه ويتأكد ملكه باسلامه وان صنعه وهو مسلم أو ذمى أمر برد ذلك عليه لانهم جميعا من أهل دار الاسلام فلا يملك بعضهم مال بعض بالقهر وان صنع وهو محارب ثم ظهر المسلمون على ذلك فان وجده الابن الاول قبل القسمة أخذه بغير شئ وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة وان اشتراه مسلم منهم وسعه ذلك وكان للاول أن يأخذه منه بالثمن ان شاء كما هو الحكم فى أهل الحرب اذا أحرزوا مال المسلمين وان كان الابن القاهر صنع ذلك وهما مسلمان أو ذميان فلا ينبغي للمسلمين ان يشتروا منه شيئا من ذلك لانه غاصب غير مالك وهو مأمور بالرد ولا يسع أحد أن يشترى منه شيئا من ذلك وان اشتراه أخذه منه الاول بغير ثمن لان البائع لم يكن مالكا فكذلك المشترى منه لا يكون مالكا بل يؤمر برده على المالك مجانا وان ارتد هذا الابن القاهر بعد ذلك ومنع الدار وأجرى حكم الشرك في داره فقد تم إحرازه وصارت داره

دار حرب عندهما باجراء أحكام الشرك فيها وعند أبي حنيفة رضى الله عنه بالشرائط الثلاثة كما بينا فان ظهر المسلمون على تلك الدار بعد ذلك أخذ الابن المقهور ماوجد من ماله قبل القسمة بغير شيء وما وجده بعد القسمة بالقيمة لانه مال مسلم احرزه أهل الحرب بدارهم ثم ظهر المسلمون عليه وقد بينا الحكم فيه فيما سبق والله أعلم انتهى شرح السير الصغير المشتمل على معنى اثير باملاء المتكلم بالحق المنير المحصور لاجله شبه الأسير المنتظر للفرج من العالم القدير السميع البصير المصلى على البشير الشفيع لامته النذير وعلى كل صاحب له ووزير والله هو اللطيف الخبير

بسم

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستحسان

﴿قال﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاذ شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي كان شيخنا الامام يقول الاستحسان ترك القياس والاخذ بما هو أوفق للناس وقيل الاستحسان طلب السهولة فى الاحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام وقيل الاخذ بالسعة وابتغاء الدعة وقيل الاخذ بالسماحة وابتغاء مافيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر وهو أصل فى الدين قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال صلى الله عليه وسلم خير دينكم اليسر وقال لعلى ومعاذ رضى الله تعالى عنهما حين وجههما الي اليمن يسرا ولا تعسرا قربا ولا تنفرا وقال صلى الله عليه وسلم الا أن هذا الدين متين فاوغلوا فيه برفق ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله فان المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى والقياس والاستحسان فى الحقيقة قياسان احدهما جلى ضعيف أثره فسمي قياسا والآخر خفي قوى أثره فسمي استحسانا أى قياسا مستحسنا فالترجيح بالاثر لا بالخفاء والظهور كالدنيا مع العقبى فان الدنيا ظاهرة والعقبي باطنة وترجحت بالصفاء والخلود وقد يقوى أثر القياس فى بعض الفصول فيؤخذ به وهو نظير الاستدلال مع الطرد فانه صحيح والاستدلال بالمؤثر أقوي منه والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع الاحسن وبيان هذا ان المرأة من قرنها الى قدمها عورة هو القياس الظاهر واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر الي بعض المواضع منها للحاجة والضرورة فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس كما قلنا والكرخي رحمه الله تعالى فى كتابه ذكر مسائل هذا الكتاب وسماه كتاب الحظر والاباحة لما فيه من بيان مايحل ويحرم من المس والنظر ولو سماه كتاب الزهد والورع كان مستقيما لانه بين فيه غض البصر وما يحل ويحرم من المس والنظر وهذا

هو الزهد والورع ثم بدأ الكتاب بمسائل النظر وهو ينقسم أربعة أقسام نظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والمرأة الى الرجل والرجل الى المرأة اما بيان القسم الاول فانه يجوز للرجل أن ينظر الى الرجل الا الى عورته وعورته مابين سرته حتي يجاوز ركبتيه لحديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال عورة الرجل مابين سرته الى ركبته وفي رواية مادون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة بخلاف مايقوله أبو عصمة سعد بن معاذ أنه احد حدى العورة فيكون من العورة كالركبة بل هو أولى لانه في معنى الاشتهاء فوق الركبة ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان اذا اتزر أبدى عن سرته وقال أبو هريرة للحسن رضي الله عنهما أرنى الموضع الذى كان يقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم منك فابدي عن سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه والتعامل الظاهر فيما بين الناس انهم اذا اتزروا فى الحمامات أبدوا عن السرة من غير نكير منكر دليل على انه ليس بعورة فأما مادون السرة عورة في ظاهر الرواية للحديث الذى روينا وكان أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى يقول الى موضع نبات الشعر ليس من العورة أيضا لتعامل العمال فى الابداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفي النزع عن العادة الظاهرة نوع حرج وهذا بعيد لان التعامل بخلاف النص لا يعتبر وانما يعتبر فيما لا نص فيه فأما الفخذ عورة عندنا وأصحاب الظواهر يقولون العورة من الرجل موضع السرة وأما الفخذ ليس بعورة لقوله تعالى بدت لهما سوآتهما والمراد منه العورة وفى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في حائط رجل من الانصار وقد دلى ركبته فى ركية وهو مكشوف الفخذ اذ دخل أبو بكر رضى الله عنه فلم يتزحزح ثم دخل عمر رضى الله عنه فلم يتزحزح ثم دخل عثمان رضى الله عنه فتزحزح وغطى فخذه فقيل له فى ذلك فقال الا أستحي ممن تستحي منه الملائكة فلو كان الفخذ من العورة لما كشفه بين يدى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم مر برجل يقال له جرهد وهو يصلى مكشوف الفخذ فقال له عليه الصلاة والسلام وار فخذك اما علمت أن الفخذ عورة وحديث عمرو بن شعيب رضى الله عنه نص فيه فأما الحديث الذى رواه فقد ذكر في بعض الروايات أنه كان مكشوف الركبة ثم تأويله أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما حين دخلا جلسا فى موضع لم يقع بصرهما

على الموضع الذى كان مكشوفا منه فلما دخل عثمان رضى الله عنه لم يبق الا موضع لو جلس فيه وقع بصره على ركبته فلهذا غطاه فأما الآية فالمراد بالسوأة العورة الغليظة وبه نقول ان العورة الغليظة هي السوأة ولكن حكم العورة ثبت فيما حول السوأتين باعتبار القرب من موضع العورة فيكون حكم العورة فيه أخف فأما الركبة فهي من العورة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى ليست من العورة لحديث أنس رضى الله عنه ما أبدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبته بين يدى جليس قط وانما قصد بهذا ذكر الشمائل فلو كانت الركبة من العورة لم يكن هذا من جملة الشمائل لان ستر العورة فرض ولانه حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة وهذا لان الحد لا يدخل في المحدود ﴿وحجتنا﴾ في ذلك حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الركبة من العورة وما ذكر في حديث عمرو بن شعيب حتى تجاوز الركبة دليل على أن الركبة من العورة ولان الركبة ملتقي عظم الساق والفخذ وعظم الفخذ عورة وعظم الساق ليس بعورة فقد اجتمع في الركبة المعنى الموجب لكونها عورة وكونها غير عورة فترجح الموجب لكونها عورة احتياطاً قال صلى الله عليه وسلم مااجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال فأما حديث أنس رضى الله عنه فالمروي مامد رسول الله صلى الله عليه وسلم رجليه بين يدى جليس قط وهذا من الشمائل وابداء الركبة على ماذكر في بعض الروايات كناية عن هذا المعنى أيضا ثم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ لتعارض المعنيين فيه ولهذا قلنا من رأى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازع عليه ان لج وان رآه مكشوف الفخذ أنكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج وان رآه مكشوف العورة أمره بسترها وأدبه على ذلك ان لج ومايباح اليه النظر من الرجل فكذلك المس لان ماليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه فأما نظر المرأة الى المرأة فهو كنظر الرجل الى الرجل باعتبار المجانسة ألا ترى أن المرأة تغسل المرأة بعد موتها كما يغسل الرجل الرجل وقد قال بعض الناس نظر المرأة الي المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى النساء من دخول الحمامات بمئزر وبغير مئزر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول امنعوا النساء من دخول الحمامات الا مريضة أو نفساء ولتدخل مستترة ولكنا نقول المراد منع النساء من الخروج وبالقرار في البيوت وبه نقول والعرف الظاهر

في جميع البلدان بيناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا أحوج من الرجل وتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تمكن من ذلك فأما نظر المرأة الى الرجل فهو كنظر الرجل الى الرجل لما بينا أن السرة وما فوقها وما تحت الركبة ليس بعورة من الرجل ومالا يكون عورة فالنظر اليه مباح للرجال والنساء كالثياب وغيرها وأشار في كتاب الخنثى الى أن نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها أن تنظر الى ظهره وبطنه لانه قال الخنثى ألا ينكشف بين الرجال ولا بين النساء ووجه ذلك أن حكم النظر عند اختلاف الجنس غلظ ألا ترى أنه لا يباح للمرأة أن تغسل الرجل بعد موته ولو كانت هي في النظر كالرجل لجاز لها ان تغسله بعد موته وانما يباح النظر الي هذه المواضع اذا علم أنه لا يشتهي ان نظر ولا يشك في ذلك فأما اذا كان يعلم أنه يشتهي أو كان على ذلك أكبر رأيه فلا يحل له النظر لان النظر عن شهوة نوع زنا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله أو يكذب والزنا حرام بجميع أنواعه وقال صلى الله عليه وسلم النظر عن شهوة سهم من سهام الشيطان فاما نظر الرجل الى المرأة فهو ينقسم الى أربعة أقسام نظره الى زوجته ومملوكته ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى اماء الغير ونظره الى الحرة الاجنبية فامانظره الى زوجته ومملوكته فهو حلال من قرنها الى قدمها عن شهوة أو عن غير شهوة لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال غض بصرك الاعن زوجتك وأمتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من إناء واحد وكنت أقول بق لى وهو يقول بقي لى ولو لم يكن النظر مباحا ماتجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان مافوق النظر وهو المس والغشيان حلال بينهما قال تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم الآية الا أن مع هذا الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لحديث عائشة رضي الله عنها قالت مارأيت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رأي مني مع طول صحبتي اياه وقال صلى الله عليه وسلم اذا اتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان وفي شمائل الصديق

رضى الله عنه ما نظر الى عورته قط ولا مسها بيمينه فاذا كان هذا فى عورة نفسه فاظنك فى عورة الغير وكان ابن عمر رضى الله تعالى عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ فى تحصيل معنى اللذة فاما نظره الى ذوات محارمه فنقول يباح له أن ينظر الى موضع الزينة الظاهرة والباطنة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية ولم يرد به عين الزينة فانها تباع فى الاسواق ويراها الاجانب ولكن المراد منه موضع الزينة وهى الرأس والشعر والعنق والصدر والعضد والساعد والكف والساق والرجل والوجه فالرأس موضع التاج والاكليل والشعر موضع القصاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك فالقلادة والوشاح قد ينتهي الى الصدر والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب وجاء فى الحديث ان الحسن والحسين رضى الله عنهما دخلا على أم كلثوم وهي تمتشط فلم تستتر ولان المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان ولا حشمة والمرأة فى بيتها تكون فى ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو أمرها بالتستر من ذوى محارمها أدى الى الحرج وكما يباح النظر الى هذه المواضع يباح المس لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل فاطمة رضي الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأبها فعانقها وقبل رأسها وقبل أبو بكر رأس عائشة رضي الله عنهما وقال صلى الله عليه وسلم من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة وقال محمد بن المنكدر رحمه الله بت أغمز رجل أمى وبات أخى أبو بكر يصلى وما أحب ان تكون ليلتي بليلته ولكن انما يباح المس والنظر اذا كان يأمن الشهوة على نفسه وعليها فأما اذا كان يخاف الشهوة على نفسه أو عليها فلا يحل له ذلك لما بينا ان النظر عن شهوة والمس عن شهوة نوع زنا وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ وكما لا يحل له ان يعرض نفسه للحرام لا يحل له ان يعرضها للحرام فاذا كان يخاف عليها فليجتنب ذلك ولا يحل له أن ينظر الى ظهرها وبطنها ولا ان يمس ذلك منها وقال الشافعى رحمه الله فى القديم لا بأس بذلك وجعل حالها كحال الجنس فى النظر وهذا ليس بصحيح فان حكم الظهار ثابت بالنص وصورته ان يقول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى وهو منكر من القول لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة فلو كان النظر الى ظهر الام حلالا له لما كان هذا تشبيه محللة بمحللة واذا ثبت هذا فى الظهر يثبت فى البطن لانه أقرب الى المأتى والى ان يكون مشتهى منها والجنبان كذلك

وذوات المحارم بالنسب كالامهات والجدات والاخوات وبنات الاخ وبنات الاخت وكل امرأة هي محرمة عليه بالقرابة على التأبيد فهذا الحكم ثابت في حقها وكذلك المحرمة بالرضاع لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ولحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت يارسول الله ان أفلح بن أبي قعيس يدخل عليّ وأنا في ثياب فضل فقال ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة وان عبد الله بن الزبير كان يدخل على زينب بنت أم سلمة وهي تمتشط فيأخذ بقرون رأسها ويقول اقبلي عليّ وكانت أخته من الرضاعة ولان الرضاع لما جعل كالنسب في حكم الحرمة فكذلك في حل المس والنظر وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهراً الا أن مشايخنا رحمهم الله تعالى يختلفون فيما اذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا فقال بعضهم لايثبت به حل المس والنظر لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لابطريق النعمة ولانه قد جرب مرة فظهرت خيانته فلا يؤمن ثانيا والاصح أنه لا بأس بذلك لانها محرمة عليه على التأبيد فلا بأس بالنظر الى محاسنها كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح ولايجوز أن يقال ثبوت الحرمة بطريق العقوبة هناك لأنا انما نثبت الحرمة هناك بالقياس على النكاح فاذا جعلناها بطريق العقوبة لم تكن تلك الحرمة واثبات الحرمة ابتداء بالرأى لايجوز ثم يحل له أن يخلو بهؤلاء وأن يسافر بهن لقوله صلي الله عليه وسلم ألا لايخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان معناه ليست بمحرم له فدل أنه يباح له أن يخلو بذوات محارمه ولكن بشرط أن يأمن على نفسه وعليها لما روي عن عمار بن ياسر رضي الله عنه أنه خرج من بيته مذعورا فسئل عن ذلك فقال خلوت بابنتي فخشيت على نفسي فخرجت وكذلك المسافرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها فدل أنه لا بأس بأن تسافر مع المحرم وان احتاج الى أن يعالجها في الاركاب والانزال فلا بأس بأن يمسها وراء ثيابها ويأخذ بظهرها وبطنها لما روي أن محمد ابن أبي بكر رضي الله عنهما أدخل يده في هودج عائشة رضي الله عنها ليأخذها من الهودج فوقعت يده على صدرها فقالت من الذي وضع يده على موضع لم يضعه أحد الا رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال أنا أخوك وروى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أمي كانت سيئة الخلق فغضب وقال أكانت سيئة الخلق حين

حملتك أكانت سيئة الخلق حين أرضعتك حولين الحديث الى أن قال الرجل أرأيت لو حملتها على عاتقي وحججت بها أكنت قاضيا حقها فقال لا ولا طلقة ورأى ابن عمر رضى الله عنه فى موضع الطواف رجلا قد حمل أمه على عاتقه يطوف بها فلما رأى ابن عمر رضى الله عنهما ارتجز فقال

انا لها بعيرها المذلل اذا الركاب ذعرت لم اذعر
حملتها ماحملتني أكثر فهل ترى جازيتها يابن عمر

فقال لا ولا طلقة بالكم ولان بسبب الستر ينعدم معنى العورة وبالمحرمية ينعدم معنى الشهوة فلا بأس بحملها ومسها فى الاركاب والانزال كما فى حق الجنس وأما النظر الى اماء الغير والمدبرات وامهات الأولاد والمكاتبات فهو كنظر الرجل الى ذوات محارمه لقوله تعالى يدنين عليهن من جلا بيبهن الآية وقد كانت الممازحة مع اماء الغير عادة فى العرب فأمر الله تعالى الحرائر باتخاذ الجلباب ليعرفن به من الاماء فدل أن الاماء لا تتخذ الجلباب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأي أمة متقنعة علاها بالدرة وقال التي عنك الخمار يادفار وقال عمر رضى الله عنه ان الامة القت فروتها من وراء الجدار أي لاتتقنع قال أنس رضى الله عنه كن جوارى عمر رضى الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤس مضطربات البدن ولان الامة تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها وانما تخرج فى ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال فى معنى البلوى بالنظر والمس كحال الرجل فى ذوات محارمه ولا يحل له أن ينظر الى ظهرها وبطنها كما في حق ذوات المحارم وكان محمد بن مقاتل الرازى يقول لا ينظر الى مابين سرتها الى ركبتها ولا بأس بالنظر الى ماوراء ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى حديث طويل قال ومن أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر ولكن تأويل هذا الحديث عندنا ان المرأة قد تتزر على الصدر فهو مراد ابن عباس رضي الله عنه وكل مايباح النظر اليه منها يباح مسه منها اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لما روي عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه مر بجارية تباع فضرب فى صدرها ومس ذراعها ثم قال اشتروا فانها رخيصة فهذا ونحوه لا بأس به لمن يريد الشراء أو لا يريد وهذا لانه بمنزلة ذوات المحارم فى حكم المس ولانه كما يحتاج الى النظر يحتاج الى المس ليعرف لين بشرتها فيرغب فى شرائها وتحل الخلوة والمسافرة بينهما كما في ذوات المحارم الا أن عند بعض مشايخنا

رحمهم الله تعالى ليس له أن يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى العورة وان انعدم بالستر فمنى الشهوة باق فيها فانها ممن يحل له والاصح أنه لا بأس بذلك اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجته من بلد الى بلد ولا تجد محرما ليسافر معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها فلا بأس بذلك وكذلك لا بأس بأن يخلو بها كالمحارم ألا ترى ان جارية المرأة قد تغمز رجل زوجها وتخلو به ولا يمتنع أحد من ذلك والمدبرة وأم الولد والمكاتبة في هذا كالامة القنة لقيام الرق فيهن والمستسعاة في بعض القيمة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانها بمنزلة المكاتب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا بلغت الامة لم ينبغ ان تعرض في ازار واحد قال محمد وكذلك اذا بلغت ان تجامع وتشتهي لان الظهر والبطن منها عورة لمعنى الاشتهاء فاذا صارت مشتهاة كانت كالبالغة لا تعرض في ازار واحد فاما النظر الى الاجنبيات فنقول يباح النظر الى موضع الزينة الظاهرة منهن دون الباطنة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وقال علي وابن عباس رضى الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم وقالت عائشة رضى الله عنها احدى عينيها وقال ابن مسعود رضى الله عنه خفها وملاءتها واستدل في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم النساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال صلى الله عليه وسلم ما تركت بعدى فتنة أضر على الرجال من النساء وجرى في مجلسه صلى الله عليه وسلم يوم ماخير ما للرجال من النساء وماخير ما للنساء من الرجال فلما رجع علي رضي الله عنه الى بيته أخبر فاطمة رضى الله عنها بذلك فقالت خير ما للرجال من النساء أن لا يراهن وخير ما للنساء من الرجال أن لا يرينهم فلما أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي بضعة مني فدل أنه لا يباح النظر الى شيء من بدنها ولأن حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها أكثر منه الى سائر الاعضاء وبنحو هذا تستدل عائشة رضي الله تعالى عنها ولكنها تقول هي لا تجد بدا من أن تمشي في الطريق فلا بد من أن تفتح عينها لتبصر الطريق فيجوز لها أن تكشف احدى عينيها لهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولكنا نأخذ بقول علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهما فقد جاءت الاخبار في الرخصة بالنظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها فلم ير فيها رغبة ولما قال عمر رضى الله عنه في خطبته ألا لا تغالوا في أصدقة

النساء فقالت امرأة سفعاء الخدين أنت تقوله برأيك أم سمعته من رسول الله صلي الله عليه وسلم فانا نجد فى كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً فبقى عمر رضى الله عنه باهتا وقال كل الناس أفقه من عمر حتي النساء فى البيوت فذكر الراوي أنها كانت سفعاء الخدين وفى هذا بيان أنها كانت مسفرة عن وجهها ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم كف امرأة غير مخضوب فقال أكف رجل هذا ولما ناولت فاطمة رضى الله عنها أحد ولديها بلالا أو انسا رضى الله عنهم قال أنس رأيت كفها كأنه فلقة قمر فدل انه لا بأس بالنظر الى الوجه والكف فالوجه موضع الكحل والكف موضع الخاتم والخضاب وهو معنى قوله تعالى الا ما ظهر منها وخوف الفتنة قد يكون بالنظر الى ثيابها أيضاً قال القائل

وماغرنى الاخضاب بكفها وكحل بعينيها وأثوابها الصفر

ثم لاشك انه يباح النظر الى ثيابها ولا يعتبر خوف الفتنة فى ذلك فكذلك الى وجهها وكفها وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه يباح النظر الى قدمها أيضا وهكذا ذكر الطحاوى لانها كما تبتلى بابداء وجهها فى المعاملة مع الرجال وبابداء كفها فى الأخذ والاعطاء تبتلى بابداء قدميها اذا مشت حافية أو متنعلة وربما لا تجد الخف في كل وقت وذكر فى جامع البرامكة عن أبي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها أيضا لانها في الخبز وغسل الثياب تبتلى بابداء ذراعيها أيضا قيل وكذلك يباح النظر الى ثناياها أيضا لان ذلك يبدو منها في التحدث مع الرجال وهذا كله اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهي لم يحل له النظر الى شيء منها لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر الى محاسن أجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيامة وقال لعلي رضى الله عنه لا تتبع النظرة بعد النظرة فان الاولى لك والاخرى عليك يعنى بالاخرى ان تقصدها عن شهوة وجاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نظرت الى امرأة فاشتهيتها فاتبعتها بصرى فأصاب رأسي جدار فقال صلى الله عليه وسلم اذا أراد الله بعبد خيراً عجل عقوبته في الدنيا وكذلك ان كان أكبر رأيه أنه ان نظر اشتهي لان أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وذلك فيما هو مبني على الاحتياط وكذلك لا يباح لها أن تنظر اليه اذا كانت تشتهي أو كان على ذلك أكبر رأيها لما روى أن ابن أم مكتوم استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده عائشة

وحفصة رضي الله عنهما فقال لهما احتجبا فقالتا انه أعمى يا رسول الله فقال أوعمياوان انتما ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقوله صلى الله عليه وسلم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع في كفه جمرة يوم القيامة حتى يفصل بين الخلائق ولان حكم المس أغلظ حتى ان المس عن شهوة يثبت حرمة المصاهرة والنظر الى غير الفرج لا يثبت والصوم يفسد بالمس عن شهوة اذا اتصل به الانزال ولا يفسد بالنظر فالرخصة في النظر لا يكون دليل الرخصة في المس والبلوى التي تحقق في النظر تحقق في المس أيضاً وعلى هذا نقول للمرأة الحرة أن تنظر الى ما سوى العورة من الرجل ولا يحل لها أن تمس ذلك منه لان حكم المس أغلظ وهـذا اذا كانت شابة تشتهى فاذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لما روى ان النبي صلى الله عليه وسـلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب ولكن كان يضع يده في قصعة ماء ثم تضع المـرأة يدها فيهـا فذلك بيعتها الا أن عائشة رضى الله عنها أنكرت هذا الحديث وقالت من زعم أن رسول الله صلي الله عليه وسلم مس امرأة أجنبية فقد أعظم الفرية عليه وروي أن أبا بكر الصديق رضى الله عنـه كان في خلافته يخرج الى بعض القبائل التى كان مسترضعا فيها فكان يصافح العجائز ولما مرض الزبير رضى الله عنه بمكة اسـتأجر عجوزا لتمرضه فكانت تغمز رجليـه وتفلى رأسه ولان الحرمة لخوف الفتنة فاذا كانت ممن لا تشتهى فخوف الفتنة معـدوم وكذلك ان كان هو شيخاً يأمن على نفسه وعليها فلا بأس بأن يصافحها وان كان لا يأمن عليها أن تشتهى لم يحل له أن يصافحها فيعرضها للفتنة كما لا يحل له ذلك اذا خاف على نفسه فأما النظر اليها عن شهوة لا يحل بحال الا عند الضرورة وهو ما اذا دعى الى الشهادة عليها أو كان حاكما ينظر ليوجه الحكم عليها باقرارها أو بشهادة الشـهود على معرفتها لأنه لا يجد بداً من النظر في هذا الموضع والضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغى أن يقصد أداء الشهادة أو الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة لانه لو قدر على التحرز فعلا كان عليه أن يتحرز فكذلك عليه أن يتحرز بالنية اذا عجز عن التحرز فعلا كما لو تترس المشركون بأطفال المسلمين فعلى من يرميهم أن يقصـد المشركين وان كان يعلم أنه يصيب المسلم واختلفوا فيما اذا دعى الى تحمل الشهادة وهو يعلم أنه ان نظر اليها اشتهى فنهم من جوز له ذلك أيضاً بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة ألا ترى أن شهود الزنا لهم أن ينظروا الى موضع العورة على قصد

تحمل الشهادة والاصح أنه لا يحل له ذلك لانه لا ضرورة عند التحمل فقد يوجد من يتحمل الشهادة ولا يشتهي بخلاف حالة الاداء فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لأدائها وكذلك ان كان أراد أن يتزوجها فلا بأس بأن ينظر اليها وان كان يعلم أنه يشتهيها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة بن شعبة لما أراد أن يتزوج امرأة أبصرها فانه أحري أن يؤدم بينكما وكان محمد بن أم سلمة يطالع بنية تحت اجار لها فقيل له أتفعل ذلك وأنت صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا ألقى الله خطبة امرأة فى قلب رجل أحل له النظر اليها ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة وانما يعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعا وان كان عليها ثياب فلا بأس بتأمل جسدها لان نظره الى ثيابها لا الى جسدها فهو كما لو كانت في بيت فلا بأس بالنظر الى جدرانه والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأي امرأة عليها شارة حسنة فدخل بيته ثم خرج وعليه أثر الاغتسال فقال اذا هاجت بأحدكم الشهوة فليضعها فيما أحل الله له وهذا اذا لم تكن ثيابها بحيث تلصق فى جسدها وتصفها حتى يستبين جسدها فان كان كذلك فينبغي له ان يغض بصره عنها لما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قال لا تلبسوا نساءكم الكتان ولا القباطي فانها تصف ولا تشف وكذلك ان كانت ثيابها رقيقة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله الكاسيات العاريات يعني الكاسيات الثياب الرقاق اللاتى كانهن عاريات وقال صلى الله عليه وسلم صنفان من أمتى فى النار رجال بأيديهم السياط كانها أذناب البقر يضربون بها الناس ونساء كاسيات عاريات مائلات مميلات كأسنمة البخت ولان مثل هذا الثوب لا يسترها فهو كشبكة عليها فلا يحل له النظر اليها وهذا فيما اذا كانت فى حد الشهوة فان كانت صغيرة لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر اليها ومن مسها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا فى النظر والمس معنى خوف الفتنة والأصل فيه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل زب الحسن والحسين رضى الله تعالى عنهما وهما صغيران وروى انه كان يأخذ ذلك من أحدهما فيجره والصبي يضحك ولان العادة الظاهرة ترك التكلف لستر عورتها قبل ان تبلغ حد الشهوة وأما النظر الى العورة حرام لما روى عن سلمان رضى الله عنه قال لان أخر من السماء فانقطع نصفين أحب الي من أن أنظر الى عورة أحد أو ينظر أحد الى عورتى ولما ذكر رسول الله صلي الله عليه وسلم الوعيد

في كشف العورة قيل يا رسول الله فاذا كان أحدنا خالياً فقال ان الله أحق أن يستحيي منه وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى إبل الصدقة فرأى راعيها تجرد في الشمس فعزله وقال لا يعمل لنا من لا حياء له ولكن مع هذا اذا جاء العذر فلا بأس بالنظر الى العورة لاجل الضرورة فمن ذلك ان الخاتن ينظر ذلك الموضع والخافضة كذلك تنظر لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة فى حق الرجال لا يمكن تركه وهو مكرمة في حق النساء أيضاً ومن ذلك عند الولادة المرأة تنظر الى موضع الفرج وغيره من المرأة لأنه لا بد من قابلة تقبل الولد وبدونها يخاف على الولد وقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة فذاك دليل على أنه يباح لها النظر وكذلك ينظر الرجل الي موضع الاحتقان عند الحاجة اما عند المرض فلان الضرورة قد تحققت والاحتقان من المداواة وقال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله لم يخلق داء الا وخلق له دواء الا الهرم وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا كان به هزال فاحش وقيل له أن الحقنة تزيل مابك من الهزال فلا بأس بأن يبدي ذلك الموضع للمحتقن وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل وحكي عن الشافعي رحمه الله تعالى قال اذا قيل له ان الحقنة تقويك على المجامعة فلا بأس بذلك أيضاً ولكن هذا ضعيف لان الضرورة لا تحقق بهذا وكشف العورة من غير ضرورة لمعنى الشهوة لا يجوز واذا أصاب امرأة قرحة فى موضع لا يحل للرجل ان ينظر اليه لا ينظر اليه ولكن يعلم امرأة دواءها لتداويها لان نظر الجنس الي الجنس أخف ألا ترى ان المرأة تغسل المرأة بعد موتها دون الرجل وكذلك فى امرأة العنين ينظر اليها النساء فان قلن هي بكر فرق القاضى بينهما وان قلن هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه والمقصود في هذا الموضع بيان اباحة النظر عند الضرورة فاما ماوراء ذلك من الفرق بين الاخبار ببكارتها وثيابتها ليس من مسائل هذا الكتاب وحاصله ان شهادتهن متى تايدت بمؤيد كانت حجة والبكارة فى النساء أصل فاذا قلن انها بكر تأيدت شهادتهن بما هو الأصل وان قلن هي ثيب تجردت شهادتهن عن مؤيد فلا بد من أن يستحلف الزوج حتي ينضم نكوله الى شهادتهن وكذلك لو اشترى جارية على أنها بكر فقبضها وقال وجدتها ثيبا فان النساء ينظرن اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فان قلن هى بكر فلا يمين على البائع لان شهادتهن قد تأيدت باصل البكارة وبمقتضي البيع وهو اللزوم وان قلن هي ثيب

يستحلف البائع لتجرد شهادتهن عن مؤيد فاذا انضم نكول البائع الى شهادتهن ردت عليه وان لم يجدوا امرأة تداوي تلك القرحة ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك اذا علمت وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله فلا بأس ان يستروا منها كل شئ الا موضع تلك القرحة ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع لان نظر الجنس الى غير الجنس أغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة وذلك لخوف الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح الا بقدر ما ترتفع الضرورة به وذوات المحارم وغيرهم فى هذا سواء لان النظر الى موضع العورة لا يحل بسبب المحرمية فكان المحرم وغير المحرم فيه سواء ﴿قال﴾ والعبد فيما ينظر من سيدته كالحر الاجنبي معناه أنه لا يحل له أن ينظر الا الى وجهها وكفيها عندنا وقال مالك نظره اليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز أن يحمل ذلك على الاماء لان ذلك دخل في قوله تعالى أو نسائهن ولان هذا مما لا يشكل لان للأمة أن تنظر الى مولاتها كما للأجنبيات فانما يحمل البيان على موضع الاشكال وعن أم سلمة انه كان لها مكاتب فلما انتهي الى آخر النجوم قالت له أتقدر على الاداء فقال نعم فاحتجبت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا كان لاحدا كن مكاتب فأدى آخر النجوم فلتحتجب منه والمعني فيه أن بينهما سبب محرم للنكاح ابتداء وبقاء فكان بمنزلة المحرمية بينهما واباحة النظر عند المحرمية لاجل الحاجة وهو دخول البعض على البعض من غير استئذان ولا حشمة وهذا يتحقق فيما بين العبد ومولاته ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ما روى عن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضى الله عنهما قالا لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ومرادهما قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن والموضع موضع الاشكال لان حال الامة يقرب من حال الرجل حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل أنه هل يباح لها الكشف بين يدى أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والمعنى فيه أنه ليس بينهما زوجية ولا محرمية وحل النظر الى مواضع الزينة الباطنة ينبني على هذا السبب وحرمة المناكحة التى بينهما بعارض على شرف الزوال فكانت في حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته ولان وجوب الستر عليها وحرمة الخلوة بالرجل لمعنى خوف الفتنة وذلك موجود ههنا وانما ينعدم بالمحرمية لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة فأما الملك لا يقلل الشهوة بل يحملها

على رفع الحشمة ومعني البلوى لا تحقق لان اتخاذ العبيد للاستخدام خارج البيت لا داخل البيت على ماقيل من اتخذ عبداً للخدمة داخل بيته فهو كشحان وحديث أم سلمة رضى الله عنها محمول على الاحتجاب لمعنى زوال الحاجة فان قبل ذلك تحتاج الى المعاملة معه بالأخذ والاعطاء فتبدى وجهها وكفها له وقد زال ذلك بالأداء فلتحتجب منه ثم قال خصياً أو فحلا هكذا نقل عن عائشة رضى الله عنها قالت الخصا مثلة فلا يبيح ما كان محرما قبله ولان الخصى فى الأحكام من الشهادات والمواريث كالفحل وقطع تلك الآلة منه كقطع عضو آخر ومعنى الفتنة لا ينعدم فالخصي قد يجامع وقد قيل هو أشد الناس جماعا فانه لا تفتر آلته بالانزال وكذلك المجبوب لانه قد يستحق فينزل وان كان مجبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا فى حقه بالاختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة والاصح انه لا يحل له ذلك ومن رخص فيه تأول قوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال وبين أهل التفسير كلام فى معني هذا فقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل هو المخنث الذى لا يشتهي النساء والكلام فى المخنث عندنا انه اذا كان مخنثا في الردى من الافعال فهو كغيره من الرجال بل من الفساق ينحى عن النساء واما من كان فى اعضائه لين وفى لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا فى الردي من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء لما روى ان مخنثا كان يدخل بعض بيوت رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى سمع منه رسول الله صلى الله عليه وسلم كلمة فاحشة قال لعمر بن أبي سلمة لئن فتح الله الطائف على رسوله لأدلنك على ماوية بنت غيلان فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال صلى الله عليه وسلم ما كنت أعلم أنه يعرف مثل هذا إخرجوه وقيل المراد بقوله تعالى أو التابعين الابله الذي لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفى هذا كلام عندنا فقيل اذا كان شابا ينحى عن النساء وانما كان ذلك اذا كان شيخا كبيراً قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص فى ذلك والاصح أن نقول قوله تعالى اوالتابعين من المتشابه وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا محكم فنأخذ بالمحكم فنقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيراً فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء فأما جماع الحائض فى الفرج حرام بالنص يكفر مستحله ويفسق مباشره لقوله تعالى فاعتزلوا النساء في المحيض وفى قوله تعالى ولا

تقربوهن حتى يطهرهن دليل على أن الحرمة تمتد الى الطهر وقال صلى الله عليه وسلم من أتى امرأة فى غير مأتاها أو أتاها في حالة الحيض أو أتى كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وسلم ولكن لا يلزمه بالوطء سوى التوبة والاستغفار ومن العلماء من يقول ان وطئها في اول الحيض فعليه ان يتصدق بدينار وان وطئها فى آخر الحيض فعليه ان يتصدق بنصف دينار وروى فيه حديثا شاذا ولكن الكفارة لا تثبت بمثله ﴿ وحجتنا ﴾ في ذلك ما روي ان رجلا جاء الى الصديق رضى الله عنه وقال انى رأيت فى المنام كأني أبول دماً فقال أتصدقنى قال نعم قال انك تأتى امرأتك فى حالة الحيض فاعترف بذلك فقال أبو بكر رضى الله عنه استغفر الله ولا تعد ولم يلزمه الكفارة واختلفوا فيما سوي الجماع فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى له ان يستمتع بما فوق المئزر وليس له ما تحته وقال محمد رحمه الله تعالى يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى وذكر الطحاوى قول أبى يوسف مع أبي حنيفة رحمهم الله تعالى وذكره الكرخى مع محمد رحمهما الله تعالى وجه الاستدلال بقوله تعالى قل هو أذى ففيه بيان ان الحرمة لمعني استعمال الاذي وذلك فى محل مخصوص وروى في الكتاب عن الصلت بن دينار عن معاوية بن قرة رضى الله عنهم قال سألت عائشة رضى الله عنها ما يحل للرجل من امرأته وهي حائض قالت يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها قالت يحل للرجل من امرأته الحائض كل شئ الا النكاح يعني الجماع والمعنى فيه ان ملك الحل باق في زمان الحيض وحرمة الفعل لمعني استعمال الاذى فكل فعل لا يكون فيه استعمال الأذى فهو حلال مطلق كما كان قبل الحيض وقاسه بالاستمتاع فوق المئزر وحجة أبى حنيفة رحمه الله قوله تعالى فاعتزلوا النساء فى المحيض فظاهره يقتضى تحريم الاستمتاع بكل عضو منها فما اتفق عليه الآثار صار مخصوصا من هذا الظاهر وبقى ماسواه على الظاهر وروى أن وفداً سألوا عمر رضى الله عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض وعن قراءة القرآن في البيوت وعن الاغتسال من الجنابة فقال أسحرة أنتم لقد سألتمونى عما سألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل من امرأته مافوق المئزر وليس له ماتحته وقراءة القرآن نور فنور بيتك ما استطعت وذكر الاغتسال من الجنابة وفى حديث أم سلمة رضي الله عنها قالت كنت فى فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضت فانسللت من الفراش فقال مالك

أنفست قلت نعم قال اتزرى وعودى الى مضجعك ففعلت فعانقنى طول الليل والمعنى فيه أن الاستمتاع فى موضع الفرج محرم عليه واذا قرب من ذلك الموضع فلا يأمن على نفسه أن يواقع الحرام فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر وكان هذا نوع احتياط ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان لكل ملك حمى وحمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه ومحمد أخذ بالقياس وقال ليس المراد بالازار حقيقة الازار بل المراد موضع الكرسف فى ذلك الموضع وبين التابعين اختلاف فى معنى قوله عليه الصلاة والسلام مافوق المئزر فكان ابراهيم رحمه الله تعالى يقول المراد به الاستمتاع بالسرة وما فوقها وكان الحسن رحمه الله تعالى يقول المراد أن يتدفأ بالازار ويقضى حاجته منها فيما دون الفرج فوق الازار ولا ينبغى له أن يعتزل فراشها لان ذلك تشبه باليهود وقد نهينا عن التشبه بهم وروى ان ابن عباس رضى الله عنهما فعل ذلك فبلغ ميمونة رضى الله عنها فانكرت عليه وقالت اترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يضاجعنا فى فراش واحد فى حالة الحيض واذا أراد ان يشترى جارية فلا بأس بان ينظر الى شعرها وصدرها وساقها وان اشتهى لان المالية مطلوبة بالشراء فلا يصير مقداره معلوما الا بالنظر الى هذه المواضع فللحاجة جاز النظر ولايحل له أن يمس ان اشتهى أو كان ذلك أكبر رأيه لانه لاحاجة به الى المس فمقدار المالية يصير معلوما بدونه ولان حكم المس أغلظ من النظر كما قررنا وقد بينا فى كتاب الصلاة حكم غسل كل واحد من الزوجين لصاحبه بعد موته وما فيه من الاختلاف وحكم غسل أم الولد لمولاها واذا ماتت المرأة مع الرجال ولا امرأة معهم لم يغسلوها وان كانوا محارمها وقال الشافعى رحمه الله تعالى لابنها أو أبيها أن يغسلها بناء على مذهبه أن الظهر والبطن فى حق المحرم ليس بعورة فهو بمنزلة نظر الجنس عنده وعندنا الظهر والبطن عورة فى حق المحارم وبالموت تتأكد الحرمة ولا ترتفع ولان هذه الحرمة لحق الشرع والآدمى محترم شرعا حيا وميتا ولهذا لايغسلها المحرم ولاغير المحرم ولكنها تيمم بالصعيد هكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن امرأة ماتت مع الرجال ليس معهم امرأة قال تيمم بالصعيد ولانه تعذر غسلها لانعدام من يغسلها فصار كما لو تعذر غسلها لانعدام ماتغسل به وان كان من يتممها محرما لها يممها بغير خرقة وان كان غير محرم لها يممها بخرقة يلفها على كفه لانه لم يكن له أن يمسها فى حال

حياتها فكذلك بعد وفاتها بخلاف المحرم ولا بأس بأن ينظر الى وجهها ويعرض بوجهه عن ذراعيها كما في حال الحياة كان له أن ينظر الى وجهها دون ذراعيها وكذلك يفعل زوجها لانه التحق بالاجنبي كما قال عمر رضى الله عنه فى امرأة له هلكت نحن أحق بها حين كانت حية فأما اذ ماتت فأولياؤها أحق بها وان مات رجل مع نساء ليس فيهن امرأته يممنه على ما بينا الا أن من تيممه اذا كانت حرة تيممه بخرقة تلفها على كفها لانه ما كان لها أن تمسه فى حياته فذلك بعد موته وان كانت مملوكة تيممه بغير خرقة لأنه كان لها أن تمسه في حياته فكذلك بعد موته فان الامة بمنزلة المحرم في حق الرجال وأمته وأمة غيره فى هذا سواء لان ملكه قد انتقل الى وارثه بموته فان كان معهن رجل كافر علمنه الغسل وكذلك ان كان مع الرجال امرأة كافرة علموها الغسل لتغسلها لان نظر الجنس الى الجنس لايختلف بالموافقة فى الدين والمخالفة الا ان الكافر لايعرف سنة غسل الموتى فيعلم ذلك وكذلك ان كان معهن صبية صغار لم يبلغوا حد الشهوة علموهم غسل الموتى ليغسلنها وهذا عجيب فالرجال قد يعجزون عن غسل الميت فيكف يقوى عليه الصغار الذين لم يبلغوا حد الشهوة ولكن مراد محمد بيان الحكم ان تصور فان ارتدت امرأته عن الاسلام بعد موته ثم رجعت الى الاسلام أو يجرها ابنه لم يكن لها ان تغسله عندنا وقال زفر رحمه الله لها ذلك لان حل المس والغسل ههنا باعتبار العدة حتى لو انقضت عدتها بوضع الحمل لم يكن لها ان تغسله وبما اعترض لم يتغير حكم العدة بخلاف ما اذا كان العارض قبل موته لان الحل هناك باعتبار النكاح وقد ارتفع بهذا العارض ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ان ردتها وفعل ابن الزوج بها لو صادف حلا مطلقا كان رافعا له فكذلك اذا صادف ما بقى من الحل بعد موته وهو حل الغسل والمس فيكون رافعا له بطريق الاولى ولا نقول ان هذا الحل لاجل العدة فان العدة من نكاح فاسد والوطء بالشبهة لايفيد حل الغسل والمس وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان المجوسى لو أسلم ومات ثم أسلمت امرأته فليس لها ان تغسله عند زفر ولها ذلك فى قول أبى يوسف فزفر يعتبر وقت الموت فاذا لم يكن بينهما حل الغسل والمس عند الموت لايثبت بعد ذلك بخلاف ما لو أسلمت قبل موته أو انقضت عدة الاخت وقاس بحكم الفرار فى الميراث فانها لو أعتقت بعد موته أو أسلمت لم ترث منه بخلاف ما لو أسلمت فى حال الحياة أو أعتقت ثم طلقها ثلاثا وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول الحل قائم بينهما بعد وطء الاخت ولكن عدتها

مانعة ولو زال هذا المانع في حال حياته ثبت حل الاستمتاع مطلقا فكذلك اذا زال بعد موته ثبت من الحل بقدر ما يقبله المحل وهو حل الغسل والمس وأما الصغير الذي لم يبلغ حد الشهوة اذا مات مع النساء فلا بأس بأن يغسلنه وكذلك الصغيرة مع الرجال لما بينا أنه ليس لعورته حكم العورة في الحياة حتى لا يجب ستره ويباح النظر اليه فكذلك بعد الموت والمتوهة كالعاقلة لانها تشتهي واذا حضر المسافر الصلاة ولم يجد ماء الا في اناء أخبره رجل أنه قذر وهو عنده مسلم مرضى لا يتوضأ به وهذا لان خبر الواحد حجة في أمر الدين في حق وجوب العمل به عندنا بخلاف ما يقوله بعض الناس أن ما لا يوجب علم اليقين لا يوجب العمل أيضاً فان العمل بغير علم لا يجوز قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ﴿ وحجتنا ﴾ في ذلك قوله تعالى واذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ومن ضرورة وجوب البيان على كل واحد وجوب القبول منه وفائدة القبول منه العمل به قال تعالى فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين واسم الطائفة يتناول الواحد فصاعداً وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم دحية الكلبي الى قيصر ليدعوه الى الاسلام وعبد الله بن انيس الى كسرى ومع كل واحد منهما كتاب فلو لم يكن خبر الواحد ملزما لما اكتفي ببعث الواحد وبعث عليا ومعاذا رضى الله تعالى عنهما الي اليمن والآثار في خبر الواحد كثيرة ذكر محمد بعد هذا بعضها وليس من شرط وجوب العمل ان يكون الخبر موجبا للعلم كما انه ليس من شرط جواز العمل بما يخبر في المعاملات ان يكون موجبا للعلم حتى يكتفي فيها بخبر الواحد بالاتفاق والدليل عليه وجوب العمل بالقياس وغالب الرأى وان لم يكن ذلك موجبا علم اليقين اذا عرفنا هذا فنقول هذا المخبر بنجاسة الماء اما ان يكون عدلا مرضيا أو فاسقا أو مستوراً فان كان عدلا فليس له ان يتوضأ بذلك الماء لترجيح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته وان كان فاسقا فله ان يتوضأ بذلك الماء لعدم ترجيح الصدق في خبره فان اعتبار دينه يدل على صدقه في خبره واعتبار تعاطيه الكذب وارتكابه ما يعتقد الحرمة فيه دليل على كذبه في خبره فتتحقق المعارضة بينهما ولهذا أمر الله تعالى بالتوقف في خبر الفاسق بقوله تعالى فتبينوا وعند المعارضة الاصل في الماء الطهارة فيتمسك به ويتوضأ وهذا بخلاف المعاملات فانه يجوز الاخذ فيها بخبر الفاسق لان الضرورة هناك تتحقق فالعدل لا يوجد في كل موضع ولا دليل هناك يعمل به سوى الخبر وهنا لا ضرورة ومعنا

دليل آخر يعمل به سوى الخبر وهو ان الاصل فى الماء الطهارة ﴿فان قيل﴾ اليس ان خبر الفاسق لايقبل فى رواية الاخبار وليس هناك دليل سوى الخبر ﴿قلنا﴾ الضرورة هناك لاتتحقق لان فى العدول الذين يروون ذلك الخبر كثرة يوضح الفرق ان الخبر فى المعاملات غير ملزم فيسقط فيه اعتبار شرط العدالة وفي الديانات الخبر ملزم فلا بد من اعتبار شرط العدالة فيه وكذلك ان كان مستوراً فالحق المستور في ظاهر الرواية بالفاسق وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال المستور فى هذا الخبر كالعدل وهو ظاهر على مذهبه فانه يجوز القضاء بشهادة المستورين اذا لم يطعن الخصم ولكن الأصح ماذكره لانه لابد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فلم يبق الا اعتبار العدالة فاذا ثبت ان العدالة شرط قلنا ما كان شرطاً لايكتفي بوجوده ظاهراً كمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر ثم مضي اليوم فقال العبد لم أدخل وقال المولى دخلت فالقول قول المولى لان عدم الدخول شرط فلا يكتفي بثبوته ظاهرا لنزول العتق وكذلك ان كان المخبر عبداً لان فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الاخبار وهذا لانه يلزم نفسه ثم يتعدي منه الى غيره فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير وبالرق يخرج من أن يكون أهلا للولاية فأما فيما هو الزام يسوى بين العبد والحر لكونه مخاطبا وكذلك ان كان المخبر امرأة حرة أو أمة كما في رواية الاخبار وهذا لانها تلتزم كالرجل ثم يتعدى الى غيرها ورواية النساء من الصحابة رضى الله عنهم كانت مقبولة كرواية الرجال قال صلى الله عليه وسلم تأخذون شطر دينكم من عائشة رضى الله عنها ثم بين فى الفاسق والمستور أنه يحكم رأيه فان كان أكبر رأيه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به لان أكبر الرأى فيما بني على الاحتياط كاليقين وان أراقه ثم تيمم كان أحوط وان كان أكبر رأيه أنه كاذب توضأ به ولم يتيمم ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن يتيمم احتياطا لمعني التعارض فى خبر الفاسق كما قلنا فى سؤر الحمار أنه يجمع بين التوضئ وبين التيمم لتعارض الادلة فى سؤر الحمار ﴿قلنا﴾ حكم التوقف فى خبر الفاسق معلوم بالنص وفى الامر بالتيمم هنا عمل بخبره من وجه فكان بخلاف النص ولما ثبت التوقف فى خبره بقى أصل الطهارة للماء فلا حاجة الى ضم التيمم اليه واستدل بحديث عمر رضى الله تعالى عنه حين ورد ماء حياض مع عمرو بن العاص فقال عمرو لرجل من أهل الماء أخبرنا عن السباع أترد ماءكم هذا فقال عمر رضى الله عنه لاتخبرنا عن شيء فلولا

أن خبره عـدل خبراً لمانهاه عن ذلك وعمرو بن العاص بالسؤال قصد الاخـذ بالاحتياط وقد كره عمر رضى الله تعالى عنه لوجود دليل الطهارة باعتبار الأصـل فعرفنا أنه ما بقي هـذا الدليل فلا حاجة الى احتياط آخر وان كان الذي أخبره بنجاسة الماء رجل من أهل الذمة لم يقبل قوله لالان الكفر ينافي معنى الصدق في خبره ولكن لانه ظهر منهم السعى فى افساد دين الحق قال الله تعالى لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى افساد أمركم فكان متهما في هذا الخبر فلا يقبل منه كما لا تقبل شهادة الولد لوالده لمعنى التهمة يقول فان وقع فى قلبه أنه صادق فأحب الى أن يريق الماء ثم يتيمم وان توضأ به وصلى أجزأه وفى خبر الفاسق قال واذا وقع في قلبه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به وهذا لان الفاسق أهل للشهادة ولهذا نفذ القضاء بشهادته فيتأيد ذلك بأكبر رأيه وليس الكافر من أهل الشهادة فى حق المسلم يوضحه ان الكافر يلزم المسلم ابتداء بخبره ولا يلتزم ولا ولاية له على المسلم فاما الفاسق المسلم يلتزم وهو من أهل الولاية على المسـلم ﴿ قال ﴾ وكذلك الصبي والمعتوه اذا عقلا مايقولان من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول مراده بهذا العطف ان الصبي كالبالغ اذا كان مرضياً ولانه كان فى الصحابة رضى الله تعالى عنهم من سمع في صغره ولو روى كان مقبولا منه وكما سقط اعتبار الحرية والذكورة يسقط اعتبار البلوغ كما في المعاملات والاصح ان مراده العطف على الذمى وان خبر الصبي والمعتوه فى هذا كخبر الذمى لانهما لا يلتزمان شيئا ولكن يلزمان الغير ابتداء فانهما غير مخاطبين فليس لهما ولاية الالزام فكان خبرهما فى معنى خبر الكافر رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما ويشربون شرابا فدعوه اليه فقال رجل مسلم ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسى وهذا الشراب قد خالطه الخمر وقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال وهو حلال فانه ينظر الى حالهم فان كانوا عـدولا لايلتفت الى قول ذلك الواحد لان خبر الواحد لا يعارض خبر الجماعة فان خبر الجماعة حجة فى الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين أنهم لا يأكلون ذبيحة المجوسى ولا يشربون ما خالطه الخمر فخبر الواحد في معارضة خبرهم خبر مستنكر فلا يقبل وان كانوا متهمين أخذ بقوله ولم يسعه ان يقرب شيئا من ذلك لان خبره باعتبار حاله مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم لفسقهم فى حكم العمل به ولان خبر العدل بالحرمة يريبه فى هذا الموضع باعتبار حالهم وقال صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى مالا يريبك

ويستوي ان كان المخبر بالحرمة حرا أو مملوكا ذكرا أو أنثي لانه أخبر بأمر ديني فان الحل والحرمة من باب الدين ولو كان في القوم رجلان مرضيان أخذ بقولهما لان الحجة في الاحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم ثقة واحد عمل فيه على أكبر رأيه لاستواء الخبرين عنده وان لم يكن له فيه رأي واستوى الحالان عنده فلا بأس بأكل ذلك وشربه وكذلك الوضوء منه في جميع ذلك اما المصير الى غالب الرأى فللمعارضة بين الخبرين لان عند المعارضة لابد من ترجيح أحد الجانبين وغالب الرأى يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح للترجيح أولي فان لم يكن له رأى تمسك بأصل الطهارة ﴿ فان قيل ﴾ لا معارضة بين الخبرين لان احدهما ينفي الحرمة والآخر يثبت ولا تعارض بين النفي والاثبات ﴿ قلنا ﴾ هذا في الشهادات فأما في الاخبار المعارضة تحقق بين النفي والاثبات لان كل واحد منهما بانفراده مقبول ﴿ فان قيل ﴾ لا كذلك في الشاهد اذا زكاه أحد المزكين وجرحه الآخر كان الجرح أولى لان الجرح مثبت والآخر ناف ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن في كل موضع يكون النافي معتمدا لدليل في خبره تحقق المعارضة في ذلك بين النفي والاثبات وفي كل موضع لا يكون النافي معتمدا لدليل يترجح المثبت فهنا النافي معتمد لدليل لان طهارة الماء ونجاسته تعلم حقيقة وكذلك حل الطعام وحرمته فلهذا تحققت المعارضة والذى زكى الشاهد لا يعتمد دليلا في خبره لان نفي أسباب الجرح لا يعلم حقيقة فلهذا يرجح المثبت هناك على النافي فان كان الذى أخبره بأنه حلال مملوكان ثقتان والذى زعم أنه حرام واحد حر فلا بأس بأكله لان في الخبر الديني المملوك والحر سواء ولا تحقق المعارضة بين الواحد والمثني في الخبر لانه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد وان كان الذي زعم أنه حرام مملوكان ثقتان والذي زعم أنه حلال حر واحد ثقة ينبغي له أن لا يأكله لما بينا أن خبر الواحد لا يكون معارضا خبر الاثنين وكذلك لو أخبره بأحد الامرين عبد ثقة وبالآخر حر ثقة يعمل بأكبر رأيه فيه لان الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر حر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فلتحقق المعارضة بين الخبرين يصير الي الترجيح بأكبر الرأى وان أخبره بأحد الامرين مملوكان ثقتان وبالامر الآخر حران ثقتان أخذ بقول الحرين لان الحجة تتم بقول الحرين ولا تتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين لان في قولهما زيادة الزام فان الالزام بقول المملوكين ينبني على الالزام

اعتقاداً والالزام فى قول الحرين لا ينبني على الالزام اعتقاداً حتى كان ملزما فيما لا يكون المرء معتقداً له فعرفنا أن فى خبرهما زيادة الزام فالترجيح بقوة السبب صحيح قال ألا ترى ان أبا بكر رضي الله عنه شهد عنده المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطي الجدة أم الإم السدس فقال ائت معك بشاهد آخر فجاء بمحمد بن سلمة فشهد على مثل شهادته فأعطاها أبو بكر رضى الله عنه السدس وهذا من أمر الدين وعمر بن الخطاب رضى الله عنه شهد عنده أبو موسي الاشعري رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع فقال ائت معك بشاهد آخر فشهد أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه على مثل شهادته قال محمد فهذا انما فعلاه للاحتياط والواحد يجزى وكان عيسى بن ابان يقول بل انما طلبنا شاهداً آخر على طريق الشرط لان طمأنينة القلب تحصل بقول المثنى دون الواحد ولم يكن فى ذلك الوقت ضرورة فى الاكتفاء بخبر الواحد لكثرة الرواة فاما في زماننا فقد تحقق معني الضرورة فى الاكتفاء بخبر الواحد والاصح ما أشار اليه محمد رحمه الله تعالى انهما طلبا ذلك للاحتياط وكانا يقبلان ذلك وان لم يشهد شاهد آخر الا ترى ان عمر رضى الله عنه قبل شهادة عبد الرحمن بن عوف حين شهد عنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير نا كحى نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولم يطلب شاهدا آخر وأجاز قول عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه في الطاعون حين أراد ان يدخل الشام وبها الطاعون فاستشارهم فاشار عليه بعض المهاجرين بالدخول فقال له أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه يا أمير المؤمنين انفر من قدر الله فقال عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا وقع هذا الرجز بأرض فلا تدخلوا عليه واذا وقع وأنتم فيها فلا تخرجوا منها فأخذ عمر رضى الله عنه بقوله ورجع وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى فى مشكل الآثار هذا الحديث فقال تأويله انه اذا كان بحال لو دخل فابتلى وقع عنده انه ابتلى بدخوله ولو خرج فنجى وقع عنده أنه نجى بخروجه فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده فأما اذا كان يعلم أن كل شئ بقدر وأنه لا يصيبه الا ما كتب الله تعالى فلا بأس بأن يدخل ويخرج واستدل محمد رحمه الله تعالى أيضا بحديث عمر رضي الله عنه فانه كان لا يورث المرأة من دية زوجها حتى شهد عنده الضحاك بن سفيان الكلابى رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب اليه أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم فأخذ بقوله

وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم دحية الكلبي الى قيصر بكتابه يدعوه الى الاسلام فكان حجة عليه فهذا كله دليل ان خبر الواحد في أمر الدين كان ملزماً في ذلك الوقت كما هو اليوم وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه كنت اذا لم أسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثا فحدثني به غيره استحلفته على ذلك وحدثني أبو بكر رضي الله تعالى عنه وصدق أبو بكر وهذا مذهب تفرد به علي رضي الله عنه فانه كان يحلف الشاهد ويحلف المدعي مع البينة ويحلف الراوي ولم يتبع ذلك فكانه كان يقول ان خبره يصير مزكى بيمينه كالشهادات في باب اللعان من كل واحد من الزوجين حتى تصير مزكاة باليمين ومن لم يعصم عن الكذب لا يكون خبره حجة مالم يصر مزكى بيمينه الا أبو بكر رضي الله عنه فان تسمية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه الصديق كاف في جعل خبره مزكى ولسنا نأخذ بهذا القول لان الله تعالى أمرنا باستشهاد شاهدين وبطلب العدالة في الشهود فاشتراط اليمين مع ذلك يكون زيادة على مافي الكتاب وقد وقعت الدعاوى والخصومات في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل أنه حلف أحداً من الشهود ولا حلف المدعى مع البينة ولا يجوز أن يقال إنهم قد تركوا نقله لان هذا لا يظن بهم خصوصا فيما تعم البلوى فقد نقلوا كل مادق وجل من أقواله وأفعاله ﴿قال﴾ وبلغنا ان نفرا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم أبو طلحة كانوا يشربون شرابا لهم من الفضيخ فأتاهم آت فاخبرهم ان الخمر قد حرمت فقال أبو طلحة ياأنس قم الى هذه الجرار فاكسرها فقمت اليها فكسرتها حتى اهراق مافيها ولو لم يكن خبر الواحد حجة ماوسعهم ذلك لما فيه من اضاعة المال وتأويل كسر الجرار ان الخمر كانت تشرب فيها فلا تصلح للانتفاع بها بوجه آخر وكان ذلك لاظهار الانقياد وتحقيق الانزجار عن العادة المألوفة وعلى هذا يحمل ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بكسر الدنان وشق الروايا وذكر حديث عكرمة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة اعرابي وحده على رؤية هلال رمضان حين قدم المدينة فاخبرهم بأنه رآه فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يصوموا بشهادته فهذا يدل على أن شهادة الواحد في الدين مقبولة ولا يقبل في هلال الفطر أقل من شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين والكلام في هذا الفصل قد بيناه في كتاب الصوم وذكر ابن سماعة في نوادره قال قلت لمحمد فاذا قبلت شهادة الواحد في هلال رمضان وأمرت بالصوم ثلاثين يوما ولم يروا

الهلال أليس أنهم يفطرون وهذا فطر بشهادة الواحد فقال لأنهم المسلم بتبديل يوم مكان يوم ويمكن أن يجاب عن هذا فيقال الفطر غير ثابت بشهادته وان كانت تفضي اليه شهادته كما لو شهدت القابلة بالنسب يثبت استحقاق الميراث ولا يستحق المال بشهادة القابلة وهذا على قول محمد فأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى لا يفطرون وان صاموا ثلاثين يوما اذا لم يروا الهلال قال الحاكم وهلال الاضحى كهلال الفطر ذكره في كتاب الشهادات وفي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الشهادة على هلال الاضحى كالشهادة على هلال رمضان لما يتعلق به من أمر ديني وهو ظهور وقت الحاج وذلك حق الله تعالى فأما في ظاهر الرواية قال هذا في معنى هلال الفطر لان فيه منفعة للناس هنا من حيث التوسع بلحوم الاضاحى في اليوم العاشر كما في هلال الفطر ولا يقبل في هلال رمضان قول مسلم ولا مسلمين ممن لا تجوز شهادتهم للتهمة لما بينا أن خبر الفاسق في أمر الدين غير ملزم وذكر الطحاوي أن شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان مقبول عدلا كان أو غير عدل قيل المراد بقوله غير عدل ان يكون مستوراً فيكون موافقا لرواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في المستور وقيل بل مراده الفاسق ووجه هذه الرواية ان التهمة متنفية عن خبره هذا لانه يلزمه من الصوم ما يلزم غيره فأما عبد مسلم ثقة أو أمة مسلمة او امرأة مسلمة حرة فشهادتهم في ذلك جائزة لان في الخبر الديني الذكور والاناث والاحرار والمماليك سواء وكذلك ان شهد واحد على شهادة واحد وبهذا تبين أنه خبر لا شهادة حتى لا يشترط فيه لفظ الشهادة وذكر أنه اذا كان محدودا في قذف قد حسنت توبته فشهادته جائزة أيضا وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن شهادته لا تقبل لانه محكوم بكذبه واذا كانت شهادة المتهم بالكذب لا تقبل هنا فالمحكوم بالكذب أولى ووجه هذه الرواية ان خبر المحدود في أمر الدين مقبول الا ترى ان أبا بكرة بعد ما أقيم عليه حد القذف كانت تعتمد روايته وهذا لان رد شهادته لحق المقذوف وهو دفع العار عنه باهدار قوله وذلك في الاحكام التي يتعلق بها حقوق العباد وينعدم هذا المعنى في أمور الدين فكان المحدود فيه كغيره يقول فاذا كان الذى شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء من ذلك لا تقبل شهادته لان الذى يقع في القلب من ذلك انه باطل وقد بينا في كتاب الصوم أقاويل العلماء رحمهم الله تعالى في هذا الفصل وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اعتبر فيه عدد الخمسين على قياس الايمان في القسامة وفيما ذكر هناك اشارة الى أنه اذا جاء

من

من خارج المصر فانه تقبل شهادته فقد ذكر بعد هذا أيضاً أو جاء من مكان آخر وأخبر بذلك وهكذا ذكره الطحاوى رحمه الله تعالى في كتابه لانه يتفق من الرؤية في الصحارى ما لا يتفق في الامصار لما فيها من كثرة الغبار وكذلك ان كان في المصر على موضع مرتفع فقد يتفق له من الرؤية ما لا يتفق لمن هو دونه في الموقف رجل تزوج امرأة فجاء رجل مسلم ثقة او امرأة فأخبر انهما ارتضعا من امرأة واحدة فأحب الى التنزه عنها فيطلقها ويعطيها نصف الصداق ان لم يكن دخل بها والكلام في هذه المسئلة في فصلين أحدهما في الحكم والآخر في التنزه اما في الحكم فالحرمة لاتثبت بشهادة امرأة واحدة على الرضاع عندنا مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعند الشافعي يثبت بشهادة أربع نسوة كما هو مذهبه فيما لايطلع عليه الرجال وزعم ان الرضاع لايحل مطالعته الاجانب من الرجال ولكن نقول الارضاع يكون بالثدى وذلك مما يحل مطالعته لذى الرحم المحرم ثم قد يكون بالايجار وذلك مما يطلع عليه الاجانب ومالك كان يقول يكتفى بشهادة الواحد لاثبات الحرمة بالرضاع وذلك مروي عن عثمان رضى الله عنه واستدل فيه بحديث ابن أبى مليكة بن عقبة أن عقبة بن الحارث رضي الله تعالى عنهما تزوج بنت اهاب فجاءت امرأة سوداء فأخبرت أنها أرضعتهما جميعا فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل هذا القدر ذكره محمد رحمه الله تعالى وأهل الحديث يروون ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فهو حجة مالك رحمه الله تعالى ﴿وحجتنا﴾ في ذلك حديث عكرمة بن خالد قال عمر رضي الله عنه لايقبل على الرضاع أقل من شاهدين ولان هذه شهادة تقوم لابطال الملك ولا تتم الحجة فيه الا بشاهدين كالعتق والطلاق فأما الحديث ففيه اشارة الى التنزه بقوله كيف وقد قيل ولو ثبتت الحرمة بخبرها لما أشار الى التنزه بهذا اللفظ والزيادة التى يرويها أهل الحديث لم تثبت عندنا والدليل على ضعفه ماروى عن عقبة بن الحارث رحمه الله تعالى أنه قال تزوجت بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت من الغد تشهد على الرضاع ومثل هذه الشهادة تكون عن ضغن فلا تتم الحجة بها فأما بيان وجه التنزه أن المخبر اذا كان ثقة فالذى يقع في قلوب السامعين أنه صادق فيه فصحبتها تريبه ومفارقتها لاتريبه ولو أمسكها ربما يطعن فيه أحد ويتهمه وقال صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف

النهم وقال صلى الله عليه وسلم اياك ومايسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره فليس كل سامع نكراً تطيق أن توسعه عذرا ولان يدع وطءاً حلالا خير له من أن يقدم على وطء حرام ولكن ينبغى له أن يطلقها لانها منكوحته فى الحكم فاذا لم يطلقها لاتقدر على التزوج بغيره فتبقى معلقة ثم يعطيها نصف الصداق بعد الطلاق وان لم يكن دخل بها لانها استوجبت فى الحكم ذلك عليه فلا ينبغي له أن يمنعها بنظره لنفسه والمستحب لها أن لا تأخذ شيئاً ان كان لم يدخل بها لجواز أن يكون الخبر صادقا والنكاح لم يكن منعقداً بينهما وان كان دخل بها فلا بأس بأن تأخذ مقدار مهر مثلها بما استحل من فرجها وينبغى أن لا تأخذ الزيادة على ذلك الي تمام المسمى ولكن تبريه عن ذلك لانه حق مستحق لها فى الحكم فلا يسقط الا باسقاطها ولا يبعد أن يندب كل واحد منهما الى ماقلنا كما ان الله تعالى أثبت نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثم ندب كل واحد من الزوجين الى العفو وكذلك الرجل يشترى الجارية فيخبره عدل انها حرة الابوين أو انها أخته من الرضاع فان تنزه عن وطئها فهو افضل وان لم يفعل وسعه ذلك وفرق بين هذين الفصلين وبين ماتقدم من الطعام والشراب فأثبت الحرمة هناك بخبر الواحد العدل ولم يثبت هنا لان حل الطعام والشراب يثبت بالاذن بدون الملك حتى لو قال لغيره كل طعامى هذا أو توضأ بمائى هذا أو اشربه وسعه أن يفعل ذلك فكذلك الحرمة تثبت بما لا يبطل به الملك وحل الوطء لا يثبت بدون الملك حتى لو قال طأ جاريتى هذه فقد أذنت لك فيه أو قالت له ذلك حرة فى نفسها لم يحل له الوطء فكذلك الحرمة تثبت بما لا يبطل به الملك وهو خبر الواحد وتقرير هذا الفرق من وجهين احدهما ان الحل والحرمة فيما سوى البضع مقصود بنفسه لما كان يثبت بدون ملك الحل وتثبت الحرمة مع قيام الملك فكان هذا خبرا بامر دينى وقول الواحد فيه ملزم فاما فى الوطء الحل والحرمة يثبت حكما للملك وزواله لا يثبت مقصوداً بنفسه وقول الواحد في ابطال الملك ليس بحجة فكذلك فى الحل الذي ينبني عليه والثانى ان فى الوطء معنى الالزام على الغير لان المنكوحة يلزمها الانقياد للزوج في الاستفراش والمملوكة يلزمها الانقياد لمولاها وخبر الواحد لا يكون حجة فى ابطال الاستحقاق الثابت لشخص على شخص فأما حل الطعام والشراب فليس فيه استحقاق حق على أحد يبطل ذلك بثبوت الحرمة وانما ذلك أمر دينى وخبر الواحد فى مثله حجة مسلم اشتري لحما فلما قبضه أخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسى لم ينبغ له أن

يأكله لانه أخبر بحرمة العين وهو أمر دينى فتتم الحجة بخبر الواحد فيه وكما لا يأكله لا يطعمه غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها فى نظيره أتطعمين ما لا تأكلين ولا يرده على صاحبه لان فسخ البيع معتبر بنفس البيع وكما لا تتم الحجة بخبر الواحد فى البيع فكذلك فيما يفسخه ولا يستحل منع البائع ثمنه لانه قد استوجبه بالعقد قبله وقول الواحد ليس بحجة فى اسقاط حق مستحق للعباد ولان العين قد بقى مملوكا له متقوما لان نقض الملك فيه بقول الواحد لا يجوز فعليه أداء ثمنه ﴿ فان قيل ﴾ الحل هنا انما يثبت حكما للملك فينبغي ان لا تثبت الحرمة الا بما يبطل به الملك كما فى مسئلة الوطء ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل ثبوت حل التناول بالاذن لان الموجب للبيع اذن المشترى فى التناول مسلطا له على ذلك وهو كاف لثبوت الحل في هذا العين فما زاد عليه غير معتبر في حكم الحل ونحوه علل في البيوع فى تنفيذ تصرف المشترى بشراء فاسد فقال لان البائع سلطه على ذلك والدليل على هذا تمام البيع بهذا اللفظ حتى لو قال كل هذا الطعام بدرهم لى عليك فأكله كان هذا بيعا وكان قد أكله حلالا بخلاف الوطء فان الحرة لو قالت طأني بكذا لا يحل له ان يفعل ولا ينعقد النكاح بينهما لو فعله يوضحه ان المعتبر هو الجملة دون الاحوال واذا كان حل الطعام فى الجملة يثبت بغير ملك فكذلك الحرمة تثبت مع قيام الملك ولو لم يبعه هذا الرجل ولكن اذن له فى التناول فاخبره مسلم ثقة انه محرم العين لم يحل له تناوله فكذلك اذا باعه يوضحه ان قبل البيع انما لا يحل له تناوله لان حرمة العين تثبت فى حقه بخبر الواحد والبيع ليس له تأثير فى ازالة حرمة ثابتة للعين فاذا ثبت انه لو اشتراه بعد الاذن أو ملكه بسبب آخر لم يحل له تناوله فكذلك اذا اشتراه قبل الاذن فاخبره عدل بانه محرم العين ولو اشترى طعاما أو جارية أو ملك ذلك بهبة أو ميراث أو صدقة أو وصية فجاء مسلم ثقة فشهد ان هذا لفلان الفلانى غصبه منه البائع أو الواهب أو الميت فأحب الى ان يتنزه عن أكله وشربه والوضوء منه ووطء الجارية لان خبر الواحد يمكن ريبة فى قلبه والتنزه عن مواضع الريبة أولى وان لم يتنزه كان فى سعة من ذلك لان المخبر هنا لم يخبر بحرمة العين وانما أخبر ان من تملك من جهته لم يكن مالكا وهو مكذب في هذا الخبر شرعا فان الشرع جعل صاحب اليد مالكا باعتبار يده ولهذا لو نازعه فيه غيره كان القول قوله وعلى هذا أيضا لو أذن له ذو اليد فى تناول طعامه وشرابه فأخبره ثقة أن هذا الطعام والشراب فى يده غصب من فلان وذو

اليد يكذبه وهو متهم غير ثقة فان تنزه عن تناوله كان أولى وان لم يتنزه كان في سعة وفي الماء اذا لم يجد وضوء غيره توضأ به ولم يتمم لان الشرع جعل القول قول ذي اليد فيما في يده وهذا بخلاف ماسبق لان هناك المخبر انما أخبر بملك الغير في المحل وخبره في هذا ليس بحجة وهناك أخبر بحرمة ثابتة في المحل لحق الشرع وخبر الواحد فيه حجة ﴿فان قيل﴾ الحل والحرمة ليس بصفة للمحل حقيقة وانما هو صفة للفعل الصادر من المخاطب وهو التناول وقد أخبره بحرمة التناول في الفصلين جميعا ﴿قلنا﴾ هذا شيء توهمه بعض أصحابنا وهو غلط عظيم فانا لو جعلنا الحرمة صفة للفعل حقيقة ثم توصف العين به مجازاً كان مشروعا في المحل من وجه وذلك ممتنع بعد ثبوت حرمة الامهات وحرمة الميتة بالنص ولكن نقول الحرمة صفة العين حقيقة باعتبار أنه خرج شرعا من أن يكون محلا للفعل الحلال وكذلك حقيقة موجبه النفي والنسخ ثم ينتفي الفعل باعتبار انعدام المحل لان الفعل لا يتصور الا في المحل كالقتل لا يتصور في الميت وكان هذا اقامة العين مقام الفعل في أن صفة الحرمة تثبت له حقيقة ويتضح ذلك بالتأمل في مورد الشرع فان الله تعالى في مال الغير نهى عن الاكل فانه قال تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الى قوله لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم فعرفنا أن المحرم هو الاكل وفي الميتة قال تعالى حرمت عليكم الميتة فقد جعل الحرمة صفة للعين وكذلك قال حرمت عليكم أمهاتكم وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه وكذلك من حيث الاحكام من قال لامرأته أنت علي كالميتة كان بمنزلة قوله أنت علي حرام بخلاف ما لو قال أنت علي كمتاع فلان فاذا تقرر هذا قلنا الحرمة الثابتة صفة للعين محض حق الشرع فتثبت بخبر الواحد ولهذا لا يسقط الا باذن الشرع وحرمة التناول في طعام الغير ثابتة لحق الغير ولهذا يسقط باذنه وحق الغير لا يثبت بخبر الواحد فلا تثبت الحرمة أيضاً ولو أن رجلا مسلما شهد عنده رجل أن هذه الجارية التي هي في يد فلان وهي مقرة له بالرق أمة لفلان غصبها والذي هي في يده يجحد ذلك وهو غير مأمون على ماذكر فأحب الي أن لا يشتريها وان اشتراها ووطئها فهو في سعة من ذلك لان المخبر مكذب فيما أخبر به شرعا والقول قول ذي اليد أنها مملوكة له فله ان يعتمد الدليل الشرعي فيشتريها وان احتاط فلم يشترها كان أولى له لانه متمكن من تحصيل مقصوده بغيرها وابن مسعود رضي الله عنه كان يقول في مثله كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام ولو أخبره انها حرة الاصل أو انها كانت أمة لهذا الذي

في يده فاعتقها وهو مسلم ثقة فهذا والأول سواء لما بينا ان الخبر مكذب شرعا وان تصادقهما على أنها مملوكة لذى اليد حجة شرعا في اثبات الملك له فللمشترى ان يعتمد الحجة الشرعية والتنزه أفضل له ﴿ فان قيل ﴾ فى هذا الموضع أخبر بحرمة المحل حين زعم انها معتقة أو حرة فلو جعلت هذا نظير ماسبق ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فحرمة المحل هنا لعدم الملك والملك ثابت بدليل شرعى ومع ثبوت الملك لا حرمة فى المحل وفي الكتاب قال هذا بمنزلة النكاح الذى يشهد فيه بالرضاع وهو اشارة الى ما قلنا أن حل الوطء لا يكون الا بملك والملك المحكوم به شرعا لا يبطل بخبر الواحد فكذلك ما ينبنى عليه من الحل واذا كانت الجارية لرجل فأخذها رجل آخر وأراد بيعها لم ينبغ لمن عرفها للاول ان يشتريها من هذا حتى يعلم أنها قد خرجت من ملكه وانتقلت الى ملك ذى اليد بسبب صحيح أو يعلم انه وكله ببيعها لان دليل الملك الاول ظهر عنده فلا يثبت الملك الثانى فى حقه الا بدليل يوجب النقل اليه والشراء من غير المالك لا يحل الا باذن المالك ولو علم القاضى ما علمه هو كان يحق عليه تقريره على ملك الاول حتى يثبت الثاني سبب الملك لنفسه فكذلك اذا علمه هذا الذى يريد شراءه فان سأل ذا اليد فقال انى قد اشتريتها منه أو وهبها لى أو تصدق بها على أو وكلني ببيعها فان كان ثقة فلا بأس بان يصدقه على ذلك ويشتريها منه ويطأها لانه أخبر بخبر مستقيم صالح فيكون خبره محمولا على الصدق مالم يعارضه مانع يمنع من ذلك والمعارض انكار الاول ولم يوجد ولو كلفناه الرجوع الى الاول ليسأله كان فى ذلك نوع حرج لجواز ان يكون غائبا أو مختفيا وان كان غير ثقة الا ان أكبر رأيه فيه أنه صادق فكذلك أيضاً لما بينا ان فى المعاملات لا يمكن اعتبار العدالة فى كل خبر لمعنى الحرج والضرورة لان الخبر غير ملزم إياه شرعا مع أن أكبر الرأي اذا انضم الى خبر الفاسق تأيد به وقد بينا نظيره فى الاخبار الدينية فههنا أولى وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين ولو تيقن بكذبه لم يحل له أن يعتمد خبره فكذلك اذا كان أكبر رأيه في ذلك والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لوابصة بن معبد رضي الله تعالى عنه ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فيما حاك فى صدرك فهو السالم وان أفتاك الناس به وقال صلى الله عليه وسلم الاثم حواز القلوب أى على المرء ان يترك ماحرز فى قلبه تحرزا عن الاثم وكذلك لو لم يعلم ان ذلك الشئ لغير الذى هو فى يديه حتي أخبره الذي فى يديه أنه لغيره وانه وكله

بيعه أو وهبه له أو اشتراه منه لان اقراره بالملك للغير حجة في حق المقر شرعا فهذا فى حق السامع بمنزلة ما لو علم ملك الغير بأن عاينه في يده فان كان المخبر ثقة صدقه فيما أخبر به من سبب الولاية له فى بيعه وكذلك ان كان غير ثقة وأكبر رأيه انه صادق فيه صدقه أيضا وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يقبل ذلك منه ولم يشتره وان كان لم يخبره ان ذلك الشئ لغيره فلا بأس بشرائه منه وقبوله هبته وان كان غير ثقة لان دليل الملك شرعا ثابت له وهو اليد والفاسق والعدل فى هذا الدليل سواء حتي اذا نازعه غيره فالقول قوله ويحل لمن رآه فى يده ان يشهد له بالملك والمصير الى أكبر الرأي عند انعدام دليل ظاهر كما لا يصار الى القياس عند وجود النص ﴿ قال ﴾ الا ان يكون مثله لا يتملك مثل ذلك العين فأحب ان يتنزه عنه ولا يتعرض له بالشراء أو غيره وذلك كدرة يراها في يد فقير لا يملك شيئا أو رأى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فالذى سبق الى قلب كل أحد أنه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه منه أفضل وان اشترى أو قبل وهو لا يعلم أنه لغيره رجوت أن يكون فى سعة من ذلك لانه يزعم أنه مالك والقول قوله شرعا فالمشتري منه يعتمد دليلا شرعيا وذلك واسع له الا أنه مع هذا لم يبت الجواب وعلقه بالرجاء لما ظهر من عمل الناس ولما سبق الى وهم كل أحد أن مثله لا يكون مالكا لهذه العين فان كان الذى أتاه به عبد أو أمة لم ينبغ له أن يشترى ولا يقبله حتى يسأله عن ذلك لان المنافى للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يعلم دليلا مطلقا للتصرف فى حق من رآه في يده لا يحل له الشراء منه لانه عالم أنه لغيره واليد فى حق المملوك ليس بمطلق للتصرف وان الرق مانع له من التصرف مالم يوجد الاذن فان سأله فأخبره أن مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأمون فلا بأس بشرائه منه وقبوله لانه أخبر بخبر مستقيم صالح وهو محتمل فى نفسه فيعتمد خبره اذا كان ثقة وان كان غير ثقة فهو على مايقع فى قلبه فان كان أكبر رأيه أنه صادق فيما قال صدقه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يعرض لشئ من ذلك وكذلك ان كان لا رأي له فيما قال لأن الحاجز له عن التصرف ظاهر فلا يكون له أن يتصرف معه بمجرد خبره مالم يترجح جانب الصدق فيه بنوع دليل ولم يوجد ذلك وكذلك الغلام الذى لم يبلغ حرا كان أو عبدا فيما يخبر أنه أذن له فى بيعه أوان فلانا بعث معه اليه هدية أو صدقة فان كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه ان يصدقه وهذا للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على أيدى المماليك والصبيان وفي

التورع عنه من الحرج ما لا يخفي وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يقبل منه شيئاً لان أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين ﴿قال﴾ وكان شيخنا الامام رحمه الله تعالى يقول الصبي اذا أتي بقالا بفلوس يشترى منه شيئاً وأخبره أن أمه أمرته بذلك فان طلب الصابون ونحوه فلا بأس ببيعه منه وان طلب الزبيب وما يأكله الصبيان عادة فينبغي له أن لا يبيعه لان الظاهر أنه كاذب فيما يقول وقد عثر على فلوس أمه فيريد أن يشترى بها حاجة نفسه وان قال الصبي هذا لى وقد أذن لى أبى في أن أهبه لك أو أتصدق به عليك لم ينبغ له أن يقبله منه لانه ليس للأب ولاية الاذن بهذا التصرف لولده بخلاف ما اذا قال أبى بعثه اليك على يدى صدقة أو هبة لان للأب هذه الولاية فى مال نفسه فكان ما أخبره مستقيما وكذلك الفقير اذا أتاه عبد أو أمة بصدقة من مولاه ولو أن رجلا علم أن جارية لرجل يدعيها ثم رآها فى يد رجل آخر يبيعها ويزعم أنها كانت فى يد فلان وذلك الرجل يدعى أنها له وكانت مقرة له بالملك غير أنه زعم أنها كانت لى وانما أمرته بذلك الامر خفية وصدقته الجارية بذلك والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه لانه أخبر بخبر مستقيم محتمل ولو كان ما أخبر به معلوما للسامع كان له ان يشتريها منه فكذلك اذا أخبره بذلك ولا منازع له فيه وان كان فى رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يشتريها ولا يقبلها لانه ثبت عنده انها مملوكة للاول فان اقرار ذى اليد بان الاول كان يدعى انها مملوكته حين كانت فى يده يثبت الملك له وكذلك سماع هذا الرجل منه انها له دليل في حق اثبات الملك له والذى أخبره المخبر بخلاف ذلك لم يثبت عنده حين كان فى أكبر رأيه انه كاذب فى ذلك ولو لم يقل هذا ولكنه قال ظلمنى وغصبني وأخذتها منه لم ينبغ له ان يتعرض لشراء ولا قبول ان كان المخبر ثقة أو غير ثقة والفرق من وجهين أحدهما انه أخبر هناك بخبر مستنكر فان الظلم والغصب مما يمنع كل أحد عنه عقله ودينه فلم يثبت له بخبره غصب ذلك الرجل بقى قوله أخذتها منه وهذا أخذ بطريق العدوان ألا ترى ان القاضى لو عاين ذلك منه أمره برده عليه حتى يثبت مايدعيه واذا سقط اعتبار يده بقى دعواه الملك فيما ليس في يده وذلك لا يطلق الشراء منه وفى الاول أخبر بخبر مستقيم كما قررنا فان دينه وعقله لا يمنعه من التلجئة عند الخوف والثانى ان خبر الواحد عند المسالمة حجة وعند المنازعة لا يكون حجة لانه يحتاج فيه الى الالزام وذلك لا يثبت بخبر الواحد وفى الفصل الثانى

أخبر عن حال منازعة بينهما فى غصب الاول منه واسترداد هـذا فلا يكون خبره حجة وفى الاول أخبر عن حال مسالمة ومواضعة كان بينهما فيعتمد خبره ان كان ثقة وان قال انه كان ظلمنى وغصبنى ثم رجع عن ظلمه فأقر لى بها ودفعها الى فان كان عنـده ثقة فلا بأس بشرائها وقبولهـا منه لانه أخبر عن مسالمـة وهو اقراره له بها ودفعها اليـه ولان القاضي لو عاين ماأخبره به قضى بالملك له فيجوز للسامع ان يعتمد خبره ان كان ثقـة وفى الاول لو عاين القاضى أخذها منه قهـراً أو أمره بالرد ولم يلتفت الى قوله كان غصبنى وكذلك ان قال خاصمته الى القاضى فقضى لى بها ببينة أقمتها عليه أو بنكوله عن اليمين لانه أخبر بخبر مستقيم وهو اثباته ملك نفسه بالحجة ثم الاخـذ بقضاء القاضي وذلك أقوي من الاخـذ بتسليم من كان فى يده اليه بعد اقراره له بها وان كان غير ثقة وأكبر رأيه انه كاذب لم يشترها منه فى جميع هذه الوجوه لان أكبر الرأي فى هـذا كاليقين وان قال قضى لى بها القاضى وأخذها منه فدفعها الى أو قال قضى لى بها وأخذتها من منزله باذنه أو بغير اذنه فهذا وما سبق سـواء لانه أخبر ان أخذه كان بقضاء القاضى أو أن القاضى دفعها اليه وهـذا خبر مستقيم صالح وهو بمنزلة حالة المسالمة معنى لان كل ذى دين يكون مستسلما لقضاء القاضى وان قال قضى لى بها فجحدنى قضاه فأخذتها منه لم ينبغ له أن يشـتريها منه لانه لما جحد القضاء فقد جاءت المنازعة فانما أخبر بالاخذ فى حالة المنازعة وخبر الواحد فى هذا لايكون حجة لما فيه من الالزام ولان القضاء سبب مطلق للأخذ له كالشراء ولو قال اشـتريتها ونقدته الثمن ثم جحدني الشراء فأخذتها منه لم يجز له أن يعتمد خـبره وكذلك اذا قال جحدنى القضاء وهذا لان الشرع جعل القول قول الجاحد فيكون سبب استحقاقه عند جحود الآخر كالمعدوم ما لم يثبته بالبينة يبقى قوله أخذتها منـه ولو قال اشتريتها من فلان وقبضتها بأمره ونقدته الثمن وكان ثقة عنده مأمونا فقال له رجل آخر ان فلانا جحد هذا الشراء وزعم أنه لم يبع منه شيئاً والذى قال هذا أيضا ثقة مأمون لم ينبغ له أن يتعرض لشئ من ذلك بشراء ولا غيره لان الاول لو خبر أنه جحد الشراء لم يكن له أن يشتريها فكذلك اذا أخبره غيره وهـذا لان المعارضة تحققت بين الخبرين في الامر بالقبض وعدم الامر والجحود والاقرار فالاصل فيه الجحود وان كان الذى أخبره الثانى غير ثقة الا أن أكبر رأيه أنه صادق فـكذلك الجواب لان خبر الفاسق يتأيد بأكبر رأى السامع وان كان رأيه

أنه كاذب وهو غير ثقة فلا بأس بشرائها منه لان خبره غير معتبر اذا كان أكبر رأى السامع بخلافه فكان المعني فيه أن خبر العدل كان مقبولا لترجح جانب الصدق فيه بأكبر الرأى لا بطريق اليقين فان العدل غير معصوم من الكذب فاذا وجد مثله في خبر الفاسق كان خبره كخبر العدل وان كانا جميعا غير ثقة وأكبر رأيه أن الثاني صادق لم يتعرض لشئ من ذلك بمنزلة مالو كان الثانى ثقة وفي الكتاب قال لأن هذا من أمر الدين وعليه أمور الناس وهو اشارة الى أن كل ذى دين معتقد لما هو من أمور الدين فتتم الحجة بخبر الثقة لوجود الالتزام من السامع اعتقادا أو التعامل الظاهر بين الناس اعتماد هذه الاخبار ولو لم يعمل في مثل هذه الا بشاهدين لضاق الامر على الناس فلدفع الحرج يعتمد فيه خبر الواحد كما جعل الشرع شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة لدفع الضيق والحرج ﴿قال﴾ ألا ترى لو أن تاجرا قدم بلدا بجوارى وطعام وثياب فقال أنا مضارب فلان أو أنا مفاوضه وسع الناس أن يشتروا منه ذلك وكذلك العبد يقدم بلدا بتجارة ويدعى أن مولاه قد أذن له فى التجارة فان الناس يعتمدون خبره ويعاملونه ولو لم يطلق لهم ذلك كان فيه من الحرج ما لا يخفي واستدل عليه بحديث رواه عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عن ابي الهيثم أن عاملا لعلى رضى الله عنه أهدى اليه جارية فسألها أفارغة أنت فأخبرته أن لها زوجا فكتب الى عامله انك بعثت بها الى مشغولة قال أفترى أنه كان مع الرسول شاهدان أن عاملك أهدى هذه اليك وقد سألها علي رضى الله عنه أيضا فلما أخبرته أن لها زوجا صدقها وكف عنها ولم يسألها عن ذلك الا أنها لو أخبرته أنها فارغة لم ير بأسا بوطئها ﴿قال﴾ وأكبر الرأى والظن يجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة ولم يرها فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يعتمد خبره اذا كان ثقة أو كان فى أكبر رأيه انه صادق فيغشاها وكذلك لو دخل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه أو ماد رمحه يشتد نحوه ولا يدرى صاحب المنزل انه لص أو هارب من اللصوص فانه يحكم رأيه فان كان في أكبر رأيه انه لص قصده ليأخذ ماله ويقتله ان منعه وخافه ان ان زجره أو صاح به أن يبادره بالضرب فلا بأس بأن يشد عليه صاحب البيت بالسيف فيقتله وان كان في أكبر رأيه أنه هارب من اللصوص لم ينبغ له أن يعجل عليه ولا يقتله وانما أورد هذا لايضاح ماتقدم أن أهم الامور الدماء والفرج فان الغلط اذا وقع فيهما

لا يمكن التـدارك ثم جاز العمل فيهما بأ كبر الرأي عند الحاجة ففيما دون ذلك أولي وانما يتوصل الى أ كبر الرأى فى حق الداخل عليه بأن يحكم رأيه وهيئته فان كان قد عرفه قبل ذلك بالجلوس مع أهل الخير فيستدل به على أنه هارب من اللصوص وان عرفه بالجلوس مع السراق استدل عليه أنه سارق واذا قال الرجـل إن فلانا أمرنى ببيع جاريته التى هي فى منزله ودفعها الى مشتريها فلا بأس بشرائها منه وقبضـها من منزل مولاها بأمر البائع أو بغير أمره أواذافاه ثمنها وكان البائع ثقة أو كان غير ثقة ووقع فى قلبه أنه صادق لأن الجارية لو كانت فى يده جاز شراؤها منه لاباعتبار يده بل باخباره أنه وكيل بالبيع فان هـذا خبر مستقيم صالح وهذا موجود وان لم تكن فى يده وبعد صحة الشراء له أن يقبضـها اذا أوفي الثمن من غير أن يحتاج الى اذن أحد في ذلك وان كان وقع فى قلبه أنه كاذب قبل الشراء أو بعـده قبل أن يقبض لم ينبغ له أن يتعرض لشئ حتي يستأمر مولاها فى أمرها لان أ كبر الرأى بمنزلة اليقين فى حقه فان ظهر كذبه قبل الشراء فهو مانع له من الشراء وان ظهر بعد الشراء فهو مانع له من القبض بحكم الشراء لان مايمنع العقد اذا اقترن به يمنع القبض بحكمه أيضاً كالتخمر فى العصير وكذلك لو قبضها ووطئها ثم وقع فى قلبه أن البائع كذب فيما قال وكان عليه أ كبرظنه فانه يعتزل وطأها حتى يتعرف خبرها لان كل وطأة فعل مستأنف من الواطئ ولو ظهر له هـذا قبل الوطأة الاولى لم يكن له أن يطأها فكذلك بعـدها وهكذا أمر الناس مالم يجئ التجاحد من الذي كان يملك الجارية فاذا جاز ذلك لم يقربها وردها عليه لان الملك له فيها ثابت بتصادقهم وتوكيله لم يثبت بقول البائع فعليـه أن يردها ويتبع البائع بالثمن لبطلان البيع بينهما عنـد جحود التوكيل وينبغي للمشتري أن يدفع العقر الى مولى الجارية لانه وطئها وهي غير مملوكة له وقد سقط الحد بشبهة فيلزمه العقر وان كان المشترى حين اشتراها شهد عنده شاهدا عدل أن مولاها قد أمره ببيعها ثم حضر مولاها فجحد أن يكون أمره ببيعها فالمشترى في سعة من امسا كها والتصرف فيها حتى يخاصمه الى القاضى لان شهادة الشاهدين حجة حكمية ولو شهدا عند القاضى لم يلتفت القاضى الى جحود المالك وقضى بالوكالة وبصحة البيع فكذلك اذا شهدا عنده فاذا خاصم الى القاضى فقضى له بها لم يسعه امسا كها بشهادة الشاهدين لان قضاء القاضى أنفذ من الشهادة التي لم يقض بها ومعني هذا أن الشهادة لم تكن ملزمة بدون القضاء وقضاء القاضى يلزمه بنفسه والضعيف لا يظهر

في مقابلة القوي رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الاسلام والمخبر ثقة عنده وهو حر أو مملوك أو محدود في قذف وسعه أن يصدقه ويتزوج أربعا سواها لانه أخبره بامر ديني وهو حل نكاح الاربع له وهذا أمر بينه وبين ربه وكذلك ان كان غير ثقة وكان أكبر رأيه أنه صادق لان خبر الفاسق يتأكد بأكبر الرأي ولان هذا الخبر غير ملزم اياه شيئا والمعتبر في مثله التميز دون العدالة وانما اعتبار العدالة في خبر ملزم وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث لان خبر الفاسق يسقط اعتباره بمعارضة أكبر الرأي بخلافه ولو كان المخبر أخبر المرأة أن زوجها قد ارتد فلها أن تتزوج بزوج آخر في رواية هذا الكتاب أيضا وفي السير الكبير يقول ليس لها ذلك حتى يشهد عندها بذلك رجلان أو رجل وامرأتان قال لان ردة الزوج أغلظ حتى يتعلق بها استحقاق القتل بخلاف ردة المرأة وما ذكر هنا أصح لان المقصود الاخبار بوقوع الفرقة لاثبات موجب الردة ألا ترى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين والقتل بمثله لا يثبت وكذلك ان كانت صغيرة فأخبر أنها قد رضعت من أمه أو أخته ولو أخبر أنه تزوجها يوم تزوجها وهي مرتدة أو أخته من الرضاعة والمخبر ثقة لم ينبغ له أن يتزوج أربعا سواها مالم يشهد بذلك عنده شاهدا عدل لانه أخبر بفساد عقد حكمنا بصحته ولا يبطل ذلك الحكم بخبر الواحد وفي الاول ما أخبر بفساد أصل النكاح بل أخبر بوقوع الفرقة بأمر محتمل يوضحه أن اخباره بأن أصل النكاح كان فاسداً مستنكر لان المسلم لا يباشر العقد الفاسد عادة فأما اخباره بوقوع الفرقة بسبب عارض غير مستنكر وان شهد عنده شاهدا عدل بذلك وسعه أن يتزوج أربعا لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان النكاح فكذلك اذا شهدا به عند الزوج وعلى هذا لو أن امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها أو كان غير ثقة فأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا الا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تعتد وتتزوج ولو أتاها فأخبرها أن أصل نكاحها كان فاسداً وان زوجها كان أخاها من الرضاعة أو مرتداً لم يسعها أن تتزوج بقوله وان كان ثقة لانه في هذا الفصل أخبرها بخبر مستنكر وقد ألزمها الحكم بخلافه وفي الاول أخبرها بخبر محتمل وهو أمر بينها وبين ربها فلها أن تعتمد ذلك الخبر وتتزوج وهي نظير امرأة قالت لرجل قد طلقني زوجي ثلاثا وانقضت

عدتي ووقع في قلبه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها بقولها وكذلك المطلقة ثلاثا اذا قالت لزوجها الاول انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس على زوجها الاول أن يتزوجها اذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة لأنها أخبرت بحلها له بأمر محتمل وفي هذا بيان أنها لو قالت لزوجها الاول حللت لك لايحل له أن يتزوجها مالم يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها له بمجرد العقد قبل الدخول فلا يكون له أن يعتمد مطلق خبرها بالحل حتي تفسره ولو أن جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقيها رجل من بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لانه علم أنها كانت مملوكة لذي اليد فان اليد فيمن لا يعبر عن نفسه دليل الملك والقول قول ذي اليد أنها مملوكته فاخبارها بخلاف المعلوم لا يكون حجة له وهو خبر مستنكر وان قالت كنت أمة له فأعتقني وكانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة لم أر بأساً بأن يتزوجها لانها أخبرت بحلها له بسبب محتمل لم يعلم هو خلافه فيجوز له أن يعتمد خبرها وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلا ثم أتت غيره فأخبرته أن نكاحها الاول كان فاسداً وان زوجها كان على غير الاسلام لم ينبغ لهذا أن يصدقها ولا يتزوجها لانها أخبرته بخبر مستنكر يعلم هو خلاف ذلك وان قالت إنه طلقني بعد النكاح أو ارتد عن الاسلام وسعه ان يعتمد خبرها ويتزوجها لانها أخبرت بحلها له بسبب محتمل فمتى أقرت بعد النكاح أنه كان مرتداً حين تزوجني أو انى كنت أخته من الرضاعة لايعتمد خبرها لانه خلاف المعلوم واذا أخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع أو غير ذلك وثبتت على ذلك فان كانت ثقة مأمونة أو غير ثقة الا ان أكبر رأيه انها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها وفيه شبهة فان الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبرها وقيام الملك للغير يمنعه من أن يتزوج بها ولكن قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال فما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال فاما صحة النكاح في الابتداء بدليل موجب له وهو العقد الذى عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد واستدل بحديث بريرة أنها اتت عائشة رضى الله عنها بهدية اليها فاخبرتها انها صدقة تصدق بها عليها فكرهت عائشة رضى الله عنها ان تأكله حتى تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية فقد صدق بريرة بقولها وقد علم ان العين كان مملوكا لغيرها وصدق

عائشة رضي الله عنها بقولها أيضاً حين تناول منها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الرجل يرى الرجل يقتل اباه أو يره

﴿قال﴾ واذا رأى الرجل رجلا يقتل أباه متعمداً فأنكر القاتل أن يكون قتله أو قال لابنه فيما بينه وبينه أني قتلته لانه قتل ولي فلانا عمداً أو لانه ارتد عن الاسلام ولا يعلم الابن مما قال القاتل شيئا ولا وارث للمقتول غيره فالابن في سعة من قتل القاتل لانه تيقن بالسبب الموجب لحل دمه للقاتل فكان له أن يقتص منه معتمداً على قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا وعلى قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وحاصل المسئلة على أربعة أوجه أحدها اذا عاين قتله والثاني اذا أقر عنده أنه قتله فهذا ومعاينة القتل سواء لأن الاقرار موجب بنفسه حتى لا يملك المقر الرجوع عن اقراره فهذا ومعاينة السبب سواء والثالث أن يقيم البينة بأنه قتل أباه فيقضي له القاضي بالقود فهو في سعة من قتله لان قضاء القاضي ملزم فيثبت به السبب المطلق لاستيفاء القود له والرابع أن يشهد عنده شاهدا عدل أن هذا الرجل قتل أباه فليس له أن يقتله بشهادة لان الشهادة لا توجب الحق مالم يتصل بها قضاء القاضي فلا يتقرر عنده السبب المطلق لاستيفاء القود بمجرد الشهادة ما لم ينضم اليه القضاء والذى بينا في الابن كذلك في غيره اذا عاين القتل أو سمع اقرار القاتل به أو عاين قضاء القاضي به كان في سعة من أن يعين الابن على قتله لانه يعينه على استيفاء حقه وذلك من باب البر والتقوي ولو شهد عنده بذلك شاهدان لم يسعه ان يعينه على قتله بشهادتهما حتي يقضي القاضي له بذلك وان أقام القاتل عند الابن شاهدين عدلين ان أباه كان قتل ابا هذا الرجل عمداً فقتله به لم ينبغ للابن ان يعجل بقتله حتى ينظر فيما شهدا به لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان حقه فكذلك اذا شهدا عنده وكذلك لا ينبغي لغيره ان يعينه على ذلك اذا شهد عنده عد لان لما قلنا أو بانه كان مرتداً حتى يتثبت فيه وهذا لان القتل اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه حتى يكون إقدامه عليه عن بصيرة وان شهد بذلك عنده محدودان في قذف أو عبدان أو نسوة عدول لا رجل معهن أو فاسقان فهو في سعة من قتله لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي لم يمنعه من قتله بل يعينه على ذلك فكذلك اذا شهدوا عنده وان تثبت فيه فهو خير له لانه أقرب الى الاحتياط فان القتل لا يمكن تداركه اذا وقع فيه الغلط وفرق بين القصاص وحد القذف فقال القاذف

اذا أقام أربعة من الفساق، يشهدون على صدق مقالته لايقام عليه حد القـذف والقاتل اذا أقام فاسقين على العفو أو على ان قتـله كان بحق لا يسقط القود عنه والفرق ان هناك السبب الموجب للحد لم يتقرر فان نفس القذف ليس بموجب للحد لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب وانما يصير موجباً بعجزه عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يظهر ذلك العجز لان للفساق شهادة وان لم تكن مقبولة والموجب للقود هو القتل وقد تقرر ذلك فالعفو بعـده مسقط وهذا المسقط لايظهر الابقبول شهادته وليس للفاسق شهادة مقبولة وبيان هذا ان الله تعالى قال والذين يرمون المحصـنات ثم لم يأتوا باربعـة شهداء والمعطوف على الشرط شرط وفي باب القتل أوجب القود بنفس القتل فقال تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ثم قال فمن تصدق به فهو كفارة له فعرفنا ان العفو مسقط بعد الوجوب لاأن يكون عـدم العفو مقرراً سبب الوجوب وان شهد بذلك عنده شاهد عدل ممن يجوز شهادته فقال القاتل عنـدي شاهد آخر مثـله ففي القياس له أن يقتله لان المانع لايظهر بشهادة الواحـد وفي الاستحسان لايعجل بقتله حتى ينظر ايأتيه بآخر ام لانه لو أقام شاهد عدل عنـد القاضي وادعى ان له شاهدا آخر حاضراً أمهله الي آخر مجلسه فكذلك الولي يمهله حتى يأتي بشاهد آخر وان قتله كان في سعة لان السبب المثبت لحقه مقرر والمانع لم يظهر وعلى هذا مال في يدي رجل شهد عدلان عند رجل أن هذا المال كان لابيك غصبه هذا الرجل منه ولا وارث للاب غيره فله أن يدعي بشهادتهم وليس له أن يأخذ ذلك المال مالم تقم البينة عند القاضي ويقضي له بذلك لان الشهادة لاتكون ملزمة بدون القضاء وفي الأخـذ قصر يد الغـير وليس في الدعوى الزام أحد شيئاً فيتمكن من الدعوى بشهادتهما ولا يتمكن من الاخذ حتى يقضى له القاضي بذلك لان ذا اليد مزاحم له بيده ولا تزول مزاحمته الابقضاء القاضي وكذلك لايسع غير الوارث أن يعين الوارث على أخذه بهذه الشهادة مالم يتصل به القضاء وان كان الوارث عاين أخذه من أبيه وسعه أخذه منه وكذلك ان أقر الآخذ عنده بالاخذ لان اقراره ملزم فهو كمعاينة السبب أو قضاء القاضي له به ويسعه أن يقاتله عليـه وكذلك يسع من عاين ذلك اعانته عليه وان أتى ذلك على نفسه اذا امتنع وهو في موضع لا يقـدر فيه على سلطان يأخذ له بحقه لانه يعلم أنه ملكه وكما ان له أن يقاتل دفعا عن ملكه اذا قصد الظالم أخذه منه فكذلك له أن يقاتل في استرداده والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من

قتل دون ماله فهو شهيدو اذا شهد عدلان عند امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وهو يجحد ذلك ثم ماتا أو غابا قبل أن يشهدا عند القاضي بذلك لم يسع امرأته ان تقيم عنده وكان ذلك بمنزلة سماعها لو سمعته يطلقها ثلاثا لانهما لو شهدا بهذا عند القاضي حكم بحرمتها عليه فكذلك اذا شهدا بذلك عندها وهذا بخلاف ماتقدم لان القتل وأخذ المال قد يكون بحق وقد يكون بغير حق فاما التطليقات الثلاث لاتكون الا موجبة للحرمة فان قال قائل فقد يطلق الرجل غير امرأته ولا يكون ذلك طلاقا ﴿ قلنا ﴾ هذا على أحد وجهين اما أن تكون امرأته فيكون الطلاق واقعا عليها أو تكون غير امرأته فليس لها أن تمكنه من نفسها وحاصل الفرق أن هناك الشبهة من وجهين (أحدهما) احتمال الكذب في شهادتهما والآخر كون القتل بحق فيصير ذلك مانعا من الاقدام على ما لا يمكنه تداركه وهنا الشبهة من وجه واحد وهو احتمال الكذب في شهادتهما فأما اذا كانا صادقين فلا مدفع للطلاق وبظهور عدالتهما عندها ينعدم هذا الاحتمال حكما كما ينعدم عند القاضي ﴿ فان قيل ﴾ كما أن في شهادة شاهدين احتمال الكذب ففي اقرار المقر ذلك وقد قلتم يسعه أن يقتله اذا سمع اقراره ﴿ قلنا ﴾ هذا الاحتمال يدفعه عقل المقر فالانسان لا يقر على نفسه بالسبب الموجب لسفك دمه كاذبا اذا كان عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا معتبر باقراره وكذلك لو شهدا على رضاع بينهما لم يسعها المقام على ذلك النكاح لانهما لو شهدا بذلك عند القاضي فرق بينهما فكذلك اذا شهدا عندها فان مات الشاهدان وجحد الزوج وحلف ينبغي لها أن تفتدي بمالها أو تهرب منه ولا تمكنه من نفسها بوجه من الوجوه لانه تمكين من الزنا وكان اسماعيل الزاهد رحمه الله تعالى يقول تسقيه ما تنكسر به شهوته فان لم تقدر على ذلك قتلته اذا قصدها لانه لو قصد أخذ مالها كان لها أن تقتله دفعا عن مالها فاذا قصد الزنا بها أولى أن يكون لها أن تقتله دفعا عن نفسها ولو هربت منه لم يسعها أن تعتد وتتزوج لانها في الحكم زوجة الاول فلو تزوجت غيره كانت ممكنة من الحرام فعليها أن تكف عن ذلك قالوا وهذا في القضاء فأما فيما بينها وبين الله تعالى فلها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يشتبه ما وصفت لك قضاء القاضي فيما يختلف فيه الفقهاء مما يرى الزوج فيه خلاف مايرى القاضي وبيان هذا الفصل أنه لو قال لامرأته اختاري فاختارت نفسها وهو يري ان ذلك تطليقة بائنة والمرأة لاترى ذلك فاختصما في النفقة والقاضي يراه تطليقة رجعية فقضى القاضي بانه يملك رجعتها جاز قضاؤه ووسع الرجل

ان يراجعها فيمسكها وكذلك ان كانت المرأة هي التي تراه تطليقة بائنة فراجعها الزوج وحكم القاضي له بذلك وسعها المقام بذلك معه ولم يسعها ان تفارقه لان قضاء القاضي هنا اعتمد دليلا شرعياً وفي الاول قضى بالنكاح لعدم ظهور الدليل الموجب للحرمة فكان ابقاء لما كان لا قضاء بالحل بينهما حقيقة ثم حاصل الكلام في المجتهدات ان المبتلى بالحادثة اذا كان عاميا لا رأي له فعليه ان يتبع قضاء القاضي سواء قضى القاضي له بالحل أو بالحرمة وان كان عالما مجتهدا نقضى القاضي بخلاف اجتهاده فان كان هو يعتقد الحل وقضي القاضي عليه بالحرمة فعليه ان يأخذ بقضاء القاضي ويدع رأي نفسه لان القضاء ملزم للكافة ورأيه لا يعدوه وان قضى له بالحل وهو يعتقد الحرمة فني قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه ان يتبع رأى نفسه وفي قول محمد رحمه الله تعالى يأخذ بقضاء القاضي لان الاجتهاد لا يعارض القضاء ألا ترى ان للقاضي ولاية نقض اجتهاد المجتهد والقضاء عليه بخلافه وليس له ولاية نقض القضاء في المجتهدات والقضاء بخلاف الاول والضعيف لا يظهر مع القوى وأبو يوسف يقول اجتهاده ملزم في حقه وقضاء القاضي يكون عن اجتهاد فمن حيث ولاية القضاء ما يقضي به القاضي أقوى ومن حيث حقيقة الاجتهاد يترجح ما عنده في حقه على ما عند غيره فتتحقق المعارضة بينهما فيغلب الموجب للحرمة عملا بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال في شئ الا غلب الحرام الحلال يوضحه أن عنده ان قضاء القاضي ليس بصواب ولو كان ما عنده غير القاضي لم يقض بالحل فكذلك اذا كان ذلك عنده لا يعتقد فيه الحل فان الله تعالى قال ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام الآية فني هذا بيان أن قضاء القاضي لا يحل للمرء ما يعتقد فيه الحرمة وعلى هذا الاموال فان القاضي لو قضي بالميراث للجد دون الاخ والاخ فقيه يعتقد فيه قول زيد رضي الله عنه فعليه أن يتبع رأى القاضي وان قضى القاضي بالمقاسمة على قول زيد رحمه الله تعالي والاخ يعتقد مذهب الصديق رضى الله عنه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له أن يأخذ المال وعلى قول محمد رحمه الله تعالى له أن يأخذ المال وعلى هذا الطلاق المضاف اذا كان الزوج يعتقد وقوع الطلاق فقضى القاضي بخلافه فهو على الخلاف وان كان الزوج عاميا أو كان يعتقد أن الطلاق غير واقع فعليه أن يتبع رأى القاضي أو قضي بخلاف اعتقاده وعلى هذا لو استفتى العامي أقوى الفقهاء عنده فأفتى له بشئ فذلك بمنزلة اجتهاده لانه وسع مثله ثم فيما يقضي القاضي بعد ذلك بخلافه

حكمه كحكم المجتهد في جميع ما بينا وكذلك لو حكمنا فقيها فحكمه كفتواه لان سببه تراضيهما لا ولاية ثابتة له حكما فكان تراضيهما على تحكيمه كسؤالهما اياه والفتوى لا تعارض قضاء القاضي فاذا قضى القاضي عليه بخلاف ذلك كان عليه ان يتبع رأى القاضي الا ترى ان للقاضي ان يقضي بخلاف حكم الحكم في المجتهدات وليس له ان يقضي بخلاف ما قضى به غيره في المجتهدات ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه فهذا معنى قولنا حكم الحكم في حقهما كفتواه وعلى هذا لو شهد عدلان عند جارية ان مولاها أعتقها أو أقر أنه أعتقها لم يسعها أن تدعه يجامعها إن قضى القاضي به أو لم يقض لان حجة حرمتها عليه تمت عندها فهو والطلاق سواء ولا يسعها أن تتزوج اذا كان المولى يجحد العتق وكذلك اذا شهدا بعتق العبد والمولى يجحد لم يسع العبد ان يتزوج بشهادتهما حتى يقضي له القاضي بالعتق لانهما مملوكان له في الحكم فلو تزوجا بغير اذنه كانا مرتكبين للحرام عند القاضي وعند الناس والتحرز عن ارتكاب الحرام فرض والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب التحري

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه اعلم بان التحري لغة هو الطلب والابتغاء كقول القائل لغيره اتحرى مسرتك أي اطلب مرضاتك قال تعالى فاولئك تحروا رشداً وهو والتوخي سواء الا ان لفظ التوخي يستعمل في المعاملات والتحرى في العبادات قال صلى الله عليه وسلم للرجلين الذين اختصما في المواريث اليه اذهبا وتوخيا واستهما وليحلل كل واحد منكما صاحبه وقال صلى الله عليه وسلم في العبادات اذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب وفي الشريعة عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأى عند تعذر الوقوف على حقيقته وقد منع بعض الناس العمل بالتحرى لانه نوع ظن والظن لا يغني من الحق شيئاً ولا ينتفي الشك به من كل وجه ومع الشك لا يجوز العمل ولكنا نقول التحرى غير الشك والظن فالشك أن يستوي طرف العلم بالشيء والجهل به والظن أن يترجح احدهما بغير دليل والتحرى أن يترجح احدهما بغالب الرأى وهو دليل يتوصل به الى طرف العلم وان كان لا يتوصل به الى ما يوجب حقيقة العلم ولأجله سمى تحريا فالحر اسم لجبل على طرف المفاوز والدليل على ما قلنا الكتاب

والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات وذلك بالتحرى وغالب الرأى فقد أطلق عليه العلم والسنة قوله صلى الله عليه وسلم المؤمن ينظر بنور الله وقال صلى الله عليه وسلم فراسة المؤمن لا تخطئ وقال صلى الله عليه وسلم لوابصة ضع يدك على صدرك فالاثم ما حاك في قلبك وان أفتاك الناس وشئ من المعقول يدل عليه فان الاجتهاد في الاحكام الشرعية جائز للعمل به وذلك عمل بغالب الرأى ثم جعل مدركا من مدارك أحكام الشرع وان كان لا يثبت به ابتداء فكذلك التحرى مدرك من مدارك التوصل الى أداء العبادات وان كانت العبادة لا تثبت به ابتداء والدليل عليه أمر الحروب فانه يجوز العمل فيها بغالب الرأي مع ما فيها من تعريض النفس المحترمة للهلاك ﴿فان قيل﴾ ذلك من حقوق العباد وتحقق الضرورة لهم فى ذلك كما في قيم المتلفات ونحوها ونحن انما أنكرنا هذا فى العبادات التي هي حق الله تعالى ﴿قلنا﴾ في هذا أيضا معنى حق العبد وهو التوصل الي اسقاط مالزمه أداؤه وكذلك فى أمر القبلة فان التحرى لمعرفة حدود الاقاليم وذلك من حق العبد وفى الزكاة التحرى لمعرفة صفة العبد في الفقر والغنى فيجوز أن يكون غالب الرأي طريقا للوصول اليه اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بمسائل الزكاة وكان الاولى أن يبدأ بمسائل الصلاة لانها مبتدأة في القرآن وكأنه انما فعل ذلك لان معني حق العبد فى الصدقة أكثر فانه يحصل بها سد خلة المحتاج أو لانه وجد فى باب الصدقة نصا وهو حديث يزيد السلمي على ما بينه فبدأ بما وجد فيه النص ثم عطف عليه ما كان مجتهدا فيه ومسئلة الزكاة على أربعة أوجه أحدها أن يعطى زكاة ماله رجلا من غير شك ولا تحر ولا سؤال فهذا يجزيه ما لم يتبين انه غنى لان مطلق فعل المسلم محمول على ما يصح شرعا وعلي ما يصح فيه تحصيل مقصوده وعلى ما هو المستحق عليه حتى يتبين خلافه فان الفقر في القابض أصل فان الانسان يولد ولا شيء له والتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه جائز شرعا فالمعطى فى الاعطاء يعتمد دليلا شرعيا فيقع المؤدى موقعه ما لم يعلم أنه غنى فاذا علم ذلك فعليه الاعادة لان الجواز كان باعتبار الظاهر ولا معتبر بالظاهر اذا تبين الامر بخلافه فان شك فى أمره بأن كان عليه هيئة الاغنياء أو كان في أكبر رأيه أنه غنى ومع ذلك دفع اليه فانه لا يجزيه ما لم يعلم أنه فقير لان بعد الشك لزمه التحرى فاذا ترك التحرى بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز الا أن يعلم أنه فقير فحينئذ يجوز لان التحرى كان لمقصود

وقد حصل ذلك المقصود بدونه فسقط وجوب التحرى كالسعى الى الجمعة واجب لمقصود وهو اداء الجمعة فاذا توصل الى ذلك بأن حمل الى الجامع مكرها سقط عنه فرض السعى والثالث ان يتحرى بعد الشك ويقع فى أكبر رأيه أنه غني فدفع اليه مع ذلك فهذا لايشكل أنه لايجزيه مالم يعلم بفقره فاذا علم فهو جائز وهو الصحيح وقد زعم بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى ان عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه لايجزيه على قياس ما نبينه فى الصلاة والاصح هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة مع العلم لاتكون طاعة فاذا كان عنده أن فعله معصية لايمكن اسقاط الواجب عنه فأما التصدق على الغنى صحيح ليس فيه معنى المعصية فيمكن اسقاط الواجب بفعله هذا اذا تبين وصول الحق الى مستحقه بظهور فقر القابض والفصل الرابع ان يتحرى ويقع فى أكبر رأيه أنه فقير فدفع اليه فاذا ظهر أنه فقير أو لم يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر أنه كان غنيا فكذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفى قوله الآخر تلزمه الاعادة وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى وكذلك لوكان جالسا فى صف الفقراء يصنع صنيعهم أو كان عليه زي الفقراء أو سأله فأعطاه فهذه الاسباب بمنزلة التحرى وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه تبين له الخطأ فى اجتهاده بيقين فسقط اعتبار اجتهاده كمن توضأ بماء وصلى ثم تبين له أنه كان نجسا أو صلى في ثوب ثم علم أنه كان نجسا أو القاضي قضى فى حادثة بالاجتهاد ثم ظهر نص بخلافه وبيانه ان صفة الفقر والغنى يوقف عليهما حقيقة فان الشرع علق بهما أحكاما من النفقة وضمان العتق وغير ذلك وانما تتعلق الاحكام الشرعية بما يوقف عليه واذا ثبت الوصف فتأثيره أن المقصود ليس هو عين الاجتهاد بل المقصود اتصال الحق الى المستحق فاذا تبين أنه لم يوصله الى مستحقه صار اجتهاده وجوداوعدما بمنزلة لأن غالب الرأى معتبر شرعا فى حقه ولكن لا يسقط به الحق المستحق عليه لغيره والزكاة صلة مستحقة للمحاويج على الاغنياء فلا يسقط ذلك بعذر فى جانبه اذا لم يوصل الحق الى مستحقه وبه فارق الصلاة على أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى لان فريضة التوجه الى القبلة لحق الشرع وهو معذور عند الاشتباه فيمكن اقامة الاجتهاد مقام ماهو المستحق عليه في حق الشرع وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالي أنه مؤد لما كلف فيسقط به الواجب كما لو لم يظهر شئ من حال المصروف اليه وبيانه أنه مأمور بالاداء الى من هو فقير عنده لا الى من هو فقير حقيقة لانه

لاطريق الى معرفة ذلك حقيقة فالانسان قد لايعرف من نفسه حقيقة الفقر والغنى فكيف يعرفه من غيره والتكليف يثبت بحسب الوسع والذى فى وسعه الاستدلال على فقره بدليل ظاهر من سؤال أو هيئة عليه أو جلوس في صف الفقراء وعند انعدام ذلك كله المصير الى غالب الرأي وقد أتى بذلك وانما يكتفي بهذا القدر لمبنى الضرورة ولا يرتفع ذلك بظهور حاله بعد الاداء لانه ليس له أن يسترد المقبوض من القابض ولا أن يضمنه بالاتفاق فلو لم يجز عنه ضاع ماله فلبقاء الضرورة قلنا بجعل المؤدى مجزيا عنه ولانه لا يعلم حقيقة غناه وانما يعرف ذلك بالاجتهاد وما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله وتعلق الاحكام الشرعية بالغنى لايدل على أنه يعرف صفة الغني حقيقة لأن الاحكام تنبنى على مايظهر لنا كما ينبنى الحكم على صدق الشهود وان كان لا يعلم حقيقة وبه فارق النص لانه يوقف عليه حقيقة فكان المجتهد مطالبا بالوصول اليه وان كان قد تعذر اذا كان يلحقه الحرج في طلبه فاذا ظهر بطل حكم الاجتهاد وكذلك نجاسة الماء ونجاسة الثوب يعرف حقيقة فيبطل بظهور النجاسة حكم الاجتهاد في الطهارة ولا نقول فى الزكاة حق الفقراء بل هى محض حق الله تعالى والفقير مصرف لا مستحق كالكعبة لأداء الصلاة جهة تستقبل عند أدائها والصلاة تقع لله تعالى ثم هناك يسقط عنه الواجب اذا أتي بما في وسعه ولا معتبر بالتبين بعد ذلك بخلافه فكذلك هنا ولو تبين أن المدفوع اليه كان أبا الدافع أو ابنه فهو على هذا الاختلاف أيضاً وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجزئه هنا كما هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أما طريق أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه من لا يكون مصرفا للصدقة مع العلم بحاله لا يكون مصرفا عند الجهل بحاله اذا تبين الامر بخلافه وجه رواية ابن شجاع أن النسب مما يعرف حقيقة ولهذا لو قال لغيره لست لأبيك لايلزم الحد والحد يدرأ بالشبهة فكان ظهور النسب بمنزلة ظهور النص بخلاف الاجتهاد وجه ظاهر الرواية ما احتج به فى الكتاب فانه روى عن اسرائيل عن أبي الجويرية عن معن بن يزيد السلمي قال خاصمت أبى الى رسول الله صلي الله عليه وسلم فقضى لي عليه وذلك أن أبى أعطى صدقته لرجل فى المسجد وأمره بأن يتصدق بها فأتيته فأعطانيها ثم أتيت أبى فعلم بها فقال والله يا بنى ما إياك أردت بها فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا يزيد لك مانويت ويا معن لك ما أخذت ولا معني لحمله على التطوع لان ترك الاستفسار من رسول الله صلى

الله عليه وسلم دليل على ان الحكم فى الكل واحد مع ان مطلق الصدقة ينصرف الى الواجب وفى بعض الروايات قال صدقة ماله وهو تنصيص على الواجب وكان المعنى فيه ان الواجب فعل هو قربة في محل يجري فيه الشح والضن وهو المال باعتبار مصرف ليس بينهما ولاد ثم عند الاشتباه والحاجة أقام الشرع أكثر هذه الاوصاف مقام الكل في حكم الجواز والحاجة ماسة لتعذر استرداد المقبوض من القابض وبهذا يستدل فى المسئلة الأولى أيضاً فان الصدقة على الغني فيها معنى القربة كالتصدق على الولد ولهذا لا رجوع فيه فيقام أكثر الأوصاف مقام الكل في حق الجواز ثم طريق معرفة البنوة الاجتهاد الا ترى انه لما نزل قوله تعالى الذين آتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناءهم قال عبد الله بن سلام رضى الله عنه والله إني بنبوته أعرف مني بولدى فانى أعرفه نبيا حقا ولا أدرى ماذا أحدث النساء بعدى واذا كان طريق المعرفة الاجتهاد كان هذا والاول سواء من حيث انه لا ينتقض الاجتهاد باجتهاد مثله فان تبين انه هاشمي فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لان المنع من جواز صرف الواجب اليه باعتبار النسب مع ان التصدق عليه قربة فهو وفصل الاب سواء وفى جامع البرامكة روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه يلزمه الاعادة لان كونه من بنى هاشم مما يوقف عليه في الجملة ويصير كالمعلوم حقيقة فكان هذا بمنزلة ظهور النص بخلاف الاجتهاد ودليله انه لو قال لهاشمى لست بهاشمى فانه يحد أو يعزر على حسب ما اختلفوا فيه ولو تبين أن المدفوع اليه ذمى فهو على هذا الخلاف أيضا وفى الامالى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجزئه لان الكفر مما يوقف عليه ولهذا لو ظهر أن الشهود كفار بطل قضاء القاضى وفى ظاهر الرواية قال ما يكون في الاعتقاد فطريق معرفته الاجتهاد والتصدق على أهل الذمة قربة فهو وما سبق سواء وفى الكتاب قال أعطى ذميا أخبره انه مسلم أو كان عليه سيما المسلمين وفى هذا دليل انه يجوز تحكيم السيما في هذا الباب قال تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وقال تعالى تعرفهم بسيماهم وفيه دليل ان الذمى اذا قال أنا مسلم لا يصير مسلما لانه قال أخبره انه مسلم ثم علم أنه ذمى وهذا لان قوله أنا مسلم أى منقاد للحق مستسلم وكل أحد يدعى ذلك فيما يعتقده وقد قال بعض المتأخرين المجوسى اذا قال أنا مسلم يحكم باسلامه لانهم يتشاءمون بهذا اللفظ ويتبرؤن منه بخلاف أهل الكتاب وان تبين أن المدفوع اليه مستأمن حربى فهو جائز على ما

ذكر في كتاب الزكاة وفي جامع البرامكة روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الفرق بين الذمي والحربي المستأمن فقال قد نهينا عن البر مع من يقاتلنا في ديننا فلا يكون فعله في ذلك قربة وبدون فعل القربة لا يتأدى الواجب ولم ننه عن المبرة مع من لا يقاتلنا قال تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين فيكون فعله في حق الذمي قربة يتأدى به الواجب عند الاشتباه ولو تبين أن المدفوع اليه عبده أو مكاتبه لا يجزئه لقصور فعله فان الواجب عليه بالنص الايتاء وذلك لا يكون الا باخراجه عن ملكه وجعله لله تعالى خالصا وكسب العبد مملوك له وله في كسب المكاتب حق الملك فبقاء حقه يمنع جعله لله تعالى خالصا وهذا بخلاف ما لو تبين أن المدفوع اليه عبد لغني أو مكاتب له فانه يجزئه وفي حق المكاتب مع العلم أيضا ولا ينظر الى حال المولى لان اخراجه من ملكه على وجه التقرب هناك فصار لله تعالى خالصا فأما في عبد نفسه ومكاتبه لم يتم اخراجه عن ملكه وبقاء حقه يمنعه أن يصير لله تعالى خالصا فلهذا لا يسقط به الواجب والاصل في فريضة التوجه الى الكعبة للصلاة قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة يصلي الى بيت المقدس ويجعل البيت بينه وبين بيت المقدس فلما هاجر الى المدينة اضطر الى استدبار الكعبة والتوجه الى بيت المقدس وكان يحب ان تكون الكعبة قبلته كما كانت قبلة ابراهيم صلوات الله عليه فسأل جبريل عليه السلام ان يسأل الله له في ذلك وكان يديم النظر الى السماء رجاء ان يأتيه جبريل عليه السلام بذلك فانزل الله تعالى قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها الآية ثم لا خلاف في حق من هو بمكة ان عليه التوجه الى عين الكعبة فاما من كان خارجا من مكة فقد كان أبو عبد الله الجرجاني يقول الواجب عليه التوجه الى عين الكعبة أيضا لظاهر الآية ولان وجوب ذلك لاظهار تعظيم البقعة فلا يختلف بالقرب منه والبعد وغيره من مشايخنا رحمهم الله يقول الواجب في حق من هو خارج عن مكة التوجه الى الجهة لان ذلك في وسعه والتكليف بحسب الوسع ومعرفة الجهة اما بدليل يدل عليه أو بالتحري عند انقطاع الادلة فمن الدليل المحاريب المنصوبة في كل موضع لان ذلك كان باتفاق من الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم فان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا العراق وجعلوا القبلة ما بين المشرق والمغرب ثم فتحوا خراسان وجعلوا قبلة أهلها ما بين المغربين مغرب الشتاء ومغرب الصيف فكانوا يصلون اليها ولما ماتوا جعلت قبورهم

اليها أيضا من غير نكير منكر من أحد منهم وكفي باجماعهم حجة وقد كانت عنايتهم فى أمر الدين أظهر من عناية من كان بعدهم فيلزمنا اتباعهم فى ذلك ومن الدليل السؤال فى كل موضع ممن هو من أهل ذلك الموضع لان أهل كل موضع أعرف بقبلتهم من غيرهم عادة وقال تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لاتعلمون ومن الدليل النجوم أيضا على ماحكى عن عبد الله بن المبارك رضى الله عنه أنه قال أهل الكوفة يجعلون الجدي خلف القفا فى استقبال القبلة ونحن نجعل الجدى خلف الاذن اليمنى وكان الشيخ أبو منصور الماتريدى رحمه الله تعالى يقول السبيل فى معرفة الجهة ان ينظر الي مغرب الصيف فى أطول أيام السنة فيعينه ثم ينظر الى مغرب الشمس فى أقصر أيام الشتاء فيعينه ثم يدع الثلثين على يمينه والثلث على يساره فيكون مستقبلا للجهة اذا واجه ذلك الموضع ولا معنى للانحراف الى جانب الشمال بعد هذا لانه اذا مال بوجهه يكون الى حد غروب الشمس في أقصر أيام السنة أو يجاوز ذلك فلا يكون مستقبلا للقبلة ولا للحرم أيضا على ماحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى ان الحرم من جانب الشمال ستة أميال ومن الجانب الآخر اثنى عشر ميلا ومن الجانب الآخر ثمانية عشر ميلا ومن الجانب الآخر أربعة وعشرون ميلا وقيل قبلة أهل الشام الركن الشامي وقبلة أهل المدينة موضع الحطيم والميزاب من جدار البيت وقبلة أهل اليمن الركن اليماني وما بين الركن اليمانى الى الحجر قبلة أهل الهند وما يتصل بها وقبلة أهل خراسان والمشرق الباب ومقام ابراهيم عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فاذا انحرف بعد هذا وان قل انحرافه يصير غير مستقبل للقبلة وعند انقطاع الادلة فرضه التحرى وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان الجهة التى يؤديه اليها تحريه تكون قبلة حقيقة فى حقه لانه أتى بما فى وسعه والتكليف بحسب الوسع وهذا غير مرضي ففيه قول بأن كل مجتهد مصيب ولكنه مؤد لما كلف وانما كلف طلب الجهة على رجاء الاصابة والمقصود ليس عين الجهة انما المقصود وجه الله تعالى كما قال فأينما تولوا فثم وجه الله ولا جهة لوجه الله تعالى الا أنا لو قلنا يتوجه الى أى جانب شاء انعدم الابتلاء وانما يتحقق معني العبادة اذا كان فيه معنى الابتلاء فأنما نوجب عليه التحرى لرجاء الاصابة لتحقيق الابتلاء واذا فعل ذلك كان مؤديا لما عليه وان لم يكن مصيبا للجهة حقيقة والدليل على أن الصحيح هذا ما بينا فى كتاب الصلاة أن المصلين بالتحرى اذا أمهم أحدهم فصلاة من يعلم أنه مخالف للامام

فى الجهة فاسدة ولو انتصب ما ظن الامام اليه قبلة حقيقة يصح اقتداء هذا الرجل به وان خالفه فى الجهة كما اذا صلوا فى جوف الكعبة اذا عرفنا هذا نقول من اشتبه عليه القبلة فى السفر فى ليلة مظلمة واحتاج الى أداء الصلاة فعليه التحري ثم المسئلة على أربع أوجه فاما أن يصلى الى جهة من غير شك ولا تحر أو يشك ثم يصلى الى جهة من غير تحر أو يتحرى فيصلى الى جهة التحري أو يعرض عن الجهة التى أدى اليها اجتهاده فيصلى الى جهة أخرى فأما بيان الفصل الاول أنه اذا صلى من غير شك ولا تحر فان تبين أنه أصاب أو أكبر رأيه أنه أصاب أو لم يتبين من حاله شئ بأن ذهب من ذلك الموضع فصلاته جائزة لان فعل المسلم محمول على الصحة ما أمكن فكل من قام لاداء الصلاة يجعل مستقبلا للقبلة في أدائها باعتبار الظاهر وحمل أمره على الصحة حتى يتبين خلافه وان تبين أنه أخطأ القبلة فعليه اعادة الصلاة لان الظاهر يسقط اعتباره اذا تبين الحال بخلافه لان الحكم بجواز الصلاة هنا لانعدام الدليل المفسد لا للعلم بالدليل المجوز فاذا ظهر الدليل المفسد وجب الاعادة وكذلك ان كان أكبر رأيه أنه أخطأ فعليه الاعادة لان اكبر الرأى كاليقين خصوصاً فيما يبنى على الاحتياط وأما اذا شك ولم يتحر ولكن صلى الى جهة فان تبين أنه أخطأ القبلة أوا كبر رأيه أنه أخطأ أو لم يتبين من حاله شئ فعليه الاعادة لانه لما شك فقد لزمه التحرى لأجل هذه الصلاة وصار التحرى فرضاً من فرائض صلاته فاذا ترك هذا الفرض لاتجزيه صلاته بخلاف الاول لان التحري انما يفترض عليه اذا شك ولم يشك في الفصل الاول فأما اذا تبين أنه أصاب القبلة جازت صلاته لان فريضة التحرى لمقصود وقد توصل الى ذلك المقصود بدونه فسقط فريضة التحرى عنه وان كان أكبر رأيه انه أصاب فكان الشيخ الامام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد رحمهم الله تعالى يفتى بالجواز هنا أيضاً لان اكبر الرأى بمنزلة اليقين فيما لا يتوصل الى معرفته حقيقة والاصح أنه لا يجزيه لان فرض التحرى لزمه بيقين فلا يسقط اعتباره الا بمثله ولان غالب الرأي يجعل كاليقين احتياطاً والاحتياط هنا فى الاعادة فأما اذا شك وتحرى وصلى الى الجهة التي أدى اليها اجتهاده فان تبين انه أصاب أو أكبر رأيه أنه أصاب أولم يتبين من حاله شئ فصلاته جائزة بالاتفاق وكذلك ان تبين انه أخطأ فصلاته جائزة عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان تبين أنه تيامن أو تياسر فكذلك الجواب وان تبين انه استدبر الكعبة فصلاته فاسدة وعليه الاعادة في أحد القولين لانه تبين الخطأ

في اجتهاده فيسقط اعتبار اجتهاده كالقاضي فيما يقضي باجتهاده اذا ظهر النص بخلافه والمتوضئ بماء اذا علم بنجاسته بخلاف ماذا تيامن أو تياسر لان هناك لا يتيقن بالخطأ فان وجه المرء مقوس فان عند التيامن أو التياسر يكون أحد جوانب وجهه الى القبلة وأما عند الاستدبار لا يكون شئ من وجهه الى الكعبة فيتيقن بالخطأ به ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى ولله المشرق والمغرب الآية وفي سبب نزولها حديثان أحدهما ماروي عن عبد الله بن عامر رحمه الله تعالى قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر في ليلة طخياء مظلمة فاشتبهت علينا القبلة فتحرى كل واحد منا وخط بين يديه خطاً فلما أصبحنا اذا الخطوط على غير القبلة فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فنزلت الآية فقال صلى الله عليه وسلم أجزأتكم صلاتكم وفي حديث جابر رضى الله عنه قال كنا في سفر في يوم ذى ضباب فاشتبهت علينا القبلة فتحرى وصلى كل واحد منا الى جهة فلما انكشف الضباب فمنا من أصاب ومنا من أخطأ فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنزلت الآية ولم يأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة الصلاة وقال علي رضي الله عنه قبلة المتحري جهة قصده معناه تجوز صلاته اذا توجه الى جهة قصده والمعنى فيه انه مؤد لما كلف فيسقط عنه الفرض مطلقاً كما لو تيامن أو تياسر وبيان الوصف ماقررناه فيما سبق ان المقصود من طلب الجهة ليست عين الجهة انما المقصود وجه الله تعالى الا انه يؤمر بطلب الجهة لتحقيق معنى الابتلاء وما هو المقصود وهو الابتلاء قد تم بتحريه فيسقط عنه ما لزمه من الفرض ألا ترى ان في التيامن والتياسر على وجه لا يجوز مع العلم يحكم بجواز صلاته عند التحري للمعنى الذى قلنا فكذلك في الاستدبار وايضاح ماقلنا فيما نقل عن بعض العارفين قال قبلة البشر الكعبة وقبلة أهل السماء البيت المعمور وقبلة الكروبين الكرسي وقبلة حملة العرش العرش ومطلوب الكل وجه الله تعالى وهذا بخلاف ما اذا ظهرت النجاسة في الثوب أو في الماء لما قلنا ان ذلك مما يمكن الوقوف على حقيقته ولان التوضي بالماء النجس ليس بقربة فلا يمكن أداء الواجب به بحال فأما الصلاة الى غير القبلة قربة ألا ترى ان الراكب يتطوع على دابته حيث ما توجهت به اختياراً ويؤدي الفرض كذلك عند العذر أيضا وبنحو هذا فرق في الزكاة أيضا ان التصدق على الأب وعلى الغني قربة ولهذا لا يثبت له حق الاسترداد كما قررنا فأما اذا أعرض عن الجهة التي أدى اليها اجتهاده وصلى الى جهة أخرى

ثم تبين انه أصاب القبلة فعليه اعادة الصلاة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال أخشي عليه الكفر لاعراضه عن القبلة عنده وروى عنه أيضا أنه قال أما يكفيه أن لا يحكم بكفره وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز صلاته لان لزوم التحرى كان لمقصود وقد أصاب ذلك المقصود بغيره فكان هذا وما لو أصابه بالتحرى سواء وهذا على أصله مستقيم لانه يسقط اعتبار التحرى اذا تبين الامر بخلافه كما قال فى الزكاة واذا سقط اعتبار التحرى فكانه صلى الى هذه الجهة من غير تحر وقد تبين أنه أصاب فتجوز صلاته وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنه اعتقد فساد صلاته لان عنده أنه صلى الى غير القبلة فلا يجوز الحكم بجواز صلاته مع اعتقاده الفساد فيه كما لو اقتدى بالامام وهو يصلى الى غير جهته لم تجز صلاته اذا علم لاعتقاده أن امامه على الخطأ يوضحه أن الجهة التي أدي اليها اجتهاده صارت بمنزلة القبلة في حقه عملا حتي لو صلى اليها جازت صلاته وان تبين الامر بخلافه فصار هو فى الاعراض عنها بمنزلة مالو كان معاينا الكعبة فأعرض عنها وصلى الى جهة أخري فتكون صلاته فاسدة ولهذا لا يحكم بكفره لان تلك الجهة ما انتصبت قبلة حقيقة فى حق العلم وان انتصبت قبلة فى حق العمل فان كان تبين الحال له فى خلال الصلاة فنقول أما فى هذا الفصل فعليه استقبال الصلاة لانه لو تبين له بعد الفراغ لزمه الاعادة فاذا تبين في خلال الصلاة أولى ولم يرو عن أبي يوسف رضى الله عنه خلاف هذا وينبغى ان يكون هذا مذهبه أيضاً لانه قد يقول قوى حاله بالتيقن بالاصابة فى خلال الصلاة ولا ينبني القوى على الضعيف كالمومى اذا قدر على الركوع والسجود فى خلال الصلاة فاما اذا كان مصليا الى الجهة التى أدى اليها اجتهاده فتبين أنه أخطأ فعليه ان يتحول الى جهة الكعبة ويبنى على صلاته لانه لو تبين له بعد الفراغ لم يلزمه الاعادة فكذلك اذا تبين له فى خلال الصلاة وهذا لان افتتاحه الي جهة تلك الجهة قبلة في حقه عملا فيكون حاله كحال أهل قباحين كانوا يصلون الي بيت المقدس فاتاهم آت وأخبرهم ان القبلة حولت الى الكعبة فاستداروا كهيئتهم وهم ركوع ثم جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتهم وعلى هذا قالوا لو صلى بعض الصلاة الى جهة بالتحرى ثم تحول رأيه الى جهة أخرى يستقبل تلك الجهة ويتم صلاته لان الاجتهاد لا ينقض بمثله ولكن فى المستقبل يبني على ما أدى اليه اجتهاده حتى روي عن محمد انه قال لو صلى أربع ركعات الى أربع جهات

بهذه الصفة يجوز واختلف المتأخرون فيما اذا تحول رأيه الى الجهة الأولى فمنهم من يقول يستقبل تلك الجهة أيضاً فتتم صلاته جريا على طريقة القياس ومنهم من يستقبح هذا ويقول اذا آل الامر الى هذا فعليه استقبال الصلاة لانه كان أعرض عن هذه الجهة فى هذه الصلاة فليس له أن يستقبلها فى هذه الصلاة أيضاً فأما اذا افتتح الصلاة مع الشك من غير تحر ثم تبين له فى خلال الصلاة انه أصاب القبلة أو أكبر رأيه انه أصاب فعليه الاستقبال لان افتتاحه كان ضعيفا حتى لا يحكم بجواز صلاته ما لم يعلم بالاصابة فاذا علم فى خلال الصلاة فقد تقوى حاله وبناء القوى على الضعيف لا يجوز فيلزمه الاستقبال بخلاف ما اذا علم بعد الفراغ فانه لا يحتاج الى البناء ونظيره فى المومى والمتيمم وصاحب الجرح السائل بزول مابهم من العذر اذا كان بعد الفراغ لا يلزمهم الاعادة وان كان فى خلال الصلاة يلزمهم الاستقبال فأما اذا كان افتتحها من غير شك وتحر فان تبين في خلال الصلاة أنه أخطأ فعليه الاستقبال وان تبين أنه أصاب فهذا الفصل غير مذكور في الكتاب وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمهم الله تعالى يقول يلزمه الاستقبال أيضاً لان افتتاحه كان ضعيفا ألا ترى انه اذا تبين الخطأ تلزمه الاعادة فاذا تبين الصواب فى خلال الصلاة فقد تقوى حاله فيلزمه الاستقبال وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد رحمه الله تعالى يقول لا يلزمه الاستقبال وهو الاصح لان صلاته هنا في الابتداء كانت صحيحة لانعدام الدليل المفسد فبالتبين لا تزداد القوة حكما فلا يلزمه الانتقال بخلاف ما بعد الشك لان هناك صلاته ليست بصحيحة الا بالتيقن بالاصابة فاذا تبين أنه أصاب فقد تقوى حاله حكما فلهذا لزمه الاستقبال رجل دخل مسجداً لا محراب فيه وقبلته مشكلة وفيه قوم من أهله فتحرى القبلة وصلي ثم علم أنه أخطأ القبلة فعليه أن يعيد الصلاة لان التحرى حصل فى غير أوانه فان أوان التحرى مابعد انقطاع الادلة وقد بقى هنا دليل له وهو السؤال فكان وجود التحري كعدمه فيصير كانه صلى بعد الشك من غير التحرى فلا تجزيه صلاته الا اذا تبين أنه أصاب فكذا هذا عليه الاعادة لما تبين أنه أخطأ فان تبين أنه أصاب فصلاته جائزة واستشهد لهذا بمن أتي ماء من المياه أو حيا من الاحياء وطلب الماء فلم يجده فتيمم وصلى ثم وجده فان كان فى الحى قوم من أهله ولم يسألهم حتي تيمم وصلى ثم سألهم فأخبروه لم تجز صلاته وان سألهم فلم يخبروه أولم يكن بحضرته من يسأله أجزأته صلاته وكذلك لو افتتح الصلاة بالتيمم ثم رأى انسانا فظن أن عنده خبر الماء يتم صلاته

ثم يسأله فان أخبره أن الماء قريب منه يعيد الصلاة فان لم يعلم من خبر الماء شيئاً فليس عليه اعادة الصلاة وقد بينا في كتاب الصلاة هذه الفصول والفرق بينهما وبين ما اذا سأله في الابتداء فلم يخبره حتى صلى بالتيمم ثم أخبره فليس عليه اعادة الصلاة فأمر القبلة كذلك ولم يذكر في الكتاب أن هذا الاشتباه لو كان له بمكة ولم يكن بحضرته من يسأله فصلى بالتحري ثم تبين أنه أخطأ هل يلزمه الاعادة فقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى أنه لا اعادة عليه وهذا هو الاقيس لانه لما كان محبوسا في بيت وقد انقطعت عنه الادلة ففرضه التحري ويحكم بجواز صلاته بالتحري فلا تلزمه الاعادة كما لو كان خارج مكة وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول هنا تلزمه الاعادة لانه تيقن بالخطأ اذا كان بمكة ﴿قال﴾ وكذلك اذا كان بالمدينة لان القبلة بالمدينة مقطوع بها فانه انما نصبها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوحي بخلاف سائر البقاع ولان الاشتباه بمكة يندر والحكم لا ينبني على النادر فلا يندر تحريه للحكم بالجواز هنا بخلاف سائر البقاع فان الاشتباه يكثر فيها والاصل في المسائل بعد هذا أن الحكم للغالب لان المغلوب يصير مستهلكا في مقابلة الغالب والمستهلك في حكم المعدوم ألا ترى أن الاسم للغالب فان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير ثم يطلق على الكل اسم الحنطة وعلى هذا قالوا في قرية عامة أهلها المجوس لا يحل لاحد أن يشتري لحما ما لم يعلم أنه ذبيحة مسلم وفي القرية التي عامة أهلها مسلمون يحل ذلك بناء للحكم على الغالب ويباح لكل أحد الرمي في دار الحرب الى كل من يراه من بعد ما لم يعلم أنه مسلم أو ذمي ولا يحل له ذلك في دار الاسلام ما لم يعلم انه حربي ولو ان أهل الحرب دخلوا قرية من قرى أهل الذمة لم يجز استرقاق واحد منهم الا من يعلم بعينه انه حربي لان الغالب في هذه المواضع أهل الذمة ولو دخل قوم من أهل الذمة قرية من قري أهل الحرب جاز للمسلمين استرقاق أهل تلك القرية الا من يعلم انه ذمي ثم المسائل نوعان مختلط منفصل الاجزاء ومختلط متصل الاجزاء فمن المختلط الذي هو منفصل الاجزاء مسئلة المساليخ وهي تنقسم الى ثلاثة أقسام اما ان تكون الغلبة للحلال أو للحرام أو كانا متساويين وفيه حالتان حالة الضرورة بان كان لا يجد غيرها وحالة الاختيار ففي حالة الضرورة يجوز له التحري في الفصول كلها لان تناول الميتة عند الضرورة جائز له شرعا فلان يجوز له التحري عند الضرورة واصابة الحلال بتحريه مأمول كان أولى واما في حالة الاختيار فان كانت الغلبة للحلال بأن كانت المساليخ ثلاثة أحدها ميتة جاز له التحري أيضا

لان الحلال هو الغالب والحكم للغالب فبهذا الطريق جاز له التناول منها الا مايعلم انه ميتة فالسبيل ان يوقع تحريه على احدها انها ميتة فيتجنبها ويتناول ماسوى ذلك لا بالتحرى بل بغلبة الحلال وكون الحكم له وان كان الحرام غالبا فليس له ان يتحرى عندنا وله ذلك عند الشافعى لانه يتيقن بوجود الحلال فيها ويرجو إصابته بالتحرى فله ان يتحرى كما في الفصل الأول وهذا لان الحرمة فى الميتة محض حق الشرع والعمل بغالب الرأى جائز فى مثله كما في استقبال القبلة فان جهات الخطأ هناك تغلب على جهات الصواب ولم يمنعه ذلك من العمل بالتحرى فهذا مثله ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ان الحكم للغالب واذا كان الغالب هو الحرام كان الكل حراما فى وجوب الاجتناب عنها فى حالة الاختيار وهذا لانه لو تناول شيئاً منها انما يتناول بغالب الرأي وجواز العمل بغالب الرأى للضرورة ولاضرورة فى حالة الاختيار بخلاف ماذا كان الغالب الحلال فان حل التناول هناك ليس بغالب الرأى كما قررنا وهذا بخلاف أمر القبلة لان الضرورة هناك قد تقررت عند انقطاع الادلة عنه فوزانه ان لو تحققت الضرورة هنا بأن لم يجد غيرها مع ان الصلاة الى غير جهة الكعبة قربة جائزة فى حالة الاختيار وهو التطوع على الدابة وتناول الميتة لا يجوز مع الاختيار بحال ولهذا لا يجوز له العمل بغالب الرأى هنا في حالة الاختيار وكذلك ان كانا متساويين لان عند المساواة يغلب الحرام شرعا قال صلى الله عليه وسلم مااجتمع الحرام والحلال في شئ الاغلب الحرام الحلال ولان التحرز عن تناول الحرام فرض وهو مخير فى تناول الحلال ان شاء أصاب من هذا وان شاء أصاب من غيره ولا يتحقق المعارضة بين الفرض والمباح فيترجح جانب الفرض وهو الاجتناب عن الحرام ما لم يعلم الحلال بعينه أو بعلامة يستدل بها عليه ومن العلامة أن الميتة اذا ألقيت فى الماء تطفو لما بقى من الدم فيها والذكية ترسب وقد يعرف الناس ذلك بكثرة النشيش وبسرعة الفساد اليها ولكن هذا كله ينعدم اذا كان الحرام ذبيحة المجوسى أوذبيحة مسلم ترك التسمية عمداً ومن المختلط الذى هو متصل الاجزاء مسئلة الدهن اذا اختلط به ودك الميتة أو شحم الخنزير وهي تنقسم ثلاثة أقسام فان كان الغالب ودك الميتة لم يجز الانتفاع بشئ منه لا بأكل ولا بغيره من وجوه الانتفاع لان الحكم للغالب وباعتبار الغالب هذا محرم العين غير منتفع به فكان الكل ودك الميتة واستدل عليه بحديث جابر رضي الله عنه قال جاء نفر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا ان لنا سفينة في البحر وقد

احتاجت الى الدهن فوجدنا ناقة كثيرة الشحم ميتة افندهنها بشحمها فقال صلى الله عليه وسلم لاتنتفعوا من الميتة بشيء وكذلك ان كانا متساويين لان عند المساواة يغلب الحرام فكان هذا كالاول فأما اذا كان الغالب هو الزيت فليس له أن يتناول شيئاً منه في حالة الاختيار لان ودك الميتة وان كان مغلوبا مستهلكا حكما فهو موجود فى هذا المحل حقيقة وقد تعذر تمييز الحلال من الحرام ولا يمكنه أن يتناول جزءاً من الحلال الا بتناول جزء من الحرام وهو ممنوع شرعا من تناول الحرام ويجوز له أن ينتفع بها من حيث الاستصباح ودبغ الجلود بها فان الغالب هو الحلال فالانتفاع انما يلاقى الحلال مقصوداً وقد روينا فى كتاب الصلاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علىّ رضى الله تعالى عنه جواز الانتفاع بالدهن النجس لانه قال وان كان مائعا فانتفعوا به دون الاكل وكذلك يجوز بيعه مع بيان العيب عندنا ولا يجوز عند الشافعى رحمه الله تعالى لانه نجس العين كالخمر ولكنا نقول النجاسة للجار لا لعين الزيت فهو كالثوب النجس يجوز بيعه وان كان لاتجوز الصلاة فيه وهذا لان الى العباد احداث المجاورة بين الاشياء لاتقليب الاعيان وان كان التنجس يحصل بفعل العباد عرفنا أن عين الطاهر لايصير نجسا وقد قررنا هذا الفصل في كتاب الصلاة فان باعه ولم يبين عيبه فالمشترى بالخيار اذا علم به لتمكن الخلل فى مقصوده حين ظهر أنه محرم الاكل وان دبغ به الجلد فعليه أن يغسله ليزول بالغسل ماعلى الجلد من أثر النجاسة وما يشرب فيه فهو عفو ومن المختلط الذى هو منفصل الاجزاء مسئلة الموتي اذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار وهى تنقسم ثلاثة أقسام أيضا فان كانت الغلبة لموتى المسلمين فانه يصلى عليهم ويدفنون فى مقابر المسلمين لان الحكم للغالب والغالب موتى المسلمين الا أنه ينبغي لمن يصلى عليهم ان ينوى بصلاته المسلمين خاصة لانه لو قدر على التمييز فعلا كان عليه ان يخص المسلمين بالصلاة عليهم فاذا عجز عن ذلك كان له ان يخص المسلمين بالنية لأن ذلك فى وسعه والتكليف بحسب الوسع ونظيره مالو تترس المشركون باطفال المسلمين فعلى من يرميهم ان يقصد المشركين وان كان يعلم انه يصيب المسلم وان كان الغالب موتى الكفار لا يصلى على أحد منهم الا من يعلم انه مسلم بالعلامة لان الحكم للغالب والغلبة للكفار هنا وان كانا متساويين فكذلك الجواب لان الصلاة على الكافر لا تجوز بحال قال الله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ويجوز ترك الصلاة على بعض المسلمين كأهل البغي وقطاع الطريق

فعند المساواة يغلب ماهو الاوجب وهو الامتناع عن الصلاة على الكفار ولا يجوز المصير
الى التحرى هنا عندنا لما بينا ان العمل بغالب الرأى فى موضع الضرورة ولا تحقق الضرورة
هنا وذكر فى ظاهر الرواية انهم يدفنون فى مقابر المشركين لان فى حكم ترك الصلاة
عليه جعل كأنهم كفار كلهم فكذلك فى حكم الدفن هذا قول محمد رحمه الله تعالى فأما على
قول أبي يوسف رحمه الله ينبغى أن يدفنوا فى مقابر المسلمين مراعاة لحرمة المسلم منهم فان
الاسلام يعلو ولا يعلى ودفن المسلم فى مقابر المشركين لايجوز بحال وقيل بل يتخذ لهم مقبرة
على حدة لا من مقابر المسلمين ولا من مقابر المشركين فيدفنون فيها وأصل هذا الخلاف بين
الصحابة رضى الله عنهم في نظير هذه المسئلة وهو ان النصرانية اذا كانت تحت مسلم فماتت
وهى حبلى فانه لايصلى عليها لكفرها ثم تدفن فى مقابر المشركين عند على وابن مسعود رضى
الله عنهما ومنهم من يقول تدفن فى مقابر المسلمين لان الولد الذى فى بطنها مسلم ومنهم
من يقول يتخذ لها مقبرة على حدة فهذا مثله وهذا كله اذا تعذر تمييز المسلم بالعلامة فان أمكن
ذلك وجب التمييز ومن العلامة للمسلمين الختان والخضاب ولبس السواد فاما الختان فلانه
من الفطرة كما قال صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة وذكر من جملتها الختان الا ان من
أهل الكتاب من يختتن فانما يمكن التمييز بهذه العلامة اذا اختلط المسلمون بقوم من
المشركين يعلم انهم لايختتنون واما الخضاب فهو من علامات المسلمين قال صلى الله عليه
وسلم غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود وكان أبو بكر الصديق رضى الله عنه يختضب بالحناء
والكتم حتي قال الراوي رأيت ابن أبي قحافة رضى الله عنه على منبر رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولحيته كأنها ضرام عرفج واختلفت الرواية فى ان النبى صلى الله عليه وسلم هل
فعل ذلك فى عمره والأصح انه لم يفعل ولاخلاف انه لا بأس للغازي أن يختضب فى
دار الحرب ليكون أهيب في عين قرنه وأما من اختضب لاجل التزين للنساء
والجوارى فقد منع من ذلك بعض العلماء رحمهم الله تعالى والاصح أنه لا بأس به وهو
مروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال كما يعجبني أن تتزين لى يعجبها أن أتزين لها
وأما السواد من علامات المسلمين جاء فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل
مكة يوم الفتح وعلى رأسه عمامة سوداء وقال صلى الله عليه وسلم اذا لبست امتى السواد
فابغوا الاسلام ومنهم من روى فانعوا والاول أوجه فقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم

بشر العباس رضي الله عنه بانتقال الخلافة الى أولاده بعده وقال من علاماتهم لبس السواد والكفار لا يلبسون السواد فان أمكن التميز بشيء من هذه العلامة وجب المصير اليها كما اذا أمكن معرفة جهة القبلة بشيء من العلامات وجب المصير اليها عند الاشتباه ومن المختلط الذي هو منفصل الاجزاء مسئلة الثياب اذا كان في بعضها نجاسة كثيرة وليس معه ثوب غير هذه الثياب ولا ما يغسلها به ولا يعرف الطاهر من النجس فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر سواء كانت الغلبة للثياب النجسة او للثياب الطاهرة أو كانا متساويين بخلاف مسئلة المساليخ وعند التأمل لا فرق لان هناك يجوز له التحري عند الضرورة أيضاً والضرورة هنا قد تحققت لانه لا يجد بداً من ستر العورة في الصلاة ولا ثوب معه سوى هذه الثياب فجوزنا له التحري للضرورة ثم الفرق ان عين الثوب ليس بنجس ولا يلزمه الاجتناب عنه بل له ان يلبسه لغير الصلاة وان كان نجسا فاذا لم تكن النجاسة صفة العين كان له ان يلبس اي هذه الثياب شاء في غير الصلاة فانما يتحرى لما هو من شرائط الصلاة على الخصوص وهو طهارة الثوب فكان هذا والتحري لاستقبال القبلة سواء بخلاف المساليخ فان الميتة محرمة العين فاذا كانت الغلبة للحرام كان بمنزلة مالو كان الكل حراما في وجوب الاجتناب عنه والى نحو هذا أشار في الكتاب وقال لان الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد الصلاة معناه ليس عليه الاجتناب عن لبس الثوب النجس في هذه الحالة فلان يكون له أن يتحري واصابة الطاهر بتحريه مأمول أولى وفي المساليخ في حالة الاختيار عليه الاجتناب عن الحرام فاذا كانت الغلبة للحرام كان عليه الاجتناب أيضا واذا وقع تحريه في ثوبين على أحدهما انه هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع في أكبر رأيه على الآخر انه هو الطاهر فصلى فيه العصر لا يجوز لانا حين حكمنا بجواز الظهر فيه حكمنا بان الطاهر ذلك الثوب ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الآخر فلا يعتبر أكبر رأيه بعد ما جري الحكم بخلافه وهذا بخلاف أمر القبلة فانه اذا صلى الظهر الى جهة ثم تحول رأيه الى جهة أخرى فصلي العصر اجزأه لان هناك ليس من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بأن تلك الجهة هي جهة الكعبة ألا ترى أنه وان تبين الخطأ جازت صلاته فكان تحريه عند العصر الى جهة أخرى مصادفا محله وهنا من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بان الطاهر ذلك الثوب ألا تري انه لو تبينت النجاسة فيه تلزمه الاعادة يوضحه ان الصلاة الى

غير

غير جهة الكعبة يجوز في حالة الاختيار مع العلم وهو التطوع على الدابة والصلاة في الثوب الذى فيه نجاسة كثيرة لايجوز فى حالة الاختيار مع العلم فمن ضرورة جواز الظهر تعين صفة الطهارة فى ذلك الثوب والنجاسة في الثوب الآخر والأخذ بالدليل الحكمى واجب مالم يعلم خلافه فان استيقن أن الذي صلى فيه الظهر هو النجس اعاد صلاة الظهر لانه تبين له الخطأ بيقين فيما يمكن الوقوف عليه في الجملة وكذلك لو لم يحضره التحري ولكنه أخذ احد الثوبين فصلي فيه الظهر فهذا ومالو فعله بالتحرى سواء لان فعل المسلم محمول على الصحة مالم يتبين الفساد فيه فيجعل كان الطاهر هذا الثوب ويحكم بجواز صلاته الا أن يتبين خلافه وكذلك لولم يعلم ان فى احدهما نجاسة حتى صلى وهو ساه في احدهما الظهر وفى الاخر العصر وفى الاول المغرب وفى الآخر العشاء ثم نظر فاذا فى أحدهما قذر ولا يدرى انه هو الاول أو الآخر فصلاة الظهر والمغرب جائزة وصلاة العصر والعشاء فاسدة لانه لما صلى الظهر فى احدهما جازت صلاته باعتبار الظاهر فذلك بمنزلة الحكم بطهارة ذلك الثوب وبنجاسة الثوب الآخر فكل صلاة أداها فى الثوب الاول فهى جائزة وكل صلاة أداها في الثوب الثانى فعليه اعادتها ولا يلزمه اعادة ما صلى فى الثوب الاول من المغرب لمكان الترتيب لانه حين صلى المغرب ما كان يعلم أن عليه اعادة العصر والترتيب بمثل هذا العذر يسقط ومن المختلط الذى هو منفصل الاجزاء مسئلة الاوانى اذا كان فى بعضها ماء نجس وفي بعضها ماء طاهر وليس معه ماء طاهر سوى ذلك ولا يعرف الطاهر من النجس فان كانت الغلبة للأوانى الطاهرة فعليه التحري لان الحكم للغالب فباعتبار الغالب لزمه استعمال الماء الطاهر وإصابته بتحريه مأمول وان كانت الغلبة للأوانى النجسة أو كانا سواء فليس له أن يتحري عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يتحرى ويتوضأ بما يقع فى تحريه أنها طاهرة وهذا ومسئلة المساليخ سواء والفرق بين مسئلة الثياب وبين مسئلة الأوانى لنا أن الضرورة لا تتحقق فى الأوانى لان التراب طهور له عند العجز عن الماء الطاهر فلا يضطر الى استعمال التحرى للوضوء عند غلبة النجاسة لما أمكنه اقامة الفرض بالبدل وفى مسئلة الثياب الضرورة مست لأنه ليس للستر بدل يتوصل به الى اقامة الفرض حتى أن فى مسئلة الاوانى لما كان تحقق الضرورة فى الشرب عند العطش وعدم الماء الطاهر يجوز له أن يتحرى للشرب لانه لما جاز له شرب الماء النجس عند الضرورة فلأن

يجوز التحرى واصابة الطاهر مأمول بتحريه أولى يوضحه أن فى مسئلة الأوانى لو كانت كلها نجسة لا يؤمر بالتوضى بها ولو فعل لا تجوز صلاته فاذا كانت الغلبة له فكذلك أيضا وفي مسئلة الثياب وان كان الكل نجسة يؤمر بالصلاة فى بعضها ويجزيه ذلك فكذلك اذا كانت الغلبة للنجاسة وفى الكتاب يقول اذا كانت الغلبة للماء النجس يريق الكل ثم يتيمم وهذا احتياط وليس بواجب ولكنه ان أراق فهو أحوط ليكون تيمه في حال عدم الماء بيقين وان لم يرق أجزأه أيضا لانه عدم آلة الوصول الى الماء الطاهر وهو العلم والطحاوى رحمه الله تعالي يقول في كتابه يخلط الماءين ثم يتيمم وهذا أحوط لان بالاراقة ينقطع عنه منفعة الماء وبالخلط لا فانه بعد الخلط يسقى دوابه ويشرب عند تحقق العجز فهو أولى وبعض المتأخرين من أئمة بلخ كان يقول يتوضأ بالاناءين جميعا احتياطا لأنه يتيقن بزوال الحدث عند ذلك لانه قد توضأ مرة بالماء الطاهر وحكم نجاسة الاعضاء أخف من حكم الحدث فاذا كان قادراً على ازالة أغلظ الحدثين لزمه ذلك وقاسوا بمن كان معه سؤر الحمار يؤمر بالتوضي به مع التيمم احتياطاً ولسنا نأخذ بهذا لانه اذا فعل ذلك كان متوضئا بما يتيقن نجاسته وتتنجس أعضاؤه أيضا خصوصا رأسه فانه بعد المسح بالماء يتنجس وان مسحه بالماء الطاهر لا يطهر فلا معني للامر به بخلاف سؤر الحمار فانه ليس بنجس ولهذا لو غمس الثوب فيه جازت صلاته فيه فيستقيم الأمر بالجمع بينه وبين التيمم احتياطاً ثم الاصل بعد هذا أن التحرى في الفروج لا يجوز بحال لان التحرى انما يجوز فيما يحل تناوله عند الضرورة على ماقررنا أن استعمال التحرى نوع ضرورة والفرج لا يحل بالضرورة ألا ترى أن المكره على الزنا لا يحل له الاقدام عليه ومن خاف الهلاك من فرط الشبق لا يحل له الاقدام على الوطء فى غير الملك فلهذا لا يحل الفرج بالتحرى بحال بخلاف جميع ماتقدم من الفصول اذا عرفنا هذا فنقول رجل له أربع جوار أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها لم يسعه أن يتحرى للوطء لان المعتقة بعينها محرمة عليه فلا يحل له أن يقرب واحدة منهن حتي يعرف المحرمة بعينها وهذا لان قيام الملك في المحل شرط منصوص للحل وبتحريه لا يصير هذا الشرط معلوما بيقين بخلاف ما اذا أعتق احداهن بغير عينها فان العتق فى المنكر لا يزيل الملك عن المعين الا بالبيان فكان له أن يطأ من شاء منهن باعتبار الملك المتيقن به في المحل وكما لا يتحرى للوطء هنا لا يتحرى للبيع لان جواز البيع واباحته شرعا لا يكون الا باعتبار قيام الملك فى المحل

فان الحرة ليست بمحل للبيع شرعا ولا يخلى الحاكم بينه وبينهن حتي يبين المعتقة من غيرها فانه لا يسعه الا ذلك لانه علم أن احداهن محرمة عليه فليس له أن يخلى بينه وبين المحرمة ليرتكب الحرام بوطئها فيحول بينه وبينهن حتى يبين المعتقة وكذلك اذا طلق احدى نسائه بعينها ثلاثا ثم نسيها وهذا أبلغ من الاول لأن المطلقة ثلاثا محرمة العين لا تحل له بنكاح ولا غيره مالم تتزوج بزوج آخر وكذلك ان متن كلهن الا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة بخلاف ما اذا أوقع الطلاق على احداهن بغير عينها لان بموت الثلاث هناك يتعين الطلاق فى الرابعة وهنا الطلاق وقع على عين فلا يتحول بالموت من محل الى محل فحال هذه التى بقيت بعد موت ضرائرها كحالها قبل موتهن لا يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة فاذا أخبر بذلك فقد أخبر بحلها وهذا أمر بينه وبين ربه فيصدق فى ذلك مع اليمين ويستحلفه ما طلق هذه بعينها ثلاثا ثم يخلى بينهما اما اذا كانت تدعى هى الثلاث فغير مشكل وكذلك ان كانت لا تدعى ففي الحرمة معني حق الشرع الاتري ان البينة تقبل فيه من غير دعوى فلهذا يستحلفه القاضى اذا اتهمه فان حلف وهو جاهل بذلك فلا ينبغي له ان يقربها لانه مجازف في يمينه واليمين الكاذبة لاتحل الحرام وان ادعت كل واحدة منهن انها المطلقة حلفه القاضي لكل واحدة منهن فان نكل عن اليمين لهن فرق بينه وبينهن لان النكول فى حق كل واحدة منهن بمنزلة الاقرار وان حلف لهن بقى حكم الحيلولة كما كان لانا نتيقن انه كاذب في بعض هذه الايمان وروي ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه قال اذا حلف لثلاث منهن يتعين الطلاق فى الرابعة ضرورة فيفرق بينه وبينها كما لو أخبر انها هى المطلقة ولكن هذا لا يستقيم فيما اذا وقع على المعينة فى الابتداء لانه ليس اليه البيان انما عليه ان يتذكر وذلك لايحصل بيمينه لبعضهن بخلاف ما اذا كان الايقاع على غير المعينة فى الابتداء فان باع فى المسئلة الاولى ثلاثا من الجوارى فحكم الحاكم بجواز بيعهن وكان ذلك من رأيه وجعل الباقية هى المعتقة ثم رجع اليه مما باع شئ بشراء أو بهبة أو ميراث لم ينبغ له ان يطأها لان القاضي فى ذلك قضى بغير علم ولا معتبر للقضاء عن جهل ولانا نعلم أنه مخطئ في قضائه لانه حكم بجواز البيع فى محل لا يعرف فيه الملك بيقين فيكون باطلا وأدنى الدرجات فيه أن يكون حكمه بجواز البيع فى شخص متردد الحال بين الرق والحرية فلا ينفذ حكمه كما لو حكم بجواز

بيع المكاتب بغير رضاه ولا ينبغي للمولى أن يطأ شيئاً منهن بالملك الا أن يتزوجها فان تزوجها فلا بأس بوطئها لانها ان كانت حرة فالنكاح بينه وبينها صحيح وان كانت أمة فهي حلال له بالملك فهي إما زوجته أو أمته فله أن يقربها ولو أن قوما كان لكل واحد منهم جارية فأعتق أحدهم جاريته ثم لم يعرفوا المعتقة فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته حتي يعلم المعتقة بعينها لانا علمنا قيام الملك لكل واحد منهم في جاريته وحل وطئها له ولم نتيقن باكتساب سبب الحرمة من كل واحد منهم فله أن يتمسك بما يتيقن به لان اليقين لا يزال بالشك بخلاف ما تقدم لانا تيقنا هناك باكتساب سبب الحرمة من المولى في بعضهن فليس له الاقدام على الوطء ما لم يعلم أن الموطوءة خارجة عن تلك الحرمة وهذا لان القضاء بالحرمة يصح على المعلوم دون المجهول ففي المسئلة الاولى المقضى عليه المولى وهو معلوم فالجهالة في جانب الجوارى لا يمنع القضاء بحرمة هي حق الشرع وهنا المقضى عليه بالحرمة من الموالى مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فلكل واحد منهم ان يتمسك في جاريته بالحل الذي تيقن به حتى يعلم خلافه فان كان أكبر رأى أحدهم انه هو الذي أعتق فأحب الى أن لا يقربها وان قرب لم يكن ذلك عليه حراما حتي يستيقن لان أكبر الرأي يوجب الاحتياط ولا يزيل الملك والحرمة في هذا المحل باعتبار زوال الملك وذلك لا يثبت بأكبر الرأي ولو اشتراهن جميعاً رجل واحد قد علم ذلك لم يحل له أن يقرب واحدة منهن حتى يعرف المعتقة اما اذا اشتراهن بعقد واحد فهذا البيع باطل لان فيه الجمع بين الحرة والاماء وبيع الكل بثمن واحد وان اشتراهن بعقود متفرقة فنقول لما اجتمعن عنده وهو متيقن بأن احداهن محرمة عليه كان هذا ومالو كان المولى في الابتداء واحداً سواء لان المقضى عليه معلوم هنا ولو اشتراهن الا واحدة حل له وطئهن لانه لا يتيقن بالحرمة فيما اشتري فلعل المعتقة تلك الواحدة التي لم يشترها فلا يصير المقضى عليه بالحرمة معلوما بهذا فان وطئهن ثم اشترى الباقية لم يحل له وطء شئ منهن ولا بيعه حتى يعلم المعتقة منهن لانه يعلم ان احداهن محرمة عليه وليس لما سبق من الوطء تأثير في تمييز المعتقة من غير المعتقة لانه لا طريق لذلك الا التذكر والوطء ليس من التذكر في شئ وكذلك لو كان المشترى أحد أصحاب الجوارى لأنهن قد اجتمعن عنده فصار المقضي عليه بالحرمة معلوما ثم أعاد المسئلة الاولى لايضاح ما بينا ان التحرى لا يجوز في الفروج فقال لو مات المولى بعد ما أعتق واحدة منهن بعينها ونسيها فليس للقاضى أن يتحرى

ولا يأمر الورثة بذلك أيضا في تعيين المعتقة حتى لا يقول لهم اعتقوا التي أكبر رأيكم انها حرة واعتقوا أيتهن شئتم وكيف يقول لهم ذلك والعتق الواقع على شخص بعينه لا يتصور انتقاله الى شخص آخر بحال ولكنه يسألهم عن ذلك فان زعموا ان الميت أعتق فلانة بعينها أعتقها واستحلفهم على علمهم في الباقيات لانهم خلفاء المورث وخبرهم كخبر المورث أن المعتقة هذه الا ان اليمين في حقهم على العلم لانه استحلاف على فعل الغير فان لم يعرفوا شيئا من ذلك أعتقهن جميعا وأبطل من قيمتهن قيمة واحدة بينهن بالحصص ويسعين فيما بقي لانه تعذر استدامة الملك فيهن لحق الشرع فيخرجن الى الحرية بالسعاية كام ولد النصرانية أسلمت تخرج الى الحرية بالسعاية الا أنه يسقط عنهن ما يتيقن بسقوطه وهو قيمة واحدة ثم ختم الكتاب بهذا في بعض النسخ ذكر بابا من كتاب الاجارات وكانه تذكر تلك المسائل حين صنف هذا الكتاب فأثبتها لكيلا يفوت فقال رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعتق نافذ لقيام الملك في رقبته وحق المستأجر انما يثبت في المنفعة دون الرقبة ولا تأثير لما استحقه من اليد الا في عجز المولى عن تسليمه والقدرة على التسليم ليس بشرط لنفوذ العتق حتى ينفذ العتق في الآبق والجنين في البطن ثم يخير العبد في فسخ الاجارة لان على احدى الطريقين الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة ولو أجره ابتداء بعد العتق لا يلزم العقد الا برضاه فكذلك لا يتجدد انعقاد العقد لازما بعد العتق الا برضاه وعلى الطريق الآخر العقد وان انعقد جملة فهو يحتمل الفسخ بعذر والعذر قد تحقق هنا لان لزوم تسليم النفس للخدمة بعد العتق بعقد باشره المولى يلحق الشين به ويكون ذلك عذراً له في فسخ الاجارة أرأيت لو تفقه وقلد القضاء أكان يجبر على الخدمة بسبب ذلك العقد يقرره ان في اجارة النفس للخدمة كدا وتعبا فلا يلزم من المولى على العبد الا في منافع مملوكة للمولي والمنافع بعد العتق تحدث على ملك العبد فيثبت له الخيار بظهور هذا النوع من الملك له كالمنكوحة اذا أعتقت يثبت لها الخيار لملكها أمر نفسها أو زيادة ملك الزوج عليها فان فسخ العقد فأجر ما مضى للمولى لان ما يقابله استوفي على ملكه بعقده وان مضى على الاجارة فللعبد أجر ما بقي من المدة لانه بدل ما هو مملوك للعبد فان المنافع بعد العتق تحدث على ملكه والبدل انما يملك بملك الاصل وهذا بخلاف المنكوحة فانها اذا لم تختر نفسها بعد العتق فالصداق للمولى وان لم يدخل بها الزوج قبل العتق لان الصداق وجب بالعقد جملة واستحقه

المولى عوضاً عن ملكه وهنا الأجر يجب شيئاً فشيئاً بحسب مايستوفى من المنفعة أو بتجدد انعقاد العقد على احد الطريقين هنافهو بمنزلة مالو أجره بعد العتق برضاه فيكون الأجر للعبد الا ان المولى هو الذى يتولى قبضه لان الوجوب بعقده وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وليس للعبد ولاية ان يقبضها الا بوكالة المولى وليس له ان ينقض العقد بعد اختياره المضي عليها لانه أسقط خياره كالمعتقة اذا اختارت زوجها فان كان المستأجر عجل الاجرة كلها للمولى قبل ان يعمل العبد شيئا فى أول الاجارة فهذا والاول سواء الا خصلة واحدة اذا اختار العبد المضى على الاجارة فالاجر كله للمولى لانه ملك الاجر بالقبض وما ملكه المولى من كسب العبد يبقى على ملكه بعد عتقه بخلاف الاول لانه ماملك الاجر بنفس العقد هناك وانما يملكه شيئاً فشيئا بحسب ما يستوفى من المنفعة وان فسخ العبد الاجارة فى بقية المدة فعلى المولى رد حصة ذلك من الاجر على المستأجر كما لو تفاسخا العقد وهذا لان المولى أكسب سبب ثبوت الخيار للعبد وفسخ العقد من العبد بناء عليه فيصير مضافا الى المولى فلهذا يلزمه الرد بحساب ما بقى من المدة واذا اختار المضي فقد بقي العقد على ما باشر المولى والملك فى جميع الاجر قد ثبت للمولى بذلك العقد فيبقى ولا يتحول شئ منه الى العبد وان كان الاجر شيئاً بعينه فى جميع هذه الوجوه فالجواب فيه والجواب في الدراهم والدنانير سواء وهذا أظهر لان الاجرة لما كانت بعينها لا تملك قبل التعجيل ولا تجب وجوبا مؤجلا ولا حالا وفى الاجر اذا كان بغير عينه كلام أنه هل يجب بنفس العقد وجوبا مؤجلا أم لا فاذا كان هناك حصة ما بقي من المدة للعبد فهنا أولى ﴿ قال ﴾ وكذلك الجواب في العبد اذا ولى اجارة نفسه باذن المولى الا أن العبد هو الذى يلى القبض هنا اذا اختار المضى على الاجارة لانه المباشر للعقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو الذي يطالب برد ما يجب رده من المقبوض عند الفسخ لانه هو الذي قبضه بحكم العقد ثم يرجع هو على المولى به عينا كان ذلك فى يد المولى أو مستهلكا لانه انما وجب بعد العتق والفسخ وهو من أهل أن يستوجب على مولاه دينا فى هذه الحالة وقد لزمه هذا الدين بسبب كان هو في مباشرته عاملا لمولاه باذنه فيثبت له به حق الرجوع عليه ثم ذكر في الكتاب سؤالا فقال كيف يكون للعبد أن يفسخ الاجارة وهو الذى يليها ثم أجاب فقال لانها تمت فى حال رقه باذن المولى فكأن المولى هو الذى باشر العقد ألا ترى لو أن أمة زوجت نفسها باذن مولاها ثم عتقت كان لها الخيار كما

لو كان المولى هو الذي زوجها وكذلك الصبي اذا أجره الوصي في عمل من الاعمال فلم يعمل حتى بلغ الصبي مبلغ الرجال فهو بالخيار بين المضي على الاجارة وفسخها وكذلك الاب اذا أجر ابنه ثم أدرك الابن لما بينا أن في اجارة النفس كداً وتعبا فلا يلزم من الاب والوصي في حق الصبي بعد بلوغه وما يلحقه من المشقة يصير عذراً له في الفسخ بخلاف مالو أجر داره أو عبده سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الاجارة والشافعي رحمه الله تعالى يسوى بينهما فيقول العقد نفذ بولاية تامة فلا يثبت له حق الفسخ بعد ذلك في الفصلين والفرق لنا بين الفصلين من وجهين أحدهما أنه ليس في اجارة الدار والعبد معني الكد والعار في حق الصبي اذا أدرك فلا يثبت له حق الفسخ بخلاف اجارة النفس والثاني أن اجارة الدار والعبد يملك بالولاية ألا ترى أن من لاولاية له من القرابات ممن يعول الصبي ليس له ولاية اجارة داره وعبده فاذا نفذ باعتبار قيام ولايتهما يجعل كأنهما باشراه بعد البلوغ بالولاية فأما صحة اجارة النفس ليس باعتبار الولاية بل باعتبار المنفعة والمصلحة للولد في ذلك ليتأدب ويتعلم مايحتاج اليه الا ترى ان من يعول اليتيم يملك ذلك منه وببلوغه زال هذا المعني لانه صار من أهل النظر لنفسه فيما يحتاج اليه فلهذا يثبت له الخيار واذا أجر العبد المحجور عليه نفسه من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس ان لا يجب الأجر لان المستأجر كان ضامنا له حين استعمله بغير اذن مولاه والاجر والضمان لا يجتمعان ولكنا نستحسن اذا سلم العبد ان يجعل له الاجر فيما مضى لان في ذلك محض منفعة لا يشوبه ضرر والعبد غير محجور عن اكتساب المال ومايكون فيه محض منفعة كالاحتطاب والاحتشاش بخلاف ما اذا هلك فان الضمان قد تقرر عليه من حين استعمله وهو يملكه بالضمان من ذلك الوقت فتبين انه استعمل عبد نفسه فلا يجب الاجر وبه فارق الصبي المحجور اذا أجر نفسه ومات في خلال العمل فانه يجب الاجر بحساب ما عمل لان الصبي الحر لا يملك بالضمان فلا ينعدم السبب الموجب للاجر فيما مضي وان هلك الصبي من استعماله غرم ديته واذا سلم العبد من العمل حتى وجب الاجر بحساب ما مضي يقبضه العبد فيدفعه الي مولاه لانه وجب بعقده ولكن بمقابلة منافع هي مملوكة للمولى فيلزمه دفعه الى المولى وتجوز الاجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الاجارة لانها نفذت بعد عتقه بغير اجارة المولى فكأنه باشره بعد العتق ألا ترى ان أمة

لو زوجت نفسها بغير اذن المولى ثم أعتقها المولى نفذ العتق ولا خيار لها بخلاف ماإذا كان
عقدها باذن المولى أو اجازه المولى قبل العتق فكذلك فى الاجارة وكذلك الجواب هنا
ان كان قبض الاجر فى حال رقه لان للعبد منه حصة ما بقي وللمولى حصة مامضى بخلاف
ما تقدم لان العقد هناك كان نافذاً فالاجر كله بالقبض صار ملكا للمولي وهنا العقد
لم يكن نافذا لان مباشره محجور عليه فانما ينفذ بحسب ما يستوفى من المنفعة لانه
حينئذ يتمحض منفعة فحصة ما استوفى من المنفعة صار مملوكا من الآجر
فيكون للمولى وحصة ما لم يستوف من المنفعة لم يصر مملوكا وان
كان مقبوضا وانما يملك بعد العتق باعتبار ابقاء المنفعة وانما
أو في فيما بقي من المدة المنافع التى هى مملوكة له فلهذا
كان الاجر بحساب ما بقى من المدة للعبد والله
أعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب اللقيط ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رضي الله عنه اللقيط لغة اسم لشئ موجود فعيل بمعني مفعول كالقتيل والجريح بمعنى المقتول والمجروح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة مضيعه آثم ومحرزه غانم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف الهلاك واحياء الحي بدفع سبب الهلاك عنه قال تعالى ومن أحياها فكانما أحيا الناس جميعا ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرا ولم يوقر كبيرا فليس منا وفى رفعه اظهار الشفقة وهو أفضل الاعمال بعد الايمان على ما قيل أفضل الاعمال بعد الايمان بالله التعظيم لامر الله والشفقة على خلق الله وقد دل على ما قلنا الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن الحسن البصرى أن رجلا التقط لقيطا فأتى به عليا رضى الله تعالى عنه فقال هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذى وليت منه أحب الى من كذا وكذا فقد استحب على رضى الله تعالى عنه مع جلالة قدره أن يكون هو الملتقط له فدل على أن رفعه أفضل من تركه ﴿فان قيل﴾ مامعني هذا الكلام وكان متمكنا من أخذه بولاية الامامة ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن احياؤه كان فى التقاطه حين كان على شرف الهلاك ولا يحصل ذلك بالاخذ منه بعد ماظهر له حافظ ومتعهد فلهذا استحب ذلك مع أنه لاينبغي للامام أن يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به باعتبار يده وفى هذا الحديث دليل على أن اللقيط حر وهو المذهب أنه حر مسلم اما باعتبار الدار لان الدار دار حرية واسلام فمن كان فيها فهو حر مسلم باعتبار الظاهر أو باعتبار الغلبة لان الغالب فيمن يسكن دار الاسلام الاحرار المسلمون والحكم للغالب أو باعتبار الاصل فالناس أولاد آدم وحواء عليهما السلام وكانا حرين

فلهذا كان اللقيط حراً وفى حديث آخر أن عليا رضى الله عنه فرض له وهذا يدل على أن نفقة اللقيط في بيت المـال لانه عاجز عن الكسب محتاج الى النفقة ومال بيت المـال معد للصرف الي المحتاجين وفى حديث آخر أن عليا رضى الله عنه قال ولاؤه وعقـله للمسلمين وهو المذهب أن عقل جنايته على بيت المال لانه لو مات وترك ما لا كان ماله مصروفا الى بيت المال ميراثا للمسلمين فكذلك عقل جنايته ونفقته على بيت المال لان الغنم مقابل بالغرم وهو مروي عن عمر رضى الله عنه أيضا قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وذكر فى حديث الزهري رضى الله عنه عن سنين ابى جميلة قال وجـدت منبوذا على بابي فأتيت به عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال عمر رضى الله عنه عسى الغوير ابؤسا هو حر ونفقته علينا ومعنى المنبوذ المطروح قال تعالى فنبذوه وراء ظهورهم وهو الاسم الحقيقي للموجود لانه مطروح وانما سمى لقيطا باعتبار مآله وتفاؤلا لاستصلاح حاله فاما معنى قول عمر رضي الله عنه عسى الغوير أبؤسا مثل معروف لمايكون باطنه بخلاف ظاهره وأول من تكلم به الزباء الملكة حين رأت الصناديق فيها الرجال وقدأخبرت ان فيها الاموال فلما أحست بذلك أنشأت تقول

ما للجمال مشـيها وئيـدا ... أجندلا تحمل أم حديدا
أم صرفانا باردا شـديداً ... أم الرجال جثما قعـوداً

ثم قالت عسى الغوير أبؤسا فطاركلامها مثلا وكان عمر رضى الله عنه ظن ان هذا الرجل جاء اليه بولده يزعم أنه لقيط ليستوفى منه نفقته فلهذا ذكر هذا المثل وفى الحديث دليل أن الملتقط ينبغى له أن يأتى باللقيط الى الامام وينبغي للامام أن يعطى نفقته من بيت المال وأنه يكون حراً كما قال عمر رضي الله عنـه نفقته علينا وهو حر وان انفق عليـه الملتقط فهو فى نفقته متطوع لا يرجع بها على اللقيط اذا كبر لانه غير مجبور على ماصنع شرعا والمتطوع من يكون مخيراً غير مجبر على ايجاد شيء شرعا ولو أنفق على ولد له أب معروف بغير اذن أبيه كان متطوعا فى ذلك فكذلك اذا أنفق على اللقيط وهذا لان بالالتقاط يثبت له من الحق بقدرماينتفع به اللقيط وهو الحفظ والتربية ولم يثبت له عليه ولاية الزام شيء في ذمته لان ذلك لا ينفعه ولانه ليس بينهما سبب مثبت للولاية ولهذا لا يرجع بالنفقة عليه ولان الغالب من أحوال الناس أنهم بمثل هذا يتبرعون وفى الرجوع لا يطمعون ومطلق الفعل محمول على ماهو المعتاد فان أمره

القاضي أن ينفق عليه على ان يكون ذلك دينا عليه فهو جائز وهو دين عليه لان القاضي نصب ناظراً ومعنى النظر فيما أمر به فانه اذا لم يكن في بيت المال مال وأبى الملتقط أن يتبرع بالانفاق فتمام النظر بالامر بالانفاق عليه لانه لايبقى بدون النفقة عادة وللقاضي عليه ولاية الالزام لانه ولى كل من عجز عن التصرف بنفسه يثبت ولايته بحق الدين ومن وجه هذه الولاية فوق الولاية الثابتة بالابوة فلهذا اعتبر أمره في الزام الدين عليه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولايشترط ان يكون دينا عليه ولان أمر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من أهله ولو أمر غيره بالانفاق عليه كان ماينفق دينا عليه فكذلك اذا أمر القاضي به والاصح ماذكره في الكتاب أن يأمره على أن يكون دينا عليه لان مطلقه محتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ماشرع فيه من التبرع فانما يزول هذا الاحتمال اذا اشترط أن يكون دينا له عليه فلهذا قيد الامر به فاذا ادعى بعد بلوغه أنه أنفق عليه كذا وصدقه اللقيط في ذلك رجع عليه به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى المدعى البينة لانه يدعى لنفسه دينا في ذمته وهو ليس بأمين في ذلك وانما يكون أمينا فيما ينفي به الضمان عن نفسه فلهذا كان عليه اثبات مايدعيه بالبينة وشهادة اللقيط بعد مادرك جائزة اذا كان عدلا لانه حر مسلم فيكون مقبول الشهادة في الأمور كلها اذا ظهرت عدالته وكان مالك يقول لاتقبل شهادته في الزنا لانه في الناس متهم بانه ولد الزنا فيعير بذلك فربما يقصد بشهادته الحاق عار الزنا بغيره ليسويه بنفسه ولكن هذا ضعيف فان الزاني بعد ظهور توبته مقبول الشهادة في الزنا والسارق كذلك ثم تهمة الكذب كما تنفى عنه في سائر الشهادات بترجح جانب الصدق عند ظهور عدالته فكذلك في الشهادة بالزنا وجنايته والجناية عليه وحدوده كغيره من الأحرار المسلمين لانه محكوم بحريته باعتبار الظاهر كما قررنا رجل التقط لقيطا فادعى رجل انه ابنه صدقته استحسانا وثبت نسبه منه ألا ترى ان الذي التقط لو ادعاه يثبت نسبه منه والقياس والاستحسان في الفصلين أما الملتقط اذا ادعاه في القياس لايصدق لانه مناقض في كلامه فقد زعم انه لقيط في يده وابنه لايكون لقيطا في يده ولانه يلزمه النسبة اليه اذا بلغ وليس له عليه ولاية الالزام وفي الاستحسان هو يقر له بما يحتاج اليه اللقيط فانه محتاج الى النسب ليتشوف به ويندفع العار عنه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط ثبت له عليه هذا المقدار يوضحه

أنه يلتزم حفظه ونفقته بهذا الاقرار وهـذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية ثم التناقض لا يمنع ثبوت النسب بالدعوة كالملاعن اذا أكذب نفسه وهذا لان سببه خفي فربما اشتبه عليه الامر في الابتداء فظن أنه لقيط ثم تبين له أنه ولده وان ادعاه غير الملتقط في القياس لا يثبت نسبه منه وهذا قياس آخر سوى الاول لانه يقصد بهذه الدعوة أن يأخذه من الملتقط وحق الحفظ قد ثبت للملتقط على وجه ليس لغيره أن يأخذه منه فلا يقبل مجرد دعواه في ابطال الحق الثابت له وجـه الاستحسان أن اللقيط محتاج الى النسب فهو فى دعوة النسب يقر له بما ينفعه ويلتزم حقا له فكان دعواه كدعوى الملتقط لنسبه ثم يترجح هو على الملتقط فى الحفظ حكما لثبوت نسبه ومثل هذا يجوز أن يثبت حكما وان لم يتمكن من اثباته قصدا كما أن النسب والميراث يثبت بشهادة القـابلة على الولادة حكما وان كان لا يثبت المال بشهادتها قصداً يوضحه أنه اذا قصد أخذ اللقيط من يده فانما منازعته فى عين ما باشره الاول فيترجح الاول بالسبق وأما اذا ادعى نسبه فمنازعته ليست في شئ باشره الملتقط فصحت دعوته لمصادفتها محلها ولا منازع له فى ذلك ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو أحق بحفظ ولده من أجنبي واذا أبي الملتقط ان ينفق على اللقيط وسأل القاضى ان يقبـله منه فللقاضى ان لا يصدقه فى ذلك مالم يقم البينة على انه لقيط لانه متهم فيما يقول فلعـله ولده أو بعض من تلزمه نفقته واحتال بهذه الحيلة ليسقط نفقته عن نفسه فلهذا لا يصـدقه مالم يقم البينة فاذا أقام البينة انه لقيط قبل منه البينة من غير خصم حاضر إما لانها تقوم لكشف الحال والبينة لكشف الحال مسموعة من غير خصم أو لانها غـير ملزمة واشتراط حضور الخصم لمعني الالزام ثم القاضى مخير ان شاء قبضه منه وإن شاء لم يقبض ولـكن يوليـه ما تولى فيقول له قد التزمت حفظه فأنت وما التزمت وليس لك ان تلزمني ما التزمته والاولى أن يقبضه اذا علم بعجزه عن حفظه والانفاق عليه لان في تركه فى يده تعريضه للهلاك ولان الاخذ الآن من باب النظر والقاضى منصوب لذلك فان أخذه ووضعه فى يد رجل وأمره بأن ينفق عليه على ان يكون ذلك دينا على اللقيط ثم ان الذى التقطه سأل القاضى ان يرده عليه فهو بالخيار ان شاء رده عليه وان شاء لم يرد لانه أسقط ما كان له من حق الاختصاص فحاله بعد ذلك كحال غيره من النـاس فى طلب الرد رجل التقط لقيطا فجاء رجل آخر فانتزعه منه فاختصما فيه فانه يدفع الى الاول لان يده سبقت اليه فكان هو أحق بحفظه

ثم الثاني بالاخذ فوت عليه يدا محقة فيؤمر باعادتها بالرد عليه وهذا لان الاول أخذ ماهو مندوب الي أخذه والثاني أخذ ما هو ممنوع من أخذه لحق الاول فلا تكون يده معارضة ليد الاول ولا ناسخة لها واذا كبر اللقيط فادعاه رجل فذلك الى اللقيط لانه في يد نفسه وله قول معتبر اذا كان يعبر عن نفسه فيعتبر تصديقه لاثبات النسب منه وهذا لان المدعى يقر له بالنسب من وجه ويدعى عليه وجوب النسبة اليه من وجه فلا يثبت حكم كلامه في حقه الا بتصديقه دعوى كان أو اقرارا واذا صدقه يثبت النسب منه اذا كان مثله يولد لمثله فأما اذا كان مثله لا يولد لمثله لا يثبت النسب منه لان الحقيقة تكذبهما وجناية اللقيط على بيت المال لان ولاءه لبيت المال فان الولاء مطلوب لمعنى التناصر والتقوى به ومن ليس له مولى معين فتناصره بالمسلمين وانما يتقوى بهم فاذا كان ولاؤه لهم كان موجب جنايته عليهم يؤدى من بيت المال لانه مالهم وميراثه لبيت المال دون الذي التقطه ورباه لان استحقاق الميراث لشخص بعينه بالقرابة أو ما في معناه من زوجية أو ولاء وليس للملتقط شيء من ذلك ﴿فان قيل﴾ هو بالالتقاط والتربية قد أحياه فينبغي أن يثبت له عليه الولاء كما يثبت للمعتق بالاعتاق الذي هو احياء حكما ﴿قلنا﴾ هذا ليس في معنى ذلك لان الرقيق في صفة مالكية المال هالك والمعتق محدث فيه لهذا الوصف واللقيط كان حيا حقيقة ومن أهل الملك حكماً فالملتقط لا يكون محييا له حقيقة ولا حكما فلا يثبت له عليه ولاء مالم يعاقده عقد الولاء بالبلوغ واذا ثبت أنه لا ميراث للملتقط منه كان ميراثه لبيت المال لانه مسلم ليس له وارث معين فيرثه جماعة المسلمين بوضع ماله في بيت المال وان والي رجلا بعد ماأدرك جاز كالو والى الملتقط لان ولاءه لبيت المال لم يتأكد بعد فله أن يوالى من شاء بخلاف ماإذا جنى جناية وعقله بيت المال فان هناك قد تأكد ولاؤه للمسلمين حين عقلوا جنايته فلا يملك ابطال ذلك بعقد الموالاة مع أحد كالذى أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء الا أن يجني جناية ويعقله بيت المال ولا يجوز للملتقط على اللقيط ذكرا كان أو أنثي عقد النكاح ولا بيع ولا شراء لان نفوذ هذه التصرفات على الغير يعتمد الولاية كما قال صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى ولا ولاية للملتقط على اللقيط وانما له حق الحفظ والتربية لكونه منفعة محضة في حقه وبهذا السبب لا تثبت الولاية وان ادعى ان اللقيط عبده لم يصدق بعد ان يعرف أنه لقيط لانه محكوم بحريته باعتبار الظاهر فلا يبطل ذلك بمجرد قوله ولان يده يد حفظ فلا

يمكنه أن يحول يده يد ملك بمجرد قوله من غير حجة وهذا بخلاف ما اذا ادعى أنه ابنه لان ذلك اقرار للقيط بما ينفعه وهذا دعوى عليه بما يضره وهو تبديل صفة المالكية بالمملوكية ولو أن رجلا وجد لقيطا معه مال فوضعه القاضي على يده وقال انفق عليه منه فهو جائز لان ذلك المال للقيط فانه موجود معه فكانت يده أسبق اليه من يد غيره وانما ينفق عليه من ماله ولان الظاهر ان واضعه وضع ذلك المال لينفق عليه منه والبناء على الظاهر جائز مالم يظهر خلافه وهو مصدق في نفقة مثله لانه أمين يخبر بما هو محتمل وينكر وجوب الضمان عليه فيقبل قوله في ذلك كمن دفع الى انسان مالا وأمره بأن ينفق على عياله يقبل قوله فى نفقة مثلهم وما اشترى من طعام أو كسوة فهو جائز عليه لان القاضى لما أمره بانفاق المال عليه فقد أمره بأن يشتري به ما يحتاج اليه من الطعام والكسوة وللقاضى عليه هذه الولاية فكذلك ما يملكه الملتقط بأمر القاضى واذا مات اللقيط وترك ميراثا أو لم يترك فادعي رجل أنه ابنه لم يصدق لان نسبه لا يثبت بعد الموت فان حكم النسب وجوب الانتساب والمقصود به الشرف وذلك لا يتحقق بعد الموت ولان صحة الدعوة باعتبار أنه أقر له بما يحتاج اليه وهو بالموت قد استغنى عن النسب فبقى كلامه دعوى الميراث فلا يصدق الا بحجة واذا أدرك اللقيط كافراً وقد وجد فى مصر من امصار المسلمين حبس وأجبر على الاسلام استحسانا لانه لما وجد فى مصر من أمصار المسلمين فقد حكم له بالاسلام باعتبار المكان فانه مكان المسلمين ومن حكم له بالاسلام تبعا لغيره اذا أدرك كافراً يجبر على الاسلام ولا يقتل استحسانا كالمولود من المسلمين اذا بلغ مرتداً وفى القياس يقتل ان أبى ان يسلم لانه كان محكوما باسلامه فيقتل على الردة كما لو وصف الاسلام بنفسه قبل البلوغ ثم ارتد ولكن فى الاستحسان لا يقتل لان حقيقة الاسلام تكون بالاعتقاد بالقلب والاقرار باللسان وقد انعدم ذلك منه فيصير هذا شبهة فى اسقاط القتل الذى هو نهاية فى العقوبة فى الدنيا وهذا لان ثبوت حكم الاسلام له بطريق التبعية كان لتوفير المنفعة عليه وليس في القتل معنى توفير المنفعة وهو نظير ما نقول فى الصبي العاقل اذا أسلم يحسن اسلامه ثم اذا بلغ مرتدا يحبس ويجبر على الاسلام ولا يقتل فان مات هذا اللقيط قبل ان يعقل صليت عليه سواء كان وجده مسلم أو ذمى لانه حكم باسلامه تبعاً للمكان فيصلى عليه اذا مات كالصبى اذا سبي وأخرج الى دار الاسلام وليس معه أحد من أبويه يصلى عليه اذا مات ﴿قال﴾ ولو كان وجد فى بيعة أو كنيسة أو قرية ليس

فيها الا مشرك لم يجبر على الاسلام اذا بلغ كافراً وان مات قبل أن يعقل لم يصل عليه لان الظاهر أنه من أولاد أهل تلك القرية وهم كفار كلهم وهذه المسئلة على أربعة أوجه فى الحاصل أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوماله بالاسلام والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما بالكفر لايصلى عليه اذا مات والثالث أن يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكفار في هذين الفصلين اختلفت الرواية ففى كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفى رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى قال العبرة للواجد فى الفصلين جميعا وهكذا ذكر فى بعض النسخ من كتاب الدعوى وفى بعض النسخ قال أيهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك وفى بعض النسخ قال يحكم زيه وعلامته وجه رواية هذا الكتاب أن المكان اليه أسبق من يد الواجد وعند التعارض يترجح السابق والظاهر يدل عليه فان المسلمين لايضعون أولادهم في البيعة عادة وكذلك أهل الذمة لايضعون أولادهم فى مساجد المسلمين عادة فيبنى على الظاهر ما لم يعلم خلافه وجه رواية ابن سماعة رضى الله تعالى عنه أن يد الواجد أقوي لانه احراز له والمباح بالاحراز يظهر حكمه وانما يعتبر تبعية المكان عند عدم يد معتبرة ألا ترى أن من سبي ومعه أحد أبويه لا يحكم له بالاسلام باعتبار الدار فكذلك مع يد الواجد لا معتبر بالمكان فكان المعتبر فيه حال الواجد ووجه الرواية الاخرى أن اعتبار أحدهما يوجب الاسلام واعتبار الآخر يوجب الكفر فيترجح الموجب للاسلام كما فى المولود بين مسلم وكافر ووجه الرواية التى يعتبر فيها الزى قال عند الاشتباه اعتبار الزي والعلامة أصل كما اذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة للفصل وكذلك المسلمون اذا فتحوا القسطنطينيه فوجدوا شيخا عليه سيما المسلمين يعلم صبيانا حوله القرآن ويزعم أنه مسلم فانه يجب الاخذ بقوله ولا يجوز استرقاقه لاعتبار الزى والعلامة والاصل فيه قوله تعالى تعرفهم بسيماهم فهذا اللقيط اذا كان عليه زى المسلمين يحكم باسلامه أيضاً واذا كان عليه زي الكفار بأن كان فى عنقه صليب أو عليه ثوب ديباج أو هو محروز وسط الرأس فالذى يسبق الى وهم كل أحد أنه من أولاد الكفار فيحكم بكفره وان وجده مسلم فى قرية فيها مسلمون وكفار صليت عليه اذا مات استحسانا وعلى رواية هذا الكتاب يعتبر المكان وجه القياس أنه لما تعارض الدليلان وتساويا لا يصلى عليه كموتى الكفار والمسلمين اذا اختلطوا واستووا لم يصل

عليهم على ما بيناه فى التحري ووجه الاستحسان أن الادلة لما تعارضت فى حق المكان يترجح الاسلام باعتبار الواجد لانه مسلم أو باعتبار علو حالة الاسلام فلهذا يصلى عليه اذا مات واذا وجد اللقيط على دابة فالدابة له لسبق يده اليها فان المركوب تبع لراكبه وهو كمال آخر يوجد معه وقد بينا أن ذلك له باعتبار الظاهر أن من وضع معه المال فانما وضع لينفق عليه منه فكذلك من حمله على الدابة فانما حمله عليها لينفق عليه مالية تلك الدابة واذا وجد اللقيط بالكوفة فادعاه رجل من أهل الذمة أنه ابنه فلا يصدق في القياس لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابن الكافر بدعواه لكان تبعا له فى الدين وذلك ممتنع بعد ما حكم باسلامه ولان تنفيذ قوله عليه فى دعوة النسب نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم ولكنا نستحسن أن يكون ابنه ويكون مسلما لانه محتاج الى النسب بعد ما حكم باسلامه فمن ادعى نسبه وان كان ذميا فهو مقر له بما ينفعه فيكون اقراره صحيحا وموجب كلامه شيئان أحدهما ثبوت نسبه منه وذلك ينفعه والآخر كفره وذلك يضره وليس من ضرورة امتناع قبول قوله في أحد الحكمين امتناعه فى الآخر لان النسب ينفصل عن الدين ألا ترى أن ولد الكافر من امرأة مسلمة يكون ثابت النسب من الكافر ويكون مسلما فهذا مثله فاذا ادعى مسلم ان اللقيط عبده وأقام البينة قضى له به لانه أثبت دعواه بالحجة وثبوت حريته باعتبار الظاهر والظاهر لا يعارض البينة ﴿فان قيل﴾ كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولى فلا يكون خصما عنه فيما يضره ﴿قلنا﴾ الملتقط خصم له باعتبار يده لانه يمنعه منه ويزعم انه أحق بحفظه لانه لقيط فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة على رقه فلهذا كان خصما عنه فان أقام الذمي البينة من أهل الذمة انه ابنه لم تجز شهادتهم على المسلمين قيل مراده انه أقام البينة من أهل الذمة فى معارضة بينة المسلم الذى أقامها على رقه ولا تحصل المعارضة بهذه لان شهادة أهل الذمة لا تكون حجة على الخصم المسلم والاصح ان مراده اذا ادعى الذمي ابتداء انه ابنه وأقام البينة من أهل الذمة فان النسب قد ثبت منه بالدعوة ولكنه محكوم له بالاسلام فلا يبطل ذلك بهذه البينة ولا يحكم بكفره لان هذه الشهادة فى حكم الدين انما تقوم على المسلم وشهادة أهل الذمة بالكفر على المسلم لا تقبل وان كان شهوده مسلمين قضيت له به لانه أثبت نسبه منه بما هو حجة على المسلم فيصير تبعا له في الدين ولا يأخذ الملتقط بما أنفق عليه لانه كان متطوعا

فيما فعل واذا وجد اللقيط مسلم وكافر فتنازعا فى كونه عبد أحدهما قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أحق بحفظه ولان المسلم يعلمه أحكام الاسلام والكافر يعلمه أحكام الكفر اذا كان عنده وكونه عند المسلم أنفع له حتى يتخلق بأخلاق المسلمين واللقيط يعرف ماهو أنفع له وان ادعت امرأة اللقيط انه ابنها لم تصدق الا بشهود بخلاف ما اذا ادعاه رجل لان النسب يثبت باعتبار الفراش فانما يثبت من صاحب الفراش أولا وهو الرجل فالمرأة بالدعوة تحمل النسب على غيرها وهو صاحب الفراش حتى اذا ثبت منه يثبت منها وقولها ليس بحجة على الغير والرجل يدعي النسب لنفسه ابتداء ويقربه على نفسه يوضح الفرق أن سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره وهو الوطء فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة وذلك يقف عليه غيرها وهو القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة فان أقامت رجلا وامرأتين على الولادة يثبت النسب منها لان النسب مما يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة الرجال مع النساء وان ادعته امرأتان وأقامت كل كل واحدة امرأة أنه ابنها فهو ابنهما جميعا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا في رواية أبي حفص رحمه الله تعالى وأما في رواية أبي سليمان رضي الله عنه لا يكون ابن واحدة منهما وجه رواية أبي حفص ان شهادة المرأة الواحدة حجة تامة فى اثبات الولادة لانه لا يطلع عليها الرجال فكان اقامة كل واحدة منهما امرأة واحدة بمنزلة اقامتها رجلين أو رجل وامرأتين وجه رواية أبي سليمان رضى الله عنه ان شهادة المرأة الواحدة حجة ضعيفة لانها شهادة ضرورية فلا تكون حجة عند المعارضة والمزاحمة ألا ترى انه لو أقامت إحداهما رجلين والأخرى امرأة واحدة لم تكن شهادة المرأة الواحدة حجة فى معارضة شهادة رجلين فلا يثبت النسب من واحدة منهما الا ان يقيم كل واحدة منهما البينة رجلين أو رجلا وامرأتين فحينئذ يثبت النسب منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما لا يثبت من واحدة منهما وقد بينا هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح كتاب الدعوي مع أختها وهو أن يدعى رجلان أو أكثر من ذلك وما فى ذلك من اختلاف الروايات فان أقامت احداهما رجلين والاخري امرأتين جعلته ابن التى شهد لها الرجلان لان شهادة الرجلين حجة قوية وشهادة المرأتين حجة ضعيفة والضعيف ساقط الاعتبار فى مقابلة القوى واذا وجد العبد أو المكاتب أو الذمى أو الحربى لقيطا في مصر من أمصار المسلمين فهو حر لانه لما علم أنه لقيط

فقد حكم بحريته باعتبار الدار أو الاصل فلا يتغير ذلك الحكم بصفة الملتقط بعد ذلك واذا وجد اللقيط قتيلا في مكان غير ملك الملتقط فالقسامة والدية على أهل ذلك المكان وتلك المحلة لبيت المال لانه حر محترم فانه لما حكم باسلامه وحريته كانت لنفسه من الحرمة والتقوم ما لسائر نفوس الاحرار ووجوب الدية والقسامة لصيانة النفوس المحترمة عن الاهدار كما قال صلي الله عليه وسلم لا يترك في الاسلام دم مفرج أي مهدر ثم بدل النفس ميراث عنه وقد بينا أن ميراثه لبيت المال واذا وجد العبد لقيطا فلم يعرف ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدي فالقول قول المولى اذا كان العبد محجوراً لأنه ليست له يد معتبرة فيما هو قابض له بل يده يد مولاه فكأنه في يد مولاه وان كان مأذونا له في التجارة فالقول قول العبد لان له يدا معتبرة في كسبه فان الاذن في التجارة فك الحجر واطلاق اليد في الكسب ومن له يد معتبرة في شئ فقوله فيه مسموع يوضح الفرق ان العبد بقوله هذا لقيط في يدي يخبر بسقوط حق مولاه عنه لانه حر والمحجور لا قول له فيما في يده في اسقاط حق المولى عنه ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بالدين لا يسقط به حق مولاه عما في يده بخلاف المأذون فقوله فيما بيده مقبول في اسقاط حق المولى عن أخذه كما لو أقر بدين على نفسه واذا وجد الرجل لقيطا فأقر بذلك ثم قتله هو أو غيره خطأ فالدية على عاقلة القاتل لبيت المال لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله واللقيط حر مؤمن فيجب على قاتله الدية على عاقلته اذا كان خطأ والملتقط وغيره في ذلك سواء وان قتله عمداً فان شاء الامام قتله به وان شاء صالحه على الدية في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رضوان الله عليهم أجمعين عليه الدية في ماله ولا أقتله به والحربي اذا أسلم وخرج الى دارنا ثم قتله انسان عمداً فعلي قاتله القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى انا نعلم ان للقيط وليا في دار الاسلام من عصبة أو غير ذلك وان بعد الا أنا لا نعرفه بعينه وحق استيفاء القصاص يكون الى الولى كما قال الله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا فيصير ذلك شبهة مانعة للامام من استيفاء القصاص واذا تعذر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية في مال القاتل لانها وجبت بعمد محض وعلى هذا الطريق نقول في الذي أسلم من أهل الحرب

يجب القصاص لانا نعلم أنه لا ولى له فى دار الاسلام والطريق الآخر ان القصاص عقوبة مشروعة ليشفي الغيظ ودرك الثار وهذا المقصود يحصل للاولياء ولا يحصل للمسلمين والامام نائب عن المسلمين فى استيفاء ما هو حق لهم وحقهم فيما ينفعهم وهو لدية لانه مال مصروف الى مصالحهم فلهذا أوجبنا الدية دون القصاص وعلى هذا الطريق الذى أسلم من أهل دار الحرب واللقيط سواء وحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى العمومات الموجبة للقود كقوله تعالى كتب عليكم القصاص وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولان من لا يعرف له ولى فالامام وليه كما قال صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له واذا ثبت ان السلطان هو الولى تمكن من استيفاء القصاص لقوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا والمراد سلطان استيفاء القود ألا ترى أنه عقبه بالنهى عن الاسراف فى القتل بقوله تعالى فلا يسرف فى القتل وهذا يتضح فى الذى أسلم وكذلك فى اللقيط لان مالا يوقف عليه فى حكم المعدوم ولان وليه لما كان عاجزاً عن الاستيفاء ناب الامام منابه فى ذلك وليس هنا شبهة عفو لان ذلك الولي غير معلوم حتى يتوهم العفو منه وحديث الهرمزان حجة لهما أيضا فان عبيد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما لما قتله بتهمة دم أبيه واستقر الامر على عثمان رضى الله تعالى عنه طلب منه على رضى الله تعالى عنه أن يقتص منه فقال عثمان رضى الله تعالى عنه هذا رجل قتل أبوه بالامس فأنا أستحيي أن أقتله اليوم وان الهرمزان رجل من أهل الارض وأنا وليه أعفو عنه وأؤدي لدية فقد اتفقا على وجوب القصاص ثم القصاص مشروع لحكمة الحياة كما قال تعالى ولكم في القصاص حياة الآية وذلك بطريق الزجر حتى ضر اذا تفكر في نفسه أنه متى قتل غيره قتل به انزجر عن قتله فيكون حياة لهما جميعا ولهذا قيل القتل انفي للقتل وهذا المعنى متحقق في اللقيط والذى أسلم كتحققه فى غيرهما فكان للامام أن يستوفى القصاص ان شاء وان شاء صالح على الدية لانه مجتهد وله أن يميل باجتهاده الى المطالبة بالدية ولانه ناظر للمسلمين فربما يكون استيفاء الدية أنفع للمسلمين وليس له أن يعفو بغير مال لانه نصب لاستيفاء حق المسلمين لا لابطاله ويحد قاذف اللقيط في نفسه ولا يحد قاذفه في أمه لانه محصن فانه عفيف عن الزنا أولا معتبر بالنسب فى احصان القذف فيحد قاذفه فى نفسه فأما أمه ليست بمحصنة بل هي في صورة الزانيات لان لها ولد لا يعرف له والد فلهذا لا يحد قاذفه فى أمه وفى حد القذف

والقصاص اللقيط كغيره من الاحرار لانه محكوم بحريته فعليه الحد الكامل اذا ارتكب السبب الموجب له فان أقر بعدما أدرك أنه عبد لفلان وادعاه فلان كان عبداً له لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه وليس فى قبول اقراره ابطال حق ثابت لاحد فيه وليس له نسب معروف فكان ما أقر به من الرق محتملا ولكن هذا اذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضى عليه بما لا يقضى به الا على الحر كالحد الكامل والقصاص في الطرف فأما اذا اتصلت حريته بقضاء القاضي بذلك لم يقبل اقراره بالرق بعد ذلك لانه يبطل حكم الحاكم باقراره وقوله ليس بحجة فى ابطال الحكم ولانه مكذب فى هذا الاقرار شرعا ولو كذبه المقر له كان حراً فاذا كذبه الشرع أولى ومتى ثبت الرق باقراره فأحكامه بعد ذلك فى الجنايات والحدود كاحكام العبد لانه صار محكوما عليه بالرق وان كان اللقيط امرأة فأقرت بالرق لرجل وادعى ذلك الرجل كانت أمة له لتصادقهما على ما هو محتمل ولا حق لغيرهما فى ذلك الا انها ان كانت تحت زوج لا تصدق فى إبطال النكاح لان ذلك حق الزوج وليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح لان الرق لا ينافى النكاح ابتداء وبقاء بخلاف ما اذا أقرت أنها ابنة أبى زوجها وصدقها الاب فى ذلك فانه يثبت النسب ويبطل النكاح لتحقق المنافي فان الاختية تنافى النكاح ابتداء وبقاء ولو أعتقها المقر له لم يكن لها خيار أيضا لان اقرارها بالرق فى حق الزوج لم يكن صحيحا ولانه تتمكن تهمة المواضعة بينها وبين المقر له فى أن تقر له بالرق ثم يعتقها فتختار نفسها لتتخلص من الزوج فلهذا لا تصدق فى حقه والاصل فى كل حكم لحق الزوج فيه ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه فانها لا تصدق فى ذلك الحكم وفى كل ما يمكنه دفع الضرر عن نفسه تكون مصدقة في حقه حتى اذا طلقها واحدة فأقرت بالرق صار طلاقها اثنتين لانه يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بمراجعتها وامساكها بحكم التطليقة الثانية ولو كان طلقها اثنتين ثم أقرت بالرق فانه يملك رجعتها لانا لو جعلنا طلاقها اثنتين باقرارها لحق الزوج ضرر لا يمكنه دفع ذلك عن نفسه فلا نصدقها فى ذلك وكذا حكم العدة ان أقرت بالرق بعد مضي حيضتين فله أن يراجعها فى الحيضة الثالثة وان أقرت بالرق بعد مضي حيضة فعدتها حيضتان لما قلنا ولو قذفها زوجها لم يكن عليه حد ولا لعان لان الرق ثبت فى حقها باقرارها والمملوكة لا تكون محصنة فلا يجب بقذفها حد ولا لعان ولو كانت دبرت عبداً

أو أمة ثم أقرت بالرق لم تصدق على ابطاله لان المدبر استحق حق العتق بالتدبير ولو استحق حقيقة العتق بأن أعتقته لم تصدق على ابطاله لكونها متهمة في حقه فكذلك في التدبير فاذا ماتت عتق من ثلثها وسعى في ثلثي قيمته لمولاها لان السعاية حقها وقد زعمت ان كسبها لمولاها واقرارها في حق نفسها صحيح ولو أن مولاها أعتقها كان المدبر على حاله غير أن خدمته للمولى وسعايته بعد موتها له لانها أقرت له بذلك واقرارها بذلك صحيح لانه خالص حقها ثم باعتاق المولى إياها لا يسقط حقه عن كسبها الذى كان قبل العتق فلهذا كانت خدمة مدبرها وسعايته بعد موتها لمولاها واذا أدرك اللقيط فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق فصداقها لازم له ولا يصدق على ابطاله لان ذلك دين ظهر وجوبه عليه لصحة سببه فكان هو متهما في قراره فيما يرجع الى ابطاله وكذلك ان استدان دينا أو باع انسانا أو كفل بكفالة أو وهب هبة أو تصدق بصدقة وسلمها أو كاتب عبداً أو أعتقه أودبره ثم أقر بأنه عبد لفلان لا يصدق على ابطال شئ من ذلك لانه متهم فى ذلك ولان ثبوت الحكم بحسب الحجة وقوله ليس بحجة على أحد من هؤلاء فيما يرجع الى ابطال حقهم فوجود اقراره في ذلك وعدمه سواء والله سبحانه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ تم الجزء العاشر من كتاب المبسوط ويليه الجزء الحادى عشر ﴾
﴿ وأوله كتاب اللقيطة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللقيطة

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتفلسفة يقولون لايحل له أن يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لا يحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لايحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطمع فيها بعد ما يرفعها فكان في رفعها معرضاً نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويعرفها والتزام أداء الأمانة بفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الأمر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامتثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان (أحدهما) مايعلم ان مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى (والثانى) ما يعلم ان مالكه يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده في يده بعد ماجمعه كان له أن يأخذه منه لان القاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تمليكا من غيره فان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيح فاذا وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعاً لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما ألقاه بعد ماجمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوّم من غير اتصال شئ آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لا يصير مالا متقوّماً إلا بالدباغ فاذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه مازاد الدباغ فيه فأما (النوع الثانى) وهو مايعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال فى اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لايرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتى به يعتمد قول عليّ وابن مسعود رضى الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمنقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم فى كل شئ وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا فى عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف لايلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

وفيما دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفى دون الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير وشئ من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لايكون ولكنا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبنى علي غالب رأيه ويعرف القليل الى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فاذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها علي مالكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجده والا فباتصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه فى الابتداء فان قيل كيف يضمنها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصدق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط لحق محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتقيد بشرط السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله أن يضمنه انشاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته مخمصة في تناول ملك الغير وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضى الله عنه انه اشترى جارية بسبعمائة درهم أو بثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضى الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبى فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال هكذا يصنع باللقطة وفى هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبى فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود رضى الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين فى ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لانه صح من مذهبه ان النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهى مضمونة على المشترى فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه بل قصد اظهار المجاملة فى المعاملة واتصال ثوابها الى صاحبها ان رضى بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان وعن أبى سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أديت مكاتبتى ثم أتيته فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفى هذا دليل ان للامام ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضى الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديناً فى ذمة المستقرض يؤمن فيه التوى بالهلاك وكذلك بالجحود لانه متأكد بعلم القاضى ولهذا كان للقاضى ولاية الاقراض فى أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى القاضى لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدى مكاتبته من ربحها فأذن له عمر رضى الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة في ذلك لانه أمره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه انما أمره بذلك لانه كان سبيلها التصدق بها بعد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة وذكر في الأصل عن سويد بن عقلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان واناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا أن يأخذوه وكنت أحوجهم اليه فأخذته فسألت عن ذلك أبى بن كعب فحدثنى بالمائة دينار التى وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فاخبرته ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذه سويد لينتفع به فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكنا نقول هذا كان فى ذلك الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصلاح فاذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذه ليؤدى الأمانة فأما فى زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الامين يأخذ الخائن فيكتم من صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضى الله عنه ثم منعن من ذلك في زمن عمر رضى الله عنه وكان صواباً وفى الحديث الذى رواه أبىّ بن كعب رضى الله عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب مايطلبها صاحبها ألا ترى ان المائة دينار لما كانت مالا عظيما كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعى رضى الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بعد التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوّز ذلك لأُبىّ رضى الله عنه

وهو كان غنياً وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكنا نقول يحتمل انه لفقره وحاجته لديون عليه فأذن له في الانتفاع وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاءها احتياطاً حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن صباح قال وجد رجل لقطة أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها في الموسم فان جا صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر وبين الثمن يعنى القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفى هذا دليل على انه ينبغى للملتقط أن يعرفها فى الموضع الذى أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف فى الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف فى مجمع الناس فى الموضع الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبى اسحاق عن رجل قال وجدت لقطة حين أنفر علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه الناس الى صفين فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتي قدمت على عليّ رضى الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على صدري وفى رواية قال لى انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدتها فان وجدت صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الأجر وان شاء ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أى عرفتها سراً وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضى الله عنه حين ضرب يده على صدره وقال ما قال انك سليم القلب تطمع فى مال الغير وهذا من دعابة علي رضى الله عنه وقد كان به دعابة كما قال عمر رضى الله عنه حين ذكر على رضى الله عنه للخلافة أما انه ان ولى هذا الأمر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعابة به وفيه دليل ان التعريف سراً لا يكفى بل ينبغى للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر على رضى الله عنه الرجل به وانه ينبغى أن يعرفها فى الموضع الذى وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكى ان بعض العلماء وجد لقطة وكان محتاجاً اليها فقال فى نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها فى المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه فى البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه على وبجنب البئر رجل يرقع شملة وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يجئ صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتمليك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين بقبضه لنفسه على طريق التمليك وأيهما ضمنه لم يرجع على الاخر بشيء أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما تمكن من التصدق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه كما روينا ولما روى عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضي الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصدق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما يثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان في الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعته ببدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا في ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملا لنفسه ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية في الابتداء فكذلك

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فأما حديث علي رضي الله عنه فقد قيل ما وجده لم يكن لقطة وانما ألقاها ملك ليأخذه علي رضي الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فلهذا تناولوا منه على ان الصدقة الواجبة كانت لا تحل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز علي رضي الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهي دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاءها وأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبى حتى يقيم البينة عندنا وقال مالك يجبر على دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق الى وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذي اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر علي صاحبها إقامة البينة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكنا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الى غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكمية وله أن يتوسع فيدفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منه بها كفيلا نظراً منه لنفسه فلعله يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الآخذ منه لانه يخفى شخصه فيحتاط فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البينة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يؤمر بالدفع اليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الآخر لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذي أقام البينة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الى غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه باصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع اذا جاء الى المودع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه واقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير واقراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وان صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذى حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون اقرار الملتقط ملزماً إياه الدفع اليه ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشئ وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غـيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فـكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه ان هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به الى البينة وانما يقضى القاضى علي المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكما فان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها لان المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فتتقيد مدة التعريف بالوقت الذى لا يفسد فيه لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في ايصالها اليه وقد بينا ان التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير الى ذلك اذا خاف أن تفسد العين واذا وجد شاة أو بعيرا أو بقرة أوحماراً فحبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البينة أنه له لم يرجع عليه بما أنفق لانه متبرع في الانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضى فأ ما أمر القاضى بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضى على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والا مر بالانفاق من النظر لانه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فان رفعها الى القاضى وأقام البينة انه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هـذه البينة والأمر بالانفاق بعدها في اللقيط ثم انما يأمر بالانفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لانه لو أمر بالانفاق في مدة طويلة ربما يأتى ذلك على

قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فان لم يجئ صاحبها باع الشاة ونحوها لان في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تعذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فنؤاجره وننفق عليه من أجره لان بهذا الطريق يتوصل الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضى المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض نظر له فاذا باعها اعطاه القاضي من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضي فيقضي دينه بماله لان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضي يعينه على ذلك فان لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة انها له قضى له بها القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لان ملكه في الدابة حي وبقي تلك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيحبسها كما يحبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط اذا لم يقم البينة هل يأمر القاضي بالانفاق أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضي أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرتك بالانفاق عليه لان في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبداً أو صبياً حراً ضالا لا فرده على أهله لم يكن في شئ من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الابق حكم ثبت نصا بخلاف القياس بقول الصحابة رضي الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والضال ليس في معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والضال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن لانه يحسن اليه في احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولانه منعم عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزالت اليه نعمة فليشكرها وذلك بالتعويض وأدنى درجات الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيرا ضالا أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعي الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لا تصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فأما في زماننا لا يأمن واجدها وصول يد خائنة اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضييعها كما قررنا في سائر اللقطات واذا باع اللقطة بأمر القاضي لم يكن لصاحبها اذا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضي بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير أمر القاضي فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له علي المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري يخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين باعه غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشترى بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خبيث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء الضمان قلنا لا كذلك بل كما رفعه لبيعه بغير أمر القاضى صار ضامناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضامناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشترى قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له أن يجيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد آبق فقد وجب لى الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال أو قال أنا أرسلته في حاجة لى فالقول قول المولى لان الراد يدعي لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تغيب بالاباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين أخذها قال أخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون فى أخذها للرد علي المالك مندوب الى ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير الأخذ باذن المالك فلا يكون سبباً للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعدياً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أي ضمان ما أخذ والآخذ مطلقاً من يكون عاملا لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من في أخيك سوأ وأنت تجد لها فى الخير محملا والذى يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه (والثانى) ان صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل لنفسه مالم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان آخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن من الاشهاد فان لم يكن متمكناً من الاشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثانى أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً للضمان عليه شرعاً فلا يصدق فى دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندى شئ فمن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق علي ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها فى التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه الى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان فى هذا اختلافاً ظاهراً وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على وان لم يقل عندى لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم
جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان كانت
عنده عشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة
ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن
يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب
الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه
كرد الوديعة الى مالكها ورد المغصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزما
للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم انها ليست
له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد
يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه
عجزاً أوطمعا فى ذلك ردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على المستهلك لها وان
كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها
غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه
وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالغاصب واعادتها الى مكانها ليس برد
على المالك فلا يكون مسقطا للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله
بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها فى اختلاف زفر ويعقوب قال
اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه
وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده
الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ
عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برأ بالاتفاق فزفر رحمه
الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذى أخذه وأبو يوسف رحمه
الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده فى حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطا
للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوبا فلبسه ثم نزعه وأعاده الى
مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قميصا
فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للتزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذكر هشام عن محمد رحمهما الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للتزين فقال يكون أحدهما للختم لا للتزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان معروفاً بانه يلبس خاتمين للتزين فهذا يكون استعمالا منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفا فتقلد به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فحينئذ تقلده بهذه اللقطة يكون حفظاً ولا يكون استعمالا فلا يصير ضامناً لما قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الغاصب ضامن لها لحاجته الى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك مالم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذى حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلي هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل ففرت الدابة وجه قول محمد ان الذى حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجد شرط الذهاب إلا أن ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الإعتبار شرعا وفي مثله يحال الاتلاف علي صاحب الشرط فيصير ضامنا كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشي في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالما به كان مضافا الى الحافر حتى يكون ضامنا وكذلك من شق زق انسان فسال منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المانع فقط فأما علة السيلان كونه مائعا ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافا الى الشرط وعلى هذا لو قطع حبل قنديل فسقط فعمل القاطع في ازالة المانع فكان ضامنا لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابت في سير ارساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئراً في الطريق فجاء حربي لا أمان له وألقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبراً في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسئلة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامداً ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزيلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد آبق فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيداً في بيت مغلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب واتمام ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضى الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن أزال هذا المانع فهو متعدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لانى لا أدرى لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لايعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بلقطة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولا ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملا لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسئلة الوديعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أودعنيه فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً على سرقة الوديعة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الوديعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئا لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

كتاب الإباق

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمار افراده الى مولاه واعادته الى مثواه إحسان ولمشتاق وانما جزاء الاحسان الا الاحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق لمراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باغاثة اللهفات ومنع المتعدى

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالساً عند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجراً فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهماً . وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لم ينكر عليهم اطلاق القول بأنه أصاب أجراً وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله . وفى القياس لاجعل له وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه تبرع بمنافعه في رده علي مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضاً بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافعه ولان رد الآبق نهى عن المنكر لان الإباق منكر والنهى عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلا ولكنا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضي الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه يثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضي الله عنه دينار أو اثنا عشر درهماً وقال على رضي الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه اذا أخذه فى المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهماً فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والأصل أن الصحابة رضي الله عنهم متى اختلفوا فى شئ فالحق لا يعدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجح قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم فى ايجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضي الله عنه في مقداره ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل فى المقدار لانه متيقن به ﴿قلنا﴾ انما لم يؤخذ بالأقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل علي ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالأكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسره عمار بن ياسر رضي الله عنه فان قوله ان أخذه فى المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير اليه ثم الأخذ بالأقل انما يكون فيما يقولونه بارائهم ونحن نعلم أنهم ماقالوا هذا بالرأى لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحى فاذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية فى التمسك بالسنة والأخذ بأقاويل الصحابة رضى الله عنهم فقد قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب . وليس فى هذا الباب شئ من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كى يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة فى رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية ففى ايجاب الجعل للراد ترغيب له فى رده واظهار الشكر فى المردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ماروى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجئ بالآبق . ولم نأخذ بقوله فى هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبى رحمهما الله فقد قال الشعبى رحمه الله للراد دينار اذا أخذه خارجاً من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعون درهماً فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبى على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله فى هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم فى الفتوى ألا ترى أنه خالف علياً رضى الله عنه فى رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقاً رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهما فى موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس رضى الله عنهما الى قوله فعرفنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابى * ثم الشافعى استحسن برأيه فى هذه المسئلة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم عبدى فله كذا فرده أحدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ يأباه القياس لان العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعى رضى الله عنه ولا حجة له فى قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً لغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً باعيانهم فرده أحدهم لا يستحق شيئاً ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام فى شريعتنا ولم يكن حراماً فى شريعة من قبلنا *وان قال* اعتبر قول الملك لاثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك ﴿قلنا﴾ لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى * ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمرأى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده اليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت افصاحا. ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذمولي للحي آبقاً فأبق منه نحو حي فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختصموا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى عليّ رضى الله عنه فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وانما نأخذ بحديث عليّ رضى الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه اذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه *وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي رضى الله عنه انه لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه (وقوله) يحلف العبد الاحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الابق وسمى الابق أسود الخبث فعله وهو من دعابة علي رضى الله عنه قال واذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولا. نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير علي إباقه فيرفعه الى السلطان ليعزره ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البينة واذا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك ﴿فان قيل﴾ كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك ﴿قلنا﴾ يستحلفه صيانة لقضاء القاضي والقاضي مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فاذا

حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وان أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئاً ولكن ان لم يأخذ أحب الي هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الي أن يأخذ منه كفيلا وان لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شئ احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي سليمان رحمه الله قولهما لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة علي الولادة في ملكه فيكون مقدماً علي من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحما له أو يقيم البينة على انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل الا بحجة معلومة لأمر موهوم أرأيت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أكان يمتنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئاً وان لم يكن للمدعى بينة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما قالا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكه غير مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا بحق نفسه حتى اذا حضر مالكه وأراد أن يضمنه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط باخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا

طال ذلك باعه الامام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة انه عبده فيدفع اليه الثمن لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن ينقض بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبق ثانياً فكان النظر في الانفاق عليه من بيت المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضي فكذلك في نفقة الامام من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصاري وان أقام بينة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضي بولاية شرعية فكأن المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا أن يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده ومعها ولد يدعى نسبه كان مصدقاً في ابطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية آبقاً بالغاً أو غير بالغ فرده الى مولاه فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجعل أربعون درهما ولا يزاد على ذلك وان بعدت المسافة لان تقدير الجعل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأي لا تجوز ولان أدنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعا كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان أخذه في المصر أو خارجا منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لان التقدير الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجعل انما يستحقه راد الآبق وتمام الاباق بمسيرة السفر ففيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفى الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بيناهذا فى اللقطة فكذلك في الآبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قدظهرمن الآخذ وهوأخذه مال الغيربغير إذنه فهو يدعى مايسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه أبق من مولاه أو ان مولاه أقر باباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل واذا أعتقه المولى في إباقه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ فى الآبق لان الاباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لايصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد وقدرته على التسليم تنعدم بالاباق ولان في بيعه معنى الغرر لانه لا يعلم بقاؤه فى الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فالغرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه اذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لاتتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق فى يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمى الذى بقى له وحق القبض فيما يوهب للصغير اليه وسواء كان الصغير فى عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه فى عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه فى يده حكما لان اليد الحكمى كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالاباق لايوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أنه يكون متردداً في دار الاسلام أو في دار الحرب* ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمي باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق ما دام في دار الاسلام بقوة الامام والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز كما رواه قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب واذا أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجوراً عليه استحساناً وفي القياس لايصير محجوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته لاينعدم بالاباق لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فلا ينافي البقاء بطريق الاولى . وجه الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه ما دام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإباقه فاما أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الاباق لدلالة العرف أو يصير محجوراً بعد الاباق لدلالة الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى انسان يكون إذناً له في التناول دلالة فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحبسه وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب يموته الامام حكما فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جناية الآبق والجناية عليه وفي حدوده كالحكم فيها في المصر لان الرق فيه باق بعد الاباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الامام حتى يحضر مولاه فاذا حضر قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان العبد في الاسباب الموجبة للعقوبة كالحر بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر لايشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولي في ملك المالية فبقي هو في النفسية على أصل الحرية

لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما يثبت باقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل أولى لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة فى حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بمحضر منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن فى الشهود حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعا ففى اقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاه مسلماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه فى ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى فى ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن فى اقراره فلا يكون فى اقامة العقوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولي ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن فى الاستيفاء اتلاف مالية المولي والبينة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء فى العقوبات من تمة القضاء ألا ترى ان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فاذا كان تمام قضائه متناولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضى وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولي واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الي قاضى بلدته وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به الي قاضى البلد الذى هو فيه لم يجبه الي ذلك في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم نقض القاضى المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبى يوسف يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى *والحاصل ان كتاب القاضى الي القاضى فى الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوي والشهادة تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفى العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضى الي القاضى بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك ينعدم في كتاب القاضى الى القاضي فأما فى العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضا وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً فى البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي الي القاضي كما في سائر العروض ولكن استحسن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر علي المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي فلو لم يقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البينة بهذه الصفة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبني علي الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فالمولى لا يرسلها من بلد الى بلد عادة والاباق في الجوارى يندر أيضا * ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضي شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الي قاضي البلد الذى هو فيه محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته مافي الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم فى عنقه بالرصاص للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلا ثم يأتى به المدعي الى البلد الذى فيه شهوده ويكتب معه كتابا الى ذلك القاضي فاذا أتى به الى هذا القاضى أعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفى الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضى المكتوب اليه أولا ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطئها وان كان أمينا فى نفسه لانه يزعم أنها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي وربما يظهر العبد لغيره اذا جاء به الى القاضى الكاتب فالحلية والصفة تشتبه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان فى الحلية والصفة أرأيت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبيح فلهذا أخذنا بالقياس فان كان القاضي باع العبد الآبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشترى ثم ادعاه الرجل وأقام البينة ان عبدا اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذى باعه القاضى لم يقبل ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق مافي يد القاضي من الثمن انما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضي من هذا الرجل هو عبد هـذا فحينئذ يقضي له القاضي بالثمن لانه أثبت الملك في ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعي البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبدا آبقا فباعه بغير اذن القاضي ثم أقام المولى بينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضي بعد ماتثبت الولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضي كان البيع باطلا وان كان العبد هلك عند المشتري فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لان البائع متعد في حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فاذا ضمن المشتري قيمته رجع علي البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل لاعلى ملكه بكسب خبيث * رجل أقام البينة عند قاض من القضاة بان العبد الذي باعه قاضي بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه الى ذلك القاضي الذي باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضي اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضي عنده بالبينة لان المدعي بهذه البينة لايريد أخذ عين العبد فان بيع القاضي قد نفذ فيه ألا ترى انه لوأقام البينة عنده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها علي الدين سواء فلهذا يكتب القاضي له بذلك ويقضي المكتوب اليه بخلاف ماسبق *(فان قيل)* الثمن عين في يد ذلك القاضي كالعبد *(قلنا)* نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلاتقع الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد. واذا وجد الرجل عبدا أو أمة آبقا وهو يقدر علي أخذه فانه يسعه تركه وأحب الي أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لايسعه تركه لان النهي عن المنكر فرض علي كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنسانا يغرق لم يسعه الا أن يخلصه اذا قدرعليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى. ولكنا نقول هو يحتاج في رده الي معالجة ومؤنة فكان في سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمه ولانه في الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لايؤوي الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحماق أهل التصوف لا يسعه أن يأخذه فلا
أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث (واذا) أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد
فدفعه اليه بغير أمر القاضي فهلك عنده ثم استحقه آخر ببينة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء
لكون كل واحد منهما خائناً في حقه فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد
منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصبا لا مالكا وللغاصب الاول حق الرجوع على الثاني بما
يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار
اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى. وان كان لم يدفع الى الأول حتى شهد
شاهدان عنده فدفعه اليه بغير حكم ثم أقام آخر البينة عند القاضي فانه يقضى به لهذا لان
البينة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في
مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص ببينة تقوم في مجلس القضاء وان أعاد الأول بينته
لم ينفعه أيضاً لان اليد في العبد له وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج
وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء والاجارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقه
واذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخلفه في ملك الكسب لملكه رقبته وان أجره
الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال لانه في ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى
الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانه بعقده صيره ليس بمال مالا فان المنافع لا تأخذ حكم
المالية الا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله
كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له أن يتصدق به لانه
حصل بكسب خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا المال غلة عبدك وقد سلمته لك
فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعي رضي الله عنه
هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمنعه من تمليك ماله نفسه منه طوعاً ثم يحل للمولى
أكله استحسانا وفي القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به فلا
يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسن وقال وجوب التصدق به كان لخبث
دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم
الى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحسانا لانه كسب عبده وفي القياس
لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل تمحض ذلك العقد منفعة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شئ فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بعقده بأخذها فيدفعها الى المولى. واباق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب فى نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقيقة المعنى ان الاباق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج فى الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بآبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد فى المكاتب فان حق المولى فى بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصر مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون فى الرد احياؤه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محييا له * ويجوز عتق الآبق عن الظهار اذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عتقه فيه على الوجه الذى ينفذ حال كونه في يده ﴿فان قيل﴾ الآبق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى ﴿قلنا﴾ المستهلك منه حكما ماليته لا ذاته والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدإ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس فى النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدإ بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا ويجوز بيع الآبق ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشترى لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه واذا أبق عبد الرهن فرده رجل فى حياة الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالاباق ثم قد حيي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

رهناً على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يرده حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فعرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لاحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الانفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لاحياء المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق وللذي جاء به أن يمسكه حتى يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقاً بماليته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بعد ماقضى القاضي بامساكه فلا ضمان عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد) أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فالقول قوله ولا شئ عليه لان وصول يده الى العبد لا يكون دليل وصول المال اليه مالم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى لانه يدعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبقت من مولاها فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء على ان الآبق الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فمن اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

بالقيمة وللمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعليّ رضى الله تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الابق اليهم بالأخذ فاذا ملكوها ملكها المشترى أيضاً وقد استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى فى استردادها والجعل واجب في رد المدبر وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن ﴿ فان قيل ﴾ فأين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحياء المالية فى أم الولد خصوصا عند أبى حنيفة ﴿ قلنا ﴾ نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقبة ولكن له مالية باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا يكون راده محييا للمولى مالية باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان كان على المدبر سعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب أو الحر فأما اذا وصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك * وان كان الآبق بين رجلين أثلاثا فالجعل بينهما على قدر أنصبائهما وجوبه باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان آبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عنائه وعناؤه فى رد الكبير أكثر منه فى رد الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الآبق الى مولاه فلما نظر اليه أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضا له باعتاقه ألا ترى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضا وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتمليك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثة أيام فعلي المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن ينتهى به الى مولاه فالجعل للآخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا شئ للأول لان تمام السبب بايصاله الى المولى والأول ما أوصله الى المولى فانتقض السبب فى حقه باباق العبد منه قبل تمامه بالايصال الى المولى فلا جعل له وأما الثانى فقد

أتم السبب بإيصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الأول مع الثانى ورداه من مسيرة يوم فللأول نصف الجعل تاماً ويرضخ للثانى علي قدر عنائه لانهما تمما السبب بإيصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثاني الى الفعل الأول وباعتبار هذا الضم يكون راداً له من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاماً والثانى انما رده من مسيرة يوم فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فلهذا استحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا فى سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان فى استحقاق الجعل . وان كان أحد الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة فى حق المولى وان كان العبد الآبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما فى كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحيا مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك ان كان الآبق لصبي فالجعل فى ماله يؤدى عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالية حصلت له (عبد) جنى جناية ثم أبق فجاء به رجل فالمولى مخير بين الدفع والفداء اذا كان قبل اباقه فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد عمل له فى احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه تبين ان الراد أحيا حقهم فان نفس العبد مستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحيا حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يحبسه عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يحبسه عن المولى (عبد) أبق الي بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشترى قد يكون قاصداً الي تملك المشتري فيكون هو غاصباً فى حق المولى لا عاملا له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتريه ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه يعمل للمولي فى الرد ولكنه الطريق الذى يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع فى ذلك كما كان متبرعا فيما ينفق عليه بغير أمر القاضى وكذلك ان كان أبق الي دار الحرب ففى حق الراد هو والماخوذ فى دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل فى تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك ديناً فى تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بامساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقى بين الغرماء لان حق الغرماء فى ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجعل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضا فان كان الذى جاء به وارث الميت وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام فى حياته وأوصله الي المصرفات المولي قبل أن يرده عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالايصال الي المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جعل له والايصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سببا لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل فى شئ هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك فى العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله فى الرد وقد تم ذلك فى حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان ايصاله الي المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة فى المحل وانما الذى لا يتحقق تسليم العمل الي غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلما الي المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل. يوضحه أنه باحياء المالية يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو أوصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة مالو رده عليه فى حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات. واذا جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوى أربعين درهماً ففى قول أبى يوسف الأول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبى يوسف الآخر رحمهما الله له الجعل تاماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المالية للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالية التى حييت له ثم الراد ماذون من جهة المولي فى ايصال المنفعة اليه لا فى إلحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان فى ايجاب الأربعين علي المولي ضرر بين فينبغى أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولي وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم

من الكسور لا يجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في ايجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر الى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه ان مالية رقبته وان كانت دون الأربعين فمالية كسبه الذي يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا ان ذلك يعتبر لايجاب الجعل ابتداء فلأن يعتبر لتكميل الجعل كان أولى واذا كان على العبد دين فجعله على مولاه اذا أراد ذلك بأن يقضي ما على العبد من الدين وان أبى بيع العبد واستوفى صاحب الجعل جعله وكان ما بقي من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم مما اذا كان على العبد دين جناية سواء لان المستحق هناك الدفع بالجناية وهنا البيع في الدين واذا أخذ الرجل عبد أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة أخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل اذا لم يكن في عياله لان ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه احياء المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر الأجانب ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن دينا وان لم تكن مستحقاً عليه ديناً ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجعل برد آبقه وكذلك المرأة مع الزوج لان كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه ويعد خيره خير نفسه ولان خدمة الزوج مستحق على المرأة ديناً حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذي يطلب آبق امرأته عادة . فأما اذا وجد عبد ابنه فان كان في عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الأب في عيال الابن فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحق على الأب دينا ولا هو سائغ له شرعا ولهذا لو استأجر أباه ليخدمه فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الاخ له الجعل اذا لم يكن في عيال أخيه وان كان في عياله فلا جعل له لانه انما يعوله وينفق عليه لهذا ونحوه واذا أبق عبد اليتيم فجاء به الوصي فلا جعل له لانه هو الذي يطلب آبق اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذى جاء بالآبق مولاه من الجعل على عشرين درهما جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجعل أربعون درهما جاز منه أربعون ويطرح الفضل لان حقه مقدر بالأربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتق شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه . واذا أبقت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لان الاباق من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وهي الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعلان ثمانون درهما لان الاباق يتحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جعلا كاملا باعتبار كل واحد منهما . واذا رجع الواهب فى الهبة بعد ما رد العبد من اباقه وسلمه الى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد فى الجعل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب المفقود

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى إملاء . المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله فى طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد * والاسم فى اللغة من لاضداد يقول الرجل فقدت الشئ أى أضللته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه * وحكمه في الشرع انه حي فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال فانه علم حياته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان غير معتبر فى اثبات مالم يكن ثابتا وفى الامتناع من قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا وهو مذهب علي رضي الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قوله في امرأة المفقود انها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ ابراهيم كما قال ﴿ قد سمعنا ان امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشئ هي امرأة ابتليت فلتصبر ﴾ وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضي الله تعالى عنه في الابتداء ثم رجع الى قول عليّ رضي الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضي الله عنه فيقول الظاهر أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين فلهذا تتربص. ولا نأخذ بهذا لان نكاحه حقه وهي حيّ في ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا زوجته من ان تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة اذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع مالم يقم على موته دليل موجب له . والتقدير بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لابتلاها بأشد من هذا . فاذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب انه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فانه يحكم بموته لان ماتقع الحاجة الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لايجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض من كان قبلنا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول . وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكي انه لما سئل عن معنى هذا قال أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثر الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطايبة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز فى الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين . وكان محمد ابن سلمة يفتى في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه فى نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره ﴿وذكر﴾ عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم فى عتق فأعتقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتي بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضى الله عنه بين أن يردها عليّ وبين المهر . وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته * وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله فى ان الجن قد يتسلطون على بني آدم وأهل الزيغ ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمى لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمى من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسما كثيفاً من موضع الى موضع ولكنا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل فى رأس الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضاً فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك . وكأن عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله فى امرأة المفقود لما تبين من حال هذا الرجل . وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على مذهب عمر رضى الله عنه فى المرأة اذا نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حياً انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول علىّ رضى الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنقضى عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه الله فيقول قول علىّ رضى الله عنه أحب الىّ من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضاً لانه تبين انها تزوجت وهى منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هى من المحرمات فى حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها مع الثانى . واذا اختار الأول المهر لكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع المهر الى الأول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فعرفنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة اذا وطئت بالشبهة . وذكر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن ثلاث قضيات الى قول علىّ رضى الله عنه عن امرأة أبى كنف والمفقود زوجها والمرأة التى تزوجت فى عدتها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا . وأما حديث أبى كنف فهو ما رواه ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأنت أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير بكتاب عمر رضى الله عنه فعرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة فى حقها مالم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثانى لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علىّ رضى الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوحة سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا كان يستبد به . والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك ملكه من غيرأن يحتاج الى علم غيره قال ﴿واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضى وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته﴾ لما بينا انه حى فى حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضى لا يشتغل بقسمة ماله ﴿فان قيل﴾ كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب ﴿قلنا﴾ بأن يجعل من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيما فى هذه الولاية واذا قامت البينة علي من ينصبه القاضي فيما قضى بموته ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن يجعله ميتاً حكماً لانقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمرتد اللاحق بدار الحرب ﴿قلنا﴾ هناك ظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكماً ولان هناك لوظفر به الامام موته حقيقة بان يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكماً فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا قال ﴿ وتفسير المفقود الرجل يخرج فى سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا يأسره العدوّ ولا يستبين موته ولا قتله ﴾ فهذا مفقود لا يقضى القاضى فى شئ من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنياً فلا نفقة له فى ماله ما خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة فى مال الحى سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق فان كانت له غلة جعل القاضى فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضى فى غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضى يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضراً قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم فى ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك. والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه وللقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب. ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظا لنسله. وللقاضي ولاية فى ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضا إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر فى الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعا لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطالب ذلك وليس هنا خصم طالب فلهذا يسعه أن لا يأخذ كفيلا ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد فى حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئا مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظرله فلا يبيع شيئامن ذلك وهو فى الانفاق على من سميناهم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضا ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئا من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه الفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلهذا لا يبيعه بخلاف مايخاف فساده * وهذا بخلاف الوصى في حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود إلا فى الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئا من العروض وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلابنه أن يبيع شيئا من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفى القياس له أن يبيع العروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالى وقال هو حسن * وجه القياس أنه لا ولاية للأب فى مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه اذا كان حاضراً والحاضر والغائب فى حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاد لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقى أثرها حتى يصح منه استيلاد جارية الابن لحاجته الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاد لبقاء نسله ولهذا يتملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصى في حق لوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه فى هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لماله كما لا يبيع الوصى عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموت وبقى أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنانير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبراً أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومتاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فبيعهما باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شئ واليهما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضى فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقراً بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضى عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده فيتعدي القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام في الدين أظهر لان اقرار المديون يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها. والجواب في الفصلين جميعاً استحسان اذا كان مقراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البينة عليه من طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكرا للزوجية فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح عليه. وان كانت الزوجية والمالية معلومين للقاضي فعلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما المودع من الوديعة فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن الانفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلا يتقاضي دينه ويجمع غلاته ويؤاجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظرا منه للحاضر والغائب جميعا للغائب بحفظ ماله وجمعه وللحاضر بوصوله الى حقه وهي النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويقبض ويخاصم من يجحد حقا من عقد يجرى بينه وبين الوكيل لان ما وجب بعقده فهو أحق بقبضه ألا ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط وحفظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعني بهذا القضاء على الغائب بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم من غرمائه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

لان ذلك من الحفظ . وان لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضي به فحينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه ﴿ فان قيل ﴾ المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعيب أو مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما الوكيل فلأنه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلأنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا انه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده * واذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وغلته ودينه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنانير أو دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئاً من ذلك وكذلك ان كان في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ماسوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لا يملكون بيعه وانما لا يبيع القاضي مالا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر على من لزمه حق فذلك عند ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الي قول شريح وقال لا يجيبها الي ذلك . فالحجة لقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لاتصير دينا إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه بقضائه شيئا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان أرادت اثبات النكاح بالبينة لم يسمع القاضي بينتها عندنا لان البينة لاتكون حجة الاعلى خصم جاحد فما لم يحضر هو أوخصم عنه لايسمع القاضى بينتها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن تستدين وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها اعادة البينة عليه فان أعادت قضي على الزوج بما انفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع احتياط فى حق الحاضر والغائب جميعا (واذا) أجر المفقود شيئا قبل أن يفقد لم تنتقض الاجارة بعدما يصير مفقودا لانه حي في ابقاء ما كان على ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة الى زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (واذا) فقد الرجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله اليوم فان هذا قد مات ألا ترى انه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجمل) حرب كان بين على وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين على ومعاوية رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب كان أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذى فقد فى ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة أو أكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لايبقى فى مثل هذه المدة الطويلة ظاهرا • فان كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخا لامه وللمفقود عصبة فانى أنظر الى سن المفقود يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئا لبقائه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضا لان بقاء الوارث بعد موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت وما كان شرطا فما لم يثبت بدليل موجب له لايثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا موجب فلهذا لايرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود لعصبته الحى بعد ما يمضي من المدة مالا يعيش مثله اليه وان كان مثله لايعيش الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت الميراث لابنه لان حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعى فاذا صار مال المفقود ميراثا له كان ذلك موروثا عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لأخيه لامه منه السدس والباقى لعصبته وان كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الي أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشتبه الحال بمنزلة الجنين فى البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات* واذا فقد المكاتب وله مال وولد ولدوا فى المكاتبة وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسعاء أولاده فى بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته ولم يظهر لانه لا يستسعى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسعى ولده بعد ما يصير مفقوداً وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا فى المكاتبة وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة فى كسبه أن لو كان حاضراً فكذلك ينفق عليهم من ماله بعد ما يصير مفقوداً كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا فى المكاتبة هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم فان مات ابن له ولد فى مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتاً فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أديت كتابة أبيه من ماله مستنداً الي حياة أبيه فلجهالة المستحق بقى موقوفاً وان كان ماله فى يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أتعرض له لانه لا يدرى لمن هذا المال وما لم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذى اليد بازالة يده* ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبة وهم كبار ان أباهم قد مات وماله فى أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا وجحد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذى يجحد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل المكاتبة كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من المكاتبة حتى اذا عجز نفسه سقطت المكاتبة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق فى المال يبدأ بالاقوى فالاقوى عرف ذلك بقضية العقول

وشواهد الأصول. وكذلك الحر اذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه ويقسم الميراث بينهم اذا كان في أيديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر مالم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك اذا كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك. وان جحد موته لم انزعه من يده الا ببينة تقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذي اليد وقولهم ليس بحجة عليه في استحقاق يده فما لم تقم البينة على موته لايخرج القاضي المال من يد ذي اليد. ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم أب هو وارث وبالظاهر لايثبت هذا الشرط فلهذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله. وكذلك ان كان مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق على ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدرى لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لايرث من غيره مالم يعلم حياته حقيقة وقت موت مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر (قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعدها أولى ومراده بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في البينة التى أقامها المملوك على العتق. وكذلك لوادعت امرأته الطلاق أو ادعت امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو أوصي رجل للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أنفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق الموصى له بقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقوداً وترك مالا في يد الابنتين فارتفعوا الى القاضي وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغى له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لايخرج شيئا من ايديهما لان القاضي لايتعرض لاخراج المال من يد ذي اليد الا بحضرة من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لايدعون لانفسهم شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لايدرى ان المفقود حي فيرث أو ميت فلايرث

فلهذا لايخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذى يعلم أنه له لان حق أولاده ثابت فى ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة فى ملكه واستصحاب الحال معتبر فى ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قدمات اخونا وقال ولد الابن هو مفقود لان من فى يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قدردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لانا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان المفقود ان كان حيا فالميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقى لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقى. فى يد ولد الابن من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانه لايدرى من المستحق لهذا الباقى. ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات أخونا قبل أبينا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده المال بالمال للميت و بأن الابن مفقود فانه يعطى الابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقى موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذى في يده المال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بان ثلثى ما في يده للابنتين فيجبر علي تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لانفسهم بهذا القول لايدعون شيأ ثم يوقف الثلث الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه .ولو جحد الذى فى يديه المال أن يكون المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقى يخرج من يد ذى اليد فيوضع فى يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذااليد قد جحده وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان كان معروفا بالعدالة لان العدالة لاتتحرز زمن تناول مايزعم انه ملك بخلاف ماسبق فذو اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقى فى يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم أدفع

اليهم شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليـد ومجرد قولهم لا يكفى لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثا من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثا من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلابد ان يقيموا البينة على موته قبل ابيه أو بعـده ولا ينفق عليهـم من ذلك المال شيء وان كانوا محتاجين لانه لايدرى لمن هذا المال ونفقتهم عند الحاجة فى مال ابيهم والملك لابيهم فى هذا المال لايثبت مالم تعلم حياته بعـد موت الجد . فان كان المال ارضا في ايدي الابنتين وولد الابن فاقروا جميعا ان الابن قـد مات قبل ابيه واقتسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا انه مفقود فان القاضي يمضي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيمافي أيديهم مقبول فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون فى ذلك والقاضي لايلتفت الى قول المناقض . وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن فى يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدى مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك لانه لايدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقر أنه ليس بوكيـل له ولا وارث لانه حى ونقض القسمة بقول من لايدعى لنفسه شيأ لايجوز بخلاف مالو كان بعض الارض فى يده لانه مـدع لنفسـه حقا وهو ابقاء يده فيما فى يده وقسمتهم قبـل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليـه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير فأدرك . واذا ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضى بينهم قسمة مستقبلة باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيهم على القسمة بعد موت الجد لا يعمل به فى حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى فلهذا ينقض القسمة بخلاف مالو كان القاضي هو الذى قسمه بين الحضور وعزل نصيب الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته فى حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال شيء لان للقاضي نوع ولاية فى حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية فى حق الغائب والصغير ولو ماتت ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها فى يد أخيها لم أتعرض له ولم أقف منه شيئا للمفقود لانه لايدرى أحيٌ هو فيكون وارثا أو ميت فلا يكون وارثا وقد بينا انه لايتعرض ليد ذى اليد الا بمحضر من الخصم . وان كان ميراثها فى يد

أجنبي لم أدفع الى أخيها منه شيأ لان شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوما بالحجة لا يدفع الى الاخ من الميراث شيء وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم أقسم بينهم لان القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك مالم تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم اقسم للمفقود من ذلك نصيبا لان حياته بعد موتها غير معلوم ولم اقف له شيئا لان التعرض ليد ذى اليد لا يجوز الا بمحضر من الخصم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم انه مات قبلها أو بعدها ويقسم مابقى بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضى لا يشتغل بالقسمة لان فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضى القضاء عليه بغير محضر من الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضى ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفا حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لانا تيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذى اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ماسبق فان المال هناك في ايديهم ففى القسمة تمييز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهنا المال ليس في ايديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لا يمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم * واذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لا يرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لو كان عبداً لم يحبس له شيء من ميراث ولده لان الرق الذى يحرمه معلوم والعتق بعد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي وكذلك المرأة المرتدة فانها لا ترث أحداً وكذلك الذمى يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيء لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث المسلم . وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لايرث الكافر فسبب حرمانه متيقن والله أعلم

كتاب الغصب

﴿ قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء ﴾

(اعلم) بان الاغتصاب أخذمال الغيربما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أوغير مال . يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوما . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمته في الشرع بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالي (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال تعالي (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً) وقال صلى الله عليه وسلم لايحل مال امريء مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته ألا ان دماءكم واعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا (فثبت) أن الفعل عدوان محرم فى المال كهو فى النفس ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين الا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به . فأما اذا كان مخطئا بان ظن المأخوذ ماله أوكان جاهلا بأن اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه فى الدنيا فثابت سواء كان آثما فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعا لجهله وعدم قصده والحكم الأصلي الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال صلى الله عليه وسلم لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به . ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال فى ماله مقصود به يتوصل الى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وأتم

وجوهه رد العين اليه ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لايصار الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبرانا لمافوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر . فالكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل معنى أى فى صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * وبيان هذ ان المغصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المغصوب منه فى العين والمالية وقد تعذر ايصال العين اليه فيجب ايصال المال اليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكنا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثانى اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك فى المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفى القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب فى الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى مجيء أوانه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب أو المستهلك ممالامثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبى حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بمالا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذى يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفا عن رد العين وصار ذلك دينا في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لايوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدى الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان المغصوب

من المعديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عدداً ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدى به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في المعديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لايجرى فيها الربا لانها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لايصار الى القيمة لتعذر أداء المثل كما في المعديات المتقاربة ولكنا نقول المماثلة في آحاد هذه الاشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لان آحاد هـذه الاشياء لا تتفاوت في المالية انما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وان كان المغصوب من المعديات المتفاوتة كالثياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر ردّ العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضى الله تعالى عنها مع رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه فضربت عائشة رضى الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضى الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضى الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولكنا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فان كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص علي اعتبار القيمة فيما لامثل له * وتأويل حديث أنس رضى الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلي الله عليه وسلم * ومعنى قول علي رضى الله عنه يفك الغلام بالغلام يعنى بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضى الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور انه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمهما الله قال من كسر عصى فهى له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فهى له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على العصى الصغيرة فانها من المعدبات المتقاربة لاتتفاوت آحادها فى المالية كالسهام وما ذكر في الحديث الثانى محمول علي العصى الكبيرة فانها كالمعدبات المتفاوتة لان آحادها تتفاوت في المالية . ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لايمكن التقضي به بعد ذلك فأما اذا كان الكسر يسيراً فليس علي الكاسر الاضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن نقصاناً فى ماليته فعلية ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم فى كل عين الا فى الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشاً كان أو يسيراً يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان متعذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعى رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على ان من مذهبه أن للجودة فى هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال ألا ترى أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة ومالا يتقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من الملاهى والمعازف . ثم وجوب ضمان النقصان لايؤدى الى الربا فان حكم الربا يجرى بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصاً علي أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك فى المضمون ولكنا نقول لاقيمة للجودة فى هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء يعني في المالية التى ينبنى عليها العقد لانه لايجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس . وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله فى العين واذا ثبت انه لاقيمة للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الأصل وهى متقومة مع الأصل تبعا فلهذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المغصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبى البحترى ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال ان بنى عمك عدوا علي ابلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه اذاً نعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل

فصلانك قال اذاً تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال بيني وبينك عبد الله فقال عثمان رضى الله عنه ثم فقال عبـد الله رضى الله عنه أرى أن يأتى هـذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة فى أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هـذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضى لان المتلف لم يكن عثمان رضى الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان غير مؤاخذ بجناية بنى عمه الا أن عثمان رضى الله عنـه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بنى عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بى وهذا لانه كان به فرط الميل الى أقاربه واليه أشار عمر رضى الله عنه حين ذكر عثمان رضى الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك ظاهراً منه ولهذا جاء الاعرابى يطالبه وانما غمزه بعض القوم بعبد الله رضى الله عنه لما كان بين عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وان الامام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه * وفيه دليل على أن رد مثل المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضي الله عنه وهذا لان المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه فى ذلك الموضع وأداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب ﴿ وذكر ﴾ عن شريح رحمه الله أن مسلما كسر دنا من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه نأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتمام احرازها منهم بحماية الامام فانهم يعتقدون فيها المالية وانما يكون المال متقوماً بالاحراز والامام مأمور بأن يكف عنهم الايدى المتعرضة لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة فيتم احرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك فى موضعه (ثم) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمى عنـد الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوى ماهو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر (واذا) غصب الرجل جارية تساوى ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وانجلاء البياض عن العين * وفى الكتاب بدأ ببيان الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث أمانة فى يده عندنا حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعى رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لانها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل والاصل مضمون عليه فكذلك ماتولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغصوب منه كالاصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغصوبة بمباشرة من الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في الجاهلية يتملكون بهذه اليد ويسمونه غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم وأثبت الضمان وبقى حكم الملك بها فى كل مباح كالصيد . ثم انما يملك الصيد باثبات اليد عليه فكذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه إنسان كان القول قوله (والثانى) هو انه غاصب للولد تسبيباً فان غصب الام وامساكها الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبيب هوفيه متعد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالغصب أخرى وفى الاتلاف المسبب اذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك فى الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبيباً ولا مباشرة لان حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتا ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شئ عليه وليس في الغصب تفويت العين فعرفنا أن وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التفويت بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ مالم يكن في يده وما كان الولد فى يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار الغاصب مالم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد فاذا منعه يتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضمونا عليه كالثوب اذا هبت

به الريح وألقته فى حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتفويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه. فأما الاموال فمحفوظة بالايدى فلا يكون اثبات اليد علي المال اتلافا لشئ على المالك * يوضح الفرق أن الحق فى صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان. وعلي هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لايضمن وعلي الطريق الاول هو ضامن ولاوجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو فى ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوكه حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدى منه على الامانة كما لوباع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس فى البيع والتسليم تفويت يد المالك فى الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا فأما الزيادة المتصلة فهى أمانة فى يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولايضمن الزيادة وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لاتنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده علي الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً ولكنا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان ليد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لاعلى حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منعها بعد الطلب ففى احدى الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفى الرواية الاخرى لاتصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لاتتحقق منفردة عن الاصل اذ لايتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع فى حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا الاختلاف لوازدادت قيمتها من غيرزيادة فى بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الاقيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعى يضمن قيمتهاوقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه فبهذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك • وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتهاعندذلك فان باعها وسلمها بعدما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشترى ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم قبض العين وان شاء ضمن الغاصب لان المشترى متعد بقبضها لنفسه على طريق التملك وفى هذا القبض تفويت يد المالك حكما على مابينا انه كان متمكنا من استردادهامن الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة مالوغصبهاغاصب من الاول بعدالزيادة فان للمالك ان يضمن الغاصب الثانى قيمتها وقت غصبه • وفيه طريقان أحدهما مابينا • والثانى أن المولي باختياره تضمين الغاصب الثانى يكون مبرئا للغاصب الاول ولهذا لايكون له أن يضمنه بعد ذلك وبهذا الابراء تصير يده يدالمالك والغاصب الثانى مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفى درهم ولم يذكر فيه خلافا فى الكتاب (وروى) الحسن عن أبى حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم الله انه ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها * وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان الزيادة حصلت فى يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه بأى الشيئين شاء كما لو قتلها بعد الغصب * وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك ألا ترى ان من ادعى عينا فى يد انسان فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضى يقضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبته المشترى بالبينة قضى القاضي بالملك له فيكون ذلك استهلاكا

للملك على المغصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان كالاستهلاك بالقتل * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في المغصوب لوجهين (أحدهما) ان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الاسباب مطلوبة لاحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئاً فلا يعتبر كتكرار البيع بثمن واحد وانما قلنا ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لان ملك المغصوب منه باق بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاستهلاك اما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت الملك فيه حكما وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الاصل لما قلنا ان الغصب بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الاول ولا وجه لابطال حكم الضمان الثابت بالغصب الاول بفعل الغاصب لان المسقط للضمان عنه نسخ فعله باعادته الى يد المالك لا اكتساب غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لان الزيادة تابعة للاصل فلا يثبت الحكم فيها الا بثبوته في الاصل ولان الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان الغصب ولانه لما ضمن الاصل بالغصب ملك الاصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين أنه باع ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف ما اذا قتلها لان ذلك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك مفيد في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة وبالغصب يجب على الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الاصل لكونه مفيداً ثم يعتبر في حق الزيادة تبعاً للاصل الا أنه اذا ضمن الاصل بالقتل لا يملكها لان ضمان القتل لا يوجب الملك فلا يتبين به ان الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا ان المغصوبة لو كانت دابة فاستهلكها الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات انه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمهم الله ان ذلك الجواب قولهم جميعا وجعل يفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الاصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق . قال رضى الله عنه والاصح عندى انه لافرق فى الفصلين عند أبى حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا قال وقد رأيت فى بعض النوادر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لايضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذ كان مفيداً وحكم الاستهلاك فى الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فالاستهلاك وان تحقق فلا فائدة فى اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل فى الآدمى فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثانى مفيدا وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا نثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لايكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم *وان اختار المغصوب منه تضمين المشترى بطل البيع ورجع بالثمن علي الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشترى بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلهذا استرد الثمن من البائع *(رجل)* غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردهما لان الولد جزء من الاصل فيكون مملوكا لمالك الاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد علي قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو بالابراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد الولد لايكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان بملك غير المضمون له لان الضمان لجبران ما فات عليه وملكه لايكون جابرا لملكه ولايجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة فى يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (ألا ترى) انه لودخلها عيب آخر فى يده وفى

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع قوائم شجرة انسان فنبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما نبت لان النابت ملك المضمون له بخلاف مالو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يجعل مؤديا للضمان به وبخلاف ما لو قلع سنها فنبت مكانها أخرى أو صارت مهزولة ثم سمنت لان هناك انعدم سبب الضمان لان السبب افساد المنبت لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما أفسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهنا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد لا يصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم يتخير به فكذلك قبله * وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والثابت حكما كالثابت حسا أو أقوى منه . وبيان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزأ منها ثم رد ذلك الجزء مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يجعل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فاذا جعل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر الجواب عن كلامه فانا لا نجعل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبرئه بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا المعنى *فان قيل* كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان *قلنا* لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء فى حكم الطهارة لا فى الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا فى حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما اذا كان فى قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك اذا صار فيه وفاء بعد الولادة قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحادث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد فى المبيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة فى حكم الانجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهى بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة فى المبيع بعد القبض لا تعتبر فى انقسام الثمن فأما فى السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفائت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن هناك لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون الاصل فى ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل فى ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفى قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ماذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم اتحاد السبب على ماقررنا * فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففى هذه المسئلة ثلاث روايات روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء فى قيمة الولد وروى عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فأما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين : (أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجباً للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفائت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفاً عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل لا ما اذا كان الفائت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت الغصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا رد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفا فى حكم الانجبار به ﴿ قال ﴾ واذا جاء المغصوب منه يدعى جاريته فى يد الغاصب وهو منكر فأقام شاهداً أنها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على اقرر الغاصب بذلك لم يجز لانهما اختلفا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين . وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الغاصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر الغصب فالشهادة جائزة لانهما اتفقا فى الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احداهما بالشهادة بالغصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما انها جاريته وشهد الآخر انها كانت جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو المالك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه أبداً حتى يخرجه من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فعرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك فى الحال * وان شهد احدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر انها جاريته ورثها عن أبيه لم يجز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد الملكين متباين عن الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه والمشترى لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود به حكما لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء * وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو بهبة أو صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو . وان شهدا أنها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفا على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله مجيز

حال وقوعه يتوقف علي الاجازة وان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولكن الشرط لتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد) ذكر فى النو در أن المدعى اذا طلب من القاضى أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا للبيع بهذا. وجه ظاهر الرواية ان الملك لذى ظهر له بقضاء القاضي لايكون أقوى من ملك ظاهر له وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالقضاء بطريق الأولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو أمين فيما يقبض. ألا ترى انه لوهلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولايشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء. فكذلك لايشترط بقاؤه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ماحدث للجارية عند المشترى من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشترى من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما فى نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء * فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه مقررا فيها وانما يملك الكسب والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشترى لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا وقال) ابن أبى ليلي عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشترى اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبارا للحكمى بالحقيقي. ولكنا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل قال صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما لايملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف فى نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان الموهوب له لو أعتق الموهوب قبل أن يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشترى بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغصوب منه أن يضمن المشترى ان شاء فان أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشترى الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفى الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبى يوسف عن أبى حنيفة (قال) أبوسليمان وكنا سمعنا من أبى يوسف روايته عن أبى حنيفة انه لا ينفذ عتقه * وجه القياس ان هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشترى بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جوازه ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضى المدة * والبيع الموقوف مختلف فى جوازه وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو اجاز العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشترى من المكره اذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشترى * يوضحه أن البيع والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المنافاة فى حقه . والدليل عليه ان الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشترى هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشترى هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى. وكذلك لو كان المشترى من الغاصب أعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك اذا نفذ البيع باجازة المالك * وجه الاستحسان ان هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بنفوذ السبب بالاجازة كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة وهى مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث اذا فعل ذلك * وتقرير هذا الكلام ان العقد الموقوف سبب تام فى نفسه وانعقاده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فاذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه فى تمام السبب لانه ليس من ضرورة اتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لان الاسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك فى اثبات الملك للمشترى لان من ضرورته زوال ملكه فيتأخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقابضا وافترقا ثم أجاز المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفوا فى الصرف بعد الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقى فى المبيع أو الثمن والدليل عليه ان رجلا لو قال للغاصب أعتق هذا العبد عنى بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولى لان سبب الملك هناك مضمر وهنا مفصح به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجازه المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله على انى بالخيار مقرون بالعقد نصاً وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياسا لانه أدخل الشرط على السبب وفى الاستحسان يجعل الشرط داخلا على حكم السبب فينعقد أصل العقد ويكون فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال اذا جاء عبدى فلله على ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله على ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان فى العقد الموقوف يثبت ملكا يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب على ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط فى مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشترى على ملك فى المحل أصلا ومسئلة المكره قد منعها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول بيع المكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشترى بعد القبض ينفذ عتقه والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام فى حكم الملك كالهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف فى المحل فلهذا لا ينفذ عتقه وعتق المشترى مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضا وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء موجب وهو شراء القريب فانه اعتاق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهى له ألا ترى ان المشترى لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بائعه بحصة العيب من الثمن بخلاف مالو أعتقه فلكون العتق منهيا للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لايجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف مالو أجاز المالك العتق لانه باجازة العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازة البيع يمتد محل العتق للمشترى وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفى لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشترى من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشترى ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله فى كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشترى يملكه من جهة الغاصب وقد بينا أنه لايستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذى قلنا فلهذا نفذ عتقه * وان ماتت الجارية في يد المشترى ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لايصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصوداً بسببه . وان لم يمت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولكن الغاصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الغاصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشترى من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشترى عليه فلهذا لايصح البيع الاول بعد شراء الغاصب وكذلك ان أجازه لانه قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلا للموقوف اذ لايتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاها للغاصب أو تصدق بها

عليـه أو ماتت فورثها منـه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافـذ في المحل ﴿ رجل ﴾ غصب من رجـل جارية فغيبها فأقام المغصوب منه البينة انه قد غصب جارية له فانه يحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول تأويل هـذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فأما الشهادة على فعل الغصب لاتقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب ولايتمكن القاضى من القضاء بالمجهول ولابد من الاشارة الى ماهو المقصود بالدعوى فى الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المغصوب عادة وحين يغصب فانما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلهذا يحبسه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أوقد بعتها ولا أقدر عليها تلوم القاضى فى ذلك زمانا ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة وفيه نوع ضرر على صاحبها فعين الملك مقصود لصاحبها كماليتها وربما يتعلل الغاصب بذلك لتسلم العين عند أداء القيمه فلهذا لايعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك موكولا الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لايكون[٢] وهذا التلوم اذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضى فلم يقدر على الجارية فان اتفقا فى قيمتها على شيء أو أقام المغصوب منه البينة على مايدعى من قيمتها قضى له القاضى بذلك وان لم يكن له بينـة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو منكر لها فان استحلف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي له بما أقر به الغاصب لان مازاد على ذلك انتفى عنـه بيمينه مالم يقم المالك حجة عليـه فان ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكول أو بالاقرار من الغاصب بما ادعى المالك فالجارية له لاسبيل للمغصوب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب بعـد مايحلف يخير المغصوب منـه فان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله هذا اذا كانت قيمتها بعد ماظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما اذا كانت قيمتها مثل ماقال الغاصب فلا خيارله في استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله . وفى ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضي الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فالجارية باقية على ملك مولاها فيستردها اذا ظهرت ويردما قبض من القيمة (وبعض) المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لايثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشترى المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا فى هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب هو عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ماهومرغوب لهم به ولايجوز اضافة مثله الي الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصوداً ولهذا لايملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الاصل سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه أو شرطاً لغيره . وجه قول الشافعى رحمه الله الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلا بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك كالقتل . وتأثيره ماقلنا ان الملك حكم مشروع فيستدعى سببا مشروعا والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضياً به وأن يكون مباحاً والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لان هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفائت بالغصب والفائت بالغصب يد المالك لاملكه * فعرفنا ان هذا الضمان بمقابلة النقصان الذى حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو هشم قلب فضة لانسان وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت ان هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ماهو قائم بل هو باحياء ماهو فائت وملكه في العين كان قائما فلو جعلناه زائلا بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتا لا جبرانا ولو كانت القيمة بدلا عن العين فهو خلف يصار اليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الخلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستؤنى به حولا كاملا ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر . وبهذا يتضح جميع ما قلنا فان الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لايتحقق في المدبر وبقضاء القاضى بالقيمة لايزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه فى العين أو كانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضى بها فى محل لايتحقق فيه هذا الشرط وان تم بقضاء القاضي ينبغى أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر * وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لان التصدق بملك الغير اذا كان مالكه معلوما لايجوز ولكن يحفظ عليه عين ماله فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه . والمعنى فيه أن الغصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا أمكن كالبيع والصلح * وبيان الوصف أن غصب الحر لايتحقق موجبا للضمان لانه ليس بمال وكذلك غصب الخمر من المسلم لانه غير متقوم وتأثيره ان اختصاص السبب بمحل لايكون إلا لاختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذى هو مال متقوم يختص بصحة التمليك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما اختص بهذا الحكم فان الفعل الذى

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لاتختص بمحل هو مال متقوم . ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . ألا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ماهو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعى الفوات لامحالة لانه انما يجبر الفائت دون القائم فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت ومالا يمكن أثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم شرطه عليه لامحالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتقه يقدم التمليك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطا في المحل الا أن يكون قوله أعتقه عنى سببا للتمليك مقصوداً * اذا تقرر هذا تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ماهو حسن مشروع به وهو القضاء بالقيمة جبرانا لحقه في الفائت ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بحسنه ولهذا لا يشترط التقابض لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطا لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المغصوب وان كان هالكا عند القضاء بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التمليك مقصوداً بسببه لا شرطاً لغيره وكذلك يقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فاما) المدبر ففى تخريجه طريقان * أحدهما ان هناك لا نقول ببقاء العين على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل زائلا عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لو لم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المغصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا * الثانى أن في المدبر القيمة ليست ببدل عن العين لان ماهو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر فى المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذى حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففى كل محل يمكن اتحاد الشرط لا تتحقق الضرورة فيجعل بدلا عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان الذى حل بيده * ونظيره فصلان . أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل

اتحاد هذا الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم لايجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح فانه اذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل لايحتمل تمليك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده وكذلك اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية بيان أن الا كل بالتجارة عن تراض جائز لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فان المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضياً بذلك لان من طلب شيئاً لايتوصل اليه الا بشرط كان راضياً بالشرط كما يكون راضياً بمطلوبه ﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاها ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد ثبت من حيث الظاهر فان من في يده شئ فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلايصدقه في ابطال حقهما ولكنه مصدق فيما يقر به علي نفسه وقد أقر أنها كانت مغصوبة في يده وأنه ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلهذا يلزمه قيمتها للمقر له ﴿ قال ﴾ ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله علي ان قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول أبي يوسف لايضمن ذلك . وجه قول زفر انه أقر بوجوب العقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهي مغصوبة في يده والوطء في ملك الغير لاينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وكذلك إن أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلي المغرور عقرها للمستحق فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان مايلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد علي الغاصب دون العقر وكذلك ولد المغصوبة لايكون مضمونا علي الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه في الولد وانما امتنع رده لحريته شرعا فهو كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر علي نفسه بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد فلايلزمه ذلك فان كان المدعي أقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولم يذكر العقر

وينبغي أن يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذى هى في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذى أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئا من ذلك ﴿قال﴾ لا استحلفه علي شئ من ذلك إلا أن يدعي الذى هى في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهييجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعى عليه مالو أقر به لزمه (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضاء نفسه . وان أقام الذى هى فى يديه البينة علي تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فان تصادق الأول والجارية على انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان على ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تعتق لانها أثبتت حريتها باعتاق من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشترى علي البائع بالثمن وعلى المشترى العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهى حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام فى الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلهذا لا يغرم قيمة الولد ٭ ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لان حرية الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ على عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حر الاصل فلم يدخل فى ملك المدعى حتى يجعل عتقه بسبب القرابة ٭ واذا ثبت أن حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشترى على البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به على غيره ﴿رجل﴾ غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد أتلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متعديا عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئاً من ذلك ولكن الام ماتت فله أن يضمنه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعا لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد الى الولد فان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بعد موت الام فأما قبل موتها الواجب رد العين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد كحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكا للمولى وولده يكون مملوكا له ينفذ عتقه فيه ﴿ رجل ﴾ غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمنه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم مؤجلا في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر أن القاتل جان على ملكه فلهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين أولان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلا فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض ألف قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه التصدق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فمولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبدل نفس الحرة وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه أولانه ظهر أن جناية القاتل كانت على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلا خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لانها بعد الغصب باقية على ملك مولاها وموجب جناية المملوك أن يخير مولاها بين الدفع والفداء وأي ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقل من قيمتها ومن الفداء لان ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنايتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولان الرد لم يسلم حين استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكأنه لم يردها فيرجع عليه بقيمتها الا ان يكون الفداء أقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقل لانه في التزام الزيادة على الاقل مختار فانه كان يتخلص باختيار الاقل فان كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فيدفعها الى أولياء الجناية لانها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واخلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها واذا دفع القيمة اليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لان المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك اذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فان انهدمت من سكناه أو من عمله فهو ضامن لذلك لانه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وان انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم ينبني على السبب وأصل المسئلة لان العقار لا يضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الاول ومحمد والشافعي رحمهم الله. حجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع باقامة ذي اليد البينة على أن يده يد أمانة واذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمنقول * وبيان الوصف ان الغزاة اذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التعدي باثبات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائز والفاسد فيضمن بالغصب كالمنقول وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لايتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين فى المنقول الذى يمكن احضاره ثم فى العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لايحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنعه من أن يدخل ملكه فيسكن لان ماهو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله فى غير المضمون مقام فعله فى المضمون فى ايجاب الضمان كحافر البئر فى الطريق فعله فى الارض دون المار ثم يجعل ذلك قائما مقام فعله فى المار الواقع في البئر فى ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد فى الآخرة ولم يذكر الضمان فى الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لايدل علي تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً وهذا لايدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور فى الحر . وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لايتحقق فى العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب فى العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفائت من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل فى المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله فى مكان تبقى مابقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل فى المالك لافي الملك وفعله فى المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجبه

الحكم فأما الغصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكما ولكن ان صادف الفعل محلا يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلا لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجه لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ماهو حد فعل الزنا لا يتحقق فى هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذاك يوجبه الحكم فيجوز اثباته بطريق حكمى والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا فى معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجبه الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض فى باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الي ايجاده بطريق التمكن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالي من اقامة الفعل فى الملك مقام الفعل فى المال صحيحا لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو نقله فى نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة . واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل فى الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل فى المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكماً ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل فى المالك مقام الفعل فى المال * ولا يدخل على هذا ما قاله فى الزيادات اذا وهب لرجل دارا بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحقت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم علي أصل محمد أيضا لانه يوافقنا فى المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه فى السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له ﴿ فان قيل ﴾ أليس انه لو اشترى منقولا وخلى بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشترى وهذا المعنى موجود فيه ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشترى فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لاتوجب التسليم الي الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهى يد مفوتة ليد المالك فتحول اليه بصفته * وأشار فى الكتاب الى حرف آخر فقال ﴿ لودخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت أولبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لوكان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمنقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب باثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لايحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لوشهدوا ان أباه مات وهو لابس هذا الثوب أوراكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره فى حق المشترى باطل لان المشترى صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لاضمان على الغاصب للمالك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لايتحقق في العقار. وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات أنهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة علي الملك لنفسه لاتقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة . ألا ترى أنه لوأقام البينة علي انها ملكه قضي له بها فلهذا لايكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود فى الوديعة وليس فيه اتلاف الملك حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن نقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ﴿ رجل ﴾ غصب عبدا أودابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لان وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة ولان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فاذا هو الذى جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له. وفى الاصل قال قلت ولم لايكون لصاحب العبد قال لانه كان في ضمان غيره وكانه أشار بهذا التعليل الي قوله صلي الله عليه وسلم الخراج بالضمان فحين كان فى ضمان الغاصب فهو الذى التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لانها حصلت له بكسب خبيث فان مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة فى ضمان القيمة لانها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتباراً للجزء بالكل ﴿فان قيل﴾ القيمة دين فى ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه أن يتصدق بمثله ﴿قلنا﴾ نعم ولكن انتصدق بهذا لم يكن حتما عليه . ألا ترى انه لوسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس علي الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه. وان كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشترى فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشترى على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لان الخبث فى الغلة ما كان بحق المشترى فلا يزول بالوصول الي يده بخلاف الأول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده ﴿ قال ﴾ الا ان يكون عند الغاصب مايؤدى به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدى من الغلة لانه محتاج الى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى عنه وان كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك لان وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاكه الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فان كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وان كان غنياً فعليه ان يتصدق بمثله فكذلك فى استهلاك الثمن وانما قلنا ذلك لان حق الفقراء فى هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله ان يردها على المالك ان شاء (ثم) الملتقط اذا كان محتاجاً فله ان يصرف اللقطة الى حاجة نفسه بخلاف ما اذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الغاصب فى سكنى الدار وركوب الدابة أجر *وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم فى العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعته فاذا اعتبرت المنفعة لايجاب ضمان العين لايمكن اعتبارها لايجاب ضمانها مقصوداً والمنفعة كالكسب وقد بينا فى الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك فى المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد فى الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الأصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث فى العين شيئاً فشيئاً وقد بينا أن زوائد المغصوب لا يكون مضمونا على الغاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعى رضى الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا لاتتحقق الا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لايتحقق فى المنافع لانها لاتبقى وقتين فلا يتصور كونها فى يد المالك ثم انتقالها الى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد المالك فلهذا لايضمن المنافع بالغصب عندنا * فأما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لاتضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر فى ذلك سواء حتى او استسخر حراً واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ماصنع ولكنه لايضمن شيئا *وجه قول الشافعى رضي الله تعالى عنه أن المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لابتغاء الربح كما يشترى جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع فى المالية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله فى منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف الا أنه اذا حبس حرا لايضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولا اثبات يده عليه بل منافع المحبوس فى يده كثياب بدنه وكما لايضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهى متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل أن لاتكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالعقد ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسداً وانما يملك بالعقد

ماهو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة فى المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لايضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لايملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لايجوز ولا يضمن بالعقد أيضاً صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا فى ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما فى ولد المغرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر منهما لايكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخمر والميتة . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لاتبقى وقتين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولهذا لايتقوم فى حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا بيديه اوأعاره شيئا فانتفع به لايعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لايسبق الوجود فان المعدوم لايوصف بانه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لايسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لايتحقق فيما لايبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلى هذا نقول الاتلاف لايتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لايحل المعدوم وبعد الوجود لايبقى لحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لايجوز فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة فى العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم التقوم والاتلاف وفى الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان فى المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لايضمن

بالعين لانه فوقه فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين * وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين مايبقي ومالا يبقى تفاوت عظيم والعين لا تضمن بالمنفعة قط ومن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ايضاً والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الاتلاف حتى ان الحجر فى خان واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة احداهما مثلا للمنفعة الأخرى عند الاتلاف . والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبنى على المماثلة باعتبار الاصل بل على المراضاة وكيف ينبنى على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفى المشروع يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسدا كان العقد أو جائزا فيسقط اعتبار التفاوت الذى ليس فى وسعنا الاحتراز عنه فى ضمان العقد. فأما الاتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الاتلاف ﴿فان قيل﴾ يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن اتلاف منافع أموال الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من اهدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اهدار الأصل ﴿قلنا﴾ قد اوجبنا للزجر التعزير والحبس فأما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما أتلف كان ذلك ظلما مضافا الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة فى حقنا وهو أنا لا نقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لا يهدر بل يتأخر الى الآخرة. ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا فى حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً فكان ماقلناه من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة اعدل من هذا الوجه * قال ﴿ أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه قد ردها اليه وماتت فى يده فعلى الغاصب القيمة ﴾ لان رب الدابة يثبت على الغاصب سبب وجوب القيمة والغاصب ينفى ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والبينات للاثبات دون النفي ﴿ فان قيل ﴾ سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت ببينته مايبرئه عن الضمان وهو لرد فكانت بينته أولى بالقبول ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلهذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها اليه على حالها لان القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لان الغاصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما اذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البينة انه ردها فماتت في يد صاحبها فعلى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لان الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها ببينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه اياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الغاصب هنا لما فيها من اثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد والظاهر أنهم انما شهدوا بذلك لانه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ماسبق فان القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه مالم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق ﴿ واذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق أو كان طعاما فاكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا ﴾ وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكنا نقول الموهوب له في القبض والا كل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به علي أحد . فأما المغرور فمنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر انسانا أن هذا الطريق أمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف * وانما الغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فبفوات ماهو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لايستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيباً لا يرده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور أيضا (والثاني) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه فأما الموهوب له في القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئا ليتأكد ذلك بقبضه وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف ما لو كان اشتراها فان هناك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه ولا يرجع بالعقر عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر أيضا لان البائع قد ضمن له سلامة الوطء أيضا ولكنا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذي نال تلك اللذة فلا يرجع بما لحقه بسببه على أحد * وعلى هذا لو أن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه المغصوب منه قيمتها رجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر في قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي رحمه الله لان المستعير ضامن للعين في حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان * واذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينة رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وانما يدعي رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعواه * وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعي والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعي فقال البينة على المدعي وبالالف واللام يظهر ان جنس البينة في جانب المدعي وجعل اليمين في جانب المدعى عليه والبينة لا تصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تحلف الغاصب على ذلك فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله الى غيره ﴿ قال ﴾ ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذى وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعي عليه اما للنفي أو لابقاء ما كان على ما كان وهو براءة ذمته فاذا حولت الى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته الى اثبات ما ليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى غصبتكه وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو مروى كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الاختلاف منهما فى تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض أمينا كان أو ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع في رد الوديعة أو هلاكها والمدعى يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين فلهذا جمع في اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وابرأت الغاصب من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كاقراره وعند النكول لا يقضي له بهذا الثوب لانه لا يدعى ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقه فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بقى دعواه أصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان شاء تركه . فان جاء بثوب هروي خلق وقال هذا الذى غصبتكه وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبى جديداً حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب حين كان جديداً ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

الى أقرب الاوقات . فان اقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب انه غصبه جديداً لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما بينة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البينة أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت ببينة كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لايمنع قبول بينة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولان القاضي ماقضى بان المغصوب كان خلقا وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها . فان كان غصبه ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم فى الثوب وقد بينا ان بغصبه لايسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما علي الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالاصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمه الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له مازاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى مالية حقه ويتملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدى من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب فى ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لايملك ثوبه منه بقيمته وأن لايغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لاطريق لتميز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مالو هبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فانصبغ الا ان هناك لاضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا فى هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا فى بعض الثياب ٭ وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لوغصب ثوبا يساوى ثلاثين درهما فصبغه بعصفر وتراجع قيمته الى عشرين درهما فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فان كان الغصب جارية صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف ما بينا من الصبغ فى الثوب فهو زيادة من مال الغاصب لا من العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق على المغصوب منه لانه متبرع فى الانفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه* واذا غصب سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه لان السمن فى السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ فى الثوب* وكذلك الدهن اذا خلط به مسكه وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا منتنا كدهن البزر ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه* واذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بنى أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما أجابا على ما شاهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج الى التزام مؤنة فى ذلك رجع وقال السواد زيادة. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب ونحوه* فان كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ماقاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد فى قيمته فالجواب ما قالا انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصبه ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب وضمنه مانقصه القطع لان القطع نقصان فاحش فى الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبعد ماقطع قميصا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذى كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

الثوب ليس بمحل الربا وتضمين النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه مانقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنامن احداث أيّ لون شاء فيه وقد خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لايمكن قلعه عادة وبه يفرق أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيراً ضمن الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لايخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يتمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعدهذا الخرق لجميع ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائماحقيقة وضمنه مانقصه فعل الغاصب (وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف ما لوكان المغصوب عبدا أوجارية فيقطع منه يداً أورجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لاينتفع بها بما هو المقصودمن الحمل والركوب بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لوكانت بقرة أوجزورا فقطع يدها أورجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت به بعض ما كان مقصوداً من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ المذبوح مسلوخا كان أوغير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لايضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب الي الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احداهما) ان حق المغصوب منه لاينقطع عن الدقيق لا على معنى انه يتمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشترى المبيع بغير اذن البائع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الاخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئا * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استقبح أن يأتى مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شئ فهذا قول الشافعى رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعى رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضمين النقصان مع أخذه العين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب فى الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابى حنيفة رحمه الله بالحديث الذى رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمى عن أبى مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان فى ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصارى كانت شاة أخى ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها ادارجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى قال محمد يعنى المحبسين فامره بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلا في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انهما غيران اسما وهيئة وحكما ومقصوداً . وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثانى انعدام

الاول لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبنيّ على الاحتياط لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع فى الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فلهذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول زفر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه. وفى الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما مالم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضى أو يقضى عليه بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المغصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما بني على الاحتياط والاكل مبنى علي ذلك فانما يتم تحول حق المغصوب منه الى الضمان بالاستيفاء أو بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بعده (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة فى الاموال الربوية قيمة وعندنا لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الي الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا. وان وجده صاحبه مكسوراً فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة عوضا كان هذا فى معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز فى الاموال الربوية وله أن يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك. وكذلك كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المغصوب منه في الصفة فان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله لانه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشئ ويستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أولم تنتقص لان صفة العين بغير فعله وذلك كاف لاثبات الخيار له الافيما يكون زيادة فيه على ماتين (واذا) ادعى دارا اوثوبا أوعبدا في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذى هو فى يديه هو عندى وديعة فهو خصم لظهور العين فى يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو أعارها أو أجرها أورهنهامنه لم يكن بينهماخصومة لانه أثبت ببينته أن يده يدحفظ وهذه مسئلة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يدحفظ * وان قال المدعى هذا ثوبى سرق منى فالجواب كذلك فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله (قوله) سرق منى ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد انما كان هو خصما باعتبار يده كما فى الغصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقالا لاتندفع الخصومة عن ذى اليد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق منى معناه سرقه منى الا أنه اختار هذا اللفظ انتدابا الى ماندب اليه فى الشرع من التحرز عن اظهاره الفاحشة والاحتيال لدرء الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه فعل السرقة وهذا المعنى لايوجد في الغصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى الستر على من تجاهر بفعله (والثانى) ان السارق فى العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه في ظلمة الليل انه فلان أوغيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب ولهذلك شرعا فكان هذا فى معنى قوله سرقته منى بخلاف الغصب . ولان السراق قلما يوقف علي أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذي اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعي لاتحويلا فهو بمنزلة مالو أقام البينة علي أنه أودعه رجل لايعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم الكفيل الاعشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلاذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المغصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ماقيمته الاعشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلي الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك لوغصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ماهو مقصود منه وهو قوة الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف مالو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لايصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان لانه فات ماكان مقصوداً منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لايثبت به حق الرد بالعيب ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا ◦ وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان ◦ ولو غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شيء له سواه ﴿رجل﴾ غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفر فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفاً قائما بملك غيره فعرفنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أوقيمته ان كان لا يوجد مثله والسواد فى هذا كغيره عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان فى الثوب عند أبى حنيفة واذا ضمن لصاحب العصفر عصفره ملك المضمون وصار فى الحكم كأنه صبغه بعصفر نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففى القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بما صنع فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن فى الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمنه قيمة صبغه لان ملكه صار وصفا لملكه فلايكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولانه اذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالاذن منه فى الابتداء فلهذا كان له أن يأخذ الثوب ان شاء وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذى قلنا واذا ضمنه كان بمنزلة مالوصبغ الثوب بصبغ نفسه على مابينا . ولو كان الثوب مغصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففى القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفى الاستحسان اذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ انسان . ولهذا نوجب السعاية في العبد المشترك يعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صبغ فى ذلك وان شاء صاحب الثوب باعه فضرب هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فان غصب من واحد حنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد منهما الوصول الى عين ملكه فان تمييز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالمتعذر والمتعذر كالممتنع ولم يبين فى الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة أوبالشعير وعلى قول أبى يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاآ أخذا المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وان شاآ تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشيء يتكثر بجنسه وكذلك فى الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأتى التميز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا ٠ وأبو حنيفة يقول بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كله فعرفنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا ثبت لكل واحد منهما حق التضمين مع امكان التميز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ واذا صار ملك كل واحد منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لاقرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمي وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه فى المخلوط يصير مضافا اليه وعند انعدام الفعل يكون مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما * ولو غصب من آخر كتانا فغزله ونسجه فعليه مثله أوقيمته ان كان لايوجد مثله ولا سبيل له على الثوب ٠ وكذلك إن غصب قطنا فغزله ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول ابي يوسف الآخر وهو قول الشافعي رضى الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو مابينا فى الحنطة اذا طحنها لانه لافرق بين الفصلين فى المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهنا جمع الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لاتبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لاتتبدل بجمع المتفرق وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لاينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار ولكنا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى ٠ أما الصورة فالغزل خيط ممدود والثوب مؤلف مركب له طول وعرض ٠ والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذروع ليس بمال الربا وبعد

النسج لايتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فمن ضرورة حدوث الثاني انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشئ الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك فى الابريسم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لاتتبدل العين ولهذا بقي موزونا يجرى فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولوغصب ساجة فجعلها بابا أو حديداً فجعله سيفاً ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه أو آجراً فأدخله فى بنائه أو جصا فبنى به فعليه فى كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض بنائه وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى فى هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعى رحمهما الله فى هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . وبيان هذا ماذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع فى الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد فى الثمن يجوز فوجه قولهم فى ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولو صبر المغصوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المغصوب مستحق شرعا فما دام الرد جائزاً يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * وحجتنا فى ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما فى الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة

الصبغ له وهذا الوصف غيرمتقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بايجاب قيمة المغصوب حقا للمغصوب منـه ليتوصل هو الى ماليـة ملـكه ويبقى حق صاحب الوصف فى الوصف مرعيا وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحـدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسالة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فاذا رضي فقـد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب أصل والغاصب صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجز لحق صاحب الوصف وهو جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملـكا للمغصوب منـه مقصوداً والآن صار تبعا لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعـد أن كان منقولا لايستحق بالشفعة وانعدم منـه سائر وجوه الانتفاع سوى هـذا فعرفنا أنه قائم من وجه.دون وجـه والقائم من كل وجه يترجح على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجح الاصل اذا كان قائما من كل وجه كما فى مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلهذا رجحنا هنالك اعتبار حق صاحب الساجة * ولا يدخل على شئ مما ذكرنا اذا غصب ثوبا فقصره لانه ليس للغاصب فى الثوب وصف قائم متقوم والقصارة تزيل الدرن والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن * ولا يقال أليس ان القصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار أثر عمله في المعمول لا باعتبار قيام الوصف فى العمل للمعمول بعمله وذكر الـكرخى فى مسألة الساجة أن موضع المسئلة فيما اذا أدخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبناء في ملـكه فأما اذا بنى على الساجة فهو متعد فى هذا البناء والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما فى مسألة الساجة ولـكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو فى العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله فى ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح ما قلنا * وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمرة الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحدوث شئ آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بقى عمل الزارع وهو فى معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الي الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو تامة ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الي الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزارع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه ولكنا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل فى الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلاعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة[1] فغرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فى التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدى الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد فى الأرض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما فى الحنطة اذا طحنها . وفى ظاهر الرواية الجواب فى

(١) التالة بالمثناة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسئلة الزرع سواء والمغايرة بين الفرخ والبيضة لاتشكل على أحد لان هذا حيوان وذلك موات ولا يدخل على شئ من هذا اذا غصب شجرة وقلعها وكسرها لان القلع نقصان محض لايتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ماهو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب فهو كمسئلة الشاة اذا ذبحها وسلخها ﴿مسلم﴾ غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال متقوم فان الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فلرب الخمر أن يأخذها لان بفساد معنى التمول والتقوم لاتخرج من أن تكون مملوكة للمسلم اذا الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له امساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فان خللها الغاصب من غير القاء شئ فيها فالعين باقية على حالها ابقاء الهيئة كما كانت وإن ألقى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا أيضا وان صب فيها خلا فهذا خلط الا ان الخلط انما يزيد ملك المغصوب منه بشرط الضمان وايجاب الضمان هنا متعذر لان الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك فلهذا كان شريكا في المخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على وجهين. أما اذا ألقى الجلد صاحبه فاخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لان صاحبها ألقاه تاركا له بمنزلة من يلقي النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك انسان وينتفع به فانه يكون مباحا له وأما اذا غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشئ لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا يعطى الغاصب شيأ لان ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا ان صنعته انما تعتبر اذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل الى الضمان وهذا غير ممكن هنا لان جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك * وأما اذا دبغه بشئ له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن مازاد الدباغ فيه لانه عين مال قائم للغاصب بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لان الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوما والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوما حتى ذكر في كتاب الاجارات لو غصبه جلدا ذكيا فدبغه بشئ له قيمة فان شاء صاحب الجلد ضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الجلد الذكى مال متقوم قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء * وان غصبه عصيرا فصار عنده خمرا فله ان يضمنه قيمة العصير لان المغصوب كان مالا متقوما وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكا * ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصومة بعد انقضاء أوان العصير فأما فى أوانه يضمنه مثله لان العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلا فان شاء أخذ الخل وان شاء ضمنه قيمة العصير لان العين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الحلاوة الى صفة الحموضة فان شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لان العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل . فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا خيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضا عما استوجب من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضا بطريق أنه يكون مبرئا عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر ﴿ رجل ﴾ له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل أيضا وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرف • قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان عند أبي حنيفة أيضا . فأما فى القياس على قوله المخلوط صار مملوكا للخالط وحق كل واحد منهما فى ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ملكه لحقهما ووجه الاستحسان ان المخلوط وان صار مملوكا للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول البدل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط مالم يؤد البدل اليهما واذا بقى حقهما فيه قلنا يباع لايفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع فى الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشترى لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة فى الثمن بقيمة حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل فى البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التى دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال) وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعنى اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التميز أو يتعذر فان اختلفا فى مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشترى فالقول في الحنطة قول صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة فى مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر للزيادة التى يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار مايزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل أقام رجل البينة انه ثوبه غصبه اياه هذا وأقام الذي في يديه البينة انه وهبه له (فقال) أقضي للذي هو في يديه لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك. ولانا نجعل كان الامرين كانا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البينة على البيع منه بثمن مسمى أو على اقراره أنه ثوبه لان البيع والاقرار بالملك بعد الغصب يتحقق فتقبل البينتان جميعاً (وان) كان في أيديهما جميعا فاقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه غصبه الآخر اياه قضيت به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفي يد كل واحد منهما نصفه فكان بينة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه أولي بالقبول فلهذا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه *فان أقام رجل البينة انه ثوبه استودعه الميت الذي هذا وارثه وأقام آخر البينة أنه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب ان وصوله الى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لان الضمان للآخر ثابت أيضاً فان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يكون ضامناً ولان المقصود اثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين* وان جاء بالبينة علي دراهم بعينها أنها ماله غصبها اياه الميت فهو أحق بها من غرماء الميت لانه أثبت بالبينة ملك العين لنفسه فان الدراهم تتعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب إمساك العين ورد المثل وحق الغريم انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال المغصوب منه*وان أقام رجل البينة ان هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البينة ان ذا اليد أقر به له أقضي به للذى أقام البينة انه ثوبه غصبه اياه لانه أثبت الملك لنفسه بالبينة وأثبت ان ذا اليد كان غاصبا والآخر انما أثبت ببينته اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس بحجة في الاستحقاق علي المالك ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فاودعه عند آخر فهلك عنده فلصاحبه ان يضمنه أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه فان المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب في حقه فان ضمن المستودع رجع علي الغاصب بما ضمن لانه في حفظ العين كان عاملا له وكان مغرورا من جهته حين أخبره انه ملكه وانه لا يغرم شيئا ان هلك في يده * ولم يذكر ان المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل ﴿والجواب﴾ انه لا سبيل للمالك عليه الا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه تقول صار ضامنا للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه. ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصلت اليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا فى حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكه (واذا) قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ماغصبتكها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره مادعاه فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب فى الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لاقراره بغصب الظهارة واقراره حجة فى حقه فكان غايتاه غصب الظهارة وجعلها جبة. وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشو لي لم يصدق لانه رجع عما أقر به فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فصه لى أو هذه الدار ثم قال بناؤها لى أو هذه الارض ثم قال شجرها لى أو أنا غرستها لم يصدق علي شئ من ذلك لكونه راجعا فان البناء والشجر تبع للأصل فيصير مذكوراً بذكر الاصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الاصل والفص في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فيما أقر به لغيره * وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لى أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لى فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعا للام فاقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا. وقد بينا هذا الفرق فى الدعوي فلا يكون هو فى دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكا بما هو الاصل وهو ان مافى يده فالظاهر أنه ملكه إلا ما يقربه لغيره (رجل * غصب من رجل ثوباً ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب. وكذلك المكيل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ عن الضمان عندنا وفي أحد قولى الشافعي رضي الله تعالى عنه لايبرأ لانه ماأتى بالرد المأمور به فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والغاصب لايستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ماأعاد الى ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا في حكم الر فلو جعلنا هذا ردا تضرر به المغصوب منه لانه اقدام على الأكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقى الضمان علي الغاصب. وحجتنا فى ذلك أن الواجب على الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك. أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتا. ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكنا من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لا يكون مبقيا للضمان فى ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطة كما ان جهل المتلف لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه * وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر ما يكون فى ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضا ولان أكثر ما فى الباب أن لا يكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المغصوب منه عين المغصوب كاف فى اسقاط الضمان عن الغاصب. ألا ترى أنه لو جاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه. وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى النبيذ اياه لا يكون رداً للعين المغصوب منه ولا أداء الضمان. وكذلك كل ما يشبهه كالدقيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته. وكذلك اذا غصب صفرا فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكا وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسما وحكماً ومقصوداً فلهذا لا سبيل له على المصنوع وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لا يباع وزنا أما اذا كان يباع وزناً ينبغي أن يكون للمغصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبى حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما نبينه فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المغصوب منه الصفر فى كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثا بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المغصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان

ويترادان الفضل * فان غصب فضة فضربها دراهم أوصاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والحديد والصفر سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان البقرة لاتصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدراهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة فان هذا موجود في الحديد والصفر ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الاناء حادثا بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغصوب منه أن يأخذها ولا أجر للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لاتخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفر . وبهذا الحرف يستدل الكرخي فى تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدراهم والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعلة الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم الصنعة لاحكم العين ولهذا يقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة فى هذا الحكم كالذهب والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر على المغصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان غصب حنطة فاستهلكها ثم باعه بها شعيراً أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة فى ذمته وبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط قبض مايقابلها في المجلس فلا تنعدم الدينية من الجانبين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن يأخذ مابدا له بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لايجوز والمسلم فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض فيه أصلا فى الابراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن فى البيع * واذا غصب رجل دابة من رجل فاقام صاحبها البينة انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بينة المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب وافقت علي أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نصراني خمراً فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير. وجه قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن بالاتلاف حقاً للمسلم فكذلك للذمي لان حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على المتلف أمر وراء ذلك تحقق هذا أن ترك التعرض لاعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على المسلم المتلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبراً في حقهم ولهذا لا نحدهم على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضاً * والدليل على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي اذا مات عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشيء من الميراث علي الاخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد انه مال متقوم وانه محق في اعتقاده ثم لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف الا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ما ضمنا ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر) أبو عبيدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه علي انه مال متقوم في حقهم يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك في شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون) فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان . ألا ترى ان من

شرب الخمر من المسلمين بعدما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتبا بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعدما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة وجاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس فى هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمهيد بعقوبة الآخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساداً ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم فى المحل وهذا الشرط لم يثبت فى حقهم مع أنا لما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تتم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبنى على ذلك فكان هذا من ضرورة ماضمناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ماضمنا لهم ترك التعرض فى ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم فى ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم فى ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم فى الاعتقاد ولاديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا فى اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوذة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمنها له بالغصب والاتلاف وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليست بمال فى اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبنى أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا فى حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبنى ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعذر عن فضل الميراث بالزوجية بيناه فى النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلف متروك التسمية عامدا على شفعوى المذهب لان ولاية الالزم بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان (ولو) غصب نصرانى من نصرانى خمراً فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تمليك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ماقضي له بمثلها فلا شئ له على المستهلك لان الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم * ولو احتبس عينها عند النصراني له بالغصب والاستهلاك لم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ماصار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئا له عما كان له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوما في حقه ومن أن يكون متمكنا من قبضه وكذلك لو أسلما معا لان في اسلامهما إسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمهما الله الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالي وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمهما الله على المطلوب قيمة الخمر. وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لايمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضمونا في يد المسلم فكذلك يجوز أن يكون مضمونا في ذمة المسلم. وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضمونا في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه مبرئا بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضا بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام الطالب مبرئ من حيث تعذر ابقائها في الذمة أو مضمونا في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها صحة التسمية لابقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب. وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب دينا في ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضاً عما كان في الذمة لان شرطها تمليك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر علي تمليك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

لا تملك الخمر بعوض فلا نعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كما لو هشم قلب فضة إنسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئاً لان شرط تضمين القيمة تمليك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يكون موجباً الملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر * وان غصب خنزيرا فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلما فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يمتنع بقاؤها فى الذمة واستيفاؤها بعد اسلامهما أو اسلام أحدهما * ولو غصب مسلم من مسلم خمراً فجعلها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له أن يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه امانة كانت عنده أو مضمونة * وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير أن يعطيه عوضاً . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمنه قيمته طاهراً غير مدبوغ لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة . وأكثرهم على أنه يضمنه قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا يغرم باعتباره شيئا واذا صار أصل الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله فأما اذا دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه مازاد الدباغ فيه * وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه مازاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامنا كالثوب المغصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا لمعنيين (أحدهما) ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما فى الثوب الا أن هناك السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وهنا الأول وهو الغصب موجب للضمان فيتعين التضمين بالسبب الثانى وكان هو فى هذا السبب كغيره ولو استهلكه

غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه (والثانى) وهوانه لما بقى الجلد مضمون الرد عليه واذا تعذر رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لوهلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار اذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بغير صنعه * وكذلك لو دبغه بشئ لاقيمة له أوجعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك فى يده * وحجة أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك ان المغصوب منه استفاد المالية والتقوم فى هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم * وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقى حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفى بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا دبغه بشئ لاقيمة له لان الصنعة ما بقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لايحبسه ولا يرجع ببدله وكذلك الخمر اذا خلله (والثانى) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقى بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجح على ما لم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجح واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا فى صفة المالية رجحنا ما هو الأصل . واذا دبغه بشئ لاقيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الاصل حتى مكناه من أخذه . وعلك الوصف على الغاصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبعده فأما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ فى معنى المالية والتقوم يترجح علي

أصل الجلد فيعتبر ذلك فى ايجاب الضمان * يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدباغة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ماهو واجب له علي غيره *ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرم شيئا فاذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا فاذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدباغة حكما فيعتبر بما لو كان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قالا لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك فى يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا رحمهم الله . وقال زفر هو ضامن للقيمة لان الابراء عن العين لغو فان الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له اذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا واضافة التصرف الى غير محله لغو . ولكنا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أى عما وجب لي عليك بسبب الغصب بمنزلة ابراء المجى عليه الجانى عن الجناية وابراء المشترى البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه واذا سقط عنه ذلك بقى العين امانة فى يده كالوديعة ولانه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الابراء فكذلك اذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية فحبلت عند الغاصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبى حنيفة رحمه الله على الغاصب ضمان قيمتها وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الغاصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب الا نقصان عيب الزنا * وكذلك المبيعة إذا سلمها الى المشترى وهى حبلى فماتت فى الولادة لم يرجع المشترى على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذى قبضها ولما هلكت بالسبب الذى كان عند الغاصب يجعل فى الحكم كأنها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت فى الجناية فانه يضمن قيمتها ويجعل كأنه لم يردها أصلا بخلاف الحمى لان الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان

عنـد الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتواليـة وذلك لايحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الأول. بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غـير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطا لاثمرة له فـلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذي كان عنـد الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشترى على الوجه الذى يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجـد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب فى الولادة السلامـة فانما علي الغاصب نسخ فعله وذلك فى أن يرده كما قبضه ولم يوجـد ذلك * ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشترى فمات من ذلك فى يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك * ثم على قـول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هى قد تعيبت في يد الغاصب بعيب الزنا والحبل جميعاً * ففى القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمـد رحمه الله. وفي الاستحسان وهو قول أبى يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل فى الاكثر. وكذلك عند أبى حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولـكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قـدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحـد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الاقل فى الاكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل فى الاكثر لاتحـاد السبب فكذلك هنا والله سبحانه وتعالي أعلم

كتاب الوديعة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء. الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه. وبعد القبول عليه أداء ماالتزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل فى سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبى طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أدّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا أئتمن خان . على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور فى حق صاحبها وذلك حرام . فان وضعها فى بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان. فالمراد بالمغل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم أرض مغل أي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه . وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدى . وقال على رضى الله تعالى عنه لاضمان على راع ولا على مؤتمن . والمعنى فيه أن المودع متبرع فى حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها فى يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا فى المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع * فان دفعها الى بعض من فى عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه اذا هلكت استحسانا . وفي القياس هو ضامن لأنه استحفظ من استحفظ منه . ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء فان كان هو منهيا عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره * وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة علي الوجه الذى يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيدمن فى عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لايجد بداً من هذا فانه اذا خرج من داره فى حاجته لايمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت فى يد امرأته حكماً وما لايمكن الامتناع عنه عفو * وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة أومسانهة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه . فاذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة فى كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل فى المال المشترك اذا هلك شئ منه ان ماهلك هلك على الشركة وما بقي على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أوكبير أومملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من فى عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا أودلالة وذلك لايوجد فى الخلط ولكن الضمان على الذى خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير فى ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لاينعدم بالحجر بسبب الصغر * ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التميز بعده كخلط الشئ بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه * وخلط يتيسر معه التميز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لايكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط * وخلط يتعسر معه التميز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الي عين ملكه الابحرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب (فان قيل) تميز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير (قلنا) في هذا إفساد للمخلوط فى الحال . ثم الحنطة لاتخلو عن حبات الشعير كما لايخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فعرفنا أن التميز متعذر بهذا الطريق أيضاً وكذلك خلط الجياد بالزيوف ان كان بحيث يتعذر التميز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التميز لا يكون موجبا للضمان عليه * يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شئ صح ذلك في حقهما وان أبى ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذى بيناه في الغصب قبل هذا الجواب. إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح انه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا علي شئ * واذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شئ من المكيل أو الموزون فانفق طائفة منهما في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقى منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق احداهما لا يكون ضامنا للأخرى. فان جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لان ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطا لما بقى بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه * فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفى الثمن فضل قال يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قد ملكه مستنداً الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصلا على ملكه وضمانه فيطاب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ماقلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة السكناني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمي أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يامعشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة • فعملنا بالحديث في ايجاب التصدق بالفضل وهذا اذا كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشتري بها ثم ينظر ان اشترى بها بعينها ونقدها لا يطيب له الفضل أيضاً وان اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى بدارهم مطلقة ثم نقدها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المغصوبة لا يطيب له الفضل وكذلك إن اشترى بها مأكولا ونقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل أداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها * وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له ان ينتفع بالدينار مالم يؤد الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف مالو نقدها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هناك لايبطل الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان * وعلى هذا قالوا لو غصب ثوباً واشترى به جارية لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية * ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له أن يطأها لان المغصوب منه اذا استحق الثوب لايبطل النكاح ولا التسمية (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لان رفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه * بقي مجرد نية الانفاق في حاجته وبمجرد النية لايصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون يقولون كان همّه ولما أي كان يعصي فعصم والمعصوم لايعاقب بعقوبة من عصى • ولئن صار ضامنا بالرفع فقد عاد الي الوفاق برد العين الي مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا علي مانبينه بخلاف

ماسبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عوداً الي الوفاق فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندى فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة فينبغى ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة فى هذا الكتاب وفى المضاربة ان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثانى (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذى سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفى التهمة عنه * وكذلك لو سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدرى كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدرى كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما اذا قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدرى كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامنا لانه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدرى كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكفى فى براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من فى عياله فهو كقوله رددتها عليك لان يد من فى عياله لما جعل كيده فى الحفظ فكذلك في الرد يد من فى عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذى التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما فى يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الي يدصاحبه * وكذلك العارية فى جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفى هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبياً كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير ان يعير فيما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به وفى الاعارة ايداع وزيادة ولكن الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه فى ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما ايداعه من الغير فهو تصرف في العين ولا حق له فى العين فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع * فان قال بعثت بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعتها اياه ثم ردها علي فضاعت عندى لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى مايسقط عنه فلا يصدق كالغاصب اذا ادعى رد المغصوب فان أقام البينة علي ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو مذهبنا فان المودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه لا يبرأ وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فهلك وحجة الشافعي قوله صلي الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك الخلاف مالم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع مسير يده من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يد عاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلا أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعد فوات موجبه. ولان الانسان انما يأتمن الامين على ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل الخلاف لا يبقى بعده * وحجتنا فى ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان الوصف انه قال احفظ مالى أو قال احفظه أبدا ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لابطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون فى حال غيبة المودع ولو قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد. ولانه تصرف فى حفظ الواجب بالأمر على خلاف ما يوجبه وليس بتصرف فى الأمر وصحة الامر كأن يكون الآمر أهلا له وكون الحفظ مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك فى ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر (وكذلك) فى أوامر العباد اذا وكله ببيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالايداع. وعذره ان البيع لا يستغرق المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض المدة هنا وهناك حتى يصير ضامنا * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة أنها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لان بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد. ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ فى المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد فى ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراءه كبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الى مكان فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله ان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان بالعود الى ذلك المكان فيصير ضامنا بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالعود الى ذلك المكان لا يعود العقد بينهما * ولو سلمنا

فنقول العقد هناك يرد علي منافع الدابة فى ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه انما وقع التغير فى التسليم فى بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فاذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملا آخر فى ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان فى الاستيفاء ولان المستأجر ضامن بالامساك لا فى المكان المأمور به وهو في الامساك عامل لنفسه * ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف على ماقال فى الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل فى حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبث به فان هلك من عمله ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندوانى رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك فى حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله * وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه * ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ماثبت ضمنا للشئ يتقدر بقدره ففيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء *ولو أودعه ابتداء برىء عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا * وتبين بهذا ان استرداده يد عاريته كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحدا لا يظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالى مالم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت فاترك الخيانة واحفظه لى لان مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة الى ذلك فى حالة الخلاف أظهر * واذا طلب المودع الوديعة فجحدها المستودع

كان ضامنا لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار متملكا فان الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مانعا المالك عن ملكه مفوتا عليه يده الثابتة حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب اذا جحدها لافي وجه المودع * فان قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدها أوجحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها . وذكر الخصافين في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامناً لما ذكرنا انه بالجحود متملك لها ومفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لايكون ضامناً لان المالك ماعزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولان الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلايكون موجباًللضمان عليه * فان أقام رب الوديعة البينة بعدجحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان * وكذلك ان أقام البينة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البينة لاتقبل الا بعد تقدم الدعوى * وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله فلهذا لاتقبل بينته الا أن يقر المودع بذلك فحينئذ لاضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه في حق المقر ولان المناقض اذا صدقه خصمه كان مقبول القول * وان قال لم تودعني شيئا ثم قال قد أودعتني ولكنها هلكت فهوضامن لها لما بينا ان جحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعدالجحود يؤكد الضمان عليه * وان قال قدأعطيتكها ثم قال بعدأيام لم أعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهوضامن لها * وطعن عيسي في هذا وقال لاضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الانفراد لم يكن ضامناً فبمجموعهما كيف يصير ضامناً * وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعى سببا لامحالة ولم يوجد لان قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثانى) ان قول المودع رددتها أوهلكت معتبر في نفى الضمان عنه لافي ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد علي الوصي لم يضمن الوصى شيئا * واذا كان المقصود نفى الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لايكون ضامناً شيئا * ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتا ممتنعاً من رد الوديعة بعد ماطولب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعتني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم البينة أو يأبى المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان الأخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الحنطة بالشعير انه ان كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان علي المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الحنطة فتغربل فتتميز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان * رجل * استودع رجلا ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للألف فالقول قوله انه من أي جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرىء من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف * رجل * استودع صبياً محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله * وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أوأمة فقتلهما الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الاموال ولان الايداع من الصبي باطل لانه استحفاظ من لايحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لايحفظ تضييع للمال فكانه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فاتلفه صبي كان ضامناً فكذا هذا . وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ماقال في الكتاب لانه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه اليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لايخرج من أن يكون اذنا لانه انما يخاطب بهذا من لايحفظ فهو كتقدم الشعير بين يدى الحمار وقال لاتأكل . بخلاف العبد والامة لانه ليس من عادة الصبيان القتل لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداعه تسليطا على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة * والاصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال اليه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار ممكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع أوصبيا الا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد والامة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الآدمي فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولان الايداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقى على أصل الحرية فلا يتناوله الايداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف مالو قال اقتل عبدى لان ذاك استعمال والاستعمال وراء التسليط فان بعد الاستعمال اذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا الموضع ان الصبي المستهلك اذا ضمن للمستحق لايرجع على المودع بخلاف مالو قال له أتلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحت لك أن تأكل هذا الطعام ان شئت ولو قال ذلك فاكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذى قال له ذلك فهذا مثله الا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ماوراء الحفظ من هذا التسليط فاذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير اذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقا وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذى هو تسليط ولا يكون معارضا الا بعد صحته حكما لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك فى حق البالغ دون الصبى فيبقى التسليط مطلقا في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لوضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنسانا يأخذها أو دله على أخذها والبالغ يضمن بمثله فعرفنا ان العارض صحيح فى حق البالغ دون الصبى * وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان العارض صحيح فى حقه دون المولى فانه التزام بالعقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه فى الحال لان المودع يتصرف على نفسه فى الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه * فان كان العبد صبياً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعتق لان العارض لم يصح فى حقه ولا فى حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذونا كان ضامناً فى الحال لان العارض قد صح فى حقهما وفى حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذان بضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبد محجور عليه شيئا فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض فى حق الصبي أصلا ولا فى حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذى يخرج عليه هذه المسائل (وان) هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفى قتل العبد والامة يجب عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول فى ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد الصبى وخطأ سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء فى العبد وعليه القيمة فى المدبر وأم الولد يعنى الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسعى فى الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير أو عبد فعلى المستهلك ضمانه فى الحال

لان قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان مأذونا فى حفظ الوديعة يؤاخذ بضمان الاستهلاك * ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا ألف درهم فدفعها المستودع الى آخر وادعى ان رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا ببينة (وقال) ابن أبي ليلي هو مصدق فى ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه الى الثانى سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعى مايسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا ببينة كما لو أخذ مال انسان فادعى أنه أخذه باذنه . وله ان يستحلف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر بريء المودع فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله * فان كان رب الديعة أمره أن يدفعها الى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفعها فالقول قول المودع مع يمينه لان دعواه الدفع الى من أمر المالك بالدفع اليه بمنزلة دعواه الدفع الى مالكها فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل مالم تقم البينة على قبضه * واذا قال صاحب الوديعة للمودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر في داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لانه خالف أمره نصا فهو كما لو قال اخبأها فى دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت * وفي الاستحسان نقول انما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدا دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر اليها بعينك اليمنى دون اليسري لم يعتبر لانه غير مفيد * اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان فى معنى الحرزية لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق اذا أخرج المتاع من أحد البيتين الى البيت الآخر لم يقطع اذا أخذ قبل أن يخرجه من الحرز فأما الداران يتفاوتان فى الحرز فكان تقييده في الدار مفيداً لان كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها لان التقييد فى المصرين مفيد فان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها لشئ لم يكن له منه بدٌّ فهلكت فلا ضمان عليه لان المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهاراً فوضعها فى بيته فهلكت لم يضمنها لان ماشرط عليه ليس فى وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلكت وهذا بناء على أصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومتاعه وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح. ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر. يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شئ يراعى اطلاق أمره كأوامر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق أمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذى فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبوحنيفة ماله حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فانى أتهمهم عليها فدفعها الى الذى نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بداً من الدفع اليه بأن كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بداً من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فاذا كان يجد بداً من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور به فيصير صامنا بحفظها على الوجه المنهي عنه واذا كان لا يجد بداً من ذلك فهو حافظ لها بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها * واذا استعمل المودع الوديعة وأقر بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلكت لم يصدق الا ببينة لان السبب الموجب للضمان عليه وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق إلا بحجة فان أقام البينة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك لصاحب الاصل وعلى المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها وديعة عنده لا يمكن في شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلا وديعة من دراهم أو دنانير أو ثياب أو دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه الى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد في الامالي قال قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشريكين في الدين اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعاً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون واضح فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه اليه وقد بينا نظيره في مال المفقود ومذهب أبي حنيفة مروي عن علي رضي الله تعالى عنه والمعنى فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعاً أو نصيب الحاضر خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جناية فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضى به والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لايدل على أنه يكون للمودع أن يدفع اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضى بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب فلهذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه ﴿ رجل ﴾ أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها الىّ فصدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه فى دعوى الرسالة أولم يصدقه ولم يكذبه ودفع المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه فى دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعنى ان الرسول قال له ان لحقك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان أن المالك ظالم وأن مايقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب الوجوب فلهذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أوبضاعة فغصبها منه رجل فهو خصمه فيها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لاخصومة بينهما حتى يحضر المالك ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم فى الاسترداد هو أووكيله والمودع ليس بوكيل عنه فى الخصومة فلايخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر . ولكنا نقول للمودع يد معتبرة فى الوديعة وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التى أزالها بالغصب ولانه مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالمأمور به دلالة وفى اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان الغاصب اذا علم أن المودع لايخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه فلهذا كان المودع فيه خصما * وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها فاقتسماها وجعل كل واحد منهما نصفها فى بيته فهلك أحد النصفين أوكلاهما فلا ضمان عليهما. وهكذا أمر الناس لانهما لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بينا أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص . وان ابيا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ماالتزماه من الحفظ . والمستبضعان والوصيان والعدلان فى الرهن قياس المودعين فى ذلك . فان تركها احدهما عندصاحبه وان كان ذلك شيئاً لايحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما أودعهما مع علمه أنهما لايجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه * ألا ترى انهما يتهايآن فى الحفظ وفي مدة المهايأة يتركه كل واحدمنهما عند صاحبه فى نوبته * فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذى هلك فى يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبى حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله فانه ضامن للنصف لانه ترك الحفظ الذى التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من القسمة ليحفظ كل واحدمنهما نصفه . وعندهما لا يضمن شيئاً لانه لما ائتمنهما فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة وقول أبى حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ احدهما للكل وحده (واذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعه فى بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذى التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك فى الضمان. وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بداً من هذا فى مثل هذه الحالة ولان وضعه فى بيت جاره فى مثل هذه الحالة من الحفظ لانه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق . أرأيت لو كان في سفينة فغرقت فناول الوديعة انسانا علي الجلد يمسكها أكان ضامنا (واذا) كانت الوديعة إبلا أو بقراً أو غنما وصاحبها غائب فان أنفق عليها المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالانفاق على ملك الغير بغير أمره وان دفعها الى القاضى يسأله البينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضى فيه فلا يصدقه الا ببينة فان أقام البينة انها وديعة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى القاضى لانه مأمور بالنظر والحيوان لايبقى بدون النفقة والمودع لاينفق بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك دينا على رب الوديعة لان أمر القاضي فى حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان ما ينفقه دينا له على المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره على رد نفقته عليه. وان رأى القاضى أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان في الامر بالانفاق تلف بعض المالية على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية فلهذا نفذ بيعه بأمر القاضى * وان لم يكن رفعها الى القاضى واجتمع عنده من ألبانها شئ كثير يخاف فساده أو كان ذلك ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضى فهو ضامن لها ان كان فى مصر يتمكن من استطلاع رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الى النظر له . ولو تمكن من استطلاع رأى المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامنا فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان فى موضع لا يتوصل الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشئ لم يضمن استحسانا لان بيعه الآن من الحفظ وليس في وسعه الا ما أتى به (وحكى) ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم فى طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الى محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لولم تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح * وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل وان هلكت الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الى مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذاك يتولد من الاصل فيملك بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعاقد . وقد بينا نظيره

في العضب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله فى ذلك وقال رب الوديعة لم آمرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان فى الوديعة وهو الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا ببينة واذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان. فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا على اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين والعقر كالارش فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن فى الولد وفاء بها وان كان فى الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم فى حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجبر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد فى نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه فى انجبار نقصان الولادة به *(ورجل)* استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذى فى يده فوقع عليها المشترى فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها فى صحة الاستيلاد ولو كان الملك له فى جميعها ظاهراً كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة . ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد فى جبر نقصان الولادة به فان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشترى لان المشترى كان غاصبا لها فى حق مالكها فيكون ضامناً لما حدث من النقصان فى يده ثم يرجع المشترى علي البائع بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أمينا فى نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذى حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما فى ذلك لان البائع منهما مناقض فى كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضاً بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشترى باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم فى جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما ﴿فان قيل﴾ كيف يغرم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار مكذبا فى زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشترى فلهذا سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ماعنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار دينا له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال دينا عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء *وحكى عن ابن أبي ليلي رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لايكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له فى العين وان كان عند الهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية . ثم عند المجانسة اذا طلب الثانى يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لايلزمنى تسليم شيء اليك . فان قال للقاضى حلفه بالله مااستودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدى المدعي عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضى أن ينظر له فيجيبه الي ذلك فأما اذا لم يذكر هذا فان القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه مايدعى ثم لا ينبغى له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذبا فى يمينه ولا رخصة فى اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعني شيئاً الا كذا وكذا يستثني ذلك بكلامه ويخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد الى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفى لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة مايتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخا أو معارضا ومجرد النية لاتصلح لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء .وجه ذلك مالو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك وفهمه * وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدرى أحيّ هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى العهود وفاء لاغدر فيه بخلاف اللقطة فان مالكها غير معلوم عنده فبعد التعريف التصدق بها طريق لايصالها اليه وهنا مالكها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر المالك أو يتبين موته فيطلب وارثه ويدفعها اليه *وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة . فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها فى حياة المديون فكذلك بعد موته . وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا * وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلا للامانة فالامانة تصير دينا في تركته عندنا لانه بالتجهيل صار متملكا لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضى للوارث والمودع بالتمليك فيصير ضامناً ولانه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته علي أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامناً كما لو دل سارقا على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة بيانها عند موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك البيان عند الموت . وابن أبي ليلي يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكنا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب مالم يتبين خلافه *وربما يقول حق الغرماء كان فى ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته فى حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته . ولكنا نقول صار حقهم أيضاً ديناً قبل

موته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في عين المال الذى في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء ❊ واذا ❊ رد المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك وبيان الانتساخ من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلأنه مأمور بالرد شرعا على من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصباً معروفا فطالب المودع بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضي ذلك ❊ وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا فالمودع بالرد على من أخذه منه يكون ناسخاً حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده ❊ وكذلك ان كان المودع صبياً أو عبداً محجوراً عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبياً أو عبداً لان المسقط للضمان فى حق المودع رده الي من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذه منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامنا بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذى أخذه منه وذلك ناسخ لفعله ❊ عبد ❊ استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً لان المودع ما قبض منه شيئاً . ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام ملكه في رقبة الدافع في الحال (والثانى) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد فى كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصى فينبغى للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصى بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها الى الوصي ليبيعها فيقضى الدين ثم يدفع مابقى الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أودابة أوثوبا واحدا عند رجلين فانهما يتهايآن على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهرا لان اجتماعهما على الحفظ آناء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لايحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذى يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمنا شيئاً اعتبارا بما لوهلك فى يد احدهما فى زمان المهايأة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتنى إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة فى العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه * رجلان * ادعى كل واحد منهما أمة فى يد رجل أنه أودعها اياه وقال المستودع ما أدرى لايكما هى غير أنى أعلم أنها لأحدكما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهومنكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتمام بيان المسئلة فى كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلى في فصل وهو انه اذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويغرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبى ليلى يردها عليهما ولا شئ عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلا فى حق كل واحد منهما فيصير ضامناً ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامناً لكل واحد منهما ما بقى من حقه وذلك بأن يغرم قيمتها بينهما ألا ترى انه لوقال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الي الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وانه صار مستهلكا على الثانى باقراره بها الأول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضى وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضى في قول محمد . وفى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لايكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثانى شئ وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضى ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلط القاضى على القضاء بها للاول باقراره قد أقر أنه مودع فيها من الثانى والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعد بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبى حنيفة رحمه الله وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء. وعند ابن أبى ليلى لاضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأماهما فيقولان الاول متعد فى التسليم بغير اذن المالك والثانى متعد في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثانى لانه بالضمان ملك فتبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلكت في يد المودع وان ضمن الثانى رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه فى القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثانى بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ماسلمها الى الثانى فاما الثانى لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئاً. يوضحه ان اصل قبض الثانى لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لايجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصر الثانى ضامناً بالقبض كان هذا فى حقه كثوب هبت به الريح وألقته فى حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثانى بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثانى كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق لماوجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شئ من

الضمان لانه لوضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والفعل الواحد لا يكون موجباً للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحـد منهما انما يصير ضامناً بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثانى ولهذا يعتبر فى كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب العارية ﴾

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسـلام أبو بكر محمـد بن أبى سهل السرخسى رحمـه الله تعالى إملاء * العارية تمليك المنفعة بغـير عوض سميت عارية لتعريها عن العوض فانهامع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية فى الثمار بالتمليك من غـير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهـذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أوما يجوز تمليك منافعها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هى مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملـكه على أن تعود النوبة اليـه بالاسترداد متى شاء ولهـذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضاً لانه لاينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه فى مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به علي أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضاً (وكان) الـكرخى رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التمليك أما لاتمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئاً بغير عوض جاز له أن يملـكه من غيره بعوض كالموهوب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتمل التمليك بعوض فتحتمل التمليك بغير عوض أيضا كالعـين والدليل عليه أن المستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيح لغيره ﴿ والعارية ﴾ تنعقد بلفظ التمليك بأن يقول ملـكتك منفعة دارى هذه شهرا أو جعلت لك سكنى دارى هذه شهرا إلا أنه لايؤاجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملـكه علي وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالو استأجر دابة أوثوباً ليس له أن يؤاجر من غـيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولـكن لما كان الناس يتفاوتون فى ذلك ففى الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير فى الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لوملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك فى المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد فى العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة اذا أراد المعير الاسترداد . ولان المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق فى غير المعلوم فأما العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم فلهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام مايحمل على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه فى قليل المدة وكثيرها مالم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤاجرها فان آجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب الغصب . وان هلكت بعد ما آجرها كان ضامنا لها فاذا لم يؤاجرها ولكنها هلكت فى يده لم يضمن في أقوال علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلى وابن مسعود رضوان الله عليهم وقال الشافعى رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبى هريرة رضي الله عنهما . واحتج فى ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بنى نجران وما تعار رسلي فهلكت على أيديهم فضمانها على رسلي . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق فى موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهى أنه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا انه مقصور على المنفعة لا يتعدى الى العين فصار فى حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الردوهو المعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالقبض بطريق الغصب • يقرره أن ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا بردالعين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا مالزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله فى الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئاً . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضاً لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لوضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير فى العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر • وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعرى عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك فى الاستعمال فكذلك للقبض * وان قال بحكم الاذن من المالك فى الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فبحكم الاذن فى القبض والاعطاء ينبغى أن يجعل قبضه كقبض المالك أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد علي الموصى له بالخدمة أيضاً فأما ضمان العين انما يجب علي من فوت شيئاً على المالك . بقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك مارضى بقبضه الا بجهة العقد فقيما وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن العيب فأما عقد التبرع لا يقتضي ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا (وقوله) بأنه قبض العين لاعن استحقاق تقدم (قلنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير استحقاق تقدم فالقبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك فى ضمان الرد لانه يبقى ببقاء الرد وحديث صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا كان محتاجاً الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعاً ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لاهل مكة عند صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثانى أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان علي نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ماذكره فى المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربى من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطبيبا لقلب صفوان على ماروى انه هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمناها لك فقال لا فانى اليوم

أرغب فى الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الابراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) ومايعار رسلي فهلك على أيديهم أى استهلكوه لانه يقال هلك فى يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام فى وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين* قال (وان استعار الدابة يوما الي الليل ولم يسم مايحمل عليها لم يضمن اذا هلكت) لانه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضى المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما فى المودع اذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت. وهذا بخلاف المستأجر فانه بعد مضى المدة اذا أمسكها لايضمنها مالم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد مضى المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (واذا لم يوقت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الحنطة فجعل ينقل عليها الحنطة أياما فلا ضمان عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالنهى والمطالبة بالرد ولم يوجد*وان حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن لانه خالف ماأمره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير إذنه * وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير ماعينه المالك ولكنه مثل ماعينه فى الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم[3] من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد والتعيين لايفيد شيئا فان حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثانى) أن يخالف فى الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير . فى القياس يكون ضامنا لانه مخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لافائدة للمالك فى تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة

(٣) (مخاتيم) جمع مختوم وهذا الصاع كما فى القاموس اه مصححه

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيده شيئاً حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الحنطة (والثالث) أن يخالف الى ماهو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع فى موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الحنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا له. وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا (والرابع) أن يخالف فى المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطيق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ماأذن له في اتلافها * وللشافعى ثلاثة أقاويل في هذه المسئلة . قول مثل قولنا . وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ماهو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس. وقول آخر أنه يضمن نصف قيمتها لانها تلفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته. ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذاك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فقد تقوى الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات فى موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين . وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئاً فشيئاً فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفى البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك * واذا جاوز المكان الذى سمى له وأخذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة * وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا أو فوهيا أو نرمقاً لم يضمن لان التقييد بالهروى غير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروى فى الضرر على الدابة * وكذلك في الوزنيات من الادهان وغيرها كل تقييد يكون مفيداً فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامناً وما لا يكون مفيداً لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفى النصف مخالف والجزء معتبر بالكل * فان قيل * أليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة أكثر * قلنا * اذا حمل عليها غيره فهو مخالف فى الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر اذا حمل عليها غيره ووجب الأجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذى حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه . بخلاف مسألة الحنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال فى مثل هذا (فقال) أرأيت لو كان يوزن كل واحد منهما أيوزن قبل الطعام أوبعده قبل الخلاء أوبعده لان الضرر فى حق الراكبين على الدابة لايكون باعتبار الثقل والخفة فرب ثقيل يروض الدابة اذا ركبها لهدايته فى ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه فى ذلك فلهذا اعتبرنا المناصفة * فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أوبعض من هو فى عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من فى عياله فى الرد كيده كما أن يد من فى عياله فى الحفظ كيده والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من فى عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة * وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذى يقوم عليها فهو بريء استحسانا . والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان مالم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هـذا السائس ولو دفعها اليـه لـكان يدفعها الى السائس أيضاً فكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منـه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليـه دلالة ولم يوجد مثل هـذا العرف فى الوديعة فان صاحبها هو الذى يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها فى يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقـد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه فى مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة*وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار فكان هذا تقييدا مفيداً في حق صاحب الثوب فاذا ألبسـه المستعير غيره صار مخالفا ، وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون فى الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها. فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس فى الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس للمستعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره فى ذلك كالمباح له الطعام لا يبيح لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير * ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به. وحجتنا فى ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئا فقد جعل لك منفعة ذلك) والدليل عليه انه لو قال ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير يتصرف فى ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه فى حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيح الا ان العين بقى على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه فى ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين فى العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه. والمشترى اذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضا على ان يبنى فيها أو على أن يغرس فيها نخلا فأذن له صاحبها فى ذلك ثم بدا له ان يخرجه فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعد فى البناء والغرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الارض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الارض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنا نقول الارض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هى مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان له على صاحب الارض عندنا (وقال) ابن أبى ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر بهذا. وشبه هذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه ولكنا نقول صاحب الارض غير راض بالتزام قيمة البناء ففى الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسئلة الصبغ فان تمييز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغى أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت له وقتا عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا. وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض فى يده واقرار بنائه فيها في المدة التى سمى فاذا لم يف بذلك صار غارا له وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فهلك المعير لم يصر غاراً له ولكن المستعير

مغتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر عقد ضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت فى تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لى فى هذه الارض لنفسك على أن أتركها فى يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ماتنفق فى بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير (وقيل) هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فأما اذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يتملكها عليه بالقيمة * وان كان اعاره الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتا فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجه ففى القياس له ذلك كما فى البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها. ولكن فى الاستحسان لا يأخذها صاحبها الى أن يحصد المستعير زرعها لانه ما كان متعديا فى الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير فى ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير فاذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجح جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبع وبخلاف الغصب لان الغاصب متعد في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدى ابقاء زرعه ولم يبين فى الكتاب ان الأرض تترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع نقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجانا لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين اذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدى عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤاخذ بضمان الاستهلاك فى الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط للضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر * وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن مابدا له فاذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك البانى شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهى اجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه * (فان قيل) * لماذا لا يتملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له باتصاله بالارض * (قلنا) * كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المعدوم لا ينعقد أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية. أما اذا مات المعير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه وانما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى * وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناه لك فان قوله لك يحتمل تمليك العين ويحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما تثبت العارية

بهذا اللفظ ثم تنقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا الذى عندك وأمرنى ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكر المعير أن يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له)لانه يدعى على المعير الامر بالدفع اليه وهو منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف يتبين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه ﴿فان قيل﴾ لماذا لم تجعل هذه اعارة من المستعير حتى لا يكون موجباً للضمان عليه ﴿قلنا﴾ المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الي الثانى لم يكن بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل كالمعير منه ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعى ففى زعمه أنه مستعير من المالك وانه لا ضمان على واحد منهما الا أن المالك ظالم حين ضمنه ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه *وان كان الذى جاء فقبض العارية منه خادم المعير وأنكر مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادم المعير كالرد علي المعير فلا يكون سبباً لوجوب الضمان علي المستعير *واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها علي معلفها فضاعت فهو ضامن لها في القياس لانه ضيعها حين أخرجها من يده ولم يسلمها الي أحد يحفظها . ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان مضيعاً ضامنا فكذلك المستعير وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه ربطها في موضعها المعروف ولو ردها علي صاحبها لكان يربطها فى هذا الموضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من مربطها ويردها الى مربطها فيثبت الاذن له من جهة صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة . وهذا بخلاف الغاصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما المستعير فهو أمين فانما الحاجة الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة لان المربط في يد صاحب الدابة فاعادتها الى المربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكما (ولو جحد المستعير العارية ثم زعم انها هلكت فهو ضامن لها) لان العين كانت أمانة في يده فيصير ضامنا بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا فى ذلك * وفيه طريقان اما الهبة أوالقرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذى يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال فى الاصل أرأيت لو استعار دراهم يشترى بها طعاما أوجارية أما كان له أن يأ كل الطعام أويطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها فى منزله أو سكينا محلى أو سيفا أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذا قرضاً لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أودنانير ليتجمل بها فى حانوته أوليعبر بها صنجاته فانه لا يكون قرضا لانهما لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن فى استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذ بها فى طريق آخر الي ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون فى الوصول عليها الي ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفا فى أى طريق ذهب بعد أن يكون طريقا يسلكه الناس الي ذلك المكان فان كان طريقا لا يسلكه الناس الي ذلك المكان فهو ضامن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعبر فجاوز بها حمام أعبر ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهوضامن لها حتى يردها الى صاحبها ﴿ قيل ﴾ هذا اذا استعارها ذاهباً لا راجعا فأما اذا استعارها ذاهبا وجائيا فلا ضمان عليه وهكذا ذكر فى النوادر لانه فى الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصبا فلا يبرأ الا بالرد علي المالك وفى الثانى انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المكان المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا ﴿وقيل﴾ الجواب فى الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفى الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كما لورده على المالك وهذا لايوجد هنا فبقى ضامناً كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة فى هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضاً فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الغرور الثابت بعقد ضمان لا لان يده يدالمالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا فأمسكها فى المصر أياماً كان ضامنا فكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامساكها في غير الموضع الذى تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها البينة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها الي صاحبها أخذت بينة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير تنفي ذلك والبينات للاثبات * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبع ولم يهب لان ذلك لايدعيه أحد والقاضى نصب لفصل الخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذى أراد أن يضمنه أوقال أذن لى فى عاريتها يحلف علي ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كاقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد فى حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مغروراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضا بخلاف المستأجر فقد صار مغروراً من جهة الاجر بمباشرته عقد الضمان واشتراط العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذى نفقت فيه الدابة لانه استوفى المعقود عليه وذلك للأجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير العبد التاجر والعبد الذى يؤدى الغلة الدابة . وفى القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه فى التجارة والاعارة ليست من التجارة فى شئ * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه فى حانوته أو يضع وسادة له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أوصنجات الميزان فاذا لم يعر لا يعار منه عند حاجته أيضا * وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة والاهداء الى المجاهدين بشيء . والاصل فيه ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابوني . فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده * والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له في التجارة لانه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولي إياه بأداء الغلة يكون إذناله في الاكتساب * ﴿عبد مأذون له﴾ * أجر دابته من رجل فنفقت تحته فاستحقها رجل وضمن الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغروراً من جهته باشتراطه العوض لنفسه والمأذون يؤاخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تبين خطأ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمغرور ان ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاد هذه الجارية فى البيع فأنا ضامن لك ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤاخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤاخذ بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا . ولهذا لا رجوع على المعير الواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد في التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة وهو التجارة كالحر * واذا أعار عبد محجور عليه عبدا مثله دابة فركبها فهلكت تحته ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب للملك بالتسليم الى الآخر والآخر مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان محجورا عليه فلا يؤاخذ بضمان الأقوال وان ضمن المعير رجع به مولاه فى رقبة الراكب لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه . فتبين ان الراكب أتلف ملكه بغير رضاه . وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لان اذن العبد المحجور عليه غير معتبر في اسقاط حق المولى فبقى الراكب مستعملا دابته بغير رضاه فكان غاصبا ضامنا * وان استعار الرجل دابة نتوجا فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك ما فى بطنها أولى وان ضربها ففقأ عينها او كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما أذن له المالك في الركوب دون الضرب * ولو استعار من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون فى الاستعمال والاستعمال لا يكون الا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما أذن له فى المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا * قال (واذا قال المستعير فى صحته أو مرضه قد هلكت منى العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها فى السكة ودخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلي عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا لم يربطها بشئ فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا . والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره . ألا ترى أنه قال وان كان فى صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه . فبهذا تبين ان المعتبر أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشئ بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا * واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة من النواحي في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لامساكه إياها فى غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها الى موضع السقي * ولا يقال * انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير فى ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التى استعارها اليها لان الماء موجود فى كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم أنها له فهو خصم له فيها لانها فى يده وهو يدعى رقبتها وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق * وان قال الذى هى في يديه أودعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعى لو كان حاضراً لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما . وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشترى بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصباً وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندى الى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا ﴿ رجل ﴾ أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرني دابتك الى المدينة فدفعها اليه فجاء بها الرسول فدفعها الى الذى أرسله ثم بدا للذى أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها . وان ركبها الى الحيرة فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذى طلب الرسول . ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشئ لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشئ ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء فى هذا قياس العارية * وان قال أعرتني دابتك فنفقت وقال رب الدابة ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر . وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه . وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الركوب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك . وهذا بخلاف العين فانه اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعتها منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعي ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئاً * وان أقام رجل البينة على أرض ونخل أنها له وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلي لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكنا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهى مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا أتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبلها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بمائها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع أجزائها مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض. ألاترى أنه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه فى الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لاضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان فى الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب . ولكنا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الاشجار. ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وماغرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه حصل له بكسب خبيث، وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشئ لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بيناهذا فى الغصب *واذا استأجر أرضاً سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول. وعند ابن أبى ليلى عليه أجر مثلها فى السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكأنه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد فى السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها فى كتاب الزكاة أن من وجد كنزاً فى دار رجل فقيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله للواحد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة المختلفة بين أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله فى آخر هذا الكتاب وآخر الوديعة لان كل واحد منهما كان استاذه فانه كان فى الابتداء يختلف الى ابن أبى ليلى تسع سنين ثم تحول منه الى أبى حنيفة واختلف عنده أيضاً تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول عن استاذيه جميعاً فلهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. واليه المرجع والمآب . وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمى وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكي وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أى لا تداجي ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا من غير نكير منكر (ثم) الشركة نوعان شركة الملك . وشركة العقد ﴿فشركة الملك﴾ أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان . ثابت بغير فعلهما كالميراث . وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقد ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عنّ لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

أى عرض . وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدى

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض أو علي معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا فى رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا ﴿وأما المفاوضة﴾ فقد قيل اشتقاقها من التفويض فان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه فى جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء اذا انتشر واستفاض الخبر يستفيض اذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور فى جميع التصرفات سمى مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً علي المساواة المال والربح سمى مفاوضة ﴿وأما شركة الوجوه﴾ تسمى شركة المفاليس وهو ان يشترك الرجلان بغير رأس مال على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأس مالهما وجههما فانه انما يباع في النسيئة ممن له فى الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان فى تقبل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانهما وشركة الصنائع لان رأس مالهما صنعتهما ﴿وأما شركة العنان﴾ فهو ان يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبنى عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق فى الملك والمعتبر فى كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة فى الملك فينبنى عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة فى الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه فى الشراء بالمال الذى عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذى تقتضيه الشركة في المشترى بالمال والربح لا فى رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله * وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك تقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقدين وذلك تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقدين فانهما لو صرحا بالوكالة بأن يشترى أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشترى بينهما ويشترى الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشترى بينهما كان صحيحا * فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه ينبني على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا . ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بملك مال يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة . ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدراهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز فى هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط فى هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التى تشترط فى مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد فى ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة فى الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة فى الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء *وروى الحسن عن أبى حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عنانا عاماً *والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكرا معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ *(فأما شركة الوجوه)* فهى صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه . وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو ثلاثاً صحيح فكذلك الشركة التى تتضمن ذلك الا أن فى هذا العقد لا يصح التفاضل فى اشتراط الربح بعد التساوى في ملك المشترى لان الذى يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت فى الربح فينبغى أن يشترط التفاوت فى ملك المشترى بأن يكون لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه* وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشترى والربح جميعاً *(فأما شركة التقبل)* فهى صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعى رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق . ولكنا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهو الاصل في جواز الشركة . ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا . وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين اذا اشتركا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكنا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلزمه صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عناناً فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانهما كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكما بينهما فيما يجرى من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط فينبغى أن يكتب على أوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان) وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه فى هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فالاحوط أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو اشارة الى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أمر أن

يكتب هذا مااشترى محمد رسول الله من العد بن خالد بن هوذة اليهودى (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضى الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطلح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو علي أهل مكة * ثم قال (اشتركا على تقوى الله وأداء الامانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الامانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك فى كتاب الشركة ليرجعا اليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله فى أيديهما) وهذه اشارة الى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال فى أيديهما جميعا فللتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا فى شئ ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك مالم يصرحا به فى عقد الشركة فللتحرز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أوتبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعى رضي الله تعالى عنه على ما نبينه وأما مكاتبة علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال الربح على ما اشترطا والوضيعة على المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما بتبيين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضى الله تعالي عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أى وقت يعتبرونه فمنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذى يتعامل عليه الناس الى يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه فى الربح لا فى المال العين أو العمل بأيديهما أو فى الذى ليس فيه شراء شئ بتأخير فأما فى المال العين اذا تساويا فى رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف وللآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلى قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لايجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفى شركة الملك لايجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك فى شركة العقد* واعتبر الربح بالوضيعة فهى بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكنا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ماشرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم *ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس اليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحذق من الآخر فى وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه فى استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه*ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو فى المضاربة فبالعمل مع المال أولي (ثم) الوضيعة هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل ألا ترى ان فى المضاربة لا يجوز اشتراط شئ من الوضيعة علي المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي فى الربح مع التفاضل فى رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس علي المضاربة علي معنى ان صاحب الالفين يشترط جزأ من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا فى المضاربة لايجوز لان المال فى أيديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكنا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أمينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط. فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدى الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة* وكذلك فى العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل فى الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر* فأما قوله أو فى الذى ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة الى شركة الوجوه فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوى فى ملك المشترى لان ذلك ربح مالم يضمن وقد بينا ذلك * قال (والشريكان فى العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل فى السوق ولي شريك يصلي في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال فى بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط . أولا ترى أن الشريكين فى العمل يستويان فى الربح وهما لا يستطيعان ان يعملا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقى العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط فى العقد* قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفى درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكأن صاحب الالفين شرط ضمان شئ مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الالفين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا هذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط فى العقد فكان بينهما على ما اشترطا * وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه فى العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئاً من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان) اشترطا الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزأ من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما * فان عملاه أو عمل احدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما باقامة العمل* وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها ﴿ فان قيل ﴾ اذا كان يعمل هو فى شئ شريك فكيف يستوجب عوض

عمله علي شريكه ﴿ قلنا ﴾ استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجرلان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذاً العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط فى عقد صحيح *وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزأ من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أوعمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أوالعمل أوالضمان ولم يوجد شئ من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراطه جزأ من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطمع فى شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه *قال (واذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لاتصلح أن تجعل رأس مال فى الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه متعاملا بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لايعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذى يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففى تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده فى دكانه واعانه بمتاعه وربما يقيم بعض العمل أيضاً كالخياط يتقبل المتاع ويلى قطعه ثم يدفعه الي آخر بالنصف فلهذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد لجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه* قال (ولا تصح الشركة بالعروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر فى ظاهر المذهب وقد ذكر فى كتاب الصرف أن من اشتري بتبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالحاصل أن هذا يختلف باختلاف العرف فى كل

موضع فان كانت المبايعات بين الناس فى بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به فان كان التعيين مفيدا فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعين الصنجان والقمات ﴿ فأما الشركة بالفلوس ﴾ ان كانت نافعة لا تجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتجوز فى قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخى فى كتابه أن قول أبى يوسف كقول محمد رحمهما الله والاصح ما قلنا وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد رحمه الله لا يجوز ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعيين كالنقود . فكذلك فى حكم الشركة محمد رحمه الله يقول هى بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج فى الفلوس عارض فى اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جهالة رأس المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولا ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا وجه لاعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأما فى الشركة اذا كسدت الفلوس يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص أحدهما بالضرر دون الآخر (فأما) الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا تصح عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى ومالك رحمهما الله هى صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى ذلك ولاعتبار شركة العقد بشركة الملك . وفى الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال مجهول يريد به أن العروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لابد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به . ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفى العروض أول التصرف يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة فى كل موضع لاتجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان فى الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعانى بطلت الشركة بالعروض * فان باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع لملكه والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل فى العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا فى مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال فى نصيب صاحب العروض علي ما بينا * قال (وان اشتركا فى مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخلطاه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعاً لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعا فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعلهما فالمخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضعية بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد وذكر فى النوادر أن على قول أبى يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما اذا اشترطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند أبى يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما علي ما اشترطا * محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه ألا ترى ان الشراء بهما دينا فى الذمة صحيح فكان ثمنا وان بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الاصلين يوفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين تضعف

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول مايصلح أن يكون رأس مال فى الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لايختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط. وهذا لان قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بهالانها متعينة فتعين رأس المال لابد منه فى عقد الشركة واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرراً بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معيناً فتقرر المعنى المفسد لا يكون مصححاً للعقد* والذى يقال لمحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال الآخر شعيراً فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الامثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف الجنس اذا باعا المخلوط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل فى البيع فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسي فى الفصلين

جميعاً فقال قوله في الفصل الأول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق الثمن بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندي أن ماذكره صحيح لان معرفة قيمة الشئ بالرجوع الى قيمة مثله مما يباع فى الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل واحد منهما كما فى جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما فى بطنها فهو ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه مختبئا في البطن فيصار الى تقويمه في أول الحال الذى يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما فى أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا أنه اذا علم ان الخلط يزيد فى مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كالباقى فى المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ماهو حق كل واحد منهما بخلاف ما اذا لم يخالطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار نخلطا أو لم يخلطا فهما سواء لانهما لا يختلطان وقد بينا أن خلط المالين فى النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فايهما هلك هلك من مال صاحبه لانه بقى على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين فى رأس مال صاحبه سواء هلك فى يده أو فى يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين لان المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير المشترى قبل القبض والكساد فى الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذا اذا اعترض والمشترى بالمال الباقى بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول فى

بعض المواضع وفى بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن. وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقى مشتريا لنفسه خاصة وضع المسالة فيما اذا أطلقا الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه وحيث قال المشترى بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة فى المشترى من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا علي ان يكون نصف المشترى له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالين فالوكالة باقية فلهذا كان المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه. واذا تأملت موضوع المسألة فى كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض فى الجواب قال (فان اشتريا متاعا على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشترى بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشتريا بالدراهم وصار المشترى مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم علي صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشترى الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم لم يذكر ان شركتهما فى المتاع المشترى شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هى شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ بيعه فى الكل وعند الحسن رحمه الله هى شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك. وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما فى ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً. قال (فان اشتريا

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعا فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما)والحاصل ان فى شرط الربح يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفى وقوع الملك للمشترى يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفى ظهور الربح في نصيبهما أو فى نصيب أحدهما يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع . قال (وان اشتريا بالالف متاعا ثم اشتريا بعد ذلك بالدنانير متاعا فوضعا فى احد المتاعين وربحا فى الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضيعة هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح (وكذلك) رجلان اشتريا متاعا بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما فى الشراء يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقده من البدل (وكذلك) لو اشتريا متاعا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن . قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسما ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان فى وقوع الملك فى المشترى يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع المشترى بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما فى العروض لو اشتريا متاعا بعرضين أحضراهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن فى بيع المرابحة مبنى على الثمن الأول على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض فان المشترى بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة فى المشترى بماله مثل من جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها. ولكن هذا التأويل بعيد فانه قال ثم باعا ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشتريا بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذى كاله أو وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مرابحة بمال مسمى فالربح مبنى على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال فى كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذى قلنا فى مسئلة الطعن فانه قال هناك يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر فى جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذى تخايل لى بعد التأمل فى تصحيح جواب الكتاب انه بنى على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان فى أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشترى مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشترى مشتركا بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلا أعطى رجلا دنانير مضاربة فعمل بها ثم أرادا القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقتسمون) لان المضارب شريك فى الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا فى اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال فى وقت القسمة . وانما أورد فصل المضاربة لايضاح ما أشار اليه فى الشركة قال (وينبغى لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدراهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشترى بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفى النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضيعة فهلكت قبل الشراء فالقابض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان . ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل أن يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه أمره بالعمل بها علي وجه الشركة والمال أمانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض فى النصف هنا بمقتضى الشراء لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما ينقد فيه الثمن يكون قرضاً عليه فلا يثبت ذلك قبل الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلكت قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها للمعطى اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه فى النصف وذلك لا يكون الا بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شئ فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمان القرض يثبت بالقرض . قال (واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما وما يهلك من المال المشترك يهلك علي الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا أن يعرف شئ من الهالك أو الباقى من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط فى ذلك القدر لم يتحقق . وانما يعرف ذلك بان يكون مال أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها والحال فى هذا قبل الاختلاط وبعده سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما علي قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك . قال (واذا اشتركا بغير رأس مال علي ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه فى الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعناناً أخرى والعنان منها يكون عاماً وخاصاً كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل بشراء نوع خاص صحيح * وكذلك لو قالا فى هذا الشهر لانه توقيت فى التوكيل والوكالة تقبل التخصيص فى الوقت والعمل جميعا قال (فان قال أحدهما قد اشتريت متاعاً فهلك مني وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق علي شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فقال اشتريته وهلك فى يدى لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكيل أمين فيقبل قوله فى براءته عن الضمان ولا يقبل قوله فى الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

في ذلك غير أمين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل ما يدخله في ملكه ظاهراً فاما في الاقرار لا يدخل شيئا في ملك شريكه ظاهراً فلا يصدق في الزام شئ في ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا. قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم هو أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشترى في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه في يد الموكل *وكذلك اذا اشتريا متاعا وقبضاه ثم قبضه أحدهما ليبيعه وقال قد هلك فهو مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه. قال (واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشترياه من شئ فهو بينهما نصفين ولاحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما شرط لنفسه جزأ من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشئ من نصيب صاحبه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر ملكهما في المشترى. قال (واذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعا فقال الشريك الذى لم يشتره هو من شركتنا وقال المشترى هو لى خاصة وانما اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة فالقول قول المشترى) لان الظاهر شاهد له والاصل أن يكون كل أحد عاملا لنفسه مالم يقم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشترى ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض مافي يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ماهو من شركتنا *(فان قيل)* قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على ان المشترى بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخا سابقا في الشراء ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة *(قلنا)* نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجةلدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشترى الى دفع الاستحقاق للآخر عما فى يده فالظاهر يكفيه لذلك . قال (رجل أمر رجلا أن يشترى عبدا بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما فى فعل كل واحد منهما من الالزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب مالم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا فى امتثال أمر الآمر فانما عزله فى مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما فى امتثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه . وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه * ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر فكذلك في الشركة . قال (رجل أمر رجلا أن يشترى له عبدا بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شئ للمشترى فيه) لان الآمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثانى بأن يشترى العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذى قبل الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقا ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين فى الوكالة من الثانى النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف بيعه الي حصته خاصة فهنا أيضاً ينصرف توكيل الثانى الى النصف الآخر خاصة فلهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما بوكالته وخرج من البين . قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة فأشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تمليك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه . وبيان

هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) اقتضي التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فمعناه سويتك بنفسي وذلك تمليك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم أثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تتحقق التسوية اذا كان العبد بينهم أثلاثا . قال (ولو اشتري رجلان عبداً فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تمليك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ماروى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضى الله عنه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته . فعرفنا بهذا أن الاشراك تمليك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجتمع له نصف العبد ويبقي لكل واحد منهما ربعه . وفى الاستحسان يكون له ثلثه لانهما حين أشركاه فقد سوياه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما فى ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه . يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كالمشترى للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد . قال (ولو أشركه أحد الرجلين فى نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه فى نصيبه نفذ فى الحال وفى نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له فى نصيبه فكأن كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم اثلاثا وهذا لان المجيز صار راضيا بالسبب لا مباشرا له والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كانهما أشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا . قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم فى كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا فى نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه . وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك فى نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا، ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل قدأشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال أشركتك بنصيبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه. قال(رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز)لأنه بيع ما لم يقبض وذلك منهي عنه ألا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك اذا ملكه البعض بالاشراك فان أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه اليه لم يكن عليه ثمن ما أشركه فيه بمنزلة ما لو ولاه وهذا لانه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع. ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه يصح اشراكه في نصف العبد اعتباراً للبعض بالكل ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن ينصرف اشراكه الى النصف الذى قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة ﴿قلنا﴾ الاشراك يقتضي التسوية وانما يتحقق اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في غير المقبوض لانعدام شرطه فأما اذا انصرف الي تمليك المقبوض خاصة لا يكون تسوية بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ ففي تعيين المقبوض هنا مخالفة الملفوظ بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ. قال (واذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أوقال فصاحبه فيه شريك له فهو جائز)لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فاذا قبضه فذلك كقبضهما جميعاً لان القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه منه حتى اذا مات كان من مالهما جميعاً (فان اشترياه معاً أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لانهما ان اشترياه معاً فقد صار كل واحد منهما مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره وقد كانا اشتركا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك اذا اشترياه وأدى الثمن أحدهما فانما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائعا النصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف المأمور خاصة فيحتاج في تخريج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة (والثاني) أن العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف درهم . ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعت منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء . بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول فكان الايجاب الاول متناولا لجميعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيداً ألا ترى أن رب المال يشترى مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحاً وان كان ذلك مملوكاً له لكونه مقيداً فهنا أيضاً ضم نفسه الى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا نصفه من المخاطب بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان ايجابه متناولا للكل . ثم قوله على ان لي نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجباً للمشترى نصيب شريكه بنصف الثمن . واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعت نصفه بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعاً لان تعين نصيبه قبل الوكالة لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

ببيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن و نصف العبد بينه وبين شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه فى النصيبين لان الوكيل ببيع نصف العبد لا يبيع نصف ذلك النصف فينصرف بيعه الى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عنى ففعل كانت هذه الشركة فاسدة) لانه ملكه نصف العبد بيعا بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط وان نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له فى العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئاً . قال (رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقى بمائتى درهم ثم باعاه مساومة بثلثمائة درهم أو بمائتى درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضيعة كذا فالثمن بينهما أثلاثا لان الثمن فى بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو فى المحل دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا أو كان مشترى بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان فى ملك العبد فيستويان فى ثمنه . وأما بيع المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول ألا ترى انه لا تستقيم هذه البيوع فى الموهوب والموروث وفى المشتري بعرض لا مثل له والثمن الاول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثانى . يوضح الفرق أن فى بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة فى حق أحدهما وضيعة فى حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة فى نصيبيهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (واذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له خاصة لان كل واحد منهما بحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فاذا خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالاجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي صاحبه لانهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة الا أنه اذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنقود أو المكيل أو الموزون فان كان فى يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشتريا لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستديناً على المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو انه لو صح استدانتهما زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه الا فى مقدار ما جعلاه رأس المال فلهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة على نفسه خاصة . قال (وان كان مال الشركة فى يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه بناء على أصل معروف وهو ان الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفى الاستحسان كجنس واحد فى ضم أحدهما الى الآخر وفى تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا ان عند زفر رحمه الله فى حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة اذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير فكذلك فى حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد فى صحة الشركة بهما فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فان أقر أحدهما بدين فى تجارتهما وأنكره الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذى وليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشراً لنفسه وان أقر أنهما ولياه لزمه نصفه لانه فى النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه وبعقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين فى ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره . وان أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شئ لانه أقر على غيره ولا ولاية له فى الزام الدين على غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فانها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فاذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فان كان لشريكى العنان على رجل دين فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه) بخلاف شريكى المفاوضة لان المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فمباشرة أحدهما فيه كمباشرتهما وبشركة العنان ما صارا كشخص واحد ولان فى شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما وجب لصاحبه بمباشرته فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل فى نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبى حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله فى صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح. قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيبا لم يكن للآخر أن يرده) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعاقد ولان الآخر في النصف أجنبي وفى النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم فى العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شئ فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضيعة لحقت أحدهما من غير شركتهما فهى عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي. وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لاتهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم فى شهادته لماله من النصيب فى المشهود به وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذن له شريكه فى ذلك ويجوز له أن يعمل فى المال الذى ليس من شركتهما كل شئ يجوز للمضارب أن يعمله وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي * وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لاحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفى القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره. وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه فى ذلك دلالة ولان الوكالة التى تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشترى وصفته وفى الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لوكيله عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لاحد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف فى مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلأن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا فى الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه ايجاب الشركة للمضارب فى الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أوفوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شئ من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثانى مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثانى مثل الاول ولكن هذا كله فى حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبى سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفى هذا دليل على انه لابد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشترى بها وبألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لانفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطلحا عليه والوضيعة على المال فكذلك فى الشركة وهو مروى وعن علي رضى الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضيعة على المال فكذلك في الشركة (وعن) على رضى الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضيعة على المال فى المضاربة والشركة لان الوضيعة هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال فى يد الامين كهلاكه فى يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه فى كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس ما لهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا على هذا فهما متفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما فى رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين على انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص فى الكتاب على لفظة المفاوضة . وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلى صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة . قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلطا المال فالشركة جائزة) وفى النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك ينفى المفاوضة وفى الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلطا المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه على ما بينا فى شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشتريا بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشترى صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتنعدم المساواة وفى الاستحسان لا يبطل العقد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشترى فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثانى) أن ما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بمالهما . ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم امكان التحرز عنه * قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وبتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل فى الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوى بينهما الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عاما وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار فى أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئا فسدت المفاوضة أيضاً لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به مايمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك ﴿فان قيل﴾ أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة ﴿قلنا﴾ لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من الدراهم الى المشترى والمشترى بينهما نصفان ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل لكل واحد منهما علي صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشترى يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضا بظهور الفضل في النصف ﴿قلنا﴾ نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما علي صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضاً وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الالف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا فى التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدنانير أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب علي صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون) لما بينا ان المعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لاظهار الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما جميع رأس ماله لايظهر الربح ليقتسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعتك نصف مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شريكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا فباعه نصف العروض بنصف الدارهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة أو شركة عنان جاز ذلك لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس ما لهما ثم يثبت في الشركة حكم العروض وهو بينهما نصفان بيعا * وقد يدخل فى العقد بيعا ما لايجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعا اذا وقف قرية بما فيها من الدواب والمماليك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف فى المنقولات قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لايصلح أن يكون رأس مال فى الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفاوضة بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو جائز) كما بيناه فى شركة العنان الا أن تكون المفاوضة عامة ومثله فى الوكالة لايجوز فان من قال لغيره اشتر بيني وبينك لايكون ذلك صحيحاً مالم يبين المشترى أو يخص بذكر الوقت أو بتسمية الجنس فى العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتفويض الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل علي البيع والشراء ومقصودهما الربح لاعين المشترى ومثله فى الوكالة يجوز أيضاً لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شئ فهو بيننا نصفان علي أن يبيعه و يقسم ربحه نصفين وكان ذلك تفسيرا للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشترى فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفاوضة أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملا أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان بشركة المفاوضة صار كل واحد منهما وكيل صاحبه فى تقبل العمل له وكفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما مأخوذا بما يقبله الآخر ولا يمتنع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لايتعين عليه

اقامة مايقبل ببدنه ولكن له أن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلهذا كان مطالبا بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولأحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفا منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه فى التجارة فى مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لايملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فالاقراض فى كونه تبرعا كالصدقة أوفوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب فى القرض أكثر لان ملتمس القرض لايأتيك الا محتاجا والسائل للصدقة قد يكون محتاجا وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما تحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع فى الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع فى الالتزام ولكن يرجع بمثل مايؤدى . ثم من أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة فى ذلك راجحا لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لايلزم شريكه وجعلا معنى التبرع فيه راجحا لذلك فى الاقرار . قال (فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعد فى نصيب شريكه بتصرفه فى المال على غير ماهو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة مالم يقبضه ولان المقترض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة . قال (وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ماتقتضيه المفاوضة . قال (فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامنا نصف قيمة الدابة لشريكه فى القياس) لانه متعد فى نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لايجد بدا منه

لانه اذا أتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من
اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لايعير لايعار عند حاجته وكل واحد
منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ماهو من توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير
والمفاوض أعم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكاتب والمأذون لا يكاتب . وعلل فى
بعض النوادر فقال التاجر فى المال وان لم يكن مالكا لشيء منه فله أن يعير وانما أراد به
المأذون فالتاجر الذى يملك النصف يكون شريكا فى الربح لان تملك الاعارة أولى . قال (ولو
أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئاً وهو
لايعلم تفرقهما فشراؤه جائز على الآمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما
فيه حال قيام المفاوضة كمباشرتهما ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا
وحكم العزل لايثبت قصدا فى حق الوكيل مالم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان
أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للآمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من
شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشترى بها فانما وجد عمل
أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فانما عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما
ليس من شركتهما الا ان المفاوضة اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كشراء
الموكل وكان المشترى بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لايوجد اذا افترقا قبل شراء الوكيل
لان عند شراء الوكيل لواشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا
للآمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو
جعلناه مشتريا للآمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه
مشتريا بينهما اذا لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه
لايضمن للشريك شيئاً وان صار مشتريا للآمر ولكن يجب الشراء بالثمن فى ذمته ويرجع به
على الآمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الاترى انه لومات الذى لم يبضع ثم
اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن فى فضل الموت اذا كان المال مدفوعا الى
المستبضع فورثه الميت بالخيار انشاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الآمر وهذا لان
الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه ينقل الملك الى الورثة ولم يوجد من واحد منهم
الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمى يثبت فى حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف افتراقهما

فان ذلك من الذى لم يبضع عزل الوكيل فى نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه فى حقه مالم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان فى نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمنوه ان شاؤا وان شاؤا الآمر لان دفعه كان باذن الآمر فيكون كدفع الآمر بنفسه فان ضمنوا المستبضع رجع به على الآمر لانه غرم لحقه فى عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للآمر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثمن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما فى التوكيل كفعلهما فكذلك يجعل نهى أحدهما اياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتر لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما اياه فان لم ينهه حتي اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليهما بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه في النصف أصيل وفى النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشترى بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يرده على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشترى به عيبا كان له أن يرده على الذى لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة فى العيب انما لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه . قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شاركه شركة عنان فابضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشترى له بها متاعا فرضى الشريك فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشترى أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يحتاج الى الشركة للغير فى المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض . وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من توابع المفاوضة مستفادا بها كالمضاربة وشركة العنان . قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلا شركة مفاوضة لم يجز ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل الاول فلا يكون من توابع الاول مستفادا به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كنفسها اذا عرفنا هذا فنقول المستبضع وكيل للدافع فيعذل بموت الدافع علم به أولم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشتريا لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال الغير دينا عليه فيكون ضامنا مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولو رثة الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى بعد انتقاضها ولو كان الدافع حيا ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا علي المستبضع لانه دفع ماصار ميراثا لهم الى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أى المتفاوضين شاؤا لان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه مايلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامنا لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك العنان ولان شراء وكيله له كشرائه بنفسه ونصف المتاع للآمر لا شئ له منه لورثة الميت لان المفاوضة قد انتقضت بين الدافع وبين الميت * ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شئ من المشترى لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله * ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا انصبهم من المال المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الآمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العهدة ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالبا بما يجب على الآخر. (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما)لان ماحصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلها فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال واذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الآمر اشترياه بعد التفريق فهولى خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الامر مع يمينه) لان الشراء حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات *ومن ادعى فيه تاريخا سابقا فعليه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشترى أظهر للآمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشترى عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات ولاتقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لاندري متى اشتريناه فهو للامر أيضاً لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق . واذا قال الآمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يأمر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له ووجوب شئ من الثمن عليه والبينة بينة الآمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

باب خصومة المفاوضين فيما بينهما

قال(واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة)لانه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذو اليد منكر فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين .وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفاوضة أوزادوا على هذا فقالوا المال الذى في يده من شركتهما أوقالوا هو بينهما نصفين فانه يقضي للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم.ولانهما ان قالا المال الذى في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذي اليد وان قالا هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال شريكين فيه. فاذا قضى القاضي بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته في قول أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله ان كان شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فبينة ذي اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذي في يده من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذي اليد بعد ذلك * واحتج في ذلك فقال القاضي يقضي بما شهد به الشهود فاذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضي بذلك أيضاً ومطلق المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له. ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى المفاوضة بينهما الا أنا إنما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا ظاهر نعتبره والظاهر يسقط اعتباره اذا قام الدليل بخلافه فاذا أقام البينة على عين انه ميراث له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف ما اذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضي قضي بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينة المقضى عليه على ابطال القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا بدار في يد رجل لانسان وقضى القاضي بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقضى عليه فانه لا يبطل قضاء القاضي بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك إكذابا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضي له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه في الفصل الاول باعتبار الظاهر الى استحقاقه الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فاذا أكذب شهوده في ذلك بطلت شهادتهم له. وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الأسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لأحكامها والمفاوضة سبب وحكمها الشركة في المال. ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة في المال فكذا في الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في ان القاضي يقضي بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشترى ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به مقضيا عليه فكذلك عند الابهام . قال (فان ادعى ذو اليد عينا في يده انه له خاصة وهبه شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه علي أبي يوسف رحمه الله لان هنا بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أولم يفسروا ثم الفرق انه ليس فى قبول هذه البينة ابطال القضاء الاول فى هذا العين بل فيها تقرير القضاء الاول لان القضاء الاول بالملك للمدعى وانما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك ابطال القضاء الاول فما تناوله القضاء قال ألا ترى انهم لو شهدوا ان هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة ان المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته ولو أقام البينة انه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو ان رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على ذلك والفرق ما بينا فكذلك فى المفاوضة وان ادعى انه شريكه شركة مفاوضة والمال فى يد المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه باقراره ثم ادعى عبدا مما كان فى يده انه ميراث له أو وهبه من فلان فاقام البينة علي ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله أيضا من الوجه الذى قلنا ان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لابى يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى انه لولم يكن له بينة لم كان يستحلف خصمه وفى الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لوادعى الميراث ولم يكن له بينه لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرفنا بهذا انه منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته (والثانى) ان الاقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء وانما يقضى القاضى بالاقرار فقط ولهذا قلنا ان استحقاق الملك بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لاتوجب الابقضاء القاضى وانما يقضى القاضى بما هو المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا يقبل بينة ذى اليد بعد ذلك *وكذلك لو كان المال فى يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك انه له ميراث وأقام البينة قبلت بينته لانه مدع أثبت دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو أقر به يلزمه ولا اشكال فى هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البينة على ذلك ان بينته تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا فى عبد له خاصة وجحد ذو اليد وأقام المدعى البينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نور دعواه بالحجة ولا تقبل من ذى اليد البينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك فى نصفه ولا بينة له الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الباقى منهما فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى) لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لا حكم لما شهدوا به فى المال الذي فى يده فى الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون ما فى يده فى الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان فى يده فى حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعد موته وان شهدوا انه كان فى يده فى حياة الميت فاليد الثابتة له فى حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعاينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت فى نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان فى يده في حياة الميت فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة على ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقروا أنه كان فى يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضاً حمله بعضهم على الخلاف والاصح فى الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسر الشهود أنه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لم يقبل) فى قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت فى قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لوكان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ماشهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة فى ذلك كما لاتقبل البينة فيه من المورث لوكان حيا . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب المفاوضة المساواة فى ملك المال فاتفاقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا فى كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولاتصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما فى المال الاما كان من ثياب كسوة أومتاع بيت أورزق العيال أوخادم يطؤها فانى أجعل ذلك لمن يكون فى يديه ولا اجعله فى الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال فى يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما فى التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فيبنى ظاهر الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذى اليد لانكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولايحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرأيت لو كانت مدبرة أوأم ولد أما كان القول فيها قول ذى اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفترقا ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا فى مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال فى يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما فى نقض العقد فهو وافتراقهما سواء (ولوكاناحيين والمال فيد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة فى القياس لا تقبل) لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمناصفة فى المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعى اذا اكذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لاحاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ماذكروا من الثلث والثلثين فتلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك ففسروا بناء على اعتقادهم ولكن القاضي يبني ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام محمد رحمه الله في الفرق بين ما اذا فسر الشهود أو ابهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم في المنع من قبول بينة أحدهما على متاع في يده انه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه البينة على مثل ذلك لانه خليفته ووارثه قائم مقامه. قال (واذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو من غيره فان كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضائين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الاول) لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ماقضى به أولا اذا تبين له الخطأ في القضاء الاول فلهذا جعلنا الثاني نقضا للاول وهو كما لو تبايعا بألف ثم تبايعا بمائة دينار يجعل الثاني نقضا للاول وان لم يعلم التاريخ بينهما أو كان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذي لا نعده عليه لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك اذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (واذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضي كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما) لجواز أن يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل. قال (ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر أو ارش جناية) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجناية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجناية غير صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة. قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث من ميراث ولا جائزة يجيزها السلطان له أو هبة أو هدية) الا عند ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول مقتضي الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما على التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين فكذلك فى الانتهاء ولكنا نقول لابد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير موجود فى حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتمليك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يجعل كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل فى ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لا يمكن جعله نائبا عن شريكه. قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه) معناه لم يكن دينا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة. قال (وكل وديعة كانت عند أحدهما فهى عندهما جميعاً) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما بسبب هو من صنيع التجارة وبقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن يبين لزمهما جميعاً لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير متملكا للوديعة فهذا ضمان ما أوجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه ﴿فان قيل﴾ وجوب هذا الضمان بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت ﴿قلنا﴾ لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته * فان قال الحى ضاعت في يد الميت قبل موته لم يصدق لانه لا عقد بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ما صار ضامنا بالجحود ولو زعم انه كان هلك في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفى الضمان عنه فأما فى إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحي هو المستودع صدق لانه ما صار متملكا ولا ضامنا للوديعة ما دام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على ما التزمه فلهذا كان قوله مقبولا ﴿فان قيل﴾ أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول الوديعة مثل صاحبه ﴿قلنا﴾ نعم ولكن التمليك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة فى يد المودع حقيقة لا فى يد شريكه (وان قال اكلتها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق على صاحبه) لان وجوب الضمان عليه باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو فى الانتهاء غير مصدق فى حق صاحبه الا ان

يقيم البينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على أحدهما ضمان بغصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان الغصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعي عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال الى من أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يغرم الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضي بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ماقبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بجحوده القبض ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لو مات أحدهما ثم ادعي المستودع انه كان دفعه الى الميت منهما لانه بقي أمينا بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون علي فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ماقبضوه فهو ضامن لنصف حصة الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى ورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له على نفسه بدفعه الى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى ورثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالناوي والمال المشترك ماينوي منه ينوي على الشركة ومايبقى يبقى على الشركة (ولو قال دفعت المال الى الذي أودعني بعد موت الذي يودعني وحلف علي ذلك فهو بريء من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه مالكا كان أوغير مالك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة ولا يصدق على الزام الحي شيئا بعد ان يحلف ماقبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحي نصفه والى ورثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالقول قول المستودع مع يمينه وهو بريء لانه يخبر عن أداء الأمانة بايصال نصيب كل واحد منهما اليه فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الي صاحبه فيما يثبت القبض فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون ناويا قال (وان كانا حيين وقال المستودع قد دفعت المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحده الآخر فالمستودع بريء ولا يمين عليه) لان تصديق أحدهما واباه في حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان افترقا ثم قال المستودع دفعته الى الذي اودعني فهو بريء لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الي الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو في نصيب الشريك مخبرا بأداء الامانة وفي نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الي غيره ثم مايقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوي فكان مابقي بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولا حق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريك بعد انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالقابض قال (وعارية المفاوض وأكل طعامه وقبول هديته في المطعوم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لابأس به) ولا ضمان على الداعي ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بداً ألا ترى أن العبد المأذن يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدى اليهم المطعوم ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكاتب فقبل ذلك منى وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم ابو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابونى قال (ولو كسا المفاوض رجلاثوبا أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتعة والحبوب كلها لم يجز فى حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك فى الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع فى معرفة الفرق بينهما الى العرف. قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذى ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة فى الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار احدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما. قال(ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالآخر فى ركوبها غاصب ضامن اذا هلكت . وقد بينا أن مايجب من الضمان على أحدهما بحكم الغصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها فى حاجتهما فالضمان فى مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون فى مالهما لان الغرم مقابل بالغنم * وان ركب فى حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أذناه من مال الشريك رجع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقى الثمن دينا عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو لخاصتهما فلا ضمان عليه)من قبل أن التقييد الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما فى الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه. ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة. وكذلك أحد المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن * ولو حمل عليها طيالسة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس وللتفاوت فى الضرر على الدابة. قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) الا أنه ان كان ذلك من تجارتهما فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما . وان كانت بضاعة عند الذى حمل فالضمان عليهما لان الذى حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذى حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له فى هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء . ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا فى حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذى حمله أو شريكه . وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب فى الاول لأن وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة فى الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيراً له خاصة كان ضامناً لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لاهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامناً . قال(واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثبات وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزماً اياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثبات وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشترى بالثمن الذى ادعاه لان نكوله كاقراره واقرار أحدهما ملزم اياهما وكذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما واقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما. وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كان المفاوض هو الذى ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضا لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعدما استحلف بخصومة الوكيل لا يستحلف بخصومة الموكل لان النيابة فى الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه فى الحلف لان النيابة لا تجرى في اليمين فلهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثانى) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مقيداً فأما اذا لم يكن مقيداً فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصومة أحدهما فلا فائدة فى استحلافه لخصومة الآخر لانه بعد ما حلف فى حادثة لخصومة انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة لخصومة الآخر فأما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيداً لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يمتنع من ذلك اذ الناس يتفاوتون فى الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعي أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة فحلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلا به . ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجبه ولا خصومة للمجنى عليه معه فذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقراره بالجناية علي شريكه باطل وكذلك المهر والجعل فى الخلع والصلح من جناية العمد اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) فى قول أبى حنيفة رضي الله عنه وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك . وأصل المسئلة ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه فى

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه ٥ وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كالمأذون والمكاتب وانه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في حق شريكه فكذلك الكفالة . ولابي حنيفه رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه كما يكون وكيلا عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه (والثانى) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى أن الكفيل يرجع بما يؤدى علي المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا والذى كفل صار مطالبا بالمال * ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلا فلا يكون مفاوضة وقد يجوز أن يكون تبرعا في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع في الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضى الله عنه . قال (يحلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال لانه لو أقر به لزمهما جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالبا بالمال فلا يستحلف عليه أيضا * قال (وان كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا انكره بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذى يحتمل الشركة والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمى في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهى مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحـد منهما من أهل الوكالة والـكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضي المفاوضة الـكفالة والوكالة فانما تشترط أهلية كل واحد منهما فى ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد منهما من أهـل المفاوضـة ألا ترى ان المفاوضـة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك تصح بين المسلم والذمى ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسلم لايتصرف فى الخمر والخنزير والذمى يتصرف فى ذلك . وهذا لان الذمى الذى هو شريك المسلم مفاوضة لايتصرف عندى في الخمر والخنزير ثم لامعتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة تصح بين الكتابى والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابى لايفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفى المذهب وشافعى المذهب وان كان الحنفى يتصرف في المثلث النبيذ لانه يعتقد فيه المالية وشافعى المذهب يتصرف فى متروك التسمية عمدا لانه يعتقد فيها المالية .ثم هذا التفاوت لايمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمى وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمى فى التصرف ولا فى محل التصرف وهو المال فان الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمـة يجوز تصرفهم فيها بيعاً وشراء وسلما في الخمر وهي ليست بمال فى حق المسلم فتنعدم المساواة بينهما وبدون المساواة لاتكون الشركة مفاوضة . ألاترى أن المفاوضة لاتصح بين الحر والعبد لانعدام المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضاً للمسلم قلنا المعنى الذى لأجـله كان ينفـذ تصرفه فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا للمسلم هو اعتقاد المالية والتقوم فيه وذلك لاينعدم بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا بخلاف المفاوضة بين الكتابى والمجوسى لان من يجعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم لا يفصل بين الكتابى والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة فان الكتابىّ يؤاجر نفسـه للذبح والتضحية والمجوسى لايؤاجر نفسـه لذلك لان ذبيحته لاتحل ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبة واجارة المجوسى نفسـه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لاتحل ذبيحته فأما بين الحنفى والشافعى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيـه من الحنفى والشافعى جميعاً لثبوت ولاية الالزام

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه أبو يوسف رحمه الله لان في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمى بالتصرف له . قال (ولا تجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان أذن لهما أبوهما) لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فلهذا لا يجوز المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد فى الرق والمقصود من المفاوضة التصرف والاسترباح فاذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم تكون الشركة بينهما عنانا فى هذه المواضع لانهما أهل الشركة وانما فسدت المفاوضة خاصة فيبقى العنان وقد بينا ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . قال (وان تفاوض الذميان جاز ذلك وان كان أحدهما نصرانيا والآخر مجوسياً) لان المساواة بينهما في الملك والتصرف تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وان شارك المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه) ان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب بطل وان أسلم جاز لان من أصله ان التصرفات تتوقف بالردة على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل اذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لان من أصلهما أن تصرف المرتد بعد ردته قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت الشركة لان فى القتل موتاً ولحوقه بدار الحرب كموته والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة فعلى ما قال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وانما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لان المرتد عنده فى التصرفات كالمريض وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فلهذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل أبى يوسف الكفالة وان كانت تصح من المرتد لانه بمنزلة الصحيح فى التصرف الا ان نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه اذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فلهذا توقف المفاوضة منه . قال (وان شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لان تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لاتقبل فكذلك فى مالها الا انها كافرة فهى كالذمية ومن أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لاتصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهى مكروهة فكذلك فى حق المرتدة قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لاتقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فلهذا تتوقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما) لان المفاوضة فى حق شريكه أعم تصرفا من الوصى فى حق اليتيم وللوصى أن يكاتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى وبيان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح فى حق شريكه وإقرار الوصى بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذى لايملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصى صحيحة فصحتها من التاجر الذى يملك نصف العبد وهو المفاوض أولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكاتب فله أن يأذن لعبده فى التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن فى التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبده فى التجارة وليس له أن يكاتب والاذن فى التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد فى الحال والمآل في ذمة مفلسة لايدرى أيقدر على الاداء أولايقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلهذا لايملك المفاوض فى نصيب صاحبه وكذلك لايزوج عبداً من تركتهما لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعييب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلايملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصى تزويج أمة اليتيم ولا يملكان تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشريك العنان أن يكاتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الامة فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا فى كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما دينا من تجارتهما لم يلزمه من ذلك شئ) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان مالية العبد من شركتهما وما اداناه أو احدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الايجاب فى ذمته فلا يشتغل بما لا يفيده شرعا (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه فى البيع بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة فى ايجاب ذلك في ذمته متعلقا بماليته لان ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين فى عبد لهما خاصة فاذن لهما فى التجارة ثم ادانه كل واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه كالاجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه فى ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كاجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده)

قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوبا من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين فى نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي . قال (ولو كان العبد ميراثا لاحدهما فأذن له الآخر فى البيع والشراء لم يجز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لو ادانه أجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان اداناه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما فى الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين علي عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكرى أن يأخذ بهأيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف. وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة (وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتهما وأدى الاجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما فى شئ خاص شركة ملك لم يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار. قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه وللمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والا خر مطالب عنه بكفالته بما يلتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبداً له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الأجر لانه بدل ما ليس من شركتهما ألا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالاجنبى ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا. قال (ولاحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات فى هذا

الفصل ويستوى ان كان الذى شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (وذكر) الحسن عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكى العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرته المفاوضة مع الثانى نقض منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به ونقض أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل. قال (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شئ أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر وا كتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه فى حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما اذا أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجبه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما فهو بمنزلة مالو أجر عبداً له ميراثاً. وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه فى التصرف في مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه فى مال الشركة وكان شريكه فى ذلك كأجنبي آخر قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفيا للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى دينا عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه فى الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب لو رهن بدين الولد عينا قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه. قال (وان كان الدين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا جاز) سواء كان هو الذى ولى المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك فى الارتهان به وأما فى شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفى ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه فى التجارة فى ذلك المال له فى لا صرفه الى حاجة نفسه . قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذى ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتبارا للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكيلا كان أو مالكا . قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتهن رهنا بدين ولياه جميعا) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لايملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز فى نصيبه كان مشاعاً والشيوع يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن فى ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز فى حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه فى نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لايثبت الضمان فى ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هوعدلا فيه ان أجازه صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شئ عليه فهلك الرهن فى يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره فى الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسئلة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شئ عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لاعلى وجه الاستيفاء فلهذا لايضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصر نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن . قال(واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى ذلك ومن ملك مباشرة الشئ بالاقرار به لانتفاء التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه)لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء فى نصيب صاحبه ويجوز فى نصيبه استحسانا لان الموكل اذا اقبض الثمن بتسليم المشترى اليه صح قبضه استحسانا وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحاً في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوبا فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام شريكه ولا مأذونا له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المغصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون علي الفاعل خاصة واذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان مايجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك مايجب بالشراء الفاسد . قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة فخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفعلهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما فى ضمان الغصب والاستهلاك . قال (واذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده ضمنه ورجع علي صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال (ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جناية فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لايؤاخذ به شريكه) فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤاخذ به لان الواجب علي المفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجناية والارش والمهر فى حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية والشريك غير متحمل فيه مايجب لهذا السبب ولهذا لايؤاخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا متعتها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب
ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب
يحتمل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو
قرض لم يلزم شريكه منه شئ) فى قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المفاوض المقر خاصة وكذلك
اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آبائه وأولاده وعبيده ومكاتبيه في قول أبي حنيفة
رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ماخلا عبده
ومكاتبه وأصل المسألة فى الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة
من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان
الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه فى ملك
الغير عند تسليط من له الحق كما فى حق الاجانب ولا يكون منهما فى ذلك باعتبار ما بينهما
من القرابة بخلاف العبد فكسبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب فى ملك المكاتب فلا
يكون متهما فى حق نفسه فكذلك فى حق مكاتبه وعبده وبخلاف الشهادة فان التسليط
ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا فى التوكيل فكذلك فى الاقرار أو كل واحد
من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له فى مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه فى ذلك كأجنبي
آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم فى حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح
موجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا
يملك فى حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما فى حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في
نفوذ اقرار المفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فلهذا لزم المال المقر خاصة. قال
(وكذلك لو أقر لامرأته وهى بائنة معتدة منه) وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله
يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله فى الشهادة فانه اذا شهد للمبانة وهى تعتد منه قبلت
الشهادة فى رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء
العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها
كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان فى نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح
(وكذلك) فى استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول
شهادته لها وفى امتناع صحة اقراره لها فى حق الشريك. قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمهما جميعا لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمهما جميعاً وان كانت في عدته لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعا سواها فى هذه العدة بخلاف عدة النكاح فلهذا كانت كالاجنبية فى حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقر به فى حقهما ويجوز اقراره عليهما جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز اقرارها بالدين لابوى زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول فى غير المفاوض) لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك فى كتاب العتاق . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتبت هذا العبد فى الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر علي صاحبه بما لا يملك انشاءه فى الحال وصحة اقرار المقر فى حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون ذلك كانشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يرده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب فى المفاوضة وكذلك ان أقر أنه اعتقه فى الشركة معناه ان اقراره يصح فى نصيب نفسه خاصة ولا يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق فى حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد فى الشركة وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت استسقاء العبد فالقول قول الذى لم يعتق) لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر فلا يقبل قوله الا بحجة وعلي المنكر اليمين فاذا حلف كان له أن يستسعى العبد في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا شئ له علي الشريك لاقراره انه باختيار الاستسعاء وذلك موجب براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من الضمان بالبراءة) لانه حقه تقرر فى ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئا شريكه بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فاذا أنكره كان القول قوله ولكن له أن يستسعي العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان نصيبه فى ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقبل تقرر الضمان لان يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى واذا سقط حقه فى تضمينه تعين في استسعاء العبد كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيبرأ هو من ذلك ولا شئ على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان القول قوله أيضاً لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر فى الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه فى المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سعاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد من نصف قيمته لانه أثبت بينته بسبق التاريخ فى الاعتاق وأبقى مالزمه من الضمان به والشريك ببينته ينفي ذلك والبينات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما انه كاتب عبداً على الف درهم فى الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يكاتب) لان المكاتب يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركا بينهما بعد الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الآخر كاتبته فى المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول الذي لم يكاتب لان ملكه فى نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له فى نصف الكسب فالشريك بما قال يدعى بملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذى لم يكاتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهماوقد مات فيأخذ ان المكاتبة من تركته والباقى ميراث قال لان ولاءه لهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميع ماتركا ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا ببينة) لانهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركا فى الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص به بعد ذلك لايقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما فى أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعا بعد مايحلف الآخرون مادخل هذا فى قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركا فى الاصل فانما يستحق ذو اليد باعتبار يده مالم نعلم فيه حقا لغيره فأما اذا كان معلوما فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى مافي ذمته مطلقاً فكذلك لاتسمع منه دعوى مافى يده بخلاف ماقبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان فى يد أحد الفريقين مال فقالوا هذا لابينا قبل المفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك فى حياته لم يسمع ذلك منه وكان مافى يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المفاوضة فكذلك دعوي الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان فى الشركة ثم أقروا بهذا وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة فى حق المقر وقد زعموا ان هذا مالم يتناوله البراءة لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة مما كان في الشركة وغيره فلا حق لهم فيه لانه دخل فى البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما أو من غير شركتهما . قال (وكل ما اشتري أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين شريكه) الا انى أستحسن فى كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المفاوضة لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك فى مدة المفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقه ونفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لايتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشترى باشر سبب الالتزام والآخر كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشترى بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضي من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بحضر من صاحبه فجحوده يكون فسخاً لانه ينفى بالجحود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه فى الحال وهو ضامن لنصف جميع ما فى يده اذا قامت البينة على المفاوضة لانه كان أميناً فى نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامنا كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر فى يد وارث الميت أمانة فبالجحود يصير ضامنا فان ماتا وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصيّ كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الموصى وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذى ولى المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه فى ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الموصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً فى نصيب صاحبه. قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهى بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ما صار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الا عند الشركة فيقع على مقتضي الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذى اشتراها بمنزلة ما يشتريه من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) في الجامع الصغير أن الجارية للمشترى بغير شئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما نقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشئ منه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اديا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشترى بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور فى كتاب الشركة

قولهما. وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما فى الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضي الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. ألا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تمليك نصيبه من المشترى بعد الشركة فيكون واهبا نصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله يقرره ان أذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك فى المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه فى القرار المشترى بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما بهبة أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشترى للمشترى خاصة بعقد الشراء فلهذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحقت للمستحق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة فى شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤاخذ بالعقر بسبب الشراء فى الحال ولا يؤاخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتهما بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما فى البيع كفعلهما ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشترى أو أبرأه منه جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجز ابراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة* وان كان الشريك هو الذى وهب الثمن من المشترى جاز فى نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل اذا أبرأ المشترى فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وان أقاله البيع جاز عليه وعلي الذى ولى البيع لان الاقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان . قال(ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لانه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة وصورة العينة أن يشترى عينا بالنسيئة با كثر من قيمته ليبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكى العنان وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة اذا كان فى يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما اذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة . قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم اليه صاحبه فى طعام كان جائزاً على شريكه) لان قبول السلم من صنيع التجار ﴿ فان قيل ﴾ كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل فى حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ماينفذ من الوكيل علي الموكل﴿ قلنا﴾ هذا فى شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم تبع مافى ذمته والتزام ضمان مافى الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة مالو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم . قال (واذا باع أحد المتفاوضين عبدا بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لان الشركة انقطعت بينهما بالموت فانما تبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك الى العاقد أو الي من قام مقامه بعد موته من وصى أو وارث ولكن ان أعطاه المشترى نصف الثمن برئ منه لان نصف الثمن ملكه اذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه اليه فاذا دفعه المشترى اليه بنفسه برئ

استحسانا كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الي الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبامن الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مقيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشتري ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشراء اذا كان مقيداً كان صحيحا كالمولى اذا اشترى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئاً من مال المضاربة من المضارب كان صحيحاً . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعاما يجمله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئاً من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا) لان هذا العقد غيرمقيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مقيداً كان باطلا لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغواً واللغو لا يكون مشروعا * وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الا خر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة مالم يكن فيهاولا يفسد المفاوضة حتي يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثا اشتراها الآخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضى لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتي يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذافقد موته حكما ولانه صار حربياولا عصمة بين الحربى في دار الحرب والمسلم فى دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبقى وان رجع مسلما قبل ان يقضى القاضى بلحاقه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل بردة الوكيل ولحاقه ما لم يقض القاضى به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتمويت القاضى اياه حين قضي بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على ردته لم يلزمه ذلك الدين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه في حال ردته وكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد ردته وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذا قتل أولحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته . قال (وبيع أحد شريكي العنان وشراؤه واقراره بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على ردته لم يلزمه من ذلك شيء وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوت حكمه في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أومات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالبا به . قال (واذا باع أحد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشترى بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشترى حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة بريء لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما مالم يعلم به وهذا لان المشترى بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصداً لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذى ولى البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به . ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصداً . قال (وان وجد المشترى به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذى ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعاقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيلا فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه . قال (ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الا خر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون .قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن أيهما شاء)لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بابطال المستحق وتبين ان رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشترى ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد بالعيب بعد الفرقة لايتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحاً الى وقت الرد وانما وجب الثمن علي البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشترى ان يطالب به الآخر. قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك فى الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه مابقيت الشركة بينهما ﴿فان قيل﴾ عمل الخياطة مستحق على من باشر السبب والآخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط على الخياط ان يخيط بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿ قلنا ﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التى هى ركن المفاوضة لا تحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة فلا جرم اذا تفرقا أومات الذى قبض الثوب لم يؤاخذ الآخر بالعمل لان الموجب للاتحاد هو الشركة وقد انقطعت وانما بقى معنى الكفالة فكان الشرط علي الخياط فلا يطالب الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذى قبل بطل هذا التقبل لفوات المعقود عليه وهذا نظير مالو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط علي الخياط العمل بنفسه هذا لاتجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة فى ايفائه فتصح الكفالة وبعد صحتها اذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموته .قال (واذا كان بين رجلين كر حنطة وكر شعير ولم يأمر أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك و كل واحد منهما فى التصرف كالاجنبي من صاحبـه فيكون غاصباً للدابة ولنصيب شريكه من الشعير بحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير اذا تلفت بحمله وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فى الحمل كما أنه وكيل صاحبه فى التجارة فلهذا لم يكن ضامناً. ثم ختم الباب فى الاصل بما اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملا بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة فى هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان فى المفاوضة لايجوز اشتراط التفاوت بينهما وفى العنان لايجوز ذلك فى شركة الوجوه الا أن يشترطا التفاوت فى ملك المشترى وفي التقبل يصـح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في التقبل فاما مع اشتراط التساوي في أصل التقبل لايصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح ولـكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضاً أن الربح بينهما على الشرط والوضيعة بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهـما فى أصل التقبل لـكانت الوضـيعة على ذلك ولـكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان فى التقبـل هما تابعان للعمل فقـد يكون بينهما تفـاوت فى العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح فاما فى شركة الوجوه هما متساويان بثمن فى ذمتهما فمع التساوى فى ملك المشترى لايصح منهما شرط التفاوت فى الربح وتوضـيح الفرق أن المنافع انما تتقوم بالعقد فمنفعة كل واحـد منهما تتقوم بقـدر ماشرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشترى فانه يتقوم بنفسه فـلا يصح من أحدهما اشتراط شئ من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان واذا تقبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما اذا كانت الشركة بينهـما مطلقة فقـد ذكر فى النوادر قياسا واستحسانا فى هـذا الفصل في القياس لايطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لايتضمن الـكفالة ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لايطالب الاخر به فـكذلك اذا تقبل العمل وفى الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا التقبل مقصود بالشركة فقيما هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآجر استحسانا لانه هو المقصود بعقدهما . وبيان كونه مقصوداً أن

الشركة التى بينهما لاتنفك عن هــذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبى يوسف رحمهما الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحـدهما استحسانا أيضا وانه لو ادعي عينا فى يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره فى نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد رحمه الله فى هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقراره بالدين وما يتلف بجناية في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قـد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشئ من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لان وجوب ضمان ماجنت يده باعتبار العمل وما فى العمل كالمتفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليـه وكذلك الاقرار بالعين فان الشركة لاتنفك من ذلك لان من يسلم الى أحدهما العمل فلابد له من أن يسلم اليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند اقامة العمل فاذا لم يصح اقراره فى حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (واذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسـدة) لان صحـة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لاتجوز الوكالة فيه ولو وكل انسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيـل وكان الحطب الذى لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لان كل واحد منهما فى المعنى يوكل صاحبـه بمباشرة بعض ذلك العمـل له ولان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف مايكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة فى المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه اذا باع لان البدل يملك بملك الاصل فان احتطب أحـدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذى احتطب لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسـد فيلزمه أجر مثله ولايجاوز به نصف الثمن فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا مابلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمي فيعتبر رضاه فى اسقاط حقـه فى المطالبة بالزيادة على ذلك • ألا ترى أنه لو استأجر

حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية اذ المنافع لا تتقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد على المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أم لا والرضا بالمجهول لا يصح فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا أصاب شيئاً أولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وعلى هذه الشركة فى سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبرادى من الجوز والفستق وغيرهما فاذا عملا ذلك وخلطاه ثم باعا قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما يقسم على ماليه المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما فى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وقد كان المكتسب فى أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان فى يده والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئاً كان فى يد صاحبه ولا يستحق المرء ما فى يد غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل فى هذه الاشياء لا يجوز فانها على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن ما يلبنان من طين لا يملكه أحد أو يطبخانه آجرا أو يشركان على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه. قال (وان كان من طين النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطحناه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه فى هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد منهما وكذلك سهلة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء لا يشتريانه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا فى الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما فى السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحدهما فأرسلاه جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخناه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له فى ذلك . قال(واذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخناه جميعاً فقد تقررت المساواة بينهما فى السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على ان يؤاجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤاجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك على أن يكون جميع الأجر لي كان باطلا فكذلك اذا قال على أن يكون نصف الأجر لى وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببدل العين وكذلك اذا قال بع دابتك على أن يكون نصف ثمنها لى كان باطلا فكذلك فى الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤاجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً لعين لانه يتعين في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل وأجر البعير لان الاجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل فى المنفعة كالقيمة فى العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما على قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالاجر بينهما نصفان لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استويا فى ذلك وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذى أجر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالي عليه أجر مثله بالغا ما بلغ وهذه والمسألة الأولى سواء . قال (وليست الشركة فى اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة فى عمل أيديهما بأداتهما) حتى اذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضمونا على كل واحد منهما والتوكيل فى ذلك صحيح فكذلك الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما. قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللآخر إكاف وجواليق على أن يؤاجر الدابة علي أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل فى مثله لا يصح فان أجر الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل علي الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجواليق يتأتى الحمل بدونهما فلا يقابلهما شئ من البدل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الى رجل يؤجرها علي ان ما أجرها به من شئ فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتبارا للعقد الوارد علي المنفعة به بالعقد الوارد على الدين ولو دفع الدابة اليه ليبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله فى اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللذى أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة فى ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المعقود عليه لابد ما حمل عليه من المعقود عليه ولصاحب الدبة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

فى هذه كالدابة اعتبارا لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم ٠

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء : إعلم بان الاصطياد مباح فى الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس ٠ والحيوانات نوعان ٠ نوع منها مالادم له فلا يحل تناول شئ منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعا وذلك لايتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال ٠ وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذى يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهى الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى ٠ والمستوحش نوعان منها صيد البحر لايحل تناول شئ منها سوي السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخلب لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ولمعنى الخبث فيهما فان من طبعهما الاختطاف والانتهاب فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعا وانما أبيح لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسـل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل التناول منها فيما يحـل منها بالذكاة قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية محظور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسـلم يتناول من اللحم قبـل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ماهو محظور عقلا كالظلم والـكذب والسفه فانه لايجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم فى الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمى فيكون ذلك سبباً مباحا اليه وأشار الله تعالى فى قوله هو الذى خلق لـكم مافي الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود فلا يكون محظوراً عقلا كالفصـد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة فى وقتها . والذكاة لغة التوقد والتلهب الذى يحدث فى الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدة الحرارة وسمى الرجل الذى فى خاطره حدة ذكياً فبهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطييب اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكى أطيب لحما من الميتة وأبعد من النسيس والفساد . وقيل الذكاة عبارة عن تسييل الدم الفاسد النجس فان المحرم فى الحيوان الدم المسفوح قال الله تعالى في جملة المحرمات أو دماً مسـفوحاً فـكانت الذكاة ازالة للخبث وتطييباً بتميز الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح فى المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة مابين اللبة واللحيين وبالجرح فى أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض ذلك بالجرح والتـكليف بحسب الوسع ففى كل موضع يكون الذبح فى المذبح مقـدوراً له لايثبت الحل الا به وفى كل موضع تعـذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط (أحدها) أن يكون مايصطاد به معلما (والثانى) أن يكونا جارحاً قال الله تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) وفى معنى الجوارح قولان (أحـدهما) أن يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه (والثانى) الـكواسب قال الله تعالى ويعـلم ماجرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حمـله عليها فنقول الشرط أن يكون من الـكواسب التى تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك فى السـنة وهو قوله صلي الله عليـه وسلم لعدى بن حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليـه فـكل وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل. فلما حرم التناول عند عدم الارسال فى أحد الـكلبين دل أن الارسال فى ذلك

شرط ولان التذكية انما تكون موجباً للحل اذا حصل من الآدمى فلا بد من جعل آلة الصيد نائبا عن الآدمى ليحصل الحل بفعله وذلك لايكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما لتحقق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعاً ومستوحشاً (والسابع) أن لايتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدرى لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله كل ما أصمت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ماغاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدرى لعله لو تبعه وقع فى يده حياء وقدر على ذبحه فى المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متي اجتمع فى الصيد لعل وعسى أن لايحل تناوله . واليه أشار النبي صلي الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لاتدرى أن الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب ببيانه مروى عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا أن يكون رأسه محدداً وقيل سهم لاريش له فربما يصيب السهم عرضاً ينـدق ولا يخرج وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والحرق هو الخرق الا أن لفظة الحرق تستعمل فيما لاحياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل فى الحيوان وقد بينا أن الحل باعتبار تسييل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق فان ذلك فى معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضربها انسان فوقذها فألقاها على كناسة وهى حية فسألنا سعيد بن جبير فقال ذكوها وكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جاز تناولها لقوله تعالى الا ماذكيتم ولحصول ماهو المقصود وهو تسييل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الا كل وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله قالوا الكلب اذا أكل من الصيد الذى أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم وهو أحد قولى الشافعى رضى الله تعالى عنه لحديث أبى ثعلبة الخشنى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فى صيد الكلب كل وان أكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيداً وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم مابقى منه على صاحبه كما لو فتش فى مخلاة صاحبه وتناول شيئاً من القديد من لحم الصيد . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لعدى ابن حاتم رضى الله عنه فان أكل منه فلا تا كل فانما امسك على نفسه وتأويل حديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ فى دم الصيد وعندنا ذلك القدر لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كما لو انعدم الارسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما فى البازى يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازى أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الا كل وبه نأخذ وفي أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى البازى والكلب اذا أكل من الصيد لا يحل لما بينا أنه يمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا علي وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتمل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الا كل وجثة البازي لا تحتمل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثانى) ان الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتى بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الا كل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب أن يكون معلماً والبازى متنفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الأكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأتى فى الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما فى الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كلحمه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكنا نقول هذا دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب مايعلم أن صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك فكان دليل عامه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالوأكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب المجوسى أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل فان كان للمجوسى كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) فى الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكلبين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه. قال من رمى صيداً فتردى من جبل فلا يأكله فانى أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا فوقع فى ماء فلا تأكله فانى أخاف ان يكون الغرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة . فان الله تعالى ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى الموجب للحل ومعنى الموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وهذا بخلاف مالو رمى طيرا فى الهواء فوقع على الارض ومات فانه يؤكل وان كان من الجائز أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع في الماء والتردى من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوى في ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش فى الماء غير مجروح فأما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع أو وقعت فى ماء لان قطع الحلقوم والاوداج زكاة مستقرة فانه يحادى بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمى ليس بزكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد في

يد الرامى حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردي من الجبل والوقوع فى الماء محرما له * وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قومى يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذي ناب من السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأكول اللحم وهو مذهبا. وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضى الله تعالي عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه قال نعم فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا فى ذلك الحديث الذى روينا وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولانه ذو ناب يقاتل بنابه فلا يؤكل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخبث باعتبار ما فيه من القصد الى الاذى والبلادة فيدخل فى جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث . وحديث جابر رضي الله تعالى عنه ان صح فتأويله انه كان فى زمن الابتداء ثم انتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف فى أن الضبع صيد يحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى حديث أبى الدرداء رضي الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذكر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الاكل هذا الخلق الردئ وفى المجثمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يجثم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يجثم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع ما يقصد بنابه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد فعرفنا ان المحرم ما بينا. وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أكل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالغراق والغراب الابقع مستخبث طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم فى الحل والحرم وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذى يلتقط الحب فهو طيب مباح لانه غير مستخبث طبعا وقد يألف الآدمى كالحمام فهو والعقعق سواء ولا بأس بأكل العقعق فان كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى قد تخلط أيضاً وهذا لان ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط وعن ابن المسيب رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفى هذا زيادة ايلام غير محتاج اليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الاشعث الصبغانى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة واذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان فى شئ وكان منهيا عنه وروى كراهية ذلك عن عمر وابن عمر رضى الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضي الله تعالى عنه لا تجروا العجماء الى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا المر على الاوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يبد بسلخ حتى تبرد الشاة . وفى هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم فى شئ بخلاف ما قاله جهال المتقشفة وفيه دليل علي انه ينبغى للذابح أن يتحرز عن زيادة ايلام غير محتاج اليه (وعن) عكرمة رضي الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات . وبه نأخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . وضرب عمر رضى الله عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأى رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدها الى الموت قودا رفيقا وفى رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف مايراد بها كما جاء فى الخبر أبهمت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة ولكن الشاة لاتحرم بشيء من هذا لان ماهو المطلوب من الذكاة وهى تسييل الدم النجس منها قد وجد والنهى لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وافراء الاوداج والانهار التسييل ومنه سمى النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرىء والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانهما منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع الاوداج بالقوة لا بحدة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة والعظم المنفصل اذا كان محدوداً اختلاف نبينه (وعن) عامر قال لابأس بذبيحة الاخرس اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه الشفتين بمنزلة البسملة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا فى الصلاة كما يكون الناطق شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك باعتقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسى واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض فبعذر الخرس أولى (وعن) على رضى الله عنه فى الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال لابأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضى الله عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك فى إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لانه زيادة ايلام غير محتاج اليه وان بدأ من قبل القفا فان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت الشاة حلت فان ماتت قبل أن تقطع الحلقوم والاوداج لم تؤكل لان فعل الذكاة بقطع الحلقوم والاوداج عند القدرة وان ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما اذا مات قبل قطع الحلقوم والاوداج (وعن) سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال الذكاة مابين اللبة واللحيين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء فى ذلك لان الكل فى المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وان أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره واذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغى أن يقدم ذلك علي فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحز لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث ان النبي صلي الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته قال هذا عمن شهد لى بالبلاغ الي يوم القيامة انما قال بعد الذبح لا معه (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيراً من ابل الصدقة قد ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه . وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح فى أى موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش أى أن لها تنفرا واستيحاشا كما يكون الوحش الا ان الاغلب من حالها الالاف والوحشى أغلب حاله التوحش فاذا صار ألوفا التحق بما هو ألوف غالبا واذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لاطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتابة بن رافع بن خديج رضى الله عنه ان بعيراً تردى في نهر بالمدينة فوجىء من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضي الله عنهما عسيرا بدرهمين وفى هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وانه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه فى مهوى فان ابن عمر رضى الله عنهما مع زهده وتفرده رغب فى الشراء منه والعسير تصغير العسير وقد روى عشيراء وهو واد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بعير فى بئر ولم يقدروا أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. ففى هذا بيان أن السنة فى البعير النحر وفي البقر والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذى جاء فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف معلوم فى لسان العرب قال القائل * علفتها تبنا وماء باردا * أى وسقيتها ماء باردا لان الماء لا يعلف وعن على رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة ليست بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة بكون الآخذ مجوسيا أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكى وحيث لم يشترط فى السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره قال كله كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة والثانى بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتا فلا بأس بأكله لان موته لا بد أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برىّ المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحصر عنه الماء يصير جرادا فاذا مات فى البر فقد مات في غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات فى غير موضع معاشه وذلك سبب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ماروى أن مريم رضى الله عنها سألت لحما هشا فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعا بأكل الجراد حتى قال يوما فى مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا خريتة بقفيز من حنطة فوضعناها فى زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا على رضى الله عنه فقال لى بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال ففى هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه سئل عن الحريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأسا فأما أهل

الكتاب فيكرهونه. وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون الجريت ويدعون قول على رضى الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الجريت من جملة الممسوخات وهذا باطل فان الممسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الجريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذى لا يعنى المرء مما ورد النهى عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه أتاه عبد اسود فقال انى في غنم لاهلي وانى سليل الطريق أفأسقى من لبنها بغير اذنهم فقال لا فقال انى أرمى الصيد فاصمى وأنمى قال كل ما أصميت ودع ما أنميت . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع بالامتناع عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعي أن يسقى من لبن الغنم بغير اذن أهلها فان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعى أمر بالرعى والحفظ والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة غنمها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذى جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعى الغنم فاستسقاه اللبن تأويله ان ذلك الراعى كان يرعى غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه (وعن) موسى بن طلحة رضى الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرنبا مشويا قال لاصحابه كلوا قال الاعرابى انى رأيت دما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بشئ وقال للاعرابى اذن فكل فقال انى صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب مأكول وقد قبل رسول الله صلي الله عليه وسلم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك (وقول) الاعرابى انى رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبة تحيض كالنساء فبين

رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشيء . وفيه دليل على أنه لا بأس للمهدى ان يأكل من هديته فان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاكل وانما بعث ليتمم مكارم الاخلاق فما كان يدعو أحدا الى ما يخالف ذلك وفيه دليل على أنه اذا دعى الى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول انى صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحثهم على ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل على أن الافضل ان يكون صومه في الايام البيض لقوله صلى الله عليه وسلم هلا جعلتها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في لياليها من أول الليل الى آخر الليل فكأن الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روى ان آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط الى الارض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الاول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت ان تطعمه اياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أتطعمين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لايحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومى فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله تعالى عنه كان ينظر اليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضى الله تعالى عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لانه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن كراهية الاكل للحرمة لامرها بالتصدق به كما أمرها به فى شاة الانصارى بقوله أطعموها الاسارى والحديث الذى فيه دليل الاباحة محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لانه من الممسوخات على ما روى أن فريقين من عصاة بنى اسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنازير (وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور .ثم قد بينا أن الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بممسوخ وان نسخ قوم من جنسه ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث لكونه مستخبثا طبعا كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم حنين حمرا أهلية فذبحناها وأن القدر لتغلى بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفئوها بما فيها ونهى عن أكلها فقلنا بيننا انما حرمها لانها نهبة لم تخمس فلقيت سعيد بن جبير رضى الله تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمها البتة .وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلى وكان بشر المريسى يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى ان عائشة رضى الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية (وعن) طاوس قال قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون ان لحم الحمار الاهلى حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول ذلك عندنا بالبصرة فأبى ذلك الخبر يعنى ابن عباس رضى الله عنهما وفي حديث الجر بن غالب رضى الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لى من مالى الا حميرات فقال صلي الله عليه وسلم كل من سمين مالك فانى انما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار الاهلى بالوحشى فانه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه مأكول فالاهلى من جنسه مأكول كالابل والبقر وما لا يكون أهليه مأكولا فوحشيه لا يكون مأكولا كالكلب والسنور وحجتنا فى ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرمها يوم خيبر لقلة الظهر لانه أمر باكفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانها نهبة لم تخمس فانه كان مأكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لانها حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الجيف كالجلالة فانه خص الحمر الاهلية بذلك وفى هذا المعنى الحمار وغيره سواء فعرفنا انه حرمها البتة (وقد) روى انه أمر أبا طلحة رضى الله عنه فنادى ألا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الاهلية فانها رجس وروى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا رضى الله عنه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن خيبر فترجح الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الحبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل

ان لنا أحمرة عجافا * يأكلن كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الاكاف وما نقلوه عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالاية لتركبوها وزينة على ماتبين وعائشة رضى الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشيا عقيراً أو رجل حمار وحشى فأمر أبا بكر رضى الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر بالاكفاء للقدر فى لحم الحمار فقد ورد مثله فى الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلي الله عليه وسلم فى سفر فأصابتنا مجاعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلي بها فأمرنا رسول الله صلي الله عليه وسلم باكفاء القدور ومعلوم أن تضييع المال لا يحل فعرفنا أن الامر باكفاء القدور فى الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحريث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فكتب الينا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي. وبهذين الحديثين يستدل من يرخص فى لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالي وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ فى كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله فى لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وما قال فى الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالي قال لابى حنيفة رحمه الله اذا قلت فى شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل فى الاسواق من غير نكير منكر ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه مأكول كالانعام وان

روى فيه نهي فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه في الحرب فلهذا نهاهم عن أكله لا لحرمته وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب والزينة في الخيل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الأكل لانه أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه في الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولانه ضم الخيل الى البغال والحمير في الذكر دون الانعام والقرآن في الذكر دليل القرآن في الحكم وبنحوه استدل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما حين كره لحم الخيل كما روى عنه في الكتاب وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدام بن معد يكرب رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل الموجب للحرمة يترجح فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي ولان نتاجه غير مأكول وهو البغل لان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه حكمها في الحل والحرمة فاذا لم يكن مأكولا عرفنا أن الخيل ليس بمأكول * ثم الخيل تشبه البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلي بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وانما جعل بوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة ومن قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالآدمي من وجه ومن حيث انه يحصل ارهاب العدو به ويستحق السهم من الغنيمة والآدمي غير مأكول لكرامته لا لنجاسته والخيل كذلك كره أكلها علي طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل بوله كبول مايؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بثمن كلب الصيد وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه نأخذ فنقول بيع الكلب المعلم يجوز وعلى قول الشافعي رحمه الله لايجوز بيع الكلب أصلا معلما كان أو غير معلم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي وأمر رسول الله صلي الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا متقوما لما أمر بذلك ولان

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير والدليل عليه انه لو كان محل البيع لم يفترق بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبازى . وحجتنا فى ذلك مارواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهى والتحريم فبه يتبين تيسيرا انتساخ ماروى من النهى وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك فى ثمن منتفعاً به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرث والماشية وقد جاء فى حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلاب الا كلب الصيد والحرث والماشية وروى أنه قضى فى كلب الصيد بأربعين درهما وفي كلب الحرث بفرق من طعام وفى كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان رضى الله تعالى عنه أنه قضي علي رجل أتلف كلبا لامرأة بعشرين بعيراً والحديث له قصة معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا به أنه يحل الانتفاع به فى حالة الاختيار ويجوز تمليكه بغير عوض فى حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تمليكه بالعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لايحل فى حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تمليكه قصداً بالهبة والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لوباع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذى لايجوز بيعه العقور منه الذى لايقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب وهكذا يقول فى الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به فحينئذ لا يجوز بيعه والفهد والبازى يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن) جابر بن عبدالله رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث فى السنور حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصغى لها الاناء فتشرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغى الاناء للهر ليشرب منه ثم يتوضأ . وفي هذا دليل على انها ليست بنجسة وقد نص علي ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول علي أنه كان في الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتابي ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وانما يشترط أن يكون المرسل مسلما أو كتابياً لان الاصطياد في كونه سبباً للحل كالذبح والاهلية للذابح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقدذ كرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصاً لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وانما يتحقق ذلك عمن يعتقد توحيده جات قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى علي الخلوص فلهذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيده . قال (واذ ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعي رحمه الله والمسلم والكتابي في ذلك سواء) وان ترك ناسيا لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالي وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما وكان علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهما يفصلان بين العامد والناسى كما هو مذهبنا وقد كانوا مجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وانما يختلفون اذا تركها ناسيا وكفى باجماعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء ابن عازب وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالي في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضى الله عنهما عن متروك التسمية ناسيا قال يحل تسمية ملته وفي اقامة الملة مقام التسمية لافرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلي الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتوننا بلحوم فلا ندرى أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفي المأمورات لافرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والاوداج وكالتكبير والقراءة في الصلاة انما يقع الفرق في المزجورات كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقاداً فأما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمراً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندبا لا حتما كالطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه ندب وليس بحتم فهذا هو طريق اليه أولي والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حلت ذبائحهم لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهى يقتضي التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضى حرمة كل جزء منه والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية عن المذبوح فالمذبوح الذى يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقا أهل لغير الله به وفى الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالي لان التحريم بوصف دليل علي أن ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية علي الميتة وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالي حتى انه وان ذكر اسم الله تعالى لم يحل وقال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالي فاذا وجبت جنوبها أى سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى تفسير الآية ذكر اسم الله تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر الوجوب وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف علي الشرط شرط وأكد ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم علي كلب غيرك • فعلل للحرمة بانه لم يسم علي كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم علي كلب نفسه وشئ من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابى تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق يعقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فبه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا ببناء الحكم فى حق أهل الكتاب علي ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله تعالى علي سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون فى المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

فعرفنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم انا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لانهم كانوا يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينافالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف الطبخ والأكل فانهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا ألا ترى ان فى حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كماقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولان العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن يجعل مسمياً حكما بخلاف الناسى فانه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير المعذور أصل في الشرع فى الذبح وغير الذبح ألا ترى أن فى اعتبار الذبح فى المذبح يفصل بين المعذور وغيره وفى الأكل فى الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالمأمور والمزجور فالاكل فى الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع فى الاحرام كذلك ولكن متى اقترن بحالة مايذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح الانسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على انه اذبح على اسم الله تعالى اذا كان ناسياً غير معرض بدليل انه ذكر في بعض الروايات وان تعمد لم يحل وحديث عائشة رضى الله تعالى عنها دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وانما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً لمن اشترى لحما فى سوق المسلمين يباح له التناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي * ثم التسمية فى الذبح تشترط عند القطع وفى الاصطياد عند الارسال والرمى لان التكليف بحسب الوسع وفى وسعها التسمية عند الرمى وليس فى وسعه التسمية عند الاصابة فتقام التسمية عند الارسال والرمى مقامه كما يقام الجرح فى المتوحش مقام الذبح فى المذبح فى الاهلى ولان التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطياد فعله الارسال والرمى وعلى هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل ولو رمى سهما الى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكينا وسمى ثم تركها وأخذ سكينا أخرى أو أرسل كلبه الى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب فى فوره ذلك الصيد وغيره حل الا كل وجهله ليس نظير النسيان . ألا تري أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه علي جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل لان التعيين فى الاصطياد ليس فى وسعه والتعيين فى الذبح في وسعه . قال (ولو أرسل كلبه ولم يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوقه والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلا معتبراً فان فعل العجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمى فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقترنت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل المسلم كلبه علي صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسي هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فأما اذا انبعث الكلب والبازى علي أثر الصيد بغير ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم فيأخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجر بزجره في القياس لا يحل أيضاً لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن فى يده حين زجره وبدون الارسال لا يحل صيد الكلب ولكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصياد قد يبتلي بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر الى صاحبه ليزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من أخذه ثم ابعاثه لم يكن فعلا معتبراً فالحاجة الي ابتداء الفعل لا الى فسخ الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الى فسخ فعل معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً فى الطريق فألقى انسان حجراً على شفيره فيعثر انسان فى الحجر حتى هوى فى البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو نحى حجرا من

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان علي الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقي حكم فعله بخلاف الاول . قال(واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطاع الامتناع منه والتوارى عن بصره لا يستطاع الامتناع عنه خصوصاً فى القناص والمستأجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدرى الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهوما كان منه من ارسال الكلب والبازى والرمى والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلا له ولكن نستدل بما روى أن رجلا أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فقال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لى فيه وقال ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والانماء التوارى عن بصرك الا أن قدر مالا يستطاع الامتناع عنه جعل عفوا فأما ترك الطلب مما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فلعله لو لم يترك الطلب وجده حياً فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركا ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب كما لو وقعت الرمية فى الماء . قال(واذا أرسل كلبه أو بازيه علي صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيود فهو كله حلال ما دام على وجه الارسال)لان الارسال قد صح من المسلم موجباً للعمل فما نأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له على صاحبه يحل وتعيين الصيد فى الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فانه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لايحل ولكنا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذه وهو الارسال فأما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازى والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلا فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل ﴿فان قيل﴾ كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه ﴿قلنا﴾ انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه ليأتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل العجماء معتبر في نسخ حكم فعل الآدمى به كمن أرسل دابة في الطريق فتركت سنن الارسال وذهب يمنة أو يسرة فأتلفت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حى فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو وهنا لم يقدر على الاصل فبقى ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكنا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع في يده حياً وهذا قد وقع في يده حياً فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت لجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذى جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقى فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاوداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع فى يده حياً وموته مما أصابه وحياته موهوم فانما ينبنى الحكم على ماهو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً فى يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال(والكلب الكردى والاسود فى الاصطياد به اذا كان معلما كغيره لقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله)وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطياد بالكلاب الفقهية المسترخية الآذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئا من السباع حتى جعل يصيد به مثل عناق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب. قال(وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال(قال)وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه (ومنه)أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الىّ فلا اذل له فلهذا ينبغى للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره(ومنه)أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره(ومنه)أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثب ثلاثا أوخمسا فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسى فيما أعمله لغيرى وهكذا ينبغى لكل عاقل .قال(واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله)لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه واذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة وكذلك ازرد الصيد عليه حتى أخذه أورده عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفعلين والبازى في ذلك كالكلب لان فعل ماليس بمعلم يحرم

الصيد والبازى والكلب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس بأكله لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد مأخوذاً بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالا فاما فعل الكلب الذى لم يرسله صاحبه وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذى أرسله المسلم فتتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد الموجب للحل والموجب للحرمة. قال (واذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم) لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفى البازى الاجابة اذا دعاه فكما ان البازى اذا فر منه وامتنع من اجابته لا يكون معلما فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلما ويحرم ما عنده من صيوده قبل ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحرم فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله* من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلا على كونه غير معلم فى ذلك الوقت وفى المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما لم يأكل منها للشبع لا للامساك على صاحبه. والاظهر أن الخلاف فى الفصلين جميعاً فهما يقولان قد حكمنا بالحل فى الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لفرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوما به لايجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلا حتى قلنا لا يؤكل هذا الصيد الذى أكل منه ولا ما يأخذه بعده مالم يصر معلما الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا فى بعض ما مضى بالاجتهاد والحل فى الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذى أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زمانا كالخياطة والرمى ونحوهما فى الآدمى ولما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعا وهذا لان الاكل وان كان محتملا ولكن تعين فيه أحد الوجهين بدليل شرعي وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى الاحتياط وعليه ينبني الحل والحرمة. قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلما) بأن يصيد به ثلاثا فلا يأكل منها فيحل حينئذ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم يؤقت فيه وقتا ولكن يقول اذا صار عالما فكل من صيده وكذلك الخلاف في تعليمه في ابتداء أمره وعلى قولهما انما يحصل بأن يجيبه اذا دعي ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتا ولكنه قال هو مأكول الى اجتهاد صاحبه فان كان أكبر رأيه انه صار معلما فهو معلم وربما قال يرجع الى أهل العلم به من الصيادين فاذا قالوا صار معلما فهو معلم وحجتنا في ذلك أن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا يأكل منه الا أن ترك الاكل قد يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فاذا ترك ذلك مرارا على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لامساكه على صاحبه وقدرنا ذلك بالثلاث لانه حسن الاختيار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال عليه الصلاة والسلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله تعالى عنه اذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليرجع الى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته الاجتهاد والرجوع الى من له علم في ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهذا لان احتمال الشبع كما يكون في المرة يكون في المرات (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله مثل قولهما في التقدير بالثلاث الا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لانه انما حكم بكونه معلما حين ترك الاكل من الثالث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا بأن يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه حل التناول منه كالرابع. قال (واذا أخذ الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبها اليه فأكلها لم يفسدهما عليه) لانه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل الى يد صاحبه وبعد ذلك انتهاشه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكأن الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التى تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للامساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقى لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الى صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول مايعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لايحرم الصيد فكذلك هذا. قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم) ولانهم يدعون لاثنين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل فى الذكاة الا فيما يحتاج فيه الى الذكاة من سمك أو جراد وبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيما اعتقده وان ارتد الى دين أهل الكتاب فلأنه غير مقر على ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبنى على الملة. قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر فى الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكه مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاعل فى الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط. قال (واذا أرسل المجوسي كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر فى هذا الجنس الى وقت الارسال والرمى فان كان فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما فى ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك بردته كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل الاصابة فان كان مجوسيا أومرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك اعتباراً بفعل الرمى والارسال هنا بالذبح فى الشاة . قال (ولا بأس بصيد اليهودي والنصرانى وذبيحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى ولانهم يدعون التوحيد فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به فحال الكتابى في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب الشافعى رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما لا يؤكل بردته وهذا لا يوجد فى حق الكتابى وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم ذبيحتهم ولكنا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابى وان كانت الحرمة فى حق المسلم باعتبار هذا الوصف فكذلك فى حق الكتابى (وقد) روى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه قال واذا سمعتموهم يذكرون اسم المسيح على ذبائحهم فلا تأكلوا . قال (فان تهود المجوسى أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى اثنين واذا كان مقراً على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً فى الاصل . قال (وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل ذبيحته وصيده عندنا)وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لابويه واعتبار جانب أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسى فى الاصطياد والذبح وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفورا فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولان أحد الابوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تابعاً له كما اذا كان أحد الابوين مسلما والآخر مجوسياً وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابى أنفع للولد وانما يترجح الموجب للحظر عند المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعاً للكتابى منهما . قال (فأما ذبيحة الصابى وصيده يحل عند أبى حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل وذكر الكرخى رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤن الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلا وانما يعبدون الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخى رحمه الله تعالي عندى نظر فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا بأس بأكل السمك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم قيل الطعام من السمك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفى حديث أبان بن أبى عياش رضى الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافى من السمك فلم ير به بأساً واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر عنه الماء فكل وما طفى فلا تأكل ولا يقال هذا نهى اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافئ وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلي الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافئ مروى عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتى قال على رضى الله تعالي عنه للسماكين لا تبيعوا الطافئ فى أسواقنا وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أكل الطافئ حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه بحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات فى غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات فى غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الجريث والمارهيج وغيره فى ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفى الكتاب ذكر عن ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعى رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفى حديث أبى سعيد الخدرى رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فى سفر فأصابتنا مجاعة فألقى البحر لنا دابة يقال لها عنترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقى عندكم شئ فتطعمونى وحجتنا فى ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستخبث غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح القدد منه والصحيح من حديث أبى سعيد رضى الله

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسمك وتأويل الرواية الأخرى أنه جوز لهم التناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا فى اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافي فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك ان وجد فى بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمها فى حظيرة لاتستطيع الخروج منها وهو يقدر علي أخذها بغير صيد فلا خير فى أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك فى الشبكة وهى لا تقدر علي التخلص منها أو أكل شيئاً القاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فماتت فهذا كله سبب لموتها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت فأما اذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفى الرواية الاخرى لاتؤكل لأن الماء لايقتل السمك حاراً أو بارداً (وروى) هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لايؤكل وان انحسر الماء عن رأسه وبقى ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (واذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لأن هذا مما لايستطاع الامتناع منه ولأن من عادة البازى هذا أن يقع على شيء وينظر الى صيد ليأتيه من الجانب الذى يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال. قال (واذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحل أكله) لان هذا قدصار أهليا فقدعجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح لا بالرمى بل الرمى في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة ولأن اثخانه اياه كأخذه ولهذا لو أثخنه أحدهما وأخذه الآخر فهو للاول ولو أخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك اذا أثخنه وان رمى بالسهم الثانى غيره فقتله لم يحل أيضاً لما بينا ويغرم قيمته مجروحا للاول فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة فى هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثانى بفعله أتلف صيداً مملوكا للاول فيضمن قيمتـه بالصفة التى أتلفه وانما أتلفه مجروحا بالجرح الأول وان علم أنه مات من الجراحتين جميعاً فانه يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرح الأول ونصف قيمته لحماً ذكياً لان النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لان الثانى أفسد عليه اللحم فى ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وان أصابته رمية الثانى قبل أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثانى لم تخرجه من ان يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئاً * واذا كان الصيد يتحامل ويطير مع اصابه من رمية الاول فرماه الاخر فقتله فهو للثانى حلال لانه هو الذى أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والاول كالمقر له والثانى كالآخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعاً معاً أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح وأصابه الرميتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة فى الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأثخنه ثم أصاب السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لان الرمية من الثانى أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك بالشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى الصيد وفى الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك المعتبر وقت الاصابة لان الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمى وعلى هذ لو رمى الى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه فى ملكه لانه ما أفرخ ليتركه بل ليطيره . بخلاف النحل العسالة اذا

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الارض لانها القت ذلك للترك والقرار فى ذلك الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع فى أرض رجل من السيل يكون له . قال (مالم يحرزه صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب ليحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فاذا فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ انما أخذ صيداً مملوكا فعليه رده على مالكه كمن نصب شبكة فوقع فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد فى أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوقع فى أرض رجل لا يدرى من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذى أخذه) لان الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز قال (وكل من اصطاد سمكا من نهر جار لرجل فهو للذى أخذه) لان صاحب النهر ما صار محرزاً له بل هو صيد فى نهره فالمحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقى السمك فهو لصاحب الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليبس لا يكون صيداً فاذا صار بفعله بحيث يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال (واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسى من جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسى بيد المسلم فذبح والسكين فى يد المسلم قال (واذا أصاب السهم الصيد فوقع على الارض ومات حل أكله استحساناً) وفى القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الارض . وجه الاستحسان أن هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى فى الهواء ولا يسقط وان وقع فى ماء أو على جبل ثم وقع منه على الارض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع فى الماء أثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وفى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدى بن حاتم رضى الله عنه وقد بينا ولان من الجائز أن الماء قتله وهذا يستطاع الامتناع منه وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الارض فهذا مترد ومن الجائز أن التردى قتله وقد قال الله تعالى فى جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على مكانه الذى يموت عليه يعنى وقع على شجرة ثم وقع منها على الارض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه فى الماء ثم وقع فى الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذ كاة ولم يكن سبباً لموته وان وقع على جبل ومات ولو علي السطح فمات حل لان الموضع الذى وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضيبة المنصوبة وحد الآجر واللبنة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر سوى فعل الذ كاة يستطاع الامتناع منه وفى الاصل قال ان وقع علي آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذ كر فى المنتقى لو وقع علي صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذ كر فى المنتقى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذ كاة. ومراده مما ذ كر فى الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو لانه لايستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيداً بسهم فأصاب فمر السهم فى سننه فأصاب ذلك الصيد أوغيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمى يذكى لما يصيبه في سننه سواء أصاب صيداً أو صيدين وان عرض للسهم ريح فرده الى ماوراءه فأصاب صيداً لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامى بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى اذا أصاب صيداً لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي فى سننه فمضيه مضاف الى قوة الرامى فأما اذا رده الريح يمنة أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يحب مضي السهم يمنة أو يسرة فيصير مضافا الى الريح لا الى الرامى وما دام يمضي في جهته فالريح يزيده في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامى وعن أبي يوسف قال وان رده يمنة او يسرة يحل أيضاً لانه ليس بضد للجهة التى قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يصطادفى يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجراً أو شيئاً آخر فرده فهو ورد الريح سواء فى جميع ما ذ كرنا لان مضيه الى ماوراءه بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرمى وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيداً لم يؤكل وتأويل هذا اذا كان الرامي بالسهم الثانى مجوسياً أولم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمى الي

ذلك السهم فأما اذا كان قصد الثانى الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يرد سهما آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامى وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثانى ماجرح الصيد والذى جرح الصيد مارماه الثانى ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة مالوأصاب السهم قصبة محدودة منصوبة فى حائط وأصابت تلك القصبة الصيد بحدها فجرحته وذلك غير مأكول فهذامثله. قال(ولايحل صيد البندق والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح)لانه لم يخرق الا ان يكون شيئاً من ذلك قدحدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فاذا كان كذلك وخرقه بحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسييل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذى يدق فى الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسييل الدم به فهو فى معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل فى تسييل الدم*وان حدد مروة فذبح بها صيداً حل لحصول تسييل الدم بحد الآلة وفى حديث محمد بن صفوان أوصفوان بن محمد رضى الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما. قال (وما توحش من الاهليات حل بنا يحل به الصيد من الرمى) لما بينا من الخبر أن لها أوابد كاوابد الوحش وقد روى عن محمد فى البعير والبقرة اذا نه فى المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه نصيباً له ويخاف فوته وان كان فى المصر وأما الشاة اذا مدت فى المصر فلا تحل بالرمى لانه يمكنه أخذهـا فى المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار واذا مدت خارج المصر تحـل بالرمى لانه يخاف فوتها خارج المصر فللعجز عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار. قال(واذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتـله حل أيضاً به اذا أدماه ووصلت الرمية الى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسييل الدم قدحصل وكذلك المتردى في بئر لايقدر على ذكاته فاينما وجيء منه فأدماه فهو ذكاة لان المعتبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى فى البئر فهو وماند سواء قال (وان رى صيداً بسيف فأبان منه عضواً ومات أكل الصيد كله الا مابان عنه)لقوله عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت ومرادرسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه فى الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق فى المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر فى الصيد بعد ما مات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقى الصيد حياً فلهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون حلالا كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان سواء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أتم ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ما قطعه نصفين طولا وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الاوداج من القلب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزأ من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الاوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه. قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن ادماه لم يؤكل) لان تسييل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الاوداج فانه يؤكل وفى الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان فى الذبح * واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة فى المذبح فلم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه يقول لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقد يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم يبن ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيود وقد تقدم بيان ذلك. وذكر فى جملة ما لا يؤكل اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبثها فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء ولا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا أن البيع لا يجوز الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعاً به وسائر حيوانات الماء سوى السمك غير مأكول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوماً فان كان شيئاً له ثمن كجلود الحمر ونحوها فبيعه جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز بيعه. قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذى مخلب من الطير فأما العقعق والسودانية واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام فى الغراب فيما سبق. قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره أكله من ذى الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه فى طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يؤكل لحمه يعمل فى طهارة الجلد وان كان لا يعمل فى طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ فقد طهر فكذلك بالذكاة وقد بينا هذا الفصل فى كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك حالها الى أن تحبس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة وفى رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التى تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيتمين لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذى الناس بنتنها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر فى النوادر لو أن جديا غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكا ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا ينتن وقيل هى تنقش الجيف تبتغى الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضى الله عنه يكره أكل الدجاج

لانه يتناول الجيف . ولسنا نأخذ بهذا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأ كل من لحم الدجاج ولو كان فيه أدنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذى روى انه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطاً فى الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التى لا تأ كل الا الجيف وفى الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والاصلح انها تحبس الى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه الى اعتبار زوال المضر فاذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الذبائح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام السرخسي رحمه الله تعالى (لايحل ماذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قتل وتخنيق وليس بذبح) فني الذبح الانقطاع بحدة الآلة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدة الآلة ولان آلة الذبح غير الذابح وسنه وظفره منه ولا بأس با كله اذا كان منزوعاً عندنا ولا يحل عند الشافعي رحمه الله لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانها مدى الحبشة ولكنا نقول المراد غير المنزوع فان الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم قبل النزع وذكر في بعض الروايات ماخلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق في غير المنزوع عادة ثم المنزوع آلة محددة يحصل بها تسييل الدم النجس فكانت كالسكين الا أنه يكره الذبح بها لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يعد هذا الفصل من الاحسان في الذبح قال عليه الصلاة والسلام اذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث.

قال (وما أنهر الدم وأفرى الاوداج فلا بأس بأن يذبح به حديداً كان أو قصباً أو حجراً محدداً أو غير ذلك) لما روى أن عدى بن حاتم رضي الله عنه قال أرأيت يارسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد أحدنا صيداً وليس معه سكين فذبحه بشق العصا أو بالمروة أيحل ذلك فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت وكل . ولان المقصود تمييز الطاهر من النجس وذلك حاصل بكل آلة محددة ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمرئ والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في الحل لحصول المقصود في الاكثر من ذلك*

واختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه اذا قطع ثلاثاً منها أي ثلاث كان فقد قطع الاكثر . وعن محمد رحمه الله قال ان قطع الاكثر من كل

واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع فأما بدون ذلك بتوهم البقاء فلا تتم الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله قال وان قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين حل وشرط ثلاثة فيها الحلقوم والمرىء وأحد الودجين لان الحلقوم مجرى العلف والمرىء مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسييل الدم فأما قطع مجرى النفس لا بد منه ولا يقوم غيره مقامه فى ذلك والشافعى رحمه الله يقول واذا قطع الحلقوم والمرىء حل وان لم يقطع الودجين لانه لا بقاء بعد قطع الحلقوم والمرىء ولكن هذا فاسد لان المقصود تسييل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل . قال (واذا ذبحت شاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل ان تموت حلت) لتمام فعل الذكاة وان ماتت قبل قطع الاكثر لم تحل لانها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح ولانه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه قال (وكذلك ان ضربها بسيف فأبان رأسها حلت ويكره وكذلك ان ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك) لان السنة فى الذبح استقبال القبلة هكذا روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل بأضحيته القبلة لما أراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضى الله تعالى عنه وهذا لان أهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الاصنام فأمرنا باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لان فى التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فأما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب اليه في غير الصلاة فلهذا كان تركه موجباً للكراهة غير مفسد للذبيحة . قال (وان نحر البقرة حلت ويكره ذلك) لما بينا أن السنة فى البقرة الذبح قال الله تعالى ان يأمركم أن تذبحوا بقرة (بخلاف الابل فالسنة فيها النحر) وهذا لان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل أسهل فأما فى البقر أسفل الحلق واعلاه فاللحم عليه سواء كما فى الغنم فالذبح فيه أيسر والمقصود تسييل الدم والعروق من أسفل الحلق الى أعلاه فالمقصود يحل بالقطع في أى موضع كان منه فلهذا حل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولكن ترك الاسهل مكروه فى كل جنس لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . قال (وان ذبح الشاة فاضطربت فوقعت في ماء أو تردت في موضع لم يضرها شيء) لان فعل الذكاة قد استقر فيها فانما ازهق حياتها به ولا معتبر

باضطرابها بعد استقرار الذكاة فهذا لحم وقع في ماء أو سقط من موضع. قال(وان أراد أن يذبح عدداً من الذبائح لم تجز التسمية للأولى عما بعدها) لما بينا أن الشرط أن يسمى على الذبح وذبحه للشاة الثانية غير ذبحه للشاة الاولى . قال (ولو أضجعها للذبح وسمى عليها ثم القى تلك السكين وأخذ أخرى فذبح بها تؤكل) لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف الرمى لانه لو أخذ سهما وسمى عليه ووضعه وأخذ سهما آخر جدد عليه التسمية لما بينا ان المعتبر هناك التسمية على فعل الرمى وذلك يحل والسهم الثانى غير الاول وهنا الشرط التسمية على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبوح لا باختلاف السكين فوزان هذا من ذلك أن لو ترك تلك الشاة وذبح أخرى بتلك التسمية . قال (ولو كلم انساناً أو شرب ماء أو حد سكيناً وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية) لوجود التسمية على الذبح فبالعمل اليسير لا يقع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما اذا طال الحديث أو طال العمل ثم ذبح فانه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح ألا ترى أن بالعمل الكثير ينقطع المجلس وباليسير لاينقطع وكذلك الكلام . قال(وان قال مكان التسمية الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به التسمية أجزأه)لان الشرط ذكر الله تعالى على التعظيم وقد حصل وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين التكبير فيقول المأمور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور به التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون تكبيراً فلا يصير شارعاً فى الصلاة اذا كان يحسن التكبير وان أراد بذلك التحميد دون التسمية لا يحل لان الشرط تسمية الله تعالى على الذبح وانما يتميز الذكر على الذبح وغيره يقصد منه التسمية فاذا لم يقصد التسمية لايحل حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس لم يحل بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فى الخطب اذا عطس على المنبر فقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر على احدى الروايتين لان المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المأمور به ذكر الله على الذبح وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه. قال (ويكره أن ينخع وقد نهى عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك) وبينا أن معناه أن يبلغ الحد النخاع وهو عرق أبيض فى وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا تؤكل لان النهى ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح وهو تسييل الدم بل لزيادة ايلام غير محتاج اليه . قال(ويكره أن يجر الشاة الي مذبحها)وقد

بينا النهى عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه وكذلك يكره أن يحد الشفرة بعدما أضجعها وقد روينا النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه الا أن النهى ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح فلا يوجب الحرمة . قال (ويكره أن يسمى مع اسم الله تعالى شيئاً فيقول اللهم تقبل من فلان) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا التسمية ولان الشرط بتسمية الله تعالى على الخلوص عند الذبح قبل فما يكون منه من الدعاء فينبغى أن يكون قبل الذبح أو بعده كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يذبح أضحيته قال اللهم هذا منك واليك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه . قال (ولا بأس بذبيحة المسلمة والكتابية) لان تسمية الله تعالى علي الخلوص يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال وكذلك الصبي الذى يعقل ويضبط فهو من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص ولهذا صح اسلامه وان كان لا يعقل فلا يتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل فهذا لا خير فى ذبيحته . قال (ولا بأس بذبيحة أهل الكتاب من أهل الحرب) هكذا روى عن علي رضى الله تعالي عنه وهذا لانهم يدعون التوحيد سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب وانما أباح الشارع ذبائحهم لانهم أهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والحربى والذمى فى ذلك سواء . قال (وذبيحة الاخرس حلال مسلما كان أو كتابيا) لان عذره أبين من عذر الناس فاذا كان فى حق الناس تقام ملته مقام تسميته ففى حق الاخرس أولى . قال (وما أدركت من المتردية والنطيحة وما أكل السبع ونظائر هذا فذكيته حل لقوله تعالى الا ما ذكيتم) ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اذا علم أنها كانت حية حين ذبحت حلت سواء كانت الحياة فيها متوهمة البقاء أو غير متوهمة البقاء لان المقصود تسييل الدم النجس بفعل ذكاة وقد حصل وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان يتوهم ان يعيش يوماً أو أكثر تحل بالذكاة وفى رواية اعتبر توهم البقاء أكثر من نصف يوم لان مادون ذلك اضطراب المذبوح فلا معتبر به وعن محمد رحمه الله تعالى قال اذا نقر الذئب بطن شاة وأخرج ما فيها ثم ذبحت لم تحل لانه ليس فيها حياة مستقرة فانه لا يتوهم ان تعيش بعدها فما بقى فيها الا اضطراب مذبوح وذلك غير معتبر . قال (ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من

بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين) في قول أبي حنيفة وزفر وهو قول ابراهيم وحكم ابن عيينة رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يؤكل الا أنه روى عن محمد رحمه الله انه قال انما يؤكل الجنين اذا أشعر وتمت خلقته فأما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل واحتجوا بقول الله تعالي ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله تعالى على عباده بأكل ذلك لهم وفي المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ذكاة الجنين ذكاة أمه معناه ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم * وروى ذكاة أمه بالنصب ومعناه بذكاة أمه الا أنه صار منصوبا بنزع حرف الخفض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا أى ببشر وعن أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه أن قوما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت أفنلقيه أم نأكله فقال صلوات الله وسلامه عليه كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه والمعنى فيه ان الذكاة تنبنى على التوسع حتي يكون في الاهل بالذبح في المذبح فاذا ند فبالجرح في أى موضع أصابه لان ذلك وسع مثله والذى في وسعه في الجنين ذبح الام لانه مادام مخبياً في البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصوداً وبعد الاخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاة الام ذكاة له لان تأثير الذبح في الام في زهوق الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح بحل رجل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك ثم اكتفى بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا أولي ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام حتى يتغذى بغذائها وينمو بنمائها ويقطع عنها بالمقراض كما في بيان الجزء من الجملة ويتبعها في الاحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناء في عتقها وبيعها كاستثناء يدها ورجلها وثبوت الحل في البيع لوجود فعل الذكاة في الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف للحيوان لا للمأكلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك. وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالي والمنخنقة فان أحسن أحواله أن يكون حياً عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة وقال عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك . فقد حرم الاكل عند وقوع الشك في سبب زهوق الحياة وذلك موجود في الجنين فانه لا يدرى أنه مات بذبح الام أو باحتباس نفسه وقد

يتأتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حياً ليذبح ٭ وعلل ابراهيم فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ومعنى هذا ان الجنين فى حكم الحياة نفس على حدة مودعة فى الام حتى ينفصل حياً فيبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم انفصال الجنين حياً ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف فى الحياة فاذا كان فى حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط فيه ذكاة على حدة ولا نقول يتغذى بغذاء الام بل يبقيه الله تعالى في بطن الام من غير غذاء أو يوصل الله اليه الغذاء كيف شاء ثم بعد الانفصال قد يتغذى أيضاً بغذاء الام بواسطة اللبن ولم يكن فى حكم الجزء ولما جعل فى سائر الاحكام تبعاً لم يتصور تقرر ذلك الحكم فى الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حياً بعد موت الام ولو انفصل حياً ثم مات لم يحل عندهم فعرفنا انه ليس يتبع في هذا الحكم وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكاة تسييل الدم لتميز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين أو المقصود تطييب اللحم بالنضج الذى يحصل بالتوقد والتلهيب ولا يحصل ذلك فى الجنين بذبح. وهذا الجواب عما قالوا ان الذكاة تنبنى علي التوسع. قلنا نعم ولكن لا يسقط بالعذر وكما لو قتل الكلب الصيد غما أو اختفاء وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح واباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حياً فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بمأكول لمقصود الجلد والمراد بالحديث التنبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا ترى أنه ذكر الجنين أولا ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولا دون المنوب عنه كما قيل فى الالفاظ التى استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال فلان شبه أبيه وحظ فلان حظ أبيه وقال القائل

وعيناك عيناها وجيدك جيدها ٭ سوى أن عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التأويل فى الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب اى كمر السحاب ويحتمل الباء أيضاً ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أى مشرف على الموت قال الله تعالي انك ميت وانهم

ميتون ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم كلوه أى اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولئن كان المراد به الجنس ففيه بيان أن الجنين مأكول وبه نقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان ينفصل حياً فيذبح فيحل به والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الاضحية ﴾

قال رحمه الله تعالى اعلم بأن القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك . قال (وهى واجبة على المياسير والمقيمين عندنا) وذكر فى الجامع عن أبى يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقال عليه الصلاة والسلام خصصت بثلاث وهى لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر . وقال صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام وعن أبى بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وقال أبو مسعود الانصارى رضى الله عنه انه ليغدو على الف شاة ويراح فلا أضحي مخافة أن يراها الناس واجبة ولانها لا تجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعتيرة وهذا لانه لا يفرق بين المسافر والمقيم فى العبادات المالية كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يستويان فى ملك المال وانما الفرق بينهما فى البدن لان المسافر يلحقه المشقة بالاداء بالبدن والدليل عليه ان يحل له التناول منه واطعام الغنى ولو كان واجباً لم يحل له التناول كما فى جزاء الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتداء بل بسبب من العبد كالعتق فى الكفارات ولهذا أوجبنا الاضحية بالنذر . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر أى وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ضحى قبل الصلاة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله تعالى والامر يفيد الوجوب وفى قوله عليه الصلاة والسلام ضحوا أمر وقوله فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته فالسنة الطريقة فى الدين وذلك لا ينفي الوجوب ولا حجه فى قوله عليه الصلاة والسلام ولم تكتب عليكم فانا نقول بأنها غير مكتوبة بل هى واجبة فالمكتوب ما يكون فرضاً يكفر جاحده فقد كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بكون الاضيحة مكتوبة عليه كما قال وتأويل حديث أبي بكر وعمر رضى الله عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين أو في حال السفر وهو تأويل حديث أبي مسعود رضى الله عنه ولا كلام في المسئلة على سبيل المقايسة والعبادات لا تثبت قياساً ولكن على سبيل الاستدلال تقول هذه قربة يضاف اليها وفيها فتكون واجبة كالجمعة وبيان الوصف انه يقال يوم الاضحى وتأثيره أن اضافة الوقت اليه لا تتحقق الاوان يكون موجوداً فيه ولا يكون موجوداً فيه لا محالة الاوان تكون واجبة لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب وان اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجوداً فيه استحقاقاً ولجواز الاداء فيه لا يصير الوقت مضافاً اليه كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الي القربة تدل على وجوبها فيه وانما لا تجب على المسافر لمعنى المشقة فان الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استصحاب ذلك فى السفر ويفوت بمضى الوقت فلدفع المشقة لا تلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وإباحة التناول باذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها الله تعالى وقد قال الله تعالي فكلوا منها ولما كان من جنس التقرب بالتمليك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو واجب ابتداء وليس ذلك الا فى الاضحية وفى الوجوب بالنذر دليل على ان من جنسه واجبا شرعاً فان ما ليس من جنسه واجبا شرعا لا يصح التزامه بالنذر كعيادة المريض * ثم يختص جواز الاداء بأيام النحر وهى ثلاثة أيام عندنا قال عليه الصلاة والسلام أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعد ذلك. وقال الشافعى رضي الله تعالى عنه تجوز فى اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وهذا ضعيف فان هذه القربة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق ألا ترى ان الافضل أداؤها في اليوم الاول وهو العاشر من ذى الحجة وهو يوم النحر لا أيام التشريق على ما قيل الايام المعدودات ثلاثة وهى أيام النحر والمعلومات ثلاثة وهى أيام التشريق وتمضي هذه السنة فى أربعة أيام فاليوم الاول من المعدودات خاصة واليوم الآخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر ذى الحجة والمعدودات أيام التشريق * ثم يختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم ولا يجزئه الا الثنىُّ من ذلك في الابل والبقر والمعز ويجزى الجذع من الضأن اذا كان

عظيما سمينا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ضحوا بالثنيات ولا تضحوا بالجذعان ولان الجذع ناقص وقد أمرنا فى الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم. فأما الجذع من الضأن يجزئ لحديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه ان رجلا ساق جذعاً الي منى فبادت عليه فروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتهبوها ثم الثنى من الغنم وهو الذى تم له سنتان عند أهل الادب وعند أهل الفقه الذى تمت له سنة والثنى من البقر الذى تم له حولان وطعن في الثالث عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ومن الابل الذى تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له خمس سنين ومن البقر ماتم له حولان وهكذا من الغنم عند أهل الادب وعند أهل الفقه اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك ولا خلاف ان الجذع من المعز لايجوز وانما ذلك من الضأن خاصة * ثم أول وقت الاضحية عند طلوع الفجر الثانى من يوم النحر الا أن فى حق أهل الامصار يشترط تقديم الصلاة على الاضحية فمن ضحى قبل الصلاة فى المصر لاتجزئه لعدم الشرط لا لعدم الوقت ولهذا جازت التضحية فى القرى بعد انشقاق الفجر * ودخول الوقت لايختلف فى حق أهل الامصار والقرى انما يختلفون فى وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد وانما عرفنا هذا فى حق أهل الامصار بحديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته من ضحي قبل الصلاة فليعد فقام خالى أبو بردة بن بشار رضى الله عنه قال انى عجلت نسيكتى لاطعم أهلى وجيرانى فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فأعد نسيكتك فقال عندى عتود خير من شاتين فقال صلوات الله وسلامه عليه تجزئك ولا تجزئ أحدا بعدك وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم أن نصلى ثم نذبح ومن يذبح من أهل الامصار أضحيته قبل أن يصلي الامام لم تجزه عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار مايصلى فيه صلاة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لأنهم لو صلوا جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلاة كما لو زالت الشمس ولكن نقول الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلاة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلاة العيد بزوال الشمس فى هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية بعد ذلك. قال (واذا ذبحها بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبانة أجزأه

استحسانا) ومعنى هذا ان للامام أن يخرج بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضى الله تعالى عنه حين قدم الكوفة . قال (واذا ذبح بعد مافرغ أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة فى القياس لاتجزئه) لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ولكنا استحسنا وقلنا قدأديت صلاةالعيد فى المصرحتى لوا كتفوا بذلك أجزأهم فتجوز التضحية بعد ذلك لان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلاة العيد فى هذا المصر ولم يذ كرما لوسبق أهل الجبانة بالصلاة فضحى رجل قبل أن يصلى أهل المسجد . وقيل فى هذا الموضع يجوز قياساً واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا وقيل للقياس والاستحسان فيهما لان أداء الصلاة فى المسجد أفضل منه بالجبانة واذا كان فى الموضع الذى صلى فيه أهل المسجد قياسا واستحسانا لما ذكرنا فهنا أولى . قال (ولا بأس بأن يضحي بالجماء وبمكسور القرن) أما الجماء فلان مافات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل أفضل ولا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فمكسور القرن أولى وقد روى فى ذلك عن عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه . وكذلك الخصى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين اقرنين موجوين أوموحوين احدهما عن نفسه والآخر عن أمته . والمراد خصيان وكان ابراهيم يقول مازاد فى لحمه بالخصاء أنفع للمساكين مما يفوت بالانثيين اذ لا منفعة للفقراء فى ذلك . قال (ولا بأس أن يضحى بالجرباء والتولاء اذا كانت سمينة) والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب فى جلدها لا في لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بالعجفاء التى لاتنقى . والتولاء هى المجنونة والجنون عيب في القضاة لا فى الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشتراط السمن فى الحديث الذى روينا ان النبي صلي الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين يرعيان فى سواد وينظران في سواد ويأ كلان فى سواد ومقصود الراوى من هذه المبالغة بيان السمن . قال (ولا بأس أن يشترك سبعة نفر فى بقرة أو بدنة) وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا أ كثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانو أقل من سبعة لقوله عليه الصلاة والسلام على أهل كل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما والاستدلال بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا يوم الحديبية فى

البقرة والبدنة فأجاز النبي عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد بذكر أهل البيت قيم البيت لان اليسار له عادة . وقد ذكر فى بعض الروايات على كل مسلم فى كل عام اضحاة وعنبرة ويستوى ان كان قصدهم جميعا التضحية أوقصد بعضهم قربة أخرى عندنا وعند زفر لا يجوز الا اذا قصدوا جميعاً التضحية وقال الشافعى يجوز وان كان قصد بعضهم للحم وقد بينا هذا في المناسك . فان كان الشركاء في البدنة ثمانية لم تجزهم لان نصيب كل واحد منهم دون السبع وكذلك ان كان نصيب أحدهم دون السبع حتى لو سئل عن رجل مات وترك ابناً وامرأة وبقرة وضحى بها يوم العيد هل يجوز * والجواب انه لا يجوز لان نصيب المرأة الثمن فاذا لم يجز ثمنها فى نصيبها لا يجوز فى نصيب الابن أيضاً . فان مات أحد الشركاء فى البدنة ورضى ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء فى القياس لا يجوز وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالعتق واذا لم يجز فى نصيبه لم يجز فى نصيب الشركاء وفى الاستحسان يجوز لان معنى القربة حصل فى اراقة الدم فان التبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وانما لا يجوز العتق لما فيه من الزام الولاء وذلك غير موجود في الاضحية وعلى هذا اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاه أو صغير ضحى عنه أبوه ولا خلاف انه ليس علي المولى ان يضحى عن احد من مماليكه فان تبرع بذلك جاز واذا جعله شريكا فى البدنة ففيه قياس واستحسان لما بينا وأما الأب ليس عليه أن يضحى عن ولده الصغار فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن ذلك عليه كصدقة الفطر لانه جزء منه فكما يلزمه أن يضحى عن نفسه عند يساره فكذلك عن جزئه . وجه ظاهر الرواية ان ما لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كسائر القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن أولاده واجبة لامر بها رسول الله صلي الله عليه وسلم ونقل ذلك كما أمر بصدقة الفطر وان كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى على الاب والوصي أن يضحى من ماله عند أبى حنيفة رضى الله عنه على قياس صدقة الفطر الأصح أنه لا يجب ذلك وليس له أن يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالأب لا يملكه في مال الولد كالعتق وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع غير واجب ومال الصبي

لايحتمل صدقة التطوع . قال (واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك) لان بنفس الشراء لاتتعين الاضحية قبل أن يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكره وفى قول أبي يوسف رحمه الله لايجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها ولـكنهما يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملـكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقـدرة على التسليم ألا ترى انا نجوز بيع مال الزكاة لهذا والاصل فيه ماروى أن النبي عليه الصلاة والسـلام دفع ديناراً الى حكيم بن حزام رضى الله عنه ليشترى له شاة للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك أما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد مااشتراها للأضحية وان كانت الثانية شرا من الاولى وقد كان أوجب الاولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين أما جواز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصدق فانه لما أوجب الاولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيئاً منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بالتصدق بالدينار ومن أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا كان فقيرا أما اذا كان غنيا ممن يجب عليه الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل بالقيمة لان فى حق الغنى الوجوب عليه بايجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه فى هذا المحل ألا ترى أنها لو هلـكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان مايضحى به محلا صالحاً لم يلزمه شيء آخر وأما الفقير فليس عليه أضحية شرعاً وانما لزمه بالتزامه فى هذا المحل بعينه ولهذا لو هلـكت لم يلزمه شيء آخر فاذا استفضل لنفسه شيئا مما التزمه كان عليه أن يتصدق به . قال الشيخ الامام والاصح عندى أن الجواب فيهما سواء لان الاضحية وان كانت واجبة على الغنى فى ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب فى محل فيتعين بتعيينه فى هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مقيد وان كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة . قال (والاضحية أحب الى من التصدق بمثل ثمنها) والمراد فى أيام النحر لان الواجب التقرب باراقة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة ففى حق الموسر الذى يلزمه ذلك لا اشكال أنه لا يلزمه التصدق بقيمته وهذا لانه لاقيمة لاراقة الدم واقامة المتقوم مقام ماليس بمتقوم لاتجوز واراقة الدم خالص حق الله تعالي ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالي وأشرنا

بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة الفطر وأما فى حق الفقير التضحية أفضل لما فيه من الجمع بين التقرب باراقة الدم والتصدق ولانه متمكن من التقرب بالتصدق فى سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب باراقة الدم الا فى هذا الايام فكان أفضل وأما بعد مضى أيام النحر فقد سقط معنى التقرب باراقة الدم لانها لا تكون قربة الا فى مكان مخصوص وهو الحرم وفى زمان مخصوص وهو أيام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية اذا كان ممن تجب عليه الاضحية لان تقربه في أيام النحر كان باعتبار المالية فيبقى بعد مضيها والتقرب بالمال فى غير أيام النحر يكون بالتصدق ولانه كان يتقرب بسببين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأتى بما يقدر عليه . قال (وليس على الرجل أن يضحى عن أولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر عنهم فى يوم الفطر) وهذا لان عليهم أن يضحوا عن انفسهم فلا يجب عليه أن يضحى عنهم . قال (واذا ولدت الأضحية قبل ان يذبحها ذبح ولدها معها) لان حكم التقرب باراقة الدم ثبت فى عينها فيسرى الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا للتقرب باراقة الدم مقصوداً يثبت الحكم فيه تبعاً للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو أصل ووجودها فى الاصل يغنى عن اعتبارها فى البيع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة ثبت فيه فلا يكون له ان يصرف ماليته الي نفسه كما فى حق الام وكذلك ان أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر تصدق به قال الامام ويكره ان يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه أعدها للقربة بجميع أجزائها فلا ينبغى له أن يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لان ذلك فى معنى الرجوع فى الصدقة وقال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تعد فى صدقتك . قال (ويكره ان يبيع جلد الاضحية بعد الذبح) لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وقال لعلي رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا فكما يكره له ان يعطى جلدها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد فان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئا من لحمها . قال(ولا بأس بأن يشترى بجلد الاضحية متاعا للبيت) لانه لو دبغه وانتفع به فى بيته جاز وكذلك اذا اشترى به ماينتفع به فى بيته لان للبدل حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر فى نوادر هشام قال يشترى به الغربال والجراب وما أشبه ذلك ولا يشترى به الخل والمرى والملح وما أشبه ذلك والقياس فى الكل واحد

ولكنه استحسن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على قصد التمول فليس له أن يفعل ذلك فى جلد الاضحية وما ينتفع به فى البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد وكان له أن يفعل ذلك . قال (ويكره له أن يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها) لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها الى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محله ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص منه اللبن ولا يتأذي به الا أن هذا انما ينفع اذا كان يقرب من أيام النحر فأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما يتقلص ولكنه ينبغى له أن يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطبت قبل أن يبلغ محله فان عليه أن يذبحها ويتصدق بلحمها وقد بيناه في المناسك . قال (وان اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحساناً) وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها بعد ذلك على قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة يوضحه أن هذا رجوع منه عن بعض ما تقرب به وذلك حرام شرعاً . وجه الاستحسان انه لو أشركهم معه في الابتداء بأن اشتروا جملة جاز فكذلك اذا أشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يبتلى بهذا فانه قد يجد بقرة سمينة فيشتريها ثم يطلب شركاءه فيها فلو لم يجز ذلك أدى الى الحرج . قال (ولو فعل ذلك قبل أن يشترى كان أحسن) لانه أبعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع فى القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك أفضل . قال (ولا تجوز العوراء فى الاضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب رضى الله عنه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى ثم الأصل أن العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير فاليسير ما لا أثر له فى لحمها وللعور أثر فى ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وعند قلة العلف يتبين العجف ثم العين والأذن منصوص على اعتبارها فاذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بطريق الأولى . قال وان كان المقطوع بعض ذلك ففى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان كان المقطوع

أكثر من الثلث لايجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه وهكذا روى هشام عن محمد رحمهما الله اعتباراً بالوصية فان الثلث في الوصية كما دونه ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وفى رواية بشر عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب الربع لا يجزئ لان للربع حكم الكمال كما فى مسح الرأس وقال أبو يوسف رحمه الله اذا بقى الا كثر من العين والأذن اجزأه قال وذكرت قولى لابى حنيفة فقال قولى قولك. قيل هذا رجوع من أبى حنيفة الى قوله وقيل معناه قولى قريب من ذلك. وجه قول أبى يوسف ان القلة والكثرة من الاسماء المقابلة فاذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا اذا قابلت الذاهب بالباقى كان الباقى أكثر واذا كان الذاهب أكثر من النصف فاذا قابلته بالباقى كان الذاهب أكثر فاذا كان الذاهب النصف قال لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز يترجح المانع احتياطاً. فأما الشق فى الأذن فهو عيب يسير ألا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء رحمهم الله من لايجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة. فالشرقاء ان يكون الخرق فى أذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضاً والمقابلة قطع فى مقدم أذنها والمدابرة فى مؤخر أذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الأذن مقطوعة وكان الذاهب أكثر من الثلث لما بينا فأما العرجاء اذا كانت تمشى فلا بأس به لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن العرجاء فقال اذا كانت تبلغ فلا بأس به فاذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في لحمها فانها لا تعلف الا ما حولها واذا كانت تمشى فهى تذهب الى العلف فلا يؤثر فى لحمها. ولا تجزئ العجفاء التى لا تنقى للنهى الذى روينا ولان هذا عيب فاحش أثر فى لحمها ويستوى ان اشتراها كذلك أو صارت عنده كذلك وهو موسر لان الواجب فى ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالناقص فأما اذا كان معسراً أجزأه لانه لا واجب في ذمته بل يثبت الحق فى العين فيتأدى بالعين على أى صفة كانت وذلك مروى عن علي رضى الله عنه وكذلك لو ماتت عنده أو سرقت فعليه بدلها ان كان موسراً ولا شيء عليه ان كان معسراً وعلى هذا قالوا الموسر اذا ضلت أضحيته فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فله ان يضحى بأيهما شاء وان كان معسراً فاشتراها وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى فعليه ان يضحى بهما لان الوجوب فى العين

بايجابه وقد وجد ذلك في الثانية كالأولى وان أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح وذبحها على مكانها ففي القياس لا تجزئه لانه تأدى الواجب بالاضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان تجزئه لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد ينقلب السكين من يده فتصيب عينها فيجعل ذلك عفواً لدفع الحرج ولانه أضجعها ليتقرب باتلافها فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن أبي يوسف قال اذا أصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك بيوم أو يومين جاز لانه جاء وقت اتلافها تقرباً فتلاف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال (ولا يجوز أن يضحى بشاة ليس لها أذنان خلقت كذلك وهي السكاء) لان قطع الأذن لما كان مانعاً من الجواز فعدم الأذن أصلا أولى بعض فأما صغيرة الأذن تجزى لان الأذن منها صحيحة وان كانت صغيرة وأما الهتماء فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا لا يجوز أن يضحي بها وان كانت تعتلف ثم رجع وقال يجوز اذا كانت تعتلف لانه وقع عنده في أن يضحى بها لان الهتماء ليس لها اسنان ثم علم بعد ذلك أن الهتماء مكسورة بعض الاسنان فاذا كانت تعتلف فالباقي من الاسنان أكثر من الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده ثم قال والتي لا اسنان لها بمنزلة التي لا اذن لها فكل واحد منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام أقرب الى المقصود من الاذن لانها تعتلف بالاسنان. قال (ولا يجوز في الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمر الوحش والظبي) لان الاضحية عرفت قربة بالشرع وانما ورد الشرع بها من الانعام ولان إراقة الدم من الوحشي ليس بقربة أصلا والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة واذا كان الولد بين وحشي وأهلي فان كانت الام أهلية جازت التضحية بالولد وان كانت وحشية لا تجوز لان الولد جزء من الام فان ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها وانما ينفصل الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لانه ينفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم وينفصل من الام وهو حيوان محل لهذا الحكم فلهذا جعلناه معتبراً بالام . قال (رجل ذبح أضحية غيره بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية) وهو قول زفر لانه متعد في ذبح شاة الغير فكان ضامنا كمن ذبح شاة القصاب ثم الاضحية لا تتأدى الا بعمل المضحي ونيته ولم يوجد ذلك حين فعله الغير بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية. ولكنا نستحسن ونقول يجزئه ولا ضمان على الذابح لانه لما عينها للاضحية فقد صار مستعنيا بكل واحد

بالتضحية بها في أيام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت وربما يعرض له عارض في أيام النحر والاذن دلالة كالاذن إفصاحاً كما فى شرب ماء في السقاية ونظائرها . وقال الشافعى رحمه الله يجزئه من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود الاذن دلالة ولو وجد الاذن افصاحا لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلى هذا لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه على نفسه أجزأ كل واحد منهما استحسانا ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه فان كانا قد أكلا ثم علما فليحالل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطعم كل واحد منهما صاحبه لحم أضحيته جاز ذلك غنيا كان أو فقيرا . قال أبو يوسف رحمه الله ان تشاحا فلكل واحد منهما تضمين صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة كما لو باع لحم أضحيته فعليه أن يتصدق بالثمن . قال (ولو أمر مجوسيا فذبح أضحيته لم يجزه) لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسى لا تؤكل ولو أمر يهوديا أو نصرانيا بذلك أجزأه لانهما من أهل الذبح ولكنه مكروه لان هذا من عمل القربة وفعله ليس بقربة . قال (فان ذبح أضحيته بنفسه فهو أفضل) لان النبي عليه الصلاة والسلام لما ساق مائة بدنة نحر منها ثلاثا وستين بنفسه ثم ولى الباقى عليا رضى الله عنه وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه ولكن هذا اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف أن يعجز عن ذلك فالافضل أن يستعين بغيره ولكنه ينبغى له أن يشهدها بنفسه لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لفاطمة رضي الله تعالى عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب اما أنه يجاء بلحمها ودمها يوم القيامة فيوضع فى ميزانك سبعين ضعفا قال أبو سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أهذا لآل محمد عليه الصلاة والسلام فهم أهل لما خصوا به من الخير أم للمسلمين عامة قال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة . قال (والاضحية تجب على أهل السواد كما تجب على أهل الامصار) لانهم مقيمون مياسير وانما لم تجب على المسافرين لما يلحقهم من المشقة فى تحصيلها وذلك غير موجود فى حق أهل القرى وفى الاصل ذكر عن ابراهيم قال هى واجبة على أهل الامصار ماخلا الحاج وأراد بأهل الامصار المقيمين وبالحاج المسافرين فاما أهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا . قال (ولا بأس لاهل القرى أن يذبحوا الاضاحى بعد انشقاق الفجر) لما بينا أن دخول الوقت بانشقاق الفجر من يوم النحر الا ان أهل الامصار عليهم الصلاة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلاة على

أهل القرى لقوله عليه الصلاة والسلام لاجمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع * ثم المعتبر المكان الذى فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل بالمصر وأضحيته بالسواد يجوز أن يضحى بها بعد انشقاق الفجر فأما اذا كان هو بالسواد وأضحيته بالمصر لايجوز أن يضحى بها الا بعدفراغ الامام من الصلاة وقد بينا أن أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وذلك مروى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله تعالى عنهم . قال (ويجزيه الذبح في لياليها الا انهم كرهوا الذبح فى الليالى) لانه لايأمن أن يغلط فتفسد الظلمة الليل ولكن هذا لايمنع الجواز . قال(وليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد) لانهم فى وقت صلاة العيد مشغولون باداء المناسك فلا يلزمهم صلاة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما لايجوز لاهل القرى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب من الصيد أيضاً

قال رحمه الله تعالى ومن انفلت من يده صيد بعد ما أحرزه فأخذه غيره فهو للاول) لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالانفلات من يده ولا يملكه الثانى بالاخذ لانه بالاخذ يملك الصيد المباح لا المال المملوك كمن أبق عبده فأخذه انسان آخر لايملكه ومن نصب شبكة فوقع فيها صيد وصار بحيث لايقدر على الذهاب فأخذه رجل فصاحب الشبكة أحق به لانه صار آخذا له بالوقوع في شبكته وهذا بخلاف مالو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد فأخذه انسان فهو للآخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هذا آخذا للصيد بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامناً وضارب الفسطاط ماقصد الاصطياد فلا يكون آخذاً له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن . قال(ومن أخذ بازيا أو شبهه فى مصر أو سواد وفى رجليه سير أو جلاجل وهو يعرف انه أهلى فعليه ان يعرفه ليرده على صاحبه)لانه تيقن بثبوت يد الغير عليه قبله فانه لايخرج من البيضة مع الجلاجل فاما أن يكون انفلت من يد صاحبه أو أرسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته فعرفنا انه ملك الغير فى يده بمنزلة اللقطة فعليه أن يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان أخذ ظبيا وفى عنقه قلادة وكذلك لو أخذ حمامة فى المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها لانها بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من فراخها لا

يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيراً يحل له التناول لحاجته وان كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها علي فقير ثم يشتري منه بشئ فيتناول وهكذا كان يفعله شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولعا بأكل الحمام . قال (ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه فأخذه حلال ثم حل الاول فله أن يسترده منه) لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه ألا ترى أن الرجل يحرم وله صيود في بيته فلا يلزمه شئ واذا كان بعد الارسال باقيا على ملكه لم يملكه الآخذ فله أن يسترده قال (ومن قتل بازيا معلما أو كلبا معلما لرجل فعليه قيمته) وقد بينا في هذه المسألة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن متلفه وانما تعتبر قيمته كذلك بخلاف المحرم اذا قتل بازيا معلما فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلما لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيد في يد المقتول وبكونه معلما ينتقص ذلك لانه يخرج به من أن يكون متوحشا فلا يزاد به قيمته في حق الله تعالى فأما وجوب الضمان للآدمي لكونه مالا منتفعا به ويزداد ذلك بكونه معلما فلهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته أيضا ومراده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعا به وان كان عقوراً لا يقبل التعليم فمتلفه لا يضمن شيئا لانه غير مؤدى وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير لانه يقبل التعليم ويتأتى الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم شيء من ذلك لانه لا منفعة في اللحم سوى الاكل فاذا لم يكن مالا مأكولا لا يكون مالا متقوماً وجواز البيع يختص بمال متقوم حتى اذا كان له ثمن بأن كان يرغب فيه لاطعام الكلاب والسنانير جاز بيعه اذا كان مذكى الا أن يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبغها رجل وباعها جاز بيعها لانه مال منتفع به وان كانت غير مدبوغة لم يجز ومراده اذا كانت ميتة فأما اذا كانت مذكاة يجوز وقد بينا أن عمل الذكاة في الحل والطهارة في مأكول اللحم وفي طهارة الجلد في غير مأكول اللحم كالدباغ . قال (وان وجد في الماء سمكة مقطوعة لا يدرى من قطعها فلا بأس بأكلها) لانه ليس فيها ما يدل علي سبق يد اليها لتوهم أن يكون فعله بها سمكة أخرى وان أصاب في وسطها أو في موضع منها خيطا مربوطا لم يأكلها ويعرفها لانه علم أن يدا أخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة فيعرفها . قال (ومن سمع حسا ظن انه حس صيد فرماه أو

أرسل كلبه فأصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فلا بأس بما أصاب ذلك وان كان حس انسان أو غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد) لانه رمى الى الحس والرمى الى الاهلي لا يكون اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله اذا أصاب صيدا مأكولا سواء كان الحس حس صيد مأكول أو غيرمأكول وعن زفر رحمه الله قال ان كان الحس حس صيد مأكول لم يحل تناوله وان أصاب صيداً مأكولا لان فعله لم يكن مبيحاً ألا ترى أنه لو أصاب ما قصده لم يفد الحل وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان الحس حس خنزير لم يحل وان أصاب رميه الصيد بخلاف السباع لان الخنزير من المحترم العين فأما في سائر السباع فان فعله مؤثر فى طهارة الجلد فاذا أصاب ما يحل تناوله كان مؤثرا فى اباحة اللحم أيضاً والصحيح ما بينا ان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فأما حل التناول باعتبار صفة فى المحل فاذا أصاب فعله فى الاصطياد محلا مأكولا قلنا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل له أكله لاجتماع المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة وفي النوادر إذا رمى طيراً فاصاب صيداً وذهب الطير فلم يعرف ان كان أهلياً أو وحشياً حل له أن يتناول الصيد لان الطير فى الاصل وحشى بخلاف ما لو رمى بعيرا فأصاب صيداً وذهب البعير فلم يعرف ان كان أهليا أومتوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه مألوف في الاصل والتوحش منه نادر فتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن أنه إنسان فرماه فأصاب مارماه وتبين انه كان صيداً يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد وظنه بخلاف حقيقة فعله لغو. قال (ولو رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيداً لم يؤكل) لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو والرمي شاة سواء وكذلك لو رمى حربياً مختفياً مو ثقاً فأصاب صيداً لم يأكله لان رميه الى الحربى ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل تناول ما أصابه من الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصيد في الحرم

قال رحمه الله تعالى (واذا خرج الصيد من الحرم الى الحل فلا بأس باصطياده) لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللتم

فاصطادوا . قال (وان رمى رجل صيداً فى الحل فأصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء) لان وجوب الجزاء باعتبار فعل المحظور وفعله كان مباحاً وهو الرمى الى صيد فى الحل أو باعتبار حرمة المحل ولم يكن محترماً حين ما أصاب السهم الصيد فهو كما لو رمى الى حربى أو مرتد فأصابه ثم أسلم وفى القياس لا بأس بأكله لان فعله كان مذكيا له ألا ترى أنه لو مات فى الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعد ما دخل الحرم لانه دخله وهو مذكى وحرمة الحرم انما تظهر فى حق الصيد لا فى حق المذكى ولكنه استحسن فقال يكره أكله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عند ذلك فى الحرم والحكم يضاف الى الشرط وجوداً عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة واعتبار حالة الاصابة يبيح فيغلب الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فان الحل صفة فى المحل والمحل فى الحرم عند ثبوت صفة الحل فيه . قال (وان أصابه فى الحرم فمات في الحل فلا خير في أكله) لان الحل باعتبار الاصابة وقد أصابه وهو صيد الحرم وهذه هى المسألة المستثناة من أصلنا ان المعتبر لحالة الرمى فيما ينبنى عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان فى حل التناول يعتبر حالة الاصابة أيضا لان الحل صفة للمحل وانما يثبت فى المحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان أصابه فى الحل وقد رماه من الحرم لان الرمى من الحرم قيل محظور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قيل معناه وأنتم في الحرم لانه يقال أحرم اذا دخل في الحرم كما يقال أشأم اذا دخل الشام والموجب للحل الذكاة لا القتل المحظور والدليل عليه وجوب الجزاء على الرامى فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيدا وكذلك ان رماه من الحل فى الحرم لان الصيد اذا كان فى الحرم فهو ممنوع من الرمى اليه وان كان فى الحل فيكون فعله فعلا محظورا ألا ترى ان عليه قيمة الجزاء ولو كان الرامى في الحل والصيد في الحل فمر السهم في الحرم حتى أصاب الصيد فلا بأس بأكله وان تعمد ذلك لان الرمى مباح له فكان فعله ذكاة شرعا وهذا لان الحرمة باعتبار معنى في الحل وفى الرامى ولم يوجد ذلك لان اصل السبب فعل الرامى وثبوت الحكم عند الاصابة وما بين ذلك غير معتبر أصلا فى اضافة الحكم اليه . قال (فان رمى نصرانى من الحرم صيدا فى الحل فمات فلا خير فى أكله) لان النصرانى فى حكم الذكاة لا يكون أعلى من المسلم فاذا كان هذا الفعل من المسلم لا يبيح الصيد فكذلك من النصرانى

كما لو ترك التسمية عمداً ﴿فان قيل﴾ المنع من الرمى صوب الحرم حق الشرع والنصرانى لايخاطب بذلك ولهذا لا يلزمه الجزاء ﴿ قلنا ﴾ حرمة الحرم تظهر فى حق الكافر كما تظهر في حق المسلم ولهذا لايقتل الحربى والمرتد فى الحرم ثم النصرانى فى حكم الذكاة تبع للمسلم والتبع يلحق بالاصل فى حكمه وان لم يشاركه فى علته * وكذلك لوذبح نصرانى أو صبي صيدا في الحرم لم يؤكل لانهما في حكم الذكاة تبع للمسلم البالغ فاذا لم يكن هذا الفعل من المسلم البالغ واجبا للحل فكذلك من النصرانى والصبي . قال (ولو ان رجلا أخرج صيدا من الحرم فذبحه في الحل فعليه جزاؤه) لانه كان في الحرم آمنا صيداً وقد زال ذلك بأخذه واخراجه وكان مطالباً شرعاً باعادته الى مأمنه وإرساله فيه وقد فوت ذلك بذبحه فعليه الجزاء والتنزه عن أكله أفضل بخلاف ما اذا ذبحه فى الحرم فان ذلك حرام تناوله لانه حين ذبحه كان صيد الحرم ففعله فيه يكون قتلاً ولا يكون ذكاة وهنا حين ذبحه كان صيد الحل فيكون فعله فيه ذكاة وباعتبار هذا الفعل لا يلزمه الجزاء وإنما يلزمه بالاخذ السابق فلهذا لا يحرم تناوله إلا أن التنزه عنه أفضل لان تقرر الجزاء عليه بفعل الذبح وان كان الوجوب بسبب الاخذ فباعتبار هذا المعنى يمكن شبهة فيه ولأنا لو أطلقنا له حق التناول تطرق الناس الى ذلك فيخرجون الصيد من الحرم ويذبحونه فى الحل وفي ذلك تعليل صيد الحرم فللمنع من هذا قلنا التنزه عن أكله أفضل . وكذلك ان كان صاده أولاً فى الحل ثم أدخله الحرم ثم أخرجه الى الحل لانه حين أدخله الحرم فقد صار صيد الحرم فهو والمأخوذ في الحرم سواء بدليل وجوب الجزاء عليه وهذا عندنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالي حرمة الحرم لا تظهر فى حق صيد مملوك فاذا ملكه بالاخذ فى الحل ثم أدخله الحرم لم يثبت له حرمة الحرم وعندنا حرمة الحرم فى حق الصيد كحرمة الاحرام فكما يحرم عليه بالاحرام امساك الصيد المملوك ويلزمه إرساله فكذلك يحرم بسبب الحرم إمساكه وقد بيناه هذا في المناسك * وكذلك حلال أحرم وفي يده صيد ثم حل ثم ذبحه فهذا والاول سواء لانه لما أحرم فقد وجب عليه إرساله وحين ذبحه تقرر عليه جزاؤه وان كان بعد الحل فلهذا كره أكله . قال (محرم صاد صيداً فدفعه الي حلال فذبحه فهو والاول سواء) لانه بما صنع مفوت مالزمه من الارسال ومقرر للجزاء على نفسه فهو كما لو ذبحه بنفسه بعد ماحل من إحرامه ولو ذبحه بنفسه بعد ماحل من احرامه وهو محرم أو في الحرم كان ذلك أشد من هذا حالا فان ذلك بمنزلة الميتة وهذا مكروه

التناول لان الحل باعتبار فعل الذكاة وفعل المحرم أو الذى فى الحرم محظور فلا يكون ذكاة شرعا فاما المدفوع اليه حلال فعله فى حق نفسه ذكاة ولكن باعتبار أنه مفوت للارسال ومقرر للجزاء على الآخذ يلحقه نوع خطر وذلك ليس لمعنى فى نفس الفعل فلا يثبت به الحرمة مطلقاً وانما تثبت الكراهة . قال (وان أرسله المحرم فذبحه حلال فلا بأس به) لان المحرم أتى بما هو المستحق عليه فيخرج به من عهدة أخذه وذبح الحلال إياه كذبح صيد آخر فى الحكم . قال (ولو أن حلالا أخرج صيداً من الحرم الى الحل فأرسله فصاده حلال فذبحه فلاباس بأكله) لانه صيد الحل فانه بالارسال قد خرج من يد الذى أخرجه من الحرم فهو والذى خرج بنفسه من الحرم سواء فى حل التناول ولكن علي الذى أخرجه الجزاء لان المستحق عليه شرعاً اعادته الى مأمنه فانه بالاخراج من الحرم ازال الامن عنه فاذا تلف قبل العود الى مأمنه تقرر الجزاء عليه لانعدام ما ينسخ فعله بخلاف الاول فان على المحرم رفع اليد عنه بالارسال فينفسخ حكم فعله بمجرد إرساله ووزان هذا من ذاك ما لوعاد الصيد الى الحرم بعد ما أرسله ثم أصابه ما أصابه وكذلك لو كان الذى أخرجه من الحرم هو الذى صاده بعد ما أرسله فذبحه لم يكن بأكله بأس لانه حلال ذبح صيداً فى الحل فهو وغيره في الحالين سواء قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو وغيره سواء فى ذلك الا أن عليه الجزاء وأبو حنيفة رحمه الله في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثانى ووجوب الجزاء عليه باعتبار فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولم يبق ذلك الاخراج بعد ما أرسله فلهذا لا تثبت الحرمة ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ماوجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل ان يرسله ودفعه الى غيره فذبحه لان تلك اليد باقية حقيقة وحكماً وانما تمكن من الذبح باعتبارها فلهذا كره أكلها . قال (محرم أصاب صيداً فادخله منزله فى الحل فجاء بعض أهله فذبحه فلا بأس بأكله) وأضاف الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لم يحفظ جواب أبي حنيفة رحمه الله لان جوابه يخالف جوابهما وهذا لان الذابح حلال وقد ذبحه فى الحل ولو أرسله المحرم في غير منزله فذبحه حلال حل تناوله فكذلك اذا أرسله فى منزله الا أن على المحرم الجزاء لانه ما نسخ حكم فعله بارساله اياه من منزله فان معنى الصيدية من حيث التنفير والاستيحاش لمن بعد اليه كما كان قبل أخذه فلهذا كان عليه الجزاء بخلاف مالو أرسل جارحا من منزله . قال ولا يعجبنا هذا الفعل لان فعل بعض أهله في الذبح كفعله من وجه فانه ينفق

عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن هذا الوجه الذابح كالمأمور من جهته فلهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان أرسله فى منزله فخرج من منزله فتبعه بعض أهله وذبحه ولم يأمره بذلك فهذا والاول سواء ولا أكره أكله وفى رواية أبى حفص قال وأكره أكله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأكله * والحاصل أنه لم يتم ارساله بعد فى حق نسخ الفعل لان الذى تبعه انما تمكن من أخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزاء لذلك الا ان في اباحة التناول هما يقولان لو أرسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك فكذلك اذا أرسله في منزله فخرج هكذا وجه رواية ابى سليمان حيث قال ولا أكره أكله ووجه رواية أبى حفص وهو انه لما أرسله بمرأى العين من بعض أهله فقد طلب منه دلالة أن يتبعه فيأخذه ولو أمره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة . قال (وان انفلت من المحرم فى جوف المصر أو أرسله فأخذه إنسان فذبحه فهذا كانه فى يده حتى يوسله) لان بالارسال في جوف المصر لم يعد اليه التنفير والاستيحاش على الوجه الذى كان قبل أخذه فلا ينسخ به حكم فعله وهذا لان ما فى جوف المصر يمكن أخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة في المصر لم تحل بالرمى . قال (واذا انفلت منه فى الصحراء لا يقدر على أخذه الا بصيد فرماه حلال فلا بأس به كما لو أرسله فى الصحراء) وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكأنه لم يأخذه قط . قال (حلال ارسل كلبه على صيد في الحل فتبعه الكلب حتى أدخله الحرم فقتله فيه كرهت له أكله) لما بينا ان الحل يثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان أصل الارسال فى الحل فكذلك اذا أدركه صاحبه حيا فأخذه وأخرجه الى الحل وذبحه لانه حين أخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع فى يده حيا (فجواب) هذا الفصل كجواب ما لو أخرج صيدا من الحرم وذبحه في الحل . وان أرسل كلبه من الحرم على صيد فى الحل كرهت له أكله وعليه الجزاء لان ارساله الكلب على الصيد اصطياد ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمى اليه سواء كما بينا . قال (وان أرسله فى الحل على صيد فى الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل ثم أخذه وقتله كرهته أيضا) لانه أرسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد في الحرم فخرج من الحرم قبل الاصابة . قال (وان أخذه من الكلب حياً فى الحل فذبحه كرهت له هذا الصنع ولا

بأس بأكله فى القياس) لانه حين أخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل الا بذكاة الاختيار فانما بقى المعتبر أخذه وذبحه وقد حصل فى صيد الحل فلا بأس بأكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من أخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراماً بكون الصيد في الحرم عند ذلك . قال (ظبي بعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه حلال فى الحرم فقتله فانه يكره أكله لوجوب الجزاء عليه) وهذا لان قوام الصيد بقوائمه واعتبار مافى الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب يترجح لانه جانب الحظر وجانب الحرمة لحق الشرع وان كانت قوائمه فى الحل ورأسه فى الحرم فلا بأس بأكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه . وقيل هذا اذا كان قائما فان كان نائما فهذا والاول سواء لان استمساكه على الارض في حال نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب منه فى الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا فى المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع أصلها لا موضع أغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام الصيد ليس بغصن الشجرة قال الله تعالى مايمسكهن الا الله فأما قوام غصن الشجره فبأصلها ففى حق ضمان الغصن يعتبر موضع أصل الشجرة وفى حق ضمان الصيد يعتبر الموضع الذى فيه الصيد فان كان فى هواء الحرم فهذا الصيد صيد الحرم . قال (وان اشترك الحلال والمحرم فى رمى الصيد لم يحل أكله) لان اعتبار فعل المحرم محرم والموجب للحرمة يغلب على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد . قال (رجل أرسل بازيا على صيد فى الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل فقتله كرهت أكله) لان أصل السبب ارسال البازى وقد كان محظورا فان أرسله على صيد فى الحرم فاعتباره يثبت الكراهة . قال (حلال أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاداً ثم ذبحها وأولادها فليس أكلها وأكل أولادها بحرام) لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال فى صيد فى الحل . ولكن لايعجبنى هذا الفعل لانه لو أذن فى ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاخذ السابق وقد كان ذلك الاخذ حراماً عليه وعليه الجزاء فيها وفى أولادها لان الارسال والاعادة الى الماء من مستحق عليه فيها وفى أولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزاء ولانه انما يضمن جزاء الام لاتلافه معنى الصيدية فيها باثبات اليد عليها وهذا المعنى موجود في ولدها وكذلك ان أدى الجزاء عنها ثم ذبحها فهذا والاول سواء لانه مطالب بارسالها واعادتها

الى الماء من بعد أداء الجزاء فان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فأما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت فى يده بعد اداء الجزاء فليس عليه في ذلك الولد جزاء لانه لو ماتت هي في يده بعد أداء الجزاء لم يلزمه شيء آخر فعرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد أداء الجزاء ليسرى الى الولد بخلاف ماقبل أداء الجزاء ﴿فان قيل﴾ فأين ذهب قولكم انه لامعتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى الماء من بعد أداء الجزاء ﴿قلنا﴾ نعم لامعتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لايجمع الاصل والبدل فيبقى بعد أداء الجزاء الحق متردداً بين الارسال الذى هو الاصل وبين المؤدى من الجزاء ولهذا لو باعه بعد بيعه يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزاء لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شيء فلهذا لا يلزمه الجزاء فيه ولانه يملك ذلك الصيد بما أدى من الجزاء ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فلهذا لايلزمه الجزاء فيه * وكذلك لو كان محرماً صاد ظبية ثم حل من احرامه وهى فى يده فخالها وحال أولادها كما بينا فى الفصل الاول من الفرق بين ماقبل أداء الجزاء أو بعد أداء الجزاء فان ماقررناه من المعنى يشتمل على الفصلين جميعاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الزاهد الاجل شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤلون. وفى الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وظن بعض أصحابنا رحمهم الله انه غير جائز على قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية . فنقول أما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فكان لايجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً فأما أصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التى سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوى رحمه الله تعالى ان عنده لو نفذه فى مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت فى الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصا فيما لا

يكون تمليكا كالعتق كانه بجعله موقوفا على ما يظهر عند موته والصحيح أن مباشره فى المرض بمنزلة مالو باشره فى الصحة في انه لا يتعلق به اللزوم ولا يمتنع الارث بمنزلة العارية الا أن يقول فى حياتى وبعد موتى فحينئذ يلزم اذا كان مؤبدا وصار الابد فيه كمر الموصى له بالخدمة فى لزوم الوصية بعد الموت فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الوقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن الدخول فى ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه فلزوال الملك فى حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لان الوارث يخلف المورث فى ملكه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يقول بقول أبى حنيفة رحمه الله ولكنه لما حج مع الرشيد رحمه الله فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتى بلزوم الوقف فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل (احداها) هذه (والثانية) تقدير الصاع بثمانية أرطال (والثالثة) أذان الفجر قبل طلوع الفجر . وحجتهم فى ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم عمر وعثمان وعلى وطلحة والزبير وعائشة وحفصة رضى الله تعالى عنهم فانهم باشروا الوقف وهو باق الى يومنا هذا وكذلك وقف ابراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باق الى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه قال الله تعالى واتبعوا ملة ابراهيم حنيفا والناس تعاملوا به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يعنى اتخاذ الرباطات والخانات وتعامل الناس من غير نكير حجة وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبى حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما علي الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول أبى حنيفة وأصحابه الا بتركهم التحكم على الناس فاذا كانوا هم الذين يتحكمون على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الاشياء ولو جاز التقليد كان من مضي من قبل أبى حنيفة مثل الحسن البصرى وابراهيم النخعى رحمهما الله أحرى أن يقلدوا ولم يحمد على ماقال . وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريغ مسائل الوقف حتى خاض فى الصكوك واستكثر أصحابه من بعده من تفريغ مسائل الوقف كالخصاف وهلال رحمهما الله ولو كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الاحياء حين قال ماقال لدمر عليه فانه كما قال مالك رضى الله تعالى عنه رأيت رجلا لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجرى بالجلاء يسر * ثم استدل بالمسجد فقال اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن يدخل فى ملك أحد ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها فكذلك

في الوقف وبهذا تبين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه عن ملكه * ثم للناس حاجة الى ما يرجع الي مصالح معاشهم ومعادهم فاذا جاز هذا النوع من الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر ولوجاز الفرق بين هذا الاشياء لكان الأولي أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى لا يورث لما في النبش من الاضرار والاستبعاد عند الناس أو كان ينبغى أن يلتزم الوقف دون المسجد لان فى الوقف وان انعدم التمليك فى عينه فلذلك يوجد فيما هو المقصود به وهو التصدق بالغلة وذلك لا يوجد فى المسجد فكان هذا الفرق أبعد عن التحكم مما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله هذا معنى ما احتج به محمد رحمه الله وقد طوله فى الكتاب * ويستدلون بالعتق أيضاً ففيه ازالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك وصح ذلك على قصد التقرب فكذلك فى الوقف وحجة أبي حنيفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابن ادم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فامضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث فبين النبي عليه الصلاة والسلام ان الارث انما ينعدم فى الصدقة التى أمضاها وذلك لا يكون الا بعد التمليك من غيره ﴿وسئل﴾ الشعبي عن الحبس فقال جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة فى موضع النفى تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ماقام عليه دليل (واستدل) بعض مشايخنا رحمهم الله بقوله عليه الصلاة والسلام إنا معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فقالوا معناه ما تركناه صدقة لا يورث ذلك عنا وليس المراد أن أموال الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثنى ويرث من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل فى الحديث بيان أن لزوم الوقف من الانبياء عليهم الصلاة والسلام خاصة بناء على أن الوعد منهم كالعهد من غيرهم. ولكن فى هذا الكلام نظر فقد استدل أبو بكر رضى الله عنه على فاطمة رضى الله عنها حين ادعت فدك بهذا الحديث على ما روى انها ادعت ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهب فدك لها وأقامت رجلا وامرأة فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه ضمى الى الرجل رجلا أوالي المرأة امرأة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال أبو بكر رضى الله تعالى عنه أولادى فقالت فاطمة رضي الله تعالى عنها أيرثك أولادك ولا أرث أنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انامعشر الانبياء لانورث ماتركناه صدقة فعرفنا أن المراد بيان ان ماتركه يكون صدقة ولا يكون ميراثا عنه . وقد وقعت الفتنة بين الناس بسبب ذلك فترك الاشتغال به أسلم والمعنى فيه ان العين الموقوفة فيه كانت مملوكة قبل الوقف وبقيت بعده مملوكة والمملوك بغير مالك لايكون فمن ضرورة بقائها مملوكة أن يكون هو المالك أوغيره ولم تصر مملوكة لغيره فكانت باقية على ملكه والوارث يخلف المورث فى ملكه . وبيان قولنا انهابقيت مملوكة انه ينتفع بها على وجه الانتفاع بالمملوكات من حيث السكنى والزراعة وسائر وجوه الانتفاعات ولأنها خلقت مملوكة فى الاصل وقد تقرر ذلك بتمام الاحراز فلا يتصور اخراجها عن ان تكون مملوكة الا أن يجعلها لله تعالي خالصاً وبالوقف لا يتحقق ذلك . وفى هذه التسمية ما يدل علي انها مملوكة محبوسة وبه فارق العتق فالآدمى خلق فى الأصل ليكون مالكا فصفة المملوكية فيه عارض محتمل للرفع واذا رفع كان مالكا كما كان . ومن ضرورة اثبات قوة المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فان تلك البقعة تخرج من ان تكون مملوكة وتصير لله تعالى ألا ترى انه لا ينتفع بها بشيء من منافع الملك وان كانت تصلح لذلك وقد وجدنا لهذا الطريق أصلا فى الشرع وهو الكعبة فتلك البقعة لله تعالى خالصة متحرزة عن ملك العباد فألحقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث انه لا تخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سيب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره واذا بقيت مملوكة له لا يمتنع الارث فيها الا باعتبار حق يستثنيه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما اذا أضاف الوقف الى ما بعد الموت فانه تبقى العين على حكم ملكه لشغله إياه بحاجته والناس لم يأخذوا قول أبى حنيفة في المسئلة الا باشتهار الآثار فأمامن حيث المعنى كلامه قوى وهو يحمل الآثار على الوقف المضاف الى ما بعد الموت أو المنفعة فى الحياة وبعد الموت . قال رحمه الله تعالى قد تم الكتاب على قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وانما البيان بعد هذا على قولهما * ثم بدأ الكتاب بحديث رواه

عن صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغا وكان نخلا نفيساً فقال عمر رضى الله تعالى عنه يارسول الله انى استفدت مالا وهو عندى نفيس أفأتصدق به فقال صلوات الله وسلامه عليه تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمره . فتصدق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله تعالي وفى الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذى القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقاً له غير متمول منه . وهذه الأرض سهم عمر رضى الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه رضى الله عنهم وثمغ لقب لها . وقد كانت لاملاكهم ألقاب حتى كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحابة ثم فى هذا دليل أن من قصد التقرب الى الله سبحانه وتعالى فينبغى أن يختار لذلك أنفس أمواله واطيبها قال الله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وقال الله سبحانه وتعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون فلهذا اختار عمر رضى الله عنه أنفس أمواله وأطيبها لما أراد التصدق . وفيه دليل على ان من أراد التقرب الى الله تعالى فالاولي ان يقدم السؤال عن ذلك وان الربا لا يدخل في هذا السؤال بخلاف ما يقوله جهال المتقشفة . ثم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهو من حجة من يقول بلزوم الوقف وقد روى عن علي رضي الله عنه انه وقف كما فعله عمر رضى الله عنه ولكن لم يستثن للوالى شيئا وفيه دليل على ان كل ذلك واسع ان استثنى للوالى ان يأكل بالمعروف كما فعله عمر رضى الله عنه وهو صواب وان لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي الله عنه فهو صواب أيضاً وللوالى ان يأكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما ان للامام فعل ذلك فى بيت المال ولوصى اليتيم ذلك فى مال اليتيم اذا عمل له قال الله تعالي ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ولكن لا يكون له أن يؤكل غيره ممن ليس فى عياله الا اذا شرط الواقف ذلك كما فعله عمر رضى الله عنه أو يؤكل صديقاً له (وقوله) غير متمول منه يعنى يكتفى بما يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازى فى طعام الغنيمة يباح له أن يتناول بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والاقراض من غيره وفيه دليل محمد رحمه الله ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى . وفى قوله لا جناح على من وليه اشارة الى ذلك وقد روى انه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله تعالى عنهما قال محمد رحمه الله ولهذا يأخذ اذا

تصدق بها فى حياته فى صحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به فى مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازالة الملك بطريق التبرع . ثم لاخلاف أنه لو قال تصدقت بأرضى هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفاً بل يكون ذلك نذراً بالصدقة اذا قصد به الالزام فان عين انساناً فهو تصدق عليه بطريق التمليك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت أرضى هذه أوحبستها أو حرمتها أو هى موقوفة أو محبوسة أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فلعل مراده وقفها على ملكى لتكون مصروفة في حاجتى أو على قضاء ديونى فان قال لانسان بعينه وقفتها لك أو حبستها لك أو قال هي لك وقف أو حبس فهو باطل أيضا الاعلي قول أبي يوسف فانه يقول يكون تمليكا منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك . وقوله وقف أوحبس باطل . ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تمليك الغير منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله دارى لك سكنى تكون عارية فان قال هى صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها وزرعها ويرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة على الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة وليس له أن يرجع فيها لاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتأبيد فى جهة صرف الغلة مابقيت الدنيا وانما يبدأ من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لاتبقى منتفعا بها الا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة علم علمه الناس فهم يعملون به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية له الي يوم القيامة وفى بعض الروايات قال الاسبعا وذكر من جملة ذلك نهراً أكراه وخانا بناه ومصحفا سبله وانما يرفع من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها لانه لايتمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لاتطيب من الاراضي الخراجية الا بأداء الخراج وانما قصد الواقف أن يكون التصدق عنه باطيب المال وذلك عند أداء النوائب فلهذا يرفع الوالى من غلتها مايحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقى بعد ذلك فى كل سنة وليس هذا بتوقيت لازم ولكن يقسم عند حصول الغلة ومن الاراضى مايغل في السنة مرتين ومنها ما يغل فى السنة مرة فكما حصلت الغلة ينبغى له أن يقسم مايحصل من النوائب فى الفقراء والمساكين ولا يؤخر لما فى التأخير من الآفات وفى

التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف ولذلك اذا جعل أرضا له مقبرة للمسلمين ويأذن لهم أن يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد مايخلي بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها إنسانا واحداً أو أكثر أن يرجع فيها لان التسليم على قول من يشترط التسليم يتم بهذا فان ما هو المقصود قد حصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك اذا جعلها خانا للمسلمين وخلى بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد أو أكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم يتم بهذا وهذا لانه لايتحقق القبض من جميع المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة للمساواة بين الكل فيما يثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع أمان الواحد من المسلمين كأمان الجماعة * ثم النزول فى الخان والدفن فى المقبرة من مصالح الناس قال الله تعالى ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا وجواز الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من حيث المعاش والمعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمتمرين ويدفعها الى ولىّ يقوم عليها ويسكن فيها من زار فليس له بعد ذلك أن يرجع فيها وان مات لم تكن ميراثا وان لم يسكنها أحد لانه حين سلمها الى ولىّ يقوم عليها فقد أخرجها من ملكه ويده * والتسليم على قول من يشترط يكون بأحد الطريقين إما بأثبات يد القيم عليها أو بأن يحصل المقصود بسكنى بعض الناس فيها باذنه . وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة سكنى للمساكين ودفعها الى ولىّ يقوم بذلك . وكذلك ان جعلها سكنى للغزاة والمرابطين فى ثغر من الثغور أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى ولىّ يقوم به فهو جائز ولا سبيل له الى رده لانه قصد التقرب بما صنع فأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغنى والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج . وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة فأما الغلة التى جعلت للغزاة فلا يعجبنى أن يأخذ منها إلا محتاج اليها لان الغلة مال يملك والتقرب الى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغنى بخلاف السكنى * وحقيقة المعنى في الفرق أن الغنى مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه وهو لا يستغنى بماله عن الخان لينزل فيه وعن الدفن فى المقبرة فلا يمكنه أن يتخذ ذلك فى كل منزل وربما لايجد ما يستأجره فلهذا يستوي فيه الغنى والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبئر فانه يستوى فيه الغنى والفقير لهذا المعنى وهذا لان الماء ليس بمال قبل الاحراز والناس يتوسعون فيه عادة ولا يخصون به الفقراء دون الاغنياء بخلاف التصدق بالمال * ثم الواقف وان أطلق

الغزاة في سبيل الله فراده التقرب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل عليه شرعا قال الله تعالى من أصناف الصدقات وفي سبيل الله * ثم يصرف الصدقة الى الفقراء من الغزاة دون الاغنياء * والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيص على الفقر والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا أن يكون فى لفظه مايدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فحينئذ ان كانوا يحصون فالفقراء والاغنياء فيه سواء وان كانوا لا يحصون فالوقف صحيح وتصرف الى فقرائهم دون أغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة الحقيقة فى جواز تصحيح الكلام باعتباره وتمام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا. قال (وان جعل أرضا له مسجدا لعامة المسلمين وبناها وأذن للناس بالصلاة فيها وأبانها من ملكه فأذن فيه المؤذن وصلى الناس جماعة صلاة واحدة أو أكثر لم يكن له أن يرجع فيه وان مات لم يكن ميراثا) لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصة لله تعالى قال الله تعالى وأن المساجد لله وقال عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتا فى الجنة ولا رجوع له فيما جعله لله تعالي خالصا كالصدقة التى أمضاها . ثم عند أبي يوسف يصير مسجداً اذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وان لم يصل فيه أحدكما فى الوقف على مذهبه ان الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولى وعند محمد لا يصير مسجداً ما لم يصل الناس فيه بالجماعة . بنى على مذهبه ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى وعن أبى حنيفة فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال اذا صلى فيه واحد يصير مسجداً وان لم يصل بالجماعة . وجه رواية الحسن أن تمام التبرع بحصول المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج ثم لا يتم مالم يحصل هذا المقصود بالتسليم اليه فهنا المقصود من المساجد إقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه الارض موضع الصلاة وانما تبنى المساجد لاقامة الصلاة فيها بالجماعة فلا تصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود . وجه الرواية الاخرى أن المقصود أن المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بالصلاة فيه منفرداً كان أو بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم فتجعل صلاة الواحد فيه كصلاة الجماعة * وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن فى المقبرة

(وروى) عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي رضى الله عنهم قالوا لاتجوز الصدقة حتى يقبض وبه نأخذ فنقول ان الصدقة لا تتم الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله تعالى وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولاخلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى فى الصدقة المنفذة وقال أهل المدينة رحمهم الله مجرد الاعلام يكفى لذلك لما جاء في الأثر عن ابن مسعود رضى الله عنه وغيره اذا أعلمت الصدقة جازت وجعلوا ذلك قياس العتق فان العتق يزيل المعتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الآخذ للصدقة هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة تقع فى كف الرحمن فيربيها كما يربى أحدكم فلوه حتى تصير مثل أحد . ولكنا نقول هذا فى ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير آخذا كفايته من الله تعالي فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ولهذا لم يكن للمعطى منة على القابض وهذا المقصود لا يحصل قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يد نفسه فيصير قابضا نفسه مع أن المعتق متلف للملك والرق فيه والاتلاف يتم بالتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التمليك من الفقير فكما ان التمليك من الفقير لا يتم إلا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى . فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده الى يد المتولى وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولى وهو قول ابن أبي ليلى . وحجته فى ذلك أن ازالة الملك بطريق التبرع فتمامه بالتسليم كما فى الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فى غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعا في ازالة يده كما فى ازالة ملكه وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء رحمهم الله وفى جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا أولى * وقال فى الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول أهل المدينة رحمهم الله وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع التحكم وقد بينا أن ذلك لا يجوز وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه ازالة ملك لا تتضمن التمليك فتتم بدون القبض

كالعتق بخلاف الصدقة المنفذة فانها تتضمن التمليك وهذا لان القبض انما يعتبر من المتملك أو من نائبه ليتأكد به ملكه ألا ترى أنه لا يعتبر قبض غيره له بغير اذنه والصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها . يوضحه أن المتولى مختار الواقف فيده تقوم مقام يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فانه ما اختاره وربما لم يعلم به أيضا فاذا كانت تتم بيد من اختاره الواقف فبيد الواقف أولى بخلاف العدل فى الرهن فان يده كيد المرتهن هناك لانه لا يصير عدلا الا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه فى يد العدل ولان حق المرتهن ثبت فى العين فتمكن فيجعل العدل نائبا عنه وهنا الموقوف عليه فى الغلة لا فى العين فلا يمكن جعل المتولى نائبا عنه فى قبض العين بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه . واستدل محمد رحمه الله فى الكتاب بحديث عمر رضي الله عنه فانه جعل وقفه فى يد ابنته حفصة رضى الله عنها وانما فعل ذلك ليتم الوقف ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه فى أوانه أو ليكون فى يدها بعد موته فأما أن يكون فعله لاتمام الوقف فلا وكان القاضي أبو عاصم رحمه الله يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لمقاربته بين الوقف والعتق من حيث انه ليس فى كل واحد منهما معنى التمليك وقول محمد رحمه الله أقرب الى موافقة الآثار . وعلى هذا الخان والرباط يتم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالتخلية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه أحد ولا يتم عند محمد رحمه الله الا بالتسليم الى المتولى أو بنزول الناس فيه . وكذلك المقبرة والسقاية عند محمد لا تتم الا بالتسليم الى قيم يقوم عليه أو بأن يدفنوا فى المقبرة رجلا واحداً أو يسقى من السقاية رجل واحد . وكذلك المسجد الا أن فى المسجد تمامه عند محمد رحمه الله بأن يصلي الناس فيه بالجماعة لان التسليم الى المتولي في المسجد لا يتحقق اذ لا تدبير فيه للمتولى فى اختيار من يصلى بالمسجد أو الاستغلال لان المسجد قد تحرز عن ذلك وكذلك لا تدبير لاحد فى سد باب المسجد لانه انكره لاهل المسجد أن يغلقوا باب المسجد فكيف بغيرهم فلهذا يوقف التمام على اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولى تدبير في ذلك فجعل التسليم الى المتولى متمما للصدقة ولان المقصود فى سائر الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولي فى ذلك بمنزلة يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى فى المسجد خالصاً ولا يحصل ذلك الا باقامة الصلاة فيه . قال (ولو وقف نصف أرض أو نصف دار مشاعا على الفقراء فذلك جائز في قول

أبي يوسف رحمه الله لان القسمة من تتمة القبض فان القبض للحيازة وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة . ثم أصل القبض عنده ليس بشرط فى الصدقة الموقوفة فكذلك ماهو من تتمة الوقف وهذا لان الوقف على مذهبه قياس العتق والشيوع لايمنع العتق فكذلك لايمنع الوقف الا أن العتق لايتجزأ عنده لما فى التجزى من تضاد الاحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد في الوقف فيحتمل التجزى ويتم مع الشيوع في القدر الذى أوقفه وأما عند محمد رحمه الله لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان على مذهبه أصل القبض شرط لتمام الوقف فكذلك ما يتم به القبض وتمام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة المنفذة فانها لاتتم في مشاع يحتمل القسمة كالهبة ويتم فى مشاع لا يحتمل القسمة لانه بالقسمة يتلاشى فلا تكون القسمة فيه حيازة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز فى مشاع لا يحتمل القسمة ولا تجوز فى مشاع يحتمل القسمة ما لم يقسم . وعلى هذا الخان والمقبرة والمسجد والسقاية يعنى فيما يحتمل القسمة لانه لا يتم من الشيوع عند محمد رحمه الله تعالى . فأما المسجد والمقبرة لاتتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان بقاء الشركة يمنع أن تكون البقعة لله تعالى خالصاً ولأنا لو جوزنا ذلك وقعت الحاجة الى المهايأة فتقبر فيه الموتى في سنة ثم تنبش في سنة أخرى ويزرع لمراعاة حق المالك ويصلى الناس في المسجد فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت آخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقى منه ملكا وفيما صار منه وقفاً فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يؤدى الى تضاد الاحكام بل يستغل وتقسم الغلة على قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك لوجعل جميع الارض أو الدار لشيء من ذلك وأخرجه من يده ثم استحق بعضه مشاعا بطل فى الكل ورجع الباقى اليه فى حياته والى وارثه بعد وفاته لان بالاستحقاق يتبين بطلان تصدقه فى القدر المستحق لانه لم يكن مملوكا له يومئذ ولا أجازه مالكه ولو جاز فى القدر المملوك لكان لزومه ابتداء فى الجزء الشائع وقد بينا أن ذلك لا يجوز فيما لايحتمل القسمة وهذا بخلاف ما اذا فعله في مرضه ثم مات ولامال له سواه فأبطله الوارث فيما زاد عن الثلث بقى الثلث صحيحاً لان حق الوارث انما يثبت بعد الموت فابطاله فى القدر الذى له ابطاله يقتصر على هذه الحالة فلايتبين به ان ابتداء الوقف فى الجزء الشائع وأصل هذا الفرق فى الهبة والصدقة المنفذة فان رجوع الوارث فى البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقى لانه شيوع طارىء

فكذلك في الصدقة الموقوفة وان استحق بعضه مميزا بعينه كان ما فعله جائزاً فيما بقى ماضياً لوجهه لان بهذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقى فان المستحق مميز مما بقى فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحقت احداهما وكذلك الحكم فى الصدقة المنفذة اذا كان المستحق مميزا يقرر الصدقة فيما بقى وكذلك الحكم فى الهبة بخلاف ما اذا استحق جزأ شائعاً ولا فرق عند استحقاق الجزء الشائع بين أن يكون المستحق كثيراً أولم يكن لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك أو كثر . قال (واذا كانت الارض بين رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة على بعض الوجوه التى وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جائزاً) لان مثله فى الصدقة المنفذة جائز اذا تصدق رجلان على واحد والمعنى فيه أن المانع من تمام الصدقة شيوع فى المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين بها والقبض للمتولى فى الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سواء ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها شائعاً على حدة صدقة موقوفة وجعل لها واليا على حدة لم يجز لانهما صدقتان متفرقتان لان كل واحد منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والياً علي حدة ومثله فى الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شئ من ذلك وهذا لان قبضه فى نصيب كل واحد منهما لاقى جزأ شائعاً فكذلك قبض كل واحد من الواليين هنا لاقى جزأ شائعاً . قال (ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين وجعلا الوالى لذلك رجلا واحدا فسلماها اليه جميعاً جاز) لان تمام الصدقة بالقبض والقبض مجتمع فقد حصل قبض الكل من واحد فى محل عين والدليل على أن المعتبر هو القبض فى الهبة والصدقة المنفذة أنه لو باشر ذلك مع رجل فى النصف ثم فى النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يجز وكذلك ان جعلاها جميعاً الى رجلين لان الواليين هنا كوال واحد حيث جعلهما كل واحد منهما واليا في صدقة بخلاف ما تقدم هناك من أن كل واحد من المتصدقين خص واحدا من الواليين بجعله والياً في صدقته فانما يلاقى قبض كل واحد منهما جزأ شائعاً ألا ترى أن فى الرهن لو أن رجلين رهنا عيناً من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قال على أن نصيب أحد الراهنين رهن عند احدهما ونصيب الآخر عند الآخر لم يجز وكذلك فى الهبة والصدقة المنفذة ولو وهبا من رجلين أو تصدقا عليهما جاز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

ولو قالا نصيب احد الواهبين لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للآخر لم يجز وكذلك فى الصدقة الموقوفة . قال (ولو تصدقا بها على واحد فوكل المتصدق عليه رجلين يقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب أحدهما خاصة فقبضا ذلك معاً جاز وان كان القابض اثنين لانهما انما قبضاها الواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعاً حكماً وان كان متفرقا صورة ﴿فان قيل﴾ ففى الصدقة الموقوفة الوليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغى أن يجوز وان تفرق الوالى لاتحاد جهة الصرف ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل كل واحد من الواليين عامل لمن جعله واليا في صدقته ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار كل واحد منهما فى صدقته قيما على حدته كان قبض كل واحد منهما فى جزء شائع ولو تصدقا به على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق عليهما رجلين كل واحد منهما يقبض ما تصدق به عليه أحد الرجلين دون الآخر فقبض الوكيلان جميعا أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل واحد منهما نائب وكيله فى القبض ولو قبض الموكلان معاً أو أحداهما قبل صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة فى جانب المتصدقين وتمامها عند قبض الآخر منهما فكذلك الوكيلان ألا ترى انه لو كان المتصدق والمتصدق عليه واحدا فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سواء وان قبضا أحد النصيبين كان لصاحبه ان يرجع فيه مالم يقبضا نصيب الآخر لان تمام الصدقة بتمام القبض ولا يتم القبض فى مشاع يحتمل القسمة فلم تتم به الصدقة وكان لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبضا نصيب الآخر قبل رجوع الأول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منهما في الكل ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك * ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا فيها رجلا واحدا فقبض نصيبهما مجتمعا أو متفرقا كانت الصدقة جائزة لانه حين قبض الكل فلا شيوع فى المحل وان كان قبض نصيب أحدهما فله أن يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لما بينا ان قبضه فى نصيبه لاقى جزأ شائعا فلا تتم به الصدقة قال (فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه) لان الصدقة فى نصيبه لم تتم حين لم يقبض الوكيل نصيب الاخر وكان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه وان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل نصيب الآخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة فى نصيبه وصار ميراثا لورثته فلو جازت الصدقة فى النصف الآخر

بالقبض بعد ذلك كان ذلك في جزء شائع وذلك غير جائز ويستوى ان كان قبضه باذن الثانى أو بغير اذن الثانى بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة في نصيب الاول موقوف على أن تتم بتمام القبض وذلك يحصل بقبضه نصيب الثانى فلهذا تمت الصدقة في الكل . قال (دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمه اليه أو الى وكيله ثم تصدق الآخر أيضا عليه بنصيبه وسلمه اليه أو الى وكيله لم يجز شيء من ذلك) لانهما صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه في كل واحد من النصيبين لاقى جزأ شائعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الآخر بنصيبه عليه أيضا وقد أذن كل واحد منهما له في القبض فقبضهما جملة جاز لما بينا أن المانع افتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكأن الصدقة منهما عليه كانت جملة بعقد واحد وكذلك لو قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده أو بيد وكيله فهو جائز لان قبضه تم حين قبض نصيب الآخر منهما وقبض وكيله له كقبضه وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر أصلا فتعين جهة البطلان في نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثانى بعد ما بطل حكم الصدقة في نصيب الاول وبطل حكم قبضه في نصيب الثانى لملاقاته جزأ شائعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر فيتوقف حكم تمام الصدقة في نصيب الاول على تمام القبض وقد تم ذلك بقبض الثانى . يوضحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثانى فانما يعتبر حكم قبضه فيما تمكن منه خاصة وهو جزء شائع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض نصيب الثانى فيجعل ما تفرق من قبضه كالمجتمع لتمكنه من قبض الكل . قال (واذا كانت الارض لرجل أو رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلماها الى رجل واحد وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده أبداً ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين وجعل الآخر نصيبه وقفا على اخوته وأهل بيته فاذا انقرضوا كانت غلته في الحج يحج بها في كل سنة أو كان المتصدق واحدا فجعل نصف الارض مشاعا على الامر الاول ونصفها على الامر الآخر فذلك جائز) لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على أى الوجوه فرقوا غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض واذا كان الوالى واحدا فهو يقبض الكل جملة فتتم الصدقة بالكل بقبضه ثم بتفرق جهات الصدقة لا تتفرق الصدقة ألا ترى ان المتصدق لو

كان واحداً وفرق الغلة سهاماً بعضها فى الحج وبعضها فى الغزو وبعضها فى أهل بيته وبعضها فى المساكين كان ذلك صدقة جائزة وكذلك اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفا وهذا كله قول محمد فأما عند أبي يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة . فالحاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع وفى قوله الأول ضيق فيها غاية التضييق كما هو قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه فقال لا تلزم فى الحياة أصلا وتوسط قول محمد رحمه الله فى ذلك ولهذا أفتى عامة المشايخ رحمهم الله فيها بقول محمد رحمه الله ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله انه لا يشترط التأبيد فيها حتي لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده وان لم يجعل آخرها للمساكين ومحمد رحمه الله يشترط التأبيد فيها فقال اذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة اذا لم يجعل آخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وذلك يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوفر على العقد موجبه والتوقيت فى هذا العقد كالتوقيت فى البيع فكان مبطلا وأبو يوسف رحمه الله يقول المقصود هو التقرب الي الله تعالى والتقرب تارة يكون فى الصرف الي جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة لتحصيل مقصود الواقف * ومن ذلك أنه لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حيا فذلك جائز عند أبي يوسف أيضا اعتباراً للابتداء بالانتهاء لانه يجوز الوقف علي جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه فى الانتهاء فكما يجوز ذلك فى الانتهاء فكذلك فى الابتداء لجواز أن يقدم نفسه على غيره فى الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فأما عند محمد رحمه الله اذا جعله وقفا على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حيا فالوقف باطل وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله لان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحا وكذلك لو شرط الغلة لامائه فهو كاشتراطه لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لامهات أولاده فذلك جائز وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل وعلى قول محمد رحمه الله هو مستحسن على مانبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى * ومن ذلك أنه اذا شرط فى الوقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو قول

أهل البصرة رحمهم الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر فى المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلا فى نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . قال (ولو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فى الوقف فعلى قول أبى يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع فى الوقف وقال هلال بن يحيي الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف ابن خالد السمتى الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك لاالى مالك فيكون بمنزلة الاعتاق واشتراط الخيار فى العتق باطل والعتق صحيح وكذلك فى المسجد اشتراط الخيار باطل واتخاذ المسجد صحيح فكذلك فى الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع اشتراط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلا للوقف بمنزلة الاكراه على الوقف * ثم تمام الوقف على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ألا ترى ان فى الصرف والسلم لا يتم القبض مع شرط الخيار وبه فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط إقامة الصلاة فيه بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فلهذا كان مسجداً ثم شرطه غير معتبر فى اتخاذ المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه فى الوقف مراعى وما يتعلق بالجائز من الشرط الفاسد فالفاسد من الشروط يبطله وأبو يوسف رحمه الله يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ ببعض الاسباب واشتراط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع فى أنه يجوز اشتراط الخيار فيه وهذا فى الحقيقة بناء على الاصل الذى ذكرنا له فانه يجوز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروى النظر فيه . قال (فان خرب ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلاة فيه فعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك الثانى ولكنه مسجد كما كان وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الثانى والى ملك وارثه وان كان ميتا) لانه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء . قال (ولو شترى حصر المسجد وحشيشاً فوقع الاستغناء عنه كان له أن يضع به ماشاء وأبو يوسف رحمه الله يقول اذا تم زوال العين عن ملكه وصار خالصاً لله تعالى فلا يعود الى ملكه بحال) كما لو أعتق عبده وهذا لان القربة التى قصدها لم تنعدم بخراب ما حولها فان

الناس فى المساجد شرعا سواء فيصلى فى هذا الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول فى الحصير والحشيش انه لايعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد آخر بالقرب من ذلك المسجد وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح * واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقربة خالصاً لله تعالى فكذلك سائر هذه المساجد فى الحقيقة انما ينبنى هذا على ماينا فان أبا يوسف رحمه الله تعالى لايشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لايخرج من أن يكون مسجداً ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك فى الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً * وحكى ان محمداً رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبى يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الي ملك الثانى يصير مزبلة عند تطاول المدة * ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعنى انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد أن كان مسجداً فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار اليه * ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ماهو من رسم الصكوك في ذلك بذكره في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك مايتصل بالوقف * فمنه انه ذكر فى المصارف وعلي ذوى الحاجة من موالى فلان بن فلان ومولياته ولم يذكر الاسفل أو الاعلى وتأويل هذا اذا كان فلان من هؤلاء العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف بهذا اللفظ لايصح مالم يبين الاعلى أوالاسفل على قياس الوصية فانه لو أوصى لمو الى فلان ولفلان موال أعتقوه وأعتقهم فانه لاتصح الوصية مالم يبين الاسفل أو الاعلى . منصوص عليه في الوصايا فى الجامع فكذلك الوقف * ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالي من غلاته كل عام مايحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤنتها وأرزاق الولاة لها ووكلائها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوائبها لان مقصود الواقف استدامة الوقف وان تكون المنفعة واصلة الي الجهات المذكورة فى كل وقت ولايحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير الشرط عندنا الا انه لايؤمن جهل بعض القضاة فربما يذهب رأى القاضى الى قسمة جميع الغلة بناء على الظاهر واذا شرط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثق فينبغى

أن يكتب على أحوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل * ومن ذلك قال وان مات القيم فيه في حياة الواقف فالامر فيه الى الموقف يقيم فيه من أحب ولا شك في جواز هذا الشرط على أصل أبي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الرأي لنفسه في الاستبدال بالوقف ففي نصب القيم أولى وكذلك عند محمد رحمه الله لانه لا يجوز شرط الاستبدال بالوقف لما فيه من شرط اعادة العين الأولى الي ملكه وذلك لا يوجد هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له في نصيبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار أنه جعل منفعتهم كمنفعته فاشتراط رأيه في نصب قيم آخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالوقف ولا يغيره قال (فان مات بعده فأوصي الى غيره فوصيه بمنزلته) لان الواقف نصبه ليكون ناظراً له محصلا لمقصوده وقد يعجز عن ذلك بموته فيكون آذنا له في الاستعانة بغيره بعد موته كما أن للوصي أن يوصي الى غيره وهذا المعنى يخفى على بعض القضاة كما خفي على بعض العلماء فلم يجوزوا للوصي أن يوصي الى غيره فيشترط ذلك في الكتاب للتحرز عن هذا. قال (وان مات ولم يوص الى أحد فالرأى فيه الى القاضي) لانه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت ومصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالرأى في نصب القيم الى القاضي. قال (ولا يجعل القيم من الاجانب ماوجد من أهل بيت الموقف وولده من يصلح لذلك) لانه لولم يذكر هذا الشرط كان للقاضي أن ينصب أجنبيا اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود واقف أن يكون ذلك في أهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوبا اليه ظاهراً أولان ولده أشفق على وقف أبيه من غيره ويذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضي عن خلاف شرطه. قال (وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه) لانه بدون الشرط لا يستحق على القاضي أن يفعل ذلك والانتهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام ألا ترى أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق في المبيع كذلك فاذا ذكر هذا في كتابه وجب على القاضي مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما اثمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان يصلح لذلك أنفع وان خاف أن يبطل بعض القضاة وقفه ونقضه فأحب الي أن يتحرز من ذلك * وفيه طريقان (أحدهما) أن يكتب في صكه. وان أبطله قاض أوغيره بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان القاضي انما يبطل عند

خصومة وارث أوغريم لاتصال المنفعة اليه وذلك ينعدم بما يذكره الموقف فلا يشتغل أحد بابطاله والوصية تحتمل التعليق بالشرط فانها فى الاصل اثبات الخلافة بعد الموت والتعليق بالشرط يليق به (والوجه الثانى ان الموقف بعد اتمام الوقف بالتسليم الى المتولى يخاصم فيه الى قاض يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضى القاضى باجازته فينفذ قضاؤه لانه قضى عن اجتهاد فى مجلسه وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما أن يكون اجازته في نسخة على حدة ويشهد الشهود على ذلك ويكتب ذلك في آخر صك الوقف. والذى جرى الرسم به لا ن أنهم يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لايحصل فاقراره لايكون حجة فى حق الذى يرى ابطاله وربما يكتبون وقد رفع هذا الى قاض من القضاة وهذا كذب انلم يكن رفع الى أحد ولا رخصة فى الكذب والمقصود لايتم به أيضاً فربما يذهب اجتهاد قاض الى أن القضاء والاجارة من المجهول لاتعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرنا. قال (ولا يجوز أن يوقف على تجهيز الرجل بالكراع والسلاح والنفقات فى سبيل الله تعالى ويبين ذلك في صك)وهذا لانه من باب القربة والطاعة فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثنى الله تعالى الى أن يقاتل آخر عصابة من أمتى الدجال فلهذا يجوز الوقف على هذه الجهة. قال (وان كان فى الضيعة مماليك وأزواجهم وأولادهم يعملون فيها فوقفها بمن فيها منهم وسماهم جاز ذلك) لان المقصود وهو الغلة بعملهم يحصل والوقف فان كان يختص بالعقار فيجوز أن يثبت فى المنقول تبعاً للعقار وعلى هذا آلات الحراثة اذا ذكرها في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً وهو كالشرب والطريق يدخل فى البيع تبعاً وان كان لايجوز البيع فيه مقصوداً ثم فى وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ذكره فى السير الكبير (والجواب) الصحيح فيه ان ماجرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف وذلك كثياب الجنازة وما يحتاج اليه من القدور والأوانى فى غسل الميت والمصاحف والكراع والسلاح للجهاد فانه روى انه اجتمع في خلافة عمر رضى الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على أفخاذها حبيس في سبيل الله تعالى وهذا الاصل معروف أن ماتعارفه الناس وليس فى عينه نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا الاستبضاع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. قال (واذا وقفها على أمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى

لكل واحدة منهن كل سنة شيئاً معلوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز) وعلى هذا أصل أبي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه فى حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه جوز ذلك استحساناً للعرف ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة وأصل الوقف اذا قال في حياتى وبعد مماتى مما يتعلق به اللزوم وكذلك ان سمى في ذلك لمدبريه لانهم يعتقون بموته كامهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد . وأبو يوسف يجوز ذلك كله وانما يشترط مالم يتزوجن لان مقصوده توفير المنفعة عليهن مادمن فى بيته مشغولات بخدمة أولاده وذلك ينعدم بالتزوج . أو مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن لعجزهن عن التكسب ويختص ذلك بماقبل التزوج فمن تزوجت منهن تستحق النفقة على زوجها فلهذا قال مالم يتزوجن . قال (فان جعل الرأى فى توزيع الغلة علي الفقراء أو القرابة فى الزيادة والنقصان الى القيم جاز ذلك) لان رأى القيم قائم مقام رأيه وكان له فى ذلك التفضيل عند الوقف رأيا فيجوز أن يشترط ذلك في القيم بعده وهذا لان المصارف تتفاوت في الحاجة باختلاف الاوقات والامكنة فمقصوده أن تكون الغلة مصروفة الى المحتاجين فى كل وقت وانما يتحقق ذلك بالزيادة والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض اذا استغنى البعض عنه فلهذا جوز له أن يجعل الرأى فى ذلك الى القيم *وان كتب لامهات أولاده وجواريه اللاتى جعلن حرائر بعد موته كتابا أنه تصدق عليهن فى حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين حدودها ومواضعها تسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر مايكفيها ماعاشت وأى امرأة منهن تزوجت أو خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل فلا حق لها فى السكنى ونصيبها مردود علي من بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة فان الغلة تدل علي المنفعة واذا صح منه هذا الشرط لهن فى الغلة فكذلك في المنفعة وهذا لان مقصوده اتصال حاجتهن اليهن لكيلا يضعن بعده وربما تكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد أعطاهن في حياته من المال مايكفيهن وانما وضع هذه المسائل في أمهات الاولاد لأن الحكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات يرجعن الى قراباتهن ولا قرابة لامهات الاولاد فى دار الاسلام فلهذا ذكر المسائل فيهن . قال

وان لم تحتج من بقي منهن كان ذلك ميراثا على فرائض الله تعالى) ولكن هذا الشرط يجوز عند أبي يوسف رحمه الله في الحياة والموت لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لايفوت موجب العقد عنده فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط للزوم الوقف في الحياة فاشتراط العود الى الورثة يعدم هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته فحينئذ يجوز ذلك بمنزلة الوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له فكذلك في حق أمهات الاولاد اذا سماهن وان كتب انه جعل لهن في حياته وأوصى لهن من بعد وفاته لكل واحد منهن بخدمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمي ما جعل لكل واحدة منهن من ذلك وبين قيمته ووزنه وأنه قد جعل لها في حياته وصحته ذلك ودفعه اليها وأوصى لها بعد وفاته فانه تجوز الوصية من الثلث ولا تجوز في الحياة عندهم جميعاً وأما عند محمد رحمه الله لايشكل وعند أبي يوسف رحمه الله لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ليست من أهل التمليك فلا يصح التمليك منهن الا باعتبار حريتهن وذلك بعد وفاته فعرفنا أنه تمليك مضاف الي مابعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق لايملك بالوقف احد شيئاً ولكن يخرج العين عن ملكه فيجعله موقوفاً عليهن لحاجتهن الى السكنى وذلك يتم منه في الحال فاذا كان صحيحاً حين أخرج الوقف من ملكه تم ذلك معتبراً من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لايعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بأن جعل آخر وقفه على جهة لاتنقطع فان كان بحيث يعود اليه والى ورثته بعد وفاته لايتم زواله عن ملكه فانما يبقى تمليكه منهن وذلك لايجوز في حياته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى تعتبر بالثلث من ماله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء : اعلم بأن الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول أظهر فان قوله أو ردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق

ذلك في العطية وقال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا واباحة الاكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة . والسنة حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها ولانه من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابو * ثم الملك لا يثبت فى الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يثبت لانه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به علي القبض كعقد البيع بل أولى لان هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فاذا كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد أولى وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فقد ذكر أقاويلهم في الكتاب ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتأثيره ان عقد التبرع ضعيف فى نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو موته في الوصية لكون الموت منافياً لملكه وتسليمه فى الهبة لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره. يوضحه أن له فى ماله ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق مالم يتبرع به عليه وهو اليد ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب علي الواهب تسليمه اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات. والصدقة كالهبة عندنا فى أنه لا يوجب الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافا لمالك رحمه الله . وفى الصدقة خلاف بين الصحابة ومن بعدهم رضى الله تعالى عنهم وكان علي وابن مسعود رضى الله عنهما يقولان اذا أعلمت الصدقة جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضى الله عنهم يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن شريح وابراهيم النخعى رحمهما الله تعالي فيه روايتان ذكرهما فى الكتاب فأخذنا بحديث ابن عباس رضى الله عنهما وحملنا قول على وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما على صدقة الرجل على ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضا له والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام يقول ابن آدم مالى مالى وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنيت أولبست فأبليت أوتصدقت فأمضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث. فقد شرط النبي عليه الصلاة والسلام

الامضاء في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا فى كتاب الوقف * ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القرابات وذلك أفضل لما فيه من صلة الرحم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاسح ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له أن يرجع فيها . وذكر بعد هذا عن عطاء ومجاهد عن عمر رضي الله عنه قال من وهب هبة لذى رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها مالم يثب منها. والمراد بقوله ذى رحم محرم قد ذكر ذلك فى بعض الروايات وهذا لانه يفترض صلة القرابة المتأبدة بالمحرمية دون القرابة المتحرزة عن المحرمية وهو كما يتلى فى القرآن فى قوله سبحانه وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الارحام أن تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم فأصمهم وأعمى أبصارهم والمراد الرحم المتأبد بالمحرمية * ثم ان الحديث دليل أن الهبة لاتتم الا بالقبض لانه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا أن الوالد اذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد اذا وهب لوالده وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أولما فى الرجوع والخصومة فيه من قطيعة الرحم والولاد فى ذلك أقوي من القرابة المتأبدة بالمحرمية . وفيه دليل على أن من وهب لاجنبي هبة فله أن يرجع فيها مالم يعوض منها لقوله عليه الصلاة والسلام ما لم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضى الله عنه إمامنا فى المسئلتين يحتج بقوله رضى الله عنه على الخصم وقد قال عليه الصلاة والسلام انما دار الحق فعمر معه وان ملكا ينطق على لسان عمر (وعن) عائشة رضى الله عنها قالت نحلنى أبو بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثنى عليه ثم قال يابنية ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم علىّ فقرا أنت وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة وانما هما اخواك واختاك قالت فقلت فانما هى أم عبدالله يعنى اسماء قال انه ألقى في نفسى أن في بطن بنت خارجة جارية . ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضى الله عنها ان ابا بكر رضى الله عنه نحلها أرضا له . وفى هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوى في ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين . وفيه دليل على أن الهبة لاتتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان أبا بكر رضي الله عنه أبطل لعدم القبض

والحيازة جميعاً بقوله وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا أى جعله في حيزه بقبضه وحاز كذا أى جعله فى حيزه بالقسمة ولو حملناه علي القبض هنا كان تكراراً وحمل اللفظ علي ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله علي التكرار وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان أبا بكر رضى الله عنه باشرها ولكن لايحصل الملك الا بعد القسمة كما لا يحصل الملك الا بعد القبض ولا نقول الهبة قبل القبض باطلة. وفيه دليل ان التسليم كالتمليك المبتدا لان أبا بكر رضي الله عنه امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشيء من ماله بطريق التبرع ولكن طيب قلبها بما قال انتدابا الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله رحم الله امرأ أعان ولده على بره بدأ كلامه بالحمد والثناء على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصاً في وصيته . ثم يستدل بقوله ان أحب الناس الي غنى أنت وأعزهم علىّ فقراً أنت أى أشدهم من تفضيل الغنى الشاكر على الفقير الصابر ولا شك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يحب لها أعلي الدرجات ولكن المذهب عندنا أن الافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكينا وأمتني مسكيناً واحشرني فى زمرة المساكين وقال صلوات الله وسلامه عليه الفقر أزين بالمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس. وكذلك أبو بكر رضى الله عنه اختار الفقر لنفسه حين أنفق جميع ماله على رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أنه انما قال ذلك تطييباً لقلبها أو أحب الغنى لها لعجزها عن الكسب أو ظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال أحب الناس الىّ غنى أنت وانى كنت نحلتك جداذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقاً من ماله فى ذلك الموضع قال وانما هو مال الورثة. وفيه دليل علي أن حق الوارث يتعلق بمال المريض مرض الموت وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام وما سوى ذلك فهو مال الوارث أو قال ذلك باعتبار أن مآله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون. وانما هما أخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطييب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يبعد عنك فأشكل على عائشة رضي الله عنها قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختا واحدة وهى أم عبد الله فقال أبو بكر رضى الله عنه أنه ألقى فى نفسى أن فى بطن بنت خارجة جارية يعنى أم حبيب امرأته وكانت حاملا . وفيه دليل أن الحمل من جملة الورثة وانه لا بأس للانسان أن يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان أبا بكر

رضي الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجماً بالغيب فان مافى الرحم لايعلم حقيقته الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام * ولهذا قيل أفرس الناس أبو بكر رضي الله عنه حيث تفرس فى حبل امرته أنها جارية فكان كما تفرس وتفرس فى عمر رضي الله عنه حين استخلفه بعده (وعن) عمر وعثمان رضي الله عنهما قالا اذا وهب الرجل لابنه الصغير هبة فأعلمها فهو جائز وبه نأخذ فان حق القبض فيما يوهب لهذا الصغير الى الاب لو كان الواهب اجنبياً فكذلك اذا كان الواهب يصير قابضاً له من نفسه فتم الهبة بالقبض ولا بد من الاعلام ليحصل المقصود به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوما له وهو معنى ما روى شريح انه سئل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه والمراد الاعلام فالاشهاد فى الهبة ليس بشرط للاتمام وانما ذكر ذلك للتوثق حتى يتمكن الولد من اثبات ملكه بالحجة بعد موته على سائر الورثة (وعن) ابراهيم قال الرجل والمرأة بمنزلة ذى الرحم المحرم اذا وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه نأخذ فان ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب ويمتنع قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج وفى الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة . والزوجية بمعنى الالفة والمودة فلا يجوز لاحدهما الاقدام على ما يضاده وهذا كان مانعا من الرجوع فيما بين القرابات (وقال) فى الرجل يهب لامرأته أو لبعض ولده وقد أدرك وهو فى عياله ان ذلك جائز اذا أعلمه وان لم يقبض ذلك الموهوب له . وبه يأخذ ابن أبي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له فى عياله فيده في قبض الهبة كيده كما فى الصغار . ولسنا نأخذ بذلك لانه لابد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كان يعولهم ألا ترى أن الغنيّ يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك الا بالاعلام ما لم يسلمه اليه (وعن) عطاء بن السائب عن شريح رحمهما الله انه سأله عن الحبيس فقال انما أقضي ولست أفتي فأعدت عليه المسئلة فقال لاحبيس عن فرائض الله تعالى . وبه يأخذ من يقول لا ينبغي للقاضى ان يفتي وهذا فصل تكلم فيه العلماء رحمهم الله . فمنهم من يقول فى العبادات لا بأس بأن يفتى وفي المعاملات لا يفتى لكيلا يقف الخصم على مذهبه فيشتغلوا بالحيل على مذهبه . ومنهم من يقول لا يفتى فى مجلس القضاء وله أن يفتى فى غير مجلس القضاء

لانه لواشتغل بها فى مجلس القضاء وكل واحد منهما أمر عظيم فربما يتمكن الخلل في أحدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين له ويدع الفتوى لغيره . والاصح عندنا انه لا بأس له أن يفتى اذا كان أهلا لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم يقضون بين الناس ويفتون . والقضاء فى الحقيقة فتوى الا أنه فتوى فيه الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتيا ألا ترى ان شريحا أفتى لما أعاد السؤال بقوله لا حبيس عن فرائض الله تعالى فهو دليل أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه فى أن الوقف لا يتعلق به اللزوم وقد روى هذا عن ابن مسعود رضى الله عنه بيناه فى الوقف (وعن) ابن عباس وشريح رضي الله عنهما قالا جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس وهكذا عن الشعبي . وفيه بيان أنه كان معروفا فيما بينهم أن الوقف لا يتعلق به اللزوم (وعن) عمر رضي الله عنه قال مابال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول ان أنامت كانت له وان مات هو رجعت الىّ وايم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثا لورثته وهكذا نقل عن عثمان رضى الله عنه . وفيه دليل أن الصدقة لا تتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة فى هذا الحديث القبض فانها قرنت بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كانت تكراراً ولو حملناها على القبض كنا قد استفدنا بكل لفظ فائدة جديدة . وفيه دليل انه اذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتأويله اذا كان الولد بالغا فهو حجة على ابن أبى ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الأب أولا يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقسمها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثا عن الاب بعد موته (وعن) على رضى الله عنه قال اذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هى ادعت انه استكرهها وان وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما فى الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لاعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته . وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه يعدم الرضا . قال (ومن وهب هبة مقسومة لذى رحم محرم وسلمها اليه فليس له أن يرجع فيها وان وهبها لاجنبي أو لذى

رحم ليس بمحرم فله أن يرجع فيها) وهما فصلان (أحدهما) اذا وهب لاجنبي شيئاً فله أن يرجع في الهبة عندنا مالم يعوض منها في الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعي ليس له أن يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وفي رواية قال لا يحل . فقد نفى الرجوع أو حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام شرعا وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وفي رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه والعود في القيء حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تمليك فمطلقه لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا مايضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار أن الولد كسبه على مانبينه أو أنه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها محرزة وهذا لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له حزونة فلا يرجع أحدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين . وحجتنا في ذلك حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب على معنى أنها كانت له كالرجل يقول أكلنا خبز فلان الخباز وان كان قد اشتراه منه ولانه مد هذا الحق الي وصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى فحيوا بأحسن منها أوردوها ما يدل على ذلك وقد بينا أن المراد بالتحية العطية قال القائل * تحيتهم بيض الولائد بينهم * يريد عطاياهم وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام من وهب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فليوقف وليعرف قبح فعله وفي رواية حسن فعله فان أبى يرد عليه والمراد حسن فعله في الهبة وقبح فعله في الرجوع (وعن) فضالة بن عبيد أن رجلين اختصما اليه فقال احدهما انى وهبت لهذا بازيا ليثيبني ولم يثبني فأنا أرجع فيه فقال فضالة لا يرجع في الهبة الا النساء والشرار من الناس اردد (وعن) أبي الدرداء رضى الله عنه قال الواهبون ثلاثة رجل وهب علي وجه الصدقة فليس له أن يرجع فيها ورجل استوهب فوهب فله أن يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب بشرط العوض فهى دين له في حياته وبعد موته والمعنى فيه أنه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً . وبيان ذلك أن المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافأة والمرجع

فى ذلك الى العرف والعادة الظاهرة أن الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والي من يساويه ليعوضه واليه أشار رسول الله صلي الله عليه وسلم فى قوله لوفد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة فالصدقة يبتغي بها وجه الله تعالى والهبة يبتغي فيها وجه الرسول صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ومنه يقال للايادى قروض وقال القائل

واذا جوزيت قرضا فاجزه * انما يجزى الفتى ليس الجمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن الخلل فى المقصود بالعقد علي معنى أن المعروف كالمشروط ولا يقال انما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة اظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض فى التجارات مشروط وفى التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضاً مقصود فانما يمكن الخلل فى بعض المقصود وذلك يكفى للفسخ مع أن اظهار الجود مقصود كريم الخلق ولهذا يقول الراجع فى الهبة لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة فأما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الي ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم كما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك والشراء لا يكون رجوعاً في الصدقة حكماً والمراد لايحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لايليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب . والمراد بالحديث الآخر التنبيه في معنى الاستقباح والاستقذار ألا ترى أنه شبه بعود الكلب فى قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول وانه يستقبح . وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين والزوجين لحصول ماهو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ولهذا يحتاج الى القضاء أو الرضا في الرجوع لانه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث ان السبب تمكن الخلل فى المقصود فلا يتم الا بقضاء او رضا والله سبحانه وتعالى أعلم (والفصل الثانى) اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه

عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن التحريم اباحة * وفي حديث نعمان بن بشير رضي الله عنه قال نحلني أبي غلاما وانا ابن سبع سنين فأبت أمي الا أن يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني أبي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه ألك ولد سواه فقال نعم فقال عليه الصلاة والسلام أو كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام هذا جور وانا لا نشهد على جور اردد فقد امره رسول الله صلي الله عليه وسلم بالرجوع فيه واقل احوال الامر أن يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده. ومعنى هذا أن الولد كسبه. قيل في معنى قوله تعالى ماأغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه الصلاة والسلام وان ولده من كسبه. وتأثيره ما بينا أنه لا يتميز عن ملكه اذا كان الموهوب له كسبا له كالموهوب به واذا كان الموهوب له جزأ منه فلا يشكل أنه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد أن يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاد فانه يثبت للأب في جارية ابنه ولا يثبت للابن في جارية أبيه . وحجتنا ماروينا من حديث عمر رضي الله عنه فهو الامام لنا في المسئلتين ولان الهبة قد تمت لذي الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لابيه أو الاخ لاخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان في الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود في حق الوالد مع ولده لانه بالرجوع يحمله على العقوق وانما أمر الوالد أن يحمل ولده على بره . ولا يقال مقصود الوالد أن يخدمه الولد ولما رجع فالظاهر انه لم ينل ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفيّ لاينبني الحكم عليه وهو موجود في الولد اذا وهب لوالده فالظاهر أنه قصد أن يخصه با كرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لمكاتبه أو لمعتقه لا يرجع فيه وهو كسبه أيضاً وهذا لان الولد كسبه لاملكه بخلاف عبده. فأما الحديث فقد قيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا تذكر بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم أي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان مؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأً أي ولا خطأً. أو المراد الا الوالد فانه ينفرد باخذه عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير رضي الله تعالى عنه قيل

قوله وانا ابن سبع سنين وقوله فحملني أبي على عاتقه لم ينقل في شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغاً ولم يسلمه اليه. وعندنا في مثله له أن يرجع ويحتمل انه كان صغيراً ولكن كان فوض ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له ان رآه صوابا. ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام اردد أي أمسك مالك وارجع الى رحلك. وقيل كان هذا منه بطريق الوصية بعد موته ألا ترى أنه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية في الوصية بعد الموت فأما في الهبة في الصحة فلا ألا ترى أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه خص عائشة بالهبة لها في صحته كما روينا والدليل عليه أن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع أبي في وصيته * وفي هذا التأويل كلام فالمذهب انه ينبغي للوالد ان يسوى بين الاولاد في العطية عند محمد رحمه الله على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين وعند أبي يوسف رحمه الله يسوى بين الذكور والاناث قال عليه الصلاة والسلام ساووا بين أولادكم حتي في القتل ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت الاناث والاعتماد على التأويل الاول * وذو الرحم الذى ليس بمحرم كالاجنبي في حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتق وحرمة النكاح وكذلك المحرم الذى ليس برحم لانه لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة فكانت الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له أن يرجع فيها ان كانت قائمة لم يزدد خيراً * والموانع من الرجوع في الهبة إما أخذ العوض لان المقصود به قد تم وفي قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وأن يزداد الموهوب في ندمه خيراً فان حق الرجوع فيما تتناوله الهبة وتلك الزيادة لم تتناولها الهبة ولا يتأتى الرجوع في الاصل بدون الزيادة المتصلة وهذا بخلاف مالو زاد في سعره لان ذلك ليس بزيادة في العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فأما العين على حاله كما كان. ومنها أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع في الملك المستفاد في الهبة على معنى أن بالرجوع ينتهى ذلك الملك فلا يمكن اثباته في ملك آخر. ومنها ان يموت الواهب فليس لوارثه أن يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه عند موته ومنها ان يموت الموهوب له فان الملك ينتقل من الموهوب الى وارثه ولو انتقل الملك في حياته الى غيره لم يرجع الواهب فيه وكذلك بعد موته. قال (فان مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لان تمام الهبة بالقبض

وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما أن موت أحدهما بعد الايجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة . قال (وان كان الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له باذن الواهب ملكه وان قبضه بغير اذنه في القياس لا يملكه وفي الاستحسان يملكه نص على ذلك في الزيادات) . وجه القياس أن العين باقية على ملك الواهب وليس لاحد أن يقبض ملك غيره بغير اذنه فكان متعديا في القبض لا متملكا ولان ايجاب العقد لا يكون اذنا في القبض كالبيع فان المشترى لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن لم يكن هذا قبضاً باذن وان كان المبيع حاضراً حتى لا يسقط حق البائع في الحبس بل أولى فان هناك قد ملكه المشترى بالعقد فانما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك بالعقد . ووجه الاستحسان أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ثم ايجاب البيع يكون اذنا في القبول فكذلك ايجاب الهبة يكون اذنا في القبض لان مقصود الموجب اتمام تبرعه وذلك يكون بالقبض فكان في القبض تحصيل مقصوده فلهذا جعلناه مسلطاً للموهوب له على ذلك اذا كان الموهوب حاضراً بخلاف البيع والقبض هناك لاسقاط حقه في الحبس ولم يكن ذلك مقصوده بالبيع وانما كان مقصوده أن يسلم العوض له فلهذا لا يجعله بايجاب البيع راضيا بسقوط حقه في الحبس ولو لم يكن الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افترقا بغير اذن الواهب لا يملكه وان قبضه باذن الواهب فقياس الاستحسان الاول أن لا يملكه أيضا لان القبض هنا بمنزلة القبول في البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك باذن الموجب كان أو بغير اذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لان العقد انعقد لوجود الايجاب والقبول والقبض محتاج الى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجبا للملك وذلك حاصل بعد الافتراق واذنه يحتاج في القبض الى اذن المالك صريحا أو دلالة فاذا كان الموهوب غائبا لم يثبت الاذن بقبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه باذنه ملكه . والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر هداياه قال من شاء ان يقتطع فليقتطع وانصرف فكان إذنا بالقبض لمجهول يملكه بالقبض فلأن يصح ذلك للمعلوم كان أولى وله أن يرجع قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان حاضرا وغائبا أذن له في قبضه أو لم يأذن له ومراده التفرد بالرجوع فان الملك لم يحصل للموهوب له فكان الراجع مستديما لملكه والمالك ينفرد باستدامة ملكه فأما بعد القبض لا يرجع في الهبة الا بقضاء أو رضا بمنزلة الأخذ بالشفعة

لان الراجع يعيد الى نفسه ملكا هو لغيره فلا ينفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع تملكه فكان الفصل بينهما الى القاضي كما في الاخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامرأته . قال(واذا أودع الرجل الرجل شيئاً ثم لقيه فوهبه له وليس الشئ بحضرتهما فالهبة جائزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض جديد) لان الشئ في يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها كانشائها بعد قبول الهبة وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيد الامانة تنوب عنه بخلاف الشراء فان المودع اذا اشترى الوديعة من المودع وهي ليست بحاضرة لايصير قابضا بنفس الشراء فان القبض بحكم الشراء قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب عن القوى . وكذلك هذا في العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستأجر قبض أمانة كقبض المودع أوأقوى منه . قال(والنحلى والعمري والعطية بمنزلة الهبة فيما ذكرنا) لان هذه عبارات عن شئ واحد وهو التمليك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه ألا ترى أن لفظ الفارسية والعربية فيه سواء والأصل فيه ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وأبطل الشرط يعني شرط العود اليه بعد موت الموهوب له أما الصدقة اذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها سواء كانت لذوا بته أولاجنبي لان المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطى فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم ذلك في الصدقة فلهذا لا يرجع فيها ويستوى في الهبة حكم الرجوع ان كان الموهوب له مسلما أوكافراً لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان قريباً له فالمقصود صلة الرحم وفي هذا المسلم والكافر سواء . قال (واذا وهب عبدا لاخيه ولاجنبي وقبضاه فله أن يرجع في نصيب الاجنبي اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان في نصيب الاجنبي مقصوده العوض ولم ينل ذلك . قال(وان وهب لاخيه هبة وهو عبد فقبضها فله أن يرجع فيها) لان الملك بالهبة وقع للمولى والعبد ليس من أهل الملك والمولى أجنبي فعرفنا ان مقصوده العوض والمكافأة ولم ينل ذلك ولانه انما يخاصم في الرجوع المولى باعتبار أن الملك واليد له فلا تمكن بينهما قطيعة رحم اذا كان المولى أجنبياً . قال(وان وهب لعبد أخيه

هبة فله أن يرجع فيها في قول أبي حنيفة) وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له أن يرجع فيها. وجه قولهما ان الملك بحكم الهبة وقع لذى الرحم المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لانه وان أضاف العقد الى العبد فالمقصود المولى وهو قريبه فعرفنا أن مقصوده صلة الرحم ألاترى أنه لوأوصى لعبد وارثه أو لعبد قاتله كان ذلك كالوصية لمولاه حتى لا يصح ولانه فى الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفي مخاصمته في الرجوع فيها قطيعة الرحم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصلة ماتمت لذى الرحم المحرم عقداً وملكا فيكون له أن يرجع فيها كما لو كان وهب لاخيه وهو عبد لغيره وهذا لان الرجوع باعتبار العقد والملك حتى اذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا رجوع والعقد هنا للعبد ألاترى أن القبول والرد يعتبر منه دون المولى وان المعتبر منه دين العبد حتى اذا كان الموهوب خمراً صحت الهبة اذا كان العبد كافراً وان كان مولاه مسلماً. والملك بحكم الهبة يقع للعبد على أحد الطريقين لان الحكم انما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه حاجة العبد حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل الى المولى عند استغناء العبد عنه لانه مالك لرقبته فيخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث. وعلى الطريق الآخر الملك يقع للمولى ولكن بطريق الخلافة عن العبد لانه ليس بأهل للملك فيخلف القاتل فى ذلك مولاه وهو نظير الطريقين فى الوكيل بالشراء * اذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو أجنبي فلا ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه اذا لم يعوض * فان قيل * فاذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه الي المولى ينبغى أن لا يثبت حق الرجوع فيه * قلنا * هذا ان لو كان الثابت له ملكا مستقراً وهو ليس من أهل ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوماً فلا يكون مانعاً من الرجوع * فان قيل * كيف يقصد بالهبة من العبد العوض وهو ليس من أهل العوض فينبغى أن لا يثبت الرجوع في الهبة من العبد أصلا لعلمنا أنه لم يقصد العوض به كما لا يرجع في الهبة من الفقير * قلنا * العبد من أهل أن يعوض بمنافعه وخدمته ومن أهل أن يعوض بكسبه عند اذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض وهذا بخلاف الوصية فالبطلان هناك لايثار بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات المقصود بالعقد فان العوض مقصود بعقد التبرع أيضا فانما ينظر الى من وقع العقد أو الملك له فأيهما كان أجنبيا ثبت حق الرجوع له لانه لم

ينفك عن قصد العوض * فان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان أخوه لابيه عبداً لاخيه لامه فقد ذكر الكرخي عن محمد رحمه الله ان فى قياس قول أبى حنيفة رضي الله عنه أن لا يرجع فيه أيضا لانه لامعتبر بقرابة العبد في المنع من الرجوع بدليل الفصل الاول فكان هذا وما لو كان العبد أجنبياً سواء وكان أبو جعفر الهندوانى رحمه الله يقول لايرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا أنه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصيصه هذا العبد من بين عبيد مولاه دليل على أنه قصد صلة الرحم دون العوض وكذلك تخصيصه عند هذا المولى دليل على انه قصد صلة رحم مولاه فسواء اعتبرنا العقد أو الملك أو اعتبرناهما فالمقصود صلة الرحم دون العوض. قال (حربى دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم فوهب احدهما لصاحبه شيئاً وسلمه فلارجوع له فيه) لان المقصود لايختلف بكون أحدهما مسلما أومستأمناً ولان الرحم مع المحرمية مانع من الرجوع في الهبة كما أنه موجب العتق عند دخوله فى ملكه ويستوى في ذلك المستأمن والذمى والمسلم فكذلك فى حق الرجوع فان لم يقبض الموهوب له حتي رجع الحربى الى دار الحرب بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب حربياً كموته فان من في دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت وموت الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة وكذلك ان كان الحربى هو الواهب فقد بطلت الهبة وبقى المال على ملكه فيوقف حتى يحضرهو أو نائبه فيأخذ ولا يبعث به الي دار الحرب بمنزلة مال خلفه فى دارنا وهذا لبقاء حكم الامان في المال الذى خلفه هنا * فان كان الحربى اذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحساناً وفي القياس لايجوز لانه لما صار بمنزلة الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه فى القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن فى القبض وهذا لانه اذن له في قبض متمم للهبة وذلك لايكون الا مع بقائه حيا حقيقة وحكماً. ووجه الاستحسان ان اذنه فى القبض باق بعد لحاقه لان ابتداء اذنه فى قبض هذا المال بعد لحاقه معتبر فانه لو أرسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلأن يبقى اذنه كان أولى واذا بقى اذنه يجعل فى الحكم كانه سلمه اليه بنفسه، وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقى أن هناك المال صار حقا لوارثه وليس له اذن معتبر فى ملك الغير وهذا المال بقى موقوفا على حقه فكان اذنه فيه معتبراً فلهذا يملك بالقبض باذنه استحساناً . قال (رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها) لانها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض ولم

ينل ذلك ﴿فان قيل﴾ بل كان مقصوده أن تزوج نفسها منه وقد فعلت فينبغي أن لا يرجع في الهبة ﴿قلنا﴾ هذا ليس بمقصود شرعي فيما شرعت الهبة له فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك فقد وجب عليه البدل فلا يعتبر ذلك في المنع من الرجوع في الهبة. قال (وان وهب لامرأته هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها) لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية بينهما عرفنا أنه لم يكن مقصوده العوض فلهذا لا يرجع فيها. قال (رجل وهب لابنه الكبير عبداً وهو في عياله ولم يسلمه اليه أو وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى) فانه يقول من في عياله تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه أن الصغير اذا كان في عيال أجنبي فوهب هو له أو غيره هبة وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى أنه يعوله ولكنا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شئ وكان هو والاجنبي في ذلك سواء ولانه متبرع بالانفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالانفاق على بعض المساكين ويعولهم فلا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة والهبة بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه وهكذا نقول فيمن يعول يتيما انما يعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا الموهوب له ولي نفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله في حقه كما اذا كان الصغير في عيال أجنبي وله أب أو جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله في اتمام الهبة له. قال (وكل شئ وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز) والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه والاشهاد له ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطاً للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد ادراك الولد أما اذا اتفقوا على ذلك فالهبة تامة بدون الاشهاد. وكذلك ان كان هذا الولد في عيال أمه لان لها عليه نوع ولاية ألا ترى انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة. والصدقة في هذا قياس الهبة لان تمام كل واحد منهما بالقبض. قال (وان كان اليتيم في عيال امه فوهبت له عبداً واشهدت عليه وأبوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حيا) لان في القبض معنى الاحراز كالحفظ وللأم ولاية حفظ مال اليتيم فكانت في قبض الهبة كالاب. قال (وكذلك ان كان اليتيم في عيال عمه فقبضه العم له وان كان له أخ أو أم فقبض العم له قبض ايضاً) لانه يستوي بالاخ في ثبوت ولاية الحفظ له في ماله فكان ذلك محض منفعة له وبسبب

قرابته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقرابة العم لقرابة الاخ ثم تأيدت قرابة العم بكون اليتيم فى عياله فتم الهبة له بقبضه * قال وكذلك ان كان له وصى فوهب له هبة وهو فى عياله وأشهد على ذلك وأعلمه جاز وقبل مراده وصى الام أو الاخ فأما وصي الاب والجد فله أن يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله أولم يكن لانه قائم مقام الوصى فى الولاية فى ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره. قال (فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس بوصى له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الوصي أحد سواه جاز له ان يقبض ما يوهب له استحسانا) وفى القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع فى تربيته والانفاق عليه فكان كسائر الاجانب فيما ينبنى على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتمحض منفعة لليتيم فمن يعوله خلف عن وليه ألا ترى انه أحق بحفظه وتربيته لو أراد اجنبي آخر ان ينتزعه من يده لم يكن له ذلك وأن يسلمه في تعليم الاعمال فيكون فى ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل. وانما أثبتنا هذه الخلافة توفيراً للمنفعة على الصغير لانه يقرب الى المنافع ويبعد عن المضار وفى قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت أن له أن يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جائز وقبضه له قبض ويستوى ان كان الصبي يعقل أو لا يعقل. وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا * ولكن الجواب ان يقول يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل. قال (وكل يتيم في حجر اخ أو ابن اخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذى يعوله اذا كان هو صغيراً لا يحسن القبض) وكذلك ان كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه ففى القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعى لانه لا معتبر بقبضه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره فلا تتحقق الضرورة ولهذا لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله فى صحة اسلامه واعتبره فى وصيته واختياره احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره. وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه

فالظاهر أنه لا يتم نظره فى عواقب الامور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المضرة والمنفعة فأما فيما يتمحض منفعته لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا أن في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه واذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره اذا كان محض منفعة يعتبر عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين * ثم العادة الظاهرة بين الناس التصدق على الصبيان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الاصول كبير ولان حقيقة القبض توجد منه وهو محبوس فانما يسقط اعتباره فى حق حكمه لحجر شرعى ولا حجر عليه فيما يتمحض منفعته له . قال (والصبية التى دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه يعولها *(فان قيل)* الولاية عليها للاب دون الزوج *(قلنا)* نعم ولكن الاب أقام الزوج مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن لهذا لا تنعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضه لقيام ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لما بينا ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الي من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق فعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير أولى بها من ابيها وان كانت لم تزف الي زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وان له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة . قال (ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان الاب حياً حاضراً) لان من هو الاصل فى هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف فى ذلك فان كان الاب غائبا غيبة منقطعة فقد خرج الصغير من أن يكون منتفعا برأى الاب فيصير هو كالمعدوم فتكون ولاية القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضانة والانفاق من المال فانه لا يعتبر مال الجد ما دام الصغير منتفعاً بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله جعل فى حكم المعدوم أصلا ألا ترى أن التيمم لما جعل خلفا عن الماء فى حكم الطهارة فحال عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فكان فى حجر الرجل وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه فى النظر

له فكان هو منتفعا برأيه قائما مقامه ولو كان منتفعاً برأيه بأن كان حاضراً لم يجز قبض الاخ فهذا مثله وهذا لما بينا ان مجرد قرابة الاخ لاتثبت له الولاية بدون اليد * واذا كان في عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولامستحقة حتى انه ليس له ان يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يد مستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذي يقبض الهبة له والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال (واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى من دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعاً أو سلم اليه جميع الدار لم يجز) يعنى لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وقال الشافعي يقع الملك وتتم الهبة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب أسعد رضى الله عنه نصيبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه أيضا فبنى المسجد (وقال) عليه الصلاة والسلام للرجل الذى أتاه بكبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنيمة لأخيط بها بردعة بعير لى أما نصيبي منها فهولك فقد وهب المشاع (وعن) أنس بن مالك رضى الله عنه انه جوز الهبة فى المشاع ولانه عقد تمليك للمال فيصح فى المشاع كالبيع وتأثيره أن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط فى المحل المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف على ظهر الغنم فانه مملوك وصفا وتبعا لا مقصوداً وموجب الهبة الملك مقصوداً ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه بخلاف الجزء الشائع ولان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لايمنع تمام الهبة وما يؤثر فيه الشيوع فيما يحتمل القسمة وما لايحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندى ولان الهبه عقد تبرع فتكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع صحة الوصية وهى تبرع بعد الموت فكذلك التبرع فى الحياة ولا يمنع القرض أيضاً فانه لو دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفها قرضاً عليه ويعمل فى النصف الآخر بشركته يجوز ذلك وبفصل القرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك فى القرض ثم لاتشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوع يتم انه ينتقل الضمان الي

المشترى بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف . واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم فقد روينا فى أول الكتاب شرط القسمة عن أبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وعن على رضى الله عنه من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعي وجوده على اكمل الجهات التى تمكن كشرط استقبال القبلة فى الصلاة لما كان منصوصاً عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه دون وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال . ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء فى حيز القابض والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تتمة القبض ألا ترى ان الشفيع لا ينقض قسمة المشترى كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشترى فان للمشترى ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالقبض بالشراء فعرفنا أن القسمة من تتمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأتى فيه القسمة فأما فيما لا يقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع وبالقسمة يتلاشى فعرفنا أن القسمة فيه ليست من تتمة القبض ولان اشتراط أصل القبض فى وقوع الملك هنا لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو أن لا يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في عين ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالتسليم اليه فكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة ﴿ فان قيل ﴾ يستوجب به المهايأة ﴿ قلنا ﴾ المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا فى عين ما تبرع به * ولا يرد على هذا ما لو أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة ألا ترى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان

المقاسمة ولان اصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فذلك ما يتممه وبه فارق الوصية فأصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتممه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على المالك يستحق ضمان المقاسمة ايضاً والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى كان المستقرض مضموناً بالمثل فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس بمنصوص ليراعى وجوده على أكمل الجهات * ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له سببان وحديث الكبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة في النهى عن الغلول اى لا أملك الا نصيبي فكيف أطيب لك هذه الكبة من الغنيمة ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة من الشعر اذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به وحديث المسجد فذكر الواقدى ان أبا بكر رضى الله عنه هو الذى اشترى موضع المسجد باثنى عشر ديناراً ولئن تثبت الهبة فيحتمل أن أسعد رضى الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة. وعندنا هذا يجوز فان المؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل جاز . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعا فيما يحتمل القسمة لا يجوز عندنا ايضاً) وقال ابن أبى ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح فهذا يقتضي أن الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق فان المرأة تندب الى أن تترك الكل للزوج والزوج يندب الى أن يسلم الكل اليها وذلك من كل واحد منهما هبة فى المشاع (وعن) أبى السباع مولى عطاء قال أقرضت ابن عمر رضى الله عنهما خمسمائة درهم فقضاني في كيس فوجدته يزيد على حقي ثمانين فقلت فى نفسى لعله جربنى بهذا فأتيته واخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة للمشاع فى تلك الزيادة من الشريك ولان المانع استحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز فى الهبة من الشريك. وحجتنا فى ذلك ما بينا أن اشتراط القسمة فى الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض وفى ذلك يستوى الهبة من الشريك ومن الاجنبي فكذلك في القسمة وهذا لان القبض في الهبة لا يتم فى الجزء الشائع فقبض الشريك لا يتم اعتبار مالاقاه في الهبة وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا

له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثانيا فيما تناوله العقد دون غيره فأما الاستدلال بالآية قلنا العفو حقيقته اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في أن يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس في الآية ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله عنهما فمن وجد ما يستوفى أكثر من حقه يميز له الفضل ويأتي به ليرده فيحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر رضى الله عنهما وعندنا هذا يجوز. قال (ولو وهب داراً لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز) لان العقد والتسليم لاقى مقسوماً فانه حصل في الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار تفرق المالك والملك هنا حكم الهبة وحكم الشئ يعقبه فالشيوع الذى ينبنى على ملك يقع للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ في الهبة كما لو رجع الواهب بالنصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما ولان تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتي لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى وكذلك الاجارة عند أبي حنيفة رضى الله عنه لا تصح مع الشيوع * ثم اذا أجر داره من رجلين يجوز فكذلك الهبة وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزأ شائعا وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه أن المانع تمكن الشيوع في الملك المستفاد بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة * ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب أحدهما نصيبه من زيد والآخر نصيبه من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة فثبت أن المانع هذا وهو موجود في الهبة من رجلين. والدليل علي أن المعتبر جانب المتملك دون المملك حكم الشفعة فان رجلين لو اشتريا داراً من واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين بالشفعة لتفرق الملك

فى جانب المتملك فظهر بهذا أن المعتبر جانب المتملك لا جانب المملك . ولا اعتماد عن انتفاء ضمان المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على أن يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لايجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن لان المانع هناك تمكن الشيوع فى المحل فان موجب الرهن الحبس والحبس فى الجزء الشائع لا يتأتى وفى الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما فى الكل حتى لو قضى دين أحدهما لا يكون له ان يسترد شيئاً من الرهن مالم يقبض دين الآخر وهذا لانه لا مضايقة فى الحبس فكما لا يجوز أن يكون الشخص الواحد كله محبوسا بدين زيد وكله محبوسا بدين عمرو فكذلك العين الواحدة وهنا موجب العقد الملك ولا يتأتى اثباته بكماله لكل واحد منهما فعرفنا ان كل واحد منهما يتملك جزأ شائعا وهذا بخلاف الاجارة فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التى تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من الرجلين أو المانع استحقاق عود المستأجر الى يد المؤجر فى مدة الاجارة بحكم المهايأة وذلك لا يوجد وفى الاجارة من الرجلين ولهذا جازت اجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة ثم قال فى الاصل وكذلك فى الصدقة وهذا يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه كالهبة . وفي الجامع الصغير قال لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة من الفقير صدقة والصدقة على الغنى تكون هبة . والاظهر أن فى المسئلة روايتين . وجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض كالهبة وقبض كل واحد منهما يلاقى جزأ شائعا فلا يتم به الصدقة كما لا تتم به الهبة وجه الرواية الاخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصا ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما يملكه الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى بعد ماتمت الصدقة من جهته واذا تصدق على رجلين فلا شيوع فى الصدقة لانه جعل جميع العين لله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف الهبة ألا ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى اذا أوصى بثلث ماله صدقة على الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصي به لقوم لا يحصون من الاغنياء . وكذلك اذا أوصى بعين للفقراء أو لفلان ونصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء . قال (وان وهب رجل دارا لرجلين لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وقبضاها لم يجز فى قول أبى

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا على أصل أبي حنيفة لا يشكل فانه عند الاطلاق لايجوزهذا الاطلاق فعند التفصيل أولى وانما الخلاف بينهما لو قال على أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن سماعة فى نوادره فأبو يوسف رحمه الله يقول حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر لفائدته لالعينه فاذا لم يكن مفيداً لا يعتبر واذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر بتفرق العقدفكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد فى جزء شائع على حدة وقاس الرهن فانه لو رهن من رجلين مطلقاً يجوز واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يتفرق العقد الا ان هناك يستوى ان فصل أو سوى في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال فى الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد رحمه الله يقول العقد والتسليم من الواهب جملة وان فصل وفصل يجوز اذا اطلق أو سوى فى التفصيل . وهذا لوجهين (احدهما) أن الاطلاق فى الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لرجلين عيناً لا تحتمل القسمة فقبل أحدهما دون الاخر لا يجوز كما لو فرق العقد (والثانى) أن العقد متى كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل لا يتفرق فى عقود التمليكات كما في البيع فان رجلا لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشترى العقد فى احدهما لايجوز ولو قبل فيهما ثم نقد الثمن فى احدهما لا يكون له أن يقبض مانقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل واحد منهما ثمنه . فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد فالشيوع باعتباره لا يفرق العقد وانما يكون طارئا بعد ملك الموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن فالمانع تمكن الشيوع فى المحل فيما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند التفصيل وان كانت الصفقة واحدة ألا ترى أنه لو وهبه عينا بدينين نصفه بأحد الدينين ونصفه بالدين الآخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا يمنع صحته لتمكن الشيوع فيما هو موجب العقد وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من الدار من أجنبي لم يجز) لان الايجاب والتسليم لاقى جزأ شائعاً وانما

أورد هذا الاشكال وهو ان ضمان المقاسمة هنالك لا يستحق على المتبرع انما يستحق على الشريك ولكن قد بينا أن هذا المعنى لا يتمشى فى جميع الفصول كالهبة من الشريك ويجوز ذلك وان الحرف الذى يتمشي ان القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة . قال (وان وهب رجل لرجلين الف درهم لاحدهما ستمائة وللآخر اربعمائة فذلك لا يجوز عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا وما تقدم من هبة الدار اذا فصل ونصل سواء . قال (رجل وهب لرجل ديناراً له على رجل وامرأة يقبضه جاز ذلك استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث فى يمينه والهبة عقد مشروع لتمليك المال فاذا اضيف الى ما ليس بمال لا يصح باعتبار مآله كما لو وهب مسلم خمراً من مسلم لا يصح باعتبار مآله وهو التحلل والدليل عليه أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتمليك المال فالهبة مثله أو أولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما فى ذمة الغير لا يتصور ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف اليه العقد الى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين . ووجه الاستحسان انه أنابه فى القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز وكذلك اذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان فى باب الهبة المعتبر وقت القبض فان الملك عنده يثبت . دليل ما بينا من فصل الشيوع وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل فى الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض فى الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع ان الدين فى الذمة يقبل التمليك بالعقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز ولو وهبه منه جاز فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكماً ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض والشرط في عقد التمليك أن يضاف الي محل قابل له وقد وجد ثم لزومه قبل القبض وعند القبض بحكم الهبة هو عين فيتم العقد . قال (رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز) لانه ليس في يده فاليد بعقد الرهن مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضاً لولده ما ليس فى يده ولانه يبطل به حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب عبده غاصب فوهبه

لابنه لانه ليس فى يد المغصوب منه حقيقة ولا حكماً فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن بتفويت يد المغصوب منه بخلاف الوديعة اذا وهبها من أبيه لان يد المودع فى الحكم كيد المودع فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التى هى قائمة مقام يده ﴿فان قيل﴾ فقد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده ﴿ قلنا ﴾ فى الحقيقة اليد للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضاً لنفسه ثم انما قامت يده مقام يد المودع ما دام هو فى الحفظ عاملا للمودع وذلك قبل التمليك بالهبة فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه * ولو باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه بتصرفاته فانما وهب ما لا يملك ولان اليد لغيره حقيقة وحكماً حين كان فى ضمان الغير . قال (ولا يجوز هبة المكاتب كما لا يجوز عتقه) لانه تبرع محض ولو اجازه المولى فكذلك لان اجازة المولى إنما يعمل فيما يملك المولى أنشاءه وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب . قال(رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف أوما في ضروع غنمه من اللبن لم يجز ذلك) لان الصوف واللبن ما دام متصلا بالحيوان فهو ليس بمال مقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التمليك مقصوداً لا يتم فيما ليس بمال مقصود فان أمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أجيزه وهذا لوجهين (احداهما) أن الصوف على ظهر الغنم واللبن فى الضرع محل للتمليك بدليل جواز الوصية به وجواز الصلح عليه عند أبى يوسف رحمه الله فى الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا كان قبضه بعد الجزاز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم فيه الهبة كما بينا فى الدين (والثانى) أن امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل فيكون ذلك بمنزلة الشائع وقد بينا أنه لو هب شيئا مشاعا ثم قسم وسلم مقسوما تمت الهبة فهذا مثله وكذلك ثمر الشجرة والزرع اذا حصده فهو على القياس والاستحسان الذى ذكرنا . قال (ولا يجوز هبة العبد المأذون)لانه منفك الحجر عنه فى التجارات دون التبرعات فان اجازه مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فينفذ باجازته ايضا وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازه المولى والغرماء لان حق الغرماء فى دينهم لا يسقط باجازة الهبة فلا معتبر باجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا تعمل اجازته ايضاً . قال(ولو وهب له ما يثمر النخيل العام لم يجز)لانه معدوم فى الحال والمعدوم ليس بشىء

بنفوذ العتق وفي الهبة لو استثنى مافي البطن قصدا لم تبطل الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما وذكر في كتاب العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز . وقيل في الفصلين روايتان . في احدى الروايتين لا يجوز فيهما لان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فهو كما لو وهب داراً فيها متاع الواهب . وفي الرواية الاخرى يجوز فيهما لانه لو استثنى الولد قصداً لم تبطل به الهبة في الام فكذلك اذا صار مستثنى حكماً والأصح هو الفرق بينهما فان التدبير لا يزيل ملك المدبر . والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فكان ذلك في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فأما العتق فانه يزيل ملك المعتق فاذا وهب الأم بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب أرضاً فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فكذلك هنا . قال (ولا يجوز للأب ان يهب من مال ابنه الصغير شيئاً) لانه صار نائباً عن الصغير في التصرف في ماله لتوفير المنفعة عليه وذلك بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب كما لو طلق امرأته . قال (عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين في رقبته يباع فيه الا أن يؤدى عند مولاه الذي في يده) ومعنى قوله لم يجز ان الهبة لا تتم وللغرماء أن يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء سابق على حقه في ماليته وفي اتمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في أصل التمليك إبطال حقهم فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا عن الغرماء على الوجه الذي كان في ملك الواهب لانه اقامه مقام نفسه في ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه ولهذا لو قضي الموهوب له دينه كان سالما له لان تمكن الغرماء من إبطال ملكه لقيام دينهم وقد وصل الى الغريم حقه قال (فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فللغرماء أن يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب) لانه هو الذي اتلف حقهم بالتمليك من الموهوب له والتسليم فيصير ضامناً قيمته لهم كما لو اعتقه . قال (ولو وهب له ما في بطن أمته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز) وقد بينا الفرق بين هذا وبين هبة الدين والصوف على ظهر الغنم * وفي الكتاب قال من قبل انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الانفصال لا يكون ولدا ألا ترى انه لو وهب له دهن سمسم قبل أن يعتصر وسلطه على قبضه اذا عصر أو وهب الزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة قبل الطحن والسمن في اللبن قبل ان يتمخض فهذا كله باطل لانه هبة

واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو ﴿ فان قيل ﴾ لا كذلك فالوصية بما يثمر نخيله العام صحيح ﴿ قلنا ﴾ الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من ثمراته ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض وهنا انعقد عقد التمليك فلا بد من اضافته الى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف واللبن فانه موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمتنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند التسليم وذلك لا يوجد فى الهبة * ثم الجزاز والحلب والقبض فى اللبن فى وسعه فيمكن أن يجعل فيه نائباً عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فأما الايجاب فى الثمار ليس اليه . قال (وكذلك لو وهب له ما فى بطن جاريته وهى حبلى أو ما فى بطن غنمه فهو باطل) من اصحابنا رحمهم الله من يقول ان أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي ان يجوز استحسانا كما فى الصوف واللبن والاصح أنه لا يجوز لان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل فى ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن . ومعنى هذا الفرق ان فيما ليس فى وسعه لو جاز العقد باعتباره كان تعليقا للهبة بالخطر وذلك غير جائز وما فى وسعه يكون تأخيرا للملك الى قبضه لا تعليقا للهبة بالخطر وذلك جائز . قال (ولو اعتق ما فى بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها اليه جازت الهبة في الام فان باعها لم يجز بيعه) لانه لو باع جاريته واستثنى ما في بطنها لم يجز البيع ولو وهبها واستثنى ما فى بطنها جازت الهبة فى الأم والولد والاستثناء باطل * أما مسئلة استثناء ما فى البطن تنقسم الى ثلاثة أقسام (قسم منها) لا يجوز أصل التصرف وهو البيع والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الأم دخول الولد فيه واستثناء موجب العقد فى هذه العقود مبطل للعقد لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط الفاسد يبطله (وقسم منها) يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل فيه ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز العمرى وأبطل الرقبي (وقسم) يجوز التصرف والاستثناء جميعا وهو الوصية لان فى حكم الوصية ما فى البطن كانه شخص على حدة حتى يجوز افراده بالوصية فيجوز استثناؤه أيضا لانه غير مبنى على السراية بخلاف العتق * فاذا عرفنا هذا فنقول فى البيع لو استثنى ما في البطن قصدا لم يجز البيع فكذلك اذا صار مستثنى حكما

المعدوم فان الدهن حادث بالعصير والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لانه قبل الطحن فى الحنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد مثنى في وقت واحد مستحيل فعرفنا أنه أضاف العقد الى المعدوم وكان لغواً . بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز فى الوصية لانه خلافه وليس بايجاب للملك * ثم قال فى بعض النسخ وكذلك اللبن فى ضرع الشاة والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قيل هذا فى الصوف واللبن اذا أذن له فى الحلب والجز وقبض ذلك جاز استحسانا وبما بينا يظهر الفرق بينهما . قال (واذا وهب الرجل للرجل نصف عبد أو ثلثه وسلمه جاز) لانه مما لا يقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة صحيحة فاذا وهب جزأ مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع فيما لا يحتمل القسمة فلو لم يجز ذلك ضاق الامر على الناس لابطال هذا النوع من التصرف عليهم فيما لا يحتمل القسمة أصلا بخلاف ما يحتمل القسمة فانه يتأخر فيه التصرف الى القسمة ولا يبطل أصلا فلا يتحقق فيه الضرورة . قال (وان وهب عبده لرجلين أو وهب رجلان لرجل أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلمه فهو جائز كله) لان الموهوب معلوم ولا أثر فى الشيوع فى المنع من الهبة في هذا المحل * وان قال أحد الشريكين لرجل قد وهبت لك نصيبي من هذا العبد فاقبضه ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة الموهوب وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينه وبين الشريك الآخر ولان المجهول لا يجوز تمليكه بشيء من العقود قصداً قال (ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين أو نصف ثوبين مختلفين أو نصف عشرة أثواب مختلفة نمطى ومروى وهروى ونحو ذلك جاز) لان مثل هذه الثياب لا تقسم قسمة واحدة فكان واهباً لنصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب ليس بمحتمل للقسمة في نفسه وكذلك الدواب المختلفة على هذا فان كان ذلك من نوع واحد لم تجز هبته الا مقسوماً لان الثياب اذا كانت من نوع واحد تقسم قسمة واحدة والدواب كذلك فانما وهب النصف مشاعا فيما يحتمل القسمة وذلك لا يجوز . قال (وان وهب نصيباً له فى حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه فهو جائز) لانه غير محتمل للقسمة فانه اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذي ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا يحتمل القسمة . قال (ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الآخر لرجل لم يجز شيء من ذلك) لان كل واحد من العقدين لو تم انما يتم فى مشاع يحتمل القسمة وان لم

يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثانى للثانى ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة مالو وهب الدار لهما جملة (وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها ودفع النصف اليه جاز) لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العوض فى الهبة

قال (واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل ان العوض في الهبة نوعان متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل أن المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط فى العوض ما يشترط فى ابتداء الهبة فلا يحصل الملك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار فى هذا التمليك كالواهب وبعد وصول العوض الى الواهب لارجوع له فى الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم مالم يثب منها وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبله ولان حق الرجوع له فى الهبة كان لخلل فى مقصوده وقد انعدم ذلك لوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيباً فيزول العيب قبل ان يرده ولا يرجع المعوض في عوضه أيضاً لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب فى الرجوع وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى فى التعويض وبقاء جزء الشيء بقاء أصله فاذا كان الموهوب سالماً له فينبغى أن يكون الجزء سالماً لصاحبه أيضاً . قال (وان وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع فى حصة الآخر) لانه لم يصل اليه العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع فى النصف شائعاً صحيح بخلاف ابتداء الهبة لان الراجع ليس يتملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك لايمنع وبالرجوع في النصف لاتبطل الهبة فيما بقى لانه شيوع طرأ بعد تمام الهبة فلا يكون مؤثراً فيه فان مايتم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لايمنع بقاء الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع فى شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الاجنبي صحيح وان كان بغير أمر الموهوب له لانه تصرف فى المعوض فى ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع ومثل هذا التصرف يصح من الاجنبي كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال

نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع فى شيء من العوض لان مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع فى الكل ولا يرجع على صاحبه أيضاً بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي عن الهبة شيئاً أما اذا كان بغير أمره فلا يشكل وان كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقا على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولانه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف الدين فانه اذا كان أمر انسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لان الدين كان معلوماً فى ذمته وهو كان مطالباً به فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن يملكه ما في ذمته بعوض ولو أمره أن يملكه عينا بعوض رجع عليه بما أدّى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب فى ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لانه ما كان يستحق عليه العوض انما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكنا من اسقاط حقه بدون التعويض بان يتصرف فيه فلهذا لا يرجع عليه المعوض بأمره اذا لم يضمن له ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالامر بدون الشرط نحو ما اذا قال كفر يمينى من طعامك أو أد زكاة مالى بمالك فهذا أولى . قال (اذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض) لان الشرط فى التعويض أن يضيف الى الموهوب ليندفع به الغرر عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه واتماماً لمقصوده وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ فانما ينبنى الحكم على ماهو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فان استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع فى عوضه لانه انما عوضه ليتم سلامة الموهوب له باسقاط حق الواهب فى الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن من الرجوع فى العوض أو لان المعوض كالواهب فاذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شيء فكان له أن يرجع بالهبة وان كان المعوض هالكا ضمنه قيمته وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله أنه لا يضمنه شيئاً لان المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولانه تبين أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين لحق الواهب ابتداء . وجه ظاهر الرواية أن المعوض انما رضي بالتعويض ليتم له به سلامة الهبة فاذا استحق فقد

تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة ولان الواهب عاد له في هبة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع الغرر عن نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لا يكون الا مضافاً الى الهبة والتمليك مضافا الى بدل مستحق يكون فاسداً فتبين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضموناً بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته اذا كانت قائمة بعينها لم تزدد خيراً لان التعويض بطل بالاستحقاق من الاصل فظهر الحكم الذى كان قبل التعويض . قال (وان استحق نصف الهبة كان للمعوض أن يرجع في نصف العوض اعتباراً للجزء بالكل وان استحق نصف العوض فليس للواهب أن يرجع في شيء من الهبة الا ان يشاء أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة فيكون له ذلك) وقال زفر اذا استحق نصف العوض فله أن يرجع في نصف الهبة اعتباراً للجزء بالكل واعتباراً للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع في نصف العوض فكذلك اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر في حكم سلامته لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله . وجه قولنا ان المستحق يخرج من أن يكون عوضاً فيصير كأن لم يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع في شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا لان ما بقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل وانما يتمكن الخلل في رضاء الواهب فكان تأثيره في اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقي ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء أمسك ما بقي ولم يرجع بشيء ﴿فان قيل﴾ في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة فأما في الاستحقاق فهو قد يجعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على أن النصف عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع ﴿قلنا﴾ هذا مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له ﴿ثم الفرق بين استحقاق نصف العوض ونصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المعوض ملك العوض الا جزأ فيعتبر حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب

فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض فى اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به * والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع فى الهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شئ من الهبة الا أن يرد ما بقى . قال (وسواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها) لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض فى قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضى الواهب به . قال (فان كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضاً وكان للواهب أن يرجع في الهبة وكذلك ان كانت الهبة داراً والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضاً لان ملك الموهوب له قد تم فى الموهوب بالقبض والتحق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح سائر أمواله عوضاً عن الهبة قل ذلك أو كثر فكذلك هذا . وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا نعلم يقيناً انه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان ـ ما له وسقوط حقه فى الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه انما يجوز أن يجعل عوضا بالتراضى فى الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضا شرطا فى الابتداء فكذلك لا يستقيم أن يجعل عوضا فى الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له . قال (ولو ان نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمراً أو خنزيراً لم يكن ذلك عوضا) لما بينا أن هذا لا يصلح عوضا شرطا فى الابتداء ولان المعوض مملك ابتداء وتمليك المسلم الخمر أو الخنزير من النصرانى بالعقد باطل واذا بطل التعويض كان للنصرانى ان يرجع فى هبته . قال (عبد مأذون له فى التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان يرجع فى الذى له) لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة الباطلة لا تنقلب صحيحة وانما تأثير العوض في اسقاط حق الرجوع فى هبة صحيحة واذا رجع العبد في الهبة لبطلانها فللمعوض أن يرجع في العوض لانه عوضه ليسلم له الهبة ولم يسلم . قال (وكذلك والد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئاً لرجل فعوضه الموهوب له) لان هذا تعويض عن هبة باطلة . قال (فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز

العوض) لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا أن المعوض كالواهب ابتداء واذا لم يسلم العوض للواهب فله أن يرجع في هبته كما قبل التعويض . قال (واذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله او أعمره فقال هذا عوض من هبتك فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي لفظ ملكه العوض أو أعلمه انه عوض من هبته فهو عوض قال (رجل وهب لرجل عبداً على أن يعوضه عوضا يوماً أو اتفقا على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله ذلك فان تقابضا جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا فان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله ابتداء وانتهاء بيع وفى أحد أقاويل الشافعى رضى الله عنه هو فاسد لان هذا شرط يخالف مقتضى العقد فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشتراط العوض فيه يخالف مقتضاه وزفر رحمه الله تعالى يقول هذا تمليك مال بمال شرطاً وكان بيعا فاسدا ابتداء كما لو عقد بلفظ البيع أو التمليك وهذا لان فى العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم . ألا ترى أنه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلما وان لم يذكر لفظ السلم وانه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحاً . ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا . ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً . ولو وهب الدين ممن عليه كان ابراء فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود . والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك منفعة هذه الدار شهراً بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه . وكذلك لو قال أعرتك والاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فاذا شرط فيه البدل كان اجارة فكذلك الهبة تمليك الموهوب بغير عوض فاذا شرط العوض يكون بيعا والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهاً وكذلك المكره على البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكونا فى الحكم سواء لم يكن المكره على احدهما مكرها على الآخر . وحجتنا في ذلك أن هذا تمليك المال بلفظ يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه وانتهاؤه معتبراً بمعناه كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك فى الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه معتبر بمعناه حتي يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعانى فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب

اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفى معنى الهبة فبشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فان هناك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجه وبمنزلة المملوك من وجه اعتبر الشبهان * فأما لفظ الاعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنا في تدبر جواب هذه المسئلة فوجدت رواية عن أبى حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول هناك يتعذر اعتبار الجانبين لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء فجعلناه معاوضة ابتداء بخلاف العين على ماقررناه. وأما مسئلة الاكراه قلنا المكره مضار متعنت ومعنى الاضرار فى حكم السبب لا فى نفسه فلهذا استوفي فى حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الاكراه على الهبة اكراها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض سواء * اذا ثبت هذا الاصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فان لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه مالم يقبضه ولا يجوز فى مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد مافى يده بعيب ان وجد فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق مافى يد احدهما يرجع على صاحبه بما فى يده ان كان قائماً وبقيمته ان كان هالكا لانه مارضي بسقوط حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم رجع بمتاعه ان كان قائماً وبمثليته ان كان هالكا. وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت احدهما وهو معنى ماذكرنا من حديث أبى الدرداء رضى الله عنه فهو دين عليه فى حياته وبعد موته . قال (رجل وهب لرجل ثوباً لغيره وسلمه اليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لان الاجازة فى الانتهاء بمنزلة الاذن فى الابتداء من حيث انه يتم رضا المالك بها. ثم العاقد في الهبة يكون معبراً لا يتعلق به حقوق العقد والمجيز يكون كالمباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيما لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه * وان عوض الرجل الذى وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وانما

المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض مالم ينل العوض كان له أن يرجع فيه. قال(رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضا لانها هبة واحـدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لايكون عوضاً ومعوضاً وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب فى الهبة . قال(وان كانا فى عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه احداهما على الأخرى فهذا عوض نأخذ فيه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه لايكون عوضا لانا نعلم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكا له فالعـقد الواحد والعـقدان فى هذا المعنى سواء وجه ظاهر الرواية أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احـدهما عوضا عن الآخر شرطاً عنـد اختلاف العقد فكذلك مقصوداً وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئاً ثم يحتاج اليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئاً آخر على أن يعوضه الاول فيحصل منـه مقصوده ويندفع عنـه مذمة الرجوع فى الهبـة .أرأيت لو كان الاول منهما صدقة والآخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضا* وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالي لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم الـكل لم يجز فى قول زفر لان اختـلاف السبب كتفرق العقـد والتسليم فـكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف رحمه الله التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب الـكل وهـذا لان الفرق بين الصدقة والهبة فى مقصود العوض فنى الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما فى اخراج العين عن ملـكه وتمليك القابض بطريق التبرع لافرق بينهما . قال (وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزاً) لان الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكا للغاصب فـكان تعويضه دقيق هـذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولان حقه فى الرجوع قـد انقطع بالطحن فتعويضه اياه لايكون رجوعاً فأما قبـل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذا رجع فيـه الواهب فيقع فعله على الوجـه المستحق وعلي هـذا لو وهب له ثيابا فصبغ منها ثوبا بعصفر أو خاطه قيصا ثم عوضه أو كان وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه لان حقه فى الرجوع قـد انقطع بهـذا الصنع والتحق هـذا بسائر أموال الموهوب له فـكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضاً

فكذلك هذا المال . قال (واذا وهب للواهب شيئاً ولم يقل هذا عوض من هبتك فللواهب أن يرجع فى هبته) لانه لما لم يضف تمليكه الى هبته كان فعله هبة مبتدأة لاتعويضا فلكل واحد منهما أن يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدونه لايحصل المقصود *وان قال قد كافيتك هذا من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضا) لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والغرور يندفع . قال (وان عوض من نصف الهبة شيئاً كان له أن يرجع فيما بقى اعتباراً للبعض بالكل) وهذا لان التعويض مما يحتمل التجزى فى الموهوب فاذا أضاف العوض الي بعض الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لايحتمل التجزى فى المحل ويجوز أن يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب منه النصف وتصدق عليه بالنصف فلأن يجوز ذلك بقاء أولى . قال (وليس للواهب أن يرجع فى هبته عند غير قاض الا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع فى الهبة مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله منهم من رأى ومنهم من أبى وفى أصله وهى فيكون الفصل بينهما فى القضاء والرضا لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار قضاء القاضي بينهما . قال (ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له أو أعتقه قبل ان يقضى به القاضى للواهب أجاز ماصنع الموهوب له فيه من ذلك) لان ملكه قائم مالم يقض القاضى عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعتق اذا صدر من أهله فى محله ينفذ ولا يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضى عليه بالرد قبل أن يرده لان بقضاء القاضى عاد العبد الى ملك الواهب وتصرف ذى اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا أن يجيز المالك . قال (وان مات فى يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي له لم يكن للواهب ان يضمنه قيمته) لان أصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشئ معتبر بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم يوجد بعد القضاء فى الموهوب سبب موجب للضمان عليه والضمان لايجب بدون السبب الا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يتقرر بسبب الضمان وهو قصر يد المالك عن ملكه بازالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان . قال (فان كانت الهبة هالكة او مستهلكة أوخارجة من ملك الموهوب له الى ولده الصغير أو

الى أجنبي بهبة أ وغيرها أوزادت عنده خيرا فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السعر وبين الزيادة فى البدن والنقصان فى حكم الرجوع قال(وان كانت الهبة دارا أوأرضاً فبنى فى طائفة منها أوغرس شجرا أوكانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيرا أوكان غلاماً فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من ذلك) وقال ابن أبى ليلى له أن يرجع في جميع ذلك لان حق الرجوع كان ثابتا في الاصل فيثبت فى البيع فان ثبوت الحكم فى البيع بثبوته في الاصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الاصل بسبب المنع ولكنا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعا كان أو أصلا وهنا الحق في الاصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوى فاذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوى الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعا بالقوى والبناء فى بعض الارض كالبناء فى جميعها لان البناء فى جانب من الارض يعد زيادة في جميع الارض ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا اذا كان مابنى بحيث يعد زيادة فان كان لا يعد زيادة كالآريّ أويعد نقصانا كالتنور فى الكاشانة فانه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة فى عينه .قال (وان كانت الهبة دارا فهدم بناءها كان له أن يرجع في الارض) وكذلك فى غير الدار اذا استهلك بعض الهبة ببيع أوغيره وبقى بعضها كان له أن يرجع في الباقى اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان مافعله من هدم البناء نقصان في الارض وليس بزيادة. قال (وان كانت الهبة ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لان مافعله زيادة وصف قائم فى العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لان القطع قبل الخياطة نقصان * ولم يذكر مالو صبغه أسود (والجواب) أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه لان السواد عنده نقصان . وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسئلة فى كتاب الغصب . قال (واذا وهب دينا له عليه فقبله لم يكن له أن يرجع فيه) لانه سقط عنه فانه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك دينا عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عيناً فهلك عنده .قال(فان قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل ان هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم الا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته انشاء الله وعن زفر رحمه الله انه يسوي بينهما وقال تتم الهبة والابراء قبل القبول بناء علي أصله انه

يعتبر ماهو المقصود والمقصود فى الوجهين الاسقاط دون التمليك لان مافى الذمة ليس بمحل للتمليك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الاسقاط ولكن عند زفر رحمه الله ان رده المديون صح رده في الوجهين جميعا وكان ابن شجاع رحمه الله يقول لا يعمل رده لان الاسقاط يتم بالمسقط والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ولكنا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك بملك العين ويجعل ذلك فى الحكم كانه ذلك الدين خصوصا فى السلم والصرف فاذا ثبت انه قابل للتمليك والهبة عقد تمليك فاذا ذكر لفظ الهبة وجب اعتبار معنى التمليك فيه والتمليك لا يتم بالملك قبل قبول الآخر لان أحداً لا يملك ادخال الشيء فى ملك غيره قصداً من غير قبوله وهو محتمل للاسقاط أيضا لانه فى الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة وابراء اسقاط اذا ذكر لفظ الابراء وكان تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط فى خالص حقه فهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن معنى التمليك من وجه لما بينا ان الدين مملوك فى ذمته فانما يسقط عنه اذا ملكه فلاعتبار هذا المعنى قلنا له أن يرده بخلاف الطلاق والعتاق فانه اسقاط محض لا يتضمن معنى التمليك حتى ان الابراء لو كان اسقاطاً محضا لم يرتد بالرد أيضاً وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط محض لان الدين يبقى على الاصل علي حاله فلا يرتد برد الكفيل والهبة من الكفيل تمليك منه حتى يرجع على المكفول عنه فلا يتم الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهبة حتى مات جازت الهبة وبرىء مما عليه وهذا استحسان فأما فى القياس لا يبرأ فأصله فى الموصى له اذا مات بعد موت الموصى قبل قبوله فى القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما يخلفه وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا فى الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله قال (وان وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى افترقا جازت الهبة) وهذا استحسان أيضا فان سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهبة منه عرفا ودليل الرضا كصريح الرضا ألا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا فهذا مثله ومن مشايخنا رحمهم الله من بنى الجواب فى هذا الفصل على الظاهر ويقول هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الابراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فالموت قبل الرد يبطل حقه فى الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى الهبة تامة ولكن الاول وهو الفرق بين الهبة والابراء من حيث المعنى أصح ويتضح ذلك

فى الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه • قال (رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها أوردها عليه الآخر فللواهب الاول ان يرجع فيها) أما اذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه العقد الثانى فيعود الى الاول ملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتا له فى ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كما كان عادحقه فى الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضى فكذلك عندنا وقال زفر رحمه الله ليس للاول ان يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ما لو وهبه له ابتداء أوتصدق به عليه أوأوصى به له أومات فورثه والدليل عليه انه لورده فى مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه • والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان بقضاء القاضى كان فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدا ولكنا نقول حق الواهب فى الرجوع مقصور على العين وفى مثله القضاء وغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا بدون القاضى عين ما يأمر به القاضي أن لو رفعا الامر اليه وانما يكون التراضى موجبا ملكا مبتدأ اذا تراضياً على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا تراضيا على دفع السبب الاول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب لحق المشترى ليس فى عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين • قال (واذا رجع فى مرض الموهوب له ففيه روايتان كلاهما في الكتاب) فى احدى الروايتين قال يعتبر من جميع ماله وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان فى القياس يعتبر من جميع ماله وفى الاستحسان يعتبر من الثلث لالانه تمليك ابتداء ولكن الراد فى مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبراً من ثلثه • قال (رجل وهب عبداً لرجلين فله أن يرجع فى نصيب أحدهما وكذلك ان جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا فى العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لايمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع • وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون

ذلك شيوعاً طارئاً ولا أثر للشيوع الطارىء فى الهبة. والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه لان تأثير الشيوع فى المنع من اتمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض قال (فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع فى الهبة في قول أبى يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها اذا عتق وليس له أن يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها . وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها. قال (ولكنا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غنى يداً وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها اذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له فى ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعتقه فأما اذا عجز فالاصل عند أبى يوسف ان عجز المكاتب يقرر ملك المولى فى كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لان لكل واحد منهما حق الملك فى الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الى مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب فى الرجوع فكذلك عجز المكاتب والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ جارية محيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى أن يستبرئها وسنقرر هذا الاصل فى كتاب الاجارات إن شاء الله تعالى . قال (فان كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى أجنبي عنه وقد بينا أنه لو وهب لاخيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة فى الرجوع فيقول قبل العجز خصومته فى الرجوع مع المكاتب فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولان هبته تنفك عن قصد العوض مادام الحق فيها لقريبه فاذا تقرر الحق لاجنبي لم ينفك عن قصد العوض. قال (رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً على انه بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد فى الايام

الثلاثة وخاصمه فى الرد فأبطل القاضي حقه للحمى ثم أقلعت قبل مضى الايام الثلاثة ليس له أن يرده لان هناك حقه فى الخيار بعرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهنا حق الواهب فى الرجوع ليس بعرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه فى الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فاذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها يوضحه أن السبب هناك للفسخ عدم لزوم العقد فبقضائه يصير لازما لان صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعا ويمكن الخلل فى مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع اذا زال المانع • قال(رجلان وهبا لرجل عبداً وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لان كل واحد منهما مباشر للتصرف فى نصيب نفسه فيكون متمكنا من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه • قال (واذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عوضتك أو قال انما تصدقت بها على وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لان السبب المثبت لحق الواهب فى الرجوع ظاهر والموهوب له يدعى المانع فالقول فيه قول المنكر * ثم اذا قال تصدقت على فالتمليك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك فى بيان سبب التمليك واذا قال عوضتك فهو يدعى تسليم شيء من ماله اليه وهو منكر واذا قال أنا أخوك فالاخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض • قال(وان كانت الهبة خادما فقال وهبتها لى وهى صغيرة فكبرت عندى وازدادت خيرا او كذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما اذا كان الموهوب ارضاً وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له • ولكنا نقول الموهوب له يدعى تاريخا سابقا فى الهبة والهبة حادثة فمن يدعى فيها تاريخا سابقا لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت فى عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعى انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثبوت حقه فيه يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز افراده بالبيع

فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض وثبوت الحق فى البيع بثبوته فى الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب * وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله لو وهب له عبداً فطمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لانه لازيادة فى عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغيير السعر وقال أبو يوسف رحمه الله تعلم الكتابة والخبز معنى فى العبد تزداد به ماليته فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك ينبنى على كثرة الرغائب فيه الا أن يكون معنى فى العين. والدليل عليه ان صفة الكتابة والخبز يصير مستحقا للمشترى بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فبه يتبين أنه وصف فى العين وكل شئ زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخيطه فالقول فيه قول الموهوب له بمنزلة البناء والغرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر فى الخادم. قال (واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور فللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة فى الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لايمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لايتميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن الاصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لو رد الاصل ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجانا بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفى الهبة يسلم له الولد مجانا وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الاصل سالما له مجانا. قال (واذا أراد الواهب الرجوع وهى حبلى فان كانت قد ازدادت خيراً فليس له ان يرجع فيها وان كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها ورق ساقها فيكون ذلك نقصانا فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع قال (واذا وهب جاريتين فولدت احداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له ان يرجع فى واحدة منهما) لانه لاحق للواهب في الولد فهو كسائر املاك الموهوب له فى صلاحية العوض فاذا عوضه عنهما ورضى به الواهب فقد تم مقصوده. قال (وان وهب له حديداً فضرب منه سيفا أو غزلا فنسجه أو وهب له دفاتر فكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شيء من ذلك أبداً) اما لتبدل العين أو للزيادة

الحادثة في العين أو في ماليته بفعله فان ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الرقبي

قال (رجل حضره الموت فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيساً وكان ذلك ميراثا) لان قوله حبيس أي محبوس فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى المقتول ومعناه محبوس عن سهام الورثة وسهام الورثة في ماله بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله وهو معنى قول شريح لاحبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس . وكذلك ان قال داري هذه حبيس على عقبي بعد موتي فهو باطل لان معناه محبوس على ملكهم لا يتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا . قال (ولو قال داري هذه لك رقبي فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هي هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال لك حبيس) فأبو يوسف استدل بحديث ابن الزبير عن جابر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبي والمعنى فيه أن قوله داري لك تمليك صحيح وقوله حبيس أو رقبي باطل فكأنه لم يذكر ذلك يوضحه ان معنى قوله داري لك رقبي . لمكتك داري هذه فأرقب موتك لتعود اليّ فيكون بمنزلة العمرى في معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التمليك فيبقى التمليك في الحال صحيحا . وحجتهما في ذلك حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبي والحديثان صحيحان فلابد من التوفيق بينهما . فنقول الرقبي قد تكون من الارقاب وقد تكون من الترقب حيث قال أجاز الرقبي يعني اذا كان من الارقاب بان يقول رقبة داري لك وحيث قال رد الرقبي اذا كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك فراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فيكون هذا تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيان جميعا والملك لذي اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشئ أما اذا فسرها بقوله رقبي أو حبيس يتبين أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير . قال (رجل قال لرجلين عبدي هذا لأطولكما حياة أو حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل) لانه لا يراد بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما شابا والآخر

شيخاً لا يتعين الشيخ بالتمليك منه بهذا اللفظ ولكن المراد طول الحياة فى المستقبل معناه للذى يبقى منكما بعد موت الآخر فهو تعليق التمليك بالخطر وهو معنى الرقبي من حيث انه يأمر كل واحد منهما أن يراقب موت صاحبه لتكون الدار له وذلك باطل والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الشهادة فى الهبة

قال (واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت الهبة) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والهبة مع القبض سبب ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو يجحده لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله والصدقة والرهن على الخلاف أيضا. وجه قوله الاول ان تمام هذه العقود بقبض يوجد وهو فعل لاقول والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار لايصير صدقا وما لم يكن موجوداً من القبض فباقراره لايصير موجوداً فظهر أن هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام. وجه قوله الآخر ان القبض فى هذه العقود لا يكون أقوى من القتل والغصب ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على معاينته يثبت بالشهادة على الاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار بالبينة كالمسموع من المقر فى مجلس الحكم. ولو أقر الخصم بأنه وهبه وسلمه اليه قضي بالملك له فكذلك اذا ثبت اقراره بالبينة. قال (وان كان العبد فى يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وكذلك ان كان العبد فى يد الواهب فاقر عند القاضى أنه وهبه منه وسلمه اليه أخذ باقراره) لان كون العبد فى يده لاينا فى ماأقر به من الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل فى حق نفسه كأن ماأقر به حق وفرق أبو حنيفة على القول الاول بين ما اذا أقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب بنفسه من غير قضاء والشهادة لاتوجب الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضى الا ان يشهدوا بسبب ملك تام. قال (واذا استودع الرجل رجلا وديعة ثم وهبها له ثم جحده فشهد بذلك عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز) لان العقد يثبت بالبينة وقبضه معلوم بالمعاينة فيتم به سبب الملك. قال(فان جحد الواهب أن تكون في يده يومئذ وقد شهد الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب والهبة فى يد الموهوب له يوم

تخاصم الي القاضي فذلك جائز اذا كان الواهب حياً) لانه في الحال قابض وقد أثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه صادراً عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد أومتمم للعقد الذى هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما يجعل القبض هناك متمما للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حياً فان كان ميتا فشهادتهما باطلة لان الملك في الحال للوارث فلا يكون اثبات العقد على الواهب بعد موته سببا للملك ألا ترى أنه مادام الواهب حياً اذا قبض الموهوب باذنه تم الهبة ويملكه بعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد أذن له فى ذلك الا أن يشهدا على أنها كانت في يده فى حياة الواهب أوعلى اقرار الواهب بذلك فحينئذ يثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة. قال (رجل وهب لرجل عبداً وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل وأقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض أبطلت الهبة) لانه أثبت الشراء من المالك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين به أنه وهب وسلم مالا يملك . قال (فان شهدوا على الشراء ولم يذكروا انه كان قبل الهبة فهو للموهوب له) لانه فى يده والاستحقاق له ثابت باعتبار يده وليس فى هذه الهبة مايوجب الاستحقاق عليه لان شراءه محتمل فانه لوكان قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالاحتمال لا يثبت الاستحقاق * وكذلك ان أرخ شهود الشراء شهرا أوسنة لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل يدل على ذلك والتاريخ فى حق الآخر مشهود به وليس الخبر كالمعاينة . فان كان العبد فى يد الواهب فأقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء وأقام المشترى البينة انه اشتراه قبل الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه أقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب الملك فى البدلين وعند المعاوضة يترجح أقوى السببين فان الضعيف مدفوع بالقوي ولا يظهر عند المقابلة بالقوى . قال (رجل وهب لرجل متاعا ثم قال انما كنت استودعتك فالقول قول صاحب المتاع مع اليمين) لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب وهو منكر فعليه أن يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف أخذ المتاع وان وجده هالكا فان كان قد هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحدا للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود ولانه صار مفوتا لليد الحكمية التى كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه بتملك فكان ضامناً القيمة لهذا

﴿ فان قيل ﴾ هـذا أن لوثبت الايداع ﴿ قلنا ﴾ لا حاجة الى ذلك بقبض مال الغير لنفسه علي وجـه التملك موجب للضمان الا أن يثبت تمليك من صـاحبه اياه ولم يثبت ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصدقة

قال(الصدقة بمنزلة الهبة فى المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض)وقد بينا اختلاف ابن أبي ليلي فيها الا أنه لارجوع فى الصـدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد حصل وانما الرجوع عند تمكن الخلل فيماهو المقصود ويستوى ان تصدق علي غنى أوفقير فى انه لارجوع له فيها .ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول الصدقة على الغنى والهبة سواء انما يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى ان فى حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء فى ان المقصود الثواب فكذلك فى حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع فى الهبة فكذلك فى الصدقة ولكنا نقول ذكره لفظ الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك * ثم التصدق على الغنى يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنياً يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لايثبت له حق الرجوع عليه . قال(رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصـدق وارثه فورثه تلك الصدقة فلا بأس عليه فيها) بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي صلي الله عليه وسلم من تلك الصدقة والحديث فيه ماروى ان طلحة رضي الله تعالى عنه تصدق على أمه بحديقة ثم ماتت قال صلي الله عليه وسلم ان الله تعالى قبل منك صدقتك وردعليك حديقتك وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتحل الصدقة لغنى الا بخمسة وذكر من جملتها رجلا تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورث تلك الصدقة . قال(رجل قال فى صحته جعلت غلة دارى هذه صدقة للمساكين ثم مات أوقال دارى هذه صدقة في المساكين ثم مات قال هى ميراث عنه) لانها صدقة لم تتصل بهذا القبض ولان هذا اللفظ منه بمنزلة النذر سواء التزم الصدقة بعينها أوبغلتها والمنذور لايزول

عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره حقاً لله تعالي ولهذا يفتي به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حيا وتصدق بقيمتها أجزأه لان مالزمه من التصدق فى عين مال بالتزامه معتبر بما أوجب الله تعالي عليه وهو الزكاة والواجب هنـاك يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالعين فهذا مثله لان المقصود فى حق المتصدق عليه اغناؤه وسد خلته. قال (فان قال جميع ماأملك صدقة فى المساكين فعليه أن يتصدق بجميع مايملك من الصامت وأموال السوائم وأموال الزكاة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا) وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان فى قوله جميع ما أملك يتصدق بالكل قياساً واستحسانا وانما القياس والاستحسان فى قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة والاصح انهما سواء وجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المال لكل مايتموله الانسان ومال الزكاة فى ذلك وغير مال الزكاة سواء ألا ترى أن فى الارث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن ولكنه استحسن فقال انما ذكر المال والملك عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكاة بدليل شرعى وهو ان مايوجبه علي نفسه معتبر بما أوجب الله سبحانه وتعالى عليه والله تعالي أوجب الحق في المال ولذلك يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه على نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعا انما تكون عن غنى قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعا يختص بمال الزكاة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق لغير التجارة غنياً شرعا فلهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصدق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافه والحاجة اليه فى مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق بما أمسك لان حاجته في هـذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج أن يسأل الناس ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته ولم يبين فى الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله. وقيل ان كان محترفا فانما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة امسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع أمسك قوت سنة لان يد الدهقان الى ما ينفق انما تتصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهرا فشهرا ويد العامل يوما فيوماً قال (رجل وهب للمساكين هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحسانا وفى القياس يرجع) لانه ملكه بطريق الهبة وفي أسباب الملك الغنى والفقير سواء

كالبيع وغيره. ووجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العوض اذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض ولما اختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض عرفنا ان مقصوده الثواب وقد نال ذلك . قال (وكذلك ان أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة) فان العطية بمنزلة الهبة وانما قصده بفعله سدخلة المحتاج وذلك يفعل لابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه وهو معنى ما روي عن عمر رضى الله عنه من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها . قال (رجل جعل فى داره مسجداً يصلى فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته) لانه لم يميزه عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع . ثم الاصل فى المساجد المسجد الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملكه محيط بكل جانب منه فلا يتمكن أحد من الدخول فيه بغير اذنه. فان كان أخرجه من داره وعزله وجعله مسجدا وأظهره للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل فى كتاب الوقف . قال (وان بنى على منزله مسجداً وسكن أسفله أو جعله سردابا ثم مات فهو ميراث) وكذلك ان جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكنا لان المسجد ما يحرز أصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اتخذه حين استثنى العلو اوالسفل لمنفعة نفسه * وعن محمد قال ان جعل السفل مسجدا جاز وان جعل العلو مسجداً دون السفل لا يجوز لان المسجد ماله قرار وتأبيد وذلك فى السفل دون العلو وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنه اذا دخل العلو مسجداً والسفل مستغلا للمسجد فهذا يجوز استحسانا وعن أبي يوسف أن ذلك كله جائز رجع اليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفل والسفل دون العلو وهو مستقيم على أصله وقد بينا أنه يوسع فى الوقف فكذلك في المسجد . قال (رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكاته أجزأه) لما بينا ان في حق المسكين لفظة الهبة كلفظة الصدقة ولانه لامعتبر باللفظ في أداء الزكاة انما المعتبر الاعطاء بنية الزكاة ألا ترى أنه لو أعطاه ولم يتكلم بشئ كان ذلك زكاة له فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب العطية

(واذا قال الرجل لغيره قد أعمرتك هذه الدار وسلمها اليه فهى هبة صحيحة) لحديث ابن

الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال امسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فمن أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته بعده . وروى سلمة عن جابر رضى الله عنهما ان النبي صلي الله عليه وسلم قضى بالعمرى للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى قطع قوله حقه يعنى قطع قوله وهبت لك عمرك حقه فى الرجوع بعد موته والمعنى فيه أنه ملكه فى الحال والوارث يخلفه فى ملكه بعد موته فشرط الرجوع اليه بعد الموت فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . قال (وكذلك لو قال نحلتك هذا الثوب أو أعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارات عن تمليك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة) وكذلك لو قال قد كسوتك هذا الثوب فان هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله تعالى أو كسوتهم فالكفارة لا تتأدى الا بتمليك الثوب من المسكين ويقال في العرف كسا الامير فلانا أى ملكه * وان قال حملتك على هذه الدابة كانت عارية لان الحمل علي الدابة إركاب وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون عارية الا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان هذا اللفظ قد يذكر للتمليك يقال حمل الامير فلانا على فرسه أى ملكه فاذا نوى مايحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . وكذلك لو قال قد أخدمتك هذه الجارية فهى عارية لان معناه مكنتك من ان تستخدمها وذلك تصرف فى منافعها لا فى عينها . وقال قد منحتك هذه الجارية أو هذه الارض فهى عارية لان المنحة بدل المنفعة بغير بدل قال صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك منفعة هذه العين وهو نفس العارية . فان قال قد اطعمتك هذه الارض فانما أطعمه غلتها والرقبي لصاحبها لان عينها لا تطعم فمعناه أطعمتك مايحصل منها فيكون تمليكا لمنفعة الارض دون عينها وله أن يأخذها متى شاء يعنى اذا كانت فارغة فأما بعد الزراعة اذا أراد ان يستردها فان رضى المستعير بأن يقلع زرعها ويردها فله ذلك وان أبى تركت فى يده بأجرة مثلها الى وقت ادراك الغلة لانه محق فى زراعتهما غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الغاصب وانما يعتدل النظر من الجانبين بأن تترك فى يده بأجر الى ادراك الغلة وان قال قد أطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه فهذه هبة لان عين الطعام تطعم فاضافة لفظة الاطعام الى مايطعم عينه يكون تصرفا فى العين تمليكا بغير عوض وذلك يكون هبة . وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لان معنى كلامه ملكتك هذه الدار ألا ترى ان فى التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك

فكذلك فى التمليك بغير بدل * فان قال دارى لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى تفسير لقوله عمرى والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير . وبيان هذا وهو ان قوله لك عمرى يحتمل تمليك عينها منه عمره ويحتمل تمليك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيرا أى لك سكناها عمرك وكذلك قوله نحلى سكنى . وقوله هبة سكنى أوسكنى هبة أو سكنى صدقة فهذا كله عارية لما بينا أن قوله سكنى تفسير للمحمل من كلامه ألا ترى أنه لو قال هى لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هى لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيرا وكذلك اذا زاد لفظة العمرى والهبة والصدقة . وان قال هى لك هبة عارية أوهى عارية هبة فهى عارية قدم لفظة الهبة أوأخرها لانه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه فى نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة فسواء قدمه أو أخره فالحكم له . وأن قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أواجارة هبة فهى اجارة في الوجهين لان لفظة الاجارة في حق المحل محكم فانه لا يتناول الا المنفعة ولفظة الهبة تحتمل تناول العين تارة والمنفعة تارة أخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه أوأخره وتمليك المنفعة ببدل معلوم الى مدة معلومة تكون اجارة . وان قال دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه فهى هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيرا للاسم ولكنه مشورة أشار عليه فى ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهذا معلوم . وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أوهذا الثوب لك تلبسه . قال (وان قال وهبت لك العبد حياتك وحياته وقبضه فهى هبة جائزة) لانه ملكه فى الحال بقوله وهبت لك وقوله حياتك وحياته فضل من الكلام غير محتاج اليه فكان لغوا أوفيه ايهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط باطل . وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أواعطيتها حياتك أووهبت لك هذا العبد حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى فهذا كله تمليك صحيح فى الحال وشرط الرجوع اليه أوالى الورثة باطل . وكذلك لو قال هى هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملك العين بأول كلامه وذكر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو يعلم ان عقبه من ورثته يخلفه فى ملكه وان قال اسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهذه عارية لانه صرح بلفظ الاسكان وهو تصرف فى المنفعة دون العين وقوله لعقبك بعدك عطف والعطف للاشتراك فمعناه

سكناها لعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو لان قوله هي لك تمليك لعينها منه وبعد ماهلك عنها منه لا يبقى له ولاية ايجابها لغيره فكان قوله ولعقبك من بعدك لغو بخلاف الاول فان بعد ايجاب المنفعة له بطريق العارية يبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه بعده وله أن يأخذها متى شاء. قال رجل وهب لرجل عبداً على أن يعتقه ويسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه في الموهوب باطل ولكن الهبة لا تبطل بالشرط كما قلنا. قال رجل وهب لرجل عبداً مريضا به جرح فداواه الموهوب له فبرأ لم يكن للواهب أن يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لوكان أصم أو أعمى فسمع وأبصر لانه زوال للعين فزوا له يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة في العين تمنع الرجوع كما لو كان مهر ولم يسم. قال مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فتبعه الموهوب له فاعتقه أو باعه ثم مات من مرضه أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل أن يقضي القاضي فيه بشيء فعتقه وبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقض بعد صحته فحكم بصحته في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملا لان المانع مرض الموت وهو مايتصل به الموت ولا يدرى أن مرضه هذا يتصل به الموت أم لا والموهوم لايعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا وثبت الملك للموهوب له بالقبض وانما تصرف في ملكه بالبيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان أكثر مافيه أن الهبة فكت بموته في البعض أو في الكل وفساد السبب لايمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستغراق تركة الميت بالعين فحينئذ يبطل ملكه بقضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فأما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد اذا كان على الميت دين مستغرق لتركته لان الهبة في المرض وصية فيتأخر عن الدين ولزمه رد العين لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه فكان ضامنا قيمته وان لم يكن عليه دين ولكن لامال للميت سواه فقد بطلت الوصية في قدر الثلثين منه فيضمن ثلثي قيمته لورثة الميت وان كان الموهوب له معسرا وقد كان أعتق العبد فلا سبيل لغرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر الصحيح في ذمته لاتعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان تعلق بماليته قبل العتق

فان كان الموهوب له أعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين فعلى العبد السعاية في قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر رد الرقبة بالعتق فيجب عليه السعاية فى قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فأما دين غرماء الواهب أصله كان على الواهب وانما استوجبوا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لاتلاف مالية الرقبة عليهم فلهذا ضربوا بقيمة العبد وتعلق حق الفريقين بمالية العبد لان باعتبار مرض الموت له فلهذا لا يقدم احداهما على الآخر. قال رجل وهب لرجل عبداً وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يجب له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملك الى ملك بعد ذلك فاعتبر ذلك بحقيقة العتق فى المنع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقاً فله ان يرجع فيه لانه عاد قنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر لمعنى فى المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فللواهب أن يرجع فيه والجناية باطلة لانه حين جنا كان مملوكا للموهوب له وجناية المملوك على مالكه فيما يوجب المال تكون هدرا وبالرجوع لا يتبين انه لم يكن مملوكا له حين جنى فالرجوع من وجه ينهى الملك المستفاد بالهبة ألا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب فلا عقر على الموهوب له بعد رجوع الواهب فيها وان كان الولد سلم للموهوب له بعد رجوع الواهب فيها فكذلك لا تعتبر جنايته عليه بعد رجوع الواهب وكذلك لو أبق العبد عند الموهوب له فرده راد فللواهب أن يرجع فيه لان الاباق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع فى الهبة والجعل على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد فاذا أحياه ملك الموهوب له كان الجعل عليه. قال رجل وهب لرجل شجرة بأصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال أبو عصمة هذا غلط الا أن يريد بقوله بأصلها بعروقها ويأذن له فى قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب فى ملك الواهب فى معنى الشيوع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا تمت الهبة فيها وهى مقطوعة فله ان يرجع فيها فأما اذا كان المراد بقوله بأصلها بعروقها من الارض وذلك معلوم مميز فالهبة تمت فى الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة فى حكم شئ آخر لانها كانت نامية وقد

صارت حطبافليس له أن يرجع فيها ألاترى انه قال لوقطعها فجعلها أبواباً أوجذوعاً لم يكن له أن يرجع فيها اذا عمل فيها شيئا قل أوكثر لانها الآن ليست بشجرة كما وهبها له وله أن يرجع في موضعها من الارض ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان مجرد القطع في الشجرة نقصان وان كان يزيد فى ماليتها فهو باعتبار رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح فى الشاة والنقصان في الموهوب لايمنعه من الرجوع بخلاف ماإذا جعلها أبوابا أوجزوعا فذلك زيادة صفة حادثة فى الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها. قال ولو وهبها له بغير أصلها وأذن له في قبضها فقطعها وقبضها كان له أن يرجع فيها لان الهبة جازت وهى مقطوعة وفي الباب الأول جاز بالهبة وهى شجرة وهذا اشارة الى ماذكره أبو عصمة انه بعد القطع لايكون له أن يرجع فيها اذا تمت الهبة قبل القطع وانما يرجع فيها اذا كان تمام الهبة بعد القطع قال وان وهب له ثمرة فى نخل وأذن له في قبضها كان له أن يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة اذا كان معرض الفصل. قال رجل وهب لرجل عبد الجنى عبد الموهوب له جناية بلغت قيمته ففداه الموهوب له فللواهب أن يرجع فى هبته لان بالفداء يظهر عن الجناية وعاد كما كان قبل الجناية ولم يتمكن فى عينه زيادة فكان للواهب أن يرجع فيه ولا يرد على الموهوب له شيئا من الفداء لانه فدى ملكه باختياره وقد بينا أن بالرجوع ينتهى ملكه المستفاد بالهبة وان رجع قبل أن يفديه كانت الجناية فى عتق العبد يدفعه الواهب بها أويفديه لان المستحق بالجناية نفس العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له بغير اختياره فلا يصير هو مستهلكا ولا مختاراً ولكن الجناية تبقى فى رقبة العبد فيخاطب مالكه بالدفع أو الفداء ومالكه الواهب فى الحال فهو المخاطب بذلك كما لومات مولى العبد الجانى فورثه وارثه. قال ولو وهبه ثوبا فشقه نصفين فخاط نصفا قباء ونصفه الآخر علي حاله كان له أن يرجع فى النصف الباقى لان الشق نقصان في الثوب وخياطة القباء زيادة في النصف الذى حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا أن تعذر الرجوع فى النصف لايمنعه من الرجوع فى النصف الباقى وان قال وان وهب له شاة فذبحها كان له أن يرجع فيها لان الذبح نقصان فى العين فان عمله فى ازهاق الحياة قال وان ضحى بها أوذبحها فى هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبي يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول أبي حنيفة

وقيل قوله كقول أبي يوسف أما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عن عينها والذبح نقصان فيها فلا يمنع الرجوع فيما بقى كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القربة فى نيته وفعله دون العين والموجود فى العين قطع الحلقوم والاوداج سواء كان على نية اللحم أو نية القربة والذى حدث فى العين أنه تعلق به حكم الشرع من حيث التصدق به وذلك لا يمنع الرجوع كرجوع الزكاة فى المال الموهوب في يد الموهوب له بل أولى لان التصدق هنا ليس بمتحتم حتى يكون له أن يأكله ويطعم من شاء من الاغنياء بخلاف الزكاة وأبو يوسف يقول فى التضحية جعلها الله تعالى خالصاً وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان الموهوب له أرضاً فجعلها مسجداً وبيان قولنا أن فى التقرب باراقة الدم وقد حصل ذلك ألا ترى انه لو سرق المذبوح أو هلك كان مجزئا عنه واباحة التناول منه بأذن من له الحق بقوله تعالى فكلوا منها ألا ترى انه يجوز له أن يتصرف فيها على غير الوجه المأذون فيه وهو بطريق التجارة ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامناً فعرفنا انه تم معنى التقرب به فيكون نظير هذا من الزكاة ما اذا أداه الى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب أن يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل في صورة ذبح شاة القصاب ولكن فى المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصور ألا ترى ان الذبح يتحقق من المسلم والمجوسى والتضحية لا تتحقق الا ممن هو أهل فعرفنا انه فى المعنى غير الذبح ثم عند محمد برجوع الواهب لا تبطل التضحية لان رجوعه فى القائم دون ما يلاشى منه وقد بينا ان الرجوع ينهى ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو فى حق نظير ما لو هلك بعد الذبح • قال رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه لانه التزم فيه الصدقة بنذره فلا يكون ذلك أقوي من وجوب الصدقة عليه فيه بايجاب الله تعالي وهو الزكاة وذلك لا يمنعه من الرجوع وهذا لان قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه (وكذلك) لو وهب له ناقة فجعلها الموهوب له بدنة وقلدها فللواهب أن يرجع فيها قبل أن ينحرها الموهوب له وفرق أبو يوسف بين هذا والاول فقال بالتقليد رأيتم جعلها لله تعالى ألا ترى أنه لو قلدها عن هدى واجب فهلكت قبل أن ينحرها غابه عليه أخرى بخلاف ما بعد النحر وان وهب له أجزاعا فكسرها وجعلها حطبا فله أن يرجع فيها لان هذا نقصان فى العين وان كان يزيد فى المالية فذلك بزيادة رغائب الناس فيه لا لمعنى في العين فلهذا كان

له أن يرجع فيها (وكذلك) لو وهب له لبنها فجعله طينا فهذا نقصان فان أعاده لبنا لم يرجع فيها لان هذا اللبن حادث بفعله أو ضرب اللبن من الطين زيادة في عينه فاذا كان حادثا في يد الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وان وهب له نجيحا فجعله خلا لم يرجع فيه لان مالية الخل غير مالية النجيح وهذه مالية حدثت بصنعة حادثة في العين في يد الموهوب له وان وهب له سيفا فجعله سكاكين أو سكينا لم يكن له أن يرجع فيه لان السكين غير السيف (وكذلك) ان كسره فجعل منه سيفا آخر لان هذا الثاني حادث بعامه ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان ضامنا قيمة السيف المغصوب منه ويجعل ماضربه له قال وان وهب له داراً فبناها على غير ذلك البناء وترك بعضها على حالها لم يكن له أن يرجع في شيء منها لان مازاد في البناء في جانب منها يكون زيادة في جميعها كما في الارض اذا بنى في ناحية منها قال وان وهب له حماما فجعله مسكنا أو وهب له شيئاً فجعله حماما فان كان البناء على حاله لم يزد فيه شيء فله أن يرجع فيه لان تصرفه في المنفعة دون العين والمانع من الرجوع زيادة في العين وان كان زاد عليه بناء أوغلق عليه بابا أو جصصه أوأصلحه أو جعله بصاروج أوطنية فليس له أن يرجع فيه لان هذا كله زيادة في عينها. قال مريض وهب لصحيح عبداً يساوي ألفا ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فان كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد أو أكثر فالهبة ماضية لان العوض المقبوض بمنزلة المشروط أو أقوى والثلث منه كان من خالص حقه والثلثان حق الورثة فاذا كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد عرفنا انه لم يبطل شيئاً من حق الورثة بتصرفه وانما تصرف فيما هو خالص حقه فكانت الهبة ماضية وان كانت قيمته قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة لان حقهم في ثلثي العبد وقد وصل اليهم من العوض بقدر مالية نصف العبد فانما تبقى لاتمام حقهم سدس العبد فلهذا يرجع الوارث بسدس الهبة وان كان العوض شرطا في أصل الهبة فانشا الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وان شاء رد سدس الهبة وأمسك الباقي لانه مارضي بسقوط حقه عن عوضه الا بأن يسلم له جميع الموهوب ولم يسلم ولان التبعيض في الملك المجتمع عيب فاستحقاق جزء من العبد وان قل بتعيب مابقي منه وحق الرد بالعيب ثابت بعد التقابض اذا كان العوض مشروطا لان الهبة بشرط العوض تصير بيعاً بالقياس فلهذا ثبت له الخيار

فى رد مابقى فاذا لم يكن العوض مشروطا فانه لايصير معاوضة بالتقابض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ولا يكون له أن يسترد العوض لان ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب هبة المريض

(قال ولا يجوز هبة المريض ولاصدقته الا مقبوضة فاذا قبضف جازت)وقال ابن أبى ليلى تجوز غير مقبوضة لانها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تتأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض فى الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة مالو وقعت الفرقة بينهما بالموت فهذا مثله ولكنا نقول المعنى الذى له ولأجله لاتتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود فى حق المريض وهو أنه تمليك بعقد تبرع فيكون ضعيفا فى نفسه لايفيد حكمه حتى ينضم اليه مايؤيده وهذا فى حق المريض أظهر لان تصرفه أضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث لايدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالته فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تمليك لايحتمل الاضافة فاذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازة حتى مات أحدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها فى ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا وان حق الوارث تعلق بثلثى ماله بمرضه فلأبقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث. قال فان كانت الهبة داراً فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة فى ثلثها ورد الثلثين الى الورثة (وكذلك) سائر مايقسم وما لا يقسم الا فيما لاينقسم فلا اشكال وأما فيما يقسم فلأن الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه فى الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طارياً فيما بقى بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لايملك المستحق بالقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقى كان شائعاً فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة. قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان

الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكا لها حين كانت فما دامت باقية لاتحتمل النقل من ملك الى ملك ولان فى رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها فى نفسها وكسبها وذلك لايجوز وان تعذر رد عينها بسبب باشره الموهوب له كان ضامناً للورثة قيمة حصتهم منها كما لو كان أعتقها أودبرها فان قضى القاضى عليه بثلثى قيمتها ثم عجزت المكاتبة لم يكن للورثة عليها سبيل لان القاضى قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد العين يتحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لايعود فى العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب اذا عاد من اباقه بعد ماقضى القاضى بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا ثلثيها لان المانع زوال قبل انتقال حقهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قبل قضاء القاضى بالقيمة (وكذلك) ان كاتبها بعد موت المريض (فالجواب) على ماتقدم مالم يقض القاضى بثلثيها للورثة لان ملك الموهوب له بان ببقاء قبضه واذا فسد السبب مالم يقض القاضى عليه بالرد فان قضى القاضى بذلك عاد الملك له فى ثلثيها الى الورثة بقضاء القاضى فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشريكين الجارية المشتركة وقد بينا ذلك فى كتاب العتق . قال مريض وهب لمريض عبداً وسلمه اليه فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسعى العبد فى ثلثى قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له فى مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه أتلف عليهم حقهم فى ثلثى العبد بالاعتاق فعلى العبد أن يسعى فى ذلك لهم وانما بقى مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية ثلث هذا الثلث ويسعى فى ثلثى هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية فى ثمانية أتساع قيمته وانما يسلم له التسع وان كان على الموهوب له دين ألف درهم وقيمة العبد ألف درهم سعى العبد فى قيمته يضرب فيها غيرها الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثى قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعلى العبد السعاية فى جميع القيمة لرد الوصية ثم هذه القيمة تركة الموهوب له فيضرب فيها غرماؤه بديونهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصة . قال مريض وهب لمريض عبداً وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب فى مرضه فالهبة مردودة الى وارثه لان الهبة فى المرض فى حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين

ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة فى المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المعاضلة عن الورثة حتى لا يزاحمهم قاتل أبيهم فى مال أبيهم وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه . قال رجل وهب لرجل عبداً فى مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه أو افده لان الموهوب له ملك العبد بالقبض فانما جنى على الواهب مالكه وفى جناية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء كما لو جنى على انسان آخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له وطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين أن ماله عند موته احدى عشر ألفا وأن العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة فى جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شئ عليه لان المولى يتخاص عن عهدة الجناية بدفع الجانى ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك فى كتاب الدور فقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجناية لان الهبة تجوز في نصف العبد وكان ينبغي أن يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لامال للواهب سواه ولكن لضرورة الدور جوز الهبة في نصف العبد وبيان ذلك انما يجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة في سهم وتبطل فى سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجناية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الزيادة فى تنفيذ الهبة واذا زدنا في تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجناية أيضاً فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيد وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هنالك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حقهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين تنفذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجناية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحداً فى الصورة ففى الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية فى نصف العبد ولما بطلت الهبة فى النصف بالرد سقط حكم الجناية فيه لان جناية المملوك على مالكه خطأ واعتبر في النصف الآخر وقد دفعه المالك بالجناية فلهذا لا شئ عليه سواه قال واذا رجع الواهب فى هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض

فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب يستحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاض كان رد المريض لما حين طالب الواهب فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط بماله أبطل ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان ما فى هذه المسألة من اختلاف الروايات والقياس والاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرماء والورثة عنه بعد تعلق حقهم به يوضحه ان حق الواهب فى الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا اتصل قضاء القاضى به يقوي فيقدم علي حق غرماء الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء يقدم حق الغرماء والورثة علي حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب . قال مريض له عبد يساوى خمسة آلاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه أو افده لما بينا أنه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد بينا التخريج وان اختار الفداء فداه بالدية وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة ما خلفه فتبين به ان مال خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من ثلثه فلهذا تنفذ الهبة فى جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة فى جميع العبد ظهر أن على الموهوب له دية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوى ستة آلاف درهم واختار الفداء فانه يرد علي ورثة الواهب ربعه ويفدى ما بقى بثلاثة أرباع الدية وذكر محمد فى كتاب الدور طريقا فى تخرج هذا الجنس من المسائل هو أسهل الطرق . قال ولو كان للواهب سوى ألفى درهم كانت الهبة صحيحة في جميع العبد لان اختيار الفداء يؤدى الدية عشرة آلاف درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثنى عشر ألفا وقد نفذ بالهبة فى العبد وهو يساوى ستة آلاف فيسلم للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدمنا الالفين تعذر علينا تنفيذ الهبة فى جميع العبد فالسبيل ان يضم ما عدمنا وهو الالفان الى قيمة العبد وهو ستة آلاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدمنا ونجوز بقدر الموجود والذى عدمنا من الجملة مقدار الربع فتبطل الهبة فى ربع العبد ويجوز هنا وقيمة ذلك أربعة آلاف وخمسمائة ثم يفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمته ألف وخمسمائة وجملة ذلك تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة فى نصف ذلك أربعة

آلاف وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور فأما بيان طريق الدور ان العبد فى الابتداء على ثلاثة أسهم صحت الهبة فى سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدى السهم بمثله ومثل ثلثيه فعرفنا ان كل سهم من العبد يقابله من الدية مثله ومثل ثلثيه فاذا فداه بسهم وثلثين ازداد مال الورثة وجاء الدور من الوجه الذى قررنا فالسبيل ان يطرح من أصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلثا سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهما وثلثى سهم بقى حقهم فى ثلث سهم وحق الموهوب له فى سهم فيكون العبد على سهم وثلث انكسر بالا ثلاث فاصرفه فى ثلثه وسهم وثلث فى ثلثه يكون أربعة فتبين ان العبد على أربعة أسهم وان الهبة تنفذ فى ثلاثة أرباعه فيقدر ذلك بثلاثة أرباع الدية ثم التخريج الى آخره كما بينا وتخرج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يؤخر بيان ذلك الى كتاب الدور وهذه المسألة واخواتها تعود هناك ان شاء الله تعالى قال وأهل الذمة فى حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات الا أنه لا يجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمى سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمى لان الخمر ليست بمال متقوم فى حق المسلم وهو ممنوع من تمليكه وتملكها فهى فى حقه كالميتة والدم لا تصلح عوضاً قال وان صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر معوضا ويرده الى صاحبها لان تمليكها على وجه التعويض باطل فتثبت على ملك صاحبها فاذا تخللت كان الخل مملوكا له مردوداً عليه وأصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحا بالتخلل كما لو باع خمراً من انسان فتخللت فى يد المشترى وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما فى حقنا وصحة التعويض تختص بمال متقوم.

• قال مسلم وهب لمرتد هبة فعوضه منها المرتد ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتد فى ماله ومن أصل أبى حنيفة ان تصرف المرتد في ماله يبطل اذا قتل أو مات أو ألحق بدار الحرب وأما هبة المسلم من المرتد صحيحة لان قبول الهبة من المرتد ليس بتصرف فى ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذ أولى الا أنه اذا كان للواهب حق الرجوع فى حال حياة الموهوب له وقد مات حقيقة أو حكماً بلحاقه بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد

بطل التعويض وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته الا أن عندا أبي يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أو لحق بدار الحرب فانه يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه فى ماله واذا كان تصرفه في ماله بيعا يبطل عنده اذا مات فتصرفه هبة أولى فترد هبته الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قائما وان كان قد استهلكه كان ذلك دينا فى مال المرتد لانه قبضه علي وجه العوض ولم يسلم الموهوب للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضا ولكن ان كان قائما رده على الموهوب له بعينه وان كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته دينا في ماله سواء كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من عامله بردته وجهله فان التوقف لحق الورثة وحقهم ثابت في الحالين. قال واذا وهب المرتد للنصرانى هبة أو النصرانى للمرتد علي أن عوضه عنها خمرا فذلك باطل لان المرتد في حكم التصرف فى الخمر كالمسلم فانه مجبر علي العود الي الاسلام غير مقر علي ما اعتقده فيبطل تصرفه فى الخمر تعويضا عن الهبة كما يبطل من المسلم قال واذا وهب الحربى المستأمن هبة لمسلم أو وهبها له مسلم فقبضها ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد مستأمنا فلكل واحد منهما ان يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة وبقاء العين على حاله فأن المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو فى أهل دار الحرب حكما فلا يتبدل ملكه بالرجوع الى دار الحرب وان سبي وأخذت الهبة منه لم يكن للواهب ان يرجع فيها لزوال الملك المستفاد بالهبة فان نفسه بالسبي قد تبدلت وخرج هو من أن يكون أهلا للملك والموهوب صار ملكا للسابى بمنزلة سائر أمواله اذا أخذه معه فلا سبيل للواهب عليه وان حضر قبل القسمة لانه انما يتمكن من أخذ ما بقى ووقع الظهور عليه من ماله وهذا مال أزاله عن ملكه باختياره فلا يأخذه من الغنيمة وان حضر قبل القسمة قال وان وقع الحربى فى سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة اليه بشراء أو غيره لم يكن للواهب أن يرجع فيها لان هذا ملك حادث له وحق الواهب كان فى الملك المستفاد بالهبة فلا يثبت فى ملك حدث بسبب آخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وان كان الحربى هو الواهب فسبي ووقع فى سهم رجل لم يكن له أن يرجع فى هبته لان نفسه تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فان الحرية حياة والرق تلف وبموت الواهب يبطل الحق

فى الرجوع ولانه لو رجع كان معيدا للعين الي ملك مولاه لا الي ملك نفسه وبالهبة لم يخرج من ملك ولاه وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشيا لا يتصور عوده . قال حربى وهب لحربى هبة ثم أسلم أهل الدار أو أسلما جميعا وخرجا الى دار الاسلام فله أن يرجع فى هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة فان بالاسلام يتأكد الملك الذى كان قبله ولا يتبدل وكذلك العين علي حاله في يد الموهوب له فان كان عوضه من هبته لم يكن له أن يرجع فيها لحصول ماهو المقصود له بالهبة وهو وصول العوض اليه ثم كتاب الهبة ولله الحمد والمنة والله أعلم قال رحمه الله انتهى شرح الصفار من الفروع من الاستحسان الى البيوع . بالموثر من المعانى مع الخبر المسموع باملاء الملتمس لرفع الباطل الموضوع . المنفى لاجله المحصور الممنوع عن الاهل والولد والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع فى ظلم الليالي بالبكاء والدموع . مقرونا بالصلاة على سيد أهل الجوع . وعلى آله وأصحابه أهل التقى والخضوع

كتاب البيوع

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالي املاء اعلم بان الله سبحانه وتعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد فى الدنيا وشرع طريق التجارة لا كسابها لان ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد مباحا فى كل موضع وفى الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد والى ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والتجارة نوعان حلال يسمى فى الشرع بيعا وحرام يسمى ربا كل واحد منهما تجارة فان الله أخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين البيع والربا عقلا فقال عز وجل (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا) ثم فرق بينهما فى الحل والحرمة بقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) فعرفنا أن كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منها بيع شرعا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وانعقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو بقوله بعت واشتريت في محلين كل واحد منهما مال

متقوم على طريق الاكتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون بيعاً ابتداء ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بان يقول أحدهما بعنى فيقول الآخر بعت أو يقول اشترى سى فيقول الآخر اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح والشافعى يسوى بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق لنا من وجهين (أحدهما) أن النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجينى نفسك فى مجلس العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل أحد شطرى العقد فأما البيع يقع بغتة من غير تقدم استيام فيجعل قوله بعنى استياما فلا بد من لفظ العقد بعده (والثانى) ان قوله زوجينى نفسك تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لان كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مأموراً به وفى البيع لا يتأتى مثل هذا لان كلام الواحد لا ينعقد به البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الآخر فأما الربا فى اللغة هو الزيادة يقال أربى فلان على فلان أى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة لزيادة فيه على سائر الامكنة وفى الشريعة الربا هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في البيع لما بينا أن البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالى عن العوض اذا دخل في البيع كان ضد مايقتضيه البيع فكان حراما شرعاً واشتراطه في البيع مفسد للبيع كاشتراط الخمر وغيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم الربا) وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمسا من العقوبات (أحدها) التخبط قال الله تعالى (لايقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذى أصابه مس من الشيطان فيصير كالمصروع الذى لا يقدر على أن يقوم وقد ورد بنحوه أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يملاء بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا والمراد أن يفتضح على رؤس الاشهاد كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر ان لواء ينتصب يوم القيامة لآكلة الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار (والثانى) المحق قال الله تعالى (يمحق الله الربا) والمراد الهلاك والاستيصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعده (والثالث) الحرب قال الله تعالى (فاذنوا بحرب من الله ورسوله) والمعنى من القراءة بالمد أعلموا الناس أكلة الربا إنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع

الطريق والقراءة بالقصر اعلموا ان أكلة الربا حرب الله ورسوله (والرابع) الكفر قال الله تعالى (وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين) وقال تعالى (والله لا يحب كل كفار أثيم) أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا (والخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى (ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) والسنة جاءت بتأييد ماقلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به والمقصود من هذا الكتاب بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد لا تصنف فى الزهد شيئاً قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده يبنت فيه مايحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة فى الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبى حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله تعالى بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد ببعضه كتاب البيوع وببعضه كتاب الاجارات وببعضه كتاب الصرف ومثله حجة فى الاحكام تجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ودار هذا الحديث على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم في الفرع أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب أى بيع الذهب بالذهب أو بيعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعواض والابدال فانه للالصاق فهو دليل فعل مضمر كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل روى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلاً بمثل والمراد به المماثلة فى القدر دون الصفة وان كان مطلق اسم المماثلة يتناولهما ولكنه ذكر هذا الحديث فى أول كتاب الصرف وذكر مكان قوله مثل بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ يتبين أن المراد من هذا اللفظ المماثلة في الوزن وبهذا اللفظ يتبين أن المراد قوله وزن بوزن المماثلة قدراً لا وصفا وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه

بعضاً وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة فى الوزن دون الصفة لان التبر لايساوى العين فى الصفة وانما يساويه من حيث المقدار وقوله يدا بيد يجوز أن يكون المراد به عين بعين لان التعيين يكون بالاشارة باليد ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لان القبض يكون باليد وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان المراد به القبض هنا لبيانه في حديث عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال فى الصرف من يدك الي يده وان استنظرك الى خلف السارية فلا تنتظره وان وثب من السطح فثب معه ولكن الاصح ان المراد التعيين لانه لو كان المراد به القبض لقال من يد الى يد لانه يقبض من يد غيره فعرفنا ان المراد التعيين الا أن التعيين فى النقود لا يتم الا بالقبض لانها لا تتعين في العقود بالاشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه واليه أشار فى حديث عمر رضي الله تعالى عنه بقوله ها وها أى هذا بهذا وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال بان يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل واحد منهما مراد باللفظ وقوله ربا أى حرام أى فضل خال عن العوض والمقابلة اما متيقنا به عند فضل القدر أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقدين والنسيئة في المالية وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المماثلة فى الكيل ويحتمل المماثلة في الصفة ولكنه فى كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل فتبين به أن المراد المماثلة من حيث القدر وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء فهو بيان أن المراد المماثلة فى القدر وقوله يدا بيد معناه عندنا عين بعين ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لان التعيين فيها يتم بالاشارة وقوله والفضل ربا يحتمل الفضل فى القدر ويحتمل الفضل فى الحال وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك فى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى وكذلك الشعير والتمر والملح فأما الحكم فى الحديث حكمان حرمة النساء فى هذه الاموال عند المبايعة بجنسها وهو متفق عليه وحرمة التفاضل وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا البتى روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انه كان يجوّز التفاضل فى هذه الاموال ولا معتبر بهذا القول فان الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روى ان أبا سعيد الخدرى رضى الله

تعالى عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى تؤكل الناس الربا أصحبت رسـول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يصحب أسمعت منه ما لم يسمع فقال لا ولكن حدثنى أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا فى النسيئة فقال والله لا آوانى واياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد رضى الله تعالى عنه ما خرج بن عباس رضى الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فان لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا لايعتد بهذا القول وتأويل حديث اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا الا فى النسيئة فهـذا بناء على ماتقدم من السؤال فكان الراوى سمع قول رسـول الله صلى الله عليه وسـلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أولم يشتغل بنقله وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار رحمهم الله على ان حكم الربا غير مقصود على الاشياء الستة وان فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى الى غـيرها من الامـوال الا داود من المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمـين فان داود يقول حكم الربامقصور على هذه الاشياء الستة لانه لايجوز قياس غير المنصوص على المنصوص لاثبات الحكم وعنـدفقهاء الامصار رحمهم الله القياس حجة لتعـدية الحكم الثابت بالنص والبتى يقول بأن القياس حجة ولـكن من أصله انه لا يجوّز القياس على الاصـول الا أن يقوم دليل فى كل أصل على جواز القياس عليه ولم يقم ذلك الدليل هنا وعند فقهاء الامصار رحمهم الله يجوز القياس على الاصول الا أن يقوم دليـل يمنع القياس على كل أصل ثم قد قام الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن أنس واسحاق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا هذا الحديث وذكر في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم الى سائر الأموال وفى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فانى أخشي عليكم الربا أى الربا ولم يرد به عين الصاع وانما أراد به مايدخل تحت الصاع كما يقال خذهـذا الصاع أي مافيه ووهبت لفلان صاعا أى من الطعام وفى حديث عامل خيبر رضى الله تعالى عنه انه أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمراً جنيا فقال صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنى دفعت صاعين من عجوة بصاع من هـذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت هلا بعت تمرك

بسلمة ثم اشتريت بسلعتك تمرا ثم قال صلى الله عليه وسلم وكذلك الميزان يعني مايوزن بالميزان فتبين بهذه الاثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الاشياء الستة لا غيرها وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم ثم لم يجوز قياس ما سوى هذا الخمس على الخمس لان التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص لا لابطال المنصوص وقد نص في ذلك الحديث على ان الفواسق خمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثر من خمس فيكون ابطالا للمنصوص وهنا ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء ولكن ذكر حكم الربا في الاشياء الستة فالاشتغال بالتعليل لا يؤدى الى ابطال المنصوص عليه فلهذا جوزنا ذلك وفائدة تخصيص هذه الاشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها على ما جاء في الحديث كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به مايدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهي الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد ذلك في المعنى الذي يتعدى الحكم به الى سائر الاموال قال علماؤنا رحمهم الله تعالى الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة. والقدر بقوله صلى الله عليه وسلم مثل بمثل ويعني بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ان العلة مع الجنس الفضل على القدر وذلك محكي عن الكرخي ولكنه ليس بقوى فانه لا يجوز اسلام قفيز حنطة في قفيز شعير ولا تثبت حرمة النساء الا بوجود أحد الوصفين ولو كانت العلة هي الفضل لما حرم النساء هنا لانعدام الفضل فعرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رضي الله عنه العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين تقارن المنفعة مع الجنس وقال الشافعي رضى الله تعالي عنه في القديم العلة في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال في الجديد العلة هي الطعم وفي الذهب والفضة العلة الثمنية وهو انهما جوهر الاثمان والجنسية عنده شرط لاتعمل العلة الا عند وجودها ولهذا لا يجعل للجنسية أثرا في تحريم النساء فحاصل المسئلة أن بيع كل مكيل أو موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود المخلص وهو المماثلة في القدر وأن يكون عينا بعين وعنده بيع كل مطعوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند وجود المخلص وهو المساواة في المعيار الشرعي وأن يكون قبضا بقبض في المجلس والحاصل ان حرمة البيع في هذه الاموال أصل عنده والجواز يعارض المساواة في المعيار مع القبض في المجلس وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال أصل كما في سائر الاموال والفساد يعارض

انعدام المماثلة بوجود الفضل الخالى عن العوض متيقنا به أو موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات علي المطعومات وغير الثمن علي الثمن بناء علي أصله أن التعليل صحيح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص فالحكم فى المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة لان الثابت بالنص مقطوع به والمنع بظاهر النص ثابت فالاشتغال بالتعليل يكون لغواً عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لايجوز لان الحرمة هى الاصل فى بيعها والحل يثبت بعارض بوجود المساواة في المعيار الشرعى ولم يوجد فلا يجوز وعندنا يجوز لانعدام الفضل علي القدر وهو المعيار الشرعى والحرام هو الفضل على القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز أصل فى البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المماثلة في القدر وهو المعيار الشرعي وهذا لامعيار له فيجوز العقد ولو باع قفيز جبس بقفيزى جص عندنا لايجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم ولو باع حفنة بحفنتين عنده لايجوز لكونه مطعوما وقد عدمت المساواة فى المعيار الشرعى وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع منا سكر بمنوى سكر عندنا لا يجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لايجوز أيضاً لوجود الطعم مع الجنس ولو باع منا قطن بمنوى قطن عندنا لا يجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم وحجة الشافعى لاثبات أصله ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفى رواية قال لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء ففى هذا بداية ببيان النهى والمنع لواقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال، فبه تبين أن حرمة البيع أصل وان الجواز بعارض المساواة بين ذلك بقوله الا سواء بسواء والمراد المساواة فى القدر ثم اسم الطعام يتناول القليل والكثير وما يكال من الاطعمة ومالا يكال فثبت حرمة البيع فى جميع ذلك وتبين بهذا أن التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل المعلل وذلك باطل، وكذلك فى الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلي الله عليه وسلم مثلا بمثل نصب على الحال أى انما يكون بيعاً فى حالة ما يكون مثلا بمثل والمراد المماثلة فى القدر فتبين به أيضا أن الحرمة أصل فيها وأن الحل بعارض المماثلة فى القدر وليس المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضى الله عنه ان آية الربا آخر مانزل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبين لنا شأنها[1] وان من الربا أبوابا لايكدن يخفين علي أحد منها السلم فى الاسنان فتبين بهذا انه علم ان الاسم غير

(١) انه بينها لنا

عما عليه مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس فى السلم فى السن زيادة خالية عن العوض وقد جعله من الربا الذى لايكاد يخفى على أحد ولئن كان المراد الزيادة فانما أراد فضلا قائماً فى الذات لان المطعوم اذا قوبل بجنسه لا يتساويان فى الطعم الانادراً ولا ينبنى الحكم عن النادر فذلك الفضل القائم في الذات حرام وربا الا أنه سقط اعتباره شرعا بالمساواة في القدر تيسيراً على الناس فتبين بهذا أن الحرمة أصل أيضاً وفى ذكر الطعام ما يدل على أن العلة هى الطعم لان الطعام اسم مشتق منه معنى والحكم اذا علق باسم مشتق من معنى فالمعنى الذى اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى (الزانية والزانى) وفى قوله تعالى (السارق والسارقة) ومن حيث الاستدلال وهو أن الشرع شرط لجواز البيع فى هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد فعرفنا أن الموجب لهذين الشرطين معنى فى المحل ينبيء عن زيادة شرطين الولى والشهود كان ذلك دليلا على أن الموجب للشرطين معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر وهو أن المستحق به مافى حكم النفوس ثم هنا المعنى ينبيء عن الخطر في الذهب والفضة الثمنية لانهما خلقا لذلك وبالثمنية حياة الاموال والمعنى ان الذى ينبيء عن زيادة الخطر فى الاشياء الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ولهذا جعلنا الجنسة شرطاً لا علة لان الحكم يدور مع الشرط وجوداً وعدماً كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير فاذا لم يكن فى الجنسية ماينبيء عن زيادة الخطر ولايثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطا لاعلة وبهذا تبين فساد التعليل بالقدر فانه لاينبيء عن زيادة خطر فى المحل لان الجص شيء هين يكال فلا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الاثمان وهى الذهب والفضة وذكر من المطعومات أنفس كل نوع فالحنطة أنفس مطعوم بنى آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس الفواكه والملح أنفس التوابل فلما أراد المبالغة فى بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على أعلاه ليبين بذلك أن العلة هى الطعم فاما اذا جعل العلة القدر تمحض ذكر هذه الاشياء تكراراً لان صفة القدر لا تختلف فى الاشياء الاربعة وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى ولهذا قال مالك العلة الاقتيات لانه خص بالذكر كل مقتات مدخر وقال ابن سيرين العلة تقارب المنفعة لوجود ذلك فى الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تتقارب فى المنفعة

فاذا ثبت ان العلة هى الطعم والثمنية امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الاثمان على الاثمان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع القدر معتبراً في الخلاص عن الربا لا يجوز اعتبار ذلك بعينه في الوقوع فى الربا لاستحالة ان يتضمن الشئ حكمين متضادين بل القدر فى المقدرات بمنزلة العدد فى المعدودات والزروع فى المزروعات فكما لا يصلح جعل علة ذلك للربا فكذلك القدر، وحجتنا فى المسئلة ماروينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء الستة بصفة الكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة فقوله الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة والبيع لا يجرى باسم الحنطة فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد وانما يعرف ماليتها ولو باعها لم يجز لانها ليست بمال متقوم فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التى هى مال متقوم ولا يعلم ماليتها الا بالكيل فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضي النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعها أحد وانما تعرف ماليتها بالوزن كالشعيرة ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فكانه قال الذهب الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجرى مجرى العلة للحكم كقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص ألا ترى انه لو قال غصبت من فلان شيئا يلزمه ان يبين مالا متقوما لثبوت صفة المالية بمقتضى الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشترى له طعاما فاشترى فاكهة يصير مشتريا لنفسه وهذا لان سوق الطعام الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها، وبائع الطعام من يبيع الحنطة ودقيقها، وهذا من أبواب الكتاب ليس من فقه الشريعة فى شئ وأما الكلام فى المسئلة من حيث الاستدلال فينبنى على معرفة النص فنقول حكم نص الربا وجوب المماثلة فى المعيار الشرعي شرط لجواز العقد ثم ضرورة الفضل لعدم تلك المماثلة ربا لوجوب المماثلة لا كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل فى الذات ثم المماثلة شرط لازالة فضل حرام والدليل علي ما قلنا ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد أوجب المماثلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة بقوله عليه الصلاة والسلام والفضل ربا وفى الحديث الآخر قال لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وبالاجماع المساواة فى الكيل فعرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون

المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التى هى واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذى لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلا والحفنة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقرونا بالمخلص فكل علة توجب الحكم فى محل لا يقبل المخلص أصلا فهى علة باطلة والطعم بهذه الصفة فانها توجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لاتبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء كلام مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج مالولاه لكان الكلام متنا ولاله وان كان المستثنى الكثير القابل للمماثلة لا يتناوله الحديث أصلا فان قال هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أى جعلتموه سواء بسواء فبيعوا أحدهما بالآخر قلنا هذا مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل وباعتبار الحقيقة يتبين أن حكم النص وجوب المماثلة فيما يختص بمحل قابل للمماثلة والدليل عليه أنه لو باع قفيز حنطة يملكه بقفيز حنطة ارخوة أوقد أكلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل فى الذات ومع ذلك جاز العقد لوجود المماثلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم فى الذات لوجود المساواة في القدر قلنا هذا جائز ولكن عند قيام الدليل فاذا أمكن أن يجعل الحكم فى الذات وجوب المماثلة والفضل الذى هو ربا بعد تلك المماثلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصاً فيما اذا بنى أمره على الاحتياط وهو الربا والذى قال ان الاسم غير عما عليه مقتضي اللغة ممنوع فانه دعوى المجاز أيضاً فلا يمكن اثباته أيضاً الا بدليل فاما حديث عمر رضى الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أن المراد بقوله وان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين على أحد منها السلم في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية أن الواحد منهم يسلم في ابنة مخاض فاذا حل الاجل زاده في السن وجعله ابنة لبون ليزيده في الاجل ثم يزيده الى سن الحقة والجذعة وفي ذلك نزل قوله تعالى (ولا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) فتلك الزيادة خالية عن عوض هو مال ولهذا قال انه من الربا الذى لا يكاد يخفى على أحد (والثانى) أن المراد السلم فى الحيوان والحيوان مما يتفاوت والمسلم فيه دين فانما يصير معلوما بذكر الوصف ورأس المال بمقابلة الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض يتمكن التفاوت في المالية بين المقبوض والموصوف عند العقد لامحالة فتلك الزيادة كانها خالية عن عوض هو مال ولهذا جعل

من الربا الذى لا يكاد يخفى على أحد وان سلموا أن حكم النص وجوب المماثلة لا يبقى لهم شيء لان وجوب المماثلة لا تكون الا في محل قابل للمماثلة وان لم يسلموا فالدليل على اثبات هذه القاعدة أن الاموال أنواع ثلاثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا تجب المماثلة فيها للمبايعة وامثال متقاربة كالسهام ولا تجب المماثلة فيها أيضاً للمبايعة وأمثال متساوية كالفلوس الرائجة وتجب المماثلة فيها حتى اذا باع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز للرسنة فان بيع فلس بفلس جائز بل لوجوب المماثلة فان أحدى الفلسين يبقى بغير شيء لما كانت أمثالا متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا واذا كان كل واحد منهما بعينه فكأن المتعاقدين أعرضا عن الاصطلاح على كونها أمثالا متساوية ولهذا يتبين بالتعيين فتصير أمثالا متقاربة كالجوز والبيض اذا عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المماثلة في هذه الاموال فعرفنا أنها أمثال متساوية وانما تكون أمثالا متساوية بالجنس والقدر لان كل حادث فى الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما بطلت المماثلة من هذين الوجهين والمماثلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في هذا المقدار كالطول والعرض والمماثلة معنى باعتبار الجنسية ولكن هذه المماثلة لا تكون قطعاً الا بشرط وهو سقوط قيمة الجودة منها لجواز أن يكون احدهما أجود من الآخر واذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالا متساوية قطعاً فانما يقابل البعض بالبعض فى البيع من حيث الذات فاذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة كالخيطين اذا تقابلا وأحدهما أطول فتلك الزيادة تكون خاليه عن المقابلة والفضل الخالى عن المقابلة ربا فاذا جعل شرطا فى العقد فسد به العقد وهكذا فى سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان يسلم له مع ذلك ثوبا آخر لايجوز لان هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعا لوجوب المماثلة فثبت بما قررنا ان العلة لهذا الحكم بالتأثر فى ايجاب المماثلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وبدليل مجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما كان مالا متقوما يجوز الاعتياض عنه كالبيع وانما يجوز الاعتياض عما فسد بتقومه شرعا كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس ثم اثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة الاصول وعلى

ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول فالبيع ما شرع الا لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال ككسبه بالبيع فكيف يستقيم ان يجعل حراما بالرأى وان أردت تحرير النكتة قلت التفاح والرمان ما لم يسقط قيمة الجودة منه عند المبايعة فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب والدواب ثم تقريره من الوجه الذى ذكرنا وبهذا يطل فى القليل من الحنطة كالحفنة ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو غصب من آخر حفنة من حنطة فنقص عنده ليس للمغصوب منه ان يضمنه النقصان مع أخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة لكان له ذلك كما فى التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست من ذوات الامثال فان المماثلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفنا ان الواجب هو القيمة وقد بينا ان المالية والقيمة فى الحنطة لا تعلم الا بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة النقصان ليوجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحزر فيوجب القيمة ويكون شرط الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب فاذا أراد استرداد العين لم يكن له أن يرجع بشيء كما لو قطع يد عبد عند انسان فأراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء على قول أبى حنيفة وعلى هذا الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز أيضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فتكون المقابلة باعتبار الذات فيظهر الفضل الخالى عن المقابلة بخلاف الحفنة بالحفنتين فكل واحد منهما يقابل الآخر فى البيع والشراء من غير اعتبار القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة ويتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والثمنية فانها علة قاصرة لا تتعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمنية فانها تنبيء عن شدة الحاجة اليه وتأثير الحاجة فى الاباحة لا في الحرمة كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع ما حرم البيع فى هذه الاموال الا ما حرم فى سائر الاموال وهو الفضل الخالى عن المقابلة وهذا لان هذه الاموال بذلة كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصون عن الابتذال يلحق بالنفوس فيجوز ان يشترط فى النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل وبهذا تبين فساد ما قال ان الاسم المشتق

من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة لانه انما يكون ذلك الفعل علة اذا كان صالحا له كالزنا والسرقه واذا كانت الثمنيه والطعم ينبئان عن شدة الحاجه فلا يصلحان ان يكونا علة للحرمة والذى قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قانا قد نص على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغى ان تكون العلة فى الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة فى القدر كالصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة في النقود الثمنية وفى سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقيم عطف بعضها على البعض اذ لا موافقة بين الثمنية والطعم والذى قال القدر علة للخلاص لا كذلك قد بينا أن جواز البيع فى هذه الاموال أصل لحيث مفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة لذلك فاما جواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص فى حالة التساوى وعلة الربا فى حالة الفضل والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت الحل للمنكوحه والحرمه في أمها وانما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة فى القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن فكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن وربما يقول بعضهم ان الحفنه مقدرة الا أنه لا يمكن معرفه مقدارها الا بضم أمثالها اليها ولا تخرج به من أن تكون مقداراً كالصبرة وهذا فاسد فان المقدر لا يمكن معرفه مقداره فاذا ضم الى الحفنه أمثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوماً لا مقدار الحفنه بخلاف الصبرة فانها اذا فرقت جزاء وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فأما علة ربا النساء أحد هذين الوصفين اما الجنس أوالقدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم بعد الاشياء الستة واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فقد ألغي ربا النساء بعد انعدام الجنسيه لبقاء أحد الوصفين والشافعى لا يخالفنا فيما هو العلة عنده أيضا وانما يخالفنا فى الجنسيه بناء على أصله ان الجنسيه شرط لا علة وسنبين هذا الفصل في الفصل الثانى ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم قال أسلم ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم بالوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحدا باثنين يدا بيد ولا بأس به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يدا بيد ولا خير فى نسيئته ونقول أما قوله أسلم ما يكال فيما يوزن غير مجري على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه

بان يكون مبيعاً مضبوطاً بالوصف حتى اذا أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا وللشافعي قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه ان النقد يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعين فأما عند الذهب والفضة لا يصلح أن يكون مبيعا حتى يتعين بالتعيين والمسلم فيه مبيع فاذا لم يكن هذا مسلما . قال عيسى ابن إبان يكون هذا عقدا باطلا وكان أبو بكر الاعمش يقول انه بيع الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحاً لان تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة وما ذكره عيسى أصح لان المعقود عليه فى السلم المسلم فيه فانما يشتغل بتصحيح العقد فى المحل الذي أوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه لتصحيحه فى محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وقوله وأسلم ما يوزن فيما يكال مجرى علي ظاهره فان إسلام المكيل فى الموزون جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعاً اذ لا اتفاق بين البدلين فى الجنس ولا فى القدر والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم مايوزن فيما يوزن غير مجرى على ظاهره أيضاً بل المراد اذا كانا متفقين فى المعنى بان كانا مثمنين كالزعفران مع القطن فاما اذا كان مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود فى الزعفران أو الحديد أو القطن فانه يجوز والعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان رأس المال يكون من النقود عادة والحاجة تمس الي اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعاً ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاقهما فى الوزن صورة لا معنى وحكما فان الوزن فى النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامناء ويكون مثمناً يتعين فى العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الوزن يلزم فى الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئاً بدرهم بشرط الوزن كان له ان يتصرف فيه قبل أن يزنه فما كان هذا الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا فى المعنى والحكم جوز اسلام أحدهما فى الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال مجرى على ظاهره فان إسلام المكيل فى المكيل لايجوز بحال لاتفاقهما فى قدر واحد وقوله واذا اختلفا النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحداً باثنين يداً بيد هذا مجرى على ظاهره لانعدام

العلة المحرمة للفضل وقوله ولا بأس به نسيئة هذا غير مجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان ما يجعل مسلما فيه يصير مضبوطا بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو أسلم ثوبا في جوهرة أو درة لا يجوز وكذلك فى الحيوان عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد هذا مجرى على ظاهره وهو متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس يداً بيد وقوله لاخير فيه نسيئة هو قول علماؤنا رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النساء بانفراده حتى لو أسلم ثوباً هرويا فى ثوب هروى لا يجوز عندنا وعند الشافعى يجوز وكان مالك رحمه الله يقول إن اختلفا فى الصفة يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو أسلم هرويا فى مروى جاز عندنا وعند ابن أبى ليلى لا يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل عنده جنس واحد أو باعتبار تقارب المنفعة يجعل الهروى والمروى جنسا واحداً وقد نقل ذلك عنه فى الحنطة والشعير أيضا أنهما من جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الحنطة ثم . قال (واذا اختلفا النوعان فكذلك بيان أنهما جنسان) وكذلك المصنوع من أصل لا يكون جنسا للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنسا لمصنوع آخر على هيئة أخرى من ذلك الاصل فعرفنا أن باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة أيضا كما فى الاموال الربوية فالحنطة العفنة مع الحنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقى مع التجني والفارسى مع الدقل فى التمر جنس واحد مع اختلاف الوصف فأما الشافعى فانما بنى مذهبه على ماقلنا أن الجنسية عنده شرط وقد بينا فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا ففرت الابل فأمرنى أن اشترى بعيراً ببعيرين الى أجل وعن على رضى الله تعالى عنه انه باع بعيراً يقال له عصفور بعشرين بعيراً الى أجل وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه باع بعيراً بأربعة أبعرة الي أجل ولان هذا عقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام أحدهما في الآخر كالهروى مع المروى وتأثير هذا الكلام أن باعتبار التأجيل فى أحد البدلين يظهر التفاوت فى المالية حكماً والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكما فاذا كان التفاوت فى المالية في هذه

الاموال حقيقة لا أثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكما أو الى وهذا لان حكم الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسية علة تؤدى الى تعميم حكم الربا فى كل مال فامن مال الا وله جنس فما كانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية وحجتنا في ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا علي النسيئة من الجانبين لان ذلك يستفاد بنهيه صلي الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ ولانه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فانما يفهم منه النسيئة فى البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتأويل ما رووا من الا ثار أنه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك فى دار الحرب وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب فتجهيز الجيش وان كان فى دار الاسلام تقل الالات كما لوكان في دار الحرب لعزتها فى دار الاسلام يومئذ ولان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية والقدر فى أول الحديث ثم . قال (واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصا على ثبوب ربا النساء عند وجود الجنسية) لانه متى ثبتت المساواة بين الشيئين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصا علي ذلك الحكم فى الآخر كالرجل يقول اجعل زيداً وعمرا فى العطية سواء ثم يقول اعط زيداً درهما يكون ذلك تنصيصا على أن يعطى عمرا أيضاً درهما ولا يستقيم اعتبار ربا النساء بربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النساء أعم حتى يثبت فى بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس الجنس كالمالية لان جعل المالية علة تؤدى الى تعميم الربا في البيوع كلها لان البيع لا يجوز الا فى مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا فعرفنا أن المالية ليست بعلة فيه وليس فى جعل الجنسية علة تعميم الربا فى العقود كلها والقياس على أصول تنعدم فيها الجنسية باطل لان انعدام الحكم عند عدم العلة دليل صحة العلة لا دليل فسادها ولان إسلام الشيء فى جنسه يؤدى الى اخلاء العقد عن الفائدة والى أن يكون الشيء الواحد عوضاً ومعوضاً والى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه أنه إذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوب هروى فانه يلزم تسليم رأس المال فى الحال ثم اذا حل لاجل يرد ذلك الثوب بعينه والمقبوض بحكم السلم فى حكم عين مايتناوله العقد فلو جوزنا هذا العقد لم يكن مفيداً شيئاً ويكون الثوب الواحد عوضاً ومعوضاً واذا أسلم ثوبا هرويا فى ثوبين هرويين لوجوزنا

ذلك لكان إذا حل الاجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوبا آخر فالثوب الآخر يكون فضلا خالياً عن العوض مستحقا بالبيع وهو الربا بعينه قال (واذ أسلم الرجل فى الطعام كيلا معلوماً وأجلا معلوما وضربا من الطعام وسطاً أورديا أوجيداً واشترط المكان الذي يوفيه فيه فهو جائز). قال رحمه الله تعالى (إعلم بان السلم أخذ عاجل بآجل وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم) لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر كالصرف وقيل السلم والسلف بمعني واحد وانما سمى هذا العقد به لكونه معجلا علي وقته فان أوان البيع مابعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد وانما يقبل السلم فى العادة فيما ليس بموجود فى ملكه فلكون العقد معجلا على وقته سمى سلما وسلفا والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم وبيع ماهو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أشهد ان السلم المؤجل فى كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية وتلى هذه الآية والسنة ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ففى هذا دليل أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عدم وجوده فى ملكه ولكن بطريق اقامة الاجل مقام الوجود فى ملكه رخصة لان بالوجود فى ملكه يقدر على التسليم وبالاجل كذلك فانه يقدر على التسليم إمابالتكسب في المدة أو مجئ أوان الحصاد في الطعام وفى الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين فقال صلواة الله تعالى عليه من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد قررهم علي أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى السلم عند أبى حنيفة سبعة (اعلام) الجنس فى المسلم فيه (واعلام النوع) (واعلام القدر) و(اعلام الصفة) و(اعلام الاجل) و(اعلام المكان) الذى يوفيه فيه فيماله حمل ومؤنة واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد علي قدره والاصل فى هذه الشرائط الحديث الذى روينا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعلام القدر بأن ترك إعلامه يفضي الى المنازعة التى تمنع البائع عن التسليم والتسلم فدل ذلك عن ان كل جهالة تفضى الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب ازالتها بالاعلام وجهالة الجنس تفضى الى ذلك لانه اذا أسلم فى شئ

فرب السلم يطالبه باعلا الاشياء والمسلم اليه لا يعطى إلا أدنى الاشياء ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع فانه إذا أسلم اليه فى تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة لانه اذا أسلم اليه في الحنطة فرب السلم يطالبه بحنطة جيدة والمسلم اليه لا يسلم الا الردئ ويحتج كل واحد منهما باسم الحنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام القدر منصوص عليه فى الحديث وجهالته تفضى الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد الاسترباح ولا يعرف ذلك الا بمعرفة مقدار المالية والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليصير ماهو المقصود لكل واحد منهما معلوما له فأما الاجل فهو من شرائط السلم عندنا وقال الشافعى الاجل يثبت ترفيها لا شرطا حتى يجوز السلم عندنا حالا في الموجود فأما فى المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم فاثبت في السلم رخصة مطلقة واشتراط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة وهذا لان المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يقدم علي التزام تسليم مالا يقدر علي تسليمه فاذا قيل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر علي تسليمه وذلك يكفى لجواز العقد وان لم يكن قادراً علي التسليم فيما يدخل فى ملكه من رأس المال يقدر علي التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال علي رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة . قال (فانى لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ) فلا يكون قادرا على تسليم البدل وربما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل الا بمدة فلهذا لا أجوزه الا موءجلا فأما المسلم اليه حر من أهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على التسليم الا ان يكون معدما في العالم فحينئذ لا يقدر على التسليم الا بوجوده في أوانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

الا أن يكون المراد به اذا أسلم مؤجلا ينبغي أن يكون الاجل معلوما وفي قوله صلي الله عليه وسلم رخص في السلم ما يدل علي الاجل أيضا لان الرخصة في الشئ تيسير مع قيام المانع والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا أنه رخص فيه مع قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل مقامه لان به يقدر علي التسليم امابالتكسب أو بمجيء زمان الحصاد وهوكالرخصة في المسح على الخفين فان اقامة المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في قوله في المسئلة فانا نقول باع مالا يقدر على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد كما لو قبل السلم في المعدوم حالا وبيان ذلك أن عقد السلم من عقود المفاليس فانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجوداً في ملكه لكان يبيعه بأوفي الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه لاسقاط مؤنة الاحضار والاراءة للمشترى فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ماليس عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ماليس في ملكه فان مافي ملكه وان لم يكن حاضرا يجوز بيعه اذا كان المشترى رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وان كان حاضراً لا يجوز بيعه فعرفنا أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادراً علي التسليم لان العقد سبب للوجوب عليه لا له فلا تثبت به قدرته على التسليم وانما تكون قدرته بالاكتساب ويحتاج ذلك الى مدة فاذا كان مؤجلا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم واذا كان حالا يظهر المانع والدليل عليه أن بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولا فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالا لم يجب تسليم رأس المال أولا لان قيضة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم ويتضح هذا فيما اذا كان رأس المال عينا فان أول التسلمين في البدل الذى هو دين كالثمن في بيع العين والدليل عليه ان السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك الا الاجل وبه يبطل قولهم ان السلم الحال أبعد عن الغرر من المؤجل لان السلم في العين أبعد عن الغرر من السلم في الدين ومع ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البدل في الكتابة معقود به لا معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في المبيع فاما المسلم فيه معقود عليه والقدرة علي تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل وأما السلم عقد تجارة وهو مبنى على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه

الا مؤجلا ولم يبين فى الكتاب أدنى الاجل فى السلم وذكر أحمد بن أبى عمران من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن أدنى الاجل فيه ثلاثة أيام اعتباراً للاجل بالخيار الذى ورد الشرع فيه بالتقدير بثلاثة أيام وكان أبو بكر الرازى يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل مايتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال أدنى الاجل شهراً استدلالا بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ فى يمينه فاذا كان مادون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر فما فوقه في حكم الآجل فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم أودنانير يكون التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحسانا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود فيكون هذا بيع الدين الدين وذلك لا يجوز لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعنى النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطا القياس أن لا يكون شرطا وفى الاستحسان يكون شرطا وجه القياس ان العروض سلعة تتعين في العقود بخلاف الدراهم فلولم يشترط التعجيل لا يؤدى الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان ان السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون حكمه ثابتا على مايقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ومن علماؤنا رحمهم الله تعالي من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبعضهم عبر بعبارة أخرى شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مضبوط الوصف معلوم القدر موجوداً من وقت العقد الى وقت التسليم فاما بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من شرائط جواز السلم فى قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للايفاء وان لم يبين يتعين موضع العقد للايفاء وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهما في ذلك ان موضع العقد موضع الالتزام فيتعين لايفاء ماالتزمه فى ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وهذا لان المسلم فيه دين ومحله الذمة فانما يصير مملوكا لرب السلم في ذلك المكان والتسليم انما يجب فى الموضع الذى ثبت الملك له فيه ألا ترى أن من باع حنطة بعينها بالسواد يجب تسليمها موضع الحنطة لانه ملكها فى ذلك الموضع ولان أحد البدلين وهو رأس المال يجب

تسليمه في موضع العقد فكذلك البدل الآخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة بين البدلين وبأن جاز تغييره بالشرط فذلك لا يدل على أنه غير ثابت بمطلق العقد ويجوز تغيره باشتراط الاجل والمطلق بمطلق البيع ثبت عقيب العقد ويجوز تغييره بشرط الخيار وتوجه المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقيبه ثم يجوز تغييره باشتراط الاجل وأبو حنيفة يقول مكان الأيفاء مجهول وجهالته تفضي الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلم لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيه بحالي وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا ندري أنه في أي مكان يكون ثم . قال (أرأيت لو عقد اعقد السلم في السفينه في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل) هذا مالا يقوله عاقل والدليل عليه أن مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تغييره بالشرط كمكان البيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد على أن يسلمها في المصر لا يجوز العقد ولما أجاز هنا بيان مكان الأيفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف رأس المال فانه لما تعين مجلس العقد بتسليمه لم يجز تغييره بالشرط ثم هناك موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم رأس المال قبل الافتراق حتى لو مشيا فرسخا ثم سلم اليه رأس المال قبل أن يفارقه كان صحيحا فأما فيما لا حمل له ولا مؤنة فلا خلاف أن بيان مكان الايفاء ليس بشرط ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أظهر الروايتين يجب تسليمه في موضع العقد لانه موضع الالتزام وفي رواية أخرى عنهما يسلم اليه حيث ماالقيه وهو قول أبي حنيفة سواء بينا المكان أولم نبين لان الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والمالية فيما لا حمل له ولا مؤنه لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لعزة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما له حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فان الحنطة والحطب موجود في المصر والسواد جميعاً ثم يشترى في المصر با كثر مما يشترى به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان وقد بينا أن ما يختلف مالية المسلم فيه باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد وهذا الخلاف في فصول أربعة (أحدها) السلم (والثاني) اذا باع عبدا بحنطة موصوفة في الذمة الي اجل يشترط بيان مكان الايفاء لجواز العقد عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط بيان مكان الايفاء (والثالث) اذا استأجر

داراً بماله حمل ومؤنة دينافي ذمته عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين موضع الدار للاستيفاء لاموضع العقد (والرابع) اذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على صاحبه شيئاً له حمل ومؤنة فهو على هذا الخلاف ويأتى بيان ذلك فى الاجارات والقسمة ان شاء الله تعالى فاما اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط السلم عند ابى حنيفه وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه تكفي وكذلك اذا كان رأس المال عدديا متقاربا كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغنى ذلك عن اعلام القدر كما فى الثمن والأجرة وكما في المضاربة لو دفع اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف كان جائزاً والدليل عليه أن رأس المال لو كان ثوبا لا يشترط إعلام ذرعانه والذرع فى المذروعات للاعلام بمنزلة القدر فى المقدرات الا ترى أن فى المسلم فيه كما يشترط اعلام القدر يشترط اعلام الذراع اذا كان ثوبا ثم فى رأس المال لايشترط اعلام الذرع فى المذروعات لكونه عينا فكذلك لا يشترط اعلام القدر فى المقدرات ومذهب أبى حنيفة مروى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ذكره في كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضى الله تعالى عنهم مقدم علي القياس والمعنى فيه أن هذا مقدر يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام قدره كالسلم فيه وتحققه أن جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعد ذلك زيوفا فيرده ولا يستبدل له فى مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ماردوا لا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم فى كم انتقض السلم وفى كم بقى واذا كان مقدار رأس المال معلوما بوزن المردود فيعلم انه فى كم انتقض العقد وما يؤدى الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوما ألا ترى انه لو أسلم فى مكيل بمكيال رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيال وهو مخالف لغيره من المكاييل فاذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولا فكذلك هنا يجب التحرز عن الجهالة بأعلام مقدار رأس المال بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرعان في الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعا تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة أذرع لا يحط عنه شيئا من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان فيشترط فيه اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما يتصور استحقاق

النصف أو الثلث وذلك لا يؤدى الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف المقدار على ما بينا وانما لم يذكر فى جملة الشرائط تعجيل رأس المال فى المجلس لانا عددنا الشرائط التى يحتاج الى ذكرها فى العقد وتعجيل رأس المال ليس من ذلك فى شئ لان ذلك شرط بقاء العقد لا شرط انعقاده صحيحا فان العقد بينهما لازم قبل تعجيل رأس المال مادما فى المجلس فلهذا لم يذكره من جملة الشرائط . قال (واذا شرط طعام قرية بعينها أو أرض خاصة لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فالسلم فاسد) لما روى أن زيد بن شعبة أسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى التمر فقال أسلمت اليك فى تمر حائط فلان فقال صلى الله عليه وسلم أما حائط فلان فلا أسلم الى فى تمر جيد وفى مثله قال صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وفى هذا اشارة الى المعنى وهو ان قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار فى تلك النخلة أو الحائط الذى عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك اذا عين أرضا لا يبقى طعامها فى أيدى الناس فقدرته على التسليم عند وجوب التسليم موهوم . قال (ولا بأس بان يأخذ بعض رأس ماله وبعض ما أسلم فيه اذا حل الاجل عندنا) وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لا يجوز ذلك وبه أخذ ابن أبى ليلى . قال (واذا أخذ بعض رأس ماله فسد العقد ويسترد ما بقى من رأس المال)لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فاذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك فلا تمكن منه شرعا ولأنه حين أخذ بعض رأس المال فقد اختار فسخ العقد فينفسخ فى الكل وحجتنا فى ذلك ان أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله فى الكل جاز فلذلك اذا أقاله فى البعض يجوز أيضا كما فى بيع العين وتأويل الحديث أن النهى عن أخذ شئ آخر سوى رأس المال والمسلم فيه وأنه فى هذا الموضع ما أخذ غير رأس المال وغير المسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه أن يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه يندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة إلا أنه لو أقاله فى الكل فات مقصود رب السلم وهو

الربح فأقاله في البعض انتدابا الى ما ندب اليه واستوفى بعض المسلم فيه ليحصلا مقصودهما في الربح ففيه النظر لهما وهو المعروف الحسن الجميل. قال(والسلم جائز فيما يكال أو يوزن مما لا ينقطع من أيدى الناس) والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطا بوصفه معلوما بقدره موجودا من وقت عقده الى حين أجله يجوز السلم فيه ومالا فلا وقيل كل ما يمكن أن يؤتى على حصر متقاربة ويكون مقدور التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما يمكن معرفة كميته اجتهادا وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه والمكيلات والموزونات بهذه الصفة. قال(ولا خير فى السلم فى الرطبة ولا فى الحطب حزما ولا جرزا وأوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان الاوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تمكن المنازعة بينهما وقد بينا أن كل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز)معناه اذا بين طول ما تشد به الحزمة أنه ذراع أو شبر فان كان ذلك على وجه لا يتفاوت فحينئذ يجوز السلم لكون المسلم فيه معلوماً مقدور التسليم. قال (ولا خير فى السلم فى جلود الابل والبقر والغنم عندنا) وقال مالك بانه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول الجلود لاتوزن عادة ولكنها تباع عدداً وهى عددية متفاوتة فيها الصغير والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا مبنى على السلم فى الحيوان فقد قامت الدلالة لنا على أن السلم فى الحيوان لا يجوز فكذلك فى أبعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في الاكارع والرؤس وكذلك لا يجوز السلم فى الأدم والورق لانه مجهول فيه الصغير والكبير الا أن يشترط من الورق والصحف والأدم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ يجوز السلم فيه كالثياب وكذلك الأدم اذا كان يباع وزنا فانه يجوز السلم فيه بذكر الوزن اذا كان على وجه لا تمكن المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم. قال (ولا خير فى السلم فى شئ من الحيوان عندنا)وعند الشافعى يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة والسن واحتج فى ذلك بما روينا من الاثار أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً وقضاه رباعياً وقال خيركم أحسنكم قضاء. والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم فيه بطريق الأولى والمعنى فيه أنه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف انه يجوز بيعه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمى الابل صار الجنس معلوما واذا قال حيوان

صار النوع معلوما واذا قال جذع أوثنى يصير السن معلوما واذا قال ثمين تصير الصفة معلومة واعلام الشئ من الاعيان بهذه الاشياء وشرط جواز العقد اعلام العين ولا يعتبر بعدذلك جوازنفع فى المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه أن بنى اسرائيل استوصفوا البقرة فوصفها الله تعالى لهم وادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق وقال صلى الله عليه وسلم لايصف الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كأنها تنظر اليه فقدجعل الموصوف من الحيوان كالمرئى والدليل عليه انه يثبت في الذمة مهراً وان الدعوى والشهادة فى الحيوان تسمع بذكر الصفة فدل أنها تصير معلومة بذكر الوصف بخلاف اللآلئ والجواهر فالسلم فى الصغار من اللالئ يجوز وزنا أما الكبار منها فلايمكن إعلامها لكون المقصود التدوير والصفا والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه فاذا بالغ فى بيانه يصير بذلك عديم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهراً فى الذمة وحجتنا فى ذلك حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم نهى عن السلم فى الحيوان وفى الكتاب. قال (بلغنا عن عبد الله بن مسعودرضي الله تعالى عنه) وانما فسر هذا الحديث فى أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله تعالي عنه دفع مالا مضاربةالى زيد بن خليدة فأسلمها زيد الي عتويس بن عرقوب فى قلائص معلومة فقال عبد الله بن مسعودرضي الله تعالى عنه اردد مالنا لانسلم أموالنا فى الحيوان وقدروينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال ان من الربا أبوابا لايكدن يخفين على أحد منها السلم في السن وقد بينا تأويل آثارهم وما روى انه استقرض بكراً فالمراد استعجل فى الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أواستقرض لبيت المال وكما يجوز أن يثبت لبيت المال حق مجهول يجوز أن يثبت ذلك علي بيت المال أيضا والمعنى فيه انه أسلم فى مجهول فلا يجوز كما لو أسلم فى الحلقات أو الجواهر وهذا لان المسلم فيه مبيع وشرط جواز العقد القدرة على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه مجهولا وبيان الوصف ان بعد ذكر الاوصاف التى يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم فى المالية فانك تجد فرسين مستويين فى السن والصفة ثم تشترى أحدهما بأضعاف ما تشترى به الآخر لتفاوت بينهما فى المعانى الباطنة كالهملاجة وشدة العدو وكذلك فى البعيرين وهذا فى بنى آدم لا يخفى فان العبدين والأمتين يتساويان فى السن والصفة ويختلفان فى المالية لتفاوتهما فى الذهن

والكياسة وفيه يقول القائل

رب واحد يعدل الفا زائداً　　وألوف تراهم لا يساوون واحداً

وكما أن العين مقصود فالمالية أيضا مقصودة بل أكثر لان المقصود هو الاسترباح وذلك بالمالية يكون فاذا كان الحيوان بذكر الاوصاف لا يلتحق بذوات الامثال فى معنى المالية قلنا لايجوز السلم فيها بخلاف الثياب فانها مصنوع بنى آدم فما لم يكن معلوما لهم لا يتمكنون من اتخاذها والثياب اذا نسجت فى منوال واحد على هيئة واحدة لاتتفاوت فى المالية الا يسيراً ولا معتبر بذلك القدر كالتفاوت بين الجيد والردى في الحنطة فى المالية فأما الحيوان مصنوع الله تعالى وذلك يكون على مايريده فقد يكون علي وجه لا نظير له ولو بالغ فاستقصى في بيان وصفه يصير عديم النظير وذلك لايجوز السلم فيه بالاتفاق ويوضحه ان أقرب الحيوانات الي الثياب الغنم وما هو المقصود من الغنم غير مرئى بل هو تحت الجلد ويقع فيه تفاوت عظيم وما هو المقصود فى الثياب ظاهر مرئى وقد ذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمد رحمهما الله تعالى قال قلت له انما لايجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف . قال (لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوز في العصافير) ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح ولكنه للسنة وانما ذكر الله تعالى لبنى اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك يمكن أعلامه عندنا ثم كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا فى الاستيصاف هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وانما نهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الاستيصاف لخوف الفتنة وذلك يقع بالاوصاف الظاهرة وكذلك سماع الدعوى والشهادة لان الاوصاف الظاهرة منها تصير معلومة وثبوته فى الذمة مهرا لكون النكاح مبنياً على التوسع فان المقصود به شئ آخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك . قال (ولا بأس بالسلم في الثياب كلها بعد ان يشترط ضربا معلوما وطولا وعرضاً بذارع معلوم واجلا وصفة معلومة) لان مقدار المالية بذكر هذه الاوصاف يصير معلوماً عادة والتفاوت الذى يقع بعد هذا يسير واليسير من التفاوت غير معتبر لانه لا يتمكن بسببه منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن بخلاف الحرير فانه اذا أسلم في الحرير ينبغى أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغى ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتى وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه

لم يرد به قطع الحرير . قال (وكل شئ ينقطع من أيدى الناس فلا خير في السلم فيه) وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يكون المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل فلهذا لا يجوز بالاتفاق لان السلم اليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الاجل فاذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد (الثانى) ان يكون منقطعا وقت العقد موجوداً فى أيدى الناس عند حلول الاجل فهذا لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعى (الثالث) أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن أيدى الناس فيما بين ذلك فهذا لا يجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعى رحمهما الله (الرابع) أن يكون موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل على وجه لا ينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحا بالاتفاق وحجتهم فى ذلك حديث عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ومعلوم أن الثمار الرطبة لا تبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا قرهم على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف أن وجوب التسليم بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود فى العالم والقدرة على تسليم الدين بوجود جنسه فى العالم ولا معنى لقول من يقول من الجائز أن يموت المسلم اليه عقيب العقد فيحل الاجل لان هذا موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات الا ترى أن اعتبار هذا الموهوم يؤدى الى الحلول أو جهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجوداً في الحال فدل أنه لا يعتبر ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتوهم أن يتأخر التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير مالو عين مكيالا أو قبا تخالف ما بين الناس لان بطلان العقد ليس باعتبار هلاك ما عينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه كتعيين المسلم فيه لا لانه يتوهم أو يصيب ثمار تلك النخلة آفة والدليل أن وجود السلم فيه في مكان العقد ليس بشرط بجواز العقد فكذلك في زمان العقد لا التسليم لا يتأتى الا بمكان أو زمان فكل يسقط اعتبار وجوده فى مكان العقد فكذلك فى زمان العقد وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها وفى الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهى عن بيعها سلما والمعنى فيه أن قدرة العاقد

علي تسلم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما في الحال لان العاقد لا يقدر على تسليمه الا بايصال حياته وأن ذلك الشيء وايصال حياته بأوان الوجود موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم فان قيل حياته معلومة في الحال والاصل بقاؤه حيا الى ذلك الوقت وانما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاؤه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال فيكون معتبراً في ابقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه فبهذا الطريق لا تثبت قدرته على التسليم الا أن يكون موجوداً في الحال حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر ذلك في افساد العقد يقرره ان ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيا الى ذلك الوقت وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشترط موته وذلك موهوم أيضا فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود وقت المحل بالاتفاق فلذلك يشترط الوجود من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ماوراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم ابتداء وانما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة الابتداء كخلو المحل عن الردة والعدة في النكاح والشهود تعتبر عند ابتداء العقد لا عند البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فبانعدامه في مكان العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الي زمان فتنعدم القدرة على التسليم لعدم الوجود في زمان العقد الا ترى انه لا يشترط وجوده في المكان الذى جعلاه محل التسليم ويشترط وجوده في زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الي وقت المحل ثم لم يأخذه بعد محل الاجل حتى انقطع فرب السلم بالخيار ان شاء أخذ رأس المال وان شاء صبر حتى يجيء حينه فيأخذ ما أسلم فيه عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس المال لان الانقطاع من أيدى الناس في العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك العين في العجز عن التسليم ولو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم بطل به البيع فكذلك اذا انقطعت من أيدى الناس وقاس بما لو اشترى بفلوس شيئاً فكسدت قبل القبض يبطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع المسلم فيه من أيدى الناس وحجتنا في ذلك انه يعذر بتسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير فيه

العاقد كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه دين وبقاء الدين ببقاء محله ومحل الدين انما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا ببقاء الذمة ولكن تأخر تسليمه الى أوان وجوده وفيه يعتبر شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال وبين أن يصبر حتى يأتى أوانه فيأخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك يفوت أصلا وكذلك الفلوس اذا كسدت فان العقد انما تناول فلوسا هى ثمن فبعد الكساد لا يبقى ثمنا أصلا يوضحه أن مايكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك أو لايدرى متى يروج فلم يكن للقدرة فيه على التسليم أوان معلوم فلهذا يبطل العقد هنا لادراك الثمار للقدرة على التسليم أوان معلوم فيخير رب السلم ان شاء رضى بالتأخير وان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله . قال ولا خير فى السلم فى الرمان والسفرجل والبطيخ والقثا والخيار وما أشبه ذلك مما لا يكال ولا يوزن) لانه يختلف فيه الصغير والكبير فلا يمكن أن يؤتى على حصر متقاربة وأصل هذا الجنس مروى عن أبي يوسف . قال (ماتتفاوت آحاده في القيمة فهو عددي متفاوت لايجوز السلم فيه عددا) ومالا يتفاوت آحاده فى القيمة وان ما يتفاوت أنواعه فهو عددى متفاوت لايجوز السلم فيه عددا والرمان والبطيخ تتفاوت فى المالية آحاده والباذنجان وما أشبه ذلك لا يتفاوت آحاده فى المالية وعلى هذا الأصل يجوز السلم في البيض والجوز عددا لان آحاده في المالية لاتتفاوت فانك لاترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وانما تتفاوت أنواعه فى المالية وذلك التفاوت يزول بذكر العد فى العدديات كالقدر فى المقدرات وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انه لا يجوز السلم في بيض النعام لانه تتفاوت آحاده فى المالية وعلى قول زفر لا يجوز السلم فى البيض والجوز عددا لان فيه الصغير والكبير وتجرى فيه المنازعة بينهما فى التسليم والتسلم وانما يجوز السلم فى البيض وزنا وفى الجوز كيلا بعد أن يكون بمكيال معروف له ونحن نجوز السلم فيه كيلا أيضا لانه يكال تارة ويعد أخرى فتنقطع فيه المنازعة بينهما بذكر الكيل كما ينقطع بذكر العدد . قال (ولا بأس بالسلم في الفلوس عددا لانه عددي متقارب أو هى أمثال متساوية قطعا مادامت متساوية رائجة لسقوط قيمة الجودة منها باصطلاح الناس وذكر أبو الليث الخوارزمي عن محمد انه لايجوز السلم فى الفلوس لانها ثمن مادامت رائجة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز ان يكون مسلما فيه كالذهب والفضة وبعد الكساد هي قطع صغار موزنة فلا يجوز السلم فيها عددا ولكن ماذكره في الكتاب

أصح لان صفة الثمنية فى الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان أعرض عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم وماأعرض على الاصطلاح على كونه عدديا ولكن ليس من ضرورة خروجه فى حقهما من أن يكون ثمنا خروجه من أن يكون عدديا كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة فلا ينعدم ذلك بجعلهما اياه مبيعا ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولا خير فى السلم فى اللحم لانه مختلف فى قول أبى حنيفة ولا بأس به فى قول ابن أبى ليلى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لا خلاف بينهما وبين أبى حنيفة بل جواب أبى حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوز ان ذلك وجوابهما فيما اذا بين منه موضعا معلوماً وأبو حنيفة يجوز ذلك والاصح ان الخلاف ثابت وان عند أبى حنيفة لا يجوز السلم فيه وان بين منه موضعا معلوما وجه قولهما انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزنا ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه الربا بعلة الوزن ثم الموزون المثمن معتبر بالمكيل المثمن ويجوز السلم فيه وان اشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فما فيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك مافى اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلقة والدليل عليه جواز السلم في الألية مع مافيهما من العظام وكذلك يجوز السلم فى الشحم لانه موزون فكذلك في اللحم ولابى حنيفة طريقان (أحدهما) ان اللحم يشتمل على ماهو المقصود وعلى ماليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ماليس بمقصود منه ألا ترى أنه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى في ذلك فالمشترى يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذى فى التمر فالمنازعة لا تجرى فى نزع ذلك وكذلك العظم الذى فى الالية وعلى هذا الطريق اذا أسلم فى لحم منزوع العظم يجوز عند أبى حنيفة وهو اختيار ابن شجاع والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء والسلم لا يكون الا مؤجلا فلا يدرى ان عند حلول الحول على أى صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض فالقرض لا يكون الا حالا وفى الحال

صفة السمن والهزال معلومة وبخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الاصح. قال (ولا خير في السلم في السمك الطرى في غير حينه) لانه ينقطع عن أيدي الناس ولانه مختلف فالنكتة الاولى تدل على أنه اذا أسلم في حينه يجوز والنكتة الثانية تمنع من ذلك وحاصل الجواب أن السلم فيه فى غير حينه لا يجوز وزنا ولا عدداً وفى حينه يجوز وزنا ولا يجوز عدداً لان فيه الصغير والكبير الا أن الناس اعتادوا بيعه وزنا والتفاوت فى المالية ينعدم بذكر الوزن وأبو حنيفة يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بينا أن العظم ليس بمقصود من اللحم حتى يجرى المماكسة فى نزعه فانه يشتمل على السمن والهزال وذلك لا يوجد في السمك وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان الكبار من السمك الذى يقطع لا يجوز السلم فيها وزنا بمنزلة السلم فى اللحم فانه اذا كان يقطع تجرى المماكسة فى نزع العظم منه وتختلف رغائب الناس باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا بأس بالسلم فيه وزنا معلوما ولا خير فيه عدداً أما الصغار منه فانه يباع وزنا ولا سمن له وهو مما لا ينقطع عن أيدى الناس فيجوز السلم فيه وزنا وفي الكبار لا يجوز السلم عدداً للتفاوت ويجوز وزنا وعن أبى يوسف أنه لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع الخبث أو الطهر ولا يتأتى ذلك فى السمك فلا يجوز السلم فيه وزنا. قال (واذا أسلم فى الجذوع ضربا معلوماً وسمى طوله وغلظه وأجله والمكان الذى يوفيه فيه فهو جائز) لانه مذروع معلوم كالثياب وكذلك الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ فى القصب باعلام مايسد به الظن بشبر أو ذراع أو نحو ذلك فعند ذلك لا تجرى المنازعة بينهما. قال (واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا أو كوزاً أو آنية من أوانى النحاس فالقياس ان لا يجوز ذلك) لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ثم هذا فى حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه فكذلك اذا كان معدوما بل أولى ولكنا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير أصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتى على ضلالة

وهو نظير دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث فيه ومايصب من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقا بفلس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وان لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع من الكنة على ظهرد غير معلوم وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس فى مقابلته وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما والأصح انه معاقدة فانه أجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان أبو سعيد البردعى يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل والاصح أن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزاً والدليل عليه أن محمداً قال اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت فى بيع العين فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه . قال (واذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره) لان العقد لم يتعين فى هذا بعد ولكن اذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى مالم يره وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن أبي يوسف قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع فى افساد أديمه وآلاته فربما لايرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بانه لا يثبت له الخيار وفرق فى ظاهر الرواية بين هذا والسلم . وقال لافائدة فى اثبات الخيار فى السلم لان المسلم فيه دين فى الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وهنا اثبات الخيار مقيد لانه مبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويوضح الفرق أن اعلام الدين بذكر الصفة اذ لايتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف فى المسلم فيه مقام الرؤية فى بيع العين فاما إعلام العين فتمامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فلهذا يثبت فيه خيار الرؤية . قال (فان ضرب لذلك أجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم) في قول ابي حنيفة تعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال فى المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا أحضره المسلم اليه وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع علي حاله لانه بدون ذكر الاجل عقد

جائز غير لازم فبذكر الاجل فيه لايصير لازما لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر الاجل تيسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الاجل منه استصناعا ولو كان هذا سلما لكان سلما فاسداً لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وأبو حنيفة يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ماذكرنا ان المستصنع فيه مبيع والاجل لا يثبت الا فى الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا أنه مبيع دين فتأثيره ان المتعبر ماهو المقصود وبه يختلف العقد لاباعتبار اللفظ الا ترى انه لو قال ملكتك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً كانت إجارة فعرفنا أن المتعبر ماهو المقصود ثم السلم أقرب الي الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما مستحسن ولكن الآثار فى السلم مشهورة وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه فكان الاصل فيما قصداه السلم إلا إذا تعذر جعله سلما بان لم يذكرا فيه أجلا فحينئذ جعل استصناعا فاما اذا أمكن جعله سلما بأن ذكر الاجل يجعل سلما ولان الاجل مؤخر للمطالبة ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع فثبوت الاجل فيه دليل علي انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهم انه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه وما قالا بأن السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعا يشكل بالمتعة فانه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهراً وهذا اذا كان ذكر المدة علي سبيل الاستمهال أما اذا كان علي سبيل الاستعجال بأن قال علي أن يفرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكى عن الهندوانى. قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكر علي سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم. قال (ولا بأس بالسلم فى اللبن فى جبنه وزنا أو كيلا معلوما) لانه يكال تارة ويوزن أخرى فيصير معلوما بذكر كل واحد

منهما على وجه لا يبقى فيه منازعة في التسليم . قال (في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وهذا في عرف ديارهم)لان اللبن ينقطع عن أيدى الناس فى بعض الاوقات فأما في ديارنا لا ينقطع وان كانت تزاد قيمته فى بعض الاوقات ولكن لا يعد ذلك انقطاعا فيجوز السلم فيه فى كل وقت قال(ولا بأس بالسلم فى اللبن والآجر اذا شرط فيه شيئاً معلوماً)لانه عددى متقارب فان آحاده لا تختلف فى المالية وانما تختلف أنواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبن فلبن كل نوع منه معلوم عند أهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا بأس بالسلم في التبن كيلا معلوما وكيانا معلومة) لانه مكيل مقدور التسليم وكيله الغرارة اذا كان معلوما وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال(ولا خير فى السلم فى رؤس الغنم والاكارع)لانها عددية متفاوتة ألا ترى ان المشترى ينازع البائع فيقول أريد هذا ولا أريد هذا والمقصود ما عليها من اللحم وهى تختلف ثم هذا على قول أبى حنيفة غير مشكل لانها أبعاض الحيوان كاللحم وهما يقولان اللحم موزون أما الرؤس والاكارع فغير موزونة عادة وبذكر الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها . قال(ولا خير فى السلم في كل شئ مما يكال أو يوزن اذا شرط بمكيال غير معروف أو بأناء بعينه غير معروف أو بوزن حجر غير معروف) لان مقدار السلم فيه لا بد من أن يكون معلوما عند العقد وبما ذكر لا يصير مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما فكان هذا سلما فى المجهول ولان القدرة على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا ببقاء ما عينه من المكيال الى وقت حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما يهلك قبل ذلك وإن اشترى بذلك الاناء يداً بيد فلا بأس به لان فى العين يجوز البيع مجازفة فبكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب العقد والقدرة على التسليم للحال ثابتة وهذا لان التسليم عقيب العقد لا بقيام المكيال الذى عينه وعن أبى حنيفة فى غير الاصول أنه لا يجوز لان البيع فى المكيلات والموزونات اما أن تكن مجازفة أو بذكر القدر ففى المجازفة والمعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمى من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن المكيال معلوماً وعن أبى يوسف قال فى بيع العين ان عين مكيالا لا ينكبس بالكبس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه فانه تمكن المنازعة بينهما فى الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها يجوز . قال(ولا بأس

بالسلم في العصير في حينه وزنا أو كيلا) لانه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخل لا بأس بالسلم فيه كيلا معلوما أو وزنا معلوما لانه يكال ويوزن واعلام المقدار بذكر كل واحد منهما محصل والاصل ان ماعرف كونه مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكيل أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزنا وماعرف كونه موزونا فى ذلك الوقت فهو موزون أبداً ومالم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس فى كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا فهو مكيل وموزون وعن أبي يوسف ان المعتبر فى جميع الاشياء العرف لانه نما كان مكيلا في ذلك الوقت أو موزونا فى ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنا نقول تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم على ماتعارفوه فى ذلك الشيء بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص قال (وان أسلم فى تمر ولم يسم فارسيا ولا دقلا لم يجز) لان التمر أنواع فبدون ذكر النوع لاتنقطع المنازعة فان اشترط فارسيا فلا بد من أن يشترط جيداً أو وسطا أو رديا لان كل نوع من التمر يشتمل على هذه الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بجنسها . قال (ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها) لان آحادها تختلف في المالية فكانت عددية متفاوتة وهما فرقا بين هذا وبين السلم في اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتأتى ذلك في لحوم الطير وعن أبي يوسف قال مالا تتفاوت آحاده فى المالية كالعصافير ونحوها يجوز السلم فى لحومها . قال (ولا خير فى السلم في شيء من الجواهر واللؤلؤ أما الصغار من اللآلئ التى تباع وزنا وتجعل فى الادوية يجوز السلم فيها وزنا واما الكبار منها تتفاوت آحادها في المالية وهى عددية متفاوتة لا يمكن اعلام ماهو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا بأس بالسلم فى الجص والنورة كيلا) لانه مكيل معلوم وهو مقدور التسليم فى كل وقت . قال (ولا خير فى السلم فى الزجاج الا أن يكون مكسوراً فيشترط وزنا معلوما وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على وجه لا تفاوت فيه اما الاوانى المتخذة من الزجاج فهى عددية متفاوتة فلا يجوز السلم فيها بذكر العدد ولا بذكر الوزن) لان ذلك لا يوزن ولا تعلم ماليته بوزنه الا أن يكون شيئاً معروفا يعلم انه لا يتفاوت في المالية كالمكاحل والمطابق فان آحاد ذلك لا تختلف فى المالية إنما تختلف أنواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز السلم فيه بذكر العدد . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل ألف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت دينا عليه وخمسمائة

نقدها اياه جازت حصة العين من ذلك وبطلت حصة الدين وعن زفر ان العقد في الكل باطل أما فى حصة الدين فلنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعنى الدين بالدين وهذا فساد قوى يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد فى حصة الدين شرطاً للقبول فى حصة العين وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل فى الدين والمعنى جميعاً وحقيقة المعنى ان العقد انعقد صحيحا في الكل حتي لو نقد جميع الالف فى المجلس كان العقد صحيحا وهذا لانه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئا ممن عليه الدين ثم تصادقا على أن لا دين بقى الشراء صحيحا وانما فسد العقد هنا بمقدار الخمسمائة بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على ماوجدت فيه علته كما لو هلك بعض المعقود عليه قبل التسليم قال (واذا أسلم الرجل مائة درهم في كرحنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبى حنيفة) بلغنا ذلك عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما وهذا بناء على مابينا ان اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهنا المائة التي تنقسم انقسمت على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلوما ولو تاركا السلم في أحدهما لم يعلم يقينا مقدار مايرده فلا يجوز العقد وعندهما الاشارة الى العين تكفى لجواز العقد وقد وجد . قال (ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار) لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد فى حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض رأس المال فى المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه أولى وهذا لان للقبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله وبهذا تبين ان القبض لا يتم والافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد الا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فحينئذ ينقلب العقد صحيحا عندنا خلافا لزفر فان من أصله ان تصحيح العقد الفاسد فى استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقرره جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافتراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا ولان حالة المجلس لحالة العقد ولهذا جعل قبض رأس المال فى المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان رأس المال قائما في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد أنفقه

حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار ذكره فى الجامع لان ابتداء العقد برأس مال هو دين لايجوز فكذلك إتمامه باسقاط الخيار . قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم أو ثوبا أو عبداً فى طعام ثم افترقا قبل قبض رأس المال لم يجز السلم) وقال مالك يجوز وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا بمنزلة الثمن فى البيع فانه لا يشترط قبضه فى المجلس الا ان هنا الشرط أن يكون حالا لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام ولا تنعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوما أو يومين ولكنا نقول السلم أخذ عاجل بآجل فيشترط كون أحد البدلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغى أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم مايكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيراً كما فى عقد الصرف ثم ان كان رأس المال دينا فالعقد يبطل بالافتراق قبل قبض رأس المال قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان رأس المال عينا ففى القياس لا يبطل العقد لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كبيع العين بثمن مؤجل ولكنه استحسن لمراعات اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم اليه وانما يتوفر عليه حاجته اذاوصل رأس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد ثم حالة المجلس جعلت كحالة العقد فلهذا يفسد بترك قبض رأس المال فى المجلس وان كان عيناوان قبض الدراهم ثم افترقا فوجدها زيوفا فانه يردها وينتقض السلم اما اذا تجوز بها جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر ثم الزيوف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار ولتبهرجة ماتبهرجه التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وبهذا لايخرج من ان يكون من جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفيا لحقه فاذا تجوز به تجوز بخلاف ماذا وجد المقبوض ستوقه او رصاصا فان ذلك ليس من جنس الدراهم فان الستوقة فلس مموه بالفضة ومعناه من طاقه والرصاص ليس من جنس الدراهم فلايصير بقبضه مستوفيالرأس المال فاذا تجوز بها كان مستبدلالا مستوفيا والاستبدال برأس المال قبل القبض لايجوز فاما اذا رده فى القياس ينتقض السلم سواء استبدل فى مجلس الرد أو لم يستبدل وصار الكل زيوفا أوالبعض وهو قول زفر لان الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل بدليل أنه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض

مرتين فلو لم ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له أن يرجع بموجب العقد وبدليل أنه لو لم يستبدل فى مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء العقد واذا ثبت انتقاض القبض من الاصل صار كأن لم يوجد فيبطل العقد بقدر المردود كما لو وجده مستحقاً ولان رأس المال دين والدين يختلف باختلاف الوصف وانما يكون الزيوف رأس المال باعتبار إسقاط حقه عن الجودة اذا تجوز به فاذا أتى ذلك بالرد تبين أنه فارقه قبل قبض حقه فبطل العقد كما لو وجد المقبوض ستوقا أو رصاصاً واستحسن أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فقالا اذا استبدل في مجلس الرد بقى العقد صحيحا سواء وجد الكل زيوفا أو البعض لأنهما افترقا عن قبض صحيح حتي لو تجوز به جاز فانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الرد موجبا قبض الجياد وهما مجتمعان فى مجلس الرد فيجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما فى مجلس العقد فاذا افترقا بعد قبض موجب العقد وهى الجياد بقى العقد صحيحا كما لو زاد فى رأس المال وافترقا عن مجلس الزيادة قبل القبض وهذا بخلاف الاستحقاق فقبض المشترى موقوف على إجازة صاحبه ألا ترى ان المسلم اليه لو أراد أن يرضي به لا يتمكن من ذلك والموقوف اذا بطل صار كانه لم يكن فاذا نفذ باجازة المستحق التحق بما لو كان نافذاً في الابتداء كالمبيع الموقوف فلهذا اذا أجاز المستحق بقى العقد صحيحا واذا أتى وأخذ دراهمه كان العقد باطلا وأبو حنيفة أخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفا أو كانت الزيوف أكثر وأخذ بالاستحسان اذا قل المردود بعيب الزيافة لان فى القليل بلوى وضرورة فدراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف فيذهب على الناقد وان كان بصيرا واقامة مجلس الرد مقام مجلس العقد لدفع الحرج فان الموجود فى هذا المجلس شرط بوجه المطالب بموجب العقد وهو الرد لا سببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما تتحقق فيه البلوى وهو القليل دون مالا بلوى فيه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل أو كثر لان دراهم الناس لا تخلو عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لان أصل العقد ما كان موجبا لهذه الزيادة وانما صار الآن موجبا فكان هذا المجلس فى حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد فى حق رأس المال واذا وجد القبض فى مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بعد ذلك ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فى الفرق بين القليل والكثير ففى كتاب البيوع يقول ما دون النصف قليل والنصف فما فوقه كثير وفى كتاب الصرف يقول النصف فما دونه قليل وفى رواية عن

أبي حنيفة الثلث كثير فان النبي صلي الله عليه وسلم قال لسعد رضى الله تعالى عنه والثلث كثير فاذا وجد الثلث زيوفا فرده يبطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية ان قلة الشيء وكثرته تتبين بالمقابلة فان العشرة بمقابلة الدرهم كثيرة وبمقابلة المائة قليلة فاذا كانت الزيوف دون النصف قلنا اذا قوبلت الزيوف بالجياد فالزيوف قليلة وان كانت اكثر من النصف فهى كثيرة عند المقابلة بالجياد فاذا كان النصف سواء ففى رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا يقابله ماهو أكثر منه لتتبين قلته بالمقابلة وفى كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود ولا تتبين كثرته اذالم يكن مايقابله أقل منه وقد كان العقد صحيحا فى الكل فلا تنتقض بالشك وكذلك حكم الصرف فى جميع ماذكرنا. قال(رجل أسلم الي رجل فى طعام وأخذ منه كفيلا بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل علي رأس ماله وذلك دين)فالصلح موقوف علي اجازة المسلم اليه فى قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان اختار رد رأس المال جاز وان رد الصلح بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء وعند أبي يوسف الصلح جائز بين الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم اليه بطعام السلم وهذا اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فان كان رأس المال عروضا لايجوز الصلح بالاتفاق لانه اذا كان رأس المال ثوبا فاما ان يصح الصلح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لانه ملك المسلم اليه فلا يكون الكفيل قادراً علي تسليمه واما أن يصح علي ثوب غيره وهو باطل أيضا لانه يكون استبدالا برأس المال وكذلك الصلح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالا فلا يجوز فاما اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير فالخلاف فيه يتحقق وجه قول ابى يوسف وهو أن صلح الكفيل عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون علي أى بدل كان بدليل جواز ذلك من الاصل ثم الكفيل فى سائر الديون لو صالح على بدل جاز صلحه ورجع علي المكفول عنه بما كفل عنه فكذلك الكفيل بالسلم اذا صالح على رأس المال وهذا لان الكفيل مطلوب بالمسلم فيه كالاصيل اذا كان قادراً علي تسليم رأس المال اليه وبهذا فارق مالو كان رأس المال عيناً فى يد المسلم اليه لان الكفيل لا يقدر على تسليمه ولو صالح علي قيمته كان مستبدلا لامسترد الرأس المال ولا يقال في هذا الصلح تمليك طعام السلم من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين فى سائر الديون لايجوز الصلح أيضا ثم جاز الصلح مع الكفيل في سائر الديون عرفنا انه ليس بتمليك الدين ولكن يعقد الكفالة كما وجب للطالب علي الكفيل

وجب للكفيل على الاصيل الا أنه مؤخر الى أن يسقط مطالبة الطالب عن الاصيل وقد سقط ذلك بصلحه على رأس المال كما يسقط بايفائه فلهذا كان له أن يرجع على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال فسخ للعقد بدليل أنه يختص برأس المال وأنه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسخا كان هذا استبدالا لبقاء العقد الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز والكفيل أجنبي من العقد فلا يملك الفسخ كسائر الاجانب والكفيل بالثمن فى البيع وهذا لان الفسخ تصرف في العقد فلا يجوز من العاقد أو ممن قام مقام العاقد أو ممن كان وقع العقد له والكفيل بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه من الكفالة فلا يصير به فى حكم العاقد للسلم بخلاف المسلم اليه فانه عاقد فيجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب السلم اذا زاد للمسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل فى رأس المال درهماً كان باطلا وبه فارق سائر الديون فالصلح هناك ليس بتصرف فى السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في الدين الواجب ولهذا جاز بأى بدل كان والكفيل مطلوب بالدين كالاصيل ولهذا جاز الصلح معه. قال (واذا أسلم الرجلان الى رجل فى طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فان أجازه الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند أبي يوسف الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما قلنا في المسئلة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون علي أى بدل كان عنده ثم أخذ رب الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون علي بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين أن يشاركه فى المقبوض وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا اذا صالح على رأس المال ولان أكثر ما فيه ان هذا فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسخ فى نصيب نفسه كما فى بيع العين لو اشترى رجلان عينا ثم أقال أحدهما البيع في نصيبه مع البائع جاز بدون رضي الآخر فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال فى هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك لا يجوز بيانه أنه ان كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بأن يميز نصيبه عن نصيب صاحبه وهذا هو القسمة وان كان صالحه عن النصف من النصيبين جميعا فلا يمكن تصحيحه بدون اجازة الآخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام أن وجوب المسلم فيه بعقدهما

اذا هو لم يمكن موجوداً قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما فى التصرف فيه كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شئ من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الآخر كالمعتقة بين رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك موجودة قبل العقد محلا لتصرف كل واحد منهما الا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد فلهذا كان الفسخ من كل واحد منهما فى نصيبه كأنه كان منفرداً به وهناك المسلم فيه لم يكن موجوداً قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان كل واحد منهما فيه كشطر العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما هنا يؤدى الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة لم يجز ذلك بخلاف بيع العين وبيان الوصف أن الآخر اذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه وبه فارق سائر الديون الا ان أبا يوسف يقول انما لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطا لان الساقط مثلا شئ كما فى فصل الاقالة وهنا انما يعود بحقه فيما هو قائم وهو النصف الباقى من طعام السلم وأما بيان قول أبي يوسف فانه يقول للآخر الخيار فان شاء شارك القابض فى المقبوض لان أصل رأس المال كان مشتركا بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شئ الا بتسليم الآخر واذا شاركه فى المقبوض كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركا بينهما وان شاء سلم المقبوض للقابض ويرجع على المسلم اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم أراد الرجوع عن شريكه لم يكن له ذلك لانه كان مخيراً بين شيئين فاذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما فليس له أن يرجع فيضمن للآخر بعد ذلك فان نوى ما على المسلم اليه كان له أن يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط أن يسلم له ما فى ذمة المسلم اليه فاذا نوى بطل تسليمه كالمحتال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل . قال (وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على ثوب وسلم له الآخر واختار اتباع المديون فنوى ما عليه) كان له ان يرجع علي صاحب الثوب في الثوب فيأخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب أن يرد عليه خمسة وعشرين درهما ولا يعطيه شيئاً من الثوب كان له ذلك حينئذ والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في

الابتداء لو اختار المشاركة معه كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يعطيه خمسة وعشرين درهما وبين أن يعطيه نصف الثوب لان من حجته أن يقول مبنى الصلح علي التجوز بدون الحق انما توصلت الى نصيبي لأني رضيت بدون حق بخلاف ما اذا اشترى بنصيبه ثوبا وهذا فرق معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان بالسلم كفيل فصالح أحد صاحب السلم مع الكفيل علي رأس ماله فهو كالصلح مع الاصيل على الخلاف الذي بيناه. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في طعام ثم صالحه على رأس ماله ثم أراد أن يشترى برأس ماله شيئا قبل أن يقبضه) فى القياس له ذلك وهو قول زفر لان عقد السلم ارتفع بالفسخ بقى رأس المال فى ذمته بحكم القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون الا ترى أن السلم لو كان فاسدا كان له أن يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى واستحسن علماؤنا رحمهم الله فقالوا لا يجوز ذلك لحديث أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أسلمت في شئ فلا تصرفه فى غيره فلو جوزنا هذا كان صارفا حقه من طعام السلم الي شئ آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك وبهذا الطريق نأخذ شيئا آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك غير جائز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض رأس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هنا وبه فارق السلم الفاسد من الأصيل لانه ما كان موجبا تسليم رأس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهنا العقد كان موجبا تسليم رأس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد فى المنع من الاستبدال. قال (واذا أسلم دراهم ودنانير فى طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر فلا خير فيه) عند أبى حنيفة وجائز عندهما لان اعلام قدر رأس المال عندهما ليس بشرط والاشارة الى العين تكفى وعند أبى حنيفة اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل العقد فى حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر والسلم فى المجهول لا يصح ابتداء. قال (واذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين أحدهما هروى والآخر مروى فلم تتبين حصة كل واحد منهما من رأس المال لا يجوز العقد) عند أبى حنيفة كما فى الحنطة والشعير لان الانقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يتيقن بحصة كل واحد من الثوبين الا بالقسمة وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففى القياس كذلك لان الثياب

ليست من ذوات الامثال والانقسام على الثوبين باعتبار القيمة كما لو اشتراهما عينا وفي الاستحسان يجوز لان الموصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر فى المالية ماداما فى الذمة والانقسام حال كونهما فى الذمة لحصة كل واحد منهما نصف رأس المال بيقين فيجوز العقد من غير اعلام حصة كل واحد منهما كما لو أسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف مالو اشتراهما عينا فانهما يتفاوتان فى المالية اذا كانا عينين فلهذا كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض الثوبين فى السلم ثم أراد ان يبيع احدهما مرابحة علي خمسة دراهم فليس له ذلك عند أبى حنيفة الا أن يبين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك لان حصة كل واحد منهما من رأس المال معلومة بيقين فبيعه مرابحة علي ذلك كالكرين وبيانه ماذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد ولا تفاوت فى ذلك ولهذا جاز العقد عند أبي حنيفة والدليل عليه أنهما لو تقايلا السلم فى أحدهما يرد من رأس المال خمسة ولو وجد باحدهما عيبا فرده يرده بخمسة فعرفنا ان حصة كل واحد منهما خمسة بيقين فكانه سمى ذلك في العقد وأبو حنيفه يقول اشترى الثوبين بثمن واحد فلا يبيع احدهما مرابحة كما لو اشتراهما عيناً بخلاف الكرين فان هناك لو اشتراهما عينا كان له ان يبيع احدهما مرابحة وبيان الوصف أن رب السلم مشترى والمسلم فيه مبيع فاذا قبض المسلم فيه كان المقبوض عين ماتناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالا بالمسلم فيه وذلك لا يجوز فمن هذا الوجه جعل كأنه عين ماتناله العقد فاما فى الحقيقة هو غيره لان العقد يتناول دينا فى الذمة والعين غير الدين فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ماتناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كانه عين المعقود عليه وذلك الطريق ن يجعل عند القبض كانهما جددا ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم الله للقبض فى باب السلم حكم عقد جديد والدليل عليه ما قاله فى الزيادات لو أسلم الى رجل مائة درهم فى كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة وقبضه فلما حل الطعام فى السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا العقد عليه واذا تقرر هذا فهو وما لو اشتراهما عينا بثمن واحد سواء وقال في السير الكبير لو أحرز المشركون كرا لرجل من المسلمين بدراهم فدخل اليهم مسلم وأسلم اليهم مائة درهم فى كر حنطة فاعطوه ذلك الكر فاخرجه فلا سبيل للمالك القديم عليه لانه أخذه عوضا عن الكر الذي له فى ذمتهم فلو

أخذه المالك القديم أخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد علي ذلك الكر بالمائة فيأخذه المالك القديم بذلك ثم أكثر ما في الباب أن يثبت شبهة تجديد العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة فى بيع المرابحة بمنزلة الحقيقة ألا ترى أنه لو أشترى شيئاً بثمن مؤجل لا يبيعه مرابحة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو أخذ عينا صلحا من دين له علي انسان لا يبيعه مرابحة على ذلك الدين لشبهة الحط بسبب الصلح والذي يوضح كلام أبي حنيفة أن الثوبين الموصوفين لا يتفاوتان فى الذمة ويتفاوتان بعد التعيين ألا ترى أنه لو قبضهما وباع أحدهما من إنسان ثم استهلك ذلك الثوب علي المشترى لايجب عليه تسليم الثوب الآخر وانما يجب قيمة المستهلك فدل أنهما لا يتماثلان عينا فجاز العقد فى الابتداء في الدين وكذلك الاقالة فى أحدهما وأما بيع المرابحة لا يكون الا بعد التعيين فيعتبر التفاوت فى حكم بيع المرابحة فلا يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان ولا بأس بأن يبيعهما مرابحة علي غيره لان ثمنهما مسمى معلوم كما لو اشتراهما عينا . قال (ولا بأس بالسلم فى المسوح والاكسية والعبا والجواليق والكرابيس بصفة معلومة عرضا وطولا ورقعة) لما بينا ان اعلامه علي وجه لا يبقى فيه تفاوت في المالية ولا يبقي بينهما منازعة فى التسليم تمكن . قال (ولا بأس بالرهن والكفيل فى السلم أما برأس المال يجوز أخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر وله في السلم روايتان لان الرهن والكفيل مما يتأخر قبضه وقبض رأس المال مستحق في المجلس فأخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكنا نقول رأس المال دين واجب علي رب السلم فالكفيل يلتزم المطالبة بما هو مضمون علي الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفاء ورأس مال السلم دين يستوفى فان هلك الرهن فى المجلس وفى قيمته وفاء برأس المال صار مستوفيا به رأس المال فان افترقا قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفاء لا يتم الا بهلاك الرهن والافتراق قبل تمام القبض يبطل السلم وكذا ان نقد الكفيل رأس المال قبل أن يتفرق المتعاقدان تم العقد وان افترقا قبل أن ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب الكفيل لانه ليس بعاقد حتى لو ذهب وجاء برأس المال قبل افتراق المتعاقدين فادى تم العقد وهذه ثلاثة فصول الوكالة والكفالة والحوالة والجواب فى الكل واحد ان قبض رأس المال من الوكيل أو المحتال عليه قبل افتراق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه وأما أخذ الرهن والكفيل يجوز بالمسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله تعالى

وذكر الحسن عن زفر رحمهما الله تعالى انه لا يجوز فعلى رواية ابن شجاع قال كل دين لا يجوز قبضه فى المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبدل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان فى الكفالة اقامة ذمة الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون فى معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالا فعلى هذا لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبدل الصرف وحجتنا في ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى طعاما نسيئة ورهنه درعه وشراء الطعام نسيئة يكون سلما وقد روى عن ابن عباس رضي الله تعالي عنهما أنه جوز الرهن بالسلم واستدل فيه بقوله تعالى (يأأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة) والمعنى فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا عين حقه لا مستبدلا فان عين الرهن لا تكون مملوكة للمرتهن ولهذا لو كان الرهن عبداً فمات كان كفنه علي الراهن وانما يصير مستوفيا دينه من ماليته والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن أحد الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا ثبت انه استيفاء لا استبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاؤه وفى الحوالة والكفالة لا شك فان المستوفي من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفي من الاصيل في انه عين حق الطالب لا بدله. قال (واذا أسلم في شئ من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز كما فى المكيل اذا عين المكيال) وهذا لان مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا وكذا ذراعا فهو جائز وله ذراع وسط لان مطلق التسمية تنصرف الي المتعارف كمطلق تسمية الدراهم في الشراء تنصرف الي نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط ويسمى المكسرة وسمى لذلك لانه كسره من ذراع قبضة الملك وان الذراع الوسط سبع قبضات وهى تسع مسببات ومعرفة هذا فى كتاب العشر والخراج. قال (واذا أسلم فى الحرير وزنا ولم يشترط الطول والعرض لم يجز) لان المالية لا تصير معلومة الا ببيان الطول والعرض فى الثياب ولانه لو جاز هذا لكان يأتيه بقطاع الحرير بذلك الوزن الذى سمى فيجبر على أخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فلهذا لا يجوز مالم يبين

الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن أيضافيما تختلف ماليته بالثقل والخفة كالحرير والوذارى وما أشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بقيمان غير الذراع فان كان قيمانا معروفا من قيامين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوماً بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة علي التسليم تحصل بتسمية ذلك . قال (وان اشترط الرجل فى سلمه ثوبا جيداً ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه جيد فان الحاكم يريه رجلين من أهل تلك الصناعة) لانه لا علم عنده فيما اذا اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قية المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعا علي أنه جيد مما يقع عليه إسم الجودة وإن كان ليس بنهاية فى الجودة أجبر رب السلم علي أخذه لان المسلم اليه وفي بما شرط له فالمستحق بالتسمية أدنى مايتناوله الاسم اذ لانهاية للاعلى فانه مامن جيد الا وفوقه أجود منه ألا ترى أنه لو اشترط فى العبد أنه كاتب أو خباز فانه يستحق به أدنى ما يتناوله الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يمكنه ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى . قال (وان كان اشترط وسطا فأتاه المسلم اليه بجيد أجبر رب السلم على قبوله)وعلى قول زفر لايجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له أن لايقبل تبرعه فكذلك اذا تبرع بالجودة ولكنا نقول أوفاه حقه بكماله وأحسن في قضاء الدين قال صلي الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن . قال (فان أتاه بالثوب الجيد والمشروط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدنى درهما فلا بأس بذلك ان فعل)وهذه فى الحاصل ثمانية فصول أربعة في الثياب واربعة فى المقدرات أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو بأدون وصفاً أو بأزيد قدراً أو بانقص قدراً أما فى الثياب ان أتاه بأزيد وصفا أو ذرعا بان أتاه باحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع فقال خذ هذا وزدنى درهما يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم ألا ترى أنه لوباعه ثوبا جيداً بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه أحد عشر ذراعا بعشرة أذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو أتاه بأنقص وصفا بان أتاه بثوب ردى فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لان هذا منهما إقالة للعقد في الصفة وحصة الصفة من رأس المال غير معلومة فلا تجوز الاقالة فيه وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال خذ هذا

وأرد عليك درهما لان الذرع فى الثوب صفـة ولان رأس المال لا ينقسم علي ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم تكن حصة الذرع معلومـة من رأس المال فلا تجوز الاقالة فيـه أما في المقدرات لو أسلم عشرة دراهم فى عشرة أقفزة حنطة وسط فأتاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدنى درهما فانه لا يجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمـة للجودة فى الاموال الربوية ألا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا فى معنى ذلك فانه يأخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذى له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو أتاه باحـد عشر قفيزاً وقال خذ هذا وزدنى درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو أتاه بعشرة أقفزة رديئة فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو أتاه بتسعة أقفزة وقال خـذ هذا وأرد عليك درهما يجوز بخلاف الثوب لان رأس المال ينقسم على القفيزين باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من رأس المال معلومة بخلاف ذرعان الثوب وعن أبي يوسف أنه يجوز فى الفصول كلها ذكر قوله فى كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في رأس المال فتلحق الزيادة باصل العقد أو المسلم اليه يحط شيئا من رأس المـال والحط أيضاً يلتحق بأصـل العقـد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه اقالة العقد فى شئ ثم المسلم اليـه أجنبي فى قضاء الدين اذا أتى بالاجود ورب السلم أحسن اليه حين تجوز بالردئ فاذا أمكن تحصيل مقصودهمـا بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليـه عملا بقوله تعالى (فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) ولكنا نقول هذا اذا لم ينصا على النص والمقابلة أما اذا نصا على ذلك لا يمكن حمـل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لا يجوز ولا يجعل أحـد الدرهمين هبة وذكر أبو سليمان عن أبي يوسف رحمهما الله أن أبا حنيفـة جوز ذلك فى الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد فى الثوب اذا أتاه بأردئ ممـا شرط أو بأنقص ممـا شرط والاعتماد على رواية محمد . قال (واذا اختلفا فى السلم فقال الطالب شرطت لى جيدا وقال المطلوب شرطت لك وسطا أو قال الطالب أسلمت اليك فى حنطة وقال المطلوب أسلمت الى فى شعير تحالفا وترادا) وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفى حديث آخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع أو يترادان وسنقرر هذا فى باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الآن اذا اختلفا

في جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه أكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا في جنس الثمن تحالفا ففي جنس المعقود عليه أولى وكذلك اذا اختلفا في الصفة لان المسلم فيه دين وانما يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط ألا ترى أنهما لو أحضرا كانا غيرين والاختلاف في الصفة فيما هو دين يكون اختلافا في المعقود عليه فيجري التحالف بينهما بخلاف ما اذا اختلفا في الصفة في بيع العين فان العين لا تختلف باختلاف صفته فلا يكون ذلك اختلافا بينهما في المعقود عليه. قال (والذي يبدأ به في اليمين المطلوب في قول أبي يوسف الاول) لانه بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام قال فالقول ما يقوله البائع فظاهر هذا يقتضي أن يكتفي بيمينه وقد قام الدليل علي انه لا يكتفي بذلك فيبقي هذا الظاهر معتبراً في البداية بيمينه ولانه أشبه بالمنكرين فانه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين على المنكر ثم رجع وقال يبدأ بيمين الطالب وهو قول محمد لان أول التسليمين في عقد السلم علي الطالب وهو رأس المال فلذلك أول اليمينين عليه ولانه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب منه ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضي يقرع بينهما ويبدأ بيمين من خرجت قرعته نفياً لتهمة الميل عن نفسه وقيل الرأى في ذلك الى القاضي وقيل ينظر أيهما سبق بالدعوة يبدأ بيمين خصمه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره وان قامت لهما جميعاً بينة أخذت بينة الطالب لان في بينته زيادة اثبات ولانه يقيم البينة على حق نفسه فالمطلوب انما يقيم البينة علي حق الطالب وبينة الانسان على حق نفسه أولى بالقبول وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد ان كان افترقا عن مجلس العقد فكذلك الجواب وان لم يفترقا عن مجلس العقد يقضي بسلمين عشرة في كر حنطة ببينة رب السلم وعشرة في كر شعير ببينة المسلم اليه ومحمد رحمه الله يقول البينات حجج فمهما أمكن العمل بها لا يجوز ابطال شيء منها وهنا العمل بالبينتين يمكن اذ لا منافاة بين العقدين فيجب العمل بهما كحجج الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض في المجلس الا عشرة واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فلهذا رجحنا بينة الطالب وقاس هذا ببيع العين فانه لو قال بعت منك هذه الجارية بألف درهم وقال المشترى بعتني العبد بألف درهم وأقاما جميعاً البينة يقضى بالعقد فيهما جميعاً بالاتفاق فكذلك في السلم وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما الا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بما لم

يطلبا وليس للقاضي ذلك يقرره انه لا مقصود للمطلوب في هذه البينة اثباتاً لان حقه في رأس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه في ما في ذمته حنطة كان أو شعيراً فانما مقصوده نفي بينة الطالب فرجحنا بينة الطالب للاثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك ببينته يثبت ازالة العين عن ملكه ليسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشترى فكان هو مثبتا كالمشترى فلهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا في جنس المسلم فيه ولم يذكر ذلك فيما اذا اختلفا في صفته ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال هو على الخلاف أيضا ومنهم من فرق لمحمد بينهما فقال باختلافهما في الصفة لا يتحقق الخلاف في العقد ألا ترى أنه قد يسلم في الجيد ويأخذ مكانه رديئا ويجوز أن يسلم في الرديء فيعطيه مكانه جيدا فعرفنا أن باختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضاء هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان بالسلم بالحنطة لا يجوز أخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافا في العقد وقد أثبت كل واحد منهما ما ادعى من العقد بالبينة فيقضى بالعقدين فان لم يكن لهما بينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعا للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة رأس ماله اليه وقد بينا في باب اللعان انه يفرق بينهما بعد التلاعن من غير طلبهما لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين ما داما مصرين حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبهما أو طلب أحدهما وهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما أو طلب أحدهما. قال (فان لم يختلفا في المسلم فيه ولكن اختلفا في مكان الايفاء) فقال الطالب شرطت لي مكان كذا وكذا وقال المطلوب بل مكان كذا وكذا فان أقام البينة فالبينة بينة الطالب وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المطلوب مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان لم ينص عليه في الكتاب وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يتحالفان ويترادان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب أبي حنيفة ان بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره والاصح أن الخلاف في موضعه فان عندهما متعين مكان الايفاء موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفاء والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند أبي حنيفة هو موجب بالشرط كالاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ثم وجه قولهما أن المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف في

الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وأبو حنيفة يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البدل فاما المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المعقود عليه لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان دينا يختلف باختلاف صفته فلهذافرق بينهما فى حكم التحالف. قال(وان اختلفا فى الاجل فهو على ثلاثة أوجه اماأن يختلفا في مقدار الاجل أو فى مضي الاجل أو فى أصل الاجل فان اختلفا في مقدار الاجل فقال الطالب كان الاجل شهراً وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه)لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فان باعتباره تتأخر مطالبته عنه فالمطلوب يدعى زيادة فى حقه والطالب ينكر والقول قول المنكر مع يمينه فان أقاما البينة فالبينة بينة المطلوب لاثباته الزيادة في حقه وان اختلفا فى مضيه فقال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب إما لان الطالب يدعى تاريخا سابقا فى العقد والمطلوب منكر لذلك أو لانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقا للمطلوب ثم الطالب يدعى ايفاء حقه والمطلوب ينكر فالقول قول المنكر وان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب أيضا لان المقصود اثبات الاجل وذلك ببينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفى ذلك ببينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينة من وجه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانكاره الضمان وان أقام البينة فالبينة بينته أيضا لاثباته الرد فان اختلفا في شرط الاجل ففى القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لان عقد السلم لا يصح الا باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار فى البيع استحسن أبو حنيفة فقال القول قول من يدعى الاجل أيهما كان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان الطالب يدعى الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو الذى يدعي الاجل فالقول قول الطالب لانكاره قياسا لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وأنكر الطالب فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر وذا ادعى الطالب الاجل فكلام المطلوب فى الانكار تعنت لان الطالب أقر له بحقه وهو أنكر ذلك ليفسد العقد ولا يلتفت الى قول المتعنت فهو كما لو اختلفا المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك

نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الا عشرة فالقول قول رب المال لان المضارب متعنت فى انكاره بعض ما أقربه ليفسد العقد وأبو حنيفة يقول الأجل من شرائط السلم فاتفاقهما على عقد السلم يكون اتفاقا علي شرائطه فكان المنكر منهما للأجل راجعا عما أقربه والرجوع عن الاقرار باطل ألا ترى ان الاختلاف لو وقع بين الزوجين فى النكاح أنه كان بشهود أو بغير شهود يجعل القول قول من يدعى أن النكاح بشهود لهذا المعنى وهذا لان شرط الشيء تبع له وثبوت التبع بثبوت الاصل ألا ترى ان من نذر صلاة تلزمه الطهارة فاتفاقهما علي أصل العقد يكون اتفاقا على ماهو من شرائطه فان أقام البينة فالبينة بينة من يثبت الاجل لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد اذا الاجل شرط زائد كالخيار فمن يثبته بالبينة كانت بينته أولى بالقبول. قال(واذا تتاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا فى رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه والبينة بينة الطالب) لانه يثبت الزيادة ببينته والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانهما اذا اختلفا هناك فى الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع فى احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنفسخ الاقالة ولو وجد به عيبا فان حدث عند المشترى يرده بذلك واقالة السلم لا تحتمل الفسخ حتى لو كان رأس المال عينا لم تنفسخ الاقالة بالهلاك فى يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين وبالاقالة يسقط والساقط متلاشى فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تتناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهناك العقد تناول العين وهو باقى بعد الاقالة. قال (واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى رجل فى طعام فوجد فيها درهما زائفا بعد ما افترقا فانكر رب السلم أن يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه)لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فان هناك المشترى اذا طعن بعيب وانكر البائع ان يكون ما أحضره هو المبيع فالقول قول البائع لان العقد تناول العين وقد تصادقا على قبض المشترى لما هو المعقود عليه ثم المشترى يدعى عليه لنفسه حق الرد والبائع منكر لذلك وهنا حق المسلم اليه يثبت فى الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء حقه او باستيفاء رأس المال بان

كان ساكتا أو أقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما اذا أقر بشئ مما ذكرنا كان هو فى دعوى الزيافة بعد ذلك مناقضاً فلا يقبل قوله . قال (واذا أسلم اليه مائة درهم فى طعام وأعطاه بعضها وأحاله على رجل ببعضها وبقى عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم بحساب ما نقده وقد بطل ما سوى ذلك) لافتراقهما قبل قبض رأس المال فانه بالحوالة لا يصير قابضا بل حقه فى ذمة المحال عليه كهو فى ذمة المحيل وقد بطلت الحوالة لانها كانت برأس مال السلم وقد بطل حق المسلم اليه عن ذلك حين افترقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب السلم بالدراهم التى أحاله بها على المحتال عليه يريد به ان ذلك كان دينا للمحيل على المحتال عليه فيرجع عليه بدينه كما كان . قال (ويجوز أن يسلم الحيوان ولا مالا يكال ولا يوزن فيما يكال ويوزن) لان رأس المال معجل فى هذا العقد يجوز تعينه فكل ما يصلح مبيعا عينا يصلح أن يكون رأس المال وانما يجوز السلم عند انعدام وصفى علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك قال (ويسلم الثوب القوهى فى الثوب الهروى والمروى وما أشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف البلدان والصنعة يسلم بعضها فى بعض وكذلك الزطي فى الهروى والكسا فى الطيلسان والطيلسان فى الكسا والثوب من الكتان فى الثوب من القطن إما لاختلاف الاصول أو لاختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود والوذارى يراد به ما لا يراد به البلدي والزند بجى كذلك وان كان أصل الكل واحدا وهو القطن وهو كالسعلاطوى مع الخمار الاسود جنسان وان اتحد الاصل وهو الابريسم واليعفورى مع الكسا جنسان وان اتحد الاصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض فى البعض . قال (ولا بأس بالسلم فى الكتان والقطن والقز والابريسم لأنه موزون معلوم مقدور التسليم وان اشترط أن يوفيه السلم فى مدينة كذا وفى مصر كذا فحيث مادفعه اليه من ذلك المصر أو من تلك المدينة فله ذلك وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه اليه فى موضع آخر منه لان المستحق بالشرط أدنى ما يتناوله الاسم كما بينا فى شرط الجيد فحيث مادفعه اليه فى ذلك المصر فقد وفى بالشرط ولان نواحى المصر فى المصر كمكان واحد بدليل جواز عقد السلم فاذا لم يعين موضعا من المصر كان له أن يسلم فى أى موضع شاء منه فان (قيل) أليس أنه اذا استأجر دابة الى مصر كذا فدخلها كان له ان يتبلغ عليها الى منزله فى المصر (قلنا) هذا مستحسن للعرف والعادة فان الانسان اذا استأجر دابة الى مصر من الامصار أنه لا يستأجر دابة أخرى بعد دخول ذلك المصر

ليتبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا على القياس ولا يعدو الموضع الذى فيه العرف . قال (ولا خيار في السلم في المسابق والفرا لانها تختلف منها الصغيرة والكبيرة والمسبق ماله كمان طويلا ان كما يكون للاكرادو بعض العرب والفرو مالا كم له . قال (الا أن يشترط من ذلك شيئا معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في كل شئ اشترط فيه الاوقار والاحمال) لان ذلك يختلف فبعضها يكون أثقل من بعض وهذه الجهلة تفضى الى المنازعة بينهما . قال (وان اشترط على المسلم اليه ان يحمل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه فى المكان الذى شرطه فلا خير فيه على هذا الشرط) لان العقد ينتهى بالايفاء في المكان المشروط ثم قد شرط لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط أن يطحنه وان اشترط أن يوفيه إياه فى منزله فلا بأس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول موضع هذا القياس والاستحسان اذا اشترط ان يوفيه في منزله بعد ما يوفيه فى مكان كذا ليكون الفصل الثانى على وزان الفصل الاول وفى القياس لا يجوز لاشتراطه منفعة لنفسه بعد ما انتهى العقد نهايته اذ لا يتأتى ايفاؤه فى منزله بعد الايفاء في المكان المشروط الا بالحمل فلفظ الحمل والايفاء فيه على السواء وفى الاستحسان . قال(ان اشترط بلفظة الايفاء فالثانى مثل الاول من جنسه فينفسخ به الشرط الاول ويصير كانه اشترط ابتداء هذا فأما الحمل ليس من جنس الايفاء فلا ينفسخ به الشرط الاول وهو نظير مالو باعه بألف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم ينفسخ به العقد الاول و بيان المجانسة ان العقد يقتضي الايفاء لامحالة ولا يقتضي الحمل ألا ترى أن رب السلم قد يأتى الى المسلم اليه ليوفيه فى منزله فلا يحتاج الى الحمل فعرفنا أن الحمل ليس من جنس الايفاء من حيث أن العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء أن يوفيه فى منزله فى القياس لا يجوز لانه لم يعين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم وقد يكون في هذا المصر وقد يكون فى مصر آخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال المنزل بالمنزل في كل وقت أو الانتقال من المصر الى المصر للتوطن ومنزله للحال معلوم فباعتبار الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الاجل والتعين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل موضع القياس والاستحسان ما اذا شرط أن يوفيه فى منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله فى المصر

في أى محلة هو ففى القياس لايجوز للجهالة وفي الاستحسان يجوز لان نواحي المصر كمكان واحد ولكن فى هذين الوجهين لا فرق بين ان يكون بلفظ الحمل أو بلفظ الايفاء وفى الكتاب قال نأخذ بالحمل فى القياس وفى هذا بالاستحسان فعرفنا أن مراده الوجه الاول . قال (ولا بأس بالسلم بالجبن والمصل) لانه موزون معلوم وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا فى مصل ديار خوارزم فانه لا يخالطه الدقيق فاما فى مصل ديارنا ينبغى أن لا يجوز لانه يخالطه دقيق الشعير وقد تقل ذلك وقد يكثر وبجنسه تختلف المالية فكان قياس السلم فى الناطف الممون والاصح أنه ان كان معلوما عند أهل الصنعة علي وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح . قال (واذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت اليك فى ثوب يهودى وقال المسلم اليه بل هو فى زطى يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) لاختلافهما فى جنس المعقود عليه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته وان أقاما البينة فالبينة بينة الطالب فى قول أبى يوسف وفى قول محمد يقضى بسلمين اذا كانا فى المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا على انه يهودى غير أن الطالب قال هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع وقال المطلوب خمسة أذرع فى ثلاثة أذرع في القياس يتحالفان ويترادان وبالقياس نأخذ وفى الاستحسان القول قول المطلوب لان المسلم فيه مبيع ولو كان مبيعا عينا واختلفا فى طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك فى السلم وهذا لان زيادة الطول والعرض لاتستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا أنهما اذا اختلفا فى الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفى القياس المسلم فيه دين والذرعان لا علامة فى المذروعات بمنزلة العقد في المقدورات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا ثم أكثر ما في الباب ان الذرعان صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا فى الجيد والردى انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك فى الذرعان ونأخذ بالقياس لترة جانب القياس والاسحسان قياسان فأيهما كان أثره أقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس والاستحسان عند الاختلاف فى صفة الجودة والرداءة لتحقق المغايرة بينهما والجيد غير الردى اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصرا بقطع بعضه والقصير قد يزاد فيه فيصير طويلا فلهذا ذكر القياس والاستحسان هنا ولم يذكر ثمنه . قال (واذا اختلفا فى السلم أوفي رأس المال رلم يقبضه ولم يتفرقا) فالحاصل ان هذه ثلاثة فصول (أحدها) أن يكون الاختلاف فى رأس المال وهو على وجهين أما أن يكون عينا

أو دينا فان كان عينا فقال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فانه يقضي بالسلمين بالاتفاق لان كل واحد منهما ببينته يثبت حقه فالطالب يثبت ازالة الثوب بالذى عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الآخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب وقال المطلوب مع هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب الواحد لا يكون جميع رأس المال فى عقد وبعض رأس المال فى عقد آخر والمطلوب يثبت الزيادة فى حقه ببينته فلهذا قضينا ببينته باسلام الثوبين فى كر حنطة وان كان رأس المال ديناً فان اختلفا فى جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم فى كر حنطة وقال المسلم اليه دينار في كر حنطة وأقاما البينة فلا اشكال على قول محمد أنه يقضى بالعقدين وقيل هكذا ينبغي فى القياس على قول أبي يوسف اعتباراً للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقضى بعقد واحد وتكون البينة بينة المطلوب لان الطالب لما لم يثبت لنفسه شيئاً اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه فى الكر ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت حقه ببينته فكانت بينته أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون وأقاما البينة فهو على هذا الخلاف وكذلك لو كان الاختلاف في المسلم فيه في الجنس والقدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعا بأن قال رب السلم عشرة دراهم فى كرى حنطة وقال المسلم عشرون درهما في كر حنطة فعند أبي يوسف تقبل بينة كل واحد منهما على مايدعى من الزيادة فى حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهما فى كرى حنطة وعند محمد يقضى بعقدين كما شهد به كل فريق فالحاصل أن عند محمد يقضي بعقدين ما أمكن الا اذا تعذر فحينئذ يشتغل بالترجيح للضرورة وعند أبي يوسف يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر فحينئذ يقضى بعقدين للضرورة وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف رحمهما الله. قال (ولو أسلم عبداً أو ثوبا فى حنطة أو شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز) لما بينا أن الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضر ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن ينقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كر حنطة وكر شعير عينا بثوب واحد أو عبد بعينه فانه ينقسم باعتبار القيمة للتعارض بينهما وليس أحدهما فى تخصيصه بشيء بأولى من الآخر. قال (واذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو دراهم ودنانير كان

له من كل واحد منهما النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا أنه اذا كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه وكل مايصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح ذلك في الاجارة أيضاً لان المنافع في حكم الاموال أو بالعقد يثبت لها حكم المالية حتى لايثبت الحيوان دينا فيه في الذمة لاحالا ولا مؤجلا كما في البيع ويثبت المكيل والموزون حالا ومؤجلا والثياب الموصوفة فيه تثبت مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز والسلم فيها صحيح والقرض لايكون الا حالا والسلم لايكون الا مؤجلا فعرفنا أنها تثبت في الذمة مؤجلة لاحالة لان استقراض الثياب لايجوز عوضا عما هو مال واما الحيوان لايجوز استقراضه ولا السلم فيه فعرفنا أنه لايثبت في الذمة مؤجلا ولاحالا بدلا عما هو مال. قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم في عشرين مختوم شعير أو عشرة مخاتيم حنطة بالشك أنه يعطيه أيهما شاء فلاخير فيه) لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول حين ادخل حرف أو بين الحنطة والشعير ومثل هذه الجهالة في بيع العين يمتنع جواز العقد ففي السلم أولى وكذلك لو قال ان اعطيتني الى شهر فكذا أو ان أعطيتني الي شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة المعقود عليه عند لزوم العقد إما جنسا وإما قدراً لان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع وتفسير ذلك هذا ونحوه. قال (ولا يستطيع رب السلم أن يبيع ما أسلم فيه قبل القبض) لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لايجوز لحديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض ولما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم غياث بن أسد رضي الله عنه قاضيا وأميراً قال انههم عن أربعة عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان العين أقبل للتصرف من الدين ثم المبيع العين اذا كان منقولا لايجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف فاذا كان دينا أولى وذلك الغرر هنا قائم فان الدين يتوي بفوات محله يعنى اذا مات المديون مفلسا ولهذا تبطل الحوالة فكما لايبيع المسلم فيه قبل القبض لايشرك فيه شريكا ولا يوليه أحداً لان التولية تمليك مايملك بمثل ماملك به والاشراك تمليك مثل ما ملكه بمثل

نصف ماملك به فكما لايجوز هذا التصرف منه فى الكل لايجوزمنه فى البعض . قال (رجل قال لرجل اسلمت الى عشرة دراهم فى كرحنطة ثم قال بعد ماسكت ولكنى لم أقبض الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفى القياس القول قول المسلم اليه) وكذلك لو كان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد واقراره لايكون إقراراً بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله فى ذلك لانه منكر للقبض والآخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم ألا ترى أنه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله ولو صار بالاقرار بالسلم مقراً بالقبض لكان هذا رجوعا والرجوع لايعمل موصولا كان أومفصولا ولكنه استحسن فقال السلم أخذ عاجل بآجل فمطلقه يقتضى الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله لم أقبضه بياناً فيه تغيير لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لامفصولا وهذا تخصيص للفظه العام والتخصيص ممن لايملك الابطال صحيح موصولا لامفصولا بمنزلة الاستثناء قال في الاصل وهذا مثل قوله قد أعطيتنى عشرة دراهم فى كر حنطة أو أسلفتنى أو أقرضتنى عشرة دراهم برؤسها ثم قال لم أقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح وكذلك لو قال على ألف درهم من ثمن جارية بعتنيها ثم قال لم أقبضها وقال الآخر قد قبضت فهو غير مصدق فى قوله لم أقبضها وصل أم قطع فى قول أبى حنيفة وكان أبو يوسف يقول أولا ان وصل يصدق وان فصل لم يصدق ثم رجع وقال اذا فصل يسأل المقر له عن جهة المال فان أقر بجهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقرانى لم أقبضها وان قال المال عليه من جهة أخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد وهذا فى الحقيقة ليس برجوع بل تفسير لما أبهمه في الابتداء وجه قولهما انهما تصادقا على البيع فالبائع يدعي تسليم المعقود عليه والمشترى منكر فالقول قول المنكر كما لو قال ابتعت منك جارية بألف درهم ثم قال لم أقبضها أوقال لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التى بعتها منى ولم أقبضها فالقول قوله في ذلك فان لم يصدقه المقر له فى الجهة فقد أقر بوجوب المال له عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق اذا كان مفصولا لما بينا ان قوله لم أقبضها بيان مغير لموجب اقراره فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أوقال الا وزن خمسة وأبوحنيفة يقول أقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان أو

مفصولا ومعنى هذا انه أقر بكون المال دينا فى ذمته بقوله له علي ألف درهم ثمن جارية غير معينة وثمن الجارية التى هى غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض لان التى هى غير معينة فى حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرفنا أنه أقر بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهنالك ما أقر بان المال واجب فى ذمته انما أقر بالابتياع وذلك لا يكون اقراراً بالقبض وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما أقر بوجوب المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل القبض يوضحه انه أقر بالمال وادعي لنفسه أجلا غير متناه فان المشترى لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البائع المبيع وما من جارية يحضرها البائع الا وللمشترى أن يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه أجلا معلوما كشهر أو سنة لم يقبل قوله فى ذلك وصل أو فصل فهنا أولي بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه أجلا لانها حاضرة وانما أقر علي نفسه بالمال بشرط أن يسلم له تلك الجارية ألا ترى أن المقر له لو قال الجارية جاريتك ما بعتها ولى عليك ألف درهم يلزمه المال ولو قال الجارية جاريتى ولي عليك المال لم يلزمه شيء لانه لم يسلم له شرطه . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل في كر حنطة فأعطاه كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يأكله حتى يكتاله لان المسلم فيه مبيع وانما اشتراه رب السلم بذكر الكر فلا يتصرف فيه حتى يكتاله والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى يعنى اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفى بكيل البائع ولا يتصرف فيه بعد القبض حتى يكيله وهذا لانه انما يملك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى ولا يعلم ذلك الا بالكيل ألا ترى أنه لو كاله فوجده أزيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الا كل والبيع بحكم الملك فما لم يتعين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف فيه وان هلك عنده وهو مقر بأنه كر واف فهو مستوف لانه قبضه على وجه التملك بعقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد أقر أنه كان كراً فيصير مستوفيا بطريق المقاصة لان ما فى المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولهما وآخره دين المسلم اليه فيصير رب السلم مقتضيا طعام السلم به ولان القبض تلاقى العين واستيفاء الدين لا يكون الا من العين فاذا أقر أنه كان كراً فقد علمنا انه بقبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم فى كل مكيل وموزون فأما فى المذروعات له أن يتصرف قبل الذرع لان الذرع

صفة حتى لو وجدوه أزيد يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص لا يحط شيئاً من الثمن فعرفنا ان الملك بالعقد انما يثبت له في العين وقد تم قبضه في العين وفي العدديات المتقاربة أظهر الروايتين عن أبي حنيفة أنه لا يتصرف قبل العد في العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجده زائدا لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط حصة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه جوز التصرف فيه قبل العد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بصفة العدد لا يصير مال الربا فهو بمنزلة الذرع في المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحققان فيه الا بغلط في العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهران باجتهاد من الكيال والوزان من غير ان يتيقن بالخطأ فيه وهنا الزيادة والنقصان لا يظهران الا بغلط في العد فكان العقد متنا ولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما في المذروعات وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه أن المقصود عليه في العدديات العدد لانه مقدار كالكيل والوزن ألا ترى أنه لو وجده أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجده أنقص يحط بحصة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا أنه لا يجرى فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا بجعل الشرع أمثالا متساوية فاذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم أيضاً بخلاف المكيل والموزون . قال (وان اشترى المسلم اليه من رجل كرا ثم قال لرب السلم اقبضه قبل أن يكتاله من المشترى فليس ينبغى لرب السلم أن يقبضه حتى يكتا له المشترى) لان في هذا القبض وكيل المسلم اليه فكما أن المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه أن يكيله فكذلك اذا قبضه وكيله كان عليه أن يكتاله للمسلم اليه بحكم الشراء ثم يكيله ثانيا للقبض بنفسه بحكم السلم وليس له أن يأخذ بكيله ذلك لانه في ذلك نائب عن المسلم اليه فكأن المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكتاله لنفسه بحكم السلم وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم حتى يجرى فيه الصاعان أي اذا اتلقاه البائع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف مشايخنا رحمهم الله في فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكايلة فكاله البائع بحضر من المشترى ثم سلمه اليه فمنهم من يقول ليس للمشترى ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيله مرة أخرى استدلالا بهذه المسئلة وكيل البائع بحضرته لا يكون أقوى من كيله بنفسه والاصح له أن يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده فقعل

البائع بحضرته كفعله بنفسه وفى مسئلة السلم استحقاق الاول بالكيل كان بالشراء فلا ينوب ذلك عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة أخرى فان دفع المسلم اليه الي رب السلم دراهم فقال اشترى لى بها طعاما فاقبضه لي بكيل ثم كله لنفسك بكيل مستقبل كان جائزاً لانه وكيل المسلم اليه فى الشراء له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه اشتراه بنفسه ثم أمر رب السلم بقبضه وهى المسئلة الاولى ولو قال رب السلم للمسلم اليه كل مالى عليك من الطعام فأعز له فى بيتك أوفي غرائرك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا بمنزلة قوله اقبضه لى بيسارك من يمينك وهذا لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لايصلح أن يكون نائبا عن صاحب الدين فى قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم بقبض ذلك غلام المسلم اليه أو ابنه فهو جائز لانه يصلح نائبا عن رب السلم فى قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه. قال (ولودفع اليه غرائره فقال كل مالى عليك اجعله فى غرائرى ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا) وفرق بين هذا وبين ماإذا اشترى منه طعاما بعينه على انه كر ثم دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض فى باب السلم موجب بملك العين وغرائره لاتصلح نائبة عنه في تملك العين وفى باب الشراء قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغرائر تصلح نائبة عنه فى الاحراز والثانى أن أمره بالكيل فى غرائره غير معتبر بنفسه فى السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فأما فى الشراء اذنه معتبر فى الكيل لانه انما يكيل ملك المشترى وله فى ملك نفسه اذن معتبر فكان كيله فى غرائره ككيل المشترى بنفسه ألا ترى انه لو أمر المسلم اليه بان يطحن ماعليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا وفى الشراء لوأمره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشترى وكذلك فى الشراء لو أمره أن يلقيه في البحر ففعل جاز وكان الثمن مقرراً عليه ولو أمره بذلك فى السلم لم يجز ثم. قال (فى الشراء وله ان يبيعه اذا كان له البائع فى غرائر المشترى بأمره قيل هذا غلط) لان الغرائر نائبة عنه في الاحراز لا فى معرفة القدر فكأنه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيله ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لما بينا أن أمره إياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البائع فى الكيل كالنائب عنه والغرائر فى القبض

والاحراز تنوب عنه وفعل نائبه كفعله بنفسه وفي السلم ان كان فى الغرائر طعام لرب السلم فكاله فيه بأمره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان أمره غير معتبر فى ملك الغير قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يصير قابضا هنا لانه أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر فى كتاب الصرف لو دفع الي صائغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى منهما خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له . قال (واذا اسلم الرجل فى كرحنطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم في كر حنطة وأجلهما واحد وصفتهما واحدة او مختلفة لم يكن احدهما قصاصا بالآخر اذا حلا وان تقاصا) لان المسلم فيه مبيع فيستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز ان يقضي به دين آخر لان المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين آخر به فاذا تقاصا منا فلا بد من ان يكون أحدهما قابضا المسلم فيه ويكون دينا عليه وذلك غير جائز . قال (فان كان أولهما مسلما والآخر قضاء لا يصير احدهما قصاصا فى الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان أحدهما معجل والآخر مؤجل والمعجل خير من المؤجل الا اذا حل الاجل فى السلم فحينئذ يكون احدهما قصاصا بالآخر ولا بأس بأن يكون قصاصا اذا كان سواء تقاصا أولم يتقاصا لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض ألا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ماحل طعام السلم كان مستوفيا حقه بطريق المقاصة فكذلك اذا استقرض وهذا لان فى باب المقاصة آخر الدينين قضاء من أولهما ولا يكون أول الدينين قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا فى الدين المشترك لو وجب للمدين على أحد الشريكين دين بقدر حصة وصار قصاصا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المديون عليه سابقا علي دينهما فصار قصاصا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشئ لانه صار بنصيبه قاضيا دينا عليه لا مقتضيا اذا ثبت هذا فنقول اذا كان آخر الدينين قرضا فالمسلم اليه بما أوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم يكون مستوفيا واذا كان القرض أولا لم يكن قصاصا وان تقاصا به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به فان كان للمسلم اليه كر حنطة دينا على رجل أو استقرض من

رجل كراً فقال لصاحب السلم كله فاكتاله رب السلم كيلا واحداً جاز ويصير قابضاً لان القرض لايشترط فيه الكيل ألا ترى أن المقرض لواسترد ما أقرض ولم يكله كان له أن يتصرف فيه والمستقرض لو قبض ولم يكل كان له أن تتصرف فيه ورب السلم فى القبض من المقرض أو المستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك المسلم اليه قبل ان يكيله ثم انما يكيله بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فلهذا يكفيه كيل واحد بخلاف ماسبق من الشراء فان المسلم اليه لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من رب السلم كتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكيله لنفسه بعد ذلك كيلا مستقبلا . قال (وان تاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته) وكذلك لو تاركا بعد هلاكه وهذه أربعة فصول (أحدها) ان يشترى عينا بدراهم فتقابضا ثم تقايلا ثم هلك المبيع قبل الرد بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشئ من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فان الثمن معقود به ولهذا شرط قيام الملك فى المبيع عند العقد دون الثمن فان كان المبيع هالكا عند الاقالة فالاقالة باطلة لفوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من هلاك المحل بعد الاقالة قبل الرد كالمقترن بالاقالة ألا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد (والثانى) لو تبايعا عبداً بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم هلك أحدهما بقيت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك أحد العوضين صحيح فان كل واحد منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك فى العوضين جميعا للمتعاقدين بخلاف الثمن ألا ترى ان بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك تبقى الاقالة في القائم وعليه رد قيمة الهالك لانه تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فترد القيمة اذا القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو هلكا جميعا بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شئ من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لاتبقى الاقالة بعد هلاكهما (والثالث) السلم اذا تقايلا ورأس المال عين فهلكت بعد الاقالة لم تبطل الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقابضة لان المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة

رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة اذا اختلفا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة (والرابع) الصرف فانهما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم وتقابضا وهلك البد لان جميعا ثم تقايلا ثم هلك البد لان قبل التراد جازت الا قالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما فى ذمة صاحبه ألا ترى ان بعد الاقالة لايلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا من الاقالة هذا هو الصحيح فى تخريج هذه المسائل وقع في الاصل تشويش وتقديم وتأخير وألفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب وقد تكلف لتصحيحه بعض مشايخنا رحمهم الله فانه قال بعد مسئلة القرض ألا ترى انه لو اشتريا جارية بعبد وتقابضا فمات احدهما في يديه ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى البيع من حيث انه تمليك الطعام بمثله فليس ببيع حقيقة فلايشترط فيه من الكيل مايشترط في المبيع كما ان الا قالة فى حكم البيع ولكن ليس ببيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد العوضين وان كان لايجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبدا بقيمة جارية هالكة لايجوز واليه أشار بقوله وليس هذا بمنزلة شراء الحى قبل أن يموت يعنى شراء الحى بقيمة الميت او شراء الحى بالحى اذا مات أحدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا اللفظ بفصاحة محمد رحمه الله فان شراء الحى يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم قال وكذلك السلم لان السلم بيع يعنى أن الاقالة بعد هلاك رأس المال يجوز كما يجوز فى بيع المقابضة الاقالة بعد هلاك أحدهما ثم قال ولا يشبه هذا الاثمان الدنانير بالدراهم يعنى ان في عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقابضة وفى بعض النسخ قال الدنانير والدراهم يعنى اذا اشتريا عينا بنقد ثم تقايلا فهلك المعقود عليه بطلت الاقالة فان كان الثمن قائما وقد قررنا هذا الفرق. قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في كر حنطة فوجد فيها دراهم ستوقة فجاء يردها فقال المسلم اليه هذا من نصف رأس المال وقد بطل نصف السلم وقال رب السلم بل هو ثلث رأس المال فالقول قول المسلم اليه) لان السوقة ليست من جنس الدراهم فقد علمنا ان السلم لم يتم فى جميع الكر وحاصل الاختلاف بينهما فى قبض المسلم اليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعى عليه أنه قبض ثلثى حقه والمسلم اليه ينكر القبض فيمازاد علي النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلي المدعى أن يثبت مايدعيه

بالبينة واذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض المسلم اليه رأس المال وأقام المسلم اليه البينة أنه قبض رأس المال قبل أن يفترقا فالسلم جائز ويؤخذ بينة المسلم اليه لانها تثبت القبض فى المجلس وبينة رب السلم تنفى ذلك والبينات تترجح بالاثبات ولم يذكر في الكتاب أنه لولم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون وأورد هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال على قول زفر القول قول من يدعى القبض منهما لان العقد لايتم الابقبض رأس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما على قبض رأس المال والذى ينكر القبض في حكم الراجع عن الأقرار وقد قررنا هذا المعنى فى الاجل فكذلك فى قبض رأس المال وعند أبى يوسف رحمه الله القول قول الذى فى يده رأس المال لان الآخر يدعى تملك مافي يده عليه وهو منكر والقول قول المنكر فان كان رأس المال في يد رب السلم فظاهر لان المسلم اليه يدعى أنه يملك مافى يده بالقبض وانه غصبه منه بعد ذلك وان كان فى يد المسلم اليه فرب السلم يدعى أنه غصبه منه والمسلم اليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم فى يد رب السلم باعيانها فقال المسلم اليه أودعتها اياه أو غصبها بعد قبضى لها وقد قامت البينة بالقبض فكان القول قوله ويقضي له بالدراهم لانه لما أثبت قبضه بالبينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم أن وصولها الى يده بالوديعة أو بالغصب ولو أسلم فلوسا فى طعام يجوز لان هذا عددى متقارب يصلح أو يكون ثمنا فى باب البيع فيصلح أن يكون رأس المال فى باب السلم ولايجوز في الصفر رجل باع عبدا أوثوبا بشيء مما يكال أويوزن ثم تفرقا قبل أن يقبض المشترى ما اشترى فالبيع جائز لانهما تفرقا عن عين بدين وذلك جائز فى البيع كما لواشترى شيئا بثمن موجل وقبض المشترى وتفرقا أوتفرقا قبل قبض المشترى وقد بينا أن القياس فى السلم هكذا ولكنا تركنا القياس هناك لمقتضي اسم السلم واليه أشار فى الفرق فقال لو باعه ثوبا بحنطة وسمى الكيل ولم يجعل له أجلا كان جائزا ولوأسلم هذا الثوب في كر حنطة موصوفة ولم يجعل له أجلا كان فاسدا ومعني هذا الاستشهاد ان التأجيل فى السلم فى المسلم فيه جعل شرطا لتحقق معنى الاسم فكذلك التعجيل فى رأس المال مقتضي الاسم بخلاف البيع وقد بينا أن جواز أخذ الرهن بالمسلم فيه وان بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا حقه من مالية الراهن اذا كان فيه وفاء بحقه فسقط حق رب السلم عن المطالبة

بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا أيضاً جواز التوكيل بدفع رأس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض من الموكل ويستوى ان كان الوكيل شريكا لرب السلم أو أجنبيا لان أداءه قام مقام اداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه حتى لو تبرع أجنبي باداء رأس المال وقبضه المسلم اليه قبل أن يفارق رب السلم كان جائزاً وان كان بالمسلم كفيل فاستوفي الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح فيه فذلك حلال له اذا قضي رب السلم طعاما مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم علي الكفيل يوجب للكفيل على المسلم اليه الا أن مال الكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الي رب السلم فاذا استوفي قبل الاجل فقد استعجل دينا له مؤجلا والمقبوض بهذا السبب يملك ملكا صحيحا فانما تصرف وربح في ملك حلال له فلهذا طاب له الربح ولا خلاف فى هذا اذا تقرر ملكه باداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذى قضى رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل بطعام مثل مادفع اليه لانه انما أعطاه فى ذلك ليسقط دين رب السلم عنه بادائه ولم يفعل ذلك فكان له أن يرجع عليه بما أدى ثم قال فى هذا الكتاب فما ربح يطيب للكفيل وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكاه عنهما فى الجامع الصغير وذكر عن أبى حنيفة انه قال أحب الى ان يرده علي الذى قضاه ولا أجبره عليه فى القضاء وفي كتاب الكفالة قال له أن يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه ويملكه بشرط أن يؤدى عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خبيث شرعا والسبيل فى الكسب الخبيث التصدق ووجه رواية الجامع الصغير ان معنى الخبث ليس في معنى السبب بل لخلل في رضي المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخبث فكان هذا أولى الوجهين ولكن لا يجوز عليه فى القضاء لان المتصرف انما ربح على ملك نصيبه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض كان مملوكا له ملكا صحيحا وكان التصرف فيه مطلقا له شرعا فالربح الحاصل به يكون حلالا ألا ترى انه لو أدى طعام السلم كان الربح طيبا له فاذا لم يؤد فانما يثبت حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل يكن فى ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خبث فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بأن يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم ليكون رسوله فى تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له فى قول أبى حنيفة

ومحمد رحمهما الله ويطيب له فى قول أبي يوسف لانه أمين فيما قبضه علي وجه الرسالة كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح فى كتاب الوديعة وان قضي الكفيل السلم من مال قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه علي دراهم أو غير ذلك مما يكال أويوزن أو على عروض أوحيوان فهو جائز ولا يكون استبدالا لأن الكفيل هنا مقرض معناه أن مايرجع به الكفيل علي المسلم اليه لايكون مسلما فيه لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طعام السلم على الكفيل لا للكفيل فعرفنا أنه دين آخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالا ولانه يصير كالمقرض لما أدى من المسلم اليه وان لم يكن قرضاً على الحقيقه حتى لوأجل المكفول عنه فيه لزمه الاجل والاجل فى بدل القرض لايلزم فعرفنا أن مراده أنه دين آخر سوى السلم فيجوز الاستبدال به قبل القبض وان أكفل رجل لرب السلم برأس ماله قبل أن يترادا فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقيل الاقالة الواجب فى ذمة الاصيل لرب السلم المسلم فيه لارأس المال وانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضف الكفالة الى سبب الوجوب فكان باطلا بخلاف مالوقال اذا تقايلتما العقد فأنا كفيل برأس المال لك ولان رأس المال قبل الاقالة حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع الكفالة في شيء. قال(واذا أسلم الرجل فى بعض الأدهان المربى بالبنفسج والزئبق والحنا وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف مقدور التسليم من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا يجوز في الدهن الصافى أما المربى بالبنفسج وغيره فلا لان المربى يختلف باختلاف مايرى به من الادوية والرياحين والصحيح أنه يجوز لانه يمكن اعلامه باعلام قدر مايؤدى به. قال (وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات فى كل وقت لانه لا تتمسك الا فى وعاء وفي وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيراً فعرفنا أن ماتقع عليه كيل الرطل فهو موزون فيجوز السلم فيه بذكر الوزن واذا أسلم النصرانى الى النصرانى فى خمر بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء علي الاصل الذى بينا فى كتاب الغصب أن الخمر مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والعصير فى حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل والوزن وان أسلم أحدهما قبل قبض خمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه رأس المال لان الاسلام

وجد الخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجعل وجود اسلام أحدهما عند القبض كوجوده عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه دينا وانما يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذى أسلم فالمسلم لا يملك الخمر بحكم عقده فان كان المسلم اليه هو الذى أسلم فليس له أن يملك الخمر من غيره بعقد فعلمنا أنه تحقق فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد فان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض المبيع بطل البيع كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل مابقى وجاز ماقبض لان ملكه تم فى المقبوض فباسلامه بعد ذلك لايبطل ولكن اسلامه يمنع من قبض مابقى فيبطل العقد فيه لفوات القبض وهذا لان السبب الطارىء يلاقى المنتهى بالعفو عنه والقائم بالرد قال الله تعالى (وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين) فبنزول حكم الربا انما لزمهم ترك ما لم يقبضوا لا رد ما قبضوا منه فهذا مثله ثم النصرانى والمسلم فى حكم السلم سواء ماخلى الخمرحتى لايجوز السلم بينهم فى المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين لعجز العاقد عن تسليم المعقود عليه وهم فى ذلك كالمسلمين والسلم بينهم فى الخنزير لايجوز بمنزلة السلم في الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم فى الحيوان لمعنى الجهالة وهم يستوون فى ذلك بالمسلمين واذا أسلم في طعام جيد من طعام العراق أو الشام فهو جائز بخلاف مالو أسلم فى طعام قرية أوقراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بآفة فاما طعام ولاية كالعراق والشام لايتوهم انقطاعه عرفا بافة فانما أسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب التسليم ولا بأس بالسلم فى الصوف وزنا لانه موزون معلوم فى نفسه وان اشترى كذا جزة بغير وزن لم يجز للجهالة لان مقدار الصوف في كل جزة غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه يفضى الى المنازعة بينهما وان أسلم فى صوف غنم بعينها لم يجز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك ولان تعين محل المسلم فيه كتعين المسلم فيه ولانه لو باع الصوف الذى على ظهر الشاة بعينه لايجوز فكذلك اذ أسلم فيه وكذلك ألبانها وسمونها لما بينا ولان هذه الاعيان مادامت متصلة بالحيوان فهى وصف للحيوان ولا تثبت فيها المالية مقصودا الا بعد الانفصال فلا تكون قابلة للعقد مقصوداً وكذلك ان أسلم فى سمن حديث أو زيت حديث فى غير حينه وجعل أجله فى حينه فلا خير فيه لانه منقطع فى الحال من أيدى الناس وكذلك لاخير في السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن أيد الناس ولا يدرى أيكون فى تلك السنة أم

لا فلا يكون مقدور التسليم له وبدون قدرة التسليم لا يجوز العقد. قال (واذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع من أيدى الناس فلا خير فيه) كما لو أسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما مراده قرية من العراق تسمى هراة وتلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق سواء ثم قال (وان أسلم في ثوب هروى فلا بأس به) من أصحابنا رحمهم الله من يقول لان الثوب الهروى لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالمراد قد يستاصل طعام هراة ولا يستأصل حركة هراة وهذا ضعيف قالوا قد يستأصل حركة هراة أيضا ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعين المكان فان الثوب الهروى ماينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغير هراة يسمى هرويا بمنزلة الزندبجي والوداري والى هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروى من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعنى بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ماتنبت بأرض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا منه للمكان ولذلك يتوهم انقطاعه وقال مشائخنا رحمهم الله ان نسب الطعام الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالحرانى سحارى فانه يذكر ذلك لبيان صفة جودة الحنطة فلا يختص به ماينبت في تلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل والثوب الهروى لا يصنع بغير تلك البلاد وهو غلط بل الصحيح أن الثوب الهروى يصنع في غير تلك البلاد وعلى ما بينا أنه اسم للمنسوج بصفة فيسمى به وان نسج في غير هراة. قال (ولا بأس بالسلم في البوارى والحصير اذا وصف الطول والعرض والصفة) لانه مذروع معلوم كالثياب فالحصير ما يتخذ من البردى والحشيش والبوريا ما يتخذ من القصب ولا بأس بالسلم في نصل السيف اذا كان معلوم الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالية بعد بيان نوع الحديد الاشياء يسيرا وذلك غير معتبر كما في الثياب والجيد من الطعام ولا خير في السلم في الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخيل قيل هو شيء أحمر مثل لسان البقر يبدو من النخل ثم يخرج التمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو أو يطبخ منه المرقة لحموضة فيه وهو عددى متفاوت يختلف فيه الصغير والكبير وتتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز السلم فيه كذلك. قال (ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل القبض لان القسمة للحيازة وذلك

بأن يجعل كل واحد منهما نصيبه فى حيزه وفى الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فى نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض فاذا كان الشرط فى عقد السلم أن يوفيه في مكان كذا فقال المسلم اليه خذه في مكان آخر وخذ مني الكرا الى ذلك المكان فقبضه كان قبضه جائزاً لانه أخذ حقه ولا يجوز أخذ الكر الانه يملك المقبوض بقبضه وانما يحمل ملك نفسه والانسان في حمل ملك نفسه لايستوجب الاجر على الغير وانما يستوجب الاجر على الغير بعمل يعمل للغير لالنفسه فعليه رد ماأخذ من الكرا وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء يرده حتى يوفيه فى المكان الذى شرط لانه انما رضى بقضبه فى غير ذلك المكان بشرط أن يسلم له الكرا فاذا لم يسلم لايكون راضياً به وبدون رضاه لايسقط ما كان مستحقا له وهو المطالبة بالايفاء فى المكان المشروط فان هلك المقبوض فى يده فلا شىء له لانه تم قبضه للمسلم فيه وانما كان الباقى له مجرد خيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض فى يده والخيار ليس بمال فلايستوجب حق الرجوع بشىء عند سقوط خياره. قال (ولاخير فى أن يسلم العروض فى تراب المعدن ولا فى تراب السواغين) لان عين التراب غير مقصود بل مافيه من الذهب والفضة وقد بينا أن السلم فى الذهب والفضة لايجوز ولان بذكر وزن التراب لايصير ماهو المقصود معلوما وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه وقد يكثر فعرفنا أنما هو المقصود مجهول جهالة لاتقبل الاعلام فكان العقد باطلا لذلك ولا بأس بأن يسلم الحنطة وما أشبهها فيما يوزن أويكال بالرطل لما بينا أن مايكال بالرطل فهو موزون واسلام المكيل في موزون هومبيع جائز لانه لا يجتمع فى البدلين أحد الوصفين وهو الجنسية والقدر الواحد واذا اختلف النوعان مما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولاخير فيه نسيئة وكذلك الموزونات وقد بيناهذه الفصول فى أول الكتاب ولا بأس بالبنفسج بالحنا والزئبق والورد رطلين برطل فان الادهان أجناس مختلفة عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه ما اتحد أصله منها جنس واحد وفيما اختلف أصله له قولان لان الاسم والهبة واحد وانما اختلف فيها الرائحة وباختلاف الرائحة لايختلف الجنس كالمنتن من اللحم مع غير المنتن ولكنا نقول بما حل بكل واحد منهما من الصفة اختلف الاصل والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف الجنس كالثياب والودارى مع الزند يجى جنسان مع اتحاد الاصل لاختلاف المقصود وعلى

هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة فى عينها فكانه باع رطلا من زيت وبقله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء الزيادة وعن أبى يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهبت تلك الرائحة منه فان كان لا ينتقص فقد عرفنا أنه ليس بزيادة في العين فلا يجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المربى بالبنفسج مع المربى بالياسمين فهناك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فتعتبر المماثلة باعتبار المال وعلى هذا الالبان فانها أجناس عندنا وعند الشافعى رضي الله عنه الكل جنس واحد لبن الابل والبقر والغنم لاتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكنا نقول أصولها أجناس واللبن يتولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف أجناسها ولا تقارب فى المقصود أيضاً فان مقصود المسلي يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى أن مايكون أصله جنسا واحداً كالبقر مع الجواميس والعراب مع البخاتى والمعز مع الضأن فلبنهما جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة وكذلك اللحوم أجناس مختلفة عندنا وللشافعى قولان فى أحد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا ألا ترى أنه يمكن تمييز البعض عن البعض برؤية الاعيان بخلاف الادهان والالبنان وفى القول الآخر يقول الكل جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هى أجناس لان أصولها أجناس حتى لا يضم البعض الى البعض فى حكم الزكاة وكذلك الاسامى مختلفة لاختلاف الاضافة كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير والثوب الهروى مع المروى وكذا لحم البقر والغنم والمقصود مختلف أيضا فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض فربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تفاوت في المقصود أبلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هى موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض بالبعض نسيئة ويجوز متفاضلا يداً بيد لانعدام أحد الوصفين. قال (ولا خير في الحنطة بالدقيق متساويا ولا متفاضلا) لان من الحنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن فى الصورة هو تفريق الاجزاء وان كان فى الحكم الدقيق غير الحنطة ويجعل الدقيق حاصلا بالطحن ولهذا كان للغاصب اذا

طحن الحنطة الا ان الربا مبنى علي الاحتياط فالشبهة فيه تعمل على الحقيقة وعند وجود حقيقة المجانسة لايجوز بيع البعض بالبعض الا متساويا فكذلك اذا وجبت شبهة المجانسة ولا يعرف التساوى فى الكيل بين الدقيق والحنطة فالدقيق لا يصير حنطة قط ولكن الحنطة تطحن ولا يدرى أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذا كان بالتساوى فى المعيارف الحال لايعلم التساوى بينهما بعد الطحن لايجوز بيع احدهما بالآخر وكذلك بيع الحنطة بالنخالة والنخالة أجزاء الحنطة كالدقيق الا أنه جزء خشن والدقيق جزء لين فاما بيع الدقيق بالدقيق عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعى لا يجوز لان الدقيق لايعتدل فى الدخول فى الكيل فانه ينكبس بالكبس والكيل عنده لايكون معياراً شرعاً الا فيما يعتدل فى الكيل ولهذا قال ولا يجوز بيع الباقلاء والرطب بالرطب والمطعوم بالمطعوم اذاقوبل بجنسه فشرط جواز البيع عنده التساوى فى المعيار الشرعى وذلك لايوجد فيما لا يعتدل بالكيل ولكنا نقول الكيل فيما هو مكيل معيار شرعى والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس وهم يكيلون الدقيق كالحنطة ويجوز السلم فى الدقيق كيلا كما يجوز في الحنطة فكان الكيل فيه معياراً شرعيا وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضا ثم يسقط اعتباره ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق ولا يجوز بيع السويق بالدقيق في قول أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز البيع تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يداً بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصايد والاطولة منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن والعسل فيؤكل كذلك أو يضرب بالماء فيشرب فكان التفاوت بينهما فى المقصود أظهر من التفاوت فى الهروى والمروى من الثياب وكذلك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لايصير سويقا بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعانى كالادهان وعن أبى يوسف انه يجوز البيع متساويا لامتفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا بأن يرش عليه الماء ثم يقلي فيصير سويقاً وببغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فتعتبر المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولابى حنيفة طريقان (أحدهما) أن السويق أجزاء الحنطة المقلية والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لايجوز بحال فكذلك

بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا أنهما انما جعلا جنسا واحداً قبل الطحن فعرفنا أنهما جنس واحد بعد الطحن لان الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس واذا كان جنسا واحداً تعتبر المماثلة على الوجه الذى صار مال الربا وهو قبل القلى والطحن وبتساويهما كيلا في الحال لا تظهر تلك المماثلة فلا يجوز العقد والطريق الآخران بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فعرفنا أن المجانسة باعتبار ما فى الضمن والذى فى ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما فى الضمن قبل الطحن يوضحه أن بيع الحنطة بالدقيق ربا وبيع الحنطة بالسويق ربا ومن ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة أن يكون أحدهما جنسا للآخر وانما اختلف الاسم للصنعة لا لاسم العين فكل واحد منهما أجزاء متفرقة فيما كان له لت الحنطة قبل التفريق وليس فيه أكثر من انه فات بعض المقاصد فى السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوة بغير المقلوة والعلكة مع الرخوة والتى أكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت بالزيتون الا أن يعلم ان ما فى الزيتون أقل فحينئذ يجوز والاصل فى جنس هذه المسائل ان المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما فى الضمن أخرى فقيما وجدت المجانسة عينا لا تعتبر فى الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس ولا يعتبر ما فى الضمن وفى الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما فى الضمن حقيقة وان كان ذلك شيئاً آخر حكما ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فانما تعتبر المجانسة بما فى الضمن وهو الزيت الذى فى الزيتون وبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه إن علم أما ما في الزيتون من الزيت أكثر من المنفصل فقد يتحقق الفضل الخالى عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك ان علم أنه مثله لان تفل الزيتون يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر يجوز لان الاصل في مقابلة مال بمال متقوم جواز العقد وانما الفساد بوجود الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذى هو يتوهم الوجود كالمتحقق فى باب الربا احتياطا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة

الحرام فاذا لم تعلم المساواة جعل ذلك لتحقق الفضل احتياطا فيفسد العقد وان علم ان ما فى الزيتون من الزيت أقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقى من الزيت بازاء التفل فلا يظهر الفضل الخالى عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم والعصير بالعنب واللبن بالسمن والرطب بالدبس ولا خير فى شئ من ذلك نسيئة لوجود الجنسية بينهما باعتبار مافى الضمن ولا بأس بخل الخمر بخل السكر متفاضلا يداً بيد لانهما جنسان فانا أصلهما جنسان لان السكر ماء التمر والخمر بالعنب وكما أن العنب مع التمر جنسان فكذلك الخل المتخذ منهما فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى ذلك نسيئة لانه جمعهما قدر واحد وهو الكيل والوزن وان اشترى شاة بصوف وعلى ظهرها صوف أوشاة فى ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهوان يعلم ان اللبن المنفصل اكثر مما فى الضرع وان الصوف المجزوز اكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوى ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية علي كل حال وعند محمد لايجوز الا بطريق الاعتبار وهو أن يعلم ان اللحم المنفصل أكثر من اللحم الذى فى الشاة فيكون المثل بالمثل والباقى بازاء المسقط وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما فى الضمن فلا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار كما في الفصول المتقدمة وبيان ذلك أن اللحم موجود فى الشاة وهو المقصود وبه تختلف المالية ألا ترى أن الشاة فى الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغانمين تناوله وذلك باعتبار مافيه من اللحم بل وجود اللحم فى الشاة أبين وأظهر من وجود الدهن فى السمسم فان ذلك حادث بالعصير حكما ولهذا كان ملكا للغاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن اللحم له والذبح نقصان محض بمنزلة القطع فى الثوب فلا يحدث به اللحم و هو ازهاق الحياة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القلي في الحنطة يفوّت ما كانت الحنطة باعتباره ،ثبتة واذا ثبت أن اللحم موجود قبل الذبح لايجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولهما أنه باع عدديا متفاوتا بوزنى فيجوز كيف ماكان كما لوباع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددى متفاوت ولهذا لايجوز السلم فيها ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتأثيره أن المجانسة باعتبار مافى الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البدلين مقدرا فاما اذا لم يكن أحدهما مقدراً لا يشتغل بطلب المجانسة

بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ماتقدم من الفصول ولكن بهـذا التقرير لا يتضح الفرق في جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبـار والجوز ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزة بجوزتين ولكن نقول اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود منه الدر والنسل والاسامة ليزداد عينها بالسمن فأما اللحم آخر المقاصـد من الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصوداً والدليل عليه أن المالية في الحيوان لاتختلف باختلاف اللحم فقد نرى فرسين أو نجيين يتساويان في اللحم ويتفاوتان في القيمة تفاوتا فاحشا والبيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ماتقدم فالمالية هنا تختلف باختلاف مقـدار الدقيق في الحنطـة والدهن في السمسم والجوز ونحو ذلك نوضحه ان اللحم في الحيوان وان كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتي لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها لما عرفنا أن مقصود اللحم حاصل بالذبح حكما فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول في مسئلة الصوف واللبن الجواب قولهم جميعا فانه مال موجود قبل الفصل ألا ترى انه منفصـل من الحيوان فيجوز الانتفاع به وهذا لانه لاحياة في الصوف واللبن فكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد الذبح سواء وعلي الطريق الاول هو على الخلاف كما ذكره الطحاوى لان مالية الشـاة لا تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا تعرف مالية الحيوان بمقدار اللحم فان باع لحم شـاة بالبقر والابل جاز عندنا وعلي قول زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروى أن جزوراً نحر على عهـد أبي بكر رضى الله تعالى عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطوني بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر رضى الله عنه هذا لا يصلح ولكنا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحـدهما بالآخر كيف ماكان يداً بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسـلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيـد والمراد بالنهى عن بيع الحيوان اذا كان أحـدهما نسيئة فقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم في كل واحد منهمـا لا يجوز عند أبي حنيفة وتأويل حديث أبي بكر رضى الله عنه أن ذلك البعير كان من ابل الصدقة فكره أبو بكر رضى الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به علي الفقراء فلهذا قال

بيع الحيوان

لا يصلح واذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز في حصة الزيت لان الفساد بوجود العلة المفسدة وذلك في الشعير خاصة فان صحة الكيل لما جمع البدلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فان اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبوت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد في أحدهما فساد العقد في الآخر كما لو باع عبداً ومدبرا وكما لو باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض لا يفسد العقد في الآخر وأبو حنيفة يقول العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل أما في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطا في قبول العقد في الزيت لان من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه أن فساد العقد في الشعير لاشتراط الاجل واشتراط الاجل في العقد والعقد واحد فاذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن والمدبر فالعقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر وكذلك لو هلك أحد العبدين فالمفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظائر هذه المسئلة تذكر في باب البيوع الفاسد ان شاء الله تعالي وكذلك ان أسلم فوهبه في فوهية ومروية لان الجنس يحرم النساء كالكيل وبهذا يتبين ان الطريق ماقلنا دون مايقوله بعض مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة اذا كان الفساد قويا مجمعا عليه ويمكن في البعض تعدى الي ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصلين فعرفنا ان الطريق ما قلنا. قال (ولا بأس بأن يسلم الفلوس فيما يوزن لان الفلوس عددية متقاربة فيجوز اسلامها في كل مكيل أو موزون الا الصفر خاصة فانه لا يجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية فالفلوس صفر فان قيل اذا كانت الفلوس صفرا والصفر موزون فينبغي أن لا يجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلت الصفر موزون في العرف لا بالنص ولا عرف فيه في الفلوس الرائجة ألا ترى أنها لا تتفاوت في المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو أسلم سيفاً في شيء مما يوزن كان جائزا لان السيف خرج من أن يكون موزونا عادة الا في الحديد فانه لا يجوز اسلام السيف في الحديد للمجانسة وكذلك كل إناء خرج بالصنعة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في الموزونات الا في نوعه ولا

بأس بأن يبيع إناء مصوغاً بأناء مضوغ من نوعه يداً بيـد وان كان أ كثر منه فى الوزن اذا كان ذلك الاناء لايباع وزنا لانه عددى متفاوت كالثياب وهذا بخلاف أوانى الفضة والذهب فانه يجرى فيها ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا فى العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولايخرج من أن يكون موزونا بالعادة والعادة لاتعارض النص فأما في الحديد والشبه وما أشبه ذلك صفة الوزن ثابتة فى العرف فيخرج من أن يكون موزونا بالصنعة وبالعرف وبتعارف الناس بيع المصوغ منه عدداً فاما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لايجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيها ليكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا فى البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلسا بعينه بفلس بغير أعيانهما لم يجز أيضاً لانه لو أجاز أمسك الفلس المعين وطالبه بفلسين آخر أو أسلم اليه الفلس المعين ثم قبض ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلس الآخر فضلا خاليا عن العوض وكذلك لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لايجوز لانه لوجاز بقبض المشترى الفلسين ثم دفع اليه أحدهمـا فـكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بغير عوض فأما اذا باع فلسا بعينه بفسلين باعيانهما يجوز فى قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهـما الله ولايجوز في قول محمد رضى الله عنه وهذا ينبنى علي أن الفلوس لاتتعين بالتعيين مادامت رائجة عند محمد وعلى قولهما تتعين بالتعين اذا قوبلت بجنسها حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاثمان لاتتعين فى العقود بالتعيين كالدراهم والدنانير ألا ترى أنها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لايبطل العـقد ولو اشترى بها جاز فكذلك اذا قوبلت بجنسها لان مايتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيـه سواء كالمكيلات والموزونات ومالاتتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وهما يقولان الفلوس عـددى والعددي يتعين بالتعيين فيجوز بيع الواحد منـه بالمثنى كما لو باع جوزة بجوزتين باعيانهما وتحقيقه أن صفة الثمنية فى الفلوس ليست بصفه لازمة ولاهو ثابت باصل الخلقة بل بعارض اصطلاح الناس والعاقد ان قصد تصحيح العـقد ولا وجه لتصحيح العـقد الا بأن تتعين الفلوس وتخرج من أن تكون رائجة ثمنا في حقهما فيجعل كانهما أعرضا عن ذلك الاصطلاح

والدليل على أن معنى الثمنية فى الفلوس بالاصطلاح أنه يصلح ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس وأنه يروج بعض الاشياء دون البعض ويروج فى بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة فان قيل تحت هذا الكلام فساد فانه اذا خرج فى حقهما من أيكون ثمناً كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذلك لايجوز قلنا الاصطلاح فى الفلوس على صفة الثمنية والعدد فيهما في هذه المبايعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنا فى حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددى وليس بثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة . قال (ولا بأس بأن يشترى شقة خز بشقة خز هي أكثر منها وزنا) لانها لا توزن وانما تذرع كسائر الثياب وبيع ماليس بمكيل أوموزون بجنسه يداً بيد يجوز كيف ما كان . قال (ولا بأس بالتمر بالرطب مثلا بمثل وان كان الرطب ينقص اذا جف) وهذه مسائل (أحدها) بيع الرطب بالرطب كيلا بكيل جائز عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه لايجوز وكذلك الباقلاً وعلل في كتابه فقال لان بين الباقلتين فضاء ومتسعا معناه أنه لايعتدل فى الدخول فى الكيل حتى لاينضم بعضه الى بعض بل يتجافي ويتفاوت مقدار التجافى فيه فلا يكون الكيل فيه معياراً شرعيا والمخلص عن الربا يكون بالتساوى فى المعيار الشرعي وقاس بيع الحنطة المقلية بغير المقلية فان المقلية لا تعتدل فى الدخول فى الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالقلى أو صخور فانها اذا قليت رطبة انتفخت واذا قليت يابسة ضمرت وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد عليها صورتها الى أن تدرك فكان الرطب تمراً والدليل عليه قول القائل

وما العيش الا نومة وشرق ... وتمر على رؤس النخيل وماء

والمراد الرطب والمعنى فيه ان الرطب أمثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وقد بينا أن حكم الربا لايثبت فى المال مالم يصر أمثالا متساوية وانما صارت أمثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها عياراً شرعياً والاصل أنه يراعى وجود المساواة بين المثلين على الوجه الذى صار مال الربا كما فى الحنطة وغيرها وبه فارق المقلوة فان الحنطة لا تخلق كذلك بل تكون فى الاصل غير مقلوة وتصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المماثلة وبعد القلى لا تعرف تلك المماثلة وان تساويا فى الكيل فلهذا لايجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فان قيل

هذا فاسد فقد جوز ثم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي (قلنا) الحنطة فى الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بلت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المماثلة علي الوجه الذى صارت مال الربا جاز العقد وهى لا تخلق فى الاصل مقلوة حتى يكون هذا إعادة الي تلك الصفة فيها فأما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز فى قول أبى حنيفة ولايجوز في قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله لحديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف قالوا نعم فقال عليه الصلاة والسلام فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم فى قوله عليه السلام أينقص اذا جف إشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة فى الكيل فى الحال فهذا الحديث دليل الشافعى رضى الله عنه أيضا في المسئلة الاولى من هذا الوجه واعتبار المماثلة فى أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولان العقد جمع بين البدلين أحدهما علي هيئة الادخار والآخر ليس علي هيئة الادخار ولا يتماثلان عند التساوى في الصفة فلا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة فى الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير فى الآدمى وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتق وكل واحد من البدلين هناك علي هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا شئ يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يداً عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أوليس بتمر فان كان تمراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمراً جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد رضي الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن أبي عياش وزيد بن أبي عياش لا يقبل حديثه واستحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن أبي عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام فى المناظرة يحسن لدفع شغب

الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا لجواز أن يكون هنا قسما ثالثا كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابي حنيفة الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يد بيد كيل بكيل وقد بينا أن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخيل حين تنعقد صورتها الى أن تدرك وما يتردد عليها من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبياً ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا فاذا ثبت ان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حالة العقد علي الصفة التى دخلت فى العقد لان اعتبار المماثلة سبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار المساواة الا نظير الاجود فكما لا يعتبر التفاوت فى ذلك فكذلك فى هذا وقد تحققت المساواة بينهما فى الكيل فى الحال لان الرطوبة التى فى الرطب مقصودة وهى شاغلة للكيل فلا يظهر التفاوت الا بعد ذهابها بالجفاف فلا يتبين به أن التفاوت كان موجوداً وقت العقد بخلاف الحنطة بالدقيق فان بالطحن تتفرق الاجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل فتبين بالتفاوت بينهما بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فان بالقلي لا يفوت جزء شاغل للكيل انما تنعدم اللطافة التى كانت بها الحنطة منبتة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن هذا التفاوت كان موجوداً عند العقد ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت فى الجودة بقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والتفاوت بين النقد والنسيئة حادث بصنع العباد وهو اشتراط الاجل فصار هذا أصلا ان كل تفاوت ينبنى علي صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفى المقلوة بغير المقلوة والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبنى على ماهو ثابت بأصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون معتبراً كالتفاوت بين الجيد والردى. قال (وبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر) فاما بيع الحنطة المبلولة باليابسة أو الرطبة باليابسة يجوز فى قول أبى حنيفة وفي قول محمد لا يجوز وذكر فى نسخ أبى حفص قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمهما الله تعالي وهو قوله الآخر فاما قوله الاول كقول محمد فأبو حنيفة مر علي أصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد مر على أصله وهو اعتبار المماثلة في أعدل الاحوال كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد رضى الله تعالي عنه وذلك لا يوجد فى الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفوف وأبو يوسف يقول القياس ماقاله أبو حنيفة ولكن تركت القياس فى الرطب بالتمر للحديث والمخصوص

من القياس بالأثر لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه والحنطة الرطبة ليست فى معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة فى الرطب مقصودة وفى الحنطة غير مقصودة بل هو عيب فلهذا أخذت فيه بالقياس وأبو حنيفة يقول تأويل الحديث ان صح ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقد نقل ذلك فى بعض الروايات وفائدة قوله صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف أن الرطب اذا جف ينقص الا أن يحل الأجل فلا يكون هذا التصرف مفيداً وكان السائل وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان فساد العقد فاما الحنطة المبلولة بالمبلولة تجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يجوز عند محمد وكذلك الزبيب المنقع بالمنقع والتمر المنقع بالمنقع ومحمد يفرق بين هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب فيقول هناك التفاوت يظهر بعد خروج البدلين عن الاسم الذى عقد به العقد فلا يكون ذلك تفاوتا فى المعقود عليه وهذه الفصول تظهر التفاوت بعد الجفوف مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد به العقد فبهذا الحرف يتضح مذهبه في هذه الفصول ثم ذكر بيع الحنطة المقلية بغير المقلية وقد بينا الحكم فيه وأهل الادب طعنوا عليه في هذا اللفظ فقالوا انما يقال حنطة مقلوة فاما المقلية المبغضة يقال قلاه يقلية اذا أبغضه ولكنا نقول محمد كان فصيحا فى اللغة الا انه رآى استعمال العوام هذا اللفظ فى الحنطة ومقصوده بيان الاحكام لهم فاستعمل فيه اللغة التى هى معروفة عندهم وما كان يخفى عليه هذا الفرق ولا يجوز الحنطة بالسويق متساويا ولا متفاضلا الا أن تكون الحنطة أكثر ومع السويق فضة أو ذهب فيكون مامعه بفضل الحنطة لان الصحة مقصود المتعاقدين ومتى أمكن تحصيل مقصودهما بطريق جائز شرعا يحمل مطلق كلامهما عليه ويجعل كانهما صرحا بذلك كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز البيع وينصرف تسمية النصف مطلقا الى نصيبه خاصة وكذا لو قال لرجل أوصيت لك بثلثى يجوز ويحمل على ايجاب ثلث المال لانه عرف أنه مقصوده فهذا مثله والاصل فيه قوله تعالى فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من فم أخيك المسلم سوءا وأنت تجد لها فى الخير محملا ولو أسلم ثوبا قوهيا فى ثوب مروى ويجعل من المسلم اليه فضل دراهم أو متاع جاز لان مابخص الدراهم أو المتاع من الثوب القوهى يكون مبيعاً وما

يخص الثوب المروى منه يكون رأس المال واسلام القوهى فى المروى جائز وكذلك لو أعطاه ثوبا في حنطة وشعير فجعل بعضه عاجلا وبعضه الى أجل فهو جائز لان مايخص العاجل منه ان كان بعينه فهو متقابضة وان كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب بثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع بثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو أعطاه ثوبا فوهيا في ثوب فوهى بنسيئة فهو مردود لانه لاوجه لتصحيحه بيعا مقابضة فان أحد البدلين ليس بعين ولا وجه لتصحيحه سلما لان البدلين من جنس واحد ولا وجه لتصحيحه قرضا فان استقراض الثوب لا يجوز فان زاد فيه درهما مع الثوب الذى عجل أو زاده الآخر مع ثوبه درهما عاجلا كان ذلك كله أو آجلا كان ذلك فاسدا لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد وادخال الرخص فيه وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح البيع لان ثبوت البيع بثبوت الاصل واذا أثبتنا الحكم في البيع بدون الاصل لم يكن بيعا وكذا لو كانت الزيادة دنانير أو ثوبا يهوديا أو كر حنطة أو غير ذلك لانه بيع للاصل حين أوجبه باسم الزيادة عينا كان أودينا وان أسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم أودنانير أو ثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد فى الاصل المؤاجلة بمقابلة بعضه يكون دينا بدين وان كانت الزيادة صحيحة هنا فيثبت حكمه فى الزيادة أيضا وان جعله مؤجلا لم يجز لان المسلم فيه دين فالزيادة من الذى عليه السلم دراهم اودنانير أوثوبا أوشيئا مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز أيضا اذا كان معلوما فى نفسه لان رأس المال عين فلا يخص المسلم فيه من رأس المال يكون عقد السلم فيه صحيحا وما يخص الزيادة يكون بيعا بثمن الى أجل معلوم وذلك جائز أيضا فأما اذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا آخر أونصف كر لاتجوز الزيادة لانه لايمكن جعل الزيادة ثمنا وجعل الدراهم مبيعا فلا بد من أن يجعل زيادة فى المسلم فيه والزيادة فى المسلم فيه من المسلم اليه على سبيل الالتحاق بأصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الي الزيادة بل حاجته الى زيادة رأس المال فلا جرم الزيادة فى رأس المال على سبيل الالتحاق باصل العقد جائزة فى المجلس . قال (وان أسلم طعاما فى ثياب مختلفة أو فى أشياء من الوزنيات مختلفة ولم يسم رأس مال كل صنف منها فهو فاسد) فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اشتراط اعلام قدر رأس المال فيما

يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا بأس بأن يشترى الرجل الشاة الحية بالشاة المذبوحة يداً بيد لانه بيع عددى فورى فالشاة الحية لا توزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان وان كانت فى البدل الا خر فهو سلم فى اللحم ولو كانتا شاتين مذبوحتين قد سلختا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم تسلخ كان ذلك جائزاً أيضا لان المثل من لحم الشاة بمقابلته من الشاتين والباقى ن لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط فيجوز ذلك ويحمل مطلق كلامهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك فاسداً لان العقد اشتمل على اللحم فقط من الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل. قال (ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير يداً بيد) فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدى عجوة وزبيب أو باع ديناراً ودرهما بدرهمين ودينارين فأما اذا باع درهما جيداً ودرهما زيفا بدرهمين جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعى لا يجوز وكذلك لو باع ديناراً نيسابوريا أو ديناراً هرويا بدينارين نسابوريين أو هرويين وهذا بناء على الاصل الذى تقدم فان عند الشافعى رحمه الله للجودة قيمة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فانما ينقسم الدرهمان الجيد ان على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنه وذلك ربا وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء ويجوز العقد لوجود المساواة في الوزن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد وبقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وأما الكلام فى الفصل الثانى فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على أعواض من أجناس مختلفة ينقسم البعض على البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبداً أو ثوبا بجارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه يعتدل فيه النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه فى البعض بعارض وانما يكون ذلك في الانقسام باعتبار القيمة وأما فى صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر أحدهما عند انفساخ العقد فى البعض بعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز تمر بقفيرى تمر لا يجوز ولا يجعل التمر من كل جانب بمقابلة القوى من الجانب الآخر ولو باع منا من لحم بنوى لحم لا يجوز ولا يجعل اللحم من كل جانب بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشترى عبداً بالف

درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا يمكن بان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثانى مثل الثمن الاول والباقى بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه ان فى الأموال الربوية يصرف الجنس الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوباً وعشرة بثوب وعشرة بشرط قبض الدراهم فى المجلس لانه يجعل صرفا فى حق الدراهم ووجه الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يداً بيد وقد اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغى أن يجوز العقد كيف شاء المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين ممكن بطريق شرعى وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام فى سائر المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعاوضة والمساوات اذ ليس صرف البعض أولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود هنا لانه لو صرف الجنس الي الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الي خلاف الجنس صح العقد ولا معاوضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله حرام بوصفه فاذا لم تتحقق المعاوضة على وجه المساوات لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة ولكن يترجح ماهو مشروع من كل وجه على ماهو مشروع من وجه دون وجه بخلاف النوى مع التمر فالتمر والنوى كله مكيل من جنس واحد ولو صرح بصرف التمر الى النوى لم يجز العقد وكذلك العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عند التصحيح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه أيضا فاما مسئلة العبدين (قلنا) فصل المعاوضة يتحقق هناك لان جهات الجواز اتكثر فانه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز وكذلك ان جعل بمقابلته اكثر من الثمن الاول فلكثر جهات الجواز يتحقق معنى المعاوضة ويجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس يوضحه ان شرط الجواز هناك ان لا يكون الثمن الثانى أقل من الثمن الاول فكأنهما ولو صرحا بهذا لم يصر مقدار الثمن معلوماً فلا يجوز العقد فان قيل المعاوضة هنا تتحقق أيضا فانه اذا جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم والنصف الباقى بمقابلة الدينار ونصف ونصف دينار بمقابلة نصف الدينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضاً (قلنا) نعم

ولكن هذا بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لاوجه للجواز هنا الا هذا الطريق فكيف مايشتغل به لايخرج به الطريق من أن يكون عينا واذا اشترى ثوبا وعشرة بثوب وعشرة (قلنا) هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس فان القبض في مجلس شرط بقاء العقد صحيحا لا شرط الانعقاد صحيحا ونحن انما صححنا هذا التصحيح العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم. قال (وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود منه فلا خير فيه) لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف قفيز والنصف الآخر خال عن العوض وبهذه المسئلة يتبين أن أدنى مايكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز لما بينا انها انما تصير مال الربا لكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقداره بالكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد فيما دونه ولا بأس بان يشترى الكفرى بما يناسب من التمر يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر ولا يكال أيضا ولا خير فيه اذا كان الكفرى نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو عددى متفاوت فان آحاده تتفاوت فى الماليه. قال (ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر علي ما بينا ان التمر اسم لتمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك فاما فى الكفرى قبل انعقاد صورة التمر فلا يكون تمرا وكذلك فى كل صنف من صنوف التمر فلا خير فى بعضه ببعض الا مثلا بمثل يدا بيد ولا خير في ان يبتاع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل أو موزون لان المساواة فى القدر شرط لجواز العقد اذا صارت الاموال أمثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا تظهر المساوات في القدر فلا يجوز العقد. قال (فان تبايع صبرة بصبرة مجازفة ثم كلنا بعد ذلك فكانتا متساويين لم يجز العقد عندنا) وقال زفر يجوز لان ماهو شرط الجواز وهى المماثلة قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين فجاز العقد كما لو زوجت امرأة نفسها من رجل وهناك شاهدان يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما موهوما وما هو موهوم الوجود يجعل كالمتحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقوبات التى تندرئ بالشبهات ولان باب الربا مبنى على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالمتحقق وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا بوزن لا يجوز لان الحنطة مكيلة فشرط الجواز فيها المماثلة الكيل وبالمساوة فى الوزن لا تعلم المماثلة فى الكيل وهذا بخلاف مالو أسلم فى الحنطة وزنا فانه يجوز على ماذكره الطحاوى

لان في المسلم فيه لا تعتبر المماثلة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة فى التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة يتبين الجواب عن الاشكال الذى ذكرنا فى مسئلة علة الربا على من علل فى مسئلة بيع الحفنة بالحفنتين انه انما جاز لان للجودة من الحفنة فيما عند مقابلتها بجنسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمماثلة بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسئلة الغصب وهو أن يقال لا قيمة للجودة من الحفنة أيضا حتى اذا غصب حفنة من حنطة وذهبت جودتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان لانا نقول لا قيمة للجودة منها لانها موزونة لا لانها مكيلة وكما ان اعتبار الكيل يسقط قيمة الجودة فكذالك باعتبار الوزن الا ان الشرع أسقط اعتبار الوزن في الحنطة فى حكم الربا حيث نص على المماثلة فيه كيلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفنتين ولم يجعل للجودة من الحفنة قيمة فى الغصب لانها موزونة كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن. قال (ولا خير في شراء التمر على رؤس النخل بالتمر كيلا أو مجازفة عندنا) وقال الشافعى يجوز شراء التمر على رؤس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصاً فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله فى مقدار خمسة أوسق قولان وحجته في ذلك حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن المزابنة ورخص فى العرايا وهى أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق والدليل على ان المراد بالعراية التى رخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقلنا قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فانه لما سئل ماعرايا كم هذه قال ان الرطب ليأتينا ولم يكن فى أيدينا بعدنبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتباع بخرصها تمراً فنأكل مع اليابس الرطب ولان ما على رؤس النخل لا يتأتى فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً بخلاف ماذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص ينعدم أو يقل فى القليل ويكثر فى الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير فى التبرع أصل حتى أن الزيادة تدخل فى الكيلين يجعل عفواً بخلاف مازاد على ذلك وحجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما على رؤس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصاً وأما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلي الله عليه وسلم للخراصين حققوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا وقال القائل شاعر الانصار

ليست بسنهاء ولا رجبيه ولكن عرايا في السنين الجوائح

والافتخار بالعطاء دون البيع وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضي من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمراً محدوداً بالخرص ليدفع الضرر عن نفسه ولا يكون مخلفاً للوعد وهذا عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لايكون عوضاً عنه بل هبة مبتدأة وانما سمى ذلك بيعاً مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى ان الرخصة مقصورة على هذ فنقل كما وقع عنده والقياس معنى في المسئلة لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز لطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض أو كانا على رؤس النخيل وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير فانه لو باع الشعير المتحصل بشعير مثله بطريق الخرص لم يجزو كذلك الحنطة والشافعي لايجوز ذلك في الحنطة لمعنيين (أحدهما) ان شراء الحنطة في سنبلها بالدراهم عنده لا يجوز لانه شراء مالم يره بخلاف الشعير فانه ظاهر مرئى (والثاني) أنه بيع مطعوم بمطعوم من جنسه لم يعرف التساوى بينهما في المعيار الشرعى. قال (ولا بأس بشراء فضل الحنطة بحنطة مجازفة أو كيلا بعد أن يكون بعينه لان الفضل ليس بمكيل ولا موزون انما هو علف الدواب بمنزلة الحشيش ثم بيع الزرع النابت قبل أن يصير منتفعا به لا يجوز سواء باعه بالنقد أو بغيره لان البيع يختص بعين مال متقوم والزرع في أول مايبدو قبل أن يصير منتفعا به لا يكون مالا متقوماً اما بعد ما صار منتفعاً به بحيث يعمل فيه المناجل ومشافر الدواب يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به فان باعه بشرط القطع أو مطلقا جاز لان مقتضي مطلق البيع تسليم المعقود عليه عقبيه فهو وشرط القطع سواء وان باعه بشرط الترك في أرضه حتى

يدرك فلا خير فيه لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض البدل فهو اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهو اعارة مشروطة فى العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقا ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشترى لانه تبرع عليه بمنافع أرضه وان كان الترك بغير اذن البائع فعليه أن يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث فانه غاصب للارض والزيادة انما حصلت بقوة الارض فكان بمنزلة من غصب أرضاً وزرعها فعليه أن يتصدق بالفضل. قال (وان استأجر الارض مدة معلومة بأجر معلوم ليترك الفضل فيها فذلك جائز) لان استئجار الارض صحيح اذا كان المستأجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن هنا موجود لاشتغالها بزرعه بمعنى أنه وصلت منفعة الارض الي زرعه فصار كأن زرعه استوفي منفعة الارض وان استأجرها الي وقت الادراك فهو فاسد لجهالة المعقود عليه وقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ويلزمه أجر المثل لانه استوفى فى المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمى لانعدام المقوم في الزيادة ثم يرفع من الغلة ماغرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بحكم عقد فاسد فتمكن فيه نوع خبث. قال (ولا بأس بأن يبتاع زرع الحنطة بعد ماأدرك بغير الحنطة عندنا) وعند الشافعى لا يجوز فى أحد القولين لانه اشترى ما لم يره وبيانه يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى. قال (واذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقتسماه مجازفة فأخذ أحدهما أحد النوعين والآخر النوع الآخر بغير كيل وأخذ كل واحد منهما نصف نوع مجازفة فهو جائز اذا اصطلحا عليه) لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدا بيد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما يأخذ نصف النوع الذى أخذه بتقديم ملكه والنصف الآخر عوضا عما تركه لصاحبه من نصيبه فى النوع الآخر وبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز. قال (ولايجوز شراء اللبن فى الضرع كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك) لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن الغرر والغرر ما يكون مستور العاقبة ولايدرى أن مافى الضرع ريح أودم أو لبن ولان البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولايكون مالا متقوما بنفسه قبل الحلب وأوصاف الحيوان لاتقبل البيع كاليد والرجل ولان اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لايتناولها البيع واختلاط المبيع بماليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تمكن المنازعة بينهما فى التسليم

لان المشترى يستعصى فى الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن وكذلك بيع أولادها فى بطونها لايجوز لمعنى الغرور وانعدام المالية والتقوم فيه مقصوداً قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه واستدل بنهى رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة منهم من يروى بالكسر الحبلة فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروى بالنصب الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة قيل المضامين ماتضمنه الاصلاب والملاقيح ماتضمنه الارحام وقيل على عكس هذا المضامين ماتضمه الارحام والملاقيح ماتضمه الاصلاب وكذلك شراء أصوافها علي ظهورها لان الصوف قبل الجزاز وصف للحيوان وليس بمال متقوم فى نفسه ولان المنازعة بينهما تمكن في التسليم فان المشترى يستعصى فى الجزاز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله أنه جوز ذلك لان الصوف عين مال ظاهر وقاسه ببيع قوائم الخلاف وذلك جائز والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان النمو فى أغصان الشجرة يكون من رأسها لامن أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشترى وأما النمو فى الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما اذا حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحصوب يكون على رأسه لا في أصله فيختلط ملك البائع بملك المشترى مع أن ما يكون متصلا بحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجرة فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك . قال (وكل شيء اشتراه من الثمار على رأس الشجر بصنف من غيره يدا بيد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن تصير منتفعا بها لايجوز) لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بنى أدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم فان صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه بشرط القطع يجوز وان اشتراه بشرط الترك لايجوز وان اشتراه مطلقا يجوز عندنا لان مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعى لايجوز هذا العقد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها أو قال حتى يزهى أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا فى البيع بشرط الترك بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وانما يتوهم هذا اذا اشتري بشرط الترك الي أن يبدو صلاحها أما اذا اشتراها بعد مابدا صلاحها الا أنها لم تدرك بعد بشرط القطع

يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضى مطلق العقد وعند الشافعي رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعي رحمه الله لانه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود مايجوز العرف كما اذا اشترى نعلا وشرا كين بشرط أن يحذوها البائع ولكنانقول ان كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهذه اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن فهي اعارة مشروطة في البيع وقد ورد الشرع بالنهي عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ثم ان الثمار على رؤس الاشجار تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فكان باطلا وفصل النعل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المعدوم فاما اذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لايزداد ذلك ولكن لم ينضج فان اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وان اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا لانه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلهذا قال محمد أستحسن أن أجوزه بخلاف ما قبل ان يتناهى عظمه فان اشتراه مطلق ثم تركه الى وقت الادراك فهو على قياس ما قدمنا من التفصيل في الفصل الا في فصلين (أحدهما) ان هناك لواستأجر الارض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الاشجار مدة معلومة لا يجوز بحال لان استئجار الارض بالدراهم صحيح واستئجار الاشجار لا يجوز بحال (والثاني) ان هناك لو استأجر الارض الى وقت الادراك يلزمه أجر المثل ولايطيب له الفضل وهنا لا يلزمه شيء من الاجر ويطيب له الفضل لان استئجار الاشجار لا يجوز له بحال فلا ينعقد العقد عليهما فاسدا أيضا وبدون انعقاد العقد لا يجب الاجر واذا صار العقد لغوا بقي مجرد الاذن والترك متى كان بأذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصر منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصر منتفعا به

كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب ان هذا العقد لايجوز عندنا خلافا لمالك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شئ مما هو المقصود يجعل كوجوده فى الكل للحاجة الى ذلك كما ان فى باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل فى حق جواز العقد أويجعل ما خرج أصلا ومالم يخرج منه جعل تبعا له فى حق جواز العقد لتعامل الناس ولكنا نقول جمع فى العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من البدل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة فأما الثمار تقبل العقد بعد الوجود قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الائمة يفتى بجواز هذا البيع فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا قال أستحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية فى هذا عن محمد وهو فى بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الاول عندى أصح لان المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة فى الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه ان يبيع أصولها حتى يكون مايحدث من ملك المشترى له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه ان يشترى الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى ان يصير منتفعا به أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . (قال وان اشترى طعاما بطعام مثله فعجله له وترك الذى اشترى ولم يقبض حتى افترقا فلا بأس به عندنا) وقال الشافعى يبطل البيع والتقابض فى المجلس فى بيع الطعام بالطعام من جنسه أو من خلاف جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعى هو شرط عندي واستدلوا بقوله صلي الله عليه وسلم فى الاشياء الاربعة يداً بيد والمراد به القبض ألا ترى ان هذا اللفظ فى الذهب والفضة أفاد شرط القبض ثم قال فى آخر الحديث واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد وهذا ينصرف الى جميع ماسبق ثم فهم منه فى بيع الذهب والفضة شرط القبض في المجلس فكذلك في الاشياء الاربعة ولان العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما بجنسه عينا يحرم التفاضل بينهما فيشترط القبض فيه فى المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا

لان بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت فى المالية لان حقيقة التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا ان حرمة النساء لوجوب القبض فى المجلس ولنا في المسئلة طريقان (أحدهما) ان القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالملك فانه يجوز ان يتأخر عن حالة العقد بخيار شرط أو نحوه وهذا لان حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وانما يقترن بالشيء شرطه والقبض فى كل بيع انما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه وساعات المجلس انما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذى هو حكم العقد لا يشترط هناك عندنا وانما يشترط التعيين لان التعين شرط العقد بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ والنقود لا تتعين فى العقود فكان اشتراط القبض للتعيين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى من الآخر بهذا شرطنا القبض فيهما للتعين وفى باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعيين حتى لا يكون ديناً بدين ولكن مايقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضي العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم علي ما يتعين بالتعيين الا أنه يشق على كل تاجر معرفة ما يتعين ومعرفة مالا يتعين فأقام الشرع اسم الصرف والسلم مقام عدم التعيين فى البدلين تيسيراً علي الناس والطريقة (الثانية) ماعلل في الكتاب وقال لانه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا أن الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكما باشتراط الاجل وذلك لا يوجد هنا فالتجار لا يفصلون فى المالية بين المقبوض في المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالا واذا لم يتمكن فضل خالى عن المقابلة كان العقد جائزاً كما فى بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير جنسه وأما الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعاً واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف مافي يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس ولهذا شرطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بآجل فشرطنا التعجيل فى أحد البدلين بمقتضي الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كالكفالة والحوالة والنكاح فاما هذا البيع كسائر البيوع في الاسم وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه استحقاق التسليم لا وجوب القبض فى المجلس كما فى سائر البيوع وقد بينا في أول الكتاب ان المراد من قوله صلي الله عليه وسلم يداً بيد أى عين بعين لان التعيين بالاشارة باليد كما أن القبض يكون باليد فيصلح ذكر اليد كناية عنهما ولكن لو كان مراده القبض لقال من يد الى

يد فلما قال يداً بيد عرفنا انه بمنزلة قوله عين بعين وأما بيع العبد بالعبدين والثوب بالثوبين جائز بدون القبض فى المجلس لانهما يفترقان عن عين بعين وكذلك بيع العبد والثوب بالنقد لانهما يفترقان عن عين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه أجل يوم فى العين كان فاسداً لان العين لا تقبل الاجل فالمقصود بالاجل أن يحصل فى المدة فيسلمه وذلك في العين لا يتحقق ولانه منفعة فى اشتراط الاجل في العين لا يداً بيد لا يسقط فيه بالتعرف بعد أن كان مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر علي المشترى من حيث قصور يده عن العين الى مضى الاجل وجواز الشرط فى العقد الانتفاع به لا لضرر بغيره. قال (واذا اشترى طعاما بطعام مثله واشترط أحدهما علي صاحبه أن يوفيه طعامه فى منزله لم يجز) لان شرط المساواة عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط متمكن في أحد الجانبين فضل وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فتنعدم به المساوة وان كان اشتراه بغير جنسه بأن اشتراه خارجا من المصر وشرط أن يوفيه فى منزله فى المصر فالعقد فاسد أيضاً لان وجوب التسليم بالعقد فى الموضع الذى فيه المعقود عليه فالمشترى يملك بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل علي البائع فسد به العقد كما لو شرط أن يطحنه وان كان اشتراه في المصر وشرط أن يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه فى منزله ففى القياس العقد فاسد وهو قول محمد وفى الاستحسان هو جائز وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا للمشترى فى الموضع الذى فيه المعقود عليه ففى اشتراط تسليمه فى مكان آخر شرطه منفعة لا يقبضه العقد فان كان بمقابلتها شيء من البدل فهى اجارة مشروطة فى البيع والا فهى اعارة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للبيع كما لو اشتراها خارج المصر أو كان الشرط بلفظ الحمل وانما استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف للعرف فان الانسان يشترى الحطب فى المصر ولا يكترى دابة أخرى لتحمله الى منزله ولكن البائع هو الذى يتكلف لذلك وما كان متعارفا وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه واجب لما فى النزع عن العادة من حرج بين ومثل هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا اشترى الحنطة أو الحطب خارج المصر فالمشترى هو الذى يتكلف الحمل ذلك يوضحه أن نواحي المصر كناحية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل ومؤنة لا يختلف فى نواحى المصر بخلاف المصر مع القرية فقيمتها فى المصر أكثر من قيمتها خارج المصر وما كان ذلك الا لان

المشترى هو الذي يتكلف بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في لفظ الحمل والايفاء سواء وقالوا لا فرق خصوصا في لسان الفارسية بين أن يقول يسار بخانه من أو بيادبخانه من أو برداد بخانه من والاصح هو الفرق من قبل أن الايفاء من متضيات العقد فالعقد يوجب ايفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الايفاء ملائما لمقتضي العقد فاما الحمل ليس من مقتضات العقد ألا ترى أن العقد قد يخلو عنه بأن يسلمه الى المشترى فى ذلك المكان وشرط الحمل لا يلائم مقتضي العقد فلهذا أخذنا فيه بالقياس. قال (وان اشترى شعيرا بصوف متفاضلا فلا بأس به) لانهما جنسان لاختلاف الاسم والهيئة والمقصود وأصلهما وان كان نوعا واحداً ولكن باختلاف هذه المعانى يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن وكذلك القطن بالكتان والمشاقة بالكتان لا بأس به متفاضلا لانهما جنسان مختلفان الا فى رواية عن أبى يوسف قال المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا وزنا بوزن بمنزلة أنواع التمر والحديد والنحاس كذلك جنسان لا بأس ببيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير فى أن يسلم هذا فى شيء من الموزونات لان الكل موزون بثمن وكذلك الاوانى المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزنا لا يجوز اسلامهما في الموزونات أما أوانى الذهب والفضة فيجوز اسلامهما فى الموزونات من الزعفران والسكر وغيرهما كما يجوز اسلام الدراهم فى هذه الاشياء لان صفة الثمينة لها ثابتة بأصل الخلقة فلا تتغير بالصفة وعند زفر لا يجوز لانه موزون مثمن حتى يتعين بالعقد فى التعيين فهذا كالمتخذ من الصفر والحديد واذا كان شرط السلم طعاما وسطا فأعطاه أجود أو أردأ فرضى به جاز لانه ان أعطاه أجود فقد أحسن فى قضاء الدين وان أعطاه أردأ فقد أحسن الآخر الى أسيره حين رضى منه به وأبرأه من صفة الجودة حين تجوز بدون حقه فجاز ذلك وذكر الطحاوى انه لو أسلم اليه دراهم فى حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيبا وقد تعيب عنده فان رضي المسلم اليه أن يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض وطالبه رب السلم بحقه وان أبى أن يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشئ فى قول أبى حنيفة لان الفائت وصف ولا قيمة للصفة فى الامول الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد رجع بحصة نقصان العيب من رأس المال لان بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال بمنزلة مالو حط بعضه فلا يؤدى الى الربا اذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق وقال أبو يوسف ان أبى المسلم اليه أن يقبل المعيب غرم

رب السلم طعاما قبل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على أصله فى رد المثل عند تعذر رد العين لصاحب الدين اذا وجد المقبوض زيوفا وقد هلك فى يده وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله. قال (لو قال لآخر اشتريت منك كر حنطة وسط الى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها الى فى مكان كذا فهو سلم جائز عندنا) وقال زفر لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان وهو منهى عنه شرعا وانما الرخصة فى السلم خاصة فاذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكر شرائطه والعبرة للمعنى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذه العين بعشرة دراهم وقبل الآخر كان بيعا وان لم يذكر لفظ البيع وهذا على أصل زفر أظهر فانه يجعل الهبة بشرط العوض بيعا ابتداءا ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبدين وقبضهما وهلك أحدهما عنده ثم اختلفا فى الثمن فعلى قول أبي حنيفة القول قول المشترى ولا يتحالفان لا فى القائم ولا فى الهالك الا أن يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبي يوسف القول قول المشترى فى حصة الهالك ويتحالفان ويترادان في الحى وعند محمد يتحالفان ويترادان القائم وقيمة الهالك وهذا بناء على ما اذا اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد لا يمنع وبيان هذا الفصل يأتي في بابه ان شاء الله فلما كان من أصل محمد أن هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض ثم بعد التحالف فسخ العقد فى القائم منهما على العين ممكن فرد العين وفى الهالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما لو كان الكل هالكا عنده والقول في قيمة الهالك قول المشترى مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المغصوب منه اذا اختلفا في قيمة المغصوب وعند أبي يوسف لو كانا قائمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يجز التحالف بينهما فاذا مات أحدهما يعتبر كل واحد منهما فى نفسه كما فى الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله أن المشترى يحلف بالله ما اشتراهما بالفين ثم يحلف البائع بالله ما باعهما بألف كما يدعيه المشترى ولا يفضل احدهما عن الآخر في اليمين لانه اذا فضل أحدهما عن الآخر فى التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما يكون بارا فى يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فلهذا يجمع بينهما فى التحالف فاذا تحالفا ترد العين منهما ثم يحلف المشترى فى حصة الهالك بالله ما عليه من ثمنه الا خمسمائة اذا كانت قيمتهما سواء وإن

اختلفا في قيمة الهالك فينبغي أن يكون القول في قيمته قول البائع مع يمينه وان اختلفا في قيمة الحي لتوزيع الثمن عليهما تحكم قيمته في الحال فان كانت مثل ما يقوله البائع أو أقل فالقول قول البائع مع يمينه وان كانت مثل ما يقوله المشترى أو أكثر منه فالقول قول المشترى مع يمينه وان كانت فيما بين ذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته في الحال لتوزيع الثمن عليهما وأما بيان قول أبي حنيفة فانه يقول الصفقة صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة مالو تعذر بهلاك الكل ألا ترى أنهما لو كانا قائمين لم يستقم ثبوت حكم التحالف والفسخ فى أحدهما دون الآخر فكذلك بعد هلاك أحدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لا يمنع تمام الصفقة فاذا هلك أحدهما فى يده ووجد بالآخر عيباً فرده يكون هذا تفريقا للصفقة قبل التمام وذلك لم يجز بخلاف مانحن فيه فان جهالة الثمن تمنع تمام الصفقة فلو قلنا فانه يجوز رده يكون القول فى الثمن قول المشترى الا أن شاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يصير الهالك كأن لم يتناوله العقد وكأنه ما اشترى الا القائم ثم عند ذلك يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بألفين ثم يحلف البائع بالله ماباعهما بألف لان من اشترى شيئين بألفين ثم حلف ماشترى أحدهما بالف كان صادقا وكذلك من باع شيئين بالف ثم حلف ماباع أحدهما بخمسمائة كان صادقا فلهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا ردالعين ولا شيء للبائع على المشترى فى الهالك من ثمن ولا قيمة لانه قد أبرأه من ذلك حين رضى بأن يأخذ الحى فقط والله أعلم

﴿ باب الوكالة فى السلم ﴾

قال (واذا وكل الرجل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده فهو جائز) لأن السلم عقد تمليك الآمر بمباشرته بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل فى تحصيل مقصوده وهذا عقد يملك المأمور مباشرته لنفسه فيصح منه مباشرته لغيره بأمره كالبيع لان العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الاصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره والاصل فيه قوله تعالى (فابعثوا أحدكم

بورقكم هذه الى المدينة) الآية ومن دفع الى آخر دراهم ليشترى بها شيئاً فان المدفوع اليه يكون وكيلا من جهة الدافع وری عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه دفع الى حكيم ابن حزام أو الى عروة البارقى رضى الله عنهما ديناراً ليشترى له بهأضحية فدل أن التوكيل جائز فى البيع فكذلك فى السلم لان السلم نوع بيع على ماعرف وكذلك الناس تعاملوا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا التوكيل فى البيع والسلم جميعا فاذا عرفنا هذا فنقول الوكيل فى السلم كالعاقد لنفسه فى حقوق العقد حتى تتوجه عليه المطالبة بتسليم رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للوكيل دون الموكل وهذاعندنا وعند الشافعى رحمه الله ذلك للموكل كله وعليه وأصل المسئلة في البيع فان حقوق العقد فى البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا وعندالشافعى رحمه الله بالموكل. قال (لان الوكيل سفير ومعبر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار فى الحكم كأنّ الموكل عقده بنفسه) ألا ترى أن ماهو حكم العقدوهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل فكذلك فى سائر أحكامه وشبههذا بالوكيل بالنكاح فانه لا يتوجه عليه المطالبة بالصداق ولا يكون له حق قبض المعقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما أن كل واحدمنهما عقد معاوضة فتتعلق أحكامه بمن قصد تحصيله لنفسه دون من عبر عنه ولنا أن العاقد هو الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرته العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا كان هو العاقد حقيقة وحكما تتعلق حقوق العقد به كما لوباشر العقد لنفسه وهذالان ولايته مباشرة العقد باعتبار أهليته وباعتبار كون ماهو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه وذلك لايختلف بمباشرته لنفسه أو لغيره ونفوذه شرعا باعتبار ولايته الاصلية لا أن يثبت له بأمر الموكل اياه ولاية لم تكن ثابتة من قبل هذا لبيان أنه عاقد حقيقة وشرعا ومن حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان معبرا عنه لم يستغن عن ذكره عند العقد فثبت أنه عاقد حكما مباشر للعقد بخلاف لرسول فانه عبارة عن مبلغ الأمر الى من أرسل اليه ولا يستغنى عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل بالنكاح فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد وهو الملك فقيه طريقان (أحدهما) أنه يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل من ساعته كما اتفقا عليه بالتوكيل السابق ومباشرته السبب تستدعي ثبوت الحكم الا أنه يستقرله فيثبت أولا له

ثم ينتقل منه الى غيره ولهذا لو كان قريبه لا يعتق عليه ولو كانت زوجته لا يفسد النكاح لان ذلك يستدعى ملكا مستقراً ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى الطريق الآخر وهو الاصح لسبب انعقد حكمه موجبا للوكيل الا أن الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت أن الوكيل كالعاقد لنفسه كان هو المطالب بتسليم رأس المال فاذا نقده من عنده رجع بمثله على الآمر لانه نقد مال نفسه في عقد حصل مقصود ذلك العقد للآمر فأمره اياه بالعقد يكون أمراً باداء رأس المال من عنده على أن يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذى يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقد لنفسه والغنم بمقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم رأس المال كان حق قبض الطعام اليه أيضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفى الدراهم من الموكل عندنا خلافا لزفر كذلك الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه وقبض السلعة كان له أن يحبسه أما اذا هلك فى يده قبل أن يحبسه فانما يهلك من مال الموكل وللوكيل أن يرجع عليه بما أدى من الدراهم لانه فى أصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل فى السلم ويتم ملكه به فى المشترى فيكون هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فان لم يهلك وأراد الوكيل حبسه بالثمن فله ذلك عندنا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل فكأنه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا لمعنيين (أحدهما) أن المقبوض أمانة فى يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وليس للأمين أن يحبس الامانة بدينه على صاحبها (والثانى) أن الوكيل لما قبضه مع علمه أن الموكل يصير به قابضا فقد رضى بقبض الموكل فكان بمنزلة مالو سلمه اليه ثم أراد أن يسترده منه أو بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشترى ثم أراد أن يستردها للحبس بالثمن ولنا أن الموكل ملك المشترى بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه الوكيل عليه حالا والا فكان له أن يحبس العين به كالبائع مع المشترى وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشترى إما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بعوض ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل فى الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بأن الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان (أحدهما) أن قبض الوكيل متردد لجواز أن يكون لضم مقصود الوكيل ويجوز أن يكون لأحياء

حق نفسه وانما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه فكان الأمر فيه موهوما في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه (والثانى)ان هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الي الحبس مالم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له الا التحرز عنه فاذا حبسه الوكيل وهلك في يده فعلي قول زفر هو غاصب فعليه ضمان مثله وفى قول أبى يوسف يهلك فى يده هلاك الرهن مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يهلك هلاك المبيع مضمونا بالثمن قل أو كثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فأبو يوسف يقول انما كان مضمونا عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضمونا فيكون فى معنى المرهون بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه يوضحه أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه من الدين والحبس للاستيفاء حكم الرهن ولان بهلاكه لا ينفسخ أصل البيع بخلاف المبيع اذا هلك في يد البائع وسقوط الثمن هناك لانفساخ البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى بدليل ما بينا فكما أن المبيع اذا هلك فى يد البائع سقط الثمن قل أو كثر فكذلك هنا ولا نقول العقد لا ينفسخ هنا بل انفسخ فيما بين الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل بالمشترى عيبا فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن هذا الحبس ثبت فى النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة وانما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع. قال (وان كان الوكيل دفع رأس المال من مال الموكل وأخذ بالسلم كفيلا أو رهنا فهو جائز)لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفاء حقيقة فيملك أخذ الرهن به والكفالة للتوثيق والوكيل هو المطالب بالمسلم فيه فكان له أن يتوثق بأخذ الكفيل به لانه مالك المطالبة فملك التوثق بالمطالبة. قال (فان حل السلم فأخره الوكيل مدة معلومة فهو جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل) وعلى قول أبي يوسف لا يصح تأخيره وكذلك ان أبرأ المسلم اليه عن طعام السلم وأصل هذا أن طعام السلم أصل يقبل

الابراء قبل القبض وأصل هذا فيما اذا عقد لنفسه ثم أبرأه عن طعام السلم صح ابراؤه فى ظاهر الروايه وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يصح مالم يقبل المسلم اليه فاذا قبل كان فسخا لعقد السلم لان المسلم فيه مبيع وتمليك المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز مالم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد كالمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض ووجه ظاهر الرواية أن المسلم فيه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيصح الابراء عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل الصرف أو رأس مال السلم فانّ قبضه فى المجلس مستحق وهذا لان استحقاق القبض في المجلس للتعيين الذى هو شرط العقد والابراء مفوت لذلك وأما الدين الذى لا يستحق قبضه في المجلس فتعيينه ليس شرطا لجواز اسقاط القبض فيه بالابراء يوضحه أن المسلم فيه من حيث أنه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن حيث ان العقد يضاف اليه ويورد عليه كان بمنزلة المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالبيع لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولشبهه بالثمن يجوز اسقاط القبض فيه بالابراء اذا ثبت هذا فيما اذا كان عقد السلم فنقول لنفسه فكذلك الجواب اذا كان وكيلا يصح ابراؤه ويضمن مثله للموكل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصح ابراؤه فى قول أبى يوسف وكذلك الخلاف فى المتاركة اذا تارك الوكيل السلم مع المسلم اليه وكذلك الخلاف فى الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يصح شئ من ذلك أستحسن ذلك وأدع القياس فيه قال محمد بن مقاتل وهذا عجب من أبى يوسف يقول أستحسن والقياس ما قاله لان الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فانه بدل ملكه وانما يملك البدل بملك الاصل ألا ترى أن بقبضه يتعين ملك الموكل وانما يتعين بالقبض ملك من كان مالكا قبله فالوكيل تصرف فى ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه ما أمره به ان الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن الا بالخلاف والدليل على انه ملك الموكل ان الموكل لو كان هو الذى أبرأه عنه صح ولو قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئا أو صالح منه على عين بالثمن صح ولو كان للمشترى على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئا حتى وجب للموكل على المشترى دين أيضا يصير قصاصا بدينه فبه يتبين أن الثمن الذى يجب بعقد الوكيل ملك الموكل

وان الزكاة فى هـذا المـال تجب علي الموكل فعرفنا ان الملك له وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الوكيل تصرف فى خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه وبيان الوصف في التأجيل ظاهر لانه يؤخر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن والمطالبة حق الوكيل حتى ينفرد به عل وجه لا يملك أحد عزله عنه وليس لاحد أن يطالب الا بأمره وكذلك الابراء فانه اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهـو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه بدليل أنه لا يعزله أحد عنه وأن المشترى لا يجبر على التسليم الا اليه وانما يخلفه الموكل فى ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى أن من حلف ان لامال له وله ديون على الناس لا يحنث فعرفنا أن القبض خالص حقه فيصح اسقاطه بالابراء ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار المال لانه لو قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامناً له كالراهن اذا أعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفة حقه ويضمن قيمة المالية للمرتهن لانه تلفه بتصرفه ملك المالية وكذلك أحد الشريكين اذا أعتق وهو موسر أ وهو مسقط للقبض على وجه يتضمن تمليك الدين ممن عليه فمن حيث أنه اسقاط صح منه وبرئ المشترى ومن حيث أنه تمليك الثمن الذى هو حق الموكل من المشترى صار ضامناً له كالوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب والى الموكل أن يرضى به فان رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر فى الزام الموكل فيختص هو بضرره وهـذا لان الاسقاط أصل فى الابراء ومعنى التمليك بيع ولهذا صح بدون القبول وان كان يرتد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرف فى حق الغير وأما فصل المقاصة فهو على ثلاثة أوجه ان كان دين المشترى على الوكيل وهو مثل الثمن يصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمن للموكل مثله وان كان دين المشترى على الموكل يصير قصاصـاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل ولهـذا لو أسلم اليه المشترى جاز قبضه فيصير قصاصا بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن الموكل مثله وان كان دين المشترى علي الموكل يصير قصاصا بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل فيصير قصاصا بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصا بدين الوكيل لانه لو جعل قصاصا بدين الوكيل كان ضامنا للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا جعل قصاصا بدين الموكل لم يضمن أحـد شيئا فرجحنا هذا الجانب لهذا والاب والوصى

يصح ابراؤهما وتأجيلهما فيما وجب للصبي بعقدهما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكانا ضامنين له فأما فيما وجب لا بعقدهما لايصح لانهما ثابتان أمراً بالتصرف فى ماله على وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابراء. قال (والتأجيل والمتاركة من الوكيل بالثمن صحيح فى حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشراء فان إقالته لاتصح) لان هناك عين المشترى مملوك للموكل فالاقالة تصرف منه فى محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين والثابت به حق القبض مادام فى الذمة وهو حق الوكيل وان احتال بالمسلم فيه على ملي أو غير ملي جاز عليه خاصة ويضمن للام طعامه لانه تصرف فى خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذى بينا فى الابراء ويستوفى فى حكم الضمان أن يكون المحتال عليه أعلا أو أسفل بخلاف الاب والوصى فانهما لو قبلا الحوالة على من هو أعلا لم يضمنا شيئا لانه تصرف منهما فى حق الصبي على وجه الاحسن وهما يملكان المبادلة فى حقه بصفة النظر فاذا بادلا ذمة بذمة على وجه النظر لم يضمنا والوكيل لا يملك مثله فى حق الموكل فلهذا ضمنه. قال (وان اقتضى الطعام أدون من شرطه فهو جائز) لانه أبرأه عن صفة الجودة ولو أبرأه عن أصله جاز وضمن للموكل مثل طعامه عندهما فكذلك اذا رضى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم أمر الموكل باداء رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض رأس المال قبل الافتراق من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي آخر فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد ذهاب العاقد ولا بذهابه اذا بقى المتعاقدان في المجلس فاذا وكله أن يسلم له عشرة دراهم فى كر حنطة فاسلمها فى قفيز حنطة فهو جائز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشراء فالمسلم فيه مبيع ورب السلم مشترى والوكيل بالشراء لا يملك الشراء فى حق الموكل بالغبن الفاحش لما فيه من التهمة أنه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالغبن أراد أن يلزمه الموكل فاذا نفذ العقد عليه ضمن للموكل كل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان أسلمها فى حنطة يكون نقصانها عن رأس المال مما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل لان هذا العذر لا يستطاع الامتناع عنه الا بحرج فكان عفواً فى تصرفه لغيره شراء كان أو بيعا. قال (واذ وكله أن يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحسانا وفى القياس هذا التوكيل باطل) لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعوم بدليل مالو حلف أن لا يأكل طعاما وما لو أوصى للانسان بطعامه والمطعومات أجناس مختلفة وجهالة الجنس تمنع صحة الوكالة ولكنه

استحسن فقال السلم بيع والطعام اذا أطلق عند ذكر البيع والشراء يراد به الحنطة ودقيقها فان سوق الطعام الموضع الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من يبع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفوا كهوهذا لان الشراء لا يتم الا بالبائع فكل مايسمى بائعه بائع الطعام يصير هو به مشتريا للطعام بخلاف الا كل فانه يتم بالآ كل والوصية تتم بالموصى فاعتبرنا فيهما حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيرة فأما اذا كانت قليلة فانما ينصرف الى الخبز فأما الدقيق ففيه روايتان وفى رواية هو بمنزلة الحنطة لانه يذكر كما تذكر الحنطة وفي روايةهو بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت فى الوكيل بالشراء واذا ثبت أن اسم الطعام يتناول الحنطة ودقيقها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان مراده الحنطة فاذا قلت عرفنا أن مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصافنقول اذاوكله بأن يسلم له دراهم في طعام فأسلم في شعير أوغيره فهو مخالف وللموكل أن يضمن الوكيل دراهمه لان عقده نفذ على نفسه ثم قضي بدراهم الآمر دين نفسه وان شاء الآمر أخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم عين ملكه فهو أحق به فان أخذها من المسلم اليه يبطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان قدفارقه لان رأس المال استحق انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى أعطاه مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكأنه لم يقبض الى آخر المجلس وعقد السلم ماتعلق بعين تلك الدراهم بل تعلق بمثلها فى ذمته وان أخذهامن الوكيل يبقى عقد السلم بينهماصحيحا لانه يملك رأس المال بالضمان واذاوكله بأن يأخذ دراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل علي الموكل دراهم قرض لان أصل التوكيل باطل فان المسلم اليه أمره يبيع الطعام فى ذمته ولو أمره أن يبيع عين ماله علي أن يكون الثمن للآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه إنما يعتبر أمره فيما لايملك المأمور بدون أمره وهو فى قبول السلم في الطعام مستغنى عن أمر الغير وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدى فالحاصل أن التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم بأعطاء الدراهم فى طعام السلم جائزواذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الي الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه . قال (واذا دفع اليه عشرة دراهم وأمره أن يسلمها فى ثوب لم تصح الوكالة حتى تتبين الجنس) لان الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس

لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فيبطل التوكيل فان الوكيل كان عاقداً لنفسه وروى عن أبي يوسف أنه قال ينظر الوكيل الي لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر أن الانسان انما يأمر غيره بشراء الثوب ليلبسه فيعتبر بثيابه فان سمى الموكل ثوبا يهوديا أوغيره جاز لان الجنس صار معلوما وانما بقيت الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة في العقود المبينة على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان خالفه الوكيل فأسلم في غيره أو الى غير الاجل الذى سماه كان عاقداً لنفسه وللموكل أن يضمنه دراهمه فان ضمنه إياها جاز السلم وان ضمنها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه في رأس المال بعد الانتقاض من الاصل . قال (واذا دفع الوكيل الدراهم سلمها علي ماأمره به الآمر ولم يشهد علي المسلم اليه بالاستيفاء ثم جاء المسلم اليه بدراهم زيوف يردها عليه فقال وجدتها فيها فهو مصدق) لانه ينكر استيفاء حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له علي الوكيل ببدله ويرجع به الوكيل على الموكل لانه في تصرفه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه بالعهدة وان كان أشهد عليه بالاستيفاء لم يصدق بعد ذلك علي ادعائه أنه زيف معناه اذا أقر المسلم اليه باستيفاء الجياد أو باستيفاء حقه أو باستيفاء رأس المال فهو مناقض بعد ذلك في دعواه أنه زيوف فلا يسمع بعد ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليمين على خصمه فأما اذا أقر باستيفاء الدراهم فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضاً في قوله وجدتها زيوفا. قال (واذ وكله بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين الذى له عليه في حنطة فأسلمها له فهو عاقد لنفسه حتي يقبض الطعام فيرده الى الآمر مكان دينه) فحينئذ يسلم للآمر اذا تراضيا عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز علي الآمر وكذلك لو أمره أن يصرفها له بدنانير أو يشترى له بها شيئاً سماه وجه قولهما أن الدين في ذمة المديون ملك صاحب الدين بدليل أن يطالبه بالتسليم وينفرد باستيفاء جنسه من ماله ويشترى منها شيئاً فيجوز فانما أضاف التوكيل الى ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده أو غصبا فوكله أن يشترى له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله أسلمها في طعام الي فلان أو عين البائع أو المبيع بقوله اشترى لى بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا أطلق لان تسمية من يعامله الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة يوضحه أنه لو قال تصدق بمالى عليك علي المساكين يجوز بمنزلة مالو قال تصدق به على فلان فكذلك اذا أمره بالشراء به ولابى حنيفة حرفان (أحدهما) أنه

أمره بصرف في الدين الي من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كمالو قال ادفع مالى عليك من الدين الى من يثبت أو ألقه فى البحر كان صحيحاً والمعنى فى الفرق أن المديون انما يقضى الدين بملك نفسه وهو فى تصرفه فى ملك نفسه بالدفع الى الغير لايحتاج الى اذن الآمر فكان وجود أمره كعدمه فأما فى العين تصرفه فى ملك الغير ولا يملك ذلك الاباذن من له الحق وهذا بخلاف ماإذا عين المسلم اليه أو البائع لان من أمره بالصرف اليه هناك معلوم فكان أمره معتبراً فى توكيله ذلك الرجل بالقبض له أولا ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان بتعيينه يتعين المالك فالانسان فى العادة يشترى الشئ من مالكه وهنا لا يمكن اعتبار أمره فى توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بمالى عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالي ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن أمره أن يجعل ذلك له فهو بمنزلة ما لو أمره بالدفع الى آدمى عينه (والثانى) أن بعقد السلم يجب رأس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فأما أن يكون هو مقرضا له فى ذمته ليقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز أو أمره له بان يقبض من نفسه ثم يقضى به دينا عليه وذلك لا يجوز يوضحه أن يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرف وهو بنفسه له أسلم الدين الذى له على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل له ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول قال (واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلما له عشرة دراهم فى طعام فأسلمها أحدهما لم يجز) لان عقد السلم يحتاج فيه الى الرأى والتدبير كبيع العين وهو انما رضى برأى المثنى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان أسلماها ثم تارك أحدهما مع المسلم اليه السلم لم يجز عندهم جميعا أما عند أبي يوسف لان الوكيل بالسلم لا يملك المشاركة ولو تاركا لم يجز فكذلك اذا تارك أحدهما وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدا لانفسهما ثم تارك أحدهما لم يجز بغير رضى الآخر فاذا كان وكيلين أولى قال (واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الآمر الطعام فهو جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز) لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب ألا ترى أن الايفاء لم يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرأ بالتسليم اليه وجه الاستحسان أن يقبض الوكيل بتعين ملك الموكل فكان الموكل فى هذا القبض عاملا لنفسه فى تعيين ملكه فهو يكفى

الوكيل مـؤونة القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضرر فى تصرفه يوضحه أنا لو نقضنا قبضـه احتجنا الى اعادته بعينه فى الحال لانه يرده علي المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهـذا اشتغال بما لا يفيد والقاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقص شيئا ليعيد وان تارك السلم اليه مع الموكل جاز لانه قائم مقام العاقد فى ملك المعقود عليه فتصح منـه المتاركة كما تصح من وارث رب السلم بعـد الموت وان لم يتاركه فأراد قبض الطعام منه فللمسلم اليه أن يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم تتوجه بالعقد والموكل من العقد أجنبي فطالبته لا تلزم المسلم اليـه الدفع اليه . قال (واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها فى طعام فناول الوكيل رجلا فبايعه فان أضاف العقد الى دراهم الآمر كان العقد للآمر وان أضافه الى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه) لان الظاهر يدل على ذلك ولان فعله محمول على ما يحمل وفيما يعقد لنفسه لا يحل له اضافة العقد الي دراهم غيره وان عقد السلم بعشرة مطلقة ثم نواها للآمر فالعقد له وان لم تحضره نية فان دفع دراهم نفسه فالعقد له واذ دفع دراهم الآمر فهو للآمر فى قول أبي يوسف وقال محمد هو عاقد لنفسه مالم ينو عند العقد أنه للآمر وان تكاذبا فى النيـة فقال الآمر نويته لى وقال المأمور نويته لنفسى فالطعام للذى نقد دراهمـه بالاتفاق فمحمد يقول الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا أن يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير أو النية للغير فاذا انعـدم ذلك كان عاملا لنفسه ولا يمكن أن يجعل نقد الدراهم دليلا علي ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما أوقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان النقد موجود عند التكاذب فيمكن أن يجعل دليلا من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر أنه فيما عقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الآمر فالظاهر يشهد له فكان القول قوله يوضحه أن بقبول الوكالة من الغير لا يحيل ولايته علي نفسه وقبل قبول الوكالة كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان تلك الولاية باقية بعـد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك له في الطعام للعاقد الا أنه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه فى ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ماهو الاصل وعنـد اطلاق العقد ما هو الاصل ممكن الاعتبار فلا يضاف الى الخلف وأبو يوسف يقول العقد والنقد كشيء واحـد حكما لان النقد وان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لولم

يجعل كذلك كان دينا بدين وذلك لايجوز والدليل عليه أن بعد ما نقد الدراهم لو أراد ان يستردها ليعطى غيرها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالعقد بأن أضاف العقد الى دراهم الآمر ثم أراد أن يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صار كشيء واحدفهو دليل ظاهر على من وقع العقد له فيجب تحكمه كما في حالة التكاذب يوضحه أنه بعد قبول الوكالة يعقد للموكل بولايته الاصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تعلق به حقوق العقد في الوجهين فاذا استوى الجانبان يصار الى ترجيح أحدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق أبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقداً لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوى عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الركن وأما فى المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقي حكم عقده موقوفا على النقد. قال (وان وكله بثوب يبيعه بدراهم فأسلمه في طعام الى أجل فهو عاقد لنفسه) لانه خالف ماأمره به نصا وان أمره ببيعه ولم يسم له الثمن فأسلمه فى طعام جاز على الآمر في قول أبى حنيفة ولم يجز فى قولهما وهذه فصول (أحدها) أن الوكيل في البيع مطلقا يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعى لا يبيع الا بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على مايتم به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكنا نقول أمره ببيع مطلق فلا يجوز اثبات التقييد فيه من غير دليل والتقييد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه فى كلامه نصا ولا عرفا فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة أقرب الى تحصيل مقصودهما وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصى يملكون البيع بالنسيئة وأما مطلق ايجاب البيع فانما يحمله على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعى صفة معينة في الثمن ألا ترى انه لو قال بعته منك بالنقد والنسيئة لا يجوز وفى التوكيل لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين أحد الوصفين حتى لو قال بعته بالنقد أو بالنسيئة يجوز ثم قيل على قول أبى حنيفة يجوز بيعه بثمن مؤجل طالت المدة أو قصرت وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بأجل متعارف ولو أجله مدة غير متعارفة فى مثل تلك السلعة لا يجوز بمنزلة البيع بالغبن الفاحش عندهما وعند أبى يوسف . قال (ان أمره بالبيع على وجه التجارة فله

أن يبيعه بالنسيئة أما اذا أمره بالبيع لحاجته الى النفقة أو الى قضاء دينه فليس له أن يبيعه بالنسيئة ولو باعه بغبن جاز عند أبي حنيفة سواء كان الغبن يسيراً أو فاحشا وعندهما لا يجوز بيعه بغبن فاحش لان دليل العرف يفيد مطلق التوكيل حتى يتقيد التوكيل بشراء الاضحية بأيام النحر والتوكيل بشراء الفحم زمان الشتاء والجمد بزمان الصيف فانه اذا وكله ان يشتري له جمداً في الشتاء يكون مشتريا لنفسه وان كان التوكيل مطلقا فصح ما ذكرنا والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فالظاهر انما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وهو لا يعجز عن بيع ما يساوي مائة درهم بعشرة دراهم وقاسا بالوكيل بالشراء فان شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الآمر كذلك الوكيل بالبيع لان كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار وكذلك الاب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بغبن فاحش لهذا المعنى ولان المحاباة الفاحشة كالهبة حتى اذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وأبو حنيفة يقول أمره بمطلق البيع وقد أتى به لان البيع مبادلة مال بمال شرطا وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ألا ترى أن المبيع لو كان داراً يجب للشفيع الشفعة في جميعه وبه يتبين أنه بيع وليس بهبة وبان اعتبر من الثلث في حق المريض هذا لا يدل على أنه ليس ببيع مطلق وان الوكيل لا يملكه كالبيع بغبن يسير والدليل عليه أن من حلف لا يبيع فباع بغبن فاحش يحنث ولا يحنث الا بكمال الشرط فعرفنا أنه بيع مطلق فيصير الوكيل به ممتثلا للآمر فانا لو قيدنا بالبيع بمثل القيمة أبطلنا حكم الاطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فأما العرف الذي قال قلنا هذا مشترك فالانسان قد يبيع الشئ تبرما منه ولا يبالي عند ذلك بقلة الثمن وكثرته وقد يبيعه لطلب الربح فعند ذلك لا يبيعه بالغبن عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الاطلاق ثم البيع بالغبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل الا وأن يصير أحدهما مغبوناً والانسان يرغب في شراء ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فأما أن لا يكون متعارفا فلانم العرف لا يعارض النص والاطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فان العرف كما يعتبر في الوكالة يعتبر في اليمين وما ذكر من مسئلة الاضحية وغيرها فهي مروية عن أبي يوسف فأما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق في جميع ذلك ودليل التقييد التهمة في الموضع الذي يثبت التقييد فيه ولهذا قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة

فى بيعه من الاجنبي بقليل القيمة لان ما يستوفى من الثمن يسلمه الى الآمر قل أو كثر وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة فربما اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزمه الآمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن فى ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الآمر الثمن مالم يدخل فى ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت الثمن وهلك في يدى فهات الثمن فانه لايقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لوقال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق فى الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع مايملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به علي شئ من ماله سوي المبيع الذى رضى بزوال ملكه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالانظر والاصلح ولا يوجد في البيع بالغبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باعه الوكيل بعرض يجوز عند أبى حنيفة لاطلاق الآمر ولا يجوز عندهما لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما فى بدل صاحبه مشترى وانما أمره بالبيع فلا يملك به ماهو متردد بين البيع والشراء وأبو حنيفة يقول فعله فيمايتناوله الآمر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعرض هومال والبيع ليس الا هذا ثم جانب البيع يترجح علي جانب الشراء فى البيع ألا ترى أن أحد المضاربين اذا اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا فان أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا أن جانب البيع يترجح فيه وعلى هذا لو باعه الوكيل بمكيل أو موزون فعند أبى حنيفة يجوز على الآمر وعندهما لايجوز الا أن يبيعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا أسلم الثوب فى طعام الى أجل فقد أزال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز علي الآمر عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز لانه لم يبعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة. قال (واذا وكله بالسلم فادخل الوكيل فى العقد شرطا أفسده لم يضمنه الوكيل لانه لم يخالف وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالافساد)

وهذا لانا لو ضمناه بافساد العقد تحرز الناس عن قبول الوكالات فكل أحد لا يكون كأبي حنيفة في العلم باحكام والاسباب المقيدة للعقد. قال (وأكره توكيل الذمي يعقد له السلم وان فعله يجوز لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده أن يوكل المسلم الحرام فلهذا يكره له أن يأتمنه على ذلك ويجوز له ان فعله) لان عقد السلم من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين. قال (وليس للوكيل بالسلم أن يوكل غيره به) لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير والموكل رضي برأيه دون رأي غيره بخلاف المضارب يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برأيه وتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك بتجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل باحدهما بنفسه فلا يجد بداً من أن يستعين فيه بالآخر بخلاف الوكيل الا أن يكون الآمر قال له ما صنعت فيه من شئ فهو جائز فيجوز حينئذ لانه أجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا يسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها سواء عقده على ذلك لنفسه أو لكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسي في أن يزوجه مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح معبر لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه ليستغنى عن الاضافة في العقد الى غيره فيعتبر جانبه. قال (وان وكل المسلم الذمي بأن يشتري له خمراً أو يسلم له فيها ففعل ذلك مع ذمي جاز على الآمر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو مشترى لنفسه) لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كما لو وكل المسلم مجوسيا بان يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده على الآمر ملك المسلم الخمر بالعقد ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منهما نوع استحسان فكأنهما يقولان في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم اذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك بل أولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجبت مراعاة جانب العقد فلأن تجب مراعاة جانب الملك أولى وأبو حنيفة يقول الذي ولي الصفقة هو الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره وهذا لان الممتنع ههنا بسبب الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من أهل أن يملك الخمر ألا ترى

أنه اذا تخمر عصير المسلم يبقي مملوكا له واذا مات قريبه عن خمر يملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعاقد من أهله وهو في حقوق العقد كالعاقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل ألا ترى أن في جانب العقد افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكان العاقد هو الموكل وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ماقررنا والمسلم من أهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا أذن لعبده الكافر في التجارة فاشترى العبد خمراً فان المولي يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافراً واشترى خمراً ثم عجز فمولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ويكون الموكل في قرار العهدة عليه كانه باشر التصرف بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على الخمر فاذا تعذر تنفيذ العقد على الآمر نفذ العقد على الوكيل • قال (واذا وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له في طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف في العقد فكان مباشرا العقد لنفسه ضامنا لما صرفه من دراهم الآمر بعد ذلك) وكذلك لو كان المدفوع ديناراً فصرفه بدراهم ثم أسلمها في طعام فهو للوكيل لانه خالف في العقد والبدل ثم أسلم بدراهم نفسه في الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدنانير • قال (واذا وكله رجلان أن يسلم لهما في طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكماله) فلا فرق بين أن يفعل ذلك في عقدة أو عقدتين واذا خلط الدراهم ثم أسلمها في الطعام كان مخالفا ضامنا لان دراهم كل واحد منهما في يده أمانة فيصير بالخلط ضامنا متملكا كما هو أصل أبي حنيفة ثم أضاف عقد السلم الي دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط في المسلم فيه حكما لاتحاد العقد حكما وبمثله لا يصير الأمين ضامنا وان أسلم دراهم كل واحد منهما عن حدة الى رجل واحد ثم اقتضي شيئا فادعى كل واحد منهما أي الأمرين أنه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو الملك لما يوفي من الطعام فرجع في بيان مايتملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه أحد المتعاقدين ولان

كل واحد منهما انما تملك بعقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع فى البيان اليه فاذا قدم المسلم اليه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل فى هذا البيان وسقط اعتبار الخلف عند ظهور الاصل وان أسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد فى عقد التجارة لايصلح أن يكون مباشراً للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملكا متملكا مسلما متسلماً مخاصما متخاصما وذلك لايجوز ولانه متهم في حق نفسه وقد بينا أن التهمة تخصص الامر المطلق * وكذلك * لو أسلم الي شريك له مفاوض لانهما بعقد المفاوضة صار كشخص واحد فى عقود التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب علي صاحبه فهو وما لو أسلم الى نفسه سواء * وكذلك * ان أسلم الي عبده لان كسب العبد لمولاه فهو متهم في ذلك * وكذلك * الى مكاتبه لان له حق الملك فى كسب المكاتب وينقلب ذلك صحيحا حقيقة ملك بعجزه فان أسلم الى شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد منهما من صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما حتى تجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما ليس من تجارتهما فان أسلمها الى ابنه أو الى أحد أبويه أو زوجته ممن لاتقبل شهادته له لم يجز عند أبى حنيفة وهو جائز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما فى مال صاحبه ملك ولا حق ملك فكان بمنزلة مالو أسلم الى أخيه فانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر ممثل بين الصدق والكذب فلا يترجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وأبو حنيفة يقول مطلق الوكالة تتقيد بالتهمة وكل واحد منهما متهم فى حق صاحبه بدليل أنه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الى عبده ومكاتبه وهذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء إيثار ولده وزوجته علي الاجنبي وسوي هذا فى المسئلة كلام وخلاف فى معاملة الوكيل مع هؤلاء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير وقد أملينا تمام ذلك في كتاب الوكالة واذا وكل الوكيل بالسلم رجلا بقبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل فى حق القبض كالعاقد لنفسه حتى يختص بالمطالبة به ولو كان عاقدا لنفسه كان قبض وكيله فى براءة المسلم كقبضه بنفسه فان كان الوكيل الثانى عبداً للوكيل الاول أو ابنه في عياله أو أجير له فهو جائز على الآمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الآمر والمراد الاجير الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لان يد هؤلاء في الحفظ كيده ألا ترى أنه لو قبض بنفسه ثم سلم الي

واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على واحد وان كان الوكيل الثانى أجنبيا فالوكيل الاول ضامن للطعام إن ضاع فى يد وكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم دفعه الى أجنبي كان ضامنا فكذلك هنا وان لم يذكر ان الوكيل الثانى هل يكون ضامنا فى حق رب المسلم فعلى قول أبى حنيفة رضي الله عنه لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا الخلاف فيه وفي الوديعة وان وصل الى الوكيل الاول برىء هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين أن يصل الى يده من يد المسلم اليه أو من يد وكيله فلهذا لا ضمان فيه على أحد فاذا أسلم الوكيل الدراهم الى امرأة جاز *وكذلك* لو كان الموكل أو الوكيل امرأة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوى فيه الرجال والنساء والله تعالى أعلم

﴿تم الجزء الثانى عشر من كتاب المبسوط ويليه الجزء الثالث عشر﴾

﴿وأوله باب البيوع الفاسدة﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب البيوع الفاسدة

قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى أوجراب هروى على أن فيه خمسين ثوبا بألف درهم فوجدفيه تسعة وأربعين ثوبا أو أحدا وخمسين ثوباًفالبيع فاسد) لانه انوجده أكثر فانما يدخل فى البيع العددى المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لانه وجب على المشترى رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقى مجهولا وفى مثله لايجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما فى العدل خمسين ثوباً لايجوز لانها تتفاوت فى المالية فالمشترى يطالب بخيار العدل والبائع يعطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي الى المنازعة فهى مفسدة للعقد فان وجده أقل يفسدالعقد لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم أنه كيف كان جيداً أووسطا أورديئا وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسدالعقد فى الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لاينعقد صحيحاً ابتداء فان كان سمى لكل ثوب عشرةدراهم فوجده أحداوخمسين ثوباً كان فاسداً أيضاًلان العاقد يتناول خمسين ثوباً فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولا أيضاً وان وجده تسعة وأربعين ثوباً وقد قبض أولم يقبض كان البيع جائزاً لان الموجودمعلوم والمسمى بمقابلة الموجودمن الثمن معلوم فيجوز البيع ويتخير المشترى لتفرق الصفقةعليه بنقصان ثوب مما سمى وله فى عدد الخمسين مقصود لايحصل ذلك بما دونه فيتخيران شاء أخذكل ثوب بما سمى وان شاء ترك وأكثر مشائخنا رحمهم يقولون بأن هذا الجواب قولهما اما عند أبى حنيفة العقد فاسد كله لانه فسد بعضه بفساد قوى اذلا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم المعقود عليه واستدلوا عليه بما ذكر فى الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهماهرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد أحدهما مرويا فالعقد كله فاسد فى قول أبى حنيفة رحمه الله فاذا كان فى الموضع الذى كان أحد الثوبين بخلاف جنس ماسمى

يفسد العقد كله فني الموضع الذي لم يجد أحد ماسمى أصلا أولى أن يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذي سمى وقد تعلق العقد به كذا هنا (قال) رضي الله عنه والاصح عندي أن هذا قولهم جميعا لان أباحنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ماشرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدم وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسئلة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطا في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي يتفاوت نحو ماإذا اشترى قطيعا من الغنم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيلات اذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فانه يجوز العقد سواء سمى ثمن كل واحد من القفزان أولم يسم لان القفزان مما لا تتفاوت في نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة *وكذلك* الوزنيات *وكذلك* في العدديات المتقاربة نحو ما اذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فاذا هي أنقص أو أزيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا واذا اشترى الرجل من الرجل عبدين صفقة واحدة بألف درهم فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما فكذا اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينعقد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشتريت منك هذا العبد بما يخصه من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمى لكل واحد منهما ثمنا بان قال اشتريتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما سمى بمقابلته من الثمن *وكذلك* لو اشترى شاتين مسلوختين فاذا أحدهما ميتة أوذبيحة مجوسي أوذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمداً فان ذلك والميتة سواء عندنا (والجواب) على التفصيل الذي قلنا *وكذلك* اذا اشترى دنين من خل فاذا أحدهما خمر وهذا الجنس نظير ماسبق اذا أسلم كر حنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ماوجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما ينفصل عن الآخر فى البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر فى العقد على الآخر لان تأثيره فى العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس بتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد فى الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبداً وانما يشترط قبول العقد فى أحدهما لقبول العقد فى الاخر اذا صح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشترى ملحقا الضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في أحدهما وصار هذا كما لو اشترى عبداً أو مكاتبا أو مدبرا فالبيع يفسد فى المدبر ويبقى العقد على العبد صحيحا * كذلك * هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط فى قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد فى الاخر بدليل أن المشترى لا يملك قبول العقد فى أحدهما دون الآخر واشتراط قبول العقد في الحر فى بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الايجاب (قلنا) عند صحة الايجاب فيما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعى الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما فى كلامه لاعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخى رجوع أبي يوسف فى فصل من هذا الجنس الى قول أبي حنيفة وهو مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه فى تلك المسئلة على رجوعه فى جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فاذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو اشتري جاريتين فاذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الايجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت لهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد فى الفرق بينهما فيفسد العقد كما فى مسئلة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الآدمى فى العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بان باع عبدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز فى الآخر سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا أو لم يسم يوضحه أن البيع فى المدبر ليس بفاسد على الاطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فانه اذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان بيعه من نفسه جائز ولو باعه

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذى روى فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضي القاضى بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لأن عنده اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذى كان فى عهد الصحابة رضوان الله عليهم فان هذه المسئله كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بانه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله اتفقوا علي أن بيع أم الولد لا يجوز . والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضى بخلاف الاجماع لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذى كان بين الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء فى فصل مجتهد فيه فاذا ثبت أن المحل قابل للبيع حتى نفذ قضاء القاضى فيه وقضاء القاضى لا ينفذ في غير محله عرفنا انه دخل في العقد ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى اذا كان قبضهما لزم البيع فى القن بحصة من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القن منهما لتفرق الصفقة قبل التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت اذا لم يكن معلوما له واذا نظر الى ابل أو غنم أو الى رقيق أو الى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبى حنيفة فى الكل وعندهما جائز في الكل وهذا لان الاصل عند أبى حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل الى ما لا يعلم منتهاه فانما يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد . قال (واذا أجر داره كل شهر لزم العقد فى شهر واحد) عند أبى حنيفة فاذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم عند أبى حنيفة يجوز العقد فى قفيز واحد وعندهما يجوز فى الكل واذا كفل بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك فى شهر واحد عند أبى حنيفة وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشاره اليه فأما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف من التسمية اذا عرفنا هذا فنقول هنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد فى الكل عندهما ولا جهالة فى ثمن كل واحد

منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضى الى المنازعة فانها ترفع بعد المشار اليه وعند أبي حنيفه لما لم يكن العدد معلوماً عند العقد فانما يتناول العقد واحدا من الجملة وبيع شاة من القطيع لا يجوز لانها متفاوتة واذا كانت العبرة للاشارة فثمن جميع ما أشار اليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد اذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار ايجابه في الثاني كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة الا ان أبا حنيفة (قال) هناك العقد جائز في قفيز واحد فانه اذا اشتري قفيزا من الصبرة جاز بالاجماع فان القفز ان لا تتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا لان المفسد قد تقرر بالافتراق عن المجس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفترقا كان العقد استحسانا لان حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشترى لتنكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لان مقدار مايلزمه من الثمن انما يصير معلوما له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان فهو علي هذا الخلاف فعند أبي حنيفة العقد يفسد في الكل لان قيمة الذرعان تتفاوت في مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعا من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لان ماسمي عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أوجزء من عشرة أجزاء وعند أبي حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا اشترى ذراعا من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعا ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهما من الدار ولم يقل من كذا سهما لان تلك الجهالة لايمكن ازالتها فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفي الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلوما به واذا اشترى غنما أوبقرا أوعدل زطى كل اثنين منها بعشرة فهو باطل لان ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم الى كل واحد آخر فيقسم العشر على قيمتهما ولايعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد الى الجيد أو الرديئ الى الرديئ أو الى الوسط فيبقى ثمن كل واحد مجهولا وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة فانه اذا وجد بثوب عيبا بعد القبض

يرد المعيب خاصة وتمكن المنازعة بينهما فى ثمنه وكذلك اذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقايلا العقد فى ثوب واحد فعرفنا أن هذه الجهالة تفضي الى المنازعة فيفسد العقد بها واذا اشترى عدل ظى بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ماتظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضاً ثم ماسميا تفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ماهو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان مايحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم اليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم و بقى الثمن مجهولا *وكذلك* لو قال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد (قيل) معنى هذا ان المشترى كان ساومه بألف فحلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر مايبر به البائع فى يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث فى يمينه وكان تهمة تكفره فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضا مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالاطعام تارة وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع واذا اشتراه بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما أو بألف درهم الا قفيز حنطة أو الا شاة فالبيع فاسد لان المستثنى اذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحرز والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان (قال) قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسدا أيضا لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس فى المبايعة يتفاوتون فمن بين مسامح ومستقصى واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء فى حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسداً فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشترى لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشترى اذا علم مقدار ما أخذ به فلان رضاه به قبل ذلك لايكون تاماً فلهذا يتخير بين الاخذ والترك واذا عقد

العقد على انه الى أجل كذا بكذا وبالنقد بكذا أو (قال) الى شهر بكذا أو الي شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه علي ثمن معلوم ونهى النبي صلي الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين فى بيع ومطلق النهى يوجب الفساد فى العقود الشرعية وهذا اذا افترقا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لانهما ماافترقا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلايجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحداولا يشرك فيه) لان التولية تمليك ماملك بمثل ماملك والاشراك تمليك نصفه بمثل ماملك به والكلام فى بيع المبيع قبل القبض فى فصول أحدها في الطعام فانه ليس لمشترى الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ماسوى الطعام من المنقولات لايجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهى فذلك دليل علي أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لغياث بن أسد حين وجهه الى مكة قاضيا وأميراً سر الى أهل بيت الله وانههم عن بيع مالم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لايدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لايدل علي أنه يجوز ذلك فى غير الاشهر الحرم كيف وراوى هذا الحديث ابن عباس رضى الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شى مثله والكلام فى هذه المسئلة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الغرر فى الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع اياه لحقه والاجارة فى ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة فى المبيع قبل القبض لايجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لايتم الا بالقبض فذلك جائز فى المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه علي قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما لكه فى حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة فى استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى أنه لا ينفذ البيع فيه وان أجازه البائع فكان هذا بمنزلة عين مملوله أيضا كالصيد فى الهواء وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في (قول) أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله ولايجوز فى قوله الاول وهو قول محمد والشافعى رحمهما الله لعموم النهى عن بيع ما لم يقبض ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف أو لان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفى هذا العقد العقار والمنقول سواء يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار فى هذا كالمنقول حتى اذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع فى العقار والمنقول جميعا وذلك بيده أو بيد نائبه ويد البائع الاول ليست بنائبة عن يده فلا تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما (قلنا) ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو فى يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه اذا بقى فى الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفى المنقول قبل القبض فى الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشترى فاذا قبضه انتفى هذا الغرر ولا يبقى الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفى العقار قبل القبض ليس فى ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

التصرف فى الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فى الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر فى الملك فان بالهلاك لايبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعى يختلفون فى ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فعلى هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر فى الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلي الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ماقلنا والدليل عليه ان التصرف الذى لايمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق فى استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز فى المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل فى ضمان المشترى بالقبض قلنا شرط ثبوت الملك بالتصرف فى المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف فى الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة علي التسليم كما يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله علي المنقول بدليل ماقلنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت للشفيع حق الأخذ قبل القبض الا ان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فلا يمكن أن يجعل قائما مقامه فلهذا يبطل بأخذه ملك المشترى ويكون عهدته على البائع بخلاف المشترى الثانى يوضحه ان المبيع فى مكانه الذى يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخلية وبخلاف المنقول فانه لايدرى في أى مكان يقبضه مالم يقبضه ولا يدخل علي شئ لما ذكرنا ان التصرف فى المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط فى المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيله وان كان قبضه . قال (رجل باع عبداً آبقا فهو باطل) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة فى المنع من البيع حتى أنه وان عاد من إباقه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير فى الهواء ثم أخذه الا رواية عن محمد فانه يقول الملك والمالية بعد الأباق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فاذا زال صار كان لم يكن

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق مافي بطنها أو باعها واستثنى مافى بطنها فهذا فاسد لايجوز) وقد بينا هذا الفصل فى كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً مغصوبا فالبيع موقوف فان جحده الغاصب ولم يكن للمغصوب منه بينة لم يجز البيع) لانه عقد غير مقدور التسليم للعاقد ولان الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وان أقر به فان سلمه اليه تم البيع) لان ملكه قائم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة مالو كان فى يد البائع فهلك قبل أن يقبضه المشترى فان (قيل) قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع اذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كما لو قتله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا اذا وجب البدل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البدل كقيام الاصل في ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب فى الغصب السابق علي البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع فى القيمة ابتداء. وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجيزه لم يجز البيع وهو موقوف لان الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن فى الحبس لازم ثم فى موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ماذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضى اذا خوصم فيه وطلب المشترى التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز اذا اجتازه المرتهن وسلمه اليه واذا لم يجز المرتهن وفسخه ففيه روايتان ففى احدى الروايتين ينفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشترى عليه لان حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان أجازه المالك تم البيع وان فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لاينفسخ بفسخه حتى لو صبر المشترى حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى اذا أجازه كان المشترى متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك اذا أجاز العقد كان المشترى متملكا عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى أن يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما كان ذلك الى القاضى اذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا. قال (رجل باع سمكا محصوراً فى أجمة فالبيع باطل) وقال ابن أبى ليلى هو جائز اذا كان قد أخذه

ثم أرسله في الاجمة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخـذه الا بالصيد ولكنا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا لا تبيعوا السمك فى الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخـذه فقد باع ماليس بمملوك له والتمليك لا يسبق الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قـد أخـذه ثم أرسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع الآبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد فكان هذا في معنى الاول. قال (وان كان فى وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز) عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشترى بالخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز بيعه وأصـله شراء ما لم يره وبيانه يأتى ان شاء الله تعالى. قال (وان كان فى بركة يمكن أخذه من غير صـيد) فان كان أخذه ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخـذه ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار آخذاً له بمنزلة مالو وقع فى شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك السمك بدخوله فى البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لاحقيقة ولا حكما. قال (واذا اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل فى هذا الجنس ان من جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل لان انعقاد العقد بالتسمية فانما ينعقد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ماوقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة من يده مؤيدة للتسمية فينعقد العقد بالمشار اليه وهو مال الا أنه ان كان المشار اليه دون المسمي فللمشترى الخيار لفوات شرطه كما لو اشـترط فى العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا فنقول ان كان المشار اليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشترى فعليـه قيمته لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمى يقوتا أحمر والمشار اليه أصفر فالبيع جائز وللمشترى الخيار لفوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوبا على انه هروى فاذا هو من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هو جارية فالبيع فاسد عندنا و(قال) زفر جائز وللمشترى الخيار لان بنى آدم جنس واحد ذكورهم وأناثهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة علي أنها أنثى فاذا هى ثور كان البيع جائزاً وكذلك الابل والبقر والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا فى بنى آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك يوضحه

انه لو اشترى عبداً على أنه تركى فاذا هو رومى أو سندى جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالية وحجتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بنى آدم في حكم جنسين لان ماهو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالغلام فكان التفاوت بينهما فى المقصود أبلغ من التفاوت بين الحنطة والشعير وبين الهروى والمروى من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ماهو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وانما التفاوت فى صفة المقصود لا فى أصله فكان جنسا واحداً كذلك ذكر فى الاصل والله أعلم

باب البيوع اذا كان فيها شرط

قال (اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن سعيد قال حججت فدخلت بمكة على أبى حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبى ليلي وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على فى هذه المسئلة كل الاختلاف فعجزنى أن أسأل كل واحداً منهم عن حجته فدخلت علي أبى حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبيك يخالفانك فقال لا أدرى ماقالا حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن أبى ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ماقال (حدثنى) هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشترى بريرة رضي الله عنها أبى مواليها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلي الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت علي ابن شبرمة

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدرى ما قالا (حدثنى) محارب بن دثار عن أبى الزبير عن جابر بن عبد الله الانصارى رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة فى بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح مااستدل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف أوهم هشام بن عروة ماقال رسول الله صلي الله عليه وسلم اشترطى لهم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترطى الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أومعناه أعلميهم معنى الولاء فالاشتراط فى اللغة الاعلام ومنه أشراط الساعة قال القائل

فاشـرط فيها نفسه وهو معصم والـقى باسبـاب له وتوكلا

أى جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضى الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطاً فى البيع على أن ماجرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وانما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة فى السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابراً رضى الله تعالي عنه (قال) كانت لى ناقة ثغال فقامت علي فى بعض الطريق فأدركنى رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) مابالك ياجابر فقلت جرى أن لا يكون لي الا ناقة ثغال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن راحلته فدعا بماء ورشه فى وجه ناقتى ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبيعنى ناقتك باربعمائة درهم فقلت هى لك يارسول الله ولكن من لي بالحمل الى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليه وسلم باربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلواة الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضى الله تعالى عنه فأعطانى أربع مائة درهم (فقال) صلي الله عليه وسلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط فى البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضه العقد كشرط الملك للمشترى في المبيع أوشرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لان هـذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لايقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لواشترى نعلا وشرا كابشرط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ولان فى النزوع عن

العادة الظاهرة جرحاً بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر . قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل فى نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تتناوله الايدى وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطل فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما اذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لغواً والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في فى آخر المزارعة لان فى هذا الشرط ضرراً على المشترى من حيث أنه يتعذر عليه التصرف فى ملكه والشرط الذى فيه ضرر كالشرط الذى فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكنا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة فى الشرط دون الضرر . قال (واذا اشترى عبداً على انه يعتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعى لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة (قالت) ان شئت عددتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف فى الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق فى المبيع قبض حتى اذا أعتق المشترى المبيع قبل القبض صار قابضا والقبض من أحكام العقد فاشتراطه فى العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان فى هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به فى العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط فى الجارية ان يستولدها أوفى العبد ان يدبره كان العقد فاسداً فاذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لنسمة

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقا وهو تأويل حديث عائشة رضى الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى هي بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشترى فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى فى قول أبي حنيفة استحسانا* وفى قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشتراها بشرط التدبير أو الاستيلاد كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها ثان وفى بذلك الشرط فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبارا الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحسن فقال زال المفسد قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه وبيان ذلك أن الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة أن لا يفى المشترى بالعتق وليكون فى الاقدام على التصرف فى ملكه مختاراً غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختاراً وحقيقة المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهى الملك فان الملك فى بنى آدم ثابت الي العتق فيكون العتق مهيناً له وانهاء الشيء يقرره ولهذا لو اشترى عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهى الملك فكان هذا الشرط ملائما بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر علي انهاء ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد علي الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار الملائمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحسانا لمعنى التوقف فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاد والتدبير فالملك به لا ينتهى ومعنى الملائمة باعتبار انهاء الملك به فلهذا تتعين صفة الفساد هناك وفى بالشرط أو لم يف. قال (واذا اشتراه على أن يقرض له قرضا أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو علي ان يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع فى جميع ذلك فاسد) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين فى بيعة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشترى اذا استهلكه فهو ضامن لقيمته بالغة ما بلغت لان الضمان الاصلى فى البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم المبيع مضمونا بالقيمة

وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتحول من القيمة الى المسمى عند صحة السبب وتمامه فاذا فسد السبب بقي الضمان الاصلي كما اذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا على المشترى بالقيمة لعدم تمام السبب. قال (ولو اشترى ثوبا على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر * وفى الاستحسان يجوز وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أنه شرط فى البيع اقالة معلقة بخطر عدم النقد ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس فى معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتي مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس فى معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فانه لا يظن به أنه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيراً فى الايام الثلاثة بين فسخ العقد وتمامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار لهذا المقصود حتى قال (لحيان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام. قال (فان اشتراه علي انه لم ينقده الى أربعة أيام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبى حنيفة كقوله فى شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام يفسد العقد وعند محمد العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالت المدة أو قصرت ولم يذكر فى الكتاب قول أبى يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعة فى نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير كقول محمد لان هذا فى معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار أربعة أيام فكذلك في هذا الشرط. وجه قوله الذي ذكره فى المأذون أن القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس فى ثلاثة أيام لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ففيما زاد علي ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد لليسير من الغرر دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الاربعة لما ذكرنا . قال (وكل فاسد رده المشترى على البائع بهبة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويبرأ المشترى من ضمانه) لان الرد بسبب فساد البيع مستحق فى هذا المحل بعينه شرعا فعلى أى وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد المغصوب والودائع وهذا لانه ممنوع من تمليكه من البائع بسبب مبتدإ مأمور برده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهى عنه ويكره المأمور به فيترك جانب المأمور به في رده عليه . قال (وان اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله الى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد) لان فيه منفعة لاحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه لانه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً فهذه اعارة مشروطة فى البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل . قال (ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهنا أو على أن يعطيه كفيلا بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد) والكلام فى هذين الفصلين ينقسم على أربعة أقسام أما فى شرط الكفيل سواء سمى الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد لانه لا يدرى أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الغرر ولان جواز هذا العقد يتعلق بقبول الكفيل الكفالة فبقى شرط قبوله اذا كان غائبا عن مجلس العقد لم يجز العقد وان قبله بعد المجلس كالمشترى فان كان الكفيل حاضراً أو حضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز البيع استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد فى شئ واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد اذا كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثق بالثمن فى معنى اشتراط زيادة وصف الجودة فى الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيداً كان البيع جائزاً ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فانه بقبوله ينتفى معنى الغرر فاذا وجد ذلك فى المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة فى هذا كشرط الكفالة لانه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشترى فان الحوالة تحويل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن فى ذمة المشترى بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشترى بالعقد فان ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد . قال (وان شرط أن يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن مجهولا فالعقد فاسد) لان قبول العقد فى الرهن لا بد

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه الثمن صح العقد لان المفسد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا انه شرط عقد فى عقد وفى الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن فاشتراط مايتوثق به كالاشتراط صفة الجودة فى الثمن وكذلك ان سمى مكيلا أو موزونا موصوفا بغير عينه وجعله رهنا بالثمن لان قبول ذلك فى البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون ثمنا فكذلك يصلح اشتراطه رهنا بالثمن فان أبى المشترى أن يرهنه ماسمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبى ليلى يجبر عليه لانه ثبت فى ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلطه على البيع كان مجبراً عليه ولا يملك الراهن عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصوداً ولكنا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد فى اتمامه من اتحاد شرط العقد واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه فى العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبا المشترى أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا واذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ. قال (وان باع شيئا من الحيوان واستثنى مافى بطنه فالبيع فاسد) لان مافى البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصوداً فلا يجوز استثناؤه مقصوداً كاليد والرجل وهذا لان الجنين مادام متصلا بالام فهو فى حكم الاجزاء ألا ترى أنها تقطع بالمقراض عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين فى البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فاذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى منه يصير مجهولا أيضا وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشترى أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها فالبيع فاسد لان المستثني مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تفضى الى المنازعة لانها متفاوتة فى المالية فيفسد البيع. قال (وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد) لان الحبل فى البهائم وهى زيادة مجهولة. فانه لا يدرى ان انتفاخ بطنها من ريح أو ولد وان الولد حى أو ميت ذكراً أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعنى ان اشتراط مقدار من البيع ليس فى وسع البائع ايجاده ولا طريق الى معرفته فكان شرطا باطلا فيفسد به العقد. قال (وان شرط أنها حلوب أو لبون لم يذكر هذا الفصل فى الاصل) وقد ذكر الكرخي أن هذا ما لوشرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال منفصل ولا يكون لبونا حلوبا الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى على أنها حامل وذكر الطحاوى أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو شرط فى العبد أنه كاتب أو خباز ولان هذا يذكر علي سبيل بيان الوصف لا علي سبيل الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرسا على أنها هملاج أو اشترى كلبا على انه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى فى الحلوب بخلاف ما اذا اشترط أنها تحلب كذا لان الفساد باشتراط مقدار لبن في الضرع لاطريق الى معرفته. قال (وكذلك ان اشترى سمسما أوزيتونا على أن فيهما من الدهن كذا أواشترى حنطة بشرط أن يطحن منها كذا مختوم دقيق فهذا شرط باطل) لاطريق للبائع الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد. قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل وكان بها حبل أولم يكن فالبيع جائز) لان الحبل فى بنات آدم ألا ترى أن للمشترى حق الرد به فانما تبرأ البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد. قال وليست البراءة فى هذا كالبهائم قيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة فذكره فى العقد شرط زيادة مجهولة) وفى الآدمية عيب فذكره يكون تبريا من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه اذاذكر الحبل فى الجارية علي وجه التبرى عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره علي وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشترى انه يريدها للظؤرة فحينئذ يفسد به العقد لعلمنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا يحكى عن الهندوانى أنه كان يقول أن شرط الحبل اذ وجد من البائع لم يفسد به العقد وان شرطه المشترى يفسد لان البائع انما يذكر الحبل على وجه بيان العيب عادة والمشترى يذكر علي وجه اشتراط الزيادة. قال (رجل اشتري جارية بجاريتين الى أجل فالعقد فاسد) لان الحيوان لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

الجارية فذهبت عينها عنده من عمله أو من غير عمله فالبائع أن يأخذها ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الآدمى نصفه وفوات النصف فى ضمان المشترى كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك اذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض ألاترى أنها تضمن بالغصب فان الجارية المغصوبة اذا ذهبت عينها عند الغاصب أخذها المغصوب منه مع نصف قيمتها ولو فقأ عينها غيره فان البائع يأخذها لان فسخ العقد فيها مستحق شرعا فما دامت قائمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقئ وان شاء ضمن المشتري لان بالاخذ ينفسخ العقد فيها ويعود الى قديم ملك البائع فجناية الفاقئ كانت على ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن المشترى ذلك لانها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالمغصوبة فى هذا الحكم فان ضمن المشتري يرجع المشترى بذلك على الفاقئ لان ملكه تقرر فى ذلك الجزء حين ضمن بدله وهو كالغاصب فى ذلك وان ضمن الفاقئ لم يرجع على المشترى بشيء لانه ضمن بجنايته فأما اذا قتلها فى يد المشترى قاتل فللبائع أن يضمن المشترى قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف المغصوبة فان المغصوبة اذا قتلها انسان في يد الغاصب يتخير المغصوب منه ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وان شاء ضمن القاتل بخلاف المشتراة شراء فاسداً في يد المشترى لان المغصوبة على ملك المغصوب منه فالقاتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمين ان شاء ضمن الغاصب بالغصب أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشترى بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود الى ملك البائع فلهذا تعين حق البائع فى تضمين المشترى وليس له أن يضمن القاتل وفي فقء العين ماتعذر فسخ العقد فيها واذا انفسخ العقد فيها بالرد كانت جناية الفاقىء علي ملك البائع فلذلك يتخير البائع ان شاء ضمن القاتل بالقتل وان شاء ضمن المشتري بالقبض كما فى الغصب ثم اذا ضمن البائع المشترى قيمتها فى القتل كان للمشترى أن يضمن القاتل قيمتها لانه أتلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمنه قيمتها. قال (فلو كانت الجارية كما هى غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقى) لانها فى يده كالمغصوبة مستحقة الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد متولد من العين ووجوب لرد كان حكما متقرراً فيها فيسرى الى الولد ولان ملك الاصل يسرى الى الولد والثابت للمشترى في الاصل كان ملكا مستحق

الازالة بالرد على البائع فثبت مثله فى الولد وليس له أن يضمنه قيمة الميت بمنزلة ولد المغصوب اذا مات في يد الغاصب من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت الولادة قد نقصتها وفى الولد الثانى وفاء بجميع ذلك النقصان فلاشئ على المشترى) لرده ما ينجبر به النقصان فان نقصان الولادة ينجبر بالولد عندنا وقد بيناذلك فى المغصوبة وكذلك فى المشتراة شراء فاسداً والولد الميت صار كان لم يكن فكأنها ولدت ولداً واحداً . قال (وان لم يكن فى الولد الباقى وفاء النقصان فعلى المشترى تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجبر بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه ما يجبره فعلى المشترى ضمان ذلك . قال (وان كان الميت مات من فعل المشترى أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشترى ضامنا بقيمته يردها مع الأم) لان الولد انما لم يكن مضموناً عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد وجد ذلك بالاتلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا كان فيها وفى مالية الحى وفاء بالنقصان فلاشئ على المشترى وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلى المشترى تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر . قال (ولو كانت الام هى الميتة والولدان حيان أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشترى) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمغصوبة اذا ولدت ثم ماتت كذلك هنا وان كان ضامناً قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وتعذر ردها فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لايسقط برد الولدين ضمان قيمة الأم وان كان في ماليتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالفائت هناك وصف هو بيع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد هنا فان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لاتوجب الزيادة ولداً ولذا لا ينجبر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كمال قيمتها لان هنا لا يحتاج الى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشترى بعد القبض على ما ذكرنا وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل فى ملك المشترى فلاتقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها بالرد فاذا ردها عادت الى قديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوقعت الحاجة الى انجبار النقصان بخلف قائم مقامه وهو الولد فلهذا افترقا . قال (والبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك اذا

اتصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفى الحقيقة هذه المسئلة تنبني على مسئلة من أصول الفقه وهو أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي فان صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الحسن من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضياً والقبيح ما لا يكون مرضيا فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكنا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهي مختارا فيه كما أن موجب الامر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختاراً فيه فان استحقاق الثواب والعقاب ينبني على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعا باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقضي بالمقتضى وهذه فى أصول الفقه فأما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهي متى كان لمعنى فى غير المنهي عنه فانه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان المنهي عنه بعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى فى غير المنهي عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا فى البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد فى حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا الملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقداً بصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا فى معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكا انما يصير مملوكا بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفاسد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعي سببا مرضياً شرعيا بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد ففيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمة لا تمنع صحة التعليق لو كما (قال) ان زنيت فأنت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحجتنا في ذلك من حيث التخريج علي الاصل المجمع عليه أن يقول هذا النهى لمعنى في غير المنهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يختل شيء من ذلك بالشرط الفاسد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهى كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به وكذلك النهى عن الربا للفضل الخالى عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطلب لاحكامها فاذا كانت خالية عن الحكم تكون لغوا ولكن الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالهبة فانها عقد تمليك ثم الملك بها يتأخر الي القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهى اتصل بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزاً كان عمله فى تغيير وصف العقد لا فى تغيير أصله فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله فى تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسداً وليس من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الاصل فالصفة لا تكون بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس فى النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرمة منافاة فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك اليمين كالعصير يتخمر يبقي مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وان كانت حراما عليه فاثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم الى انضمام مايقوم اليه وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلهذا تأخر الملك الى مابعد القبض وهكذا نقول في البيع بشرط الخيار فانه انعقد مفيداً لحكمه ولكنه تأخر ثبوت الحكم الى سقوط الخيار علي أن ذلك في معنى المعلق بالشرط لانه يقول علي أني بالخيار والمتعلق بالشرط مقدم قبل الشرط ألا ترى انه تعذر أعمال التعليق في أصل السبب فيجعل عاملا فى الحكم وليس من ضرورة الفساد انعدام العقد شرعا كالاحرام يفسد بالجماع ويبقى أصله والطلاق فى حالة الحيض حرام شرعا ويكون مفيدا لحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبران أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يقبضه باذن المالك فعرفنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن علي وجه وهو أن يجعل الموعود من العقد كالمتحقق وليس بينهما عقد موجود هنا فعرفنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق واذا ثبت هذا في البيع مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفضل يصير البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البدلين وبتخمر العصير لا تنعدم المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى ذلك فى الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا أنه فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا يكون مالا فى حق أهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير متقوم شرعا فيملك باداته لانعقاد العقد موجبا الملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس بمال فى حق أحد فلانعدام ركن العقد فى محله لا ينعقد العقد . قال (ولو كان المشترى أعتق الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أو دبرها أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد فى كتاب الشهادات فى نظير هذا قال) لانه مالك رقبتها وهنا (قال) لان البائع سلطه عليها وهو اشارة الي ماقلنا لان التمليك تسليط علي التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا بأن (قال) أعتقها ألا ترى أنه ذكر فى كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له أن يتناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائز يعتبر التسليط فى حق تناول الطعام فكذا فى حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ويعود التصرف باعتبار أصل الملك دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط علي التصرف ثم قد تعذر ردعينها فيلزمه رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وماأشبه ذلك لان المشترى شراً فاسداً لما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشترى الثانى وحق الله تعالى من حيث فسخ العقد بالرد علي البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالي ولكن الله تعالى أغنى والعفو منه أرجى بخلاف المشترى من

الغاصب لانه تعلق به حق المشترى وحق المغصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد فترجح حق المغصوب منه لانه أسبق . قال (وليس عليه فى الوطء مهر وفى كتاب الشرب يقول وعليه العقر قيل تأويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطء حتى ردها على البائع فان بردها ينفسخ الملك من الاصل فتبين أن الوطء صادف ملك الغير فيلزمه العقر بالوطء وهنا قال استولدها وبالاستيلاد يتقرر ملكه فانما وطئها وهى مملوكة له فلا يلزمه العقد بذلك وقيل ما ذكر هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وماذكر هناك قول محمد وأصله فيما ذكر هشام أنها لو زادت فى يد المشترى فى بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق البائع فى الزيادة ويجعلها مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالزيادة فى حكم زيادة هى ثمرة ومن أصلها أن الزيادة تكون فى يد مضمونة على المشترى بالاتلاف فكذلك المستوفى بالوطء فلهذا لا مهر عليه . (قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض يكون لازما فى حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلهذا لزمته قيمتها وان افتكها قبل أن يضمنه القاضى قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحول حق البائع الي القيمة وكذلك ان عجزت عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق الي القيمة فان التحول انما يكون بقضاء القاضي فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء ردها على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين فكذلك ان رد عليه بعيب قبل أن يقضى القاضى عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع قضاء القاضى بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضى بالقيمة فقد تم تحول الحق الى القيمة فلا يعود فى العين بعد ذلك كما لو أبق المغصوب فقضى القاضى بقيمته على الغاصب ثم عاد . قال (ولو كان أجرها فله أن ينقض الاجارة ويردها) لان الاجارة تنفسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتنفسخ الاجارة ألا ترى أن المشترى لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقض الاجارة ليرده فهذا أولى . قال (وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد أو الى الدياس أو الى العطاء أو الى جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وقول ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى البيع الى العطاء فان عائشة رضى الله تعالى عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله تعالي عنهما كان يفسد ذلك وابن

أبي ليلى رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالي عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا الاجل الذى ذكره لغي ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادراً فكان هذا بيعاً بأجل معلوم ولكنا أخذنا بقول ابن عباس رضى الله عنهما لان العطا فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدوا لهم والآجال بالاوقات دون الافعال قال الله تعالى (قل هى مواقيت للناس والحج) ثم الشرط فى البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم فى السلم الى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولا وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أو أنه قد يتعجل الحر وقد يتأخر اذا أبطاء البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر . قال (فان أبطل المشترى الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحسانا . وقال (زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز البيع لانه انعقد فاسداً وتصحيح العقد الفاسد فى استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحاً بالاشهاد والنكاح الي أجل لا ينقلب صحيحا باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشترى بالقيمة لو هلك فى يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضاء صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكنا نقول المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع كما لو باع فصا في خاتم أو جذعاً فى سقف ثم نزعه وسامه الى المشترى البيع كان صحيحا وتحقيق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود فى الحال فالشتاء ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله فى الذكر ولاجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فاذا أسقطه مجيء أوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما فى الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر فى نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوي النكاح وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه

فعرفنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولاجله فسد العقد وهـذا بخلاف ما اذا باع بألف ورطل من خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا اذا اتفقا علي اسقاط الخمر نص عليـه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه . قال (وان اشترى الى النيروز أو الى المهرجان فهو فاسد) أيضا لانه ليس من آجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا الى فطر النصارى قبل أن يشرعوا فى صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا فى الصوم صار وقت فطرهم معلوما . قال (واذا اشتري شيئا الى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين فى بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه علي احدهما وأمضي البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطيلسانين حواريين الى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلي بمسحين ساريين الى أجل وكذلك لا بأس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين الى أجل وهذا مبنى على الاصل الذى بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحداً وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم

باب الاختلاف فى البيوع

﴿ قال ﴾ رحمه الله اذا اشترى سمنا أوغيره فى زق فايزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البائع ليس هذا بزقى وقال المشترى بل هو زقك فالقول قول المشترى مع يمينه) لان الزق امانة فى يد المشـترى والقول فى تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول فى تعيينه أيضا قوله كالمغصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما فى مقدار ماقبض من المعقود

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزق فالبائع يدعى الزيادة فعليه البينة والمشترى منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه • قال (وان اشترى عبدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البائع ثم اختلافا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشترى مع يمينه) لان حاصل اختلافهما فى مقدار ما قبضه المشترى فالبائع يقول قبضت ثلثى المعقود عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشترى ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشترى مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد على الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقى عند البائع (فقال) المشترى قبضت منك ثلثه و(قال) البائع نصفه كان القول قول المشترى مع يمينه ولو كان المشترى قبض العبدين فمات احدهما عنده وجاء بالآخر يرده بالعيب فاختلافا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه لان المشترى هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما فى مقدار ما رده بالعيب فالمشترى يدعى الزيادة فيه والبائع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يتقرر على المشترى وانما الاختلاف بينهما فى مقدار ما تقرر من الثمن على المشترى فالبائع يدعى في ذلك زيادة والمشترى منكر ردهما اتفقا ان جميع الثمن متقرر على المشترى بالقبض ثم الاختلاف بينهما فى مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشترى يدعى زيادة فى ذلك والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمة الذى يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد وقد دخل فى العقد غير معيب ولو أقاما جميعا البينة على قيمة الميت أخذت بينة البائع أيضا لانها مثبتة الزيادة فى المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البينتين يترجح • قال (واذا اختلف البائع والمشترى في الثمن والسلعة قائمة فى يد البايع أو المشترى فانهما يتحالفان ويترادان) استحسانا وفى القياس القول قول المشترى لانهما اتفقا على أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى فى الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع ويترادان (والثانى) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان

تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابلته وكان أبو حازم القاضي يقول ان كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعي حقا لنفسه على صاحبه فان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري يدعي وجوب تسليم السلعة اليه عند أداء ما أقر به من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشتري فالتحالف بخلاف القياس لان المشتري لايدعي لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع وهو قول زفر واحدى الروايتين عن أبي حنيفة لان الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضي الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة بنفسه وبنكول المشتري لا تنقطع المنازعه ولكن يجبر على اداء ما ادعى من الثمن واليمين تقطع المنازعة فيبداء بيمين من يكون نكوله أقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكاراً واليمين على المنكر ولان أول التسليمين على المشتري وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في بيع المقايضة القاضي يبدأ بيمين أيهما شاء لانه لايجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أوهو قائم مقام الاقرار وان حلفا جميعا معا ذكر في كتاب الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بألف درهم لان الزيادة التي ادعاها البائع انتفت بيمين المشتري وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضي بالبيع بما وقع عليه الاتفاق من الثمن ولكنا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ويترادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل يقتضي وجوده من الجانبين وأحد البدلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ العقد اذا طلب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بينته أما البائع فلانه مدعي حقيقة وقد أثبت الزيادة بالبينة وأما المشتري فلانه مدعي صورة لانه يدعي العقد بالف درهم والدعوى صورة تكفي لقبول البينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وأقام البينة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لما فيها من اثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن) فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان ويترادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا

المتبايعان وترادا ولا يمنعا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور علي سبيل التثنية أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة فى الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالفين ألا تري أن شاهدى البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة وجب قبول بينته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة وهلك أحد البدلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا فى الثمن فانهما يتحالفان ثم اذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسداً والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه فى حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشترى منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشترى لا يدعي لنفسه شيئا على البائع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضا ولكنا تركناه بالنص وهو قوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور علي وجه الشرط لا على وجه البينة لان قوله اذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطا لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان فى معناه وحال هلاك السلعة ليس فى معنى حال قيام السلعة لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشترى والفسخ علي غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المقايضة فان أحد العوضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك
واجبة على القاتل وهى قائمة مقام العين فى امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل
القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت فى حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان
كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن ألا ترى ان الوكيل بالبيع
بالف يبيع بالفين وان البيع بألف قد يصير بالفين بالزيادة فى الثمن والبيع بالفين يصير بالف
عند حط بعض الثمن واختلاف الشاهدين فى مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف
العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينة المشترى عند الانفراد لانه مدعي صورة
لا معنى وذلك يكفى لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودعى يدعى رد
الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشترى
لو كان جارية حل للمشترى وطؤها ولو كان الاختلاف فى الثمن موجبا اختلاف العقد لما حل
له وطؤها كما لو ادعي أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما
اذا حلفا يبقى العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضى انما يفسخ البيع
عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشترى وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها
ولما تأخر حكم الفسخ الي طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ
التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد
العقد فقد بينا أن الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد فى حادثة واحدة
في حكم واحد اذا ورد فالمطلق محمول على المقيد . قال (وان كان البائع قد مات واختلفت
ورثته مع المشترى فى الثمن فالقول قوله وورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف
بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك
بحكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع وان كان المشترى قد قبض المبيع فالقول
قوله مع يمينه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يتحالفان ويترادان وكذلك ان مات
المشترى وبقى البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشترى
قاموا مقامه في وثوق العقد فانه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة
فعند أبى حنيفه وأبى يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشترى وعند محمد يتحالفان
ويترادان وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة فى الثمن فان كانت السلعة

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وان لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء علي الفصل الاول فان الوارث يخلف الميت كما أن القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهي القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقد باعتبار من يخلفه وهو الوارث اذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا في الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض الى ما يخلفها وهو القيمة بان قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقد فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لانه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا في معني المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشترى على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك في الفسخ بالتحالف لان صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لا في العقد ألا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وان لم يكن هو عاقداً حقيقة ولا حكما . قال (وان كانت السلعة في يد المشترى وقد ازدادت خيراً ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشترى) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفا فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بنصف الصداق في الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بنصف الصداق عندهما واذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمتنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة اذا ازدادت في بدنها خيراً لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه تعذر فسخ العقد عليه بهلاكه العبد في الزيادة فيتعذر في الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ في جميع المعقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف ففي البعض أولي وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عبداً بجارية وقبض الجارية وازدادت في بدنها ثم هلك العبد قبل القبض أو وجد به المشترى عيبا فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو

دليل محمد فى ان الزيادة المتصلة لاتمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب وبتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة فى محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها ثبوته فى الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم فى البيع بثبوته فى الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف ولم يتقرر لما بينا أن هـذا ليس فى معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيـه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشترى مع يمينه. قال (وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة فى الاصل كالصبغ فى الثوب والسمن في السويق) فكذلك الجواب فى حكم التحالف إنه على الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد على القيمة هنا أو المثل لان هذه الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد. قال(وان كانت الزيادة منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت أوجنى عليها فأخـذ المشترى أرشها فحكم التحالف على الاختلاف الذى قلنا) إلا ان عنـد محمـد يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد فى العيب عنده فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعى رضى الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشترى وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والغلة فانها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفـاق كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشترى بعيب دخلها فالقول قول المشترى أيضاً لا أن يرضي البائع أن يأخذها ناقصة في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشترى يمنع الرد بالعيب والاقالة الا أن يرضى به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالفان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضي به البائع وان أبى فعلى المشترى رد القيمة كما لو كانت هالكة. قال(وان اختلفا فى الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشترى فهو على الخلاف) الذى بينا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت اليه لوجه غير الذى خرجت به من يده لان هذا ملك حادث فاختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجرى التحالف باعتبار رجوع عين آخر اليـه فكذلك باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل. قال(وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفـا فى الثمن فالقول قول المشترى) الذى باع نصيبه لزوال ملكه

المستفاد من جهة البائع ويجعل فى حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذى استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة لايجري التحالف الا أن يرضى البائع لان أصله ان تعذر الرد فى نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على ما نبينه فى بابه ان شاء الله تعالى فيكون القول قولهما فى الكل الا أن يرضى البائع به فحينئذ يتحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجري فى الكل ثم فى حصة الذى باع يفسخ العقد على القيمة وفى حصة الذى لم يبع يفسخ العقد على العين . قال (واذا اختلفا البائع والمشترى فى الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان) عندنا و(قال) زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لان هذا فى معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكنا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطاً فيكون القول قول من ينكرها ولا يجرى التحالف كما لو اختلفا فى خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الأجل أو أنكر أصل الأجل وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الأجل عند أبى حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد فاذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما أقر به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضى أيضا الثمن والمعقود عليه فى المجلس فالمشترى يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر . قال (وان اتفقا على الاجل واختلفا فى نصيبه فالقول قول المشترى) لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال (وان قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها مع هذا الوصيف بخمسين دينارا وأقاما البينة فهما جميعا للمشترى) بمائة دينار وتقبل البينتان جميعا ويقضى بالعقدين لان كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فبينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة فى حقه مقبولة وقيل هذا قول أبى حنيفة الآخر فأما في قوله الاول وهو قول زفر يقضي بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا آذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسئلة فى شرح الاجارات . قال (ولو قال البائع بعتك هذه الجارية لعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها

منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون المشترى) لان حق المشترى في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولي بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد والمشترى ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي . قال (واذا اشترى عبدا بثوبين وتقابضا ثم استحق العبد أو وجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثوبين فانه يأخذ الباقي وقيمة الهالك) لان العقد انفسخ باستحقاق العبد أورده بالعيب فعلى قابض الثوبين ردهما لانه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفي الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لانه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمغصوب والقول في القيمة قول الذى كانا في يديه لان القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله . قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها) لان باستحقاق العبد يبطل العقد من الاصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وان كان قد دخلها عيب ينقصها أخذ معها النقصان أيضاً كما في المشتراة شراء فاسداً وهذا لانها مضمونة بالقبض والاوصاف تضمن بالتناول . قال (ولو كان الذى الجارية في يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لانها مملوكة له فان بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسداً وعليه رد قيمتها مع الولد ان كانت ولدته قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها . قال (ولو وجد العبد حراً كان عتق البائع في الجارية باطلا لان بدل الحر لا يملك بالعقد) فان الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية في أحد البدلين لا ينعقد البيع أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بميتة أو دم . قال (ولو اشترى العبد بثوبين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فان أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوبين أو بعده قبل أن يقضي القاضي بينهما بشئ فهو جائز لانه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوبين فلا اشكال وبعد هلاكهما وان فسد العقد فقد بقي الملك ببقاء القبض لان فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاؤه بطريق الاولي ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعد ما فسد السبب فيه ولو تقابضا ثم استحق أحد الثوبين فقال الذى كان عنده الثوبان استحق أعلاهما ثمنا وقال الذى باعهما بل أستحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثوبين مع يمينه لانهما تصادقا

على انه لم يسلم لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما فى مقدار ما يثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعى زيادة فى ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه. قال (وان قال البائع بعت منك هذا العبد الذى فى يدى بألف درهم وقال المشترى بل هذه الجارية بخمسين ديناراً فهنا كل واحد منهما مدعى ومنكر حقيقة) لانه يدعي كل واحد منهما العقد فى عين آخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وان أقاما البينة قضى بالبيع فيهما جميعا بألف وخمسين ديناراً وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشترى ابتعت منك هـذا العبد الذى فى يدى بألف درهم ونقدت الثمن وقال البائع مابعتك هذا العبد انما بعتك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكا له فى الاصل واذا حلف الذى كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلى بائعها رد الالف عليه وان قامت لهما بينة قضى بالبينتين وعلى المشترى أداء ألف أخرى. قال (رجـل اشترى عدل زطى وأقر أنه زطى ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده فقال وجدته كرابيس لم يصدق والثمن له لازم) لانه مناقض فى دعواه والمناقض لاقول له ولان بسبب خيار الرؤية انمـا يتمكن من الفسخ اذا أحضر المعقود عليه والذى أحضره كرابيس والمعقود عليه زطى بزعمه فـلا يتمكن من فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيـار الرؤية وان قال لا أدرى أزطى هو ام لا ولكنى أخـذته على قولك فانظر ثم جاء برده فقال وجـدته كرابيس كان مصدقا في ذلك مع يمينه لان المشترى ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط واذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض فى يده ملك البائع فالقول قوله فى تعيينه ضامنا كان أو أمينا وهذا لانه غير مناقض فى كلامه هنا بل منكر لقبض الزطى فالقول قوله مع يمينه وفى الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطى فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك. قال (ولو اشترى ثوبا فقال البائع هو هروى وقال المشترى لاأدرى وقد رآه ولكنى أخذته على ما يقول ثم جاء برده وقال وجدته يهوديا لم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقى دعواه حق الرد لنفسه على البائع فى هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشترى العيب بالمعقود عليه الا بحجة. قال (واذا نظر الى العدل مطويا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده الا بعيب) لانه

قد رأى طرفا من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كرؤية الكل فى اسقاط خيار الرؤية الا أن يكون في طى الثوب ماهو مقصود كالطراز والعلم فحينئذ لا يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية • قال (واذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يردها فهذا بمنزلة هذا العيب فيها) لان العبيد جنس واحد لاتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فانما فات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق الرد كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى البيع

﴿قال﴾ رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية بخير النظرين ففيه دليل جواز اشتراط الخيار فى البيع والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي الى شرط الخيار والمحفلة التى اجتمع اللبن فى ضرعها والمحفل هو المجمع واجتماع اللبنين في ضرعها قد يكون لغزارة اللبن وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن فى ضرعها فلا يتبين احدهما عن الآخر للمشترى الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه اذا حلبها في اليوم الاول لا يتبين له شيء وكذلك في اليوم الثانى فلعل النقصان تعارض فاذا حلبها في اليوم الثالث وكان مثل اليوم الثانى علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج الى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله بخير النظرين ثلاثة أيام وأما اذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا و(قال) الشافعى رحمه الله له أن يردها ويرد معها صاعا من تمر لاجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراة وهى التى سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهى (الحوض) فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا و(قال) الشافعى رحمه الله له أن يردها بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشترى كاتبا أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً وعن أبى يوسف فى الشاة المحفلة أخذ بالحديث وأقول يردها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعى بالحديث وهو

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشتري شاة محفلة فهو يؤخر النظرين الى ثلاثة أيام ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعا من تمر وبعد ماصح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للاصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور يثبت للمشترى حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد فى وسطها دكانا أو اشتري قفة من الثمار فوجد فى أسفلها حشيشا ثم ذكر الايام الثالثة ليس للتوقيت فى خيار العيب بل لبيان المدة التي يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلان ما كان موجوداً عند العقد من اللبن قد أتلفه المشترى أو فسد فى يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلهذا أقام أحدهما مقام الآخر وا كثر ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولا به واختلف أصحاب الشافعى فيما اذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشترى حاملا فمنهم من يقول له حق الرد اذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحبل فى بيع الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتبا أو خبازاً يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشارط ذلك للمشترى وحجتنا فى ذلك ان مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لان اللبن ثمرة وبعدمها لا تنعدم صفة السلامة فبقلتها أولي واذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن يثبت الخيار للغرور لان المشترى مغتر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللبن بالبناء على شيء مثبتة فان انتفاخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن فى الضرع وقد يكون بالتحفيل وعلى ماظهر من عادات الناس احتمال التحفيل فيه أظهر فيكون هو مغتراً فى تباطنه على المحتمل والمحتمل لا يكون حجة وقد كان متمكنا من أن يسأل البائع ليبنى على النص الذى سمع منه فحين لم يفعل كان مغتراً ولئن كان مغروراً فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندنا لان اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فا كثر مافى الباب أن يجعل ذلك بمنزلة جبر يجبره البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا فى العقد والغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الغار كمن أخبر انسانا بأمن الطريق فسلكها فأخذ اللصوص متاعه وانما

يثبت للمغرور حق الرجوع اذا كان مشروطا فى عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع مافى القفة عنب فاذا وجده بخلاف ماشرط كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنا انه انما يقبل من أحاديث أبى هريرة رضي الله تعالى عنه مالا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه لانه ظهر تساهله فى باب الرواية وقد رد ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بعض رواياته بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنازة فقال أيلزمنا الوضوء عن حمل عيدان يابسة ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدهما) ان ضمان المتلفات يتقدر بالمثل بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب المثل والقول قول من عليه فى بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة فاما ايجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر وهو مخالف للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عزيزة اللبن فكان العقد فاسداً بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ماحلب من لبنها لان المشتراة شراء فاسداً ترد بزوائدها وقد كان المشترى أكل اللبن فدعاهما الى الصلح ورد مكان اللبن صاعا من تمر بطريق الصلح فظن الراوى أنه ألزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الانصار بالخيار فى كل بيع يشتريه بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حبان ابن منقد وأبوه منقد بن عمر فالاختلاف فى اسمه روى الحديث باللفظ الذى ذكرنا وقد كان يغبن فى البياعات لمأمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة أيام وكان ألثغ باللام فكان يقول لا خزابه ففى الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار والقياس يأبى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس الي ذلك *فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك الا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ليحتاج لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالاجارة ونحوها فشرط الخيار فى العقد أولى ثم أصل العقد لايتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لايتعلق أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لان الشرط لايخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت أوقصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهراً وجب الوفاء به لظاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين والمعنى فيه أن هذا مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان مازاد على الثلث كالثلث فى المعنى الذى لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار هناك أكثر من ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدل بالحديث فان النبي صلي الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعى إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لوتمنع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن الفائدة لانه ما كان بحارق في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الغرر وبزيادة المدة يزداد الغرر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلا وهو قياس يسده الأثر لانه صلي الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر الا أنا تركنا القياس فى مدة الثلاثة لو رود الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الغرر لا يدل على الجواز عند كثرة الغرر وبه فارق الطفالة لانها تحتمل الغرر والخطر ألا ترى انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الغرر بسببه وفى حديث عمر

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وأنه اجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجة وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام ففيما رآه لحاجة وان شرط الخيار أربعة أيام فسد البيع في قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فان أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع صح العقد عند أبى حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء علي ماينا من الشراء بثمن الى الحصاد وهذا لان شرط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل الخيار فى اليوم الرابع بالايام الثلاثة وهو يعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فاذا فصل بالاسقاط صار كأن لم يكن فأما اذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من اليوم الرابع بالايام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لان عمل الاسقاط فيما بقى لا فيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به . قال (وان كان الخيار للمشترى ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع) وكذلك ان كان الخيار للبائع فمات البائع أو كان الخيار لهما جميعا فماتا فقد لزم البيع وأجمعوا انه اذا مات من عليه الخيار فان الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و(قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه فى التصرف بحكم الخيار لان هذا حق لازم ثبت فى عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما فى ملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فانه غير لازم ولا ثابت فى بيع منعقد وبخلاف الاجل فانه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما فى ابقاء الاجل فان ذمة الميت مرتهنة بالدين ما لم يقض عنه فلا نبسط يد الوارث فى التركة لقيام الدين على المورث فأما فى توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعا فان الضرر والغبن يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت فى عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولان البدل الذى من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقى خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكا له فاذا كان الملك باقيا للبائع فى المبيع الى وقت موته انتقل الى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورة انتقال الملك الى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار اليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما (قال) فى الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

فى رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال الى الوارث فأما مالا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كملكه فى منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى الوارث لأنه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث فى الملك لا فى العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة* ألا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه فى الملك الباقى بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشترى ووارث البائع لا يخلفه فى ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشترى المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فأما خيار العيب لا يقول بانه يورث ولكن سبب الخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشترى بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لانه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء* ألا تري أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتغيب المبيع فى يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد فى حق الوارث ولا يمكن التوريث له فيه ولان المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك للفسخ فى حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار ليفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط علي التصرف فى حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ماهو المستحق بالعقد حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخلف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هى له كالأجل فانه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفى ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون فى تركته ما بديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بتغير السعر أو يتصرف الوارث فى التركة لانه انما لا يبسط فى التركة يده اذا حل الاجل فاما اذا بقى الاجل قام الوارث مقام المورث في

التصرف فى التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك اذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغمى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بمضي المدة فلزم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضى الوقت والبيع فى الاصل لازم وانما الخيار كان مانعاً من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن .قال(وان كان الخيار للمشترى فهلكت السلعة فى يده لزمه الثمن وانقطع الخيار)لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضا للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عنده بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأى وجه تعيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطء لا يحل الا فى ملك مستقر فاقدامه على وطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يعرضها للبيع ليبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه يقرر ملكه فيها وكذلك لو قال قد رضيتها لانه بالرضى يسقط حقه فى الرد ولا يلزم البائع شيء فالمبيع لازم فى جانب البائع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنه اختار ردها على البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشيء وله أن يرضي بعد ذلك مالم يعلم البائع بفسخه فى الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشترى أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلاقى خالص حقه فيكون نافذاً كالزوج اذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحا وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر فى تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثانى) أن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكنا من الفسخ بغير

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفي شخصه حتى تمضي مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ولهذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشترى من حيث سقوط خياره بمضي المدة ثم هناك المشترى غير مسلط علي الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت فاذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا ينفذ تصرفه في حق ذلك الغير مالم يعلم به كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه مالم يعلم به وبيان الوصف أن العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان بتصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا تمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب مالم يعلم به كما في خطاب الشرع *يقرره أن البائع لا يطلب لسلعته مشتريا آخر بناء على ان البيع قد تم بمضي المدة فاذا جاء المشترى بعد ذلك فاخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشترى واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل لعجز المشترى عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شيء وهو نظير الرضي بالعيب من المشترى فانه يصح بغير علم البائع لانه لا يلزمه شيء ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه *وتقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف المشروط له الخيار لا ينعقد في حق صاحبه بتسليطه اياه علي ذلك وكيف يقال هو مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

فوق علمه به ٭ يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لايجوز ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بايقاع الطلاق لايلزمها شيء انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لايلزمها شيء لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي علي حاله وقيل في خيار المعتقة ان فسخها لاينفذ الا بمحضر من الزوج فلا يسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزداد بحرمتها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لاالزام الغير شيئا ولايتمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسلطة بتخيير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختارى فيجعل كأن الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا ٠ قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الأجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لاتثبت الفسخ ولا الاجارة كما لاينعقد أصل العقد منها والاصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتى عن ماحدثت به أنفسهم مالم يعلموا أويتكلموا ٠ قال (ولو كان الخيار للبائع فماتت في يد المشترى فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شئ علي صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولا كنا نقول البائع مارضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الاصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى لان هناك لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه فيتم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لايجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك ٠ قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أودبرها أووطأها أو قبلها من شهوة او

كاتبها أورهنها وسلمها أووهبهاوسلمها أوأجرها وسلم أولم يسلم فهذا كله نقض للبيع * فأما العتق والتدبير والكتابة فلانه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلا لابتداء البيع ولاثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطء والتقبيل فدليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك الا بعد انفساخ البيع لان هذا تصرف لايحل الا فى الملك فلولم ينفسخ البيع به لكان اذا جاز البيع بعد هذا ملك المشترى المبيع من وقت العقد بزوائده فتبين ان وطأه فى غير الملك وذلك لايحل فاما بالهبة والتسليم فلانه أزال ملكه عن العين وبالرهن والتسليم أوجب للغير فيه حقا وبالاجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنعه من الزام البيع ولهذا شرط التسليم فى الرهن لان حق المرتهن لايثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك فى الاجارة لانه يلزم بنفسه ثم فسخ العقد بهذا الاسباب صحيح بغير محضر من المشترى لان ثبوت الفسخ بطريق الحكم لابقصد التصرف الى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذى وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلمه بخلاف مااذا عزله قصداً ولو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشترى فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو علي الخلاف الذى بينا وان اختار لزوم البيع والمشترى غائب فهو جائز لانه لايلزم المشترى بتصرفه مالم يلتزم فالبيع لازم فى جانب المشترى وانما يسقط البائع حق نفسه فى الفسخ بالاجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشترى فليس له بعد ذلك أن ينقضه كمالولم يكن في البيع خيار لواحد منهما * قال (واذا اشترط أحد المتبائعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و (قال) زفر لايجوز البيع بهذا لشرط لان خلاف مايقتضيه العقد فان خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقد فاشتراطه لغير العاقد خلاف مقتضي العقد فيكون مفسداً للعقد ولان هذا يتعلق بانفساخ العقد وابرامه بفعل الغير والبيع لايحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فان ذلك لايثبت لغير العاقد فكذلك هذا وحجتنا فى ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه منه لانه يجعل الغير نائبا عنه فى التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك الا بعد ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لان جواز اشتراط الخيار للحاجة الى دفع الغبن وقد يشترى الانسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج الى شرط الخيار لمن يكون مهتديا

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فلاحاجة الى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه. قال (واذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشترى فلا ضمان على المشترى فقد بطل البيع) لفوات القبض المستحق بالعقد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشترى فجاء به المشترى ليرده فقال البائع ليس هو الذى بعتك فالقول قول المشترى فيه لانه ينفرد بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض فى المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما فى الغاصب وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشترى ليس هذا الذى بعتنى فالقول قول المشترى مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه بمنزلة ابتداء التمليك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التمليك له في هذه العين والمشترى منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا* يوضحه ان البائع لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما فى يده وقوله فى تعيين المبيع ليس بحجة على المشترى فى ايجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن كحال المشترى اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض فى أنه لا يقبل قوله فى تعيين المبيع وبدون التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض. قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم آن زمن الخيار رد المبيع بمحضر من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشترى في التصرف بحكم الخيار وكذلك لو كان المشترى هو الذى رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه لنفسه *وان قال المشترى قد أجزته ،وقال الذى له الخيار قد رددته فان سبق أحدهما فان تصرف السابق منهما أولى اذا كان رداً كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد والمنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولي لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا اجتمعا يقدم نكاح الحرة *وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله* فقال قد أوجبت البيع *وقال الذى له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار فى بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * وفقه هذا الكلام ان الحاجة الي الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك ينعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولكن الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفاسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرع الخيار لاجله فكان تصرفه أولى . قال (واذا كان الخيار للبائع أو للمشترى فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشترى قبل أن يقبضه البائع فعلي المشترى الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد واذا بطل الفسخ عاد الى ملك المشترى وهو في يده هلك فيهلك مضمونا عليه بالثمن اذا كان الخيار للمشترى واذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشترى يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشترى لايكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بجهة العقد فصار كالمقبوض علي سوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز فينفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لايجوز فيه عقد عتق المشترى ولاشئ من عقوده * أما اذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد على ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشترى وكذلك اذا كان الخيار للمشترى لانه بفسخ المشترى يعود العبد الى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد الى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى برأس ماله ولم يعلم ماهو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده اذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقمه فهو فاسد فان أخبره برقمه فهو بالخيار ليكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه رابحاً أو خاسراً في حقه اذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم رآه كذلك ههنا . قال (وان استهلكه المشترى قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن

تصحيح العقد فيه باعدام رأس ماله لانعدام المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل . قال (واذا كان البائع والمشترى جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذى أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفى للمنع من انبرام العقد . قال (وقد بينا أنه اذا اشترى عبداً على انه ان لم ينقد الثمن الي ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز) استحسانا فرع عليه * وقال فان أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لان هذا فى معنى اشتراط خيار المشترى لنفسه وخيار المشترى لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبي حنيفة رضى الله عنه خيار المشترى يمنع دخوله فى ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه فاذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن فى آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفى البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده فى الحكم سواء . قال (وان كان المشترى اثنين وهما بالخيار فاختار أحدهما رده والآخر امساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) فى قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالي له ذلك * وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده * وعندهما له ذلك وكذلك اذا اشتريا شيئا فوجد أحدهما به عيبا فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهما يقولان الراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعده الآخر عليه كما لو كان العقد في صفقتين * وتحقيقه ان الرد يلاقى ملك المشترى والمبيع فى ملك المشتريين متفرق فصار نصيب كل واحد منهما كمعقد علي حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقى ملك البائع والقبض يلاقى يد البائع وهو مجتمع فى ملكه ويده فلا يكون لاحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقى ملك المشترى ولو كان البائع اثنين والمشترى واحداً لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقى ملك المشترى وملك المشترى مجتمع لأنه واحد وان كان البائع اثنين

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متخيراً مستبداً بالتصرف فيما يرجع الي دفع الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ اذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده وربما يكون فى الاجازة لاحدهما ضرر وللآخر نظر فكما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة* يوضحه أن الراد منهما ماثبت له الخيار الا فى نصفه ولو اشترى العبد كله على انه بالخيار فى نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار* فاذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا فى نصفه فهو أولى *وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره * وبيان الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فاذا رد أحدهما النصف فانما يرد النصف معيبا بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبعيض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به والرجوع في معرفة العيب الى العرف فالاشقاص فى العادة لا يشترى بمثل ما يشترى به فى الاشخاص* فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبعيض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلا ثم نقد أحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضيا بعيب التبعيض لملك ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضيا بعيب التبعيض فانما يرضى به فى ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به فى ملك نفسه * الا ترى ان المشترى لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيبا لا يردها لانها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع علي تزويجها وذلك أقوي من الرضي بتصرفه ولكن انما يرضى به في ملك الغير لا فى ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانه وان حدث فى يد البائع فانما حدث بفعل المشترى والمشترى اذا عيب المعقود عليه فى يد البائع لم يكن له أن يرده بحكم خياره الا أن هذا العيب بعرض الزوال بأن يساعده فى الرد على الرد واذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالا ان فى امتناع الرد ضرراً علي الراد لان هذا ضرر يلحقه بعجزه عن ايجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

والراد لايتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشتري ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشتري لانه يرجع بحصة العيب من الثمن فلهذا كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كما لو شرط الخيار في نصفه فالبائع هناك رضي بعيب التبعيض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ وهنا مارضي بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في النصف بمقتضي قوله وملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير مالو أوجب البيع في النصف صح قبول المشتري في ذلك النصف واذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما في النصف . قال (وان اشترى شيئا على أنه بالخيار الى الغد أو الى الليل أو الى الظهر فله الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له الخيار الى طلوع الفجر أو الى أن تغيب الشمس أو الى أن تزول الشمس ولا تدخل الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلا بالبعض كما في المساحات والأوقات وهي مسئلتنا فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال ليكون حداً فلهذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد ذكرا حتى اذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة الى ثلاث تطلق ثلاثا واذا قال لفلان على من درهم الى عشرة يلزمه عشرة فاما الاوقات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) ومن حيث الاحكام اذا باع بثمن مؤجل الى رمضان أو أجر داره الى رمضان أو حلف لا يكلم فلانا الى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضأ فادار الماء على مرافقه وبه يتبين ان الى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه الا عند قيام الدليل عليه ولابي حنيفة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البدل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري والملك الثابت له بيقين لا يزال بالشك واذا كانت الغاية تدخل في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بالشرط وهو سقوط

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ماعلق به وفى موضع الغاية شك وعليه تخريج المسائل لابى حنيفة فان في وقوع التطليقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفى الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة علي ملكه الا اذا ثبت الحق فيه لغيره وبالشك لايثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة وفي اليمين اباحة الكلام أصل فلاتثبت الحرمة والمنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا يشغلها بالشك فى موضع الغاية والحرف (الآخر) أن في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لاتدخل الغاية كما فى الصوم لو * قال ثم أتموا الصيام الى الليل اقتضى صوم ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الي موضع الغاية وفى كل موضع ذكر الغاية لاخراج ماوراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) لان مطلق الايدى فى الطهارة يتناول الجارحة الي الآباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق الأيدى في التيمم الايدى الى الآباط فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقي موضع الغاية داخلاهنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبداً ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفى مسئلة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لان الاجل للترفية فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترفية * وكذلك في الاجارة فانها عقد تمليك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار المعقود عليه وذلك لمد الحكم الى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة * وقد روى الحسن عن أبي حنيفة ان فى اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية . قال (واذا اشترى شيئا لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الآمر وهو غائب لم يصدق علي ذلك) لان البيع غير لازم للخيار المشروط للآمر والبائع يدعى لزومه ولو ادعي أصل البيع لم يصدق على ذلك الا بحجة * فكذلك اذا ادعى صفة اللزوم ولا يمين على المشترى فى ذلك لانه لا يدعي عليه الرضا وانما يدعيه على الآمر فلو استحلف المشترى على ذلك كان بطريق النيابة عن الآمر ولا نيابة فى اليمين ولانه لا يمين له فى هذه الدعوى على الآمر لو كان حاضراً فاذا لم يتوجه اليمين على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم يتوجه اليمين على الآمر لانه لا خصومة بين

البائع والآمر فان العقد لم يجر بينهما والاستحلاف ينبني على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الآمر يمين لم يكن للوكيل أن يرده حتى يحضر الآمر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يرده حتي يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يرده بغير يمين لان اشتراط الخيار للآمر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد فعرفنا ان بهذه الدعوى لا يتوجه اليمين على أحد واذا أقام البائع البينة ان الآمر قد رضى فالبيع لازم للآمر لانه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت معاينة والوكيل خصم في اثبات ذلك عليه لانه نائب عن الموكل والاثبات بالبينة على الثابت صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه * ألا ترى انه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما في اثبات الرضي عليه فكذلك اذا شرطه للآمر وان لم يقم البينة وصدقه المشترى فيه * وقال الآمر في الثلث بحضرة البائع قد أبطلت لزم البيع المشتري لان اقرار المشترى حجة عليه دون الآمر وقد أقر بلزوم العقد برضا الآمر فيجعل ما أقر به في حقه كالثابت بالبينة فلا يتمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الآمر كالمعدوم فاذا (قال) في الايام الثلاثة بمحضر من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاءه فلا تمكن التهمة في اقراره بخلاف ما اذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه أقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضى الايام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من الفسخ في المدة * يوضحه ان اقرار الوكيل برضا الآمر بمنزلة مباشرته للعقد في الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشترى بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الآمر فكذلك اذا أقر برضا الآمر بعد ما شرط الخيار * قال (واذا اشترى عدلا على انه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فأن أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى ان البدل الذى من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكيل والموزون والعروض والحيوان * وما يضره التبعيض وما لا يضره في ذلك سواء لان في تفريق الصفقة قبل التمام ضرراً فان من عادة الناس ضم الجيد الى الرديء لترويج الرديء بثمن الجيد والمشروط له الخيار

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه . قال (ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيهما شاء ويرد الآخر جاز العقد) عندنا استحسانا وكذلك هذا فى ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد و(قال) زفر رحمه الله مازاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس فى الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهى متفاوتة فى نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد * ألا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنا كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضى الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم خياره يستبد بالتعيين والجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما اذا اشترى قفيزاً من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التى تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذى يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل فى الثلاث وما دونه ولا يتحمل فى الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتباراً للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة * فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله الى السوق ولا يرضى البائع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط وردئ فاذا حمل الثلاثة الى أهله تم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطلق ذلك فى غير هذا الموضع من الكتب . قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ويرد الباقى وهو فيه أمين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه) وهذا لانه حين أشرف على الهلاك فقد ثبت فى يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون هالكا على ملكه فاذا تعين البيع فى الهالك كان هو أمينا فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

أمانة لانه ماقبض الآخر للشراء فاذا تعيين البيع فى أحدهما تعيين البيع فى الهالك كان أميناً فى الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة وفرق بين هذا وبين مااذا طلق احدى امرأتيه أوأعتق أحدعبديه ثم مات أحدهما تعين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا تتعين الهالكة للبيع (قال) على القمى لافرق بين المسئلتين في الحاصل لان فى الفصلين مايهلك على ملكه أما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة علي ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ماذكرنا ووجه الفرق أن الثوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلاللرد لانه عجز عن رد مااشترى كما اشترى فيتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة فأما فى الطلاق والعتاق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف مااذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقى لان العقد يتناولهما جميعا ٭ألا ترى أنه يملك ٭العقد فيهما فبعد ماتعذرعليه رد أحدهما لايتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول أحدهما ٭ألا ترى انه لا يملك اتمام العقد فيهمافبعد ماهلك احدهما وتعيب كان له رد الباقى . قال(وان هلكا معاً فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا أو مختلفا)لان أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك فى يده والآخر أمانة وليس أحدهما لتعينه مبيعا بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعدالهلاك لا يتحقق تعين البيع فى احدهما فللمعارضة قلنا فيستبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أمينا فى نصف كل واحد منهما مشتريا نصف كل واحد منهماولان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحدمنهما . قال(وان كانا قائمين باعيانهما وأرادردهما فله ذلك لانه أمين في احدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخرمشترى قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه وكان فى الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال(واذا اشترى جاريتين احداهما بالف والأخرى بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاءويرد الأخرى فاعتقهما فى كلمة واحدة فانه يخير فايتهما اختار وقع العتق عليهاويرد الأخرى)لان عتقه نفذ فى احديهما وهى المشتراة

منهمافان اعتاق المشتري في المشتراة بشرط الخيارله صحيح فيسقط الخيار فيها والاخري كانت أمانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احديهما بغير عينها. قال (ولو لم يعتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدرى أيهما أول فقال المشترى حدث العيب بالتى قيمتها خمسمائة أولا فالقول قوله) لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم أن البيع تعين فيها بأن تعينت فى يده أولا وجب قبوله فى ذلك ويرد الأخرى ونصف قيمة عينها فى القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعينتا فقدفات جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل واحد منهما يتردد بين الضمان والامانة فللتردد كان نصف مافات من كل واحد منهمافى ضمان المشترى وقوله في تعين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب فى الاخرى غير مقبول فلهذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيين الأمانة فى يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض مالزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما ألا ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقدوجب عليه كمال ثمن احديهماوهي التي عينهاللمبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الأخرى. قال (وان حدث العيب بهما معا ردأيتهماشاء وأمسك الاخري بخلاف ما اذا هلكتا)لان الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين البيع فيه أيضا فلهذا يبقى خياره بعد ما تعينتا معا اذ ليست احداهما بتعيين البيع فيهـا بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلهذا لا يتمكن من ردهما واذا رد احديهما فى القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما فى الفصل الاول. قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمعدوم فكأنه ماتعيب الا احداهما الآن وذلك موجب تعيين البيع لعجزه عن ردها كما قبضها. وكذلك لو ماتت احداهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الأول

صار كالمعدوم ولو ماتت احداهما فى يده أو جنى عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشترى لم يعتق لان باختيار المشترى تعين البيع فيها فانما أعتق البائع مالا يملكه وان أعتقهما جميعا عتقت التى ترد عليه منهما لان عتقه نفذ فى احديهما فان احديهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيهاخيار فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى أمانة وهى باقية علي ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعتاقه لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غيرمتمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري اختر أيتهما شئت فاذا اختار احديهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها . قال (وان اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ فى احديهما) لان احديهما ما كانت مملوكة له حين أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا نفذ عتقه في احديهما بغير عينها كان البيان فيه الى البائع . قال (ولو لم يعتق واحد من المولين شيئا منهماولكن المشترى وطأهما لجبلتا ثم مات قبل أن يبين أيتهما اختار فان عرفت الموطؤة أولا فهى أم ولده) لان إقدامه على وطئهاتعيين للبيع فيها واسقاط للخيار فان الوطء لا يحل الا فى الملك فاقدامه عليه دليل تقريره الملك فيها * ألا ترى ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم انه لما خير بريرة رضى الله تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا لخيارها واذا تعين بيعه فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولد له ويرد الاخرى وولدها علي البائع ولا يثبت نسبه من المشترى لانه ليس له في الأخرى ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها * وهذا لان الحد قد سقط بالشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو عقر فاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم أيتهما وطئت أولا فالقول قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو بين الموطوءة أولا منهما وجب قبول بيانه * فكذلك بيان ورثته بعده وهذا . لان ثمن الموطوءة أولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله فى بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشترى نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها لانه ليست احداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقر احديهما بالوطء وليست احداهما بذلك بأولي من الأخرى فلزمه نصف عقد كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للبائع لان المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احداهما بذلك بأولى من الاخرى

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للبائع لان حكم أمية الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما ٭ وكذلك يعتق أحد الولدين على المشترى وليس احدهما بذلك بأولى من الآخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته للبائع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشترى منهما مجهول وانما يثبت فى المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت فى المجهول . قال (واذا وطئها المشترى والبائع جميعا فادعى هو والمشترى ولديهما جميعا فالقو قول المشترى في التى وطئها أولا وهى أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان للمشترى دون البائع فالمصير الى قوله بالتعيين أولى من المصير الى قول البائع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطئها وهى مملوكة للبائع والاخرى وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه وعلي البائع عقر أم ولد المشترى لاقراره بأنه وطئها وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيجعل العقر بالعقر قصاصا ويترادان الفضل ان كان فيه فضل وان مات البائع والمشترى قبل البيان فالقول قول ورثة المشترى لانهم قائمون مقامه ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت نسب واحد من الولدين لا من البائع ولا من المشترى لان الثابت نسبه من كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما أحرار لان كل واحدة منهما أم ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشترى نصف ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوى فان كل واحد من الثمنين يلزمه فى حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة فى القبض والرد ولا الجاريتين والولدين بين البائع والمشترى لان كل واحدة عتقت منهما جميعاً . قال (واذا اختلف البائع والمشترى فى اشتراط الخيار فالقول قول الذى ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطا زائداً والآخر ينكر . فالقول قول المنكر كما فى دعوى الاجل وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق عليه واختلافهما في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما فى أصل الخيار ف

الفصل الاول وان اختلفا في مضيه . فالقول قول الذى ينكر مضيه لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما فى الأجل ولان البيع حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات والذى يدعى مضى الخيار يسند البيع الى ماقبل هذه الساعة بثلاثة أيام فلا يصدق فى ذلك الا بحجة واذا لم يصدق فانما يظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضى مدة الخيار الا بمضى أيامها. قال (ولو كان المبيع داراً وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البائع. قال (واذا كان الخيار للمشترى فللشفيع فيها الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشترى * ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان . وقال المشترى ما اشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان المشترى قد صار أحق بها ملكا أو تصرفا فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر . قال (واذا قال الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضيتها فهى لك بالف درهم . أو قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جائز) على ما اشترطا استحسانا وفى القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله * وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو . قال ان تكلمت فهى لك بكذا * ووجه الاستحسان انهما أتيا بمعنى شرط الخيار يوما والمعتبر والمقصود هو المعنى فكأنه قال بعت منك على أنك بالخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتأخير طريق في الشرع فكأنه قال هى لك بألف فان رضيتها اليوم والا فردها على . قال (واذا كان المشترى بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره ثلاثة أيام) لأنه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى يستخدمه فى المدة فينظر أيوافقه أولا . وكذلك ان ركب الدابة ينظر الى سيرها أو لبس القميص ينظر الى قده عليه فهو على خياره لأنه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولاجله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب والسير وفى الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانيا فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم

باللبس الاول فالثانى يكون اختياراً . وكذلك ان سافر علي الدابة فقد رضيها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا فى الملك عادة فان الانسان لايسافر بدابة الغير عادة من غير كراء . وكذلك اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فاذا كان ساكنا فى الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لايسقط خياره فان انتقل اليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لايكون ذلك اختياراً عادة بل يكون رضا بتقرر الملك. قال(واذا قبل جارية بشهوة ونظر الي فرجها بشوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه دليل الرضي فتقرر ملكه فيها بمنزلة الغشيان. قال (وان كانت الجارية هى التى نظرت الى فرجه أو قبلته أومسته بشهوة فأقر المشترى أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضا وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا فى الرجعة وهذا قول أبى يوسف وقاسه علي قول أبى حنيفة رحمهما الله يعنى في الرجعة وأما فى قول محمد فلا يكون ماصنعت الجارية بالمشترى رضي منه لانه لم يصنع شيئا والخيار من المشترى انما يسقط باعتبار صنع أو بوجد دليل الرضا منه وصنعها به لايكون دليل الرضا من المشترى بها وانما هو دليل رضا بكون المشترى مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوا منها وليس هذا نظير مالو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشترى هناك بعجزه عن ردها كما قبضها لالفعلها* ألا ترى أنها وان تعيبت من غير فعل أحد سقط خياره أيضا* وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطء فانه لو كان نائما فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها. فكذلك دواعى الوطء* ألا ترى ان فى حرمة المصاهرة يسوى بين الوطء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لايحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها* فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمى لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت فى يده بفعله أو بغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهى حلال للأب وبعد هذا الفعل يردها وهى حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به فى حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا فى الخيار أقبح

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشترى والجارية فى حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذى قررنا وانما يسقط اقرار المشترى انهافعلت ذلك من شهوة لان قول الامة غير مقبول فى اسقاط خياره واقرار المشترى بذلك حجة عليه * ألا ترى أن فى حرمة أمها وابنتها عليه يعتبر اقرار المشترى بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى أنها ان اختلست ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكنها من ذلك حينئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكنها من تقبيله أو مسه بشهوة . قال (واذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للآمر بأمره . فقال البائع يعنى الوكيل قد رضى الآمر . وقال الآمر مارضيت فالقول قول الآمر مع يمينه أنه مارضي لانه فى أصل التوكيل استثنى الرضا حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ بيعه فعند ذلك الوكيل يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والآمر ينكر . فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر أصل الأمر بالبيع . قال (وان اختلف الآمر والمشترى في الخادم وقد فسخ الآمر العقد بخياره فقال الآمر ليست هذه بخادمى . وقال المشترى هى الخادم التى اشتريت منك . فالقول قول المشترى) لان الآمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه فى يد المشترى والقول في تعيين الملك قول ذى اليد أمينا كان أو ضامنا كالغاصب . قال (واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار أن يختار فى الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) فى قول أبى حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز ان اختار بعد الثلاث و (قال) زفر لا يجوز وان اختاره فى الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبى حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأبيد * ألا ترى أن ما لا يتوقت من الخيار كخيار العيب فانه يثبت على التأبيد ثم الاسقاط انما يعمل فى المستقبل دون الماضي فاذا سقط قبل مضى الايام الثلاثة عمل اسقاطه فى المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده . واذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع فا مضي كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن . وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ما مضي غير معلوم فى نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلى قول زفر العقد متى فسد لا طريق لتصحيحه الا الاستقبال ومشايخنا رحمهم الله تعالى مختلفون فى الحكم فى هذا العقد فى

الابتداء، فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار* والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم فى الحال لان تأثيرالخيارفى المنع من انبرام العقد لافى افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصورالا بمدمضى الايام الثلاثة ما لم يتقرر عليه الفساد لايتعين عليه صفةالفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره فى الايام الثلاثة أو أعتقه أو مات في يده أو تعيب فى انه يسقط خياره فى المستقبل باعتراض هذه المعانى ويجب عليه الثمن المسمى.. ذكره الكرخى فى جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع. قال(واذا اشترى عبدين أحدهما بألف والآخر بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات فقال البائع مات الذى بألف درهم قبل. وقال المشتري لا بل مات الذي بخمسمائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما علي ماقال ويحلف المشترى ما يعلم انه مات الذى بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسمائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك. فقال القول قول المشترى الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد *وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى علي صاحبه العقد فى مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه كما لو. قال بعت منك هذا العبد بألف. وقال المشترى انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسمائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما فى هذا الفصل مدع ومنكر حقيقه فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما على العلم لانه استحلاف علي ماليس من صنعه وهو الموت أولا فاذا حلفا فقد انتفا دعوى كل واحد منهما بيمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع فى احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معاً فيتسع حكم البيع والامانة فيهما *ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف فى مقدار ماوجب للبائع على المشترى من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فعليه أن يقيم البينة على ذلك والمشترى منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا على أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين فى الثمن بعد هلاك السلعة لان هناك كل واحد منهما يدعى عقدا آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين علي ما بينا وهنا هما صادقان علي العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

الثمن المسمى فالقول قوله لانكاره الزيادة وان قامت لهما بينة لزمه ألف درهم لان بينة البائع تثبت الزيادة . وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا فى الذي أصابه العيب أولا وأقاما البينة فالبينة بينة البائع لاثبات الزيادة فى حقه قبل المشترى . قال (واذا اشترى عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشترى فالبائع بالخيار ان شاء ألزمه البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشترى وذلك لا ينافى خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ العبد يخير في نصف القيمة بين أن يرجع به على الجانى أو على المشترى لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصلت على ملكه ولكن فى ضمان المشترى بالقبض فيكون له الخيار فى التضمين كالعبد المغصوب اذا قطعت يده عند الغاصب فاذا اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشترى لان القاطع ضمن بجنايته وان اختار اتباع المشترى فللمشترى أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه كالغاصب وان كان البائع هو الذى قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع بعد ذلك لان اليد من الآدمى نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفى الاسترداد بحكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع فى النصف بالاسترداد يكون فسخا فى الكل فلهذا لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك . قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تعيبت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور أوغير ذلك لان وطأه إياها دليل الرضا ووطء الغير اياها بالفجور تعييب لها * وقد بينا ان حدوث العيب فى ضمان المشترى مسقط لخياره المستوفي بالحكم فى حكم جزء من آخر العين لان المستوفى بالوطء مايملك بالنكاح والمملوك بالنكاح فى حكم العين ولهذا يثبت مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفي هو أو غيره . قال (مسلم اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشترى فى الثلاثة والعياذ بالله فله أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئا) لان مشيئته لا تنقطع بردته ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد فى ملكه فرده بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما . وعند أبى حنيفة خياره يمنع دخول العبد فى ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئا وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

أصحابنا رحمهم الله ان البدل الذى من جانب المشروط له الخيار لايخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال فى قول مثل هذا وفى قول يخرج ويدخل فى ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذا الخيار لا ينا فى ذلك كخيار العيب . وفي قول آخر يقول انه اذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار مايقع بعد ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب *ووجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لايكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط. فما لم يوجد الشرط لايثبت الحكم به وعند وجود الشرط لايتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى مايقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمتعلق بسقوط الخيار وانما تثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشترى أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد فى الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم فى الأصل يثبت فى الزوائد وأما البدل الذى من جانب الآخر على قول أبي حنيفة رضى الله عنه يخرج فى ملكه ولا يدخل فى ملك المشروط له الخيار وعندهما يدخل فى ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من لاخيار له فيتوفر على البدل الذى فى جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما الي ملك الآخر ولهذا خرج من ملكه ولو لم يدخل فى ملك صاحبه بقى مملوكا بلا مالك وذلك لايجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير *والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشترى فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير مالكا لها لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البدل الذى من جانبه عن ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط. فكذلك الآخر لمعنيين (أحدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج المعوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها بمحل النقل وذلك لايجوز و(الثانى) انه لو دخل فى ملكه من غير أن يخرج

البدل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به بغير عوض واذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالحاصل انهما بينا مذهبهما على اعتبار حال البدل وأبو حنيفة رضي الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذى شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لافي البدل الذى من جانبه ولافى البدل الذى من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولي لما قررنا ووجوب الشفعة للمشترى بها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون اذا بيعت دار بجنب داره يجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشترى نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط منه لخياره * ويتفرع على الأصل الذى بينا مسائل . منها أن من اشترى قريبه على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبى حنيفة رضى الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال ان ملكت هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط يصير كالمنشىء للعتق فاذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلهذا يعتق عندهم جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة ولو وطئها في المدة كان الوطء بحكم النكاح ولا يمنعه من ردها بخياره . وعندهما يفسد النكاح ولو وطئها فى المدة لم يكن له أن يردها بحكم خياره . ومنها أن المسلم اذا اشترى عصيرا على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ماتخمر . وذلك لا يجوز وقيل فى هذا الموضع تتغير العين من صفة الى صفة فى ضمان المشترى فينبغى أن يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمى اشترى من ذمى خمرا على ان المشترى بالخيار وقبضها ثم أسلم . فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردها بعد اسلامه . وعند أبى حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع تملكها عند اسقاط الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز . ومنها ان من اشترى جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند أبى حنيفة رضى الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضت عند المشتري في مدة الخيار ثم أسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجتزى بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجتزى بها ومنها العبد المأذون اذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع من الثمن ثم أراد رده بخياره فله ذلك عند أبي حنيفة لانه لم يكن مالكا له فهو بالرد يمتنع من تملكه. وعندهما كان مالكا فلو رده بعد ما أبرأه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون لا يملك ذلك. قال (نصراني اشتري من نصراني خمراً فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع أو المشتري فلا بيع بينهما) استحسانا وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحا لان المشتري ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها * ألا ترى انه لو كانت خمراً مغصوبة له في يد غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث انه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد يوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكما. فكذلك الطارئ من اسلام أحدهما يجعل كالموجود عند العقد. وكذلك السلم في الخمر يمين اذا أسلم نصراني الى نصراني في خمر يجوز فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو علي هذا القياس والاستحسان وعن أبي يوسف انه (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد في أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما في بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المغصوب. قال (وان كان المشترى قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلما أو أسلم أحدهما فالبيع ماض والثمن عليه) لان حكم العقد ينتهي في الحرام بالقبض والاسلام الطارئ لا يؤثر في المنع من قبض الثمن * يقرره أن الاسلام اذا طرأ فانه يلاقي الحرمة القائمة بالرد والماضية بالعفو كنزول آية الربا على ما نص الله تعالي عليه بقوله (وذروا ما بقي من الربا) أي ما بقي غير مقبوض فعرفنا أن الاسلام المحرم اذا طرأ لا يتعرض للمقبوض. قال (واذا اشترى الرجل عبدين بألف درهم علي ان أحدهما له لازم وهو في الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذي لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز. وكذلك ان سمى لكل واحد منهما ثمنا فان لم

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضاً لما قلنا وان بين ذلك فحينئذ يجوز لان الذى لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكأن العقد كان فى صفقتين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه فى صفقة واحدة على انه بالخيار فيه والآخر فى صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذى لزمه العقد فيه معيباً وقبضهما وماتا فى يده فهو ضامن لقيمتهما لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب

باب الخيار بغير الشرط

﴿ قال ﴾ رحمه الله واذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا فى زق أو حنطة فى جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا رآه عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشترى فالعقد باطل قولا واحداً وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج فى ذلك بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره وبنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئيا للمشتري لاجماعنا على ان المشترى اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقا للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره *يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية فى افساد العقد كبيع الآبق فان المالية فى الآبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل اليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية فى المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين فى البطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعنى المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

اذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحجتنا فى ذلك ما روى فى المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه والهاء فى قوله لم يره كناية فينصرف الى المكنى السابق وهو الشئ المشترى والمراد خيار لا يثبت الا بعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه باثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصرى وسلمة بن المحبر رحمهم الله تعالى مرسلا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه ان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف انه مشار الى عينه فان الخلاف فى جارية قائمة بين يديه مبيعة فلاشك ان عينها معلومة بالاشارة اليها. وكذلك ان أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق الى معرفة ذلك الأخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد اخبرته وهذا لان خبر الواحد فى المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئا مملوكا لانسان ثم رآه فى يد غيره يبيعه ويزعم انه اشتراه من الاول أو انه وكله ببيعه جاز له ان يشترى منه بناء علي خبره فاما نفى تقدم رؤيه وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبني على ذلك لان الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيرا من فوات بعض الاوصاف بان كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل لبعض الاوصاف * ألا ترى ان عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه فى بعض المواضع لا يمنع العقد وهو انه اذا باع قفيزا من الصبرة فان عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل ان تأثير العدم فوق تأثير الجهل * يوضحه ان الجهالة انما تفسد العقد اذا كانت تفضى الى المنازعة كما فى شاة من القطيع فاما اذا لم تفض الى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الاوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضى الى المنازعة بعدما صار معلوم العين وانما تأثير هذه الجهالة فى انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك فى العيب الا ان هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فاذ أسقطه تم الرضا فى العيب والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

للاسقاط. فاذا أسقطه تم الرضاء به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤيه فلهذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية * والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو . قال زوجتك احدي ابنتي أوزوجتك احدى أمتي لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة العين الا ان فى النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضا ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لعلة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من ان ماهو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزا أو بيضا أو اشترى قفاعا فى كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب فى قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه فى قشر واحد وفي الوجهين المقصود ,هو اللب دونالقشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة الوصف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الاوصاف فى باب السلم فان الدين وصف فى الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الآبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لالعدم المالية ولهذا جوزنا هبته من ابنه الصغير . وبيعه ممن فى يده . وبيع الجنين فى البطن انما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فانه فى البطن جزء من أجزاء الام * ألا ترى انه لا يحتمل التزويج مقصودا . فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهى عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس فى ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه (قال) يارسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه (فقال) صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك والنهى عن بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان . (أحدهما) البائع اذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئا فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز عندنا . وكان أبو حنيفة رضى الله عنه أولا يقول له الخيار ثم رجع و (قال) لاخيار له و (قال) الشافعى لا يجوز بيعه قولا واحداً والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضاً كانت له بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت (فقال)

الخيار لى لانى اشتريت مالم أره فذكر ذلك لعثمان رضي الله تعالى عنه فقال لى الخيار لانى بعت مالم أره فحكما جبير بن مطعم رضى الله تعالى عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضى الله تعالى عنه فقد اتفقوا على جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل فى ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل فى ملكه الثمن وهو طريق اعلامه التسمية دون الرؤية . فاما اذا كان البائع قد رأى المعقود عليه ولم يره المشترى فهو على الخلاف الذى قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشترى أن يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم ومالم يتم الرضا به لايكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التى هى مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذى اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفائت وذلك يحتمل الاسقاط فلهذا صح الابراء قبل رؤية العيب * يوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشترى عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له فى الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ماهو المقصود وذلك فى بنى آدم برؤية الوجه وفى الدواب برؤية وجهها وكفلها ومؤخرها فيما يروى عن أبي يوسف وفى الغنم يحتاج مع ذلك الى الجنس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك أيضاً لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره ما لم يرض بعد العلم بما هو المقصود صريحاً أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت. لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشترى فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا فى معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال . بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفائت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفائت من الثمن ولهذا لو تعذر

الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط . ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث .. لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط . قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقى منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على رؤية البعض واذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد . فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى فى ذلك ماقبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض لتمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة . قال (ولو تعذر رد البعض الهالك فى يد المشترى قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقى) لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له أن يفرق الصفقة فى الرد قبل التمام فمن ضرورة تعذر الرد فى الهالك تعذر الرد فيما بقى الا فى رواية عن أبى يوسف (قال) له أن يرد مابقى لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فبهلاك البعض أولى أن لا يسقط خياره فيما بقى ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للاضرار بالبائع فيرد عليه قصده . وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد مابقى وكذلك كل حيوان أو عرض . فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة مابقى منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فرؤية جزء منه يكفى لاسقاط الخيار فيه ومالا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان مالم يره مثل ماراه أو أجود مما رآى . فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التى رآى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا . فقال المشترى قد تغير و . قال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشترى البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب فى المشترى ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله . قال (واذا رأى متاعا مطويا ولم يقسه ولم ينشره ، فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان فى الثوب الواحد يستدل

بروئية طرف منه علي مابقي فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذلك غير معتبر ولان روئية كل جزء منه يتعذر . قالوا وهذا اذا لم يكن في طي الثوب ما هو المقصود فان كان في طي الثوب ماهو مقصود كالعلم لم يسقط خياره مالم يرذلك الموضع يعني موضع العلم لان المالية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر الي وجه الآدمي فانه وان رأى سائر المواضع من جسده لا يسقط خياره مالم ير وجهه . قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له الا أن يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه وان ادعي المشتري التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لانكاره وعلى المشتري البينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة فاما اذا تطاولت المدة فالقول قول المشتري . أرأيت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغير أكان يصدق علي ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر يشهد فيه للمشتري فالقول قوله . قال (واذا اشترى شيئا ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار اذا رآه وروئية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعقود عليه ليتم رضاه وذلك لا يحصل بروئية الرسول فاكثر مافيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض بنفسه قبل الروئية كان بالخيار اذا رآه فكذلك اذا أرسل رسولا فقبضه له فاما اذا وكل وكيلا بقبضه فرآه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له لخيار اذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء وكل واحد منهما مأمور باحراز العين والحمل اليه والنقل الى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط بروئية الرسول . فكذلك بروئية الوكيل وكيف يسقط خياره بروئيته وهو لو أسقط الخيار نصا لم يصح ذلك منه لانه لم يوكله به . فكذلك اذا قبض بعد الروئية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط بقبض الوكيل ورضاه به . فكذلك خيار الروئية وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول التوكيل بمطلق القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان اتمامه وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الروئية فيضمن التوكيل بالقبض أنابة الوكيل مناب نفسه في الروئية المسقطة لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فأما اتمام ما أرسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض والتسليم شئ والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالي أثبت صفة الرسالة لنبيه صلى الله عليه وسلم ونفى الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

فان بقاءه لايمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المعيب خاصة * يوضحه ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فأما خيار الشرط فقد منعه بعض أصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما أنا نجعل فى الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الرؤية سقط به خياره . فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه فى اسقاط حصة الذى استثناه لنفسه أو يقول سقوط خيار الرؤية من حقوق العقد لان الرؤية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشئ فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والرؤية بل بالتأمل فيه بعد مدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم رؤية الوكيل بالعقد تجعل كرؤية الموكل . فكذلك رؤية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فرضاء الوكيل بالعيب لايكون ملزما الموكل . ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذى استثناه الا مر لنفسه نحو ماذا أمره بأن يشترط له الخيار . فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه . قال (واذا اشترى عدل رطى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقى فلم يرض به لم يكن له أن يرده الا من عيب يجده فيه) لانه تعذر الرد فيما باع وليس له أن يفرق الصفقة فى الرد بخيار الرؤية فاذا عاد الى ملك البائع ماباع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لزوال المانع الا فى رواية على بن الجعد رحمه الله عن أبى يوسف انه يقول خيار الرؤية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الرؤية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بايجابه البيع فى الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية . فكذلك اذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الرؤية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الرؤية

فهو علي خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الرؤية . ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الرؤية . فكذلك اذا باعه على انه بالخيار . وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد مابقي لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام . قال (واذا اشترى عدل زطي بثمن واحد أو كل ثوب بعشرة أو كرحنطة أو خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فعلم به فليس له الا أن يرده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضاء وهذا لانه لا حصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه لا حصة للجزء الفائت من الثمن قبل القبض لانه وصف فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه على البائع . فكذلك اذا فات جزء منه ولان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود عند العقد . فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض . وكذلك لو قبض احدهما دون الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض الجميع كسقوط حق البائع في الحبس لما تعلق بوصول الثمن اليه فما لم يقبض جميع الثمن بقي حقه في الحبس فيستوي في ظاهر الرواية ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يرده خاصة وان وجد بالذي لم يقبض فليس له الا أن يردهما لانه يجعل في حكم ماوجد به العيب كان الآخر بصفته وأما اذا علم بالعيب بعد ماقبضهما فله أن يرد المعيب خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الا على قول زفر فانه يقول يردهما ان شاء لان ضم الجيد الى الرديء عادة ظاهرة في البيع فلو رد الرديء بالعيب خاصة تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يردهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والرؤية ولكنا نقول حق المشترى بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولاجله يتمكن من الرد ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر على العيب فلا يتعدى حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشترى عند صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والرؤية فالمانع من تمام الصفقة هناك

عدم الرضا للجهل بأوصاف المعقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفى رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام فلهذا لا تمكن منه. وأما ما كان من مكيل أو موزون من ضرب واحد فليس له الا أن يرد كله أو يمسك كله لان الكل فى الحكم واحد* ألا ترى أن الكل تسمى باسم واحد وهو الكر فالشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض * يوضحه انه اذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الحنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين اذا ميز عما ليس بمعيب والمشترى لا تمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فاما اذا كان فى وعائيين فوجد ما فى أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير لانه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع والاظهر فى الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعائين فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل. قال (واذا اشترى ثوبين أو عبدين بثمن واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما فالآخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام الرضا من العاقد به وبالاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا فى الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ماافترقا يبقي العقد صحيحا فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمن المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له فى الآخر لانه سالم واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانا في الآخر وان استحق أحدهما قبل القبض فله الخيار فى الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى استحق المقبوض أو لذى لم يقبض فله الخيار في الباقى لما بينا أن تمام الصفقة بقبض جميع مايتناوله العقدفا بقي شيء منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد أو عبد أو شيء مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد مابقى بعيب الشركة فالتجار يعدون الشركة فيما يضره التبعيض عيبا فاحشا. قال (واذا اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجده ناقصا فله أن يترك مابقى) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقى لان هذا لا يضره التبعيض وباستحقاق البعض لا يتعيب مابقى وقد تمت الصفقة بالقبض. قال (ولو اشترى دارا فنظر الى ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردها الا بعيب) عندنا و(قال) زفر له أن يردها

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسعة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج . فاما فى ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها من داخل فالجواب على ما (قال) زفر ومن حقق الخلاف فى المسئلة فحجة زفر هنا الذى ذكرنا الجواب . وحجتنا ان النظر الى كل جزء من أجزائها متعذر فانه يتعذر عليه أو ينظر الى ماتحت السور والى مابين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط رؤية الكل للتعذر أقمنا رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيراً . قال (والأعمى فى كل مااشترى اذا لم يقلب ولم يجس بالخيار) فاذا قلب أوجس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجد به عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الاعمي بيعا كان أو شراء و(قال) الشافعى رحمه الله ان كان بصيرا فعمى . فكذلك الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل فى الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشترى بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فاذا احتاج الأعمى الي مأكول ولا يتمكن من ان يشتري أو يوكل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى فاذا ثبت جواز شرائه (قلنا) ان كان المشترى مما يعرف بالجس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجس كما تعرف بالرؤية فالمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه . وقال رضيت به يسقط خياره ومالا يمكن معرفته كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا . قال قد رضيت سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية فى موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع الغين عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية أتم وعن أبي يوسف رحمه الله (قال) تعاد الى ذلك الموضع فاذا كان بحيث لو كان بصيرا رأى . فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحريك الشفتين من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق فى التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر و(قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبي حنيفة فالوكيل بالقبض عنده يجعل فى الرؤية كالموكل وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله يمس الحيطان والاشجار فاذا . قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى اذا كان زكيا يقف على مقصوده فى ذلك بالمس و(حكى) ان أعمى اشترى أرضا . فقال قيدوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى

انتهي الي موضع منها فقال أموضع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لا تصلح لانها لا تكسوا نفسها فكيف تكسونى فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد ما مسها سقط خياره والله أعلم بالصواب

باب المرابحة

﴿قال﴾ رحمه الله واذا اشترى شيئا بنسيئة فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين انه اشتراه بنسيئة) لان بيع المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وجناية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معاريض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها فى بيع المرابحة ثم الانسان فى العادة يشترى الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشترى بالنقد فاذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالمخبر بأكثر مما اشترى به وذلك جناية فى بيع المرابحة *يوضحه أن المؤجل نقص فى المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالى عن المقابلة حكما فاذا باعه وكتم ذلك فالمشترى بالخيار اذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا لان المشترى انما التزم ربحا بناء على خبره انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرائه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلا من أن يعطيه على ذلك ربحا فلحاجته الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ماشرط البائع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقى منه ولا يرجع فى شيء من الثمن لانه تعذر رده ومجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الرؤية والشرط و(روى) عن محمد انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى فى الكل تحقق الحاجة الى دفع الضرر عن المشترى وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشترى هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقى منه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يرجع فى شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطا وانما كان متعادا كما هو الرسم بين الباعة أن

يودى المشترى الثمن منجما فى كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى فى هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبأن سامحه البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا . ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان . فكذلك اذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة فى بعض الاشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه . قال (واذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشترى بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) و . قال زفر ليس له ذلك مالم يبين لان المشترى لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له على ذلك ربحا ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعى أيضا بناء على مذهبه ان للاوصاف من الثمن حصة وان التعيب بآفة سماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكنا نقول بأن المشترى غير حابس شيئاً من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفائت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البدل اذا فات بغير صنع أحد وانما البدل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرأيت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيراً فان نقصه العيب قدرما لا يتغابن الناس فيه لم يبعه مرابحة . قال (وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه) لان ذلك هدراً وان تعيب بفعل المشترى فليس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون تبعا اذا صار مقصوداً بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع اذا أتلف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل . وكذلك ان عيبه أجنبي بأمر المشترى أو بغير أمره فان فعله بأمر المشترى كفعل المشترى بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه . وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشترى رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشيء من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من غلة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشترى مرابحة على ثمنه لان الغلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان الغلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

من المنفعة. قال(واذا ولدت الجارية أو السائمة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة) لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد وبازائه ما يجبره وهو الولد وفى مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة بغير بيان. فكذا اذا استهلك ما تولد من العين. قال(وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما أصاب فى حكم جزء من عينها. وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهى بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وسيأتى بيانه فى باب العيوب ان شاء الله تعالى. قال(فان كان أنفق عليها ما يساوى ذلك فى علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مرابحة من غير بيان لأن حصول الزيادة باعتبار ما أنفق عليها من ماله والغنم مقابل بالغرم ولان في بيع المرابحة يعتبر عرف التجار ومن عاداتهم اذا انفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المرابحة وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشترى فله أن يبيعها مرابحة ولا يبين وان كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد. قال(واذا اشترى متاعا فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا فانه كذب) وهذا لان عرف التجار معتبر فى بيع المرابحة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة أو معنى فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصارة والخياطة وصف في العين تزداد به المالية والكراء كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة فنقله من مكان الى مكان لا يكون الا بكرى ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون كذبا فانه ما اشتراه بذلك فاذا قال قام على بكذا فهو صادق في ذلك لان الشئ انما يقوم عليه بما يغرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان فى عقود متفرقة ولم يحمل عليه ما أنفق على نفسه فى سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهرا ولان

عما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا على بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولان فى هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فان بقاءهم على هيئتهم لا يكون بدون الانفاق بالمعروف. قال (واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقى مرابحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون اذا كان صنفا واحدا) لانه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوما وبيع المرابحة على ذلك يبنى وان كان مختلفا لا بيع الباقى منه مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا ليبيعه مرابحة عليه. وكذلك الثوب الواحد اذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه انسان أو باعه أووهبه فلا يبيع النصف الباقى مرابحة علي الثمن الاول لان المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تتفاوت أطراف الثوب الواحد اذا ذهب نصفه* ألا ترى انه يشترى ذراع من أحد جانبيه بثمن لا يشترى بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان اذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشتري عدل زطى بألف درهم وان كان أخذ كل ثوب بعشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة فى (قول) أبى حنيفة وأبى يوسف و(قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئا من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لان من عادات التجار ضم الجيد الي الردىء وبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشترى فى شراء الردىء لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع فى بيع الجيد لماله من المقصود فى ترويج الردىء فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لامسك الجيد وباع الردىء مرابحة واذا علم منه المشتري انه كان معه فى العقد أجود منه لم يعطه ربحا في ما سمى فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسن محمد و(قال) لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال. فان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان فى عقدين ومثل هذا العرف الذى اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضا فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويج عليه رديئا بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار العادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة. فكذلك هنا بعد التنصيص علي ثمن كل واحد منهما

لا يعتبر بالعادة . قال (واذا اشترى متاعا بحنطة أو شعير أو شيء مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لان بيع المرابحة تمليك بثمن ما ملك به من ربح ضمه اليه في بيعه فاذا كان الثمن مما له مثل فى جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه . قال (واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهما ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) فى قول أبي حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقل فلا يدخل فيه ماقبله من ربح أو وصية * ألا ترى انه لو كان أصله هبة أو ميراثا أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متجددا فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشترى فى المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد فى المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة فى الشراء الثانى . فكذلك اذا استفاد ربحا قبل الشراء الثانى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما استفاد من الربح انما يؤكد حقه فيه بالشراء الثانى لان قبل شرائه كان حقه فيه بعرض السقوط بان يرد عليه بعيب والمؤكد فى بعض المواضع كالموجب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثانى وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثانى ولان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض * ألا ترى انما انفق فى القصارة والفتل والخياطة يلحق برأس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب زيادة فى الثمن فلان يضم العقود الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فان هذا الى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئا من رأس المال . وكذلك اذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما الى الآخر لان أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فاما اذا اتحد جنس العقود يضم بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ماغرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقى ان شاء وفى هذه المسئلة قد غرم عشرين درهما فى دفعتين وعاد اليه خمسة عشر درهما فيبيعه مرابحته على خمسة . قال (ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة

لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلا) لانه رجع اليه مثل ماغرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال لبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أو بدابة ثم اشتراه بعشرة كان له ن يبيعه مرابحة علي عشرة لان ماعاد اليه ليس من جنس ماغرم فيه فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك فى بيع المرابحة ولان الربح لايظهر مالم يعد اليه رأس ماله واذا كان ماعاد اليه من عين جنس ماغرم فيه لايظهر ربحه فيه فلهذا كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني. واذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعاه مرابحة أووضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثا بخلاف مالو باعه مساومة فان في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشترى والموهوب وملكهما فى العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فان الثمن الثانى مبنى على الاول فى هذه العقود لان التولية تمليك لما ملك والوصيفة بنقصان شئ يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة علي ماملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشترى دون الموهوب فاذا أثبت أن الثمن الثانى مبنى علي الثمن الاول وقد كان الثمن الاول أثلاثا فيقسم الثمن الثانى بينهما كذلك والاصل فى جواز هذه العقود ما روي أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال) له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما (فقال) هو لك بغير شئ (فقال) صلوات الله عليه أما بغير شئ فلا. قال (واذا أنفق علي عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال) لانه ليس فيه عرف ظاهر. وكذلك الشعر والغناء العربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان فى شيء من ذلك عرف ظاهر فى موضع بالحاقه برأس المال كان له أن يلحقه به لان زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والزكاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة فى مالية العين وعلي هذا أجر الطبيب والرابض والبيطار والراعى وجعل الآبق والحجام والخباز لايلحق شئ من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق الغنم الذى يسوقها من بلد الى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولان هذا بمنزلة الكراء فيما له حمل ومؤنة. وكذلك أجرة السمسار فقد جرى العرف بالحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعى ليس نظير أجرة سائق الغنم لان الراعى لايستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعى بل يحفظ الغنم فهو كاجرة البيت الذى تحفظ فيه الغنم. وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق الغنم لان الأباق نادر وفى الحاق شئ برأس المال العرف الظاهر

وذلك لا يوجد في النادر. قال (واذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول منه شيأ من الثمن فانه يحط ذلك من المشترى الآخر وحصته من الربح ولو كان ولاية حط ذلك) عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب وأصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو هبة مبتدأة لاتتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أو من أجنبي آخر. وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقي عقد على ما في حق الشفيع والمولى. وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة. وحجتهما في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشترى بالعقد الأول فيبقى ملكه ما بقي ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضا اذ يلتزم العوض عن ملك نفسه. وذلك لا يجوز كالمودع يشترى الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيأ من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة في وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال أو كانت جارية فاعتقها المشترى أو دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن. وكذلك في الصداق الزيادة لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فاذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لأن الثمن كله اذا صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمنا الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) أى من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما تأكد بالتسمية في أصل العقد بالنص ففيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انهما غيرا العقد بتراضيهما من وصف الي وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع بخيار لهما فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطا الخيار لهما أو لاحدهما وبيان الوصف انهما يجعلان الخاسر عدلا بالزيادة في الثمن او العدل رابحا والرابح عدلا او خاسرا

بالحط وهذا وصف مشروع فى البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورابح وعدل فعرفنا انهما قصدا تعبيره الى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما يملكان التصرف فيه رفعا وابقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف فى صفة الشئ أهون من التصرف فى أصله فاذا كان باتفاقهما يملكان التصرف فى أصل العقد ففى صفته أولى فاما قوله أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم فى يد المشترى على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضاً لان الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو مملوك له أصلا ومقصودا فأما ربما فقد يلتزم العوض وهذا لان الأرباح فى حكم الصلاة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث ولانه بيع والعوض بمقابلة الأصل دون البيع * ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها شئ من الثمن بل العوض بمقابلة الأصل يغنى عن اعتبار العوض بمقابلة البيع . فكذلك الزيادة بعد هلاك المعقود عليه وقد روى فى غير الاصول عن ابى حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الحط بطريق التغيير لاصل العقد . وفى ظاهر الرواية لا تثبت الزيادة لان المعقود عليه لم يبق علي وجه يجوز الاعتياض عنه ولا يمكن اثبات الزيادة عوضا وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لابد لاثبات الزيادة عوضاً من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت العقد وقد تعذر اثباتها فى الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لابد من قيام المعقود عليه عند الاجارة ليثبت الملك مستنداً الى وقت العقد وبالاتفاق فى البيع يشترط الخيار على البائع وعلى هذا إن كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه فان لم يملك بمقابلته شيئاً كما لو خالع امرأته مع اجنبي علي مال وضمنه الاجنبي او صالح مع اجنبي من الدين علي مال وضمنه صح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيئاً وعلى هذا الحط الا أن عمل الحط في اخراج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ فى الثمن لا يكون والدليل عليه الحط بسبب العيب والحط في مجلس العقد على أحد قولى الشافعى فانه يثبت ملتحقا بأصل العقد لما قلنا بخلاف حط الجميع فانه مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبونا بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد

فاماأن يفسد به العقدلانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أويصير ذلك العقد هبةوقدكان قصدهما التجارةفي البيع دون الهبة فاما حط البعض لو التحق باصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير. قال(واذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشترى بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله و(قال)أبو يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال ولاخيار له فى ذلك وان خان فى التولية فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول فى المرابحة والتولية جميعاً يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لان العقد الثانى في حق الثمن بناء علي الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثانى كما فى الشفيع فان المشترى اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثانى كما في الشفيع وهذا لان السبب الثانى لما أضافه الى السبب الاول فانما يؤثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار مازاد فيه من الربح فقيما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمنا في العقد الاول بالحط يخرج ذلك من أن يكون ثمنا فى العقد الثانى فاذا ثبت انه لم يكن ثمنا فيه أولى ومحمد يقول فهما جميعا لا يحط الثمن عن المشترى الثانى لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثانى يعتمد التراضى منهما ولا يتم رضا المشترى الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشترى هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق علي المشترى علي وجه لا يمكن ابطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهنا البيع مرابحة اوتولية لم يكن مستحقا على المشتري الاول فهو في تسمية ماسمى غيرقاصد ابطال ماهو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشترى الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الحط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشترى الثانى بمثل الثمن الاول وثم رضى المشترى الاول به فما خرج من أن يكون ثمنا فى العقدالاول يخرج من أن يكون ثمنا في العقد الثانى فكان المشترى الثانى بعد ماتم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه مالم يكن ثابتا في العقد الاول كالاقالة لما كانت فسخا عند الاول فما لم يكن ثابتا في العقد لا يمكن اثباته فى الاقالة فاما المرابحة فليست تبنى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار فى الثمن ألا ترى انهما سميا فيه مالم يكن مسمى فى العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باشراه باختيارهما فينعقد بالثمن المسمى فيه يقرره انه لاحاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانة فيه فيكون لغواً أيضاً وفي المرابحة لابد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينعقد بجميع ماسميا فيها وفرق آخران في اثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ماصرحا به لان به يصير البيع مرابحة لاتولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة . فاما في المرابحة لوأثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ماصرحا به فانما صرحا ببيع المرابحة وهو مرابحة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشترى والبائع داس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشترى واذا سقط خياره بهلاك المبيع فى يده لزمه جميع الثمن المسمى . قال (واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مرابحة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراعان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مرابحة) لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف فى الثوب . قال (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة علي مااشتراه) لانه يملك كل نصف بعقد علي حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد على حدة وان شاء باع كله على ثلثمائة درهم مرابحة لان العبد قام عليه فى العقدين جميعا بثلثمائة وبيع المرابحة بيع بما قام عليه . قال (ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله ان يبيعه مرابحة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مرابحة على مابقى) للفرق الذى بينا بينهما فى حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فهلك الرهن كان له ان يبيع العبد مرابحة على ألف درهم لانه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاه مشاهدة ولانه يبيعه مرابحة على مايملك وانما يملك المسمى عند الشراء ألا ترى انه قبل أن ينقد الثمن له ان يبيعه مرابحة . قال (ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد فنقدها زيوفا وتجوز البائع عنه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة جياد) لانه تملكه

بالجياد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة على العشرة النقد لانه يملك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلتحق باصل العقد فيكون مغيراً الوصف وهنا بترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق شئ باصل العقد . وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للأصل فاذا لم يخرج شئ من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشترى بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله أن يبيعه مرابحة على عشرة) لان بالرجوع يعود العين الى قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بيناه هذا فى الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله أن يبيعه مرابحة على عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو متردد كالاقالة فاكثر مافيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فيبيعه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ماعاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول فان ملك الوارث ينبنى على ملك المورث فانما يبقى له ماكان لمورثه فيبيعه مرابحة على مااشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لان المالكية قد تجددت له وان كان الملك هو الذى كان لمورثه واما في الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مرابحة. قال (واذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمن قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذى قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المرابحة على مايتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الى البائع الاول فاما الربح الذى حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فللمولى حق الملك فى كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تتمكن فالانسان يسامح فى المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلمه انه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما و بيع المرابحة بيع أمانة ينفى عنه كل تهمة وخيانة فاما فى غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات . فكذلك الجواب عند ابي حنيفة و(قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مرابحة على مااشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما فى ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما فى ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا فى حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض فى المعاملة أمر ظاهر وبيع المرابحة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مرابحة الاعلى القدر الذى يتيقن بالالتزام فيه لاعلى وجه المسامحة . وذلك أقل الثمنين كما فى العبد والمكاتب . قال (واذا اشترى ثوباً بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مرابحة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثانى فالعوض ماكان مذكوراً فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلهذا لا يبيعه مرابحة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لانه ما التزم ذلك عوضا عن هذا الثوب قال (واذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقتسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة) لان القسمة فيما تتفاوت تمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف مايصيبه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مرابحة * يوضحه انا لا نتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مرابحة على مايخصها من الثمن لم يملكا ذلك . فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون . قال (واذا اشترى عبدا به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضى فله ان يبيعه مرابحة) لانه اشتراه بالثمن الذى يبيعه مرابحة عليه وسبب العيب يثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط اورؤية فاسقط . وكذلك لو اشتراه مرابحة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مرابحة على ماأخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط

قال (واذا ولى رجل رجلا بيعا بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود اوباقرار البائع الاوسط أوبنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشترى الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف فى هذه المسئلة وانما الشبهة في حرف وهوانه سمع دعوى المشترى الأخر أن الثمن الاول كان أقل مما سمى فى التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض فى هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الا وسط . وبه ومنهم

من يقول بل دعوى الخيانة من المشترى الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط ولو ادعى شيئاً من ذلك فأقام البينة قبلت بينته واذا لم يكن له بينة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وان كان المولى قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الاول بشيء ثم رجع عليه بقدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه على المشترى منه بمنزلة مالو حط بائعه عنه بعض الثمن. قال (واذا اشترى شيئا من شريك له شركة عنان فلا بأس بأن يبيعه مرابحة) لانهما فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فان كان للاول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على ما اشتراه به لانه يملك حصته بالعقد الاول وانما يملك على شريكه بالعقد الثانى حصته فيبيع كل حصته مرابحة على ما اشتراه به. قال (وان كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشتراها شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعها مرابحة فله ذلك) لان هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لاحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة اذا اشتراه من صاحبه الا على الاصل الاول لان العقد الثانى غير معتبر فان قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف مايشترى أحد شريكى العنان من صاحبه للشركة لان ذلك شراء معتبر فانه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلا الا ان البائع فى حصة نفسه انما يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهو ما اشتراه به لانه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه قال (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه فى حصته ديناراً فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لانه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشرائه من أجنبي آخر. قال (واذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز) ولكن لا ينبغى أن يقول قام على بكذا ولا أخذته بكذا فان ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقمه بكذا وأنا أبيعه مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) هذا اذا كان المشترى ممن يعلم عادة التجار انهم يرقمون السلع بأكثر مما يشترون به فان كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشترى حق الرد به اذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ فى الاحتياط في باب المرابحة حتى (قال) اذا اشترى شيئا بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس فى مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئا وهو لا يشترى ذلك الشيء بمثل ذلك

الثمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وان كان يشترى بمثل ذلك الثمن من غير غريمه فله أن يبيعه مرابحة سواء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمماكسة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزاً أيضا لانه ماأخبر المشترى بشئ هو كذب وانما (قال) قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق في ذلك فان صار المشترى مغبونا فيه فذلك من قبل جهله. قال (واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء ان كان المشترى قد علم بالثمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لان مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وان لم يكن عالما بالثمن فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك ان باعه له برقمه فللمشتري الخيار اذا علم بالرقم لما بينا قال(واذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن الثمن فان الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من احدى عشر جزءاً من درهم ولو باعه بربح ده يازدة كان الربح درهما ثم اذا باعه بوضيعة ده يازدة لم يجعل الوضيعة درهما ففي الحقيقة لا فرق بينهما فانه اذا باعه بربح ده يازدة كان الثمن أحد عشر درهما فالربح جزأ من احدى عشر جزءاً من الثمن وذلك أن تضرب العشرة فى احدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءاً من احدى عشر جزء وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل احدى عشر جزءاً درهم وذلك تسعة دراهم وجزءا من احدى عشر جزءاً من درهم. قال (واذا اشترى ثوبا بخمسة دراهم واشترى آخر ثوبا بستة دراهم ثم باعهما بصفقة واحدة مرابحة ومواضعة فالثمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان الثمن الثانى في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الاول. قال (ولو ولى المشترى رجلا ثم حط البائع الاول عنه جميع الثمن فانه لا يحط عن الآخر شئ) لان حط الكل مبتدأ غيره ملتحق بأصل العقد فلا يثبت فى حق المولى والله أعلم

﴿ باب العيوب فى البيوع ﴾

﴿قال﴾ رحمه الله واذا برئ البائع الى المشترى عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا) و(قال) الشافعى شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل الا أن يكون

عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفى البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان فى أحد القولين البيع . فاسد وفى القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لايدرى ان المعقود عليه على أى صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التى عليها البيع . وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والتزام تسليم المجهول بالبيع لايصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ماإذا سمى العيب أو ابرأه المشترى فان مايلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو مايكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر * والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشترى لو عرض على انسان و(قال) اشتره فانه لاعيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بائعه وبمثله لو قال اشتره فانه ليس بآبق ثم وجد به عيب الاباق لم يكن له أن يخاصم فيه بائعه وحجتنا فى ذلك ماروى ان زيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فحلفه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمته فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا علي جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا فى صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام فى شرط صحة البراءة من كل عيب ينبنى على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة فالشافعى لايجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه انا فى ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بنى جذيمة فواداهم حتى ميلغة الكلب وبقى في يديه مال فقال هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر فهذا دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا إسقاط حق لايحتاج فيه الي التسليم فيصح فى المجهول كالطلاق والعتاق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكن جهالة تفضي الى تمكن المنازعة ألا ترى ان التمليكين يصح فى هذا وهذا أضيق من الاسقاطات ثم الجهالة التى لا تفضى الى المنازعة لا تمنع صحة التمليك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لا يمنع صحة الاسقاط أولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه الي التسليم والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول ان الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه في المجهول لان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة واذا كانت لا تفضي الي المنازعة لا تتعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز العقد معه لان هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم سليما كان المبيع أو معيبا ثم البائع بهذا الشرط يمتنع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة والقدرة على التسلم شرط جواز العقد لا ان يكون موجبا فساد العقد ثم لا تتمكن جهالة فى المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه والى مكانه وليس مقصوده من هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب فى عيب واحد وانما يقصد بذكر هذا الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة . ولهذا قلنا ان المشترى بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويج السلعة بخلاف قوله ليس بآبق ففى تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على ان مراده نفى هذا العيب عنه ولئن تمكنت جهالة في وصف المعقود عليه بهذا الشرط فهى جهالة لا تفضى الى المنازعة فلا يؤثر فى العقد كجهالة مقدار العيب المسمى . وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسئلة بينه وبين أبى حنيفة في مجلس الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو ان بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص أكان يلزمها ان يرد ذلك المشترى وما زال به حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد لهذا الشرط (قلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل فى هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله و (قال) محمد وزفر والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث فى هذا الشرط وهو رواية عن أبى يوسف لان ذلك مجهول لا يدرى أيحدث أم لا وأى مقدار يحدث ولو صرح بالتبري من

العيب الذى يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل فى هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد فى ثبوت حق الرد فكذلك يجعل كالموجود عند العقد فى دخوله فى شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام مالا يقدر على تسليمه وفى هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبى يوسف فيما اذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد فى صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه مايحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل فى التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري أنه حدث بعد العقد و قال) البائع بل كان موجوداً عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول فى ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما أسقط قوله كما فى الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا فالمشترى اذا ادعي خروج شيء بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كما لو أبرأه عن كل حق له عليه ثم اختلفا فى دين انه كان موجوداً وقت الابراء أو حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعى دخوله فى البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف ماذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هنا ماظهر إلا مقيداً بوصف فاذا أنكر المشترى فى عيب عينه انه ما دخل فى ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان . قال(واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب فى خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير براءة فوجد بها عيباً كان له أن يردها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الاقرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الأباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبق فله أن يردها لان الاباق مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليها فلا يكون ذلك اقراراً من الشاهد ولا من المشترى بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

من إباقها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آبقة فليس له أن يردها لان الاباق هنا مضاف اليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة اليها يكون اخبارا بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شرائها وهو عالم بعيبها فلا يكون له أن يردها بالعيب. قال (واذا اشترى جارية ولم يتبرء البائع من عيوبها فوطئها المشترى ثم وجد بها عيبا فليس له أن يردها بالعيب عندنا بكرا كانت أو ثيبا عند ما اشتراها) و(قال) الشافعى رحمه الله ان كانت بكرا فكذلك الجواب وان كانت ثيبا فله أن يردها بالعيب ولا يغرم للوطء شيئا و(قال) ابن أبي ليلى يردها بكرا كانت أو ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها ان كانت بكرا أو نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي انه قادر على ردها كما قبضها فله أن يردها كما قبل الوطء وهذا لان الوطء في الثيب لا يوجب نقصانا في عينها حقيقة ولا حكما وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطلع على عيب بها بل أولى فان الاستخدام يعيبها والوطء ينعشها بخلاف ما اذا كانت بكرا فالوطء هناك يفوت جزء منها فان صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبيع شرطا * والدليل على الفرق ان المشترى بعد ما وطء البكر ليس له أن يبيعها مرابحة من غير بيان وفى الثيب له أن يبيعها مرابحة بعد الوطء من غير بيان. وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشترى فان كانت بكراً ليس للمشتري أن يردها بعيب النكاح بعد ذلك وان كانت ثيبا فله ذلك. وكذلك البائع اذا وطئ المبيعة قبل القبض فان كانت ثيبا لم يسقط شيئا من الثمن ولا يتخير المشتري به فى قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا وبهذه الفصول يتبين ان الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطء لا يحل الا فى الملك فالاجبار على الخدمة لا تحل الا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيب * وحجتنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال على وابن مسعود رضى الله عنهما لا يردها بعد الوطء و(قال) عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما يردها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطء لا يسلم للمشترى مجانا فمن قال يردها ولا يرد معها شيئا فقد خالف أقاويل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم انهم كانوا مجمعين على ان الوطء بمنزلة الجناية الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما ان المشترى اذا جنى عليها ثم علم بعيب يردها ويرد معها الارش ففى الوطء اجابا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضى الله

عنهما كان يقولان لا يردها بعد الجناية فكذلك بعد الوطء وبالاجماع بيننا وبين الشافعي الجناية تمنع الرد. فكذلك الوطء وهو المعنى الفقهي في المسئلة ان الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها * والدليل على اثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين كما بيناه والدليل على ان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين فان المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد الا مؤبداً والدليل عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك وان المستوفي بالوطء مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك والمصون من الآدمي نفسه واجزاؤه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فاذا ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاؤه كاستيفاء جزءه بالجناية. وذلك يمنعه من الرد بالعيب والدليل عليه ما اذا كانت بكرا تقرر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل ولهذا لو كان موهوبا كان للواهب أن يرجع فيه ولو كان مبيعا كان للبائع أن يرده على بائعه ولو لم يتعذر ردها بالعيب لاجل الوطء لكان اذا ردها ويفسخ العقد من الاصل تبين أن وطأه اياها كان في غير الملك والوطء لا يحل الا في الملك فالتحرز عن الوطء الحرام قلنا لا يردها والوطء في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أوغرامة وبهذا فارق حكم بيع المرابحة لانه لا يتبين بالبيع مرابحة ان وطأه إياها كان في غير الملك ولان ذلك في حكم جزء من العين أيضا ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المرابحة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعلفها بقدره كان له أن يبيعها مرابحة وهذا بخلاف وطء الزوج إياها عند المشترى لان ذلك حصل بتسليط البائع وايجابه له بالنكاح فيجعل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكراً فانه بالنكاح يوجب الوطء للزوج لا صفة البكارة فيصير أصل الوقت مضافا الى البائع ولكن بزوال صفة البكارة لا يصير مضافا الى البائع فكأنها ذهبت الى المشترى من غير صنع أحد أو بصنع انسان بأصبع أوخشبة. وذلك يمنع المشترى من ردها وكذلك وطء البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشترى وسقوط شيء من الثمن اذا كانت بكرا باعتبار صفة البكارة دون الوطء وهذا لان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة كما بينا. وذلك لا يوجب الخيار للمشترى كتناول الثمار واللبن الا ان ذلك مال متقوم فيقابله جزء من الثمن اذا صار مقصوداً بتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

متقوم ألا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شئ من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض فان الوطء تصرف وملك التصرف يثبت للمشترى بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالحيضة التى توجد قبل القبض من استبراء المشترى فلهذا لم يوجب العقد على البائع اذا وطئها وسنقرر لأبى حنيفة الكلام فى موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست فى حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئا فشيئا وهو يتبدل ويجوز استيفاؤها فى عين الملك واستيفاؤها يخلو عن عقوبة أو غرامة فا كثر ما فيه انه يتبين بالرد انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فلهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطء اذا ثبت انه لا يمكنه ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشترى وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصة من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك ان يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فان كان تفاوت مابين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها عليّ فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به * ولو لم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشترى ووجد بها عيب لم يردها عندنا وقال ابن أبى ليلى يردها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكنا نقول حق الرد للمشترى انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لو ردها كان فى ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فيترجح جانب المشترى في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشترى صار مغروراً من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعا والضرر عن المشترى يندفع اذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرف يباشره البائع ولو رده تضرر البائع بتصرف يباشره المشترى وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه واذا لم يردها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا ان يرضى البائع بان يردها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر * قال (فان باعها المشترى بعدما رأى العيب بها وقد وطئها

أو تعيبت عنـده لم يكن له ان يرجع على البائع) بنقصان عيبها لان البائع يقول أنا أقبلها فإنما تعـذر الرد ببيع المشـترى اياها بعـد العلم بالعيب وذلك يمنعه من الرجوع بحصة العيب والاصل فى جنس هذا أن فى كل موضع يجوز ردها برضا البائع فاذا باعها المشترى لم يكن له أن يرجع بنقصان عيبها وفى كل موضع لم يكن له ان يردها وان رضي البائع فبيعه إياها لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب لان تعذر الردهنابمعنى حكمى دون بيع المشترى اياها وفي الاول انما تعذر الرد ببيع المشترى إياها فكأنه حبسها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب وعلى هـذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده اذا رضي به البائع وإنما تعـذر الرد ببيع المشترى إياه ولو قطعه وخاطه ثم رأى به العيب فباعه كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع وان رضي به البائع بصفة الخياطة التى أحدث المشترى فيه وكذلك لو اشترى ثوباً فصبغه بعصفر أوزعفران ثم وجد به عيبا فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعذرا قبل البيع للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشترى ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند أبى يوسـف ومحمـد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة وعنـد أبى حنيفة السواد نقصان كالقطع فانما تعذر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا فى كتاب الغصب * قال (ولو وطئها غير المشترى بزنا لم يردها المشترى بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا فالزنا عيب فى الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب الا أن يقول البائع ردها علىّ وهذا بخلاف ما اذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصـلة متولدة من العين حكما وذلك يمنع ردها بالعيب عنـدنا وان رضي البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فان المشترى لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها ثم وجـد بها عيبا لم يكن له أن يردها به لمكان المهر الذى وجب بالنكاح للمشترى وكذلك لو وطئت بالشبهة وأخذ المشترى العقد لم يردها بالعيب بعد ذلك وان رضي البائع به ولكن يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعذر فيدفع الضرر عن المشترى برد حصة العيب من الثمن عليه وكل عيب وجده المشترى في السلعة فعرضها بعد مارآه على بيع أوواطئها أوقبلها أولمسها بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له ان يردها ولا يرجع بنقصان عيبها لانه يعرضها على البيع لحاجته الى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

الثمن المدفوع الى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطئ ودواعيه فلا يحل الا في الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا فبعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصر هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الإجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً لازماً وذلك يعجزه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقا لازما فى نفسها وذلك يعجزه عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا * قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا فى القياس رضا) لانه يستخدمها لملكه فيها فالاقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفى الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون فى الاستخدام فقد يستخدم الإنسان ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبارا لا اختيارا ولو كان ثوباً فلبسه فهو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقلما يفعله الإنسان فى ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أنى استحسن اذا ركب الدابة ليعلفها أو ليسقيها أو ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له مالم يركبها وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها * قال (واذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها وكتم ذلك فليس للمشترى أن يردها) لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب مايعده التجار عيبا أو يؤثر نقصاناً في المالية وصفة الثيوبة لا يعدها التجار عيبا فالجوارى عليها في أغلب أحوالهن والبكارة صفة زائدة لا تستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالنقصان الممكن فيها بسببها يزول بمضي المدة وبعد زواله لا أثر له فى مالية العين فلا يعده التجار عيباً وفى كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبدا فللمشترى ان يردها اذا علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في عكن بطنها ولا بأس بأن يبيعها مرابحة بعد ما وطئها ان لم يكن الوطء نقصها لان المعتبر فى بيع المرابحة عرف التجار وهم لا يعدون هذا من الخيانة ولان المستوفي بالوطء ليس بمال وبيع المرابحة يلاقى

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان فى ماليتها لا يعتبر فى بيع المرابحة بخلاف ما اذا كانت بكراً فان الوطء فى هذه الحالة يؤثر نقصاناً في ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشترى فذلك يمنعه من أن يبيعها مرابحة * قال (واذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو ولدت له ثم وجد بها عيباً فليس له ان يردها) لبطلان ملكه فيها وخروجها من أن يكون محلاً للنقل من ملك الى ملك وفى القياس ليس له أن يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشترى فهو كما لو قبلها وهذا لانه لما اكتسب سبباً يتعذر الرد فيه كان حابساً لها حكماً فكأنها في يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفى الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاد فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك الى ملك وأما العتق فهو مُنْهٍ للملك لان الملك فى الآدمى الى وقت العتق والشئ ينتهى بمضي مدته والمنتهى متقرر فى نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكما يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب فى يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالموت تنتهى مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهى الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما اذا قتلها فقد روي عن أبى يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضا لان القتل موت بأجل فكأنها ماتت حتف أنفها وفى ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره فى ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا لملكه فيها وذلك فى معنى عوض سلم له فكأنه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الانسان في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه فى ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً حتى اذا كان معسراً لم يضمن شيأ فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة وحكماً وكذلك ان ماتت لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها أما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن فى ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة والصدقة فى هذا كالبيع لانه أوجب الملك فيها باختياره فيكون قاطعا ملكه الذى استفاده من جهة

البايع فكان كالبيع ثم هذا فعل مضمون فى ملك الغير فإنما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها * قال (ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقي عندنا وقال ابن أبى ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب فى يده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكنا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذى قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب فى النصف الذى لم يبع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبع ولو كاتبها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بعوض يستوجبه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بعوض فهو كما لو باعها وفى رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بعوض أو بغير عوض ألا ترى انه يثبت به الولاء فى الموضعين جميعا ولو قتلها أجنبي لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فاحرقه أجنبي أو طعاما فأكله لانه قد سلم للمشترى العوض من جهته وكذلك ان كان المشترى هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه * قال (ولو لبس الثوب حتى تخرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا) لانه صنع بالمبيع ما يشترى لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليه فى ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه فى المحل فذلك بمنزلة عوض سلم اليه وكما ان الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالبيع مقصود بالشراء ثم لايعتبر ذلك المعنى في اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الأكل وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام فى الحكم كشئ واحد

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض * وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا أكل البعض فى احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام فى حكم شئ واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولي وفى الرواية الأخرى يرد ما بقى لان هذا مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان أيضا ففى احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبى حنيفة لان الطعام في حكم شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفى الرواية الاخرى يرد ما بقى لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا باع اعتبارا للبعض بالكل * قال (واذا طحن الحنطة أو لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تعذر الرد لمكان الزيادة التى هى غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه وخاطه أو صبغه فله أن يرجع بنقصان العيب * قال (واذا اشترى خفين أو نعلين أو مصراعي باب فوجد فى احداهما عيبا فله ان يردهما جميعا) لانهما فى الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشئ واحد فانه لا يتأتى الانتفاع المقصود باحداهما دون الأخرى والمعتبر هو المعنى وفى الشئ الواحد وجود العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد المعيب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب فى كل واحد منهما فان كان قد باع الذى ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقى ولا يرجع بشئ كما في الشئ الواحد حقيقة اذا باع بعضه أما اذا اشترى ثوبين أو عبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد احدهما لان الصفقة واحدة وضم الجيد الي الردىء عادة معروفة ولو رد المعيب تضرر البائع بذلك فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما فى الفصل الأول ألا ترى انه فى الرد بخيار الشرط والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك فى الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد القبض ولكنا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد العيب وذلك وجد فى احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير فى الآخر فكذلك اذا وجد العيب في احدهما بخلاف

النعلين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال أحدهما بالآخر انتفاعاً وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر البائع هنا من الوجه الذى ذكره زفر فكذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشترى وليس من ضرورة ثبوت الخيار له فى احدهما ثبوته فى الآخر كما لو سمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه فى احدهما بعينه * قال (واذا اشترى عبدا ثم باعه فرد عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه بالعيب) لان هذا بمنزلة الإقالة فانه حصل بتراضيهما والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدإ فلم يعد اليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول في حقه فلهذا لايخاصمه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض ببينة قامت عليه أو بإباء اليمين أو باقرار عند القاضى انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له ان يرده على الأول ان كان له على العيب بينة والا استحلفه) لان الرد عليه بقضاء القاضي فسخ فان للقاضى ولاية الفسخ بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع فهو على خصومته فى العيب معه بمنزلة مالو وهبه ثم رجع فى الهبة إلا أن في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد قررنا هذا الفرق فى كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبدا وله امرأة فله أن يردهما بالعيب) لان النكاح مما يعده التجار عيبا في الغلام والجارية جميعا ولان المقصود بملك الجارية الاستفراش وهذا المقصود يختل اذا ظهر أنها منكوحة الغير وفي العبد بسبب النكاح يلزمه نفقة امرأته وذلك ينقص من ماليته فلهذا كان النكاح عيباً فيهما جميعا واذا اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردها بالعيب ولكنه يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعى يردها بالعيب بجميع الثمن والأصل أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبغ فى الثوب والسمن والعسل في السويق وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشترى فى مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هى متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء البياض من العين وثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها فى عقود المعاوضات ألا ترى انها اذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع على قياس مسئلة التحالف وقد تقدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان عين متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشترى به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشترى لا تمنع رد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك سلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التى هى متولدة من الأصل كاللبن والثمار والولد والعقد اذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش اذا جنى عليها بعد ما قبضها المشترى فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا وعند الشافعى لا يمنع ولكن يرد الأصل بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الأصل فلا يمنع رد الأصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شئ من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الأصل ألا ترى ان هذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك اذا كانت قائمة فى يد المشترى أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هذه الزيادة ليست بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شيء من الثمن كما قلتم فى الزيادة الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشترى مع الأصل والدليل عليه أنه لا يرد هذه الزيادة بعيب اذا وجدها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك فى الأصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة اذا زادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له *(وحجتنا)* فى ذلك ان تملك المشترى فى هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الأصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعاً بلا ثمن وذلك ربا وبيان هذا انه لا سبيل لملك الزيادة سوى التولد من الأصل وانما يسرى اليها الملك الثابت فى الأصل وملكه في الأصل ملك مبيع لان هذا الملك يثبت له بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منفى حتى يقوم الدليل والدليل عليه ان باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة واذا ثبت ان ملكه فى الأصل ملك مبيع فذلك الملك يسرى الى الزيادة لان المتولد من عين الشيء يكون بصفته ألا ترى ان ولد المكاتبة وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك فى الاصل وبه

فارق الكسب والعلة لانه ملكه بسبب مبتدإ وما سرى اليه ملك الأصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فاذا ثبت أن هذه الزيادة فى حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شئ من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الأصل دون البيع كاطراف المبيع لايقابلها شئ من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشترى مع الأصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له أن يردها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شئ من الثمن كان ردها مقصودا ولكن يردها مع الاصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له أن يردها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشترى بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أولم يرض ولا يقال قبل رد الاصل الزيادة تسلم للمشترى مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الأصل لان قبل رد الأصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الأصل يغنى عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فاذا تعذر رد الأصل بالعيب فقد انفسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للأصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الأصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقي للمشترى مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشترى كسلامة الأصل وان كان المشترى هو الذى استهلكها فلانه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم اليه منها فنفعة ذلك من ردها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع فى الأصل هناك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والأصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت فى المعاوضات دون التبرعات * قال (واذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يرده) والاصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من العداء بن خالد عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من

المداء بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم فى هذا تنصيص على ان البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء بما رواه الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله المرض في الجوف والكبد قال المرض مايكون في سائر البدن والداء مايكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روى عن أبى يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع فى معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شئ انما يرجع الي أهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به أو ماينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللافي المقصود وذلك عيب يرد به واذا وجد العبد مخنثا فهذا مما يعده التجار عيبا فيمكن نقصانا فى ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال فى الأعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فان ذلك يخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذلا يأتمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه آناء الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان وجده كافرا كان له أن يرده اذلا عيب تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج الى استخدامه فى الأمور الدينية نحو اتخاذ الماء لطهوره وحمل المصحف اليه والكافر نجس لا يؤدى الأمانة فى الأمور الدينية ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلماً لم يكن له ان يرده عندنا وقال الشافعى له أن يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه فى المحقرات من الأمور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم فى مثله فاذا فات عليه مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره فى العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرى من العيب فكأنه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده أزيد مما شرط فلا حاجة الى دفع الضرر عن نفسه باثبات حق الرد له *قال (وان وجد الغلام زانيا لم يكن له أن يرده بالعيب عندنا وقال الشافعى له ان يرده) لان عيب الزنا كعيب السرقة أوفوقه ألا ترى ان فى الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك فى الغلام ولكنا نقول اشتراه على انه خل فوجده أخل ثم الذى به ليس الاتمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم فى حقه فان فعل الزنا لايتهيأ للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

الاستخدام فى أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى وأما فى الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل فى الغلام اذا صار ذلك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل فى مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب فى متابعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذى قلنا وكذلك ان وجد العبد ولد زنالم يكن له أن يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان أكثر المماليك بهذه الصفة لا تعرف انسابهم فاما الجارية اذا كانت ولد زنا فله أن يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاد فان ولده يعير بامه اذا كانت ولد زنا وعلى هذا الغلام اذا لم يكن مختونا أو الجارية اذا لم تكن مخفوضة ففى الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبا الا انا لا نعلم انهم لا يفعلون ذلك وفى المولد لا يكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولد فى دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد *قال (والثؤلول عيب اذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب) لانه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه والخال كذلك فقد يكون الخال رتبة لا تنقص من المالية وهو ما اذا كان على الخد وقد يشينه اذا كان على رأس الارنبة وذلك ينقص من المالية فلهذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن *قال (والصهوبة في الشعر عيب) لان التجار يعدونه عيبا وكذلك الشمط فان الشمط فى أوانه من الهرم والهرم عيب وفى غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوى للشعر السواد فما سوى ذلك اذا كان ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب فى الجارية وليس بعيب فى الغلام إلا أن يكون من داء وهو نتن الفم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب *(قال) والذفر كذلك وهو نتن الإبط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام الا أن يكون فاحشا لا يكون فى الناس مثله فهذا يكون لداء فى البدن وهو ينقص الثمن قال والبجر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمى بعض الناس ابجر وهو يكون لداء فى البدن ويعده التجار عيبا والادرة عيب وهى عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفى بعض النسخ الآذن عيب وهو الذى يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل

وترى الذنين على مناخرهم * يوم الهياج كمازن النمل

وذلك يستقذر منـه ولا يكون الا لداء فى الدماغ والیسر عیب وهو الذى يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينـه الا أن يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل باليـدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس بعيب *قال (والعشي عيب) وهو ضعف فى البصر حتى لا يبصر من شدة الظلمة أو شـدة الضوء ومنه يسمى الاعشي *والعسم عيب وهو يبوسة وتشنج فى الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد فى السن دليـل موت السن عنـد من يقول فى السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضرسا كان أو غـيره لانه ينقص من الثمن ويعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفى الأصل كالنواجـذ ينقص من الجمال ولهذا وجب الأرش اذا قلع من الغير وأفسد المنبت* قال (والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن)لانه ينقص من الجمال والسواد فى الظفر دليل موته كما فى السن وانما يشترط هـذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالحبشى وانما ينقص فيمن هو أبيض اللون كالاتراك واذا كان بحيث لاينقص الثمن لا يثبت حق الرد به*والاباق مرة واحدة عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا أن يأبق بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز أما فى الصغير جدا فهذا لا يكون عيبا لانه يضل ولا يأبق والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله ولـكنه لا يهتدى الى بيت مولاه فيضل كالدابة فاما اذا كان مميزا فالاباق والقصـد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيـه مالم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان أبق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقة كذلك * قال (والبول فى الفراش كذلك فى حق الصغير جدا لايكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة*وأما الجنون اذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد فى حالة الصغر أو بعـد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو آفة فى العقل فاذا وجد مرة فأثره يبقي فيه ما عاش وذلك يظهر فى حماليق عينيه بمعرفة أهـل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقة والبول فى الفر ش في حالة الصغر فخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة

سببها قبل البلوغ قلة التأمل فى عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخاء فى المثانة بسبب الصغر وسببه بعد البلوغ آفة فى الآلة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب ما دام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضاً فاذا وجد بعد البلوغ فهو عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المالية والاباق سوى المالية فيه حكما فكان من أفحش العيوب *(قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المالية ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المالية *قال (والقرن عيب) وهو عظم فى المأتى يمنع الوصول اليها وبه قضى شريح رحمه الله قال اقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب *والرتق عيب وهو لحم فى المأتى يمنع وصول الواطئ اليها *والعفل عيب وهو ان يكون فى المأتى شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطئها وهذا كله يخل بالمقصود *قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعده التجار عيبا فينقص من المالية * قال (والجذام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد نتنه من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أفحش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد *قال (والفتق عيب) وهو ريح فى المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن *قال (والسلعة عيب) وهو القروح التى تكون فى العتق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء فى بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود فى البيع الاسترباح فما ينقص من الثمن يكون خللا فى المقصود * قال (والكى عيب) لانه انما يفعل ذلك لداء فى البدن الا أن يكون سمة فى بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعده التجار عيبا لا يرد به قال (والفدع عيب) وهو فى الكف زيغ فى الرسغ بينه وبين الساعد وفى القدم كذلك زيغ بينه وبين عظم الساق وفى الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشى وهو الجانب الايمن *قال (والفحج عيب) وهو فى الفرس تباعد ما بين الكعبين والافحج من الآدمى الذى تتدانى صدور قدميه وتتباعد عقباه وتنفحج ساقاه *والدحس عيب وهو ورم يكون فى اطراف حافر الفرس *قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبتاه قال أبو عمرو وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكعبين *قال (والحنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشي وقال ابن الاعرابى الاحنف الذى يمشى على ظهر قدميه * قال

والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق *قال (والشدق عيب) وهو وسع مفرط في الفم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشدق في الكلام وهو مما يعده التجار عيبا ثم العيوب التي يطعن المشتري بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهرا في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك مالم يره العيب لان قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فاذا رآه القاضي فان كان عيبا لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضي بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشتري علم به عند العقد ورضي به فحينئذ يحلف المشتري على ذلك ثم يرده وان كان شيئا مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع ان العيب لم يكن عنده لان الحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ومن ادعى تاريخا سابقاً فعليه ان يثبته بالبينة فان أقام المشتري البينة على ان العيب كان عند البائع قضي بالرد وان لم يكن له بينة يحلف البائع ألبتة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وانما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة فان العيب لو كان حادثا بعد العقد وقبل التسليم كان للمشتري حق الرد والبائع بار في يمينه بان العيب لم يكن موجودا عند العقد فالأحوط ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الامام عندي الأول أصح لان البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وانما يستحلف على الثبات لان استحلافه على فعل نفسه وهو التسليم كما التزمه بالعقد فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف انقطعت المنازعة بينهما* ونوع من ذلك عيب لا يعرفه الا الاطباء فعلى القاضي ان يريه مسلمين عدلين من الأطباء لان علم ذلك عندهم وانما يرجع الى معرفة كل شيء الى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لانه قول ملزم كالشهادة فاذا قالا العيب موجود فيه وقالا هو مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما وان قالا قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الأول الا ان يقيم المشتري البينة على اقرار البائع أن العيب كان عنده* ونوع منه لا يعرفه الا النساء بان يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالقاضي

يريها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفى لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسئلة معروفة فى الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب فى الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك مما لا يحدث فى مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها الا من جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها مالم تتأيد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البائع الى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبى يوسف انه يقضى بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين اذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين فى كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان من المشترى الى البائع وشهادة النساء فى ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكمى كالاباق والسرقة والبول فى الفراش فان القاضى لا يسمع خصومة المشترى فى ذلك مالم تقم البينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب فى الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبينة فان طلب المشترى يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر فى الجامع أن على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى أو سرق أو بال فى الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشترى فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة فى ذلك لان العيب الذى كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشترى قال (وان كانت الخصومة فى الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشترى ويحتاج الى اقامة البينة على الذى كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل شرائه فان لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشترى وما أبق ولا سرق ولا بال فى الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على الثبات لانه على التسليم الذى التزمه واليمين الأولى على العلم لانها على فعل الغير وفى ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان فى الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جن قط لما بينا ان الجنون اذا وجد مرة فى

الصغر أو الكبر فهو عيب لازم أبدا وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا في الجنون لا يشترط عوده عند المشترى لتوجه الخصومة لان أثر ذلك الذى كان قائم فيه على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثرا يظهر ذلك في حماليق عينيه وذلك يكفى لتوجه الخصومة بخلاف الاباق والسرقة والبول في الفراش فانه ليس لما قد كان أثر في العين فلا بد من عوده عند المشترى لتوجه الخصومة * قال (وان طلب البائع يمين المشتري بالله ما رضى بالعيب منذ علم به ولا عرضه على بيع حلفه على ذلك) لانه ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله *(قال والعزل عيب)وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين وذلك يكون عادة لاخلقة وانما يفعل ذلك اذا راث وربما يحول الذنب من جانب الى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك ليتقذر ويعد عيبا يرد به *قال(والمشش عيب)وهو شئ يشخص في وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلابة العظم قال الوظيف مستدق الساق قال (والحرد عيب)وهو كل ما حدث في عرقوبه من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد عيب) وهو اطراف عصب يتفرق عند العجاية وينقطع عندها ويلصق بها والحرن عيب فمنهم من يقول الخزر وهو ضيق مفرط في العين والأظهر هو الحرن فانه ذكر في جملة عيوب الفرس وهو أن لا انقياد للراكب عند العطف والسير وهو نوع من الجمح والجمح عيب يخل بالمقصود وخلع الرأس عيب * وهو ان يكون به حيلة يخلع رأسه من العذار وان شد عليه وهو مما يعد عيباً وربما بطل سببه وبل المخلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل لعاب الفرس على وجه تبتل المخلاة به اذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل ان يأخذ المخلاة بشفتيه فيرمى بها وهذا نوع من الجمح فهو عيب اذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والهقعة دائرة في عرض زوره يعد عيبا ويتشاءم به ومنه يقال اتق الخيل المهقوع * والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب والعصب الذى ينشر هى العجاية وتحرك الشظا كانتشار العصب غير أن الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك الشظا * والغرب عيب وهو ورم في المآق وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد اذا كان ذلك سائلا فصاحبه في حكم الطهارة كصاحب الجرح السائل * والشتر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشتر وهذا يمكن ضعفا في البصر * والحول عيب فانه يمكن ضعفا في البصر حتى يرى الأحول الشيء الواحد شيئين والحوص والقتل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه اذا كان على إنسان

العين الى الجانب المقدم يسمى فتلا واذا كان الى الجانب المؤخر فهو الحوص * والظفر عيب وهو بياض يبدو فى إنسان العين يسمى بالفارسية باحسه وذلك يمكن ضعفا فى البصر وربما يمنع البصر أصلاً * والشعر فى جوف العين يكون عيبا لانه يضعف البصر * والجرب عيب سواء كان فى العين أو فى غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفى غير العين يكون لداء فى البدن * وكذلك الماء فى العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر المعتاد منه فلا يعد عيبا فاذا كان قديما فذلك من داء فى البدن والداء نفسه عيب * والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم اذا كان مستداما فربما يضيها ويقتلها * والتى يرتفع حيضها زمانا عيب لان ذلك لا يكون الا من داء فى البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن واذا لم تسل اصفر لونها ولأنها اذا كانت لا تحيض فانها لا تحبل أيضاً فعرفنا انه يخل بما هو المقصود منها * واذا اشترى عبدا عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله ان يرده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيبا وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكمى كعيب النكاح الا أن يقضى عنه البائع دينه أو يبرئه الغرماء منه فبذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشترى فى الرد اما اذا علم بالدين ثم اشتراه هل له أن يرده عند محمد لا استدلالا بسائر العيوب وعند أبى يوسف له أن يرده كما اذا كان مستحقا وهو عالم به له أن يرده كذلك هنا * واذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بعيب لان له أن يحللها عندنا وقال زفر ليس له أن يحللها ولكنه يردها بالعيب لانها دخلت فى ملكه وهى بهذه الصفة فلا يكون له أن يحللها كما لو اشتراها وهى منكوحة لا يكون له أن يفسخ النكاح ولكنه يردها بالعيب ولكنا نقول المشترى قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فاذا كانت أحرمت بغير اذنه حللها من غير كراهة واذا كانت أحرمت باذنه فله أن يحللها وان كان ذلك مكروها لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشترى ولا يكره ذلك للمشترى لان خلف الوعد لا يوجد منه بهذا وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشترى وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدما على حق المشترى فاما

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الآدمي في المحل مقدم فلهذا كان للمشترى ان يحللها واذا تمكن من ازالة العيب فليس له أن يردها به * وان كانت في عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله أن يردها كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * واذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردها فقال البائع ما هذه بجاريتي فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشترى به من غير قضاء ولا رضا فالمشترى يدعى ثبوت حق الرد له في هذا المحل والبائع ينكر والقول قوله مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشتراها على انها بكر فقال وجدتها ثيبا لا يصدق على ذلك الا ببينة لان البكارة في النساء أصل فالمشترى يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا ببينة * قال واذا اشترى جوزا أو بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله أن يرده ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير منتفع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره في المواضع التي يكثر فيها الحطب وفي المواضع التي يندر فيه الحطب فان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان حادثا أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلا فأما اذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي يرده وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعد ما يكسرها فان كانت لا تساوي شيئاً رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي له ان يرده لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعا حقه في الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب بحسب الامكان والبائع هو الذى سلطه على الكسر فكأنه فعل ذلك بنفسه ولكنا نقول الكسر عيب حادث بفعل المشترى

وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشترى وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشترى لا يبطل أصلا ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذى يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بعوض فلهذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام فى حصة ذلك كالكل اذا وجده فاسدا الا ان فى الجوز اذا كان الفاسد منه مقدارا مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنتين فى كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لأجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز فى العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك *قال واذا اشترى عبدا قدحل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشترى رجع على البائع بالثمن كله فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت مابين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه *ومن اشترى شيئا معيبا وتعذر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانيا فجلد عند المشترى ومات وبيان الوصف أن بيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشترى بدليل أنه لو مات كان الثمن متقررا على المشترى ولو تصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولو كان عالما حين اشتراه أنه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا أن حل الدم عيب فيه (يوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية ومحل الدم لا يعدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشأه المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع فى ضمان المشترى بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشترى من الأصل وفى الكتاب استدل بما لو اشترى حاملا وقبضها فولدت وماتت فى نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل السبب فى يد البائع وعنركم أن الغالب فى الولادة السلامة يشكل على أصل أبى حنيفة بالجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت فى نفاسها يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمتها وفى هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشترى عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة فى يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

لما كانت مستحقة قبل قبض المشترى ينتقض بها قبض المشتري من الأصل فكأنه لم يقبضه وانما قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق فى حق من عليه الا ان ينشئ من هو له عفوا باختياره والبيع وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية فى هذا المحل فكان فى معنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة فى الحكم فمن هذا الوجه المستحق كانه المالية ولا تصور لبقاء المالية فى هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذى كان عند البائع فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لان مالا ينفصل عن الشيء بحال فكانه هو ولا تصور لبقاء المالية فىهذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق النفسية فى حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا وراء ذلك واذا مات في يد المشترى فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك فى ضمان المشترى واذا قتل فقدتم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها واذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وانما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافى المالية فى المحل واذا اشتراه وهويعلم بحل دمه ففى أصح الروايتين عن أبى حنيفة يرجع بالثمن أيضاً اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفى الرواية الأخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذى كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزانى اذا جلد وليس هذا كالغصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجدذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشترى فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الأصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند

المشترى رجع بحصة العيب من الثمن عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقوم سارقا وغير سارق وعند أبى حنيفة يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيكون المشترى بالخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد مابقى ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا فى نصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة فى يد البائع ألا ترى ان على الامام أن يتحرز عن السراية بان لا يقطع فى البرد الشديد ولا فى الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع فقبض المشترى لا ينتقض فى النصف الباقى وان سرى * قال وان اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له أن يردهما لان النكاح فيهما عيب حادث عنده فان أبانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لايستوجب على عبده دينا* قال واذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والآخر بعيب معاين وليس على واحد من الأمرين شهادة شاهدين *ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها ويأخذ منه قيمة نفسه فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف رحمهما الله وكان يقول أو لا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففى قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفى قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما فى النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان بعينه رجع بقيمته وبيان الوصف أن الذى من جهة المولى فى هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت دينا فى الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء لهوان الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد انه لا يملك الرجوع عنه *والأجل الى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

أنه فى حكم مبادلة مال بما ليس بمـال وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لوردها بالعيب لا ينفسخ العقد فكيف ينفسخ وقد عتق العبـد فاذا لم ينفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبـه على جارية بغـير عينها فاداها وعتق ثم وجد المولى بها عيبا ردها وأخذ مثلها صحيحة فان حـدث بها عيب عنـد المولى رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك فى بيع العبد من نفسـه بجارية *ووجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعـه من فرسـه بجارية فعتق على القريب ثم استحقت الجارية رجع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له فى العبد الا ملك المالية الا أن ازالة ملك المالية اذا لم تكن الى مالك يكون موجبا عتق العبـد فاما تصرف المولى من حيث الازالة فتلاقى ملكه وملكه ملك المالية * وتحقيق هذا الكلام ان فى حق ما يسلم للعبد فى هذا فى معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذى سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب مراعاة جانب المولى أولى لان الحاجـة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الأصل وباعتباره هـذا مبادلة مال بمـال ألا ترى أنه اذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبـد قيمة نفسـه وما كان ذلك الا بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا استحق البـدل أو هلك قبـل التسليم وقوله ان السبب لم ينفسخ على احـدى الطريقتين يقول فى حق المولى قد انفسخ السبب ولان فى حقه مبادلة المـال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبـد لنفوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدبر اذا مات المولى وعليـه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته ولكن يتعـذر رده الى الرق فيجب عليـه السـعاية فى قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا ينفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالية العبـد فانما يرجع بقيمة العبـد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بماليته فلهذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيـل الجواب قول محمـد فان من عادته الاستشهاد بالمختلف لايضاح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبـة المكاتب بل بمقابلة ما يسلم للمكاتب

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فلهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم فى النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فاذا لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته واذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خوصم في عيب فقبلها بغير قضاء قاض فانها تلزم البائع دون الآمر لان هذا بمنزلة الإقالة في انه يعتمد تراضيهما فالاقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال الا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الآمر لانا تيقنا بوجود العيب عند الآمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الآمر على كل حال وهو الأصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الاقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذى يحدث مثله أو لا يحدث وان أبى البائع أن يقبلها فخاصمه المشترى الى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضى وعند غيره سواء لا يلزم الامر الا فى عيب لا يحدث مثله * ومعنى هذا الكلام أن فى العيب الذى لا يحدث مثله رد القاضى باقرار الوكيل وبالبينة سواء فى انه يلزم الآمر لان الرد بقضاء القاضى فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الآمر وان كان العيب يحدث مثله فاقرار الوكيل لا يكون حجة على الآمر ولكن يحتاج الى أن يثبت على الآمر بالبينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بينة فعلى الآمر اليمين على ذلك وان ردها القاضى على الوكيل ببينة أقامها المشتري فالبينة حجة على الآمر فيلزم الآمر فان ردها باباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الآمر عندنا * وقال زفر هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الآمر ولكن الوكيل على خصومته مع الآمر كما فى الاقرار. ألا ترى أن المشترى لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لو ردت عليه باقراره سواء فى حق البائع الاول فكذلك فى حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا النكول لأنه لا يمكن ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك فى عمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمن ويقضي عليه بالنكول فيكون هو فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى الاول فانه مضطر في النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره فان أنكر الآمر أن تكون الجارية التى باعها فالقول

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الآمر بما يلحق من العهدة فى هذا المحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة انها هى الجارية التى باعها فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بامره ثم وجد بها عيبا فله أن يردها بالعيب قبل أن يدفعها الى الآمر من غير أمر الآمر عندنا * وقال ابن أبى ليلي ليس له ذلك لانها مملوكة للآمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة فى يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الآمر لم يردها بالعيب الا بأمره* وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والعاقد فى حقوق العقد مستبد به و ن كان قد عقده لغيره ولانه في الحقوق كالعاقد لنفسه ألا ترى أن فى الرد بخيار الشرط والرؤية لا تحتاج الى استطلاع رأى الآمر فكذلك فى الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الآمر لانه لا تمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الآمر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والعبد المأذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع ان الآمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الآمر أو يمين المأمور ما رضي بذلك الآمر لم يكن على واحد منهما فى ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبى ليلي لا يردها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الآمر أو رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضا الآمر ورب المال يسقط حق الوكيل فى الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردها فاذا ادعى البائع سببا مسقطا لحقه فى الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضى به *وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل فى هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولا نيابة فى اليمين ولا يمين على الآمر لأن الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والآمر معاملة فلا يكون هو خصما له فى دعوى الرضا بخلاف ما اذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائبا عن الآمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو ثابت صحيح واذا أقر الوكيل فرضا الآمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع فى هذا العيب فباعتبار زعمه تنقطع الخصومة* ولو أقر الوكيل على نفسه انه رضى بهذا العيب فذلك منه صحيح فى حق

نفسه دون الآمر كما لو أقر أن الآمر رضى بالعيب فالجارية تلزمه الا أن يقر الآمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضى به الوكيل * قال واذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أن له ذلك * قال واذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فانه يرجع بحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فان كان ذلك ينقصه العشر رجع بعشر الجارية لان بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها اذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا لانه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن ان كان بعينه فان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما فى العروض * ولو أقر المشترى به لانسان ولم يقم عليه بينة لم يرجع على البائع بشئ لان اقراره حجة فى حقه دون البائع فهو فى حق البائع متلف للسلعة باقراره وان استحق ببينة فقال البائع ليس هو عبدى الذى بعتك فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر البيع فى هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشترى اثبات العقد بالبينة فكذلك اذا أنكر العقد فى هذا المحل * قال واذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكر عنده لم يجز لانه ان عين الكر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الانسان وان لم يعين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة فان قال بكر حنطة جيدة أو وسط ففى القياس لا يجوز هذا أيضا لانه في جانب الكر بائع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه اياه ولان المكيل أو الموزون اذا لم يكن بعينه فهو يثبت فى الذمة ثمنا فكان شراء بثمن ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينا فان وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الكر ردها وأخذ كرا مثل كره * وكذلك لو كان ذلك الكر عند البائع بعينه كان له أن يرد كرا مثله لان

ألا ترى أن البيع يستدعى محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم فى حقه * وفى تصحيح البيع اظهار سلطان مالكيته ولم يكن فى عينه من معنى الاستذلال شئ حتى يؤمر به شرعا فكذلك فى تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية ولا يكون فى عينه من معنى الاذلال شئ وبهذا يتبين أن النهى ليس لمعنى فى عين الشراء بل لمعنى فى قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهى عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد الى شراء أبيه مع أنه ممنوع من اذلاله لانه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه اذلالا لكان القريب ممنوعا عنه فى قريبه لان كل طاعة لا تصل اليها الا بمعصية لا يجوز الأقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لاتتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقى مملوكا بعد شرائه وانما تتحول الاضافة من المسلم الى الكافر وهى اضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تتجدد الاضافة فى حق الوارث ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه اذلالا بخلاف الاسترقاق فبه تتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد ان كان مالكا والمملوكية اذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية فى غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية فى المحل وكان ينبغى أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة الحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى فى حق الكافر اذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لانه ليس فى ابقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الاذلال بمنزلة البقاء فى ملك النكاح . يوضحه ان المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاعة والمسلمة ليست بمتحللة فى حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقي لان فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذى يتم به العقد ليس فيه معنى الاذلال لان ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا نظير المحرم يشتري صيدا لان الصيد فى حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فلم يكن مالا متقوما كالخمر فى حق المسلم * ولهذا لا يجوز بيعه

انه اشترى على ما ليس فى ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل فى ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذى زال عنه بعينه وبقى له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر فالربح هناك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه ولا كذلك فيما اذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشترى هناك ربح الا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البائع الاول من المشترى الثانى لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف أسباب الاعيان وقد قررنا هذا * وكذلك لو دخل فى المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التى خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح مالم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء والذى احتبس عند المشترى سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر فى العقود لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول * وكذلك لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك جائز لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر فى التقويم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير تقويم * ولو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز فى القياس وهو قول زفر لان الدراهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجرى الربا بينهما وفى الاستحسان هذا لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو الثمنية ولهذا جعلا فى أغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار انهما جنسان صورة يصح هذا العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لاجل الربا وباب الربا مبنى على الاحتياط * وكذلك لو اشتراه مملوك البائع الاول عبده أو مكاتبه بأقل من الثمن الاول لان تصرف المملوك لمالكه من وجه فكسب العبد لمولاه وللمولى فى كسب مكاتبه حق الملك فهو كشراء البائع بنفسه لمكان حقه فى المقصود بالعقدين وان اشتراه ولده أو والده أو زوجته فكذلك فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد فى مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس مالو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع الى ملك العين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذى سبق أن الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لايبيع ممن لا تجوز شهادته له كمالا يبيع من نفسه ومملوكه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القرابات *قال وان اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء خمر له أو بيعها عند أبي حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل عنده كالعاقد لنفسه ثم الملك ينتقل الى الموكل حكما فهو كمالو اشتراه لنفسه ثم مات فورثه البائع منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل عقد الوكيل له كعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقدا لنفسه فهنا أيضا يصير الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير بقبض الوكيل مضمونا بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر لنفسه لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فمن أهل مباشرة هذا العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك اذا وكل غيره فيه لان التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعد صحة الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده اذلا معارضة بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جعلناه مشتريا للآمر كان الشراء فاسدا فينبغي أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على مذهب أبي حنيفة فانه قال ان البائع أوابنه لايشتريه لنفسه وماتحصل للبائع من الملك بشراء

الوكيل فوق ماتحصل بشراء ابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسئلة الخمر فى الوكالة فكذلك ينبغى أن يجعل فى شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خمرا جاز شراؤه * وكذلك لو كان له أب كافر فاشترى خمرا يجوز شراؤه فمن هذا لوجه يشكل مذهب أبي حنيفة * قال الشيخ الامام الاصح عندي فى ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المعقود عليه بدليل ان أحد العقدين لو كان هبة كان كل واحد من العقدين صحيحا وكل من له الحق فى العقدين جميعا لا يجوز منه الشراء كالبائع وليس للوكيل حق فى العقد الاول فلهذا صح منه العقد الثانى وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلهما حق فى العقدين فنزلا منزلة البائع فى ذلك بخلاف مسئلة الخمر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقوم فى الخمر وانما يعتبر ذلك فى حق العاقد خاصة فاذا كان العاقد كافرا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم * قال ولو كان البائع والمشترى وكيلين فى البيع الاول لم يجز للبائع أن يشترى باقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشترى ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والعاقد لغيره فى حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ليس لموكل البائع ان يشتريه من المشترى ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة بيعه بنفسه فى المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان الربح لا على ضمانه الذى يحصل له * قال واذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم بنسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجز لان هذا فى معنى شراء ما باع باقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا فى مالية الثمن ألا ترى أن أصل الأجل يمكن نقصانا فى المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النسأ شرعا فكذلك بزيادة الأجل يزداد النقصان فى المالية فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثانى بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل فينعدم النقصان به معنى والممتنع شراء ما باع بأقل مما باع فاذا لم يعلم أن الثمن الثانى أقل من الثمن الأول كان الشراء جائزا * قال واذا باع الرجل طعاما بدراهم فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبل أن يقبضه من المشترى ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل اذا لم يكن طعامه بعينه لان

الثمن دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز الابراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا كبدل العروض والأصل في جواز الاستبدال بالثمن حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الابل بالنقيع وربما ابيعه بالدراهم وآخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افترقتما وليس بينكما عمل * قال واذا كان لرجل على رجل دين الى أجل وهو من ثمن مبيع لحط عنه شيئا على ان يعجل له ما بقي فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله الى أجله وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولسنا نأخذ بقوله لان هذا مقابلة الأجل بالدراهم ومقابلة الأجل بالدراهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال لو زاده في المال ليؤجله لم يجز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليعجل له ما بقي والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بني النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتعجلوا من غير شرط أو كان ذلك قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على خمسمائة على أن يعجلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيده فانما فيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان تعتبر حقيقة الربا بينهما حتى لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب فكذلك في حط بعض البدل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالدراهم وكذا لو زاده في بدل الكتابة ليزيده في الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين * قال واذا باع عبدا بنسيئة فباعه المشترى من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل بأقل من الثمن الأول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كعين آخر يشتريه بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من وارث المشترى بأقل من الثمن الأول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرده بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه ويجوز إقالة الوارث مع البائع * أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرده بالعيب ولا يقبل التقدم مع بائع الموصي ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي فلهذا جاز شراؤه منه بأقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه له وارث البائع من المشترى بعد

موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشترى وأبو يوسف يسوى بين الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه بعده كوارث المشترى ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث * وقد كان الملك في المبيع للمشترى فيخلفه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلفه وارثه فى ذلك ولكن هذا ملك يحصل لوارث البائع باكتسابه وهو ليس بخلف عن البائع فى ذلك فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشرائه فى حياة البائع * قال وان اشتراه البائع من المشترى مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل من الثمن الذى باعه لم يجز الشراء فيه كما لو اشتراه وحده بأقل من الثمن الاول ويجوز فى العبد الآخر بحصته لانه لا مفسد للعقد فى حصة العبد الآخر * وقد بينا عذر أبى حنيفة فى الخلافيات أن هذا فساد ضعيف خفى ولهذا خفى على زيد بن أرقم رضى الله عنه فلا يعدو حكمه محله بخلاف ما اذا كان الفساد ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغى ان يجعل بمقابلة ماباع مثل الثمن الاول احتيالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وان جعل بمقابلة أكثر من الاول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول العقد فى ذلك شرطا لقبول العقد فى الآخر وهو شرط فاسد فينبغى أن يفسد به العقد في الثانى كما هو مذهب أبي حنيفة في نظائر هذا لان قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد . ألا ترى أن ثمنه لو كان مثل الثمن الاول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد في العبد الثانى * وان اشتراه البائع مع رجل آخر جاز شراء الاجنبي فى نصفه كما يجوز شراؤه فى الكل اذا اشتراه لنفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح * وان كانت جارية فولدت عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الاول جاز ان كانت الولادة نقصتها كما لو دخلها عيب آخر عند المشترى بسبب آخر ولا يجوز ان لم ينقصها لان مادخل في ملك المشترى على هيئته كما كان فاذا اشتراها البائع بأقل من الثمن الاول يحصل له ربح لا على ضمانه * قال واذ اشترى الرجل جارية فولدت عنده لاقل من ستة أشهر من يوم شراها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري في ذلك لم تصح دعواه في القياس وهو قول زفر وصحت دعوته فى الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسعى في نقض ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو زعم انه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشترى الولد ثم ادعى نسبه وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له فاذا زعم بعد ذلك ان الولد ولده وانها أم ولده كان مناقضا في ذلك والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوي البائع فكذلك ينبغى ان يجعل فى دعوي أبيه . وجه الاستحسان أنا تيقنا أن العلوق حصل في ملكه لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعته لأقل من ستة أشهر عرفنا أن العلوق كان حاصلا قبل البيع وحصول العلوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استحقاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع واذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لان الشيء لا ينقضه ما هو دونه و نما ينقضه ما هو مثله أو فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل لرفع وذلك لا يحتمل فلا ينتقض به بخلاف ماذا وضعته لستة أشهر فصاعدا فانا لا نتيقن هناك بحصول العلوق فى ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له والملك للمشترى متيقن به و لمتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما اذا أعتق المشترى الولد لان ولاءه يثبت للمشترى بالعتق والولاء لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب فنتقض به ما كان من حق استحقاق النسب لان هذا مثله او فوقه بخلاف ماذا مات الولد لان حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته الى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف مالو ادعاه ابو البائع لانه بمجرد حصول العلوق فى ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب الا بشرط وهو ولاية نقلها الى نفسه ألا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد حال حياة الاب ويثبت له بعد موت الاب لان ولايته بعد موت الاب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لانها صارت مملوكة للمشترى فليس للأب ولاية نقلها الى نفسه بالدعوى فلهذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استحقاق النسب ألا ترى أن الملاعن اذا اكذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض فى ذلك وهو لخفاء اثر العلوق قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين أنها علقت منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللعان وقطع النسب أقوى منه فى بيعه إياها فاذا

جاز ابطال حكم الحاكم بدعوى النسب وان كان هو ساعيا فى نقض ماتم به فلان يجوز ابطال البيع أولى * وان ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لان نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان النسب الذى يثبت من المشترى لا يحتمل النقض فهو أقوى من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق الاستحاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وان ادعياه معا فانه يثبت نسبه من البائع وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال ابراهيم النخعى يثبت نسبه من المشترى لان للمشترى فيها حقية الملك وللبائع حق الملك وصاحب حقية الملك يترجح في الدعوى كمالو ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه لهذا المعنى ولكنا نقول دعوى البائع سابقة معنى لانها تستند الى وقت العلوق فان العلوق حصل فى ملكه ودعوى المشترى لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت معنى بخلاف مسئلة الأب لان دعوى كل واحد منهما هناك تستند الى ما تستند اليه دعوى الآخر الا أن شرط دعوى الأب نقلها اليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط اذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح ما قلنا ان دعوى المشترى دعوى التحرير لان العلوق لم يكن حاصلا في ملكه ودعوى التحرير كالاعتاق اما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولان العلوق كان فى ملكه فيجعل هذا بمنزلة مالو ادعاه البائع وأعتقه المشترى معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما اذا ولدته لا كثر من ستة أشهر فادعياه معا فدعوى المشترى أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح اذا لم يصدقه المشتري فاذا اقترنت دعوى المشترى بدعوى البائع فأولى ان لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشترى الأم ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج الى النسب لحل له بعد عتق الأم ولكن لا ينقض عتق المشتري فى الأم للولاء الذى لم يثبت له عليها وهو مما لا يحتمل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت حق أمية الولد للام كما في ولد المغرور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى البائع لا تصح فى حق الأم لان الولد هو المقصود والأم تبع فاذا لم يمكن تصحيح دعواه فيما هو الأصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الأم في الاستيلاد فبيع

وتعذر ثبوت الحكم فى البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الأصل فلهذا يثبت نسب الولدمنه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعها ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء * ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشترى الأول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الأول صحت دعواه لان العلوق كان فى ملكه والبيع الثانى في احتمال النقض كالاول فباعتبار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين فى بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الولد الذى عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقي أحد الولدين فى ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشترى فى الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الأصل لأحدهما حرية الأصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشترى بخلاف ما سبق فيما اذا أعتق المشترى الأم لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الأصل للولد انتقاض عتق المشترى فى الأم * يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشترى عادت أم ولد للبائع فيطؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اماهنا لو نقضنا عتق المشترى فى الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الأصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم

باب بيوع أهل الذمة

قال واذا اشترى الذمى مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمى جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي اثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه اثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كنكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

على بيعه فاذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك اذا طرأ فيمتنع ثبوت الملك اذا اقترن بالسبب كما فى النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استذلال المسلم وفى اثبات الملك له عليه استذلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبقى للوارث الملك الذى كان للمورث * ولهذا يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه نما الممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى لمعنى فى المنهى عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشترى والده يجوز وان كان الولد ممنوعا عن اذلال والده لان بالشراء هناك تتم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق والأمور بعواقبها فباعتبار المآل يصير هذا الشراء اكراما لا اذلالا ولهذا قلنا الابن الكافر اذا اشترى أباه المسلم يجوز وكذلك اذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف درهم يجوز ويتملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الاقدام عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذى يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من قبضه وفى اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل ولا يوجد ذلك فى حق من يعتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالا يتأتى فيه القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لان فوات القبض اذا طرأ بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فاذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل عليه المحرم اذا اشترى طيبا لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لاحرامه فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر فى العبد المسلم . وحجتنا فى ذلك العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة . والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم فيملك شراءه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل محلا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم فى حق المسلم والكافر جميعا

حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعله عند الفسخ * وكل ما يكال أو يوزن أو يعد في هذا الحكم سواء لما قلنا * قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم يجز لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة ومؤجلة ولم يوجد ذلك وان كان الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لان الثوب ليس من ذوات الأمثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تعذر رده بالاستهلاك يلزمه قيمته كما في المغصوب * واذا باع رجل شيئا بنقد أو بنسيئة فلم يستوف ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه باقل من ذلك الثمن لم يجز ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان ملك المشترى قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأى مقدار من الثمن باعه كما لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من البائع جاز ذلك فكذلك اذا باعه منه بثمن يسير ولانه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن الاول جاز فكذلك اذا باعه المشترى منه الا انا استحسنا لحديث عائشة رضى الله عنها فان امرأة دخلت عليها وقالت نى بعت من زيد بن أرقم جارية لى بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضى الله عنها بئسما ما شريت وبئسما اشتريت ابلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا أن ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد رضى الله عنه اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يجوز أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الى العطاء فان مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع الى العطاء وقد كرهت العقد الثانى بقولها بئسما اشتريت وليس فيه هذا المعنى عرفنا أنها انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانهما يتطرقان به الى الثانى والمعنى فيه

عندنا فكذلك شراؤه فاما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده اذا أسلم ثم موجب الشراء اثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشترى عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل فى تصحيح هذا الشراء اظهار ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره الى باب القاضى ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر اذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعى لانه يستخف به فيرجع ذلك الى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس فى عين الشراء من اذلال المسلمين شئ وكلامنا فى هذا الفصل أظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لانه يعتقد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتقد انه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك فى ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك ببيعه من المسلمين ولا يترك ليبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * واذا ترك فى ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى في القرآن لا يمسه الا المطهرون * فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذمى فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يعرض عليه الاسلام فلعله يسلم فيترك العبد فى ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر اذا أسلمت امرأته يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفى المالية ويحصل المقصود وان كان للذمى عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام أبيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

تفريقا بينه وبين أمه لان هـذا تفريق بحق وجب فيه فهو كما لو جنى الابن الصغير جناية فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك * وان كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن لما كان بحق لزم ذلك فى الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن فى كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معه لانه لا ضرورة فى التفريق بينهما اذا كان كل واحد منهما محلا للبيع * قال واذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وان أسلم عبد الذمى فكاتبه جازت الكتابة لان ملكه فيه باق بعد اسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل بالكتابة في الحال وهو ازالة ذله منه لانه يصير بمنزلة الحر فى حق اليد والمكاسب ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك اليمين وربما يؤدى بدل الكتابة فيعتق ويتم المقصود به فان عجز أجبر على بيعه لان الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر الحكم الذى كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وان لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم أو كافر أجبر المولى على بيعه لان المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالراهن يستخدم المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه وهو الاجبار على البيع * فاما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة واذا بيع المرهون فيكون ثمنه رهنا مكانه لان عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه فى المحل فيتحول حكمه الى بدله كما اذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان المؤجر اذا باع المؤاجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن اذا باع المرهون برضا المرتهن كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم فى يد المرتهن أو لمستأجر أجبرته على بيعه ولم أتركه يكون فى ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال هنا يتقرر اذا ترك فى ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وان كانت جارية فدبرها أو استولدها قبل الاسلام أو بعده جعلت عليها ان تسعى فى قيمتها لان بيعها متعذر لما تقرر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسعاء فى قيمتها وهى بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وعند زفر هى حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعى يجبر

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا فى كتاب العتاق * واذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لان اسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الاولى * فان نقض البيع أجبر على بيعه لان الاول صار كان لم يكن * وان أمضاه لكافر مثله أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد وكذلك ان كان الخيار للمشترى فان فسخ العقد أجبر على بيعه اذا كان كافرا وان أمضى العقد والمشترى مسلم فهو سالم له *قال واذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه فانه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه ان كان كافرا لان فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد باسلامه فان البائع يجبر على بيعه اذا كان كافرا ومع امكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك احدهما فان كان البائع غائبا فرفع العبد المشترى الى القاضى أجبره على البيع ان كان شراء يجوز فى مثله البيع منه لانه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبة البائع ولا يجوز أن يترك المسلم فى ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لان فى التأخير الى أن يحضر البائع اضرارا بالعبد وابقاء له فى ذل الكافر وذلك ممتنع فى الشرع .وان كان شراء لا يجوز فى مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن اجباره على بيعه ولكنه ملك الغير .ضمون فى يده أو أمانة بمنزلة المغصوب أو الوديعة *مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفاء الحقين ممكن وان كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس فى ابقاء المسلم فى ملك المسلم معنى الاذلال ولو أن مسلما وهب عبدا مسلما لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كما لو ملكه بسبب آخر . ولو أراد المسلم أن يرجع فى هبته كان له ذلك مالم يبعه الكافر أو يعوض المسلم منه والكافر فى حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع فى هبته كان له ذلك لان حقه فى الرجوع كان ثابتا مالم يصل اليه العوض فلا يبطل باسلام العبد ولكن اذا رجع فيه أجبر على بيعه * واذا أسلم عبد النصرانى فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصرانى آخر ببينة مسلمين وقد أعتقه المشترى فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشترى لم يملك وان عتقه لم ينفذ لان بائعه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغى أن ينفذ

البيع باجبار القاضي عليه فى حق المستحق اذا كان نصرانيا لان القاضي انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبى أن يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام * ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من النصارى أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر فى العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع الذى ليس بمستحق ففى البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام أولى * قال واذا كان للمسلم عبد نصرانى تاجر فاشترى عبدا نصرانيا فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذى لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه لان المولى لا يملك من كسبه مالم يقض عنه الدين كالاجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصرانى فيجبر على بيعه كمكاتب نصرانى لمسلم أسلم عبده * قال واذا اشترى النصرانى عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال ارده تركته حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيلا يخاصم عنه فى العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفى هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم فى ظاهر الرواية القاضي يحلف المشترى بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا بطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لا لانشائها ولكنا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى الى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضى فيحتاط القاضى بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفى موضع آخر قال ولا عرضه على بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضى أن المشترى قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشترى وان وكل البائع وكيلا بالخصومة فاقرار وكيله عليه جائز فى مجلس القاضى لانه قائم مقام الموكل فى جواب الخصم

ولا يحلف الوكيل لان النيابة في اليمين لا تجزئ ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا في كتاب العيوب * قال ولا يجوز بين أهل الذمة شئ من بيوع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فانى أجيز ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة في حقهم والأثر الذى جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل في كتاب الغصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف في الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفا آخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوما في حقهم فلو لم نجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضرارا بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك الى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله فى الخمر عشرة وذكر في الجملة بائعها * والثانى قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال واذا اشترى المسلم عصيرا فلم يقبضه حتى صار خمرا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكما لا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخي لأن العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد * ولو اشترى المسلم خمرا فتخللت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل العقد كان صحيحاً ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من اباقه الا أن المشترى هنا مخير لتغيير صفة المبيع وهو فى ضمان البائع ولهذا لو

خاصمه فيها قبل أن يصير خـلا فابطل القاضي البيع ثم صارت خلا بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الاباق اذا عاد بعد ما فسخ القاضى البيع بينهما . وبه فارق ما لو كانت خمرا في الابتداء فان هناك البيع ما انعقد صحيحاً * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من اباقه لم يصح البيع *وعلى هذا النصرانى لو اشترى من نصرانى خمرا ثم صارت خلا ثم أسلما فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك لتغير صفة المبيع وان أسلما ثم صارت خلا فهو على هذا الخلاف الذى ذكرنا ثم ذكر مسئلة اقراض النصرانى نصرانيا خمرا وقد تقدم بيان ذلك فى كتاب الغصب * قال واذا اشترى النصرانى من النصرانى خمرا أو خنزيرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشترى قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلا في قول أبى حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما فى وقوع الملك للمشترى مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله . ولو كان الخيار للبائع فأسلما او أسلم البائع بطل البيع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه بالاجازة بعد اسلامه وان أسلم المشترى وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لأن البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فان أجاز البيع ملك المشترى الخمر حكما من غير عقد باشره بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك * واذا ارتهن نصرانى من نصرانى خمرا بدين له عليه فاسلم المرتهن بطل الرهن لان المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك الا بهلاك الرهن فالاسلام الطارئ بعد العقد قبـل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فان كان المرتهن هو الذى أسلم بقى مضمونا عليه حتى اذا هلك هلك على الراهن لان خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذى أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شيء لأن خمر المسلم لا تكون مضمونة على الذمى بالغصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم فى حق المالك هنا بخلاف الأول * قال واذا وكل المسلم نصرانيا ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبى حنيفة لأن العاقد نصرانى ولم يجز في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل * واذا كان للذمى عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لأن ما فيه من الشرك أعظم من التفريق يعنى أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهـة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر فى حقهم حكم كراهـة التفريق

في البيع والله أعلم

باب بيوع ذوى الارحام

قال ليس ينبغى للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا فى الصدقة ولا فى الوصية اذا كان صغيرا لما روي أن زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضي الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدة بولدها*وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفى رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم * والحاصل انه اذا اجتمع فى ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما فى الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعى فى الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله فى ملكه . وحجتنا فى ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لعلى كرم الله وجهه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال مافعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك. والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففى التفريق بينهما ايحاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم فى ذلك سواء لاستوائهما فى الشفقة التى تنبنى على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة الى البلوغ عندنا وقال الشافعى الى أن يستغنى الصغير عن الكبير فى التربية .واعتمادنا فى ذلك ما ذكره الدارقطنى فى مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لاتجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا راهق الصغير ورضيا أن يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة فى ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاهما فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدى الي قطيعة الرحم ولهذا حرم

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف فى ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغا وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من أولاده *ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقى وعن ابي يوسف قال يردهما او يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس بمالو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا كان له أن يردهما أو يمسكهما . وجه ظاهر الرواية ان المثبت لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق فى احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له ان يبيع شقصه من أحدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما فى ملكه *ولو كانا مملوكين له فباع أحدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف أستحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله فى الأخوين وهو قول الشافعى * وروي الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله ان البيع فى جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وانما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففى احدى الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد * وفى الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة *وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه أدرك أدرك على طلب الاقالة أو بيع الاخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان النهى عن بيع احدهما لمعنى فى غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع فى شئ والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد البيع كالنهى عن البيع وقت النداء * قال ولا بأس بأن يكاتب أحدهما دون الآخر لان عقد الكتابة مآله العتق فهو كالاعتاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكاتبه لانه لا تفريق بينهما فى هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير اذا كوتب او اعتق وربما تمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

وكذلك لا بأس بأن يبيع احدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد انه يكره له ذلك وهذا لان بيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق فان البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفي به المشترى وربما لا يفي فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية ان الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يعد وانما ينبني الحكم على الظاهر مالم يتبين خلافه فبيع أحدهما نسمة كبيعه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال واذا اجتمع فى ملكه أختان فدبر احداهما أو استولدها والاخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك ان كاتب احداهما لان كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فان عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع احداهما فيجوز له بيع الاخرى . وعن أبي يوسف ان في التدبير والاستيلاد ليس له أن يبيع الاخرى لان ملكه فى المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما فى ملكه فيكره التفريق وفى الكتابة لا يكره لان ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا فى ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع احداهما * قال واذا كان أحد المملوكين له والآخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا فى ملك رجل واحد ولانه غير متمكن من بيعهما من واحد اذ ليس له حق التصرف فى كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك ان كانت احداهما لعبد له تاجر وعليه دين لانه غير متمكن من بيعها فان تصرفه فى كسب العبد المديون لاينفذ * وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا فى ملكه وان لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لانهما اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من بيعهما * وان كانت احداهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لان المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله ان يبيع ما كان عنده منهما * قال واذا كان للرجل أمة فباعها على ان له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له ان يوجب البيع في الامة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا فى ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بان يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فاذا أوجب البيع فى الامة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك ان سكت حتى مضت المدة لان سكوته عن الفسخ الى مضى المدة كاختياره امضاء البيع * وان كان الخيار للمشترى فلا بأس بأن يستوجبها لان الامة خرجت من ملك البائع مع خيار المشترى فلم يجتمعا فى

ملك رجل واحد * ولو كان عنده ابن لها فاختار ردها لم يكن بذلك بأس * أما عند أبي حنيفة فلانهما لم يجتمعا فى ملكه فان خيار المشترى يمنع وقوع الملك له وعندهما لان هذا التفريق لحق له فى احداهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق ما يكره للحر لانهما مخاطبان * وفى التمكن من بيعهما معا بمنزلة الحرين وكراهة التفريق لحق الشرع فيستوى فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لى قد أرضعت ولدى فقال قل من يشترى أم ولدى وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب فى حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شئ منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبنى كراهية التفريق * قال واذا اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغى له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له فى عياله لان هذا تفريق بينهما فى البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذى باعه من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق فاذا دخل الحربى دار الاسلام بغلامين أخوين صغيرين بامان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه * وان كان فيه تفريق لانى ان لم أشتره منه لاعاده الى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشراؤه منه أقرب الى النظر من مراعاة التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه أحدهما لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما فى دار الحرب لانه اشتراهما من أهل الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربى مستأمن فلا بأس حينئذ بشراء أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر فى الكتاب ما اذا اجتمع فى ملكه مع الصغير كبيران * والجواب في ذلك ان الكبيرين اذا استويا في القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالاخوين والخالين والعمين فلا بأس بان يبيع أحد الكبيرين استحسانا * وفى القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبى يوسف لان الصغير يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما فى حقه كالمنفرد به * وفى الاستحسان قال هذا

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه أحد الكبيرين فانه يستأنس به ويقوم الكبير بحوائجه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما اليه من جهتين كالأب والأم فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استئناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبعد والآخر أقرب اليه في القرابة كالأم مع الجد فى ظاهر الرواية لا بأس ببيع الا بعد ويمسك الاقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا أمسك الاقرب معه وشفقة الاقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقريبة تكون البعيدة كالمعدومة * وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحدا منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما اذا استويا فى الدرجة

باب بيع الامة الحامل

قال رضى الله عنه اعلم أنه اورد هذا الباب فى كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسائله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد بينا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فمازاد على ماتقدم بيانه ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعاهما البائع فانه يرد البيع لانا تيقنا حصول العلوق بالتى ولدت لاقل من ستة أشهر فى ملكه وهما توام فن ضرورة التيقن بعلوق أحدهما فى ملكه التيقن بعلوق الآخر فهو كما لو ولدتهما لاقل من ستة أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خلف ولدا بخلاف ولد الملاعنة فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملاعن نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملاعنة كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقى بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالا كذاب اذا كان مقيدا وتقام حاجة ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية المبيعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده مقامه فى اثبات نسبه ابتداء فلهذا لا تصح دعواه وان كان فى يده صبي لا ينطق فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق فى ذلك في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشتبه عليه هذا

فى الابتداء ثم يتبين له فى الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان لخفاء امر العلوق يعذر فى التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشتري ابنه فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار فى يد نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى بعد ذلك ومن غيره سواء لا تنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لانه فى يد مولاه اذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه * قال فى الكتاب أستحسن فى الصغير كما أستحسن فى المدبر يكون بين اثنين اذا جاآى بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب العتاق * قال واذا ولدت الأمة ولدين فى بطن واحد فباع المولى الأم مع أحدهما ثم ادعى المشترى الذى اشترى فان نسبه يثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما منه ثبوت نسب الآخر وهو عند البائع على حاله لان العلوق لم يكن في ملك المشترى فدعواه دعوى التحرير والتوأم ينفصل احدهما عن الآخر فى التحرير كما لو اعتق أحدهما وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع فى الآخر وان كان اعتقه المشترى لان أصل العلوق كان فى ملك البائع فدعواه توجب حرية الاصل الذى بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا يفصل احدهما عن الآخر في حرية الاصل وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشترى لضرورة اثبات حرية الاصل له * قال واذا باع أمة حاملا فخاف المشترى ان يدعى البائع حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا الحمل من عبد له كان زوجا لها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لا رخصة في الكذب ولكنه بيان لحكم ان البائع ان أقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه المسئلة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند ابى حنيفة لان لاقراره حكمين اخراج نفسه عن نسب هذا الولد واثبات من المقر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ما هو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

اعتقها فكذبه البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان أبا حنيفة يفرق بينهما فيقول الولاء قابل للتحول من شخص الى شخص الا ترى أن ولاء الولد يثبت لمولى الام اذا كان الاب عبدا فاذا عتق الاب تحول ولاؤه اليه والنسب لايحتمل التحول من شخص الى شخص فمند ماأخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحت دعواه وبطل البيع فيكون هذا كحكم الجارية المشتركة استولدها احدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما وبطل البيع لان العلوق حصل في ملكيهما جميعا ولو دعاه البائع وأعتقه المشترى فدعوى البائع تستند الى وقت العلوق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشترى فيه باطلا ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهى حامل فادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذى لم يبع فان ولدت لأقل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان دعواهما تستند الى وقت العلوق فالعلوق حصل فى ملكهما ويأخذ المشتري مانقد من الثمن ويرد على الذى لم يبع نصف العقد لاقراره بالوطء * قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد على الذى لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين جميعا وهكذا فى رواية أبى سليمان لان اقراره بوطئها لابد أن يكون سابقا على الشراء وقد حصل ذلك في ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين * وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن الذى لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلوق قبل البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذى لم يبع لانه أقر بوطئها وذلك يلزمه نصف العقد للذى لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس للبائع على المشترى عقد لانه ما أقر بوطئها قبل شرائه وانما زعم أنه وطئها بعد شرائه في ضمن دعوى النسب فلهذا لا يغرم له شيئا من العقد والله أعلم

باب الاستبراء

قال رضى الله عنه الاصل فى وجوب الاستبراء قول النبى صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا خطاب للموالى فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه اذا قيل لا تضرب فلانا يكون

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لاخطابا للمضروب والمعنى في المسبية حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت فى سهمه بسبب ملك الرقبة فبهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهى المشتراة أو الموهوبة . ووجوب الاستبراء فى المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما . والحكمة فى ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهى بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهى حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن أبي يوسف قال اذا تيقن فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالمطلقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة فى حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكنا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالعيب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس . كذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها الى عورة حتى يستبرئها لان من الجائز أنها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحل الا فى الملك كالوطء ولأن الوطء حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطء فيحرم بحرمة الوطء كما اذا ظاهر من امرأته المحرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس ثم الدواعى هناك لا توقعه فى ارتكاب الحرام لنفرة فى طبعه عنها بسبب الاذى والدواعى هنا موقعة فى ارتكاب الحرام وهو الوطء لانه راغب فيها غاية الرغبة مالم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر فى حق الآيسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء فى العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيتقدر بشهر وان كانت حاملا فاستبراؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التحرى لتعذر الاستبراء ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شيء من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

بعض المدة فلهذا قدرنا الاستبراء فى حقها بوضع الحمل واذا ارتفع حيضها وهى ممن تحيض تركها حتى اذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لأن المقصود تبين فراغ الرحم من ماء البائع ليتيقن بصحة البيع ووقوع الملك للمشترى فيها وقدحصل ذلك اذا مضى من المدة ما لو كانت حبلي لظهر ذلك بها وليس فى ذلك تقدير بشىء فيما يروى عن أبى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه الله يقول أولا يستبرئها باربعة أشهر وعشرا اعتبارا بأكثر المدة وهى عدة الوفاة فى حق الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لان أطول مدة العدة فى حق الامة هذا فاذا كان بأقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الأمة الاعتداد الا بهذه المدة ففى أضعف السببين وهو الملك أولى ان لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة .وقال زفر يستبرئها بحولين اكثر مدة الحمل وكان أبو مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لانها مدة الحبل في النساء عادة قال والاول أصح لان نصب المقادير بالرأى لايكون وليس في ذلك نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة *وكذلك لو كان له في جارية شقص فملك الباقى منها بوجه من الوجوه لان حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه جميع رقبتها فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لان ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما ببعض العلة فلايثبت شئ من الحكم قال واذا اشتراها وهى حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبى يوسف انها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكنا نقول الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تتجزأ وقد تعذر الاحتساب من الاستبراء بما مضي منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته فى حالة الحيض لايحتسب بهذه الحيضة من العدة ولانه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه اكمالها من حيضة أخرى فاذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك ان كانت حاضت حيضة مستقبلة بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء الا على رواية ابى يوسف رحمه الله فانه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التى توجد فى يد البائع كما يحصل بالحيضة التى توجد فى يد المشترى ولكنا نقول ملك الوطء بسبب ملك الرقبة

انما يستفيده المشترى بالقبض لان الوطء تصرف وملك التصرف يحصل للمشترى بالقبض فالحيضة التي توجد قبل هذا لايحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخمر فى العصير وكذلك ان وضعت على يدى عدل حتى ينقد الثمن لحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لوهلكت انفسخ البيع وهلكت من مال البائع * قال واذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركه المشترى البيع فيها ففي القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة .وذكر أبو يوسف فى الامالى أن أبا حنيفة كان يقول أولا بالقياس ثم رجع الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله .وجه القياس أنها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهى العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان انها فى ضمان ملكه مابقيت يده عليها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما اذا سلمها الى المشترى ثم تقايلا فعلى البائع أن يستبرئها فى ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشترى فاذا عادت اليه لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ماقبل التسليم وعن ابى يوسف قال اذا لم يكن البائع فارق المشترى حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه تيقن بفراغ رحمها من ماء غيره * قال واذا اشتري جارية لاتحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهر بدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت واذا حاضت عند المشترى حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت اليه بعد ماحدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه أن يستبرئها سواء كان عودها اليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد .وكذلك لو باع شقصا منها ثم استقاله البيع فيها او اشتراها لان بيع البعض كبيع الكل فى زوال ملك الحل في حق البائع وفى الوجهين تجدد الحل بعد زوال ملكه ويده فلزمه استبراء جديد * قال واذا رجعت الآبقة اوردت المغصوبة أوفكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء المدة فليس عليه أن يستبرئها لان ملك الحل مازال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة ولم يختل ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لايتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه حتى يغرم بوطئها العقد لها ويغرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كما لو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقها الزوج وجب عليه أن يستبرئها لان ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة *وجه قولنا أنها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه وانحل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا ينبني على ذلك وانما ينبني على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يختل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يغرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها أحق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرر له الملك الذى كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقها زوجها فان كانت الفرقة بسبب يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لا حق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدى الروايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ماحلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له أن يستبرئها وهو الاصح لانه لو لزمه الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ماهو وظيفة النكاح فلأن لا يجب أولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها أن تتزوج عقيب الطلاق ويطؤها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى أن يطأ أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة ولو باعها على أنه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذى كان له باق في مدة خياره فبفسخ البيع لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشترى فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول أبي حنيفه لان المشترى لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشترى قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض واذا قبضها المشترى على شراء فاسد ثم ردها القاضى على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشترى ملك رقبتها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد اليه من الملك *قال واذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشترى فوطئها ثم خاصم مولاها الاول فقضى القاضى له بها فعليه ان يستبرئها بحيضة استحسانا وفى القياس لايلزمه الاستبراء لان المشتري من الغاصب غاصب كالأول وقد بينا أن المغصوب منه اذا استرد المغصوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها لانها حلت المشترى حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشترى ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فلثبوت الحل له ظاهرا قلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا اذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح فى حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك فى حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشترى يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشترى لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ماوطئها وفى الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا لثبوت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لولم يطأها المشترى *قال واذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقربها بعد مايستبرئها بحيضة هذا فى احدى الروايتين في هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين . وان كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه أن يستبرئها لانها ماحلت لغيره والامة لاتملك أن تزوج نفسها بغير اذن مولاها وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقربها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء *قال واذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه أن يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبة فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة *قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لأن المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه فاما عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لأن العبد ليس أهلا أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ماصار المولى أحق بها يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد مايشتريها من العبد لأن قبل الشراء كان لا يملك رقبتها عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها * قال وان وهب جاريته لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لأنها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ماحلت لغيره وكذلك اذا أصاب المأسورة قبل القسمة أو بعدها لأن العدو وقد كانوا ملكوها بالاحراز . ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان ابقت الى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الآبق اذا دخل دار الحرب لا يملك بالأخذ فاذا ردت على المولى بغير شئ فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها * قال واذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشترى ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لأن المشترى لم يملكها فان حق الحرية الثابتة فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء . ألا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشترى لم يثبت نسب الولد من المشترى وان ادعاه فاذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد * قال واذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحيضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لأنه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمها بمائه وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكنا نقول الاستبراء فى ملك اليمين نظير العدة فى النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء فى الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقى به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا فى حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بايجاب الاستبراء على المشترى الا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشترى فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً واذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشترى أن يجتزئ بذلك الا فى رواية شاذة عن أبى يوسف بناء على أصله فى أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكنا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجها لم يكن له أن يزوجها حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل فى الموضعين جميعا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجباً عليه ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والا ظهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجها بعد ما وطئها صيانة لمائه لأنه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشترى ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان زوجها قبل أن يستبرئها جاز لأن وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة ولا يمنع صحة تزويجها والأحسن للزوج أن لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه فى القضاء وفى الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كى لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد لأن ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد وجه قولهما ان الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوج أم ولده أو مدبرته فهي فى ذلك كالامة * قال واذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لأنه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزانى الا الحجر وليس فى الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

بماء غير وفى الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة فان حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو وطئها كان ساقيا ماءه زرع غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ماحاضت عند المشترى حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لأن ملك الحل لا يثبت له مالم يملك جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع . وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فقبضها المشترى وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لان ملك الحل انما يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسئلة أن بيع الفضولى يتوقف على اجازة المالك عندنا ويجعل اجازته فى الانتهاء كالاذن في الابتداء وعند الشافعى لا يتوقف بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله مجيز حال وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف. واحتج الشافعي بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهى يوجب فساد المنهى عنه والفاسد من العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض فكون بيع ما يقبض ولم يملك منهيا عنه أولى والمعنى فيه ان تصرفه صادف محلا لا ولاية له على ذلك المحل فيلغو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء فانه لا ينعقد وان أخذه بعد ذلك وهذا لأن انعقاد العقد يستدعى محلا ويختص بمحل للعاقد عليه ولاية فاذا انعدمت الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية فى المتصرف عند العقد وذلك يوجب الغاءه كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان أجازه بعد البلوغ فكذلك هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب البائع قد اشتريت منك بكذا فان ذلك تصرف فى ذمة نفسه بالتزام الثمن اذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته .والدليل عليه ان المشترى اذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو اجازه البائع لانعدام ولاية العاقد على المحل يدا وكذلك لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فاذا انعدمت ولايته ملكا ويدا على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل البيع ولا ينفذ فاذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه فلأن لا ينفذ من جهة غيره باجازته أولى .وحجتنا في ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشترى له أضحية وبهذا لا يصير وكيلا بمطلق التصرف ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا الى عروة البارقى رضي الله عنه وأمره أن يشترى أضحية فاشترى بالدينار شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بالاخرى مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفاً على اجازته لامره بالاسترداد . والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله فى محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لا دين عليه وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال وتحقيق الفعل بانتقل من فاعل فى محل ينفعل فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان واذا صدر من أهله فى محله تحقق به وجوده ثم قد يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالاجازة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية فى التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالك فان قيل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك فى المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الامن المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لغا تصرفه لانعدام حكمه ففى الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لا نسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشترى ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك فى اثبات ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه

الباب والثانى ان السبب انما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما فى البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر الى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم فى الحال لرفع الضرر عن المالك وفى تأخير الحكم الى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستندا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب فى الحال على أن يجعل اجازته في الانتهاء كاذنه فى الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك فى الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا ولا يكون قابلا للتمليك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لغا لانعدام الأهلية فى التصرف فان اعتبار عقل الصبي وتمييزه لتوفير المنفعة عليه وماتمحض ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يجعل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتمحض ضررا أن الولى لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لغا لانعدام حكمه أصلا فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لايقع عليها باذن الولى ولا بايقاعه فاما مال الغير فمحل الحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لايصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف مااذا اشترى العاقد ماباعه لأن حكم ذلك السبب لايمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهى عن بيع ماليس عند الانسان ان المراد اذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يارسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندى فابيعها منه ثم أدخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لاتبع ماليس عندك اذا عرفنا هذا فى بيان مسئلة الاستبراء فالملك النافذ للمشترى لايكون الا بعد الاجازة والحل ينبنى على ذلك ولا يحتسب بالحيضة التى توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيضة الموجودة فى يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا يحتسب بها من الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاضت

بعد ماقبضها المشترى قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشترى بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فما لم يفترقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضي بهصاحبه وله فى وقوع الملك للمشترى قولان . واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوى الحديث ابن عمر رضى الله عنهما وقدفهممنه الافتراق عن المجلس على مايروى انه كان إذا أرادأن يوجب البيع مشي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد تمليك المال فلا يلزم بنفسه مالم ينضم اليه مايتأيد به كعقد الهبة فانه لايوجب الملك بنفسه مالم ينضم اليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود بهالاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبت الشرع الخيار لكل واحدمنهما بهمادامافى المجلس ليتحقق بهماهوالمقصودلكل واحد منهمابخلاف النكاح فانه فى العادة لا يقع بغتة وانما يكون بعد تقدم الخطبة والمراودة ثم إنما تقدرهذا الخيار بالمجلس لأن حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن فى الصرف والسلم القبض الموجودفى المجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحدمنهما فكذلك يثبت ماداما فى المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار .وحجتنافى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاءالعقد بينهمافيلزمهماالوفاءبظاهر الحديث وقال عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار والصفقة هى النافذة اللازمة فتبين ان البيع نوعان لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فمن قال بأن الخيار يثبت فى كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وإنما يظهر قوته فى حكمه حتى لا ينفرد

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهـذا لايثبت الحكم به الا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لأنه لا أثر لبقائهما في المجلس فى المنع من تمـام الرضا والدليل عليـه أنه لو قال أحـدهما لصاحبـه اختر فانه يلزم العقد مع بقائهما في المجلس لوجود الرضا وايجاب العقد مطلقا أدل على الرضا من هذه الـكلمة ثم الشرع مكن كل واحـد منهما من دفع الغين عن نفسه بشرط الخيار فاذا لم يفعل فهو الذى ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لاينظر له ثم الفسخ ضـد العـقد فما هو المقصود بالعقد لايحصل بالفسخ بل هو متعين فى إمضاء العقد فهذا يقتضى أن لايثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال الا أن الشرع مكن كل واحد منهما من اشـتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهـر أن منفعته فيـه فاذا لم يشـترط الخيار عـرفنا أنه إنما قصـد تحصيل ماهو المطلوب بالعـقد وهو الملك فى البـدل وفى لزوم العـقد بنفسه يحصـل هـذ المقصود لاتفويته فاما الحـديث فرواية مالك رحمـه الله ومن مذهبـه أنه لايثبت خيار المجلس وفتوى الراوى بخـلاف الحديث دليـل ضعفه ثم المراد بالحديث ان صح المتساومان فان حقيقة إسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منـه كالمقابلين والمناظرين وبه نقول ان لكل واحـد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعنى أنهما جميعاً بالخيار ان شا آ فسخا البيع بالاقالة مالم يتفرق رأيهما فى ذلك وذكر أبو يوسف فى الأمالى ان تأويل هذا الحديث إذا قال لغيره بعنى هـذه السلعة بكذا فيقول الآخر بعت وبه يتأول ان يعد هذا الـكلام قبل قول المشترى اشتريت لـكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكلم بالبيع منهما وعلى أصل الشافعى بهذا اللفظ ينعقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لـكل واحد منهما مالم يتفرقا عن المجلس إن شاء قال المشترى اشتريت حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أو قام من المجلس قبل أن يقول المشترى اشتريت *قال وإذ ارتدت أمة لرجل ثم تابت لم يكن عليه أن يستبرئها لأنها لم تخرج عن ملكه ولم تحل لغيره إنما حرمت عليه بعارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة مالو حرمت عليه بالحيض *قال واذا اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشترى فعلى المشترى أن يستبرئها لأن وقت وجوب الاستبراء على المشترى وقت القبض وهى فارغة عن حق الغير عند القبض

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ماقبضها المشتري فليس عليه أن يستبرئها لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج لحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لايلزمه بعد ذلك لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لايوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الاخرى في ان الزوج إذا طلقها قبل لدخول لا يجب على المولى به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فان مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوي من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشتري حتى يستبرئها بحيضة لأن الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهي فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا الى أثر فيظهر ما كان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشتري وان كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزأت تلك الحيضة عن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ماوجب الاستبراء على المشتري بالقبض وبتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجتزئ بهامن الاستبراء لانهاحاضتها بعد ماوجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبداً له قبل أن يقبضهاثم قبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشتري أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزويجه اياها قبل القبض صحيح كالاعتاق لأن النكاح لايمنع صحته بسبب الغرر أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهي مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هي الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحته حرة لأنه لايمكنه أن يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحته حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش فإنما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعا ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر وفي قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ماتقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الأحكام الشرعية ليس من

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف فى الحيلة لاسقاط الشفعة والله أعلم

﴿ باب الاستبراء فى الاختين ﴾

قال واذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطأ الاولى وليس له أن يطأ الثانية لأنه إذا وطىء الثانية يصير جامعاً بين الاختين وطئاً بملك اليمين وذلك لايحل لظاهر قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان فى هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضى الله عنه يقول أحلتهما آية يعنى قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعنى قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضى الله عنه يرجح آية التحريم لأنه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا واخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الاغلب الحرام الحلال * وإن لم يكن وطئ الاولى حتى اشترى الثانية أو اشتراهما معاً فله أن يطأ أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء احداهما لا يصير مرتكبا لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئا فله أن يطأ ايتهما شاء فان وطئ إحداهما لم يكن له أن يطأ الاخرى لانه لو وطىء الاخرى صار جامعا بينهما وطئا فان وطئهما جميعا أو قبلهما أو نظر الى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما فى دواعي الوطء والتقبيل والنظر الى الفرج بشهوة من جملة الدواعى كالنكاح ولهذا تثبت به حرمة المصاهرة كما تثبت بالوطء ثم ليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم على نفسه إحداهما ببيع أو نكاح أو تبرع لأنه اذا أراد أن يطأ احداهما والآخرة موطوءته ولهذا لو كانت موطوأته على الخصوص لم يكن له أن يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك هذا الحكم بعد ماوطئهما فان زوج احداهما فله أن يطأ الباقية منهما لأن المنكوحة صارت فراشا للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكما ولهذا لوجاءت بالولد بعد ذلك لايثبت النسب من المولى وان ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول ولو طلق احدى الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالاخرى من ساعته فهنا أيضا له أن

يجامع الاخرى غير انى لاأحب له أن يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لايقرب التى تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لاينبغى لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احداهما أو يبيع لأن حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احداهما وسلم ثم اشتراها أو ردت عليه بعيب فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم إحداهما على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءته فكانت هذه الحالة كحاله قبل البيع فى المنع * قال واذا ارتدت إحداهما عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فمباشرته فى احداهما لايخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطأ الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احداهما دين أو جناية فانها لم تخرج من ملكه مالم تدفع أو تبع فاذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحل له وطء الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احداهما أو اعتق بعضها فقضي عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطأ الاخرى أما فى معتقة البعض فهو غير مشكل لأن ملكه زال عنها بقدر ما أعتق وزوال ملكه عن بعضها فى حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا فى الباب المتقدم انها بالكتابة لاتخرج عن ملك المولى حتى لايلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغى أن لايحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها وجعل وطئه اياها وطئا فى غير ملك حتى لاينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطأ الاخرى وكذلك لو وهب احداهما أو وهب شقصا منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو واحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز * ولو أبقت اليهم لم يحل له وطء الباقية فى قول أبى حنيفة لانهم لم يملكوا الآبق بالأخذ فهى باقية على ملكه وعند أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله اذا أخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطء الأخرى * قال ولو زوج احداهما نكاحا فاسدا فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن يطأ اختها لأن العدة وجبت على التي زوجها والعدة بمنزلة النكاح فى حرمتها بها على المولى فيحل له أن يطأ اختها وان كانت عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب الاخت لأن النكاح الفاسد لايحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده وعدمه سواء وان باع احداهما بيعا فاسدا وقبضها المشترى حل له وطء الاخرى لأن المشترى ملكها بالقبض وان كان لايحل له وطؤها لفساد البيع وبخروج احداهما عن ملكه يحل له وطء الاخرى لان المشترى ملكها بالقبض فان ترادا البيع فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرّم احداهما عليه فان باع التى لم يبع لم يقرب التى ردت عليه حتى يستبرئها بحيضة لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد * قال واذا تزوج اخت جاريته التى وطئها لم يقرب واحدة منهما حتى يملك فرج أمته غيره لأن التى تزوجها صارت فراشا له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلهذا لايقرب أمته ولايقرب المنكوحة لانه وطىء أختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطئا وذلك حرام وقال مالك له أن يطأ أمته كما كان يطؤها قبل النكاح وجعل نكاحه اختها بمنزلة شرائه اختها والفرق بينهما ماذكرنا فانها بنفس الشراء ماصارت فراشا له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب . ولو اشترى أخت امرأته وهى أمة كان له أن يطأ الاولى وهى المنكوحة لان الثانية بنفس الشراء ماصارت فراشا له ويستوى ان كان وطىء المنكوحة أو لم يطأها لان بالنكاح صارت فراشا له والتحقت بالموطوءة .ولو اشترى عمة امته التى وطئها أو خالتها أو بنت أختها اوبنت أخيها من نسب أورضاع فهو بمنزلة شراء الاخت لان الجمع بين هاتين فى النكاح حرام فكذلك يحرم الجمع بينهما وطئا بملك اليمين * قال واذا اشترى جارية وقبضها وعليها عدة من زوج من طلاق أووفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بعد مضي تلك المدة استبراء استحسانا لان العدة من حقوق النكاح فتعمل عمل أصل النكاح فى المنع من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحة عند القبض بالشراء لم يجب على المشترى فيها استبراء فكذلك اذا كانت معتدة ألا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعدماقبضها المشترى لم يلزمه استبراء آخر فكذلك اذا انقضت عدتها بغير ولد * قال واذا اشترى جارية لها زوج

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجها لم ينبغ للمشترى أن يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى الى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب للزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها اذا علم ان المولى وطئها فى هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشترى الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشترى فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطء البائع فلا بأس بان يقربها المشترى ولا يستبرئها فبهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشترى عند الطلاق * قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فحاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لأن المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التى توجد فى يده بعد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه * قال ألا ترى أن مولاه اذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعنى أن المولى فى كسب مكاتبه كالاجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لأن ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف فى ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبتها فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولي أن يستبرئها لأنها تتكاتب عليه وكل من دخل فى كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ فى المكاتبة فكما أن المكاتبة اذا عجزت لا يجب علي المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبة معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لانها قد تكاتبت عليه وعند أبى حنيفة لا يتكاتب ما سوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الاجنبية ألا ترى أن المولي لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه بيعها * قال ولو اشترى النصرانى جارية فليس عليه أن يستبرئها لأن ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

بما هوأهم من الاستبراء كالعبادات فان أسلم قبل أن يطأها وقبل أن تحيض حيضة ففى القياس ليس عليه أن يستبرئها لأن أوان وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعدكما لو كانت منكوحة أومعتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لأن وقت الاستبراءمن حين يقبضها الى أن تحيض حيضة فاذا أسلم وقد بقى شيء من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر اذا أسلم فى آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فان وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لأن وقت الاستبراء ما قبل الوطء لانه يستبرئ رحمها من ماء غيره لامن ماء نفسه وبعد الوطء لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه * قال واذا اشترى جارية مجوسية فحاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجتزئ بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فحاضت فى احرامها ثم حلت * قال واذا اشترى جارية هى اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشترى أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشتراها من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله أعلم

باب آخر من الخيار

قال واذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة فاشتراها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منطق يستدل به أنه قد عرفها فهو بالخيار اذا كشفت نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئا لم يره لان الرؤية السابقة لم تفد له العلم باوصاف المعقود عليه لما لم يعلم أنها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المعقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فما لم يفده بأوصاف المعقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنقبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشتراها أما كان له الخيار اذا كشفت نقابها فكذلك اذا اشتراها من الاول * قال ولو نظر الى جراب هروى فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ثم أخبره انه قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشتراه فهو بالخيار اذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لا يجوز

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ماقطع منه معلوما عند المشترى لم يكن مايتناوله العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية . ألا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يجز الشراء فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فلعله قطع أجودها والمشترى يظن أنه قطع أردأها فلهذا كان له الخيار اذا رآه * قال ولو عرض رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما فى منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم أيهما هو فهو بالخيار اذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيده العلم بأوصاف المعقود عليه فلعل المشترى يظن انه أجودهما وهو اردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد لف كل واحد منهما فى منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لاحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة فى صفقتين أو صفقة ولم يرهما فى هذه المدة فأوجبهما له فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما فى الثمن فما هو المقصود لا يحصل له مالم يعلم بأوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذى اشتراه بعشرين درهما أجودهما والذى اشتراه بعشرة اردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجد به عيبا يحتاج الى رده فلا يندفع الغبن عنه مالم يعرف كل واحد منهما بعينه . ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما فى الثمن وقد كانا معلومى الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما * قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشترى بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لازما وذلك بعجزه عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشترى لازم فى جانب البائع واكتسابه مايعجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره أو باعه . والبائع بالخيار فنقض البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه والبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبائع أقوى فى اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فاذا باعه بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له * قال ولو اشترى عبدا لم يره

فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له أن يرده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان عقد اكتساب لازم فى جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فمباشرته تتضمن سقوط خياره حكما كخيار الشرط والرؤية فى ذلك سواء ولوحم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يرده بخيار الرؤية والشرط. لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ماتقدم فان عجزه عن الرد هناك لايجابه حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع فى الثلاثة بحضرة البائع والعبد محموم وله خيار الشرط. ثم ذهبت الحمى قبل مضى الثلاثة ولم يحدث ردا حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يرده بذلك الرد لان نقضه البيع بحضرة البائع صحيح فى حقه وانما امتنع ثبوت حكمه فى حق البائع لدفع الضرر عنه فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع فى حق البائع أيضا فلهذا كان له أن يرده بعد مضى الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجعل المشترى كالمجدد للفسخ فى هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذى كان منه كانه جدده بعد زوال المانع. ولو تمادت به الحمى عشرة أيام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستغراق المانع فى جميع المدة ولانه حين أقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لايملك الرد به بعد مضى مدة الخيار وانما يملك ذلك فى مدة الخيار ولوخاصمه فى الثلاثة الى القاضى فرده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضى يجيز البيع ويبطل الرد لانه يرده بعيب حادث عنده وانما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا لالحاق الضرر بالبائع فاذا أدى ذلك الى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضى فان صح العقد فى الثلاث لم يكن له أن يرده لان الزام القاضى اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يرده بعد ذلك فاذا ألزمه القاضى كان أولى وكذلك هذا فى خيار الرؤية لان قضاء القاضى ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع فى الهبة فان الموهوب له اذا بنى فى الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضى رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لان حق الواهب فى الرجوع لا يحتمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

فالقاضى انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لاأن يسقط حقه فى الرجوع فاذا زال المانع كان لهان يرجع وهنا القاضى مسقط لخياره لانخياره محتمل للسقوط فبعدماسقط خياره بقضاء القاضى لايمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده فى الثلاثة بحضرة البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقامت عنه الحمى وعاد الى الصحة فى الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشترى فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه الى ذلك البائع ثم بحدوث العيب فى ضمان المشترى يثبت للبائع الخيار فاذا أقلعت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب فى يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشترى كان لازما للمشترى ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى بهفابطل القاضى الرد وألزم المشترى العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضى بمنزلة البيع اذا أبطله القاضى للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عندالمشترى جرحا له ارش أو جرحههو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هوفلان اقدامه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يعجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هوفاقدامه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلكمسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط أما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما اذا مات الولد فللنقصان الحادث فى يده بالولادة ولو كانت دابة أوشاة فولدت لم يكن له أن يردها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أوغيره لأنه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة فى يده واذا كان القاتل غيره فقدوجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته فى يده كبقاء عينه ولومات موتا كان له أن يردها لأن الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن والولادة لا تمكن عيبا فيها فان الولادة فى البهائم لاتكون نقصانا فلهذا كان له أن يردها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشترى وعلى البائع القيمة فى خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشترى عجز عن ردها بعد ماقتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها أجنبي آخر يسقط خيار المشترى ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك اذا قتلها البائع وأما اذا جرحها البائع عند المشترى فكذلك الجواب في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفى قول أبي يوسف الآخر للمشترىأن يردها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكر محمدبن سماعة فى نوادره فى خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا وجه قوله ان الخيار مستحق للمشترى على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الابقاء. يوضحه أن حدوث العيب فى يد المشترى انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك فى جناية البائع عليه لانه راض بفعله ولانه يجعل مستردا لذلك الجزء لجنايته ولما بقى برد المشتري عليه فيعود اليه حكما كما خرج من يده بخلاف ما اذا كان الجانى غيره. وجه قولهما أن البيع لازم فى جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي آخر بدليل مسئلة القتل ولو كان الجانى أجنبيا آخر فوجد الارش لم يتمكن المشترى بعد ذلك من ردها فكذلك اذا كان هو البائع ولا يملك اسقاط خيار المشترى فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضي بالنقصان الحادث بجنايته في ملك المشترى فلا يكون راضيا به فى ملك نفسه ولو جعل جنايته استردادا فى ذلك الجزء لكان قتله استردادا فى الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد ولو استودعها المشترى البائع بعد ما قبضها فماتت عند البائع قبل أن يرضى المشترى ففى خيار الرؤية هى من مال المشتري وعليه الثمن لانها مملوكة للمشترى أمانة في يد البائع فهلاكها فى يد الأمين كهلاكها فى يد المشترى وفى خيار الشرط كذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشترى وعند أبى حنيفة فى القياس كذلك لان البيع لازم فى جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشترى اياه كايداعه أجنبيا آخر فاذا هلك في يده هلك من مال المشترى وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لأن خيار المشترى يمنع ملكه عند أبى حنيفة فتسليمه اياها الى البائع لا يكون ايداعا فيه ملك نفسه ولكنه فسخ للقبض فكانها هلكت فى يد البائع قبل أن يقبضها المشترى فيهلك من مال البائع

﴿ باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر ﴾

قال واذا اشترى الرجل أرضاً ونخلاً بألف درهم والارض تساوى ألفا والنخل يساوى

ألفا فأثمر النخيل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوى الثمرة ألفاً فأكله البائع كله ثم جاء المشترى يطلب بيعه فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن الثمار الحادثة زيادة في الارض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله وفى قوله الآخر هو زيادة فى النخل خاصة وجه قوله الآخران الثمار يخرجه النخيل دون الارض فيكون زيادة فيهما يقسم الثمن على قيمة الارض والنخل أولا ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة مالو اشترى جاريتين فولدت احداهما قبل القبض ثم قبضهما فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولا ثم ما أصاب التى ولدت يقسم على قيمتها وقيمة ولدها يوم يقبض المشترى الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة وجه قولهما ان النخيل في هذا البيع بيع بدليل أنها تدخل فى البيع من غير ذكر والبيع لايقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة فى الاصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولدا فيجعل الولد الثانى زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة فى العقد فلا يكون ولدها تبعا لها فهذا مثله والثمار فى الصورة يخرجها النخيل وفى المعنى زيادة فى الارض لان النخيل تشرب بعروقها من الارض ألا ترى ان بقوة الارض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الاصل هو الارض للثمار والنخيل جميعا فلهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر فى القسمة قيمة الثمار حين أكلها البائع لانها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة انما تصير لها خاصة من الثمن اذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى ان المشتري اذا قبضها يعتبر فى الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا اذا أكلها البائع فان كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها البائع وقيمتها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الارض وثلثه بازاء النخيل وثلثه بازاء الثمار ويسقط عن المشترى حصة الثمار من الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلثى الثمن وفى قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولا على قيمة الارض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشترى ربع الثمن ويأخذ الارض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن وان كانت أثمرت النخيل مرتين أخذ المشترى الارض والنخيل بنصف الثمن لأن القيم لما استوت فحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الاول وقال أبو يوسف يأخذ بثلثى الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الارض والنصف الذى يقابله النخيل يقسم

أثلاثا ثلثه يسقط عن المشترى بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخيل يتقرر على المشترى مع حصة الارض فيأخذها بثلثي الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ الارض والنخيل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصة لثمن ثلاث مرات وعند أبي يوسف يأخذ الارض والنخيل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع النصف الآخر حصة النخل ويسقط عن المشترى ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخيل بثلث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة أسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبي يوسف يأخذهما بثلاثة اخماس الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف الآخر حصة النخل فذلك ستة أجزاء من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عندهما سبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل بسبعة أجزاء من اثنى عشر جزأ من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة النخل سدس النصف الباقى وفي جميع ذلك الخيار للمشترى ان شاء أخذ الارض والنخل وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فلا خيار للمشترى فى ذلك وانما نص على الاختلاف فى الباب الذى بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض اذا أتلفه البائع ولا فرق بين الولد فى الشاة وبين الثمار. وجه قولهما أن الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة بتناول البائع وكان لها حصة من الثمن فالتحقت بالموجود عند العقد ولو كانت موجودة فأتلفها البائع ثبت الخيار للمشترى فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل الثمار فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشترى عند القبض رضى بأخذ الارض والنخيل بجميع الثمن فهو بأخذهما ببعض الثمن أرضي وثبوت الخيار لتمكن الخلل فى رضا المشتري فاذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له. يوضحه أن هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البائع أخذ المشترى الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع يخير المشتري فكذلك بصنع البائع وبهذا يتبين أن تفريق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان فى النخل ثمرة تساوى ألفا يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراهما معا فان الثمار لا تدخل

في البيع الا بالذكر لانه يعرض الفصل فهو والموضوعة فى الارض سواء بخلاف النخيل فانها تابعة للارض كالبناء فيدخل فى البيع من غير ذكر فاذا أكلها البائع ثم أثمرت بعد ذلك مرارا فاكله البائع فالاصل فى تخريج هذه المسئلة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهى مقصودة لا تدخل فى العقد الا بالذكر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشترى ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخيل في هذه المسئلة فبمنزلة جميع الثمن في المسئلة الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار الحادثة على نحو ماخرجنا فى المسئلة الاولى قال فان كانت الثمرة التى حدثت بعد البيع لم يأكلها البائع ولكن أصابتها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم يكن لها حصة من الثمن وصارت كان لم تكن فنفى النقصان المتمكن فيتخير المشترى لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشترى فى البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن وأما الثمار الموجودة عند العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشترى حصتها من الثمن لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فينفسخ البيع فيها ويسقط عن المشترى حصتها من الثمن وله الخيار فى أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة مالو اشترى جاريتين فهلكت احداهما قبل القبض والله أعلم

باب جناية البائع والمشترى على المبيع قبل القبض

قال رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتعيب صنعه فتفرقت الصفقة علي المشترى قبل التمام بفوات النصف فان اليد من الآدمى نصفه وذلك مثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فعليه

نصف الثمن عندنا . وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة . وكذلك لو قتله البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشترى عندنا وعند الشافعي يغرم البائع القيمة اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشترى بالعقد قبل القبض والقاطع فى الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لايخرج من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالمرهون إذا جنى عليه المرتهن . وحجتنا فى ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لايلتقتان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز أن يجب على البائع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البائع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة فى المبيع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلفه بجنايته لان ذلك صار مقصودا بالتناول فيقابله حصة من الثمن وقدفات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع فينفسخ العقد فيه فى ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير المعقود عليه فى ضمان البائع فان اختار الأخذ فعليه جميع الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوّى بينهما فيقول فى الموضعين جميعا على البائع ضمان نصف القيمة لان المبيع فى ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن أو بغير فعله كالمغصوب وقاس بمالو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض بفعل البائع أو بغير فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكنا نقول الطرف من العبيد وصف ألا تري انه يدخل فى البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناؤه من العقد واسم العبد لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقى العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الفائت وصفاً قلنا ان فات بغير صنع أحد فقد فات تبعا لامقصودا فلا يقابله شيء من الثمن وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقابله بعض الثمن لامحالة بخلاف العبدين وكل واحد منهما هناك يدخل فى العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لاينفرد بالعقد فلاينفرد بضمان العقد أيضاً والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المغصوب فهو مضمون بالتناول والوصف ينفرد بالتناول

فيفرد أيضاً بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذى جنى عليه فسقوط حصته من
الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وحبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد
نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لأن فعله بنفسه هدر وان قطع أجنبي يد العبد
فالمشترى بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان
جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الفائت فباعتبارها يبقى جميع الثمن
على المشترى وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجانى ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية
ألا ترى أنه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجانى هو البائع
فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى أنه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز
استحقاق القيمة فى الذمة بحكم البيع فاذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بما زاد على نصف
القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل فى ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى
لله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وعند الشافعى لا يلزمه التصدق بشيء وأصل الخلاف فى
القتل فان العبد المبيع لو قتله أجنبي وقيمته ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختار المشترى
امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لأنه ربح حصل لا على
ضمانه ولان القبض لهمشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الألف
بالالفين ربا فقبض الالفين بحكم العقد بمقابلة الألف يتمكن من شبهة الربا فيلزمه التصدق
وعند الشافعى لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن
مشروطاً فى العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشترى إنما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة
وإنما استوفي القيمة باعتبار أنه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشترى فسخ
البيع فان البائع يتبع الجانى بنصف القيمة أيضا لأن العقد انفسخ برد المشتري من الاصل
فيبقى جناية القاطع على ملك البائع ورجع عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضا بما زاد من
نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار
المال يجعل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك فى سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فاذا كان
يلزمه التصدق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلان يلزمه التصدق بالربح الحاصل
لا على ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذى قطع يد العبد صار قابضا لجميع العبد لانه أتلف
نصفه بقطع اليد وفى الاتلاف قبض وزيادة وغير ما بقى بفعله والمشتري بصنع معين للمعقود

عليه يصير قابضاً يوضحه انه لو تخلى به كان قابضا له وبقطع يده يكون متخليا بما بقى منه وزيادة فان هلك العبد فى يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشترى فعلى المشترى جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكا فى ضمان المشترى فيتقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسراية القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منعه ثم مات من القطع فعلى المشترى جميع الثمن أيضا لأن القطع اذا اتصلت به السراية فهو قتل حكما ومنع البائع اياه لايقطع السراية عن الجناية لان هذا المنع لايتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشترى واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع لما منع الباقى بالثمن فقد صار مستردا له بحق فاسخا لقبض المشترى فيه ولو قبضه المشترى حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وحبسه بالثمن انتقض به حكم المشترى فكذلك اذا صار قابضا لما بقى منه باعتبار الجناية واذا انفسخ قبض المشترى فيه كان هالكا فى ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشترى بقطع اليد لان اليد من الآدمى نصفه ولا يتصور الاسترداد فى الجزء الفائت فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف ثم برىء منهما جميعا فالعبد لازم للمشترى بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشترى بنصف الثمن فلما قطع المشترى رجله فقد صار مسقطا لخياره لانه قابض لجميع ما بقى متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف أولى أن يكون مسقطا لخياره ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر علي المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتا قبض المشتري في الباقى متلفا لنصف ما بقى فيسقط عن المشترى نصف مابقى من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقى من العبد لانه تغير المعقود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشترى بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقى منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ مابقى وعليه نصف الثمن بقطع اليد وربعه بمقابلة مابقى من العبد ولو كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض

العبد حتى قطع المشترى يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقض قبض المشتري فى شئ لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشترى فلهذا لا يجعل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم فى البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشترى مالم يصل اليه الثمن واذا بقى حكم قبض المشترى كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشترى جميع الثمن لبقاء حكم قبضه فى جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشترى * قال ولوكان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشترى رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لأن بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا أن خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازماله بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى أعطاه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فى يد البائع فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن لأن البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشترى بقطع رجله صار متلفا نصف مابقى وهو الربع تلف بسراية الجنايتين فنصفه يكون هالكا بسراية جناية البائع وانما تعتبر السراية فى الحكم بأصل الجناية وحكم أصل جناية البائع سقوط الثمن بحصة ماتلف به فكذلك حكم سراية جنايته وحكم أصل جناية المشترى تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ماتلف بسراية جنايته فيحتاج الى حساب تقسم ربعه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جناية البائع أربعة وبسراية جنايته سهم فلهذا سقط عن المشترى خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية المشترى سهمان وبالسراية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن . فان قيل فاين ذهب قولكم ان المشترى بجناية يصير قابضا لما أتلف ولما بقى منه . قلنا هو كذلك ولكن للبائع حق الاسترداد فيما بقى مالم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسراية جنايته لأن تأثير سراية جنايته فوق تأثير حبسه وقد بينا أنه لو حبسه بعد جناية المشترى انتقض به قبض المشترى إلا فيما تلف بسراية جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشترى فيما تلف بسراية جناية البائع كان أولى ولو كان المشترى هو الذى قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

تلف بجناية المشترى النصف وهو أربعة من ثمانيــة وبسراية جنايته سهم فيلزمه خمسة أثمـان الثمن وتلف بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فكما انتقض قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع فكذلك ينقض فيما تلف بسراية جنايته فلهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثمن وان كان الثمن منقوداً والمشترى هو البادئ بالجناية فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبــد ولم ينتقض قبضه فى شيء بجناية البائع لانه لاحق للبائع فى نقض قبضه بعــد وصول الثمن اليه فلهذا كان عليــه جميع الثمن وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً لانه تلف بأصل جنايته نصف مابقى منه وهو ربع العبد وبسراية جنايته ربع مابقى منه وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحا والبائع في هــذه الحالة كاجنبي آخر فان كان البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشترى نصف الثمن الذى أعطاه لانه بقطع اليــد أتلف نصفه قبل أن يصير المشترى قابضاً له فينفسخ البيع فى ذلك النصف ويجب عليــه رد نصف الثمن ثم المشترى بقطع الرجل صار قابضا جميع مابقى قبضاً تاماً فيتقرر عليه نصف الثمن إلا أن نصف مابقى تلف بجناية المشـتري والنصف بسراية الجنايتين فما تلف بسراية جناية البائع وهو الثمن فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لأن التالف بسراية الجناية كالتالف بأصل الجناية ولو تلف بجنايته بعدما تم قبض المشترى فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ماتلف بسراية جنايته فلهذا ألزمه ثمن قيمة العبد للمشترى . فان قيل قد قلتم ان للقبض مشابهة بالعقد واذا كان بأصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية فان قطع يد عبد نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشترى بعد جناية البائع ينبغى أن ينقطع حكم السراية . قلنا عيب المبيع لا تقطع حكم السراية ولكن تبدل المستحق سبب للبيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشترى بالبيع وهذا المعنى لا يوجد فى القبض وبه لا يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا يحصل حكماً أيضاً فان ماتلف بأصل الجناية قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنايته يتلف على ملك المشترى ويتبين ذلك بالموجب فان باعتبار ماتلف بجناية البائع سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ماتلف بجنايته يجب القيمة علي البائع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكا للمشترى لجناية البائع تصادف ملك المشترى وهو سبب لضمان المتلف للمشترى عليه الا أن قبض المشترى يفوت فيما تلف بأصل جنايته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن

بذلك فأما ماتلف بسراية فلم يفت قبض المشترى فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشترى لان حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد فى حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذى يرد على أبى حنيفة في مسئلة سراية القصاص ان القطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله اذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسئلة ولو كان المشترى حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه فمات فى يد المشترى من جناية البائع عليه بطل على المشترى نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك فى يد المشتري بجناية البائع لان المشترى باقدامه على القبض صار راضياً بما بقى منه وذلك قاطع لحكم سراية جناية البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشترى نصف الثمن ولان القبض مشابه بالعقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لأن المشترى صار راضياً بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضع ولا يشبه قبض المشترى في هذا الوجه قبضه فى الوجه الاول بالجناية عليه أو بعيب يحدثه فيه وكل شئ يحدثه من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جناية فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ماهلك منه بجناية البائع واذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة واذا كان القبض بعد جناية البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنايته فى يد المشترى من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لأن القبض بالجناية حكمى فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التى انعقد سببها بجناية البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر فى جميع مابقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جناية البائع وهذا لأن بالقبض حسا يجعل راضيا بما بقى من العبد بعد جناية البائع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقى بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشترى أو بسراية جنايته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يدعبده ثم غصبه منه غاصب فمات فى يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنايتين كان على الجانى ضمان ماتلف بجنايته وسراية جنايته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ماسبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية قال واذا اشترى الرجل عبداً من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير

اذن البائع فقطع البائع يده فى يد المشترى ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد المشترى فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شىء على المشتري فيه لان حق البائع فى الحبس لم يسقط بقبض المشترى اياه بغير اذنه والسراية اذا اتصلت بالجناية كانت قتلا من أصله فكان البائع قتله فى هذه الحالة فى يد المشترى فيصير مستردا له ينفسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشترى واذا مات من غير قطعه فعلى المشترى نصف الثمن لأن البائع إنما صار مستردا لنصفه بقطع اليد فانما انتقض قبض المشتري فى ذلك النصف وبقى النصف الآخر هالكا فى ضمان المشترى وهذا بخلاف ما تقدم اذا قطع المشترى يده فى يد البائع ثم هلك لا من ذلك القطع ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشترى جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه باتلاف نصفه وهنا لم يجعل البائع مستردا لجميع العبد باتلاف نصفه لان فى الوجهين جميعا بقطع اليد يتمكن من قبض ما بقى منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشترى بالتخلية يصير قابضا فبالجناية أيضا يصير قابضا والبائع بالتخلى بالمبيع لا يصير مستردا فكذلك بالجناية لا يصير مستردا لما بقى منه وهذا لأن الملك للمشترى والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضا للبعض بالاتلاف ولما بقى منه بالتخلى به لكونه مملوكا له فاما البائع فليس بمالك وانما حقه فى الحبس باعتبار يده . ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يحبسه فكذلك استرداده لا يظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسراية جنايته واذا اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشترى فيه عيبا ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده فى أنه يصير قابضا لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بآفة سماوية . ولو باعه المشترى بعد ما أحدث فيه وقبضه الذى اشتراه منه كان بيعه جائزا وبه تبين انه صار قابضا لجميع العبد بما أحدث وهو اشارة الى ما ذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلق له حق القبض والتصرف * قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جائزا لأن ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة والملك حصل للمشترى بنفس العقد والتزويج من التصرفات التى لا يمتنع صحتها لاجل الغرر. ألا ترى أن تزويج الآبقة والرضيعة يجوز فكان التزويج نظير العتق واعتاق المشترى قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشترى قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشترى لأن التزويج عيب فيها والمشترى اذا

عيب المعقود عليه يصير به قابضا أو يجعل التزويج كالاعتاق أو التدبير فكما يصير المشترى قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهي من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو فى معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشترى لو أقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشترى عينها وهو اتلاف لجزء من عينها فاما إن يصير قابضا لما بقى بالتخلى بها أولان المشترى لا تمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما أتلف أن يكون قابضا لما بقى منه وبه يفرق بين قبض المشترى واسترداد البائع فالبائع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بتفويت البعض مسترد لما بقى وهذا بخلاف الاعتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضا والتدبير نظير العتق فى استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبرة فان وطئها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشترى ان نقصها الوطء أو لم ينقصها لان الزوج انما وطئها بتسليط المشترى اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشترى ولو كان المشترى هو الذي وطئها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لأنه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك اذا وطئها الزوج بتسيط المشتري وان كان البائع منعها من المشترى بعد وطء المشترى أو تزوج اياها ولم ينقصها الوطء شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشترى من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مستردا لها بحبسه اياها بالثمن ومنع المشترى منها ولم يتلف بالوطء شيئا من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان فى حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ماهو مال فلهذا لا يتقرر على المشترى شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطئها فى ملكه ووطء الانسان فى ملك نفسه لا يلزمه العقر وان كانت بكرا أو كان الوطء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ماينقصها الوطء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشترى فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لوفقأ المشترى عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة فى حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع اذا اشترط فبوطء المشترى ان

كانت بكرا يفوت جزء من المالية وقد بينا أن الوصف الذى هو مال يقابله حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول واذا كان البائع هو الواطىء لم ينظر الى العقر ولكنه ينظر الى النقصان فان كان لم ينقصها شيئا أخذها المشترى بجميع الثمن وان كان نقصها شيئا حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقى من الثمن فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم ينقصها الوطء يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشترى فان نقصها الوطء ينظر الى الأكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشترى حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لانها بالعقر صارت مملوكة للمشترى فوطء البائع حصل فى ملك الغير والوطء فى ملك الغير لاينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع لانها فى ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لان الوطء فى ملك الغير بمنزلة الجناية فكما ان جناية البائع عليها قبل التسليم تعتبر في اسقاط حصة من الثمن لافي ايجاب الضمان فكذلك وطؤه اياها إلا أنها إذا كانت بكرا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطء ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الاقل فى الاكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلي الاكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البائع وقد جعل ذلك فى حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألاترى أنه لا يلزمه بالجناية ارش ولا بالوطء عقر يستوفى منه فكما ان وطأه اياها لو حصل فى حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا للعقر أصلا فكذلك اذا حصل فى ضمان ملكه وهذا لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فاذا لم يمكن نقصانا فى ماليتها والثمن بمقابلة المالية لايمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجناية فانه يمكنه نقصانا فى المالية نقول انه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية فى حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشترى بالقبض وقبل القبض هى كالمملوكة للبائع في حكم ضمان الوطء ولهذا لا يحتسب بالحيضة التى توجد فى يد البائع من استبراء المشترى وأن المشترى لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها اذا طلقها الزوج فوطء البائع اياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه اياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لاخيار للمشترى أيضا بمنزلة مالو وطئها البائع قبل

القبض ولم ينقصها الوطء ثم علم المشترى بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكر افنقصها الوطء ثبت الخيار للمشترى لفوات جزء من المالية بمنزلة مالو ذهبت البكارة من غير صنع أحد . يوضحه ان المستوفى بالوطء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فاتلاف البائع جزأ مما هو ثمرة لايثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة اذا لم يتمكن نقصان فى مالية العين كاتلاف ولد الشاة وثمرة الاشجار فاذا لم يمكن نقصانا فى العين ثبت الخيار للمشترى لأجله كما لو ولدت الجارية فأتلف البائع ولدها وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرا تخريجا هو ألطف من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة والعقر أيقسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم مابقى من الثمن على قيمتها وعلى مابقى من العقر فسقط حصة العقر من الثمن وبيانه إذااشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم مابقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهي ثمانون وعلى مابقى من العقر وهو عشرون فيقسم أخماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس مابقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما *قال واذا اشترى عبدا بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصة جنايته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثلث الثمن لأن البائع بقطع اليد أتلف نصفه والمشترى مع الأجنبي بقطع الرجل أتلف نصف مابقى ثم مابقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ماتلف بجناية المشترى والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون للكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التالف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جنايته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لأن سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجنايته موجبة سقوط الثمن فلهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشترى ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصة ماتلف بجنايته وحصة

ماتلف بجناية الاجنبي لأن الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنايتهما وسراية جنايتهما فى الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثلث ثمنه ويرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمنها لان التالف بجناية الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلثا ثمنه فيرجع المشترى عليه بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيه فضل على حصة من الثمن لان المشترى بجنايته يصير قابضا وجناية الاجنبي اقترنت بجناية المشترى ووجوب القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشترى فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذان قطعا اليد أولا ثم قطع المشترى رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخريج يرتفع سهام العبد الى ثمانية وأربعين والفائت بجناية البائع والأجنبي أربعة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانية وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفائت بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشترى اثنى عشر وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر فاما ماتلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشترى وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ماتلف بجنايته فغير مشكل وكذلك حصة ماتلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشترى خمسة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن ويرجع المشترى على الاجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين لأن الجناية على طرف المملوك اذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا فى ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنبي وذلك ثمنا القيمة وثلثا ثمنها يؤخذ من عاقلته فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشترى ذلك فانه يقابل مقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لان مقدر الربع وجب بأصل جناية الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشترى فهذا ربح حصل لا في ضمانه فيتصدق به بالفضل وأما ثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشترى لا يتصدق بشيء منه لان وجوب ذلك على المشترى بسراية جنايته وقد كان ذلك بعد ماصار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع أجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات فى يده من جناية الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

العبد فى ثلاث سنين فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح مالم يضمن واليد قطعت قبل دخول العبد فى ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لأن السراية كانت بعد دخول العبد فى ضمان المشتري بالقبض *قال ولو قطع المشترى وأجنبي يده معا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فالمشتري بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد جناية المشترى فقد انتقض قبض المشترى فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك كجنايته قبل قبض المشترى وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشترى ما يكون دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع وامضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة أثمانه وثلث ثمنه وسقط عنه ثمنا الثمن وثلثا ثمنه حصة ماتلف بجناية البائع وبسراية جنايته وقد بينا على التخريج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشر من ثمانية وأربعين وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمنا العبد وثلثا ثمنه ثم يرجع المشترى على الأجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وسراية جنايتهما ثمانية فيكون اثنين وثلاثين نصف ذلك على الاجنبي وذلك ستة عشر فلهذا يرجع عليه بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة ولا يتصدق بالفضل ان كان فى ذلك لأن جناية الاجنبي كانت مع قبض المشترى على مابينا ان المشترى بجنايته يصير قابضا وان اختار المشترى نقض البيع لزمه من الثمن حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته وذلك ثمنا الثمن وثلثا ثمن الثمن ويسقط عنه ماسوى ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبي بثمن القيمة وثلثى ثمن القيمة لانه ظهر ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البائع حين انفسخ البيع فما تلف بجنايته وسراية جنايته يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لا على ملكه لما بينا أن أصل الجناية لم تكن على ملكه *قال واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف درهم فلم ينقدهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف ثم فقأ المشترى احدى عينيه فمات من ذلك كله فى يد البائعين فالمشترى مختار للبيع بجنايته بعد جناية البائعين لان جنايتهما أوجبت الخيار له ولكن جنايته بعد جنايتهما تكون دليل الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن لان للقاطع الثانى ثمنا الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنايته اتلف النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثانى بجنايته أتلف نصف مابقى

وذلك اثنا عشر ثم المشترى بفقء العين أتلف نصف مابقي وهو ستة وما بقى وهو ستة تلف
بثلاث جنايات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ماتلف بجناية القاطع
الاول وسراية جنايته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو ونصف مما باع شريكه ففى حصة
ماباع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن
وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة أثمان الثمن فاذا سقط ثمناه وسدس ثمنه بقى
له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فلهذا يغرم المشترى له ذلك والتالف بجناية القاطع
الثانى وسراية جنايته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه
فيما باع شريكه كالاجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له
ثمنا الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيغرم له المشترى ذلك ثم يرجع المشترى على القاطع
الاول بثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما
حصة ما تلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه شريكه لأنه فى الجناية على ذلك كأجنبي
آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلته فى ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثانى ثمن
قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته مما باعه القاطع الاول
وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون فى حكم
التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشترى بما زاد من ذلك كله على ماغرم من
الثمن الافضل سدس ثمن قيمة العبد على ماكان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له
لان ماوجب بأصل جناية كل واحد من البائعين انما وجب قبل قبض المشترى فيلزمه
التصدق بالفضل فيه وأما ماتلف بسراية جناية كل واحد منهما فانما تلف بعد ماصار
المشترى قابضا له فيطيب له الفضل فى ذلك القدر * قال واذا اشترى الرجلان من رجل
عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف
فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لأن المبيع تلف بفعلهما
وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثانى بثمن القيمة ونصف
ثمن قيمته ويرجع القاطع الثانى على القاطع الاول بثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك
على عاقلة كل واحد منهما فى ثلاث سنين لأن القاطع الاول بجنايته أتلف النصف والقاطع
الثانى اتلف نصف مابقى ثم تلف مابقى بسراية جنايتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

فحاصل ما اف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانيـة واربعين ثمناه ونصف ثمنه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول ثمنا القيمة ونصف ثمنها والتالف بجناية القاطع الثانى وبسراية جنايته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعه وذلك ثمن ونصف ثمن فلهذا يجب على عاقلة القاطع الثانى ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة فان كان البائع فقأ عينه بعـد جنايتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدها منهما مايكون دليل الرضا فان اختار نقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمنا الثمن وسدس ثمنه وعلى الثانى ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعـة وعشرون وبسراية جنايته سهمان ثلث مابقى بعـد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيقرر عليه حصة من الثمن وذلك ثمنا الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمنى القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثانى اثنا عشر وبسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ماتلف بجناية البائع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وبسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقى عليهما من الثمن ستة أثمان الثمن وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنـه ويرجع القاطع الثانى على الاول بثمنى القيمة وسدس ثمنها لمـا بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثانى ثلاثة عشر سهما فيلزمـه قيمـة ذلك وذلك ثمنا القيمـة وسـدس ثمنها لانه تلف بفعل الثانى مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لأن مايجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلته فى ثلاث سنين فلا تقع المقاصة فيه مع اختلاف من يجب عليه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشترى يده الاخرى أو قطع رجله التي فى جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشترى بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لأن اليد من الآدمى

نصفه ثم ينظر الى مانقص العبد من جناية المشترى عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ماسبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلهذا يجعل التالف بفعله نصف مابقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لايستحق ذلك في السرقة ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين فى الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لايمكنه أن يمشي بعصا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا أن هذا استهلاك وان النقصان فيه أكثر فلهذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية نقصته أربعة أخماس مابقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجناية المشترى الى مائتي درهم فقد تقرر على المشترى أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشترى فصار حاصل ماعلى المشترى من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البائع وسراية جنايته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشترى ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقض حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف مابقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بجنايته وربع الثمن حصة مابقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقى فيه وقد تلف لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشترى ولو لم يمت العبد وبرأ كان المشترى بالخيار لان حكم قبضه انتقض فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشترى ولم يوجد منه بعد ذلك مايدل علي الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصة ماتلف بقطعه اليد وربع الثمن حصة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشترى أخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنايتهما فليس على المشترى الا نصف الثمن لأن حكم قبضه انتقض فيما بقى حين منعه البائع فانما تلف مابقى فى ضمان البائع فلهذا لا يجب على المشترى من الثمن الا حصة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض

قال واذا اشتري الرجل جارية بالف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوى ألف درهم ونقصت الولادة الام فالمشترى بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما لانها تعيبت فى ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشترى أخذهما فلم يأخذهما حتى ولدت البنت بنتا تساوى ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشترى أيضاً بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا قبضت وأنه يثبت للمشترى فيها حق القبض كما يثبت فى الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فاذا زادت الوسطى حتى صارت تساوى ألفين فقبضهن جميعا والام قدرجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لأن الوسطى والسفلى كلاهما زيادة فى الام فان الوسطى تبع الام فى العقدولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما كولدين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لأن الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن مالم يصر مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الام عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلي ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلي فيردها بالعيب بربع الثمن لأن كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشترى صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد المعيب خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق ٭قال وإذا اشتري أمتين بألف درهم قيمة احداهما خمسمائة وقيمة الأخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم أعورت التى كانت تساوى

ألفافاختار المشترى أخذذلك كله بالثمن فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجدبالعوراء عيباوقيمتها خمسمائة ردها بثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لأن ولد كل واحـدة منهـما يتبعها فيما يخصها من الثمن والانقسام أولا على قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد ألف درهم وقيمة الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم ينقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك ألف فانقسم نصفان نصفه حصـة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يردها بالعيب ولو وجـد العيب بالامة الاخرى ردها بمائة واحـد عشر درهما وتسع درهم لأن حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العـقد وهو خمسمائة وقيمة ولدها وقت القبض وهو ألف درهم فـيردها بذلك * قال واذا اشـترى شاة فولدت قبـل القبض فليس للمشترى أن يترك البيع لان الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان فى الاصل فالمشترى يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء تركهما جميعا وليس له أن يأخذ احداهما دون الأخرى لأن الزيادة قبل القبض تبع في العقد لاحصة لها من الثمن وثبوت الحكم فى التبع بثبوته في الاصل ولانه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن اذ لا حصة للولد مالم يصر مقصودا بالقبض وبعـد ماردها بجميع الثمن لو بقى العقد فى الولد أخذه بغير شئ فيكون فضلا خاليا عن المقابلة مستحقا بالتبع مقبوضا به وهو الربا بعينه وان وجـد بالولد عيبافلا خيار له فيه وهما لا زمان له لان بوجود العيب يظهر فوات جزء من الولد ولو مات الولد قبـل القبض أخذ الام بجميع الثمن ولا خيار له فيها فكذلك اذا فات جزء من الولد وهـذا لان الزيادة لمـا فاتت من غير صنع أحد صارت كان لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له فى الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا بخلاف مااذا وجد العيب بالولد بعد ماقبضهما لان الولد بالقبض صار مقصودا فصار له حصة من الثمن فباعتبار العوض بمقابلته يستحق المشترى صفة السلامة فيـه فاذا وجد المشترى به عيبا رده فاما قبل القبض فلاحصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض ألا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشترى اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف المبيع انه اذا فات من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن واذا أتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا فى الولد الذى هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشترى وأخذ الام بما بقى ولا خيار له فى ذلك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هى الخلافية التى ذكرناها في الثمار وتنصيصه على الخلاف هنا يكون تنصيصا ثمة اذ لافرق بينهما ‌ه قال واذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت ولدا يساوى ألفا ثم ذهب البياض من عينها فصارت تساوي ألفين ثم ان البائع ضرب العين التى كانت فى الأصل صحيحة فابيضت ورجعت قيمتها الى ألف درهم وبياض العين ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لوكانت العين الاولي بيضاء على حالها فانى لست ألتفت الى الزيادة لكى انظر كم كان ينقصها البياض لوكان بياض العين الاولى على حاله فاذا كان ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اما ثبوت الخيار فلانها تغيرت فى ضمان البائع بفعله ثم ذهاب البياض عن العين الاولي زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة فى عقود المعاوضات لما بينا أن المعتبر فى الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولولم يذهب البياض عن عينها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فابيضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لأنها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المعتبر فيه النقصان فلهذا قال ينظر الى ما نقصها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة الاولى سقط عن المشترى أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة مابقى من الام فاذا قبضهما ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذهما به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته وهو خمسه أسداس ما أخذهما به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التى كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد الى الحالة الاولى فالمشترى بالخيار في

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذها بثلثي الثمن وان شاء تركها ولان ذهاب البياض كان زيادة متصلة فقدانفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة أتلفها البائع بان ولدت ولداً آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا وحصة ما أتلف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقى عندهما وعند أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة فى البهائم اذا أتلفها البائع لان تلك الزيادة لا تمكن نقصانافى الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذهما ثم وجد باحداهما عيبا رده بنصف ما أخذهما به لما بينا أن حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول وهو ما اذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لا ن الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا معتبر بها وهنا الزيادة زايلت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها *قال واذا اشترى جارية بألف وقيمتها ألف واحدى عينيها بيضاء فذهب البياض فصارت تساوى الفين ثم ان عبدا لاجنبي ضرب تلك العين فعاد بياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذها المشترى بجميع الثمن ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرد بثلث الثمن لأن العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهاب البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع فى الانقسام وقت القبض بحكم العقد لاوقت الدفع بالجناية لأن ذلك ليس من حكم العقد فى شيء وقيمته وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا ثلثه بازاء العبد يرده بذلك ان وجد به عيبا وثلثاه بازاء الجارية ان وجد العيب بها يردها بذلك وان كان المشترى لم يقبض العبد حتى زاد فى يد البائع فصار يساوى ألف درهم ثم قبضهما المشترى فوجد باحداهما عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهى مساوية لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين *قال واذا اشترى جارية تساوى ألفا ففقأ البائع عينها ثم ولدت بعد الفقء ولدا يساوى ألفا أخذهما المشترى بنصف الثمن لأن البائع لما فقأ عينها فقد سقط عن المشترى نصف الثمن لأن العين من الآدمى نصفه ثم لما ولدت انقسم مابقى من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقء بعد الولادة أخذها ان شاء بثلاثة أرباع الثمن لانها حين ولدت وهى صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت القبض وقد بقى فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقأ البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما إذا كان الفقء قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقأ البائع عينها فلهذا يسقط نصف الثمن * قال ولا يشبه الرهن فى هذا البيع يعنى فى الرهن فى هذه الصورة لافرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين فى الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفى البيع لا يعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بفقء البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما أتلفه البائع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وأما فى الرهن فسقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفاء يقرر الدين ولا يسقطه فاذا حدثت الزيادة فقد حدثت فى حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلهذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتجعل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فماتت قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لا يعود العقد فى حصة الجلد . ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ماذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ماهو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشترى بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالقائم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ماهو المقصود بالعقد لأن المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلهذا يجعل كأن العقد فى الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف مايخص الأم وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفترقان من وجه آخر وهو أن فى البيع اذا ذهبت العين من غير صنع أحد لايسقط شىء من الثمن وفى الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لأن ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونة بالقبض واذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كاوصاف المغصوبة وفى البيع الضمان بالعقد فاذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لايسقط شىء من الثمن بفواتها * قال واذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا وهى بيضاء احدى العينين ففقأ البائع العين الباقية فصارت تساوى مائة درهم أخذها المشترى بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاك لها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فاذا لم يأخذها حتى ذهب

بياض عينها الاولى فصارت تساوي ألفا فالمشترى على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها فى حكم البيع فان ضرب عبد هذه العين التى برئت فعاد بياضها فولى العبد بالخيار ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فداه بأرش الجناية وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة درهم أخذها المشترى بمائتى درهم لما بينا أن العقد انفسخ فى أربعة أخماسها بفقء البائع عينها وكما لا يعود شيء من ذلك بولد تلده فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لأنه قائم مقام الزيادة المتصلة وقد صارت منفصلة فهو كولد ولدته فلهذا يأخذهما المشترى بمائتى درهم ان شاء فان قبضهما فوجد بالجارية عيباً ردها بسبعى الثمن الذى نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عيبا رده بخمسة أسباعه لأن مابقى من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة مابقي منها وذلك مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فاذا جعلت كل مائة سهما كانت القسمة أسباعا خمسة أسباعه حصة العبد فيرده به وسبعاه حصة الجارية فيردها بذلك وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة مابقى منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لأن العقد قد انفسخ فى أربعة أخماسها وانما يعتبر فى الانقسام قيمة مابقى حكم العقد فيه لا قيمة ما انفسخ العقد فيه ولو كان البائع لم يفقأ عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم ان عبداً ضرب العين التى برئت فعاد بياضها ثم ان البائع فقأ العين الباقية فصارت تساوى مائتى درهم فولي العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بألف درهم لأن الفداء يكون بارش الجناية وارش الجناية هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجناية ألفى درهم فمات بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى ألف درهم فان دفعه وقيمته خمسمائة أخذها المشتري ان شاء بخمسى الثمن وثلث خمس الثمن ويبطل عنه بفقء البائع عين الجارية خمسا الثمن وثلثا خمس الثمن لأن العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولدته يساوى خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة العبد وقت القبض أثلاثا ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بفقء البائع عينها سقط أربعة أخماس مافيها وبقى الخمس فاذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في خمسة فتكون خمسة عشر حصة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هذه العشرة وثمانية من خمسة عشر خمساه وثلثا خمسه لان كل خمس ثلاثة فخمساه ستة وثلثا خمسه سهمان

فيسقط ذلك عن المشتري ويأخذهما بما بقي وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمساه وثلث خمسه والله أعلم

باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه

قال واذا اشتري الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعي وقال في قول على البائع تسليم المبيع أولا لأن ملك المشترى ثبت بالعقد في العين وملك البائع دينا في ذمة المشترى والملك في العين أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفي قول آخر يسلم كل واحد منهما بيد ويقبض بيد لأن قبضه لمعاوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للاخر فكذلك القبض كما في بيع المقابضة ولكنا نقول قصة المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشترى في المبيع فعلى البائع أن يعين حق البائع في الثمن ولا يتعين الثمن الا بالقبض فلهذا كان أول التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو الجواب عن قوله ان ملك المشترى أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولا لهذا المعنى وهو أنه لما يقوى ملكه في المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع في ملك الثمن بجانب نفسه ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لأن سقوط حق البائع في الجنس متعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع في الحبس الا أن يكون الثمن مؤجلا فحينئذ ليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الاجل ولا بعده لأن قبل حلول الأجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بما له أن يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الأجل فلان حق الحبس لم يثبت له بأصل العقد فلا يثبت بعد ذلك تبعا بهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك بعد العقد لا يثبت ابتداء بحلول الاجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله في نوادره أنه إذا أجله في الثمن شهرا ثم لم يسلم البائع المبيع الى المشتري حتى مضى شهر فعلى قول أبي حنيفة ان كان الأجل شهرا بعينه فيمضيه يحل الثمن وان كان شهرا بغير عينه فعلى البائع أن يسلم المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضى شهر بعد التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يطالب بالثمن في الوجهين جميعاً لان مطلق الشهر في الأجل ينصرف الى الشهر

الذى يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والأيمان هـذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليـه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فا قصود أن يتصرف المشترى فى المبيع فى الشهر ويؤدى الثمن عند مضيه ويستفضل لنفسه ولا يحصل هـذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلهذا قال فى الشهر المطلق يكون ابتداؤه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشترى الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصاً أو استحقت من يده فللبائع ان يمنع المشترى من قبض العبد حتى يعطيـه الثمن مثل شرطه لأن الرد بهـذه الأسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحدا لأن القبض قد انتقض فى ذلك المردود فكأنه لم يقبض ذلك القدر وان كان المشترى قبض العبد من البائع باذنه ثم ان البائع وجد الثمن أو بعضه على ما وصفنا فان كان الذى وجد ستوقا أو رصاصا كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع اليـه المشترى مكان الذى وجد من ذلك جيادا على ما شرطه لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم لم يجز وانما يسلم البائع المبيع اليه على أن المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمنا لم يكن هو راضيا بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولـكن البائع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وان كان وجد الثمن أو بعضه زيوفا أو نبهرجة استبدلها من المشترى لأن المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيافة عيب فى الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوف بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيحبسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه فى الجياد والمقبوض زيوف والثمن دين فى الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والستوق سواء . يوضحه ان الرد بالعيب الزيافة ينقض القبض من الاصـل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا تمكن من الرجوع بموجب العقد مالم ينتقض القبض من الأصل واذا انتقض عاد حقه في المجاس كما كان قبل استيفاء الثمن . وجه قولنا أنه سلم المبيع قبل قبض الثمن فصح

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط حقه فى الحبس والمسقط يكون متلاشيئا لا يتصور عوده لهذا قلنا لو أعار المبيع من المشتري أوأودعه منه سقط حقه فى الحبس وكذلك لو أجله فى الثمن سقط حقه فى الحبس ثم لا يعود بحلول الاجل وبيان لوصف أن الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب بالشئ لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا فكان البائع بقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من الاصل كما قال ولكن فى الحكم الذي يحتمل النقض بعد الثبوت دون مالا يحتمل ذلك ألا ترى أن المولى اذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فاستوفى حقه ثم وجد المقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم البر فى اليمين فقد بينا ان حق البائع فى الحبس بعد ماسقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبنى عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحيحا مطلقا وان لم يرجع البائع من المشترى العبد ولم يجد فى الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشترى العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره ثم وجد البائع فى الثمن بعض ماذكرنا فجميع ماصنع المشترى فى العبد جائز لا يقدر البائع على رده ولا سبيل له على العبد لان المشترى تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف فيه بتسليط البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشترى قبض العبد بغير اذنه ثم صنع فيه بعض ماذكرنا ثم وجد البائع بعض الثمن على ماذكرنا كان له أن ينقض جميع ما صنع المشترى فيه ويسترده حتى يوفيه المشترى الثمن لان تصرف المشترى حصل لا بتسليط من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع فى الحبس ولما ظهر ان الثمن كان على ماوصفنا فقد ظهر أن حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه ولا أسقطه باختياره بتسليم المبيع الى المشترى فكان له أن ينقض جميع ماتصرف فيه المشترى اذا كان محتملا للقبض بان كان البائع لما علم بقبض المشترى العبد سلم ذلك ورضى به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لأنه أجاز قبضه فى الانتهاء وتأثير اجازته

فى اسقاط حقه كتأثير اذنه فى الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصا أو استحقت من يده فاعلم أن الجواب في الرهن فى جميع ما ذكرنا كالجواب فى البيع لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا وجد المرتهن المقبوض زيوفاً فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر يستدل فى الخلافية به والفرق أن تسليم المرتهن العين الى الراهن ليس بمسقط حقه فى الحبس وان كان صحيحا فى نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية أو الوديعة كان له أن يسترده فكذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال وصول حقه اليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه فى الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بعقد الرهن يد الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل فى الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما فى البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله فى الثمن لم يبق حقه فى الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن مالم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه فى الحبس اذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض * قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا يقبضه فقبضه الوكيل بغير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون فى يده حتى يعطيه المشترى الثمن لان بالبيع المبيع صار مملوكا للمشترى ولكنه محبوس في يد البائع مالم يصل اليه الثمن فقبض الوكيل فى حق البائع جناية بمنزلة الغصب ولو غصبه منه غاصب فهلك فى يده كان للبائع أن يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامنا حقا للمرتهن وهذا بخلاف مالو كان المشترى قبضه بنفسه فهلك عنده فانه لا يكون ضامنا للقيمة لان قبض المشترى يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه ضمان القيمة اذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقيا اذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين

فاذا أعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل فى حق المشترى كان أمينا ممتثلا لامره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل كما لو أوفى المشترى الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولو نويت القيمة عند البائع سقط الثمن عن المشترى لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انفسخ البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشترى فى القيمة لانه فى القبض كان عاملا له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشترى أعتق المبيع قبل القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك فى يده لم يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذى قبض العبد باذن المشترى ثم أعتقه المشترى فهذا وموت العبد فى يد الوكيل سواء فى حق البائع لانه تعذر عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت فى يده وهذا لان أمر المشترى الوكيل بالقبض غير معتبر فى حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع فى الحبس فكذلك لا يملك أن يأمر غيره به قال ولو أن المشترى أمر رجلا بعتق العبد وهو فى يد البائع فاعتقه المأمور فى قول أبى يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء فى جميع ما ذكرنا من التفريع لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى ان المشترى لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل فى هذا الفصل ولكن يرجع البائع على المشترى بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبى حنيفة ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق معبر عن المشترى فيكون ذلك كاعتاق المشترى بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جعله مقصورا عليه لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته الى المشترى ألا ترى أنه لو اعتقه بغير اذن المشترى كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتق له ضمان واذا نقلنا عبارته الى المشترى كان هذا مقررا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جعل مقصورا عليه ألا ترى انه لو قبضه بغير اذن المشترى كان موجبا عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه فى حق البائع واذا اقتصر حكم القبض على القابض فى حق البائع كان هو ضامنا للقيمة ولو

اعتق المشترى المبيع قبل القبض وهو معسر فليس البائع أن يستسعى العبد فى شيء رجع أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول فى نوادر هشام وجعله قياس المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن بعقد الرهن يثبت للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاق الراهن اياه فكان له أن يستسعى العبد اذا تعذر عليه الوصول الى حقه لعسرة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد فازال ملك العين بالبيع وبقى له اليد الى أن يصل اليه الثمن وباعتاق المشترى العبد فات محله ومجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعيه لاجل ذلك . يوضحه ان حق البائع فى الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعارة المبيع من المشترى بخلاف حق المرتهن ثم يعود تصرف المشترى بتسليط البائع اياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن فى المرهون فان لم يعتقه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فان لم يكن البائع سلم المبيع اليه فله ان يحبسه الى أن يستوفى الثمن وان كان سلم المبيع اليه فله أن يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعى اذا أفلس المشترى بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع ان كان سلمه بفسخ العقد ويعيده الى ملكه ويؤيده حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فمطلقه يقتضى التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشترى قبض المبيع بالاباق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك اذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشترى وكما أن المالية فى الآبق كالتاوى حكما فكذلك الدين فى ذمة المفلس بمنزلة التاوى حكما لاستبداد طريق الوصول اليه ولا فرق بين المبيع والثمن الا من حيث ان الثمن دين والمبيع عين وكما ان تعذر القبض فى العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض فى الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فاذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوى ان الثمن معقود والمسلم به والمسلم فيه معقود عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض المعقود به كما ثبت بتعذر قبض المعقود عليه ألا ترى ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشترى بفلوس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رائجة فاذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما ينقص العقد بهلاك اذا تعذر قبضه ثبت للعاقد حق الفسخ كالمبيع . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة والمشترى حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة شرعا ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضى الاجل فاذا صار منظرا بانظار الله تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذى استدلوا به فقد ذكر الخصاص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو فى ماله بين غرمائه أو قال فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشترى كان قد قبضه بغير اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه نقول ان فى هذا الموضع للبائع حق الاسترداد والمعنى فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشترى مليا وبيان ذلك ان موجب العقد ملك اليمين فان اليمين يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد دينا فى الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فثابت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد ألا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاستبدال وقبض البدل اذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال وقبض البدل إذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال كما فى البيع عينا كان أو دينا فعرفنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فبتعذره لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطا لجواز العقد كما فى جانب المبيع فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان دينا كالتسليم لا يجوز العقد الا على وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقد وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدراهم حالا وان لم يكن فى ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل فى المسئلة ابتداء فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرأ بالافلاس لا يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والمفلس اذا اشترى شيئا والبائع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لأن لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلاف جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لاباق العبد لا يجوز فان رضى به المشترى فكذلك

اذا طرأ العجز فانه يثبت للمشترى حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشترى فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدى الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لأن ذلك موجب العقد على ماقررنا ان العقد عقد تمليك فيقتضى التسوية بين المتعاقدين فى الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك فى العين أكمل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولا ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لاقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع المبيع طوعا فهو كما لو انعدم بالتأجيل فى الثمن فلا يبقي له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشترى وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فموجب العقد ملك فلوس هى ثمن وبعد الكساد لايبقى له في ذمة المشترى فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشترى فيبقى الثمن فى ذمته مملوكا للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب يغير موجب العقد فموجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب ديناً في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم تصح الكفالة وللمكاتب أن يعجز نفسه فاذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ماهو موجب العقد عليه فلهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشترى لايتغير ملك البائع فى الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشترى ولسنا نسلم أن الدين فى ذمة المفلس تاو فان المديون اذا كان مقرا بالدين فهو قائم حقيقة وحكما مفلسا كان أومليا ولهذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب الدين الزكاة بمعنى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لايتمكن من فسخ العقد والله أعلم

﴿ تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر ﴾

﴿ وأوله كتاب الصرف ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصرف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة * نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان مايقابلها من جنسها أو من غير جنسها * ونوع منها ماهو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والمماليك * ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لأن الثمن ما يثبت دينا في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرب مايثبت دينا في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين بالتعين وكان ثمنا على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة ودينا أخرى فيكون ثمنا في حال مبيعا في حال والثمن في العرف ماهو المعقود به وهو مايصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان دينا في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعاً لانه يجوز أن يكون مبيعا بحال بخلاف ماهو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضى الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أبيع الابل بالبقيع فربما أبيعه بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل واذاثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لان فى الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لان اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك العين والثمن دين فى الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذى يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البدلين فى المجلس وانه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذى رويناه فانه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل أى مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف مافي ملك كل واحد منهما لى ملك صاحبه لان البدل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا آن يكون مملوكاً لكل واحدمنهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفا لما فيه من صرف مافى يد كل واحد منهما الي يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم .طلقا لان ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمى به لاستحقاق قبض البدلين في المجلس ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن والثمن يثبت بالعقد دينا فى الذمة والدين بالدين حرام فى الشرع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه فى هذا العقد وكان ينبغى أن يشترط مقرونا بالعقد لأن حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعا للتيسير واذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس أحد البدلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولسنانعني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لوقاما أومشيا فرسخاثم تقابضا قبل أن يتفرقا أى يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما فى المجلس أو أغمى عليهماثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبي يوسف ولهذا لايجوز شرط الخيار فى هذا العقد لان الخيار يعدم الملك فيكون أكثر تأثيرا من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق مابه يحصل التعيين وهو القبض ما بقى الخيار وكذلك شرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذى يثبت به التعيين فلهذا كان مبطلا لهذا العقدوقد دل ماقلنا على الاخبار التى بدئ الكتاب بها فنها حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا الى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبينا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه باناء خسروانى قد احكمت صنعته فبعثنى به لا بيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة فى الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لاقيمة للصنعة فى هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعارف والملاهى شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع اناء من حديد باناءين فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالادرع يعنى ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان لبيت المال وانما قصد عمر رضى الله عنه ببيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضى الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبى جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله فى جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتى اذا تبين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذى يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خيبر هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير فى كونه ربا سواء لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق فى الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعنى من يدك الى

يده وإن استنظرك الى خلف هـذه السارية فلا تفعل وانمـا كنى بهذا اللفظ عن مفارقة احدهما صاحبـه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فان ابتداء العقد بينهما صحيح فى هـذه الحالة وكون السارية بينهما لايعد افتراق عرفا وعن محمد بن سيرين انه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن تكون الفضـة التي أعطى أقل مما فيـه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا بأن يبيعه بالذهب وبه نأخذ فنقول بيعه بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم اذ اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم بعـد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد فى حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيـه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد فى الـكل دفعا للضرر أما بيعها بالفضـة فعلى أربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد فى الوزن لان الجفن والحمـائل فضـل خال عن العوض فان مقابلة الفضـة بالفضـة فى البيع تكون بالاجزاء وان كان يعلم أن الفضة فى الحلية أقل جاز العقـد على أن يجعل المثل بالمثل والباقى بازاء الجفن والحمائل عنـدنا خلافا للشافعى وان كان لايدرى أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فان الأصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبى بصرة قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به يدا بيد وسألت ابن عباس رضى الله عنهما فقال مثل ذلك فقعدت فى حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضى الله عنـه فأمرنى رجـل فقال سله عن الصرف فقلت ان هذا يأمرنى أن أسئلك عن الصرف فقال لى الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شئ سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضى الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم اتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر ردىء وأخذت هـذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت فقال ان سعر هذا فى السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أربيت ثم قال صلوات الله عليه هـل لابعته بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا فقال أبو سعيد رضى الله عنه الفضل فى التمر ربا

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضى الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفى هذا دليل رجوع ابن عمروابن عباس رضى الله عنهما عن فتواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثنى بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضى الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضى الله عنه ماخرج ابن عباس رضى الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله فى الصرف والمتعة فعلم ان حرمة التفاضل مجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها مافى معناها فان أبا سعيد رضى الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شئ يكون نصا فيما هو فى معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطالب المفتى بالدليل اذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضى الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضى الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابى ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فامر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ماهو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب الى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما الي شريح رضى الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدرى مقدار الذهب الذى في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فحينئذ لا يعتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبدالله ابن أبي سلمة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرا بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اربيتما فردا وفيه دليل ان للامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين اذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره فى ذلك وان التفاضل حرام فى بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أربيتما فردا ولم يعاتبهما على ماصنعا لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فعذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتاني الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشترها غلة فجعلت أطلب الرجل الذى صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالى وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لأنه كان مقصود الاسود ان يشترى بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشترى بها دنانير ثم أمره بأن يشترى بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومساهمته في المعاملة وبين له الأسود أنه كغيره فيما هو مقصودى فلا يتكلف فى طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعت جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق الى أهلها وخذ اناءك وعارض به ففيه دليل حرمة الفضل ووجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضي الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤدبه وكان قصده بالسؤال فى الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ماهو دون ذلك وعن أبى رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوغه فأبيعه قال وزنا بوزن فقلت انى أبيعه وزنا بوزن ولكن آخذ فيه أجر عملى فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا بوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكاتب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه فى الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطي والكاتب والشاهد فيه سواء أي في المأثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت اني سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فمشي اليه أبو سعيد رضي الله عنه وأنا معه فقال له أسمعت من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فحدثه أبو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتي به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل اليد لان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقننا بالمماثلة وزنا والمماثلة اذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد انقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لا لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خرجة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخبرة الأسدي فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقاية مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق فى مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضى الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبى طالب رضى الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معى لا تنفق فى حاجتى فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتى واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشتر بالدنانير دراهم تنفق فى حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكريت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أتقاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولى له انطلق معه الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذوالا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أيصلح هذا قال نعم لا بأس بهذا انك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الاجر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جوز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضي به صاحب الحق ولكن لما أشكل علي صاحب الحق سأله بقوله أيصلح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أى جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاشياء الستة وقال فى آخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضي الله عنه ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لاحدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضى الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلهذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته فى روايته ومعاوية رضى الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره فى آخر الحديث وان اشتريتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضي الله عنه روايته بيمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لاحدثن به لانى أتيقن بسماعه من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه
بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وان رغم أنف معاوية وعن أبي الاشعث الصنعاني
قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس انكم أحدثتم بيوعا لا يدرى
ما هي ألا وان الذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ألا وان الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء
ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصلح نسيئة ألا وان الحنطة بالحنطة
مدين بمدين ألا وان الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير
أكثرهما ولا يصلح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد
أربى وفيه دليل ان الفاسد بيع فانه قال انكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من
عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجرى فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لان قوله
مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم اعطاؤه فالمستزيد آخذ
والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب
مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني
أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وان استنظرك الى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله
لا يباع غائب بناجز أى نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما يثبت بالتفاوت في البدلين في القدر
يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وان القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكنى
عنه بقوله فان استنظرك الى أن يدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع
السيف المحلى بالدراهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن
الدراهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبايعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ
فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض وبالنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس
وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن ابراهيم قال
الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف
كالبيع يعني يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى
قول علمائنا رحمهم الله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ووجوب
التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال

سمعت عمر رضى الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين فان ذلك ربا العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يبتاع سحق هذا الدرهم فليبتع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا العجلان أى ربا النقد وهو اشارة الى ان الربا نوعان فى النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التى لا تنفق فى حاجة يقال ثوب سحق أى خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزيوف ولكن بعد بيان عينها لينتفى الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن ابراهيم انه لم يكن يرى بأساً باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضا أو كان بسعر يومه وبه نأخذ فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوى أن الاستبدال قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك الى انه لما كان لايثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لايقبل الأجل كبدل الصرف وهو وهم منه فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية ومايسترد فى حكم عين المقبوض على مانبينه فى بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يشترى الرجل الثوب بدينار الادرهم وبه نأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولا وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولا أيضا والبيع بثمن مجهول لايجوز واذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا بوزن جيدها ورديئها ومصوغها وتبرها وابيضها واسودها فى ذلك سواء للأحاديث التى رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جيده ورديئه وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه فى ذلك سواء لانه لاقيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا يجوز فيه شئ من الأجل لما بينا أن التقابض واجب فى مجلس العقد وترك أحد البدلين في المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافى مقتضي العقد مبطل له واذا اشتري فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعى رحمه الله لايجوز لان الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من السوداء بازاء البيضاء مثل وزنها والباقى بازاء مازاد ترجيحا لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل فى البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفا محلى بدراهم أكثر منها وزنا يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعى واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها باثنى عشر دينارا ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا اذا كان يعلم أيهما أكثر وزنا أو يعلم أن وزن الذهب الذى في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفى هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد واذا اشترى لجاما مموّها بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شئ فلا يجرى الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى دارا مموهة بالذهب بثمن مؤجل فانه يجوز وان كان بسقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لانه لا يتخلص منه شئ فلا يعتبر ذلك فى حكم الربا ولا فى وجوب التقابض فى المجلس واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهنا بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لان عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجعل استيفاؤه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف فى الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك ببدل فى الصرف واذا كان حلى ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه الا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر اذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضا وقد بينا نظيره في السيف المحلى فان باعه بدينار نسيئة لم يجز فان فى حصة الحلية العقد صرف فيفسد بشرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه الا بضرر فاذا فسد العقد فى بعضه فسد فى كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازفة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد المماثلة فى الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلا بمثل عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الاول ليس بمراد فالأحكام لا تبنى على مالا طريق لنا الى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمماثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وماهو شرط جواز العقد اذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فان وزنا بعد العقد وكانا متساويين فان كانا بعد فى مجلس العقد فجواز العقد استحسانا لان مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى ان انعدام الدينية فى البدلين شرط جواز العقد ثم اذا

انعدم ذلك بالتقابض فى المجس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة وان وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالمماثلة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر ان كانا متساويين فالعقد جائز لأنه قد تبين أن شرط الجواز وهى المماثلة كان موجودا عند العقد فانه لا تأثير للوزن فى احداث المماثلة وانما يظهر به مماثلة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحضر من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكنا نقول قد بينا أن العلم بالمماثلة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير الوزن الذى هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفضل موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمتحقق وتأثير الفضل فى افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افترقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افترقا يكون مفسدا وان اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم بأ كثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقابض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد فى حصة الحلية بترك التقابض ولا يمكن ابقاؤه صحيحا في حصة الجفن والحمائل كما لا يجوز ابتداء البيع فى الجفن والحمايل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية فى المجلس جاز لأن قبض حصة الحلية فى المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فيصرف المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقا لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقابض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض فى المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكانه لم يقبضه أصلا وتأخير القبض الى آخر المجلس لا يضير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلا به لا مستوفيا ولكن يرده وكان شريكا فى الدينار بحصته لانه تبين أنه كان قبض فى المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افترقا طعن عيسي فى هذا اللفظ فقال قوله كان شريكا فى الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك فى مثل ذلك الدينار بالعشر لان النقود عندنا لا تتعين فى العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقابض لو

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا فى ذمته الا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض فى المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما فى القبض بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى فى ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد *قال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع فى المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم يكن موجودا فى ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه واضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه لا يجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد فى الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلهذا كان العقد صحيحا قال وليس هذا مثل بيع الرجل ماليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى مابينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ماليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك فى السلع دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة فالتبر والمضروب فى كونه ثمنا سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج النقود وقد بينا الكلام فى الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى اناء مصوغا أو قلب فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا فى المجلس بخلاف الدراهم والدنانير فانها اذا استحقت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدراهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القلب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرفنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على مانبينه وهذا اذا لم يجز المستحق العقد اما اذا أجازه جاز العقد لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لاجيز العقد فله أن يجيزه وان لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لانه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الازالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا وتتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئا بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأبى ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحقت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلم وهذا بدل في عقد معاوضة فيتعين بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلا لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفا محله والدليل عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المغصوبة ورد مثلها لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه اذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه مالا يرغب في غيره وأما منفعة المشتري فمن حيث أنه لا يطالب بشيء آخر اذا هلكت تلك العين في يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشتري بها شيئا فهلكت بطلت الوكالة وتتعين في النذر أيضا والدليل على أنها تتعين في البيع أن الغاصب اذا اشترى بالدراهم المغصوبة بعينها طعاما ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصدق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما لزمه التصدق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكرخي يقول

النقود تتعين في العقود جوازا لا استحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصدق بالدراهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا فى ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها اصار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما فى السلم ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر فى الملك المطلق للتصرف كما في السلم فان منع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضى الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبقيع فربما نبيعها بالدراهم ونأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدراهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعيين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى فى العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل العقد اذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فكذلك الشرط فى العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر الدراهم لا بعينها وليس فى غير الدراهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هى والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف فى هذا المعنى فعرفنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهى تتفاوت فى الربح فكان تعيينها مفيدا فى الجملة اما ماذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكمل من العين لأن بدون التعيين لا ينتقد العقص وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه واذا ثبت دينا فى الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر فى النقد يبطل به العقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق فى عقود المعاوضات الا ثمنا والثمن ما يكون فى الذمة كما قاله الفراء فاذا اعتبر ثبوت التعيين امتنع ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك ينافى موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثانى وهو أن حكم العقد فى الثمن وجوبه

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلم فحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكا للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلع قيامها فى ملك البائع الا فى موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك فى السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افترقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجبر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك فى باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يبطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعلا لما هو الحكم شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطلا للعقد وبالاجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا كان دينا فى الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم فى ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها ماقبل الشراء اذا هلكت فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة فى نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن فى ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب اوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفى مسئلة الشراء بالدراهم المغصوب لا تتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان فى العقد والنقد بما هو حرام فيتمكن فيه الخبث فلهذا لايحل له تناوله وفى مسئلة الجامع لم تتعين الدراهم أيضا بدليل انه لايلزمه التصدق بها ولكنه لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لاتتعين فى عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كانه قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر فى بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك وملك الكر بنفس العقد والشروط فى الأثمان تعتبر بحسب الامكان* قال واذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان الدراهم البيض التجارية فانه لايجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض الدراهم فأراد أن يعطيه ضربا آخر من الدنانير سوى ماعينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضي به كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحدا وقد بينا ان ماعينه لم يتعين وانما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضربا هو دون المسمى فان اعطاه ضربا هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشترى الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لايقبل تبرعه وقد بينا هذا فى السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما نقدا لناس فى ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هى المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية لان الدراهم والدنانير فى البلدان تختلف وتتفاوت فى العيار والظاهر أن فى كل بلدة انما يتصرف الإنسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد إلا أن يسمى ضربا من ذلك معلوما والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابوريا أو كوفيا ونحوه ومن الدراهم عطريفيا أو مؤيديا ونحوه اذا كانت النقود فى الرواج سواء لانه لايمكن ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالمطالب يطالب باعلى النقود والمطلوب بادنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد العقد إذا لم يسميا ضربا معلوما وان كان نقدا من ذلك معروفا وشرطا فى العقد نقدا آخر فالعقد ينعقد على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط اعتباره اذا قال لاتأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لى كذا لشيء أفضل من النقد المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما التحالف لان اختلافهما فى صفة الثمن كاختلافهما فى مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الردىء حتى اذا حضرا كان أحدهما غير الاخر واختلاف المتبايعين فى الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان تحالفا ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذى يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها * قال واذا ابتاع الرجل سيفا محلى بفضة بعشرة دنانير

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشترى السيف من آخر وقبضه المشترى الآخر ولم ينقد الثمن حتى افترقوا فانه يرد السيف الى المشترى الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض و اذا بطل العقد الثانى رجع السيف الى المشترى الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقدفسد شراؤه بالافتراق أيضا فلزمه رد المقبوض الى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نقده الآخر جاز بيع الاوسط فى السيف لانه باعه بعدم تمام ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثانى بالتقابض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقى ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاؤه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الأوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع اليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخاصمهم فانه يدفع الى الأول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع فى نصفه فيضمن الأوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدى الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم * قال واذا اشتري ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التى لى عليك فهو جائز وان أبى لم يجبر على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة ببدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا اذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البدلين فى المجلس مستحقا وفى المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الابراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان فى المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببدل الصرف الدين الذى كان واجبا وبدل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو أضافا العقد

اليه في الابتداء جاز بأن يشترى بالعشرة التى عليه دينارا ويقبض الدينار فى المجلس فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء لأنهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا ومالا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصود الكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان فى سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضى لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قدتم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضى العقد القائم بينهما حقهما ويملكان استدامته ورفعه فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كانهما فسخا العقد الاول ثم جدداه مضافا الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بالاقالة يصير رد المقبوض مستحقا فى المجلس والدليل عليه أنهما لوجعلا بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لايجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطريق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر فى ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول أنهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصلح منهما اضافة العقد اليه فى الابتداء وذلك فى الدين الذى سبق وجوبه على عقد الصرف دون ماتأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات الى ان المقاصة أيضا تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبى سليمان مثل ما ذكر فى الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لأن مايقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون دينا بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدى البقية انتقص من الصرف بقدر ما بقى اعتبارا للبعض بالكل والفساد لمعنى طارئ فى بعض العقد لا يتعدى الى ما بقى ولو وكل احدهما وكيلا بالدفع والقبض جاز بعد أن يقبض الوكيل قبل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشترى من صاحبه شيئا بثمن الصرف قبل أن يقبضه لما فى الاستبدال من تفويت القبض المستحق بالعقد فى المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشترى به من غيره شيئا لان التصرف فى الدين مع من عليه أقرب الى النقود منه مع غيره فاذا لم يجز الاستبدال ببدل الصرف مع من عليه الدين فمع غير من عليه الدين أولى أن لا يجوز ٭ واذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض الابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف الابريق ويبطل نصفه اعتباراً للبعض بالكل ولا يتخير فى الرد بسبب عيب التبعيض لانه حصل بفعله حين لم ينقد بعض البدل بخلاف ما اذا استحق نصف الابريق فانه يتخير فيما بقى منه لان التبعيض فى الاملاك المجتمعة عيب فان تقاصا قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيما غير نافذ فله أن يرده بالعيب لانه بمطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة الابريق في جميع ماذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفى الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضا لان نقصان العيب من الثمن فاذا رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة الابريق أقل من وزنه من الفضة الا أن يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيبا ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقى على البائع حتى انكسر الابريق لزمه النصف الباقى بالعيب الحادث عنده فيه ورجع بنصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصا ببدل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه فى معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان المقرض صار مملوكا له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدلين وانما الباقى لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا الا درهما واحدا بقى من العشرة فاراد الذى اشتري منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله ذلك لان العقد فسد فى عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى وقد بيناها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوسا أو عرضا مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقى ملكا له فى يد صاحبه أو دينا له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبدل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم مستحق له بعقد الصرف والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز . واذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه ان يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما فى ذمة زيد لا يكون ما لا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدرى متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين فى العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه ألا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن فى ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين فى ذمة المشترى وهذا لانه اذا أضاف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكنا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبدل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقان أحدهما أنه باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدرى متي يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثانى انه شرط أن يكون ثمن المشترى فى ذمة غير المشترى مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدنانير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه دينا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف اذا أخذها المستحق لانتقاص القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولاحدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار ولكنا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

فالقبض الذى ينبنى عليه يكون تاما أيضا وانما فيه خيار حكمى للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فاذا أسقط هذا الخيار بالاجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فانه يجعل العقد فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط على مابينه فى بابه ان شاء الله وان كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضا فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لان المودع هنا بائع الابريق فانه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفى الاول المودع مشترى الدنانير لنفسه بالدراهم ثم نقد دراهم الوديعة دينا عليه فكان مستقرضا فاذا أجازه صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وان اشترى رجل عشرة دراهم ودينارا باثنى عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة والفضل بالدينار ولو اشترى دينارا أو درهما بدينارين أودرهمين فهو جائز عندنا استحسانا على أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

باب الخيار فى الصرف

قال واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فان بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وان تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لانهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لان الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقا بالشرط لان قوله على أنى بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلا على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلا على الحكم أيضا ومعنى الغرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فاذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فانما افترقا بعد قبض تام واذا افترقا قبل اسقاط الخيار فانما افترقا قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسد اذا زال قبل تقرره يصير كأنه لم يكن خلافا لزفر وقد بيناه فى البيوع وكذلك ان كان الخيار للبائع أو لهما طالت المدة أو قصرت وكذلك الاناء المصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يتخلص الا بكسر الطوق لان العقد فى حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد فى الكل لانه لا ينفصل البعض عن البعض فى التسليم الا بضرر فاما اللجام المموه وما أشبهه فان شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخاص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشترط الخيار فيهما يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا الاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تمييز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشتراهما بمائة دينار وشرط الأجل فاشتراط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افترقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المفسد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشتراهما بحنطة أو عرض واشترط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ماليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الأثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قيامها في ملك بائعها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افترقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افترقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ماذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لايجوز هـذا العقد أصـلا لان من أصـل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين في العقد إذا عينت واذا كانت بغير عينها فان لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه بيع ماليس عنـد الانسان وان صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لانها ثمن وان كان بمقابلتها النقـد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة اذا قابلها مالا يكون الا ثمنا اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثمان لاصطلاح الناس على كونها ثمنا للاشياء فانما يتعلق العقد بالقـدر المسمى منها فى الذمة ويكون ثمنا عين أو لم يعين كما فى الدراهم والدنانير وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر فى الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكانهما تفرقا قبل التقابض واذا كان الخيار مشروطا لاحـدهما فتفرقا بعـد التقابض فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار فى البدل الذي من جانبه وقبض أحد البدلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه اما عنـد أبى حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليـه البدل الذى من جانبه لا يملك البدل الذى من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا فلوسا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفرق أو لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افترقا عن عين بدين لأن الخاتم يتعين بالتعين بخلاف ماسبق فان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين فلهذا شرط هناك قبض أحد البدلين فى المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحما أو غير ذلك بعـد أن يكون المبيع بعينه لان الفلوس ثمن كالدراهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلسا بدرهم أو درهما بكذا فلسا لان الفـلوس الرائجة ثمن كالنقد عنـدنا صحبها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام الملك فى الثمن عند العقد ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غـيرها مما يجوز بين الناس وان أعطاها بعينها فوجد فيها فلسا لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيف فى الدراهم لانه مادام ثمنا فانما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتعيين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسـين بأعيانهما وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا وبيع قمقمة بعينها بقمقمتين بأعيانهما يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الخمسين النافقة لأنها لو كسدت قبل أن يقبض منها شيأ بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا للبعض بالكل وعلى قول زفر إذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكنا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمنا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية في حصة مالم يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد العقد فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا المعنى * قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض تلك الفلوس ونقدمنها تسعين واستفضل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدانق فلوس أو بقيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أفحش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عـدد الفـلوس لان العقد لا يتعلق بالدانق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم لان الناس قد يستقصـون فى بيع الفـلوس وقد يتسامحون ولان الدانق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عـددى فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيـه بقى ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدراهم وأبو يوسـف يقول بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم فى السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذلك العدد فى الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفـلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفى الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هـذا اللفظ . يوضح الفرق أن الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقمنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فملوم بنفسـه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس فلهـذا قال هو فى الدرهم أخش ﴿ رجل ﴾ أعطى لرجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد *قال فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل فى الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحـد البدلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الـكل لأنهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطنى بنصفه كذا فلسا وأعطنى بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة ففى قياس قول أبى حنيفة يفسد البيع كله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصـة الصرف لان العقد فى الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حبة يكون ربا وعند أبى حنيفة اذا فسد العقد فى البعض لمعنى الربا يفسد فى الكل وقد بيناه فى البيوع *قال رضي الله عنه الأصح عندى ان العقد يجوز فى حصة الفلوس عندهم جميعاً على ما وضع عليه المسئلة فى الأصل فانه قال وأعطنى بنصفه الباقى درهما واذا تـكرر الاعطاء يتفرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر ألا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد فى أحدهما شرطا للقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقي درهم صغير فحينئذ يكون العقد واحداً لانه لم يتكرر مابه ينعقد العقد وهو قوله أعطني ولو قال أعطني كذا فلساً ودرهماً صغيرا وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا لانه قابل الدرهم هنا بما سمى من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي كله بازاء الفلوس * رجل باع درهما زائفا لا ينفق من رجل قد علم عيبه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس اذ كان كل عشرين بدانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم صغير وزنه دانقان اذا تقابضا قبل التفرق لانه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط فضة لم يجز لانه باع الفضة بالفضة متفاضلا في النبهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف الستوق ولو قال بعني بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لانهما نوعان مختلفان وان باعه إياه بخمسة أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سمى يقع على الفضة دون الفلوس وان كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذاك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئاً بدانق أو بدانقين أو بنصف درهم فهذا كله يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فحينئذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز والدرهم دين عليه لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس فبقي دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو جائز أيضا لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لانه مقبوض في يده بسبب فاسد وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع ينتقض استحسانا لانها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمنا وماليتها كانت بصفة الثمنية مادامت رائجة فبفوتها تفوت المالية فلهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائما أو قيمته ان كان هالكا وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن يكون لازما ويتخير البائع في نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هذا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوساً لأن هناك بعد الكساد لايجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن تجعل ثمنا باعتبار انه عددي متقارب كالجوز وغيره وان اشترى فاكهة بدانق فلس والدانق عشرون فلسا فلم يرد الفلوس حتى غلت أو رخصت فعليه عشرون فلسا لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد بتسمية الدوانق مسميا ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العقد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشترى فلوسا بدرهم فوجد فيها فلسا لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوسا نافقة وان لم يستبدله حتى افترقا لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما فى الصرف لانه لو اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفا قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضا ما لم يتفرقا لان الدينية الى آخر المجلس فى البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدراهم كما فى الصرف واذا وجد بعض البدل ستوقا بعد الافتراق ينتقض القبض فيه من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان دينا بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز فى حال استبداله فى المجلس قبل أن يتفرقا لانه بمنزلة الزيوف فى الدراهم وقد بينا فى الصرف والسلم انه اذا وجد القليل زيو فاستبدل به فى مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما فى مجلس الرد كاجتماعهما فى مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعنى اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان الافتراق فى ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها فى قول أبي حنيفة قياسا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قيمتها من الفضة استحسانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هى ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسئلة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدى الناس بخلاف ما اذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب فى ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شئ كما اذا غلت أو رخصت وهذا لان جواز الاستقراض فى الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من ان يكون من ذوات الامثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد يوضحه أن بدل القرض في الحكم كانه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كانه غصب منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برد عينها فهنا أيضا يبرأ برد مثلها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت القيمة فانما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فانما يعتبر قيمتها بآخر يوم كانت فيه رائجة فكسدت وهذا بناء على ماذا أتلف شيئا من ذوات الامثال فانقطع المثل عن أيدى الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد بآخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا فى كتاب الغصب وان استقرض دانق فلوسا أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه الا مثل عدد الذى أخذ لان الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضنى دانق حنطة فاقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدانق فيه وكذلك لو قال أقرضنى عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم ولا الى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالحاصل وهو ان المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الامثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شئ آخر فعليه أن يرد مثل المقبوض وكذلك مايعد من الجوز والبيض وان اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال تارة ويعد أخرى وقد بينا جواز السلم فى الجوز كيلا وعدداً وما فيه من خلاف زفر فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لان المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المعتبرة فى القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة فى مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض فى معنى العارية لان ما يسترده المقرض فى الحكم كانه عين ما دفع اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لان اعارته لا تؤثر فى عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا فى عينه وكل ما يتأتى فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به الامع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لان منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تمليك لعينه واذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز فى كل مكيل أو موزون وكذلك فى العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لانها مضمونة بالمثل وانما يختلفون فى اقراض الخبز فالمروى عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد انه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيته نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم فى الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم فى اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفى كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة افسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لان السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم فى الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم فى الخبز لهذا المعنى فلأن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا فى البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لانه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لانه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم انه سئل عمن استقرض رغيفا فرد أصغر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وانما استعظم محمد قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد لتعارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقى استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلايجوز استقراض شئ منه عندنا وقال الشافعى يجوز ذلك الا فى الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندى فى السلم وعند الكل فى النكاح والخلع والصلح فى دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجبه ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله فى الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا أوجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن فى الجوارى لا أجوز الاستقراض كما لا أجوز السلم على أحد القولين وعلى القول الذى يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود فى الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلهذا لايجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود لمايعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه .وحجتنافى ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجوارى ولهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا فى الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة فى المالية لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل فى الذمة بشرط المعادلة في المماثلة فاذا تعذر ذلك فى الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس بشرط المعادلة فى المماثلة مع أنه لا يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك فى القرض ابتداء وعذره فى الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعته عن عينه والاستقراض لا يجوز فى مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة فيما تنفصل المنفعة فيه عن العين تتأتى حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فانما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيت المال حتى روى انه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف فى الصدقة بكرا فان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان فى وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه فى أول الغصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذ بيعه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا فى معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض فى الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض فى الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتا صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالاً وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر فى المسلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للعاقد وذلك فى الثياب بذكر الوصف ممكن اما فى باب القرض فالشرط اعتبار المماثلة فى العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد فى الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والحطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لانها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التى تكال لا بأس باستقراضها لانها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك *ولا يجوز الاجل فى القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به فى الحال وعند مالك يثبت الأجل فى القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالثمن والأجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالابراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ملزما المتبرع شيئاً وهو الكف عن المطالبة الى مضى الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثانى أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت فى العارية لا يلزم حتى ان

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل في القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض في الحكم عين المقبوض اذ لو جعل دينا على الحقيقة كان بدلا عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهذا بخلاف الابراء لانه بالابراء يزيل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه الى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل في بدل الغصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما الشافعي فالكلام ينبنى على أصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفردا عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكنا نقول ما كان دينا على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالابراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك في بدل الغصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزما * وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده مالم يخرجه المستقرض عن ملكه ولكنا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فاذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين مايرده الى المستقرض وهذا لانه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكما فلاعتبار انه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء الى من في ذمته ولاعتبار أنه عين حكما قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للاصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية في كل مالا يتمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضا وهذا لأن المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يرده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطا له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراض * قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم فى حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاوانى من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لأن منافعها تنفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يجز بيعه فيها وكذلك اللالئ ولا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما قالت أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقا من تمر خيبر وعشرين وسقا من شعير فقال لي عاصم بن عدى أعطيك تمرا هنا وآخذ تمرك بخيبر فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهانى عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشتراط ايفاء بدل له حمل ومؤنة فى مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه أبى بن كعب رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابى رضى الله عنه نخل بعجل فأهدى أبى بن كعب رضى الله عنه رطبا لعمر رضى الله عنه فرده عليه فلقيه أبى فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعث الى مالك نخذه فقال عمر لابى رضى الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدى اليه لاجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضى الله عنه انه ما أهدى اليه لاجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة فى الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لورد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن فى قضاء الدين وهو مندوب اليه . بيانه فى حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجح له فقالوا أرجحت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما اذا كان يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالمشروط والذى يحكى انه كان لابى حنيفة على رجل مال فأتاه ليطالبه فلم يقف فى ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان أبا حنيفة كان افقه من ذلك فان الوقوف فى ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوبا وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضنى فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة العينة وهوان يبيعه مايساوى عشرة بخمسة عشر ليبيعه المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا فى معنى قرض جر منفعة والاقراض مندوب اليه فى الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع مما يدنو اليه والاقدام على ما نهوا عنه من الغرور وبنحوه ورد الاثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمرو الحسن رضي الله عنهما قال فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها فى السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وقال انههم عن شرطين فى بيع وعن بيع وسلف وعن بيع مالم يقبض وعن ربح مالم يضمن وبه نأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيأ ليقرضه أو يؤجله فى الثمن ليعطيه على ذلك ربحا وبيع ما لم يقبض عام دخله الخصوص فى غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهى عن البيع مع بقاء الغرور في الملك المطلق للتصرف وذلك فى المنقول دون العقار وقد بيناه فى البيع وعن ربح مالم يضمن هو فى معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس فى ضمان المشترى فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له * وزاد فى بعض الروايات عن بيع ماليس عنده يعنى ما ليس في ملكه بيانه في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله نى ربما أدخل السوق فاستجيد السلعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشبي قال أقرض عبدالله بن مسعود رضى الله عنه رجلا دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضى الله عنه فقال لا الامن عرضه مثل دراهمى وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضى الله عنه ان الرجل انما فعل ذلك لأجل القرض فلهذا كرهه وقد رد عمر رضى الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بلقاء فقال انه أوصي الى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتر من ماله شيئا ولا تستقر من منه شيئا وبه نأخذ فنقول ليس للوصى أن يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصى من مال اليتيم لنفسه شيئا لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفي التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضى الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا وبه نأخذ فنقول المنهى عنه هى المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الإحسان بالإحسان وانما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به اذا لم يكن مشروطا وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم الى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما اذا كان مشروطا فذلك مكروه والسفاتج التي تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط فى القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة * رجل باع من رجل عبدا بثمن مسمى الى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضى الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا فى الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مقيدا غير معتبر اذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأتى الا بمكان وزمان وشرط الزمان فى القرض للتسليم لا يلزم وهو الأجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين فى البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها ففيماله حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنطة موصوفة بالكوفة على ان يسلمها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسلم فيماله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم مالم يأتيا ذلك المكان واما مالاحمل له ولامؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتى ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم فى الحال لأن التسليم فيمالاحمل له ولا مؤنة لايتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل فى ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وابرأه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في الكل فكذلك فى البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لايتمكن فى هذا التصرف معنى المبادلة وصحة الابراء لاتستدعى القبض وهذا بخلاف مالو صالحه على أن أجله فيها شهرا لأن التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقراض والمعنى الذي لاجله لايلزم الأجل اذا اقترن بالاقراض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقراض وان صالحه على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة فى هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ماقبض بعضها يبرأ من حصة المقبوض وعليه رد ما بقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر أومصوغ لايعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجرى وتوهم الفضل كتحققه فيما ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان فى لفظ الصلح ما يدل على ان ماوقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الرائجة لاتتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه قابض للدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا فى بيع الفلوس بالدراهم أن قبض أحد البدلين قبل الافتراق يكفى قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا بقبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن يكون دينا بدين فيكون هذا افتراقا عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلا ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت فى ذمته ماهو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جائز على الدنانير بشرط القبض فى المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يتملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسعمائة على المكفول عنه ﴿ قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل ﴾ لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن الصلح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الاول فى الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكا جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف ربا * قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جائزا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدى والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض فى المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التى أخذ لانه انما اعطاه ليسقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو أعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفيا منه الدراهم بطريق الصلح ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فاذا من لزمه الرد تخير بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفيا بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل وفى المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضى الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا

فى رواية أبى سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبى حفص قال هذا قول أبى حنيفة أما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب فى المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبني على ما بينا فى كتاب البيوع واذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالى عليك فى كر حنطة وقد قررنا الخلاف فى تلك المسئلة فكذلك فى هذه اذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح فى الوجهين جميعا باعتبار انه أضاف الوكالة الى ملكه فالدين فى ذمة المديون ملك الطالب وعند أبى حنيفة لا يجوز في الوجهين لانه أمره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلكت قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع اليه مؤتمن لانه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل اليه من ماله فان صرفها وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لانه فى القبض بحكم العقد عامل للامر فهلاكه في يده كهلاكه فى يد الآمر حتى يأخذ منها حقه فاذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لانه فى هذا الاخذ عامل لنفسه وانما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بأمره وان قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لانه بالبيع ممتثل أمره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الاول فان هناك أمره بالبيع للأمر فكان فى القبض عاملا للآمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك واذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على ردته فقرضه الذي عليه دين فى ماله اما لأن تصرفه قد بطل فبقى هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لان تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله مالم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبغى أن لا يكون ضامنا ما استقرض فى ماله الذى هو حق الورثة

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه فى المال يقدم على حق الورثة ولهذا يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه فى حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والصبي والمتوه لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع * واذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا أطلق فى نسخ أبى حفص وفي نسخ أبى سليمان قال وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أما في قول أبى يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة فى كتاب الوديعة فهى فى القرض أظهر . وان أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يعتق وهو على الخلاف الذى بينا وان لم ينص عليه وعند أبى يوسف يؤاخذ به فى الحال كما فى الوديعة . وان وجد المقرض ماله بعينه عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه . واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى أجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساء حرام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما أولى . والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فللآخر ان يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبى يوسف وفي نسخة أبى سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تتعين بالقبض وان كانت لا تتعين بالعقد والله أعلم بالصواب

باب الرهن فى الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير ونقده الدنانير وأخذ بالعشرة رهنا يساويها فهلك الرهن فى يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا فى البيوع حكم الرهن برأس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم بقبض الرهن تثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لا مستبدلا فلهذا بقى عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفا محلى بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهنا فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهنا بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فانه يقضى له بالسيف لان أخـذ الرهن بالأعيان لا يجوز لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقي السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالاقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لانه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشئ كالمقبوض على حقيقته فى حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين فى العقد فى أنه جعله كالسيف فى أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فان هلاك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقـد بطل عقـد الصرف بالافتراق لان تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهنا بالثمن أو بالمثمن لان الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف فى المعادن وتراب الصواغين

قال رحمه الله ذكر حديث أبى هريرة رضي الله عنـه قال كان أهل الجاهلية اذا هلك الرجل فى البئر جعلوها عقله واذا جرحته دابة جعلوها عقله واذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال الذهب الذى خلقه الله تعالى فى الارض يوم خلقها والمراد بالعجماء الدابة لانها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذى لا يفصح يسمى أعجميا والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لانه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها فى نفسها وفى بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة اذا رمحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لان ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لان في وسع الراكب أن يمنعه بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن فجبار لان سقوطه بعمل من يعالجه فيكون كالجانى على نفسه وفيه دليل لنا على وجوب الخمس فى المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب المخلوق فى الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لان الركز هو الاثبات يقال ركز رمحه في الارض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقة أو وضعا وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم فى قرية خربة فقال علي رضى الله عنه سأقضى فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها فى قرية يؤدى خراجها قوم فهم أحق بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدى خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك وسنتمها لك فجعل الكل له وفيه دليل لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله على ان واجد الكنز فى ملك الغير لا يملكه ولكن يردها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الارض بعد ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك فى الواحد اذا رآه محتاجا اليه وله أن يضع ذلك فى بيت المال كما رواه عن علي رضى الله عنه فى الحديث الآخر قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسه بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق ان رجلا وجد كنزا بالمدائن فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضى الله عنها فقالت بفيه الكثكث يعنى التراب فهل لاأخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسه وهذا مثل في العرب معروف للجانب المخطئ فى عمله وهو مراد عائشة رضى الله عنها بما قالت يعنى انه خاب وخسر لخطئه فيما صنع فى دفعه الكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا يدفع الى العامل الاقدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى دير خربة فوقعت فيه ثلمة فاذا استوقة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها عليا رضى الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقى منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا دليل على جواز وضع الخمس فى قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن يفعله بنفسه لأن خمس الركاز فى معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك فى قرابة الغانمين جائز اذا كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الازدى قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبى بمائة شاة تبيع فلامته امى وقالت اشتريته بثلثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فتندم الرجل فاستقا له فأبى أن يقيله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فعالج الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واعطنى مالى فأبى عليه فقال

لاضرنك فأتى عليا رضى الله عنه فذكر ذلك له فقال على رضى الله عنه اد خمس ماوجدت للذي وجد الركاز فاما هذا فانما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على ان بيع المعدن بالعروض جائز وقوله بمائة شاة تبيع أى كل شاة يتبعها ولدها وهى حامل بأخرى وهذا معنى ملامها اياه حيث قالت اشتريتها بثمانمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنها وفيه دليل على ان المتصرف لا ينبغى له أن يبنى تصرفه على رأى زوجته فانه ندم بناء على رأيها ثم خرج له منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيه دليل على أن خمس الركاز على الواجد دون المشترى وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز فى الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على انه لا ينبغى للمرء أن يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحوق الضرر به كما ابتلى به هذا الرجل وهذا معنى مايقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسيء ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لاخير فى بيع تراب الصواغين وهو غرر مثل السمك فى الماء وبه نأخذ فالمقصود مافي التراب من الذهب والفضة لاعين التراب فانه ليس بمتقوم وما فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا فان علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز على مابينه انشاء الله وعن عبد الله ابن عمر رضى الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يوجد فى الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فانجاء صاحبها والا فهى لك وفيه دليل على ان الملتقط عليه التعريف فى اللقطة وبظاهره يستدل الشافعى ويقول له ان يتملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولكنا نقول مراده فاصرفها الى حاجتك لانه صلى الله عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها فى الخرب العادى ففيها وفى الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لانه عطفه على الكنز وانما يعطف الشيء على غيره لا على نفسه وكل من احتفر من المعدن فعليه خمس ماوجد وله أربعة اخماسه لما روينا من الاثر قال وأكره أن تتقاسموا التراب ولا أجيزه وان فعلوا حتى تخلص تقاسمونه على ما يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما فى التراب وحقهم فى ذلك سواء وعند قسمة التراب لا يعلم مقدار مايصل من المقصود الى كل واحد منهم فهم فى معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لايجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بجنسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجز لانه لا يدرى أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضى الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما فى التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمتقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رضاه الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك تراب معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتفر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقى فى مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحرزها ويخرجها وتأويل حديث على رضى الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقى ولهذا قال على رضى الله عنه ادخمس ما وجدت من الركاز يعنى ما أحرزته وكذلك ان أعطاها رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه فى اخراج المباح وذلك باطل فرجع فى عوضه وما احتفر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس فى ذلك ٭وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لأن جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه .وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجز لان المقصود ما فى التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك فى البعض ويقل فى البعض الآخر وينعدم فى البعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجز لتوهم الفضل فيما أعطاه وان

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لاختلاف الجنس وهو بالخيار اذا رأى مافيه . واذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود مافيه واستقراضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التى يدعيها المقرض وان كان استقراض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط فى القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول فى مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمتقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المعقود عليه ما فى التراب وبالمساواة فى وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا رأى مافيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

باب صرف القاضى

قال رحمه الله وحكم القاضى فى الصرف وحكم وكيله وأمينه كحكم سائر الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فمباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرته لاعلى وجه القضاء وان كان لليتيم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس فى هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتيم وهو شرط نفوذ تصرف الوصى فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيأ لنفسه نظرت فيه فإذا كان خيرا لليتيم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للاثر الذى روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة مذكورة فى كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أبيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على أن لايترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدرى لعل فيه من أحد النقدين خاصة مثل الذى بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم مافيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره فى بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلى أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولؤلؤ وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما فى التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرا وبذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقى بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعا على ما بينا فى تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو مافى التراب. ولو اشتري ذهبا وفضة لا يعلم وزنها بفضة وذهب لا يعلم وزنهما جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق إسم لما يخرج للجند من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له فى السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد فى عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولسنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله فى انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان دينا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز فى العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه الدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما فى ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له فى فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلى والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

معلوم ببدل معلوم فلا تشترط المساواة بين الاجرة و بين ما يعمل فيه من الفضة فى الوزن لان ما يشترط له من الأجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل و كذلك اذا استأجره ليخلص له ذهبا أو فضة من تراب الصواغين أو تراب المعادن اذا اشترط من ذلك شيئا معلوما لان مقدار عمله بعد تعيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا تمكن فيه منازعة و كذلك ان استأجره ليفضض له حليا أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبدل بمقابلته معلوم وكذلك ان استأجره ليموه له لجاما فان اشترط ذهب التمويه على الذى يأخذ الاجر فلا خير فيه لأن مقدار ما يحتاج اليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولأن العقد فى ذلك صرف فلا بد من التقابض فى المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرزا بقيراط ذهب فهذا باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده اليه ويقول موه به و كذلك ان استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لا يجوز إلا أن يتقابضا لأن العقد فى الذهب صرف ولو استأجره بعرض أو بشىء من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة مسمى فهو جائز لأن بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعا والقبض في المجلس ليس بشرط فى بيع العين بالدين وبعضه بمقابلة العمل وهى اجارة صحيحة فان عمله فقال المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لى وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه لانكاره القبض فى بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى المموه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه الا أن يرضى أن يأخذ بقوله لانه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة ما زاد التمويه فى متاعه وقد بينا نظائره فى باب الاستصناع من كتاب الاجارات فى مسئلة الصياغ وان استأجره يحمل له مالا من أرض الى أرض أو ذهبا أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره يبيع له ذلك شهرا فالمعقود عليه منافعه وهى معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره ليبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لأن الاجارة وردت على البيع والبيع ليس فى وسعه فهو بمنزلة ما لو استأجر إنسانا للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يحفر له في هذا المعدن عشرة أذرع بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه كان فاسدا لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون

يعنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو فى المنفعة بعقد فاسد وان استأجر اناء فضة أو حلى ذهب يوما بذهب أو فضة جاز لأن المستأجر منتفع به لبسا أو استعمالا والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلا للاجارة وانما يرد عقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة فى الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفا محلى أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدراهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغا يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد فى هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضا كذلك ثم استأجره فى اقامة عمل معلوم فى ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفى لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده واذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا يوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض فى الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق فى يده وهو غير راض بازالة يده عنه مالم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسئلة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكا لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين مازاد من الذهب قائم فى الطوق فالصائغ فيه كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه مالم يصل اليه كمال العوض وان أمر الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرضا من عندك لم يجز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضا لها فيبقى الصائغ عاملا فى ملك نفسه ثم بائعا منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضا للذهب بخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملا له فى ملكه فلهذا يستوجب الأجر عليه وفي مسئلة الخاتم يفسد أيضا لعلة أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب الغصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من أصله أن للجودة والصنعة فى الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى الى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه فى الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا انما يكون شرطا فى العقد فاما في ضمان المغصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين فى كتاب البيوع والغصب والقول فى الوزن والقيمة قول الغاصب مع يمينه لأنه منكر الزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو كثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه متعذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه فى الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور اليه بالضمان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشئ لان شرط التضمين تضمين المكسور اليه فاذا أبى ذلك كان مبرئا له بخلاف الثوب اذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفى الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فايجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدى الى الربا فان قضي القاضي عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فان تمليك الفضة المكسورة بالذهب والتقابض فى المجلس شرط فى الصرف ولاجله يثبت حكم الربا فيه حتي لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه فى حكم التقابض فى المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفى الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضى له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح فى المجلس لان العقد فيه صرف .وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضى على الغاصب برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك فى المضمون شرطا لتقرر حقه فى القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك فى البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يتملك الدار ابتداء بمايعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلوجود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصة الصفائح فى المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض فى الصرف للتعيين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين فى الابتداء وهذا لا يوجد فى الغصب فالغصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعيين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة . يوضحه انه لو انتقض القضاء بالافتراق عن المجلس احتاج القاضي الي اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلحا على القيمة فهو على الخلاف لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أو رفعا الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل فى الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لزفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة فى المجلس عنده واجب والثانى ان بدل المغصوب والمستهلك عنده كبدل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالثمن فى البيع واذا استهلك أناء من نحاس أو حديدا أو رصاص كان ضا منا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدى الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى يجوز بيع الواحد منه بالاثنين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه وقد فوته بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئا آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمنه قيمة الاول مصوغا وقد بينا المسئلة فى كتاب الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذابها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا لمثله والمخلوط يصير مملوكا له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف فى كل مايخلط وقد بيناه في الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل ماغصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه أو سبك ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أودنانير فجعلها عروة فى قلادة فهذا استهلاك وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفا من أوصاف ملكه حتى يدخل فى بيع ملكه من غير ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير الساحة اذا أدخلها الغاصب فى بنائه واذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردإ ولو أبرأه عن بعض القدر جاز فكذلك عن الصفة وفى الاجود أحسن الغاصب فى قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه كما لو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه فى البيوع وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقده الدنانير والدراهم قائمة فى منزل الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه اناء فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضة مثلها بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لزفر وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المغصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فما يقع الصلح عليه يكون بدل المغصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائما بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الا يدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاناء غائبا عنه فقال اشتريته منك بنسيئة فاني أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا انى استحسن فى الصلح اذا كان الاناء مغيبا عنه لانه ليس فى نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أو هو مقر به فاني أكره الصلح والبيع فى ذلك الا على مايجوز فى الصرف فان مايجرى بينهما صرف بزعمهما فيؤاخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف فى الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا فى السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة فى بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاكها فى يد المودع كهلاكها في يد المودع فاذا لم يجدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البدلين *

وان أودعه سيفا محلى فوضعه فى بيته ثم التقيا فى السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف فى حكم شيء واحد وقد انتقض العقد فى حصة الحلية بترك القبض فى المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

تمييز البعض من البعض فى التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلى فدفعه اليه ولم يقبض الوديعة من بيته حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغى أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان فى حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل فى العقد لان العقد فى الوجهين صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لالغائها بعد صحتها واذا فسد العقد فى حصة الصرف يفسد فيما بقى أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر فى تمييز البعض من البعض فى التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان فى الحلية فضل أضيف الفضل الى الحمائل من الجانب الاخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها فى العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشتري نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز فى الشاة والدرهم والثوب لان العقد فى ذلك ليس بصرف وتمييز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ فى البعض لا يتعدى الى مابقى ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانهما جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولى من البعض فالمعاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد فى ذلك الجزء صرف وجاز البيع فى كل واحد من الثوبين بصاحبه بالحصة التى سميت له ولا خيار له فى ذلك لان عيب التبعيض بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما

راضيا بعيب التبعيض فلهذا لاخيار لهما فى ذلك والله أعلم بالصواب

باب الصرف فى الوزنيات

قال رحمه الله رجل اشتري من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لان شرط الجواز المساواة فى الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة فى المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعنى بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لان الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزنا موجود . ولو اشترى مثقالى فضة ومثقالى نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقى لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم فى مال الربا انه يقابل الشيء مثله من جنسه فالحاصل أن حكم الربا فى الفروع يثبت علي الوجه الذى يثبت في الاصل لانه انما يتعدى الى الفرع حكم الأصل فكما أن فى الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند اطلاق العقد فكذلك فى الفروع وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز الا وزنا بوزن لان الحكم فى الفرع يثبت على الوجه الذى يثبت فى الأصل وفى الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء فى ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وان افترقا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتعيين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا فى البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع فى الأموال الربوية فى اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعى بالاسرب فهذا رصاص كله يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لايختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الاحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس اثنان يدا بيد من قبيل ان الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة الصبغ الذى فى الشبه * قال ولا خير فيه نسيئة لانه نوع واحد وبزيادة الصبغ فى الشبه لا يتبدل الجنس ولانه موزون متفق فى المعنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الابيض يدا بيد الشبه واحد والصفر اثنان لما فى الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لانه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصفر الابيض لا بأس به واحـدا منه باثنين من النحاس الاحمر لان الصفر الابيض فيـه رصاص قد اختلط به فباعتباره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله . وان افترقا فى جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل مالم يخرج بالصنعة من الوزن فى المعاملات لم يبع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذى يباع وزناً بمنزلة التبر. وان اشترى اناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمناً وترك التعيين فى الثمن عند العقد لايضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع فى العادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء يوزن فلا خير فيه لانه بيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لوكان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد فى المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان دينا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض فى المجلس فيه لايضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا فى المجلس أولم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو مالم يصحبه حرف الباء فيكون بائعا ماليس عنده لا علي وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ومطلق النهى يوجب الفساد والله أعلم

باب الصرف فى دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاربا بين المسلمين وبين أهـل دار الحرب فى دار الحرب وهـذا الحديث وان كان مرسلا فمكحول فقيه ثقة والمرسـل من مثله مقبـول وهو دليـل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فى جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربى فى دار الحرب وعنـد أبي يوسـف والشافعى رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أوقامرهم وأخذ منهم مالا بالقمار فذلك المال طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعى رحمهما الله. وحجتهما حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربى الذى لا أمان له سواء كان فى دار الاسلام أو فى دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق العقد منه ولو جاز هذا فى دار الحرب لجاز مثله فى دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر هبة * وحجتنا فى ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته كل ربا كان فى الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربى وكان يخفى فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما لم ينهه عنه دل أن ذلك جائز وانما جعل الموضوع من ذلك مالم يقبض حتي جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا مابقي من الربا قال محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا على أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا خطرك فخاطرهم أبو بكر رضي الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب اليهم فزد فى الخطر وأبعد فى الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس فبعث الى أبى بكر رضى الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب واخذه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لايحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبى بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركى قريش لانه كان بمكة فى دار الشرك حيث لا يجرى أحكام المسلمين * ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة باعلى مكة فقال له ركانة هل لك أن تصارعنى على ثلث غنمى فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرما وهذا دليل على جواز مثله فى دار الحرب بين المسلم والحربى وهذا لان مال الحربى مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن لايخونهم وان لا يأخذ منهم شيئاً الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم يتملك المال عليهم بالأخذ لا بهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ماأمكن وأحسن الوجوه ماقلنا والعراقيون يعبرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا دماؤهم طاق لنا أموالهم فماعدا عذر الأمان يضرب سبعا فى ثمان وتأويل حديث ابن عباس أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا انا قاتلهم لطمع المال وأما التاجران من المسلمين فى دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز فى دار الاسلام لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا أتلفه وانما يملك كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذى باشره ولا يجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرجا حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرده والحكم فيها كالحكم فى التاجرين أما على أصل أبى يوسف فقط فظاهر لانه لايجوز هذا العقد بين المسلم والحربى فكيف يجوز بين المسلمين ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال الحربى وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة فى حق الامام دون الاحكام ألا ترى ان أحدهما لوأتلف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمته ومن لم يعتقده فلثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا يؤمر أن يرد ما أخذه لأن كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما اذا ظهر المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذى أسلم لانه صار محرزاً ماله بيده ويده أسبق اليه من يد الغانمين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهم من صاحبه درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجيزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا ثابتة فى حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجر اما أن تدعوا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله فالتعرض لهم فى ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لانه يثبت

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فمباشرتهم ذلك لاتكون عن تدين بل لفسق فى الاعتقاد والتعاطى فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم .واذا تبايع أهل الحرب بالربا فى دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أويقبض أحدهما ثم اختصموا فى ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا ما بقى من الربا وسببه مروى عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو عمرو بن عوف يأخذون الربا من بنى المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة أميرا فطلب بنو عمرو بن عوف مابقى لهم من الربا وابى ذلك بنو المغيرة فاختصموا الى عتاب رضى الله عنه وكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلي الله عليه وسلم الى عتاب رضي الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم مابقى من الربا أو يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا بعد التقابض فى دار الاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز كان باطلا شرعاً وكذلك المسلم يبايع الحربى بذلك فى دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج الى دارنا قبل التقابض فان خاصمه فى ذلك الى القاضي أبطله وان كانا تقابضا فى دار الحرب ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم

باب الصرف بين المولى وعبده

قال رحمه الله وليس بين المولي وعبده ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لاربا بين العبد وسيده ولان هذا ليس ببيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سواء كان أقل أو أكثر فعليه رد ما قبض لحق

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لان كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لان المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره والوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتهما والوصي في الربا بمنزلة الأجانب لان المبايعة تتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الأحرار في ذلك لانهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان اذا اشتري أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لانهما كشخص واحد في التجارة كما يجري بينهما لا يكون بيعا والله أعلم

باب الوكالة في الصرف

قال رحمه الله واذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتي يتقابضا كما لو باشرا العقد لانفسهما لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يختلف في ذلك مباشرته لغيره ومباشرته لنفسه ألا تري انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لانهما من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لاحدهما أن ينفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى الرأى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصة الباقى جائزة كما لو باشرا العقد لانفسهما وان وكلا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهبا بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كاجنبي اخر وان وكله في ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقر انه من دراهمه وجحده الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقابض فيما يدعى من الزيافة بعد ما أقر باستيفاء حقه وانما يرده على الوكيل باقراره واقراره لا يكون حجة على الموكل فلهذا كان لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل ببينة أو بأداء يمين ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الآمر وفي هذا نظر فان القابض اذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده انما اليمين عليه فان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد اذا حلف لا اذا أبى اليمين فعرفنا أن هذا الجواب مختل

والصحيح أنه اذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للآمر لانه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الآمر . واذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف فى الدنانير لان الوكالةقد انتهت والدنانير المقبوضة أمانةفى يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر. وان وكله أن يشترى له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أودنانير جاز على الآمروجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف الى الشراء بالنقد فهو بنيته قصدعزل نفسه في موافقة أمر الآمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة الا بمحضر من الآمر وان اشتراه بشيء مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينهلم يجزعلى الآمر لان مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك فى البيوع فاذا اشتراه بشيء آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له بيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لانه لم يخالف والوكيل انما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضتهلان فضته صارت دينا على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقى فى يد الوكيل حتى يرده الى صاحبه . واذا وكل الرجل رجلا ببيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لانه يقوم مقام الموكل فى ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة فى التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزنا فى المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار فى ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا ان كان فيه عشرةدراهم فضة أو أكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أوأكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لوفعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفا محلى فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط فى الصرف ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقدا

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلى ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر بطل البيع فى حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز فى حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه بيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض فى المجلس وان كان لا ينزع إلا بضرر لم يجز شيء منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان بيعه ابتداء فى هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبقى بخلاف الأول وان وكله أن يشترى له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها الى الآمر فهى للآمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل فى القبض عامل له وبالقبض ينتهى حكم العقد فيه فالكساد بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقيل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فإذا أخذها فهى لازمة له دون الآمر الا ان يشاء الآمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هى الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هى ثمن وذلك مقصود الآمر . وان وكله أن يشترى له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فللوكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقد لنفسه فمادامت العين فى يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للآمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الآمر استحسن ذلك الا أن يشاء الآمر وذكر فى السير الكبير أن على قول أبى حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للآمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبى حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للآمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراءه للآمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسئلة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسئلة فى قولهم كما أطلق فى الكتاب فوجهه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للآمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزما للآمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش الا أن يشاء الآمر وان لم يجد بالعبد عيبا ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه كما لو اشتراه لنفسه وهذا لان المبيع تحول من جنس الى جنس وتأثير ذلك فى اثبات الخيار فوق تأثير العيب فان أجازه كانت القيمة له دون الآمر لان مقصودا لآمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضا الوكيل بها لا يلزم الآمر الا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشترى لانها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له فاذا رضى أن يأخذه فهو أحق به واذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشترى وجدته صفيراموهابالذهب فاقر به الوكيل لزم الوكيل لان المشترى غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فانه قبض عين مايتناوله العقد ثم ادعي بعد ذلك فساد العقد لسبب لا يعرف فى مثله لايقبل قوله الا بحجة واقرار الوكيل حجة فى حقه دون الآمر غير أن له أن يستحلف الآمر لان الآمر لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وان أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالبينة لزم الآمر لان البينة حجة فى حق الآمر وكذلك ان رد عليه باباء اليمين عندنا خلافا لزفر فانه يجعل اباء الوكيل اليمين كاقراره بذلك ولكنا نقول الوكيل مضطر فى هذا لانه لا يمكنه أن يحلف كاذبا وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فان وكله أن يشترى له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتي كسره رجل قبل أن يتفرقا فاختار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغا من الفضة جاز ذلك على الوكيل لان المعقود عليه فات واختلف بدلا والوكيل فى اختيار قبض البدل كالعاقد لنفسه فى حقه ولا يجوز ذلك على الآمر لان المقصود للآمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الامر انما ينفذ فيما يرجع الى تحصيل مقصوده . قال ويبرأ منه بائع الطوق لانه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فاذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يصدق بالفضل ان كان فيه لانه غرم في الثمن حسن ما عاد اليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لا على ضمانه فيلزمه التصدق به وأكره للمسلم توكيل الذمى أو الحربى بان يصرف له دراهم أو دنانير وأجيزه ان فعل لان مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لايتحرز

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أولجهله به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فلهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أولم يكن لانه مال الموكل صرف بعضه فى بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا واذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الآمر لانه فى معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين فى العوض الذى من جهة صاحبه مشتر ولان تصرف الوكيل بالشراء بالمعين انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فانه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض للوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الآمر لم يجز كما لو صرفها الآمر بنفسه وهذا لانه لا فائدة فى هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الآمر فى الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الآمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بالف درهم يصرفها له وهما فى الكوفة ولم يسم له مكانا ففى أى ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الآمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يقيده به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففى أى مكان صرفها له كان ممتثلا أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الامر بالبيع مطلق ففى أى موضع باعه فهو ممتثل ولا ألزم الآمر من الآخر شيئا لانه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبى حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه فى الموضع الذى أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه فى ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه فى ذلك الموضع فكذلك فى موضع آخر وأعاد هذه المسئلة فى كتاب الوكالة وقال فى جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به اتفق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لانه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه فى مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع فى ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفى الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن ايجاب هذه المؤنة عليه وربما يبلغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذى يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه فى مكان آخر بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة وبمثل هذا قال فى الكتابين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته فى الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الآمر فعرفنا انه كالغاصب في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا سماه ولم يسم له المكان فاشتراه بغير الكوفة كان جائزا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تتناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم فى ذمته سواء اضافه الى تلك الالف أو غيرها فيكون ممتثلا أمره فى ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى لو صرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل فى ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه فى ابقاء الوكالة على الوجه الذى انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم فى الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجز له لان

الوكالة تعلقت بتلك العين فانها أضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين فى العقد واذا وكله بالف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا فابو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة فى عصره وهما كذلك .والحاصل أنه يعتبر فى كل مكان وزمان ماهو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بغالب الرأى ولو قال اشتر لى بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفة أو بغداد فاشترى له غلة الكوفة جاز و ان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفة لان الوكيل انما يصير ممتثلا اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفة فان كان ما اشتري مثل غلة الكوفة فقد حصل مقصوده وان قال له بع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير فى هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الانفاق فى حوائجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفة أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق فباعها بالشامية لا يجوز على الآمر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من الشرف على الشامية والله تعالى أعلم

باب العيب في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى سيفا محلى بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيبا فى نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لفوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغى له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالاقالة من حيث انه يعتمد التراضى والاقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديد فى وجوب التقابض به فى المجلس لان الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فاذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد فى حصة الحلية لانه صرف وفيما وراء ذلك لان فى تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يرده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن . ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يرده على بائعه في هذا الفصل دون الاول * قال وله أن يؤاجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح فى مثله كبدل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه فى حكم العين فان كان حلى ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يرده دون الحلى لم يكن له ذلك الا أن يرده كله أو يأخذه كله لان الكل كشئ واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحدهما عيبا وهناك ليس الا له أن يردهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وكذلك الزيوف فى قول أبى حنيفة لان عنده اذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك فى السلم وعندهما فى الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت فى المغنم يوم القادسية طشتا لا أدرى أشبه هى أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطانى بها تجار الحيرة ألفى درهم فدعاني سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فقال لا تلمنى ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها منى فقال انى أخاف أن يسمع عمر رضى الله عنه انى بعتك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفى درهم فيرى أنى قد صانعتك فيها قال فأخذها منى فاتيت عمر رضى الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذى جعل رعيتى تخافنى فى آفاق الأرض وما زادنى على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغانم وانه ليس له أن يبيع بغبن فاحش وان تعرفه فيه

كتصرف الأب والوصي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه باع بغبن فاحش وفيه دليل على ان الإمام اذا بلغه عن عامله مارضي به من عدل أو هيبة فعله فانه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فان ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عماله في آفاق الأرض وذلك لحسن سريرته على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شئ * واذا اشترى الرجل طشتا أو اناءلا يدرى ماهو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لان العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة * واذا اشتري اناء فضة فاذا هو غيرفضة فلا بيع بينهما لان المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لان انعقاده بالتسمية والمسمى معدوم فلا بيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذى أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشترى للعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لان الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشتري سيفا محلى على ان فيه مائة درهم بمائةدرهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فانه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالى عن المقابلة وهو الجفن والحمائل وان اشترى ابريق فضة بالف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشترى ان شاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار ماسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا للكل بألف درهم لانه ربا ولا بألفين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبعيض الملك عليه فيما يضره التبعيض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لوصرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الابريق ولو كان اشترى الابريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والابريق مما يضره التبعيض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه اذا أمكن دون الوزن المذكور * وان اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فاذا فيها مائتا درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لان النقرة لا يضرها التبعيض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فانما ينعقد العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فانه يضر التبعيض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأتي أبيعه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعته في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعيض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن واذا اشتري الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها دانقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بعقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيلا في بيع الخلخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه ونقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ماكان في يد المشترى فلا يصير قابضا له بالشراء مالم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس * واذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف ونقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل النقود ثمن المستحق خاصة فالافتراق

وجد بعد التقابض فى المجلس فى حصة الصرف وكذلك لو أجله فى الخمسين الباقية الى شهر لانه ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها حصة الحلية وصالحه من الباقى على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقى ثمن المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصلح فى الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقر البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز لان ماوقع عليه الصلح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لفساد العقد فيه بفوات مايقابله والقبض في المجلس ليس بشرط فى مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير فى أصل بدل العبد اليهما ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب وصف والثمن لايقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لابسبب العيب يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المحطوط دينا فى ذمته ولا يضرهما ترك القبض فيه فى المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله.ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها قبل أن يتفرقا جاز وان افترقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع عليه الصلح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثانى انما يصح بطريق الحط والحط من الثمن وهو الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ماوقع عنه الصلح كان دينا فاذا لم يقبض بدله حتى افترقا كان دينا بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة فى العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها أو اشترطا فى الصلح خيارا ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم افترقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء دون المبادلة فيكون فى الابراء محسنا من وجهين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افترقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ماوقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض فى المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت الى أجل أو فيها شرط خيار وافترقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى واذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباها وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه فى كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحيح العقد ممكن بان يجعل ماأخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض فى عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لايصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد بيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه فى المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ماقبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا فى المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة مالم ينقد وجاز فى حصة ما انتقض اعتبارا للبعض بالكل وجاز ماسوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه بيع لاصرف واذا ادعى الرجل سيفا محلى بفضة فى يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقى منه ثوبا قبل أن يتفرقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق فى المجلس والباقى حصة السيف وترك القبض فيه لايضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر مالم ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل فى حكم شئ واحد فاذا بطل العقد في بعضه بطل فى كله وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لايجوز فاذا بطل فى ذلك الجزء بطل فى الكل وهذا على الاصل الذى قلنا ان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى. واذا اشترى الرجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يرده لفوات ماصار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار أقل أو أكثر من قيمة العيب فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان الفضل مما لا يتغابن الناس فى مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسئلة كتاب الصلح عن المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهى مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لايتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس فى مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فاذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس فى مثله كان الفضل ربا وعند أبى حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفائت الذى استحقه بالعقد ولاربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض فى المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى لايكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز . وان كانت الدراهم أكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا علي قولهما ظاهر وكذلك عند أبى حنيفة رضي الله عنه لانه فى الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا فى أن يجعل عوضا عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افترقا قبل القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى علي رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق الابراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدراهم ثم أجله فى الباقى من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز *قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أولم يستهلكه ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح بطريق الحط أو بطريق أن ماوقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع واجبا بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح فى مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطى ذهب من الدينار على أن زاده مشترى القلب ربع حنطة وتقابضا فهو جائز لان مازاد مشترى القلب يلتحق باصل العقد وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البدل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بعينها وتفرقا قبل التقابض فهو جائز أيضا لان فى حصة الحنطة افترقا عن عين بدين وفى حصة العيب وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض فى المجلس وان تقابضا ثم وجد فى الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم

باب الصرف في المرض

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لايجوز ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا وصية للوارث وعندهما مضى الوصية فى الحط لا فى نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتى فى كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى* ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك بقية الورثة فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو مردود كله فى قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه مارضي بزوال ملكه فى الدراهم حتى يسلم له الدنانير كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية أخرى عنهما أن أصل العقد يبطل اذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك فى الشفعة ان شاء الله تعالى * واذا باع المريض الف درهم بدينار وتقابضا ثم مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا مازاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشترى فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار فى يد الورثة ويرد عليهم مابقى من الالف وان شاء أخذ ديناره ويرد الفا لانه ما رضي ان تملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار أخذ ديناره فلا شئ له من الالف بطريق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن عقد الصرف وقد بطل العقد فيبطل به ما فى قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشترى أن يأخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقى من الالف بطريق الوصية ولم يخيره هنا لان الدينار مستهلك فلا فائدة فى اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ماخرج من ملكه بعينه وكذلك لم يعطه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهذا قال يأخذ قيمة الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقى وكذلك اذا باع المريض سيفا قيمته مائة درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضا فابت الورثة أن يجيزوا كان للمشترى الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بعد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه با كثر من ثلث ماله وهذا وما سبق فى التخريج سواء وما تختص به هذه المسئلة قيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشئ واحد لا يتأتى اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان المشترى بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون ذلك دينا فى تركة الميت ويباع السيف حتى ينقد الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقى لان السيف مما يضره التبعيض فيثبت الخيار لما لحقه من عيب التبعيض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبعيض فى الالف الاول ليس بعيب فلهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وان كان المشترى أيضا قد استهلك ماقبضه جاز له منه قيمة الدينار وثلث الباقى وغرم ثلثى الباقى للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلثى الباقى وغرم ثلثى الباقى بعد قيمة الدينار لانه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم *مريض له تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعه فاجازة الورثة وردهم هنا سواء وله المائة الدرهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل فى ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله فى المجلس وانما بقى العقد فى مقدار المائة والوصية بالمحاباة كانت فى ضمن العقد فانما يبقى فيما بقى فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شئ له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشترى تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كله لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كأنه فى الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحاباة بقدر الثلث من ماله وذلك جائز . قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسئلة اذا زيد في سؤالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستمائة درهم لان جملة مال المريض تسعمائة وانما تكون المحاباة بقدر الثلث اذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان المريض وكل وكيلا فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال المشترى أنا آخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فاذا أراد المشتري الى تمام تسعين دينارا للحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحاباة وكان ذلك سالما له واذا اشتري من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذى أعطى المائة أن يمسك المائة من الالف بمائة ويردا لفضل لان حقه فى المائة التى أعطى وقد صار دينا والذى فى يده مال الميت فيكون له أن يمسك من ذلك بمقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان الوصية

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك بيعا صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا يخير صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائةدرهم وقيمته عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشترى بالخيار ان شاءرده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شيء من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المفاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنهما متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمةذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستةدنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشترى ثلثا الابريق وقيمته ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمته ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقدسلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة في عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليموهه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضا على الدافع ويعطيه أجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها باتصاله بملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ماصنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف علي فعل الغير فان قال موهه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

أجر عملك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه صار قابضا الفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر رد عينها فعليه رد مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لايجاوز به ماسمى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد فى حصة الصرف فسد فى الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد فى حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك لايوجب فساد الاجارة * قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل لبيان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر مثله وعلى المائة درهم فعلمت أنه حكم بصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد فى حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد فى حصة الذهب صرف وكذلك لو شرط عليه أجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لامستقرضا لانه سمى ما يقابله ثمنا فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضنى مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض للدينار وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم * واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صغها قلبا ولك كذا ففعل فهو جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل فى ملكه ببدل معلوم وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صغ لى من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل فى يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتى اثنى عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتنى فزدت خمسة وفى القلب خمسة عشر فالقول قول المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف فى مقدار مادفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

والمدفوع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفوع اليه يدعى انه أمره أن يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاد درهمين فوق ماأمره به فكان مخالفا لامره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اقام العمل المشروط عليه وزاد فاذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لايعلم وزنه ولايعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل سلم القلب له وأعطاه الآمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده اذا كان مازاد فيه وهو الخمسة بزعمه لاتصل اليه فاذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال الآمر كانت فضتى بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء وأمرتنى أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع اليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك فى صفته وان اختلفا فى الاجر فى المقدار بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر فى ذمته أو الزيادة على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد ماتفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالجياد قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياد دون الزيوف المردودة واستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لايؤثر فى العقد وهذا انما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبى حنيفة ان كان الرد بعيب الزيافة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كر حنطة وقال اطحنها لى بدرهم فطحنها قبل أن يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وانما طحن صاحب الحنطة حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق * ولو دفع اليه كر حنطة وقال اقرضنى نصف كر واخلطه به ثم اطحنها لى بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط يملكه بامره فيكون الطحان عاملا له فى حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع اليه لجاما وذهبا فقال موهه به وما

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه * ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب فى المجلس فللمشترى الخيار لتغير المعقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشترى البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بعد اختيار المشترى تضمين المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبى حنيفة كقول أبى يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه فى نظيره فى الجامع اذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشترى تضمين القاتل في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشترى وفي قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمين المحرق والقاتل لا تصل يده الى شئ فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين فى ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس فى اختياره أكثر من أن تتوجه له المطالبة على المحرق ببدل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التى تتوجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببدل الصرف على انسان فى المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشترى حين اختار تضمينه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان باتلافه ولو كان أمره بالقبض فى الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك اذا رضى بقبضه فى الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيأ حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشترى أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصدق بالفضل لان وجوب الضمان بالاتلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمينه

وذلك بعد الاتلاف وبعد ماوجب التصدق بالفضل فلا يظهر فى ابطال حق الفقراء مع أن باب التصدق مبنى على الاحتياط وهذا شئ يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر فى حقه لا فى حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع دينا للمشترى على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض فى هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع فى ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فعرفنا أنه واجب للمشترى ابتداء فى ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا محلى فيه خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيأ من حمائله أو جفنه فاختار المشترى أخذ السيف وتضمين المفسد قيمة ما أفسده فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك فى البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط فى المجلس انما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختار المشترى امضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك فى المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختار المشترى امضاء العقد وتضمين المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدى القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد فى شئ لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشترى قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخرا لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله فى حصة الحلية للافتراق قبل القبض وفى حصة السيف لان الكل شئ واحد * ولو أسلم ثوبا فى كر حنطة أو باع قلبا بدينار فهشم رجل القلب وشق الثوب باثنين فاختار مشترى القلب والمسلم اليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقصان من الهاشم فى المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه فى المجلس * رجل اشترى سيفا محلى فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختار المشترى إمضاء البيع وتضمين المحرق فنقد الثمن وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض فى البكرة خاصة دون السيف عند محمد لانه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زايلت السيف فانتقاض العقد فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقى وفى قول أبى يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لانه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول فى السلم اذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختار المسلم اليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع فى قول محمد ولم يبطل فى قول أبى يوسف وهو بناء على الاصل الذي بينا * وان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهما أو بربح ده يازده أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لان للحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد فى الحلية يفسد في جميع السيف فان قيل كان ينبغى أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقى كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة * قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذى صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد فى حصة الحلية مرابحة أو وضيعة وذلك ينعدم اذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولانهما جعلا الربح فى ثمن السيف ده دوازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح فى ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لان البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سمى من الربح وان البيع حينئذ يكون تولية فى الحلية ولم يقصدا ذلك وان رابحه فيما سوى الفضة جاز لانهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموّه فلا بأس بالمرابحة فيه لان التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما اذا باعه بربح نصف دينار فان الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وان باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لانه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبى يوسف لا يجوز لان الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ماعليه الاصل فان الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزناهذا كان الدينار بمقابلة تسعة اعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسمياه رأس المال ربحا

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحا رأس المال فى عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد فى حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز فى حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الاخر وبفساد العقد فى احدهما لايتمكن المفسد فى لآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضا ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقدفاسد فى قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخى رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه فى مسئلة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا فى كتاب البيوع * ولو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا فكأنه فى الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقى بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من مقام البيع أوقبل أن يفترقا فسد البيع كله فى قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه مالم يسلمه ولو زاده فى الثمن درهما وسلمه اليه فسد العقد فى قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطا بعد العقد لاحدهما خيارا أو أجلا يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك فى البيع اذا ذكر فيه شرطا فاسدا بعد العقد وعند أبي حنيفة يلتحق ذلك بأصل العقد حتي يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهما في ذلك أن الشرط والزيادة بيع فى العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشئ مبطلا لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذى لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وابقاءه فكذلك يملكان تغيير وصفه لان صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فانهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك فما وقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور فى أصل العقد ولو ذكر فى أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك اذا ذكر بعد العقد ألا ترى ان أحد المتصارفين اذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذى قلنا فكذلك اذا رده فى بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط ايفاء العقد الأول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار اليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه الى ذلك فصرف الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر الحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد ان ذلك بأصل السبب فلهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الالتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشراه وانما يفسد به العقد والفاسد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع اذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق ان الحط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا فى عقد البيع فيكون الحط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة فلهذا التحق بأصل العقد الا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط فى سائر البيوع لان فى صحة هذا الحط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك فى تصحيح الحط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده * ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا ثم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الحط فى الثوب وينتقض البيع فى القلب فى قول أبى حنيفة لانه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنهما جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد فى حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت علي سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالى عن المقابلة فى الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فيكون البيع كان فى الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك فى حصة السيف خاصة لايكون فى هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين دينارا وتقابضا ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنانير فهو جائز سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمنا فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض فى المجلس فى مثله لايضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه فى البدل الذى من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس فى اثبات الزيادة فى هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوبا فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئا كما لو كان مذكورا في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب فى هذا المجلس والتحق باصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه فى المجلس الا ان اجتماعهما فى مجلس العقد فى أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد فى حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا فى أصل العقد ولم يقبض حتى افترقا * ولو اشترى سيفا محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضا ثم زاد مشترى السيف درهما أودينارا فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست فى الحلية انما هى فى ثمن السيف فان الزيادة تلتحق باصل العقد ولو كانت مذكورة فى العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده دينارا

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير كانه صارف سيفا محلى ودينارا بمائة درهم فخمسون درهما من الثمن بمقابلة الحلية وتقسم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لان العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار فى المجلس* ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوبا بعشرة ثم باعهما بربح ده يازده أو بوضيعة عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولهما أما عند أبى حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكهما بوضيعة درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهما كان جائزا وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقى لانه لم ينسب العشرين الى رأس المال ولا الى ماقام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفى بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقى بمقابل الثوب بخلاف الاول فهناك نص على بيع المرابحة فيهما وفى بيع المرابحة لابد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب* ولو اشترى فضة بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى شيأ بخمسين درهما وزنها كذلك واشترى سيفا بخمسين درهما بجفنه وحمائله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه مرابحة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهما كان ذلك كله فاسدا لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل فى حكم شئ واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد فى كله ولو كان الثمن والنفقة دنانير جاز لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الخالى عن المقابلة ولو اشترى فلسا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن عن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البدل فى المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان أخذ على سبيل الغصب والقرض لانه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفيا لحقه لامستقرضا ولا قابضا ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف اذا جعلا بدل الصرف قصاصا به وقد بيناه* ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحسانا لان قبضه مستحق فى المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع انما يجعل المنقود من ثمنهما لاجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ماليس بمستحق ولان فى

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساده بعد الصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هي من ثمنهما جميعا فهو مثل الاول لان الشيء يضاف الى الشيئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يامعشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه وايفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول في بيان جهته قوله * ولو كان اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وقبض السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضي بذلك القابض أو لم يرض فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه استحسن فجعل المنقود من الحلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحا بما لا يفيد فيسقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفي الشيء الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود أنه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفا وجفنا وحمائل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته وتركيبه دينارا ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يازده وتقابضا كان ذلك جائزا لان الجنس مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدينار وثوب لآخر يقوم بدينارين فباعاهما مرابحة بربح دينار أو بربح ده يازده فان الربح بينهما على قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد كان الثمن الاول بينهما أثلاثا وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لآخر قيمته عشرة دراهم فباعاه من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذي له الا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشترى صاحب القلب عشرة فهى له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما فى المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل أن ينقد الباقى لان الباقى ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع فى نصف القلب بخلاف ماتقدم اذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقد سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب اذا قبض ثمن القلب وهو في النصف عاقد وفى النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانعدم المعنى الذى لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن فى اللؤلؤ صفة والعقد انما ينعقد علي عينه لاعلى صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فاذا هى الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذرعان فى الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين فى الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشترى شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لاتسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة فى الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار * وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم أولم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكنا نقول مثل وزنها فى البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أولم يصرحا وعند التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوي من

تنصيص المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان فى الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة فى ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جازله نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكانه باعه القلب بعشرين درهما ونقد فى المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهى المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب ولوزن فى القلب صفة فان القلب مما يضره التبعيض وفيما يضره التبعيض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيرا فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعا كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزنا فى الفصلين جميعا وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان فى قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل *ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقض البيع فى نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنهما جميعا فانه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ماصرح به بقي فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشئ الى شيئين والمراد أحدهما كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لايبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما فى السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لوصرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شئ واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أولان المقبوض لايسلم له بالطريق الذى نص عليه لان العقد يبطل فى السيف ببطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نعلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية *ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقدا من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسدا لانه شرط الاجل فى بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد فى بعضه فسد في كله ولو كان هذا فى القلب

والثوب فسد البيع أيضا فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز فى الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفا بمائة درهم على ان حليته خمسون درهما وتقابضا فاذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار ان شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وان شاء نقض البيع لانه لما سمى وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فاذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشترى لانه لزمه زيادة فى الثمن وان كانا تفرقا فالبيع منتقض لان ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد فى الحلية ينتقض فى جميع السيف وكذلك لو كان فى حلية السيف مائة درهم فان لم يتفرقا فان شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وان شاء ترك لان بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الابريق لان بيع نصف الابريق جائز فيمكن ابقاء العقد فى نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لان فيه ضررا فى التسليم فاذا بطل العقد في البعض بطل فى الكل * ولو اشترى سيفا محلى وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا وافترقا فاذا فى السيف مائة درهم فالبيع جائز لانه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا فى الباب نظيره * ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فاذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا فى الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لان النقرة لا يضرها التبعيض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله ببيعه ووكله آخر ببيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار وثمن القلب الدراهم كان جائزا وان دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب فى ثمن القلب لان كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعهما بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود ثمن القلب لان البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعهما لنفسه سواء واذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما فى أصل القلب ألا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة فى ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض فى المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شئ الى شئ ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين و كذلك الشفيع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه تملك على المشترى ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لايجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لايحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكنا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة فى الباب *والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم. من ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فى كل شئ عقارا وربع ومن ذلك مابدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه باربعمائة لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغى له أن يعرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضى الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما فى قوله تعالى الزانية والزانى وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادى الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى

أيا جارتى بينى فانك طالق * كذاك أمور الناس عادو طارقه

والمراد زوجته وهى شريكته فى الفراش ولكنا نقول فى هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة فى الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفى الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه * وعن الحسن فى الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه يقوم مقامه فى الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفعته لان الحق بعد ماثبت لا يسقط الا باسقاطه والرضا بسقوطه صريحا أو دلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبى سعيد الخدري أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط. يكون في حقوق المبيع سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك *والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وان البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا انما يتأتي علي مذهبنا فاما الشافعى فلايوجب الشفعة الا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب علي مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وهذا من أقوى مايستدل به فانه لاشبهة فى صحة هذا الحديث لان عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبى رباح امام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن فى اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك فانه اذا حمل على الشريك كان هذا لغوا وانما يكون مفيدا اذا كان المراد جارا هو شريك فى الطريق *قال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلاجله سموا أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشعبي قال من بيعت شفعته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لان سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفعته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها أى لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكنى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط. أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذى قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه لشريد بن سويد رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستنشدنى من أشعار الجاهلية فكلما أنشدت شيأ قال صلى الله عليه وسلم ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا فى الشفعة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعته ماكان فهذا يدل على أن المراد حقيقته لانه نفى الشركة فى السؤال وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والانثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى والثانى أن المراد بقوله ما كان أى ما كان أى يحتمل القسمة أولا يحتمل القسمة فيكون دليلا لنا على الشافعى حيث يقول لا تثبت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة فى بعض المنقولات كالسفن ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ربع أوعقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصرانى بالشفعة وكتب فى ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه بعد هذا عن شريح أنه قال لاشفعة ليهودى ولا لنصرانى ولا لمجوسى وبقوله الثانى كان يأخذ ابن أبى ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة ولكنا نأخذ بما قضي به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضى الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفى بعض الروايات بالجوار وهو دليل لنا على استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل علي ان الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضي به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم القوم الارضين ورفعوا سربا بينهم فهم شفعاء وبه نأخذ فنقول الشركة فى السرب تستحق به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة فى نفس المبيع لان الحاجة الى دفع الضرر البادى لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعا وعن شريح قال الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذى فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما يعتبر قرب الباب في التقديم فى الشفعة على ماروى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما منك بابا وهذا لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق وهذا تأويل ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول فى الهدايا ابدؤا بجارنا اليهودى فامافي الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذى فان بين الملكين طريقا نافذا وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه ابن أبى ليلى فانه كان فى الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدى يأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا بقول عمر رضى الله عنه فقد أثبت الشفعة للجارحين قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا فى أموال اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول صلى الله عليه وسلم فان الحديث متى صح عنه كان حجة على كل صحابى رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على مراتب يقدم الشريك فيها فى نفس المبيع ثم الشريك فى حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق بعدهما وعن ابن أبى ليلى والشافعى لا تجب الشفعة الا للشريك فى نفس المبيع لحديث أبى هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبى موسي رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام فى الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما للتقرير المذكور ونفيه عما عداه قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيص على نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا المتملك عليه فيختص به الشريك دون الجار كالمتملك بالاستيلاد وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشترى بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

بالاخذ بالاستيفاء والملك فيه وهذا لا يوجد فى حق الجار ولهذا لايوجب الشفعة فيما لا يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة فى المنقولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء فى المنقول معتاد فى كل وقت فاما العقار فيتخذ لاستيفاء الملك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو يحتاج الى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه * وحجتنا فى ذلك ماروينا من الاخبار ولا يعارضها ما رووا ففيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لايدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع الشريك الذى لم يقاسم لامزاحمة لاحد فى الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفى الشفعة بالامرين جميعا فذلك دليل على انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا أن تجب الشفعة وعندكم لاتجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق وكان الموضع موضع اشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لايستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل بالملك اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك * وتحقيق هذا الكلام أن استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تتحقق فى المنقولات ثم لاتجب الشفعة الا فى العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار تفضي الى المجاورة لانهما اذا اقتسما كانا جارين والشركة فى المنقولات لاتفضى الى المجاورة لانهما اذا اقتسما لايبقى بينهما مجاورة فى الملك فاذا كان باعتبار الشركة التى تفضى الى المجاورة يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام ولهذا لايثبت لجار السكنى كالمستأجر أوالمستعير لان جواره ليس بمستدام ولهذا لايثبت فى المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لايتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون في المجاورة حتي يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج اليه فى المنقولات ولا شفعة فيما اذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقين وانما يندفع عنهم

سوء مجاورة المشتري ولهـذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لايتحقق اذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل احـدى الدارين من مرافق الدار الاخرى بطريق نافذ بينهما حتى اذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل لامكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والاتصال وذلك في حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بينا أن الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا تري أن الاخ لاب وأم مع الاخ لاب اذا اجتمعا يترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة لاتستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ماقلنا في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فاذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لانهم أميز قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذي على ظهر هـذا المنزل وباب داره في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لاشفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم محجوبون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفي أو سلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب في حقه الا أن حق الشريك كان مقـدما فاذا سـلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا استحق أسقط حقهم بالابراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغى للجار أن يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك ليتمكن من أخذه فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

فيه دور فبيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضي به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادى القرى قال لبنى عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بنى عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بنى عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالاولاد والالبان والاثمار في الاشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذى يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ماشرع لدفع هذه المؤنة* وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق *وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام)أن علة الاستحقاق أصل الملك لاقدر الملك . ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فاذا اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لاتتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى ان أحد المدعيين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما . وكذلك لو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لان الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجح وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلا فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لاتوجب الترجيح لان ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحا وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فان حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة الا قدر دينه فاذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فانه انما يحصل بقدر المال ألا ترى ان عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فانها متولدة من العين فانما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على اجزاء العلة فاما الحائط المائل اذا مات من وقع عليه الحائط فان جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثا لان التساوى بينهما في العلة لم يوجد فان ثقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لان تفضيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة الاستحقاق فيصلح مرجحا في استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة * ولا شفعة الا في الأرضين والدور لانها عرفت شرعا وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى فانه كان يقول لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير فى الجوار تبع فهو فى معنى المعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق فى حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو محتاج الى الأخذ لدفع الضرر فى الآتى عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فى الحال وبمثل هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم بالطلب من يقوم مقامه شرعا فى استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصى الجد ثم وصي نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك لا يكون مسقطا حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفعته اذا علم لهذا المعنى فانه لا يتمكن من الطلب مالم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليلا على الرضا أو التسليم بعد التمكن منه لا قبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء لانه من المعاملات وانما ينبنى الاستحقاق على سبب متصور فى حق هؤلاء وثبوت الحكم بثبوت سببه * واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يتملك الدار على المشترى كما ان المشترى يتملكها على البائع .ولو كان الاختلاف بين البائع والمشترى فى الثمن كان القول قول البائع كما قال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع فكذلك المشترى مع الشفيع ولان الشفيع يدعى على المشترى وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشترى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس فى معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان أقام البينة فقد أثبت مالدعى من وجوب تسليم الدار اليه عند أداء الالف والمشترى ان أقام البينة فقد أثبت زيادة فى الثمن ببينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن ببينته والشفيع ينفى تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشترى والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشترى ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة وأظهر من هذا كله المشترى من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولابى حنيفة طريقتان احداهما حكاها محمد عنه والاخرى حكاها أبو يوسف فالتى حكاها محمد أن المشترى صدر منه اقرار أن احدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. وبيان ذلك أن الشفيع أثبت ببينته اقرار المشترى بالشراء بالف وهذا عليه والمشترى أثبت ببينته اقراره بالشراء بالفين وهذا له وبه فارق البائع مع المشترى لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبته ببينة وهو له والآخر ما أثبته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولي أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لاتنافي بين البينتين فى حق الشفيع ألا تري أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بألفين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فعرفنا أنه لاتنافى بينهما فى حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجعل فى حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولي مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أديت الي الفين فأنت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت الى الفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد بهذا الطريق وهو أنه لامنافاة بينهما فى حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أي المالين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشترى فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن وقد بينا المذر فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشترى فاما المولى القديم مع المشترى من العدو اذا اختلفا فقد نص فى السير الكبير

على أن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن فى حق المولى القديم لان الشراء الثانى ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التى حكاها أبو يوسف ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينتان للالزام فالملزم من البينتين يترجح كما فى بينة العبد مع بينة المولى فى مسئلة التعليق * وبيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبى واذا قبلت بينة المشتري لايجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بينة البائع والمشترى لان كل واحدة من البينتين هناك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفى مسئلة المشترى مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشترى فعهدته وضمان ماله على المشتري لانه يتملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو فى حقه بمنزلة البائع مع المشترى * فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فينبغى أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم علي حقه * قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذى يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لايبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب وتأكد بقبض المشترى لم يمكن أن يجعل الشفيع متملكا على البائع لانه لاملك له ولايد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل متملكا علي المشترى مستحقا عليه يده فلهذا كانت عهدته على المشترى كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع فى الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشترى قام مقامه ثم عهدة المشترى على البائع فكذلك عهدة الشفيع وللشافعى قولان فى أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهدته عليه لانه يتملك علي المشترى بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك علي المشترى بعوض عقارا كان أو منقولا وعلي القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهدته على المشترى واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفى الشراء كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشترى نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشترى وعهدته عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشترى نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشترى وعهدة الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشترى ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشترى لا نكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشترى فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشترى وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشترى لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشترى من غيره لان يد الثانى هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشترى الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشترى فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشترى وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشترى ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلابد من حضرة البائع والمشترى جميعا لخصومة الشفيع في الاخذ لان الملك للمشترى واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشترى وذلك لا يتم الا بمحضر من المشترى فيشترط حضورهما لذلك واذا أخذ الشفيع من المشترى الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشترى كتاب الشراء الذى عنده فذلك أحوط له فان أبى أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من اثبات حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشترى جميع مافى هذا الكتاب وأجازه وأقر أنه لاحق له فى هذه الدار ولا فى ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البائع الثمن برضاهما وضمان البائع الدرك لانه في الأخذ من يد البائع يحتاج الى حضرتهما وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجه فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشترى يضا ليكون ذلك أحوط للشفيع *واذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة وطلبها الشفيع الى ذلك الأجل لم يكن له ذلك عندنا . وقال زفر والشافعي له ذلك لان الأجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذى يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زيوف ولكنا نقول الأجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار وهذا لان تأثير الأجل فى تأخير المطالبة وبه تبين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق للمشترى على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون فى ملاءة الذمة فبرضا البائع يكون ماله فى ذمة المشترى لا يكون رضا منه بكونه فى ذمة الشفيع ولان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشترى من المال فلا يثبت الأجل فى حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل فى حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فاذا حل أخذها بالثمن حالا واذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة فى الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل فى قول أبى حنيفة ومحمد وذكر ابن أبي مالك ان أبا يوسف كان يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته *ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو فى الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذى يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل فى الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة فى طلبه في الحال وسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشترى ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجله لتقرر العقد بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الا أن يأخذها كلها أويدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما فى الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار بالمشترى فى تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت فى جميع المبيع لتكامل العلة فى حق كل واحد منهما الا انهما اذا طلبا قضى القاضى لكل واحد منهما بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق فى المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقى حق الآخر في الكل كما لو قتل رجلين عمدا فعفا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. واذا كان البائع اثنين فى صفقة واحدة والمشترى واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لانه يأخذ ملك المشترى بالشفعة فان كان المشترى واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به المشترى من حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشترى اثنين فانما ملك كل واحد منهما النصف وليس فى أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرارا بالآخر * يوضحه ان أخذه لدفع ضرر الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشترى لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا الاضرار به. وان كان المشترى اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن عن أبي حنيفة قال اذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشترى فله ان يأخذ نصيب أحد البائعين لانه بالاخذ يتملك على البائع ولهذا كانت عهدته على البائع والملك فى حق البائعين متفرق وبعد القبض انما يتملك على المشترى والملك فى حقه مجتمع وان كان البائع واحدا والمشترى اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك فى حق البائع وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر فى الكتاب فان المعتبر جانب المشترى قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسره هشام عن محمد ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقد لغيره فى باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه فى أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشترى واحدا فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

بجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمة ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع أن المشترى فلان فقال قد سلمت له فاذا المشترى غيره فهو على شفعته لما بينا أن الناس يتفاوتون في المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه مفيد كانه قال ان كان المشترى فلانا فقد سلمت الشفعه فاذا تبين أن المشترى غيره فهو على حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الاخر والبعض معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه صحيح وان كان أقل فله الشفعه عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له في الوجهين لانه أسقط حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشترى فلا يكون له أن يأتى ذلك بعد الرضا به ولكنا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان الثمن الفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما اذا كان الثمن أقل من الالف فقد انعدم المعنى الذى كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ بالشفعة شراء وقد يرغب المرء فى شراء شئ عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغوا كالابراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شئ مما يكال أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفعته لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا فى حقه فكانه قال سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كر من حنطة فهو على حقه لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو شفعته لان ما له مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشترى وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد مفيدا فى حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شفعته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل التفاضل بينهما فكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين أن الثمن دنانير فهو على شفعته كما فى المكيلات والموزونات ولكنا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب فى شراء الشئ بالف درهم لا يرغب فى شرائه أيضا بمائة دينار قيمتها الف درهم ومالا يكون مقيدا من التقييد لا يعتبر ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على شفعته لان هذا التقييد مفيد فى حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقويم الشئ بالظن يكون فانما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى اذا كان الثمن دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما لا مثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا فى حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة فاذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة رجال الا موضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك الذى له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذى له فى بعض الدار نصيب لان شركته أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو مشترك بين البائع وبينه لا حق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك فى حكم شئ واحد فاذا صار أحدهم أحق بالتبعيض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشترى والشفيع فى الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع فى الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشترى بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر مقدار الثمن فى حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشترى وليس فى جانب الشفيع الزام بل هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار فى يد المشترى فقال البائع بعتها بالف درهم واستوفيت الثمن وقال المشترى اشتريتها بالفين فللشفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

البائع بعتها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشترى اشتريتها بالفين ونقدته الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالفين لان حكم البيع في حق البائع ينتهى بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد فى حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى فيكون القول قول المشترى فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير مالو قال الوصى استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالفين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصى أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله فى الامالى على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعتها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالفين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشترى فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعتها بالفين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشترى ولا الشفيع الا بالفين لان القول فى اثبات مقدار الثمن قول البائع مالم يصل اليه كمال الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشترى تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعى لا يأخذها إلا بالالف وأصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط فى بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعى هو بمنزلة الهبة المبتدأة فاذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا وانما ثمن الدار مابقى فيأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن المشترى تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشترى لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشترى مائة فهو على شفعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمنا فهو بمنزلة مالو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشترى قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشترى عن الشفيع شيئا لان هبة جميع الثمن لا تلتحق بأصل العقد فإن التحاق الحط باصل العقد ليدفع الغبن ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلا بعد ان كان رابحا أو خاسرا وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع فى الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن الحاق الجميع باصل العقد فى حق الشفيع بخلاف حط البعض فان زاد البائع المشترى فى الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشترى لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل فى حق الشفيع ألا ترى أنه لو جدد بيعا مع البائع باكثر من الثمن الاول صح ذلك فى حقه وكان للشفيع أن أخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط فى حق الشفيع وسوي بينهما فى بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة فى حكم بيع المرابحة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعه ولو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخذ له بالشفعة فان اختار الاخذ بالشراء الثانى يأخذها من يد المشترى الثانى ولا يشترط حضرة المشترى الاول وان اختار الاخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لان المشترى الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه واذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهدته عليه ويرجع المشتري الثانى على المشترى الاول وانما أوفاه من الثمن لان البيع الثانى قد انفسخ فان الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثانى ولم يشترط حضرة المشتري الاول اذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى يحضر المشترى وعند أبى يوسف هو خصم لانه يدعى حقه فى العين الذى يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له فى ذلك كما اذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعي حقا على الموهوب له ولا فى ملكه وانما يدعى حقه على المشترى الاول

في ملكه فما لم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وانما يعود ملكه اذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لايجوز الا بحضرته وتمام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشترى في الدار تصرفا آخر بان رهنها أو تزوج عليها فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى وليس لاحد من هؤلاء علي الشفيع شئ من الثمن انما الثمن للمشترى الاول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشترى الدار من البائع حتي ينقده ثمنها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لان المسمى من الصداق قد استحق فاذا اشترى الرجل شقصا من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ماأصاب المشترى بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لان القسمة من تتمة القبض فالمقصود من القبض الحياز وتمام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشترى فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولانه لو نقض القسمة احتاج الى اعادتها في الحال لان البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شئ يحتاج الى اعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا اذا قسم بأمر القاضى فان كانت القسمة بينهما بالتراضى فللشفيع أن ينقض تلك القسمة لان في القسمة بالتراضى معنى المبادلة فهى كتصرف آخر من المشترى فللشفيع أن ينقضه وقد يفيده هذا النقض فربما يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فاما اذا كان القاضى هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضى وهو ما سلمه الى المشترى فيأخذ الشفيع ذلك من يده ان شاء وان شاء ترك واذا قضي القاضي للشفيع بالشفعة بثمن مسمى فهى لازمة لا يتخلص منها الا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لان بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حاله مع المشترى بمنزلة حال المشترى مع البائع وبعد البيع ليس للمشترى أن يتخلص منها الا بالاقالة برضاء البائع أو بعيب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فان كانت في يد البائع فقضي القاضى بها عليه ثم سأل البائع أن يقيله فاقاله جازت الاقالة وهى للبائع وقد برى منها الشفيع والمشترى أما المشترى فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلانه قام مقام المشترى بعد ما قضي القاضى له بها بذلك البيع واقالة المشترى مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشترى في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشترى

صار المشترى فى معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت فى يدى المشترى فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشترى بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثانى قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة فى حق براءة المشترى فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشترى وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشترى بمنزلة عقد مبتدإ فيما بينهما ولهذا كانت عهدته على المشترى فينبغى أن لا تجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشترى حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما فى حكم البيع المبتدإ فيجوز فى قول أبي حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما فى حكم البيع المبتدا فيجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قول محمد وأبى يوسف الاول لايجوز بناء على اختلافهم فى بيع العقار قبل القبض وبتلك المسئلة استشهد فى الكتاب وقد بيناها فى كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه الاقالة يتبعض حق المشترى ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع يثبت سابقا على ملك المشترى عنده فاذا قضي القاضى بحقه فملكه لا ينبنى على ملك المشترى بل هو يقوم مقام المشترى فى الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالعقد ألا ترى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشترى فى الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشترى لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذى اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله فى الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتي يستوفي الثمن فكذلك المشترى بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دارا لرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها فى يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكيلا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ تباع فيه الدار حتى ينفذ ذلك لم يجز بيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصى فى جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسان ذهب اليه أبوحنيفة (وفى القياس) لايجوز بيعه الا فى نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تتجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت فى كلها وفى بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشترى بما لا يشتري به الاشقاص واذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشتري جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه فى أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر بيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذى هو حقه يوضح الفرق ان الاشقاص لايرغب فيها كما يرغب فى الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما اذا سلم ولم يرغب فى الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لايكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبى يوسف على ضد هذا فقال اذا أخبر بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشتري الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشترى الرجل دارا فعلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما لجميعها أما اذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واستيفاء فلا يتجزي اسقاطا أيضا ومالا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبى يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له فى أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولان هذا منه اظهارا لرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفعته باعراضه عن الطلب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفعته كما لوسكت عن الطلب واذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فللشفيع أن يأخذ الارض بحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعى فى الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفى القول الآخر يأخذ الارض بحصتها فى الوجهين وأصل المسئلة

فى البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى أن فوات الوصف فى يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئا من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القولين فكذلك فوات الوصف فى يد المشترى من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل فى بيع الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فاذا فات البناء من غير صنع أحد فقد فاته ماهو بيع فلا يسقط شئ من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصودا يتناوله فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو وهى منها حائط كان له أن يبيعها مرابحة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن ولا حق له فى البناء لانه قد زايل الارض وهو فى نفسه منقول لا يستحق بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له فى البناء حق ولو انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقض لان الانهدام لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقض لانه زايل البناء بخلاف الاول فهناك المشترى هو الذى قسم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفا والثمن ألف وقيمة النقض مائة وقيمة الارض خمسمائة وقيمة التأليف أربعمائة ففى الانهدام يسقط عنه قيمة النقض وفى الهدم يأخذ بحصة الارض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك ان كان المشترى قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه أجنبي فاخذ المشترى قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامة البناء له أن لو هدم بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذى هدم البناء وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج بعد ذلك ما على الذى هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشترى بحصة البناء من الثمن فان اختلفا فى قيمته فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعي عليه حقا بملك الارض بثلث الثمن والمشترى ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول فى مثل هذا قول المشترى مع يمينه كما لو اختلفا فى مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي يوسف البينة

بينة المشترى لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا فى مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها أبو يوسف عن أبى حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشترى وعلى الطريقة التى حكاها محمد هناك البينة بينة المشترى وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقى الاختلاف بينهما فى قيمة البناء وفى بينة المشترى اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا فى قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة فى الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته فى الحال ممكن فيستدل بقيمتها فى الحال على قيمتها فيما مضي واذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زايل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسليط من المشترى فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشترى ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه فى البناء مادام متصلا بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشترى ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والهبة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف فى البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشترى فهو بمنزلة الاستحقاق فى ابطال تصرف المشترى فيه وأذا سلم الشفيع الشفعة للمشترى وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشترى أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالابراء عن الدين وايقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ماذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا اتخذ المشترى الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبى حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشترى وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزأ شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا وهذا لانه فى معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فاذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشترى بناءه المحدث ولو اشتري دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذى كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشترى هو الذى هدم البناء وينقض المشترى بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشترى ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول الشافعى وجه قولهما ان المشترى بنى فى ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له اذا بنى فى الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء اذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فانه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقضنا بناءه تضرر المشترى بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حقه وان لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة فبمقابلته يدخل فى ملكه ما يعد له والضرر ببدل أهون من الضرر الذى يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ فى الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ مازاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشترى لان فى ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتنا فى ذلك أنه بنى فى بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وبيان الوصف أن حق الشفيع فى هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشترى فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه فى غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة فى الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعنى حق الاخذ باصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هنالك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء ألا تري أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشترى بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف
لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين
بالاهون انما يكون بعد المساواة فى أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق
المشترى ثم البناء الذى يدخل فى ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك
لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفى الزرع قياس واستحسان فى القياس يقلع زرعه
وفى الاستحسان لايقلع لان لادراكه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على
المشترى بخلاف الغراس والبناء وأصله فى المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المعير ولا يقلع
زرعه استحسانا واذا اشترى دار فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجرى فيه الماء ولا
يستطاع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت
فى الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل
والشافعى فى كتابه يدعى المناقضة علينا فى هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء
لم يسقط شئ من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم
اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس
بمقابلة الوصف شئ من الثمن اذا فات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض
فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من
أخذه والانتفاع به فان قال المشترى ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول
قول المشتري ويأخذها الشفيع بثلثي الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسئلة قيمة البناء سواء
فى التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ
ما بقى بحصته من الثمن والقول قول المشترى فى مقدار المستحق من الباقى لان الشفيع يدعى
حق التملك عليه فى الباقى بثمن ينكره المشترى ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب
الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان فى اثبات حق
الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشترى
للشفيع بالثمن الذى أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمى بغير قضاء فى حكم
البيع المبتدا ولو باعه المشترى ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع
ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولا

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ فهذا مثله واذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة مايعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشيئة لا يتوارث فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيئة بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بان باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبني على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لا قبله واذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو الوصي في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها اما لجهله بحق الشفيع أو بناء على أنه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ اشارة الى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره عن

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفعته وعلى هذا عامة مشايخنا الا أن هشاما ذكر في نوادره انه اذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفعته ما لم يتطاول سكوته وكذلك قال كما إن سمع سبحان الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفعة فهو على شفعته وكذلك اذا قال بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام لاتبطل شفعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طالت الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفعته مالم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة أو يتضرر به فيطلب الشفعة ومثل هذا لايوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وثبها وفي رواية الشفعة كنشطة العقال ان أخذ بها ثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشترى فانه يسكت حتي يتصرف المشترى فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر مالا يخفى الا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته الى الرأى والتأمل فهو كالمخيرة لها الخيار مادامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولفظة الطلب لم يذكرها في الكتب والظاهر أنه بأى لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبي يوسف أنه يذكر في طلبه البيع والسبب الذى يطلب به الشفعة من جوار أو شركة فان طلبها فابى المشترى أن يدفعها اليه وخاصمه وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة كان على شفعته لانه أظهر بطلبه رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بحضرمن المشترى فالجواب واضح وكذلك ان كان بحضر من الشهود ينبغى له أن يشهدهم على طلبه ثم يتوجه الى من في يده الدار أو الى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على مانبينه ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى له أن يطلب الشفعة فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له أن يطلب حتى اذا حلفه المشترى أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتى الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب المواثبة ثم يأتي الي من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شئ أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفعته استحسانا لانه لولم يسقط حقه تضرر به المشترى فانه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر فى حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسئلة اليمين لتقصير حقه عاجلا فقضاؤه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته حتى ان كان القاضى يجلس فى كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفعته وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع فى غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفعة لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفى الكتاب لا بل لا قيمة للشفعة على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه فى شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفى براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذى ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح فى زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق (فذلك كله ملك) متقرر له فى المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يتملك على المشترى شيئا قبل الاخذ فتسليمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك فى ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمى والثانى أن يصالح المشترى على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقه فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البدل وذلك جائز اعتبارا

للبعض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفعته لانه مارضي باسقاط حقه وانما أظهر الرغبة فى أخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفعته فى جميع الدار ولو قضى القاضى للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع يملكها ببدل بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم مالو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان القاضى يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضى القاضى له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشترى ولكنا نقول مالم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضى له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشترى أحق بامساكها الى أن يستوفى الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشترى واذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغى له أن يطالب الشفعة ويشهد على الطلب والغيبة لاتمنع صحة الاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه الى من فى يده الدار من غير تأخير ليطالب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلهذا جعل له الاخذ بقدر المشتر وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لعذر له فى ذلك فيكون له أن يبعث من يطالب فاذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشترى عنه أو خرج من البلد فاشهد على طلب الشفعة فهو على شفعته وان طالت مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه فى طلب التمرير اذ ليس فى وسعه أن يتبع المشترى فربما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فاذا ظهر المشترى ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة فى اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا فى البلد الذى فيه الدار فاذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشترى قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشترى واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان فى اثبات البيع عليها اثبات حقهم ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما فى ذلك والخصم فى الحادثة لايكون شاهدا فيها واذا اشترى دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لايجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا قضي القاضى للشفيع بالشفعة فسأله المشترى أن يردها عليه على أن يزيده فى الثمن كذا ففعل ذلك فردها عليه فان ذلك رد لايكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبى حنيفة أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمى فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفاسد من الشرط فى الثمن لا يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا بجعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها زيادة فى الثمن لان الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لايجوز من البائع ولا من غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك فى قول أبى يوسف الاول فاما على قول الآخر بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدا اذا أمكن وهنا يمكن جعله بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبى يوسف والذى يقول فى الكتاب اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء علي قوله الاول فاما علي قوله الآخر لايعتبر بهذا الشرط وكذلك لو طلب اليه المشترى أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المشترى تجوز مع البائع لانه قام مقام المشترى بعد ماقضي القاضى له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما يشهدان لانفسهما فبثبوت البيع ثبت حقهما فى الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشترى ولا شفعة لهما فى ذلك بعد ماسلما الشفعة وان جحد المشترى الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما حق الاخذ على المشترى والزام العهدة اياه اذا أخذا من يده فلا تقبل شهادتهما غير أنهما يأخذ انها باقرار البائع لان اقراره بالبيع موجب حق الشفعة للشفيع وان جحده المشترى كما لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وجحد المشترى وحلف كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو متهم فى حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كالمتهم فى حق نفسه وان شهد ولد الشفيع ووالده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة فانهما أسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولا يتهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبده المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من أصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله فى كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبده أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للولى واذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهد اثنان منهم أنهم جميعا باعوها من فلان وادعي ذلك فلان وجحد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم فى بيعهما فان للمشترى حق الفسخ اذا لم يثبت البيع فى نصيب الثالث لانهما يشهدان على فعل باشراه فانهم باشروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لا شاهدا وللشفيع أن يأخذ ثلثي الدار بالشفعة لان البيع فى نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشترى الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لانهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم فى ذمة المشترى وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع فى جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره فى حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان أخذه بالشفعة يكون سعيا فى نقض ماقد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى فى نقض ماقد تم به يبطل سعيه ولانه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها الى المشترى بعد ماالتزم ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقدما وكذلك لا شفعة لمن بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ماجاز البيع فان شهد الآمر بالبيع مع أجنبي أن المشترى ردها على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الآمر في ذلك لكونه متهما في شهادته فالمشترى قبل هذا

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون فى هذا تبعيد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الآمر بالبيع على المشترى أنه باعها من غيره لا تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفعته فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ماالتزم به من العهدة والمشترى يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر مالتزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ماباع بالشفعة فكذلك عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسبه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب فان شهد إبنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة فى الوجه الاول والدار فى يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين فى ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه لاحق للمكاتب فى ملك مولاه وهو فى البيع الذى باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد أبنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم الشفعة حين كانت الدار فى يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ماسلمها الى المشترى وقيل تأيل هذه المسئلة ان الدار فى يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بانه سلم

الشفعة للمشترى ليسقط حقه به فى الاخذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار فى يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الي المشترى وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعد منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان فى المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لا تقبل قلنا نعم ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا تري ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يؤثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لا على أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشترى فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار فى يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدن لابيهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها الى المشترى فهما يشهدان للمولي على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو يشهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشترى لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما فى حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الا بنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الى المشترى فاما بعد التسليم فلا منفعة لابيهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضها المشترى ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسئلة يتضح ما بينا من التأويل فى المسئلة الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشترى على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشترى سلما الدار قضيت بها للذى هى فى يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما فى دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فانى أقضي بها للذى هى فى يده وهذه مسئلة التهاتر وقد بينا فى كتاب الدعوى أن عند أبى حنيفة وأبى يوسف تهاتر البينتان وعند محمد يقضى بالبينتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضاوان لم ينص عليـه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح بهشهوده قال الشيخ الامام والاصح عندى ان جواب مسئلة الشفعة قولهم جميعا وان هذاليس نظير مسئلةالتهاتر فان هناك محمد يقضى بالبينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهاتر لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبـه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشترى وذلك لايوجد هنافالشفيع بتسليم الشفة لايصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشترى ولكن وجه هذه المسئلة أن تسليم المشترى الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لايحتمل الفسخ بحال فانه بعد ماسلم الشفعة لايعود حقه وان اتفقا عليه والبينتان متى تعارضتا وأحداهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يترجح كما لوأقام البينة على انه اشتري هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينةان مولاهأعتقه يوضحه انما يجعل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع سلم الشفعة أولا ثم سلمها المشترى له فما لم يخرجه من يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع اذا كانت فى يديه وان كان المشترى سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلهذا قضى بالدار لذى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشترى قد سلمها للشفيع وهى فى يدى المشترى وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشترى فانى أسلمها للمشترى واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ماينا ان تسليم الشفعة لايحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثانى ان بنى البائع يتهمان في شهادتهما بتبعيد الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشترى يخاصم اباهما فى عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه فى ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الي الشفيع فلهذا لاتقبل شهادة ابنى البائع هنا واذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشترى بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدا لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكنا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضى

بمنزلة البيع المبتدا فى حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة فى حق غيرهما فيتجدد به حق الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضى بالرد فسخ وليس به قصد فان للقاضي ولاية فسخ العقد الذى جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشترى حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ من كل وجه ألا ترى أن الراد ينفرد به من غير أن يحتاج الى رضاء أو قضاء القاضى فهو نظير الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذى تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا فى قديم ملكه واذا لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدا فيتجدد به حق الشفيع والرد بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان مشترى شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى واذا كان لرجل على رجل دين يقر به أو يجحده فصالحه من ذلك على دار أو اشترى منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة أما فى الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين أقدم على الشراء به وفى الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان اختلف هو والشفيع فى مبلغ ذلك الدين وجنسه فهو بمنزلة اختلاف المشترى والشفيع فى الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت الى قول الذى كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول له في بيان المقدار واذا أقر الرجل أنه اشترى دارا بالف درهم فاخذها الشفيع بذلك ثم ادعي البائع أن الثمن الفان وأقام البينة فانه يؤخذ ببينته لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشترى بالف أخرى لان الشفيع انما يأخذها بالالف الذى سلمت به للمشترى وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم لانه صار مكذبا فى اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين لانسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبته يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه باعها اياه بمائتى دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف درهم وأقام البينة فانه يقضي له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشترى بقدر ماقبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع علي المشترى بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشترى على الشفيع قيمة العرض الذى وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري فى ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين علي المشترى وقد بينا هذا فى البيوع فايهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانهما اتفقا على صحة البيع بينهما وثبوت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشترى بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبى حنيفة ومحمد بين هذا وبين ما إذا كان الاختلاف بين المشترى والشفيع وكذلك لو مادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشترى بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فبينة البائع أولى بالقبول لانه يثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المعاوضة فى الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعاينة ولو كان لكل واحد منهما شفع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتحد شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احداهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولانهما ضيعا شهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بغيبة الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشترى من حيث تبعيض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أويدع واذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشترى وان قال المشترى لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت فى جميع الدار وأكثر مافى الباب ان الغائب قد سلم له شفعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشترى على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفعة وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشترى بالدرك سبيل لانه ضمن للمشترى الدرك والشفيع غير المشترى والضامن لانسان شيئا لا يكون ضامنا لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشترى لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشترى بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة إبنيه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابنيهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين فى ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشترى كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقرران ما يصح بهما واذا أشهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفعة ولم يجيء الى المشترى ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره مالم يتم أخذه بالشفعة واذا شهد البائعان على المشترى ان الشفيع قد طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقر أنه علم به منذ أيام وقال المشترى ما طلب الشفعة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كما لو شهدا على المشترى بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع فى الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبته بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أو فى يد المشترى لان هذا فى المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهدا فى هذا اما لانه خصم فيه أولانه كان خصما فيه فى وقت واذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لأنهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالا قد سلمناها معه ولابن أحدهما شفعة أولابنه أولمكاتبه أولزوجته فشهادتهما باطلة لانه متهم فى حق هؤلاء كما فى حق نفسه وكما لاتقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه فكذلك لاتقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بماقابله من المسمى وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لامثل له من جنسه فوجب المصير الى الضمان الأصلى وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر عن المشترى بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رقبة الدار وحجتنا فى ذلك أن الشفيع يتملك بمثل ما يملك به المشترى والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أوفى معنى المالية فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وان كان ممالا مثل له من جنسه يأخذه بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عندتعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشترى فقد صار متقدما عليه فى تملكها بهذا السبب وفى معنى التلف على المشترى ماغرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشترى من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء لفوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا فى الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا فى ذلك أن بدل الدار فى حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشترى وذلك لايمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشترى وهذا لان البيع مثبت

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقايلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك اذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البدل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشترى بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل الدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشترى بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفر ان كان أخذها بقضاء القاضى فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشترى قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشترى فبقيت الدار في يد المشترى بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه ردعينها حين أخرجها من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا ولكنا نقول لما مات العبد قبل القبض وجب على المشترى رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشترى على تسليم القيمة التى هى حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشترى واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة آلاف وقيمة العبد ألف فانما سلم للمشتري مقدار الالف درهم فاذا لزمه للبائع عشرة ألف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يخفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا تري أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر اليه فكما لا يجعل بيعا مبتدأ اذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضى فكذلك اذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشترى دفعها اليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسماها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهى جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذى لا تكون الشفعة واجبة يجعل التسليم بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا بخلاف ماتقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشترى للبائع قيمة الدار لانه لما استحق العبد وجب عليه رد ماقبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجه اياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشترى باع الدار ووهبها وقبضها الموهوب له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لانه كان مالكا للدار حين التصرف فنفذ تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها واذا اشترى دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العرض فان كان قائما بعينه يقوم فى الحال فيتبين بقيمته فى الحال قيمته عند العقد وان كان هالكا فالقول فيها قول المشتري لانهما اختلفا في مقدار مايلزم الشفيع من الثمن وان أقاما البينة فعلي طريقة أبى يوسف عن أبى حنيفة البينة بينة الشفيع لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن أبي حنيفة البينة بينة المشترى في هذه المسئلة وهو قول أبى يوسف ومحمد لان ماصدر من المشترى ههنا اقرار ان وهذا نظير ما اذا اختلفا فى قيمة البناء الذى أحرقه المشترى وان اشتراها بشيء مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لان الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما فى ضمان الاتلاف وان اشترى دارا بعبد ثم وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لان العبد دخل فى العقد بصفة السلامة وانما يقوم في حق الشفيع علي الوجه الذى صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا وشراء الدار بالعبد سواء لان كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد الى العبد أو الى الدار واذا اشترى بناء دار على أن يملقه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشتر معه الارض والبناء بدون الارض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لان حق الشفيع يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق فى شراء البناء بدون الارض فان اتصال أحد الملكين بالآخر لا يكون اتصال تأبيد وقرار والدليل عليه انه انما يستحق بالشفعة مايستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الارض لا يستحق بالشفعة فاما من له بناء علي أرض موقوفة اذا بيعت دار بجنبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة الا تبعا للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة فى هذا

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن ينقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأتى ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشترى دارا بخادم نخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشترى يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع فى الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشترى الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أويعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوى الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل مايرغب فى ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار فى أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقى لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لابطال حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسلمها اليه ثم يشترى منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشترى شريك فى الطريق وهو مقدم على الجار أويهب منه قدر ذراع من الجانب الذى هو متصل بملك الجار ثم يبيع مابقى منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفعته أو يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فاذا رضى بذلك وساومه بطلت شفعته والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفيع لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبى يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الابراء وللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك فى البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحر ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المالية فى أحد البدلين يمنع

انعقاد العقد واذا اشتري دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعني أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدامه على الشراء لا يسقط شفعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا مقدار حصته واذا اشتري بيتا من دار علوه لآخر وطريق البيت الذى اشترى فى دار أخرى فانما الشفعة للذى فى داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم علي الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبي يوسف فى الامالي ان هذا استحسان وفى القياس لا شفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفل فى القياس ولا لصاحب علو آخر بجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والارض وسقف السفل كله لصاحب السفل ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد الملكين بالآخر علي وجه التأبيد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الاراض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأبد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفل أن يكلف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد الملكين بالآخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

باب الشفعة في الارضين والانهار

(قال رحمه الله والشريك فى الارض أحق بالشفعة من الشريك فى الشرب كما ان الشريك فى نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الطريق)لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند وجوده لا شفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث فى استحقاق الشفعة بالشريك فى الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة فى الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك فى الطريق قال والشركاء فى النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجرى فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء فى الشرب معنى هذا القول أن الشركة فى الشرب بمنزلة الشركة فى الطريق ففى

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة سكة غير نافذة وفى النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف فى حد النهر الصغير أن يستتى منه قراحين أو ثلاثة فان جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة و محمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجرى فيه السفن وكل ماء يجرى فيه السفن من الانهار فى معنى ذلك وما لا يجرى فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء فى النهر وان كانوا مائة أو أكثر فان كان بحيث لاتجرى فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الاربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه الي التقدير من حيث العدد لان المقادير بالرأى لاتستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ماقلنا أن يكون بحيث تجرى فيه السفن واذا زرع المشترى الارض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع في القياس لانه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب اذا زرع الارض المغصوبة ولان المشترى كما لايتمكن من ابطال حق الشفيع لايتمكن من تأخير حقه لان التأخير من وجه ابطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لان المشترى زرع فى ملك نفسه وما كان يتيقن بان الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولان لادراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وان تأخر قليلا واذا قلع زرع المشترى تضرر بابطال ملكه وماليته وضرر التأخير دون ضرر الابطال فان كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقلع ذلك ويأخذ الارض لانه ليس لفراغ الارض منها نهاية معلومة وقد بينا فى البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى حتى اذا طلب الشفعة تأخر التسليم اليه الى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشترى فى زرعه ولكن لايجوز ابطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشترى وفي التأخير لاالى غاية معلومة ابطال واذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك اذا اشتراه مطلقا لان الارض لاتدخل فى هذا الشراء والنخل بدون الارض كالبناء لايستحق بالشفعة فان اشتراها باصولها ومواضعها من الارض ففيها الشفعة لانها تابعة للأرض فى هذا الحال وكذلك ان اشترى زرعا أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وان اشتراها مع الارض وجبت الشفعة فى الكل استحسانا وفى القياس لاشفعة فى الزرع لانه ليس من حقوق الارض وتوابعها ولهذا لايدخل فى البيع الا بالذكر فهو كالمتاع

الموضوع فى الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض مالم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالابواب والشرب المركبة يوضحه أن الشفيع يقدم على المشترى شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى بخلاف ما اذا لم يحصد حتى حصد الزرع لانه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذى أوجبه العقد للمشترى فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع واذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فاثمرت فى يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشترى من الثمر لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك فى حق الشفيع يوضحه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشترى من بيعها مرابحة حتى يبين وهى فى ذلك كالثمار الموجودة فكذلك فى حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذى رجع اليه أبو يوسف أن المشترى يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشترى وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة فى يد المشترى بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يحل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما فى يد المشترى كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا فى البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشترى فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقط عن المشترى حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك فى حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجذها المشترى أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد فى الزرع عند أبى يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والثمر في ذلك الوقت قيمة الا شيئا يسيرا فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال اقسم الثمن على قيمة الارض مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك واذا اشترى أرضا فيها شجر صغار فكبرت فأثمرت أو كان فيها زرع فادرك فللشفيع أن يأخذ جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالارض والشجر بيع ما بقي الاتصال واذا اشترى بيتا ورحاماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا ترى أن الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شئ ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه في الحال فقد تلحقه في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجمة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمتاع الموضوع في الدار والارض فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فللشفيع فيها الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد وكذلك ان كانت عين قير أو نفط أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه يبيع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف السمك الا أن يكون المشترى قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدرى أيجرى الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه انه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر فى ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتى بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهى عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له مافيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأبيد والقرار بل للادراك فهو اتصال يعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لاتدخل فى البيع الا بالذكر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ماقال هناك اذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فعند هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ماذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذى هو فيها أو منها لاتصاله فى الحال والامتعة الموضوعة تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذى فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما مالا يدخل فى البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها فى القياس يدخل ويفسد البيع وفى الاستحسان لا يدخل لعلمنا أنهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقها لم يدخل فيها الثمر الزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقها فانما يطلق هذا اللفظ على مابه يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص فى ملك إنسان فذلك الذى يدخل فى الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا فى شئ فلا يدخل بذكر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكنيف والشاع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك انسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التى على ظهر الطريق عليها منزل الي الدار لا يدخل عند أبى حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فحينئذ تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وعند

أبي يوسف ومحمد تدخل اذا كان مفتحها الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار اذا كان مفتحها الى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشئ آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو فى البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر مالم ينص على العلو لان البيت اسم لمابات فيه والعلو فى هذا كالسفل وكان نظير بيتين أحدهما بجنب الآخر وهذا لان الشئ لا يكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت إسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل إسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشترى المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفى شراء الدار اذا كان لها طريقان أحدهما فى السكة والآخر فى دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذى فى الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان فى الدار أو في القرية باب موضوع أو خشب أو آجر أو جص لم يدخل ذلك فى البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الاشياء وهى بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أو ساوم بها فقد بطلت شفعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشترى فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيام دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد وهى من النقليات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجذها والبناء ليهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا فى الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق اذا ملكه بسبب غير السبب الذى ملك الارض به واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشترى شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له أن يأخذ ماقطع من ذلك وللشافعى قول أن حق الشفيع متي كان ثابتا فى البناء والشجر فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكنا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الأتصال بالاض فاذا زال ذلك قبل الأخذ لا يكون له فيه حق الأخذ كما لوزال جوازه ولكن يطرح حصته من الثمن عن الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع واذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ولآخر أرض فى أسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تأبيد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة يكون مفتحها فى أرض ويظهر ماؤها فى أرض أخرى لجيرانها من مفتحها الى مصبها شركاء فى الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع وبالاتصال فى جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجري النهر فى أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك فى المبيع مقدم على الجار واذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجراه فى أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب أسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم أستووا فى سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لاعبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعنى أن صاحب أسفل النهر له فى المبيع حق سيل الماء فالم يسل الماء في أعلا النهر لا ينتهى اليه ولكن لا يصير به شريكا لرقبة النهر ولا في حقوقه وانما يترجح على الجار الشريك فى نفس المبيع أو فى حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتحها بين رجلين الى ماكان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة فى أعلا القناة لا يكون شريكا في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكا خالصا للبائع فلهذا كان شريكه فى اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكرى منه النهر الى أرضه ثم بيع النهر الاول ومجراه فى أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير ولا حق للمستعير فى الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار واذا كان نهر لرجل فى أرض لرجل عليه رحاماء فى بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الارض الشفعة فى ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلبا الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء فى الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب الى الرحاء لان الرحاء لاتستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضا لها فى ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم اليها أولى بالشفعة وهذا اشارة الى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة فى الشرب لان الانتفاع بالرحاء لايتأتى الا بالماء كما لايتأتى فى الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصا له عليه أرض ولآخر عليه أراضى ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لايصال ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض أولا هم بالشفعة لانه لا شركة بينهم فى النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعنى من يلازق أرضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والارض جميعا كانوا شفعاء فى النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذى هو ملازق الارض أولاهم بالشفعة فى الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق فى دار لرجل فباع الطريق

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الارض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين لميز أحدهما عن الآخر لان جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكا فى الطريق أخذ شفعته من الدار لان الشريك مقدم على الجار فكذلك ان كان شريكا فى النهر أخذ بحصته من الأرض وكان أحق بهما جميعا من جيران الارض والطريق والنهر سواء في كل شئ وقد بينا ذلك فى أول الباب والله أعلم

باب الشفعة فى الهبة

(قال رحمه الله اعلم بان الموهوب لا يستحق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى) فانه يقول يستحق بالشفعة اذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصا من غير شرط وفى استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته الى دفع ضرر البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأى سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك لا يتجدد به وانما يبقي الوارث ما كان ثابتا للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك فان كان المتملك دفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ذلك العوض وان لم يدفع بمقابلته عوضا فعليه قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكنا نقول حق الشفعة انما يثبت له اذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذى به يملك المتملك فاما اذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفى الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا انشاء سبب آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية يوضحه أن الشرع قدم الشفيع على المشترى فى حكم السبب الذى باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى فى التبرع لان الملك الذى يثبت للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع فى المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فاذا لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالاخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع فان من أراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض بيعه أولا على جاره ولا أن يهبه من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل دارا على أن يهبه الآخر

ألف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع فيه مالم يتقابضا وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا فى كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو بيع لازم له وان لم يقبض لان الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك اذا كان بشرط العوض فهو على وجهين ان قال قد أوصيت بدارى بيعا لفلان بالف درهم ومات الموصي فقال الموصي له قد قبلت فللشفيع الشفعة وان قال أوصيت له بان يوهب له على عوض الف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء فى الحكم وان وهب نصيبا من دار مسمى بشرط العوض وتقابضا لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لانه بر ابتداء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك ان كان الشيوع فى العوض فيما يقسم وان وهب دار الرجل على ان ابراه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة لان المديون قابض للدين بدينه فبقبض الدار تم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعه والقول فى مقدار العوض قول الذى عوض لان الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الابراء مما يدعي فى هذه الدار الاخرى وقبضها فهو مثل ذلك فى الاستحقاق بالشفعة لان التملك فيها تم بجهة المعاوضة واذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضا فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة فى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصى والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب فى قول أبي يوسف الاول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض اذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفى قوله الآخر كل من لا تجوز هبته بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الاول ان هذا تمليك مال بمال يعادله شرطا فيصح من الاب والوصى كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التمليك وتحقيقه أن حق الصبي فى المال لا فى اللفظ وتصرف الاب والوصى مقيد شرعا بالاحسن والاصلح لليتيم وذلك فى أن يتوفر عليه المالية لا فى لفظ المعاوضة ألا تري أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فاذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما فى البيع بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه مالم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصى بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة فى غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل فى ذمة مفلسه لا يدرى أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب و لوصي ولاية التبرع فى مال اليتيم فباشتراط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلا أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد عقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل فى غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك فى مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فكذلك اذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

باب الخيار فى الشفعة

(قال رحمه الله واذا كان المشترى شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبى يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشترى فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبى حنيفة المشترى ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باتا في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشترى حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشترى يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشترى صار أحق بالتصرف فيها فباعتباره يتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم فى قول أبى يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبى حنيفة لان البيع قد تم فى جانب البائع وصار المشترى أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشترى ولو كان المشترى بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفى البيع الفاسد حق البائع فى الاسترداد ثابت ومالم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشترى خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقرره وكذلك عندهما بعد مضى الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع فى الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشترى لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولي فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشترى لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فاقدام البائع على ما يقرر ملكه فى مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشترى من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة له كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخى يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبى حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لا يملك المبيع فى مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر والمستعير فكيف تثبت للمشترى الشفعة فى هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخى فانه لو لم يكن الملك معتبرا فى استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكنا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فللتحرز عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما تملكها الآن فلا يصير بها جارا للدار الأخري من وقت العقد إلا أن يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشترى لان أخذ الشفيع من يده لا ينفى ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين

به انعدام السبب فى حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة واذا اشترى دارا بعبد واشترط الخيار ثلاثا لمشترى الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشترى البيع وأبطل خياره سلم العبد للبائع فان أبى أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذى أخذها من الشفيع الى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا من المشترى للبيع واسقاطا لخياره فى العبد بخلاف ما اذا باعها المشترى فذلك اختيار منه لان البيع تصرف ببينته واختياره فيكون دليل الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشترى ألا ترى انه كان له حق الأخذ من البائع فلا يكون ذلك اختيارا من المشتري وهذا بخلاف مالو حدث بها عيب عنده أوعرفت لان تعذر الرد عليه فى هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقا على قبضه فلهذا لايجعل ذلك اختيارا منه ويبقي هو فى العبد علي خياه فاذا فسخ العقد فى العبد يجعل هذا بمنزلة مالو انفسخ العقد فيه بالهلاك فى يده قبل القبض فعليه أن يدفع الى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لانها هى التى سلمت له بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لوكانت فى يده ولو كانت الدار في يد البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبدويسلم العبد للمشترى لانتقاض البيع بينهما حين أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار فى يد المشترى فهلك العبد فى يد البائع انتقض البيع ورد المشترى الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض فى يد مشترى الدار ولو كان الخيار لبائع الدارفيها أوفي العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتي يوجب البيع لان أحد المتعاقدين اذا شرط الخيار لنفسه فى أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار فى العوض الآخر وان كان الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبى حنيفة ولا شفعة فى ذلك الا أن يسقط خياره قبل مضى ثلاثة أيام وعند أبى يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لاتجب الشفعة حتى يسقط خياره أويسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب

باب مالا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا فى النكاح ان المهور لاتستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لا يتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذى يملك به الجار الحادث وأخذه لايكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لاشفعة في المجعول بدلا فى الخلع والصلح فى القصاص فى نفس أو عضو لان الشفيع لايتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولايمكن اقامته مقام المتملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لايستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لان الشفعة ليست بمال فى الحقيقة وانما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا فى كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها ألفا وذكرنا ان عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة فى حصة الالف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لاتجب الشفعة فى شئ لان البيع هنا بيع للنكاح (واذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو الاصل لايوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره مهرا أو صالحها على أن يجعلها مهرا لها أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى فى العقد وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففى لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها علي الدار أو مما وجب لها من المهر علي الدار فللشفيع فيها الشفعة لان فى لفظهما مايدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذى استوجب عليه والذى استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضى لها مهرا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاها الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالمتعة وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شئ من الدار على الزوج وانما لزمها من الدار مافرض القاضي مهرا لها يحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفى المسمى فى العقد يعطيه نصف المسمى واذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة فى الدار في قول أبي حنيفة لان الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك مايتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزء بالف درهم لان الدار

تقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمة الدية ألا ترى انه اذا تعذر استيفياء القود يجب المصير الى الدية والدية عشرة آلاف فاذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التي فيها القود وان صالحه من موضحتين احداهما عمد والاخري خطأ على دار فلا شفعة فيها فى قول أبى حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يأخذ الشفيع نصفها بخمسمائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد القود فاذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يعارض النفس ألا ترى أن موجب موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلي عواقله واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لا تجب فى البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل أوقياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفى المال ربح فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار أن البيع كان له فلا تجب الشفعة فى البيع أيضا وان صالح من كفاله بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ماليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل فى قصاص واحد أو مال ففى حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذى يطالب به فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين علي ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذى صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله أجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض فى الصلح الفاسد كما لا شفعة فى البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهى صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدإ وللاب ولاية البيع فى دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة فى البيع الفاسد ان قبضها المشترى أولم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه فى استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار الى جنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع فى الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لما كقيام حق المرتهن فى الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفعته فى تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولاشفعة للبائع فيها لانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التى يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فانه لايستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشترى منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار واذا اشترى دارا شراءا فاسدا وقبضها وبناها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشترى فيرد الدار علي البائع لانه بنى فى بقعة غيره أحق بتملكها منه فينقض بناءه للرد علي صاحب الحق كالمشترى اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء يبع لحق الثابت في الاصل بصفة التأكيد لايبطل بمعنى فى البيع ثم حق البائع فى الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا تري أنه لايبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له وعليه شرعا ثم بناء المشترى فى ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى أرأيت لوهدم المشترى بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لاوجه لمنعه فالمشترى اذا وجد بها عيبا بعد مارفع بناءه كان له أن يردها بالعيب فلأن يردها بفساد البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب فى الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى فى البيع كما يسقط بحدوث الزيادة المتصلة وبموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى فى ملك نفسه بتسليط من له الحق فلاينقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف أن الحق فى الاسترداد للبائع فهو الذى سلط المشترى على هذا البناء بايجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع بقى معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشترى من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع فى الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشترى على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشترى لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذا عرفنا هذا فقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع فى الاسترداد وعند أبى حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع فى الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشترى لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبى حنيفة فيقولان لا قرار لهذا البناء بالاتفاق لرفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار فى حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع فى الاسترداد ولكن لا قرار له فى حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشترى فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشترى بيعا صحيحا فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثانى بالثمن المسمى وان شاء أبطل البيع الثانى وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ له فيأخذ بأى السببين شاء وهما فرقا بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشترى هنا حصل فى غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه فى البيع لان البناء بيع للأصل وفى هذا القول اشكال فالشفيع اذا نقض البيع الثانى فقد صار ذلك كان لم يكن وقيل البيع الثانى يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثانى من الاصل ولكنا الجواب عنه أن البيع الثانى من الاصل الثانى صحيح مزيل لملك المشترى وانما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه فى الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراءا فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول فى ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الي المشترى بطلت شفعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشترى لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصرانى فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم فى حق المسلم منهما وفى البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير فى حقهم مال متقوم كالبعير

والشاة فى حق المسلمين فان كان شفيعها نصرانى أخذها بمثل الخمر المشترى بها أو بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فيأخذها الشفيع بمثل مايملك به المشترى صورة ومعنى وفى الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر قصدا فمليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر النصرانى عند الاستهلاك مضمون على النصرانى بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك فى حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف فى ذلك فالقول قول المشترى بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراءا فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها في قياس قول أبى حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشترى لحق البائع عنده فكذلك لاتقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع فى الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر مانقص الارض من عمل المشترى لانه فى معنى المتلف لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشترى حصة من الثمن فى حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبى يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها فله القيمة فى قياس قول أبى حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كما لو بنى فيها المشترى بناء آخر وذكر هلال فى كتاب الوقف أن حق البائع فى القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق فى العبد الذى اشتراه شراءا فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري فى عين مايملكه بالعقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع فى الاسترداد فاذا تصرف فيه بابطال الملك أولى فان باع نصفها بيعا صحيحا يرد النصف الثانى على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه وبين أن يأخذه بالبيع الثانى بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذه بالثمن الآخر يصدق المشترى بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يغرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خبيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

باب الشفعة فى المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجز وقد بينا أن الشفيع يتقدم على المشترى شرعا فى ثبوت الملك له بالسبب الذى يملك به المشترى وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالفين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لوارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لوارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت فى حق المشترى فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر فى كتاب الوصايا أن على قولهما له أن يأخذها بقيمتها ان شاء والاصح ماذكرنا هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشترى للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها فى قول أبي حنيفة وفى قولهما للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز فى قولهما لانه ليس فى تصرفه ابطال حق الورثة عن شئ مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي فى جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشئ فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع فى هذه الحال من الوصية بشئ من ماله ثم لم يجعل بيعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك فى حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أراد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إيثار البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد ايثاره بالعين وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفى الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للمغاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلهذا يمتنع بيعه منه بمثل قيمته وبا كثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس فى البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شئ من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقراره باستيفاء الدين منه صحيح فى حق الورثة وشئ من ذلك لايصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم فى ديونهم لا فى عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن فى البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شئ مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف مانحن فيه والدليل علي الفرق أنه لو كان باع عينا فى صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه فى مرضه صح اقراره فى حق الغرماء وبمثله لو باعه من داربه لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه فى حق سائر الورثة والفرق ماذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبى حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبى حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان للابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر فى موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية فى تصرفه وفى البيع بالمحاباة وصية ألا تري أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة فى البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبى يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشترى شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ماذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته اذا طلب الموصي له وان الموصى له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوى ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة لان بيعه من الوارث لايجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشترى في تملكها بالسبب الذى باشره المشترى اذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشترى دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشيء من ماله لايجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به قلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لاتبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشترى شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمى من الثمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشترى فكانه أوجب الوصية بالمحاباة للمشترى ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمته كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة مالو سلم أحد الشفيعين شفعته وان باعها بالف درهم وهي تساوى ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشترى ان شئت فخذها بثلثي الالفين وان شئت فدع لانه حاباه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الألفين الا أنه يتخير في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلثي الالفين وأى ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشترى وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشترى يعمل فى ابطال حقه لا فى ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخا البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلثى الالفين لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالفين الى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالاجل باطل لان المحاباة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل فى شئ ولكن يتخير المشترى بين أن يفسخ البيع أو يؤدى الألفين حالة ليصل الى الورثة كمال حقهم وأى ذلك فعل فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشترى فى حكم هذا البيع كما فى الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالأجل فى الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشترى لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشترى ان شئت فعجل ألفين وان شئت فدع فى قول أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثى قيمتها ويكون الباقى عليه الى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسئلة فى كتاب العتاق وذكرنا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يتملكه أصلا كما فى الصداق وبدل الصلح عن القصاص وعند أبى يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعلق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الأجل ولهذا لو رجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الابراء فعلى ذلك الأصل تنبنى هذه المسئلة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع فى هذه المسئلة بعينها وأما الشفيع فالاجل لا يثبت فى حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتي يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح يبيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت فى حق الشفيع فهو مثله فى حق المريض واذا باع المريض دارا أو حابى فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفعته به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

باب تسليم الشفعة

(قال رحمه الله واذا سلم الشفيع الشفعة بعد وقوع البيع والمشترى حاضر أوغائب فتسليمه جائز) لانه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه على نفسه ولايتعدى تصرفه الى محل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشترى بالدار لانه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءا وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته الى ذلك بعد سقوط حقه فى الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشترى للشفيع أنفقت عليها كذا فى بنائها وإنى أوليكها بذلك وبالثمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم فى موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولنى بذلك واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبى حنيفة يصح ذلك منه فى مجلس القضاء ولا يصح فى غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولا لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح فى مجلس القضاء ومحمد يقول فى اقراره على الموكل بالتسليم بقول أبى حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة فى مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا فى كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبى يوسف الآخر فيما اذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسئلة فى كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله فى القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وأبى يوسف وفى الاستحسان يجوز اقراره فى مجلس القاضى وهو قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف الآخر اقراره صحيح في غير مجلس القاضى وفي مجلس القاضى كاقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فاذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما اذا سلم بنفسه فمن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمه الا أن الوكيل قائم مقام الموكل فى الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضى فيصح تسليمه فى مجلس القاضى عند أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم فى مجلس القاضى وغير مجلس القاضى وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلا لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

وأصل هذه المسئلة فى الاب والوصى اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عنـد أبى حنيفة وأبى يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهماقاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضـد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسـقاط كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهمامقيدبالنظر وليس فى اسقاط حق الصبي معنى النظر لهولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعالدفع الضرفيهما بالاسـقاط كانهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصي كما يجوز منهما الشراء على الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصـغير فرده الاب والوصي صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخـذ يتملك العـين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن فى تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعدله فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الابراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها على الصـغير وفي التسليم لا تتوجه عليه العهدة واذا ثبت هـذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطلب بمنزلة التسليم فاذا سكت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف بمنزلة تسليمها وفى قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشترى مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبى شـفيعها فليس للصبى اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسـكوته يكون مبطلا شـفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخـذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عنـدهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالـكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتعاوضين شفعة صاحبه فى دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاوضان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما فى ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجعل أخذ أحدهما فى الحكم كاحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما فى الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجنب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح فى حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب فى بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه فى ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهى من المضاربة وفى يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل فى مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الأخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب فى بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو فى ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته فى الربح وهو فى الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون فى ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ففى مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت للبائع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالو اشتراها

واذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيما يأخذان بالشفعة كشخص واحد واذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز ان كان عليه دين أولم يكن عليه دين لان هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بعوض يعد له فان الثمن يبقى كسبا له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان العبد لو أخذها تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من الموكل وان كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد فى الاخذ عامل لغرمائه للمولى والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب ألا ترى أنه بعد الاخذ لو باعها المولى جاز بيعه اذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه اذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب شفعته جائز لانه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من صنيع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعته جائز أيضا وذكر فى بعض نسخ الاصل اذا مات أو قتل علي ردته أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا لا معنى له لان الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه فى الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا أن يكون . وضوع هذا فيما اذا كان اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة بمنزلة بيعه واذا اشتري دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع فى ذلك لان الرد بخيار الرؤية فسخ من الاصل ولهذا ينفرد به الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته فى الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه أخذه اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشترى وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك اذا أخذ دارا بالشفعة بيعت بجنبها واذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف درهم فبيعت دار الى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان كل واحدة منهما مشغولة برأس المال والمضارب شريك فى الربح ولا ربح فى واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لاتقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت فى المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبدين لم ينفذ عتق المضارب فى واحد منهما ولو كان فى احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط. لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ لدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعته بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج اليه منها فيكون على شفعته فيها واذا شهد شاهدان علي تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلاف الشاهدين فى المكان والزمان لايوجب اختلافا بينهما فى المشهود به واذا سلم الشفعة فى منزل وهو شريك فى الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيهما وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حق الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه فقيما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم فى جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشترى أن البيع كان يلجئة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا تري انه لوفسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فاذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى واذا سلم الشفيع الشفعة فى هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشترى أنها كانت بيعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أوفي الهبة بشرط العوض انه كان بيعا وان سلمها فى هبة بغير عوض ثم تصادقا أنها كانت بشرط عوض أو كانت بيعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولكنه ترك الطلب أوسلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فاذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حقه فى الشفعة واذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل الوجوب فالهبة بشرط العوض انما تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم وتقابضوا فذلك باطل فى قول أبي حنيفة جائز فى قولهما لان الشيوع فى الهبة بشرط العوض كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض فى كتاب الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلما اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيوع فى الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوع فى الالف حين قبض كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز فى قول أبي حنيفة لان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ إحديهما دون الاخرى فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال زفر له أن يأخذ أحديهما دون الاخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة فى مصر واحد أو مصرين فى ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ فى كل واحدة منهما وليس فى أخذ احديهما ضرر على المشتري لان احديهما تنفصل عن الاخرى فهو كما لو كان العقد فى كل واحدة منهما صفقة علي حدة ولكنا نقول المشترى ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ احديهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشترى في حق البائع تفريق الصفقة بقبول العقد فى احديهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك فى حق المشترى بخلاف ما اذا كان العقد فى صفقتين وهذا لان الانسان قد يشترى دارين ورغبته ومنفعته فى احديهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشترى باختيار الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشترى فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر فى الكتاب أنه اذا كان شفيعا لاحديهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول فى هذه المسئلة له ان يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له فى احديهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة على المشترى فيثبت حقه فى الاخري حكما لدفع الضرر عن المشترى ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له فى احديهما بدون السبب وفى الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشتري عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكمى وهو أنه لم يتمكن من احديهما لانعدام السبب فى احديهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب

باب شفعة أهل البغى

(قال رحمه الله الباغى والعادل فى استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البغى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة فى دار الاسلام وأنهم فى ذلك كالمسلمين فاهل البغى فى ذلك أولى الا أن العادل فى عسكر أهل العدل والباغى فى عسكر أهل البغى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطلحوا فهو على شفعته اذا علم واذا كان الشفيع فى غير المصر الذى فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذى فيه البائع والمشترى فهو على شفعته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له فى ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ فى الموضع الذى فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذى فيه البائع والمشترى فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذى فيه الدار فهو على شفعته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشترى أو البائع ان كانت الدار فى يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتى أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الابعد بطلت شفعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالبيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا فى مصر واحد فان ترك الاقرب وأتى الابعد فاشهد عنده ففى القياس كذلك تبطل شفعته لان القليل من الاعراض والكثير فى الحكم سواء وفى الاستحسان لا تبطل شفعته لان المصر فى حكم مكان واحد ولهذا لو شرط فى السلم التسليم فى المصر يكفى واذا اتخذ المكان حكما فلا معتبر بالاقرب والابعد فى ذلك واذا اشترى رجل من أهل البغى دارا من

رجل في عسكره والشفيع فى عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل فى عسكر البغي فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلا فلا شفعة له لانه كان متمكنا من أن يبعث وكيلا فان كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفعة لانه ماترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا فى غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيلا يأخذ الشفعة أبطلت شفعته أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة كنت أجعله على شفعته وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه فى هذا كله تبطل شفعته بالاعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى الشفعة

(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج الى التوكيل فى ذلك لقلة هدايته فى الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البينة على الوكالة الا وخصمه معه) لانه يقيم البينة ليقضى له بالوكالة ولا يقضي ببينة قامت لا على خصم حاضر واذا أقر المشتري بشراء الدار وهى فى يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بينة انه اشتراها من صاحبها اذا كان صاحبها غائبا لان القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فان من فى يده عين اذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه باقراره والوكيل الذى حضر ليس بخصم عن صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبينة لا يجوز الا بمحضر من الخصم حتى اذا أجرت الدار فانكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يحلف بالله ماباعه الا أن تقوم عليه بينة بمحضر منه وهذه البينة مقبولة من الشفيع والمشترى جميعا لان المشتري يثبت عقده بالبينة والشفيع يثبت حقه فى الشفعة واذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لى فانه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الامر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتي يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدها) ما بينا (والثانى) وكيل صاحب الدين اذا طالب المديون بايفاء الدين وقال المديون أريد يمين الموكل ما أبرأنى فانه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشترى اذا أراد الرد بالعيب فقال البائع أريد يمين الموكل مارضي بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشترى فيحلف فابو يوسف يجعل مسئلة الشفعة نظير مسئلة العيب لان فى فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفى ظاهر الرواية سوي بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشترى فى المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هنالك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشترى باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لا يعود العقد وفى مسئلة قضاء الدين لو أمر المديون بقضاء الدين لا يتضرر بذلك ضررا ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه من استحلاف الطالب ومتى نكل رد عليه المال وكذلك في مسئلة الشفعة فالمشترى لا يتضرر بالقضاء بالشفعة من حيث ابطال حقه فى اليمين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار فلهذا لا يتأخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضي القاضى للوكيل بالشفعة فأبى المشترى أن يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضى له بالشفعة وان كان المشترى ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك نظرا له واذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضى المقضى له سجلا اذا التمس ذلك ليكون حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا أقر المشترى بالشراء وقال ليس لفلان فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذى وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار لانه لا يتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان يقيم البينة على أن الدار التى الي جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فاذا أقام البينة أن الدار التى الى جنب الدار المبيعة فى يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البينة فالايدى تتنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك اذا أثبت اليد بالبينة وأصل هذه المسئلة ان المشترى أنكر كون الدار التى فى يد الشفيع ملكا له ففى ظاهر الرواية لا يقضي القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبى يوسف أن القول قول الشفيع فى ذلك فيقضي له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي بالملك لذى اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة واذا كان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلأن يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه ليدفع بها استحقاق المدعى وحجة فى حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذى اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما فى يد الغير والظاهر لا يكفى لذلك فلا بد من أن يثبت الملك بالبينة وهو نظير مالو طعن المشهود عليه فى الشاهد أنه عبد يحتاج الى اقامة البينة على الحرية لان ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام واذا وجد قتيل فى دار انسان فانكر على عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالبينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل فى ذلك شهادة ابنى الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابنى الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لانهم متهمون فى ذلك فانهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا لا تقبل فى ذلك شهادة الفريقين وان أقام البينة أن لفلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك فى الدار أو فى بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشترى حلف الوكيل مايعلم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة فى الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف فى دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان علي الوكيل أنه سلم عند غير القاضى ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبى حنيفة لا فى مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو ما لو وجد فى غير مجلس القاضى فى الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح فى غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح اذا وجد فى مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضى به ولو أقر هذا الوكيل فى مجلس هذا القاضى أنه سلم

عندفلان القاضي ثم عزل أوانه سلم عندغير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فان كان من أقر بشيء يملك إنشاءه يجعل كالمنشيء لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسئلة الرجوع لا مسئلة تسليم الشفعة فقد بينا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل واذ شهدا بنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادة ابنى الموكل على الوكالة ولا شهادة ابنى الوكيل لان ابنى الوكيل يثبتان صدق أبيهما فى دعوى الوكالة ويثبتان له حق الاخذ بالشفعة وابنى الموكل ينصبان نائبا عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة فى دار أن يخاصم فى غيرها لان الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا تقييد الوكالة بالدار التى عينها وهو يثبت الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الانسان بكون الغير نائبا عنه فى بعض الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة فى كل شفعة تكون له كان ذلك جائزا لانه عمم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخاصم فى كل شفعة تحدث له كما يخاصم فى كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض غلاته ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة الا فى تثبيت الوكيل الحق الذى يطلب به الشفعة لانه لا يتوكل الى الخصومة بالشفعة الا بذلك فتتعدي الوكالة اليه ضرورة واذا وكل رجل رجلا يأخذ له دارا بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في الشراء فلأن لا يشترط ذلك فى التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بشرط فى الاخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع انما يأخذ بالثمن الذى يملك المشترى الدار به فالتوكيل بالاخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثر يوضحه أن الوكيل بالشراء اذا اشترى بأكثر من قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بغلاء الثمن أراد أن يلزم الآمر وهذا المعنى لا يوجد فى حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فاظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلما لشفعته فاذا طلبها لغيره أولي ولما كان اظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشترى حاضرا أو غير حاضر فان أمر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فان كان المشترى سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهى للآمر لانه ظهر أنه كان مسلما شفعته ولكن تسليم المشترى اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا فكأنه اشتراها الآمر بعد ماسلم الشفعة وان كان القاضى قضى بها فانها ترد على المشترى الاول لانه لما ظهر أنه كان مسلما شفعته تبين أن القاضي قضي على المشترى الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه واذا كان للدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند القاضى كتسليم الموكل وبعد ما سقط حق احدهما بقى حق الآخر فى جميع الدار فاذا أخذها الوكيل له جاز وان قال عند القاضى قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال انما أطلب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولايهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لاتمنع الصحة ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالاخذ تثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلهذا لابد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ واذا وكل الشفيع المشترى بالاخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا فى ذلك لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لايكون وكيلا عن غيره فى الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع بالاخذ بالشفعة جاز ذلك فى القياس لان البائع بتسليم الدار الى المشترى قد خرج من هذه الخصومة والتحق باجنبي آخر وفى الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شئ لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل فى بعض ماقد تم به وهو البيع واذا وكل الذمى المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لاتكون حجة على المسلم وان كان الذمى هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ماصنع الوكيل قبلت شهادتهما وأبطلت الشفعة لان الوكيل لو أقر بذلك جاز اقراره فان الموكل أجاز صنعه على العموم مطلقا فكذلك اذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لان شهادتهم على الذمى فى اثبات كلامه حجة واذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدعى يدعي فى الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لان الوكالة قد انتهت بالاخذ بالشفعة فبقيت الدار فى يده أمانة والامين لا يكون خصما للمدعى

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردها به ولا ينظر فى ذلك الى غيبة الذى وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع فى يد الوكيل بالشراء فهو فى حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذه فان كان الشراء وقع بذلك أو باقل فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذى وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فاذا كان الثمن أكثر مما سمى فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع فى الأخذ اذا كان المشترى إنسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشترى غيره فلهذا اعتبرنا تقييده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذى لم يولد بعد فهم فى الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباعتبار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أوشركة واذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركتهم فى الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لا كثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لوكان بعض الشركاء فى الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته فى ذلك وان اشترى دارا بجارية وتقابضا ثم ولدت الجارية لاقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة فى ابطال ما يحتمل النقض والقضاء بالشفعة يحتمل النقض كنفس البيع ثم بدعوي النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا فى الاستحقاق نظيره فكذلك اذا أثبت الولد لامته واذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفى العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضى كل غلة له أو بيتمها دخل فيه مايحدث وكذلك لو وكله بالخصومة فى كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يرد على هذا ففى القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل فى ذلك وفى الاستحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا أطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضى الدين شك بلا بينة وان قال تقاضى دينى أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه أو أجيره الذى هو في عياله بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالمودع فى الوديعة واذا وكله بتقاضى دين له على رجل بعينه وسمي له ماعليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمى له وهو تقييد مقيد فقد يأتمن الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لايستطيع رده لانه ممتثل أمره فانه لايتمكن من الاخذ بعد مااحترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله فى الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم فى هذا اذلا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشتراه باكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة فى حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينقد الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلاحدهما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضى لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضى كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء واذا سلم أحدهما الشفعة عند القاضى جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ماصنع بمنزلة مالو وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكيلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثانى أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يجز صنع الوكيل الثانى وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ماصنع الوكيل الثانى على الامر لان ذلك وراء اجازة ماصنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان فى حق الغير لايسوى غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثانى كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشترى من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفعته وهذا لان التأخير انما جعله محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشترى وينعدم ذلك عند التماس المشترى بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكيلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشترى من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

باب شفعة أهل الكفر

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشترى صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهى مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فيأخذها بقيمته وان اشتراها بميتة أو دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال متقوم فى حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء فى الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم فى ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذمى الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذمى نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عين تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام سبب لتأكد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدى الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد فالاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد علي الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذها بمثل تلك الخمر لان من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين واذا كان اسلام أحد المتعاقدين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لان حكم العقد في الخمر ينتهي بالقبض والاسلام لا يمنع قبض الدار فاذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو بيت نار ثم حضر الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من نقض ما المشتري وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثاني كما لو كان المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالخمر ذميا فاسلم وارثه بعد موته كان للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه واذا اشترى الذمي من الذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فنقول ان كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلما معا بقي النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخل فقط لان بالاستحقاق ينتقض العقد من الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمرا فتخللت فانه يأخذ الخل ولا شيء له غيره فاما في النصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لبعض الملك عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على أحد وهذا اذا كانت الخمر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخل لان العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمرا في الذمة فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

اذا كان البائع هو الذى أسلم دون المشترى أو أسلم البائع أولا ثم المشترى فكذلك الجواب عند أبي يوسف فاما على مارواه زفر وعافيه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فيقول فى النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع فى هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض فى يده حين تخللت فان شاء رضي بالتغير ويأخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمه الخمر وفى النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد وكانت الخمر بعينها تخيير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير فى ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتناوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل ففى المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر علي مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخريج الذى بينا واذا باع الذمى كنيسة أو بيعة أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها لجوازه فى دارهم بخلاف المساجد فى حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى يجعلها معدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك فى حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء فى ملك الغير ولا شئ له من ملك ذلك الموضع والشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لاتصار ملكه بالدار المبيعة والشريك فى حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام فى استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع فى حائط من حيطان الدار أو الهوادى بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادى على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك فى أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته فى نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته فى حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمى وتغلبي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

المسلم العشر فى حصته ويضاعف على الثعلبي العشر ويؤخذ من الذمى الخراج فى حصته عند أبى حنيفة بمنزلة مالو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على مابينا على ما تقدم بيانه فى كتاب الزكاة أن الذمى اذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبى حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفيعها سلما فاخذها بالشفعة فهى عشرية كما كانت فاما اذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفى الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى اذا وجد بها عيباليس له أن يردها وفى غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردها بالعيب لان الخراج فى الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يده كما انقطع المشترى اذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما فى هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي فى دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي فى ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ماذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالملك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جذعا منكسرا أو نخلة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردها كان الشفيع على شفعته لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد ينفسخ بأخذ الشفيع وهو ما اذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف اذا اشترى الذمى أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشترى سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول أبى حنيفة فى الخراج فان صفة الخراج فى الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبى حنيفة بخلاف ماذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا فى معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا فى معنى بيع بشرط الخيار للمشترى فتجب الشفعة فيه

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد مالحق بدار الحرب وبعدقسمة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائزوللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب واذااشترى المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل فى ردته أو مات أولحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كموته والشفعة لاتورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لهاالشفعة فلحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كموتها من حيث أنه لاتستحق نفسها بالحاق حتى يسترق وان كانت لاتقبل وان كانت المرتدة بائعة للدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أوماتت وان كان الشفيع مرتدا أومرتدة فسلم الشفعة جاز أما فى المرتدة فظاهر ولا المرتد لافائدة فى توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته مايكون فى توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذالدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار علي الردة إلا أن يقضى له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شئ من الاوقات ثم القضاء بالشفعةلدفع الضرر عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضى بدفع الضرر عنه مالم يسلم فان أبطل القاضي شفعته ثم أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضى صحيح على وجه الاضرار به وحر مانه الرفق الشرعى فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي حتي ينظر ثم أسلم فهو على شفعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى أن أسلم فلا شفعة له لتركه طلب المواثبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتددارا من مسلم أوذمى بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام

فهو في التصرف فى الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر فى الخمر باعتبار البناء على اعتقاده والمرتد غير مقر على مااعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربى المستأمن فى وجوب الشفعة له وعليه فى دار الاسلام سواء بمنزلة الذمى لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه فى دارنا فيكون بمنزلة الذمى فى ذلك فان اشترى المستأمن من دار الحرب أولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشترى لايبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والامين لا يكون خصما لمن يدعى حقا في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبتها واذا اشتري المسلم فى دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم الاسلام لايجرى فى دار الحرب ولان المشترى مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم فى دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم في دار الاسلام دارا وشفيعها حربى مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفعته لان لحوقه بدار الحرب كموته لمن هو من أهل دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت وبموته تبطل شفعته علم بالشراء أولم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق المتأكدة ماهو أقوي من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشترى مستول على الدار ولو استولى على ملك الحربى بطل به ملكه فلأن يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربى المستأمن دارا وشفيعها حربى مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب كموته فيما هو فى دار الاسلام وان كان المشترى مع الشفيع فى دار الحرب فان كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفعته اذا علم لان المسلم والذمى من أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفعته اذا لم يكن عالما بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد ما تمكن منه لا لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على شفعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل فان كان المشترى أخره مدة معلومة فهو على شفعته عندهم جميعا لان عند محمد بمضى شهر انما تبطل شفعته لدفع الضرر عن المشترى فاذا كان هو الذى أخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حربيا مستأمنا فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمنا من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة فى الصلح

(قال رحمه الله واذا ادعى الرجل فى دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار على صلح على أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح على اقرار فلهم الشفعة فى ذلك لان المعطى فى المال متملك فى نصيب المدعى بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح على الانكار فلا شفعة فيه لان فى زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يتملك عليه شيئا من الدار بهذا الصلح وفيما فى يده ينبنى الحكم على زعمه وهو بالاقدام على الصلح لا يصير مقرا بثبوت الملك للمدعى في المدعى ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة على دعوى الذى صالحه فان أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعى ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعى متمكنا من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه على سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع فى ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة فبلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا واذا ادعى حقا فى دار فصالحه منه على دار فللشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه فى الدار الأخري بالصلح والصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فى حقه فللشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه فى الدار الاخرى والقول فيه قول المصالح الذى أخذ الدار بمنزلة ماذا اختلف الشفيع والمشترى في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشترى ولو كان ادعي دينا أو وديعة أو خراجة خطأ فصالحه على دار أو حائط من دار فللشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء على زعم المدعى واذا صالح من سكنى دار أوصى له بها أو من خدمة عبد على بيت فلا شفعة

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ماوقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع فى الغلظ والدقة في مدة المنفعة لا تستحق بالاجارة فان استئجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لايجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه أرأيت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أكان يكون فيه الشفعة لا شفعة فى شئ من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه الى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء فى ملكه وذلك لا يستحق بعقد مقصود ولهذا لا يجوز استئجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفى الكتاب أشار الى حرف آخر قال ألا تري أن المسيل لايحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراده فانه لايسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغى فى القياس أن يأخذه بالشفعة ولكنا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف فى دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذع فى الحائط والهوادى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أو الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شئ فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ماوجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصادق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أو رهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان علي ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائع ففسخ البيع وجه قول زفر أنهما ينكران وجب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا أنكراه كان القول فى ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يملكان ابطاله فتصادقاهما يكون معتبرا فى حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا فى الذمة بخلاف الصلح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لا دين لم تقع المقاصة فبقى الثمن للبائع على المشترى والشفيع على شفعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصلح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وليس للملتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قيما له فى البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصى حينئذ فى طلب الشفعة لو كيل اليتيم وتسليمه وان اشترى الملتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء الملتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال الملتقط فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان الملتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على الملتقط فى الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلته بيت المال كما فى جنايته بيده وان لم يسقط حتي أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا فى هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل فى النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشتري الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشترى فقال المشترى أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول قول المشترى) لانكاره الشراء فى البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك فى البناء وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشترى اذا كان محتملا حتى اذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع فى شئ من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وان قال المشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففى القياس القول للمشترى اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال اشتريت الارض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك فى البناء وقال الشفيع اشتريتهما معا ففى القياس القول قول المشترى لانه ينكر ثبوت حق الشفيع فى البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لى البناء واشتريت الارض كان القول فى ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشترى أقر با لسبب المثبت لحق الشفيع فى الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه فى البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله فى ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع فى شئ من ذلك فاما فى الهبة هو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع فى المسائل الشفيع يدعى ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وان قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقاما جميعا البينة فعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة واثبات شئ بخلاف الظاهر وعند محمد البينة بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كأن الأمرين كانا اذ لا تنافى بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وان ادعى المشترى أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشترى لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

ما دعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له فى النصف دون النصف فان قال المشترى وهب لى
هذا البيت بطريقه الى باب لدار وباعنى مابقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت
الدار كلها بالف درهم فالقول قول المشترى فى البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه
ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشترى أقر بوجود السبب الموجب
لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة فى الطريق فلا يثبت ما
ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ماسوي البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول
قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان علي ابطال شفعة الشفيع فى سائر
الدار لان شركته فى الطريق سابقا على الشراء لايظهر بقولهما حق الشفيع الا أن تقوم البينة
على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من
الجار ولو ادعى الشفيع أن المشترى هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشترى فالقول قول
المشترى لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشترى منكر
لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت ببينته سقوط بعض الثمن عنه * رجل أقام البينة أنه اشترى
هذه الدار من فلان بالف درهم وأقام آخر البينة أنه اشتري منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم
منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وانما يحال بشرائه بحدوثه على
أقرب الاوقات مالم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى
له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقى من الدار لان شركته فى الطريق ثبتت قبل ثبوت
شراء الآخر فيما بقى من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت
بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما فى البيت وقضيت ببقية الدار للذى أقام
البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له فى بقية الدار ولا شفعة
لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الامرين ظهرا ولا يعرف تاريخ
بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازقتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما
منذ شهر بالف درهم وأقام آخر البينة انه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه
الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة فى الدار الأخرى لانه يثبت جواره سابقا
على بيع الدار الاخري ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما
لم يثبت تاريخ فى الشرائين يجعل كانهما وقعا معا وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض

الآخر لان القبض يصلح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقتة فالهبة مع القبض فى افادة الملك كالشراء واذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ولا طريق له فى الدار فلأصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت فى الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما الشفعة فى البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فلهم الشفعة لقيام شركتهم فى الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشترى فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها لانقطاع الشركة فى الطريق عند البيع الثانى واذا كان الدرب غير نافذ وفى أقصاه مسجد خطبة وباب المسجد فى الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر الي الطريق الأعظم فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ ألا تري ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب الي الطريق الاعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك اذا لم يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا فى ذلك الدرب ليصلوا فى المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الاعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الاعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التى في أقصاها الوادى المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الاعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ ألا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصر الطويق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا الى الطريق الاعظم وفي الموضعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان فى أقصى الدرب باب نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفناء الي دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب آخر منها الى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة لاهل الدرب الا بالجواز وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

فى الطريق لان الطريق الذى لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفى الأول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة فى الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلأهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم فى الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم فى الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا فى الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق فى الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشترى تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقى ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشترى فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشترى وحقه في النصف لان المشترى شفيع معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقى للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موضعا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما فى تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يتفرق نصيبه فى موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشترى الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثانى باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر فى التسليم فان سلمه للمشترى جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول فى المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقى من المشترى الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دارا لرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذى يلي دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقى من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

بالمبيع اتصال تأبيد فموضع الحائط من الارض داخل فى البيع واذا كان منزل لرجل فى دار الى جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفى الدار منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار فى درب غير نافذ وفى الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزله فالشريك في الحائط أحق بالشفعة فى جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك فى نفس المبيع لان حصة البائع من الحائط دخل فى البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفعة فى الحائط سوى ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته فى موضع معين وليس بشريك فى جميع المبيع فانما يترجح هو بالشركة فى ذلك الموضع خاصة ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق بالشفعة فى تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الرواية أن الشركة فى الحائط أظهر من الشركة فى الطريق واذا كان بالشركة فى الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المتفرقتين فان سلم هو الشفعة فالشركاء فى الطريق الذى في الدار أحق لشركة بينهم فى الدار لان نصيب البائع من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب فى صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون فى الطريق الذى قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص فى درب غير نافذ فان أسلموا فالجيران الملازقون للدار الى هذا المنزل فيه شركاء فى شفعة هذا المنزل والملاصق منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع لحصة البائع من صحن الدار داخل فى البيع فقيام الاتصال فى طريق واحد يكفى للجوار فلهذا أستووا فى استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة فى السكة التى ليس لها منفذ * باع رجل منهم دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم فى طريق خاص فى الطريق فان كان زقاقا فيه عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لاصحاب العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون أصحاب السكة وفى العطف المدور حقهم جميعا فى ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف بمنزلة سكة فى سكة ولو كانت سكة في سكة فبيعت دار في السكة الاقصى فأصحاب تلك السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان بيعت دار فى السكة الاولى كانت

الشفعة لاصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم فى طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق فى السكة الاقصى واذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لاقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعتها منه وسلمتها اليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرجه من الخصومة وهو التسليم ثم الايداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشترى الشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت فى يد البائع فهي مملوكة للمشترى فلا يأخذها الشفيع الا بمحضر منها* رجل ادعي أنه باع من هذه الارض خمسين جريبا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها الى القاضي فابطل شفعته لتركه الطلب ثم اختصم البائع والمشترى فى مقدار المبيع وقضي القاضى بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جريبا بالثمن الذى بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما فى أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان فى الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة واذا اشترى قوم أرضا فاقتسموها دورا وتركوا منها سكة ممشى لهم وهى سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء فى شفعتها للشركة الخاصة بينهم فى الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى فى الشفعة هنا سواء لان شركتهم فى الطريق من أول السكة الى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشيء من السكة فلهذا كانوا فى الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء فى الفناء وهو الطريق الذي فى السكة فيستوون فى استحقاق الشفعة قال فى الكتاب والشريك فى الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فمع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم فى استحقاق الشفعة * رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أبعد أو أقرب

ويدعى شفعته حين علم فلا شفعة له علم أو لم يعلم لانه أسقط حقه بعد الوجوب وجهله بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه لجهله بمقدار حقه أولى *رجل أقام البينة أنه اشتري من رجل كل حق هو له فى هذه الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم الا فى رواية عن أبي حنيفة قال مالم يعلما جميعا كم نصيب البائع لايجوز البيع لان البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشترى وفى ظاهر الرواية قال المشترى يتملك بالشراء فلابد من أن يعلم بمقدار ما يتملكه لانه يحتاج الى القبض فاذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع انما يتملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى ان عدم الرؤية من المشترى يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وان لم يعلم المشترى كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أو لم يعلم فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة جائز فى قول أبي يوسف والمشترى بالخيار اذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره فى بعض النسخ مع أبي يوسف وفى البعض مع أبي حنيفة *وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجوز البيع يوضحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر فى الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشترى اذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبى حنيفة أن هذه جهالة تفضى الى تمكن المنازعة بينهما أما فى الحال ان احتاج المشترى الى قبض المبيع أو فى ثانى الحال ان تقايلا البيع أورده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة فى المعقود عليه اذا كانت تفضى الى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع واذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وان كان المشترى قد رآها ويبرأ من عيوبها عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشترى لم يكن نائبا عن الشفيع فرؤيته ورضاه بالعيب لا تعتبر فى حق الشفيع واذا بنى الشفيع فى الدار ثم استحقت من مدة رجع الشفيع بالثمن على من كانت عهدته عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشترى اذا بنى ثم استحقت الدار ونقض بناؤه فانه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشترى مغرور فالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فاذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيع لم يصر مغرورا من جهة أحد لانه أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بايجاب البيع مسلط للمشترى على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشترى يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور وبمثله الجارية المأسورة اذا وقعت فى سهم رجل فاخذها مولاها بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل البينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطيء عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع فى سهمه بالقيمة التى أعطاها إياها ولا يرجع بالعقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصر مغرورا من جهته فقد كان من وقعت فى سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذى كانت وقعت فى سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شيء بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغنم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشركين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت فى سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى بمنزلة البيع المبتدإ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط﴾

﴿ويليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب القسمة ﴾

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى املاء القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة المواريث وغير ذلك والناس يتعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أي يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب علي القاضي اجابته الى ذلك وفى القسمة شيئان المعادلة فى المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهى تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة فى المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتي أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما نصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث بشير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة حصون الشق والنطاة والكتيبة والسلاليم والقموص والوطيخة الا أن الاموال والمزارع كانت فى ثلاثة حصون منها والشق والنطاة والكتيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى ان كنانة من أبى الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف فى المغازى فما افتتح منها كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع فى قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنصرة بالقاء الرعب فى قلوب أعدائه قال صلى الله عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم الى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى عليه وسلم تلك الحصة مع الخمس فى الشطر وقسم الشطر بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق والكلبي على ما ذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال الفا واربعمائة والخيل مائتى فرس وكان على كل مائة رجل فكان على رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة وكان القاسم فى النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلي الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث الي آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الاول ففى الحديث الاول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت علي ستة وثلاثين سهما وفى الحديث الآخر ذكر مقدار ما قسم بين الغانمين انه قسم علي ثمانية عشر سهما وفيه دليل علي أن للإمام في المغانم قسمين قسمة علي العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى علي الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء علي الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم لنفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم ابن عدى رضي الله عنه فقيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ما كان يساوى اسمه اسم في المزاحمة عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضى الله عنه أولا لان فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن العرافة مذمومة فى الجملة فيتحرز من ذلك فان فى الجهاد وقسمة الغنائم العرافة غير مذمومة (ألا ترى) انه

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد فى أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائه والخيل ربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال غارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أى بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وانه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل انه لا بأس باستعمال القرعة فى القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل ان استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله انه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وان كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روى عن عمر رضى الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضى المسلمين أجرا ولا الذى على الغنائم ولا الذى على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستئجار علي القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر علي القضاء وان شرط ولكن مراده الكفالة التى يأخذها القاضى من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام فى هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضى والذى على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجه كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضى فى الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث اذا كان له نصيب فى ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيي بن جزار ان عبد الله بن يحيي كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضى وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه الى اليمين فاتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابنى فاقرع بينهم وقضى بالغلام للذى خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوى فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدرى أما حكم الخمس فى الركاز فقد بيناه

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعى رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث فى المصير على القرعة فى دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وانه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أولم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وانما رجحه فى القضاء لترجيح فى حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذى خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لا لأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضى لصاحب الطيلسان وماذكر في آخره من انه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحى الحر لا يتقوم بالدية وان كان هذا الغلام مملوكا لهم أومن جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه فى التضمين وكذلك ما أشكل على السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فان الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان فى ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته فى الموضع الذى يجب كاحد الشركاء فى العبد اذا قبله الا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدوى فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف هذا الحديث فى استعمال القرعة فى النسب وعن إسماعيل بن ابراهيم قال خاصمت أخى الى الشعبي فى دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه خط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وان أبى ذلك بعضهم لان الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وانما يبنى القاضى قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لان الطالب هنا متعنة فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الارض قسمتها بينكم على وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة فى دار الذى يأبى القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدا الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كمفحص قطاه بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كمفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله أجرة القسام اذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الانصباء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله على مقدار الانصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضى وغيره وهو رواية عن أبى

حنيفة رحمه الله وجه قولهم أن هـذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم على وجه النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصود بها بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء علي قدر الملك يعنى الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك ولابي حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الأجر عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصباء وبيان الوصف أن القسام لايستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي علي الحدود فانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لايستوجب الاجر بالقسمة وهى تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم فى ذلك فكما يميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله فى نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق اذا استوت الانصباء وانما يدق عند تفاوت الانصباء وتزداد دقته بقلة بعض الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لايعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما فى ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة الكبير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لان ذلك لكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشايخنا هو علي الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح أن أبا حنيفة رضى الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا انما لا يستوجب الأجر بعمله فى الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له وقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضى فى ذلك نائب عن رسول الله صلي الله عليه وسلم والقسمة

ليست من ذلك في شيء ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هذا الوجه القسام نائب عن القاضي فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضاء في شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضي في ذلك وقد قررنا هذا في أدب القاضي وكذلك ماذكر بعده من حديث شريح رحمه الله ومالي لا أرتزق استوفي منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسي في المجلس وأعدل بينهم في القضاء فقد بينا ان شريحا رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده علي رضي الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده اني فرغت نفسي عن أشغالي لعمل المسلمين فآخذ كفايتي من مال المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعاملين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمل الفقراء استحقوا الكفاية في مال الفقراء وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة رضي الله عنها فاصابتني القرعة في السفرة التي أصابني فيها ما أصابني تريد به حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها في القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن فاستعمال القرعة في مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع رحمهم الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وانما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعمل القرعة في القسمة بين الشركاء قاسم القاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هذا في معنى الاستقسام بالازلام الذي كان يعتاده أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكنا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ثم هذا ليس في معنى القمار فني القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب الى مالا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت الى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وان كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك الا اذا خرجت السهام كلها الا واحدا لان التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قول المشترى فاما اذا خرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج أو لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة * دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لانه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وان قتسموا الارض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكل وكذلك اذا قضي القاضي به لان المعادلة في الارض باعتبار المساحة تتيسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل واذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وان كان البناء حين اقتسموا الارض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لان البناء والارض تتناولهما قسمة واحدة واذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الارض أيضا كما هو الاصل في العقد

الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد فى الكل ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما فى طريق القسمة فاعتبروا فى الارض المعادلة فى المساحة وفى البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفى ذلك تصح القسمة فى احديهما قبل ظهور المساحة فى الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة فى الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثانى) أن حكم القسمة فى الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمه فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة فى الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراضى منهم لم يمنعهم القاضى من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقى فى أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا فى ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضى أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضى لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن فى يده شيء فقوله مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه فى ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمها القاضى بطلبهم وأشهدوا أنه قضي بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعى لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت فى أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك فى العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان فى أيديهم دار فاقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضى قسمتها أجابهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك فى الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم فى الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جاز له أن يعتمد القسمة

على قولهم فكذلك فى الشراء وكذلك فى الميراث ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم فى أن قضاء القاضى هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان حقه يثبت فى الزوائد التي تحدث حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت يقطع حقه (والثانى) ان القاضى يثبت له الولاية على الميت فى تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت فهم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك أمر وراء ما في أيديهم فلا يكون قولهم فى ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضى فى حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك فى القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشي عليها التوى والتلف وفى القسمة تحصين وحفظا لها فاما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففى القسمة قضاء على الميت يقطع حقه عنها (والثانى) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض فى حق غيرهم ففى جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد فى العقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم فاما في الشراء فقد روي عن أبى حنيفة رحمه الله فى غير الاصول أن القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمه فى المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب بالتصرف فى أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لابى حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما فى أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة فى شئ

من ذلك فلا يشتغل القاضي بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة فى العروض تجرى بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما فى العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسئلة الشراء برواية النوادر لانه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه ولئن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك ثابتا فى حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار فى أيدى الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث لانها لما لم يقسم فى الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففى هذا الفصل أولى أن لا يقسم لان فى قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلي قول أبي يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان الغائب والصغير على حجتهما كما فى الفصل الاول لان الدار كلها فى يد الكبار الحضور وليس فى هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير وللقاضى هذه الولاية وان كان شيء من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان فى يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضى أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى فى تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت فى الميراث فينتصبون خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار فى أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فان القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه واذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لو كان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هـذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسـه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثانى أن الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم فى طلب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملـكه حتى يقول للقاضي أقسمها بيننا لـكيلا ينتفع بملـكي غيرى فاذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضى أن يمنع صاحبـه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضى ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصى الصـغير قائم مقام الصغير فكأنه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعيا والآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة على الشراء حتي يحضر الغائب لان فى الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد فى الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المشترين لا ينتصب خصما عن الغائب لان الثابت بالشراء لكل واحد منهم ملك جـديد بسبب باشره فى نصيبه ولا يجوز القضاء على الغائب بالبينة اذا لم يكن عنـه خصم حاضر فاما فى الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وانمـا ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهـذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض فى ذلك لاتحاد السبب فى حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبـل بينة الموصى له بذلك عليهم واذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك ولو أن بيتا فى دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه القاضى بينهما لان الطالب للقسمة بينهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضي الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان فى قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفى الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضي بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضي لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك فى الحكم فكذلك اذا تراضوا القسمة فيما بينهم فان كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك ان كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصبائهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر فى القسمة المعادلة بين الشركاء فى المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضي لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضي ولا يتعنت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب للانصاف فعلى القاضي أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت فى طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر فى حق صاحب الكبير فيصير هذا فى حقه وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم فى المختصر (قال) اذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا ولكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضي واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة فى القسمة سواء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم فى ذلك سواء واذ اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقيا شركتهما فى البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع الى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها وان كان نصيب احدهما أكثر من نصيب الاخر ينبغى أن يبين ذلك فى كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لانه بقى فى موضع الطريق ما كان لهما من الشركة فى جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما اذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما فى رقبة الطريق ويحتج على ذلك بأنه مساو فى استعماله بالتطرق فيه وانما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغي أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه فى ذلك فاراد أن يمر فى الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر فى البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشترى أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتميز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل فى البيع

فمنذ ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فاما فى القسمة المقصود التميز دون الاسترباح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التميز فى أن لا يبقى لاحدهما فى نصيب الآخر طريق ميسل ماء ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشتري وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشتري مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشتري وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما فى القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتتحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك علي أنهما قصد ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما فى هذا الموضع بخلاف ماسبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة فى المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لا يحصل معنى المعادلة فى المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ماهو المقصود وهو المنفعة فان قيل فعلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد أن يستوفى حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ماتقدم فهناك انما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول فى العلو الذي لاسفل له وفي السفل الذى لا علو له يحسب فى القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ماشاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ماشاهده من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفل فى منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات فى البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر فى سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعه واحدة وهى منفعة السكنى فانه لوأراد أن يبنى على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك والمعتبر فى القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبنى على علوه اذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا فى السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا فى المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل ان صاحب العلو يبنى على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف فى ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف فى ملكه على وجه لا يلتحق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الارض وهى خالص ملكه وصاحب العلو يحمل مايبنى على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تضير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثانى ان كان لا يتبين فى الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفل ومحمد فى هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن فى القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة فى قسمة البناء تتيسر ولان فى بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

بمكة وبمصر وفى بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع تكثر النداوة في الارض يختار العلو عن السفل وفى كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة فاستحسن القسمة فى العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة فى فصلين أحدهما أن يكون بينهما سفل علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا اسفله علو وسفل لا علو له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له فعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذى لا سفل له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثا من البيت الكامل وبأزاء مائه ذراع من السفل الذى لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثى ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل كما فى الفصل الأول وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذى لا علو له ومائة ذراع من العلو الذى لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو ومحمد رحمه الله فى ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الي بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى فى ذلك الى القاضى وينبغى أن ينظر فى ذلك فان كانت انصباء أحدهم اذا جمعت فى دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم فى دار وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فيمضى قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه فى المجتهدات على ما يؤدى اليه اجتهاده ولان الدور فى حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا أنها تتفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه نسبه البلدان الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الرأى للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الدور أجناس مختلفه بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى اذا تزوج امرأة علي دار فهو

بمنزلة مالو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام الجنس جهالة الوصف لا تمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان فى الأجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب علي معنى التميز والمعاوضة تعتمد التراضي وفى الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضى ففى الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل واحد منهم فى أمكنة متفرقة فاذا جمعها فى مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم كل ذراع علي حدة فمعنى التميز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون فى أمكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد من اعتبار المعادلة فى المنفعة والتفاوت فى المنفعة فى الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة كل دار علي حدة أعدل ثم هى ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لانها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت إسم لمسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت فى المنفعة عادة (ألا ترى) انها تؤجر بأجر واحد فى كل محلة فتقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة علي حدة سواء كانت فى محال أو فى دار واحدة بعضها فى أقصاها وبعضها فى أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت فى منفعة معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل فى مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت فى أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما فى الفصول كلها يقولان ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فتمضى القسمة علي ذلك ولو اختلفوا فى قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها علي الدراهم والصحيح أن القاضى يجعلها علي الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت للقاضى ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا فى

محل ولايته واذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضى أن يكلفه ذلك توضيحه انه اذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء فى نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الى خروج الدين منه فتنعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك علي الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين واذ اتعذر عليه اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمه علي الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضى ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق فى الكثير كما تتحقق فى القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة الارض فتتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة فى البناء على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدي ولايته الى مالا يتأتى له القسمة الا به كالجد مع موصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف فى المال الي الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف فى المال ثم له ولاية التسمية فى الصداق باعتبار ثبوت الولاية فى التزويج ولو اختلفوا فى الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه فى نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لان المقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه فى نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا بطلب القسمة فى جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة فى المنفعة فيجيبه القاضى الي ما التمس واذا كان لا يستقيم ذلك ففى قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

والقائل لا يرفع طريقا في هـذا الموضـع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطالب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحـد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضي الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى مايكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لافائدة في جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه مالم يدخـل الحمل من باب الدار لايحمله في ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعـل الطريق بينهم علي عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة علي أن يكون هكذا أولم يذكرا ذلك في القسمة فانه يترك على حاله لانه وجـد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الا أن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحديث الشرط أملك وكذلك لوكان أزج وقع على حائط على هـذه الصفة أودرجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جـذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف علي نصيب الآخر فاراد صاحب السفل أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان في حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألاترى انه لوأصاب أحدهما بيت علو والآخر السفل لم يكن لصاحب السفل أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان في ساحة غيره وان كان بحيث لايمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أوتفريغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لايجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذهو لاينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكر في رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره علي قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره في ملك الغير بسبب من الاسباب وذكر في سماعة عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

الشجرة باغصانها فترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة وإذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عند القسمة فلا طريق له فى المقصورة لانه يقدر على أن يجعل طريقه فى حقه من غير ضرر والقسمة لتميز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتمام التميز اذا لم يبق لاحدهما حق فى نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة فى القسمة وأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد الآخر منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ماكه والساحة حق خالص له وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه بما يبدو له وليس للجار ان يمنعه عن ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف فى خالص ملكه أرأيت لو أراد أن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من تصرف فى خالص ملكه لم يمنع منه فى الحكم وان كان يؤدى الى الحاق الضرر بالغير ألا ترى أن من اتجر فى حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها فى حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقى أرضه وليس لجاره أن يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئره فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه. وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلي الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لا يجبر علي ذلك فى الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده علي ما حكى أن رجلا جاء الى أبى حنيفة رضى الله عنه فقال أن جارى اتخذ مجمدة بجنب حائطى فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو مايجمع من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة فتأذى بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبنى فى ملكه مايستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين والجارين ولو اتخذ رجل بئرا فى ملكه كرياسا أوبالوعة أو بئر ماء فنزمنها حائط جاره وطلب

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه فى خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدى فى هذا السبب والمسبب اذا كان غير متعدى في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لو سقط انسان فى بئره هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لاحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل فى نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك مادخل فيه من أس حائطى لم يكن له ذلك واعاله ماظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذى ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لاحائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذا قسم الشريكان دارا أو دارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألا ترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم فى دار واحدة معنى التمييز فى القسمة تغلب على معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لاتستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان فى القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما لاتفويتها واذا اصطلح الرجلان فى القسمة على ان أخذ أحدهما دارا والآخر منزلا فى دار أخري أو على ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أو على ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أو على أن أخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أو ما اشبه ذلك من الاصطلاح فى الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولا ربا فى شئ مما تناوله تصرفه ولو اصطلحا فى دار واحدة على أن يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضى فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لايقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لايتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالأرض ولان هذا فى معنى بيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء فى أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شئ من العوض

فهو اجارة فاسدة شرطت فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض فهو اعارة مشروطة فى فى البيع واذا كانت الدار فى طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقتسمها أهلها على أن يفتح كل انسان منهم فى ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور فى هذا الطريق الي أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة علي ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها فى دار مشتركة ليس لاهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه فى الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا فى موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون هذه الزيادة فى ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم من ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق فى غير الموضع المعروف طريقا لهم فى صحن الدار ولكن فى ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا فى صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الابواب ولأهل الدار أن يبنوا ما بدا لهم فى صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل المقصورة ما بدا لهم من الابواب فى ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فوقعت هذه الدار فى قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا فى هذا الطرق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فسا كنها يريد اثبات طريق لنفسه فى طريق مشترك الشركه فيها خاصة والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه فى ملك الغير فكذلك فى الطريق الخاص وان اشترى الذى اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها فى

مقصورته ثم يمر فى ذلك الطريق المشترك فله اذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل فى حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار أن يتطرق فى هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له أن يتطرق فيه من المقصورة لان لصاحب المقصورة أن يرضى بتطرقه فما هو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك فى ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له أرض بجنب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجنب أرضه أرضا أخرى وأراد أن يسقى الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء فى أرضه لم يكن له ذلك وفى الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه فى هذا النهر مقدار ما يسقى به أرضه فاذا سقى به أرضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفى الطريق هو الذى يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفى نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالقسمة فى هذا كالبيع وقد بينا فى كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبى حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان مفتحها فى الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك فى القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشترك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشيء لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لا حق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وقد تبين أن فى هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الحمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل فى الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا وبتعذر ذلك لا يمتنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضى بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أوصدقة فهى فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة فى الشراء كاشتراط الشراء فى القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة فى الثمن مقدار مسمى أو زيادة فى المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

باب قسمة الدور بالدراهم يريدها

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لان فى حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا أن القاضى لايفعله الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل مايصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه فى هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقاقه عوضا فى البيع فكذلك في القسمة فان كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما فى السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وان لم يبينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغى فى القياس أن يتعين موضع العقد كما فى السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما فى الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لاموضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان أو غير موصوف مؤجلا كان أو حالا لان الحيوان لايستحق فى الذمة عوضا عما هو مال وان كان بعينه

وشرط أن لا يسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على المتملك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك فى القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت فى الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت فى الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين فى دار وميراث فى دار أخرى فاصطلحا على أن لاحدهما ما فى هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سميا سهاما كم هى سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما فى الثانى وان سميا مكان السهام أذرعا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا فى البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع فى ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدى الدارين والثانى الدار الاخرى على أن يرد الذى أخذ الدار الكبري على الذى لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكها فى الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضى وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذ كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانهما اشتريا نصيبه بما نقداه من الداهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثى الدراهم لفضل فى منزله فذلك جائز لانه يكون مشتريا ثلثى نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

نقدمن الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفل والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لان السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما فى قسمة العلو والسفل شرط ذلك على صاحب العلو أوعلى صاحب السفل والله أعلم

باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها فأخذ أحدهما مقدمها وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر أن ذلك لايتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة الرغبة فى المقدم دون المؤخر وتتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لاتخلو فى العادة عن التفاوت فى المساحة ولا يعد ذلك ضررا وانما الضرر بالتفاوت فى المنفعة والمالية ففى ذلك تعتبر المعادلة بينهما فان كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه مابقى من الدار وهو أكثر من حقه فهو جائز بمنزلة البيع لوجود التراضى منهما وقد بينا أن المال الذى لايجرى فيه الربا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراضاة فكذلك ان كان الذي وقع فى قسم الآخر ليست له غلة فهو جائز لانه رضي به لغرض له وهو غير متهم فى النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال عظيم جاز شراؤه فكذلك اذا اختار أحدهما أخذه فى القسمة بقسمه واذا اقتسما دارا بينهما على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على ان رفعا طريقا بينهما ولاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار فى الأصل بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقدشرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ماسلم اليه من نصيبه فى المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذهما طائفة منهما يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار السدس فهو جائز لانهما نفيا شركتهما فى موضع الطريق وقسما ماوراء ذلك على الاخماس فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك اذا اقتسما البعض وبقيا شركتهما فى البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا أن يكون الطريق بينهما على قدر مساحة مافى أيديهما فهو جائز لانهما لوقسما الكل على هذه المساحة

جاز فكذلك اذا اشترطا أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هـذه المساحة وكذلك ان شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لان عـين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبـه عوضا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقي لنفسه حق الممر فى ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السـفل على أن يكون حق القرار العلو له عليه وان لم يشـترطا شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما نفيا شركتهما فى قدر الطريق فيبقى فى هـذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة فى الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقتسماها على أن يأخذ أحـدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أقرا أنهما كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية فى العقد غير مقصودة بل المقصود اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحـدهما وجهله الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا فى كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشترى يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشترى لم يجز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغي أن يكون الجواب في القسمة علي ذلك التفصيل أيضا وقيل بل هذا الجواب صحيح فى القسمة وهو قولهم جميعا لان المعتبر فى القسمة المعادلة فى المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة مردودة فاما البيع عقد ممانية يقصد للاسترباح والمشترى هو الذى يقبض البيع فيشترط أن يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع فى الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان دارا علي أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من مقدمها بحقـه فهو جائز وان كان فيـه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضى من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضى بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما فى البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحـد منهما أن يرجع فكذلك فى القسمة وتمام القسمة بوقوع الحـدود بينهما واذا كانت أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالدور عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي فى ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها فى الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة فى المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب فى الاقرحة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغلات فى قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا واذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا فى القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله مافيها من الشجر والبناء ولا يدخل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هذا فى كتاب الشفعة فى البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أومنها دخل ذلك فى القسمة وفى كتاب المزارعة قال لا يدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر فى آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليل وكثير هو فيها أومنها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل فى القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين فى كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضى منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضى قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيهم لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل فى غير أرضهم فاقتسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم فى القسمة حائطا بنصيبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو فى غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التى فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط فى القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقها بأصلها
وذكر فى النوادر فى البيع اختلافا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبى يوسف رحمه الله
يستحقها باصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقيل الجواب فى الاقرار
كالجواب فى البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه
الله يفرق بينهما فنقول فى القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها
نخلة وانما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض باصله استحقاق جميع النخلة
باصلها وكذلك فى الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وانما تكون نخلة باصلها فاما البيع ايجاب
ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا
يجوز أن يثبت له الملك ابتداء فى شئ من الارض بتسمية النخلة فى البيع فلهذا يشترط
فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها مابدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض
فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر
اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته
وقد بينا أن القسمة متى وقعت علي ضرر فهى فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا
بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله
الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط
الطريق فكأنه شرط الطريق الى نخلته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر
فاقتسموها فاصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة معلومة وأصاب الاخر بيوت
وأقرحة فاقتسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة
فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره فى وسط أرض هذا ولا يخلص
اليه الا بذلك لانه لا تمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في
أرض قسيمه وقد اشترط فى القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا
الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له فى نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد
الارض له طريق اليه فى غير الارض لم يكن له أن يمر فى أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك
أحدهما من ملك الآخر وتمام ذلك بان لا يبقي لاحدهما حق فى نصيب الآخر واتمام القسمة
فى هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفى الأول

لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له فى أرض هذا لما بينا انه لا يستحق فى نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر الا أن يقدر على أن يمر فى بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه وان ذكر الحقوق فى القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكروا المسناة فى القسمة فاختلف صاحب النهر والارض فيها فهى لصاحب النهر لملتقى طينه وطريقه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الارض وهذا بناء على مسئلة كتاب الشرب أن عند أبى حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حريم كان اشتراط النهر لاحدهما فى القسمة اشتراطا لحريمه له فهو أولى به وعند أبى حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وقد جعلا فى القسمة النهر حدا لملك صاحبه والمسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض من الغرس والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض أولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في أرض قسيمه واشترطوا عليه أن لا طريق له فى هذه الارض فهو جائز ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضى هو بالتزام الضرر والشرط أملك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احداهما فى أرض الآخر واشترطا أن لا طريق له فى أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجمه كان لصاحبه ذلك المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على ذلك لما بينا فى جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب النهر فى ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر فى ملك رجل آخر فاختلفا فى مسناة على النهر فهى لرب الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما المسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسئلة

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر فى المسناة يد من حيث الاستعمال فانه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه فى النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول ذى اليد ولابى حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض وملك الآخر فى النهر وهو العمق الذى يجرى فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث يثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لآخر ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الارض أن يغرس على المسناة مابداله لانه يتصرف فى ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه لاخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه مابداله مالم يضر بالسفل واذا كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت فى أرضه فهى عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما أصابه من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وبناء لهما ولآخر فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذى أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على أخذ القيمة بغير شرط فهى اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف للساحة وتبع لها فاذا استويا فى ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل أن يتملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا بخلاف ما اذا كان البناء كله لانسان فى ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه مالم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر عن نفسه ويتملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل فى

بيع الاصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه علي الشبهين فلشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الارض أن يتملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يتملك نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم فى انها لا تستحق إلا ثمنافى الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشتراط المكيل والموزون فى الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجهالته عند العقد تكون مبطلة للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشترى عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده فى ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالاشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاوانى المصوغة فى هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه فى كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على المواريث وسألوا القاضى قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضى بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به فى حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقى فعل ذلك استحسانا وفى القياس لا يفعل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبى حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم مازاد علي ذلك بين

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ مايصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك أرأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضي امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وانما يطالب الكفيل بشيء لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسي لا يلحقه شيء وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وفي الجامع الصغير قال هذا شيء احتاطه القضاة وهو جور أي مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة في كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هي دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم مالم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لو قسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذي ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض في كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه في مواضع فلهذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على المواريث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان في نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة في الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بالف درهم وهي تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثلث يستحق سابقا علي الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من ماله مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشيء وهو سواء في الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه في التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

قبل أن يقضيه في المنع من القسمة الا أن يقضوه بالحصص فان فعلوا ذلك قبل نقض القسمة فالقسمة مافيه ولو كان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلى الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لو كان حيا وقد بينا في الشركة في المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة على الشراء فهذا مثله ولو حضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة في التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لا يكون خصما عن شريكه المشترى معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا وغاب عمهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لو كان عمهم حاضرا وغاب بعض بني أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كما لو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصي أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لا ولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم في هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضي اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أو عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق أو الطسوج على الخراج أو على المعونة لانه لا ولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لو رضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصي له أو غائب لا وكيل له لم تجز لان الحكم لا ولاية له على الغائب والصبي فانه صار حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كما لو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهذا المعنى وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث فى حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها فى الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة فى نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لا تقع الحاجة الى اعادته فالبيع لا يكون مستحقا في كل عين لامحالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله واذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة علي الاصل فان القاضى يقسمها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز فى هذه القسمة علي معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو مايكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضى على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لا يقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (ألا تري) أن الرقيق كسائر الحيوانات فى سائر العقود من حيث أنها تثبت فى الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك فى القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم فى الغنيمة كسائر الاموال فكذلك فى القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت فى الرقيق أظهر منه فى الاجناس المختلفة فان الاجناس

المختلفة قد تتفاوت فى المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لاتجري في الاجناس المختلفة فكذلك فى الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة فى المالية والمنفعة وذلك يتفاوت فى الآدمى باعتبار معانى باطنة لا يوقف عليها حقيقة كالذهن والكتابة وقد يرى الانسان من نفسه ماليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة فى المالية ويترجح معنى المعاوضة فى هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل علي الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث فى سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هى جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري فى الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين فى معنى المالية دون العين حتى كان الامام بيع المغانم وقسمة الثمن فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما فى الشركة الملك حق الشركاء فى العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة علي طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضى ولاية الاجبار علي القسمة الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم القاضى لايقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لايقسم قسمة الجبر عند أبى حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشيء تبعا وان كان لايجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقت وكانه استحسن ذلك لانه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة فى المالية يتيسر بخلاف ماذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذى بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروى وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان فى الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفى المعاوضات لا بد من

التراضي فان كان في الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم على انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضي قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضي يعتبر المعادلة في كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فأما اتفاقهم على القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هذا طائفة وهذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجل قسمها ولم يألوا أن يعدل في ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عدوا له الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف مايصيب كل واحد منهم بالقسمة وفي القسمة معنى البيع فالجهالة التي تفضي الى المنازعة تفسدها كما تفسد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لاتتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عند خروج القرعة ما يأخذه كل واحد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ماوقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضي فان رجع عن ذلك قبل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما في البيع يصح الرجوع بعد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين مايصيب السهم الباقي خرج أو لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان في قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عوضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما ن يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فاني انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال فى الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه تيسير عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك فى البعض والله أعلم بالصواب

باب الخيار فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذى وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل فى قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضى فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن فى البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل فى ملكه فكذلك فى القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر فى ذلك كله سواء واذا كانت الفا درهم بين رجلين كل الف فى كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذى رآه وعلى الذى لم يره ولا خيار لواحد منهما فى ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية فى الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك فى القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

يصير المقصود معلوما علي وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا أن يكون قسم الذى لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون فى الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير فى ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان مابقى شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذى أصابه ولم ير جوفيه فلا خيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة فى البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله مالم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك ان اقتسما بستانا وكرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذى أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه فى الدار بناء على دور الكوفة فانها لا تتفاوت الا فى السعة والضيق ضعيف جدا ففى البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شئ من ذلك عرفنا ان المعنى فيه انما يتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك فى الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع فى اسقاط الخيار واشتراط الخيار فى القسمة جائز فهو فى البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فانما يشترط الفسخ أولئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار فى جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول مدعى الاجازة لان مضى المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج الى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التى وقعت فى سهم صاحب الخيار رضا منه بها وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة فى البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضا منه اذا تحول اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا اذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أوهدم فيها شيئا أو جصصها أوطين فيها حائطا أوذرع الارض أوسقاها أوقطف الثمرة أوغرس الشجر أو لقح النخل أوكسح الكرم فهو كله رضا لانه تصرف لا يفعل عادة الا فى الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه فى ذلك المحل ودليل

الرضا كصريح الرضا فى سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شيء مالم يكن عليهمافيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما مالم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه فى ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك فى القسمة وكذلك وصي الاب فى ذلك قائم مقام الاب بعد موته فكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصى الام اذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام فى ذلك وتصرفها فى ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والعم وابن العم فى ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته فى ميراثه من غيرهم لان الوصى قائم مقام الموصى فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان فى حفظ ذلك منفعة للموصي فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس فى حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصى العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصى الاب فقد كان للاب ولاية على الصغير فى جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه واذا كان له أب أو وصى أو جد لم تجز قسمة وصى هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه أن لو كان حاضراً بالغا وعند ذلك لا يكون لوصى هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الاب له يكون عن شفقة وافرة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصى العم له بخلاف حال عدم الاب والوصى ويجوز قسمة وصى الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولا وصى أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصى خاصة دون غيره فاما فى سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالاجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجه من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

عليه فى التصرف في ماله بيعاوشراء فالقسمة مثله والوصى الذى يقيمه القاضى فى أمر اليتيم بمنزلة وصى الاب اذا جعله وصيافى كل شئ لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصى الاب وان جعله وصيافي النفقة خاصة أوفى حفظ شئ عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضى اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف مااذا جعله الاب وصيا فى شئ خاص لان ايصاء الاب اليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لاتحتمل التجزى والمعنى فى الفرق أن قسم القاضى يتصرف مع بقاء رأى القاضى فلا حاجة الى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضى به لتمكن القاضى من النظر فى ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصي الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه علي أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى فبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وان كان الذى أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع فى جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن اذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أوخادم فسكن الدار بعد مارأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفى القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان فى ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختيار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا فى مقصوده أولا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا فى السكنى

بناء على احدي الروايتين فى السكنى مدة خيار الشرط اذ لافرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا فى المطالبة بالجزء الفائت وفى اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما فى خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه فى الفسخ ولكن ليس فى ذلك كثير ضرر (ألاترى) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لايرجع بشئ وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاء بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا فى ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا فى الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لايجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس فى معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ماأصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشترى عليه بذلك العيب فان قبله بغير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة فى حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ما كان قبله وان كان المشترى هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفى نظيره فى البيع اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصلح فينبغي أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذى هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب فى أنصباء شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع فى سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه فى أنصبائهم والله أعلم

باب الاستحقاق فى القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من

مقدمها وقيمته ستمائه وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي ميراث بينهما أو
أوشراء ثم استحق نصف مافي يدي صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال في هذا يرجع
صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع مافي يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء
وان شاء نقض القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافي يده ويبطل القسمة فيكون ما
بقي في أيديهما بينهما نصفين وفي رواية أبي حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبي حنيفة وهو
الاصح فقد ذكر ابن سماعة انه كتب الي محمد يسأله عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه أن
قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما في يد
صاحب المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث في الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها
اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار
وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدي الى الشيوع في الكل لانه اذا أخذ
المستحق نصف مافي يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون
ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا في الكل وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة
في معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقي ولكن يثبت الخيار للمشتري بين
نقض البيع في الباقي وبين الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك
النصف فكذلك في القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق
بعضه وهذا لان ماتبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين شريكين
ولهما شريك ثالث في نصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن أخذ أحدهما نصبهما من النصف
المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر مابقي كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة
لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا في جميع الدار لان
استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا
بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقي فكذلك هنا
وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق
جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف
نصف مافي يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتي درهم وباستحقاق نصف المقدم
يتبين ان المشترك بينهما تسعمائة فحق كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين والذي بقي في يد

صاحب المقدم يساوي ثلثمائة ومافي يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف مافي يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع في قول أبي حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع مافي يده ان كان الذي باع بألف درهم أو بعشرة دراهم وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع فيما في يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ماباع لصاحبه وفي قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبي يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقي وكان له الخيار في بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه في الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع مافي يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهي مائة جريب فاقتسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجربة تساوي ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذي أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجربة فرد المشتري ما بقي منهما على البائع ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفي قول أبي يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجربة بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبي يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجربة قد انفسخ من الاصل برد الباقي عليه بعيب التبعيض وكأنه لم يبع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ماقبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما مايساوي ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما في يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتسماها على ان أخذ أحدهما أربعين منها ماتساوي خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

دراهم فى الستين شاة عندهم جميعاوأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقى وتبين أن المشترك بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الاربعين ما يساوى أربعمائة وتسعين ولصاحب الستين مايساوى خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وانما يرجع بذلك فى الستين شاة لانها باقية في يده فيضرب هوفى الستين بخمسة دراهم وصاحبه باربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمتسحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفى ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقى كما لو اشترى عددا من الغنم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن ينقض القسمة فيما بقي وهكذا فى البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد فى المستحق يبطل من الاصل فلافرق بينهما بعد القبض وقبله واذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أقفزة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الثلاثين بحقه لم يصح ذلك لان فى هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها متفاضلا ربا فان رد الذى أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه علي صاحبه واقتسما علي ذلك جاز بناء علي أصلنا أن الفضل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وان استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفى زيادات الزيادات (قال) فى هذه المسئلة يرجع بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ماذكر ثمة جواب القياس وما ذكر فى كتاب القسمة جواب الا تحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التى أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة فى الكل ثلثها فيما أخذ بقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثلث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيز وثلثا قفيز لان العشرة كلها لو استحقت رجع عليه بخمسة أقفزة فاذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

ووجه الاستحسان أن المستحق انما يجعل شائعا فى الكل اذا استوت الجهالة فاما اذا تفاوتت فلا كما اذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقابضا ثم استحقت عشرة من العشرين فان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد فى القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد فى شئ من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لان المقصود بالقسمة التمييز والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شئ من المستحق مما أخذه بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولو جعل شيء من المستحق بمقابلة العشرة التى أخذها بالقسمة تنتقض القسمة فيحتاج الى اعادتها ثانية فلا يجعل شئ بمقابلة كيلا ينتقض واذا جعلنا المستحق ماوراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشتراة والنصف العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فلهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق نصف العشرين الذى أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف الثوب خاصة واذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقتسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة رديئة وعشرة مخاتيم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين مختوما شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الردىء فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا غلط بين فان العشرة المخاتيم حنطة جيدة فى يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح مافى النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعنى بثلاثين مختوما حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة اقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفى القياس على ماذكره فى زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد ووجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الردىء من يده رجع على صاحبه بثلث الحنطة الرديئة عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الردىء يرجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيراً جيداً وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة أقفزة من الحنطة الرديئة التى أخذها صاحبه من نصيبه فاذا استحق النصف كان ثلث المستحق

مما أخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقفزة من الحنطة الرديئة وثلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا ان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التميز وانما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقفزة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمته ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشترى على بائعه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع فى البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التى نقده ومائة منهما ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التى أعطاها وبقيمة نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثلثمائة وذلك مائة وخمسون وهذا لان فى حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما مايساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم مايساوى مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ما أخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما مايساوى ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مما أخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب واذا كانت أرض ودار بين رجلين فاقتسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار الف درهم وقيمة الارض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشترى على البائع بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقى من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوانق من قيمة الارض على صاحب الارض فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكا به في الارض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لا ينتفع بذلك اليسير من الارض فلهذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من القيمة حتى اذا رضى هو بالرجوع في رقبة الارض بذلك القدر يكون له ذلك وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الارض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمه مع الدار وقد كان قيمة لدار الف درهم فلما استحق منها مايساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبين أن المشترك مايساوى الف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى الف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الارض الذي درهم الف بمقابلة ماأدى من العبد والف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه بستة عشر درهما وأربع دوانيق في الارض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما بيناولكنا نقول هذا بناء على الاصل الذى بينا لابى حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو فاذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الاصل واذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع بقيمة البناء في الشراء لاجل الغرور ولا غرور في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره القاضي عليه فلهذا لا يرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحقت ونقض بناءه لم يرجع على المشترى بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضا أحد الشريكين في الجارية اذا استولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشيء من ذلك وكذلك اذا استولد جارية ابنه ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك علي الابن لانعدام معنى الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب فان المغصوب منه اذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت وضمن

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافه لان المغصوب منه فى تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تظهر الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحقت احداهما بعد ما بنى فيها صاحبها رجع على صاحبه بنصف قيمة البناء قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله ان قسمة الجبر لا تجرى فى الدور والأراضى بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمه الجبر فيها فهذا والدار الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندى ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا الجواب فى قسمة الجبر فى الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وهما أقدما على القسمة قبل أن يرى القاضى المصلحة فى ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء لان نصف الموضع الذى بنى فيه أخذه بقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطئ احدهما الجارية التى أخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع على صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجري فى الرقيق فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى فى الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف الجارية التى فى يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين فى دار واحدة فقد بينا ان المنازل المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع نصيب كل واحد منهم فى دار على حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم فى الدار التي أصابته ثم استحقت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضى حين رأى جمعها في القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشئ من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما فى الدار التى أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع فى حائط أو مسيل ماء

أو طريق أو حائط بأصله أو بناء بيت فالذي استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ما هدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشيء ورضي بما في يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار المشتراة انقطع به حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله وليس له أن ينقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا اذا اختار نقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهي كالمأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبي يوسف من مذهب أبي حنيفة رحمهما الله اذا بنى المشتري في الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر في الجامع الصغير شكا في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الدار تترك للمشتري شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من احدى المسائل التي جرت فيها المحاورة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشيء يحتمل أن يكون جوابا في استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لابد أن يرجع بذلك أو بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر دارين قيمتهما سواء فاستحقت احداهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التي أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احداهما فلا خيار له في الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له في الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التي أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحقتا رجع عليه بنصف الدار التي في يده فاذا استحقت احداهما وقيمتهما سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذي كان قبل القسمة لم يجبر القاضي عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضي

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا فى الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخري بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما فى الحائط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاس لم يباشر القاضى ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضى بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ماينتفع به الاأن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضى لانه متظلم يطلب من القاضى أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين فى أرض رجل قد بنيا باذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الارض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لايتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالارض لغيرهما بطريق العارية أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أبى أحدهما وان كان أراد هدم البناء ففى هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضي لا يفعل ذلك ولكن ان أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الارض هدماه لان صاحب الارض له عارية فى أيديهما وللمعير فى العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضى عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما فى القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه فى هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفى القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لالاجل القسمة فلهذا قسم القاضى هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض فى صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس فى القسمة

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع فى ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسيمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لا ضرر علي واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الي ملكه من جانب آخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الابضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق فى حق كل واحد منهما بين أن يسيل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك فى جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شئ ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء وان كانت حانوت فى السوق يبيعان فيه أو يعملان بايديهما سواء فاراد أحدهما قسمته فانى انظر فى ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة فى أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان كان بقلا لم أقسمه لما فى ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا فى البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجز ذلك ان اشترطا تركه فى الأرض الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة فى هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز وان اقتسموه على أن

بقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة فى ترك ماأصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشترى للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل وكل شئ يحتاج فى قسمته الى كسر أو قطع لم أقسمه بينهم لما فى ذلك من اتلاف الجزء الأان برضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد انى لاأمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف علي ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن فى الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته الا بوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضى لم يجز وان كانت قوصرة تمر بينهما أودن خل فاراد أحدهما قسمته لان هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تميز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضى عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أودابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ واليواقيت بين الشريكين اذا أراد ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها وان كانت جبة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فان كان فى قطعها ضرر علي واحد منهما لم أقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما لانه لاحاجة الى القطع هنا فى القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لانه لا ضرر فى قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ما ينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفى القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فانى لاأقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر علي كل واحد منهما

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وأنهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر على واحد منهم فى هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لايجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لاأجبر واحدا منهما على البيع فى شيء مما سميناه فى هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لاطريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الاجبار على البيع فى كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاشقاص لا تشترى الا بثمن وكس فينبغى أن تثبت له ولاية الاجبار على البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك على ذلك لنفوذ تصرفه فى نصيبه تبعا قوله بان لايشترى منه الا بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له فى الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما فى القسمة وفى الاجبار هنا ازالة الملك وللناس فى أعيان الملك أغراض (ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره على بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذرعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء فى الطريق ينبغى أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

بذلك) لان هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق التى اتخذها الناس فى الامصار متفاوتة فى الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوزه الى ما هو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك فى حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم فى ذلك لا لاصيب مقدار فى الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذى له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهما لانه لاحق لصاحب الطريق فى بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره فى ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لا فائدة له فى الزيادة على ذلك لانه انما يحمل فى هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحبي الدار أن يفوتا ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بثلث الطريق وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر فى ذلك مساوى للشريكين فى رقبة الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا فى ثمن حصة الطريق وكان الكرخى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا فى أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا شركة له فى أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق فى المنفعة دون العين فان رضى بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له فى الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقبة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ما هو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

الشريكين اذا كان فيه حق الممر لآخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق الممر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب الممر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم فى الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر فى ظاهر الرواية لانه لامقصود فى الطريق الا الممر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فاذا استووا فى ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأبيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بانهم يستوون فى الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن يتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقى من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذى يفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا فلا يلتفت الى تعنته ولكن الى الموضع الذى يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان مالا يدخل فى باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل فى دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه فى الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى هذا الطريق بابين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه بابين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أى باب دخل منه فى منزله ولا يستحق ببابين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق الى منزلهما فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو بابين وان كان صاحب المنزل

واحدافاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفى هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله أن يمر من الدار فى المنزل وفى الطريق المرفوع بينهم لانه له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعد مادخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لاضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان لصاحب الدار حق التطرق فى هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب فى هذا ولو اختصم أهل الطريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذالم يعرف أصله لاستوائهم فى اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر مافى أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضى وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق فى الطريق سواء فلهذا يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ماأشرنااليه فى المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق فى الطريق ولو كان يعتبر فى قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان ماعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فان كانت دارا لرجل ولآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيا فباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لايزداد نصيبه ولا ينقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون فى الحق فى الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب مالم يعلم خلافه وكل واحد منهما فى الظاهر أصل فى نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

كان في يد رجل بيت من الدار وفى يد آخر بيتان وفى يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما فى يده لان الظاهر يشهد له فيما فى يده وساحة الدار بينهم أثلاثا لاستوائهم فى اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لانهم قائمون مقامه فى ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك فى قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فعرفنا أنه لا حق للشركاء فيه الا فى نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك فى القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة علي طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب فى ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو فى الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف فى كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحراز ولا يسلم للوارث شئ من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو كقسمتهم فى حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بمته فى الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر مواريثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة فى التركة تنفذ اذا

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصي والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصي لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصي انما ينتصب خصما عمن يكون خلف الميت فى الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصي مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمته مع الورثة علي الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له علي الموصي له الغائب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لاولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا فى تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة وماينقل ومالا ينقل فى ذلك سواء وان كان شيء من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا أو أوصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما فى العين أوفى المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولانهم قائمون مقام الميت الثانى فى حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجا من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لانفسهم فهى انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراءا للميت عن المهر ولا اقرارا بانه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لاتنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لايكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لالحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر دينا على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه فى الوصية لان الاب لوأراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه فى الوصية الاأن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعي فى نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بانه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة فى العين فالقسمة لاتصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا فى نقض ماقدتم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا فى كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقتسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا فى القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لاخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعي فى نقض ماقدتم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا فى القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية فى الفصلين فى الجواب فكذلك لوأقام البينة انه اشتراها من ابنه فى حياته أوانه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض فى كلامه شارع فى نقض ماقدتم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقتسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم على القسمة فقد أقر أنه لاوصية له فيها فكان هو فى دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته اياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لادين على ابنه وانما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفى دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازته وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا فى نقض ماقد تم به بخلاف ما اذا ادعى الشركة فى العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تم برضاه كما لو كان الموصي له أجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا فى نقض ماقد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه فى حياته بثمن مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم فى نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقتسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث فى التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقتسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثانى وقال المشترى لاأدرى أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لانها تثبت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان بيعه صحيحا وأما الثانى انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ بيعه فى نصيبه خاصة ويتخير المشترى فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغي أن ينصرف بيعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه فى منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ماقبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف بيعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع فى جميع الدار كما باعه ولو كان المشترى أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر فى الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ماوصفته لان فى اثبات القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشترى في ذلك ولان المشترى فى كلامه الثانى مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر فى حقه حتى اذا رد البيع الثانى فانه يرد عليه من نصيب الاول

ثلثه لانه أقر به له وكانه جحده فى الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثانى لان زعمه معتبر فى حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا مااشتراه من الثانى ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى فى يد البائع الثانى ثلثا قسمه الذى أصابه لان المشترى منه ماسلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فانى أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو فى دعوى الدين والوصية مناقضا فى كلامه بخلاف ما اذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشترى منه فى حياته لا يكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقرة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها علي حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصداقها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم علي القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهى مناقضة فى هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم فى قسم الآخر بناء أو نخلا زعم أنه هو الذى بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاخيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لا يدخلان فى هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة فى هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لا يدخلان فى البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أوفيه فكذلك لا يدخلان فى القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أو من ثمن ثمرة دين علي رجل لم يدخل ذلك فى القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

وبقى ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك فى قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لايجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم دينا علي الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان فى أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشترى فى البيع أن يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذلك اذا شرط فى القسمة وان ضمنه بغير شرط فى القسمة على أن لايبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشئ من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضى الغرماء بضمانه كما لو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضى الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبى الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وابرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا فى مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب

باب دعوى الغلط فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا فى القسمة فانه لايشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد ماظهر سبب لزوم العقد وقوله فى ذلك غير مقبول كالمشترى اذا ادعي لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذى حق حقه لان المعتبر فى القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه الي نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما علي قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره ففيما فى يده يجعل كان ماأقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب مالم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما داراوالا خر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا فى الدار التي في يد صاحبه وفصلا فى قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هذا كالدار الواحدة فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبي حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضي وبيع كذا كذا ذراعا من الدار التى فى يد الغير لا يجوز فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما فى دار صاحبه فى القسمة كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الجبر فى الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولكن من أصلهما أن بيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك فى القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التمييز هناك يغلب على المعاوضة فى القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا كذا ذراعا فى نصيب صاحبه لا يحصل التمييز بهذه القسمة بل الشرط والشيوع يبقى بذلك القدر فلا تصح القسمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذ اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التي في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه فى قسمة فانه يقضي له به لانه أثبت الملك لنفسه فى تلك العين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واستولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا فى الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذى فى يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف على ذلك وان أقام البينة على ثوب بعينه مما فى يد صاحبه انه أصابه فى قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينة الذى ليس الثوب في يده لان دعواهما فى الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف في بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة في الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط فى التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه ساع فى نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا فى ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا فى ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا فى ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين على صاحبه فكذلك في القسمة والثانى أن تكون الدعوى فى عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما فى يد صاحبه انها ملكه اصابته فى القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسمنا على هذا لك خمس وأربعون ولى خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وتراد لان القسمه فى معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك فى القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضى فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت ببينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها على وجه المعادلة واذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابنى هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هى فى يديه أصابنى هذا كله تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما فى المعقود عليه فى الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينهما على ماشهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

كل واحد منهما معلوم بحدة وقد تحقق التميز بينهما بهذه القسمة بخلاف ماتقدم فهناك أبتت بينة صاحب الخمس وأربعين انه بقى من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا بطل القسمة وان اختلفا فى الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لى قددخل فى نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه فى جزء مما فى يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذى اليد فيترجح بينة الخارج وان لم يقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معينا فى يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما فى المعقود عليه وفي مقدار ماحصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما فى البيع *رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعي أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق علي ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعنى أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابنى فى هذه الناحية وهذا البيت والناحية فى يده والبيت فى يد صاحبه وقال شريكه بل أصابنى البيت وما فى يدى كله فانى أسأل المدعى عن البيت أكان فى يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان فى يدى بعد القسمة فغصبناه أو أعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقى دعواه أن البيت وصل الى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال فى يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة فى جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذى قلنا اذا ادعى أحدهما شيئا فى يد صاحبه ولو ادعى غلطا فى الذرع فقال أصابنى الف وأصابك الف فصار فى يدك الف ومائة وفي يدى تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابنى الف فقبضتها

ولم أزد فالقول قول الذي يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابنى الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابنى الف وأصابك الف فقبضت أنت الفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وتراضيا لانهما تصادقا علي أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومائة والاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذى تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتمامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا فى المعقود عليه واذا اختلفا فى مقدار ماقبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا فى المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار فى يد أحدهما ستون وفى يد الآخر أربعون فقال الذي فى يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا باعيانها وخلطتها بغنمك فهى لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابنى خمسون فدفعت الى أربعين وبقي في يدك عشرة لم تدفعها الى وقال الآخر أصابنى ستون وأصابك أربعون تحالفا وتراد الان الاختلاف بينهما فى مقدار ماأصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي في يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض فى الدعوى بعد ذلك الاقرار وبالدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذى فى يده الاربعون كانت غنم والدى مائة شاة فأصابنى خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا وهى هذه وقال الذى فى يده الستون بل كانت

غنم والدى مائة وعشرين فأصابنى ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنافان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة فى يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذى ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التى لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

باب قسمة الوصى على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان فى الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين فى نصيبه يكون متملكا علي أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لواقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها دينا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم مملك نصيبه مما فى ذمة زيد من صاحبه لم تملك عليه من نصيبه مما فى ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز بعوض عين فلان لايجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولاتجوز قسمة وصى الاب بين الصغير لان القسمة فى معنى المعاوضة وليس للوصى ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفى هذا التصرف أن تقع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة فى مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير (قال) فى الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لاما قبله فقسمة الاب مع ابنيه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان فيهم غائب فقاسم الوصي عليه لم يجز فى العقار وجاز فى غيره لأن القسمة فى العروض من الحفظ وللوصى ولاية الحفظ فى نصيب الكبير الغائب فكان له فى نصيبه من القسمة ما يرجع الى الحفظ فاما العقار فحصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له فى نصيب الكبير الغائب فى مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير حاضر فعزل الوصى نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز فى العقار وغيرها في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبنى على ما بيناه فى كتاب الشفعة ان عند أبى حنيفة بثبوت ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا فى نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم فى وصى الذمى لانه فى ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم علي الصغير قبل أن يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والانابة فى التصرف بعد الموت كالانابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك اذا جعله وصيا فى التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصى عبدا لغير الميت فهو وصي نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة ما لو وكله فى حياته حتى يخرجه القاضي من الولاية فالرقيق ليس من أهل أن تثبت له الولاية علي غيره لانه لا ولاية له علي نفسه وانما يتعدى الى الغير عند وجود شرط التعدى ما كان للمرء من الولاية علي نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس بنائب عن الصغير فى التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز قسمة الحربى المستأمن على ابن صغير له ذمى لان الذمى من أهل دارنا ولا ولاية للحربى على من هو من أهل دارنا ويجوز على ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الآية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته على ولد له صغير مثله مرتد

لانه لا ولاية له عليه ولانه لا ولاية له على التصرف فى ماله اذا قتل علي ردته حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل على الردة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ففى حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير فى جميع ما وصفنا لانه لا ولاية له علي نفسه وهو محتاج الى تصرف الولى له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذى يجن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته في حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه فى حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الي اقامة رأى الولى مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لا يمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه فى ذلك فأقمنا رأى الولى مقام رأيه لتحقق الحاجة وأهل الذمة فى القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا فى الخمر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فانى أجبرهم علي القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم كالخل والغنم فى حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا فى كيلها لم يجز الفضل فى ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفى حكم الربا هم يستوون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذمى مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف فى الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغى أن يفوض ذلك الي ذمى ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبى حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمى بالتصرف له فى الخمر والخنزير وكذلك علي قولهما هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالقاضي وأمر القاضى الذمى بالبيع والقسمة فى خمور يتامى هل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصى به وان وكل الذمى المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه فى الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته فى مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع سائر الورثة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز فى قولهما لان فى القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمى ببيع الخمر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

لحصة شركائه من الخمر التي خللها لان القسمة لم تصح عندهما كمالو باشر بنفسه فانما قبض نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له واذا كان فى تركة الذمى خمرا وخنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضى يكون نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذمى خمرة على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لا أن يكون بيع قيم القاضى واقما لهم والمكاتب كالحر فى القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت فى حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه فى التصرف مع المولى بيعا أو شراء كاجنبي آخر فكذلك المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضراً أو غائبا لانه فى حكم التصرف فى كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم تجز تلك القسمة كمالا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من كسب المكاتب كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أومات لم يجز لوكيله أن يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى المكاتب عند موته الي وصى فقاسم الوصى ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته فى هذا جائزة على ماتجوز عليه قسمة وصى الحر لانه يؤدى كتابته ويحكم بحريته حال حياته وكانه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه فى التصرف على ولده الصغير كوصى الحر وقال فى الزيادات وصيه بمنزلة وصي الحر فى حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز قسمته فيما سوي العقار وما ذكر هناك أصح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته الى حال حياته لانه فى تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر الى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصى اذا كان للموصى ولاية مطلقة (ألا ترى) أن وصى الاخ والعم لا يثبت له من الولاية الاقدر ما كان للموصى فهنا أيضا كان للموصي على ولده الصغير المولود فى الكتابة من الولاية مايرجع الى الحفظ ولا ولاية له

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه فى املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا فى المكاتبة لم يجز لانه لا ولاية له علي الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على الكتابة فان أدوا المكاتبة قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما أدوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لا فائدة فى الاشتغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن علي واحد منهما دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما لمالك واحد والقسمة فى مال هو خالص لمالك واحد لا تتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين فى كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فى التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاء العبد فان لم يكن علي العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى فى كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا أجنبيا داراً بغير أمر مولاه وعليه دين أولا دين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاده بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء فى ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة فاشترى هو ورجل آخر دارا جاز ذلك فى حصة الذى أذن له لان الاذن فك الحجر وقد ثبت ذلك فى نصيب الذى أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر فى نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذى لم يأذن له فقاسمها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجر عنه فى نصيب

الاذن والمولى الذى لم يأذن له من نصيب الاذن كالاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحد المولين على نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعد الاذن من أحدهما له فى التجارة والله أعلم بالصواب

كتاب الاجارات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي املاء إعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد على المنافع شرعا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى. رفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أى فى العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا مالم يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فاقرهم علي ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى جواز هذا العقد لانه يرد على المعدوم وهى المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لابد منه لانعقاد العقد والمعدوم لايوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لاتحتمل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لايتحقق فى المنافع فان الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لاتبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة فى ملك العقد مقام المنفعة فى حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ماهو المقصود بالنكاح فى حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز السلم أو

يجعل العقد مضافا الانعقاد الي وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغني والغنى محتاج الي عمل الفقير وحاجة الناس أصل فى شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لابد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة فاعلام المنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت فى العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن فى المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشي يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدثه فى المحل من قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه اقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط لانه مفيد فبين الناس تفاوت فى إقامة العمل بايديهم وكما يجب اعلام مايرد عليه العقد يجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن أبي هريرة وأبى سعيد رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وببعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهى مجزوم ولكن المجزوم اذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ ما يكون من النهى هذا كالامر فان أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث اذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهي يوجب فساد المنهى عنه ولكنا نقول هذا نهى لمعنى فى غير المنهى عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذى يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد فى شيء فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهى عن الصلاة فى الارض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ماركن احدهما الى صاحبه فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة ان ينادى الرجل علي سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فمالم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد واذا ساومه انسان بشئ فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استياما على سوم الغير وكذلك اذا خطب امرأة ولم تركن اليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبني وان أبا الجهم يخطبني فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لامال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحي أسامة بن زيد فانك تجدين فيه خيرا كثيرا فاما بعد ماركن أحدهما الى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق فى هذه الحال والمراد بالنجش الاثارة ومنه سمي الصياد ناجشا لانه ينثر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لاتساوى ذلك ولايقصد شراؤها وانما يقصد أن يرغب الغير فى شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولاتبيعوا بالقاء الحجر وفى بعض الروايات ولاتنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضاً فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا تعارفوها فى الجاهلية وهى أن يرمى الحجر الى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح اليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفى قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة الى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة مابعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبى امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أنى أكرى ابلى الى مكة أفتجزيني من حجتى فقال ألست تلبي وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتنى عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

وفى هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل الى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة فى الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لان خروجه كان لتعاهد ابله وا كتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من أشراط الساعة ا كتساب الدنيا بعمل الآخرة فازال ابن عمر رضي الله عنهما اشكاله بماذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لايتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمى وهو بهذه الاعمال لايبتغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لواقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر زول الوحي في بعض مايسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان فى الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة فى طريق الحج ولما كان اكراء الابل فى معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاق اذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لاشغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولايتمكن نقصان فى ثواب العبادة وان سعيد بن جبير رضي الله عنه قال أتى رجل الى ابن عباس رضى الله عنهما فقال اني أجرت نفسى من قوم وحططت لهم من أجرى أفيجزيني من حجتي فقال ابن عباس رضى الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل على هذا السائل ماأشكل على الاول وكانه بلغه الحديث الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك ديناركـ فى الدنيا والاخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الحط احسان وانتداب الى ماندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فازال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لانقصان فى حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجروان كان حجه بدونه تماما لان المنع من البر والاحسان لايحسن وهو على ماأفتى به ابن عباس رضى الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدم غيره لاليباشر الجهادوهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم فى الطريق غيره فكان هذا تبعا لايتمكن به نقصان

فى الاصل وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على حائط فاعجبه فقال لمن هـذا الحائط فقلت لى استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وفيه دليـل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا مايعجب غيره ولكنه كان لا يركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدن عينيك الى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لا يضر أحدا بخلاف مايقوله جهال المتقشفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حبب الى من دنيا كم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عينى فى الصلاة فلما أعجبه قال صلى الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعنى المرء فرسول الله صلى الله عليه وسلم ماكان يتكلم بما لا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفى قول رافع رضي الله عنه لى استأجرته دليل على ان الشئ يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف أن لا يدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان باجارة أو عارية حنث وفى الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة ففى المزارعة استئجار الارض ببعض مايخرجه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبى حنيفة رضى الله عنه على من أجازه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل استأجر بيتا وأجره با كثر مما استاجره به أنه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول لجواز هذا العقد من المالك قبـل وجود المنفعة كان بالطريق الذى قلنا وهو موجود فى حق المستأجر ولان المالك ما كان تمكن من مباشرة العقد عليها بعد الوجود لانها لا تبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لا يرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضـل وبقوله أخذ الشافعي رضى الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا أصلح فى البيت شيئا أو طين البيت أو جصص أو زاد فيه لوحا فالفضل حـلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لا يطيب له الفضل لنهى النبي صلى

الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل في ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا علي مالم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهى عن وكيس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة فى البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا أن يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضى الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه كان يعجبهم اذا أبضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كي يضمنها وهذا منه اشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع اذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذى به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كى يضمن مايتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم اليه بقال قد أجره رجل بيتا فالقي فيه مفتاحه فى وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح فى الاجارة أنه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد علي المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات ولان فى المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضى الله عنه من وجه فقال ان ألقي اليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يمرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جعله فى الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أو لم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله نهاية فى القوة وفى الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم مايضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلان يوفر حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا ينفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع بالعيب وظاهر مايقوله في الكتاب أنه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المشترى ولكن

الاصح ماذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما اذا أثبت العذر عندهما في الرد بالعيب وجه هذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل في ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك الرواية أن عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لايتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لايضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك في الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل ان أجير الواحد من يكون العقد واردا علي منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فان صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لان مااستحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين فبعد ماباعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمي هذا مشتركا والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم رضي الله عنه اذا تلفت العين بغير صنعه فلاضمان عليه سواء كان أجير واحد أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في أجير الواحد أيضا وفي الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ماروى عنه بعد هذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ماضاع على يده وعن على رضى الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما ولأجل الاختلاف اختار المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى في مواضعها ان شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح كل شئ الا الغرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

الا مالا يمكن التحرز عنه والذى لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبخ أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتديا فى ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبى ليلي رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لاضمان علي الملاح فى الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والغارة الغالبة ولكنا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فاذا حصل التلف بعمله كان ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال انى أعطيت هذا ثوبى ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف أضمن له ثوبه وقد احترق بيتى فقال له شريح أرأيت لو احترق بيته أكنت تدع له أجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له إضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف أضمن له وقد احترق بيتى وكانه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم يصدقه شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال أرأيت لواحترق بيته كنت تدع له أجرك ومعنى استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ماهو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط ما هو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ويقول له أيها القاضى قياسك فاسد فالاجر لى فى ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حقى وحقه فى عين الثوب وباحتراق بيتى يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله ان احترق بيته بعمل هو متعدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجير الواحد الا اذا خالف ما أمر به وذكر عن أبى جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبى جعفر أيضا ان عليا رضى الله عنه لم يكن يضمن القصار فى الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصياغ ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما اذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفى هذا دليل على اجماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعى رحمهما الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ماجنت يده وسيأتيك بيان المسئلة فى موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبى الهيثم رحمه الله اتبعت كاذيا من السفن فحملت خوابى منها حمالا فانكسرت الخابية فخاصمته الى شريح رحمه الله فقال الحمال زاحمنى الناس فى السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذى دهن تحمل من الهند فى السفن الي العراق وقيل هو اسم لما يتخذه راكب السفينة من الاوانى كالامتعة لحاجته فيسع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبى حنيفه رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف فى يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فاذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله اذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم ير فسادا قال على بشاهدى عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هو من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له فى المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبى ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلي رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله فى صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفي عمله ومنعه أجره ورجل أعطانى ثم غدر واللفظ الذى ذكر فى هذا الحديث أبلغ مايكون من الوعيد فرسول الله صلي الله عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يشتد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

أى ألزمته وحججته فاما قوله رجل باع حراً وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وببيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازاً ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وانما تمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيرا فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استذله بالعمل واستزبنه بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجار الاجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطاني ثم غدر أى أعطى كافرا أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع الى مابينا من المعنى فالمستأمن يكون مستذلا فى ديارنا فاذا غدره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبي نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاء الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لاقيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو ينبني على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان وهو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر ثم الأجر اما أن يلتزمه فى الذمة أو فى عين موجود وهو ماالتزمه فى الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخرج من الدم أو ما يشرط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام والمراد بمهر البغى ماتأخذالزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء الآية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرامٌ ولكنا نقول هذا النهى فى كسب الحجام قد انتسخ بدليل ماذكره فى آخر حديث أبى هريرة رضي الله عنه قال فأتاه رجل من الانصار وقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لى عيالا وحجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراما لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلى الله عليه وسلم لعن الله آكل الربا وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا النهى في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك يدنى المرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لايدنيه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لاضمان على الاجير الراعى وان اشترطوا ذلك عليه وبه يقول ان كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل وان كان الراعى مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند أبى حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أولم يشترط وهو ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ماتلف بما لايمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشتراط الضمان عليه باطل على اختلاف الاصلين والله أعلم بالصواب

باب الرجل يستصنع الشئ

(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم و لاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل مشروط فيه ثم أحكام ماللناس فيه تعامل من الاستصناع قد بيناه فى شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين ماذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمى لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه العين وفسخ العقد فيه ممكن فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فأما فى الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار دينا بذكر الاجل عند أبى حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو اقامة أصل العمل وان شاء مال الي جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن غصب حديدا وضربه اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر كالمشترى اذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لايجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ماأقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد علي المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشترى فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لايلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل مايسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه الي الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرقعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا فى القياس مثل الخف وغيره يريد به قياس الاستحسان فى مسئلة الخف ولكن هذا لايعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

تعامل فقيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لايجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعجل الثمن كان جائزا وكان سلما لاخيار له فيه وان فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والأصح أنه قولهم جميعا والعذر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذى صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار الى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل فى العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا الى حائك لينسج له سبعا في أربع فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا فى النقصان فانه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ماسمى له أما ثبوت الخيار له فلتغيير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمى فهو أرق مما سمى وان حاكه أصغر مما سمى فهو أصفق مما سمى هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فاذا حاكه أكثر مما سمى فقد زاد فيما استعمله من غزله على ماسمى وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضي بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خالف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفى الزيادة لم يوجد مايقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشئ من ذلك وأما فى النقصان قال يعطيه من الاجر بحساب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر الى تكسير ماشرط عليه وتكسير ماجاء به فالمشروط عليه سبع فى أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذى جاء به سبع فى ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

أرباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أرباع المسمى كما لو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدى وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضي الله عنه والأصح عندى أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول فى المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما فى الملاءة وربما تزيد فى ماليته زيادة الطول دون العرض كما فى العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض فى معنى المالية واذا تقرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا على الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ما سمى كان حصته ثلاثة أرباعه من الاجر ثلاثة أرباع المسمى فاذا تم رضاه بذلك القدر عند الموافقة يكون أرضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى وكانه أشار الى هذا بقوله ولا تجاوز به الا ما سمى له بمقابلة ما جاء به وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا لو شرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذى شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير الى أجر المثل ولا تجاوز به ما سمى لانعدام المقوم فيما زاد عليه ولوجود الرضا من الحائك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد فى الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزده فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ما أمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائك يقيم العمل فى غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لا يمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائك عاملا فى غزل نفسه ثم الحائك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلي الحائك البينة لحاجته الى اثبات ما يدعى من التسليم اليه بحكم القرض وما يدعى من الدين لنفسه فى ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره واذا سلم اليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

غزلا مسمى مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس لايجوز لانه اشترى منه ما سماه من الغزل وهو غير معين ولا مشروط فى ذمته دينا ولكنه يستحسن للتعامل فى هـذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حائك فيقول له الحائك هذا لايكفى لما تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر مايحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لايجوز الاستصناع فى الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل في هـذا يجوزه اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض فى الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير لاحداث وصف فى الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان أتاه كما شرط واتفقا على انه زاد أعطاه ثمن غزله لانه صار قابضا للمشترى باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاء بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغى للقاضى أن يرجع الى العلماء من الحوكة فان قالوا الدقيق لا يزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لانه ما اشتبه على القاضي فانه مايرجع فى معرفته الى من له بصر فى ذلك الباب كما فى قيم المتلفات ومتى كان القول قول الحائك وحلف يخير صاحبه على أن يعطيه ماسمى له ومتى كان القول قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هـذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال الي الموافقة فى أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ماأقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله فى من ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل ووجوب ثمنه فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير فكان على العلم واذا حلف فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

غزله فيطرح عنه ماأصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذا في الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله في ثلاثة أرطال غزل وانما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكر في المسئلة الاولى لان موضوع المسئلة هناك فيما اذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير الى وزن الثوب وهنا وضع المسئلة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير الى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) واذا أسلم الرجل حنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لو دفع سمسما الى رجل على أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف يستأجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاب والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر

وعدة العام وعام قابل ملقوحة في بطن ناب حابل

وحبل الحبلة هو بيع ما يحمل حبل هذه الناقة وكانوا يعتادون ذلك في الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهي عن بيع الغرر واستدل أيضا بالنهي عن بيع اللبن في الضرع وعن بيع الصوف على ظهورها فعرفنا أن ما كان في مضمون خلقه حيوان لا يجوز تمليكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجاوز به ما سمى لانعدام التسمية فيما زاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون ثمنا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولو دفع غزلا الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

الطحان (قال) رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكي عن استاذه رحمهما الله انه كان يفتى بجواز هـذا ويقول فيه عرف ظاهر عنـدنا بنسف ولولم يجوزه انما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما فى الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يعجل بالنسج ويجد فيه اذا كان له فى الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل فقال قشّره وربه بنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لا يعرف ماشرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي الى المنازعة وهذا بخلاف مالو دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ فى كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تتمكن المنازعة بينهما لان اللون فى الثوب محسوس فاما الرائحة فى الدهن المربى غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما * يوضح الفرق ان اعلام مقـدار الصبغ يتعذر علي الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسم الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيه بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذى يدخل فى مثـل هـذا السمسم معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تتمكن المنازعه بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذ جوزناه ثم تبين بعـد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ماتعارف الناس الاستصناع فيـه فهو جائز فاذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبـل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هـذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشترى فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة علي أن يفعله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف واذا جاز الاستصناع فى الخف لكونه متعارفا فى البطانة والنعل أجوز ولا خيار لصاحب الاديم اذا عمله عملا مقارنا الا فساد فيـه وكان ينبغى أن يثبت له الخيار فى البطانة والنعل لانه اشترى مالم يره لكنه قال لا خيار له فى أصـل الاديم لانه ملكه ولا يتأتي الرد فى البطانة والنعل منفردا عن الاصـل ثم البطانة والنعل بيع فى هـذا العقد

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب الى الاديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك فى البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو فى اقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد فى العمل مخالف فان شاء مال الى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وان شاء مال الي الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة مازادفيه ولا يجاوزبه ماسمى له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب أجر المثل وقيمة مازاد فيه لانه مشترى له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ماسمى ينصرف الى الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه فان المشترى شراءا فاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر فى آخر الباب فى مسئلة الجبة ولا يجاوز به ماسمى فى أجر عمله خاصة وقالوا بيانه فى فصل يكون بينا فى جميع الفصول ولكن الاصح أن قوله ولا يجاوز به ماسمى له فى هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا يجوز العقد هنا فانه لو كان مقصودا ماجاز العقد فيه واذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالاصل فاذا كان الاصل لايجاوز به ما سمى له فكذلك فى التبع وسنقرر هذا الفرق فى مسئلة الجبة ان شاء الله تعالى وكذلك ان سلم خرقة الى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب الى الظهارة وأنها بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصناع اذا رضى المستصنع العمل واجازه أن لا يدفعه له حتى يأخذ منه الاجر الا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة فى الاجارات كالثمن فى البيع والمبيع يحبس بالثمن اذا كان البيع حالا ولا يحبس به اذا كان مؤجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالاجرة اذا كان الاصل ملكا للمستأجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه الوصف الذى أحدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس ولكنا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فانه لا يتصور منه اقامة العمل بدون أن يتصل

ذلك بملكه ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه في الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالبدل فاذ لم يثبت له حق الحبس فيما هو الاصل لا يثبت في البيع ولكنا نقول حق الحبس يثبت له في المعقود عليه ولا يتأدي ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه في حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد علي المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين لزمه تسليم العين فهذا مثله (قال) في الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه حتى يقبض أجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية في فصل بيع المرابحة وهو أنه اذا اشترى عينا من بياع وواعده أن يستوفي الثمن منجما في كل سبت فللمشتري أن يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشترى بثمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل هذه المسئلة واذا دفع الرجل الي صباغ ثوبا يصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه اذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما لا تتمكن المنازعة بينهما فان خالفه بصبغه علي غير ما سمى له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفي الصفة مخالف واذا اختار الاخذ أعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له لانه رضي بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والقلنسوة فقد قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه وهنا لم يذكر قيمة مازاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ماسبق وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن يجعل مشترى بخلاف البطانة والنعل فذاك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (ألا ترى) أنه يتأدى بفعله فلهذا تعتبر قيمة ما زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب في الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون فى حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة مازاد الصبغ فيه وفى مسئلة الخف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان ما لا متقوما منفرداً عن الخف فلهذا اعتبر قيمة مازاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن صبغه به بأن صبغه بعصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا علي الاذن فى الصبغ ثم رب الثوب يدعى عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له فى الصبغ أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر الاذن فيما صبغه به واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتنى فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين ينبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع مخالفا فلا فائدة فى استحلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم اليه خفه ينعله بأجر مسمى فهو جائز للعرف الظاهر فاذا نعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى لما بينا أنه فى أصل العمل موافق وفى الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيداً لان المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما فى بيع العين ولو شرط عليه جيداً فانعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما اذا اشتري عبدا بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة مالو وجد العيب فى المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلافا في الاجر وقد عمله عملا علي ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة فى حقه وهو الأجر فتترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لى بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل يدعى عليه الدرهم دينا فى الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له مازاد النعل

فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النعل وهو لو أقر به لزمه فاذاأنكر يحلف عليه واذا حلف انتفى ماادعى كل واحد منهمامن العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولايجب أجر المثل لان المنفعة لاتتقوم الا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بينة العامل لاثباته الزيادة ولوعمل الخف كله من عنده ثم اختلفا فى الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلايستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولوأسلم ثوبا الى صباغ فصبغه أحمر على ماأمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين وانى أنظر الى مازاد الصبغ فيه فان زاد درهماأو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وان كان دانقين أوأقل فانه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغة بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل فى باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لايجعل فى ثوب انسان صبغا يساوى درهما بدانقين اذن يخسر وهو ما جاس لهذا والظاهر أن الانسان لايلتزم درهما بازاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لامحمود ولا مأجور فاذا كان قيمة الصبغ درهما أوأكثر فله فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كانت قيمة الصبغ أقل من دانقين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ماصبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لايشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين فى المهر اذا كان مهر المثل لايشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والأصح عندى انه لاتحالف هنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا تصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب واذالم يجب التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب الثوب كالغاصب اذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ منكر

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفى ظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل صبغ يزيد فى الثوب قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف فى بدل العقد ولكن الصباغ يدعي لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب مازاد الصبغ فى ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير مبرئا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ فى العمل تحالفا وتراد لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البدل فيعم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى يعود اليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لا تصور للفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك فى الاجارة ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار فلهذا لا يصار الى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ففى حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفى حصة مابقى يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقى ممكن وفي حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا وفيما أقام من

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ماإذا اشترى عبدين فهلك احدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك يتعذر فسخه فيما بقي وهنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايقيم عليه من العمل فبأن تعذر فسخه فى البعض لا يمنع الفسخ فيمابقي وكذلك لوقال عملته لى بغير أجر فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الاجير الى أجر مثله كما فى مسئلة الصباغ وقد أشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ عين مال قائم فى الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسداً لان المعقود عليه مجهول فانه الوصف الذى يحدث فى الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب فى الطول والعرض والصفاقة والرقة والجودة والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وان كان أراه الثياب كان جائزا لان برؤية المحل يصير مقدار العمل فيه معلوما ولو سماله جنسا من الثياب كان مثل ذلك مالم يرها اياه لان بتسمية الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ فى بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلوما فهو واراءته الثياب سواء ولو أسلم ثوبا الى خياط وأمره أن يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى له لانه فى أصل الخياطة موافق وفى الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون القباء والقميص تتفاوتان فى الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده مخالفا وانما خالفه فى تتميم المقصود حتى لو خاطه سراويلا كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب الثوب لانه لا مقاربة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب فى الفصلين واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع اليه شبها ليضرب له طستا فضرب به كوزاً فهو بالخيار ولا مقاربة في الاستعمال هنا ولكنه موافق فى أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة فكذلك فى مسئلة الثوب وان خاطه سراويلا فهو في أصل الخياطة موافق وفى الهيئة مخالف فان قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط أمرتني بقباء فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعي رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البدل تحالفا اذا كان

قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر دينا فى ذمة رب الثوب فلا يكون هذا في معنى ما ورد الاثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة العمل لاوجه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه هو المدعى الاذن فى خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا فى القصارة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا على انه لم يشارطه على شئ فى هذه الفصول وفى النوادر عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا تتقوم الا بعقد ضمان أو بتسمية عوض وعن أبى يوسف رحمه الله قال استحسن اذا كان خيط له فأوجب الاجر له لان الخياطة التى بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمد رحمه الله قال ان كان العامل معروفا بذلك العمل بالاجر فتح الحانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا ولو أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمى بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فى قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة أن الربع الهاشمى هو الصاع وهو ربع قفيز فكأنه أمره بأن يصبغه صبغا غير مشبع وقد صبغ صبغا مشبعا فكان فى أصل العمل موافقا وفى الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب فى الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمى أولا ثم بالزيادة الى تمام القفيز أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمى أولا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا

مصبوغا بربع قفيز فصبغه بثلاثة أرباع قفيز أما اذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لانه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف في هيئة العمل في الابتداء ولانه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن في الموضع الذي يجب الاجر لا ينظر الى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب مازاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله في المنتقى ذكر هذا التقسيم عن أبي يوسف رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الاجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلهذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وان كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الاصح ولانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه بدفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمي فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا أن يقيم الصباغ بينة وان كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب في المسئلة الاولى ولو قال لخياط أنظر الى هذا الثوب فان كفاني قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا لم يكفه قميصا فانما قطعه بغير اذنه ومن قطع ثوب الغير بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له أنظر أيكفيني قميصا فقال نعم فقال اقطعه فاذا هو لا يكفيه لم يضمن لانه قطعه باذنه فان قوله اقطعه أذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخبر اذا لم يكن في ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق أمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الاول فانعدام الاذن هناك بما صرح في لفظه من الشرط حتى لو

كان فى لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه اذا فهو ضامن اذا لم يكفه لان الفاء للوصل فبذكره تبين انه شارط للكفاية فى الاذن وقوله إذا اشارة الى ما سبق فكانه قال اقطعه اذا كان يكفيني لان هذا شرط الا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا الي خياط فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه علي أن لك من الاجر كذا وكذا فهو مثل الخف الذى أمره أن يبطنه وينعله فى القياس ولكن لا أجيز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن فى القياس بالتعامل وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود الى أصل القياس فيه ويقال انه مشترى لمعدوم أو لمجهول فلا يجوز ولان هذا ليس في معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة يسمى خفا ولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فما شرط عليه يمكن أن يجعل تبعا للعمل فاما القباء والجبة لا تكون بدون البطانة والحشو واذا كان ما التمس منه لا ينطلق عليه الاسم الا بما شرط عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ما سمي له فى أجر خياطته خاصة لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه رده فيلزمه قيمه المشترى بالغا ما بلغ وأجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى له وبهذا اللفظ يستدل بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول فى الفصول المتقدمة أن قوله لا يجاوز به ما سمى له من الاجر خاصة دون قيمة ما زاد فيه والاصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن فى العقد تبعا فى العمل ولذلك فسد العقد في الاصل واذا وجب اعتبارهما مقصوداً بقيمتها بالغة ما بلغت وفيما سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة فى القلنسوة جعل تبعا للعمل فى العقد ولذلك جاز العقد فكما أن فى أصل العمل لا يجاوز بالبدل ما سمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها وينذف القطن عليها وسمى الاجر له فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر قمص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص فى الطول والقصر ولو قال الثياب هروية ومقداره على هذا الشئ معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما على وجه لا يبقى بينهما منازعة ولو دفع اليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لاينقص عن نصف درهم ولايجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ما اشترط اذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شئ لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له على نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسدا ولانه يصير تقدير كلامه كانه قال لك أجر درهم على خياطتك أولا شئ ولو قال ذلك كان العقد فاسدا وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثانى أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما فى المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتهما أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتى هذه بمائة درهم أو ابنتي هذه بمائة دينار فقال قبلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدرى بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم فى نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لايجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل مايلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد عند اقامة العمل وعند ذلك لا جهالة فى المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما فى الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثانى فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفى القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما فى الفصل الاول (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيت لى الثمن الى شهر فعشرة دراهم

وان أعطيته الى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسمتين ولهذا التردد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثانى فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبرا هذا في الفصل الثانى قالا انه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما فى الفصل الثانى وهذا لان عمله فى الغد غير عمله فى اليوم ولصاحب الثوب فى اقامة العمل فى كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه فى اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك فكذلك اذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لاتحتمل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة فى اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل الى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البرأة عن بعض الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة فى خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففى احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفى الرواية الاخري يجب أجر المثل لايجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فاته ذلك يلزمه أجر المثل فعلي الرواية الاولى يقول اجتمع فى اليوم الثانى تسميتان درهم ونصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثانى الى الاول فى الغد مع بقاء الاول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسمية نصف درهم فى الغد لاموجب له في اليوم حتى اذا قال استأجرتك غدا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثانى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه لاتجتمع تسميتان فى واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية الاولى لها موجب فى اليوم الثانى وهو أجر المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما فى قوله وان خطته غدا فلا شئ لك بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب فى العمل الآخر فكان عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيها فلهذا افترقا واذا اشترى نعلا بدرهم وشراكا معها على أن يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس واذا كان أصل العقد يجوز للعرف فالشرط فى العقد اذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهى اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من البدل فهى اعانة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسئلة النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسنا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء الى حذاء بشراكين ونعلين استأجره على أن يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشراكين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط فى الجبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل والصحيح أنه لايشترط اراءته اياه ولكن ان أعلمه على وجه لايبقى بينهما فيه منازعة فذلك كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القيمص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والجص من عنده وكل شئ من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما بينا للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة مازاد لانه صار قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفى عمله بعقد فاسد فكان له أجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا فقطعه وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان فى تسليم ثوبه الى الغير والقابض فى قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفى الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقى فى يد القصار فيأخذه منه والله أعلم

باب متى يجب للعامل الاجر

(قال رحمه الله واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه فى قول أبي حنيفة رحمه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالاجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشترك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الأجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر فى تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا فى الدق فالمستحق بالعقد وفى سليما عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا فى الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك فى القصار فانه لا يتوصل الي اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كاوصاف المبيع الا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية فى حق النزاع فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا علي العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو ما فوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمّن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو أن يلزمه ما لم يلتزمه ونظر الشرع

للكل فمن النظر للاجير أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال انما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا أن يضيع بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير الى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضي به متغيراً فضمنه قيمته مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة مالو قبل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشترى فاما اذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه ان لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفي قوله الآخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق وأجير الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق انما كان لوهاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة وما يستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة والدليل عليه ان أجير القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فان كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وان لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جداً وحجتنا في ذلك ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كما لو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد

معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع ومافى الذمة يعرف بصفته والموصوف بانه سليم غير الموصوف بأنه معيب فاذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هنك البدل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضي عقد المعاوضة الا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه فى الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود الا أن هناك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضيق مدة التسليم عليه وهذا لايدل على أنه اذاوجد ماهو المقصود لايكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس فى النكاح مقام ماهو المقصود ثم اذا وجد ماهو المقصود وهو الوطء كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه فى حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لاتختلف بكونه سليما أو معيبا كما فى بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لايخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أوسليما وهنا المعقود عليه عمل فى الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذاتناول الجيد لايكون الردىء معقودا عليه ما لم يسقط حقه فى الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقوداً عليه لايكون المعيب معقودا عليه الا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لاتقتضي السلامة عن العيب فبالتخرق لايخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاغ والفصاد والحجام فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه حرج والحرج الذى هو غير ساري ليس فى وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة مايقدر علي تسليمه دون مالايقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار فى الجملة الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لايمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة *يوضحه أن التخرق اما أن يكون لشيء فى طى الثوب أولرقة فى الثوب أولحدة فى المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولاطريق للوقوف بحال* يوضحه أن التلف هناك لايحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا أنه بالفراغ منه يصير مسلما الى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجير القصار فهو أجير واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له أجيره اذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له (قال) بشر بن غياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول نضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديء في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضى به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفى الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذى أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ لا في احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوى الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقدار ماعمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة علي صاحب الثوب فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن اقامة العمل مستحق علي القصار فامساك العين الى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وان استأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته الى موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشى معه أو ليس معه فانكسر فى بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضى الله عنه اعلم بان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وان تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس فى وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وان تلف بفعله بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشى معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشى معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود الا بجملته فان مقصود صاحب المتاع لايحصل الا بوصول المتاع الي موضع حاجته فاذا انكسر فى بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقى للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فان شاء رضي بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد فى الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك فى نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس اذا فرغ من العمل فكان هو فى هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم باقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازى رحمه الله فى الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير الى البدل وقيام البدل مقام الاصل فى فسخ العقد فيه حتى أن فى هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الاجر بحصة ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء الى مكة لا يعطى شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أوعلى دابته أوسفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ماصار مسيرا له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أوثوبا أوعبدا أوغير ذلك وأصل المسئلة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أودينا وانما تملك باحد معان ثلاثة إما التعجيل أوشرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لان ماهو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين فى حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك فى العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة فى حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة ومالیس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم وللشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة فى الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما فى حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحى حقيقة كالميت حكما والمرتد اللاحق بدار الحرب واذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالاجارة من الغير وأنه لواستأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار فى رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لوتزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ماقبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ما اذا انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف فى ضمان المستأجر لانا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود فى المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة فى الرحم كالحى لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك فى الاجر أولم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم فى الاجارة المضافة الى وقت فى المستقبل ولان أكثر مافى الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه فى

حق انعقاد العقد فكذلك في ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك في انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد * وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم في نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشئ سوي أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم واذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك ليس قضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التي تحدث في المدة تجعل موجودة حكما لانه انما يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحي يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التي تحدث في المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد فبهذا تبين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذي قاله الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ما قلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفي لانعقاد العقد كما لو تزوج رضيعة صح النكاح باعتبار أن عرضيه الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشئ مقام غيره تكون بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة في ملك البدل بنفس العقد لان الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن

به فلا وفى حكم ملك البدل لاضرورة فاعتبرنا ماهو الاصل وهو أن يتأخر الى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لا يجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة فى الذمة فكيف تقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو فى حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك فى باب النكاح لا يحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود فى حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض وللقبض تأثير فى اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة فى المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة فى الملك لاضرورة فى التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة فى نقل الضمان ولما لم ينتقل الى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما اليه وجواز تصرفه من الوجه الذى يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك فى حكم تفرق الصفقة فانه لا يمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما فى حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار فى سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد فى المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها فى الحبس عند تسليم الدار اليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي فى القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ الى شغل آخر بل يسلم الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة أو فى حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكترى المرء فيه دابة ثم ينتقل الى أخري وعلي هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففى قوله الاول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر وفى قوله الآخر اذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الاجر يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب الايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد وان شرط فى العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهى المدة فهو جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضي العقد وفى قوله الآخر هذا اشتراط الاجل فى الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه اذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك دينا لم يصح ذلك فى قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وصح فى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالمبيع والمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة ما لم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد فأما اذا كان دينا فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول فى قول أبي يوسف الاول وهو قو محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفى قوله الآخر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

بنوا مسئلة المصارفة على هذا ولكن هذا شئ لا يروى عن محمد رحمه الله نصاوفي الجامع بني المسائل علي أن الاجر لايجب بنفس العقد عينا كان أو دينا ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد الا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا في الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر في جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط. وجه قوله الآخر أن الابراء اسقاط واسقاط ماليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ماليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقي العقد يملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شيء من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كانه عقد في الابتداء بما بقي ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه اليه فهو جائز لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لايجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمرا في كلامهما لتحصيل مقصودهما كما اذا قال أعتق عبدك عني على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعد ما صار مستوفيا للأجر بالمقاصة وجب رد مااستوفى كما لو استوفاه حقيقة أو لما انفسخ العقد ظهر أن الاجر غير واجب وان المقاصة لا تقع به ولكن أصل الشراء بقي صحيحا بثمن في ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدراهم دنانير ودفعها اليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الآخر الصرف باطل فاذا افترقا قبل ايفاء العمل فوجه قوله الاول أنهما لما أضافا عقد الصرف الي الاجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمر كالمصرح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارف به دينارا وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمنا في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه دينارا قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه علي المكفول عنه مالم

بود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف اذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان الحاجة الى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم فى ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده فان (قيل) يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ماهو من شرائط العقد ووجوب الأجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة فى المجلس كان العقد صحيحا ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا (ألا ترى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يبطل ولكن قيل يحتال للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء علي الصحة والدليل عليه أن الاجرة اذا كانت بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا فى ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسئلة الكفيل فبالكفالة كما وجب للطالب علي الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الي أدائه والمصارفة بالدين المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أودينا فيبطل عقد الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق أولم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر مالم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط فى الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار الأجل من حين يجب الاجر لان الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب وان كان الاجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله العقد فاسد وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم فى المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل أليس أن الاجر بمنزلة الثمن فى البيع ولو كان الثمن

شيئا له حمل ومؤنة لايشترط. فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط. ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايفائه لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لا بد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الآن عند حلول الاجل ولا يدري في أي مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفي الرواية الاخرى يجوز لان البيع في الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان في ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعارض شرط الاجل لان شرط الاجل معتبر في تأخير المطالبة لا في نفي الوجوب فبقي مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لايفائه ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما في السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار تعين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسلم الاجر في ذلك الموضع وفي الحمولة حيث ماوجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه في موضعه لانه يطالب بايفاء مالزمه ولم يلزمه الحمل الى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه في الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار دينا في ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم

باب السمسار

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكناني قال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمي أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يامعشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهـذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الاليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لان ذلك يطلق فى العبادات قال الله تعالى هل أدلكم علي تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له الى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه فى قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه أنه قد يبالغ فى وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف فى الحلف لترويج سلعته فيندب الى الصدقة ليمحو أثر ذلك كما قال الله تعالي ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلي الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل الي سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لى بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره علي عمل لا يقدر علي اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم مالم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمى له عدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كر من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما الى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه (ألا ترى) انه لو سلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسداً اذا اشترى وباع فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى له لانه استوفي المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله فى هـذا لا يخالفهما فان التعويض فى هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك فى هبة المنافع وقد أحسن اليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشتر لى هـذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى لانه استأجره للعمل الذى سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعت هـذا

المتاع لى فلك درهم كان استئجارا فكذلك اذا قال به ولك درهم ثم قد استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاجر

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الاجارات بالاجرة فى عاجلها وآجلها لان الاجرة وان لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجدوا لكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج الي التوثق فيما هو واجب فكذلك فيما هو يعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيحة كالكفالة بما يدور له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ماعلى المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأخير لان الكفالة للضم فتنضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التى هى على الاصيل ولهذا لا تصح الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل مؤخر الى وقت أدائه فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ماالتزمه فى ذمة الاصيل وبالاداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل أنه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذى يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر لم يرجع به الكفيل على المستأجر حتى يجيء ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للاداء قبل حلول الاجل وتبرعه لا يسقط حق الاصيل فى الاجل الذى كان ثابتا له وكما أن الطالب لا يتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا فى مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل علي ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة فالبينة بينة الاجير لاثباته الزيادة وله الخيار فى استيفاء ماأثبته بين أن يطالب به الكفيل أو

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة والكفالة بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المغصوبة فهناك الغاصب لا يبرأ عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستأجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انفسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه أجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم ما لا يقدر على ايفائه فخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفل بنفس العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤاجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطالب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي برئ الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شئ علي الكفيل من ذلك واذا استأجر محملا أو زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفل بما هو مضمون فى ذمة الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما تؤخذ المؤاجر فكذلك اذا استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذى ذكرنا ولو استأجر ابلا باعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفاء المكفول به من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين فى الايفاء فهو بمنزلة مالو كفل بمال بشرط أن يؤدى ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبنفس الكفالة

لاتثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا فالاجارة جائزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا فى الاجارة لانهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وان كانت الكفالة شرطا فى الاجارة فعقد الاجارة نظير البيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا الى خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جائز لانه كفل بمضمون تجرى فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل فى ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه فتمكن الكفيل من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغا ما بلغ لانه أوفى عنه ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجر المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبرا لتفاوت الناس فى عمل الخياطة واذا ثبت أن المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لاتثبت له الولاية علي يد الاصيل ليوفى ماالتزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الاعمال والله أعلم

باب اجارة الظئر

(قال رحمه الله الاستئجار للظئورة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعني باجر وبعث رسول الله صلي الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه فى الجاهلية وقد استؤجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليمة وبالناس اليه حاجة لان الصغار لا يتربون الا بلبن الآدمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق الى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن تبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدى

فمنفعة كل عضو علي حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر فى الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته لاستوجبت الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن على قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن فى حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر فى ذلك الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا استأجر ظئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفطمه باجر معلوم فهو جائز لانه استأجرها بعمل معلوم ببدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها ففيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه فى بيتها ان شاءت وليس عليها أن ترضعه فى بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهى تقدر على ايفاء ما التزمت فى بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا وفراشا فذلك جائز استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف *وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما في سائر الاجارات والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما فى سائر الاجارات لانها تفضي الي المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لانها وفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما فى سائر الاجارات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا على الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

في عينه نص يبطله وفى النزوع عن هذه العادة حرج لأنهم لايعدون الظئر من أهل بيتهم فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا فى سائر الاجارات لتمكن المنازعة فى الثانى وذلك لا يوجد هنا لانهم لايمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع الى ولدهم وربما يكلفونها أن تأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لايمنعونها كفايتها من الكسوة لكون ولدهم فى حجرها ثم أحد العوضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع فى سائر العقود حتى أن اللبن الذى هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع فى العوض الآخر في هذا العقد مالا يتوسع فى غيره واذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية فى عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما فى الصداق اذا سمى لها عبدا أوثوبا هرويا وهذا لان فى تعيين الوسط نظراً من الجانبين ولو اشترطوا عليها أن ترضع الصبي فى منزلهم فهو جائز كما فى سائر الاجارات اذا شرط المستأجر على الاجير اقامة العمل فى بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي فى بيتهم مالا تتعاهده فى بيت نفسها وربما لا يحتمل قلبهما غيبة الولد عنهما والشرط المفيد فى العقد معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير اذنه فللزوج أن يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك لايكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك فى الوجهين لانها ان كانت ترضعه فى بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه فى بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولانها فى الارضاع والسهر بالليل تتعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لاتعرف أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق من استأجرها ولانه تتمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق على نفسها فانها لاتصدق فى ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر مامضى ولها مما اشترطت من الكسوة والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه فى المدة الماضية فتقرر حقها فيما

يقابل ذلك من البدل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب مايخصه من البدل ولوضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلى الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل أبوى الصبي شيء ان كلفوها عجنا أو طبخا أو خبزا لانها التزمت بالعقد الظؤرة وهذه الاعمال لا تتصل بالظؤرة فلا يلزمها الا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظؤرة وان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشترى له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهيأه له لان ذلك من عمل الظؤرة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك الي العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قال في استئجار اللبان إن الزنبيل والملبن على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحتى التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس وان استؤجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال اذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة للعرف واذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا الى منزله فانزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليف والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التى لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على مانبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به ماهو المقصود ولا عذر أبين من ذلك وكذلك اذا تقايأ لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

فالحاجة الي دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عـذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته اذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينـة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عـذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور فى هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان فى بعض نساء الرسل كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا أرادوا سفراً فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولا تجبر هى على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عـذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها انضمام تعب الرضاع الى المرض ولهم أن يخرجوها اذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تكن معروفة بالظئورة فلها أن تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تعيرت من هذا العمل علي ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مـذموم فاذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تتضرر بالصبر على الاذي وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من عشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعوه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقيها فى منزله فله أن يغشاها لان ذلك مسـتحق له بالنكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقـه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

لانها فى ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها قد التزمت ما يرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لانها حرة مالكة أمر نفسها فيما وراء ما التزمت لهم ويجوز للأمة التاجرة أن تؤاجر نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها وكذلك المكاتبة وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستأجر ظئرا لصبي له لان الاجارة من عقود التجاراة ولان التدبير فيما يرجع الى اصلاح كسبه اليه فكما يشترى لصبي له طعاما فكذلك يستأجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان رد فى الرق بعد الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجر أمته لم تنتقض الاجارة فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحقت على المكاتب وبعجزه بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر فى ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فعجزه يكون ناقلا الحق منه الى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق الى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما اذا أعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء جديد وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لا يمتنع عليه بيعه وأنه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرفنا ان الكسب له ما دام مكاتبا فبالعجز ينتقل الى مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك ولهذا لو اشتري المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن لكل واحد منهما حق الملك وجانب المولى فى حقيقة الملك يترجح علي جانب المكاتب لانه أهل لذلك

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء لمولى الأول ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا أن في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم اذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالعجز أولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف ما اذا مات الحر وقد قيل الاستئجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه وقد سقطت حاجته بعجزه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم ما لاجله لزمت الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المتصرف (ألا ترى) ان العبد المأذون المديون يتصرف في كسبه دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع الى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح أنه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته فأما فصل الاستبراء فذلك ينبني على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (ألا ترى) ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للمشترى أن يجتزئ بتلك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبني على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان يملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة ينبني على انعدام ملك اليد والتصرف (ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يد له في كسب المكاتب فهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب الغني فاما بطلان الاجارة ينبني على انتقال ملك العين من المؤاجر الى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدى الاجر من مال الصبي اذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للأب أن يؤدى أجر الظئر منه فكذلك يؤدى من ميراثه بعده ولو استأجروها أن

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل في عمل الارضاع أو ينعدم وقد بطل العقد في حق الميت منهما واذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجروا ظئرين يرضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على لبنهما فان كان لبنهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه اللبن وأن البدل بمقابلته فان ماتت احداهما بطل العقد في حقها لفوات المعقود عليه والأخرى حصتها من الاجر ولا يجوز بيع لبن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلفه أيضا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا لبن طاهر أو مشروب طاهر كلبن الانعام ولانه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبغ في عمل الصباغة والحبر في الوراقة والحرض والصابون في غسيل الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحجتنا) في ذلك أن لبن الآدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الآدمي خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى في قوله وهو الذي خلق لكم مافي الارض جميعا ثم لاجزاء الآدمي من الحكم مالعينه (ألا ترى) أن شعر الآدمي لاينتفع به اكراما للآدمي بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمي يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الآدمي (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهى حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذي هو أصل الآدمي والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فاذا لم يكن الآدمي مالا في الاصل فكذلك مايتولد منه من اللبن بمنزلة الولد (ألا تري) أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الاضحية اذا حلبت يتصدق به ولهذا روى عن أبي يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبارا للبن بالولد ولكن هذا ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الآدمي بدون هذا الوصف لايكون محلا للبيع ولا رق في اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة في اللبن والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل على شئ مما ذكر المنافع فانها تقبل العقد من الحر لان المنافع لاتتولد من العين ولكنها أعراض تحدث في العين شيئا فشيئا فكانت غير الآدمى ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الآدمى وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عين والعين الذي هو مال مقصود لايستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لايستحق بالاجارة عين الصبغ بل مايحدث في الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باى شئ أزال ذلك استحق الأجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لاتستحق الاجر ولا نسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لايتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لايدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما في الثدى من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما ماحلب في القوارير قل مايحصل به غذاء الصبي وفى تجويز ذلك فساد لانه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الآدمى متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الآدمى في الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الآدمى بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن في الاصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء و نبتت السن بعد القلع لايجب شئ لانه لانقصان في الاصل فكذلك الاتلاف في اللبن لايتمكن نقصان في الاصل ولهذا لايجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ في حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان في الاصل قلنا المستوفي بالوطى في حكم النفس من وجه ولهذا لا يعجل البدل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا ترى) أنه لايضمن بالاتلاف بعد البدل ومثله لايضمن اذا لم يكن متقوما وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والضرورة ولو أصاب ثوبا لم ينجسه لان الآدمى طاهر في الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ماقام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى) أن عرقه

ويزاقه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحي انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء الي فساد ونتن رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد أثمت وهذه جناية منها لان منافعها صارت مستحقة للأولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرف تلك المنافع الى الآخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تتصدق بشئ منه لان ما أخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة لها ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التي قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر في اعتقادها دون لبنها والانبياء عليهم السلام والرسل صلوات الله عليهم فيهم من أرضع بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر فى لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له في بيتها فدفعته الى خادمها فأرضعته حتى انقضي الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم يبس لبنها فارضعت خادمها حولا آخر فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هي وخادمها فلها الاجر تاما ولا شيء لخادمها لان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية فيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفى القياس لا أجر لها لانها بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفى الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو ييبس لبنها فى بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار لتحصيل مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن واذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا تطالب به ولا تجبر عليه اذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الاقارب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار علي الارضاع (وحجتنا) في ذلك قوله

تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والأمر يفيد الوجوب فظاهره يقتضى أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار علي مثل هذا العمل لايجوز واليه أشار النبي صلي الله عليه وسلم بقوله مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الأجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة فنى هذا العطف اشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد مايكون بمقابلة الارضاع فاذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لايستوجب عوضا آخر بالشرط. والمعنى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولا تجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لايجوز كالاستئجار على كنس البيت والتقبيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هى فى الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر على الزوج بالشرط كما فى التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول فى سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفعته اليها فهو لا يستوجب عليه الاجر بالشرط. وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفعته اليها وكذلك لواستأجرها بعد الطلاق الرجعى لان النكاح باق بينهما ببقاء العدة فمعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء العدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد علي الاب كنفقته بعد الفطام وكذلك فى العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لايجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكنا نقول معنى الاتحاد الذى كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لايكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان للرضيع مال استاجرها فى حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس فى مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الاجر فى ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك اذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبدلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الاجر لان المكاتبة كالحرة فى منافعها ومكاسبها يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبها ولو

استأجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لاتؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو اخته ترضع صبياله كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لاتؤمر به فتوى فيجوز استئجارها عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألفها الصبي لايأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لاتعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا فى الاجنبيات أنها اذا لم تعرف بذلك العمـل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك فى المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا فى بيتها فجعلت تؤجر لبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البدل بمقابلة الارضاع وهى لم ترضعه الا انما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أتت به مفسد فالآدمى لايتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الآدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ماأدعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا فى ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على الباقى واذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذى يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الأجر لانه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لاولاية له عليه فى الزام الدين فى ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعـلي أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريثهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثـل ذلك وفى قوله وليس له أم ترضعه اشارة الي أن الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر فى ذلك فـكان عليها دونهم بخـلاف النفقة فان كان لاولىّ له فاجرة الظئر علي بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم

باب اجارة الدور والبيوت

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذى يريدها

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) لنها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لاتتفاوت فيها الناس ولان سكناه لاتكون الا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن فى الدار لاتضر بها بل تزيد فى عمارتها لان خراب المسكن بان لا يسكنه أحد وله أن يضع فيها مابدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لاتتم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها مابدا له من الاعمال يعني الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ونحو ذلك لان سكناه لاتخلو عن هذه الاعمال عادة فهى من توابع السكنى والمعتاد منه لايضر بالبناء ماخلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه فى الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى فى العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه ومالا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التى لاتوهن البناء بمنزلة صفة السلامة فى المبيع فيستحقه بمطلق العقد وما يوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبة أو الخبز فى المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لايوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبعيره وشاته وهذا اذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء علي عرفهم في الكوفة لما فى المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج الى أن يسكنها صديقا له بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لايضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجرها بأكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصلح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلي قول الشافعى رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالاعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكنا نقول المنافع لم تدخل فى ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

لو انهدمت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يؤاجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها ولو أضاف الاعارة الى مابعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك اذا أوجبها له في حياته ومع ذلك لا يؤاجر لانه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد الاول لا تسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زادفيه شيئا فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك اذا أجره بجنس آخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم والعقد لا يوجب ذلك فاما عند اتحاد الجنس يعود اليه ماغرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير اذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل واحد منهما أن ينقض الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت الى مالا يعلم منتهاه تتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فان سكنها من الشهر الثاني يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة الى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر الثاني يتم اذا سكنها يوما أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفي ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذا مضى ساعة فالعقد يلزمهما وهذا هو القياس ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما في اليوم الاول من الشهر واذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذى استأجرها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه اذا أطلق ذكر الشهر ماليس بعض الشهور لتعيينه للعقد باولى من بعض وجهالة المدة مفسدة لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة (ألا ترى) انه لو قال لله على أن أصوم شهراً لا يتعين الشهر الذى يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا نقول الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب كما في الآجال

والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيدين وأيام التشريق * يوضحه أن الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة في العقد لا يستدعى معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد فى اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو نقص وان كان ذلك اليوم فى بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الاهلة أصل فى الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة والايام تدل علي الاهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الي البدل اذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن فكان له أن يسكنها الى أن يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان فى بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه اذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالت أو قصرت وفي قول الشافعى رحمه الله لا يجوز الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفى قول آخر يجوز الى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من ذلك وفى قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة فى بعض الاشياء لا تتم الا بسنة كما فى الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثانى يقول العادة أن الانسان قل ما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالاعيان القائمة فالعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة * وحجتنا فى ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد دل على جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة فى عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة فان استأجرها

سنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالاهلة اثنى عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحدى عشر شهرا بالاهلة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الاهلة أصل والايام بدل ففى الشهر الواحد تقدر الاهلة وفى احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير الى البدل وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المدة لان ثبوت الكل بتسمية واحدة وهذا لانه مالم يتم الشهر الاول لايدخل الشهر الثانى فاذا كان ابتداء الشهر الاول فى بعض فتمامه فى بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثانى فى بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك فى كل شهر وقد ذكر فى كتاب الطلاق فى باب العدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهما الله لاحاجة الى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهما الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فاذا أهل الهلال يتجدد العقد عند ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هذه الحالة فلهذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك فى العدة لان الكل في حكم شيء واحد فتعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحدى عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقى وهذا غلط والصحيح ماذكر فى بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما فى ذلك الشهر فلا يسكنها فى آخر المدة الا أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر واذا استأجر بيتا فى علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحا لان التقييد اذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة فى حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لاضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف فى

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضرة فهو يريد أن يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذمى والحربى المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء فى الاجارة لانها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وان استأجر الذمى دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلي لنفسه دون الجماعة لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكناها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ فيها مصلي للعامة ويضرب فيها بالناقوس فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهى عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس فى أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد نفى احداث الكنائس فى أمصار المسلمين وفي الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بنى آدم فذلك منهى عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال الله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى فى امصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى الا أن يكثروا على وجه تقل بسببه جماعات المسلمين فحينئذ يؤمرون بأن يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذى يسكنه المسلمون على وجه يأمنون اللصوص ولا يظهر الخلل فى جماعات المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس فى أمصار المسلمين فاذا أراد أن يتخذ مصلى العامه فهذا منه احداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمور فى أمصار المسلمين لان ذلك يرجع الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهروا ذلك فكان الاظهار فسقا منهم فى التعاطى فلكل مسلم أن يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى فى أمصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا فى دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب فى سواد الكوفة فان عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما فى ديارنا يمنعون من احداث ذلك فى السواد كما يمنعون فى المصر لان عامة من يسكن القرى فى ديارنا مسلمون وفيها الجماعة والدرس ومجلس الوعظ كما فى الامصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الامصار موضع إعلام الدين نحو اقامة الجماعات واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام فى احداث البيع فى الامصار معنى المقابلة

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون من احداث ذلك في القرى (قال) رضى الله عنه والقول الاول عندى أصح فان المنع من ذلك فى الأمصار لا يفتتن به بعض جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم اذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم ماشاؤا وخوف الفتنة فى اظهار ذلك فى القرى أكثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ماقلنا قوله صلى الله عليه وسلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراءى ناراهما وقوله صلى الله عليه وسلم لا تستضؤا بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق فى الدار أودعارة أو كان يجمع فيها على الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لا لملكه الدار بل على سبيل النهى عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه من الدار من أجل ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الاجارة لاجله أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له الي ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط حائط من الدار فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر فى ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور العبد وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل فى مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة اذا مرض وهذا لما تقدم أن بقبض الدار لا تدخل المنفعة فى ضمان المستأجر فحدوث المغير بعد قبض الدار وقبله سواء الا أن يبتنيه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لا يكون للمستأجر أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد اذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بمحضر من الآجر لما فيه من الزام حكم الرد الآخر فيستوى فى ذلك ما قبل القبض وما بعده كما فى رد المبيع بالعيب ولو خرج فى حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد ق وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لان التغير فى وصف المعقود عليه فاذا رضى به لا يحط شيء من الاجر كالمشترى اذا رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا وفيه

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكننا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الخراب للسكنى لا يجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد واذا انفسخ العقد سقط الأجر سواء كان رب الدار شاهدا أو غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصد الا للانفساخ حكما (وطريق) آخر وهو الاصح أن العقد لا ينفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الاجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر فكذلك اذا انهدم البناء بخلاف ما اذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذى قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار واذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم نحا كما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل الذى بينا أن عنده المنافع في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها اذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحانوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة في أيام الموسم فاذا منعه في المدة التى كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا تمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في عقد آخر بخلاف البيع * يوضحه أنه لو استأجر دارين وقبضهما فانهدمت احداهما لا يتخير في الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل في ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام الصفقة

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى فى البيت حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه فى الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكيل والموزون شرط له أجلا أولم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن فى البيع فان الاجارة نوع بيع فما يصلح بدلا فى البيع يصلح فى الاجارة والمكيل والموزون يصلح بدلا فى البيع موصوفا حالا كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معينا فكذلك فى الاجارة وهذا على الطريق الذى يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذى يقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت فى الذمة بدلا عما ليس بمال فى العقود المبينة على التوسع فى البدل وهو مالم يشرع فى الاصل لتحصيل المال فأما الاجارة مبينة على الاستقصاء في البدل مشروعة لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة وان استأجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستأجر دفع اليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شئ عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلط عليه وملكه اياه بالتسليم اليه حال قيام العقد فنفذ عتقه والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا جميعا العبد وهو فى يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق المستأجر فيما بقى منه لان رب الدار ملك منه حصة ما استوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد مشتركا

بينهما فاذا أعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقى لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن فى الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ماسكن لان العقد انتقض بهلاك المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة فى تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقاه لايلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لمايخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه اليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم الى رب الدار فانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحقت فالاجر للؤاجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا فى كتاب الغصب أن الغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفى قياس قول أبى يوسف الاول لايتصدق لانه كان يقول العقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استربح علي ضمانه لايلزمه التصدق به كما في المودع اذا تصرف فى الوديعة ولو انهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار يضمن بالاتلاف ويرجع به علي المؤاجر لانه مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل فامىّ سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الفامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشترى به من الفامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفي أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الفامى بذلك يجوز وليس للفامى علي المستقرض شئ لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه كتسليمه الى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار علي المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم فى المصارفة فى الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للفامى على الرجل دينارا أو أجر البيت عشرة دراهم فى كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الفامى أن يدفع أجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذى له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والفامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة مالو كان اشترى به من الفامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجز لان القرض مضمون بالمثل وشرط شيء آخر مكانه باطل وان أحاله علي هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فانما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس الفامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع الفامى على المستقرض بشيء لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم ورب البيت على المستقرض بالدراهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما فى حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذى كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان فى ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على الفامى بشرط التعجيل فانه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل انما يعتبر اذا كان مذكورا فى العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس الفامى بذلك ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز علي كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالاعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض وان جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما اذا اختلف جنس المنفعة ولنا فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النسأ ما يكون عن شرط فى العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع فى حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت فى حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث فى المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لاتثبت فى الحال بل تتأخر الى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد فى حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخران جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفى مبادلة المنفعة بجنسها لايتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الاما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له مالم يكن حاصلا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته الى خدمة العبد أوركوب الدابة ثم ان عنداتحاد الجنس اذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لاشئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كمالواستأجر دارا ولم يسم الأجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكماأن المنفعة تتقوم بالعقد الجائزفكذلك بالعقد الفاسد واذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل القبض لايجوز من البائع ولا من غيره قال (ألاترى) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة الى بقاء الغرر والمكيل فى الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شئ بعينه من العروض والحيوان أوالموزون وتبر الذهب والفضة وفى هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف الروايات فى كتاب الشركة وان كان الأجر شيئا من المكيل والموزون بغير عينه موصوفا كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئا بعينه جاز ان قبضه في المجلس أولم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئا بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه انتقض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

فى ثمن البيع وليس له أن يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لايجوز إلا علي قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن عليه فكذلك من غيره ولكنا نقول اذا باعه منه يصير قابضا له بذمته واذا باعه من غيره فهو لا يقدر على تسليمه مالم يستوف ولا يدرى متى يستوفى فانما يبيع مالا يقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلا مجهولا وهو الى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتا بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك وكذلك كل مااختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضا لانه لا يظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم (ألا ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز فى عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالى عن المقابلة ففى عقدين أولى واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعي أن الدراهم نبهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة فى كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك علي ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا فى قوله وجدته زيوفا والمناقض لاقول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا علي أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئا بعينه ثم ادعي الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة علي العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس المبيع ثم ينفسخ العقد برده لفوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد ازمه رد المستوفى من السكنى ورد السكن برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون من البدل كما في البيع واذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذى شغل ملك الغير به فعليه تفريغه اذا خرج من

الدار ولكن ماأشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما البالوعة وماأشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفى القياس هذا كالاول لانه اجتمع بفعل المستأجر وللاستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة اذا خرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر فى الاجارة (والثانى) ان البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف الى الحفر وذلك تصرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج فى التفريغ الى نقض بناء وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا فى التراب الظاهر فالقول قول المستأجر انه استأجرها وهو فيها لان رب الدار يدعى لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضع ويدعى احداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أو مسقفا فعلى المستأجر كنسه اذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولانه ظاهر على وجه الارض وانما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولانه لا يملأ ليترك بل ليفرغ اذا امتلأ وكان التفريغ على من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة فى بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لا يجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره اخراج ماأحدثه فيها من تراب أو سرجين كان جائزا لان ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة واذا استأجر فامى من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الاوانى والرفوف والتخاتج التى قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لان الظاهر شاهد له فهو الذى يتخذ ذلك عادة لحاجته اليه فرب البيت مستغن عن ذلك فانه يبنى البيت ليؤاجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه الاشياء موضوعة فى البيت وفى الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان اذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التى فيها واسطوانائها فذلك كله للطحان لانه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء والحداد وما أشبهه من الاوعية والاداة التى تكون للصناع ولو استأجر أرضا ليطبخ فيها الآجر والفخار ثم اختلفا فى الاتون التى يطبخ فيها الآجر ففى القياس القول قول رب الارض لانه بناء كسائر الابنية وفى البناء القول قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لانى رأيت المستأجر هو الذي بنى وانما يبنى الحكم على مايعرف عند المنازعة

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (ألا ترى) ان كل عامل من هذا الجنس يبنى الاتون على الوجه الذى يتخذه أهل صنعته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أوفى باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهى كذلك وكذلك الآجر المفروش والغلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذى يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى فى الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذى يحدث مابه ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان فى الدار من لبن موضوع أوآجر أوجص أوجذع أوباب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب فى البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البينة ففى كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لانها مثبتة لحقه ولو كان فى الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدونه السكنى ولانه يحتاج في قلعها الى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البينة وكذلك الخص والسترة والخشب المبنى فى البناء والدرج فالمراد من الدرج مايكون مبنيا منه فاما مايكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لايحتاج في رفعه الى قلع البناء وهو موضوع كالامتعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجر ان القول قول المستأجر وفى التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء في الدار فيحتاج اليه كل ساكن فاما الاتون فانما يحتاج اليه من يطبخ الآجر دون من يعمل فى الارض عملا آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذى بناه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذى يبنى التنور ولو كان فى الدار كوارت نحل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالمتاع الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالآجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان للمستأجر أن يقلع من ذلك مالا يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما مايضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن لمالك ذلك العين أن يقلعه فاذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا فى نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هو لى فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء فى الدار على أن يحبسه له من الاجر فانفق على البناء واختلف فى مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبن أو بنيت بغير اذنى لان المستأجر يدعى عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصرعان فسقط احدهما وقال المستأجر هما لي أو قال هذا الساقط لى ويعرف أنه أخ المغلق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما فى المغلق غير مشكل والساقط اذا كان أخ المغلق فهما كشيء واحد معنى فى معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان فى البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هو لي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول فى ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذى اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطينها واصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة فان أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه الا أن يكون استأجرها وهى كذلك وقد رآها فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج فى ذلك الى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج اذا أبى رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقصود أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله

والشيوع فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل القسمة سواء عنده في افساد الاجارة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ويتهايآن فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة (ألا ترى) انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه في المنع من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق أو أجره* وبيان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايأ على المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايأ على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق فكان باضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر علي تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول اذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله واذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان الى المهايأة فاما أن يعود الى يد الاجير جميع المستأجر في بعض المدة اذا تهايآ علي الزمان أو بعض المستأجر في جميع المدة اذا تهايأ على المكان وعود المستأجر الى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة فاما اذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهايأة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود المستأجر الى يد الاجير وانما يعود الى يد أجنبي وذلك جائز في الاجارة كما لو أعاره المستأجر أو أجره من أجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء المعقود عليه لايتأدى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما في بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد

العقد وهـذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك فى الجزء الشائع يتم فأما اذا أجره من شريكه فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحـد زوجى المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه علي الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذى أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن هو فى يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غير من فى يده لا يجوز لعجزه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فبالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك فى الشائع وفى هـذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذى به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره فى ذلك سواء وأما اذا أجر من رجلين فتسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد فى نصيبه فقد ذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبى حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد فى النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا فى معنى شيوع تقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد منعقد لازم فى الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما فى الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لا يتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر فى العقد الذى يتعلق به استحقاق التسليم. رجل تكارى دارا من رجل علي أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لا تصلح عوضا فى البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فخلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكن قاصد الي الاضرار بالاخير فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤاجر أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم يستوف ولو تكارى منزلا في دار وفى الدار سكان فخلي بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طلب الاجر فقال ماسكنته حال بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه يحكم الحال فان كان المستأجر فيه فى الحال فالأجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول الى المعلوم ويحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا اذا اختلفافي انقطاع الماء فى المدة بحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن فى الحال فالمستأجر ضامن الأجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة فى الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا ولم يسم مايعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة الي تسميته وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فان عملها فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يتملك المضمون بالضمان مستندا الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعليه الأجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب فى المنفعة * وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه واذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله اذا أقر بشيء دون شيء ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متعدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لاتوهن البناء ولكنها تزيد فى عمارة الدار واذا طالب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتنيه بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر فى ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين اذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك في يده لان العين متقوم فى نفسه ولا تسقط قيمته الا بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هى دار فلان وكلنى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها فى يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هى دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تمليكها عليه ولا أجر عليه لانه فى حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقراره له بالسبب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة. رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فاكروا من المنزل بيتا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والعقار لا يضمن بالغصب ولا ضمان على المستأجر الثانى الا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا واذا انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذى أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلتزم شيئا من الاجر والكراء على الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن اقامه مقام نفسه فى السكنى فى المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد فى الشهر الواحد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر فى الدار بئرا للماء أو الوضوء فعطب فيها انسان أو دابة فان حفر باذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن اذا كان متعديا فى السبب وهو فى الحفر بغير اذنه متعدى فاما في الحفر باذنه لا يكون

متعديا ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وان تكارى داراً كل شهر بعشرة علي أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان مايعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهى الجباية بمنزلة الخراج فهى مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضم المجهول الى المعلوم يجعل الكل مجهولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله واذا سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا مابلغ لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار مارضي بالمسمى حين ضم اليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا مابلغ والاشهاد علي المرتهن والمستأجر والمستعير في الحائط الوهى باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لا يتمكنون من التفريغ بالهدم فلا تتوجه عليهم المطالبة. رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار وأوقفها علي بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابة فوطئ انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولاعلى الضيف لانه غير متعدى فى ادخال الدابة وايقافها فى الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت انسانا فحينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكاراها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضي الساكن لان الساكن فيما يرجع الى الانتفاع كالمالك والمالك كالاجنبي فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متعديا فى التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا بخدمة عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فالاجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وان كان بعينه فالاجارة جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لان بموت العبد فات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد فى حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة بعقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمي لان المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها فاذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى اذا لم يسكنها فعند السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاه أجر مثلها بالغا ما بلغ فان تكاراها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها على (قال) هذا يخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لان مافعل من السكنى (ألا ترى) انه لو سكنها كان له أن يجعل فيها من الحبوب مع

نفسه ما يحتاج اليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله واذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه فى الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لان العقد لم يجر بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالاجر فكذلك اذا أسكنه دارا يكتريها فان تكارى منزلا فى دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي فى الدار ففعل وطرح ترابها فى الدار فعطب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له ذلك الا بالكنس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب الى الطريق فحينئذ هو متعد فى القاء التراب فى الطريق فكان ضامنا . رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفى أحد قول الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على الاصل الذى بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست فى معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار فى النكاح فكذلك فى الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة *وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان المقصود المال وقد يقع نفيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة فى هذا كالبيع (ألا ترى) أنه فى الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك فى الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل فى ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها فى المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

ثلاثة أيام فان رضيها أخذها بمائة درهم وان لم يرضها أخذها بخمسين فالاجارة فاسدة لجهالة لاجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز واذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الاجارة لانه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد نظرا له الا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع وهذا لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير ويجوز لوكيل الكبير أن يؤاجرها بما قل وكثر فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس فى مثله وهو نظير البيع فى ذلك. رجل تزوج امرأة وهى فى منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالاجرة على المرأة دون الرجل لانها هى التى باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لمالك على مع نفقتك أجر المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن دينا واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامنا لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فان شاء أعطى وان شاء لم يعط واذا تكارى دارا لم يرها فله الخيار اذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا فى البيع قبل الرؤية فكذلك فى الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لا تتأتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار فى الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك فلا خيار له فيها الا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير واذا استأجر دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة واحدة باتحاد العاقدين فبالتفصيل فى ذكر البدل لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع السنة لا يفسخه أحدهما الا بعذر وان قال المستأجر استأجرتها شهرا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه فى الشهر الثانى لانه غاصب فى السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند ابن أبى ليلى رحمه الله عليه أجر مثلها فى الشهر الثانى وقد بينا نظيره فى العارية فان انهدمت من سكناه فقال انما انهدمت فى

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد على الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى فيه قليل المدة وكثيرها واذا أجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح فلما انقضت المدة قال المستأجر لم أقدر على فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضا أما جعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح ما اتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل اليه المفتاح تمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر ينفى ذلك واذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها الى آخر الشهر فقال المستأجر لا أعطيك الاجر لانك لم تخل بيني وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لانه استوفى بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذى فى يده فيلزمه الاجر بقدره اعتبارا للجزء بالكل. رجلان استأجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر خيرا فأقعده فى الحانوت وأبى الآخر أن يدعه (قال) له ان يقعد فى نصيبه من شاء مالم يدخل على شريكه في نصفه ضررا بينا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعد الى نصيب شريكه وفيه ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبنى وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف فى العين فان ما يملك مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز فى الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه أضاف العقد فيهما الى محله وهو عين منتفع به (ألا ترى) أنه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه من الأجر كما كانا بيتين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا منزلا واشترطا فيما بينهما أن ينزل أحدهما فى أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك فى أصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب الاقصي أن ينزل فى مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التى بينهما بعدما ملك المنفعة بالاجارة بمنزلة المهايأة والمهايأة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع بالمقدم من الآخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الأجر وقيل هذا اذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما ينهدم بعمله واذا مات أحد المكاريين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا في خصلة واحد وهى اذا شرط علي الخياط أنه يخيط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد علي المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق فى الكل فبموت الاجير لا يتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة اذا زرعها المستأجر ثم مات فان الاجارة لا تنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه فى تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالنكاح فان زوج أمته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) فى موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك أن رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره * توضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد فى ملك الغير وهذا لان الاجارة تتجدد فى ملك المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغى أن تعمل الاجارة فيها من المورث (قلنا) انما لا تعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف الى محل حقه وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح فى حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الآخر فى موت المستأجر وهو أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا تري) ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

المستعير مالك للمنفعة وفى حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لاتورث والدليل عليه لوأوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الافيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثانى والمنفعة الموجودة فى حياة المستأجر لاتبقي والتى لاتحدث لا تبقى لاتورث والتى تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيهما فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لايخلفه فيه وفصل الارض المزروعة والسفينة اذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة فى القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في الاستحسان لاتبطل للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لاتعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتي لومضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الاجارة الي وقت الادراك لدفع الضرر فلأن يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لايورد نقضا على القياس اذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض فى حصته فان رضي الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما فى حصته بالتراضى وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففى نصيب الحى منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارىء لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين الشيوع الطارىء والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد المستأجرين فبطلان العقد فى نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية فيه عن أبى حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكاري دارا سنة علي أن يعجل له الاجر فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه فاراد أن يخرجه قبل السنة (قال) يا خذه بالاجر حتى يعجله وليس له أن يخرجه حتى تمضى السنة لان العقد لازم كالبيع والمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبائع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك فى الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله واذا بنى المستأجر فى الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعدى فى هذا التسبب فان

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير اذن رب الدار ففعله في ذلك كفعل رب الدار فان تكاري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضي الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ماسكن وان خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لا تنفسخ الاجارة فبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضى لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على ما بينا أن عقد الاجارة فى حكم المتجدد فى كل ساعة فاما على رواية الزيادات لا ينفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الأجر اذا خرج مالم يقض القاضى بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه. رجل وكل رجلا أن يؤاجر منزله فاجره من ابن الموكل أو ابيه أو عبده أو مكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالأجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فانه لا أجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كعقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا فى عبده خاصة فان المولى لا يستوجب على عبده دينا فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستأجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا اذا لم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الأجر لان كسبه الآن لغرمائه وحقهم فيه مقدم على حق المولى فالمولى فيه كاجنبي آخر مالم يسقط الدين وان كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه فنى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجارة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لا تجوز شهادته له وقد بيناه فى البيوع وأن أجره الوكيل من أجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كابى حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذى يستوفي لانه وجب بعقده. رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الآجر (قال) يضمن رب الدار المستاجر ويرجع المستأجر بذلك على الذى آجره لان رب الدار اعارها من المدفوع اليه وليس للمستعير أن يواجر فكان

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكناه ويرجع به على الذى آجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤاجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره اياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل فى الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تتقوم على الغاصب من غير عقد. رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذى التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجة الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له فى فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم

باب اجارة الحمامات

(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وسألنى عن مالى فاخبرته أن لى غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غلة فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام فى كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمهم الله أخذا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من الخروج وأمرن بالقرار فى البيوت واجتماعهن قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتى يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا فى ديارنا والحاجة فى حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا فى الانهار

والحياض كما تتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع الى الزينة أكثر وقد صح فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت واذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به علي وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جددهما جميعا فسمى فى كتاب الاجارة حماما فهو فاسد فى القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة فى موضع الاثبات تخص ولا يدرى أيهما استأجروهما يتفاوتان فى المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكنى أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام فى صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذى هو مقصوده ولان المرجع فى هذا الى العرف وفى العرف صاحب الحمام هو الذى يحصل هذه الاعمال فان اشترط المرمة على المستأجر فسدت الاجارة لان المرمة علي الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضي العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم فى كل شهر لمرمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه فى انفاقه علي ملكه فبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة كتاب البيوع اذا قال لمدينه أسلم مالى عليك فان هناك لم يبين له من يشترى منه مايرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا فى اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة علي الدابة علي علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجواب قولهما وفى القياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وانما استحسن هنا أبو حنيفة رحمه الله للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له المحل الذى أمره بصرف الدين اليه فنزل ذلك منزله تعيين من يعامله كما لو أمر المدين بأن ينفق علي عياله من الدين الذى له عليه بخلاف

مسئلة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا ببينته لان الأجر دين فى ذمته والمدين اذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا بحجة ويستحلف رب الحمام على عمله لانه لوأقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لواشترط عليه انه أمين فى هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشتراط كون الضامن أمينا مخالف لحكم الشرع فكان باطلا ولو جعلا بينهما رجلا يقبضها ونفقتها على الحمام فقال المستأجر دفعتها اليه وكذبه رب الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لانه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض ويجعل كاقرار الموكل بذلك فان رب الحمام حين سلطه علي القبض فقد سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل اليه فيكون القول قوله فيما يدعى من ضياع أونفقة مع يمينه كالمودع وان كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لان الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أوموضع سرقينه وان لم يشترط لان هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به فكان بيعا والبيع يصير مذكورا بذكر الاصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل فى العقد من غير شرط ولو اختلفا فى قدر الحمام فهى لرب الحمام لانها مركبة فى بنائه ولان الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذ القدر واصلاحه عليه ولوأراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لان المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لاحد أن يقعد معه فى ذلك الموضع بغير اذنه لانه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شئ انما له أجر مسمى فى ذمة المستأجر فاما فى الغلة فهو وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لانه منقول كسائر الامتعة ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك فى الرماد اذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هولى وأنا أنتفع به فالقول قول المستأجر فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط عليه فى الاجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك الاجارة

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرياس وقد بينا الفرق واذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الا وكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام فى الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا ببينة وهو نظير ما بينا من العشرة في كل شهر واذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقى وان انهدم بعد قبضهما فالباقى له لازم بحصته من الأجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على ما بينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة فى اضافة العقد اليه فكذلك فى اتمام الصفقة فى قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف ما بعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له فى الباقى بخلاف ما قبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلاآت فالاجارة فاسدة لان النورة التى اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها فى كل وقت وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليقوم على الحمام فى عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة فى العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار فى الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما اذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر واذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل بالبعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقى من الوجه الذى كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فضاعت لم يكن عليه ضمانها هكذا

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام في الثياب أمين كالمودع فان مايأخذه ليس باجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابي وهو الذى يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الاجير المشترك في الحفظ فلاضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان ثوب الغير بمرآ العين منه فلم يمنعه لأن ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك الحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد في القياس لجهالة قدر ماشرط عليه في النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا علي أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار مايصب من الماء ولكنه استحسن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسنوه وقد قال صلي الله عليه وسلم ماراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا . رجل استأجر حماما سنة بغير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل في الحمام شهرا فلصاحب الحمام أجرة لانه سلم الحمام اليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ماإذا كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لايتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة مالم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه في ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط علي الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم

باب اجارة الراعي

(قال رحمه الله واذا استأجر راعيا يرعى له غنما معلوما مدة معلومة فهو جائز لان المعقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعى قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لايرعي غنمه مع غنم غيره فهو جائز) لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المعقود عليه منافعه في المدة والشرط الذى يبين المعقود عليه لا يزيد العقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما في يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا تتمكن النقصان من منافعه ولا فى تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لان منافعه صارت مستحقة للأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقأ عينها كان ضامنا لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة فى المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاما ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعى مشتركا يرعى لمن شاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سقى أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان لم يخالف فى اقامة العمل ظاهرا كما فى القصار اذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض فى حق الاجير المشترك يوجبه ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعى مايسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق فى ذلك الا بحجة كالغاصب ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان مامات فالاجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ماليس فى وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ماليس فى وسع العاقد فى العقد مفسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط واذا كان الراعى أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل وببطلان الشرط يبطل عقد الاجارة واذا أتى الراعى المشترك بالغنم الى أهلها فأكل السبع منها شاة وهى فى موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها الى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها الى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا فى عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لان يد هؤلاء فى الحفظ والرعى كيده وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذى يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وبيد من فى عياله تارة واذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعى أن يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لانه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون أجيراله خاصا فان لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر على الثانى ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الاول شيء لانه قد حصل مقصود الاول بكماله وتحمل زيادة مشقة فى الرعى لغيره فما يأخذ من الثانى عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره فى الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان من مرض أو بطالة لانه يستحق الاجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم فى مدة البطالة سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدراهم فى الشهر أو قال شهرا فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لانه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الاول فى أنه أجير واحد لانا انما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال اذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع اليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لانه مجهول واعلام الاجر لا بد منه لصحة الاجارة وان اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا لنفسه وما بقى بعد ذلك للراعى فهو كله فاسد والراعى ضامن لما أصاب من ذلك لانه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة تملك بملك الاصل وله أجر مثله لانه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعى مع يمينه لانها فى يده والقول فى تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لاهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان كل واحد منهم لا يقدر على الوصول الى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعى ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لان الضمان عليه فالقول فى مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وان كان الراعى مشتركا يرعى فى الجبال فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه

بسمة مايموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لانها قد تموت فى موضع لا يمكنه أن يأتى بسمتها وقد يفتعل فيما يأتى من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتى بسمته ويقول قدمات فان السمة لاتختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله القول قوله وان لم يأت بالسمة لانه أمين فى العين عنده وعندهما هو ضامن وان أتى بالسمة الا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعى حتى يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب على المالك ويتأدى بأدائه ونيته والراعى فى ذلك ليس بنائب عنه فان أخذ المصدق الزكاة من الراعى فلا ضمان على الراعى فى ذلك لان الراعى لا يتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو فى حقه بمنزلة الموت وان خاف الراعى على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لان صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وان اختلفا فى عدة ماسلمه الى الراعى فالقول قول الراعى لانكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لاثباته الزيادة ببينته ثم يكون ضامنا للفضل بجحوده وليس للراعى أن يسقى من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لانه مأمور بالرعى وهذا ليس من عمل الرعى فهو فيه كسائر الاجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فان كان استأجر الراعى شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شئ لان المعقود عليه منافعه وانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه فى المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد فى الغنم مايطيق الراعى كان له ذلك لانه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله فى ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يرعى له هذه الغنم باعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لان التعيين اذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين فى حق الراعى مفيد لان المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الا رعى ماعينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لا يكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الاغنام لبيان ماقصد من تملك منافعه بالاجارة لا لقصر حكم العقد عليه فاذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعى فما ليس من عمل الرعى لا يكون داخلا فى حكم العقد ثم قال أرأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعى أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد الانفصال

كشاة أخري ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح فالاوضح ولولم يستأجره شهرا ولكنه دفع اليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه هنا عمل الرعى وانما التزم اقامة العمل فى المحل الذى عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فانما يستوجب الاجر بقدر مايقيم من العمل كالخياط والقصار واذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع الغنم اليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لا يدرى ماتلد منها وكم تلد وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسن ذلك فأجازه لانه عمل الناس ولان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لاتفضي الى المنازعة فهى لاتؤثر في العقد والابل والبقر والخيل والحمير والبغال فى جميع ماذكرنا كالغنم وليس للراعى ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعى فهو فيه كالاجنبي ضامن لما يعطب منها ان فعله ولولم يفعله الراعى ولكن الفحل الذى فيها نزى علي بعضها فعطب فلا ضمان على الرعى فى ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالاناث من غنمه والراعى لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولوندت واحدة منها فخاف الراعى ان باع ماندمنها أن يضيع مابقى فهو فى سعة في ترك ماندمنها لانه ابتلى ببليتين فيختار أهونهما ولانه لو باع ماندمنها كان مضيعا لما بقى ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ماندأ ولا يقدر وليس له أن يضيع مافي يده فلهذا كان فى سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ند في قول أبى حنيفة رحمه الله لانه ضاع بغير فعله وهو فى ترك اتباعه مقبل على حفظ مابقى وليس بمضيع لما ند وهو ضامن في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه فى الجملة وان استأجر من يجيء بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل علي فرقة منها وترك ماسواها فهو فى سعة من ذلك لانه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعى أجيرا مشتركا فرعاها فى بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها فى موضع غير ذلك وقال الراعى بل شرطت على هذا الموضع فالقول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعى لانه يثبت الاذن فى هذا الموضع ببينته ثم لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن فى قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعى اذا خالف بعد أن تعطب الغنم لانه غاصب ضامن وبالضمان يتملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتبين أنه فى الرعى كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت الغنم استحسنت أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعى مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ماقصد الا هذا فاذا حصل له هذا بعينه فى مكان وجب عليه الاجر والله أعلم

باب اجارة المتاع

(قال رحمه الله واذا استاجر ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون فى لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون فى ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شيء فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل (ألا ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه فى بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده واذا وضعه فى بيته فيده عليه معتبرة ولذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما (ألا ترى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين فى الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضى الى المنازعة لان صاحب

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس فى اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الأخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا نصح التسمية مع فساد العقدوان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابةللركوب ولم يبين من يركبها أوللعمل ولم يسم مايعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولاتصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة فى المعقود عليه وعقد الاجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه ومازاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد وان ارتدى به يوما الى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان اتزر به الى الليل فهو ضامن ان تخرق لان الاتزار بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية انما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا اذا اتزر به ضامنا ان تخرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد فى بعض الاوقات * توضيحه ان الاتزار مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والاتزار غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أودونه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه مخالف ضامن والضمان والاجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه واذا سلم فهو لم يملك

الثوب فيلزمه الاجر لتمكنه من الاستيفاء واذا استأجرت المرأة درعا لتلبسه ثلاثة أيام فلها أن تلبسه بالنهار وفى أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد فى لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل الي وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهى ضامنة لانها خالفت فان ثوب الصيانة لاينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تخرق بالليل وان تخرق من لبسها فى غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وانما كانت ضامنة بالخلاف لا بالامساك فان لها أن تمسك الثوب الي انتهاء المدة والامين اذا ضمن بالخلاف عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق فان تخرق من لبسها بالليل فهى ضامنة وليس عليها أجر فى تلك الساعة التى تخرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتخرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافى العقد ابتداء وبقاء واذا بقى العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا فى الساعة التي ضمنت بالتخرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام فى مثله فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطلق العقد يستحق ماهو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لتخرج فيه يوما بدرهم فلبسته فى بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها فى بيتها ولبسها اذا خرجت سواء وربما يكون لبسها فى بيتها أخف وكذلك لو لم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها اذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته فى اليوم الثانى ضمنته لانتهاء العقد بمضى المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلفا فالقول قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضي ولان تسليمه الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها أو تخرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأرو حرق نار أو لحس

سوس والحاصل أن المستأجر في العين أمين لان يده كيد المالك فانه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الآخر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه فانه في الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به ما تقرر حقه في الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهي ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصدق به الا عند أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة ما لو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لانها لم تخالف ولم تخرق ومن لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا في عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها في بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التي ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالانسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبة ولان المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت التي ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لان ذلك لا يختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وان سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لا يختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها في ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لانه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك واذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها في داره فنصبها في دار في قبيلة أخرى في ذلك المصر فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لان فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها الى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجها من المصر (ألا ترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا أجر عليه واذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل فى العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفى الاجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا فلهذا كانت مؤنة الرد عليه واذا استأجر منه عيد ان حجلة أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به * والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة فى الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطى كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين أمانة فى يد المستأجر والكفالة بالامانات لا تصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون فى ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه واذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شئ للتفاوت بين الناس فى الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان أسرج فى الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولاربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتاد فيجوز واذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وان قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاطه ويكون له عليها الأجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما الى الليل فان بدا لها حبسته فلم ترده عشرة أيام فالاجارة عشرة أيام فالاجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أولتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الاجارة بالخطر لايجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج اليه فانها اذا خرجت الى وليمة أوعرس لاتدرى كم تبقى هناك فتحتاج الى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم

باب اجارة الدواب

(قال رحمه الله واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس له أن يحمل عليها غيره) لان هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقيل الذى يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه والخفيف الذى لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ماقررنا في الثوب وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فاذا سلمت سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أولا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كان

يعلم أنهـا لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما اذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير مأذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك نصفين وسـواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل فى القبان فى هذا أرأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلا أو بعده والمعنى ماينا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغى أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئا مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ماشغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه واذا استأجرها الى الجبانة أو الجنازة أو ليشيع عليها رجلا أو يتلقاه فهو فاسد الا أن يسمى موضعا معلوما لان المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فاذا سمى موضعا معلوما صار مقدار المعقود عليه به معلوما والا فهو مجهول لا يصير معلوما ما ذكره من التشييع أو التلقي وان تكاراها من بلد الى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليهـا منزله بالكوفة استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهي العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التى تكاراها فى الطريق الى منزله ولا يتكارى لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد فى بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق فى الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعا فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلى فاذا هو أخطأ فأراد أن يحمله ثانية الى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هـذا منزلى فبعـد ذلك هو مدعى فى قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقا له لـكيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى حمارا من الكوفة يركبه الى الحيرة ذاهبا وجائيا فله أن يبلغ عليه الى أهله بالكوفة اذا رجع كما لو تكارى من الكوفة الى الحيرة فأما اذا تكاري دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكناسة ذاهبا وجائيا فأراد أن يتبلغ فى رجعته الى أهله لم يكن له ذلك وانما له أن يرجع الى الموضع الذى تكارى عند الدابة لان الاستحسان فى الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكاراها فى المصر من موضع الى موضع فيؤخذ

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من المسافة مثل ماسمى أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد أو فوقه فيقال له كما اكتريت من هذا الموضع الي الموضع الذى سميت فأكثر الدابة من هذا الموضع الي منزلك وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المعقود عليه وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين في الابتداء وقد قررنا هذا فى الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم مااستأجره له واذا سمى مايحمل على الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسئلة على أربعة أوجه وقد بيناها فى كتاب العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا أن فى كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضامنا فلا أجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكريتك من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجر بل الى بغداد بعشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة فى احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف فى البيع يكون واردا فى الاجارة وان أقام البينة ففى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال الى بغداد بعشرة دراهم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الأول أن رب الدابة أثبت ببينته العقد من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك ببينته والمستأجر ببينته أثبت العقد من القصر الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فاذا عملنا بالبينتين كانت له من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الآخر أنهما اتفقا على مقدار الأجر وانما اختلفا فى مقدار المعقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة فى ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه الاجير فى الكراء الى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفى الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يضمن بقدر مازاد * وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بإكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان فى كل واحد منهما عادة وفى مثله الضمان بقدر الزيادة كما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

يقول الاختلاف هنا فى الجنس من حيث أن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذى لا يأخذه السرج فهو نظير مالو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطبا * توضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الإكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا فى الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لا تسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الإكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين اذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر وكذلك ان استأجره بإكاف فاوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف لان السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه ثم ركبه فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان مخالفا فى ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا علي أوجه فان استأجره من بلد الى بلد لم يضمن اذا أسرجه لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وان استأجره ليركبه في المصر فان كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصر عريانا وان كان من العوام الذين يركبون الحمار فى المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا اذا أسرجه بغير شرط واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن مالم يدفعها الى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أنه كان أمينا فيها فاذا ضمن بالخلاف ثم عاد الى الوفاق عاد أمينا كالمودع * وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر يد نفسه لانه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان وان عاد الى ذلك المكان لانه ينتفع بها لنفسه فى ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسي رحمه الله فى هذا فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك فى الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور فكذلك مؤنة الرد عليه لماله من المنفعة فى النقل فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال علي هذا الكلام ما تقدم أن المرأة اذا استأجرت

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان ويدها يد نفسها ولكنا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذى لم يتناوله العقد لم يبق اذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك فى غير المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو حبسها في المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا ينعدم وان عاد الى ذلك المكان مادام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام فى التفصيل بينما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا قد تقدم فى العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها فى السير أو كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها فى ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه اذا لم يتعد فى ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار فى موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح باللجام فى السير معتاد وربما لا انقياد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعد موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح فى أصل تسيير الدابة وانما يستخرج بذلك منها نهاية السير والجودة فى ذلك وثبوت الاذن بمقتضي العقد فيفتقر على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيح له الضرب فانما أبيح لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل الى الصيد ومشيه فى الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه الى موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا أن يزيد معها جبلا أو جوالق أو لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بأزاء ما زاد ولو علفها لم يطب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستأجر فجعل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجمها أو بلجام فنزعه وأبدله بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا اذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا واذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب

المتاع يمشى مع رب الدابة أوليس معه فالمكارى ضامن لان المكارى أجير مشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جناية يده لانه لما شده بحبل لايحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء ففسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أوسرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ضامن فى قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله على وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكارى لان الحمل فى يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع فى يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان مايجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام ان على أحد الطريقين يقيد العقد بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه فى يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى مابداله من ليل أونهار حاجة ركبها لايمنعه منها فان كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمى مكانا فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لا يصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فالم يبين ذلك لايجوز وان تكاراها يوما يقضى حوائجه فى المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام فى المدة المذكورة ولان نواحى المصر فى حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء فى المصر وان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحى المصر كمكان واحد كان له أن يركب الى أى نواحى المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

استأجرها للركوب في المصر وان تكاراها الى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها في الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهاب ونصف أجر مثلها في الرجوع لانه استوفي في الرجوع منفعة نصفها وهو ماشغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحه أنه اذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفى الفاسد لايجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوى عندي فى الموضعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب أجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق في الحقيقة انما يجب أجر المثل بحسب مااستوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها اذا أردف فاذا أوجبنا عليه نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع مايخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك ويحسب ماعلفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا أجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو متطوع في ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لا يوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكاراها على

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها فى غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار مستثناله بالعرف ولا أجر عليه فى الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة فى الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها فى المصر ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا أجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فتجت فى الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكارى أن يأتى بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد العمل فى ذمته فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتى باخرى فكذلك اذا ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأتى استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا فى فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب فى أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقضت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى أحق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد فى العين بذلك العقد الا أن ماوجده فى يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجده فى يد الموهوب له فهو خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أى المستأجرين أحق بها فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثانى يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم الثانى أنه له فيكون خصما له فى ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثانى لا يكون خصما للأول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة الي البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقي بالهلاك والإباق وقد

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما في كى تتبعك و تتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة ينفق على الدابة ففعل المستأجر وسرقت النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكارى النفقة ضاعت أولم تضع والا فلا شئ عليه لانه فى استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة وقد أثبته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكارى فى قبض النفقة منه فاقراره بالقبض كاقرار صاحب الدابة ولو تكاراها الى بغداد بعشرة دراهم وأعطاه الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بعض الدراهم وقال هى زيوف أو استوقه فالقول قول رب الدابة فى ذلك ان لم يكن أقر بشئ لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالقول قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله فيما يزعم أنه أستوق لانه مناقض فى كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وان كان أقر باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه مناقضا واذا مات المكارى في الطريق فاستأجر المستكرى رجلا يقوم على الدابة فالأجر عليه وهو متطوع فى ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه من الكراء بقدر ماساروا والقول فى ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى أو فى مقدار مالزمه من الاجر فرب الدابة يدعى الزيادة والمستكري منكر لذلك وان تكارى دابتين احديهما الى بغداد والاخرى الي حلوان فان كانت التى الي بغداد بعينها والتى الي حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان كانت بغير عينها لم يجز لجهالة فى المعقود عليه علي وجه يفضى الى المنازعة وعليه فيما ركب أجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكاري بغلا الى بغداد فأراد المكاري أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكرى أن يمنعه من ذلك لان بالعقد استحق منافعه وقام هو فى ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبي فان حمله وبلغ الدابة بغداد لم يكن للمستكرى أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله واستوفى ما استحقه بالعقد فاذا اختلف المؤاجران في مقدار الكراء فالقول قول المستأجر لانهما يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لايحتمل الفسخ فكان القول قول المنكر للزيادة وان أقام المؤاجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ماشهد به شهوده لان

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على اثبات حقه أولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة فى نصيبه وان تكاراها على أنه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها فى مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن فى العقد خياله وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا أجر عليه لانه غاصب فى ركوبها قبل أن يتم رضى صاحبها به فاذا شرط الخيار يعدم تمام الرضاء. ولو تكارى حمارا يطحن عليه فأوثقه فى الرحا وساقه الاجير فتعسف عليه الاجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لانه متلف له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر ليتنقل فعله اليه فلهذا لا شئ على المستأجر منه وان استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أقفزه فوجده لا يطحن الا خمسة أقفزة فالمستأجر بالخيار لانه يغير عليه شرط عقده فاذا شاء أبطل الاجارة عليه فيما بقي عليه وفيما عمل من الطحن بحساب ماعمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئا لان المعقود عليه منفعة الثور فى المدة وقد استوفي ذلك واشتراط عشرة أقفزة فى كل يوم ليس لا يراد العقد علي العمل بل لبيان جلادة الثور فى عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شئ من الاجر فيما عمل من الايام .ولو تكارى دابة الي بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحا أو عثورا أو تمض فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لانه استوفي المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله أن يبلغه الى بغداد على دابة غيرها لانه التزم العمل فى ذمته وهذا اذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستأجر العيب غير مقبولة الا بحجة ولو تكاري بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول اذا كان ينقل الحمل على البعير فالأجر كله لصاحب البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع اليه نائب عنه في الاكراء وللذى يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه أجر المثل له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شئ فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى عن منافع بعيره عوضا ولم يسلم له ذلك . رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب الى بغداد فقال الغلام قد

ذهبت بالكتاب وقال الذى أرسل اليه الكتاب لم يأتنى به فعلى الغلام البينة على مايدعى لانه يدعى ايفاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الأجر علي المرسل دون من حمل الكتاب اليه وان قال المرسل اليه أعطيته أجرة عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لوكان المرسل هو الذى يدعى ايفاء الأجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل فله الأجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم ان كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتى بالجواب فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممتثل أمره ولا عامل له حين لم يكن الجواب معه واذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له مايخص الذهاب من الاجر لانه فى الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الاجر بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل اليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل طعاما الى بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هناك بنقل الطعام من مكان الى مكان وقد نقض ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شئ من المعقود عليه وهنا الاجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب حمل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقصا عمله سواء عاد بالكتاب أولم يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شئ من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلايستوجب الاجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك أن مقصود الامر أن يصل الكتاب الى المرسل اليه ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئا من مقصود الامر غير حاصل فاما اذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف علي مافى الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فلحصول بعض المقصود هناك ألزمناه حصة الذهاب من الاجر ٠ رجل تكارى دابة الى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا إكاف فجاء بها المكاري عريانة فركبها بسرج أو إكاف فعطبت (قال) ان كان يركب فى ذلك الطريق مثل تلك الدابة باكاف أو بسرج فلا ضمان عليه وان كانت لا تركب الا بسرج فركب باكاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه علي الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك صار ضامنا. ولو تكارى من الفرات الى جعفى (وجعفى) قبيلتان بالكوفة ولم يسم أى القبيلتين هى أو الى الكناسة ولم يسم أى الكناستين أوالى بجيله ولم يسم أيهما هى الظاهرة أو الباطنة فعليه

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل ومثله بخارا اذا تكاراها الى السهلة ولم يبين أى السهلتين هى سهلة قوت أوسهلة أمير أوتكاراها الى حسون ولم يبين أي القريتين ولوتكارى عبدا مأذون أوغير مأذون بنصف مايكتسبه على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أواستأجره من مولاه وان كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولاأجر عليه لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفي القياس لاأجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه الاستحسان ان العقد الذى باشره العبد تمحض منفعة اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب الاجر وان لم يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما تمحض منفعة قبول الهبة والصدقة ولان عقد اكتساب محض اذا سلم من العمل فهو كالاحتطاب والاصطياد اذا باشره العبد بغير اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لاضرر عليه لاحجر وان تكاراها الى بغداد على إن بلغه اليها فله رضاه فبلغه اليها فقال رضائى عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة الاجر عند العقد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين درهما فلايزاد عليه لانه رضي بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكاراها بمثل ما يكارى به أصحابه أوبمثل مايتكارى به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصى. وان تكارى دابة من الكوفة الى مكان معلوم من فارس بدراهم أودنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر الوجوب الي استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسميه الى وزن الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف فى تقييد مطلق التسمية والتسميه عند العقد لاعند استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه وان تكاراها الي فارس ولم يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمى ولاية مشتملة علي الامصار والقرى فاذا لم يبين موضعا منها فالمنازعة تمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب الى أدنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب الى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ومثله فى ديارنا اذا تكارى دابة الى فرغانة أو الى سمد وان تكارى الي الرى ولم يسم

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن العقد جائز وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو تكاراها الى سمرقند أوازوجند ولكن في ظاهر الرواية قال اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفضي الى المنازعة فان ركبها الي أدنى الري فله أجر مثلها لا يزاد على ماسمى لان المكارى رضي بالمسمى الى أدنى الرى فان ركبها الى أقصى الري فله أجر مثلها لاينتقص ماسمى لان المستكرى قد التزم المسمى الى أقصي الرى فلا ينتقص عنه ويزاد عليه اذا كان أجر المثل أكثر من ذلك لان المكارى اذا رضى بالمسمى الي أدنى الرى فلا يصير راضيا الى أقصي الرى ومثله فى ديارنا اذا استأجرها الى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها فأول حدود بخارى كرميفية وآخره فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كتخريج مسئلة الرى وان تكاراها من الكوفة الى بغداد وعلى أنه أدخله بغداد فى يومين فله عشرة والا فله درهم فهذا من الجنس الذى تقدم بيانه أن عند أبى حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك فى الخياط . رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة الى العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان مابعد الزوال عشيّ قيل فى تفسير قوله تعالى أن سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك فى قوله تعالي ولا تطرد لذين يدعون ربهم بالغداة والعشى أن الغداد قبل الزوال والعشى مابعده وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى أحد صلاتى العشاء إما الظهر أو العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل فى الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب فى الركوب بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس لان اليوم اسم لهذا الوقت (ألا ترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان من طلوع الفجر الى غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا استأجر أجيرا يوما الا أن الاجير مالم يفرغ من الصلاة لايشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى فى استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر اذا تكاراها نهارا وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول انما يركبها من طلوع الشمس الى غروب الشمس فان النهار اسم الوقت من طلوع الشمس «قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما» فلا يدخل فى ذلك الفجر ولا المغرب

وانما سمى نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا اذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان العوام لايعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب فى اليوم وان تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يجز العقد الا أن يبين المكان لان المعقود عليه لايصير معلوما الابذكر المكان ولا ضمان علي المستاجر في الدابة اذا هلكت وهى فى يده علي اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه فى الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستأجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذى أجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكها المستأجر بضمان القيمة لان الملك فى المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا أجر للمستحق على أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكاري دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة فى المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل الا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكاراها الى بغداد وركبها وخالف المكان الذى استأجرها اليه (قال) الكراء لازم له فى مسيره قبل الخلاف لانه استوفي المعقود عليه فى ذلك القدر كما أوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا أجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكاراها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة ثقيلة برحل أو بسرج فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ولا علي المرأة لانه مستوفى للمعقود عليه فالمسمى فى العقد انسان وهى انسان وان كانت ثقيلة الا أن يكون أن مثل تلك الدابة لا يطيق حملها فحينئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف فى العبارة حيث وضع هذه المسئلة فى النساء دون الرجال لان الثقل بهذه الصفة فى الرجال مذموم وفى النساء محمود وان تكارى يوما الى الليل بدرهم فأراه الدابة على أريها وقال اركبها اذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه اليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكاراها الي الحيرة فى حاجة له فقال دونك الدابة

فأركبها فلما كان فى قدر مايرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق الى الحيرة (قال) اذا حبسها فى قدر مايذهب الى الحيرة ويرجع فلا أجر عليه اذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة فى طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على أريها فى البيت وان دفعها اليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضى من الزمان بعد ذلك مقدار مايذهب من ويجئ فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو فى قوله رجعت يدعى خلاف مايشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه تمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن آتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل الى بغداد على أن يعطيه الأجر اذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر الى بغداد دين فى ماله لانه استوفى المعقود عليه فى ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدار دينا فى تركته كسائر الديون والله أعلم

﴿ تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب انتقاض الاجارة

(قال رحمه الله ذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال حين وضع رجله فى الغرز ان الناس قائلون غدا ماذا قال عمر وان البيع عن صفقة أو خيار والمسلمون عند شروطهم) وفي هذا الحديث دليل أن الاجارة يتعلق بها اللزوم اذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله ان الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد بيناه وفيه دليل على ان البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم اذا شرط فيه الخيار فان الصفقة هى اللازمة النافذة يقال هذه صفقة لم يشهدها خاطب اذا أنفذ أمر دون رأى رجل فيكون حجة على الشافعى رحمه الله لانه يثبت خيار المجلس فى كل بيع وفيه دليل وجوب الوفاء بالمشروط اذا كان الشرط صحيحا شرعا فلا خلاف بيننا فالشافعى رحمه الله يقول عقد الاجارة اذا أطلقت فهى لازمة كالبيع الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعذر وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بناء على أصله ان المنافع كالأعيان الموجودة حكما فان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع الا بعيب فكذلك الاجارة وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب فاذا تحقق الضرر في ايفاء العقد يكون ذلك عذرا فى الفسخ وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه (ألا ترى) ان من استأجر أجيرا ليقلع درسه فسكن ما به من الوجع كان ذلك عذرا فى فسخ الاجارة أو استأجره ليقطع يده للآكلة ثم بدا له فى ذلك أو استأجره ليهدم بناءه ثم بدا له في ذلك لانه لا يتمكن من ايفاء العقد الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله من حيث اتلاف شئ من بدنه أو اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى

الانسان المنفعة فى شئ ثم يتبين له الضرر في ذلك وكذلك لو استأجره ليتخذله وليمة ثم بدا له فى ذلك فليس للاجير أن يلزمه اتخاذ الوليمة شاء أو أبى لان في ذلك عليه من الضرر فى اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا لاضرر اذا عرف هذا فنقول من العذر فى استئجار البيت أن ينهدم البيت أو ينهدم منه مالا يستطيع أن يسكن فيه وهذا من نوع العيب في المعقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لان تقبض الدار المنافع لا تدخل فى ضمانه فحصول هذا العارض فى يد المستأجر كحصوله فى يد الآجر فان أراد صاحب البيت أن يبيعه فليس هذا بعذر لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد الا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه عن التصرف فى المستأجر الى انتهاء المدة وان باعه فبيعه باطل لا يجوز لعجزه عن التسليم وقد بينا فى البيوع ان الصحيح من الرواية ان البيع موقوف علي سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وان كان على المؤاجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان عليه فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزم ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط حق المستأجر عن العين فان بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستأجر حق فى ماليته فيكون المديون مجبورا علي قضاء الدين من ماليته محبوسا لاجله اذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له فى الفسخ ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على انه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر الى القاضي ليكون هو الذى يفسخ الاجارة ويبيعه وهو الأصح لان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضاء القاضي كالرجوع فى الهبة وان انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر فاراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الاجارة لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من أن يكترى منزلا آخر أو يشترى وكذلك ان أراد التحول من المصر لانه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستأجر الى هذه المدة وان كان هذا بيتا فى السوق يبيع فيه ويشترى فلحق المستأجر دين أو أفلس فقام من السوق فهذا عذر وله أن ينقض الاجارة لانه استأجره للانتفاع وهو يتضرر بايفاء العقد بعد ما ترك تلك التجارة أو أفلس ضررا لم يلزمه بنفس العقد وكذلك اذا أراد التحول من بلد الى بلد لانه لو لزمه الامتناع من السفر تضرر به ضررا لم يلتزمه بالعقد وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالبيت فان قال رب البيت انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضى المستأجر على ذلك لان الظاهر شاهد له فالظاهر أنه لا يترك ما كان عزم عليه من التجارة فى الحانوت الا اذا أراد

التحول من بلد الى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل بحكم القاضي حاله فى ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله . قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقيل يقول له مع من يخرج فالانسان لايسافر الامع رفقة ثم يسأل رفقاءه عن ذلك وان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال قد بدالى فى ذلك وخاصمه صاحب البيت فان القاضي يحلف المستأجر بالله انه كان فى خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعى بطلان الفسخ لعدم العذر وذلك ينبنى وما فى ضميره فى ضمير المستأجر لا يعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك ان أراد التحول من تلك التجارة الى تجارة أخرى فهذا عذر لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وقد تروج نوع التجارة في وقت وتبور فى وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو أرخص منه لم يكن عذرا وكذلك لو اشترى منزلا وأراد التحول اليه لانه لا يلحقه ضرر الاما التزمه بالعقد وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما تقصد بالفسخ هنا الربح لادفع الضرر وان استأجر دابة بعينها لى بغداد فبدا للمستأجر أن لايخرج فهذا عذر لان عليه ضررا فى ايفاء العقد وهو تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضى الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولو قال رب الدابة أنه يتعلل فالسبيل للقاضى أن يقول له اصبر فان خرج فقاد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فاذا قادها معه فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو أراد الخروج فى طلب غريم له أو عبد آبق فرجع وكذلك لو مرض أو ازمه غرم أو خاف أمرا أو عثرت الدابة أو أصابها شئ لا يستطاع الركوب معه فبعض هذا عيب فى المعقود عليه وبعضه عذر للمستأجر فى التخلف عن الخروج ولا فائدة للمؤاجر في ايفاء العقد اذا لم يخرج المستأجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر بتسليم الدابة وأنه يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرا وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا يشفق علي دابتى ولا يقوم بتعاهدها كقيامى فاذا تعذر عليه الخروج لمرض يلحقه فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروى هشام عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا اكترت المرأة ابلا الى مكة للذهاب والرجوع فلما كان في يوم النحر ولدت قبل أن تطوف

للزيارة فهذا عذر للمكارى لانها تحبس الى مضى مـدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكارى بالعقدلانهغيرمعتاد وان كانت قد ولدت قبل ذلك فان كان الباقى مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة أيام أو أقل فهذا ليس بعذر للمكارى لان مابقى مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادةوكان المكارى ملتزما ضرر التأخير بقدرهوانعطبت الدابة فهذا عذروهذا لان المعقود عليهفات ولا سبب للفسخ أقوى من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها لم يكن هذا عذر لان المكارى التزم العمل فى ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخري يحمله عليها ولو مات المستأجر فى بعض الطريق كان عليه من الاجر بحساب ماسار ويبطل عنه بحساب مابقى لانفساخ العقد بموت أحـد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها على حالة حتى يأتى مكة وذكر فى كتاب الشروط أن هذااذا كان فى مفازة بحيث لا يقدر به علي سلطان وخاف أن يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايفاؤها بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضرر واذا كان فى المفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليـه الركوب فيتضرر به لانه عاجز عن المشي ولا يقدر على دابة أخري فأما اذا كان فى مصر فهو لا يتضرر بانتقاض العقد وموت أحد المتكاريين موجب انتقاض العقد فاذا بقى العقد لم يضمن ان عطبت من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد لما بقى للتعذر صار الحال بعد موت المكارى كالحال قبـله فاذا أتى مكة دفع ذلك الى القاضى لان ما به من العـذر قد زال وبقيت الدابة فى يده ملكا للورثة وهو غيب فدفعها الى القاضى فان سلم له القاضي الكراء الى الكوفة فهو جائز إما لانه أمضى فصلا مجتهدفيه باجتهاده أو لانه يرى النظر فى ذلك لانه لو أخذهامنهأجرها من غيره ليردها الى الكوفة وصاحبها رضى بكونها فى يده فالاولى له اذا كان المستأجر ثقة أن ينفذ له الكراء الى الكوفة وان رأى النظر فى بيعها فهو جائز لان البعث بثمنها الى الورثة ربما يكون انفع وأيسر لهم فان الثمن لا يحتاج الى النفقة وان كان انفق المسـتأجر عليها شيئا لم يحسب له ذلك لانه متطوع فى ذلك بالانفاق على ملك الغـير بغير أمره الا أن يكون بأمر القاضي فيحسب له اذا أقام البينه عليه لان للقاضى ولاية النظر فى حق الغائب فالانفاق بأمره كالانفاق بأمر صاحب الدابة ولكنه غير مقبول القول فيما يدعى من الانفاق فاذا قام البينةرد ذلك عليه من الثمن وكذلك ان أقام البينة على توفية الكراء رد عليه بحساب مابقى لانه أثبت

دينه فى تركة الميت وهذا مال الميت ولان الابل محبوسة فى يده الى أن يرد عليه ماأنفق بأمر القاضي أو بما عجل من الكراء فلا يتمكن القاضي من أخذها وبيعها حتى يرد عليه مابقى له لهذا قبل بينته على ذلك ونفذ قضاؤه علي الورثة مع غيبتهم وان استأجر أرضا فغلب عليها الماء أو أصابها نزلا تصلح معه الزراعه فهذا عذر لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وكذلك ان اراد ان يترك الزرع او افتقر حتى لايقدر علي ما يزرع فهذا عذر لان الزارع فى الحال متلف لبذره ولا يدرى أيحصل الخارج أم لا وقد بينا أنه اذا كان لايتمكن من ايفاء العقد الا باتلاف ماله فهو عذر له وان وجد أرضا أرخص منها أو أجود لم يكن هذا عذرا لانه بالفسخ يقصد هنا تحصيل الربح لادفع الضرر وان مرض المستأجر فان كان هو الذى يعمل بنفسه فهذا عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان كان انما يعمل اجراؤه فليس هذا عذرا لبقاء تمكنه من استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد وان كانت الارض ليتيم أجرها وصيه فكبر اليتيم لم يكن له ان يفسخ الاجارة لان عقد الوصي علي ماله كعقده على نفسه ولا ضرر عليه فى ايفاء الاجارة بعد بلوغه بخلاف مااذا كان أجر نفسه فان ذلك كد وتعب وهو يتضرر بايفاء العقد بعد بلوغه واذا استأجر عبدا لخدمة أو لعمل آخر فمرض العبد فهذا عذر فى جانب المستأجر ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان أراد رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد فالمستأجر لايكلفه من ايفاء العمل الا بقدر طاقته وهو يرضي بذلك وان كان ذلك دون حقه وان لم يفسخها واحد منهما حتى بدأ العبد فالاجارة جائزة لازمة لزوال العذر ويطرح عنه من الأجر بحساب ذلك وهو مايتعطل وكذلك ان أبق العبد أو كان سارقا فللمستأجر أن يفسخ الاجارة اما لتعذر استيفاء المعقود عليه أو لضرر يلحقه فى ذلك وليس لمولى العبد فسخها لانه لاضرر عليه فى ايفاء العقد فوق ماالتزمه بالعقد ولو أراد المستأجر أن يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لايتعذر عليه الخروج الى السفر لحاجته ولا يمكنه أن يستصحب العبد اذا خرج وان أراد رب العبد أن يسافر به لم يكن له هذا عذرا لانه لا يلحقه من الضرر فوق ماالتزمه بالعبد وهو ترك العبد في يد المستأجر الى انتهاء المدة وان وجد المستأجر أجيرا أرخص منه لم يكن هذا عذرا لان فى هذا تحصيل الربح لادفع الضرر وان كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة لان صفة الجودة لاتستحق بمطلق العقد الا أن يكون عمله فاسدا فله أن يفسخ حينئذ لان صفة السلامة عن

العيب تستحق بمطلق المعاوضة وان مات العبد انتقضت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كان المستأجر رجلين فمات أحدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات أحد المؤجرين اعتبارالموت أحدهما بموتهما فى حق الميت منهما وان ارتد الآجر والمستاجر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب انتقضت الاجارة لان القاضى بموته حكم حين يقضي بلحاقه فهو كما لو مات حقيقة وان لم يختصما فى ذلك حتى رجع مسلما وقد بقى من المدة شيء فالاجارة لازمة فيما بقى منهما لان اللحاق بدار الحرب اذا لم يتصل قضاء القاضى به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فاذا زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقى من المدة والله أعلم

باب الشهادة في الاجارة

(قال رحمه الله واذا اختلف شاهدا الاجارة فى مبلغ الاجر المسمى فى العقد والمدعى هو المؤاجر أوالمستأجر فشهد أحدهما بمثل ماادعاه المدعى والآخر بأقل أوأكثر لا تقبل الشهادة لان المدعي كذب أحد الشاهدين ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا قبل استيفاء المنفعة لان الحاجة الى القضاء بالعقد ومع اختلاف الشاهدين في البدل لا يتمكن القاضى من ذلك فاما بعد استيفاء المنفعة فالحاجة الى القضاء بالمال فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى بالاقل كما فى دعوى الدين اذا ادعى المدعى ستة وشهد بها أحد الشاهدين والآخر بخمسة (قال) رضى الله عنه والاصح عندى أن الشهادة لا تقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل فى عقد المعاوضة كالثمن فى البيع ولا بد أن يكون المدعى مكذبا أحد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم يكن لهما بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا فى الاجرة قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا لاحتمال العقد الفسخ وكذلك ان كانت دابة فقال المستكرى من الكوفة الى بغداد بخمسة وقال رب الدابة الى الصراة والصراة المنصف تحالفا وبعد ماحلفا ان قامت البينة لاحدهما أخذت بينته لان البينة العادلة أحق بالعمل بها من اليمين الفاجرة وان قامت لهما بينة أخذت ببينة رب الدابة على الآجر وبينة المستأجر على فضل المسير على قول أبى حنيفة رحمه الله وكان يقول أولا الى بغداد باثنى عشر ونصف وهو قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان واختلفا فى جنس الاجر فالبينة بينة رب الدابة لانه يثبت حقه بالبينة ولانه يثبت دعواه بالبينة والاجر يثبت باقراره وانما تثبت بالبينة

الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها الى بغـداد فقال قد أعرتني الدابة وقال صاحبها بل اكتريتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلانهما تصادقا علي أنه ركبها بأمر صاحبها وأما الاجر فلان المستأجر منكر لعقد الاجارة فالقول في ذلك قوله مع يمينه فان أقام المؤاجر شاهدين فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهم ونصف فانه يقضى له بدرهم لانهما اجتمعا علي الدرهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد منتهى فيقضى بما اتفق عليه الشاهدان وهذا يؤيد قول من يقول فى مسئلة أول الباب أنه يقضى بالاقل عندهما ولكنا نقول هناك الشاهدان مااتفق على شئ لفظا فالخمسة غير الستة وعندهما القضاء بالاقل باعتبار الموافقة فى المعنى وباعتبار المعنى المدعى مكذب أحـدهما وهنا اتفقا الشاهدان على الدرهم لفظا فالمدعى يدعى ذلك ولكنه يدعي شيئا آخر مع ذلك وهو نصف درهم وأحد الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعي مكذبا له فلهذا أقضينا له بالدرهم ولو ركب رجلا دابة رجل الى الحيرة فقال رب الدابة اكتريتها الى الجبانة بدرهم فجاوزت ذلك وقال الذى ركب أعرتنيها وحلف على ذلك فهو برئ من الأجر لانه منكر لعقد الاجارة فان أقام رب الدابة شاهدين أنه اكراه الى الحيرة بدرهم لم يقبـل ذلك لان دعواه إكذاب منـه لشهوده فانه ادعى الاكراء الى الجبانة وان ادعي رب الدابة انه أكراها الى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك وآخر شهد انه أكراها الى السالحين بدرهم فانه يقضي له عليه بدرهم اذا كان قد ركبها لان الشاهدين اتفقا على ذلك القدر لفظا والمدعى يدعيه أيضا . ولو قال المستأجر تكاريتها منك الى القادسية بدرهم وقال رب الدابة بل الى موضع كذا فى السواد فى غير ذلك الطريق بدرهم وقد ركبها الى القادسية فلا كراء عليـه لانه خالف فصار ضامنا معنـاه أن رب الدابة ينكر الاذن له فى الركوب فى طريق القادسية وقد ركب فصار ضامنا وانما ادعى رب الدابة العقد على الركوب في طريق آخر ولم يركب المستأجر في ذلك الطريق فلا أجر عليه لذلك ولو ادعى أنه أكراه دابتين باعيانهما إلى بغداد بعشرة وقال رب الدابتين بل هذه منهما بعينها الى بغداد بعشرة وأقام البينة فى قول أبي حنيفة الاول رحمه الله هما له الى بغداد بخمسة عشر اذا كان أجر مثلهما سواء وفى قوله الآخر هما له الى بغـداد بعشرة لان المستأجر هو المدعى والمثبت بينة الزيادة فى حقه وكذلك ان كان رب الدابتين ادعى أنه أكراه أحديهما بعينها بدينار وأقام البينة وأقام المستأجر البينة أنه

استكراهما جميعا بعشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس الاجر هنا مختلف فكل واحد منهما يثبت ببينته حتمه فلا بد من قبول بينة قول كل واحد منهما بخلاف الاول فهناك جنس الأجر متحد وقد اتفق الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة الى الاثبات ولكن المستأجر هو المحتاج الى اثبات العقد في الدابة الاخري وبينته تثبت ذلك وبينة رب الدابة تنفى فالمثبت أولي وان ادعى المستأجر دابة واحدة وان تكاراها الى بغداد بدينار وأقام البينة وأقام صاحبها البينة أنه اكراها اياه الى البصرة بعشرين درهما وقد ركبها الى بغداد قضيت عليه بعشرين درهما ونصف دينار لان جنس الاجر لما اختلف فلا بد من العمل بالبينتين وقد أثبت رب الدابة ببينة الى البصرة بعشرين درهما وأثبت المستأجر ببينة العقد من البصرة الى بغداد بنصف دينار فلهذا قضى بهما وان ادعى المستأجر الاجارة وجحدها صاحب الدابة فشهد شاهد أنه استأجرها ليركبها الى بغداد وشهد الآخر انه استأجرها ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع والمستأجر يدعى كذلك لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين فى مقدار المعقود عليه وإكذاب المدعى أحد شاهديه فان (قيل) أليس أن الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى وينفرد أحدهما بالزيادة وهو حمل المتاع فينبغى أن يقضى بما اتفق عليه الشاهدان قلنا المعقود عليه منفعة الدابة لا عين الركوب فالركوب فعل الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود عليه ملك رب الدابة وذلك يختلف باختلاف الشاهدين فيما شهد به فلا تتحقق الموافقة بينهما لفظا بخلاف الدرهم ونصف مع أن هذا انما يكون قبل استيفاء المنفعة وقبل استيفاء المنفعة الحاجة الي القضاء بالعقد فلا يتمكن منه مع اختلافهما وكذلك ان اختلفا فى حمولتين لان المدعى يكون مكذبا أحدهما لا محالة ولو ادعى أنه سلم ثوبا الى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد شاهد أنه دفع اليه ليصبغه أحمر بدرهم وقال الآخر ليصبغه أصفر فقد اختلفت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المعقود عليه هو الوصف الذي يحدثه فى الثوب والاصفر منه غير الاحمر فيكون المدعى مكذبا أحد الشاهدين والله أعلم بالصواب

باب ما يضمن فيه الاجير

(قال رحمه الله رجل سلم الى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق أوعصره فتخرق أو جعل فيه النورة أووسمه فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جناية يده وقد بينا أن

الاجير المشترك ضامن لما جنت يده فان كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير لان الاجير له أجير خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولم يخالف ثم عمله كعمل الاستاذ (ألا ترى) أن الاستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار أو سرق فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا وروى عن محمد رحمه الله قال اذا وضع القصار السراج في الحانوت فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة وانما الذى لا يضمن به الحرق الغالب الذى لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه و(قال) في الصباغ يصبغ الثوب أحمر فيقول رب الثوب أمرتك بأصفر فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وله أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ ثوبه وضمن للصباغ مازاد على المصفر في ثوبه لانه بمنزلة الغاصب فيما صبغه به حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له في ذلك وان كان صبغه أسود فاختار أخذ الثوب لم يكن للصباغ عليه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا ذلك في الغصب قال أبو حنيفة رحمه الله في الملاح اذا أخذ الأجر فان غرقت السفينة من ريح أو موج أو شئ وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان التلف حصل من عمله وان غرقت من مده أو معالجته أو جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلى بينه وبين الطعام فنقص فلا ضمان على الملاح عنده بعد أن يحلف لانه أمين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ماتلف بغير فعله وان انكسرت السفينة فدخل الماء فيها فأفسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن له والا فلا شئ عليه عند أبي حنيفة وان كان رب الطعام في السفينة أو وكيله فلا ضمان على الملاح في شئ من ذلك الا أن يخالف ماأمر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع في يد صاحبه والعمل يصير مسلما اليه بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل هناك لا يصير مسلما وعلى هذا قالوا لو رد الموج السفينة الى الموضع الذى حمل الطعام منه فان لم يكن رب الطعام معه فلا أجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الأجر بقدر ما سار لان العمل قد صار مسلما بنفسه ويتقرر الأجر بحبسه فاما اذا خالف ما أمره به فهذا العمل لا يصير مسلما الى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متعديا خاصا فيكون ضامنا لذلك واذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو ختن الخاتن بأجر حرا أو عبدا بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان

عليه بخلاف القصار اذا دق فخرق لان المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب وذلك فى مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بجده لا عمل غير سارى لان ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة وليس ذلك فى مقدور البشر فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة وانما الذى فى وسعه اقامة العمل بجده وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ توضيح الفرق أن السراية لا تقترن بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالى الآلام على المجروح وهذا كله بعد أن يصير العمل مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العمل فاما تخرق الثوب يكون مقترنا بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ولو وطأ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه فى دقه فكان الضمان عليه خاصة لانه غير مأذون من جهة الاستاذ فى الوطء على هذا الثوب فكان متعديا فيما صنع وان كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون فى الوطء عليه فيكون فعله كفعل الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه غير مأذون فى بسطه والوطء عليه من جهة الاستاذ فانه انما أذن له فى العمل في بيان القصارة دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا فى بيت القصار من ثياب القصارة فعثر وسقط فتخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير لانه مأذون فى هذا العمل من جهة الاستاذ ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة علي ثوب من القصارة أو وقع السراج من يده فأصاب دهنه ثوبا من القصارة فالضمان علي الاستاذ دون الغلام لانه مأذون من جهته في ادخال النار بالسراج وكذلك أجير لرجل يخدمه ان وقع من يده شيء فتكسر وأفسد متاعا مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه اذا كان فى ملك صاحبه لانه استأجره لهذه الاعمال ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القصارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لانه مأذون من جهة الاستاذ فى دق الثوبين جميعا ولو وقع على ثوب انسان من غير القصارة كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير مأذون فى دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا فى ذلك الثوب وان كان مخطئا وتعذر الخطأ لا يسقط عنه ضمان المحل وان وقعت المدقة علي موضعها ثم وقعت علي شيء بعدها فلا ضمان على الاجير لانها كما لو وقعت على المحل

المأذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك وانما الضمان على الاستاذ وان أصاب انسانا فقتله كان الغلام ضامنا وقد بينا الفرق بين الجناية فى بنى آدم وما سوى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشيء من متاعه فيما يحمله فوقع على انسان فى البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية فى بنى آدم موجبة الارش على العاقلة فلا يمكن اعتبار العقد فيه بخلاف ماسوى ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شيء من أدوات القصار بعمل الغلام مما يدق به أو يدق عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون من جهة الاستاذ وان كان مما لا يدق به ولا يدق عليه فهو ضامن وعلى هذا لو دعا رجلا قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق أو جلسوا على وسادة فتخرقت وان كان الضيف متقلدا سيفا فلما جلس شق السيف بساطا أو وسادة فلا ضمان عليه لانه مأذون فيما فعل من المشي والجلوس وتقلد السيف ولو وطئ على آنية من أوانيه أو ثوبا لا يبسط مثله ولا يوطأ فهو ضامن لانه غير مأذون فى الوطء والجلوس على مثله وان حمل الاجير شيئا فى خدمة أستاذه فسقط ففسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فأفسدها كان ضامنا لها وكذلك لو عثر فسقط عليها فان كان بساطا أو وسادة استعاره للبسط فلا ضمان فى ذلك على رب البيت ولا على أجيره لانه مأذون فى بسطه من جهة صاحبه واذا جفف القصار ثوبا على حبل فمرت به حمولة فى الطريق فخرقته فلا ضمان على القصار لانه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لانه مسبب وهو متعدي في ذلك فسوق الدابة فى الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فاذا لم يسلم كان ضامنا ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر مازاد وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس وأوضح الفرق بما ذكرنا فقال لو أن حائطا مائلا لرجل ثلثاه وللآخر ثلثه تقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه ولكنه قتله ثقل الحائط كانت الدية عليهما بقدر الملك لان ثقل ملك صاحب الثلثين ضعف ثقل ملك صاحب الثلث وفى الجرح المعتبر أصل الجراحة وكل واحد منهما خارج له بملكه فكان بمنزلة الجارح بيده فكذلك فى مسئلة الدابة يضمن باعتبار ثقل الزيادة وفي مسئلة الشجاج فى العبد يكون ضمان النفس على كل واحد منهما باعتبار أصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو أمر

رجلاأن يضرب عبده عشرة أسواط فضرب أحدعشر سوطا فهو متعدى فى السوط الحادي عشر فيضمن نقصان ذلك العبد من قيمته مضروبا عشرة أسواط ونصف ما بقى من قيمته اذا مات من ذلك لانه فى ضرب عشرة أسواط عامل لصاحبه بأمره فكأنه فعل ذلك هذا بنفسه وقد مات العبد من السياط كلها فتوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الحياة لاعدد الجنايات واذا سلم الرجل عبده أو أمته الى مكتب أو عمل آخر فضربه الاستأذ فهو ضامن لما أصابه من ذلك وان أذن له فى ذلك فلا ضمان عليه لان فعله باذنه كفعل المولى بنفسه فلا يكون تعديا منه وفعله بغير أمره يكون تعديا منه وفرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بين هذا وبينما اذا ضرب الدابة التى استأجرها ضربا معتادا فقالا الضرب معتاد هناك عند السير متعارف فيجعل كالمأذون فيه وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وانما الضرب عند سوء الادب يكون ذلك ليس من التعليم فى شىء فالعقد المعقود على التعليم لايثبت الاذن فى الضرب فلهذا يكون ضامنا الا أن يأذن له فيه نصا وكذلك ان سلم ابنه فى عمل الى رجل فان ضربه بغير اذن الاب فلا اشكال فى أنه يكون ضامنا وان ضربه باذن الاب فلا ضمان عليه فى ذلك لانه غير متعدى فى ضربه باذن الاب ولو كان الاب هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامنا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهما يدعيان المناقضة علي أبي حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة فيقولان اذا كان الاستاذ لايضمن باعتبار اذن الاب فكيف يكون الاب ضامنا اذا ضربه بنفسه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه اذا كان بأذن وليه فاما ضرب الاب إياه لمنفعة نفسه فانه بغير سوء أدب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه تقيد بشرط السلامة واذا توهن راعى الرمكة رمكة منها فوقع الوهن فى عنقها فجذبها فعطبت فهو ضامن لانه من جناية يده وان كان صاحبها أمره بالتوهن فلا ضمان عليه لان فعله بأمر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لان التوهن ليس من عمل الراعى في شيء ولا بدل في مقابلته فلا يتقيد على المأمور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو أمر رجلا أن يختن عبده أوابنه فاخطأ فقطع الحشفة كان ضامنا لما بينا أن عمل الختان معلوم بمحله فاذا جاوز ذلك كان ضامنا ولم يبين فى الكتاب ماذا يضمن وهو مروى عن محمد رحمه الله فى النوادر قال ان برأ فعليه كمال بدل نفسه فان مات فعليه نصف بدل نفسه لانه اذا برأ

فعليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا يتأتى له فى البدن فيتقدر بدله ببدل النفس واذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس ولو أمر رجلا أن يقطع أصبعه لوجع أصابه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع شيء الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال ذلك قتلى فقتله وجه ظاهر الرواية أن الاذن صح هنا لان للآذان أن يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل المأذون اليه ويصير كأنه فعله بنفسه بخلاف قوله اقتلنى فالاذن هناك غير صحيح لان الآذن ليس له أن يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو أمر أن يفعل ذلك بابن له صغير أو بعبد له فهذا ومالو أمره بنفسه سواء ولو أمر حجاما ليقطع سنا ففعل فقال أمرتك أن تقلع سنا غير هذا فالقول قوله والحجام ضامن لان الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن فى السن الذى قلعه ولو تكارى دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما ثم أمر رب الدابة فكان هو الذى وضعها على الدابة فلا ضمان عليه لان صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته وأكثر مافيه أنه مغرور من جهة المستأجر ولكن الغرور اذا لم يكن مشروطا فى عقد ضمان لا يكون مثبتا الرجوع للمغرور على الغار وان حملاها جميعا ووضعاها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة لان نصف المحمول مستحقا بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد منهما فى الحمل شائع فى النصفين فباعتبار النصف الذى حمله على الدابة لا ضمان على أحد وباعتبار النصف الذى حمله المستأجر لا ضمان عليه فى نصفه لانه يستحق بالنصف وعليه الضمان فى النصف الآخر لانه متعدى فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل فى عدلين فرفع كل واحد منهما عدلا فوضعاهما جميعا على الدابة لم يضمن المستأجر شيئا لان المستأجر استحق بالعقد حمل عشر مخاتيم حنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو أن القصار استعان بصاحب الثوب حتى دق الثوب معه فتخرق ولا يدرى من أى الفعلين تخرق فعلى قول أبي يوسف رحمه الله القصار ضامن نصف القيمة باعتبار الاحتمال وعلى قول محمد رحمه الله هو ضامن جميع القيمة لان الثوب فى يده فباعتبار اليد هو ضامن ما لم يصل الى صاحبه سواء تلف بعمله أو بغير عمله فما لم يعلم أن التلف بعمل صاحب الثوب كان القصار ضامنا واذا ساق الراعى الغنم أو البقر فتناطحت

فقتل بعضها بعضا أو وطئ بعضها بعضا من سياقته وهو غير مشترك وهى لانسان واحد فلا ضمان عليه لانه مأذون فى السوق وقد بينا أن الاجير الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل المأذون فيه وان كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركا كان أو غير مشترك أما المشترك فلان هذا من جناية يده وأما غير المشترك فلانه سائق الدابة التى وطئت والسائق ضامن بالسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيه لانه ملك المضمون بالضمان فلا يكون مسلما الى صاحبه واذا ساق الراعى الماشية فعطبت واحدة أووقعت فى نهر فعطبت فهو ضامن لانه أجير مشترك والتلف حصل بعمله ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها فان لبس من ذلك مثل مايلبس الناس اذا ركبوا لم يضمن وان كان أكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لان المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف وان تكارى ناقة ليحمل عليها امرأة فولدت المرأة فحملها هى وولدها على الناقة بغير أمر صاحبها فعطبت الناقة فهو ضامن بحساب مازاد عليها للولد لان الولد مقصود بالحمل بعد الانفصال وهو فى مقداره مخالف فيضمن بحساب ما يخالف كما لو زاد متاعا معها ولو نتجت الناقة فحمل ولد الناقة مع المرأة فهو ضامن أيضا لانه مخالف لما قلنا وان تكاري بعير المحمل فحمل عليه زاملة فهو ضامن لانه مخالف فيما صنع فالزاملة أضر بالبعير من المحمل وان حمل عليه رجلا مكان المحمل فلا ضمان عليه فلا يكون فعله ذلك خلافا وقد بينا نظيره فى السرج مع الاكاف والله تعالى أعلم بالصواب

باب اجارة رحا الماء

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رحاماء والبيت الذى هو فيه وهو متاعها كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لانه غير منتفع به واستئجاره متعارف فان انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى استأجره فانه انما استأجره ليطحن فيها بالماء دون الثور وبانقطاع الماء زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله أن ينقض الاجارة لتغير شرط العقد عليه فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجاره فيما بقي من الشهر وان كان قد بقى يوم واحد فلم يكن له أن ينقضها لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقى من المدة ولان هذه الاجارة فى حكم عقود متفرقة لا يثبت الخيار لتفرق الصفقة وان اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعا فالقول قول المستأجر لانهما يتفقان أنه لم

يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى فرب الرحا يدعى زيادة في ذلك والمستأجر منكر ذلك ولو قال المؤاجر لم ينقطع الماء فانه يحكم الحال فيه فان كان الماء منقطعا في الحال فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله لانه اذا كان منقطعا فى الحال فالظاهر انه كان منقطعا فيما مضى وان كان جاريا فى الحال فالظاهر انه كان جاريا فيما مضى وفى الخصومات القول قول من يشهد له الظاهر ٭ توضيحه انا قد عرفنا الماء جاريا عند العقد والبناء علي الظاهر واستصحاب الحال أصل مالم يعلم خلافه فاذا علمنا انقطاع الماء فى الحال تقدر استصحاب الحال فاعتبرنا الدعوى والانكار فرب الرحا يدعي تسليم المعقود عليه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما اذا كان جاريا فى الحال فاستصحاب الحال ممكن فجعلنا رب الرحا مسلما للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه لى عمله لان الاستحلاف على مالم يكن فى يده ولا من عمله فيكون علي العلم وان كان استأجر جميع ذلك بعشرة دراهم كل شهر فطحن فيها في الشهر بثلاثين درهما فربح عشرين درهما فان كان المستأجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام أو أجيره أو عبده فالربح له طيب لأن الفضل بمقابلة منافعه وان كان رب الطعام هو الذى يلي ذلك لم يطلب الربح للمستأجر إلا أن يكون قد عمله فيها عملا تنتفع بها الرحا من كرى النهر أو نقر الرحا وغير ذلك فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر لرحا معتبرا بجعل الفضل بمقابلته ولم يجعل كنس البيت فيما سبق معتبرا فى ذلك لأن كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولأن التمكن من الانتفاع باعتباره فأما نقر الرحا وكرى النهر بعد زيادة المستأجر وبه يتمكن من الانتفاع واذا استأجر موضعا على نهر ليبنى عليه بناء ويتخذ عليه رحا ماء على أن الحجارة والمتاع والحديد والبناء من عند المستأجر فهو جائز لانه استأجر الارض لمنفعة معلومة فان انقطع ماء النهر فلم يطحن ولم يفسخ الاجارة فالاجر لازم له لان المعقود عليه منفعة الارض وهي باقية بعد انقطاع الماء والمستأجر مستوفى بما يشغل الارض بمتاعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الأن هناله أن يفسخ الاجارة للعذر فان مقصوده استيفاء منفعة لايتم ذلك بدون جريان الماء وفى الزام العقد إياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون ذلك عذرا له في الفسخ ولو استأجر رحا ماء بمتاعها فانقطع الماء شهرا فلا أجر عليه فى ذلك الشهر لما قلنا وان قل الماء حتى أضربه فى الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتمكن

لاجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب وان كان غير فاحش فالاجارة لازمة له لانه لما استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزد ادتارة وينتقص أخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولان ما لم يمكن التحرز عنه عفو واذا خاف رب الرحا أن ينقطع الماء فتفسخ الاجارة فأكري البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستأجر أن يترك الاجارة لان استئجار هذه الاعيان كان لمقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفى ايفاء العقد بعد انقطاع الماء ضرر عليه وهذا ضرر لم يلتزمه بأصل العقد فيكون عذرا له فى الفسخ كما لو استأجر والرحا يطحن بجمله فينفق جمله ولم يكن عنده مايشترى به جملا كان له أن يترك الاجارة ولو استأجر رحاماء فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو البيت فله أن يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان أصلح ذلك رب الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستأجر أن يفسخ بعد ذلك لزوال العذر فى بقية المدة ولكن يرفع عنه من الاجر بقدر ذلك لانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول المستأجر فى مقدار العطلة لاتفاقهما على أنه لم يسلم جميع المعقود عليه الا أن ينكر المؤاجر البطالة أصلا فكان القول قوله باعتبار استصحاب الماء لانا عرفنا تمكن المستأجر من الانتفاع عند تسليم الرحا ثم يدعى هو عارضا مانعا فلا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كما لو ادعى أن غاصبا حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استأجر رحاماء على أن يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيرا أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لايضر بالرحا فلا ضمان عليه وان كان أضر عليها من الحنطة ضمنه مانقصها لان التقييد معتبر اذا كان مفيدا والخلاف الى ماهو أضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا أجر عليه فى ذلك لوقت لانه غاصب ضامن من النقصان ولا يجتمع الاجر والضمان واذا استأجر الرجل رحا وبيتا من أجير وبعيرا من آخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جائز لان استئجار كل عين من هذه الاعيان على الانفراد صحيح ثم يقتسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها بالحصة ولو اشترك أرباب هذه الاشياء على أن يعملوا للناس باجر فما طحنوا فالاجر بينهم أثلاثا فان أجروا الجمل بعينه فطحن فأجر ذلك لصاحب الجمل لانه سمى بمقابلته منفعة الجمل وللآخرين أجر مثلهما لنفسهما ومتاعهما على صاحب الجمل لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو مستوفيا لمنافعهما وقد شرط بمقابلة ذلك أجرو لم

يسلم لهما ذلك الاجر فان قبلوا الطعام على أن يطحنوه باجر معلوم ولم يؤجر والا الجمل بعينه فما اكتسبوه صار أثلاثا بينهم لانهم اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان كان لرجل بيت على نهر قد كان فيه رحا ماء فذهب وجاء آخر برحا آخر ومتاعها فنصبها في البيت واشتركا على أن يتقبلا من الناس الحنطه والشعير نطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان فهو جائز وما طحناه وما تقبلاه فاجره بينهما نصفان لاستوائهما في تقبل العمل في ذمتها وليس للرحا ولا للبيت أجرة لان كل واحد منهما ماابتغى عن متاعه أجرا سوى ما قال (ألا ترى) أن قصارين لو اشتركا على أن يعملا في بيت احدهما باداه الآخر فما كسبا فهو بينهما نصفان كان جائزا ولم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه باجر باداته ولو أجر الرحا باجر معلوم على طعام معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملكه ولصاحب البيت أجر مثل بيته ونفسه على صاحب الرحا اذا كان قد عمل في ذلك لان منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب الرحا ولم يسلم له بمقابلته ماشرط له من الاجر (قال) ولا أجاوز به نصف أجر مثل الرحا في قول أبي يوسف رحمه الله وقد بينا نظيره في كتاب الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا فنصب رجل مكانه حجرا بغير أمر صاحبه وجعل يتقبل الطعام ويطحن فهو مسيء في ذلك ضامن لما أفسد من الحجر الاسفل ومتاعه لانه غاصب والاجر له لانه وجب بعقده وان كان وضع الحجر الاعلى برضاء صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان فهو كما شرط وهو نظير ماسبق اذا كان يتقبلان الطعام فالاجر بينهما كما شرط ولو بنى على نهر بيتا ونصب فيها رحا ماء بغير رضى صاحب النهر ثم يقبل الطعام فكسب في ذلك مالا كان له في الكسب وكان ضامنا لمانقص البيت وساحته وموضعه والنهر لانه متاف لذلك بفعله ولا يضمن شيئا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه لم يفسد شيئا من الماء بعمله ولو أن رجلا له نهر اشترك هو ورجلان على أن جاء أحدهما برحاء والآخر بمتاعها على أن يبنوا البيت جميعا من أموالهم على أن ماكسبوا من شيء فهو بينهم فهو جائز وهذا مثل المسئلة الاولى اذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم أثلاثا والله أعلم بالصواب

باب الكراء الى مكة

(قال رحمه الله واذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه

رجلان وما يصلحهما من الوطء والدثر وإحديهما زاملة يحمل عليه كذا مختوما والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت والمماليق وقد رأى الرجلين ولم ير الوطأ والدثر ولم يبين ذلك وشرط حمل مايكفيه من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطأ ولدثر وجهالة مقدار الماء والخل والزيت والمماليق وهذه جهالة تفضي الى المنازعة فان الضرر على الأبل تختلف بقلة ذلك وكثرته وفي الاستحسان يجوز لانه متعارف وفي اشتراط اعلام وزن كل شئ من ذلك بعض الحرج ثم المقصود على أحد الحملين الرجلان وقد رآهما الحمال وعلى الحمال الآخر الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع اذا صار ماهو الأصل معلوما فالجهل في البيع عفو ومقدار البيع يصير معلوما أيضا بطريق العرف وعلى هذا لو اشترط عليه أن يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز أيضا لانه متعارف معلوم المقدار عرفا ولو بين وزن المماليق والهدايا كان أحب الينا لانه أبعد من المنازعة واذا أراد الاحتياط في ذلك فينبغي أن يسمى لكل محمل قربتين من ماء أو اداوتين من أعظم مايكون من ذلك ويكتب في الكتاب أن الحمال قد رأى الوطأ والدثر والقربتين والاداوتين والخيمة والقبة فان ذلك أوثق وانما يكتب الكتاب على أوثق الوجوه وان اشترط عليه عقبة الأجير فهو جائز ويكتب وقد رأي الحمال الاجير وفي تفسير عقبة الاجير قولان أحدهما أن المستأجر ينزل في كل يوم عند الصباح والمساء فذلك معلوم فيركب أجيره في ذاك الوقت ويسمى ذلك عقبة الاجير والثاني أن يركب أجيره في كل مرحلة فرسخا أو نحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمل ويسمى ذاك عقبة الاجير وفي كتاب الشروط قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرى أن يشترط من هدايا مكة كذا وكذا منا لان ذلك أبعد من المنازعة والمحمول من الهدايا يختلف في الضرر على الدابة باختلاف مقدار الوزن وان تكاري شق محمل أو شق زاملة فاختلفا فقال الحمال انما عينت عيدان المحمل وقال المستكري بل عينت الابل فان كان الكراء كما يتكاري به لابل الى مكة فهو على الابل وان كان كما يتكارى به شق محمل خشب فالقول قول الحمال مع يمينه لانه اذا كان كما يتكارى به الاول فالظاهر يشهد للمستكري وان كان شيئا يسيرا كما يتكارى به الخشب فالظاهر يشهد للحمال وعند المنازعة يجعل القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشتري قربة ماء بدانق فقال انما اشتريت القربة دون الماء لا يصدق ولو اشتراها بعشرين درهما قال السقاء بعت الماء دون القربة وكذلك لو اشترى مبطخة ثم قال المشتري اشتريت الارض وقال البائع انما بعت البطيخ

فانه بحكم الثمن فى ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر واذا تكارى من الكوفة الى مكة ابلا مسماة بغير أعيانها فقال الحمال أخرجك فى عشر ذى القعدة فقال المستكرى أخرجنى فى خمس مضين أوعلى عكس ذلك فانه يخرجه فى خمس مضين فى الوجهين جميعا لانه لايخاف الفوت اذا خرج بعد خمس مضين فان أراد الحمال أن يخرجه قبل ذلك فهو يريد أن يلزمه ضرر السفر من غير حاجة اليه فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك واذا طلب المستكرى فى عشر ذى القعدة وهو يريد أن يلزم الحمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو مترفها فى نفسه فلهذا لا يمكن من ذلك ولان مطلق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة بخمس مضين فاذا أراد الحمال أن يتأخر الى نصف ذى القعدة وأبى ذلك المستكرى فليس للحمال ذلك لانه يخاف الفوت في هذا التأخير ويلحق المستكرى مشقة عظيمة باستدامة السفر وان قال المستأجر أخرجنى للنصف من ذى القعدة وقال الحمال أخرجك بخمس مضين فانه يرتكب مؤنة العلف فانى أؤخره لعشر مضين من ذى القعده ولا أؤخره لاكثر من ذلك لان الغالب ادراك الحج اذا خرج بعشر مضين والغالب هو الفوات اذا أخر الخروج أكثر من ذلك والمستحق بمطلق العقد صفة السلامة لانهاية الجودة وان كان بينهما شرطا حملهما علي ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الشرط أملك : أى يوفى به ولا بأس بأن يسلف فى كراء مكة قبل الحج سنة أو باشهر لان وقت الحج معلوم لايجهل وهذا بناء على مذهبنا ان الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل تصح (وعلى قول) الشافعي رحمه الله لاتصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء وهذا بناء على أصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة فانما يتحقق ذلك اذا اتصل المعقود عليه بالعقد في الاجارة المضافة ولا يوجد ذلك ثم الاضافة الى وقت فى المستقبل كالتعليق بالشرط حتى انما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته الى وقت فى المستقبل كالطلاق والعتاق وما لا فلا كالاجارة والبيع ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل الاضافة الى وقت في المستقبل والدليل عليه أنه لا يتعلق به اللزوم ولا يملك الأجر بنفس العقد وان شرط التعجيل فلو انعقد العقد صحيحا لانعقد بصفة اللزوم ويملك الاجر به اذا شرط التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا فى ذلك أن جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس الحاجة الى الاستئجار مضافا الى وقت فى المستقبل لان فى وقت حاجته ربما لايجد ذلك أولا يجده باجر المثل فيحتاج الى أن يسلف فيه قبل ذلك

ثم قد بينا انه وان أطلق العقد فهو في معنى المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقاده بحسب مايحدث من المنفعة أو تمام العين المنتفع بها مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف الى وقت في المستقبل وبين المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك لايختلف به وبه فارق التعليق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة لاتمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان وأصح الروايتين أنه يلزم وليس لاحدهما أن يفسخ الا بعذر فان الاجر لا يملك بشرط التعجيل وقد بينا الفرق بين هذا وبينما اذا شرط التعجيل في عقد الاجارة في الحال لان هناك تأخر الملك بقضية المساواة فيحتمل التغير بالشرط وهنا تأخر الملك لنصيبهما على التأخير باضافة العقد الى وقت في المستقبل فلا يتغير ذلك بالشرط ولو تكارى ابلا الى مكة بشئ من المكيل أو الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له أجلا مسمى فهو جائز وان لم يسم الموضع الذي يوفيه فيه وقد نص على الخلاف فيما تقدم أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لابد من بيان المكان فتبين بذلك أن هذا الجواب قولهما وان حل الاجل بمكة وأراد أخذه هناك وأبى المستأجر فأنا استوثق من المستأجر على أن يوفيه بالكوفة حيث تكارى وقد ذكرنا على قولهما أن في اجارة الدار يتعين للايفاء موضع الدار وهنا ذلك غير ممكن لان الأجر يجب شيئا فشيئا بحسب سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للايفاء وربما يتعين للتسليم موضع السبب وهو العقد وان كان الأجر شيئا بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين لايفائه الموضع الذي فيه ذلك العين لانه ملك في ذلك الموضع بعينه كالمبيع بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة فانه يسلم اليه بعد الوجوب حيث مالقيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكاري منه حملا وزاملة وشرط حملا معلوما على الزاملة فما أكل من ذلك الحمل أو نقص من الكيل والوزن كان له أن يتم ذلك في كل منزل ذاهبا وجائيا لانه استحق بالعقد حملا مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له أن يستوفي ما استحقه بالشرط وليس للحمال أن يمنعه من ذلك بخلاف المحمل فانه اذا شرط فيه انسانين معلومين فليس له أن يحمل غيرهما الا برضاء الحمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وان خرج بالبعيرين يقودهما ولا يركبهما ولم يحمل عليهما جائيا فعليه الاجر كاملا لتمكنه من استيفاء المعقود عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق وقد صار مسلما الى

المستأجر تقود الدابة معه في الطريق واذا مات الرجل بعد ما قضى المناسك ورجع الى مكة فانما عليه من الاجر بحساب ذلك لان العقد فيما بقي قد بطل بموته فيسقط الاجر بحسابه ويجب في تركته بحساب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكراء خمسة أعشار ونصف ويبطل عنه أربعة أعشار ونصف وبيان تخريج هذه المسئلة أن من الكوفة الى مكة سبعا وعشرين مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك تكون في ستة أيام في يوم التروية يخرج الي منى وفي يوم عرفة يخرج الى عرفات وفي يوم النحر يعود الى مكة لطواف الزيارة وثلاثة أيام بعده للرمى فيحسب لكل يوم مرحلة فاذا جمع ذلك كله كان ستين مرحلة كل ستة من ذلك عشر فاذا مات بعد قضاء المناسك والرجوع الى مكة فقد تقرر عليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين جزأ للذهاب الى مكة وستة أجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة أعشار ونصف عشر كل عشر ستة وربما يشترط المر على المدينة فيزداد به ثلاثة مراحل فان من الكوفة الي مكة على طريق المدينة ثلاثين مرحلة فان كان شرط ذلك في الذهاب تكون القسمة علي ثلاثة وستين جزأ ويتقرر عليه ستة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر ثلاثون للذهاب وستة لقضاء المناسك وان كان الشرط المر على المدينة في الرجوع فعليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين للذهاب ولقضاء المناسك ستة أجزاء وان كان الشرط بينهما أن الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فالقسمة على ستة وستين جزأ وانما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزأ من ستة وستين للذهاب ثلاثون ولقضاء المناسك ستة أجزاء فحاصل ما يتقرر عليه ستة أجزاء من احدى عشر جزأ من الاجر وحرف هذه المسئلة أنه لم يعتبر السهولة والوعورة في المراحل لقسمة الكراء عليها لان ذلك لا يملك ضبطه والكراء لا يتفاوت باعتباره عادة وانما يتفاوت بالقرب والبعد فلهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وان تكارى قوم مشاة بعيرا الى مكة واشترطوا على المكارى أن يحمل من مرض منهم أو أعيا فهذا فاسد للجهالة وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة ولو اشترطوا عليه عقبة لكل واحد منهم كان جائزا لان ذلك معلوم لا تمكن بعده المنازعة واذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره فان لم يكن في ذلك ضرر فله ذلك لما بينا أن التعيين الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا وان أراد أن ينصب على المحمل كنيسة أو قبة فليس له ذلك الا برضاء من المكاري لما في ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط

عليه كنيسة بعينها فاراد أن يحمل كنيسة أعظم منها أو قبة فليس له ذلك لان هذا تعيين مفيد وفى التبديل زيادة ضرر على دابته وان أراد أن يحمل كنيسة دونها فله ذلك لانها أخف على البعير من المشروط. وان أراد الحمال أن لا يخرج الى مكة فليس له عذر لانه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير أن يخرج بأن يبعث بالابل مع أجيره أومع غلامه وان أراد المستأجر أن لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لانه لا يتمكن من الاستيفاء الا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر مالا يخفى وكذلك لو كان اكترى الابل لحمل الطعام الى مكة فبلغه كساد أوخوف أوبداله ترك التجارة فى الطعام فهذا عذر له لانه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه الا بضرر لم يلتزمه بأصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة والله أعلم بالصواب

باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته

(قال رحمه الله واذا استأجر أجيرا يعمل له فى بيته عملا مسمى ففرغ الاجير من العمل في بيت المستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل أو هلك وله الاجر) لان عمله صار مسلما الى المستأجر لان محل العمل فى يد المستأجر لانه في بيته والبيت مع مافيه فى يد صاحب البيت فكما صار مسلما تقرر الاجر فى ذمته ولا ضمان على الاجر فيما هلك من غير فعله لان مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استأجره يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه ثم سرق منه الثوب فله الاجر بقدر ما خاط. فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود فلو كان استأجره ليخيط فى بيت الاجير لم يكن له شئ من الاجر لانه لا يصير عمله مسلما الى صاحب الثوب فان الثوب فى يد الاجير لانه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لان اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن أصل الثوب فى يده فيده لا تثبت على مااتصل به أيضا وخروجه من ضمان العامل وتعذر الاجر على المستأجر باعتبار ثبوت اليد له على المعمول واستشهد بما قال انه لو استأجره يبنى له حائطا فبنى بعضه أو كله ثم انهدم فله أجر مابنى لانه فى ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له فى بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ماعمل وان كان يخبز فى بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ

ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه أجير مشترك فلا يضمن ماهلك في يده بغير فعله وان احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فهو ضامن لان هذا من جناية يده ويتخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته مخبوزا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر وقد بينا نظيره في القصار وان استأجر رجلا يحمل له طعاما الى موضع معلوم فسرق منه في بعض الطريق فله الاجر بقدر ماحمل لان المعقود عليه ههنا منافعه لا احداث وصف في المحل فبقدر ماحمل يصير المعقود عليه مسلما الى صاحبه فكان له من الأجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذى يحدث في المحل بعمله وثبوت اليد على الوصف بثبوته على الموصوف فما لم تثبت يد المستأجر على محل العمل لا يصير مسلما العمل فلا يتقرر الأجر وعلى هذا قلنا في كل موضع اذا هلك لم يكن له فيه أجر فله أن يحبسه حتى يأخذ الاجر كالخياط والقصار في بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الاجر فليس له أن يحبسه كالحمال والخياط والخباز في بيت صاحب العمل فان حبسه وهلك عنده فهو ضامن لانه غاصب في الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون في بيت المستأجر ضامنون لما جنت أيديهم مثل ما يضمنون ما عملوا في بيوتهم لان العامل أجير مشترك سواء عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعيب لا يكون معقودا عليه وهذا بخلاف مااذا استأجره يوما ليخيط له ثوبا في بيته فانه لا يضمن ماجنت يده لان المعقود عليه منافعه (ألا ترى) أنه ليس له أن يعمل ذلك في غير يومه وأنه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله ولو استأجر طباخا يصنع له طعاما في وليمة فافسد الطعام فاحرقه ولم ينضجه فهو ضامن لانه أجير مشترك وهذا من جناية يده ولو لم يفسد الطباخ ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فأمر صاحب البعير فادخلها الدار فساق البعير فعطب فخر على القدور فكسرها فافسد الطعام فلا ضمان على صاحب البعير لانه ساقها بأمر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الانسان الدابة في ملك نفسه لا يكون تعديا موجبا للضمان كحفر البئر ووضع الحجر في ملك نفسه ولا ضمان على الطباخ فيما عمل من الطعام لان التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف الى صاحب الدار حكما وكذلك لو كان البعير سقط على ابن رب الدار وهو صبي فقتله أو على عبده فلا ضمان عليه لان التسبب اذا لم يكن تعديا لا يكون موجبا للضمان على أحد ولو أدخل الطباخ النار ليطبخ بها فوقعت شرارة

واحترقت الدار فلا ضمان عليه لان له أن يدخل النار ويعمل بها فعمله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه أدخل النار فى ملكه ومن أوقد النار فى ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك اذا فعل غيره بأمره والله أعلم بالصدق والصواب

باب اجارة الفسطاط

(قال رحمه الله واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ويحج ويخرج من الكوفة فى هلال ذى القعدة فهو جائز) لانه استاجر عينا منتفعا به وهو معتاد استئجاره والفسطاط من المساكن فاستئجاره كاستئجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والجوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع به معتاد استئجاره فان تكارى شيئا من ذلك ليخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد فى القياس لان وجوب التسليم اليه حين يخرج به واذا لم يكن معلوما فربما تمكن بينهما منازعة فيه والناس يتفاوتون فيه بالخروج الى مكة فمن بين مستعجل ومؤخر ولكنه استحسن فقال وقت الخروج للحج من الكوفة معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذى تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولامعتبر بالافراد وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستأجر لان العين فى يده أمانة فان نقيضه يقرر حق صاحبه فى الاجر وهو مأذون فى استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يتخرق منه اذا لم يجاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استغنيت عنه فلم أستعمله فالاجر واجب عليه لانه تمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع به فى تقرر الاجر عليه ولو انقطعت أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لم يكن عليه أجر لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع به والاجر لا يلزمه بدونه فالقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا أنه لم تمكن من استيفاء جميع المعقود عليه وان الصفقة قد تفرقت عليه فالقول قول المستأجر فى مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم أستعمله إلا يوما واحدا فالقول قوله وليس عليه الكراء الا مقدار ذلك لانه منكر للزيادة ولو أسرج المستأجر فى الفسطاط أو فى الخيمة حتى اسود من الدخان أو احترق أو علق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه وان كان تعدى فيه أو اتخذه مطبخا أو أوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من

السواد فهو ضامن لما أفسد لان بمطلق العقد يثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف فاذا لم يجاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان الفسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل وايقاد النار في المسكن متعارف لابد للساكن منه ولكن اذا جاوز الحد المتعارف فهو متعدي فيما صنع فيكون ضامنا لما أفسد وكان عليه الكراء اذا كان مابقى منه شيئا ينافى السكنى فيه فان كان دون ذلك فلا كراء عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به فى بقية المدة وان اشترط عليه صاحبه أن لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له أن يوقد فيه ولا يسرج لان هذا أضر من السكنى فيه من غير اسراج وقد استثناه صاحبه بالشرط والتقييد متى كان مفيدا فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز ما استحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وانما ضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر باستيفاء المعقود عليه كالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوز واذا استأجر قبة تركية بالكوفة كل شهر بأجر معلوم ليستوقد فيها ويبيت فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترقت من الوقود لان الايقاد فيها معتاد فلا يكون هو متعديا بالايقاد فيها فان بات فيها عبده أو ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا أن له أن يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه هو وهذا لانه لا ضرر على القبة بكثرة من يسكنها واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة فقعد وأعطاه أخاه فخرج ونصب واستظل به فهو ضامن ولا أجر عليه فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر لان الفسطاط من المساكن وفى المسكن لا يتعين سكناه بنفسه لان سكناه وسكنى غيره فى الضرر على الفسطاط سواء فهو كتسليم البيوت (ألا ترى) أنه لو أخرج الفسطاط فيه بنفسه ثم أسكن فيه غيره لم يضمن فلذلك اذا دفعه الى غيره حتى يخرج به وهو نظير مالو استأجر عبدا يخدمه فى طريق مكة فاجره من غيره بخدمة لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام والاضرار على الغلام أبين من التفاوت فى السكنى فى الفسطاط ثم لما لم يتعين هناك المستأجر للاستخدام فهذا أولى وجه قولهما أن الفسطاط يحول من موضع الى موضع والضرر عليه يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه فى مهب الريح يخرقه ونصبه من موضع الندوة والنز يفسده فاذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس وبحبسه يختلف الضرر فكان التعيين معتبرا بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها أو الثوب يستأجره ليلبسه هو فاذا دفعه الى غيره صار مخالفا ضامنا ولا أجر عليه لانه لم يستوف المعقود عليه وهذا بخلاف المسكن فانه لا يحول من

موضع الى موضع بخلاف العبد لان الاستخدام له حد معلوم بالعرف فاذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سواء كان المستأجر هو الذى يستخدمه أو غيره فلا فائدة في التعيين هناك بخلاف ماإذا خرج بنفسه لانه هو الذى يختار موضع النصب للفسطاط واذا كان ذلك برأيه كما أوجبه العقد فسكناه وسكنى غيره بعد ذلك سواء فاما اذا دفعه الى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لايكون برأيه بل يكون برأى الذى خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لولم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالعقد فاسد فى قول أبي يوسف رحمه الله كما لولم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد رحمه الله العقد جائز كما فى خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت أطناب الفسطاط كلها فضمنها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى رجع فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فاذا تمكن من استيفاء المعقود عليه باطناب نفسه لزمه الأجر كما في استئجار الرحا اذا انقطع الماء فطحن المستأجر بجمله وجب عليه الأجر ثم يمسك أطنابه لانه ملكه فيمسكه اذا رد الفسطاط ولولم تدق عليه الأطناب لم يكن عليه الكراء لانه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر تمكنه من الاستيفاء بملك نفسه لان ذلك ليس مما أوجبه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فاما اذا انكسرت أوتاده فلم يضر به حتى رجع كان عليه الكراء كاملا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لان الاوتاد من قبل المستأجر والأطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول أنه بنى هذا الجواب على عرف ديارهم فاما فى عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والأصح أن يقول من الاوتاد مايتيسر وجوده فى كل موضع ولا يتكلف بحمل مثله من موضع الى موضع فهذا على المستأجر ومنه مايكون متخذا من حديد وذلك لايوجد فى كل موضع فمثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فمراده مما قال الاوتاد التى توجد فى كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء المعقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وان تكارى فسطاطا يخرجه الى مكة فخلفه بالكوفة حتى رجع فهو ضامن لانه أمسكه في غير الموضع المأذون فيه فان صاحبه انما أذن له فى الامساك فى الطريق ليتقرر حقه فى الاجر ويفوت عليه هذا المقصود اذا أمسكه بالكوفة وامساك الغير بغير اذن مالكه موجب الضمان عليه ولا كراء عليه لانه ماتمكن من استيفاء المعقود عليه فالمعقود عليه نصبها

وسكناها في الطريق وذلك لا يتأتى اذا خلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ماأخرجه لانه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كمالو أنكر قبض الفسطاط أصلا وكذلك لوأقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط الى صاحبه فهومثل الاول لوجود الامساك لاعلى الوجه الذى أذن له فيه صاحبه وكذلك لوخرج ودفع الفسطاط الى غلامه فقال ادفعه الى صاحبه فلم يدفع حتى رجع المولى فهو مثل الاول لانه لم يصل الى صاحبه وكونه في يد غلامه ومالو خلفه في بيته بالكوفة سواء وكذلك لودفعه الى آخر وأمره أن يرده الى صاحبه فلم يفعله لانه مخالف بالامساك في غير الموضع المأذون فيه وبالتسليم الى الاجنبي أيضا ولوحمله الرجل الى صاحب الفسطاط فأبى أن يقبله برئ المستأجر والرجل من الضمان ولاأجر عليه لان صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مأمور المستأجر كفعل المستأجر بنفسه ولو رده بنفسه لم يكن لصاحبه أن يمتنع من قبوله لان هذا عذر له لانه يحتاج الى مؤنة في اخراج الفسطاط وله أن يلتزم تلك المؤنة فكذلك اذا رده ثانية لم يكن له أن يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الآخر قبل أن يحمله الى صاحبه فلصاحب الفسطاط أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعدى في حقه غاصب فان ضمن الوكيل رجع به على المستأجر لانه ضمن في عمل باشره له بامره وان ضمن المستأجر لم يرجع به على الوكيل لانه لورجع عليه رجع الوكيل به أيضا ولان يد الوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط الى مكة ورجع به فقال المؤاجر للمستأجر احمله الى منزلي فليس له ذلك على المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا أن منفعة النقل حصل لرب المتاع من حيث أنه تقرر حقه في الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف المستعير وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجر فالحمولة على المستأجر لانه بمنزلة الغاصب وهو الذى ينتفع بالرد من حيث أنه برأ نفسه عن الضمان وان استأجر دابة الى بلدة أخرى فقبضها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر مايحبسها الناس الى أن يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها مما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فهو ضامن لها ولا كراء عليه لانه أمسكها في غير الموضع الذى أذن له صاحبها في الامساك وفي هذا الخلاف ضرر على صاحبها فان حقه في الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضامنا الا أن المقدار المتعارف من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص واذا استأجر الرجلان

فسطاطا من الكوفة الي مكة ذاهبا وجائيا فقال أحدهما انى أريد ان آتى بالبصرة وقال الآخر انى أريد أن أرجع الي الكوفة وأراد كل واحد منهما يأخذ الفسطاط من صاحبه فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يدفع الكوفى الى البصرى أو البصرى الي الكوفى أو يختصما فيه الى القاضى بمكة فاما اذا دفعه الكوفى الى البصرى فذهب به الى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط أن يضمن البصري قيمته ان هلك لانه غاصب مستعمل فى غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه وكذلك ان لم ينصبه فهو بالامسالا في غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصة الذهاب من الاجر ولا أجر على واحد منهما فى الرجوع أما البصرى فلانه مارجع من الكوفة وقد تقرر عليه ضمان القيمة وأما الكوفى فلانه لا يكون متمكنا من استيفاء المعقود عليه فى الرجوع حين ذهب البصرى بالفسطاط وان أراد صاحبه أن يضمن الكوفي فان أقر أنه أمره أن يذهب به الي البصرة كان له أن يضمنه نصف قيمته لان النصف كان أمانة فى يده وقد تعدى بالتسليم الى صاحبه ليمسكه علي خلاف مارضى به صاحبه فكان له أن يضمنه ويضمن البصري نصف قيمته وان قال الكوفى لم آمره أن يذهب به الى البصرة ولكنى دفعته اليه ليمسكه حتى يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستأجرين أن يتركه في يد صاحبه ولا يكون تسليمه الي صاحبه ليمسكه في الموضع الذى تناول الاذن موجع الضمان عليه والقول قوله فى ذلك مع يمينه لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه وصاحب الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصرى الي الكوفي فرجع به الى الكوفة فالكراء عليهما جميعا على البصرى نصفه وعلى الكوفى نصفه لان الكوفى استوفي المعقود عليه فى الرجوع فى نصيب نفسه باعتبار ملكه وفى نصيب البصرى بتسليطه اياه على ذلك وذلك ينزل منزلة استيفائه بنفسه فيجب الكراء عليهما ولا ضمان علي واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله ينبغى أن يكون البصرى ضامنا ولا كراء عليه في الرجوع كما لو دفعه الى أجنبي آخر وقد بيناه والاصح أنه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا قد رضي برأى كل واحد منهما فى النصب واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هناك لم يرض برأيه فى اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفى فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه وعلي البصري أجره ذاهبا وليس عليه أجر فى الرجوع لان نصيبه كان فى يد الغاصب ولم يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه

حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفي ضامنا لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصري فيكون ضامنا وان ارتفعا الى القاضي بمكة فللقاضي في ذلك رأى فان شاء لم ينظر فيما يقولان حتى يقيما عنده البينة لان صاحب الفسطاط غائب وهما يدعيان على القاضي وجوب النظر عليه في حق الغائب في ماله فلا يلتفت الى ذلك اذا لم يعرف سببه فان فعل القاضي بذلك ولم يجدا بينة فدفعه البصرى الى الكوفي فهو على الجواب الاول الذي قلنا اذا لم يرتفعا الى القاضي واذا أقام البينة عنده على ما ادعيا قبلت البينة لانهما أثبتا سبب وجوب ولايته في هذا المال ووجوب النظر للغائب وهذه بينة تكشف الحال فتقبل من غير الخصم أو القاضي كأنه الخصم في موجب هذه البينة ثم يحلف البصري على ما يريد من الرجعة الى البصرة لانه يدعى العذر الذى به يفسخ الاجارة في نصيبه وذلك شئ في ضميره لا يقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر في حالها من غير اقامة البينة احتياطا في حق الغائب واذا حلف البصرى فالقاضي يخرج الفسطاط من يده لانها ليس من النظر للغائب ترك الفسطاط في يده ليذهب به الى البصرة ولكنه يؤاجر نصيبه من كوفي مع الكوفي الاول ليتوصل صاحب الفسطاط الي غير ملكه ويتوفر عليه الكراء بجميع الفسطاط في الرجوع وان أراد الكوفي أن يستأجر نصيب البصري فهو أولى الوجوه لان صاحب الفسطاط كان راضيا بكون الفسطاط في يده ولان اجارته منه تجوز بالاتفاق لانه اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضي فيما يرجع الى النظر للغائب كفعل الغائب بنفسه وان لم يرغب فيه حينئذ يؤاجره من كوفي آخر فيجوز ذلك على قول من يجوز اجارة المشاع وعلى قول من لا يجوز ذلك فهذا فصل مجتهد فيه فاذا امضاه القاضي باجتهاده نفذ ذلك منه وان لم يجد من يستأجره من أهل الكوفة يدفع الفسطاط الي الكوفي وقال نصفه معك بالاجارة الأولى ونصفه معك وديعة حتي يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغائب باتصال عين ملكه اليه وعلي الكوفي نصف الاجر في الرجوع لانه استوفي المعقود عليه والشيوع طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة ولا أجر علي البصري في الرجعة لانه استوفي المعقود عليه فسخ العقد بعذر عند القاضي ولا ضمان عليه أيضا لان تسليمه الى القاضي كتسليمه الى صاحبه فالقاضي نائب عنه فيما يرجع عليه لذلك وان تكار فسطاطا من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا وخرج الى مكة فخلفه بمكة ورجع الى الكوفة فعليه الكراء ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه لانه تركه في غير

الموضع الذى رضي صاحبه بتركه فيه وان لم يختصما حتى حج من قابل فرجع بالفسطاط فلا أجر عليه فى الرجعة لانه كان استأجره فى العام الماضي وقد انتهى العقد بمعنى ذلك الوقت فيكون غاصبا ضامنا فى استعماله فى العام الثانى وكل من استأجر فسطاطا أومتاعا أوحيوانا اذافسد ذلك حتى لاينتفع به أوغصبه غاصب فلا أجر على المستأجر منذ يوم كان ذلك لانعدام تمكنه من استيفاء المعقود عليه وعليه أجر ماقبله والقول قول المستأجر اذا اختصما يوم اختصمنا وهو على ماوصفنا من الفساد أو الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء فى الحال يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى والبينة بينة المؤاجر لانه يثبت حقه ببينته ولاتقبل بينة المستأجر على خلاف ذلك لانه ينفى ببينته مايثبته الآخر من الاجر . رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بعشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما يقسم الأجر على أجر مثل كل واحدة منهما وذلك لصاحبهما لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يتبعا وجب قيمته على قيمتهما فكذلك اذا كان بمقابلة منفعتهما وقيمة المنفعة أجر المثل فلهذا يقسم على ذلك ولا ينظر الى ماحمل على كل دابة (ألاترى) أنه لوساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

(قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أومكيل) لان الانتفاع بها لايكون الاباستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين ولاأجر عليه لان العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فمحل الاجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لغوا بقى مجرد الاذن فكانه أعاره إياه وقد بينا أن العارية فى المكيل والموزون قرض واذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما الى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لواستأجر حنطة مسماة يعير بها مكاييل له يوما الى الليل فهو جائز وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه لا يجوز قيل مارواه الكرخى رحمه الله محمول على مااذا استأجرها ليعير بها مكيالا لابعينها وماذكر في الكتاب محمول على ماذا استأجرها ليعير بها مكيلا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلوما

وقيل بل فيه روايتان وجه ماقال الكرخي رحمه الله ان هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الاعيان واذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلان لايجوز استئجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى وجه ظاهر الرواية ان ماسمى عملا يعمل بالمستأجر مع بقاء عينه فان الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ولو استأجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم وهذا لان المنافع عند اطلاق العقد كونه متضمنا استهلاك العين لو صح وقد انعدم ذلك بتسمية منفعة تستوفى مع بقاء العين وهو مقصود فى الناس أو كالاناء يستأجره ليعمل به أو الثوب ليلبسه وان استأجر نصيبا فى أرض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد والدابة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال هو جائز وهو بالخيار اذا علم النصيب وهو قول محمد رحمه الله وقد ذكر فى آخر الشفعة انه لو باع نصيبه من الدار والمشترى لا يعلم كم نصيبه لم يجز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف وقال يجوز فأبو حنيفة استمر على مذهبه فى الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة في النصيب المجهول ومسئلة الاجارة له أيضا بناء على اجارة المشاع فانه لايجوز الاجارة فى النصيب الشائع وان كان معلوما فاذا كان مجهولا أولى وأبو يوسف رحمه الله استمر على مذهبه أيضا فانه جوز البيع والاجارة فى نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد لان اعلامه ممكن بالرجوع الى قول الموجب ومن أصله أيضا جواز الاجارة فى الجزء الشائع ومحمد رحمه الله فرق بين البيع والاجارة وقال فى البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن بمقابلة مجهول وفى الاجارة لايجب الا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤاجر معلوم فانما يجب البدل بمقابلة المعلوم ومن أصله جواز الاجارة في المشاع وان استأجر مائة ذراع مكسرة من هذه الدار أو أجر مائتين من هذه الارض فانه لايجوز فى قول أبي حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما وهو بناء على ماذكرنا فى البيوع اذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند أبي حنيفة رحمه الله لايجوز لان الذراع اسم لبقعه معلومة يقع عليها الذرع وذلك يتفاوت فى الدار فكما لا ينعقد البيع صحيحا بهذا اللفظ فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذراع كذكر السهم حتى ينعقد به البيع صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء على اختلافهم أيضا فى اجارة المشاع ولايجوز اجارة الشجر والكرم بأجرة معلومة على أن تكون الثمرة للمستأجر لان الثمرة عين لايجوز استحقاقها

بعقد الاجارة فانه يجوز بيعه بعد الوجود وانما يستحق بقدر الاجارة مما لايجوز بيعه بعد الوجود ولان محل الاجارة المنفعة وهى عرض لايقوم بنفسه ولايتصور بقاؤها والثمرة تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز أن تملك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ابقائه فربما تصيب الثمرة آفة وليس في وسع البشر اتخاذها وكذلك ألبان الغنم وصوفها وسمنها وولدها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا تملك بعقد الاجارة وان استأجر أرضا فيها زرع ورطبة أوشجر أوقصب أوكرم أومايمنع من الزراعة فالاجارة فاسدة لان استئجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لايمكن استيفاؤها مع هذه الموانع فقد التزم بالعقد تسليم مالايقدر على تسليمه وان كان مقصود المستأجر مافيها فهو عين لايجوز استحقاقه بالاجارة ولايجوز اجارة الآجام والانهار للسمك ولالغيره لان المقصود استحقاق العين ولان السمك صيد مباح فكل من أخذه فهو أحق به وانما يستحق على المؤاجر بالاجارة ما كان مستحقا له ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ايفائه به فان أجرها للزراعة فهى ليست بصالحة لذلك وان أجرها للسمك فربما يجده المستأجر وليس في وسع الآجر أن يمكنه من تحصيل ذلك ولو استأجر بئرا شهرين ليسقى منها أرضه وغنمه لم يجز وكذلك النهر والعين لان المقصود هو الماء وهو عين لايجوز أن تملك بعقد الاجارة ولان الماء أصل الاباحة مالم يحرزه الانسان بانائه وهو مشترك بين الناس كافة قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار فالمستأجر فيه والآجر سواء فلهذا لايستوجب عليه أجر بسببه وان استأجر نهر ليجرى فيه شربا له الى أرضه روى عن أبى يوسف رحمه الله ان ذلك لا يجوز قال أرأيت لو استأجر مسيل ماء على سطح ليسيل ما أسطحه فيه أكان يجوز ذلك فهذا كله فاسد وهكذا ذكره محمد فى ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه ان استأجر موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع وهى منفعة مقصودة فالاستئجار لاجله يصح وجه ظاهر الرواية انه مجهول فى نفسه فان الضرر يتفاوت بقلة الماء وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن فربما لا يأخذ الماء جميع الموضع الذى عينه وربما يزداد عليه فللجهالة قلنا لايجوز الاستئجار ولو استأجر عبدا بأجر معلوم كل شهر بطعامه لم يجز لان طعامه مجهول وهو على رب العبد فاذا شرطه على المستأجر كان فاسدا والمجهول متى ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استئجار الدابة بأجر مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة

فيها رزق أو علف فهي فاسدة الا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وان أباحنيفة رحمه الله قال أستحسن جواز ذلك وقد بيناه واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو غلق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للاجارة لانه مجهول فقد شرط الأجر لنفسه على المستأجر وكذلك استئجار الارض بأجر مسمى واشتراط كرى نهرها أوضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقها المستأجر فهذا كله مفسد للاجارة لان أثر هذه الاعمال تبقى بعد انتهاء مدة الاجارة ويسلم ذلك للآجر فيكون في معنى شرط أجرة مجهولة علي المستأجر لنفسه وكذلك لو اشترط عليه رب الارض أنه يكون له مافيها من ذرع اذا انقضت الاجارة وان يردها عليه مكروبة فهذا كله مجهول ضمه الى المعلوم وشرطه لنفسه يفسد العقد به . رجل دفع أرضه الى رجل يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب لارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول فلايصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله في المختصر يقول تأويل المسئلة عندي أنه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض بجميع الغراس وهي مجهولة فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان فاسدا ومذرعته في أرضه بأمره فكأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله بأرضه مستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ماعمل لانه ابتغى من عمله عوضا وهو نصف الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه أجر مثله فان (قيل) كان ينبغي على قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون نصف الارض للعامل لانه اشتري نصف الارض شراء فاسدا ومن اشترى نصف الارض شراء فاسدا غرس فيها أشجارا فانه ينقطع فيها حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله (قلنا) هذا أنه لو غرس الاشجار لنفسه وهنا العامل في الغرس يقوم مقام رب الارض ويعمل له بالاجر فكأن رب الارض عمل ذلك بنفسه فلهذا لايملك العامل شيئا من الارض وإنما اختار هذا التأويل لامكان ايجاب أجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغرس كان عاملا فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الأجر فلذلك ألزمه قيمة الغرس حين علقت ولو كان مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس حين علقت ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة لانها أشجار مشتركة بينهما في أرض أحدهما فانما يتملك صاحب الارض نصيب صاحبه عليه

بالقيمة في الحال ثم قال ولا آمره بقلع الاشجار لما يدخل به من الفساد عليهما وبظاهر هذا يتمسك من يختار الطريقة الأولى انه يكون مشتريا نصف الغرس لانه أشار الى أن الاشجار تكون مشتركة ولكنه لا يقلع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله تأويل هذا اللفظ فساد القلع على رب الارض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه في الأجر ولو كان قد أكل الغلة على هذا حسب على الغارس ما أكل من أجره لان الشجرة ملك رب الارض وانما يملك الثمر بملك الشجر فما أكله العامل من ذلك يكون محسوبا عليه من أجره (قال) رضى الله عنه والأصح عندي أن يقال في تقليل هذه المسئلة ان صاحب الارض استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لانه في معنى قفيز الطحان ونهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان الغرس آلة تصير الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه الا أن الغراس أعيان تقوم بنفسها فلا يدخل أجر العمل في قيمتها فيلزمه مع قيمة الاشجار أجر مثل عمله لانه أبتغى من عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل ولو دفع الغزل الى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لانه في معنى قفيز الطحان وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام في سفينة أو على دابة بنصفه غير جائز وهذا لانه لو جاز صار شريكا باول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر فاذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعمول فيبقى عمله مسلما الى صاحبه بعقد فاسد فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتمام رضاه بذلك القدر ولو كان طعاما بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه ليحمله أو يطحنه لم يجز ذلك عندنا وهو جائز عند الشافعي رحمه الله لان هذا العمل في نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستئجاره على ذلك كاستئجاره أجنبيا آخر وشركته في المحل لا تمنع صحة الاستئجار كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك أو دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح الاستئجار فهذا مثله (وحجتنا) الحديث المشهور في النهى عن قفيز الطحان وقد بينا أن معنى النهى انه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على ان تقدم الشركة في المحل يمنع صحة الاجارة وهذا لان العقد يلاقى العمل وهو عامل لنفسه

من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه عاملا لغيره منافاة والاجير من يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لا يصلح أن يكون أجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة له فى ذلك (ألا ترى) انه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك فى البيت ولو سلم البيت اليه فى المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف ما نحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل فى المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا يعمله فى محل آخر ثم هنا وان أقام العمل فلا أجر له بخلاف مذهب أبى حنيفة رحمه الله فى اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب أجر المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث أنه فى المحل المشترك عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء لا يجب الاجر فى العقد الفاسد وعلى هذا نسج الغزل ورعى الغنم التى تكون بينهما فكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل فى هذا الخلاف ولو استأجر رحا ماء على أنه ان انقطع الماء عنها فالاجر عليه لم يجز لان هذا الشرط مخالف موجب العقد فهو فاسد مفسد للعقد لان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يتناول وقت انقطاع الماء حتى لا يجب الاجر فيه وان لم يفسخ فكأنه جعل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرحا فى وقت جريان الماء ولا يدرى فى كم يكون الماء جاريا وجهالة المنع تمنع صحة الاجارة ولو استأجر كتبا ليقرأ فيها شعرا أو فقها أو غير ذلك لم يجز لان المعقود عليه فعل القارى والنظر فى الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فعله أيضا فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعله ولان فهم ما فى الكتاب ليس فى وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن لمعنى فى الباطن من حدة الخاطر ونحو ذلك وكأن صاحب الكتاب يوجب له مالا يقدر على ايفائه فليس في عين الكتاب منفعة مقصودة ليوجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سمى المدة أو لم يسم ولا أجر له وان قرأ وكذلك اجارة المصحف والكلام فيه أبين فان قراءة القرآن من المصحف والنظر فيه طاعة وكان هذا كله نظيره ما لو استأجر كرما ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيفاء من غير أن يدخله أو استأجر مليحا لينظر الى وجهه فيستأنس بذلك أو استأجر جبا مملوأ من

الماء لينظر فيه اذا سوى عمامته فهذا كله باطل لا أجر عليه بحكم هـذه العقود فكذلك فيما سبق ولا يجوز أن يستأجر رجلا ليعلم ولده القرآن أو الفقه أو الفرائض عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك فالمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل وعلى قول الشافعي كل مالا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه في كتاب المناسك في الاستئجار على الحج والدليل على أنه لايجوز الاستئجار على تعليم القرآن حديث عبد الرحمن بن شبل الانصاري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لمدرس العلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى ولما أقرأ أبي بن كعب رضى الله عنه رجلا سورة من القرآن أعطاه على ذلك قوسا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال صلى الله عليه وسلم رد عليه قوسه ولان من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يعمل فانه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم فكذلك من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له فذلك يمنعه من التسليم الى غيره وبدون التسليم لايجب الاجر وبعض أئمة بلخ رحمهم الله اختاروا قول أهل المدينة رحمهم الله وقالوا إن المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله بنوا هذا الجواب على ماشاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين فى مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط فاما فى زماننا فقد انعدم المعنيين جميعا فنقول يجوز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الاوقات (ألا ترى) أن النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضي الله عنه حين منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان مارواه من ذلك صوابا ولو استأجروا من يؤمهم فى رمضان أو غيره لم يجز لان المصلى عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استأجروا من يؤذن لهم فالمؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدعاء الى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على أداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه قال كان من آخر ما عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا وجاء رجل الي عمر رضي الله عنه فقال انى أحبك فقال عمر رضى الله عنه انى أبغضك فى الله قال ولم يا أمير المؤمنين قال بلغنى أنك تأخذ على الاذان أجرا ولا تجوز الاجارة

علي شيء من الغنا والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو لانه معصية والاستئجار على المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز أن يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستئجار على الحداء وكذلك الاستئجار لقراءة الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر فى الاجارة عرف الناس ولان ماهو المقصود انما يحصل بمعنى فى المستأجر وهو السماع والتأمل والتفهم فلا يكون ذلك موجبا للأجر عليه وان أعطى المستأجر شيئا من اللهو يلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالاذن فى الاستعمال باق واذا استأجر الذمى من المسلم بيعة يصلي فيها لم يجز لانه معصية وكذلك اذا استأجرها ذمى من ذمى وكذلك الكنيسة وبيت النار فانهم يعتقدون فى هذه البقاع مايعتقده فى المساجد واستئجار المسلم من المسلم مسجدا يصلى فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز فكذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء علي اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستئجار عليه باطل ثم استئجار المسجد من المسلم للصلاة فيه كاستئجار مسلم يصلي له وقد بينا ان ذلك باطل لانه استئجار على الطاعة فهذا مثله وعلى هذا لو استأجر أهل الذمة ذميا ليصلى بهم أو ليضرب لهم الناقوس فهو باطل لانه معصية واذا استأجر الذمى من المسلم بيتا ليبيع فيه الخمر لم يجز لانه معصية فلا ينعقد العقد عليه ولا أجر له عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز والشافعى رحمه الله يجوز هذا العقد لان العقد يرد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أن يبيع فيه شيئا آخر يجوز العقد لهذا ولكنا نقول تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه وماصرحا به معصية وكذلك لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرا فهو على هذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز العقد لان الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستئجار على المعصية لا تجوز والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وذكر فى الجملة حاملها والمحمولة اليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول يجوز الاستئجار وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك فلا يستوجب الأجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة وللصب فى الخل ليتخلل فهو نظير مالو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا أنهما يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح وإماطة الاذى فاما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال ابتلينا بمسئلة وهو أن مسلما استؤجر على أن يحمل جيفة ميتة

من المشركين من بلد الى بلد فكذلك قال أبو يوسف رحمه الله لا أجر له لانه انما يحمل حمل الجيفة الى المقبرة لاماطة الأذى فاما حملها من بلد الى بلد فهو معصية لا يجوز الاستئجار عليه (وقلت) انا ان كان الاجير عالما بما أمر بحمله فلا أجر له أيضا وان لم يعلم بذلك فله الأجر لمعنى الغرور واستئجار الذمى الدابة من المسلم أو السفينة لينقل عليها خمرا على الخلاف الذى بينا وان استأجر ذمى ذميا لشيء من ذلك فهو جائز وكذلك لو استأجره يرعى له خنازير لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الشاة والبعير فى حقنا وان استأجره ليبيع له ميتة أودما لم يجز لان هذا ليس بمال فى حق أحد فحكمهم فيها كحكم المسلمين ولا بأس بان يؤاجر المسلم دارا من الذمى ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو دخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم اثم فى شيء من ذلك لانه لم يؤاجرها لذلك والمعصية فى فعل المستأجر وفعله دون قصد رب الدار فلا إثم على رب الدار فى ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة به أو باع جارية ممن لا يشتريها أو يأتيها فى غير المأتى لم يلحق البائع اثم فى شيء من هذه الافعال التى يأتى بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو باع فيها الخمر بعد أن يكون ذلك فى السواد ويمنعون من احداث ذلك فى الامصار وقد بينا ذلك الكلام في هذا الفصل فيما سبق واستدل بحديث ثوبة بن نمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا اخصاء ولا كنيسة فى الاسلام ولحديث مكحول أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه صالحهم بالشام على أن يحصل عن كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة فى مصر من امصار المسلمين وان استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلى فيه المكتوبة أو التراويح لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل مسلم دينا تمكين المسلم من موضع يصلى فيه عند الحاجة فلا يجوز أن يأخذ على ذلك أجرا فلو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو يشجه أو يضربه ظالما لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل لانه استئجار على المعصية ولو جاز العقد لصار اقامة العمل مستحقا عليه وفعل ماهو ظلم لا يكون مستحقا على أحد شرعا ولو أعطاه سلاحا لذلك فضاع أو انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو أن قاضيا استأجر رجلا ليضرب حدا قد لزمه أو ليقبض من رجل أو ليقطع يد رجل أو ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا بأجر معلوم فالاجارة جائزة وله الاجر لان المعقود عليه منافعه في المدة حتى يستوجب الاجر بتسلم النفس وهو معلوم ثم يحكم أنه ملك منافعه ليستعمله فى اقامة الحدود وغير

ذلك وان استأجره لاقامة الحدود أو القصاص خاصة لم يجز ذلك لانه مجهول فى نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فان (قيل) اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما ان بين مقدار مايعطيه فالعقد جائز لان المعقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي وللقاضى أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال وكذلك من ينوب عن القاضى فى شيء من عمله وكذلك قسام القاضى اذا استأجره ليقسم كل شهر بأجر مسمى فهو جائز وفى حديث علي رضى الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتعين اقامة هذا العمل على أحد دينا فيجوز الاستئجار عليه ولوقضى لرجل بالقصاص في قتل فاستأجر رجلا يقتل له لم أجعل له أجرا وفي السير الكبير قال اذا استأجر رجلا يقتل مرتدا أوحربيا أسيرا لم يجز عند أصحابنا رحمهم الله ولو استأجره ليقطع طريقا جاز وأما أنا فلا أفرق بينهما وأجوز العقد فيهما ومراده بقوله عند أصحابنا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فالحاصل أن عند محمد يجوز الاستئجار على ذلك كله لانه عمل معلوم بمحله واقامته جائز شرعا فيجوز الاستئجار عليه كذبح الشاة وقطع الطرق وكسر الحطب وما أشبه ذلك ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (حرفان) أشار الى أحدهما فى الكتاب فقال ما قيل ان هذا ليس بعمل يعنى ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما أن ادخال الروح ليس من صنع العباد ولايتصور الاستئجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسييل الدم النجس ليتميز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحلقوم والاوداج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فانه ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل فى المحل مع التجافى ومثله منه مايحل شرعا ومنه مايحرم كالمثلة ولايدرى كيف يكون منه ايقاع الفعل والمقصود يتم بضربة أوبضربتين فالجهالة والتردد بين الحل والحرمة لم يجز الاستئجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على المحل لا بصفة التجافى عنه وكسر الحطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافى ولكن الكل فيه سواء فى صفة الحل شرعا فلهذا جاز الاستئجار عليه ولو استأجر رجلا يغزو عنه لم يجز ذلك لان الغزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر القتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين فلا يجوز له أخذ الاجر على اقامة

ما هو فرض عليه قال صلى الله عليه وسلم مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون علي ذلك أجرا كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ولوشارط كحالا أن يكحل عينه شهرا بدرهم جاز ذلك وكذلك الدواء في كل داء لانه عمل معلوم عند أهل الصنعة والاستئجار عليه متعارف بين الناس واذا استأجر فحلا لينزيه لم يجز للاثر الذي جاء به النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التيس ولان المقصود الماء ولاقيمة له وصاحب الفحل يلتزم ايفاء مالايقدر على تسليمه ولاتجوز الاجارة على تعليم الغناء والنوح لان ذلك معصية وان سلم غلاما الى معلم ليعلمه عملا وشرط عليه أن يحذقه فهذا فاسد لان التحذيق مجهول اذليس لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تفضي الى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط في ذلك أشهرا مسماة لانه يلتزم ايفاء مالايقدر عليه فالتحذيق ليس في وسع المعلم بل ذلك باعتبار شيء في خلقة المتعلم ثم فيما سمى من المدة لايدرى انه هل يقدر علي أن يحذقه كما شرط أم لا والتزام تسليم مالايقدر عليه بعقد المعاوضة لايجوز ولوأجر أرضه بدراهم وشرط خراجها على المستأجر فهذا فاسد لان الخراج مجهول لايعرف من أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده في الاراضي الصلحية فالمال في ذلك يقسم علي الجماجم والاراضي فتزداد حصة الاراضي اذا قلت الجماجم وتنقص بكثرة الجماجم فاما في خراج الوظيفة لاجهالة في المقدار وقيل ان مراده من هذا ان ولاة الظلمة ألحقوا بالخراج روادف يزداد ذلك تارة وينتقص أخرى فيكون مجهولا وقيل معناه ان الخراج بحسب الطاقة وريع الارض كما أشار اليه عمر رضي الله عنه في قوله لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وكذلك لو أعطاه بغير أجر الا أن يشترط عليه أن يؤدي خراجها فان الخراج على صاحب الارض فاذا شرطه على المزارع يكون ذلك أجرة وجهالة الأجرة تفسد الاجارة وهذا لان الواجب في كل جريب درهم وقفيز مما يخرجه وذلك مجهول الجنس في الصفة ولو أجرها وشرط العشر علي المستأجر فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله لان العشر عنده على المؤاجر فاذا شرطه على المستأجر كأن أجره وهو مجهول الجنس والقدر وعندهما العشر على المستأجر فلا يصير اشتراط ذلك عليه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما ذكرنا واذا كان الأجر كذا درهما ودينارا أوفلسا فهو جائز وله نقد البلد ووزنهم فان كان وزنهم مختلفا فهو فاسد حتي يبين الوزن بمنزلة الثمن في البيع وقد بيناه وان جعل الأجر دراهم مسماة عددا بغير وزن وبغير عينها فهو فاسد ومراده في الدراهم

الموزونة فانها تتفاوت فى الوزن فأما ما يعد ولا يوزن كالعطريفى فاذا سمى العدد فيه جاز كما في الفلوس وان أشار الي دراهم بعينها جازت الاجارة وان لم تكن معلومة القدر كالثمن فى البيع بخلاف السلم عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بينا الفرق فى البيوع فان قال مائة درهم عددا مما يدخل في المائة خمسة كان جائزا لانه قد سمى الوزن بما ذكر معناه فيما يزن خمسة وتسعين درهما فكانه قال مائة الا خمسة .ولو استأجر رجلا يكتب له مصحفا أو فقها معلوما كان جائزا لان الكتابة عمل معلوم وهو يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستئجار عليه متعارف وقيل الاستئجار على الكتابة كالاستئجار على الصياغة لان بعمله يحدث لون الحبر فى البياض أو كالاستئجار علي النقش وذلك جائز اذا كان معلوما عند أهل الصنعة (قال) الشيخ الامام رحمه الله الاصح عندي أن المقصود هنا يحصل بعمل الأجير وهى الكتابة بخلاف التعليم فالمقصود هناك لا يحصل الا بمعنى فى المتعلم وايجاد ذلك ليس فى وسع المعلم بينهما ولو استأجر رجلا يعمل عملا فلا أجر له فى ذلك بخلاف مالو استأجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا ولو استأجر الوصي نفسه أو عبده يعمل لليتيم لم يجز أما عند محمد رحمه الله فلان الوصى لا ينفرد بالعقد لليتيم مع نفسه بحال كما فى البيع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يجوز ذلك الا بمنفعة ظاهرة ولا منفعة هنا لان من جهة الوصى ماليس بمتقوم لنفسه ويشترط على اليتيم بمقابلته مالا متقوما فهذا لا يجوز ولم يذكر أنه لو استأجر اليتيم أو عبد اليتيم بمال نفسه ليعمل له هل يجوز أم لا قالوا وينبغى أن يجوز ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم فانه يدخل في ملكه مالا بازاء ماليس بمال والاب يستأجر نفسه أو عبده لعمل يعمله لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر له فيجوز عقده مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهر لولده فيه ولو استأجر الوصي من نفسه عبدا لليتيم ليعمل ليتيم آخر فى حجرة وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع أحدهما أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بمنفعة ظاهرة ولا يجوز للصبي أن يؤاجر نفسه لانه عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وانما ذلك الي وليه وله الاجر ان عمل استحسانا وفي القياس لا أجر له لان العقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فاذا بطل لم يجب الاجر وفى الاستحسان يجب الاجر لان هذا العقد منه تمحض منفعة بعد اقامة العمل فانا لو اعتبرنا العقد استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما تمحض منفعة له

كقبول الهبة والصدقة وكذلك العبد المحجور عليه لايؤاجر نفسه فان فعل وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستأجر لانه غاصب له ثم الاجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما أقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان واذا أخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان أخذه الغاصب من يده فاستهلكه لاضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منفعة كاتلاف منافعه وقد بينا هذا في الغصب . واذا استأجر نهرا يابسا ليجرى فيه الماء بارضه أو الى رحاماء فهذا فاسد لان موضع النهر لايصلح للسكنى واجراء الماء فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجرى من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه وبوله أو مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بئرا ليسقى منها غنمه وان أراد الحيلة في ذلك فالوجه أن يؤاجره من حريم النهر والبئر موضعا معلوما ليكون عطنا لمواشيه ويبيح له سقي المواشي من البئر وكذلك اجارة المرعي لاتجوز والحيلة فيه أن يؤاجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة فيسكن ويبيح له الانتفاع بالمرعى ولو أجره بكرة وحبلا ودلوا يسقى بها غنمه فهو فاسد للجهالة الا أن يسمى وقتا فيجوز لان العقد يرد على منفعة العين في المدة فان استأجر من رجل موضع جزع يضعه علي حائطه لم يجز عندنا وجاز عند الشافعي رحمه الله لانه موضع استأجره لمنفعة معلومة ولو استعاره لذلك جاز فكذلك اذا استأجره ولكنا أفسدناه للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبنى وقلته وكذلك لو استأجر حائطا ليبنى عليه سترة فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة وقد يفضى الى المنازعة وان استأجر طريقا في دار ليمر فيه كل شهر باجر مسمى فهو فاسد وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لجهالة الموضع الذى يتطرق فيه وللشيوع فان عنده استئجار جزء من الدار شائعا لايجوز فكذلك الطريق وعندهما استئجار جزء شائع صحيح فكذلك الطريق وهو معلوم بالعرف علي وجه لا يكون فيه منازعة ولو استأجر علو منزل ليبنى عليه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قولهما لان مقدار بناء العلو معلوم بالعرف وسطح السفل حق صاحب السفل كالارض ولو استأجر أرضا ليبنى عليه بيتا جاز فكذلك اذا استأجر سطح السفل ليبنى عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا استئجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد

ثم مقدار ما يبنى مجهول والضرر على حيطان السفل يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضي هذه الجهالة الى المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بخفة البناء وثقله ولو استأجر موضع كوة ينقبها فى حائط له يدخل عليه منها الضوء لم يجز لان هذا ليس من اجارة الناس ولان المقصود الانتفاع بما ليس من ملك المؤاجر وهو ضوء الشمس فكذلك لو استأجر موضعا ليتد فى حائط يعلق عليه شيئا فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه أرض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من أصحابنا رحمهم الله استئجار البناء بدون الارض فنى تأمله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحائط يختلف بخفة ما يعلقه على الوتد أو بثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن اعلامه وكذلك لو استأجر موضع ميزاب فى حائط لان الضرر على الحائط يتفاوت بقلة الماء الذي يسيل فى الميزاب وكثرته فاما اذا استأجر ميزابا مدة معلومة لينصبه فى حائط يسيل فيه ماؤه فهذا جائز لانه عين منتفع به استأجره لمنفعة معلومة واذا استأجر رجلا ليعمل له عمل اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ فى اليوم فله أن يعمله فى الغد لان المقصود العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أسرع أوقات الامكان وهذا لان المستأجر انما يلتزم البدل بمقابلة ما هو مقصود له وذلك العمل دون المدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول جمع فى العقدين تسمية العمل والمدة وحكمهما مختلف فموجب تسمية المدة استحقاق منافعه فى جميع المدة بالعقد وموجب تسمية العمل أن يكون المعقود عليه الوصف الذى يحدثه فى المعمول لا منافعه ويتعذر الجمع بينهما اعتبارا وليس أحدهما بالاعتبار باولى من الآخر فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه وقد تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك فى بقية اليوم حق باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك واذا لم يفرغ من العمل فى اليوم فللاجير أن يقول عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود الاجير فليس البناء على مقصود أحدهما باولى من البناء على مقصود الآخر ولان الاجير يلتزم مالا يقدر عليه وهو اقامة جميع العمل المسمى فى الوقت المسمى وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لو استأجره ليخيط له هذا القميص لا يجوز ولو قال فى اليوم يجوز لان بحرف فى

يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال لا تسمية المقدار المعقود عليه من المنفعة وحرف في للظرف والمظروف وقد يشغل جزءا من الظرف لا جميعه وعلى هذا الخلاف لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام بأجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لو استأجره ينقل له طعاما معلوما من موضع الي موضع من اليوم الى الليل فهو علي الخلاف الذي بيناه وان استأجر عبدا شهرا بأجر مسمى على انه ان مرض فعليه أن يعمل بقدر الايام التى مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا يدري في أي مقدار من الشهر يمرض ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشهر يخالف مقتضي العقد لان مقتضى العقد انتهاؤه بمضى المدة تمكن من استيفاء المعقود عليه أو لم يتمكن وهذا الشرط يخالف ذلك وان استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على انه ان سكنه يوما ثم خرج عليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى العقد انه متى خرج بعذر لا يلزمه الأجر ثم مقدار أجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول أنه ثلاثة دراهم أو عشرة دراهم وكذلك ان استأجر دابة بعشرة دراهم الى بغداد على أنه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له أن يرجع فله الأجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الأجر الى الموضع الذي سمى ولان الشرط يخالف مقتضي العقد وان استأجر دابة ليحمل عليها حمل كذا بأجر معلوم الي موضع كذا علي انه ان حمل عليها كذا من الحمل فحمل غير ذلك الى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد في قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز في قوله الآخر علي ما شرطا وكذلك لو استأجر أرضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما وان زرعها سمسما فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف . وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان أسكنه بزازا فاجره خمسة وان أسكنه قصارا فاجره عشرة وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكنى القصار والبزاز وهما عقدان في عقد ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعين في بيع أرأيت لو سلم اليه البيت فلم يسكنه أصلا حتى مضت المدة فاذا يوجب عليه خمسة أو عشرة ووجه قوله الآخر ان كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب باستيفاء المنفعة وعند ذلك لا جهالة في المعقود عليه ولا في البدل فاما اذا لم يسكنها فقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى على قياس قوله الآخر أن يلزمه نصف

كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر التمكن من الاستيفاء هنا وقد تمكن من استيفاء المنفعتين جميعا وليس أحد البدلين بالايجاب عليه باولى من الآخر فليزمه نصف كل واحد منهما والاصح أنه لا يلزمه الاخمسة لان أصل البدل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البدل بزيادة الضرر اذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البناء فاذا لم يسكنها أحدا فقد انعدم ذلك الضرر (ألا ترى) أنه لو أسكن بزازا لا يلزمه الاخمسة وقد كان متمكنا من أن يسكنه قصارا فاذا لم يسكنه أصلا أولى أن لا يلزمه الا خمسة. رجل استأجر دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط وذلك يضاد العقد وان لم يسكنها فلا أجر عليه وفى هذا اللفظ تنصيص على أن الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا يوجب الاجر ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة كما فى النكاح الفاسد وانما تكلفون من الفرق بينهما غير معتمد وان سكنها فعليه بأجر مثلها لا ينقص مما سمى لانه انما رضي بالمسمى بشرط أن لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فيلزمه أجر مثلها بالغا ما بلغت وان جعلت أجر الدار أن يؤذن لهم سنة أو يوما فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثل الدار ان سكنها لانه استوفى منافعها بعقد فاسد فانما سمى اذا كان لا يصلح بدلا فهو فى الحكم كما لو أجرها ولم يسم الاجر ولا أجر له في الاذان والامامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه عامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله الى غيره ٠ وان تكارى برذونا ليتعرض عليه فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة فالاجارة فاسدة ومعنى المسئلة أن المستأجر من أصحاب الديوان اسمه فى ديوان الفرسان وقد يفق فرسه فطلب السلطان العرض فاستأجر الفرس على أنه ان لم يوقف على ضيعة فالأجر عشرة وان وقف على ذلك فالأجر خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا يدرى الجواز ولا يجوز وعليه أجر مثلها فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه أن يفق فى ركوبه أو أخذه السلطان لان المقبوض بحكم اجارة فاسدة فى حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بغلا على أنه كلما ركب الأمير ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه وعليه من كل ركبة أجر مثله لان أجر المثل بعقد فاسد بقدر المستوفى من المنفعة وان تكاري دابة الى بغداد على أنه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا أو من فلان شيئا أعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجر والغرر المتمكن بسبب الشرط فى أصل الاجر وعليه أجر مثلها فيما ركب وان تكاراها الي بغداد على أنها ان بلغته

الى بغداد فله أجر عشرة دراهم والا فلا شئ له فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثلها بقدر ماسار عليها لمعنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره فى مسئلة الخياطة والله أعلم بالصواب

باب اجارة حفر الآبار والقبور

(قال رحمه الله واذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا فى داره ولم يسم له موضعا ولم يصفها فهو فاسد) لجهالة المعقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع فى الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ويختلف باختلافه البئر فى العرض والعمق ولو سمى عشرة أذرع في الارض ومما يدير هكذا ذراعا بأجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بتسمية الذرعان عند أهل الصنعة والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة أذرع ثم وجد جبلا أشد عملا وأشد مؤنة فأراد ترك ذلك فليس له ترك ذلك ويجبر على الحفر اذا كان يطاق لانه ان التزم العمل مع عمله على أن أطباق الارض تختلف فليس فى ابقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزم بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له في الفسخ وفى الكتاب (قال) اذا كان يطاق وما من موضع الا ويطاق فيه حفرا ولكن مراده من هذا اللفظ اذا كان يطاق حفرا بآلة الحفارين ولا يحتاج الاجير الى اتخاذ آلة أخرى لذلك لانه انما التزم اقامة العمل بآلة الحفارين فاذا كان يحتاج الى اتخاذ آلة أخرى لذلك فهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد فيكون عذرا له فى الفسخ وان شرط عليه أن كل ذراع فى سهل أو طين بدرهم وكل ذراع فى جبل أو ماء بدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين من العمل وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة تفضى الى المنازعة لان وجوب الاجر عند الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم القدر. ولو استأجره ليحفر له بئرا عشرة أذرع فى جبل مروة فحفر ذراعا ثم استقبل جبلا صماصفا فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروة اللين من الحجر الذي يضرب الى الخضرة والصفا مايضرب الى الحمرة وقد بينا أنه التزم الحفر بآلة الحفارين فاذا كان بحيث يطاق الحفرة بتلك الآلة فلا عذر له فى الترك وان كان لا يطاق فله أن لا يترك الاجارة وله من الاجر بحساب ماحفر وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة اذا ظهر الماء فيه قبل أن يبلغ ما شرط عليه فان كان لا يستطاع الحفر معه فهذا عذر لان في ايفاء العقد يلحقه الضرر لم يلتزمه بالعقد. ولو استأجره ليحفر له بئرا فى داره فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها فله من

الاجر بحساب ماحفر لانه يقيم العمل فى ملك المستأجر فيصير عمله مسلما اليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر حقه فى الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد مايخرج من ضمانه ولو كانت بئر ماء فشرط عليه مع حفرها طيها بالآجر والجص فعمل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت قبل أن يطويها بالآجر فله الأجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل مسلما الى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما أقام من العمل ولواستأجره ليحفرها فى الجبانة في غير ملكه ولا في فنائه فحفرها فانهارت فلاأجرله حتى يسلمها الى صاحبها بمنزلة العامل من الخياط والقصار فى بيت نفسه وهذا لان عمله مااتصل بملك المستأجر ليصير المستأجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل فى ضمانه من أن يثبت يده عليه وذلك لايكون إلا بالتسليم اليه وفى هذا اللفظ دليل علي ان الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له (ألا ترى) انه قال فى غير ملكه ولا في فنائه والفناء في يده لكونه أحق بالانتفاع به فاذا كان الحفر فيه يصير العمل مسلما اليه بمنزلة الحفر فى ملكه . وكذلك لواستأجره ليحفرله قبرا ثم دفن فيه انسان قبل أن يأتى المستأجر بجنازته لم يكن علي المستأجر أجر لانه حفر القبر فى غير ملك المستأجر فالم يسلم اليه لايتقرر حقه فى الاجر وان جاء المستأجر فخال الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك أودفنوا فيه انسانا آخر فله الاجر كاملا لانه قد سلم المعقود عليه الى صاحبه وان دفن فيه المستأجر ميتة ثم قال للاجير أحث التراب عليه فابى الاجير فى القياس لايلزمه ذلك لانه التزم عمل الحفر وحثى التراب كنس وليس بحفر وهو ضد ماالتزمه بعقد الاجارة ولكنى انظر الى مايصنع أهل ملك البلاد فان كان الاجير هو الذى يحثى التراب خيرته في ذلك وذلك يعمل بالكوفة وان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك البلدة لم أجبره عليه وهذا لان بمطلق العقد يستحق ماهو المتعارف والمعروف فى كل موضع يجعل كالمشروط . وان أراد أهل الميت أن يكون الاجير هو الذى يضع الميت في لحده وهو ينصب اللبن عليه لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان أقرباء الميت وأصدقاءهم الذين يضعونه فى لحده وترك ذلك الى الاجير يعد من الاستخفاف به فان وصف له موضع يحفر فيه فوافق فيه جبلا هو أشد من وجه الارض فحفره لم يزد على أجره لانه قد التزم عمل الحفر مع عمله باختلاف أطباق الارض فى الصلابة والرخاوة وان استأجره بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له فى أى المقابر يحفر فالعقد فاسد فى القياس للجهالة التى تفضى الى المنازعة ولكن أستحسن اذا حفر في الناحية

التى يدفن فيها أهل ذلك الموضع أجمل له الاجر وهذا بناء على عادة أهل الكوفة فان لكل درب فيهم مقبرة على حـدة لاهلها فأما فى ديارنا فلو انتقل من محـلة الى محلة فلا بد من تسمية المقبرة بناء على عرف ديارنا وان سمى له موضعا معلوما لحفر فى موضع آخر فلا أجر له الا أن يدفنوا فى حفرته فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان أمروه بحفر القبر ولم يسموا موضعا لحفر فى غير مقبرة أهل تلك البلدة أو تلك الناحية فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرته فحينئذ يستوجب الاجر لوجود الرضاء منهم بعمله حين دفنوا الميت فيه وان أرادوا منه تطيين القبر أو تجصيصه فليس ذلك عليه لانه التزم عمل الحفر والتجصيص ليس من ذلك فى شيء وفى العادة الذى يطين القبر غير الذى يحفره وان استأجروه ليحفر لهم القبر ولم يسموا له طوله ولا عرضـه ولا عمقه فى الارض فهو فاسد فى القياس لان القبور تختلف فى الطول والعرض والعمق والعمل بحسبه يتفاوت ولكنى أستحسن فاجـبره فاقدره بوسط ما يعمل الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالشروط بالنص ومطلق العقد يستحق الوسط في المعاوضات فانه فوق الوكس ودون الشطط وخير الامور أوسطها وان وصفوا له موضعا فوجد وجه الارض لينا فلما حفر ذراعا وجد جبلا أجبره على أن يحفر ان كان ذلك مما يحفر الناس لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة أهل تلك الناحية فان كان بالكوفة فمعظم عملهم على اللحد وان كان فى بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان بمطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استأجره ليكرى له نهرا أو قناة فأراه مفتحها ومصبها وعرضها وسمى له كم يمكن فى الارض فهو جائز وان اشترط طيها بالآجر والجص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشترى للآجر والجص فهذا بيع شرط فى الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الآجر والجص من عند المستأجر ولم يسم عدد الآجر فهو فى القياس فاسـد لجهالة ما شرط عليـه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الآجر وفى الاستحسان هو جائز علي ما يعمـل الناس لان عـدد ما يحتاج الناس اليه لذلك العمل من الآجر معلوم عنـد أهـل الصنعة فيكون كالمشروط وان سمى عدد الآجر وكيل الجص وعرض الطى وطوله فى السماء فهو أوثق لانه عن المنازعة أبعد وان استأجر قوما يحفرون له سردابا لم يجز حتى يسمى طوله وعرضه وقمره فى الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا بذلك وبعـد الاعلام اذا عمـل بعضهم أكثر من غيره فالاجر بينهم على عدد الرؤوس لان

استحقاق الاجر يقبل العمل وقد استووا في ذلك ولانه اشتركوا مع علمهم أنه لا بد من تفاوت فى عملهم فكان ذلك رضاء منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت وان لم يعمل واحد منهم لمرض أو عذر فان كان بينهم شركة فى الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم وان لم يكن بينهم شركة فلا أجر له لان استحقاق الاجر بالعمل لا يستحقه من لم يعمل سواء ترك العمل بعذر أو بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم فى حصته تطوعا لان كل واحد منهم يستحق الأجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سمى له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة . رجل تكارى رجلا يحفر له بئرا عشرة أذرع طولا فى عرض معلوم بعشرة دراهم وزعم الحفار أنه شرط أن يحفرها خمسة أذرع طولا ولم يعمل شيئا بعد فانهما يتحالفان لاختلافهما فى مقدار المعقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وان كان قد حفر خمسة أذرع فالقول قول المستأجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ماقال لان الاجير يدعى عليه الزيادة وهو منكر ويحلف الاجير على دعوى المستأجر لانه يدعى عليه حفر خمسة أذرع أخري مما التزمه بالعقد وهو منكر فيحلف على ذلك ويتشاركان فيما بقى ولوقال احفر لي فى هذا المكان فحفر فانتهى الى جبل لا يطاق أي لا يطاق بآلة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ماالتزمه بالعقد والله أعلم بالصواب

باب اجارة البناء

(قال رحمه واذا استأجر الرجل رجلا يبنى له حائطا بالجص والآجر وأعلمه طوله وعرضه وعمقه وارتفاعه فى السماء فهو جائز) لانه عمل معلوم يستأجر عليه عرفا ويقدر الاجير على ايفائه وان سمى كذا كذا ألف آجرة من هذا الآجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه لان المعقود عليه العمل دون الآجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض وفى أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكل مايرتفع من وجه الارض كان العمل أشق ولكنه استحسن (فقال) هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وبنيان مقدار الآجر والجص يصير الطول والعرض فى الحائط الذى يبنى عليه معلوم عند أهل الصنعة فلو سمى مع ذلك الطول والعرض كان أجود لانه عن الجهالة أبعد وان سمى كذا كذا آجرا ولبنا ولم يسم الملبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس للجهالة ولكنه

استحسن فقال ان كان ماين ذلك البلد الآجر واللبن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وان كان مختلف فحينئذ يفسد العقد اذا لم يبين فهو قياس النقد فى ذلك واذا استأجر بناء ليبنى له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على مثل ما بنى بالكوفة كل ألف آجرة وأربعة اكرار جص بكذا فهو فى القياس فاسد لان الاساس والسفل أهون من العلو والطاقات أشد من الحائط المستطيل فكان المعقود عليه مجهولا وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فالبناء عند العقد لا يعرف مراد صاحب البناء ولكنه استحسن (فقال) صفة البناء معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبنى داره على عادة أهل بلده وأهل محلته وان كان يتكلف التفاوت فهو يسير لا تجزئ المنازعة باعتبار العادة (قال) واجمل الزنابيل والدلاء وآنية الماء على رب الدار للعرف ولان البناء التزم بالعقد العمل وهذه الاشياء ليس من العمل فى شئ فيكون على رب الدار كالآجر والجص ولا طعام على رب الدار فى هذه الاجارة لانه بالعقد التزم الأجر والطعام وراء الأجر ولانه غير معتاد فى تقبل العمل وانما هو معتاد فى استئجار العامل يوما بيوم وان اشترط رب الدار الزنبيل وآنية الماء على المستقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استأجره للعمل باداة نفسه وذلك جائز كاستئجار الخياط ليخيط بابرة نفسه وأما الماء فهو على رب الدار بمنزلة الآجر والجص ولكن على المستقبل أن يسقيه ان كانت فى الدار بئر أو كانت البئر قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المرء على المستقبل ولا فرق بين المرء والزنبيل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيها والى ذلك أشار بقوله لان عمل الناس بالكوفة على ذلك وان تكارى رجلا يعمل له يوما الى الليل فهو جائز فيعمل له من حين يصلى الغداة الى غروب الشمس لانه تكاراه يوما وأول اليوم من طلوع الفجر الثانى الا ان ماقبل الفراغ من الصلاة صار مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل أن يأخذ في العمل وآخر اليوم غروب الشمس بدليل امتداد الصوم اليه (قال) والعمال بالكوفة يعملون الى العصر وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم ولا يكون له أن يترك العمل قبل غروب الشمس الا عن شرط ولو اشترط رب الدار على وضع الجذوع والهوادى وكنس السطوح وتطيينها وسمى ذلك فهو جائز لانه معلوم عند أهل الصنعة وان استأجره ليبنى له باللبن فعلى البناء بل الطين ونقله الى الحائط الا أن يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالعقد فان كان أراه المكان فلا خيار له

لالتزامه ذلك القـدر من الضرر وان استأجره ليبنى له حائطا بالرهص وشرط عليه الطول والعرض والارتفاع فهو جائز لان العمل بما سمى يصير معلوما عند أهل الصنعة على وجـه لايتفاوت والله أعلم بالصواب

باب اجارة الرقيق فى الخدمة وغيرها

(قال رحمه الله واذ استأجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز) لانه عقد متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليـه وله أن يستخدمه من السحر الاأن تنام الناس بعـد العشاء الاخيرة لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتـداء الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يبتـكر يحتاج الى أن يسرج الخادم ويهيأ أمر طهوره ويرفع فراش نومـه ويبسط ثوب تعبده وكذلك الى ما بعـد العشاء الاخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا فى زمن طول الليالى ثم يحتاج الى خادم يبسط فراش نومه ويطوى ثيابه ويطفئ السراج فلهذا كان له أن يستخدمه الى هذا الوقت وانما يخدمه كما يفعل الناس فما يكون اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من المماليك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك فى وسط الليل الاستخدام غير متعارف ولا يكون له أن يكلفه ذلك ويكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو بها لقوله صلى الله عليه وسلم لايخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه لا يأمن من الفتنة علي نفسه أو عليها اذا خلا بها ولكن هذا النهى لمعنى فى غير العقد فلا يمنع صحة الاجارة ووجوب الأجر اذا عمل كالنهى عن البيع وقت النداء واذا استأجر العبد كل شهر بكذا ففى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهرا وفى قوله الآخر يوما بيوم وقد بينا نظيره وان دفع عبده الى رجل يقوم عليه أشهر مسماة فى تعليم النسخ علي أن يعطيه المولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لانه استأجره ليتعلم عنده وتعليم الاعمال معلوم عند أهل الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم علي غلامه فى تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله فى حوائجه واستأجره مدة معلومة بما سمى من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

فان شرط عليه أن يحذقه فى ذلك فهو غير جائز لان التحذيق ليس فى وسع المعلم فالحاذقة لمعنى فى المتعلم دون المعلم وان أراد أن يدفع عبده الى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد أن يستوثق من الاستاذ فانه يؤاجر الشهر الاول بجميع الاجرة الا درهما وباقى السنة بنفسه حتى اذا أراد الاستاذ فسخ العقد بعد مضي الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الاستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر (قال) وان أراد الاستاذ أن يستوثق جعل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الأخير ببقية الأجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما فى مدة معلومة ببدل معلوم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يخالف الاجرين فيجعل أحدهما دنانير والآخر دراهم فهذا أقرب الى التوثق وانما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لاتصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الاجر واذا دفع غلامه الى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه أجرا أو دفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لي الاجر وقال رب العبد لي الأجر فانى أنظر الى ماتصنع أهل تلك البلاد فى ذلك العمل فان كان المولي هو الذى يعطى الاجر جعلت عليه أجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذى يعطى الاجر جعلت علي الاستاذ أجر مثله للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حمله علي المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه (قال) رضى الله عنه كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العمل الذى يشترط للاستاذ فيه الاجر فى ديارنا عمل المغازل فانه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذى ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الاعمال الذى يفسد المتعلم بعض ماهو متقوم حتى يتعلم فاذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ ولو لم يكن الاجر مسمى عند العقد فيصار الى أجر المثل فاذا استأجر الرجل غلاما فى عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول أدناه وكل شهر يستعمله فيه بعد ذلك فله الاجر فاذا دخل من الشهر الثانى يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الاجارة فى ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرجه الا من عذر واذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الاجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه فان لم يفسخها حتى رجع العبد فالاجارة لازمة له فيما بقى من المدة لزوال العذر وقد بينا أن الاجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد فى بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقى من المدة . واذا استأجر

عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لان كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم ثم الشهر الاول يجب فيه من البدل ماذكر أولا ان كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الاول يجب خمسة لانه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الاول فلا بد من أن يصرف المذكور آخرا الى الشهر الثاني وان استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان بدرهم لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وانما بدأ بتفسيره بالشهرين الاولين بدرهم وان استأجره للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لان خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ماالتزم لان السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد فان (قيل) هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذى لا يكون له أن يسافر بأجيره للخدمة (قلنا) انما يسافر المولى في منافعه بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره وانما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك (ألا ترى) انه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا له بالاخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد اخراجه من الكوفة وان استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافر به لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولانه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك الا عن شرط. فان سافر به بغير اذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فان ضربه بغير اذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر فقد بيناه في الدابة ان استأجرها انه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج الى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فانها لا تفهم الامر والنهي ولا تتفاوت في السير الا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا وان دفع الاجر عند غرة الشهر الاول الى العبد فان كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الاجر لان حقوق العقد في الاجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للاجر فالدفع اليه كالدفع

الى أجنبي آخر وان كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو بريء من الاجر لانه هو العاقد واليه قبض البدل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت ويأمره أن يغسل ثوبه و ن يخيط ويخبز ويعجن اذا كان يحسن ذلك ويعلق على دابته وينزل بمتاعه من ظهر بيت أو يرقى به اليه ويحلب شاته ويستقي له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة ومايكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج مدفوع وليس له أن يقعده خياطا ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقا في ذلك لانه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شيء وليس على المستأجر إطعامه الا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفا ظاهرا فله أن يأمره بخدمة أضيافه لان ذلك من خدمته فالانسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيافه من جملة حوائجه وله أن يؤاجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد عاقل لا ينقاد اذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لافرق بين أن يستخدمه المستأجر الاول والثاني. وان تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه وانما يستأجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المرأة ان كانت هي المستأجرة فتزوجت فقالت اخدمني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو أظهر لخدمة الزوج عليها فانما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها وان استأجرت امرأة رجلا ليخدمها فهو جائز وأكره أن يخلو بها حرا كان أو عبدا لما فيه من خوف الفتنة واذا استأجر الرجل امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت مستحقة عليها دينا ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنهما جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولان الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك أجرا آخر وان سمى وان استأجرها لترضع ولدا له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملا سوى خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها وان استأجرت المرأة زوجها ليخدمها فهو جائز لان خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ الاجارة كالحرة اذا أجرت نفسها للظؤرة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر عليها وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها أو يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استأجر الرجل ابنه

ليخدمه في بيته لم يجز ولا أجر عليه لان خدمة الاب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويعد من العقوق أن يأخذ الولد الاجر على خدمة أبيه والعقوق حرام وكذلك ان استأجرته الام لان خدمتها أوجب عليه فانها أحوج الى ذلك وأشفق عليه وان كان أحدهما استأجره ليرعيه غنما أو يعمل غير الخدمة جاز فان ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب فى العرف وان استأجر الابن أباه أو أمه أو جده أو جدته لخدمته لم يجز لانه منهى عن استخدام هؤلاء لما فيه من الاذلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقد الاجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو ليستخدم والده ولا الوالدة تخدمه ولكن ان عمل شيئا من ذلك فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان معنى الاذلال فيه أكبر ولأنا لم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غنى عن خدمته أو محتاج اليها فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو فى ذلك كاجنبي آخر ولان خدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وان كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته وان كان الاب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه ليخدمه بطل ذلك ولم يجز لان الابن ممنوع من اذلال أبيه وان كان عبدا ولهذا يعتق عليه اذا ملكه وفى استخدامه اذلاله ولا يلحقه الذل فى أن يخدم ابنه وليس للمرء أن يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والاب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجز لان خدمة الاب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين (ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة اذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وسائر الاقارب كما يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما فان استأجر الذمى أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذل وليس للمؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا النهى لمعنى وراء ما به يتم العقد وان استأجر المسلم ذميا أو مستأمنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغى أن يستخدمه فى أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدى الامانة

فيه قال الله تعالى لاتتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى الافساد من دينكم والله أعلم بالصواب

باب الاستئجار على ضرب اللبن وغيره

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا فى داره فان كان الملبن معلوما فهو جائز) لان العمل يتفاوت بحسب الملبن فاذا كان مجهولا فهذه الجهالة تفضى الى المنازعة وبعد ما كان معلوما فلامنازعة بينهما فان أسد لبنه المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجر عليه لانه لايصير العمل مسلما الى المستأجر مالم يصر لبنا فما دام على الارض فهو طين لم يصر لبنا بعد (ألا ترى) أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الارض فان أقامه فهو برئ منه اللبان فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لاحتى يجف فاذا جف وأشرح فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبرا فيه العرف واللبان هو الذى يتكلف لذلك فى العادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كاخراج الخبز من التنور وغرف القدور فى القصاع يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار فى الوليمة وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال المستحق عليه يصير الطين لبنا وقد فعل فانه لما أقام من وجه الارض عرفنا أنه صار لبنا وخرج من أن يكون طينا فالطين ينتشر على وجه الارض ولان الاقامة لتسوية أطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفاف ليس من عمل اللبان والتشريج كذلك فانه جمع اللبن وليس بعمل ايخدمه فى العين فهو كالنقل الى موضع البناء وذلك لا يستحق على اللبان * توضيحه أن المستأجر قد ينقل اللبن الى موضع العمل قبل أن يشرحه فلم يكن التشريج من المقاصد لامحالة بخلاف الاقامة فانه لا ينقله الى موضع العمل قبل الاقامة فصار ذلك مستحقا له على اللبان لما عرف من مقصود المستأجر وهذا كله اذا كان يقيم العمل فى ملك المستأجر فاما فى غير ملكه مالم يشرحه ويسلمه الى المستأجر لايخرج من ضمانه حتى اذا فسد قبل أن يسلمه اليه لم يكن له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره فى الخياط والفرق بينما اذا كان يعمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر . ولو تكاري خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرجه من التنور وهذا على مذهبهما ظاهر وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبينما سبق فيقول لا بد من اخراج الخبز من التنور فالمستأجر لا يفعل ذلك

بنفسه عادة ولا يستأجر لاجله غيره بخلاف التشريج بعد اقامة العمل فليس ذلك بمطلوب لامحالة لجواز أن ينقله الي موضع العمل قبل التشريج * توضيحه أن الخبز لو ترك فى التنور يفسد وما يرجع الى الاصلاح صار مستحقا على الخباز وذلك فى الاخراج من التنوروو زانه الاقامة فى اللبن فأما اللبن بعد الاقامة لو ترك ولم يفسد فلا يستحق التشريج علي اللبان الا بالشرط وان استأجره يضرب له لبنا بملبن معلوم ويطبخ له اجرا علي أن الحطب من عندرب اللبن فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم من عند العامل بآلات المستأجر وان أفسد اللبن بعد ما أدخله الاتون وتكسر لم يكن له الاجر لانه لم يفرغ منه بعد فانه ما لم يخرجه من الاتون لم يتم عمله فى طبخ الآجر فما لم يفرغ من العمل لايصير مسلما الى صاحبه ولو طبخه حتى يصح ثم كف النار عنه فاختلف هو وصاحبه فى الاخراج فاخراجه علي الأجير بمنزلة اخراج الخبز من التنور لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر قبل أن يخرجه فلا أجر له لان العمل لايخرجه من ضمانه ما لم يفرغ منه وان أخرجه من الاتون والارض فى ملك رب اللبن وجب له الأجر ويبرأ من ضمانه لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستأجر بكماله وان كان الأتون في ملك اللبان فلا أجر له حتى يدفعه الى صاحبه لانه ما اتصل عمله بملك المستأجر فلا بد من التسليم اليه حقيقة ليخرج من ضمانه واذا شق رجل راوية رجل فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها لم يستوعبها صاحبها لان المائع لا يستمسك الا بوعاء فشق الراوية بمنزلة صب مافيها (ألا ترى) أن قطع حبل القنديل بمنزلة مباشرة الالقاء والكسر فى ايجاب الضمان ولو صب ما فيها كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه تسبب هو فيه متعديا بمنزلة حفر البئر والقاء الحجر فى الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله رجل فشقه آخر فان حمله صاحبه وهو ينظر اليه فهذا رضاء بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به لا يترك استئنافه الا راضيا بصنعه والرضاء بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك وهو ساكت والصغير والكبير فى هذا سواء لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤاخذ به من الافعال كالبالغ واذا شق رواية رجل فلم يسل ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقع وانخرق أيضا فهو ضامن لهما جميعا لانه بمنزلة المباشر بصب ما فى الرواية حين شقها وصب ما فى احدى الراويتين يكون ايقاعا للأخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمساك وهو تسبب منه لالقاء الأخري وهو متعدى

في هذا السبب فيكون ضامنا إلا أن يكون صاحبه قد مضى وساق بعيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما يحدث بعد ذلك كما لو أمره فى الابتداء حين فعل (قال) أرأيت لو شق فيه ثقبا صغيرا فقال صاحبها بئسما صنعت ثم مضى وساقها فزلق رجل بما سال منه أكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا شيء عليه من ذلك لوجود الرضاء من صاحبها حين ساق بعيره ولان فعل الاول قد انتسخ بما أخذ به الثاني من سوق البعير ونحوه وهذه المسئلة ليست من مسئلة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله عند فراغه من هذا الكتاب ذكر هذه المسئلة قياسا فى هذا الموضع كيلا يفوت وقد جعل مثله فى كتاب البحر حين ذكر بابا من الاجارات فى آخر التجزى وقد بينا شرح ذلك ثم ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله زيادة مثله هنا (قال) اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا الى الليل فهذا باطل الا أن يسمى له قفيزا ولكن يقول على أن يطحن لى يوما الي الليل فحينئذ يجوز وأضاف هذا الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا قبل هذا فى الكتاب أنه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وقد جمع هنا بين المدة والعمل ثم أجاب بفساد العقد عندهما فاستدلوا بهذا على رجوعهما الى قول أبى حنيفة رحمه الله وقيل بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ماهو المقصود من العمل بكماله فعرفنا أن ذكر المدة للاستعجال لا لتعلق العقد به فيبقى العقد على العمل سواء فرغ من العمل فى تلك المدة أو لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده فى العمل وانما استأجره مدة معلومة وشرط عليه فى كل يوم من أيامه عملا لا يدرى أيقدر على الوفاء به أو لا يقدر فلا بد من اعتبار المدة تعليق العقد بها والعمل مقصود لا بد من اعتباره أيضا وعند اعتبارهما يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا لان باعتبار المدة المستحق هو الوصف الذى يجد به فى المعمول وجهالة المستحق بالعقد مفسد للعقد والله أعلم بالصواب

كتاب أدب القاضي

(قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله املاء) اعلم بان القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات لاجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال

جل جلاله انى جاعل فى الارض خليفة وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم)وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم وهو ما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم وانصال الحق الى المستحق وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر ولاجله بعث الانبياء والرسل صلوات الله عليهم وبه اشتغل الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع ماقلنا الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن أبى بكر الهذلى عن أبى المليح عن أسامة الهذلى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضي الله عنه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة وما كتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما عند الناس يسمونه كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم وقوله أما بعد أى بعد الثناء على الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وهذه الكلمة علامة بها يعرف تحول الكاتب الى بيان مقصوده من الكتاب وعد من فصل الخطاب قيل فى تأويل قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة وفصل الخطاب أما بعد وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل الخطاب البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقوله فان القضاء فريضة محكمة أى مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل فتفسير الحكم هذا بيانه فى قوله تعالى آيات محكمات هن أم الكتاب ومنه يقال بناء محكم والفرض هو التقدير والقطع قال الله تعالى سورة أنزلناه وفرضناها وقوله سنة متبعة أى طريقة مسلوكة فى الدين يجب اتباعها على كل حال فالسنة فى اللغة الطريقة وما يكون متبعا منها فأخذها هدى وتركها ضلالة (قال) فأفهم اذا أدلى اليك الخصمان والادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهول فى اصابة الحق اذا أدلي اليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يؤمر كل قاضي لانه لا يتمكن من تمييز الحق من المطبل الا بذلك وربما يجرى على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضى ذلك أنفذه واذا لم يفهم ضاع واليه أشار في قوله فانه لا ينفع تكلم بحق ولا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وأفهم مرادهم فانهم يتكلمون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضى

إياه ثم قال أس بين الناس معناه سو بين الخصمين فالتأسي فى اللغة التسوية قال قائلهم

فلولا كثرة الباكين حولى على اخوانهم لقتلت نفسى
ومايكون مثل أخي ولكن أعز النفس عنهم بالتأسى

وفيه دليل أن على القاضى أن يسوى بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم أو اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما أشار اليه في الحديث فقال فى وجهك ومجلسك وعدلك يعنى فى النظر الى الخصمين والاقبال عليهما فى جلوسهما بين يديه حتى لايقدم أحدهما على الآخر وفى عدله بينهما وبالعدل أمر وحكى أن أبا يوسف رحمه الله قال فى مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم انى ماتركت العدل بين الخصمين الا فى حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ولكنى رفعت النصرانى الى جانب البساط بقدر ماأمكننى ثم سمعت الخصومة قبل ان أسوى بينهما فى المجلس فهذا كان جورى ليعلم أن هذا من أهم ماينبغى للقاضي أن ينصرف اليه فى العناية لما أشار اليه فى الحديث فقال لايطمع شريف فى حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فاذا قدم الشريف طمع فى ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس ويصير به متهما بالميل أيضا وهو مأمور بالتحوز عن ذلك بأقصى مايمكنه (قال) البينة على المدعى واليمين علي من أنكر وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم علي ما قال صلوات الله وسلامه أوتيت جوامع الكلم واختصر لي اختصارا وقد أملينا فوائد هذين الحديثين فى شرح كتاب الدعوى (قال) والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وهذا أيضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل جواز الصلح واشارة الى أن القاضى مأمور بدعاء الخصمين الى الصلح قد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل والصلح خير وذلك دليل النهاية فى الخيرية ويستدل الشافعى رحمه الله بظاهر الاستثناء فى ابطال الصلح مع الانكار (قال) هو صلح حرم حلالا وأحل حراما لان المدعى اذا كان مبطلا فأخذ المال كان حرام عليه والصلح يحل له ذلك

وان كان محقا فالصلح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك الى تمام حقه كان أخذه حلالا قبل الصلح حرم عليه ذلك بالصلح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصلح أحل له ذلك بالصلح ولكنا نقول ليس المراد هذا ولكن المراد تحليل محرم العين أو تحريم ماهو حلال العين بان وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على أن لا يطأ الاخرى أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه فهذا هو الصلح الذى حرم حلالا أو أحل حراما وهذا باطل عندنا (قال) ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي فى الباطل وفيه دليل أنه اذا تبين للقاضى الخطأ فى قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الاجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغى أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له والى ذلك أشار عمر رضى الله عنه حين ابتلى بالحديث فى الصلاة الحديث الى أن قال كدت ان أمضى في صلاتى استحياء منكم ثم قلت لأن أراقب الله تعالى خير من أن أراقبكم فمن ابتلى بشئ من ذلك فليراقب الله تعالي وهذا ليس فى القاضي خاصة بل هو فى كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين الواعظ والمفتى والقاضي فى ذلك سواء اذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل إن زل العالم زل بزلته العالم ولكن هذا فى حق القاضى أوجب لان القضاء ملزم وقوله الحق قديم يعنى هو الاصل المطلوب ولانه لاتنكتم زلة من زل بل يظهر لامحالة فاذا كان هو الذى يظهره على نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل ثم (قال) الفهم مما يتلجلج فى صدرك وقد بينا تفسير هذه اللفظ وفي تكراره مرة بعد مرة بيان انه ينبغى للقاضى أن يصرف العناية الى ذلك خصوصا اذا تمكن الاستيفاء فى قلبه فانه عند ذلك مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا فيما لانص فيه من الحوادث واليه أشار فى قوله ما لم يبلغك فى القرآن والحديث وفيه بيان أنه لا ينبغى للمرء أن يتقلد القضاء مختارا الا اذا كان مجتهدا وأقرب ما قيل فى حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا فى القياس عالما بعرف الناس ومع هذا قد ابتلى بحادثة لايجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة فعند ذلك لايجد بدا من التأمل وطريق تأمله ما أشار اليه فى الحديث فقال اعرف الامثال والاشتباه

وقس الامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس حجة فان الحوادث كلها لاتوجد فى الكتاب والسنة بخلاف مايقوله أصحاب الظواهر ثم (قال) وأعمد الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق فيما ترى وهذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة الى أقرب الاشياء معنى ولكن انما يعتبر السنة فى المعنى الذى هو صالح لاثبات ذلك الحكم به ثم (قال) أجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينة آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه فان ذلك أجلى للعمى وأبلغ فى العذر وفيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما تمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعى بينتى حاضرة أمهله ليأتى بهم فربما لم يأت بهم فى المجلس الاول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتى بهم وبعد ما أقام البينه اذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضى ليأتى بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما فى عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفى تطويل مدة امهاله اضرار بمن أثبت حقه وخير الامور أوسطها وقوله فان أحضر بينته آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه ان كان مراده دعوي الدفع فهو أوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعي من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي ومالم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه ألزمته الكف عن أذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فان ذلك أجلى للعمى لازالة الاشتباه وأبلغ فى العذر للقاضى عند من توجه القضاء عليه لانه اذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يمهله انصرف شاكيا منه يقول مال الي خصمى ولم يستمع حجتى ولم يمكنى من اثبات الدفع عنده ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو دليل لابى حنيفة رحمه الله علي جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه اذا لم يطعن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان دينه يمنعه من الاقدام على ما نعتقد الحرمة فيه فيدل على انه صادق في شهادته فالكذب فى الشهادة محرم فى اعتقاد كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم فى خطبته عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم قرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الا مجلودا حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة في ارتكاب الكبائر وبظهور ذلك عليه

تنعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره عنه وقيل المراد المحدود فى القذف وقد ذكره فى بعض الروايات الا مجلودا حدا فى قذف فهو دليل لنا على أن المحدود فى القذف لا تقبل شهادته وان تاب وان العدالة المعتبرة لاداء الشهادة تنعدم باقامة حد القذف عليه كما أشار الله تعالى اليه فى قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ثم قال أو محرما عليه شهادة زور فانه اذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية فى هذه الامانة ومن ظهرت جنايته فى شئ لا يؤتمن على ذلك ولانه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكبر الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين ألا وقول الزور فمازال يقول ذلك حتى قلنا ليته سكت ثم (قال) لو ظننا فى ولاء أو قرابة أي منهما بسبب قرابة أو ولاء وهو الموالات فهو دليل على أن شهادة الوالد لولده لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل فالزوجية من أقوي أسباب الموالاة وهو مما يجعل كل واحد منهما مائلا الى صاحبه وقد أشار الى نفس الولاء والقرابة انهما لا يقدحان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل فى معناه اذا ظهر منه الميل الي مولاه وقرابته فى كل حق وباطل حتى يؤثره على غيره وهو تفسير القانع بأهل البيت كما ذكره فى الحديث المرفوع ثم (قال) فان الله تعالى تولى منكم السرائر يعنى أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفته حقيقة فان ذلك غيب ولا يعلم الغيب الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة واليه أشار فى قوله ودرأ عنكم بالبينات يعنى درأ عنكم اللوم فى الدنيا والاثم والعقوبة في الآخرة وهو معنى الحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضاء جمرة فادفع الجمر عنك بعودين يعنى شهادة الشاهدين ثم قال اياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار الغضب فالقلق الحدة والضجر رفع الصوت فى الكلام فوق مايحتاج اليه والقاضى منهى عن ذلك لانه يكسر قلب الخصم به ويمنعه من اقامة حجته ويشتبه على القاضي بسببه طريق الاصابة وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك (قال) والبادى بالناس يعنى اظهار البادين بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملال منهم والمراد البادي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة به اليه فقد يطول أحد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغى للقاضي أن يظهر البادي بذلك مالم يجاوز الحد فاذا تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي أو يذهب به حشمة مجلس القضاء فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه ثم (قال) والتنكر للخصوم وهو أن يقطب وجهه اذا تقدم اليه

خصمان فان فعل ذلك مع أحدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه (ألا ترى) الي قوله تعالى ولو كنت فظا غيظ القلب لانفضوا من حولك ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحس بها على الذخر يعنى في مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء البشر وطلاقة الوجه أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس والى نحوه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله من أخلص سريرته أخلص الله علا نيته ثم قال ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه يسبه يعنى اذا راآ بعمله والمرآة مذمومة حرام على كل أحد وهو في حق القاضى آكد لانه غير محتاج الي ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه يقلد القضاء ليكون خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغى أن يكون أشبه برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المراآة والنفاق وقوله يسبه الله أى يفضحه الله تعالى على رؤس الاشهاد قال النبي صلى الله عليه وسلم من راآ راآ الله به ومن سمع سمع الله به ثم قال فما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته معناه أى ان المرائى بعمله يقصد اكتساب محمد أو منال شيء مما في أيدى الناس وما يفوته به اذا ترك الاخلاص من ثواب الله تعالى فالعاقل اذا قابل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص بما يطمع فيه من جهة الناس ترجح ما عند الله تعالى لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين أى المتقين المخلصين فالحديث من أوله الي آخره دليل على ان للقاضى أن يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقال التقى ملجم وعن عامر قال كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى معاوية رضى الله عنه أما بعد فانى كتبت كتابا في القضاء مالم آلك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام ينبغى له أن يكتب الى عماله في كل وقت يوصيهم وقد كان معاوية رضي الله عنه عامله بالشام فكتب اليه في القضاء بهذا الكتاب وبين أنه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله ثم ان عمر رضى الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بافضل خطك اذا تقدم اليك الخصمان فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضى الذى لا يعلم الغيب فمن تمسك

به سلم له دينه ونال أفضل الحظ من المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمعنى اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وأدن الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي وانما أراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك والقوى يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فعلى القاضي أن يدني الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب فانك ان لم تعاهده ترك حقه ورجع الى أهله فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه قيل هذا أمر بتقديم الغرباء عند الازدحام في مجلس القضاء فان الغريب قلبه مع أهله فينبغي للقاضي أن يقدمه في سماع الخصومة ليرجع الى أهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بتعاهد الغرباء وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فاذا لم يخصه القاضي بالتعاهد عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع الى أهله والقاضي هو المسبب لتضييع حقه حين لم يرفع به رأسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبن لك فصل القضاء وفيه دليل أن القاضي مندوب اليه أن يدعو الخصم الى الصلح خصوصا في موضع اشتباه الامر وبه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصوم كي يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن وعن شريح رحمه الله أن عمر رضي الله عنه كتب اليه أن لا يشار ولا يضار ولا يبيع ولا يبتاع في مجلس القضاء ولا ترتشي ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان أما قوله لا يشار منهم من يروى بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في مجلس آخر فانه اذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدرى به وقد تقدم مثل هذا لعمر رضي الله عنه في حادثة بيناها في المناسك والاظهر بالشين لا يشار معناه لا يشار أحد الخصمين لان ذلك يقصر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن أنه فيما يشار بصابعه على رشوة ولذلك لا يشار غير الخصمين في مجلس القضاء لان مجلس القضاء يجمع الناس ومشارة الاثنين في مثل هذا المجلس تؤدي الى فتنة الآخرين قال صلى الله عليه وسلم اذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان ذلك يحزنه وقوله لا يضار من الضرر أي لا يقصد الاضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينغص الخصوم في استعجاله ليعجز عن اقامة حجته وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه يسقط من كلامه ان زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل

أحد عن مراعاة جميع الحدود فى الكلام فاذا لم يعرض القاضى عن بعض مايسمع كان ذلك منه مضارة والقاضى منهى عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء فى مجلس القضاء لان بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولانه مجلس اظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغى أن يخلط به شيئا من عمل الدنيا وقوله لا يرتشى المراد الرشوة فى الحكم وهو حرام قال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي فى النار ولما قيل لابن مسعود رضي الله عنه الرشوة فى الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان ترشو من تحتاج اليه امام حاجتك وفى قوله ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان دليل على أن القاضي ينبغى أن لا يشتغل بالقضاء فى حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فانه مأمور بان يقضى عند اعتدال حاله ولهذا ينهى عن القضاء اذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الاخبثين لانه ينعدم به اعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم اعتدال الحال وربما يجري على لسانه فى غضبه ما لا ينبغى أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغى أن يراه الناس على تلك الصفة أو اذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن اظهار حقه بالحجة خوفا منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا اذا كان يعتريه ذلك فى بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم انها تعترى خيار أمتى فلا يكف عند ذلك عن القضاء لانه يلتبس به عقله ويشتبه عليه وجه القضاء بخلاف مايعتريه من الغضب فى بعض الاوقات وعن عمر رضى الله عنه أنه دعا قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضى قال أقضي بما في كتاب الله تعالى قال فاذا لم تجد فى كتاب الله تعالى قال أقضى بما قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفيه دليل على أنه يجوز أن يقلد القضاء من هو حديث السن اذا كان عالما فقد كان عمر رضى الله عنه أكثر الناس نظرا فى ذلك ثم قلده مع حداثة سنه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وأميرا وكان حديث السن ويحكى أن المأمون قلد يحيى بن اكثم قضاء البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطعن بعض الناس في ذلك لحداثة سنه فكتب اليه المأمون كم سن القاضى فكتب فى جوابه أنا على سن عتاب بن أسيد حين ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضى الله عنه بلغه مثل هذا الطعن فى مثل هذا القاضى لحداثة سنه فامتحنه بالعلم فقال بم تقضى قال أقضى بما فى كتاب الله تعالى وأصاب فى ذلك لان كتاب الله تعالى امام

المتقين انزل للعمل به قال فاذا لم تجد فى كتاب الله قال أقضى بما قضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصاب فى ذلك أيضا قلنا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة وقد أمرنا باتباعه والاقتداء به قال فاذا لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أقضى بما قضي به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أصاب فى ذلك أيضا فقد أمرنا بالاقتداء بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدى أبى بكر وعمر رضي الله عنهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتى وسنة خلفاء الراشدين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ قال فاذا لم تجد ذلك فى قضائهم قال اجتهد رأيى وأصاب فى ذلك فالقاضى مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لا نص فيه فاجتهاد الرأى هو القياس يرد حكم الحادثة الى أشباهها مما هو منصوص واذا جاز اجتهاد الرأى فى باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الادلة وفى المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضاء فلما أصاب فى جميع ما أجاب قال له عمر رضى الله عنه أنت قاضيها أي أنى لا أعزلك عن القضاء ما دمت على هذه الطريقة وفيه دليل أن الامام اذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغى أن يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المتعنتين ما لم يتبين له شئ مما لا يحمد من السيرة منه وعن أبى مسعود رضي الله عنه قال لقد أتي علينا زمان لسنا نسأل ولسنا هنالك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر ماترون قيل هذا اشارة منه الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان الوحى ينزل وكان عليه الصلاة والسلام يبين لهم فكانوا لايحتاجون فيه الى ابن مسعود رضى الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة الى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم متوافرين فى ذلك الوقت وما كان يحتاج الى ابن مسعود رضى الله عنه وقيل هذا منه اشارة الى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه من تلك الدرجة الى مابلغه اليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله أربعة آلاف تلميذ يتعلمون بين يديه حتى روى أنه لما قدم على رضى الله عنه الكوفة وخرج اليه ابن مسعود رضى الله عنه مع أصحابه حتى سدوا الافق فلما رآهم على رضى الله عنه قال ملأت هذه القرية علما وفقها قال فمن ابتلى منكم بقضاء فليقض بما فى كتاب الله تعالى وفى هذا اشارة الى ان التحرز عن تقلد القضاء أولى فقد عده ابن مسعود رضى الله عنه من البلوى بقوله فمن ابتلى منكم وهو اختيار أبى حنيفة رحمه الله فانه تحرز

عن تقلد القضاء بعد ماحبس وضرب لاجله مرارا حتى قال بعض أصحابه رحمهم الله لو تقلدت نفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو أمرت أن أقطع البحر سباحة اكنت أقدر على ذلك وكانى بك قاضيا ومن اختار تقلد القضاء قال هذا اللفظ من البلاء الذى هو نعمة قال الله تعالى وليبلى المؤمنين منه بلاء حسنا وانما أراد من أنعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة فليقض بما فى كتاب الله تعالى وبذلك كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله تعالى وعترتى وقيل أهل بيته الاقربون والابعدون فان تمسكتم بهما لم تضلوا قال فان لم يجد ذلك فى كتاب الله تعالى فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وبذلك كان يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لابى رواحة رضى الله عنه فى حادثة أما كان لك فىّ أسوة فقال أنت تسعى في رقبة قد فكت وأنا أسعى فى رقبة لم يعرف فكاكها فقال صلى الله عليه وسلم انى لا أرجو أن أكون أخشاكم لله قال فان لم يجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى الصالحون يعنى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما كما جاء في الحديث اذا ذكر الصالحون فحيهلا بعمر قال فان لم يجد فليجتهد رأيه ولا يقولن انى أرى وانى أخاف وفيه دليل على أن للقاضى أن يجتهد فيما لا نص فيه وانه لا ينبغى أن لا يدع الاجتهاد فى موضعه لخوف الخطأ فان ترك الاجتهاد فى موضعه بمنزلة الاجتهاد فى غير موضعه فكما لا ينبغى له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغى له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه ثم بين طريق الحق فى ذلك بقوله فان الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الحسن رحمه الله وفيه بيان أن المجتهد اذا لم يترك الاحتياط فى موضع الريبة فهو مؤدى لما كلف أصاب المطلوب باجتهاده أو أخطاء وهو ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد أى مصيب فى طريق الاجتهاد ابتداء وقد يخطى انتهاء فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه معذور في ذلك لما أتى بما فى وسعه وذكر عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثنى الى اليمن بم تقضي يامعاذ قلت بما فى كتاب الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام فان لم تجد ذلك فى كتاب الله تعالى قلت أقضى بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فان لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت أجتهد رأيى فقال صلوات الله عليه وسلامه

الحمد لله الذى وفق رسول رسوله وفيه دليل علي أن الامام اذا أراد أن يقلد الانسان القضاء ينبغى له أن يجربه فان رسول الله صلي الله عليه وسلم لما فعل ذلك بمعاذ رضي الله عنه مع انه كان معصوما فغيره بذلك أولى فكان هذا منه على وجه التعليم لامته ثم حمد الله تعالى حين ظهر من التجربة كما تفرس فيه وهكذا ينبغى للامام اذا بلغه عن عامل له ما يرضى به ان يعد ذلك نعمة من نعم الله تعالى عليه فليقابلها بالشكر وفيه دليل جواز اجتهاد الرأى والعمل بالقياس فيما لا نص فيه من العلماء رحمهم الله من يقول جواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلي الله عليه وسلم وما كان يجوز ذلك فى حياته لان الوحى كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون الى الاستنباط فى ذلك الوقت والحكم يثبت بالنص مقطوعا به فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة والصحيح عندنا ان كان ذلك جائز لهم فى حياته صلى الله عليه وسلم كما بعده وحديث معاذ رضى الله عنه يدل عليه فان لم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم فى قوله بين يديه اجتهد رأيي ولما قال لعمرو بن العاص رضى الله عنه أقض بين هذين قال أقضي وأنت حاضر أوجالس قال صلى الله عليه وسلم نعم قال علي ماذا إقضى قال صلى الله عليه وسلم على أنك إن اجتهدت فاصبت فلك أجران وان اخطأت فلك أجر واحد فقد جوز له صلى الله عليه وسلم الاجتهاد بحضرته وقد كان يشاورهم (ألا ترى) أنه شاورهم فى أساري بدر وأشار أبو بكر رضى الله عنه بالفداء وأخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور السعدين رضى الله عنهما يوم الاحزاب فى صلح بنى فزارة على بعض ثمار المدينة وأخذ بما أشارا به ولما أشار اليه أسيد بن خطير فى النزول عند الماء يوم بدر أخذ برأيه فى ذلك وكان صوابا وينبنى علي هذا الفصل الاختلاف بين العلماء رحمهم الله فى أنه صلى الله عليه وسلم هل كان يجتهد فيما لم يوح اليه فيه فمنهم من يقول كان ينتظر الوحى وما كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم كان يجتهد وما كان يقر على الخطأ بيانه أنه لما شاور أبا بكر وعمر رضى الله عنهما فى حادثة قال صلي الله عليه وسلم قولا فانى فيما لم يوح الى مثلكما وقال صلى الله عليه وسلم للخثعمية أرأيت لو كان علي أبيك دين أكنت تقضيه فقالت نعم قال صلي الله عليه وسلم فدين الله أحق وهذا قول بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضى الله عنه في القبلة أرأيت لو تمضمضت بماء ثم مججته أكان يضرك وقال صلى الله عليه وسلم في بيان حرمة الصدقة على بنى هاشم أرأيت لو تمضمضت بماء أكنت شاربه فهذا ونحوه دليل أنه كان يقضي باجتهاده وما كان يقر على الخطأ فقضاؤه يكون

شريعة والخطأ لا يجوز أن يكون أصل الشريعة فعرفنا أنه ما كان يقر على الخطأ وبيان ذلك في قوله تعالى عفى الله عنك لم أذنت لهم الآية وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال اذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل وان كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة وان كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان وهذا عبارة عن النقصان والوصم كسر يسير وفوقه القصم ونظيره القنص بالانامل وفوقه القبض باليد وفوقه الأخذ وهو التناول قال فقال قائل ماهى يا أمير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو اشارة الي ما بينا في حق المجتهد قال ونزهة عن الطمع وهو مأخوذ من النزاهة فمن يتحرز عن شئ يقال هو يتنزه عن كذا والاظهر وتزهد عن الطمع من الزهادة فكل الفتنة للقاضي في طمعه فيما في أيدى الناس ولما امتحن عليا رضى الله عنه قاضيا قال له بم صلاح هذا الأمر قال بالورع قال فبما فساده قال بالطمع قال حق لك أن تقضى فينبغي للقاضي أن يكون منزها عن الطمع ليأمن الفتنة ويخلص عمله لله تعالى قال وحلم عن الخصم يعنى ان يحلم في بعض مايسمع من الخصوم مع قدرته على منعه وهو معنى قول عمر رضى الله عنه لا يصلح لهذا الامر الا اللين من غير ضعف القوى من غير عنف قال واستخفاف باللائمة معناه لا ينبغى للقاضي فيما يفصل من القضاء أن يخاف اللائمة من الناس فانه اذا خاب ذلك يتعذر عليه القضاء بالحق والى ذلك أشار الله تعالى في قوله ولا يخافون لوم لائم وهذا لانه لا بد أن ينصرف أحد الخصمين من مجلسه شاكيا يلوم القاضي مع أصدقائه علي ما كان منه واليه أشار شريح رحمه الله حيث قيل له كيف أصبحت قال أصبحت وشطر الناس على غضبان فاذا تفكر القاضي واشتغل بالتحرز عن اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة أولى الرأى وفيه دليل على ان القاضي وان كان عالما فينبغي له أن لا يدع مشاورة العلماء وقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم اكثر الناس مشاورة لاصحابه رضى الله عنهم يستشيرهم حتي في قوت أهله وإدامهم قال صلى الله عليه وسلم المشورة تلقح العقول وقال صلى الله عليه وسلم . ماهلك قوم عن مشورة قط وكان عمر رضى الله عنه يستشير الصحابة رضوان الله عليهم مع فقهه حتى كان اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا الي عليا وادعوا الى زيد بن أبى كعب رضي الله عنهم فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا أنه لا ينبغي للقاضي أن لا يدع المشاورة وان كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على ما بينا ان الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه وبين

فصل القضاء ويكون سببا لازدراء بعض الجهال به وعن مسروق قال لان أقضى يوما بالحق أحب الى من ان أرابط سنة فان مسروقا ممن يقدم تقلد القضاء على الامتناع عنه وقد كان السلف رحمهم الله فى ذلك مختلفين وابتلى مسروق بالقضاء ومن دخل فى شئ فانما يروي محاسن ذلك الشئ وقد بينا طريق أبى حنيفة رحمه الله في ايثار التحرز عن تقلد القضاء وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق أحب الى من أن أرابط سنة لما فى اظهار الحق من المنفعة للناس ودفع الظلم عن المظلوم واتصال الحق الى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله عدل ساعة خير من عبادة سنة وقال صلى الله عليه وسلم لان يقام حد فى أرض خير من أن تمطر السماء فيها أربعين صباحا وعن على رضى الله عنه قال القضاة ثلاثة فاثنان فى النار وواحد في الجنة فأما الذان فى النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل يقضي بغير علم وأما الآخر أتاه الله علما فقضي به فذلك فى الجنة ولا شبهة فى حق من قضى بخلاف ماعلم فانه أقدم على النار عن بصيرة وكتم ماعلم من الحق فكان فعله كفعل رؤساء اليهود وفيه نزل قوله تعالى عز وجل ان الذين يكتمون ماأنزلنا من البينات وقال الله تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وأما الجاهل فما كان ينبغى له أن يتقلد القضاء ويلتزم اداء هذه الامانة لانه لايقدر على ادائها الا بالعلم ففى التزام ما لا يقدر على القيام به ظلم نفسه وبعد التقلد لاضرورة له الى القضاء بغير علم لتمكنه من أن يتعلم أو يسأل العلماء ويقضى بفتواهم فلهذا جعله فى النار حين قضى بغير علم والذى قضى بعلمه أظهر الحق بحكمه وأنصف المظلوم من خصمه فهو فى الجنة ومثل هذا لا يعرف الا بالرأى فانما يحمل على أن عليا رضى الله عنه كان سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن أبى مسعود رضى الله عنه قال يجاء بالقاضى يوم القيامة وملك آخذ بقفاه ثم يلتفت فاذا أقبل أدفعه دفعة فى مهواة أربعين خريفا وأهل الحديث يروون هذا الحديث يجاء بالقاضى العدل يوم القيامة ليعلم أن حال من يعدل اذا كان بهذه الصفة فما ظنك فى حال من يجور فى قوله وملك آخذ بقفاه اشارة الى مايلقى من الذل يوم القيامة وان كان عادلا فى قضائه فى الدنيا فانما يفهم من الاخذ بالقفاء في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل فى تأويله أنه وان كان عادلا فقد نال بعض الوجاهة فى الدنيا بسبب تقلد القضاء فلهذا له في الآخرة لما نال من الجاه فى الدنيا بطريق هو طريق العمل للآخرة ومعناه قوله أدفعه فى مهواة أربعين خريفا أى

دفعه على وجهه في النار كما قال الله تعالى يوم يسحبون فى النار على وجوههم وكان المراد من هذا أن من نافق وأظهر مايعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماء وجهه يلقى فى النار على وجهه ولا يستقر الا في قعر جهنم هو المراد من قوله فى مهواة أربعين خريفا وهذا بيان في قوله تعالى ان المنافقين فى الدرك الاسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتلي أن يقضي بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والخصاف رحمه الله يروى هذا من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحرز عن طلب القضاء والتحرز عن التقلد فكل عاقل ممتنع من أن يذبح نفسه بغير سكين فينبغى أن يكون تحرزه عن طلب القضاء بتلك الصفة فذكر المثل من النبي صلى الله عليه وسلم كان للتقريب من الفهم (قال) رحمه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول لا ينبغى لاحد أن يزدرى بهذا اللفظ كيلا يصيبه ماأصاب ذلك القاضى فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدرى به وقال كيف يكون هذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى فالقى رأسه بين يديه قال ومن ابتلى أن يقضى بين اثنين فلينصفهما فى الكلام والنظر ولا ينبغى له أن يرفع صوته على احدهما ما لا يرفع على الآخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر به للقاضي من التسوية وعن عامر أن أبى بن أبى كعب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما اختصما فى شئ فحكما زيد ابن ثابت رضى الله عنه فأتياه فى منزله قال زيد رضى الله عنه هلا أرسلت الى يا أمير المؤمنين قال عمر رضى الله عنه في بيته يؤتى الحكم وفى هذا بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة ولا يظن كل واحد منهم سوى الجميل وانما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم ويتقدمون الى القاضى لطلب البيان لا للقصد الى التلبيس والانكار ولهذا كان القاضى يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكما زيد ابن ثابت رضى الله عنه وانما حكماه لفقهه فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك حتى روى أن ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه وأخذ بركابه لما أراد أن يركب وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا فقبل زيد رضى الله عنه يده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا وفيه دليل على أن الامام لا يكون قاضيا فى حق نفسه فعمر رضى الله عنه فى خصومة حكم زيد ابن ثابت رضى الله عنه وفيه دليل على أن من احتاج الى العلم ينبغى له أن يأتى العالم فى منزله وان كان وجيها فى الناس ولا يدعوه الى نفسه فان وجاهته بسبب الدين فيبقى ذلك له اذا عظم الدين والذهاب

الى منزل العالم عند الحاجة الى علمه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضى الله عنه قال هلا أرسلت الى ياأمير المؤمنين قال فى بيته يؤتى الحكم وتأويل استعظام زيد رضى الله عنه أنه خاف فتنة علي نفسه بسبب الوجاهة حين أتاه عمر رضى الله عنه فى منزله وظن أنه أتاه زائرا وماأتاه محكما له راغبا فى علمه فلهذا استعظم ذلك (ألا ترى) ان عمر رضى الله عنه بين له انه أتاه للتحكيم فقال فى بيته يؤتى الحكم فأتى زيد لعمر رضى الله عنهما بوسادة وكان هذا منه امتثالا لما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله اذا أتاكم كريم قوم فاكرموه وقد بسط رسول الله صلى الله عليه لعدى بن حاتم رداءه حتى أتاه ولكن عمر رضى الله عنه لم يستحسن ذلك منه فى هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه وما كان ذلك يخفى علي زيد رضى الله عنه ولكن وقع عنده ان الحكم فى هذا ليس كالقاضى وان الخليفة فى هذا ليس كغيره فبين له عمر رضى الله عنه ان الحكم فى حق الخصمين كالقاضى (قال) وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال لابى ابن كعب رضى الله عنه لو أعفيت امير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضى الله عنه لا ولكن احلف فترك له ابى رضي الله عنه ذلك واهل الحديث يروون ان عمر رضى الله عنه قال لزيد رضى الله عنه وهذا ايضا يبين ان على الحكم أن يتحرز عن الميل الى احد الخصمين صريحا ودلالة وان مجلس الشفاعة غير مجلس الحكومة ثم فيه دليل على انه لا بأس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا فقد رغب عمر رضى الله عنه فى ذلك مع صلابته فى الدين وان تحرز عن ذلك فهو واسع له ايضا كما روى ان عثمان رضي الله عنه امتنع عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يمينى فيقال اصبت بذلك ففيه دليل ان اليمين حق المدعي قبل المدعي عليه يستوفى بطلبه ويترك اذا ترك (ألا ترى) أن أبيا رضي الله عنه ترك له ذلك وبيان هذا فيما قاله رسول الله صلي عليه وسلم للمدعى ألك بينة فقال لا فقال صلي الله عليه وسلم ألك يمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال لاحسد الا فى اثنين رجل اتاه الله مالا فهو ينفقه فى طاعة الله ورجل أتاه الله علما فهو يعلمه ويقضى به ومعناه الحسد يضر الا في الاثنين فيكون فى ذلك بيان ان الحسد مذموم يضر الحاسد الا فيما استثناه فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد فى الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمودة فمعني الحسد هو ان يتمنى الحاسد ان تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ومعنى الغبطة ان يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير ان يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عنه وهذا فى أمر الدنيا غير مذموم ففى أمر الدين

أولى أن يكون محمودا والذي ينفق ماله في طاعة الله تعالى يكتسب الآخرة بدنياه والذى يعلم ويقضي به بالحق يكتسب المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمن يتمنى لنفسه مثل ذلك يكون محمودا على هذا المعنى فاما الحسد المذموم فهو ماقيل الحاسد جاحد لقضاء الواحد فهو أن يتكلف لذهاب ذلك عنه ويعتقد ان تلك نعمة في غير موضعها واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لاينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل وما المخلص من ذلك فقال صلى الله عليه وسلم اذا حسدت فلا تبغ أى لا تتكلف لازالة النعمة عن المنعم عليه واذا ظننت فلا تحقق واذا نظرت فلا ترجع وعن سوار بن سعيد قال شهدت أنا ورجل عند شريح رحمه الله بشهادة فعيه صاحبي عن حجته أي عجز عن اظهار حجته وغفل عن ذلك فقلت له أتفسد شهادتى ان أعربت عنه فقال لافاعربت عنه فقضي له وانما قال هذا لان من يكون خصما في حادثة لاتقبل شهادته في تلك الحادثة فخاف إن أظهر حجته صاحبه أن يجعله خصما ويفسد شهادته فبين له شريح رحمه الله انه لايصير خصما بهذا القدر اذالم يوكله صاحبه به بل هو متبرع فيما يظهر من حجة صاحبه وليس فيه أكثر من أن يعين المدعى وما حضر مجلس القاضى الالتعين المدعى وتوصله الى حقه فلايفسد به شهادته وعن سوار قال اختصم قوم عند شريح رحمه الله فذكرت له ذلك فقال ماأراه فهم وسأذكر ذلك له الليلة فذكر ذلك له فقال مافهمت فمرهم أن يرجعوا لى فرجعوا اليه فقضي لهم وفيه دليل على انه ينبغى لمن وقف على خطأ القاضي في قضائه أن ينبهه ولا يجاهره بذلك مراعاة لحشمته ولكنه يأمر أقرب الناس منه ليخبره بذلك في حال خلوته وفيه دليل ان القاضي اذا تبين له خطأ في قضائه ينبغى له أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستيحاء عن الناس من ذلك ولا الخوف فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لايحفظونه من عذاب الله تعالى وعن مكحول قال لان أكون قاضيا أحب الى من أن أكون خازنا يعنى أن خازن بيت المال عامل للمسلمين والقاضى كذلك الا ان الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضي يحفظ عليهم دينهم وتمكن الخازن من المال خوف الفتنة على نفسه بسببه أكثر من تمكن القاضى فلهذا آثر القضاء وقد بينا ان المتقدمين فيه من كان يؤثر تقلب القضاء على الامتناع منه وعن شريح رحمه الله قال ماشددت على لهواة خصم أي مامنعته من اظهار حجته وماقويت أحد الخصمين على الآخر بتلقين شئ قط ولهذا بقى في القضاء مدة طويلة وعن على رضي الله عنه أنه أضاف رجلا فلما مكث اياما

قرب اليه فى خصومة فقال له على رضى الله عنه أخصم أنت فقال نعم فقال علي رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه وفيه دليل أنه لا بأس للامام أن يخص بعض الناس بالضيافة اذا لم يكن له خصومة وانه لا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لان ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعا لان تهمة الميل تنتفي عنه اذا سوى بينهما وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص رضى الله عنه اقض بين هذين قال أأقضى وأنت حاضر أو جالس قال صلوات الله عليه وسلامه نعم قال على ماذا أقضى قال سلام الله عليه علي انك ان اجتهدت فاصبت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لاهل السنة رحمهم الله المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى ففهمناها سليمان والفهم هو اصابة الحق فقد خصه بذلك ففيه دليل على انه معذور وان أخطأ وهذا اذا لم يكن طريق الاصابة بينا وهو مثاب على اجتهاده فان أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب اظهار الحق بجهده وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فلك عشر حسنات وان أخطأ فله حسنة على اجتهاده اذا كان مصيبا في طريق الاجتهاد وان لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمران بن حصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالي مع القاضى مالم يخف عملا يشدده للحق مالم يرد غيره وهذا فى كل عامل يبتغي بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه على ذلك ويوفقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضى الله عنه لا تسأل الامارة فانك ان تعطيها عن مسئلة وكلت اليها وإن أعطيتها عن غير مسئلة أعنت عليها ثم هذا الوعد للقاضى مالم يظلم عمدا فالحيف هو الظلم فاذا اشتغل به كله الله الي نفسه وكذلك اذا أراد بعمله غير الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن الله عزوجل أنا أغنى الشركاء عن الشركة فمن عمل لى عملا وأشرك فيه غيرى فهو كل لذلك الشريك وانا منه بريء قال وينبغي لقاضي أن ينصف الخصمين فى مجلسهما وفى النظر اليهما وفي المنطق أى يسوى بينهما فالانصاف عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة ففى كل ما تمكن من مراعاة التسوية فيه فعليه ان يسوى بينهما في ذلك الامالا يكون فى وسعه الامتناع منه من النهى فعليه أن يظهر حجة أحدهما فهو غير مأخذ بذلك لما روى أن النبي صلي الله عليه وسلم كان يستوى فى القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا فى

أماملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من الميل بالقلب الى عائشة رضى الله عنها ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما مالا يرفعه على الآخر لان التسوية بينهما في ذلك ممكنة وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه تجر تهمة اليه وهو مكسر القلب من يرفع صوته عليه ولا ينطلق بوجهه الى أحدهما في شيء من المنطق ما لا يفعله بالآخر لانه يزداد به قوة وجراءة على الخصم ويطمع أن يميل بالرشوة اليه ولا ينبغي له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه حجته فان ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضيا وخصما منافاة وهو مكسر لقلب الخصم وسبب لجر تهمة الميل اليه وهو انشاء الخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لالانشائها وينبغي له أن لا يشترى شيئا ولا يبتع في مجلس القضاء لنفسه لانه جلس للقضاء فلا يخلط به ماليس من القضاء ومعاملته لنفسه في شيء ولان الانسان فيما يبيع ويشترى يماكس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله لنفسه اشارة الى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون فان ذلك من عمل القضاة وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك في مجلس القضاء يكون أبعد عن التهمة منه اذا باشره في غير مجلس القضاء ولا بأس بأن يبيع ويشترى لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضي ويروون في ذلك حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة أن الناس يسامحون في المعاملة مع القضاء بين أيديهم خوفا منهم أو طمعا فيهم فيكون من هذا الوجه في معنى من يأكل بدينه والمقصود يحصل اذا فوض ذلك الى غيره ليباشر على وجه لايعلم أنه يباشر ولكنا نقول نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاء والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم حتى ان أبا بكر رضى الله عنه بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله الى السوق ليبيعه ولانه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله الى ماكان محتاجا اليه قبل التقلد وبأن تقلد هذه الامانة لايمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المساحة موهومة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك اذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت فأما اذا كان ذلك من عادته فقلما يسامح في ذلك فوق مايسامح به غيره وتأويل النهي ان صح في مجلس القضاء ولا يسار أحد الخصمين بشيء لان ذلك يجر اليه تهمة الميل وينكسر بسببه قلب الآخر

وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء فلا ينبغي أن يشتغل به واذا تقدم اليه الخصمان فهو بالخيار ان شاء ابتدأهما فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدآه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذي يبتدئ بالكلام لان القاضي اذا ابتدأهما كان ذلك منه تهيجا للخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لتهيجها ولكنا نقول الرأى في ذلك اليه فحشمة مجلس القضاء قد تمنعهما من الكلام مالم يبتدئ القاضي بالكلام فاذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتدئ فيقول مالكما وماتقدم اليه الا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهيجا للخصومة ولكن لايكلمهم بشئ آخر سوى ماتقدم لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ولهذا لايسلمان عليه اذا تقدم بين يديه مع أن السلام سنة فان تكلم صاحب الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانه اذا تكلما معا لا يتمكن من أن يفهم كلام كل واحد منهما قال الله تعالى ماجعل الله لرجل من قلبين في جوفه ولان تكلمهما معا نوع شغب وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء قال ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر وظاهر هذ اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك واختيار بعض القضاه انه لايفعل ذلك الا عند سؤال المدعي ولكنه اذا نظر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لايستحق الجواب وان صحت الدعوى قال أخبرتني فماذا أصنع فان قال أريد جوابه فسأله عن ذلك حينئذ يستنطق الآخر والأصح عندنا انه يستنطق الآخر وان لم يلتمس المدعي ذلك لانه ماتقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتمسا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك الي التماس الآخر فان سأله فاقر بحقه أمره بالخروج من حقه وان أنكر قال للمدعي سمعت انكاره أوهو منكر فماتقول فاذا قال حلفه يطلب المدعي بعد ان سأله بينة ولا يسأله ذلك مالم يطلب يمينه لانه نوع تلقين ولا نبغي للقاضي أن يلقن أحد الخصمين حجته ولكن اذاطلب يمينه فحينئذ جاء أوان الاستحلاف اذا لم يكن للمدعي بينة حاضرة فسأله عند ذلك ألك بينة ولا ينبغي للقاضي أن يقضي الاوهو مقبل على الحجج مفرغ نفسه لذلك لان القضاء أمر مهم فلا يتمكن من النظر فيه ومباشرته لما التزم ما لم يفرغ نفسه لذلك عن سائر الاشغال فاذا دخله هم أوغضب أونعاس كف عن ذلك حتى يذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بمادخله فالهم يغلب على القلب حتى لايجد شيئا آخر معه فيه مساغا والغضب كذلك والنعاس كذلك فالناعس لايفهم بعض مايذكر عنده (ألا ترى) ان النبي صلى الله عليه

وسلم قال اذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد فلا يدرى لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضاء وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حجتهم لان الاستعجال يضر بالخصم كما ان ترك النظر فيما يقيم من الحجة يضربه فكل واحد منهما من نوع الشر والاضرار وقد روينا ان القاضي لا يشار ولا يضار قال ولا يخوفهم فان الخوف مما يقطع حجة الرجل يعنى ان الخائف يعجز عن اظهار حجته وينبغى أن يكون القاضى مهيبا يحتشم منه ولكن لا ينبغى أن يكون مخيفا للناس يخافونه فان ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل فى ذلك ما روى ان النبي صلي الله عليه وسلم صلى صلاة الفجر بمسجد الخيف فرأى رجلين لم يصليا معه فقال على بهما فأتى بهما وفرائصهما ترتعد فقال صلى الله عليه وسلم لا تخافا فانما أنا ابن امرأة من قريش كانت تأكل القديد الحديث فان (قيل) أليس انه ذكر فى سيرة عمر رضى الله عنه ان الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضى الله عنهما لم لم يذكر قولك فى القول لعمر فقال كان رجلا مهيبا فهبته أو قال خفت درته (قلنا) هذا لا يكاد يصح فان عمر رضي الله عنه كان ألين من غيره فى قبول الحق وكان يشاورهم وربما كان يقدم قول ابن عباس رضى الله عنهما فى الأخذ عند الشورى على قول بعض الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم ثم كون القاضى مهيبا غير مذموم عندنا وانما المذموم أن يتكلف لتخويف الخصوم اذا تقدموا بين يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولا عن غيره وان كان خيرا للقاضى أن يقعد عنده أهل الفقه فتعدوا عنده فربما يحتاج الى ان يستشيرهم وقد روينا ان عمر رضى الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفى عليه بعض مايقف عليه غيره من اهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج الى ان يشهدهم فيكون اهل الفقه والصلاح عنده من نوع الاحتياط فان دخله حصر فى قعودهم عنده أو شغله ذلك عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده لان طباع الناس فى هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء مما يريده من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فاذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة الفقهاء جلس وحده ولكن انما يتمكن من ذلك اذا كان معروفا بالفقه والعدالة فبالفقه يؤمن غلطه وبالعدالة يؤمن جوره ولا ينبغى للقاضى ان يتعب نفسه فى طول الجلوس لان بذلك يزول اعتدال الحال وقد بينا أنه لا ينظر فى الحجج الا عند اعتدال الحال قال فانى أخوف عليه أن يضر ذلك بنظره فى الحجج والخصوم يعنى اذا أتعب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض

الخصوم وهـذا أيضا فى المدرس كذلك واليه أشار النبي صلى الله عليه وسـلم في قوله أن النفس تمل كما تمل الابدان فابتغوا لها طرائف الحكمة وان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذا أمل من بيان أنواع العلم قال لاصحابه احمضوا أي خوضوا فى ديوان العرب فتذكرا شيئا من الملح قال ولكنه يقعد في طرفى النهار أو ما أطاق من ذلك لان عمل القضاء عبادة فالاولى أن يجلس له فى طرفى النهار قال الله تعالي وأقم الصلاة طرفى النهار ولان اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة أو ماأطاق من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغى أن يتبكر للخصومة قبل طوع الشمس فقد كان شريح رحمـه الله اذا ابتكروا قبل حضوره قال أتتظلمون بالليل فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضى (قال) وينبغى للقاضى أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون فى مجلسـه وفى اختلاط النساء مع الرجال عند الزحمة من الفتنة والقبح مالا يخفى ولكن هذا فى خصومة يكون بين النساء فاما الخصومة التى تكون بين الرجال والنساء لا يجد بدا من أن يقـدمهن مع الرجال وأن يجعل لكل فريق يوما علي قدر مايرى من كثرة الخصوم فلا بأس بذلك لانه اذا تركهم يزدحمون على مابه وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة ما لا يخفى فيجعل ذلك مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيحضر عند ذلك والخصاف رحمه الله ذكر فى أدب القاضي أن الاولى أن يجعل ذلك على الرقاع فيجزئ الخصوم اجزاء ويكتب باسم كل فريق رقعـة ثم يخرج الرقاق على الايام للسبت والأحـد الى آخره وذلك حسن ولكن محمـدا رحمه الله اختار فى الكتاب أن يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول ولا يتبدئ بأحد جاء قبله غيره والي هذا أشار النبي صلي الله عليه وسلم فى قوله سبقك بها عكاشة وهذا لان الذى جاء أولا استحق النظر فى حجته ان لو كان القاضى جالسا عنـد ذلك فتأخر جلوس القاضى لا يغير استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره فلهذا تقدمه عملا بقوله تعالي ويؤت كل ذى فضل فضله قال ويضع علي ذلك أمينا من قبله يقدمهم اليه لانه لا يتمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة أشغاله وفيما يعجل القاضى عن مباشرته يستعين بأمين من أمنائه وينبغى أن يبتكر ذلك الامين الى باب مجلس القاضى ليعلم منازل الناس في الحضور فلعلهم يكذبون فى ذلك أو أن يلبسون عليه وانما يجعل على ذلك أمينا لا يطمع ولا يرتشى فان ذلك من عمل القضاة فكما لا يطمع هو فيما يقضى فكذلك

ينبغي أن يكون أمينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد جرى الرسم في زماننا أن البواب على باب مجلس القضاء يأخذ من كل خصم قطعة ليمكنه من الدخول والقاضي يعلم ذلك ولا يمنعه منه وفيه فساد عظيم فليس لاحد أن يمنع أحدا من دخول المسجد ولا من أن يتقدم الى القاضي في حاجته فهو يرتشي ليكف ظلمه عنه ويمكنه مما هو مستحق له والقاضي يعلم ذلك ولا يمنع منه فهو بمنزلة مالو علم أن أمينه يشرب الخمر أو يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وان رأى أن يجعل الغرباء مع أهله المصر فعل وان رأى أن يبدأ بهم فلا يضره ذلك بعد أن تكون الغرباء غير كثير فان كثروا في كل يوم فشغلوه عن أهل المصر قدمهم على منازلهم مع الناس وقد بينا أن الغريب على جناح السفر فربما يضر التأخير به وقلبه مع أهله فاذا لم يقدمه القاضي ربما ترك حقه ورجع الى أهله وقد أمر بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا كان له أن يقدم الغرباء ولكن بشرط أن لا يضر بأهل المصر ضررا فانهم جيرانه وانما يقلد القضاء لينظر في حوائجه فاذا كان تقديم الغرباء يضر بأهل المصر قدمهم على منازلهم عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا بأس بان يشهد القاضي الجنازة ويعود المريض فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم على المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر في الجملة أن يشيع جنازته ويعوده اذا مرض ولا يمتنع عليه القيام بحقوق الناس عليه بسبب تقلده القضاء ولا بأس بأن يجيب الدعوة الجامعة فذلك من السنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم قال ولا تجب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك يجر اليه تهمة الميل بأن يقول أحد الخصمين ان فلانا في دعوة فلان كلم القاضي وهو نائب عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة الخاصة مما يطمع الناس به في القاضي فعليه أن يحترز عن ذلك وأصح ماقيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة أن كل مايمتنع صاحب الدعوة من ايجاده اذا علم أن القاضي لايجيبه فهو الدعوة الخاصة وان كان لا يمتنع من ايجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند ذلك يعلم أن القاضي لم يكن مقصودا بتلك الدعوة وانما يمتنع من اجابة الدعوة الخاصة اذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد ايجاد الدعوة له قبل أن يتقلد القضاء فان كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته واليه أشار في قوله ولا

ولا بأس بأن يجيب دعوة ذى القرابة لان هذا بين القرابات ليس من جوالب القضاء عادة ولا صدق فى ذلك كالاقارب اذا كان ذلك معروفا بينهم قبل تقلد القضاء ولا ينبغى له أن يضيف أحد الخصمين الا أن يكون خصمه معه لما روينا من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (قال) ولا يقبل الهدية وقبول الهدية فى الشرع مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم نعم الشئ الهدية اذا دخلت الباب ضحكت الاسكفة وقال صلى الله عليه وسلم الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر وقال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا ولكن هذا في حق لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاة والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدى اليه قبل ذلك لانه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللثبية على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدى الى فقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته مابال قوم نستعملهم فيقدموا بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهدى الى فهلا جلس أحدكم عند حمش أمه فينظر أيهدى اليه أم لا واستعمل عمر رضى الله عنه أبا هريرة رضى الله عنه فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهداية قال أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك فنظر أيهدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة ومن جملة الاكل بالقضاء ومما يدخل به عليه التهمة ويطمع فيه الناس فليتحرز من ذلك الا من ذى رحم محرم منه فقد كان التهادى بينهم قبل ذلك عادة ولانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفى الرد معنى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم من الملاعن فأما فى حق الاجانب قبول القاضى الهدية من جملة مايقال اذا دخلت الهدية من الباب خرجت الامانة من الكوة ولا ينبغى له أن يخلو فى منزله مع أحد الخصمين كما لا يسار أحد الخصمين ولا بأس بأن يقضى فى منزله وحيث أحب لان عمل القضاء لا يختص بمكان ولانه فى كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فاحسن ذلك وأحب الى أن يقضى حيث تقام جماعة الناس يعنى في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون أبعد عن التهمة ولانه يتمكن كل واحد من أن يحضر مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج الى من يهديه الى ذلك من الغرباء كان أو من أهل المصر ولا يقضي وهو يمشي ويسير على الدابة فانى أتخوف عليه من

ذلك الزلل لانه عند ذلك لا يكون معتدل الحال فيكون قلبه مشغولا بما هو فيه من المشى أو السير فلا يتفرغ بالنظر فى الحجج ولانه نوع من الاستخفاف وهو مأمور بان يصون قضاء عن أسباب الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان التكاءه نوع جلسة كالتربع ونحوه وطباع الناس فى الجلوس تختلف فمنهم من يكون التكاؤه أروح له واعتدال حاله عند ذلك أظهر والأصل فيه حديث أم سلمة رضي الله عنها في الرجلين الذين اختصما بين يدى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث الى أن قال وكان متكئا فاستوى جالسا فقد نظر في خصومتهما حين كان متكئا فعرفنا انه لا بأس بذلك وينبغي له أن يقضى بما في كتاب الله فان أتاه شيء لم يجده فيه قضى فيه بما أتاه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان لم يجده فيه نظر فيما أتاه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فقضي وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل انه اذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضى الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله صلى الله عليه وسلم أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابى رضى الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفتون به تارة ويروون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الرأى فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بعدهم فان كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها فى نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويبتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد أن يخالفهم فاذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على أن الحق لا يعدو مما قالوا فلا يجوز لاحد أن يخالفهم ويبتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الاقاويل فى نفسه لانهم لما اختلفوا ولم تجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالرأى فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي أن يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اخلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير الي الترجيح فان لم يبين له وجه الترجيح فله أن يعمل بأى الاقاويل شاء لان بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فنبغى أن يعمل بأحسنها فى نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة فان لم يجده فى ما جاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه فى ذلك وقاسه بما جاء منه ثم قضي بالذى يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لانه مأمور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه اجتهاد الرأى عند انقطاع سائر الادلة عنه فيشتغل به اذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبلة عند انقطاع الادلة والأصل فيه قوله تعالى

عتبروا يا أولى الابصار والاعتبار رد الشئ الي نظيره فالعبرة هو البيان قال الله تعالي ان فا كنتم للرأيا تعبرون والبيان يرد الشئ الى نظيره فان أشكل عليه شاور رهطا من أهل الفقه فيه وكذلك ان لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لانه يحتاج الى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع الى من يعرف ذلك كما اذا احتاج معرفة قيمة شئ فان اختلفوا فيه نظر الى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فأخذ به كما بينا عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم الا ان هنا ان رأي خلاف رأيهم فان استحسن وأشبه الحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه أقوى في حقه من رأى غيره فلو قضى برأيه كان قاضيا بما هو الصواب عنده واذا قضى برأى غيره كان قاضيا بما عنده انه خطأ وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب أولي وان لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الاقاويل نظر الى أفقههم عنده وأورعهم فقضى بفتواه فهذا اجتهاد مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يبين له الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة وقال صلي الله عليه وسلم التأني من الله والعجلة من الشيطان والأصل في الباب حديث الشعبي رضى الله عنه قال كانت القضية ترفع الى عمر رضى الله عنه وربما يتأمل في ذلك شهرا ويستشير أصحابه واليوم يفصل في المجلس مائة قضية وحديث ابن مسعود رضى الله عنه في المفوضة معروف فانه ردهم شهرا ثم قال أقول فيه برأيي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمني ومن الشيطان الحديث فعرفنا انه ينبغي للقاضى أن يتأنى ويشاور عند اشتباه الامر واذا قضى بقضاء ثم بدا له أن يرجع عنه فان كان الذى قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله يعني اذا كان مخالفا لنص أو لاجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل وهو جهل من القاضي وفى الحديث ردوا الجهالات الى السنة فان كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه على حاله وقضي فيما يستقبل بالذى أدى اليه اجتهاده ويرى انه أفضل لان القضاء الاول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ولزم علي وجه لا يجوز ابطاله والأصل فيه ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يقضى فى حادثة بقضية ثم ترفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافها فكان اذا قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وقال الشعبي رحمه الله حفظت من عمر رضى الله عنه فى الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل يقضى بما أدى اليه اجتهاده وأصله فى التحرى للقبلة وذكر عن شريح

رحمه الله انه كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعني في المجتهدات كان اذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدي اليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به وفيه دليل أن التابعي اذا أدرك من الصحابة رضى الله عنهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رأيه يعارض رأيهم لان شريحا رحمه الله كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضي الله عنهما ثم كان يبنى القضاء علي رأيه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان عليا رضى الله عنه يقول له قل يا أيها العبد ألا تنظر وقد رجع ابن عباس رضي الله عنهما الى قول مسروق رحمه الله في مسئلة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضي به ويستأنف القضاء وفي هذا دليل على انه كان يقضى باجتهاده فى مالم يوح اليه فيه وقد بينا انه كان لا يعجل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فاذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون ناسخا له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره أمر القبلة فانه صلى الله عليه وسلم بعد ماقدم المدينة كان يصلى الى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالأمر بالتوجه الى الكعبة وكان يستأنف القضاء بالناسخ ولا يبطل ماقضى به لان النسخ ينهى مدة الحكم ولا يبين أنه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ماتقدم من المجتهدات فانه لا ينقض ما كان قضى به الا أنهما يفترقان من حيث أن الرأى لا ينسخ الرأى وعن أم سلمة رضى الله عنها عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه بغير حق فانما أقضى له بقطعة من النار معنى قول اللحن أفطن وأقدر على البيان فاللحن فى اللغة هو الفطنة وفيه دليل لمن يقول ان قضاء القاضى لا يحل ما كان حراما فيكون حجة لمحمد رحمه الله فى مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ وأبو حنيفة رحمه الله يقول المراد الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعى الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد يلحقه بذلك عندنا وان كان الملك يثبت له بقضاء القاضى بسببه قال وأكره للقاضى أن يفتى للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسئلة الحبس قال انما أقضى ولست أفتي وقد كره بعض الناس للقاضى أن يفتى فى المعاملات أصلا وقالوا يفتي في العبادات وكره بعضهم أن يفتى فى مجلس القضاء وقالوا لا بأس به في

غير مجلس القضاء لان كل واحد من الامرين مهم فاذا جمع بينهما في مجلس يخاف الخلل فيهما والاصح انه لا بأس بان يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتي ويقضي والخلفاء رضي الله عنهم بعده كذلك وللقضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم واما الذي يكره له أن يفتي للخصم فيما خاصم فيه اليه لما قيل ان الخصم اذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك فلا يفتوى له في ذلك حتى تنقضي الخصومة وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال اختصم رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها فلم يلبسه العالم أن قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضى له وقعد المقضي عليه فقال يا رسول الله عليك السلام والله الذي لا اله غيره ان حقي لحق فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتي به فاخبره بالذي حلف عليه فقال يارسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه الصلاة والسلام عاوده فعاوده فلم يلبسه أن قضى له فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال والله الذي لااله الاهو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب بالحق ان حقي لحق يعلم ذلك نفسه فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتي به فاخبره فقال ان شئت عاودته فقال عليه السلام لا ولكن اعلم ان من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فانما يقتطع قطعة من نار فقال الرجل ألحق حقه فكان النبي صلي الله عليه وسلم متكئا فجلس وقال من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فليتبوأ مقعده من النار قال أبو هريرة رضي الله عنه فكانت هذه أشد من الأولى وفيه دليل على انه لا ينبغي للقاضي أن يكف عن القضاء مخافة تلبيس بعض الخصوم عليه فقد كانوا يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحي وهو معصوم وفيه دليل أنه لا بأس للمرء أن يحلف مختارا فقد حلف الرجل مرتين من غير أن طلب ذلك منه ولم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك وفيه دليل على ان القاضي اذا ارتاب في شئ من قضائه ينبغي له أن يتثبت في ذلك ويحتاط (ألا ترى) أن النبي صلي الله عليه وسلم أمره بالمعاودة حين حلف المقضى عليه أن حقه حق وكان ذلك احتياطا منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضي فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم القطعين في الوعيد الثاني أشد من الأول كما قاله أبو هريرة رضي الله عنه وهذا لان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه قال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه فكما أن من قصد قتل

المسلم بغير حق فجزاؤه ما قال الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك اذا قصد أخذ ماله بالباطل والتلبيس (قال) وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده فان كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له اشهد بكذا فان هذا تلقين وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأسا أن يقول أتشهد بكذا وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرأى ما بالشهود من الحبر عند أداء الشهادة بالحق فان لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان اذا لم يعنه القاضي على ذلك وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وأمرنا باكرام الشهود قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع الى اكرامه بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أتشهد بكذا لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه وفي مذهبه نوع رخصة والعزيمة فيما ذهب اليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة أحد الخصمين إما صورة أو معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك وقد لم يجز له أن يلقن المدعي مع أن الدعوى لا تكون ملزمة فلان لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولى ولان عادة بعض الناس أن المحتشم اذا لقن أحدهم شيئا ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيما له فلا يأمر القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين تعليم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فلهذا أكره له أن يلقنه ولا يضر القاضي أن يقدم الشهود جميعا أو واحدا واحدا لان الثابت بالنص اشتراط العدد والعدالة في الشهود وبذلك يظهر جانب رجحان الصدق فالتفريق بينهم في المجلس يكون زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا أن يرتاب في أمرهم فعند ذلك عليه أن يحتاط لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك ومن الاحتياط أن يفرق بينهم الا أنه لا ينبغي له أن يتعنت معهم فان التعنت يخلط على الرجل عقله وان كان صحيحا في شهادته ولان الشاهد أمين فيما يؤدي من الشهادة ولم يظهر خيانته للقاضي فلا يتعنت معهم وقد أمرنا باكرامهم الا أنه اذا اتهمهم وفرق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم أين كان هذا وكيف ومتى كان فهو من باب الاحتياط ودفع الريبة لا من باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلافا يفسد الشهادة أبطلها وان كان لا يفسدها أجازها ولا يطرحها بالتهمة والظن فان الظن لا يغني من الحق شيئا

قال صلى الله عليه وسلم اذا ظننت فلا تحقق فما لم يعلم منهم سواء أو يسمع منهم عند السؤال اختلافا مفسدا لشهادتهم لم يمنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن واذا لم يطعن الخصم في الشاهد فلا ينبغى أن يسأل عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولكنه يقضى بظاهر العدالة الا أن يطعن الخصم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يسأل عنهم وان لم يطعن الخصم وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يفتى في القرن الثالث وقد شهد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدق والخيرية بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس قرنى الحديث وكانت الغلبة للعدول فى ذلك الوقت فلهذا كان يكتفى بظاهر العدالة وهما أفتيا بعد ذلك فى القرن الذى شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهله بالكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وكانت الغلبة فى ذلك الوقت لغير العدول فقال لا بد للقاضى أن يسأل عن الشهود وحجتهما أن اشتراط العدالة فى الشاهد للقضاء بشهادته ثابت بالنص قال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقبل السؤال عنهما صفة العدالة محتملة فيهما والشرط لا يثبت بما هو محتمل * توضيحه ان على القاضى أن يصون نفسه عن القضاء بشهادة الفاسق فقد أمر بالتثبت فى خبر الفاسق فانما يسأل عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف على ذلك على طلب الخصم ولان كان ذلك لحق الخصم فليس لكل خصم يبصر حجته فربما يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالطعن فيهم والقاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (ألا ترى) انا فى الحدود يسأل عن الشهود وان لم يطعن الخصم لهذا المعنى فكذلك فى الاموال وأبو حنيفة رحمه الله استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول بعضهم على بعض فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع أقوى من تعديل المزكى ثم العدالة هى الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبيان طريق عدل جائر وقد علم القاضى منهم الاستقامة واعتقد وذلك يحمله على الاستقامة فى التعاطى فعليه أن يتمسك به مالم يظهر خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر مزكى وانما يعتمد هذا الدليل اذا لم يطعن الخصم فأما بعد طعنه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من أن يجازف بالطعن فيهم فللتعارض وجب على القاضى أن يسأل حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزكى فأما فى الحدود يسأل وان لم يطعن الخصم احتيالا للدرء وقد أمر بدرء الحدود ولان الحدود ان وقع فيها غلط لا يمكن تداركه وبظاهر العدالة لا تنتفى الشبهة فيما يندرئ بالشبهات لا يكتفى بذلك فأما المال مما يثبت مع

الشبهات واذا وقع الغلط فيه أمكنه التدارك فيكتفى بظاهر العدالة فى ذلك مالم يطعن الخصم واذا سأل عن الشهود لم يقض بشهادتهم حتى تأتى مسألته مزكاة يعنى ان المزكى ان كتب فى جوابه أنهم عدول لا يكتفى بذلك فالعدل قد لا يكون من أهل الشهادة كالعبد عدل فى روايته وكذلك ان كتب عدول أحرار فالمحدود فى القذف بعد التوبة حر عدل وكذلك ان كتب أنه نفذ فقد بطل هذا اللفظ على المستور الذى لا يعرف حاله فان كتب أنه مزكى فهو تنصيص على وجوب العمل بشهادته ولان القاضى انما طلب من المزكى التزكية فينبغى أن يجيبه الى ماطلب بلفظه كما أنه لما طلب من الشاهد أن يشهد فما لم يأت بلفظة الشهادة لا تقبل شهادته واذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم فانه ينبغى له أن يترجم عنهم له رجل مسلم ثقة واتخاذ الترجمان للحاجة قد كان عليه الناس فى الجاهلية وبعد الاسلام ولما جاء سلمان رضى الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلم ترجم يهودى كلامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فخان فى ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضى الله عنه أن يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف أنه يشترط فى المترجم أن يكون عدلا مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق بالعدالة ويشترط الاسلام أيضا لان الكفار معادون للمسلمين فالظاهر أنهم يقصدون الجناية فى مثل هذا قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى افساد أموركم فلهذا لا يقبل القاضى الترجمة الا من مسلم عدل والواحد لذلك يكفى والمثنى أحوط فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط فى الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذلك الخلاف فى التزكية عندهما تزكية الواحد يكفى والمثنى أحوط وعند محمد رحمه الله لابد من عدد الشهادة فى ذلك وكذلك الخلاف فى رسول القاضي الى المزكى فمحمد رحمه الله يقول مالم يفهم القاضى فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا وهو انه انما يسمع من المترجم لانه يفهم قول المترجم وعليه ينبنى الحكم فكانت الترجمة فى حقه بمنزلة الشهادة (ألا ترى) أنه يعتبر فيها مايعتبر فى الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد وهذا لانه يلزم على القاضى القضاء وهذا آكد مايكون من الالزام فيشترط العدد فيه لطمأنينة القلب كالشهادة الا أنه لا يشترط

لفظة الشهادة لان اشتراط ذلك في الشهادة ليس لمعنى الالزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف ولهذا أعظم الوزر في شهادة الزور كما في اليمين الغموس والمدعى هو الذى يأتى بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم شرطنا لفظة الشهادة وأما المترجم بحيازة القاضي فينعدم في حقه مثل تلك التهمة فلهذا لا يشترط في حقه لفظة الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال المترجم مخبر غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما في الشهادة على رؤية هلال رمضان والدليل عليه أنه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين سائر الاخبار بلفظ الشهادة فاذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه ففي العدد أولي واشتراط الاسلام والعدالة هنا بمنزلة اشتراط ذلك في رواية الاخبار واشتراط الحرية لانه يلزم الغير ابتداء من غير أن يلتزم شيئا فكان من باب الولاية والرق تبقي الولاية علي الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة علي هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه ثم يتعدى الي غيره فلا تشترط الحرية فيه لذلك ومع أن الواحد يكفي لذلك كما في رواية الاخبار ولكن رجل وامرأتان أوثق لانه في الاحتياط اقرب قال وينبغي للقاضي ان يتخذ كاتبا من اهل العفاف والصلاح لانه محتاج الى ان يكتب ماجرى في مجلسه وربما يعجز عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كاتبا لذلك والكاتب نائبه فينبغي أن يشبهه في العفاف والصلاح والكاتب من أقوى مايعتمد عليه القاضي فلا يفوضه الا الى من هو معروف بالصلاح والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم لم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج الى الرجوع الى ما في يده من المكتوب في كل حادثة فليكن بمرأ العين منه أو لانه لا يأمن عليه من أن يخدعه بعض الخصوم بالرشوة اذا لم يكن بمرأ العين من القاضي ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة في صحيفة بيضاء وحدها ثم يطويها ويخزمها ويختمها بخاتمه للتوثق كيلا يزادِ فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان في شهر كذا في سنة كذا حتى يتيسر عليه تميزها من سائر الصحائف اذا اختلفت بها ولا يحتاج في ذلك الى فتح الخاتم فقد يشق عليه ذلك في كل وقت ويجعل خصومة كل شهر في قمطر علي حدة لا يخالطها شئ آخر والقمطر اسم لخريطة القاضي وفيه لغتان قمطرة وقمطر وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة علي حدة ليتيسر عليه وجودها

عند الحاجة اليها ويجدها بأدنى طلب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج اليه عند منازعة الخصوم والاصل في كتاب التاريخ ماروى ان عمر رضى الله عنه لما اراد أن يكتب الى الآفاق قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب اذا لم يكن مؤرخا فجمع الصحابة وشاورهم في التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقي ذلك الى يومنا هذا قال وليباشر هو بنفسه مسائل الشهود فيكتبها أو يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر الى أهل الثقة عنده والعفاف والصلاح فيبعث كل مسئلة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحد منهما على مايبعث به مع صاحبه لان قضاءه ينبني على الشهادة فلا يدع في بابها أقصى ما في وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح رحمه الله تزكية السر فقيل له أحدثت يا أبي أمية فقال أحدثتم فأحدثنا فكان يجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية فيسأل عن حال الشهود في السر ثم يحضر الشهود والمزكون ليزكوهم علانية فيقول هؤلاء الذين زكيناهم وهو أتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ابقاء للستر على الناس وتحرزا عن الفتنة التي تقع بين المزكين وبعض الشهود في تزكية العلانية اذا ميزوا المجروح فلهذا يكتفى بتزكية السر في زماننا وانما لا يطلع واحد من الرسولين على ما يبعث به مع صاحبه كيلا يتواضعا بينهما على شيء وان استطاع أن لا يعرف له صاحب مسألة فليفعل لانه اذا كان معروفا فيرجع اليه بعض الخصوم فيخدعه بالرشوة أو تخوفه بعض الشهود فيزكي المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط أن لايعرف له صاحب مسألة ولكن في زماننا اتخذوا التزكية عملا فيشتهر المزكي لذلك لامحالة والاحتياط للقاضي أن يسأل عنه وعن غيره من العدول وأهل الصلاح ممن يقف عليه القاضي ولا يعرفه الخصوم واذا أتاه تزكية رجل من ثقة وأتاه من ثقة آخر انه غير عدل أعاد المسئلة لوقوع التعارض بين الخبرين فان النافي معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بينا في كتاب الاستحسان وذكرنا هنالك انه اذا اتفق رجلان على التزكية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد الذي خرج لان المثنى حجة في الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد واذا اجتمع رهط على التزكية ورجلان عدلان على الجرح أخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفي عليهم ماعرفه اللذان جرحا من العارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثنى حجة في اثبات الحكم (قال) وينبغي أن يكتب الشاهد اسمه ونسبه وحليته ومنزله في دار نفسه

أوفى دار غيره لانه مالم يصر معلوما عند من يسأل عن حاله لايمكنه ان يسأل وانما يصير معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان أعرف الناس بحال المرء جيرانه (ألا ترى) ان ذلك الرجل لما قال يارسول الله عليك السلام كيف أنا قال صلى الله عليه وسلم سل جيرانك وانما يتمكن من أن يسأل جيرانه عن حاله الاعرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتلبيس على القاضي فيتحرز عن ذلك بان يكتب منزله ويسأل عن التزكية في العلانية بعد التزكية في السر لانه ربما يشتبه على المزكي أو يلتبس عليه فيزكي غير من شهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انه استحسن ترك ذلك في زماننا للتحرز عن الفتنة/ واذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له أن يقضي بذلك ان لم يتذكر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضي به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فالقاضي لكثرة أشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جازله أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمي ليس في وسعه التحرز عند النسيان (الا ترى) الى ماذكر الله تعالى في حق من هو معصوم فقال الله تعالى سنقرئك فلا تنسى الا ماشاء الله وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمى الانسان انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسي ولم نجد له عزما فلو لم يجزله الاعتماد على كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج مدفوع ثم ما كان في قمطرة تحت خاتمه فالظاهر انه حق وان لم يصل اليه يد معتبرة ولا زائدة فيه والقاضي مأمور باتباع الظاهر ومذهب أبي حنيفة رحمه الله هو العزيمة فالمقصود من الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمرآة للعين وانما تعتبر المرآة ليحصل الادراك بالعين فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فاذ لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضي ان يقضي الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه وهذه ثلاثة فصول أحدها ما بينا والثاني في الشاهد اذا وجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع الحديث فوجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا غيره وهو خط معروف ولكنه لم يذكر في الفصول الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت له

روايته لانه كان يشترط في الرواية الحفظ من حين سمع الى ان يروى واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله نصر الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من يسمعها ومحمد رحمه الله في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير على الناس وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا وابو يوسف رحمه الله في مسئلة القاضي ورواية الحديث أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده وفي مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغيير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه في الشهادة ما لم يتذكر الحادثة وان وجد القاضي سجلا في خريطته ولم يتذكر الحاجة فهو على الخلاف الذي بينا وان نسي قضاءه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهد أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك وقيل على قول أبي يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضي به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوي الاصل فسمعه ممن يروى عنده فعند أبي يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه كما لا يفعل ذلك شاهد الاصل اذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك للتيسر من الوجه الذي قلنا وعلى هذه المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاث مسائل سمعها محمد من أبي يوسف رحمهما الله ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله فكان لا يعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه في ذلك ومحمد رحمه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء على مذهبه فحال القاضي كذلك وما وجد في ديوان القاضي بعد أن يعدل من شهادة أو قضاء أو اقرار فهو غير مأخوذ به ولا مقبول الا أن تقوم بينة أنه قضى به وأنفذه وهو قاضي يومئذ لان القاضي الثاني لا يعلم حقيقة شئ من ذلك وولاية القاضي فوق ولاية الشهادة فاذا كان لا يجوز للمرء أن يشهد بما لا يعلم فلا يجوز له أن يقضى بما لا يعلمه أولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق اثباته عند القاضي اقامة البينة ويشترط أن يشهدوا أنه كان قاضيا حين قضى بهذا فلعله أنفذه بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتبا من أهل الذمة * بلغنا أن أبا موسى الاشعرى قدم على عمر رضي الله عنهما فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من أهل الذمة فغضب عمر رضي الله عنه من ذلك

وقال لا تستعينوا بهم فى شئ وأبعدوهم وأذلوهم فاتخذ أبو موسى كاتبا غيره ولان ما يقوم به كاتب القاضى من أمر الدين وهم يخونون المسلمين فى أمور الدين ليفسدوه عليهم (قال) الله تعالى لا تتخذوا بطانة الآية وان عمر رضى الله عنه أعتق عبدا له نصرانيا يدعي بحنس وقال لو كنت علي ديننا لاستعنا بك في شئ من أمورنا ولان كاتب القاضى يعظم فى الناس وقد نهينا عن تعظيمهم قال صلى الله عليه وسلم أذلوهم ولا تظلموهم ولا تتخذوا كاتبا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته لان الكاتب ينوب عن القاضى فيما هو من أهم أعماله فلا يختار لذلك الا من يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضى الى الاعتماد على شهادته فى بعض الامور أو يحتاج بعض الخصوم الي شهادته فلا يختار الا من يصلح للشهادة ولا بأس بان يكلف القاضى الطالب صحيفة يكتب فيها حجته وشهادة شهوده لان منفعة ذلك له والذى يحق على القاضى مباشرة القضاء فاما الكتبة ليست عليه فلا يلزمه اتخاذ الصحائف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان فى بيت المال سعة فرأى أن يجعل ذلك من بيت المال فلا بأس بذلك لانه يتصل بعمله وكفايته فى مال بيت المال فما يتصل به لا بأس بأن يجعل فى مال بيت المال وعلى هذا أجر كاتب القاضى فانه ان جعل كفايته فى بيت المال لكفاية القاضى ليحتسب فى عمله فهو حسن وان رأى أن يجعل ذلك علي الخصوم فلا بأس به لانه يعمل لهم عملا لا يستحق على القاضى مباشرته وكذلك أجير قاسم القاضى واذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضى فشهد عنده كاتبان له ان شهوده فلان وفلان وقد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما ما أشهد الكاتبين على شهادتهما ولا يقبل شهادة الانسان على شهادة غيره واذا لم يشهده علي شهادته وينبغى للقاضى أن يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه أو وكيله حتى لا يغير شيئا من موضعه لان الشهود ان زادوا شيئا أو حرفوه طعن فيه وخاصم ورفع ذلك الى القاضى نائبه وكون الكاتب بمحضر منه أقرب الى النظر له والى نفى التهمة عن القاضي وان كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لانه يكتب ماسمع وهو أمين فى ذلك ما لم تظهر خيانته وينبغى للقاضى أن يعرض كتاب الشهادة بعدما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئا أو حرفه عن موضعه لان حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصى فى الاحتياط فيه وذلك فى العرض علي الشاهد بعدما يكتب ولهذا قيل اذا لم يكن ماهرا في العربية ينبغى له أن يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله الى لغة أخرى مخافة الزيادة والنقصان والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قال رحمه الله اعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكنا جوزنا العمل بكتاب القاضي الى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث على رضى الله عنه أنه جوز ذلك ولحاجة الناس الى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب الي مجلس ذلك القاضي ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك الي القاضي المكتوب اليه فللتيسير جوزنا ذلك ولكن فيما يثبت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهته كما أشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندرئ بالشبهات ولان ذلك نادر لا تعم البلوى به فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ماتعم البلوى به لان الحاجة تمشي الى ذلك فاذا أتى القاضي كتاب قاضي سأل الذى جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على مافيه فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا شهدوا انه خاتمه وكتابه قبله وان لم يعرف مافيه وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي قد يستمل على شئ لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ولكنا نقول ماهو المقصود لا بد من أن يكون معلوما للشاهد والمقصود مافي الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا يستمل على شئ سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتابا آخر علي حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (قال) ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل

ألفاظ الشهادة كتابة الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته ثم لا تسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم فاذا قرأه عليه وعلم ما فيه فانه ينبغى له أن يخرمه ويختمه لكيلا يغير شيئا منه ويكتب عليه اسم صاحبه ليتيسير عليه وجوده في قمطره عند الحاجة اليه واذا وصل الكتاب الى هذا القاضي بعد ما مات الكاتب أو عزل لم يعمل به لانه ما أتاه كتاب القاضي لان الكاتب قد انعزل حين عزل أو مات فانما أتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لا يصلح حجة للقضاء وان مات ذلك أو عزل بعد ما وصل الكتاب الى هذا القاضي وقرأ ما فيه فانه يعمل به لان الذى أتاه كتاب القاضي وقد بينا أن الكتاب فى معنى الشهادة على الشهادة والشاهد على الشهادة اذا مات بعد أداء الشهادة يجوز العمل بشهادته بخلاف ما اذا مات قبل الاداء فكذلك كتاب القاضي الى القاضي لان وصول الكتاب اليه وقراءته في معنى أداء الشهادة فى مجلسه وان مات المكتوب اليه أو عزل قبل أن يصل اليه الكتاب ثم وصل الى الذى ولى بعده لم يعمل به لان الكتاب الى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل اليه وقرأه ثم مات قبل أن يقضى به لم يعمل به من بعده بمنزلة ما لو شهد الشهود فى مجلسه فمات قبل أن ينفذه الا أن يكون الكتاب الى كل من يصل اليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب اليه لحاجة الناس الي ذلك استحسانا الا أنه يكلف الخصم اعادة البينة على الكتاب والختم بين يديه لان ما قام من البينة فى المجلس الاول قد بطل بموته قبل تنفيذه وان كتب القاضي الى قاضي فى حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغى له أن يسمى الشهود فى الكتاب وينسبهم الى آبائهم وقبائلهم والاصل أن الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه باقصى ما يمكن (ألا ترى) انه لا يعرف المحدودات الا بذكر الحدود فيعرف الآدمى بالنسب والاسم لان ذلك أقصى ما يمكن فى تعريفه اذا تعذر احضاره وتمام ذلك بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده فالمقصود تميزه عن غيره والتميز يحصل بهذا فقل ما يتفق رجلان فى الاسم والنسب بهذه الصفة ولأن كان فهو نادر ويذكر قبيلته أيضا ولو اكتفى بذكر اسمه واسم أبيه واسم قبيلته جاز أيضا فقل ما يتفق رجلان فى قبيلة واحدة باسمهما واسم أبيهما ويقام ذكر القبيلة مقام ذكر الجد فهو الجد الأعلى وان ذكر اسمه واسم أبيه فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك يكفى اذا عرفه بصناعة وهو معروف بها وعند أبي

حنيفة رحمه الله لايكفي لان ذكر الصناعة ليس بشيء فقد يتحول الانسان من صناعة الى صناعة فان كان قدعرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء فالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه اذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغي أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر مايشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب اليه أن يكتب به الى قاض آخر فعله لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكانه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضي الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثاني لان الخصم قد يهرب الى بلدة أخري قبل قضاء المكتوب اليه بذلك عليه واذا سمع القاضي شهادة الشهود وكتب بها الي قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع اذا استقصى بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجز له أن يقضي بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذى سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بمحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وانما نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رأيه كما اذا شهد الفروع عنده على شهادة الأصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثانى ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضي فى المجتهدات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للأول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثانى أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ماقضى بشيء (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به الى الثاني وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثاني لا ينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضي فى شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرئ بالشبهات

وللشافعي رحمه الله قول ان ذلك مقبول الا في الحدود التي هي لله تعالى خالصا وأصل ذلك في الشهادة على الشهادة وسيأتيك بيانه في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يقبل كتاب قاضي رستاق ولا قرية ولا كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضي والقاضي الرستاق متوسط وليس بقاضي فالمصر من شرائط القضاء في ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجمع والاعياد فيكون مختصا بالمصر وذلك في بعض النوادر أن قاضي القرية اذا قضى بشيء بعد تقليد مطلق فقضاؤه نافذ فعلى هذا اذا كان قاضي الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا اذا خرج قاضي المصر الى قرية وهي خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه في ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلى رواية النوادر ينفذ قضاؤه وكثير من المتأخرين رحمهم الله أخذوا بذلك قالوا أرأيت لو كانت الخصومة في ضيعة في بعض القرى فرأي القاضي الاحوط أن يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشاهدة ويحكم عند الضيعة أما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تأويل ما قال في الكتاب أنه لا حاجة الى قبول كتاب القاضي الرستاق فانه يتيسر احضار الخصم مع الشهود في مجلس القضاء في المصر ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضي مدينة فيها منبر وجماعة أو كتاب الامير الذى استعمل القاضي لا له بما كفل كتاب من تلك تنفيذ القضاء والامير الذي استعمل القاضي لو نفذ القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضي بأمره فكذلك قاضي المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضي الرستاق ولا تجوز شهادة أهل الذمة على كتاب قاضي المسلمين لذمي على ذمي ولا على قضائه لانهم يشهدون على فعل المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في اثبات فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في قضاء قاضي المسلمين وكتابه وخاتمه لان الاشهاد على ذلك منه في مجلسه ومجلس قاضي المسلمين يحضره المسلمون دون أهل الذمة واذا جاء بكتاب القاضي ان لفلان على كذا وكذا من الدين لم يجز حتى ينسبه الى أبيه والى فخذه التي هو بها أو بنسبه الى تجارة يعرف بها مشهورة وقد بينا قول أبي حنيفة رحمه الله في النسبة الي التجارة لأنها لا تقوم مقام النسبة الى الفخذ الا أن يكون شيئا مشهورا لا يخفى على أحدوان كان في تلك الفخذ أو الى التجارة اثنان

كذلك لم يجز حتى ينسب الى شيء يعرف به من الآخر لانه لابد من تميز المشهود عليه من غيره (ألا ترى) انهما لوشهدا على أحد الرجلين بحضرتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك فى حق الغائب لابد من تمييز المشهود عليه من الآخر على وجه لايبقى فيه شبهة وان لم يكن كذلك الا واحدا فاقام الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وانه قد مات لم يقبل ذلك منه اذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وان كان بعده قبلته وأبطلت الكتاب الذى جاء به المدعي لان الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضى ولو كان معلوما عند القاضى وجوده وموته قبل تاريخ الكتاب لم يمتنع لاجله من العمل بالكتاب لان فى الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا فانما ينصرف ذلك الى الحى دون الميت لانه اذا كان المقصود الميت يذكر فى الكتاب فلان الميت وأما اذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منهما كان حيا حين كتب القاضى الكتاب وليس فى الكتاب مايميز أحدهما عن الآخر أرأيت لوادعي هذه الدعوى على ورثة الميت واحتج ورثة الميت بالحى أ كان يتمكن القاضى من القضاء على ورثة الميت بشيء وليس فى الكتاب مايميز مورثهم من الآخر الا أن يكون فى الكتاب فلان بن فلان لفلان وقد مات فيعلم بذلك أن المشهود عليه الميت منهما دون الحى وان كان نسبه فى ذلك الكتاب الى أبيه والى بكر بن وائل أوالى تميم أوهمدان لم أجزه حتى ينسبه الى فخذه التى هو منها أدناها اليه بعد أن يقول قبيلته عليها العرافة لان المقصود التعريف وذلك لايحصل الا بنسبته الى أدنى الافخاذ أرأيت لو قالوا فلان بن فلان العربى أونسبوه الى آدم صلى الله عليه وسلم أ كان يحصل التعريف بذلك (قال) الا أن يكون رجلا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل ذلك اذا نسبه الى تلك الشهرة فالتميز بينه وبين غيره يحصل بالشهرة فتقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجز ذلك كما لوشهدوا به فى مجلسه وهذا لان المشهود به مجهول فقيما لايمكن احضاره مجلس القاضى التعريف بذكر الحدود فيبقى مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حدوها بحدين الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا ذكروا أحد حدى الطول وأحد حد العرض يجوز للقاضى أن يقضى ويكتفى به وهذا ليس بصحيح لان بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فان حدوها بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا استحسانا وعلى قول زفر رحمه الله لايجوز لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع وقياس هذا بما لوذكروا الحدود الاربعة وغلطوا فى أحدها ولكنا نقول

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فاذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا فى ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما اذا خالفوا في ذكره كما اذا ادعي شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود فى العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمى ثم هنالك الشهرة تغني عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمى فانه لا يزاد فيها ولا ينقص منه والحاجة هنالك الى اعلام أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدى عبد فلان بن فلان الفلانى كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكه فالنسبة الى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب الى مالكه (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكه دون أبيه فاذا نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد الى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف فى الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك فى العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما فى القياس سواء وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الآبق مايقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة فى شئ بعينه لا فى العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى لان الاشارة الى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء واذا أتى كتاب القاضى الي القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه اليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان علي ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضي اليه وانما يصير معلوما

بشهادة الشهود فكذلك اذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بعض القضاة كتبه العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له فى ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس يجب الختم فان فتح الكتاب فلم يكن فى داخله اسم الكاتب والمكتوب اليه أو كان فيه اسمهما دون اسم أبيهما لم يقبله لانه انما تقبل كتاب القاضى اليه ولا يصير ذلك معلوما الا بالعنوان فى داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب اليه فاذا لم يكن ذلك لا يقبله والحاصل أن العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه تغيير ذلك فاذا كان فيه تعريفا تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسماؤهما واسما أبائهما قبله اذا شهدت الشهود على مافى جوفه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فيه كنايتهما دون اسمائهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ماقيل المكنى با كنى الا ان يكون مشهورا كشهرة أبى حنيفة رحمه الله فحينئذ يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من فلان الى ابن فلان لم يجز لانه لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب الفلان الى الاب الادنى وقد ينسب الى من فوقه وقد يكون لابنه بنون سواه فان كان مشهورا مثل ابن أبى ليلى وابن شبرمة رحمهما الله جاز ذلك لحصول المقصود بذكر ماهو مشهور ولو كتب اسم القاضى ونسبه الى جده ولم ينسبه الي أبيه لم يجز لان التعريف يحصل بالنسبة الى الاب الادنى فالنسبة اليه حقيقة والى الجد مجازا (ألا ترى) أنه ينفى عنه باثبات غيره ولو كان على عنوانه أسمائهما واسماء أبائهما لم يجز ذلك الا أن يكون ذلك فى داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء ولو كتب القاضى الى الامير الذى استعمله وهو في المصر معه أصلح الله الامير ثم اقتص القصة وجاء بكتابه معه فعرفه الامير ففى القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضى لا يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر الى مصر وكذا لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم أبيه واسم المكتوب اليه واسم أبيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في المصر الى هذا فانه يتيسر عليه أن يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز للأمير أن يمضى هذا لانه متعارف ويشق على القاضى أن يأتى الامير بنفسه فى كل حادثة ليخبر بها ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته فى حق جواز العمل به فكذلك اذا كتب اليه بذلك رقعة ولم يجر الرسم بمثله في الكتاب من مصر الى مصر آخر فشرطنا هناك شرائط كتاب القاضي الى القاضى ويجوز علي كتاب القاضي الشهادة علي الشهادة وشهادة امرأتين مع رجل

لانه مما يثبت مع الشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال حجة القضاء فيما يثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلى عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم وفيه دليل على ان الامام يعطى القاضى كفايته من مال بيت المال وانه لا بأس للقاضى أن يأخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية عياله فى مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم يأخذ واحتسب فى عمل القضاء فهو خير له والأصل فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية فى الوصى وهو يعمل لليتيم كما أن القاضى يعمل للمسلمين وان الصحابة رضوان الله عليهم فرضوا لابى بكر رضي الله عنه مقدار كفايته من مال المسلمين الا أنه أوصى الى عائشة رضي الله عنها أن ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضى الله عنه يرحمك الله لقد أتعبت من بعدك وعمر رضى الله عنه كان يأخذ كفايته من مال بيت المال وعلى رضى الله عنه كذلك كان يأخذ كما قال ان لى من مالكم كل يوم قصعة ثريد وعثمان رضي الله عنه كان لا يأخذ لثروته ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال مالى لا أرتزق وأستوفى منه وأوفيهم اصبر لهم نفسى فى المجلس واعدل بينهم فى القضاء وان شريحا رحمه الله كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضي الله عنهما وعمر رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر مائة درهم وعلى رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر خمسمائة درهم وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضي الله عنه ورخص سعر الطعام وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه وغلاء سعر الطعام فاذ رزق القاضى لا يتقدر بشئ لان ذلك ليس بأجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض أصدقاء شريح رحمه الله عاتبه فى ذلك وقال لو احتسبت قال فى جوابه ومالى لا أرتزق فبين انه فرغ نفسه لعمل القضاء ولا بد له من الكفاية فاذا لم يرتزق احتاج الى الرشوة ففيه بيان أن القاضى اذا كان محتاجا ينبغى له أن يأخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع فى أموال الناس وذكر عبد الله بن يحيى الكندى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا وفيه دليل أن القاضي يتخذ قاسما لانه يحتاج الى ذلك فانه فى المواريث اذا بين الانصباء بما يطالب بالقسمة ليتم بها انقطاع المنازعة وهو لكثرة أشغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما يستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتبا ثم الأولى أن يجعل كفاية قاسم القاضى فى بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تتمة ما انتصب القاضى له فان لم يقدر على ذلك أمر الذين يريدون القسمة أن يستأجروه بأجر

معلوم وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضى فالقضاء يتم ببيان نصيب كل واحد من الشركاء والقسمة عمل بعد ذلك فلا بأس بالاستئجار عليه كالكتابة ولا ينبغى له أن يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضعة مع قسامه ولانه اذا أكره الناس على ذلك يتحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم وأيما قوم أصطلحوا على قسمة قاسم آخر جار بينهم بعد أن لا يكون فيهم صغير ولا غائب لان الحق لهم وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم آخر من جملة النظر منهم لانفسهم وان كان فيهم صغير أوغائب فهم يحتاجون الى رأى القاضى فى ذلك لان الصغير والغائب عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان أمرهم بالقسمة وفيهم صغير أوغائب فاستأجروا قساما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد أن يكون عدلا يعرفه القاضى جاز ويأمره أن يقسم بينهم لانه ان لم يفعل هذا وألزمهم استئجار قاسمه يحكم عليهم فى الأجر ثم أجر القاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى وصاحب النصيب القليل والكثير سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الأجر عليهم على قدر الانصباء وهذه مسئلة كتاب القسمة وان اتخذ القاضى جماعة من القسامين فذلك حسن ولكن الأولى أن لا يشرك بينهم فانه أجدر أن لا يتحكموا على الناس لانه اذا أشرك بينهم تواضعوا على شئ فتحكموا على الناس ولانه اذا لم يشرك بينهم يؤمن عليهم الميل الى الرشوة لانه ان فعل ذلك أحدهم أظهره عليه صاحبه واذا أشرك بينهم يفوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا منهم على شئ بعينه لم يدخل بقسم معه في ذلك لانه لا شركة بينهم واذا شهد قاسمان على قسمة قسماها بين قوم بأمره بأن كل إنسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الأول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد رحمه الله لانهما يشهدان على فعل أنفسهما ولأنهما فى الحقيقة يدعيان ايفاء العمل الذى استؤجر عليه وأداء الامانة في ذلك بايصال نصيب كل واحد منهم اليه والدعوى غير الشهادة و حجة قولهما أنهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما شيئا لان الخصوم متفقون على أنهما قد وفيا العمل وان العقد انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل أنفسهما لان عملهما التميز والمشهود به استيفاء كل انسان نصيبه وذلك فعل المستوفى ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان القاسم ليس بقاضى والقاضى هو المخصوص بأن يكتفى بقوله فى الالزام فاما القاسم فيما يشهد به

كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك أمين القاضي اذا أمره القاضي أن يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكر المدفوع اليه فالامين يتصدق في نزاهة نفسه لانه يذكر وجوب الضمان عليه ولا يصدق على الآخر انه قبض لانه ليس بقاض فالحجة لاتتم بقوله وأيما رجل ادعى غلطا في القسمة فانه لا تعادله القسمة ولكنه يسأل البينة على ما يدعى من الغلط لان الاصل هو المعادلة فى القسمة والظاهر ان القاسم يؤدى الامانة فى ذلك فن ادعى خلاف ذلك لم يصدق الا بحجة ولا ينبغى للقاضى أن يتخذ قاسما ذميا ولا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أعمى ولا فاسقا ولا أحدا ممن لاتجوز شهادته وقد بينا هذا فى الكاتب فكذلك في القاسم لان كل واحد منهما ينوب عن القاضي فيما يكون من تتمة عمله وقد تحتاج الخصوم الى شهادة القاسم فلا يختار لذلك الامر الامن يكون أهلا لاداء الشهادة لانه اذا كان بخلاف ذلك ولم يرد القاضي شهادته وجد الناس لذلك مقالا في القاضي يقولون لم اخترته اذا كنت لاتعتمد قوله واذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أوغيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن يقيم عليه الحد فى القياس لانه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب وفى الاستحسان لايقيم عليه الحد حتى لو شهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لما روى ان عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لو رأيت رجلا على حد ثم وليت هل تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معى غيرى فقال أصبت وعن الزهرى عن أبى بكر رضى الله عنه يجوز ذلك ولان الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفيها الامام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق وهو مأمور بان يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصم يطالب به من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك *توضيح الفرق ان المقر بالحدود التى هى من حقوق الله تعالى اذا رجع صح رجوعه ولم يكن للقاضى ولاية الاقامة لوقوع التعارض بين خبريه فكذلك اذا أخبر القاضى أنه رأى ذلك وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم أمين فيما يخبر به من حق الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لان ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار

بحكم القاضي

فاما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضى أن يلزمه ذلك باقراره فكذلك له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك لان معاينته السبب أقوى في افادة العلم من اقرار المقربة وهذا اذا رأى ذلك فى مصره الذى هو قاض فيه بعد ماقلد القضاء فأما اذا كان رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقضى فليس له أن يقضى بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يقضى بعلمه في ذلك لان علمه بمعاينة السبب لايختلف بما بعد أن يستقضى وقبله وهو أقوى من العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود فان معاينة السبب تفيده علم اليقين وشهادة الشهود لاتفيده ذلك فاذا جاز له أن يقضي بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضى بعلم نفسه أولى ومذهب أبى حنيفة رحمه الله مروى عن الشعبي. وشريح رحمه الله سئل عن هذه المسئلة فقال أتى شريح رحمه الله مثلها وأنا شاهد فقال أنت الامير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حق وأنت تعلم فقال أنت الامير حتى أشهد لك والمعنى فيه أنه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبان استقضي بعد ذلك لا يزداد علمه بذلك وعلم القضاء فوق علم الشهادة فان علم القضاء ملزم والشهادة بدون القضاء لاتكون ملزمة بخلاف ماذا رأى وهو قاضي لانه استفاد علم القضاء هناك بمعاينة السبب والدليل على الفرق أن مايستفيد من العلم بمعاينة السبب ومايستفيده بشهادة الشهود عنده فى الحكم سواء ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقضى تفيده علم القضاء وقبل أن يستقضى لاتفيد له ذلك حتى لو استقضى شاهد الفرع لم يكن له أن يقضى بما كان من شهادة الاصول عنده مالم يشهدوا بذلك بعد ما استقضي فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لو عاين السبب بعد ما استقضي ولكن فى غير مصره ثم لما انتهى الى مصره خوصم فى ذلك لانه حين عاين السبب لم يكن له أن يقضي به فى ذلك الموضع فهو وما لو علم قبل أن يستقضى سواء ولو عاين ذلك فى مصره وهو قاض ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عندهما له أن يقضى بعلمه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال عند أبى حنيفة رحمه الله أيضا له أن يقضى بعلمه لانه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به فى ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك اذا قضى به بعد ماقلد ثانيا والاصح أنه على الخلاف لانه بعد ماعزل لم يبق له فى تلك الحادثة الا علم الشهادة فهو ومالو علم به بعد ماعزل سواء * توضيحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك اذا عاين

السبب وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول اذا علم قبل أن يستقصى ثم استقصى فشهد عنده رجل وأخذ بذلك قضى به وذلك مروى عن شريح رحمه الله أنه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكنا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس مايحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده وا كمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بحجة فالطريق فى ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذى فوقه حتى يقضى هو بذلك واذا دفع القاضى مال اليتيم الى تاجر فجحده التاجر فالقاضى مصدق في ذلك علي التاجر يقضى عليه بالمال لانه قاض فيما يفعله فى مال اليتيم وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لانه يخبر بما يملك الانسان وكذلك لو باع مال ميت فى دينه فلا عهدة علي القاضى فى ذلك لان فعله ذلك من القضاء وهو فيما يلحقه من العهدة يكون خصما لاقاضيا واذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة على من وقع عمله لهم فان جحد المشترى منه البيع قاضاه عليه وأخذ منه اليمين لانه علم أنه كاذب في ذلك فهو الذى باشر السبب وكذلك هو مصدق فيما ذكر أنه قضى به من قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق أو غير ذلك من حقوق الناس سواء أقر بذلك عندى أو قامت به بينة ويسع للذى سمع من القاضي ذلك أن يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات فى ذلك سواء وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول وقال فى الحدود التى تندرئ بالشبهات لا يسع السامع اقامة ذلك بمجرد قول القاضى ما لم يخبره بذلك غيره لان القاضى غير معصوم عن الكذب فان ذلك درجة الانبياء صلوات الله عليهم ولا تبلغ درجة القاضى درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسع الاقدام عليه بمجرد قول القاضي * وجه ظاهر الرواية أن مجرد قول القاضى ملزم (ألا ترى) أن مباشرته القضاء قول ملزم فكذلك اخباره بالقضاء والدليل عليه أنه لا يستقصى فى كل بلدة أكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضى به لجرى الرسم بايجاد القاضين فى كل بلدة لصيانة الحقوق كما جرى الرسم به فى الشهود وفي الاكتفاء بقاض واحد فى كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على أن مجرد قول القاضي حجة تامة ولو عزل عن القضاء فخاصمه المقضى عليه فى جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا فى ذلك غير مسئول ببينة ولا مستحلف يمينا لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى تلك الحالة الخصومة والضمان عنه فيجب

قبول قوله فى ذلك كما لو أخبر به قبل أن يعزل قال مشايخنا رحمهم الله وانما يجوز اعتماد قول القاضى فى ذلك من غير أن يستفسر اذا كان فقيها ورعا فالورع يؤمننا من جوره وميله الى الرشوة وفقهه يؤمننا من أن يغلط فى ذلك فاما اذا لم يكن فقيها لا بد من أن يستفسر وان كان ورعا لانه ربما يغلط لقلة فهمه وكذلك ان كان فقيها ولم يكن ورعا فلا بد من أن يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار فى ذلك ولا ينبغى للقاضى أن يضرب فى المسجد حدا ولا تعزيرا ولا يقتص لاحد من أحد عندنا (وقال) الشافعى رحمه الله لا بأس بذلك بشرط أن لا يلوث المسجد لان فعل الاقامة قربة وطاعة والمساجد أعدت لذلك ثم هو من تتمة قضائه واذا كان له أن يجلس في المسجد للقضاء كان له أن يتم القضاء باقامة الحدود فيها * وحجتنا فى ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود فى المساجد وفى حديث مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشرائكم وطهروها في الجمع واجعلوا على أبوابها المطاهر وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بان يعذر رجل وقال للذى أمره بذلك أخرجه من المسجد ثم اضربه ولم ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باقامة حد علي أحد فى المسجد بين يديه وهذا لانه لا يؤمن تلويث المسجد ورفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد ينتحى عن ذلك فاما أن يخرج القاضى ليقام بين يديه أو يبعث نائبا أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بالاقامة بين يديه خارجا من المسجد وهو يرى ذلك ولو أن قاضيا باع لنفسه شيئا أو اشترى لم يقبل قوله فى شئ منه على خصمه وهو كغيره من الناس فى هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أنكر الاعرابى استيفاء ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال لم يشهد لي حتى شهد خزيمة رضى الله عنه الحديث اذا كان هذا فى حق من هو معصوم عن الكذب فما ظنك في القاضى ولا يجوز قضاؤه بشئ لنفسه ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ولا لابويه وأجداده من قبلهما ولا لزوجته ولا لمكاتبه ومماليكه لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة واذا لم يجز شهادته لهؤلاء فلئلا يجوز قضاؤه لهم أولى وأما من سوى هؤلاء من القرابة وغيرهم فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم واذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لانه أخبر بما لا يملك استئنافه وهذا قول ملزم وهو

بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قولا ملزما وان شهد مع آخر لم تقبل شهادته فى ذلك لانه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للانسان فيما يخبر به من فعل نفسه فلا بد من أن يشهد على قضائه شاهدان سواه ليتمكن المولى بعده من امضائه واذا رفع قضاء القاضى بعد موته أوعزله الى قاض يرى خلاف رأيه فان كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لاجماع الناس على نفوذ قضاء القاضى فى المجتهدات فلو أبطله القاضى الثانى كان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع وان كان القضاء الأول خطأ لايختلف فيه الفقهاء أبطله لانه بخلاف الاجماع أوالنص (ألا ترى) أن الأول لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ما اذا تحول رأيه فى المجتهدات فكذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القضاء بين الناس فينبغى أن يتحرز عن ماهو منتفى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعلنى جبارا عنيدا وفى صفته فى التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب فى الاسواق فصلوات الله عليه ولان هذه أوصاف مذمومة فعلى القاضى أن يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس عنه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب الآية والقاضى مندوب الى اكتساب ماهو سبب لميل القلوب اليه والاجماع اليه فى حوائجهم وينبغى له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلايدع من حق الله تعالى شيئا من غير جبر به وأن يلين حيث ينبغى ذلك فى غير ضعف ولا يترك شيئا من الحق لما روينا عن عمر رضي الله عنه قال لا يصلح لهذا الأمر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلين فى الامور ويرفق حتى أنهيك شيء من محارم الله فيكون من أشدهم فى ذلك وينبغى له أن يتعذر الى كل من يخاف أن يقع فى نفسه عليه شيء اذا قضى عليه وأن يفسر للخصم ويبين له حتى يعلم انه قد فهم عنه حجته وقضى عليه بعد مافهم وبذلك تنتفى عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والمالة فيه ولانه يصون بذلك الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب الا أن لا يترك جهده فى ذلك وان كان لا يطمع فى أمانته الا نادرا فيتقدم القاضى الى أعوانه والقوام عليه فى ترك الحق والشدة على الناس ويأمرهم بالرفق واللين من غير أن يضعوا فيقصروا عن شيء مما ينبغى لانهم ينوبون عنه فيما فوض اليهم فكما يفعل ذلك فى حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك سبب تأليف القلوب واجتماع الكلمة عليه ولا ينبغى أن يستعمل على القضاء الا الموثوق به فى

عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التي يأخذ منها الكلام فانه لا يستقيم أن يكون صاحب رأى ليس له علم بالسنة والاحاديث فمثله يضل الناس كما ورد به الأثر* اياكم وأصحاب الرأى أعيتهم أن يحفظوها فيسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الحديث ان يعي ما سمعه أولا بقوله قال صلوات الله عليه وسلامه نصر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فرب حامل فقه الى غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه فعرفنا أنه لا يستقيم واحد منهما الا بصاحبه والامام مأمور بان لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين الا اذا علم صلاحه لذلك قال صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفى رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين واعمال المسلمين فلا يختار له الا من يعلم انه صالح لذلك مؤدي الامانة فيه وذلك عند اجتماع الخصال المذكورة فيه واذا كان لا يؤتمن علي شيء من المال من لا يعرف بالامانة أو يعجز عن أدائها فلئلا يؤتمن علي أمر الدين أولى فكما لا يختار للقضاء الا من يجتمع فيه هذه الشرائط فكذلك للفتوى فان القاضي يفتي وقد كان القاضي فى الصدر الأول يسمى مفتيا فلا ينبغى لاحد أن يفتى الا من كان هكذا الا أن يفتي شيئا قد سمعه فيكون حاكيا ما سمع من غيره بمنزلة الراوى لحديث سمعه يشترط فيه مايشترط فى الراوى من العقل والضبط والعدالة والاسلام لان الخبر كلام فلا يتحقق بصورته ومعناه في الراوى من غير العاقل ومامن موجود في الدنيا الا وهو معتبر لصورته ومعناه فاذا كان المعنى المطلوب من الكلام البيان ولا يحصل ذلك الا بالعقل عرفنا ان العقل فى المخبر شرط والضبط كذلك لان قبول الخبر منه باعتبار رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك الضبط والفهم والعدالة الا بذلك فرجحان جانب الصدق بالعدالة يكون لانه اذا لم ينزجر عما يعتقده حراما فى دينه لا ينزجر عن الكذب أيضا واشتراط الاسلام لان الكفر ينافى رجحان جانب الصدق فى خبره لان هذا من باب الدين وهم يعادون الدين الحق ويسعون فى هدمه بما يقدرون عليه فشرطنا الاسلام لذلك وبعد ما استجمع فى القاضى هذه الشرائط لا يولى القضاء ما لم يكن له علم بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم المتعارف بين الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والمجاز فالقاضي لا يستغنى عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء اذا لم يكن عالما بذلك ولا يولى القضاء أعمى ولا محدود فى قذف

ولا مكاتب ولا عبد يسعى فى شئ من قيمته لان شهادة هؤلاء لا تقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من أمر القضاء كتابة ولا مسائله لظهور الخيانة منهم فى أمور الدين والسعى فى افساده على المسلمين ولا ينبغى للقاضي اذا سافر أو مرض أن يستخلف الا بامر الامام الذى هو فوقه لان من قلده انما رضي برأيه والناس يتفاوتون فى الرأي والقضاء لا بد له من الرأى فلا يستخلف الا بأمر من قلده كالوكيل لا يوكل غيره الا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور باقامة الجمعة فى الاستخلاف قد بيناه فى كتاب الصلاة فاذا استخلف بغير أمر الامام لم يجز قضاء خليفته الا أن ينفذ هو قضاء خليفته فحينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه لان نفوذه برأيه (ألا ترى) أن الوكيل اذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجاز الوكيل الاول نفذ ذلك منه وجعل اجازته كانشائه وكذلك لو حكم حكما بين خصمين فهذا والاستخلاف سواء وقيل هذا كله اذا فعله خليفته لا بحضرته فان فعله بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برأيه يكون بمنزلة الوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرته وان التبس عليه القضاء فاستشار فيه رجلا من أهل الصلاح والعفة وأخذ بقوله فانفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن القاضي فيما يعجز عنه يستعين بغيره ممن علم ذلك وان طمع القاضى فى أن يصلح الخصمين فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضى الله عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغى له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع فى الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار بصاحب الحق وان لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليهم ردهم انما الواجب عليه ماقلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك وليس ينبغى للقاضى أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين فى مجلس واحد لانه مأمور بين الناس بالتسوية واذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو ثلاثا أضر بذلك بسائر الناس الا أن يكون الناس قليلا ولا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم فلا بأس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على أحد ممن حضر مجلسه ولا ينبغى للقاضى أن يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم على منازلهم لان الذي سبق بالحضور وقد استحق النظر فى حاجته فلا

يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من تواضع لغنى لغناه ذهب ثلثا دينه ولان القاضي خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الآية ونظر القاضي لهم بسبب الدين وفي ذلك السلطان وغيره سواء فانما يقدمهم على منازلهم بما ذكر في بعض النسخ من أصل بعض مسائل التحكيم وتمام ذلك في كتاب الصلح فنذكر هنا مقدار ماذكر فنقول الحكم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولي حتى يشترط فيه الاهليه للشهادة فاذا كان أعمى أو محدودا في قذف أو عبد أو مكاتب لم يجز حكمه بين المسلمين وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى أن لكل واحد منهما أن يرجع فيها مالم يمض فيه الحكم والحكومة فاذا أمضاها فليس لواحد منهما أن يرجع فيها كما في الصلح ولو دفع حكم الحاكم الى القاضي فان وافق الحق ووافق رأيه أمضاه لانه لو نقضه احتاج الى اعادته في الحال وان كان لايوافق الحق أبطل وكذلك ان كان رأيه لايوافق رأيه في المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لايكون حجة الالزام في حق القاضي وان حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فان ذلك لايجوز لانهما رضيا برأيهما ورأي الواحد لايكون كرأي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه وليس ينبغي للحكم أن يقضي في اقامة حد أو تلاعن بين الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه وهذا لان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين في حق الشرع فلا يستحق فيه الا من يعين نائبا وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة (ألا ترى) أن من عليه الحد لايقيمه على نفسه فكذلك ليس للحكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ما تعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الشهادات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة فمن حيث أن

السبب المطلق للاداء المعاينة سمى الاداء شهادة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله للشاهد اذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهد والا فدع وقيل هى مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أى حضرت قال الله تعالى وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود ومن حيث أنه يحضر مجلس القاضى للاداء يسمى شاهدا وتسمى أداء شهادة ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الاحكام) لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة فالقضاء أولى ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للاحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى وفيه معنيان أحدهما حاجة الناس الى ذلك لان المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة والتكليف بحسب الوسع والثانى معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لايجاب القضاء مع احتمال الكذب اذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم بكونهم شهداء على الناس في القيامة قال الله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس فى الاحكام بغالب الرأى فى موضع الاجتهاد ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا أحد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص فقيها بيان العدد فى الشهادات المطلقة كما لو تلونا من الآيات قال الله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال صلى الله عليه وسلم للمدعى ليس لك الا شاهداك أو يمينه فان (قيل) هذه النصوص بيان جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفى ذلك بدون العدد (قلنا) لا كذلك فالمقادير فى الشرع اما لمنع الزيادة والنقصان دون الزيادة كاقل مدة الحيض والسفر أو لمنع الزيادة دون النقصان كاكثر مدة الحيض وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة ثم فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر

منه في خبر الواحد وفي الشهادة محض الالزام وخبر الواحد لا يكفي لذلك بخلاف الديانات فان في الديانات التزام السامع باعتقاده والمخبر يلزم نفسه ثم يتعدى الي غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلهذا لا يشترط فيه العدد بخلاف الشهادة وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتلبيس في الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق المعصومة ثم يشترط فيها مايشترط في الخبر من العقل والضبط والعدالة لان البيان لايحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة . ومعرفة عقل المرء باختياره فيما يأتي . ويذر وحسن نظره في عاقبة أمره والمطلق من الشيء ينصرف الى الكامل منه الا أنه لاحد يرجع اليه في كمال معرفة العقل سوي ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ والعقل تيسيرا للأمر على الناس ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه أهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه أيضا لما في النقصان من شبهة العدم ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادة اذا كان ذلك ظاهرا عند الناس وأما معرفة العدالة فرجحان جانب الصدق . فالحجة الخبر لذى هو صدق ولا طريق لمعرفة الصدق في خبر من هو غير معصوم عن الكذب الا العدالة. والعدالة هي الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما في دينه ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود في القذف أهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في الاهليه للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبره مع كفره اذا كان منزجرا عما يعتقده حراما في دينه غير أن خبره لا يقبل في أمر الدين لانه متهم في ذلك فانه يعتقد السعي في هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة في حق المسلمين لانه يعتقد عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة في حق البعض وسوى هذا يشترط في الشهادة أهلية للولاية حتى لا يكون المملوك أهلا للشهادة وان كان خبره في الديانات مقبولا لما في الشهادات من محض الالزام والزام الغير لا يكون الا عن ولاية وشرطنا الاهلية للولاية في الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا النساء أحط رتبة في الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة وبيان ذلك في الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة النساء في الحدود وذكر بعد هذا عن الزهرى قال مضت

السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه نأخذ لان في شهادة النساء ضرب من الشبهة فان الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم بالانوثة الى ذلك أشار الله تعالى في قوله عز وجل أن تضل إحداهما فتذكر احداهما الأخرى ووصف رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود تندرئ بالشبهات وما يندرئ بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا أحد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لان تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فسقط اعتبارها ولا يجوز أقل من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا في الجراحات يعني عند امكان اشتراط العدد من غير جرح وذلك فيما يطلع عليه الرجال للاناث التي بلونا في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان يجوز شهادة رجل واحد لم يكن لخزيمة بن ثابت رضي الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين خصه بذلك وقصة هذا الحديث ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقة من أعرابي وأوفاه الثمن ثم جحد الاعرابي استيفاء الثمن وجعل يقول واغدراه هلم بهشيدا فقال صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضى الله عنه أنا أشهدلك يارسول الله انك أوفيت الاعرابي ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم كيف تشهدلي ولم تحضرنا فقال يارسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من أداء ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم من شهد له خزيمة فحسبه ثم هذا النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة أقسام في اشتراط العدد فقسم يشترط فيه عدد الأربعة في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا يشترط عدد الاربعة فيما سوى الزنا العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضي باشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في الشهود ولهذا جعل النسبة الى هذه الفاحشة في الاجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ماعز رضى الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لعمه هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات شين والى اليتيم أنت وفي قسم يشترط فيه شهادة رجلين وهو القصاص والعقوبات التي تندرئ بالشبهات وقسم يشترط

فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك فيما يثبت مع الشبهات بيانه فى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان ليكون تفسيرا لقوله تعالي واستشهدوا شهيدين والآية فى المداينات ولكن ذلك مما لا يندرئ بالشبهات فيكون ذلك دليلا على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندرئ بالشبهات والنكاح والطلاق والعتاق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المعنى فى المداينات كثرة المعاملات فيما بين الناس فانما يجعل شهادة النساء مع الرجال حجة فى ذلك خاصة وهى الأموال وحقوقها فاما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين وقد بينا المسئلة فى كتاب النكاح. والشهادة على الشهادة جائزة في كل شئ ماخلا القصاص والحدود وذلك مروى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لان الشهادة علي الشهادة فيها ضرر شبهة ينعدم ذلك بجنس الشهود من حيث ان الخبر اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء تكون حجة فيما يثبت مع الشبهات دون مايندرئ بالشبهات بل أولى فان الشهادة على الشهادة خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة الأصول وشهادة النساء مع الرجال فى صورة الخلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة علي استشهاد رجلين عرفنا أن ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد الفرع لم يعاين السبب ولا يتقين فى ذلك شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان فاذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة فى الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة أولى والشافعى رحمه الله يجعل الشهادة على الشهادة حجة فى حقوق العباد أجمع. العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء لانه حجة أصلية فيما هو المشهور به وهو شهادة الأصول فاثبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كثبوته بادائهم لو حضروا بانفسهم بخلاف شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما تكثر فيه المعاملة لان الضرورة تتحقق فى ذلك وفي الحدود التى هى لله تعالي له قولان في أحد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا تكون حجة في ذلك لان شهادتهم على شهادة الأصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر وذلك غير مقبول فى الحدود التى هى لله تعالى ومقبول فى حقوق العباد فكذلك الشهادة على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للعباد وذلك ينعدم فيما هو لله تعالى وفى قول آخر يقول

الشهادة علي الشهادة حجة فى ذلك الا فى الرجم فالشاهد علي الزنا فى جملة من يرجم يشترط حضوره لامحالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذى يقيم اذا ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة على الشهادة لانها حجة أصلية وفيما ذكرنا جواب عن كلامه اذا تأملت ولا يجوز فى شئ شهادة من لم يعاين ولم يسمع لانه لاعلم له بالشهود بهوبدون العلم لايجوز له أن يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضى حقيقة الحال ويميز الصادق المخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه اذا لم يعلم به وطريق العمل المعاينة اذا كان المشهود به مما يعاين والسماع اذا كان ذلك مما يسمع كاقرار المقر والله أعلم بالصواب

باب الاستحلاف

(قال رحمه الله اعلم بأن المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين علي ما أنكر الا أنه لايستحلف الا بطلب المدعى) لان اليمين حقه قال صلى الله عليه وسلم للمدعى لك يمينه وكما لايستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذلك لايستحلف الا بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه أن الغموس من اليمين مهلكة على ماروي فى حديث أبى أمامة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع بيمينه وجد له مال امرء مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان شيئا يسيرا يارسول الله قال صلوات الله عليه وان كان قضيبا من أراك وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف يمينا فاجرة ليقتطع بها مال امرء مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان فعرفنا أنه يمين مهلكة والمدعى يزعم أن المنكر أتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينه حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعى فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزاء مشروع كالقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى العدل فى شرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعى عليه ثم له رأى فى تأخير الاستحلاف فربما يرجو أن يحضر شهوده ولا يأمن أن تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك فلهذا لايحلف الا بطلب المدعى ولان من أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف الخصم اذا زعم المدعى أن شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود في مجلس القضاء والمدعى

هو الذى يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ثم شرط أبو حنيفة رحمه الله للاستحلاف أن لا يكون للمدعي شهود حضور لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم للمدعي ألك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم إذن لك يمينه ولان المنكر انما يكون متلفا حق المدعى بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضى الخصم مع حضور الشهود لكان فى ذلك افتضاح المسلم اذا أقام المدعى البينة بعد ذلك وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا اذا كان الشهود فى مجلس الحكم فكذلك يتمكن المدعى من اثبات حقه بالشهادة فى الحال فاما اذا لم يكونوا فى مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المؤونة والمسافة عليه باقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له أن يطلب يمينه ثم قد بينا فى كتاب الدعوى أن المقصود نكول المدعى عليه وان الاستحلاف فى كل ما يجوز فيه القضاء بالنكول ولهذا لا يستحلف فى الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى الحدود التى هى لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف يقام بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى حد القذف النكول قائم مقام الاقرار ولا يجوز اقامته بما هو قائم مقام الغير كما لا يقام بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضى الا أنه يستحلف فى السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع وهذا لان المدعى يدعى أخذ المال بجهة السرقة فيستحلف الخصم فى الاخذ وعند نكوله يقضى بذلك لا بجهة السرقة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع وكما فى الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء فى السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان دون السرقة الموجبة للقطع فكذلك فى النكول ولهذا لا يستحلف فى النكاح والرجعة والفيء فى الايلاف والرق والنسب والولاء فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يجوز القضاء فيها بالنكول والنكول عنده بمنزلة البدل وهما يقولان يستحلف فى هذه الاشياء ويقضى بالنكول فالنكول عندهما قائم مقام الاقرار وقد بينا هذا فى الدعوى وفى دعوى القصاص يستحلف لا للقضاء بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس (ألا ترى) أن الايمان فى القسامة شرعت مكررة لذلك وان كلمات اللعان أيمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة الى الفاحشة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا امتنع عن اليمين فى دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وفيما دون النفس يستحلف للقضاء بالنكول لان البدل عامل فى الاطراف كهو فى الاموال فاذا كان مفيدا يعمل فى الاباحة واذا كان غير مفيد يعمل فى اسقاط الضمان فعند النكول يقضى بالقصاص الذي

هو عين المدعا كما يقضي بالمال وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قال النفس وما دونها سواء اذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول أبو حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا هذا في كتاب الدعوى أيضا (قال) ولا يستحاف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين في جانب المدعى عليه فلم يبق يمين في جانب المدعى ولان شرع اليمين في جانب المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك في جانب المدعى ولانها مشروعة للحاجة الى قطع المنازعة ولا حاجة الى ذلك بعد اقامة المدعي البينة ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفى والمدعى محتاج الى الاثبات والى هذا أشار في الأصل فقال لا نرد اليمين ولا نحولها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسئلة رد اليمين ومسئلة القضاء بشاهد ويمين وكان على رضى الله عنه يرى استحلاف المدعي مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوى اذا روى حديثا كما روي عنه انه قال ماروى لى أحد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا حلفته غير أبي بكر رضي الله عنه فانه حدثني أبو بكر رضي الله عنه ولم أحلفه ولم نأخذ بقوله في هذا لما فيه من الزيادة على النص ففى النصوص أمر الحكام بالتماس شاهدين من المدعى فاليمين بعد ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة فالبينة سميت بينة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك فاذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى فان كانت اليمين على الرجل فان القاضى يحلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية وان اكتفى بالأول أجزأه لان المشروع اليمين بالله تعالى قال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال الله تعالى يحلفون بالله ماقالوا فعرفنا أن المشروع فى بيعه نصرة الحق والانكارات اليمين بالله تعالى الا أن المقصود فى المظالم والخصومات هو النكول وأحوال الناس تختلف فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط واذا كان كذلك فالرأى فى ذلك الى القاضى ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر الصفات والاصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان الذي حلف بين يدى رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك فى آداب القاضى ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من

يمين واحدة ولهذا لم يذكر حرف العطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه بغير الله تعالى لان ذلك منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحينما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل سواء حلفه في المسجد أو في غير المسجد استقبل به القبلة أو لم يستقبل والشافعي رحمه الله يقول في المال العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فانه رأى قوما يستحلفون عند البيت قال أعلى دم أم أمر عظيم من المال لقد خفت ان يتهيأ الناس لهذا البيت وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمتنع الانسان من اليمين في هذا الموضع مالا يمتنع منها في سائر المواضع ولسنا نأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهي تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه أيضا بعض الحرج على القاضي فان حلف المدعى عليه فقد انقطعت المنازعة لانه لا حجة للمدعى فحجته البينة أو اقرار الخصم أو نكوله وقد انعدم ذلك كله وليس له أن يخاصم بغير حجة يقول فان أبرأه القاضي أى منعه من أن يخاصمه بغير حجة لا أن يسقط حق الطالب عنه بقضائه ثم إن أقام الطالب البينة عليه بالحق فانه يأخذه منه وبعض القضاة من السلف رحمهم الله كان لا يسمعون البينة بعد يمين الخصم وكانوا يقولون كما يترجح جانب الصدق في جانب المدعي بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر الي يمين المنكر بعده فكذلك يتعين الصدق في جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وانما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعى بعد يمين المدعى عليه وبقول عمر رضى الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة أحق أن يرد من البينة العادلة ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق فى انكاره ولكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لانه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها ولا يحلف الشاهد الا بامرنا لا كرام الشهود وليس من اكرامه استحلافه ثم الاستحلاف ينبني على الخصومة ولا خصم للشاهد وكما يستحلف المسلم فى الخصومات تستحلف أهل الذمة لان المقصود النكول وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين (قال) ويحلف النصراني بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام واليهود بالله الذي أنزل التوراة على

موسى عليه السلام والاصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور أنشدك الله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا فى كتابكم هذا وهذا لانه قد يمتنع من اليمين عند التغليظ بهذه الصفة مالا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله انه يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار لانهم يعظمون النار وليس عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلاف ذلك فى الظاهر الا انه روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر قال لايستحلف أحد الا بالله خالصا فلهذا قال بعض مشايخنا لاينبغى أن يذكر النار عند اليمين لان المقصود تعظيم المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لايستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لايستحلف المجوسى بالله الذي خلق النار وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال بذكر ذلك فى اليمين فأما المسلمون لا يعظمون شيئا من المخلوقات تعظيم العبادة فلهذا لا يذكر شئ من ذلك في استحلاف المسلم وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلفون بالله فانهم يعظمون الله تعالى كما قال عز وجل ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فيمتنعون من الحلف بالله كاذبا ويحصل به المقصود وهو النكول ولايستحلف المجوسي فى بيت النار لان الاستحلاف عند القاضى والقاضى ممنوع من أن يدخل ذلك الموضع وفى ذلك معنى تعظيم النار واذا كان لايدخله المسجد مع انا أمرنا بتعظيم هذه البقعة فلئلا يدخل المجوسي بيت النار عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها أولى والحر والمملوك والرجل والمرأة فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء واذا أرادت المرأة أن تحلف زوجها علي الدخول بها لتؤاخذه بالمهر وقالت تزوجنى وطلقنى بعد الدخول أو قالت تزوجنى وطلقنى قبل الدخول فعليه نصف المهر أستحلفه بالله على ذلك فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانها تدعى المال والعقد والبدل يعمل فى المال ولا يعمل فى النكاح فيستحلف لدعوى المال وعند النكول يقضى بذلك دون النكاح وقد بينا نظيره فى دعوى السرقة والله أعلم بالصواب

باب من لا تجوز شهادته

(قال الشيخ الامام رحمه الله الاصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم

لاشهادة لمتهم ولانه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم التهمة تارة تكون لمعنى فى الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاد حرمته متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة والعدالة هى الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضله أو يصده وليس لهذه الاستقامة حد يوقف على معرفته لانه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها فجعل الحد فى ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا في شهادته ففى غير الكبائر اذا أصر على ارتكاب شئ مما هو حرام فى دينه يخرج من أن يكون عدلا وان ابتلى بشئ من غير الكبائر ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل فى الشهادة لانه اذا أصر على ذلك فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه واذا ابتلى بذلك من غير اصرار عليه فانما ظهر رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له وهو وصله خاصة بينه وبين الشاهد يدل على ايثاره على المشهود عليه وذلك شئ يعرف بالعادة فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل الى الاقارب وأبنائهم على الاجانب فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق فى الشهادة وقد يكون ذلك فى الشاهد لا يقدح فى عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك تمكن تهمة الغلط فى الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعى وهو فى حق المحدود فى القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون * اذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده وبذلك نأخذ ويخالفنا فى الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق فى خبره انزجاره عما يعتقد حرمته ولا فرق فى هذا بين الاجانب والاقارب وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخيه فكذلك شهادة الوالد لولده ولا معتبر بالميل اليه طبعا بعدما قام دليل الزجر شرعا ولكنا نستدل

بحديث هشام بن عروة عن أبي عن عائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
قال لاتقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمره على أخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده
ولا شهادة الوالد لولده وكذلك رواه عمر بن شعيب عن أخيه عن جده زاد فيه ولا شهادة المرأة
لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته وفى الحديثين ذكر ولا مجلود حد يعنى في القذف وروى
أن الحسن شهد لعلي رضى الله عنهما مع قنبر عند شريح رحمه الله بدرع له قال شريح رحمه الله
ائت بشاهد آخر فقال على رضي الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر قال لا بل مكان الحسن
رضى الله عنه قال على رضى الله عنه أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما
سيدا شباب أهل الجنة فقال قد سمعت ولكن إئت بشاهد آخر فعزله عن القضاء ثم أعاده عليه وزاد
فى رزقه فدل أنه كان ظاهرا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لاتقبل الا أنه وقع لعلي رضي
الله عنه في الابتداء أن للحسن رضى الله عنه خصوصية فى ذلك لما خصه به رسول الله صلى
الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم فى حقه
ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة فى حق من هو غير معصوم عن الكذب فيبنى
الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع على رضى الله عنه والمعنى
فيه تمكن تهمة الكذب فان العداله تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين
فى حقه ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء (ألا ترى) أن فى شهادة المرء لنفسه أو فيما
له فيه منفعة لا يظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور مايمنع من ذلك بطريق
العادة فكذلك فى حق الآباء والاولاد إما لشبهة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد فى المشهود به
والمنافع بين الآباء والاولاد متصلة قال الله تعالى آباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا
بخلاف الاخوة وسائر القرابات فدليل العادة هناك مشترك متعارض فقد تكون القرابة
سببا للتحاسد والعداوة وأول مايقع من ذلك انما يقع بين الاخوة بيانه فى قوله تعالى قال
لاقتلنك وبيان ذلك فى حال يوسف عليه السلام واخوته فكان التعارض يظهر رجحان جانب
الصدق في الشهادة له بظهور عدالته ومثل هذه المعارضة لاتوجد في الآباء والاولاد ولا يشكل
هذا على من نظر فى أحوال الناس عن انصاف فاما فى شهادة أحد الزوجين لصاحبه
يخالفنا الشافعى رحمه الله فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه ليس بينهما بعضية
والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فهى نظير الاخوة

أو دون الاخوة فانها تحتمل القطع والاخوة لاتحتمل ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما في الطريقين في النفس وأن كل واحد منهما لا يعتق على صاحبه اذا ملكه ولان هذه وصلة بينهما باعتبار عقد لايؤثر في المنع من قبول الشهادة كالصداق والاظهار والاختان وهذا لان عقد النكاح يثبت أحكاما مشتركة بينهما ففيما وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الاجنبي كشريكي العنان * وحجتنا في ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية يمكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه .وبيان ذلك من وجوه أحدها ان عقد النكاح مشروع لهذا وهو أن يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل اليه ويؤثره على غيره واليه أشار الله تعالى في قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة رضى الله عنها وأمور خارج البيت على علي رضى الله عنه وبهما تقوم مصالح المعيشة فكان في ذلك كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما في حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد في حقوق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه وايثاره على غيره كما في الآباء والاولاد بل أظهر فان الانسان قد يعادي والديه لترضى زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها فتدفعه الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي غنى بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء الى عمر رضى الله عنه رجل فقال ان عبدي سرق مرآة امرأتي فقال مالك سرق بعضه بعضا والدليل على أن الزوجة بمنزلة الولاد حكما استحقاق الارث بها من غير حجب بمن هو أقرب * توضيح الفرق ما قلنا أن الزوجة بمنزلة الاصل للولاد فان الولاد تنشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الاصل وان انعدم ذلك المعنى فيه (ألا ترى) أن المحرم اذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت في الصيد الا أن هذا الاصل انما يلحق بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجية بعد الملك فاما حكم الشهادة يكون في حال قيام الزوجية فيلحق الزوجية فيه بالولاد وكان سفيان الثوري رحمه الله يقول شهادة الزوج لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لا تقبل لانها في

حكم المملوك له المقهور تحت يده فيتمكن تهمة الكذب فى شهادتها له وذلك تنعدم فى شهادته لها واعتمد فيه حديث على رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضى الله عنها فى دعوى فدك مع امرأة بين يدى أبى بكر رضى الله عنه فقال لها أبو بكر رضى الله عنه ضمى الى الرجل رجلا أوالى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته * ولكننا نقول دليل التهمة تعم الجانبين من الوجه الذى قررنا فربما يكون ذلك في جانب الزوج أظهر لانها لما كانت فى يده فالها في يده من وجه أيضا فهو يثبت اليد لنفسه فى المشهود به وكذلك بكثرة مالها تزداد قيمة ملكه فان قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقلة مالها وكثرة مالها، بيان ذلك فى مهر المثل فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولاحجة في حديث على رضى الله عنه لان أبا بكر رضى الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها وكان للرد طريقان الزوجية ونقصان العدد فاشار الى أبعد الوجهين تحرزا عن الوحشة وكذلك على رضي الله عنه علم أن أبا بكر رضى الله عنه لا يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكره انحسامها بالامتناع من أداء الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل ان شهادة على رضى الله عنه لها لم تشتهر وانما المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح ولا العبد لسيده فهو مجمع عليه لان شهادة العبد لا تقبل لسيده ولا لغير سيده وحكى عن محمد بن سلمة رضى الله عنه قال كان يحيي بن أكثم رحمه الله أعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان اذا قال فى شئ اتفق العلماء رحمهم الله على كذا نزل أهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء على أن العبد لا شهادة له وقد روي أن عليا وزيدا رضى الله عنهما اختلفا فى المكاتب اذا أدى بعض بدل الكتابة فقال على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد رضى الله عنه لا يعتق مابقى عليه درهم فقال زيد لعلى رضى الله عنهما أرأيت لو شهد أ كان تقبل بعض شهادته دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر وعثمان رضي الله عنهما فى العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعتق فاعادها فقال عثمان رضى الله عنه لا تقبل وقال عمر رضى الله عنه تقبل فذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة للعبد وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا شهادة للعبد وهذا لان فى الشهادة معنى الولاية فانه قول ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق ينفي الولاية فالاصل ولاية المرء على نفسه فاذا كان الرق يخرجه من أن يكون أهلا للولاية على نفسه فعلى غيره أولى وقد استدلوا فى الكتاب على أن العبد ليس من أهل الشهادة بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما

دعوا والعبد لايدخل فى هذا الخطاب لان خدمته ومنفعته لمولاه فلايجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعى الي ذلك بل لايحل له ذلك لان منافعه فى هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قبل شهادة الاخ لاخيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد لوالده واستدل فى الكتاب بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فمطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وان مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ان أطيب مايأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ومثل ذلك لايوجد فى الاخوة وسائر القرابات ويجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاعة ووالدته لان الرضاع تأثيره فى الحرمة خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي (ألا ترى) أنه لا يتعلق به استحقاق الارث واستحقاق النفقة حالة اليسار والعسرة وبه يفرق بين الاخوة والولاد فالاخوة لا يتعلق بها استحقاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف الولادة والزوجية فانه يتعلق بهما استحقاق حالتي اليسار والعسرة ويجوز شهادة الرجل لام امرأته ولزوج ابنته لان المصاهرة التى بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط فاما ماسوى ذلك لاتأثير للمصاهرة فهى بمنزلة الرضاع أو دونه وعن ابراهيم رحمه الله قال لاتجوز شهادة المحدود فى القذف وان تاب انما توبته فيما بينه وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبذلك يأخذ علماؤنا رحمهم الله وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه كان يقول انما يؤتيه فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضى الله عنه وقد كان يقول لابى بكرة تب تقبل شهادتك واستدل الشافعى رحمه الله بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا والاستثناء متى يعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ماتقدم الا ماقام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على أن الاستثناء لا ينصرف الى الجلد فيبقى ماسواه على هذا الظاهر مع أن عندنا الاستثناء ينصرف الى الجلد أيضا الا أن الجلد حق المقذوف فتوبته في ذلك أن يستعفيه فلا جرم اذا استعفاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه أن الموجب لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب لرد شهادته اما أن يكون نفس القذف أو اقامة الحد عليه أو سمة الفسق لاجائز أن يكون الموجب لرد شهادته نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لايكون موجبا رد الشهادة ولا ترد

الشهادة على التأبيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تأثير للكذب فى رد الشهادة على التأبيد ولان هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون أعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد ولانه نسبة الغير الى الزنا فلا يكون أقوى من مباشرة فعل الزنا وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد وهذا على أصلكم أظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وان لم يتب وبالاتفاق اذا تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه فان ذلك فعل الغير به وتعتبر اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد من وجه يقام تطهيرا قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها فلا يصلح أن تكون سببا لرد شهادته على التأبيد وحاله اذا تاب بعد اقامة الحد عليه أحسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان صح أن الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره فى الديانات ولهذا قلت قبل اقامة الحد عليه لا تقبل شهادته عليه اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك ستر العفة على المسلم ولهذا لزمه الحد به والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة موجبة للفسق ولان هذا محدود فى قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذمى اذا أسلم بعد اقامة الحد عليه * وحجتنا فى ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والا بدما لا نهاية له فالتنصيص عليه فى بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأبيد ومعنى قوله لهم أى للمحدود فى القذف وبالتوبة لا يخرج من أن يكون محدودا فى قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من أن يكون منافقا والمراد بالآية شهادته فى الحوادث لا ما يأتى به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا انه اذا أقام المحدود أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه ادارك وهذه دار لك وفى التنكير ما يدل على أن المراد ما قلنا دون أربعة يشهدون له فانه لو كان المراد ذاك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فان المنكر اذا أعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما أرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام فى المسئلة من طريق القياس فان مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده وأصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط

أيضا وبيان هذا أن نفس القذف لا يكون موجبا للحد كما قاله الخصم ولان القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبه من القاذف اذا علم اضراره ووجد أربعة من الشهداء ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء واليه أشار الله تعالى فى قوله عز وجل ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك يظهر بما يظهر به العجز عن الدفع فى سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص عليه فى قوله تعالى فاجلدوهم والفاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعى رحمه الله فى قوله صلى الله عليه وسلم وتغريب عام أنه من تمام حد البكر ولكن نقول هناك التغريب لا يصلح ن يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه ففيه معنى الزجر ثم حرمة القاذف باللسان ورد شهادته حد فى المحل الذى حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك في اهدار قوله أظهر منه فى اقامة الجلد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم للسارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لا يكون متمما للحد لانه دواء فلا يصلح أن يكون متمما للحد ثم حرف النفى فى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لا يمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما يقول لغيره اجلس ولا تتكلم وأما قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون فى العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى ويمحوا الله الباطل وبيان أنه ليس بعطف أن قوله تعالى فاجلدوهم أمر بفعل وهو خطاب الامة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم نهى عن فعل وهو خطاب الامة أيضا وقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا ولان قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة الاشكال أنهم لماذا استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد أيضا فينبغى أن لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع بالحد فلا تأثير للتوبة فى الحد

وانما يسقط عنده بعفو المقذوف ويستوى في ذلك ان تاب القاذف أولم يتب وكان ينبغي أن يقال اذا تاب حتى حرم بفسقه أن لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحرى والذى يوضح ماقلنا أن الثابت بالنص هو التوقف فى خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن فى البيان ولهذا الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده أو أنه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب أولى ويستدل بهذا فى تعيين المسئلة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق اذا شهد فى حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود فى جميع الشهادة وبيان ماقلنا فيما روي ان هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سمحا قال المسلمون الآن يجلد هلال فتبطل شهادته فى المسلمين فذلك دليل على أنه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وأن بطلان الشهادة من تمام الحد وتأويل قول عمر رضى الله عنه لابى بكرة تقبل شهادتك في الديانات (ألا ترى) ان ماروى ان أبا بكرة كان اذا استشهد فى شئ قال وكيف تشهدنى وقد أبطل المسلمون شهادتى وهو أعلم بحاله من غيره فاما الذى اذا أقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به حده لانه كان من أهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد اذا أقيم عليه الحد ثم عتق لان العبد لم يكن أهلا للشهادة وتمام الحد برد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتق فان عتق الآن ثم حده ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التي تقول ان خبر المحدود فى القذف فى الديانات تقبل وأما على الرواية التى يقول لا يقبل خبره فى الديانات وهو رواية المنتقى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال فان (قال) القاذف عندى لا يكون أهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة (قلنا) لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من أهل الشهادة وفى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة مايدل

على ذلك ثم مذهبه هذا من أقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لاشهادة له فلا تتصور رد شهادته ويتبين بهذا أن المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد لشهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن على بن أبي طالب رضى الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه أنه أعمى فذكر ذلك لعلى رضي الله عنه فرد شهادته وبه نأخذ وكان مالك رحمه الله يقول ان شهادة الاعمى مقبولة لان الاعمى لايقدح فى الولاية والعدالة فباعتبارهما يجب قبول الشهادة * بيانه أنه من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته الى غيره عند وجود سبب التعدي وهو أهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما فى دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان فى الصحابة رضوان الله عليهم من هو أعمى وقد كان فى الانبياء عليهم السلام من ابتلى بذلك فدل أن الاعمى لا يقدح فى العدالة وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر فى المنع من قبول شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها الى التمييز بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لان الاعمى لا يميز بين الناس الا بالصوت والنغمة فتتمكن من شهادته شبهة يمكن التحرز عنها بجنس المشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعاينة لاشهادة للاعمى فاما فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع تقبل شهادة الاعمى لانه فى السماع كالبصير وانما عدم آلة العينين ولكنا نقول فى أداء الشهادة هو محتاج الى الاشارة الى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وعلي هذا الاصل قال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به وبعد صحة العلم انما يحتاج الى الحفظ والاعمى فى ذلك كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى فى ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذى يعلم أنه مصيب في ذلك يكفى لاداء الشهادة (ألا ترى) أن الاعمى يباح له وطء زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وأن البصير اذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة الى العين فى صحة أداء الشهادة فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا لا تقبل شهادته لحديث علي رضى الله عنه فانه لا يستفسر أنه وقت التحمل كان بصيرا أو أعمى وفي هذا الحديث دليل أن ذلك معروفا بينهم حتى لم يخف على النساء ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول يحتمل

أن ذلك كان فى الحد وأناأقول فى الحدود اذا عمى قبل الاداء أو بعد الاداء قبل الامضاء فانه لا تعمل بشهادته لان الحدود تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقام مقام المعاينة فى حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى فيه أن فى شهادة الاعمى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف أنه يحتاج عند أداء الشهادة الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره وآلة هذا التمييز البصير وقد عدم الاعمى ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنغمة أو بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير أن يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته اذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمى في أداء الشهادة كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب وهذا بخلاف الوطء فانه يجوز أن يعتمد فيه على خبر الواحد اذا أخبره ان هذه امرأته وقد زفت اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا فى الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود فالمدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصى الميت وهو في ذلك قائم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد يبتلي بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته لا تقبل والمدعي ما كان يعلم أن الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا فى القصاص والحدود التى فيها حق العباد موجود ولم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة حرمتها أولى ثم بماذى يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد فى ذلك غير مقبول وقول المدعى كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به أصلا (قال) ويتصور هذا فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضى لسماع شهادته حتى عمى أو كان القاضى يعرف الوقت الذى عمى هو فيه وتاريخ المدعى سابق على ذلك ولا تجوز شهادة الاخرس لان أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى اذا قال الشاهد أخبر واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس ثم شهادة الاخرس مشتبهة فانه يستدل باشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن فى شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوي من عبارة الناطق لو قال أخبر ولا تقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى أمر بالتوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ

فتبينوا أن تصيبوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصدق لا يظهر فى شهادة الفاسق لان اعتبار اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل انه كاذب فى شهادته فاتعارض الادلة يجب التوقف ثم لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاده حرمته وعن أبى يوسف رحمه الله يقول اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا تتمكن تهمة الكذب فى شهادته فلو جاهته لا يتجاسر أحد من استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع من الكذب من غير منفعة له فى ذلك والأصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة فى العمل بها لا كرام الشهود كما قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمر بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلهذا لا تقبل شهادته ولا شهادة آكل الربا المشهور بذلك والمعروف به المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط أن يكون مشهورا به مقيما عليه لان العقود الفاسدة كلها ربا قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والانسان فى العادة لا يمكنه أن يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد فى جميع معاملاته فقد لا يهتدى الى بعض ذلك فلهذا لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا بأكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للحد على ذلك وذلك تسقط عدالته وانما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يتهم بالشرب ولكن لا يظهر ذلك لا يخرج من أن يكون عدلا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكرانا يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالى من الكذب عادة ولا شهادة المخنث لانه فاسق ومراده اذا كان مخنثا فى الردئ من أفعاله فأما اذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة (ألا ترى) ان هيت المخنث كان يدخل بيوت أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة أمر باخراجه ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر أن يكون قبله مع ذلك فى عامة أحواله وأنه يقل نظره فى سائر الامور ثم هو مصر على نوع لعب وقال صلى الله عليه وسلم ما أنا من دد ولا الدد منى والغالب أنه ينظر الى العورات فى السطوح وغيرها وذلك فسق فاما اذا كان يمسك الحمام فى بيته يستأنس بها ولا

يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح (ألا ترى) أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد ولا شهادة صاحب الغناء الذي يخادن عليه ويجمعهم والنائحة لانه مصر على نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المجازفة والاقدام على الكذب عادة فلهذا لا تقبل شهادته وأما المحدود فى الخمر والزنا والسرقة اذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه أجاز شهادة أقطع من بنى أسد فقال أتجيز شهادتى فقال نعم وأراك لذلك أهلا وكان أقطع في سرقة وهذا لان التوقف فى شهادته كان لفسقه وقد زال ذلك بالتوبة والتائب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من تمام الحد كان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود والزيادة على النص بالقياس لا تجوز مع أن هذا الحد ليس في معنى ذلك الحد لان باقامة حد القذف تتحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة الحد فاقامة الحد في حقهم تكون تطهيرا اذا انضم اليه التوبة وقد قال الله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح الآية وقد قال صلى الله عليه وسلم التائب من الذنب كمن لا ذنب له واذا أعمى الشاهد أو خرس أو ذهب عقله أو ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ماشهد قبل أن يقضى القاضي بشهادته فان القاضى لا يقضي بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء الشهادة تمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقاضي لا يقضى الا بحجة فاعتراض هذه المعانى قبل القضاء يخرج شهادته من أن تكون حجة بخلاف الموت فان اقترانه بالاداء لا يمنع العمل بشهادته (ألا تري) أن شاهد الفرع اذا شهد بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلي رحمهما الله شهادة أصحاب الاهواء جائزة وهو مذهب جميع أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء ومنهم من يفصل بين من يكفر فى هواه وبين من لا يكفر فى هواه لانهم فسقة ولا شهادة للفاسق والفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطى (ألا ترى) أن أخبار أهل الاهواء في الديانات لا يقبل وهو أوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم أولى وفي الكتاب استدل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضي الله عنهم فانهم اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك أن شهادة بعضهم على بعض كانت جائزة

مقبولة وليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال وفى موضع آخر علل فقال انهم للتعمق في الدين ضلوا عن سواء السبيل ووقعوا فى الهوى وذلك لا يلحق تهمة الكذب بهم فى الشهادة فمن أهل الاهواء يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يتهم باعتبار هذه الاعتقاد أن يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الايمان فاعتقاده هذا يحمله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا أن شهادة الفاسق انما لا تقبل لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير شرب المثلث معتقدا اباحته أو يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا اباحة ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة الا الخطابية من أهل الاهواء وهم صنف من الروافض يستجيزون أن يشهدوا للمدعى اذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد أن الالهام حجة موجبة للعلم لا تقبل شهادته لان اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار عن أهل الاهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندى أنه لا تقبل لان المعتقد للهوى يدعو الناس الى اعتقاده ومتهم بالتقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة فى المعاملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لا تقبل عند الشافعي رحمه الله لان العداوة بينهما تحمله على التقول عليه ولهذا لم يجوز شهادة أهل الاهواء على أهل الحق فاما عندنا اذا كانت العداوة بينهما بسبب شئ من أمر الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فأما من يعادى غيره لمجاوزته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شئ من أمر الدنيا فهو أمر موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه اذا ظهر ذلك منه وشهادة أهل الاسلام جائزة على أهل الشرك كلهم لان الله تعالى أثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولي ومن عرف منهم بالخيانة لم تجز شهادته أهل الاهواء وغير أهل الاهواء فى ذلك سواء فالمجون نوع جنون قال القائل فى هذا المعنى

ان شرخ الشباب والشعر الاسود ... مالم يعاص كان جنونا

ثم لما جن تشتد غفلته على وجه ينعدم به الضبط أو يقل وتظهر منه المجازفة فيما يقول ويفعل فيتهم بالمجازفة فى الشهادة أيضا وشهادة أهل الشرك بينهم جائزة بعضهم على بعض عندنا وقال

مالك والشافعي رحمهما الله لا شهادة لهم علي أحـد وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول اذا انفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم علي بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله صـلي الله عليه وسلم لا شهادة لأهل ملة علي ملة أخري الا المسلمين فشادتهم مقبولة علي أهل الملل كلها ولان عند اختلاف الملة يعادى بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لا تقبل شهادتهم على المسلمين وعلى هـذا كان ينبغي أن لا تقبل شهادة المسلمين عليهم الا أنا تركنا ذلك لعلو حال الاسلام قال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولانهم يعادون أهل الشرك بسبب المسلمون فيه محقون وهو اصرارهم على الشرك فلا يقدح ذلك فى شهادتهم بخلاف أهـل الملل فاليهود يعادون النصاري والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه غير محقين قال الله تعالي وقالت اليهود ليست النصاري على شئ وقالت النصارى ليست اليهود علي شئ وقال الشافعي رحمه الله الكافر فاسق ولا تقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا وقال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت الرطبة اذا خرجت من قشرها وسميت الفأرة فويسقة لخروجها من جحرها وسمى المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادا فاذا ثبت أنه فاسق وجب التوقف فى خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص أن يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه ان شهادته على المسلمين لا تقبل وكل من لا يكون من أهل الشهادة علي المسلمين لا يكون من أهل الشهادة علي أحد كالعبيد والصبيان بل أولى فالعبد المسلم أحسن حالا من الكافر (ألا ترى) ان خبره فى الديانات يقبل ولا يقبل خبر الكافر ولان الرق من آثار الكفر فاذا كان أثر الكفر يخرجه من الاهلية للشهادة فاصل الكفر أولى وقاس بالمرتد واستدل ببطلان شهادته على قضاء قاض المسلمين وعلي شهادة المسلم فلو كان من أهل الشهادة لقبلت شهادته في هذا اذا كان الخصم كافراه وحجتنا فى ذلك قوله تعالى أو آخران من غـيركم أي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الى قوله أو آخران من غيركم ففيه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر وما يثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين فبقى حكم الشهادة فيما بينهم على ماثبت بضرورة النص فليس من ضرورة

انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم على بعض كالولاية ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهودين دينا بشهادة أربعة منهم وعن أبي موسى رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلى رضى الله عنهما فى ذميين دنيا قالا يدفعان الى أهل دينهما ليحكم بينهما ومن ضرورة جواز حكم بعضهم على بعض والسلف رحمهم الله كانوا مجمعين على هذا حتى قال يحيي بن اكثم رحمه الله تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحدا منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الا أنى رأيت لربيعة فيه قولين والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف فى قوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ والدليل عليه أنها تصح الانكحة فيما بينهم ولا نكاح الا بولى والمسلم اذا خطب الى كتابى أبنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولان الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته الى الغير والشهادة نوع ولاية فاذا ثبتت الاهلية للولاية ثبتت الاهلية للشهادة ثم المقبول يترجح جانب الصدق وذلك فى انزجاره عما يعتقده حراما فى دينه والكافر منزجر عن ذلك فتقبل شهادته واسم العدالة والرضاء ثبت فى حق الكافر فى المعملات بصفة الامانة فقد وصفه الله تعالى بذلك فى قوله عزوجل ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار ولا يقال انهم أظهروا الكفر عنادا كما قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا الان هذا كان في الاحبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تواطئوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لاؤلئك عندنا فاما من سواهم يعتقدون الكفر لان عندهم أن الحق ماهم عليه قال الله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أماني وقال عز وجل وان فريقا منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا أن هذا لا يمكن تهمة الكذب فى الشهادة وانما لا تقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وانما لا تقبل شهادة العبد والصبي لانعدام الاهلية والولاية وبه يتبين أن أثر الرق فوق تأثير الكفر فى حكم الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيحملهم ذلك على التقوى على المسلمين فلهذا لا تقبل شهادتهم علي المسلمين وأما المرتد فلا ولاية له على أحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قبول شهادة بعضهم على البعض ضرورة ولان

المسلمين قل ما يحضرون معاملات أهل الذمة خصوصا الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة
بعضهم على البعض فى ذلك أدي الى ابطال حقوقهم وقد أمرنا بمراعات حقوقهم ودفع ظلم
بعضهم عن بعض فلهذه الضرورة قلبنا شهادة بعضهم على بعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع
عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة فى شهادتهم على المسلمين ولا فى شهادتهم على شهادة
المسلم أو على قضاء قاض مسلم وهذا على أصل مالك رحمه الله أظهر فانه يجوز شهادة الصبيان فى
الجراحات وتمزيق الثياب التى بينهم فى الملاعب فقل أن يتفرقوا (قال) لان العدول لا يحضرون
ذلك الموضع وبعد التفرق لا تقبل لان الظاهر انهم يلقنون الكذب وقد أمرنا أن لا نمكنهم من
الاجتماع للعب فيحصل المقصود بالزجر عن ذلك فلا حاجة الي قبول شهادة الصبيان فى ذلك
وكذلك جراحات النساء في الحمامات لانا أمرنا بمنعهن من الاجتماع لما في اجتماع النساء من
الفتنة وكذلك الفسقة من أصحاب السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل
المقصود بالمنع فاما هنا فقد أمرنا بمراعاة حقوق أهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا وأموالهم
كاموالنا مع ان أصحاب السجون لا يخلون عن أمناء السلطان عادة وبناء الاحكام على عرف
الشريعة دون عادة الظلمة ولا حجة لابن أبى ليلى رحمه الله في الحديث لان عندنا الكفر كله
ملة واحدة قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا فى ربهم وقال الله تعالى لكم دينكم ولى دين
فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم أهل ملة واحدة
وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد
لله تعالي والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم نبوة عيسي عليه السلام
والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم
الاثنين فشهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين علي الكفار ولأن كان بعضهم يعادى
البعض بسبب باطل فلم يصر بعضهم مقهور بعض ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار
فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على التقول عليهم فلهذا لا تقبل شهادتهم
على المسلمين فاما شهادة العبيد فقد بينا الاجماع فيها بين الفقهاء رحمهم الله وأما شهادة المكاتب
والمدبر وأم الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة
المكاتب ولا يجوز شهادة المولي لاحد من هؤلاء لان شهادته لملكه كشهادته لنفسه باعتبار
قيام الملك والحق له فى المشهود به وكذلك شهادة أبى المولى وابنه وامرأته لهؤلاء بمنزلة شهادته

للمولى وكذلك شهادة الزوج لامرأته الامة وشهادة المرأة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجة كوصلة الولاد فى المنع من قبول الشهادة واذا شهد المكاتب أو العبد أو الصبي عند القاضي بشهادة فردها ثم شهد بها بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالشهادة لا تتحقق الا ممن هو أهل بخلاف الفاسق اذا شهد فى حادثة فردت شهادته ثم أعادها بعد التوبة فانها لاتقبل لان المردود كان شهادة والفسق لايخرجه من أن يكن أهلا للولاية فلا يخرجه من أن يكون أهلا للشهادة وانما لاتقبل شهادته لتهمة الكذب فاذا كان المردود شهادة فهى شهادة حكم الحاكم ببطلانها بدليل شرعي فليس له أن يصححها بعد ذلك وبعضهم يشير الى فرق آخر فيقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويج شهادته فلا يوجد ذلك فى الرقيق والصغير فانه ليس اليه ازالة الرق والصغر ولكن هذا ليس بقوي فالكافر اذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم أدعاها بعد الاسلام تقبل وهذا المعنى موجود فيه فعرفنا أن الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا واذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعاينه والسماع والرق لاينافى ذلك وعند الاداء هو أهل لشهادته ولا تهمة فى شهادته فهو نظير الصبي اذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك الزوج اذا أبان امرأته ثم أدى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحا مع قيام الزوجية وعند الاداء ليس بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامرأته بشهادة فردها القاضى ثم أبانها ونكحت غيره ثم شهد لها تلك الشهادة لم يجز لان المردود شهادة فالزوج أهل للشهادة فى حق زوجته وكذلك لو شهدت المرأة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فرده القاضى ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس بأهل للشهادة فى حق أحد واذا شهد المولى لعبده بنكاح فردت شهادته ثم شهد له بها بعد العتق لم يجز لان المرود كان شهادة فالمولى من أهل الشهادة ولو شهد كافر على مسلم فردها القاضى بها ثم أسلم فشهد بها جازت شهادته لان المرود لم يكن شهادة بخلاف مااذا شهد كافر لكافر فردها القاضى لتهمة ثم أدعاها بعد ماأسلم لان هناك المردود شهادة وانما ردها لتهمة الكذب فبعد ماترجح جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط كما فى شهادة الفاسق من المسلمين والله أعلم بالصواب

الشهادة على الشهادة

(قال رحمه الله ولا يجوز على شهادة رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل

وامرأتين عندنا وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد) لان الفرع قائم مقام الاصلي معبر عنه بمنزلة رسول فى اتصال شهادته الى مجلس القاضى وكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد على الواحد مقبولة ومذهبنا مروى عن على رضي الله عنه والمعنى فيه أن شهادة الاصلي غابت عن مجلس القاضى فلا يثبت عنده الا بشهادة شاهدين كاقرار المقر وهذا لانها شهادة ملزمة فيما يجب على القاضي القضاء بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة اذا كان متمكنا بخلاف رواية الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد فلا تتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليا فشهد علي شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين * وحجتنا في ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضى بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالاقرار وهذا لان الفرعين عدد تام لنصاب الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول الا على أصل الحق فاذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته فى مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم اذا شهد على شهادة الآخر تثبت شهادته أيضا فى مجلس القضاء اذا لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك بخلاف شهادة المرأتين فذاك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة والمرأتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنيين أحدهما أنه عنده علم المعاينة فى هذه الحادثة فلا يستفيد شيئا باشهاد الآخر اياه على شهادته فى الثانى أن شهادة الفرع في حكم البدل ولهذا لا يصار اليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته أو مرضه أو غيبته والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلا وبدلا فى حادثة واحدة * توضيحه أن شاهدة الاصلى تثبت نصف الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته وشهادة الآخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة الواحد وذلك لا يجوز فاما اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت فى الحاصل بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة فى كتب

القضاة جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز لان المشهود به فعل القاضي لانفس الحد وفعل القاضي مما يثبت مع الشبهات وانما الذي يندرئ بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان (قيل) أليس أن اقامة الحد مسقطة لشهادته عندكم بطريق العقوبة (قلنا) ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه هو السبب الموجب للحد وهو القذف الا أنه ترتب عليه ليكون متما له فلا يظهر قبله فاما في الحقيقة القذف مع العجز عن أربعة من الشهداء يوجب جلدا مؤلما ويبطل شهادته بناء عليه واذا شهد شاهدان على شهادة شاهد وقد خرس المشهود على شهادته أو عمي أو ارتد أو فسق أو ذهب عقله لم تجز الشهادة علي شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة الاصول فاما الفرعي ينقل الى مجلس القاضي بعبارته شهادة الاصول فكأن الاصلي حضر بنفسه وشهد ثم ابتلي بشيء من ذلك قبل قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة أهل الذمة على المستأمنين جائزة بخلاف شهادة المستأمنين على أهل الذمة لان الذمي من أهل دارنا حتى لا يتمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستأمن فشهادة الذمي على المستأمن كشهادة المسلم على الذمي وشهادة المستأمن على الذمي كشهادة الذمي على المسلم وشهادة المستأمنين بعضهم علي بعض تقبل اذا كانوا من أهل دار واحدة وان كانوا من أهل دارين كالرومي والتركي لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع بخلاف المنعتين ولهذا لا يجرى التوارث بينهم بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم فيه اختلاف المنعة لا يختلف بالدار فاما دار الحرب ليس بدار أحكام فيه اختلاف المنعة تختلف بالدار وهذا بخلاف أهل الذمة فانهم صاروا من أهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم علي بعض وان كانوا من منعاة مختلفة فاما المستأمنون ماصاروا من أهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنون من اطالة المقام في دار الاسلام (قال) ومن ترك من المسلمين الصلوات في الجماعة والجمع مجانة لم تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به ولان الجماعة من أعلام الدين فتركها ضلالة (ألا ترى) أن عمر رضي الله عنه قال يوما لاصحابه قد خرج من بيننا من كان ينزل عليه الوحي وخلف فيما بيننا علامة يميز بها المخلص من المنافق وهي الجماعة فكل من لقيناه في

جماعة المسلمين شهدنا بايمانه ومن لقيناه يتخلف عن الجماعة شهدنا بانه منافق وان كان ترك ذلك سهوا وهي لا تتم شهادته أجزت شهادته لان ترك الجماعة سهو لا يوجب فسقه لان الساهي معذور في بعض الفرائض دونه أولى واذا شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق أو على قضاء قاضي المسلمين على كافر لمسلم أو كافر لم تجز شهادتهما لان المشهود به فعل المسلم ولا حاجة الى فعل بيان المسلم بشهادة الكافر لان فعل المسلم يتيسر اثباته بشهادة المسلمين وشهادة العبد والامة في هلال رمضان جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله * وحجتنا فيه حديث الاعرابي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فما اعتبر في ذلك الا الايمان حيث قال أتشهد ان لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى وان الشهادة على هلال رمضان ليست بالزام للغير ابتداء بل هو التزام والتزام المسلم الصوم في رمضان بايمانه فبهذه الشهادة تبين الوقت ولا يكون الالزام فيها ابتداء ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة لانه اذا كان يثبت بشهادة المسلمين شهادة المسلم فلان يثبت بشهادتهما شهادة الكافر وهي دون شهادة المسلم أولى وان كان كافراً في يده أمة اشتراها من مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر أو مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يده بهيمة من مسلم أو صدقة وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال أقضي بها على الكافر خاصة ولا أقضي بها على غيره وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان الملك في هذا للكافر في الحال وشهادة الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من ضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق على البائع أو بطلان البيع كما لو أقر المشترى بها لانسان فان الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل به البيع ولا فرق بينهما فان القضاء بحسب الحجة والاقرار حجة على المقر دون غيره فكذلك شهادة الكافر حجة علي الكافر دون المسلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهم الله طريقان أحدهما ان الملك بحجة البينة يستحق من الاصل فلهذا يستحق بزوائده ويرجع الباعة بعضهم على بعض باليمين واذا كان أصل الملك للمسلم فهذه الشهادة انما تقوم على استحقاق الملك علي المسلم وشهادة الكافر ليست بحجة في ذلك كما قيل التمليك من غيره وهذا لان القاضي لا يتمكن من القضاء بملك حادث بعد شراء الكافر لانه لا بد للملك الحادث من سبب حادث ولم يثبت عنده ولا يتمكن من القضاء بالملك من الاصل لان هذه الشهادة ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فان

الاقرار يجعل فى الحكم بمنزلة ايجاب الملك للمقر له ابتداء ولهذا لا تستحق به الزوائد المنفصلة فيتمكن القاضي من القضاء بملك حادث بعد الشراء والثانى ان هذه البينة تقوم علي ابطال تصرف المسلم من البيع والهبة (ألا ترى) أن الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البائع والواهب وشهادة الكفار علي ابطال تصرف المسلم لا تقبل بخلاف الاقرار فانه لا يتضمن ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير مبلغا باقراره واتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان تصرف البائع فأما هنا بهذه البينة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل وبهذا الاستحقاق يفوت قبضه ضرورة وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل التصرف ولو مات كافراً وترك ابنين وألفي درهم فاقتسماها ثم أسلم أحدهما فشهد كافران على أبيهما بدين أخرت ذلك فى حصة الكافر خاصة لان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وبثبوت الدين علي الميت يستحق تركته وتركته مال الابنين فى الحال فيثبت الدين بهذه الحجة فى استحقاق نصيب الكافر من التركة دون نصيب المسلم كما لو أقر أحد الابنين بالدين علي الاب وجحد الآخر ولو مات كافر فادعى مسلم وكافر دينا عليه وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر أخذت ببينة المسلم وأعطيته حقه فان بقى شئ كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمهما الله ان التركة تقسم بينهما علي مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت ببينته دينه على الميت فان أقام كل واحد منهما حجة على الميت فكان الدينين ثبت باقرار الميت بخلاف ما تقدم فان الوارث مستحق عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الفرعين لا يستحق علي صاحبه شيئا وانما يستحق كل واحد منهما علي الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم ثبت فى حق الميت وفي حق غريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم المسلم لان بينته ليست بحجة فى حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة بينهما اذا كان دين أحدهما ثابتا في حق الآخر ودين الآخر ليس بثابت فى حقه فهو بمنزلة الدين المقر به فى الصحة مع الدين المقر به فى المرض تقدم دين الصحة فان فضل شئ فهو للمقر له في المرض فهذا مثله ولو مات الكافر فأوصي الي رجل مسلم فادعى رجل علي الميت دينا وأقام شهوداً من أهل الكفر جازت شهادتهم استحسانا و في القياس لا تقبل لانها لا تقوم علي المسلم فى الزام قضاء الدين فالوصى يلزمه قضاء الدين والتركة فى يده فى الحال فبهذه البينة تستحق عليه يده وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلما * ووجه

الاستحسان ان الثابت بهذه الشهادة تصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصي نائب عنه بعد موته فيكون بمنزلة الوكيل فى حياته ولو وكل كافر مسلما بخصومة فشهد عليه كافران بالدين قبلت البينة * يوضحه ان قضاء الدين من حق الميت وهو انما نصب الصبي ليتدارك به مافرط فى حياته وانما يتم له هذا المقصود اذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من الحجة لاحال الوصى فكذلك تجوز شهادة الكافر على المكاتب الكافر والعبد المأذون الكافر وان كان مولاه مسلما يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان بعهدة التصرف علي أحد فالاستحقاق بهذه الشهادة يقتصر عليهما ثم المولى بالاذن وايجاب الكتابة فقد صار راضيا بالاستحقاق عليهما بشهادة الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضيا باستحقاق الكسب باقرارهما ولو كان العبد المأذون له مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكفار علي العبد لانه يقوم الاستحقاق على المسلم ولو وكل كافرا مسلما بشراء أو بيع لم يجز على الوكيل فى ذلك شهادة الكفار لان الوكيل بالشراء والبيع فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه فانما تقوم هذه البينة علي المسلم ولو وكل مسلم كافرا بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقد بنفسه ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة كاقراره ولو شهد على اقراره بذلك قبلت الشهادة وجعلت بمنزلة مالو ثبت اقراره بالمعاينة فكذلك اذا شهد على العقد والله أعلم بالصواب

باب شهادة النساء

(قال رحمه الله ولا تجوز شهادة النساء وحدهن الا فيما ينظر اليه الرجال الولادة والعيب يكون فى موضع لاينظر اليه الا النساء) لان الاصل أن لاشهادة له للنساء فانهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل الى الهوي ظاهر فيهن وذلك يمكن تهمة فى الشهادة وهى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلاتكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك ولكنا تركنا القياس فيما لايطلع عليه الرجال بالأثر وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضى الله عنهم قالوا قال يارسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولان الضرورة تتحقق

فى هذا الموضع فانه يتعلق به أحكام يحتاج الى بيانه في مجلس القاضى ويتعذر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة النساء فيه لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة اذا كانت حرة مسلمة عدلا عندنا والمثنى والثلاث أحوط وعند الشافعي لاتثبت الا بشهادة أربع نسوة وعند ابن أبى ليلى شهادة امرأتين فالشافعي يقول كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد فى الشهادة كما فى المذكورات فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال * توضيحه أن حال الرجال فى الشهادة أقوي من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات شئ مما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالزام فلان لايجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة أولى ولا معني لقول من يقول أن هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق قال فى الكتاب لو شهدت أمة أو كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا أنه بمنزلة الشهادة فى الحقوق وبهذا يستدل ابن أبى ليلى رحمه الله أيضا الا أنه يقول المعتبر في الشهادات شيئان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة هنا ولم يتعذر اعتبار العدد فيبقى معتبرا كما في سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول ان نظر الواحدة أحق من نظر المثنى لانه بالاتفاق المثنى والثلاث أحوط فلو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة * وحجتنا فى ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى مايتناوله الاسم والمعنى فيه أن هذا خبر لا يشترط فى قبوله الذكورة ولا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وحقيقة المعنى فيه أن نظر الرجال الى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع ولكن نظر الجنس الى الجنس أحق فاذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار صفة الذكورية لهذا المعنى وهذا موجود فى العدد فان نظر الواحدة أحق من نظر الجماعة فسقط اعتبار العدد بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية فيه لان نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة ولهذا لا يسقط اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة فينعدم من الشرائط مايمكن اعتباره ولا يعتبر مالا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف نسلم أنه شهادة ولكن يدعي أنه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة وفى الحاصل هذا أحد شبهها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالزام ومعنى الاخبار لان صفة الذكورة

فيه لاتشترط فوفرنا خطه على الشبهين وقلنا الشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه شرطا ويبقى معتبرا احتياطا كما فى رواية الاخبار الواحد يكفى والمثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنينة القلب ولاعتباره بالشهادات فيه شرطنا الحرية والاسلام ولفظ الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضى فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر فى الكتاب أنه لو شهد بذلك رجل بأن قال فأجأتها فاتفق نظرى اليها والجواب أنه لايمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا فى هذا الموضع ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهاد المرأة فاذا كان ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فشهاد رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه قال وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته فى ذلك كما فى الزنا واستدلوا عليه بقول أبى حنيفة رحمه الله أن النسب لايثبت الا بشهادرجلين أو رجل وامرأتين على الولادة ان لم يكن هناك حبل ظاهر ولافراش قائم ولااقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا فى كتاب الطلاق فاما الاستهلاك فانى لاأقبل فيه شهادة النساء عليه الا فى الصلاة عليه فأما فى الميراث فلا أقبل فى ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تقبل فى ذلك شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لحديث على رضى الله عنه انه أجاز شهادة القابلة فى الاستهلال والمعنى فيه ان استهلال الصبى يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفى صوته عند ذلك من الضعف ما لا يسمعه الا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجل كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستهلال صوت مسموع وفى السماع من جال يشاركون النساء فاذا كان المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك فى حالة لايحضرها الرجال كالشهادة على جراحات النساء فى الحمامات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من الام والرجال لايشاركون النساء فى الاطلاع عليه وحديث على رضى الله عنه محمول على قبول شهادة النساء فى الصلاة وانما قبلنا ذلك فى حق الصلاة عليه لان ذلك من أمر الدين وخبر المرأة الواحدة حجة تامة فى ذلك كشهادتهما على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد فلا يثبت بشهادة النساء فى موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال والله أعلم

باب شهادة الزور وغيرها

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله انه كان اذا أخذ شاهد الزور بعث به الى أهل سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول ان شريحا رحمه الله يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس) وبهذا أخذ أبو حنيفة رحمه الله فقال القاضي يكتفى فى شهادة الزور بالتشهير ولا يعزره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا وقال أبو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا وقد بينا الكلام فى مقدار التعزير في كتاب الحدود فأما الكلام فى التعزير فى حق شاهد الزور فهما استدلا بحديث عمر رضى الله عنه حيث قال فى شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف به الا ان الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فان ذلك مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فبقى حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به ثم التشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمد واشهاده بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة فشهادة الزور من أعظم الكبائر فانها عدلت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه اشارة الى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة علي نفسه بالزور واذا ثبت أنه مرتكب للكبيرة قلنا يعذر على ذلك وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بقول شريح رحمه الله فانه كان قاضيا فى زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك من حقهم فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد الزور من يقر علي نفسه بذلك واقراره على نفسه بذلك دليل توبته فلهذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير ثم فى التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته لان بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به وما نقل عن عمر رضي الله عنه محمول على معنى السياسة اذا علم الامام انه لا ينزجر الا به (ألا ترى) انه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة اذا علم المصلحة فيه فكذلك التعزير (قال) وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لانه لا تتمكن تهمة الكذب فى اقراره على نفسه فلا طريق الى اثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفى لشهادته والبينة حجة للاثبات دون النفى وكذلك من ردت شهادته

لتهمة أو للدفع عن نفسه أو بالاختلاف في الشهادة أو بتكذيب الذى شهد له فانه لا يكون شاهدا لزور فيما ذكرنا من الحكم لانى لاأدرى أيهما الصادق المشهود له أو الشاهد فلعل المشهود له أراد بالشاهد العقوبة والتهمة فقصر فى دعواه عما شهد به شاهده وكذلك من ردت شهادته للتهمة فلعله صادق فى شهادته واذا اختلف الشاهد ان في الشاهدة فلا يعرف الكاذب منهما فلهذا لا يعزر واحد من هؤلاء والرجال والنساء وأهل الذمة في شهاده الزور سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور واذا شهد أحد الشاهدين علي قتل أو جراحة عمداً أوخطأ وشهد الآخر علي الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما لاختلاف المشهود به فأحدهما يشهد بفعل معاين والآخر يقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك لو اختلفا فى الوقت أو فى المكان الذي كان به القتل فأما في البيع اختلاف الشهود فى المكان والزمان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول الشهادة الا علي قول زفر رحمه الله فانه يقول لاتقبل لاختلافهما في المشهود به فالموجود فى مكان غير الموجود فى مكان آخر كالافعال ولكنا نقول القول يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فى الحكم فبهذا الاختلاف لا يتحقق بينهما اختلاف فى المشهود به وكذلك صيغة الاقرار والانشاء فى البيع واحدة بخلاف الافعال فانها لا تحتمل التكرار ولو شهد أحدهما في قرض مائة درهم وشهد الآخر على الاقرار بذلك جاز كما فى البيع لان البيع والقرض كلام كله وقال بعضهم هنا الجواب في القرض غلط فان الاقراض فعل فانه لا يتحقق الا بتسليم المال والقبض بحكم القرض موجب ضمان المثل كالغصب وكما ان اختلاف الشهود في الغصب فى الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك فى القرض ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم المال اليه فان تسليم المال اليه بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله أقرضتك صيغة الاقرار والانشاء فيه واحد كما في البيع ولو شهد أحدهما على مائة والآخر علي خمسين لم تقبل هذه الشهادة في قول أبى حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين فى المشهود به لفظا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل علي الاقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر حتى لا يصير مكذبا أحد شاهديه وقد بينا فى كتاب الطلاق فى التطليقة والتطليقتين ولا يجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما أو جار اليها مغنما لانه متهم في شهادته وقال صلي الله عليه وسلم لاشهادة لمتهم ولانه فى معنى الشاهد لنفسه وشهادة المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه فى شيء ما خلا

الحدود والقصاص والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه منزلة الاجنبي وأما في الاموال هما بعقد المفاوضة صار في ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا غير متفاوضين لاتجوز فى تجارتهما للتهمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به فأما فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الاجانب لان تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فان بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق اذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله علي ذلك بالشهادة وكذلك شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير لاستاذه لاتجوز في شئ وان كان عدلا أخذ في ذلك بالثقة واستحسن لما بلغنا فى ذلك عن شريح رحمه الله ولحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة الي التهمة فالاجير هنا هو التلميذ الخاص وقد ظهر مثله الى استاذه وايثاره علي غيره فكان بمنزلة الزوجية في المنع من قبول الشهادة ولانه هو الذى يقبض ما يجب لاستاذه فكأنه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث بأن لاشهادة للقانع بأهل بيته ومعنى ذلك انه يعد خيرهم خير نفسه وشرهم شر نفسه والاجير فى حق استاذه بهذه الصفة وقيل مراده أجيرا استأجره مسانهة أو مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفى الزمان الذى يسلم نفسه لاداء الشهادة له يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استؤجر على أداء الشهادة فلهذا لا تقبل شهادته لاستاذه فى شئ ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابناه ان الطالب أبرأ أباهما واحتال به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب عن أبيهما فدفعهما عن أبيهما كدفعهما عن أنفسهما ولو كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى الحوالة والبراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان علي أبيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب وهو أجنبي عنهما فلهذا قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان أن لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما لانهما شاهدان لانفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك أو ينصرف واحد يثبت به المال لهما ولفلان فاذا لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما وكان مدعيين في ذلك فكذلك في حق الثالث كما لو شهدا أنه قذف هذا وأمنا في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا أن فلانا ابرأهما

وفلانا من مال كان له عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو فى حقهما دعوى لا شهادة وبين الدعوي والشهادة مغايرة فاذا كان كلامهما دعوى فى البعض لا تكون شهادة معتبرة فى الباقى وكذلك شهادة ولدهما لانهما فى البعض يشهدان لوالدهما ولا يجوز شهادة الاجير لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه واذا ادعي رجل دابة فى يد رجل فقال هى دابة فلان دفعها الى وديعة فردها عليه وجاء أحد الورثة نخاصمه فى ذلك وقال هى دابتى تصدق بها على أبى نجاء الذى كانت في يده أولا وشهد أنها دابته (قال) ان كان يعلم ان هذا أودعها أباه ثم ردها عليه فشهادته جائزة والا فلا تجوز شهادته لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه اذا علم أنه هو الذي أودعها اياه وانه قد ردها عليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المستودع يستفيد البراءة بالرد علي من أودعه غاصبا كان أو مالكا فلا تتمكن تهمة فى شهادته بالملك للمدعي بعد ذلك وأما اذا لم يعلم ذلك فقد صار هو مقراً علي نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان عليه لمالكها مالم تصل يده اليها فهو بهذه الشهادة يريد اتصالها الى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها فتتمكن تهمة فى شهادته (قال) وكذلك الدار قيل هذا علي قول من يقول العقار يضمن بالغصب وقيل بل هو قول الكل لانه يخاف أن يرفع الى قاض يرى العقار كالمنقول فى ايجاب الضمان على مثبت اليد عليها فيقضى عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغرم على نفسه أيضا. رجل معه شاة فر رجل فقال اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فأقام البينة ان هذا أغصبها منه وأقام شاهدين أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغرم عن نفسه فالمدعى اذا ثبت ملكه يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقراً بالضمان له عن نفسه فانما يقصد باخراج الكلام مخرج الشهادة دفع المغرم عن نفسه بان يتوصل صاحبها الى حقه في تضمين الغاصب ولان ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب فهو بهذه الشهادة يريد أن يقرر الضمان على من أمره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك أمره فى اسقاط الضمان عن الذابح فكان دافع المغرم من هذا الوجه والثانى يحتمل ان المالك غيره وغيره يضمنه وهو لا يضمنه باعتبار ان بينهما محبة ومودة فقد تمكنت التهمة فى هذه الشهادة (قال) ومن التهاتر أن يشهد الشاهد ان ان هذا الشيء لم يكن له لان هذا نفى والشهادة للاثبات دون النفى فان النفى مما لا يعرف لان الانسان مالم يصحب غيره آناء الليل وأطراف النهار لا يعلم ان هذا الشيء ليس له وهو وان صحبه لا يعلم ذلك أيضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بأن يكون ورث شيئا فيكون

مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فاذا كان لايعرف هذا من نفسه فكيف يعرف غيره منه وكذلك لو شهد أنه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق الى معرفة ماشهد به من نفي الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا أنها لم تكن وان فلانا لم يصنع كذا وانه لم يحضر مكان كذا وان كان بمكان كذا فهو كله باطل لان القاضي يعلم أنه مجازف فى شهادته اذلا طريق له الى معرفة ذلك حقيقة فاذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب أو مجازف في شهادته لاتقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفي وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه فى ذلك المكان وانما المقصود نفي كونه في المكان الذى يدعيه المدعي يومئذ والمعتبر ما هو المقصود أومن التهاتر ان يقيم الرجل البينة على حق فيقضى له به فيقول المقضي عليه أنا أقيم بينة أنه لى فهذا لايقبل منه لانه يقيم البينة لابطال قضاء القاضي عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينة عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء يمتنع القاضي من القضاء للمدعى فلان لا يبطل القضاء بها أولى (قال)ولو قبلت مثل هذا قبلت من الآخر مثلها فيؤدى الى مالا يتناهى وذكر فى الاصل المسئلة التي بيناها فى كتاب الحدود اذا شهد أربعة على شهود الزنا أنهم التزماه وقد بيناها ثمة والله أعلم

باب الشهادة فى النسب وغيره

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل انه فلان ابن فلان الفلاني وان الميت فلان ابن فلان ابن عمه وورثته لايعلمون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار فى يد رجل وهو مقر أنها له غير أنه لايعرف له وارثا فانا أجيز شهادة هؤلاء على النسب وأدفع اليه الدار وان كانوا لم يذكروا أباه استحسانا) وهذه فصول أربعة النسب والنكاح والقضاء والموت وفى القياس لا تجوز الشهادة فى شئ منها بالتسامع لان الشهادة لاتجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعاينة السبب أو بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم وقال الله تعالي ولا تقف ماليس لك به علم وحكم المال أخف من حكم النكاح فاذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففى النكاح أولي وفى التسامع القاضى والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضى أن يقضي بالتسامع فكذلك لايجوز للشاهد الا أنا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك

واستحسانهم (ألا ترى) انا نشهدان عمر بن الخطاب وعلى ابن أبي طالب رضي الله عنهما ماتا
ولم ندرك شيئا من ذلك ونشهد أن فاطمة رضي الله عنها زوجة على رضى الله عنه وان اسما
بنت أبي بكر رضي الله عنه ونشهد ان شريحا رضى الله عنه كان قاضيا ونشهد أنهم قد ماتوا
ولم ندرك شيئا من ذلك ثم هذه أسباب يقضون بها على ما يشتهر فان النسب يشتهر فيها بالتهنئة
والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بقراءة المنشور فنزلت الشهرة منزلة
العيان فى افادة العلم بخلاف الاموال وغيرها يوضحه ان هذه الامور قل مايعاين سببها حقيقة
فسبب النسب الولاة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا
الخواص من الناس والميت أيضا قل ما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص
من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى الى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام
يسمعه كل واحد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره
الخواص فلهذا لاتجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التى تتعلق بهذه الاشياء الاربعة
تبقى بعد انقضاء قرون فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك
القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة
ولكن على شرائط الوقف لاتجوز الشهادة بالتسامع لان أصل الوقف يشتهر فأما شرائطه
لاتشتهر ولا بد للشاهد من نوع علم ليشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا أن المدعي
أخبره بذلك أو شهد به عنده رجل ما ينبغى له أن يشهد حتى يكون النسب مشهورا أو شهد
به عنده رجلان عدلان لئلا يقول المدعى بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا
يتم شرعا وانما ثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا أو شرعا فالاشتهار عرفا بأن يعلمه أكثر الناس
والاشتهار شرعا بشادة رجلين (ألا ترى) ان الاعلان فى النكاح شرط ويكون ذلك شرعا
بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما فى الشهادة
عند القاضى فاذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشهاد عنده شرعا وولاية الشهادة
دون ولاية القضاء فاذا كان يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة رجلين عنده فلان لايجوز له اذا
شهد عنده به رجلان عدلان أولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له وأقام معه
دهرا لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه يشهدان
له على ذلك ثم يسعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كاف فيما لا يشترط

عليه معاينة السبب ولو نظر الى رجل مشهود باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يتكلم معه وسعه أن يشهد انه فلان ابن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك اذا رأى انسانا فى مجلس القضاء يقضى بين المسلمين فهو فى سعة من الشهادة على انه قاضيا لحصول العلم له بذلك الاشهاد والشهادة انما تجب عليه بالعلم لا بالتكلم والمخالطة فاذا حصل العلم له بالاشهاد حل له أداء الشهادة ولو مات رجل فأقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان ابن فلان حتى يلتقوا الى أب واحد وهو عصبته وأقاربه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث لانه أثبت سبب الوراثة مفسراً بالحجة فان جاء آخر وأقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا أبوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وأبطلت القضاء للاول لان البينة الثانية طاعنة فى البينة الاولى دافعة لها فانه يتبين بها أن الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان أقام الثانى البينة ان الميت فلان ابن فلان ونسبه الى أب آخر وقبيلة أخرى وانه فلان ابن عمه الى أب واحد لا وارث له غيره لم أحول النسب بعد أن ثبت من فخذ ومن أب الى أن يجيء من هو أقرب من الذى جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة فى الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى ترجح الاولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبه وهو كمن ادعى دابة في يد انسان أنها له ثم أقام البينة فقضي القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة أنها له لم يقبل ذلك منه ولو أقام البينة على النتاج قبل ذلك منه لان هذه البينة طاعنة فى البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان أقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضى له بذلك ثم أقام آخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ أيضا لم تقبل ولو أقام البينة على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة فى البينة الاولى واذا شهد شاهد ان أن هذا أعتق فلانا وانه مولاه وعصبته لا وارث له غيره فان كان قد أدرك المعتق وسمع العتق منه فشهادتهما جائزة وان كان لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية أبى حفص رحمه الله فلا وهذا قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال اذا شهدوا على ولاء مشهور فهو كشهادتهم بالنسب وان لم يسمعوا ذلك منه ولم يدركوه لان الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة

جائزة فكذلك على الولاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن بينهما فقال الولاء لحمة كلحمة النسب (ألا ترى) أنا نشهد ان قنبر مولى على رضي الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضى قرن كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامع تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء والشرع جعل الولاء كالنسب فى حق وجوب الانتماء فقال صلى الله عليه وسلم من انتسب الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا ٭ وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان العتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع وبيانه فيما قررنا ان العتق كلام يسمعه الناس كالبيع وليس كالولادة فلا حاجة الى اقامة التسامع فيه مقام البينة ثم لا يقترن لسبب الولاء مايشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا ينعقد مالم يعلم به المشترى والعتق نافذ وان لم يعلم المعتق بخلاف الطلاق وما تقدم لانه مقترن بأسبابها مايشتهر من الوجه الذى قررنا وكذلك لو شهدوا ان فلانا أعتق أبا فلان وان فلان ابن فلان عصبة فلان الذى أعتق وعصبة فلان المعتق فانى لا أجيز شهادتهما حتى ينسبا الذي أعتق وعصبته الي أب واحد يلتقيان اليه وان لم يدركا ذلك لم يضرهما بعد أن يشهدا علي سماع العتق من المعتق ثم ان المعتق مات وترك ابنه ثم مات ابنه ولا يعلمان له وارثا غيره وانه لا ينسب له ولا ولاء سواه فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا يقضى بالميراث ما لم يفسروا بنسب الوراثة وانما يصير مفسرا معلوما عنده بما ذكر غير ان فى النسب شهادتهم بالتسامع مقبولة وفى الولاء لا تقبل شهادتهم ما لم يسموا العتق من المعتق الا عند أبى يوسف رحمه الله كما بينا قال ولست أكلفهم فى المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبى ليلى رحمه الله ما لم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضي بالميراث له لان سبب استحقاقه لا يصير معلوما للقاضى الا به لجواز أن يكون هناك من يزاحم أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب ولكنا نقول قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم الي معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب واليه أشار فى الكتاب (فقال) من قبل ان هذا عيب يحملهم القاضى عليه أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم انهم يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره فهذا يكفى وعلى قول ابن أبي ليلي رحمه الله لا يكفى لان هذا ليس من الشهادة فى

شيء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذي أثبته الشهود مفسراً الا انهم اذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضي أن يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضي مؤنة التلوم ونظروا في ذلك لأنفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لانهم لو قالوا لا وارث له غيره كانوا مجازفين في ذلك فتحرزوا بقولهم لا نعلم له وارثاً غيره وفي الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من سباب التحرز عن الكذب لا يكون قدحا في شهادتهم ولو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا بأرض كذا وكذا غير فلان جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يقولوا مبهمة لا نعلم له وارثا غيره لان في تخصيصهم مكانا ايهاما انهم يعلمون له وارثا في غير ذلك المكان أرأيت لو قالوا لا نعلم له وارثا سواه في هذا المجلس أكان يقتضي بالميراث لهم وأبو حنيفة يقول هذا اللفظ مبهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلده كذا ومولده كذا ومسقط رأسه كذا ولا نعلم له بها وارثا غيره فأحرى أن لا يكون له وارثا آخر في مكان آخر ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكر في هذا اللفظ لغو لأن ما لا يعلم المرء لا يختص بمكان دون مكان فهو وما لو أطلقوا سواء وقولهما ان هذا ايهام فلان كان كذلك فهو مفهوم والمفهوم لا يقابل المنطوق والاصل في ذلك ما روي ان ثابت بن الدحداح لما مات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسبا قالوا لا الا ان ابن أخت له فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته ابن لبانة بن عبد المنذر رضي الله عنه فقد ذكروا انهم لا يعرفون له فيهم وارثا ونسبا ولم نكافهم أكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولاء رجل واحد فأقام كل واحد منهما بينة انه أعتقه وهو يملكه ولا يعلمون له وارثا غيره جعلت الولاء بينهما والميراث لانهما استويا في سبب الاستحقاق والولاء إما أن يعتبر بالنسب ولو أقاما البينة على نسبه كان الميراث بينهما لاستوائهما في النسب أو يجعل الولاء كالملك لانه أثر من آثار الملك واذا استويا في اقامة البينة على الملك يقضي بالملك بينهما نصفان فان أقام أحدهما بينة قبل صاحبه وقضيت له ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة لم تقبل منه ولم يشارك الاول لان الولاء كالنسب من حيث انه لا يحتمل النقض والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص الي شخص ثم في النسب اذا ترجحت البينة الأولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك فكذلك

فى الولاء ولو شهد رجل على رجل ان مولاه اعتق أمه ثم ولدت بعد العتق لستة أشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضى له بالولاء ثم جاء مولى العبد وأقام البينة انه كان أعتق أباه فلانا قبل موته وهو لا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاء لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا ذلك حكمنا بجر الولاء الى قوم الأب فكذلك اذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس فى هذه البينة ابطال القضاء الأول فان القضاء الأول كان قضاء بالولاء لمعتق الأم لانه لا ولاء له من قبل الأب وهو صحيح ثم بقى ذلك الولاء عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود الدليل المنفى فاذا ثبت الثانى الدليل المحول ببينته وجب القضاء بالولاء والميراث له بخلاف الاول فهناك البينة الثانيه تقوم لابطال القضاء الاول بطريق المعارضة وقد بينا ان عند المعارضة الاولى يترجح بالقضاء فان نقض القضاء بدليل محتمل لا يجوز واذا شهدا على موت رجل وأقرأنهما لم يعاينا ذلك لم تجز الا أن يكون مشهور الموت لانه اذا لم يكن مشهورا وأقرانهما لم يعاينا فقد أقر انهما يشهدان بغيرعلم واذا كان مشهور الموت فانما يشهدان بما يعلمانه بالشهرة وان قالا نشهد بأنه مات أجزت ذلك والا استفسرهما لان مطلق الشهادة يجب حملها على سبب صحيح كما لو شهد بمطلق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسران أنهما يشهدان بذلك بظاهر اليد أو غيره وكذلك ان قال نحن دفناه أو شهدنا جنازته فهذا منهما شهادة بموته لان الحى لا يدفن ولا يصلى على جنازته واذا أخبر الوحل المديون به أو المرأة انه عاين موت فلان فالذى انتهى اليه الخبر فى سعة من يشهد على موته قيل معنى هذا اذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فأما اذا لم يسمعه إلا من هذا الواحد فانه لا يجوز له أن يشهد بموته كما في النسب والنكاح وقد بينا وقيل بل فى الموت يسعه ذلك اذا كان المخبر ثقة موثوقا به لان أمر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من يغسله ثم يخبر الناس بذلك فيتعمدون خبره ويعلمون انه صادق فى مقالته فيجوز له أن يعتمد هذا الخبر فى الشهادة على موته واذا جاء موت الرجل من أرض أخرى فصنع أهله ما يصنعون على الميت فانه لا يسع أحد أن يشهد على موته حتى يخبر به من شهده ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة أنه باطل فلا يعتمده حتى يخبره من يثق به عن معاينة فاذا أخبره بذلك وسعه أن يشهد (ألا ترى) انه لو مات ميت فأخرجت جنازته حتى يدفن وسع الجيران أن يشهدوا بموته وان لم يعاينوا فلك لانهم سمعوا

ذلك مما عاين واذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية وأقام معها أياما ثم ماتت فانه يسع الجيران ان يشهدوا على أنها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما أوجب تشهيره أرأيت لو كان بينهما ولد أما كان يسعهم أن يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة فاذا كان يجوز هذا فيما ينبني على النكاح فكذلك في النكاح واذا شهد شاهدان أن فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا غيره ولم يدركوا فلانا الميت فشهادتهم باطلة لانهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا يخلفه وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع واذا كان القاضي يعلم انهم لم يدركوا فلانا الميت فقد علم انهم جازفوا في هذه الشهادة وبهذا يستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في مسئلة الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للمتق الا أن يكون مالكا فهم يشهدون بالملك له أو لا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله في الوقف ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لا يدرك الواقف لا تقبل لانه مالم يثبت الملك للواقف لا يثبت الوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان أكثرهم على جواز ذلك في الوقف استحسانا للضرورة الداعية الى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأبيد في صدقته ولو شهدوا على دار في يدي رجل أنها دار جد هذا المدعى وخطته وقد أدركوا الجد لم تجز شهادتهما حتى يجيزوا المواريث لان المدعى يحتاج الى اثبات سبب انتقال الملك اليه من الجد وبثبوت الملك للجد لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضي من القضاء له حتى يجيزوا المواريث ولو شهد على اقرار الذى في يديه انها دار جد هذا أجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل به القضاء بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضي ولا يتمكن القاضي من القضاء الا بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسئلة ما بينا في كتاب الدعوى أنهم اذا شهدوا أنها كانت لأبنه وقد مات أبوه لا يقضى له بشيء الا في قول أبي يوسف الآخر بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد بأنها كانت لابنه وكذلك لو شهدوا انها كانت من يد المدعى لا يستحق بهذا شيئا بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد انها كانت في يد المدعى وفي الكتاب أشار الى الفرق وقال اذا أقر ذو اليد بهذا فقد أخرجها من نصيبه فيخرجها من يده الا أن يأتي ببينة بحق له فيها واذا أخرجناها من يده فلا مستحق لها سوى المدعي فتدفع

اليه واذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعى شيئا اذا لم يجيزوا المواريث اليه وهذا في الحقيقة اشارة الى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضي واذا كانت الدار في يد رجل فأقام ابن أخيه البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثا لابن الابن وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان أباه مات وترك نصيبه منها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره وان أقام الآخر البينة ان أخاه مات قبل أبيه وان أباه قد ورث منه السدس ثم مات أبوه فورثه هذا فاني أقبل شهادة شهود ابن الأخ لانه هو المدعي ومعنى هذا انه هو يثبت الملك لنفسه في نصف الدار ببينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن ينفي ببينته ما أثبت هو من نصف الدار لنفسه والبينات للاثبات لا للنفي * يوضحه انا اذا قبلنا بينة ابن الاخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه في نصف الدار واذا قبلنا بينة ذي اليد لا يصير ابن الأخ مقضيا عليه في شيء والقضاء يستدعي مقضيا عليه وكانت بينة ابن الأخ أولى بذلك فان كان لأب الغلام ميراث من تركة سوى الدار لم أقبل بينة واحد منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه ببينته شيئا في يد ابن الأخ وهو نصف الدار والآخر سدس تركة أخيه التي كانت في يد أبيه بطريق الميراث له من أبيه وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بينة صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والأصل ان كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا (ألا ترى) ان الأب والابن اذا غرقا جميعا في سفينة أو وقع عليهما بيت ولا يعلم ايهما مات أولا لم يرث واحد منهما صاحبه فكذلك هنا لما تحققت المساواة بينهما في التاريخ جعلا كانهما ماتا معا فيكون ميراث كل واحد منهما لابنه فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو أقام رجل البينة على ميراث رجل انه مات يوم كذا وهو ابنه لا وارث له غيره وأقامت امرأة البينة انه تزوجها يوم كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فاني آخذ ببينة المرأة لانها تثبت المهر والميراث فلا بد من قبول بينتها على ذلك ثم بينتها طاعنة في بينة الابن على تاريخ الموت فمن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته في يوم وورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذي ذكروا فيه موته قبلت ذلك أيضا لان هذه الأخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها طاعنة في البينة الأخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث أقام البينة ان فلانا قتل أباه يوم كذا قضيت بذلك ثم أقامت المرأة البينة انه تزوجها بعد ذلك اليوم ثم التفت الى بينتها

قال لان القتل حق لازم والموت ليس فيه حق لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجبه من قصاص أودية فكانت بينته مثبتة وبينه المرأة على النكاح أيضا مثبتة للمهر والميراث لها فلما استويا فى الاثبات وترجحت بينة الابن باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق المعارضة فاما فى الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما بقي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينة المرأة تثبت وقد بينا ان النافي من البينتين لا يعارض المثبت فيترجح بينتها ويتبين به بطلان الطلاق الاول كما اذا أثبت سبب إرث مقدم على ما قضى القاضى به * يوضح الفرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا فى زمان فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه فى ذلك الزمان بالبينة لاثبات حكمه فأما الموت ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليتمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يمكنه من اثبات الخلافة لنفسه بعد موته وفى ذلك لا فرق بين موته فى وقت دون وقت ثم الاصل ان بعد المساواة فى الاثبات اذا تيقن القاضى بالكذب فى احدى البينتين وقد اتصل القضاء باحدهما فانه يعين الكذب فى الأخرى (ألا ترى) انه لو قامت عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بمكة فقضى القاضي بها ثم شهد شاهدان آخران انه تزوج هذه الأخرى يوم النحر فى ذلك اليوم بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح جانب الصدق فى البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتعين الكذب فى البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسئلة القتل والله أعلم

باب طعن الخصم فى الشاهد

(قال رحمه الله واذا شهد شاهد ان لرجل حقا من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فانى لا أقبل شهادتهما حتى أعلم انهما حران) لان الناس أحرار الا فى أربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل كذا مروى عن علي رضى الله عنه وتفسيره فى الشهادة هذا وفي الحد اذا قذف انسان ثم زعم القاذف ان المقذوف عبد فانه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وفى القصاص اذا قطع يد انسان ثم زعم القاطع ان المقطوعة يد عبد فانه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حريته بالحجة وفي القتل اذا قتل انسان خطأ وزعمت العاقلة انه عبد فلان فانه لا

تقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته وهذا لان ثبوت الحرية لكل أحد باعتبار الظاهر إما لان الدار دار حرية أو لان الاصل فى الناس الحرية فانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كان حرين الا ان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ويقال ما عرف ثبوته ليس بدليل منفى بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعى ولا يستحق به حتى اذا كانت فى يده جارية ولها ولد فى يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها اذا عرفنا هذا فنقول فى الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد الظاهر ولا يكفى لذلك وكذلك فى القذف الزام الحد على القاذف في القصاص وايجاب العقوبة على القاطع وفى القتل ايجاب الدية على العاقلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك فان قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وانما أراد به انه لا تقبل شهادتهما فأما فى قولهما انا أحرار لم نملك مصدقان فى حقهما بطريق الظاهر ولكن لا نقضى بشهادتهما حتى يقيم البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاخبر انهما حران فقبل ذلك وأجاز شهادتهما كان حسنا لان حريتهما من الاسباب التى تعمل شهادتهما الا بها بمنزلة العدالة فكما أن العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والباب الاول أحب الي وأحسن يعنى الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا تثبت بدون الحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجرى فيهما الخصومة وطريق الاثبات فى مثله البينة فأما العدالة لا تجرى فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله والحاصل ان الحرية فى هذه الحالة أخذت شبهين من أصلين من العدالة لانها من أسباب قبول الشهادة ومن الملك لانها لا تجرى فيها الخصومة وفيها حق العباد فيوفر حظه عليهما فلشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال ولشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه أقوي وأحسن لان الحرية تصير مقضيا بها ولو قالا قد كنا عبدين فأعتقنا المولى لم نصدقهما الا ببينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البينة فان جاء بالبينة على ذلك قبلت ذلك وأعتقهما وان كان المولى غائبا لان المشهود عليه انتصب خصما عن المولى فانه لا يتمكن من دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلا بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصما عن الغائب ومتى

قضي القاضي بالبينة علي خصم حاضر فذلك قضاء علي من انتصب لهذا الحاضر خصما عنه فاذا جاء المولى وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره وكان من القضاء بالعتق ماضيا لان الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لايقضى بالعتق حتي يحضر المولى ويقام عليه البينة لان المعتق مدعى عليه واستدل علي زفر رحمه الله بما قال أرأيت لو ادعى قتل رجل أنه قطع يده عمدا أو الدعى عليه قذفا وميراثا وأقام البينة أن مولاه أعتقه وان هذا قطع يده بعد ذلك أو قدمه ألم أحكم عليه بما حكم به الحر على الحر فيكون ذلك قضاء على مولاه وان كان غائبا وكذلك لو أقام رجل البينة على عبد أن مولاه أعتقه وانه قطع يده بعد ذلك لو استدان منه دينا أو باعه أجزت ذلك وان جاء المولى فانكر عتقه لم أكلفه اعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف الا أن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف علي المختلف لايضاح الكلام والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الشراء والبيع

(قال رحمه الله واذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان وان لم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة) لان الدعوي ان كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وان كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم تشهد بما الدعاه المدعى ثم القاضى يحتاج الى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لايصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لايظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم تشهد به الشهود وكذلك لو سمى الثمن واختلفا فى جنسه أو فى مقداره لان المدعى يكذب أحدهما لامحالة ولان كل واحد منهما يشهد بعقد غير مايشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدراهم ولا يمكن القاضى من القضاء بواحد من العقدين لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك اذا شهد أحدهما بالبيع بألف والآخر بالبيع بالف وخمسمائة ويستوى ان كان البائع هو المدعى للبيع أو الشراء وفى الخلع ان كانت المرأة هى التى تدعى فكذلك الجواب لانها تكذب أحد الشاهدين وان كان الزوج هنا المدعى فى الخلع فشهد أحد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسمائة فشهادتهما مقبولة فى مقدار الالف لان الفرقة وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها فى الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا

ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعى للعقد فالشهادة لاتقبل لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة والزوج يكذب أحد شاهديه وان كانت المرأة هى التى تدعى النكاح بالف وخمسمائة فعند أبي حنيفة رحمه الله تقبل شهادتهما على مقدار الالف لان دعواها دعوي المال وقد اتفق الشاهدان علي الالف لفظا ومعنى كما في الخلع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لاتقبل الشهادة لان عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما أن اختلاف الشاهدين فى مقدار البدل فى البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك فى النكاح وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما وهو أن صحة النكاح تستغنى عن تسمية المهر بخلاف البيع فمن هذا الوجه المال كالزائد فى النكاح ودعواها فيه دعوى الدين وتمام بيان هذا الفصل فى الجامع الصغير وان اتفق فى جميع ذلك غير أنهما اختلفا فى المكان والوقت فى البيع أو في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهد اعلي اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضي الى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قال أقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسم الثمن فهو جائز لان الحاجة الى القضاء بالعقد بالملك للمدعى دون القضاء فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تفضي الى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم (ألا ترى) أن مالا يحتاج الى قبضه فجهالته لاتضر وهو المصالح عنه بخلاف مايحتاج الى قبضه وهو المصالح عليه فاذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا الى تسليم الثمن فجهالته لاتمنع القاضى من القضاء بحكم الاقرار واذا لم يقبض الثمن لايجب على البائع تسليم البيع مالم يصل اليه الثمن فجهالة الثمن فى هذه الحالة تمنع القضاء بموجب اقراره وفى الموضعين جميعا الثابت من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال بعتها منه ولم استوف الثمن لم يؤمر بتسليمها اليه ولو قال بعتها منه واستوفيت الثمن أمر بتسليمها اليه فكذلك اذا ثبت بالبينة واذا ادعي شراء دار وأقام شاهدين عليها غير أنهما لا يعرفان الدار والحدود ولم يسميا شيأ من ذلك فهو باطل لان المشهود به مجهول ولان المدعى غير المشهود به فالمدعا شراء دار معينة معلومة والمشهود به شراء دار مجهولة فان قالا قد سمى البائع والمشترى موضع الدار وحدودها ثم وصفوا ذلك وسموه فهو جائز لانهم شهدوا بمعلوم وهو الشراء فى دار معلومة بذكر الحدود والموضع غير انى أسأل المدعي البينة علي ما سمى الشهود من موضع الدار والحدود لان القاضى يقول للمدعي قد ثبت عندى انك اشتريت

منه دارا حدودها ماسمى الشهود ولكن لاأدرى أن هذه الدار المبينة التى يدعيها هى تلك الدار وان حدودها ما سمى الشهود فثبت ذلك عندى بالبينة فاذا أقام البينة على ذلك حينئذ تمكن القاضى من القضاء له بالمدعى بالبينة السابقة وكذلك لو حددوها بثلاثة حدود فقد بينا فى أدب القاضى ان ذكر أكثر الحدود وذكر الجميع عندنا سواء استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام ذكر الحدود فى العقار عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو ادعي البائع وجحد المشترى في جميع هذه الوجوه لان الحاجة الى القضاء بالعقد لافرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشترى . دار فى يد رجل فأقام رجل عليها شاهدين انها داره اشتراها من فلان وأقام ذو اليد البينة انها داره اشتراها من فلان ذلك أيضا فهى للذى في يده لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيهما كان للبائع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك اليه وسبب ذى اليد أقوى لان الشراء مع القبض أقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى الا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى بها له لانه أثبت الشراء فى وقت لاينازعه الآخر فيه ولو أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر قضيت بها للمدعى لان كل واحد منهما هنا يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فكأن البائعين حضرا وادعيا الملك المطلق وبينة الخارج فى ذلك أولي عندنا فاما فى الاول الملك ثابت للبائع بتصادقهما وانما يحتاج كل واحد منهما الي اثبات سبب الانتقال اليه *يوضح الفرق أن هناك الخارج محتاج الي اثبات الاستحقاق على البائع وعلى ذى اليد فى تثبته مايثبت له الاستحقاق علي البائع وليس فيها مال يثبت الاستحقاق علي ذى اليد من غير المالك حادث لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا وحاجة ذى اليد الي اثبات الاستحقاق علي البائع خاصة ولا حاجة له الى اثبات الاستحقاق على صاحبه لان صاحبه غير مستحق لما بيد له فيها وفى بينته مايثبت له ذلك فاما هنا كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الاستحقاق لبائعه أولا ليترتب عليه استحقاقه بالشراء وفيما هو المقصود بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد . دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه بالف درهم فان وقت أخذ بأول الوقتان لان صاحب أسبق التارخين اثبت الملك لنفسه بالشراء فى وقت لاينازعه فيه غيره والآخر بينة انما أثبت الشراء من غير المالك وان وقت أحد البينتين دون الاخرى فهى لصاحب الوقت لان الشراء من غير المالك حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات حتى يثبت سبق

التاريخ فالذي لم توقت شهوده انما أثبت شراءه في الحال وصاحبه أثبت الشراء من حين أرخت شهوده فهو أولى الا أن تكون الدار في يد الآخر فهي لصاحب اليد حينئذ لان تمكن ذي اليد من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معاين وفي حق الآخر التاريخ مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ولان حاجة الخارج الى اثبات الاستحقاق على ذي اليد وليس في بينته ما يوجب ذلك وان أرخت شهوده لجواز أن يكون شراء ذي اليد سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك لان استواء الحجتين الحكم هو القضاء بها بينهما نصفان فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما وبعض الملك قبل البعض والتبعيض في الأملاك المجتمعة عيب فيخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك وكذلك لو كان أحدهما ابن البائع أو مكاتبة لانه في حكم الشراء منه هو كاجنبي آخر فكذلك في دعوى الشراء عليه. دار في يد رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدرى أي ذلك أول فانه يقضى بها لذي اليد وتبطل البينتان جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشترى مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له وهنا تهاتر البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما معا ولم يذكر في المسئله اختلافا هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله فان عند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين جميعا فيجعل كأن ذي اليد اشتراها أولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها الى الخارج لان القضاء بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسئلة بفروعها في الجامع قال (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو أقام البينة ان القاضي قضى له بهذه الدار على صاحبه انه يترك في يد ذي اليد وتهاتر البينتان الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما فيقول في الشراء اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لانى إن جعلت شراء ذي اليد سابقا جاز بيعه بعد القبض وان جعلت شراء الخارج سابقا لم يجز بيعه من البائع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضاء غير ممكن ولان الشراء يتأكد بالقبض ولهذا يستفاد به ملك التصرف العقار في ذلك والمنقول عندي سواء فيستقيم ان يجعل قبض ذي اليد صادراً عند عقده أو يجعل ذلك دليل سبق عقده فاما القضاء لا يتأكد بالقبض بل متأكد بنفسه فتتحقق فيه المعارضة بين البينتين. دار في يد رجل فأقام البينة انه باعها من فلان بألف درهم في رمضان وأقام فلان البينة انه اشتراها

منه فى شوال بخمسمائة درهم لان القضاء بالعقدين ممكن والبينات حجج فعند امكان العمل بهما لايجوز الغاء أحدهما فيجعل كانه باعها فى رمضان بألف ثم باعها فى شوال بخمسمائة فيكون العقد الثانى فاسخا للعقد الاول ولو عاينا الشرائين كان الشراء الثانى فاسخا للاول والدار له بالثمن الثانى وكذلك لو أقام فلان البينة انه وهبها له فى شوال علي أن يعوضه خمسمائة وقبضها جميعا لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع فهذا واقامة البينة على الشراء فى شوال بخمسمائة سواء ويكون العقد الثانى فاسخا للاول ولو كان أقام البينة أنه ارتهنها منه فى شوال بخمسمائة أمضيت البيع بألف في رمضان وقضيت له من ذلك بخمسمائة سواء الذى أثبت انه أعطاه فى شوال وهذا قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله بينة المرتهن أولى والرهن فى شوال ينقض دعوى البائع البيع في رمضان ومعنى هذا الكلام أن المرتهن أثبت ببينته اقرار الراهن بالرهن منه فى شوال فكأنا سمعنا منه هذا الاقرار لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أقر هو بذلك لم يصح منه بعد ذلك دعوى البيع فى رمضان للتناقض فالبائع لا يرهن المبيع من المشترى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا البيع أقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك فى البدلين والرهن لا يوجب ذلك فعند تعذر العمل بالبينتين يترجح الاقوى وهو البيع وكما أن المرتهن أثبت اقرار الرهن بالرهن فالبائع أثبت اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنعه من دعوي الرهن فى شوال فلما وقع التعارض فى هذا رجحنا أقوى الحجتين وهو حجة البيع وفى الكتاب (قال) ليس الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع والرهن ليس ببيع فقد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ومعنى هذا ان الرهن دون البيع فلا يكون ناقضا للبيع (ألا ترى) أنا لو عاينا العقدين لم ينتقض البيع بالرهن وهو معنى قوله قد يرهنك دارك ولو عاينا البيعين انتقض الاول بالثانى فبانتقاض الاول الدار تعود الى البائع فهذا معنى قوله لا يبيعك. دارك دار فى يد رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشتراها بالف وكفل عنه صاحبه المدعى معه فان علم الاول منهما قضى له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما أن يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجتين فان أخذاها فالكفالة لازمة لكل واحد منهما على صاحبه من قبل أنهما ليسا بشريكين ومعنى هذا أنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار بشراء يفردهو به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه

وكفالة صاحبه له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك اذا قضى بذلك بالبينة . واذا أقام رجل البينة انه اشترى دارا فى يد رجل بالف درهم وقال ذو اليد لم أبع ثم أقام البائع البينة على أنه قد رد عليه الدارفانى أقبل ذلك منه وانقض البيع ولا يبطل انكاره البيع بينة لان انكاره ليس باكذاب منه لشهوده وانه فى الانكار يقول لا بيع بيننا فيها وبعد مارد عليه الدار لا بيع بينهما فيها ولو قال لم يجر بيننا بيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بأن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار على فعرفنا أن هذا الانكار ليس باكذاب منه لشهوده. واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام البينة ان أباه اشتراها منه بالف وقد مات أبوه والبائع ينكر فاني لا أكلفه البينة انه مات وتركها ميراثا ولكن أسأله البينة انه لا يعلم لابنه وارثا غيره فاذا أقام على ذلك بينة أمرته أن ينقد الالف ويقبض الدار لان الابن قائم مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب فى حياته وأقام البينة انه اشتراها منه بالف درهم أمر بتسليم الثمن وقبض الدار وكذلك الابن اذا ثبت ذلك بعد موت أبيه الا أن من الجائز أن معه من يزاحمه فى الميراث فيؤمر باقامة البينة على أنه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقم البينة على ذلك تلوم القاضى فيه زمانا فقد بينا هذا فى كتاب الدعوى ولو كانت الدار فى يد رجل غير البائع سأله البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له لان هنا لو حضر الاب فى حياته وأقام البينة على ذى اليد انه اشترى هذه الدار من فلان بالف وذو اليد غير البائع لا يستحق به شيأ مالم يثبت الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا كما لو أقام الاب البينة انها ملكه اشتراها من فلان (قال) فى الكتاب وليس هذا كالاولى لان الاولى هى فى يده رهن بالثمن بمنزلة رجل أقام البينة ان اباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقد مات الاب ولا وارث له غيره وجاء بالالف ينقدها ومعنى هذا ان الدار اذا كانت فى يد البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء أثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة فى يده بالثمن كالمرهونة فيؤمر باداء الثمن وقبضها واذا كانت فى يد غير البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء ما أثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه انما أثبت اقرار البائع بذلك والملك للبائع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة البينة على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا. واذا ادعى رجل دارا فى يد رجلين فاقام البينة أن أحدهما باعه الدار وسلم الآخر ولا يعرف الشهود الذى

باع من الذى سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك ومالم يبين الشاهد المشهود عليه بالبيع فهو مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه فى شهادته لا تكون شهادته حجة ولانهم تحملوا الشهادة على معين منهما ثم منعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البائع بعينه .وكذلك دار فى يد رجل أقام البينة انه باعها من أحد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم باطلة لجهالة المشهود عليه. دار فى يد رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعي آخر انه اشترى نصفها بخمسمائة وادعى آخر انه اشترى ثلثها بستمائة درهم وأقاموا البينة فهم بالخيار ان شاؤا أخذوها وان شاؤا تركوها لان عند تعارض البينات لابد من أن تتفرق الصفقة على كل واحد منهم فيما أثبت شراءهم فيه فالخيار كذلك فان أخذوها كان لصاحب الجميع الثلث خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثلثين نصفين وكان النصف بينهم أثلاثا ولزم كل واحد منهم حصة ما أخذ من الثمن في قياس قول أبى حنيفه رحمه الله وأصل هذه المسئلة أن القسمه فى هذا الفصل علي طريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل فى شرح كتاب الدعوي وجمعنا فيها نظائر هذه المسئلة واضدادها فنقول فى تخريج قول أبى حنفه رحمه الله لا منازعة فى الثلث لمدعى النصف ومدعى الثلثين ومدعى الجميع يدعى ذلك فيسلم له الثلث ثم ما زاد علي النصف الى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب الثلث وقد استوى فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان وفى النصف استوى حجة صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم اثلاثا وسهام الدار فى الحاصل اثنى عشر لحاجتنا الي سدس يقسم نصفين فصاحب الجميع اخذ مرة أربعة ومرة سهما ومرة سهمين فانه ما يسلم له سبعة أسهم من ثنى عشر سهما وذلك نصف الدار ونصف سدسها فيلزمه ذلك القدر من الثمن وصاحب الثلثين اخذ مرة سهما ومرة سهمين وذلك ثلاثة وهو ربع الدار وصاحب النصف ما أخذ إلا سهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول واصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين باربعة وصاحب النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر ويقسم الدار بينهم على ذلك فان ادعاها رجلان وأقام أحدهما البينة على شراء الجميع والآخر البينة على شراء النصف ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الآخر بالمنازعة ولصاحب

النصف ربها في قول أبي حنيفة رحمه وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون الدار بينهما اثلاثا وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الشراء بالف والقبض وأقام البينة فان عرف الاول فهي للاول لان مدعى الرهن اذا أثبت حقه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فشراء الآخر بعد لا يجوز بدون اجازته وان لم يعلم فصاحب الشراء أولى لان الشراء أقوى من الرهن لان الشراء موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب لان الشراء يلزم بنفسه وان لم يتصل به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض والشراء يلزم من الجانبين والرهن لا لزم في جانب المرتهن لتمكنه من الرد متى شاء والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى فان أقام أحدهما البينة على الشراء والآخر على الهبة والصدقة فصاحب الشراء أولى لان الشراء عقد معاوضه يلزم بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون أقوى من التبرع الذى لا يتم بالقبض فان أثبت صاحب التبرع قبضه سابقا فهو اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وكذلك ان كانت الدار في يد صاحب الصدقة ولا يدرى أيهما أول فصاحب الصدقة أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فيكون هو أولى إلا أن يقيم صاحب الشراء البينة انه أولى وان أقام كل واحد منهما البينة انه ارتهنها بالف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبهذا نأخذ وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفها رهنا لان كل واحد منهما اثبت الرهن منه بالبينة والقضاء بالبينتين ممكن فان رهن الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس أن الحجتين لما استوتا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شائعا غير ممكن فتبطل البينتان كما لو أقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امرأة واحدة وأخذنا بالقياس لان وجه القياس أقوى فان في الرهن من رجلين العقد واحد وكل واحد منهما راضي بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوع بأن يجعل كأن العين كلها محبوسة بدين كل واحد منهما ولا يتأتى ذلك هنا لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف وان رهنها من رجلين النصف من هذا بدينه والنصف من هذا بدينه لم يجز فلهذا نأخذ بالقياس فان ادعى أحدهما الرهن والقبض وادعى الآخر الهبة على عوض والتقابض فأقام البينة فانه يقضي بهذا للذى يدعى الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض

بمنزلة البيع وقد بينا انه يترجح دعوي الشراء على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت هبة بغير عوض قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه قد نفذ ماله فيه وقد كان ينبغى فى قياس القول الذي قلنا قبل هذا ان يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا أن صاحب الهبة فى القياس أولى لانه يثبت ببينته مالك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك ببينته وكل واحد من العقدين لايتم الا بالقبض فيترجح الموجب للملك فى العين منهما وفى الاستحسان الرهن أولى لانه عقد ضمان فالمقبوض بحكم الرهن بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لايكون مضمونا أقوى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن أولى وللقياس وجه آخر وهو ان الرهن لا يرد علي الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لو رهنه كان باطلا وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح الوارد لكن فى الاستحسان قال لابد من اثبات حق المرتهن فثبوت الملك للمرهون له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب اذا رهن الموهوب بدينه برضاء الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو وهب برضاء المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن أولى من الهبة وان أقام كل واحد منهما البينة أنه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما يقضي لكل واحد منهما بنصفها والهبة لاتتم فى المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان هذا قول أبى حنيفة رحمه الله فاما عندهما ينبغى أن يقضى بها بينهما نصفان بمنزلة هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم جميعا لانهما انما يجوّزان ذلك عند اتحاد العقد والاتحاد في جانب الواهب فاما اذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لايجوز وهنا كل واحد منهما أثبت ببينته الهبة منه فى عقد على حدة فلهذا لايقضى لكل واحد منهما بنصفها فان شهدت احدهما انه أول فهى له لانه أثبت ملكه فى وقت لاينازعه الآخر فيه وان لم يشهدوا بذلك وهى فى يد أحدهما فهى لذى اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده واذا كانت الدار فى يد ثلاثة رهط فالدعى احدهم الجميع والآخر النصف وادعى الثالث الثلثين وليست لهم بينة فلكل واحد منهم ما فى يده لان فى يد كل واحد منهم ثلث الدار فدعوى كل واحد منهم ينصرف الى مافى يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل واحد منهما علي دعوى الآخر لان صاحب الجميع يدعى لنفسه جميع مافى يد صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب الثلثين يدعي نصف ما فى يد كل

واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبيه فان حلفوا فلكل واحد منهم الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين فى دعوى صاحب الجميع وحلف صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكولهما كاقرارهما له بذلك أو كبذ لهما له ما فى أيديهما ولكن هذا اذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه أيضا وان نكلوا عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب الثلثين الذى فى يده ويأخذ نصف ما فى يد كل واحد من صاحبه لانه يدعى ثلثى الدار ونصف ذلك وهو الثلث في يده ونصفه في يد كل واحد منهما سدس الجميع وذلك نصف مافى يد كل واحد منهما ونكولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلثين وصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع مافي يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعى نصف الدار فثلثا ذلك النصف فى يده والثلث فى يد صاحبيه وذلك السدس فى يد كل واحد منهما نصف سدس الجميع وهو ربع الثلث الذى فى يده فكل واحد منهما بالنكول صار مقرا له بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحده وحلف بعضهم لبعض فصاحب النصف يأخذ مما فى يد صاحب الجميع ربع مافى يده وهو نصف سدس جميع الدار لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذى ادعاه فى يده نصف سدس جميع الدار وان قامت لهم جميعا البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر وسهما من أربعة وعشرين سهما في قول أبى حنيفة رحمه الله لان بينة كل واحد منهم لم تقبل فيما في يده وتقبل فيه بينة الآخر ثم القسمة عنده على طريق المنازعة فى الثلث الذى فى يد صاحب النصف تقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلثين ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان للمنازعة فيحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباع وذلك اثنا عشر فصارت سهام الدار على اثنى عشر سهما ففى يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلثين يدعى نصف ذلك وصاحب النصف يدعى ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ما ادعى من ذلك وفى يد صاحب الثلثين أربعة صاحب الجميع يدعى جميع ذلك وصاحب النصف ربع ذلك وثلاثة ارباعه يسلم لصاحب الجميع والربع وهو سهم واحد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفان فانكسر بالانصاف فاضعف السهام فلهذا صارت الدار سهام أربعة وعشرين في يد كل واحد منهم ثمانية ثم سلم لصاحب الجميع ما فى يد صاحب النصف ستة وما فى يد صاحب

الثلثين سبعة وبقى له مما كان فى يده سهمان فجملة ذلك خمسة عشر سهما وصاحب الثلثين أخذ من يد صاحب النصف سهمين ومن يد صاحب الجميع أربعة فذلك ستة وهو ربع جميع الدار وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الجميع سهمين ومن يد صاحب الثلثين سهما فذلك ثلاثة وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسئلة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فان السهام عندهما ترتفع الى مائة وثمانين فلم يعد هنا كراهة التطويل وكذلك اذا لم يكن بينة ونكلوا عن اليمين فهو ومالو أقام البينة فى حكم الاستحقاق والتخريج سواء. واذا كانت الدار فى يد رجلين وعبد أحدهما والعبد مأذون عليه دين وكل واحد منهم يدعى الدار كلها فهى بينهم أثلاثا لان المولي من كسب عبده المديون كالاجنبي فان حق غرمائه فى كسبه مقدم على حق المولى فتظهر يده فى معارضة يد المولى كيد المكاتب فان لم يكن على العبد دين فالدار بين الحرين نصفان لان كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده فى معارضة يد المولي وانما يبقى المعتبر فى الدار يد المولى ويد الاجنبي فهى بينهما نصفان بمنزلة ثوب يتنازع فيه رجلان وفى يد أحدهما عامة الثوب وفى يد الآخر طرف الثوب فانه يقضى به بينهما نصفان. دار فى يد رجل يدعى رجل انه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم باعها وأقام البينة وذو اليد يقول ليست لى فانى أقضى بالدار للمدعى لانه أثبت الملك لنفسه باثباته الشراء ممن كان مالكها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله ليست لى فانه كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين أن يده فيها ليست بيد خصومة فقضى بالدار للمدعى الا أن يقيم ذو اليد البينة انها عارية فى يده أو باجارة أو بوكالة بالقيام عليها من رجل غير البائع فان أقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لانه أثبت بان يده فيها يد حفظ لا يد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى فان جاء المشترى ببينة ان ذلك الرجل سلطه على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضى له بذلك لانه أثبت ببينته انه أحق بحفظها منه وانه ثبت له حق نقلها من يد ذى اليد الى يد نفسه بامر صاحبها اياه بذلك ولو عاين ما أثبته البينة كان له حق قبضها فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة والله أعلم

باب مايكون بين الرجلين فيه خصومة

(قال رحمه الله دار فى يد رجل رهن والراهن غائب فادعاها رجل وأقام البينة فان أقام

المرتهن البينة انها رهن في يده فلا خصومة بينهما) لانه أثبت ببينته أن يده فيها يد حفظ لا يد خصومة فالمرهون عينه أمانة في يد المرتهن بمنزلة الوديعة ولئن كان مضمونا فهو ضمان لا يوجب الملك له في العين بحال ولو كان مضمونا ضمانا يوجب الملك له اذا تقرر كالمغصوب لم يكن خصما فيه لمدعى الملك فاذا كان دون ذلك أولى وكذلك لو كان المرتهن الذى الدار في يده غائبا والراهن حاضرا فلا خصومة بينه وبين المدعى لان دعوى الملك لا تسمع في العين الا على ذي اليد واليد فيها مستحقة للمرتهن وهو غائب والاجارة والعارية في ذلك كالرهن وان لم يقم ذو اليد البينة علي ذلك فهو خصم لظهور يده فيها ومنفعة المدعى منها بيده فلا يخرج من خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لي ولم ينسبها الى أحد فهو خصم فيها لان بينته على هذا لا تقبل وبدون البينة لا يخرج من خصومته *يوضحه انه انما يخرج ذو اليد من الخصومة اذا أحال المدعى على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال هو لرجل عارية عندي وأقام البينة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا تندفع بقوله ليست لى أولى وان أقر المدعى انها في يده باجارة أو عارية أو رهن فلا خصومة بينهما فيها لان اقراره ملزم اياه وقد أقر أنه ليس بخصم له وان كان المدعى ادعى انه اشتراها من فلان وادعى ذو اليد أن فلانا ذلك أسكنها اياه ولم يقم البينة علي ذلك فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيها لفلان فتكون أصولها الى يد ذي اليد من جهة فلان وفلان ذلك لو حضر لم يكن بينه وبين ذى اليد خصومة لاقرار ذى اليد له بها عليه فكذلك لا خصومة بينه وبين من يدعى تلقى الملك من جهة فلان الا أن يقيم المدعى البينة أن البائع وكله بقبضها منه فاذا أقام البينة على ذلك يجب على ذى اليد دفعها اليه لانه أثبت البينة انه أحق بامساكها واثبات اليد عليها من ذى اليد والعروض فى جميع ما ذكر كالعقار واذا كانت الدار بين شريكين فغاب أحدهما فادعى رجل أنه اشترى من الغائب نصيبه لم يكن الشريك خصما له في ذلك لانه ادعى سبب ملك جديد بينه وبين الغائب في نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يدعى قبله ولان ذا اليد مقر أن يده فى نصيب الغائب من جهته فلا يكون خصما لمن يدعى تمليكه عليه وان ادعى انه اشتراها أو بعضها من الميت الذي ورثوها منه كان الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه يدعى سبب الاستحقاق على الميت وأحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعى علي الميت كدعوى الدين ويستوى ان كانوا قسموا الدار أو لم يقسموا لان قسمتهم فى حق المدعى اذا

ثبت فشراؤه باطل. دار في يد رجل بشراء فاسد فادعاها آخر فالمشترى خصم فيها لان المشترى يملك رقبتها وكل من يملك الرقبة أو يدعيها خصم له وهذا بناء على أصلنا أن الشراء الفاسد موجب للملك بعد القبض وانما نص على حكم الملك هنا . دار في يد رجل فادعاها آخر وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراها من يد رجل واحد والمدعى هو الاول ولم ينقد الثمن والبائع غائب فاني أقضي بها للمدعى لان ذى اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعى وانما يزعم أنه يملكها من جهة البائع فيكون خصما عنه في اثبات سبب الملك عليه وقد أثبت المدعى تقدم شرائه بالبينة فيقضى بالدار له ويستوفى منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد الثمن أعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البائع بما أدي اليه من الثمن وقد ظفر بماله من جنس حقه فيأخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي أن يعينه عليه لما يثبت حق الاخذ وان كان فيه فضل أمسكه على البائع لانه مال الغائب فيحفظه عليه وهذا اذا كان البائع أقر عند القاضي بقبض الثمن من ذى اليد قبل غيبته فان لم يكن كذلك وأقام ذو اليد البينة على أنه كان أعطاه الثمن لم يقض القاضى بشئ لانه يقيم البينة على الغائب ولا يقضى القاضي على الغائب بالبينة اذا لم يحضر عنه خصم وان كان ذو اليد لم ينقد للبائع الثمن أو كانت الدار في يده بهبة أو صدقة دفعتها الى المدعى لاثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق وأخذت الثمن منه للبائع لانه مال الغائب فيحفظ عليه والحاصل أن المشترى يحتاج الى اثبات الملك على البيع ينتفع به ويتصرف فيه ولا يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر لهما فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغائب ويسلم الدار اليه ليتوصل الى الانتفاع بملكه . رجل باع جارية من رجل ثم غاب المشترى ولا يدرى أين هو فاقام البائع على ذلك بينة فان القاضي يسمع بينته لانه يزعم أنه قد وجب على القاضى النظر له وللمفقود في ماله فاذا أثبت ذلك بالحجة قبل القاضى ذلك منه وباع الجارية على المشترى بطريق حفظ ملكه عليه لان عين الملك لا تبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن أيسر عليه من حفظ العين فاذا باعها نقد البائع الثمن لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه واستوثق منه بكفيل نظرا منه للغائب لجواز أن يكون قد استوفى الثمن وابراء المشتري من ذلك فان كان فيه فضل أمسك الفضل للمشتري وان كان وضيعه فذلك على المشترى لان قبض القاضى له الجارية كقبض المشترى اياها بنفسه فيه يتقرر عليه جميع الثمن ويطالبه البائع بمقدار الوضيعة اذا حضر وان كان أبرأه المشتري لم يبع القاضي الجارية لان ثبوت الولاية للقاضى بطريق

النظر منه لهما وذلك عند الضرورة اذا كان لا يوقف على موضع المشترى فاما اذا كان يعرف ذلك فالبائع متمكن من أن يبيعه ويطالبه بالثمن وملكه مضمون على البائع بالثمن فليس للقاضى ان يبطل عليه عين ملكه لاتصال البائع الى حقه والله أعلم بالصواب

باب اختلاف الشهادة

(قال رحمه الله شاهدان شهدا ان فلانا طلق امرأته فشهد احدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة والآخر انه طلقها فى ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لانا تيقن بكذب احدهما) فان الانسان فى يوم واحد لا يكون بالبصرة والكوفة (ألا ترى) انه لو شهد بكل واحد من اللفظين رجلان لم تقبل الشهادة لهذا فاذا شهد لكل واحد منهما رجل واحد أولى بخلاف ما اذا شهد أحدهما انه طلقها بالكوفة والآخر انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فهناك الشهادة تقبل لأن الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان . رجل يدعى دارا في يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان احدهما بالشراء والآخر بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعى لا بد أن يدعى أحد السببين وبه يكون مكذبا أحد الشاهدين لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس على واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة أو الرهن أو الميراث أو الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك لو شهد احدهما بالميراث والآخر بالوصية فهو باطل للمعنيين واذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له وانه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين على الصدقة وقال لم يهبها لى قط وقد ادعى الهبة عند القاضى فهذا اكذاب منه لشاهديه وهو تناقض منه فى الكلام فقد زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعى الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها له ثم قال لم يهبها لى قط ولا تناقض أظهر من هذا ومع التناقض لا يسمع دعواه والبينة لاتقبل الا بعد دعوى صحيحة ثم لاكذاب المدعى شاهده تخرج شهادته من أن تكون حجة له وكذلك لو ادعى انها ميراث لم يشترها قط ثم جاء بعد ذلك فقال هى بشراء ولم ارثها قط وجاء بشاهدين على الشراء منذ سنة فهو باطل لمعنى التناقض والاكذاب فان ادعاها هبة ولم يقل لم يتصدق بها على قط ثم جاء بعد ذلك بشهود على الصدقة وقال لما جحدنى الهبة سألته ان يتصدق بها علي ففعل اجزت هذا لانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح فينعدم له الاكذاب والتناقض

(ألا ترى) انا لو عاينا ما أخبر به كان الملك ثابتا له بجهة الصدقة فكذلك اذا أخبر به واثبته بالبينة وكذلك لو قال ورثتها ثم قال جحدني الميراث فاشتريتها منه وجاء بشاهدين على الشراء لان معنى التناقض والاكذاب انعدم بتوفيقه وهذا بخلاف مالو كان ادعى الشراء أولا ثم جاء بشاهدين يشهدان على انه ورثه من ابيه لان هذا في هذا المواضع لا وجه للتوفيق لانه لا يمكنه ان يقول اشتريتها منه كما ادعيت ثم جحدني الشراء فورثتها من أبي واذا اختلف شاهدا الرهن في جنس الدين أو مقداره فالشهادة لا تقبل لاكذاب المدعي أحد الشاهدين ولان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة الثمن للمبيع ثم اختلاف الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع فكذلك في الرهن فان اتفقا على ذلك واختلفا في الايام والبلدان وهما يشهدان على معاينة القبض فالشهادة جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا وفي القياس لا تقبل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى الخلاف الهبة والصدقة وان شهدوا على اقرار الرهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس ان تمام هذه العقود بالقبض والقبض فعل واختلاف الشاهدين في الوقت والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لان المشهود به مختلف فالفعل الموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر بخلاف ما اذا شهدوا على الاقرار فالاقرار كلام مكرر * يوضحه انه لو شهد احدهما بمعاينة القبض والآخر باقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل الرهن في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك اذا اختلفا في المكان والزمان وللاستحسان وجهان أشار الى احد الوجهين هنا (فقال) لان القبض قد يكون غير مرة واشار الى الوجه الآخر في كتاب الرهن (فقال) لانه لا يكون رهنا ولا قبضا إلا باقرار الراهن ومعنى ماذكر هنا ان القبض بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكما لانه يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول (ألا ترى) أن المرتهن اذا قبض الرهن ثم استرده الراهن منه غصبا أو أعاره المرتهن اياه ثم قبضه منه ثانية فهذا يكون هو القبض الاول حتى يكون مضمونا باعتبار قيمته عند القبض الاول فعرفنا أنه مما يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في وقته بخلاف الغصب والقتل ولما أخذ شبها من أصلين توفر حظه عليهما (فنقول) لشبهه بالافعال صورة اذا اختلف الشاهدان في الانشاء والاقرار لا تقبل الشهادة ولشبهه بالاقوال حكما لا يمتنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين فيه في الوقت والمكان ومعنى ماذكر في كتاب الرهن ان حكم ضمان الرهن

لا يثبت الا باقرار الراهن أنه مرهون عندك بالدين فان بدون هذا القول اذا قبضه المرتهن بغير اذن الراهن فهو غاصب واذا سلمه الراهن اليه فهو مودع فعرفنا أن حكمه لا يثبت الا باقرار الراهن فباعتبار حكمه جعلناه كالاقوال وجعل شهادة الشاهدين على المعاينة فيه وشهادتهما على الاقرار به سواء فكما أن في الشهادة على الاقرار اختلافهما في الوقت والزمان لايمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة. واذا طلب الرجل شفعة في دار وأقام شاهدين على الشراء واختلفا في الثمن أو في البائع فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لان المدعى مكذب احدهما لا محالة ولو اتفقا على الاقرار بالشراء من واحد بمال واختلفا فقال احداهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الآخر كنا فرادى أو قال أحدهما كنا في البيت وقال الآخر في المسجد أو قال أحدهما كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان بالعشي فشهادتهما جائزة لانهما اتفقا في المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم يكلفا حفظه وفعله في الوقت والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كما لو اختلفا في الثياب التى كانت عليهما أو المراكب أو فيمن حضرهما وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان الوقت والمكان والوصف لم يسألهما القاضى عن ذلك ولو سألهما فقالا لانحفظ ذلك لاتبطل شهادتهما ثم ذكر بعض مسائل أدب القاضى وروي فيه حديث الشعبي رحمه الله في كتاب عمر الى معاوية رضى الله عنهما في القضاء وقد تقدم بيان ذلك في أدب القاضى وذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الحزم أن يستشير أولى الرأى ثم يطيعهم وفيه دليل أنه لا ينبغي للقاضى أن يترك الاستشارة وكذلك غير القاضى اذا حزبه أمر فالمشورة تلقيح للعقول وقد قال صلى الله عليه وسلم ما هلك امرؤ عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه رضى الله عنهم في كل شئ حتى في قوت أهله وادامهم وفيه دليل على أنه انما يستشار أولي الرأى الكامل ويتحرز عن مشورة ناقصات العقل من النسوان وان من استشار أولى الرأى الكامل من الرجال فعليه أن يطيعهم اذا لم يتهمهم فيما أشاروا عليه لان فائدة المشورة لاتظهر الا بالطاعة واذا شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد آخر أن فلانا الذى شهدا له أقربها لفلان الذى شهد عليه فهو لذي اليد لان البينتين تعارضتا في الاقرار فيها رأيا كما لو عاين الاقرارين ويبقى الثوب في يد ذى اليد مستحقاله بيده وان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد. دار بين رجلين فأقام كل واحد منهما البينة

أن فلانا أقر له بها ووقتا فهي لصاحب الوقت الآخر ولا نسبة لهـذا البيع يعني اذا أقام كل واحـد منهما البينة أن فلانا باعها منه ووقتا فهي لصاحب الوقت الاول والفرق بينهما أن كل واحد منهما يدعى أن وصولها اليه من جهة فلان ففي مسئلة الاقرار الذى أقام البينة على الوقت الآخر أثبت اقرار فلان بهاله منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فكذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها منذ سنة وذلك يمنع فلانا من أن يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها فلهذا رجحنا صاحب الوقت الآخر وفى البيع ثبوت الشراء منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فكذلك لا يمنع من يدعي تملكها من جهته من أن يثبت بيعها منه منـذ سنة واذا وجب قبول بينته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فانما أثبت الآخر بعد ذلك الشراء من غير المالك وعلى هذا لو أقام البينـة أنه باع هذه الدار من فلان منذ سنة وأقام الآخر البينة منـذ سنتين فهى للذى أقام البينة على سنتين لان كل واحد منهما مثبت الملك لنفسه باقامته البينة على تمليكها من فلان بالبيع فيترجح أسبق التاريخين لانعدام منازعة الآخر معه فى ذلك الوقت واذا لم يوقتا فهى لذى اليـد لاتفاقهما على أنها مملوكة مسلمة اليه وانما يدعى كل واحـد منهما الثمن فى ذمته لنفسه وقد أثبته بالبينة وفى الذمة سعة واذا ادعى على رجل الفي درهم أو الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف والآخر بالف وخمسمائة قضى له بالالف لاتفاق الشـاهدين على الالف لفظا ومعنى فالالف وخمسمائة جملتان أحـدهما معطوفة على الاخرى فيعطف أحدهما الخمسمائة على الالف لا يخرج من أن يكون شاهدا له بالف لفظا بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لان هناك اختلاف المشهود به لفظا فخمسة عشر اسم واحد لعدد (ألا ترى) أنه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان كان المدعي يدعى الفا فقد أكذب الذى شهد على الف وخمسمائة فلا تقبـل شهادتهما له الا أن يوفق فيقول كان أصل حقى ألفا وخمسمائة لكنى استوفيت خمسمائة أو ابرأته منها ولم يعلم به هـذا الشاهد فحينئذ تقبـل شهادتهما على الالف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمل وان اختلفا فى جنس المال فشهادتهما باطلة لان المدعى يكذب احدهما ولان المشهود به مختلف وليس على واحـد من المـالين شهادة شاهدين ولو شهدا على قتل أو قطع أو غصب أو عمل واختلفا فى الوقت أو المكان أو فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة

لاختلافهما فى المشهود به وكذلك ان شهد احدهما على الفعل والآخر على الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به وان شهد على اقرار القائل به في وقتين مختلفين أو في مكانين مختلفين قبلت الشهادة لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى الوقت والمكان به ولو ادعى ثوبا في يد رجل انه رهنه منه منذ عشرة ايام فجاء بشاهدين فشهد أحدهما انه وهبه منه منذ عشرة أيام والآخر منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعى مكذب أحد شاهديه وقد أقر بأنه كان مملوكا للواهب قبل عشرة أيام وذلك يمنع دعواه ماشهد به هذا من هبته منذ خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعى جازت الشهادة لانه غير مكذب واحدا منهما والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين فى الوقت لا يمنع قبول الشهادة فيه. واذا شهد الوصى على الميت بدين أو على رجل بدين للميت فشهادته بالدين على الميت صحيحة وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض لنفسه فيكون متهما ولا تهمة فيما شهد به على الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ هو متهم فى شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه واذا شهد الوصي على الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها عن التهمة ولا يجوز للصغار لتمكن التهمة فى شهادته لحق القبض فى ذلك اليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة على البعض بحق في شهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لا يقبض للكبار شيئا وهو يقبض ما يجب للصغار فيكون فى معنى الشاهد لنفسه واذا قضي القاضي على رجل بأرض أو دار في يديه ببينة قامت عليه بذلك ودفعها الى المقضى له ببنائها ثم ان المقضي له اقر ببنائها للمقضى عليه فانه يدفع ذلك اليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار اكذابا منه لشهوده في الأرض لان المشهود به الارض والبناء انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا من غير ذكر وليس من ضرورة كون البناء للمشهود عليه الا ان يكون الأرض للمدعى كما شهد به الشهود وكذلك إن أقام المقضى عليه البينة انه قد بنى فيها هذا البناء فهو له لما بينا أنه انما صار مقضيا عليه بالأصل والبناء تبع فى ذلك فكذلك القضاء لا يمنعه من اثبات حق نفسه فى البناء وان كان المدعى حين أقام البينة شهد الشهود ان هذه الدار لهذا المدعي ببنائها فأقر هو بالبناء للمقضى عليه أبطلت الشهادة لانه أكذب شهوده لانهم صرحوا فى شهادتهم بملك البناء له مقصودا وقد كذبهم في ذلك والمدعي متى أكذب شاهده فى بعض ماشهد له به بطلت شهادته فى الكل كما اذا ادعى ألفا وشهد له بالف وخمسمائة واذا وكلت امرأة رجلين بأن تزوجاها

ثم شهد ان الزوج طلقها ثلاثا وهي تدعي أو تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كان عمين فزوجا ابنت أخ لهما وهي صغيرة ثم شهدا على الطلاق أو كانا أخوين لمازوجاها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حقا لله تعالى ولا يجران الى أنفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

(قال الشيخ الأمام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعا) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله أمروا به للوجوب وقال الله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا والنهي عن الاباء عند الدعاء أمر بالحضور للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر قال صلى الله عليه وسلم في خطبته أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا أصل له بمنزلة شهادة الكافر على ذاته بما لا أصل له من شريك أوصاحب أوولد وقال صلى الله عليه وسلم ألا أنبئكم با كبر الكبائر قالوا نعم قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فاستوى جالسا ثم قال ألا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكت وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه الملائكة في السموات والارض فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدا وذلك بأن يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال صلى الله عليه وسلم السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت جريمته في مجلس القضاء جهرا فلتكن توبته بالرجوع كذلك ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من اظهار الرجوع في مجلس القضاء فلأن يراقب الله تعالي خيرا له من

أن يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول في حقه وان كان مردودا فيما يرجع الى حق غيره حتى اذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطلانها بالرجوع واذا رجع بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضى له والاصل فيه الحديث الذى بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم آتيا بعد ذلك بآخر فقال أوهمنا انما السارق هذا فقال علي رضى الله عنه لهما لا أصدقكما على هذا الآخر وأضمنكما دية يد الاول ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما ففيه دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وانه عند الرجوع ضامن مااستحق بشهادته وانه غير مصدق في حق غيره للتناقض في كلامه والمناقض لاقول له في حق غيره ولكن التناقض لا يمنع الزامه حكم كلامه ثم الشافعي رحمه الله يستدل بالحديث في فصلين أحدهما في وجوب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد ما استوفى العقوبة بشهادتهم وزعموا أنهم تعمدوا ذلك في شهادتهم وفي أن اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما فاذا جاز قطع اليدين في يد واحدة بطريق الشهادة فبالمباشرة أولي ولكنا نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد بدون التحقيق وقد تهدد الامام بما لا يتحقق قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق ثم لم يكن من على رضي الله عنه هكذا كذبا لانه علق بما لا طريق اليه وهو العلم بأنهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن هذا كذبا بهذا التعليق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالى بل فعله كبيرهم هذا فاسئلوهم ان كانوا ينطقون ثم لم يكن هذا الكلام من ابراهيم صلوات الله عليه كذبا لانه علقه بما لا يكون ومعناه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه أن من مذهب علي رضي الله عنه أن اليدين لا تقطعان بيد واحدة فقد روى ذلك عنه في الكتاب فهذا تبين أن مراده التهديد وذكر عن حماد رحمه الله أنه كان يقول في الشاهدين اذا رجعا عن الشهادة بعد قضاء القاضي فانه ينظر الى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما القاضي في الرجوع ورد القضاء وأبطله وان كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا دون ذلك لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنهما شيأ وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا ثم رجع فقال لا أبطل القضاء بقولهما لآخر وان كان أعدل منهم يوم شهدا ولكن أضمنهما المال الذى شهدا به وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول

أن كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق فيه بالعدالة وحسن حال المخبر فاذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله عند ذلك أحسن فرجحان جانب الصدق فى هذين الخبرين بين والظاهر أن رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضى يتبع الظاهر لانه ماوراء ذلك غيب عنه واذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عند الشهادة فرجحان جانب الكذب فى الرجوع أبين والظاهر أنه بالرجوع قاصد الى الاضرار بالمقضى له وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق واتصال القضاء به فان الشئ لا ينقضه ماهو مثله أو دونه وينقضه ماهو فوقه ولا ضمان عليه لانه ما يتناول شيأ انما أخبر بخبر وذلك لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء والقاضى يختار فى قضائه فذلك يمنع اضافة الاتلاف الى الشهادة فلهذا لا يضمن الشاهد شيأ

*وجه قوله الآخر أن ظاهر العدالة ترجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعدم به معنى التناقض فى الكلام وهو بالرجوع مناقض فى كلامه فعدالته عند الرجوع لا تعدم التناقض وكما أن القاضى لا يقضى بالكلام المتناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق يعين فى الشهادة وتأكد ذلك بقضاء القاضى فى حق المقضى له فيه بتعين جانب الكذب فى الرجوع واذا كانت تهمة الكذب عند الرجوع لفسقه يمنع القاضي من ابطال القضاء فتعين الكذب فيه بدليل شرعى لانه يمنعه من ابطال القضاء أولى فلو أبطل القضاء باعتبار هذا المعنى أدى الى مالا يتناهى لانه يأتى بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب اعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقراره عند الرجوع انه أتلف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وان كان يحصل بقضاء القاضى فسبب القضاء شهادة الشهود وانما يحال بالحكم على أصل السبب وهذا لان القاضى بمنزلة الملجأ من جهتهم فان بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعا ثم السبب اذا كان تعديا بمنزلة المباشرة فى ايجاب ضمان المال وقد اقر بالتعدى في السبب الذى كان منهما وبهذا السبب سلط المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلطا عليه بأثبات اليد لانفسهما ضمنا فكذلك اذا سلطا الغير عليه لان وجوب الضمان للحاجة الى الجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة الى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضى لانه غير متعدي فى القضاء بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لايجاب الضمان عليهم وعن ابراهيم

رحمه الله قال اذا شهد شاهدان على قطع يد فقضى القاضى بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وان رجع احدهما فعليه نصف الدية وبه نأخذ لانهما سببا لقطع اليد بطريق هو تعدى منهما وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الاضرار بغيره فى نفسه أو ماليه بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر ووضع الحجر فى الطريق الا أن ضمان الدية فى مالهما لان وجوبه بقولهما وهو اقرارهما على انفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة على العاقلة واذا كان ضامنين للدية اذا رجعا كان احدهما ضامناً لنصف الدية اذا رجع لان بشهادة كل واحد منهما يقوم بنصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وذلك النصف وكذلك لو شهد بمال فقضى القاضى به ثم رجع أحدهما فعليه نصف المال فان رجعا جميعا فعليهما المال كله وهذا بخلاف ما اذا رجع قبل قضاء القاضى حتى امتنع القاضي من القضاء للمشهود له لانهما لم يتلفا عليه شيئا مستحقاله فالشهادة قبل القضاء لاتوجب شيئا للمشهود له فاما بعد القضاء فقد اتلفا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من المال فيضمنان لهذلك وعن الشعبي رحمه الله ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا وفرق القاضي بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي وبه كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضى جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد القاضى المرأة الى زوجها برجوع الشاهدين ولا يفرق بينهما وبين الزوج الثانى ان كان هو الشاهد وقال محمد رحمه الله لا يصدق الشاهد على ابطال شهادته الاولى ولكنه يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها ان كان هو تزوجها والى هذا رجع أبو يوسف رحمه الله وأصل المسئلة أن قضاء القاضى بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق بشهادة الزور تنفذ ظاهرا وباطنا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول رحمهما الله وفي قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا لا باطنا حتى اذا ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدى زور فقضى القاضي له بالنكاح وسعه أن يطأها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول رحمهما الله ولا يحل له ذلك فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله وحجتهم فى ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على أنه وان قضى القاضى له بالشراء

بشهادة الزور لايحل له تناوله ويكون ذلك منه أكلا باطلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فانما أقضي له بقطعة من نار والمعنى فيه أن قضاءه اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما اذا قضى بشهادة العبيد أو الكفار أو المحدودين فى القذف وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فانه كبيرة وحجة القضاء مشروعة والكبيرة ضدها واذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء فحقيقة الكذب أولى ولان ماقضى به لا كون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح منكوحة الغير لانسان بشهادة الزور وبيان الوصف انه أظهر بقضائه نكاحا كان قد تقدم واذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور اظهاره بالقضاء عرفنا انه قضى بما لا كون له ولا يجوز أن يجعل قضاؤه انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له فان سبب ولايته دعوى المدعى وشهادة شهوده وهو انما ادعى عقدا سابقا وبذلك شهد شهوده فلا يتمكن القاضى من القضاء بما لم يدعه المدعى ولا يشهد به الشهود ولان القاضى لم يقصد انشاء العقد بينهما وانما ينفذ قضاءه على الوجه الذى قصده (ألا ترى) أن قضاءه في الاملاك المرسلة لاينفذ باطنا لهذا المعنى ولا يجعل ذلك انشاء تمليك منه وبه فارق قضاء القاضى بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في الدين الثابت بشهادة الزور لانه قصد الانشاء هنا وما ظهر عنده من الحجة يصلح للانشاء أيضا وكذلك فى المجتهدات يثبت له ولاية الانشاء بما لاح عنده من الدليل وقضاؤه انشاء أيضا بطريق القصد منه الى ذلك فاما هنا انما قصد الامضاء فلا يمكن أن يجعل منشئا (ألا ترى) ان رجلا وامرأة لو أقرا بالنكاح وهما يعلمان أنه لانكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الاقرار وهما يملكان الانشاء ولكنهما بالاقرار أظهر عقدا قد كان بينهما فلا يجعل ذلك انشاء منهما ولان المدعى متيقن بما لو تبين القاضى به امتنع من القضاء فلا ينفذ قضاؤه فى حقه وان كان القاضى معذورا لخفاء هذه الحقيقة عليه كما لو كانت امرأة مجوسية أو مرتدة أو منكوحة الغير أو أخته من الرضاعة والدليل على أن قضاءه ليس بانشاء أنه لا يستدعى شرائط الانشاء من الشهود والمهر والولى وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما روى أن رجلا ادعي على امرأة نكاحا بين يدي على رضى الله عنه وأقام شاهدين فقضى على رضى الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه فانه لا نكاح بيننا فقال على رضى الله عنه شاهداك

زوجاك فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بل يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولا يقال
انما يجبها الى ذلك لان الزوج لم يرض بذلك لانا نقول ليس كذلك بل الزوج راض لانه
يدعي النكاح والمرأة رضيت أيضا حيث قالت فزوجني منه وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان
الزوج راغبا فيها ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال شاهداك زوجاك
أي الزماني القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضاء وما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق الى معرفة ذلك حقيقة بالرأى ويتبين بهذا ان
ما استدلوا به من الآية والحديث في الاملاك المرسلة وبه نقول والمعنى فيه أنه قضى بأمر
الله تعالى فيما له فيه ولاية الانشاء وقضاؤه بامر الله تعالى يكون نافذا حقيقة لاستحالة القول
بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان الوصف انه لما تفحص عن أحوال
الشهود وزكوا عنده سرا وعلانيه وجب عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك يأثم
ويخرج ويعزل ويعذر فعرفنا أنه صار مأمورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له الى معرفة حقيقة
الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى لم يجعل لنا طريقا الى معرفه حقيقة الصدق من
خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا لوقوف على مالا طريق له الى
معرفته لان التكليف بحسب الوسع والذى في وسعه التعرف عن أحوال الشهود فان استقصى
ذلك غاية الاستقصاء فقد أتى ءاتى وسعه وصار مأمورا بالقضاء لان ماوراء هذا ساقط عنه
باعتبار أنه ليس في وسعه ثم انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان والمأمور به أن يجعلها بقضائه
زوجته فلذلك طريقان اظهار نكاح ان كان وان شاء عقد بينهما فاذا لم يسبق منهما عقد تعذر
اظهاره بالقضاء فيتعين الانشاء اذا ليس هنا طريق آخر فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع
من الدليل الشرعي ويجعل انشاءه كانشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة بل قضاؤه أولى
وأقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق (ألا ترى) أن في المجتهدات صفة اللزوم يثبت بانشاء
القاضي ولا يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا ان قضاءه اقوى من انشاء الخصمين وشرط صحة
الانشاء الشهادة والمحل القابل له ولا شك ان المحل شرط حتى اذا كانت المرأة منكوحة الغير
أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل فكذلك الشهادة شرطه الا أن مجلس
القضاء لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولي ليس بشرط عندنا ولا حاجة الى
ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمه بالفقه وهو ان لا يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما

بنكاح ظاهر له والآخر بنكاح باطن له ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضي بقضائه ممكنا من الزنا ففيه من الفساد مالا يخفى واذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزنا ويثبت له ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمعنى النظر لهما فلان يثبت له ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها به عن الزنا ويصون قضاؤه به عن التمكين من الزنا أولى وكذلك يثبت له ولاية انشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب احدهما كما قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم ان أحدكما لكاذب فكذلك يثبت له ولاية الانشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا وأمر القبلة على هذا فانه لما توجه عليه الأمر بالصلاة الى جهة القبلة وأتى بما في وسعه في طلب القبلة يثبت له ولاية نسب القبلة حتى أن الجهة التي أدي اليها اجتهاده تنتصب قبلة في حقه فتجوز صلاته اليها وان تبين له الخطاء بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ماقالوا ان المدعى عالم بما لو علمه القاضي امتنع من القضاء ففي اللعان الكاذب منهما عالم بما لو علمه القاضي امتنع من التفريق ومع ذلك نفذ القضاء في حقه لتوجه الأمر على القاضي وتوجه الامر بالانقياد واتباع أمر القاضي في حق الناس وهذا بخلاف ما اذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في قذف فان هذه اسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء ولكن ربما يلحقه الحرج في ذلك فللحرج تعذر بترك الاستقصاء ولكن لم يسقط الخطاب بأصابتها حقيقة فلا يتوجه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة فاما حقيقة الصدق فلا طريق الى الوقوف عليه والامر بالقضاء يتوجه بدونه وهو بمنزلة مالو توضأ بماء أوصلى في ثوب لم تبين أنه كان نجسا فانه يلزمه الاعادة لهذا المعنى أوهو بمنزلة مالو قضى باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الأملاك المرسلة فليس للقاضي هناك ولاية الانشاء لان تمليك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية القاضي ولا لصاحب المال أيضا وفي أسباب تمليك المال كثرة فلا يمكن تعيين شيء منها فعرفنا انه ليس له في ذلك الموضع إلا ولاية اظهار الملك فاذا لم يكن هناك ملك سابق فلا تصور لاظهاره بالقضاء والتكليف بحسب الوسع فبهذا تبين انه لم يكن مأمورا بالقضاء باطنا فاما هنا له ولاية الانشاء وطريقه متعين من الوجه الذي قلنا فباعتبار يتيسير مأمورا بالقضاء بالنكاح بينهما حقيقة * يوضحه ان هناك القاضي لا يقول للمدعى ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمره بالتسليم اليه ليأخذه على أنه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ فأما هنا نقول قضيت

بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضائه اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شاهدى زور فقضى القاضى بالفرقة بينهما فتزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يحل للثاني أن يطأها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينهما وبين الاول حقيقة وصح النكاح بينهما وبين الثاني بعد انقضاء العدة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس للأول ان يطأها لقضاء القاضى بالفرقة بينهما وكيف يطؤها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرء أن يعرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثاني ان يطأها لانه يعلم أنها منكوحة الغير وانه كان كاذبا فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه الله ليس للثاني ان يطأها لهذا ويحل للاول ان يطأها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني لا يحل للاول ان يطأها بعد ذلك لوجوب العدة عليها من الثاني بالوطء بالشبهة والمنكوحة اذا وجبت عليها العدة من غير الزوج حرم على الزوج وطؤها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب عليها العدة من الثاني لانهما زانيان في هذا الوطء يعلمان حقيقة الأمر فهو يقول يطؤها الاول سرا بنكاح باطن له والثاني علانية بنكاح ظاهر له وهذا قبيح فانه يودى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا أنهم يقولون معنى الصيانة عن هذا القبيح يحصل بالنهى ونحن ننهى كل واحد عن مثل هذا التلبيس وهو نظير ما يقولون فيما اذا كان ادعى جارية في يد رجل أنها له وقضى القاضي له بشهادة شاهدى زور فانها في الباطن مملوكة الاول يطؤها سرا وفي الظاهر مملوكة للثاني يطؤها علانية وهذا القبيح يتقرر فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبيح يحصل بالنهى ثم التمكن من هذا الظاهر يلتبس والناس أطوار وقليل منهم الشكور وما ذهب اليه أبو يوسف فيه نوع ضرر أيضا فان المرأة تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة اذ هي لا يحل للاول ولا للثاني وليس لها أن تتزوج بزوج آخر ولدفع هذا الضرر أمر الشرع بالتفريق بين العنين وامرأته فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله واتبع فيه عليا رضي الله عنه وان قضاء القاضي ينفذ وأنها تحل بالنكاح للثاني رجل ادعى على رجل أنه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشترى يجحد ذلك فاقاما عليهم شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشترى يعلم أنه لم يشترها منه ثم رجعا عن شهادتهما لم يصدقا على نقض البيع لان شهادتهما ما تأدت بحكم الحاكم وتناقض كلامهما

في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشترى الثمن بعوض يسدله وهو الجارية فان ماليتها مثل مالية الثمن والاتلاف بعوض لايوجب الضمان على المتلف لان وجوب الضمان للجبران والنقصان هنا منجبر بعوض يسدله المشترى في حل من وطئها في قول أبي حنيفة رحمه الله لان القاضي له ولاية الانشاء فى البيوع فانه يبيع التركة في الدين ويبيع مال اليتيم والغائب لمعنى النظر فيكون قضاؤه كانشاء البيع لمعنى النظر للخصمين فى ذلك وفى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله لايحل له أن يطأها لان قضاءه امضاء لبيع كان فاذا لم يكن بينهما بيع كان باطلا في الباطن. واذا شهد شاهدان على رجل انه قذف امرأته بالزنا والرجل يعلم أنهما شهدا بباطل فأمره القاضى بان يلتعن هو وامرأته وفرق بينهما لم يسع للزوج أن يطأها ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك أما عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما لان للقاضى هنا انشاء التفريق بينهما فينفذ قضاءه على الوجه الذى قصده وقد بينا نظيره فى بيع التركة فى دين ثبت بشهادة الزور قال (ألا ترى) أن الزوج لو قذفها وهو يعلم أنه كاذب فكره أن يكذب نفسه فلاعن القاضى بينهما وفرق لم يسع الزوج أن يطأها وان كان يعلم أنها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك وان كانت تعلم أن الزوج كاذب فيما رماها به لما أن للقاضى انشاء التفريق وهو قضاء منه فى موضعه لولاية التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال حتى اذا كان الحال معلوما لايفرق بينهما فالاشتباه لايؤثر فى المنع من نفوذ قضائه على الوجه الذى قصده فى اللعان وأبو حنيفة رحمه الله يقول فى هذا كله بعد قضائه لانه مأمور باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لا طريق له الى معرفته ساقط عنه (ألا ترى) أنه لو خلا بامرأته ولم يدخل بها ثم طلقها وأقرت هى بذلك أن لها المهر كاملا يسعها أن تأخذه وان كانت قد علمت أن الزوج لم يقربها ولكن لما سقط عنها ماليس فى وسعها وأتت بما عليها من التسليم تقرر حقها فى المهر ولزمها العقد فلا يسعها أن تتزوج قبل انقضاء عدتها ولا يسع الزوج أن يتزوج أختها في عدتها فيه يتضح ماسبق من فصول اللعان والشهادة. وكذلك لو قذف امرأته بالزنا وهو صادق فجحدته المرأة ولاعن القاضى بينهما وفرق وانقضت عدتها فهى في سعة من أن تتزوج غيره وله أن يتزوج أختها وان كانا يعلمان من زناها مالو علمه القاضى لم يفرق بينهما. واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق أمته هذه فاجاز القاضى ذلك واعتقها وتزوجت ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتها للمولى

لان ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد أبطلا ذلك بشهادتهما فاذا زعما بالرجوع أنهما أتلفاه بغير حق صدقا على انفسهما وضمنا قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطؤها لانها عتقت بحكم الحاكم ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى ان لا تبقى هى على ملكه وبدون ملك الرقبة لا يثبت له عليها ملك الحل بغير سبب . ولو أن صبيا وصبية سبيا وكبرا وعتقا وتزوج احدهما الأخرى ثم جاء حربى مسلما واقام بينة أنهما ولداه فقضى القاضى بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما لم يقبل رجوعهما ولا يسع الزوج ان يطأها وان علم أنهما شهد ازور وكيف يطؤها وقد جعلها القاضى اخته ولم يضمن الشاهدان شيئا عندنا وعند الشافعى رحمه الله يضمنان له مهر مثلها وهذا بناء على أصل نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وهو ان البضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وعند الشافعى رحمه الله يتقوم بمهر المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله فى ملكه . ولو كانت صبية في يدى رجل يزعم انها أمته فشهد شاهدان أنه اقر أنها ابنته فقضى بذلك القاضى لم يسع المولي ان يطأها وان علم انهما شهدا زور لان القاضى حكم بانها ابنته فان رجعا ضمنا قيمتها لانهما أقرا بالرجوع انهما أتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه في رقبتها ولو ماتت وتركت ميراثا وسعه أن يأكل ميراثها . وكذلك لومات الأب كانت فى سعة من أكل ميراثه أما فى جانبها فهو واضح لانه لا علم لها بحقيقة الأمر لحالة العلوق غيب عنها وفى مثله عليها اتباع قضاء القاضى فيسعها أن تأكل ميراثه وأما فى جانبه فهو مشكل لان الميراث بالنسب مما ليس للقاضى فيه ولاية الانشاء وهو يعلم أنها ليست بابنته حقيقة فينبغى ان لا يسعه أن يأكل ميراثها حتى قيل تأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء لان القاضي قضى بالعتق وله فيه ولاية الانشاء فيثبت الولاء له والاصح أن يقال لما كان للقاضى ولاية الانشاء في قطع النسب باللعان فكذلك له ولاية الانشاء فى القضاء بالنسب اذا صادف محله فقد صادف محله وهنا فانه ليس لها نسب معروف فلهذا يسعه أن يأكل ميراثها ولو شهدا على مال فقضى به القاضي فقبضه أو لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال اذا أخذه المقضى له من المقضي عليه وقبل الأخذ لا يضمنهما المقضى عليه شيئا لان تحقق النقصان عند تسليم المال الي المقضى له فاما مابقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران فى حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما أتلفا عليه دينا حين الزماه ذلك بشهادتهما فلو ضمنهما عينا قبل الاداء كان قد استوفى منهما عينا بمماثلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفى الاعيان يثبت الملك للمقضى

له بقضاء القاضى ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان الملك فى يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى وكذلك هذا فى العقار فان بالشهادة الباطلة يضمن العقار كالمنقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضى عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضي به القاضي ثم رجع أحدهم لم يضمن شيأ لان الاصل فى ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقى على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بقى على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيأ وهذا لان الراجع وان زعم أنه متلف بشهادته عليه فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه على المتلف بالضمان كمن غصب مال انسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه اذا لم يضمنه المستحق شيأ. ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال لانه بقى علي الشهادة لم يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة فى النصف خاصة فيضمن الراجعان ذلك . ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعت امرأة فعليها ربع المال لان الثابت بشهادتها ربع المال ولانه قد بقى علي الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المرأتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده فعليه نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال على الرجل النصف وعلى المرأة الربع وان رجعوا جميعا فعلي الرجل نصف المال وعلى المرأتين النصف لان الثابت بشهادة الرجل مثل ما ثبت بشهادة المرأتين فقد قامتا فى الشهادة مقام رجل واحد كما قال صلي الله عليه وسلم فى نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل. فان شهد رجل وعشر نسوة فقضي القاضى ثم رجعوا جميعا فعلى الرجل سدس المال وعلى النساء خمسة أسداس المال فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل النصف وعلى النساء النصف لان النساء وان كثرن في الشهادة لا يقمن الا مقام رجل واحد (ألا ترى) أن الحجة لا تتم مالم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال * يوضحه أن الرجل متعين فى هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر يثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وأبو حنيفة رحمه الله يقول كل

امرأتين فى الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فعشر نسوة بخمسة من الرجال وهذه المسئلة بمنزلة مالو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداسا ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم الميراث وفى الميراث عند كثرة البنات مع الابن يجعل كل اثنتين كابن واحد ولم يجعل حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات فعند الانفراد لايزاد لهن على الثلثين ثم عند الاختلاط يجعل كل اثنتين كابن فكذلك في الشهادة وهذا لان النقصان على أدنى العدد فى الشهادة يمنع القضاء فاما الزيادة على النصاب معتبر فى أن القضاء يكون بشهادة الكل فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم يكن عليهن شيء لانه قد بقى على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجل وامرأتان فان رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع المال لان الحجة انما بقيت فى ثلاثة أرباع الحق فيجب الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وليس البعض باولي من البعض فى وجوب ذلك عليه فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وان رجعت العاشرة فعليها وعلى التسع نصف المال أما عندهما ظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند أبي حنيفة رحمه الله لانه بقي على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته بمنزلة مالو شهد ستة من الرجال ثم رجع خمسة ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لان المرأة الواحدة لاتكون شاهدة فان المرأتين شاهد واحد فالمرأة الواحده شطر العلة فى كونها شاهدا وبشطر العلة لايثبت شيء من الحكم فكان القضاء بشهادة رجلين دون المرأة فلا يضمن عند الرجوع شيأ. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال لان الحجة بقيت فى نصف المال فقد بقى امرأتان على الشهادة ثم هذا النصف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل خاصة لما بينا أن عندهما نصف المال متعين فى أنه ثابت بشهادة الرجل ونصف ثابت بشهادة النساء وقد بقى من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته فعرفنا أن الحجة انعدمت فى النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون الضمان عليه دون المرأة وينبغى فى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل فكل امرأة منهن اذا ضمتها الى الأخرى كانتا شاهدا فلا يكون القضاء محالا به على شهادة البعض دون البعض

وقد بقيت الحجة في نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين أثلاثا لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة ولو رجعوا جميعا كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا في الفصل الاول . واذا شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان اثلاث لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا واذا شهد شاهدان بمال قضى به القاضي ثم ادعى المشهود عليه أنهما رجعا وأراد يمينهما فلا يمين عليهما في ذلك ولا تقبل عليهما به بينة لانه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا أن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بمجلس الحكم كالشهادة فلما ان شهادتهما في غير مجلس القاضي باطلة فكذلك رجوعهما والحدود والقصاص في هذا كالاموال . واذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا بالمال على أنفسهما من قبل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهدت عليهما شهود بالمال عليهما قبل الرجوع والضمان لم يقبل ذلك لان الرجوع في غير مجلس القضاء باطل فانما أشهدا على أنفسهما بالمال بسبب باطل وذلك لا يلزمهما شيء وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجمه القاضي بذلك ثم أشهد الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم بالرجوع حد ولا ضمان لانهم بالرجوع ماصاروا قاذفين له ولكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قذفا عند ذلك وفسخ الشهادة بالرجوع مختص بمجلس الحكم (قال) ولو أوجبت عليهما الحد لاوجبت عليهما الضمان وقد بينا أنهم لا يضمنون بالرجوع في غير مجلس الحكم فلا يحدون أيضا واذا لم يقض القاضي بشهادة شاهدين حتى رجعا لم يقض بها لان القضاء يستدعي قيام الحجة عنده ولم تبق الحجة حين رجعا ولان شهادتهما تتأكد بالقضاء فبالرجوع قبل التأكد يبطل بحيث لا يبقى له أثر ولا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا شيئا على أحد أما المشهود عليه فقد بقي المال على ملكه وأما المشهود له فلم يثبت له استحقاق قبل القضاء . ولو اشترى رجل دارا بألف درهم وهي قيمتها ونقده الثمن فشهد شاهدان أن هذا الرجل شفيعها وان هذه الدار التي هي في يديه ملزقة بداره فقضى القاضي له بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشتري ملكه فيها بعوض يعدله وهو الثمن الذي أخذه من الشفيع فان كان المشتري قد بنا فيها بناء فأمره القاضي بنقضه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا لقرار البناء بملكه الدار وقد شهد أن الشفيع أحق بملكها منه فكانا متلفين للبناء عليه فيضمنان له قيمة البناء مبنيا ويكون النقض لهما بالضمان بمنزلة ما لم

هدماه بايديهما واذا رجع الشاهدان عن شهادة شهدا بها عند غير القاضي الذي شهدا عنده فانه يقضي عليهما بالضمان لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضي لا مجلس ذلك القاضي الذي شهدا عنده فرجوعهما في مجلس القاضي الآخر كرجوعهم في مجلس القاضي الذي شهدا عنده أرأيت لو مات الاول أو عزل فرجع في مجلس القاضي الذي قام مقامه أليس يقضي عليهما بالضمان فكذلك اذا رجعا في مجلس القاضي الآخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤديا حتى تخاصمهما الى القاضي الذي شهدا عنده أول مرة وجحدا الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليهما بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنهما المال لان المدعي أثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما المال به وكذلك لو رجعا عند القاضي الذي شهدا عنده فيضمنهما ذلك ثم اختصموا الى غيره وكذلك لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاض من القضاة وانه ضمنهما ذلك فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو سمع القاضي اقرارهما بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا اثبت المدعي ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنهما المال وكتبا به على أنفسهما صكا وسبب المال الى الوجه الذي هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بمال بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو أقر بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا أثبت المدعي ذلك بالحجة ولو رجعا عند غير قاض وضمنهما المال على الوجه الذي هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضي لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضي وكذلك لو أقر بذلك عند صاحب الشرط أو عامل كورة ليس القضاء اليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما أن الشهادة عند هؤلاء كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع. واذا شهدا على رجل انه باع عبده هذا من فلان بألف درهم والبائع يجحد والمشتري يدعي ثم رجعا عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم أو أقل فلا ضمان على الشاهدين لانهما أدخلا في ملك البائع مايعدل ما أخرجاه عن ملكه أو يزيد عليه وهو الثمن الذي استوفاه من المشتري وان كانت قيمة العبد أكثر من ألف ضمنا الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض يعدله والبعض معتبر بالكل وكذلك كل بيع أو صرف شهدا به وان اخر المقضي عليه الضمان عنهما جاز لان هذا تأجيل دين واجب في الذمة وهو وسائر الديون سواء ثم اذا أجل رب الدين للمدين صح هذا التأجيل فكذا هنا ولان الواجب عليهما

ليس ببدل الصرف وانما هو بدل الغصب أو مال مستهلك وقد تقدم بيان صحة التأجيل به
واذا كان لرجل علي رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو
حلله أو أوفاه ثم رجع ضمنا المال لانهما أتلفا عليه المال بشهادتهما فان (قيل) قد أتلفا عليه الدين
فكيف يضمنان له العين (قلنا) قد أتلفا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا في
ذمتهما يتعين بالقبض منهما. وان شهدا أنه أجله سنة فقضى بذلك ثم رجع قبل الحل أو بعده
ضمنا المال للطالب لانهما فوتا عليه حق القبض بالشهادة بالتأجيل الى انقضاء الاجل وذلك
موجب للضمان عليهما وهذا لان التأجيل في الحكم كالابراء (ألا ترى) أن المريض اذا أجل في
دين له يعتبر خروجه من الثلث كما لو أبرأ ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل حل الاجل وكذلك
لو رجعا بعد حل الاجل لان الضمان عليهما عند الرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالاتلاف بالشهادة
يحصل واذا صار ضامنين بها لا يسقط الضمان عنهما بحلول الاجل كالوكيل بالبيع بثمن حال اذا
باع بثمن حال ثم أجل عن المشتري كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده لهذا المعنى ولان
الضامن كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده ولان الضمان انما وجب عليهما بسبب
الاتلاف لما بينا أنهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين أن ذلك لم
يكن اتلافا فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء أخذ المطلوب وان شاء
أخذ الشاهد فاذا أخذ الشاهد كان لهما حق الرجوع به على المطلوب الى أجله لانهما ملكا
ذلك المال بالضمان في ذمة المطلوب ولان الطالب حين ضمنهما فقد أقامهما مقام نفسه في
الرجوع على المطلوب فان توى على المطلوب برئ من الشاهدين لانهما قاما في ذلك مقام
الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب ولا يكون لهما حق الرجوع على الطالب لانهما قاما
مقامه ثم اذا أدي للطالب لا يكون له حق الرجوع على احد فكذلك للذي قام مقامه بخلاف
الحوالة فانه اذا توى المال على المحتال عليه يرجع به علي المحيل لان تحول الحق الى ذمة المحتال
عليه كان بشرط سلامة المال للطالب من المحتال عليه فاذا لم يسلم عاد الى ذمة المحيل وهنا أصل
المال صار للشاهدين بالضمان مطلقا فان خرجا كان لهما وان توى كانا عليهما لانهما قاما في ذلك
مقام الطالب . ولو شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه وقضى القاضي بشهادتهما
ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للمولى في الهبة اذا أخذ
القيمة اما لان القيمة عوض له من هبته أو لانه بزعم انه ملك العبد من الشاهدين بما أخذ

منهما من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع الى ابطال قضاء القاضى باطل والقاضى بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضي عليه لا من جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع فى الهبة ولو لم يضمن المقضى عليه للشاهدين فله الرجوع في العبد بقضاء القاضي لانه هو الواهب للعبد بحكم القاضى وللواهب ان يرجع فى الهبة مالم يصل اليه العوض فان (قيل) فاذا ضمن الشاهدان القيمة ينبغى أن يكون لهما حق الرجوع في الهبة باعتبار أنهما قاما مقام الواهب فى ذلك كما فى مسئلة الدين (قلنا) الدين في الذمة مال وهو يحتمل التمليك بعوض ولهذا جاز الاستبدال بالدين مع من عليه الدين فيمكن ان يجعل مملكا ولك من الشاهدين بما استوفي منهما فاما في حق الرجوع فى الهبة ليس بمال محتمل للاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق الرجوع لهما باعتبار أنهما يقومان مقامه لانه بعد ما وصل اليه العوض لا يكون له حق الرجوع فى الهبة فلا يكون ذلك لمن قام مقامه أيضا ولو شهدا على عبد فى يد رجل انه لهذا الرجل فقضى له به وهو أبيض العين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا أو مات عند المقضي له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته يوم قضى به ولا يلتفت الى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة أو نقصان لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة فى القضاء بالضمان يعتبر القيمة وقت الشهادة كما في المغصوب والمستهلك والقول قولهما فى القيمة لان الضمان يجب عليهما فالقول فى مقداره قولهما ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذى على فلان وفلان مقر بالدين فقضى القاضى به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما بصناعته ثانيا بقبض المال فيحفظ له والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال بقضاء القاضى حصل فى يده أمانة للموكل وقد تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا فى قبض كل وديعة وغلة وميراث وغير ذلك. ولو شهد رجل وامرأتان على ألف درهم ورجل وامرأتان عليهما وعلى مائة دينار فقضى القاضي بذلك ثم رجع رجل وامرأتان عن شهادتهم على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقى على الدراهم من تتم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء فى حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة فى الدنانير فلهذا لا يضمنون شرعا ولو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمان الدنانير على الذين شهدوا بها خاصة وضمان الدراهم جميعا عند أبى حنيفة ارباع على كل امرأتين ربع

وعلى كل رجل ربع وعندهما ثلاث على كل رجل الثلث وعلى النسوة الثلث وان كان رجوع الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين على أنفسهما فى مرضهما فيبدآن بدين الصحة واذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا بالف درهم وهو يساوى ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ثم مضت الثلاثة فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والثمن لانهما أتلفاه بشهادتهما بغير عوض (فان قيل) لا كذلك فالبيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغى ان لا يضمن الشاهدان شيئا (قلنا) زوال الملك وان كان يتأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبائع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه والعاقل يتحرز عن ذلك بجهده فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود ولو أوجب البيع في الثلاثة لم يضمن له الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلفا عليه بشهادته. وكذلك لو كان شرط الخيار للمشترى وهو منكر للشراء وفى قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشترى حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع وان اختار البيع قبل الثلاثة لم يضمنا له شيئا لما بينا فى جانب البيع ولو شهدا برهن عبده والراهن مقر بالدين جاحد للرهن فقضي القاضى بالعبد رهنا ثم رجعا فان لم يكن فى قيمة العبد فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ولو شهد على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال فى يده هو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع. فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فى ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا أيضا ما دام العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من أخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا مات عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض حين أثبتا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شئ من الدين عنه باعتباره ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا على المرتهن شيئا فان حقه فى المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان

عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم فى جانب المرتهن (فان قيل) فلماذا تقبل البينة عليه بذلك وهى لا تلزم شيئا (قلنا) اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم فى الحال كما فى البيع بشرط الخيار للبائع أو للمشترى الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك فى يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بملك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعي انه أخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقى ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى اتمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك عليه بغير حق ولو كان الربح كله دينا لم يضمنا شيئا حتى يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد على نفس المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين وتصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا انه أعطاه الثلث فلا ضمان عليهما في هذا الوجه اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئا بشهادتهما اذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول فرب المال هنالك مستحق للربح باعتبار انه ماله فهما اتلفاعليه بشهادتهما ما كان مستحقاله فيضمنان اذا رجعا ولو نوى رأس المال فى الوجهين لم يضمنا شيأ لانهماماشهدا فى رأس المال بشئ انما شهادتهما فى الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا أنهمااشتركا ورأس مال كل واحد منهما الف درهم على أن الربح بينهما أثلاثاوصاحب الثلث يدعى النصف وقد ربحا قبل الشهادةفقسمه القاضى بينهما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث مابين الثلث والنصف في كل ربح كان قبل الشهادةلان كل واحد منهما مستحق لنصف الربح عند تساويهما فى رأس المال والقول قول مدعى النصف لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى النصف أتلفاه بشهادتهماعلى من أخذ الثلث بغير حق وما ربحا فيمااشتريا بعد الشهادةفلا ضمان عليهما فيه لان كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة بغير رضا صاحبه فاقدامهما على التصرف بعد قضاء القاضى بان الربح أثلاث يكون رضا منهما بذلك ورضا المتلف عليه يمنع وجوب الضمان على المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان في يدى رجل مال فشهد شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى القاضى له بنصف

مافي يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لان القول قول المنكر للشركة وهو ذواليد لولا شهادتهما فانما صار نصف مافي يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقر أنهما أتلفاه بغير حق ولو شهدا على رجل بوديعة فجحدها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضي ذلك رجعا ضمنا له ماغرم من ذلك لانهما شهدا عليه بدين فالوديعة المجحودة دين على المودع وقد أقرا بالرجوع أنهما الزماه بغير حق فيضمنان له ما استوفى منه بذلك السبب. ولو ركب رجل بعير رجل الى مكة فعطب فقال رب البعير غصبني وقال الراكب استأجرته منك بكذا وأقام عليه شاهدين فابرأه القاضي من الضمان وأنفذ عليه ما وجب من الاجر ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة البعير الا مقدار ماأخذ صاحبه من الاجر لان ركوب بعير الغير موجب للضمان على الراكب لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة دينا على الراكب بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب البراءة وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك على رب البعير فكانا ضامنين له الا أنهما عوضاه مقدار ماشهدا له من الاجر فيطرح عليهما ذلك ولان صاحب البعير مقر أن الراكب غاصب لاأجر له عليه وأن ما استوفى منه استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا يرجع علي الشاهدين الا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوي مائتي درهم وآخر يوم عطب فيه يساوي ثلثمائة درهم لزيادة في بدنه والاجر خمسون فانهما يضمنان مائتين وخمسين درهما بحساب يوم عطب. من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله انما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب وقالوا هذا نظير الجارية المغصوبة اذا ازدادت في بدنها ثم باعها الغاصب وسلمها اليه فانه كما لم يذكر الخلاف هنا لم يذكر هناك وانما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في النوادر وحكم هذه وحكم تلك سواء والاصح ان هذا قولهم جميعا وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان غصب ولهذا لا يضمن به الا ما يضمن بالغصب والغصب بعد الغصب في الاصل لا يتحقق من واحد والزيادة المتصلة لا تفرد عن الاصل فاما ضمان الركوب اذا عطبت الدابة ضمان اتلاف (ألا ترى) ان الحر يضمن به والاتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الاصل مع الزيادة فكان الراكب ضامنا قيمتها حين عطبت لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمتها باعتبار تلك الحال. رجل له على رجل الف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة درهم يدعي أنه له فاقام المطلوب شاهدين أنه رهنه اياه بالمال وقضي به ثم هلك الثوب فذهب بمائة

درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثوب انه ملكه باعتبار يده فهما أتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع (فان قيل) كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك (قلنا) عين الرهن أمانة فى يد المرتهن فيده فى ذلك كيد الراهن ثم أثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن فى مقدار المائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكأنهما شهدا عليه انه استوفاه مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول هو عندي وديعة وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه فقضى به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا على ذي اليد عين الثوب لانه لايدعى ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضي فالرهن لا يكون لازما فى جانب المرتهن فيجعل امساكه الثوب بعد قضاء القاضي بانه رهن عنده رضا منه بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع شيئا بخلاف الاول فقد أتلفا عليه ملكه فى الثوب هناك ولو شهد شاهدان على رجل أنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة الى رجل يجحد ذلك ولم يعترفا فقضى القاضي به وأمر بدفع العشرة اليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر لانهما الزما المسلم اليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين فى المالية وضمان الاتلاف يتقدر بالمثل فاذا قبضه منهما فهما ضامنان لطعام مثله الا عشرة دراهم بنقص من ذلك الكر لان مقدار العشرة حصل الاتلاف فيه بعوض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع وما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فان كان رأس المال مثل الكر لم يضمنا شيئا لانهما عوضاه مثل ما أتلفا عليه والاتلاف بعوض يعدل المتلف ولا يوجب الضمان على المتلف. ولو شهدا على رجل أنه أكرى شق محمل الى مكة بمائة درهم فقضى له القاضي وحمله وقبض الاجر ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما اذا كان المستأجر هو المدعى وان كان الاجر ضعف ذلك لانهما أتلفا المنفعة على رب الابل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك عندنا ولو أتلفاه مباشرة بان ركبا لم يضمنا فاذا أتلفاه بشهادتهما أولى وان كان ادعاه صاحب الابل وجحده المستأجر ضمنا له مما أدى ما زاد على أجر مثل البعير لانهما أتلفا عليه ما التزماه بشهادتهما من الاجر وعوضاه من ذلك منفعة البعير والمنافع تتقوم بالعقد وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان دينا فى الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار ما أتلفاه بعوض ويضمنان ما سوى ذلك لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الراكب ولم يضمن شيأ فانما لزمه الاجر بشهادتهما ولو أقر عند الرجوع

أنهما أتلفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالالف شاهدين انه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البينتان عند القاضى فانه لا ينبغى له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطة مفرغة للذمة فكيف يقضي باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده مايفرغ الذمة ثم الابراء فى معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لا يجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضى يكلف المشهود له بالالف بالبينة المثبتة ولا يلتفت الى مامضى لانه لم يقض بشهادتهم على أصل المال والشهادة التى لم يتصل القضاء بها لا تكون موجبة شيأ فلا بد من اعادتهم اذا أراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقاله وانما يثبت هذا الاستحقاق باعادة البينة وان أعادهم نخصمهم فى ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فهم خصماؤه فى ذلك ولا يتمكن من أن يلزم المدين شيأ بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضى بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلهذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدين فى اعادة هذه البينة عليهم فان شهد الشهود على الالف أنها على المدعى عليه فى الاصل فقضي بها على شهود البراءة لانه يتحقق اتلافهم ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له ولا يرجعان بها على المشهود له بالبراءة لانهما يضمنان عند الرجوع ورجوعهما ليس بحجة فى حق المشهود له بالبراءة وقال وانما يأمر القاضي مدعى المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدى البراءة بمحضر منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجبرا بشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كأنهما غصبا المال ساعة يقضى القاضى له ورجعا والله أعلم

تم الجزء السادس عشر ويليه السابع عشر

أوله باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح

(قال رحمه الله واذا شهد رجل وامرأتان علي طلاق امرأة ورجل وامرأتان على دخوله بها فقضى القاضى بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر) لان شهود الطلاق ألزموه نصف المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضى القاضى على الزوج بنصف المهر وشهود الدخول ألزموه جميع المهر بدليل أنهم لو انفردوا قضي القاضى عليه بجميع المهر فنصف المهر اختص بشهود الدخول بايجابه علي الزوج فعند الرجوع ضمانه عليهم ونصف المهر اشتركوا فيه فضمانه عند الرجوع علي كلا الفريقين نصفان فان (قيل) لا كذلك بل جميع المهر واجب على الزوج بالعقد فما ألزمه واحد من الفريقين شيأ من المهر بما شهدوا به (قلنا) نعم وجب جميع المهر بالعقد ولكن بمقابلة البضع على أنه فوت تسليم البضع على وجه لا ينتهى به النكاح فلا شئ على الزوج منه وقد تحقق ذلك بالفرقة بينهما ولولا شهادة شهود الطلاق لم يكن عليه نصف المهر ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر ولكنهما حين شهدا بوجود التسليم قبل ظهور الفرقة فكانهما ألزماه جميع المهر وحين شهدا الآخران بالفرقة قبل التسليم مضافا الى الزوج فكانهما ألزماه نصف المهر فيجب ضمان ذلك عند الرجوع عليهم لأنهم حالوا بينه وبين المهر بشهادتهم فكانهم غصبوه ذلك أحد الفريقين النصف والفريق الآخر الكل . ولو رجع شاهد الدخول وحده ضمن ربع المهر لان النصف الذى اختص شهود الدخول بالزامه بقى فيه امرأتان على الشهادة وببقائهما يبقى نصف ذلك النصف فيجب على الراجع نصف ذلك النصف وفى النصف الآخر قد بقى على الشهادة حجة تامة ولو رجع شاهد الطلاق وحده لم يضمن شيأ لان فى النصف الذى لزم بشهادة شهود الطلاق قد بقى على الشهادة حجة كاملة ولو رجع شهود الدخول كلهم ضمنوا النصف لان النصف الآخر قد بقى على الشهادة حجة كاملة ولو كان شهود

الطلاق هم الذين رجعوا لم يضمنوا شيأ لانه بقي على الشهادة بجميع المهر حجة تامة وهم شهود الدخول ولو رجعت امرأة من شهود الطلاق وامرأة من شهود الدخول فعلى الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر لان النصف الذى اختص به شهود الدخول بقي علي الشهادة فاله رجل وامرأة فبقي الحجة فى ثلاثة أرباعه بتفاوتهما ويجب علي الراجعه ربع ذلك النصف ولا ضمان على شاهد الطلاق لانه بقي على الشهادة في ذلك النصف حجة كاملة بعد رجوعها. ولو شهد شاهدان أنه طلق امرأته واحدة وآخران أنه طلقها ثلاثا ولم يكن دخل بها فقضى بالفرقة وبنصف المهر لها ثم رجعوا جميعا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث ولا ضمان على شهود الواحدة لان أصحاب الثلاث هم الذين قطعت بشهادتهم (ألا ترى) انها لا تحل له قبل الزوج ومعنى هذا ان بالثلاث يثبت فى المحل صفة الحرمة وشئ من تلك الحرمة لا يثبت بالواحدة لان حرمة المحل لا تحتمل التجزي وانما قضى القاضي بحرمة المحل وذلك من موجبات ما شهد به شهود الثلاث خاصة فعرفنا ان القضاء كان بشهادتهم فالضمان عند الرجوع عليهم وهو نظير ما ذكر بعده ولو شهد شاهدان انه حلف لا يقربها يوم النحر وآخران انه طلقها يوم النحر فابانها القاضي منه ولم يكن دخل بها وألزمه نصف المهر ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق دون شهود الايلاء لانه انما قضى بالفرقة بشهادة شهود الطلاق دون شهادة شهود الايلاء وهذه المسئلة حجة لابى حنيفة رحمه الله فى أن الثلاث غير الواحدة وقد بيناه فيما اذا شهد أحد الشاهدين بتطليقه والآخر بثلاث. واذا شهدا على رجل انه تزوج امرأة على الف درهم وهى مهر مثلها قضي بذلك ونقدها الالف ثم رجعا لم يضمنا شيئا أيهما كان المدعى في ذلك لانه ان كانت المرأة هى المدعية فقد ألزما الزوج الالف وأدخلا في ملكه البضع بمقابلته والبضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم لانه تملك البضع ومن ضرورة التملك يقوم المملوك به كالاستيلاء لما كان تملك به الحربي يتقوم به نفسه وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان ولو كان الزوج هو المدعى فقد اثبتنا عليه الملك وعوضاها بمقابلته ما يعدله وهو الالف فان كان مهر مثلها خمسمائة وكان الزوج منكرا ضمنا له الفضل لانهما الزماه الالف وعوضاه ما يتقوم بخمسمائة فقيمة البضع مهر المثل فالخمسمائة الاخرى أتلفاها عليه بغير عوض وان كان المدعي هو الزوج فلا ضمان عليهما سواء كان مهر مثلها أقل أو أكثر لانهما أتلفا البضع عليهما بغير عوض دون قيمة البضع ولكن البضع لا يتقوم على المتلف

وانما يتقوم على المتملك لضرورة التملك فلم يضمن الشاهدان لها شيئا وعنـد الشافعي رحمه الله يضمنان ما زاد على الالف الى تمـام مهر مثلها وأصل المسئلة ما اذا شهد شاهـدان بالتطليقات الثلاث بعـد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذلك ان قتل المرأة رجـل لم يضمن القاتل للزوج شيئا من المهر عندنا وعنـد الشافعي يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم يغرم للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي للزوج مهر المثل على القاتل وعليها وان ارتدت لان البضع متقوم بدليل أنه متقوم عنـد دخوله فى ملك الزوج فيقوم عند خروجه من ملكه أيضا لانه انما يخرج من ملكه عين ما دخل فى ملكه فمن ضرورة التقوم فى احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم أيضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا والدليل عليه أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ضمنوا نصف المهر فلو لم يكن البضع متقوما عند الطلاق لما ضمنوا شيئا واذا ثبت التقوم قلنا المتقوم مضمون بالاتلاف مالا أو غير مال كالنفس* وحجتنا فى ذلك أن البضع غـير متقوم بالمال عنـد الاتلاف لان ضمان الاتلاف يتقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال صورة ومعنى فاما عند دخوله فى ملك الزوج المتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وكان تقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتدال ولا يملك مجانا فان ما يملكه المرء مجانا لا يعظم خطره عنده وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا توجد في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا ولكن يبطل ملك الزوج عنهـا (ألا ترى) ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عنـد التملك كالشهود والولى لا يشترط شيئا منه عند الازالة وأن الاب لو زوج ابنه الصغير بماله يصح ذلك ولو خلع ابنته الصغيرة بمالها من زوجها لم يصح ذلك وهـذا بخلاف ملك اليمين فهو ملك مال والمال مثل المال صورة ومعنى فعند الاتلاف يضمن بالمال وهذا بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق قبـل الدخول لانهما لا يغرمان هناك قيمة البضع فقيمة البضع مهر المثل ولا يغرمان شيئا من ذلك عنـدنا وانما يغرمان نصف الصداق لانهما أكدا على الزوج ما كان على شرف السقوط فان المرأة اذا ارتدت يسقط عنه المهر وكذلك اذا قتلت ابن زوجها فهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط فكأنهما ألزماه ذلك هو عبارة المتقدمين رحمهم الله والاوجه أن

نقول وقوع الفرقة قبل الدخول مسقط جميع الصداق اذا لم يكن مضافا الى الزوج ولا كان متهيئا للنكاح للفقه الذى ذكرنا فى أول الباب فهما باضافة الفرقة منها العلة المسقطة من أن يعمل عليها في النصف فكأنهما ألزما الزوج ذلك النصف بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع وفى هذا أيضا نوع من الشبهة فان الابن اذا أكره امرأة أبيه حتى زنا بها قبل الدخول يغرم الاب نصف المهر ويرجع به على الابن ولم يوجد منه ماتصير به الفرقة مضافة الى الاب ولكنا نقول هو باكراهه اياها منع صيرورة الفرقة مضافة اليها وذا موجب نصف الصداق على الاب فكأنه ألزمه ذلك وعلى هذا الخلاف شهود العفو عن القصاص اذا رجعوا لم يضمنوا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنون الدية لان القصاص ملك متقوم للولي (ألا ترى) أن القاتل اذا صالح فى مرضه على الدية يعتبر ذلك من جميع المال وقد أتلفوا عليه ذلك بشهادتهم فيضمنون عند الرجوع وان لم يكن مالا كما تضمن النفس بالاتلاف حالة الخطأ ولكنا نقول ملك القصاص كملك البضع للزوج من حيث انه لا يظهر الا في حق الاستيفاء وقد بينا ان ملك البضع غير متقوم وانما المتقوم المحل المملوك فكذلك ملك القصاص الا أن بالصلح القاتل انما يلتزم الدية بمقابلة ما هو من أصول حوائجه فهو محتاج الى هذا الصلح لابقاء نفسه وحاجته مقدمة على حق الوارث فيعتبر من جميع المال لهذا والمريضة اذا اختلعت فانما التزمت المال لا بمقابلة ما هو من أصول حوائجها فاعتبر من الثلث كذلك ولانه يسلم للقاتل المحل المملوك وهو نفسه وذلك متقوم وهنا بالطلاق بطل ملك الزوج من غير ان يسلم لها شئ كان قد أشرف على الزوال عنها وقد بينا أنه لا قيمة للملك الوارد على المحل فاما تقوم النفس بالدية عند الاتلاف فللصيانة عن الهدر واظهار خطر المحل وهذا لا يوجد فى ملك القصاص فالعفو مندوب اليه فيكون اهداره حسنا بهذا الطريق لان القصاص حياة حكما وفى العفو حياة حقيقة فلا يمكن ايجاب الضمان علي المتلف هنا بمعنى الصيانة ولو لم يكن فرض الزوج لها مهرا فشهدا بالطلاق قبل الدخول وقضى القاضى لها بالمتعة ثم رجعا غرما المتعة له لان المتعة في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة نصف الصداق في نكاح فيه تسمية فكما أن هناك عند الرجوع يغرمان للزوج ما قضى به القاضى وهو نصف المهر فكذلك هنا يغرمان له ما قضى به القاضى وهو المتعة وزفر رحمه الله يقول فى الفصلين لا يغرمان شيئا لان جميع المهر وجب على الزوج بالعقد وانما يسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول فهما

أسقطا عنه البعض وما أوجبا عليه شيئا وانما ضمنا فانما ينبغى أن يضمنا لها لانهما أتلفاملكها
فى بعض الصداق وفيما قررنا جواب عن كلام زفر رحمه الله ولو شهد شاهدان على رجل أنه
تزوج امرأة على الف والزوج يجحد ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران أنه طلق قبل الدخول
فقضى بذلك ثم رجعوا فعلى شاهدى النكاح مائتان وخمسون وعلى شاهدي الطلاق مائتان
وخمسون لان مازاد علي الخمسمائة الى تمام الف ألزمه شهود العقد من غير عوض بمقابلته وقد
سقط عنه نصف ذلك بالطلاق وبقى النصف فيغرمان له ذلك عند الرجوع وذلك مائتان
وخمسون ومقدار الخمسمائة ألزماه بعوض فلا ضمان عليهما فى ذلك ولكن شهود الطلاق
قبل الدخول كانهما ألزماه نصف ذلك النصف تمنعهما العلة المسقطة من أن يعمل عملها حين
أضافا الفرقة الى الزوج فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو شهد آخران أيضا بالدخول فألزمه
القاضى الف درهم ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة الفضل على مهر مثلها لانهما ألزماه
ذلك بغير عوض وأما الخمسمائة الاخرى ألزماه بعوض يعدله فلا يضمنان له شيأ من ذلك
ولكن بقى فى ذلك شاهدا الدخول وشاهدا التطليق فثلاثة أرباعه على شاهدى الدخول
وربعه علي شاهدى الطلاق بمنزلة جميع المسمى فى مسئلة أول الباب علي ما قررنا . واذا شهد
شاهدان على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل أن يدخل بها علي ان برأته من المهر والزوج
يدعى ذلك وهى تجحد فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان لها
نصف المهر لوقوع الفرقة قبل الدخول باقرار الزوج فهما أتلفا عليهاذلك النصف بشهادتهما
ولو كان دخل بها بعد الزوج والمهر عليه ضمنالها جميع المهر لانهلولا شهادتهما لكان لهاجميع
المهر على الزوج لان الفرقة وقعت باقراره بعد الدخول فهما أتلفا جميع المهر عليها بشهادتهما
بالخلع والابراء من المهر فيضمنان ذلك لهاعند الرجوع كشاهدى الابراء فى سائر الديون .ولو
ادعي رجل أنه تزوج امرأة على مائة درهم وقالت المرأة بل تزوجنى على الف درهم وذلك
مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنالها تسعمائة فى
قول أبى حنيفة ومحمد رحمهماولم يضمنا لها شيئافى قول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلة
كتاب النكاح اذا اختلفا الزوجان فى المهر ومهر المثل مثل ماتقوله المرأة فعندهما القول قولها
وعنده القول قول الزوج ولولا شهادة الشاهدين لكان يقضى لها على الزوج بالالف فهما
أتلفا عليها بشهادتهما مقدار تسعمائة فيضمنان لها ذلك عند الرجوع وعند أبى يوسف رحمه

الله القول قول الزوج فى المهر فالشاهدان لم يتلفا على المرأة شيئا فبهذا يتبين أن الصحيح فى معنى المستنكر عند أبي يوسف رحمه الله أن يدعى الزوج دون العشرة فاما اذا ادعى نقصانا كثيرا عن مهر المثل فالقول قوله كما فسره فى هذه المسئلة ولو طلقها قبل الدخول لم يضمنا لها شيئا بالاتفاق لان القول قول الزوج بعد الطلاق كما ذكره فى كتاب النكاح فلا يضمنان لها شيئا لذلك وذكر فى بعض نسخ الاصل يضمنان لها أربعمائة وخمسين درهما وهذا ان صح فهو بناء على ماذكره فى الجامع من تحكيم المتعة بعد الطلاق عندهما أن تكون متعتها خمسمائة فقد أتلفا عليها مازاد على الخمسين وذلك أربعمائة وخمسون فيضمنان ذلك لها وكذلك ان كانت لم تقر بالنكاح لم يضمنا لها شيئا لانهما ماأتلفا عليها شيئا من المال انما أتلفا عليها ملك البضع بشهادتهما وقد بينا أن البضع لا يتقوم على غير المتملك ولو ادعت امرأة على زوجها أنه صالح من نفقتها على عشرة دراهم كل شهر فقال الزوج صالحتك على خمسة فشهد شاهدان أنه صالحها على عشرة فقضى بها ثم رجعا فان كانت نفقة مثلها عشرة أو أكثر فلا ضمان عليهما لان القول قولها فى مقدار نفقة مثلها فالشهود ماالزموا الزوج شيأ بغير عوض وان كانت نفقة مثلها أقل من عشرة ضمنا الفضل للزوج فيما مضي لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الزوج في انكاره الفضل على نفقة مثلها فانما ألزماه ذلك بشهادتهما. واذا قضى القاضى لامرأة بمهر أو متعة أو نفقة فمضت مدة ثم شهد شاهدان عليها بالاستيفاء وقضى به ثم رجعا ضمنا ذلك للمرأة لان ذلك كان دينا مستحقا لها على الزوج فنفقة الزوجة تصير دينا بقضاء القاضى وقد بينا أن الشهادة باستيفاء الدين موجب الضمان عند الرجوع وكذلك الولد وكل ذى رحم محرم ممن فرض له القاضي النفقة وهذا على رواية الجامع حيث يقول أن نفقة ذوى الارحام تصير دينا بقضاء القاضى فاما على رواية كتاب النكاح يقول لاتصير ذلك دينا بعد مضي المدة وان قضي القاضى، فعلى تلك الرواية شهود الاستيفاء لايضمنون شيئا وقد بينا وجه التوفيق بين الروايتين فيما أملينا من شرح الجامع . ولو شهد رجلان على الطلاق ورجلان على الدخول ثم رجع شاهد الطلاق وأحد شاهدى الدخول ضمنوا جميعا نصف المهر على شاهد الدخول من ذلك نصفه والنصف الباقى عليهم أثلاثا لان فى النصف الذى لزمه بشهادة شاهدى الدخول خاصة بقى أحدهما على الشهادة فتبقى الحجة في نصف ذلك النصف ببقائه فعلى الراجع منهما نصف ذلك النصف وفى النصف الباقى يبقى نصفه

أيضا ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة فى نصف ذلك النصف وقدكان ثبت بشهادتهم جميعا فعند الرجوع يجب ضمان ذلك النصف عليهم أثلاثا. واذا طلق الرجل امرأتهولم يدخل بها ولم يفرض لها مهر فشهد شاهدان أنه صالحها من المتعة على عبد ودفعه اليهاوقبضته وهى تنكر ذلك ثم رجعا عن شهادتهمافانهمايضمنا المتعة لها وهى ثلاثة أثواب مثل كسوتها فى بيتها ولا يضمنان لهاالعبد لان أصل حقها هو المتعة وقد أتلفا بشهادتهما ذلك عليها فاما العبد كان ملكا للزوج لولا شهادتهما فلا يضمنان لها العبد وان شهدا عليها بقبضه لان وجوب ذلك لها بشهادتهما وهى تنكر فلا يكون لها أن تضمنهما قيمة العبد مع ماسبق من انكارها وانما تضمنهما أصل حقها وهو المتعة فان كان مهر مثلها عشرة دراهم ضمنا له خمسة دراهم لانه لا يراد بالمتعة على نصف مهر المثل فلولا شهادتهما كان لها هذه الخمسة فلهذا ضمنا لها عند الرجوع الخمسة. ولو شهدشاهدان على الطلاق وشاهدان على الدخول ولم يكن سمى لها مهرا فقضي بذلك ثم رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر لان المتعة فى نكاح لا تسمية فيه كنصف المسمى في نكاح فيه تسمية المهر وقد بينا أن هناك شهود الطلاق يغرمون ربع المسمى فكذلك هنا يغرمون نصف المتعة وما زاد على ذلك الى تمام مهر المثل ثابت بشهادة شهود الدخول فيغرمون ذلك عند الرجوع. ولوشهد شاهدان على مائة درهم بعينها في يد رجل أنها لرجل آخر وآخران على مائة منها أنها له فقضى له بذلك ثم رجع أحد شاهدى المائتين ضمن خمسين لان مقدار المائة استحق بشهادته وشهادة صاحبه خاصة وقد بقى نصفه ببقاء صاحبه على الشهادة فيغرم نصفه وذلك خمسون وان رجع أحد شاهدى المائة أيضا لم يضمن شيأ لان مقدار المائة ثبت بشهادة الاربع وقد بقى اثنان على الشهادة بتلك المائة فلا يغرم الراجعان شيئا من ذلك والله أعلم بالصواب

باب عن الرجوع عن الشهادة أيضا

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان ذميا لذمى على ذمى بمال أو خمر أو خنزير فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخمر مثل قيمة الخنزير) لان ضمان الرجوع بمنزلة ضمان الغصب والاتلاف وأهل الذمة فى ذلك يستوون بالمسلمين ويضمنون فى الخمر المثل وفى الخنزير القيمة وان كان الشاهدان أسلما ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة الخنزير لان الخنزير ليس من

ذوات الامثال وكان الواجب عليهما ضمان القيمة بنفس الاتلاف واسلامهما لا يمنع نفوذ ذلك وفى الخمر عند محمد رحمه الله يضمنان القيمة وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمنان شيئا بناء على اسلام المسلمين المطلوب بعد اتلاف الخمر وقد بيناه فى الغصب ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا الخمر لان الواجب عليهما مثل الخمر واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل فالمشهود عليه في حقهما طالب فاما اتلاف الخنزير يوجب القيمة واسلام الطالب لا يمنع بقاءها واستيفاءها ولو شهد ذميان بمال على ذمى وأسلم المشهود عليه قبل أن يقضي القاضي بشهادتهما لم يقض بها لان اسلام المشهود عليه لو اقترن بشهادتهما منع العمل بها فكذلك اذا طرأ قبل القضاء وهذا لان القاضى لا يقضى الا بحجة وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلمين. واذا شهد محدودان بقذف بشهادة ولم يعلم القاضى بذلك حتى قضى بشهادتهما ثم علم بذلك وليس من رأيه امضاؤه فانه يرد القضاء ويأخذ المال من المقضى له لانه ظهر له الخطأ فى قضائه وهذا بناء على ان قضاء القاضى فى المجتهدات انما ينفذ اذا صدر عن اجتهاد فأما اذا لم يكن عن اجتهاد وانما كان عن تلبيس واشتباه لم ينفذ وهو ظاهر المذهب على ما أشار اليه في الجامع ذكره الخصاف وقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله ان قضاءه في المجتهدات نافذ وان لم يكن عن اجتهاد منه لانه لا ينقض قضاءه ما لم يتبين له الخطأ بيقين وفي الاجتهاد لا يتبين ذلك فعلى تلك الرواية لا ينقض القضاء هنا أيضا (قال) وكذلك لو علم أنهما عبدان أو كافران أو أعميان أما فى العبدين والكافرين فقد ظهر أن قضاءه كان بخلاف الاجماع فهو باطل وفى الاعميين الجواب مثل الجواب فى المحدودين فى القذف لان قضاءه حصل فيما هو مجتهد فيه وان لم يقصد الاجتهاد وقد نص على أنه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله يعنى رد القضاء وأخذ المال من المقضى له. واذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده وقضي القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا عليه ملكا هو مال متقوم ولا يمنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما أتلفاه عليه من ملك المال ولو شهدا عليه أنه دبره فقضى القاضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا حق العتق للعبد وبذلك ينتقص ملك المالية للمولى فيضمنان ذلك النقصان وقد بينا في كتاب العتاق مقدار نقصان التدبير فان مات المولى يخرج

العبد من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لان تلف ما بقى من المال عند موت المولى حصل بشهادتهما فالتدبير موجب حق العتق في الحال وحقيقة العتق فى الثلث بعد الموت وقد كان ضمنا ما أتلفاه معجلا وما زاد على ذلك كان مؤجلا فيضمنان ذلك عند تحقق الاتلاف وذلك بعد موت المولى وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثى قيمته ويضمن الشاهدان ثلث القيمة اذا عجل العبد الثلثين فان بدل ما زاد على الثلث قد سلم للورثة من جهة العبد فاتلاف الشاهدين لذلك حصل بعوض فلا يضمنانه عند الرجوع فاما مقدار الثلث أتلفاه لى الورثة بغير عوض فيضمنان ثلث قيمته مدبرا ولا يرجعان بذلك الثلث على العبد لان رجوعهما غير مقبول فى حق العبد وان لم يعجل العبد الثلثين من القيمة وعجز عنها فللورثة ان يرجعوا به على الشاهدين لانهما حالا بين الورثة وبين ذلك القدر من ماليته بشهادتهما والعوض في ذمة المفلس فكانهما أتلفا ذلك بغير عوض فيضمنان للورثة كالثلث ويرجع الشاهدان بذلك على العبد لانهما قاما مقام الورثة حين ضمنا ذلك وقد كان للورثة حق الرجوع على العبد بذلك فكذلك لمن قام مقامه بخلاف ثلث القيمة وحالهما فى الثلثين كحال شهود الكتابة فانهما لو شهدا عليه أنه كاتب عبده على ألف درهم الى سنة فقضى بذلك ثم رجعا وهو يساوي ألفين أو ألفا فانهما يضمنان قيمته لانهما حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما عليه بالكتابة فكانا بمنزلة الغاصبين ضامنين للقيمة ثم يتبعان المكاتب بالمكاتبة على نحوهما لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين ما كان يعتق الا بعد أداء جميع الالف الى المولى فكذلك حاله مع الشاهدين بعد ما ضمنا القيمة فاذا أداه عتق والولاء للذى كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى فى قبض بدل الكتابة منه فاداؤه اليهما كادائه الى المولى وهذا لان رجوعهما فى حق المكاتب غير صحيح وقد استحق المكاتب ان يعتق على المولى ويكون ولاؤه له فلا يبطل ذلك الحق رجوع الشاهدين وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين فالمكاتب ليس بمحل النقل من ملك الى ملك فرجوعهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما أخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد زالت بعجز المكاتب فهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعد ما أبق ثم رجع فيكون مردودا على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه . ولو شهد شاهدان أنه حلف بعتقه ان دخل هذه الدار وشهد آخران أنه قد دخلها فقضي بعتقه ثم

رجعوا جميعا ضمن شاهد اليمين قيمة العبد ولا ضمان على شاهدى الدخول عندنا وقال زفر رحمه الله الضمان عليهم جميعا لان تلف المال حصل بشهادة الفريقين جميعا ولكنا نقول شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للعتق وهو قوله أنت حر وشهود الدخول انما أثبتوا شرط العتق والشرط لا يعارض العلة في احالة الحكم عليه فالحكم يضاف الى علته حقيقة لانه واجب بها شرعا والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط لا به والمجاز لا يعارض الحقيقة بل متى كانت العلة صالحة لاضافة الحكم اليها لا يضاف شئ الى الشرط وهو نظير حافر البئر مع الملقي فان الضمان على الملقى دون الحافر وعلى القائد دون الممسك لهذا المعنى وقد بيناه هذا فى مسئلة شهود الاحصان فى كتاب الحدود ولم يذكر هنا أن اليمين لو كانت ثابتة باقرار المولى وشهد شاهدان بالشرط ثم رجعا ظن بعض مشايخنا رحمهم الله أنهما يضمنان في هذا الفصل وقالوا ان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها هنا فانها ليست بتعدى فيكون الحكم مضافا الى الشرط على أن الشرط يجعل خلفا عن العلة هنا باعتبار أن الحكم يضاف اليه وجودا عنده وشبه هذا حفر البئر وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات وهذا لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف للمالية وعند وجود مباشرة الاتلاف الحكم يضاف اليه دون الشرط سواء كان بطريق التعدى بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشى وذلك ليس من مباشرة الاتلاف فى شئ فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وهو ازالة المسكة بحفر البئر الذى فى الطريق. ولو شهد شاهدان على رجل انه أعتق عبده عن مدبر منه وآخران انه أعتق عبده البتة فقضى به ثم رجعوا فضمان القيمة على شاهدي العتق ولا ضمان على شاهدى التدبير لان القضاء كان بشهادة شاهدى العتق فمنع جر العتق المضاف الى ما بعد الموت. ولو شهد شاهدا التدبير فقضى القاضي به ثم شهد شاهدا العتق فقضى به ثم رجعوا فعلى شاهدى التدبير لان ضمان ما نقصه التدبير ذلك الجر تلف بشهادتهما حين قضي بها القاضى ويضمن شاهدا العتق قيمته مدبرا لانهما أتلفا مالية المولى بشهادتهما وعند شهادتهما كان هو مدبرا فيضمنان ذلك عند الرجوع ولو كان شاهدا العتق على الثياب شهدا أنه أعتقه قبل التدبير فاعتقه القاضي ثم رجعوا ضمن شاهدا العتق قيمته ولا ضمان على شاهدى التدبير لانه تبين أن شاهدى التدبير ما أتلفا عليه شيئا وأن القاضي أخطأ فى قضائه بالتدبير حين قامت الحجة على الحرية قبل ذلك فانما حصل تلف المالية بشهادة شاهدى العتق فالضمان عليهما

عند الرجوع (ألا ترى) أنهما لو شهدا أنه باع عبده من هذا بالف درهم ووقتا لذلك وقتا قبل التدبير فان القاضي يبطل التدبير وينفذ البيع فان رجعوا بعد ذلك لم يضمن شهود التدبير شيئا وضمن شهود البيع فضل القيمة على الثمن لان الاتلاف في الفضل حصل بشهادتهم بغير عوض وان كانت القيمة أقل من الثمن والمشترى هو المنكر ضمنا للمشترى فضل الثمن على القيمة لانهما أتلفا عليه الفضل بغير عوض ولو كان سواء وشهدا أنه نقد الثمن والبائع منكر ثم رجعا عن البيع ولم يرجعا عن نقد الثمن لم يضمنا شيئا لانهما بالشهادة على البيع أزال ملكه عن العبد بعوض يعدله وهما ثابتان على شهادتهما بنقد الثمن فهو ومالو شهد به غيرهما سواء ولو رجع عن نقد الثمن ضمن الثمن لانهما أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ملك البائع في الثمن بشهادتهما عليه بالاستيفاء ولو كان البائع هو المدعى والمشترى يجحد لم يضمنا شيئا لانهما أدخلا في ملك المشترى ما يعدل ما ألزماه من الثمن . ولو شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على الف درهم الى سنة وقيمته خمسمائة فاجاز القاضى ذلك ثم رجعا فاختار المولي ضمان الشاهدين فله ذلك لانهما حالا بينه وبين مالية العبد بشهادتهما وبدل الكتابة فى ذمة العبد المفلس كالتاوى فان قبض المولى منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدى الف درهم الى الشاهدين لانهما قاما مقام المولى فى استيفاء بدل الكتابة حين ضمنهما القيمة ويتصدقان بالفضل لان ذلك ربح حصل لهما بكسب خبيث وهو شهادة الزور وان لم يجبر المولي يضمنهما ولكن جعل يتقاضى المكاتب حتى قبض منه مائة درهم أولم يقبضها غير أنه علم برجوع الشاهدين فهذا اختيار للمكاتبة ولا يضمن الشاهدان شيئا أبدا ماخلا خصلة واحدة وهى أن تكون المكاتبة أقل من القيمة فان هنا له أن يأخذ المكاتب بالمكاتبة ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة لانه بعد ما علم برجوع الشاهدين كان مخيرا بين تضمين الشاهدين القيمة ومطالبة المكاتب ببدل الكتابة فاختياره اتباع المكاتب بالتقاضى منه يتضمن براءة الشاهدين كما فى الغصب مع غاصب الغاصب ولكن هذا فى مقدار بدل الكتابة فأما مازاد عليه الى تمام القيمة فحقه فيه قبل الشاهدين خاصة فلا يكون اختياره اتباع المكاتب ببدل الكتابة أبرأ الشاهدين عن ذلك الفضل فلهذا يرجع عليهما به ولو شهدا أنه باع عبده من رجل بالف درهم الى سنة وقيمته خمسمائة والمشترى يدعي ذلك والبائع يجحد فاجاز القاضى ثم رجعا فهو مخير بين أن يتبع المشترى الثمن وبين أن يضمن الشاهدين القيمة لاتيانهما الحيلولة بينه وبين ملكه في الحال والبدل لا يصل اليه الا بعد مضى الاجل فان

ضمن الشاهدين القيمة قاما مقامه في الرجوع علي المشتري بالثمن وتصدقا بالفضل لانه حصل لهما بكسب خبيث ولانه من وجه كالملك للثمن منهما فان استوفي منهما من القيمة وتمليك الالف بالخمسمائة ربا فلشبهه بالربا يلزمهما التصدق بالفضل وان اختار المولى اتباع المشتري بالثمن لم يرجع على الشاهدين بشيء أبدا لان ذلك منه رضا بالبيع بالثمن المؤجل . وكذلك لو تقاضى المشترى بعد رجوعهما فذلك منه رضا بالثمن في ذمة المشتري فيكون مبرئا لهما باختيار اتباع المشترى فلا يتبع الشاهدين بشيء بعده أبدا نوي ماله على المشترى أو خرج . واذا شهد رجلان على رجل أنه حلف بعتق عبده ان في قيده عشرة أرطال وحلف الرجل بعتقه بين يدي القاضي أن لا يحل القيد أبدا فشهد شاهدان على المولي أن في قيده خمسة أرطال فاعتقه القاضي بشهادتهما ثم أطلقه من القيد ثم نظر الى القيد فاذا فيه عشرة أرطال فان أبا حنيفة رحمه الله قال على الشاهدين قيمة العبد وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله وفي قوله الآخر لا ضمان على الشاهدين وهو قول محمد رحمه الله وهو بناء علي ماتقدم من اختلافهم في نفوذ قضاء القاضي بشهادة الزور باطنا فعند أبي حنيفة رحمه الله لما نفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا فانما عتق بشهادتهما قبل أن يحل القيد وعندهما لم ينفذ قضاؤه باطنا فانما عتق بحل القيد لا بشهادتهما والشهود في الصورة يشهدون بالشرط ولكن في المعنى يشهدون بتنجيز العتق لان تعليق العتق بشرط موجود تنجيز ولا يقال كيف ينفذ قضاء القاضي باطنا وظاهرا هنا وقد تيقنا بكذبهم بمعرفة وزن القيد فيكون هذا بمنزلة مالو ظهر نص بخلاف قضاء القاضي أو ظهر ان الشهود عبيد أو كفار وهذا لان القاضي حين قضى بالعتق لم يكن مخاطبا بمعرفة وزن القيد حقيقة لانه لا طريق اليه ما لم يحل القيد وحل القيد معتق للعبد وقضاؤه انما ينفذ باطنا باعتبار انه سقط عنه تعرف مالا طريق له الى معرفته وهذا موجود هنا ولولم يحله وعلم أنهما شهدا بباطل رد في الرق عندهما لان قضاء القاضي لم ينفذ باطنا وكذلك لو هلك العبد وأقر أنهما شهدا بزور فهو وما سبق سواء لانهما رجعا عن شهادتهما في مجلس القاضي فذلك كمعرفة القاضي كذبهما أو أقوى منه في ايجاب الضمان عليهما . ولو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده عام أول في من رمضان فأجاز القاضي شهادتهما وأعتقه ثم رجعا وضمنهما القيمة أولم يضمنهما حتى شهد شاهدان انه اعتقه عام أول في شوال فانه لا تقبل شهادة الآخرين لانه حكم بعتقه بشهادة الاولين في أول يوم من رمضان (ألا ترى) ان حكمه في ذلك الوقت في جزاء

جنايته وحدوده وغير ذلك حكم الاحرار فالفريق الثاني انما شهدوا باعتاق من هو محكوم بحريته وذلك لغو وعلى الاولين ضمان القيمة يوم أعتقه القاضي لانهما بالرجوع أقرا أنهما أتلفا عليه ماليته حين أعتقه القاضي بشهادتهما بالزور واقرارهما حجة عليهما فيضمنان قيمته في ذلك الوقت وكذلك لو شهدا على ان مولاه أقر به حين ولد أنه لهذا الرجل وأنكر المولى وشهد يوم شهدوا والعبد رجل شاب ثم قضي به القاضي ثم رجعا ضمنا قيمته يوم قضى القاضي لانهما أتلفا عليه ماليته فيه يومئذ ولو شهدا عليه انه أعتق عبده عام أول في رمضان فقضى به القاضي ثم رجعا ثم شهد آخران أنه اعتقه أول يوم من رمضان أول من عام الاول فان شهادة الآخرين مقبولة ولا ضمان على الاولين وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما عند أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة الفريق الثاني لان من أصله أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى ولا مدعى لما شهد به الفريق الثاني لان العبد محكوم بحريته فلا يمكنه ان يدعى بشهادتهما والفريق الاول لا تصح منهم الدعوى لان كلامهم متناقض وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة على عتق العبد مقبولة من غير دعوى فيثبت بشهادة الفريق الثاني في عتقه في وقت سابق على الوقت الذي شهد به الفريق الاول ويتبين به انهما شهدا بانه أعتق حرا فيسقط الضمان عنهما كذلك بخلاف ما اذا كانت شهادة الفريق الثاني بالعتق بعد وقت العتق الاول حتى قالوا اذا كان هناك من يدعي حريته في وقت سابق على الوقت الذى شهد به الفريق الاول بان كان يدعى عليه حدا أو قصاصا في الطريق فان شهادة الفريق الثاني مقبولة ويسقط به الضمان عن الفريق الاول لوجود المدعى لما شهد به الفريق الثاني ولو شهدوا عليه انه طلق امرأته عام أول في رمضان قبل ان يدخل بها فقضى به القاضي وألزمه بنصف المهر ثم رجعا فضمنهما القاضي بنصف المهر ثم شهد شاهدان انه طلقها عام أول في شوال قبل ان يدخل بها لم يقبل ذلك ولم ينتفع به الاولان لانها صارت مطلقة بقضاء القاضي في وقت سابق على الوقت الذى شهد به الفريق الثاني فانما شهد به الفريق الثاني بطلاق من هي أجنبية منه في الحكم فكان ذلك لغوا ولو أقر الزوج بذلك عند القاضي لم يكن على الشاهدين ضمان ورد عليهما ما كان ضمنا له . وكذلك اقرار المولى في العتق لان المولى باقراره يزعم أنه تلف المالية عليه وتقرر نصف الصداق كان بمباشرته الطلاق والعتاق لا بشهادتهما ومباشرة ذلك رضا منه ضرورة واقراره حجة عليه فتبين به ان الشهود ما أتلفوا عليه شيئا حين قضى القاضي

بشهادتهم بخلاف البينة فانها لا تكون الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضي بشهادة الفريق الثاني بعد ما قضى بالطلاق والعتاق في وقت متقدم بشهادة الفريق الاول ولو شهد الفريق الثاني بالطلاق في وقت متقدم على الوقت الذي شهد به الفريق الاول قبلت الشهادة لان الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعوى وتبين بهذه الشهادة ان الفريق الاول ما اكد عليه شيئا من الصداق بشهادتهما فيسقط الضمان عنهما ولو شهدا عليه انه حلف بعتق عبده انه لا يدخل هذه الدار وأنكر ذلك المولى ثم دخل العبد الدار فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته لانهما أثبتا سبب اتلاف المالية بشادتهما وهو اليمين فعند وجود الشرط انما يعتق العبد باليمين لا بوجود الشرط ولو ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف درهم وهي قيمته وقال المولى كاتبته على ألفين وأقام البينة فقضى القاضي بذلك على المكاتب فأداها ثم رجعا فان القاضي يضمنهما ألف درهم للمكاتب لانه لولا شهادتهما لكان القول قول المكاتب لانكاره الزيادة في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر فما زاد على الالف انما لزمه بشهادتهما فيضمنان له ذلك عند الرجوع ولو كان المكاتب لم يدع المكاتبة وقال مولاه كاتبته على الفين فجحد المكاتب ذلك وأقام المولى بينة فانه لا تقبل بينته على ذلك لان البينة انما تقبل اذا كانت ملزمة وهذه بينة لا يلزم العبد شيئا فانه يتمكن من ان يعجز نفسه ليفسخ الكتابة فلا معنى لقبول البينة من المولى على ذلك ولكن يقال للمكاتب ان شئت فامض على الكتابة وان شئت فدعها وكن رقيقا بخلاف الاول فهناك يدعى العبد الكتابة فعند دعواه الكتابة انما يلزمه مقدار الالفين بشهادتهما فلهذا وجب قبول شهادتهما فان كان المكاتب يدعى انه حر فجاء المولى بشاهدين فشهدا أنه كاتبه على ألفين فقضى عليه بذلك وأدى المال ثم رجعا ضمنا الالفين للمكاتب وان كانت قيمته أقل من ذلك لانهما ألزماه الالفين بشهادتهما فانه لولا شهادتهما لكان القول قول من يدعى أنه حر وقد أقر بالرجوع انهما ألزماه الالفين بغير حق بشهادتهما فيضمنان له ذلك. ولو شهد شاهدان على رجل انه عبد لهذا الرجل فقضى القاضي به ثم أعتقه على مال ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا للمشهود عليه شيئا لانهما ما ألزماه مالا بالشهادة انما أبطلا حريته وألزماه الرق بشهادتهما وذلك ليس بمال وقد بينا أن ما ليس بمال لا يضمن بالمال بالشهادة الباطلة ثم العبد التزم المال باختياره حين قبل العتق بجعل وذلك لا يوجب الضمان على الشهود بخلاف الاول فقد ألزمه المال هناك * يوضحه أنهما لو ضمنا انما يضمنان باعتبار قضاء

القاضي برقه فذلك الضمان يكون للمولى لانه محكوم بانه عبده فماله يكون لمولاه والمولى يكذبهما في الرجوع بخلاف مسئلة المكاتب فهناك انما يضمنان المال للمشهود عليه لا لمولاه وهو مصدق لهما في الرجوع. ولو شهدا على رجل انه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف درهم فاعتقه القاضي ثم رجعا فالمشهود عليه مخير ان شاء ضمن الشاهدين الالف ويرجعان على العبد بخمسمائة لانهما قاما مقام المولى في ذلك وان شاء رجع على العبد بخمسمائة وأيهما اختار ضمانه لم يكن له أن يرجع على الآخر بعد ذلك بشيء أبدا بمنزلة الغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما والله أعلم بالصواب

باب الرجوع عن الشهادة في النسب والولاء والمواريث

(قال رحمه الله واذا ادعى رجل انه ابن رجل والاب يجحد فاقام البينة انه ابنه ولد على فراشه وأنه وارثه فقضى بذلك ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم) لانهم لم يشهدوا عليه بمال انما ألزموه النسب بشهادتهم والنسب ليس بمال ولا يدرى أيهما يموت قبل الآخر فيرثه الآخر وكذلك لو أقام شاهدين أن هذا مولاه أعتقه وهو يملكه وقال المشهود عليه أنا حر الاصل ثم رجعوا بعد القضاء بشهادتهم لم يضمنوا شيئا لانهم ألزموه الولاء بشهادتهم والولاء كالنسب ليس بمال ولو مات فورثه ثم رجعوا عن شهادتهم لم يضمنوا شيئا أبدا لان شهادتهم بالنسب أو الولاء كانت في حال الحياة وذلك لا يكون شهادة بالميراث وهذا لان استحقاق الميراث بالنسب والموت جميعا فكان حكما متعلقا بعلة ذات وصفين فانما يحال به على آخر الوصفين وجودا لان العلة تتم به وثبوت الحكم باعتبار كمال العلة وهذا بخلاف ما اذا شهد واحد ثم آخر فقضى القاضي ثم رجعا فانهما يضمنان ولا يحال بالاتلاف على شهادة الثاني لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء وانما يقضي القاضي بشهادتهما جميعا فهو ومالو شهدا معا سواء وهنا السبب قد ثبت قبل الموت ثم الموت لم يكن مشهودا به واستحقاق الميراث به لانه آخر الوصفين وجودا. ولو شهدا على رجل أنه ابن هذا القتيل لا وارث له غيره والقاتل يقر أنه قتله عمدا فقضي القاضي بالقصاص وقتله الابن ثم رجعوا عن شهادتهم فلا ضمان عليهم في القصاص لان القصاص ليس بمال فلا يضمنونه للورثة المعروفين وان أتلفوه بشهادتهم عليهم كما لو شهدوا بالعفو عن القصاص على المولى يضمنون كل مال ورثه هذا الابن من القتيل لورثته

المعروفين لانهم شهدوا بالنسب بعد الموت فكان المشهود به متمما علة استحقاق الميراث فانما يحال باستحقاق الميراث على شهادتهم وقد أقروا بالرجوع ثم أنهم أتلفوه على الورثة المعروفين بغير حق ولو رجع شهود العفو قبل أن يقضى القاضى بها كان القصاص واجبا على حاله لان الشهادة لاتوجب شيأ ما لم يقض القاضى بها ولا يتمكن القاضى من القضاء بها بعد مارجعوا .ولو شهدوا لرجل مسلم كان أبوه كافرا أن أباه مات مسلما وللميت ابن كافر فقضى القاضى بمال ابنه للمسلم ثم رجعوا عن شهادتهم ضمنوا الميراث كله للكافر لانه لولا شهادتهم لكان القول قول الابن الكافر والميراث كله له لانه عرف كفر أبيه فى الاصل فانما صار الميراث كله مستحقا للابن المسلم بشهادتهما فعند الرجوع يضمنان ذلك .ولو أسلم كافر ثم مات وله ابنان مسلمان كل واحد منهما يدعى أنه أسلم قبل موت أبيه وأقام كل واحد منهما شاهدين فورثهما القاضى ثم رجع شهود أحدهما ضمنوا جميع ماورثه الآخر لان الآخر ببينته أثبت استحقاق جميع الميراث لنفسه لولا شهادتهما فالمشهود له انما أخذ نصف ذلك بشهادتهما له وقد أقر بالرجوع انهما شهدا بغير حق وكذلك ان مات رجل عن أخ معروف فادعى آخر أنه ابنه وشهد له به شاهدان وحكم له بالميراث ثم رجعا ضمنا جميع ذلك الاخ لان الاخ كان مستحقا بجميع الميراث لولا شهادتهما بنسب الابن وقد أقر بالرجوع أنهما أتلفاذلك عليه بغير حق .ولو كان صبي فى يد رجل لا يعرف أنه حر أو عبد فشهد شاهدان على اقراره انه ابنه فاثبت القاضى نسبه منه ثم مات الرجل فقضى له بميراثه ثم رجعا لم يضمناشيأ لانهما شهدا بالنسب في حياته واستحقاق الميراث انما يحال به على آخر الوصفين وجودا وهو الموت دون ما شهدا به وكذلك لو شهدا لامرأة بالنكاح على مهر مثلها فقضى به ثم مات الرجل فورثت منه ثم رجعا فلا ضمان عليهما ولو كانت الشهادة بعد الموت ضمنا جميع ما أخذته المرأة لان آخر الوصفين ماشهد به الشهود هنا وبه يتم علة استحقاق الميراث.ولو كان في يد رجل عبد صغير وأمة فشهد شاهدان أنه أقر أن الصبي ابنه وشهد آخران أنه أعتق هذه الامة ثم تزوجها على الف درهم وهو يجحد ذلك فقضى القاضى بجميع ذلك ثم مات الرجل عن بنتين سوى الصبي فقضى القاضى للمرأة بالمهر وقسم المال بينهم على الميراث ثم رجع الشهود عن شهادتهم فان شهود الابن يضمنون قيمة الابن للورثة الا نصيب الابن منها لانهم أتلفوا ملكه فى العبد بشهادتهم فانه لولا شهادتهم لكان القول قوله أن الصغير عبده فانه لا يعبر عن نفسه

وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا عليه ذلك بغير حق فيضمنان قيمته للمولى ويصير ذلك ميراثا عنه لورثته لا أنه يطرح عنهما حصة الابن المشهود له لانه يكذبهما فى الرجوع ويزعم أنهما كانا صادقين فى الشهادة بنسبه وانه لاضمان عليهما وزعمه معتبر فى نصيبه ويضمن شهود الامة قيمة الامة الا ميراث الامة منها لهذا المعنى لايضمنون غير ذلك الا أن يكون المهر أكثر من مهر مثلها فيضمنون الفضل لاقرارهم أنهم ألزموه ذلك الفضل بغير عوض ولكن يطرح من ذلك حصتها منه بميراثها لانها تكذبهم فى الرجوع وتصدقهم فى الشهادة فيعتبر زعمها فى حصتها ولا ضمان على أحد من الشهود فيما أخذ المشهود له من الميراث لما بينا أنهم شهدوا بالنسب والنكاح فى حالة الحياة. واذا مات الرجل فادعى رجل أنه أوصى له بالثلث من كل شئ وأقام شاهدين فقضى له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الثلث لان المشهود له استحق الثلث بشهادتهما فكذلك لو شهدوا أنه أوصى له بالثلث فى حياة الميت ولم يختصموا فى ذلك حتى مات وفى هذا نوع اشكال فالوصية أخت الميراث وقد بينا أنهم لو شهدوا بالنسب فى حال الحياة لم يضمنوا شيئا بعد الموت .واذا شهدوا بالوصية ضمنوا لان استحقاق الوصية عند الموت بالعقد لا بالموت فان الملك للموصى له ملك متجدد ثابت بالعقد بخلاف الميراث فانه خلافه على معنى أنه يبقى للوارث من الملك ما كان ثابتا للمورث وهذه الخلافة لا تتحقق الا بالموت *يوضح الفرق أن الشهادة بالنسب فى حالة الحياة وان كانت توجب الميراث بعد الموت ففيها معنى المعاوضة لجواز أن يموت المشهود له أولا فيرثه المشهود عليه فلهذا لا يجب الضمان على الشهود ولا تتحقق مثل هذه المعاوضة فى الشهادة بالوصية بالثلث فكان هذا بمنزلة الشهادة على النسب بعد الموت فيكون موجبا للضمان عليهما اذا رجعا ولو شهدا بعد موته أنه أوصى بهذه الجارية لهذا المدعى وهى تخرج من ثلثه فقضى له بها فاستولدها ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمتها يوم قضى بها ولم يضمنا العقر ولا قيمة الولد لانهما أتلفا ملك الرقبة على الورثة بشهادتهما الملك للموصى له فيضمنان قيمة الرقبة كذلك بمنزلة ما لو شهدا بالهبة والتسليم فى حياة صاحبها وكذلك لو ولدت من غيره لم يضمنا للورثة شيئا من قيمة الولد لانهم ما استحقوا الولد ولاستحقاق لا يثبت الا بعد الوجود وعند وجود الولد هى مملوكة للموصى له بحكم الحاكم دون الورثة وان كانت ميتة فالقول فى قيمتها قول الشاهدين فى قيمتها لانكارهما الزيادة وان كانت حية فقال الشاهدان قد ازدادت قيمتها لم يصدقا على ذلك وضمنا قيمتها اليوم الا أن يقيم البينة على ما قالا لان قيمتها

فى الحال دليل ظاهر على قيمتها فيما مضى والبناء على الظاهر واجب وعلى من يدعى خلاف الظاهر اقامة البينة فان أقام البينة أخذ بذلك الا ان تقيم الورثة البينة على ان قيمتهايوم شهدا أكثر مما قال شهودهما فيؤخذ ببينةالورثة لما فيهامن اثبات الزيادة.ولو شهدا ان الميت أوصى الى هذا فى تركته فقضى القاضى بذلك ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانهما ماأتلفا على الميت ولاعلى الورثة شيئا بشهادتهما انما نصبا من يحفظ المال عليهم ويقوم التصرف فيه لهم وذلك غير موجب اتلاف شىء عليهم فان استهلك الوصى المال فهو ضامن لانه كان أمانة فى يده ولا ضمان على الشاهدين لانهما لم يشهدا على استحقاق فى عامه المال بعينه وانما أتلف المال باستهلاك الوصى باختياره فيكون ضمانه عليه والله أعلم

باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على شهادة أربعة وشاهدان على شهادة شاهدين بحق فقضي به ثم رجعوا فعلى الشاهدين الذين شهدوا على شهادة الاربعة الثلثان وعلى الشاهدين الآخرين الثلث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله وقال محمد رحمه الله الضمان على الفريقين نصفين) لان شهادة كل فريق على شهادة غيره فى حكم الضمان عند الرجوع بمنزلة شهادته على شهادة نفسه (ألا ترى) ان الاتلاف يحصل بشهادة كل فريق اذا انفرد سواء شهد على شهادة نفسه أو على شهادة غيره وسواء شهد على شهادة شاهدين أو شهادة أربعة فلما استويا فى علة الاتلاف يستويان فى الضمان عند الرجوع وهذا لان شهادة الاثنين على شهادة الاربعة أضعف من شهادتهما على الحق بعينه لانهما فى الشهادة على الحق بعينه يشهدان على معاينة وفى الشهادة على شهادة الاربعة يشهدان عن خبر ثم لو شهدا على الحق بعينه وشهد آخران كذلك ثم رجعوا كان الضمان على الفريقين نصفين كذا هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال اللذان شهدا على شهادة الاربعة فى الصورة اثنان وفى المعنى أربعة لان القضاء يكون بشهادة الاصول لا بشهادة الفروع ولهذا يعتبر عدالة الاصول وهذا لان الفروع ينقلون شهادة الاصول الى مجلس القاضي فكان الاصول حضروا بانفسهم وشهدوا واذا ثبت هذا كان بمنزلة مالو شهدأربعة على الحق واثنان على الحق ثم رجعوا جميعا بعدالقضاء فيكون الضمان عليهم أسداسا ثم ما يجب على الاربعة لو حضروا وشهدوا يقضى به على من

أثبت شهادتهم في مجلس القاضي بشهادته وهما اللذان شهدا على شهادة الاربعة قال (ألا ترى) أن أربعة لو شهدوا على شهادة اثنين وشهد اثنان على شهادة اثنين ثم رجعوا بعد القضاء أن نصف الضمان على الاربعة ونصفه على الاثنين وما كان ذلك الا باعتبار عدد الاصول دون الفروع وكذلك في الفصل الاول الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما ويقول شهادة الاربعة على شهادة المثنى أضعف من شهادتهم على الحق بعينه فلهذا لايجب عليهم مايلزمهم أن لو شهدوا على الحق بعينه وفي الاول كذلك يقول شهادة الاثنين على شهادة الاربعة أضعف من شهادتهما على الحق فلا يجوز أن يلزمهما به أكثر مما يلزمهما أن لو شهدوا على الحق بعينه فانما أنظر في الوجهين الى الاقل مما يلزم الشهود بشهادتهم وشهادة من شهدوا على شهادته فالزمهم الاقل من ذلك وهذا نوع استحسان فيه والقياس ما ذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله. واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشاهدان على شهادة شاهدين فقضى القاضي بذلك ثم رجع واحد من هؤلاء وواحد من هؤلاء فعلى الراجعين ربع المال لان ببقاء أحد الشاهدين من أحد الفريقين يبقى نصف المال فانه مع صاحبه كان حجة تامة في جميع المال فيبقى ببقائه نصف المال وكذلك ببقاء الواحد من الفريق الآخر يبقى نصف المال الا أن هذا النصف شائع نصفه مما هو باق بشهادة الواحد من الفريق الاول فانما يعتبر بقاء نصف هذا النصف ببقائه على الشهادة وانما انعدمت الحجة في ربع المال فيضمن الراجعان ذلك (وقع) في بعض النسخ فعلى كل واحد من الراجعين ربع المال ووجهه أنهم لو رجعوا جميعا ضمن كل واحد منهم ربع المال وبقاء المثنى هنا على الشهادة لم تبق الحجة بجميع المال فيجب على الراجعين مايلزمهما لو رجعوا وذلك نصف المال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله فأما عند محمد رحمه الله على الراجعين ثمنان ونصف على ما ذكره في الجامع وهي مسئلة الفئة معروفة بناء على اعتبار حال من بقي على الشهادة في القوة والضعف فقد ذكر هنالك مسئلة الرجوع لا كمال الحجة فيها وجه واحد واوجب على الراجعين ثلاثة أثمان المال وذكر مسئلة لا كمال الحجة فيها ثلاثة وجوه وأوجب على الراجعين ثمنى المال ثم قال في هذه المسئلة لا كمال الحجة وجهان أن يشهد واحد على شهادة هذين أو يشهد واحد على شهادة الآخرين فكان حال من بقي على الشهادة في هذا الفصل دون حاله في الوجه الثاني وفوق حاله في الوجه الاول فباعتبار ذلك أوجب على الراجعين ثمنين ونصفا وقد بينا ذلك فيما أمليناه من شرح الجامع. واذا شهد شاهدان على

شهادة شاهدين فقضى به القاضي ثم ان الشاهدين الاولين أتيا القاضي فقالا لم نشهدهم على شهادتنا فقضاء القاضي ماض على حاله لان انكارهما الاشهاد خبر متمثل بين الكذب والصدق فلا يبطل قضاء القاضي كما لو شهدا بانفسهما وقضى القاضي ثم رجعا ولكن لا ضمان عليهما هنا لانهما ينكران سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولو قال كنا أشهدناهم على شهادتنا ولكنا رجعنا عن ذلك فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هما ضامنان للمال لان الفرعين قاما مقامهما في نقل شهادتهما الى مجلس القاضي فاما القضاء حصل بشهادة الاصلين ولهذا تعتبر عدالتهما فكأنهم حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا فيلزمهما الضمان وهما قال الموجود منهما شهادة في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببا لاتلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وان رجعا عن ذلك لان الشهادة تختص بمجلس القضاء كالرجوع وقد بينا أن الرجوع في غير مجلس القضاء لا يوجب الضمان على الشهود فكذلك الشهادة في غير مجلس القضاء ولا نقول أن الفروع نائبون عن الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا طلب المدعي ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك اذا منعهم الاصول عن الاداء ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق بعينه ما كانوا نائبين فيه عن أحد فكذلك اذا شهدوا على شهادة الاصول. ولو رجع الفروع والاصول جميعا فالضمان على الفروع خاصة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما بينا أن سبب الاتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي وانما وجد ذلك من الفروع دون الاصول فالضمان عليهم عند الرجوع وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لان كل واحد من الفريقين لو رجع وحده كان ضامنا للمال المقضي به عند محمد رحمه الله فاذا رجع الفريقان يجعل في حق كل فريق كأنه هو المنفرد بالرجوع ويتخير المشهود عليه لانه لا يجانس بين شهادة الفريقين فقد كانت شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعا بل يجعل كل فريق كالمنفرد للمشهود عليه بالخيار يضمن أي الفريقين شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء والله أعلم

باب الرجوع عن الشهادة في الحدود وغيرها

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل بسرقة ألف درهم بعينها فقطعت يده ثم رجعا ضمنا دية اليد في مالهما ولا قصاص عليهما عندنا) لان لوجوب منهما بسبب القصاص والقصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين المباشرة والسبب ولان اليدين لا يقطعان بيد واحدة هكذا ذكره ابراهيم رحمه الله عن على رضى الله عنه قال لا يقطع يدان بيد فاذا امتنع وجوب القود عليهما ضمنا دية اليد في مالهما لان رجوعهما عن الشهادة قول وهو ليس بحجة في حق العاقلة وضمنا الالف أيضا لانهما أتلفاه على المشهود عليه وكذلك كل قصاص في نفس أو دونها والشافعى رحمه الله يوجب القود على الشهود عند الرجوع والمسئلة في الديات. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا ولم يحصن فجلده الامام وجرحته السياط ثم رجعوا عن الشهادة فعند أبى حنيفة رحمه الله ليس عليهم أرش الجراحة خلافا لهما وقد بيناه في الحدود. ولو لم تجرحه السياط فلا ضمان عليهم بالاتلاف كما لو باشروا ضربا غير مؤثر وعلى هذا حد القذف وحد الخمر والتعزير. ولو شهد رجلان على رجل انه أعتق عبده وشهد عليه أربعة بالزنا والاحصان فاجاز القاضى شهادتهم وأعتقه ورجمه ثم رجعوا فعلى شهود العتق قيمة العبد لمولاه لانهم أتلفوا مالية المولى فيه بشهادتهم بالعتق وعلى شهود الزنا الدية لمولاه أيضا ان لم يكن له وارث غيره لانهم أتلفوا نفسه بشهادتهم عليه بالزنا والاحصان بغير حق فان (قيل) المولى كان جاحدا للعتق فكيف يضمنون الشهود الدية (قلنا) لان القاضى حكم بعتقه وزعم المولى بخلاف ما قضى القاضى بعد قضائه غير معتبر فان (قيل) كيف يجب للمولى بدلان عن نفس واحدة (قلنا) وجوب القيمة على شهود العتق بدل عن المالية ووجوب الدية باعتبار النفسية ثم الدية لا تجب للمولى ولكن للمقتول حتى تنفذ منه وصاياه ويقضى ديونه (ألا ترى) انه لو كان له ابن حر كانت الدية له دون مولاه أرأيت لو شهدوا أنه ابنه وشهد آخرون بالزنا والاحصان ثم رجعوا أما كان على شهود النسب القيمة وعلى شهود الزنا الدية وكذلك لو كان شاهدا العتق بعض شهود الزنا فعليهما من القيمة حصتهما من الدية لان المشهود به مختلف فاتحاد الشهود في ذلك واختلافهم سواء. وكذلك لو كان شهود العتق رجلا وامرأتين لان العتق ليس بسبب للحد وهما مما يثبت مع الشبهات فشهادة رجل وامرأتين به كشهادة رجلين ولو شهد أربعة على العتق والزنا والاحصان

فامضى القاضى ذلك كله ثم رجعوا عن العتق ضمنوا القيمة لاقرارهم بالرجوع لانهم أتلفوا مالية المولى فيه بغير حق ولا شيء عليهم من الدية لانهم مصرون على الشهادة عليه بالزنا وفى حق العتق هم بمنزلة شهود لاحصان ورجوع شهود الاحصان لا يوجب الضمان عليهم عندنا ولو رجع اثنان عن الزنا واثنان آخران عن العتق فلا ضمان على شهود العتق لانه قد بقى على العتق حجة كاملة وعلى اللذين رجعا عن الزنا نصف الدية لان الباقى على الشهادة فى حكم الرجم نصف الحجة فيجب على الراجعين نصف الدية وحد القذف. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا والاحصان فقضى القاضي بذلك وأمر برجمه فرجعوا عن الشهادة وقد جرحته الحجارة وهو حى فان القاضى يدرأ عنه الرجم بمنزلة ما لو رجعوا قبل أن يأخذوا فى رجمه وهذا لان الامام لا يتمكن من استيفاء الحد الا بحجة قائمة ولم تبق الحجة بعد رجوعهم وهم ضامنون أرش جراحته لان ذلك مما استحق بشهادتهم فضمانه عليهم عند الرجوع. ولو شهدا أنه صالحه من دم عمدا على ألف درهم ثم رجعا لم يضمنا شيئا أيهما كان المنكر للصلح لانه اذا كان المنكر للصلح هو المولى فقد شهدا عليه بسقوط حقه بعوض وقد بينا أنهما لو شهدا عليه بالعفو بغير عوض ثم رجعا لم يضمنا فهذا أولى وان كان المنكر هو القاتل فقد سلم له بنفسه وما ألزماه من العوض دون بدل نفسه وقد بينا تقوم النفس في حقه ولهذا لو صالح فى مرضه على قدر الدية أو دونه اعتبر من جميع المال فلا يضمنان له شيئا لذلك. ولو شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يجحد ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الفضل على الدية لانهما الزماه مازاد على الدية بغير عوض. وكذلك هذا فيما دون النفس ان شهدوا على الصلح على مقدار الارش أو دونه لم يضمنا عند لرجوع شيئا وان شهدا على الصلح على أكثر من الارش ضمنا الفضل للجارح اذا كان جاحدا لذلك. ولو قال الطالب صالحتك على ألف درهم وقال المدعى عليه بل على خمسمائة فالقول قوله مع يمينه لانكاره الزيادة فان أقام الطالب بينة على ألف درهم فقضى له بها ثم رجع شهوده ضمنوا الخمسمائة التى وجبت بشهادتهم لانه لولا شهادتهم لكان القول قول المنكر فانما لزمته تلك الزيادة بشهادتهم. واذا شهد شاهدان على رجل أنه عفا عن دم خطأ أو جراحة خطأ أو عمدا فيها أرش فقضى بذلك ثم رجعا ضمن الدية وأرش تلك الجراحة لانهما أتلفا على المشهود عليه المال بشهادتهما فالخطأ موجب للضمان فيضمنان ذلك عند الرجوع ولكن بالصفة التى كانت واجبة وقد كانت

الدية واجبة مؤجلة فى ثلاث سنين فيجب عليهما ضمانها في ثلاث سنين أيضا وما بلغ من أرش الجراحة خمسمائة فصاعدا الى ثلث الدية فى سنة وما زاد على ذلك الى الثلث ففى سنة أخرى وان كان الارش أقل من خمسمائة ضمناه حالا . وكذلك الدية ان كانت قد وجبت حالة ولم يؤخذ منها شئ فشهدا أنه أبرأه منها وقضي بالبراءة ثم رجعا ضمنا ذلك حالا لانهما كذلك أتلفاه بشهادتهما على المشهود عليه (ألا ترى) أنهما يضمنان الجيد بمثله والردئ بمثله وهذا لان وجوب الضمان عليهما بطريق الجبران وانما يتحقق ذلك اذا كان الضمان نصفه الفائت . واذا شهد شاهدان على عبد في يد رجل أنه لفلان فقضى القاضى له به والذى فى يده العبد يجحد ذلك ثم رجعا وضمنهما القاضى القيمة فادياها أو لم يؤدها حتى وهب المشهود له العبد من المشهود عليه وقبضه فان الشاهدين يبرآن من الضمان ويرجعان فيما أديا لان وجوب الضمان عليهما لاجل الجبران وقد انعدمت الحاجة الى ذلك برجوع العبد الى يد المولى من غير عوض وهو يزعم أن العبد سلم له بملكه القديم لا بالهبة التى باشرها المشهود له فزعمه معتبر في حقه فان رجع الواهب فى العبد وقبضه رجع المشهود عليه بالضمان على الشاهدين لان فوات ملكه ويده كان بسبب شهادتهما لولا ذلك لما تمكن المشهود له من استرداد العبد منه ولان الهبة لما انفسخت بالرجوع صارت كان لم تكن . وان مات المشهود له فورث المشهود عليه منه العبد رجع عليه الشاهدان بما أعطياه من القيمة لانه يزعم أن وصول العبد الى يده بقديم ملكه لا بالموت . وكذلك لو كان العبد قتل فاخذ المشهود له القيمة فورث المشهود عليه منه تلك القيمة لان عود بدل العبد اليه كعود عينه . وكذلك لو ورث مثلها من تركته لان فى زعمه أن القيمة دين له على المشهود وانما استوفى تركته بحساب الدين دون الميراث وكذلك ان كان معه وارث آخر وفى حصته من تركة الميت وفاء بالقيمة ففى حقه يجعل ذلك سالما له بجهة دينه كما يزعم وينعدم النقصان بسببه فلا يجب ضمانه على المشهود بطريق الجبران . ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج هذه المرأة على ألف درهم وهى مهر مثلها والزوج يجحده فقضى القاضى بذلك ثم طلقها عند القاضى ثم رجعا فلا شئ عليهما لانهما أدخلا فى ملكه ماهو مثل لما ألزماه فالبضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم ثم تقرر نصف الصداق على الزوج كان بايقاعه الطلاق باختياره . ولو كان الزوج قال تزوجتها بغير تسمية مهر كان على الشاهدين فضل ما بين المتعة الى الخمسمائة التى غرمها الزوج لان النكاح قد ثبت هنا

بتصادقهما والقول قول المنكر للتسمية لولا شهادتهما ولا يلزمه أكثر من المتعة عند الطلاق فما زاد على المتعة الى تمام الخمسمائة انما لزمه بشهادتهما فيضمنان ذلك له عند الرجوع ولو شهد آخران على الدخول قبل الطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول خمسمائة خاصة لان تلك الخمسمائة انما لزمته قبل الطلاق بشهادتهما عليه بالدخول وعليهما وعلى الشاهدين بالالف فضل مابين المتعة والخمسمائة نصفان لان لزوم ذلك القدر اياه بشهادة الفريقين جميعا. ولو شهد آخران أيضا على الطلاق فقضى القاضي بجميع ذلك ثم رجعوا فعلى شاهدى الدخول خمسمائة لان لزوم ذلك بشهادتهما خاصة وعليهما أيضا وعلى شاهدى التسمية فضل ما بين المتعة الى نصف الاول وعلى شاهدى الدخول وشاهدى التسمية وشاهدى الطلاق قدر المتعة أثلاثا على كل شاهدين ثلث ذلك لان تقرر ذلك القدر كان بشهادتهم جميعا. ولو شهد شاهدان على رجل انه تزوج امرأة على ألف درهم ومهر مثلها خمسمائة وشهد آخران على الدخول وآخران على الطلاق والزوج يجحد ذلك كله ثم رجعوا فعلى شاهدي النكاح خمسمائة لانهما ألزماه ألفا وعوضاه من ذلك ما يساوى خمسمائة فما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فيضمنان ذلك له وليس عليهما غير ذلك (ألا ترى) أنهما لو شهدا عليه بالنكاح بخمسمائة لم يضمنا شيئا فاما في الخمسمائة الباقية فيضيف ذلك على شاهدى الدخول خاصة لان ذلك انما لزمه بشهادتهما على الدخول فالخمسمائة التى ضمنها شهود العقو شائعة فكذلك الخمسمائة الاخرى تكون شائعة نصف ذلك مما يتقرر عليه بالدخول فيجب ضمان ذلك علي شاهدى الدخول ونصف هذه الخمسمائة عليهما وعلى شاهدى الطلاق نصفان لان تقرر ذلك عليه بشهادة الفريقين واذا شهد أربعة نفر على رجل بحق فشهد عليه اثنان بخمسمائة واثنان بالف فقضى به القاضي ثم رجع أحد شاهدى الالف فعليه ربع الالف لان نصف الالف ثبت بشهادته وشهادة صاحبه على الشهادة وانما انعدمت الحجة فى نصفه فان رجع معه شاهد الخمسمائة كان على شاهدى الالف ربع الالف كما بينا وعليه أيضا وعلى الآخرين ربع سهم أثلاثا لان الشهود على النصف الآخر كانوا أربعة وقد بقى نصفه ببقاء الواحد على الشهادة فيجب على الذين رجعوا نصف ذلك النصف بينهم اثلاثا وان رجع أحد شاهدي الخمسمائة وحده أو هما جميعا فلا شئ عليهما لانه قد بقى على الشهادة بتلك الخمسمائة من يتم الحجة بشهادته وان رجعوا جميعا كان على شاهدي الالف خمسمائة خاصة لان ذلك يستحق بشهادتهما خاصة والخمسمائة الاخرى عليهم

أثلاثا أرباعا لانها ثابتة بشهادة الاربعة فعند الرجوع ضمانها عليهم ارباعا وان رجع شاهدا الالف وأحد شاهدي الخمسمائة فنصف الالف على شاهدى الالف خاصة والربع عليهم أثلاثا لان الحجة بقيت فى ربع الالف ببقاء أحد شاهدى الخمسمائة على شهادته واذا شهد على مجهول الحال انه عبد لهذا الرجل فقضى بشهادتهما ثم رجعا فلا شهادة عليهما للعبد لانهما أبطلا عليه الحرية الثابتة له باعتبار الظاهر والحرية ليست بمال ولانهما لو ضمنا انما يضمنان للعبد وما يكون للعبد فهو لمولاه منكرا لرجوعهما فان كان العبد كاتب نفسه على مال أو اشترى نفسه بمال ثم رجع فلا شيء له على الشاهدين لانهما لو رجعا قبل العتق والمكاتبة لم يضمنا شيئا فكذلك بعده ولان هذا المال التزمه العبد باختياره فلا يستوجب الرجوع به على الشاهدين. رجل مات وترك عبدين وأمة ومالا فشهد شاهدان أن هذا الرجل أخوه لابيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره فقضي بالمال له والعبدين والامة ثم شهد شاهدان بعد ذلك ان أحد العبدين بعينه ابن الميت فاجاز القاضى شهادتهما وأعطاه الميراث كله ثم شهد آخران أن العبد الثانى ابن الميت فقضي به أيضا ثم شهد آخران أن الميت أعتق هذه الامة وتزوجها فى حياته وصحته فقضى بذلك وجعلها وارثة معهم ثم رجع اللذان شهدا للعبد الاول ضمنا قيمته بين الابن الآخر والمرأة أثمانا لانه لولا شهادتهما لكانت رقبة المشهود له بين الآخر والمرأة على ثمانية فانما تلف ذلك عليهما بشهادتهما فقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك بغير عوض وكذلك لو لم يرجع ورجع شهود الابن الثانى ضمنا قيمته بين الابن الاول والمرأة أثمانا لما قلنا ويضمنان ميراثه لاخته دون المرأة لان جميع الميراث كان مستحقا له بقضاء القاضي قبل شهادتهما فانما أتلفا عليه ذلك بشهادتهما وما أتلفا شيئا من الميراث على المرأة بشهادتهما لان استحقاقها عند الشهادة لم يكن ثابتا وانما ثبت بالبينة على نكاحها بعد ذلك ولهذا فى الفصل الاول لايضمن الشهود شيأ مما يورث الابن الاول لانهما لم يثبتا استحقاق ذلك على الابن الثانى والمرأة بشهادتهما فالاستحقاق لم يكن ظاهرا عند شهادتهما وانما ثبت بثبوت سببه بعد ذلك ولا يضمنان للاخ أيضا لان ما استحق بشهادتهما على الاخ مستحق عليه بشهادة غيرهما فى حق الاخ بقيت الشهادة حجة تامة في حق استحقاق الميراث عليه ولو لم يرجع هذان ورجع شاهدا المرأة ضمنا قيمتها وميراثها بين الابنين لانهما أتلفا بشهادتهما ملك الابنين في رقبتها وأثبت استحقاقها الميراث عليهما بشهادتهما بالنكاح وقد

أقرا بالرجوع أنهما شهدا بذلك كله بغير حق وان كان الشاهدان للمرأة هما الشاهدان على نسب الابن الاول والابن الآخر ثم رجعوا عن الشهادة كلها كان الضمان عليهم كذلك لان المشهود به مختلف فلا فرق بين اتحاد المشهود واختلافهم في ذلك وسواء رجعوا معا أو متفرقين لان أصل الشهادة كان مختلفا بعضها قبل بعض والضمان عليهم عند الرجوع باعتبار الشهادة السابقة. ولو شهد شاهدان على ذلك كله معا وبعضهم لا يصدق بعضا ثم رجعا ضمنا ثمن المرأة وقيمتها بين الاثنين لانهما أتلفا على الاثنين فلولا شهادتهما بذلك لكان ذلك مستحقا للاثنين بقضاء القاضي بينهما ويضمنان من قيمة كل ابن لصاحبه سبعة أسهم من ثمانية أسهم وللمرأة الثمن كما لو شهد بكل شي شاهدان آخران وكذلك لو رجعا عن الشهادة واحد بعد واحد كان الحكم كما بينا والله أعلم

باب من الرجوع أيضا

(قال رحمه الله رجل له جاريتان لكل واحدة منهما ولد ولدته في ملكه فشهد شاهدان لاحد الابنين أن الرجل أعاده وهو منكر وشهد آخران للولد الآخر بمثل ذلك فقضي القاضي بأيهما أتياه وجعل الامتين كالولد ثم رجعوا عن شهادتهم والولد حي ضمن كل شاهدين منه قيمة الولد الذى شهدوا له وبين قيمتها أمة الى قيمتها أم ولد لانهما أتلفا عليه ذلك القدر بشهادتهما فالثابت في شهادتهما في حياته حرية الولد ونقصان الاستيلاء في الام فاذا غرما ذلك واستهلكه الاب ثم مات ولا وارث له غيرهما وكل واحد من الاثنين يجحد صاحبه ضمن كل شاهدين للولد الآخر نصف قيمة أم الولد الذى شهدوا له لانها عتقت عند الموت بشهادتهما فيضمنان مابقى من قيمتها الا أن ذلك ميراث بين الابنين نصفان والابن المشهود له يصدقهما في الشهادة ويكذبهما في الرجوع فسقطت حصته من ذلك فانما يبقى على كل فريق حصة الابن الآخر لانه مدعى لذلك عليهما ويرجع شاهدا كل ولد في الميراث الذى ورثه الولد الذى شهدا له بجميع ما أخذ منهما الوالد في حياته لان المشهود له يقران ذلك دينا لهما على الاب وانه قد استوفى ذلك منهما بغير حق لانهما صادقان في الشهادة وأحد الوارثين اذا أقر بدين على الميت يستوفي جميع ذلك من نصيبه ولا يرجعان في نصيبه بما ضمنهما أخوه من نصف قيمة أمه لانهما يزعمان أنهما شهدا بغير حق فكانا ضامنين جميع ذلك له واذا شهد شاهدان

على الجل بطلاق وهو يجحده فقضى القاضي بالفرقة وبنصف المهر لها ثم مات الرجل ثم رجعا عن شهادتهما غرما لورثة الزوج نصف المهر الذى أخذته المرأة لانهما لو رجع في حياة الزوج كان ضامنين ذلك له وقد نبه بعد موته أنهم يخلفونه فيضمنون ذلك للورثة اذا رجعوا بعد الموت أيضا ولا ميراث للمرأة منه ان كانت ادعت الطلاق أو لم تدع ان أقر الورثة أنه طلقها أو لم يطلقها لانها قد بانت فى حياته وانما تستحق الميراث بالنكاح اذا انتهى بالوفاة فاذا بانت فى حياته وصحته بقضاء القاضي لم تكن هي وارثة له فلا ينفعها قول الورثة والشهود ما أتلفوا عليها شيئا من الميراث لانهم شهدوا بالفرقة فى حياة الزوج ولم تكن هى مستحقة للميراث عند ذلك لجواز ان تموت قبله ولو كان شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى القاضي لها بنصف المهر فى ماله ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث لان حقها فى جميع المهر قد تقرر بموت الزوج واستحقت الميراث أيضا فانما بطل حقها عن نصف المهر وعن الميراث بشهادتهما بالفرقة في حال الحياة فيضمنان ذلك عند الرجوع ولا يضمنان لسائر الورثة شيئا لانهما لم يتلفا على سائر الورثة شيئا قد تقرر حقها في جميع المهر بموت الزوج قبل ظهور الفرقة فهما نفعا للورثة باسقاط نصف مهرها وميراثها عنهم فلهذا لم يضمنا للورثة شيئا والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الدعوى ﴾

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء اعلم بان الله تعالى خلق الخلق أطوارا علومهم شتى متباينة ولتباين الهمم تقع الخصومات بينهم فالسبيل فى الخصومة قطعها) لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد وطريق فصل الخصومات للقضاة بما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وهذا وان كان من اختيار الاحاد فقد تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به فصار فى حيز التواتر وعد هذا من جوامع الكلم على ما قال عليه الصلاة والسلام أوتيت جوامع الكلم واختصر لى الحديث اختصارا فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منهما ما بلغ دفاتر فقال قتادة فى قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ان الحكمة النبوة وفصل الخطاب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه فهذا دليل على ان

ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كان فى شريعة من قبله وفى هذا الحديث بيان ان المدعى غير المدعى عليه لانه صلى الله عليه وسلم ميز بينهما وذلك تنصيص على المغايرة كما في قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر يكون تنصيصا على أن العاهر غير صاحب الفراش والمدعى لغة من يقصد ايجاب حق على غيره فالمدعى فعل يتعدى مفعوله فيكون المدعى اسما لفاعل الدعوى كالضارب والقاتل الا ان اطلاق اسم المدعى فى عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة مدعى النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يدعى النبوة لانه قد أثبته بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق الاسم على من لا حجة له عرفا وهذا الحديث يشتمل على أحكام بعضها يعرف عقلا وبعضها شرعا فقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى يدل على انه لا يستحق بمجرد الدعوى وهذا معقول لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة فدل على انه يستحق بالبينة وهذا شرعى وفي خبر الشهود الاحتمال قائم ولا يزول بظهور العدالة لان العدل غير معصوم عن الكذب أو القصد الى الكذب فحصول البينات أو الاستحقاق بشهادتهم شرعى وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى عليه ففيه دليل على ان القول قوله وهذا معقول لانه متمسك بالاصل فالاصل براءة ذمته وانتفاء حق الغير عما فى يده وفيه دليل توجه اليمين عليه وهذا شرعي وكان المعنى فيه والله أعلم ان المدعى يزعم انه صار متويا حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للمدعى عليه فيكون أتوا بمقابلة اتواء وهو مشروع وان كان بخلاف ما زعم نال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا ولا يتضرر به وفيه دليل على ان جنس البينات فى جانب المدعين لادخال الالف واللام فى البينة فلا تبقى بينة في جانب المدعى عليه لان مطلق التقسيم يقتضى انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم صاحبه فيكون حجة لنا ان بينة ذي اليد على اثبات الملك لنفسه غير مقبولة في معارضة بينة الخارج ويدل على أن جنس الايمان فى جانب المدعى عليه ولا يمين فى جانب المدعى فيكون دليلا لنا في انه لا يرد اليمين على المدعى عند نكول المدعى عليه وهكذا ذكره عن ابراهيم رحمه الله فى الكتاب فقال كان لا يرد يعنى عملا بالحديث كان لا يرد اليمين ويكون حجة لنا فى أنه لا يجوز القضاء بشاهد واحد مع

يمين المدعى اذ لا يمين في جانب المدعي ولانه جعل الفاصل للخصومة سبين بينة في جانب المدعى ويمينا في جانب المدعى عليه والشاهد واليمين ليست بينة ولا يمين المدعى عليه فيكون أثبات طريق ثالث وهو مخالف لهذا الحديث وقوله صلي الله عليه وسلم المدعي عام لم يدخله خصوص فالمدعى لا يستحق بنفس الدعوى ويستحق بالبينة فى الخصومات كلها وقوله صلي الله عليه وسلم واليمين علي المدعي عليه عام دخله خصوص وهو مالا يجرى فيه الاستحلاف من الحدود وغيرها (قال) واذا كانت الدار في يدى رجل فادعى رجل كلها أو طائفة منها فالبينة على المدعى واليمين على من الدار فى يديه ويحتاج هنا الى معرفة أشياء أحدها أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة فالصحيحة مايتعلق بها أحكامها وهو احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا أنكر و مثل هذه الدعوي يمكن أثباتها بالبينة والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها الاحكام التى بيناها وفساد الدعوى باحد معنيين اما أن لا يكون ملزما للخصم شيئا وانما ثبتت كمن ادعى على غيره أنه وكيله أو أن يكون مجهولا في نفسه فالمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فان القاضى لا يتمكن من القضا بالمجهول بينة المدعي ولا بنكول المدعي عليه ثم الدعوى الصحيحة لا توجب استحقاق المدعى للمدعى بنفسها فان النبى صلى الله عليه وسلم قال لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وفى رواية على من أنكر ولان علي القاضى تحسين الظن بكل واحد فلو جعلنا نفس الدعوى موجبة استحقاق المدعى للمدعى فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز ولكن على المدعى البينة لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضى بذلك لا على وجه الالزام عليه بل علي وجه التذكير له فلعله يغفل عن ذلك وفيه نظر للآخر أيضا فانه لو حلفه ثم أقام المدعى البينة افتضح باليمين الكاذبة فلهذا بدأ بطلب البينة من المدعى فاذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد لانه منكر واليمين على من أنكر وهذه اليمين حق المدعى فاذا لم يكن له بينة فاليمين على ذى اليد وهذه حق لا يستوفى الا بطلبه هكذا قال رسول الله صلي الله عليه وسلم في حديث الحضرمى والكندى للمدعى منهما ألك بينة فقال لا قال عليه الصلاة والسلام لك يمين فقال يحلف ولا يبالى فقال صلوات الله عليه ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فذلك تنصيص على ان اليمين حق المدعى فان (قيل) كيف يستحقها بنفس الدعوى (قلنا) كما يستحق الاحضار والجواب وذلك ثابت بالنص قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية فقد ألحق الوعيد بمن امتنع من الحضور

بعد ما طولب به وذلك دليل أن الحضور مستحق عليه والضرر عليه فى الحضور والانقطاع عن أشغاله فوق الضرر عليه في الجواب واليمين فاذا ثبت ذلك بالنص ثبت هذا بطريق الاولى مع ان دعوى المدعى وانكار المدعى عليه خبران قد تعارضا ولا يتمكن القاضي من تركهما على ذلك لما فيه من امتداد الخصومة بينهما فلا بد من طلب رجحان جانب الصدق فى خبر أحدهما وذلك فى بينة المدعى أو يمين المدعى عليه وهذا يدل على ان هذه اليمين حق للمدعى عليه لان ما ترجح صدقه يكون حقا له الا أنه لما كان لا يستحق الا بطلب المدعى فذلك دليل على أنه حق المدعى ومعنى حقه فيه أنه يوصله الى حقه عند نكول المدعي عليه ويرجح معنى الصدق فى جانبه فلهذا يصير القاضى اليه بمجرد طلب المدعى ويستوى فيما ذكرنا صنوف الاملاك وأنواع المدعين من حر أو عبد مسلم أو ذمى مستأمن أو مرتد فالقاضى مأمور بالعدالة والانصاف فى حق كل واحد . وكذلك اذا ادعاه شراء من ذى اليد أو هبة أو صدقة أو اجارة أو رهنا لانه يدعى استحقاق ملك العين أو المنفعة واليد على ذي اليد ببعض هذه الاسباب فكان مدعيا ولا يتوصل الى اثبات ما ادعاه الا باثبات سببه فيصير السبب مقصودا بالاثبات بالبينة لان مالا يتوصل الى المطلوب الا به يكون مقصودا قال وأصل معرفة المدعى من المدعا عليه أن ينظر الى المنكر منهما فهو المدعى عليه والآخر المدعى وهذا أهم مايحتاج الى معرفته فى هذا الكتاب وما ذكره فى الكتاب كلام صحيح فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل المدعى عليه المنكر بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تمام بيان الحد لايحصل بها فقد يكون مدعيا صورة واليمين فى جانبه كالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها وذو اليد اذا قال العين لى فهو مدع صورة ولا يخرج من أن يكون مدعيا عليه ولكن الفرق بينهما على ما قاله بعض أصحابنا رحمهم الله أن المدعى من يستدعى على الغير بقوله واذا ترك الخصومة يترك والمدعا عليه من يستدعى عليه بقول الغير واذا ترك الخصومة لايترك وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم بالنفى فان الخارج لو قال لذى اليد هذا الشئ ليس لك لايكون خصما مدعيا مالم يقل هو لى والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفى فيكتفى به منه فان ذا اليد اذا قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لى فصل من الكلام غير محتاج اليه وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير

حجة كذي اليد فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له مالم يثبت الغير استحقاقه فاما المودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها فهو مقبول القول في ذلك لان الخصم سلطه على ذلك فيثبت بمجرد قوله فكان مدعى عليه أو لانه منكر الضمان في ذمته فكان مدعا عليه فعلى الوجه الاول يحلف لنفي التهمة وعلى الوجه الآخر يحلف لانكاره الضمان (ألا ترى) أن الرد لايثبت بيمينه حتى لو ادعى الرد على الوصي لايكون الوصي ضامنا وان كان الذي في يديه ادعى أنه باعه من هذا الرجل أو أجره فهو المدعى وعليه البينة لانه يدعي سبب نقل الملك في العين أو المنفعة اليه واستحقاقه العوض عليه فيكون مدعيا محتاجا الى اثبات صدقه وعلى الآخر اليمين لانكاره قال وان ادعى دينا على رجل بوجه من الوجوه فانكر الآخر فالبينة على المدعي بدعواه أمرا عارضا وهو اشتغال ذمة الغير بحقه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته فان أقر بالدين وقال قد قبضته اياه كان هو المدعى لان القضاء يعترض الوجوب فهو الذي يدعي الآن أمرا عارضا وكذلك ان ادعى الابراء أو التأجيل فهو المدعي لان الابراء مفرغ لذمته بعد اشتغالها باتفاقهما والتأجيل يؤخر المطالبة بعد تقرر السبب بوجه المطالبة باتفاقهما فهو الذي يدعي أمرا عارضا فعليه البينة ويدعى الآخر اليمين. قال دار في يد رجلين كل واحد منهما يدعي أنها له وكل واحد منهما يدعي لما في يد صاحبه لان في يد كل واحد منهما نصف الدار فكأن الدار الواحدة بمنزلة دارين في يد كل واحد منهما أو أحدهما وكل واحد منهما يدعيها فكان كل واحد منهما مدعيا لما في يد صاحبه فعليه البينة ومنكرا لدعوى صاحبه فيما في يده فان أقاما البينة قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه فرجحنا بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق فلو لم تقم لهما بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وأيهما حلف بريء منهما وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله قائم مقام اقراره لما ادعاه صاحبه فقد أسلمت هذه البينة على فصلين أحدهما ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج أولى بالقبول عندنا وفي أحد قولي الشافعي تهاتر البينتان ويكون المدعى لذي اليد كان في يده لاقضائه له وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد فقضاء ملك بالبينة وطريقه على القول الاول أن بينة الخارج حجة يجوز دفعها بالطعن فيها فيجوز دفعها بالمعارضة كالادلة الشرعية فاذا تحقق التعارض فالقاضي تيقن بكذب أحدهما لان العين الواحدة في وقت واحد لا تكون كلها

ملكا لكل واحد منهما فبطلت البينتان وبقي اليمين في يد ذى اليد بحكم يده وطريقه على القول الآخر أن ذا اليد له نوعان من الحجة اليد والبينة وللخارج نوع واحد وذو الحجتين يترجح على ذى حجة واحدة كما في دعوى النكاح وما في معناه وكما لو ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض فاقاما البينة وهذا لان بينة ذي اليد وجب قبولها الآن لصيرورته محتاجا الى اقامتها باقامة الخارج البينة ولنا في المسئلة طريقان أحدهما أن بينة ذى اليد تقوم على ما شهد له الظاهر به فلا تكون حجة كبينة المدين على أن لا دين عليه (ألا ترى) أنه لو أقامها قبل اقامة الخارج البينة لم تقبل وهو محتاج اليها في اسقاط اليمين عن نفسه والبينة تقبل لهذه الحاجة كما لو أقام المودع البينة على رد الوديعة أو هلاكها فكذلك بعد اقامة الخارج البينة وهذا لان شهود ذى اليد يشهدون له باعتبار يده القائمة ولا طريق لمعرفة الملك الا اليد وبينة الخارج لا تندفع بيد ذى اليد وان كان القاضي يعاينها فكذلك لا تندفع ببينة تعتمد تلك اليد بخلاف النتاج فان باعتبار اليد لا يجوز لهم الشهادة على النتاج وانما اعتمدوا سببا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضي فلا بد من قبول البينة عليه وبخلاف بينة مجهول الحال على حريته لان الشهود لا يجوز لهم ان يشهدوا بحريته بسبب الدار فانما اعتمدوا شيئا آخر ذلك غير ظاهر عند القاضى وكذلك شهود الشراء لذى اليد الذى اعتمدوا سببا ذلك غير ظاهر أيضا عند القاضى فوجب قبول بينته ثم يترجح بيده والطريق الآخر ان البينات تترجح بزيادة الاثبات والاثبات في بينة الخارج أكثر لانه يثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذى اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك لان بمجرد اقامة الخارج البينة لم تثبت الاستحقاق له قبل القضاء فلا يصير هو مقضيا عليه لو قضى ببينة ذى اليد واذا قضى ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا عليه فلزيادة الاثبات رجحنا بينة الخارج بخلاف دعوي الخارج فان كل واحد من البينتين هناك يثبت أولية الملك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا أقام البينة على النتاج حتى لو أقام ذو اليد البينة على النتاج بعد قضاء القاضى للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذى اليد وكذلك اذا دعيا تلقى الملك من واحد فقد استوت البينات في الاثبات لان استحقاق كل واحد منهما على البائع فرجحنا بينة ذى اليد لتأكيد شرائه بالقبض وهذا بخلاف الادلة الشرعية فانها حجة في النفى والاثبات فيتحقق التعارض وهنا البينتان للاثبات لا للنفى وحاجة

ذي اليد الى استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض والفصل الثاني ان يكون المدعى عليه عن اليمين موجب للقضاء عليه بالمال عندنا ولكن ينبغي للقاضي ان يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ويخبره في كل مرة ان من رأيه القضاء بالنكول ابلاء لعذره فان لم يحلف قضى عليه وعند الشافعي رحمه الله يرد اليمين علي المدعى فان حلف أخذ المال وان أبى انقطعت المنازعة بينهما وحجته في منع القضاء بالنكول انه سكوت في نفسه فلا يكون حجة للقضاء عليه كسكوته عن الجواب في الابتداء وهذا لانه محتمل قد يكون للتورع عن اليمين الكاذبة وقد يكون للترفع عن اليمين الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه وقال خشيت ان يوافق قدر يميني فيقال أصيب بيمينه والمحتمل لا يكون حجة وحجته في رد اليمين على المدعى على ما روى أن عثمان رضى الله عنه ادعى مالا على المقداد بن الاسود الكندي رضى الله عنه بين يدي عمر رضى الله عنه الحديث الى ان قال المقداد رضي الله عنه ليحلف عثمان رضى الله عنه ليحلف عثمان رضي الله عنه ويأخذ حقه فقال عمر رضى الله عنه لقد أنصف المقداد وعن علي رضى الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه والمعنى فيه ان اليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهد له وبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانبه ولهذا بدأنا في اللعان بايمان الخروج لشهادة الظاهر له فانه لا يلوث فراشه كاذبا وبدأت أنا في القيامة بيمين الولي للشهادة الظاهرة فان المسئلة فيما اذا كانت العداوة ظاهرة بين القتيل وأهل المحلة وكان العهد قريبا بدخولهم في محلتهم الى ان وجد قتيلا ولنا في المسئلة حديث عمر رضى الله عنه فانه قضي على الزوج بالطلاق في قوله حبلك على غاربك عند نكوله عن اليمين علي ارادة الطلاق وقضى أبو موسى الاشعري رضى الله عنه لصحة الرجعة عند نكولها عن اليمين على أنها كانت بعد حل الصلاة لها وقال أبن مليكة رضى الله عنه كنت قاضيا بالبصرة فاختصم الى امرأتان في سوار فطلبت البينة من المدعية فلم أجد وعرضت اليمين على الاخرى فنكلت فكتبت الى أبي موسى رضى الله عنه فورد كتابه ان أحضرهما واتل عليهما قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية ثم أعرض اليمين على المدعية عليها فان نكلت فاقضي عليها وقضي شريح رحمه الله بالنكول بين يدي على رضي الله عنه فقال له (قالون) وهي باللغة العربية أصبت وماروى عن علي رضى الله عنه انه حلف المدعي فبناء علي مذهبه لانه كان يحلف مع تمام حجة القضاء بالبينة ولسنا نأخذ بذلك وتأويل حديث المقداد رضى الله عنه أنه ادعى الايفاء على

عثمان رضى الله عنه وبه نقول ومن حيث المعنى اما طريقان أحدهما أن حق المدعى قبل المدعى عليه هو الجواب وهو جواب يوصله الى حقه وهو الاقرار فاذا فوت عليه ذلك بانكاره حوله الشرع الى اليمين خلفا عن أصل حقه فاذا منعه الحلف يعود اليه أصل حقه لانه لا يتمكن من منع الحلف شرعا الا بايفاء ما هو أصل الحق وهذا الطريق على قولها وأنهما يجعلان النكول بمنزلة الاقرار والطريق الآخر أن الدعوة لما صحت من المدعي يخير المدعا عليه بين بدل المال وبين اليمين فاذا امتنع منهما وأحدهما تجرى فيه النيابة دون الآخر ناب القاضى منابه فيما تجري فيه النيابة وهذا لان تمكنه من المنازعة شرعا بشرط ان يحلف فاذا أبى ذلك صار تاركا للمنازعة بتفويت شرطها فكأنه قال لا أنازعك في هذا المال فيتمكن المدعى من أخذه لانه يدعيه ولا منازع له فيه وهذا الطريق على أصل أبى حنيفة رحمه الله حيث جعل النكول بدلا ولا عبرة للاحتمال فى النكول لان الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن الصادقة فيترجح هذا الجانب في نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الا ببدل المال فانه انما يرتفع ملتزما الضرر على نفسه لا ملحقا الضرر بالغير بمنع الحق والذى قال من شهادة الظاهر للمدعى عند نكول المدعى عليه لا يكون ذلك الا بترجح جانب الصدق فى دعوى المدعي وذلك موجب للقضاء ثم اليمين مشروعة للنفى لا للاثبات وحاجة المدعي الى الاثبات فلا تكون اليمين حجة له هذا معنى تعليل محمد رحمه الله لا أحول اليمين عن موضعه وهذا لانها في النفى لا توجب النفى حتى تقبل بينة المدعى بعد يمين المدعى عليه ففى غير موضعه وهو الاثبات أولى أن لا يوجب الاثبات والشهادات للاثبات ثم لا يستحق المدعى بشهادته لنفسه شيئا بحال فلان لا يستحق بيمينه لنفسه وهو فى غير موضع الاثبات كان أولي واذا تنازع رجلان فى دار كل واحد منهما يدعى أنها في يده فعلى كل واحد منهما البينة لان دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة لان باليد يتوصل الى الانتفاع بالملك والتصرف فيه فان أقام كل واحد منهما البينة انها فى يديه جعل يد كل واحد منهما نصفها لتعارض البينتين وتساويهما فالمساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق فان كان المدعي قابلا للاشتراك يقضى لكل واحد منها بالنصف لمعنى الضيق والمزاحمة في المحل قال فاذا أقام أحدهما البينة أنها له قضيت بها له لانه استحق بالبينة الملك فيما فى يد صاحبه ولم يعامله صاحبه بمثله ولا منافاة بين القضاء باليد لصاحبه والملك له بالبينة وقد كان أصحابنا رحمهم الله يقولون اذا قال المدعى هذا

الشيء ملكي وفي يدي لم يسمع القاضي دعواه وقال له اذا كان ملك في يدك فماذى تطلب مني .فتأويل تلك المسئلة أن الخصم لا يدعى اليه لنفسه وهنا الخصم يدعى اليد لنفسه فلهذا قبل دعوى اليد لنفسه وقضى له بها عند اقامة البينة. وذكر الخصاف رحمه الله أن من ادعى دارا في يد غيره وانها له وأقام البينة فما لم يشهد الشهود أنها في يد المدعى عليه تقبل بينته لجواز أن يكون تواضعا في محدود في يد ثالث على أن يدعيه احدهما ويقر الآخر بانه في يده ليقيم البينة عليه بذلك وهو في يد غيرهما ولكن تأويل تلك المسئلة أن الخصم الآخر لم يثبت يده بالبينة وهنا قد أثبت كل واحد منهما يد البينة فلهذا قبلنا بينة أحدهما على صاحبه باثبات الملك له وان لم يقم لهما بينة على اليد وطلب كل واحد منهما يمين صاحب ماهي في يده فعلى كل واحد منهما أن يحلف البينة ما هي في يد صاحبه لانه لو أقر لصاحبه بما ادعى لزمه حقه فاذا أنكر حلف عليه وان لم يجعلها القاضي في يد واحد منهما لان حجة القضاء باليد لم تقم لواحد منهما ولكن يمنعهما من المنازعة والخصومة من غير حجة فايهما نكل عن اليمين لم يجعلها في يده لان صاحبه قد حلف ولم يجعلها في يد الذي حلف بنكول هذا الناكل أيضا لجواز أن تكون في يد ثالث وأنهما تواضعا للتلبيس على القاضي وذلك يمنع الناكل عن منازعة الآخر لان نكوله حجة عليه فان وجدها في يد آخر لم ينزعها من يده الذى انفذه بين هذين لان نكولهما ليس بحجة على غيرهما والقضاء بحسب الحجة .قال عبد في يدى رجلين ادعاه آخر وأقام البينة أنه كان في يده أمس لم يقبل ذلك منه لانهم شهدوا بعد عرف القاضي زوالها ولم يثبت سبب الزوال ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة لان الشهادة على ما كان في الزمان الماضي انما تقبل بطريق أن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه واستصحاب الحال انما يجوز بقاؤه والعمل به فيما لم يتيقن بزواله وروي أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أن الشهادة تقبل بناء على أصله أنهم لو شهدوا أنه كان في ملكه أمس عنده تقبل ولكن هذا القياس غير صحيح فان الملك غير معاين ولا يتيقن القاضي بزوال ماشهدوا به في الحال فكان لاستصحاب الحال طريقان بخلاف اليد فانه معاين قد علم القاضي انفساخ يده باليد الظاهرة للغير فلا طريق لاستصحاب الحال فيه ولو أقر ذو اليد أنه كان في يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الاقرار ملزم بنفسه قبل اتصال القضاء به فيظهر باقراره يد المدعى أمس فيؤمر بالرد عليه مالم يثبت حقا لنفسه فاما الشهادة لاتوجب الحق الا باتصال القضاء بها ويتعذر على القاضي القضاء بشيء يعلم والحال

خلافه وكذلك لو شهدوا على اقرار ذى اليد انه كان في يد المدعى أمس أمر بالرد عليه لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أقام المدعى البينة أن هذا العبد أخذه منه هذا أو انتزعه منه أو غصبه منه أو غلبه عليه فأخذه منه أو أرسله فى حاجته فاعترضه هذا فى الطريق أو أبق منى هذا فأخذه هذا الرجل فهذه الشهادة جائزة ويقضي بالعبد له لانهم أثبتوا سبب زوال يده فصار ذلك كالمعاين للقاضي وأثبتوا أن وصوله الي يد ذى اليد كان بأخذ المدعى عليه منه فعليه رده لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد واحدة من غير حق ظاهر له فى المأخوذ عدوان والفعل الذى هو عدوان واجب الفسخ شرعا وذلك بالرد . قال ولو ادعى عينا فى يد رجل أنه له وقال الذي هو فى يديه أودعنيه فلان أو أعارنيه أو وكلني بحفظه لم يخرج من خصومة المدعى الا أن يقيم البينة على ماقال عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله يخرج من خصومته بمجرد قوله من غير بينة وقال ابن شبرمة لايخرج من خصومته وان أقام البينة على ماقال أما ابن أبى ليلى رحمه الله فان كلام ذى اليد اقرار منه بالملك للغائب والاقرار يوجب الحق بنفسه لقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة ولانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما أقر به بنفس الاقرار ويتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة والدليل على صحة هذه القاعدة ان من أقر بعين لغائب ثم أقر به لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذلك لو أقر لغيره بشئ ثم مرض فصدقه المقر له كان اقراره اقرار صحة وأما ابن شبرمة رحمه الله فقال انه بهذه البينة يثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم فى اثبات الملك لغيره لانه لا ولاية لاحد على غيره فى ادخال شئ فى ملكه بغير رضاه ثم خروجه عن الخصومة فى ضمن اثبات الملك لغيره فاذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة اذا ثبت فى ضمن البيع فيبطلان البيع بطلت الوصية ولنا ان هذه البينة تثبت أمرين أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم فيه والثانى دفع خصومة المدعى عنه وهو خصم فى ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت فيكون خصما فيه كمن وكل وكيلا بنقل امرأته أو أمته وقامت البينة أن الزوج طلقها ثلاثا وان المولى أعتقها تقبل هذه البينة فى أقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل فى وقوع الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغائب وهذا لان مقصود ذى اليد ليس هو اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثباته ان يده يد حفظ وليست بيد خصومة وفى هذا المدعى خصم له فيجعل اثباته عليه بالبينة بمنزلة اقرار خصمه به وهذا بخلاف ما اذا ادعى غصبا على ذى اليد

حيث لا تندفع الخصومة عنه بهذه البينة لان هناك انما صار خصما بدعوى الفعل عليه دون اليد فاما فى الملك المطلق انما صار خصما بيده (ألا ترى) أن دعوى الغصب مسموعة على غير ذى اليد ودعوى الملك غير مسموعة فاذا أثبت أن يده غيره التحق فى الحكم بما ليس فى يده فلهذا قلنا ان بمجرد قوله قبل اقامة البينة لا تندفع الخصومة عنه لان المدعى استحق عليه الجواب فصار هو خصما له بظهور الشئ فى يده فلا يملك اسقاطه بمجرد قوله وهو لا يثبت اقراره بالبينة كما زعم هو انما يثبت عليه اسقاط حق مستحق عليه عن نفسه وهو جواب الخصم وعن أبى يوسف رحمه الله ان كان ذو اليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة وان كان صالحا تندفع الخصومة عنه رجع الى هذا حين ابتلى بالقضاء وعرف أحوال الناس فقال قد يحتال المحتال ويدفع ماله الى من يريد شراء ويأمر من يودعه علانية حتى اذا ادعاه انسان يقيم البينة على انه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه ومقصوده من ذلك الاضرار بالمدعى ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه اذا كان متهما بمثل هذه الحيلة فان شهد شهود ذى اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه فلعل ذلك الرجل هو الذى حضر ينازعه وليس فى هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة والثانى أن الخصومة انما تندفع عن ذى اليد اذا حوله الى غيره بالبينة والتحويل انما يتحقق اذا أحاله على رجل يمكنه اتباعه ليخاصمه فاذا أحاله الى مجهول ولا يمكنه اتباع المجهول كان ذلك باطلا لا يجوز وان قال الشهود أودعه رجل نعرفه بوجهه اذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه فعلى قول محمد رحمه الله لا تندفع الخصومة عنه وعند أبى حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه ذكره فى الجامع وجه قول محمد رحمه الله انه أحاله على مجهول لا يمكنه اتباعه ليخاصمه فكان هذا بمنزلة قولهم أودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل أتعرف فلانا فقال نعم قال صلى الله عليه وسلم هل يعرف اسمه قال لا قال صلوات الله عليه اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث وأبو حنيفة رحمه الله قال قد أثبت ببينته انه ليس بخصم للمدعى فانا نعلم ان مودعه ليس هو المدعى لان الشهود يعرفون المودع بوجهه ويعلمون أنه غير هذا المدعى ومقصود ذى اليد اثبات ان يده يد حفظ وانه ليس بخصم لهذا الحاضر وهذه البينة كافية فى هذا المقصود ثم ان تضرر المدعى بان لم يقدر على اتباع خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل انه جهل خصمه لا من جهة

ذي اليد ونحن نسلم ان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة فان الغائب لا يمكن استحضاره به ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعى له وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم له وهذا كله بناء على أصلنا ان القضاء علي الغائب بالبينة لا يجوز فلا بد من خصم حاضر للمدعى ليقيم عليه البينة فاما عند الشافعي رحمه الله القضاء على الغائب بالبينة جائز ويستوي فى ذلك ان كان غائبا عن البلدة أو عن مجلس الحكم حاضرا في البلدة وهو الصحيح من قوله وانما يحضره القاضي لرجاء اقراره حتى يقصر به المسافة عليه ولا يحتاج المدعى الى تكلف البينة واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة تكون زيادة ولما قالت هند لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلوات الله عليه وسلامه خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف من مال أبي سفيان فقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنفقة وهو غائب ولان هذه بينة عادلة مسموعة فيجب القضاء بها كما لو كان الخصم حاضرا وبيان الوصف ان عندكم تسمع هذه البينة للكتاب بها وتأثيره ان بغيبة الخصم ما فات الا انكاره وانكاره غير مؤثر فى ايصال المدعي الى حقه ولان الاصل هو الانكار فيجب التمسك به واذا ثبت انكاره بهذا الطريق قبلت البينة عليه ولو كان مقرا كان القضاء متوجها عليه لاجماعنا ان القضاء على الغائب بالاقرار جائز فعليه نقيس فعله انه احدى حجتى القضاء ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى فبين ان الجهالة تمنعه من القضاء وانها لا ترتفع الا بسماع كلامهما فاما قوله صلي الله عليه وسلم البينة على المدعي فدليلنا أن البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد فى حق المدعى لانه حاصل بقوله ولا فى حق القاضى لانه حاصل بقول المدعى اذا لم يكن له منازع انما الحاجة الى البيان فى حق الخصم الجاحد وذلك لا يكون الا بحضوره (ألا ترى) أنه جعل البينة على المدعى فى حال لو ادعي عدمها استحلف الخصم فقال واليمين علي من أنكر وذلك لا يكون الا بمحضر منه وهذا لان البينة اسم للحجة ولا تكون حجة عليه مالم يظهر عجزه عن الدفع والطعن والقرآن صار حجة على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضة وظهور عجزه لا يكون الا بمحضر منه ولا حجة فى حديث هند لان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان عالما بسبب استحقاق النفقة علي أبى سفيان وهو النكاح الظاهر (ألا تري) أنها لم تقم البينة والمعنى فيه أنه أحد المتداعين فيشترط

حضوره للقضاء بالبينة كالمدعى بل أولى فان المدعى ينتفع بالقضاء والمدعي عليه يتضرر به وتأثيره أن دعوى المدعى وان كان الخصم شرط للعمل بالبينة حتى لا يسمع البينة على المقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء بها وبغيبة المدعى يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى وبغيبة المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الانكار وفوات شرط الشيء كفوات ركنه فى امتناع العمل به وانكاره ان كان ثابتا بطريق الظاهر فالشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا مالم يتيقن به ولهذا اذا قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم فقال قد دخلت وقال العبد لم تدخل لم يعتق وان كان عدم الدخول ثابتا بطريق الظاهر وعلى هذا قال أبو يوسف رحمه الله لو حضر وأنكر فاقيم عليه البينة ثم غاب يقضى عليه لان انكاره سمع نصا وقال محمد رحمه الله لا يقضى عليه لان اصراره على الانكار الى وقت القضاء شرط وذلك ثابت بعد غيبته باستصحاب الحال لا بالنص وقوله أنها مسموعة عندنا غير مسموعة للقضاء حتى أن الخصم وان حضر لا يجوز القضاء بها انما هى مسموعة لنقلها الى قاضي تلك البلدة بالكتاب بمنزلة شهادة الاصول عند الفروع مسموعة لنقل شهادتهم لا للقضاء بها واعتبار البينة بالاقرار فاسد لان الاقرار موجب للحق بنفسه دون القضاء بخلاف البينة (ألا ترى) أن الاقرار للغائب صحيح بخلاف البينة وهذا لانه ليس للمقر حق الطعن فى اقرار نفسه فليس فى القضاء عليه مع غيبته بالاقرار تفويت حق الطعن عليه بخلاف البينة. قال دار فى يد رجل ادعاها رجل انها له آجرها من ذى اليد وادعى آخر انها له أودعها اياه وأقام البينة قضي بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما أثبت ببينته أن وصولها الى يد ذى اليد من جهته فتتحقق المساواة بينهما فى سبب الاستحقاق وذلك يوجب المساواة فى الاستحقاق عندنا على مانبينه فى الباب الثانى ان شاء الله تعالى . قال واذا كان العبد فى يد رجل ادعى انه غصبه اياه وأقام البينة وادعى آخر أنه له وديعة في يد ذى اليد قضي به لصاحب الغصب لان بينته طاعنة فى البينة الاخرى فانه يثبت بها أن يد ذى اليد كانت غصبا من جهته وذلك ينفى كونه وديعة للآخر فلهذا رجحنا بينة الغصب وقضينا به لصاحبها والله أعلم

باب الدعوى فى الميراث

(قال رحمه الله عبد في يد رجل فاقام رجل البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون

له وارثا غيره وأقام آخر البينة أن أباه مات وتركه ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره فانه يقضي بالعبد بينهما نصفان) لان كل واحد من الوارثين خصم عن مورثه فكأن المورثين حيان وأقام البينة علي ملك مطلق لهما في يد ثالث وفي هذا يقضي بالملك بينهما نصفان عندنا وعلى قول مالك رحمه الله يقضي بأعدل البينتين وعند الاوزاعي رحمه الله يقضي لا كثرهما عددا في الشهود وفى أحد قولي الشافعي رحمه الله تهاتر البينتان وفي القول الآخر يقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته فمالك يقول الشهادة انما تصير حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة أقوى والضعيف لا يزاحم القوي والاوزاعي رحمه الله يقول طمأنينة القلب الى قول الجماعة أكثر منه الى قول المثنى فيترجح أكثرهما شهودا بزيادة طمأنينة القلب في قولهم والشافعي علي القول الذي يقول بالتهاتر يقول قد تيقن القاضي بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيمتنع العمل بهما كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى واستدل على النكاح فانه لو تنازع اثنان في امرأة وأقام كل واحد منهما البينة أنها امرأته لم يقض القاضي بواحدة منهما وعلي القول الذي يقول بالقرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما البينة انها أمته فاقرع رسول الله صلي الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضى بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته وروي أن رجلين تنازعا في بغلة بين يدى على رضى الله عنه فاقام أحدهما شاهدين والآخر خمسة من الشهود فقال على رضى الله عنه لاصحابه ماذا ترون فقالوا يعطى لا كثرهما شهودا فقال فلعل الشاهدين خير من خمسة ثم قال في هذا قضاء وصلح أما الصلح أن يجعل البغلة بينهما سهاما على عدد شهودهما وأما القضاء أن يحلف أحدهما ويأخذ البغلة فان تشاحا علي الحلف أقرعت بينهما وقضيت بها لمن خرجت قرعته ولان استعمال القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في قسمة المال المشترك ولنا حديث تميم بن طرفة رضى الله عنه أن رجلين تنازعا في عين بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقام البينة فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن أبي الدرداء رضى الله عنه أن رجلين اختصما في شئ بين يديه وأقام البينة فقال ماأحوجكما الى سلسلة كسلسلة بنى اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل الخصومات نزلت سلسلة من السماء فاخذت بعنق الظالم ثم

تقضي بينهما نصفين وما روى من استعمال القرعة فقد كان فى وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء. فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هنا ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار وحديث علي رضي الله عنه يعارضه ماروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما فى رجلين تنازعا فى ولد أنهما قضيا بانه ابنهما ولم يستعملا القرعة فيه وقد كان علي رضي عنه استعمل القرعة فى مثل هذه الحادثة واليمين فى عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم فدل أنه عرف انتساخ ذلك الحكم بحرمة القمار والمعنى فيه أنهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان فى الاستحقاق كالغريمين فى التركة اذا كانت التركة بقدر حق أحدهما والموصى لهما كل واحد منهما بالثلث يقتسمان الثلث بينهما نصفين وبيان الوصف أن المدعى يقبل الاشتراك وهو ملك العين بخلاف ملك النكاح فانه لا يحتمل الاشتراك وهذا لان البينات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان وكيف يترك في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاق الملك عليه وقوله القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين ضعيف فكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق به أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شهد له وبه فارق مسئلة مكة والكوفة فقد علمنا هناك أن أحدهما كاذب بيقين لان الشخص الواحد فى يوم واحد لا يكون بمكة والكوفة وقد تتوالى يدان لشخصين على عين واحدة فى وقتين فلهذا أوجبنا القضاء هنا بحسب الامكان وكذلك لو وقت شهود أحدهما سنة ولم يوقت شهود الآخر فقضى به بينهما نصفين لان تنصيص أحدهما على التوقيت لا يدل على سبق ملكه على الآخر فلعل ملك الآخر أسبق منه وان لم توقت شهوده وذكر المسئلة فى النوادر فى دعوى الملك من خارجين اذا وقت شهود أحدهما ولم يوقت شهود الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله يقضى به بينهما نصفين وعند أبي يوسف رحمه الله تقضي به للذي وقت شهوده وعند محمد رحمه الله يقضى به للذى لم يوقت شهوده * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما بينا أن التاريخ ليس بسبب للملك وتنصيص أحدهما عليه لا ينفي مساواة الآخر أوسفه عليه فكان ذكره وجودا وعدما بمنزلة وأبو يوسف يقول قيام المنازعة بينهما في الملك للحال والذى وقت شهوده ثبت الملك له من حين أرخ شهوده ولا منازعة له فى ذلك الوقت فلا يستحق عليه

الملك بعد ذلك الا بسبب من جهته كما لو أقام البينة على النتاج ومحمد رحمه الله يقول البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل ولهذا تستحق به الزوائد ويرجع الباعة بعضهم على البعض بالثمن فكان التاريخ الذى لم يوقت شهوده أسبق من هذا الوجه ولكن يبطل هذا بفصلين أحدهما اذا أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق فصاحب النتاج أولى فلو كانت البينة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل لاستويا والثانى اذا ادعى عبد على مولاه أنه مملوكه أعتقه وادعى رجل انه ملكه وأقام البينة فبينة العتق أولى ولو كان الاستحقاق يثبت لمدعى الملك المطلق من الاصل لصار هو أولى من مدعى العتق وان وقتت بينة أحدهما سنة وبينة الآخر سنتين قضى بالعبد لصاحب السنتين فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله وفي قوله الاول العبد بينهما نصفان والوقت وغير الوقت في ذلك سواء هكذا ذكر فى نسخ أبى حفص رحمه الله وقال في نسخ أبى سليمان رحمه الله على وقت أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله يقضى به لصاحب السنتين وعلى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله يقضي به بينهما نصفين فاشتبه مذهب محمد رحمه الله لاختلاف النسخ وجه قول أبى يوسف الآخر أن صاحب التاريخ السابق أثبت الملك لنفسه فى وقت لا منازع له فيه فيثبت ملكه فى ذلك الوقت ثم لا يستحق عليه الملك الا لسبب من جهته والآخر لا يدعي الملك بسبب من جهته وهو نظير ما لو ادعا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل أو من واحد وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا كان صاحب أسبق التاريخين أولى فهذا مثله * وجه قوله الاول أن التاريخ ليس بسبب للملك فوجود ذكره كعدمه ثم كل واحد منهما ينتصب خصما عن مورثه فى اثبات الملك له ولا تاريخ فى ملك المورثين فيقضى به بينهما نصفين حتى لو أرخا ملك المورثين وتاريخ أحدهما أسبق كان هو أولى هكذا ذكر هشام فى نوادره عن محمد رحمهما الله فاما مسئلة الشراء فقد ذكر فى الاملاء عن محمد رحمه الله أنهما اذا لم يؤرخوا ملك البائعين يقضى به بينهما نصفين فعلى هذه الرواية لا فرق بين الفصلين فاما على ظاهر الرواية الفرق بينهما أن ملك المشترى لا ينبنى على ملك البائع ولكن يحدث للمشتري ملك جديد بسبب جديد وهو الشراء فاسبقهما تاريخا أثبت ملكا متجددا لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فكان هو أولى فاما ملك الوارثين ينبنى على ملك المورثين لان الوراثة خلافة ولا تاريخ فى ملك المورثين فاستويا لهذا. قال وان أقام رجل البينة ان أباه

مات وتركه ميراثا منذ سنة وأقام ذو اليد البينة ان أباه مات وتركه ميراثا له منذ سنة أو لم يوقتوا وقتا أو وقتوا أقل من سنة فانه يقضى به للخارج أما اذا وقت شهود ذي اليد أقل مما وقت شهود الخارج أو لم يوقتوا فلا شك فيه لان الخارج أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه ذواليد وان وقت شهود ذي اليد مثل ما وقت شهود الخارج فقد استوت البينتان ومن أصلنا ان بينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد عند التساوي في دعوى الملك وذكر التاريخ لم يفد شيئا هنا فكأنهما لم يذكراه وان وقت شهود ذي اليد سنتين فهو لذي اليد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهم الله وفي قوله الاول هو للمدعي وهذا الخلاف بناء على الفصل الاول وقد ذكرنا هناك أن على قول أبي يوسف الاول لا غيره للتاريخ وكأنهما لم يذكراه فكذلك هنا لان غيره للتاريخ فيقضي به للخارج وفي قوله الآخر صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو أولى خارجا كان أو صاحب يد وهذا لان يد ذي اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما يجب قبول بينته على النتاج واذا وجب قبول بينته وتاريخه أسبق كان هو أولى وذكر ابن سماعة رحمه الله في نوادره أن محمدا رحمه الله رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة قال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا النتاج وما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج. قال ولو كانت أرض في يد رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وهي في يديه لا يعلمون له وارثا غيره وأقام آخر البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره قضى بها بينهما نصفين لان شهادة شهود الاول انه مات وهي في يديه مثل شهادتهم انه مات وتركها ميراثا له فانهم شهدوا بيد مجهولة له عند الموت والايدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا اذا مات المودع مجهولا للوديعة صار متملكا ضامنا والملك اذا ثبت له عند الموت ينتقل الى ورثته فكان هو وشهادتهم بانه تركها ميراثا له سواء. وكذلك ان أقام أحدهما البينة فان أباه مات وتركها ميراثا وأقام آخر البينة انها له قضي بها بينهما نصفين لان الوارث ينتصب خصما عن مورثه فكأن مورثه كان حيا مدعيا للملك والآخر خصما عن نفسه في دعوى الملك فاستويا فكان المدعى بينهما نصفين فان أقام أحدهما البينة ان أباه مات وتركها ميراثا له وأقام آخر البينة انه اشتراها من أب المدعي بمائة درهم ونقده الثمن قضي بها للمشتري لان الوارث خصم عن مورثه في

اثبات الشراء عليه وما يثبت شراؤه منه في حياته لا يصير ميراثا لوارثه بعد موته انما يخلفه الوارث في ملك قائم عند الموت فكان بينة مدعي الشراء طاعنة في بينة مدعي الميراث فهو أولى فكذلك لو ادعى صدقة أوهبة مقبوضة من الميت في صحته فاقام البينة لما بينا انه أثبت خروجه عن ملك مورثه في حياته اليه وكذلك لو أقام البينة ان أب هذا تزوج أمة عليها وأن أمه ماتت وتركها ميراثا له لانه خصم عن أمه وقد أثبت سبب تملكها على أب آخر في حياته وهو النكاح فلا يتصور ان يكون ميراثا له عن أبيه وقد ثبت خروجه من ملك أبيه في حياته . قال وان ادعاها انها له فشهد شاهدان أنها لابيه ولم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثا لم يقض له بها لان الدعوى خالفت الشهادة فانه ادعى الملك لنفسه والشهود شهدوا بالملك لابنه وهذا اللفظ يوجب ان الاب حي فالميت ليس باهل للملك ولا حق له في ملك الاب في حياته وان كان الاب ميتا فقد شهدوا بملك عرف القاضي زواله فلا تقبل شهادتهم لهذا وكذلك لو شهدوا انها كانت لابيه حين مات في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال شهادتهم مقبولة لانهم أثبتوا ملك الاب في الزمان الماضي وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه الا أن يتبين سبب زواله ولم يتبين لزوال ملكه سببا سوى الموت وهو ناقل الى الوارث فكانت هذه الشهادة بالملك له من هذا الوجه فيجب قبولها كما لو صرحوا بهذا لان الثابت لمقتضى الكلام فيما يرجع الى تصحيح الكلام كالمصرح به يوضحه أنه لو أقر ذو اليد انها كانت لابيه أو قامت البينة على اقراره بذلك أمر بالتسليم اليه فكذلك اذا ثبت بالبينة وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انهم شهدوا بملك عرف القاضي زواله ولم يبينوا سبب الزوال فلا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكا بالشراء فشهدوا انها كانت لبائعه وهذا لان القاضي لا يتمكن في الحال من ان يقضي بالملك لابنه لعلمه بزوال ملكه فلا يمكنه ان يقضي بالملك للمدعي لان خلافته لابيه بطريق الميراث ابقاء له ما كان ثابتا لابيه لا أن يوجب اثبات الملك ابتداء ولان قيام ملك الاب وقت الموت شرط الانتقال الى الوارث وقد بينا ان الشرط لا يثبت بالظاهر بل بالنص فاذا نص الشهود على انتقاله بالميراث يثبت بالشرط وان لم ينصوا عليه لم يثبت ما هو الشرط والملك الذي كان له في حياته لا يكون دليل ملكه عند الموت نصا بخلاف الاقرار فانه يوجب الحق بنفسه وقد بينا هذا الفرق في اليد للمدعي أمس فكذلك هنا ثم على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله مالم تقم المدعي البينة على عدد الورثة لم ينفذ القضاء لاحتمال أن

تكون الورثة عددا فلا يرث هو الكل ولو أقام البينة أن أباه مات وتركها ميراثا ولم يعرفوا الورثة فان القاضي يقول قد ثبت بهذه البينة الملك لفلان وقت الموت وذلك يوجب الانتقال الى ورثته ولكن لم يثبت عندى انكم ورثته فهاتوا بينة أنكم ولده وانه لا وارث للميت غيركم فاذا أقاموا البينة على هذا قضى بها لهم ولو لم يقيموا البينة على أنهم لا يعلمون له وارثا غيرهم بتأنى القاضى فى ذلك ثم يدفع اليهم لان وراثتهم قد ثبتت ووجود مزاحم لهم فى الميراث محتمل فعلى القاضى أن يتأنى لكيلا يبتلى بالخطأ ولا يحتاج الى نقض قضائه ولم يتبين في الكتاب مدة التأنى وذلك على حسب ما يراه القاضى لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الميت في الشهرة والخمولة وباختلاف أحوال ورثته فى الغيبة والحضور وذكر الطحاوي أن التقدير لمدة التأنى أن التقدير لمدة التأنى الحول فان المقصود ايلاء العذر فى حق وارث غائب عسى والحول مدة تامة لايلاء العذر قال القائل * الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر * وهو نظير أجل العنين ويأخذ منهم كفيلا بما دفع اليهم وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لا يأخذ منهم كفيلا وقال فى الجامع الصغير هذا شئ احتاطته القضاة وهو ظلم * وجه قولهما أن القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ومن الجائز أن للميت غريما أو وارثا غائبا فلو لم يأخذ من الحاضر كفيلا بما يدفع اليه يفوت حق الغائب ففى أخذ الكفيل نظر للغائب ولا ضرر فيه للحاضر وهو نظير الآبق واللقطة اذا دفعها القاضى الى رجل أثبت عنده أنه صاحبها أخذ منه كفيلا بها لهذا المعنى ولان عليه صيانة قضاء نفسه وهذه الصيانة انما تتحقق بأخذ الكفيل حتى اذا حضر غريم أو وارث لا يتعذر عليه ايصاله الى حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول حق الحاضر ثابت معلوم وحق الغائب موهوم ولا يقابل الموهوم المعلوم فلا يؤخر القاضى تسليم حقه اليه الى اعطاء الكفيل أرأيت لو لم يجد كفيلا أكان يمنعه حقه هذا ظلم منه وما ذكر فى الآبق واللقطة قولهما لا قول أبى حنيفة رحمه الله ولانه لو أخذ الكفيل انما يأخذ المجهول والكفالة للمجهول لا تصح ولا يقال يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذه للميت لان حق الميت فى تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت الحاضر وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل ولو أقام البينة أنها كانت لجده مات وتركها ميراثا له لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث جده لا يعلمون له وارثا غيره ولو شهدوا ان الجد مات وتركها ميراثا لابنه لم يقض له حتى يشهدوا أنه وارث

وجده لا يعلمون له وارثا غيره أو شهدوا ان الجد مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف أقضي بها للجد وأضعها على يدى عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله وهذا نظير الفصل الاول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه وعندهما لم يجزا الميراث اليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصما في اثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشئ الا ان يخبروا الميراث كما بينا. قال دار في يدى رجل أقام رجل البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له ولاخيه فلان لا وارث له غيرهما وأخوه غائب قضي القاضي بحصته لانه أثبت استحقاقه بالحجة وهو خصم عن الميت في اثبات ملكه فاما نصيب الغائب يترك في يدى ذي اليد حتى يحضر في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان ذو اليد منكرا أخرج القاضي نصيب الغائب من يده ووضعه على يد عدل ولو كان مقرا ترك نصيب الغائب في يده وهذا استحسانا * ووجهه ان القاضي مأمور بالنظر للغائب فاذا كان ذو اليد مقرا فالنظر في تركه في يده لظهور أمانته عنده واذا كان منكرا فليس من النظر تركه في يده لانه قد ظهرت خيانته مرة بالجحود فلا يأمن بان يجحده فيتعذر على الغائب اذا حضر استيفاء حقه منه لان الحجة لا توجد في كل وقت فكان النظر في اخراجه من يده ووضعه على يدى عدل ولان ذ اليد اذا كان منكرا لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل فانه يزعم انه مالك والعدل لا يمتنع من التصرف فيما عنده أنه ملكه واذا كان مقرا يمتنع من التصرف فيه فيجوز تركه في يده وأبو حنيفة رحمه الله يقول الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فيجعل في حق الغائب وجود حضوره كعدمه وقد عرفها القاضي في يد ذي اليد فلا يتعرض لها الا بخصم يحضر لانه لو أخرجها من يده احتاج الى وضعها في يد آخر مثل هذا أو دونه ولان هذا مختار الميت في حفظها والذي يضعه على يده ليس بمختار الميت ولا مختار وارثه فصار هذا نظير الاقرار والفرق الذي ذكره ساقط فانه بعد ماصار مسجلا مبينا في خريطة القاضي يؤمن جحود ذي اليد لعلمه أنه لا يلتفت الى ذلك ويؤمن بتصرفه فيه لعلمه أن القاضي لا يمكنه فيه بخلاف ما اذا كان في الابتداء ثم اذا تركها في يد ذي اليد والمدعى منقول بقي مضمونا عليه والعقار كذلك على قول من يرى الضمان فيها بالغصب ويضمن بالجحود عند الكل واذا وضعه على يد عدل كان العدل أمينا فيه والنظر في تركه في يد ذي اليد

للغائب أكثر فيترك في يده فاذا حضر الغائب قال بعض مشايخنا رحمهم الله يحتاج على قول أبي حنيفة رحمه الله الى اعادة البينة بالقياس على مسئلة القصاص والاصح أنه لايحتاج الى ذلك لان الحاضر أثبت الملك للميت فى الكل بما أقام من البينة فان أحد الورثة خصم عن الميت فيما يدعى له وعليه فلا يحتاج الثانى الى اقامة البينة بخلاف القصاص فانه يثبت للوارث بعد موت المورث فمن هذا الوجه كان الحق يثبت فيه للوارث ابتداء فلا بد للذي يحضر من اعادة البينة على حقه (ألا ترى) أن هناك لم يتمكن الحاضر من استيفاء نصيبه بما أقام من البينة وهنا قد تمكن من ذلك . قال دار فى يدي رجل وابن أخيه فادعى العم أن أباه مات وتركها ميراثا ولا وارث له غيره وادعى ابن الاخ أن أباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره وأقام البينة قضى بها بينهما نصفان لان كل واحد منهما خصم عن مورثه فكأنهما حيان أثبت كل واحد منهما الملك لنفسه والاب مع الابن في الخصومة فى الملك بمنزلة الاجنبيين فاذا تساويا فى سبب الاستحقاق وجب القضاء بينهما نصفان وان قال كانت الدار بين أخى وأبى نصفين وصدقه ابن الاخ بذلك ثم أقام البينة أن أخاه مات قبل ابنه وأقام ابن الاخ البينة أن جده مات قبل أبيه ثم مات أبوه فورثه فانه يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى كان لابيه لان معنى هذه المنازعة أن العم يقول مات أخى أولا عن ابن وأب فللاب السدس من نصيبه والباقى للابن ثم مات أبي عن ابن وابن ابن فكان ماله لابنه فلى سبعة أسهم من اثني عشر سهما من سهم الدار وابن الاخ يقول مات الجد أولا عن ابنين فصار نصيبه بينهما نصفين ثم مات أبي عن ابن وأخ فصار نصيبه لى وذلك ثلاثة أرباع الدار فاذا ظهرت هذه المنازعة بينهما ووقع التعارض بين البينتين فى اثبات التاريخ لموت كل واحد منهما ولا ترجيح لاحدهما على الآخر يجعل كأنهما ماتا معا لتعذر اثبات والترتيب التاريخ من غير حجة ولو ماتا معا لم يرث واحد منهما من صاحبه لان بقاء الوارث حيا بعد موت المورث شرط لاثبات الخلافة فى ملكه فصار نصيب كل واحد منهما لوارثه الحى فلهذا قضي بالدار بينهما نصفين والله أعلم بالصواب

باب شهادة أهل الذمة فى الميراث

(قال رحمه الله رجل مات وله ابنان أحدهما مسلم والآخر كافر فزعم كل واحد منهما

أن الاب مات على دينه وأن ميراثه له فالقول قول المسلم) لانه يخبر بأمر دينى وهو وجوب الصلاة عليه ووجوب دفنه فى مقابر المسلمين والدعاء له بالخير وخبر الواحد فى أمور الدين حجة كما لو روي خبراً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا صلينا عليه فقد حكمنا باسلامه عند موته وذلك يمنع كون ميراثه للابن الكافر فلهذا قضينا بالميراث للابن المسلم ولما ترجح جانبه بهذا السبب كان بمنزلة ترجح جانبه بشهادة الظاهر له والقول قوله مع يمينه على ما ادعاه خصمه وأيهما أقام البينة على ما ادعاه وجب قبول بينته لانه نور دعواه بها والبينة العادلة لا تعارضها الدعوى ممن شهد له الظاهر أولا يشهد فان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المسلم عندنا وقال الشافعي رحمه الله تبطل البينات للمنافات بينهما كما هو أصله لان كل واحد منهما يدعى خلافة الميت عن أمواله ملكا وفي دعوى الملك لا تترجح البينة بالدين كما لو ادعى كافر ومسلم ملكا فى يد ثالث فأقام كل واحد منهما البينة لا يترجح المسلم ولنا أن احدى الحجتين توجب اسلام الميت عند موته والاخرى توجب كفره فيترجح الموت الموجب للاسلام كالمولود بين مسلم وكافر يجعل مسلما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه ولانه لا بد من الصلاة لان هذا الحكم ثبت بخبر الواحد فكيف لا يثبت بالحجة وان وقع التعارض بين البينتين بقى خبر المدعي بالاسلام حجة فى الصلاة عليه وذلك يوجب ترجيح بينة المسلم وانقطاع منازعة الكافر عن ميراثه فان (قيل) من أصلكم أن البينة تترجح بزيادة الاثبات وبالحاجة اليها وهذا فى بينة الكافر لان المسلم متمسك بما هو الاصل وهو أن من كان فى دار الاسلام فالظاهر أنه مسلم ولا حاجة به الى البينة لانا جعلنا القول قوله فينبغى ان تترجح بينة الآخر (قلنا) موضوع هذه المسئلة فيما اذا كان الاب فى الاصل كافرا فان أحد وارثيه مقر على الكفر ولا يقر الولد الآخر على الكفر بخلاف ما اذا كان الاب فى الاصل مسلما لانه حينئذ اذا يكون مرتدا واذا كان فى الاصل كافرا فشهود الكافر يتمسكون بالاصل وشهود المسلم يثبتون اسلامه العارض فكان زيادة الاثبات من هذا الجانب وانما جعلنا القول قوله عند عدم البينة لا للتمسك بالاصل بل لاخباره بامر ديني ولو كان شهود الذمى مسلمين وشهود المسلم ذميين جعلتها للمسلم أيضا لان كل واحد منهما أقام من الحجة ما هو حجة على خصمه فكان هذا بمنزلة ما لو كان الفريقان مسلمين وهذه المسائل انما تنبني على قولنا ان شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة ولا تقبل على المسلمين اعتبارا بالولاية وعند ابن أبي ليلى رحمه الله كذلك اذا اتفقت مللهم وان

اختلفت لا تقبل شهادة بعضهم على بعض فانهم عنده أهل ملل مختلفة والولاية تنقطع بينهم باختلاف الملل وعند الشافعي رحمه الله لا شهادة لبعضهم على البعض لنقصان الكفر الذي هو اكثر تأثيرا من نقصان الرق والصغر وهي مسئلة الشهادات ولو قال أحد الابنين كنت مسلما وكان أبي مسلما وقال الآخر صدقت وقد كنت أيضا أسلمت في حياته وكذبه الآخر وقال أسلمت بعد موته فالميراث الذي اجتمعا على اسلامه في حياته لان الابن الآخر في حياته أقر بسبب حرمانه وهو كفره في حياة أبيه ثم ادعى ما يزيله وهو اسلامه قبل موت الاب فلا يصدق في ذلك الا بحجة وهذا لان اسلامه حادث والحوادث انما يحال بحدوثها على أقرب الاوقات فمن ادعى تاريخا سابقا فعليه اثباته بالحجة والاصل في جنس هذه المسائل أن سبب الاستحقاق متى ثبت بتصادقهما وادعى أحدهما ما يزيله وأنكر الآخر فالقول قول المنكر ومتى أقر بسبب الحرمان ثم ادعى زواله بسبب حادث لم يقبل قوله الا بحجة والقول قول خصمه ومن ادعى الاستحقاق وسبب الحرمان فيه قائم في الحال لا يثبت استحقاقه الا بحجة والقول قول خصمه كمن جاء وهو مرتد يطلب ميراث أبيه المسلم ويزعم أنه ارتد بعد موته لا يقبل قوله لان ما يحرمه الارث وهو الردة قائمة فيه في الحال فمتى وقع الاشتباه في الزمان الماضي يحكم الحال كالمستأجر مع صاحب الرحا اذا تنازعا في جريان الماء في المدة فان كان الماء للحال جاريا فالقول قول من يدعي أنه كان جاريا فيما مضى وان كان للحال منقطعا فالقول قول من يدعي أنه كان منقطعا فيما مضى فان (قيل) فاذا كان الابن مسلما في الحال ينبغي ان يجعل مسلما فيما مضى حتى يرث أباه المسلم (قلنا) هذا ظاهر يعارضه ظاهر آخر وهو أنه لما ثبت كفره فيما مضى فالظاهر بقاؤه حتى يظهر اسلامه ثم موافقته اياه في الدين عند الموت شرط للارث والشرط لا يثبت فالظاهر انما يثبت بالنص لان الاستحقاق يثبت عند وجوده والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته (ألا ترى) ان ذا اليد يستحق الملك لما في يده بالظاهر ولا تثبت به الزوائد التي في يد غيره وكذلك لو كان الاختلاف في العتق والميراث الذي اجتمعا على عتقه في حياة الاب لان عتق الآخر بعد ثبوت رقه حادث على ما بينا. قال دار في يد ذمي أقام مسلم بينة من أهل الذمة أن أباه مات وتركها ميراثا له لا وارث له غيره وأقام ذمي بينة من أهل الذمة على مثل ذلك فانه يقضي بها للمسلم لان المسلم أقام ما هو حجة على ذي اليد وعلى خصمه الذمي وأقام الذمي ما هو حجة على ذي اليد وليس بحجة على

خصمه المسلم فلا تتحقق المعارضة بين الحجتين فصار فى حق المسلم كانه لا حجة للذمى فلهذا قضى للمسلم وان كانت بينة الذمى مسلمين فهو بينهما نصفين لان كل واحد منهما أقام ماهو حجة على ذي اليد وعلى خصمه فاستويا فيقضى بينهما نصفان فان (قيل) الاستحقاق بشهادة المسلمين ثبت للذمى فى الكل فلو بطل فى النصف انما يبطل بشهادة أهل الذمة والاستحقاق بشهادة المسلمين لايجوز ابطالها بشهادة أهل الذمة (قلنا) نحن لا نبطل شيئا من ذلك الاستحقاق فكل واحد منهما يستحق الكل كما شهد به شهوده ولكن القضاء نصفين لضيق المحل ثم هذا انما يستقيم أن لو كانت الشهود خصما فيها وليس كذلك فالخصم لا يكون شاهدا. قال دار فى يد مسلم فقال مات أبى وهو مسلم فتركها ميراثا لي وقال أخو الميت مات أخى وهو على دينى فالقول قول الابن والميراث له لانه لو كان مدعى الكفر ابنا آخر كان القول قول المسلم فكيف اذا كان أخاه ولو كان الاخ هو المسلم المدعى لاسلامه والابن كافر يدعى كفره فالقول قول الابن لان الاخ محجوب بالابن فهو كاجنبي آخر فان (قيل) أليس أنه يخبر بالصلاة عليه وهو دينى (قلنا) اخباره بهذا كاخبار أجنبي آخر حين لم يكن هو من ورثته ظاهرا فلا يكون من ضرورته استحقاقه للميراث وان أقاما البينة أخذت بينة الابن المسلم لان فيها اثبات اسلامه. وان أقام الاخ بينة من أهل الذمة على ما قال ولم يقم الابن بينة لم أجز شهادتهم على المسلم لان الاخ ببينته يبطل استحقاق المسلم لميراثه بعد أن ثبت استحقاقه بقوله وبينة أهل الذمة على الاستحقاق الثابت للمسلم لاتكون مقبولة. وان قالت امرأة الميت وهى مسلمة مات زوجى وهو مسلم وقال أولاده وهم كفار بل توفى أبونا وهو كافر وصدق أخو الميت المرأة وهو مسلم قضيت بالميراث للمرأة والاخ لان المرأة لاتحجب عن الميراث بأحد فهى وارثة على كل حال فكانت بمنزلة ابن وابنة تدعى اسلامه فالقول قوله واذا حكمنا باسلامه بقولها وجعلنا الميراث لها والاولاد كفار لا يرثون منه شيئا فلا يحجبون الاخ فكان الباقى للاخ وقد سعد بالمرأة فانها لولم تكن ما كان قول الاخ مقبولا وكذلك لو ترك ابنا وابنتا وأخا فقالت الابنة وهى مسلمة مات أبى مسلما وصدقها الاخ وهو مسلم وقال الابن وهو كافر مات أبى كافرا فالميراث للابنة والاخ لانها غير محجوبة بالابن فترجح قولها فى دعوى الاسلام سعد الاخ بها كما بينا فان كان له ابنة وأخ أحدهما مسلم والآخر كافر فالقول قول المسلم منهما أيهما كان لان كل واحد منهما وارث مع صاحبه بخلاف الابن والاخ فالاخ محجوب بالابن لاقول له وهذا كله اذا لم يقر

المسلم أن الاب كان كافرا فان أقر بذلك وادعى أنه أسلم قبل موته لم يصدق الا بحجة لان ماثبت من كفره يبقى الى أن يظهر مايزيله ولم يظهر ذلك بمجرد قوله لانه عارض يدعيه ولا ميراث له. ولو أقرت زوجة الرجل بعد موته أنه طلقها في الصحة واحدة وأقرت بانقضاء العدة وزعمت أنه راجعها وكذبتها الورثة فالقول قول الورثة لانها أقرت بسبب الحرمان وهو ارتفاع النكاح بانقضاء العدة ثم ادعت بعد ذلك سببا حادثا للاستحقاق فلا يظهر السبب بمجرد قولها بخلاف ما اذا ادعت الورثة أنه طلقها وانقضت عدتها وهى تنكر فالقول قولها لان سبب استحقاقها ثابت باتفاقهم فالورثة يدعون عليها سبب الحرمان حادثا وهى تنكر وهذا الفصل انما أورده ايضاحا لما سبق فيما اذا لم يقر الابن المسلم بكفر أبيه أو أقربه وادعى اسلامه بعد موته . قال زوجان ذميان مات ابن لهما عن ابن فقالا مات ابننا كافرا وقال الابن وهو مسلم مات أبى مسلما فالقول قوله الابن ولا ميراث للابوين لان الولد مع الابوين وارث غير محجوب فكان القول قوله فى اسلام الميت كما لو كانت المنازعة بين اثنين وقد قررناه فيما سبق. قال رجل مات وترك ميراثا فى يدى رجل فاقام ابنه البينة أنه ابنه ووارثه ولم تشهد شهوده أنه لا وارث له غيره وقال ذو اليد له ولد غير هذا أو قال لا أدرى أله ولد سوي هذا أم لا تلوم القاضى فى ذلك زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر فاذا لم يحضر قضى بالميراث له لان سبب استحقاقه قد ثبت بالحجة وقد تيقنا بكونه وارثا خليفة للميت فى ملكه فيدفع ماله اليه ويستوثق منه بكفيل من أصحابنا رحمهم الله من قال أخذ الكفيل هنا قولهم جميعا بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فيما سبق لان هنا الشهود لم يشهدوا بانتفاء ورث آخر فكان الموضع موضع الاحتياط لاخذ الكفيل والاصح أنه على الخلاف كما بينا وقد ذكرنا أيضا مدة التلوم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قدر ذلك بشهر لان ماوراء الشهر فى حكم الاجل فيتضرر به الوارث بتأخير حقه وفيما دون الشهر ليس له كثير ضرر. وكذلك لو كان الابن كافرا وقال مات أبى كافرا وكذلك هذا الجواب فى كل من لا يحجب عن الميراث بآخر اذا ثبتت قرابته يقضى له بالمال بعد التلوم اذا لم تشهد الشهود انه لا واوث له غيره حتى لو كانت أما أو بنتا يقضى لها بجميع ماله لانه لا عصبة للميت ظاهرا فكان جميع الميراث لها فرضا وردا فاما اذا كان من يثبت وراثته ممن يحجب بغيره كالجد والجدة والاخ والاخت فانه لا يعطى شيئا ما لم تقم البينة على عدد الورثة أو يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثا غير هذا لان استحقاق

الاخ للميراث يتعلق بشرط أن يكون الميت كلالة قال الله تعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية وقال الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة والكلالة من ليس له ولد ولا والد فما لم يثبت هذا الشرط بالنص من الشهود لا يكون هو وارثا وما لم يثبت وراثته لا يدفع المال اليه بخلاف ما سبق فانه وارث بنسبه غير محجوب باحد فان (قيل) كيف يثبت استحقاقه بقول الشهود لا وارث له غيره أو لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة على النفى (قلنا) أما اذا قالوا لا وارث له غيره فعند ابن أبى ليلى رحمه الله هذا لا تقبل لتيقن القاضى أنهم جازفوا اذ لا طريق لهم الى معرفة نفى الوارث وعندنا تقبل بناء على العادة ان مراد الناس من هذا لا نعلم له وارثا غيره وهذه شهادة منهم على اثبات شرط الوراثة الا ان الشرط نفى والشرط يجوز اثباته بالبينة نفيا كان أو اثباتا كما لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فاقام العبد البينة أنه لم يدخلها فاما الزوج والزوجة اذا أثبت أحدهما سبب ارثه بالبينة ولم يثبت أنه لا وارث للميت غيره فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يقضى لهما باكثر النصيبين بعد التلوم للزوج بالنصف وللمرأة بالربع وعند أبى يوسف رحمه الله يقضي لهما باقل النصيبين للزوج بالربع وللمرأة بالثمن قال لان استحقاق الزوج والزوجة لاكثر النصيبين يتعلق بشرط عدم الولد بالنص قال الله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد وقد بينا أن الشرط لا يثبت باعتبار الظاهر وانما يثبت بنص من الشهود فاذا لم يوجد لا يقضى لهما الا بالمتيقن ولان الزوجية فى استحقاق الميراث بها دون الاخوة فبالاخوة تستحق جميع المال ولا تستحق ذلك بالزوجية بحال ثم الاخ لا يستحق شيئا ما لم تقم البينة أنه لا وارث له غيره لانه لا تيقين باستحقاق شئ له فكذلك الزوج فيما لا يتيقن باستحقاقه بمنزلة الاخ فى الكل أو دونه وحجتهما فى ذلك انه أثبت سبب الوراثة من لا يحجب عن الميراث باحد فيستحق جميع ميراثه بعد التلوم كالاب والولد وهذا لان حرمانه عن أكثر الصيبين بولد يحجبه وهذا الحاجب غير ظاهر فيبقى مستحقا بما أثبت من السبب وصار الزوج فى استحقاق ما زاد على الربع كالابوين في استحقاق ما زاد على السدس وكل واحد منهما يتعلق بشرط عدم الولد قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد الآية ثم هناك يقضى لهما بالجميع لان الولد الحاجب غير ظاهر هناك كذلك هنا وعن أبى يوسف رحمه الله يعطى للمرأة ربع الثمن لان أقل نصيبها هذا فلعل للمرء ثلاث نسوة سواها وهذا ليس

بقوى فالزوجية سبب تام لاستحقاق الثمن لها بيقين وانما يقسم الثمن بين الزوجات للمزاحمة ولا مزاحم لها هنا فكيف ينقص حقها من الثمن وعن الحسن بن زياد رحمه الله قال يقضى لها بربع التسع وللزوج بالخمس لان المتيقن هذا المقدار فمن الجائز ان الرجل مات عن أبوين وابنين وأربع نسوة وهى المنبرأة التي قال فيها علي رضى الله عنه فى البديهية حين سئل وهو على المنبر انقلب ثمنها تسعا فان أصل الفريضة من أربعة وعشرين للنسوة الثمن ثلاثة وللابوين الثلث لكل واحد سدس ثمانية وللابنتين الثلثان ستة عشر تعول بثلاثة فكانت من سبعة وعشرين فللنسوة ثلاثة وهى التسع حظ الواحدة الربع من ذلك فيقضى لها بهذا القدر واليقين فى جانب الزوج في الخمس لجواز ان يكون تركة أبوين وابنتين وزوجا فللزوج الربع وللابوين السدسان وللابنتين الثلثان أصله من اثنى عشر وتعول بثلاثة فللزوج ثلاثة من خمسة عشر وذلك الخمس ولكن هذا ليس بقوى فان اعتبار العول لمعنى المزاحمة والضيق فى المحل فكيف يثبت ذلك عند عدم ظهور وارث آخر سوى الزوج أو الزوجة والمعلوم لا يقابل الموهوم فدل أن الصحيح ما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله والله أعلم

باب اختلاف الاوقات فى الدعوى وغير ذلك

(قال رحمه الله دار فى يدى رجل فادعى رجل أنها له منذ سنتين وأقام البينة وادعى ذو اليد انها في يده منذ سنتين وأقام البينة ولم يشهدوا أنها له قضيت بها للمدعى) لان شهود المدعى شهدوا له بالملك نصا وشهود ذى اليد انما شهدوا له باليد والايدى تنوعت الى يد أمانة ويد ضمان ويد ملك فلا تعارض بينته بينة الخارج ولان الثابت من يده بالبينة كالثابت بالمعاينة وذلك لا يمنع القضاء بالملك للمدعى اذا أثبتها بالبينة فى الحال فكذلك فى الوقت الذى أسند شهوده اليه. قال دابة فى يد رجل فأقام آخر البينة أنها له منذ عشر سنين فنظر القاضى في سنها فاذا هى أبنة ثلاث سنين يعرف ذلك فبينته باطلة لان القاضي تيقن بمجازفة الشهود فى شهادتهم فانهم شهدوا بالملك له فيها فى وقت يتيقن أنها لم تكن موجودة فيه والملك لا يسبق الوجود ولانه لا يمكنه القضاء بالملك فى الحال لانه خلاف الشهادة ولا فى الوقت المضاف اليه لانه محال . قال واذا كانت الدار فى يدى رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنة وأقام آخر البينة انها له اشتراها من آخر منذ سنتين وهو يملكها يومئذ فانى أقضى بها لصاحب الشراء لانه أسبق تاريخا وقد أثبت

الملك لنفسه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وهو خصم عن بائعه في اثبات الملك له في الوقت الذى أرخ شهوده فكان هو أولى بها وكذلك لو شهدوا أنها له اشتراها من فلان منذ سنتين فشهادتهم بالملك للمشتري بمنزلة شهادتهم بالملك للبائع اذا شهدوا بالشراء. وكذلك لو لم يشهدوا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن شهدوا أن فلانا باعها منه وسلمها اليه من سنتين أو أنه اشتراها من فلان منذ سنتين وقبضها فهذا وشهادتهم بالملك له سواء لان البائع فى الظاهر انما يتمكن من التسليم اذا كان مالكا للمبيع وكذلك المشترى انما يتمكن من القبض اذا اشتراها من المالك ولان سبب الملك يتأكد بالتسليم فشهادتهم على سبب ملك متأكد بمنزلة الشهادة على الملك ولو شهدوا أن فلانا باعها منه واستوفى الثمن أو أنه اشتراها ونقد البائع الثمن ولم يشهدوا بالقبض والتسليم لم يقض لمدعي الشراء بشيء لانهم شهدوا بمجرد العقد وذلك يتحقق من غير المالك موقوفا على اجازة المالك فلا يوجب الملك للمشترى قبل الاجازة فلم يكن فى هذه الشهادة اثبات الملك للمشترى نصا ولا دلالة فلا يقضي بها له وفى كل موضع قضينا بالملك للمشترى اذا حضر البائع وأنكر أن يكون باعه لم يلتفت الى انكاره لان ذا اليد انتصب خصما عن البائع فى انكاره للبائع البيع والمشترى لا يتوصل الى اثبات الملك لنفسه الا باثبات سببه وهو الشراء من الغائب ومتى كان حق الحاضر متصلا بحق الغائب انتصب الحاضر خصما عن الغائب فقد اتصل القضاء ببينة قامت على خصم فلا حاجة الى اعادتها بعد ذلك. قال دار في يدى رجل أقام رجل البينة أنها له ولم يوقت شهوده وأقام ذو اليد البينة أنها له منذ سنة فاني أقضى بها للمدعى لان تاريخ ذى اليد ليس بدليل سبق ملكه فلعل شهود المدعي لو أرخوا ذكروا تاريخا سابقا فلا يستحق ذو اليد الترجيح بما هو محتمل في نفسه والتحق بما لو لم يذكر الوقت فتترجح بينة المدعى. ولو أقام المدعى البينة أنها له منذ سنة أو سنتين شك الشهود فى ذلك وأقام ذو اليد البينة انها له منذ سنتين قضيت بها لذى اليد لان شهود الخارج شكوا فيما زاد على السنة ومع الشك لا يمكن اثبات التاريخ فانما يثبت من تاريخهم ما يتفقوا به وذلك سنة فصار تاريخ ذى اليد أسبق فتترجح بينته وقد بينا اختلاف الروايات فيه فيما سبق ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذو اليد سنة أو سنتين شكوا فى ذلك فهو للمدعى لان ما شك فيه شهود ذى اليد لم يثبت وفيما تفقوا فيه استوى تاريخ ذى اليد والخارج فتترجح بينة المدعى ولو شهد شهود المدعى انها كانت له عام أول وشهود ذى اليد انها له منذ العام قضيت بها للمدعي

لان تاريخ شهوده أسبق ولوشهد شهود المدعى انها له منذ العام وشهود ذى اليد انها له عام أول قضيت بهالذى اليد لان شهوده شهدوا بتاريخ أسبق من تاريخ المدعى فثبت ملكه في ذلك الوقت وبعد ثبوت ملكه لايستحقه الغير الا من جهته ، قال دار فى يد رجلين أقام أحدهما البينة أنها له منذ سنة وأقام الآخر البينة أنها له منذسنتين قضيت بهالصاحب السنتين لان فى يد كل واحد منهما نصف الدار ففى النصف الذى فى يد من أرخ شهوده سنة بينة الخارج قامت بتاريخ سابق فكان هو أولى وفي النصف الذى في يد من أرخ شهوده بسنتين بينة ذى اليد قامت على تاريخ سابق على بينةالخارج فيستحق الترجيح به أيضا ولو أقام أحدهما البينة أن له ثلثهامنذ سنة وأقام الآخر البينة ان له ثلثها منذ سنين فانى أقضى بالثلثين لصاحب السنتين لان دعواه تنصرف الى مافى يده أولا ثم فيمايفضل على ما في يده ينصرف دعواه الى ما في يد صاحبه لان يده يدا محقة تحسينا للظن بالمسلم وحملا لفعله على الصحة ولوصرفنا دعواه الى ما فى يد غيره لم تكن يده يدا محقة وفى يده نصف الدار فما زاد على النصف الى تمام الثلثين وهو السدس اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى ولان الآخر ليس يدعي الى الثلث ودعواه منصرفة الى ما فى يده فما زادعلى الثلث هو لا ينازع الآخر فيه وقد أثبت الآخر استحقاقه بالبينة على ما فى يده فيقضى له به وترك الثلث فى يد صاحب الثلث فيكون ذلك له قضاء ترك لان بينته لم تقم على منازع له فيه يد ولا ملكا فهذا الطريق فيما اذا كان من أرخ سنة يدعي ثلثها والطريق الاول فيما اذا كان يدعى نصفها وقد اختلفت النسخ في وضع هذه المسئلة. قال أمة في يد رجل فاقام رجل البينة أنها أمته منذ ستة أشهر وأنه أعتقها البتة منذ شهر وأقام آخر البينة أنها أمته منذ سنة وأنه أعتقها عن دبر منه منذ سنة فانه يقضى بها مدبرة لمدعى التدبير لان تاريخ شهوده أسبق فانهم أثبتوا الملك والتدبير له منذ سنة والملك المتأكد بالتدبير لايحتمل النقض فشهود الآخر انما شهدوا بالعتق فيمن لايملكها وذلك غير مفيد ذكره فى بعض النسخ وفي قول أبي يوسف رحمه الله الاول البينة بينة مدعى العتق وهى حرة البتة وهذا بناء على ماسبق أن الخارجين اذا أرخا الملك بتاريخين فى قوله الاول يقضي بها بينهما نصفان ولا يترجح أحدهما لسبق التاريخ وقد بينا هذا في باب دعوى الميراث فهنا لما استويا فى اثبات الملك على هذا القول بقى الترجيح بما أثبتوا من العتق والعتق والتدبير اذا اجتمعا يترجح العتق لاستحالة أن يوطأ بملك اليمين وقد قامت البينة على حريتها من جهة من

أثبت ملكه فيها بالحجة. قال دار فى يد رجل ادعى رجل أنه اشتراها منه بمائة درهم ونقده الثمن وادعى آخر أنه اشتراها منه بمائتى درهم ونقده الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفه بنصف الثمن الذى بين شهوده وان شاء ترك لانهما تصادقا على أن الملك فى الاصل كان لذى اليد وادعى كل واحد منهما التملك عليه بسبب الشراء وقد استويا فى ذلك ولو استويا فى اقامة البينة على الملك المطلق عليه قضي به بينهما نصفان فكذلك هنا فان (قيل) قد تيقن القاضى بكذب أحد الفريقين لان التعين على دار واحدة من رجلين من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغى أن تبطل البينتان (قلنا) الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور بيعان فى وقتين من واحد لعين واحدة من كل واحد منهما وكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق له الشهادة فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما فى وقت واحد من وكيل المالك ويضاف عقد الوكيل الى الموكل مجازا فلعل الوكيلين باعا معا فيقضى لكل واحد من المشتريين بنصفها ويخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه فانه أثبت عقده فى الكل فاتبعض الملك حين لم يسلم له الا النصف خيرهما فان رضيا به فعلى كل واحد منهما من الثمن بقدر مايسلم له من البيع وذلك النصف فان رضي به أحدهما وأبى الآخر فليس للذى رضي به الا نصفه لان القاضى حين خيرهما فقد فسخ بيع كل واحد منهما فى النصف حين قضى به لصاحبه فلا يعود بيع أحدهما بترك صاحبه المزاحمة معه الا أن يكون ترك المزاحمة قبل أن يقضى القاضى بشئ فحينئذ تكون الدار للآخر بجميع الثمن فانه أثبت شراءه فى الكل ولم يفسخ القاضى بيعه فى شيء وانما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل كالشفيعين اذا أسلم أحدهما قبل قضاء القاضى لهما يقضى للآخر بجميع الدار بخلاف مالو كان تسليمه بعد القضاء فانه لا يكون للآخر الا نصف الدار ولو وقتت كل واحدة من البينتين وقتا قضيت بها لصاحب الوقت الاول لانه أثبت شراءه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه فاستحقها من ذلك الوقت فيتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك فكان شراؤه باطلا وان وقتت إحداهما ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان شراءهما حادث فانما يحال بحدوثه على أقرب الاوقات مالم يثبت التاريخ فانما يثبت شراء الذى لم توقت شهوده فى الحال وقد أثبت الآخر شراءه سابقا فكان هو أولى وهذا بخلاف ماذا ادعى الشراء من

رجلين ووقته احدهما ولم يوقت الآخر يقضى بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما هناك خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه فلعل ملك البائع الآخر أسبق فلهذا قضينا به بينهما فاما هنا اتفقا على الملك لبائع واحد فانما حاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه لا الى اثبات الملك للبائع وسبب الملك فى حق الذى وقت شهوده أسبق فكان هو بالدار أحق وان لم يوقت واحد منهما وكانت الدار في يد احدهما وقد قبضها قضيت بها لذى اليد لان قبضه صادر عن العقد الذى أثبته بالبينة حملا لفعله على الصحة فكان شراؤه متأكدا بالقبض فيترجح به لمعنيين أحدهما أنه قبضه اقترن بعقد الآخر وهو صادر عن عقده فلا بد من أن يكون عقده سابقا ولانه يحتاج الى اثبات الاستحقاق على البائع فقط وذلك فى بينته فاما الخارج يحتاج الى اثبات الاستحقاق على ذى اليد كما يحتاج الى اثباته على البائع وليس فى بينته ما يوجب الاستحقاق على ذى اليد لجواز أن يكون عقد ذى اليد سابقا وهذا بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واحدهما قابض فان الخارج أولى هناك لان كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وبينة ذى اليد فكانت بينة الخارج أولى فاما هنا لا يحتاج الى اثبات الملك للبائع بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتها الى اثبات سبب الاستحقاق وسبب القابض أقوى فكان هو أولى فان شهد شهود الخارج على وقت لم ينتفع به لان تمكن القابض من القبض دليل سبق عقده وهو دليل معاين والتاريخ فى حق الخارج مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ثم يد ذى اليد ثابتة بيقين فلا ينقض الا بيقين مثله وبذكر الوقت من شهود الخارج لا يزيل احتمال سبق عقد ذى اليد فلا ينقض قبضه الا أن يشهدوا أن بيع الخارج كان قبل بيع ذي اليد فحينئذ يكون بيع الخارج أولى لان تقدم العقد ثبت بنص من شهوده وتبين أن القابض اشترى من غير المالك وان كان المدعيان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر والدار فى يد المدعى عليه قضى بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما ثبت الملك لبائعه أولا وقد استوت البينتان فى اثبات الملك للبائع فيقضى بها بينهما نصفين ويتخير كل واحد من المشتريين لما بينا واذا اختار الاخذ رجع كل واحد منهما على بائعه بنصف الثمن ان كان نقده اياه لانه لم يسلم له الا نصف المبيع ولو وقتا وقتين كان صاحب الوقت الاول أولى لاثباته الملك لبائعه فى وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده. ولو أقام أحدهما

البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمى وهو يملكها وأقام الآخر البينة أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه وهو يومئذ يملكها قضي بها بينهما نصفين لان كل واحد منهما ينتصب خصما عمن ملكه فى اثبات الملك له أولا ثم لنفسه فالحجتان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى بها بينهما نصفين وكذلك لو أقام ثالث البينة على الصدقة من ثالث مع القبض وأقام رابع البينة على ارثه من أبيه قضى بينهم ارباعا لما بينا أن كل واحد منهما خصم عمن ملكه فان (قيل) انما وضع المسئلة في الدار فكيف يجوز القضاء بالهبة والصدقة فى جزء منهما مشاعا (قلنا) قيل موضوع هذه المسئلة في الدابة ولئن كان في الدار فكل واحد منهما اثبت استحقاقه فى الكل الا أنه لاجل المزاحمة يسلم له البعض وهذه المزاحمة بعد القبض فكان شيوعا طارئا وذلك لا يبطل الهبة والصدقة وهذا بخلاف ما اذا كانت الدار في يد رجل فاقام آخر البينة انه اشتراها من فلان بثمن مسمى وتقابضا وأقام آخر البينة أن فلانا ذلك وهبها منه وقبضها قضي بها لصاحب الشراء لانهما لا يحتاجان هنا الى اثبات الملك لمن ملكها فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة الى اثبات سبب الملك عليه والشراء أقوى من الهبة لانه عقد ضمان يوجب الملك فى العوضين والهبة تبرع لان الشراء يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك مدعى الشراء سابقا فلهذا جعل أولى وكذلك لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة وادعى أحدهما الشراء والآخر الرهن فالشراء أولى لما بينا واذا ادعى رجل الشراء وادعت المرأة أن فلانا ذلك تزوجها عليها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يقضي لكل واحد منهما بالنصف ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ويرجع المشترى بنصف الثمن ان كان نقده اياه وقال محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الشراء وللمرأة على الزوج قيمة الدابة * وجه قول محمد رحمه الله أن تصحيح البينات والعمل بها واجب ما أمكن لانها حجج وهنا يمكن تصحيح البينتين بان يجعل الشراء سابقا فان تسمية ملك الغير صداقا تسمية صحيحة موجبة لقيمة المسمى عند تعذر تسليم عينه فلهذا جعلنا الشراء سابقا ولان الشراء مبادلة مال بمال موجب الضمان فى العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان فى المنكوحة فكان الشراء أقوى من هذا الوجه فجعل أولى وأبو يوسف رحمه الله يقول كل واحد من البينتين يثبت الملك لنفسهما فتتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق كما فى دعوى الشرائين ومن وجه النكاح أقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف

الملك فى المشترى ويجوز التصرف فى الصداق قبل القبض بخلاف المشترى فان لم يترجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة وفيما قال محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين يثبت من غير حجة فاذا قضينا به بينهما نصفين استحق على المرأة نصف الصداق فيرجع بقيمة المستحق واستحق على المشترى نصف المبيع فيرجع بثمنه وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الهبة والقبض فالرهن أولى وذكر فى كتاب الشهادات أن الهبة أولى فى القياس ووجهه أن الهبة تفيد ملك العين والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب لملك العين أقوى وجه الاستحسان أن الرهن عقد ضمان والهبة عقد تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولانه يثبت بدلين المرهون والدين والهبة لاتثبت الا بدلا واحدا فكان الرهن أولى من الهبة وكذلك الرهن أولى من الصدقة والنكاح أولى من الهبة والصدقة لانه يوجب الملك بنفسه كالشراء فأما الهبة والصدقة سواء حتى لو ادعى أحدهما الهبة والآخر الصدقة يستويان لان كل واحد منهما تبرع لا يتم الا بالقبض فان (قيل) الصدقة لارجوع فيها بخلاف الهبة فكانت الصدقة أقوى (قلنا) امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضا . قال دار فى يد رجل فاقام آخر البينة أنه اشتراها من ذى اليد بالف درهم ونقده الثمن وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراها من المدعى ونقده الثمن فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تتهاتر البينتان جميعا سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا ويترك الدار في يد ذى اليد وعند محمد رحمه الله يقضي بالبينتين جميعا فان لم تشهد الشهود بالقبض يجعل شراء ذى اليد سالما فيأمر بتسليمه الي الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا فيسلم لذى اليد وجه قول محمد رحمه الله أن البينات حجج فمهما أمكن العمل بالبينتين لا يجوز ابطال شئ منها كالحجج الشرعية وهنا العمل بالبينتين ممكن أما اذا لم تشهد الشهود بالقبض فامكان العمل بها في جعل شراء ذى اليد سابقا لانا لو جعلنا شراء الخارج سابقا لم يصح بيعه من بائعه قبل القبض ولان قبض ذى اليد صادر عن عقده الذي أثبته بالبينة وذلك دليل سبق عقده فان شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقا لان انقضاء قبضه دليل سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذى اليد سابقا كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متأخرا كان قبضه بحق فلهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة وهذا عمل بالدليل وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

قال كل واحد منهما بدعوى الشراء أثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل بائع مقر بوقوع الملك للمشترى فكان هذا بمنزلة مالو أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك تهاتر الاقرار لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه معا بطل الاقراران جميعا فهذا مثله لمعنى أن شهود كل واحد منهما لم يشهدوا بالتاريخ فكل أمرين ظهرا ولا يعرف سبق أحدهما جعل كانهما وقعا معا فلا يجوز اثبات التاريخ بينهما لانه قضاء بما لم تشهد به الشهود فاذا جعلنا كالواقع معا بطلا للمنافاة بينهما وانما يعتبر امكان العمل بالبينتين بما شهدوا به دون مالم يشهدوا به فان وقت الشهود وقتين فهذا على وجهين إما ان يكون وقت الخارج سابقا أو وقت ذى اليد وكل وجه على وجهين اما أن تشهد الشهود بالقبض أولم يشهدوا به فان كان وقت الخارج سابقا فان لم تشهد الشهود بالقبض قضى بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لان شراءه ثبت سابقا ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض عندهما جائز وعند محمد رحمه الله يقضي بها للخارج لانه لايجوز بيع العقار قبل القبض وان شهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعا لان الخارج باعها من بائعه بعد ماقبضها وذلك صحيح وان كان وقت ذى اليد سابقا يقضى بها للخارج سواء كان الشهود شهدوا بالقبض أولم يشهدوا أما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال وكذلك ان لم يشهدوا به لان ذا اليد قابض وقد ثبت شراؤه سابقا فيجعل قبضه صادرا لاعن عقده ثم الخارج انما اشتراها منه بعد قبضه فيؤمر بتسليمها اليه. قال أمة فى يد رجل فأقام رجل البينة على الشراء منه وأقامت الامة البينة على العتق أو التدبير فان بينتها أولى لان كل واحد من البنتين موجب للحق بنفسه والعتق أقوى فانه لا يحتمل النقض بعد وقوعه وكذلك التدبير بخلاف الشراء ولان العبد بالعتق يصير قابضا لنفسه ولان العتق ينفرد به المعتق والشراء لا يتم الا بالايجاب والقبول وكان العتق والتدبير سابقا من هذا الوجه ولو استويا لم يمكن القضاء بالشراء لاقتران العتق به فان معتق البعض لا يحتمل البيع فلهذا جعلنا بينتها أولى وان وقتت البينتان فأولهما أولاهما ان كان العتق أولا فغير مشكل وان كان الشراء أولا فلان المشترى أثبت الملك لنفسه فى وقت لاتنازعه الامة فيه ثم هى أثبتت العتق والتدبير من غير المالك وذلك لا يوجب لها حقا ولو وقتت بينة الشراء ولم توقت بينة العتق أو التدبير كان العتق والتدبير أولى لما بينا أن العتق والتدبير يقع مسلما بنفسه فوجد القبض

فى أحدالجانبين والوقت فى الجانب الآخر وكان القبض أولى فان كان المشتري قد قبضه فهو أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده ولان قبضه معاين وقبض الآخر ثابت حكما فكان المعاين أولى وحمل فعل المسلم على الصحة والحل واجب ما أمكن الا أن تقوم البينه أن العتق أول أووقتوا وقتا يعرف أنه أول فحينئذ يكون العتق أولي لانعدام مزاحمة المشترى فى ذلك الوقت وكذلك ان لم يوقت بينة الشراء الا أن المشترى قد قبضه فهو أولى لما بينا أن قبضه دليل تقدم عقده الا أن تقوم البينة أن العتق أول وكذلك الهبة والصدقة مع العتق في جميع ماذكرنا من التفريع لان الهبة والصدقة مع القبض موجبة للملك كالشراء. ولو كانت الدار أو الامة فى يد رجل فأقام آخر البينة أن ذا اليد وهبها له وقبضها منه وأقام ذو اليد البينة على المدعى بمثل ذلك فانه يقضى بها لذى اليد أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لتهاتر البينتين كما بيناوعند محمد رحمه الله لان الشهود شهدوا بالقبض فانقضا وقبض الخارج دليل سبق عقده وقيام قبض ذى اليد دليل بآخرعقده. ولو ادعى رجل أنه اشترى الامة من ذي اليد بألف درهم وانه أعتقها وأقام البينة وأقام آخر البينة على الشراء منه أيضا فانه يقضى بها لصاحب العتق لان سببه يتأكد بالعتق حتى لا يحتمل النقض ولان العتق قبض منه فان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضا وقد بينا أن أحد المشتريين اذا أثبت القبض كان هو أولى ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الآخر صدقة مقبوضة وأقام البينة فان وقتت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد منهما أثبت سبب ملك حادث فانما يحال بحدوثه على أقرب الاوقات وقد أثبت أحدهما تاريخا سابقا بالتوقيت فيقضى بها له وان كانت فى يد من لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق عقده وهو دليل معاين والوقت فى حق الآخر مخبربه وليس الخبر كالمعاينة الا أن يقيم الآخر البينة أنه أول فحينئذ يكون هو أولى لاثبات الملك فى وقت لا ينازعه فيه صاحبه وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحدهما ففيما لا يقسم يقضي بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوه تبطل البينتان جميعا اذا لم يكن فيها ما يرجح احداهما من قبض أو تاريخ لانا لو عملنا بها قضينا لكل واحد منهما بالنصف الآخر والهبة والصدقة في مشاع يحتمل القسمة لا تجوز قيل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله فأما على قول أبى يوسف

ومحمد رحمهما الله ينبغى أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار من رجلين وقيل ينبغى على قولهم جميعا أن يقضي لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما أثبت قبضه فى الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أن المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف انما يقضى بالعقد الذى شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها . واذا اختصم رجلان فى دابة أو عرض من العروض كائنا ما كان وهو قائم بعينه فان القاضى لايسمع من واحد منهما البينة والدعوى حتى يحضرا ذلك الذى اختصما فيه لان اعلام المدعى شرط لصحة الدعوى والشهادة وتمام الاعلام بالاشارة الى العين واحضار ماينقل يتيسر فيؤمر ذو اليد باحضاره ولا يقال كيف كلف احضاره ولم يثبت الاستحقاق عليه لان بالاجماع يكلف الحضور بنفسه وان لم يثبت عليه شئ بعد نظرا للمدعى ليتمكن من اثبات حقه فكذلك يكلف باحضار العين اذ ليس عليه فيه كثير ضرر الا أن يكون المدعى عقارا فحينئذ احضاره متعذر فيقام ذكر الحدود فى الدعوى والشهادة مقام الاشارة الى العين لانه هو المتيسر والواجب من التعريف في كل محل القدر المتيسر وهو نظير ذكر الاسم والنسب في حق الغائب والميت وان كان العين المدعى مستهلكا فحينئذ يتعذر احضاره فيقام ذكر الوصف والقيمة مقام الاشارة الى العين فى صحة الدعوى والشهادة ولان المدعى هنا فى الحقيقة دين في الذمة وهو القيمة فاعلامه بذكر صفته وقيمته والله أعلم

باب الدعوي فى النتاج

(قال رحمه الله دابة في يد رجل ادعاها آخر أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضى بها الذى اليد استحسانا) وفى القياس يقضى بها للخارج وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله ووجهه أن مقصود كل واحد منهما اثبات الملك حتى لا يصير خصما الا بدعوى الملك لنفسه وفيما هو المقصود بينة ذى اليد لاتعارض بينة الخارج كما بينا في دعوى الملك المطلق ولا فرق بينهما فان اقامة البينة على الملك المطلق توجب الاستحقاق من الاصل كاقامة البينة على النتاج الا انا استحسنا للاثر وهو ما رواه أبو حنيفة رحمه الله عن

الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل وأقام البينة انها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة انها دابته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذى هى فى يديه ولان يد ذى البينة لا تدل على أولوية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت فوجب بظاهر يده فوجب قبول البينة ثم تترجح بيده بخلاف الملك المطلق فان هناك لا يثبت ببينته الا ماهو ثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته ومعنى هذا الكلام وهو أن حاجة ذى اليد الى دفع بينة الخارج وفى اقامته البينة على النتاج مايدفع بينة الخارج لان النتاج لايتكرر فاذا أثبت أنه نتجها اندفع استحقاق الخارج ضرورة فاما فى الملك المطلق فليس فى بينته ما يدفع بينة الخارج لان ملكه فى الحال لا يبقى ملكا كان للخارج فيه من قبل فلهذا عملنا بينة الخارج هناك وكان عيسى بن ابان رحمه الله يقول الطريق عندى فى النتاج تهاتر البينتين لتيقن القاضي بكذب احدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين فانما يقضى بها لذى اليد فصار ترك لتهاتر البينتين وهذا ليس بصحيح فقد ذكر في الخارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج انما يقضى بها بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قال لكان يترك فى يد ذى اليد وكذلك لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسقطها فى يد الآخر وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيما يقضي بها وبالسقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك فى يد كل واحد منهما مافي يده ولا معنى لقوله بان القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين لان الشهادة على النتاج ليس بمعاينة الانفصال فى الام بل بدونه الفصيل يتبع الناقة فكل واحد من الفريقين اعتمد سببا صحيحا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين. وكذلك لو كانت الدعوى فى العبد والامة وأقام كل واحد منهما البينة على الولادة فى ملكه فهذا والنتاج فى الدابة سواء. وكذلك اذا أقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه نسجه فان النسج فى الثوب يوجب أولوية الملك فيه وهو لا يتكرر كالنتاج فى الدابة الا أن يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد مرة كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل ثانيا فحينئذ يقضى به للخارج والحاصل أن النتاج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به الا ما في معناه من كل وجه فاما ماليس فى معناه الا من بعض الوجوه لا يلحق به لانه لو ألحق به كان بطريق القياس ولا يقاس على المخصوص من القياس لان قياس الاصل يعارضه وكل قياس لا ينفك عما يعارضه فهو باطل اذا ثبت هذا

فنقول مالا يتكرر فهو في معني النتاج من كل وجه فيلتحق به ويكون اثبات الحكم فيه بدلالة النص وما يتكرر ليس في معنى النتاج من كل وجه فيعاد فيه الى أصل القياس . قال ولو ادعى الدابة خارجان أقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها عنده ويقضى بها بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان وقتت بينة احدهما ولم توقت بينة الآخر وهي مشكلة السن قضي بها بينهما نصفين لان الذى لم يوقت أثبت ملكه فيها من حين وجدت والملك لا يسبق الوجود فلم يكن التوقيت مفيدا شيئا في حق من وقته اذا كانت مشكلة السن فكان ذكره كعدم ذكره فان كان السن على أحد الوقتين وقد وقتت بينة كل واحد منهما وقتا قضيت بها لمن وافق توقيته سن الدابة ولا عبرة بالاول والآخر لان علامة الصدق ظهرت في شهادة من وافق سن الدابة توقيته وعلامة الكذب تظهر في شهادة الفريق الآخر فيقضي بالشهادة التي ظهر فيها علامة الصدق وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بها بينهما نصفين من مشايخنا رحمهم الله من قال جمع في السؤال بين الفصلين ثم أجاب عن أحدهما وهو ما اذا كانت مشكلة فأما اذا كان سنها على غير الوقتين يعلم ذلك ظهر بطلان البينتين على قياس ما تقدم اذا كان المدعى واحدا ووقت شهوده الملك منذ عشر سنين وهي بنت ثلاثين سنة أن بينته باطلة فكذلك هنا اذا كان سنها على غير الوقتين فقد علم القاضي بمجازفة الفريقين وكذبهما في الشهادة وقد فعل محمد رحمه الله مثل هذا في الكتب جمع بين السؤالين ثم أجاب عن احدهما وترك الآخر في النكاح والاجارات وغيرهما أو يكون معنى قوله أو كانت مشكلة أو تأتي بمعنى الواو قال الله تعالى أو يزيدون معناه ويزيدون فهنا أيضا معناه اذا كان علي غير الوقتين وكانت مشكلة فحينئذ الجواب صحيح والاصح أن يقول جوابه صحيح للفصلين أما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا وينظر الي مقصودهما وهي اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفان لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وبقيت في يد ذى اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقهما على ذى اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق عليه وان أقام ذو اليد البينة على النسج والثياب والنتاج والملك له وأقام الخارج البينة على مثل ذلك قضيت بها لذى اليد على المدعى لان البينتين استويا فيترجح ذو اليد بحكم يده وان وقتت البينتان في الدابة

وقتين فان كانت الدابة علي وقت بينة المدعى قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت فى شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت فى شهادة شهود ذى اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد إما لظهور علامة الصدق في شهوده أو لسقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة . قال واذا كان الثوب فى يد رجل فأقام خارج البينة أن ثوبه نسجه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فان كان يعلم أن مثل هذا لا ينسج الا مرة فهو لذى اليد وان كان يعلم انه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج وان كان مشكلا لا يستبين أنه ينسج مرة أو مرتين قضيت به للمدعى وهذا قول محمد رحمه الله وفى بعض نسخ الاصل .قال وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ولا خلاف بينهم فى الحاصل وكان المعنى فيه أنه ليس فى معنى النتاج لان النتاج يعلم أنه لا يكون الا مرة فما يكون الا مشكلا لا يكون فى معنى ما هو معلوم حقيقة من كل وجه فيؤخذ فيه بأصل القياس ويقضى به للمدعى .وكذلك ان كانت المنازعة فى نصل سيف وأقام كل واحد منهما البينة أنه سيفه ضربه فانه يسأل أهل العلم بذلك من الصياقلة لان هذا مشكل على القاضى فيسأل عنه من له علم به لقوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنازعوا الامر أهله فان قالوا لا يضرب الا مرة يقضى به لذى اليد وان قالوا يضرب مثله مرتين أو أشكل عليهم فلم يعرفوا يقضى به للمدعي لان هذا ليس في معنى النتاج من كل وجه . قال ولو كانت الدعوى في غزل بين امرأتين يقضي به للذى هو فى يديها لان القطن لا يغزل الا مرة فكان هذا فى معنى النتاج وبهذه المسئلة استدلوا علي أن من غصب قطنا فغزله يملكه فان المذكور في كتاب الغصب اذا غزله ونسجه ولم يذكر هذا الفصل ولما جعله هنا فى معنى النتاج من كل وجه والنتاج سبب لاولية الملك فى الدابة عرفنا أن الغزل سبب لاولية الملك فى المغزول للذى غزله وفى الشعر اذا كان مما ينقض ويغزل يقضى به للمدعى وكذلك المرعزى لانه ليس فى معنى النتاج وكذلك فى الحلى يقضى به للمدعى لانه يصاغ مرتين فان أقاما البينة على خطة الدار قضيت بها للمدعى لان الخطة قد تكون غير مرة فانه عبارة عن قسمة الامام عند الفتح يخط لكل واحد من الغانمين خطا فى موضع معلوم يملكه ذلك بالقسمة فيكون خطه له وهذا وهذا قد يكون غير مرة بان يرتد أهلها وتصير محكومة بانها دار الشرك لوجود شرائطها ثم يظهر عليها المسلمون ثانية فيقسمها الامام بالخط لكل واحد

منهم كما بينا . قال وان كانت الدعوى فى صوف فاقام كل واحـد منهما البينة أن له جزة من غنمه فانه يقضي به لذى اليـد لان الجز لايكون الامرة واحـدة وكذلك المرغزى والجز والشعر فكان هذا فى معنى النتاج فان (قيل) كيف يكون الجز فى معنى النتاج وهو ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف وهو على ظهر الشاة كان ممـلوكا له فكان مالا ظاهرا قبـل الجز (قلنا) نعم ولكن كان وصفا للشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لايجوز بيعه قبل الجز وأن ماتنازعا فيه مال مقصود قال واذا كانت الارض والنخل فى يد رجل فأقام آخر البينة أنه نخله وأرضـه وانه غرس هـذا النخل فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى وكذلك الكروم والشجر لان أصل المنازعة في ملك الارض فان النخل بمنزلة البيع للارض حتى يدخل فى بيع الارض من غير ذكر وليس لواحد منهما فى الارض معنى النتاج ولان النخل يغرس غير مرة فقد يغرس الثالثة انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن فى معنى النتاج وان كانت الدعوي فى الحنطة وأقام كل واحد منهما البينة انها حنطة زرعها فى أرضه قضيت بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع فى الارض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا فى معنى النتاج . وكذلك لو كانت أرض فيها زرع فأقام كل واحد منهما البينة أن الارض والزرع له وانه زرعها يقضى بها للمدعى لان أصل المنازعة فى ملك الارض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج. وكذلك قطن أو كتان فى يد رجل أقام هو مع خارج كل واحد منهما البينة أنه له زرعه في أرضه فانه يقضى به للمدعي لما بينا أن الزرع قد يكون غير مرة. وكذلك كل مايزرع مما يكال أو يوزن قال وهذا لايشبه الصوف والمرعزى لان الرجل قد يزرع فى أرضه غيره ويكون للزارع ولا يستحقه رب الارض بخروجه من أرضه وأما الصوف والمرعزى لايكون الا لصاحب الغنم فمن ضرورة كون الشاة التى فى يد ذى اليـد مملوكة له أن يكون الذي جز منها مملوكا له وليس من ضرورة كون الزرع فى أرض هى ممـلوكة لذي اليد أن يكون الزرع مملوكا له ولان الجز فى معنى النتاج والزرع ليس فى معناه لاحتمال التكرر فلهذا قضينا به للمدعى . قال ولو كان القطن شجرا ثابتا في أرض فى يد رجل فأقام آخر البينة أنها أرضه وانه زرع هـذا القطن فيها وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها للمدعى لان أصل المنازعة في الارض وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج وكذلك لو كانت هذه المنازعة فى دار وأقام كل

واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للمدعى لان البناء يكون مرة بعد مرة ولم يكن فى معنى النتاج . قال ولو كانت أمة فى يد رجل ادعاها آخر أنها أمته وانها ولدت عنده فى ملكه من أمته في يديه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك يقضى بها لذى اليد لان الولادة في بنى آدم كالنتاج فى البهائم ولو كان المدعى أقام البينة على أمها التى عند المدعى عليه أنها أمته وانها ولدت هذه فى ملكه وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك قضيت بها وبأمها للمدعى لان أصل الدعوى فى الام وليس لواحد منهما فيها معنى النتاج فوجب القضاء بها للمدعي ثم الولد يملك بملك الام وكان من ضرورة القضاء بالام للمدعى القضاء بالولد له وكذلك لو كانت الدعوى فى صوف فأقام المدعى البينة انه جزه من شاته هذه وهى فى ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك من شاة أخرى فى يده قضيت بها لذى اليد ولو أقام المدعى البينة على الشاة انها فى يد المدعى عليه أنها شاته وانه جز هذا الصوف فى ملكه منها وأقام ذواليد البينة على مثل ذلك قضيت بها للمدعى لان الدعوى فى أصل الشاة فانما أثبت كل واحد منهما بالبينة الملك المطلق فيها فتترجح بينة المدعى ثم الصوف يملك بملك الاصل فان (قيل) قد يكون الصوف والولد لغير صاحب الاصل بأن يوصى بما فى بطن جاريته للانسان وبرقبتها لآخر أو يوصى بالشاة لانسان وبصوفها لآخر (قلنا) لا كذلك فالولد والصوف يملك بملك الاصل الا أن يملك غيره بسبب ينشئه مالك الاصل من وصية أو غيره . قال عبد فى يدى رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضي به للذى هو فى يديه لاثباته أولية الملك لنفسه فيه فيكون ابن عبده وأمته دون ابن عبد الآخر وأمته لان بينته لما ترجحت بالقضاء بالملك صارت البينة الاخرى مدفوعة لا يقضي بها بالنسب كما لا يقضى بها بالملك وان أقام الخارج البينة أنه عبده اشتراه من فلان وأنه ولد فى ملك بائعه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد فى ملكه قضى به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بائعه كما هو خصم فى اثبات ملك بائعه ولو حضر البائعان وأقام البينة على النتاج كان ذو اليد أولى فهذا مثله وكذلك لو أقام الخارج البينة على نتاج بائعه وأقام ذو اليد البينة على النتاج فى ملكه فبينة ذى اليد أولى لما بينا وكذلك لو أقام البينة على وراثة أو وصية أو هبة مقبوضة من رجل وأنه ولد فى ملك ذلك الرجل لانه يتلقى الملك من جهة مورثه وموصيه فيكون خصما

عنه فى اثبات نتاجه ولو كان عبد فى يدى رجل فأقام آخر البينة انه عبده ولد فى ملكه ولم يسموا أمه وأقام آخر البينة انه عبده ولد عنده من أمه هذه فانه يقضى للذى أمه فى يديه لان البينات تترجح بزيادة الاثبات وفى بينة من عين أمه زيادة وهو اثبات نسبه من أمه فيترجح بذلك فان شهد الشهود لذى اليد أنه له ولد فى ملكه من أمته هذه لامة أخرى قضى به لذى اليد لان بينة الخارج فى الولادة لا تعارض بينة ذي اليد سواء حصل من واحدة أو من اثنتين فأما أمه فانه يقضى بها للذى العبد فى يده الذي أقام البينة عليه لانه لا مزاحم له فى الام بحجة يقيمها على اثبات الملك فيه فلهذا قضيت بها للذى العبد فى يديه الذي أقام البينة قال وان كان عبد في يد رجل فاقام آخر البينة أنه عبده ولد فى ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا وأقام آخر البينة على مثل ذلك فانه يقضى بها بينهما نصفان لاستوائهما فى الحجة على الولادة فى الملك ثم قال ويكون الابن من الامتين والعبدين جميعا فاما ثبوت نسبه من العبدين فهو على قول علمائنا وعلى قول الشافعى رحمه الله لا يثبت نسب الولد من رجلين بحال حرين كان أو عبدين ادعيا لقيطا أو ولد جارية بينهما ولكنه يرجع الى قول القائف فانهما قال القائف انه ابنه يثبت النسب منه وان كان موضعا لا يوجد القائف فيه يقرع بينهما ويقضى بالنسب لمن خرجت قرعته واحتج فى المنع من ثبوت النسب من اثنين أن ثبوت نسب المولود من الوالد بكونه مخلوقا من مائه ونحن نتيقن أنه غير مخلوق من ماء رجلين لان كل واحد منهما أصل للولد كالام بمنزلة البيض للفرخ والحب للحنطة فكما لا يتصور فرخ واحد من سنبلة واحدة من حبتين فكذلك لا يتصور ولد واحد من مائين وهذا لان وصول المائين الى الرحم فى وقت واحد لا يتصور واذا وصل أحد المائين فى الرحم ينسد فم الرحم فلا يخلص اليه الماء الثانى فاذا تعذر القضاء بالنسب منهما جميعا يرجع الى قول القائف لحديث عائشة رضي الله عنها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسارير وجهه تبرق من السرور وقال أما ترين ياعائشة أن مجزز المدلجى مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف دليل على أن قوله حجة فى النسب ولان القائف يعتبر الشبه وللشبه فى الدعاوى عبرة كما قلتم فى متاع البيت اذا اختصم فيه الزوجان فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وكذلك اذا اختلف الآجر والمستأجر فى ملك لوح موضوع فى الدار فان كان تصاويره تشبه تصاوير

مافى السقف وموضعه ظاهر فالقول قول الآجر وان كان يخالف ذلك فالقول قول المستأجر وفي الموضع الذى لا يوجب القائف يسار الى الاقراع كما هو مذهبه فى جواز استعمال القرعة لتعيين المستحق عند الاقرار وقد استعمله على رضى الله عنه فى دعوى النسب حين كان باليمن* وحجتنا فى ابطال المصير الى قول القائف ان الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف فلو كان قوله حجة لامر بالمصير اليه عند الاشتباه ولان قول القائف رجم بالغيب ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه وهو مافى الارحام كما قال الله تعالى ويعلم مافى الارحام ولا برهان له على هذه الدعوى وعند انعدام البرهان كان فى قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الآباء ومجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أباه الادنى وقد يشبه الاب الاعلى الذى باعتباره يصير منسوبا الى الاجانب فى الحال واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أتاه رجل فقال أنا أسود شديد السواد وقد ولدت امرأتى ولد أبيض فليس منى فقال صلى الله عليه وسلم هل لك من ابل فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم مالونها قال حمر فقال صلى الله عليه وسلم هل فيها من أورق فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم من ذاك فقال لعل عرق نزع أوفقال صلى الله عليه وسلم ولعل هذا عرقا نزع فبين النبي صلى الله عليه وسلم انه لاعبرة للشبه وفى متاع البيت عندنا الترجيح بالاستعمال لا بالشبه وفى اللوح الترجيح بالظاهر لا بالشبه (ألا ترى) أن اسكافا وعطارا لو تنازعا فى اداة الاساكفة لا يترجح الاسكاف بالشبه وثبوت نسب اسامة رضى الله عنه كان بالفراش لا بقول القائف الا أن المشركين كانوا يطعنون فى ذلك لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان عند القافة علم بذلك وان بنى المدلج هم المختصون بعمل القيافة ومجزز منهم فلما قال ماقال كان قوله رد الطعن المشركين فانما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لهذا لا لان قول القائف حجة فى النسب شرعا فاما الدليل على اثبات النسب منهما حديث عمر وعلى رضى الله عنهما حين قال فى هذه الحادثة انه لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو أبنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما والمعنى فيه انهما استويا في سبب الاستحقاق والمدعى قابل للاشتراك فيستويان فى الاستحقاق وبيان ذلك أن ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش لا بحقيقة الخلاقه من مائه لان ذلك لا طريق الى معرفته ولا باعتبار الوطء لانه سر عن غير الواطئين فاقام الشرع الفراش مقامه تيسيرا فقال صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وكل واحد من البينتين

يعتمد على ما علم به من الفراش والحكم المطلوب من النسب الميراث والنفقة والحضانة والتربية وهو يحتمل الاشتراك فيقضي به بينهما وهو الجواب عن قوله انه لا يتصور خلاق الولد من المائين فان السبب الظاهر متي أقيم مقام المعنى الخفى تيسيراً سقط اعتبار معني الباطن مع ان ذلك يتصور بأن يطأها أحدهما فلا يخاص الماء الى أحدهما حتى يطأها الثانى فيخاص الماآن الى الرحم معا ويختلط الماآن فيتخلق منهما الولد بخلاف البيضتين والحبتين لانه لا تصور للاختلاط فيهما. قال وان كان المدعى للنسب أكثر من اثنين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يثبت منهم وان كثروا أخذا بالقياس كما قررنا وعند أبي يوسف رحمه الله لا يثبت فيما زاد على المثنى لان ثبوته من اثنين بحديث عمر وعلى رضى الله عنهما ففيما زاد على ذلك يوجد بأصل القياس الذى قرره الخصم لاستحالة اثبات نسب من عشرة أو أكثر ومحمد رحمه الله يقول يثبت من ثلاثة لانها أدنى الجمع ولا نهاية للزيادة على الثلاثة فالقول به يؤدى الى التفاحش فاعتبرت أدنى الجمع وقلت يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر من ذلك فأما فى الامتين يثبت النسب عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من الحرتين اذا ادعتا لقيطا وأقامتا البينة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت النسب من المرأتين بحال وحجتهما في ذلك ان ثبوت النسب من المرأة بسبب انفصال الولد عنها ولهذا يثبت من الزانية وهذا سبب معاين يوقف عليه فيعتبر حقيقته ولا تصور لانفصال ولد واحد من المرأتين فيتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب فتبطل البينتان بخلاف الرجلين فسبب ثبوت النسب من الرجل الفراش على ما قررنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول نعم حقيقة هذا النسب من امرأتين محال ولكن المقصود من النسب حكمه لا عينه وهو الحضانة والتربية من جانب الام وهذا الحكم قابل للاشتراك فيقبل البينتان لاثبات الحكم ويكون ذكر السبب كناية عن الحكم مجازاً وهو نظير ماقاله أبو حنيفة رحمه الله فيمن قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابنى يعتق عليه وان كان صريح كلامه محالا ولكن يجعل كناية عن حكمه مجازاً وما قالا يبطل بدعوى النتاج فان ولادة شاة واحدة من شاتين حقيقة محال ومع ذلك اذا أثبت الخارجان ذلك بالبينة يقضى بالحكم المطلوب وهو الملك لانه قابل للاشتراك فهذا مثله. قال واذا كان قباء محشوا فى يد رجل فأقام رجل البينة أنه له قطعه وحشاه وخاطه فى ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فانه يقضى به للمدعى لان الحشو والخياطة قد تكون

غير مرة فلم تكن فى معنى النتاج وكذلك الجبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والانماط والوسائد لان هذا مما يتكرر وكذلك الثوب المصبوغ بالعصفر أو الزعفران أو الورس اذا أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة على ان له صبغه فى ملكه لان الثوب يصبغ غير مرة وقد يصبغ على لون ثم يصبغ على لون آخر فلم يكن ذلك فى معنى النتاج وكذلك أوانى الصفر والحديد يقضى به للمدعى الا أن يعلم أنه لايصبغ الا مرة فحينئذ يكون فى معنى النتاج وكذلك الابواب والسرر والكراسى اذا أقام كل واحد منهما البينة انه نجره فى ملكه فان كان ذلك لا يكون الا مرة واحدة يقضي به لذى اليد لانه يكون فى معنى النتاج فان كان يكون غير مرة أولا يعلم يقضي بها للمدعي لأنه ليس في معني النتاج وعلي هذا الخفاف والنعال والقلانس قال ولو كانت الدعوى في سمن أوزيت أودهن وأقام كل واحد منهما البينة انه له عصره وسلاه فى ملكه فانه يقضى به لذى اليد لان هذا لايكون الا مرة واحدة فهو فى معنى النتاج وكذلك السويق والعصير والخل والجبن وأشباه ذلك وأما الشاة المسلوخة اذا أقام كل واحد منهما البينة أنها شاته ضحى بها وسلخها فانه يقضى بها للمدعى لان الذبح والسلخ ليس بسبب للملك (ألا ترى) ان الغاصب لا يملك به فلم يكن هذا فى معنى النتاج فى اثبات أولية الملك به فلهذا قضينا به للمدعى. قال وان أقام خارجان البينة دعوى الدابة أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فانه يقضى بها لصاحب النتاج لاثباته أولية الملك لنفسه فانها لا تملك الا من جهته والآخر لا يدعي تملكها من جهته وفى الكتاب قال عن شريح رحمه الله الناتج أحق من العارف يعني بالعارف الخارج الذي يدعى ملكا مطلقا ولو كانت الدعوى في لحم مشوي أو سمكة مشوية وأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه شواه فى ملكه يقضى بها للمدعي لان الشي قد يكون غير مرة فان اللحم يشوى ثم يعاد ثانيا فلم يكن في معنى النتاج وكذلك المصحف اذا أقام كل واحد منهما البينة انه مصحفه كتبه فى ملكه يقضي به للمدعى لان الكتابة ليست بسبب للملك ولكنه قد يتكرر يكتب ثم يمحى ثم يكتب فلهذا قضينا به للمدعى. قال ولو كانت الدعوي فى أمة فأقام أحد الخارجين البينة أنها أمته ولدت فى ملكه وأقام آخر البينة أنها أمته سرقت منه فانه يقضى بها لصاحب الولادة وكذلك لو شهد شهود السرقة أنها أمته أبقت منه أو غصبها اياه ذو اليد فهي لصاحب الولادة لان في بينته اثبات أولية الملك وليس في البينة الاخرى ذلك فكان استحقاقه سابقا وكذلك في

الدابة اذا شهد شهود أحدهما بالنتاج وشهود الآخر أنها دابته أجرها من ذى اليد أو أعارها أو رهنها اياه فهى لصاحب النتاج لان في شهادة شهوده دليل سبق ملكه . قال واذا كان الثوب في يد رجل فأقام آخر البينة انه نسجه ولم يشهدوا انه له لم يقض له به لانه لم يشهدوا له بالملك نصا فقد ينسج الانسان ثوب الغير باذنه ولا يملكه كالنساج ينسج ثياب الناس . وكذلك لو أقام البينة فى دابة انها انتجت عنده أو فى أمة انها ولدت عنده فليست هذه اللفظة شهادة بالملك للمدعى فلا يستحق به شيئا . وكذلك لو شهدوا انها ابنت أمته فليس فى هذا اللفظ شهادة بالملك له انما فيه شهادة بالنسب (ألا ترى) انه قد يشترى أمة ولها ابنت في يد غيره فهى ابنت أمته ولا تكون مملوكة له أو بشئ بعد الانفصال عنها فهى ابنت أمته ولا تكون مملوكة له. وكذلك لو شهدوا علي ثوب انه غزل من قطن فلان ونسج لم يقض له به لان ملك القطن لا يكون سببا لملك الغزل والثوب وان الغاصب اذا غزل القطن ونسجه كان الثوب مملوكا له وان لم يكن مالكا للقطن والمغصوب منه كان مالكا للقطن ولا يملك الثوب به فليس في هذا اللفظ شهادة بالملك له نصا فان قال أنا أمرته أن يغزل وينسج قضى له بالثوب لان عمل الغير بأمره كعمله بنفسه والذى غزله ونسجه بانكاره الامر يدعى يملكه عليه فلا يصدق الا بحجة. ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان فأراد صاحب الارض أخذ الحنطة لم يكن له ذلك وفى رواية أبي حفص رحمه الله قال له أن يأخذ الحنطة لانهم أضافوا الارض اليه ملكا ويدا فما في أرضه من الزرع يكون في يده وهذا بمنزلة شهادتهم أنه أخذها من يده فيؤمر بالرد عليه وجه رواية أبي سليمان رحمه الله انهم ما شهدوا بالملك له فى الزرع انما أضافوا الارض اليه بالملكية وقد تكون الارض مملوكة له والزرع الذى فيها لغيره كمن غصب أرضا فزرعها وكذلك ماشهدوا باليد فى الزرع ولا فى الارض نصا فانه ليس من ضرورة كون الارض مملوكة له أن تكون فى يده فلهذا لا يستحق شيئا . وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع كان في أرضه أو أن هذا التمر من نخل كان في أرضه وان هذا الزبيب من كرم كان في أرضه لانهم ما أضافوا ما وقع فيه الدعوى اليه ملكا ولا يداً وقد يكون النخل والكرم في الارض لغير صاحب الارض ملكا ويداً ولو أقر بذلك الذى فى يديه أخذ به لاقراره بالاخذ من ملكه والاقرار بالاخذ من ملكه بمنزلة الاقرار بالاخذ من يده فيؤمر بالرد عليه وهذا لان الاقرار يوجب الملك بنفسه قبل أن يتصل به القضاء فنوع

احتماله فيه لا يمنعنا من العمل بظاهره فأما الشهادة لا توجب الحق الا بقضاء القاضي وانما يقضي القاضي بالمشهود به فاذا لم يكن في الشهادة تنصيص علي ملك أويد للمدعي فالمدعى لا يقضى به له *توضيح الفرق ان في اقراره بيان انه كان في يده فكأنه قال كان في يد هذا أمس فيؤمر بالرد عليه وفي الشهادة كذلك ولكن لو شهدوا أنه كان في يده أمس لا يستحق به شيئا .قال وان شهدوا ان هذا التمر أخذه هذا من نخل فلان قضى له به بمنزلة مالو شهدوا أنه أخذه من يد فلان لان المتصل بنخله من التمر يكون في يده .ولو شهدوا انه خرج من نخل فلان وهو يملكه أوأن هذا العبد ولدته أمة فلان وهو يملكها قضي له بجميع ذلك لانهم صرحوا بالولد من ملكه والمتولد من ملك الانسان يكون مملوكا له الى أن يتملكه الغير بسبب عارض من وصية أو غيرها فكان هذا وشهادتهم بالملك له في المدعا سواء وكذلك لو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا لانهم أضافوا اليه بالملكية وشهدوا أن هذه الحنطه جزء منه فان من للتبعيض فكان هذا تنصيصا على الشهادة بالملك له في الحنطة وكذلك لو شهدوا أن هذا الزبيب من كرم هذا وهذا التمر من نخل هذا قضى له به لشهادتهم بالتولد من ملكه .ولو شهدوا أن فلانا غزل هذا الثوب من قطن فلان وهو يملك القطن ونسج الثوب فاني أقضي علي الذى غزل مثل ذلك القطن لما بينا ان ملك القطن ليس بسبب لملك الثوب ولكن من غزل قطن الغير ونسجه فالثوب له وهو ضامن لمثل ذلك القطن وان قال صاحب القطن أمرته بذلك أخذ الثوب لانهما اتفقا على أنه كان مالكا للقطن والذى غزل ونسج يدعى تملكه عليه بالضمان وهو منكر لذلك فكان القول قوله كما لو ادعى التملك عليه بالبيع فانكره .وكذلك لوشهدوا ان فلانا طحن هذا الدقيق من حنطة فلان وهو يملكها قضى عليه بحنطة مثلها وان قال رب الحنطة أنا أمرته أخذ الدقيق لما بينا .قال واذا كان الدجاج أو الشيء من الطيور في يد رجل فأقام رجل البينة انه له فرخ في ملكه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك قضي به لذى اليد لان هذا في معنى النتاج لا يتكرر ولو أقام المدعى البينة ان البيضة التى خرجت هذه الدجاجة منها كانت له لم يقض له بالدجاجة ولكن يقضي على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها لان ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة فان من غصب بيضة وحضنها ذلك تحت دجاجة كان الفرخ للغاصب وعليه بيضة مثل المغصوبة وهذا لا يشبه الولادة والنتاج لان من غصب أمة أو دابة فولدت عنده لا يملك الولد بل هو لصاحب

الاصل وهذا لان البيضة بالحضانة تصير مستهلكة فيحال بحدوث الفرخ على عمل الحضانة بخلاف الدابة والأمة فانها لا تصير مستهلكة بالولادة فيكون مملوكا لصاحب الاصل لتولده من ملكه . قال ولو غصب دجاجة فباضت عنده فالبيضة لصاحبها لتولدها من ملكه فان باضت بيضتين فحضنت الدجاجة نفسها على أحدهما فخرج منها فرخ وحضنها الغاصب على الاخرى فخرج منها فرخ فالفرخ الاول للمغصوب منه مع الدجاجة والفرخ الآخر للغاصب لان ما حصل بفعله يصير مملوكا له وما حصل بفعل الدجاجة نفسها لاصنع للغاصب فيه فلا يملكه بل يكون لمالك الاصل كما قلنا فيمن غصب حنطة وزرعها كان الزرع له ولو هبت الريح بالحنطة فجعلتها مزروعة فى الارض كان الزرع لصاحب الحنطة لان بناء الحكم على فعل الريح غير ممكن فيجعل مملوكا لصاحب الاصل ولان ماحضنها الغاصب صار مستهلكا بفعله فيكون ضامنا لمثله ويصير مملوكا له بالضمان فانما يتولد الفرخ من ملكه فأما ماحضنت الدجاجة بنفسها لم تصر مضمونة على الغاصب فلا يملكها فبقى ذلك الفرخ لصاحب الاصل . قال ثوب مصبوغ بعصفر في يد رجل فشهد شاهدان أن هذا العصفر الذى فى هذا الثوب لفلان صبغ به هذا الثوب فلا يدرى من صبغه وجحد ذلك صاحب الثوب فادعى صاحب العصفر أن رب الثوب الذى فعل ذلك فانه لا يصدق عليه لانه يدعى ضمان قيمة العصفر دينا فى ذمته وهو منكر وليس فى شهادة شهوده ما يوجب ذلك فان ثوب الغير اذا هبت به الريح والقته فى صبغ انسان فانصبغ كان الصبغ لصاحبه فى الثوب الآخر وليس له أن يضمن صاحب الثوب شيئا ولكن يقوم الثوب أبيض ويقوم مصبوغا فان صاحب الثوب يضمن له مازاد العصفر فى ثوبه والا يبيع الثوب فيصرف فيه صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب العصفر ما زاد العصفر في ثوبه لانهما شريكان فى الثوب المصبوغ أحدهما بالثوب والآخر بالعصفر ولكن الثوب أصل والعصفر فيه وصف فكان الخيار لصاحب الاصل دون صاحب الوصف . قال وان كانت الدعوى فى لبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه له ضربه فى ملكه يقضي به للمدعى لان اللبن يضرب غير مرة بان يضرب ثم يكسر ثم يضرب فلم يكن فى معنى النتاج فلهذا قضي به للمدعى . قال وان كانت الدعوى فى جبن فاقام الخارج وذواليد كل واحد منهما البينة أنه جبنه صنعه فى ملكه فهو للذى فى يديه لان الجبن لا يصنع الا مرة وهو سبب لاولية الملك بمنزلة النتاج فهذه المسئلة على خمسة أوجه أحدها ما بينا والثانى

اذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان أصل المنازعة فى اللبن و بينة كل واحد منهما فيه قامت علي الملك المطلق والثالث أن يقيم كل واحد منهما البينة ان حاب اللبن الذى صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذى اليد لان الحلب فى اللبن لا يتكرر فكان فى معنى النتاج والرابع اذا أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة التى حلب منها اللبن الذى صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعى لان المنازعة فى ملك الشاة وبينة كل واحد منهما فيها قامت على المطلق والخامس أن يقيم كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منهما اللبن الذى صنع منه هذا الجبن شاته ولدت فى ملكه من شاته فالبينه بينة ذى اليد لان الحجتين قامتا على النتاج فى الشاة التى كانت المنازعة فيها . قال ولو كانت الدعوى فى آجر أو جص أو نورة وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعه فى ملكه قضيت به لذى اليد وكان ينبغى أن يقضى بالآجر للخارج ويجعل هذا بمنزلة الشئ فى اللحم ولكنه قال طبخ الآجر لا يتكرر فانه بالطبخ الاول يحدث له اسم الآجر فان أعيد طبخه بعد ذلك لا يحدث به اسم آخر فعرفنا أنه مما لا يتكرر . وكذلك طبخ الجص والنورة فكان هذا فى معنى النتاج . قال فان كانت الدعوى فى جلد شاة وأقام كل واحد منهما البينة أنه جلده سلخه فى ملكه قضي به لذى اليد لان سلخ الجلد لا يتكرر فكان في معنى النتاج ولو لم يقم البينة على ذلك لهما ولكن المدعى أقام البينة أنه جلد شاته ولم يشهدوا له به لم يقض له بالملك . وكذلك لو شهدوا على صوف أنه صوف شاته أو على لحم أنه لحم شاته قال عيسى رحمه الله هذا غلط وأرى جواب محمد رحمه الله فى هذه الفصول لا يستمر على أصل واحد وقد قال قبل هذا اذا قالوا هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا الزبيب من كرمه أو هذا التمر من نخلة قضى له به وأى فرق بين تلك المسائل وبين هذه المسائل بل الجلد والصوف واللحم فى كونه مملوكا بملك الاصل أبلغ من ملك الزرع والتمر والزبيب بملك الاصل فان (قيل) ان هنا قد ينفصل ملك الصوف عن ملك الاصل بالوصية فكذلك فى تلك المسائل ولكن ما ذكره محمد رحمه الله صحيح لانهم ماجعلوا المدعا هنا في شهادتهم من ملكه انما نسبوه الى شاة ثم نسبوا اليه الشاة بالملكية فلم يكن شهادة بالملك فى المدعا نصا فأما هنالك شهدوا أن المدعاة من ملكه وذلك شهادة بالملك له فى المدعا نصا . قال ولو كانت شاة مسلوخة فى يد رجل وجلدها ورأسها وسقطها فى يد آخر فأقام ذو اليد فى الشاة البينة أن الشاة والجلد والرأس

والسقط له وأقام الذى فى يديه السقط البينة علي مثل ذلك فانه يقضى لكل واحد منهما بما فى يدى صاحبه لان كل واحد منهما أثبت فيما فى يد صاحبه ملكا مطلقا بالبينة وبينة الخارج فى دعوى الملك المطلق تترجح ولو أقام كل واحد منهما البينة أن الشاة شاته تتجب عنده فى ملكه فذبحها وسلخها وان له جلدها ورأسها وسقطها يقضي بالكل للذى الشاة فى يده لانه أثبت بينته النتاج فى الشاة فاستحق القضاء بأولية الملك له فيها وجلدها ورأسها وسقطها بينهما فلهذا قضينا بالملك لذى اليد .قال ولو كانت شاة في يدى رجل وشاة أخرى فى يد آخر فأقام كل واحد منهما البينة على شاة صاحبه الذي فى يديه انها شاته ولدت فى ملكه من هذه الشاة القائمة فى يده فانه يقضي لكل واحد منهما بشاة صاحبه التى فى يديه وتأويل هذه المسئلة فيما اذا كان سن الشاتين مشكلا فاما اذا كان معلوما واحدهما تصلح أما للاخرى والاخرى لا تصلح أما لها وكانت علامة الصدق ظاهرة فى شهود أحدهما وعلامة الكذب ظاهرة فى شهادة شهود الآخر يقضي بها بما ظهر فيه علامة الصدق فاما عند الاشكال لا تظهر علامة الصدق ولا الكذب في شهادة أحدهما وكل واحد منهما فيما فى يده أقام البينة على الملك المطلق وصاحبه أقام البينة على النتاج وبينة الخارج على النتاج أولي من بينة ذي اليد فى الملك المطلق فلهذا قضينا لكل واحد منهما بما فى يد صاحبه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يبطل البينتان جميعا لتيقننا بكذب احدهما فان كل واحد منهما لا يتصور أن تكون والدة لصاحبتها ومولودة منها ولو أقام البينة أن الشاة التى فى يده شاته ولدت فى ملكه وان شاة صاحبه ولدتها شاته هذه فى ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك يقضى لكل واحد منهما بما فى يديه لان كل واحد منهما فيما فى يده أقام البينة على النتاج وبينة ذى اليد على النتاج مقدمة على بينة الخارج ولو أقام أحدهما البينة أن الشاة التى فى يده شاته ولدت فى ملكه وان شاة صاحبه له ولدتها شاته فى ملكه وأقام الآخر البينة على مثل ذلك فهذا والاول سواء يقضى لكل واحد منهما بما في يده لاثباته النتاج فيها. قال ولو كانت شاتان فى يد رجل أحدهما بيضاء والاخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء فى ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وان هذه السوداء ولدت هذه البيضاء فى ملكه فانه يقضي لكل واحد منهما بالشاة التى ذكر شهوده أنها ولدت فى ملكه لانه أثبت النتاج فيها بالبينة وصاحبه أثبت فيها ملكا مطلقا والبينة على النتاج أولى من البينة علي الملك المطلق سواء كان من ذى اليد الخارج. قال

واذا كانت شاة فى يد رجل فأقام رجل البينة انها شاته ولدت فى ملكه فقضى القاضي له بها ثم جاء آخر وأقام البينة انها شاته ولدت فى ملكه وقال ذو اليد للقاضى قد قضيت لى بالولادة بالبينة فان اكتفيت بذلك والا أعدتها فانه يأمره أن يعيد بينته لان القضاء بالبينة الاولى كان على خصمه خاصة فيجعل اقامتها فى حق الثانى وجوداً وعدما بمنزلة لان المقضي به للملك وثبوت الملك بالبينة فى حق شخص لا يقتضى ثبوته فى حق شخص آخر (ألا ترى) أن فى الملك المطلق يصير ذو اليد مقضيا عليه دون غيره من الناس فان اعادة بينة قضي بها له تقدم البينة ذى اليد على بينة الخارج فى النتاج وان لم يعدها قضى بها للمدعى فان قضي بها للمدعى ثم أقام المقضي له الاول شهوده على الولادة فان القاضي يقبل بينته ويبطل قضاءه للآخر وهذا استحسان وفى القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا تقبل بينته الا ان يدعى تلقي الملك من جهة المقضى له ووجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت أولية الملك لنفسه وان هذا المين حادث على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر ذو اليد به مقضيا عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضى أخطأ في قضائه وان أولية الملك لذى اليد فلهذا انقضى قضاؤه بخلاف الملك المطلق فان (قيل) القضاء ببينة الخارج مع بينة ذى اليد على النتاج مجتهد فيه فعند ابن أبى ليلى رحمه الله بينة الخارج أولى فينبغى أن لا ينقض قضاء القاضى لمصادقته موضع الاجتهاد (قلنا) انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذى اليد قائمة عنده وقت القضاء فتترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عند قضائه فلم يكن قضاؤه على اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع من ذي اليد فاذا أقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول وعلى هذا لو أقام الخارج البينة علي الملك المطلق وقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة علي النتاج يقضى بها له وينتقض القضاء الاول لما بينا. قال أمة فى يد رجل أقام رجل البينة ان قاضى بلد كذا قضى له بها على هذا الرجل بشهادة شهود شهدوا عنده وأقام ذو اليد البينة أنها أمته ولدت في ملكه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه في وجه منها يقضى القاضى بها للمدعى بالاتفاق وهو اذا شهد شهود المدعي ان قاضى بلد كذا قضى له بها مطلقا ولم يزيدوا على هذا شيئا لان من الجائز ان ذلك القاضي انما قضي له بها بشهادة شهود شهدوا عنده أنه اشتراها من ذي اليد أو وهبها له فلا تكون بينة ذى اليد على الولادة فى ملكه مبطلا لذلك وكذلك القضاء بل يكون مقررا له . وكذلك ان فسر شهود القضاء بهذا التفسير فهو آكد فى

تنفيذ ذلك القضاء والوجهان الآخران أن يشهد شهود المدعى ان قاضي بلد كذا قضى له بها بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته أو بشهادة شهود شهدوا عنده أنها أمته ولدت في ملكه فعلي قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بينة المدعي أولى في هذين الفصلين ولا ينقض القاضى الثاني قضاء الاول وعلى قول محمد رحمه الله بينة ذي اليد على الولادة في ملكه أولى فيقضي بها له * وجه قوله ان ذا اليد لو أقام هذه البينة عند القاضي الاول نقض الاول قضاءه وقضى بها لذي اليد فكذلك اذا أقامها عند الثاني لان ثبوت قضاء الاول عند الثاني بالبينة لا يكون أقوى من مباشرته القضاء بنفسه وهذا لان الشهود لما بينوا سبب العقار الى احتمال التملك علي اليد بسبب من جهته * وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان قضاء القاضي الاول نفذ بيقين فليس للثاني أن يبطله مع الاحتمال كما في الفصل الاول وبيان الاحتمال هنا اذا قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده انها مملوكته فيحتمل أنها مملوكته اشتراها من ذي اليد ولكنهم تركوا هذه الزيادة للتلبس على القاضي بأن قالوا بشهادة شهود شهدوا عنده انها ولدت في ملكه فيحتمل أن ذو اليد كان أقام هذه البينة عند ذلك القاضي فترجح شهادة بينة الخارج وقضي بها له وكان ذلك قضاء نافذا لا يجوز ابطاله بعد ذلك فلهذا لا ينقض الثاني قضاء الاول مع الاحتمال ومثل هذا الاحتمال لا يوجد اذا أقام ذو اليد بينة على الولادة عند القاضي الاول وكذلك لو تنازعا فيها خارجان أقام كل واحد منهما البينة انها أمته قضى له بها قاضي بلد كذا بشهادة شهود شهدوا عنده انها له على هذا وأقام آخر البينة انها أمته ولدت في ملكه فعند محمد رحمه الله يقضى بها لصاحب الولادة وعندهما يقضى بها لصاحب القضاء لان مع الاحتمال لا يجوز نقض القضاء كما بينا. قال محمد رحمه الله عبد في يد رجل فأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه ووقتوا وقتا فكان العبد أكثر من ذلك أو أصغر معروف فشهادة الشهود باطلة ليتقن القاضي بمجازفتهم فيها وهذا يبين لك أن الصواب في القضاء نصفان في قوله فان كانت الدابة على غير الوقتين أو كانت مشكلة أنه في أحد الفصلين فاما اذا كانت علي غير الوقتين فالجواب بطلان الشهادتين والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في الولادة والنسب

(قال رحمه الله عبد صغير في يد رجل يدعى أنه عبده فالقول قوله) لان من لا يعبر عن

نفسه بمنزلة المتاع وقول ذى اليد فيما في يده حجة للدفع فان ادعى آخر أنه ابنه فعليه البينة لانه يدعى نسب ملك الغير فلا يقبل قوله الا بحجة فان أقام البينة أنه ابنه قضى انه ابن له لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان فى الحكم بثبوت النسب حكما بانه مخلوق من مائه وماء الحر جزء منه فيكون حراما لم يتصل برحم الامة وحين لم يسموا أمة فى الشهادة لم يظهر اتصال مائه برحم الامة فبقى على الحرية فهذه موجبة البينة حرية الولد فلا يعارضها قول ذى اليد في اثبات رقه. وكذلك لو كان الذى في يديه يدعى أنه ابنه فالمدعى الذي أقام البينة أولى بالقضاء بالنسب له لان البينة لا يعارضها اليد ولا قول ذى اليد. وكذلك لو كان المدعى ذميا أو عبدا يثبت النسب منه لاثباته دعواه بالحجة والعبد والذمى من أهل النسب كالحر المسلم فان أقام ذو اليد البينة انه ابنه وأقام الخارج البينة أنه ابنه قضيت بنسبه لذى اليد لان هذا فى معنى النتاج وقد بينا أن بينة ذى اليد هناك تترجح على بينة الخارج. وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأته هذه قضى بنسبه من ذى اليد ومن امرأته وان جحدت هى ذلك لان السبب هو الفراش بينهما قائم والحكم متى ظهر عقيب سبب ظاهر يحال به على ذلك السبب وذلك الفراش بينهما يثبت النسب منهما فمن ضرورة ثبوته من أحدهما بذلك السبب ثبوته من الآخر فلا ينتفى بجحودها وكذلك لو جحد الاب وادعت الام. قال ولو كان الصبي فى يد عبد وامرأته الامة وأقاما البينة أنه ابنهما وأقام آخر من العرب أو من الموالى أو من أهل الذمة أنه ابنه من امرأته هذه وهى مثله فانه يقضى ببينة الخارجين لان فى بينتهما زيادة اثبات الحرية للولد والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات. قال ولو كان الصبي في يد رجل فأقام رجل البينة أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد البينة انه ابنه ولم ينسبوه الي أمه فانه يقضي به للمدعى لزيادة الاثبات فى بينته وهو ثبوت النسب من أمه فصارت الزيادة فى اثبات النسب كزيادة اثبات الحرية وكذلك ان كانت الام هى المدعية فان ثبوت النسب بالفراش بينهما فيكون احدهما خصما عن الآخر في لا اثبات ولو أقام الخارج البينة انه ابنه وشهد شهود ذى على اقراره أنه ابنه قضى به للمدعى لان ثبوت اقرار ذى اليد بالبينة لا يكون أقوى من سماع القاضى اقراره وذلك يندفع ببينة الخارج ثم أعاد مسئلة الرجلين والمرأتين وقد بيناه (فرع) عليه مالم وقت كل واحد منهما وقتا قال ينظر الى سن الصبي فان كان مشكلا فهو ومالم يوقتا سواء يقضى به لهما وان كان مشكلا فى احدهما وهو أكبر سنا من الآخر أو أصغر

معروف قضيت به للمشكل لان علامة الكذب ظهرت في شهادة الآخرين ولم تظهر فى شهادة هؤلاء لكونه محتملا للوقت الذى وقتوه قال ولو كان الصبي فى يد رجل فاقامت امرأة شاهدين انه ابنها قضيت بالنسب منها لاثباتها الدعوى بالحجة وان كان ذو اليد يدعيه لم يقض له به لان مجرد الدعوى لا يعارض البينة فان (قيل) لامنافاة بين ثبوته منه ومنها (قلنا) نعم ولكن لايمكن اثبات النسب منهما الا بالقضاء بالفراش بينهما ومجرد قوله ليس بحجة عليها في اثبات الفراش فى النكاح بينهماولولم تقم المرأة الا امرأة واحدة شهدت انها ولدت فان كان ذو اليد يدعى انه ابنه أو عبده لم يقض للمرأة بشي لان الاستحقاق الثابت باليد لا يبطل بشهادة المرأة الواحدة فانها ليست بحجة فى ابطال حق ثابت للغير وان كان الذى فى يديه لا يدعيه فانى أقضى به للمرأة بشهادة امرأة واحدة وهذا استحسان وفى القياس لا يقضى لان اليد فى اللقيط مستحق لذى اليد حتى لو أراد غيره ان ينزعه من يده لم يملك فلا يبطل ذلك بشهادة امرأة واحدة وفى الاستحسان تمحض هذا منفعة للولد في اثبات نسبه وحريته وليس فيه ابطال حق لذى اليد لانه لا يدعى فى الولد شيئا انما يده فيه مصيانة عن ضياعه فلهذا أثبتنا النسب منها بشهادة القابلة . قال عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد فى ملكه وانه أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده ولد فى ملكه فانى أقضى به للذى أعتقه لان فى هذه البينة زيادة الحرية فلو رجحنا بينة ذى اليد جعلناه مملوكا له وكيف يجعل مملوكا وقد قامت البينة على الحرية ولو كان المدعى دبره أو كاتبه لم يستحق بهذا شيأ أما فى الكتابة لا اشكال لانه عقد محتمل للفسخ كالبيع والاجارة فكانه أقام البينة علي تصرفه فيه ببيع أو اجارة فلا يترجح به وأما فى التدبير فقد أعاد المسئلة فى آخر الكتاب وجعله كالعتق ففيه روايتان * وجه تلك الرواية أن بالتدبير يثبت له حق عتق لا يحتمل الفسخ فكان معتبرا بحقيقة العتق لانه يثبت الولاء على العبد ببينته في الموضعين جميعا واذا كان الولاء هو المقصود والملك تبع فتترجح بينة الخارج لهذا وجه هذه الرواية أن التدبير لايخرجه من أن يكون مملوكا كالكتابة فكان الملك هو المقصود بالاثبات لكونه قائما فتترجح بينة ذى اليد لاثبات الولادة فى ملكه بخلاف العتق فان الملك لا يبقى بعد العتق فيكون المقصود هناك اثبات الولاء ولو أقام الخارج البينة انه ابنه ولد فى ملكه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد فى ملكه قضى به للمدعي لان فى بينته اثبات الحرية فان المولود من أمته فى ملكه حر الاصل واذا كان يترجح عنده اثبات حرية العتق

فعند اثبات حرية الاصل أولى . قال صبي في يد امرأة فاقامت شاهدة أنه ابنها وأقامت التى هو فى يديها شهادة انه ابنها قضيت به للذى هو فى يديها لان الحجتين استويا في دعوى النسب فيترجح جانب ذى اليد وكذلك لو شهد لكل واحدة منهما رجلان وللتى هو فى يديها امرأة قضيت به للمدعية لان شهادة المرأة الواحدة لاتقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المرأة حجة ضرورية . قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأة يدعيان انه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين انه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لاتقابل شهادة رجلين لان شهادة رجلين حجة تامة على الاطلاق وشهادة المرأة حجة ضرورية . قال ولو كان الصبي في يد رجل وامرأتان تدعيان انه ابنهما فشهدت لهما امرأة واحدة وأقام رجل آخر شاهدين انه ابنه من امرأته هذه قضيت به للمدعى لان شهادة المرأة الواحدة لاتعارض شهادة رجلين فسقط اعتباره وبقى اليد فى أحد الجانبين والبينة فى الجانب الآخر واليد لاتعارض البينة . قال ولو كان صبي فى يد ذمى فشهد له ذميان أنه ابنه وأقام مسلم شاهدين مسلمين انه ابنه قضيت به للمسلم لان بينة المسلم حجة على خصمه الذمى وبينة الذمى ليست بحجة على خصمه المسلم . وكذلك لو كان شهود المسلم من أهل الذمة فان كان شهود الذمى من المسلمين وشهود المسلم من أهل الذمة أو من أهل الاسلام قضيت به لذى اليد لان بينة كل واحد منهما حجة على خصمه فلما استويا ترجح ذو اليد بهذه البينة لان هذا في معنى النتاج لايتكرر وان كان الصبي فى يد ثالث مسلم أو ذمى قضيت به للمسلم لان فى بينته اثبات الزيادة وهو اسلام الولد ولان أحد البينتين يوجب كفره والاخرى توجب اسلامه فيترجح الموجب للاسلام على الموجب للكفر . قال ولو كان الصبي فى يد رجل وامرأته فقال الرجل هو ابنى من فلانة لامرأة غيرها وقالت المرأة هو ابنى من زوج فلان وأقام كل واحد منهما البينة جعلته ابن هذين اللذين فى يدهما لان سبب النسب فيما بينهما ظاهرا وهو الفراش فيحال به على هذا السبب ويثبت النسب منهما ولان أكثر مافي الباب ان كل واحد من الحاضرين ينصب خصما عن كل واحد من الغائبين والغائبان الخارجان لو أقاما البينة بأنفسهما ترجحت بينة ذى اليد على بينتهما فكذلك هنا . قال صبي فى يد رجل فأقام مسلم البينة انه ابنه من امرأته هذه الحرة وأقام عبد البينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة وأقامت مكاتبة البينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه المكاتبة فانى أقضى به للحر

لان البينات استوت فى اثبات النسب وفى الحر زيادة اثبات الحرية للولد فان لم يدعه الحر وانما ادعاه العبد والمكاتب فانى أقضى به للمكاتب لان فى بينته زيادة فان ولد المكاتبة يكون مكاتبا والكتابة تفسد العتق ويثبت به للمكاتب ملك اليد والمكاتب فكان المثبت للزيادة من البينتين أولى . قال ولو ادعى نصرانى ويهودى ومجوسى وأقام كل واحد منهم البينة قضيت به لليهودى والنصرانى لان دين اليهودى والنصرانى اذا قوبل بدين المجوسى فدين المجوسى شر منه (ألا ترى) أن ذبائح اليهود والنصارى تحل وكذلك منا كحتهن ولا تحل ذبائح المجوسى ومنا كحتهن للمسلمين فكان حال اليهودى والنصرانى مع المجوسى كحال المسلم مع اليهودى ولهذا قلنا ان المولود بين المجوسى والكتابى يكون بمنزلة الكتابى تحل ذبيحته وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله لا تترجح البينة فى هذه المواضع بالدين اعتباراً لدعوى النسب بدعوى الملك . ولو ادعى مسلم وكافر ملكا وأقاما البينة أو كتابى أو مجوسى وأقاما البينة لم تترجح أحدهما ولكنا نقول فى دعوى الملكين ليس في بينة أحدهما زيادة لان المسلم والكافر يستويان فأما فى النسب فى احدى البينتين زيادة منفعة للولد فتترجح تلك البينة لهذا . قال ولو ادعى عبد مسلم انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة وادعى حر ذمى انه ابنه ولد على فراشه من امرأته هذه يقضي للحر الذمى لان فى بينته اثبات الحرية للولد وذلك منفعة عاجلا ولانه اذا بلغ لا يمكنه اكتساب الحرية لنفسه ولعل الله تعالى يهديه فيسلم بنفسه وكان ترجيح جانب الحرية أولى فى حقه. قال صبي فى يد رجل لا يدعيه فأقامت امرأة البينة انه ابنها ولدته وأقام رجل البينة انه ابنه ولد على فراشه ولم يسموا أمه جعلته ابن الرجل والمرأة لان العمل بالبينتين ممكن فان الولد يكون ثابت النسب من الرجل والمرأة جميعا وكذلك لو كان فى يد المرأة وليس في قبول بينتها ما يدفع بينة الرجل فقضينا بالنسب منهما ومن ضرورته القضاء بالفراش بينهما وما ثبت لضروة الشهادة فهو كالمشهود به والله أعلم بالصواب

باب دعوي الرهط فى الدار

(قال رحمه الله دار فى يد رجل ادعاها رجل جميعا وأقام البينة وادعى آخر نصفها وأقام البينة قال أبو حنيفة رحمه الله يقسم بين المدعيين على طريق المنازعة ارباعا ثلاثة ارباعها لمدعي الجميع وربعها لمدعى النصف . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم على طريق العول والمضاربة

أثلاثا) ولهذا نظائر واضداد ومن نظائرها الموصى له بجمع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصي له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين اذا لم يكن للميت سواه ومن اضدادها العبد المأذون المشترك اذا ادانه أحد الموليين مائة وأجنبي مائة ثم بيع بمائة فالقسمة بين المدين والاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولي قيمته لهما وكذلك العبد اذا قتل رجلا عمداً وآخر خطأ وللمقتول عمدا ابنان فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين ومما اتفقوا على ان القسمة فيه بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء وضاقت التركة عن ايفاء حقوقهم والموصى له بالثلث والموصى له بالسدس اذا لم تجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق المنازعة فضولى باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولي آخر نصفه فأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق فى العين كانت السقمة على طريق العول فالتركة بين الورثة ومتى وجبت بسبب حق كان في العين كالاصل فالقسمة على طريق المنازعة كما في بيع الفضولى فان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن يتحول بالشراء الى المبيع وفى مسئلة الدعوي حق كل واحد من المدعيين فى العين فكانت القسمة علي طريق العول لمعنى ان حق كل واحد منهما شائع فى العين فما من جزء منه الا وصاحب القليل مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة بطريق العول والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما اذا كان يدلى بسبب صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول كالورثة فى التركة واذا كان يدلى لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة ومالا منازعة فيه لصاحب القليل يسلم لصاحب الكثير فى بيع الفضولين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك وهذا لان المضاربة انما يصار اليها عند الضرورة وذلك عند قوة السبب واستواء السببين فى صفة الصحة ففى مسئلة الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة وهى لا توجب شيئا قبل اتصال القضاء فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة وما قال يبطل بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بسبب حق كان فى الذمة ومع ذلك كانت القسمة عوليا . قال فان كان المدعون ثلاثة يدعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها وأقاموا البينة فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة بطريق العول فتكون أصل المسئلة

من ستة يضرب مدعى الكل بسهام الدار ستة ومدعى الثلثين بسهام الثلثين أربعة ومدعى النصف بثلاثة فيقسم الدار بينهم على ثلاثة عشر سهما وعند أبي حنيفة رحمه الله القسمة بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب النصف والثلثين فيما زاد على الثلثين وصاحب الجميع يدعي ذلك فيسلم له بلا منازعة وما زاد على النصف الى تمام الثلثين لا منازعة فيه لصاحب النصف فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين يبقى ستة استوت منازعتهم فيه فكان بينهم أثلاثا فيسلم لمدعى النصف سدس الدار ولمدعى الثلثين ربع الدار ولمدعي الجميع مابقى وذلك سبعة أسهم من اثني عشر . قال ولو كانت الدار في يد رجلين فادعى أحدهما نصفها والآخر جميعها فالبينة على مدعى الجميع لان دعوى كل واحد منهما منصرف الى ما في يده أولا ليكون يده محقة في حقه وهذا لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فصاحب النصف لا يدعى شيئا مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى شيئا مما في يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان أقاما البينة فالدار كلها لصاحب الجميع لانه ان اجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد فيما في يد صاحب النصف فبينة الخارج أولى بالقبول . قال ولو كانت الدار في يد ثلاثة نفر فادعى أحدهم جميعها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وأقاموا البينة واستحلف كل واحد منهم ونكل فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القسمة على طريق المنازعة بينهم فتكون من أربعة وعشرين سهما لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار ودعوى كل واحد منهم ينصرف الي ما في يده ثم فيما فضل في ذلك الى ما في يد صاحبه لانه ليس أحدهما بأولى به من الآخر ولا بينة لكل واحد منهم فيما في يده فأما الثلث الذى في يد صاحب النصف لا بينة له في ذلك وصاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى الثلثين لانه يدعى الثلثين ثلث في يده وثلث في يد صاحبه فيكون دعواه فيما في يد كل واحد منهما نصف الثلث فيسلم نصف هذا الثلث لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان لاستواء منازعتهما فيه فصار هذا الثلث علي أربعة والثلث الذى في يد صاحب الثلثين صاحب الجميع يدعى جميعه وصاحب النصف يدعى ربعه لانه يدعى النصف والثلث في يده فانما بقى الثلث في يد صاحبه فكان دعواه في يد كل واحد منهما نصف السدس وذلك ربع ما في يديه فثلاثة ارباع ما في يده سالم لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الربع فكان بينهما نصفين وما في يد صاحب الجميع يدعى صاحب الثلثين نصفه وصاحب النصف ربعه وفى ابل سهمة فيأخذ كل واحد منهما

بقدر ما ادعاه فان جعلت سهام الدار على أربعة وعشرين كان فى يد كل واحد منهم ثمانية والسالم لصاحب الجميع مما في يدصاحب النصف ستة ثلاثة ارباع مافى يده وله مما فى يد صاحب الثلثين سبعة ويبقى له مما كان فى يده سهمان فجملة ما سلم له خمسة عشر وصاحب الثلثين أخذ مما في يد صاحب الجميع أربعة ومما يد صاحب النصف سهمين وذلك ستة فهو له وصاحب النصف أخذ مما فى يد صاحب الجميع سهمين ومما في يدصاحب الثلثين سهما فاذا جمعت بين هذه السهام كانت أربعة وعشرين وعندهما القسمة على طريق العول فصاحب الجميع يضرب فيما فى يد صاحب النصف بالجميع وصاحب الثلثين بالنصف فصار هذا الثلث أثلاثا وصاحب الجميع فيما فى يد صاحب الثلثين بالجميع وصاحب النصف بالربع فصار هذا الثلث أخماسا وصاحب النصف يأخذ مما فى يد صاحب الجميع الربع وصاحب الثلثين يأخذ النصف فصار هذا الثلث ارباعا فقد وقع الكسر بالاثلاث والارباع والاخماس فاضرب خمسة فى ثلاثة فيكون خمسة عشر ثم فى أربعة فيكون ستين فصار كل ثلث من الدار على ستين سهما فيكون جميعها مائة وثمانين فمافى يد صاحب النصف وذلك ستون سهما لصاحب الجميع ثلثاه أربعون وصاحب الثلثين عشرون وما فى يد صاحب الثلثين لصاحب النصف خمسة وذلك اثنا عشر ولصاحب الثلث أربعة اخماسه ثمانية وأربعون ويأخذ صاحب النصف مما فى يد صاحب الجميع ربعه خمسة عشر وصاحب الثلثين النصف ثلاثين فيبقى فى يد صاحب الجميع خمسة عشر وقد وصل اليه من يد الآخرين ثمانية وثمانون وذلك مائة وثلاثة أسهم فذلك نصيبه وصاحب الثلاثين أخذ من يد صاحب الجميع ثلاثين ومن يد صاحب النصف عشرين وذلك خمسون وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الثلثين اثنى عشر ومن يد صاحب الجميع خمسة عشر فيكون سبعة وعشرون فاذا جمعت بين هذه السهام كانت مائة وثمانين مثل سهام الدار فاستقام. قال دار فى يدر رجل منها منزل وفى يد آخر منها منزل فادعى أحدهما الدر بينهما نصفين وقال الآخر هى كلها لى وأقاما البينة فلمدعى الكل المنزل الذى فى يده ونصف المنزل الذى فى يد الآخر لان دعوى الآخر فى نصف شائع فانما يدعى هو نصف ما فى يده ولا دعوى له فى النصف الآخر ومدعى الجميع يدعى ذلك لنفسه فيأخذه لانه لا منازع له ومدعى النصف يدعى نصف المنزل الذي فى يد مدعى الجميع وهو ينازعه فى ذلك فلا يستحقه الا بحجة. قال ولو كانت الدار كلها فى أيديهما ولم يعرف شئ منها فى يد واحد منهما فهى بينهما نصفان لان

مدعى النصف تنصرف دعواه الا مافى يده فلا يستحق الآخر عليه شيأ من ذلك الا بحجة وان كان سفلها في يدرجل وعلوها في يد آخر وطريق العلو فى الساحة فادعى كل واحد منهما أن الدار له فالدار لصاحب السفل الا العلو وطريقه فانه لصاحب العلو لان العلوفى يد صاحب العلو وكذلك طريقه فى السفل فانه مستعمل له بالتطرق فيه الى علوه فأما السفل والساحة ففى يد صاحب السفل لان هو المستعمل للساحة بوضع أمتعته وصب وضوئه وكسر حطبه فيه فالقول فيه قوله وان أقاما البينة فلكل واحد منهما مافى يد صاحبه ترجيحا لبينة الخارج على بينة ذى اليد فى دعوى الملك. قال ولو كانت الدار فى يد ثلاثة فادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والثالث السدس وجحد بعضهم دعوي البعض فان في يد كل واحد منهم الثلث فالثلث الذي في يد مدعي السدس له نصفه لانه لايدعى أكثر من ذلك والنصف الآخر موقوف عنده فان قامت البينة لصاحب النصف أخذ من يد كل واحد من صاحبيه نصف سدس الدار لانه يدعى النصف وفي يده الثلث فما زاد عليه الى تمام النصف وهو السدس يدعيه وفى يد صاحبيه اذ ليس أحدهما يصرف دعواه الى مافى يده باولى من الآخر فاذا أثبت ذلك بالبينة أخذ من يد كل واحد منهما نصف السدس ولا يقال أن نصف ما فى يد مدعى السدس هو لا يدعيه فينبغى أن ينصرف دعوى مدعي النصف اليه حتى يأخذ كل ذلك السدس من غير اقامة البينة عليه لوجهين أحدهما أنه يدعى بعض ذلك فى يد صاحب الثلث فكيف يأخذه من يد مدعى السدس وهو انما يدعيه فى يد غيره والثانى أن باعتبار دعواه شيئا مما فى يد صاحب الثلث كان صاحب الثلث منازعا له فى هذا السدس الذى فى يد صاحب السدس وهو لا يدعيه ومع تمكن المنازعة لا يتمكن من أخذه الا بحجة والله أعلم بالصواب

باب دعوى الحائط والطريق

(قال رحمه واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يستحق بوضع الجذوع ترجيحا على صاحبه) لان وضع الجذوع محتمل قد يكون عن ملك وقد يكون عن استعارة وقد يكون عن غصب والمحتمل لايكون حجة ولنا أن واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه والاستعمال يد وعند تعارض

الدعوتين القول قول صاحب اليد كما لو تنازعا فى دابة لاحدهما عليها حمل كان هو أولى بها ولان الظاهر شاهد له ولان وضعه الجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته اذا وضع حمله عليه ومثل هذه العلامة تثبت الترجيح كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت يجعل ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وان كان لاحدهما عليه هوادي أو بواري لا يستحق به شيئا لان هذا ليس بجعل مقصود بنى الحائط لاجله فلا يثبت به الترجيح كما لو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليه مخلاة علقها لا يستحق به الترجيح بخلاف الجذوع فانه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فيثبت له اليد باعتباره وكذلك ان كان لاحدهما عليه جذوع أو اتصال وللآخر بوارى فهو لصاحب الجذوع والاتصال وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال فصاحب الجذع أولى ومراده من هذا مداخلة انصاف اللبن بعضها فى بعض اذا كان من أحد الجانبين هذا النوع من الاتصال ببناء أحدهما لان وضع الجذوع استعمال للحائط والاتصال مجاورة واليد تثبت بالاستعمال دون المجاورة فكان صاحب الجذوع أولى كما لو تنازعا فى دابة واحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى وذكر الطحاوى رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى لان الكل صار فى حكم حائط واحد فهذا النوع من الاتصال في بعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى. قال فى الكتاب الا أن يكون اتصال تربيع بيت أو دار فيكون لصاحب الاتصال حينئذ وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون هذا الحائط المتنازع من الجانبين جميعا متصلا بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد فصاحب الاتصال أولى والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع بحائطين لاحدهما فأما اتصال الحائطين بحائط أخرى غير معتبر وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لان الترجيح انما يقع له يكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لان استحقاق صاحب الاتصال بالظاهر وهو حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير فلا يستحق به على صاحب الجذوع رفع جذوعه فان (قيل) لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال فينبغى أن يأمر الآخر برفع الجذع لانه حمل موضوع

له في ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل أمر الآخر برفع المخلاة فأما هنا فقد يثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بأن كان ذلك مشروطا في أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف مالو أقام أحدهما البينة وقضي له به يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه وان لم يكن متصلا ببناء أحدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان لاستوائهما فيه في اليد حكما فانه بكونه بين داريهما يثبت لكل واحد منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه خشبة واحدة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ولا يكون بينهما نصفان استحسن ذلك في الخشبة والخشبتين وهكذا ذكر في كتاب الصلح . وقال في كتاب الاقرار الحائط كله لصاحب عشر خشبات الا موضع الخشبة فانه لصاحبها وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله ان الحائط بينهما نصفان وهو قول أبي يوسف رحمه الله وهو القياس ووجهه ان الاستعمال بموضع الخشبة يثبت يد صاحبها عليه فصاحب القليل فيه يستوى بصاحب الكثير كما لو تنازعا في ثوب عامته في يد احدهما فطرف منه في يد الآخر كان بينهما نصفين ووجه رواية كتاب الاقرار لصاحب العشر خشبات عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك ولان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة عادة وانما ينصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب العشر خشبات أولى به كما في الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود وللآخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل الا أنه لا يرفع خشبة الآخر لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر يستحق به رفع الخشبة على الآخر وأما وجه رواية كتاب الدعوى ان الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق به في ذلك الموضع فأما ما بين الخشبات لم يذكر في الكتاب انه يقضى به لايهما لان من أصحابنا رحمهم الله من قال يقضى بالكل بينهما على احدى عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة الواحدة اعتبار لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط وأكبرهم على انه يقضى به لصاحب العشر

خشبات لان استحقاق الآخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط أو للآخر عليه علامة يستدل بها على انه هو الذى بنى الحائط فان الحائط يبنى لوضع عشر خشبات لا لوضع خشبة واحدة فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فصاعدا قضى به بينهما نصفان اعتبارا لادنى الجمع بأقصاه وهذا لان لكل واحد منهما عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين وان كان لاحدهما عليه خشب وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الاسفل لصاحب الخشب لكونه مستعملا له بوضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة السترة على حالها لان بالظاهر لا يستحق رفعه سترة الآخر بمنزلة سفل لاحدهما وعليه علو لآخر وان كان لاحدهما عليه سترة وليس للآخر عليه شئ يقضى به لصاحب السترة لان الحائط قد يبنى لاجل السترة فكانت هذه علامة لاستحقاق صاحبها وهذا بخلاف الهوادى فان الحائط لا يبنى لاجله فلا يستحق صاحبه به الترجيح . قال واذا كان جص بين دارين يدعيه كل واحد من صاحبي الدارين والقمط الى أحدهما قضى به بينهما نصفان في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضي لمن عليه القمط واستدل بحديث دهيم بن قران ان رجلين اختصما في جص فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم حذيفة بن اليمان رضى الله عنه ليقضى بينهما فقضى بالجص لمن اليه القمط ثم أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستصوبه وأبو حنيفة رحمه الله احتج فقال نفس القمط متنازع فيه فلا يجوز أن يجعل ذلك دليل الملك لاحدهما وهو المتنازع فيه بعينه ولان الانسان قد يتخذ جصا ويجعل القمط الى جانب جاره ليكون جانبه مستويا فيطينه ويجصصه وتأويل الحديث ان صاحب القمط أقام البينة حين تحاكما فقضى له حذيفة رضى الله عنه بالبينة وذكر القمط على سبيل التعريف كما قال قضى لصاحب العمامة والطيلسان وكذلك لو اختلفا في حائط ووجهه الى أحدهما وظهره الى الآخر فهو بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقضي لمن كان اليه ظهر البناء وانصاف اللبن لان العادة ان الانسان يجعل ظهر البناء الى جانب نفسه ليكون مستويا وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه العادة مشتركة قد يجعلها الى جانب جاره وقد يجعلها الى الطريق فلا يكون ذلك دليل انعدام ملكه في الحائط

وكذلك ان كانت الطاقات الى أحدهما فالحاصل ان ظهر البناء كله متنازع فلا يمكن جعله دليلا للحكم به لاحدهما. قال واذا كان سفل الحائط لرجل وعلوه لآخر فأراد صاحب السفل أن يهدم السفل فليس له ذلك لان السفل فيه حق لصاحب العلو من حيث قرار بنائه عليه فلا يكون له أن يبطل حق الغير عن ملك نفسه وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له أن يفتح فيه بابا ولا كوة ولا يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك الا برضاء صاحب العلو وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يفتح ذلك اذا كان لا يضر بصاحب العلو فان كان شيء من ذلك يضر به لم يكن له أن يفعله وكذلك لم يحفر في سفله بئرا وكذلك لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناء أو يضع عليه جذوعا أو يشرع فيه كنيفا لم يكن له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله أضر بالسفل أو لم يضر وعندهما ان أضر بالسفل منع من ذلك أو لم يضر بالسفل لم يمنع * حجتهما ان كل واحد منهما انما يتصرف في خالص حقه فلا يمنع من ذلك الا أن يلحق الضرر بمن له فيه حق كالموصي له بالخدمة على الموصى له بالرقبة فانه لا يمنع الموصي له بالرقبة من التصرف في ملكه الا ما يضر بالموصى له بالخدمة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفل واذا أراد أن يزيد علي ذلك منع منه كما لو استأجر دابة ليحمل عليها حملا معلوما فليس له أن يحمل أكثر من ذلك وان لم يضر بالدابة وكذلك صاحب العلو له حق في بناء السفل من حيث قرار علوه عليه وفتح الباب والكوة يوهن البناء وكذلك حفر البئر في ساحة السفل يوهن البناء فلا يكون له أن يفعل ذلك الا برضا صاحب العلو (ألا ترى) أن كل واحد منهما يمنع من التصرف الذي يضر بصاحبه فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصا لم يمنع أحدهما من التصرف وان أدى الى الاضرار بصاحبه كالجارين. قال واذا كان الحائط بين رجلين فأقام رجل البينة على احدهما انه أقر أن الحائط له قضيت له بحصته من الحائط لان ثبوت اقراره بالبينة كثبوته بالمعاينة واقرار أحد الشريكين في نصيب نفسه صحيح لان الاضرر فيه علي الشريك فلا فرق في حقه بين أن يشاركه في الحائط المقر أو المقر له فان كان الحائط في يد رجل وله جذوع شاخصة فيه علي دار رجل آخر فاراد أن يحمل الدار فكما لا يكون لغيره أن يحدث في ساحة داره عليه كنيفا فلصاحب الدار أن يمنعه من ذلك لان هواء الدار حق لصاحبها كساحة بناه بغير رضاه فكذلك لا يكون له احداث البناء في هواء داره بغير رضاه والجذوع الشاخصة نوع ظاهر يدفع به الاستحقاق فلا يستحق

به شيئا وليس لصاحب الدار أن يقطع الجذوع لانها وجدت كذلك ويحتمل أن تكون حجة لذلك الا أن تكون نفس الجذوع بحق مستحق لصاحبها فلا يكون لصاحب الدار أن يقطعها الا بحجة والظاهر لا يصلح حجة كذلك الا أن تكون جذوعا لا يحمل على مثلها شيئا انما هو أطراف جذوع خارجة فى داره فحينئذ يكون له أن يقطعها لان عين الجذوع غير مقصودة بعينها انما المقصود هو البناء عليها فما لا يبنى على مثله لا يجوز أن يكون مستحقا له فى ملك الغير فكان لصاحب الدار أن يقطعها وما يبنى عليه يجوز أن يكون مستحقا له بسبب فلا يكون له قطعها ما لم يتبين أنه أحدث نصبها غصبا. قال واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم لم يجبر صاحب السفل علي بناء السفل لانه ملكه ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه فله حق التدبير في ملك نفسه كانشاء بيع أو بناء بخلاف ما اذا كان صاحب السفل هو الذى هدمه لانه صار متعديا بالهدم لما لصاحب العلو في بناء السفل من حق قرار العلو عليه فيجبر على بنائه بحقه كالراهن اذا قتل المرهون أو المولى قتل عبده المديون فاما عند الانهدام لم يوجد من صاحب السفل فعل هو عدوان ولكن لصاحب العلو أن يبني السفل ثم يبني عليه العلو لانه لا يتوصل الى بناء ملكه الا ببناء السفل فكان له أن يتطرق ببناء السفل ليتوصل الى حقه ثم يمنع صاحب السفل من أن يسكن سفله حتى يرد علي صاحبه العلو قيمة البناء لانه مضطر الى بناء السفل ليتوصل الى منفعة ملكه فلا يكون متبرعا فيه والبناء ملك الثانى فكان له أن يمنعه من الانتفاع بالبناء حتى يتملكه عليه بأداء القيمة وذكر الخصاف رحمه الله أنه انما يرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل ووجهه أنه مأذون فى هذا الانفاق شرعا فيكون كالمأمور به من صاحب السفل لان للشرع عليه ولاية *ووجه هذه الرواية أن البناء ملكه فيتملكه عليه صاحب السفل بقيمته كثوب الغير اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه يعطى صاحب الثوب مازاد الصبغ فى الثوب لان الصبغ ملك صاحب الصبغ في ثوبه وذكر في الامالي عن أبي يوسف رحمه الله أن السفل كالمرهون فى يد صاحب العلو ومراده من ذلك منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله بمنزلة الرهن. قال ولو كان بيت بين رجلين أو دار فانهدمت لم يكن لاحدهما أن يجبر صاحبه على البناء لان تميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر بقسمة الساحة ممكن فان بناها أحدهما لم يرجع على شريكه بشئ لانه غير مضطر فى هذا البناء فانه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة ليبنى فى نصيب نفسه

بخلاف العلو والسفل وكذلك الحائط ان لم يكن عليه جذوع لان أس الحائط محتمل للقسمة بينهما الا أن يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبنى بالخشبة فحينئذ يجبر أحدهما على بنائه واذا بناه أحدهما مع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه قيمة نصيبه كالعبد المشترك اذا كان عاجزاً عن الكسب وامتنع أحد الشريكين من الانفاق عليه كان لصاحبه أن يجبره على ذلك وان كان على الحائط جذوع لهما فلاحدهما أن يجبر صاحبه على المساعدة معه فى بنائه وان لم يساعده على ذلك بناه بنفسه ثم يمنع صاحبه من وضع جذوعه عليه حتى يرد عليه قيمة حصته من البناء لان لكل واحد منهما حق فى نصيب صاحبه من حيث وضع الجذوع عليه وذلك يبطل بقسمة أس الحائط بينهما فان كان الجذوع على الحائط لاحدهما دون الآخر فلصاحب الجذوع ان يبين الحائط ولا يشاجر صاحبه على المطالبة بقسمة الحائط لان له حق وضع الجذوع على نصيب صاحبه فان كان هو الذى يطالب بالقسمة فليس له أن يمتنع من ذلك لان ترك القسمة كان لحقه وقد رضي هو بسقوط حقه وصار هو فى حق الآخر كانه ليس لواحد منهما عليه جذوع وكذلك الحمام المشترك اذا انهدم فهو بمنزلة الدار لان قسمة الساحة ممكن فاذا بناه أحدهما لم يرجع على صاحبه بشئ. قال واذا كان لرجل باب من داره فى دار رجل فأراد أن يمر فى داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعى للطريق فى دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار هو المنكر فالقول قوله مع يمينه وبفتح الباب لا يستحق شيئا لان فتح الباب رفع جزء من الحائط ولو رفع جميع حائطه لا يستحق به فى ملك الغير شيئا فكذلك اذا فتح بابا وقد يكون فتح الباب لدخول الضوء والريح وقد يكون للاستئناس بالجار والتحدث معه فلا يكون ذلك دليلا على طريق له في الدار فان أقام البينة انه كان يمر فى هذه الدار من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لانهم شهدوا بيد كانت له فى هذا الطريق فيما مضى وبهذه الشهادة لا يستحق المدعى شيئا (ألا ترى) انا لو لو عاينا مر فيه مرة لم يستحق به شيئا الا أن يشهدوا ان له فيها طريقا ثابتا فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم والطريق يجوز أن يكون مستحقا له فى دار الجار فى أصل القسمة أو أوصى له به فتقبل البينة على اثباته وان لم يحدوا الطريق ولم يسموا ذرع العرض والطول بعد أن يقولوا ان له طريقا في هذه الدار من هذا الباب الى باب الدار فالشهادة مقبولة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا شهدوا على اقرار الخصم بذلك فالجهالة لا تمنع صحة الاقرار فأما اذا

شهدوا على الثبات لا تقبل شهادتهم لجهالة في المشهود به والاصح انها تكون مقبولة لان الجهالة انما تمنع قبول الشهادة اذا تعذر علي القاضي القضاء بها وهنا لا يتعذر فان عرض الباب يجعل حكما فيكون عرض الطريق له بذلك القدر وطوله الى باب الدار. قال في بعض النسخ فان لم يحدوا الطريق فذلك أحوز للشهادة وفي بعضها قال وان سموا الطول والعرض فذلك أحوز للشهادة وهذا ظاهر لان الجهالة ترتفع به وأما اللفظ الاول فوجهه انه لا حاجة الى التحديد للعمل بالشهادة وربما يمتنع بذكرها العمل بها فان من العلماء من يقدر الطريق بسبعة أذرع لحديث روى فيه فلو بين الشهود عرض الطريق ربما يذكرون أقل من ذلك أو أكثر والقاضي يذهب الى ذلك المذهب فيرد شهادتهم واذا أطلقوا عمل القاضي بشهادتهم فكان ترك التحديد أنفذ للشهادة ومعنى قوله أحور أي نفذ وكذلك لو قالوا مات أبوه وترك هذا الطريق ميراثا لانهم بينوا سبب ملكه وذلك لا يقدح في شهادتهم. قال ولو كان لرجل ميزاب في دار رجل فأراد أن يسيل فيه الماء فمنعه رب الدار فليس له أن يسيل فيه الماء حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيلا لان الميزاب مركب في ملكه كالباب فلا يستحق به حقا في دار الغير الا بحجة فان أقام البينة انهم قد رأوه يسيل فيه الماء لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لما بينا أنهم شهدوا بيد كانت له فيما مضى وقد ذكر في كتاب الشرب أنهما لو تنازعا في نهر واحدهما يسيل فيه ماءه فالقول قوله لان يده قائمة في النهر باستعماله بتسييل الماء فيه فأما هنا ليست له يد قائمة في الدار بتسييل الماء في الميزاب في وقت سابق وبعض مشايخنا من المتأخر رحمهم الله قالوا اذا كان مسيل الماء الى جانب الميزاب ويعلم انه قديم لم يحدث صاحب السطح فانه يستحق تسييل الماء فيه من غير بينة لان الظاهر شاهد له فان الانسان لا يجعل سطحه الى جانب ميزاب الا بعد أن يكون له حق تسييل الماء فيه بعمله أما اذ امتنع من تسييل الماء فيه يتعذر عليه تغييره الى جانب آخر فان شهد الشهود ان له مسيل ماء فيها من هذا الميزاب قبلت الشهادة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم في حقه فان شهدوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر وان شهدوا انه لصب الوضوء فيه فهو لذلك لانهم بينوا صفة ما شهدوا به من الحق وان لم يفسروا شيئا من ذلك فالقول قول رب الدار في ذلك مع يمينه لان أصل الحق ثابت بالشهادة ولا يثبت صفته فالقول قول صاحب الدار لان ضرر ذلك يختلف في حقه فان المسيل لماء المطر يكون ضرره في وقت خاص ولصب الوضوء فيه يكون الضرر في كل وقت فيكون

القول فى البيان قول صاحب الدار وعليه اليمين على جحوده دعوى صاحبه اعتبارا للصفة بالاصل وان كانت الدار التى ادعى الطريق أو المسيل فيها بين الورثة فاقر بعضهم بالطريق والمسيل وجحد ذلك البعض لم يكن للمدعى أن يمر فيه ولا يسيل ماءه بقول بعضهم لانه لا يتوصل الى الانتفاع الا بنصيب الجاحدين واقرار المقر ليس بحجة فى حقهم فلا يتمكن من التطرق أو بسيل الماء فى نصيب المقر خاصة لانه غير متميز عن نصيب شركائه وهذا بخلاف الاقرار بالملك فان اقرار أحد الشركاء فى نصيبه يجعل المقر أحق بنصيب المقر من حيث التصرف فيه والانتفاع به لتمكنه من ذلك فى نصيب المقر على أن يكون قائما مقامه وقد ذكر فى موضع آخر فان وقع ذلك الموضع فى نصيب المقر تطرق فيه المقر له ويسيل ماءه وان وقع فى نصيب غيره يضرب المقر له بالطريق أو المسيل فى نصيب المقر بقدر ذلك ويضرب المقر بحصته سوي الطريق والمسيل فيكون بينهما على ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الورثة ثلاثة ضرب المقر بثلث المسيل وانما أراد به اذا أقر له بملك الطريق أو المسيل وأصله فيما ذكر فى كتاب الاقرار دار مشتركة بين اثنين أقر أحدهما ببيت بعينه لانسان وسنذكر ذلك فى موضعه فى كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى. قال واذا كان مسيل الماء فى قناة فاراد أن يجعله ميزابا لم يكن له ذلك الا برضاء أصل أهل الدار الذين عليهم المسيل وكذلك لو كان ميزابا فأراد أن يجعله قناة لم يكن له ذلك الا برضاهم لان فى القناة الماء لا يفيض على وجه الارض ولكنه مغور يسيل الماء فى بطنه وفي الميزاب يسيل الماء على وجه الارض فاذا أراد أن يجعل القناة ميزابا ففيه زيادة ضرر على أهل الدار بأن يفيض الماء فى ساحة الدار واذا أراد أن يجعل الميزاب قناة يحتاج الي حفر ساحة الدار وفيه ضرر على صاحب الدار وانما يثبت له من الحق قدرا معلوما فلا يكون له أن يلحق الضرر بهم فى الزيادة الا برضاهم وقيل هذا اذا لم يكن ذلك الموضع مملوكا له وانما له حق تسييل الماء فيه فأما اذا كان الموضع مملوكا له فله أن يجعل القناة ميزابا والميزاب قناة لانه يتصرف فى خالص ملكه فلا يمنعه منه ضرر يلحق جاره. قال أرأيت لو جعل ميزابا أطول من ميزابه أو أعرض كان له ذلك لانه ان جعله أطول كان انصباب الماء فيه من غير الموضع الذى كان حقه فيه وان جعله أعرض ينصب الماء فيه أكثر مما هو حقه ولو أراد أن يسيل فيه ماء سطح آخر لم يكن له ذلك لانه لم يكن لذلك السطح حق

تسييل الماء فى هذا الدار وفيه زيادة ضرر على صاحب الدار وكذلك لو أراد أن ينقل الميزاب عن موضعه لانه ينصب الماء فيه فى غير الموضع الذى هو حقه وكذلك لو أراد أن يرفعه أو يسفله ففى كل ذلك نوع ضرر علي صاحب الدار سوى ماكان مستحقا لصاحب الميزاب فلايملكه الا برضاه. قال ولو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطا ليسد مسيله لم يكن لهم ذلك لانهم قصدوا منع حق مستحق للغير فى دارهم وان أرادوا أن يبنوا بناء يسيل ميزابه على سطحه كان لهم ذلك لانه لاضرر فيه على صاحب الميزاب اذ لا فرق في حقه بين أن ينصب ماء المطر فى ساحة الدار أو على ظهر بيت يبنونه في ذلك الموضع وليس لهم أن يبنوا فى ساحة الدار مايمنع صاحب الطريق من التطرق فيه ولكنهم اذا أرادوا أن يبنوا الساحة ينبغى لهم أن يتركوا من الساحة قدر الطريق ويبنون ماسوى ذلك لانه لا حق له الا فى موضع الطريق فان وقعت المنازعة بينهم في عرض ما يتركون له من الطريق جعلوه قدر عرض باب الدار لان ذلك متفق عليه فيرد عليهم المختلف فيه ولانه لامنفعة لصاحب الطريق فى الزيادة على ذلك فانه لا يحمل مع نفسه فى الطريق الا مايتمكن من ادخاله فى باب الدار ويتمكن لذلك في طريق عرضه مثل عرض باب الدار والله أعلم

باب الدعوى في شئ واحد من وجهين

(قال رحمه الله دار فى يد رجل ادعى رجل أن أباه مات وتركها ميراثا له منذ سنة جاء بشاهدين فشهدا أنه اشتراها من ذي اليد منذ سنتين لم تقبل هذه البينة لان شرط قبول البينه تقديم الدعوى فان حقوق العباد انما يجب بقاؤها عند طلب صاحب الحق أو من يقوم مقامه وما شهد به شهوده لم يتقدم الدعوى به منه ولا يتمكن من أن يدعيه لان دعواه الاول يناقض دعواه الثانى فان بما ورثه عن أبيه منذ سنة لا يتصور أن يكون مشتريا له من ذى اليد منذ سنتين والتناقض يعدم ميراثا قد أكذب شهوده على الشراء فلهذا لا تقبل شهادتهم له وكذلك لو شهدوا بهبة أو صدقة له من ذى اليد منذ سنتين ولو كان المدعى ادعى أن ذى اليد تصدق بها عليه منذ سنة وشهد الشهود على الشراء منذ سنتين لم تقبل ايضا لان بعد دعواه الاولى لايمكنه دعوى الشراء منذ سنتين فلانعدام الدعوى أولا كذلك شهوده تمنع العمل بشهادتهم وكذلك لو ادعى الشراء أولا منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ سنتين

ولو ادعى الصدقة منذ سنة ثم أقام البينة على الشراء منذ شهر لم تقبل الا أن يوفق فيقول جحدني الصدقة فاشتريتها منه فحينئذ يقضى بها له لان من حيث الظاهر الشهادة مخالفة للدعوى الا أن التوفيق ممكن فقد يجحد المتصدق الصدقة فيشتريها منه المتصدق عليه بعد ذلك فتقبل البينة عند التوفيق كما لو ادعى الفا وشهد له الشهود بالف وخمسمائة لم تقبل الا أن يوفق المدعي فيقول كان حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود بخلاف ماتقدم فان هناك لا يمكنه أن يوفق فيقول جحدني الصدقة منذ سنة فاشتريتها منه منذ سنتين وكذلك لو ادعى الشراء منذ سنة ثم أقام البينة على الصدقة منذ شهر وقال جحدني الشراء فسألته فتصدق على بها بعد ذلك فهذا توفيق صحيح ينعدم به التناقض وإكذاب الشهود وكذلك لو ادعي الميراث من أبيه منذ سنة وشهد الشهود على شرائها من ذي اليد منذ شهر فقال جحدني ذلك ولم يكن له بينة فاشتريتها منه منذ شهر فهذا توفيق صحيح. وكذلك لو ادعى أمة في يدي رجل فقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ سنة ثم جاء بالبينة انه اشتراها منذ سنة وجاء بشاهدين فشهدا أنه اشتراها منه بالف درهم مطلقا أو منذ شهر تقبل الشهادة اذا وفق أو قال حين جحدني الشراء بالعبد فاشتريتها بالف درهم بعد ما قمنا من مجلسك أيها القاضي والبيع الثاني ينقض البيع الاول فيتمكن القاضي من القضاء بالعقد الذي شهدوا به عند هذا التوفيق ولو شهدوا أنه اشتراها بالف درهم منذ سنة أو أكثر لم أقبل شهادتهما لان اختلاف اليد يوجب اختلاف العقد فالتوفيق غير ممكن ان شهدوا بالشراء منه منذ سنة لانه لا تاريخ بين العقد المدعا والمشهود به وان شهدوا بالشراء بالف منذ أكثر من سنة لا يتمكن القاضي من القضاء بالعقد الذي شهدوا به لان العقد المدعا كان بعده بزعم المدعي وهو ينقض العقد الاول فلا يمكنه القضاء بالعقد المدعا لان الحجة لم تقم به فلهذا لا تقبل الشهادة . قال فان ادعى عينا في يد رجل أنه له وشهد شهوده أنه اشتراه من ذي اليد ونقده الثمن أو وهبه ذو اليد أو تصدق به عليه أو أنه ورثه من أبيه قبلت الشهادة لان المعتبر الموافقة بين الدعوى والشهادة معنى لا لفظا (ألا ترى) أن المدعي يقول ادعي عليه كذا والشاهد يقول أشهد عليه بكذا والموافقة معنى موجود هنا لانه ادعي الملك وقد شهدوا له بالملك مع بيان سببه ولا بد للملك من سبب فبيان سبب الملك من الشهود في الشهادة ان لم يؤكد شهادتهم بالملك لا تندفع بها وهذا بخلاف ماذا ادعى الشراء من ذي اليد وشهد له الشهود بالملك مطلقا لان

الشهادة هناك أزيد من الدعوى فان الملك بالشراء حادث والشهادة على الملك المطلق تثبت الاستحقاق من الاصل حتى يرجع الباعة بعضهم علي بعض بالثمن فاما اذا ادعى ملكا مطلقا وشهد الشهود بالشراء فالملك به دون المدعا فذلك لا يمنع قبول الشهادة كمالوادعى الفا وشهد له الشهود بخمسمائة تقبل ولو ادعى خمسمائة وشهد له الشهود بالف لاتقبل وكذلك لو ادعى أنه له ثم ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك تقبل بينته لانه لامنافاة بين الدعوتين فالوكيل بالخصومة قد نصف العين الى نفسه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضاء بما شهد به الشهود بعد دعواه الاول ولو ادعى أول مرة انه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم أقام البينة انه له لم أقبل بينته لان ماهو مملوك له لايضاف الى غيره عند الخصومة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمشهود به وهو الملك له بعد ما أقر أنه وكيل فيه بالخصومة بما ادعاه الاول ولا يتمكن من القضاء بالملك لان الشهود لم يشهدوا به وكذلك ان أقام البينة أنه لفلان آخر وكله بالخصومة فيه لااقبل ذلك منه لان الوكيل بالخصومة فى العين من جهة زيد لا يضيفه الى غيره فيتمكن من التناقض بين الدعوتين على وجه لايمكن التوفيق بينهما . قال ولو ادعاه لرجل زعم أنه وكله فيه بالخصومة ثم قال بعد ذلك أنه باعه من فلان وهو يملكه وكانى فلان المشترى بالخصومة وجاء بالبينة على ذلك قبلت بينته وقضيت به للموكل الآخر لانه وفق بين الدعوتين بتوفيق ممكن لو عاينا ذلك صححنا دعواه الثانية فكذلك اذا وفق بتلك الصفة ويقضى به للموكل الآخر وتأويل هذا اذا شهدوا الشهود بالملك بالشراء فاما اذا شهدوا بالملك المطلق لا تقبل الشهادة . قال ولو ادعي القاضي في صك جاء باسمه ثم جاء بالبينة أن ذلك المال لغيره وانه قد وكله بالخصومة فيه قبلت ذلك منه لما بينا أن الوكيل بالخصومة قد يضيف المال الى نفسه على معنى أن له حق المطالبة به فيتمكن القاضي من القضاء بالشهادة والله أعلم بالصواب

باب ادعاء الولد

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب اليه اذا أقر الرجل بولده لم يكن له أن ينفيه وهكذا عن على رضي الله عنه وبقولهما نأخذ أنه متى ثبت النسب باقراره لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك) لان النسب لايحتمل النقض والنسخ

ولا يتصور تحويله من شخص الى شخص وباقراره ثبت منه لكون الاقرار حجة عليه فان (قيل) اليس أن النسب يثبت من الزوج بفراش النكاح ثم يملك نفيه باللعان (قلنا) لان ثبوته هناك بحكم الفراش على احتمال أن لا يكون منه فيتصور نفيه اما هنا بثبوت النسب منه بتنصيصه على أنه مخلوق من مائه فلا يبقى بعده احتمال النفي كالمشترى اذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع بالثمن لم يبطل اقراره حتى اذا عاد الى يده يوما يؤمر بتسليمه الى البائع بخلاف ما اذا اشتراه ولم يقر له بالملك لان نفس الشراء وان كان اقرار بالملك فالاحتمال فيه باق بخلاف الاقرار به نصا وعن جابر رضي الله تعالى عنه قال مر عمر رضى الله عنه على جارية تسقى مع رجل من بئر فقال لمن هذه فقالوا لفلان قال ولده يطأها قالوا نعم قال أما انها لو ولدت ألزمته ولدها وبظاهره يأخذ الشافعي رحمه الله فنقول الامة تصير فراشا بنفس الوطء ولا حجة له فيه لان عنده الفراش انما يثبت باقرار المولى وهنا الاقرار فى الاجانب وبه لا يثبت الفراش فأما ان يحمله على أنه عرف انها أم ولده أو يحمل على ان مراده من ذلك حث الناس على تحصين الجوارى ومنعهن عن الاختلاط بالرجال فقد ظهر ان عمر رضى الله عنه ما يخالف هذا على ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان له جارية وكان يطأها فجاءت بولد ونفاه وقال اللهم لا يلحق بآل عمر من لا يشبههم فأقرت أنه من فلان الراعي وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه كان يطأ جاريته فجاءت بولد فنفاه فقال كنت أطأها ولا أبغى ولدها أي أعزل عنها وهكذا نقل عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما والذى ذكر في الكتاب عن ابن عمر رضي الله عنهما ان عمر رضى الله عنه قال من وطىء وليدة له فضيعها فالولد منه والضياع عليه لا حجة فيه للخصم لان الوليدة اسم لام الولد فانه فعيل بمعنى فاعل أى والده وذكر عن عمر رضى الله عنه قال حصنوهن أو لا تحصنوهن انما رجل وطىء جارية فجاءت بولد ألزمته اياه وانما قال ذلك على سبيل الحث للناس على تحصين السرارى ومنعهن عن الخروج ثم لا خلاف بين العلماء رحمهم الله ان النسب يثبت بالفراش والفراش تارة يثبت بالنكاح وتارة يثبت بملك اليمين فأما الفراش في النكاح الصحيح يثبت بنفسه اذا جاءت بالولد لمدة يتوهم ان العلوق بعد النكاح ثبت النسب على وجه لا ينتفى الا باللعان اذا كان من أهل اللعان وكذلك النسب يثبت بشبهة النكاح اذا اتصل به الدخول وهذه الشبهة تثبت بالنكاح الفاسد تارة وباخبار المخبر انها امرأته تارة لان الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبنى على

الاحتياط وأمر النسب مبنى على الاحتياط (ألا ترى) ان فى حق وجوب المهر والعدة جعلت الشبهة بمنزلة حقيقة النكاح فكذلك فى النسب ومتى ثبت النسب بالشبهة لا يمكن نفيه بحال لان نفى النسب بعد ثبوته لا يكون الا باللعان ولا يجرى اللعان فى النكاح الفاسد والوطء بالشبهة واما بملك اليمين لا خلاف أن النسب لا يثبت بنفس الملك ولا بالوطء بشبهة الملك بدون الدعوة وانما الخلاف فى ان بنفس الوطء بملك اليمين هل يصير فراشا حتى لا يثبت النسب به عندنا الا ان يقر المولى بالنسب وعند الشافعى يثبت بنفس الوطء ولكن اذا كان المولى يطأها ويمنعها من الخروج فالاولى له ان يدعى ولدها ولا ينفيه فان الميرة فى هذا ولكن لا يلزمه حكما الا بالدعوة واحتج الشافعى بما روي عن عبد الله بن زمعة وسعد بن أبى وقاص رضي الله عنهما اختصما بين يدى رسول الله صلي الله عليه وسلم فى ولد ولدته زمعة فقال عبد ولد أبى ولد على فراش أبى وقال سعد رضى الله عنه ابن أخى عهد الي فيه أخي وامرأتى أن أضمه الى نفسى فقال صلي الله عليه وسلم هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر فقد أثبت النسب من زمعة باقرار من يخلفه بوطئه اياها ولم يسبق من زمعة دعوة النسب فدل أن الفراش يثبت بنفس الوطء والمعنى فيه انه وضع ماءه حيث له وضعه فيثبت النسب منه كما فى فراش النكاح وهذا لان الوطء بملك اليمين ينزل منزلة عقد النكاح (ألا ترى) أنه تثبت به حرمة المصاهرة كما يثبت بالنكاح بل أقوى فحرمة الربيبة تثبت بالوطء ولا يثبت بنفس النكاح وكذلك يحرم الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين كما يحرم الجمع بينهما نكاحا ثم الفراش فى حق النسب يثبت بالنكاح فكذلك بالوطء بملك اليمين ولنا ان وطء الامة كملكها وبملكها لا يثبت الفراش لانه محتمل قد يكون لبيعها وقد يكون لوطئها فكذلك وطئه إياها محتمل قد يكون للاستفراش وقد يكون لقضاء الشهوة وتحقيق ذلك بالعزل عنها عادة وينفرد بذلك شرعا والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة التى لا يبقى بعدها احتمال بخلاف النكاح فانه لا يكون الا للفراش عادة (ألا ترى) ان التمكن من الوطء هناك جعل بمنزلة حقيقة الوطء وهنا بالتمكن من الوطء لا يثبت النسب بالاتفاق للاحتمال فكذلك بحقيقة الوطء ولان هناك لا يبطل بثبوت النسب ملكا باتا للزوج وهنا يبطل ملك المالية والتصرف فيها بثبوت نسب ولدها والمحتمل لا يكون حجة فى ابطال الملك المتحقق به وبه فارق حرمة المصاهرة فليس في اثباتها ابطال الملك بل باب الحرمة مبنى على الاحتياط فيجوز اثباته مع الاحتمال ولان

ثبوته باعتبار الاتحاد بين الواطئين حسا حتى تصير أمهاتها وبناتها كامهاته وبناته وذلك حاصل بملك اليمين (ألا ترى) ان الرضاع فى اثبات الحرمة جعل كالنسب ولم يجعل كهو في ابطال الملك به يعنى بالعتق عليه وكذلك حرمة الجمع بين الاختين نكاحا للتحرز عن قطيعة الرحم بينهما وذلك يحصل بالوطء بملك اليمين فأما حديث عبد فقد ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الامالى ان وليده زمعة كانت أم ولد له وفى بعض الروايات في الحديث زيادة قال ولد أبي ولد علي فراش أبي لانى أقربه أبي وعندنا اذا أقر المولى بالنسب يثبت النسب منه على أن قوله صلى الله عليه وسلم هو لك ياعبد ليس بقضاء بالنسب بل هو قضاء بالملك له لكونه ولد أمة أبيه ثم أعتقه عليه باقراره بنسبه (ألا ترى) أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة فأما أنت ياسودة فاحتجبي منه فانه ليس بأخ لك والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش تأكيد نفى النسب عن عتبة بن أبي وقاص رضى الله عنه لانه كان عاهرا لا الحاق النسب بزمعة قال واذا حبلت الامة عند رجل ثم باعها وقبض ثمنها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع ثبت النسب منه وقضى بأنها أم ولد له وولدها حر الاصل وعليه رد الثمن على المشترى عندنا استحسانا وفى القياس لا يثبت النسب منه مالم يصدقه المشترى وبه أخذ زفر والشافعى رحمهما الله * وجه القياس فى ذلك ان البائع مناقض فى كلامه ساع فى نقض ما قدتم به وهو البيع فلا يقبل قوله كما لوقال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها وهذا لان اقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له ولنا انا تيقنا بحصول العلوق فى ملكه وذلك ينزل منزلة البينة فى ابطال حق الغير عنها كالمريض اذا جاءت جاريته بولد فى ملكه فادعي نسبه نزل ذلك منزلة البينة فى ابطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها وتفسير الوصف أن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فاذا جاءت بولد من ذلك فقد تيقنا بحصول العلوق قبل البيع وتأثيره وهو أن بحصول العلوق فى ملكه يثبت له حق استلحاق النسب بالدعوة وذلك لايحتمل الابطال وانما يبطل البيع ما كان محتملا للابطال فأما فيما لا يحتمل الابطال الحال بعد البيع وقبله سواء فاذا بقي حق استلحاق النسب له بقي ما كان ثابتا وهو التفرد به من غير حاجة الى تصديق المشتري وخفاء أمر العلوق يكون عذراً له في اسقاط اعتبار التناقض وقبول قوله فى ابطال البيع كما ان الزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب ثبت منه وبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض وهذا لان الانسان قد يعلم تدينا أن العلوق ليس منه ثم يتبين له أنه منه ولا

يوجد مثل هذا فى دعوى العتق والتدبير فلهذا لايقبل قول البائع فيـه فان ادعاه المشترى بعـد ذلك فعلى طريق القياس يثبت النسب منـه لان دعوة البـائع لم تصح وعلى طريقة الاستحسان لما ثبت النسب من البائع لا تصح دعوة المشترى لان البيع قد انتقض فصار هو كاجنبي آخر ولان الولد قد استغنى عن النسب بثبوت نسبه من البائع وان كان المشتري ادعاه أولا ثبت النسب منه لانها مملوكته فى الحال يملك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته أيضا لحاجة الولد الى النسب والحرية ويثبت لهـا أمية الولد باقراره ثم لاتصح دعوة البائع بعد ذلك لان الولد قد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشترى ولانه قد يثبت فيه مالا يحتمل الابطال وهو حقيقـة النسب فيبطل به حق الاستلحاق الذى كان ثابتـا للبائع ضرورة فان ادعياه معا ثبت النسب من البائع عندنا وقال ابراهيم النخعى رحمـه الله يثبت النسب من المشترى لان للمشترى حقيقة الملك فيها وفى ولدها وللبائع حق والحق لايعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وأبوه معا ثبت النسب من المولى لان له حقيقة الملك فيها وللاب حق فيسقط اعتبار الحق فى مقابلة الحقيقة ولنا ان دعوة البائع دعوة استيلاء لان أصل العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير فان أصـل العلوق لم يكن فى ملكه ولا يعارض دعوة التحرير دعوة الاسـتيلاد كما لا يعارض نفس الاعتاق دعوة الاستيلاد بمعنى أن دعوة الاستيلاد لا تقتصر علي الحال بل تستند الي وقت العلوق ودعوة التحرير تقتصر على الحـال فدعوة البائع سـابقة معنى فكأنهـا سبقت صورة بخلاف دعوة المولي مع أبيه فان شرط صحة دعوة الاب بملك الجارية من وقت العلوق اذ ليس له فى مال ولده ملك ولا حق الملك فاقتران دعوة المولى بدعوة الاب يمنع تحصيل هذا الشرط فلهذا أثبتنا النسب من المولى دون أبيه ولو ان المشترى أعتق الام أو استولدها أو دبرها ثم ادعى البائع الولد ثبت نسبه منه لان الولد يحتاج الى النسب بعد عتق الام وهو مقصود بالدعوة وحق الاستيلاد في الام يثبت تبعا فلا يمتنع ثبوت الاصل بامتناع ثبوت البيع اذ ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت أمية الولد للام كما في ولد المغرور يثبت نسب الولد ولا تصـير الام أم ولد للمغرور ثم يرد البائع حصـة الولد من الثمن دون الام لانه تعذر فسخ البيع فى الام لما جرى فيها من عتق المشترى فانه لا يجوز أن يرد أمه توطأ بالملك بعد ما نفذ العتق فيها ولم يتعذر الفسخ في الولد وقد صار الولد مقصوداً بهذا الاسترداد فتصيرله حصة

من الثمن فلهذا يسترد المشترى حصة الولد من الثمن ولو ماتت الام ثم ادعي البائع نسب الولد صحت دعوته لما بينا ويرد البائع جميع الثمن فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يمسك حصة الام من الثمن لانه تعذر فسخ البيع فيها بالموت كما في الفصل الاول وهذه المسئلة فى الحقيقة تنبني على المسئلة الخلافية المعروفة بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى مالية أم الولد فعند أبي حنيفة رحمه الله لا قيمة لرقها حتى لا يضمن بالغصب فكذلك لا يكون لها حصة من الثمن وقد زعم البائع انها أم ولد وزعمه حجة عليه وعلى قولهما لرقها قيمة حتي يضمن بالغصب فيمسك حصتها من الثمن ثم الفرق لابى حنيفة رحمه الله بين هذا والاول أن هناك القاضى كذب البائع فيما زعم حين جعلها معتقة من جهة المشترى أو مدبرة أو أم ولد فلم يبق لزعمه غيره فاما هنا بموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقى زعمه معتبرا في حقه فلهذا رد جميع الثمن ولو كان المشتري باع الام أو وهبها أو رهنها أو أجرها أو كاتبها أبطلت جميع ذلك ورددتها على البائع لان هذا التصرفات محتملة للنقض كالبيع الاول فكما يجوز نقض البيع الاول بدعوة الاستيلاء من البائع فكذلك يجوز نقض هذه التصرفات ولو كان المشترى أعتق الولد أو دبره ثم ادعى البائع نسبه لم يصدق في ذلك اذا أكذبه المشتري لان الولد مقصود بالدعوة وقد ثبت المشترى فيه مالا يحتمل النقض وهو الولاء فيبطل به حق الاستلحاق الذى كان للبائع لان الولاء كالنسب وقد بينا أنه لو ثبت النسب من المشترى لم يكن للبائع حق الدعوة بعد ذلك فكذلك اذا ثبت الولاء له وكذلك لو قبل الولد عنده وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم تصح دعوته كما لو مات الولد وهذا لانه بالموت أو القتل قد استغنى عن النسب وصحة دعوة البائع لحاجة الولد الى النسب ثم لا يرد الام على البائع لان حقها تبع لحق الولد فى النسب ولم يثبت ما هو الاصل فلا يثبت ماهو بيع لانه لو ثبت كان مقصودا لا تبعا ولو قطعت يد الولد فاخذ المشترى نصف قيمته ثم ادعاه البائع صحت دعوته لان الولد الاقطع محتاج الى النسب محل لانتقاص البيع فيه ولكن الارش يبقى سالما للمشترى لان ابانة اليد كانت على حكم ملكه ودعوة البائع انما تعمل فى القائم دون اليد المبانة وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد بطلان حق المشترى عن الارش لانه ينفصل عنه فى الجملة لان الارش مال ليس من النسب فى شئ فيرد الجارية مع ولدها على البائع بجميع الثمن الا حصة اليد فقد احتبس بدلها عند المشترى فلا يسلم له مجانا ولكن حصته من الثمن

تسلم للبائع كما ذكرنا فيما اذا احتبست الام عنده وكذلك لو كان القطع فى الام لان المعنى الذى أشرنا اليه يجمع الكل ولو فقأ رجل عينى الولد فدفعه المشترى الى الجانى وأخذ قيمته ثم ادعى البائع نسبه صحت دعوته لان المفقوءة عيناه يحتاج الى النسب ودفعه بالجناية محتمل للنقض فلا يمنع صحة دعوة البائع فيرد الام والولد على البائع ويرد جميع الثمن على المشترى عند أبى حنيفة رحمه الله لان من أصله أن الجانى يرجع على المشترى بجميع القيمة فان الجثة العمياء اذا لم تسلم للجانى لا يلزمه شيء عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو أعاد المولى امساك الجثة والرجوع بنقصان القيمة لم يكن له ذلك عنده فاذا لم يسلم للمشترى شئ من بدل العينين رد البائع جميع الثمن وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المشترى يرجع على الجانى بنقصان العينين لان فى الابتداء لو أراد امساك الجثة والرجوع بنقصان العينين كان له ذلك فكذلك فى الانتهاء واذا كان للمشتري نقصان العينين رد البائع عليه جميع الثمن الا حصة النقصان وكذلك لو فقئت عينا الام فهو على ما بينا. قال ولو ادعى البائع نسب الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر وكذبه المشترى ثم قتل الولد بعد ذلك أو قطعت يده فعلى الجانى من ذلك ماعليه بالجناية على الاحرار لان بمجرد الدعوى ثبت النسب وصار الولد حرا فانه لا عبرة لتكذيب المشترى فانما حصلت الجناية بعد ذلك على حر وان كانت الجناية على الام كان عليه ما فى جناية أم الولد لان حق أمية الولد قد ثبت له بثبوت نسب الولد وحاصل هذا انه لا حاجة الي قضاء القاضى في ابطال هذا البيع وعودهما الى البائع لانه قد ثبت فيها وفى ولدها بنفس الدعوة ماهو مناف للبيع وان جنى الولد كانت جنايته كجناية الحر وجناية أمه كجناية أم الولد لثبوت ذلك فيها بنفس الدعوة وان كانت الجناية منهما قبل الدعوة فهو علي البائع دون المشترى لان البائع بالدعوة قد صار مبطلا ملك المشترى فيهما بغير صنع من المشترى فليس على المشترى من موجب جنايتهما شي ولكن البائع مختار ان كان عالما بالجناية لانه بالدعوة أثبت الحرية للولد وحق الحرية للام فيكون كالمنشيء لذلك بعد الجناية فلهذا صار مختارا ولو كانت الجارية لم تلد بعد فادعي البائع أن حبلها منه وقال المشترى ليس بها حبل وأراها النساء فقلنا هى حبلى أو قال المشترى بها حبل ولكنه ليس منك فالبائع لا يصدق فى الدعوة حتى تضع لانه لا طريق لمعرفة الحبل حقيقة فانه مما استأثر الله تعالى بعلمه لقوله تعالى ويعلم مافى الارحام ولان شرط صحة دعوة البائع ان تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع حتى يعلم يقينا أن العلوق كان فى

ملكه ولا يدرى أنها هل تضع لاقل من ستة أشهر أم لا فلعلها تسقط سقطا غير مستبين الخلق أو يضع الولد أكثر من ستة أشهر فلهذا لا تصح دعوة البائع فان جاء به لاقل من ستة أشهر الآن تصح تلك الدعوة كما لو أنشأها بعد الوضع لان تيقنا أن العلوق حصل في ملكه فلو جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر فأدعاه البائع وقال أصل الحبل كان عندى وقال المشترى لم يكن عندك انما كان العلوق قبل شرائك فالقول قول البائع لانهما تصادقا على اتصال العلوق بملك البائع فكان الظاهر شاهداً للبائع ولان المشتري يدعى تاريخا سابقا فى العلوق على ملك البائع فلا يصدق على ذلك فان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع لانه يثبت تاريخا سابقا فى ملكه على العلوق وملكه حقه فبينته على سبق التاريخ فيه مقبولة ولا شك فى هذا عند أبى يوسف رحمه الله واختلف المشايخ على قول محمد رحمه الله منهم من يقول قوله هكذا ومنهم من يقول البينة بينة المشترى عنده لانه هو المحتاج الى اقامة البينة وأصل هذا فيما اذا قال المشترى اشتريتها منك منذ سنة وقال البائع انما بعتها منك منذ شهر فالقول قول البائع لان المشتري يدعى زيادة تاريخ فى شرائه فلا يصدق على ذلك الا بحجة فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع عند أبى يوسف رحمه الله لانه يثبت ببينته حصول العلوق فى ملكه وثبوت حق استلحاق النسب له وعند محمد رحمه الله البينة بينة المشترى لانه هو المحتاج الى اثبات التاريخ فى شرائه بالبينة فيثبت ببينته ان شراءه كان منذ سنة وذلك مانع من صحة دعوة البائع فلهذا قبلت بينته . قال وان كانت ولدت الجارية المبيعة بنتا لاقل من ستة أشهر ثم ولدت ابنتها ابنا فأعتق المشترى الابن ثم ادعى البائع الابنة فهى ابنته لان العلوق بها كان فى ملكه ودعوته فيها دعوة استيلاد ويثبت حرية الاصل فيها ومن ضرورته ابطال عتق المشترى على ابنها لان العتق يطرأ على الرق ومن ضرورة كونها حرة الاصل أن ينفصل الولد منها حراً وكذلك ان كانت الابنة ولدت ابنتا قال (ألا ترى) ان رجلا لو ولدت جاريته عنده غلاما ثم ولد للغلام ابن فباع المولى ابن الولد الذى ولد عنده فأعتقه المشترى ثم ادعى الولد الذى كان العلوق به فى ملكه صحت دعوته ويبطل بيع الابن وعتق المشترى اياه لانه تبين بصحة دعوته حرية الاصل للاب وذلك يوجب حرية الابن لان الابن مولود من أمة كانت لمدعى الاب فتبين أنه كان ملك ابن ابنه وعتق عليه قبل أن يبيعه وبطل به بيع المشترى وعتقه قال وهذا بمنزلة التوأم وفى بعض النسخ التوأمين وكلاهما صحيح عند أهل اللغة منهم من قال التوأم أفصح كما يقال هما زوج

ومنهم من قال التوامان أفصح كما يقال هما كفوان واخوان وبيانه جارية ولدت ولدين فى بطن واحد من علوق كان فى ملك مولاها فباع المولى أحدهما وأعتقه المشترى ثم ان البائع ادعى نسب الذى عنده يثبت نسبهما منه لأنهما خلقا من ماء واحد فلا ينفصل أحدهما عن الآخر نسبا وقد كان العلوق بهما في ملكه فيثبت حرية الاصل للذى عند البائع ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل للآخر وكان ذلك بمنزله اقامة البينة في ابطال عتق المشترى وشرائه فى الآخر فكذلك فيما سبق وهذا بخلاف ما تقدم اذا اعتق المشترى الام ثم ادعى البائع نسب الولد لم يبطل عتق المشترى فى الام لانه ليس من ضرورية حرية الاصل للولد ثبوت أمية الولد للام في ولد المغرور ولان هناك لو أبطلنا عتق المشتري فيها رددناها من حالة الحرية الى حالة الرق وذلك لا يجوز لان العتق أسقط الرق والمسقط متلاشي لا يتصور عوده وهنا لو أبطلنا عتق المشترى رددناه الي حال حرية الاصل وذلك مستقيم ولان فيه ابطال الولاء الثابت للمشترى والولاء أثر من آثار الملك فلم يجز اسقاطه الا عند قيام الحجة فلهذا أبطلنا عتق المشتري في هذه الفصول ولولم يبع ابن الابن ولكنه باع الابن فاعتقه المشترى ثم ادعاه لم تجز دعوته لان المقصود بالدعوة الابن وقد اتصل به من جهة المشترى ما لايحتمل النقض وهوالولاء فيبطل بهحق الاستحاق الذى كان ثابتا للبائع فيه وعتق ابن الابن الذى فى يده لانه أقر له بالحرية حين زعم انه ابن ابنه والاقرار بالنسب و ن لم يعمل في اثبات النسب لمانع كان عاملا فى الحرية كما لو قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هو إبني يعتق عليه وكذلك لومات عند المشترى لانه بالموت استغنى عن النسب وخرج البيع من أن يكون محتملا للنقض فيه فلم يعمل دعوة البائع فى حقه وعتق ابن الابن باقراره كما بينا ولو كان مكان الابن ابنتا فماتت عند المشترى ثم ادعى البائع نسبها لم تصح دعوته فى حقها ولا فى حق ابنها وهذا والملاعنة سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله اذا كان ولد الملاعنة ابنتا فولدت ابنا ثم ماتت الام ثم أكذب الملاعن نفسه لم يعمل اكذابه فى اثبات نسبها مع بقاء ابن يخلفها فكذلك هنا والمعنى فيهما سواء وهو أن ينسب الولد القائم الى أبيه دون أمه فيجعل أمه كالميتة لا عن ولد وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يفرقان بين هذه وولد الملاعنة فان عندهما هناك ولدا لابنه كولد الابن فى قيامه مقام ولد الملاعنة حتى يصح اكذاب الملاعن نفسه ويثبت نسب ولد الملاعنة وان كان ميتا لان هناك أصل النسب كان

ثابتا بالفراش فاستتر باللعان وبقي موقوفا علي حقه حتى لو ادعاه غيره لم يصح فيجعل بقاء ولده كبقائه فى صحة الاظهار بالدعوة وأما نسب ولد المبيعة ما كان ثابتا من البائع ولا موقوفا علي حقه حتى لو ادعاه المشترى ثبت نسبه منه فلا تعمل دعوته في الاثبات ابتداء الا في حال بقائه أو بقاء من ينسب اليه وولد الابن ينتسب اليه بالبنوة دون ولد الابنة فلهذا لا يثبت النسب بعد موت الا بنت بالدعوة . قال واذا حبلت الامة فولدت فى يد مولاها ثم باعها فزوجها المشترى من عبده فولدت له ولدا ثم مات العبد عنها فاستولدها المشترى ثم ادعى البائع الولد الذى عنده ثبت نسبه منه لان العلوق به كان فى ملكه فدعوته فيه دعوة استيلاد ويرد اليه ابن العبد بحصته من الثمن لانه ولد أم ولد فى حقه وهو ثابت النسب من غيره وولد أم الولد بمنزلة أمه ولو لم يستولد المشترى الام كانا جميعا مردودين عليه فاستيلاده الام يثبت فيها ما لا يحتمل النقض وهو حق العتق للمشترى فنزل ذلك منزلة حقيقة العتق وذلك لا يمنع رد الولد اليه لان أحدهما ينفصل عن صاحبه فان (قيل) هذا الولد في حكم أمية الولد تبع للأم ولا يثبت البائع حق أمية الولد في الام فكيف يثبت فى ولدها (قلنا) لا كذلك بل هما جميعا بأثمان للولد الذى عنده لان الام بيع ولا بيع للتبع فتعذر رد احدهما عليه لا يمنع رد الآخر بحصته من الثمن ويعتبر فى الانقسام قيمتها وقت البيع وقيمة الولد الثانى وقت الانفصال لانه كما حدث فحق أمية الولد فيه ثابت للبائع الا أنه لما صار متقوما عند الانفصال فيعتبر فى الانقسام قيمته في ذلك الوقت ويعتق بموت البائع من جميع ماله لانه ابن أم ولده فان ادعى البائع ابن العبد انه ابنه عتق عليه ولم يثبت نسبه منه لانه يملكه ولكنه معروف النسب من الغير فدعوته اياه كاعتاقه . قال ولو باعها وهى حبلى فولدت عند المشترى بعد البيع بيوم ثم ولدت ولدا آخر بعد سنة من غير زوج فادعى البائع والمشترى الولدين معا فهما ابنا البائع أما الا كبر منهما فلان العلوق به كان فى ملك البائع يثبت نسبه منه ويبطل البيع فيه وفي أمه لانه تبين انها أم ولده من حين علقت والولد الثانى مردود عليه أيضا لانه ابن أم ولده فهو انما يدعى ملك نفسه والمشترى يدعى ملك الغير فلهذا كان دعوة البائع أولى فيهما ولو بدأ المشترى فادعى الولد الآخر أنه ابنه ثبت نسبه منه لان العلوق به حصل فى ملكه وهو محتاج الى النسب وصارت الجارية أم ولد له فان ادعى البائع بعده الولد الاول ثبت نسبه منه بحصول العلوق به فى ملكه ويرد اليه الولد خاصة بحصته من الثمن لانه تعذر فسخ

البيع فى الام لما ثبت للمشترى فيها من حق أمية الولد ولو لم يدع واحد منهما شيئا حتى لو ادعى البائع الولد الآخر لم يصدق لان العلوق بالولد الآخر لم يكن في ملكه وهو للحال مملوك للمشترى فلا دعوة له فيه مقصودة وكذلك لو مات الاول ثم ادعاهما البائع لان دعوته فى الذى مات لم تصح لاستغنائه عن النسب فلو صح كان الآخر مقصودا والعلوق به لم يحصل فى ملكه. قال وان ولدت الامة المبيعه ولدين فى بطن واحد كلاهما أو أحدهما لاقل من ستة أشهر فجنى على أحد الولدين جناية وأخذ المشترى الارش ثم ادعاهما البائع فدعوته جائزة فيهما لانا تيقنا بحصول العلوق بهما فى ملكه فانهما خلق من ماء واحد والتى ولدت لاقل من ستة أشهر يتيقن أن العلوق كان فى ملكه فيتبين أيضا أن العلوق الثانى كان فى ملكه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فلهذا ثبت نسبهما وبطل البيع فيهما وفى الام ولكن الارش يبقى سالما للمشترى لما ينافى الولد الواحد أن الدعوة فى اليد المبانة لاتعمل فيبقى الارش للمشترى كما كان قبل الدعوة وكذلك اذا اكتسب احدهما كسبا فقد كان قبل الدعوة الكسب ملكا للمشترى وليس من ضرورة صحة الدعوة بطلان ملكه فى الكسب فيبقي سالما له ولو كان قتل احدهما ثم ادعاه البائع كان قيمة الموصول لورثة المقتول لان بثبوت حرية الاصل لاحدهما يثبت مثله الآخر فيكون بدله لورثته ضرورة وهذا بخلاف الارش والكسب لان التوأم لاينفصل أحدهما عن الآخر فى النسب والحرية وأعمال ذلك في الاقطع ممكن فلا حاجة بنا الى إعماله فى إبطال ملك المشتري فى الارش والكسب فأما الواجب على القاتل بدل النفس ومن ضرورة ابطال البيع فيه عند بقاء مايخلفه أنه لايبقى للمشترى حقا في بدل نفسه فكان ذلك لورثة المقتول قال في بعض النسخ ويصدق البائع فى بدل النفس وفى بعض النسخ قال لايصدق فى بدل النفس وليس هذا باختلاف الرواية ولكن حيث قال يصدق يعنى فى حق المشترى حتى يبطل حقه عن القيمة لان من ضرورة ثبوت الحرية للمقتول فى الاصل أن لايملك بدل نفسه بملك الاصل وحيث قال لايصدق يعنى فى حق الجانى حتى لايجب عليه الدية بل يكون الواجب عليه القيمة كما كان لانه ليس من ضرورة ثبوت الحرية فيه وجوب الدية على قاتله فكم من قتل غير موجب للدية وما كان ثبوته بطريق الضرورة تعتبر فيه الجملة دون الاحوال. قال ولو كان المشترى أعتق احدهما ثم قتل وترك ميراثا وأخذ المشترى ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين ثبت نسبهما منه وأخذ الدية والميراث من المشتري لان

حرية الاصل قد ثبت للمقتول ضرورة ثبوتها فى الآخر وذلك مناف لولاء المشترى فانما
أخذ ميراثه بالولاء فاذا ظهر المنافى للولاء وجب رده ولو اعادهما المشترى أولا فانهما ابناه
لانهما لو كان له محتاجان الى النسب فان ادعاهما البائع بعد ذلك لم يصدق لوقوع الاستغناء
لهما عن النسب بثبوت نسبهما من المشترى. قال أمة حبلت فى ملك رجل فولدت غلاما وكبر
فزوجه المولى أمة له فولدت غلاما ثم باع الاسفل وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الابن
الاول فهو ابنه لان العلوق به كان فى ملكه وينتقض بيع المشترى وعتقه في ابن الابن
لانه تبين انه كان حرا قبل بيعه فانه انما ولد من أمة المولى ومن ملك ابن ابنه فعتق عليه وكان
ذلك سابقا على بيعه فيبطل به البيع وعتق المشترى اياه ضرورة وهو بمنزلة التوأم كما قررنا
ولو لم يدع البائع الذى عنده ولكن ادعى الذى باع انه ابنه كانت دعوته باطلة لانه وان
حصل العلوق فى ملكه فقد نفذ فيه من جهة المشترى مالا يحتمل الابطال وهو العتق فلهذا
لا تصح دعوته فيها. قال أمة ولدت ولدين فى بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عند هذا المولى
فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه لانه لما بقى أحد الولدين عنده فدعوته
فيه صادفت ملكه فيثبت نسبه منه ومن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر
ولكن لا ينتقض عتق المشترى ولا البيع لان أصل العلوق بهما لم يكن فى ملك البائع
فدعوته دعوة التحرير فينزل منزلة الاعتاق والتوأمان ينفصل أحدهما عن الآخر في الاعتاق
فليس من ضرورة عتق أحدهما بدعوة البائع ابطال البيع وعتق المشترى فى الآخر بخلاف
ما اذا كان العلوق بهما فى ملك البائع فان دعوته هناك دعوة استيلاد يستند الى وقت العلوق
فيثبت به حرية الاصل للذى بقي عنده ومن ضرورته حرية الاصل للآخر فلهذا بطل البيع
والعتق (ألا ترى) ان الجارية المشتركة بين اثنين اذا ولدت فادعاه أحدهما فان كان أصل
العلوق فى ملكهما لم يضمن من قيمة الولد لشريكه شيئا وان لم يكن أصل العلوق فى
ملكهما ضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا لان دعوته دعوة تحرير فيجعل
بمنزلة اعتاقه الولد مقصودا. قال أمة فى يد رجل وفى يده ولد لها وفى يد رجل آخر ولد لها
فادعى الذى فى يده الولد أن الولدين جميعا ابناه ولد من هذه الامة فى بطن واحد أو فى
بطنين وان الامة أمته وأقام البينة علي ذلك وادعى الذي في يديه مثل ذلك وأقام البينة علي
ذلك فانه يقضى بالامة والولدين جميعا للذى الامة فى يديه لان كل واحد منهما يدعى حق

العتق فيها بسبب أمية الولد فكان دعواه حقيقة العتق فيها والبينة بينة ذى اليد لان كل واحدة من البينتين قامت لاثبات الولاء والولاء بمنزلة النسب فيترجح بينة ذى اليد فاذا قضينا بالامة له أثبتنا نسب الولدين منه لانهما ولد أم ولده قد ادعاهما واجنبي ادعى نسب ولد أم ولد الغير وهذا لان استحقاق الاصل بالبينة توجب استحقاق الزوائد المنفصلة قال ولو كانت أمة فى يد رجل وفي يديه ولد لها فجاء آخر يدعيها ولا يدعى ولدها وفى يده ولدلها آخر يدعيه وأقام البينة على دعواه وأقام الذى هو فى يديه البينة أن الامة أمته ولدت الابن الذي في يديه منه ولا يعرف أى الولدين أكبر وقد ولدتهما في بطنين قضيت بالامة للذى فى يديه لدعواه أمته الولد فيها وقضيت لكل واحد منهما بالابن الذى ادعاه وهو فى يديه لان كل واحد منهما يدعى نسب أحد الولدين وخصمه لا ينازعه فى ذلك وكل واحد من الولدين محتاج الى النسب وذلك كافي للقضاء بنسبه منه بمجرد الدعوة فكيف اذا أثبته بالبينة بخلاف ما سبق فان المنازعة بينهما هناك فى نسب الولدين فرجحنا المقضي له بالجارية لان استحقاقه الاصل شاهد له فيما يدعى من نسب الولد ولانا قضينا له بالفراش حين قضينا بأمية الولد من جهته فى الام وثبوت النسب باعتبار الفراش فاذا ادعاه كان أولى به واذا نفاه ثبت من الذى ادعاه لاقامة البينة عليه واحتمال أن يكون لما ادعاه سببا صحيحا. قال أمة فى يد رجل له منها ولد فادعى آخر أن الذى الامة فى يديه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد وأقام الذي فى يديه البينة الامة ان الامة لهذا المدعى وانه زوجها منه وولدت على فراشه هذا الولد فالامة بمنزلة أم موقوفة فى يدعى الذى هى فى يديه لا يطأها واحد منهما لان كل واحد منهما أقر بولادتها منه والملك فيها لاحدهما فيثبت أمية الولد فيها ثم كل واحد منهما ينفيها عن نفسه ويقول انها فى ملك صاحبي وقد ادعى نسب ولدها فصارت بمنزلة أم الولد له فبقيت موقوفة لا يطأها واحد منهما كمن اشتري عبدا ثم ان البائع اعتقه وجحد البائع ذلك كان موقوفا الولاء فأيهما مات عتقت هى لان الحى منهما قد أقر بعتقها بموت صاحبه وصاحبه كان مقرا بأن اقرار الحى فيهما كان نافذا فلهذا تعتق بموت احدهما والولد للذي هو في يديه لان دعواهما فيه دعوى النسب وبينة ذى اليد فى دعوى النسب ترجح على جانب الخارج. قال أمة في يدى رجل وفي يده ولد لها فادعى آخر أنه تزوجها باذن مولاه فولدت له على فراشه هذا الولد الذى في يد مولاها وأقام البينة على ذلك وأقام المولى

البينة أنه ابنه ولد على فراشه من أمته هذه فانى أقضى بالولد للزوج وأثبت نسبه منه لان ثبوت النسب باعتبار الفراش وفراش النكاح أقوى فى اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) أن النسب الذى يثبت بالنكاح لا ينتفى بمجرد النفى والذي يثبت بملك اليمين ينتفى بمجرد النفى والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى فلهذا أثبتنا النسب من الزوج ولكنه يعتق باقرار المولى لانه قد أقر بحريته حين ادعى نسبه وكذلك الامة بمنزلة أم الولد للمولى لانه كما أقر للولد بالحرية فقد أقر لها بحق الحرية بسبب هو محتمل فى نفسه فيثبت لها حق أمية الولد حتى اذا مات المولى عتقت وهذا لانه انما يمتنع العمل باقراره فى ابطال ماصار مستحقا لغيره وهو النسب فأما فيما وراء ذلك يجعل هو كالمقر بالحق لانه ليس فيه ابطال حق لاحد. قال حرة ولدت ولدين فى بطن واحد فكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما عن ابنين ثم ادعى رجل أنه تزوج المرأة وانهما ابناه منها وأقرت المرأة وحدها بذلك فانها لا تصدق على غيرها لان الولد الثانى كبير يعبر عن نفسه فلا يثبت نسبه من الغير بدعواه الا عند تصديقه وكذلك الميت منهما ابناه قائمان مقامه فلا يثبت نسبه بدعواه الا بتصديقهما ولم يوجد واقرار المرأة ليس بحجة على أحد منهم ولكنه حجة عليها فيشركها فى نصيبها من ميراث ابنها لانها زعمت أن الميت منهما خلف ابنين وأبوين فللابوين السدسان والباقى للابنين فقد أقرت بان حق الاب وحقها فى تركته سواء فيقسم مافى يدها بينهما نصفان وليس من ضرورة الشركة فى الميراث فى نصيب المقر ثبوت النسب فان المال يستحق باسباب وأصله فى أحد الاخوين اذا أقر باخ ثالث فان أقر الابن الثانى بذلك ثبت نسبهما جميعا منه لان نسب المقر قد ثبت بتصديقه ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر فانهما توأم وان أقر ابن الميت بذلك وهو محتمل ثبت نسبهما منه لان ابن الميت قائم مقام الميت وهو في حياته لو صدق ثبت نسبهما منه فكذلك اذا صدقه من يخلفه. قال أمة ولدت غلاما فاقر المولى ان هذا الولد من زوج حر أو عبد معروف فان صدقه المقر له أو كان ميتا أو غائبا ثم ادعى المولى انه ابنه عتق بدعواه لاقراره بحريته ولا يثبت نسبه منه لانه ثابت من المقر له بحكم اقراره وعند التصديق غير مشكل وعند غيبته وهو موقوف على حقه فلا يملك أن يدعيه على نفسه وان كان المقر له حاضرا فكذبه ثم ادعاه المقر بعد ذلك لنفسه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يثبت نسبه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت نسبه منه لان اقرار المقر قد بطل بتكذيب

المقر له وبقي الولد محتاجا الى النسب فاذا ادعاه المولى في حال حاجته وليس فيه ابطال حق غيره يثبت منه (ألا ترى) أن المشترى للعبد اذا أقر بالولاء للبائع وكذبه البائع ثم ادعاه لنفسه ثبت الولاء منه والولاء بمنزلة النسب في أنه لا يحتمل الابطال بعد ثبوته ثم هناك بالتكذيب يبطل اقراره لغيره ويصير كأن لم يكن فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول في كلامه الاول اقرار بشيئين أحدهما ثبوت النسب من الغير والآخر خروجه من دعوى هذا النسب أصلا وبتكذيب المقر له انما يبطل ماهو من حقه فأما مالا حق له فيه لا يبطل الاقرار فيكه بتكذيب وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له فيبقى الحال فيه بعد التكذيب على ما كان قبله والدليل عليه أن بتكذيبه لا يبطل الاقرار لان النسب مما لا يحتمل الابطال أصلا بل بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه ثبت منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه في حال توقفه على حق الغير كولد الملاعنة اذا ادعى غير الملاعن نسبه لا يثبت منه لانه يبقى موقوفا على حق الملاعن فيمنع ذلك صحة دعوة غيره وهذا بخلاف الولاء فانه أثر من أثر الملك وأصل الملك محتمل النقل من شخص الى شخص فكذلك أثره الا أنه انما لا يحتمل الابطال بعد تقرر سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره حتى لو تصور بأن كانت أمة فارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت فملكها رجل وأعتقها كان ولاؤها له دون الاول وهنا السبب كان موقوفا لم يتقرر للبائع ويحتمل تقرره من قبل المشترى بدعواه لنفسه فلهذا يثبت الولاء له بخلاف النسب ولو لم يقر المولى بشئ منه من ذلك ولكن أجنبي قال هذا الولد ابن المولى فأنكره المولى ثم اشتراه الاجنبي أو ورثه فادعى أنه ابنه عتق ولم يثبت نسبه منه في قول أبي حنيفة رحمه الله وهذا والاول سواء لان الاقرار بالنسب في حق المقر يعتبر فيما لا يتناول حق المقر مالكا كان أو أجنبيا وكذلك لو شهد شاهدين بنسب لغيره ثم ادعى لنفسه ثم لم يثبت نسبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لما بينا أن بشهادته لغيره قد أخرج نسبه من ذلك النسب فلا يمكنه أن يدعيه لنفسه بعد ذلك. قال ولو شهدت امرأة على صبي أنه ابن هذه المرأة ولم تقبل شهادتهما بالنسب ثم ادعت الشاهدة أن الصبي ابنها وأقامت على ذلك شاهدين لم يقبل ذلك منها لانها بشهادتها قد أخرجت نفسها من دعوى نسب هذا الولد فان الولد لا يثبت نسبه من المرأة الا بانفصاله عنها وبعد مازعمت أنه انفصل من المشهود لها لا يمكنها أن تدعى انفصاله منها والبينة على النسب بدون الدعوى لا تكون مقبولة ولو

كبر الصبي فادعى انه ابنها واقام علي ذلك شاهدين قضى القاضى بنسبه منها لان الابن يدعى ما هو من حقه فان نسبه وان كان ثابتا الى أبيه فاذا كان ثابت النسب من أمه يكون كريم الطرفين ولم يسبق منه ما يناقض ويمنعه من هذه الدعوى فوجب قبول بينته (ألا ترى) أن الام لو كانت جاحدة أصلا قبلت بينة الابن عليها فكذلك اذا كانت مناقضة فى قولها وكذلك لو ادعى رجل صبيا فى يد امرأة انه ابنه وهى تنكر فشهد له شاهد فلم يقبل القاضى شهادته ثم ان الشاهد ادعي الصبي انه ابنه وان المرأة امرأته وأقام البينة علي ذلك لم تقبل بينته لان بشهادته صار مخرجا نفسه من هذه الدعوى ولو ادعته المرأة عليه وأقامت البينة قبلت بينتها لانها تدعى ما هو من حقها فان فى ثبوت نسب ولدها من رجل دفع تهمة الزناعنها حتى تكون محصنة ولم يسبق منها مايمنعها من هذه الدعوى فوجب قبول بينتها عليه .قال ولو ادعي رجلان صبيا فى يد امرأة كل واحد منهما يقول هو ابنى منها بنكاح وهى تنكر ثم ادعت المرأة علي آخر أنه تزوجها وهذا الصبي لها منه وشهد لها بذلك الرجلان المدعيان للصبي لم أقبل شهادتهما لانهما بالدعوى الاولى صار مناقضين فى هذه الشهادة وتأثير التناقض فى الشهادة أكثر منه فى الدعوى فاذا كان هذا النوع من التناقض يمنعه الدعوي فلان يمنعه من الشهادة كان أولي وكذلك صبي فى يد امرأة شهد رجل أنه ابن فلان ورد القاضى شهادته ثم شهد هو وآخر أنه ابن رجل آخر لم تقبل هذه الشهادة لكونه أحد الشاهدين متناقضافيها . قال واذا أقر الرجل ان أمته حبلي من رجل قدمات ثم ادعى انه منه فولدت لاقل من ستة أشهر عتق لاقراره بحريته ولم يثبت نسبه منه لان تيقنا بوجوده فى بطن الام حين أقر بنسبه لغيره وثبوت النسب من وقت العلوق والاقرار به حال كونه موجودا فى البطن والاقرار به بعد الانفصال سواء فلا تسمع منه الدعوي لنفسه بعد الاقرار الاول وهذه هى الحيلة أن يشترى جارية حاملا اذا أرادأن يتحرز عن دعوى البائع بأمره بأن يقرأن الحبل بها من فلان الميت ثم يشتريها المشترى فاذا ادعاه البائع بعدذلك لنفسه لا يسمع دعواه ولا يبطل ملك المشترى فيها ولا فى ولدها ولو أقر أن الحبل بها من زوج ثم مكث سنة ثم قال هى حامل منى فولدت لاقل من ستة أشهر من الاقرار الآخر فهو ابن المولى ثابت النسب منه لانه لم يسبق منه مايخرجه من دعوى نسبه الآخر فانه لم يكن موجودا فى البطن عند كلامه الاول انما هو من علوق حادث فان (قيل) هو مالك لام الولد وقد أقر أنها منكوحة

الغير وفراش النكاح للغير عليها يمنع المولى من دعوى نسبها (قلنا) ذلك الاقرار ليس بموجب لنكاح الغير عند العلوق بالثانى لان بقاء ماعرف ثبوته لعدم الدليل المزيل لا لوجود الدليل المنفى ودعواه نسب الولد الثانى تنصيص منه على كونها فراشا له حين علقت بالثانى فهذا دليل موجب لفراشه فلا يعارضه ما كان ثابتا لعدم الدليل المزيل حتى يكون دافعا له. قال رجل قال لامته الحامل ان كان حملها غلاما فهو منى وان كان جارية فهو من زوج زوجتها اياه أو قال ان كانت جارية فليست منى فولدت غلاما وجارية لاقل من ستة أشهر فهما ولداه لان كلامه يشتمل على شيئين أحدهما معتبر والآخر لغو فالمعتبر دعواه نسب ما فى بطنها واللغو التقسيم فيما بين الغلام والجارية نفيا واثباتا فان هذا رجم بالغيب ولا طريق له الى معرفته فاعتبر من كلامه ما أمكن اعتباره وقد تيقنا بوجودهما فى البطن حين ادعى نسب أحدهما وهما توأم فدعواه نسب أحدهما كدعواه نسبهما فلهذا قضى بانهما ولداه ولو أقر أنه زوج أمته رجلا غائبا وهو حي لم يمت ثم جاءت بولد بعد قوله لستة أشهر فادعاه المولى لم يصدق لان اقراره بالنكاح بزوج معروف اقرار صحيح فيثبت به نكاح الغائب فى حقه فدعواه بعد ذلك فى ابطال حق ذلك الغائب غير مسموع بخلاف ما تقدم من اقراره أنه من زوج لان ذلك اقرار بالنكاح للمجهول والاقرار للمجهول باطل وليس فى دعواه نسب ولد علق بعد ذلك ابطال حق ثابت لغيره فلهذا أثبتنا النسب منه . قال ولو أقر أنه ولد مكاتبه من زوج ثم ادعي هو نسبته لم يصدق عليه لان بالكلام الاول أخرج نفسه من دعوى نسب هذا الولد ولكن يعتق عليه لان ولد المكاتبة مكاتب مع أمه فكان مملوكا للمولى كالامة حتى يملك اعتاقه فكذلك يملك اقراره فيه بما يوجب الحرية ولا يضمن للمكاتبة شيئا لانه حصل بعض مقصودها فانها انما تسعى لتحصيل الحرية لنفسها ولأولادها وكذلك ولد المدبرة وأم الولد فيما ذكرنا وكذلك أمة بين رجلين ولدت فأقر كل واحد منهما انه ابن الآخر ثم ادعاه احدهما بعد ذلك لم يصدق على النسب لانه اقر بانه ابن لشريكه وذلك يخرجه من دعوى نسبه فلا تصح دعواه لنفسه بعد ذلك وقد عتق الولد بقول الاول منهما لاتفاقهما على حريته سواء كان ابنا لهذا او لذاك وصارت الام بمنزلة ام الولد موقوفة لتصادقهما على ثبوت حق امية الولد لها ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه فأيهما مات عتقت لان الحي منهما يزعم انها ام ولد للميت وقد عتقت بموته والميت كان مقرا بنفوذ اقرار الحى فيها لانها ام ولده فلهذا عتقت بموت احدهما . قال رجل

علقت جاريته في ملكه فولدت فادعى الولد ابوه ثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وعليه للمولى قيمة الولد للجارية لان الشرع اضاف مال الولد الى الاب بقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك واثبت له حق تملك المال على ولده عند الحاجة ولهذا كان له أن ينفق من ماله بالمعروف وحاجته الى النفقة لابقاء نفسه الى الاستيلاد لابقاء نسله فان بقاءه معني ببقاء نسله الا أن الحاجة الى ابقاء النفس أصلي فيثبت له ولاية صرف مال الولد الى حاجته من غير عوض وحاجته الى ابقاء نسله ليس من أصول الحوائج فلا يبطل حق الولد عن مالية الجارية فكان له أن يتملكها بضمان القيمة نظرا من الجانبين وروى عن بشر رحمه الله أنه قال آخر ما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله ان الجارية لا تصير أم ولد للاب ولكن الولد حر بالقيمة بمنزلة ولد المغرور فيغرم الاب عقرها وقيمة ولدها لان حق ملك الاب في مال ولده لا يكون أقوى من حق ملك المولى فى كسب مكاتبه فانه يملك رقبة المكاتب ولا يملك رقبة ولده ثم لو ادعى ولد جارية مكاتبه لا تصير الجارية أم ولد له ولكن ان صدقه المكاتب فالولد حر بالقيمة فكذلك هنا الا ان هناك يحتاج الى تصديق المكاتب لان المولى حجر على نفسه عن التصرف فى كسب مكاتبه ودعوة النسب تصرف منه فلا ينفذ الا بتصديقه * ووجه ظاهر الروايه ان للمولى فى كسب المكاتب حق الملك وذلك كاف لثبات النسب فلا حاجة به الي تملك الجاريه واذا لم يتملكها لا تصير أم ولد له وليس للوالد فى مال ولده حق الملك بدليل انه يباح للابن أن يطأ جارية نفسه فلا يمكن اثبات النسب فيه الا بتقديم تملك الجارية فيه على الاستيلاد صيانة لمائه من الضياع واذا صار متملكا لها فانما استولد ملك نفسه فتصير أم ولد له فلهذا لا يلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل ولا عقر عليه عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله عليه العقر لان وطأه حصل في ملك الغير فلا يخلو عن ايجاب حد وعقر وقد سقط الحد لشبهة فيجب العقر كما لو وطئها فلم تحبل وهذا لان ملكه اياها أن يتقدم على العلوق ولكن لا يضيع ماءه فيبقى أصل الوطء حاصلا فى ملك الغير (ألا ترى) انه يسقط به احصان الاب ولنا ان ملكه اياها مقدم على فعل الاستيلاد وأصل الوطء اذا اتصل به العلوق يكون استيلاداً كالجرح اذا اتصل به ذهوق الروح يكون قتلا من الاصل فاذا تقدم ملكه اياها على فعل الاستيلاد كان واطئا ملك نفسه فلا يلزمه العقر غير أن تقديم هذا الملك ضرورة تصحيح الاستيلاد فلا يعد وموضع الضرورة ففى حكم الاحصان لا يظهر هذا الملك لانعدام الضرورة

فيه ولان المستوفي فى حكم جزء من عينها وقد غرم بفعله جميع بدل نفسها ويسقط اعتبار بدل الجزء كمن قطع يد انسان خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء أما اذا اشتراها الابن حاملا فولدت بعد الشراء بيوم فادعاه أبوه لم يثبت النسب منه اذا أكذبه الابن لان ثبوت النسب من الاب بشرط تملكها على الابن من وقت العلوق وقد تعذر ايجاد هذا الشرط هنا لانها عند العلوق ما كانت في ملك الابن ولا كان للاب فيها ولاية النقل الى نفسه لحاجة ولان دعوته هنا دعوة التحرير فيقتصر على الحال ولا كان للاب فيها ولاية ويكون بمنزلة الاعتاق وليس للاب ولاية الاعتاق فى مال ولده بخلاف الاولى فان دعوته دعوة الاستيلاد والى هذا أشار فقال لو جعلته ابنه لم أضمنه قيمة الام لتعذر تملكه عليه اياها من وقت العلوق وكل ولد لا يضمن الاب فيه قيمة الام فهو غير مصدق عليه الا أن يصدقه الابن فحينئذ يثبت النسب منه بمنزلة أجنبي آخر اذا ادعاه فصدقه المولى وهذا لان الحق لهما فما تصادقا عليه محتمل فيجعل كانه حق وكذلك ان باعها الابن قبل أن تلد ثم ولدت فادعاه أب البائع لم تصح دعوته لتعذر ايجاد شرطه وهو يملك الام عليه حين لم يكن فى ملك الولد وقت الدعوة وكذلك ان باعها بعد العلوق ثم اشتراها فولدت لان شرط صحة دعوته تملكها عليه مستند الى وقت العلوق وقد تعذر ذلك لما تخلل من زوال ملك الابن وكذلك المدبرة تحبل فى ملك مولاها وتلد فادعا الولد الاول أبوه لم يثبت نسبه منه لان ما هو الشرط وهو النقل الى ملك الاب بضمان القيمة متعذر فى المدبرة وكذلك أم الولد اذا ولدت ولدا فنفاه المولى فادعاه أبوه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله فى المدبرة ان دعوة الاب صحيحة يثبت نسب الولد منه يضمن عقرها وقيمة الولد مدبرا وهذا على الاصل الذى ذكرنا لابى يوسف رحمه الله انه لا يتملك الجارية ولكنه بمنزلة المغرور فى دعوى النسب وفى هذا القنة والمدبرة سواء الا أنه يضمن قيمته مدبرا لانه كما انفصل عن أمه انفصل مدبرا فانما يضمن قيمته على الوجه الذى أتلفه بدعوته وفرق على هذه الرواية بين ولد المدبرة وولد أم الولد فقال ولد أم الولد ثابت النسب من مولاها لماله عليها من الفراش فيمنع ذلك صحة دعوة الاب وان نفاه المولى كما فى ولد الملاعنة فأما ولد المدبرة غير ثابت النسب من مولاها فتصح دعوة أبيه فيه وكذلك ولد المكاتبة يدعيه أب مولاها فانه غير مصدق على ذلك لتعذر شرط صحة الدعوة وهو تملكها عليه بضمان القيمة فان ولدته وهى مكاتبة أو كاتبها بعد ما ولدت أو كاتب الولد لم تصح دعوة الاب

في الفصول كلها لان الولد هو المقصود وقد تقرر فيه من جهة الابن ما يمنع نقله الى الاب فلهذا لم تصح دعوته وان كاتب الام بعد الولادة ثم ادعى الاب نسب الولد قال في هذا الموضع لا تصح دعوته وقال بعد هذا تصح دعوته ويثبت نسب الولد منه ولا يصدق في حق الام وما ذكر هنا قول محمد رحمه الله وما ذكر بعد هذا قول أبي يوسف رحمه الله نص على الخلاف في الجامع في البيع اذا باع الام بعد الولادة ثم ادعي أبوه نسب الولد يثبت نسبه في قول أبي يوسف ولم يثبت في قول محمد فكذلك اذا كاتبها * وجه قول محمد رحمه الله ان شرط صحة الدعوة بملكها عليه بضمان القيمة وقد تعذر ذلك حين كاتبها أو باعها فلم تصح دعوته كولد المدبرة وأم الولد * وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الولد هو المقصود بالدعوة وقد ثبت الاب حق استحقاق نسبه بالدعوة قبل كتابة الام فلا يتعين بذلك كتابة الام بخلاف ولد المدبرة وأم الولد فان المانع هناك في الولد موازاته ما نحن فيه ان لو كاتبها جميعا قال وان ادعى ولد جارية ابنه والابن حر مسلم والاب عبد أو مكاتب أو كافر لم تصح دعوته لان شرط ثبوت النسب ولاية النقل فيها الى نفسه بضمان القيمة والرقيق والكافر لا ولاية له على ولده فلم تصح دعوته لتعذر ايجاد شرطه فلو كان الاب مسلما والابن كافرا صحت دعوته وطعن عيسى رحمه الله في هذا الحرف فقال كما ليس للكافر ولاية على ولده المسلم فليس للمسلم ولاية على ولده الكافر حتى لا يرث أحدهما صاحبه ولا يثبت له ولاية التزويج والتصرف في ماله في صغره فلا يتملكه بالاستيلاد والصحيح ما ذكر في بعض ظاهر الرواية والفرق من وجهين أحدهما ان التملك بالاستيلاد ابقاء أثر الولاية التي كانت ثابتة في حال الصغر فاذا كان الاب مسلما فلا يكون الابن مقرا على كفره الا بعد ان يكون اسلام الاب طارئا وقد كانت ولايته قبل اسلامه فيبقى أثره حق الملك بالاستيلاد فأما الابن اذا كان مسلما فهو مسلم أصلي باسلام أمه ولم يكن للكافر عليه ولاية قط فلا يبقي أثر ولايته في الاستيلاد ولان التملك بالاستيلاد لكرامة الاب فيثبت للمسلم على الكافر الولاية التي يرجع الى كرامة المسلم كولاية الشهادة ولا يثبت للكافر على المسلم مثل هذه الولاية فلهذا افترقا ولو كانا جميعا من أهل الذمة وملاهما مختلفة جازت دعوة الاب فيه لان لبعضهم على البعض ولاية مع اختلاف الملل • قال ولا تجوز دعوة الجد اذا كان الاب حيا لانه ليس له ولاية على النافلة ولا في ماله في حياة الاب فكان هو كسائر الاجانب فان كان الاب

ميتا فالجد في الولاية قائم مقام الاب بعد وفاته لصحة دعوة النسب منه وان كان الجد من قبل الام لم تجز دعوته في الوجهين جميعا لانه لا ولاية له على ولد ابنته ولا في ماله فلايمكن ايجاد شرط الدعوة وهو تملك الجارية عليه بالاستيلاد وان كان قد وطء جاريته ثم ولدت فلم تدعه وادعاه أبوه جازت دعوته لان موطوءة الابن محتملة للنقل الى الاب بالعوض وان كانت لاتحل له فيتحقق فيها ماهو شرط الدعوة. قال واذا ادعى الاب نسب ولد جارية الابن فضمن قيمتها للابن ثم استحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها لان الاب هنا بمنزلة المغرور لانها مملوكة الابن ظاهراً وللاب حق الاستيلاد في ملك الابن فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه كان مغروراً فيغرم عقرها وقيمة ولدها ويرجع على الابن بما أدى اليه من قيمتها لانه تبين انه لم يتملكها على أبيه وأنه استوفى القيمة منه بغير حق وكذلك لو وطء أمة مكاتبة فولدت وادعاه المولى وصدقه المكاتب ثم استحقها رجل قضى للمستحق عليه بالعقر وقيمة الولد لانه بمنزلة المغرور فان له في كسب المكاتب حق ملك يكفي لصحة استيلاده وبالاستحقاق تبين أنه كان مغروراً فيغرم للمستحق عقرها وقيمة ولدها ويرجع على المكاتب بما غرم له من العقر وقيمة الولد لانه ما أتلف على المكاتب شيئا فلا يسلم للمكاتب شئ من قيمته والله أعلم بالصواب

باب الحميل والمملوك والكافر

(قال رضي الله عنه الاصل ان اقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة واقرار المرأة يصح من ثلاثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة ولا يصح اقرارها بالولد) لان اقرار المرء على نفسه مقبول. قال الله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة وعلى الغير مردود للتهمة فالرجل بالاقرار مقر بالولد على نفسه لان الولد ينسب اليه والمرأة تقر على الغير وهو صاحب الفراش لان الولد ينسب اليه لا اليها فلم يصح اقرارها بالولد لهذا وفي الثلاثة هي مقرة على نفسها كالرجل فيصح الاقرار والاقرار بما سوى هذه الاربعة من القرابات كالاخوات والاعمام لايصح لانه يحمل نسبه على غيره فان ثبوت النسب بينهما لا يكون الا بواسطة وفي تلك الواسطة اقرار على الغير فلم يكن صحيحا والاصل فيه حديث عمر رضي الله عنه لايورث الحميل الا ببينة وأصل هذا ماروي عن الشعبي رحمه الله ان امرأة

سبيت ومعها صبي فاعتقا وكبر الصبي وا كتسب مالا ثم مات فقالوا للمرأة خذي ميراث ابنك فقالت ليس هو ابني ولكنه ابن دهقان القرية وكنت ظئراً له فكتب بذلك الى عمر رضى الله عنه فكتب أن لا يورث الحميل الا ببينة قال محمد رحمه الله الحميل عندنا كل نسب كان في أهل الحرب وليس هذا بشئ يختص بأهل الحرب فان الحميل من يحمل النسب على الغير فعيل بمعنى فاعل أو من يحمل نسبه على الغير فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى مقتول الا أنه انما وضعه فى أهل الحرب بناء على العادة لانه لا يمكن اثبات انسابهم بالبينة فى دار الاسلام وقل ما يتعذر ذلك فيما بين المسلمين فلهذا وضعه في أهل الحرب فقال اذا سبي صبيان فاعتقا وكبرا فاقر كل واحد منهما أن الآخر أخوه لابيه وأمه لم يصدقا فى ذلك لانهما يحملان النسب على الاب فالاخوة بينهما لا تثبت الا بواسطة الاب والام لان الاخوة عبارة عن مجاورة فى صلب أو رحم وكذلك لو كان مع المسبي امرأة فاعتقت وادعت انه ابنها وصدقها في ذلك لم يصدقا بخلاف ما اذا كان مع المسبي رجل فاعتق ثم ادعا أن الصبي ابنه يثبت نسبه منه لانه يقر بالنسب علي نفسه ولان سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره فمجرد قوله فيه مقبول وسبب ثبوت النسب من المرأة ولادة يطلع عليها غيرها فلا يقبل بمجرد قولها فان كان الصبي ممن يعبر عن نفسه أو كان بالغا لم يثبت النسب الا بتصديقه لان الاقرار يتوقف على تصديق المقر له اذا كان التصديق متأتيا ولانه من وجه يدعي عليه وجوب الانتساب اليه قال صلي الله عليه وسلم من انتسب الي غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فلا يثبت المدعى عليه الا بتصديقه وانما يثبت عند التصديق اذا كان محتملا فى نفسه وان لم يكن الولد معروف النسب من غيره ثم اذا أقرت المرأة بولد وصدقها لم يثبت النسب ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لان المقر يعامل فى حق نفسه كان ما أقر به حق وانما لا يصدق في حق الغير لتمكن التهمة فاذا كان هناك وارث معروف تمكن بينهما تهمة المواضعة على ابطال حق الوارث المعروف واذا لم يكن هناك وارث معروف لا تتمكن تهمة المواضعة بينهما لان كل واحد منهما متمكن من انشاء سبب يجعل ماله لصاحبه كالوصية فى عقد الموالاة فلا تتمكن فيه التهمة وقد ينفصل حكم الميراث عن النسب ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لم يستحلف فى النسب ويستحلف فى المال المدعا به وهو الميراث فان شهدت لها امرأة

على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها لان شهادة القابلة تظهر النسب وهو الولادة فانه مما لا يطلع عليه الرجال ولكن يشترط تصديق الولد لانه اذا كان مكذبا لهما لم يثبت النسب الا بحجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة تامة وان لم يشهد لها امرأة وصدقها زوجها انه منه ثبت النسب منهما اما من الزوج باقراره فانه يقر على نفسه واذا ثبت منه ثبت منهما تبعا لان الفراش له عليها وهو سبب لثبوت النسب منهما وانما يحال النسب على هذا النسب الظاهر. قال واذا اشتري العبد المأذون أمه فوطئها فولدت فادعي ولدها ثبت نسبه منه لان كسب العبد مضاف اليه شرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبداً وله مال وهذه الاضافة تؤثر فى تصحيح الدعوة كما فى دعوة الاب ولد جارية ابنه ولان من العلماء من يقول كسب العبد مملوكا له لانه يملك التصرف فيه وملك التصرف باعتبار ملك محله ولان حق صاحبه فيه مقدم على حق المولى حتى يصرف الى دينه ولا يسلم للمولى مالم يفرغ من دينه فتصير هذا شبهة وأدنى الشبهة تكفى لتصحيح دعوة النسب وكذلك مولاه لو سبق بالدعوة ثبت النسب منه لانه مالك لكسب العبد حقيقة ان لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فهو يملك استخلاصها لنفسه بقضاء القاضى فيصير بدعوة النسب كأنه استخلصها لنفسه . قال ولو زوج المولى هذه الامة من عبده صح النكاح كما لو زوجه أمة أخرى له وثبت النسب منه اذا ولدت وكذلك لو تزوجها بغير اذن المولى ثبت نسب الولد منه اذا أقر به لانه بدون شبهة النكاح يثبت النسب عند اقراره فعند شبهة النكاح أولي وكذلك لو تزوجها المولي فولدت لان النكاح لغو منه فيها فيثبت النسب عند اقراره بالولد كما لو لم يسبق النكاح وكذلك لو ادعى العبد ولد امرأة حرة بنكاح فاسد أو جائز لأن العبد من أهل أن يثبت النسب منه واقراره بالنسب لا يمس حق المولي وفيما لا يتناول حق المولى اقرار العبد به كاقرار الحر كما فى الاقرار بالقود والطلاق وفى كل شئ لا يصدق فيه الحر ما لم يملك الولد فكذلك العبد لا يصدق فيه ما لم يملك بعد عتقه فاذا ملكه بعد العتق عتق وثبت نسبه منه لان الاقرار بما لا يحتمل الابطال يبقى موقوفا على ظهور حكمه بملك المحل وعند ذلك يصير كالمجدد للاقرار فيثبت حكمه في حقه وكذلك العبد المديون اذا ادعى ولد أمة اشتراها يثبت النسب منه لانه كسبه وليس في اقراره ابطال حق الغرماء فانه متمكن من بيعها وبيع ولدها بعد ثبوت النسب وكذلك لو ادعي أن مولاها أحلها له وكذبه المولى لان لا معتبر باحلال

المولى فيما هو كسب العبد فعند تكذيب المولى تصير دعوى الاحلال كالمعدوم وبدونه يثبت النسب من العبد . قال وان ادعى ولدا من أمة لمولاه لم يكن من تجارته فادعى أن مولاه أحلها له أو زوجها اياه فان كذبه المولى فى ذلك لم يثبت النسب منه لانه لاحق له فى جارية المولى فهو فى هذه الدعوة كاجنبي آخر الا انه اذا أعتق فملكه يثبت النسب منه بمنزلة حر يدعيه ثم يملكه يثبت النسب منه فى دعوى النكاح قياسا واستحسانا وفي دعوى الاستحلال استحسانا وفى القياس دعوى الاستحلال ليس بشيء لان هذا المحل غير قابل للاحلال والاحلال ليس بعقد بل هو بمنزلة الرضا فكانه ادعى أنه زنابها برضاء مولاها وبهذا لا يثبت النسب ولكنه استحسن فقال الاحلال من وجه كالنكاح فان ملك النكاح يسمى ملك الحل ولا يثبت له بالنكاح ملك عينها ومنافعها انما يحل له أن يطأها فكان الاحلال مورثا شبهة من هذا الوجه والنسب يثبت في موضع الشبهة فان صدق المولى عبده فى ذلك ثبت النسب منه الا أن فى دعوى النكاح يحتاج الى التصديق فى النكاح خاصة وفى دعوى الاحلال يحتاج الي التصديق فى شيئين فى انه أحلها له وانها ولدت منه لان الاحلال أضعف من المتعة والمتعة عقد والاحلال ليس بعقد فلضعفه قلنا لا يثبت النسب منه الا باقرار بهما وهذا لان العقد ثبت فى المحل فبعد ثبوته لايحتاج الي اقرار المولى بالولادة فأما الاحلال لا يثبت فى المحل فلا يثبت النسب مالم ينضم اليه الاقرار بان الولد منه قال ودعوة المكاتب ولد أمته جائزة لان حقه فى كسبه أقوى من حق العبد المأذون فان للمكاتب حق الملك فى كسبه وينقلب ذلك حقيقة الملك بعتقه وليس للعبد المأذون مثله فاذا صحت الدعوة من المأذون فدعوة المكاتب أولى ولا يحتاج المكاتب الى تصديق المولى اياه بخلاف المولى اذا ادعاه فانه لا يثبت النسب منه الا بتصديق المكاتب وان كان لكل واحد منهما حق الملك لوجهين أحدهما أن المكاتب مستند بملك التصرف فى كسبه والدعوى من باب التصرف وهو مما يحتاج اليه لصيانة مائه مستند به والثانى أن المولى حجر على نفسه عن التصرف فى كسب المكاتب فلا تنفذ دعوته بسبب الحجر الذى الزمه نفسه مالم يصدقه المكاتب ولم يوجد مثل ذلك الحجر في جانب المكاتب فيثبت النسب منه بالدعوة وان لم يصدقه المولى وكذلك لو ادعى ولدا من امرأة حرة بنكاح فاسد أو جائز وصدقته المرأة لانه فى دعوى النسب كالحر قال ولو ادعى ولد أمة رجل بنكاح أو ملك وكذبه الرجل لم يصدق المكاتب كالحر اذا

ادعاه فان عتق فملكه يوما ثبت نسبه منه وكان كالمجدد لاقراره حين ملكه . قال واذا باع المكاتب أمة فولدت لاقل من ستة أشهر فادعي الولد صحت دعوته لانه في حق استلحاق النسب كالحر واذا حصل العلوق في ملكه كان له حق الدعوة ويرد اليه الولد مع أهله لان استيلاده في كسبه يمنعه من بيع الام والولد فان الولد يدخل في كتابته تبعا له وثبوت حق الام بثبوت حق الولد فيمنع بيعها فكان هو كالحر في هذا بخلاف العبد المأذون فانهناك بثبوت النسب الولدمنه لا يمتنع بيع الام والولد عليه فكذلك لا يرد اليه الولد ولا أمه اذ ادعى نسبه. قال وان وطء المكاتب أمة ابنه وهو حر أو مكاتب بعقد على حدة لم يثبت النسب منه اذا كذبه الابن لان ثبوت دعوة الاب شرطه ولانه نقل الجارية الى نفسه بضمان القيمة وليس للمكاتب هذه الولاية فان ملكه يوما ثبت نسبه لان امتناع ثبوت النسب منه بدعوته لعدم ملك المحل وقد زال ذلك حين ملكه وان كانت الجارية لابن له ولد في مكاتبته أو اشتراه فولدت فادعاه المكاتب جازت دعوته وصارت الام أم ولد له ولم يضمن مهرا ولا قيمة لان كسب المولود في كتابته ومن يكاتب عليه بشرائه بمنزلة كسبه (ألا ترى) أنه يتمكن من أخذ ذلك كل ليستعين به على أداء المكاتبة وكانت هذه الامة في حقه بمنزلة أمته فلهذا ثبت النسب منه ولم يضمن عقرا ولا قيمة. قال رجل اذا ادعا ولدجارية مكاتب له لم يصدق الا بتصديق المكاتب لانه بعقد الكتابة جعل نفسه في التصرف في كسبه بمنزلة الاجنبي والدعوة من باب التصرف فان صدقه المكاتب ثبت النسب وكان حرا بالقيمة استحسانا وفي القياس هو عبد للمكاتب لان المولى في هذه الدعوة كالاجنبي لانه لو اشترى ابن مولاه وهو معروف لم يمتنع عليه بيعه فكذلك اذا ادعى نسب ولدجاريته ولكنه استحسن فقال المولى بمنزلة المغرور لان له في كسب مكاتبه حق الملك وحق الملك من وجه بمنزلة حقيقة الملك فكانت بمنزلة الثابت للمغرور في الجارية المستحقة ولاولد هناك يكون حرا بالقيمة نظرا من الجانبين فهذا مثله قال ولوادعى الحر ولد مكاتبته وكذبته فهو ابنه لان رقبة المكاتب مملوكة لمولاها فكذلك ولدها يكون مملوكا له ودعوته في ملك نفسه دعوة صحيحة بخلاف ولد أمة المكاتب فان المولي غير مالك للامة ولا لولدها (ألا ترى) أن عتقه هناك لا ينفذ فيها ولا في ولدها وهنا ينفذ عتقه فيها وفي ولدها ولان الامة مع ولدها موقوفة على أن يتم الملك فيهما للمكاتب بالعتق فلا ينفرد المولي بابطال ذلك على المكاتب

بالدعوة فأما ولد المكاتبة ليس بموقوف على أن يتم الملك فيه للمكاتبة وليس فى تصحيح دعوته ابطال حق المكاتب بل فيه تحصيل بعض مقصودها فلهذا ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمان على المولى فى ذلك . قال ولو ادعى ولد ومكاتبه لم تصح دعوته الا بتصديق المكاتبة لانها أبعد من المولى من أمة المكاتب فان سبب بعدها عن المولى عقد الكتابة وفى أمة المكاتب للعبد سبب واحد فى مكاتبة المكاتب بعدها من المولى بسببين فاذا لم تصح دعوته فى أمة المكاتب الا بالتصديق ففى مكاتبة المكاتب أولى غير أن التصديق يكون الى المكاتبة دون المكاتب الاعلى لان المكاتبة صارت أحق بنفسها وولدها والمكاتب حجر على نفسه عن التصرف فيها وفى ولدها فلهذا كان التصديق اليها دون المكاتب. قال وان ادعى ولد أمة مكاتب مكاتبة وكذبه مولاها وصدقه المكاتب الا على لم يصدق لان الحق فى هذه الامة وولدها للمكاتب الاسفل والمكاتب الا على منها كالاجنبي (ألا ترى) أنه لو كان هو المدعى للولد لم تصح دعوته الا بتصديق الاسفل فكذلك اذا كان المدعى هو المولى لم تصح الا بتصديق الاسفل فان عجز الاسفل صارت الامة للمكاتب الاعلى فيعمل تصديقه الآن لان المولى مدع لولد أمته وقد صدقته فى ذلك فيثبت النسب منه ويكون حراً بالقيمة وان صدقه المكاتب الاسفل ثبت النسب ولا يأخذه المولى بالقيمة لان معنى الغرور لا يتمكن هنا فانه غير مالك لرقبة الامة ولا لرقبة مولاها بخلاف أمة مكاتبه فان هناك يملك رقبة مولاها والكسب يملك الاصل فيتمكن الغرور بملكه رقبة مولاها وهنا لا يتمكن الغرور ولان أسباب بعدها عن المولى هنا قد كبرت وكان هو منها بمنزلة الاجنبي وفى أمة المكاتب سبب البعد واحب فبقيت الشبهه المثبتة لحكم الغرور وهو نظير ما قيل فى ابن الاخ مع ابن العم فان قرابة ابن الاخ قرابة قريبة لان البعد سبب الشعب فى ابن الاخ من جانب واحد وفى ابن العم التشعب من الجانبين فنزل كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي ولو ادعى ولد مكاتبته ولها زوج لم يصدق على النسب صدقها زوجها أو كذبه لان النسب قد ثبت من الزوج بالفراش الثابت له عليها وملك الرقبة غير معتبر فى اثبات النسب مع فراش النكاح ولكن الولد يعتق باقراره لان ولد المكاتبة مثل أمه فانه داخل فى كتابتها لو أعتقه المولى نفذ عتقه فيه فكذلك اذا ادعى نسبه كان اقرارا منه بالحرية وان لم يثبت النسب لثبوته من الزوج ويستوى ان كان الزوج حراً أو مكاتبا للمولى أو عبدا له لان فراش النكاح مثبت للنسب

من هؤلاء بصفة واحدة. قال أمة بين رجلين علقت فباع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم وضعت لاقل من ستة أشهر فادعاه المشترى ثبت نسبه وبطل البيع لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى وقت العلوق ويثبت لها حق أمية الولد من ذلك الوقت فتبين انه اشترى أم ولده من غيره وكذلك يثبت للولد حقيقة الحرية من ذلك الوقت فيتبين انه اشتراها من صاحبها وفى بطنها ولد حر فكان الشراء باطلا والثمن منه ثم يغرم له نصف قيمتها ونصف عقرها لان الشراء صار كان لم يكن وأحد الشريكين اذا استولد الجارية المشتركة يملك على صاحبه نصيبه لان أمية الولد لا يحتمل بالتجزى فان سببه نسب الولد وهو غير متجزى فصار متملكا نصيب شريكه من حين علقت بنصف القيمة لان تملك مال الغير عليه لا يكون مجانا وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ويغرم نصف عقرها أيضا لانه حين وطئها كان النصف مملوكا للشريك فيلزمه ضمان نصف العقر له وهو بخلاف ما تقدم فى الاب يدعى نسب جارية ابنه لانه ليس للاب فى جارية ابنه مما يمكن تصحيح الاستيلاد باعتباره فلا بد من تقديم الملك على الاستيلاد واذا قدمناه صار وطؤه فى ملك نفسه فلا يجب العقر وهنا المستولد ملك نصفها عند الاستيلاد وذلك كاف لتصحيح الاستيلاد فلا يقدم الملك فى نصيب شريكه له على الاستيلاد فيبقى وطؤه حاصلا فى ملك الشريك وحقيقة المعنى أن يملك الاب رقبة الجارية هناك شرط الاستيلاد وشرط الشئ يسبقه وهنا يملك نصيب شريكه بحكم الاستيلاد لان أمية الولد لا يحتمل التجزى وحكم الشئ يعقبه ولا يقترن به وكذلك لو كان البائع هو الذى ادعاه لان قيام الملك له فى نصفها عند العلوق كقيام الملك فى جميعها في حق استلحاق النسب به فلا يبطل ذلك بالبيع ولكن البيع يبطل بدعوته فصار كان لم يكن فهو يدعى نسب ولد جارية مشتركة بينهما وقد بينا الحكم فيها فيه. قال أمة بين مسلمين أو بين مسلم وذمى كاتب احدهما نصيبه ثم جاءت بولدها فادعاه الآخر ثبت نسبه منه لانه مالك لنصيبه منها بعد كتابة الشريك وقد عرف الجواب فى الكتابة من أحد الشريكين انها تتجزى عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان باذن الشريك وبغير اذنه ولا تتجزى عندهما سواء كان باذن الشريك أو بغير اذنه الا أنه اذا كان بغير اذنه فله حق النقض لانه يتضرر به فى الثانى وهو عند الاداء وعقد الكتابة محتمل للفسخ فاذا تصرف أحد الشريكين تصرفا يحتمل النقض وفيه ضرر على شريكه كان له أن ينقضه لدفع الضرر عن نفسه وان لم ينقضه حتى اتصل بها الاداء

عتقت لوجود شرط العتق ولا يتمكن الشريك من الفسخ بعد ذلك لان العتق لا يحتمل الفسخ بعد الوقوع اذا عرفنا هذا فنقول نصيب المدعي منها يصير أم ولد له فأما نصيب المكاتب لا يصير أم ولد له في قول أبي حنيفة رحمه الله ما بقيت الكتابة وعندهما الكل صار أم ولد المستولد وأصل في مكاتبة بين شريكين استولدها احدهما عند أبي حنيفة رحمه الله يقتصر الاستيلاد على نصيبه لان المكاتبة لا تحتمل النقل من ملك الى ملك واثبات أمية الولد في نصيب الشريك غير ممكن الا بالنقل اليه فاذا تعذر ذلك لا تثبت أمية الولد في نصيب الشريك كالمدبرة بين اثنين استولدها أحدهما يقتصر الاستيلاد على نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصير الكل أم ولد للمستولد لان التملك بالاستيلاد حكمي والمكاتب محلا له (ألا ترى) أن مكاتب المكاتب ينقل الى المولي عند الاداء حتى يكون ولاؤه للمولى اذا أدى قبل أداء المكاتب الاعلي وكذلك المرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما وقد كاتب الوارث عبدا له يعاد ذلك العبد اليه مكاتبا ولان الكتابة محتملة للفسخ فيفسخ في نصيب الشريك لضرورة الحاجة الى تحليل الاستيلاد لان ابقاءها لحقها وفي هذا توفير الحق عليها بخلاف التدبير فانه غير محتمل للفسخ فلهذا صار الكل أم ولد للمستولد عندهما اذا عرفنا هذا فنقول فيما نحن فيه اذا كاتب الكتابة باذن المستولد فان شاءت عجزت نفسها فكانت أم ولد لمدعى الولد لان بالعجز انفسخت الكتابة فزال المانع من تملك المستولد نصيب شريكه وان شاءت مضت على الكتابة فاذا أدت عتق نصيب الذى كاتب منها ومن ولدها لانه يلقيها جهة حرية أحدهما عاجل بعوض والآخر آجل بغير عوض فكان لها أن تختار أى الجهتين شاءت فاذا عتقت عتق نصيب المستولد أيضا من الجارية والولد ولا يسعى له في شئ لان نصيبه منها أم ولد له ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان رق أم الولد لا يتقوم وانها لا تسعى لمولاها عند العتق في شئ كما قال في أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما فان كانت الكتابة بغير اذنه ينقضها القاضي لما بينا أنها غير لازم في حق الشريك فاذا نقضها صارت أم ولد للمستولد لانه يملك نصيب شريكه منها بسبب الاستيلاد عند زوال المانع وان لم ينقضها حتى أدت عتق نصيب المكاتب منها ومن ولدها لوجود الشرط وهو الاداء ويعتق نصيب المستولد منها أيضا ولا يسعى له في شئ لما بينا في الفصل الاول واقدام الشريك الآخر على الاستيلاد لا يكون نقضا منه لكتابة شريكه وان كان له حق النقض لانه لا منافاة بينهما فكل واحد

منهما تصرف من المتصرف فى نصيب نفسه فلا يكون تعرضا منه لنصيب شريكه . قال أمة بين مسلم وذمى علقت ثم أسلم الذمى ثم ادعيا الولد معا فهو ابنهما كما لو كانا مسلمين فى الاصل لان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من اسلام الولد فيكون ذلك عند الدعوة والشريك عند ذلك مسلم فدعوته توجب اسلام الولد وان لم يكن مسلما وقت العلوق كدعوة شريكه فلما استويا من كل وجه ثبت نسب الولد منهما وصارت الجارية أم ولد لهما وان كانت بين مسلمين علقت ثم ارتد أحدهما ثم ادعيا الولد فهو ابن المسلم لان المرتد كافر ودعوة الكافر لا تعارض دعوة المسلم ولان الدعوة تصرف وتصرف المسلم فى ملكه أنفذ من تصرف المرتد (ألا ترى) ان اعتاق المرتد نصيبه يتوقف عند أبى حنيفة رحمه الله فلهذا دعوة المسلم ترجح . قال ولو كانت بين مسلم وذمى فارتد المسلم ثم ادعيا الولد فهو ابن المرتد لانه أقرب الى أحكام الاسلام من الذمى (ألا ترى) انه يجبر على الاسلام غير مقر على ما يعتقده وأن تصرفه فى الخمر والخنزير لا ينفذ بخلاف الذمى فلقربه من الاسلام جعل فى حكم الدعوة كالمسلم فتترجح دعوته علي دعوة الذمى ولان ترجيح دعوة المسلم لما فيه من ثبوت حكم الاسلام للولد وهذا موجود فى دعوة المرتد فالدعوة من التصرفات التى لا توقف من المرتد فانها لا تستدعى حقيقة الملك وتوقف تصرفه لتوقف ملكه فاذا كان هو في الدعوة كالمسلم ترجح علي الذمى فصارت الجارية أم ولد له لان الاستيلاد ينبنى علي ثبوت نسب الولد وقد ثبت ذلك بدعوته ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ويضمن الذمى ايضا له نصف العقر لاقراره بوطئها فصار نصف العقر بنصف العقر قصاصا. قال أمة بين رجلين ولدت فادعياه جميعا وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر أو أكثر فالدعوة دعوة المالك الاول لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى حالة العلوق ودعوة الآخر دعوة الاعتاق لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فتكون دعوة الاستيلاد سابقة معنى ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لانه قد يملك نصيب صاحبه بدعوة الاستيلاد ولم يتبين أنه لمن يغرم قالوا وانما يغرم ذلك للبائع لا لشريكه المشتري لان دعوته استندت الى حالة العلوق والملك فيها في ذلك الوقت كان للبائع فانما يصير متملكا عليه فيضمن له نصف قيمتها ونصف عقرها ويرجع المشترى على البائع بالثمن لبطلان البيع فيما اشترى وان لم يعلم صاحب الملك الاول فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما لانهما استويا فى الدعوة فكان العلوق حاصلا فى ملكهما ولا عقر علي واحد منهما

اما لصاحبه فغير مشكل لانا نتيقن بان الوطء من كل واحد منهما حصل في ملك شريكه واما لغيره فلان وجوب العقر على من كان ملكه فيها ثابتا وقت العلوق لبائع شريكه ومن وجب عليه العقر منهما مجهول والمال لايجب على المجهول قال أمة لذمي باع نصفها من مسلم ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فادعياه فهو ابن الذمي ويبطل البيع لان بيعه نصفها لايكون أعلى من بيعه جميعها وهو أولى بالدعوة بعد بيع الجميع لتيقننا بحصول العلوق في ملكه فبعد بيع النصف أولى. قال أمة بين رجل وامرأة صغيرة أو كبيرة فولدت فادعاه الرجل وأب المرأة فان النسب يثبت من صاحب الرقبة لانه يملك نصفها حقيقة وأب المرأة ليس له فيها حقيقة ملك ولا حق ملك انما له مجرد التأويل والتأويل لا يعارض حقيقة الملك ولان صحة دعوة أبي المرأة باعتبار تملك نصيب ولده عليها من وقت العلوق وذلك متعذر لثبوت أمية الولد من الشريك فيها من وقت العلوق ودعوة الشريك دعوة صحيحة من غير شرط تقديم الملك فكان هو أولى. قال أمة بين رجلين ولدت ولدا ميتا فادعاه أحدهما فهو ابنه وهي أم ولد له لان ثبوت النسب من وقت العلوق وفي هذا المنفصل ميتا والمنفصل حيا سواء والولد الميت كالحي في أن الجارية تصير أم ولد كما لو كانت لرجل واحد فكذلك لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه ولمثله حكم الولد (ألا ترى) أن العدة تنقضي به والمرأة تصير به نفساء فكذلك الجارية تصير به أم ولد. قال ولو كانت جارية بين رجل وابنه فولدت فادعياه فهو ابن الاب استحسانا وفي القياس يثبت النسب منهما لان كل واحد منهما يملك نصفها حقيقة وصحة الدعوة هنا باعتبار ملك الرقبة وقد استويا في ذلك والحق غير معتبر في معارضة الحقيقة كما لو كانت الجارية كلها للابن فادعيا الولد كان دعوة الابن أولى من دعوة الاب وجه الاستحسان في ذلك ان جانب الاب يترجح لان له في نصفها حقيقة الملك وفي النصف الآخر حق التملك علي ولده بالاستيلاد وليس للابن في نصيب الاب ملك ولا حق ملك ولا تأويل ملك فكان جانب الاب أرجح والترجيح عند المعارضة يحصل بما لا يكون عليه الاثبات ابتداء كالاخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب ترجح الاخ لاب وأم في العصوبة بقرابة الام وهي ليست بعلة الاستحقاق للعصوبة فاذا صحت دعوة الاب وصارت أم ولد له ضمن نصف قيمتها ونصف عقرها بخلاف ما اذا كان الكل للابن لما بينا أن تملك الاب نصيب الابن هنا حكم الاستيلاد لا شرطه فان قيام الملك له في النصف كاف لصحة الاستيلاد فلهذا غرم

نصف عقرها وضمن الابن نصف العقر لابنه أيضا لاقراره بوطئها فكان نصف العقر بنصف العقر قصاصا والجد أب الاب بعد موت الاب فى هذا بمنزلة الاب فأما الاخ والعم والاجنبي فهم كلهم سواء لانه ليس للبعض هنا تأويل الملك فى مال البعض ولا حق التملك بالاستيلاد .قال واذا كان أحد الابوين مسلما فالولد الصغير مسلم هكذا روى عن عمر رضي الله عنه وشريح وابراهيم رحمهما الله وكان المعنى فيه أن اعتبار جانبه يوجب اسلام الولد واعتبار جانب الذمى يوجب كفره فيترجح موجب الاسلام توفيرا لمنفعة الولد وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا عليه قال وان كانت الامة بين رجلين ولدت فادعياه فهو ابنهما فان ولدت بعد ذلك آخر لم يثبت نسبه منهما ولا من احدهما الا بالدعوة لان قيام الشركة بينهما فى رقبتها تمنع الفراش المثبت للنسب لهما أو لاحدهما عليها فان ثبوت نسب ولد أم الولد من مولاها لتحسين الظن بها حتى لا تكون مقدمة على التمكن من فعل حرام وهذا غير موجود هنا فان وطئها غير مملوك لواحد من الشريكين فلهذا لا يثبت النسب منهما ولا من أحدهما الا أن يدعيه أحدهما فحينئذ يثبت النسب منه بالدعوة لقيام الملك في نصفها ونصف ولدها ويغرم لشريكه نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئا فى قول أبي حنيفه رحمه الله وفى قولهما يغرم لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعي الولد للشريك فى نصف قيمته وهذا لان ولد أم الولد بمنزلة أمه فدعوة احدهما للولد كاعتاقه ولو أعتق الام أحد الشريكين لم يضمن لشريكه شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له ان كان معسرا فكذلك في الولد لما صار المدعى نسبه كالمعتق له جارية بين مسلم وذمي ولدت فادعياه فهو ابن المسلم عندنا وقال زفر رحمه الله هو ابنهما ولكن يكون مسلما لان صحة دعواهما باعتبار الملك وهما فى الملك يستويان فكذلك فيما ينبنى عليه الا أن الولد يكون مسلما لان تبعية أحد الوالدين يوجب اسلامه فيحكم باسلامه وان كان النسب ثابتا منهما كالمولود بين كافر ومسلم * وحجتنا فى ذلك أن دعوة المسلم أنفع للولد لانه يثبت له النسب والاسلام وعند تعارض الدعوة يترجح أحد الجانبين لمنفعة الولد كما لو كان في أحد الجانبين حرية الولد يترجح به فكذلك هنا. قال واذا التقط الرجل لقيطا فادعاه عبد انه ابنه من زوجته هذه الامة وصدقه المولى وقال هو عبدي ثبت النسب منهما وكان عبدا للمولى عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يثبت النسب منهما وكان حرا أما ثبوت النسب

بدعواهما استحسانا وفي القياس لا يثبت لان اليد ثابت للملتقط فهما بمجرد الدعوى يريدان ابطال اليد الثابت له فلا يصدقان على ذلك وفى الاستحسان قال اعتبار يد الملتقط لمنفعة الولد حتى يكون محفوظا عنده لا لحق الملتقط وفي اثبات النسب ممن ادعا توفير المنفعة على الولد وقد بينا أن العبد فى دعوة النسب كالحر فلهذا ثبت النسب من العبد والامة بالدعوة فأما حجة محمد رحمه الله ان اللقيط حر باعتبار الدار وفى اثبات نسبه من المملوكين توفير المنفعة على الولد وفى اثبات الرق اضرار بالولد وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت الرق فبقى على ما كان من الحرية فسقط اعتبار قولهما فيما يضر بالولد كما لو ادعاه ذمى وقد وجد فى مصر من امصار المسلمين يثبت النسب منه بالدعوة ويكون مسلما دفعا للضرر عن الولد وتوفير للمنفعة عليه في ثبوت نسبه وحجة أبى يوسف رحمه الله انه لما حكمنا بثبوت النسب منهما فقد حكمنا بأنه مخلوق من ماء رقيقين والمخلوق من ماء رقيقين لا يكون حراً لان الولد من الاصلين فاذا كانا رقيقين وليس هنا سبب يمكن الحكم بحرية الولد بذلك السبب ولا وجه لاثبات الحكم بدون السبب يكون الولد رقيقا يقرره ان ولد الامة مملوك لمولاها لانه جزء من أجزائها الا اذا تمكن هناك غرور في جانب الفحل وهو حر فحينئذ يبقى صفة الحرية لمائه ولا غرور هنا فكان الولد رقيقا وفى الحقيقة هذه المسئلة نظير ما ذكرنا فى كتاب النكاح العبد اذا صار مغروراً بأمة فولدت يكون الولد رقيقا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله ونظير ما فى كتاب الاقرار مجهولة الحال اذا أقرت بالرق ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر بعد اقرارهما كان الولد رقيقا عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله. قال فان ادعى اللقيط رجلان كل واحد منهما يدعي انه ابنه ووصف احدهما علامات في جسده ولم يصف الآخر شيئا جعلته ابن صاحب الصفة لان الترجيح عند تعارض الدعوة تقع بالعلامة كما اذا وقع الاختلاف بين الزوجين فى متاع البيت ولان اصابة العلامة دليل سبق يده اليه ودليل كونه ابنا له لان الانسان أعرف بعلامات ولده من غيره وهو نظير مدعى اللقطة اذا أصاب فى العلامات يوم الملتقط فيما بينه وبين ربه بالدفع اليه ولو أصاب فى بعض العلامات وأخطأ فى البعض فهذا ومالم يذكر شيئا من العلامة سواء لان اعتبار ما أصاب يدل على صدقه واعتبار ما أخطأ يدل على كذبه فاذا وقع التعارض بينهما صار كانه لم يذكر من العلامات شيئا واذا لم يصف واحد منهما من العلامات فهو ابنهما لاستوائهما فى

الدعوى ولو قال أحدهما هو غلام من صفة جسده كذا وقال الآخر هي جارية من صفة جسدها كذا فأيهما أصاب ذلك فهو أحق به لظهور علامة الصدق في كلامه وظهور دليل الكذب في كلام خصمه ولو ادعاه واحد وقال هو غلام فاذا هي جارية لم يصدق على ذلك لظهور دليل الكذب في دعواه ولو كان سبب قضاء الشهادة لم يقض بها مع ظهور دليل الكذب فكذلك اذا كان سبب القضاء الدعوى لا يقضى بها مع ظهور دليل الكذب ولانه يدعى نسب الغلام وليس هنا غلام حاضر ودعوة المعدوم باطل . قال فان كان اللقيط في يد مسلم وادعاه ذمي فالقياس لا يثبت النسب منه وهذا غير القياس الاول في دعوة اللقيط لانا قد حكمنا باسلام الولد هنا باعتبار الدار ولا قول للذمي في دعوة نسب الولد المسلم ولكنه استحسن فقال في دعواه شيئان أحدهما ثبوت نسب الولد وفيه منفعة والآخر كفر الولد وفيه ضرر عليه فتصح دعوته فيما ينفع الولد دون ما يضره اذ ليس من ضرورة النسب تبعة الابوين في الدين كالصغير اذا سبي وليس معه واحد من أبويه يكون ثابت النسب من الحربي بيقين محكوم باسلامه ثم المسئلة على أربعة أوجه اما أن يكون الملتقط مسلما وقد وجد في مصر من امصار المسلمين فيكون محكوما له بالاسلام أو وجده ذمي في بيعة أو كنيسة أو قرية من قرى أهل الذمة فيكون كافراً فأما اذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو وجده ذمي في مسجد من مساجد المسلمين قال في كتاب اللقيط العبرة للمكان وقال في كتاب الدعوى العبرة للواحد وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه يحكم لذي اللقيط وسماه وجه رواية كتاب اللقيط ان المكان اليه أسبق من يد الواحد والحكم للسابق لان الظاهر أن أهل الذمة يضعون أولادهم في مساجد المسلمين وان المسلمين لا يضعون أولادهم في البيع والكنائس والحكم بالظاهر واجب عند تعذر الوقوف على الحقيقة * ووجه رواية هذا الكتاب ان اللقيط في حكم المباح فمن سبقت يده اليه صار محرزاً له وكان الحكم ليده اذ ليس للمكان يد معتبرة (ألا ترى) ان المباح يملك بالاحراز باليد دون المكان * ووجه رواية ابن سماعة رحمه الله ان الحكم بالزي والسيما واجب كالبالغ الذي يوجد في دار اذا قال أنا مسلم فان كان عليه سيما المسلمين قبل قوله والاصل فيه قوله تعالى يعرف المجرمون بسيماهم وتفسير هذه الرواية ذكره ابن سماعة رحمه الله أنه اذا كان في عنقه صليب وعليه ثوب ديباج ووسط رأسه محرز فالظاهر انه من اولاد النصارى فلا يحكم له باسلامه يقول في الكتاب. فان كان في يد مسلم فادعاه ذمي وأقام

شاهدين ذميين فانى استحسن ان أجعله ابنه وأجعله مسلما واذا وجد فى بيعة أو كنيسة
وهذه الرواية وهو قوله واجعله مسلما ذكره في رواية أبي سليمان رحمه الله ولم يذكر فى رواية
أبي حفص رحمه الله والحاكم رحمه الله فى المختصر صحح رواية أبي حفص رحمه الله وقال
الحاكم باسلامه عند مجرد الدعوى فأما مع اقامة البينة فلا يحكم باسلامه ولكن ماذكره فى نسخ
أبي سليمان رحمه الله وقال هو الاصح لانا اذا حكمنا باسلامه علي هذه الرواية باعتبار التبعية
للواحد وشهادة أهل الذمة ليست بحجة على الواحد ولا على من حكم باسلامه تبعا للواحد
فكان وجوده كعدمه فلهذا جعلناه مسلما وان أثبتنا نسبه من الذمى. قال واذا وجدته في مصر
من امصار المسلمين جعلته حرا مسلما ولا أقبل شهادة أهل الذمة عليه يريد به فى حق الدين
فاما فى حق النسب فهو ثابت من الذمي كما بينا وان أقام رجل البينة أنه ابنه واقام آخر البينة
انه عبده قضيت به للذى يدعى أنه ابنه لان فى بينته اثبات نسبه وحريته وفى بينة الآخر
اثبات رقه فتترجح بينة الحرية لمنفعة الصبي فان أقام أحدهما البينة انه ابنه من امرأته هذه
الحرة وأقام آخر البينة أنه ابنه من هذه الامة قضيت به انه ابن الحر والحرة لان المولود
من الامة بالنكاح يكون رقيقا فتترجح بينة المثبت للحرية ولو أقام كل واحد منهما البينة
انه ابنه من امرأته الحرة ووقت كل واحد منهما وقتا فان عرف أن الصبي على احدهما فهو
لصاحب ذلك الوقت لظهور علامة الصدق فى شهوده باعتبار سن الصبي وان لم يعرف أنه
على أى الوقتين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى به لاسبق الوقتين لانه لما تعذر الوقوف
على سن الصغير ليعرف به الصادق من الكاذب بقيت العبرة للتاريخ فصاحب أسبق التاريخين
يثبت النسب منه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وبعد ماثبت النسب منه لا يمكن اثباته من
غيره وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى به بينهما لان كل واحد منهما يثبت
النسب منه من وقت العلوق والنسب لايسبق وقت العلوق فلا فائدة في اعتبار سبق التاريخ
بعد ذلك وصار كأن الشهود لم يوقتوا شيئا فيقضى به للرجلين هكذا ذكر هذا الخلاف في
رواية أبي سليمان رحمه الله وفى رواية أبي حفص رحمه الله قال جعلته ابنهما فى قولهم جميعا
وانما أشار الى الخلاف في كونه ابن المرأتين وقد بيناه فيما سبق. قال وان أقام أحدهما البينة
انه ابنه وادعي الآخر انها ابنته وأقام البينة على ذلك فاذن اللقيط خنثى فان كان يبول من
مبال الرجال حكم بانه ابن فيثبت نسبه من أثبت بنوته وان كان يبول من مبال النساء يثبت

النسب من الآخر وان كان يبول منهما فالعبرة لاسبقهما خروجا وان كان يخرج منهما جميعا معا فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العبرة لاكثرهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا عبرة لكثرة البول وقلته فيكون ثبوت النسب منهما لانه لا يترجح جانب أحدهما على صاحبه باصابة العلامة فاستويا قال فان ادعى اللقيط مسلم وذمي وأقام البينة قضيت به للمسلم لان في بينته اثبات اسلام الولد وهو منفعة في حقه وكذلك ان كان شهود المسلم من أهل الذمة وشهود الذمي مسلمين لان بينة كل واحد منهما حجة على صاحبه فيترجح ما كان موجبا اسلام الولد. قال واذا ارتد أحد الزوجين والعياذ بالله فان الولد يلزم الزوج الى سنتين لان الفرقة وقعت بردة احدهما بعد الدخول وهو موجب للعدة عليها فاذا جاءت بولد في مدة يتوهم أن العلوق حصل في حال النكاح يثبت النسب منه كما لو وقعت الفرقة بالطلاق وكذلك لو لحق بدار الحرب مرتدا لان المرأة لما بقيت في دارنا فهي مؤاخذة باحكام الاسلام فعليها العدة الا أن نسب ولدها لا يثبت من الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله بشهادة القابلة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان لان المقصود هو الميراث ولا يثبت الميراث بشهادة المرأة الواحدة وعندهما شهادة القابلة كافية وأصله في مسئلة كتاب الطلاق اذا لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل لا يثبت النسب عند أبي حنيفة رحمه الله الا بشهادة شاهدين وعندهما يثبت بشهادة امرأة واحدة وكذلك ان حلف المرتد اللاحق بدار الحرب بأنها أم ولد هنا فان لحوقه بدار الحرب موت حكمي تعتق به أم الولد عند قضاء القاضي ويجب عليها العدة والجواب فيه وفي ولد المنكوحة سواء ولو كانت هي المرتدة اللاحقة بدار الحرب لم يلزم الزوج الا أن يأتي به لاقل من ستة أشهر منذ يوم ارتدت لان العدة لم تجب عليها فلا يثبت النسب الا عند التيقن بحصول العلوق في حالة النكاح كالمطلقة قبل الدخول وهذا لانها صارت حربية فلا تؤاخذ باحكام المسلمين وكما لا يكون للمسلم على الحربية عصمة النكاح فكذلك لا يكون له عليها عصمة العدة . قال ولو أسلمت امرأة الحربي فدخلت دار الاسلام لم يلزم الحربي ولدها الا بأن يأتي به لاقل من ستة أشهر في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه الى سنتين وهي فرع مسئلة النكاح ان المهاجرة لا عدة عليها عنده وعندهما يلزمها العدة وان سبيت المرتدة وهي حامل فولدت لاقل من ستة اشهر منذ سبيت يثبت نسبه من الزوج المسلم لتيقننا بحصول العلوق قبل السبي والتقدير

لستة اشهر لان السبي كما يبطل عصمة النكاح يبطل العدة والولد رقيق مع المرأة وان كان مسلما تبعا لابيه لانه مادام فى البطن فهو جزء منها وهى صارت رقيقة بجميع أجزائها بالسبي فكذلك الولد الذى فى بطنها عندنا . قال واذا تزوج المرتد مسلمة أو تزوجت المرتدة مسلما فولدت منه يثبت نسبه منهما لان النكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول فهو بمنزلة الصحيح فى اثبات النسب أو أقوى ويرثهما هذا الولد بمنزلة المولود قبل الردة لانه مسلم تبعا للمسلم منهما والمرتد يرثه وارثه المسلم وهذا لان ابتداء سبب التوريث وان كان هو الردة فتمامه يكون بالموت فيجعل الحادث بعد انعقاد السبب لاتمامه كالموجود عند ابتداء السبب اعتبارا بولد المبيعة قبل القبض يجعل كالمولود عند ابتداء العقد فى انقسام الثمن عليه. قال واذا تزوج المرتد كتابية فولدت لا يرث الولد واحدا منهما لان هذا الولد غير محكوم باسلامه فان واحدا من أبويه ليس بمسلم وكونه في يد الابوين يمنع ثبوت تبعية الدار فى حقه كالصغير اذا سبي مع أحد الابوين والمرتد انما يرثه وارثه المسلم والكتابية لا يرثها المرتد وهذا الولد بمنزلة المرتد لانه أقرب الى حكم الاسلام فيجعل الولد تبعا له وكذلك ان ولدت أمة المرتد منه وهى مرتدة أو كتابية لان النسب وان ثبت منه بالدعوة لم يثبت حكم الاسلام لهذا الولد وان كانت الامة مسلمة ورث الولد أباه لانه مسلم تبع لها. قال رجل مات وترك امرأة وأم ولد له فأقرت الورثة ان كل واحدة منهما قد ولدت هذا الغلام من الميت أثبت نسبه بعد أن تكون الورثة ابنتين أو اخوته أو ابنا وابنتين لانهم لو شهدوا بهذا النسب فى حالة الحياة عليه كانت شهادتهم حجة تامة فاذا أقروا به بعد الموت يكون قولهم أيضا حجة تامة فى اثبات النسب الا أن فى حالة الحياة هناك خصم جاحد فلابد من لفظة الشهادة وليس بعد الموت خصم جاحد فلا حاجة الى لفظة الشهادة ولان فى حالة الحياة كلامه الزام للغير والملزوم للغير شرعا الشهادة فلا بد من لفظ الشهادة فيه فأما بعد الموت كلامه الزام للغير من وجه والتزام من وجه لانه يشاركهم فى الميراث المستحق لهم وما أخذ شبها من أصلين توفر حظه عليهما فلشبهه بالالزام شرطنا العدد فيه حتى لا يثبت النسب باقرار الوارث الواحد ولشبهه بالالتزام أسقطنا اعتبار لفظة الشهادة . قال واذا تزوج المجوسى أمه أو ابنته أو أخته فولدت له ولدا فهو ابنه ادعاه أو نفاه لان هذه الانكحة فيما بينهم حكم الصحة عند أبى حنيفة رحمه الله ولهذا لا يسقط به الاحصان عنده وعندهما هو فاسد والنكاح الفاسد والصحيح يثبت النسب بهما

ثم لا ينتفى الا باللعان ولا لعان بينهما لان الكافرة غير محصنة وكذلك العبد يتزوج الامة أو المسلم يتزوج المجوسية فان النسب يثبت لهذا النكاح مع فساده لان مجرد الشبهة يكفى لاثبات النسب ثم لا ينتفى الا باللعان ولا لعان بينهما هنا قال واذا أسلم الزوجان الكافران وأعتق المملوكة ثم جاءت بولد فنفاه الزوج يلاعنها لانه قذفها وهى محصنة وهما من أهل الشهادة فى الحال فيجرى اللعان بينهما فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ عتقا أو أسلما لزم الولد أباه لانا تيقنا بحصول العلوق فى حال لم يكونا من أهل اللعان فلزمه النسب على وجه لا ينتفى بالنفى ثم لا يتغير ذلك بصيرورتهما من أهل اللعان وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لزم الولد أمه لتوهم ان العلوق حصل بعد صيرورتها من أهل اللعان فان (قيل) فكذلك يتوهم حصول العلوق قبل العتق والاسلام لان الولد قد يبقى فى البطن الى سنتين (قلنا) نعم ولكن قطع النسب باللعان في موضع الاشتباه والاشتباه يمنع قطع النسب وهذا لان سبب قطع النسب هو اللعان وقد تحقق فما لم يظهر المانع وجب العمل به ولان الحل قائم بينهما ومتى كان الحل قائما يستند العلوق الى أقرب الاوقات وان كان للمسلم امرأة كتابية فولدت فنفاه فهو ابنه ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة ونسب الولد قد ثبت بالنكاح فلا ينقطع بدون اللعان . قال وان أسلمت المرأة والزوج كافر ثم نفى ولده فعليه الحد لانها محصنة وقد قذفها بالزنا ولا لعان بينهما لانه ليس من أهل الشهادة فمتى تعذر جريان اللعان بينهما من جهة الزوج يلزم الحد ولا يقطع النسب عنه لتقرر سببه وهو العلوق وان أسلما جميعا ثم طلقها ثم تزوجها ثم جاءت بولد فنفاه فنقول هذه المسئلة تشتمل على فصلين أحدهما حكم اثبات النسب والآخر حكم النفى اما حكم اثبات النسب فهو على ثلاثة أوجه ان جاءت به لا كثر من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا ثبت النسب منه بحصول العلوق فى النكاح الثانى وان نفاه لاعنها ولزم الولد أمه لكونهما من أهل اللعان عند العلوق وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيرا أو لاقل من سنتين منذ أبانها ثبت النسب منه لتوهم ان العلوق كان قبل الطلاق فان نفاه لاعنها ولزم الولد أباه لان حصول البينونة بعد العلوق يمنع قطع النسب باللعان وان جاءت به لا كثر من ستة اشهر منذ تزوجها اخيرا ولسنتين فصاعدا منذ طلقها لم يثبت النسب منه لان حصول العلوق كان بعد الطلاق قبل النكاح الثانى ويصح النكاح الثانى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وهى

فرع مسئلة الجامع الصغير ان الحبل من الزنا لايمنع من النكاح عندهما ويمنع عند أبي يوسف رحمه الله وكذلك أم الولد اذا اعتقها مولاها ثم تزوجها قبل الاقرار بانقضاء العدة فهو على الاوجه الثلاثة كما بيناه . قال ولو ولدت امرأة الرجل غلاما وأمته غلاما ثم ماتتا فقال احدهما ابني لم يثبت نسب واحد منهما لان النسب في المجهول لايمكن اثباته والمقصود هو الشرف بالانتساب وذلك لايحصل في المجهول ولانه صادق في مقالته فان احدهما ابنه وهو ولد المنكوحة فاذا لم يكن معينا لم يثبت نسب واحد منهما بعينه ويعتقان ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لان احدهما حر وعند الاشتباه ليس احدهما باولى من الآخر فيعتق كل واحد منهما نصفه ومعنى قوله أن احدهما حر أن ولد المنكوحة حر فأما ولد الامة لايعتق الا اذا ادعاه بعينه ولم يوجد وكذلك رجل له عبدان فقال احدهما ابني أو قال هذا ابني أو هذا لم يثبت نسب واحد منهما للجهاله ولكن لا يعتق احدهما بغير عينه لان دعوة النسب اقرار بالحرية والاقرار بالعتق للمجهول صحيح فيسع العتق فيهما عند فوت البيان بالموت والله أعلم

باب نفي الولد من زوجة مملوكة وغيرها

(قال رحمه الله رجل تحته أمة فاعتقت ثم جاءت بولد لستة أشهر بعد العتق فنفاه فلم يلاعنها حتى اختارت نفسها فالولد لازم له ولاحد عليه ولا لعان) لان نسب الولد قد ثبت منه بالفراش فلا ينتفي الا باللعان وباختيارها نفسها بالعتق نابت منه فلا يجرى اللعان بينهما بعد البينونة كما لو أبان امرأته بعد ماقذفها لان المقصود باللعان قطع النكاح الذي هو سبب المنازعة بينهما وقد انقطع ولاحد عليه لان قذفه اياه كان موجبا للعان بكونهما من أهل اللعان حين قذفها فلا يكون موجبا للحد لانهما لايجتمعان بقذف واحد. قال رجل اشتري امرأته وهي أمة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه فهو لازم له لانا تيقنا أن العلوق بهذا الولد حصل من فراش النكاح فلزمه نسبه على وجه لاينتفي بنفيه وصار ارتفاع النكاح بينهما بالشراء كارتفاعه بالطلاق قبل الدخول وهناك اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر لزمه نسبه فكذلك هنا وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا فله أن ينفيه وهذا بمنزلة أم الولد له أن ينفيه مالم يقر به ثم قال بعد هذا باسطر لا يثبت نسبه منه الا أن يقر به فوجه ما قال بعد هذا أن

النكاح بالشراء ارتفع لا الي عدة لان العدة حق من حقوق النكاح فكما ينافى ملك اليمين أصل النكاح فكذلك ينافى حقوقه فكان هذا نظير الفرقة بالطلاق قبل الدخول وقد جاءت بالولد من مدة يتوهم أن الولد من علوق حادث فلا يثبت نسبه منه وفى الكتاب علل فقال لانها أمة يحل فرجها بالملك وحل فرجها بملك اليمين مع حق النكاح لا يجتمعان فيتبين أنه لاعدة عليها وصار كانه لم يدخل بها فى فراش النكاح ونسب ولد الامة لا يثبت من المولى الا بالدعوة * ووجه هذه الرواية انها كانت فراشا له وملك اليمين لا ينافى الفراش فيبقى بعد الشراء من الفراش بقدر ما يجامع ملك اليمين لان الارتفاع بالمنافى فبقدر المنافى يرتفع وملك اليمين انما ينافي الفراش الملزم المثبت للنسب فان أم الولد مملوكة وللمولى عليها فراش مثبت للنسب الا أن ينفيه فيبقى ذلك القدر هنا له .قال فان أعتقها بعد ما اشتراها وقد كان دخل بها فجاءت بولد لزمه ما بينه وبين سنتين من يوم شتراها وان نفاه فعليه الحد وهذا قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف الآخر رحمه الله ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها فكذلك الجواب وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لم يلزم الا أن يدعيه فان ادعاه لزمه وان كذبته المرأة أما وجوب الحد عليه فلانه قذفها وهى فى الحال محصنة ثم وجه قول محمد رحمه ان يقول بان النكاح ارتفع بالشراء بعد الدخول فيكون موجبا العدة الا ان هذه العدة لا تظهر فى حقه لانها تحل له بالملك وهى ظاهرة فى حق الغير حتى لو أراد ان يزوجها من غيره لم يجز فاذا اعتقها زال المانع من ظهور العدة فى حقه وظهرت العدة فى حقه ايضا والمعتدة اذا لم تقر بانقضاء العدة حتى جاءت بالولد لاقل من سنتين يثبت النسب ولانا قد بينا ان قدر الفراش الذى يثبت للمولى على ام ولده باق بعد الشراء وبالعتق زال هذا الفراش وزوال الفراش بالعتق يوجب العدة كما فى حق أم الولد فكان ينبغى على هذا الطريق انها اذ جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ اعتقها انه يثبت النسب كما فى ام الولد ولكن هذا الفراش أثر الدخول الحاصل فى النكاح لا فى الملك فاعتبرنا مدة السنتين من قت انقطاع النكاح بالفراش * ووجه قول ابى يوسف الاخر رحمه الله ان النكاح ارتفع بالشراء لا الي عدة لما بينا أن ملك اليمين ينافي حقوق النكاح (الا ترى) أن قبل العتق لو جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر لا يلزمه نسبه فبعد

العتق كذلك لايلزمه لانها بالعتق ازدادت بعد امنه ولهذا لو ادعاه ثبت نسبه منه وان كذبته المرأة لان هذا القدر كان ثابتا قبل العتق فيبقى بعده ودعواه بقاء الفراش بعد الشراء ليس بقوى لانه لابد للفراش من سبب وملك اليمين بدون الدخول فيه لايوجب الفراش وكذلك بعد الدخول مالم يدع نسب الولد وفراش النكاح من حقوقه فلايبقى بعد الشراء وان كان لم يدخل بها فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد الشراء فهو ابنه لتيقننا بحصول العلوق فى النكاح وان نفاه فعليه الحد لانها محصنة بعد العتق وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لم يلزمه نسبه لجواز أن يكون من علوق حادث بعد ارتفاع النكاح وهذا والطلاق قبل الدخول سواء وان نفاه فلاحد عليه لانه صادق فى ذلك ولان في حجرها ولدا لايعرف له والدفلا تكون محصنةولو لم يعتقها حين اشتراها ولكنه باعها وقدكان دخل بها فى النكاح فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراهالزمه الولد وبطل البيع لانا تيقنا بحصول العلوق فى النكاح وانها صارت أم ولد لهحين اشتراها لان فى بطنها ولدا ثابت النسب منه فانما باع أم ولد وبيع أم الولد باطل وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر منذ اشتراها ولاقل من ستة أشهر منذ باعها فان ادعاه ثبت نسبه منه وبطل البيع أيضا لانه لو لم يسبق النكاح كان هذا الحكم ثابتا بدعوته فعند سبق النكاح أولى وان جاءت به لاقل من سنتين منذ اشتراها ولا كثر من ستة أشهر منذ باعها فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وفى قول أبي يوسف الآخر لا يثبت النسب منه ولا يبطل البيع وهذا بناء علي الفصل الاول فان زوال ملكه بالبيع عنها كزواله بالعتق وقد بينا هناك أن عند أبي يوسف لايثبت النسب اذا جاءت بهلا كثر من ستة أشهر فهنا كذلك الا أن هناك لم يثبت فيها حق لغيره فاذا ادعى ثبت النسب منه وهنا قد ثبت فيها حق لغيره وهو المشترى الثاني فلا يثبت النسب منه وانادعاه لان في ثبوته ابطالا للبيع وقوله غير مقبول فى ابطال البيع وعلى قول محمد رحمه الله هناك حكم ثبوت النسب منه يبقى الى سنتين وان زال الملك بالعتق لظهور المدة في حقه على مابينا فكذلك هنا يبقى حكم ثبوت النسب منه وان زال الملك بالبيع واذا ثبت النسب منه انتقض البيع ضرورة لانه تبين أنه باع أم ولده الا أن محمدا رحمه الله هنا يشترط الدعوة منه لان اقدامه على البيع دليل النفى والقدر الباقى من الفراش بعد الشراء مثبت للنسب على وجه ينتفى بالنفى فلا بد من الدعوى بعد ذلك ليبطل به دليل حكم النفى بخلاف العتق فانه

ليس لدليل النفى وان كان المشتري الآخر قد أعتق الولد ثم ادعاه المشترى الاول فان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها الاول بطل بيع المشترى وعتقه لتيقننا بانه باع أم ولده وان الولد كان حرا قبل بيعه وان جاءت لستة أشهر فصاعدا بعد الشراء الاول لم تصح دعوة الشراء الاول لما بعد عتق المشترى الآخر فيه فقد بينا أن عتق المشترى الولد يمنع صحة دعوة البائع وان لم يكن أعتق الولد ولكنه أعتق أمة فقد بينا أن اعتاق الام لا يمنع صحة دعوة البائع فى الولد فكان هذا وما لم يعتقها سواء في حق الولد على مابينا من الخلاف. قال واذا أعتق أم ولده ثم تزوجها فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فان نفاه لاعن ولزم الولد أمه لانها انما جاءت به من علوق بعد النكاح فان الحل قائم بينهما فيستند العلوق الى أقرب الاوقات وهما من أهل اللعان فى الحال فيقطع النسب عنه باللعان وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها لاعن ولزم الولد أباه أما اللعان فانهما من أهل اللعان فى الحال وأما النسب فلانا تيقنا أن العلوق حصل قبل النكاح فلا يمكن قطع النسب باللعان وتأويل هذه المسئلة اذا كان لاقل من سنتين منذ عتقها حتى يثبت النسب من المولى باعتبار زوال الفراش الى عدة. قال رجل أعتق أمة ولها زوج حر فجاءت بولد بعد العتق لستة أشهر فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد أمه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أباه لانهما لم يكونا من أهل اللعان حين علق وولاء الولد لمولى الام فى الوجهين جميعا أما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلانه لا نسب له فهو لمولى الام وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلانه كان مقصودا بالعتق لانا حكمنا بوجوده في البطن حين أعتقت. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة وهى أمة ثم أعتقت بالولد فان جاءت بالولد الي سنتين من وقت الطلاق فالنسب ثابت من الزوج لا ينتفى بنفيه ويضرب الحد لانه قذفها وهى محصنة ونسب الولد ثابت لتوهم حصول العلوق بالنكاح فانها لم تقر بانقضاء العدة وولاء الولد لموالي الام لانا حكمنا بوجوده في البطن فى حين أعتقت فصار الولد مقصودا بالعتق ولو مات الاب فجاءت بالولد مابينها وبين سنتين وقد أعتقت بعده بيوم فالولد ثابت النسب وولاؤه لموالى الام اذ لا فرق بين ارتفاع النكاح بالموت وبين ارتفاعه بالطلاق البائن فانه يعقب العدة فى الوجهين جميعا. قال واذا اشترى امرأته وقد ولدت فأعتقها وتزوجها ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها فنفاه لاعن ولزم الولد أمه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أخيراً أو لاكثر من ستة أشهر منذ

اشتراها فنفاه لاعن ولزم الولد أباه لانها بالشراء صارت أم ولد له وبالعتق صارت محصنة فاذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من النكاح الآخر عرفنا أن العلوق كان سابقا على هذا النكاح فلا ينقطع السبب باللعان ولكن يجرى اللعان بينهما لكونها محصنة فى الحال ولو لم يتزوجها لزمه الولد ما بينها و بين سنتين من وقت العتق لانها معتدة فان نفاه ضرب الحد لانه قذفها وهى محصنة. قال وان كانت هذه الامة كتابية فحكم النسب على ما بينا ولكن لاحد عليه بالنفى لانها غير محصنة وان صدقته ان الولد ليس منه لم يصدقا على الولد لان النسب من حق الولد فانه يتصرف به فلا يصدقان على ابطال حقه. قال رجل مات عن أم ولده فجاءت بولد ما بينها وبين سنتين فنفاه الورثة لم يثبت النسب فى قول أبى حنيفة رحمه الله من الميت ولم يرث بشهادة القابلة مالم يشهد به شاهدان لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم الا أن يكون المولى قد أقر بأنها حبلي منه فحينئذ يثبت النسب بشهادة القابلة وان أقر به الورثة واقرارهم كاقرار الميت لانهم خلفاؤه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت النسب فى جميع ذلك بشهادة القابلة وقد بينا هذا الخلاف في المنكوحة بعد موت الزوج فكذلك فى أم الولد فان كان المولي كافراً فشهادة الكتابية فى ذلك مقبولة وان كان مسلما لم تقبل الا شهادة مسلمة لان هذه الشهادة تقوم علي حق المسلم فان النسب يلزمه فيراعى فيه شهادة شرائطه

باب من دعوة البائع أيضا وغيره

قال رحمه الله رجل اشترى أمة وولدها أو اشتراها وهى حامل ثم باعها ثم اشتراها من ذلك الرجل أو من غيره فادعى ولدها فالدعوة جائزة اذا كان الولد يوم يدعى فى ملكه) لانه ادعى نسب مملوكه فى حال حياته الى النسب فيثبت النسب منه ولا ينفسخ شئ من البيوع والعقد الذى جرى فيه وفي أمه لان أصل العلوق لم يكن فى ملكه فكانت دعوته دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فلو أعتقه لم يبطل به شئ من العقود المتقدمة فكذلك هنا وان كان أصل الحبل عنده بطلت العقود كلها لان دعوته دعوة استيلاد فيستند الى وقت العلوق فيتبين به ان البيوع والاشربة كانت في أم ولده فكانت باطلة. قال رجل اشترى عبدين توأمين ولدا فى ملك غيره فباع أحدهما ثم ادعى نسبهما ثبت نسبهما منه ولان أحدهما فى ملكه فيصح دعوة النسب فيه ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر

لانهما توأم ولكن لا ينقض البيع فى الآخر لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وأحدهما ينفصل عن الآخر فى العتق وكذلك لو ادعاهما المشترى ثبت نسبهما منه لقيام ملكه فى المشترى وقت الدعوة والذى عند البائع يبقى مملوكا له كما كان قال ولو اشترى رجل عبداً واشترى أبوه أخ ذلك العبد وهما توأم فادعى أحدهما الذى فى يديه ثبت نسبهما منه لان احدهما فى ملكه فصحت دعوته فيه وبثبوت نسب احدهما ثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذى فى يد الآخر ان كان الاب هو المدعى فلأن الابن ملك أخاه وان كان الابن هو المدعى فلان الاب ملك ابن ابنه فيعتق عليه بالقرابة ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه لان عتقه كان بسبب مقصود عليه غير ممتد الى صاحبه . قال ولو اشترى جارية على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فى الثلاثة ولداً فادعاه المشترى صحت دعوته لانه صار أحق بها حق ينفذ عتقه فيها وفى ولدها فكذلك يثبت نسب الولد منه بالدعوة ويسقط خياره لان الولد قد عتق وصارت أم ولد له فتعذر ردها بحكم الخيار فلهذا سقط خياره كما لو أعتقها ولو كان الخيار للبائع فادعى المشترى الولد فالبائع على خياره لانها باقية على ملكه فى مدة خياره فان أجاز البيع أثبت النسب من المشترى كما لو جدد الدعوة بعد الاجازة فانقض البائع البيع بطلت دعوة المشترى لانه لم يملكها ولا ولدها ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق فان (قيل) أليس انه لو أعتقها المشترى ثم أجاز البيع لم ينفذ عتقه فلماذا لا يجعل دعوة التحرير مثله (قلنا) ذاك انشاء العتق فاذا بطل لعدم تمام السبب فى المحل لا ينفذ باعتبار ملك يحدث وهذا اقرار بالعتق فيتوقف على وجود الملك فى المحل كمن اقر بحرية عبد انسان ثم أخذ الرجل من الرجل أمتين على انه بالخيار يأخذ أيتهما شاء بألف درهم فولدتا عنده وأقر بأنهما منه فاقراره صحيح فى احدهما وهو الذى تناوله البيع منهما لان خيار المشترى لا يمنع صحة دعوته ولكن بالبيع تناول احدهما بغير عينها ويتبين باختيار المشترى فيؤمر بالبيان بعد هذا الا أنه قبل الاستيلاد كان متمكنا من ردها والآن لا يملك رد المشتراة لثبوت أمية الولد فيها فان لم يتبين أيتهما أولى حتى مات فالبيان الى الورثة لانهم قائمون مقامه وعليهم بمن مات اصاب أم ولد للمشترى من تركته فكان بيانها اليهم فان قالوا لا ندرى أيتهما كان عتق نصف كل واحدة منهما ونصف ولدهما وتسعى كل واحدة منهما ومن ولدهما فى نصف القيمة للبائع لانه ليس لاحدهما ثبوت الحرية فيه ولا احدى الأمتين لثبوت أمية الولد فيها باولى من

الأخرى فيسع فيهما ويجب على الورثة نصف ثمن كل واحد منهما من التركة وان اختلفت الورثة في الأول منهما فالقول قول الأول منهم لان كل واحد وارث قائم مقام مورثه لتمام علة الخلافة له فالذي قال منهم أولا هذه التي كانت استولدها المشتري أولا تعينت للاستيلاد ووجب قيمتها في التركة وتعينت الاخرى للرد وترد هي وولدها الى البائع واستدل فيه بحديث قروة بن عمير قال زوج أبي عبدا له يقال له كيسان أمة له فولدت فادعاه ثم مات أبي فكتب الى عثمان رضي الله عنه أن يوافي بابي الموسم فكتب اليه أن أبي قدمات فكتب أن ابعثوا بابنه الى فذهب به اليه فقال ما يقول ابن كيسان فقالت قد ادعاه أبي فان كان صدق فقد صدق وان كان كذب فقد كذب فقال لو قلت غيرها لاوجعتك وأعتقه بالدعوة وجعله ابن العبد بالفراش فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله وانما أورد هذا الحديث ليبين أن اقرار أحد الورثة بدعوة الاب كاقرار الاب به فكذلك تعيين أحد الورثة كتعيين الموروث بنفسه قال مكاتب اشترى عبدا فادعاه المولى لم تجز دعوته فيه لان دعوة التحرير كالاعتاق والمولى لا يملك اعتاق كسبه فلا تصح دعوته وكذلك لو اشترى الابن عبدا لم تجز دعوة الاب فيه لهذا قال زوج أمته عبده بشهود فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فهو ابن الزوج لانها أتت به على فراشه وان نفاه لم ينتف عنه لان النسب متى يثبت بفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بين المماليك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه من لزوج لانا تيقنا أن العلوق سبق فراش النكاح لان دعوة المولى استندت الى حال العلوق فتبين أنه تزوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب من المولى وكان النكاح باطلا ولو كان زوجها من عبد غيره باذن مولاه أو من حر فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا فادعاه المولى صدقه الزوج أو كذبه فهو ابن الزوج لانها علقت في فراشه ولكنه يعتق على المولى باقراره أنه ابنه وان لم يثبت النسب وتكون أمه بمنزلة أم ولد له لانه أقر لها بحق الحرية كما أقر للولد بحقيقة الحرية ولو زوجها ثم باعها ثم جاءت بالولد لستة أشهر بعد النكاح ولاقل من ستة أشهر بعد البيع فادعاه البائع أو المشترى لم يصدقا على ذلك لثبوت النسب من صاحب الفراش ولم يبطل البيع لان دعوة النسب اذا لم تعمل في اثبات النسب كان بمنزلة الاقرار بالعتق واقرار البائع بالعتق بعد البيع غير مقبول في ابطال البيع. قال ولو تزوجت أمته بغير اذنه ثم ولدت لستة أشهر فادعاه الزوج والمولى لان النكاح الفاسد عند اتصال الدخول

فى حكم النسب كالنكاح الصحيح فكما ان هناك يثبت النسب من الزوج دون المولى فكذلك هنا (ألا ترى) أن النسب يثبت بفراش النكاح على وجه لا ينتفى بمجرد النفى فاسدا كان النكاح أو جائزا بخلاف ملك اليمين ولكنه يعتق بدعوة المولى لانه صار مقرا بحريته وكذلك أم ولد رجل تزوجت بغير اذنه ودخل بها الزوج فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فادعياه او نفياه أو نفاه أحدهما وادعاه الآخر فهو ابن الزوج على كل حال لان فراش النكاح وان كان فاسدا فهو أقوى من فراش الملك على ما بينا وكذلك لو تزوج أمة ابنه بغير اذنه فولدت فادعاه الزوج والمولى فهو ابن الزوج لماله عليها من فراش النكاح وهو أقوى من اثبات النسب من فراش الملك والله أعلم

باب دعوة احدي الاماء

(قال رحمه الله قال أمة لها ثلاثة اولاد ولدتهم فى بطون مختلفة وليس لهم نسب معروف فقال المولى فى صحته احد هؤلاء ابنى ثم مات قبل ان يثبت نسب واحد منهم) لان المدعى نسبه مجهول ونسب المجهول لا يمكن اثباته من احد انما يثبت فى المجهول مايحتمل التعليق بالشرط ليكون منقطعا بخطر البيان والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت بالمجهول والجارية تعتق لانها اقر لها بامية الولد وهو معلوم وام الولد تعتق بموت مولاها من جميع المال وتعتق من كل واحد من الاولاد ثلاثة فى قول ابى حنيفة رحمه الله لان دعوة النسب اذا لم يعمل فى اثبات النسب كانت اقرارا بالحرية فكأنه قال احدهم حر فيعتق ثلث كل واحد منهم من جميع المال وعلى قول محمد رحمه الله يعتق من الاكبر ثلثه ومن الاوسط نصفه والاصغر كله لان الاكبر ان كان هو المقصود بالدعوة فهو حر فان كان المقصود هو الاوسط أو الاصغر لم يعتق الاكبر فهو حر فى حال عبد فى حالين فيعتق ثلثه واما الاوسط فان كان المقصود فهو حر وان كان المقصود هو الاكبر لانه ولد ام الولد فيعتق بموت المولى كما تعتق امه وان كان المقصو هو الاصغر لم يعتق الاوسط فهو يعتق فى حالين ولا يعتق فى حال واحوال الاصابة حالة واحدة فى الروايات الظاهرة الا فيما ذكر فى الزيادات بخلاف حال الحرمان فلهذا يعتق نصفه فأما الاصغر فهو حر بيقين سواء كان المقصود هو الاوسط أو الاكبر الا أن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر هذه الاحوال لانه مبنى على ثبوت النسب ولم يثبت

النسب ولان جهة الحرية مختلفة وحكمه مختلف فانه ان كان مقصوداً بالدعوة كان حر الاصل واذا كان المقصود غيره كانت حريته بطريق التبعية للام بعد موت المولى وبين كونه مقصوداً وتبعا منافاة وكذلك بين حرية الاصل وحرية العتق منافاة ولا يمكن اعتبار الجهتين جميعا فلهذا يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقد روى عن أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله الا فى حرف واحد وهو أنه قال يعتق من الا كبر نصفه لان حاله تتردد بين شيئين فقط اما أن يكون ثابت النسب من المولى فيكون حرا كله أولا يكون ثابت النسب منه فلا يعتق منه شئ فلهذا عتق نصفه ويسعى فى نصف قيمته ثم استشهد بقول أبي حنيفة رحمه الله بما لو كان لها ولد واحد فقال المولى قد ولدت هذه الامة مني ولداً ولم يتبين هذا هو أو غيره لا يثبت نسب هذا معرف والمولى انما أقر بنسب المنكر والمنكر غير المعرف وتصير الجارية بمنزلة أم الولد لاقراره بأمية الولد لها فيكون الولد عبداً لا يعتق بعتق أمه لانه ما أقر بنسبه ولا باتصاله عن الام بعد أمية الولد فيها والرق فيها ثابت بيقين فلا يبطل بالاحتمال ومن قال بقول محمد رحمه الله يلزمه أن يقول هنا يعتق من الولد نصفه باعتبار الاحوال وهذا قبيح من طريق المعنى أرأيت لو قال قد أسقطت هذه الامة منى سقطا مستبين الخلق أكان يعتق به شيئا من ابنه الكبير لا يعتق شيء منه فكذلك ماسبق وكذلك لو كان كل واحد من هؤلاء الاولاد لام معروف كان لها فانه يعتق من كل ولد ثلثه لان النسب لما لم يثبت بدعوته كان هذا اقراراً بالعتق لاحدهم فيعتق من كل واحد منهم ثلثه وهذا على أصل الكل لان اعتبار الاحوال هنا غير ممكن . قال واذا ولدت أمة ولداً من غير زوج فلم يدعيه المولى حتى كبر وولد له ولد من أمة للمولى ثم مات الابن الاول ثم ادعى المولى أحدهما فقال أحد هذين ابنى يعنى الميت وابنه فانه يعتق الاصل كله على اختلاف الاصلين أما عند أبي حنيفة رحمه الله لان دعوته لما لم يعمل فى حق النسب انقلب اقراراً بالعتق فكانه قال أحدهما حر ومن جمع بين حى وميت وقال أحدهما حر عتق الحي منهما عنده وأما عند محمد رحمه الله فلانا تيقنا بحرية الاسفل لانه ان كان هو المقصود فهو حر وان كان المقصود الا كبر عتق الاسفل أيضا لانه من أمة المولى فيكون مملوكا له ومن ملك ابن ابنه عتق عليه وتسعى أمة فى نصف قيمتها لانه ان كان المقصود هو الاسفل فأمه أم ولد يعتق بموت المولى وان كان هو الا كبر لم يعتق هذه فلهذا عتق نصفها وسعت فى

نصف قيمتها وكذلك الجدة تسعى فى نصف قيمتها لهذا. قال أمة لرجل ولدت ابنتا ثم ولدت ابنتها ابنتا فقال المولى فى صحته احدى هؤلاء الثلاثة ولدى ثم مات قبل أن يبين فانه يعتق نصف العليا وجميع الوسطى وجميع السفلى لان العليا تعتق في حالين فانها اذا كانت مقصودة بالدعوة فهى حرة وان كان المقصود ابنتها فهى أم ولد تعتق بموت المولى وان كان المقصود أسفلها فهى أمة فلهذا عتق نصفها فأما الوسطى فهى حرة بيقين ان كانت هى المقصودة فهى حرة بالنسب وان كانت ابنتهما فهى حرة بأمية الولد وان كان المقصود أمها فهى حرة فهى ابنت ابنت المولي وكذلك السفلى حرة بيقين ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الفصل وقيل علي قوله يعتق ثلث كل واحدة منهن لان هذا عنده بمنزلة قوله احدا كن حرة وقيل بل الجواب قولهم لان العتق هنا بجهة النسب كيف ما كان وهو مقصود فيه سواء كان بأمية الولد فوجب اعتبار الجهات هنا بخلاف الفصل الاول على ما بيناه. قال ولو ولدت الامة ابنتا من غير زوج ثم ولدت ابنتين في بطن آخر ثم ولدت ابنا فى بطن آخر ثم نظر المولى الى الاكبر والى احدى الابنتين فى صحته فقال أحد هذين ولدى ثم مات قبل أن يبين لم يثبت نسب واحدة منهما وعتقت الامة بجهة أمية الولد لما بينا ويعتق من الكبرى نصفها ويسعى فى نصف قيمتها ويعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة رحمه الله وفى غير الاصول قال يعتق عبده من كل واحدة منهما ربعها * وجه هذه الرواية انه لما لم يثبت النسب بدعوته انقلب اقرارا بالحرية فكانه قال احدهما حر ويعتق نصف الكبرى في نصف الحرية وحظ الاوسطين فيه علي السواء لانهما توأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر فيصير هذا النصف بينهما نصفين فيعتق من كل واحد ربعها * وجه ظاهر الرواية أن تعلق الحرية الذى بقى العتق من وسطين ولكن احدهما لم ينفصل عن الآخر فى حرية الاصل ولا فى النسب والاقرار بالنسب لاحدهما بمنزلة الاقرار به لهما فما يعتق به من أحدهما بحكم هذا الاقرار وهو نصف رقبته يعتق من الثانى مثله وأما الاصغر فهو حر كله لانا تيقنا بأنه ولد أم الولد فيعتق بموت المولى من جميع المال كما تعتق أمته. قال ولو نظر المولى الي الاصغر فقال أحد هذين ابنى ثم مات قبل أن يبين يعتق من الاكبر نصفه ومن الاصغر ايضا نصفه في قول ابى حنيفة لان كلامه صار اقرارا بالحرية لهما فكانه قال احدهما

حر فيعتق من كل واحد منهما نصفه وعلى قول محمد رحمه الله يعتق الاصغر كله لانه حر بيقين اما لانه ابنه أو لانه ولد أم ولده فيعتق بموته . وقال يعتق من الاوسطين نصف كل واحد منهما ويسعى في نصف قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هذا قول محمد رحمه الله فانه ان كان المقصود الاكبر فهما حران بالاستيلاد وان كان المقصود الاصغر لم يعتق واحد منهمافيعتق من كل واحد منهما نصفه فأما عند أبي حنيفةرحمهالله ينبغي أن لا يعتق من الاوسطين شيء لان كلام المولى لم يتناولهما وقيل بل الجواب صحيح في قول أبي حنيفة لان جهة العتق لهما واحدة وهو التبعية فيعتبر الحالان في حقهما فلهذا يعتق من كل واحدمنهما نصفه . قال رجل له أمة لها ثلاثة أولاد ولدتهم في بطون مختلفة من غير زوج فقال المولى الاكبر منهم هو ابني ثبت نسبه منه الدعوة وصارت الام أم ولد له ولم يثبت نسب الآخرين منه عندنا وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الآخرين منه أيضا لانه تبين أنها أم ولد ولدتهماعلى فراشه فانها صارت أم ولد له من حين علقت بالاكبر ونسب ولد أم الولد ثابت من المولى من غير دعوة الا أن ينفيه وتخصيصه الاكبر بالدعوة لا يكون دليل النفي ولا الاثبات وانا أن تخصيصه الاكبر بدعوة النسب دليل النفي في حق الآخرين هنا لانه يجب على المولى شرعا اظهار النسب الذى هو ثابت منه بالدعوة فكان تخصيصه الاكبر بعد وجوب الاظهار عليه بهذه الصفةدليل النفي في حق الآخرين ودليل النفي كصريح النفي ونسب ولد أم الولد ينتفي بالنفي فكذلك بدليل النفي وهذانظير ما قيل ان سكوت صاحب الشرع صلوات الله عليه عن البيان بعد وقوع الحاجة اليه بالسؤال دليل النفي لان البيان وجب عند السؤال فكان تركه بعد الوجوب دليل النفي ولكن يعتق الآخران بموت المولى لانهما ولدان لام الولد فيعتقان بموت المولى فان ولدت بعد اقراره ولداً لستة أشهر فصاعداً فلم ينفه المولى ولم يدعه حتى مات فهو ابنه لانها علقت على فراشه فانها بالدعوة صارت فراشا للمولى ولهذا ثبت نسب هذا الولد منه وفى الكتاب أشار الى ان الفراش انما يثبت لها من وقت الدعوة وهذايكون طريقا آخر في المسئلة الاولى أن انفصال الولدين الاولين كان قبل ظهور الفراش فيها فلايثبت نسبهما الا بالدعوة . قال ولو أقر ان أمته قد ولدت منه أو أسقطت منه سقطا مستبين الخلق ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر وهو غائب أو مريض فانه يثبت النسب منه مالم ينفه لانها جاءت به على فراشه فان نفاه انتفى بمجرد نفيه عندنا وقال الشافعي

اذا أقر بوطئها ثم جاءت بالولد قبل أن يشتريها بحيضة لا ينتفي النسب منه وان نفاه وان جاءت بالولد بعد ما اشتراها بالحيضة لم يثبت النسب منه الا بالدعوة لان عنده بالوطء تصير فراشا له ولا ينقطع حكم ذلك الفراش الا بالاستبراء فاذا ولدت قبل أن يشتريها ثبت النسب منه باعتبار الفراش فلا ينتفي بنفيه كما لو ثبت بفراش النكاح ولكنا نقول للمولى على أم الولد فراش مجوز لا ملزم (ألا ترى) أنه يملك نقل فراشه الى غيره بالتزويج فكما أنه يثبت الفراش على وجه ينفرد بنقلها الى غيره فكذلك النسب بحكمه يثبت على وجه ينفرد بنفيه بخلاف فرش المنكوحة والله أعلم بالصواب

باب دعوة القرابة

(قال رحمه الله قال جارية لرجل ادعى ابنه ان أباه زوجها منه فولدت له هذا الولد وأنكره الاب لم يصدق على ذلك ولم يثبت نسبه منه الا ان بينته تقوم على النكاح) لانه ليس للابن في جارية أبيه تأويل ملك ولا له حق بملكها على أبيه فكان هو في هذه الدعوة كسائر الاجانب لا يثبت نسبه منه مالم يثبت سببه بالحجة وهو النكاح لان ثبوت الحكم ينبني على ثبوت النسب. قال واذا ادعي الاب ولد جارية ابنه والابن عبد أو مكاتب فدعوته باطلة لانه ليس له ولاية نقلها الى نفسه لانعدام ولايته على العبد والمكاتب ولما كان للمولى فيها من ملك أوحق ملك وشرط صحة دعوة الاب نقلها الى ملكه كما ذكرنا وكذلك لو كان الابن مسلما والاب ذميا أو مستأمنا لانه لا ولاية للكافر على مسلم. قال واذا لو ولدت أمة الرجل فادعاه آخر أنه ابنه من نكاح أو شبهة وأنكره المولى لم يصدق على ذلك العم والخال وسائر القرابات لانه لا حق لبعضهم فى مال البعض فهم كسائر الاجانب فان ملكه يوما وقد ادعاه من جهة نكاح صحيح أو فاسد أو من جهة ملك يثبت نسبه منه لانه عند الملك كالمجدد لذلك الاقرار فان النسب لا يحتمل الابطال بعد ثبوته والاقرار به قبل الملك يتوقف على وجود الملك وكذلك لو ادعى انه ابنه ولم يذكر انه تزوجها لان مطلق اقراره محمول على سبب صحيح شرعا والاسباب المثبتة للفراش الذى يبنى عليها النسب كثيرة ولو مالك أمه معه أو دونه صارت أم ولد له لانه أقر لها بأمية الولد حين أقر بالولد والنسب فان اقراره بالنسب مثبت لها الفراش والفراش ثابت بالملك أو بالنكاح فاسدا كان أو صحيحا وذلك

موجب أمية الولد لها اذا ملكها وان ملك الولد أب المدعى وهو يجحد مقالة ابنه لم يثبت نسبه من الابن ولا يعتق لانه لو كان فى ملك الاب حين ادعاه الابن لم يثبت نسبه مع جحود الاب فاذا اعترض ملك الاب أولى ان لا يثبت نسبه بتلك الدعوة واذا لم يثبت النسب لم يعتق على الاب لان عتقه عليه باعتبار أنه ابن ابنه وذلك لا يكون الا بعد ثبوت نسبه من الابن .قال رجل تزوج امرأة على خادم فولدت في يد الزوج فادعي الزوج الولد وكذبته المرأة فان كانت ولدت لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها وكان أصل الحبل عند الزوج فهو مصدق لانا تيقنا أن العلوق حصل فى ملكه فتكون دعوته دعوة استيلاد فبطل به تمليكها من المرأة صداقا ويضمن قيمتها للمرأة لان التسمية بطلت بعد صحتها فوجب على الزوج القيمة كما لو استحقت وهذا لانه تعذر تسليمها مع بقاء السبب الموجب للتسليم وهو النكاح وان لم يكن أصل الحبل عنده لم يصدق لان دعوة التحرير بمنزلة الاعتاق وهو لو أعتقها فى هذه الحالة لم تصح منه وكذلك ان وضعته لا كثر من ستة أشهر لانا لا نتيقن بحصول العلوق فى ملكه فلا يصدقه على ابطال ملكها عن عين الخادم حين كذبته فان طلقها قبل أن يدخل بها وقبل التسليم اليها ثبت نسب الولد منه لان بالطلاق قبل الدخول ينتصف الاصل مع الزيادة وهو الخادم المقبوض فكان نصفها ونصف ولدها للزوج وذلك يكفى لصحة الدعوة فلهذا ثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصف قيمتها للمرأة لانه صار متملكا نصيبها عليها بما سبق منه من الدعوة وضمان التملك لا يعتمد وجود الصنع ولو لم يصنع فى عينها شيئا بالطلاق قبل الدخول صار ضامنا لها نصف قيمة الجارية ويسعى الولد في نصف قيمته لها لان نصف الولد مملوك لها وقد احتبس عنده فيجب عليه السعاية فى نصف القيمة ولا ضمان على الزوج فيه وان كان موسرا لان صفة الدعوة حين ادعي لم يكن مفسرا عليها شيئا من الولد وانما فسد نصيبها من الولد بعد الطلاق وكان ذلك سببا حكميا وهو ينصف الصداق بينهما وذلك أمر حكمى ولا يقال بان سببه الطلاق لان الطلاق يصرف منه فى المنكوحة لقطع النكاح لا فى الصداق فلا يكون موجبا للضمان عليه ثم ان كان لزوج أقر أنه وطئها قبل النكاح لم يضمن من العقر شيئا وان أقر ان وطأه اياها كان بعد النكاح ضمن نصف العقر لها وان لم يبين ذلك فالقول قوله فيه الا اذا جاءت به لاكثر من سنتين منذ تزوجها فحينئذ يعلم أن وطأه اياها كان بعد النكاح فيلزمه نصف العقر لها لان بالوطء قد لزم جميع العقر فانه وطئ

ملك الغير وقد سقط الحد عنه لشبهة فيجب العقر والعقر زيادة كالولد فينصف بالطلاق (قال) وتأويل هذه المسئلة اذا كان ادعي نسب الولد بنكاح أو شبهة أولم يبين السبب فأما اذا بين انه وطئها من غير شبهة النكاح لا يثبت النسب منه لان الجارية في يده مملوكة له مضمونة عليه بالقيمة كالمغصوبة فيكون وطؤه اياها زنا غير مثبت النسب وان كانت ولدت في يدي المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم يرجع اليه من الخادم والولد شيء لان الزيادة المنفصلة بعد القبض تمنع بنصف الاصل الا أن تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فيكون ابنه بدعوته والجارية أم ولد له ويضمن المرأة نصف قيمتها لتيقننا بحصول العلوق في حال ملكه وذلك بمنزلة البينة تقوم وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر بعد القبض ولم يطلقها ولكن المرأة ماتت فورثها ضمن نصيب شركائه فيها لانه صار متملكا لنصيب شركائه من الجارية حين صارت أم ولد له وضمان التملك لا يستدعي صنعا من جهته ويسعى الولد في حصتهم لان نصيب الاب منه قد عتق بالدعوة السابقة فيحتبس نصيب الشركاء عند الولد فعليه السعاية (قال) وكذلك كل ميراث يقع في مثل هذا وحاصل هذه المسئلة ان ملك جزءا من ولد بطريق الميراث من غيره فهو علي وجهين اما أن يكون شريكه ذا رحم محرم من الولد أو أجنبيا منه وكل وجه علي وجهين اما ان تكون دعوة الاب فيه قبل الملك أو بعده وكل وجه من ذلك علي وجهين اما أن يصدقه الشريك أو يكذبه ثم الحاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد والدعوة قبل الملك أو بعده صدقه الشريك في ذلك أو كذبه فالولد حر كله ولا ضمان على الاب ولا سعاية على الولد لانه انما عتق نصيب الشريك عليه بقرابته فلا يكون ذلك موجبا للسعاية على الولد ويكون موجبا للضمان على الاب أما اذا انعدمت الدعوة علي الملك فلأن تمام علة العتق بالملك الحاصل بالميراث لا صنع له فيه فان تأخرت الدعوة عن الملك فانما كان عتق نصيب الشريك محالا به على القرابة الثابتة بينهما حكما فلا يكون موجبا للضمان على الاب وان كان الشريك أجنبيا فان كانت الدعوة قبل الملك وصدقه الشريك فيه أو كذبه أو كانت الدعوة بعد الملك وصدقه الشريك فيه فلا ضمان على الاب لانعدام صنع موجب للضمان اما بتقدم الدعوة على الملك الذي هو متمم لعلة العتق واما التصديق من شريكه اياه في الدعوة فانه حينئذ يلتحق بالابن المعروف ومن ملك ابنه المعروف بالميراث مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن على الولد أن يسعى في

نصيب الشريك لانه احتبس نصيب الشريك عنده فتجب السعاية له ولو كانت الدعوة بعد الملك وكذبه شريكه فالحكم فيه كالحكم فى عبد بين اثنين يعتقه أحدهما لان نصيب الاب انما يعتق عليه بعلة ذات وصفين الملك والقرابة فيحال به على آخر الوصفين وجوداً وهو الدعوة هنا وذلك منه بمنزلة الاعتاق فى حق الشريك حين كذبه فلهذا كان الحكم فيه كالحكم بين اثنين يعتقه أحدهما وأما فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان كانت الدعوة قبل الملك وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد وصدقه فى ذلك فلا ضمان عليه ولا سعاية على الولد لان نصيب الشريك انما يعتق عليه بقرابته حين صدقه في الدعوة وان كانت الدعوة قبل الملك وكذبه شريكه أو كان الشريك أجنبيا والدعوة قبل الملك فصدقه أو كذبه أو كانت الدعوة بعد الملك وصدقه ففى هذه الوجوه الاربعة لاضمان على الاب لان تميم علة العتق بالملك اذا كانت الدعوة قبله ولا صنع له فى ذلك وان كانت الدعوة بعده وصدقه فهو كالابن المعروف في حقه فلا يكون الاب ضامنا لشريكه في ظاهر الرواية عنهما وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله يصير ضامنا لشريكه فى الابن المعروف وان ملكه بالارث لان ضمان العتق على هذه الرواية ضمان التملك بناء على أصلهما ان المعتق اذا كان موسراً يكون الولاء كله له فيكون بمنزلة ضمان الاستيلاد الواجب بسبب تملك الام ولكن هذه الرواية غير صحيحة فانه لا خلاف انه لا يجب هذا الضمان عند المعسر وضمان التملك لايختلف باليسار والاعسار ولكن العبد يسعى فى قيمة نصيب شريكه لاحصاء منه عنده فان القرابة بينه وبين الولد لم تثبت عند تكذيبه فى حقه وان كانت الدعوة بعدالملك وكذبه الشريك وهو ذو رحم محرم من الاب أو أجنبي فالجواب فى الفصلين واحدعندهما والحكم فيه كالحكم في عبدبين اثنين يعتقه أحدهما لما بينا أن القرابة لاتثبت فى حق الشريك مع تكذيبه اياه فذا الرحم المحرم والاجنبي فيه سواء . قال أمة في يدى رجل فولدت فادعي رجل انه تزوجها وان الولد منه وقال المولى بل بعتها بألف درهم والولد منه فالولدمن الزوج بتصادقهما على الفراش المثبت للنسب له عليها مع الاختلاف فى سببه ويعتق باقرار المولى لان الاب مقر أن الولد ملكه لانه ولد أمته والمولى مقر أنه حر لانها علقت به فى ملك الاب فكان حراً باقرار المولى وأمه بمنزلة أم الولد لان المولى مقر لها بأمية الولد والمستولد مقر بأن اقرار المولى فيها نافذ فلهذا كانت بمنزلة أم الولد موقوفة لا تحل لواحد منهما لان كل

واحد منهما ينفيها عن نفسه ولا يسع الزوج أن يقربها لان اباحة الفساد باعتبار ملك المتعة وملك المتعة لا يثبت له عليها الا بثبوت سببه ولم يثبت هنا سبب لملك المتعة فان المولى منكر للزوجية والزوج منكر للشراء وباب الحل مبنى على الاحتياط فلهذا لا يسعه أن يقربها فاذا مات أب الولد عتقت لان المولى مقر أنها أم ولد له يعتق بموته والزوج مقر بصحة اقرار المولى فيها وعلى الزوج العقر قصاص من الثمن لان مقدار العقر تصادقا على وجوبه على الزوج وان اختلفا فى سببه ولا عبرة لاختلاف السبب فى ضمان المال كمن يقول لغيره لك على ألف درهم قرض وقال المقر له بل هو غصب كان له أن يأخذ المال فهنا كذلك الزوج يعطى بحساب العقر والمولى يأخذ بحساب ما ادعاه من الثمن (قال) وهذا الجواب بخلاف ما ذكرنا في كتاب العتاق وانما أراد به ما ذكره فى نسخ أبى سليمان رحمه الله من كتاب العتاق ان على الزوج قيمتها للمولى وهذا غلط بل الصحيح ما ذكره فى نسخ أبى حفص ونوادر هشام رحمهما الله ان على الزوج العقر يأخذه المولى قصاصا من الثمن كما فسره هنا . قال ولو ادعى الزوج انه اشتراها فولدت منه هذا الولد وقال المولى بل زوجتك ثبت النسب لتصادقهما عليه ولم يعتق الولد لان الشراء لم يثبت بقول الزوج فكان الولد مملوكا للمولى بملكه الام كما عرف بثبوته فلهذا لا يعتق . قال أمة في يدى رجل فولدت فادعى ولدها وقال لرجل هى امتك زوجتنيها . وصدقه الآخر ولا يعرف أن أصلها كان للآخر فالولد حر ثابت النسب من ذي اليد وأمه أم ولد له لانها كانت في يده والظاهر أنها مملوكة فصحت دعوته وثبت للولد حقيقة الحرية وللام حق الحرية بهذه الدعوة فهو باقراره بعد ذلك أنها لغيره يريد ابطال الحق الثابت لها قبله فلا يقبل قوله فى ذلك ولكن يضمن قيمتها للمقر لان اقراره حجة فى حقه وقد زعم أنها مملوكته أحتبست عنده بالدعوة السابقة فيضمن قيمتها له ولو عرف أن أصلها كان للمقر له ثبت النسب منه وكان مملوكين له لان بدعوة النسب هنا لم تثبت الحرية فيها ولا في ولدها لكون الملك فيها ظاهراً لغير المستولد وان كان الاصل لا يعرف لهذا فقال هذا بعتكها وقال أب الولد زوجتنى ضمن أب الولد قيمتها لان احتباسها عنده لم يكن باقرار المقر له بالبيع (ألا ترى) انه وان أنكر ذلك لم يكن له عليه أولا على ولدها سبيل بثبوت أمية الولد بالدعوة السابقة فلهذا ضمن أب الولد قيمتها ولم يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه ولانه ضمن جميع بدل النفس وكذلك لو قال أب الولد بعتنى هذه الجارية

وقال الآخر بل زوجتك فهذا والاول سواء لما بينا وان كان يعرف أن الاصل لهذا فانه يأخذ الام وولدها مملوكين ماخلا خصلة واحدة وهى أن تقربانه باعها منه - فحينئذ لا سبيل له عليها لاقراره بخروجها عن ملكه بالبيع ولا يغرم أب الولد القيمة فى هـذا الفصل لان احتباسها باقرار المقر له ببيعها (ألا ترى) أنه لو أنكر ذلك لم يمكن من أخذها وأخذ ولدها فلهذا لا يضمن أب الولد القيمة ولكن عليه العقر لما بينا فيما سبق وكانت هى بمنزلة أم الولد موقوفة لاقرار مولاها بذلك. قال رجل تزوج امرأة فولدت ولدا فادعى أحدهما النكاح منذ شهر وقال الآخر منذ سنة فالنسب ثابت منهما لانها فراش له في الحال فيثبت النسب باعتبار ظاهر الفراش فى الحال ومن ادعى أن النكاح منـذ شهر فقد ادعى خلاف مايشهد به الظاهر فلا يقبل قوله فان (قيل) بل صاحبه يدعى سبق التاريخ بالنكاح وهو منكر له فينبغى أن يكون القول قول المنكر (قلنا) التاريخ غير مقصود لعينه فلا ينظر اليه وانما ينظر الى الحكم المقصود وهو نسب الولد فيجعل القول قول من يشهد الظاهر له فى حق النسب مع أن هـذا المنكر مناقض لانه قد تقدم منه الاقرار لصحة النكاح والآن يدعى فساده بانكار التاريخ فلا يقبل قوله وكذلك لو طلقها ثلاثا فولدت بعده بيوم فاحبلها فهو وما سبق سواء لما بينا ولو اجتمعا على أن النكاح منذ شهر والولد صغير صدقا ولم يثبت النسب من الزوج لان الصغير لاقول له فى نفسه فبقى الحق لهما وما تصادقا عليه يجعل كالمعاين فى حقهما فلهذا لا يثبت النسب من الزوج فان قامت البينة أنه تزوجها منـذ ستة أشهر ثبت النسب لقيام حجة البينة عليه فان (قيل) كيف تقبل هذه البينة وليس هنا من يدعيها (قلنا) من أصحابنا رحمهم الله من قال ينصب القاضى عن الصغير قيما ليقيم هذه البينة لان النسب حقه وهو عاجز عن اثباته بنفسه فينصب القاضى عنه قيما لاثباته وقيل بل فى هـذا حق الشرع وهو ثبوت النكاح بينهما والحكم بصحته حتى لا يتزوج بغيره فيكون ابنه وان لا ينسب الولد الى غير أبيه فان ذلك حرام لحق الشرع واذا تعلق به حق الشرع قبلت الشهادة عليه حسبة من غير دعوى كما فى عتق الامة والله أعلم

باب اقرار المريض بالولد

(قال رحمه الله رجل له عبد فى صحته وأقر فى مرض موته انه ابنه وليس له نسب

معروف ومثله يولد لمثله فانه ابنه يرثه ولا يسعى فى شئ سواء كان أصل العلوق به فى ملكه أو لم يكن فى ملكه) لان النسب من حاجته وهو مقدم على حق ورثته في ماله فيثبت نسبه منه بالدعوة لكونه غير محجور عنه ويكون بمنزلة ابن معروف له ملكه فى صحته فيكون عتقه من جميع المال لا بطريق الوصية فلهذا لا يسعى فى شئ قال وكذلك ان كان عليه دين يحيط بماله لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بدليل الجهاز والكفن ولانه ليس في اثبات النسب ابطال حق الغرماء والورثة لانه يلاقي محلا لا حق لهم فيه وانما ذلك فيما ينبنى عليه من الحكم والذي ينبنى على هذا السبب عتق في صحته ولا حق للغرماء والورثة فى ماله فى صحته وكذلك لو كانت له جارية ولدت فى صحته فاقر فى مرضه انه ابنه سواء كان أصل العلوق في ملكه أو لم يكن لان الذى ينبنى على دعوة النسب هنا حقيقة الحرية للولد فى صحته وحق الحرية للأم ولا حق للغرماء والورثة فيهما فى حالة الصحة فأما اذا كان ملكه فى مرضه فادعاه قبل الملك أو بعده ثم مات فان كان عليه دين محيط فعليه السعاية فى جميع القيمة لان الذى ينبنى على دعوته هنا عتق فى المرض وذلك يلاقى محلا مشغولا بحق الغرماء فلا يكون مصدقا فى حقهم الا أن الرق قد فسد باقراره فعليه السعاية فى جميع القيمة وان لم يكن له مال سواهما ولا دين عليه كان عتقه من ثلثه وعليهما السعاية فيما زاد علي الثلث من قيمته ولا يرثه الولد فى قول أبى حنيفة لان المستسعى فى بعض قيمه عنده بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المستسعى حر مديون فيكون من جملة الورثة ولا وصية للوارث ولكن عليه السعاية فى قيمته ويرثه وان كان للمولى ابنان بحيث تخرج رقبته من الثلث فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الجواب كذلك يسعى الولد في قيمته لانه صار وارثا ولا وصية للوارث وأما عند أبي حنيفة رحمه الله لا سعاية على الولد في شئ ويرثه فقد جمع له بين الوصية والميراث لضرورة الدور فانه لو لم يجز الوصية له وألزمه السعاية في قيمته كان مكاتبا والمكاتب غير وارث فتصح الوصية له سقطت السعاية فصار وارثا فلا يزال يدور هكذا والسبيل فى الدور أن يقطع فلهذا جمع بين الوصية والميراث وهو نظير ما قالوا فى تنفيذ الوصية فى خمسي المال فى بعض مسائل الهبة لضرورة الدور وان كانت الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث وهذا لان مواضع الضرورة مستثنى فى الاحكام الشرعية فأما أم الولد فلا سعاية عليها عندهم جميعا لانه اذا كان معها ولد يثبت نسبه فهو شاهد لها بمنزلة اقامة البينة فلهذا لا يلزمه السعاية

في شيء وكذلك لو وهب للمريض ابنه المعروف ولا مال له غيره فان كان عليه دين سعى في قيمته للغرماء وان كان الدين أقل من قيمته سعى في الدين وفي ثلثي ما بقي للورثة وله الثلث وصية في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سعى فيما بقي من قيمته بينه وبين الورثة ولا وصية له لانه من جملة الورثة. قال ولو كان وهب للمريض أم ولد له معروفة عتقت ولم يسع في شيء لان ثبوت نسب الولد شاهد لها وعتق أم الولد من حوائج الميت فيكون مقدما على حق الغرماء والورثة. قال ولو أن مريضا له الف درهم اشترى به ابنه ثم مات ولا مال له غيره فعند أبي حنيفة رحمه الله يسعي في قيمته للورثة والثلث وصية له ويسعى في جميع قيمته لانه وارث فلا وصية له وان كان عليه دين سعي في الدين وثلثي ما بقي في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في جميع القيمة لما بينا. قال ولو كان اشترى أم ولد له معروفة لم يسع في شيء للغرماء ولا للورثة لان نسب الولد شاهد لها وان كان قد حابى البائع في شيء فان كانت أقل من ألف فالمحاباة في المرض وصية فان كان عليه دين فعلى البائع رد بيع الفضل وان لم يكن عليه دين فعليه رد ثلثي الفضل على الورثة والثلث يسلم له بطريق الوصية. قال ولو أن صبيا وأمة مملوكان لرجل لا يعرف له نسب فاشتراهما رجلان أو ملكاهما بهبة أو صدقة أو ميراث أو وصية ثم ادعى أحدهما أن الولد ابنه وكذبه الآخر فهو ابنه لان قيام الملك له في النصف كقيام الملك له في الكل في صحة الدعوة والولد محتاج الى النسب ويضمنه حصة شريكه من قيمة الام غنيا كان أو فقيرا لانه صار متملكا لنصيبه عليه حين صارت أم ولد له (قال) ويضمن حصة شريكه من قيمة الولد ان كان موسرا ويسعى الولد ان كان معسرا لان دعوة التحرير بعد الملك بمنزلة الاعتاق اذا كذبه الشريك وكان أجنبيا وان كان الشريك ذا رحم محرم من الولد فعند أبي حنيفة رحمه الله لا سعاية عليه وعندهما يلزمه السعاية وقد بينا هذه الفصول في الباب المتقدم. قال ولو اشترى المكاتب ابنه مع رجل آخر صارت حصته مكاتبا معه لانه لو ملك كله صار الكل مكاتبا معه فكذلك اذا ملك النصف اعتبارا للبعض بالكل فاذا ادعى المكاتب عتقا وسعى الولد لشريكه في نصف قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان على المكاتب لان من أصله أن الحر لو اشترى ابنه مع غيره لم يضمن لشريكه شيئا ولكن تجب السعاية على الولد فكذلك المكاتب وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله صار الولد كله مكاتبا مع ابنه لان عندهما الكتابة لا تتجزى ويضمن المكاتب نصف قيمة

ابنه لشريكه لانه صار متملكا عليه نصيبه فيضمن له قيمة نصيبه موسرا كان أو معسرا ولو كان مجهولا فادعاه المكاتب بعد ماملكاه كان للشريك أن يضمنه نصف قيمته ان كان غنيا وان شاء استسعى الابن وان كان فقيرا استسعى الابن لان المكاتب فى الدعوة كالحر وكذلك في ضمان الاعتاق وهو بمنزلة الحر وقد بينا أن هذه الدعوة عند تكذيب الشريك بمنزلة الاعتاق ولو كانت أمه معه ضمن المكاتب نصف قيمتها غنيا كان أو فقيرا لانه تعذر بيعها بما ثبت للمكاتب من الملك فيها وصارت بمنزلة أم الولد فيضمن لشريكه نصف قيمتها لانه صار متملكا على كل حال وان كان الذى ملك مع المكاتب ذا رحم محرم من الصبي ونسب الصبي من المكاتب معروف عتق نصيب ذا الرحم المحرم بالقرابة عند أبى حنيفة رحمه الله لانه أثبت له حقيقة الملك وكان نصيب المكاتب موقوفا فان عتق عتق معه وان عجز سعى لمولاه فيه وعند أبى يوسف ومحمد يعتق الكل لان عندهما العتق لايتجزى ولا ضمان لواحد منهما على صاحبه ولا سعاية على الولد لان فيه تحصيل مقصود المكاتب فانه انما يسعى لتحصيل الحرية لنفسه ولولده فلهذا لايجب الضمان له ولا السعاية والله أعلم

باب دعوة الولد من الزنا والنكاح الصحيح

(قال رحمه الله رجل أقر أنه زنا بامرأة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة) فان النسب لايثبت من واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ولا فراش للزانى وقد جعل رسول الله صلي الله عليه وسلم حظ الزانى الحجر فقط وقيل هو اشارة الي الرجم وقيل هو اشارة الي الغيبة كما يقال للغيبة الحجر أى هو غائب لاحظ له والمراد هنا انه لاحظ للعاهر من النسب وبقى النسب من الزانى حق الشرع أما بطريق العقوبة ليكون له زجرا عن الزنا اذا علم ان ماءه يضيع به أو لان الزانية ناتيها غير واحد فربما يحصل فيه نسب الولد الى غير أبيه وذلك حرام شرعا ولا ترتفع هذا المعنى بتصديق المرأة أو كان نفى النسب عن الزانى لحق الولد فانه يلحقه العار بالنسبة الي الزانى وفيه اشاعة الفاحشة وهذا المعنى قائم بعد تصديق المرأة واذا لم يثبت منه النسب لم يثبت منهما أيضا لان مجرد قولها ليس بحجة فى اثبات نسب الولد منهما فان شهدت القابلة ثبت بذلك نسب الولد من المرأة دون الرجل لان ثبوت النسب منها الولادة وذلك يظهر بشهادة

القابلة ولا صنع لها فى الولادة ليستوجب العقوبة بقطع النسب عنها ولان المنى في جانب الرجل الاشتباه وذلك لا يتحقق فى جانبها فان انفصال الولد عنها معاين فلهذا ثبت النسب منها قال وان أقر الرجل انه زنا بامرأة حرة أو أمة فولدت هذا الولد وادعت المرأة نكاحا فاسداً أو جائزاً لم يثبت النسب منه وان ملكه لان ما ادعت من الفراش لم يثبت بقولها عند جحوده فبقى فى حقه ما أقر به من الزنا وهو غير مثبت للنسب سواء ملكه أو لم يملكه الا أنه اذا ملكه يعتق عليه لانه جزء منه وان كان غير منسوب اليه فكما لا يثبت الرق للمرء على نفسه لا يثبت على جزءه وانما أورد هذا الفصل لازالة الاشكال فان بدعوها النكاح خرج الفعل من أن يكون زنا محضا لا يجب الحد على واحد منهما ويجب المقر لها عليه ولكنه غير مثبت النسب لان سببه الفراش وذلك غير ثابت فى حق الرجل فكذلك ان أقامت شاهداً واحداً بما ادعت لان الفراش لم يثبت بالشاهد الواحد فانه ليس بحجة تامة وعليها العدة لاقرارها على نفسها بالتزام العدة ولانها أخذت المهر من الرجل حين سقط الحد عنه وان ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا فعليه المقر لسقوط الحد عنه بما ادعى من الشبهة ولم يثبت فراشه عليها عند جحودها فلا يثبت نسب ولدها منه فى الحال وان ملك يوما ثبت نسبه منه وان ملك أمه كانت أم ولد له ولا ينظر الي جحودها وجحود سيدها لان اقراره حجة فى حقه وانما امتنع العمل به لكون المحل مملوكا لغيره واذا صار مملوكا له كان كالمجدد لذلك فيثبت نسب الولد ويثبت أمية الولد للام وكذلك لو أقام شاهداً واحداً أو شاهدين ولم يعدلا لان ما أقام ليس بحجة تامة وعلى المرأة العدة لانها قد استوجبت المهر ولان العدة مثبتة للاحتياط • قال واذا ولدت امرأة الرجل على فراشه فقال الزوج زنا بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المرأة وأقر فلان بذلك فان نسب الولد ثابت من الزوج لانه صاحب الفراش وثبوت النسب باعتبار الفراش وبعد ماثبت نفراش النكاح لا ينقطع الا باللعان ولا لعان بينهما لاقرارها على نفسها بالزنا وكذلك لو كان النكاح فاسداً لان الفاسد ملحق بالصحيح في حكم النسب • قال ولو تزوج امرأة لاتحل له فأغلق عليها بابا أو أرخى حجابا ثم فرق بينهما لم يكن عليه مهر لان الخلوة فى العقد الصحيح انما كان مقرراً للمهر باعتبار ما فيه من التمكن من الاستيفاء وذلك لا يوجد في النكاح الفاسد فانه غير متمكن من الاستيفاء شرعا فلهذا سقط اعتبار الخلوة فان جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه وفى بعض

النسخ . قال منذ أغلق عليها الباب وهذا لان الفاسد من النكاح معتبر بالجائز فى حكم النسب لان الشرع لا يرد بالفاسد ليتعرف حكمه من نفسه فلا بد من اعتباره بالجائز وفى النكاح الجائز اذا جاءت بالولد لستة أشهر منذ تزوجها ثبت النسب منه فكذلك فى الفاسد واذا ثبت النسب منه فقد حكمنا بأنه دخل بها وكان عليه المهر واعتباره بستة أشهر منذ أغلق الباب لاشكال فيه لان التمكن من الوطء حقيقة يحصل به وان انعدم التمكن حكما واعتباره بستة أشهر منذ تزوجها صحيح أيضا لاعتبار الفاسد بالجائز ومن أصلنا في النكاح الجائز أن النسب ثبت بمجرد الفراش الثابت النكاح ولا يشترط معه التمكن من الوطء وعلى قول الشافعى بمجرد النكاح بدون التمكن من الوطء لا يثبت النسب فكذلك في الفاسد حتى قالوا فيمن تزوج امرأة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر عندنا يثبت النسب وعنده لا يثبت مالم يكن لاكثر من ستة أشهر حتى يتحقق التمكن من الوطء بعد العقد وحجته في ذلك انا نتيقن بأنه غير مخلوق من مائه فلا يثبت النسب منه كما لو كان الزوج صبيا وهذا لان سبب ثبوت النسب حقيقة كونه مخلوقا من مائه وذلك خفى لا طريق الى معرفته وكذلك حقيقة الوطء تكون سراً على غير الواطئين وفى تعليق الحكم به خرج ولكن التمكن منه سبب ظاهر توقف عليه فوجب اعتباره لان ما سقط انما كان لاجل الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولانها جاءت به على فراشه فى حال يصلح أن يكون منسوبا اليه فيثبت النسب منه كما لو تمكن من وطئها وتصادقا انه لم يطأها وهذا لان النكاح ما شرع الا للاستفراش ومقصود النسل فيثبت الفراش بنفسه ولكن فى حق من يصلح أن يكون والداً والصغير لا يصلح أن يكون والدا فلم يعمل فى النسب لانعدام المحل له فأما الغائب يصلح أن يكون والداً كالحاضر فيثبت له الفراش المثبت للنسب بنفس النكاح وكما أن حقيقة العلوق من مائه لا يتوقف عليها فكذلك التمكن من الوطء حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه وفي الاوقات فيجب تعليق الحكم بالنسب الظاهر وهو النكاح الذى لا يعقد شرعا الا لهذا المقصود ومتى قام النسب الظاهر مقام المعنى الخفى سقط اعتبار المعنى الخفى ودار الحكم مع النسب الظاهر وجوداً وعدما وهو أصل كبير فى المسائل كما أقيم السفر المديد مقام حقيقة المشقة فى اثبات الرخصة بسبب السفر وأقيم تجدد الملك فى الامة مقام اشتغال رحمها بماء الغير فى تجدد وجوب الاستبراء ولان الوطء والتمكن انما كان معتبراً لمعني الماء وقد سقط اعتبار حقيقة

الماء لاثبات النسب فيسقط ما كان معتبراً لاجله أيضا . قال واذا قال الرجل لصبي في يدى امرأة هو ابنى من زنا وقالت المرأة من نكاح ثم قال الرجل بعد ذلك هو من نكاح ثبت نسبه منه لان كلامه الاول نفى للنسب عن نفسه وكلامه الثانى دعوة للنسب بعد النفى صحيح لانه غير محتمل للانتفاء بعد ثبوته فيبقى بعد النفى على ما كان عليه من قبل ولان المرأة قد أقرت له بالنكاح وصدقها فى ذلك فيثبت النكاح بينهما وبثبوته يثبت نسب ولدهما منه وكذلك لو قال الرجل هو ابنى منك من نكاح وقالت هو ابنك من الزنا لم يثبت نسبه لانكارها ما ادعاه من الفراش فان قالت بعد ذلك هو ابني من نكاح ثبت نسبه لانها أقرت له بالنكاح بعد ما أنكرت والاقرار بعد الانكار صحيح فاذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب الولد منهما . قال امرأة رجل ولدت وهما حران مسلمان فادعى الزوج انه ابنه وكذبته المرأة أو ادعت وكذبها الزوج وقد جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها فهو ابنه منها لظهور النسب فيما بينهما وهو الفراش وكذلك لو قال الزوج هذا الولد من زوج كان لك قبلي وقالت المرأة بل هو منك فهو منه لان السبب بينهما ظاهر وما ادعاه الرجل غير معلوم وانما يحال بالحكم الى السبب الظاهر دون مالا يعرف ولو قال الزوج من زنا فان صدقته المرأة بذلك فهو ابنه لان السبب ثبت منه بفراش النكاح فلا يقطع الا باللعان ولا لعان بينهما اذا صدقته فيما ادعى من الزنا وان أنكرت ذلك وجب اللعان فيما بينهما ويقطع النسب عنه باللعان . قال واذا نفى الرجل ولد امرأته بعد ما مات أو كان حيا قبل اللعان فهو ابنه لا يستطيع أن ينفيه لان النسب ثبت منه بالفراش وتقرر ذلك بموت الولد فلا يتصور بعد تقرره وهذا لان الميت لا يكون محلا لاثبات نسبه بالدعوة ابتداء فكذلك لا يكون محلا لقطع نسبه الذى كان ثابتا باللعان فان كل واحد من الحكمين يستدعى المحل فكذلك لو قبل الولد لانا حكمنا للاب بالميراث عنه اما بدل نفسه أو مال ان كان له والنسب بعد ما صار محكوما به لا يحتمل القطع واذا كان للمرأة ولد وليس في يدى زوجها فقالت تزوجتك بعد ما ولدت هذا من زوج قبلك وقال الزوج بل ولدتيه منى فى ملكى فهو ابن الزوج لما بينا ان النسب بينهما ظاهر وهو الفراش وما ادعت غير معروف فيحال بالولد على السبب الظاهر فلو كان الصبي فى يدى الرجل دون المرأة فقال ابنى من غيرك وقالت هو ابنك منى فالقول قول الزووج ولا تصدق المرأة بخلاف ماسبق والفرق من وجهين أحدهما ان قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا آخر له

على غيرها اما بنكاح أو بملك يمين فاذا كان الولد في يده كان نسبه اليه من أي فراش حصل له وأما ثبوت الفراش له عليها ينافي فراش آخر عليها لغيره وكان هذا الفراش في حقها متعينا وباعتباره يثبت النسب منه من هذا الزوج ولان المرأة في يد الرجل والولد الذي في يدها من وجه كانه في يده فأما الزوج ليس في يد امرأته فما في يده لا يكون في يدها فلهذا لا يقبل قولها واذا نفى الرجل ولد امرأته وفرغا من اللعان عند القاضي فقيل أن يفرق بينهما ويقطع النسب من الاب فاذا مات أحدهما فالولد ثابت النسب من الزوج لان نفس اللعان لا يقطع النسب ما لم يقطعه القاضي اذ ليس من ضرورة اللعان قطع النسب فاذا مات أحدهما اذن اعترض قبل قطع النسب ما لو كان موجوداً في الابتداء منع اللعان بينهما فكذلك يمنع قطع النسب به وكما يتقرر حكم النسب بموت الولد فكذلك بموت الاب لاستحقاق الولد الميراث منه ولو كانت ولدت ولدين توأم فعلم أحدهما فنفاه ولاعن وألزمه القاضي أمه يفرق بينهما ثم علم بالآخر فهما ابناه لان نسبهما ثبت منه باعتبار الفراش وانما جرى اللعان بينهما في الولد الذي نفاه فبقي نسب الآخر ثابتا كما كان وقد فرق القاضي بينهما فلا يمكنه أن ينفي نسب الآخر باللعان بعد الفرقة ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لانهما توأم يقرره وأنه لابد من جعل أحدهما أصلا والحاق الآخر به والذي انقطع نسبه منه باللعان محتمل للثبوت منه بالاكذاب والذي نفى ثابت النسب منه بعد الفرقة تسمية لاتحتمل النفي عنه فجعل هذا أصلا أولى ولان النسب يثبت في موضع الشبهة فلا ينتفي بمجرد الشبهة فترجح الجانب الذي فيه شبهة أولى فان علم بالثاني قبل أن يفرق بينهما فنفاه أعاد اللعان وألزم الولدين الام لان النكاح بينهما قائم عند نفي الولد الثاني فيجرى اللعان بينهما لقطع نسبه كالولد الاول وان أكذب الملاعن نفسه بالدعوة بعد ما فرق القاضي بينهما ثبت النسب منه لانه نفي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه فاذا أقر به بعد الاذكار صح اقراره وعليه الحد لانه أقر بأنه قذفها وهي محصنة فعليه حد القذف عند خصومتها وهذا اذا كان الابن حيا سواء كانت الام حية أو ميتة فان كان الولد قد مات وترك ميراثا ثم أعاده الاب لم يصدق لان الاب مدعى للمال لامقر بالنسب فان الولد بالموت قد استغنى عن الشرف بالنسب وبمجرد الدعوى لا يستحق المال اذا لم يكن مناقضا في الدعوى فاذا كان مناقضا أولى الا أن يكون ترك ابن الملاعنة ولدا أو أنثى فحينئذ صدق الاب لانه الآن

مقر بالنسب فان ولد الابن ينسب اليه كولد الملاعنة نفسه فاذا صح الاقرار ضرب الحد وأخذ الميراث والحاصل أن النسب أصل عندنا كذابه نفسه فاذا أمكن القضاء به ان كان المنفى نسبه حيا أو ميتا عن خلف يقضي بالنسب ثم يترتب عليه حكم الميراث واذا كان ميت الاعن خلف لا يمكن القضاء بالنسب فلو قضى بالمال كان قضاء بمجرد الدعوى والمال لا يستحق بمجرد الدعوى ولو كانت المنفية بنتا فماتت عن ابن وأكذب الملاعن نفسه ولم يصدق به لم يرث في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يصدق ويضرب الحد ويرث * وجه قولهما انها ماتت عمن يخلفها فان الولد كما ينسب الى أبيه ينسب الى أمه وكما يتشرف بشرف الاب يتشرف بشرف الام ويصير كريم الطرفين وأب الام يسمي أبا مجازا كالاب فكما في الفصل الاول جعل بقاء الولد كبقائه فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول كلامه الآن في دعوى المال لا اقرار بالنسب لان نسب الولد الى قوم أبيه دون قوم أمه (ألا ترى) أن ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا لا قبطيا وان أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة وفيه يقول القائل

فانما أمهات الناس أوعية مستودعات وللانساب آباء

فاذا لم يكن هذا الولد منتسبا الى الملاعن صار وجوده كعدمه فلا يعمل اكذابه نفسه بخلاف ابن الابن على ما بينا فلو أراد ابن الملاعن أن يتزوج المنفية نسبها لم يكن له ذلك ولو فصل فرق بينهما لانها قبل اللعان كانت أختا له ولم ينتف ذلك بمجرد اللعان من كل وجه حتى لو أكذب الملاعن نفسه ثبت النسب منه وكانت أختا له وشبهة الاختية كحقيقتها في المنع من النكاح وكذلك الملاعن نفسه لو قال لم أدخل بالام وتزوج الابنت فرق بينهما لانها كانت ابنتا له وبعد اللعان قطع النسب عنه فبقي موقوفا على حقه لو اعادها صحت دعوته وشبهة البنية كحقيقتها في المنع من النكاح وللشافعي رحمه الله في هذا الفصل قولان أحدهما أن له أن يتزوجها بمنزله ابنته من الزنا على مذهبه وهي معروفة في النكاح والآخر كمذهبنا لان النسب هنا موقوف على حقه لو ادعاه يثبت منه بخلاف المخلوق من مائه بالزنا . قال واذا طلق الرجل امرأته فجاءت بولدين فهذه المسئلة على أوجه اما ان يكون الطلاق رجعيا أو بائنا وكل وجه على ثلاثة أوجه اما أن يأتي بالولدين لاقل من سنتين أو يأتي بهما لاكثر من سنتين أو يأتي باحدهما لاقل من سنتين بيوم ولم يقر بانقضاء المدة فبقي أحدهما حين ولدته ثم ولدت الثاني وهما ابناه ولا حد عليه ولا لعان لانه حين نفى المولود منهما كان النكاح بينهما

قائما فوجب اللعان بينهما لحين وضعت الولد الآخر فقد انقضت عدتها بوضع جميع ما في بطنها ولا يتأتى جريان اللعان فيما بينهما بعد ماصارت أجنبية والقذف الموجب للعان لا يكون موجبا للحد فلهذا ثبت نسب الولدين منه وان جاءت بينهما لا كثر من سنتين فنفاهما يجرى اللعان بينهما ويقطع نسب الولدين عنده لانا تيقنا أن علوق الولدين من علوق حادث بعد الطلاق فصار مراجعا لها ولا تنقضي العدة بوضع الولدين فاذا نفى وهي منكوحته جرى اللعان بينهما فان (قيل) لما حكمنا بالرجعة فقد حكمنا بثبوت نسب الولدين منه فيكف يمكن قطع النسب باللعان بعد ذلك (قلنا) ليس من ضرورة الحكم بالرجعة والحكم بكون الولد منه فالرجعة تثبت بمجرد العين عن شهوة بدون الوطء والاعلاق وان كان نفى الولد منهما ثم أقر بالثاني فهما ابناه وعليه الحد لانهما توأم فأقراره بأحدهما كاقراره بهما وهذا منه اكذاب لنفسه بعد التفرق فعليه الحد وان جاءت بأحد الولدين لاقل من سنتين وبالآخر لا كثر من سنتين فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سواء وعلى قول محمد رحمه الله هذا والفصل الثاني سواء* وجه قوله إنا تيقنا بأن الولد الثاني من علوق حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين وشككنا في الولد الاول فيحتمل أن يكون العلوق به بعد الطلاق أيضا ويحتمل أن يكون العلوق به قبل الطلاق فاتبع الشك لا التيقن فان الميتقن به يجعل أصلا ويرد المشكوك اليه وهما قالا لما ولدت الاول لاقل من سنتين فقد حكمنا بأنه من علوق قبل الطلاق (ألا ترى) انها لو لم تلد غيره كان محكوما بأن العلوق به كان قبل الطلاق فلا يتغير ذلك الحكم بتأخير الولادة الثانية ولكن يجعل السابق منهما أصلا ويجعل كانها وضعتهما قبل السنتين لان الولد انما لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين اذا لم يكن هناك من يزاحمه فى الخروج فأما عند وجود المزاحم قد يتأخر خروجه عن أوانه فلا يكون ذلك دليلا على ان العلوق به كان بعد الطلاق فلهذا جعلنا السابق أصلا واذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا فان جاءت بهما لاقل من سنتين فعليه الحد بالنفى فهما ابناه لانه حين قذفها فلا نكاح بينهما فيلزمه الحد وقد جاءت بالولدين لمدة يتوهم أن يكون العلوق بهما سابقا على الطلاق فيثبت نسبهما منه وان جاءت بهما لا كثر من سنتين لم يثبت نسبهما منه لانهما من علوق حادث بعد الفرقة وان نفاهما فلاحد عليه ولا لعان لانه صادق فى مقالته

وان جاءت باحدهما لاقل من سنتين بيوم وبالآخر لا كثر من سنتين بيوم فعند أبى حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله هذا والفصل الاول سـواء وعند محمد رحمه الله هذا والفصل الثاني سواء علي مابينا قال واذا طلقها واحدة بائنة بعد مادخل بها ثم تزوجها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فنفاه لاعنها لقيام النكاح بينهما في الحال ويلزم الولد أباه لانا تيقنا أن العلوق به سبق النكاح الثاني فكان حاصـلا في النكاح الاول وبالفرقة بعده تقرر النسب على وجه لا ينتفى بحال وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر منذ تزوجها النكاح الثاني لاعن ولزم الولد أمه لان الحل قائم فيسـتند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ما بعد النكاح الثاني فاذا نفاه يقطع النسب عنه باللعان والله أعلم

باب الولادة والشهادة عليها

(قال رحمه الله أمة ولدت فادعت أن مولاها قد أقر به فجحد المولى فشهد عليه شاهد انه أقر بذلك وشهد آخر أنه ولد علي فراشه لم تقبل شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان أحـدهما يشهد بالقول وهو الاقرار وشهد الآخر بالفعل وهو الولادة علي الفراش وليس علي واحد من الامرين شهادة شاهـدين فان اتفق رجـلان علي الشهادة على الاقرار وعلى الولادة على فراشـه فهو جائز لانهما ان شهـدا علي الاقرار فثبوت الاقرار بالبينة كثبوته بالمعاينة وان شهدا علي الولادة فقد شهدا بالسبب المثبت للنسب منه . قال ولو كان المولى ذميا والامة مسلمة فشهد ذميان عليه بذلك جاز لان هذه الشهادة تقوم على المولى وشهادة أهل الذمة على أهل الذمة حجة فان كان المولى هو المدعى والامـة جاحدة لم تجز شهادة الذميين عليها لكونها مسلمة وتأويل هـذه المسئلة أنها تجحد المملوكيـة للمولى فانها اذا كانت تقر بذلك ينفرد المولى بدعوة نسب ولدها ولا عـبرة بتـكذيبها ولو كانا مسلمين فشهد على الدعوة أب المولى وجده لم تجز الشهادة لانهما يشهدان بالسبب للولد وهو ابن ابنهما وشهادة المرء لابن ابنه لاتقبل وان شهد بذلك ابن المولى جازت الشهادة اذا كان المولى جاحدا لذلك لانهما يشهدان لاخيهما على أبيهما وشهادة المرء لاخيه على أبيه مقبولة انما لا تقبل شهادته لابيه واذا طلقت امرأة من زوجها فاعتدت ثم تزوجت وولدت من الزوج الآخر ثم جاء الولد حيا فعلي قول أبي حنيفـة رحمه الله الولد للزوج الاول سـواء جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها أو لا كثر من ذلك لانه صاحب الفراش الصحيح فان نفيه لا يفسد

فراشه والزوج الثانى صاحب الفراش الفاسد ولا معارضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح والمرأة مردودة على الزوج الاول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وان ادعاه المولى لان ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفراش بل الفراش الصحيح لصاحب النكاح بل أولى فان هنالك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل فان نفى الاول والآخر الولد أو نفاه احدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال ولا حد عليه ولا لعان لانها غير محصنة حين دخل الزوج الثانى بنكاح فاسد فلا يجرى اللعان بينها وبين الاول والنسب اذا ثبت بالنكاح لا ينتفى الا باللعان وكان ابن أبى ليلى يقول الولد للثانى لان الفراش الفاسد يثبت النسب كالفراش الصحيح أو أقوي حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفى ثم الثانى اليها أقرب يداً والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب واعتبار للحقيقة وذكر أبو عصمة عن اسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجانى عن أبى حنيفة رحمهم الله أن النسب يثبت من الزوج الثانى كما هو قول ابن أبى ليلى وفيه حديث الشعبي ذكره فى الكتاب أن رجلا من جعفى زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعاوية رضى الله عنه فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحر فخاصم زوجها الى على رضى الله عنه فقال على رضى الله عنه أما أنك الممالى علينا عدونا فقال أيمنعنى ذلك من عدلك فقال لا فقضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر الا أن أبا حنيفه رحمه الله قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر ولو ثبت وجب القول به وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر منذ تزوجها الثانى فهو من الزوج الاول وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى سواء ادعياه أو نفياه لان النكاح الفاسد يلحق بالصحيح فى حكم النسب فباعتراض الثانى على الاول ينقطع الاول فى حكم النسب ويكون الحكم للثانى والتقدير فيه بادني مدة الحبل اعتبارا للفاسد بالصحيح وانما قلنا أن الاول ينقطع بالثانى لان بدخول الثانى بها يحرم على الاول ويلزمها العدة من الثانى ووجوب العدة ليس الا لصيانة الماء فى الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثانى لم يكن لوجوب العدة عليها من الثانى معنى وعلي قول محمد رحمه الله ان جاءت به لا كثر من سنتين منذ دخل بها للثانى فهو الثانى وان جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل

بها الثانى فهو للاول لان وجوب العدة عليها من الثانى بالدخول لا بالنكاح والحرمة انما ثبت على الاول بوجوب العدة من الثانى فكانت حرمتها عليه بهذا السبب لحرمتها بالطلاق والتقدير بادنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان فاذا جاءت به لاقل من سنتين منذ دخل بها الثانى يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثانى بها فى حال حلها للاول فكان النسب ثابتا منه وان جاءت به لا كثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثانى وكذلك لو سبيت المرأة فتزوجت رجلا من أهل الحرب فولدت فهو على هـذا الخلاف وكذلك لو ادعت الطلاق واعتدت وتزوجت والزوج الاول جاحد لذلك فهذا كله فى المعنى سواء. قال أمة ولدت لرجل فلم ينفه حتى لومات فهو لازم له لا يستطيع أن ينفيه وتأويل هذه المسئلة فى أم الولد لان نسب ولدها ثابت بالفراش فيتقرر ذلك بالموت قبل النفى فأما الامة القنة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة فاذا مات قبل الدعوة لا يثبت النسب الا أن يكون هنئ بالولادة فقبل التهنئة يكون ذلك بمنزلة الدعوة منه وكذلك ان جنى جناية فقضي به القاضى على عاقلته لم يستطع نفيه بعد ذلك وكذلك لو جنى عليه فحكم فيه بقصاص أو أرش فهذا كله يتضمن الحكم بثبوت نسبه من المولى وبعد ما صار النسب محكوما به لا يستطيع أن ينفيه لان قوله ليس بحجة فى ابطال الحكم. قال واذا زوج أم ولده فمات عنها زوجها أو طلقها وانقضت عدتها ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ انقضت عدتها فهو ابن المولى لان بانقضاء عدتها حل للسيد غشيانها فعادت فراشا له كما كانت قبل النكاح فان بانقضاء العدة قد ارتفع النكاح بحقوقه وهو المانع من ظهور حكم فراشه فاذا عادت فراشا للمولى ثم جاءت بالولد فى مدة يتوهم أن يكون من علوق بعد الفراش ثبت نسبه وله أن ينفيه لما قلنا الا ان يتطاول ذلك أو يجري فيه حكم وتفسير هذا التطاول مذ كور فى كتاب الطلاق أو ما فيه من الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله من التقدير بسبعة أيام عنده وبمدة النفاس عندهما. قال ولو حرم أم ولده على نفسه بأن حلف ان لا يقربها فجاءت بولد لزمه مالم ينفه لان فراشها لم يبطل بتحريمها على نفسه كما لا يبطل به فراش النكاح وهو مندوب شرعا الي أن يحنث نفسه ويغشاها وفيه نزل قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلهذا كان النسب ثابتا منه ما لم ينفه. قال ولو كانت أم ولد المسلم مجوسية أو مرتدة لم يلزمه ولدها الا أن يدعيه أو جاءت به لاقل من ستة أشهر بعد الردة. وقال زفر رحمه الله يثبت نسب الولد منه مالم ينفه لان

سبب الفراش قيام الملك وهو باق بعد الردةوان حرم عليه غشيانهابالردة وثبوت النسب لا يعتمد حل الغشيان كما في المنكوحة نكاحا فاسداً وهذا بخلاف ما زوجهالان فراشهاقد انقطع باعتراض فراش الزوج (ألا ترى) انه لو ادعاه لم يثبت النسب منه بخلاف ما نحن فيه ولنا أن تحسين الظن بالمولى واجب وفى اثبات النسب منه حكم باقدامه على وطء حرام وذلك لايجوز بدون الحجة فان ادعاه فقد صار مقراً بذلك فيثبت النسب منه حينئذ والا فلا وكذلك ان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ ارتدت لانا تيقنا ان العلوق سابق على ردتها فلا يكون فيه حمل أمر المولى على الفساد قال واذا أقر بصبي في يده أنه ابنه من أمته هذه ولد على فراشه ثم مات الرجل فادعى أولاده أن أباهم قد كان زوج هذه الامة عنده قبل أن تلد بثلاث سنين وانها ولدت هذا الغلام على فراش العبد والعبد والغلام والامة ينكرون ذلك لم تقبل بينتهم على ذلك والغلام ابن الميت لان نسبه ثبت من المولى باقرار المولى به وهذه البينة من الورثة تقوم على النفى فلا تكون مقبولة وبيان ذلك أنهم لا يثبتون بهذه الشهادة لانفسهم حقا انما يثبتون النسب للعبد وهو جاحد مكذب للشهود وقصد الورثة من هذا نفى النسب عن الميت حتى لايزاحمهم في ميراثهم والشهادة على النفى لاتقبل ثم الورثة خلفاء الميت وهو لو أقام هذه البينة بنفسه لم يقبل منه فكذلك ممن يخلفه. قال ولو ادعي العبد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه منه لانه يثبت حق نفسه بهذه البينة من الفراش عليها ونسب ولدها فوجب قبول بينته للاثبات ثم من ضرورته انتفاء النسب عن المولى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويعتق باقرار المولي لاقراره بحريته حين ادعي نسبه فان كان الاقرار منه في المرض فالمعتق من الثلث في حق الغلام والامة جميعا لان نسب الولد لما لم يثبت لم يكن لها شاهد على ما أقر به المولي من حق الحرية لها فكان معتبراً من الثلث كما يعتبر عتق الغلام من الثلث وجعل ذلك كانشاء العتق منه فيهما ولو كان العبد غائبا توقف حكم هذه البينة حتى يحضر العبد فيدعى وينكر لان حكم البينة يختلف بدعوى العبد وانكاره فلابد من ان يجعل وقوفا على حضوره ولو ادعت الام النكاح أو ادعاه الغلام قبلت بينة التزويج لانها تقوم للاثبات فان النسب من حق الغلام فاذا البينة بالبينة من العبد كان مثبتا حق نفسه والام تثبت النكاح بينهما وبين العبد وذلك حقها. قال رجل طلق امرأته تطليقة بائنة فأقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه منه لان انقضاء العدة قد ظهر بخبرها فانها أمينة شرعا فاذا جاءت بعد

ذلك لمدة يتوهم أن يكون من علوق حادث لم يثبت نسبه منه الا أن يدعيه فان ادعاه ثبت نسبه منه معناه اذا صدقته المرأة فان الحق لهما فيثبت بتصادقهما عليه فأما اذا كذبته لم يثبت النسب منه وان ادعاه لانه صار أجنبيا عنها وعن أولادها وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ انقضاء العدة ثبت نسبه منه لانا تيقنا ان العلوق به كان قبل أقرارها وانها كانت حبلى حين أقرت بانقضاء العدة فكان خبرها مستنكراً مردوداً وان كانت تزوجت ثم جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها الآخر فهو للآخر لان تزويجها نفسها اقرار منها بانقضاء العدة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يثبت نسبه من الثانى لان العلوق سبق نكاحه وان كانت جاءت به لسنتين أو أكثر منذ طلقها الاول لم يثبت النسب من الاول أيضا لانه من علوق حادث بعد الفرقة فلا يثبت النسب منه الا أن يدعيه وتصدقه المرأة فى ذلك وان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول فهو ثابت النسب من الاول ولا يبطل النكاح بينها وبين الثانى وتأويل هذا فيما اذا لم تقر بانقضاء العدة أو أقرت به ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ أقرت . قال رجل طلق امرأته الصغيرة ومات عنها فجاءت بولد فهذا على ثلاثة أوجه اما أن تدعي الحبل أو تقر بانقضاء العدة أو كانت ساكتة فان ادعت حبلا ثم جاءت بالولد لاقل من سنتين منذ مات الزوج أو فارقها ثبت النسب من الزوج لان دعواها الحبل اقرار منها بالبلوغ فهى والكبيرة سواء وان أقرت بانقضاء العدة عند مضى ثلاثة أشهر من الفرقة أو أربع أشهر وعشر منذ مات الزوج ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً منذ أقرت لم يثبت النسب منه لانها عند الاقرار ان كانت بالغة فقد ظهر انقضاء العدة باقرارها وان كانت صغيرة فقد تيقنا بانقضاء عدتها بثلاثة أشهر في الفرقة وباربعة أشهر وعشر فى الموت فانما ولدت لمدة حبل تام بعد ذلك فلا يثبت النسب منه وان كانت ساكتة فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ فارقها ولعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعدا منذ مات لم يثبت النسب منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله اذا جاءت به لاقل من سنتين كان النسب ثابتا منه لانها جاءت به لمدة يتوهم أن يكون من علوق فى حال قيام النكاح وهذا لان المراهقة بلوغها موهوم ولا يعرف ذلك الا من جهتها فاذا لم تقر بانقضاء العدة فهى والكبيرة سواء لان انقضاء عدتها بالشهور أن لا تكون حاملا وهذا الشرط لا يعلم الا من قبلها وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا

عرفناها صغيرة وما عرف ثبوته وجب التمسك به حتى يقوم الدليل على زواله وعدة الصغيرة تنقضي في الفرقة بثلاثة أشهر بالنص وفى الموت باربعة أشهر وعشر فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ظهور انقضاء عدتها لم يثبت النسب منه كما لو أقرت بانقضاء العدة فاما المرأة الكبيرة اذا مات عنها زوجها فان ادعت حبلا ثبت نسب الولد منه اذا جاءت به لاقل من سنتين وان اقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشر لم يثبت نسب ولدها منه بعد ذلك اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ أقرت وان كانت ساكتة ثبت نسب ولدها منه اذا جاءت به لاقل من سنتين عندنا وقال زفر رحمه الله لا يثبت النسب منه اذا جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فصاعدا منذ مات الزوج لان بمضى أربعة أشهر وعشر حكمنا بانقضاء عدتها بالنص اذا لم يكن بها حبل ظاهر فاذا جاءت بالولد لمدة حبل تام بعد ذلك لم يثبت النسب منه فى الصغيرة ولكنا نقول انقضاء عدتها بالشهور متعلق بشرط وهو أن لا تكون حاملا فان قوله عز وجل وأولات الاحمال أجلهن ناسخة لقوله تعالى يتربصن بانفسهن على ماقال ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد سورة النساء الطولى وهذا الشرط لا يعرف الا من قبلها فما لم يقر بانقضاء عدتها لا تجعل منقضية العدة بمضى أربعة أشهر وعشر بخلاف الصغيرة فان الصغر ينافى الحبل فانقضاء عدتها بمضى المدة مطلقا يجب الحكم به مالم يدع حبلا فلهذا فرقنا بين الفصلين ثم عند أبى حنيفة رحمه الله انما يثبت النسب ولد الكبيرة من الزوج الميت اذا شهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان فاما بمجرد شهادة القابلة لا يثبت لانه ليس هنا حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار من الزوج بالحبل وعندهما يثبت النسب بشهادة القابلة وهى معروفة وان أقرت بانقضاء العدة بعد موت الرجل بيوم بسقط قد استبان خلقه فالقول قولها لانها أمينة أخبرت بما هو محتمل فان جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر لم يثبت النسب منه لاقرارها بانقضاء العدة ولو جاءت بولد مثبت فقات الورثة ولدته مساه وقالت هى كان فمات فشهدت على استهلاك الولد القابلة يقبل فى قول أبى ابوسف ومحمد رحمهما الله فى حكم الارث الصلاة عليه وعند أبى حنيفة رحمه الله فى حكم الصلاة عليه كذلك فامافى الميراث فلا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين واستدل بقول على رضى الله عنه اذا استهل الصبي ورث فصلى وعليه فقد جمع بين الحكمين ثم أحد الحكمين هنا يثبت بشهادة القابلة لان الرجال لا يطلعون على تلك الحالة فكذلك الحكم الآخر وأبو حنيفة

يقول لان الاستهلال صوت تسمعه الرجال فلا يكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان اتفق وقوعه فى موضع لا يحضره الرجال كجراحات النساء فى الحمامات الا ان الصلاة عليه من أمور الدين وخبر الواحد حجة فى أمور الدين فاما الميراث من باب الاحكام فتستدعى حجة كاملة وذلك شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. قال رجل طلق امرأته تطليقة رجعية فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فانكر الزوج ان تكون ولدت وقال انقضت عدتك وشهدت امرأة على الولادة لم يلزمه فى قول ابى حنيفة رحمه الله لانه ليس بينهما فراش قائم فلا تكون شهادة القابلة حجة لاثبات النسب عنده وعندهما يلزمه النسب بشهادة القابلة ولو قال الزوج للمطلقة الرجعية اخبرتك ان عدتك قد انقضت وكذبته فله أن يتزوج أربعة سواها وهى معروفة فان جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت النسب من الزوج وبطل نكاح الاربع لانه غير مقبول القول فى حق الولد ولا فى حق المرأة والنسب من حقها فصار فى حق النسب كأن الاخبار منه لم يوجد واذا ثبت النسب تبين انها كانت حاملا حين أخبر الزوج بانقضاء عدتها فصار ذلك الخبر مستنكرا وتبين انها كانت فراشا له فانما تزوج الاربع وفراشه على الاول قائم فلايجوز الجمع بين خمس نسوة فى الفراش بحكم النكاح فلهذا بطل نكاح الاربع وان جاءت به لاكثر من سنتين من يوم طلقها فان كانت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت بانقضاء العدة يلزمه النسب أيضا لان اقراره لا يكون أقوى من اقرارها ولو اقرت هى بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت النسب وصار مراجعا لها فكذلك هنا ومن ضروة ضرورته مراجعته لها بطلان نكاح الاربع فكذلك لو طلقها واحدة رجعية ثم أبانها أو بغيرها فهو مثل ذلك الا أن هذا لا تكون رجعة بحال فان قوله أخبرتنى ان عدتها قد انقضت اقرار بأن ذلك الواقع صار بائنا ولكن ليس بانشاء للابانة فاذا بطل ذلك الاقرار يجوز أن يجعل مراجعا لها بخلاف ما اذا أنشأ الابانة فهذه مسئلة خلاف انه اذا جعل الواقع نصفه الرجعة بائنا أو ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله يصح ذلك كله منه وعند أبى يوسف رحمه الله يملك أن يجعلها بائنا ولا يملك ان يجعلها ثلاثا وعند محمد رحمه الله لا يملك ان يجعلها بائنا ولا ثلاثا فمحمد رحمه الله يقول الواقع من الطلاق قد خرج من ملكه وملك الصفة تملك الاصل فاذا لم يبق اصلها فى ملكه لم يبق صفتها فى ملكه ايضا وتصرفه فيما هو ليس بمملوك باطل وأبو يوسف رحمه الله يقول ذلك الواقع بمرض ان يصير بائنا بانقضاء العدة فكذلك بائنا يجعله

اياه ثابتا ولكن الواحد قط لا يصير ثلاثا فكان جعله الواحدة ثلاثا تصرفا في غير محله فلهذا كان لغواً وابو حنيفة رحمه الله يقول لا يملك جعل الواحدة ثلاثا حقيقة ولكن يملك ضم البينتين الى الواحدة بالايقاع لتصير ثلاثا كناية عن قوله اوقعت اثنتين على سبيل المجاز لتصحيح مقصوده كما جعلنا لفظة الخلع مجازاً عن ايقاع الطلاق فى الحال لتحصيل مقصوده بحسب الامكان . قال غلام محتلم ادعي على رجل وامرأة انهما ابواه واقام البينة على ذلك وادعي رجل آخر وامرأته أن هذا الغلام ابنهما واقام البينة فبينة الغلام اولى بالقبول لان النسب حقه فهو يثبت ببينته ما هو حق له على من هو جاحد والاخوان يثبتان بالبينة ما هو حق الغلام وبينة المرء على حق نفسه اولى بالقبول من بينة الغير على حقه ولان الغلام فى يد نفسه وبينة ذى اليد في مثل هذا تترجح على بينة الخارج وكذلك لو كان الغلام نصرانيا واللذان ادعي الغلام أنهما أبواه نصرانيان اذا كان شهوده مسلمين لان ما أقام من الشهود حجة على الخصمين الآخرين وان كانا مسلمين فان (قيل) كان ينبغى ان تترجح بينة الآخرين لما فيه من اثبات الاسلام على الغلام (قلنا) اليد اقوى من الدين فى حكم الاستحقاق (ألا تري) ان اليد تثبت الاستحقاق ظاهراً اولا يثبت ذلك باسلام احد المدعيين فلهذا رجحنا جانب اليد ولو ادعى الغلام انه ابن فلان ولد على فراشه من امته فلانة واقام البينة وقال فلان هو عبدى ولد من امتى هذه زوجتها من عبدى فلان واقام البينة على ذلك فهو ابن العبد لان العبد والمولى يثبتان نسبه بفراش النكاح وهو انما اثبت النسب بفراش الملك وفراش النكاح أقوي في اثبات النسب من فراش الملك (ألا ترى) ان النسب متى ثبت به لم يثبت بمجرد النفى واذا ثبت بفراش الملك انتفى بمجرد النفى والضعيف لا يظهر بمقابلة القوى والترجيح بما ذكرنا يكون عند المساواة فعند عدم المساواة جعلنا النسب من أقوى الفراشين وكذلك لو أقام العبد البينة انه ابنه من هذه الامة وهى زوجته وأقام المولى البينة أن ابنه منها فالبينة بينة العبد لما فيه من زيادة اثبات النكاح ولكون فراش النكاح أقوى من فراش الملك فى حكم النسب الا أنه يعتق باقرار المولى بحريته وتصير الجارية بمنزلة أم الولد قال ولو كان العبد والمولى ميتين فأقام الغلام البينة انه ابن المولى من أمته وهى ميتة وأقام ورثة المولى البينة على انه ابن العبد من أمة المولى زوجها المولى منه فانه يثبت النسب من المولى لانه ليس فى بينة الورثة هنا اثبات النكاح فقد انقطع ذلك بموتهما وكذلك لا يثبتون النسب لانفسهم انما يثبتون

للعبد ومقصودهم بذلك نفى النسب عن المولى والبينة على النفى لاتقبل وفى بينة العبد اثبات النسب والحرية والميراث فكان هو أولى . قال ولو ان رجلا مات وترك مالا فأقام الغلام المحتلم بينة انه ابن الميت من أمته فلانة ولدته في ملكه وأقر بذلك وأقام رجل آخر البينة ان الغلام عبده وأمه أمته زوجها من عبده فلان فولدت هذا الغلام على فراشه والعبد حى يدعى قضيت للعبد بالنسب وقضيت بالامة ان كانت حية للمدعى لان في الامة البينتين قامتا على مطلق الملك فبينة الخارج أولى وفى حق النسب الخارج والعبد بينتان يشبه بفراش النكاح وهو انه انما يثبت نسب نفسه بفراش الملك وفراش النكاح أقوى فلهذا كان العبد به أولى ولان العبد يثبت النكاح على الامة لنفسه بالبينة فوجب قبول بينته على ذلك واذا ثبت النكاح كان الولد ثابت النسب منه وان كان العبد ميتا أثبت نسب الغلام من الحر وهو الميت الذى أقام الغلام البينة على أنه ابنه من أمته هذه لان الخارج ليس يثبت النسب لنفسه انما يثبت للعبد والابن يثبت حق نفسه ولانه ليس في بينة الخارج هنا النكاح لان الزوج ميت والنكاح بموته مرتفع فبقى الترجيح من حيث أن فى أمية الغلام اثبات الحرية والميراث فهو أولى بالقبول وكذلك حق الامة تترجح هذه البينة للمدعى اثبات الملك فقط وفي هذه البينة اثبات الحرية لها بجهة أمية الولد فكان أولى . قال غلام وأمة فى يدى رجل فأقام الحر البينة ان هذا الامة أمته ولدت هذا الولد منه على فراشه وأقام ذو اليد البينة انها أمته ولدت هذا الغلام على فراشه فبينة ذى اليد أولى بالقبول لان البينتين استويا فى اثبات حقيقة الحرية للولد وحق الحرية للام وفى مثله تترجح بينة ذى اليد لان اثبات الولاء عليها دون الملك وقد استوي البينتان في الاثبات عليها فيترجح جانب ذى اليد وهذا اذا كان الغلام صغيراً أو كبيراً مصدقا لذى اليد فان كان كبيراً يدعى انه ابن الآخر فانى أقضى بالغلام والامة للمدعى لانه فى يد نفسه فاذا صدق المدعى كان هو كالمقيم لتلك البينة فيترجح جانبه لحقيقة اليد ولكونه مثبتا حق نفسه بالبينة فان النسب من حقه . قال حرة لها ولد وهما فى يد رجل فأقام آخر البينة انه تزوجها فولدت منه هذا الغلام وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك والغلام يدعى ان ذا اليد أبوه فانى أقضى ببينة ذى اليد أنه يترجح باعتبار يده فى دعوى النكاح عليها وفى دعوى النسب بدعى الغلام لانه ابنه لانه فى يد نفسه فانما أثبت حق نفسه بتلك البينة وكذلك لو كان ذو اليد ذميا وشهوده مسلمون لما بينا ان ما أقام من البينة حجة على الخصم المسلم ولو أقام

البينة أنه تزوجها فى وقت وأقام ذو اليـد البينة على وقت دونه فانى أقضى بها للمدعى لان تاريخه اسبق وقد أثبت نكاحه فى وقت لا ينازعه الآخر فانما أثبت الآخر بعدذلك نكاح المنكوحـة وهو باطل ولو أقام ذو اليـد البينة انها امرأته تزوجها فولدت هـذا الولد على فراشه وأقام الخارج البنية انها أمته ولدت هـذا الغلام على فراشه منه فانى أقضى به للزوج وأثبت نسبه منه لما بينا انفراش النكاح يترجح على فراش الملك فى حكم النسب (ألا ترى) ان الحر أثبت ببينته ملك نفسه فى المرأة وليس بمقابلته ما يوجب حريتها من الحجة فيقضى بالامة ملكا للمدعى فيكون الولد حراً بالقيمة ان شهد شهود الزوج انها عرية من نفسها وان لم يشهدوا بذلك جعلت الامة وابنها مملوكين للمدعي لان الولد يتبع الام فى الملك والموجب لحرية الولد الغرور فاذا لم يثبت الغرور كان مملوكا للمدعى ثابت النسب من الزوج لان المدعى أقر انه ابنه فيعتق عليه باقراره فتكون امه بمنزلة أم الولد ولا يقال عند اثبات الغرور ينبغى ان لا يغرم الزوج قيمة الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة ولد ام الولد وانما عتق باقرار المدعى بحريته فان هذا يكون بعد ثبوت الرق فيه ولم يثبت فان ولد المغرور يكون حراً من الاصل فلهذا كان على الزوج قيمة الولد لمولاها . قال امة مع ولدها في يد رجل فأقام آخر البينة انها امة ابيه ولدت هذا الغلام على فراش أبيه في ملكه وابوه ميت واقام ذو اليد البينة انها امته ولدت هذا الولد منه على فراشه فى ملكه قضيت بالولد للميت الذي ليس فى يديه لان فى هذه البينة اثبات حقيقة الحرية لها وفى بينة ذي اليد اثبات رقها الان ام الولد لا تعتق الا بموت المولى والترجيح بالحرية اقوى من الترجيح باليـد فكيف يستقيم ان تكون أمة لذى اليد يطؤها بالملك وقد قامت البينة على حريتها فلهذا قضينا بولائها للميت ويكون الولد ثابت النسب منه لان وارثه يقوم مقامه في اثبات ما هو من حقه والله اعلم بالصواب

باب دعوى العتاق

(قال رحمه الله أمة ادعت انهـا ولدت من مولاها واقامت البينة وأقام آخر البينة انه اشتراها من مولاها أخذ بينة الولادة) لان فيه اثبات حق الحرية لها وحق الحرية كحقيقة الحرية فاذا اقترن بالشراء منع صحة الشراء وان كان المشترى قد قبضها فالجواب كذلك لان بينة الولادة سابقة معنى فان ثبوت أمية الولد لها من وقت العلوق وذلك كان سابقا على

الشراء والقبض ولان في هذه البينة زيادة اثبات نسب الولد وحريته وان وقتت بينة المشتري وقتا للشراء قبل الحبل بثلاث سنين أجزت الشراء وأبطلت النسب لانه ثبت الملك فيها للمشتري من وقت الذي أرخ شهوده فتبين انه استولد مالا يملكه فلهذا لا يثبت النسب وكذلك الوقت في البيع والعتق والتدبير يؤخذ بالوقت الاول لانه لا مزاحمة للآخر معه في ذلك الوقت. قال واذا أقام عبد البينة أن فلانا أعتقه وفلان ينكر أو يقر وأقام آخر البينة أنه عبده قضيت به للذي أقام البينة أنه عبده لان شهود العبد ماشهدوا بالملك للمعتق انما شهدوا بالعتق فقط والعتق يتحقق من المالك وغير المالك ولكن لاعتق فيما لا يملكه ابن آدم (ألا ترى) أن هذه البينة لا تعارض يد ذي اليد فان من ادعى عبدا في يد انسان انه أعتقه وأقام البينة على ذلك لا يقضى له بشيء فلئلا يكون معارضة لبينة الملك كان أولى وكذلك لو شهدوا انه أعتقه وهو في يديه اذ ليس في هذه الشهادة ما يوجب نفوذ العتق لان نفوذه بملك المحل لا باليد وكذلك لو شهدوا انه كان في يده أمس لم تقبل هذه الشهادة لما ذكرنا ولو شهدو انه أعتقه وهو يملكه يومئذ أخذت ببينة العتق لان البينتين استوتا في اثبات الملك وفي أحدهما زيادة العتق فكان أولى. قال ولو كان العبد في يد رجل فادعى آخر أنه له وأقام العبد البينة أن فلانا كاتبه وهو يملكه وفلان جاحد لذلك أو مقر به فانه يقضي به للذي أقام البينة انه عبده لان بينته تثبت الملك لنفسه والعبد انما يثبت الملك لغيره ومن يثبت الملك لنفسه فبينته أولى بالقبول فان (قيل) العبد يثبت حق العتق لنفسه باثبات الكتابة (قلنا) لا كذلك فعقد الكتابة عندنا لا يوجب حق العتق للمكاتب ولهذا جاز عتق المكاتب عن الكفارة ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ وانما الثابت للمكاتب بعقد الكتابة ملك اليد والبينة التي تثبت ملك اليد لا تعارض البينة التي تثبت ملك الرقبة. قال وان أقام الخارج البينة أنه عبده غصبه منه ذو اليد وأقام ذو اليد البينة انه عبده دبره أو أعتقه وهو يملكه فانه يقضي به عبدا للمدعى لان في بينة المدعى مايدفع بينة ذي اليد وهو اثبات كونه غاصبا لا مالكا والاعتاق والتدبير من الغاصب لا يكون صحيحا وبينة ذي اليد على أصل الملك لا تكون معارضة لبينة المدعى وكذلك لو كان المدعى أقام البينة انه عارية له في يد ذي اليد أو وديعة أو اجارة أو رهن قضى بالملك له لما بينا. قال عبد في يدي رجل أقام آخر البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد في ملكه فبينة المدعى أولى لانها تثبت الحرية

وبينة ذي اليد ثبت الرق فالمثبت للحرية من البينتين أولى (ألا ترى) انه لو ادعى الخارج انه ابنه ترجحت بينته لما فيها من اثبات النسب والحرية فكذلك هنا تترجح بينة لما فيها من اثبات الولاء الذى هو مشبه بالنسب مع الحرية وكذلك لو أقام الخارج البينة انه له ودبره فهو اولى لما فى بينته من اثبات حق الحرية وقد ذكر قبل هذا بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثمة ولو كان شهود ذي اليد شهدوا انه اعتقه وهو يملكه فهو اولى من بينة الخارج على العتق لان المقصود هنا اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما يثبت كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينات في الاثبات ترجح جانب ذى اليد بيده وان شهد شهود ذى اليد بالتدبير وشهود المدعى بالعتق الثابت قضيت بالعتق الثابت لان فيها ابطال الرق والملك فى الحال ويترجح أرأيت لو كان امة لكانت توطأ مع قيام البينة على حريتها وكذلك لو اقام احد الخارجين البينة على العتق الثانى والآخر على التدبير فبينة العتق اولى بالقبول لما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أن الامة له كاتبها قضيت بها بينهما نصفان لان المكاتبة ليست فى يد واحد منهما بل هي في يد نفسها وتحققت المساواة بين البينتين فقضي بها بينهما فان (قيل) كان ينبغى ان يرجع الى قولها (قلنا) المكاتبة أمة ولا قول للامة فى تعيين مالكها بعد ماأقرت بالرق وان شهد شهود احدهما انه دبرها وهو يملكها وشهود الآخر انه كاتبها ويملكها فالتدبير اولى لانه يثبت حق الحرية وهو لازم لايحتمل الفسخ بخلاف الكتابة. قال ولو ادعت امة ان ولدها من مولاها وانه أقر بذلك وارادت يمينه فلا يمين على المولى فى ذلك فى قول ابى حنيفة رحمه الله وعندهما عليه اليمين وهذه من المسائل المعدودة فان ابا حنيفة رحمه الله لايرى الاستحلاف فى النكاح والنسب والرجعة والفئ في الايلاء والرق والولاء لان النكول عنده بمنزلة البدل فلا يعمل فيه البدل لا يجرى فيه الاستحلاف وعندهما النكول بمنزلة الاقرار ولكن فيه ضرب شبهة فكل ما يثبت بالشبهات يجري فيه الاستحلاف والقضاء بالنكول وهى مسئلة كتاب النكاح وهنا دعواها على المولى دعوى النسب فلهذا قال ابو حنيفة لا يستحلف وكذلك لو ادعت انها أسقطت من المولى سقطا مستبين الخلق لان حق امية الولد لها تبع لنسب الولد فكما لا يستحلف المولى عند دعوى النسب فكذلك فى دعوى امية الولد عنده وعندهما يستحلف فى ذلك كله لانه مما يثبت مع الشبهات ولو أقر المولى بذلك لزمه فيستحلف فيه اذا أنكر

وكذلك لو جاءت الزوجة بصبي فادعت انها ولدته وأنكر الزوج فني استحلافه خلاف كما بينا وكذلك لو ان المولي أو الزوج جاء بصبي والدعى انها ولدته منه وأراد استحلافها فلا يمين عليها عنده وكذلك لو كان الابن هو الذى ادعى النسب على الاب أو الاب على الابن وطلب يمين المنكر فلا يمين في الوجهين الا أن يدعي بذلك ميراثا قبل صاحبه فحينئذ يستحلف على الميراث دون النسب لان المال مما يعمل فيه البدل فيجوز القضاء فيه بالنكول بخلاف النسب واذا استحلفه فنكل قضي بالمال دون النسب لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر وعند النكول انما يقضى بما جرى فيه الاستحلاف (ألا ترى) انه لو ادعى سرقة مال على رجل فاستحلف فنكل يقتضي بالمال دون القطع فهذا مثله وكذلك لو ادعي ميراثا بالولاء فهو ودعواه الميراث بالنسب سواء فيما ذكرناه . قال ولو ان رجلا ورث دارا من أبيه فادعى آخر انه أخوه لابيه قد ورث آباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب هنا بالاتفاق أما عند أبي حنيفة لايشكل وأما عندهما كل نسب لو أقر به لم يصح لا يستحلف على ذلك اذا أنكره لما بينا ان النكون عندهما قائم مقام الاقرار والاخوة لا تثبت باقراره لو أقر بها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الابوة والبنوة ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيبا كما يدعى المال والاستحلاف يجرى في المال الا أنه استحلاف على فعل الغير لانه يدعى الارث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف علي فعل الغير يكون علي العلم لا علي الثبات . قال جارية بين رجلين ولدت ولدين في بطنين فادعى أحدهما الا كبر ثم ادعى الآخر الاصغر لم تجز دعوة صاحب الاصغر لان العلوق بهما حصل في ملكهما فحين ادعى أحدهما الا كبر صارت الجارية أم ولد له من حين علقت بالا كبر ثم الاصغر ولد أم ولده والشريك أجنبي عنه ومن ادعى ولد أم ولد الغير لم تصح دعوته ولو كان صاحب الاصغر ادعى الاصغر أولا يثبت نسبه منه لانها مشتركة بينهما مع الولدين حين ادعى مدعى الاصغر وما ادعاه يحتاج الي النسب فيثبت نسب الاصغر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وتصح دعوة مدعى الا كبر للا كبر لانه نفى مشترك بينهما فان أمية الولد لها انما يثبت من حين علقت بالاصغر والا كبر منفصل عنها قبل ذلك فلهذا بقى مشتركا بينهما فان ادعاه مدعى الا كبر وهو محتاج الي النسب ثبت نسبه منه وضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا لانه مقصود بالدعوة

والاتلاف فتكون دعوته اياه بمنزلة اعتاقه ولم يذكر ان مدعى الاكبر هل يغرم شيئا من العقر وينبغي أن يغرم نصف العقر لانه أقر بوطء الامة حال ما كانت مشتركة بينهما فيغرم نصف العقر لشريكه وان لم يثبت أمية الولد لها من جهته . قال ولو كانت الدعوى منهما معا وهي أم ولد المدعى الاكبر لانه سابق بالدعوة معنى فان العلوق بالاكبر كان سابقا فصارت أم ولد له من حين علقت بالاكبر وفي القياس لا تصح دعوة مدعي الاصغر لانه ادعى ولد أم ولد الغير كما في الفصل الاول ولكنه استحسن فقال بينة الاصغر من مدعى الاصغر لان وقت الدعوة كان الاصغر مشتركا بينهما في الظاهر محتاجا الى النسب وكذلك الجارية حين علقت بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فبعد ذلك انها كانت أم ولد لمدعى الاكبر صار مدعى الاصغر بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة فكان جميع قيمة الاصغر لمدعي الاكبر وذكر في بعض النسخ أن عليه جميع قيمة الاصغر لمدعى الاكبر وذكر في بعض النسخ ان عليه نصف العقر وليس بينهما اختلاف ولكن حيث قال عليه نصف العقر انما أجاب بالحاصل فان نصف العقر بنصف العقر قصاص وانما يبقى في الحاصل نصف العقر على مدعى الاصغر لمدعى الاكبر . قال رجل مات وترك ابنين وجارية فظهر بها حبل فادعى أحدهما ان الحبل من أبيه وادعى الآخر ان الحبل منه وكانت الدعوة منهما معا فالحبل من الذى ادعاه لنفسه لانه يحمل نسب الولد على نفسه وأخوه انما يحمل نسب الولد علي أبيه ومجرد قوله ليس بحجة في اثبات النسب من أبيه فلهذا كان الذى ادعاه لنفسه أولى فان (قيل) الذي ادعى الحبل من أبيه كلامه أسبق معنى فينبغي أن يترجح بالسبق (قلنا) هذا ان لو كان قوله حجة في اثبات العلوق من أبيه في حياته وقوله ليس بحجة في ذلك ويغرم الذى ادعاه لنفسه نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لانه يملكها بالاستيلاد علي شريكه فان (قيل) كيف يضمن لشريكه وقد أقر الشريك انها حرة من قبل الميت (قلنا) لان القاضي كذبه في هذا الاقرار حين جعلها أم ولد للآخر والمكذب في اقراره حكما لا يبقى اقراره حجة عليه كالمشترى اذا أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده رجع عليه بالثمن وكذلك ان كان الذى ادعاه لنفسه سبق بالدعوة وان كان الذى ادعى الحبل للأب بدا بالاقرار لم يثبت من الاب بقوله ولكن يعتق عليه نصيبه من الام ومما في بطنها لاقراره بحريتها ويجوز دعوة الآخر ويثبت نسب الولد منه لانه محتاج الى النسب والنصف منه باقي على ملكه فان اقرار الاول ليس بحجة في ابطال

ملكه وأكثر مافيه انه صار كالمستسعى عند أبي حنيفة رحمه فتصح دعوته فيه ولا يضمن من قيمة الام شيئا لانه لا يتملك على شريكه نصيبه من الام فقد عتق نصيبه من الام بالاقرار السابق ويضمن نصف عقرها ان طلب ذلك أخوه لانه أقر بوطئها سابقا على اقرار أخيه وهي مشتركة بينهما فى ذلك الوقت فيكون مقرا بنصف العقر لاخيه بسبب لم يبطل ذلك السبب باقرار أخيه فكان له أن يصدقه فيستوفي ذلك منه ان شاء. قال عبد صغير بين رجلين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر فهو ابنه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان عنده العتق يتجزى قضيت للآخر بادعاء ملكه فلهذا صحت دعوته ونصف ولائه للمعتق باعتاقه فان ثبوت نسبه من الآخر لا ينتفي ماصار مستحقا من الولاء للاول ويستوى ان كان ولد عندهما أولم يولد وان كان الغلام كبير فاقر بذلك فهو ثابت النسب من المدعى فاذا ادعاه الذى أعتقه الآخر فان جحد ذلك لم يجز دعوة الذى لم يعتقه لان نصيبه باق على ملكه وهو بمنزلة المكاتب له فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله العتق لا يتجزى فلا يجوز دعوة واحد منهما الا بتصديق الغلام له فى ذلك. قال واذا تصادق الرجل والمرأة الحرة فى يد أحدهما انه ابنهما والمرأة امرأة الرجل لان مطلق اقرارهما بنسب الولد محمول على ولد صحيح بينهما شرعا وهو النكاح فكان تصادقهما على نسب الولد تصادقا منهما على النكاح بينهما ومطلقه ينصرف الى النكاح الصحيح فان كانت المرأة لا تعرف أنها حرة فقالت أنا أم ولد لك وهذا ابنى منك وقال الرجل هو ابنى منك وأنت امرأتى فهو ابنهما لتصادقهما على نسب الولد ولكنها أقرت له بالرق وهو كذبها فى ذلك فلم يثبت الرق عليها وهو قد ادعى عليها النكاح وهى قد كذبته فلا يكون بينهما نكاح ولكن بتكاذبهما فى السبب المثبت للفراش لا يمنع العمل بما تصادقا عليه مما هو حكم الفراش وهو ثبوت نسب الولد منهما وكذلك لو ادعت انها زوجته وقال الرجل هى أم ولدى فهذا والاول سواء لما بينا ولو قال الرجل هذا ابنى منك من نكاح وقالت صدقت هو من نكاح فاسد لا يقبل قولها في ذلك لان حقيقة الاختلاف بينهما في دعوى صحة النكاح وفساده وتصادقهما على أصل النكاح يكون اقرارا منهما بصحته فلا يقبل قول من يدعى الفساد بعد ذلك لكونه مناقضا ولو قال الزوج هو من نكاح فاسد وقالت المرأة هو من نكاح صحيح فنسب الولد ثابت وسئل الزوج عن الفساد ماهو فاذا أخبر بوجه من وجوه الفساد فرق بينهما باقراره بانها محرمة عليه فى الحال وجعل ذلك بمنزلة ايقاعه الطلاق

البائع حتى يكون لها نفقة العدة لان قوله فى فساد اصل العقد غير مقبول لما بيناولكنه متمكن من أن يفارقها فيجعل اقراره بذلك كانشاء التفريق والله أعلم بالصواب

باب الغرور

(قال رحمه الله ذكر عن يزيد بن عبد الله بن قصيط قال أبعت أمة فابت بعض القبائل فانتمت الى بعض قبائل العرب فتزوجها رجل من بنى عذرة فنثرت له ذا بطنها ثم جاء مولاها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقضي بها لمولاها وقضى على أن الولد أن تفدي الاولاد الغلام بالغلام والجارية بالجارية وفى هذا دليل أن ولد المغرور يكون حرا بعوض يأخذه المستحق من المغرور فأخذ بعض العلماء رحمهم الله بظاهره فقالوا مضمون بالمثل الغلام بالغلام والجارية بالجارية وعندنا هو مضمون بالقيمة وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية والمراد المماثلة فى المالية لافي الصورة) فانه ثبت بالنص أن الحيوان لايكون مضمونا بالمثل كما قال صلى الله عليه وسلم فى العبد بين اثنين يعتقه احدهما ان كان موسرا ضمن نصف قيمته نصيب شريكه وهكذا روى عن عمر رضى الله عنه وهو تأويل حديث على رضى عنه الذى ذكره بعدهذا عن الشعبي رحمه الله أن رجلا اشترى جارية فولدت منه فاستحقها رجل ورفع ذلك الى على رضى الله عنه فقضي بالجارية لمولاها وقضي للمشترى على البائع أن يفيك ولده بما عز وهان ولم يردبقوله قضى باولادها لمولاها أن يسلم الاولاد اليه وانما المراد جعل الاولاد فى حقهم كانهم مملوكين له حيث أوجب له القيمة على المغرور وأضاف ذلك الي البائع بطريق أن قود الضمان عليه فان المشتري يرجع على البائع بما غرم من قيمة الاولاد ومعنى قوله بما عزوهان بالقيمة بالغة ما بلغت وهو الاصل عندنا وفى ولد المغرور فانه فى حق المغرور هو حر الاصل وفي حق المستحق كانه رقيق مملوك له بملك الاصل وهو الجارية لانه لا وجه لايجاب الضمان له الا هذا فان الماء غير متقوم ليضمن بالاتلاف وانما يضمن المملوك بالمنع فيصير المغرور مانعا للولد بما ثبت فيه من الحرية حقاله وهذا لان النظر من الجانبين واجب والنظر فى جانب المغرور فى حرية الولد لانه لم يرض برق مائه والنظر فى جانب المستحق في رق الولد لكنه لا يبطل

ملكه عما هو جزء من ملكه فيجب ضمان المالية على المغرور بمنعه بعد الطلب ولهذا اعتبر قيمته وقت الخصومة حتى أن من مات من الاولاد قبل الخصومة لم يضمن من قيمته شيئا لان المنع انما يتحقق بعد الطلب اذا عرفنا هذا فنقول أمة غرت رجلا فأخبرته انها حرة فتزوجها على ذلك فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة انها أمته وقضى بها له فانه يقضي بالولد أيضا لمولى الجارية لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق المتولد منه فانه في حكم الجزء له وقد ظهر هذا السبب عند القاضي ولم يظهر ما يوجب حرية الولد وهو الغرور الا أن يقيم الزوج بينة أنه تزوجها على انها حرة فان أقام البينة على هذا فقد أثبت حرية الاولاد فكان الولد حرا لا سبيل عليه وعلى أبيه قيمته وادعى ماله حالا وقت القضاء به دون مال الولد لان السبب هو المنع وجد من الاب دون الولد ولا ولاء للمستحق على الولد لانه عاق جزء الاصل وانما قدرنا الرق فيه لضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعد وموضع الضرورة وان مات الولد قبل الخصومة فليس على الاب شئ من قيمته لان الولد لو كان مملوكا على الحقيقة لم يكن مضمونا فان ولد الغصب أمانة عندنا فان لم يكن مملوكا أولى أن لا يكون مضمونا وان قتل الابن فأخذ الجارية فعليه قيمته للمستحق الديه بدل نفسه ومنع البدل كمنع الاصل فيتحقق به السبب الموجب للضمان وان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يوجد بالقيمة لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقبول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل ويكون منعه قدر قيمة الولد كمنع الولد فى القضاء للمستحق عليه بالقيمة فلو كان للولد ولد يحرز ميراثه وديته تخرج من الديه أو دونها قضيت علي الاب بمثل ذلك لتحقق المنع فى البدل ولا يقضى به فى الدية ولا فى تركة الابن لان هذا الضمان مستحق علي الاب بمنعه الولد بالحرية وانما يقضي من تركة الابن ما يقرر دينا على الابن فان كان الاب ميتا قضي به فى تركته لانه دين علي الاب فيستوفى من تركته وان كان علي الاب دين خاص مستحق للغرماء بقيمة الولد لان دينه مثل دينهم وان لم يكن للاب بينة انه تزوجها علي حرة فطلب يمين المستحق علي علمه حلفته على ذلك لانه يدعى مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه ولكنه استحلاف على فعل الغير وكان علي العلم لا على البتات . قال ولو استولدها علي شراء أو هبة أو صدقة أو وصية أخذ المستحق الجارية وقيمة الولد لان الموجب للغرور ملك مطلق للاستيلاد له

فى الظاهر وهو موجود وما هو الظاهر ولوكان حيقة كان الولد حراً فباعتبار الظاهر يثبت حرية الولد أيضا ويرجع الاب على البائع بالثمن وقيمة الولد لان المبيع لم يسلم له وبعقد المعاوضة استحق سلامتها له سليمة عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيكون له أن يرجع بما يغرم بهذا السبب على البائع ولا يرجع عليه بالعقد عندنا وعند الشافعى يرجع بالعقر كما يرجع عليه بقيمة الولد لانه ضمان لزمه بسبب فوت السلامة المستحقة له بالعقد ولكنا نقول انما لزمه العقر عوضا عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم المستوفى له مجانا والوطء فى ملك الغير لايجوز أن يسلم للواطئ مجاناولا يرجع على الواهب والمتصدق والوصي بشئ من قيمة الاولاد عندنا وعند الشافعى له ذلك لانه الغرور قد تحقق منه بايجابه الملك له فى المحل واختار انها مملوكته سواء كان بعوض أو بغير عوض ولكنا نقول مجرد الغرور لا يكفى لاثبات حق الرجوع فان من أخبر انسانا أن هذا الطريق أمن وسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر وانما ثبوت حق الرجوع باعتبارعقد المعاوضة لان صفة السلامة تصير مستحقة به فأما بعقد التبرع لا تصير صفة السلامة مستحقة به ولهذا لا يثبت فيه حق الرد بالعيب فلم يكن له أن يرجع على المتبرع بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع لا يكون سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه (ألا ترى) أن الملك لا يحصل به قبل التسليم . قال وان كان المشتري باعها من غيره فولدت منه ثم استحقها رجل يرجع المشترى الثانى على بائعه بقيمة الولد وللمشترى الاول أن يرجع على بائعه بالثمن وليس له أن يرجع بقيمة الولد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد أن يرجع بقيمة الولد على بائعه* حجتهما فى ذلك أن المشترى الاول أوجب الملك فيها للغير فيجعل الاستيلاد على من أوجب له الملك فيها بمنزلة استيلاده بنفسه وهذا لان الرجوع بفوت صفة السلامة الذى صار مستحقا بالعقد وهذا كما تقرر بين المشتري الاول والثانى فقد تقرر بين المشترى الاول والبائع (ألا تري) ان المشترى الاول والثانى لو ردها بالعيب كان للمشترى الاول ان يردها على بائعه فكذلك اذا رجع عليه بقيمته وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان المشترى الاول ان شاء بايجابه الملك فيها لغيره بالبيع فرجوع المشتري عليه بما أنشأه من الغرور لابالغرور الذى سبق من البائع فصار ما أنشأه من الغرور ناسخا لغرور البائع الاول وهو نظير من حفر بئراً على قارعة الطريق فألقى انسان غيره فيه كان الضمان على الملقي ولا يرجع به على الحافر فهذا مثله * يوضحه أن

الرجوع بقيمة الولد بمنزلة الخصومة في العيب والمشترى انما يخاصم البائع في العيب اذا كان المستفاد من قبله قائما له وهنا قد انفسخ ذلك الملك بملك المشترى الثانى ولم يعد اليه بالرجوع بقيمة الولد عليه بخلاف ما اذا رد عليه بالعيب لان الملك المستفاد له من جهة البائع قد عاد اليه ونظير هذه المسئلة ما ذكر فى آخر الصلح أن المشترى الثانى اذا وجد بالمبيع عيبا وقد تعذر رده بعيب حديث عنده ورجع على بائعه بنقصان العيب لم يكن لبائعه أن يرجع بالنقصان على البائع فى قول أبى حنيفة لان المستفاد له من قبله لم يعد اليه وعندهما يرجع على البائع الاول بما غرم للمشترى الثانى من نقصان العيب لان الرجوع بالنقصان عند تعذر رد العين بمنزلة الرد بالعيب عند الامكان • قال رجلان اشتريا جارية فوهب أحدهما نصيبه من شريكه فولدت ثم استحقها رجل فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ولم يرجع الاب بنصف الثمن ونصف قيمة الولد على البائع لانه يملك نصفها من جهته بحكم المعاوضة والجزء معتبر بالكل ولا يرجع على الواهب بشئ من قيمة الولد لانه يملك النصف من جهته بعقد التبرع ولكن الواهب يرجع بنصف الثمن على البائع لان استحقاقها على من استفاد الملك فيها من جهة الواهب يكون استحقاقا على الواهب فيرجع بثمن ما استحق عليه على البائع ولم يغرم الواهب من قيمة الولد شيئا ليرجع به على البائع. قال ولو كانت أمة بين رجلين فولدت فادعاه أحدهما وغرم نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ثم استحقها رجل قضى له بها وبقيمة الولد والعقر للمستحق لان الغرور يتحقق بقيام الملك له فى نصفها ظاهرا فان الاستيلاد باعتبار هذا القدر صحيح فى اثبات حرية الاصل للولد ثم يرجع على البائع بنصف الثمن ونصف قيمة الولد لما بينا ويرجع على شريكه بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها لانه تبين أنه لم يتملك على شريكه نصيبه ولم يحصل وطؤه فى ملكه ولا يرجع على شريكه بشئ من قيمة الولد لانه ما كان مغرورا من جهة شريكه فان تملكه على شريكه ما كان باختيار منه ويرجع الشريك على بائعه بنصف الثمن لاستحقاق المبيع عليه. قال واذا تزوج المكاتب أو العبد امرأة حرة باذن مولاه فولدت له ثم استحقت وقضى بها للمستحق فالولد رقيق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله حر بالقيمة وهى مسئلة كتاب النكاح ان العتق بسبب الغرور عند محمد وذلك متحقق فى حق العبد كما هو فى حق الحر وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله المخلوق من ماء رقيقين

لا يكون حرا وقد بينا بعض هـذا فيما سبق . قال وكذلك اذا صار المكاتب مغرورا بالشراء فهو على هذا الخلاف الا أن عند محمد هناك الولد يكون حرا وهنا يكون بمنزلة أبيه مكاتبا .قال رجل اشترى أم ولد لرجل أو مكاتبة أو مدبرة من أجنبي فوطئها فولدت ثم استحقها مولاها قضى له بهـا وعلى أب الولد قيمة الولد لمولي المدبرة وأم الولد بسبب الغرور ولا يقال ولد أم الولد لا مالية فيه عند أبى حنيفة رحمه الله كامه فكيف يضمن بالغرور لان هـذا بعد ثبوت أمية الولد ولم يثبت فى الولد لانه علق حر الاصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة وعلي الاب قيمة الولد للمكاتبة .قال لان الذى غره منها وانما أراد به انه اذا كان الغرور منها لا يستوجب قيمة الولد وفيـه قولان لابى يوسف معروف فى كتاب العتاق فأما اذا كان الغرور من غيرها وجب على الاب قيمـة الولد ويكون ذلك للمكاتبـة لانها كانت أحق بولدها لكونه جزءا منها فكذلك ببدل ولدها .قال مكاتب أو عبد مأذون باع أمة فاستولدها المشترى ثم استحقت رجع أب الولد بقيمة الولد علي بائعـه لان الرجوع بقيمة الولد لاستحقاق صفة السـلامة له بعقد المعاوضة على البائع والمكاتب والمأذون فى هذا كالحر لان ضمان التجارة بمنزلة الرد بالعيب والرجوع بنقصان العيب عند تعذر الرد عليه . قال رجل ورث أمة من أبيه فاستولدها ثم استحقت كان الولد حرا بالقيمة لتحقق الغرور في حق الوارث فانمـا استولدها على أنها مملوكة اذا لم يكن عالمـا بكونهـا مستحقة ثم يرجع بالثمن وبقيمة الولد على الذى كان باعها من المورث لانه يخلف المورث فى ملكه فانما يصل اليه الملك الذى كان لمورثه لا أن يكون ذلك ملكا جـديدا له (ألا ترى) أنه يرده بالعيب ويكون فيـه كالمورث فكذلك الرجوع بسبب الغرور وهـذا بخلاف الموصي له ثم استولدها ثم استحقت لا يرجع علي بائع الموصي له بعقد متجدد وذلك الملك غـير الملك المستفاد من البائع ببيعه ولهذا لا يرده عليـه بالعيب فكذلك لا يرجع عليه بضمان الغرور. قال رجل أقر فى مرضه أن هذه الجارية وديعة عنده لفلان وعليه دين يحيط بماله أو ليس عليه دين فاستولدها الوارث بعد موته وقد علم باقرار الاب ثم استحقت ببينة فانه يقضى للمستحق بهـا وبولدها مملوكين له لان الوارث غـير مغرور هنا فانه أقدم على استيلادها مع علمه أنها غير مملوكة له لانها لم تكن مملوكة لمورثه فصار راضيا برق مائه وكان الولد ملكا للمستحق وان لم يقر المريض بها لغيره وكان عليه دين يحيط بماله فاستولدها الوارث قيمة الولد والعقر لانه بمنزلة المغرور فيها فان الاختلاف

بين العلماء رحمهم الله ظاهر فى وقوع الملك للوارث فى التركة المستغرقة بالدين فمن يقول لا يملك يقول سبب الملك له فيها تام حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر ولو أعتقها ثم سقط الدين نفذ عتقه ولو كانت أمه فتزوجها لم يصح النكاح فعرفنا أن الغرور قد تحقق فكان ولده حرا بالقيمة وتباع الامة فى الدين ان استغرقت التركة بالدين يمنع عتق الوارث فيها فكذلك يمنع ثبوت حق الحرية من جهة الوارث فيها ووجوب العقر عليه لان هذا وطء حصل فى غير ملكه وقد سقط الحد لشبهة فيغرم العقر فان أقام رجل البينة انها له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لما بينا ولو كانت الامة للميت وعليه دين لا يحيط بقيمتها فوطئها الوارث فولدت منه وضمن قيمتها وعقرها لان الدين اذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فيصح استيلاده فيها ولكن حق الغريم مقدم على حقه ويغرم قيمتها لحق الغريم لانه صار مستهلكا لما ليتها على الغريم بالاستيلاد قال ويغرم عقرها قال عيسى رحمه الله هذا غلط فان الاستيلاد حصل فى ملكه فلا يكون موجبا للعقر عليه اذا كان في قيمتها وفاء بالدين وزيادة فلم يغرم العقر ولماذا يغرم ولكنا نقول تأويل المسئلة أن الورثة كانوا عددا فكان هذا استيلاد الشركاء للجارية المشتركة وهو موجب للعقر والقيمة باعتبار ملك الشركاء وفى بعض الروايات وهو قول بشر بقدر الدين ولا يصير ملكا للوارث أيضا فلهذا لزمه قيمتها وعقرها يقضى من ذلك الدين أولا وما بقى فهو ميراث بين الورثة يسقط عنه من ذلك بقدر حصته ولا يضمن قيمة الولد هنا لانها بمنزلة الجارية المشتركة وقد بينا أن أحد الشركاء اذا استولد الجارية المشتركة لم يغرم من قيمة الولد شيئا. قال رجل اشترى جارية مغصوبة وهو يعلم أن البائع غاصب أو تزوج امرأة أخبرته أنها حرة وهو يعلم انها كاذبة فاستولدها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور حين كان عالما بحقيقة الحال ولانه رضى برق مائه حين استولدها مع علمه انها مملوكة لغيره ولو اشتراها من رجل وهو يعلم انها لغيره فقال البائع أن صاحبها وكلنى ببيعها أو مات وقد أوصى الى فاستولدها ثم جاء صاحبها وأنكر الوكالة والوصايا فانه يأخذها جاريته لان ملكه فيها معلوم واذنه فى بيعها لم يصح حين أنكره ويأخذ عقرها وقيمة ولدها لان الغرور قد تحقق بما أخبره البائع به فان ما أخبر به لو كان حقا كانت هى مملوكة للمشترى فهذا وقوله انها ملكى سواء في أنه يلتزم سلامتها له فاذا غرم قيمة الولد رجع به على البائع مع الثمن لانه لم يسلم له ما التزم ولو اشترى الوكيل لموكله جارية فاستولدها الموكل ثم

استحقت أخذها الموكل المستحق وعقرها وقيمة ولدها من المستولد ويرجع بالثمن وقيمة الولد علي البائع والوكيل هو الذي يلي خصومته في ذلك لان البائع التزم بالعقد صفة السلامة والوكيل له اليد (ألا ترى) أن الخصومة في العيب للبائع دون الموكل فكذلك الخصومة في الرجوع بالثمن وقيمة الولد على الوكيل فان قال البائع لم أبع من أب الولد شيئا أو قال لم أشتر هذا مني له فأقام الوكيل البينة انه اشتراها لفلان بأمره فالثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم يشهدوا بأمره ولكن شهدوا على اقرار المشترى انه اشتراها لفلان بماله فان كان اقراره بهذا قبل الشراء وشهد الشهود بذلك فهو وما سبق سواء لانا لو سمعنا اقراره في ذلك الوقت كان الشراء موجبا الملك للموكل فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان شهدوا انه أقر بذلك بعد الشراء قبل أن تلد وبعده لم يصدق علي البائع لان شراءه موجب الملك له فكل أحد عامل لنفسه بتصرفه حتى يقوم الدليل على أنه يعمل لغيره باقراره بعد ذلك في حق البائع بمنزلة الايجاب المبتدإ لانه غير مصدق في هذا الاقرار في حقه ولو ملكه ابتداء من هذا المستولد لم يكن له خصومة مع البائع في الرجوع بقيمة الولد عليه بعد ذلك فكذلك هنا. ولو استولد جارته فاستحقها رجل فقال المستولد اشتريتها من فلان بكذا وصدقه فلان وكذبهما المستحق فالقول قول المستحق لان سبب ملك الولد ظاهر وهو استحقاق الجارية والآخران يريدان ابطال ملكه في الولد بقولهما فلا يصدقان على ذلك ولكن يحلف المستحق بالله مايعلم أنه اشتراها منه لانه لو أقر بذلك كان الولد حرا فاذا أنكر يستحلف عليه ولو أنكر البائع وصدقه المستحق فالولد حر لاقرار المستحق بحريته وعلى الاب قيمته لاقراره على نفسه بالقيمة للمستحق ولا رجوع لهما علي البائع لان قولهما ليس بحجة عليه ولو أنكر البائع والمشتري وأقر به المستحق عتق الولد باقراره لانه ملكه في الظاهر ولا قيمة له على الاب لانه مدعى لنفسه عليه بالقيمة فلا يستحقه الا بحجة. قال رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفي درهم فاستولدها المضارب ثم استحقت فالولد حر بالقيمة لان المضارب كان مالكا نصفها في الظاهر قدر حصته من الربح فيتحقق الغرور بسبب ثم يرجع المضارب على البائع بالثمن فيكون علي المضاربة كما كان ويرجع عليه أيضا بربع قيمة الولد لان رجوعه باعتبار ملكه الظاهر وذلك كان بقدر الربع فيرجع به على البائع ويكون ذلك له خاصة ولا يكون على المضاربة لانه عوض عما أدى والمؤدى لم يكن

من مال المضاربة ولو لم يكن فى الام فصل أحد المستحق الولد مع الام ولم يثبت نسبه من المضارب لانه استولدها ويعلم له أنه لا يملك شيئا منها فكان لا يثبت به النسب والولد رقيق لانعدام التوارث حين كان عالما بحالها وان كان هو الذى استولدها فان لم يكن فيها فصل كان الولد حرا وعليه قيمته للمستحق لانها مملوكة لرب المال فى الظاهر والمضارب اشتراها له بأمره فهذا وفصل الوكيل سواء فيكون الولد حرا بالقيمة ويرجع على البائع بالثمن وقيمة الولد والذى يلى خصومة البائع فى ذلك المضارب فيكون الثمن على المضاربة وقيمة الولد على رب المال وان كانت الجارية تساوي الفين فالرجوع على البائع بثلاثة أرباع قيمة الولد لان المملوك للمستولد من جهته كان هذا المقدر وهو قدر رأس المال وحصته من الربح فانما يرجع بهذا القدر من قيمة الولد فيكون لرب المال خاصة ويرجع بالثمن فيكون على المضاربة . قال رجلان اشتريا من وصى يتيم أمة فاستولدها أحدهما ثم استحقت قضي له بها وبقيمة الولد على الاب ويرجع الاب بنصف تلك القيمة علي الوصى لانه يملك نصفها من جهة الوصي ببيعه فبقدره يرجع عليه من قيمة ولدها ثم يرجع به الوصى في مال اليتيم لانه كان عاملا لليتيم فى ذلك فاذا لحقه عهدة يرجع به عليه وكذلك لو كان البائع أب الصبى فهو والوصى فى حكم الرجوع سواء وكذلك لو كان البائع وكيلا أو مضاربا اذا كان فى المضاربة فصل لم يرجع على رب المال من قيمة الولد الا بقدر رأس المال وحصته من الربح لانه فى ذلك القدر عامل له وفى حصة نفسه من الربح عامل لنفسه فلا رجوع به له علي رب المال . قال ولو كفل رجل للمشترى بما أدركه من درك لم يرجع المشترى على الكفيل بقيمة الولد لان هذا ليس بدرك فى الجارية انما يفوت بهذا ما التزم بصفة السلامة فكان بمنزلة عيب يجده بها فيردها وهناك لا يرجع على الكفيل بشيء كذلك هنا لا يرجع علي الكفيل بشيء من قيمة الولد . قال واذا غرت الامة من نفسها رجلا أخبرته أنها أمة لهذا الرجل فاشتراها منه واستولدها ثم استحقت رجع أب الولد بالثمن وقيمة الولد على البائع دون الامة لان الرجوع باعتبار التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة والبائع هو الذى التزم ذلك للمشترى دون الامة انما الامة أخبرته بخبر كذب ومجرد هذا الخبر لا يلزمه ضمان قيمة الولد كما بيناه . قال حرة ولدت ولدين فى بطن واحد وكبرا واكتسبا مالا ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم جاء رجل وادعى انه زوج المرأة وأنهما ابناه فأقرت المرأة بذلك وجحد الابن الباقى وابن الابن فان الرجل والمرأة يصدقان على أنفسهما دون غيرهما فيثبت

النكاح بينهما بتصادقهما ويدخل فى نصيب المرأة من الميراث لاقرارهما انهما يستويان فى ذلك فان من ترك أبوين وابنا فللابوين السدسان فلهذا قسم مافى يدها بينهما نصفان فان أقر ابن المرأة بدعوة الرجل ثبت نسبه باقراره ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الآخر لانهما توأم فيثبت نسبهما ولكنه لا يرث بهذا مع ابن الميت شيئا لان الابن الباقى غير مستحق لشئ من ميراث الميت فتصديقه فى حكم الميراث وتكذيبه سواء لان الميراث مال ينفصل عن النسب فى الاستحقاق ثبوتا وسقوطا (ألا ترى) ان عبد الرق واختلاف الدين والنسب ثابت ولا ميراث واذا أقر أحد الاخوين بأخ آخر فالشركة فى الميراث ثابتة ولا نسب وما كان طريق ثبوته الضرورة فالمعتبر فيه الجملة فاذا كان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر فى الجملة لم يستحق الميراث باقراره وان ثبت نسبه وان أقر ابن الميت بدعوة الرجل وقد احتلم ثبت نسبهما جميعا منه لانه فى هذا التصديق قائم مقام أبيه وثبوت نسب أخيه يقتضى ثبوت نسب الآخر ضرورة ويرث معه الرجل لان الحق فى الميراث له وقد أقر بأن سدسا من الميراث وهو خمس مافى يده للاب فيؤمر بتسليمه اليه . قال ولو ان أمة ولدت ولدين فى بطن واحد فاشترى رجل أحدهما وأعتقه ثم مات المعتق فورثه مولاه ثم اشترى رجل آخر الابن الباقى مع أمه فادعى انه ابنه ثبت نسبه منه وان كان كبيراً لا يقر بذلك الا عبد له فلا حاجة الى تصديقه فى اثبات النسب منه ويثبت نسب ولد الميت أيضا منه ولا يكون له الميراث الذى أخذه المولى لما بينا انه ليس من ضرورة ثبوت النسب استحقاق المال وانما أورد هذا الفصل ايضاحا لما سبق فانا لو قلنا يستحق المال على المولى بهذا الطريق كان يقدر كل واحد على ابطال حق المولى عن الميراث المستحق له بأن يشترى الابن الآخر فيدعى نسبه وهذا بعيد وفيه من الضرورة ما لا يخفى فقلنا لا يستحق المال وان ثبت نسب الآخر منه ضرورة والله أعلم بالصواب (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله إملاء اعلم بأن الاقرار خبر متمثل متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو أنه ظهر رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فيه لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه ففى حق الغير ربما تحمله النفس الامارة بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما يمنعه عن الاقرار بالصدق وفى حق نفسه النفس الامارة

بالسوء على الاقرار به كاذبا وربما يمنعه عن الاقرار بالصدق وفى حق نفسه النفس الامارة بالسوء لا تحمله على الاقرار بالكذب وربما يمنعه على الاقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقربه على نفسه جعل اقراره حجة واليه أشار الله تعالى في قوله بل الانسان على نفسه بصيرة. قال ابن عباس رضى الله عنهما أى شاهد بالحق والدليل على انه حجة شرعا قوله تعالى وليملل الذى عليه الحق فأمر من عليه الحق بالاقرار بما عليه دليل واضح علي انه حجة والنهى عن الكتمان فى قوله تعالى ولا يبخس منه شيئا وليتق الله ربه دليل علي ان اقراره حجة كما ان الله تعالى لما نهى عن كتمان الشهادة كان ذلك دليلا على ان الشهادة حجة فى الاحكام ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه حين أقر على نفسه بالزنا وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث العسف وأعد ما انتسب الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فيكون الاقرار حجة فى الحدود التي تندرئ بالشبهات دليل على انه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الاولى ثم الاقرار صحيح بالمعلوم والمجهول بعد أن يكون المعلوم لانه اظهار لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا فيصح اظهاره بالمجهول كالمعدوم بخلاف الشهادة فان أداء الشهادة لا تكون الا بعد العلم بالمشهود به. قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع فمع الجهل لا حاجة الى الشهادة بل هو ممنوع عن أدائها فأما من عليه الحق محتاج الى اظهار ما عليه باقراره معلوما كان عنده أو مجهولا فقد يعلم أصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته ولهذا صح اقراره بالمجهول ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم فأما الاقرار موجب بنفسه قبل اتصال القضاء به واذا احتمل بالمجهول أمكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فلهذا صح الاقرار ولهذا لا يعمل بالرجوع عن الاقرار ويعمل بالرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها اذا عرفنا هذا فنقول رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه ما بينه ولا بد من تبيين أي شيء هو لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان أو غيره الا أن لفظ الغصب دليل علي المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لم يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب

دليل على أنه كان ممنوعا منه من صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجرى فيه التمانع فاذا تبين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير صحيح موصولا أو مفصولا فان ساعده المقر على ما بينه أخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج من موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا اقراره بنفى دعواه شيئا آخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ويستوى ان بين شيئا يضمن بالغصب أو يضمن بعد أن يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى المغصوب فالقول قوله مع يمينه وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت الدار لا يضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ رحمهم الله فيما اذا بين المغصوب زوجته أو ولده الصغير فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس أكثر مما يجرى فى الاموال وأكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه ما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه وفرق بين هذا وبين الخلع فان من خالع امرأته على ما فى بيتها من شئ فانه ليس فى البيت شئ كالخلع مجازا وله أن يجعل تسمية الشئ فيه دليلا على المالية بخلاف تسمية المتاع لان الخلع من اسباب الفرقة والفرقة قد تكون بغير بدل فى العادة فلا يكون فيما صرح دليلا على المالية فى الشئ المذكور فأما الغصب لا يطلق فى العادة الا فيما هو مال ولا يثبت حكمه شرعا الا فيما هو مال فالتنصيص عليه دليل على المالية فى الشئ المذكور والعصير قبل التخمر كان الا فسد تقومه بالتخمر شرعا وصار المسلم ممنوعا من تموله من غير انعدم أصل المالية فيه (ألا ترى) أنه بالتخلل يصير مالا متقوما وهو ذلك الغير فلهذا صح بيانه ثم الخمر محل لحكم الغصب ولهذا كان غاصب الخمر من الذمى ضامنا لهذا قبل بيانه وكذلك لو أقر أنه غصب عبدا فهذه الجهالة دون الاول لان جنس المقر به صار معلوما هنا ثم التوسع فى الاقرار أكثر منه فى الخلع والصلح عن دم العمد والنكاح وتسمية العبد مطلقا صحيح فى هذه العقود ففى الاقرار الاول ان فى هذه العقود ينصرف الى الوسط لانه عقد معاوضة فيجب النظر فيه من الجانبين وذلك بتعين الوسط الذى هو فوق الوكس ودون الشطط والاقرار لا يقابله شئ فلا يتعين فيه الوسط بل يكون المقر فيه مقبولا اذا لم يخالف ما يلفظ به سواء بين الرديء أو المعيب فاسم العبد أولى * توضيح الفرق أن الغصب فعل يستدعى

محلا هو مفعول به ولان يستدعى صفة السلامة فيه ومن حيث العادة أيضا ليس للغاصبين اختيار الوسط والتسليم وانما يغصب الغاصب مايقدر عليه فامافى عقود المعاوضات لها موجب شرعا فى اقتضاء صفة السلامة وكذلك للناس عادة في ايراد عقد المعاوضة على التسليم دون المعيب فلهذا يصرف مطلق العقد فيه الى التسليم فان كان العبد الذى بعينه منصوبا فى يده قائما رده وان كان هالكا فعليه قيمته لان ضمان الاصل فى الغصب رد العين قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند عدم رد العين ليكون خلفا عن الضمان الاصلى وسميت قيمة لقيامها مقام العين فان وقعت المنازعة بينهما في مقدار القيمة فالقول قول المقر لانكاره الزيادة مع يمينه وكذلك لو أقر بغصب شاة أو بقرة أو ثوب أو عرض وكذلك لو أقر أنه غصبه دارا فالقول قوله في تعيينها سواء عينها في هذه البلدة أو فى بلدة أخرى لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط وذلك لايختلف باختلاف البلدان فكان بيانه مطابقا للفظه ولو قال هى هذه الدار التى فى يدى هذا الرجل وذو اليد منكر يقول الدار دارى فالقول فى تلك الدار قول ذى اليد لان دعوى المقر أنها لغيره كدعواه انها له فلا يصدق في ذلك بغير حجة لكنه خارج عن عهدة اقراره بما بين فان بيانه مطابق للفظه لان ما في يد الغير مال محل للغصب ثم لا يضمن المقر شيئا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله يصير ضامنا لقيمتها لانه اقر بغصبها ومن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر أن العقار لا يضمن بالغصب وهي مسئلة معروفة فى كتاب الغصب ولو قال غصبته هذه الامة أو هذا العبد فادعاهما جميعا المقر له فانه يقال للغاصب قربايهما شئت وتخلفت عن الآخر لانه أدخل حرف أو فى موضع الاثبات فيتناول بعض المذكورين فاذا أقر باحدهما خرج به عن عهدة ذلك الاقرار وقد صدقه المقر له فى ذلك حين ادعاهما جميعا فيأخذ المقر له ذلك الشئ بعينه وتبقي دعواه الآخر فى يده فيكون القول الآخر قول المنكر مع يمينه وان ادعى المقر له احدهما بعينه لم يستحق ذلك اذا زعم المقر أن المغصوب هو الآخر لانه أقر بغصب فى منكر ولان ادعاء المقر له معين والمعين عند المنكر فلم يتناول اقراره هذا المحل بعينه فلا يستحق به ثم هو بالتعيين قصد ابطال حق البيان الثابت للمقر فانه هو المبهم ومن أبهم شيئا فاليه بيانه وهو لايملك ابطال الحق الثابت له فان بين المقر الآخر صح بيانه لانه موافق لمبهم كلامه ولكن المقر له كذبه فى ذلك والاقرار يرتد بالرد فيبطل اقراره به بنفى

دعوي المقر له الآخر عليه وهو جاحد فالقول قوله مع يمينه ولو أقر أنه غصب هذا العبد
من هذا أو من هذا وكل واحد منهما يدعيه فان اصطلحا على أخذه أخذه وان لم يصطلحا
استحلف كل واحد منهما أولا نقول فرق بين هذا والاول فقال هناك يقال له قر بأيهما
شئت واحلف على الآخر وهنا لا يقال له قر لايهما شئت واحلف للآخر لان هناك الاقرار
صحيح ملزم فان المستحق معلوم انما الجهالة فى المستحق فيمكن اجباره على البيان لما صح
اقراره وهنا اقرار غير صحيح لان المقر له مجهول وجهالة المقر له تمنع صحة الاقرار لان الحق
لا يثبت للمجهول ولان المغصوب عند الغصب قد بينه حاله على الغاصب انه عبد أو أمة ولكن
المغصوب منه لا يشتبه عليه عادة فلم يكن اقراره للمجهول حجة تامة فى الاستحقاق حتى يجبر
على البيان ولكنهما ان اصطلحا على أن يأخذاه أمر بالتسليم اليهما لان المغصوب جهالة من يجب
عليه تسليمه اليه وقد يزال ذلك باصطلاحهما فان احدهما مالك والآخر نائب عنه وكما يؤمر
الغاصب بالرد على نائبه ولانه كان مقرا انه لا حق له في العبد منهما فان الحق فيه لا يعدوهما
وانما لم يصح اقراره فى التزام التسليم الى احدهما بعينه فلا يجبر على البيان لان ذلك غير ثابت
باقراره فاذا اصطلحا فقد ثبت باقراره أن المستحق منهما يأمره بالتسليم اليه فان لم يصطلحا
استحلف لكل واحد منهما بعينه لان كل واحد منهما يدعى الحق لنفسه عينا وهو لم يقر بذلك
وانما أقر لمنكر منهما والمنكر في حق المعين كالمعدوم وللقاضى الخيار فى البداية بالاستحلاف
لايهما شاء وقيل هذا بالاستحلاف لمن سبق بالدعوى وقيل يقرع بينهما تطمينا لقلوبهما فان
نكل عن اليمين أحدهما يأمره بالتسليم اليه مالم يحلفه الآخر بخلاف ما اذا أقر لاحدهما
بعينه فانه يأمره بالتسليم اليه لان الاقرار موجب الحق لنفسه فأما النكول لا يوجب الحق
الا بقضاء القاضى والقاضى لا يقضى الا بعد النظر لكل قسم ومن حجة الآخر أن يقول
القاضى انما نكل له لانك بدأت بالاستحلاف له ولو بدأت بالاستحلاف لى لكان ينكل
لى وفى الاقرار لا يمكن الآخر أن يحتج بمثل هذا وقد زعم ان المقر له أحق بالعين منه
فيأمره بالتسليم اليه فان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى القاضي به للذى يحلف له لانه
حق من حلف له وقد انتفى بيمينه مالم يأت بحجة ولا حجة له ونكوله في حق الآخر
قائم مقام اقراره فيأمره بالتسليم اليه وان نكل لهما قضى القاضي بالعبد بينهما وبقيمته أيضا
بينهما لان بنكوله صار مقرا له وغصب من كل واحد منهما جميعه وما لو قدر الا على النصف

برده على كل واحد منهما وليس احدهما أولي به من الآخر فيلزمه رد نصف القيمة على كل واحد منهما اعتبار اللجزء بالكل اذا تعذر رده ولو حلف لهما لم يكن لهما عليه شيء لان حق كل واحد منهما قد انتفى بيمينه الى أن يجد الحجة فان أراد أن يصطلحا بعد ذلك لم يكن لهما ذلك فى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وكان يقول أولا لهما ذلك وهو قول محمد رحمه الله * وجه قوله الاول ان حق الاخذ عند الاصطلاح ثبت لهما بهذا الاقرار بدليل انهما لو اصطلحا قبل الاستحلاف فان لهما أن يأخذاه والحق الثابت بالاقرار لا يبطل باليمين والمعنى الذى فات لهما أن يأخذاه قبل الاستحلاف اذا اصطلحا علي ان احدهما مالك والآخر نائب عنه وهذا موجود بالاستحلاف ولان الاستحلاف هو غير محل للاقرار لان الاقرار كان لاحدهما بغير عينه والاستحلاف كان استحقاق كل واحد منهما بعينه فلا يتغير به حكم ذلك الاقرار فالقاضي يتيقن انه صادق فى يمينه أو كاذب ولا تأخير لليمين الكاذبة فى ابطال الاستحقاق وجه قول أبي يوسف الآخر رحمه الله ان يمين المقر يبطل حق من حلف له كما لو حلف لاحدهما يبطل حقه ومزاحمته ثم التفقه فيه من وجهين احدهما ان أصل الاقرار وقع فاسدا لجهالة المقر له لما بينا أن الغصب يوجب رد العين والمستحق للرد عليه بهذا الاقرار غير معلوم أو كان الاقرار فاسداً ولكن اراد منعه العباد برفع المفسد بالاصطلاح ممكن فان أزال ذلك قبل تقرر الفساد صح الاقرار وأمر بالتسليم اليهما وان تقرر الفساد بقضاء القاضي لا يمكن ازالته بعد ذلك برفع كالبيع الفاسد بخيار مجهول أو بعمل مجهول اذا تقررت صفة الفساد بالقضاء وهنا لما استحلفه القاضي لكل واحد منهما فقد حكم بفساد ذلك الاقرار فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك باصطلاحهما (الثانى) أن لكل واحد منهما لما طلب يمينه فقد عاملة المنكرين فصار راد الاقرار يرتد برد المقر له فلم يبق لهما حق الاصطلاح بعد ذلك بخلاف ما قبل الاستحلاف والثابت بالاقرار أحد الامرين اما الاصطلاح أو الاستحلاف فكما لو أقر علي الاصطلاح كانا قابلين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاستحلاف بعد ذلك فكذلك لو أقر علي الاستحلاف كانا رادين لاقراره فلا يبقى لهما حق الاصطلاح بعد ذلك وقوله الاستحلاف فى غير محل لاقراره قلنا محل الاقرار لا يعدوهما فاذا وجد الاستحلاف منهما فقد تقن بوجوده ممن وقع الاقرار له فكان ذلك مبطلا لحق الاقرار ولو قال غصبت العبد من هذا لا بل من هذا فهو للاول وللآخر قيمته لان كلمة لا بل للاستدراك بالرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه

اثبات والرجوع عما أقر به للاول باطل واثبات ما أقر به للاول في حق الثاني صحيح فيبقى العبد مستحقا للاول بصدر كلامه وقد صار مقراً ببعضه من الثانى وهو عاجز عن رد عينه حين سلمه الى الاول بحكم الحاكم فكان عليه للثانى قيمته والدليل على أن كلمة لا بل موضوعة لما قلنا مثل قول الرجل جاءنى زيد لا بل عمر ويفهم منه الاخبار بمجيء زيد وهو بخلاف مالو قال هذا العبد لفلان بل لفلان حيث يؤمر بتسليمه الى الاول ولا شئ للثانى عليه لانه ما أقر على نفسه بفعل موجب للضمان فى حق الثانى انما شهد له بالملك فيما صار مملوكا لغيره بصدر كلامه والشاهد بالملك اذا أردت شهادته لم يضمن شيئا وهنا أقر بغصبه من الثانى وهو فعل موجب للضمان عليه واذا أقر بغصب شئ من الاشياء كائنا ما كان من قريب أو بعيد صغير أو كبير مسلم أو كافر أو مرتد أو مستأمن أو حر أو عبد محجور عليه أو تاجر فهو ضامن له فى جميع ذلك ان كان فائتا وان كان قائما رده الى الذى أخذه منه صغيراً كان المغتصب منه أو كبيراً لان رد المغصوب يفسخ من الغاصب لفعله فيه وحقيقة انفساخ فعله برده على من أخذه منه فكانت جنايته بازالة يد محترمة للغير فى هذه العين واثبات اليد في نفسه فاذا اعاده الى من أخذه منه فقد صار به معيداً لما أخذ (ألا ترى) ان من أخذ منه خصم له في الاسترداد فيبرأ بالرد عليه على أى صفة كانت وهو نظير من انتزع خاتما من أصبع نائم ثم أعاده الي أصبعه قبل أن ينتبه برئ منه لانه أعاده كما كان بخلاف ما اذا انتبه ثم نام ثانيا لانه لما انتبه وجب عليه رده على المنتبه فلا يبرأ بعد ذلك باعادته الي أصبع النائم كما لو غصبه وهو منتبه ثم جعله في أصبعه فى حال نومه قال خلا الولد الصغير مع أبيه الغنى فلان الاب فيما يأخذ من مال ولده الصغير لا يكون غاصبا ولكنه ان كان محتاجا اليه فله أن يأخذه ليصرفه الى حاجته وان لم يكن محتاجا فله أن يأخذه لحفظه له فلا يلزمه رده على الصبى حتى يبلغ ولا يكون جانيا فى حقه الا أن يستهلكه من غير حاجة فحينئذ يكون ضامنا له وكذلك وصى الصغير فيما يأخذ من ماله لا يكون غاصبا لان ولاية الاخذ لحفظه ثابتة وان غصب المولى من مكاتبه أو عبده المأذون المديون فهو برده أو الضمان عند هلاكه لانه ممنوع من أخذه أما كسب المكاتب صار أحق به وصار المكاتب كالحر يدا فى مكاسبه فاذا أبق به عليه صار ضامنا وأما العبد المديون لان كسبه حق غرمائه والمولى ممنوع من أخذه ما لم يسقط الدين فكان ضامنا وان لم يكن على العبد دين فكسبه خالص حق المولى فلا يكون هو فى أخذه منه غاصبا وكذلك يغصب من مولاه

لانه لاحق له فى مال المولى وله ذمة معتبرة فى ايجاب الدين لمولاه فيكون ضامنا غصبه منه والعبدفيما يغصب من مولاه مأمور بالرد عليه ولكنه غير ضامن لان للعبد ذمة معتبرة فى ايجاب الدين فيها للمولى فان الدين لايجب على العبد الا شاغلا ماليةرقبته ومالية حق مولاه ولو قال غصبتك هذا العبدأمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة الشرط وذلك انما يصح فى الانشاآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة الا أن يكون في معنى الشرط فان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر على ذلك والوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم فدل أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والاقرار لايكون ملزما الا كلام هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثناء اذا كان موصولا بالكلام لا اذا كان مفصولا الا على قول ابن عباس رضي الله عنه فانه قال يعمل بالاستثناء وان كان مفصولا استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى ولنا نقول الاستثناء مخرج لكلامه من أن يكون عزيمة فكان مغير الموجب مطلق الكلام والتعبير انما يصح موصولا بالكلام لامفصولا فانه بمنزلة الفسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك فى اقراره فكذلك لا يملك الاستثناء المفصول وهذا بخلاف الرجوع من الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفى لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لايصح مفصولا كان أو موصولا اما هذا بيان فيه تعبير فان الكلام نوعان لغو وعزيمة فبالاستثناء تبين أن كلامه ليس بعزيمة وبيان التعبير لا يصح موصولا لامفصولا بمنزلة التعليق بالشرط فانه متبين ان صدر كلامه لم يكن ايقاعا بعد ان كان ظاهرا مقتضيا للايقاع فصح ذلك موصولا لامفصولا وأما الحديث قلنا قوله صلى الله عليه وسلم بعد سنة ان شاء الله تعالى لم يكن على وجه الاستثناء انما كان على وجه الامتثال لما أمر به قال الله تعالى واذكر ربك اذا نسيت ولو قال غصبتك هذا العبد أمس الا نصفه صدق فيه لان الكلام اذا قيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى لا أن يكون رجوعا عن القدر المستثنى قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه تسعمائة وخمسين فأما لو جعلناه فى معنى الرجوع كان ذلك قولا بالغلط فما أخبر الله تعالى به حتى تداركه بالاستثناء وذلك لايجوز ثم هذا بيان فيه تغيير لان صدر كلامه

اقرار بغصب ماسمى عبدا وبالاستثناء تبين أن المغصوب لم يكن عبدا فلما كان تغييرا صح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال الا ملبسه الاعلى قول الفرار رحمه الله فانه لايجوز استثناء الاكثر مماتكلم به لان العرب لم تتكلم بذلك ولكنا نجوزه استدلالا بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا ولان طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق بين الاستثناء فى الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب لم يمتنع صحته ان كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ولو قال الا العبد كله كان الاستثناء باطلا لانه لايمكن تصحيحه بان جعل عبارة عما وراء المستثنى فانه لايبقى وراء المستثنى شيء فكان هذا رجوعا لااستثناء والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا ولو قال غصبتك كذا وكذا فهو اقرار بغصبهما فان حرف الواو للعطف والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فيقول الرجل جاءنى زيد وعمر فيكون اخبارا بمجيئهما فاذا قال غصبته عبدا أو جارية كان اقرارا بغصبهما لانه خبر المذكور أولانه مغصوب ولم يذكر للثانى خبر يستقل به فكان الخبر الاول خبر له وكذا خبر أن يقول دابة مع سرجها لان كلمة مع للقران فقد قرن بينهما فى الاقرار بفعل الغصب فيهما اذ لاتتحقق المقارنة منه الا فى هذا وكذلك لو قال كذا بكذا نحوان يقول غصبته فرسا بلجامه أو عبدا بمنديله فهو اقرار بغصبهما لان الباء للالصاق فيصير هو ملصقا الثانى بالاول فيما أخبر به من فعل الغصب ويكون مبنيا أن عند غصبه كان اللجام ملصقا بالدابة ولن يتحقق الالصاق الا بعد أن يكون غاصبا لهما وكذلك لو قال كذا فكذا نحوان يقول غصبت عبدا فجارية فان الفاء للوصل وفيه معنى العطف على سبيل التعقيب ولن تتحقق هذه المعانى الا بعدأن كان غاصبا لهما وكذلك لو قال كذا وعليه كذا نحو أن يقول غصبته دابة عليها سرجها لانه جعل المغصوب محلا لما ذكره آخرا فيقتضى أن يكون غاصبا لهما وان قال كذا من كذا بان قال غصبت منديلا من غلامه أو سرجا من دابته كان اقرارا بالغصب فى الاول خاصة لان كلمة من للتبعيض فانه يفهم منه الانتزاع فعلى انه انتزع ما أقر بغصبه أولا من ملكه (ألاترى) أنه يقول منديلا من رأسه أو ثوبا من بدنه فلا يفهم الاقرار بغصب الثوب والمنديل وكذلك لو قال كذا على يجوز أن يقول غصبته إكافا على حماره فيكون اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل

لا يكون مقتضيا غصب المحل ولو قال كذا في كذا وان كان الثانى مما يكون وعاء للاول كالماء
في ثوب في منديل أو طعام في سفينة وما أشبه ذلك لان في حقيقة للظرف فهو مخبر بأن
الثاني كان ظرفا للاول مع غصبه ولن يكون ذلك الا اذا كان غصبه لهما وكذلك قوله تمرا
في قوصرة أو حنطة في جوالق وان كان الثانى مما لا يكون وعاء الأول نحو قوله غصبتك
درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح أن يكون ظرفا لما أقر بغصبه أولا فالغي آخر كلامه
فان (قيل) كان ينبغي أن يحمل حرف في بمعنى حرف مع لان الكلام معمول بمجازه عند
تعذر العمل بحقيقته قال الله تعالى فادخلي في عبادي (قلنا) اذا آل الامر الى المجاز فكما يحتمل
معنى مع يحتمل معنى على قال الله تعالي ولا صلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل
فان حمل عليه لم يلزم الثاني وان حمل على معنى مع لزمه والذمة في الاصل بريئة فلا يجوز
شغلها بالشك وان كان الثاني مما يكون الاول وسطه نحوان يقول غصبتك ثوبا في عشرة
أثواب لم يلزمه الاثوب واحد في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمهما الله ويلزمه
في قول محمد رحمه الله أحد عشر ثوبا * وجه قول محمد رحمه الله أن العشرة قد تكون وعاء
للثوب الواحد فان الثوب النفيس قد يلف عادة في الثياب فكان هذا بمنزلة قوله حنطة في
جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كانه قال عشرة أثواب في ثوب والثوب
الواحد يكون وعاء للعشرة فوجب العمل بما صرح به بحسب الامكان وعال لابي يوسف
رحمه الله في الجناب وقال ان العشرة لا تكون وعاء معناه أن الوعا غير الموعا والثوب اذا لف
في ثياب فكل ثوب يكون موعا في حق ماوراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ثوب
ظاهر فاذا كان لا يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وحمله على
التقديم والتأخير لا معنى له فانه اشتغال بايجاب المال في ذمته بالمحتمل وبتأويل هو مخالف
للظاهر وذلك لا يجوز ولو قال غصبته كرباسا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله
يلزمه الكرباس وعشرة أثواب حرير لان الحرير لا يجعل وعاء للكرابيس عادة ولو قال
غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام
فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل
في ضمانه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب
للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم أحول الطعام من موضعه لم يصدق في

ذلك لانه أقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم أنقله راجعا عما أقر به فلم يصدق وكان ضامنا للطعام وفى قول محمد رحمه الله هو ضامن للبيت أيضا ومسئلة غصب العقار معروفة ولو قال غصبته يوما ورددته عليه لم يصدق علي الردوان كان كلام موصول لانه ليس الى بيان صدر الكلام بل هو دعوى مبتدأ أي أو فيته مالزمنى من ضمان الغصب واقراره صحيح فأما دعواه بغير حجة لاتكون صحيحة ولكن القول قول المنكر للرد كالمقر بالدين اذا ادعى الايفاء والابراء كلام موصول ولوقال غصبته ثوبا من عينه أو تمرا من قوصرة أو طعاما من بيت أو ظهر دابه ضمن التمر والثوب والطعام خاصة لما بينا ان آخر كلامه كان لبيان ان انتزاع المغصوب كان بين هذا فهو بمنزلة قوله غصبته ثوبا من يده يكون اقراره بالغصب فى الثوب دون يده فكذلك ماسبق والله أعلم

باب اقرار المفاوضة بالدين

(قال رحمه الله واذا أقر أحد المتفاوضين بدين فى مرض موته من تجارتهما يوحد شريكه به في الحال وفيه طريقان لنا أحدهما أن المتفاوضين فى حقوق التجارة صارا بمنزلة شخص واحد ومباشرة أحدهما سبب وجوب الدين كمباشرتهما والاقرار من باب التجارة فوجوده من احدهما كوجوده منهما والاصح أن يقول وجوب الدين بمباشرة السبب علي من باشره ولكن الشريك مطالب به بسبب التحمل الثابت بمقتضي صدر المفاوضة بينهما لان عقد المفاوضة يقتضى الوكالة العامة والكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه في ديون التجارة فانها تقتضى المساواة بهذا فالمفاوض المقر وان كان مريضا فقد وجب عليه الدين باقراره حتى اذا لم يكن عليه دين فى الصحة كان مطالبا به فى الحال وان كان عليه دين فى الصحة فحق غريم الصحة مقدم ولكن حق المقر له فى المرض ثابت أيضا حتى اذا فرغت التركة من حق غريم الصحة صرف المقر له في المرض واذا ثبت الوجوب فى حق المقر صار الشريك مطالبا به بحكم الكفالة وتأخره فى حق المقر لمكان دين الصحة لايوجب التأخير فى الشريك كالعبد المحجور يقر على نفسه بدين ويكفل البيان عنه يؤاخذ الكفيل في الحال به وان كان مؤخرا فى حق الاصل الى مابعد العتق وهذا لاتأجيل في أصل المال انما التأخير لضرورة انعدام محل القضاء ولا ضرورة فى حق الكفيل فيكون مطالبا في الحال بايفائه ولو كان

المفاوض المريض أقر لوارثه بدين لم يلزم شريكه وبهذا تبين أن الصحيح هو الطريق الثانى دون الاول فانه لو جعل اقرار أحدهما لصار الشريك الآخر مطالبا بالمال هنا ولكن اقرار المريض لوارثه باطل فلم يجب به المال فى ذمة المقر والوجوب على الشريك بحكم الكفالة فاذا لم يكن المال واجبا على الاصيل لايجب على الكفيل خلاف الاول فان اقراره للاجنبي صحيح وان كان مؤخرا عن حق غرماء الصحة فوجب به المال على الاصيل وصار الكفيل مطالبا به بحكم الكفالة وكذلك لو كفل لوارثه بشيء لان كفالة المريض لوارثه باطلة غير موجبة المال عليه فأما اذا كفل الاجنبي فعند أبى حنيفة رحمه الله يؤاخذ به شريكه سواء كفل بأمر الاصيل أو بغير أمره وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يؤاخذ الشريك به وكذلك ان أقر أحد المتفاوضين بكفالة فى صحته أو مرضه فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يؤاخذ به شريكه وعندهما لا يؤاخذ بشيء من ذلك * حجتهما أن دين الكفالة ليس من دين التجارة لان سببه لا ينزع ماهو تبرع (ألا ترى) انه لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث ولو حصل من العبد المأذون والمكاتب لم يكن صحيحا وما وجب على أحد المتفاوضين لا بجهة التجارة لا يكون شريكه مطالبا به كما يجب من مهر امرأته وأرش الجناية بجنايته وكلامهما يتضح فى الكفالة بغير الاصل فانه تبرع محض حتى لا يستوجب الكفيل الرجوع على الاصيل عند الاداء ولابى حنيفة رحمه الله طريقان الاول ان هذا الدين وجب بما هو من متضمنات عقد المفاوضة فيكون الشريك مطالبا به كالواجب بطريق الوكالة اذا توكل أحدهما عن الغير بالشراء وبيانه فيما قلنا ان عقد المفاوضة يقتضي الوكالة العامة والكفالة العامة وبهذا تبين أنه من جنس التجارة لان عقد المفاوضة يتضمن ماهو من جنس التجارة الثانى ان في الكفالة معنى البيوع فى الابتداء ولكنه مفاوضة أيهما خصوصا فى الكفالة بالامر فانه يرجع بما يؤدى الى الاصيل ففى حق العبد المأذون والمكاتب والمريض اعتبرنا معنى التبرع فيه في الابتداء فلم يكن صحيحا وفى حق المفاوض اعتبرنا معنى المفاوضة فى الانتهاء لانه صحيح فى حق من باشر سببه فاذا صح انقلبت مفاوضة فعند صيرورة الشريك الآخر مطالبا له فى الحال وتأخر فى حق المريض عن حق غرماء الصحة لان اقرار الشريك عليه لا يكون العبد من اقراره بنفسه وهو لو أقر بنفسه تأخر عن حق غرماء الصحة فكذلك ما لزم باقرار شريكه أو يجعل هذا كاقرارهما جميعا فان (قيل) كان ينبغى أن يكون هذا في حق المريض من ثلث ماله لان الوجوب عليه كان لسبب

الكفالة عن شريكه وكفالة المريض معتبرة من ثلثه (قلنا) هذا اذا لو كانت مباشرة الكفالة في المرض وهنا الكفالة بمقتضى عقد المفاوضة فانما كان في حال الصحة فالوجود وان حصل في حالة المرض لما كان سببه موجوداً في حال الصحة فالواجب كان معتبرا من جميع ماله فان (قيل) اذا كان سببه في حال الصحة ينبغي أن لا يتأخر عن حق غرماء الصحة (قلنا) وجوب الدين عليه بذلك السبب انما حصل في المرض فكان ذلك مزيد المرض لهذا المريض ولان اقرار الغير عليه لا يكون أبعد من اقراره على نفسه ولو أقر الصحيح لوارث المريض بدين لزم الصحيح كله دون المريض لان اقرار الصحيح في حق المريض كاقراره بنفسه واقراره لوارثه باطل فكذلك اقرار الصحيح في حقه وليس من ضرورة امتناع وجوب المال على الكفيل أن لا يجب على الاصيل فلهذا وجب المال على الصحيح فان (قيل) اقرار المريض لوارثه انما لا يصح لتهمه الايثار وهو غير موجود في حق اقرار شريكه (قلنا) ليس كذلك بل يتمكن تهمة المواضعة هنا من حيث انه لما علم ان اقراره لوارثه بنفسه لا يصح لشريكه لتقربه له ثم يستوفى من مال المريض فليمكن هذه التهمة (قلنا) لا يصح الاقرار في حق المريض ولا تهمة في ما يقر له الشريك على نفسه في حقه فكان هو مطالبا بالمال ولو كان المفاوض قال لرجل ماذاب لك على فلان فهو على أو ماوجب لك عليه أو ما قضى لك عليه ثم مرض ثم أقر فلان بألف درهم لذلك الرجل وقضى بها له عليه لزم المريض ذلك من جميع المال لان وجوب هذا المال عليه وان كان بطريق الكفالة ولكن صح سببه في حال الصحة ولزم حتى لو أراد الرجوع عنه لم يملك ذلك فكان بمنزلة سائر الديون في كونه معتبراً من جميع المال (ألا ترى) ان الصحيح لو ضمن الدرك عن رجل في دار باعها ثم مرض فلزم الدرك كان مطالبا من جميع المال لان سببه لزم في حال الصحة على وجه لا يمكنه الرجوع عنه فكان معتبراً من جميع المال لان سببه لزم في حال الصحة هنا لان الوجوب مستند الى سببه ولما تم السبب هنا ولزمه في حال الصحة استند حكم الوجوب اليه فلهذا كان مزاحما لغرماء الصحة والله أعلم بالصواب

باب الاقرار لما في البطن

(قال رضى الله عنه الاقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين سببا صالحا مستقيما بأن يقول لما في بطن فلانة علي ألف درهم من جهة ميراث ورثه عن أبيه فاستهلكته

أو وصية أوصى بما له فاستهلكته فهذا صحيح) لانه بين سببامستقيما لو عاينه حكمنابوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره هذا لان هـذا الاقرار في الحقيقة للمورث والموصى فان المال منفى علي حقه مالم يصرفه الي وارثه أو الى من أوصى له به وكذلك المورث والموصي من أهل الاقرار له فهو نظير مالو قال لدابة فلان علي ألف درهم أوصى له بالعلف فاستهلكته ثم ان ولدت ولداً حيا فالمقر به له وان ولدته ميتا فالمال مردود علي ورثة الميت والموصي وان جاءت بولدين أحدهما ذكر والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفى الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لان قول المقر فى بيان السبب مقبول وهـذا اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من حين مات الموصى والمورث حتى علم أنه كان موجودا فى ذلك الوقت وان وضعته لا كثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا الا أن تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت السبب في ذلك حكما بوجوده فى البطن حين مات الموصى والمورث الوجه الثانى أن يبين سببا يستحيل بأن يقول لما فى بطن فلانة على الف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض أقرضته فهذا باطل لان المبايعة والاقراض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكما أما الحقيقة فلا يشكل وأما الحكم فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما سببه من السبب محالا صار كلامه لغوا فلا يلزمه شيء فان (قيـل) هذا يكون رجوعا عن اقراره باذن والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا (قلنا) لا كذلك بل هو بيان السبب محتمل فقد نسبه على الجاهل فيظن أن الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء علي ظنه وتبين سببه ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين فيقول لما فى بطن فلانة على الف درهم أو هـذا العين ملك لمـا فى بطن فلانة فولدت لمدة يعلم انه كان فى البطن وقت الاقرار فالاقرار باطل فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمـد رحمه الله الاقرار صحيح وجه قول محمد ان مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن لان عقـله ودينـه يدعو به الى التكلم بما هو صحيح لا بما هو لغو فيجعل مطلق اقراره صحيحا بمنزلة مالو بين سـببا صحيحا لاقرارهما وهـذا لان الاقرار حجة مهما أمكن اعماله لا يجوز ابطاله والجنين جعل فى حكم المنفصل حتى يصح الاقرار سـببه ويصح اعتاقه والاقرار يعتقه ويرث ويوصي له

فكما أن الاقرار للمنفصل بالمال مطلقا يكون اقرارا صحيحا فكذلك الاقرار به للجنين ولابى يوسف رحمه الله أن مطلق الاقرار بالمال محمول على الالتزام بالعقد فكأنه أقر به وهذا لان دينه وعقله يمنعانه من الاستهلاك ويدعو به الى الالتزام بالعقد فيجب حمل مطلق اقراره عليه (ألا ترى) أن أحد المتفاوضين اذا أقر بمال مطلق يلزم شريكه والعبد المأذون اذا أقر بالمال مطلقا يصح اقراره ويؤخذ به فى الحال وكان ذلك باعتبار حمل مطلق الاقرار على جهة التجارة فكذلك هنا يحمل مطلق اقراره على جهة التجارة فكأنه بين جهة التجارة ولان الاقرار ابتداء هنا يقع للجنين وهو ليس من أهل أن يثبت له حق ابتداء مالم ينفصل ولهذا لا يلي عليه أحد لانه ما دام مختبأ فى البطن فهو فى حكم الاجزاء والابعاض فاما العتق والوصية مما يحتمل التعليق بالشرط فيجعل كالمضاف الى ما بعد الانفصال والاقرار بالسبب ليس بايجاب حق له ابتداء بل اخبار بانه علق من مائه والاقرار باستهلاك ميراث أو وصية له لا يكون ايجابا للجنين ابتداء بل يكون اقرار للمورث والموصى ثم ينتقل اليه بسبب الارث والوصية ان انفصل حيا أما هذا ايجاب الحق للجنين ابتداء وهو ليس باهل لذلك فلهذا بطل اقراره والله أعلم

باب الخيار

(قال رحمه الله رجل أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله علي أو عبدى لفلان وأما الخيار فباطل) لان الاقرار باطل ان اختار ولا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فصدق اختاره أو لم يختره وان كان كذبا لم يتعين باختياره وعدم اختياره وانما مايبر يشترط الخيار فى العقود بالشرط ليتغير به صفة العقد ويتخير من له بين فسخه وامضائه ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا أن التعليق يدخل على أصل السبب فمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغى بقي حكم الاقرار وهو اللزوم ثانيا وهذا كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه ويستوى ان صدقه صاحبه في الخيار أو كذبه وهذا بخلاف ما اذا أقر بدين من ثمن

بيع على انه فيه بالخيار ثلاثة أيام فان هناك يثبت الخيار اذا صدقه صاحبه لان سبب الوجوب عقد يقبل الخيار فاذا تصادقا عليه صار ذلك كالمعاين فى حقهما وان كذبه صاحبه لم يثبت الخيار لان مقتضى مطلق البيع اللزوم فمن ادعى عدوة معتبرة باشتراط الخيار فيه لا يقبل قوله الا بحجة فاما ما سبب وجوب المال فعلا من قرض أو غصب أو استهلاك وذلك لا يليق به الخيار ولو عاين اشتراط الخيار فيه كان لغوا فلهذا لم يثبت وان تصادقا عليه وان أقر بالدين من كفالة على شرط مدة معلومة طويلة أو قصيرة فان صدقه المقر له فهو كما قال والخيار ثابت له الى آخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل ما تصادقا عليه كالمعاين فى حقهما وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين البيع و بين الكفالة فقال فى البيع لا يجوز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وفى الكفالة يجوز ذلك وان طالت المدة لان الكفالة عقد مبنى على التوسع (ألا ترى) انه يحتمل التعليق ببعض الاخطار نحو قوله ماذاب لك عن فلان فهو علي ونحو الكفالة بالدرك فانه تعليق بخطر الاستحقاق فاذا كان هو محتملا للتعليق كان الخيار ملائما له بأصله فيجوز اشتراطه مدة معلومة قصرت أو طالت فأما البيع مبنى على العتق حتى لا يحتمل التعليق بالشرط أصلا فلم يكن الخيار ملائما له باعتبار أصله فقلنا لا يجوز اشتراطه الا بقدر ما ورد به الشرع بخلاف القياس وذلك ثلاثة أيام وان كذبه صاحبه بالخيار لزمه المال ولم تصدق على شرط الخيار لان مقتضى عقد الكفالة اللزوم كما هو مقتضى مطلق البيع وهذا بخلاف الاجل فانه اذا ادعى الكفالة بالمال الى أجل فالقول قوله وان لم يصدقه صاحبه لان الاجل من مقتضيات الكفالة (ألا ترى) أن من كفل بمال موجد مطلقا يثبت الاجل فى حق الكفيل وكذلك الكفالة توجب المال للكفيل على الاصيل اذا كان يأمره كما يوجب للطالب على الكفيل وما يكون للكفيل على الاصيل مؤجل أن يؤديه عنه فلما كان الاصل من مقتضيات الكفالة جعل القول فيه قول من يدعيه بخلاف الخيار فانه ليس من مقتضيات الكفالة فلا يقبل قول من يدعيه الا بحجة واقرار الصبي التاجر جائز فى جميع تجاراته لان الاقرار من صيغ التجار وهو مما لا يستغنى التاجر عنه فانه يتعذر على من يعامله اشهاد الشاهدين عليه كل معاملة فاذا علم ان اقراره له لا يكون صحيحا يتحذر عن المعاملة معه فلهذا جوزنا اقراره وبخلاف اقرار الاب والوصى عليه فانه لا يكون صحيحا لعدم التصور فان الاقرار ما يقر المرء به على نفسه فأما ما يقر به على غيره يكون شهادة فمن الاب لا يتحقق الاقرار على الصبي ويتحقق من الصبى المأذون الاقرار

على نفسه ويستوى ان أقر بدين أو عين مما اكتسبه بتجارته أو كان موروثا له عن أبيه لان اقراره فيه باعتبار ملكه والكل فى حكم الملك سواء (ألا ترى) ان سائر تصرفاته يجوز فيهما فكذلك اقراره وذكر فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله ان اقراره فيما يرثه من أبيه لا يكون صحيحا لان صحة اقراره فيما اكتسبه بتجارته لوقوع الحاجة اليه وذلك غير موجود فيما ورثه عن أبيه والاصح ما ذكره فى الكتاب لان انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه فيما هو من جملة التجارة بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ وقد بينا أن الاقرار من التجارة وكذلك لو أقر الصبي المأذون على أبيه بدين جاز اقراره لانه فى حكم جواز الاقرار فصار انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بدين أبيه بعد البلوغ صح اقراره واستوفى جميع الدين من نصيبه ان أنكر شركاؤه فكذلك اذا أقر به بعد الاذن ولو أقر على نفسه بالمهر وارش الجناية ودين الكفالة لم يصح اقراره بشىء من ذلك لان هذه الاسباب ليست بتجارة وقد نفى الحجر عليه بقيام الصغر فيما ليس بتجارة (ألا ترى) ان أحد المتفاوضين لو أقر بالمهر وارش الجناية يؤاخذ به شريكه بخلاف ما اذا أقر بالدين مطلقا فهذا مثله فالكفالة فى حق الصبي بمنزلة المهر وارش الجناية لانه ينزع ابتداء بخلاف المفاوض على ما بينا والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء السابع عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه الجزء الثامن عشر وأوله باب الاقرار بالعارية ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الاقرار بالعارية

(قال رحمه الله واذا أقر الرجل ان هذا الثوب أو هذه الدار عنده عارية بملك فلان أو بميراثه أو بحق فلان هذا كله اقرار) لان الباء فى الاصل للالصاق فقد جعل المقر به ملصقا بملك فلان وميراثه وحقه ولم يتحقق هذا الالصاق الا بعد أن يكون مما له وكالة وقد تكون الباء صلة كما فى قوله تعالى ينبت بالدهن وان حملناه علي معنى الصلة هنا كان اقرارا أيضا لانه يصير تقدير كلامه انه ملك فلان أو ميراث فلان أو حق فلان وقد تكون الباء للتبعيض أيضا عند بعضهم كما فى قوله تعالى وامسحوا برؤسكم اقتضى المسح ببعض الرأس واذا حمل على هذا كان اقرارا أيضا لانه جعل المقر به بعض ملكه وميراثه وحقه وكذلك لو قال عارية عندى من ملك فلان أو من ميراثه أو من حقه لان من في الاصل للتبعيض فذلك اقرار يكون المقر به بعض ملكه وقد تكون من صلة كما فى قوله تعالى يغفر لكم من ذنوبكم وقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واذا كانت بمعنى الصلة فهو اقرارا أيضا وقد تكون بمعنى الباء قال الله تعالى يحفظونه من أمر الله يعنى بأمر الله فعلي هذا المعنى هذا والاول سواء وقد تكون من للتمييز كما يقال سيف من حديد وخاتم من فضة وعلي هذا يكون اقراراً أيضا لانه ميز المقر به عن سائر مافى يده باقراره انه للمقر ولو قال عارية عندى لملك فلان أو لميراثه كان اقراراً أيضا ولو قال والثوب والدابة عارية عندى لحق فلان لا يكون اقرارلان اللام قد تكون للتأكيد وقد تكون للوقت كما في قوله تعالى لدلوك الشمس وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد تكون للتمليك وقد تكون للتعليل فعلى هذه الوجوه حمل قوله لملك فلان أو لميراث فلان اقراراً مؤكداً وأما اذا قال لحق فلان فنقول اللام قد تكون بمعنى المجازاة كقول الرجل لغيره أكرمتك لتكرمنى وزرتك لتزورنى وقد تكون لبيان الحرمة كالرجل يريدان يضرب عبده فنهاه الغير فيقول تركته لك اى لحرمتك وشفاعتك فهنا قوله لحق

فلان يحتمل معنى الشفاعة والحرمة يعني لاجل شفاعته وحرمته اعادة صاحبه فهنا قوله منى فلما احتمل هذا المعنى لم يجعل اقرارا له بالشك بخلاف قوله لملك فلان أو لميراثه فان ذلك لا يحتمل معنى الحرمة والشفاعة وكذلك لو قال هذا الالف مضاربة عندى لحق فلان لم يكن اقرارا لانه محتمل لمعنى الحرمة والشفاعة أي انما رفعها صاحبها الى مضاربه لاجل شفاعة فلان وحرمته بخلاف مالو أقر بالقرض لحق فلان فانه يكون اقرارا لان القرض لا تجزئ فيه الشفاعة عادة انما تجزئ فيه الكفالات فاذن انتفى معنى الشفاعة فى القرض فبقى اقرار لملكه بخلاف العوارى والمضاربة فانه تجزئ فيهما الشفاعات عادة ولو قال هذه الدراهم عندى عارية لحق فلان فهذا اقرار له بها لان العارية فى الدراهم قرض فكان هذا والاقرار بالقرض سواء بخلاف الدابة والثوب ولو قال أخذت هذا الثوب منك عارية وقال المقر له بل أخذته منى بيعا فالقول قول الآخذ مع يمينه لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذن المالك وذلك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ باعتبار عقد الضمان وهو منكر له فكان القول قوله وهذا اذا لم يلبسه فان لبسه فهلك كان ضامنا له لان لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان على اللابس الا أن يكون باذن من صاحبه واللابس وصاحبه منكران فان (قيل) لا كذلك فان بيع الثوب من الغير تسليط منه على لبسه فلما أقر صاحبه بالبيع فقد ثبت الاذن فى اللبس فينبغى أن لا يضمن اللابس كما قلنا فى الآخذ (قلنا) التسليط بايجاب البيع من حيث التمليك ليلبس ملك نفسه فاذا لم يثبت الملك له لانكاره لم يثبت تسليط صاحبه اياه على لبسه وهو فى اللبس عامل لنفسه وذلك سبب موجب الضمان عليه فى ملك الغير بخلاف الآخذ فقد يكون في الاخذ عاملا للمأخوذ منه كالمودع فى أخذ الوديعة ليحفظها فلا يتقرر الضمان عليه بالاقرار بالاخذ اذا لم ينكر صاحبه أصل الاذن ولو قال أقرضنى ألف درهم فقال المقر له لا بل غصبنى فالمقر ضامن لها لانهما تصادقا على كون المال مضمونا عليه للمقر له وان اختلفا فى سببه والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فعند التصادق على الحكم لا ينظر الى اختلاف السبب وهذا لان قول المقر له لا بل غصبنى لا يكون ردا لاصل الواجب انما يكون ردا للسبب فيبقى اقراره معتبرا في وجوب المال لتصديق المقر له اياه فى أنه واجب وان كانت الدراهم بعينها فللمقر له ان يأخذها لانهما تصادقا على ملك العين للمقر له فبعد ذلك المقر بدعوى القرض يدعي ملكها عليه فلا يصدق الا بحجة ولو قال هذه الدراهم فى يدى عارية لفلان أو من فلان أى أو من

قبل فلان فهذا اقرار له بها لما بينا أن العارية فى الدراهم قرض فان الانتفاع بها لا يتأتى فيما هو المقصود الا باستهلاك عينها فكانت الاعارة فيها تسليطا بشرط ضمان الرد وذلك حكم القرض وان قال هذه الدراهم عارية بيدى على يدى فلان فليس هذا باقرار وذكر بعد هذا أنه اقرار* وجه هذه الرواية أن قوله على يدى فلان معناه أرسلها صاحبها الى عارية على يدى فلان فانما اقراره فلانا كان رسولا فيها فلا يصير مقرا بالملك له* ووجه الرواية الاخرى انه أقر بأن وصولها الى يده كان من يد فلان والمتيمن انما يلزمه الرد على من أخذ منه كما يلزم الرد المكارى الذى أخذ منه فوجب عليه بحكم هذا الاقرار ردها على فلان فلهذا كان منه اقرار لفلان

باب الاقرار بالدراهم عددا

(قال رحمه الله رجل قال لفلان على مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هى وزن خمسة أو ستة وكان الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان الا أن بين الوزن موصولا بكلامه) لان ذكر الدراهم عبارة عن ذكر الوزن فانه لا طريق لمعرفة الوزن فيه الا بذكر العدد من الدراهم ومطلق ذكر الوزن ينصرف الى المتعارف منه فاذا كان اقراره بالكوفه فالمتعارف بها فى الدراهم سبعة وكما ينصرف مطلق البيع والشراء بالدراهم اليه فكذلك مطلق الاقرار ينصرف اليه فقوله وزن خمسة بيان معتبر لما اقتضاه مطلق اقراره فقد بينا بيانه والتعبير يصح موصولا بالكلام ولا يصح مفصولا ومعنى قولنا وزن سبعة أن كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم أربعة عشر قيراطا واذا كان الدرهم أربعة عشر قيراطا تبنى عليه أحكام الزكاة ونصاب السرقة وغيرها وأصل المسئلة أن الاوزان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبى بكر رضى الله عنه كانت مختلفة فمنها ما كان الدرهم عشرين قيراطا ومنها ما كان عشرة قراريط وهو الذى يسمى وزن خمسة ومنها ما كانت اثنى عشر قيراطا وهو الذى يسمى وزن ستة فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه طلبوا منه أن يجمع الناس على نقد واحد فأخذ من كل نوع من الانواع الثلاثة درهما وكان الكل اثنين وأربعين قيراطا وأمر أن يضرب من ذلك ثلاثة دراهم متساوية فكل درهم أربعة عشر قيراطا وهو وزن سبعة التى جمع عمر رضى الله عنه عليها الناس وبقى كذلك الى يومنا هذا وان كان فى بلد يتبايعون على دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صدق فى ذلك لان تعين

وزن سبعة لم يكن نص من لفظه انما كان بالعرف الظاهر فى معاملة الناس به وذلك يختلف
باختلاف البلدان والاوقات فيعتبر فى كل موضع عرف ذلك الموضع كما في سائر التصرفات
سوى الاقرار وان ادعي وزن دون المتعارف كما فى تلك البلدة لم يصدق الا اذا ذكره موصولا
بكلامه وان كان فى البلد نقود مختلفة فان كان الغالب منها نقداً بعينه ينصرف مطلق الاقرار اليه
وان لم يكن البعض غالبا على البعض ينصرف اقراره الى الاقل لان الاقل متيقن به وعند
التعارض لا يقضى الا بقدر المتيقن وهـذا لان المقربين الاول لان الاقل متيقن به وعند
التعارض لا يقضى الا بقدر المتيقن وهذا لان المقر بين الاول لا محالة وهذا بيان التفسير حين
استوت النقود في الرواج وبيان التفسير صحيح مفصولا كان أو موصولا كبيان الزوج في
كنايات الطلاق ولو قال بالكوفة عليّ مائة درهم بيض عـدداً ثم قال هى تنقص دانقالم
يصدق لان مطلق لفظه انصرف الى الاقرار بوزن سبعة فدعواه النقصان بمنزلة الاستثناء
لبعض ما أقر به والاستثناء لا يصح الا موصولا ولو قال على مائة درهم اسبهبديه عدداً ثم
قال عنيت هذه الصغار فعليه مائة درهم وزن سبعة من الاسبهبدية لان قوله اسبهبديه يرجع
الى بيان النوع كقوله سـود يرجع الى بيان الصفه فلا يتغير به الوزن والاسبهبديه فارسية
معربة معناه اسبه سالادية والصغار هو الذى تسميه الناس مهر تكون ستة منـه بوزن درهم
ولـكنه غير مصدق فيما يدعى من نقصان الوزن مفصولا على ما بينا ولو قال له على مائة درهم
من السود الخيار ثم قال هى وزن سبعة وقال الطالب هى مثاقيل فالقول قول المقر مع يمينه لما
بينا ان تسمية الدراهم بيان للوزن وقوله من السود بيان للصفة وقوله الخيار بيان العرض وبه
لا يزداد الوزن فان ادعى المقر له زيادة عليه فالقول قول المنكر مع يمينـه وكذلك لو قال له
على درهم صغير فهو على وزن سبـعة ووصفه بالصغر اما للاثقال أو لصغر الحجم وبه لا ينتقص
الوزن وكذلك لو قال علي درهم كبير ولو قال على دراهم فعليه ثلاثة دراهم لانه أقر بلفظ
الجمع وادنى الجمع المتفق عليـه ثلاثة ولا غاية لاقصاه فينصرف الى الادنى لانه متيقن به وقد
بينا ان الاقرار ايجاب لا يقابله الاستيجاب فيكون بمنزلة الوصية فى انه يؤخذ بالاقل مما يلفظ
به وكذلك لو قال له على دريهمات فهو تصغير بجمع الدراهم وهذا التصغير لا ينقص الوزن
فعليه ثلاثة دراهم وكذلك لو قال له على فليس أو قفيز أو رطيل فهو وقوله فلس وقفيز ورطل
سواء ينصرف ذلك الي التمام من ذلك وزنا وكيلا ولو قال له على مائه ردهم مثاقيل كما قال

وكان عليه مائة مثقال عن الدراهم لانه نص على وزن هو أكثر مما اقتضاه مطلق كلامه ولو نص على وزن هو دونه قبل منه اذا كان موصولا فكذلك اذا نص على وزن هو أكثر الا أن فى هذا لا يلحقه التهمة فيصح سواء ذكره موصولا أو مفصولا ولو قال له على ربع حنطة فعليه ربع حنطة بربع البلد الا كبروان قال عنيت الربع الصغير لم يصدق والربع اسم لمكيال كالقفيز والصاع والمتعارف فى المعاملات به الا كبر فينصرف مطلق الاقرار اليه على قياس ما بينا فى الوزن • ثوب فى يدى رجل فقال وهبه لى فلان فقال نعم أو أجل أو بلى أو صدقت أو قال ذلك بالفارسية فهو اقرار لان ما ذكره في موضع الجواب غير مستقل بنفسه فانه ليس بمفهوم المعنى وهو مما يصلح أن يكون جوابا وما تقدم من الخطاب يصير كالمعاد للجواب قال الله تعالى فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم أى نعم قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا وقال الله تعالى ألست بربكم قالوا بلي أى بلى أنت ربنا فهنا أيضا يصير ما تقدم من عقد الهبة معاداً في الجواب فيثبت العقد باقراره والقبض موجود فيجعل صادراً عن ذلك العقد وان لم يكن الثوب فى يد الموهوب له ولكنه فى يد الواهب فادعي الموهوب له الهبة والتسليم وجحد ذلك الواهب فان شهد الشهود بمعاينة القبض قبل بالاتفاق وكان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا على اقرار الواهب بالتسليم كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يقبل لان تمام الهبة بقبض بحكم والقبض فعل لا يصير موجوداً بالاقرار به كاذبا فان المخبر عنه اذا كان باطلا فبالاخبار عنه لا يصير حقا كفرية المفرين وجحود المبطلين فاذا لم يشهدوا بهبة تامة لا تقبل الشهادة ثم رجع وقال الشهادة مقبولة وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان ثبوت اقراره بالبينة كثبوته بالمعاينه والقبض وان كان فعلا هو يثبت فى حق المقر باقراره كالقتل والغصب فى حق المقر باقراره فهذا مثله فان أقر الواهب بالهبة والقبض ثم أنكر التسليم بعد ذلك وأراد استحلاف الموهوب له لم يحلفه القاضى في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحلفه فى قول أبى يوسف رحمه الله استحسانا وأصل المسئلة البائع اذا أقر بقبض الثمن ثم جحدوا أراد استحلاف المشترى لم يكن له ذلك عندهما وهو لانه مناقض فى كلامه راجع عما أقر به من القبض والمناقض لا قول له والاستحلاف ينبنى على دعوى صحيحة واستحسن أبو يوسف رحمه الله بما عرف من العادة الظاهرة ان البائع يقر بالثمن للاشهاد وان لم يكن قبضه حقيقة فللاحتياط لحقه يستحلف الخصم اذا طلب هو ذلك والله أعلم بالصواب

باب من الاقرار بألفاظ مختلفة

(قال رحمه الله رجل قال لفلان علي عشرة دراهم فعليه عشرة دراهم عندنا وقال زفر رحمه الله عشرون وقال الحسن بن درج عليه مائة درهم وجه قول الحسن رحمه الله أن العشرة في العشرة عند أهل الحساب تكون مائة فاقراره بهذا اللفظ محمول علي ما هو معلوم عند أهل الحساب) ولنا أن نقول أن حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات مع أن عمل الضرب في تكثير الآخر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان تكثرت اجزاؤها لا تصير أكثر من عشرة وزفر رحمه الله يقول حرف في بمعنى حرف نون وقال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي فيحمل على هذا تصحيحا لكلامه وكنا نقول حرف في للظرف والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم وجعله بمعنى مع مجاز والمجاز قد يكون بمعني حرف مع وقد يكون بمعنى حرف على قال الله تعالي ولاصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل فليس أحدهما بأولى من الآخر بقى المعتبر حقيقة كلامه فيلزم عشرة بأول كلامه وما ذكره في آخره لغو وكذلك لو قال وعشرة دنانير الا أن يقول عنيت هذه وهذه فينئذ يعمل بيانه يين انه استعمل في بمعنى مع أو بمعنى واو العطف وفيه تسديد عليه فيصح بيانه ولو قال له علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل لانه لا يجعل وعاء للدرهم عادة فلا يمكن اعبار حقيقة حرف الظرف فيه فيلغوا آخر كلامه ولان الوجوب عليه بقوله علي وقد أقر به وبالدرهم ولم يعطف عليه القفيز ليعتبر كالمقترن به حكما فلهذا لم يلزمه الا الدرهم وكذلك لو قال على قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يكون ظرفا للقفيز وكذلك لو قال له علي فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطلة لان الحنطة لا تكون ظرفا للزيت ولو أقر أن عليه خمسة دراهم في ثوب يهودي ثم قال بعد ذلك الثوب اليهودي هو الدين والخمسة دراهم أسلمها الى فيه فهذا بيان ولكن فيه يعتبر لان موجب أول كلامه كون الخمسة دينا عليه وبما ذكره الآن تبين أن الثوب دين عليه دون الخمسة لان رأس المال لا يكون دينا على المسلم اليه حال قيام العقد وبيان التعبير لا يصح مفصولا الا أن يصدقه الطالب في ذلك فان صدقه قلنا الحق لا يدينهما فيثبت ماتصادقا عليه وان جحد كان للمقر أن يحلفه وليه لانه يدعى عليه عقد السلم ولو أقر به لزمه فان أنكر استحلف عليه فان حلف كان له أن يأخذ المقر بخمسة دراهم كما أقر به ولو قال له على درهم

مع درهم فالاصل فى جنس هذه المسائل انه متى ذكر الوصف بين الاثنين فان ألحق به حرف الهاء يكون الوصف منصرفا الى المذكور آخرا وان لم يقرن به حرف الهاء يكون نعتا للمذكور أولا كالرجل يقول جاءنى زيد قبل عمرو يكون قبل نعتا لمجيء زيد ولو قال جاءنى زيد قبله عمرو ويكون قبل نعتا لمجيء عمرو اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال له علي ألف درهم مع أو معه درهم فكلمة مع الضم والقران سواء جعل نعتا للمذكور أولا أو آخرا وصار مقرا بهما لضمه احدهما الى الآخر فى الاقرار ولو قال له علي درهم قبل درهم يلزمه درهم واحد لان قبل نعت للمذكور أولا فكانه قال قبل درهم آخر يجب علي ولو قال قبله درهم فعليه درهمان لانه نعت للمذكور آخرا أى قبله درهم قد وجب علي ولو قال درهم بعد درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان لان بعد درهم قد وجب على أو بعده درهم قد وجب لا يفهم من الكلام الا هذا وكذلك لو سمى احدهما دينارا أو قفيز حنطة وفى قوله بعده درهم الاقرار مخالف للطلاق قبل الدخول لان الطلاق بعد الطلاق هناك لا يقع والدرهم بعد الدرهم يجب دينا وكذلك لو قال درهم لان الواو للعطف وموجب العطف الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فى الخبر فصار مقرا بهما ولو قال درهم فدرهم يلزمه درهمان عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يلزمه الا درهم واحد لان الفاء ليست للعطف فلا يثبت به الاشتراك بل معنى قوله فدرهم أى فعلي ذلك الدرهم وكنا نقول الفا للوصل والتعقيب فقد جعل الثانى موصولا بالاول ولا يتحقق هذا الوصل الا بوجوبهما وكان هذا الوصل فى معنى العطف وكذلك التعقيب يتحقق في الوجوب بينهما ان كان لا يتحقق فى الواجب فكان معنى كلامه أن وجوب الثانى بعد الاول في هذا عمل بحقيقة كلامه فهو أولي من الاضمار الذى ذكره الخصم لان الاضمار فى الكلام للحاجة ولا حاجة هنا ولو قال درهم درهم لزمه درهم واحد لانه كرر لفظه الاول والتكرار لا يوجب المغايرة اذا لم يتخللها حرف العطف بخلاف ما اذا تخللها حرف الواو فان المعطوف غير المعطوف عليه وكذلك لو قال درهم بدرهم فعليه درهم واحد لان حرف الباء يصحب الاعواض فكان معنى كلامه بدرهم استقرضته أو بدرهم اشتريته منه فلا يلزمه الا درهم واحد ولو قال له علي درهم على درهم لزمه درهم واحد منهم من يذكر هذه المسئلة على درهم على درهم والاصح ماقلنا أن المسئلة علي درهم على درهم وقد أعاد في بعض النسخ قوله له فى الكلام الثانى فقال له علي درهم وبهذا ترتفع الشبهه ولا يلزمه

الا درهم واحد لانه كرر كلامه الاول وبالتكرار لايزداد الواجب لان الاقرار خبر والخبر يكرر ويكون الثاني هو الاول قال الله تعالى أولى لك فأولى ثم أولى لك فأولى ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دارهم لان كلمة ثم للتعقيب مع التراخي وقد بينا ان التعقيب في الوجوب بين المذكورين يتحقق وان كان لا يتحقق فى الواجب فصار مقراً بهما على ان وجوب الدرهمين عليه كان بعد وجوب الدرهم فيلزمه ثلاثة ولو قال مائة درهم لا بل مائتان فى القياس يلزمه ثلثمائة وبه قال زفر رحمه الله وفي الاستحسان يلزمه مائة درهم * وجه القياس ان كلمة لا بل لاستدراك الغلط بالرجوع عن الاول واقامة الثانى مقام الاول فرجوعه عن الاقرار بالمائة باطل واقراره بالمائتين علي وجه الاقامة مقام الاول صحيح فيلزمه المالان كما لو قال له علي مائة درهم لا بل مائة دينار أوقال لامرأته أنت طالق واحدة لا بل اثنين يقع ثلاث تطليقات * وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والغلط يتمكن فى الخبر والظاهر أن مراده بذكر المال الثانى استدراك الغلط بالزيادة على المال الاول لاضم الثانى الى الاول (ألا ترى) ان الرجل يقول سنى خمسون لا بل ستون كان اخبار الستين فقط ويقول حججت حجة لا بل حجتين كان اخباراً بحجتين فقط بخلاف ما اذا اختلف جنس المالين لان الغلط فى مثل هذا يقع فى القدر عادة لا فى الجنس وعند اختلاف الجنس لا يمكن أن يجعل كانه أعاد القدر الاول فزاد عليه لان ما أقر به أولا غير موجود فى كلامه الثانى بخلاف ما اذا اتفق الجنس (ألا ترى) انه لا يقول حججت حجة لا بل عمرتين ويقول حججت حجة لا بل حجتين وهذا بخلاف الطلاق فانه وان كان بصيغة الاخبار فهو ايقاع وانشاآت وفى الانشاآت لا يقع الغلط فلا يمكن حمل الثانى على الاستدراك حتى لو خرج الكلام هنا مخرج الاخبار وقال كنت طلقتها أمس واحدة لا بل اثنتين كان اقرارا بالثنتين استحسانا كما في هذه المسئلة وعلى هذا لو قال له على مائتان لا بل مائة فعليه أزيد المالين وهو المائتان لانه قصد استدراك الغلط بالرجوع عن بعض ما أقر به أولا فلم يعمل وفى القياس يلزمه المالان وعلى هذا لو قال له على مائة جياد لا بل زيوف أو قال له على مائة زيوف لا بل جياد فى جواب الاستحسان يلزمه أفضل المالين فقط وفى القياس يلزمه المالان لان الجنس واحد والتفاوت فى الجنس بمنزلة التفاوت فى العدد واذا أقر الرجل على نفسه بمائة درهم في موطن وأشهد شاهدين ثم أقر له بمائة درهم فى موطن آخر وأشهد شاهدين آخرين فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه المالان

جميعا وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الا مال واحد وذكر في بعض نسخ أبي سليمان ان أبا يوسف رحمه الله كان يقول أولا بقول أبي حنيفة ثم يرجع على قول محمد رحمهما الله * وجه قولهما ان الاقرار خبر وهو مما يتكرر ويكون الثاني هو الاول فلا يلزمه بالتكرار مال آخر بل قصده من هذا التكرار ان يؤكد حقه بالزيادة في الشهود (ألا ترى) ان الاقرارين لو كانا في مجلس واحد وكذلك لو كان أشهد على كل اقرار شاهداً واحداً أو لم يشهد على واحد من الاقرارين لم يلزمه الا مال واحد وكذلك لو اراد صكا على الشهود وأقر به عند كل فريق منهم أو أقر بالمائة وأشهد شاهدين ثم قدمه الى القاضي فأقر به لا يلزمه الا مال واحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول ذكر المائة في كلامه منكر والمنكر اذا أعيد منكراً كان الثاني غير الاول قال الله تعالى فان مع العسر يسراً ان مع العسر يسراً فان الثاني غير الاول حتى قال ابن عباس رضي الله عنهما لن يغلب عسر يسرين فصار هذا بمنزلة مالو كتب لكل واحد منهما صكا على حدة وأشهد على كل صك شاهدين وهذا لان كلام العاقل مهما أمكن حمله على الافادة لا يحمل التكرار والاعادة فاذا صار المال الاول مستحكما بشهادة شاهدين فلو حملنا اقراره الثاني على ذلك المال كان تكراراً غير مفيد ولو حملناه على مال آخر كان مفيداً بخلاف ما لو شهد على كل اقرار شاهداً واحداً لان بالشاهد الواحد المال لا يصير مستحكما ففائدة اعادته استحكام المال باتمام الحجة وكذلك لو أقر به ثانيا بين يدي القاضي لان فائدة الاعادة اسقاط مؤنة الاثبات بالبينة عن المدعى مع ان المدعى ادعى تلك المائة فاعاده معرفا لا منكراً والمنكر اذا أعيد معرفا كان الثاني هو الاول قال الله تعالى فأرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وبخلاف ما اذا أراد الصك على الشهود لان الاقرار هنا كان معرفا بالمال الثابت في الصك وقد ذكرنا ان المنكر اذا أعيد معرفا كان الثاني عين الاول فأما اذا كان الاقرار في مجلس واحد في القياس على قول أبي حنيفة رحمه الله يلزمه مالان ولكنه استحسن فقال للمجلس أثر في جمع الكلمات المتفرقة وجعلها في حكم كلام واحد (ألا ترى) الاقارير في الزنا في مجلس واحد بخلاف ماذا اختلف المجلس فكذلك هنا وعلى هذا الخلاف لو أقر بمائة في مجلس وأشهد شاهدين ثم ثمانين وأشهد شاهدين في مجلس آخر أو بمائتين ثم بمائة عند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه المالان وعندهما يدخل الاقل في الاكثر فعليه أكثر المالين فقط ولو قال لفلان عندي مائة درهم بضاعة قرضا فهذا دين عليه لان

عنده عبارة عن القرب وهو يحتمل القرب من يده فيكون اقرارا بالامانة ومن ذمته فيكون اقرارا بالدين بقي لفظان أحدهما الامانة وهو قوله بضاعة والآخر للدين خاصة وهو القرض ومتى جمع بين لفظين أحدهما يوجب الامانة والآخر الدين يترجح الدين لان صيرورته دينا يعترض على كونه أمانة فان المودع اذا استهلك أو خالف واستقرض صار دينا عليه والامانة لاتطرى على الدين فان ما كان دينا في ذمته لا يصير أمانة عنده بحال فاذا اجتمعا يرد على صاحبه وان قال له علي مائة درهم فهذا اقرار بالدين لان كلمة علي خاصة للاخبار واستحقاقه من وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه و كذلك لو قال قبل فهو اقرار بالدين لان هذه عبارة عن اللزوم (ألا ترى) أن الصك الذى هو حجة الدين يسمى مالا وان الكفيل يسمى به قبيلا لانه ضامن للمال وان قال عندى فهذا اقرار بالوديعة لانه لما كان محتملا كما بينا لم يثبت به الا الاقل وهو الوديعة وكذلك لو قال معي أو في يدى أو في بيتي أو كيسي أو في صندوقي فهذا كله اقرار بالوديعة لان هذه المواضع انما تكون محتملا للعين لا للدين فان الدين محله الذمة ولو قال له في مالي مائة درهم فهذا اقرار له ولم يبين في الكتاب أنه اقرار بماذا وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول ان كان ماله محصورا فهو اقرار له بالشركة بذلك القدر وان لم يكن ماله محصورا فهو اقرار بالدين لانه جعل ماله ظرفا لما أقر به فقد خالطه بمال كان مستهلكا له فكان دينا عليه وان لم يخالطه فقوله في مالي بيان أن محل قضاء ما أقر به ماله وانما يكون ماله محلا لقضاء ماهو دين في ذمته والاصح انه اقرار بالدين على كل حال سواء كان ماله محصورا أو غير محصور لان المال المشترك لا يضاف الى أحد الشريكين خاصة فلا يحمل قوله في مالي الا على بيان محل القضاء ولو قال له من مالي الف درهم أو من دراهمي هذه درهم فهذه هبة لا تتم الا بالقبض والدفع اليه لان كلمة من للتبعيض فانما جعل له بعض ماله كلامه وذلك لا يكون الا بانشاء الهبة ولا يتم الا بالقبض والقسمة وان قال من مالي الف درهم لاحق لي فيها فهذا اقرار بالدين لانه بين تأخير كلامه أن مراده من أوله ليس الهبة فاخبر بانتهاء حقه عنه ولا ينتفي حقه عن الموهوب مالم يسلم فعرفنا بآخر كلامه أن مراده من أوله الاقرار وان من للتمييز لا للتبعيض فجعل ذلك القدر مميزا من ماله باقراره لفلان لاحق لي فيه وان قال له عندى مائة درهم وديعة قرض أو مضاربة قرض فهو قرض لما بينا أن الوديعة والمضاربة قد تنقلب قرضا فاما القرض لا تنقلب وديعة ولا مضاربة ولو قال لفلان علي أو قبلي الف درهم

وديعة فهي وديعة لان آخر كلامه تفسير للاول وهو محتمل لما فسره فان قوله على أى حفظها لاعينها لان المودع ملتزم حفظ الوديعة ومتى فسر كلامه بما يحتمل كان مقبولا منه وان قال له عندي الف درهم دين لان قوله عندي محتمل وقد فسره بأحد المحتملين فكان وان قال قبلى له مائة درهم دين وديعه أو ديعة دين فهو دين لما بينا أن أحد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما فى الاقرار يترجح الدين والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالزيوف

(قال رحمه الله رجل قال لفلان على درهم من ثمن متاع الا أنها زيوف أو نبهرجه لم يصدق فى دعوى الزيافة وصل أو فصل فى قول أبي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما يصدق ان وصل ولا يصدق ان فصل * وجه قولهما أن الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم فكان آخر كلامه بيانا ولكن فيه تغيير لما اقتضاه أول الكلام من حيث العادة)لان بياعات الناس تكون بالجياد دون الزيوف ومثل هذا البيان يكون صحيحا اذا كان موصولا كقوله لفلان على الف درهم وفلان خمسة *توضيحه أن قوله الا انها زيوف استثناء للوصف وكان بمنزلة استثناء بعض المقدار بأن قال الامانة وذلك صحيح اذا كان موصولا فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول الزيافة في الدراهم عيب ومطلق العقد لا يقتضى سلامة الثمن عن العيب فلا يصدق هو فى دعوى كون الثمن المستحق بالعقد معينا كما لو ادعى البائع أن المبيع معيب وقد كان المشترى عالما به فلم يقبل قوله فى ذلك اذا أنكره المشترى وهذا لان دعواه العيب رجوع عما أقر به لان باقراره بالعقد مطلقا يصير ملتزما ماهو مقتضى لمطلق العقد وهو السلامة عن العيب وفى قوله كان معيبا يصير راجعا والرجوع عن الاقرار غير صحيح موصولا كان أو مفصولا وليس هذا من باب الاستثناء لان الصفة مما يتناوله اسم الدار مطلقا حتى يستثنى من الكلام ولكن ثبوت صفة الجودة بمقتضى مطلق العقد بخلاف استثناء بعض المقدار لان أول كلامه يتناول القدر واستثناء الملفوظ صح ليصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى ولان الصفة تبع للاصل فثبوته بثبوت الاصل فأما بعض المقدار لا يتبع النقض فيصح استثناء بعض القدر وهذا بخلاف قوله الا أنها وزن خمسة فان ذلك ليس ببيان للعيب بل هو فى معنى استثناء بعض المقدار على ما قدمناه ولو قال

له على ألف درهم من قرض الا أنها زيوف فهو على الخلاف أيضا فى ظاهر الرواية لان المستقرض مضمون بالمثل فكان هو وثمن البيع سواء والاستقراض متعامل به بين الناس كالبيع وذلك فى الجياد عادة وذكر فى غير رواية الاصول عن أبي حنيفة رحمه الله ان هنا يصدق اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فهو بمنزلة الغصب ولو أقر بألف درهم غصب فادعى انها زيوف كان القول قوله فكذلك هنا الا أن هنا لايصدق اذا فصل لما فيه من شبه البيع من حيث المعاملة بين الناس بخلاف الغصب ولو قال له على ألف درهم زيوف فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بطريق التجارة فهو ما لو بين سبب التجارة سواء ومنهم من قال هنا يصدق اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح فى كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه وهذا لانا لو حملنا مطلق اقراره على جهة التجارة لم يصح قوله الا انها زيوف ولو حملناه على جهة أخرى يصح ذلك منه فحمل كلامه على الوجه الذى يصح أولى واذا أقر بالمال غصبا أو وديعة وقال هو نبهرجة أو زيوف صدق وصل أم فصل لانه ليس للغصب والوديعة موجب فى الجياد دون الزيوف ولكن الغاصب يغصب ما يجد والمودع انما يودع غيره مما يحتاج الى الحفظ فلم يكن فى قوله انها زيوف معتبر فى أول كلامه فلهذا صح موصولا كان أو مفصولا ولو قال فى الغصب والوديعة الا أنها ستوقة أو رصاص فان قال موصولا صدق وان قال مفصولا لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها فى باب الصرف والسلم فكان فى هذا البيان تغييراً لما اقتضاه أول كلامه من تسمية الدراهم لان ذلك اللفظ يتناول الدراهم صورة وحقيقة وتأخير كلامه يتبين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة وبيان التغيير صحيح موصولا لا مفصولا بخلاف ماسبق فان الزيوف دراهم صورة وحقيقة فليس فى بيانه تغيير لاول كلامه ولو قال له كر حنطة من ثمن بيع أو قرض ثم قال هو رديء فالقول قوله فى ذلك وصل أم فصل لان الرداءة فى الحنطة ليست بعيب فان العيب مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة والحنطة قد تكون رديئة فى أصل الخلقة فهو فى معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضي فى نوع دون نوع ولهذا صح الشراء بالحنطة مالم يبين انها جيدة أو وسط أو رديئة فليس فى بيانه هذا تغيير موجب أول كلامه فيصح موصولا كان أو

مفصولا وكذلك سائر الموزونات والمكيلات على هذا فالرداءة ليست بعيب فى شئ من
هذا وان كان الجيد أفضل فى المالية لزيادة الرغبة فيه ولكن تلك الزيادة لاتصير مستحقة
بمطلق التسمية وكذلك لو أقر بكر حنطة غصب أو وديعة ثم قال هو ردئ فالقول قوله
لانه لما صدق في ثمن البيع ففى الغصب والوديعة أولى وكذلك لو أتى بطعام فقد أصابه الماء
وعفن فقال هذا الذى غصبته أو أودعته فالقول قوله في ذلك لما بينا انه ليس للغصب والوديعة
موجب فى التسليم منه دون العيب ولكنه بحسب ما يتفق فكان بيانه مطلقا للفظه (ألا ترى)
انه لو قال غصبته يوما يهوديا ثم جاء بثوب منخرق خلق فقال هو هذا كان مصدقا فى ذلك
وكذلك لو قال استودعنى عبداً ثم جاء بعبد معيب فقال هو هذا فالقول قوله فى ذلك لان
الاختلاف متى وقع فى صفة المقبوض فالقول قول القابض أمينا كان أو ضمينا وكذلك اذا
وقع الاختلاف فى عينه لان القابض ينكر قبضه في شئ منه سوى ما عينه والقبض على
وجه العيب والوديعة يتحقق فيما عينه فيخرج به عن عهدة اقراره واذا خرج به عن عهدة
اقراره كان القول فى انكار قبض ما عينه فى قوله ولو قال لفلان على عشرة أفلس قرض أو ثمن
بيع ثم قال هى من الفلوس الكاسدة لم يصدق فى قول أبى حنيفة وصل أم فصل لان
المعاملات فيما بين الناس فى الفلوس الرائجة فدعواه الجياد فى الفلوس كدعوى الزيافة في
الدراهم وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى القرض هو مصدق اذا وصل كما لو ادعى
الزيافة فى الدراهم فان الكاسدة من جنس الفلوس وبالجياد تقل رغائب الناس فيها كما تقل
بالزيافة فى الدراهم فأما فى البيع كان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا لا يصدق وان وصل
لان هذا بيان يفسد البيع فان من اشترى بفلوس فكسدت قبل القبض فسد البيع واقراره
بمطلق البيع يكون اقرار الصحة فلا يصدق فى دعوى الفساد موصولا كان أو مفصولا كما
لو ادعى الفساد لجياد أو أجل مجهول بخلاف الزيافة في الدراهم فليس في هذا دعوى فساد
البيع لانه اذا كان يدعى فساد البيع فكانه قال ليس له على فلوس وبأول كلامه صار مقرا
بوجوبها عليه وكان رجوعا وبه فارق القرض لان بدعوى الكساد هناك لا يصير مدعيا أنه
لا فلوس عليه فان بالكساد لا يبطل القرض ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال يصدق فى
البيع اذا وصل وعليه قيمة المبيع وهو قول محمد رحمه الله لان الكاسدة من الفلوس من
جنس الرائجة منها وانما ينعدم صفة الثمنية ليثبت الكساد فهو ودعواه الزيافة فى الدراهم

سواء ثم فساد البيع وسقوط الفلوس هنا كان لمعنى حكمي لا بسبب من جهة المقر فلا يصير كلامه به رجوعا بخلاف ما اذا ادعى شرطا مفسداً لان فساد العقد هناك بالشرط الذي ذكره واذا صدق هنا صار الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ولو عاينا استوى بفلوس ثم كسدت قبل القبض كان عليه رد المبيع ان كان قائما وان هلك في يده فعليه قيمته كذلك هنا وكذلك الاختلاف في قوله له علي عشرة دراهم ستوقه من قرض أو ثمن بيع لان الستوقة كالفلوس فانه مموه من الجانبين وقوله ستوقة فارسية معربة سرطاقة الطاق الاعلي والاسفل فضة والاوسط صفر والزيوف اسم لمازيفه بيت المال والنبهرجة التجارة ولو قال غصبته عشرة أفلس أو قال أودعتها ثم قال من الفلوس الكاسدة كان مصدقا في ذلك وصل أم فصل لان الكاسدة من الفلوس من جنس الفلوس حقيقه وصورة وليس للغصب والوديعة موجب في الرائجة فلم يكن في بيانه تغيير لاول كلامه فصح منه موصولا كان أو مفصولا والله أعلم بالصواب

باب ما يكون الاقرار

(قال رحمه الله رجل قال لآخر اقضى الالف التى عليك فقال نعم فقدأديتها) لان قوله نعم لا يستقل بنفسه وقد أخرجه مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكأنه قال نعم أعطيك الالف التى لك علي وعلى هذا الاصل ينبي بعض مسائل الباب وبعض المسائل مبينة على انه متى ذكر في موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه ويكون مفهوم المعنى يجعل مبتدئا فيه لا محالة الا أن يذكر فيه ماهو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد من أن يحمل على الجواب وبيان ذلك اذا قال ساعطيكها أو غداً أعطيكها أو سوف أعطيكها فان الهاء والالف كناية عن الالف المذكورة فصارت اعادته بلفظ الكناية كاعادته بلفظ الصريح بأن يقول سأعطيك الالف التى لك علي وكذلك اذا قال فاقعدها فأتزنها فانتقدها فاقبضها أولم يقل أقعد ولكن قال أتزنها أو انتقدها أوخذها لان الهاء والالف في هذا كله كناية عن المال المذكور فلابد من حمل كلامه على الجواب بخلاف ما اذا قال أتزن أو انتقد أو خذ فلهذا لا يكون اقراراً لان هذا الكلام يستقل بنفسه وليس فيه ما هو كناية عن المال المذكور فيحمل على الابتداء وهذا لانه مبتديء بالكلام حقيقة فنترك هذه الحقيقة الي أن

يحمل كلامه للجواب لضرورة ولا ضرورة هنا فجعلنا ابتداء ومعني قوله اتزن أي اقعد وأرث للناس وا كتسب به ولا تؤذيني بدعوى الباطل وكذلك قوله ابتمر وقوله خذ أي خذ حذرك مني فلا أعطيك شيئا بدعوى الباطل فلهذا جعلناه ابتداء ولو قال لم تحل بعد فهذا اقرار فان التاء في قوله لم تحل كناية عن الالف فكان كلامه جوابا وهذا اللفظ منه دعوى التأجيل ولن يكون الاجل الا بعد وجوب أصل المال فلهذا كان مقراً بأصل المال وكذلك لو قال غدا لان هذا غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من حمله على الجواب وهذا استمهال للقضاء الى الغد وهذا لا يكون الا بعد وجوب المال وكذلك لو قال أرسل غداً من يزنها أو من يقبضها لان الهاء والالف كناية عن الالف فلا بد من حمل كلامه علي الجواب ومطالبته بارسال من يستوفى منه لا يكون الا بعد وجوب المال عليه وكذلك لو قال لسيت اليوم عندي لان التاء كناية عن المال المذكور والتعلل بالعسرة لا يكون الا بعد وجوب المال فكان مقرا بها وكذلك لو قال ليست بمهيأة اليوم بعسرة اليوم وفى بعض النسخ ليست بعسرة اليوم فهو جواب لان التاء كناية عن الالف وكذلك لو قال أجلنى فيها فطلب التأجيل لا يكون الا بعد وجوب المال والهاء والالف كناية عن المال المذكور فكان كلامه جوابا وكذلك لو قال ما اكثر ما يتقاضا بها وكذلك لو قال أعممتني بها أو أبرمتنى بها أو أديتنى فيها لان التبرم من كثرة المطالبة لا يكون الا بعد وجوب المال فانه لا يتحمل هذا الاذي ولا انقياد لهذه المطالبة الا اذا كان المال واجبا وكذلك لو قال والله لا يكون لا افضكها ولا ازنها لك اليوم أو لا يأخذها منى اليوم الكناية المذكورة في حرف الجواب لانه بني القضاء والوزن والاخذ فى وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال فاذا لم يكن أصل المال واجبا فالقضاء يكون منتفيا أبداً فلا يحتاج الى تأكد نفى القضاء باليمين لانه في نفسه منتفى ولو قال حتى يدخل على مالى أو حتى يقدم على غلامى فهذا اقرار لان كلامه غير مستقل بنفسه فان حتى للغاية فلا بد من شئ آخر ليكون ماذكر غاية له وليس ذلك الا بالمال المدعى فكانه قال لا افضكها حتى يدخل على مالى ولو قال اقضى المائة التى لى عليك فان غرمائى لا يدعونى فقال أحل على بها بعضهم أو من تسبب منهم أو اثنى منهم أضمنها له أو احتال على بها فهذا كله اقرار بذكر حرف الكناية فى موضع الجواب ولانه أمر بالحوالة المقيدة وذلك لا يتحقق الا بعد وجوب الدين فى ذمة المحتال عليه للمحيل أو يكون ملك له فى يده له بتقيد الحوالة بها ولو قال قد

قضيتها فهذا اقرار بذكر حرف الكناية ولانه ادعى القضاء وقضاء الدين لا يسبق وجوبه فصار به مقرا بالوجوب وكذلك لو قال أبرأتني منها لان الابراء اسقاط وهو يعقب الوجوب ولا يسبقه فدعواه الاسقاط يتضمن الاقرار بوجوب سابق وكذلك لو قال قد حسبتها لك لان هذا في الحقيقة دعوى القضاء وكذلك لو قال قد حللتنى منها فهذا بمعنى دعوي الابراء وكذلك لو قال قد وهبتها الى أو تصدقت بها علي فهذا دعوى التمليك منه ولا يكون ذلك الا بعد وجوب المال فى ذمته وكذلك لو قال قد أحلتك بها لان الحوالة تحويل الدين من ذمة المحتال عليه فدعواه الحوالة تتضمن الاقرار بوجوبها لا محالة وكذلك لو قال غصبتنى هذا العبد فادفعه الى أو قال هذا العبد وديعة فى يدك أو عارية فادفعه الى أو قال هذا العبد وديعة فى يدك أو عارية فادفعه الى فقال غدا فقد أقر له به لان ماذكره فى موضع الجواب غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من حمله على الجواب وكذلك لو قال سأعطيكها لان الهاء كناية عن العبد ثم ذكر حرف الكناية لابد من حمل كلامه علي الجواب ولو قال بيع منى عبدى هذا أو استأجره منى أو قال أكريتك دارى هذه أو أعرتك دارى هذه فقال نعم فهذا كله اقرار له بالملك لان نعم غير مفهوم المعنى بنفسه فيكون محمولا على الجواب ما تقدم يصير معادا فيه. وكذلك لو قال ادفع الى حلة عبدى هذا أو أعطنى ثوب عبدى هذا فقال نعم فقد أقر له بالثوب والعبد لان نعم غير مفهوم المعنى بنفسه فكان محمولا على الجواب فكانه قال أعطيك ثوب عبدك وذلك اقرار له بالملك فى العبد نصا وفى الثوب دلالة لانه أضاف الثوب الى العبد الذى أضافه اليه بالملكية فترك اضافته الي مملوكه يصير بمنزلة اضافته اليه فصار بهما وكذلك لو قال افتح باب دارى هذه أو خصص دارى هذه أو أسرج دابتى هذه أو الجم بغلي هذا أو أعطنى سرج بغلى هذا أو لجام بغلى هذا فقال نعم فهذا اقرار لما بينا أن نعم غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من حمله على الجواب لانه لو لم يحمله عليه صار لغوا وكلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ولا يحمل على اللغو الا اذ تعذر حمله على الصحة ولو قال لا فى جميع ذلك لم يكن اقرارا وفى بعض نسخ كتاب الاقرار قال يكون اقرارا أما اذا قال لا أعطيكها اليوم أو قال لا أعطيكها أبدا فهذا اقرار منصوص عليه فى بعض روايات كتاب الاقرار لانه صرح بنفى الاعطاء اما مؤبدا أو مؤقتا والكناية المذكورة فى كلامه تنصرف الى ماسبق فكانه قال لا أعطيك سرج بغلك أو لجام بغلك ولو صرح بهذا كان اقرارا بملك

العين له وأما اذا أطلق حرف لا فنى بعض النسخ قال هـذا نفى لما طلبه منه وانما طلب منه الاعطاء فكان هـذا نفيا للاعطاء فيجعل اقرارا بملك العين له كما في الفصل الاول ٭ ووجه ما ذكر في عامة النسخ ان لاجواب هونفي فيكون موجبه ضد موجب جواب هو اثبات وهو قوله نعم فاذا جعل ذلك اقرارا عرفنا أن هـذا لا يكون اقرارا وهذا لانه نفي جميع ما سبق ذكره فكانه قال لا أعطيك وليس البغل والسرج واللجام لك لان هذا اللفظ صالح لنفى جميع ذلك بخلاف قوله لا أعطيكها ولو قال الآخر انما لك على مائة درهم فهذا اقرار بالمائة لان كلمة انما لتقرير الحكم فى المذكور ونفيه عما عداه قال الله عز وجل انما الله اله واحد ولو لم يذكر حرف التقرير فى المائة ولكن قال لك على مائة درهم كان اقرارا فعند ذكر حرف التقرير أولي ولو قال ليس لك علي مائة ولكن درهم فلم يقر له بشئ لان كلمة ليس للنفى فلا يكون موجبا للاثبات ولا يقال لما خص المائة بالنفى لانه كان دليلا على أن ما دونه ثابت لان تخصيص الشئ بالذكر لا يدل علي نفى ما عداه عندنا والمفهوم ليس بحجة فلا يجعل هـذا اللفظ اقرارا بشئ باعتبار المنظوم ولا باعتبار المفهوم ولو قال فعلت كذا اذا كان لك على مائة درهم كان اقرارا بالمائة لان كلمة اذا للماضي وكلمة اذا للمستقبل ومعناه فى الوقت الذي كان لك علي مائة فقد عرف وقت فعليه بالمال الذى له عليه وذلك لايكون الا بعد وجوب المال فصار مقرا بوجوبها وكذلك لو قال فعلت كذا يوم أقرضتنى مائة درهم فقد عرف الوقت الذى أخبر عن الفعل فيه بالزمان الذي أقرضه فيه مائة درهم وذلك اقرار بالاقراض لامحالة وهو سبب لوجوب المال عليه ولو قال أقرضتك مائة درهم فقال لاأعود لها ولا أعود بعد ذلك فهـذا اقرار لوجود حرف الكناية في كلامه وهو الهاء ولا يكون العود الا بعد البداءة فيضمن هذا الاقرار بابتداء اقراضه مائة درهم ثم فى هذا اظهار سوء معاملته وقلة مسامحته مع غرمائه وذلك لايكون الا بعد وجوب المال وكذلك لو قال أخذت منى مائة درهم فقال لاأعود لها فهذا بيان للاخذ عند نفى العود علي من أخذ ضمان المأخوذ الى أن يرده قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ولو قال لم أغصبك الا هـذه المائة كان اقرارا بالمائة لان الاستثناء من النفى اثبات قال الله تعالى مافعلوه الا قليل منهم والاستثناء من النفى آكد مايكون من الاثبات دليله كلمة لا إله الا الله فيكون مقرا بغصب المائة بما هو آكد الالفاظ وغير وسوى من حروف الاستثناء بمنزلة قوله الا وكذلك

لو قال لاأغصبك بعد هـذه المائه شيئا فهذا اقرار بالمائة لان معنى كلامه بعـد غصبي منك هذه المائة لاأغصبك شيئا فهذا اظهار للتوبة من غصب باشره ووعد من نفسه أن لا يعود الى مثله وكذلك او قال لم أغصبك مع هذه المائة شيئا لان مع للضم والقران فقد نفى انضمام شيء الى المائة فى حال غصبه اياها وذلك لايتحقق الا بعد غصب المائة وكذلك لو قال لم أغصب أحدا بعدك أو قبلك أو معك فهذا كله اقرار بانه قد غصبه اياه لما بينا ولو قال أقرضتك مائة درهم فقال مااستقرضت من أحد سواك أو من أحد غيرك أو من أحد قبلك أو لا أستقرض من أحد بعدك أو لم أستقرض من أحد معك فليس شيء من هذا كله اقرار لان معنى كلامه لااستقرضت منك ولو صرح بهذا اللفظ لم يلزمه شيء فكذلك اذا أتى بما يدل عليه هذا لان الاستقراض طلب القرض فان أهل النحو يسمون هـذه السين سين السؤال وليس كل من طلب شيئا وجده ولا من سئل شيئا أعطى فلم يكن فى كلامه ما يكون اقرارا بالسبب الموجب وهذه من أعجب المسائل فان اقراره بفعل الغير بهذا اللفظ موجب للمال عليه بأن يقول أقرضني مائة درهم واقراره بفعل نفسه لايكون موجبا بان يقول استقرضت منك ولو قال مالك على مائة درهم أو سوى مائة درهم فهذا اقرار بالمائة لانه استثناء من النفى وذلك دليل الاثبات وكذلك لو قال مالك على أكثر من مائة درهم لان نفيه الزيادة علي المائة دليل على وجوب المائة وماثبت بالدلالة فهو كالثابت بالنص ولو قال مالك علي أكثر من مائة درهم ولا أقل لم يكن هذا اقرار وكان ينبغى أن يجعل هذا اقرارا بالمائة لانه نفى أن يكون الواجب عليه أكثر من مائة أو اقل من مائة وذلك اقرار بالمائة ولكنه اعتبر الفرق الظاهر وقال فى العادة نفى القليل والكثير يكون مبالغة فى النفى كمن يقول اليس لك على قليل او كثير ولا قليل ولا كثير فهذا لايكون مساسا ثم فى كلامه تصريح بنفى ان يكون مادون المائة واجبا وذلك بنفى أن يكون المائة واجبة ضرورة لان المائة اذا وجبت كان ما دونها واجبا وانما قلنا انه تصريح بنفى وجوب مادون المائة لان قوله ولا اقل عطف وحكم العطف حكم المعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه نفيا للوجوب فكذلك المعطوف ولو قال لى عليك الف درهم فقال بل تسعمائة كان اقرارا بتسعمائة لان كلامه لا يستقل بنفسه فلا بد من حمله على الجواب معناه بل الواجب تسعمائة وكلمة بل لاستدراك الغلط فقد استدرك غلطه في الزيادة علي هذا القدر في دعواه وذلك لا يكون الا بعد وجوب هذا المقدار فلهذا كان مقرا بتسعمائة. رجل قال

لآخر أخبر فلانا أن لفلان على ألف درهم كان هذا اقرار لان قوله لفلان على ألف درهم اقرار تام من غير ان ينضم اليه الآمر بالاخبار فكذلك اذا انضم اليه الآمر بالاخبار وفائدته طمأنينة قلب صاحب الحق أنه غير جاحد لحقه بل هو يظهر لذلك عند الناس حين أمرهم بأن يخبروه بذلك الاقرار وكذلك لو قال أعلم فلانا ان لفلان علي ألف درهم أو بشره أو قل له أو أشهد فلانا ان لفلان علي ألف درهم هذا فهذا مثل الاول بل أظهر فان الخبر قد يكون صدقا وقد يكون كذبا والاعلام والبشارة والاشهاد لا يكون الا بما هو صدق وكلمة الاقرار في هذا كله قوله لفلان على ألف درهم ولو قال أخبر فلانا ان لفلان عليك ألف درهم أو أعلمه أو أبشره أو أقول له أو اشهد فقال نعم فهذا كله اقرار لان قوله نعم ليس بمفهوم المعنى بنفسه وهو مذكور فى موضع الجواب فصار ماسبق من الخطاب معاداً فيه فلهذا كان اقراراً ولو قال وجدت كتابى أن لفلان على ألف درهم أو وجدت فى ذكرى أو حسابى أو بخطى أو قال كتبت بيدى أن لفلان على ألف درهم فهذا كله باطل لانه حكى ما وجده في كتابه وما وجده مكتوبا فى كتابه قد يكون غيره كاتبا له وقد يكون هو الكاتب لتجزئة الخيط والعلم والبياض فلا يتعين جهة الاقرار في شيء من هذه الالفاظ بخلاف ما سبق لان قوله هناك لفلان على ألف درهم كلام انشاء والتكلم به من غير انه حكى عن غيره أو عن موضع وجده فيه وكان اقرارا وجماعة أئمة بلخ رحمهم الله قالوا فى يذكار الباعه ان ما يوجد فيه مكتوبا بخط البياع فهو لازم عليه لانه لا يكتب فى يذكاره الاماله على الناس وما للناس عليه ليكون صيانة له عن النسيان كذلك بقلمه والنباء فى العادة الظاهرة واجب فعلى هذا اذا كان قال البياع وجدت فى يذكارى بخطى أو كتبت فى يذكارى بيدى ان لفلان على ألف درهم كان هذا اقرارا ملزما اياه وان قال بيدى لفلان على صك بألف درهم فهذا اقرار لان الصك اسم خاص لما هو وثيقة بالحق الواجب وقد عابوا على محمد رحمه الله في قوله كتبت بيدي فقالوا الكتابة لا تكون الا باليد فأى فائدة فى هذا اللفظ وكنا نقول مثل هذا يذكر للتأكيد قال الله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه وقال الله تعالي ولا تخطه بيمينك وهذا لان الكتابة قد تضاف الى الآمر بها عادة وان لم يكتب بنفسه فكان قوله بيدى بيانا يزول به هذا الاحتمال ولو كتب لفلان على نفسه صكا بألف درهم والقوم ينظرون اليه فقال لهم اشهدوا على بهذا كان اقراراً جائزاً لانه أشهدهم على ما أظهره ببيانه فكانه أشهدهم ببيانه

ولا يكون الاشهاد الا ماهو الوثيقة بالحق الواجب. رجل قال لآخر لا تشهد على لفلان بألف درهم لم يكن هذا اقراراً لانه لو قال اشهد على بألف درهم كان اقراراً وقوله لا تشهد ضد لقوله اشهد فكان موجبه ضد موجب قوله اشهد وكان المعنى فيه انه نهاه عن الشهادة بالزور ومعناه انه ليس له علي شئ فلا يشهد له بالزور علي بألف درهم فيكون هذا نفيا للمال على نفسه لا اقراراً به وكذلك لو قال ما لفلان علي شئ فلا يخبره ان له علي ألف درهم أولا يقل له ان له علي ألف درهم لم يكن هذا اقراراً لانه صرح به في الابتداء بالنفي وبين انه له علي انه لا شئ له عليه فكان مراده بعد ذلك لا يخبره بما هو باطل ولا يقل له ما هو زور لا أصل له وآخر الكلام مبني على أوله خصوصا اذا وصله بحرف الفاء فاذا كان أوله نفيا عرفنا ان آخره ليس باقرار ولو ابتداء فقال لا يخبر فلانا ان له علي ألف درهم أولا يقل لفلان ان له علي ألف درهم كان هذا اقراراً لانه لما لم يذكر النفي في الابتداء كان قوله لا يخبر ولا يقل استكتاما منه له فيكون اقراراً ومعناه ان وجوب المال له علي سر بيني وبينك فلا تظهره باختيارك أو قولك لفلان ثم ذكر بعد هذا في آخر الباب قوله لا يخبر بخلاف قوله أخبروا وعلل فقال لا تخبر نفي وقوله أخبر اقرار فحصل في قوله أخبر روايتان وفي قوله لا تشهد أي لفلان علي ألف درهم الرواية واحدة انه لا يكون اقراراً بخلاف قوله اشهد فمن اصحابنا رحمهم الله من قال الصحيح في الاخبار هكذا ان قوله لا تخبر لا يكون اقراراً كما فسره في آخر الباب والذي وقع هنا غلط ومنهم من صحح هذه الرواية وفرق بين قوله لا تخبر ابتداء وبين قوله لا تشهد فقال الشهادة سبب لوجوب الحق قوله لا تشهد معناه ليس له على شئ فاياك أن يكتسب سبب الوجوب بالشهادة له علي بالزور فأما الخبر ليس بسبب لوجوب المال فلا يكون قوله لا يخبر نهيا عن اكتساب سبب الوجوب ولكنه استكتام ذلك ودليل على وجوب المال عليه ولو قال لفلان على الف درهم لحقه او بحقه او من حقه او لميراثه او بميراثه او من ميراثه او لملكه او بملكه او من ملكه او لاجله او من اجله او لشركته او بشركته او من شركته او لبضاعته او ببضاعته او من بضاعته فهذا كله اقرار لان قوله لفلان على الف درهم اقرار تام بالدين وهذا كله يرجع الى تأكيد ما عليه وقد بينا فيما تقدم ان هذا التأكيد لا ينفي اصل الاقرار وان الشفاعات لا تجئ في الديون ليحمل معنى اللام علي الشفاعة فلهذا جعلناه اقراراً بالمال واذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع

اشتريته منه ولم اقبضه فقال ذلك موصولا باقراره لم يصدق فى قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله يصدق اذا كان موصولا ولا يصدق اذا كان مفصولا ثم رجع عن حرف منه وقال اذا كان مفصولا يسأل المقر له عن المال أهو ثمن بيع ام لا فان قال من ثمن البيع فالقول قول المقر انى لم أقبضه وان قال من جهة أخرى سوى البيع فالقول قول المقر له وهذا فى الحقيقة ليس برجوع ولكنه تفصيل فيما أجمله من الابتداء وهو قول محمد رحمه الله وجه قولهما ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بوجوب المال عليه وقوله من ثمن بيع اشتريته منه بيان لسبب الوجوب فاذا صدقه المقر له فى هذا السبب ثبت السبب بتصادقهما ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض وانما يتأكد بالقبض فصار البائع مدعيا عليه تسليم المعقود عليه وهو منكر لذلك فجعلنا القول قول المنكر فى انكاره القبض وان كذبه فى السبب فهذا بيان معبر لمقتضى مطلق الكلام لان مقتضى أول الكلام أن يكون مطالبا بالمال في الحال ولكن على احتمال أن لا يكون مطالبا به حتى يحضر المتاع فكان بيانه معبر الى هذا النوع من الاحتمال وبيان التغيير صحيح اذا كان موصولا ولا يكون صحيحا اذا كان مفصولا * توضيحه ان هذا بيان يتضمن ابطال ما يجب بالكلام الاول لولا هذا البيان لان ثمن المتاع الذى هو غير معين لا يكون واجبا قبل القبض والبيان الذى فيه معنى الابطال صحيح اذا كان موصولا ولا يصح اذا كان مفصولا كالاستثناء وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا رجوع عما أقر به والرجوع باطل موصولا كان أو مفصولا وبيان ذلك انه أقر بوجوب ثمن متاع بغير عينه عليه وثمن متاع يكون بغير عينه لا يكون واجبا على المشترى الا بعد القبض لان مالا يكون بعينه فهو فى حكم المستهلك اذ لا طريق للتوصل اليه فانه مامن متاع يحضره الا وللمشترى أن يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المعقود عليه وفرقنا انه فى حكم المستهلك وثمن المبيع المستهلك لا يكون واجبا الا بعد القبض فكانه أقر بالقبض ثم رجع عنه * توضيحه انه أقر بالمال وادعى لنفسه أجلا الى غاية وهو احضار المتاع ولا طريق للبائع الى ذلك ولو ادعى أجل ذلك شهراً ونحو ذلك لم يصدق وصل أم فصل فاذا ادعى أجلا مؤبداً أولى أن لا يكون مصدقا فى ذلك وعلى هذا لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لم يصدق فى قول أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لانه رجوع فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

يصح اذا وصل لانه بيان السبب وفيه معنى الابطال فيصح موصولا كالاستثناء ولان الخمر متمول يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا هو من محتملات كلامه ولكن فيه تغيير فيصح موصولا كما في الفصل الاول على قولهما ولو قال ابتعت منه شيئا بألف درهم ثم قال لم أقبضه فالقول قوله لانه أقر بمجرد العقد واقراره بالعقد لا يكون اقراراً بالقبض فهو فى قوله لم أقبضه منكر لما ادعاه صاحبه لا راجعا عما أقر به ولو قال لفلان على ألف درهم من ثمن هذا العبد الذى هو فى يد المقر له فان أقر الطالب وسلمه له أخذه بالمال لان ماثبت بتصادقهما كالثابت بالمعاينة وان قال العبد عبدك لم ابعكه انما بعتك غيره فالمال لازم له لان المقر اخبر بوجوب المال عليه عند تسليم العبد له وقد سلم العبد له حين اقر ذو اليد انه ملكه فيلزمه المال ثم الاسباب مطلوبة لاحكامها لالاعيانها فلا يعتبر التكاذب فى السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال فلهذا لزمه المال ولو قال العبد عبدى مابعته منك انما بعتك غيره لم يكن عليه شيء لانه انما اقر له بالمال بشرط ان يسلم له العبد ولم يسلم له العبد والمتعلق بالشرط معدوم قبله وقد ذكر فى آخر هذا الباب ان ابا حنيفة رحمه الله قال يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهو قولهما واذا حلفا لم يلزمه المال وهو صحيح لان المقر ادعي عليه البيع في هذا العبد وهو منكر فيحلف عليه والمقر له يدعى وجوب المال لنفسه بسبب بيع متاع قد سلمه اليه والمقر لذلك منكر فيحلف على دعواه ولان هذا الاختلاف بينهما فى المبيع والاختلاف فى المبيع يوجب التحالف كالاختلاف في الثمن فاذا تحالفا انتفت دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فلهذا لا يقضى عليه بشيء من المال والعبد سالم لمن هو فى يده ولو قالوا لفلان عندى وديعة الف درهم ثم قال اقبضها فهو لها ضامن لان أول كلامه صريح باقراره بالقبض لانه لا يصير مودعا ولا يحصل المال عنده ما لم يقبضه فكان قوله لم أقبضها رجوعا وكذلك لو قال له على الف درهم قرض ثم قال لم أقبضها لم يصدق وهذا رجوع كما بينا ولو قال أقرضتني الف درهم أو أودعتنى الف درهم أو أسلفتنى الف درهم أو أعطيتنى الف درهم ولكنى لم أقبضها فان قال موصولا كلامه فالقول قوله لان أول كلامه اقرار بالعقد وهو القرض والسلم والسلف والعطية فكان قوله لم أقبضها بيانا لا رجوعا وان قال ذلك مفصولا في القياس القول فى ذلك قوله أيضا لما بينا أنه اقرار بالعقد فكان هذا وقوله ابتعت من فلان بيعا سواء * توضيحه

انه أقر بفعل الغير فانه أضاف الفعل بهذه الالفاظ الى المقر له فيكون القول فى انكاره القبض الموجب للضمان عليه قوله لان فعل الغير ليس بسبب موجب للضمان عليه ولكنه استحسن فقال لايقبل قوله لان القرض لايكون الا بالقبض وكذلك السلم والسلف أخذ عاجل بآجل وكذلك الاعطاء فعل لايتم الا بالقبض فكان كلامه اقرارا بالقبض على احتمال أن تكون هذه الالفاظ عبارة عن العقد مجازا فقوله بيان تعبير فيصح موصولا لامفصولا ولو قال نقدتنى الف درهم أو دفعت الى الف درهم ولكن لم أقبض فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله لان الدفع والاعطاء سواء كما ثبت فى قوله أعطيتنى فكذلك فى قوله دفعت الى وبعدتنى لانه اخبار بفعل الغير وهذا لايكون سببا لوجوب الضمان عليه واذا قال موصولا لم أقبضه كان منكر الارجاعا وقال أبو يوسف رحمه الله لايصدق وان وصل لان النقد لايتصور الا بالقبض وكذلك الدفع يستدعي مدفوعا فقوله لم أقبض رجوع فلهذا لايكون الا صحيحا بخلاف قوله أعطيتنى فان هذا اللفظ يستعار للعقد (ألا ترى) أن الهبة تسمى عطية فجعلنا كلامه عبارة عن العقد اذا قال موصولا لم أقبضه ولا يوجد مثل ذلك فى النقد والدفع والله أعلم بالصواب

باب الاقرار فى المرض

(قال رحمه الله روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل) الا أن تصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى فى الفصلين وقالوا اقرار المريض للاجنبي من جميع المال صحيح واقراره للوارث باطل وهذا الباب لبيان اقراره للاجنبي فيقول أن الاقرار من جنس التجارة ولهذا يصح اقرار المأذون له في التجارة بسبب المرض ولا يلحقه الحجر عن التجارة مع الاجانب فكان اقراره للاجنبي بدين أو بعين فى المرض بمنزلته فى الصحة فيكون من جميع ماله وهذا لانه من حوائج الميت فانه يحتاج الى اظهار ماعليه باقراره ليفك رقبته وحاجته مقدمة على حق ورثته ولهذا اعتبر استيلاده من جميع ماله واعتبر الجهاز والكفن من جميع ماله لانه من أصول حوائجه أو يقول صحة اقراره للاجنبي على قياس صحة وصيته له فان الاصل ان كل تصرف يتمكن المرؤ من تحصيل المقصود به انشا لا تتمكن التهمة

في اقراره فيكون صحيحا ومتى لم يقدر علي تحصيل مقصوده بطريق الانشاء كان متهما فى الاقرار به فلا يصح اقراره فى حق الغير (ألا ترى) أن الوكيل بالبيع قبل العزل اذا قال كنت بعت كان اقراره صحيحا بخلاف ما بعد العزل والمطلق قبل انقضاء المدة اذا أقر أنه راجعها صح اقراره بخلاف ما بعد انقضاء المدة والمولى قبل انقضاء المدة اذا قال فئت اليها كان اقراره صحيحا بخلاف ما بعد انقضاء المدة اذا عرفنا هذا فنقول هو مالك لايجاب مقدار الثلث للاجنبي بطريق الهبة والوصية فتنتفى التهمة عن الاقرار له فى ذلك القدر واذا صح اقراره بين ان ذلك القدر ليس من جملة ماله فيصح اقراره فى ثلث ما بقي باعتبار أنه يملك الحق فيه بطريق الاستثناء ثم لا يزال يدور هكذا حتى يأتى علي جميع المال الي مالا يمكن ضبطه فلهذا صححنا اقراره للاجنبي بجميع المال واذا أقر المريض بدين ثم مات في مرضه ذلك تحاص الغرماء فى ماله سواء كان الاقرار منه فى كلام متصل أو منفصل لان الاقرارين يجمعهما حالة واحدة وهي حال المرض فكأنهما وجدا معا لان حق الغرماء انما يتعلق بماله بموته ويستند الى أول المرض لانه سبب الموت والحكم اذا انفرد استند الى سببه فهنا تعلق الدينان جميعا بماله في وقت واحد وهو عند الموت واستند الى سبب واحد وهو المرض فاستويا فيه والدليل عليه انه كما يصير بسبب الدين الاول محجوراً عليه عن التبرع عند الاقرار الثانى يصير بسبب الاقرار الثانى محجوراً عليه عن التبرع عند الاقرار الاول لانه لو أقر بدين أولا ثم وهب شيئا لم تصح هبته حتى يقضى الدين وكذلك لو وهب أولا فى مرضه ثم أقر بدين لم يصح هبته حتى يقضي الدين فيتبين بهذا ان الدينين استويا فى القوة وان سبب كل واحد منهما يثبت الحجر عن التبرع عند الاقرار الآخر فيتحاصان وكذلك لو أقر بدين ثم بوديعة لانه لماسبق الاقرار بالدين فقد ثبت فى ذمته علي أن يتعلق بتركته عند موته وما فى يده تركته من حيث الظاهر فاقراره بعد ذلك بوديعة بعينها لا يكون صحيحا فى ابطال ما كان بغرض الثبوت فهو كالثابت لتقرر سببه وتعلق الدين بالمال عند الموت لخراب الذمة وسبب الموت هو المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كأن الدين كان متعلقا بهذه العين حين أقر بأنه وديعة فلا يقبل اقراره في ابطال حق الغريم عنه واذا لم يقبل اقراره بذلك صار هو مستهلكا للوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليها والاقرار بالوديعة المستهلكة اقرار بالدين فكأنه أقر بدينين فيتحاصان ولو أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالوديعة أولى لانه حين أقر بها لم يكن

لاحد فيها حق ثابت ولا كان يعرض الثبوت فصح اقراره بالعين مطلقا وتبين أنها ليست بتركته ثم اقراره بالدين بعد ذلك انما يكون شاغلا لتركته لا لما لم يكن من جملة ملكه وهذا بخلاف ما اذا وهب عينا وسلم ثم أقر بالدين لان الهبة وان نفذها فى مرضه صار كالمضاف الي ما بعد الموت حتى تعتبر من ثلثه ولا يتبين بالهبة ان الموهوب لم يكن مملوكا له فيتعلق به حق الغريم المقر به بعد ذلك فكان هو أولى من الموهوب له فأما اقراره بالوديعة لم يصر كالمضاف الى ما بعد الموت بل ثبت بنفسه كما أقر به ويتبين ان هذه العين لم تكن ملكا له فلهذا لا يثبت حق المقر له بالعين بعد ذلك فيه ولو كان عليه دين فى الصحة وأقر فى مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدما على ما أقر به في المرض عندنا وقال ابن أبي ليلي رحمه الله ما أقر به فى الصحة والمرض من الدين فهو سواء وهو قول الشافعي رحمه الله وحجتهما فى ذلك ان الاقرار من جنس التجارة وبسبب المرض انما يلحقه الحجر عن التبرع لا عن التجارة (ألا ترى) ان سائر تصرفاته من البيع والشراء صحيح فى مرضه على الوجه الذى يصح فى صحته وكذلك اقراره وهذا لان الاقرار اظهار للحق الواجب عليه وذلك من أصول حوائجه وقد بينا ان حاجته مقدمة في ماله بخلاف التبرع فانه ليس من حوائجه ولهذا كان متبرآً من ثلث ماله والاقرار يكون معتبراً فى جميع ماله والدليل عليه ان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فانما جعل حجة ليترجح جانب الصدق باعتبار أن عقله ودينه يدعو انه الى الصدق ويمنعانه من الكذب وكذلك شفقته على نفسه وما له تحمله على الصدق وتمنعه من الكذب وهذا المعنى لا تختلف بين الصحة والكذب بل يزداد معنى رجحان جانب الصدق والكذب ولان فى حال الصحة كان الامر موسعا عليه فربما يؤثر هواه على ماهو المستحق عليه فيقر بالكذب وبالمرض يضيق الامر عليه فى الخروج عن المستحق عليه فلا يؤثر هواه على صرف المال على ما هو المستحق عليه وهو معنى ما قيل ان المرض حال التوبة والانابة يصدق فيه الكاذب ويبر فيه الفاجر فتنتفى تهمة الكذب عن اقراره ويكون الثابت بالاقرار فى هذه الحال كالثابت بالبينة فكان مزاحما لغرماء الصحة *وحجتنا في ذلك ان أحد الاقرارين وجد فى حال الاطلاق والآخر فى حال الحجر فيقدم ما وجد فى حال الاطلاق على ما وجد فى حال الحجر وانما قلنا ذلك لان بسبب المرض يلحقه الحجر ليتعلق حق الغرماء والورثة بماله حتى لايجوز تبرعه بشئ اذا كان عليه دين محيطا وبما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين لتعلق

حق الورثة بماله ولانا نقول بان الحجر لحقه عن التبرع لانه تبرع بل لانه مبطل حق الغرماء عن بعض ماله وكما يبطل حقهم عن بعض ماله بالتبرع فكذلك يبطل حقهم باثبات المزاحمة للمقر له فى المرض معهم فكان محجورا عن الاقرار لحقهم بخلاف سائر التجارات فانه ليس فيه ابطال حق الغرماء عن شيء مما يتعلق حقهم به فانه تعلق حقهم بالمالية والتجارة لاسيما المال فليس فيه ابطال شيء من حقهم حتى لو كان البيع بمحاباة لم تصح المحاباة فى حقهم لما فيه من ابطال حقهم عن بعض المالية ولانا قد بينا أن حق الغرماء وان كان يتعلق بالموت بماله يستند حكم التعليق الي أول المرض لانه سبب الموت كالبيع بشرط الخيار اذا أخبر استند حكم الملك الى أول البيع حتى يستحق المشترى الزوائد فيتبين بهذا أن حق الغرماء الصحة تعلق بماله بأول المرض وصار ماله كالمرهون في حقهم فبعد ذلك اقراره فى المرض غير صحيح فيما يرجع الى ابطال حقهم لان اقرار المقر محمول على الصدق فى حقه حتى يكون حجة عليه فاما فى حق الغير هو محمول على الكذب لكونه متهما فى حق الغير وهذا بخلاف السبب المعاين من غصب أو استهلاك لانه لا تمكن فيه التهمة فيظهر السبب فى حق غرماء الصحة كما يظهر فى حق المريض فيكون ذلك بمنزلة الدين الثابت بالبينة في مرضه وقوله بأن المرض دليل على صدقه في اقراره قلنا هذا فى حق من ترجح أمر دينه علي هواه علي أمر دينه فهذه الحال حال المبادرة الى ما كان يريده ويهواه ما كان قدم بعينه فيها فلما آيس من نفسه آثر من يهواه على ما هو المستحق بماله وليس معتاد كندر تمييز احدى الحالين عن الاخرى فجعلنا الدليل معنى شرعيا وهو اذا كان ممكنا من تحصل مقصوده بطريق الانشاء لا تمكن التهمة فى اقراره ففى حال الصحة كان متمكنا من تحصيل مقصوده لطريق الانشاء فلا تمكن التهمة فى اقراره فاما اذا مرض وعليه دين فهو غير متمكن من تحصيل مقصوده مالانشاء لان الدين مقدم على تبرعه فيحمله ذلك على الاقرار كاذبا لتحصيل مقصوده بهذا الطريق فلهذا لا يصدقه فى حق غرماء الصحة ولو استقرض فى مرضه مالا أو اشترى شيئا وعاين الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لانه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود وليس فيه ابطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل بعدله فظهر هذا السبب فى حقهم وكان صاحبه مزاحما لهم في الشركة ولو لم تكن التركة الا عين المال الذي أخذه قرضا أو بيعا فهو كذلك لان بالقبض تم ملكه فكان من جملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه والبائع انما

يكون أحق بالمبيع مالم يسلم فامااذا سلم فقد أبطل حقه فى الاختصاص كالمرتهن اذا رد الرهن كان مساويا لسائر الغرماء فيه ولما التحق ماوجب بالسبب المعاين فى المرض بالواجب في حال الصحة حتى استوى به كان مقدما على ماأقر به فى المرض بمنزلة دين الصحة وهذا لان السبب المعاين أو الثابت بالبينة يكون أقوى من الثابت بالاقرار والحكم يثبت بحسب السبب والحقوق تترتب بحسب القوة والضعف (ألا ترى) أن الكفن مقدم على الدين فى التركة لقوة سببه ثم الدين مقدم على الوصية والميراث فكذلك هنا ولو قضي دين هذا الذى أخذ منه فى المرض كان جائزا وهو له دون غرماء الصحة لانه حول حق الغرماء من محل الى محل بمدله فليس فى هذا القضاء لفظا ابطال حقهم عن شئ فكانت مباشرته فى المرض والصحة سواء أرأيت لو ردما استقرض بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع بعيب أ كان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل ولو قضي بعض غرماء الصحة دينه ثم مات لم يسلم المقبوض القابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا وعند الشافعى رحمه الله يسلم له وهو بناء على أصله أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر عن السعى فى فكاك رقبته وقضاء الدين سعي منه فى فكاك رقبته فكان فعله فى المرض والصحة سواء وهذا لانه ناظر لنفسه فيما يصنع فانه قضي دين من كان حاجته أظهر ومن يخاف أن لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه فى الآخر وتصرفه علي وجه النظر منه لنفسه يكون صحيحا لا يردو لنا أن حق سائر الغرماء تعلق بماله بالمرض فهو بقضاء دين بعضهم يبطل حق سائر الغرماء عما دفعه الى هذا وهو لا يملك ابطال حق الغرماء عن شيء مما تعلق حقهم به كما لو وهب شيئا بخلاف ما تقدم من قضاء الثمن وبدل القرض لانه ليس فيه ابطال حق الغرماء عن شيء من المالية كما قدرنا * توضيحه ان هذا إيثار منه لبعض الغرماء بعد ما تعلق حقهم جميعا بماله فهو نظير ايثاره بعض الورثة بالهبة والوصية له بعد ماتعلق حق الورثة بماله وذلك مردود عليه مراعاة لحق سائر الورثة فكذلك هـذا ولو قرض وفى يده ألف درهم وليس فى يده ألف درهم وليس عليه دين الصحة فأقر بدين ألف درهم ثم أقر بأن الالف التى في يده وديعة لفلان ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قسمت الالف بينهم أثلاثا لانه لما قدم الاقرار بالدين فاقراره بالوديعة بعده بمنزلة الاقرار بالدين فكأنه أقر بثلاثة ديون فى مرضه فيقسم مافي يده بينهم بالسوية ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لى قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت

الالف بين صاحب الوديعة وبين الغريم الآخر نصفين لان مزاحمة الثالث قد زالت فيتحاصان فيه ولا يبطل حق الغريم الآخر بما قال الغريم الاول اما اذا أبرأه فظاهر لان بالابراء لم يتبين ان دينه لم يكن واجبا وكذلك ان قال لاحق لى على الميت لان اقراره كان صحيحا ملزما مالم يرده المقر له وذلك كان مانعا من سلامة العين للمقر بالوديعة وقد ثبتت المزاحمة للغريم الآخر معه فاذا رد المقر له الاول ورده عامل فى حقه لافى ابطال حق الغريم الاول فكان فى حقه وجود هذا الرد وعدمه بمنزلة واحدة فلهذا كانت الالف بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين .رجل قال لفلان على أبى ألف درهم وجحد ذلك وجحد المقر عليه ثم مرض المقر ومات الجاحد والمقر وارثه وعلى المقر دين فى الصحة ثم مات وترك ألفا ورثها عن الجاحد (قال) غرماء المقر فى صحته أحق بهذا الالف من غرماء الجاحد لان أصل الاقرار من المقر لم يكن صحيحا لكونه حاصلا على غيره ولا ولاية له على الغير فاذا مات الجاحد والمقر وارثه الآن صح اقراره باعتبار ان تركته صارت مملوكة للمقر ارثا ويجعل هو كالمحدود لاقراره فى هذه الحال وهو فى هذه الحال مريض لو أقر على نفسه لم يكن المقر له مزاحما لغرماء الصحة فاذا أقر على مورثه أولا أن يكون المقر له مزاحما لغرماء الصحة ولان صحة اقراره على مورثه لما كان باعتبار ما فى يده من التركة صار هذا بمنزلة الاقرار منه بالعين واقرار المريض يصح فى حق غرماء الصحة فكذلك اقراره على مورثه والدليل على انه جعل كالمحدد للاقرار فى الحال انه لو كان أقر على مورثه بعتق عبده ثم مات المورث حتى نفذ اقراره كان معتبراً من ثلث مال المريض وجعل كانه آنشا للاقرار بالعتق فى الحال فكذلك هنا يجعل كانه الاقرار فلا يزاحم المقر له الغرماء فى حال الصحة واذا أقر المريض بألف درهم بعينها انها لقطة عنده ليس له مال غيرها فانه يصدق بثلثها فيتصدق بالثلث فى قول أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم تصدقه الورثة فهى ميراث كلها لا يتصدق بشئ منها *وجه قوله انه أقر بالملك فيها لمجهول والاقرار للمجهول باطل كما لو أقر لواحد من الناس بعين أودين واذا بطل الاقرار صار كأن لم يوجد ثم اقراره بانها لقطة لا يتضمن الامر بالتصدق بها لان التصدق باللقطة ليس بلازم وللملتقط أن يمسكها ولا يتصدق بها وان طالت المدة وانما يرخص له فى التصدق بها ان بينا حفظا على المالك لانه لما تعذر عليه ايصال عينها اليه يوصل ثوابها اليه بالتصدق بها وليس ذلك بمستحق عليه شرعا

(ألا ترى) انه لو حضر المالك بعد ما تصدق بها كان له أن يضمنه فيثبت أن اقراره باللقطة لا يتضمن الامر بالتصدق بها لا محالة فلهذا لا يجب على الورثة التصدق بشئ منها ولابي يوسف رحمه الله انه أقر ان ملكه عن هـذا المال مستحق والارث عنه منتفى لقربه تعلقت به حقا للشرع فوجب تقييد تلك القربه عند اقراره من ثلث ماله كما لو أقر بمال فى يده أنه صدقه للمساكين بزكاة واجبة عليه أو عشر أو نذر وجب تقيده من الثلث وانما قلنا ذلك لان السبيل فى اللقطة التصدق بها عند تعذر اتصالها الى مالكها هكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه انه تصدق بمال فى يده لغائب ثم قال هكذا يصنع باللقطة ولاية فى التصدق بها فى الملتقط لانه يخرج به عما لزمه عن عهدة الحفظ واقرار المريض معمول به فيما يرجع الى حاجة خروجه عما لزمه من العهدة ولا طريق له الى ذلك الا بالتصدق بها فصار اقراره كالامر للورثة أن يتصدقوا به دلالة وما يثبت بدلالة النص فهو كالمنصوص عليه فعليهم أو يتصدقوا به من ثلثه *تقرره انهم لو صدقوه فى ذلك كان عليهم أن يتصدقوا بها وفى مقدار الثلث المريض مستغن عن تصديق الورثة فيما هو موجب تصرفه فاذا كان عند تصديقهم يجب التصدق به بحكم ذلك الاقرار فكذلك عند عدم تصديقهم يجب التصديق من ثلث ماله. واذا تزوج المريض امرأة على ألف درهم وهي مهر مثلهـا كانت المرأة استوت لغرماء الصحة فى مهرها لان وجوب دينها بسبب لاتهمة فيه وهو النكاح ثم هـذا السبب من حوائج المريض لان النكاح فى الاصل عقد مصلحة مشروع للحاجـة وبمرضه تزداد حاجته الي ما يتماهده وهو غير محجور عن التزام الدين بمباشرة ما هو من حوائجه كاستئجار الاطباء وشراء الادوية ثم مهر المثل لا يجب بالتسمية بل انما يجب شرعا بصحة النكاح (ألا ترى) انه بدون التسمية يجب فلا يكون المريض بالتسمية قاصداً الى ابطال حق الغرماء عن شئ ممـا يتعلق حقهم به فلهذا صح منه وكانت مزاحمة غرماء الصحة مقدمة علي ما أقر ما به فى مرضه من دين أو وديعة لقوة سبب حقها ولو أوفاها المهر وعليه دين فى الصحة لم يسلم لها ما قبضت لانه خصها بقضاء دينها وقد بينـا ان المريض لا يملك تخصيص بعض غرماء الصحة بقضاء الدين وهـذا لان المهر بمقابلة البضع والبضع ليس بمال متقوم يتعلق به حق الغرماء فكان هذا في حق الغرماء ابطالا لحقهم بايثارها بقضاء دينها بخلاف بدل المستقر أو المستقرض لان ماوصل اليـه بمقابلة مال يتعلق به حق الغرماء فلم يكن فى تصرفه ابطال حقه عن شئ معين فلهذا كان صحيحا والله أعلم

باب الاقرار للوارث وغيره من المريض

(قال رحمه الله ولا يجوز اقرار المريض لوارثه بدين أو عين عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز بناء علي أصله باكثر من الثلث فكان قدر الثلث فى حق الوارث بمنزلة مازاد عليه فى حق الاجنبي والدليل عليه أن اقراره بالوارث صحيح فكذلك اقراره للوارث) لان فى كل واحد من الاقرارين اصرار بالوارث المعروف *وحجتنا في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم الا لاوصية للوارث ولا الاقرار بالدين الا أن هذه الزيادة سائرة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضى الله عنه لما روينا وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضى الله عنهم عندنا مقدم علي القياس والمعنى فيه انه آثر بعض ورثته بشيء من ماله بمجرد قوله فلا يصح منه كما لو أوصي له بشيء وهذا لان محل الوصية هو الثلث فانه خالص حق الميت قال صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى يصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ثم لم يجز وصيته به للوارث مع أنه خالص حقه فيكون ذلك دليلا علي أنه محجور عن اتصال المنفعة الى الوارث واقرار المحجور لا يصح كاقرار الصبي والمجنون الا أن هذا الحجر لحق الورثة فاذا صدقوه نفذ كما اذا أجازوا وصيته * توضيحه أن جميع المال محل الاقرار بالدين كما أن الثلث محل الوصية ثم لم يجز تصرفه مع الوارث بالوصية فى محلها وكذلك لا يجوز مع الوارث بالاقرار في ماله وهذا لان حق الورثة قد تعلق بما له بمرضه فيكون اقراره لبعضهم إيثارا منه للمقر له بعد ما تعلق حقهم جميعا به فلا يصح ويجعل اقراره محمولا على الكذب فى حقهم ولأن الاقرار وان كان اخبارا في الحقيقة فقد جعل كالايجاب من وجه حتى أن من اقر لانسان بجارية لا يستحق أولادها فاذا كان كالايجاب من وجه فهو ايجاب مال لا يقابله مال والمريض ممنوع عن ميله مع الوارث أصلا فرجحنا هذا الجانب فى حق الوارث ورجحنا جانب الاقرار فى حق الاجنبي وصححناه في جميع المال وقد بينا فى الباب المتقدم أن صحة اقراره للاجنبي باعتبار وصيته له وهذا لا يوجد فى حق الوارث فاما الاقرار بالوارث فلم يلاق محلا يتعلق به حق الورثة لان حق الورثة انما يتعلق بالمال قال صلى الله عليه وسلم انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الاقرار بالسبب من حوائج الميت كيلا يضيع ماؤه فكان مقدما على حق ورثته (ألا ترى) أن الحجر

بسبب المرض وكما لا يصح اقرار المريض بالدين لوارثه فكذلك اقراره باستيفاء دينه من وارثه الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله فانه فرق بينهما فقال الوارث لما عامله في الصحة فقد استحق براءة ذمته عند اقراره باستيفاء الدين منه فلا يتغير ذلك الاستحقاق بمرضه (ألا ترى) أنه لو كان دينه على أجنبي فاقر باستيفائه فى مرضه كان صحيحا فى حق غرماء الصحة وان كان اقراره بالدين لا يصح فى حق غرماء الصحة وحجتنا فى ذلك ان اقراره بالاستيفاء في الحاصل اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين عند القبض مثل ما كان له عليه ثم يصير قصاصا بدينه فكان هذا بمنزلة الاقرار بالدين للوارث ليس بصحيح فكذلك اقراره بالاستيفاء منه وهذا بخلاف اقراره بالاستيفاء من الاجنبي لان المنع هناك لحق غرماء الصحة وحق الغرماء عند المرض لا يتعلق بالدين انما يتعلق بما يمكن استيفاء ديونه منه والدين ليس بمال على الحقيقة ولا يمكن استيفاء ديونه منه فاقراره بالاستيفاء لم يصادف محلا يتعلق حقهم به فاما حق الورثة يتعلق بالعين والدين جميعا لان الورثة خلافة والمنع من الاقرار للوارث انما كان لحق الورثة واقراره بالاستيفاء فى هذا كالاقرار بالدين لانه يصادف محلا هو مشغول بحق الورثة واذا أقر المريض لوارثه بدين فلم يمت المريض حتى صار الوارث غيره بأن كان أقر لاخيه فولد له ابن أو كان ابنه كافرا أو رقيقا فأسلم أوعتق وصار هو الوارث دون الاخ جاز اقراره له لان المانع من صحة الاقرار كونه وارثه والوراثة انما تثبت عند المورث فاذا لم يكن من ورثته عند الموت كان هو والاجانب سواء (ألا ترى) انه لو تبرع عليه بهبة أو وصية جاز من ثلثه ولان الاقرار من المقر صحيح فى حقه حتى اذا لم يكن له وارث سوى المقر له جاز الاقرار وكان هو مؤاخذا بما أقر به مالم يمت لان بطلان اقراره بمرض الموت ولا يدرى أيموت في هذا المرض أو يبرأ فعرفنا أن اقراره للحال صحيح انما يبطل عند موته باعتبار صفة الوراثة في المقر له فاذا لم يوجد نفى صحيحا وجعل خروج المقر له من أن يكون وارثا بمنزلة من لم يقر فى مرضه وان كان أقر له وهو غير وارث ثم صار وارثا يوم موته بان أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل اقراره له عندنا وقال زفر رحمه الله اقراره له صحيح لان الاقرار موجب الحق بنفسه فانما ينظر الى حال الاقرار وقد حصل لمن ليس بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو أقر له فى صحته ثم مرض وكما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها وبهذا فارق

الهبة والوصية لانها مضافة الى مابعد الموت حقيقة أو حكما (ألا ترى) أنه لو وهب لاجنبية ثم تزوجها ثم مات لم تصح الهبة ونظر فيه الى وقت الموت لا الى وقت الهبة بخلاف الاقرار فكذلك هنا ولنا أنه ورث بسبب كان يثبت قائما وقت الاقرار فيتبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار تثبت صفة الوارثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين أن الاقرار حين حصل كان للوارث وبخلاف مالو أقر في الصحة ثم حصل له مرض حادث بعد الاقرار فالحجر بسببه لا يستند الى وقت الاقرار ثم الفرق بين الاقرار والوصية أو الهبة في حق من صار وارثا بسبب حادث من موالاته أو زوجته أن الاقرار ملزم بنفسه ويتبين أن المقر به ليس من تركته فالوراثة الثابتة بسبب حادث بعده لايكون مؤثرا فيه فاما الهبة والوصية كالمضاف الى مابعد الموت فاذا صار من ورثته بسبب حادث كان المانع قائما وقت لزومه فلهذا لا يصح وهو نظير اقرار المريض بالوديعة مع الهبة على ماينا فى الباب المتقدم وان كان يوم أقر له وارثه بموالاة أو زوجته ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه بثبوته أو فسخ الموالاة فالاقرار باطل فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو دائر فى قول محمد رحمه الله ٥وجه قوله انه انما ورث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر ذلك فى ابطال الاقرار كما فى الفصل المتقدم وهذا لان عقد الاول قد ارتفع ولم يرث به فكان وجوده عند الاقرار كعدمه والعقد الثانى متجدد وهو غير الاول ولا أثر له فى ابطال الاقرار وهو قياس مالو أقر به في مرضه ثم صح ثم مرض ومات وأبو يوسف رحمه الله يقول الاقرار حصل للوارث وتثبت له هذه الصفة عند الموت وكان الاقرار باطلا كما لو ورث باخوة كانت قائمة وقت الاقرار وهذا لان الاقرار انما لا يصح لتمكن تهمة الايثار فاذا كان سبب الوراثة موجدا وقت الاقرار كانت هذه التهمة متمكنة والعقد المتجدد قام مقام العقد الاول في تقرر صفة الوراثة عند الموت فيجعل كأن الاول قائم له بخلاف ما اذا انعدمت صفة الوارثة عند الاقرار لان تهمه الوارثة غير متقررة ثمة فصح الاقرار مطلقا ولو أقر لوارثه أو لاجنبي ثم مات المقر له ثم مات المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز ذلك الاقرار في قول أبي يوسف الاول رحمه الله وهو جائز فى قوله الآخر وهو قول محمد

رحمه الله ووجه قوله الاول أن الاقرار حصل وسبب الوراثة بينه وبين المقر له قائم وحكمه عند الموت فانما يتم لمن هو وارثه فلم يجز الاقرار لتمكن تهمة الايثار ووارث المقر له خلف عنه قائم مقامه فيما هو حكم الاقرار فاذا كان هو وارثا للمقر جعل بقاؤه عند موت المقر كبقاء المقر له بنفسه * ووجه قوله الآخر أن حياة الوارث عند موت المورث شرط ليتحقق له صفة الوراثة وهنا المقر له لما مات قبله فقد تبين له أن الاقرار حصل لغير الوارث فيكون صحيحا ووارث المقر له ليس يملكه من جهة المقر انما يملكه بسبب الوراثة بينه وبين المقر وذلك غير مبطل للاقرار (ألا ترى) أنه لو أقر بعين لاجنبي فباعه الاجنبي من وارث المقر أو وهبه له أو تصدق به عليه كان الاقرار صحيحا فكذلك هنا وكذلك اقرار المريض بعبد في يديه انه لاجنبي فقال الاجنبي بل هو لفلان وارث المريض لم يكن لي فيه حق على قول أبي يوسف رحمه الله اقرار المريض باطل لان المقر له لما حوله الى وارث المريض صار كأن المريض أقر لوارثه ابتداء وهذا بخلاف ما اذا ملكه بسبب أنساه لان ذلك ملك آخر يحدث للوارث بسبب متجدد غير الملك الحاصل باقرار المريض فاما هنا انما يحصل له ذلك الملك الثابت باقرار المريض لانه حوله بعينه الى وارث المريض ونفاه عن نفسه وفي قوله الآخر يقول الاقرار صحيح لان وارث المريض لم يملكه باقرار المريض وانما يملكه باقرار الاجنبي له بالملك واقراره له بالملك صحيح وقوله الآخر أقرب الى القياس من قوله الاول آخذا بالاحتياط لتمكن تهمة المواضعة بين المريض والاجنبي على أن يقر المريض له ليقر هو لوارثه فيحصل مقصوده في الايثار بهذا الطريق ولو أقر الاجنبي أن العبد حر الاصل وان المريض كان أعتقه في صحته عتق ولا شئ عليه في القولين جميعا أما على قوله الآخر فغير مشكل وعلى القول الاول كذلك لان اعتاقه من جهة المريض هنا غير ممكن فانه يعقب الولاء وليس للمقر له فلا بد من أن يجعل كالقابل لاقراره ثم العتق بخلاف الاقرار فهناك يمكن تحويل الملك الثابت له بالاقرار الى الوارث على أن يتقدم عليه فيحصل الملك له باقرار المريض من غير ان يحصل للمقر له الاول واقراره بالتدبير والكتابه بمنزلة اقراره بالعتق من حيث أن يجعل كالقابل لاقرار المريض ثم المستثنى للكتابة والتدبير من جهته ولا يجوز اقرار المريض لقاتله بدين اذا مات في ذلك من جنايته لان الاقرار للقاتل بمنزلة الاقرار للوارث فانه عاجز عن اتصال النفع اليه بانشاء التبرع لان الهبة والوصية للقاتل لا تصح كما لا يصح

للوارث فيكون متهما في اخراج الكلام مخرج الاقرار فان (قيل) العاقل لا يؤثر قاتله على ورثته بالاقرار له كاذبا فتنتفي تهمة الكذب عن اقراره هنا (قلنا) قد بينا ان الصدق والكذب في اقراره لا يعرف حقيقة فانما يعتبر فيه الدليل الشرعي وهو تمكنه من تحصيل مقصوده بانساء التبرع وعدم تمكنه من ذلك وهذا لان أحوال الناس مختلفة في هذا فقد يؤثر الشخص قاتله لميل في قلبه اليه أو قصده الى مجازات اساءته بالاحسان فتتمكن التهمة باعتبار هذا المعنى ولكن الشرط أن يموت من جنايته لانه اذا مات من غير جنايته لم يكن قاتلا له بل يكون خارجا له وعلى قول الشافعي رحمه الله الاقرار للقاتل صحيح على قياس مذهبه في الاقرار للوارث وان لم يكن يوم أقر صاحب فراش جاز اقراره لان المريض انما يفارق الصحيح بكونه صاحب فراش فان الانسان قل ما يخلو عن نوع مرض عادة ولا يعطى له حكم المريض مالم يكن صاحب فراش فاذا صار بجنايته صاحب فراش فهو مريض واذا لم يصر صاحب فراش فهو صحيح والاقرار الصحيح جائز لقاتله ولوارثه كما يجوز تبرعه عليه وبهذا تبين فساد قول من يقول من مشايخنا رحمهم الله اذا كان خطا بنفسه ثلاث خطوات أو أكثر فهو ليس بمريض في حكم التصرفات لانه اعتبر أن يكون صاحب فراش وصاحب الفراش قد يمشي بنفسه لحاجته وقد يتكلف بخطوات يخطوها فلا يخرج به من أن يكون مريضا ولا يجوز اقرار المريض لعبد وارثه ولا لعبد قاتله ولا لمكاتب لان كسب العبد لمولاه فانه يخلفه في الملك بذلك السبب بخروج العبد من أن يكون أهلا للملك فكان الاقرار للعبد بمنزلة الاقرار لمولاه وكذلك للمولي في كسب المكاتب حق الملك وينقلب ذلك حقيقة ملك بعجزه فمن هذا الوجه اقراره للمكاتب بمنزلة اقراره لمولاه وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الهبة فقال اذا وهب لعبد أخيه لم يجعل بمنزلة الهبة لاخيه في المنع من الرجوع وهنا جعله كالاقرار للمولي في أنه باطل والفرق ان المبطل للاقرار هنا انتفاع الوارث باقرار المريض ومنفعة المالية ويمكن تهمة الايثار له على سائر الورثة وهنا متحقق في الاقرار للعبد والمكاتب وهناك المثبت لحق الرجوع قصده عند الهبة الى العوض والمكافأت وعدم سلامة هذا المقصود له وذلك قائم اذا كان القائل للهبة أجنبيا وان كان الملك يحصل لذي الرحم المحرم فلهذا يثبت له حق الرجوع فيه ولو اقر المريض بدين لوارثه ولاجنبي فاقراره باطل لما فيه من منفعة الوارث فان ما يحصل للاجنبي بهذا الاقرار يشاركه الوارث فيه بخلاف ما اذا

أوصي لوارثه ولاجنبي فان الوصية تصح في نصب الاجنبي لان ذلك أنشا عقدا فاذا صححناه في حق الاجنبي لم ينتفع به الوارث والاقرار اخبار بدين مشترك بينهما فاذا صححناه في نصب الاجنبي انتفع الوارث بالمشاركة معه في ذلك فان كان كاذبا بالشركة بينهما أو أنكر الاجنبي الشركة وقال لي عليه خمسمائة ولم يكن بيني وبين وارثه هذا شركة لم يصح اقراره أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وصح في قول محمد رحمه الله في نصب الاجنبي وجه قوله أنه لهما بالمال وادعى عليهما الشركة في المقر به وقد صدقاه فيما أقر وكذباه فيما ادعى عليهما أو أنكر الاجنبي الشركة التي ادعاها اليه فلم تثبت الشركة بقوله واذا لم تثبت الشركة بقي اقراره للاجنبي صحيحا لان المانع من صحة الاقرار كان منفعة الوارث وعند انتفاء الشركة لا منفعة للوارث في صحة اقراره للاجنبي *وجه قولهما أن الاقرار وقع فاسداً بمعنى من جهة المقر وهو قصده الى اتصال النفع والى وارثه فلا ينقلب صحيحا لمعنى من جهة المقر له لان فساده مانع من صيرورته دينا في ذمة المقر وليس للمقر له ولاية على ذمته في الزام شئ فلا تقدر على تصحيح اقراره لما فيه من الزام الدين في ذمته بخلاف ما اذا أقر بعبد في يده لهذا أو هذا فاصطلحا كان لهما أن يأخذاه لان فساد الاقرار هناك ليس بمعنى من جهة المقر وهو عجز المجهول عن المطالبة به وقد زال ذلك باصطلاحهم واذا كان المفسد معنى من جهتهما ولهما ولاية على أنفسهما صح منهما ازالة المفسد بالاصطلاح وكلام محمد رحمه الله ليس بقوى لانه ما أقر لهما بالمال الا بصفة الشركة بينهما ولا يمكن اثباته مشتركا لما فيه من منفعة الوارث ولا يمكن اثباته غير مشترك لان ذلك غير ما أقر به وهذا بخلاف مالو أقر بالمال مؤجلا لان الاجل ليس بصفة للمال وكيف يكون صفة للمال وهو حق من عليه المال (ألا ترى) ان بعد حلول الاجل يبقى المال كما كان فأما هنا كونه مشتركا بينهما صفة لهذا الدين فلا يمكن اثباته بدون هذه الصفة لان الدين انما وجب بسبب واذا وجب مشتركا بذلك السبب لا يصير غير مشترك مع بقاء ذلك السبب ما دام دينا لان إيقاع الشركة يكون بالقسمة وقسمة الدين لا تجوز فاذا ثبت انه لا يمكن اثباته غير مشترك كان تجاحدهما وتصادقهما على الشركة سواء ولو استقرض المريض من وارثه مالا بمعاينة الشهود كان هو بمنزلة الاجنبي في ذلك لانه لا تهمة للسبب المعاين ولو أقر بمهر لامرأته يصدق فيما بينه وبين مثلها ويحاص غرماء الصحة لانه لا تهمة في اقراره فوجب مقدار مهر المثل بحكم صحة

النكاح لا باقراره (ألا ترى) ان عند المنازعة فى المرض يجعل القول قولهما لها بزيادة على مهر مثلها فالزيادة باطلة لان وجوبها باعتبار اقراره وهو متهم فى حقها لانها من ورثته ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض مهرها من زوجها لم يصدق لانه أقر باستيفاء الدين من وارثها فقد بينا بطلان اقرار المريض باستيفاء الدين من وارثه ولو باع المريض من أجنبي شيئا ثم باعه المشترى من وارث المريض أو وهبه له أو مات فورثه فهو جائز كله لان خروج العين من ملك المريض كان الى من اشتراه منه لا الى وارثه ثم وارثه انما يملكه من جهة المشترى اما بسبب متجدد أو بطريق الخلافة لوراثه فلم يمكن مانع من صحة تصرف المريض واذا كان دين الصحة يحيط بمال المريض وأقر أنه أقرض رجلا ألف درهم ثم قال استوفيتها لم يصدق على ذلك لان اقراره بالاستيفاء بمنزلة اقراره بالدين فى المرض وهذا بخلاف ماذا كان البيع فى الصحة لان حق الغرماء هناك مالم يكن متعلقا بالمنع فلا يتعلق ببدله مادام دينا وقد استحق المشترى براءة ذمته عند اقراره بالاستيفاء منه اذا كانت المبايعة فى الصحة فلا يبطل استحقاقه بمرض المستحق عليه واذا كان المبيع فى المرض فحق الغرماء كان متعلقا بالمبيع فتحول الى بدله وما استحقاق المشترى هنا براءة ذمته الا بتسليم مال يقوم مقام المبيع في حق تعلق حق الغرماء به فلهذا لا يصدق فى اقراره وكذلك لو كان عليه دين في مرضه ولم يكن الدين فى صحته فان كان مراده دينا وجب فى مرضه بسبب معاين فهو ودين الصحة سواء وان كان مراده دينا وجب باقراره فمعناه ان اقراره بالاستيفاء لا يكون صحيحا فى براءة المشتري ولكنه صحيح في اثبات المحاصة بين المشترى وبين الغرماء الأخر الا أنه صار مقرا له بمثل ما عليه بالمقاصة فيصير كانه خصه بقضاء دينه وتخصيص المريض بعض غرمائه بقضاء دينه لا يصح والله أعلم بالصواب

باب المقتول عمداً وعليه دين

(قال رضى الله عنه الاصل فى مسائل هذا الباب ان نفس المقتول من جملة تركته فى قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه منه سواء كان واجبا بنفس القتل أو عند عفو بعض الشركاء عن القصاص) لان البدل يملك بملك الاصل والحق فى نفسه له فكذلك فيما يجب بدلا عن نفسه وأصل آخر وهو أن الدين يقضى عن أيسر المالين قضاء لان حق الغريم مقدم علي حق

الوارث فلا يسلم الوارث شيء من التركة الا بعد الفراغ من الدين وأصل آخر ان التركة يقسم بعد قضاء الدين وتنفذ الوصية على الورثة على ما كان يقسم عليه ان لم يكن هناك دين أو وصية لان ضرر قضاء الدين وتنفيذ الوصية يكون على الورثة بقدر أنصابهم ويجعل المستحق بالدين والوصية كالمتأدى من التركة والاصل فى المال المشترك أنما ينوى منه ينوى على الشركة وما يبقى على الشركة اذا عرفنا هذا فنقول رجل قتل عمداً وترك ألف درهم وترك ابنين فعفى أحدهما وعلى المقتول دين ألف درهم فقد سقط القود عن القاتل بعفو أحد الابنين لانه لا حق للغريم فى القصاص فان حقه في المال والقصاص ليس بمال فصار عفو أحد الابنين كما لو لم يكن علي المقتول دين وانقلب نصيب الاخر مالا وذلك خمسة آلاف درهم لانه تعذر علي الآخر استيفاء القصاص لمعني من جهته مع بقاء المحل فاذا قبض الخمسة آلاف ضم ذلك الى الالف المتروكة فيكون تركته ستة آلاف يقضى منها دين المقتول وهو ألف درهم ويقسم مابقى بين الاثنين على اثنى عشر سهما سهم للمعافي واحد عشر سهما للذى لم يعف لانه لو لم يكن هنا دين كان قسمة التركة سهما هكذا فان الخمسة آلاف كلها حق الذى لم يعف والالف المتروكة بينهما نصفان للمعافى من ذلك خمسمائة درهم فاذا جعلت كل خمسمائة سهما صار حق الذى لم يعف احد عشر سهما وللمعافي سهم واحد فلذلك بعد قضاء الدين فقسم مابقى بينهما على هذا وكذلك لو كان الدين أكثر من ذلك بأن كان الدين ثلاثة آلاف وقد أوصي لرجل بألف أيضا فانه بعد قضاء الدين فيأخذ الغريم كمال حقه من التركة بعد قضاء الدين ثلاثة آلاف ومقدار وصيته خارج من ثلثه فينفذ له ثم ما بقى بين الابنين على اثنى عشر سهما لما بينا وهذا لان حق الغريم والموصى له لايتعلق بالقصاص لانه ليس بمال فاذا انقلب مالا تعلق به حقهما لكونه محلا لايفاء حقهما منه ولو كان ترك عبداً يساوي ألف درهم لا مال له غيره وعليه ألف درهم فخاصم الغريم القاضى فيباع العبد فى دينه لانه هو المحل الصالح لقضاء الدين منه فى الحال فان عفا أحد الابنين عن الدم بعد ذلك وآخذ الآخر نصف الدية فان العافي يتبعه ويأخذ منه نصف سدسها لانه ظهر أن التركة ستة آلاف وان ضرر قضاء الدين يكون عليهما بحسب حقهما وقد صرف نصيب جميع العافى من العبد الى الدين وان ما كان عليه نصف سدس الدين بقدر نصيبه من التركة فيما زاد علي ذلك استوى من نصيبه وكان قضاؤه واجبا علي شريكه لانه لم يكن متبرعا فى ذلك

القضاء انما الزمه القاضي بغير اختياره فلهذا رجع على شريكه فله أن يرجع به على شريكه بنصف سدس خمسة الالاف وهو ربعمائة وستة عشر وثلثان وان لم يبع العبد وقضى الدين حتى قبض الذى لم يعف خمسة آلاف للغريم أن يأخذ منه جميع دينه لان أيسر المالين لقضاء الدين منه هذا فانه من جنس الدين فان الدية من الخمسة الآلاف كان العبد سهما وكان العبد بينهما نصفين ميراثا عن الميت والاربعة آلاف الباقية للذى لم يعف ويرجع الذى لم يعف على العافي بثلاثة وثمانين درهما وثلث وذلك نصف سدس الدين استوفى جميع الدين مما هو خالص حق الذى لم يعف فيرجع على صاحبه بحصة نصيبه من التركة ونصيبه من التركة نصف سدسها فلهذا رجع عليه بنصف سدس الدين فاما أن يؤديها اليه ليسلم له نصف العبد وأما أن يباع نصيبه من العبد فيها لان الدين متعلق بالتركة وهو غير مستحق فى ذمة الوارث فكان هو بمنزلة دين واجب فى نصيبه من العبد فيه وانما قسمنا العبد هنا نصفين لانه ليس من جنس الدية والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة بل يقسم كل جنس على حدة بخلاف الاول فان نصف الدية مع المتروك من المال جنس واحد فلهذا ضممنا البعض الى البعض فى القسمة . رجل قتل عمدا وله ابن وامرأة وترك عبدا يساوى الف وعليه دين الف درهم فعفت المرأة عن الدم سقط نصيبها وانقلب نصيب الابن مالا فيقضى له بسبعة أثمان الديه مقدار ذلك ثمنية آلاف وسبعمائة وخمسون فاذا جاء الغريم قبض دينه مما فى يد الابن لانه من جنس حقه والعبد بين المرأة والابن بالميراث على ثمانية أسهم للمرأة الثمن وللابن سبعة اثمانه ثم ضرر قضاء الدين لا يكون على الابن خاصة فيكون له أن يرجع على المرأة بمقدار حصتها من التركة وذلك جزء من ثمانية وسبعين جزءا من الالاف لان التركة فى الحاصل تسعة آلاف وسبعمائة وخمسون وحق المرأة ثمن العبد فاجعل كل ألف على ثمانية فما قبض الذى لم يعف من الدين وهو ثمانية آلاف وسبعمائة وخمسون فاذا جعلت على كل الف مائة يكون سبعين سهما والعبد ثمانية وسبعون سهما سهم واحد من ذلك نصيب المرأة والباقى كله للابن فضرر قضاء الدين عليهما يكون بهذه الصفة أيضا جزء من ثمانية وسبعون جزءا من الدين فى نصيبها وقد استوفى مما هو خالص حق الابن فيرجع عليها بذلك فاما أن يدفعه ليسلم لها ثمن العبد أو يباع ثمن العبد ولو قتل وله الف درهم وعليه الف درهم دين وترك ابنا وابنتا وامرأة فعفى الابن عن الدم فللابنة والمرأة حصتهما من

الدية وذلك عشرة أسهم من أربعة وعشرين سهما فالسبيل أن نصحح الفريضة أولا فنقول للمرأة الثمن سهم من ثمانية والباقي وهو سبعة بين الابن والابنة اثلاثا فاضرب ثلاثة في ثمانية فيكون أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللابنة سبعة وللابن أربعة عشر فظهر أن نصيب المرأة والابنة من الدم عشرة من أربعة وعشرين فينقلب ذلك مالا فيعفو الابن ومقداره بالدراهم أربعة الالف ومائة وستة وستون درهما وثلثا درهم لان جميع الدية عشرة آلاف فاذا قسمته علي أربعة وعشرين كان كل سهم من ذلك أربعة وستةعشر وثلثين وعشر مرات ربعمائة وستة عشر وثلثان يكون أربعة الالف ومائة وستة وستين وثلثين لان عشر مرات أربعمائة فيكون أربعة آلاف وعشر مرات ستة عشر وثلثان يكون مائة وستة وستين وثلثين فيضم ذلك الى الالف المتروكة فتكون جملة التركة خمسة آلاف ومائة وستة وستين وثلثين يقضي جميع الدين من ذلك أولا وما بقي يقسم بينهم بالحصص يضرب فيه الابنة بنصيبها من التركة والدية وهى ثلاثة آلاف درهم ومائتا درهم وثمانية دراهم وثلث وتضرب المرأة بالف وثلثمائة وخمسة وسبعين درهما ويضرب الابن بنصيبه وهو خمسمائة وثلاثة وثمانين وثلث فانما يضرب بهذا القدر فقط واذا اردت تصحيح الحساب بالسهام والسبيل أن تجعل كل مائة علي اثنى عشر سهما فنصيب الابن يكون أربعة وستين ونصيب المرأة مائة وخمسة وستين سهما ونصيب الابنة ثلثمائة وخمسة وثمانين سهما فاذا ضممت اليه نصيب المرأة مائة وخمسة وستين يكون خمسمائة وخمسين ثم اذا ضممت اليه نصيب الابن وهو أربعة وستون يكون ستمائة وأربعة عشر سهما فينقسم مابقى من التركه بعد قضاء الدين بينهم على هذه السهام ليكون ضرر قضاء الدين على كل واحد منهم بقدر نصيبه. مريض فى يديه الف درهم أقر أنها وديعة بعينها لرجل ثم قتل عمدا فله وليان فعفى أحدهما فانه يقضي للآخر بنصف الدية ويأخذ صاحب الوديعة وديعة ولا شئ للعافى لان اقراره بالوديعة فى المرض للاجنبي صحيح ويتبين به أن الوديعةليست من تركته بل هى للمودع يأخذها وانما ترك الدم فقط وقد عفى أحد الابنين فانقلب نصيب الآخر مالا والعافى مسقط لنصيب نفسه فلا شئ له وكذلك لو لم يقر بوديعة ولكنه أقر لرجل بدين الف درهم فى مرضه وقضاها اياه قبل أن يقتل لان اقراره بالدين فى المرض للاجنبي وقضاؤه اياه صحيح اذا لم يكن عليه دين فى صحته فخرج المدفوع من أن يكون من تركته وانما تركته عند الموت الدم فقط هذا

والاول سواءفان لحق الميت دين بعد ذلك فان اتبع صاحب الدين الابن الذى لم يعف فله ذلك لان ما فى يده من نصف الدية تركة الميت فيكون له أن يستوفى دينه فاذا استوفاه بقى المقبوض سالما للغريم الاول ولا شيء الذى عفى وان اتبع الغريم الثانى الغريم الاول استرد منه المقبوض لان دينه كان واجبا فى صحته فله ذلك لان ما ظهر من دينه الآن لو كان ظاهراً كان حقه مقدما على حق المقر له فى المرض ولاثم للمقر له فى المرض شئ مما قبض فكذلك هنا له أن ينقض قبضه واذا نقض قبضه أخذ الالف كلها بدينه واتبع المقر له في المرض الابن الذى لم يعف وأخذ منه ألفا لان مافى يده من نصف الدية تركة الميت ثم يتبع الابن ألفافي الابن الذى لم يعف ويأخذ منه نصف سدس أربعة آلاف درهم لان قبض الاول لما انتقض صار كأن الميت لم يعطه شيئا ولكنه مات وترك ألف درهم وعليه دين ألفا درهم وجملة تركته ستة آلاف الالف المتروكة مع نصف الدية فيقضى الدين أولا من جميع التركة ويبقى أربعة آلاف فتقسم بين الاثنين على ما كان يقسم عليه جميع التركة ان لو لم يكن هناك دين وذلك على اثنى عشر سهما سهم منه للعافى واحد عشر للذى لم يعف بخلاف ما اذا لم يتبع الغريم الثانى الغريم الاول لان هناك المقبوض يبقى سالماله فلا يكون محسوبا من تركة الميت ولا شئ للعافى فصار رجوع الغريم الثانى على الغريم الاول نافعا للابن العافي مضراً للغريم الاول فى نقض قبضه كما قيل *مصائب قوم عند قوم فوائد *مريض وهب عبداً له لرجل وقبضه وقيمته ألف درهم ولا مال له غيره ثم قتل العبد المريض عمداً وله ابنان فعفى أحدهما للموهوب له فله الخيار بين الدفع والفداء لان الموهوب بالقبض صار مملوكا له قائما حق ملكه علي الواهب وفى جناية المملوك اذا وجب المال كان المالك بالخيار بين الدفع والفداء وقد وجب المال هنا بعفو أحد الابنين ان اختار أن يفديه بنصف الدية وهو خمسة آلاف يسلم العبد كله له لأن نصف الدية مع رقبته من تركة الميت فكانت الرقبة دون الثلث فتنفذ الهبة فى جميعه ويكون نصف الدية بين الاثنين للعافى منها نصف سدسها لان العبد انما يسلم للموهوب له بطريق الوصية وضرر تنفيذ الوصية يكون علي جميع الورثة لحصتهم فيقسم مابقي من التركة بين الابنين علي ما كان يقسم عليه ان لو لم يكن هناك وصية بخلاف ما تقدم من مسئلة الوديعة والدين لان الوديعة وما قضى به الدين ليس من جملة تركته عند الموت فلا يثبت فيه حق العافى وهنا ما ينفذ فيه الهبة لا يخرج من أن يكون من جملة التركة لان الهبة فى المرض وصية

والوصية انما تنفذ من التركة ميثب باعتبار حق العافي فلهذا يقسم ما بقي بعد تنفيذ الوصية بينهما على اثنى عشر سهما وان اختار الدفع رد ثلاثة اخماس العبد بحكم بعض الهبة فيها ويدفع خمس العبد بالجناية الى الذى لم يعف ويبقى في يده خمس هو سالم له ثم ما اجتمع فى يد الابنين وهو أربعة اخماس بينهما على اثنى عشر سهما للعافى منها خمسة أسهم والذى لم يعف سبعة فكان ينبغي أن تنفذ الهبة فى ثلث العبد لان الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث ولكن نفذها في خمسي العبد هنا لضرورة الدور وبيان ذلك ان العبد فى الاصل يجعل على ستة لحاجتنا الى ثلث يقسم نصفين حتى يدفع النصف بالجناية الى الذى لم يعف فتنفذ الهبة فى سهمين وهو الثلث ثم يدفع بالجناية أحدهما الى لذى يعف فيصير في يد الورثة خمسة وانما حقهم فى أربعة فيظهر زيادة سهم فى حق الورثة وهذا غائر لانك كلما زدت فى تنفيذ الهبة يزداد المدفوع بالجناية فلا يزال يدور كذلك والسبيل فى الدور أن يقطع وطريق القطع طرح السهم الزائد من جانب من خرج من قبله لان هذا السهم يباع بالفساد فالسبيل نفيه فيطرح من أصل حق الورثة سهما فترجع سهام العبد فتنفذ الهبة في سهمين ثم يدفع أحدهما بالجناية فحصل عند لورثة أربعة وقد نفذنا الهبة فى سهمين فيستقيم الثلث والثلثان وانما قسمنا أربعة أخماس العبد بين الابنين على اثنى عشر سهما لان سهام العبد لما صارت على خمسة فحق كل واحد منهما في سهمين ونصف ان لو لم يكن هنلك وصية ثم الذي لم يعف أخذ سهما آخر أيضا فيصير حقه فى ثلاثه ونصف وحق الآخر فى سهمين ونصف فما بقى بعد تنفيذ الهبة يقسم على أصل حقهما وقد انكسر بالانصاف فأضعفه ليزول الكسر فالذي كان له ثلاثة ونصف صار حقه سبعة والذى كان له سهمين ونصف صار حقه خمسة فلهذا كانت القسمة بينهما على اثنى عشر سهما وطريق الدينار والدرهم في تخريج هذه المسئلة أن يجعل العبد دينارا أو درهمين ثم تنفذ الهبة فى درهمين ويدفع أحدهما الى الذى لم يعف فيصير فى يد الورثة ديناراً ودرهما وحاجتهم الى أربعة دراهم فاجعل الدهم قصاصا بمثله يبقى فى يدهم دينار يعدل ثلاثة دراهم فاقلب الفضة واجعل آخر الدراهم آخر الدنانير فتصير الدينار بمعنى ثلاثة والدرهم بمعنى واحد ثم عد الى الاصل فتقول كما جعلنا العبد دينارا وذلك بمعنى ثلاثة ودرهمين كل واحد فذلك خمسة ثم نفذنا بالهبة فى درهمين وذلك خمسا العبد والذي حصل للورثة دينار وبمعنى ثلاثة ودرهم بمعنى واحد وذلك أربعة فيستقيم الثلث والثلثان وطريق الجبر والمقابلة فيه أن تنفذ

الهبة في شيء من العبد ثم يدفع نصفه بالجناية الى لذى لم يعف فيحصل في يد الورثة عبد الا نصف شيء وهو حاجتهم الى ستين لانا نفذنا الهبة في شيء فلجبر العبد نصف شيء ورد فيما يعدله نصف شيء تبين أن العبد الكامل تمنى ستين ونصف وقد نفذنا الهبة في شيء وشيء من ستين ونصف خمساه فتبين أن الهبة جازت في خمسى العبد وطريق الخطأين فيه أن يجعل العبد علي ستة تنفذ الهبة في سهمين ويدفع بالجناية فيحصل في يد الورثة خمسة وحاجتهم الي أربعة ظهر الخطأ بزيادة سهم فعد الى الاصل ونفذ الهبة في ثلاثة ثم تدفع بالجناية سهم ونصف فيصير في يد الورثة أو بعفو نصف وحاجتهم الى ستة ضعف مانفذنا فيه الهبة نظهر الخطأ الثانى نقصان سهم ونصف وكان الخطاء الاول بزيادة سهم فلما زدنا في الهبة سهما ذهب ذلك الخطأ وجلب خطأ سهم ونصف فعرفنا أن كل سهم يؤثر في سهمين ونصف فالسبيل أن يزيد في الهبة مايذهب الخطأ ولا يجلب الينا خطاء آخر وذلك خمسا سهم فتنفذ الهبة في سهمين وخمسين فتبقى في يد الورثة ثلاثة وثلاثة اخماس ثم يدفع بالجناية نصف مانفذنا فيه الهبة وهو سهم وخمس فيصير في يد الورثة أربعة وأربعة اخماس وهو ضعف ما نفذنا فيه الهبة فيستقيم الثلث والثلثان وسهمان وخمسان من ستة يكون خمساها فيتبين أن الهبة انما جازت في خمسي العبد وطريق الجامع الاصغر ان يأخذ المال الاول وهو ستة ويضربه في الخطأ الثانى وهو سهم ونصف فيصير تسعة ويأخذ المال الثانى وهو ستة ويضربه فى الخطأ الاول وهو سهم فيكون ستة ثم يجمع بينهما لا أن أحد الخطأين الى الزيادة والآخر الى النقصان والطريق في مثله الجمع لا الطرح فصار خمسة عشر فهو جملة المال وبيان معرفة ماجاز فيه الهبة أن يأخذمانفذها فيه الهبة أولا وذلك سهمان فيضرب ذلك في الخطأ الثانى وهو سهم ونصف فيكون ثلاثة ثم يضرب ماجاز فيه الهبة ثانيا وهو ثلاثة في الخطأ الاول وهو واحد فيكون ثلاثة ثم يجمع بينهما فتكون ستة فظهر أن مانفذنافيه الهبة ستة من خمسة عشر وذلك خمساها لان كل خمس ثلاثة وطريق الجامع الاكبر انه لما ظهر الخطأ الاول كان يسهم فاضعف المال سوى النصيب والمال سوى النصيب أربعة فاذا ضعفته كان ثمانية وجملة سهام العبد عشر تنفذ الهبة في سهمين يدفع بالجنايه أحدهما فيحصل في يد الوارث تسعة وحاجته الى أربعة ظهر الخطأ بزيادة خمسة فضرب المال الاول وهو ستة في الخطأ الثانى وهو خمسة فيكون ثلثين واضرب المال الثانى وهو عشرة في الخطأ الاول وهو واحد فيكون عشرة

واطرح الاقل من الاكثر يبقى عشرون فهو المال ومعرفة ما نفذنا فيه الهبة أن تأخذ سهمين وتضربهما فى الخطأ الثانى وهو خمسة فيكون عشرة ثم تأخذ سهمين وهو ما نفذنا فيه الهبة ثانيا وتضربه في الخطأ الاول وهو واحد فيكون اثنين اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثمانية فهو القدر الذى جاز فيه الهبة وثمانية من عشرين يكون خمسها كل خمس أربعة فتبين أن الهبة انما جازت فى خمسى العبد على الطرق كلها والله أعلم بالصواب

باب اقرار الوارث بالدين

(قال رحمه الله رجل مات وترك الف درهم وابنا فقال الابن فى كلام واحد موصول لهذا على أبى الف درهم ولهذا الف درهم فالالف بينهما نصفان لانه عطف الثانى على الاول وموجب العطف الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فى الخبر ثم فى آخر كلامه ماتغير موجب أوله) لان أول كلامه تصير الالف كلها للاول لو سكت عليه وبآخر كلامه تبين أن الالف بينهما نصفان ومتى كان فى آخر الكلام ما يغير موجب أوله يوقف أوله على آخره كما لو ألحق به شرطا أو استثناء ثم اقرار الوارث على مورثه انما يصح باعتبار مافى يده من التركة فيصير كقوله هذه العين لفلان ولفلان ولو أقر للاول وسكت ثم أقر للثانى فالاول أحق بالالف لانه صار مستحقا بجميع الالف حين أقر له وسكت فاقراره للثانى صادف محلا مستحقا لغيره لان صحة اقراره بالدين على المورث باعتبار العين التى فى يده وهو بمنزلة مالو أقر بعين فى يده لزيد وسكت ثم أقر بها لعمرو وهذا بخلاف المريض يقر على نفسه بدين ثم بدين لانه يلاقى ذمته فبوجوب الدين الاول عليه لاتتغير صفة الذمة وهنا صحة اقراره باعتبار مافى يده من التركة فاقراره للاول صادف محلا فارغا فصح ثم اقراره للثانى صادف محلا مشغولا فلم يصح فى حق الاول فان دفع الالف الى الاول بقضاء لم يضمن للثانى شيئا وان دفعها بغير قضاء ضمن للثانى خمسمائة لانه بالكلام الثانى صار مقر بأن نصف الالف حق الثانى وقد دفعه الى الاول باختياره واقراره حجة عليه فلهذا ضمن للثانى نصفه ولو قال في كلام موصول هذه الالف وديعة لهذا ولهذا الآخر على أبى ألف درهم دين كان صاحب الوديعة أحق بالالف لانه لما قدم الاقرار بالوديعة صارت هى بعينها مستحقة للمقر له فاقراره بالدين بعد ذلك انما يصح فى تركة الميت والوديعة من التركة في

شيء فقد جعل في هذا الفصل الكلام الموصول والمقطوع سواء لانه ليس في آخر كلامه ما يغير موجبه أوله بأن موجب أول الكلام ان الوديعة ليست من تركة الميت ولم تكن مملوكة له فظاهر وهذا لا يتغير باقراره بالدين فلا يتوقف أول الكلام على آخره كمن يقول لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق وطالق بخلاف الاول فان موجب أول الكلام هناك استحقاق الاول جميع التركة ويتغير ذلك بآخر كلامه فيتوقف أوله على آخره *توضيح الفرق ان الاقرار بالوديعة نفسها ليس من جنس اقراره بالدين لان موجب أحدهما استحقاق ملك الغير وموجب الآخر استحقاق الدين في الذمة على ان يكون مستوفيا من العين فلعدم المجانسة لم يتحقق العطف فكان الموصول والمقطوع سواء بخلاف الاول فالمجانسة بين الكلامين هناك ثابتة. ولو قال لفلان على أبي ألف درهم وهذه الالف وديعة لفلان تحاصا فيه لانه لما قدم الاقرار صارت الالف كلها مستحقة للغريم بالدين فاقراره بالوديعة صادف محلا مشغولا فمنع ذلك الاختصاص المودع بالعين لما فيه من ابطال حق الاول وانقلب هذا اقرار بالدين لانه أقر بوديعة مستهلكة أو بوديعة جهلها المودع عند موته فهو والاقرار بالدين سواء وقد بينا انه لو أقر بدينين في كلام موصول تحاصا فيه ولو قال لهذا على أبي ألف درهم لا بل لهذا فالالف للاول لانه استدرك غلطه بالرجوع عن الاقرار للاول والاقرار به للثاني والرجوع عن الاقرار للاول باطل فيبقى الالف كلها له ولا شركة للثاني معه لان الاشتراك من حكم العطف والوصل فكلمة لا بل للرجوع لا للعطف فلا يثبت به الاشتراك بينهما فان دفعها الى الاول بقضاء لم يضمن للثاني شيئا لان صحة اقراره بالدين على ابنه باعتبار ما في يده من التركة ولم يبق في يده شيء حقيقة ولا حكما فان المدفوع بقضاء القاضي لا يكون مضمونا عليه وان دفع الى الاول بغير قضاء القاضي ضمن للثاني مثلها لان اقراره على نفسه صحيح وقد أقر بأن الالف كلها للثاني وانه غلط في الاقرار للاول اذا لم يكن له دين على الاب ودفعها اليه باختياره فيكون ضامنا المدفوع بناء على زعمه. ولو قال له رجل هذه الالف التي تركها أبوك وديعة لي وقال آخر لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فعلي قول أبي حنيفة رحمه الله الالف بينهما نصفان وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله صاحب الوديعة أولى بها ووجه قولهما ان الاقرار بالوديعة أقوى حتى يصح في كلام موصول تقدم أو تأخر والاقرار بالدين لا يصح اذا تقدم ذكر

الوديعة فعند الاقتران يجعل الاقوى مقدما كدعوى الاستيلاد مع دعوة التحرير (وتقديره من وجهين) أحدهما ان شرط صحة الاقرار بالدين السبق ولم يوجد ذلك عند الاقتران والسبق ليس بشرط فى صحة الاقرار بالوديعة فكان هو الصحيح فى حال الاقتران والثانى أن استحقاق العين بالاقرار بالوديعة يسبق لانه يثبت استحقاق العين بنفسه فأما الاقرار بالدين يثبت الدين فى الذمة ولم يستحق به العين فكان سبق الوديعة فى الموجب كسبق الاقرار بها نصا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ما ظهر الاقرار بالوديعة الا والدين ظاهر معه فيمنع ظهور الدين اختصاص المودع بالوديعة لان مايرفع الشئ اذا سبقه فاذا اقترن به لمنعه أيضا كنكاح الحرة مع الامة وهنا ان سبق الاقرار بالدين رفع حق اختصاص المدفوع بالوديعة فاذا اقترن به مع ثبوت حق الاختصاص له وصار الوارث كالمستهلك الوديعة فصح الاقرار بالدين وبالاقرار بالدين يصير مستهلكا للوديعة فيصير اقراراً بدينين فيتحاصان فيه. رجل مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل واحد نصيبه وادعى رجل علي أبيهم ثلاثة آلاف درهم فصدقه الاكبر فيها وصدقه الاوسط فى الفين منها وصدقه الاصغر فى ألف منها فعلى قول أبي يوسف رحمه الله يأخذ المقر له من الاكبر جميع مافى يده ومن الاوسط خمسة أسداس مافى يده ومن الاصغر ثلث ما فى يده وعند محمد رحمه الله يأخذ من الاوسط جميع مافى يده وباقى الجواب كقول أبي يوسف رحمه الله * وجه قول محمد رحمه الله ان المقر له يبدأ بالاكبر لاقراره انه لاحق له فى التركة وان جميع ما فى يده للمقر له فهو موافق له من كل وجه فيأخذ ما فى يده وهو الالف ثم يثنى بالاوسط لانه أقرب الى موافقته من الاصغر فيقول للاوسط قد أقررت لى بدين الفين وما وصل الى الالف فقد بقى من دينى ألف بزعمك والدين مقدم على الميراث فيقضى من أيسر المالين قضاء فهات جميع مافى يدك فلا يجد بداً من قوله نعم فيأخذ منه جميع ما فى يده ثم يأتى الاصغر يقول انا أقررت ان دينك ألف درهم ثلثه فى يدى وثلثاه فى يد شريكى وقد وصل اليك ذلك من جهته وزيادة فلا أعطيك الا ماأقررت لك به وهو ثلث مافى يدى فلهذا يأخذ منه ثلث الالف * ووجه قول أبى يوسف رحمه الله أن المعتبر المال المقر به لان المأخوذ هو المال فيقول الف من الجملة وهو ماأقر به الاصغر اتفقت الثلاثة على كونها دينا فيبدأ المقر له باستيفاء تلك الالف من ثلاثتهم من كل أحدمنهم ثلثها ثم لم يبق له سبيل على الاصغر ويأتى الاوسط فيقول الاوسط انا قد

أقررت لك بألف أخرى وقد ساعدني فيه الاكبر وهو بيننا نصفان نصفه في يدي ونصفه في يد الاكبر وهو يسلم لك من جهته فيعطيه نصف الالف فاذا استوفى منه ثلث الالف مرة ونصف الالف مرة أخرى وذلك خمسة اسداس الالف ثم يأتي الى الاكبر ويقول انك قد أقررت أن الدين محيط بالتركة ولا ميراث لك وأخذ منه جميع ما في يده بحكم اقرار. (قال) تفرقوا عليه فلقى الاصغر أولا وقدمه الى القاضي أخذ منه جميع مافي يده لان الدين مقدم على الميراث فيقضي من أيسر الاموال وأيسر الاموال في حقه هو مافي يد الاصغر وهو مقر له بدين الف فيأخذ منه جميع ما في يده فان لقى الاوسط بعد ذلك أخذ منه جميع مافي يده أيضا لانه مقر له بدين الفين وقد وصل اليه الف واحد جميع ما في يده بحساب مابقى من دينه بزعمه فان لقى الاكبر بعد ذلك أخذ منه جميع مافي يده أيضا لاقراره انه قد لقى من دينه الف درهم وان دينه محيط بالتركة فيتوصل الى جمع حقه بهذا الطريق فان لقى الاكبر أول مرة أخذ منه جميع مافي يده لما قلنا فان لقى الاوسط بعده أخذ منه جميع مافي يده أيضا لانه مقر بانه قد بقى من دينه الف وان لقى الاصغر بعدهما فهو على وجهين ان أقر الاصغر بان أخويه قد أقرا له بما ذكرنا قضى عليه بثلث الالف الذي في يده لانه يقول حقك في الف ثلثها في يدي كل واحد منا فما أخذت من الاول والثاني زيادة على حقك انما أخذته باقرارهما لك بالباطل فلا تأخذ مني الا قدر ماأقررت لك به وهو ثلث الالف وان جحد فقال لم يقر لك أخواي الا بالالف لم يقض له عليه بشيء لانه يقول له ماأقررنا لك الا بالف درهم دين وقد وصل اليك ذلك القدر من التركة وزيادة فليس لك أن ترجع علي بشيء ولا يتمكن المقر له من دفع حجته هذا الا أن يثبت بالبينة اقرارهما له بما ذكرنا فحينئذ يكون الثابت بالبينة في حق الاصغر كالثابت باقرار الاصغر به وان لقى الاوسط أول مرة قضى عليه بالالف كلها لما بينا فان لقى الاصغر بعده فالجواب ماذكرنا من اقرار الاصغر وانكاره في الاول ومراده من هذا العطف حال انكاره خاصة فانه اذا أقر لك الاوسط بالف كما أقررت به لم يقض له عليه بشي لانه يحتج عليه فيقول أقررنا لك بالف وقد وصل اليك من التركة الف فاما عند اقراره بأن الاوسط اقر له بالفين فهذا نظير الاول ولكن في هذا الوجه يأخذ منه الخمسمائة لانه يقول قد استوفيت منه الالف باعتبار اقرار كان هو صادق في نصفه كاذبا في نصفه ففي النصف وهو الخمسمائة أنت مستوفى حقك منه وفي النصف

الآخر أنت ظالم عليه فانما يبقى من دينه بزعمه خمسمائة فيدفع اليه مما في يده خمسمائه ثم اذا
لقى الا كبر بعد ذلك قضي له عليه بالالف كلها لاقراره أن الدين محيط بالتركة وانه لا ميراث
له منها . رجل مات وترك ابنين والفين فأخذ كل واحد منهما الفا ثم ادعي رجل على أبيهما
الف درهم وادعى آخر الف درهم فأقرا جميعا لاحدهما وأقر احدهما للآخر وحده فكان
الاقرار معا فالذى اتفقا عليه يأخذ من كل واحد منهما خمسمائة لانهما متصادقان على دينه فيبدأ
به لقوة حقه فيأخذ من كل واحد منهما نصف دينه حتى يصل اليه كمال حقه كانه ليس معه
غيره ثم يأخذ الآخر من الذى أقر له ما بقى في يده وهو خمسمائة لانه مقر بدينه واقرار
أحد الورثة بالدين يلزمه قضاء الدين من نصيبه ولم يبق في يده من نصيبه الا خمسمائة فيدفعها
اليه ولانه مقر أنه لاميراث له لانه مثل التركة فيؤمر بتسليم جميع مافى يده اليه باقراره
فان غاب الذى أقرا له وحصل الذى أقر له احدهما فقدم المقر بحقه الى الحاكم فقال لى على
أب هذا الف درهم وقد أقر لي بها وصدقه الابن وأوهم أن يجبره بما أقر به لغيره أى سمى
بذلك فان القاضي يقضى له عليه بالالف التى في يده لانه مقر له بدين الف والدين يقضى
من أيسر الاموال قضاء وهو مافى يده فيلزمه أن يدفع كله الى المقر له بدينه وان جاء الذى
اقر له جميعا وقدم أخاه قضي له عليه بجميع الالف التى في يديه لانه مقر له بدين الف درهم
ولم يصل اليه شيء من دينه فيستوفى منه جميع ما في يده ولا يرجع واحد من الاخوين
على أخيه بشيء لان كل واحد منهما لم يتلف على أخيه شيئا وما اخذ من يده انما اخذه
بحكم اقراره وكذلك لو كان الذى اقر له حضر اولا فقدم الذى اقر له وحده الي القاضي
قضي له عليه بما في يده مقرله بدين الف درهم فان جاء الآخر وقدم اخاه قضي عليه بالالف
ولا يرجع واحد من الاخوين على اخيه بشيء لان مااخذ من كل واحد منهما انما اخذه
بحكم اقراره وكذلك لو كان الميراث مائتى دينار أو كان الميراث شيئا مما يكال أو يوزن
والدين مثله فهذا والدراهم سواء علي مابينا . رجل مات وترك عبدين قيمة كل واحد منهما
الف درهم وترك ابنين واقتسما ذلك فأخذه كل واحد منهما عبد ثم أقرا جميعا ان أباهما أعتق
أحد العبدين بعينه وهو الذى في يد الاصغر منهما في صحته وأقر الاكبر ان أباه أعتق العبد

الذى فى يده فى صحته والاقرار بجميع ذلك منهما معا فهما حران أما الذى اتفقا عليه فظاهر وأما الآخر فلأن من هو فى يده مالك له وقد أقر بعتقه واقرار المالك فى ملكه صحيح فاذا أعتق ضمن الاكبر للاصغر نصف قيمة العبد في يده لانه أقر أنه ماأعطاه شيئا فان الذى أعطاه كان حرا باتفاقهما والذى أخذ الاكبر فى الظاهر مملوك لهما والاكبر بالاقرار بعتقه صار متلفا نصيب الاصغر منه لان اقراره ليس بحجة عليه فلهذا ضمن له نصف قيمته وهذا الضمان ليس بضمان العتق حتى يختلف باليسار والاعسار ولكنه ضمان اتلاف لانه كان ماله بالقسمة وقد ظهر فساد القسمة ولكن ان تعذر عليه رد عليه نصيبه بعينه باقراره بخلاف مسئلة الدين فان كل واحد من الابنين هناك أخذ الفا كما أخذ صاحبه ثم استحق مافى يد كل واحد منهما باقراره فلهذا لا يتبع واحد منهما صاحبه بشئ وكذلك الاقرار بالوديعة فى العبدين بأن أقر باحدهما بعينه أنه وديعة فلان وأقر الآخر بما فى يده أنه وديعة لفلان فهذا والاقرار بالعتق سواء كما بينا والمعنى هنا أظهر لان من أقر بما فى يده خاصة فهو مقر أنه أعطى صاحبه بدلا مستحقا وقد تعذر عليه رد نصيبه مما فى يده لاقراره به لغيره فيضمن له قيمته ولو كانت التركة الفى درهم فاقتسماها وأخذ كل واحد منهما الفا ثم أقر احدهما لرجل بدين خمسمائة على أبيه وقضى القاضى به عليه ثم أقرا جميعا أن على أبيهما الفا دينا فانه يقضى عليهما أثلاثا لان المقر له الاول استحق مقدار خمسمائة مما فى يد المقر بدينه ويخرج ذلك القدر من أن تكون تركة الميت تبقى الفا وخمسمائة الف فى يد الجاحد وخمسمائة فى يد المقر فالدين الذى ثبت باتفاقهما يجب عليهما قضاؤه بقدر ما في يديهما من التركة بمنزلة مالو ترك ابنا وامرأة وأقرا بدين الميت فعليهما قضاؤه من نصيبيهما أثمانا بقدر نصيبيهما فهنا أيضا يلزمهما قضاء الدين بحساب ما فى يديهما من التركة فتكون أثلاثا ولو كان الاول أقر بالف ودفعها بقضاء قاض ثم أقرا جميعا بالالف الثانية قضى بالالف كلها مما فى يد الجاحد لان الدين مقضى من التركة وباقى التركة فى يد الجاحد والمقر الاول لايصير ضامنا شيئا لانه دفع بقضاء القاضى فلا يكون للجاحد أن يتبع أخاه بشيء منه لان الاستحقاق عليه كان بقضاء القاضى وهذه المسئلة تبين ما سبق من فصول الدين ولو كانا اقرا أولا لرجل بدين مائة درهم ثم أقر أحدهما للآخر بدين مائة درهم فالمائة الاولى عليهما نصفين لانهما حين أقرا به كان فى يد كل واحد منهما من التركة مثل مافى يد صاحبه فعليهما قضاء تلك المائة نصفين ثم ان أقر أحدهما بدين

بعد ذلك لآخر فانما يصح فيما بقي في يده من التركة فان أخذ المتفق عليه المائة من أحدهما رجع على أخيه بنصفها لان هذا الدين ثبت في حقهما فالمؤدى منهما لا يكون متبرعا بل هو قاضي دين أبيه فيرجع على شريكه بحصته منه ولو بدأ أحدهما فاقر لرجل بمائة درهم ثم أقر بعد ذلك لآخر بمائة درهم فالاول يأخذ من المقر مائة درهم مما في يده لاقراره له به والمائة التي هي حق المتفق عليه في مالهما على تسعة عشر سهما لان الباقي من التركة في يد المقر تسعمائة وفي يد الجاحد الف وقضاء الدين عليهما بقدر ما في يديهما من التركة فاذا جعل كل مائة سهما كان على تسعة عشر سهما فان أخذ المائة من احدهما رجع على صاحبه بحصته منها وكذلك لو كان الاقرار منهما جميعا فالمائة التي أقر بها أحدهما عليه في نصيبه خاصة والمائة الاخرى عليهما على تسعة عشر سهما وقضية هذه المسائل أن الوارث اذا أقر بدين وقضاه من نصيبه لا يصير ضامنا شيئا مما قضاء لانه باقراره قصد تفريغ ذمة مورثه وما أتلف عليه بعد شيئا ثم دفعه بعد ذلك بقضاء القاضي لا يصيره ضامنا واذا لم يضمن صار ذلك القدر كانه لم يكن أصلا فما يثبت من الدين بعد ذلك كان عليهما بقدر ما في أيديهما من التركة والله أعلم

باب الاقرار بترك اليمين

قال رحمه الله (رجل ادعى عبدا في يد رجل ولم يكن له بينة وطلب يمينه فنكل المدعى عليه عن اليمين فانه يقضي بالعبد للمدعى) وقد بيناهذا في كتاب الدعوى (قال) وهذا بمنزلة الاقرار وهو بناء على قولهما فان النكول عندهما يدل على الاقرار لان أصل حق المدعى عليه في الجواب وحقه في الجواب هو الاقرار ليتوصل الى حقه (ألا ترى) أن القاضي يقول له ماذا تقول ولا يقول ماذا تفعل فاذا منعه ذلك الجواب فانكاره حق الى الشرع وحقه اليمين فاذا نكل يعاد اليه أصل حقه وهو والاقرار سواء وعند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة البدل لان به يتوصل المدعى الى حقه مع بقاء المدعى عليه محقا في انكاره فلا يجوز ان يجعله مبطلا في انكاره من غير حجة وضرورة وقد بينا هذا الخلاف في مسئلة الاستحلاف في النكاح ونظائره فان أقر بعد ذلك ان العبد كان لآخر لم يصح اقراره لانه صادف ملك الغير ولا ضمان عليه في ذلك لانه ما أتلف شيئا ولكنه تحرز عن اليمين ودفع الى الاول بأمر القاضي

وقضاؤه لا يضمن للثانى شيئا وان أقر قبل ان يستحلف ان العبد لفلان الغائب لم تندفع عنه الخصومة بهذه المقالة مالم يقم البينة وهى المسئلة المخمسة التى ذكرناها فى كتاب الدعوى فان استحلف المدعى عليه فأبى أن يحلف دفعه الى المدعى فان جاء المقر له الاول كان له أن يأخذه من المقضي له لانه أقر له بالملك قبل نكوله للمدعى دون اتصال تصديقه بذلك الاقرار فكان له أن يأخذه كمن أقر بعين لغائب ثم أقر بها لحاضر وسلمه اياه ثم رجع الغائب فصدقه كان هو أولى بها ثم المدعى على حجته مع المقر له فان أقام البينة والا استحلفه على دعواه ولو ادعى غصب العبد على ذى اليد فاستحلف فنكل فقضي له به ثم جاء مدع آخر به على الغاصب الذى كان العبد في يده وطلب منه فانه يستحلف له أيضا لانه بدعوى الغصب عليه يدعى ضمان القيمة فى ذمته ولو أقر به لزمه فاذا أنكر استحلف له بخلاف ما اذا ادعى عليه ملكا مطلقا لان دعوى الملك المطلق دعوى العين فلا تصح الا على من فى يده والعين ليست في يد المقضى عليه فأما دعوى الغصب فدعوى الفعل الموجب للضمان وهو صحيح سواء كان العبد فى يده أولم يكن وكذلك هذا فى الوديعة والعارية لانه يدعي عليه فعلا موجبا للضمان فان المودع والمستعير بالتسلم يصير ضامنا الى رد الملك وجميع أصناف الملك في هذا سواء ماخلا العقار فانه لا يضمن شيئا للثانى في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر ولا يمين له عليه وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله يتوجه عليه اليمين ويصير ضامنا اذا لم يحلف وهذا بناء على مسئلة غصب العقار وهى معروفة ٠ رجل مات وترك ابنا وفي يده عبد فادعى رجل انه استودع العبد أباه فان الابن يستحلف له على علمه لانه قام مقام المورث فجحوده الوديعة كجحود المورث ولو أقر به أمر بالتسلم اليه فاذا أنكر يستحلف عليه غير ان هذا استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم فان أبى أن يحلف دفع العبد اليه لانه بالنكول صار باذلا أو مقرا فان ادعى آخر مثل ذلك لم يستحلف له الابن لانه لو أقر للثانى لم يلزمه شيء فكيف يستحلف عند جحوده وانما لا يصير ضامنا شيئا لان الوديعة لم يباشرها هو حتى يكون ملتزما حفظها بعقده ثم بالنكول لا يكون تاركا للحفظ بل هو رجل امتنع من اليمين وأمره القاضي بتسليم ما فى يده عند ذلك فلا يصير ضامنا شيئا بخلاف ما اذا كان يدعى عليه انه أودعه اياه فان هناك لو أقر به لزمه الضمان بسبب ترك الحفظ الذى التزمه بالعقد حين أقر وعند أبى حنيفة أنه يحلف للاول وهذا يكون على قول محمد رحمه الله

أيضافانه يصير ضامنا للثاني فأما عند أبي يوسف رحمه الله فلا يصير ضامنا للثاني وان كان يدعي عليه الايداع اذا كان الدفع حصل بقضاء القاضي ولا يمين عليه وكذلك ما ادعى على الاب من غصب أو عارية فلا ضمان للثاني على الابن لما بينا وتأويل هذا اذا لم يكن في يد الابن شيء من التركة سوى ما قضى به للاول فان كان في يده شيء استحلف للثاني واذا أبى اليمين صار مقرا بالدين على أبيه للثاني في الغصب بلا شبهة وفي الوديعة والعارية بموته مجهلا وصار متملكا غاصبا فيؤمر بقضاء الدين من التركة (قال) والرجل والمرأة والعبد والتاجر والمكاتب والصبي المأذون في ذلك سواء وفي هذا بيان ان الصبي المأذون يستحلف في الدعوى لان هذه اليمين حق المدعي وفي حقوق العباد الصبي المأذون كالبالغ وهذا الاستحلاف لرجاء النكول الذي هو قائم مقام الاقرار فكل من كان اقراره صحيحا يستحلف اذا جاء نكوله وعند أبي حنيفة النكول بمنزلة البذل والبذل المقيد صحيح من المملوك والصبي فان أبى أن يحلف ثم قال قبل قضاء القاضي انا أحلف يقبل ذلك منه لان النكول في نفسه محتمل فقد يكون للتورع عن اليمين الكاذبة وقد يكون للترفع عن اليمين الصادقة فلا يوجب به ما لم يقض شيأ القاضي ويصح الرجوع عنه قبل القضاء كالشهادة فأما بعد القضاء عليه اذا قال أحلف لا يقبل ذلك منه لان الحق قد لزمه بالقضاء وتعين حقه بالاقرار في نكوله بالقضاء فلا رجوع بعد ذلك منه واذا استمهل القاضي ثلاثة أيام أو أقل فلا بأس أن يمهله وان طلب النظرة وهو محتاج الى التأمل في حسابه ومعاملته مع المدعي فينبغي أن يمهله وان فعل وأمضى عليه الحكم جاز لان سبب القضاء وهو امتناعه عن اليمين قد تقرر وقضاء القاضي بعد تقرر السبب الموجب نافذ والله أعلم بالصواب

باب الاقرار في العروض بين الرجلين

قال رحمه الله (رجلان أقر أحدهما ببيت بعينه منها لرجل وأنكر صاحبه لم يجز اقراره في الحال الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله) قال يجوز اقراره ويكون نصف البيت للمقر له لان كل جزء من الدار مشترك بينهما فاقراره في نصف البيت لاقى ملك نفسه فيكون صحيحا وشريكه وان كان يتصور عند القسمة بتفرق ملكه ولكن هذا الضرر لا يلحقه بالاقرار انما يلحقه بالقسمة مع اقرار المقر في ملكه وهو صحيح وان أدى الى الاضرار بالغير في

الباقي كالراهن يقر بالمرهون لانسان فيعتقه المقر له والاقرار منه كسائر التصرفات واعتاق أحد الشريكين العبد صحيح وان كان يتضرر به شريكه فكذلك هنا*وجه ظاهر الرواية انا لو صححنا الاقرار فى الحال تضرر به الشريك لانه يحتاج الى قسمتين قسمة البيت مع المقر له وقسمة بقية الدار مع المقر فيتفرق عليه ملكه وهذا الضرر يلحقه من جهة المقر لان المطالبة بالقسمة بسبب الملك الثابت بالاقرار فما يبتنى عليه من الضرر يضاف الى أول السبب واقرار المقر ليس بحجة فى الامر بالغير ولكن المقر له لان اقراره فى النصف الذى هو مملوك له انما لم يكن صحيحا لدفع الضرر عن شريكه وقد زال ذلك وفي النصف الآخر لم يكن صحيحا لعدم ملكه وقد زال ذلك ومن أقر بما لا يملك ثم ملكه يؤمر بتسليمه ويصير كالمجدد للاقرار بعد الملك وان وقع البيت فى نصيب الشريك فنصيب المقر يقسم بينه وبين المقر له ويضرب المقر له فيه بذرعان جميع البيت والمقر بذرعان نصف الدار سوى البيت وهذا قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يضرب له بذرعان نصف البيت والمقر بذرعان نصف الدار سوى نصف البيت حتى اذا كانت الدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع فعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله المقر له يضرب بعشرة أذرع والمقر بخمسة وأربعين ذراعا فيكون بينهما على أحدعشر سهما سهمان للمقر له وتسعة للمقر وعند محمد رحمه الله يضرب المقر له بخمسة أذرع والمقر بخمسة وأربعين ذراعا فيكون المقر له عشر نصيب المقر * وجه قول محمد رحمه الله ان اقراره فى نصف البيت صادف نصيب الشريك ولم يملك ذلك حين وقع البيت بالقسمة فى نصيب الشريك فلم يصح اقراره الا بقدر ملكه وذلك نصف البيت ثم القسمة اذا وقع هذا النصف فى نصيب الشريك فعوضه وقع في نصيب المقر والمقر به اذا أخلف عوضا يثبت حق المقر له في ذلك العوض فلهذا ضرب بنصيبه بذرعان نصف البيت والمقر بجميع حقه وهو ذرعان نصف الدار سوى البيت بخلاف ما اذا وقع البيت فى نصيب المقر لان اقراره فى الكل قد صح باعتبار تعين ملكه فى جميع البيت فيأخذه المقر له * ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان القسمة فى العقار فيها معنى المعاوضة ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولو اشتريا داراً واقتسماها لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة فالبيت وان وقع في نصيب الآخر فعوضه وقع في نصيب المقر وحكم العوض حكم الاصل فيما أنه لو وقع البيت فى نصيبه أمر

بتسليم كله الي المقر له فكذلك ان وقع عوضه فى نصيبه يثبت الحق المقر له فى جميعه فلهذا ضرب بذرعان جميع البيت وهذا لان الاقرار الحاصل فى غير الملك كما يصح بملكه يصح فى عوضه الذى هو قائم مقامه ولان فى زعم المقر أن الشريك ظالم بجحوده حق المقر له فى البيت فيجعل الشريك مع ما أخذ فى حقهما فان لم يكن لان ضرر ظامه لا يكون علي أحد الشريكين دون الآخر فيبقى حق المقر له بزعم المقر فى ذرعان البيت وحق المقر فى ذرعان نصف الدار سوى البيت فيضرب كل واحد منهما بجميع ذلك وكذلك لو أقر أحد الشريكين فى الدار بطريق لرجل أو بحائط معلوم أو أقر بذلك فى البنيان والارض فهو على ماذ كرنا فى البيت وعلي هذا لو أوصى أحد الشريكين في الدار ببيت منها لانسان ثم مات فهو على ما ذكرنا وانما نص على قول محمد رحمه الله فى مسئلة الوصية بعد هذا وجوابه فى الوصية والاقرار واحد الا فى حرف واحد وهو ما اذا اقتسما فوقع البيت فى نصيب الورثة للموصى له هنا نصف البيت بخلاف مسئلة الاقرار فان المقر له هناك اخذ جميع البيت لان وصية الموصي فى نصف البيت صادفت ملكه وفي نصفه صادفت نصيب شريكه. ومن أوصي بعين لا يملكها ثم ملكها لا تصح وصيته فيها فلهذا أمر الورثة بتسليم نصف البيت الى الموصى له وفى الاقرار أقر بما لا يملك ثم ملكه يؤمر بتسليمه الى المقر له فلهذا أخذ المقر له جميع البيت وفيما سوى هذا مسئلة الوصية والاقرار سواء فيما اتفقوا عليه واذا كان حمام بين رجلين فأقر أحدهما أن البيت الاوسط منه لرجل لم يجز ذلك لما فيه من الاضرار بشريكه بان كان لا يقسم فى الحال فاذا انهدم الحمام يحتمل القرصة فلو صححنا اقرار المقر تضرر به الشريك لانه يحتاج الى قسمين واذا لم يجز الاقرار هنا فللمقر له ان يضمن نصف قيمة البيت لان تصحيح الاقرار بالقسمة هنا غير ممكن فان الحمام لا يقسم لان الجبر على القسمة لتحصيل المنفعة لكل واحد منهما وفى قسمة الحمام تعطيل المنفعة فاذا لم يكن محتملا للقسمة بقى نصف الحمام فى يد كل واحد منهما فى زعم المقر ان البيت الاوسط للمقر احتبس نصفه فى يده و نصفه فى يد شريكه فيكون ضامنا لما احتبس منه فى يده لان ملك الغير اذا احتبس منه فى يده وتعذر عليه رده لا يكون مجانا بل يكون مضمونا عليه بقيمته ولو أقر له بنصف الحمام أو ثلثه كان اقراره جائزا لانه لا ضرر على شريكه فى اقرار المقر بجزء شائع للمقر له لا فى الحال ولا في المال . ولو كان عدل زطى بين رجلين فأقر احدهما بثوب منه بعينه لرجل كان

نصيبه من ذلك للمقر له لان كل ثوب مشترك بينهما فاقراره فى نصيب الثوب الذى عينه صادف ملكه ولا ضرر فيه على شريكه فصح بخلاف الدار الواحدة لان المرافق هناك متصلة بعضها ببعض ففى تصحيح الاقرار اضرار بالشريك وهنا بعض الثياب غير متصلة بالبعض وليس فى تصحيح الاقرار اضرار بالشريك اذ لا فرق فى حقه بين أن يكون شريكه في هذا الثوب المقر أو المقر له والرقيق والحيوان قياس على الثياب فى ذلك . ولو كانت دار بين رجلين فاقر أحدهما ببيت بعينه لرجل وأنكر شريكه وأقر ببيت لآخر وأنكر صاحبه ذلك فالدار تقسم بينهما نصفين وان وقع البيت الذى أقر به فى نصيبه يسلمه الى المقر له وان لم يقع فى نصيبه قسم ما أصابه بينه وبين المقر له على البيت وعلى نصف ما بقى من الدار بعد البيت لما ذكرنا فى الفصل الاول من قسمة نصيبه بينه وبين المقر له على الاختلاف الذى ذكرنا فى اقرار أحدهما به ولو أن طريقا لقوم عليها باب منصوب أقر واحد منهم بطريق فيه لرجل لم يجز اقراره على شركائه ولم يكن للمقر له أن يمر فيه حتى يقتسموها لان مروره فى نصيب المقر لا يتحقق قبل القسمة فان وقع موضع الطريق بالقسمة فى نصيب المقر جاز ذلك عليه لان الضرر قد اندفع عن شركائه وان وقع فى نصيب غيره كان للمقر له أن يقاسم المقر به نصيبه بحصة ذلك الطريق على ما بينا فى البيت وقد تقدم بيان مسئلة الطريق فى كتاب الدعوى وأعادها هنا للفرق بينها وبين النهر اذا كان بين قوم وأقر أحدهم بشرب فيه لرجل لم يجز على شركائه لما قلنا فان كانوا ثلاثة فاقر أحدهم أن عشر النهر لهذا الرجل دخل عليه فى حصته فكانت بينه وبين المقر له على مقدار نصيبه وعلى عشره ولو قال له عشر الطريق لم يكن للمقر له أن يمر فيه لان الطريق لا تقسم بينهم وعند المرور فى النهر يتحاصون فيه بقدر شربهم فيكون ذلك قسمة بينهم فى الماء قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم فيمكن ادخال المقر مع المقر له فى نصيبه من غير أن يكون فيه ضرر على شركائه . وكذلك لو كانت عين أو ركى بين ثلاثة نفر أحدهم أقر أن عشرها الرجل دخل المقر في حصته فان قال المقر له العشر ولى الثلث فحصته تكون مقسومة على ذلك يضرب المقر له فيه بسهم والمقر بثلاثة وثلث فاذا اردت تصحيح السهام فالقسمة بينهما على ثلاثة عشر سهما للمقر له ثلاثة وللمقر عشرة وان قال له العشر ولم يزد على هذا فقسمة نصيبه بينهما على أربعة للمقر له سهم وللمقر ثلاثة ولو أن سيفا بين رجلين حليته فضة أقر أحدهما

أن حليته لرجل لم يجز ذلك على شريكه وضمن المقر للمقر له نصف قيمة الحلية مصوغة من الذهب أو ماكانت لان تصحيح الاقرار بالقسمة غير ممكن وفى زعم المقر أن الحلية للمقر له احتبس نصفها فى يد كل واحد منهما فيكون هو ضامنا لما احتبس عنده من ملك المقر له وانما ضمن قيمته من الذهب للتحرز عن الربا وكذلك أحد الشريكين في الدار اذا أقر بجذع في سقف منها لرجل ضمن نصف قيمة الجذع للمقر له لاحتباس هذا النصف في يده من ملك المقر له بزعمه . وكذلك لو أقر بآجر فى حائط منها أو بعود من قبة أو بلوح من باب بينه وبين آخر لان تصحيح الاقرار فى هذه المواضع بالقسمة غير ممكن فان المقر به وان وقع فى نصيب المقر لا يلزمه تسليمه لما فى نزعه من الضرر . ولو كانت دار لرجلين باع أحدهما نصف بيت منها بعينه لم يجز بيعه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله يقول إن بيعه صادف ملكه وتسليمه بالتخلية ممكن فكان بيعه صحيحا * وجه ظاهر الرواية انه لو جاز بيعه لنصف البيت لتضرر به شريكه لانه يحتاج الى قسمتين قسمة مع المشترى فى البيت وقسمة مع الشريك فى بقية الدار فيتضرر بتفرق ملكه والبيع اذا وقع علي وجه يتضرر به البائع لم يجز فاذا وقع على وجه يتضرر به شريكه أولى . رجل قال لآخر لك على أو علي مكاتبي فلان الف درهم لم يلزمه شئ فى الحال لان المكاتب في حقه كالحر لا يملك الاقرار عليه بالدين فكانه قال لك على أو على فلان الحر الف درهم وفي هذا لا يلزمه شيء لأن حرف أو في موضع الاثبات عمله فى اثبات أحد المذكورين فلا يكون ملتزما للمال بهذا الاقرار حين جعله مترددا بينه وبين غيره فان عتق المكاتب فقد ازداد بعدا من مولاه فيكون الاقرار باطلا وان عجز ورد فى الرق ولا دين عليه فالاقرار جائز كما لو جدده فى الحال لان الحق فى رقبته خالص له ولو استأنف الاقرار فقال لك علي أو على عبدى هذا الف درهم ولا دين على العبد يصح اقراره وتخير بين أن يلزمه لنفسه أو عبده لان كلامه الآن صار التزاما بيقين فان الدين لا يجب علي العبد بل يكون شاغلا مالية رقبته وذلك خالص حق المولى بمنزلة ذمة نفسه ولانه لو أقر على عبده صح الاقرار ولو أقر على نفسه صح أيضا فاذا جعل اقراره مترددا بينهما كان صحيحا وبه فارق حال قيام الكتابة فانه لو أقر على مكاتبه خاصة لم يكن الاقرار صحيحا الا أن يعجز ولا دين عليه فحينئذ يصح الاقرار فكذلك اذا جعله مترددا بينه وبين نفسه ولو أقر على عبده التاجر بدين والعبد يجحده وعليه دين يحيط بقيمته فاقراره باطل لان ماليته وكسبه حق

غرمائه فلا يملك المولى ابطال حقهم ولا اثبات مزاحم لهم بقوله كالمرهون لما صارحقاللمرتهن لا يملك الراهن ابطال حقه واثبات مزاحم له باقراره وصحة اقرار المولى على عبده باعتبار ماليته دون ذمته فانه في حق الذمة مبقى على أصل الحرية فان بيع العبد لغرمائه في دينهم لم يلزمه الدين الذى أقر به المولى وكذلك ان عتق لانه ازداد بعدا عن مولاه لهذه الاسباب ولو أقر أن لفلان ألف درهم عليه أو على فلان ألف درهم ثم مات فلان والمقر وارثه وترك مالا فالاقرار يلزمه ارثا كان عليه وارثا كان في مال الميت لانه لوجدد الاقرار في هذه الحال كان ملتزما اياه وهذا لان موجب الاقرار بالدين يوجه المطالبة بقضائه من ماله وقد صار هو المطالب بقضاء هـذا الدين من ماله عينا لانه ان كان مراده الاقرار على نفسه فعليه قضاؤه وان كان مراده الاقرار على مورثه فعليه قضاؤه من تركته وتركة المورث حق الوارث فلهذا حكم بصحة اقراره وجعل البينة على المقر في ذلك واذا أقر أن لفلان علي ألف درهم ثم مات فلان والمقر وارثه فالدين في تركة الميت بمنزلة مالو وجد الاقرار بعد موته لان الاقرار في حق المقر خبر ملزم غير محتمل للفسخ وان جهة الصدق منفية فيه في حق المقر وفسخه في تعيين جهة الكذب فيه وبعد ما تعينت جهة الصدق فيه لا يتصور تعيين جهة الكذب فيه فلهذا جعلناه كمجدد الاقرار في هذه الفصول بعد ماخلص الحق له فان كان علي الميت دين في صحته أو في مرضه فدينه واجب في تركته من هذا لان صحة اقرار الوارث باعتبار التركة وذلك حين يخلص حقاله ومادام علي الميت دين أقر به في صحته أوفي مرضه فلا حق للوارث في تركته فتجعل هـذه الحال كحال حياة المورث لو قال له علي ألف درهم لا بل علي فلان لزم المقر المال لانه التزمها باقراره ثم أراد الرجوع عنه والزام غيره بقوله لا بل على فلان لان كلمة لا بل الاستدراك بالرجوع عن الاول واقامة الثانى مقام الاول وليس له ولاية الرجوع ولا ولاية الزام المقر به غيره فيلغى آخر كلامه ويبقي المال عليه باعتبار أول كلامه لانه يخالف ماسبق فان حرف أو للتشكيك فلا يكون مع ذكره ملتزما للمال باقراره دار بين رجلين أقر أحدهما أنها بينهما وبين فلان وأقر الآخر أنها بينه وبين هذا المقر له وبين آخر أرباعا فانا نسمي الذى أقر له متفقا عليه والذى أقر له أحدهما محجوراً والذى أقر لهما مقراً وشريكه مكذبا فنقول على قول أبي يوسف رحمه الله يأتي المتفق عليه الى المقر فيأخذ منه ربع ما في يده ويضمه الى ما في يد المكذب فيقسمانه بينهما نصفين وما بقي في يد المقر يكون بينـه وبين

المجحود نصفين فيحتاج الى حساب ينقسم نصفين ثم ربع نصفه ينقسم نصفين وأقل ذلك ستة عشر فيجعل سهام الدار ستة عشر فى يد كل واحد منهما ثمانية ثم يأخذ المتفق عليه من المقر ربع مافى يده سهمين فيضمه الى ما فى يد المكذب وهو ثمانية فيصير عشرة أسهم نصفين لكل واحد منهما خمسة ومابقى فى يد المقر وهو ستة بينه وبين المجحود نصفين قال وهذا قول أبى يوسف رحمه الله الذى قاسه على قول أبى حنيفة رحمه الله فأما على قول محمد رحمه الله على قياس قول أبى حنيفة المتفق عليه يأخذ من المقر خمس مافى يده والباقى كما قال أبو يوسف رحمه الله . وأصل المسئلة ماقال فى كتاب الفرائض رجل مات وترك ابنين فأقر أحدهما بابنين آخرين للميت وصدقه أخوه في أحدهما وكذبه فى الآخر فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الذى قاسه على قول أبى حنيفة رحمه الله يأخذ المتفق عليه من المقر ربع ما فى يده وعلى قول محمد رحمه الله خمس ما فى يده ووجه قول أبى يوسف رحمه الله ظاهر لان المتفق عليه يقول للمقر قد أقررت بأن الدار بيننا ارباعا فلي ربع كل نصف من الدار وفي يدك النصف فأعطنى ربع مافي يدك لاقرارك لي به فانه لا يجد بدا من قوله نعم فاذا أخذ منه ربع ما في يده ضمه الى مافى يد المكذب لانه يقول له قد أقررت بأن حقا في الدار على السواء واقراره ملزم فى حقه ووجه قول محمد رحمه الله ان المقر يقول للمتفق عليه انا قد أقررت بأن حق فى سهم وحق المجحود فى سهم وحقك في سهم ولكن السهم الذى هو حقك نصفه فى يدى ونصفه فى يد شريكي وهو مقر لك بذلك وزيادة فلا يضرب بما فى يدى الا بما أقررت لك به وذلك نصف سهم فأنت تضرب بما فى يدى بنصف سهم وأنا بسهم والمجحود بسهم فلهذا أخذ منه خمس ما فى يده وضمه الى ما فى يد المكذب فاقتسما نصفين لاتفاقهما على أن حقهما فى الدار سواء . واذا تنازع الرجلان فى حائط ووجه البناء الى أحدهما فهو بينهما نصفين على قول أبى حنيفة رحمه الله وتحكيم وجه البناء ليس وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى فى الحائط والحصن جميعا فاعادته هنا لفروع ذكرناها على سبيل الاحتجاج لابي حنيفة رحمه الله وقال قد يجعل الرجل وجه الحائط الى الطريق فلا يكون ذلك دليلا على ان الحائط غير مملوك له وقد يكون أحد جانبي الحائط مجصصا فلا يكون دليلا على القضاء بالحائط لمن يكون جانبه مجصصا وكذلك قد يكون فى أحد الوجهين من الحائط روازن أو طاقات فلا يكون ذلك دليلا على ترجيح احدهما فكذلك وجه البناء وأبو يوسف

ومحمد رحمهما الله يقولان في الحصن والروازن كذلك فأما اذا كان الحائط مبنيا بطاقات فالحائط للذي اليه الطاقات عندهما لان الطاقات بمنزلة وجه البناء والظاهر أن الذى يبنى الحائط يجعل الطاقات الى جانب نفسه لان الجانب الذى يكون فيه الطاقات يبنى مستويا وانما يعتبر الحائط من جانب نفسه لا من جانب جاره ولهذا جعل وجه البناء حكما فكذلك الطاقات وقال وان كانت الروازن في البناء من الآجر فهى مثل الطاقات فهذا اللفظ دليل علي انهما انما لم يعتبرا الروازن الموجودة فى الحائط فقد يحفر ذلك صاحب الحائط وقد يحفر جاره ليدخل فيه الضوء فاما ماكان يعلم أنه مبنى مع الحائط من الروازن فانه يجعل حكما عندهما بمنزلة الطاقات ويقضي بالحائط لمن اليه استواء تلك الروازن لان البانى للحائط يراعى الاستواء من جانب نفسه لامن جانب جاره وان كان الباب فى حائط فادعاه كل واحد منهما وغلق الباب الى أحدهما فالباب والحائط بينهما نصفين فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما الحائط بينهما نصفين والباب الذى اليه الغلق اعتبرا فيه العادة فان الذي يركب الباب على الحائط يجعل الغلق في جانبه وأبو حنيفة اعتبر القياس أن الغلق متنازع فيه كالباب والعادة مشتركة قد يجعل الغلق الى جانبه وقد يجعل الى جانب جاره فكان بينهما نصفين فان كان له غلقان من كل جانب واحد فهو بينهما نصفين عندهم جميعا لاستوائهما فى الدعوى والشاهد بالعلامة ولما تعارض الغلقان جعل كانه لا غلق على الباب فيقضي به بينهما نصفين كالحائط والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بشئ بغير عينه

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل لرجل بشاة من غنمه صح اقراره لان المقر له معلوم ولا تأثير لجهالة المقر به بالمنع من صحة الاقرار لانها جهالة مستدركة باجبار المقر على البيان فاذا ادعى المقر له شاة بعينها فان ساعده المقر علي ذلك أخذها وان أبى ذلك لم يأخذها الا باقامة البينة لان المقر بها منكر والمدعى معين والمنكر غير المعين فلا يأخذها الا باقامة البينة عليه أو سكوت المدعى عليه بعد استحلافه ولكنه بدعوى هذه الشاة صار كالراد لاقراره فيما سواه فاذا حلف المدعى عليه فى هذه الشاة لم يبق للمدعى خصومة بسبب ذلك الاقرار فان ادعى المقر له شاة بغير عينها أعطاه المقر أي شاة شاء من غنمه بذلك لانه أبهم الاقرار فكان

الخيار اليه وبيانه مطابق للفظه فكان مقبولا منه وان حلف المقر علي كاهن لم يقبل ذلك ويجبر علي أن يعطيه شاة منها لان الاستحقاق بالاقرار ثم بتصديق المقر له فيما أقر به فلا يبطل ذلك باليمين الكاذبة بخلاف الاول فان المقر له هنالك صار رادا لاقراره فيما سوى التي عينها واقراره غير موجب استحقاق تلك الشاة بعينها وان لم يعين واحد منهما شيئا منها وقال لاأدرى أو رجع المقر عن اقراره وجحد فهو شريكه فيها فقد جمع في السؤال بين الفصلين وأجاب عن أحدهما وهو ماذا قال لاأدري فهنالك تكون الشركة بينهما ثابتة لاختلاط ملك أحدهما بالآخر علي وجه يتعذر تمييزه حتى اذا كانت الغنم عشرا فله عشر كل شاة وان ماتت شاة منها ذهبت من مالهما وان ولدت شاة منها كان لهما جميعا على ذلك الحساب هذا هو الحكم في المال المشترك أن الزيادة لهما والهلاك عليهما فاما اذا جحد المقر أصلا ومنع الغنم فهو ضامن لنصيب المقر له حتى اذا هلكت شاة منها ضمن مقدار نصيب شريكه منها وهو العشر وان مات المقر فورثته فى ذلك بمنزلته لانهم خلفاؤه في ملكه وانما كان الشأن للمقر لاختلاط ملكه بملك غيره وورثته فى ذلك بمنزلته الا انهم يستحلفون على العلم لان يمينهم على فعل الغير وأنواع الحيوان والرقيق والعروض فى هذا مثل الغنم . ولو قال له فى دراهمى عشرة دراهم وهى مائة فللمقر له منها عشرة دراهم وزن سبعة لما بينا أن الدراهم عبارة عن الوزن والمعيار فيه وزن سبعة فينصرف مطلق الاقرار اليه والاقرار به فى ماله وفى ذمته سواء وان كان في الدراهم صغار نقص وكبار ومال المقر هى عشرة نقص لم يصدق لان هذا بيان فيه تغيير موجب كلامه فلا يقبل منه مفصولا وان كان فيها زيوف فقال هى منها صدق لانه ليس فى هذا بيان تغيير موجب كلامه بل فيه تقريره وهذا بمنزلة الاقرار بالغصب اوالوديعة لما عين له محلا سوى ذمته وقد بينا فى الغصب والوديعة انه اذا قال هى زيوف صدق وان كان مفصولا ولو قال له فى طعامى هذا كر حنطة ولم يبلغ الطعام كرا فهو كله له لانه أقر بحقه فى محل عين ولكنه غلط فى العبارة عند مقداره والزيادة على ذلك القدر لو لزمته انما تلزمه فى ذمته وهو ما أقر له بشئ فى ذمته ولكنه يحلف انه مااستهلك من هذا الطعام شيئا وهذا اذا ادعاه المدعي لانه يدعى عليه السبب الموجب للضمان فى الزيادة على الموجود الى تمام الكر وهو لذلك منكر فيتوجه عليه اليمين ولو قال له هذه الشاة أو هذه الناقة ثم جحد ذلك وحلف ماله منهما شئ وادعاهما الطالب فانه يقضى له بالشاة لانه حين ادعاهما صار مصدقا

له فيما أقر به وهو أحدهما بغير عينه، مدعيا فى الزيادة على ذلك فثم استحقاقه فى المقر به ولا يبطل ذلك باليمين الكاذبة فالاوكس متيقن به وهو الشاة فلهذا لزمه ذلك ولا يكون المقر له شريكا فى الناقة لانه بجحوده نفى حقه عنهما ولو نفى حقه عن الناقة وحدها بأن عين الشاة كان مقبولا منه فكذلك هنا يقبل منه نفي حق المقر له عن الناقة فلا يكون شريكا فيها ولو شهد الشهود على اقراره بذلك وقالوا سمى لنا احداهما فنسيناها لم تجز شهادتهما لاقرارهما على أنفسهما بالغفلة ولانهما ضيعا ما تحملا من الشهادة فانهما تحملاها على الاقرار بالعين وقد ضيعا ذلك بالنسيان * واذا أقر لرجل بحق دار فى يده فانه يجبر علي أن يسمى ذلك ما شاء لانه أبهم الاقرار بجزء له من الدار فعليه بيان ما أبهم فان أقر بالعشر وادعي المقر له أكثر من ذلك حلفه علي الزيادة لانه خرج عن عهدة اقراره بما بين فالقول قوله فى انكار الزيادة مع يمينه وان أبى أن يسمى سمى له الحاكم ثم وقفه على شئ من ذلك حتى اذا انتهى الى أقل ما يقر به له عادة استحلفه ماله فيه الا ذلك لان قدر الاقل متيقن به وذلك معلوم بالعادة وعليه ينبنى مطلق الاقرار فيستحلفه على الزيادة اذا ادعاها الطالب ثم يقضى له بذلك القدر والاعيان المملوكة كلها على هذا. ولو أقر أن لفلان حقا فى هذه الغنم قال هو عشر هذه الشاة فالقول قوله مع يمينه لان بيانه مطابق لاقراره فقد يضاف المقر به الي محله الخاص تارة والى العام من جنسه تارة فيقبل بيانه وعليه اليمين ان ادعى المقر له الزيادة . ولو أقر أن لفلان حقا في هذه الدار ثم قال هو هذا الجذع أو هذا الباب المركب أو هذا البناء بغير أرض لم يصدق فى ذلك لان بيانه مغير لموجب كلامه فان موجب اقراره ثبوت حق المقر له فى رقبة الدار وهذا البيان ينفى حقه عن رقبتها فلا يصدق فى ذلك الا موصولا وحقيقة المعنى فى الفرق بين هذا وبين الغنم ان فى الدار بيعا للاصل ولهذا يدخل فى البيع من غير ذكر ويستحق بالشفعة وقوام البناء بأصل الدار وقد أضاف اقراره الى أصل الدار فلا يقبل بيانه في الصفة والبيع بعد فأما فى الغنم بعض ليس بيعا للبعض فبيانه فى أصل الغنم كاقراره فلهذا قبل منه قال أرأيت لو عنيت به الثوب أو الطعام الذى فى الدار أكنت أصدقه وهذا اشارة الى ماقلنا ان الموضوع فى الدار ليس من رقبة الدار فى شئ واقراره يتناول رقبتها . ولو أقر ان له فى هذا البستان حقا ثم قال هو ثمرة هذه النخلة لم يصدق لان اقراره تناول أصل البستان والثمرة ليست من أصله فى شئ وان أقر بالنخلة بأصلها فالقول قوله لانه أقر له بجزء

من الارض فكان بيانه مطابقا لاقراره وان قال هى له بغير أرض لم يصدق لان بيانه غير مطابق لاقراره فان حرف فى حقيقة للظرف واسم البستان لاصل البقعة والاشجار فيه وصف وتبع لان قوامها بالبقعة وانما يتناول أصل اقراره شيئا من البقعة أو جعل البقعة لماأقر به من الحق فاذا فسره بالنخلة من غير أرض لم يكن التفسير مطابقا للفظه . فان قيل الظرف غير المظروف فانما جعل البستان محل حقه فاذا فسره بالنخلة فالبستان محل حقه قلنا لا كذلك فانه اذا فسره بالنخلة فمحل حقه موضعها من الارض وذلك الموضع لا يتناوله اسم البستان فانما يتحقق كون البستان ظرفا لحقه اذا كان المقر به جزأ منها ولو قال له فى هذه الارض حق ثم قال حقه فيها انى أجرتها اياه سنة يزرعها لم يصدق لانه أقر له بالحق فى رقبتها ثم فسره بالمنفعة فلم يكن تفسيره مطابقا للفظه وكذلك لو أقر ان له فى الدار حقا ثم قال سكنى شهر فتفسيره غير مطابق للفظه وكذلك لو أقر ان له فى هذه الدار ميراثا أو شراء ثابتا أو بابا أو ملكا ثابتا ثم قال هو هذا الباب المغلق لم يصدق لانه جعل رقبة الدار ظرفا لما أقر له به فلا بد من أن يفسره بجزء من رقبتها * ولو قال له فى دار والدي هذه وصية من والدى ثم قال له سكنى هذا البيت سنة لم يصدق حتى يقر له بشركة فى أصل الدار لانه جعل الدار ظرفا للموصى به والمنافع أعراض تحدث شيئا فشيئا فلا يكون تفسيره مطابقا لاقراره ما لم يقر بشئ من أصل الدار ولو وصل المنطق في جميع ذلك كان مقبولا لان ظاهر اقراره منصرف الى شئ من أصل الدار على احتمال أن يكون المقر به منفعتها لان المنافع محل الاعيان فاذا بينه موصولا قبل بيانه وان كان مغيرا لموجب مطلق كلامه * وكذلك لو قال له فيها ميراث بسكنى شهر وفى هذا نوع اشكال فان المنافع لا تورث عندنا فينبغى ان لا يقبل بيانه هذا موصولا وكذا يكون بيانه من محتملات كلامه فان توريث المنفعة مجتهد فيه ولو قضى به القاضى نفذ قضاؤه فلعله أقر له بذلك بعد ما قضى له به قاض فكان هذا بيانا من هذا الوجه وقيل هو على الخلاف وينبغى أن يكون هذا الجواب عندهما بناء على ماتقدم واذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر لم يصدق عند أبى حنيفة رحمه الله وان وصل لان ثمن الخمر لا يجب للمسلم شرعا وعندهما يصدق وكان ذلك بيانا منه على ظنه وكذلك هذا ولو كان فى يده عشرة من الغنم فقال لفلان فيها شرك شاة ثم ماتت الغنم كلها فقال المقر له أنت خلطت شاتى بغنمك لم يصدق على ذلك ولم يضمن المقر شيئا اذا حلف لان اقراره بالشركة فى العين لا يتضمن الاقرار بوجود السبب

الموجب للضمان عليه فان نصيب كل واحد من الشريكين فى يد صاحبه أمانة والاختلاط يحصل من غير خلط فدعواه الخلط دعوى السبب الموجب للضمان عليه ابتداء فلا يصدق في ذلك الا بحجة . ولو قال فى زيتى هذا لفلان رطل من زئبق وقال كل واحد منهما أنت خلطته لم يصدق واحد منهما فى دعواه الا بحجة لانه يدعى السبب الموجب للضمان على شريكه ابتداء ولكنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه واذا حلفا فهما شريكان فى الزيت يباع فيضرب صاحب الزئبق فيه بقيمة رطل من زيت لا بقيمة رطل من زئبق ويضرب الآخر بقيمة ما بقى من الزيت قال لانه قد صار زيتا كله ومعنى هذا أن الزيت هو الغالب والزئبق يصير كالمستهلك فيه وقيمة الزئبق تنتقص بالاختلاط وهذا النقصان حصل من غير فعل أحد فيكون على صاحب الزئبق وانما يضرب كل واحد منهما فى الثمن بقيمة ملكه كما يتناوله العقد وعقد الكل زيت فلهذا ضرب بقيمة رطل من زيت . ولو كان لرجل خمسون رطلا من زئبق فاقر أن فيه لرجل رطلا من بنفسج بعته وقسمت الثمن بينهما يضرب فيه صاحب البنفسج بقيمة رطل منه وصاحب الزئبق بقيمة زئبقه لان البنفسج بالاختلاط بالزئبق تزداد قيمته وهذه الزيادة حصلت من ملك صاحب الزئبق فلا يضرب بها مع صاحب الزئبق وانما يكون ضربه بقيمة ملكه وهو رطل بنفسج وان شاء صاحب الزئبق أعطى صاحبه رطلا من البنفسج والزئبق كله له والخيار اليه دون صاحب البنفسج لان البنفسج صار مستهلكا بالزئبق فان الزئبق هو الغالب وعند الاختلاط الاقل يصير مستهلكا بالاكثر والحكم للغالب فيكون الخيار لمن كان حقه قائما من كل وجه في أن يتملك على صاحبه نصيبه بضمان المثل ألا ترى أن ثوب انسان لو وقع فى صبغ غيره فانصبغ به كان لصاحب الثوب أن يعطى لصاحب الصبغ قيمة الصبغ لان الثوب قائم من كل وجه والصبغ فيه مستهلك من وجه فكان الخيار لصاحب الثوب فهذا مثله رجل فى يده ثوب مصبوغ بعصفر فقال لرجل فى ثوبى هذا لك قفيز من عصفر فى صبغه فصاحب الثوب بالخيار ان شاء رد عليه مازاد قفيزا من عصفر فى ثوبه لان ملك المقر له صار وصفا لملكه فكان له أن يتملكه بضمان بدله وان أبى بيع الثوب ويضرب به صاحب العصفر بقيمة ملكه وهو مازاد قفيز من عصفر فى ثوبه وصاحب الثوب بقيمة ثوبه فان كان صبغه أكثر من قفيز ضرب صاحب الثوب بالفضل مع قيمة الثوب الابيض لان المقر له ما استحق الا مقدار قفيز من العصفر الذى فى الثوب لان استحقاقه باقراره

وانما أقر له بهـذا المقدار وان اختلفا فقال المقر له ليس في هـذا الثوب زيادة على قفيز من عصفر وقال صاحب الثوب بل فيه زيادة على ذلك سأل القاضى أهل العلم بذلك من الصباغين لانه يحتاج الى معرفة المحق منهما فيرجع فيـه الى من له نظر فى ذلك الباب كما اذا احتاج الى معرفة قيمة العين سأل عنه من له نظر فيه فان اتفقوا على شيء يعرف في ذلك أخذبقولهم والا القول فيه قول صاحب الثوب لانه صاحب الاصـل والمقر له انما يستحق من جهته فيكون القول فى بيان مقدار مايستحق المقر له قول صاحب الثوب . ولو أن رجلا فى يديه عبد فقال لفلان في هذا العبد شرك أو قال شركة فله النصف فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله القول قول المقر في بيان مقدار ما أقر به واتفقا انه لو قال فلان شريكى فى هذاالعبد أومشترك بيني وبين فلان أو هو لى ولو كان بينهما نصفين لان لفظة الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ثم يستوى فيـه ذكورهم واناثهم وكذلك لفظ بين يقتضي المناصفة بين المذكورين ومطلق الاضافة اليهما تقتضي التسوية بينهما فاما فى قوله شرك أو شركة فى العبد فكذلك يقول أبو يوسف رحمه الله لان لفظ الشركة يقتضي التسوية وقال محمد رحمه الله اذا ذكر الشرك منكرا فهو عبارة عن النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك فى السموات وقال الله تعالى وما لهم فيهما من شرك أى من نصيب فهذا وقوله لفلان فى عبدى نصيب سواء وهناك البيان فيـه الى المقر له والى نفسه فيقتضي المساواة وهنا جعله صفة للمقر به فلا يتحقق فيه اعتبار معنى المساواة فلهذا كان هو وذكر النصيب سواء وان فصل الكلام فقال هو شريكى فيه بالعشر أو هو معى شريك بالعشر فالقول قوله لان الاقرار بالشركة يقتضي المساواة ولكن على احتمال التفاوت فكان بيانه مغايرا لما اقتضاه مطلق كلامه فيصح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال هـذا العبد لى ولفلان لى الثلثان ولفلان الثلث واذا أقر أن لفلان وفلان معه شركا في هـذا فهو بينهم اثلاثا فى قول أبي يوسف رحمـه الله بمنزلة ما لو قال فلان وفلان فيه شركائى وعند محمـد رحمـه الله البيان فيـه الى المقر كما فى الفصـل الاول واذا قال قد أشركت فلانا فى نصف هذا العبد ففى القياس له ربعه لانه لو قال أشركت فلانا في هـذا العبد كان له نصفه فاذا قال فى نصف العبـد كان له نصف ذلك النصف وهو الربع لان الاشراك يقتضى

التسوية بين الموجب والقابل فيما أضيف الايجاب اليه وقد أضيف هنا الى نصف العبد ولكنه استحسن فقال له النصف لان معنى قوله أشركت فلانا في نصف العبد أي بنصف العبد فقد يستعار حرف في لمعنى الباء مجازا لان الباء للالصاق وفي للظرفية وبين الظرف والمظروف نوع الصاق فامكن أن يستعار حرف في لمعنى الباء وانما حملناه على هذا النوع من المجاز لعدم امكان اعتبار الحقيقة فانه وان جعل له ربع العبد كان شريكا في جميع العبد لا في نصفه فان صاحب القليل مشارك لصاحب الكثير في جميع العين * واذا قال له علي حق ثم قال عنيت حق الاسلام لم يصدق ولا بد من أن يقر له بشيء لان كلمة علي للالتزام في الذمة ومطلق هذا اللفظ انما يفهم منه في العادة الدين فتفسيره بحق الاسلام معتبر لمطلق لفظه فلا يقبل منه مقصوده ثم خص نفسه بالتزام الحق الذى أقر به وحق الدين على كل واحد منهما لصاحبه ففي تخصيصه نفسه دليل على أنه مراده من ذلك * وان قال لفلان علي عبدي هذا حق ثم قال عنيت به الدين فالقول قوله لان كلمة على للالتزام في الذمة فانه مشتق من العلو ومعناه علاه ما أقر نفيا للوجوب في ذمته حتى صار مطلقا فانه وان ادعى المقر له الشركة في الرقبة لم يصدق الا بحجة لانه ليس في لفظ المقر ما يوجب ذلك ولو قال له في رقبة عبدي هذا الحق أو قال في عبدي فهذا تنصيص على الاقرار بما يوجب الشركة في الرقبة والقول في مقدارها قول المقر وان قال لفلان حق في عبدي هذا أو في أمتي هذه فادعى الطالب حقه في الامة فان المقر يحلف عليه لان المدعى غير ما أقر به فانه أقر بحقه في غير معين وهو انما ادعاه في معين فيصير ذلك الاقرار فيما سوى المحل الذى عينه ومدعيا في ذلك المحل فالقول قول المنكر مع يمينه واذا حلف لم يكن له في واحد منهما شيء لانه خرج عن موجب اقراره بما تضمن دعواه من رد اقراره الحق في العبد وان ادعى فيهما يجبر المقر على أن يقر في أيهما شاء بطائفة منه لانه صدقه فيما أقر به وادعى زيادة عليه والاستحقاق بحكم اقراره يتم بتصديقه فالقول في مقداره قول المقر وان حلف عليهما جميعا فباليمين الكاذبة لا يبطل استحقاقه في مقدار ما تناوله اقراره فيجبر على بيان ذلك ويحلف على دعوى الطالب ان ادعى زيادة على ذلك وان أقر بحائط لرجل وقال عنيت البناء دون الارض لم يصدق ويقضي عليه بالحائط بارضه لان الحائط اسم للمبنى ولا يتصور ذلك الا بالارض فاما غير المبني يكون آجرا وخشبا ولبنا وتداو هو لا يكون حائطا فكان في اقراره ما يدل على استحقاق الارض والثابت بدلالة النص

كالمنصوص عليه فكان بيانه هذا مغايرا لمقتضى مطلق كلامه وكذلك لو أقر باسطوانة فى داره وانما أراد به المبنى من الاسطوانة بالآجر وانه لايكون اسطوانة مالم يكن مبنيا كالحائط فاما اذا كانت الاسطوانة من خشب فللمقر له الخشبة دون الارض لانه يسمى اسطوانة قبل البناء عليه كما يسمى بعده فليس فى لفظ المقر ما يدل على استحقاق موضعه من الارض فان كان يستطاع رفعها بغير ضرر أخذها المقر له وان كان لا يؤخذ الا بضرر ضمن المقر قيمتها للطالب بمنزلة من غصب من آخر ساجة وبنى عليها فان حق صاحب الساجة ينقطع عن الساجة ويقرر فيه ضمان القيمة دفعا للضرر عن صاحب البناء عندنا وهى مسئلة معروفة* ولو أقر له بنخلة أو شجرة فى بستانه فهى له باصلها من الارض لان المقر به النخل والشجر وانما يسمى بهذا الاسم اذا كان ثابتا فى الارض فاما اذا لم تكن ثابتة فتسمى خشبة فكان فى لفظه ما يدل على دخول موضعها من الارض ولا خلاف فى هذا فى اقراره وانما الخلاف فى البيع اذا باع نخلة أو شجرة فعلى قول أبى يوسف رحمه الله انه باعها بأصلها فله موضعها من الارض وان باعها ليقطعها المشترى فليس له موضعها من الارض وان باعها مطلقا فليس له موضعها من الارض وروى هشام عن محمد رحمهما الله انه اذا باعها مطلقا فله موضع أصلها من الارض وله الموضع الذى ينتهى اليه عروقها من الارض فمحمد رحمه الله سوّى بين البيع والاقرار وقال الايجاب من البائع كان فى النخلة والشجرة ولا تكون نخلة وشجرة الا وهى ثابتة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول البيع تمليك مبتدأ فلا يتناوله الا ما وقع التنصيص عليه والتنصيص انما وقع على النابت دون موضعه الذى نبت عليه وموضعه الذي نبت عليه ليس مانما للنابت فلا يستحقه المشترى باستحقاقه النابتة وبالبيع لا يستحق المشترى استدامته على حاله بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك سابق للمقر له وفيه اشارة الى استدامته ولا يكون ذلك الا بموضعها من الارض فاستحق موضعها من الارض بدلالة كلامه والمدلول عليه فى الاقرار كالمنصوص عليه ولو أقر بثمرة فى نخل لم تكن النخلة له لان اسم الثمرة لايختص بحال الاتصال بالنخل بخلاف اسم الحائط والنخلة ولان اتصال الثمار بالنخل ليس باصل بل هو للادراك حتى تجد بعد الادراك ويفسد اذا ترك ولهذا لا يدخل فى بيع النخل من غير ذلك فكذلك لا يدخل فى الاقرار بالثمرة أما اتصال البناء بالارض والنخل بالارض فللقرار ولهذا دخلا فى بيع الارض من غير ذكر فكذلك الاقرار بهما يتضمن الاقرار بموضعهما من الارض* ولو أقر

له بكرم فى أرض كان له الكرم بارضه كلها لان اسم الكرم يجمع الشجر والارض عادة ومطلق اللفظ فى الاقرار ينصرف الى المعتاد وما ثبت بدلالة النص عادة فهو كالمنصوص عليه *وكذلك لو أقر له بالبستان كان له الشجر والارض والنخل لان اسم البستان عند الاطلاق يجمع الكل فاصل الاسم للارض والاشجار والنخيل فيه بمنزلة الوصف فيكون الاسم جامعا للكل *ولو أقر أن هذا النخيل لفلان فاراد المقر له أن يأخذ الارض كلها لم يكن له ذلك وانما له النخل باصوله من الارض ولا يستحق الطريق ولا مابين النخيل من الارض لان النخيل اسم للشجر ولكن لا يسمى نخلا الا وهو ثابت فاما بعد القلع فيسمى جذوعا فدخول موضعه من الارض لضرورة التنصيص علي اسم النخل فى اقراره وهو لا يعد وموضع أصولها من الارض فلا يستحق شيئا من ذلك وكذلك ليس فى لفظه مايدل على استحقاق الطريق ولا يدخل الطريق فى البيع من غير ذكر فكذلك الاقرار *والحاصل انه بنى هذه المسائل على معنى كلام الناس وما يطلقونه فى عباراتهم فى كل موضع *ولو أقر له بأصول عشرة من هذا الكرم معروفة كان له تلك العشرة باصولها ولا يكون له ما بين الشجر من الارض والكرم فى هذا الموضع كالنخل لانه ماأقر له بالكرم وانما أقر له باشجار معروفة منها فتدخل أصولها لدلالة لفظه ولا يدخل ما سوى ذلك من الارض* ولو قال بناء هذه الدار لفلان كان له البناء دون الارض لانه نص في لفظه على البناء والارض ليست من البناء فى شئ بخلاف الحائط فانه اسم للبناء فى موضع من الارض وفرّق بين البناء والنخل فقال النخل يخرج من الارض والبناء لايخرج من الارض ومعنى هذا الكلام أن اسم البناء يثبت بفعل العبد وذلك فيما ارتفع من وجه الارض لافي الارض فلا يستحق شيئا من الارض بذكر البناء فاما اسم النخل فلايحدث بفعل العباد بل بالنبات من الارض ولا يسمى نخلا الا وهو نابت فلهذا استحق بتسمية النخل موضعه من الارض وكذلك لو قال له بناء هذا الحائط لم يستحق الارض لما قلنا واذا أقر له بجزء من داره يصح وبيان المقدار الى المقر لان لفظ اقراره يحتمل الكثير والقليل فالجزء من الجزأين يكون نصفا ومن عشرة اجزاء يكون عشرا فكان بيانه مقررا لما أقر به لا مغيرا فصح موصولا كان أو مفصولا وكذلك النصف والنصيب والحق والطائفة البيان فى ذلك كله الى المقر ويقبل بيانه فى القليل والكثير لانه من محتملات كلامه وليس فيه تغيير للفظ عن ظاهره فكان بمنزلة كنايات الطلاق اذا نوى الزوج بها شيئا انصرف

اليه ولو أقر له بسهم فى داره فكذلك الجواب عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله له السدس وأصل المسئلة في الوصايا وهو ماإذا أوصي بسهم من ماله عند أبي حنيفة رحمه الله ينصرف السهم الى السدس أخذا بقول ابن مسعود رضى الله عنه واحتج بقول اياس بن معاوية رضى الله عنه وجماعة من أهل اللغة رحمهم الله ان السهم هو السدس وعندهما السهم يتناول القليل والكثير فان سهما من سهمين يكون النصف ومن عشرة يكون العشر فهو والجزء والنصيب سواء واذا أقر لرجل بنقض الحائط فله البناء دون الارض لان النقض اسم لما يبنى به الحائط من لبن وآجر وخشب فليس فى لفظه مايدل على استحقاق موضعه من الارض وكذلك لو أقر بجذع هذه النخلة فله الجذع دون الارض والله أعلم

باب اضافة الاقرار الى حال الصغر وما أشبهها

(قال رحمه الله) رجل أقر انه كان أقر وهو صبي لفلان بالف درهم وقال الطالب بل أقررت بها لى بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى الوجوب به فان قول الصبي هدر في الاقرار والصبا حال معهودة فى كل أحد فكان هو فى المعنى منكرا للمال لا مقرا به . فان قيل هو قد ادعى تاريخا سابقا فى اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله قلنا المصير الى هذا الترجيح بعد ثبوت السبب ملزما واذا كان الاقرار فى حال الصبا غير ملزم أصلا فلم يكن هو مدعيا للتاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكرا لاصل المال عليه كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق فكذلك لو قال أقررت له بها في حال نومى لان النوم حال معهودة تنافى وجوب المال بالاقرار فيها فان أصل القصد ينعدم من النائم والقصد المعتبر ينعدم من الصبي فاذا كان اضافة الاقرار الى حال الصبا لا يكون اقرارا فاضافته الى حال النوم يكون انكارا بطريق الاولى وكذلك لو قال أقررت بها قبل أن أخلق لانه مستحيل فى نفسه فكان منكرا لا مقرا ومثل هذا اللفظ انما يذكر للمبالغة فى الانكار عادة ولو قال أقررت له وأنا ذاهب العقل من برسام أو لمم فان كان يعرف أن ذلك اصابه لم يلزمه شئ لانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى صحة الاقرار فيها وان كان لايعرف ان ذلك اصابه كان ضامنا للمال لانه لم يضف الاقرار الى حال معهودة فيه فكان هو فى الاضافة الى الحال التى هى غير معهودة مدعيا لما

يسقط عنه بعد اقراره بها فلا يقبل قوله فى ذلك وهذا لان الاقرار فى الاصل ملزم فيجب العمل بهذا الاصل مالم يظهر المانع منه والمانع اضافته الي حال معهود تنافى صحته فالاضافة الى حال غير معهودة لا يصلح مانعا بل تكون دعوى المسقط بعد ظهور السبب الملزم فلا يقبل ذلك الا بحجة ولو قال أخذت منك ألف درهم وأنا صبي أو ذاهب العقل من مرض يعرف انه كان أصابه فهو ضامن للمال لان الاخذ فعل موجب للضمان على الآخذ صبيا كان أو بالغا مجنونا أو عاقلا فان الحجر بسبب الصبا والجنون عن الاقوال لا عن الافعال لان تحقق الفعل بوجوده فلا يكون الصبا والجنون مؤثرا فى حكمه وظهور الفعل باقراره فاذا كان اقراره ملزما حين أقر به والفعل ملزوما فيه فى حال الصغر تقرر السبب الموجب للضمان عليه بخلاف ما تقدم فان قوله فى حال الصغر والجنون ليس بملزم اياه ولو أقر الحر أنه كان لفلان عليه ألف درهم وهو عبد لزمه المال لان الرق لا ينافى وجوب المال فى ذمته فان للعبد ذمة صحيحة لان صحة الذمة لكونه آدميا وبالرق لا يخرج من ذلك وكذلك لو أقر انه كان أقر له وهو عبد بألف درهم لان اقرار العبد ملزم فى حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لا يقبل فى حق مولاه فكان مؤاخذا به بعد العتق وكذلك الحربى يسلم ثم يقر أنه كان قد أقر لفلان فى دار الاسلام بألف درهم فى دخلة دخلها بأمان أو قال دخل علينا بأمان فأقررت له وأنا فى دار الحرب وهو فى دار الاسلام أو المسلم يقر أنه كان أقر به لفلان حين كان حربيا فذلك كله ملزم اياه لانه أضاف الاقرار الى حال لا تنافى صحة الاقرار ووجوب المال بها فانا لو عاينا اقراره فى ذلك الوقت كان مؤاخذا به بعد الاسلام فكذلك اذا ظهر ذلك باقراره ولو انه كان أقر بألف درهم لفلان قبل أن يعتق وقال فلان أقررت لى بها بعدما أعتقت لزمه المال له لانه أضاف الاقرار الى حال رق المقر له وذلك لا ينفى كون الاقرار ملزما فكان ملتزما المال باقراره قاصدا الى تحويله من المقر له الى مولاه باسناده الاقرار الي حال رقه من المقر له الى غيره ولو أقر مسلم قد كان حربيا انه أخذ فى حال حرابته من فلان ألف درهم فى حال ما كان حربيا أو قطعت يده حال ما كان حربيا وقال المقر له بل فعلت ذلك بعد اسلامك فان كان المال قائما بعينه فعليه رده وهو غير مصدق فى الاضافة الى حال الحرب لانه أقر أن هذه العين فى الاصل كانت مملوكة له وادعى تملكها عليه باضافة الاخذ حال كونه حربيا فلا يصدق فيه الا بحجة كما لو ادعى التملك عليه بشراء أو هبة ولو كان مستهلكها فهو ضامن

له فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله القول للمقر ولا ضمان عليه فى ذلك وكذلك لو قال لمعتقه اخذت منك ألف درهم حال ما كنت عبدا لى أو قطعت يدك حال ما كنت عبدا لي وقال المقر له لا بل فعلت ذلك بعد ما أعتقتنى فالقول قول المقر له والمقر ضامن فى قولهما وعند محمد رحمه الله القول قول المقر وجه قوله أنه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافي وجوب الضمان عليه بالاخذ والقطع فى تلك الحال فيكون منكرا لا مقرا كما لو قال لمعتقته وطئتك حال ما كنت أمة لى أو قال لمعتقه أخذت منك الغلة شهر كذا حين كنت عبدا لى أو قال القاضى بعد ما عزل قضيت عليك بكذا فى حال ما كنت قاضيا وأخذته فدفعته الى المقضى له فالقول قوله وان كذبه المقر له فى هذه الاضافة وكذلك لو قال المعتق قطعت يدك وأنت عبد وقال المقر له بل قطعتها بعد العتق فالقول قول المقر للمعنى الذى بيناه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا أقر على نفسه بالفعل الموجب للضمان عليه ثم ادعى ما يسقط الضمان فلا يصدق فى ذلك كما لو قال فقأت عينك اليمنى وعينى صحيحة ثم ذهبت وقال الآخر بل فقأتها وعينك ذاهبة كان القول قول المقر له والمقر ضامن للارش وبيانه هو أنه أقر بالاخذ وهو سبب موجب للضمان عليه كما قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وأضاف الاقرار الى حال رق المقر له وذلك غير مناف للضمان عليه بسبب الاخذ والقطع فى الجملة فان العبد اذا كان مديونا كان أخذ المولى كسبه سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك قطع يده موجب للضمان عليه وكذلك أخذه من الحربى قد يكون موجبا للضمان عليه في الجملة اذا كان الحربى مستأمنا فى دارنا فلم يكن هو فى اقراره منكرا لاصل الالتزام بل كان مدعيا لما يسقط الضمان عنه بخلاف ما استشهد به فان وطء المولى أمته غير موجب عليه المهر سواء كانت مديونة أو غير مديونة وكذلك قضاء القاضي فى حال ولايته غير موجب للضمان عليه بحال فانما أضاف الاقرار فى هذه المواضع الى حال معهودة تنافي الضمان أصلا فكان منكرا لا مقرا فلهذا لا يلزمه شئ والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالاستفهام

(قال رحمه الله) رجل قال لآخر أليس قد اقرضتنى ألف درهم أمس فقال الطالب بلى فجحده المقر فالمال يلزمه لان قوله أليس قد اقرضتنى استفهام فيه معنى التقرير كما قال الله

تعالى أليس الله بكاف عبده ومعنى التقرير انك قد أقرضتني قول الطالب بلى تصديق له في الاقرار وكذلك لو قال أما أقرضتني أمس أو قال ألم تقرضني أمس فهذا استفهام فيه معنى التقرير قال الله تعالى ألم يأتكم رسل منكم وكذلك لو قال الطالب أليس لى عليك ألف درهم فقال بلى كان هذا اقرارا لان قوله أليس استفهام وقوله بلى جواب عنه فيكون معناه بلى لك علي ألف درهم كما قال الله تعالى ألست بربكم قالوا بلى معناه بلى أنت ربنا وهذا على ما قال أهل اللغة ان كلمة بلى جواب الابتداء بل هو نفى وقد قرن به الاستفهام وكلمة نعم جواب الاستفهام المحض وكان المعنى فيه أن الاستفهام متى كان بحرف الاثبات فقول نعم جواب صالح له ومتى كان بحرف النفى فجواب ما هو اثبات بعد النفى وهو كلمة بلى يقال فى تبدل الكلام لا بل كذا فلهذا كانت كلمة بلى جوابا للاستفهام بلفظ النفى وهو قوله ألست ثم ذكر مسائل تقدم بيانها فى قوله أقرضتني وأعطيتني اذ قال بعد ذلك لم أقبض وزاد هنا لو قال أخذت منك الف درهم فلم تتركني أذهب بها لم يصدق فى ذلك وان وصل كلامه لانه أقر على نفسه بفعل موجب للضمان وهو الاخذ فكان هو مدعيا اسقاط الضمان عن نفسه بعدما تقرر سببه فلا يصدق الا بحجة كالغاصب يدعى الرد وكذلك لو قال غصبت منك ألف درهم فانتزعتها منى لم يصدق وان كان موصولا لان دعوى الانتزاع منه دعوى اسقاط الضمان بعد تقرر سببه بمنزلة دعوى الرد وهذا لان الوصل بالكلام انما يكون معتبرا فيما هو بيان فأما دعوى الفعل المسقط للضمان فليس يرجع الى بيان أول كلامه والموصول والمفصول فيه سواء ولو أقر قصار أن فلانا سلم اليه ثوبا يقصره ثم قال لم أقبضه فان وصله بكلامه صدق وان قطعه لم يصدق وفى بعض النسخ قال أسلم اليه وهما سواء فان الاسلام والتسليم لغة فى الفعل الذى يكون تمامه بالقبض ولكن على احتمال ان يكون المراد به العقد دون القبض فاذا قال لم اقبضه كان هذا بيانا معتبرا لموجب ظاهر كلامه فيصح موصولا لا مفصولا ولو قال لرجل أعطيتني امس الف درهم وهل هى ألف فهذا استفهام لا يلزمه به شئ ولو لم ينقد الالف كان اقرارا لانه اذا لم ينقد الالف كان اخبارا بالفعل فيكون اقرارا بموجبه واذا نقد الالف فقد ضم صيغة الاخبار للفعل بألف الاستفهام فيخرج من أن يكون اخبارا قال الله تعالى أأنت قلت للناس اتخذونى وأمى الهين ولم يكن هذا اخبارا عن قوله ذلك لانه لو كان هذا اخبارا لكان تبرؤه منه بقوله سبحانك تكذيبا فعرفنا مثل هذا اذا قرن به حرف الاستفهام يخرج من ان

يكون اخبارا بخلاف قوله اليس قد اعطيتني وفي الحقيقة لا فرق فان ألف الاستفهام يدل على نفي ما قرن به فاذا قرن بحرف النفي وهو ليس يدل على نفي ذلك النفي فيكون تقريرا واذا قرن بالفعل كان دليلا على نفي ذلك الفعل فلم يكن مقرا بالاعطاء واذا أقر أن لفلان عليه مائة درهم أولا شيء عليه أو قال أولا فالقول قوله لان أو للتخيير بين أحد المذكورين وقد دخلت بين نفي الاقرار وإثباته فكان القول قوله لان أو للتخيير في اختيار أيهما شاء ولان حرف أو اذا دخل بين الشيئين كان مقتضاه اثبات أحد المذكورين بغير عينه وقولنا انه للتشكيك مجاز فان التشكيك لا يكون مقصودا ليوضع له لفظ ولكن لما كان مقتضاه أحد المذكورين بغير عينه عبر عنه بالتشكيك مجازا فهنا لما كان عمله في اثبات أحد المذكورين اما الاقرار وإما الانكار لم يتعين الاقرار فيه وكذلك لو قال غصبتك عشرة دراهم أولم أغصبك وكذلك لو قال أودعتني عشرة دراهم أولم تودعني لم يلزمه شيء لما قلنا وكذلك لو قال علي عشرة دراهم أو على فلان قال مقتضى كلامه أن المال على أحدهما بغير عينه فلا يكون به ملتزما للمال عينا وما لم يكن كلامه التزاما لا يكون اقرارا وكذلك لو كان فلان ذلك عبدا أو صبيا أوحربيا أو مكاتبا لان لهؤلاء ذمة صالحة لالتزام الدين فادخاله حرف أو بين نفسه وبينه فيه يقتضي أحدهما بغير عينه وكذلك لو قال غصبتك أنا أو فلان وكذلك لو قال لك علي عشرة دراهم أو قال علي هذا الحائط أو الحمار لزمه المال في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يلزمه في قولهما وهو نظير اختلافهم في مسئلة كتاب العتاق اذا جمع بين عبده وحائط. أو بين حي وميت وقال أحدكما حر على سبيل الابتداء في هذه المسئلة هما يقولان عمل حرف أو في شيئين ضم المذكور عليه آخر اليه ونفي الالتزام عن نفسه عينا وهنا إعماله في أحدهما ممكن وهو نفيه الالتزام عن نفسه فكان عاملا في ذلك بمنزلة قوله أو ليس لك علي شيء وأبو حنيفة رحمه الله يقول قوله لك علي التزام تام وانما ينعدم معنى الالتزام بالتردد بينه وبين المذكور آخرا وانما يحصل هذا التردد اذا كان المذكور آخرا محلا لالتزام المال فاذا لم يكن محلا لذلك كان ذكره في معنى الالتزام لغوا يبقي هو ملتزما المال بأول كلامه عينا وهو نظير مالو قال أوصى بثلث ماله لفلان وفلان واحدهما ميت كان الثلث كله للحي ولو قال لفلان على عشرة دراهم أو لفلان آخر علي دينار لم يلزمه شيء لانه ذكر حرف أو بين شيئين او شخصين اقر لهما فمنع ذلك تعين احد المالين او تعين احد الشريكين مقرا له

فلا يكون هو بهذا الكلام ملتزما شيئا وكذلك قوله لك على عشرة دراهم أو لفلان على دينار ولو قال لك على عشرة دراهم او على عبدى فلان فان لم يكن على العبد دين فالمال لازم والخيار اليه ان شاء عين ذمته وان شاء عبده لانه هو الملتزم لما فى ذمته او كسب عبده وهو ملكه وان كان على عبده دين يحيط بقيمته لم يلزمه شيء لان كسب عبده وماليته حق غرمائه فكان بمنزلة مالو ذكر غريم العبد مع نفسه فى الاقرار وأدخل حرف أو بينهما فان سقط دين العبد بسبب من الاسباب وهو عبد على حاله لم يلزمه حكم اقراره لانه جعل عند سقوط الدين عن العبد كالمجدد لاقراره والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بقبض شيء من ملك انسان والاستثناء فى الاقرار

(قال رحمه الله) واذا أقر انه قبض من بيت فلان مائة درهم ثم قال هي لى أو قال هي لفلان آخر تلزمه لصاحب البيت لان ما فى بيت فلان فى يده فان أصل البيت فى يده ويده الثابتة على مكان تكون ثابتة على ما فيه (ألا ترى) أنه لو نازعه انسان فى شيء من متاع بيته أو فى زوجته وهي فى بيته كان القول قوله باعتبار يده ويترجح بالبينة فى الزوجة فاقراره بالقبض من بيته بمنزلة الاقرار بالقبض من يده فعليه أن يرده مالم يثبت لنفسه حقا بالبينة ولا قول له فيما أقر به لغيره بعد أن صار مستحقا لصاحب البيت فان زعم انه لآخر وانه قبضه منه ضمن له مثله لان اقراره صحيح وقبضه مال الغير موجب للضمان عليه مالم يرده بمنزلة قوله غصبته منه أو أخذته وقال الشافعي رحمه الله اقراره بالقبض من الغير لا يكون موجبا للضمان بخلاف اقراره بالاخذ والغصب لان لفظ الاخذ يطلق على قبض بغير حق ولفظ القبض يطلق على قبض بحق كقبض المبيع ونحوه وهذا ليس بصحيح فان لفظ الاخذ قد يطلق على ما يكون بحق قال الله تعالى فخذها بقوة وقال الله تعالى فخذ ما آتيتك وكن من الشاكرين ومع ذلك كان الاقرار به موجبا للضمان عليه فكذلك فى لفظة القبض وكذلك لو قال قبضت من صندوق فلان الف درهم أو من كيس فلان أو من سفط فلان ثوبا أو من قرية فلان كر حنطة أو من نخل فلان كر تمر أو من زرع فلان كر حنطة فهذا كله اقرار بالقبض من يده أو جعل المقبوض جزأ من ملكه فيكون مقرا بالملك [illegible] قال قبضت من أرض فلان عدل زطى فانه يقضى بالزطي لصاحب الارض لا [illegible] يده ثم المقر بما بين يدعى

لنفسه يدا في أرضه ولم يعرف سبب ذلك فلا يثبت بمجرد دعواه واذا لم يثبت ما ادعى بقي اقراره بالقبض من يده فعليه رده وعلى هذا لو قال أخذت من دار فلان مائة درهم ثم قال كنت فيها ساكنا أو كانت معي باجارة لم يصدق لانه مدع فيما ذكره من سبب ثبوت يده في الدار فلا يصدق في ذلك الا بحجة فان جاء بالبينة أنها كانت في يده باجارة وانه نزل أرض فلان أبرأته من ذلك لانه أثبت سبب ثبوت يده في المكان بالحجة ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فلو علم كون الدار في يده باجارة أو كونه نازلا في أرض وعاينا انه اخلاها متاعا كان ذلك القول قوله في أن هذا ملكه فكذلك اذا أثبت بالبينة دارا في يد رجل فاقر انها لفلان الا بيتا معلوما فانه لي فهو على ما قال لان الكلام اذا قرن به الاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال هذه الدار ماسوى هذا البيت من الدار لفلان وهذا لان اسم الدار يتناول مافيها من البيوت والمستثنى اذا كان مما يتناوله لفظه كان استثناؤه صحيحا لان عمل الاستثناء في اخراج ما يتناوله لولاه لكان الكلام متناولا له وكذلك لو قال الا ثلثها لي أو قال الا تسعة أعشارها لما بينا أن الاستثناء صحيح اذا كان يبقى بعد المستثنى شيء قل ذلك أو كثر . ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لي كانت كلها لفلان لان قوله وهذا البيت لي دعوى وليس باستثناء فان الواو للعطف ولا يعطف المستثنى على المستثنى منه فصار جميع الدار مستحقا للمقر له باقراره وكان المقر مدعيا بيتا في دار غيره فلا يصدق الا بحجة وكذلك لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لي أو قال الدار لفلان وبناؤها لي أو الارض لفلان ونخلها لي أو النخل باصولها لفلان والثمرة لي لا يصدق في شيء من ذلك الا بحجة لان البناء تبع للاصل والنخل تبع للارض والثمر يملك بملك الاصل فكان هو في آخر كلامه مدعيا لنفسه شيأ من ملك الغير فلا يستحقه الا بحجة . ولو قال هذه الدار لفلان الا بناؤها فانه لي لم يصدق أيضا على البناء والبناء تابع وليس هذا باستثناء ومعنى هذا الكلام أن اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا فان اسم الدار لما أدير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل فيه تبعا والاستثناء انما يكون مما تناوله الكلام نصا لانه اخراج ما لولاه لكان الكلام متناولا له فان الاستثناء يصرف في جميع الكلام بجمله عبارة عما وراء المستثنى فما لم يتناوله الكلام نصا لا يتحقق فيه عمل الاستثناء فهذا معنى قوله وليس هذا باستثناء وهذا لان المعنى الذى لاجله كان يدخل البناء لولا هذا الاستثناء لا ينعدم بهذا الاستثناء فان معنى كونه تبعا الاصل أن هذه التبعية قائمة

بعد الاستثناء وعلى قول الشافعي رحمه الله هذا الاستثناء صحيح بناء على أصله فى أن عمل الاستثناء في منع ثبوت الحكم فى المستثنى فدليل المعارضة بمنزلة التخصيص في العموم وهذا يتحقق فيما يدخل فى الحكم تبعا كما يتحقق فيما يتناوله اللفظ قصدا وبيانه يأتى فى باب الاستثناء ان شاء الله تعالى. وعلى هذا لو قال هذا البستان لفلان الا نخلة بغير أصلها فانها لى أو قال هذه الحلية لفلان الا بطانتها فانها لى أو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي أو هذا الخاتم لفلان الا فصه فانه لى أو هذه الحلقة لفلان الا فصها فانه لى ففى هذا كله ما جعله مستثنى لم يتناوله الكلام نصا وانما كان دخوله تبعا فلا يعمل استثناؤه وان كان موصولا بل هو والدعوى المبتدأة سواء فلا يستحقه الا بحجة. ولو قال هذه الدار لفلان ثم قال بعد ذلك لا بل لفلان فهى للاول وليس للآخر شئ لانه رجع عن الاقرار به للاول وأقام الثانى مقامه فى الاقرار ورجوعه عن الاقرار باطل. وكذلك لو قال الدار لفلان ثم قال بعد ذلك له ولفلان أولي ولفلان فالدار كلها للاول ورجوعه عن بعض ما أقر به للاول باطل كما فى جميعه وان قال ابتداء انها لفلان ولفلان فوصل المنطق فهو بينهما نصفين لانه عطف الثانى على الاول والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فى الخبر وفى آخر كلامه ما يغاير موجب أوله فيتوقف أوله على آخره وصار كقوله هى لهما فان وصل ذلك فقال لفلان الثلثان ولفلان الثلث فهو كما قال لان مقتضى أول كلامه المناصفة بينهما على احتمال التفاوت فكان آخر كلامه بيانا مغايرا وذلك صحيح منه موصولا واذا ولدت الجارية فى يد رجل ثم قال الجارية لفلان والولد لى فهو كما قال لانه لو سكت عن ذكر الولد لم يستحقه المقر له فكذلك اذا نص المقر على أن الولد له بخلاف ماسبق من البناء وهذا لان الولد بعد الانفصال ليس تبعا للام بخلاف النخل والبناء فانه تبع للارض ثم فرق بين الاقرار والبينة بانه لو أقام رجل البينة أن الجارية له به استحق ولدها معها والفرق ان الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الاصل (ألا ترى) أن الباعة يرجع بعضهم على البعض باليمين فيتبين ان الولد انفصل من ملكه فكان مملوكا له فأما الاستحقاق بالاقرار فلا يوجب الملك للمقر له من الاصل حتى لا يرجع الباعة بعضهم على بعض باليمين ولكن استحقاق الملك له مقصور على الحال ولهذا جعل الاقرار كالايجاب في بعض الاحكام فلا يتبين به انفصال الولد من ملكه فلهذا لا يستحقه وللشافعى رحمه الله فى الفصلين قولان فى قول يستحق الولد فيهما وفى قول لا يستحق الولد فيهما وعلى القولين لا يفصل

بين البينة والاقرار وعلى هذا ولد سائر الحيوانات والثمار المجدودة من الاشجار . ولو كان فى يده صندوق فيه متاع فقال الصندوق لفلان والمتاع الذى فيه لى أو قال هذه الدار لفلان وما فيها من المتاع لى فالقول قوله لانه لولم يذكر فيه كان لايستحقه المقر له فكذلك اذا ذكره لنفسه نصا وهذا لان ما فى الصندوق ليس بتبع للصندوق فالصندوق وعاء لما فيه والموعى لا يكون تبعا للوعاء وكذلك المتاع يكون فى الدار ليس بتبع للدار ولو قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان أول كلامه وهو قوله هذه الدار لى غير معتبر فانه قد كان له ذلك قبل أن يذكره ففى قوله وأرضها لفلان اقرار بالاصل والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له فى البيع كما لو قال أرض هذه الدار لفلان لاستحق الارض والبناء جميعا ولو قال البناء لفلان والارض للآخر كان البناء للاول والارض للثانى كما أقر به لان اول كلامه هنا اقرار معتبر بالبناء للاول فهب أن آخر كلامه اقرار بالارض والبناء ولكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فان للثانى الارض خاصة فأما فى الاول فآخر كلامه بالاقرار بالارض والبناء وهما جميعا ملكه (توضيح الفرق) ان البناء لما صار للمقر له الاول خرج من أن يكون تبعا للارض فاقراره بالارض للثانى بعد ذلك لا يتعدى الى البناء وفى الاول البناء باق على ملكه فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له فى البناء والارض معا ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان فالعبد للاول لان رجوعه عن الاقرار باطل والثانى قيمته لانه أقام الاقرار للثانى بالغصب فيه مقام الاقرار للاول وذلك منه صحيح فى حق نفسه فاذا صار مقرا بالغصب من الثانى وتعذر رده عليه ضمن له قيمته سواء دفعه الى الاول بقضاء أو بغير قضاء قال وكذلك الوديعة والعارية وهو قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله فى الوديعة والعارية ان دفع الى الاول بقضاء القاضي لم يضمن للثانى شيئا وان دفع بغير قضاء فهو ضامن للثانى (وبيانه) اذا قال هذه الالف بعينها وديعة عندى لفلان ثم قال مفصولا أو موصولا لا بل هى وديعة لفلان أودعها فلان فالالف للاول وان دفعها اليه بغير قضاء قاض ضمن للثانى مثلها لان اقراره حجة عليه وقد أقر أنه صار متلفا لها على الثانى بالاقرار والدفع الى الاول فهو والغصب سواء وان دفعها بقضاء القاضى لم يضمن للثانى شيئا عند أبي يوسف رحمه الله لانه بمجرد اقراره لم يتلف على الثانى شيئا والدفع حصل بقضاء القاضى فلا يوجب الضمان عليه كما لو قال هذه الالف لفلان

لا بل لفلان ودفع الى الاول بقضاء قاض لم يضمن للثانى شيئا وعند محمد رحمه الله يقول المودع ملتزم حفظ الوديعة للمودع وقد صار بالاقرار الاول تاركا ما التزمه من الحفظ للثانى بزعمه فيكون ضامنا له كما لو دل سارقا علي السرقة وهذا بخلاف الاقرار بالمال مطلقا لان هناك لم يلتزم الحفظ للثانى ولكنه شاهد بالملك للثاني علي الاول والشاهد اذا ردت شهادته لم يضمن شيئا ولو قال هذا العبد الذى في يدى وديعة لفلان الا نصفه فانه لفلان كان كما قال لانه استثناه بعد ما تناوله الكلام نصا فبقى مقرا للاول بماوراء المستثنى وذلك لا يمنع اقراره بالمستثنى للثانى (توضيحه) انه قال الا نصفه فانه لى كان صحيحا فكذلك اذا قال فانه لفلان وكذلك لو قال هذان العبدان لفلان الا هذا فانه لفلان لان المستثنى بعض ما تناوله الكلام نصا . ولو قال هذا العبد لفلان المقر له الاول الا الاول فانه لى لم يقبل قوله ولا يصدق وكانا جميعا لفلان لانه متكلم بكلامين أحدهما معطوف على الآخر بحرف الواو ثم استثنى جميع ما تناوله أحد الكلامين واستثناء الكل باطل لما بينا ان عمل الاستثناء في جعل الكلام عبارة عما وراء المستثنى فان كان لا يبقى وراء المستثنى شئ لم يكن هذا استثناء بل يكون رجوعا بخلاف الاول فان الاقرار بالعبدين كلام واحد وكان استثناء أحدهما صحيحا ولو قال هذا العبد لفلان أو أنه لفلان عندى وديعة كان للاول يغرم للثانى قيمته وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا اذا دفعه الى الاول بقضاء القاضي ولو قال هذا العبد لفلان وهذا لفلان الا نصفه فانه لفلان والا نصف الآخر فانه لفلان جاز علي ما قال لان الكلام موصول بعضه ببعض وقد استثني من كل كلام بعضه فكان صحيحا على أن يجعل عبارة عما وراء المستثنى وكذلك هذا فى الحنطة والشعير والذهب والفضة والدار والارض والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالمجهول أو بالشك

(قال رحمه الله) أقر أن لفلان عنده وديعة ولم يبين ماهى فما أقر به من شئ فهو مصدق فيه وقد تقدم نظيره فى الغصب ففى الوديعة أولى لان المودع أمين فيكون مقبول القول فيما بين بعد أن يكون ما يبين سببا يقصد به الايداع وان ادعى المقر له شيئا آخر فعلى المقر اليمين لانكاره ماادعاه وكذلك لو أقر بثوب وديعة وجاء به معيبا وأقر أنه حدث به عنده هذا العيب فلا ضمان عليه فى ذلك لانه لو هلك فى يده لم يضمن شيئا واذا أنكر صاحبه

أن يكون استودعه فالجواب كذلك لان مافي يده لم يقر على نفسه بالسبب الموجب للضمان عليه وانما أقر بأنه وديعة فى يده فصاحبه يدعى عليه السبب الموجب للضمان وهو الاخذ بغير رضاه وذو اليد منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه قال (ألاترى) انه لو قال وضعت خاتمك في يدى فضاع كان القول قوله لانه لم يضف الى نفسه فى ذلك فعلا يضمن به وانما أراد بهذه الاشارة الى الفرق بين هذا وبين مالو قال أخذته منك وديعة فان هناك اذا أنكر صاحب الايداع كان المودع ضامنا لاقراره بالفعل الموجب للضمان عليه وهو الاخذ فأما هنا فقد أضاف الفعل الى صاحبه بقوله أودعنى أو وضعه فى يدى ولو كانت الوديعة ثوبا فلبسه المودع أو دابة فركبها ثم قال هلكت بعد أن نزلت عنها وكذبه صاحبه فهو ضامن لانه اقر بالسبب الموجب للضمان وهو اللبس والركوب فى ملك الغير ثم ادعى ما يبرئه عن الضمان فلا يقبل قوله الا أن يقيم البينة على ما ادعي وكذلك لو قال ركبتها باذن المودع وأنكر المودع الاذن فهو ضامن الا أن يقيم البينة على الاذن لاقراره بالفعل الموجب للضمان عليه وكذلك لو دفعها الى غير صاحبها ثم أقر انه دفعها باذنه فهو ضامن الا أن يقيم البينة على ذلك وعلى صاحبها اليمين فى ذلك كله لدعوى الرضا والاذن عليه وهو مسقط للضمان عنه ولو أقر به. ولو قال لفلان على ألف درهم أو لفلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار أو لفلان فالالف للاول لانه أقر له بها عينا حين لم يقترن به حرف التخيير وذكر حرف التخيير بين الآخرين فى مائة دينار فيكون الجواب فى حقهما مثل الجواب فى المسئلة الاولى من حكم الاصطلاح والاستحلاف ولو قال لفلان علي مائة دينار ولفلان علي كر حنطة أو لفلان كر شعير والمائة الدينار للاول ثابتة لانه أقر له بها عينا ولا شئ للآخرين لانه ماعين فى الاقرار لواحد منهما شيأ حين أدخل بينهما حرف أو وقد بينا أن حرف أو يمنع عينا في حق من اقترن به ولكن لكل واحد منهما أن يحلفه على ما يدعيه عليه كانه لم يقر لهما بشئ ولو قال له لك على مائة درهم ولفلان أو لفلان فللاول نصف المائة والنصف الباقي يحلف لكل واحد من الآخرين عليه الا أن يصطلحا علي شئ فيكون بينهما فانه عطف أحد الآخرين علي الاول فيما هو موجب حرف أو فكانه قال لفلان على مائة درهم ولاحد هذين الآخرين فنصف المائة للاول لانه لايزاحمه من الآخرين الا أحدهما والنصف الآخر متردد بين الآخرين والمستحق منهما غير معين والحكم فيه الاصطلاح أو الاستحلاف وان قال لفلان قبلي مائة درهم أو لفلان وفلان

فالنصف للثالث والنصف الباقي بين الاولين كما بينا في المسئلة الاولى بين الآخرين لانه عين الاقرار للثالث هنا حين لم يقرن به حرف أو وأثبت المزاحمة لاحد هذين ولهذا على مائة درهم فنصف المائة للثالث وفى النصف الآخر حكم الاصطلاح بين الاولين أو الاستحلاف قال وقوله علي وقبلي دين وقوله عندى وديعه وقوله من ملكى وديعة وقوله فى ملكى أو فى مالى شركة لان كل لفظ محمول على ماهو المتعارف بين الناس في مخاطباتهم وقد بينا هذا وان قال لفلان علي مائة درهم والا فلفلان فى قول أبي يوسف رحمه الله هذا مثل قوله لفلان أو لفلان وفى قول محمد رحمه الله الالف للاول ولا شيء للثانى (وجه) قول محمد رحمه الله انه أقر للاول بالمال عينا وفي حق الثانى علق الاقرار بالشرط فان قوله والا فلفلان يعنى ان لم يكن لفلان على مائة درهم وهذا تعليق بالشرط والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فيبقى اقراره للاول ملزما وفى حق الثانى باطلا (ألا ترى) أنه لو قال لفلان على مائة درهم والا فعبدى حر أو فامرأتى طالق أو فعلى حجة لزمته المائة دون ماسواها لان كلامه الثانى تعليق بشرط عدم وجوب المال وفى هذا الفصل دليل من وجهين أحدهما أنه لو لم يكن المال واجبا باقراره للاول لكان يلزمه العتق والطلاق ويلزمه الحج لوجود شرطه والثانى أنه جعل هناك آخر كلامه تعليقا فلم يؤثر فى الاقرار السابق فكذلك هنا وأبو يوسف رحمه الله يقول مثل هذا اللفظ انما يذكر عند التردد بين المذكورين على أن يكون أولى الوجهين في ظنه الاول فان الرجل يقول هذا القادم زيد والا فعمرو وكل هذا الطعام والا فهذا يكون المراد أحدهما على أن يكون أولى الوجهين للاول فهنا أيضا يكون بهذا اللفظ مقرا لاحدهما بمنزلة قوله لفلان أو لفلان وهذا بخلاف قوله والا فعبدى حر أو فعلى حجة فانه لا مجانسة بين الاقرار وبين انشاء العتق والتزام الحج حتى يحمل كلامه على معنى التردد فكان آخر كلامه محمولا علي معنى اليمين ولان العتق والطلاق والحج معلق بالشرط فيمكن تصحيح آخر الكلام تعليقا فأما الاقرار فلا يحتمل التعليق بالشرط فنى جعلنا اياه شرطا الغاؤه من كل وجه فلهذا جعلناه بمعنى أو ليكون مقرا لاحدهما بغير عينه. وان قال لفلان على مائة درهم بل لفلان أولا بل لفلان فهو سواء ولكل واحد منهما مائة درهم لان آخر كلامه لاستدراك الغلط بالرجوع عن الاقرار للاول واقامة الثانى مقامه فى الاقرار له بالمائة والرجوع فى حق الاول باطل والاقرار للثاني بالمائة صحيح. ولو قال لفلان على مائة درهم بل علي حجة لزمته المائة والحجة

نفسه بمنزلة المتاع وقول ذى اليد فيما في يده حجة للدفع فان ادعى آخر أنه ابنه فعليه البينة لانه يدعى نسب ملك الغير فلا يقبل قوله الا بحجة فان أقام البينة أنه ابنه قضى انه ابن له لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان فى الحكم بثبوت النسب حكما بانه مخلوق من مائه وماء الحر جزء منه فيكون حراما لم يتصل برحم الامة وحين لم يسموا أمة فى الشهادة لم يظهر اتصال مائه برحم الامة فبقى على الحرية فهذه موجبة البينة حرية الولد فلا يعارضها قول ذى اليد في اثبات رقه. وكذلك لو كان الذى في يديه يدعى أنه ابنه فالمدعى الذي أقام البينة أولى بالقضاء بالنسب له لان البينة لا يعارضها اليد ولا قول ذى اليد. وكذلك لو كان المدعى ذميا أو عبدا يثبت النسب منه لاثباته دعواه بالحجة والعبد والذمى من أهل النسب كالحر المسلم فان أقام ذو اليد البينة انه ابنه وأقام الخارج البينة أنه ابنه قضيت بنسبه لذى اليد لان هذا فى معنى النتاج وقد بينا أن بينة ذى اليد هناك تترجح على بينة الخارج. وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأته هذه قضى بنسبه من ذى اليد ومن امرأته وان جحدت هى ذلك لان السبب هو الفراش بينهما قائم والحكم متى ظهر عقيب سبب ظاهر يحال به على ذلك السبب وذلك الفراش بينهما يثبت النسب منهما فمن ضرورة ثبوته من أحدهما بذلك السبب ثبوته من الآخر فلا ينتفى بجحودها وكذلك لو جحد الاب وادعت الام. قال ولو كان الصبي فى يد عبد وامرأته الامة وأقاما البينة أنه ابنهما وأقام آخر من العرب أو من الموالى أو من أهل الذمة أنه ابنه من امرأته هذه وهى مثله فانه يقضى ببينة الخارجين لان فى بينتهما زيادة اثبات الحرية للولد والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات. قال ولو كان الصبي في يد رجل فأقام رجل البينة أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد البينة انه ابنه ولم ينسبوه الي أمه فانه يقضي به للمدعى لزيادة الاثبات فى بينته وهو ثبوت النسب من أمه فصارت الزيادة فى اثبات النسب كزيادة اثبات الحرية وكذلك ان كانت الام هى المدعية فان ثبوت النسب بالفراش بينهما فيكون احدهما خصما عن الآخر في لا ثبات ولو أقام الخارج البينة انه ابنه وشهد شهود ذى على اقراره أنه ابنه قضى به للمدعى لان ثبوت اقرار ذى اليد بالبينة لا يكون أقوى من سماع القاضى اقراره وذلك يندفع ببينة الخارج ثم أعاد مسئلة الرجلين والمرأتين وقد بيناه (فرع) عليه مالم وقت كل واحد منهما وقتا قال ينظر الى سن الصبي فان كان مشكلا فهو ومالم يوقتا سواء يقضى به لهما وان كان مشكلا فى احدهما وهو أكبر سنا من الآخر أو أصغر

معروف قضيت به للمشكل لان علامة الكذب ظهرت في شهادة الآخرين ولم تظهر فى شهادة هؤلاء لكونه محتملا للوقت الذى وقتوه قال ولو كان الصبي فى يد رجل فاقامت امرأة شاهدين انه ابنها قضيت بالنسب منها لاثباتها الدعوى بالحجة وان كان ذو اليد يدعيه لم يقض له به لان مجرد الدعوى لا يعارض البينة فان (قيل) لامنافاة بين ثبوته منه ومنها (قلنا) نعم ولكن لايمكن اثبات النسب منهما الا بالقضاء بالفراش بينهما ومجرد قوله ليس بحجة عليها في اثبات الفراش فى النكاح بينهما ولو لم تقم المرأة الا امرأة واحدة شهدت انها ولدت فان كان ذو اليد يدعى انه ابنه أو عبده لم يقض للمرأة بشي لان الاستحقاق الثابت باليد لا يبطل بشهادة المرأة الواحدة فانها ليست بحجة فى ابطال حق ثابت للغير وان كان الذى فى يديه لا يدعيه فانى أقضى به للمرأة بشهادة امرأة واحدة وهذا استحسان وفى القياس لا يقضى لان اليد فى اللقيط مستحق لذى اليد حتى لو أراد غيره ان ينزعه من يده لم يملك فلا يبطل ذلك بشهادة امرأة واحدة وفى الاستحسان تمحض هذا منفعة للولد في اثبات نسبه وحريته وليس فيه ابطال حق لذى اليد لانه لايدعى فى الولد شيئا انما يده فيه مصيانة عن ضياعه فلهذا أثبتنا النسب منها بشهادة القابله. قال عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد فى ملكه وانه أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه عبده ولد فى ملكه فانى أقضى به للذى أعتقه لان فى هذه البينة زيادة الحرية فلو رجحنا بينة ذى اليد جعلناه مملوكا له وكيف يجعل مملوكا وقد قامت البينة على الحرية ولو كان المدعى دبره أو كاتبه لم يستحق بهذا شيأ أما فى الكتابة لا اشكال لانه عقد محتمل للفسخ كالبيع والاجارة فكانه أقام البينة علي تصرفه فيه ببيع أو اجارة فلا يترجح به وأما فى التدبير فقد أعاد المسئلة فى آخر الكتاب وجعله كالعتق ففيه روايتان * وجه تلك الرواية أن بالتدبير يثبت له حق عتق لا يحتمل الفسخ فكان معتبرا بحقيقة العتق لانه يثبت الولاء على العبد ببينته في الموضعين جميعا واذا كان الولاء هو المقصود والملك تبع فتترجح بينة الخارج لهذا وجه هذه الرواية أن التدبير لايخرجه من أن يكون مملوكا كالكتابة فكان الملك هو المقصود بالاثبات لكونه قائما فتترجح بينة ذى اليد لاثبات الولادة فى ملكه بخلاف العتق فان الملك لا يبقى بعد العتق فيكون المقصود هناك اثبات الولاء ولو أقام الخارج البينة انه ابنه ولد فى ملكه وأقام ذو اليد البينة انه عبده ولد فى ملكه قضى به للمدعي لان فى بينته اثبات الحرية فان المولود من أمته فى ملكه حر الاصل واذا كان يترجح عنده اثبات حرية العتق

براءة الكفيل على كل حال وكذلك براءة الكفيل بالاستيفاء منه توجب براءة الاصيل فكان فى هذا الاقرار منفعة الوارث ببراءة ذمته . وكذلك لو أقر بالقبض من أجنبي تطوع به عن الوارث أو أقر بحوالة أجنبي عن الوارث فهذا باطل لتضمنه الاقرار ببراءة الوارث وان كان قبض المال من الوارث أو ممن أدى عنه بمعاينة الشهود جاز لانتفاء التهمة عن القبض المعاين وانما فارق المريض الصحيح لعدم تمكن الصحة في تصرف المريض وفيما لا تهمة فيه المريض كالصحيح . ولو وكل رجل رجلا ببيع عبده فباعه من ابن الآمر ثم مرض الآمر فاقر بقبض الثمن منه أو أقر الوكيل بقبضه ودفعه الى المريض لم يصدق فى ذلك لما فى هذا الاقرار من منفعة الوارث ببراءة ذمته عن الثمن . فان قيل اليس أن الوكيل بمنزلة العاقد لنفسه وهو صحيح * قلنا في حقوق العقد نعم فاما فى الواجب من الثمن فلا حق له بل هو للموكل وفى هذا الاقرار اذا صح سلامة الثمن للوارث وسقوط مزاحمة سائر الورثة عنه فلهذا لا يصدق الوكيل على ذلك فان كان المريض هو الوكيل صدق وان جحد الآمر ذلك لان المشترى أجنبي من الوكيل واقرار المريض باستيفاء دين واجب له على أجنبي صحيح فلأن يصح اقراره باستيفاء دين واجب لغيره كان أولى وحال مرض الوكيل فى هذا الدين كحال صحته لانه تصرف ليس مع وارثه ولا فى محل فيه حق غرمائه أو ورثته وان كان المشترى وارثا للوكيل والآمر وهما مريضان لم يصدق الوكيل على ذلك لان مجرد مرض الآمر يمنع صحة هذا الاقرار فمرضهما أولى وان كان المشترى وارثا للوكيل دون الآمر فان أقر الوكيل انه قبضه ودفعه الى الآمر أو هلك المقبوض في يده فهو مصدق على ذلك وان أقر بقبضه فقط لم يصدق على ذلك لانه اذا أقر فى الدين بالقبض لزمه ضمان المقبوض اذا مات مقرا به فكان هذا الاقرار منه انما يبرئ ذمة وارثه ويلزمه المال فهو بمنزلة قبول الحوالة والكفالة عن وارثه بالمال أو تبرعه بالقضاء عنه واما اذا قال دفعته الى الآمر أو ضاع مني فليس فيه التزام شئ فى ذمته لانه أمين فى المقبوض فالقول قوله ولئن كان فيه منفعة للوارث فليس فى مال تعلق به حق الورثة والمريض في ذلك والصحيح سواء . ولو ان مريضا عليه دين محيط بماله أقر بقبض دين له على أجنبي فان كان ذلك جائزا اذا كان وجوب الدين في الصحة لان الغريم استحق براءة ذمته عند اقرار الطالب بالقبض منه فلا يبطل استحقاقه بمرض الطالب ولان حق الغرماء لا يتعلق فى مرضه بالدين وانما تعلق حقهم بما لا يمكن استيفاء الدين

منه واستيفاء الدين من المدين غير ممكن وكان اقراره باستيفاء مالم يتعلق به حق غرمائه في المرض والصحة سواء بخلاف ما اذا كان الدين على الوارث لان بطلان اقراره هناك لحق الوارث وحقهم يتعلق بالدين والعين فان كان الغريم اخاله وله ابن فمات الابن قبل الاب حتى صار الاخ من ورثته لم يجز اقراره بقبض الدين منه وقد بينا هذه الفصول فى اقراره بالدين لمن لم يكن وارثا ثم صار وارثا بسبب قائم وقت الاقرار فصار غير وارث فكذلك هذه الفصول فى الاقرار بالاستيفاء ان اقر بالدين اذ الاقرار بالاستيفاء بالدين على ما بينا. ولو خلع امرأته في مرضه على جعل وانقضت عدتها فاقر باستيفائه منها وليس عليه دين في الصحة ولا في المرض كان مصدقا لانها بانقضاء العدة خرجت من ان تكون وارثة بيقين فاقراره باستيفاء الدين منها ومن اجنبي آخر سواء واشتراطه انقضاء العدة صحيح لان اقراره قبل العدة تمكن فيه تهمة المواضعة فانها لولم تساعده على الخلع حتى فارقها لاتخرج عن أن تكون وارثة فيحتمل انها ساعدته على الخلع ليتضح اقراره باستيفاء الدين منها فلزوال هذه التهمة شرط انقضاء العدة وكذلك اشتراطه أن لادين عليه فى الصحة لان دين الصحة مقدم على ما يقر به فى المرض فأما اشتراطه أن لادين عليه فى المرض فسبب معاين صحيح وان كان المراد بسبب الاقرار فالمراد فى حكم الاختصاص انها انما تختص بما فى ذمتها اذا لم يكن على المقر دين فى مرضه وكذلك لو صالح عن قصاص فى مرضه على مال ثم أقر بقبضه وهو على غير وارثه صدق فى ذلك بخلاف ما اذا كان على وارثه لان بالصلح قد انقلب الواجب مالا ففى اقراره بقبضه من الوارث اتصال منفعة المالية اليه والمريض لا يملك ذلك في حق وارثه بخلاف عفوه عن القصاص فان ذلك ليس بمال وانما يمنع المريض من أن يقر لوارثه بما هو مال وان أقر العبد التاجر بقبض دين كان له على مولاه فان لم يكن عليه دين جاز لان كسبه خالص حق مولاه ولان العبد لايستوجب على مولاه دينا اذ لم يكن عليه دين فبراءة المولى لاتكون باقراره وان كان عليه دين لم يجز اقراره بذلك لان المولى يخلف عبده فى كسبه خلافة الوارث حتى تتعلق سلامته له بشرط الفراغ عن الدين للعبد فيكون اقراره لمولاه فى مرضه اذا مات منه بمنزلة اقرار المورث لوارثه وكما تمكن هناك تهمة إيثاره على سائر الورثة تمكن هنا تهمة ايثاره مولاه على غرمائه وكذلك المكاتب اذا أقر بقبض دينه من مولاه وهو مريض ثم مات وعليه دين والمولى وارثه فاقراره باطل وان لم يكن عليه دين

أثلاثا)ولهذا نظائرواضداد ومن نظائرهاالموصى له بجمع المال وبنصفه عنداجازة الورثة والموصي له بعين مع الموصى له بنصف ذلك العين اذالم يكن للميت سواه ومن اضدادها العبدالمأذون المشترك اذا ادانه أحد المولیين مائة وأجنبي مائة ثم بيع بمائة فالقسمة بين المدين والاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذلك المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر وغرم المولي قيمته لهما وكذلك العبد اذا قتل رجلا عمداً وآخرخطأ وللمقتول عمدا ابنان فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين ومما اتفقوا على ان القسمة فيه بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء وضاقت التركة عن ايفاء حقوقهم والموصى له بالثلث والموصى له بالسدس اذا لم تجز الورثة ومما اتفقوا على أن القسمة فيه بطريق المنازعة فضولى باع عبد رجل بغير أمره وباع فضولي آخر نصفه فأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعةأرباعا وأصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق فى العين كانت السقمة على طريق العول فالتركة بين الورثة ومتى وجبت بسبب حق كان في العين كالاصل فالقسمة على طريق المنازعة كما في بيع الفضولى فان حق كل واحد من المشتريين كان فى الثمن يتحول بالشراء الى المبيع وفى مسئلة الدعوي حق كل واحد من المدعيين فى العين فكانت القسمة علي طريق العول لمعنى ان حق كل واحد منهما شائع فى العين فما من جزء منه الا وصاحب القليل مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة بطريق العول والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما اذا كان يدلى بسبب صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول كالورثة فى التركة واذا كان يدلى لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة ومالا منازعة فيه لصاحب القليل يسلم لصاحب الكثير فى بيع الفضولين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل اجازة المالك وهذا لان المضاربة انما يصار اليها عند الضرورة وذلك عند قوة السبب واستواء السببين فى صفة الصحة ففى مسئلة الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة وهى لا توجب شيئا قبل اتصال القضاء فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق المنازعة وما قال يبطل بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بسبب حق كان فى الذمة ومع ذلك كانت القسمة عوليا . قال فان كان المدعون ثلاثة يدعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها وأقاموا البينة فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة بطريق العول فتكون أصل المسئلة

من ستة يضرب مدعى الكل بسهام الدار ستة ومدعى الثلثين بسهام الثلثين أربعة ومدعى النصف بثلاثة فيقسم الدار بينهم على ثلاثة عشر سهما وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة بطريق المنازعة ولا منازعة لصاحب النصف والثلثين فيما زاد على الثلثين وصاحب الجميع يدعي ذلك فيسلم له بلا منازعة وما زاد على النصف الى تمام الثلثين لا منازعة فيه لصاحب النصف فيكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين يبقى ستة استوت منازعتهم فيه فكان بينهم أثلاثا فيسلم لمدعى النصف سدس الدار ولمدعى الثلثين ربع الدار ولمدعي الجميع مابقى وذلك سبعة أسهم من اثنى عشر . قال ولو كانت الدار فى يد رجلين فادعى أحدهما نصفها والآخر جميعها فالبينة على مدعى الجميع لان دعوى كل واحد منهما منصرف الى ما فى يده أولا ليكون يده محقة فى حقه وهذا لان حمل أمور المسلمين على الصحة واجب فصاحب النصف لا يدعى شيئا مما فى يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى شيئا مما فى يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان أقاما البينة فالدار كلها لصاحب الجميع لانه ان اجتمع بينة الخارج وبينة ذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فبينة الخارج أولى بالقبول . قال ولو كانت الدار فى يد ثلاثة نفر فادعى أحدهم جميعها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وأقاموا البينة واستحلف كل واحد منهم ونكل فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله القسمة على طريق المنازعة بينهم فتكون من أربعة وعشرين سهما لان فى يد كل واحد منهم ثلث الدار ودعوى كل واحد منهم ينصرف الى مافى يده ثم فيما فضل في ذلك الى مافى يد صاحبه لانه ليس أحدهما بأولى به من الآخر ولا بينة لكل واحد منهم فيما في يده فأما الثلث الذى في يد صاحب النصف لا بينة له فى ذلك وصاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى الثلثين لانه يدعى الثلثين ثلث في يده وثلث فى يد صاحبه فيكون دعواه فيما فى يد كل واحد منهما نصف الثلث فيسلم نصف هذا الثلث لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان لاستواء منازعتهما فيه فصار هذا الثلث على أربعة والثلث الذى فى يد صاحب الثلثين صاحب الجميع يدعى جميعه وصاحب النصف يدعى ربعه لانه يدعى النصف والثلث فى يده فانما بقى الثلث فى يد صاحبه فكان دعواه فى يد كل واحد منهما نصف السدس وذلك ربع ما فى يديه فثلاثة ارباع ما فى يده سالم لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الربع فكان بينهما نصفين وما فى يد صاحب الجميع يدعى صاحب الثلثين نصفه وصاحب النصف ربعه وفى اول سهمة فيأخذ كل واحد منهما

ثم مات المشتري وأحد الغرماء وارثه وا كتسب العبد مالا فى مرضه ثم مات فان ماله يقسم بين غرمائه الثلاثة الباقين كل منهم يضرب بدينه ويضرب الوارث بدينه ولا يضرب الذى أعتقه بدينه لان الديون كلها واجبة فى ذمته لم يقض شيء منها من ثمنه والدين الواجب فى ذمة العبد يقضى من كسبه بعد موته الا أن دين المشترى قد سقط عنه لانه ملك رقبته والمولى لا يستوجب على عبده دينا وقد كان يحول حقه الى الثمن الذى قبضه القاضى فلما هلك ذلك فات محل حقه أصلا فسقط دينه فلهذا لا يضرب في الكسب الذى بعد العتق بشيء وأما وارث المشترى فهو أجنبي عن العبد فدينه ثابت فى ذمته بعد العتق كدين الآخرين وهو وان صار وارثا للعبد بموت المشترى فانما صار وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الولاء فلا يبطل ذلك اقراره فلهذا يضرب مع الآخرين بدينه وكذلك ان كان أحد غرماء الدين أقر لهم وارث العبد لانه حين أقر له لم يكن وارثه فلا يبطل اقراره له وان صار وارثا بعد ذلك ولو أن مريضا أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم عتق ثم مات الاب وهو وارثه فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى والمولى أجنبي منه فبان صار العبد من ورثته لا يبطل ذلك الاقرار وهذا هو المعنى فى الفصل الاول أن الدين الواجب على العبد باقراره يتعلق برقبته وكسبه وذلك لمولاه دونه فبان صار المقر له وارثا له بعد ذلك لا يبطل به الاقرار المتقدم وان وجب قضاء من كسب هو خالص حق العبد بعد العتق لان هذا حكم يثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقد بينا أن من صار وارثا بسبب حادث بعد الاقرار لا يبطل الاقرار به بخلاف من ورث بسبب قائم وقت الاقرار وان كان العبد تاجرا وعليه دين والمسئلة بحالها فالاقرار باطل لان كسب العبد التاجر لا يكون لمولاه ففى هذا الاقرار منفعة للعبد من حيث انه يقضى به دينه وقد صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار فلهذا بطل اقراره فأما اذا لم يكن عليه دين فكسبه يكون ملكا لمولاه ويجعل هذا كالاقرار للمولى ولو أقر المريض لابنه وهو مكاتب ثم مات الاب والابن مكاتب على حاله فاقراره له جائز لان المكاتب ليس من جملة الورثة فانما كان مقرا بهذا الدين لاجنبي وان عتق المكاتب قبل موت الاب لم يجز اقراره له لانه صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار وكسبه بعد العتق له فكان هذا الاقرار موجبا ايصال النفع الى وارثه فلهذا لم يصح . ولو أقر المكاتب فى مرضه لابنه الحر بدين ثم مات مكاتبا ولم يترك وفاء أو ترك

وفاء بالدين دون المكاتبة فالاقرار جائز لانه مات عبدا عاجزا فلا يكون ابنه من ورثته فكان الاقرار له كالاقرار للاجنبي وهذا لان الدين مقدم على المكاتبة لانه أقوى (ألا ترى) أنه لا يملك اسقاطه عن نفسه بخلاف بدل الكتابة فاذا كان الدين مقدما فهو لم يترك وفاء ببدل الكتابة وان ترك وفاء بذلك كله كان اقراره بالدين باطلا لانه يؤدى كتابته ويحكم بعتقه مستندا الى حال حياته فيكون ابنه من ورثته وموجب اقراره قضاء الدين من كسبه وكسبه حقه فاذا حصل اقراره لمن يرثه بسبب قائم وقت الاقرار كان الاقرار باطلا والله أعلم بالصواب

باب الاستثناء

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل أن لفلان عليه الف درهم الا تسعمائة وخمسين درهما فاستثناؤه جائز وعليه خمسون لانه عطف الخمسين على التسعمائة وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه مستثنى فكذلك المعطوف وقد بينا أن الاستثناء صحيح اذا كان يبقى ما وراء المستثنى شيء لجعل الكلام عبارة عنه قل ذلك أو كثر والباقي وراء المستثنى فكان مقرا بها بهذه العبارة بخلاف مالو قال الا ألف درهم فانه لا يبقى وراء المستثنى شيء مما تناوله كلامه ليصير الكلام عبارة عنه فيكون هذا رجوعا عن الاقرار لا استثناء والرجوع باطل وان كان موصولا لانه انما يصلح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان فى شيء فلم يصح وان كان موصولا ولو قال له على الف درهم الا دينارا فالاستثناء جائز ويطرح من الالف قيمة الدينار وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف استحسانا وفى القياس لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وكذلك لو قال الا فلسا أو كر حنطة أو استثنى شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد عدا فهو على هذا الخلاف فأما اذا قال الا شاة أو ثوبا أو عرضا من العروض فالاستثناء باطل عندنا وقال الشافعي رحمه الله صحيح ويطرح عنه بقدر قيمة المستثنى أما الكلام مع الشافعي رحمه الله بناء على الاختلاف فى موجب الاستثناء فعنده موجب الاستثناء امتناع ثبوت الحكم فى المستثنى لقيام الدليل المعارض بمنزلة دليل الخصوص فى العموم فاذا قال لفلان على عشرة الا درهم يصير كانه قال الا درهم فانه ليس على فلا يلزم الدرهم للدليل المعارض لاول كلامه لانه يصير كالاستثناء

الدعوتين القول قول صاحب اليـد كما لو تنازعا فى دابة لاحـدهما عليها حمل كان هو أولى بها ولان الظاهر شاهد له ولان وضعه الجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته اذا وضع حمله عليه ومثل هـذه العـلامة تثبت الترجيح كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت يجعل ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وان كان لاحدهما عليه هوادي أو بواري لا يستحق به شيئا لان هـذا ليس بحمل مقصود بنى الحائط لاجله فلا يثبت به الترجيح كما لو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليه مخلاة علقها لا يستحق به الترجيح بخلاف الجذوع فانه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله فيثبت له اليد باعتباره وكذلك ان كان لاحدهما عليه جذوع أو اتصال وللآخر بوارى فهو لصاحب الجذوع والاتصال وان كان لاحـدهما عليه جـذوع وللآخر اتصال فصاحب الجـذع أولى ومراده من هذا مداخلة انصاف اللبن بعضها فى بعض اذا كان من أحد الجانبين هذا النوع من الاتصال ببناء أحـدهما لان وضع الجذوع استعمال للحائط والاتصال مجاورة واليد تثبت بالاستعمال دون المجاورة فكان صاحب الجذوع أولى كما لو تنازعا فى دابة واحـدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى وذكر الطحاوى رحمه الله أن صاحب الاتصال أولى لان الكل صار فى حكم حائط واحد فهذا النوع من الاتصال في بعضه متفق عليه لاحـدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى. قال فى الكتاب الا أن يكون اتصال تربيع بيت أو دار فيكون لصاحب الاتصال حينئذ وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون هذا الحائط المتنازع من الجانبين جميعا متصلا بحائطين لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع حتى يصير مربعا شبه القبـة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد فصاحب الاتصال أولى والمروى عن أبي يوسف رحمه الله أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع بحائطين لاحـدهما فأما اتصال الحائطين بحائط أخرى غير معتبر وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لان الترجيح انما يقع له يكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لان استحقاق صاحب الاتصال بالظاهر وهو حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير فلا يستحق به على صاحب الجذوع رفع جذوعه فان (قيل) لما قضى بالحائط لصاحب الاتصال فينبغى أن يأمر الآخر برفع الجذع لانه حمل موضوع

له في ملك الغير بغير سبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل أمر الآخر برفع المخلاة فأما هنا فقد يثبت له حق وضع الجذوع على حائط لغيره بأن كان ذلك مشروطا في أصل القسمة فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف مالو أقام أحدهما البينة وقضي له به يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق فيستحق صاحبها رفع جذوعه عن ملكه وان لم يكن متصلا ببناء أحدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان لاستوائهما فيه في اليد حكما فانه بكونه بين داريهما يثبت لكل واحد منهما عليه اليد حكما وان كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه خشبة واحدة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ولا يكون بينهما نصفان استحسن ذلك في الخشبة والخشبتين وهكذا ذكر في كتاب الصلح . وقال في كتاب الاقرار الحائط كله لصاحب عشر خشبات الاموضع الخشبة فانه لصاحبها وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله ان الحائط بينهما نصفان وهو قول أبي يوسف رحمه الله وهو القياس ووجهه ان الاستعمال بموضع الخشبة يثبت يد صاحبها عليه فصاحب القليل فيه يستوى بصاحب الكثير كما لو تنازعا في ثوب عامته في يد احدهما فطرف منه في يد الآخر كان بينهما نصفين ووجه رواية كتاب الاقرار لصاحب العشر خشبات عليه حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك ولان الحائط لا يبنى لاجل خشبة واحدة عادة وانما ينصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب العشر خشبات أولى به كما في الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود وللآخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل الا أنه لا يرفع خشبة الآخر لان استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر يستحق به رفع الخشبة على الآخر وأما وجه رواية كتاب الدعوى ان الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق به في ذلك الموضع فأما ما بين الخشبات لم يذكر في الكتاب انه يقضى به لايهما لان من أصحابنا رحمهم الله من قال يقضى بالكل بينهما على احدى عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة الواحدة اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط وأكبرهم على انه يقضى به لصاحب العشر

رحمهما الله وعليه كر حنطة وقفيز شعير وجه قولهما أن الكلام موصول وفي حق الشعير انما استثنى بعض ما أقر به فيكون صحيحا كما لو بدأ باستثناء الشعير فقال الا قفيز شعير وكر حنطة وأبو يوسف رحمه الله يقول استثناؤه كر حنطة باطل فيكون ذلك لغوا من الكلام وقد تخلل بين المستثنى والمستثني منه فى الشعير ومتى تخلل بين المستثنى والمستثنى منه كلام لغو كان الاستثناء باطلا لان شرط صحة الاستثناء الوصل والكلام اللغو فاصل بمنزلة السكوت أو أبلغ منه فان التكلم باللغو اعراض عن الجد وليس فى السكوت اعراض وهذا باطل نظير اختلافهم فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله أو قال لعبده أنت حر وحر ان شاء الله وعند أبي حنيفة رحمه الله الاستثناء باطل ويقع الطلاق والعتاق جميعا لان كلامه الثانى لغو فصار فاصلا وعندهما الاستثناء صحيح لكون الكلام موصولا ظاهرا ولو قال لفلان على ألف درهم ولفلان مائتا دينار الاالف درهم كان الاستثناء جائزا من الدنانير لان المقر له اذا كان مختلفا فالاستثناء من المال الذي وصله به وانما وصل الاستثناء بالدنانير هنا واستثناء الف درهم من مائتى دينار صحيح عند أبىحنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه استثناء بعض ماتكلم به بطريق المستثنى المعين . ولو قال لفلان الف درهم استغفر الله الا مائةدرهم كان الاستثناء باطلا لانه فصل بينه وبين الاقرار بما ليس من جنسه ولا هو راجع الى تأكيد الاقرار فكان بمنزلة الفصل بالسكتة وكذلك لو ذكر بين المستثنى والمستثنى منه تهليلا أو تكبيرا أو تسبيحا لان هذه كلمة ليست من الاقرار فى شئ فيتحقق الفصل بها كما يتحقق بالسكوت وشرط صحة الاستثناء الوصل ٠ولو قال لفلان على مائة يافلان الا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزا لان قوله يافلان نداء للمخاطب لينبه فيستمع كلامه فكان كلامه راجعا الى تأكيد الاقرار فلا يوجب الفصل بين المستثنى والمستثنى منه بخلاف ماسبق. ولو قال لفلان على مائة درهم فاشهدوا على بذلك الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لوجهين أحدهما انه أمرهم أن يشهدوا على الف ولا يكون ذلك مع صحة الاستثناء والثانى أن قوله فاشهدوا على ذلك كلام آخر أعقب الاقرار به بحرف التعقيب وهو الفاء ولو عطف على الاقرار بحرف الواو كان فاصلا بين المستثنى والمستثنى منه فكذلك اذا أعقبه به وهذا لانه كلام مفيد مفهوم المعنى بنفسه فلا يكون تابعا للكلام الاول بل يصير فاصلا بخلاف قوله يافلان فانه ليس بكلام مفهوم المعنى بنفسه فكان من تتمة المراد بالكلام الاول

فلا يوجب الفصل بين المستثنى والمستثنى منـه . ولو قال لفلان على ألف درهم الا عشرة دراهم أقبضتها اياه كانت عليـه الالف كلها لان قوله أقبضتها صفة العشرة وقوله الا عشرة ظاهره استثناء العشرة على أن لا يكون واجبا أصـلا ويحتمل أن يكون المراد الاستثناء على أنها ليست بواجبة فى الحال لسقوطها عنـه بالقضاء فكان بيانه المذكور بقوله أقبضتها من محتملات كلامه فيصح منه واذا صح كان منه دعوى القضاء في العشرة ودعوى القضاء منه غير مقبول من غير حجة سواء ادعاه فى بعض المال أوفي كله لان صحـة الاستثناء بطريق أنه يكون عبارة عما وراء المستثنى وذلك لا يتحقق هنا لانه لا يبقى أصل الوجوب فيما زعم أنه قضاه من المال وكذلك لو قال الا عشرة دراهم قد أقبضتها اياه لان حرف قد حرف التأكيد فدعواه القضاء فى العشرة مع حرف التأكيد وبدون حرف التأكيد سواء. ولو قال الا عشرة دراهم وقد أقبضتها اياه كان عليه الالف الا عشرة لان قوله وقد أقبضتها كلام معطوف على المستثنى فلا يكون للمستثنى اذ ليس بين الوصوف والموصف حرف العطف فيكون هـذا منه دعوى القضاء فى أصـل المال فيبقى استثناؤه العشرة صحيحا بخلاف الاول فانه لم يذكر حرف العطف هناك بين العشرة وذكر القضاء (ألا ترى) انه اذا قال زيد عالم كان صـفة لزيد [illegible] قال زيد وعالم [illegible] يكون قوله وعالم صفة لزيد لان الوصف لا يعطف على الموصوف ولو قال له على الف درهم الا درهم أقبضتها اياه كانت عليه ألف درهم لان قوله أقبضتها لا يمكن أن يجعل صفة للمستثنى فانه ذكر فيه حرف التأنيث فيكون صفة لما يعبر عنـه بعبارة التأنيث والمستثنى يعبر عنه بعبارة التذكير فعرفنا بهذا ان قوله أقبضتها دعوى القضاء منه فى أصل المال فبقى استثناؤه الدرهم صحيحا* ولو قال له على درهم غـير دانق من ثمن بقل قد أقبضته اياه كان عليه درهم هكذا ذكره في نسخ أبي سليمان رحمه الله لان قوله قد أقبضته صفة للدانق الذى استثناه فكان هذا منه دعوى القضاء فى الدانق لا الاستثناء على الحقيقة فلزمه درهم وقال فى نسخ أبي حفص رحمه الله عليه درهم الا دانق قال الحاكم رحمه الله هذا أقرب الى وفاق ما اعتل به فى المسئلة لا فى تعليل المسئلة قال لانه قطع بين الاستثناء وبين القضاء بكلام فصار القضاء على ألف درهم ومعنى هذا التعليل ان دعوى القضاء انما يصير صفة للدانق اذا وصـله به وقـد تخلل بينهما كلام آخر هنا وهو قوله من ثمن بقـل فصار دعوى القضاء منه على درهم وبهذا التعليل يتبين ان الجواب الصحيح ماذكره فى نسخ أبى

به شيئا وليس لصاحب الدار أن يقطع الجذوع لانها وجدت كذلك ويحتمل أن تكون حجة لذلك الا أن تكون نفس الجذوع بحق مستحق لصاحبها فلا يكون لصاحب الدار أن يقطعها الا بحجة والظاهر لا يصلح حجة كذلك الا أن تكون جذوعا لا يحمل على مثلها شيئا انما هو أطراف جذوع خارجة في داره فحينئذ يكون له أن يقطعها لان عين الجذوع غير مقصودة بعينها انما المقصود هو البناء عليها فما لا يبنى على مثله لا يجوز أن يكون مستحقا له في ملك الغير فكان لصاحب الدار أن يقطعها وما يبنى عليه يجوز أن يكون مستحقا له بسبب فلا يكون له قطعها ما لم يتبين أنه أحدث نصبها غصبا. قال واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم لم يجبر صاحب السفل علي بناء السفل لانه ملكه ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه فله حق التدبير في ملك نفسه كانشاء بيع أو بناء بخلاف ما اذا كان صاحب السفل هو الذى هدمه لانه صار متعديا بالهدم لما لصاحب العلو في بناء السفل من حق قرار العلو عليه فيجبر على بنائه بحقه كالراهن اذا قتل المرهون أو المولى قتل عبده المديون فاما عند الانهدام لم يوجد من صاحب السفل فعل هو عدوان ولكن لصاحب العلو أن يبني السفل ثم يبني عليه العلو لانه لا يتوصل الى بناء ملكه الا ببناء السفل فكان له أن يتطرق ببناء السفل ليتوصل الى حقه ثم يمنع صاحب السفل من أن يسكن سفله حتى يرد علي صاحبه العلو قيمة البناء لانه مضطر الى بناء السفل ليتوصل الى منفعة ملكه فلا يكون متبرعا فيه والبناء ملك الثانى فكان له أن يمنعه من الانتفاع بالبناء حتى يتملكه عليه بأداء القيمة وذكر الخصاف رحمه الله أنه انما يرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل ووجهه أنه مأذون في هذا الانفاق شرعا فيكون كالمأمور به من صاحب السفل لان للشرع عليه ولاية *ووجه هذه الرواية أن البناء ملكه فيتملكه عليه صاحب السفل بقيمته كثوب الغير اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه يعطي صاحب الثوب مازاد الصبغ في الثوب لان الصبغ ملك صاحب الصبغ في ثوبه وذكر في الامالي عن أبي يوسف رحمه الله أن السفل كالمرهون في يد صاحب العلو ومراده من ذلك منع صاحب السفل من الانتفاع بسفله بمنزلة الرهن. قال ولو كان بيت بين رجلين أو دار فانهدمت لم يكن لاحدهما أن يجبر صاحبه على البناء لان تميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر بقسمة الساحة ممكن فان بناها أحدهما لم يرجع على شريكه بشيء لانه غير مضطر في هذا البناء فانه يتمكن من مطالبة صاحبه بالقسمة ليبني في نصيب نفسه

بخلاف العلو والسفل وكذلك الحائط ان لم يكن عليه جذوع لان أس الحائط محتمل للقسمة بينهما الا أن يكون بحيث لا يحتمل القسمة نحو الحائط المبني بالخشبة فحينئذ يجبر أحدهما على بنائه واذا بناه أحدهما مع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه قيمة نصيبه كالعبد المشترك اذا كان عاجزاً عن الكسب وامتنع أوحد الشريكين من الانفاق عليه كان لصاحبه أن يجبره على ذلك وان كان على الحائط جذوع لهما فلاحدهما أن يجبر صاحبه على المساعدة معه فى بنائه وان لم يساعده على ذلك بناه بنفسه ثم يمنع صاحبه من وضع جذوعه عليه حتى يرد عليه قيمة حصته من البناء لان لكل واحد منهما حق فى نصيب صاحبه من حيث وضع الجذوع عليه وذلك يبطل بقسمة أس الحائط بينهما فان كان الجذوع على الحائط لاحدهما دون الآخر فلصاحب الجذوع ان يبين الحائط ولا يشاجر صاحبه على المطالبة بقسمة الحائط لان له حق وضع الجذوع على نصيب صاحبه فان كان هو الذى يطالب بالقسمة فليس له أن يمتنع من ذلك لان ترك القسمة كان لحقه وقد رضي هو بسقوط حقه وصار هو فى حق الآخر كانه ليس لواحد منهما عليه جذوع وكذلك الحمام المشترك اذا انهدم فهو بمنزلة الدار لان قسمة الساحة ممكن فاذا بناه أحدهما لم يرجع على صاحبه بشئ .قال واذا كان لرجل باب من داره فى دار رجل فأراد أن يمر فى داره من ذلك الباب فمنعه صاحب الدار فصاحب الباب هو المدعى للطريق فى دار الغير فعليه اثباته بالبينة ورب الدار هو المنكر فالقول قوله مع يمينه وبفتح الباب لا يستحق شيئا لان فتح الباب رفع جزء من الحائط ولو رفع جميع حائطه لا يستحق به فى ملك الغير شيئا فكذلك اذا فتح بابا وقد يكون فتح الباب لدخول الضوء والريح وقد يكون للاستئناس بالجار والتحدث معه فلا يكون ذلك دليلا على طريق له في الدار فان أقام البينة انه كان يمر فى هذه الدار من هذا الباب لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لانهم شهدوا بيد كانت له فى هذا الطريق فيما مضى وبهذه الشهادة لا يستحق المدعى شيئا (ألا ترى) انا لو لو عايناه مر فيه مرة لم يستحق به شيئا الا أن يشهدوا ان له فيها طريقا ثابتا -فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم والطريق يجوز أن يكون مستحقا له فى دار الجار فى أصل القسمة أو أوصى له به فتقبل البينة على اثباته وان لم يحدوا الطريق ولم يسموا ذرع العرض والطول بعد أن يقولوا ان له طريقا في هذه الدار من هذا الباب الى باب الدار فالشهادة مقبولة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا شهدوا على اقرار الخصم بذلك فالجهالة لا تمنع صحة الاقرار فأما اذا

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا الاقرار والشهادة كل واحد منهما خبر عن أمر ماض وما كان ماضيا فليس بمتيقن عنده فى الحال لا فى حق نفسه ولا فى حق غيره لجواز أن يكون عنده أن الدين واجب عليه وليس بواجب لابراء الطالب اياه واستيفائه منه تبرأ من ماله أو تبرع أجنبي بالقضاء عنه أو لفسد يمكن فى أصل السبب فيمتنع وجوب المال به وكان قوله فيما أعلم استثناء لليقين فى الفصلين جميعا وعلى هذا الخلاف لو قال له علي ألف درهم فى علمي وان قال قد علمت أن له علي ألف درهم فهذا اقرار بالاتفاق وبه يستدل أبو يوسف رحمه الله والفرق هنا أن حرف قد للتأكيد فقد أكد علمه بما أخبر به فكان ذلك منه تأكيدا لاقراره والشاهد لو قال قد علمت فأنا أشهد عليه بما قد علمت لم يكن ذلك قدحا فى شهادته فكذلك لا يكون قدحا فى اقراره . ولو قال له علي ألف درهم فيما أظن أو فيما ظننت أو فيما أحسب أو فيما حسبت أو فيما أرى أو فيما رأيت فهو كله باطل لان هذه الالفاظ انما تذكر في العادة لبيان شكه فيه واستثناء بقية وفرق بين قوله فيما رأيت أو حسبت وبين قوله فيما قد علمت لان مطلق العلم يطلق على ما يتيقن به بخلاف الحسبان والظن والرؤية فقد يتراءى شئ للانسان وان لم يكن له حقيقة كالظمآن يرى السراب من بعيد فيتراءى انه ماء ولا حقيقة لذلك. ولو قال له علي الف درهم فى شهادة فلان او فى علم فلان لم يلزمه شئ لان هذه اللفظة فى العادة انما تذكر لبيان ان الامر بخلاف مايشهد به فلان أو يعلمه ويكون هذه انكارا لا اقرارا بخلاف ما لو قال شهادته أو بعلمه لان الباء للالصاق ولا يتحقق الصاق بشهادة فلان وعلمه بما اقر به الا بعد وجوبه فكان مقرا بوجوب المال عليه مؤكدا لذلك بعلم فلان وشهادته وان قال فى قوله أو بقوله أو بحسابه أو فى حسابه أو فى كتابته أوفي كتابه لم يلزمه شيء لان قوله فلان لا أثر له فى وجوب المال ولا حسابه فمقصوده من هذه الالفاظ بيان أن الامر بخلاف ما يقوله فلان ويحسبه ويكتب به بخلاف الشهادة والعلم فان الشهادة مما يؤكد بها الواجب والعلم يطلق على ما يتيقن به فلهذا فرق بين هذه الالفاظ ولو قال بصكه أو فى صكه أو فى صك ولم يضفه الى أحد فالمال واجب عليه لان الصك اسم خالص لما هو وثيقة بالحق الواجب فهذا منه تأكيد لما أقر به من المال (ألا ترى) أنه لو قال في سجل أو سجله كان المال لازما له وكذلك لو قال فى كتاب أو من كتاب بيني وبينه أو من حساب أو فى حساب بيني وبينه فهذا كله اقرار لان مثل هذا اللفظ

يذكر لبيان سبب وجوب المال وبيان المحل الذى أثبت فيه وجوب المال عليه فلا يكون قدحا فى اقراره وكذلك لو قال علي صك بالف درهم أو كتاب أو حساب بالف لزمه المال لان الباء للالصاق ولا يتحقق الصاق الالف بالصك والكتاب والحساب الا بعد وجوبه. ولو قال له عليّ الف درهم من شركة بيني وبينه أو من شركة مابيني وبينه أو من تجارة بيني وبينه أو من خلطة لزمه الالف فى جميع ذلك لان حرف من للتبعيض ولا يتحقق كون الالف من الشركة والتجارة والخلطة بينهما الا بعد وجوبها. ولو قال له علي الف درهم فى قضاء فلان وهو قاض أو فى فلان الفقيه أو هنا أو فى فقهه لم يلزمه شئ لان قوله فى قضاء فلان كقوله فى شهادة فلان أو فى علم فلان وقد بينا أن المراد من هذا اللفظ بيان الامر بخلاف مافى علمه فكذلك هنا وقوله شهادة بمنزلة قوله بقول فلان لان شهادته قوله فان قال بقضاء فلان وفلان قاض يلزمه المال كقوله بشهادة فلان وبعلمه لانه ألصق القضاء بالمال فالمال المقضى به لا يكون الا واجبا وان لم يكن فلان قاضيا فقال الطالب حاكمته اليه فقضى لى عليه لزمه المال لان قضاء الحكم فى حق الخصمين كقضاء القاضى فى حق الناس كافة فكان قوله بقضائه بيانا لتأكيد المال عليه بهذا السبب وان تصادقا علي أنه لم يحاكمه اليه لم يلزمه شئ لانه لم ينتصب قاضيا فى حقهما قط فلا يكون قضاؤه ملزما اياه شيئا فهذا وقوله بقين فلان سواء وان قال لفلان علي ألف درهم فى ذكره أو بذكره لم يلزمه شئ بمنزلة قوله فى حسابه أو بحسابه أو في كتابه أو كتابه لانه ذكر كتابه وذلك غير ملتزم فكيف يلزم غيره وان قال لفلان علي كر حنطة من سلم أو بسلم أو بسلف أو من سلف لزمه ذلك لان السلف والسلم عبارتان عن شئ واحد وهذا أخذ العاجل بالآجل فكان هذا منه بيانا لسبب وجوب الكر عليه وعلى هذا لو قال له علي مائة درهم من ثمن بيع أو ببيع أو لبيع أو من قبل بيع أو من قبل اجارة أو باجارة أو بكفالة أو لكفالة أو علي كفالة لزم المال لان هذا كله بيان وسبب وجوب المال منه وهو سبب صحيح فيلزمه المال به. ولو قال لفلان علي ألف درهم الا شئ يلزمه خمسمائة وزيادة بقدر مايبينه لان الجهالة فى المستثنى لاتكون أكثر مايبرأ من الجهالة في المقر به فكما أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك جهالة المستثنى لاتمنع صحة الاستثناء بل أولى لان المقر به مثبت والمستثنى غير مثبت فاذا صح الاستثناء مع الجهالة كان ينبغى أن يجعل القول قوله فى بيان المستثنى سواء بينه بقدر النصف أو أكثر أو أقل

ولكنا تركنا هذا القياس فيه للعادة فان العادة جارية أن المستثنى يكون أقل من النصف وانه انما يختار العادة عن الواجب بذكر حمله مع الاستثناء اذا كان المستثني أقل من الواجب وتتضح هذه العادة فى هذا الفصل فان قوله الا شيء انما يعبر به عن القليل عادة فهو وقوله الا قليل سواء فلهذا لزمه خمسمائة وزيادة ولا طريق لنا الى معرفة تلك الزيادة سوى الرجوع الى بيانه بخلاف الا تسعمائة فان هناك نص على بيان قدر المستثنى ولا معنى للعادة مع النص بخلافه وكذلك لو قال له على زهاء الف درهم أو عظم الف درهم أوجل الف درهم أو قريب من الف درهم فهذا وما سبق سواء لانه وصف الواجب بانه عظم الالف ولن يتحقق ذلك الا اذا كان أكثر من النصف وقدر الزيادة على النصف لا طريق لنا الى معرفته سوى الرجوع الى بيانه فان مات المقر كان القول فيما زاد على خمسمائة الى ورثته لانهم قائمون مقامه وقضاء المال من التركة واجب عليهم فلما كان بيانه مقبولا فكذلك بيانهم بعده وكذلك هذا فى الغصب والوديعة وغيرهما وكذلك هذا في المكيل والموزون والثياب وكل شيء يجوز فيه السلم ولو قال له علي ما بين درهم الى مائتى درهم فتسعه وتسعون درهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله مائتا درهم وفى قول زفر رحمه الله عليه مائة وثمانية وتسعون درهما والقياس ماقاله زفر رحمه الله فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن يقول لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو بين هذين الحائطين لايدخل الحائطان فى الاقرار فكذلك هنا لايدخل الحدان لان الحد غير المحدود وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا هذا كذلك في حد هو قائم بنفسه كما في المحسوسات فأما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فامامالیس بواجب لايتصور حدا لما هو واجب وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رحمه الله أن الحد غير المحدود ومالا يقوم بنفسه ذكرا وان لم يكن واجبا الا أن الغاية الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثانى والثالث واجب ولا يتحقق الثانى بدون الاول لان الكلام يستدعى ابتداء فاذا أخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع هكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولي ولا ضرورة فى ادخال الغاية الثانية فأخذنا فيها بالقياس. ولو قال له علىّ مابين كرشعير الى كرحنطة فعليه في

قول ابى حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة لان القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران.ولو قال له على مابين عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبى حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه الدراهم وعشرة دنانير وكذلك لو قال له على مابين عشرة دنانير الى عشرة دراهم فعليه الدراهم وتسعة دنانير فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقع فى بعض نسخ أبى حفص رحمه الله فى هـذا الفصل أن عليه عشرة دنانير وتسعة دراهم وهو ظاهر عند أبى حنيفة رحمه الله لان الغاية الثانية من الدراهم هنا ولكن الاصح هو الاول واليه أشار بعد هـذا فقال وكذلك الكيل والوزن سواء اختلف النوعان أو اتفقا فهو سواء والواحد من الا كثر هو الغاية فهذا بيان أن ماينتقص باعتبار الغاية عنده من الافضل أو آخره لانه لايلزمه الا القـدر المتيقن واحدى الغايتين لما صار خارجا وجب الاخذ بالاحتياط فيـه وجعل ذلك من الافضل حتى لايلزمه الا المتيقن به وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله مابين كذا وكذا فى جميع ماذكرنا والله أعلم

باب الاقرار بشئ غير مسمى المبلغ

(قال رحمه الله) واذا أقر أن لفلان عليه دراهم ولم يسمها لزمه ثلاثة دراهم لان اقراره حصـل بصيغة الجمـع وأدنى الجمـع المتيقن دراهم ثلاثة والشـافعى رحمـه الله قال انه يلزمه درهمان بناء على أصـله ان أدنى الجمع المثنى لان فى المثنى معنى الاجتماع ولكنا نقول لكلام العرب مبان ثلاثة الفرد والتثنية والجمع فذلك دليل على أن الجمع غير التثنية ومن حيث المعقول فى المثنى يتعارض الاقرار من الجانبين فلا يترجح فيه أحـد الجانبين وفى الثلاثة انما يعارض فرض المثنى فيغلب فيه معنى الجمع على معنى المفرد ولم يرد فى الكتاب على هـذا وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله اذا قال له على دراهم مضاعفة لزمه ستة لان أدنى الجمع ثلاثة وأدنى التضعيف مرة .ولو قال له على دراهم اضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعاف لفظه الجمع فيصير تسعة فبالمضاعفة مرة يصير ثمانية عشر وكذلك لو قال مضاعفة اضعافا لان بالمضاعفة يصير ستة والاضعاف جمع وكذلك لو أقر فقال له على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة يلزمـه ثمانون درهما لان قوله واضعافها ثلاثون وهى غـير العشرة بحرف العطف فصارت

أربعين وبالمضاعفة تصير ثمانين. وان قال له على دراهم كثيرة لزمه عشرة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان أكثر مايتناول هذا اللفظ مقرونا بالعد عشرة فقال عشرة دراهم ثم قال بعده أحد عشر درهما وعندهما يلزمه مائتا درهم لان الكثير من الدراهم مايحصل به الغنى لصاحبه وهو النصاب الذى تجب فيه الزكاة وأبو حنيفة رحمه الله يبنى الجواب على اللفظ وهما على المعنى المقصود باللفظ. وكذلك لو قال له عليّ دنانير كثيرة فعليه عشرة دنانير عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما عشرون دينارا باعتبار نصاب الزكاة ولو قال له على كذا كذا درهما يلزمه احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين مركبين غير معطوفين وأدنى العددين المفسرين بهذه الصفة احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما يلزمه احد وعشرون درهما لانه ذكر عددين مبهمين أحدهما معطوف علي الآخر وأدنى ذلك فى المفسرين احد وعشرون فكذلك المبهم يعبر به وعلي هذا الدنانير والكيل والوزن حتى اذا قال كذا وكذا محتوما من حنطة كان عليه احد عشر محتوما ولو قال له على كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا لزمه من كل واحد منهما أحد عشر اعتبارا لحالة الجمع بحالة الاقرار بخلاف ما لو قال كذا كذا دينارا أو درهما يلزمه أحد عشر منهما بمنزلة ما لو فسره فى الفصلين جميعا ولو قال أحد عشر دينارا أو درهما يلزمه من كل واحد منهما النصف بخلاف ماإذا قال أحد عشر دينارا أو درهما فكذلك عند ابهام العددين. ولو قال له على مال عظيم من الدراهم فعليه ماتجب فيه الزكاة فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو مائتا درهم على قياس مذهبهما عند الوصف بالكثرة ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله هنا وقيل مذهبه في هذا الفصل كمذهبهما لانه في الفصل الاول بنى على لفظ الدراهم وذلك غير موجود هنا والاصح أن قوله بنى على حال المقر فى الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وكما أن المائتين مال عظيم فى حكم الزكاة فالعشرة مال عظيم فى قطع السرقة وتقدير المهر بها فيتعارض فيرجع الى حال الرجل وعلى حاله يبنى فيما بينه وعلى قول الشافعى رحمه الله البيان الى المقر فى ذلك فأي مقدار بين يؤخذ به لان الابهام حصل من جهته وهذا بعيد فانه لو قال على مال ثم بينه بشيء يقبل ذلك منه ولا يجوز الغاء قوله عظيم ولو قبلنا بيانه فى القليل والكثير كنا قد ألغينا تنصيصه على وصف العظيم وذلك لا يجوز. ولو قال على مال فالقول فى بيان مقداره قوله قال والدرهم مال وهذا اشارة الى أن فيما دون الدرهم لا يقبل بيانه لان ما دون الدرهم من

الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادة قال الحسن لعن الله الدانق ومن دنق الدانق . ولو قال له علي حنطة فالقول فى ذلك ماقال ربع حنطة فما فوقه فان الربع أدنى المقادير فى الحنطة كالدرهم فى الفصل الاول . ولو قال له على عشرة دراهم ونيف فالقول فى النيف ما قال درهم أو أقل منه أو أكثر لان النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان مشرفا على الجبال ومنه سمى الانف لزيادة خلقتـه فى الوجـه فكانه قال عشرة وزيادة واسم الزيادة يتناول الدانق وما زاد فاذا كان بيانه مطابقا للفظه كان مقبولا منـه وان قال له على بضعة وخمسون درهما فالبضعة ثلاثة دراهم فصاعدا ليس له أن ينقصه عن ثلاثة لان البضع من ثلاثة الى سبعة على ماروى أنه لما نزل قوله تعالى سيغلبون فى بضع سنين خاطر أبو بكر رضي الله عنه قريشا على ان الروم تغلب فارس في ثلاث سنين وأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه كم تعدون البضع فيكم قال من ثلاث الي سبع فقال صلى الله عليه وسلم زد فى الخطر وأبعد فى الاجل فهذا دليل على ان البضع ثلاثة . ولو قال له على حق أوله قبلي شيء فالقول فى بيان مقداره وجنسه قوله لان ماصرح به فى اقراره ينطلق علي ماقل وكثر من المال ولو قال له على عشرة دراهم ودانق فالدانق فضة لانه عبارة عن سدس الدرهم والمعطوف من جنس المعطوف عليه . وكذلك لو قال له عليّ عشرة دراهم وقيراط فالقيراط من الفضة لان المعطوف من جنس المعطوف عليه وقد بينا فيما سبق أن الدرهم أربعة عشر قيراطا . ولو قال له علي مائة ودرهم فعليه مائة درهم ودرهم عندنا وقال الشافعى رحمه الله درهم واحد والقول فى بيان المائة قوله وكذلك لو قال مائة ودينار أو مائة وقفيز حنطة فذكر شيئا من الكيل أو الوزن فهو كله على هذا الخلاف وان قال مائة وعبد يلزمه العبد والقول في بيان المائة قوله . وكذلك ان قال مائة وثوب فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذلك فى قوله مائة وشاة أما الشافعي رحمـه الله فقال انه أبهم الاقرار بالمائة وقوله ودرهم ليس بتفسير له لانه عطف عليه بحرف الواو والعطف لم يوضع للتفسير لغة فيلزمه ما أقر به مفسرا فى الفصول كلها ويكون القول فيما أبهم قوله وكذلك له علي مائة ودرهمان بخلاف مالو قال مائة وثلاثة دراهم لانه عطف أحد العددين المبهمين على الآخر ثم فسره بالدراهم فينصرف التفسير اليهما جميعا لحاجـة كل واحـد منهما الى التفسير *وحجتنا في ذلك قوله ودرهم بيان للمائة عادة ودلالة اما من حيث العادة فلان الناس يحترزون

عن تطويل العبارات فيأتون به للتنصيص على الدراهم عند ذكر كل عدد ويكتفون بذكره مرة وهذا شيء لا يمكن انكاره (ألا ترى) انهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل . وأما من حيث الدلالة فلان المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف اليه اذ كل واحد منهما للتعريف ثم المضاف يجعل تعريفا للمضاف اليه اذا كان صالحا له فكذلك المعطوف يجعل تعريفا للمعطوف عليه اذا كان صالحا له والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات لانها تثبت في الذمة مع جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض فيها ولعموم البلوى جعلنا العطف فيها تفسيرا بخلاف قوله وثوب وشاة لان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا مبيعا مسلما فيه والشاة لا تثبت دينا في الذمة أصلا يعني به ثبوتا لازما فلم يصلح قوله وثوب أن يكون تفسيرا للمائة لان قوله على مائة عبارة عما يثبت في الذمة مطلقا ثبوتا صحيحا فلهذا كان البيان اليه وجه رواية أبي يوسف رحمه الله ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم ومالا يقسم قسمة واحدة لا يتحقق في أعداده المجانسة فلا يمكن أن يجعل المفسر تفسيرا للمبهم . ولو قال له على مائة ومائة أثواب فالكل من الثياب بالاتفاق لما بينا انه عطف العدد المبهم على عدد مبهم ثم فسر بما يصلح أن يكون تفسيرا للكل فيكون الكل من الثياب والقول في بيان جنسها قول المقر . ولو قال له على مائتا مثقال فضة وذهبا فعليه من كل واحد منهما النصف لانه أضاف العدد المذكور الى الجنسين والمساواة في الاضافة تقتضي التوزع على سبيل التساوي الا أن الواجب هنا من كل جنس مثقال بخلاف مالو قال له على مائتا درهم ودينار فهناك يلزمه مائة دينار تاما قيل ومائة درهم وزن سبعة لانه نص على المثاقيل هنا فقال مائتا مثقال ثم فسر بالذهب والفضة فيكون من كل واحد منهما مائة مثقال وهناك أطلق اسم الدراهم والدنانير والدراهم عبارة عن وزن سبعة ثم القول قوله في الجودة والرداءة لانه ليس في لفظه مايعين أحد الوصفين وعلى هذا جميع مايقر به من المكيلات والموزونات بأي سبب أقر به ولو قال له على كر من حنطة وشعير وسمسم فعليه من كل أحد الثلث لان الكر عبارة عن أربعين قفيزا وقد فسره بالاجناس الثلاثة فيكون من كل جنس الثلث . ولو قال له على قفيز من حنطة وشعير الاربعا فان الاستثناء جائز لانه بعض مايتناول كلامه وعليه ثلاثة ارباع قفيز من كل

واحد النصف اعتبارا لاقراره ببعض القفيز باقراره بالكل . وكذلك لو قال له قبلي مثاقيل من مسك وزعفران وكذلك لو قال لفلان وفلان علي قفيز من حنطة وشعير فعليه لهما من كل واحد منهما نصف قفيز للتسوية بينهما في الاقرار والتسوية بين الجنسين في التفسير وان قال استودعني ثلاثة أثواب زطي ويهودي كان القول قوله فان شاء قال يهودي وزطيان فيقبل قوله مع يمينه لان الثوب الواحد لا يتبعض فتعين أحد الثلاثة يهوديا والآخر زطيا بقي الثالث مترددا بين وصفين فان بينه باليهودي فقد التزم الزيادة وان بينه بالزطي فالقول قوله مع يمينه بمنزلة مالو قال له علي ثوب زطي أو يهودي. ولو أقر أن الدين الذي له علي فلان لفلان وكان المقر له علي فلان مائة درهم في صك وعشرة دنانير في صك فقال المقر عنيت أحدهما وادعاهما المقر له فهما جميعا للمقر له وأما صحة الاقرار بالدين فلانه اخبار من الغائب عن واجب سابق وذلك يتحقق في الديون كما يتحقق في الاعيان بخلاف التمليك ابتداء وتصحيح الاقرار ليس على وجه تصحيح التمليك فان الاقرار بالخمر صحيح وتمليكها ابتداء لا يصح من المسلم ثم أدخل الالف واللام في قوله الدين الذي على فلان وذلك للجنس عند عدم المعهود فيتناول جنس ماله على فلان نصا فقوله بعد ذلك عنيت أحدهما يكون رجوعا ولو غاب المقر لم يكن للمقر له أن يتقاضي المال من الغريم وان صدقه الغريم لانه أقر له بذلك ولا يجبر على الدفع اليه لانه أقر له بالملك لا بحق القبض وليس من ضرورة كون الدين ملكا للمقر له أن يكون حق القبض اليه فان للوكيل بالبيع حق قبض الثمن وهو ملك للموكل ولهذا قال لو دفعه الغريم اليه برئ كما لو دفع المشترى الثمن الى الموكل وفي الاصل علل في المسئلة فقال لان في هذا قضاء على الغائب وفي هذا التعليل نظر فان القضاء على الغائب بالاقرار جائز ولكن مراده أن يقال ان في هذا ابطال حق الغائب في القبض من غير حجة وكذلك لو أقر بنصف الدين الذي له علي فلان لغيره جاز والمقر هو الذي يتقاضى فيعطي المقر له نصف الدين الذي له على فلان لغيره جاز والمقر هو الذي يتقاضي فيعطي المقر له نصف مايستوفى لما بينا في الفصل الاول فان ادعى المقر له الضمان على المقر وقال أديته بغير أمرى فان قال المقر له للمقر ذلك فالقول للمقر ولا ضمان عليه لانه ليس من ضرورة صيرورة المال دينا عليه مباشرة لادائه فلعله صار دينا عليه باستهلاك منه أو بادائهما جميعا فالمقر له يدعى عليه بسبب الضمان وهو منكر فان قال أديته بأمرك كان ضامنا لنصيبه بعد أن يحلف المقر له ما أذن له في

ذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان عليه وادعى المسقط وهو الاذن ولو كان لرجل على رجل كر شعير وكر تمر وكر حنطة فاقر أن نصف طعامه الذى على فلان لفلان فله نصف الحنطة خاصة لان ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما أووكل وكيلا بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها خاصة لان ذكر الطعام مطلقا يتناول الحنطة ودقيقها فان بائعها يسمى بائع الطعام وسوق الطعام الموضع الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها ولهذا لو حلف لا يشترى طعاما أووكل وكيلا بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها خاصة والاقرار من جنس التجارة فمطلق لفظ الطعام فيه يتناول الحنطة دون الشعير ولو قال له عندى ألف درهم قرض ووديعة فهو ضامن لنصفها قرضا والنصف الآخر وديعة لان قوله قرض ووديعة تفسير للالف فيتنصف بينهما اذهما لا يجتمعان فى محل واحد وكذلك لو قال مضاربة وقرض فان وصل الكلام فقال مائة منها قرض وتسعمائة مضاربة فالقول قوله لان ظاهر كلامه أنه ينزل على النصف من كل واحد منهما مع احتمال التفاوت وكان هذا بيانا معتبرا لظاهر لفظه بما هو محتمل ومثل هذا البيان يصح موصولا لا مفصولا وكذلك لو قال له قبلي كر من حنطة وشعير الحنطة مختوم والشعير تسعة وثلاثون مختوما قبل بيانه موصولا لما قلنا ولو قال له عندى الف درهم هبة أو وديعة فانها وديعة ولا يكون هبة لان الهبة لا تتم الا بالقبض وهو لم يقبضها وكانت وديعة ولو قال غصبتك شياها كثيرة فهو على أربعين شاة لما قلنا ان التنصيص على ما يستفاد به الغنى من هذا الجنس وأدناه أربعون شاة ولو قال غصبتك ابلا كثيرة فهو خمسة وعشرون لان الكثير ما يحتمل الوجوب من جنسه فاما الخمسة وان كانت نصاب الزكاة ولكنها قليلة من هذا الجنس ولقلتها لا تحتمل الوجوب من جنسها والكثير من هذا الجنس ما يحتمل الوجوب من جنسه وأدنى ذلك خمسة وعشرون واذا قال حنطة كثيرة فهى خمسة أوسق فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بناء على أصلهما ان النصاب الذى يجب فيه العشر خمسة أوسق والوسق ستون صاعا ولم يبين قول أبى حنيفة رحمه الله فيه وقيل البيان فيه الى المقر على قوله بعد أن يبين أكثر مما يتناوله اسم الحنطة ان لو أقر بها مطلقا لانه لو أقر بالحنطة مطلقا وبينه بالربع كان مقبولا منه فاذا نص منه على صفة الكثرة لا بد من أن يبين أكثر من ذلك على وجه يحتمله هذا اللفظ لو أقر أن الوديعة التى عند فلان لفلان فهو جائز وليس للمقر له ان يأخذها من المستودع ولكن

المقر يأخذها فيدفعها اليه على قياس ما بيناه فى الدين وفى هذا بعض اشكال فان قبض الوديعة الى صاحبها ولكنه اعتبر اقراره وليس من ضرورة ملك العين له ثبوت حق القبض له لجواز ان يكون المقر مرتهنا فيه أو بائعا من المقر له وكان محبوسا عنده باليمين فى يد المودع فلهذا كان حق القبض الى المقر وان دفعها المستودع الى المقر له برئ على قياس ما بينا فى الدين وهذا لان وجوب الضمان عليه بالمحتمل لا يكون بل بحق ثابت للمقر فى العين وذلك ليس بظاهر وان كانت له عنده ودائع فقال عنيت بعضها لم يصدق لادخاله الالف واللام فى قوله الوديعة كما بينا فى الدين فان قال فلان ما استودعني المقر شيئا وقال المقر له استودعتها اياه بغير امرى فالمقر ضامن لها بعد ان يحلف المقر له ما أمره بذلك لانه أقر بالايداع هنا وهو فعل موجب للضمان عليه الا ان يثبت الاذن ولم يثبت الاذن اذا حلف المقر له وان أقر بالامر وقال المستودع قد رددتها الى المقر أو قال دفعتها الى المقر له أو قال قد ضاعت فالقول فى ذلك قوله مع يمينه لانه أمين أخبر بما هو مسلط عليه ولكن الذى يلى خصومته فى ذلك واستحلافه المقر اذا كان أودعه باذن المقر له لان حق الاسترداد اليه فتكون الخصومة له مع المودع فى الاستحلاف وذكر فى الاصل من هذا الجنس مسئلة أخرى اذا قال له على الف فالقول فى بيانه قوله لانه لم يفسره بشئ فالقول في تفسيره اليه سواء فسره بما يتفاوت من العدديات أو لا يتفاوت وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه اذا قال له على غير الالف فعليه ألفان ولو قال له على غير درهم فعليه درهمان لان الغير اسم لما يقابل الشئ فيوجب المغايرة فيه وفى الدراهم انما ثبت ذلك بدرهم آخر وفى الالف بألف آخر وفيما دونه لا يتغير اللفظ الاول لانه يقال الف ومائة وتسعمائة فانما يثبت المغايرة بألف آخر فيلزمه ألفان والله أعلم

باب الاقرار بكذا لا بل كذا

(قال رحمه الله) واذا أقر فقال على لفلان الف درهم لا بل خمسمائة فعليه الالف وكذلك لو قال خمسمائة لا بل الف لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط ورجوع عما أقر به لا يصح واختياره بوجوب الزيادة عليه صحيح فاذا قال خمسمائة لا بل ألف فقد استدرك الغلط بالتزام خمسمائة أخرى زيادة على الخمسمائة الاولى فعليه ألف واذا قال الف لا بل خمسمائة فقد

قصد الاستدراك بالرجوع عن الالف الى الخمسمائة فلا يصح ذلك منه وعلى هذا لو قال له
على عشرة دراهم بيض لا بل سود أو قال سود لا بل بيض أو قال جيد لا بل ردىء
أو ردىء لا بل جيد فعليه أفضلهما لان الجنس واحد ومثل هذا الغلط فى الجنس الواحد
يقع فاستدراكه بالتزام زيادة الوصف صحيح ورجوعه عن وصف التزامه باطل . ولو قال له
على درهم لا بل دينار فعليه درهم ودينار لان الجنس مختلف والغلط لا يقع فى الجنس المختلف
عادة فرجوعه عن الاول باطل والتزامه الثانى صحيح وما ذكره ثانيا لم يتناوله الكلام الاول
أصلا بخلاف الاول فان ماذكره ثانيا قد تناوله الكلام الاول باعتبار أصله ان لم يتناوله بصفته
عرفنا أن المراد هناك الحاق الوصف بالاصل وهنا المراد التزام الاصل المذكور وعلى هذا
لو قال على كر حنطة لا بل شعير فعليه الكران جميعا وان قال قفيز حنطة جيدة لا بل ردىء
أو رديء لا بل جيد فهو قفيز جيد وكذلك لو قال مختوم من دقل لا بل فارسى وكذلك لو
قال مختوم دقيق ردىء لا بل حوارى فهو حواري لان الجنس واحد وذكر الكلام الثانى
لاستدراك الغلط بالتزام زيادة وصف ولو قال له علي رطل من بنفسج لا بل خيري لزماه
جميعا لان الجنس مختلف وكذلك لو قال له على رطل من سمن الغنم لا بل من سمن البقر
فعليه الرطلان لان الجنس مختلف ولو قال لفلان على الف درهم لا بل لفلان فعليه لكل
واحد منهما الف لان المقر له مختلف وهو نظير اختلاف الجنس فى المقر به والمعنى فيه أنه
رجوع عن الاقرار للاول واقامة الثانى مقامه فى الاقرار له وكذلك لو كان الثانى مكاتبا
للمقر له الاول أو عبدا تاجرا له عليه دين لان المولى من كسب مكاتبه وعبده المديون بمنزلة
أجنبي آخر فتحقق اقراره بشخصين صورة ومعنى وان لم يكن على العبد دين ففى القياس
كذلك لان الدين فى الذمة مجرد مطالبة فى الحال وفيما للعبد هو المطالب دون المولى فكان
اقراره بشخصين فيكون رجوعا فى حق الاول وفي الاستحسان لا يلزمه الا ألف واحدة
لان كسب العبد ان لم يكن عليه دين مملوك لمولاه ففى قوله لا بل لعبده لا يكون رجوعا عما
أقر به للمولى ولكنه يلحقه زيادة كلامه في أن لعبده أن يطالبه بذلك المال فلهذا لا يلزمه الا
مال واحد ولو قال له على الف درهم من ثمن جارية باعنيها لا بل فلان باعنيها بالف درهم
فعليه لكل واحد منهما الف لانه غير مصدق فيما يخبر به أن مبايعة الثانى معه كانت على وجه
المكاتبة للنيابة عن الاول فيكون هو راجعا عن الاقرار للاول وذلك باطل فعليه لكل واحد

منهما الف لاقراره بتقرر بينته بينه وبين كل واحد منهما الا أن يقر الثانى أنها للاول فحينئذ عليه فى القياس ألفان وفى الاستحسان عليه الف واحد لانه غير راجع عن الاقرار للاول بل هو ملحق به وثبوت حق المطالبة للثانى وهذا وفصل المأذون الذى لادين عليه سواء واذا كان لرجل على رجل عشرة دراهم بيض وعشرة دراهم سود فاقر الطالب أنه اقتضى منه درهما أبيض لابل أسود وادعى المطلوب انه قد قضاه درهمين وأبى ألزم الطالب الدرهم الابيض فقط لان الاقرار بالاستيفاء بمنزلة الاقرار بالدين فان الديون تقضى بامثالها وقد بينا مثله فى الاقرار بالدين أنه يلزمه أفضلهما فهذا مثله. ولو كان عليه مائة درهم فى صك ومائة في صك آخر فقال قبضت منك عشرة من هذا الصك لابل من هذا وهى عشرة واحدة فعلى قياس الاقرار بالدين يجعلها من أيهما شاء الذى قضاه لانه هو الذى ملكه فالاختيار فى بيان جهته اليه وتتبين فائدته فيما اذا كان لاحدهما كفيل. ولو كان له مائة درهم وعشرة دنانير فقال قبضت منك دينار الابل درهما لزماه لاختلاف الجنس كما فى الاقرار بالدين ولو كان له على رجلين على كل واحد منهما مائة درهم فقال قبضت من هذا عشرة لابل من هذا لزمه لكل واحد منهما عشرة لاختلاف المقر له ويستوى ان كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أولم يكن وكذلك ان كان كفيلا بذلك عن رجل واحد لان قبضه من كل كفيل يثبت حق الرجوع لذلك الكفيل على الاصيل لأن المقر له مختلف وان كان المال واحدا ولو كان له على آخر الف درهم فقال دفعت الى منها مائة بيدك لابل أرسلت بها لى مع غلامك فهى مائة واحدة ولو أقر أنه قبض منه مائة درهم فقال المطلوب وعشرة دراهم أرسلت بها اليك مع فلان وثوب بعتكه بعشرة فقال الطالب قد صدقت فقد دخل هذا فى هذه المائة فالقول فيه قوله مع يمينه لان بيانه هذا تقرير لما أقر به أولا فانه قابض منه ماأوصله اليه رسوله وقابض بشراء الثوب أيضا حتى لو حلف لايفارقه حتى يقبض حقه فقبض بهذا الطريق برفى يمينه والبيان المقرر لاول الكلام مقبول من المبين وفى بعض الروايات فقال المطلوب عشرة دراهم أرسلت بها اليك بغير واو وهذا أوضح لانه فى معنى التفسير للجهة فيما أقر أنه قبضه ولو كان به كفيل فقال قد قبضت منك مائة لابل من كفيلك لزمه لكل واحد منهما مائة لان ماقبضه من الكفيل يثبت به حق الرجوع للكفيل على الاصيل بخلاف ماقبضه من الاصيل فكان المقر له مختلفا فلهذا كان مقرا بالمالين وان أراد أن يستحلف

كل واحد منهما لم يكن عليه يمين لانه قد أقر بذلك لكل واحد منهما ولا يتوجه اليمين للمقر على المقر له والله أعلم

باب الاقرار بمال دفعه اليه آخر

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل دفع الى هذه الالف فلان فهى لفلان فلوادعى الالف كل واحد منهما فهى للدافع لانه قد أقر له بالمال أولا حين الاقرار بوصوله الى يده من جهته ثم اقراره للثانى حصل بما هو مستحق لغيره بيده فلا يكون ملزما اياه شيأ والمال للدافع فاذا رده المقر عليه برئ مالكا كان أو غير مالك فان المودع من الغاصب بالرد عليه يبرأ كالمودع من المالك واذا قال هذه الالف لفلان دفعها الى فلان فهى للمقر له الاول لان اقراره بالملك للاول فاقراره بعد ذلك باليد للثانى لا يكون صحيحا فى حق الاول فان ادعاها الدافع فعليه أولا أن يحلف انها ماهى لفلان لان المقر يقول أنا وان أقررت بانك دفعتها الى ولكن الملك كان لفلان وقد رددتها عليه فليس لك على شئ فلهذا يتوجه اليمين على الثانى فان حلف أنها ماهى لفلان ضمن المقر له ألفا أخرى والوديعة والعارية فيه سواء أما اذا كان دفعها الى الاول بغير قضاء القاضى فهو قولهم جميعا لان اقرار المقر حجة في حقه فقد زعم أن المال وصل اليه من جهة الثانى فاذا دفعها الى غيره باختياره كان ضامنا له بمثلها وان كان دفعها بقضاء القاضى فعند أبى يوسف رحمه الله لاضمان عليه للثانى لانه بتبين الاقرار الاول ما أتلف على الثاني شيأ ولا اختيار له فى الدفع بل القاضى ألزمه ذلك فلا يضمن للثانى شيأ وعند محمد رحمه الله هو ضامن للثانى ألفا لانه بالاقرار به للاول سلط القاضى على هذا القضاء وقد زعم أنه مودع فيها من الثانى والمودع بهذا التسليط يصير ضامنا كما لو دل سارقا على سرقة الوديعة ولو قال هذه الالف لفلان أقرضنيها فلان آخر فادعياها فهى للذى أقر له بها أولا لتقدم الاقرار له بها وللمقرض عليه الف درهم لانه أقر أنه قبض الفا من الثانى بجهة القرض والقبض بجهة القرض يوجب ضمان المقبوض على القابض واذا كان فى يده عبد فقال هو لفلان باعنيه فلان آخر بألف درهم فادعي كل واحد منهما ماأقر له به فالعبد للمقر له أولا يدفعه اليه اذا حلف أنه لم يأذن للآخر في بيعه لتقدم الاقرار بالعين له ويقضى باليمين للبائع عليه لانه أقر بشرائه من الثانى ويثبت هذا السبب باقراره فى حقه وهو تام بقبضه فيقضى له عليه باليمين قال

ولا يشبه البيع والقرض الوديعة وفى بعض النسخ قال ولا يشبه القرض والبيع والوديعة ما سواها وهذا أقرب الى الصواب علي ظاهر ماتقدم لانه أجاب في هذه الثلاثة بجواب واحد وأشار الى الفرق بين هذه الثلاثة وبين المسئلة الاولى من الباب حيث قال يدفع المال الى الدافع ولا شئ عليه للثانى فاما اللفظ الاول فهو مستقيم على أصل أبى يوسف رحمه الله لانه فى الوديعة قال اذا دفع الى الاول بقضاء القاضى لم يغرم للثانى وفى القرض والبيع ان دفعه الى الاول بقضاء القاضى فهو ضامن للثانى ويحتمل أن يكون المراد بيان الفرق بين القرض والوديعة فى أن الوديعة لاتكون مضمونة عليه للثانى مالم يدفع الي الاول وفى القرض والبيع المال واجب عليه للثانى وان لم يدفع الى الاول شيأ وهذا فرق ظاهر فان الاقراض والمبايعة سببا ضمان بخلاف الايداع . ولو أقر أن هذا العبد الذى فى يديه لفلان غصبه فلان المقر له من فلان آخر فانه يقضى به للمقر له ولا يقضى للمغصوب منه بشئ لانه مقر بالملك للاول شاهد عليه بالغصب للثانى وشهادته عليه بالغصب لاتكون مقبولة وفى بعض الروايات فى لفظ السؤال لفلان غصبه من فلان وليس فيه ذكر المقر له فيكون المفهوم منه اقراره على نفسه بالغصب للثانى وجوابه أن العبد الاول وللمغصوب منه عليه قيمته قال (ألا ترى) أنه لو قال هذا الصبي ابن فلان غصبته من فلان آخر وادعي الصبي أنه ابنه وادعى المغصوب منه انه عبده قضى به للاب وهو ثابت النسب منه لتقدم الاقرار له (ألا ترى) أنه لو قال هذا الصبي ابن فلان أرسل به الى مع فلان كان الابن للاول اذا ادعاه دون الرسول لتقدم الاقرار له وفى جميع هذا ان ادعى الرسول ذلك كان له على المقر مثله لاقراره انه وصل الى يده من جهته وتعذر الرد عليه بما أقر به للاول ودفع اليه باختياره ماخلا الابن فان كان يعبر عن نفسه فأقر أنه ابن الذى أقر به المقر فلا ضمان على المقر للدافع لان من يعبر عن نفسه بما هو فى يد نفسه وليس عليه للغير يد موجبة للاستحقاق اذا لم يقر بالرق على نفسه وان كان صغيرا لا يتكلم فعلى المقر قيمته للرسول اذا ادعاه لنفسه وأنه مملوك له لان الذى لم يتكلم لصغره يثبت عليه يد موجبة للاستحقاق بمنزلة البنات وغيرها ولو قال هذه الالف لفلان أرسل بها الي مع فلان وديعة وادعاها كل واحد منهما فهي للاول لتقدم الاقرار له بها فان قال الاول ليست لى ولم أرسل بها فهى للرسول لانه قد أقر بالكلام الثانى ان وصولها الي يده كان من يد الرسول وانما أمر بالرد عليه لثبوت الاستحقاق فيها

للاول وقد بطل ذلك بتكذيبه وان كان المقر له غائبا لم يكن للرسول أن يأخذها لانه ان كان يدعيها لنفسه فقد صار مكذبا فيما اذا أقر له به وهو كونه رسولا بالدفع اليه وحق الغائب فيها ثابت لان الاقرار ملزم بنفسه ما لم يكذب المقر له وان كان الرسول مصدقا له فيما أقر أنه كان رسولا فيه من جهة فلان فقد انتهت الرسالة بايصال المال اليه فلا سبيل له على الاسترداد بعد ذلك واذا أقر الخياط ان الثوب الذى فى يديه لفلان أسلمه اليه فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذى أقر له أول مرة لتقدم الاقرار له ولا ضمان عليه للثانى لانه لم يقر على نفسه بما هو سبب الضمان في حق الثانى فان اسلامه اليه لا يكون سببا فى استحقاقه كما فى مسئلة الرسالة وكذلك سائر الصناع ولو كان اقراره بهذا الثوب أسلمه اليه فلان ليقطعه قميصا وهو لفلان وادعياه فهو للذى أسلمه اليه لتقدم الاقرار له به وليس للثانى شيء وهذا نظير مسئلة أول الباب وهو ما اذا قال دفعه الى فلان وهو لفلان ولو أقر أن هذا الثوب استعارة من فلان فبعث به اليه مع فلان فهو للذى أعاره اياه لانه صار مقرا بالملك واليد للمعير الذى استعاره منه دون الذى أوصله اليه بطريق الرسالة ولو أقر أن فلانا أتاه بهذا الثوب عارية من قبل فلان فادعاه فهو للرسول لانه أقر أولا بأنه وصل الى يده من جهته وذلك يلزمه الرد عليه فلا يبطل ذلك عنه باقراره لغيره والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالاقتضاء

(قال رحمه الله) وذا أقر الرجل انه اقتضى من رجل ألف درهم كانت له عليه وقبضها فقال فلان أخذت منى هذا المال ولم يكن لك على شيء فرده على فانه يجبر على أن يرد المال بعد أن يحلف أنه ما كان له عليه شيء وروى أبو يوسف رحمه الله عن ابن أبى ليلى رحمه الله أنه لا شيء على المقر ووجهه أنه ما أقر بشيء على نفسه لغيره وانما أقر بوصول حقه اليه وذلك غير ملزم اياه شيئا وكنا نقول الاقتضاء عبارة عن قبض مال مضمون من ملك الغير لان المقتضى يستوفى من مال المديون مثل ماله عليه فيصير قصاصا بدينه والقبض المضمون من ملك الغير سبب لوجوب الضمان عليه وقد أقر به ثم ادعى لنفسه دينا على صاحبه ولا يثبت الدين له على صاحبه بدعواه ولكن يتوجه اليمين فاذا حلف لزمه رد المقبوض . وكذلك لو أقر أنه قبض من فلان ألف درهم كانت وديعة له عنده أو هبة وهبها له فقال بل هى مالى

قبضته مني فعليه أن يرده لاقراره بقبض المال من يد الغير وعلى اليد ماأخذت حتى ترد ولم يثبت ماادعى من الحق فيه لنفسه فعليه أن يرده ولو قال أسكنت بيتي فلانا هذا ثم أخرجته منه ودفعه الي وادعى الساكن انه له فالقول قول صاحب البيت استحسانا وعلى الساكن البينة في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الساكن وهو القياس ووجهه هو أن الاقرار بوصول البيت الى يده كان من جهة الساكن وادعى لنفسه فيه ملكا قديما ولم يثبت ما ادعاه فعليه رد ما أقر بقبضه كما في الفصل ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما انه ماأقر للساكن بيد أصلية في البيت انما أخبر بان يده كانت بناء عن يده لان يد الساكن تبنى على المسكن والحكم لليد الاصلية لالما هو بناء فلم يصر مقرا بما يوجب الاستحقاق له بخلاف مسئلة الاقتضاء لانه هنا أقر بيد أصلية كانت له فيما استوفاه منه وبخلاف مسئلة الوديعة لانه هناك أقر بفعل نفسه وهو قبضه المال من فلان وذلك اقرار بيد أصلية كانت لفلان في هذا المال فبعد ذلك هو في قوله كانت لي عنده وديعة أراد أن يجعل يده بناء بعد ما أقر أنها كانت أصلية فلا يقبل قوله في ذلك ولان الاعارة بين الناس معروفة وفي القول بالقياس هنا قطع هذه المنفعة عن الناس لان المعير يتحرز عن الاعارة للسكنى اذا عرف انه لايعمل بقوله عند الاسترداد فترك القياس فيه لتوفير هذه المنفعة على الناس وعلى هذا الخلاف لو قال هذه الدابة اعرتها فلانا ثم قبضتها منه أو هذا الثوب لي أعرته فلانا ثم قبضته منه واذا أقر الرجل أن فلانا الخياط خاط قميصه هذا بنصف درهم وقبض منه القميص وقال الخياط هو قميصي أعرتكه فالقول فيه كالقول في الاولى وكذلك الثوب أسلم الى الصباغ وان قال رب الثوب خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه ففي قولهم جميعا لا يرجع على الخياط اما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر وأما عندهما فلانه لم يقر بيد الخياط هنا في الثوب لانه قد يخيط الثوب وهو في يد صاحبه بأن كان أجيرا وجد في بيته يعمل له بخلاف الاول فان هناك قد أقر بالقبض منه وذلك اقرار بكونه في يده ولو كان الثوب معروفا انه للمقر أو الدابة أو الدار فقال أعرته فلانا وقبضته منه كان القول قوله لان الملك فيه معروف للمقر فلا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقد قال في الباب المتقدم اذا أقر الخياط أن الثوب الذي في يده لفلان أسلمه اليه فلان ليخيطه فهو للذي أقر له أول مرة ولا يضمن للثاني مثله وهذا دليل لابي

حنيفة رحمه الله فى الخلافيات لاقراره أن يد الذى أسلمه اليه بناء لا ابتداء ولكن مشايخنا رحمهم الله قالوا هو على الخلاف أيضا بناء على مسئلة الاسكان أو مسئلة أخرى وهو ان الاجير المشترك عند أبى حنيفة رحمه الله مؤتمن فلا يصير ضامنا بمجرد اقراره للاول وعندهما الاجير المشترك ضامن فيضمن الثوب الذى أسلمه اليه اذا لم يرده عليه وهكذا ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف رحمهما الله وذكر أيضا فيما اذا قال هذا المال لفلان أرسل به الى مع فلان وديعة ان المال للاول ولا ضمان على المقر للرسول عند أبى حنيفة رحمه الله لانه انما أقر له بيد هى بناء وذلك غير موجب للاستحقاق عنده بخلاف الدين وهو ما اذا قال لفلان على ألف درهم أرسل بها الى مع فلان لان محل الدين الذمة وفى الذمة سعة فيكون مقرا بوجوب المال عليه للثانى لما أقر ان وصوله الى يده من جهته وفي كتاب الاقرار أورد المسئلة فى موضعين قال فى أحدهما لاشىء عليه للدافع وهو الاشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله وفي الثانى قال عليه مثله للدافع وهو الاشبه بقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا بعضه في الباب المتقدم واذا أقر الرجل ان فلانا سكن هذا البيت فادعى فلان البيت فانه يقضي به للساكن على المقر لان السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن واقراره باليد للغير حجة عليه وما يثبت باقراره كالمعاين فى حقه وهذا بخلاف ما لو أقر أن فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم أو البستان وذلك كله فى يد المقر فقال كله لى واستعنت بك ففعلت ذلك أو فعلته باجر وقال الآخر بل هو ملكى فالقول قول المقر لان يده للحال ظاهرة ولم يقر أنه كان فى يد غيره من قبل لان فعل الزراعة والبناء والغرس لا يوجب اليد للفاعل فى المفعول وقد يفعله المعين والاجير والمعين فى يد صاحبه فهذا وقوله خاط لى القميص سواء ثم ذكر الخلاف الذى بينا فيما اذا قال لمعتقه أخذت منك مالا قبل العتق أو قطعت يدك قبل العتق وانما اعادها لفروع فقال وكذلك لو باعه أو وهبه وسلمه ثم أقر انه قطع يده قبل البيع والهبة وقال المشترى والموهوب له بل فعلته بعد البيع والهبة لان البيع والهبة والتسليم يثبت الحق فيه للمتملك كما أن العتق يثبت الحق للمعتق فى نفسه وأطرافه فيكون الخلاف فى الفصلين واحدا ولو قال قطعت يده ثم بعته أو وهبته فالقول قوله لانه ما أقر بالفعل الموجب للضمان على نفسه فانه أقر بالقطع قبل ظهور بيعه لان ظهور البيع باقراره وقد أقر بالقطع سابقا على الاقرار بالبيع فلهذا كان القول قوله

الا أن تقيم البينة على هبته أو بيعه قبل اقراره بهذا فيكون على الاختلاف المتقدم لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أعتق أمة ثم قال أخذت منك هذا الولد قبل العتق وقالت بل أخذته مني بعد العتق فانه يرده عليها وهو حر لان الولد قائم بعينه وقد بينا في المال القائم اذا أقر انه أخذه قبل العتق يصدق وعليه رده فى انه أخذه قبل العتق فعليه رده عليها والقول فى حريته قولها ولو لم يقل أخذته منك ولكنه قال أعتقتك بعدما ولدتيه وقالت بل اعتقتني قبلي ان ألده فان كان الولد فى يد المولى فالقول قوله لانه أقر بيد فيه لها من قبل ولادتها ولانها تدعى سبق تاريخ فى العتق حين ادعت انه كان قبل الولادة والمولى ينكر ذلك والعتق فعل حادث من المولى فالقول قوله فى انكاره سبق التاريخ فيه ولان عتقها ظهر فى الحال والولد منفصل عنها وعتقها غير موجب العتق للولد المنفصل وان كان الولد في يدها فالقول قولها لان يدها توجب الاستحقاق لها فى الحال وقد أقرت بالحرية للولد فوجب الحكم بحريته ولو أن رجلا أعتق عبدا فاقر رجل انه أخذ منه ألفا وهو عبد وقال العبد أخذتها مني بعد العتق فالقول قوله لان القابض يدعى سبق تاريخ فى قبضه والتاريخ لا يثبت بمجرد قوله ولانه أقر بالسبب الموجب للضمان عليه للعبد وهو أخذه منه ويشهد عليه أن المال لغيره وهو المولى فلا تقبل شهادته ويبقى المال مستحقا عليه للعبد وكذلك لو كاتبه مولاه لان الكتابة توجب استحقاق الكسب للمكاتب واعتبار يده فيه لحقه كالعتق وكذلك لو باعه ثم أقر رجل أنه غصب منه مائة درهم وهو عند مولاه الاول وقال المشترى بل غصبته وهو عندى فالمال للآخر لان المشترى هو المستحق لكسبه بعد الشراء كما أن العبد هو المستحق لكسبه بعد الكتابة فكما لا يصدق المقر هناك وفيما يدعى من سبق التاريخ فكذلك هنا ولو أقر بأنه فقأ عين فلان عمدا ثم ذهبت عين الفاقئ بعد ذلك وقال المفقوء عينه بل فقأت عيني وعينك ذاهبة فالقول قول المفقوء عينه لانهما تصادقا على وجوب الضمان على الجانى فان كانت عينه قائمة وقت الفقء فالواجب قصاص وهو فيها واجب باعتبار المماثلة وان كانت عينه ذاهبة فالواجب الارش فعرفنا أنهما تصادقا على وجوب الضمان وادعي الفاقئ ما يسقطه بفوات المحل بعد الوجوب فلا يقبل قوله فى ذلك ولانه يدعى تاريخا سابقا فى الفقء والتاريخ لا يثبت الا بحجة ولو أن عبدا أعتق ثم أقر أنه قتل ولى هذا الرجل خطأ وهو عبد وقال ذلك الرجل قتلته بعد العتق فليس على العبد فى هذا شئ لانه ما أقر على نفسه بوجوب الضمان فان جنايته قبل العتق

لا توجب عليه الضمان في الحال ولا بعد العتق انما هو على مولاه في الحال يخاطب بالدفع أو الفداء وان أعتقه وهو يعلم بالجناية يصير مختارا للفداء وان كان لا يعلم فعليه القيمة فعرفنا أنه انما أقر به على الغير فلا يلزمه شئ واذا أقر أحد المتفاوضين انه كفل عن صاحبه بمهر أو نفقة زوجته أو جنايته لزمه ولزم صاحبه أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه ولا يلزم صاحبه لانه انما أقر بوجوب المال على صاحبه بطريق غير التجارة ولا قول له على صاحبه في الاقرار بالمال لا بطريق التجارة لان فيما يجب لا بطريق التجارة كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه يبقى اقراره على نفسه بوجوب المال بطريق الكفالة وقد بينا فيما سبق أن كفالة أحد المتفاوضين أو اقراره بالكفالة يلزم شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يلزم عندهما فهذا بناء على ذلك. ولو أقر أحدهما أن على صاحبه دينا قبل الشركة لفلان فانكره صاحبه والطالب ادعى أن هذا الدين كان في الشركة لزمهما جميعا المال لان الاقرار بمطلق الدين ينصرف الى جهة التجارة ولهذا لو أقر أحدهما بدين مطلق يلزم شريكه وفيما هو واجب بطريق التجارة واقرار أحد المتفاوضين به على نفسه وعلى شريكه سواء. ولو أقر به على نفسه وزعم انه كان قبل الشركة لا يصدق في الاسناد اذا أكذبه الطالب فكذلك اذا أقر به عن صاحبه واذا لم يصدق في الاسناد لزم المقر المال باقراره ولزم شريكه بالكفالة عنه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه من المال ولو أقر ان ذلك عليه دون شريكه قبل الشركة وادعى الطالب انه عليه من الشركة فالمال عليهما لما بينا أنه غير مصدق في الاسناد وان تصادقا أن الدين كان قبل الشركة لم يؤخذ واحد منهما بدين صاحبه لان حكم الكفالة بينهما انما يثبت بالمفاوضة فيكون ثابتا فيما يجب بعد المفاوضة لا فيما كان واجبا قبلها واذا اقر احدهما ان لفلان عليه الف درهم وقال الآخر لا بل لفلان لزمهما جميعا المال لان المقر لو كان هو الذى قال لفلان لزمهما جميعا ولا أثر لاختلاف المقر لهما فكذلك اذا قال ذلك صاحبه لان قول كل واحد منهما يلزم صاحبه وهما بعد المفاوضة كشخص واحد في اسباب التزام المال بالتجارة واذا مات احدهما أو تفرقا ثم أقر أحدهما بدين عليهما في الشركة لزمه خاصة لانه في الاسناد غير مصدق في حق صاحبه فيبقى ملتزما المال في الحال وليس بينهما سبب يوجب كفالة صاحبه عنه فيما يلزمه من المال في الحال فلهذا كان المال عليه خاصة وعلى صاحبه اليمين ان ادعاه الطالب وان ادعى رجل عليهما مالا ولم يكن له بينة فحلف احدهما وأبي

الآخر أن يحلف لزمهما جميعا المال لان نكوله عن اليمين كاقراره وبان حلف أحدهما لايسقط اليمين عن الآخر بخلاف ما اذا كانت الدعوى لهما على انسان فاستحلف أحدهما المطلوب فخلف لم يكن للآخر أن يستحلفه لان النيابة فى الاستحلاف تجزئ وفى الحلف لاتجزئ فلا يمكن أن يجعل الحالف منهما نائبا عن صاحبه فى اليمين ولانه بعد ماحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيدا لان الناس يتفاوتون فى التحرز عن اليمين الكاذبة أمابعدما استحلف أحدهما المطلوب كان استحلاف الآخر اياه غير مفيد لعلمنا أنه يحلف لامحالة . ولو أقر أحد المتفاوضين لابنه أو لامرأته أو لمكاتبه بدين لم يصدق فى قول أبى حنيفة رحمه الله على شريكه لانه متهم فى حق هؤلاء فيما يوجب لهم على الغير وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يصدق على ذلك الا فى المكاتب وهو بناء على الخلاف المعروف فى الوكيل بالبيع يبيع من أحد هؤلاء والله أعلم

باب الاقرار فى المضاربة والشركة

(قال رحمه الله) واذا أقر المضارب بدين فى مال المضاربة وجحده رب المال فاقراره جائز لانه من التجارة ولهذا يملكه الصبي المأذون والعبد المأذون والمضارب مستند لما هو من التجارة فى مال المضاربة وكذلك لو أقر فيها بأجر أجير أو أجر دابة أو حانوت لانه مالك لانشاء سبب وجوب هذه الديون فى مال المضاربة فصح اقراره بها وهذا لانه لا يجد بدا من التزام الدين بهذه الاسباب ويحصل ما هو المقصود من المضاربة فان كان دفعها الى رب المال فقال هذا من رأس مالك فاقبضه ثم أقر بعد ذلك ببعض ماذكرنا من الدين لم يصدق لانه مناقض فى كلامه فان المدفوع انما يكون سالما لرب المال من رأس ماله اذا فرغ عن الدين فكان فى أول كلامه مقرا بانه لا دين فيه ولان حكم المضاربة قد انتهى فيما وصل الى رب المال من راس المال حتى لا يملك المضارب انشاء التصرف فيه وكذلك لا يصح اقراره فى ذلك . ولو كان المضارب رجلين ومال المضاربة الف درهم وربحا الفا فاقر احدهما أن خمسمائة لفلان وقال الآخر بل الالف كلها ربح فان المقر يصدق فى مائتين وخمسين مما فى يده لفلان فان في يد كل واحد منهما نصف المال وقد أقر بخمسمائة شائعة فى الكل نصفها فيما فى يده ونصفها فيما فى يد صاحبه فاقراره فيما فى يده صحيح وفيما فى يد الآخر باطل

فيدفع هو مائتين وخمسين الى المقر له ويقسم مثلها بين رب المال و بين المضارب الآخر لان المقر يزعم انه لاحق له فيها بل هى لفلان فلا يكون له فيها نصيب وما بقي من الربح وهو خمسمائة بينهما على الشرط كما بينا وكذلك ان اقر بهذه الخمسمائة لابيه او لابنه فهو وماسبق سواء لان اقرار المضارب لهؤلاء صحيح ولانشائه التصرف معهم. ولو اقر المضارب بربح ألف درهم في المال ثم قال غلطت انما هو خمسمائة درهم لم يصدق وهو ضامن لما اقر به من المال لانه مناقض فى كلامه راجع عما أقر به ولانه جاحد لما اقر به بحصوله فى يده ربحا وهوأمين فى الربح فيضمن ذلك بالجحود. وان بقي في يده شيء من المال فقال هذا ربح وقد دفعت رأس المال الى رب المال وكذبه رب المال فالقول قول رب المال لان المضارب يريد استحقاق شيء مما فى يده وانما يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه أما فى الاستحقاق فلايقبل قوله ولكن يحلف رب المال بدعوى المضارب فان حلف يأخذ مافى يده بحساب رأس ماله لان حق المضارب فى الربح ولا يظهر الربح ما لم يصل رأس المال الى رب المال واذا قال لرجل فلان شريكي مفاوضة فقال نعم او اجل او قال صدق او قال هو كما قال أو قال هو صادق فهذا كله سواء وهما شريكان فى كل مال عين او دين أو رقيق أو عقار أو غير ذلك مما هو في يد كل واحد منهما لان ما أتى من الجواب غير مستقل بنفسه فيصير ماتقدم من الخطاب معادا فيه حتى يثبت به تصادقهما على شركة المفاوضة والثابت باتفاقهما كالثابت بالمعاينة ولو عاينا شركة المفاوضة بينهما كان ما فى يد كل واحد منهما بينهما نصفين لان المفاوضة تقتضي المساواة ولفظ الشركة يوجب ذلك الاطعام مثل كل واحد منهما وكسوته وكسوة اهله فلمن فى يده استحسانا وفى القياس يكون بينهما كسائر الاموال ولكن يصير مستثنى مما هو موجب شركة المفاوضة لان الحاجة اليه معلوم وقوعها لكل واحد منهما فى مدة المفاوضة ولهذا لو كانت الشركة ظاهرة بينهما كان مااشتراه كل واحد منهما مشتركا بينهما الا الطعام والكسوة. وكذلك اذا ثبت العقد باقرارهما وكذلك أم ولد احدهما أو مدبرته لان أم الولد ليست بمال والمدبرة ليست بمحل للتجارة ومقتضى المفاوضة الشركة بينهما في كل مال قابل للتجارة والتصرف (ألا ترى) انه لاتثبت الشركة بينهما فى المنكوحة فكذلك في المدبرة وأم الولد فأما اذا كان احدهما مكاتبا قد كاتبه قبل اقراره فما عليه من بدل الكتابة يكون بينهما لانه قابل للتصرف والانتقال من ملك الى ملك بمنزلة سائر الديون (ألا ترى) أن رقبة

المكاتب لاتصير ميراثا وما عليه من بدل الكتابة يصير ميراثا للورثة فكذلك باقراره تثبت الشركة للآخر فى بدل الكتابة وان كانت لاتثبت فى الرقبة (ألا ترى) أنه لو عجز المكاتب كان مشتركا بينهما فكذلك ماعليه من البدل قبل عجزه وكذلك لو قال هو مفاوضنى في الشركة لان هذا العقد يضاف اليهما تارة والى أحدهما أخرى وثبوت حكم المفاوضة لايختص باحد الجانبين فكانت الاضافة الى أحدهما بمنزلة الاضافة اليهما ولو أقر أحد المفاوضين لشريك ثالث معهما وأنكر الآخر فهو جائز عليهما لان المفاوضة من جملة التجارة وهو من صنع التجارة فاقرار أحدهما به كاقرارهما فى سائر التجارات واذا أقر الذمى لمسلم بالمفاوضة أو أقر المسلم للذمى بها فهو جائز فى قول أبي يوسف رحمه الله وفى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لايكونان متفاوضين ولكن مافى أيديهما يكون بينهما نصفين وأصل المسئلة فى كتاب الشركة أن المفاوضة لاتصح بين المسلم والذمى فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله للتفاوت بينهما فى التصرف فى أنواع المال واذا كان عندهما لايصح انشاء هذا العقد فكذلك لا يثبت باقرارهما ماأقرا به فموجب هذا الاقرار كون ما بيدهما بينهما نصفين وما في يدهما محل لذلك فيثبت هذا الحكم ان لم يثبت أصل المفاوضة كما لو أقر أحد الاخوين باخ آخر فانه يشاركه فى الميراث وان لم يثبت النسب باقراره وعند أبي يوسف رحمه الله ابتداء المفاوضة بين المسلم والذمى صحيح فكذلك يظهر باقرار الحر لعبد مأذون انه شريكه مفاوضة أو أقر به لمكاتب وصدقه فى ذلك لم تثبت المفاوضة بينهما لان انشاء المفاوضة بينهما لايصح ولكن مافي أيديهما يكون بينهما نصفين لاتفاقهما على ذلك واحتمال أن مافى أيديهما للشركة بينهما ولا يجوز اقرار واحد منهما على صاحبه بدين ولا وديعة لان نفوذ اقرار أحدهما على صاحبه لايكون الا بعد صحة المفاوضة ولم تصح وعلى هذا لو أقر لصبي تاجر بالمفاوضة أو أقر الصبي التاجر لصبي تاجر وصدقه الآخر فما في أيديهما بينهما لاتفاقهما على ذلك ولكن لا تثبت المفاوضة بينهما لان انشاء هذا العقد بينهما لايصح فان موجب المفاوضة الكفالة العامة من كل واحد منهما عن صاحبه والصبي ليس بأهل لذلك واذا أقر لرجل بالشركة مفاوضة وأنكر الآخر ذلك فلا شئ لواحد منهما فيما فى يد صاحبه لان تكذيب المقر له مبطل للاقرار ولو قال الآخر انا شريكك فيما فى يدك غير مفاوضة ولست شريكى فيما فى يدى فالقول قوله بعد أن يحلف لانه يتصرف فيما فى يده وادعى لنفسه ما فى يد صاحبه

وقد صدقه فى اقراره وكذبه في دعواه فيثبت ما اقر به ويكون على صاحب اليمين فى انكار ماادعاه وهذا لان تكذيب المقر له فى الجهة لا يوجب تكذيبه فى اصل المال كما لو قال لك على الف درهم قرضا وقال الآخر بل هى غصب يلزمه المال فليس من ضرورة انتفاء المفاوضة بتكذيبه انتفاء الشركة فيما فى يده كما فى المسائل المتقدمة . واذا اقر لصبي لا يتكلم بشركة المفاوضة وصدقه ابوه كان ما فى يد الرجل بينهما نصفين لما بينا انه أقر له بنصف مافى يده وقد اتصل به التصديق من أبيه ولكن لايكونان متفاوضين لان ثبوت المفاوضة بينهما يقتضى المساواة بينهما فى التصرف والصبي الذى لا يتكلم ليس بأهل للتصرف واذا اقر لرجل انه شريك فلان فى قليل وكثير فقال فلان نعم فهما شريكان فى كل قليل وكثير في يد كل واحد منهما لانهما بمنزلة المتفاوضين لان لفظة الشركة تقتضى التسوية كما في قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وانما يتحقق ذلك اذا جعلنا مافى يد كل واحد منهما بينهما نصفين الا أنه لايجوز اقرار احدهما على صاحبه بالدين والوديعة لان ذلك من خصائص عقد المفاوضة ولم يثبت باقرارهما حين لم يصرحا بلفظ المفاوضة (ألا ترى) أنهما لو انشآ عقد الشركة العامة بينهما لاتكون مفاوضة الا ان يصرحا بلفظ المفاوضة وهذا لان العوام من الناس قلما يعرفون جميع احكام المفاوضة ليذكروا ذلك عند العقد فأقام الشرع التنصيص منهما على لفظ المفاوضة مقام ذكر تلك الاحكام واذا كان عقد الانشاء لا يثبت المفاوضة الا بالتصريح بلفظها فكذلك عند الاقرار ولو كان اقر أنه شريكه فى التجارات كان ما فى يدهما من متاع التجارة بينهما ولا يدخل في ذلك مسكن ولا كسوة ولا طعام لان التصادق منهما كان مقيدا بمال التجارة بخلاف الاول فقد تصادقا هناك في الشركة فى كل قليل وكثير وذلك يعم الدار والخادم وغيرهما ولو كان فى يدهما دار او عبد أو امة وقال ليس هذا من تجارتنا فالقول قوله لان هذه الاعيان ليست للتجارة باعتبار الاصل فمن قال انها ليست من التجارة فهو متمسك بما هو الاصل ولان التصادق منهما لم يحصل منهما بصفة العموم وانما حصل خاصا فى متاع التجارة والسبب متى كان مقيدا بوصف لايكون موجبا بدون ذلك الوصف فما لم يثبت كونه من التجارة لا يتحقق سبب الشركة بينهما فلهذا كان القول قول ذى اليد وعلى هذا لو قال احدهما لدراهم او دنانير هذا مال فى يدى من غير الشركة اصبته من ميراث أوجائزة او بضاعة لانسان فالقول قوله الا ان يقوم للآخر بينة انه من الشركة أو

كان في يده يوم أقر به لان الثابت بالبينة كالثابت باقراره ولو أقر أنه كان فى يده يوم أقر كان في الشركة لان الدراهم والدنانير من التجارة باعتبار الاصل وانهما خلقا لذلك ولهذا وجبت الزكاة فيهما باعتبار هذا المعنى من غير نية التجارة فاذا ثبت كونه فى يده وقت الاقرار بقدر السبب الموجب للشركة فيه فهو يريد اخراجه من الشركة بعد ماتناوله الاقرار بها فلا يصدق في ذلك. ولو كان فى التجارة فقال ليس هذا من التجارة التى بيننا ولم يزل فى يدي قبل الشركة كان المتاع بينهما لان بثبوت التجارة فيه صار الاقرار بالشركة متناولا له فلا يصدق في اخراجه بعد ماتناوله الاقرار. ولو قال فلان شريكى ولم يسم شيأ ثم قال عنيت فى هذه الدار كان القول قوله لان فى بيانه تقريرا لما أقر به لاتغييرا فيصح موصولا ومفصولا ولان مطلق الاقرار بالشركة غير مضاف الى محل لا يثبت من المال الا قدر مالا يتحقق هذا الوصف لهما الا به وهذا الوصف يتحقق لهما بالشركة في شئ واحد فيثبت القدر المتيقن به ويكون القول فى انكار الزيادة على ذلك قوله ولو قال فلان شريكى فى تجارة الزطي كان القول قوله لانه قيد اقراره بمحل سماه وتقييد المقر اقراره موصولا بكلامه صحيح. ولو قال فلان شريكى فى كل تجارة وقال فلان أنا شريكك فيما فى يدك واست بشريكى فيما في يدى كان القول قوله لانه أقر بنصف مافى يده وادعى لنفسه نصف ما فى يده وقد صدقه فى الاقرار وكذبه فى دعواه فالقول قوله مع يمينه. ولو كان فى يده حانوت فقال فلان شريكى فيما فى هذا الحانوت ثم قال أدخلت هذا العدل بعد الاقرار من غير الشركة لم يصدق علي ذلك وهو على الشركة الا أن يأتى بالبينة على مايدعى قال لان الحانوت وما فى الحانوت معلوم ومعنى هذا الكلام أنه وقع الاستغناء عن بيان المقر فى معرفة ماأقر به بتعيينه محله وهو الحانوت فلا يبقى له قول فى البيان ولكن جميع مايوجد فى الحانوت يكون بينهما نصفين الا مايثبت بالحجة أنه أدخله بعد الاقرار وهو بمنزلة مالو أبرأ غيره من كل قليل وكثير له عليه ثم ادعى بعد ذلك عليه شيأ وقال قد حدث وجوبه بعد الابراء وقال المدعي عليه بل كان قبل الابراء فالقول قوله الا أن يثبت المدعى بالبينة أنه وجب بعد الابراء وهذا بخلاف مالو قال جميع ما فى يدى مشترك بينى وبين فلان ثم قال لمتاع بعد ذلك انه حدث فى يدى بعد الاقرار فالقول قوله لانه ما وقع الاستغناء عن بيانه هناك فان مافي يده لا يعلم الا بقوله فلهذا جعلنا بيانه مقبولا فيه وأورد مسئلة الحانوت بعد هذا وأجاب

فيها أن القول قول المقر بمنزلة قوله جميع ما فى يدى بينى وبين فلان ففيه روايتان والاصح هو الاول ووجه الرواية الثانية ان إقراره تقيد بمحل خاص وهوالموجود فيالحانوت وقت اقراره فما لم يثبت هـذا القيد بالحجة لايستحقه المقر له لان وجوده فى الحانوت فى الحال دليل علي أنه كان فى الحانوت عند الاقرار باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لاللاستحقاق ولو قال فلان شريكى فى كل تجارة وأقر بذلك فلان ثم مات أحـدهما وفى يده مال فقال ورثته هذا مال استفاده من غير الشركة فالقول قولهم لانهم قائمون مقامـه ولو قال هو فى هذا الفصل لمال فى يده انه حادث فى يدى من غير الشركةوجب قبول قوله فى ذلك فكذلك يقبل قول ورثـه وان اقروا أنه كان فى يده يوم أقروا أنه من التجارة فهو من الشركة لان اقرارهم بهذا بعـد موته كاقراره به فى حياته وكذلك ان كان للميت صك باسمه على رجل بمال تاريخه قبل الاقرار بالشركة بينهما لانه أقر له بالشركة فى كل تجارة وذلك يعم العين والدين جميعا وان كان تاريخ الصك بعد الشركة فالقول قول الورثة انه ليس من الشركة لانه انما يكتب في الصك تاريخ وجوب الدين فاذا كان ذلك بعـد الاقرار ان كان هذا دينا حدث وجوبه فلا تثبت الشركة بينهما فيه والظاهر شاهد للورثة في ذلك وحاجتهم الي دفع استحقاق المقر له والظاهر يكفى لهذا . ولو قال فلان شريكى فى الطحن وفي يد المقر رحاوا بل ومتاع الطحانين فادعى المقر له الشركة فى ذلك كله فالقول قول المقر لان الطحن اسم للعمـل دون الآلات وليس من الضرورة كونه شريكا له في الآلات وكان القول قول المقر في الاول وكذلك كل عامل فى يده حانوت وفيه متاع من متاع عمله فاقر أنه شريك لفلان فى عمل كذا فهما شريكان فى العمل دون المتاع لان ثبوت الشركة بينهما باقراره انما يثبت فيما صرح به أو فيما هو من ضرورة ماصرح به . ولو قال هو شريكى في هذا الحانوت فى عمل كذا فكل شيء في ذلك الحانوت من عمل أو متاع ذلك العمل فهو بينهما لانه عين لما أقر به محـلا وهو الحانوت وذكر العمل لتقييد الاقرار بمتاع ذلك العـمل فما كان فى الحانوت من متاع ذلك العمل فقد تناوله اقراره فكان بينهما ولو كان الحانوت وما فيه في أيديهما فقال أحدهما فلان شريكى فى عمل كذا فاما المتاع فهو لى وقال الآخر بل المتاع بيننا فهو بينهما لان ثبوت يدهما على الحانوت سبب لثبوت اليد لهما علي مافى الحانوت فكان فى قوله المتاع لى مدعيا للنصف الذي فى يد صاحبه فلا يقبل قوله الا بحجة

بخلاف الاول فان الحانوت هناك فى يد المقر فما فيه يكون فى يده أيضا . ولو قال فلان شريكى فى كل زطي اشتريته وفى يده عدلان فقال اشتريت أحدهما وورثت الآخر فالقول قوله لانه قيد المقر به بالزطى المشترى فما لم يثبت هذا الوصف في محل لايتناول اقراره لذلك المحل . وكذلك لو قال هو شريكى فى كل زطى عندى للتجارة ثم قال اشتريت أحدهما من خاص مالى لغير التجارة فالقول قوله لان مجرد الشراء فى الزطى لا يجعل المشتري للتجارة بدون النية (ألا ترى) أنه لايجب فيه الزكاة اذا لم ينوبه التجارة ونية التجارة لايوقف عليها الا من جهته فاذا قيد الاقرار بما لا يوقف عليه الا من جهته وجب قبول قوله فيه ولو أقر أنهما فى يده للتجارة ثم قال هذا من خاصة مالى لم يصدق لان سبب الشركة قد تقرر فيه فلا يصدق فى اخراجه ولو قال هو شريكى فى كل زطى قدم لى من الاهواز أمس ثم أقر أن الاعدال العشرة قدمت له من الاهواز أمس وقال أحدها من خاصة مالى والآخر بضاعة فلان وقال الشريك هى كلها من الشركة فالكل من الشركة لثبوت الوصف الذى قيد الاقرار به فى جميع الاعدال باقراره الا أن العدل الذى أقر أنه بضاعة يصدق على حصته منه ولا يصدق على نصيب شريكه لان اقرار أحد الشريكين لغيره فى نصيب نفسه صحيح ويضمن لصاحب البضاعة نصف قيمة هذا العدل لانه صار متلفا باقراره السابق للمقر له بالشركة واقراره للثانى على نفسه صحيح فيصير به ضامنا وقد تقدم نظائر هذه المسئلة فيما اتفقوا عليه واختلفوا فيه ولو كان العبد بين الشريكين فاقرا به بينهما من شركتهما ثم قال أحدهما استودعناه فلان فهو مصدق على حصته غير مصدق على حصة شريكه ولا يضمن للمقر له شيئا من نصيب شريكه لان ذاك لم يكن فى يده قط والمودع فيما لم تصل اليه يده لا يصير ضامنا وما كان في يده وهو المقر النصف فقد سلمه الى المقر له واذا قال فلان شريكى فى هذا الدين الذى على فلان وقال المقر له أنت أديته بغير اذنى ولم يكن بينى وبينك شركة فان كان المقر هو الذى باع المبيع فهو ضامن لنصف قيمة المتاع لان اقراره بالشركة بينهما في الثمن اقرار منه أن الاصل كان مشتركا بينهما فان الثمن يملك بملك الاصل وهو الذى باشر البيع فيه وذلك سبب موجب الضمان عليه فى نصيب شريكه الا أن يثبت الاذن وهو ينكر الاذن فالقول قوله مع يمينه وان لم يكن فى ذكر الحق انه باعه المتاع فقال لم أبعه أنا ولكن بعناه جميعا وكتب الصك باسمى فالقول قوله لان المقر له يدعى عليه سبب

وجوب الضمان في نصيبه ببيعه بغير اذنه وهو لذلك منكر وليس من ضرورة كتبه الصك باسمه ان يكون هو المباشر للبيع فكان القول قوله لانكاره مع يمينه فان أراد المقر له أن يضمن الذي عليه الصك نصفه قيمة المتاع وقال قبضت متاعي بغير اذني وقال الذى عليه الصك مااشتريت منك شيأ باعني المتاع الذى الصك باسمه فلا ضمان له عليه لانه يدعى لنفسه عليه حقا وهو ينكره ولو ضمنه انما يضمنه باقرار المقر واقراره ليس بحجة على المشترى فلا ضمان له عليه ولكن المال الذى فى الصك بينهما كما لو أقر به وحق المطالبة لمن باسمه الصك واذا كان عبد فى يد رجل وقال هذا مضاربة لفلان معى بالنصف ثم باعه بالفين وقال كان رأس المال ألف درهم وقال رب المال دفعت العبد اليك بعينه للمضاربة فالقول قول رب المال لانه أقر بملك العبد له حين قال انه مضاربة لفلان معى هذا فان اللام للتمليك فيثبت الملك فى العبد لرب المال في اقراره والثمن يملك بملك الاصل فاذا ادعى المضارب لنفسه جزأ من ثمنه لا يقبل قوله الا بحجة فكان الثمن كله لرب المال وعليه للمضارب اجر مثله لان رب المال اقر له بذلك على نفسه فان المضاربة بالعروض فاسدة وانما يستحق المضارب بسببه اجر مثل عمله واذا اقر المضارب ان معه الف درهم لفلان مضاربة بالنصف وأنه قد ربح فيها الف درهم وقال رب المال بل راس مالى الفا درهم ففى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر رحمه الله القول قول رب المال لان المضارب يدعى استحقاق بعض ماله لنفسه فان جميع مافى يده حاصل من ماله فلا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة ثم رجع وقال المضارب مع يمينه وهو قولهما لان الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض وفى مقدار المقبوض القول قول القابض اذا لم يسبق منه اقرار بخلاف مايقوله الآن فكان عليه رد ما أقر بقبضه من رأس ماله والباقى ربح بينهما نصفين ولو قال هذا المال معي مضاربة لفلان ثم قال بعد ذلك فهو لفلان وادعى كل واحد منهما انه له مضاربة بالنصف ثم عمل به المضارب فربح فيه فانه يدفع رأس المال الى الاول ونصف الربح ويدفع الآخر مثل رأس المال غرما من ماله ولا يضمن له من الربح شيأ هذا قول أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمن لكل واحد منهما قدر راس ماله والربح كله له يتصدق به واصل المسئلة فى كتاب المضاربة ان المضارب اذا جحد ثم أقر وتصرف وربح كان الربح بينهما على الشركة عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الربح كله للمضارب فهنا الاول لما تقدم اقرار

المضارب له ثبت حقه وصار كالثابت بالمعاينة ثم باقراره للثانى صار جاحدا لحق الاول وانما هو تصرف وربح بعد جحوده فيكون نصف الربح للاول عند أبي يوسف رحمه الله وجميع الربح للمضارب عند محمد رحمه الله ولكنه بسبب جلبه فيتصدق به ويغرم لكل واحد منهما نصف رأس ماله أما للاول فغير مشكل وأما للثانى فلاقراره بانه كان أمينا من جهته وقد دفع الامانة الى غيره وباقراره صار ضامنا له واذا أقر أن المال مضاربة فى يده لفلان وفلان وصدقاه ثم قال بعد ذلك لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث لم يصدق وهو بينهما نصفان لان مطلق الاضافة اليهما يقتضى المناصفة بينهما وكان بيانه بعد ذلك مغيرا فيصح موصولا لامفصولا ولو أقر المضاربان بمال فى أيديهما انه مضاربة لفلان وصدقهما فى ذلك ثم أقر رب المال لاحدهما بثلث الربح وللآخر بربعه فالقول قوله لانه ليس من ضرورة تصديقه اياهما الاقرار بشئ معلوم لهما من الربح والمساواة بينهما فى الربح بل لكل واحد منهما مايستوجب الربح عليه بالشرط فيكون القول قوله فى بيان شرط كل واحد منهما واذا أقر بمضاربة لرجل ولم يسمها فالقول قوله فيما يسمى من ذلك لانه جهل المقر به فالقول فى بيانه قوله وان مات فالقول قول وارثه لانه خلف عنه قائم مقامه والله أعلم

باب الاقرار بالبراءة وغيرها

(قال رحمه الله) واذا قال الانسان لاحق لى على فلان فيما أعلم ثم أقام البينة أن له عليه حقا مسمى قبلت بينته وليست هذه البراءة بشئ لانها بقوله فيما أعلم وقد بينا أن هذا اللفظ فى الاقرار يخرجه عن أن يكون موجبا فكذلك فى البراءة والاقرار بها ولم يذكر قول أبي يوسف رحمه الله هنا فقيل هو على الخلاف أيضا وقيل بل أبو يوسف رحمه الله يفرق بينهما ويقول ان بانتفاء حقوقه عن الغير لاطريق له الى معرفته حقيقة فقوله فيما أعلم فى هذا الموضع لنفى اليقين كما فى الشهادة وأما وجوب الحق للغير عليه فلابد أن يعرفه بمعرفة سببه حقيقة فلم يكن قوله فيما أعلم للتشكيك فيه . وكذلك لو قال فى علمى أو فى نفسى أو فى ظنى أو في رأيي أو فيما أرى أو فيما أظن أو فيما أحسب أو حسابي أو كتابي لان هذه الالفاظ انما تذكر لاستثناء اليقين فيما يقرر به كلامه من أن يكون غريما أو موجبا للبراءة . ولو قال قد علمت أنه لاحق لي قبل فلان لم تقبل منه بينة الا بتاريخ بعد الاقرار بالبراءة وكذلك لو قال قد

استيقنت لان ذكر هذين اللفظين لتأكيد معنى العلم واليقين بما يخبر به فان قوله قد علمت خبر عن الماضي وقد يقرره به للتأكيد ولو أطلق الاقرار بالابراء لم يسمع منه دعوى الا بتاريخ بعده فاذا أكد بما يقرن به أولى . واذا قال لاحق لى عليك فاشهد لى عليك بالف درهم وقال الآخر أجل لاحق لك على ثم أشهد له بالف درهم والشهود يسمعون ذلك كله فهذا باطل ولا يلزمه منه شئ ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه لانه بما تقدم من تصادقهما على انتفاء حقه عنه تبين أن المراد به الزور والباطل وماليس بواجب لا يصير بالاشهاد واجبا واذا علم الشهود انتفاء وجوب المال حقيقة لا يسعهم أن يلزموه بشهادتهم شيأ (ألا ترى) أنه لو فعل ذلك بين يدى القاضى لم يكن للقاضى أن يقضى عليه بشئ فكذلك لا يسع الشهود أن يشهدوا به عليه . واذا أقر الرجل أن لفلان عليه الف درهم تلجئة فقال الطالب بل هو حق فان كان المقر له لم يقر بانه تلجئة فالمال لازم للمقر لان قول المقر تلجئة كالرجوع منه عن الاقرار فان ظاهر قوله على اقرار حق لازم وما يكون تلجئة فهو باطل ورجوعه عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا الا أن يصدقه المقر له بذلك فحينئذ هو مثل الاول لانهما تصادقا على أن الاقرار كان زورا والاقرار بالزور لا يوجب على المقر شيأ وكذلك لو قال اشهدوا أن لفلان على الف درهم زورا وباطلا وكذبا فقال فلان صدق في جميع ما قاله لم يلزمه شيء فان قال صدق فى المال وكذب فى قوله زورا وباطلا أخذته بالالف لما بينا وعلى هذا لو أقر أنه باع داره من فلان بالف درهم تلجئة لزم المقر البيع اذا كذبه المقر له فى قوله تلجئة وان صدقه فى جميع ما قال فهو باطل وان قال صدق فهو باطل أيضا لان مطلق التصديق ينصرف الى جميع ما أقر به اذا لم يخص فيه شيأ . ولو قال لفلان علي ألف درهم فقال فلان مالى عليك شيء فقد برئ المقر مما أقر به لانه كذبه فى الاقرار ولانه صار ميراثا له لان قوله مالى عليك شيء يحتمل أنه أراد مالي عليك شيء فى الحال لانى أبرأتك ويحتمل أن يكون مراده ما كان لي عليك شيء ومن ضرورة نفي حقه فى الماضى نفيه فى الحال فان أعاد الاقرار وقال بل لك على ألف درهم فقال المقر له أجل هى لى عليك لزمته أما على الطريق الاول فلان الاقرار بطل بالتكذيب فصار كالمعدوم بقى اقراره الثانى وقد صدقه فيه وعلى الطريق الثانى الابراء انما يعمل فيما كان واجبا وقت الابراء فاما فيما يجب بعده بسبب باشره فلا يعمل فيه ذلك الابراء والاقرار سبب لوجوب المال في الحكم فلا يبطل بالابراء السابق . ولو أقر بهذه الجارية لفلان

غصبها اياه فلان وليست هـذه لى بطل اقراره بالرد فان ادعاها المقر له وقعت اليـه لما بينا أن الاقرار الاول صار كالمعدوم فكانه انشأ الاقرار الآن وصدقه المقر له. ولو قال هذا العبد لك فقال ليس هو لى ثم قال بلى هو لي لم يكن له لان الاقرار قد بطل بالتكذيب ولم يوجد اقرار آخر فكذلك لو أقام البينة عليه لم تقبل بينته لان شرط قبول البينة دعوى صحيحة وبعد ماقال ليس هو لى لا يصح دعواه انه له لكونه مناقضا فيه فلا تقبل بينته عليه . وكذلك لو أقر أنه برىء من هذا العبد ثم ادعاه وأقام البينة لا تقبل بينته الا علي حق يحدث له بعد البراءة لان قوله أنا برىء من هذا العبد اقرار منه بانه لا ملك له فيه وهو صحيح فى حقه لانه لا يتعدى عن محل ولايته الى غير ولايته وبالدعوى بعد ذلك أنه لى يصير مناقضا وبينة المناقض فى الدعوى لا تكون مقبولة وكذلك لو قال خرجت من العبد أو خرج هـذا العبد عن ملكى أو عن يدى لان اقراره بهذا مقصور علي محل ولايته لا يتعدى الى اثبات الملك فيه لغيره فأقيم به وحـده فيكون هو في الدعوى بعد ذلك مناقضا وقيل هـذا الجواب فى قوله خرج عن يدى غير صحيح لانه يمكنه أن يوفق فيقول هو ملكى وقد خرج عن يدى بغصب ذى اليد أو اعارتى منه فلا يثبت التناقض واذا قال الرجل للمرأة انى أريد أن أشهدانى قد تزوجتك بالف درهم تزوجا باطلا وتلجئة وقالت المرأة نعم أنا أفعل هـذا علي هذا الوجه وقد حضر الشهود هذه المقالة ثم أشهد أنه قد تزوجها بألف درهم وأقرت المرأة بذلك فالنكاح جائز لازم لهما لان بالاشهاد السابق تبين أن مقصودهما بهذا العقد الهزل دون الجد وفى النكاح الجد والهزل سواء كما ورد به الاثر ثلاث جدهن جد وهزلهن جـد النكاح والطلاق والعتاق ولان تأثير التلجئة انعدام ضامنها بالعقـد النافذ بمنزلة اشتراط الخيار ولا يشـترط الخيار فى النكاح فكذلك التلجئة ولانه انما تؤثر التلجئة فيما هو محتمل للفسخ بعد تمامه والنكاح غير محتمل للفسخ بعد تمامه ولهذا لا يجرى فيه الرد بالعيب ولا يؤثر فيه التلجئة وكذلك الطلاق والعتاق على مال وغير مال والخلع والمال واجب فيما سمى فيـه المال لانه تبع للسبب فكما لا تؤثر التلجئة فى أصـل السبب فكذلك لا تؤثر فيما يتبعه كالهزل وأما الكتابة على هـذا الوجه فباطلة بمنزلة البيع لانه محتمل للفسخ بعد انعقاده كالبيع . ولو قال أريد أن ألجىء اليك دارى هـذه واشهد عليـك بالبيع وقبض الثمن تلجئـة منى اليك لا حقيقـة وقال الآخر نعم فاشهد له بالبيع وقد حضر الشهود تلك المقالة فان أبا حنيفة رحمـه الله قال فيما أعلم يقع البيع

والمقالة التي كانت قبله باطلة وقال أبو يوسف رحمه الله البيع باطل على الكلام الاول ومعنى قوله ألجيء أى أجملك ظهرا لى لأتمكن بجاهك من صيانة ملكي يقال التجأ فلان الى فلان وألجأ ظهره الى كذا والمراد هذا المعنى وقيل معناه أنا ملجأ مضطر الى ما أباشره من البيع معك ولست بقاصد حقيقة البيع ثم صحح أبو يوسف رحمه الله روايته على أبي حنيفة رحمه الله بقوله فيما أعلم لان الرواية عن الغير كالشهادة وهذا اللفظ شك فى الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله ولكن روى المعلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أن البيع جائز مطلقا وروى محمد رحمه الله فى الاملاء عن أبي حنيفة رحمه الله أن البيع باطل وهو قولهما والحاصل أنهما اذا تصادقا أنهما بنيا على تلك المواضعة فلا بيع بينهما كما ذكره فى البيع نصا وان تصادقا انهما أعرضا عن تلك المواضعة فالبيع صحيح بالاتفاق لان تلك المواضعة ليست بلازمة ولا تكون أقوى من المعاقدة ولو تبايعا بخلاف الاول كان الثانى مبطلا للاول فاذا تواضعا ثم تعاقدا أولى واذا اختلفا فقال أحدهما بنينا على تلك المواضعة وقال الآخر بل أعرضنا عنها فعندهما القول قول من يدعى البناء على المواضعة ولا بيع بينهما لان الظاهر شاهد له ولانا نجعل كأن أحدهما أعرض عن تلك المواضعة والآخر بنى عليها وتلك المواضعة بمنزلة اشتراط الخيار منهما ولو شرطا الخيار ثم أسقطه أحدهما لم يتم البيع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاصل فى العقود الشرعية الصحة واللزوم فمن يقول لم نبن على تلك المواضعة يتمسك بما هو الاصل فالقول قوله وتوضيحه أن تلك المواضعة ليست بلازمة بل ينفرد أحدهما بابطالها فاعراض أحدهما عن تلك المواضعة كاعراضهما وان تصادقا على أنه لم يحضرهما نية عند العقد فعندهما وهو رواية محمد عند أبي حنيفة رحمهما الله البيع باطل لانهما ما قصدا بالمواضعة السابقة الا بناء العقد عليها فيجعل كانهما بنيا وعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله البيع صحيح لان مطلقه يقتضى الصحة والمواضعة السابقة لم يذكرها فى العقد فلا يكون مؤثرا فيه كما لو تواضعا على شرط خيار أو أجل ولم يذكرا ذلك فى العقد لم يثبت الخيار ولا الاجل فهذا مثله ولو قال أشهد لى عليك بالف درهم على أنها باطل أو على انك منها برىء ففعل لم يكن عليه شيء منها لان نفوذ الاقرار يعتمد تمام الرضا ولهذا كان الاكراه مانعا صحة الاقرار فهو والبيع سواء بخلاف النكاح ولو قال لامرأة انى أمهرك ألف درهم فى السر واظهر فى العلانية الفين واشهد على ذلك فالمهر لها الف درهم لانهما تصادقا أن ما زاد على الالف سمياه

سمعة وباطلا فلا يكون ذلك موجبا . ولو تواضعا على أن المهر فى السر الف درهم وانهما يظهر ان العقد بمائة دينار سمعة ففعلا ذلك فلها مهر مثلها لان ماتواضعا عليه لم يذكراه في العقد وثبوت المسمى انما يكون بالتسمية وما سمياه فى العقد يقصدان به السمعة فبقى النكاح خاليا عن تسمية مهر المثل وكذا لو قالا هذا فى البيع وأما فى الالف درهم والمائة دينار ففى القياس البيع باطل لو لم يسميا ثمنا وفى الاستحسان البيع صحيح بمائة دينار لانهما قصدا تصحيح أصل العقد وانما قصدا السمعة فى الثمن ولا يمكن تصحيح أصل العقد هنا الا باعتبار الثمن المسمى فيه وأما فى النكاح فتصحيح أصل العقد من غير اعتبار المهر المسمى فيه ممكن ولو كان هذا الالف والالفان فى البيع وقال أبو يوسف فيما أعلم عند أبى حنيفة رحمه الله البيع بالفين وهكذا رواه المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله وروى محمد رحمه الله فى املائه عن أبى حنيفة رحمه الله أن البيع صحيح بألف درهم وهو قولهما لانهما قصدا السمعة بذكر أحد الالفين ولا حاجة فى تصحيح البيع الى اعتبار تسميتهما الالف الثانية فهذا والنكاح سواء * وجه الرواية الاخرى عن أبى حنيفة رحمه الله أن البيع لا يصح الا بتسمية الثمن فاذا وجب اعتبار بعض المسمى وجب اعتبار كله كما فى اختلاف الجنس بخلاف النكاح وقيل هذا ينبنى على أصل أبى حنيفة رحمه الله أن الالفين غير الالف ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بالالف والآخر بالالفين لم يقبل عنده فهو واختلاف الجنس سواء على مذهبه ولكن هذا ينصف بالنكاح والله أعلم

باب الاقرار بالجناية

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أقر بقتل رجل خطأ وقامت البينة به علي آخر وادعى الولى ذلك كله كان له علي المقر نصف الدية ولا شئ له علي الآخر لان المقر قد أقر له بدية كاملة حين زعم انه تفرد بالقتل وقد صدقه فى النصف حين زعما أنهما اشتركا فى القتل وتصديقه في بعض ماأقر به صحيح فان الشهود شهدوا له على الآخر بدية كاملة وهو قد ادعى عليه نصف الدية والشهادة بالاكثر مما ادعاه المدعى لاتكون مقبولة لمعنى وهو أنه صار مكذبا لشهوده فى بعض ما شهدوا له وتكذيب المدعى شهوده يبطل شهادتهم وصار مكذبا للمقر أيضا فى بعض ماأقر به ولكن تكذيب المقر له فى البعض لايمنعه من التصديق في

البعض ولو ادعى الولي ذلك كله على المقر كان عليه الدية في ماله لانه قد صدقه في جميع ماأقر به ولكن ماثبت بالاقرار لاتعقله العاقلة للحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل صلحا ولاعمدا ولا عبدا ولا اعترافا وهذا لان قول المقر حجة على نفسه خاصة دون عاقلته ولوادعى ذلك كله على الذى قامت عليه البينة كانت الدية على عاقلته لانه صار مكذبا للمقر فبطل اقراره وبقيت دعواه على الذى شهد له الشهود وقد ثبت عليه قتل الخطأ بالبينة فتكون الدية على عاقلته ولو أقر رجل أنه قتل فلانا عمدا وحده وأقر آخر بمثل ذلك وقال الولى قتلتماه جميعا كان له أن يقتلهما لان كل واحد منهما صار مقرا له على نفسه بالقصاص وقد صدقه في ذلك ثم قد بينا أن الاسباب مطلوبة لاحكامها فبعد ما وجد التصادق فى الحكم لا يعتبر التفاوت بين الاقرار والتصديق فى السبب. ولو قال لاحدهما أنت قتلته كان له أن يقتله لانه كذب الآخر فى اقراره فبطل ذلك الاقرار وبقى الاقرار الثانى وقد صدقه فيه ولو قال صدقتما فيه ولا يتصور تكرار القتل بهذه الصفة من شخصين على واحد فكان فى تصديق الا كثر منهما انه قتله وحده تكذيب الاصغر وكذلك فى تصديقه الاصغر انه قتله وحده تكذيب الا كبر فلهذا لايقبل واحد منهما ولو أقر أحدهما انه قتله عمدا وقامت البينة بمثل ذلك على آخر فادعى الولي أحدهما كان له أن يقتل المقر لانه صدقه فيما أقر له به من القصاص ولا شئ له على الآخر لانه ادعى عليه قتلا مشتركا والشهود شهدوا عليه بقتل انفرد هو به فكانت الشهادة أزيد من الدعوى ولان التفاوت بين الدعوى والشهادة فى السبب يمنع قبول الشهادة كما لو ادعى الفا غصبا وشهد له الشهود بالف قرض بخلاف الاقرار والله أعلم بالصواب

باب من الاقرار

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل انه اقتضى من فلان الف درهم فقال فلان ما كان لك علي شئ ولكنك أخذتها منى ظلما أمر القاضي بردها وقد بينا هذا مرة وأعدناها لفروع نذكرها هنا وهو انه لو قال قبضتها بوكالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فأمرنى فقبضتها ودفعتها اليه كان ضامنا للمال واقراره بالقبض لغيره في حق صاحبه كاقراره بالقبض لنفسه لان الضمان انما ينتفى عنه فى الفصلين بثبوت المال له على صاحب المال ولمن يدعى أنه قبض

له ولم يثبت ذلك بدعواه فكان ضامنا للمال واذا أقر أن لفلان على الف درهم وجحد ذلك فلان وادعى الطالب أن المال علي المقر وحده فانه يلزم المقر من ذلك النصف لان اضافة الالف الى نفسه والى غيره موجبة للانقسام فصار مقرا بنصفه علي نفسه وبنصفه على الآخر (ألا ترى) أن الآخر لو صدقه كان علي كل واحد منهما نصفها فاذا كذبه بطل ما أقر به عليه وبقي مؤاخذا بما أقر به على نفسه وهو النصف وكذلك ان أقر بمثله من غصب أو وديعة أو مضاربة أو قتل خطأ أو جراحة فهذا والاول سواء لما بينا . ولو أقر انه قطع يد فلان هو وفلان عمدا وجحد فلان ذلك وادعى الطالب أن المقر قطعه وحده لم يلزمه شئ في القياس لانه أقر له على نفسه بنصف الارش فان اليدين لا يقطعان بيد واحدة عندنا ولكن على كل واحد من المالين بنصف الارش والمدعى يدعى عليه القصاص فكان مكذبا له فيما أقر به مدعيا عليه شيأ آخر ولكن استحسن فقال له عليه نصف أرش اليد وهذا نظير ماقال فى كتاب الديات اذا قال قتلت ولى هذا عمدا فقال بل قتلته خطأ تقضى بالدية استحسانا لانه يمكنه أن يأخذ ماأقر به مع اصراره على الدعوى بأن يقول حق فى القصاص ولكنه طلب منى أن آخذ المال عوضا عن القصاص وهذا جائز وكذلك هنا يمكنه أن يأخذ ما أقر به وهو نصف الارش مع اصراره على دعوى القصاص بهذا الطريق ولو كان هذا فى النفس كان له أن يقتل المقر خاصة لان المثنى يقتل الواحد وقال والقياس في النفس هكذا أن لا يستوفى المثنى بالواحد لان القصاص يعتمد المماثلة والواحد لا يكون مثلا للمثنى وكيف يكون مثلا لهما وهو مثل لكل واحد منهما وكنا تركنا القياس فى النفس لحديث عمر رضى الله عنه انه قتل سبعة من أهل صنعاء بواحد وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به وهذا القياس والاستحسان لم ينص عليه فى المبسوط الا هنا ولو قال أقرضنى انا فلان الف درهم لزمه النصف لما بينا أنه أقر على نفسه بنصف المال قال (ألا تري) انه لو قال لفلان على ألف درهم وفلان ثم قال عنيت الآخر معي فى الدين لم يصدق على ذلك وكان الدين لهما عليه نصفين فكان بمنزلة قوله لفلان وفلان علي الف درهم ووقعت هذه المسئلة فى أكثر الروايات انه قال لفلان على الف درهم ولفلان ولكن الاصح هو الاول لانه قال بعده ولو قال لفلان علي الف درهم ولفلان كانت الالف بينهما نصفين واذا أقر أن لفلان عليه الف درهم ثم قال بعد ذلك لاحدهما ستمائة وللآخر أربعمائة لم يصدق الا أن يصل كلامه لان

مقتضى أول كلامه المناصفة بينهما فكان بيانه مغيرا ولكنه من محتملات كلامه فيصح موصولا ولا يصح مفصولا الا انه اذا فصل فعليه للذى أقر له باربعمائة خمسمائة لانه راجع عن الاقرار له فى قدر المائة وعليه للآخر ستمائة لانه أقر له في بيانه بمائة زائدة وذلك صحيح منه على نفسه ولو قال أقرضنى فلان ألف درهم مع فلان كانت الالف لهما بمنزلة مالو قال أقرضنى فلان مع فلان ألف درهم لان كلمة مع للقران فيوجب الجمع بينهما كحرف الواو ولو قال أقرضني فلان ألف درهم عند فلان كانت الالف الاول لانه ما اشرك الثانى مع الاول في الاقراض وانما أخبر أن الاقراض من الاول كان بالقرب من الثانى. ولو قال أقرضنى وفلانا معى الف درهم كان عليه من ذلك خمسمائة لانه ذكر فلانا منصوبا فذلك دليل على أنه فى محل المفعول كالمقر وان المقر له أقر فيهما جميعا بالالف فلهذا كانت عليه خمسمائة ووقع فى بعض النسخ وفلان معى والاصح هو الاول وان قال أقرضنى وفلانا معى شاهدا على ذلك فلان الف درهم كانت الالف عليه وحده لانه ذكر للثانى خبرا وهو انه كان شاهدا فلا يدخل معه فيما أخبر به من الاستقراض فانما يكون مقرا على نفسه خاصة باستقراض الالف وكذلك قوله وفلان معى حالين والله أعلم

باب اقرار الوصى والوكيل بالقبض

(قال رحمه الله) واذا أقر الوصي انه قد استوفى جميع ما للميت على فلان ولم يسم كم هو صح اقراره فى براءة الغريم لانه فى الاستيفاء قائم مقام الوصي فاقراره به كاقرار الموصي بالاستيفاء منهما صحيح لان الحاجة الي بيان المستوفى فيما يحتاج فيه الى القبض وما تم استيفاؤه لايحتاج فيه الي القبض فترك البيان لا يمنع صحة الاقرار. ولو قال بعد ذلك انما قبضت منه مائة درهم وقال الغريم كان للميت على الف درهم وقد صح فيمنعه ذلك من أن يطالبه بشيء بعد ذلك ولان بيان المقدار من الوصي للمستوفي غير مقبول فى حق الغريم لانه لاولاية له عليه فى أن يلزم ذمته شيأ وقد استفاد البراءة باقراره مطلقا ولكن لاضمان على الوصى أيضا لان قول الغريم فى بيان مقدار الدين غير مقبول فى الزام الضمان على الوصي فان اقرار المرء انما يصح فيما يلزم نفسه لاغيره وهو بهذا الاقرار لايلزم نفسه وانما يلزم الوصي فلا

معتبر باقراره ولكن القول في مقدار المقبوض قول الوصي معه فان قامت البينة أن للميت على الغريم الف درهم أو قامت البينة على اقرار الغريم بذلك قبل إشهاده بالقبض فالوصي ضامن لها لانه قد أقر بقبض جميع ماللميت على فلان وقد ثبت بالبينة أنه كان للميت على فلان يومئذ الف درهم فانصرف اقراره بالقبض الى جميعها فان قال بعد ذلك قبضت مائة كان راجعا عن بعض ما أقر به وذلك غير صحيح منه فيصير ضامنا بجحوده ولانه ان قبض المائة فقد تعذر باقراره استيفاء مابقي من الغريم وصار هو متلفا لذلك على اليتيم والوصي بالاتلاف يصير ضامنا والمنع من الاستيفاء كاتلاف المستوفى ايجاب الضمان (ألا ترى) أن شهود الابراء اذا رجعوا ضمنوا لانهم منعوه من الاستيفاء بشهادتهم فصاروا متلفين عليه والوكيل فى القبض في هذا بمنزلة الوصي لان الموكل أقامه مقام نفسه فى القبض فاقراره بالقبض مطلقا كاقرار الموكل به فاذا قال الوصي قبضت جميع ماللميت على فلان وهو مائة درهم فقال فلان كان على الف درهم وقد قبضها الوصي فقال الوصي انما قبضت مائة فانه يؤخذ من الغريم تسعمائة لان الالف عليه قد ثبت باقراره والوصي ماأقر الا بقبض مائة لانه فسر مطلق اقراره موصولا بكلامه والكلام المطلق اذا اتصل به تفسير كان الحكم لذلك التفسير فكانه قال قبضت مائة درهم منه بخلاف الاول فان هناك لم يفسر اقراره المبهم بشئ فكان المعتبر مانص عليه وهو متناول لجميع ما كان واجبا على الغريم قال ولا يصدق الوصي أن جميع ما عليه مائة وكذلك الوكيل فى هذا بخلاف الطالب وانه لو أقر انه قبض جميع ماله على فلان فالمطلوب برئ من جميع الالف لان اقرار الطالب بقبض جميع ماله على فلان وتفسيره ذلك بالمائة كلام صحيح معتبر فانه ان كان الواجب ألفا يكون هو مبرئا عن الزيادة بهذا والابراء من صاحب الحق صحيح بخلاف الوصي والوكيل فان ابراءهما لا يكون صحيحا فلا يعتبر قولهما فى اسقاط مازاد على المائة اذا فسرا اقرارهما بالمائة موصولا (توضيح الفرق) أن الطالب صار رادا لاقرار المقر فيما زاد على المائة بقوله ان جميع مالى عليه مائة ورد الاقرار منه صحيح فاما الوصي والوكيل فرد الاقرار منهما باطل وقد ثبت باقرار الغريم وجوب جميع الالف عليه وهما أقرا بقبض المائة فبقي الغريم مطالبا بتسعمائة ولو أن الوصي باع خادما للورثة وأشهد أنه قد استوفى جميع ثمنها وهي مائة درهم وقال المشترى بل كانت بمائة وخمسين فلا شئ على المشترى لأن الوصي فى الاقرار بالاستيفاء هنا بمنزلة صاحب الحق

لان وجوب الثمن بعقده وفيما يجب فى العقد العاقد كالمالك ولهذا صح ابراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو فى الاستيفاء كالمالك بالاتفاق . ولو كان المالك هو الذى باع وأقر بالاستيفاء بهذه الصفة كان المشترى بريئا عن جميع الثمن وكذلك الوصى ولكن لا يصدق المشترى علي الوصى في الزام الزيادة بل القول قول الوصي فى مقدار الثمن لان المشترى لا ولاية له على الوصى فى الزام ذمته شيأ والوصي في المقبوض أمين فالقول فى مقداره قوله مع اليمين وهذا لان المشترى بين الثمن بالاقرار بعد فراغ ذمته من الثمن وولاية بيان المقدار له حال اشتغال ذمته باليمين لا بعد الفراغ منه كالبائع واذا أقر بقبض الثمن فقد استقل ببيان مقداره ولا يقبل قوله فى حق الشفيع بخلاف ما قبل اقراره بالقبض والوكيل والمضارب في هذا بمنزلة الوصي ولو أقر الوصى أنه استوفى من المشترى مائة درهم وهى جميع الثمن وقال المشترى بل الثمن مائة وخمسون فللوصى أن يطالبه بالخمسين لانه أقر بقبض المائة فقط وقوله وهى جميع الثمن كلام لغو ولما ثبت باقرار المشترى أن الثمن مائة وخمسون كان له أن يطالبه بالفضل بخلاف الاول فقد أقر هناك بقبض جميع الثمن أولا وذلك كلام معتبر منه فليس له أن يطالب المشترى بشىء بعد ذلك قال . وكذلك لو باع صاحب المال مال نفسه وفى هذا بعض اشكال فنى قوله وهى جميع الثمن معنى الحط لما زاد علي المائة فينبغى أن يكون له أن يطالبه بالفضل ولكن يقول الحط والابراء تصرف فى الواجب بالاسقاط وان كان أصل الوجوب لا يكون تصرفا فى الواجب كانكار الزوج لاصل النكاح لا يكون تصرفا فى النكاح بالطلاق وقد ثبت باقرار المشترى أن الثمن مائة وخمسون وكان له أن يطالبه بالفضل ولو أقر الوصى انه قد استوفى جميع ما للميت على فلان وهو مائة درهم فقامت البينة أنه كان له مائتا درهم فان الغريم يؤخذ بالمائة الفاضلة ولا يصدق الوصى على ابطالها لان وجوب المال هنا لم يكن بعقد الوصي فلا قول له الا فيما يرجع الى الاستيفاء وقد أقر بأن المستوفى مائة درهم موصولا بكلامه وقد ثبت بالبينة أن المال مائتا درهم وكان الغريم مطالبا بالباقي بخلاف ما سبق فان وجوب المال هناك بعقد الوصى فكان قول الوصى قولا مطلقا فيما يرجع الى براءة المشتري فاذا أقر بقبض الجميع أولا صح اقراره فى براءة المشترى ولو أقر الوصى أنه قد استوفى جميع ما للميت عند فلان من وديعة أو مضاربة أو شركة أو بضاعة أو عارية ثم قال الوصى بعد ذلك انما قبضت مائة درهم وقال المطلوب قبض الوصى ألف درهم

وقامت البينة على ذلك فالوصى ضامن لذلك كله لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا قبض الوصى الالف ثم جحد قبض ما زاد على المائة كان ضامنا فكذلك اذا ثبت بالبينة وان لم تقم البينة علي هذا فالمطلوب غير مصدق على الوصى بل القول قول الوصي فى مقدار المقبوض لانه أمين فيقبل قوله مع اليمين ولكن لا يرجع الوصي على المطلوب بشيء لانه كان أمينا فيما فى يده فيقبل قوله فى دفعه الى الوصي فى براءة نفسه عن الضمان بخلاف ما تقدم من الدين فانه ضامن لما فى ذمته (ألا ترى) انه لو لم يسبق الاقرار من الوصى بالاستيفاء لكان القول فى الأمانات قول الامين فى الدفع وفى الديون فى الايفاء فكذلك بعد اقرار الوصى ولكن قول الامين مقبول فيما هو عليه وذلك براءة نفسه عن الضمان لا لايجاب الضمان على الوصى والوكيل بالقبض فى هذا كالوصى واذا أقر الوصي أنه قبض كل دين للميت على الناس فجاء غريم للميت وقال دفعت اليك كذا وقال الوصى ماقبضت منك شيأ وما علمت أن للميت عليك شيأ فالقول قول الوصى لان اقراره بالقبض هنا باطل فان الموصي لو أقر بهذا بنفسه كان باطلا منه لان المقر له بالقبض مجهول وجهالة المقر له متى كانت فاحشة كانت تابعة صحة الاقرار ولو قامت البينة علي أصل هذا الدين لم يلزم الوصى منه شيء لانه لم يقر بقبض شيء من رجل بعينه ومعناه ما بينا أن الاقرار بالقبض بمنزلة الاقرار بالدين للغريم فان المقبوض يصير مضمونا علي القابض للغريم ثم يصير قصاصا بماله عليه واقراره بالدين للمجهول باطل فكذلك اقراره بالقبض من المجهول وكذلك لو قال قبضت كل دين لفلان بالكوفة فهو باطل لجهالة المقر له والوكيل فى هذا بمنزلة الوصى واذا أقر الوصى أنه قد استوفى ما على مكاتب فلان المائة وهو مائة درهم والمكاتب معروف يدعى ذلك ويقول قبضت منى الف درهم وهى جميع مكاتبتى فالقول قول الوصى فى المائة ويلزم المكاتب تسعمائة لان وجوب هذا الدين لم يكن بعقد الوصى وقد فسر اقراره بالمائة بكلام موصول وانما يصير مقرا بقبض المائة ويبقى المكاتب مطالبا بتسعمائة لان دعواه الايفاء غير مقبولة بغير حجة وان أقر الوصى بقبض المكاتبة منه ولم يسم شيأ عتق المكاتب لان حق الاستيفاء الى الوصي فاقراره بالاستيفاء مطلقا يوجب براءة ذمة المكاتب كاقرار الوصى به فان قامت البينة أن أصل المكاتبة ألف درهم أو ان المكاتب أقر بذلك قبل أن يشهد الوصى بالقبض فالوصى ضامن لجميع الالف لان الاقرار بالقبض مطلقا ينصرف الي جميع

بدل الكتابة وقد ثبت بالبينة أن جميع بدل الكتابة الف درهم فكانه أقر بقبض ذلك مفسرا ولو أقر الوصى أن المكاتبة الف درهم وقال قبض الميت منها تسعمائة في حياته وقبضت أنا مائة بعد موته وقال المكاتب بل قبض مني الالف كلها فالمكاتب حر لاقرار الوصى بقبض مبرئ فى جميع بدل الكتابة فان قامت البينة للمكاتب على اقرار الوصى انه قد استوفى جميع ما كان علي المكاتب والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فتكون الالف كلها على الوصى فى ماله بعد أن يحلف الورثة مايعلمون أن الميت قبض منها تسعمائة لان الوصى يدعي عليهم مالو أقر به لزمهم فيستحلفون عليه عند انكارهم ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان قيل كيف تصح هذه الدعوى من الوصي وقد قامت البينة على اقراره باستيفاء جميع ماعلى المكاتب قلنا لان اقراره بهذا محتمل يجوز أن يكون هو المباشر للاستيفاء ويجوز أن يكون الميت مباشر الاستيفاء بعضه فيضيف الوصي الاستيفاء لنفسه على معنى أن فعله متمم لاستيفاء بدل الكتابة وموجب عتق المكاتب فلا يمنعه ذلك من دعواه أن الميت قد استوفى البعض والوكيل فى قبض بدل الكتابة فى هذا كالوصى وعلى هذا لو أقر الوصى انه استوفي ما كان على فلان من دين الميت فقال الغريم كان له علي الف درهم فدفعتها اليك وقال الوصى كان له عليك الف درهم ولكنك أعطيته خمسمائة ودفعت الى خمسمائة بعد موته فعلى الوصى جميع الالف لاقراره بالاستيفاء ولكنه يحلف الورثة على ماادعى من قبض الميت نفسه والاشكال فى هذا كالاشكال في الاول وقد ظن بعض مشايخنا رحمهم الله ان وضع المسئلة فى الفصلين فيما اذا انضاف فعل الاستيفاء الى نفسه ولكنه أقر بفعل مالم يسم فاعله فقال قد استوفى جميع ماعلي فلان وهذا غلط لانه لا يلزم الوصى جميع المال لانه ليس مقبول القول فيما يخبر به من الوصول اليه اذا لم يسبق منه بخلاف مالو أقر الوصي انه قد استوفى مالفلان الميت على الناس من دين استوفاه من فلان ابن فلان وقامت البينة أن للميت علي رجل ألف درهم فقال الوصى ليست هذه مما قبضت فانها تلزم الوصى وكل من قامت عليه بينة أن للميت عليه مالا فانه يلزم الوصى ذلك لانه أقر بالقبض من رجل بعينه واقراره للمعلوم بالمجهول صحيح كما أقر به وقد أقر بقبض جميع ديون الميت من هذا الرجل وصحة القضاء من المتبرع كصحته ممن هو عليه ولو أقر بقبض جميع ما للميت عليه كان ضامنا لكل مايثبت للميت عليه بالبينة فكذلك هذا بخلاف ماسبق فان اقراره بالقبض هنا من المجهول وذلك باطل وكذلك الوارث يكتب على الوارث

البراءة من كل ميراث ويكتب اليه عجلت نصيبك من كل شئ تركه الميت على الناس فهو جائز عليه وان لم يسمه لانه أقر بالاستيفاء من معلوم وهو الوارث الذى عجل له ذلك والاقرار بالمجهول للمعلوم صحيح ولو أقر الوصى انه قبض جميع مافى منزل فلان من متاعه وميراثه ثم قال بعد ذلك هو مائة درهم وخمسة أثواب وأقام الورثة البينة انه كان في منزل فلان يوم مات الف درهم ومائة ثوب لم يلزم الوصي أكثر مما أقر به لانه أمين فى المقبوض فالقول فى بيانه قوله وليس من ضرورة كون الزيادة في منزله عند الموت قبض الوصى لذلك فما لم يشهد الشهود أن الوصى قبض ذلك لا يصير ضامنا وهذا بخلاف ماتقدم من الدين لان اقراره بالقبض هنا مطلقا موجب براءة المشترى عن الكل فقول الوصى متلف لما زاد علي القدر الذي بينه مفصولا وهنا اقراره بقبض جميع ما في المنزل مطلقا لا يوجب اتلاف شئ من الاعيان وقوله فى بيان ما وصل اليه مقبول لما بينا فلا يكون هو ضامنا لما زاد على ذلك لانه لم يتلفه ولم يشهد الشهود بوصوله اليه وكذلك لو أقر أنه قبض مافى ضيعة فلان من طعام وما في نخله هذا من تمر وانه قبض زرع هذه الارض ثم قال هو كذا وادعى الوارث أكثر منه وأقام البينة انه كان فى هذه الضيعة كذا وكذا لم يلزم الوصي زيادة على ما أقر بقبضه لما بينا أن مطلق الاقرار لا يوجب اتلاف شئ ولا يلزم الا مايثبت قبضه فيه وانما يثبت قبضه فيما أقر به فلا يلزمه الزيادة على ذلك الا أن يشهد الشهود انه قبضه والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالبيع والعيب فيه

(قال رحمه الله) واذا أقر البائع أنه باع هذا العبد من هذا وبه هذا العيب وان المشتري أبرأه منه فعليه البينة اذا جحد المشترى الابراء لان مطلق البيع يقتضى سلامة المعقود عليه ووجود العيب يثبت للمشترى حق الرد فالبائع يدعى عليه اسقاط حقه بعد ماظهر سببه فلا يقبل قوله الا بحجة لان العيب فوات وصف من المعقود عليه والوصف يستحق باستحقاق الاصل فصار ذلك الجزء حقا للمشتري باستحقاقه أصل المبيع والبائع يدعى بطلان استحقاقه بعد ظهور سببه وان لم يكن له بينة استحلف المشترى بالله ماأبراه ولا رضى به ولا خرج من ملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول انما يستحلف بهذه الصفة اذا

ادعى البائع كله فاما اذا ادعى البائع الابراء استحلفه عليه لان اليمين حق البائع فانما تتوجه بقدرطلبه والاصح أن القاضي يستحفه على ذلك كله صيانة لقضاء نفسه ولان البائع يدعى سقوط حقه في الرد وهذه الاسباب مسقطة لحقه في لرد فصار كانه ادعى جميع ذلك فلهذا يستحلفه مفسرا بهذه الصفة . وان ادعى المشترى انه اشتراه وبه هذا العيب وهو عيب يحدث مثله وجحد البائع ذلك وأقر أنه باعه وبه عيب لم يسمه لم يلزمه بهذا الاقرارشيء لان المشترى بدعواه معينا يصير مبرئا له عما سواه والبائع ماأقر بذلك العيب بعينه وانما أقر بعيب منكر والمنكر غير المعين فاذا لم يكن اقراره ملزما بقي دعوي المشترى الرد بعيب يحدث مثله والبائع منكر لذلك والقول قوله مع يمينه ولو كان البائع اثنين فاقرأحدهمابعيب وجحد الآخر كان للمشتري أن يرده على المقر دون الآخر لان كل واحدمنهما بائع لنصفه واقرار المقر حجة عليه دون شريكه فان كان البائع واحدا وله شريك مفاوض فجحد البائع العيب وأقر به شريكه كان للمشترى أن يرده لان اقرار أحد المتفاوضين فيمايرجع الى التجارة ملزم شريكه فكان للمشترى أن يرده وفي الحكم كاقرارهما وان كان الشريك شريك عنان لم يكن للمشترى أن يرده باقراره لان الرد بالعيب من حقوق العقدفهو كاجنبي آخر (ألا ترى) أن للمشترى أن يخاصم الشريك في هذا العيب بخلاف المفاوض اذا باع خادما من المضاربة فاقر رب المال فيها بعيب لم يكن للمشترى أن يرده على المضارب بذلك لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب ورب المال في ذلك كسائر الاجانب (ألا ترى) انه لو نهاه المضارب عن البيع لم يعمل بنهيه ولو أراد أن يفسخ عليه عقدا لم يملكه فكذلك اقراره بما يثبت حق الفسخ للمشترى وكذلك لو كان رب المال هو الذي باع فأقر المضارب بالعيب لانه أجنبي من حقوق العقد الذي باشره رب المال وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم ثم أقر الآمر بعيب وجحده الوكيل لم يلزم الوكيل ولا الآمر من ذلك شيء لان الخصومة في العيب من حقوق العقد والوكيل فيه منزل منزلة العاقد لنفسه فكان الآمر أجنبيا من حقوق العقد فلهذا لا يثبت للمشترى حق الرد باقراره ولو أقر الوكيل بالعيب وجحده الآمر كان للمشترى أن يرده على الوكيل لانه في حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه فاقراره بثبوت حق الفسخ للمشترى صحيح ولكن في حقه دون الآمر لان الوكالة قد انتهت بالتسليم فلا يكون قول الوكيل بعد ذلك ملزما للآمر وان كان العيب يحدث مثله فان أقام الوكيل البينة على أنه كان عند الآمر

رده عليه لثبوت العيب بالحجة فى يده وان لم يكن له بينة استحلف الآمر على دعواه فان نكل رده عليه وان حلف فهو لازم للوكيل وفى شريكى العيان لو أقر البائع منهما بالعيب وجحد شريكه رده عليه ولزمهما جميعا لان الوكالة التى بينهما ماانتهت لتسليم المبيع ولكنها قائمة بقيام عقد الشركة وكان تصرف البائع منهما نافذا فى حق شريكه (ألا ترى) انه لو أقال المشتري أو اشتراه منه ابتداء يلزم شريكه فكذلك اذا رده عليه باقراره بخلاف الوكيل على ماسبق وكذلك المضارب اذا أقر بالعيب لزمه ولزم رب المال لان النيابة فى التصرف باقية ببقاء المضاربة ولو أقاله العبد أو اشتراه لزم رب المال فكذلك اذا رده وان كانا شريكين فى سلعة خاصة فالبائع منهما بامر صاحبه وكيل فى بيع نصيبه وقد انتهت وكالته بالتسليم فاقراره بعد ذلك يلزمه دون شريكه فلو باعها من آخر فطعن فيها المشترى الآخر بعيب وأقر به البائع الثانى فان قبلها بغير قضاء القاضى لم يكن له أن يردها على البائع الاول سواء كان عيبا يحدث مثله أولا يحدث مثله وهو الصحيح المشهور فى عامة الروايات لان القبول بغير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة وهو فسخ بين المتعاقدين وبيع جديد فى حق غيرهما فصار فى حق البائع الاول كان البائع الثانى اشتراه ابتداء وفى كتاب البيوع أشار الى الفرق بين العيب الذى يحدث مثله أولا يحدث فقال فى العيب الذى لا يحدث مثله سواء قبله بقضاء أو بغير قضاء رده على بائعه لتيقنه بوجود العيب عند البائع الاول ولانه فعل بدون القاضى غير ما يأمر به القاضى لو رفع الامر اليه ولم يشتغل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة والاصح هو الاول وان قبلها بقضاء فان كان العيب لا يحدث مثله فله أن يردها على بائعها سواء رد عليه باقراره أو بنكوله أو ببينة قامت لان الرد بقضاء القاضي فسخ من الاصل وقد تيقنا بوجود العيب عند البائع الاول فيردها عليه وان كان عيبا يحدث مثله فله أن يخاصم بائعه ويثبت بالحجة وجود العيب عنده ليردها عليه ان كان رد عليه باقراره وكذلك ان رد عليه بنكوله لان النكول لا يكون أقوى من الاقرار وهذا اذا لم يكن منه جحود للعيب نصا فان كان قال بعتها وليس هذا العيب بها فاستحلفه فأبى أن يحلف فردها عليه فأراد خصومة البائع الاول فيها واحتج البائع الاول عليه بقوله لم يكن هذا العيب بها فانه لا يستطيع ردها على البائع الاول لان من ضرورة جحوده كون العيب عند الاقرار بانه لم يكن عند البائع الاول واقراره حجة عليه للبائع الاول وهذا الجحود مطلق له اليمين فاذا امتنع من ذلك صار كالباذل

لفسخ المشترى منه فلا يكون له أن يخاصم بائعه كما لو قبله بغير قضاء قاض. واذا باع دارا ثم أقر انه باعها وفيها هذا العيب لصدع فى حائط يخاف منه أو كسر فى جذع أو فى باب رده عليه بذلك لان هذا العيب يمكن بقضاءباقى المالية وقد يقلل رغائب الناس فيه وقد ثبت كونه عنده باقراره وكذلك لو باع أرضافيها نخيل فأقر بعيب ببعض الثمر فى نخلةأو شجرةوالحاصل أن المبيع كله فى حكم شىء واحدفوجود العيب فى جزء منه كوجوده في جميعه وكذلك الثياب والعروض والحيوان يقر البائع فيه بعيب ينقص الثمن لان ماينقص الثمن يعده التجار عيبا ويقلل رغائبهم فى السلامة فيثبت حق الرد به ولو قال بعتك هذا الثوب وبه حرق فجاء المشترى بحرق آخر فقال بعتنيه وهذا به وقال البائع ليس هذا الذى أقررت لك به وهذا حدث عندك ولم يكن بالثوب حرق غيره لم يصدق البائع على ما قال لان الظاهر يكذبه لان الحرق الموجود فى الثوب لا ينعدم بحيث لا يبقى له أثر لانه اما أن يخاط أو يرفأ وأثرهما يكون ظاهرا فان لم ير فى الثوب حرق ظاهر أولا أثر لحرق سوى ماعينه المشترى عرفنا أن ماأقر به البائع هو الذي عينه المشترى فله أن يرده بذلك ولو قال كان هذا الحرق صغيرا وزادفيه فالقول قول البائع لانه أقر باصل الحرق لا بمقداره فالقدر الذى ادعى المشترى لم يسبق من البائع اقرار به فكان القول فيه قول البائع لانكاره والحرق فى ذلك قياس الخرق ولو كان فيه حرق غيرذلك فقال بعتك هذا الثوب وهذا به ولم يكن الآخر به فالقول قوله مع يمينه لان بيانه مطابق لمطلق كلامه فانه أقر بالحرق في الثوب والذى عينه سوى ماأراد المشترى الرد به نخرج به عن عهدة اقراره يبقى دعوى المشترى للحرق الثانى والبائع منكر له فالقول قوله مع يمينه ولو قال بعته هذا العبد وبه قرحة ثم جاء المشترى يريد رده فقال البائع قد برأ العبد من تلك القرحة وهذه غيرها فالقول قوله لان القرحة تزول بحيث لا يبقى لها أثر بعد البرء فلم يكن من ضرورته اقرار البائع كون هذه القرحة التى عينها المشتري موجودة عنده وكذلك ان سمى البائع نوعا من العيوب صدق انه قدذهب وهذا غيره ان كان ذلك مما يبرأ ويذهب ولو اقر أنه باعه اقطع اليد فجاء به المشترى وهو أقطع اليدين لم يكن له ان يرده ولكن يرجع بنقصان العيب فى يد واحدة لان اقرار البائع لم يتناول الاقطع يد واحدة فقطع اليد الثانية عيب حادث عند المشترى فيمنعه من الرد ويرجع بنقصان العيب بعد ما يحلف البائع بالله ماباعه وهو كذلك وان كان للعبد أصبع زائدة فللمشترى أن يرده به ان أقر البائع أو

أنكر لان هذا لايحدث مثله عادة فقد تيقنا بوجودها عند البائع فيرده المشتري الا أن يثبت البائع سببا مانعا من الرد وقد تستوى هذه المواضع فى الخصومة فى العيب بين حضرة العبد وغيبته اذا كان البائع مقرا بوجود العيب به في الحال (ألا ترى) أن الخصومة فى موت العبد مسموعة واذا أقر الرجل انه باع عبده هذا من فلان وقبض الثمن منه ولم يسمه فهو جائز لان حكم البيع فى الثمن ينتهى بقبضه فترك التسمية فيه لا يمنع صحة الاقرار لان التسمية انما يحتاج اليها فيما تتوجه المطالبة به ويحتاج الى قبضه وذلك معدوم فى الثمن المقبوض ولو سمى وأقر أنه قبضه كان هذا أجوز من الاول لانه أقرب الى قطع المنازعة والخصومة فقد تقع الحاجة الى معرفة مقدار الثمن عند استحقاق المبيع أورده بالعيب فاذا كان مسمى لا تمكن فيه المنازعة ولو سمى ثمنا وقال لم أقبضه وقال المشترى قد قبضه فالقول قول البائع مع يمينه والبينة على المشترى لان الثمن دين لازم للبائع فى ذمة المشترى فاذا ادعى بقاءه كان عليه اثباته بالبينة فان لم يجدها فالقول قول البائع مع يمينه لانكاره فان اقراره بالبيع لا يتضمن الاقرار بقبض الثمن كما أن اقرار المشترى بالشراء لا يتضمن الاقرار بقبض السلعة وليس له أن يأخذ العبد حتى ينقد الثمن لان مطلق البيع عن حال يثبت حق الحبس للبائع ما دام المبيع فى يده فان كان المشترى قد قبضه فعليه أن ينقد الثمن وليس للبائع أن يسترد العبد لان ثبوت حقه فى الحبس سقط بتسليمه الى المشترى وقد سلمه وهذا لان مطلق فعل المشترى محمول على مايحل شرعا مالم يظهر خلافه الذى لا يحل شرعا كالقبض بغير اذن البائع ولان خروج المبيع من يد البائع مبطل حقه فى الحبس الا أن يثبت انه كان يعتبر رضاه ولو أقر أنه باعه منى أو قبضه منى ثم استحق العبد أورده المشترى بعيب كان القول قول البائع فى الثمن لانه دين للمشترى فى ذمة البائع فالقول فى بيان مقداره قول المديون ولا يصدق صاحب الدين على دعوى الزيادة الا بحجة ولو أقر انه باعه منه بالف درهم فقال المشترى اشتريته بخمسمائة وقد خرج نصف العبد من ملك المشترى فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله القول قول المشترى فى الثمن وهذا بخلاف ماقال فى البيوع اذا تعيب المبيع فى يد المشترى ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا الا أن يشاء البائع أن يسترد العبد ولا يأخذ للعيب شيأ لان هناك لم يسلم للمشترى شئ فيصح رضا البائع بسقوط حقه فى حصة العيب فيتحالفان عند ذلك وهنا ماأخرجه المشترى من ملكه بعوض أو بغير عوض سالم له فلا يجوز أن يسلم له ذلك مجانا فلهذا كان القول فى الثمن

قول المشترى سواء رضى البائع باسترداد ما بقى أولم يرض وعلى قول أبي يوسف رحمه الله القول فى الثمن قول المشترى مع يمينه الا أن يرضى البائع أن يأخذ مابقى منه ويتبع المشترى بحصة ماخرج من ملكه على قول المشترى فحينئذ يجرى التحالف لان من أصل أبى يوسف رحمه الله أن تعذر جريان التحالف فى بعض المعقود عليه لايمنع التحالف فيما بقى كما فى العبدين اذا هلك أحدهما ثم اختلفا فى الثمن يتحالفان فى القائم الا أن هناك هلاك أحدهما لا يوجب عيبا فى الآخر فلم يشترط فيه رضا البائع وهنا خروج بعض العين عن ملكه يوجب العيب فيما بقي فلهذا اشترط رضا البائع بالفسخ فيما بقى منه لجريان التحالف بينهما وكذلك في العبدين قال أبو حنيفة رحمه الله اذا رضي بأن لا يأخذ من ثمن الهالك شيأ تحالفا في القائم لان هناك لم يسلم للمشترى شيء فرضاه بذلك مسقط لحقه فى تضمين الهالك للمشترى بمنزلة ما لو قبضه باذنه بغير عقد فاما على قول محمد رحمه الله فيحالفان ويترادان قيمة العبد الا أن يشاء البائع أن يأخذ ما بقى من العبد وقيمة ما استهلك المشترى لان خروج جميع العبد من ملكه لا يمنع جريان التحالف عند محمد رحمه الله فكذلك خروج بعضه وما بقى يتعيب لخروج البعض عن ملكه فثبت للبائع الخيار وان شاء رضي بعيبه فاسترده مع قيمة ما استهلك منه المشترى وان شاء لم يرض واسترد جميع قيمة العبد منه واذا أقر أنه باع هذا العبد من فلان بألف درهم فقال ما اشتريته منك بشيء ثم قال بلى قد ابتعته منك بألف درهم وقال البائع مابعتكه فالقول قول المشترى وله أن يأخذه بالثمن لان البيع لم يبطل بمجرد انكاره الشراء (ألا ترى) أن البائع لو أقام البينة فقضى القاضى بالشراء فانما وجد التصديق من المشترى فى حال قيام البيع بينهما ولا معتبر بجحود البائع بعد ذلك والدليل عليه أن بعد جحود المشترى لو استحلفه البائع فابى أن يحلف ثبت البيع بينهما حتى يقضى به القاضى فاذا أقر به المشترى أولى أن يثبت البيع ولو كان حين جحد المشترى الشراء قال البائع صدقت لم تشتره ثم قال المشترى بعد ذلك قد اشتريته لم يلزمه البيع ولم يقبل منه بينة على ذلك لان البائع حين صدقه فى انكار الشراء انتقض البيع بينهما بتصادقهما فانهما يملكان فسخ العقد فتجاحدهما له يكون فسخا (ألا ترى) أن البائع لا يتمكن من اثبات البيع بالبينة بعد ذلك ولا يكون له أن يحلف المشترى فكذلك لم تصح دعوى المشترى البيع بعد ذلك ولم يقبل منه بينة على ذلك للتناقض فى كلامه الا أن يصدقه البائع على ما يدعى من الشراء بعد ذلك فحينئذ تصادقهما على الشراء بمنزلة البيع المستقبل كما

كان تجاحدهما بمنزلة الفسخ اذا التجاحد لم يكن فسخا فى الحقيقة وانما جعل ذلك بمنزلة الفسخ فى الحقيقة فاذا تصادقا على أن البيع كان منعقدا بينهما حقيقة ظهر البيع بهذا التصادق ولو أنه باع هذا العبد من فلان ولم يسم ثمنا فقال فلان اشتريته منك بخمسمائة وجحد البائع أن يكون باعه بشئ فالقول قول البائع مع يمينه لان اقرار البائع بالبيع من غير تسمية الثمن ليس بشئ كايجابه البيع من غير تسمية الثمن وهذا لان الاقرار ما يمكن العمل به والالتزام بحكمه ولا يمكننا أن نلزمه بيعا بثمن مسمى بهذا الاقرار لانه لا يقر بذلك ولا يكون البيع الا بثمن مسمى فلهذا كان اقراره باطلا بقى دعوى المشتري بالبيع بخمسمائة والبائع منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وكذلك لو أقر المشترى بالشراء من غير تسمية الثمن وادعى البائع بيعه منه بثمن مسمى فهذا والاول سواء واقرار المشترى غير ملزم اياه شيأ لما بينا وهذا بخلاف ماسبق من الاقرار بالبيع والقبض فانه صحيح بدون تسمية الثمن لان العمل بموجب ذلك الاقرار ممكن فان موجبه الزام تسليم المبيع لانتهاء حكم العقد في الثمن بالقبض فلهذا كان الاقرار صحيحا ولو أقر انه باعه من فلان ثم قال لا بل من فلان فهذا كله باطل لتعذر الزام شيء بحكمه ويحلف لكل واحد منهما ادعى شراء بثمن مسمى بمنزلة مالو لم يسبق ذلك الاقرار من البائع ولو ادعى انه اشترى هذا من هذا الرجل فجحده البائع فادعى المدعى أن العبد كان له فى الاصل وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته لان دعواه الشراء منه اقرار بان أصل الملك كان له فان الاستيام فى احدى الروايتين اقرار بالملك للبائع فالشراء أولى وعلى الروايتين جميعا هو أقر بأنه لاحق له فيه فكان فى دعواه الملك ثمن الاصل بعد هذا مناقضا والمناقض لاقول له ولاتقبل بينته ولو أقر انه باع عبده من فلان ولم يسم العبد ثم جحد فهذا الاقرار باطل لتعذر الالزام بحكمه فان الاقرار بالبيع فى عبد يعبر عنه كايجاب البيع فى عبد يعبر عنه وكذلك ان أقر أنه باع عبده من فلان غير أن الشهود لا يعرفونه بعينه ومراده من هذا أنهم شهدوا على اقراره ببيع عبد وقالوا لانعرفه بعينه لو أشهدهم على اقراره بذلك وهم لايعرفون العبد بعينه فهذا كله باطل لتعذر الالزام بحكمه وهو على هذا لو كان الاقرار فى دار أو ثوب أو دابة فان حدد الارض والدار وسمى الثمن فهو جائز لان التحديد فيما يتعذر احضاره بمنزلة الاشارة الى العين فيما يتيسر احضاره بدليل سماع الدعوى والشهادة باعتباره وكان هذا اقرارا ملزما فان جحد البائع بعد ذلك فشهد الشهود باقراره ولا يعرف الشهود الحدود قبلت هذه الشهادة بعد

ان يقيم البينة على معرفة الحدود لان عند قيام البينة على ذلك كان اقراره ملزما فكان العمل بها متمكنا فالبينة عليه تكون مسموعة وكذلك لو كان المشتري أقر بالشراء ثم جحد وادعى البائع ذلك فهذا والاول سواء لما بينا ويجوز اقرار شريك العنان على شريكه في بيع شيء بينه وبين شريكه وفى شراء شيء قائم بعينه فى يد البائع لانه أقر بما يملك أنشاءه فان كل واحد منهما يملك انشاء البيع والشراء فى حق شريكه ما دامت الشركة بينهما قائمة فتنتفي التهمة عن اقراره بذلك فلهذا صح اقراره وله على شريكه ثمن حصته وكما لو أنشأ الشراء أو ماأقر به من شراء شيء مستهلك يكون دينا يلزمه دون شريكه الا أن يقر به شريكه فان أقر به فالثابت بتصادقهما كالثابت بالمعاينة وان جحدا وكل واحد منهما فى حق صاحبه وكيل بالشراء والوكيل لايقبل اقراره بالشراء اذا كان المبيع مستهلكا فى الزام الثمن فى ذمة الموكل فكذلك الشريك لايقبل اقراره في الزام الدين فى ذمة شريكه لانه بعقد الشركة يتسلط على التصرف في المال المشترك ولا يتسلط على ذمة شريكه فى الزام الدين فيها وهذا الاقرار يوجب الدين فى ذمة شريكه من غير ملك يظهر له بمقابلته فى العين فلا يقبل قوله فيه بخلاف ما اذا كان المبيع قائما بعينه وأما المضارب فاذا أقر بالمضاربة ببيع أو بشراء فهو مصدق فى ذلك فيها أو فى الدين اعتبارا للاقرار بالانشاء ولو أنشأ الشراء صح منه وكان الثمن دينا على رب المال حتى اذا هلك مال المضاربة في يده قبل أن ينفذه رجع عليه فكذلك اقراره بالشراء يكون صحيحا مطلقا لانتفاء التهمة ولو وكل رجل رجلا ببيع عبد له وأقر الوكيل انه قد باعه من فلان بألف درهم وصدقه وجحد الوكيل فالعبد لفلان بالف درهم لان ملك الامر باق بعد الوكالة وهو مالك لانشاء البيع فيه فيصح اقراره بذلك سواء أضافه الى نفسه أو الى وكيله غير أن الآمر مع المشترى لا يصدقان في الزام العهدة علي الوكيل ومتى تعذر ايجاب العهدة عليه يتعلق باقرب الناس اليه وهو الموكل كما لو كان الوكيل بالبيع صبيا محجورا ولو أمر رجل رجلا بشراء عبد بعينه له فأقر الوكيل انه اشتراه بألف درهم وصدقه البائع وجحده الآمر فالقول قول الوكيل لانه أقر بما يملك انشاءه ولو أقر بشراء عبد بغير عينه وسمي جنسه وصفته وثمنه فأقر الوكيل انه قد اشترى هذا العبد للآمر بالثمن الذى سماه له وجحد الآمر فان كان الثمن مدفوعا الى الوكيل فالقول قوله لانه أمين فيما دفع اليه من الثمن وقد أخبر باداء الامانة فيه ومباشرة ما كان مسلطا على مباشرته فيكون مصدقا فيه وان لم يكن الثمن مدفوعا

اليه لم يصدق فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان العبد قائما بعينه وكان مثله يشترى بذلك الثمن فالقول قول الوكيل وكلامهما ظاهر لان الوكيل أقر بما به يملك انشاءه فيقبل اقراره فيه كما لو كان العبد معيبا ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول تمكن التهمة فى اقراره هذا من وجهين أحدهما أنه ربما اشترى هذا العبد لنفسه فظهر أنه مغبون فيه فأراد أن يلزمه الآمر وهذا لا يوجد فى العبد المعين لانه لا يملك شراءه لنفسه بالثمن المسمى له والثانى أنه ربما كان هذا العبد فى الاصل مملوكا له وهو يريد أن يلزمه الآمر بهذا الاقرار ولو باشر شراءه من نفسه للآمر لم يصح فتتمكن التهمة فى اخراج كلامه مخرج الاقرار فلهذا لم يصح اقراره وانما تعتبر هذه التهمة اذا قصد الزام الثمن ذمته لانه لاولاية له على ذمته في الزامه مطلقا بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لانه لايلزم ذمة الآمر شيأ بل يجبر باداء الامانة فيما يجهل اضافته واذا كان الآمر قد مات ثم أقر الوكيل بشراء هذا العبد فان كان الثمن فى يده بعينه أو فى يد البائع أو كان الآمر لم يدفع الثمن اليه لم يصدق الوكيل على الآمر أما اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فظاهر وكذلك ان كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكالة قد بطلت بموت الآمر وصار مافي يده من الثمن ملكا للورثة فهو بهذا الاقرار يريد ابطال ملكهم في الثمن فلا يقبل قوله فى ذلك بخلاف حال حياة الآمر لان الوكالة قائمة وهو يملك اخراج الثمن من ملكه بانشاء الشراء فكذلك الاقرار واذا لم يقبل اقراره هنا يكون مشتريا لنفسه ويلزمه الثمن الا أن يحلف الورثة على علمهم لانهم لو أقروا بما ادعاه لزمهم والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وان كان قد استهلك البائع الثمن فالقول قول الوكيل ويلزم البيع الميت لانه بهذا الاقرار لايخرج شيأ من ملك الورثة ولكنه ينكر وجوب الضمان عليه فما كان أمينا فيه فالقول قوله فى ذلك وهذا مستحسن تدبيناه فيما أمليناه من شرح الجامع واذا دفع رجل الى رجل عبدا وأمره ببيعه ثم مات الآمر فاقر الوكيل انه باعه بألف درهم وقبضه فان كان العبد قائما لم يصدق الوكيل لان الوكالة بطلت بموت الآمر والعبد صار مملوكا للوارث فاقراره بما يبطل فيه ملك الوارث باطل وان كان مستهلكا صدق لانه لايبطل اقراره ملكا للوارث وانما ينكر وجوب الضمان عليه فيما كان أمينا فيه ولو كان العبد لرجل أجنبي وقد استهلك المشترى العبد فقال رب العبد للبائع أنا أمرتك بالبيع فلى الثمن وقال الوكيل لم تأمرنى فالقول قول رب العبد وله الثمن لان الثمن

يملك بملك الاصل والاصل كان مملوكا لرب العبد فالثمن يكون له والوكيل بجحوده الآمر مناقض من وجه لان اقدامه على البيع كالاقرار منه بصحته وصحته باذن صاحب العبد ومن وجه آخر هو لا يدعى لنفسه شيأ بهذا الجحود لانه ان لم يكن مأذونا فلرب العبد أن يضمن المشترى القيمة ويرجع المشترى بالثمن على البائع فيأخذ رب العبد منه هذا الثمن بحساب القيمة فان لم يكن الوكيل مدعيا لنفسه شيأ لم يقبل قوله وكذلك ان كان العبد قائما وهذا أظهر لان رب العبد يملك اجازة البيع فيه فلا تتمكن التهمة فى اقراره بالاذن ولو لم يأمره بذلك ولكنه أجاز البيع فان كان العبد قائما بعينه جاز وان كان مستهلكا لم يجز لان الاجازة فى نفوذ العقد وثبوت حكمه بمنزلة الانشاء فانما تصح الاجازة فى محل يصح انشاء البيع فيه وان كان لا يعرف انه حي أو مستهلك فالبيع جائز حتى يعرف انه ميت لانه عرف حياته وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه ويجب التمسك به حتى يعلم خلافه وان كان قطع يده ثم أجاز البيع فالارش للمشترى لانه بمنزلة الزيادة المنفصلة والمشتري عند الاجازة يستحق المبيع بالزيادة المنفصلة وهذا لان البيع الموقوف سبب ملك تام فانما يوجد قطع اليد وللمشترى فيه سبب ملك تام فاذا تم له الملك بذلك السبب ملك الارش وان لم يجز البيع فالارش لرب العبد لان اليد المقطوعة على ملكه المتقرر فبدله يكون له وان أقر رب العبد انه أجاز البيع بعد ماوقع البيع بيوم وقال المشترى لم يجز والعبد قائم فالقول قول رب العبد لانه يملك انشاء الاجازة فى الحال ولا يمين عليه لانه غير متهم فى اخراج الكلام مخرج الاقرار ولو كان العبد ميتا فالقول قول المشترى لان رب العبد لا يملك الاجازة فى الحال فلا يقبل قوله فى الاقرار به وعلى المشترى اليمين على علمه لانه لو أقر رب العبد بما ادعاه لزمه فاذا كان العبد قتله رجل فوجب عليه قيمته فهو بمنزلة الميت لان ابتداء الاجازة فيه لا يصح كما لا يصح انشاء العقد فهو والميت فى حكم الاجازة سواء والله أعلم

باب الاقرار بالنكاح والطلاق

(قال رحمه الله) رجل أقر أنه تزوج فلانة بألف درهم فى صحة أو مرض ثم جحده وصدقته فى حياته أو بعد موته فهو جائز لان النكاح ظهر فى حقه باقراره ثم لا يبطل بجحوده رجوعه فالرجوع عن الاقرار باطل فاذا اتصل به تصديق المقر له استند التصديق

الى وقت الاقرار وكان كالموجود يومئذ فيثبت النكاح ولها الميراث والمهر الا أن يكون فيه فضل على مهر مثلها فيبطل الفضل اذا كان في المرض لانها وارثة وهو متهم فى الاقرار للوارث وما زاد على مهر المثل لو ثبت انما يثبت باقراره فاما مقدار مهر المثل فيثبت حكمه لصحة النكاح فلا تتمكن التهمة فى اقراره به ولو أقرت المرأة فى صحة أو مرض انها تزوجت فلانا بكذا ثم جحدته فان صدقها الزوج فى حياتها يثبت النكاح لما بينا أن جحودها بعد الاقرار باطل وان صدقها بعد موتها لم يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا ميراث للزوج منها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت النكاح اعتبارا لجانبها بجانبه بعلة أن النكاح ينتهى بالموت فانه يعقد للعمر فمضى المدة ينهيه ولهذا يستحق المهر والميراث وان لم يوجد الدخول والمنتهى متقرر فى نفسه فيصح التصديق فى حال تقرر المقرر به كما يصح قبل تقرره وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما وأشار الى الفرق فى الكتاب فقال لان الفراش له عليها لا لها وتقرير هذا من اوجه أحدها أن العدة تبقى بعد موته عليها والعدة من حقوق النكاح عليها فبقاؤها كبقاء النكاح فى صحة التصديق وبعد موتها لا عدة في جانب الزوج فقد فات المقر به لا الى أثر فلا يعمل التصديق بعد ذلك والثانى أن الزوج مالك لحكم النكاح والمرأة محل الملك وبعد فوات المحل لا يتصور بقاء الملك حكما فيبقى الملك ببقاء المحل فيعمل بتصديقها ولهذا حل لها أن تغسله بعد موته ولم يكن له أن يغسلها بعد موتها والثالث أن الفراش لما كان له عليها فالزوج فى التصديق بعد موتها مدع لنفسه لا ان يكون مقرا لها بشيء لان حقها كان فى ملك الحل وقد انقطع بموتها بالكلية فاما بعد موت الزوج فالتصديق من المرأة اقرار له على نفسها بالفراش فيصح التصديق بهذا الطريق ثم يبتني عليه حكم الميراث والمهر وكذلك لو لم تكن المرأة جحدت بعد اقرارها حتى ماتت فهو على هذا الخلاف كما بينا وان أقرت المرأة أنها تزوجت هذا الرجل وهى أمة وقد كانت أمة ثم عتقت وقال الزوج قد تزوجتها بعد العتق أو قبله فهو سواء والنكاح جائز لانهما تصادقا على نفوذ النكاح ان كان بعد العتق فظاهر وان كان قبل العتق فقد كان يوقف على سقوط حق المولى أو سقط حقه بالعتق ثم الاصل بعد هذا فيما ذكر من المسائل أن أحد الزوجين متى أضاف الاقرار بالنكاح الى حال ينافى أصل العقد لانعدام الاهلية يكون القول قوله الا أن يثبت الآخر ما يدعيه بالبينة وذلك مثل ان يقول تزوجتك قبل ان أخلق أو قبل أن اولد أو قال

تزوجتك وأنا صبي فان الصبا يمنع الاهلية للعقد بدون اذن الولي أو يقول تزوجتك وأنا نائم فان النوم حال معهودة فى الانسان تنافى أصل العقد وان قال تزوجتك وأنا مجنون فان علم جنونه قبل ذلك فالقول قوله لانه أضاف العقد الى حال معهودة تنافى أهلية العقد فكان منكرا معنى وان كان لا يعرف جنونه فالنكاح لازم له لانه أضافه الي حال غير معهودة فيه ولا تثبت هذه الحال بخبره فاما اذا أضاف أحدهما النكاح الى حال لا تنافى أصل النكاح كانعدام الاهلية ولكن يمنع ثبوت الحل وانعقاد العقد لانعدام شرطه لا يصدق فى الاضافة ويجعل القول قول صاحبه لان شرط الشيء تابع له فاقراره بأصل العقد اقرار بشرائطه فهو بعد ذلك فى هذه الاضافة راجع عن الاقرار بباطل وبيانه أنه لو ادعى أحدهما ان النكاح كان بغير شهود أو فى حال ادعى تمجس المرأة قبل أن تسلم أو فى عدة الغير أو تزوجها واختها تحته أو تزوجها وتحته أربع نسوة فانه لا يصدق فى هذه الاضافة لان امتناع ثبوت النكاح فى هذه الاحوال لمعنى فى المحل والمحل في حكم المشروط واقراره بالعقد اقرار بشرطه الا أن المرأة ان كانت هى التى ادعت هذه الموانع فالنكاح جائز لازم لها وان كان الزوج هو الذى ادعى ذلك يفرق بينهما لانه أقر بحرمتها عليه وذلك بمنزلة تطليقه اياها وان كان قبل الدخول بها فلها نصف المسمى وان كان بعد الدخول بها فلها جميع المسمى ونفقة العدة وكذلك لو أقر انه كان طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره وقالت هى ما طلقتنى أو تزوجت غيرك ودخل بى فانه يفرق بينهما لاقراره بذلك وعليه نصف المهر لها قبل الدخول وجميع المهر ونفقة العدة الدخول لما بينا ولو أقر انه تزوجها أمس وقال ان شاء الله موصولا وقالت هى ما استثنى لم يلزمه النكاح وكذلك لو أقرت هى بالنكاح وادعت الاستثناء وادعى هو النكاح لان الاستثناء اذا اتصل بالكلام فهو بمنزلة الشرط مانع كون الكلام ايجابا فكان هو بهذا اللفظ منكر الاصل العقد لا مقرا به فيجعل القول في ذلك قوله والذى بينا في النكاح مثله في الطلاق فى دعوى الاستثناء وفى الاضافة الى حال منافية لاصل الطلاق كحال النوم والصبا والجنون اذا كان يعرف ذلك انه اصابة للمعنى الذى بينا ولو قال رجل لامرأة ألم أتزوجك أمس أو أليس تزوجتك أمس أو أما تزوجتك أمس فقالت بلى وجحد الزوج فهذا اقرار بالنكاح منهما لما بينا فيما سبق ان جواب الاستفهام بنفي يكون حرف بلى وما تقدم من الخطاب يصير معادا فى الجواب وعلى هذا الطلاق اذا قال ماطلقتك أمس أو ليس قد طلقتك أمس

فقالت نعم أو بلي فهذا اقرار بالطلاق وكذلك ان قالت المرأة ذلك وقال الزوج بلي فهو اقرار لما بينا ولو قال لها قد تزوجتك أمس فقالت لا ثم قالت بلي وقال هو لا لزمه النكاح لان اقراره لم يبطل بتكذيبها فان النكاح عقد لازم لا يبطل بجحود أحد الزوجين فصح تصديقها بعد التكذيب ويثبت النكاح بينهما ثم ان أنكر الزوج النكاح بعد ثبوته بتصادقهما فلا معتبر بانكاره واذا أقر انه طلقها منذ ثلاثة أشهر فان كان تزوجها منذ شهر لم يقع عليها شئ لانه أضاف الطلاق الى وقت قبل النكاح ولا طلاق قبل النكاح وان كان تزوجها منذ أربعة أشهر وقع الطلاق عليها لكونه مالكا للايقاع في الوقت الذى أسند الطلاق اليه الا أنها ان صدقته في الاسناد فعدتها من حين وقع الطلاق وان كذبته في الاسناد فعدتها من وقت اقرار الزوج به لان في العدة حقها من حيث انها تستوجب النفقة والسكنى فلا يقبل قوله في الاسناد اذا لم تصدقه في ذلك لما فيه من ابطال حقها ولو قال فلانة طالق وذلك اسم امرأته أو قال عنيت غيرها لم يصدق في الحكم لان كلامه ايقاع شرعى ولانه له الايقاع علي زوجته دون غيرها فاذا قال عنيت غيرها كان الظاهر مكذبا له في مقالته فلا يصدق في الحكم وكذلك لو قال ابنة فلان طالق واسم أبيها ما قال طلقت ولم يصدق في قوله لم أعن امرأتى وكذلك لو نسبها الى أمها أو الى ولدها فاذا قال عنيت غيرها يكون الظاهر مكذبا له في مقالته وكذلك كلامه صالح للايقاع عليها فهو بما يدعى بعد ذلك يريد أن يخرج كلامه من أن يكون ايقاعا فلا يصدق علي ذلك في الحكم ولو أقر بعد الدخول أنه كان طلقها قبل أن يدخل بها وقد سمى لها مهرا فالطلاق واقع عليها لانه أضاف الطلاق الى وقت لا ينافي الوقوع فيه فيجعل موقعا للطلاق ولها عليه مهر ونصف لانه أقر أن نصف المهر عليه بالطلاق قبل الدخول وانه وطئها بالشبهة بعد ذلك فيلزمه مهر بالوطء ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول والله أعلم بالصواب

باب اقرار المحجور والمملوك

(قال رحمه الله) واذا حجر القاضى على حر ثم أقر المحجور عليه بدين أو غصب أو بيع أو عتق أو طلاق أو نسب أو قذف أو زنا فهذا كله جائز عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الاول لان الحجر على الحر بسبب السفه باطل عندهما فاقراره بعد الحجر كاقراره قبله قال (ألا تري) انه لو شهد قبلت شهادته ان كان عدلا ومعنى هذا معنى

الاستشهاد وان الاقرار ملزم كالشهادة فاذا كان بسبب السفه لا يؤثر في افساد عبارته ولا يخرجه من أن يكون ملزما بطريق الشهادة فكذلك بطريق الاقرار على قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وهو قول محمد رحمه الله والحجر عليه صحيح ولا يجوز اقراره بعد ذلك بدين ولا بيع كما لا يجوز مباشرته هذه الاسباب عندهما * والحاصل ان تأثير الحجر عندهما كتأثير الهزل لان فعل السفيه لا يكون على نهج أفعال العقلاء لمكابرته عقله كما أن فعل الهازل لا يكون على نهج أفعال العقلاء لقصده غيره فكل ماأثر فيه الهزل أثر فيه الحجر فلا يصح اقراره به ومالا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الحجر ولكن هذا يبطل بالشهادة حتى اذا علم القاضي أن الشاهد قد قصد الهزل بشهادته لاتقبل شهادته ثم الحجر لايكون مؤثرا فيه وهذه مسئلة كتاب الحجر. واذا أقر الرجل لصبي صغير لقيط بدين مائة درهم فهو لازم له لان الصغير أهل أن يجب له الحق على غيره وتصحيح الاقرار محض منفعة له والصبا لا يوجب الحجر عن ذلك وكذلك لو قال أقرضني الصبي والصبي بحال لا يتكلم ولا يقرض فالمال لازم له لاحتمال أن يكون الولي باشر هذا السبب واضافة المقر به الى الصبي بطريق باشره انما باشره له ولان أكثر مافي الباب ان هذا السبب لا يثبت لانه لا يتصور من الصبي ولكن امتناع ثبوت السبب لايمنع ثبوت المال باقراره كما لو كذبه المقر له في السبب بان قال لك على ألف درهم من قرض أقرضتنيه وقال المقر له ما أقرضتك بل غصبتها مني فالمال لازم وان لم يثبت السبب التكذيبه إياه. وعلى هذا لو قال أودعني هذا الصبي أو هذا العبد مائة درهم أو أقر بذلك لمجنون فاقراره بأصل المال صحيح والسبب باطل لما قلنا ولو أقر أنه كفيل لهذا الصبي عن فلان بألف درهم والصبي لايعقل ولا يتكلم فهذا باطل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو جائز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله. وأصل المسئلة أن من كفل لغائب بمال ولا يقبل عن الغائب أحد فهو باطل عندهما صحيح عند أبي يوسف رحمه الله فكذلك اذا كفل لصبي عند أبي حنيفة رحمه الله العقد باطل واقراره بالعقد الباطل لا يلزمه شيأ وعلى قول أبي يوسف رحمه الله العقد صحيح والمال لازم له لاقراره به على نفسه للصبي قال كأن كان أبو الصبي أو وصيه خاطبه بهذه الكفالة فالكفالة باطلة على معنى أنها غير لازمة بل هو موقوف فاذا أدرك الصبي ورضي بها جازت وان رجع الرجل قبل أن يدرك الصبي بطلت في قولهما لان عقد الكفالة لا يثبت الولاية للاب والوصي والكفالة وان كانت

لا توجب براءة الاصيل وهو تمليك للدين من الكفيل من وجه حتى اذا أدى رجع على الاصيل بحكم الاداء وبين العلماء رحمهم الله اختلافا في براءة الاصيل بحكم الكفالة فكان ابن أبى ليلي رحمه الله يقول الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة ولو اجتهد قاض قال بهذا القول وقضى به نفذ وفيه اضرار الصبي فلهذا لا يملك الاب والوصى ذلك بل هما فيه كسائر الاجانب اذا بلغه وصح رجوع الكفيل قبل اجازته فكذلك هنا تتوقف على اجازة الصبي اذا أدرك وصح رجوع الكفيل قبل ادراكه لان العقد لم يلزم بعد ولو أقر أنه رهن هذا اللقيط لفلان بمائة درهم واللقيط لا يتكلم جاز على الكفيل ولا يلزم الصبي شئ لان اقرار المقر على نفسه صحيح وعلى اللقيط باطل وليس من ضرورة امتناع وجوب المال على الاصيل امتناع وجوبه على الكفيل (ألا ترى) أنه لو أقر بالكفالة عن بالغ وجحد البالغ وجوب المال عليه فان الكفيل ضامن له وان لم يجب على الاصيل شئ وهذا لان الصبي أهل أن يجب المال عليه بحال لان له ذمة صحيحة فيجعل فى حق المقر كان ما أقر به حق وان امتنع ثبوته فى حق الصبي كمن قال لآخر كفلت لك عن فلان الغائب بمائة درهم التى أقرضته أمس ويعلم أن الغائب لم يقدم منذ سنة فالمال واجب على الكفيل للمعنى الذى بينا ولو كفل عن رجل لرجل حاضر بمائة درهم بغير أمره فقال المكفول عنه قد رضيت بكفالتك ثم قال الطالب قد رضيت بضمانك لى فالضمان جائز ويرجع الكفيل اذا ادى المكفول لان رضا المكفول عنه بالكفالة حصل قبل تمام العقد فان تمامه بقبول الطالب فكان هذا بمنزلة أمره اياه بأن يكفل عنه فاذا أدى يرجع عليه فلو قال المكفول له أولا قد رضيت ثم قال المكفول عنه قد رضيت كان رضاه باطلا ولم يرجع الكفيل بالمال اذا أداه لان الكفالة تمت بقبول الطالب ولزم المال الكفيل اذا أداه لان الكفالة تمت بقبول الطالب ولزم المال الكفيل على وجه لا يرجع اذا أدى فلا يتعين ذلك برضا المكفول عنه بعد ذلك لان رضاه واجازته انما تؤثر فى الموقوف لا فى النافذ وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فأما على قول أبى يوسف رحمه الله الا خر الكفالة تتم بالكفيل قبل قبول الطالب فيستوى الجواب فى الفصلين ولا يعتبر رضا المكفول عنه فى اثبات الرجوع للكفيل في الفصلين جميعا وقول المكفول عنه قد ثبتت كفالتك أو سلمتها أو أجزتها مثل قوله قد رضيت بها لان المعنى يجمع الفصول كلها ولو أن الكفيل بعد مارضى المكفول عنه رجع عن الكفالة قبل رضا المكفول له بها لم

يلزمه المال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما بينا أن نفوذ العقد برضا المكفول له فرجوع الكفيل قبل نفوذ العقد صحيح واقرار العبد التاجر للاجنبي بدين أو وديعة أو اجارة جائز وان كان عليه دين يحيط بقيمته ومافي يده لان هذا كله من أسباب التجارة ومن جملة صنع التجارة والاذن فك الحجر عنه فيما هو من عمل التجارة ولا يخل هذا الفك بوجوب الدين عليه فاقراره بهذه الاسباب بعد وجوب الدين كاقراره قبله وان أقر لمولاه بدين عليه أو وديعة في يده وعليه دين مستغرق لم يجز اقراره لان المولى يخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث فكما أن تعلق حق الغرماء بمال المريض يمنعه من الاقرار للوارث فكذلك تعلق حق الغرماء بكسب العبد ورقبته يمنعه من الاقرار لمولاه الا أن تعلق حق الغرماء هناك في حق المرض وهنا التعلق ثابت في صحة العبد ومرضه ولا يجوز اقرار العبد التاجر للاجنبي بجناية ليس فيها قصاص لان هذا من التجارة والاذن فك الحجر عنه في التجارات فيما ليس بتجارة المأذون والمحجور سواء واقرار العبد على مولاه باطل واذا أقر بقتل عمدا جاز اقراره وعليه القصاص لانه يقر به على نفسه فان المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقى على أصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار عليه بالقصاص وفيما لا يملكه المولى على عبده العبد بمنزلة الحر كطلاق زوجته يصح اقراره به كما يصح اقراره بايقاعه وكذلك اذا أقر على نفسه بسبب موجب للحد كالقذف والزنا وشرب الخمر وكذلك اذا أقر بسرقة مستهلكة موجبة للقطع وفي اقرار المحجور عليه بسرقة مال قائم بعينه في يده خلاف معروف في كتاب السرقة فأما اقرار المأذون به فصحيح في حق المال والقطع جميعا لانه يملك الاقرار بكل واحد منهما أما بالمال فلانفكاك الحجر وأما بالقطع فانه مبقى فيه على أصل الحرية ولا يجوز اقراره في رقبته بمهر امرأة ولا بكفالة بنفس ولا بمال ولا بعتق عبد له ولا بمكاتبته ولا بتدبيره لان هذا كله ليس من التجارة فالمأذون فيه كالمحجور. واذا أقر بنكاح امرأة جاز اقراره غير أن المولى له أن يفرق بينهما بمنزلة مالو أنشأ العقد فللمولى أن يفرق بينهما لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه وهو ليس من التجارة في شيء بخلاف اقراره بالطلاق فان ذلك غير مملوك للمولى عليه وينفرد به العبد انشاء واقرارا ولو أقر العبد التاجر انه افتض امرأة باصبعه امة كانت أو حرة لم يلزمه شيء في قول أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ويلزمه ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله وجه قوله ان الاقرار بالافتضاض بمنزلة الاقرار بالغصب والاستهلاك (ألا ترى)

انه لو ثبت هذا بالبينة عليه يباع فيه ولا يدفع بمنزلة الغصب والاستهلاك بخلاف الجناية واقرار العبد المأذون بالغصب والاستهلاك صحيح يؤاخذ بضمانه في الحال وهذا لان الغاصب بالافتضاض وان لم يكن مالا فانه يسلك به مسلك الاموال حتى يملك بالعقد مقصودا ويستحق بالبيع شرطا واقراره بضمان المال صحيح وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان هذا الاقرار بالجناية لان الفعل بالاصبع جناية محضة والمتلف به جزء من الآدمي والمأذون في الاقرار بالجناية كالمحجور فكما ان المحجور لو أقر بهذا لم يصح اقراره لانه مقر على مولاه فكذلك اذا أقر به فاما قوله انه يباع فيه فقد قيل انه قول أبي يوسف رحمه الله خاصة وبعد التسليم يقول من حيث ان هذا الجزء يستحق بالعقد هو بمنزلة المال ومن حيث انه جزء من الآدمي هو ملحق بما ليس بمال وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظه منهما فلشبهة المال قلنا اذا ثبت بالبينة سببه يباع العبد فيه ولشبهه بما ليس بمال لا يثبت على العبد باقراره وهذا لان الدفع انما يصير مستحقا بفعل هو خطأ اذا كان استحقاق القصاص بعمده ولا يستحق القصاص بعمد هذا الفعل بحال فكذلك لا يستحق دفع العبد به واذا تعذر ذلك تعين جهة البيع فيه ولكن اذا ثبت السبب ثبت بما هو حجة في حق المولى ولو أقر العبد بتزويج أمته وانه قد أقبضها لم يلزم مهر لواحد منهما في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان النكاح ليس المأذون والمحجور فيه في الاقرار سواء وقال أبو يوسف رحمه الله في الحرة كذلك الجواب أطلقه في رواية أبي سليمان رحمه الله وفي رواية أبي حفص رحمه الله قال اذا كانت كبيرة لان وجوب المهر بالعقد لها وهذا العقد ليس من التجارة فهي قد رضيت بتأخيره حين طاوعت العبد فيه فاما اذا كانت أمة فان كان المولى زوجها لم يلزمه شيء حتى يعتق لان المولى صار راضيا بتأخير حقه وان لم يكن المولى زوجها فهو مؤاخذ بالمهر في الحال لان المتعلق بالافتضاض من الامة في حكم المال حتى يستحق بالبيع شرطا وهو مملوك للمولى واقرار العبد المأذن باتلاف مال مملوك للمولى صحيح في ايجاب الضمان عليه فيلزمه المهر هنا باعتبار الاتلاف دون العقد وان كانت الامة ثيبا لم يلزمه شيء حتى يعتق لان بالوطء هنا لم يتلف شيأ مما هو مال وانما وجوب المهر باعتبار عقد النكاح واقرار المأذون به غير صحيح في حق مولاه لانه ليس من التجارة في شيء ثم ذكر في نسخ أبي سليمان رحمه الله بعد هذا وان كان ذهب العبد بها الى منزله وهي بكر يعلم ذلك فولاها بالخيار ان أراد أن يضمنه

العذرة بالغصب فله ذلك وان أراد أن يضمنه بالوطء فلا شيء عليه حتى يعتق ولم يذكر هذا الفصل فى نسخ أبى حفص رحمه الله ولا فى كتاب الاقرار لابى يوسف رحمه الله فقال مشايخنا رحمهم الله الصحيح أن هذا التفريع على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول أبى يوسف رحمه الله لان العبد حين ذهب بها الى منزل مولاه فقد صار غاصبا لها بجميع أجزائها وضمان الغصب يؤاخذ به المأذون فى الحال فاذا اختار المولى تضمينه ما ذهب من العذرة عنده لا بوطئه بل بالغصب السابق كما لو عايناه انه غصب أمة عذراء وردها بعد زوال عذرتها وان اختار تضمينه بالوطء ففى الوطء وجوب المهر باعتبار العقد فلا يؤاخذ به المأذون فى الحال حتى يعتق وعلى قول أبى يوسف رحمه الله مع الوطء هنا اتلاف العذرة فيضمن باعتبار الحال لحق مولاه ويصح اقراره بمنزلة اقراره باتلاف المال ولو أقر العبد التاجر انه وطىء أمة اشتراها فافتضها ثم استحقت فعليه مهرها للحال لان الافتضاض هنا بالوطء ترتب على سبب هو تجاوزه وهو البيع الذى لولاه لكان الواجب عليه الحد فكان الضمان الواجب بسبب التجارة من جنس ضمان التجارة فصح اقرار العبد به فى الحال بخلاف ماسبق فالسبب هنا عقد النكاح والنكاح ليس من التجارة فى شيء فلا يصح اقرار العبد به فى الحال والدليل على أن السبب معتبر أن الوكيل بالبيع اذا باع بيعا فاسدا وقبضه المشترى ضمن القيمة كما يضمنها بالغصب ولكن الوكيل هو الذى يستوفيه دون الموكل لان وجوب هذه القيمة بسبب عقد الوكيل فيجعل معتبرا بضمان العقد وان كان هو في الحقيقة ضمان العين قال فى الكتاب أرأيت لو أقر أن عينها ذهبت من عمله أو من غير عمله لم يضمن ولو أقر أن عذرتها ذهبت عنده من غير وطء ضمن كما يضمن العين المستحق وهذا يبين الفرق بين هذا وبين النكاح فان سبب النكاح لا يضمن العين اذا ذهبت من غير عمله ولو أقر أنه وطىء صبية بشبهة فاذهب عذرتها فأفضاها لم يلزمه شيء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله هكذا قال في نسخ أبى سليمان رحمه الله وفى نسخ أبى حفص رحمه الله قال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهما الله والمراد أنه لا يلزمه شيء حتى يعتق لان اقراره بوجوب المهر بالوطء بالشبهة بمنزلة اقراره بوجوب المهر بسبب النكاح وقد بينا أن هناك في حق الحرة لا يلزمه باقراره شيء حتى يعتق فهذا مثله وتبين بما ذكر هنا فى نسخ أبى حفص رحمه الله أن فعله الكبيرة هناك غير معتبر فى قول أبى يوسف رحمه الله فأما ضمان الافضاء فهو ضمان الجناية واقرار

العبد بالجناية لا يصح مأذونا كان أو محجورا لانه أقر على مولاه وكذلك لو أقر انه وطىء أمة بشبهة فاذهب عذرتها وأفضاها بغير اذن مولاها فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان اقراره بالوطء بالشبهة بمنزلة اقراره بالوطء بالنكاح وفى قول أبي يوسف رحمه الله ان كان البول لا يستمسك لا يلزمه شيء لافى الحال ولا بعد العتق لان من أصل أبي يوسف رحمه الله أن الافضاء بهذه الصفة يوجب كمال الدية فى الحرة دون المهر على ما ذكره فى كتاب الحدود فيكون هذا اقرارا بالجناية وذلك غير صحيح من العبد وان كان البول يستمسك قال في نسخ أبي سليمان رحمه الله يصدق فى المهر ويكون دينا عليه اليوم ولا يصدق فى الافضاء لان الافضاء بهذه الصفة فى الحرة يوجب ثلث الدية والمهر فاقرار العبد صحيح فى حق المهر عند أبي يوسف رحمه الله كما فى مسئلة النكاح اذا أقر انه أذهب عذرتها بغير تزويج المولى وفي الافضاء لا يصدق لانه ضمان جناية وفي نسخ أبي حفص رحمه الله قال وان كان البول يستمسك فلا يصدق فى المهر فلا يكون دينا عليه ووجه هذه الرواية أن الجناية قد تحققت هنا بالافضاء فلم يبق اذهاب العذرة بالوطء معتبرا وانما كان وجوب المهر باعتبار الوطء خاصة فهو نظير قوله فى المسئلة الاولى اذا كانت ثيبا واقراره بالجناية لا يكون معتبرا صحيحا أصلا بمنزلة اقرار المحجور عليه وما ذكر فى نسخ أبي سليمان رحمه الله أشبه بالصواب واقرار العبد المأذون بالشركة فى شيء خاص أو فى تجارة كثيرة جائز لان الشركة من عقود التجارة وهو من صنع التجارة فاقرار العبد به صحيح وان أقر بشركة مفاوضة جاز عليه فيما فى يده كله ولم يكن مفاوضا لما بينا أن الرقيق ليس من أهل المفاوضة فبطل اقراره بها ويبقى معتبرا فى استحقاق المقر له نصف مافى يده لانه أهل للاقرار بجميع مافي يده لغيره فكذلك بنصفه وقد بينا انه ليس من ضرورة امتناع ثبوت المفاوضة امتناع ثبوت الشركة فى المال ولو كان مولى العبد المأذون مرتدا أذن له فى حال اسلامه أو بعد ارتداده ثم أسلم المولى أو قتل على ردته فالعبد فى أقاريره في حال ردة مولاه بمنزلة المحجور عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اقراره جائز لان تصرفات المرتد عندهما لا تتوقف وكذلك ملكه بنفس الردة لا يتوقف فيبقى العبد مأذونا له على حاله وعند أبي حنيفة رحمه الله ملكه يتوقف بنفس الردة كما يتوقف نفسه ولهذا قال يتوقف تصرفه فى المال واذنه للعبد كان بمطلق ملكه فاذا توقف ملكه بالردة لم يبق العبد مأذونا واذا كان حكم الاذن لا يبقى

بعد الردة فلأن لا يثبت ابتداء في الردة بطريق الاولى فلهذا كان اقراره بمنزلة اقرار المحجور عليه
واذا ولدت الامة التاجرة وعليها دين أولم يكن عليها دين لم يكن ولدها مأذونا له في التجارة
لان ولدها ملك المولى فلا يصير مأذونا الا أن يأذن له المولى في حال أهليته لذلك وهـذا
بخلاف الكتابة فان ولد المكاتبة كأمه لان ذلك حق لازم فيها فيسرى الى ولدها والاذن
في التجارة ليس بحق لازم في الام هنا فلا يسرى الى الولد ولان المقصود بالكتابة العتق
والولد ينفصل عنها وهو ليس بأهل لذلك واذا أقر الاجير أن ما في يده من قليل وكثير
من تجارة أو متاع أو مال عين أو دين فهو لفلان وقال أنا أجير له فيه فهو جائز لانه أقر له
بمنافع نفسه وما في يده وما كان في يده يومئذ من شيء فهو لفلان كله لا حق للاجير فيه
لاقراره بجميع ذلك له والاقرار عاما يصح كما يصح خاصا غير اني أستحسن في الطعام
والكسوة فاجعلهما للاجير وفي القياس هما للمقر له لان ذلك له من قليل في يده وكثير ولكنه
استحسن فقال الاجير محتاج الى ذلك فحاجته تدل على انه اتخذ ذلك لنفسه فيصير ذلك مستثنى
من عموم اقراره كما يصير الطعام والكسوة مستثنى من عموم شركة المفاوضة وهذا استحسان
مثل ما استحسنا في ثياب بدل الاجر اذا كان يعمل في بيت الاستاذ عند اختلافهما فيها فيجعل
القول قول الاجير فيه بخلاف سائر الامتعة وان لم يعرف ما كان في يده يوم أقر فالقول
قول الاجير فيما اذا قال أصبته بعد اقراري لانه لا يعرف ما في يده الا من جهته وقد بينا أن
في كل اقرار لا يقع الاستغناء به عن بيان المقر يجعل بيانه مقبولا فيه ولو أقر الاجير أن ما
في يده من تجارة كذا فهو لفلان كان ما في يده من تلك التجارة وقت اقراره لفلان لتقييده
الاقرار بذلك وما كان في يديه من غير تلك التجارة فليس لفلان منه شيء والقول في بيانه
قول المقر وكذلك ما كان في يده من تلك التجارة وادعى انه أصابه بعد اقراره فالقول قوله
مع يمينه لانه ما وقع الاستغناء عن بيانه باقراره فوجب قبول بيانه في ذلك واذا أقر الاجير
أن ما في يده من تجارة أو مال لفلان وفي يده صكوك ومال عين فهو كله لفلان لان ذلك كله
من التجارة فان ما في الصكوك وجب بسبب التجارة وهو مال من وجه باعتبار ماله فيتناوله
عموم اقراره ولو أقر أن ما في يده من طعام فهو لفلان وفي يده حنطة وشعير وسمسم وتمر
لم يكن من ذلك لفلان الا الحنطة لان الاقرار من جنس التجارة واسم الطعام فيما هو تجارة
لا يتناول الا الحنطة وقد بينا ذلك فيما سبق ولو لم يكن في يده من الحنطة شيء فلا شيء

للمقر له لانعدام المقر به فى المحل الذى عينه باقراره وهو يده والله أعلم

باب اليمين والاقرار فى الرق

(قال رحمه الله) رجل قال لفلان على الف درهم ان حلف أو على أن يحلف أو متى حلف أو حين حلف أو مع يمينه أو فى يمينه فحلف فلان على ذلك وجحد المقر بالمال لم يؤخذ بالمال لان هذا ليس باقرار ولكنه مخاطرة ومعناه انه علق الاقرار بشرط فيه خطر وهو يمين الخصم والتعليق بالشرط يخرج كلامه عن أن يكون اقرارا كالاستثناء وان لم يجعل هذا شرطا كان جاعلا اليمين سببا لوجوب المال ويمين المدعى ليس بسبب لاستحقاق المال فان الشرع جعل اليمين لدفع الاستحقاق فلا يكون سببا للاستحقاق وليس له ولانه جعل ماليس بسبب سببا قال وكذلك الابراء من المال على مثل هذه المخاطرات باطل فان قال الطالب ان حلفت عليها فانت برىء منها فهذا تعليق الشراء بالمخاطرة والبر أن لايحتمل التعليق بالاخطار * فان قيل أليس أن يمين المنكر توجب براءته شرعا * قلنا عن اليمين لا فانه لو حلف فى غير مجلس الحكم لاتثبت به البراءة وكذلك فى مجلس الحكم اليمين لاتوجب البراءة (ألا ترى) أن بينة المدعى بعدها مسموعة ولكن انما لايكون له أن يخاصمه بعد يمينه لانعدام الحجة من اقرار أو نكول أو بينة فتتأخر خصومته الى أن يجد حجة لا أن تكون اليمين موجبة للبراءة ولو ادعى الطالب عليه المال فحكما رجلا فحلفه فان حلف انقطعت الخصومة لان الحكم فى حقها كالقاضي وباليمين فى مجلس القاضى تنقطع الخصومة الا أن يجد البينة فان أبى أن يحلف فقضي الحكم عليه بالمال كان جائزا بمنزلة مالو كان عند القاضى وهذا هو الاصل ان كل يمين لو امتنع منها يستحق القضاء بها عليه فاذا حلف تنقطع الخصومة به وفى كل يمين لو امتنع منها لا يصير القضاء مستحقا عليه فالخصومة لا تنقطع بتلك اليمين وقد بينا أن النكول فى مجلس القضاء بمنزلة الاقرار وفيه فصول تقدم بيانها فى كتاب الدعوى واذا أقر رجل أو امرأة أو صبي يعقل أو لقيط لم يجر فيه حكم العتق بالرق لرجل فهو جائز لصنع المقر له به مايصنع بمملوكه أما البالغ اذا أقر به فهو غير مشكل لانه أقر على نفسه بأمر محتمل وليس هنا دليل يكذبه فى ذلك شرعا فأما الصبي اذا أقر به فقد كان ينبغى أن لا يصح اقراره لان قول الصبي معتبر فيما ينفعه دون ما يضره والاقرار بالرق ليس مما ينفعه ولكنه لما صار عاقلا وجب اعتبار

قوله في نفسه بمنزلة البائع (ألا ترى) انه لو ادعى أنه حر ومن هو فى يده يزعم أنه عبد جعل القول فيه قول الصبي واذا وجب اعتبار قوله اذا ادعى حرية نفسه وجب اعتبار قوله فى ضده أيضا كما أنه أيضا لما اعتبر قوله واعتقاده اذا أسلم اعتبر ذلك اذا ارتد أيضا ولان هذا الاقرار ينفعه عاجلا لانه يستوجب النفقة على مولاه ولان اقراره بالرق سكوت منه عن دعوى الحرية لامحالة وانقياد للمقر له حتى يثبت عليه يده واذا ثبتت عليه يده وهو يدعى رقيته وجب قبول قوله كما اذا كان صبيا لا يعقل وان كان المقر حر الاصل معروفا بذلك لا يجوز اقراره بالرق لانه مكذب فيه شرعا باعتبار حرية الاصل فيكون اقراره هذا ابطالا لحريته وايجابا للرق على نفسه وذلك ليس تحت ولاية أحد وكذلك ان كان معتقا لرجل فاقر بالرق لآخر لم يصح اقراره لان ولاءه ثابت للذى أعتقه والولاء كالنسب ومعروف النسب من انسان اذا أقر بالنسب لغيره لم يصح فكذلك هنا قال الا أن يصدقه الذى أعتقه فحينئذ يجوز اقراره لانه المانع حقه فلا يبقى بعد تصديقه وهذا بخلاف النسب فان هناك صاحب النسب المعروف وان صدقه لم يثبت النسب من المقر له لان النسب لايحتمل الابطال بعد الثبوت بحال بخلاف الولاء فان المعتقة اذا ارتدت ولحقت فسبيت فاعتقت كان الولاء عليها للثانى دون الاول فتصديق المعتق الاول هنا عامل فى ابطال حقه فكان مملوكا للمقر له واذا كان عبد فى يد رجل فاقر أنه مملوك لآخر وقال الذى هو في يده أنت عبدى فالقول قول ذى اليد لان المملوك حين أقر به لم يبق له يد معتبرة فى نفسه فهو بمنزلة الثابت فالقول فيه قول ذي اليد لاستحقاقه رقبته بيده واذا لم يكن العبد في يد أحد فالقول فيه قول العبد لانه لااستحقاق لاحد فيه فهو باقراره لاحدهما يصير منقادا له فتثبت اليد عليه للمقر له ويكون فى الحكم كانه فى يده فيجعل مملوكا له ولو كان العبد فى يد قصار أو فى مكتب فقال أنت عبدى وقال العبد بل أنا عبد فلان اسلمني اليك وادعاه فلان فالقول قول القصار وصاحب المكتب لان العبد حين أقر بالرق فقد سقط اعتبار يده فى نفسه فيكون القول فى الملك قول من هو فى يده وبخلاف ماذا قال أنا حر لانه هنا لم يقر بالرق على نفسه فبقيت يده في نفسه معتبرة وهى أقرب الايدى اليه فلا تظهر مع ذلك يد ذى اليد فيه واذا كانت أمة في يد رجل فقالت أنا أم ولد لفلان أو مكاتبته أو مدبرته وصدقها فلان وقال ذو اليد بل أنت أمة لي فعلي قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول ذى اليد وعلي

قول أبي يوسف رحمه الله القول قول الامة والمقر له لان دعواها حق الحرية بمنزلة دعواها حقيقة الحرية ولو قالت أنا حرة كان القول قولها ولا يثبت استحقاق يد ذي اليد عليها الا بحجة فكذلك هنا (توضيحه) أن المكاتبة في يد نفسها كالحرة فلا تظهر يد ذي اليد فيها مع دعواها أنها مكاتبة كما لا يظهر مع دعواها أنها حرة وهذا نوع استحسان ذهب اليه أبو يوسف رحمه الله والقياس قولها لانها أقرت بالرق المسقط لاعتبار يدها في نفسها فلا تسمع دعواها الا بحجة (ألا ترى) انها لو ادعت شيأ من ذلك على ذي اليد لم تسمع الا بحجة فكذلك اذا ادعت على غيره وتصديق المقر له ليس بحجة في حق ذي اليد فوجوده كعدمه ولو قال المقر له هي أمة لي غير مدبرة كان القول فيها قول ذي اليد بالاتفاق فكذلك اذا صدقها في التدبير وعلى هذا الخلاف لو قالت كنت أمة لفلان فاعتقني وصدقها فلان بذلك فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي أمة لذي اليد لانها أقرت بالرق ثم ادعت زواله بسبب حادث وعند أبي يوسف رحمه الله هي حرة لانها لم تقر بالرق لذي اليد وزعمت انها حرة في الحال ففي حق ذي اليد هذا ودعواها حرية الاصل سواء ولكن هذا غير صحيح لان دعواها حرية الاصل تتم بها ودعواها العتق من فلان لا يتم الا بتصديق من فلان وتصديق فلان ليس بحجة على ذي اليد ولو كان في يد رجل غلام فقال أنا ابن فلان وأمي أم ولد له وقال ذو اليد أنت عبدي وأمك أمتي وقال المقر له هو ابني ففي قول أبي حنيفة رحمه الله هذا كالاول وهما جميعا لذي اليد لانه أقر انه جزء من مملوكه فكما لم يقبل قول الامة في ذلك على ذي اليد فكذلك قوله جزء منها وأبو يوسف رحمه الله قال القول قوله في ذلك كما بينا في الفصل الاول لانه يجعل القول في ذلك قول الامة استحسانا وأما محمد رحمه الله فانه يقول هنا أجعل الولد حرا ابنا للذي ادعاه استحسانا وكذلك لو قال للذي هو في يده أنا ابنك من أم ولد لك هذه وكذبه المولى أجعله حرا استحسانا في قول محمد رحمه الله نص على قوله هذا في بعض نسخ الاقرار ووجهه أن الولد هنا يدعي حرية الاصل لنفسه سواء ادعي انه ابن ذي اليد أو ابن غيره وفي حرية الاصل القول قوله كما لو قال أنا حر الاصل ولم يرد على هذا ولكن أبو حنيفة رحمه الله قال حكم اقراره هنا يتوقف علي تصديق المقر له فكان هذا ودعواه حرية العتق سواء بخلاف ما لو قال أنا حر الاصل فان حكم قوله هناك لا يتوقف على تصديق غيره ولو كان في يديه عبد وقال أعتقتني فكذبه المولى كان عبدا له بالاتفاق لانه أقر على نفسه

بالرق له ثم ادعى زواله بسبب حادث فلا يصدق على ذلك الا بحجةواذا أعتق الرجل عبدا له ثم أقر الرجل والعبد انه كان مملوكا لفلان وادعى ذلك ولم يجر في عتقه حكم فهما مصدقان علي ذلك لانه أقر على نفسه بأمر محتمل لم يجر الحكم بخلافه فصح اقراره وصار مملوكا وظهر هذا الملك في حق المعتق بتصديقه أيضا فيتبين أنه أعتقه وهو لا يملكه وان كان جرى فى عتقه حكم من حد أو قصاص أو شيء مما يجرى فى الحر دون العبد فامضى القاضي ذلك فان هذا لا يرد فى الرق لانه صار مكذبا في اقراره شرعا والمقر اذا كذبه الشرع لم يعتبر اقراره وان أقر مولاه انه اغتصبه من فلان ضمنه القيمة لان اقراره على نفسه صحيح وقد تعذر عليه رد المغصوب بما نفذ فيه من العتق من جهته فيضمن قيمته وكذلك اذا ادعى هبة منه أوشراء ولم يكن له بينة وحلف فلان ما فعل ذلك ضمن له قيمة الغلام لانه أقر أنه قبضه على سبيل التملك وقد تعذر عليه رده فيلزمه قيمته ولو استأجر عبدا ثم ادعى بعد الاجارة انه عبده لم يصدق على ذلك لان استئجاره من غيره يشهد بالملك لذلك الغير أو اقرار بانه لاحق له فيه بمنزلة الشراء والاستخدام فيكون فى دعوى الملك لنفسه بعد ذلك مناقضا فلا يسمع منه ولكنه عبد لمن أقر له العبد بالملك وهو الآخر ولو أن رجلا قال أمى كانت أمة لفلان ولم أولد انا قط الاحرا كان القول قوله فى ذلك لانه أقر على أمه بالرق واقراره عليها نافذ وليس من ضرورة رق أمه رقه فان ولد المعروف حر الاصل والام رقيقة والدليل عليه ان من أقر بامة لانسان ولها ولد فى يده فان الولد يكون للمقر دون المقر له فلما لم يجعل اقراره بالام اقرارا بالولد فكذلك لايكون اقرار الولد برق الام اقرارا برق نفسه (توضيحه) أن من يكون معروفا بحرية الاصل اذا قال جدتى كانت أمة لا يتضمن ذلك الاقرار بالرق على نفسه ولا علي احد من ابويه فكذلك اذا قال امى كانت امة لفلان فاذا ادعى فلان رقه فعليه البينة ولو ان مجهولة الاصل تزوجت رجلا ثم أقرت بالملك لرجل فهى أمة له لاقرارها على نفسها بأمر محتمل ولا يصدق على فساد النكاح لانه ليس من ضرورة كونها أمة له لاقرارها على نفسها بكونها امة فساد النكاح فان نكاح الامة باذن مولاها صحيح بخلاف ما اذا ادعى أبو الزوج نسبها وصدقته لان من ضرورة ثبوت نسبها من اب الزوج انتفاء النكاح وما ثبت بوجود المنافى ضرورة لايكون محالا به على اقرارها وهنا لما لم يكن من ضرورة رقها فساد النكاح فلو ثبت ذلك انما يثبت باقرارها واقرارها ليس بحجة علي الزوج ان رقها يظهر فى حق الزوج

في حق حكم يتمكن فيه من التلافى ودفع الضرر عن نفسه ولا يثبت فى كل حكم لا يتمكن فيه من التلافى ودفع الضرر عن نفسه حتى لو كان أعطاها المهر قبل الاقرار فهو برئ منه لانا لو صدقناها فى هذا الحكم لحقه ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه ولو أعطاها المهر بعد الاقرار لم تبرأ منه لانا لو صدقناها فى حق الزوج هنا لتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدفع الصداق الي مولاها دونها وعلى هذا لو طلقها واحدة ثم أقرت بالرق صار طلاقها ثنتين بخلاف ما اذا أقرت بعد ماطلقها ثنتين وكذلك لو مضت من عدتها حيضة فاقرت بالرق صارت عدتها حيضتين بخلاف مااذا أقرت بعد مضي حيضتين وعلى هذاماولدت من ولدقبل الاقرار فهم أحرار لايصدق عليهم فى ابطال حريتهم وكذلك ماكان موجودافي بطن أمهم بان ولدت لاقل من ستة أشهر فاما مايحدث من الاولاد بعد فعلي قول أبي يوسف رحمه الله هم أرقاء والوقت فيه ستة أشهر لان الحمل قائم بينهما وعلى قول محمد رحمه الله هم أحرار لان الزوج بالنكاح استحق حرمة الاولاد وهى لا تصدق فى ابطال الحق الثابت ولو قبلنا اقرارها فى رق الاولاد تضرر الزوج ضررا لايمكنه دفعه عن نفسه الا أن يمتنع من وطئها وفيه ابطال الاستحقاق الثابت له وأبو يوسف رحمه الله يقول هذا ولد حر من أم رقيقة فيكون رقيقا كما لو ثبت رقها بالبينة وهذا لان الولد جزء من الام يتبعها فى الرق والحرية فالزوج لما أعلقها مع علمه برقها فقد رضى برق هذا الولد بخلاف مااذا كان موجودا قبل اقرارها وفى قبول اقرارها فى هذا الحكم لاضرر على الزوج لانه يمكن من أن يعزل عنها عندالوطء ولان الولد ثمرة فلا يستحق بالنكاح ولهذا لو كانت عجوزا أو عقيما لايثبت للزوج الخيار فكيف تكون صفة حرية الولد مستحقة له بالنكاح فلهذا قبلنا اقرارها في هذا الحكم ولو أن رجلا مجهول الاصل له أولاد وأمهات أولاد أقر بالرق لرجل جاز ذلك كله بنفسه وماله لكون ماأخبر به محتملا ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانهم استحقوا الحرية أو حقها وليس من ضرورة رقه بطلان هذا الحق عليهم فلا يصدق فى حقهم ولو أن امرأة مجهولة فى يدها ابن لها صغير من فجور أقرت انها أمة لفلان وان ابنها عبد له فهى مصدقة على نفسها وابنها لان الابن لما كان لايعبر عن نفسه كان القول فيه قول من هو فى يده (ألا ترى) أنه لو لم يعرف أصله فادعت انه عبدها كان القول قولها لانه فى يدها فكذلك اذا أقرت بالرق لغيرها وان كان ابنها يتكلم فقال أنا حر كان القول قوله لان من يعبر عن نفسه كالبائع لاتقوى

يد الغير عليه بل يده على نفسه أقوى فكان القول قوله فى حريته وكذلك رجل وامرأته مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم أقرا بالرق لرجل على أنفسهما وابنهما جاز لما بينا وان قالا نحن مملوكان لفلان وابننا هذا مملوك لفلان آخر وكذبهما مولاهما فى الابن فالابن عبد له معهما لان اقرارهما بالرق على أنفسهما يسقط اعتبار يدهما ويجعل يدهما لاغية فكما لا قول لهما بعد الاقرار بالرق في ابطال الاستحقاق الثابت لذى اليد فيهما فكذلك لا يقبل قولهما فى ابطال الاستحقاق الثابت للمقر له فى ولدهما ولو أن رجلا ادعى أمة أنها أمته وادعت الامة انه عبدها ولا يعرف أصلهما وليس الواحد منهما فى يد صاحبه وصدق كل واحد منهما صاحبه في دعواه جعلت ذلك باطلا لان تصديق كل واحد منهما لصاحبه اقرار بالرق له على نفسه وبين الاقرارين منافاة لاستحالة أن يكون كل واحد منهما مالكا لصاحبه ومملوكا له فاذا تحقق التنافى بينهما تهاترا اذ ليس العمل باحدهما بأولى من الآخر وان كان أقر احدهما قبل الآخر فالذي أقر أخيرا مملوك للاول اذا صدقه ثانية لان اقراره بالرق له على نفسه يتضمن رد اقرار صاحبه وذلك صحيح منه فيرد ذلك الاقرار له ويبقى اقرار الثانى بالرق على نفسه فان صدقه المقر له فى ذلك كان عبدا له وان لم يصدقه ولم يكذبه لم يكن واحد منهما مملوكا للآخر لان اقرار الاول قد بطل بالرد ولم يبطل باقرار الثانى تصديق المقر ولو قال لآخر أنا عبد لك فقال الآخر لا ثم قال بلى أنت عبدي فهو عبده لان الرق الثابت لا يبطل بالجحود والاقرار متى حصل بما لم يرتد بالرد يبقى بعد ذلك المقر به موقوفا على تصديقه فى الاقرار بالسبب أرأيت لو كان فى يديه فقال أنا عبدك فقال لا ثم قال نعم لم يكن عبده فكذلك اذا لم يعرف يده فيه ولو قال ذو اليد لرجل هو عبدك يافلان فقال لا ثم قال هو عبدى فهو عبد لذى اليد لانه أقر لفلان بالملك والملك مما يبطل الاقرار فيه بالرد والتصديق بعد ما بطل الاقرار بالرد لا يكون موجبا شيأ بخلاف ماسبق فانه اقرار بالرق والرق لا يبطل بالرد لانه انما يبطل بالرد مايحتمل النقل من شخص الى شخص فلهذا عمل التصديق هناك بعد الرد وفى الكتاب قال ولا يشبه هذا الاول لان الاول لم يكن فى يد أحد وهذا ليس بقوى فقد بينا فى الفصل الاول أنه لا فرق بين أن يكون فى يده أولا يكون فى يده وانما الفرق الصحيح ماقلنا ولو قال الذى هو فى يديه هو عبدك يا فلان فقال فلان بل هو عبدك ثم قال بلى هو عبدى وجاء بالبينة لاتقبل بينته لان قوله بل هو عبدك رد لاقراره واقرار بملك العبد له فان ادعاه

لنفسه بعد ذلك كان مناقضا وكذلك لو أقر أن هـذا العبد لفلان ثم جاء بالبينة انه له لم تقبل بينته للتناقض ولو ادعى رجـل دارا فقال هذه الدار لى الا هذا البيت وجحده ذو اليـد فاقام المدعى البينة أن الدار له فان قال كان البيت لى فبعته قبلت بينته لان الشهود وان شهدوا له بأ كثر مما ادعاه الا أنه وفق بين الدعوى والشهادة بتوقيف محتمل فيخرج من أن يكون مكذبا لشهوده وان قال لم يكن البيت لى قط فهذا إكذاب منه لشهوده اذا شهدوا له بجميع الدار والمدعى اذا أكذب شهوده بطلت شهادتهم له وان لم يقل شيأ من ذلك سأله القاضي عنه لان الحكم يختلف ببيانه من سـؤاله فان أبى ببينه لم تقبـل بينته لانه فى الظاهر مكذب شهوده فانهم شهدوا له بأكثر مما ادعاه الا انه كان متمكنا من التوقيف فاذا أبى أن يوقف نفى ظاهر الاكذاب أرأيت لو قضى بهـذه البينة ثم قال المدعى ماكان البيت لي قط لم يكن يحق عليه ابطال قضائه فكذلك فى الابتداء لايقضى اذا لم يبين وعلى هـذا لو ادعى رجل على رجـل بالف درهم وشهد له شاهدان بالفين فان قال لم يكن لى عليه الا الف درهم فهـذا إكذاب منه لشهوده وان قال كان لي عليه الفان فأبرأته من الف قبلت بينته وان أبى أن يبين بطلت الشهادة وهذا استحسان في الفصلين وفي القياس تقبل البينة لان البينات حجج فيجب العمل بها ما أمكن وما دام التوقيف ممكنا فالمانع من العمل بالبينة غير متعذر ولكن استحسن للاكذاب الظاهر على مابينا واذا أقرت الامـة بالرق لرجل فباعها المقر له جاز لان الملك يثبت له فيها باقرارها والملك مطلق للتصرف فاذا ادعت عتقا بعد البيع وأقامت البينة على عتق من البائع قبـل البيع أو على أنها حرة من الاصل قبلت بينتها استحسانا وفى القياس لا تقبل لانها انقادت للبيع والتسليم وذلك اقرار منها بأنها لم يجر فيها من البائع عتق قبل هذا فتكون مناقضة فى دعوى العتق قبل ذلك واذا ادعت حرية الاصل فالتناقض ظاهر لتقدم الاقرار منها بالرق على نفسها ومع التناقض في الدعوى لاتكون البينة مقبولة ولكنه استحسن فقال التناقض بعـدم الدعوى والبينة على عتق الامـة يقبل من غير الدعوى فكذلك مع التناقض وفى الكتاب علل فقال لان هذا فرج ومعناه أن يخرج الفرج من حق الله تعالى فتكون البينة عليه مقبولة حسبة ولكن هذا ليس بقوى فأما التناقض من العبد فيمنع قبول البينة علي حريته عنـد أبى حنيفة رحمه الله وهنا لان التناقض انما يؤثر فيما يحتمل الابطال بعد ثبوته وحرية الاصل بعد تأكدها لاتحتمل الابطال وكذلك العتق بعد ثبوته لا يكون

التناقض فيه مانعا من قبول البينة كالنسب فان التناقض فى دعوى النسب لا يمنع صحته حتى أ كذب الملاعن نفسه لثبت النسب منه ولو أن رجلا باع عبدا ودفعه الى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشترى وذهب به الى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا اقرار منه بالرق لانه انقاد بالبيع والتسليم ولا يثبت ذلك شرعا الا فى الرقيق واقراره على نفسه بالرق بطريق الدلالة بمنزلة التصريح بالاقرار به فلا يصدق فى دعوى الحرية بعد ذلك لانه يسعي في نقض ماتم به الا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذ تقبل البينة والتناقض لا يمنع من ذلك وكذلك لو رهنه أو دفعه بجناية لان هذا تصرف فى العين لا يصح الا برقه فانقياده لذلك اقرار بالرق على نفسه بخلاف مالو أجره ثم قال أنا حر فالقول قوله لان الاجارة تصرف فى منافعه لا فى عينه وليس من ضرورة صحة الاجارة رق المحل فان منافع الحر تملك بالاجارة عند ايجابه أو ايجاب الغير بيبانه وتكون منفعتـه حقا له (ألا ترى) انه لو كان يخدمـه ثم قال انا حر كان القول قوله فكذلك اذا خدم المستأجر باجارته قال والاجارة ليست باقرار من الخادم بالرق وهى اقرار من المستأجر بأن العبد ليس له حتى لو ادعاه بعد مااستأجره لنفسه لم يصدق لان المنفعة تملك بملك الرقبة فمباشرته سبب الملك فى المنفعة مقصودا يكون اقرارا منه انه لا يملك الرقبة وأما ايجاب المنفعة للغير فلا يكون اقرارا على نفسه بالملك فى العين لاحـد وكذلك لو قال اعرنى هـذا يخدمنى كان هذا اقرارا من المستعير ان العبد ليس له كما أنه من المستأجر على يدنا ولو ان رجـلا قدم من بلد ومعه رجال ونساء وصبيان يخدمونه فادعى أنهم رقيقه وادعوا أنهم احرار كانوا احرارا لان اليد لا تقوى على من يعبر عن نفسه وكذلك لو كانوا اغلمة عجما أو سـودا أو حبشا فهـذه الصفات لا تنافى حرية الاصـل وكذلك ان علم انهـم كانوا فى يده لان يدهم فى انفسهم اقوى فما لم يقر بالملك كان القول قولهم فى الحرية ولو عرض جارية على البيع وهى ساكتة لم يكن هذا اقرارا بالرق منها وكذلك الغلام لان السكوت فى هذه الحالة محتمل فقد يكون للتعجيب انه كيف تعرضنى وانا حرة وقد يكون للاستخفاف فطبه لا التفات الى كلامه لكونه لاعبا فلهذا يجعل اقرارا بالرق ولو ان امرأة زوجها رجل من آخر فأقرت بذلك ثم ادعى الذى زوجها أنها أمته لم يصدق على ذلك لان انقيادها بالنكاح لا يكون اقرارا منها بالرق كانقيادها للاجارة فان الحرة محـل للنكاح ولو كاتبها أو اعتقها على مال أو قال كاتبنى او اعتقنى او بعـنى نفسي او بعـنى من فلان أو أرهنى من فلان أو

تزوج فلانة علي رقبتي أو قالت لامرأة اختلعي من زوجك على رقبتي فهذا كله اقرار منها بالرق لان ماصرحت به لا يصح شيء منه فيها الا برقبتها فتصريحها بذلك اقرار منها بالرق على نفسها بخلاف ماذا قالت أجرني من فلان فهذا لايكون اقرارا بالرق لما قلنا ولو قال لآخر أعتقني كان هذا اقرارا بالرق له لان العتق لا يصح فيه الا بعد الرق ممن هو يملكه وكذلك لو قال ألم تعتقني أمس أو ليس قدأعتقتني أمس أو ما أعتقتني أمس كان هذا اقرارا بالرق والله أعلم

باب الاقرار بالنكاح

(قال رحمه الله) امرأة قالت لرجل طلقني فهذا اقرار منها بالنكاح لانها طلبت منه مالا يصح شرعا الا بعد صحة النكاح فيكون ذلك منها بمنزلة الاقرار بالنكاح وهذا لان الطلاق للاطلاق عن قيد النكاح فكانها قالت أطلقني عن قيدالنكاح الذي لك على وكذلك لو قالت اخلعني بألف درهم وهذاأظهر لانها التزمت البدل ولا يجب عليها البدل الا بزوال ملك النكاح عنها بالخلع وكذلك لو قالت طلقتني أمس بألف درهم أو أنت مني مظاهر أو مول فان شيأ مما أخبرت به لا يصح الا بعد صحة النكاح فاقرارها به تضمن الاقرار بالنكاح ولو قال الرجل اختلعي مني بمال كان هذا اقرارا منه انه تزوجها لان الخلع بمال لايكون الا بعد صحة النكاح بينهما وكذلك لو قالت له طلقني فقال لها اختاري أو أمرك بيدك في الطلاق فهذا منه اقرار بالنكاح لان تفويضه الطلاق اليها لا يكون الا بعد صحة النكاح ولو قال والله لاأقربك لايكون هذا اقرارا منه بانها زوجته لانه كلام محتمل فلعله منع نفسه من قربانها لعدم الملك له عليها ولعله قصد الاضرار بها والمحتمل لايكون حجة ثم هذا الكلام نفي موجب النكاح بينهما ونفي موجب العقد لا يكون اقرارا بالعقد وكذلك لو قال أنت على حرام أو بائنة أو بتة لانه وصفها بالحرمة وموجب النكاح ضده وهو الحل فوصفها به لايكون اقرارا بالنكاح الا أن تقول له طلقني فيقول بعد ذلك شيأ من هذه الالفاظ غيرأن هذا كرة الطلاق معينة للطلاق ولهذا لايحتاج فيها الي البينة وايقاع الطلاق اقرار منه بالنكاح ولو قال أنامول منك أومظاهر كان اقرارا منه بالنكاح لان الايلاء والظهار تصرف منه يختص بالنكاح الصحيح ولو قال أنت على كظهر أمي لم يكن اقرارا بالنكاح لان هذا اخبار منه

بحرمتها عليه وهو ضد موجب النكاح ولو قال ألم أطلقك أمس أو أما طلقتك أمس فهذا اقرار منه بالنكاح والطلاق لان فى هذا الاستفهام معنى التقرير قال الله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أي قد أتاكم وتقرير الطلاق لا يكون الا بعد النكاح فكان اقرارا بهما ولو قال هل طلقتك أمس كان هذا اقرارا بالنكاح دون الطلاق لان الطلاق لا يكون الا بعد النكاح فكان هذا اقرارا بالنكاح ولو قالت هذا ابنى منك فقال نعم فهو اقرار منهما بالنكاح اذا كانت معروفة أنها حرة لان ثبوت النسب باعتبار الفراش والاصل فيه الفراش الصحيح والشرع انما يريد الصحيح دون الفاسد ولا يثبت الفراش الصحيح على الحرة الا بالنكاح فكان اتفاقهما على النسب اتفاقا على سببه وهو النكاح والله أعلم

باب اقرار المكاتب والحر

(قال رحمه الله) واذا أقر المكاتب بدين عليه لحر أو لعبد من ثمن بيع أو قرض أو غصب فهذا لازم له لان الاقرار من التجارة وعقد الكتابة يوجب انفكاك الحجر عنه مما هو من التجارة فان عجز لم يبطل ذلك عنه لان الثابت باقراره كالثابت بالبينة عليه (ألا ترى) أن العبد لو أقر بالدين ثم حجر عليه مولاه لم يبطل اقراره فالمكاتب أولى بذلك ولو أقر المكاتب لمولاه بدين جاز عليه لانه بعقد الكتابة صار أحق بمكاسبه وصار المولى منه كالاجنبي واقرار المكاتب بالحدود جائز كاقرار العبد بها وان أقر بمهر من نكاح لم يلزم لان النكاح ليس من التجارة ولا هو سبب اكتساب المال فى حق الزوج الا أن على قول أبي يوسف رحمه الله اذا أقر بالدخول فانه يلزمه وهو بمنزلة اقرار العبد التاجر به وقد بينا مذهب أبي يوسف رحمه الله فى ذلك وكذلك لو أقر انه افتض امرأة باصبعه حرة أو أمة أو صبية فهذا يلزمه في قول أبي يوسف رحمه الله لان العبد التاجر لو أقر به كان مؤاخذا به فى الحال عنده فكذلك المكاتب وفى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة الاقرار بالجناية واقرار المكاتب بالجناية صحيح في حال قيام الكتابة لان الارش يجب فيه وكسبه حقه فان عجز قبل أن يؤدي بطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز فى قول محمد رحمه الله وانما أراد بهذا اذا عجز بعد ماقضي القاضى عليه بالجناية قلنا اذا عجز قبل قضاء القاضى يبطل اقراره هكذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله وهو الذى اعتمده الحاكم رحمه الله وجعل هذا بمنزلة اقراره بقتل

رجل خطأ ولكن الاصح عنه ان هنا الجواب مطلق كما قال فى الكتاب لان جناية الخطأ تتعلق بنفسه وانما يتحول الي كسبه بالقضاء حتى لو عجز قبل القضاء لدفع به فاما جنايته بالافتضاض بالاصبع فلا تتعلق بنفسه لانه لا يدفع به بحال وانما يتعلق بكسبه ابتداء فان عجز قبل القضاء أو بعد القضاء كان مطالبا عند محمد رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله لما كان سببه اقراره لم يطالب به بعد العجز بمنزلة اقراره بالجناية اذا اتصل به قضاء القاضى واذا قضى عليه بارش جناية الخطأ بعد ما أقر به فادى بعضه ثم عجز بطل فيه مابقى عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لو طولب به انما يطالب باقراره واقراره بالجناية ليس بحجة فيما هو حق المولى وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم له لانه صار دينا بقضاء القاضى فالتحق بسائر الديون بخلاف ما اذا عجز قبل أن يقضى به عليه لانه لم يصر دينا بعد فيجعل كانه أقر به بعد العجز وهذا كله عندنا خلافا لزفر رحمه الله *وفى مسئلة كتاب الديات ولو أقر أن العبد تاجر أو محجور عليه بدين أو عين وأراد مولاه أخذه من المقر فى حال غيبة العبد لم يكن له ذلك لان للعبد يدا فى مكاسبه محجورا كان أو مأذونا حتى لايتم كسبه لمولاه الا بشرط الفراغ من دينه فأخذ المولى لذلك يتضمن القضاء على الغائب ببطلان حقه عنه وذلك لايجوز عند غيبته ولو أقر الحر لعبد بوديعة فأقر العبد انها لغيره فان كان مأذونا جاز اقراره وان كان محجورا عليه فاقراره بها لغيره باطل لان الوديعة فى يد المودع ولو كان في يد العبد مال فأقر به لغيره صح ان كان مأذونا ولم يصح ان كان محجورا عليه فكذلك هنا ولو أقر الحر لعبد بين رجلين بدين وقد أذن له أحدهما فى التجارة دون الآخر جاز اقراره لان حكم صحة الاقرار لايختلف بكون المقر له مأذونا أو محجورا عليه فجاز وان كان المقر به من كسب العبد فيكون بين الموليين نصفين لان الكسب يملك بملك الرقبة ولا يختص الاذن بشيء من كسب العبد وانما اختصاص الاذن يعلق دين العبد بنصيبه من الرقبة لان الاذن لا يحتاج اليه لتعلق الدين بمالية الرقبة لا بصحة الاكتساب من العبد غير أنه اذا كان على العبد دين فلا يسلم من كسب العبد شيء للذى لم يأذنه ما لم يقض العبد دينه لما بينا أن سلامة الكسب للمولي متعلقة بفراغه عن حاجة العبد (ألا ترى) أن المحجور عليه اذا وجب عليه دين بالاستهلاك فاكتسب كسبا كان ذلك الكسب مصروفا الى دينه ولو أقر هذا العبد بدين لزمه فى حصة الذى أذن له لان اقرار المحجور عليه غير صحيح فى حق مولاه ونصيب الذي

لم يأذن له محجور عليه فاجعل نصيب كل واحد منهما فى حكم الاقرار بمنزلة عبد على حدة وما فى يده من كسب يقضى به دينه ويكون الباقي بين المولين نصفين الا أن يعلم أنه من غير التجارة مثل أن يكون من هبة أو صدقة أو نحو ذلك فيكون نصفه للذى لم يأذن له قبل قضاء الدين لان اقراره لم يكن صحيحا فى نصيب الذى لم يأذن له من الرقبة فكذلك فى الكسب الذى لا يعتمد فى حصوله على الاذن كالموهوب ونحوه بخلاف ما اكتسبه بطريق التجارة فان سبب حصول ذلك الكسب تجارة والاقرار من التجارة والدين الواجب بسبب هو تجارة يظهر فى الكسب الحاصل بطريق التجارة واذا ظهر فيه لا يسلم شئ منه للذى لم يأذن له الا بعد الفراغ من دينه كما لو كان الدين عليه بسبب معاين والله أعلم

باب اقرار الرجل أنه لاحق له قبل فلان

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل انه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه لانه أخرج الاقرار مخرج العموم واجراؤه على العموم ممكن لجواز أن ينفى حقوقه عن فلان من كل وجه وأمكن العمل بموجب هذا الكلام من غير بيان من المقر بخلاف قوله جميع مافى يدى لفلان فان العمل بموجب ذلك الكلام غير ممكن الا ببيان المقر ولا يمكن اجراؤه الكلام هناك على العموم لان زوجته وولده فى يده ولا يكون ذلك للمقر له فلهذا وجب الرجوع الى بيانه هناك ثم يدخل فى هذا اللفظ كل عين أو دين وكل كفالة أو جناية أو اجارة أو حد لان قوله صلى الله عليه وسلم يتناول ذلك كله وقد بيناه فيما سبق فكل هذا حق مالا كان أو غير مال وان قال هو برىء مما لى عليه فهو مثل ذلك أيضا غير انه لا تدخل الامانة فى هذا اللفظ كالوديعة والعارية لان كلمة على خاص لما هو واجب في الذمة فلا تدخل فيه الامانة اذ لا وجوب فى ذمة الامين وان قال هو برىء مما لى عنده فانما يدخل فى هذا اللفظ الامانة خاصة فاما الغصوب والودائع التى خالف فيها فقد صار ضمانها مستحقا فى ذمته بمنزلة الديون فلا يدخل فى هذا اللفظ وان قال هو برىء مما لى قبله برئ من الامانة والغصوب جميعا وان ادعى الطالب بعد ذلك حقا لم تقبل بينته عليه حتى يشهد شهوده بعد البراءة أو يوقتوا وقتا بعدها لانه بهذا اللفظ استفاد البراءة على العموم ولا يسمع منه بعد ذلك الدعوى الا أن يعلم خروج ماادعاه العامة فان العمل بالعام واجب حتى يقوم دليل

الخصوص ولو أقر أن فلانا قد برئ من حقه قبله ثم قال أنا بريء من كل حق له عليّ فان لفظ الجنس يعم جميع ذلك الجنس بمنزلة اللفظ العام وكذلك لو قال هو بريء من الدين الذى لى قبله أو مما لى قبله أو من ديني عليه أو من حق عليه ولكن يدخل فى البراءة من الحقوق الكفالة والجناية التى فيها قود أوأرش لان ذلك من حقوقه ولو أقر انه لاحق له قبل فلان ثم ادعى قبله حد قذف أو سرقةلم تقبل بينته على ذلك الا أن يشهد الشهود أنه فعل ذلك بعد البراءة وهو ودعوى الدين عليه سواء ولو قال انه قد برئ من قذفه اياى ثم طالبه به بعد ذلك كان له لان هذا بمنزلة العفو ومعناه انه برئ من موجب قذفه اياى فان البراءة عن عين القذف لا تتحقق وموجب القذف عندنا لايسقط بالعفو بخلاف الاول فانه نفى حقه من الاصل فكان منكرا للسبب فى حد القذف لا مسقطا للحد ولوقال ما قذفنى لم تسمع منه دعوى القذف بعد ذلك مطلقا فكذلك اذا قال لاحق لى قبله ولوقال هو بريء من السرقة التى ادعيتها لم يكن عليه ضمان ولا قطع لان دعوى السرقة حق المسروق منه وهو مما يسقط باسقاطه (ألا ترى) انه لو وهب المسروق من السارق سقطت خصومته وبدون خصومته لاتظهر السرقة فى حق المال ولا فى حق القطع ولو قال لست من فلان فى شئ ثم أقام البينة على مال له عليه قبل هذا القول قبلت بينته وهذا القول باطل لانه ما تعرض فى كلامه للحق الذى عليه وانما تعرض لنفسه والحق الذى عليه غير نفسه فلا يصير مذكورا بذكر نفسه وكذلك لو قال برئت من فلان أو قال أنابريء من فلان لم يكن هذاالقول براءة من حق لواحد منهماقبل صاحبه لانه أضاف البراءة الى نفسه دون الحق الذى عليه فلا يصير الحق مذكورا به (ألا ترى) أن البراءة من نفس الغير تكون اظهارا للعداوة معه والبراءة من الحق الذى له عليه اظهار للمحبة ولو قال لست من هذه الدار التى في يد فلان في شئ ثم ادعى بعد ذلك حقا فيها لم تقبل دعواه لانه أخرج نفسه من الدار على العموم واتصاله بالدار من حيث ملكه أو حق له فيه فاخراجه نفسه منها على العموم يكون اقرارا بانه لاحق له فيها ولا ملك بخلاف قوله لست من فلان فى شئ فان اتصاله من فلان من حيث المحبة والتناصر فانما يكون هذا الكلام اقرارا منه بانه لامحبة بينهما ولا تناصر وعلى هذا لو قال أنا بريءمن هذه الدار كان هذا اقرارا منه بانه لاحق له فيها لان تبرؤه عن العين يكون اقرارا بانقطاع سبب اتصاله به وذلك بالملك أو الحق ولو قال خرجت من هذه

الدار لم يكن اقرارا بشئ لانه أخبر بفعله بالخروج من الدار ولو عاين ذلك لم يكن موجبا انتفاء حقه عنها فكذلك اذا قال خرجت منها وان قال قد خرجت منها على مائة درهم أو بمائة درهم وقبضتها كان اقرارا بانه لاحق له فيها لان الخروج بعوض لا يكون اخبارا بعين الفعل بل يكون اخبارا بازالة ملكه عنها بعوض بطريق البيع أو بطريق الصلح فيكون اقرارا بانه لاحق له فيها وعلى هذا الحيوان والعروض والدين فان أنكر ذو اليد ذلك وقال هولى وقد أخذت مائة درهم غصبا حلف على ذلك لانه قد أقر باخذ المائة منه وادعى لاخذه شيأ وهو الصلح فاذا أنكر صاحبه السبب كان القول قوله مع اليمين ويسترد المائة اذا حلف ويكون المقر على خصومته لان ماأقر به من الصلح قد بطل بانكار صاحبه واسترداده بدل الصلح واذا قال الطالب قد برئت من ديني على فلان أو هوفى حل مما لى عليه كانت هذه براءة للمطلوب لانه أضاف البراءة الى الحق الواجب على المطلوب فيكون مسقطا له وكذلك لو قال وهبت الذى لى عليه له فهو برىء من ذلك لان هبة الدين ممن عليه يكون اسقاطا فانه ليس بعين قابل للتمليك مقصود ولكنه محتمل للاسقاط فتصير الهبة فيه عبارة عن الاسقاط مجازا كهبة المرأة من نفسها يكون طلاقا وهبة العبد من نفسه يكون اعتاقا وهبة القصاص ممن هو عليه يكون عفوا فان كان فلان حاضرا فلم يقبل الهبة أو كان غائبا فبلغه فقال لاأقبل فالمال عليه كما لو أبرأه فرد الابراء وهذا لان ابراء من عليه الدين وان كان اسقاطا ففيه معنى التملك لانه يجوز أن يملك مافى ذمته ويسقط عنه كما يكون عند قضاء الدين أو الشراء بالدين فلما كان فيه معنى التمليك احتمل الارتداد برده ولكونه اسقاطا لا يتوقف على قبوله حتى لو مات قبل أن يرده فهو برىء لان البراءة حصلت له بنفس الاسقاط على احتمال أن يعود برده فاذا مات قبل أن يرده تم الاسقاط بموته وكذلك لو قال هو فى حل مما لى عليه فهذا اللفظ يستعمل فى الابراء عرفا فهو وقوله هو برىء مما لى عليه سواء ولو قال ليس لى مع فلان شئ لم يكن هذا ابراء من الدين وكان براءة من كل أمانة بمنزلة قوله ليس عند فلان لان كلمة مع للضم وكلمة عند للقرب وذلك يتحقق فى الاعيان دون الديون واذا أقر الطالب أن فلانا قد برئ اليه مما له عليه فهذا اقرار بالقبض لانه أقر ببراءته بفعل من المطلوب متصل بالطالب حين وصله بنفسه بحرف الى وذلك انما يكون بايفاء الدين فان ابتداءه من المطلوب وتمامه من الطالب بقبضه واذا أقر انه لاقصاص له قبل فلان فله أن يدعى الخطا والحد لان

القصاص اسم خاص لعقوبة هى عوض حق العباد واجب بطريق المماثلة فلا يدخل فيه الخطأ والحد لان موجب الخطأ والحد مال ومعظم الحق فى الحد لله تعالى واذا أقر انه لا جراحة له خطأ قبل فلان فله أن يدعى العمد ان كان فيه قصاص أولم يكن لان الخطأ صفة للفعل لا لموجبه والعمد ضده فلا يكون نفيه بصفة نفيا منه فعلا بضد تلك الصفة فان ماليس بعين يختلف باختلاف وصفه ولو أقر انه لا جراحة له قبل فلان فليس له أن يدعي جراحة عمدا ولا خطأ لانه نفى الفعل مطلقا فلا يتقيد بأحد الوصفين اذ المقيد غير المطلق ونفي الفعل نفى لموجبه ضرورة وله أن يدعى الدم لان الجرح اسم خاص لما دون النفس فلا يتناول النفس لان الفعل فى النفس ازهاق الحياة وفيما دونها امانة لجزء ما هو دونها فى الجرح ولا مغايرة أبين من مغايرة محل الفعل وان أقر أنه لا حد له قبل فلان فادعى سرقة يجب فيها القطع فهو على دعواه لانه انما نفى حدا هو حقه وحد السرقة خالص حق الله تعالى حتى لا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار ولا يعتبر خصومة المسروق منه فى القطع وانما حقه فى دعوى المال وهو ما نفى ذلك باقراره وان أقر أنه لا دم له قبل فلان فليس له أن يدعى دما خطأ ولا عمدا لانه نفى باقراره الدم مطلقا وقد بينا أن نفى السبب نفى لموجبه والدية فى الخطأ موجب الدم كالقصاص فى العمد وله أن يدعى ما دون الدم والدم فى عرف اللسان عبارة عن النفس خاصة وليس من ضرورة نفى النفس نفى مادونها ولو أقر أنه لا ارش له قبل فلان لم يكن له أن يدعى دية خطأ ولا صلحا عن دم عمد ولا عن كفالة بدية نفس ولا عن قبل شيء من الجراحة لان اسم الارش يعم ذلك كله سواء كان ذلك واجبا بنفس الفعل أو بالصلح على الاصل أو على الكفيل بكفالته به فاقراره بنفى الارش يتناول ذلك كله والله أعلم

باب الاقرار بالعتق والكتابة

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل أنه أعتق عبده هذا أمس وهو كاذب عتق في القضاء ولم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى لان الاقرار خبر محتمل للصدق والكذب لكن دين المقر وعقله يدعو انه الى الصدق والقاضى مأمور باتباع الظاهر فاذا ترجح جانب الصدق باعتبار الظاهر قضي القاضي بعتقه ولكن الله تعالى عالم بحقائق الاشياء فاذا لم يسبق من المقر فيه عتق كان خبره فى الحقيقه كذبا والكذب بالاخبار عنه لا يصيره حقا كاقرار المقرين

به لا يصيره حقا باخبارهم به فلهذا لا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال أعتقتك أمس وقلت ان شاء الله لم يعتق لما سبق أن عمل الاستثناء في الكلام كعمل الشرط ولو أقر أنه علق عتقه بشرط لم يكن هذا اقرارا بالعتق فكذلك اذا أقر انه استثنى موصولا وكذلك لو قال أعتقتك أمس وانما اشتراه اليوم فقد أضاف العتق الى وقت لم يكن مالكا للعتق فيه فهو كقوله أعتقتك قبل ان اشتريتك ولو أقر انه اعتق عبده هذا لا بل هذا عتقا جميعا لان رجوعه عما أقر به للاول باطل واقامة الثاني مقامه في الاقرار بعتقه صحيحة فلهذا عتقا ولو قال أعتقتك على مال وقال العبد أعتقتني بغير مال فالقول قول العبد لان المولى أقر بعتقه وادعى وجوب المال لنفسه في ذمته لان العتق ينزل بنفس القبول قبل الاداء والمولى مقر بقبوله فلهذا عتق العبد وهو غير مصدق فيما يدعى من المال في ذمة العبد الا أن يقيم البينة عليه أو يحلف العبد ان لم يكن له بينة ولو قال جعلت أمرك بيدك في العتق أمس فلم تعتق نفسك وقال العبد بل أعتقت نفسي لم يصدق العبد لان المولى ما أقر بعتقه فان جعل الامر في يده لا يوجب العتق مالم يعتق العبد نفسه والعبد مدع لذلك والمولى منكر ولا قول للعبد في الحال لانه يخبر بما لا يملك انشاءه فقد خرج الامر من يده بالقيام من المجلس وكذلك لو قال أعتقتك على مال أمس فلم تقبل وقال العبد بل قبلت أو قال أعتقتني بغير شيء فالقول قول المولى لانه ما أقر بعتقه فان اعتاقه بمال تعليق بشرط القبول ولهذا لا يملك الرجوع قبل قبول العبد ولو أقر بتعليق عتقه بشرط آخر لم يقبل قول العبد في ايجاد الشرط ولا في انكار التعليق بالشرط وكذلك هذا في الطلاق وفي قوله أمرك بيدك واختاري فان أقام العبد البينة على قبوله أو على اعتاق المولى اياه بغير شيء كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار المولى ولو قال لعبده كاتبتك ولم يسم مالا وقال العبد لا بل على خمسمائة فانه ينبغي في قول أبي حنيفة رحمه الله أن يصدق العبد ولا يصدق في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأصل المسئلة فيما اذا اختلف المولى والمكاتب في مقدار بدل الكتابة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله القول قول المولى ويتحالفان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة البيع لانه لا يصح الا بتسمية البدل ويحتمل الفسخ كالبيع وفي قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر القول قول العبد لان الكتابة اذا تمت بالعتق لا تحتمل الفسخ فتكون بمنزلة العتق على مال والطلاق بمال اذا وقع الاختلاف في مقدار البدل يكون القول قول المنكر في الزيادة ولا يجرى التحالف فلما كان من أصلهما أن

الكتابة على قياس البيع وقد بينا فى البيع أن اقراره به من غير تسمية الثمن باطل فكذلك فى الكتابة فيبقى العبد مدعيا للكتابة بخمسمائة ولا يصدق فى ذلك الا بحجة وعند أبى حنيفة رحمه الله هو بمنزلة العتق والطلاق فاقراره به صحيح وان لم يسم ما لا ثم تقول على قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر المولى لا يتمكن من انكار أصل الكتابة بعد ماأقر بهاوان ادعى مالاخلاف ما أقر به العبد فالقول قول العبد فعرفنا انه قد وجب تصديق العبد عندهما اذا ادعى المولى خلاف ما أقر به العبد لم يصدق العبد وتحالفا فكذلك هنا ولو قال كاتبتك أمس على الف درهم فلم تقبل الكتابة وقال العبد بل قبلتها فالقول قول العبد لان الكتابة فى هذا قياس البيع من حيث انها لا تحتمل التعليق بالشرط ويلزم الايجاب فيها قبل القبول فاقراره بالعقد يكون اقرارا بالايجاب والقبول جميعا ثم قوله فلم تقبل يكون رجوعا عن الاقرار فلا يصح رجوعه كما لو أقر انه باع عبده من فلان بالف درهم فلم يقبل وقال فلان قبلت بخلاف ما تقدم من العتق والطلاق فانه يحتمل التعليق بالشرط والايجاب فيه لازم قبل القبول فاقراره بفعله لا يكون اقرارا منه بقبول العبد والمرأة ولو أقر انه كاتب عبده هذا على ألف درهم لا بل هذا وادعى كل واحد منهما الكتابة جاز ذلك لهما لما بينا أن رجوعه عن الاقرار للاول باطل وهذا بخلاف ما لو أقر أنه كاتب هذين العبدين على الف درهم الا هذا لانه هناك أخرج كلامه مخرج الاستثناء والاستثناء صحيح موصولا فانما يصير مقرا بما وراء المستثنى وفى الاول أخرج الكلام مخرج الرجوع ولا يصح الرجوع عن الاقرار موصولا ومفصولا ولو أقر انه كاتبه وهو صبي فقال المكاتب بل كاتبتني وأنت رجل فالقول قول المولى لانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافى الكتابة ولو أقر انه كاتب هذا قبل أن يملكه أو انه كاتبه أمس وقال ان شاء الله فالقول قول المولى مع يمينه لانه وصل كلامه بماينفى أصل الكتابة بخلاف مالو قال المولى اشترطت الخيار لا ينفى أصل العقد فان تأثير الخيار فى تغيير وصف العقد وجعل حكمه كالمتعلق بالشرط لا أن يصير أصل السبب متعلقا فلم يكن المولى بدعوى الخيار منكرا لاصل العقد بخلاف الاستثناء والبيع فى هذا قياس الكتابة والله أعلم

باب اقرار الكفار

(قال رحمه الله) واذا أقر الحربى المستأمن فى دار الاسلام بدين لمسلم فهو لازم لانه

أهل أن يجب عليه الحق للمسلم بالمعاملة فيصح اقراره له وهو سبب حادث فيحال به على أقرب الاوقات وهو مابعد دخوله دارنا بأمان فان قال أدانني فى دار الحرب وقال المسلم فى دار الاسلام فالدين لازم عليه سواء قال ذلك موصولا باقراره أو مفصولا لانه يدعى تاريخا سابقا لما أقر به من المال وهو غير مصدق فى دعوى التاريخ وان وصل كلامه ولان بهذا الاضافة لاينكر وجوب أصل المال فان المداينة فى دار الحرب سبب لوجوب المال للمسلم عليه ولكن لاتسمع الخصومة فيه فى دار الاسلام مالم يسلم أو يصير ذميا فيصير هذا بمنزلة دعوى الاجل وان ادعاه موصولا باقراره وكذلك لو أقر بذلك لمستأمن مثله أو لذمى وكذلك لو أقر بشىء بعينه فى يديه أنه له واقرار المستأمن بالنكاح والطلاق والعتاق والولد والجراحات وحد القذف والاجارة والكفالة وما أشبه ذلك جائز لان فى هذا كله حق العباد والمستأمن ملتزم لذلك مدة مقامه فى دارنا حتى اذا باشر سبب ذلك كان مؤاخذا به فكذلك اذا أقر به ولو أقر بحد زنا أو سرقة فقد عرف أن قول أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله الحدود التى هى لله تعالى لاتقام على المستأمن وان ثبت سببها بالبينة أو بالمعاينة وكذلك اذا أقر به وعند أبى يوسف رحمه الله فى القول الآخر تقام الحدود عليه كما تقام على الذمى فيصح اقراره بها كما يصح اقرار الذمى وهى مسئلة كتاب الحدود والفرق بين هذا الحد وحد القذف معروف أن فيه حق العبد ويضمن السرقة اذا أقر بها لان الضمان من حقوق العباد ولو أقر مسلم لذمى بخمر أو خنزير فى يده جاز اقراره لان الخمر مال فى حق الذمى فيؤمر بردها عليه بحكم اقراره وكذلك لو أقر الذمى للمسلم بعينها لان الخمر للمسلم مملوكة وان لم تكن مالا متقوما فيؤمر الذمى بردها عليه باقراره ويؤمر المسلم أن يخللها ولو أقر له بخمر أو خنزير مستهلك لم يلزمه شىء كما لو عايناه استهلك الخمر والخنزير على المسلم وهو نظير مالو أقر له بجلد شاة ميتة يؤمر بدفعه اليه لينتفع به وان كان مستهلكا لم يلزمه شىء وان أقر بها لذمى يعنى بخمر أو خنزير مستهلك لزمه قيمتها لانها مال متقوم فى حقه يضمن متلفها عليه عندنا واذا أسلم الذمى فأقر ذمى أنه استهلك له خنزيرا بعد اسلامه وقال المسلم استهلكته قبل اسلامى فهو ضامن لقيمته فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وفى قول محمد رحمهما الله لاضمان عليه وهذا بناء على ماسبق اذا قال لحربى أسلم أتلفت مالك أو قطعت يدك حين كنت حربيا وقد بينا هذا الخلاف فهذا قياسه وعلى هذا لو أن ذميا أقر بخمر وقال استهلكتها وأنا حربى وقد علم كونه حربيا من قبل فهو

علي الخلاف الذى بينا واقرار المرتد بالحقوق جائز ان أسلم وان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب لم يجز اقراره فى كسب اسلامه ويجوز اقراره فيما اكتسبه بعد الردة فى قول أبى حنيفة رحمه الله واقرار المرتدة بذلك كله جائز وعندهما اقرارهما جائز في ذلك الا أن عند أبى يوسف رحمه الله هو بمنزلة اقرار الصحيح وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة اقرار المريض وهذا نظير اختلافهم فى تصرفات المرتد فان الاقرار تصرف منه كسائر التصرفات وهو مسئلة كتاب السير ولو أقر المرتد بمكاتبة عبد له أو بعتقه في حال الاسلام لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ان قتل أو لحق بدار الحرب ويجوز عندهما الا أن محمدا رحمه الله يقول هو بمنزلة اقرار المريض واذا أقرت المرتدة أو المرتد بحد فى قذف أو سرقة أو زنا أو جراحة عمد فيها قصاص فذلك جائز عندهم لان الحجر بسبب الزيادة لا يكون أقوى من الحجر بسبب الرق ولان توقف تصرفه في المال عند أبى حنيفة رحمه الله لتوقف ملكه وذلك غير موجود فى العقوبات فاما ما كان من الجراحات التى توجب المال فاقراره بها يوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ويكون نافذا عندهما علي ما بينا وذكر حديث القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه أن عبدا أتى على بن أبى طالب كرم الله وجهه فأقر بالسرقة مرتين فامر به فقطع قال عبد الله وكأنى أنظر الى يده معلقة في عنقه وفيه دليل على صحة اقرار العبد بالاسباب الموجبة للعقوبة وبه يستدل أبو يوسف رحمه الله فى اشتراط التكرار فى الاقرار بالاقرار الا ان أبا حنيفة ومحمدا رحمهما الله قالا فى الحديث أقر مرتين فقطعه وليس فيه لو لم يكرر اقراره لم يقطعه والسكوت لا يكون حجة وذكر عن أبى مالك الاشجعى رحمه الله قال أتى عبد قد رأيته على بن أبى طالب رضى الله عنه فاقر عنده بالزنا فأمر به قنبرا وقال اضربه فاذا قال اتركنى فاتركه فلما وفاه خمسين جلدة قال له العبد اتركنى فتركه وهو دليل على اقرار صحة العبد بالحد على نفسه ولقوله فاذا قال اتركنى فاتركه تأويلان أحدهما انه اذا رجع عن اقراره فاقبل ذلك منه والثانى انه علم فقه العبد في انه لا يقول له اتركنى الا بعد أن يتم عليه حد النبيد وقد ظهر ذلك حين قال له اتركنى بعد خمسين جلدة واذا أقر العبد المحجور بدم عمد وله وليان فعفا أحدهما لم يكن للآخر مال فى عتقه لان صحة اقراره يكون موجبا للعقوبة عليه وكون دمه خالص حقه فاذا آل الامر الى أن يكون الواجب مالا بطل اقراره لان ماليته حق مولاه وكان هو بمنزلة اقراره بالقتل الخطأ ولو أقر بسرقة لا يجب فى مثلها القطع كان اقراره باطلا لان كسبه ومالية رقبته حق لمولاه فلا يصدق فى

اقراره واقراره بالمال بهذا السبب صحيح كاقراره بالغصب واقرار الصبي المحجور عليه والمعتوه والمغمى عليه والنائم باطل بمنزلة سائر تصرفاتهم واقرار السكران جائز كاقرار الصاحى بمنزلة سائر التصرفات ينفذ من السكران كما ينفذ من الصحيح ويستوى في ذلك اقراره بالمال أو بالحد أو بما يصح الرجوع عنه أو بما لا يصح اذا لم يرجع عنه لان السكر عبارة عن غلبة السرور فلا يؤثر فى عقله شيأ فينفذ اقراره كما ينفذ ممن هو صاح وكذلك الاصم والاعمى والمقعد والمفلوج فهذه الآفات لاتؤثر فى عقله ولا فى لسانه فهو فى أقاريره كالصاحى واقرار الاخرس اذا كان يكتب ويعقل جائز فى القصاص وحقوق الناس لان له اشارة مفهومة تنفذ تصرفاته بتلك الاشارة ويحتاج الي المعاملة مع الناس فيصح اقراره بحقوق العباد ماخلا الحدود فان الاقرار بها يستدعى التصريح بلفظ الزنا والسرقة وباشارته لايحصل هذا ولان الحدود تدرأ بالشبهات فلعل فى نفسه شبهة لايتمكن من اظهارها باشارته اذ هو لايقدر على اظهار كل شيء باشارته ولهذا لاتقام عليه الحدود بالبينة ايضالانا لو أقمناها كان اقامة للحد مع الشبهة ولا يجوز اقرار الاب على ابنه الصغير أو الكبير المعتوه بشيء من مال أو جناية لانه شهادة منه على غيره وشهادة الواحد علي غيره لا تكون ملزمة ولان ولاية الاب علي ولده مقيدة بشرط النظر فى المصلحة له عاجلا وذلك لايحصل باقراره عليه وكان هو فى الاقرار عليه كاجنبي آخر والله أعلم

باب الاقرار بالكتاب

(قال رحمه الله) واذا كتب الرجل ذكر حق على نفسه بشهادة قوم أو كتب وصية ثم قال اشهدوا بهذا لفلان على ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأه عليه فهذا جائز اذا كتبه بين أيديهم بيده او املاه علي انسان فكتبه لان المكتوب معلوم لهم وهو بقوله اشهدوا بهذا لفلان على صار مقرا بجميع مافي الكتاب مشهدالهم على ذلك ولا اظهار أتم من هذا فالاقرار بيان باللسان وذلك بالاملاء حاصل ولكن لايؤمن النسيان فالكتاب يؤمن من ذلك مايكون من البيان وان لم يحضروا كتابته ولا املاءه لم تجز شهادتهم لانه لاعلم لهم بما في الكتاب حين لم يقرأه عليهم وقال الله تعالي الا من شهد بالحق وهم يعلمون فمن لم يعلم ماشهد عليه لاتجوز شهادته وان كتب رجل كتابا الى رجل من فلان الى فلان أما بعد فان لك علي من قبل

فلان كذا وكذا درهماً فذلك جائز عليه اذا كتب مايكتب الناس فى الرسائل وفى القياس لايجوز هذا لان الكتاب محتمل قد يكون لتجربة الخط والقرطاس وقد يكون ليعلم كتب الرسالة والمحتمل لايكون حجة ولكنه استحسن للعادة الظاهرة بين الناس أنهم انما يكتبون كتاب الرسائل بهذه الصفة لاظهار الحق واعلام ما عليه من الواجب فاذا ترجح هذا الجانب بدليل العرف حمل الكتاب عليه بمنزلة لفظ محتمل يترجح فيه معنى بدليل العرف وان جحد وشهدت البينة انه كتبه أو أملاه جاز عليه لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وكذلك هذا فى الطلاق والعتاق وسائر الحقوق ماخلا القصاص والحد فانى آخذ فيها بالقياس لانها عقوبات تدرأ بالشبهات فاحتمال جهات أخرى سوى ما ترجح بدليل العرف يصير شبهة فى ذلك وهو نظير الاستحسان فى صحة اقرار الوكيل على موكله فى مجلس القاضي أنه لايجعل حجة في القصاص والحدود أخذا بالقياس لبقاء شبهة عدم الخصومة حقيقة فى الاقرار ولكنه يضمن السرقة بهذا الكتاب لان الضمان يثبت مع الشبهات وان كتب فى الارض أو فى صحيفة أو خرقة لفلان علي الف درهم لم يلزمه شيء لانه لاعرف فى اظهار الحق الواجب بهذا الطريق فيبقى محتملا فى نفسه والمحتمل لايكون حجة بخلاف المكتوب علي رسم كتب الرسائل للعرف الظاهر فيه بين الناس وقال أبو حنيفة رحمه الله لاأجيز كتاب القاضى حتى يشهد الشهود على مافى جوفه وهو قول محمد رحمه الله لان المشهود به ما فى الكتاب فلا بد أن يكون معلوما للشهود وان يشهدوا عليه فاذا كتبه بين أيديهم وقال اشهدوا عليه جاز لانه صار معلوما لهم وان لم يحضروا الكتاب لم تجز شهادتهم حتى يقرأ عليهم فاما عند أبي يوسف رحمه الله اذا أشهدهم على الكتاب والخاتم وشهدوا على ذلك اجيزه وان لم يعلموا مافيه استحسانا لان كتاب القاضي الى القاضى قد يشتمل علي شي لا يريد أن يقف عليه غيرهم ففى تكليف اعلامهم مافي الكتاب نوع حرج وبالختم يقع الامن من التغيير والتبديل فلهذا استحسن أبو يوسف رحمه الله قبول ذلك غير أنهما قالا كتاب الخصومة لايشتمل على التبديل لذلك كتاب آخر فلا بد من اعلام الشهود ما فى الكتاب ولو قرأ رجل على رجل صكا فقال أشهد عليك بما فى هذا الكتاب فقال نعم فسمع ذلك آخر وسعه أن يشهد عليه لان معنى كلامه اشهد على جميع ما قرئ وذلك معلوم للسامع والقارىء جميعا وهذا من المجيب اقرار تام فلمن سمعه أن يشهد عليه سواء أشهده عليه أو لم يشهده قال الشعبى رحمه الله اذا

أشهد الرجل قوما على شهادة فسمع ذلك آخرون فشهدوا فهي شهادة جائزة واذا كتب الرجل ذكر حق لفلان عليه بكذا وعندهم قوم حضور ثم قال اختموا عليه فليست هذه بشهادة لان قوله اختموا محتمل يجوز أن يكون معناه لا تظهروه فانه غير واجب علي والمحتمل لا يكون حجة فان الشيء يختم عليه ليكون محفوظا تارة وليكون مكتوما أخرى وكذلك لو قالوا أنشهد عليك فقال اختموه ولو قالوا نختم هذا الصك فقال اشهدوا كان جائزا لان الشهادة لا تكون الا للاستيثاق بالحق والامن من الجحود فيصير بهذا اللفظ مقرا بوجوب الحق عليه والحاصل أن لفظ الشهادة خاص شرعا لاظهار الحقوق (ألا ترى) أن الشاهد عند القاضي لو أبدل هذه اللفظة بلفظة أخرى لم يقبل القاضي منه شهادته فكذلك الذي يشهد على الكتاب اذا أبدله بلفظ آخر هو محتمل لا يكون اظهارا للحق الواجب عليه ولو كتب رسالة من فلان الى فلان أما بعد فانك كتبت الي اني ضمنت لك عن فلان ألف درهم ولم أضمن لك ألفا وانما ضمنت لك عنه خمسمائة وعنده رجلان شهدا كتابته ثم مجيء كتابه فشهدا بذلك عليه لزمه وان لم يقل لهما اشهدا ولا اختما فللاستحسان الذي بينا من حيث العرف لا تكتب الرسالة بهذه الصفة الا للاعلام بالحق الواجب ثم محوه الكتابة بمنزلة الرجوع عن الاقرار ففرق بين هذا وبين الصك فان هناك ما لم يقل اشهدوا علي بهذا الا يكون ملزما اياه وهذا فرق مبني على العرف ايضا فان الصكوك توثيق بالاشهاد عليها عادة ولا يتم الا بها وكتب الرسائل تخلو عن الاشهاد عليها عادة فلهذا كان مجرد الكتابة بين أيديهم ملزما اياه وان لم يقل اشهدوا وكذلك الطلاق والعتاق وكل حق يثبت مع الشبهات ولو كتب هذه الرسالة قدام رجلين أميين لا يقرآن ولا يكتبان فامسك الكتاب عندهما وشهدا به عليه فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله أما لو أقرأ الكتاب عندهما وشهدا به عليه فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة مالو أقرأ الكتاب عند القاضي انه كتبه اليه قبل أن يفسر القاضي ما فيه وهذا كله بناء على أصل أبي يوسف رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب ليس بشرط وأما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يجوز حتى يعلما ما في الكتاب أو يقرآنه عند القاضي مفسرا وأصله فيما ذكر كتاب أدب القاضي أن القاضي اذا وجد في خريطته سجلا فيه حكمه وختمه ولم يتذكر الحادثة فليس له أن يقضي به عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له ذلك فمحمد رحمه الله يفرق بين هذا وبين تلك فيقول أصل الحادثة هناك

كان معلوما عنده ثم نسيه وقد أمن من التبديل فيه لكونه تحت خاتمه وهنا أصل الحادثة لم يكن معلوما للشاهد وهو أمي لا يعرف الكاتب ولم يسمع الكاتب يخبر فلم يسند علم الشهادة به أصلا ولو كتب على نفسه صكا قدام أميين ثم قال اشهدا عليه وهما لا يعلمان مافيه لم يجز ذلك بالاتفاق لان الاشهاد على ما ليس بمعلوم للشاهد باطل فذكره كعدمه وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هـذا وبين الاول فيقول الاشهاد على كتاب الرسالة ليس بشرط فعلم الشاهد بما فيه لايكون شرطا أيضا والاشهاد على الصك شرط لجواز الشهادة عليه فعلم الشاهد بمافيه يكون شرطا أيضا ولو كتب رسالة فى تراب لم يجز لما بينا من انعدام الفرق المرجح فى هـذا الا ان يقول اشهدا على بهذا فحينئذ هو جائز لان بالكتابة فى التراب صار معلوما لهم فاذا أشهدهم على معلوم صار كانه ذكر ذلك بلسانه بين أيديهم وكذلك ان كتبه فى خرقة أو صحيفة أو لوح بمداد أو بغير مداد الا أنه يستبين فيه الخط ثم قال اشهدا على بذلك أو أقر عنـد القاضى انه كان كتب لم يلزمه ذلك لان الكتابة التى لا يستبين فيها الخط كالصوت الذى لاتستبين فيه الحروف وذلك لا يكون اقرارا بشيء فكذلك هنا وهذا لان الاشهاد انمـا يصح على ما يكون معلوما للشهود والكتابة التى لا يستبين فيها الخط لا توجب اعلام شيء لهم ولان المقصود بالكتاب الحفظ عن النسيان وشيء من هـذا المقصود لا يحصـل بالكتابة التى لا يستبين فيها الخط فوجوده كعدمـه ولو كتب فى صحيفة حسابه أن لفـلان على الف درهم وشهد شاهدان حضرا ذلك أو أقر هو عند الحاكم به لم يلزمه الا أن يقول اشهدوا على به لان ما يكتب فى صحيفة الحساب محتمل وقد بينا اختيار أئمـة بلخ رحمهم الله فيه فيما سبق ولو كتب أن لي على فلان الف درهم فى صك بخطه قدام شاهـدين وبمحضر ممن عليه المال وهو كان يعرف ما يكتب ثم قال للشاهدين اشهدا فقال فلان المكتوب عليه نعم فهو جائز وهما في سعة بان يشهدوا أنه أقر وأشهدهما على نفسه لان كتابة صاحب الحق صار معلوما كما يصـير معلوما كتابة من عليه الحق وتمـام الصك بالاشهاد وقد حصل ذلك بقول من عليـه الحق نعم لان معناه نعم فاشهدوا على ذلك (ألا ترى) أن فى الاقرار باللسان لا فرق بين أن يتكلم به صاحب الحق فيقول أليس لى عليك كذا فيقول من عليه بلى وبين أن يتكلم به من عليه الحق فكذلك فى الكتاب والله أعلم بالصواب

باب الاقرار بالدين في الحيوان

(قال رحمه الله) فاذا أقر الرجل أو المرأة أن لفلان على عبدا ثم أنكره فانه يقضى عليه بقيمة عبد وسط كما يقضي فى المهر في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله القول قوله مع يمينه فمحمد رحمه الله يقول اقراره بالعبد دينا عليه كاقراره بغصب عبد هو عين فى يده وذلك لا يتعين به وصف بل على أي وصف بينه قبل قوله فيه فكذلك هنا ولان المقر به مجهول فيكون البيان فيه الى المقر ولا يتعين لوجوب المقر به سبب هذا لمطلق اقراره لانه لم يتعرض في اقراره لسبب وبين الاسباب معارضة فلا تتعين وتعيين صفة الوسط بتعين بعض الاسباب وأبو يوسف رحمه الله يقول انه أقر على نفسه بالعبد مطلقا فينصرف مطلق الاقرار الى السبب الذى يثبت به العبد المطلق دينا فى الذمة وذلك كالنكاح ويتعين فيه وكانه صرح بذلك فاقر لامرأة بدين عليه صداقا ولو صرح بذلك تعين فيه الوسط فكذلك هنا وكذلك ان أقر به لرجل فلعل هذا الرجل كان زوجه ثلاثة على عبده ثم ماتت فصار ذلك ميراثا للاب وكذلك ان كان المقر امرأة فلعلها ضمنت الصداق عن الزوج ثم ماتت المنكوحة فصار ذلك ميراثا لابيها على الضامنة مع أن العبد المطلق كما يثبت صداقا يثبت فى الخلع والصلح عن دم العمد ويتعين فيه الوسط على وجه يكون الواجب مترددا بين العبد وبين قيمته فايهما أتى به جبر الطالب على قبوله فبالاقرار تثبت هذه الصفة أيضا وهذه المسئلة في الحقيقة تنبنى على الاصل الذى بينا في أول الكتاب أن عند أبي يوسف رحمه الله مطلق الاقرار بالمال ينصرف الى التزام بسبب عقد مشروع وعند محمد رحمه الله لا تتعين هذه الجهة وقد بيناه في الاقرار للجنين واذا قال له عبد فرض عليه قيمة عبد والقول فيها قوله مع يمينه أما عند محمد رحمه الله فظاهر وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله هنا لانه صرح بالقرض وكذلك يمنع مع تعين العقود التى يثبت فيها الحيوان دينا فى الذمة وتعين الصفة المتوسطة باعتبار ذلك فاذا سقط اعتباره بقى اقراره بقبض عبده بطريق القرض واستقراض الحيوان وان كان باطلا فالمقبوض يصير مضمونا بالقيمة كالمغصوب ولو أقر بالغصب كان القول فى تعيينه قوله ولو كان مستهلكا فالقول فى بيان قيمته قوله فكذلك هنا ولو قال له على دابة كان عليه قيمة أي الدواب لان اسم الدابة يتناول أجناسا مختلفة ولا يصح التزامها فى

شيء من العقود بهذا اللفظ فلم يتعين لما أقر به وضعا بل البيان في ذلك الى المقر فاذا جاء بدابة بعينها وقال هى هذه فالقول قوله ان جاء بفرس أو برذون أو بغل أو حمار ولا أقبل منه غير ذلك لان اسم الدابة يتناول هذه الاجناس الثلاثة بدليل مالو حلف لا يركب الدابة لا يتناول الا هذه الاجناس الثلاثة وذلك معروف فى كتاب الأيمان وانما يصح البيان من المقر اذا كان مطابقا للفظه ٠ ولو أقر أن لفلان عليه دارا أو أرضا أو نخلا أو بستانا فحقيقة هذا الكلام محال لان حقيقته اقرار بالدين وهذه الاشياء لا تكون دينا بحال ولكن اذا تعذر العمل بحقيقة الكلام وله مجاز محتمل يحمل عليه فكانه قال على رد هذه الاشياء قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد فيكون بمنزلة اقراره بغصب دار أو بستان فيؤخذ بادني مايكون ذلك حتى يدفعه اليه لان الادنى هو المتيقن به ٠ ولو أقر أن لفلان عليه ثوبا هرويا فما جاء به من ثوب هروي بعد أن يحلف قبل هذا على قول محمد رحمه الله فاما عند أبي يوسف رحمه الله فينبغي أن ينصرف اقراره الى الوسط على قياس العبد وصح فى قولهم جميعا وأبو يوسف رحمه الله يفرق فيقول هناك العبد المطلق لا يثبت الا دينا الا فى معاوضة مال بما ليس بمال ويتعين فيه الوسط وهنا الثوب الهروي يثبت دينا فى مبادلة مال كالسلم فلا يتعين فيه الوسط بل لابد من بيان الوصف فيه فلا يتعين لاقراره هنا بعض الاسباب فلهذا قبل قوله فى بيانه بعد أن يحلف اذا ادعى المقر له شيأ آخر وكذلك لو قال له على ثوب ولم يسم جنسه فاى ثوب جاء به قبل منه اللبيس والجديد فيه سواء ولا يترك حتى يسمى ثوبا لان بمطلق اسم الثوب لا يثبت الثوب دينا في شيء من العقود فيصير كلامه عبارة عن الاقرار بالغصب ومع بيان الجنس والصفة والاجل يثبت دينا فلهذا كان القول فى بيانه قول المقر ولو أقر انه لاهبة له قبل فلان ثم ادعى صدقة أو شراء فهو على دعواه لانه ادعى غير مانفاه ولو قال لا بيع لى قبل فلان ثم ادعى عبدا جعله له من صلح أو قال لا صلح لى قبل فلان ثم ادعى عبدا شراء كان على دعواه لانه ادعى غير مانفاه ولو أقر أنه ليس له من هذا العبد شيء ثم ادعى انه اشتراه لغيره قبل اقراره لم يقبل ذلك منه لانه مناقض فى كلامه فقيما ما اشتراه لغيره مما هو من حقوق العقد من القبض والخصومة فى العبد كانه اشتراه لنفسه ولو ادعاه لنفسه بعد ذلك الاقرار لم يسمع منه فكذلك اذا ادعى أنه اشتراه لغيره واذا أقر بالرهن فى السلم لم يجز فى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول حتى يعاين الشهود التسليم ويجوز فى قوله الآخر

وهو قولهما وقد بيناه فيما سبق فان كان فى يد الراهن أمر بالدفع الي المرتهن لان ثبوت اقراره بالبينة كثبوته بالمعاينة وان تصادقا فى رهن بغير قبض أو علي رهن مشاع فهو باطل لان الرهن لايتم الا بالقبض والشيوع يمنع ثبوت اليد بحكم الرهن عندنا فانما تصادقا علي سبب غير ملزم ولو عاينا ماتصادقا عليه لا يجبر علي التسليم ولو أقر انه رهن هذا العبد من فلان بمائة درهم وانه قد قبضه منه وقال فلان بمائتي درهم فالرهن جائز وهو مائة درهم لان المرتهن يدعي زيادة في دينه والزيادة لا تثبت بدعواه والدين ليس ببدل عن الرهن فاختلافهما فى مقدار الدين لايتضمن التكذيب فى أصل الرهن فلهذا كان رهنا بما اتفقا من المال عليه والله أعلم

باب الاقرار بكذا والا فعليه كذا

(قال رحمه الله) قد تقدم بيان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى قوله لفلان علي ألف درهم والا فلفلان أن عند أبي يوسف رحمه الله هذا بمنزلة قوله أو لفلان وعند محمد رحمه الله هو للاول دون الثاني ففرع علي ما ذكر ثمة وقال اذا قال لفلان علي الف درهم أقرضنيها أمس والا فعبده حر فهذا منه تأكيد للاقرار باليمين لان العتق يحتمل التعليق بالشرط فيلزمه المال ولا يعتق العبد كما لو حلف علي ذلك بطلاق أو بحج ولو أقر أنه استقرض من فلان الف درهم وقبضها أو لفلان عليه الف درهم فالاقرار للاول جائز والثاني مخاطرة لايلزمه أما علي قول محمد رحمه الله فظاهر وأما علي قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك لانه لامجانسة بين الكلامين فان القبض بحكم الاستقراض فعل وآخر كلامه قول فلا يمكن أن يجعل قوله والا بمعنى الترديد لحرف أو فبقى مقرا بالمال للاول ومعلقا اقراره للثاني بشرط عدم الاستقراض والقبض من الاول وتعليق الاقرار بالشرط لايجوز. وكذلك لو قال ابتعت من فلان هذا العبد بالف درهم والا فلفلان علي خمسمائة الا أن هنا ان أقر رب العبد ببيع العبد لزمه الالف وان أنكر ذلك لا يلزمه شئ لانه صار رادا لاقراره حين انكر بيع العبد منه واقراره بالخمسمائة كان معلقا بشرط وهو باطل من أصله ولو قال قد أعتقت عبدي هذا والا فغلامي هذا حر عتق الاول دون الثاني لانه أكد عتق الاول باليمين بعتق الثاني اذ لا مجانسة بين الكلامين لحل قوله أو ولو قال هذا حر والا فهذا أو أعتقت هذا والا فقد

أعتقت هذا كان مخيرا بينهما عند أبي يوسف رحمه الله لانه لما تجانس الكلامان فقوله والا بمنزلة قوله أوكما لو قال لفلان علي الف درهم والا فلفلان علي مائة دينار أما عند محمد رحمه الله في هذا كله فالاول ايجاب صحيح والثانى باطل لانه بمنزلة التعليق بالشرط والله أعلم

باب اقرار الرجل فى نصيبه

(قال رحمه الله) واذا كانت الدار بين رجلين فاقر أحدهما أن نصيبه منها لفلان لاحق له فيه صح اقراره لثبوت ولاية التصرف له على نصيبه وكذلك ان أقر ببعض نصيبه من نصف أوعشر أوغير ذلك وكذلك لوأقر له بنصف الدار مطلقا ينصرف اقراره الى نصيبه خاصة لان قصده تصحيح كلامه ولا يصح الا بان يحمل اقراره على نصيبه ولو قال له ربع جميع هذه الدار ولى ربع ونصفه ولصاحبي ربع ونصفه وجحد شريكه ذلك فان نصف الدار حصة المقربين المقر والمقر له على خمسة للمقر سهمان وللمقر له ثلاثة لان المقر يعامل فى نصيب صاحبه نفسه كأن ما أقر به حق ولا يصدق على غيره وقد زعم المقر هنا أن حق المقر له فى سهمين من ثلثه وحقي فى ثلثه وحق شريكى فى ثلثه الا أن شريكه ظلمهما حين أخذ زيادة على مقدار حقه فلا يكون ذلك الظلم على أحدهما خاصة بل يجعل ذلك كالتاوى ويبقى مافي يد المقر تصرف فيه المقر له بسهمين والمقر بثلثه فيكون مقسوما بينهما على خمسة واذا أقر أن لفلان عليه ألفا وانه قد قضاها اياه فوصل الاقرار بهذا ثم جاء بالبينة انه قضاها اياه قبل ذلك منه استحسانا وفى القياس لا يقبل وهو قول زفر رحمه الله لان كلامه محال فانه أقر بوجوب المال عليه فى الحال وما قضاه قبل هذا لا يكون عليه في الحال فكان مناقضا فى دعوى القضاء والكلام المحال والتناقض لايمكن اثباته بالبينة ولكن استحسن للعرف فان الناس يذكرون هذا اللفظ ويريدون به أنه كان له عليه ذلك (ألا ترى) أن الرجل يقول هذا الثوب للامير كسانيه أو هذه الدابة للامير حملنى عليها والمراد أنه كان له لاأنه في الحال له كذلك هنا . ولو قال له علي الف درهم ثم قال بعد ماسكت قضيتها اياه قبل أن أقر بها وجاء بالبينة لم يقبل منه لان قوله قضيتها اياه بيان مغاير لظاهر كلامه فان ظاهر كلامه الاخبار بوجوب المال عليه فى الحال على احتمال أن يكون مراده انه كان ومثل هذا الكلام انما يسمع موصولا لا مفصولا فاذا سكت تقرر المال عليه واجبا فى الحال فهو فى قوله

قضيتها اياه قبل ان أقر بها مناقض فى كلامه ولو قال كان له على الف درهم ثم قال قد قضيتها
اياه قبل أن أقر به وجاء بالبينة قبلت بينته لان قوله كان كذا لايكون تصريحا منه بقيامه
فى الحال وانما يجعل قائما باعتبار استصحاب الحال لان ماعرف ثبوته فالاصل بقاؤه وانما يصار
الى استصحاب الحال اذا لم يقم الدليل بخلافه وقد قام الدليل هنا حين أتى بالبينة على ما ادعى
من القضاء بخلاف ماسبق فان كلامه الاول هنا تصريح بوجوب المال عليه فى الحال فهو
بقوله كنت قضيتها من قبل يكون مناقضا فيما صرح به وعلى هذا لو قال هذا العبد لفلان
اشتريته منه فوصله باقراره وأقام البينة على الشراء قبلت بينته استحسانا ولو قال بعد
ما سكت اشتريته منه قبل الاقرار أو وهبه لى أو تصدق به علي لم تقبل بينته استحسانا
فهذا والاول سواء ولو أقر أن هذا العبد الذى فى يده عبد لفلان اشتريته منه بألف درهم
ونقدته الثمن ثم قال بعد ذلك اشتريته من فلان الآخر بخمسمائة درهم ونقدته الثمن فان أقام
البينة على ذلك كله فهو جائز وعليه اليمين للاول والثمن للآخر ومراده من هذا الجواب اذا
أقام البينة على التعيين فقط دون نقد الثمن فأما اذا أقام البينة على نقد الثمن فلا شيء لواحد
منهما واذا أقام على التعيين فقط فالمبيع مقبوض له وثمن المبيع المقبوض يكون متأكدا على
المشترى وفي الذمة سعة بالحقوق فلهذا لزمه الثمن لكل واحد منهما واذا لم تقم بينة على
ذلك فالعبد للاول اذا جحد البيع لان اقراره بالشراء منه اقرار بملك أصل العبد له ولم يثبت
شراؤه منه حين جحده فعليه رد العبد عليه وقد أقر للثانى انه قبض العبد منه بجهة البيع فان
صدقه فى ذلك فله الثمن خمسمائة لانه غير مصدق عليه فيما يدعى من نقد الثمن اذا لم يصدقه
فى ذلك وان جحد البيع ضمن له المقر قيمة العبد لان المقبوض على جهة الشراء مضمون
بالقيمة على القابض كالمقبوض بحقيقة الشراء اذا لم يجب به الثمن المسمى وكذلك هذا فى الدار
والارض والعروض واذا اقر الرجل ان هذ العبد فى يديه بينه وبين فلان ثم قال بعد ذلك
هو بيني وبين فلان الآخر ثم تخاصموا الى القاضى فانه يقضى للاول بنصيبه لانه شركه
بنفسه فى العبد وعند ذلك هو كان مالكا لجميع العبد ظاهرا فيكون كلامه اقرارا بالنصف ثم
ساوى الثانى بنفسه فى العبد وعند اقراره للثانى ما كان يملك فى المقر به الا نصفه فصار مقرا له
بنصف ذلك النصف وساوي الثالث بنفسه في العبد وعند ذلك ما كان يملك من العبد الا ربعه
فصار مقرا له بنصف ذلك الربع وهو الثمن ويبقى في يد المقر الثمن وكذلك لو أقر على ميت

هو وارثه فاقراره فيما يخلف الميت بمنزلة اقراره على نفسه ابتداء ولو أقر بالعبد كله لفلان ثم قال بعد ذلك هو لفلان فانه للاول ولا شئ للآخر الاأن يدفعه الى الاول بغير قضاء فحينئذ يضمن للآخر قيمته وقد بينا هذه الفصول فى اقراره بالغصب والوديعة والعارية فيما اتفقوا عليه واختلفوا فيه . ولو كانت دابة فى يدى رجل فقال استودعنى فلان نصف هذه الدابة ثم قال استودعنى فلان نصف هذه الدابة ثم قال استودعنى فلان آخر نصف هذه الدابة فينصرف مطلق اقراره الى ذلك ثم يضمن للثالث نصف قيمتها عند أبى يوسف رحمه الله اذا دفع بغير قضاء الى الاولين وعند محمد رحمه الله سواء دفع بغير قضاء أو بقضاء على ما بينا فيما سبق فى دار فى يد رجل ثم أقام الآخر البينة عليه انه أقر انها له وأقام ذو اليد البينة ان المدعى أقر أنها له فالثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة فيتغايران للتعارض فتبقى الدار في يده على ما كان وان شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بالف وخمسمائة جازت الشهادة على الف وان ادعى المدعى أكثر المالين لاتفاق الشاهدين على الف لفظا ومعنى وكذلك عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين وعند أبى حنيفة رحمه الله لاتقبل الشهادة هنا لاختلاف الشاهدين فى اللفظ وهى مسئلة دوّارة فى الكتب معروفة بيناها فى كتاب الطلاق وان شهدا على انه أقر بألف فقال أحدهما كنا جميعا وقال الآخر كنت وحدى فالشهادة جائزة لان الاقرار قول يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فبهذا لا يختلف المشهود به ولو ادعى على رجل ألف درهم فقال قد أخذت منها شيأ فقد أقر بها لان الهاء والالف فى قوله منها كناية عن الالف فكانه قال قد أخذت من الالف التى لك على شيأ وكذلك اذا قال كم وزنها أو متى حلها أو ما ضربها أو قد برئت اليك منها أو قد أديتها اليك فهذا كله اقرار بالف لما بينا ولو قال قد برئت اليك من كل قليل وكثير كان لك على لم يكن هذا اقرارا بالالف ولكنه اقرار بشئ لانه لا يؤخذ من قوله الايفاء فيتضمن الاقرار بشئ مجهول الجنس والقدر فيكون مجبرا على بيانه واذا بينه يحلف الطالب ماقبضه منه ويحلف المطلوب ماعليه غير هذا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه والله أعلم

باب الاقرار بما قبضه من غيره

(قال رحمه الله) واذا أقر الرجل أنه أخذ ثوبا من دار بينه وبين آخر فادعى عليه الشريك

نصف الثوب وأنكر المقر فالقول قول المقر لان الثوب في يده واقراره بالاخذ من دار مشتركة لايتضمن الاقرار بالثوب غير متولد من الدار بل موضوع فيها وكل واحد من الشريكين ساكن في الدار يضع أمتعته فيها ثم يأخذها منها فلا يكون مقرا باليد للشريك في الثوب ولو أقر أنه قبض من بيت فلان الف درهم ثم قال هو لى فالمال لصاحب البيت لانه أقر بالاخذ من بيته فهو كاقراره بالاخذ من يده لان مافى ملك الانسان يكون فى يده حكما لو نازعه فيه غيره كان القول قوله فيؤمر بالرد عليه حتى يثبت مايدعيه من الملك لنفسه وكذلك ان زعم أنه لآخر الا أنه يضمن للثانى مثله لان اقراره حجة فى حق نفسه وقد أقر بانه قبض ملكه وتعذر عليه رده فيضمن له مثله وكذلك لو قال قبضت من صندوق فلان مائة درهم أو من كيسه أو سفطه ثوبا هرويا أو من قريته كرا من حنطة أو من نخله كرا من تمر أو من زرعه كرا من حنطة فهذا كله اقرار بانه أخذ ماكان فى يد فلان فعليه رده ولو قال قبضت من أرض فلان عدل زطي ثم قال مررت فيها مارا فنزلتها لم يصدق اذا لم يعرف نزوله فيها ويقضى بالزطى لصاحب الارض وقد بينا هذا الا أن تكون الارض طريقا معروفا للناس أو يكون له التصرف فيها فالقول قوله حينئذ وكذلك القرية اذا كان الطريق فيها لانه متمكن من التصرف فيها بالنزول فيكون قياس الدار المشتركة التى يمكن كل شريك من السكنى فيها فلا يتضمن كلامه الاقرار بانه أخذ العدل من صاحب الارض ولو قال أخذت من دار فلان مائة درهم ثم قال كنت فيها ساكنا باجرة فان علم ذلك أو بينه بالبينة فهو برىء من المال والا لم يصدق وأمر برد المال لانه اذا لم يثبت سبب يده على الدار فى وقت ما يكون هذا اقرارا منه بأخذ المائة من صاحب الدار ولو شهد شاهدان أن فلانا أتى أرض فلان هذه فاحتفر فيها واستخرج منها ألف درهم وزن سبعة وادعاها رب الارض وجحد الحافر أو أقر بذلك وادعى أن المال له فانى أقضى بها لرب الارض لان شهادتهم على أخذها من ملكه كشهادتهم على أخذها من يده أرأيت لو شهدوا انه ضرب صاحب الارض حتى أوقعه أو قاتله حتى غلبه ثم احتفر الارض وأخرج المال أما كان يؤمر بالرد عليه فهذا مما لا يشكل على أحد انه يؤمر برده وكذلك لو شهدوا انه أخذ من منزله كذا أو من حانوته أو أخذ دهنا من قارورته أو سمنا من زقه فهذا وشهادتهم على الاخذ من يده سواء وكذلك لو أقر أنه أخذ سرجا كان على دابة فلان أو لجاما أو حملا من حنطة كانت على دابة فلان أو

طعاما كان فى جولق فلان قضى به له لاقراره بالاخذ من يده فان دابة فلان وما عليها من يده وكذلك لو أقر انه أخذ بطانة جبته أو ستر بابه فالاضافة الملكه بمنزلة الاضافة اليه فى أنه اقرار بالملك له وكذلك لو أقر أنه ركب دابة فلان أو لبس ثوب فلان أو استخدم خادمه ثم أخذه فلان آخر منه فهذا كله اقرار على نفسه بفعل هو غصب من ملك الاول فيؤمر بالرد عليه وان عجز عن الرد كان ضامنا ولو قال فلان حملنى على دابته أو فى سفينته لم يضمن شيأ لانه ما فعل بنفسه فى ملك الغير وانما أقر بفعل صاحب الدابة وذلك غير موجب للضمان عليه وكذلك لو أقر أنه حمل على دابة فلان هذا فعل مالم يسم فاعله فلا يصير به مضيفا للحمل على نفسه ولا مقرا على نفسه بسبب موجب للضمان ولو أقر أنه أخذ ثيابا من حمام فلان لا يضمن شيأ لان الناس يدخلون الحمام فيضعون ثيابهم فيها ثم يأخذونها فلا يتضمن هذا اللفظ الاقرار بيد أصلية لصاحب الحمام فى الثياب وكذلك المسجد الجامع والكعبة والخان والارض ينزلها الناس ويضعون فيها الامتعة ولو أقر انه وضع ثوبه في بيت فلان لم يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ان ادعاه رب البيت ويضمنه عندهما وهو نظير ما سبق اذا قال أسكنته دارى ثم أخذتها منه ولو أقر أنه أخذ ثوبا من طريق فلان أو من فناء فلان لاضمان عليه لان الفناء اسم لسعة خارجة عن ملكه معدة لمنافعه من كسر الحطب والقاء الكناسة ونحوها فلا تكون تلك المنفعة فى يد فلان على الخصوص بل للناس أن ينتفعوا بها وكذلك الطريق ولو قال أخذت ثوبا من أجير فلان فهو للاجير دون المستأجر من يده ويد الاجير في أمتعته يد نفسه حتى لو نازعه فى شئ من ذلك فان القول قول الاجير ولو أقر أنه أخذ ثوبا من مسجد فلان لم يكن عليه ضمان الا أن يكون المسجد له خاصة فى داره فيكون من جملة ملكه ومافيه يكون فى يده فيضمنه ولو قال من هذه البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو القنطرة أو الجسر أو كل موضع للعامة مما لا يد عليه فيه لاحد لان له حق وضع الامتعة في هذه المواضع فلا يتضمن كلامه الاقرار بأخذه من يد انسان والله أعلم

باب اقرار الرجل على نفسه وعلى غيره

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل لفلان على وعلى فلان الف درهم فجحد الآخر لزم المقر نصفه لانه عطف الآخر على نفسه والعطف يقتضى الاشتراك فى الخبر واقراره على

نفسه حجة وعلى الآخر ليس بحجة وكذلك لو سمى اثنين معه لزمه الثلث وكذلك لو سمى عبدا محجورا أو صبيا أو حربيا أوذميا أو رجلا لايعرف فعلى المقر حصته على عددهم لان جميع من سمى ذمته صالحة لالتزام المال فيتحقق الاشتراك ويكون مقرا على نفسه بحصته خاصة ولو قال ان لفلان عينا الف درهم ولم يسم أحدا ثم قال عنيت فلانا وفلانا لزمه المال كله ان ادعاه الطالب عليه عندنا وعند زفر رحمه الله لايلزمه الاحصته لان اقراره بلفظ الجمع وحقيقة لفظ الجمع لاتتناول المفرد فكان القول قوله في بيان العدد الذي تضمنه الاقرار لان ابهام العدد في المقر عليه بمنزلته فى المقر به فيرجع في بيانه اليه وكنا تركنا هذه الحقيقة لدليل عرف الناس فقد يخبر الواحد عن نفسه بعبارة الجمع تارة وبعبارة المفرد أخرى (ألا ترى) أن العظماء من الناس يقولون فعلنا بكذا وأمرنا بكذا ونحن نقول كذا وانما يريدون أنفسهم ويؤيد هذا قوله تعالى ثم ان علينا بيانه وقوله تعالى انا نحن نزلنا الذكر وقوله تعالى انا نحن نحيي ونميت وقوله تعالى وانا له لحافظون فاذا كان عرف ظاهر جعلناه بهذا اللفظ مخبرا عن نفسه فيلزمه المال وكذلك لو قال علينا وأشار بيده الى نفسه والى آخرين معه لان الاقرار انما يحصل بلفظه لاباشارته فوجود هذه الاشارة كعدمها الا أن يكون معه رهط قعود فقال لفلان علينا جميعا أو علينا كلنا وأشار الى نفسه واليهم فحينئذ لايلزمه الا حصته على عدد القوم الذين معه لانه قرن بكلامه لفظا يمنعنا أن نحمل كلامه على الاخبار عن نفسه خاصة وهو قوله كلنا فعرفنا انه مضيف الاقرار الى نفسه والى القوم الذين هم جلوس معه وقد أظهر ذلك باشارته اليهم فلم يلزمه الا حصته بخلاف ما سبق ولو قال لفلان علي رجل منا كر أو رجلين منا كر لم يلزمه شئ لانه أقر على مجهول فانه جعل المقر عليه منكرا وهو معرفة فى حق نفسه فلا يمكن ان يجعل لفظه عبارة عن نفسه ولو قال يافلان لك علي الف درهم لزمه المال كله لانه خاطب المقر له بهذا اللفظ وقد يخاطب المفرد بعبارة الجمع تعظيما وهذا ظاهر عند أهل اللسان وكذلك لو قال انتم يا فلان لكم على الف درهم او قال نحن يا فلان لك علينا الف درهم فهو اقرار له بالمال علي نفسه لما قلنا ولو قال يا فلان لكما على الف درهم كان لفلان منهما النصف لانه لا يخاطب المفرد بعبارة التثنية اذ ليس فى ذلك غرض فان فى عبارة الجمع للمفرد معني التعظيم وليس ذلك فى عبارة التثنية فانما صار مقرا له ولمجهول آخر بألف درهم فلا يلزمه الا نصف الالف وبعض أهل اللغة يقولون يلزمه الالف له فخطاب التثنية للمفرد يوجد فى القرآن

العزيز قال الله تعالى ألقيا في جهنم كل كفار عنيد وقال تعالى فالقياه في العذاب الشديد ولكن محمد رحمه الله أبقى الجواب على ماهو المعروف بين العوام من الناس ولو قال أقرضنا فلان ألف درهم أواستودعنا أوأعارنا أو غصبناه منه لزمه جميع المال ولا يصدق انه أراد به غيره معه لما قلنا ولو قال غصبت ومعي فلان من فلان مائة درهم لزمه النصف بخلاف مالو قال ومعي فلان جالس لانه متى ذكر للثاني خبرا لايكون اشتراكا بينه وبين نفسه في الخبر واذا لم يذكر خبرا تحقق الاشتراك للعطف كما اذا قال زينب طالق ثلاثا وعمرة تطلق ثلاثا بخلاف ما لو قال وعمرة طالق ولو قال له علي عشرة مثاقيل فضة ثم قال هي سود فالقول قوله لان بيانه مقرر لاول كلامه فان اسم الفضة يتناول السود والبيض على السواء فيكون بيانه مقبولا ولو قال له علي الف درهم قرضا ولم أقبضها لم يصدق وان وصل لان المال لايجب عليه بالقرض الا بالقبض فكان هذا رجوعا وكذلك لو قال له عندي الف درهم وديعة او غصب لم أقبضها لم يصدق لان المال لا يصير وديعة عنده ولا غصبا قبل القبض ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع باعنيه ونسأني الي العطاء لم يصدق في الاجل اذا أنكره الطالب لانه لو ادعى أجلا صحيحا لم يقبل قوله فاذا ادعى أجلا فاسدا كان ذلك أولى وكذلك لو ادعى فيه شرطا يفسده أو زاد مع ذلك خمرا أو خنزيرا لم يقبل قوله لما بينا وأورد في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله اذا قال له علي الف درهم زيوف وقال المقر له بل هي جياد فعندنا يلزمه المال كما أقر به وعند زفر رحمه الله اقراره باطل لانه رد اقراره وادعى عليه شيأ آخر فقياس تلك المسئلة على قول زفر رحمه الله هنا يوجب أن يكون اقراره باطلا وأورد أيضا ثم أنه لو قال لفلان علي الف درهم ثمن هذا العبد لا بل ثمن جارية وادعاهما المقر له أن على قول أبي يوسف رحمه الله يلزمه الف واحد وعند زفر رحمه الله يلزمه ألفان ولو قال لا بل هي ثمن جارية لم يلزمه الا ألف واحد بالاتفاق وهذا بناء على ما تقدم من القياس والاستحسان في استدراك الغلط بقوله لا بل ولو قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له بل هي لفلان علي فعلى قول زفر رحمه الله يبطل اقراره وعندنا يكون المال للثاني استحسانا ونظائر هذا الفصل قد ذكرناها في الجامع والله أعلم

باب الاقرار في غير المرض

(قال رحمه الله) واقرار الصحيح بالدين والقرض والغصب والوديعة لوارثه وغير وارثه

والمكاتبة واقرار المكاتب لمولاه جائز كله لانه لاحق لاحد في مال الصحيح ولا تهمة في اقراره فانه ممكن من تحصيل مقصوده بطريق الانشاء واذا أقر المريض فقال لفلان على حق فصدقوه فيما قال ثم مات المريض ففي القياس لايصدق على ما يدعى في يده من غير حجة لان هذه وصية بخلاف حكم الشرع فان من حكم الشرع أن لايصدق في دعواه قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث ووصيته بخلاف الشرع باطلة ولكنه استحسن فقال يصدق الطالب فيما بينه وبين الثلث لانه سلطه على مال نفسه وهو مالك لتسليطه على قدر الثلث في ماله ايجابا له فكذلك يصح تسليطه اياه على قدر الثلث اخبارا به وهذا لان الشرع جعل ثلث المال حقا للمريض ليفك به نفسه ويصرفه في حوائجه ومن حوائجه تفريغ ذمته وربما يعلم بوجوب الحق للغير عليه ويشتبه عليه مقداره فيقر به ويفوض بيان المقدار الى صاحب الحق لعلمه بامانته فلهذا صححنا وصيته في التصديق بقدر الثلث وان ادعى أكثر من ذلك لم يقبل قوله ولكن يحلف الورثة على علمهم لانا كنا نصدقه باعتبار وصية الموصى ووصيته لاتكون ملزمة فيما زاد على الثلث وان أقر المريض بدين مسمى بعد ذلك كان الدين المسمى أولى في جميع تركته لان حق صاحب الدين المسمى معلوم ثابت بما هو حجة وهو الاقرار وحق الآخر مجهول ويشبه دعوي المدعى ولا يقع التعارض بين الضعيف من السبب وبين القوى فلهذا كان صاحب الدين المسمى أولى وان لم يقر بدين مسمى ولكنه أوصى بوصية معلومة كانت الوصية بالثلث أولى من ذلك الاقرار أيضا لان حق الموصى له معلوم مسمى والمجهول لايزاحم المعلوم فلم يزد على هذا في الكتاب وأورد في الزيادات أن الموصى له بالثلث اذا أخذ الثلث يقال لا بد له من أن يقر بشئ لآخر فنعطيه ثلث ذلك مما في يدك لان الموصى له شريك الآخر الوارث وقد أقر الميت للآخر بدين مجهول والدين مقدم علي الوصية فلا بد للموصى له ان يبين كما لا بد من ذلك للوارث ولكن وضع المسئلة هناك فيما اذا قال لفلان علي دين فصدقوه وهنا قال لفلان علي حق فصدقوه فما زاد على هذا من الكلام فيه فقد بيناه فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أقر في مرضه بدين ثم بدين آخر تحاصوا جميعا لانه لما تقدم الاقرار بالدين فقد صار ماله مشغولا بحق الغريم على وجه لايملك ابطال حقه عنه فاقراره بالوديعة بعد ذلك اقرار بوديعة مستهلكة فهو كالاقرار بالدين ولو قال لفلان علي الف الا درهم أو غير درهم أو نقصان درهم كان كما قال لان المستثنى من جنس

المستثنى منه حقيقة فتصريحه فى المستثنى بالدراهم يكون بيانا فى المستثنى منه انه من الدراهم
ولو قال له على الف درهم الا تسعمائة فعليه مائة لما بينا أن الاستثناء صحيح متى بقى وراء المستثنى
شيء قل ذلك أو كثر وان قال له على عشرة ونصف درهم كانت عشرة دراهم لانه عطف العشرة
ثم فسره بالدرهم فيكون ذلك تفسيرا لهما بمنزلة قوله عشرة دراهم وقد بينا نظائره فى قوله
مائة ودرهم واذا مات الرجل وعليه دين الى أجل بطل الاجل هكذا روى عن زيد بن
ثابت رضى الله عنه ولان حق الغريم صار كالعين فى التركة والاعيان لاتقبل الآجال فلا
فائدة فى ابقاء الاجل بعد موته له ولا لوارثه لانه يبقى مرتهنا بالدين ولا تنبسط يد وارثه
فى التركة لمكان الدين ولا يجوز اقرار المريض بالدين لقابله ولا لعبد قابله ولا لمكاتب قابله
وقد بينا فيما سبق أن اقراره بالدين للقابل بمنزلة اقراره للوارث على قياس الوصية فكذلك
لعبده ومكاتبه وان أقر المريض لمكاتب نفسه بدين فهو جائز اذا كان كاتبه في الصحة لانه
صار أحق بنفسه ومكاسبه وهو من مولاه بمنزلة أجنبي آخر فى انه يثبت عليه دين فيصح
اقراره له أيضا كما يصح لاجنبي آخر وان كان كاتبه فى المرض لم يجزا لا من الثلث لان هذا
بمنزلة اعتاقه اياه فان اقراره له بالدين بمنزلة اقراره باستيفاء بدل الكتابة لم يصح الا من الثلث
بخلاف ما اذا كاتبه فى الصحة وهذا لان تهمة المواضعة تمكن بينهما اذا كانت الكتابة فى
المرض فلهذا جعلنا ذلك بمنزلة اعتاقه وان أقر انه أثبته أن مثل الكتابة عتق وسعى فى
ثلثي قيمته لما قلنا واذا أقر المريض ان على أبيه لفلان الف درهم دينا وفى دار لابيه وعلى
المريض دين معروف فى الصحة فدينه الذى فى الصحة أولى بذلك لان اقراره على أبيه
فى مرضه كاقراره على نفسه أو دون ذلك فيقدم دين الصحة ولو كان أقر بذلك فى صحته
بعد موت أبيه كان دين الاب أولى فى تركة الاب لان ذلك بمنزلة الاقرار بالعين فان حق
غرماء الاب يتعلق بتركته وصحة اقرار الابن على الاب باعتبار ما فى يده من التركة فاذا
حصل اقراره فى الصحة صار ذلك مستحقا لغرماء الاب فلا يتعلق به حق غرماء الابن واذا
مرض الرجل ولا دين عليه وفى يده ألف درهم من تركة ابيه فقال لفلان ألف درهم على أبى
ولفلان ألف درهم ووصل ذلك فهو بينهما نصفان لان في آخر كلامه ما يغاير أوله فتوقف
أوله على آخره وصار هذا كقوله لهما على أبى الف درهم وكذلك لو قال لفلان على أبى
ألف درهم وهذه وديعة عند أبى لفلان وقد بينا هذا فيما سبق انه اذا قدم الاقرار بالدين

فان الاقرار بالوديعة بعد الاقرار بالدين بوديعة مستهلكة فيتحاصان بخلاف ماإذا انعدم الاقرار بالوديعة ولو كان أبوه ترك عبدا فقال رجل لى على أبيك الف درهم وقال العبد قد أعتقني أبوك فقال صدقتما فعند أبي حنيفة رحمه الله الدين أولى وعلى العبد أن يسعى فى عتقه لان نفوذ العتق عند اقرار الوارث كنفوذه لو باشره الاب فى مرضه فيكون مؤخرا عن الدين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق العبد ولا سعاية عليه لان الوارث مقر أنه لم يصر اليه شئ من تركته فلا يصح اقراره بالدين عليه وهذه المسئلة في الحقيقة تنبنى على ماتقدم بيانه اذا ادعى رجل وديعة فى يد أبيه بعينها وادعى الآخر دينا فصدقهما الوارث وهناك عندهما مدعي العين أولى فكذلك هنا العبد بمنزلة مدعى العين وعند أبى حنيفة رحمه الله وهناك يتحاصان وصارت دعوى العين كدعوى الدين حين أقر الوارث بهما معا فهنا أيضا يصير مقرا بالدين والتبرع فيقدم الدين عنده ولو قال لفلان على أبي ألف درهم دينا ودفعها اليه بقضاء القاضى ثم أقر لآخر بألف درهم عليه لم يضمن له شيأ لان بمجرد اقراره ماصار متلفا شيأ من تركة أبيه والدفع حصل بقضاء القاضي فلا ضمان عليه ولو كان دفع الى الاول بغير قضاء ضمن الثانى خمسمائة باقراره حق كل واحد منهما في خمسمائة من التركة فانه بالدفع الى الاول بغير قضاء صار متلفا حق الثانى فيضمن له نصيبه ولو كان قال لفلان علي أبي الف درهم لا بل لفلان فالالف للاول ولا ضمان على المقر للثانى ورجوعه فى ابطال استحقاق الاول باطل ولكنه في حق نفسه صحيح فاذا دفعها بغير قضاء صار متلفا جميع الالف علي الثانى بزعمه فيضمن له مثلها ولو أقر أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا لا بل لهذا فالثلث للاول ولا شيء للثانى عليه الا أن يكون دفع الثلث الى الاول بغير قضاء فحينئذ يغرم للثانى مثله وعلى قول زفر رحمه الله يدفع ثلثا الى الاول وثلثا الى الثانى ولو كان قال أوصى أبى بثلث ماله لفلان لا بل لفلان فعند زفر رحمه الله يدفع الى كل واحد منهم ثلث المال ويخرج من الوسط وعندنا الثلث للاول ولا شيء عليه للآخرين اذا دفعه بقضاء وهذا قياس ما سبق ولو اقر المريض بدين لوارثه فخاصمه الوارث فى ذلك أمره القاضى بأن يوفيه حقه لان السبب الموجب للمال عليه وهو ظاهر والمبطل له وهو موته من مرضه موهوم والموهوم لا يعارض المعلوم فيأمره بالقضاء فان برأ من مرضه كان ذلك جائزا عليه وان مات من مرضه بطل اقراره حينئذ فيأمر الوارث برد المقبوض والله أعلم

باب الاقرار بالقبض

(قال رحمه الله) واذا أقر الطالب انه قبض مما له على فلان مائة درهم فقال فلان قد قبضت مني مائة وخمسين درهما من قبل كذا فقال الطالب نعم ولكنها قد دخلت في المائة فالقول قول الطالب مع يمينه لان مادعاه المطلوب بعد ما أقر له الطالب باستيفائه فكان الظاهر شاهدا للطالب فجعلنا القول قوله ولان المطلوب يدعى زيادة فيما أوفاه والطالب ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه وكذلك لو قال المطلوب بعتك ثوبا بعشرة دراهم ممالك على فقال الطالب نعم قد دخل فى هذه المائة فالقول قول الطالب لان مادعاه من المطلوب من البيع سبب لقضاء الدين بالثمن واقرار الطالب باستيفائها لا بد له من سبب فمال المطلوب لسبب في البعض لا يزداد ما أوفاه من المال ولو قال كان في يد المطلوب شاة فقال الطالب ابتعتها منك بعشرة دراهم من هذه المائة وقال المطلوب لم أبعها وقد أخذت مني مائة درهم فالقول للمطلوب مع يمينه لانهما تصادقا علي أن الشاة كانت مملوكة للمطلوب وادعى الطالب تملكها عليه وهو منكر لذلك فالقول له مع يمينه ويبقى اقرار الطالب بقبض المائة فذلك لازم عليه واذا أقر المريض بقبض ماله على فلان وسماه فهو جائز لان الاقرار باستيفاء الدين منه بمنزلة الاقرار بالدين له فيصح اذا كان أجنبيا وان كان المطلوب وارثه أو كفيلا عن وارثه والوارث كفيل عنه فالاقرار باطل لما فيه من اتصال النفع الى وارثه واذا جاء الوارث بالمال فادخله عليه بمحضر من الشهود برئ الوارث منه لانه لاتهمة فى السبب المعاين فالاجنبي والوارث فيه سواء واذا أقر الطالب أنه قبض من المطلوب خمسمائة ثم خمسمائة ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل لانه أقر بقبض الدراهم مطلقا والزيوف من جنس الدراهم يتناولها مطلق اسم الدراهم فكان بيانه هذا مقررا لكلامه ولو قال قبضت منه حقى أو قبضت منه الذى لي عليه أو قبضت منه مالى عليه أو الالف التى كانت لى عليه ثم قال وجدتها زيوفا لم يصدق الا أن يصله بكلامه لان لفظه هذا محمول على الحق الذى له عليه وهو الجياد من حيث الظاهر على احتمال أن يكون المقبوض زيوفا وقال ذلك لجهالته بها فكان هذا بيانا مغايرا لكلامه عن ظاهره فيصح ولا يصح مفصولا ولو قال قبضت منه خمسمائة درهم ثم قال بعد وجدتها ستوقا أو رصاصا لم يصدق لانه أقر بقبض الدراهم والستوق ليست من جنس

الدراهم فكان بيانه هذا مغايرا و رجوعا عما أقر به فلا يصح مفصولا ولو أقر انه قبض خمسمائة درهم مما له على المطلوب ثم قال بعد ذلك وجدتها زيوفا لم يصدق لما بينا أنه لو أقر بقبض جميع ماعليه ثم ادعى انه زيوف لم يصدق اذا كان مفصولا فكذلك اذا أقر ببعض ماله عليه ولا يمين على المطلوب انها كانت جيادا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا اتهمته حلفته وهو بناء على الاختلاف الذى سبق اذا أقر البائع بقبض الثمن ثم قال لم أقبضه لم يحلف خصمه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يحلف للعرف الظاهر فى الاقرار قبل أن يستوفى بالاستيفاء للاشهاد فكذلك هنا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اعتبرا التناقض وأبو يوسف رحمه الله اعتبر العرف انه قد يقر بالاستيفاء بناء على أن المستوفى جياد ثم تبين له انه زيوف فلهذا قال اذا اتهمته حلفته ولو أقر بقبض خمسمائة وله شريك فى الدين ثم قال بعد ذلك هى زيوف فالقول قوله لما بينا انه أقر بقبض الدراهم وذلك يتناول الزيوف حقيقة وللشريك الخيار إن شاء شاركه فى المقبوض من الزيوف وان شاء اتبع المطلوب الجياد وان قال بعد ماسكت هى رصاص لم يصدق وللشريك نصفها جياد لانه راجع عن الاقرار فان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال هو رصاص موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن الدراهم معنى فكان هذا بيانا مغايرا لظاهر كلامه الى ماهو محتمل فيصح موصولا واذا صح فلا شىء للشريك منها لانه بقبض الرصاص لا يصير مستوفيا شيأ من حقوقه وانما يثبت للآخر حق المشاركة معه فيما يقبض من حقه وان قال قبضت من مالى ولفلان على فلان خمسمائة ثم قال بعد ذلك هى زيوف لم يصدق لاقراره بان المقبوض مما له عليه وذلك جياد فلا يصدق فى حق الشريك مفصولا كما لا يصدق فى حق المطلوب فلهذا كان للشريك نصفها جيادا واذا أقر الطالب انه قبض من المطلوب كر حنطة أو شعير أو شيأ مما يكال أو يوزن ثم قال بعد ذلك هو ردىء فالقول قوله لان الرداءة فى الحنطة بيان للنوع لا بيان للعيب فان العيب لا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وفى بيان نوع المقبوض القول قول القابض وقد تقدم بيان هذه الفصول فيما سبق والله أعلم

﴿ تم كتاب الاقرار ولله المنة وبه تم الجزء الثامن عشر ويليه الجزء التاسع عشر ﴾

﴿ وأوله كتاب الوكالة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء * اعلم أن الوكالة في اللغة عبارة عن الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحفيظ كما قال الله تعالى وحسبنا الله ونعم الوكيل ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله فيمن قال لآخر وكلتك بمالى انه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط وقيل معنى الوكالة التفويض والتسليم ومنه التوكل قال الله تعالى وعلى الله توكلنا يعني فوضنا اليه أمورنا وسلمنا فالتوكيل تفويض التصرف الى الغير وتسليم المال اليه ليتصرف فيه ثم للناس الى هذا العقد حاجة ماسة فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته وكثرة اشتغاله أو لكثرة ماله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة . وقد عرف جواز هذا العقد بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وهذا كان توكيلا . وأما السنة فما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه وكل حكيم ابن حزام رضى الله عنه بشراء الاضحية وبه وكل عروة البارقي فلما سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ أعطاه علامة وقال ائت وكيلي بخيبر ليعطيك ماسألتنى بهذه العلامة والدليل عليه الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله عن سالم عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس رضى الله عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا ثم خرج الى اليمن فوكل أخاه بنفقتي فخاصمته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى نفقة ولا سكنى ففى هذا جواز التوكيل بالاتفاق وبظاهر الحديث يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله فيقول ليس للمبتوتة نفقة ولا سكنى ولكنا نقول ان صح الحديث فله تأويلان احدهما انها كانت بذيئة اللسان بذية على أحماء زوجها فاخرجوها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد في بيت ام مكتوم رضى الله عنها تسكينا للفتنة فظنت انه لم يجعل لها نفقة ولا

سكني الثاني انه وكل أخاه بان ينفق عليها خبز الشعير ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشيء آخر فلهذا قالت ولم يجعل لي نفقة ولا سكنى وذكر عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه قال كان علي كرم الله وجهه لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول ان الشيطان ليحضرها وان لها لقحما الحديث وفيه دليل على أن التحرز عن الخصومة واجب ما أمكن لما أشار اليه رضي الله عنه انه موضع لحضرة الشيطان وان للخصومة قحما أي مهالك وقال صلى الله عليه وسلم كفى بالمرء اثما أن لا يزال مخاصما قال وكان اذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيلا رضي الله عنه وفيه جواز التوكيل بالخصومة وبظاهره يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في جواز التوكيل بغير رضا الخصم لان عليا رضي الله عنه لم يطلب رضا خصومه ولكن الظاهر أن خصومه كانوا يرضون بتوكيله لانه كان أهدى الى طرق الخصومة من غيره لو فور علمه وانما كان يختار عقيلا رضي الله عنه لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي أن عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز له فقال له علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة أحد الثلاثة أحمق فقال عقيل رضي الله عنه أما أنا وعنزي فعاقلان قال فلما كبر سن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه اما أنه وقره لكبره أو لانه انتقص ذهنه فكان يوكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكان ذكيا شابا وقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي وفي هذا دليل على أن الوكيل يقوم مقام الموكل وان القضاء عليه بمنزلة القضاء على الموكل قال فخاصمني طلحة ابن عبد الله رضي الله عنه في ضفير أحدثه علي رضي الله عنه بين أرض طلحة وأرض نفسه والضفير المسناة وفيه دليل على انهم كانوا يختصمون فيما بينهم ولا نظن بواحد منهم سوى الجميل لكن كان يستبهم عليهم الحكم فيختصمون الى الحاكم ليبينه لهم ولهذا كانوا يسمون الحاكم فيهم المفتي فوقع عند طلحة رضي الله عنه أن عليا كرم الله وجهه أضر به وحمل عليه السيل ولم ير علي رضي الله عنه في ذلك ضررا حين أحدثه قال فوعدنا عثمان رضي الله عنه أن يركب معنا فينظر اليه وفيه دليل على أن فيما تفاقم من الامر ينبغي للامام أن يباشره بنفسه وان يركب ان احتاج الى ذلك فقال والله اني وطلحة نختصم في المواكب وان معاوية رضي الله عنه على بغلة شهباء أمام الموكب قد قدم قبل ذلك وافدا فالقي كلمة عرفت انه أعانني بها قال أرأيت هذا الضفير كان على عهد عمر رضي الله عنه قال قلت نعم قال لو كان جورا ما تركه عمر رضي الله عنه وفي هذا بيان انه لم يكن بين علي ومعاوية رضي الله عنهما في أول

الامر سوى الجميل الى أن نزغ الشيطان بينهما فوقع ما وقع قال فسار عثمان رضي الله عنه حتى رأى الضفير فقال ماأرى ضررا وقد كان على عهد عمر رضى الله عنه ولو كان جورا لم يدعه وانما قال ذلك لان عمر رضى الله كان معروفا بالعدل ودفع الظلم على ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وفيه دليل على ان ما وجدقديما يترك كذلك ولا يغير الا بحجة فان عثمان رضى الله عنه ترك الضفير على حاله بسبب أنه كان قديما وذكر عن شريح رحمه الله انه يجيز بيع كل مجيز الوصى والوكيل والمجيز مايتم العقدباجازته وفيه بيان أن العقود تتوقف على الاجازة وان من يملك انشاء العقد يملك اجازته وصيا كان أو وكيلا أو مالكا لان المعتبر أن يكون تمام العقد برأيه وذلك ماحصل باجازته وذكر عن شريح رحمه الله انه قال من اشترط الخلاص فهو أحمق سلم ما بعت أو ذر ما أخذت ولا خلاص وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله بخلاف مايقوله ابراهيم النخعي رحمه الله ان من باع عبدا يؤاخذ بخلاصه يعني اذا شرط (وهذه ثلاثة فصول * الاول) اشتراط الدرك وتفسيره رد الثمن لاستحقاق المبيع وهو شرط صحيح لانه يلائم موجب العقد وهو ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط الا وكادة (والثاني) شرط العهدة وهو جائز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فانه عبارة عن ضمان الدرك عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله هو باطل (وتفسيره) الصك الاصلي الذي كان عند البائع يشترط المشترى عليه أن يسلمه اليه وهذا شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد فكان باطلا (والثالث) شرط الخلاص (وتفسيره) أن يشترط على البائع أن المبيع اذا استحق من يده يخلصه حتى يسلمه اليه بأى طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به فالمستحق ربما لا يساعده عليه ولهذا ينسبه شريح رحمه الله الى الحماقة حيث التزم ماليس في وسعه الوفاء به واذا وكل الرجل بالخصومة في شئ فهو جائز لانه يملك المباشرة بنفسه فيملك هو صكه الى غيره ليقوم فيه مقامه وقد يحتاج لذلك أما لقلة هدايته أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا زجر زاجر فان أقر الوكيل علي الذي وكله بالخصومة مطلقا في القياس لا يجوز اقراره سواء كان في مجلس القاضي أو في غير مجلس القاضي وهو قول أبي يوسف الاول وقول زفر والشافعي رحمهم الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال يصح اقراره في مجلس القاضي وفي غير مجلس

القاضي اقراره باطل وجه القياس انه وكله بالخصومة والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة والاقرار اسم لكلام يجرى على سبيل المسالمة والموافقة وكان ضد ما أمر به والتوكيل بالشئ لا يتضمن ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع أو الصلح والدليل عليه بطلان اقرار الاب والوصى على الصبي مع أن ولايتهما أعم من ولاية الوكيل وأبو يوسف رحمه الله يقول الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقا فيقتضى أن يملك ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للاقرار بنفسه فى مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فكذلك الوكيل وهذا لانه انما يختص بمجلس القضاء مالا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة واليمين فاما الاقرار فهو موجب للحق بنفسه سواء حصل من الوكيل أو من الموكل فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا حقيقة الخصومة ما قال زفر رحمه الله ولكنا تركنا هذه الحقيقة وجعلنا هذا توكيلا مجازا بالجواب والاقرار جواب تام وانما حملناه على هذا المجاز لان توكيله انما يصح شرعا بما يملكه الموكل بنفسه والذى يتيقن به أنه مملك للموكل الجواب لا الانكار فانه اذا عرف المدعى محقا لا يملك الانكار شرعا وتوكيله فيما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنعه من قصد ذلك فلهذا حملناه على هذا النوع من المجاز كالعبد المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصيبه فينصرف بيعه الى نصيبه مطلقا ليصحح عقده بهذا الطريق غير انه انما سمى الجواب خصومة مجازا اذا حصل فى مجلس القضاء لانه لما ترتب على خصومة الآخر اياه سمى باسمه كما قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والمجازاة لا تكون سيئة حقيقة ولان مجلس الحكم الخصومة فما يجرى فيه يسمى خصومة مجازا وهذا لا يوجد فى غير مجلس القضاء ولانه انما استعان بالوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وذلك فيما يستحق عليه والمستحق عليه انما هو الجواب في مجلس الحكم بخلاف الاب والوصى فان تصرفهما مقيد بشرط الانظر والاصلح قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير وقال عز وجل ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن وذلك لا يظهر بالاقرار فلهذا لا يملكه وان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار عليه صح الاستثناء فى ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يصح لان من أصله ان صحة الاقرار باعتبار قيام الوكيل مقام الموكل وهذا حكم الوكالة فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن أولا يسلم المبيع كان الاستثناء باطلا فاما فى ظاهر الرواية فالاستثناء صحيح لان صحة إقرار

الوكيل باعتبار ترك حقيقة اللفظ الى نوع من المجاز فهو بهذا الاستثناء يبين أن مراده حقيقة الخصومة لا الجواب الذى هو مجاز بمنزلة بيع أحد الشريكين نصف العبد شائعا من النصيبين انه لا ينصرف الى نصيبه خاصة عند التنصيص عليه بخلاف ما اذا أطلق والثانى أن صحة اقراره وانكاره عند الاطلاق لعموم المجاز لان ذلك جواب ولا اعتبار المناظرة فى المعاملات بالمناظرة فى الديانات منع موضعه فاذا استثني الاقرار كان هذا استثناء لبعض ما تناوله مطلق الكلام أو هو بيان مغاير لمقتضى مطلق الكلام فيكون صحيحا كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان فدخلها ماشيا أو راكبا حنث لعموم المجاز فان قال فى يمينه ماشيا فدخلها راكبا لم يحنث لما قلنا وعلى هذا الطريق انما يصح استثناؤه الاقرار موصولا لا مفصولا عن الوكالة وعلى الطريق الاول يصح استثناؤه موصولا ومفصولا قالوا وكذلك لو استثنى الانكار صح ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابى يوسف رحمه الله وهذا لان انكار الوكيل قد يضر الموكل بان كان المدعى وديعة أو بضاعة فانكر الوكيل لم يسمع منه دعوى الرد والهلاك بعد صحة الانكار ويسمع منه ذلك قبل الانكار فاذا كان انكاره قد يضر الموكل صح استثناؤه الاقرار ثم اذا أقر الوكيل فى غير مجلس القاضى فلم يصح اقراره عندهما كان خارجا من الوكالة وليس له أن يخاصم بعد ذلك لانه يكون مناقضا في كلامه والمناقض لا دعوى له فيستبدل به كالاب والوصى اذا لم يصح اقرارهما على الصبي لا يملكان الخصومة في تلك الحادثة بعد ذلك واذا وكله بالخصومة فى دار يدعى فيها دعوى ثم عزله عنها ثم شهد له الوكيل بها فان كان الوكيل قد خاصم الى القاضى جازت شهادته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولم تجز عند أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على ما ذكرنا ان عند أبى يوسف رحمه الله بتعيينه للتوكيل صار خصما قائما مقام الموكل ولهذا جاز اقراره فيخرج من أن يكون شاهدا بنفس التوكيل وعندهما انما يصير خصما فى مجلس القاضى فكذلك انما يخرج من أن يكون شاهدا اذا خاصم فى مجلس القاضى لا قبل ذلك واذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لان صحة الوكالة لحاجة الموكل اليه ولماله فيها من المنفعة وذلك فى جوازها دون لزومها ولان الوكيل معيره منافعه والاعارة لا يتعلق بها اللزوم الا فى خصلة واحدة وهى أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعله وكيلا فى الخصومة فلا يكون له أن يخرجه منها الا بمحضر من الخصم لانه تعلق بهذه الوكالة حق الخصم فانه انما خلي سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه على الوكيل متى شاء فلو جوزنا

عزله بدون محضر من الخصم بأن يعزل الموكل وكيله ويخفى شخصه فلا يتوصل الخصم الى اثبات حقه فلمراعاة حق الخصم قلنا لا يتمكن من عزل الوكيل كالعزل في باب الرهن اذا كان مسلطا على بيعه لا يملك الراهن عزله لحق المرتهن وعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق امرأته بالتماسها ثم سافر لا يملك عزل الوكيل الا بمحضر منها والاصح أنه لا يملكه هناك لانه لاحق للمرأة فى سؤال الطلاق والتوكيل عند سفر الزوج وهنا للخصم حق أن يمنع خصمه من أن يسافر وان يلازمه ليثبت حقه عليه وهو انما ترك ذلك بتوكيله وعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا قال الزوج للوكيل بالطلاق كلما عزلتك فانت وكيل لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت وكالته فان تعليق الوكالة بالشرط صحيح والاصح عندى أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الي المعلق والمنفذ لانا لو لم نجز ذلك أدى الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من اللوازم وذلك باطل . واذا وكله بالخصومة وهو مقيم بالبلد لم يقبل ذلك منه الا برضا من خصمه أو يكون مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام والرجال والنساء والثيب والبكر فى ذلك سواء فى قول أبى حنيفة رحمه الله وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يقول للبكر أن توكل بغير رضا الخصم وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا للمرأة ان توكل بذلك بكرا كانت أو ثيبا اذا لم يكن مروءة وفى قوله الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله الرجل والمرأة سواء في ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم ووجه هذا القول أن التوكيل حصل بما هو من خالص حق الموكل فيكون صحيحا بغير رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضى وبيان ذلك انه وكله بالجواب الذى هو انكار ومن أفسد هذا التوكيل انما يفسده من هذا الوجه فان التوكيل بالاقرار صحيح والانكار خالص حق الموكل لانه يدفع به الخصم عن نفسه فعرفنا أنه وكله بما هو من خالص حقه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو بهذا التوكيل قصد الاضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه الا برضاه كالحوالة بالدين ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحق عليه بدليل أن القاضى يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه وانما يحضره لايفاء حق مستحق عليه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون أشد دفعا للمدعى من انكار والظاهر أن الموكل انما يطلب من الوكيل وذلك الاشد الذى لا يتأتى منه لو أجاب الخصم بنفسه وفيه اضرار بالخصم الا أن أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله قالا ذلك حق الموكل

لو أتى به بنفسه كان مقبولا منه وصحة التوكيل باعتبار ما هو حق للموكل دون ما ليس الاشد لحق له كما بيناه فى المسئلة الاولى أبو حنيفة رحمه الله بنى على العرف الظاهر هنا وقال الناس انما يقصدون بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل الاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وأكثر مافى الباب أن يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذى قلنا لا يملك بدون رضاه كمن استأجر دابة لركوبه أو ثوبا للبسه لا يملك ان يؤاجره من غيره وان كان يتصرف فى ملكه وهى المنفعة ولكن يتصل به ضرر بملك الغير وهو العين لان الناس يتفاوتون فى اللبس والركوب فكذلك أحد الشريكين فى العبد اذا كاتبه كان للآخر أن يفسخ وان حصل تصرف المكاتب فى ملكه لاضرار يتصل بالشريك وهذا بخلاف التوكيل بالقبض والايفاء فان الحق معلوم بصفته فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالآخر وكذلك التقاضى له حد معلوم منع الوكيل من مجاوزة ذلك الحد لئلا يتضرر به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف حتى اذا جاوزه منع منه فلهذا شرطنا رضا الخصم وهذا الشرط ليس مؤثرا فى صحة الوكالة فالتوكيل صحيح ولكن الكلام فى اسقاط حق المطالبة بجواب الموكل ولهذا لا يشترط رضا الخصم في التوكيل عند غيبة الموكل أو مرضه لانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار الموكل فلا يكون فى التوكيل اسقاط حق مستحق عليه وهو نظير شهادة الفروع على شهادة الاصول فانها تصح عند مرض الاصول وغيبتهم مدة السفر ولا تصح عند حضورهم لاستحقاق الحضور بانفسهم للاداء فى هذه الحال وابن أبى ليلى رحمه الله كان يقول المقصود باحضار البكر لا يحصل لانها تستحي فتسكت والشرع مكنها من ذلك فجاز لها ان توكل بغير رضا الخصم وهكذا يقول أبو يوسف رحمه الله فى المرأة التى ليست معتادة مخالطة الرجال فانها لا تتمكن من هذا الجواب اذا حضرت مجلس الحكم فان حشمة القضاء تمنعها من ذلك واذا كان المقصود لا يحصل بحضورها جاز لها أن توكل والذى نختاره فى هذه المسئلة من الجواب أن القاضي اذا علم من المدعى التعنت فى اباء الوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الخصم واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعى في التوكيل لا يقبل ذلك منه الا برضا الخصم فيصير الي دفع الضرر من الجانبين . واذا وكلت امرأة رجلا أو رجل امرأة أو مسلم ذميا أو ذمى مسلما أو حر عبدا أو مكاتبا له أو لغيره باذن مولاه فذلك كله جائز لعموم الحاجة الى الوكالة فى حق هؤلاء قال

والوكالة فى كل خصومة جائزة ماخلا الحدود والقصاص أو سلعة ترد من عيب والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق لان الوكيل قائم مقام الموكل والحدود تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير فى ذلك من ضرب وشبهه (ألا ترى) انها لا تستوفى فى كتاب القاضى الى القاضي والشهادة على شهادة النساء مع الرجال وكذلك التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز ولا يستوفى فى حال غيبة الموكل عندنا وعند الشافعى رحمه الله يستوفيه الوكيل لانه محض حق العباد ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم فكان لصاحب القصاص أن لا يحضر بنفسه ويوكل باستيفائه دفعا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرىء بالشبهات فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير كالحدود ولهذا لا تستوفى فى كتاب القاضي الى القاضى ولا بشهادة النساء مع الرجال وتوضيحه انه لو استوفى في حال غيبة الموكل كان استيفاء مع تمكن شهادة العفو لجواز أن يكون الموكل عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به ولهذا اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل أن تستوفي لانه لا تتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك اما لقلة هدايته فى الاستيفاء أو لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل فى الاستيفاء عند حضرته استحسانا فاما قوله أو سلعة ترد بالعيب فليس المراد به ان التوكيل بالخصومة فى هذا غير صحيح بل المراد ان الوكيل اذا أثبت العيب فادعى البائع رضا المشترى بالعيب فليس للوكيل أن يرده بالعيب حتى يحضر المشترى فيحلف بالله ما رضى بالعيب وهذا بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا ادعى المطلوب أن الطالب قد استوفى دينه أو أبرأ المطلوب منه فانه يقال له ادفع المال الى الوكيل وأنت على خصومتك فى استحلاف الموكل اذا حضر والفرق من وجهين أحدهما ان الدين حق ثابت بنفسه اذ ليس فى دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافى أصل حقه لكنه يدعى اسقاطه بعد تقرير السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط فاما فى العيب ان علم المشترى بالعيب وقت البيع يمنع ثبوت حقه فى الرد أصلا فالبائع ليس يدعى مسقطا بل زعم أن حقه فى الرد لم يثبت أصلا فلا بد من أن يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثانى ان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ فلا يعود فلو أثبتنا حق الرد عليه تضرر الخصم بانفساخ عقده عليه فاما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد واذا حضر الموكل فابى أن يحلف توصل المطلوب الى حقه فلهذا أمر بقضاء الدين وفى الوكيل بأخذ الدار بالشفعة اذا ادعى الخصم

أن الموكل قد سلم وطاب بمينه على ذلك ففي ظاهر الرواية هذا ومسئلة الدين سواء وللوكيل أن يأخذ بالشفعة لان المشتري يدعي مسقطا بعد تقرر السبب وعن أبي يوسف رحمه الله أن هذا ومسئلة العيب سواء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فكما لا يقضي القاضي بفسخ العقد ما لم يحضر الموكل ويحلف فكذلك لا يقضي بالشفعة مالم يحضر الموكل ويحلف ماسلم بالشفعة فان أراد المطلوب يمين الوكيل فليس له عليه يمين في الاستيفاء لان الاستيفاء مدعى على الطالب ولو استحلف الوكيل على ذلك كان على سبيل النيابة عنه ولا نيابة في اليمين وقال زفر رحمه الله له أن يحلف الوكيل بالله مايعلم ان الطالب استوفى الدين لان الوكيل لو أقر باستيفاء الطالب لم يكن له أن يخاصم المطلوب فاذا أنكر استحلفه عليه كما يستحلف وارث الطالب على هذا بعد الطالب ولكنا نقول الوكيل نائب ولا نيابة في اليمين بخلاف الوارث فانه قائم مقام المورث في الحق فتصير اليمين مستحقة على الطالب الا أن الاستحلاف على فعل الغير يكون علما فاذا حضر الطالب فات المطلوب الا أن يحلف بالله لقد شهدت شهوده بحق لم يكن له على ذلك سبيل لان صدق الشهود شرعا بظهور عدالتهم كما ان صدق المدعى باقامة البينة فكما لا يحلف المدعى مع البينة فكذلك لا يحلف بعد ظهور عدالة الشهود الذين شهدوا بحق ولكنه يحلف بالله مااستوفيت ديني فان حلف تم قبض الوكيل وان نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل لان نكوله كاقراره أو بدله فينفذ عليه دون الوكيل ولكن ان كان المال المقبوض عند الوكيل فهو حق الطالب يقبضه من الوكيل ثم يدفعه الي المطلوب بحكم نكوله وليس للمطلوب أن يرجع به على الوكيل بخلاف ما اذا أقام المطلوب البينة على القضاء فان البينة حجة في حقهما فان شاء رجع بالمقبوض على الوكيل اذا كان قائما في يده لانه تبين انه قبض بغير حق وان شاء أخذ الموكل به لان الوكيل عامل له فعهدة عمله عليه وان قال الوكيل قد دفعته الى الموكل أو هلك مني فالقول قوله مع يمينه لانه كان أمينا مسلطا على ماأخبر به من جهة الموكل فالقول فيه قوله وان قال أمرني فدفعته الى وكيل له أو غريم أو وهبه لي أو قضاني من حق كان لي عليه لم يصدق وضمن المال لانه يدعي تملك المقبوض لنفسه بسبب لم يعرف ذلك السبب أو يقر بالسبب الموجب للضمان على نفسه بدفعه الي غيره وادعى الامر من جهة صاحب المال ولا يثبت ذلك بقوله اذا أنكره صاحب المال فلهذا ضمن المال قال ولا يقبل من الوكيل شهادة على الوكالة في شئ مما ذكرنا الا ومعه خصم حاضر لان شرط قبول البينة

الدعوى والانكار فكما ان انعدام الدعوى يمنع قبول البينة فكذلك انعدام الانكار ولا يتحقق الانكار الا من خصم حاضر وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل البينة على هذا من غير خصم ويقول الوكيل بهذه البينة لا يلزم أحدا شيأ وانما يثبت كونه نائبا عن موكله وليس فيه الزام شئ على موكله فلا معنى لاشتراط حضور الخصم ولكنا نقول انما سميت البينة لكونها مبينة فى حق المنكر وذلك لا يتحقق الا بمحضر من الخصم فان أقام البينة على الوكالة بغير محضر من الخصم واليمين من القاضى ان يكتب شهادة شهوده الى قاضى بلد آخر ليقضى به في ذلك لان هذه الشهادة ليست للقضاء بل للنقل فان قاضى بلد ينقل شهادتهم فى كتابه الى مجلس القاضى الذى فيه الخصم كما ان شهود الفرع ينقلون شهادة الاصول بعبارتهم فكما لا يشترط فى اشهاد الفروع حضرة الخصم فكذلك هنا وان قبل القاضى البينة بغير خصم وقضى بها جاز قضاؤه لانه قضى فى فصل مختلف فيه فان العلماء رحمهم الله مختلفون فى سبب القضاء هنا ان البينة هل هى حجة بغير محضر خصم أم لا فاذا قضى بها القاضي فقد أمضى فصلا مجتهدا فيه باجتهاده فلهذا لا ينفسد قضاؤه قال ولاحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم وليس له أن يقبض أولا بقول الوكيل بالخصومة له أن يقبض المال عندنا وليس له أن يقبض عند زفر رحمه الله لانه أمر بالخصومة فقط والخصومة لاظهار الحق والاستيفاء ليس من الخصومة ويختار فى الخصومة ألح الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضي بامانته عادة ولكنا نقول الوكيل بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة قائمة ما لم يقبض ولان المقصود بالخصومة الوصول الى الحق وذلك بالقبض يكون والوكيل بالشيء يحصل ماهو المقصود به قال فان وكل رجلين بالخصومة فلاحدهما أن يخاصم عندنا بدون محضر من الآخر خلافا لزفر رحمه الله لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأى ورأى المثنى لا يكون كرأى الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضا برأى أحدهما كالوكيلين بالبيع ولكنا نقول لو حضر لم يخاصم الا أحدهما لانهما لو تكلما معا لم يتمكن القاضى من أن يفهم كلامهما فلما وكلهما بالخصومة مع علمه ان اجتماعهما عليها متعذر فقد صار راضيا بخصومة أحدهما بخلاف الوكيلين بالبيع ولكن اذا آل الامر الى القبض فليس لاحدهما أن يقبض لانه رضى بامانتهما أو اجتماعهما فى القبض والحفظ متأت فلا يكون راضيا بقبض أحدهما وليس للوكيل أن يوكل غيره لان الناس يتفاوتون فى الخصومة قال صلى الله عليه وسلم ولعل

بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض والموكل انما رضي برأيه فلا يكون له أن يوكل غيره بدون رضاه وان قال ماصنعته في شيئي ذلك جائز كان له أن يوكل غيره لانه أجاز صنعه على العموم فالتوكيل من صنعه فيجوز لوجود الرضا من الموكل به وليس للوكيل بالخصومة أن يصالح ولا أن يبيع ولا أن يهب لان هذه التصرفات ليست من الخصومة بل هي ضد الخصومة قاطعة لها والامر بالشيء لا يتضمن ضده واذا وكل رجل رجلا بقبض حق له في دار أو بقسمة أو بخصومة فجحده ذو اليد فله أن يخاصم ويقيم البينة على حقه لانه وكله بالخصومة نصا ولانه لا يتوصل الي تمييز نصيب الموكل ولا الى قبض حقه الا ببينة فكان خصما في اثباته ليحصل مقصود الموكل واذا وكل المسلم الذمي في خصومة فشهد شهود من أهل الذمة علي ابطال حق المسلم لم يجز ذلك على المسلم لان الوكيل نائب عن الموكل وهذه البينة في الحقيقة انما تقوم عن الموكل فلا تكون شهادة أهل الذمة حجة عليه ولو كان المسلم هو الوكيل والذمي صاحب الحق فشهد عليه قوم من أهل الذمة جاز ذلك لان الالزام في هذه البينة على صاحب الحق دون الوكيل فان الوكيل كالنائب اذا استشهدنا الذمي انه أوصى الى مسلم فشهد قوم من أهل الذمة عليه لحق قبلت الشهادة لان الالزام على الميت أو على ورثته دون الوصي وهم من أهل الذمة فكانت شهادة أهل الذمة في ذلك مقبولة فكذلك هنا وتوكيل الرجل الصبي بالخصومة اذا كان يعقل صحيح لانه اذا كان يعقل فله عبارة معتبرة شرعا حتى تنفذ تصرفاته باذن الولي ويجوز أن يكون وكيلا في البيع والشراء فكذلك في الخصومة الا أن الصبي اذا لم يكن ابن الموكل فلا ينبغي أن يوكله الا باذن أبيه لان في هذا التوكيل استعمال الصبي في حاجة نفسه وليس لاحد أن يفعل ذلك في ولد غيره الا باذن أبيه واذا وكل وكيلا في بيع أو شراء أو خصومة فذهب عقل الموكل زمانا فقد خرج الوكيل من الوكالة لانه نائب عن الموكل وهو انما انتصب نائبا عن الموكل باعتبار رأى الموكل وقد خرج الموكل بالجنون المطبق من أن يكون أهلا للرأى وصار مولى عليه فبطلت وكالة الوكيل كما تبطل بموته وهذا في موضع كان للموكل أن يخرجه من الوكالة فاما في كل موضع فلم يكن له أن يخرجه منها فلا تبطل بجنونه مثل الامين باليد والعدل اذا كان مسلطا علي البيع فجن الراهن لان حق الغير هناك ثبت في العين وصار ذلك لازما على الموكل فلا يبطل بجنونه ولا بموته اذا نفي المحل فأما الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس الخصم فجن الموكل أو مات بطلت الوكالة لان هذه الوكالة

لم تكن لازمة على الموكل (ألا ترى) ان له أن يعزل الوكيل بمحضر من الخصم وانما لا يعزله بغير محضر منه لدفع الغرور لا لحق ثابت للخصم في محل ولو كان ذهب عقله ساعة أو جن ساعة فالوكيل على وكالته لان هذا بمنزلة النوم لا ينقطع به رأى الموكل فلا يصير مولى عليه ثم أشار الى القياس والاستحسان فيه واختلفت فيه ألفاظ الكتاب فذكر في باب وكالة المكاتب القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة أن في القياس تبطل الوكالة وفي الاستحسان لا تبطل وفي باب الوكالة في الطلاق ذكر القياس في المتطاول وقال لا تبطل الوكالة بجنون الموكل وان تطاول لبقاء المحل الذي تعلقت الوكالة به على حق الموكل وفي الاستحسان تبطل الوكالة ثم لم يذكر في الكتاب الحد الفاصل بين القليل والكثير وذكر في النوادر ان محمدا رحمه الله كان يقول أولا اذا جن شهرا فهو متطاول ثم رجع وقدر المتطاول بجنون سنة وعن أبي يوسف رحمه الله انه قدر المتطاول باكثر السنة وقد روى عنه انه قدر ذلك باكثر من يوم وليلة ووجه هذا أن الجنون اذا زاد على يوم وليلة كان مسقطا لقضاء الصلاة بخلاف النوم والقليل منه كالدوام فاذا ظهرت المخالفة بين هذا القدر من الجنون وبين النوم عرفنا انه متطاول ووجه قول محمد رحمه الله أولا أن الشهر في حكم المتطاول وما دونه في حكم القريب بدليل أن من حلف ليقضين حق فلان عاجلا أو عن قريب فقضاه فيما دون الشهر برفي يمينه ولو لم يقضه حتى مضى الشهر كان حانثا ولان الجنون اذا استوعب الشهر كله اسقط قضاء الصوم بخلاف دونه ثم رجع فقدره بالسنة لانه لا تسقط العبادات الا باستغراق الجنون سنة كاملة فان من العبادات مايكون التقرير فيها بحول كالزكاة على قول محمد رحمه الله ولكن أبو يوسف رحمه الله يجعل أكثر الحول لجميعه في حكم الزكاة حتي قال اذا جن في أكثر الحول لا تلزمه الزكاة فلهذا قال المتطاول مايكون في أكثر السنة ولكن محمدا رحمه الله يقول يعتبر كمال السنة لانه اذا لم يوافقه فصل من فصول السنة ولم يفق عرفنا أن هذه آفة في أصل العقل بخلاف ماذا كان في بعض السنة وهو قياس أجل العنين أي ان التقدير فيه بالسنة الكاملة وتوكيل الصبي رجلا باطل الا أن يكون الصبي مأذونا له لانه انما ينيب نفسه مناب غيره فيما يملكه بنفسه والصبي المحجور لا يملك التصرف بنفسه فلا يوكل غيره فاما المأذون يملك التصرف بنفسه فله أن يوكل غيره واذا وكل الرجل عبده أو امرأته بالخصومة ثم أعتق عبده أو طلق امرأته ثلاثا فهما على وكالتهما لان ما عرض لا ينافى ابتداء الوكالة فلا ينافي بقاءها

بطريق الاولى وان باع العبد فان رضى المشترى أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل وان لم يرض بذلك فله ذلك كما لو وكله بعد البيع وهذا لان منافع العبد صارت للمشترى فلا يكون له ان يصرفها الى حاجة الموكل الا برضا المشترى قال ولو وكل المسلم الحربي فى دار الحرب والمسلم في دار الاسلام أو وكله الحربى فالوكالة باطلة لانه لا عصمة بين من هو من أهل دار الحرب وبين من هو من أهل دار الاسلام (ألا ترى) أن عصمة النكاح مع قوتها لا تبقى بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام فلان لا تثبت الوكالة أولى وهذا لان تصرف الوكيل برأى الموكل ومن هو فى دار الحرب فى حق من هو فى أهل دار الاسلام كالميت والوكيل يرجع بما يلحقه من العهدة على الموكل وتباين الدارين يمنع من هذا الرجوع قال وان وكل الحربى الحربى فى دار الحرب ثم اسلما أو أسلم أحدهما فالوكالة باطلة لان النيابة بالوكالة تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار أحكام بخلاف البيع والشراء فان ثبوت الحكم هناك بالاستيلاء حسا على مايقتضيه (ألا ترى) ان بعد ما أسلما لم يكن لاحدهما أن يخاصم صاحبه بشئ من بقايا معاملاتهم فى دار الحرب فكذلك لا تعتبر تلك الوكالة وان أسلما جميعا ثم وكل أحدهما صاحبه أجزت ذلك بمنزلة المسلمين من الأصل واذا خرج الحربى الينا بأمان وقد وكله حربى آخر فى دار الحرب ببيع شئ أجزت ذلك لان ذلك الشئ معه يتمكن من التصرف فيه وقد ثبت حكم الأمان فيه فكأنه وكله ببيعه وهما مستأمنان فى دارنا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك الشئ معه فان حكم الأمان لم يثبت فيه ولا يقدر الوكيل على تسليمه بحكم البيع وان كان وكله بخصومة لم يجز ذلك على الحربى لان الالزام بخصومة الوكيل انما تكون على الموكل وليس للقاضى ولاية الالزام على من هو فى دار الحرب قال وتوكيل المرتد المسلم ببيع أو قبض أو خصومة أو غير ذلك موقوف فى قول أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة سائر تصرفاته عنده انها توقف بين أن تبطل بقتله أو موته أو لحوقه بدار الحرب وبين ان تنفذ باسلامه فكذلك وكالته وعندهما تصرفات المرتد نافذة فكذلك وكالته ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب وبين من هو فى دار الاسلام واذا قضي القاضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة (ألا ترى) ان ابتداء الوكيل لا يصح فى هذه الحال فان عاد مسلما لم تعد الوكالة فى قول أبي يوسف رحمه الله وعادت في قول محمد رحمه الله. وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان قضاء

القاضي بلحوقه بمنزلة القضاء بموته وذلك ابطال للوكالة وبعد ماتأكد بطلان الوكالة بقضاء القاضي لاتعود الا بالتجديد ولانه لماعاد مسلما كان بمنزلة الحربي اذا أسلم الآن (ألاترى) ان الفرقة الواقعة بينه وبين زوجته لا ترتفع بذلك فكذلك الوكالة التي بطلت لا تعود ومحمد رحمه الله يقول صحة الوكالة لحق الموكل وحقه بعد الحاقه بدار الحرب قائم ولكنه عجز عن التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال صار كأن لم يكن فيبقى الوكيل على وكالته بعد ردة الموكل على حاله ولكن تعذر على الوكيل بمنزلة ما لو اغمي على الوكيل زمانا ثم افاق فهو علي وكالته فاما اذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة لقضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب فان عاد مسلما لم يعد الوكيل علي وكالته في رواية الكتاب فابو يوسف رحمه الله سوى بين الفصلين ومحمد رحمه الله يفرق فيقول الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات واما بردة الوكيل فلم يزل ملك الموكل قائما فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف لعارض فاذا زال العارض صار كان لم يكن وجعل على هذه الرواية ردة الموكل بمنزلة عزله الوكيل لانه فوت محل وكالته بمنزلة مالو وكله ببيع عبد ثم اعتقه وفي السير الكبير يقول محمد رحمه الله يعود الوكيل علي وكالته في هذا الفصل أيضا لان الموكل اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبد له ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بالعيب بقضاء القاضي عاد الوكل على وكالته فهذا مثله قال واذا وكل رجلان رجلا وأحدهما يخاصم صاحبه لم يجز أن يكون وكيلهما في الخصومة لانه يؤدي الى فساد الاحكام فانه يكون مدعيا من جانب جاحدا من الجانب الآخر والتضاد منهي عنه في البيع والشراء فاذا كان في البيع لايصلح الواحد ان يكون وكيلا من الجانبين ففي الخصومة أولى وان كانت الخصومة لهما مع ثالث فوكل واحدا جاز لان الوكيل معبر عن الموكل والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين كما يصلح ان يكون معبرا عن واحد واذا وكل رجلا بالخصومة ثم عزله بغير علم منه لم ينعزل عندنا وقال الشافعي رحمه الله ينعزل لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه وينفرد المرء باسقاط حق نفسه (ألا ترى) انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ويكون ذلك صحيحا والثاني الوكالة للموكل لاعليه ولهذا لايكون ملزما اياه فلو لم ينفرد بالعزل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لايجوز ولكنا نقول

العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لايثبت فى حق المخاطب مالم يعلم به كخطاب الشرع فان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم حين لم يعلموا به وكذلك كثير من الصحابة رضوان الله عليهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس علي الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ولان هذا الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم ولو أثبتنا العزل فى حق الوكيل قبل علمه أدى الى الاضرار به والغرر ولم يثبت للوكيل عليه ولاية الاضرار به وهذا بخلاف ماإذا أعتق العبد الذي وكله ببيعه لان العزل هناك حكمى لضرورة فوات المحل فلا يتوقف علي العلم وهنا انما يثبت العزل قصدا فلا يثبت حكمه فى حق الوكيل مالم يعلم به دفعا للضرر عنه حتى اذا نفذ القاضي القضاء على الوكيل قبل علمه بالعزل كان نافذا وللوصى أن يوكل بالخصومة لليتامى لانه قائم مقام الاب ولانه يملك مباشرة الخصومة بنفسه فله أن يستعين بغيره بخلاف الوكيل فان هناك رأى الموكل قائم واذا عجز الوكيل عن المباشرة بنفسه فلا حاجة له الي الاستعانة بغيره بل يرجع الى الموكل ليخاصم بنفسه أو يوكل غيره وهنا رأى الموصى ثابت والصبي عاجز عن الخصومة بنفسه وانما يصير الاب وصيا له لدفع الضرر عن الصبي وذلك انما يحصل بمباشرة الوصى بنفسه تارة والاستعانة بغيره أخرى فلهذا ملك التوكيل قال واذا وكل الرجل بالخصومة عند القاضى والقاضى يعرف الموكل فهو جائز لان علم القاضى بالوكالة يتم اذا عرف الموكل وعلمه أقوى من شهادة الشهود عنده وان لم يعرفه لم يقبل ذلك منه حتى يشهد للوكيل على الوكالة شاهدان يريد به أن الوكيل اذا حضر خصم يدعى لموكله قبله مالا وذلك الخصم يجحد وكالته فالقاضي يقول للوكيل قد عرفت أن رجلا من الناس قد وكلك ولكنى لاأدرى من يدعي له الحق الآن هو ذلك الرجل أم لا لانى ماكنت أعرف ذلك الرجل فلهذا لايجد الوكيل بدا من اقامة البينة على الوكالة من جهة ذلك الرجل الذي يدعى الحق له واذا وكل الرجل بقبض عبد له أو اجارته فادعى العبد العتق من مولاه وأقام البينة ففى القياس لاتقبل هذه البينة لانها قامت على من ليس بخصم فان الوكيل بقبض العين لايكون خصما والعبد انما يدعى العتق على مولاه والمولي غائب ولكنه استحسن

فقال تقبل هذه البينة في قصر يد الوكيل عن العبد دون القضاء بالعتق لانها تتضمن العتق ومن صيرورته قصر يد الوكيل عن قبضه واجازته والوكيل ليس بخصم فى أحدهما وهو اثبات العتق على الموكل ولكنه خصم فى اثبات قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فلهذا قلنا البينة في قصر يد الوكيل عنه وان لم يقم العبد البينة وادعى أن له بينة حاضرة أجله القاضي ثلاثا فان أحضر بينة والا دفعه الى الوكيل لانه لا تمكن من احضار الشهود الا بمهلة فلو لم يمهله القاضي أدى الى الاضرار بالعبد ومدة الثلاث حسن لدفع الضرر وابلاغا للعذر كما اشترطت فى الخيار وكذلك لو وكله بنقل امرأته اليه فاقامت البينة أن زوجها طلقها ثلاثا أو وكله بقبض دار فاقام ذو اليد البينة انه اشتراها من الموكل لانه وكيل بقبض العين والوكيل بقبض العين لا يكون خصما فيما يدعى على الموكل من شراء أو غير ذلك لكنه خصم فى قصر يده عنه فتقبل البينة عليه فى هذا الحكم ولو وكله بقبض دين له فأقام الغريم البينة انه قد أوفاه الطالب قبل ذلك منه في قول أبي حنيفة رحمه الله لان الوكيل بقبض الدين عنده يملك خصومته فيكون خصما عن الوكيل فيما يدعى عليه من وصول الحق اليه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين كالوكيل بقبض العين فى أنه نائب محض فتقصر وكالته على ما أمر به فلا يملك الخصومة ولا يكون خصما فيما يدعى على الموكل وقاساه بالرسول فان الرسول بقبض الدين لا يملك فكذلك الوكيل لان كل واحد منهما لا يلحقه شئ من العهدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة فيكون خصما كالوكيل بالبيع وبيان ذلك أن الديون تقضى بامثالها فكان الموكل وكله بان يملك المطلوب ما فى ذمته بما يستوفى منه بخلاف الوكيل بقبض الدين فليس فيه من معنى التمليك شئ ثم قبض الدين من وجه مبادلة من وجه كانه غير حق الموكل لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلاعتبار شبهه بقبض العين قلنا لا تلحقه العهدة في المقبوض ولاعتبار شبهه بالمبادلة قلنا يملك الخصومة وليس هذا كالرسول فان الرسول فى البيع لا يخاصم بخلاف الوكيل فكذلك فى قبض الدين وهذا لان الرسالة غير الوكالة (ألا ترى) أن الله تعالى سمى محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى الخلق بقوله تعالى يا أيها الرسول ونفى عنه الوكالة بقوله قل لست عليكم بوكيل وقال الله تعالى وما أنت عليهم بوكيل فظهرت المغايرة بينهما والله أعلم

باب الشهادة في الوكالة

(قال رحمه الله) ويجوز من الشهادة فى الوكالة مايجوز فى غيرها من حقوق الناس لان الوكالة لا تندرئ بالشبهات اذا وقع فيها الغلط أمكن التدارك والتلافى فتكون بمنزلة سائر الحقوق فى الحجة والاثبات أو دونه ولا تفسد باختلاف الشاهدين فى الوقت والمكان لانها كلام يعاد ويكرر ويكون الثانى عين الاول فاختلاف الشاهدين فيه في المكان والزمان لا يكون فى المشهود به وان شهدا على الوكالة وزادا انه كان عزله عنها جازت شهادتهما على الوكالة ولم تجز شهادة احدهما على العزل عندنا وقال زفر رحمه الله لايقضى بهذه الشهادة بالوكالة في الحال لان أحد الشاهدين يزعم انه ليس بوكيل فى الحال فكيف يقضى بالوكالة بهذه الحجة ولكنا نقول العزل يكون اخراجا للوكيل من الوكالة ولا يتبين به أنه لم يكن وكيلا فقد اتفق الشاهدان على الوكالة وبعد ثبوتها تكون باقية الى ان يظهر العزل فانما يقضى القاضى ببقاء الوكالة لان دليل العزل لم يظهر بشهادة الواحد وان شهد احدهما انه وكله بخصومة فلان فى دار سماها وشهد الآخر انه وكله بالخصومة فيها وفى شئ آخر جازت الشهادة في الدار التى اجتمعا عليها لان الوكالة تقبل التخصيص فانه أنابه وقد ينيب الغير مناب نفسه فى شئ دون شئ ففيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة وفيما تفرد به احدهما لم تثبت وهو قياس مالو شهد أحد شاهدى الطلاق أنه طلق زينب وشهد الآخر انه طلقها وعمرة فتطلق زينب خاصة لاتفاق الشاهدين عليها فكذلك هنا وان شهد له شاهدان بالوكالة والوكيل لا يدرى انه وكله أو لم يوكله غير أنه قال اخبرنى الشهود أنه وكلنى بذلك فأنا اطلبها فهو جائز لان بخبر الشاهدين يثبت العلم للقاضى بالوكالة حتى يقضي بها فكذلك يثبت العلم للوكيل حتى يطلبها بل أولى لان دعوى الوكيل غير ملزمة وقضاء القاضى ملزم وهو نظير الوارث اذا أخبره الشاهدان بحق لمورثه على فلان جاز له أن يدعى ذلك ليشهدا له وان شهدا على وكالته فى شئ معروف والوكيل يجحد الوكالة ويقول لم يوكلنى فان كان الوكيل هو الطالب فليس له ان يأخذ بتلك الوكالة لانه أكذب شهوده حين جحد الوكالة واكذاب المدعى شهوده يبطل شهادتهم له بخلاف الأول فانه هناك ماأكذب شهوده بقوله لاأدرى أوكلنى أم لا ولكنه احتاط لنفسه وبين انه ليس عنده علم اليقين بوكالته وانما يعتمد خبر الشاهدين اياه بذلك وذلك يوجب العلم من حيث الظاهر فان كان الوكيل هو المطلوب فان شهدا انه قبل الوكالة لزمته الوكالة لان

توكيل المطلوب بعد قبول الوكالة مجبر على جواب الخصم دفعا للضرر عن الطالب فانا لولم نجبره على ذلك وقد غاب المطلوب تضرر المدعى بتعذر اثبات حقه عليه فانما شهدا عليه بما هو ملزم اياه فقبلت الشهادة وان يشهد على قبوله وله ان يقبل وله ان يردلان الثابت من التوكيل بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين توكيل المطلوب اياه كان هو بالخيار ان شاء ردلان احدا لا يقدر على ان يلزم غيره شيئا بدون رضاه فكذلك هنا ولو لم نجبره على الجواب هنا لا يلحق المدعي ضرر من جهة الوكيل وانما يلحقه الضرر بترك النظر لنفسه فاما بعد القبول فلو لم يجبره على الجواب تضرر الطالب بمعنى من جهة الوكيل لانه انما ترك المطلوب اعتمادا على قبول الوكيل الوكالة وتجوز شهادة الذميين على توكيل المسلم مسلما أوذميا بقبض دينه من مسلم أو ذمى لان في هذه البينة معنى الالزام على المسلم فان الوكالة متى ثبتت استفاد المطلوب البراءة من حقه بدفع الدين الي الوكيل وكان المقبوض امانة في يد الوكيل اذا هلك ضاع حق المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في الزام شيء على المسلم وان كان الطالب ذميا والوكيل مسلما والمطلوب ذميا جازت شهادتهما لان الالزام فى هذه الشهادة على الذمى فانها تلزم المطلوب دفع المال وهو ذمى ويبرأ بهذا الدفع عن حق الطالب وهو ذمى وشهادة أهل الذمة حجة على الذمى وان كان المطلوب مسلما فان كان منكرا للوكالة لم تجز شهادتهما لان فيها الزام قضاء الدين على المسلم المطلوب فيجبر على دفع المال الى الوكيل متى ثبتت الوكالة وشهادة أهل الذمة لا تصلح للالزام على المسلم فان كان المطلوب مقرا بالدين والوكالة جازت شهادتهم لان معنى الالزام فيها على الطالب فاما الالزام على الطالب فقد ثبت باقراره بالدين والوكالة (ألا ترى) أن هذه البينة وان لم تقم كان هو مجبرا على دفع المال الى الوكيل وانما تثبت بهذه البينة براءته عن حق الطالب بالدفع الى الوكيل والطالب ذمى واذا كان المطلوب غائبا فادعى الطالب فى داره دعوى وتفاها المطلوب فشهدا بنا المطلوب أنه قد وكل هذا الوكيل بخصومته فى هذه الدار والوكيل يجحد ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لأبيهما فانهما يثبتان بشهادتهما نائبا عن أبيهما ليخاصم الطالب ويقيم البينة حجة للدفع فيقرر به ملك أبيهما وشهادة الولد لا تقبل لابيه قال وكذلك لو كان الطالب يجحد الوكالة لان الوكيل ان كان جاحدا للوكالة فليس هنا من يدعيها وبدون الدعوى لا تقبل الشهادة على الوكالة وان كان الوكيل مدعيا للوكالة فالطالب لا يكون مجبرا على الدعوى وان كان هذا الرجل وكيلا كما لا يجبر على الدعوى

عند حضرة المطلوب مع ان الابنين نصبا نائبا عن أبيهما ليثبتا حجة الدفع لابيهما على الطالب ولو أن رجلا كان له على رجل مال فغاب الطالب ودفع المطلوب المال الى رجل ادعى انه وكيل الطالب في قبضه فقبضه ثم قدم الطالب فجحد ذلك فشهد للمطلوب ابنا الطالب بالوكالة جازت الشهادة لانهما يشهدان على أبيهما فان هذه الشهادة لو انعدمت كان للطالب أن يرجع في حقه على المطلوب اذا حلف انه لم يوكل الوكيل وعند قبول هذه الشهادة يبطل حقه في الرجوع على المطلوب ويستفيد المطلوب البراءة بما دفع الى الوكيل فظهر أنهما يشهدان على أبيهما وشهادة الواحد على والده مقبولة ولو وكل رجل رجلا بقبض دين له على رجل وغاب فشهد على ذلك ابنا الطالب والمطلوب يجحد الوكالة لم تجز الشهادة لانهما ينصبان نائبا عن أبيهما ليطالب المطلوب بالدين ويستوفيه فيتعين به حق أبيهما فكانا شاهدين له وان أقر بها المطلوب وادعاها أحدهما جازت لان المطلوب باقراره بالوكالة صار مجبرا على دفع المال الى الوكيل بدون هذه الشهادة فهذه الشهادة تقوم على الطالب في اثبات البراءة للمطلوب عن حقه بالدفع الى الوكيل وشهادة الابنين على أبيهما مقبولة وان كان في يديه فشهد ابنا الطالب أن أباهما وكل هذا بالخصومة فيها وجحد ذلك المطلوب أو أقر لم تجز الشهادة أما اذا جحد فلما بيناه في الفصل الاول وأما اذا أقر به فلانه بهذا الاقرار لم يصر مجبرا على الدفع الى الوكيل ولا على جوابه ان خاصمه (ألا ترى) أن البينة لو لم تقم هنا لم يكن الوكيل مجبرا بشهادتهما على شيء وان أقر بوكالته فانما يصير مجبرا بشهادتهما وهو بذلك يصير نائبا لابيهما ملزما على الغير فلا تقبل شهادتهما فيه (وأصل هذه المسئلة) أن من جاء الى المديون وقال أنا وكيل صاحب الدين في قبض الدين منك فصدقه فانه يجبر على دفع المال اليه ولو جاء الى المودع وقال انا وكيل صاحب الوديعة في قبض الوديعة منك فصدقه فانه لا يجبر على الدفع اليه لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه فهو بالتصديق يثبت له حق القبض في ملكه واقراره في ملك نفسه ملزم فاما في الوديعة فهو بالتصديق يقر بحق القبض له في ملك الغير وقوله ليس بملزم في حق الغير وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أن المودع اذا صدق مدعي الوكالة فيها يجبر على دفعها الى الوكيل لان باقرار الوكيل يكون أولى بامساكها منه واليد حقه فاقراره بها لغيره يكون لازما ولانه يقر أنه يصير ضامنا بالامتناع من الدفع الى الوكيل بعد طلبه واقراره بسبب الضمان على نفسه مثبت اياه ولا يثبت ذلك الضمان

الا بثبوت الوكالة فاجبر على الدفع اليه ولو كان مسلم فى يده دارا دعى ذمى فيها دعوى ووكل وكيلا بشهادة أهل الذمة لم تجز شهادتهم على الوكالة سواء أقر المسلم بالوكالة أو أنكرها أما اذا أنكرها فلان فى هذه الشهادة الزام الجواب على المسلم عند دعوى الوكيل وأما اذا أقر بها فلان اقراره بالوكالة لا يلزمه الجواب هنا لما بينا أن اقراره لحق الغير فانه يلزمه ذلك بشهادة الشهود وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان ذلك في دين وهو مقر به وبالوكالة أجبرته على دفعه الى الوكيل لانه ليس فى هذه الشهادة الزام شيء على المسلم وصار مجبرا باقراره علي دفع الدين الى الوكيل قال وليس هذا كالوكالة بالخصومة يريد به ان باقرار المطلوب يكون هذا وكيل الطالب بالخصومة ولا يلزمه الجواب لان اقراره يتناول حق الغير فهو بمنزلة اقراره بالوكالة بقبض العين بخلاف اقراره بالوكالة بقبض الدين واذا شهد الشاهدان فشهد أحدهما أن فلانا وكل فلانا بقبض الدين الذى على فلان وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه أو أرسله ليأخذه فان كان المطلوب مقرا بالدين فله أن يأخذه لان الشاهدين اتفقا على ثبوت حق القبض له فان الرسول والمأمور به له حق القبض عند اقرار المطلوب بالدين كالوكيل وان جحد المطلوب الدين لم يكن هذا خصما له أما عندهما فظاهر فان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة عندهما وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أيضا وأما على ظاهر الرواية فالوكيل يملك الخصومة دون الرسول والمأمور بالقبض كالرسول فانما الشاهد له لحق الخصومة واحد وبشهادة الواحد لا يثبت شيء وان شهدا جميعا انه وكله بقبضه فحينئذ يكون خصما فى اثبات الدين اذا جحد المطلوب ذلك باتفاق الشاهدين على مايثبت له حق الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله ولو وكله بتقاضي دين له بشهود ثم غاب فشهد ابنان للطالب ان أباهما قد عزله عن الوكالة وادعى المطلوب شهادتهما جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما للمطلوب فان العزل اذا ثبت لم يكن المطلوب مجبرا على الدفع الى الوكيل وشهادتهما على أبيهما مقبولة وان لم تدع شهادتهما أجبر على دفع المال الى الوكيل لان الوكالة ظاهرة فجحوده للعزل اقرار بثبوت حق القبض له فى ماله وذلك صحيح (وبهذه المسئلة) يتبين أن الوكيل بالتقاضى له أن يقبض كالوكيل بالخصومة بخلاف ما ظنه بعض أصحابنا رحمهم الله حيث جعلوا الوكيل بالتقاضى حجة لزفر رحمه الله فى الخلافية وتكلفوا للفرق بينهما وكذلك شهادة الاجنبيين فى هذا فان جاء الطالب بعد دفع المال فقال قد كنت أخرجته من الوكالة

فأنا أضمن المطلوب لان دفعه اليه باقراره فان كان الشاهد على العزل أمين الطالب لم يكن له أن يضمن المطلوب شيأ لان شهادتهما الآن لابيهما على المطلوب فان أصل الوكالة ثابت وذلك يوجب براءة المطلوب بالدفع الى الوكيل ما لم يثبت العزل فلهذا لا تقبل الشهادة وان كان الشاهدان على العزل أجنبيين فقد ثبت العزل بشهادتهما وكان للطالب أن يرجع بماله على المطلوب اذا شهدا أن الوكيل علم بالعزل وان شهد الابنان قبل قدوم أبيهما ان أباهما قد أخرج هذا من الوكالة ووكل هذا الآخر بقبض المال وان أقر المطلوب بذلك دفعه الى الآخر لاقراره بثبوت حق القبض له فى ملكه لا بشهادة الابنين بالوكالة له وان جحد دفعه الى الاول لان وكالته ثابتة ولم يثبت العزل بشهادتهما حين أنكره المطلوب فكان مجبرا على دفع المال اليه فان كان الطالب ذميا فشهد مسلمان انه وكل هذا المسلم بقبض دينه على هذا والمطلوب مقر وشهد الذميان أنه عزله عن الوكالة ووكل هذا الآخر لم يجز على الوكيل الاول لان حق القبض ثابت له بظهور وكالته وهو مسلم فشهادة الذميين عليه بابطال حقه لا تكون مقبولة ولو كان الوكيل الاول ذميا جازت عليه لان شهادة أهل الذمة فى ابطال حقه حجة عليه واذا شهد ابنا الوكيل أن الطالب أخرج أباهما عن الوكالة ووكل هذا الآخر بقبض المال فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما فى ابطال حق القبض الثابت له ويشهدان للآخر بثبوت حق القبض له وليس بينه وبينهما سبب التهمة ولو كان الشاهدان ابنى الوكيل لم تجز شهادتهما على الوكالة لابيهما لانهما يشهدان بثبوت حق القبض له ويجوز على اخراج الأول لانهما يشهدان عليه بالعزل وبطلان حقه فى القبض واذا شهد أنه جعله وكيلا فى الخصومة فى الدين الذى على فلان وشهد الآخر انه وكله بقبضه قبلت شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخصومة والقبض جميعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل فى القبض اذا أقر المطلوب بالدين ولا تقبل فى الخصومة اذا جحد المطلوب الدين وفى قول زفر رحمه الله لا تقبل فى واحد منهما وهذا بناء على ما سبق أن الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا والوكيل بالقبض يملك الخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله فقد اتفق الشاهدان على الحكمين معنى وانما اختلفا فى العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد أحدهما بالنحلى والآخر بالهبة وعندهما الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فقد اتفق الشاهدان على ثبوت حق القبض له فاما الشاهد بحق الخصومة لأحدهما فيثبت فيما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما وعند زفر رحمه الله الوكيل

بالخصومة لا يملك القبض والوكيل بالقبض لا يملك الخصومة والشاهد أثبت أحد الامرين ولا تتم الحجة بشهادة الواحد وان شهد أحدهما انه وكله ببيع هذا العبد وشهد الآخر انه وكله بالبيع وقال لاتبع حتى تستأمرني فباع الوكيل العبد فهو جائز في القياس وقول الآخر حتى تستأمرني باطل لانهما اتفقا على الوكالة بالبيع وانفرد أحدهما بزيادة لفظ وهو قوله لاتبع حتى تستأمرني فكان قياس مالو شهد أحدهما بالعزل وقد بينا هناك انه يثبت ما اتفقا عليه من الوكالة ولا يثبت ما انفرد به أحدهما وهو العزل فهذا مثله فقد أشار الى القياس ولم يذكر الاستحسان وقيل جواب الاستحسان انه لايقضى بشيء لانه في قوله لاتبع حتى تستأمرني يفسد الوكالة فانما شهد أحدهما بوكالة مطلقة والآخر بوكالة مقيدة والمقيد غير المطلق فلم يثبت واحد منهما بخلاف العزل فانه رفع للوكالة لا يفسد لها ولو قال احد الشاهدين وكل هذا بالبيع وقال الآخر وكل هذا وهذا لم يكن لهما ولا لاحدهما ان يبيع لان الشاهد بوكالة الثاني واحد ولا تثبت وكالته بشهادة الواحد والشاهد بثبوت حق التفرد للأول بالبيع واحد وهو الذي شهد بوكالته خاصة فان الآخر شهد بوكالة الاثنين وليس لأحد الوكيلين ان ينفرد بالبيع فلهذا لم يكن لاحدهما ان يبيع فان قيل اذا اجتمعا على البيع كان ينبغي أن ينفذ لاتفاق الشاهدين على نفوذه عند مباشرتهما ولا اعتبار بمباشرة الثاني لانه ليس بوكيل من جهة صاحب العبد فان الشاهد بوكالته واحد وليس بوكيل من جهة الوكيل الاول فسقط اعتبار مباشرته لنفوذ هذا البيع وكذلك هذا في قبض الدين ولو كان هذا في الوكالة بالخصومة كان الذي اجتمعا عليه هو الخصم لانهما اتفقا على ثبوت حق التفرد له في الخصومة فان أحد الوكيلين في الخصومة ينفرد بها ولكن اذا قضى له لا يملك القبض لان أحد الوكيلين لا ينفرد بالقبض فليس على ثبوت حق التفرد له بالقبض الا شاهد واحد فلهذا لا يقبضه وان شهد أحدهما انه قال أنت وكيلي في قبض هذا الدين وشهد الآخر انه قال انت حسيبي في قبضه كان جائزا لان كل واحد من اللفظين عبارة عن الوكالة فان الحسيب نافذ الامر وذلك يكون بالوكالة وانما اختلفا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك لو شهدا هكذا في الخصومة أو قبض العين وان قال أحدهما انه قال أنت وكيلي وقال الآخر انه قال أنت وصيي لا تقبل هذه الشهادة لان الوصية تكون بعد الموت وحكمها مخالف لحكم الوكالة فلم تبق شهادة الشاهدين على شيء واحدا لاان يشهد انه قال انت وصيي في حياتي فالوصية في الحياة

تكون وكالة لانه أنابه في التصرف حال قيام ولايته وذلك انما يكون بالوكالة وانما الاختلاف بين الشاهدين هنا في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وان شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي الكوفة وشهد الآخر انه وكله بالخصومة في هذه الدار الى قاضي البصرة فهو جائز وهو وكيل بالخصومة لان المطلوب قضاء القاضي لا عين القاضي واقضية القضاة لا تختلف بل تكون بصفة واحدة في أي مكان كان قاضيا فقد اتفق الشاهدان على ما هو المقصود وهو الوكالة (ألا ترى) انه لو وكله بالخصومة عند القاضي فعزل أو مات فاستقضي غيره كان له أن يخاصم عنده وكذلك لو تحول الخصم الى بلدة أخرى كان للوكيل أن يخاصم عند قاضيها وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما انه جعله وكيلا بالخصومة الى فلان الفقيه وقال الآخر الى فلان الآخر فهذا باطل لان الفقيه انما يصير حاكما بتراضيهما وكل واحد منهما يشهد برضا الموكل بحكومة إنسان على حدة فلم يثبت واحد من الأمرين وهذا لان حكم الحكم بمنزلة الصلح لانه يعتمد تراضي الخصمين وذلك ليس بمعلوم في نفسه بل يتفاوت بتفاوت عدل الحكم وميله الى أحدهما ورضاه بالتحكيم الى انسان لا يكون رضا بالحكم الى غيره وكذلك ان سمى أحدهما القاضي والآخر الفقيه لان الشاهد على التوكيل بالخصومة الى فلان الفقيه لا يملك التحكيم فعرفنا اختلاف المشهود به وان شهد أحدهما انه وكله بطلاق فلانة وفلانة وقال الآخر فلانة وحدها فهو وكيل في طلاق التي اجتمعا عليها لاتفاق الشاهدين على ذلك فاما في طلاق الاخرى فالشاهد بالوكالة واحد ولو شهد أحدهما انه وكله بقبض هذا الدين وشهد الآخر انه سلطه على قبضه فالتسليط على القبض توكيل وانما الاختلاف بين الشاهدين في العبارة وذلك لا يمنع قبول الشهادة وكذلك هذا في كل عقد ولو شهد رجلان على وكالة رجل بالخصومة في دار فاثبته القاضي وكيلا فيها ثم رجعا لم أضمنهما لانهما بالشهادة على الوكالة لم يتلفا على أحد شيئا وانما نصبا عن الموكل نائبا ليطالب بحقه والشاهد عند الرجوع انما يضمن ما أتلف بشهادته ثم رجوعهما غير مقبول في حق الوكيل فيضمن القاضي وكالته على حالها واذا ادعى الوكيل دعوى في دار في يدي رجل لموكله فانكر ذو اليد الوكالة والدعوى فشهد ابنا ذي اليد علي الوكالة بالخصومة فهو جائز لانهما يشهدان على أبيهما فانهما يلزمانه الجواب عند دعوي الوكيل واذا أشهدا رجلين على شهادتهما ثم ارتد الاصليان ثم أسلما لم تجز شهادة الآخرين على شهادتهما لان شهادتهما عند الآخرين تبطل بارتدادهما بمنزلة شهادتهما عند القاضي

فانهما لو شهدا عند القاضي ثم ارتدا قبل القضاء بطلت شهادتهما فكذلك اذا شهدا عند الفرعين والحاصل ان ردتهما لا يبطل أصل شهادتهما انما يبطل أداؤهما لان سبب أصل الشهادة مما بينهما وذلك لا ينعدم بالردة ولان اقتران الردة بالتحمل لا يمنع صحة تحمل الشهادة فاعتراضهما لا يمنع البقاء بطريق الاولى فاما اقتران الردة بالاداء فيمنع صحة الأداء فاعتراضهما بعد الاداء قبل حصول المقصود به يكون مبطلا للاداء وانما يجوز للفرعين ان يشهدا بأداء الاصليين عندهما وقد بطل ذلك بردتهما وان شهد الاصليان بانفسهما بعد ما أسلما جازت شهادتهما لبقاء أصل الشهادة لهما بعد الردة وكذلك لو شهد على شهادتهما رجلان ثم فسقا لم يجز أداؤهما لان أداءهما عند الفرعين بمنزلة أدائهما عند القاضي وفسق الشاهدين عند الاداء يمنع القاضي من العمل بشهادتهما فكذلك فسقهما هنا يمنع الفرعيين من أن يشهدا على شهادتهما ولكن انما يبطل بفسقهما اداؤهما لا أصل شهادتهما حتى اذا تابا واصلحا ثم شهدا بذلك جاز وكذلك لو شهدا على شهادتهما بعد التوبة ذلك الشاهدان أو غيرهما جاز فان شهد الفرعيان على شهادة الفاسقين عند القاضي فردهما لتهمة الأولين لم يقبلها أبدا من الأولين ولا ممن يشهد على شهادتهما لان الفرعيين نقلا شهادة الاصليين الى القاضي فكأنهما حضرا بانفسهما وشهدا والفاسق اذا شهد فرد القاضي شهادته تأبد ذلك الرد ولان الفسق لا يعدم الأهلية للشهادة فالمردود كان شهادة وقد حكم القاضي ببطلانها فلا يصححها بعد ذلك أبدا وان كان الاصليان عدلين فرد القاضي الشهادة لفسق الفرعيين ثم حضر الاصليان وشهدا قبل القاضي شهادتهما لان القاضي انما أبطل هنا نقل الفرعيين لفسقهما وما أبطل المنقول وهو شهادة الاصليين لان ابطال الفسق المنقول لا يكون الا بعد ثبوته في مجلسه ولم يثبت ذلك الا بنقل الفاسق بخلاف الاول فان النقل هناك قد ثبت بعدالة الفرعيين وانما أبطل القاضي المنقول وهو شهادة الاصليين فلا يقبلها بعد ذلك وكذلك ان شهد شاهدان على شهادة عبدين أو كافرين على مسلم فرد القاضي ذلك ثم عتق العبدان أو أسلم الكافران فشهدا بذلك جاز لانهما لو شهدا عند القاضي بانفسهما فرد القاضي شهادتهما ثم اعادا بعد العتق والاسلام قبل ذلك منهما لما ان المردود لم يكن شهادة فان العبد ليس من أهل الشهادة وكذلك الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم فلم يحكم القاضي ببطلان ما هو شهادة هنا فله أن يقبلها بعد ذلك بخلاف الفاسقين فاذا ثبت هذا الحكم عند ادائهما فكذلك عند أداء الفرعيين ولا تجوز شهادة أهل الحرب بعضهم على

بعض في دار الحرب لان حال الحربى فى دار الحرب كحال الارقاء أو دون ذلك لانه لا يملك دفع ملك الغير عن نفسه بالاستيلاء فلا شهادة لهم ولا يجوز لقاضي المسلمين أن يعمل بذلك ان كتب به اليه ملكهم اما لانه ليس بحجة أو لان ملكهم بمنزلة الواحد منهم فلا يكون كتابه حجة عند القاضي انما الحجة كتاب القاضى الى القاضي وملكهم ليس بقاض في حق قاضي المسلمين ولا في دار الاسلام فلهذا لا يلتفت الى كتابه والله أعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي فى الوكالة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل بالخصومة فى دار له يقبضها والدار فى مصر سوى المصر الذى هو فيه فأراد أن يأخذ كتاب القاضى بالوكالة فذلك جائز لان الوكالة تثبت مع الشهادة فيجوز فيها كتاب القاضى الى القاضى والقياس يأبى كون كتاب القاضى الى القاضى حجة لان القاضي الكاتب لا ولاية له على الخصم الذى هو فى غير بلده وكتابه لا يكون حجة عليه ولان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم والكتاب قد يفتعل ولكنا تركنا القياس لحديث على رضى الله عنه وكرم الله وجهه فان فيه كتاب القاضى الي القاضى ولان بالناس حاجة ماسة الي ذلك لانه قد يتعذر عليه الجمع بين الخصم و بين شهوده فى مجلس القضاء وربما لا يعرف عدالة شهوده فى المصر الذي فيه الخصم لو شهد على شهادتهم قبيل كتاب القاضى الى القاضى لينقل شهوده كتابه الى مجلس قاضى البلد الذى فيه الخصم ويثبت عدالتهم في كتابه فلاجل الحاجة جوزنا ذلك بشرط ان يحتاط فيه ثم بين صفة الكتاب فقال ينبغى للقاضى ان يسئله البينة انه فلان بن فلان الفلانى بعينه وهذا اذا لم يعرفه القاضي باسمه ونسبه فان كان ذلك معلوما له فعلم القاضى فيه أبلغ من البينة فلا يسأله البينة على ذلك ولكن يذكر فى كتابه وقد أثبته معرفة واذا كان لا يعرف اسمه ويشتبه فلا بد من أن يسأله البينة على ذلك لانه يحتاج فى كتابه الى أن يعرفه عند القاضى المكتوب اليه وتعريف الغائب انما يكون بالاسم والنسب فالم يثبت ذلك عنده لا يمكنه ان يعرفه في كتابه واذا أثبت ذلك الشهود عنده وزكوا كتب له وسماه وينسبه الى أبيه وقبيلته قالوا وتمام التعريف ان يذكر اسم أبيه واسم جده وان ذكر قبيلته مع ذلك فهو أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ويذكر فى كتابه انه قد أقام عنده البينة بذلك وزكوا شهوده فى السر والعلانية وان شاء سمى الشهود وان شاء

ترك ذكرهم وقال اعرف وجهه واسمه ونسبه لان تعريفه عند القاضي المكتوب اليه كتاب القاضي لا شهوده عند القاضي الكاتب فيجوز ان يترك ذكرهم ثم يكتب وذكر ان دارا فى البصرة في بنى فلان ويذكر حدودها له وانه قد وكل فى الخصومة فيها وقبضها فلانا بن فلان فان كان الوكيل حاضرا عند الكاتب جلاه مع ذلك فى الكتاب ليكون أبلغ وان ترك ذلك لم يضره ثم يختم الكتاب ليؤمن بالختم من التغيير والزيادة والنقصان فيه ويشهد على ختمه شاهدين واذا قدم الوكيل كتابه سأله القاضي البينة على الكتاب والخاتم وما فيه لانه يوهم ان هذا كتاب القاضي اليه وهو لا يعرف حقيقة ذلك وما غاب عن القاضي علمه فطريق اثباته عنده شهادة شاهدين وعلم الشاهدين بما فى الكتاب شرط عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله (وهى مسئلة أدب القاضى) فان شهدوا بذلك فزكوا سأل الوكيل البينة أنه فلان بن فلان بعينه وهذا اذا كان المكتوب اليه لا يعرف الوكيل باسمه ونسبه فاذا كان يعرفه فلا حاجة الى اقامة البينة عليه وان كان لا يعرفه يقول للوكيل قد علمت بهذا الكتاب ان الوكيل فلان بن فلان ولكن لا ادرى انك ذلك الرجل أم لا فيحتاج الى اقامة البينة على اسمه ونسبه لهذا فاذا أقام البينة وزكوا ادعى بحجة صاحبه فى الدار لانه قائم مقام الموكل ولو حضر الموكل بنفسه طالبه بالحجة على مايدعى من الحق فى الدار فكذلك اذا حضر وكيله وان سأل القاضي الوكيل البينة ان فلان بن فلان بعينه قبل ان يسأله البينة على الكتاب فذلك صواب وأحسن لانه لا بد فى اقامة البينة على الكتاب والخاتم من مدعيه والمدعى من ذكر له انه وكيل وأنا عرفت عنده بالاسم والنسب فيقيم البينة أولا على اسمه ونسبه حتى اذا ثبت انه فلان بن فلان سمع دعواه فى كتاب القاضى وختمه فهذا الترتيب أحسن والاول جائز أيضا لانه ليس فى أحدهما بدون صاحبه الزام شيء على الخصم فبأيهما كانت البداءة جاز ولا ينبغى للقاضى أن يفتح كتاب القاضى الا والخصم معه لانه مندوب الي أن يصون نفسه عن أسباب التهمة ولو فتح الكتاب بدون حضور الخصم ربما يتهمه الخصم بتغيير شيء منه واذا قبض الوكيل الدار لم يكن له أن يؤاجرها ولا يرهنها ولا يسكنها أحدا لانه انما وكل بالخصومة فيها وبقبضها وهذه التصرفات وراء ذلك فهو فيها كاجنبي آخر وان ادعى رجل فيها دعوى فهو خصم فيها لانه وكله بالخصومة فيها ولم يسم فى الوكالة أحدا بعينه فان كان سمى فى الوكالة انسانا لم يكن له أن يخصم غيره لان التخصيص في الوكالة

صحيح اذا كان مقيدا وهذا مقيد اما لان الموكل رضي بكونه نائبا عنه في الاثبات له على فلان دون الاثبات عليه لغيره أو لان الناس يتفاوتون في الخصومة فقد يقدر الوكيل على دفع خصومة انسان ولا يقدر على دفع خصومة غيره لكثرة هدايته في وجوه الحيل والقاضي في التوكيل لنفسه بمنزلة غيره من الرعايا لانه مالك للتصرف في حقوق نفسه فله أن يوكل غيره بذلك ولا يجوز قضاؤه بين وكيله وبين خصمه لان قضاءه لوكيله بمنزلة قضائه لنفسه وهو في حق نفسه لا يكون قاضيا لان القضاء فوق ولاية الشهادة واذا كان المرء في حق نفسه لا يكون شاهدا فكذلك لا يكون قاضيا وكذلك كل من لا تجوز شهادته له من أبيه أو أمه أو زوجته أو ابنه لا يجوز قضاؤه له ولا لوكيله وكل من جازت شهادته له جاز قضاؤه له لان أقرب الاسباب الى القضاء الشهادة فان القضاء يكون بالشهادة والشهادة تصح بالقضاء فاذا جعل في حكم الشهادة من سميا بمنزلة نفسه فكذلك في حكم القضاء ولو أن رجلا وصى بثلث ماله للقاضي وأوصى الي رجل آخر لم يجز قضاء القاضي لذلك الميت بشيء من الاشياء لان له نصيبا فيما يقضى به للميت من المال فكان قاضيا لنفسه من وجه فكما لا يقضى عنده دعوى الوصي فكذلك عند دعوى الوكيل للوصي وكذلك ان كان القاضي أحد ورثة الميت ولم يوص له بشيء لانه قاض لنفسه من وجه وكذلك ان كان الموصى له أو الوارث ابن القاضي أو امرأته لانه بمنزلة نفسه (ألا ترى) أنه لا يصلح للشهادة فيما يدعى للميت من المال فكذلك لا يصلح للقضاء وكذلك ان كان للقاضي على الميت دين لانه بهذا القضاء يمهد محل حقه فانه اذا اثبت بقضائه تركة الميت استبد باستيفائه بدينه فكان قاضيا لنفسه من هذا الوجه ولو اختصم رجلان في شيء فوكل أحدهما ابن القاضي أو عبده أو مكاتبه لم يجز قضاء القاضي للوكيل علي خصمه لان حق القبض بقضائه يثبت للوكيل فاذا كان عبده أو ابنه كان بمنزلة القضاء له ولو قضى للخصم على الوكيل جاز بمنزلة قضائه على ابنه أو عبده اذ لا تهمة في قضائه على ابنه وانما التهمة في قضائه له (ألا ترى) ان شهادته على ابنه مقبولة بخلاف شهادته له واذا وكل رجلا بالخصومة ثم ولى الوكيل القضاء لم يجز قضاؤه في ذلك لانه فيما يدعيه لنفسه لا يكون قاضيا فكذلك فيما هو وكيل فيه لان حق القبض يثبت له فلو أراد أن يجعل مكانه وكيلا آخر لم يجز أيضا لان الموكل ما رضي بتوكيل غيره ولكنه لو عزل عن القضاء كانت وكالته على حالها لان نفاذ القضاء لا ينافي الوكالة وان كان يمنعه من القضاء بها كما لا ينافي أصل حقوقه وان كان هو ممنوعا من

القضاء بها (ألا ترى) انه لو وكل وهو قاض كان التوكيل صحيحا وكان وكيلا حتى اذا عزل كان وكيلا فاذا كان اقتران القضاء بالوكالة لا يمنع ثبوتها فطريانه لا يرفعها وكان بطريق الأولى وكذلك لو وكل رجل القاضي ببيع أو شراء أو قبض جاز ذلك لانه يملك البيع والشراء لنفسه فكذلك للغير وكذلك لو وكل القاضي بالخصومة فهو على وكالته اذا عزل عن القضاء وان قال له الموكل ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل القاضي وكيلا يخاصم اليه بذلك فالتوكيل صحيح لان الموكل أجاز صنعه على العموم والتوكيل من صنعه ولكن لا يجوز قضاؤه للوكيل لانه اذا كان هو الذى وكله فقضاؤه له كقضائه لنفسه من وجه (ألا ترى) انه لا يصح ان يكون شاهدا فيما يدعيه وكيله وكذلك لو كان هذا وكيل ابنه أو بعض من هو ممن لا يجوز شهادته له قال واذا وكل القاضي ببيع عبده وكيلا فباعه فخاصم المشترى الوكيل فى عيب لم يجز قضاء القاضي فيه لموكله لانه بمنزلة قضائه لنفسه فان مايلحق الوكيل من العهدة يرجع به على الموكل فيندفع عنه أيضا ففى الحقيقة انما يندفع عن الموكل وان قضى به على الوكيل جاز لان أكثر مافيه أنه بمنزلة القضاء على نفسه ولا تهمة فى ذلك فكذلك على ابنه ومن لا يجوز شهادته له ولو وكل القاضي وكيلا يبيع لليتامى شيئا ثم خاصم المشترى في عينه جاز قضاء القاضي للوكيل فى ذلك لان الوكيل هنا نائب عن اليتيم لا عن القاضي حتى اذا لحقته عهدة رجع بها فى مال اليتيم فلا يكون القاضي فى هذا القضاء دافعا عن نفسه واذا وكل ابن القاضي وكيلا فى خصومة فخاصم الى القاضي ثم مات الموكل لم يجز له أن يقضى للوكيل به لانه فيما يقضي به له نصيب فيه وان قضي به قبل موت الموكل جاز لانه لا حق للوارث قبل موت المورث في ماله ولكن هذا اذا كان الوارث ممن تجوز شهادة القاضي له ولو وكلت امرأة القاضي وكيلا بالخصومة ثم بانت منه وانقضت عدتها فقضى لوكيلها جاز وكذلك وكيل مكاتبه اذا عتق المكاتب قبل القضاء والحاصل ان المعتبر وقت القضاء لا وقت التوكيل لان الالزام انما يكون بالقضاء فاذا لم يكن عند ذلك سبب ممكن للتهمة كان القضاء نافذا والا فلا واذا كان ابن القاضي وصيا ليتيم لم يجز قضاؤه فى أمر اليتيم لان فيما يقضى به لليتيم حق القبض يثبت للوصى فاذا كان الوصى ابن القاضى كان هذا بمنزلة قضائه لابنه من وجه فلهذا لا يجوز والله أعلم

باب وكالة وصى اليتيم

(قال رحمه الله) ويجوز لوصى اليتيم أن يوكل فى كل مايجوز له أن يعمله بنفسه من أمور اليتيم وقد بينا الفرق بين الوصى والوكيل مع أنه لافرق فى الحقيقة لان الوصى مفوض اليه الامر على العموم ولو فوض الى الوكيل بهذه الصيغة بان قال ماصنعت من شيء فهو جائز كان له أن يوكل غيره فكذلك الوصى فان بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يجز له أن يفعله لان حق التصرف للوكيل باعتبار حق التصرف للوصى وببلوغ اليتيم عن عقل انعزل الوصى حتى لايملك التصرف فكذلك وكيله ولان استدامة الوكالة بعد بلوغ اليتيم كانشائها ولو وكله الوصى بعد بلوغ اليتيم لم يجز فكذلك لا تبقى وكالته واذا وكل اليتيم بشيء من أموره وكيلا لم يجز الا باجازة وصيه كما لو باشر ذلك التصرف بنفسه لا يجوز الا باجازة وصيه فان كان لليتيم وصيان فوكل كل واحد منهما رجلا على حدة بشيء مما ذكرنا قام وكيل كل واحد منهما مقامه وجاز له ما يجوز له لان بالتوكيل أقامه مقام نفسه وهو فى حق نفسه مستبد بالتصرف فيقوم كل واحد من الوكيلين مقام موكله ثم ان الخلاف معروف فى أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله الا فى أشياء معدودة خلافا لابى يوسف رحمه الله فكذلك وكيل كل واحد منهما قال واذا كان الصبي فى حجر ذى رحم محرم يعوله وليس بوصى له لم يجز عليه بيع ولا شراء ولا خصومة ولا غير ذلك لان نفوذ هذه التصرفات يعتمد الولاية ولا ولاية له على اليتيم فلا ينفذ تصرفه فيما سوى اجارته وقبض الصدقة والهبة له استحسانا اما اجارة نفسه ففى القياس لا يجوز لانها تعقد على منافع نفسه ويلزمه بحكم ذلك العقد تسلم نفسه ولا ولاية له عليه فى ذلك ولكنه استحسن فقال المقصود من هذه الاجارة أن يتعلم الصبي ما يكتسب به اذا احتاج اليه وهو منفعة محضة له لو أراد من يعوله أن يعلمه ذلك بنفسه ويستخدمه في ذلك ليتعلم جاز ذلك فكذلك له أن يسلمه الي غيره ليعلمه ذلك من غير عوض يحصل له فاذا أجره لذلك لحصل له عوض بازاء منافعه فكان الى الجواز أقرب والزام التسليم بحكم هذا العقد فيه منفعة لليتيم لانه يبقى محفوظا بيد من يحفظه وهو محتاج الى الحافظ فاذن قبض الهبة والصدقة لا يستدعى الولاية (ألا ترى) ان القبض للصبي وله أن يقبض بنفسه اذا كان يعقل ذلك هو لانه محض منفعة لا يشو بها

ضرر ولا معتبر بالولاية فيه (ألا ترى) ان من يعوله يحفظه ويحفظ ماسمعه من ماله فكذلك يحفظ مايوهب له ولا يتأتى ذلك الا ببينة وان أجر عبده أودابته لم يجز لان الاجارة نوع بيع يعتمد الولاية ولا مقصود فيه سوى أسباب المال فيكون بمنزلة بيع الرقبة قال واذا وكل وصي الميت وكيلا فى خصومة اليتيم أو بيع أو شراء ثم مات الوصي بطلت الوكالة لان نفوذ تصرف الوكيل باعتبار ولاية الوصي ورأيه وقد انقطع ذلك بموته فتبطل الوكالة أيضا والله أعلم

﴿ باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة والبيع ﴾

(قال رحمه الله) واذا وكل وكيلا بالقيام على داره واجارتها وقبض غلتها لم يكن له ان يبني ولا يرم شيئا منها لانه تصرف وراء ماأمر به وانه انما أمر بحفظ عينها والاعتياض عن منافعها والبناء والترميم ليسا من هذا فى شئ بل هو احداث شئ آخر فيها فلا يمكنه بدون أمر صاحبها وكذلك لا يكون وكيلا فى خصومتها لانه مأمور بحفظها كالمودع ولا يكون المودع وكيلا بالخصومة لمن يدعى فى الوديعة حقا فكذلك هذا ولو هدم رجل منها بيتا كان وكيلا بالخصومة فى ذلك بمنزلة المودع وهذا لان الهادم استهلك شيئا مما فى يده وقد أمر بحفظه وحفظ الشئ بامساك عينه حال بقائه ولا بدل له عند استهلاك العين ولا يتوصل الى ذلك الا بان يخاصم المستهلك ليسترد فكان خصما فى ذلك كما يكون خصما للغاصب فى استرداد العين وكذلك لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الاجارة كان خصما له حتى يثبتها عليه لانه هو الذي باشر العقد والاجارة أحد البيعين والمباشر للبيع هو الخصم فى اثباته عند الحاجة وكذلك المباشر للاجارة وان وقعت الحاجة الى اثبات تسليم العين اليه كان الخصم له فى ذلك أيضا لانه هو الذي يسلمها وكذلك ان سكنها المستأجر وجحد الاجر فانما كان وجوب الاجر بعقد الوكيل وقبض الحق اليه فكان خصما في اثباته لان الاجارة من العقود التى تتعلق الحقوق فيها بالعاقد وليس للوكيل أن يدعي شيئا من هذه الدار لنفسه لانه أقر أنه وكيل فيها وذلك يهدم دعواه فان بين كونه مالكا للعين وبين كونه وكيلا فيها منافاة فاقراره بالوكالة يجعله مناقضا فى دعواه الملك لنفسه وليس لهذا الوكيل أن يوكل بها غيره وكذلك الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به الاعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى فانه يقول لما ملك

الوكيل التصرف بنفسه بعد الموكل ملك التفويض الى غيره بالوكالة كما فى حقوق نفسه ولكنا نقول الموكل وصى برأى الوكيل الاول والناس يتفاوتون في الرأى فلا يكون رضاه برأيه فيما يحتاج فيه الى الرأى رضا برأى غيره وكان هو فى توكيل الغير به مباشرا غير ما أمره به الموكل ومتصرفا على خلاف مارضى به فلا يجوز الا أن يبيع الوكيل الثاني بمحضر من الوكيل الاول فحينئذ يجوز عندنا استحسانا وعندزفر رحمه الله لايجوز كما لوباعه فى حال غيبته وهذا لان حقوق العقد انما تتعلق بالعاقد والموكل انما رضى بان تتعلق الحقوق بالوكيل الاول دون الثاني ولو جاز بيع الثاني بمحضر من الأول تعلقت الحقوق به دون الأول ولكنا نقول مقصود الموكل من هذا أن يكون تمام العقد برأى الوكيل الأول وان كان هو حاضرا فاتمام العقد برأيه فكان مقصوده حاصلا بخلاف ماإذا كان غائبا والدليل عليه أنه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد (ألا ترى) ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها يجعل كانها هى التى باشرت العقد حتى يصلح الاب ان يكون شاهدا ولا معتبر بالعقد فانه لوباعه غيره فأجاز الوكيل جاز لان تمام العقد برأيه وان كانت حقوق العقد تتعلق بالمباشر عند الاجازة فكذلك اذا باع بمحضر منه ولو كانا وكيلين فى اجارة أو بيع ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز لان الموكل رضى برأيهما ورأى أحدهما لا يكون برأيهما وهذا بخلاف الوكيلين بالخصومة لان هناك يتعذر اجتماعهما على الخصومة فيكون الموكل راضيا بخصومة كل واحد منهما على الانفراد وهنا اجتماعهما فى العقد يتيسر وهذا عقد يحتاج فيه الى الرأى والتدبير فلا ينفرد به أحدهما اذا رضى الموكل برأيهما وكذلك المرمة والبناء فى هذا ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وان صرح الموكل بذلك لان الواحد في باب البيع اذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما فى العيب ومخاصما وفيه من التضاد مالايخفى ولو باعه له من ابن له كبير أو امرأته أو واحد ممن لاتجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا ويجوز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا من عبده ومكاتبه هكذا أطلق الجواب فى كتاب البيوع والوكالة وفى المضاربة يقول بيعه من هؤلاء بمثل القيمة يجوز وانما الخلاف فى البيوع بالغبن اليسير فمن اصحابنا رحمهم الله من يقول من قيس هناك يقيس في الوكالة أيضا ومنهم من فرق بين الوكيلين والمضارب ثم وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

انه ليس للوكيل فيما يشترى هؤلاء ملك ولا حق ملك فبيعه منهم كبيعه من أجنبي آخر بخلاف العبد والمكاتب فان كسب عبده له وفى كسب مكاتبه له حق الملك فتلحقه التهمة بالبيع منهما فلا يملك ذلك كما لا يملك البيع من نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل بالبيع يوجب الحق للمشترى فى ملك الغير والانسان متهم فى حق ابنه وامرأته فيما يوجبه لهما فى ملك الغير (ألا ترى) أنه لو شهد له لا تقبل شهادته وجعل بمنزلة الشاهد لنفسه أو لعبده أو مكاتبه فكذلك اذا باعه منه ثم ان كان الخلاف فى البيع بالغبن اليسير فكلام أبي حنيفة رحمه الله واضح فيه لانه فى حق الاجنبي انما جعل الغبن اليسير عفوا لانه ليس بينه وبين الوكيل سبب يجر اليه تهمة الميل فالظاهر انه خفي عليه ذلك فاما ما بينه وبين ابنه أو أبيه فسبب يجر تهمة الميل لنفوذ الوكالة وان اجريت على اطلاقها فتخصيصها بالتهمة (ألا ترى) أنه لا يملك البيع من هؤلاء بالغبن الفاحش بالاتفاق واذا دخله الخصوص حمل على أخص الخصوص وهو جعل الخلاف على البيع بمثل القيمة والفرق بين المضارب والوكيل ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه (ألا ترى) أنه لا يجوز نهيه عن التصرف بعد ماصار المال عروضا وانه شريكه فى الربح فلا تلحقه التهمة فى البيع بمثل القيمة من هؤلاء لانه انفاذ فى العين دون المالية وفى الغبن هو كالمتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن فانه ايثار له فى شيء من المالية وهو فى ذلك نائب محض فاما الوكيل ففى العين والمالية جميعا نائب فلهذا لا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة الا أن يكون الموكل قد أجاز له فى الوكالة بان قال له بع ممن شئت العموم فحينئذ يجوز بيعه من هؤلاء وهذه الزيادة لم يذكرها هنا لانه لما فوض الامر اليه على العموم كان ذلك بمنزلة التنصيص على البيع من هؤلاء فان اللفظ العام يكون نصا في كل مايتناوله فلهذا جاز بيعه من هؤلاء بعد هذه الزيادة الا من عبده الذى لا دين عليه لانه لا نص على بيعه منه فلم يجز فان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فاما عند اطلاق الوكالة فلا يملك البيع من هؤلاء لان الامر مطلق والمطلق غير العام فلم يكن اطلاقه بمنزلة التنصيص على كل بيع يباشره فلهذا لا يملك البيع من هؤلاء لتمكن سبب التهمة بينه وبينهم كما لا يبيعه من مكاتبه قال واذا باع الوكيل الدار والخادم فطعن المشترى بعيب فخصومته فى العيب مع الوكيل حتى يرده وكذلك الخصومة في الثمن الى الوكيل حتى يقبضه عندنا وهو بناء على أن حقوق العقد عندنا تتعلق بالوكيل فى البيع والشراء وعلى قول الشافعى رحمه الله حقوق

العقد تتعلق بالموكل وليس للوكيل من ذلك شيء لانه نائب فى التصرف عن الموكل معبر عنه فلا تتعلق حقوق العقد به كالوكيل بالنكاح ودليل الوصف أن حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون الوكيل ولنا ان العاقد لغيره فى البيع والشراء كالعاقد لنفسه لان مباشرته العقد بالولاية الاصلية الثابتة له الا أنه كان لاينفذ تصرفه بهذه الولاية فى محل هو مملوك للغير الا برضا المالك به فالتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في محل الاثبات والولاية له واذا كان تصرفه بالولاية الاصلية كان عقده لنفسه ولغيره سواء فيما هو من حقوقه والدليل عليه أنه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل فان الوكيل بشراء شيء بعينه لو لم يضف العقد الى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح حتى اذا أضافه الى نفسه كان العقد له دون الموكل فعرفنا أنه معبر عنه (توضيحه) أن الوكيل بالنكاح ليس له قبض المعقود عليه والوكيل بالشراء له قبض السلعة وحقيقة الفرق أن كل عقد يجوز أن ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه وكل عقد لايجوز أن ينتقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه يكون مغايرا فموجب النكاح ملك البضع وهو لايحتمل النقل وموجب الشراء ملك الرقبة وهو يحتمل النقل فيجعل كان الوكيل يملكه بالشراء ثم ملكه من الموكل هذا على طريقة الكرخى رحمه الله حيث يقول الملك أولا فاما على طريقة أبى طاهر الدباس رحمه الله الملك يقع للموكل ولكن يعقده الوكيل على سبيل الخلافة عنه وملك النكاح لايحتمل مثل هذه الخلافة فاما ملك المال فيحتمل (ألا ترى) أن بعقد العبد الملك يقع لمولاه وبعقد المورث يقع لوارثه بعد موته فلهذا كان الوكيل فيه بمنزلة العاقد لنفسه فيما هو من حقوق العقد واذا رد عليه بالعيب بغير قضاء قاض بعيب يحدث مثله أولا يحدث لزمه دون الآمر وقد بينا اختلاف الروايات فى هذا فى الاقرار أما وكيل الاجارة فله أن يقبل بدون القاضى واذا قبله لم يلزمه ومن اصحابنا رحمهم الله من قال لافرق بينهما لان المعقود عليه فى الاجارة لايصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان فى ضمان الاجير فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب بغير قضاء القاضى قبل القبض وهناك يلزم الآمر فكذلك فى الاجارة فاما فى الكتاب فعلل للفرق بين الفصلين وقال لان فسخ الاجارة ليس باجارة ومعنى هذا أن القول بالعيب بغير قضاء القاضي في البيع يجعل بمنزلة عقد مبتدإ فى حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما فصار فى حقه كان الوكيل اشتراه ابتداء فيلزمه دون

الآمر وفى الاجارة لايجعل هكذا لان على أحد الطرفين الاجارة فى معنى عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ بين المستأجر والوكيل وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم ثبت للضرورة ولا ضرورة الى أن يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ ليقام رقبة الدار فيه مقام المنفعة قال وللوكيل بالبيع أن يبيع بالنسيئة لانه أمر بالبيع مطلقا ومن اعتبر أمره فى شئ بغير اطلاق جعل أمره كأوامر الشرع فالامتثال انما يحصل باصل البيع لا بصفة النقد والنسيئة لان ذلك قيد والمطلق غير المقيد (ألا ترى) ان التكفير لما كان بتحرير رقبة مطلقة استوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وللوكيل بالبيع أن يأخذ بالثمن رهنا أو كفيلا لان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وللوكيل ان يستوفى الثمن والكفالة وثيقة لجانب اللزوم لانه يزداد به لمطلق المطالبة فانه يطالب الكفيل بعد الكفالة مع بقاء الكفالة والمطالبة على الاصيل كما كانت والمطالبة من حقوق الوكيل وله ان يحتال بالثمن ان كان قال له ما صنعت من شئ فهو جائز لان موجب الحوالة تحول الثمن من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه فان جوز بصيغة العموم نفذ هذا التصرف منه على الموكل لانه من صنعه وان لم يكن قال له هذا فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز قبول الحوالة فى حق براءة المشترى ويكون الوكيل ضامنا الثمن للموكل وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز (واصل المسئلة فى الابراء) ان الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى من الثمن جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للموكل قياسا وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجوز ابراؤه استحسانا لان الثمن فى ذمة المشترى ملك للموكل فانه بدل ملكه لانه انما يملك البدل بملك الاصل فابراء الوكيل تصرف فى ملك الغير على خلاف ما أمره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه من المشترى ودليل الخلاف أنه يصير ضامنا عندهما * وحجة أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل (ألا ترى) ان الموكل لا يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو فى الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا أن بقبضه يتعين ملك الآمر فى المقبوض فاذا انسد عليه هذا الباب فبابرائه صار ضامنا بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكنه يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه بهذا الاعتاق اذا عرفنا هذا فى الابراء

قلنا الحوالة ابراء المشتري بتحويل الحق الى ذمة المحال عليه فلا يجوز عند أبي يوسف رحمه الله لانه تصرف في حق الموكل بخلاف ما أمره به ويجوز عندهما ويكون الوكيل ضامنا كما لو ابرأه بغير حوالة وعلى هذا لو حط البائع عن المشترى بعض الثمن بعيب أو بغير عيب فان كان قال له ماصنعت من شئ فهو جائز فهذا من صنعه فيجوز فى حق الآمر وان لم يقل له فهو جائز في حق المشتري ويكون الوكيل ضامنا فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله اعتبارا للبعض بالكل وكذلك لو اشترى الوكيل من المشترى بالثمن متاعا أو كان الثمن دنانير فاخذ منه بها دراهم أو صالح من الثمن على متاع فذلك كله جائز فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في حق الوكيل ويكون ضامنا الثمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز شئ مما صنع في براءة المشترى والثمن على المشترى على حاله ولو قبض من الثمن بعضه واشترى ببعضه متاعا كان مؤتمنا فيما يقبض من الثمن بعينه كما لو قبض الكل ويكون ضامنا حصة ما اشترى به للآمر كما لو اشترى بالكل وهذا لان ثمن المشترى وجب عليه ثم صار قاضيا بالثمن دين نفسه بطريق المقاصة وان هلك المشترى قبل أن يقبضه لم يضمن المشترى ثمنه للامر لان بهلاك المبيع قبل القبض انفسخ البيع من الاصل وكان سقوط الثمن عن المشترى بانفساخ السبب لا للمقاصة بالثمن الذي هو للآمر قال وللوكيل بالبيع أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس شاء من الاجناس للأموال فى قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه الا بالنقد بما يتغابن الناس فى مثله وحجتهما فى ذلك أن مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد والبيع بالغبن الفاحش ليس بمعتاد فلا ينصرف التوكيل اليه بمنزلة التوكيل بالشراء ثم البيع بالمحاباة الفاحشة بيع فيه هبة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من ثلثه وهو وكيل بالبيع دون الهبة (ألا ترى) أن الاب والوصى لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة لهذا وأما البيع بالعروض فبيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بمطلق البيع ومطلق البيع يكون بالنقد دون العروض (ألا ترى) ان الوكيل بالشراء لا يشتري للآمر الا بالنقد وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو مأمور بمطلق البيع وقد أتى ببيع مطلق لان البيع اسم لمبادلة مال بمال وذلك يوجد فى البيع بالعروض كما يوجد في البيع بالنقود ولكن من البيع ما يتضمن الشراء ولا يخرج به من ان يكون بيعا مطلقا لا يضمن الشراء فى جانب العروض لا فى جانب المبيع وأمره كان باعتبار المبيع والعقد فيه بيع مطلق وكذلك البيع بالمحاباة فما من جزء

من البيع الا ويقابله جزء من الثمن (ألا ترى) أنه يستحق الكل بالشفعة والشفعة فى الهبات لا تثبت والدليل عليه أن من حلف أن لا يبيع فباع بالمحاباة يحنث وكما يراعى العرف فى الوكالات يراعي فى الايمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا فى اليمين وكذلك في الوكالة وهذا لان العرف مشترك فقد يبيع المرء الشيء للبر فيه وفي هذا لا ينافى قلة الثمن وكثرته وقد يبيعه للاسترباح فعند اطلاق الامر لا يترجح أحد المقصودين من غير دليل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء لان الامر المطلق تخصصه التهمة وفى الوكيل بالشراء التهمة ممكنة لجواز أن يكون اشترى لنفسه فلما لم يعجبه أخذه فى عينه أراد أن يحوله الى الآمر ولا تمكن مثل هذه التهمة فى الامر بالبيع لان أمره بالتوكيل بالشراء يلاقى ملك الغير وليس له ولاية مطلقة فى ملك الغير لينظر الى اطلاق أمره وأمره في البيع يلاقى ملك نفسه وله ولاية مطلقة في ملك نفسه ولو اعتبرنا العموم في جانب الوكيل اشترى ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أن الموكل لم يقصد ذلك فاذا تعذر العموم حمل علي أخص الخصوص وفى التوكيل بالبيع لا يعد وتصرفه ما أمر ببيعه فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله فى الوكيل فى البيع اذا باع بعرض فان كان يساويه جاز والا فلا ووجه هذه الرواية أنه في جانب العرض مشتر فالوكيل بالشراء لا يشترى للآمر بالمحاباة الفاحشة ولم يذكر الخلاف فى البيع بالنسيئة فهو دليل لابى حنيفة رحمه الله ولكن قيل هذا على قولهما اذا باعه باجل متعارف فاما باجل غير متعارف كعشرين سنة ونحو ذلك فانه لا يجوز وان الاجل المتعارف كالغبن اليسير وما ليس بمتعارف كالغبن الفاحش ولو وكله بان يعاوض عبده هذا فلانا بامته هذه فباع فلان أمته تلك من رجل جاز للوكيل أن يعاوض بها لان مقصود الموكل تحصيل الامة لنفسه بمقابلة العبد وقد حصل مقصوده بتصرفه مع الثانى وهذا بخلاف الوكيل بالبيع من فلان فانه لا يبيع من غيره لان مقصوده هناك الثمن وانما رضى أن يكون الثمن له فى ذمة من سماه ويتفاوت الناس في ملاءة الذمة فلهذا لا يجوز بيعه من غيره قال وللوكيل بالاجارة أن يؤاجر بالنقد والمكيل والموزون اذا كان معلوما موصوفا وبالمعين من الحيوانات وبالموصوف المؤجل من الثياب أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فهو ظاهر فانه بمنزلة الوكيل وهما يفرقان ويقولان بتخصيص الوكيل بالبيع بالنقد بدليل العرف ولا عرف هنا فان الارض تؤاجر بغير النقد (ألا ترى) انها تدفع مزارعة وهى اجارة بجزء من الخارج

ثم التخصيص في البيع لدفع الضرر عن الآمر ودفع الضرر هنا باعتبار الاطلاق لانا اذا جعلنا الوكيل مخالفا كان بمنزلة الغاصب فيكون الأجر له ولا شئ للآمر عليه فلهذا اعتبرنا الأمر هنا وان وكل الوكيل بقبض الأجر أو الثمن رجلا ليس في عياله فهو جائز والمستأجر والمشترى بريئان لان حق القبض للوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك تفويضه الى غيره ولكن الوكيل ضامن للآخر ان هلك المقبوض في يد وكيله قبل أن يصل الى الوكيل الاول بمنزلة مالو قبض الثمن بنفسه ثم دفعه الى رجل ليس في عياله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه وهو في المقبوض أمين فاذا دفعه الى من ليس في عياله صار ضامنا للآمر وكذلك لو وهبها الوكيل للمستأجر أو ابرأه منها أو أخرها عنه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصار ضامنا للآمر وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز هبته ولا ابراؤه ولم يذكر التأجيل فقيل بأن أبا يوسف رحمه الله يجوز تأجيله كما لو باع بثمن مؤجل ابتداء وهذا لانه ليس في التأجيل اسقاط الثمن بخلاف الابراء وقيل بل لا يجوز ذلك فقد ذكر في الجامع أن كل تصرف يصير الوكيل به ضامنا في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا ينفذ ذلك التصرف عند أبي يوسف رحمه الله والله أعلم

﴿ باب من الوكالة بالبيع والشراء ﴾

(قال رضي الله عنه) الأصل في هذا الباب ان الوكيل متى قدر على تحصيل مقصود الموكل بما سمى له جاز التوكيل والا فلا لان الوكالة غير مقصودة لعينها بل المقصود شئ آخر يحصل للموكل فاذا قدر على تحصيل مقصوده بما سمى له كان هذا عقدا مفيدا للمقصود فصح والا فلا وأصل آخر ان ماسماه في الوكالة اذا كان يتناول اجناسا مختلفة لا يصح التوكيل به سواء سمي الثمن أو لم يسم لان جهالة الجنس جهالة متفاحشة وتسمية الجنس والثمن لا يصير الجنس معلوما بها فان كل جنس فيه ما يوجد بذلك الثمن فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل واذا سمى الجنس اشتمل على أنواع مختلفة فان بين الثمن أو النوع جاز التوكيل والا فلا لان بيان مقدار الثمن يصير النوع معلوما وان سمى الجنس والنوع ولم يبين الصفة جازت الوكالة سواء سمي الثمن أو لم يسم وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز مالم يبين الصفة وجه القياس ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يجوز الا ببيان وصفه المعقود عليه (ألا ترى) أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه ثم البائع من الموكل وكان

بشر المريسي رحمه الله يأخذ بالقياس الى أن نزل به ضيف فدفع الدراهم الى انسان ليأتي له برؤس مشوية لجعل يصفها له فعجز عن علمه بالصفة فقال له اصنع مابدالك فذهب الرجل واشترى الرؤس وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد ما أكلها مع عياله فقال له أين ماقلت لك عنه فقال قلت لي اصنع مابدالك وقد بدالي ما فعلت فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان ووجه الاستحسان ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره بأن يشترى له شاة للاضحية ولم يبين صفتها ثم الوكالة عقد مبنى على التوسع والجهالة فى الصفة جهالة مستدركة وذلك عفو فى العقود المبنية على التوسع وهذا لان الوكالة لايتعلق بها اللزوم والمقصود بها الرفق بالناس وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره لهذا اذا عرفنا هذا فنقول رجل وكل رجلا أن يشترى له جارية أو عبدا لم يكن لان الذكور من بنى آدم جنس والاناث كذلك ولكن يشتمل على أنواع كالحبشى والسندى والهندى والتركى وغير ذلك فاذا لم يبين النوع ولم يسم مقدار الثمن كانت الجهالة متفاحشة فلا يتمكن الوكيل من تحصيله فينفرد الآمر بما سمى له وان أمره بان يشترى له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا جاز لان النوع صار معلوما بالتسمية وانما بقيت الجهالة فى الوصف وهى جهالة مستدركة فان الاوصاف ثلاثة الجودة والوسط والرداءة وهى تتفاوت في نوع واحد فكان الوكيل قادرا على تحصيل مقصود الآمر وكذلك ان لم يسم النوع وسمى الثمن لان بتسمية الثمن صار النوع معلوما فان مقدار ثمن كل نوع معلوم عند الناس فيتمكن به من تحصيل مقصوده ولو وكله بان يشتري له رقبة أو مملوكا لاتجوز له الوكالة وان بين الثمن لتمكن الجهالة في الجنس وهذا لان الذكور مع الاناث من بنى آدم جنسان مختلفان لاختلافهما في المنافع فلا يصح التوكيل الا ببيان الجنس واذا وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها فاشتراها له عوراء أو عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين أو احداهما أو مقعدة فهو جائز على الآمر في قول أبي حنيفة رحمه الله اذا اشتراها بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فيه وعندهما كذلك فى قطعاء اليد والعوراء فاما العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين والمقعدة فلايجوز على الآمر ويكون مشتريا لنفسه وهذا بناء على ماسبق فانهما يعتبران العرف والشراء والعمياء والمقعدة غير متعارف بين الناس فأما العوراء فمعيبة وشراء المعيب متعارف * توضيحه

ان العمى وقطع اليدين يفوت منفعة الجنس وذلك استهلاك حكم ولهذا لا يجوز التكفير بالرقبة العمياء فاما العور وقطع احدى اليدين فليس باستهلاك (ألا ترى) ان التكفير به يصح وأبو حنيفة رحمه الله بنى على أصله ان المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد وقد سمى له الجارية مطلقا واسم الجارية حقيقة فى العمياء ومقطوعة اليدين ولا يثبت التقييد بالعرف لان العرف مشترك فقد يشترى المرء رقبة عمياء ترحما عليها لابتغاء مرضات الله عز وجل أو قصدا الى ولائها أوالى ولاء أولادها بخلاف الرقبة فى كفارة اليمين فان دليل التقييد هناك قد قام وهو ان الكفارات أجزية الافعال وهى مشروعة للزجر عن ارتكاب أسبابها ولا يحصل الزجر بالعمياء ومقطوعة اليدين وان وكله ان يشترى له جارية للخدمة أو عبدا ليسلمه الى خباز أوعمل من الاعمال فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين لم يجز على الآمر لقيام دليل التقييد فى لفظه وهو تنصيصه على عمل لا يحصل ذلك من الاعمى ومقطوع اليدين وكذلك لوقال اشتر لى جارية أطؤها فاشترى محرما من الآمر لم يجز على الآمر لان دليل التقييد فى لفظه مختص أمره بجارية يحل له وطؤها قال واذا وكله بان يشترى له دابة لم يجز وان سمى الثمن له لان الدابة اسم لما دب على وجه الارض فى الحقيقة وهى أجناس مختلفه كالخيل والبغال والحمير وقد بينا أن الجهالة للجنس تمنع صحة الوكالة وأنها لا ترتفع بتسمية الثمن لان كل جنس يؤخذ بما سمى من الثمن وان قال اشتر لى حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز لان الجنس صار معلوما بالتسمية وان بقيت الجهالة فى الوصف فسخ الوكالة بدون تسميه الثمن فان قيل لا كذلك فان الحمير أنواع منها مايصلح لركوب العظماء ومنها مالا يصلح الا للحمل عليها قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا بان القاضى اذا أمر انسانا بان يشتري له حمارا فانه ينصرف الى مايركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الاذنين فانه لا يجوز عليه بخلاف ما اذا أمره الفاليرى بذلك واذا أمره أن يشتري له ثوبا لم يجزوان سمى الثمن لان الثوب يشتمل على أجناس مختلفة فبالتسمية لا يصير الجنس معلوما وان قال اشتر لي ثوبا هرويا جاز على الآمر ما اشترى من ذلك الجنس وان لم يسم الثمن لان الجهالة انما بقيت فى الصفة ولكن انما ينفذ على الآمر اذا اشتراه بما يتغابن الناس فى مثله فان اشتراه بما لا يتغابن الناس فى مثله كان مشتريا لنفسه لانه تعذر تنفيذ شرائه على الآمر لما بينا وأمكن تنفيذه على العاقد فصار مشتريا لنفسه وان سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر لانه خالف ماسمى

له الى ماهو أضر عليه وكذلك ان نقص من ذلك الثمن لانه لم يحصل مقصود الآمر فان مقصوده ثوب يهودى يشترى له بالثمن لا بما دونه والجيد يشترى بعشرة فاذا اشترى بثمانية كان رديئا الا ان يكون وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فحينئذ يجوز على الآمر لانه حصل مقصوده حين اشتراه بتلك الصفة وخالفه الى ماهو خير له حين اشتراه بأقل من ذلك الثمن وهذا لا يعد فى العرف خلافا وان دفع اليه دراهم وأمره بأن يشترى له بها طعاما فاشترى بها لحما وفاكهة لم يجز على الآمر استحسانا وفي القياس يجوز لان الطعام اسم لما يطعم والفاكهة واللحم مطعوم الا ان جوازه على طريقة الناس انما يكون اذا فوض الأمر لرأيه على العموم فى شراء الطعام فاما اذا لم يفعل ذلك فلا يصح التوكيل لان المطعوم أجناس مختلفة وبتسمية الثمن لا يصير الجنس معلوما فينبغى ان لا يصح التوكيل ولكنه استحسن فقال التوكيل صحيح وانما ينصرف الى الحنطة ودقيقها لانه ذكر الطعام عند ذكر الشراء وذلك لا يتناول الا الحنطة ودقيقها (ألا ترى) ان سوق الطعام مايباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام فى الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص ثم ان قلت الدراهم فله أن يشترى بها خبزا وان كثرت فليس له أن يشترى بها الخبز لان ادخاره غير ممكن انما يمكن الادخار فى الحنطة فعند كثرة الدراهم يعلم انه لم يرد الخبز الا ان يكون الرجل قد اتخذ ولمية فحينئذ يعلم ان مراده الخبز وان كثرت الدراهم وجعل الدقيق فى احدى الروايتين بمنزلة الخبز وقال انما ينصرف القليل من الدراهم اليه لانه قل مايدخر عادة وفى الرواية الاخرى جعل الدقيق كالحنطة لان الكثير من الدراهم ينصرف اليه لانه قد يدخر الدقيق كما تدخر الحنطة واذا لم يدفع اليه شيأ وقال اشتر لي حنطة فاشتراها لم يجز علي الآمر لانه لم يبين له القدر وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له وان وكله بأن يشترى له دارا أو لؤلؤة ولم يسم الثمن لم يجز ذلك علي الآمر لان اللآلئ انواع مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل اللآلئ بمطلق التسمية وكذلك الدور فى معنى الانواع المختلفة وانها تختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال فى البلدة وبقلة المرافق وكثرتها وبصلاح الجيران وفسادهم وبالسعة والضيق فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الآمر الموكل بما سمى له قال وان سمى الثمن جاز وبتسمية الثمن يصير معلوما عادة

وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون في ديارنا لايجوز الا ببيان المحلة لان الدور في كل محلة تتفاوت في القيمة وتوجد بما سمى له من الثمن الدار في كل محلة ومقصود الآمر يختلف باختلاف المحال فلهذا لايجوز الا بتسمية المحلة قال واذا كان الصبي حرا مسلما وأبوه ذميا أو حربيا ارتد عن الذمة ولحق بدار الحرب أو مستأمنا أو مكاتبا أو عبدا لم يجز توكيل احدهم عليه ببيع ولا شراء ولا تزويج ولا خصومة لان التوكيل بالتصرف انما يصح ممن يباشر التصرف بنفسه وملك الأب مباشرة التصرف في حق ولده بولايته عليه والرق واختلاف الدين وتباين الدارين حقيقة وحكما مانع من ثبوت ولايته عليه فان أسلم أو عتق بعد ذلك أجيز ما منع منه لان ولايته بعد الاسلام والعتق تثبت مقصورة على الحال فلا يؤثر في تنفيذ تصرفه سبق ثبوت ولايته وان كان الأب مرتدا عن الاسلام لم يجز توكيله عليه أيضا الا ان يسلم فان أسلم جاز لان تصرفه في حق نفسه يتوقف بين أن ينفذ بالاسلام أو يبطل اذا قتل على ردته فكذلك في حق عليه والولد الكبير اذا كان ذاهب العقل بمنزلة الصبي فيما ذكرنا لانه عاجز عن التصرف لانعدام عقله فكان مولى عليه كالصبي قال واذا وكل اب الصبي وكيلا ببيع متاع الصبي وورثه الأب بطلت الوكالة الا عند زفر رحمه الله فانه يقول ثبوت الوكالة باعتبار ملك الموكل لذلك التصرف وقد بقي ذلك بعد موت الصبي وازداد بتقرر ملك الأب في المحل لكنا نقول الأب في هذا التوكيل كان نائبا عن الصبي وقد انتهت هذه النيابة بموت الصبي *وتوضيحه أن الأب بهذه الوكالة انما رضي بزوال ملك الصبي ورضاه بزوال ملك الصبي لا يكون رضا بزوال ملك نفسه فاذا صار الملك له بالارث بطلت الوكالة وكذلك ان مات الأب ولم يمت الصبي لان رأى الأب قد انقطع بموته وتصرف الوكيل كان باعتبار رأى الموكل ونفاذ ولايته وكذلك لو زال عقل الاب أو ارتد ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه لان ولايته قد زالت بهذه الاسباب حتى لا يملك ابتداء التوكيل فان أسلم لم يعد الوكالة بمنزلة وكالته بالتصرف في حق نفسه وقد بينا أن بردة الموكل تبطل الوكالة على وجه لايعود باسلامه في رواية هذا الكتاب وكذلك في توكيله بالتصرف لولده قال واذا وكل رجل رجلين ببيع شيء أو شرائه أو تزويج امرأة بعينها أو بغير عينها أو بخلع أو بمكاتبة أو عتق علي مال ففعله أحدهما لم يجز لان هذه التصرفات يحتاج فيها الى الرأى والتدبير ورضاه برأى المسمى لا يكون الا برأى الواحد ويستوي فيه أن يكون الموكل

سمى البدل أو لم يسم لان بتسمية البدل يمنع النقصان ولا تمنع الزيادة ولو حضر وليهما جميعا ربما يزيد ان فى البدل فينتفع الموكل بذلك فلهذا لا ينفذ التصرف برأى أحدهما وان كان لم يسم لهما مالا فزوجاه باكثر من مهر مثلها أو طلقا امرأته على درهم أو أعتقا العبد أو كاتباه على درهم جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله للاصل الذى قلنا انه يعمل باطلاق الأمر مالم يقم دليل على التقييد وهو التهمة وعندهما لا يجوز لاعتبار العرف والعادة قال ولو وكل رجل رجلا ببيع عبدين له بالف درهم فباع أحدهما باربعمائة فان كان ذلك القدر حصته من الالف جاز لانه ليس فى التفريق بين العبدين فى البيع اضرار بالموكل فربما لا يجد مشتريا يرغب فى شرائهما جملة فلما وكله بذلك مع علمه بما قلنا كان راضيا ببيعه أحدهما دون الآخر دلالة وكذلك ان باعه باكثر من حصته وفيه زيادة منفعة للموكل وان باع أحدهما باقل من حصته لم يجز وسوى فى الكتاب بين النقصان الكثير واليسير وهو قول أبى حنيفة رحمه الله فاما عندهما فان كان النقصان يسيرا جاز وان كان فاحشا لم يجز لان الموكل انما سمى الثمن بمقابلتهما جملة ولم ينص على حصة كل واحد منهما وانما طريق معرفة حصة كل واحد منهما الحزر والظن دون اليقين وفى مثله لا يمكن التجوز عن النقصان اليسير فجعل عفوا كما لو لم يسم الثمن للوكيل فباع بغبن يسير جاز بيعه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تنصيصه على ثمنها فى الوكالة يكون تنصيصا على حصة كل واحد منهم بحصته حتى انه لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته وعند التنصيص على الثمن اذا نقص الوكيل عن ذلك القدر يصير مخالفا سواء قل النقصان أو كثر كما لو قال بع هذا العبد بالف درهم فباعه بالف إلا درهما فانه لا يجوز وان وكله بان يشتري له عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بستمائة فان كان ذلك حصته من الالف أو أقل جاز وان كانت حصته أكثر من ذلك لم يجز على الآمر وصار مشتريا لنفسه وهذا والوكيل بالبيع سواء لانه قد لا يتمكن من شرائهما جملة واحدة فيكون له أن يشتري كل واحد منهما بحصته وان وكله ببيع عبد له فباع نصفه من رجل ثم باع النصف الآخر منه أو من غيره جاز لانه حصل مقصود الموكل بما صنع فان مقصوده أن يزول ملكه بعوض هو مال وذلك يحصل بالعقدين كما يحصل بالعقد الواحد فربما لا يجد مشتريا يشتريه جملة فيحتاج الى تفريق العقد ليحصل مقصوده فان باع نصفه ولم يبع ما بقى لم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وجاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله فهما يقولان بيع

النصف يضر بالموكل فيما بقي لانه يتبعض عليه الملك والشركة في الاملاك المجتمعة عيب وأمره اياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعيب ملكه فلهذا لا يجوز الا أن يبيع مابقي قبل الخصومة فحينئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز وأبو حنيفة رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل في بيع العبد والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل فكذلك الوكيل لان اعتبار الجزء باطل واعتبار الكل صحيح ثم في تصرفه في هذا منفعة للموكل لانه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز عند أبي حنيفة رحمه الله كما بينا فاذا باع البعض به كان أقرب الى الجواز لانه حصل له ذلك القدر من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه ولو وكله بأن يشتري له عبدا فاشترى بعضه لم يجز على الا مر الا أن يشتري مابقي قبل الخصومة فحينئذ يجوز كله على الا مر وهذا على أصلهما ظاهر للتسوية بين جانب البيع والشراء وأبو حنيفة رحمه الله يفرق فيقول الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع والتهمة تتمكن في جانب الوكيل بالشراء فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الآمر *توضيح الفرق أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير به ممتثلا أمر الآمر الا أن يشتري مابقي قبل الخصومة فاما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير وذلك موجود في البعض والكل ثم ذكر في النوادر أن الوكيل اذا اشترى النصف توقف شراؤه على رضا الآمر عند أبي يوسف رحمه الله حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه لايجوز ولو أعتقه الموكل عن نفسه يجوز وعند محمد رحمه الله يصير الموكل مشتريا لنفسه حتى لو أعتقه جاز عتقه الا أن يشتري ما بقي فحينئذ يتحول الى الآمر فابو يوسف رحمه الله يقول مقصود الموكل حصول ملك الغير له والقدر الذي حصل من جملة مقصوده ولكنه معيب بعيب الشركة فينفذ تصرف الوكيل له ويثبت له الخيار للعيب فاذا قدم على العتق صار مسقطا لخياره فينفذ العتق من جهته فاذا رده يصير الملك للوكيل حينئذ كما لو وجد به عيبا فرده بشراء العبد والنصف ليس بعبد ولكنه بفرض ان يصير موافقا بشراء ما بقي فقبل وجود هذا لموافقته كان خلافه ظاهرا وكان مشتريا لنفسه فنفذ عتقه من جهته وفرق محمد رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشراء بالف اذا اشتراه بالفين يتقرر شراؤه لنفسه حتى انه وان حط البائع احد الالفين لايصير الشراء للموكل وهنا لو اشترى مابقي قبل الخصومة كان الشراء للموكل ووجه الفرق ان غرضه الموافقة هناك باعتبار مالم يتناوله عقد الوكالة

وهو حط الالف الزائد فلم يكن معتبرا وهنا غرضه الموافقة باعتبار ما تناولته الوكالة وهو شراء النصف الباقي فلهذا كان معتبرا قال ولو وكل رجلين ببيع شيء وأحدهما عبدمحجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لانه مارضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر ولو كانا حرين فباع أحدهما والاخر حاضر فأجاز البيع كان جائزا لأن تمام العقد برأيهما (ألا ترى) أنه لو باع فضولي فأجازه جاز وكذلك اذا باع أحدهما وأجازه الآخر ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه مارضى برأيه وحده قال ولو وكل رجلا ببيع خادمة له فباعها ثم أقال البيع البائع فيها لزمه المال والخادم له لان الاقالة بيع مبتدأ في حق غيرهما فهو شراء مبتدأ وللموكل غيرهما فيجعل في حقها حقه كان الوكيل اشتراه ابتداء ويستوى ان كانت الوكالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ولو وكل الصبي ببيع خادم فباعها جاز لأن الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينفذ تصرفه باذن الولي في ملك نفسه فكذلك ينفذ تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك اياه بذلك وهذالأن اعتبار عبارته بتمحض منفعة له فيه يمتاز الآدمي من البهائم ويحصل له بهذا التصرف معنى التجربة فيصير مهتديا الى التصرفات عالما بطرق التحرز عن أسباب الغبن وذلك محض منفعة له ثم العهدة على الآمر اذا لم يكن الصبي مأذونا لان في الزام العهدة اياه ضررا والصبي يبعد عن المضار فاذا تعذر ايجاب العهدة عليه تعلق باقرب الناس اليه وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الآمر فكانت العهدة عليه الا أن يكون الصبي مأذونا له فحينئذ تلحقه العهدة لأنه بالاذن صار بمنزلة البالغ في التزام العهدة بالتصرف (ألا ترى) أنه فيما يتصرف لنفسه تلحقه العهدة فكذلك فيما يتصرف لغيره والعبد بمنزلة الصبي الا أنه اذا كان محجورا عليه يلزمه العهدة بعد العتق لان قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وانما لا يكون ملزما في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق فاما قوله الصبي المحجور ليس بملزم في حق نفسه فلهذا لا تلزمه العهدة بعد البلوغ وان كان الوكيل مجنونا لا يعقل فبيعه باطل لأنه ليس له قول معتبر فركن التصرف القول المعتبر شرعا وان كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي على ما بيناه وان كان المأمور مرتدا جاز بيعه لانه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة رحمه الله فان أسلم كانت العهدة عليه والا فالعهدة على الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو يظهر اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا أو شراء ولو وكل

الصبي أو العبد المحجور عليه بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فاشتراه فالثمن لازم على الآمر دون الصبي والعبد ما لم يعتق لا الصبي المحجور لا يملك التزام الثمن فى ذمته والعبد لا يملك ذلك فى حق المولى فاذا تعذر ايجاب الثمن عليهما وجب على من وقع له الملك وهو الآمر وصار فى حقه بمنزلة الرسول بالشراء فيجب الثمن على المرسل ولو كان مأذونا لهما فى التجارة لزمهما الثمن ورجع به على الآمر لانهما يملكان التزام الثمن فى ذمتهما بتصرفهما لانفسهما فكذلك للغير بحكم الوكالة (واورد المسئلة فى كتاب الحوالة والكفالة) وقال هذا استحسان وفى القياس لا يلزمهما الثمن لانهما ملتزمان الثمن لمنفعة لغيرهما فكان هذا منهما بمنزلة الكفالة وكفالة الصبي المأذون والعبد المأذون لا تصح وان كانت بأمر المكفول عنه ولكن استحسن فقال هذا من صنع التجار لان التعارف بين التجار فى التصرفات ظاهر فاذا لم يتوكل هو عن الغير لا يتوكل الغير عنه فى ذلك وفيما هو من صنع التجار المأذون منفك الحجر عنه بخلاف الكفالة فانها ليست من صنع التجار * توضيحه أن المشترى يكون فى يده فيحبسه حتى يستوفى الثمن من الآمر فلا يتضرر به بخلاف الكفالة حتى لو وكل بالشراء انفسه يقول لا يلزمه الثمن لانه ليس له ان يحبس المبيع بالثمن فيكون ذلك بمنزلة الكفالة منه . قال واذا أذن لعبده أو لابنه فى التجارة ثم ذهب عقله واطبق عليه انقطع اذنه لان صحة تصرف المأذون برأى الآذن والجنون المطبق قد قطع رأيه فيكون ذلك بمنزلة موته . ولو حلف بطلاق أو عتاق أو جعل أمر امرأته بيدها ثم أصابه الجنون بعد ذلك لم يبطل ما فعل من ذلك لان حكم ذلك التصرف قد لزمه فى حال عقله وكماله فلا يبطل بجنونه وهنا بالاذن فى التجارة لم يلزمه شئ حتى لو كان مالكا للحجر على المأذون لبطل اذنه بجنونه لان صحة تصرف المأذون باعتبار انه يتقوى رأيه برأى وليه فيكون ذلك كالبلوغ فى حقه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله يملك التصرف بالغبن الفاحش وقد انعدم ذلك المعنى بجنون الولى فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ولو وكل وكيلا ببيع أو شراء ثم ذهب عقل الوكيل واختلط ثم اشترى وباع لم يلزم الوكيل الثمن ولزم الآمر أما فى نفوذ تصرفه على الآمر فروايتان فى هذه الرواية قال ينفذ لان جنونه بهذه الصفة لو اقترن بالوكالة لمنع صحتها واذا طرأ عليها فلأن يمنع بقاءها كان ذلك بطريق الاولى وفى غير هذا الموضع يقول لا ينفذ تصرفه على الآمر لان الآمر انما رضى بتصرفه فى حال كمال عقله فلا يكون ذلك منه رضا

بتصرفه بعد اختلاط عقله بخلاف ما اذا وكله ابتداء في هذه الحال لانه رضى بتصرفه مع اختلاط عقله فاذا ثبت نفوذ التصرف على هذه الرواية قلنا العهدة تكون على الآمر لأن أوان لزوم العهدة وقت مباشرة التصرف لاوقت التوكيل وهو ذاهب العقل فكان التوكيل وجد فى هذه الحال وان كان العبد المحجور عليه وكل رجلا ليشتري له شيئا فاشترى له لزم الوكيل لان العبد لا يملك الشراء لنفسه بنفسه فلا يصح توكيله به واذا لم يصح التوكيل به صار الوكيل مشتريا لنفسه كما لو لم تسبق الوكالة . واذا وكل الرجلان رجلا ببيع عبد لهما فباع نصفه وقال هذا نصف فلان فهو جائز لانه صار وكيلا من جهة كل واحد منهما ببيع النصفين والوكيل معبر منافعه للموكل فيملك تعيين من يعبر عنه وان لم يبين عند البيع أى النصفين يبيع جاز بيعه من نصيب كل واحد منهما نصفه فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قولهما لانه سمى النصف مطلقا عند البيع فليس صرفه الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى الآخر فيشيع في النصفين جميعا واذا شاع فيهما بحكم المعارضة لم يجز فى شيء عندهما لان الوكيل ببيع النصف لا يملك بيع نصف النصف عندهما كما أن الوكيل ببيع الكل من واحد لا يملك بيع النصف وفى قول أبى حنيفة رحمه الله الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه فيمكن تنفيذ بيعه هنا في نصف نصيب كل واحد منهما وان لم يختصموا فى ذلك حتى باع النصف الآخر جاز كله لانه قد حصل مقصود كل واحد منهما فلا ينظر الى تفريق الصفقة مع ذلك واذا باع الوكيل العبد بخمسمائة درهم فقال الآمر أمرتك بألف درهم أو قال أمرتك بدنانير أو بحنطة أو بشعير أو باعه بنسيئة فقال الآمر أمرتك بالحال فالقول قول الآمر لان الأمر مستفاد من جهته ولو أنكر الاذن كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أقر بصفته وكذلك الخلع والنكاح والمكاتبة كله على هذا واذا قال الآمر للوكيل قد أخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل لقد بعته أمس لم يصدق الوكيل لان الموكل أقر بعزل الوكيل بمحضر منه وانما أقر بالبيع بعد ما صار معزولا وهو لا يملك انشاء البيع فى هذه الحال فلا يصح اقراره أيضا ولو أقر الوكيل بالبيع لانسان بعينه فقال الامر قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع اذا ادعي ذلك المشتري لان الوكيل أقر به في حال بقاء الوكالة لانشاء العقد في هذه الحال فصح اقراره ولا يبطل ذلك بالعزل بعده واذا اتصل التصديق بالاقرار كان كالموجود يومئذ ولو وكله ببيع عبد له فباعه من نفسه لم يجز لان بيع العبد من نفسه اعتاق

والاعتاق غير البيع فانه ابطال للملك والبيع ناقل أو موجب الملك للغير أو لان العتق يوجب الوكالة للموكل وهو لم يرض بذلك وليس للوكيل ان يلزمه الولاء بغير رضاه ولو باعه من قريب العبد جاز لان هذا بيع مطلق ثم العتق ينبنى عليه ثبوت الملك للقريب بالشراء فلا يخرج به البيع من أن يكون مطلقا فى حق البائع (ألا ترى) انه لا يملك الرجوع عن الايجاب هنا قبل قبول المشترى بخلاف بيع العبد من نفسه ولانه لا يلزم الموكل هنا ولاء وانما يلزم ولاؤه للمشترى وان وكله ان يبيعه وأمره أن يشهد على بيعه فباعه ولم يشهد فهو جائز لانه أمره بالبيع مطلقا وأمره بالاشهاد كان معطوفا على الامر بالبيع فلا يخرج به الامر بالبيع من أن يكون مطلقا (ألا ترى) أن الله عز وجل أمر بالاشهاد على البيع فقال تعالى (وأشهدوا اذا تبايعتم) ثم من باع ولم يشهد كان بيعه جائزا ولو وكله أن يبيعه برهن ثقة بنسيئة فباعه بغير رهن لم يجز لان حرف الباء للالصاق والصاق البيع بالرهن لا يكون الا بالشرط فانما أمره ببيع مقيد بشرط فاذا لم يأت بذلك الشرط كان مخالفا وكذلك لو أمره بأن يبيعه من فلان بكفيل ثقة فباعه من غير كفيل لم يجز لانه أمره ببيع مقيد والذى أتى به بيع مطلق والمطلق غير المقيد وفى شراء الكفيل والرهن منفعة معتبرة للموكل وهو التوثق بحقه فليس للوكيل ان يفوت عليه هذه المنفعة (ألا ترى) ان التوكيل بالبيع ومن أوجب لغيره بيعا بشرط رهن أو كفيل لم يكن له ان يقبل بدون ذلك الشرط فهذا مثله فان قال الوكيل لم يأمرنى بذلك فالقول قول الآمر لما بينا ان الادب مستفاد من جهته ولو وكله ان يبيعه من رجل سماه فباعه منه ومن آخر جاز فى النصف الذى باع لذلك الرجل في قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما لانه فى الذى باعه للآخر مخالف (ألا ترى) أنه لو باع الكل من الآخر لم يجز بيعه فاذا باع من الذى سمي له الموكل والوكيل يبيع النصف عند أبى حنيفة رحمه الله فلهذا جاز فى ذلك النصف قال واذا وكله ببيع عبد فباعه واشترط الخيار لنفسه أو للامر فهو جائز لانه قائم مقام الموكل وكل يملك البيع بشرط الخيار واشتراط الخيار للموكل كاشتراطه للاجنبي وذلك يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهى مسئلة معروفة ثم لاضرر على الآمر فى هذا الشرط بل فيه نفع له والوكيل لا يصير مخالفا بما يراد فيه منفعة الآمر واذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء قاض بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على الامر لان الرد بهذا فسخ من الاصل (ألا ترى) ان المشترى ينفرد به وكذلك لورده

المشترى عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء قاض فهو جائز على الآمر لان الرد هنا فسخ من الاصل حتى ينفرد به المشترى وهذا بخلاف الاقالة قبل القبض على ماسبق بيانه لان المشترى لا ينفرد بالاقالة فكان ذلك التصرف معتمده التراضي فينفذ على الوكيل دون الآمر واذا باع الوكيل العبد من أب الآمر أو ابنه أو مكاتبه أو عبده التاجر المديون جاز لانه لاتهمة بين الوكيل وبين هؤلاء اذ ليس بينهما وصلة وكان بيع الوكيل من هؤلاء كبيع الموكل بنفسه ولو باعه من عبده المأذون الذى لادين عليه لم يجز كما لو باعه الموكل بنفسه وكذلك لو كان العبد مأذونا فباعه الوكيل من هؤلاء فهو جائز ان كان على العبد دين وان لم يكن دين فالبيع مردود اعتبار البيع الوكيل ببيع الموكل بنفسه وهذا لان البيع عقد شرعى فيعتبر اذا كان مفيدا ولا يعتبر اذا لم يكن مفيدا واذا كان على العبد دين فبيعه الكسب من هؤلاء مفيد واذا لم يكن عليه دين فلا فائدة فى هذا البيع لان المولى يتمكن من أخذ كسبه من غير بيع قال واذا أمر الرجل رجلا ببيع عبد له ودفعه اليه فقال الوكيل قد بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك عندي وادعى المشترى ذلك فهو جائز والوكيل مصدق فيه مع يمينه لانه مسلط على البيع وقبض الثمن وقد أخبر بما جعل مسلطا عليه فى حال قيام التسليط ولا تمكن التهمة فى جبره وهو أمين بما دفع اليه فاذا أخبر باداء الامانة فيه كان القول قوله مع يمينه وان كان الآمر قد مات وقال ورثته لم نسمع وقال الوكيل قد بعته من فلان بالف درهم وقبضته وهلك عندى وصدقه المشترى فان كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل بالبيع لانه أخبر به فى حال لا يملك انشاءه فانه قد ينعزل بموت الآمر ولان العبد صار ملك الوارث فى الظاهر ولم يسلطه الوارث على ازالة ملكه فلا قول له فى ذلك بخلافه حال حياة الآمر ولكن ان أقام المشتري البينة على الشراء فى حياة الآمر كان العبد له والا فهو للورثة مع يمينهم على العلم فاذا أخذت الورثة العبد ضمن الوكيل المال للمشترى باقراره بقبضه منه عوضا عن اليمين وقد استحق العبد من يد المشترى فكان ضامنا له ماقبض من الثمن وان كان العبد مستهلكا فالوكيل يصدق بعد ان يحلف استحسانا وفى القياس لايصدق لما بينا من المعنيين انه قد انعزل بموت الآمر وان بدله وهو القيمة صار ملكا للوارث على المشترى بقبضه العبد أو باستهلاكه فلا يقبل قول الوكيل فى ابطال ملكهم ووجه الاستحسان أن الوكيل بما يخبر هنا ينفى الضمان عن نفسه وهو كان أمينا فى هذا العبد فيكون قوله مقبولا مع يمينه فيما ينفى

الضمان به عن نفسه بخلاف قيام العبد فانه يزيل ملكا ظاهرا للوارث فى العبد وهو ليس بامين فى ذلك فلا يقبل قوله لهذا ولو وكله ببيع أمة له فباعها الموكل أو كاتبها أو وهبها وسلمهافذلك نقض للوكالة لان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بالبيع والهبة والتسليم فلا تبقى الوكالة بدون المحل وكذلك بالكتابة خرجت عن أن تكون محلا للبيع فلا تبقى الوكالة بعد خروج المحل من أن يكون محلا للتصرف كما لا يثبت ابتداء ولو استخدمها الموكل أو وطئها ولم تلد ولدا منه فالوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه محل للتصرف الذى وكل الوكيل به وكذلك لو أجرها أو رهنها الموكل فان الوكيل على وكالته لانها باقية على ملكه محل للبيع وان كان يحتاج الى رضا المرتهن والمستأجر للزوم البيع فيهما (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل من الآمر صحيح بعد الرهن والاجارة وهذا لانه يملك بيعها بنفسه فانه لو باعها نفذ فى حقه وانما توقف لحق الغير حتى اذا سقط حق المستأجر والمرتهن كان بيعه جائزا نافذا فكذلك توكيله ببيعها يصح فى هذه الحال ويبقى صحيحا ولو باعها الوكيل أو الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل أن يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ من الاصل فعادت الى قديم ملك الموكل وانتقاض الوكالة كان حكما لزوال ملك الموكل فاذا عاد ملكه عادت الوكالة وكذلك لو كان الرد بخيار الشرط كان للبائع أو للمشترى أو بفساد البيع أو بخيار الرؤية لان هذه الاسباب تفسخ العقد من الاصل وان قبلها الموكل بعيب بغير قضاء القاضى بعد قبض المشترى لم يكن للوكيل بيعها وكذلك لو تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدإ فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث أو هبة أو غيرهما بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الأول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك .ولو وكله ببيع عبد ثم أذن له في التجارة أو جنى عليه جناية كان على وكالته لان المحل لم يخرج من أن يكون محلا صالحا لهذا التصرف بما أحدثه الموكل ولم يخرجه الموكل بهذا الفعل عن صحة تصرف الوكيل فبقاء الوكالة أولى واذا باع الوكيل العبد ثم قطع يده قبل ان يقبضه المشترى فللمشترى ان يؤدى جميع الثمن ويأخذ العبد ويتبع الوكيل بنصف القيمة ويتصدق بالفضل لان قطع اليد ليس مما اقتضته الوكالة فكان الوكيل فيه كأجنبي آخر فان قيل أليس أن الوكيل بالبيع نزل منزلة العاقد لنفسه

ولو كان باعه لم يجب عليه القيمة بقطع يده قلنا هو فى حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه وقطع اليد ليس من حقوق العقد في شئ فكان هو فيها كأجنبي آخر وكذلك لو كبله أو استخدمه فمات من ذلك فللمشتري ان يضمن الوكيل القيمة ويعطيه الثمن لان هذا الفعل ليس مما تضمنته الوكالة وهو من حقوق عقد الوكيل فيكون الوكيل فيه كاجنبي آخر واذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ووكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لانه رضي برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده وهذا بخلاف الوصيين اذا أوصى كل واحد منهما فى عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف فى أصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وهنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل منهما بالتصرف فان باعه كل واحد منهما من رجل فان علم الاول منهما كان العبد له لان بيع الاول منهما حصل فى حال قيام الوكالة فنفذ وصار بيعه كبيع الموكل بنفسه فانعزل به الوكيل الثانى وانما باعه بعد ما انعزل فلم يصح بيعه وان لم يعلم الاول منهما فلكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن لانه ليس أحدهما بنفوذ تصرفه بأولى من الآخر ولان المشتريين قد استويا فى استحقاق العبد للمساواة بينهما فى السبب فكان العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه حيث لم يسلم له الا نصف العبد وقد اشتراه كله وان كان العبد في يد أحد الوكيلين أو في يد الموكل أو فى يد المشتريين فهو سواء لان يد الوكيل فيه كيد الموكل فلا يظهر اعتبار ترجيح لاحد المشتريين فاما اذا كان في يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه بتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه ولأن بالآخر حاجة الى استحقاق يده عليه وبشرائه من الوكيل الآخر لا يظهر عند الاستحقاق وانما يظهر باقامة البينة بسبق عقده فان أوهم لبسة على ذلك أخذه والا فلا سبيل له على العبد واذا وكل رجل رجلا ببيع عبده فباعه مع عبد آخر بثمن واحد فهو جائز وللآمر حصة عبده لانه حصل مقصود الآمر اذ لا فرق فى حقه بين ان يبيعه وحده وبين أن يبيعه مضموما اليه عبد آخر الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز بيعه سواء قلت حصة عبد الموكل من الثمن المسمى أو كثرت وعندهما انما يجوز اذا كان بحصة من الثمن قدر قيمته أو أقل بما يتغابن الناس فى مثله بمنزلة مالو باعه وحده ولو كان قال له بع عبدى هذا بخمسمائة فباعه مع عبد آخر بالف درهم لا يجوز بيعه فى عبد الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اذا

كانت حصة عبد الموكل من المسمى خمسمائة أو أكثر لانه حصل مقصود الآمر بتصرفه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول أمره بالبيع بثمن مقطوع على مقداره بيقين ولم يأت بذلك لان انقسام الثمن على العبدين باعتبار القيمة وطريق معرفة ذلك الحزر والظن فكان هذا غير التصرف المأمور به فلهذا لا ينفذ ولو وكله بشراء عبد بعينه فان لم يسم له الثمن فاشتراه مع عبد آخر جاز اذا كان حصة المشترى للآمر مثل قيمته أو أكثر بما يتغابن الناس فيه وان كان سمى له خمسمائة فاشتراه مع عبد آخر بالف لم يجز فى قول أبي حنيفة رحمه الله على الآمر ويجوز فى قولهما اذا كان حصة المشترى للآمر من الثمن خمسمائة أو أقل ولو كان الآمر الموكل حين أمره ببيع عبده قال له هو يقوم على بمائتى درهم فضم الوكيل عبدا آخر معه يقوم عليه بمائتى درهم فباعهما مرابحة على ثلثمائة درهم فهو جائز والثمن بينهما على رأس المال لان بيع المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة مضمومة اليه ربحا فكان هو مسميا بمقابلة عبد الآمر مانص عليه وزيادة فلهذا نفذ بيعه وكان الثمن بينهما اثلاثا واذا باع الوكيل العبد بيعا فاسدا فهلك عند المشترى فعليه قيمته كما لو باعه الموكل بنفسه بيعا فاسدا وهذا لان الضمان الأصلي في المبيع هو ضمان القيمة وانما يتحول الى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح التسمية للفساد فيبقى مضمونا بالقيمة والوكيل لا يصير ضامنا شيئا لانه لم يخالف وانما يضمن هو بالخلاف بالفساد وهذا لان أسباب الفساد قلما يمكن التحرز عنها عادة والناس كلهم لا يكونون كابى حنيفة رحمه الله فى معرفة الأسباب المفسدة للبيع فلو قلنا يضمن الوكيل بالفساد لتحرز الناس عن قبول الوكالة وفيه قطع هذا الرفق عن الناس فلا يجوز القول به والوكيل هو الذى يقبض القيمة من المشترى لانه وجب بعقده والفاسد من العقد معتبر بالصحيح فاذا كان عقد القبض للوكيل فيما يجب بالعقد الصحيح فكذلك فيما يجب بالعقد الفاسد فيقبض القيمة ويدفعها الى الموكل وليس للموكل ان يطالب المشترى بها الا أن يوكله الوكيل بذلك فى البيع الفاسد والصحيح جميعا وان دفعه المشترى الى الآمر برئ استحسانا وفى القياس لا يبرأ لان الآمر فى حقوق العقد كاجنبي آخر فقبضه لا يوجب براءة المشترى ولكنه استحسن فقال الوكيل يعمل به فى القبض فليس فى قبضه بنفسه تفويت شئ على الوكيل بل فيه اسقاط فوته بالقبض والدفع عنه *توضيحه انه لو لم يبرئ المشترى كان له ان يسترده من الموكل ولا فائدة فى نقض قبضه لحاجتنا الى اعادته فى الحال فانه لو نقض قبض الوكيل ودفعه الى

الآمر لكان هذا اشتغالا بما لا يفيد وان كتب الوكيل الصك باسم رب العبد فليس له ان يطالب المشتري الا ان يوكله الوكيل بذلك لان كتبه الصك باسمه اقرار بأن الثمن ملك له واقراره بذلك نصا لا ينافي كون القبض حقا للوكيل ولا يتضمن توكيل الوكيل اياه بالقبض فلهذا لا يكون له ان يقبضه واذا قال الرجل للرجل بع عبدي هذا وهذا أو بع أحدهما فأيهما باع جاز وهذا استحسان وفي القياس التوكيل بالبيع معتبر فايجاب البيع في أحدهما بغير عينه لا يصلح فكذلك التوكيل به ولكنه استحسن فقال مبنى الوكالة على التوسع لانه لا يتعلق اللزوم بنفسها لان هذه جهالة مستدركة لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع صحة التوكيل * توضيحه ان الموكل قد يحتاج الى هذا لانه لا يدري أي العبدين يروج فيوكله ببيع أحدهما توسعة للآمر عليه وتحصيلا لمقصود نفسه في الثمن واذا باع الوكيل العبد ثم قتله المولى بطل البيع لان الوكيل نائب عنه في البيع فكأنه بنفسه باعه ثم بقتله بطل البيع لفوات القبض المستحق بالعقد وهذا لان القيمة لم تجب عليه لانه مضمون عليه بالثمن للمشتري أن يأخذه بنصف الثمن ان شاء كما لو باعه بنفسه قال ولو وكله ببيع عدل زطي فباعه وقبضه المشتري ثم رده على البائع بخيار الرؤية فقال الآمر ليس هذا عدلي فالقول قول الوكيل مع يمينه لانه كان أمينا فيه وبعد ما رد عليه بخيار الرؤية عاد أمينا كما كان فالقول في تعيين الأمانة قوله ولو باع الوكيل منه ثوبا ولم يبع ماسواه جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما ان كان يضر ذلك بالعدل بمنزلة الوكيل ببيع العبد اذا باع نصفه وقد بيناه فيما سبق ولو وكله ببيع شيء مما يكال أو يوزن فباع بعضه دون بعض جاز لان هذا مما لا يضره التبعيض فلا ضرر على الموكل في بيع بعضه بخلاف الدار والعبد عندهما وضمان الوكيل ثمن ماباعه للآمر باطل لان حق القبض في الثمن للوكيل فلو صح ضمانه عن المشتري كان ضامنا لنفسه اذ لا حق للموكل علي المشتري وضمان المرء لنفسه باطل ولانه أمين فيما يقبض من الثمن فيما بينه وبين الآمر فلو صحت كفالته للآمر صار ضامنا وبين كونه أمينا وبين كونه ضامنا في الشيء الواحد منافاة وكذلك المضارب وكل مال أصله الامانة واذا أقام المشتري البينة على الوكيل انه قد أوفاه الثمن والوكيل يجحد ذلك فقد برئ المشتري من الثمن والوكيل ضامن له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عايناه قد قبض الثمن ثم جحده كان ضامنا له واذا وكله ببيع عدل زطي له فعمد الوكيل الى العدل وقصره فهو ضامن لما هلك عند القصار لانه غير مأمور

بالدفع اليه للقصارة فيكون بهذا الدفع مخالفا ضامنا ماهلك عند القصار فان رجع الى يد الوكيل بريء من ضمانه لانه أمين خالف ثم عاد الي الوفاق فلا يكون ضامنا لما هلك واجرة القصار تكون على الوكيل لانه هو الذى استأجره وان باعه بعد القصارة فالثمن كله للموكل ولا شيء منه للوكيل باعتبار الأجرة للقصارة لان القصارة ليست بعين مال قائم فى الثوب وانما هى ازالة الدرن والوسخ عن الثوب فان اللون الأصلى للقطن انما هو البياض ويتغير ذلك بالوسخ فاذا أزيلت عند القصارة عاد اللون الاصلى فاذا لم يكن للوكيل عين مال قائم باعتبار القصارة لا يكون له من الثمن حصة وكذلك ان فتل الثياب فاما اذا صبغها بعصفر او زعفران فهو مخالف بما صبغ لان صاحب الثوب لم يأمره به فهو كمودع أو غاصب صبغ الثوب فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب منه ورد عليه مازاد العصفر والزعفران فيه وان شاء باعه الوكيل وضارب الآمر فى الثمن بقيمة الثوب أبيض وضارب الوكيل بمازاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فى الثوب فيسلم للوكيل مايخصه من الثمن وكان الخيار للمالك لانه صاحب الاصل فان الصبغ تبع لان قيامه بالثوب وقيام البيع يكون بالاصل ولان الثوب قائم من كل وجه والصبغ مستهلك من وجه دون وجه فلهذا كان الخيار لصاحب الثوب واو صبغه اسود فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله السواد نقصان فى الثوب لا زيادة فللموكل ان يأخذه ولا يعطى الوكيل شيئا وان باعه الوكيل فالثمن كله للآمر وعندهما السواد بمنزلة العصفر والزعفران وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان لبس السواد لم يكن ظاهرا فى زمن أبى حنيفة رحمه الله فعده نقصانا فى الثوب وقد ظهر فى عهدهما فقالا زيادة وقيل بل هذا يختلف باختلاف الثياب فمن الثياب ماينقص السواد من قيمته كالقصب ونحوه فيكون ذلك نقصانا فيه كما قال أبو حنيفة رحمه الله ومن الثياب ما يزيد السواد في قيمته فيكون الجواب فيه كما قالا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول بقول أبى حنيفة فلما قلد القضاء وكلف السواد احتاج فيه الى مؤنة فرجع وقال السواد زيادة ثم الوكيل فى هذا كله على وكالته فى بيعه لان ماعرض لا ينافى ابتداء التوكيل ولا يخرج المحل من أن يكون صالحا للتصرف واذا دفع اليه جراب هروى يبيعه وهو بالكوفة فبأى أسواق الكوفة باعه جاز وان خرج الى البصرة فباعه هناك ضمنه استحسانا ولم يجز بيعه على الآمر وفي القياس يجوز لانه أمره بالبيع مطلقا فلا يتقيد بمكان من غير تقييد فى كلامه وأكثر مافيه أن مقصوده البيع بالكوفة والتقييد

بالمقصود لايحصل خصوصا عند أبي حنيفة رحمه الله ولكنه استحسن فقال لو لم تتقيد الوكالة بالكوفة كانت مؤنة النقل الي موضع آخر على الموكل لان الوكيل فى النقل ممتثل أمره فيرجع عليه بما يلحقه من المؤنة فربما تبلغ المؤنة قيمة المتاع أو تزيد فيكون فى ذلك تفويت مقصود الموكل وهذا دليل صالح لتقييد مطلق الوكالة فاذا تقيدت بالمصر كان هو بالاخراج مخالفا فلا ينفذ بيعه ويكون ضامنا ولم يذكر فى الكتاب ما اذا لم يخرج المتاع مع نفسه ولكن باعه بالبصرة ومشايخنا رحمهم الله يقولون بيعه يجوز هنا لان التسليم فى بيع العين انما يجب في موضع المبيع فلا يلحقه مؤنة النقل والاصح انه لا يجوز لان التقييد ثبت بالدلالة كما ذكرنا فكان كالثابت بالنص والوكالة تقبل التقييد بالمكان والزمان ولو قال بعه بالكوفة ففى أى أسواق الكوفة باعه جاز لان مقصوده بهذا التقييد سعر الكوفة وفي أي أسواق الكوفة باع فانه انما باع بسعر الكوفة وان حمله الى مصر آخر فباعه لم يجز بيعه فكان ضامنا له قياسا واستحسانا لتقييد الامر بالكوفة نصا واذا كان للرجل عدل زطى فقال لرجلين أيكما باعه فهو جائز وان باعه أحد هذين فهو جائز أو وكلت هذا أو هذا ببيعه فباعه أحدهما ففى القياس لا يجوز لجهالة من وكل بالبيع وفي الاستحسان يجوز لان هذه جهالة مستدركة فيحمل فيما هو مبنى علي التوسع ثم قد نص على القياس والاستحسان هنا ولم ينص فيما سبق من توكيل الواحد ببيع أحد العبدين حتى تكلف بعضهم كما بينا فى الاقرار أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار وجهالة المقر له تمنع من ذلك ولكن الاصح أن القياس والاستحسان فى الفصلين فانه قال هنا وكذلك لو قال لواحد بع احد هذين العبدين أو بع ذا وذا فهذا بيان أن القياس والاستحسان سواء واذا أمره أن يبيعه ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام فباعه بغير خيار أو بخيار دون الثلاثة فدفعه فبيعه باطل وهو له ضامن لانه أتى بعقد هو أضر على الآمر فانه أمره بالبيع على وجه يكون الرأى في هذه الثلاثة الى الموكل بين أن يفسخ العقد أو يمضيه وقد أتى بعقد لا يثبت فيه هذا القدر من الرأى للآمر فكان مخالفا كالغاصب ولو قال بعه واشترط الخيار لي شهرا فباعه وشرط الخيار له ثلاثة أيام جاز فى قول أبي حنيفة رحمه الله استحسانا ولم يجز في قولهما لان من أصلهما ان الخيار يثبت في مدة الشهر ويصح البيع معه فانما أمره بعقد يكون فيه الرأى الى الآمر في هذه المدة وهو لم يأت بذلك فكان ضامنا وان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن اشتراط الخيار فى البيع لايجوز أكثر من ثلاثة أيام فانما هذا

وكيل بالبيع الفاسد عنده والوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعا جائزا نفذ على الا مر استحسانا فهذا مثله ولو قال بعه بيعا فاسدا فباعه بيعا جائزا كان هذا استحسانا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان أمره بالعقد لا يزيل ملكه بنفس العقد فكان كالمأمور بالهبة اذا باع أو لانه أمره ببيع لا ينقطع به حق الموكل فى الاسترداد أو أمره ببيع يكون المبيع مضمونا بالقيمة على المشترى اذا قبضه فكان كالمأمور بشرط الخيار للآمر اذا باعه بغير خيار ووجه الاستحسان أنه من جنس التصرف الذي أمره به وهو خير للآمر مما أمره به فلا يكون مخالفا كالوكيل بالبيع بألف اذا باع بالفين وبيانه انه أمره بان يطعمه الحرام بالتجارة وهو أطعمه الحلال والتجارة مشروعة لا كتساب الحلال بها دون الحرام بخلاف المضمون المأمور بالهبة اذا باع لان ما أتي به ليس من جنس ما أمره به وبخلاف بيع المأمور بشرط الخيار اذا لم يذكر الخيار لان ما أتى به ليس بانفع للآمر به بل هو أضر عليه * يوضحه انه لو أمره بالبيع الجائز فباع بيعا فاسدا لم يكن مخالفا فعرفنا أن الامتثال بأصل العقد لا بصفة الجواز والفساد وفى الامالى عن أبي يوسف رحمه الله انه لو أمره بأن يزوجه امرأة بغير شهود فزوجها اياه بشهود لم يجز عند أبي يوسف رحمه الله وهذا لان التوكيل بالنكاح لا يتناول النكاح الفاسد عنده بخلاف البيع ولان النكاح الفاسد لا يوجب الحل أصلا وهو غير مأمور من جهته باثبات الحل له فلهذا لا يصح مباشرته العقد الصحيح بخلاف البيع ولا اشكال على قول محمد رحمه الله انه لا يجوز فاما عند أبي يوسف رحمه الله فقال ينبغى ان يجوز لان الاذن فى النكاح عنده يتناول الجائز والفاسد وما أتى به انفع للموكل مما أمره به ولو قال بعه بعبد الى أجل فباعه بدراهم حالة فى القياس لا يجوز وهو قول محمد رحمه الله ولم يذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقيل على قولهما ينبغى ان يجوز لانه مأمور بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد الصحيح والاصح انه لا يجوز هنا لانه سمى جنسا خلاف ما آمره به الآمر وعند اختلاف الجنس فى المسمى يكون مخالفا وان كان ذلك انفع للآمر كالتوكيل بالبيع بألف درهم اذا باعه بألف دينار لا ينفذ على الآمر ولو قال بعه بالف نسيئة فباعه بالف أو أكثر من الف بالنقد فهو جائز لانه حصل مقصود الامر وزاده خيرا بزيادته فى قدر المسمى أو في صفة الحلول وان باعه بأقل من الف بالنقد لم يجز لانه خالف مقصوده وما سمى له فانه أمره بأن يدخل فى

ملكه بمقابلة العبد الفا وقد أدخل فى ملكه دون ذلك وان باعه بالفين نسيئة جاز لانه خالف الى خير بزيادة الثمن وان باعه بألفين نسيئة شهرين والموكل انما أمره بألف نسيئة شهرا لم يجز أيضا لانه خالف ماسمى له فى مدة الاجل الى ماهو أضر عليه والحاصل أن مقابلة زيادة القدر بالنقصان المتمكن بزيادة الاجل انما يكون بطريق المقايسة وليس للوكيل ذلك بل عليه مراعاة ماسمى له الآمر فاذا خالف الى ماهو أضر عليه لم ينفذ تصرفه عليه ولو دفع اليه منطقة فيها مائة درهم فضة فقال بعها بخمسين فباعها بمائة درهم وعشرة دراهم نقدا فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله لانه زاده خيرا من كل وجه وفى قول محمد رحمه الله لايجوز لانه أمره بالعقد الفاسد وقد أتى بالعقد الصحيح وكذلك لو قال بعها بخمسين درهما نسيئة فباعها بخمسين نقدا فهو على الخلاف الذى ذكرنا وان دفع اليه جراب هروي فقال بعه نسيئة أو نقدا فما باعه من شئ من دراهم أو دنانير أو شئ مما يكال أو يوزن فهو جائز أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل وأما عندهما فلانه وسع الآمر عليه بقوله بعه نسيئة أو نقدا فينصرف الى كل ماينبت دينا فى الذمة ثبوتا صحيحا وان باعه بيعا فاسدا ودفعه اليه لم يكن مخالفا لما بينا ولو قال بعه نسيئة فباعه الى الحصاد والدياس أو الى العطاء أو الي النيروز فالبيع فاسد بجهالة هذه الآجال عند المتعاقدين كما لو باعه الموكل بنفسه الا أن يقول المشترى أنا أعجل المال وأدع الاجل فحينئذ يجوز حذف الشرط المفسد قبل تقرره وهى زفرية معروفة فى البيوع ولو وكله بطعام فقال بعه كل كر بخمسين فباعه كله فهو جائز لان حرف كل جامع لكل ما يضاف اليه وقد أضافه الي الطعام فيجمع كل كر منه وان قال بعه بمثل ما باع به فلان الكر فقال فلان بعت الكر باربعين فباع الوكيل باربعين ثم وجد فلانا باعه بخمسين فالبيع مردود لانه تبين أنه باعه بأقل مما سمى له وان فلانا أخبر بالباطل والمخبر به اذا كان كذبا فبالاخبار به لا يصير صدقا وجهل الوكيل لايبطل حق الموكل ولا يجعل الوكيل موافقا وان كان فلان باع كرا بخمسين فباع هذا كراره بخمسين خمسين ثم باع فلان بعد ذلك بستين فهو جائز ولا ضمان على الوكيل لانه أمره بالبيع بمثل ماباع به فلان فى الماضي لا بمثل مايبيع به في المستقبل وقد امتثل أمره فى ذلك وان كان فلان باع كرا باربعين وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كل كر باربع وأربعين ففي القياس لا يجوز بيع الوكيل لان جوازه يعتمد رضا الموكل وفى رضاه بأربعين شك لما كان فلان باع تارة بخمسين وتارة

بأربعين فالظاهر أن مراد الآمر بهذا بع على ما باع به فلان لا أدناه ولكنه ترك القياس واستحسن فقال يجوز لانه امتثل ماسمى له فانه سمى له البيع بمثل ما باع به فلان واذا كان قد باعه بأربعين فهذا قد باع بمثل ماباع به فلان وهذا لان فى المنصوصات يعتبر أدنى ما يتناوله الاسم لانهايته (ألا ترى) أنه اذا شرط صفة الجودة فى المبيع يعتبر أدنى الجودة لا أعلاها ولانا لو لم ننفذ بيعه لم نجد بدا من أن نجعل الوكيل ضامنا وبالشك لا يجب عليه الضمان ولو وكله بشراء عبد بعينه فقبل الوكالة وخرج من عنده فاشهد انه يشتريه لنفسه ثم اشتراه فهو للموكل لانه قصد عزل نفسه فيما يوافق أمر الامر وعزله يكون بالخلاف لا بالموافقة فلا يعمل قصده هذا وكذلك لو وكله آخر بعد ذلك بشرائه فاشتراه فهو للاول لانه بعد قبول الوكالة منه صار بحيث لا يملك شراءه لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لغيره واذا وجد الوكيل بالعبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد لان العبد ما دام فى يده فالوكالة قائمة غير منتهية فهو متمكن من رده بيده فلا حاجة الى استئمار الآمر وان كان دفعه الى الآمر فليس له أن يخاصم فى عيبه الا بامر الامر لان الوكالة قد انتهت بالتسليم الى الآمر ولانه لا يتمكن من رده الا بابطال يده واليد حقيقة فيه للآمر ولا سبيل له الى ابطال يده الا برضاه والدليل على الفرق أن الوكيل لا يكون خصما لمن يدعى فى هذا العبد شيأ بعد ماسلمه الى الامر بخلاف ماقبل التسليم فانه خصم باعتبار يده مالم يثبت أنها لغيره واذا أمره أن يشترى له هذا العبد بصنف المكيل أو الموزون فاشتراه بغير ذلك الصنف لم يلزم الآمر لانه لم يحصل مقصود الآمر فان مقصوده تحصيل العبد له بهذا الصنف الذى سماه فاذا لم يحصل مقصوده كان مشتريا لنفسه ولو لم يسم له الثمن لم يجز له أن يشتريه للآمر الا بدراهم أو بدنانير لما بينا أنه يتعذر اعتبار اطلاق الوكالة فى العوض فيحمل على أخص الخصوص وهذا الشراء بالنقد فان اشتراه بعضه بعينها تبرا واناء مصوغ أو ذهب أو تبر أو بمكيل أو بموزون أو عرض لزم المشترى دون الآمر لان أمره لما قيد بالشراء بالنقد صار كأنه نص عليه والتبر والمصوغ ليسا بنقد فكان فيما صنع مخالفا أمره فلهذا صار مشتريا لنفسه دون الآمر ولو وكله بشراء عبد بعينه بثمن مسمى فوكل الوكيل وكيلا آخر فاشتراه لزم الآمر الثانى دون الاول لان الاول انما رضى برأى وكيله بالشراء وما رضى بتوكيله فهو فى التوكيل مخالف وان كان قد سمى

الثمن له لان تسمية الثمن تمنع الزيادة دون النقصان واذا صار مخالفا نفذ شراء وكيله عليه كما لو اشتراه بنفسه على وجه يكون مخالفا فيه يصير مشتريا لنفسه ولو اشتراه الوكيل الثانى بمحضر الوكيل الاول لزم الآمر الاول لان تمام العقد برأى الوكيل الاول فكانه هو الذى باشر العقد وفى هذا خلاف زفر رحمه الله وقد بيناه وان قال الوكيل امرتنى أن اشتريه لك بألف درهم وقال الآمر أمرتك بخمسمائة فالقول قول الامر لان الاذن مستفاد من جهته ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الزيادة ولان تصرف كل انسان يكون لنفسه باعتبار الأصل الى أن يظهر كونه نائبا عن غيره فكان الآمر متمسكا بالأصل ولو أقام البينة فالبينة بينة الوكيل لانه يثبت لنفسه دينا فى ذمة الآمر ويثبت خلاف ما يشهد به الظاهر وهو وقوع الملك بشرائه للآمر وكذلك لو قال الامر للوكيل أمرتك بغير هذا العبد وقال اشترلي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز للآمر وعليه قيمة عبد الوكيل لانه صار كالمستقرض لعبد الوكيل حين أمره ان يشترى به له عبدا واستقراض الحيوان وان كان فاسدا فاذا تم كان مضمونا بالقيمة ولان الشراء يوجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل فاذا صح التوكيل هنا واشترى بعبده وجب للبائع على الوكيل تسليم العبد اليه وللوكيل على الموكل مثله ومثل العبد قيمته وانما صح التوكيل لانه أقر بالشراء له بعوض يلتزمه فى ذمة نفسه كان صحيحا وكذلك اذا أمره بالشراء له بعوض يلتزمه فى مال نفسه وان اختلفا فى مقدار القيمة فالقول قول الوكيل مع يمينه أو يترادان لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشترى على معنى ان الموكل يملك السلعة بعقد الوكيل بعوض يستوجبه الوكيل عليه والبائع مع المشترى اذا اختلفا فى الثمن فالحكم ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع أو يترادان ثم حاصل الجواب في هذه المسئلة ان يقال هنا معنيان أحدهما ماينا وذلك موجب للتخالف والثانى ان الوكيل أمين مخبر بما يجعل مسلطا عليه وفي مثله القول قوله مع يمينه فيكون للموكل الخيار ان شاء مال الى هذا الجانب ورضى أن يأخذ بما قال الوكيل فحينئذ يحلف الوكيل على مايدعى من مقدار الثمن كما هو الحكم في يمين الأمين فاذا حلف أخذه بذلك وان شاء مال الى الآخر ولم يرض ان يأخذه بماقال الوكيل فحينئذ يتحالفان والذى يبتدأ به فى اليمين الآمر لانه بمنزلة المشترى فكما أن البائع والمشترى اذا اختلفا فى الثمن يبدأ بيمين المشترى لان أول التسليمين عليه فكذلك هنا يبدأ بيمين الامر ويحلف

على علمه لانه استحلاف على فعل الغير وبعد ماتحالفا فالعبد المشترى يلزم الوكيل لانفساخ السبب بين الوكيل والموكل قال واذا وكل رجل رجلا ان يشترى له أمة يتخذها أم ولد ويطؤها بألف درهم فاشترى له أمة رتقاء لا توطأ أومجوسية أو أمة لها زوج لم يلزم الآمر لانه صرح بمقصوده عند التوكيل بمحل صالح لما صرح به وهذا المحل غير صالح لذلك وكان الوكيل مشتريا لنفسه وكذلك كل ما وصفه بصفة فاشتراه بصفة تخالف تلك الصفة كان مشتريا لنفسه لما قلنا بخلاف ماذا أطلق فان ماليس بمعين يختلف باختلاف الصفة قال واذا وكله أن يشترى له عبدا بعينه بألف درهم فاشتراه الوكيل وقبضه وطلب الآمر أخذه فأبى الوكيل أن يعطيه حتى يستوفى الثمن فله أن يمنعه عندنا سواء نقد الوكيل الثمن أو لم ينقد وليس له حق المنع عند زفر رحمه الله وهذه معروفة فى البيوع بفروعها إلا أن هناك لم ينص على الخلاف اذا هلك بعد المنع وانما نص عليه هنا فقال عند أبى يوسف رحمه الله يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الثمن كالمرهون وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون مضمونا بالثمن قلت قيمته أو كثرت كالمبيع اذا هلك فى يد البائع فان الوكيل مع الموكل لبائع مع المشترى فان مات فى يد الوكيل قبل أن يمنعه مات من مال الآمر لان الوكيل فى القبض عامل للآمر فيصير الآمر بقبض الوكيل قابضا حكما ما لم يمنعه منه فاذا هلك هلك من مال الآمر وللوكيل أن يرجع عليه بالثمن بخلاف ماذا منعه لانه صار مستردا ليده أو لان بالمنع تبين انه كان فى القبض عاملا لنفسه لا للآمر وان كان البائع أخر المال عن المشترى لم يكن للمشترى أن يأخذه من الآمر بمنزلة مالو اشترى بثمن مؤجل فانه لم يرجع على الآمر قبل حلول الاجل وهذا لان الوكيل انما يستوجب على الآمر مثل ماوجب للبائع عليه بصفته وهذا بخلاف الشفيع مع المشترى فان الاجل الثابت فى حق المشترى لا يثبت فى حق الشفيع لان الشفيع انما يتملك المبيع بعقد جديد سوى عقد المشترى والاجل المذكور فى عقد لا يثبت فى عقد آخر وهنا الموكل انما يتملك بذلك العقد الذى باشره الوكيل والاجل ثابت فى حق الوكيل بحكم ذلك العقد فيثبت فى حق الموكل أيضا ولو حط البائع شيأ من الثمن عن الوكيل ثبت ذلك للآمر لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمنا بخلاف ما لو وهب البائع الثمن كله للوكيل كان له أن يرجع على الموكل بالثمن لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد اذ لو التحق بأصل العقد فسد البيع لانه يبقى بيعا بغير ثمن وهو

فاسد فكان ذلك مقصورا على الحال وابراء الوكيل لايمنع من الرجوع على الآمر لان ثبوت حق الرجوع له بالشراء لا بالولاء بخلاف الكفيل اذا برئ حيث لايرجع على الأصيل لان ثبوت حق الرجوع له بالأداء أو بملكه ما فى ذمته وذلك لايحصل بالأداء ولو أمره أن يشتري له عبدا بعينه بألف درهم ومائة ثم حط البائع المائة عن المشترى كان العبد للمشترى دون الآمر لانه فى أصل العقد مخالف فوقع الشراء له ثم لايتحول الى الامر بعد ذلك الا بتجديد سبب ولم يوجد وبهذا يحتج زفر رحمه الله فى الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه فان عند زفر رحمه الله هناك وان اشترى الباقى قبل الخصومة كان العبد للوكيل دون الامر لانه فى أصل الشراء مخالف ولكنا نقول هناك عرضت الموافقة بفعل يكون من الوكيل فيما تناولته الوكالة قائم فمنع تحقق الخلاف وهنا عرضت الموافقة بفعل يحدثه الوكيل فيما تناولته الوكالة غير موجود فتحقق الخلاف بنفسه. ولو ان رجلا اشترى عبدا واشهد انه يشتريه لفلان فقال فلان قد رضيت كان للمشترى أن يمنعه منه لان الشراء نفذ على العاقد حين لم يكن مأمورا من جهة غيره ورضا الغير انما يعتبر فى عقد موقوف على اجازته وهذا العقد غير موقوف علي اجازته فرضاه فيه وجوده كعدمه وان سلمه له وأخذ الثمن كان ذلك بمنزلة بيع مستقبل منهما فان البيع بالتعاطى ينعقد عندنا لان المقصود تمام الرضا قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وذلك يحصل بالفعل كما يحصل بالقول واذا وكله بأن يشترى له أمة بألف درهم فاشتراها بالفين فبعث بها للآمر فاستولدها ثم قال الوكيل اشتريتها بالفين فان كان حين بعث بها اليه قال هذه الجارية التى أمرتنى فاشتريتها لك لم يصدق فى أن ثمنها ألفان ولم تقبل بينته على ذلك لانه بالكلام الأول صار مقرا انه اشتراها للامر وانما يكون مشتريا للامر اذا اشتراها بالثمن الذى سمى الآمر له فكان هو فى قوله بعد ذلك اشتريتها بالفين مناقضا والمناقض لادعوى له ولا تقبل بينته وان لم يكن قال ذلك حين بعث بها اليه فالقول قوله لانه يقول اشتريتها لنفسى وانما بعثتها اليه وديعة أو لينظر انها تعجبه بالثمن الذي اشتريتها له به أولا فلم يسبق منه ما يناقض قوله فلهذا جعلنا القول قوله ثم يأخذ القيمة وعقرها وقيمة ولدها لان الامر مغرور فيها فانه استولدها باعتبار سبب ظاهر لو كان حقيقة كانت الجارية له وهو ان الوكيل اشتراها له بما أمره به فاذا تبين الأمر بخلافه كان مغرورا ولو وكله ان يشترى له كر حنطة من الفرات فاشتراها واستأجر بعيرا لحمله عليه لم يكن الكراء

على الآمر فى القياس لان وجوب الكراء بعقد آخر سوى العقد الذى أمره به فكان متبرعا فى حمله بمنزلة أجنبي آخر (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء من السوق فاشتراه ثم حمله الى منزله بكراء كان متبرعا فيه فكذلك هذا وفى الاستحسان يرجع على الآمر بالكراء لانه مأمور بحمله دلالة فانه أمره بالشراء من الفرات ولا يمكنه ان يتركه هناك بعد الشراء فان الحنطة تحمل فى السفن الى بغداد فتشترى ثمة وتنقل الى المنازل اذ لا يبقى هناك بالليل احد يحفظها وليس هناك حانوت تحفظ فيه فلما أمره بالشراء مع علمه بهذا صار الامر آمرا له بالنقل دلالة والنقل لا يتأتى الا بالكراء وكانه أمره بهذا الاستئجار بخلاف مالو أمره بالشراء من السوق *توضيحه ان الوكيل مضطر فى هذا النقل فانه لو تركه هناك يكون مضيعا له فلم يكن متبرعا فى هذا النقل بخلاف ماإذا اشتراه من السوق فانه غير مضطر الى نقله لتمكنه من الترك فى حانوت البائع وان كان الآمر أمره ان يستأجر الكر بدرهم فاستأجر له بدرهم ونصف لم يكن على الامر من الكراء شئ لان الوكيل صار مخالفا له فكان مستأجرا لنفسه فحمله على من استأجره لنفسه لحمله على دابة نفسه ولو استأجره بدرهم جاز على الآمر ولم يكن للوكيل حبس الطعام حتى يستوفى الكراء لان الكراء ليس بعوض عن الطعام وانما يحبس الطعام ببدله وبدل الكراء هنا منفعة الدابة فى الحمل وقد تلاشت وليس للحمل أثر قائم فى المحمول فلا يحبس المحمول به بخلاف الخياطة والقصارة فان أثر فعل الخياط والقصار قائم فى الثوب فله أن يمنعه حتى يستوفى الاجرة ولو وكله ان يشتري له طعاما بعشرة دراهم ولم يدفعها اليه فاشتراه الوكيل نسيئة فهو جائز لانه مأمور بالشراء مطلقا وقد بينا نظيره فى الوكيل بالبيع وعن أبى يوسف رحمه الله في الفصلين جميعا انه انما يبيع ويشترى للآمر بالنسيئة اذا أمره بالتصرف على وجه التجارة لان كل واحد من النوعين من صنع التجار فاذا أمره بالبيع لا على وجه التجارة لا يملك البيع بالنسيئة وبيان هذا فى كتاب الرهن ثم للآمر ان يأخذ الطعام قبل أن ينقد الثمن لان حاله مع الوكيل كحال الوكيل مع البائع وللوكيل ان يقبض المبيع قبل أن ينقد الثمن اذا كان مؤجلا فللآمر ذلك أيضا فان مات الوكيل حل عليه الثمن لم يحل على الآمر لان حلول الثمن على الوكيل لوقوع الاستغناء عن الاجل وعدم انتفاعه ببقائه أو لان ماعليه من الدين صار كالمستحق في تركته وهو ميت وهذا لا يوجد في حق الآمر مابقى حيا وكذلك لو أمره بأن يشتري له الى أجل وهذا أظهر من الاول ولو كان أعطاه

دنانير وأمره أن يشتري بها ثم لم ينقدها حتى دفع الطعام الى الآمر وأنفق الدنانير فى حاجته ونقد الثمن غيرها فهو جائز لانه امتثل الامر في الشراء بتلك الدنانير وهى لاتتعين فى الشراء بالتعيين فكانت باقية على ملك الآمر وقد وجب الثمن للبائع دينا في ذمة الوكيل وللوكيل فى ذمة الآمر فالوكيل حين أنفق دنانير الآمر فى حاجته صار مستوفيا دين نفسه فبقى دين الآمر عليه يغرمه فى ماله وان اشترى بدنانير غيرها ثم نقدها فالطعام للوكيل لانه كان مأمورا بالشراء بتلك الدنانير فاذا اشترى بغيرها صار مخالفا فكان مشتريا لنفسه ثم نقد دنانير الآمر في قضاء دين نفسه فصار ضامنا له فان قيل الشراء لا يتعلق بتلك الدنانير فشراء الوكيل بها وبغيرها سواء قلنا لا نقول يتعلق الشراء بتلك الدنانير وانما تتقيد الوكالة بما يتقيد به المال المضاف اليها (ألا ترى) انه لو هلك المال قبل الشراء به بطلت الوكالة واذا تعلقت الوكالة بتلك الدنانير لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة على أن الشراء قد يطل يتعلق الدنانير المضافة اليها نوع تعلق (ألا ترى) أن من اشترى بالدنانير المغصوبة ونقدها لم يطب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى بغيرها ونقدها وان اشترى الوكيل طعاما الى أجل وهو ينوى الشراء بها لم يصدق على ذلك ولم يلزم الآمر لان تلك الدنانير عين وصفة العينية تنافى الاجل فبين شرائه بالثمن المؤجل وبين شرائه بتلك الدنانير منافاة بينة فبينه مخالفة لما صرح به ودعواه غير مطابقة لما ظهر منه فلا يصدق على ذلك وكان هذا ومالو اشتراه بدنانير غير تلك الدنانير سواء وان كان اشترى طعاما بمال فنوى الشراء بتلك فهو جائز على الآمر لانه ما صرح بخلاف ما أمره به نصا فان اضافة الثمن الى ذمته والى مافي يده من الدنانير سواء وكان تعيين تلك الدنانير فى قلبه كتعينها باشارته فى العقد اليها وهذا لان الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد مايوافق الآمر فى السوق ولا تكون تلك الدنانير معه فلو رجع الى بيته ليحضرها فاته فلهذا جوزنا شراءه للآمر بمطلق الدنانير وان نقد بعد ذلك تلك الدنانير نصا وكذلك لو أمره أن يشترى له عبدا وسمى جنسه وثمنه ووكله آخر بمثل ذلك ودفع اليه الثمن فاشتراه على تلك الصفة وقال نويته لفلان فالقول قوله لان مافى ضميره لايعرفه غيره فيوجب قبول قوله في ذلك وهو أمين مسلط على ما أخبر به من جهة كل واحد منهما وان مات فى يديه مات من ماله الذي سمى له لانه بقبضه له يصير من وقع له الشراء قابضا ولو وكله احدهما أن يشتري له نصف عبد معروف بثمن مسمى ووكله آخر بأن يشترى له نصف عبد بمثل ذلك الثمن

فاشترى الوكيل نصفه وقال نويت ان يكون للآخر فالقول قوله لان وكالة الثانى صحيحة وصار هو مالكا شراء النصف لكل واحد منهما فكان قوله مقبولا في تعيين من المشترى له وان كان كل واحد منهما سمى له ثمنا مخالفا لما سمى الآخر فاشترى احد النصفين بذلك الثمن وقال نويته لفلان الآخر فالقول قوله لما بينا ان ما في ضميره لا يعرفه غيره فاذا قبلنا قوله فى ذلك صار مخالفا مشتريا لنفسه لانه اشترى بثمن غير الثمن الذى نواه له بالشراء ولا يكون هذا النصف للذى أمره بالشراء بهذا الثمن لانه لم ينوه له وفيما ليس بعين لا يصير مشتريا للامر الا أن ينوي ان ينقد دراهمه قال واذا وكله ان يشترى له جارية بعينها فقال الوكيل نعم ثم اشتراها لنفسه ووطئها فحبلت منه فانه يدرأ عنه الحد وتكون الامة وولدها للآمر ولا يثبت النسب لانه صار مشتريا للآمر فان نيته لنفسه لغو في الجارية المعينة الا انها في يده بمنزلة الجارية المبيعة في يد البائع على مابينا ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى ووطء البائع للامة المبيعة لا يوجب عليه الحد لتمكن الشبهة ولكن لا تمكن الغرور بهذا لانه استولدها مع العلم بانها لغيره ولهذا كانت مع ولدها للآمر ولا يثبت النسب قال ولو وكله بأن يشترى له أمة وسمى جنسها فاشترى أمة وأرسل اليه بها فاستولدها الآمر ثم قال الوكيل ما اشتريتها لك فان كان حين بعث بها اليه قال اشتريتها لك أو قال هى الجارية التى أمرتنى بأن اشتريها لك لم يسمع دعواه بعد ذلك ولا تقبل بينته على الاشهاد عند الشراء انه اشتراها لنفسه لكونه مناقضا فى هذه الدعوى وان لم يذكر شيئا من ذلك فالقول قوله مع يمينه ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها لما بيناه فيما سبق قال ولو وكله بأن يشترى له دار فلان بألف درهم فاشترى صحراء ليس فيها بناء فهو جائز لان الدار اسم لما يدار عليه الحائط مبنيا كان أو غير مبنى والعرب يطلقون اسم الدار على الصحراء التى لم يبق فيها الأثر قال القائل

يا دار مية فالعلياء فالسند (وقال الآخر) عفت الديار محلها فمقامها

وهذا بخلاف مالو أمره بأن يشترى له بيتا فاشترى أرضا لم يكن فيه بناء لم يجز على الامر لان البيت اسم لما يبات فيه وذلك فى المبنى خاصة ثم الانسان قد يشترى الدار غير مبنية ليبنيها على مراده فلم يكن فيما اشتراه الوكيل معنى المخالفة لمقصود الآمر بخلاف البيت فانه يشتريه لينتفع به ولا يحتاج الى تخلق بنائه وهذا المعنى لا يحصل فى غير المبنى فاذا

صح شراء الدار للآمر وهلك المال عند الوكيل فقال الآمر هلك قبل أن تشترى وقال الوكيل هلك بعد ما اشتريتها فالقول قول الآمر لانكاره بقاء الوكالة عند الشراء بمنزلة ما لو أنكر التوكيل أصلا ولان الوكيل يدعى لنفسه الثمن في ذمة الموكل وهو منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه ويحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو الشراء به قبل الهلاك أو بعده ولو لم يهلك ونقده البائع فاستحقه رجل فضمن الوكيل رجع به على الامر لانه كان عاملا له فيما قبض من الثمن ونقد وان ضمن البائع رجع به على الوكيل لان المقبوض من الثمن لم يسلم له رجع الوكيل على الآمر لكونه عاملا له ولو لم يستحق ولكن جحد البائع أن يكون القبض قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف رجع به على الوكيل ولم يرجع به الوكيل على الآمر لانه مقر انه استوفى الثمن من الآمر ونقده البائع ثم ظلمه البائع بتغريمه الثمن مرة أخرى فليس له أن يظلم الآمر ان ظلمه غيره ولو لم ينقده البائع حتى هلك عند الوكيل فاخذه من الآمر ثانية فهلك عنده لم يرجع به على الامر ويضمن الثمن من عنده للبائع لان بالشراء وجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الآمر فاذا قبضه الوكيل بعد الشراء صار به مستوفيا دين نفسه فدخل المقبوض في ضمانه وكان هلاكه عليه بخلاف ما لو قبضه قبل الشراء فانه ما استوجب على الآمر شيئا بعد وكان في ذلك القبض عاملا للامر لا لنفسه والفرق بين هذا وبين المضاربة قد بيناه فيما أمليناه من شرحه قال ولو وكله أن يشترى له سيفا بثمن مسمى فاشترى نصلا أو سيفا محلى كان جائزا لان اسم السيف للنصل حقيقة وشراؤه معتاد فقد يشترى المرء نصلا ليركب عليه الحمايل على مراده قال ولو وكله بأن يشترى له ثوبا يهوديا ليقطعه قميصا فاشترى له ثوبا لا يكفيه لم يلزم الآمر لانه بين له مقصوده فتقيدت الوكالة بثوب يصلح لمقصوده وكذلك لو وكله أن يشترى له دابة يسافر عليها ويركبها فاشتراها مقطوعة اليد أو عمياء أو مهرا لا يركب عليه لانه غير صالح لما قيد الآمر التوكيل به قال ولو وكله ان يشترى له عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى أكثر به لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لانه أمره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك لم يتناوله أمره فكان مشتريا لنفسه وفى القدر الذى تناوله أمره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء بأقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر ولكن هذا الجواب انما يستقيم فيما اذا اشترى ما يساوى عشرة أرطال بدرهم اما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم فيصير مشتريا الكل

لنفسه لان الامر تناول اللحم السمين الذى يشتري منه عشرة أرطال بدرهم وقد اشترى المهزول فلم يكن محصلا مقصود الآمر فكان مشتريا لنفسه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى الصرف والسلم

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بان يشترى له ابريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشتراه بقيمته دنانير أو بمثل وزنه دراهم فهو جائز لانه مطلق للتوكيل بالشراء بالنقود وكل واحد من الجنسين من النقود وشراء الابريق بكل واحد منهما معتاد لو اشتراه الموكل بنفسه يجوز فكذلك اذا اشتراه الوكيل له وفى حكم التقابض المعتبر بقاء المتعاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا تضر هذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن تتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان ممن لا تتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا تتوجه عليه المطالبة ففى حكم صحة التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد فان قال الموكل لم تشتره وقال الوكيل اشتريته بكذا وكذا فصدقه البائع فانه يلزم الموكل بذلك الثمن لان الوكيل أقر بالشراء فى حال تملك الانشاء فيكون اقراره صحيحا وكذلك لو قال الموكل أخذته بثمن دون الذى قلت لان تصادق البائع مع الوكيل على الشراء بذلك الثمن بمنزلة مباشرتهما العقد فيكون لازما للموكل فالموكل يدعى عقدا سوي الذي ظهر بتصادقهما فلا يقبل قوله ذلك الا بحجة وكذلك هـذا فى الوكالة بشراء دار بعينها أو عبـد بعينه لان فى المعين الوكيل يملك الشراء للموكل ولا يملك الشراء لنفسه اذا كان بمثل قيمته فمطلق شرائه محمول على ما يملكه دون ما لا يملكه فلهذا كان لازما للموكل قال ولو وكله بخاتم ذهب فصه ياقوتة يبيعه فباعه بفضة أو ذهب أكثر مما فيه أو بخاتم من ذهب أكثر وزنا منه وليس فيه فص فهو جائز كما لو باعه الموكل بنفسه وهذا لان المثل من الذهب يصير بازاء المثل والباقى بازاء الفص وان تفرقا قبل قبض أحدهما فسد البيع لان العقد فى حصة الذهب صرف وان باعه بخاتم ذهب أكثر مما فيه من الذهب أو أقل وفيه فص وتقابضا جاز كما لو باعه الموكل بنفسه وهـذا لان الجنس يصرف الى خلاف الجنس أحيانا لا لتصحيح العقد وعلى هذا قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر لان عنده الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن اليسير والفاحش وعندهما انما لا يملك البيع بالغبن الفاحش لانه خلاف المعتاد ولما فيه من الضرر على الموكل وهذا غير موجود هنا وان صرفنا

الجنس لتصحيح العقد واذا وكله بدراهم صرفها له وصرفها الوكيل عند أبيه أو عند ابنه أو عبده أو مكاتبه كان باطلا فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز عندهما الا فى عبده أو مكاتبه وقد بينا هذا ثم زاد فقال فان باعه بالقيمة دنانير جاز ذلك كله ما خلا عبده اذا لم يكن عليه دين وهذا اشارة الى أن الخلاف فى البيع بالغبن اليسير دون البيع بمثل القيمة وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيما سبق قال ولو دفع اليه عبدا فقال بعه بالف درهم وزن سبعة فباعه بالفى درهم وزن خمسة فهذا جائز لانه باعه با كثر مما سمى له من جنسه فان الف درهم وزن سبعة تكون سبعمائة مثقال والفى درهم وزن خمسة يكونان الف مثقال فلم يكن هذا مخالفا لما سمى له الآمر قال وان دفع اليه عشرة دراهم يسلمها في ثوب ولم يسم جنسه لم يجز لان اسم الثوب يتناول اجناسا مختلفة فلم يصر مقصود الموكل بتسمية الثمن معلوما فان أسلمها الوكيل في ثوب موصوف فالسلم للوكيل لان الوكالة لما بطلت تعذر تنفيذ العقد على الموكل فنفذ على الوكيل ثم للموكل أن يضمن دراهمه أيهما شاء لانه قضى دين نفسه بدراهم الموكل فكان هو ضامنا بالدفع والمسلم اليه بالقبض فان ضمنها الوكيل فقد ملكها بالضمان وتبين انه نقد دراهمه بعينها فكان السلم له وان ضمنها المسلم اليه بعد ما افترقا بطل السلم لاستحقاق رأس المال من يد المسلم اليه فان ذلك يقتضى القبض من الأصل وان سمى ثوبا يهوديا جاز التوكيل لبيان الجنس والسلم نوع شراء فالتوكيل بشرائه سلما معتبر بتوكيله بشرائه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى الدين

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بتقاضى دينه وبقبضه لم يكن للوكيل ان يوكل غيره بذلك لان الناس يتفاوتون فى التقاضى فقد يعل الغريم من تقاضى بعض الناس والموكل انما رضى بتقاضيه بنفسه لا بتوكيله والقبض باعتبار الائتمان والناس يتفاوتون فيه فلا يكون رضا الموكل بقبض الوكيل رضا منه بقبض غيره فان قبضها الوكيل الثانى لم يبرأ المطلوب لانه فى حق الطالب كاجنبى آخر فلا يبرأ المطلوب بقبضه الا ان يصل المال الى الوكيل الأول لان يد الوكيل كيد الموكل فوصوله الى يده كوصوله الى يد الموكل ولان وصوله الى يده من جهة وكيله كوصوله الى يده أن لو قبض بنفسه وكذلك ان كان الآخر ممن فى عيال الأول فحينئذ يكون قبضه مبرئا للمطلوب لان يد من فى عيال الوكيل كيد الوكيل (ألا ترى) انه ان قبضه

بنفسه ثم دفعه الى من فى عياله لم يصر ضامنا وهذا لان الوكيل أمين فى المقبوض والامين يحفظ الامانة تارة بيده وتارة بيد من فى عياله قال وان وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له بعد ذلك دين فهو وكيل فى قبضه استحسانا وفى القياس لا يكون وكيلا فى قبضه لانه سمى فى الوكالة كل دين له والدين اسم لما هو واجب فانما يتناول ما كان واجبا عند الموكل دون ما يحدث ولكنه استحسن للعادة فان الناس بهذا التوكيل لا يقصدون تخصيص الواجب على ما يحدث وجوبه (ألا ترى) أنه يوكل الغير بقبض غلاته ومراده في ذلك ماهو واجب وما يحدث وجوبه بعد ذلك وهذا لان مقصوده في هذا التوكيل صيانة هذا النوع من ماله بقبض الوكيل فانه لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله وفي هذا المعنى لا فرق بين ماهو واجب وبين ما يحدث وجوبه فان جحد الغريم الدين فقد بينا أن عند أبى حنيفة رحمه الله الوكيل بالتقاضى والقبض وكيل بالخصومة فيثبت الدين بالبينة وعندهما لا يكون وكيلا بالخصومة فيتوقف الامر حتى يحضر الطالب قال ولو وكل رجلين بالقبض فقبض أحدهما لم يبرإ الغريم حتى يصل ذلك الى الآخر ويقع فى أيديهما جميعا لانه رضى بامانتهما جميعا فلا يكون راضيا بامانة أحدهما ولكن اذا وقع فى أيديهما تم مقصود الموكل الآن فكأنهما باشرا العقد بالقبض من الغريم واذا قال لغيره وكلتك بدينى فهو وكيل بقبضه استحسانا وفى القياس لا يكون وكيلا لجهالة ما وكله به من استبدال أو صلح أو قبض أو ابراء وهذه جهالة غير مستدركة ولكنه استحسن للعادة فالمراد بهذا اللفظ فى العادة التوكيل بالقبض ومعنى كلامه وكلتك بدينى لتعينه وتعينه بالقبض يكون ولان القبض متيقن به اذ ليس فيه تغيير شئ من حق الموكل وهو موجب الدين باعتبار الاصل فينصرف التوكيل اليه وهذا نظير الاستحسان الذى قال فيما اذا وكله بماله يكون وكيلا بالحفظ لانه هو المتيقن به قال واذا وكله بقبضه فابى أن يقبل الوكالة ثم ذهب فقبض لم يكن وكيلا ولم يبرأ الغريم من الدين لان الوكالة قد ارتدت برده فكان هو فى القبض كاجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم ويرجع الطالب بماله على الغريم ثم ان كان المقبوض قائما في يد الوكيل استرده الغريم منه لانه عين ماله سلمه اليه ليستفيد منه البراءة من الدين وهو لم يستفد وان هلك المال في يد الوكيل رجع عليه الغريم فضمنه ان كان كذبه في الوكالة لانه قبض منه المال بشرط أن يستفيد البراءة عما في ذمته أو يملك ما في ذمته فاذا لم يستفد هذا لم يكن راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب وكان له أن يضمنه وكذلك ان لم يصدقه

ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه اذا كان ساكتا فانما دفع المال بزعمه وزعمه أن يستفيد الغريم البراءة بما يدفعه اليه فيفيد رضاه به وان صدقه وضمنه فقد قال أنت وكيلي لا آمن أن يجحد الطالب اذا تصرف ضمن له مايقبضه الطالب مني وهذا ضمان صحيح لانه مضاف الى سبب الوجوب لان الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا فكانه قال أنا ضامن لك مايغصبه فلان منك وهذا اضافة الي سبب الوجوب فكان صحيحا فان صدقه في الوكالة ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانهما تصادقا علي أنه في المقبوض أمين وان الطالب في قبضه من الغريم ثانيا غاصب ظالم ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره قال ولو قبل الوكالة ثم أخرجه الموكل من الوكالة ولم يعلمه ذلك فهو على وكالته لما بينا أن العزل حجر عليه في القبض فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به وان أخبره بذلك حر أو كافر أو مسلم صغيرا أو كبيرا برسالة من الآمر لم يكن له أن يقبض شيأ ولم يبرأ الغريم منه ان اعطاه لانه كعبارة المرسل وارسال الصبي والعبد في مثل هذا معتاد بين الناس فان كل واحد لا يجد عدلا ليرسله في حوائجه قال وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر انه قد أخرجه من الوكالة لان توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع اليه ثم الاخراج نهي له عن ذلك فبعد ماعلم بالامر لا يثبت حكم النهي في حقه مالم يعلم به قال واذا ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب أو ذهب عقله ثم أسلم أو رجع اليه عقله فهو على وكالته أما عند ذهاب عقله فلانه لم يوجد ماينافي الوكالة ولكنه في حال الجنون عاجز عن القبض وأداء الامانة في المقبوض فاذا زال ذلك صار كان لم يكن فهو على وكالته أما في الردة فان لم يكن القاضي قضى بالحاقه فهو بمنزلة الغيبة وان كان القاضي قضى بلحاقه فهذا الجواب قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيما سبق قال والوكيل بقبض الدين اذا وهبه الغريم أو أبرأه منه أو أخره أو أخذ به رهنا لم يجز لان هذا تصرف غير ما أمر به (ألا تري) أن الموكل غير مجبر على شئ من هذا وهو مجبر على القبض اذا أتاه المطلوب بالمال وهذا قول هو الاصل في هذا الجنس أن الوكيل بالقبض انما يملك القبض على وجه لا يكون للموكل أن يمتنع منه اذا عرضه عليه المطلوب فليس للوكيل بالقبض ذلك كالشراء بالدين والاستبدال وان قال الوكيل قد برأ الي منه أو قامت عليه بينة بهذا القول برئ الغريم لان هذا اللفظ اقرار بالقبض والوكيل بالقبض يصح اقراره في براءة الغريم قال وان أخذ منه كفيلا بالمال جاز وله أن يأخذ به

أيهما شاء لان الكفالة بالمال توثق به وأمره اياه بالقبض لتحقيق معنى الصيانة وذلك يزاد بالتوثق به ولا ضرر فيه على الموكل الا أن يكون أخذ كفيلا على ان أبرأه فحينئذ لاتجوز البراءة عليه لما فيه من الضرر على الآمر وهذا بخلاف الرهن لانه وان كان توثقا لجانب الاستيفاء لكن فيه نوع ضرر على الآمر على معنى أنه لا يتصرف في المرهون فيهلاكه يصير مستوفيا ويسقط حقه فلهذا لم يصح فى حق الآمر قال واذا وكله فى كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل فى تقاض ولا شراء ولا بيع الا فى قول ابن أبي ليلي رحمه الله فانه يقول ظاهر لفظه يتضمن ذلك كله فانه من القليل والكثير الذى له أن يباشره بولايته فى ماله ولكنا نقول قد عرفنا يقينا انه لم يرد بهذا اللفظ جميع ماله أن يفعله وانما يثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك الا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالى قال واذا وكله بتقاضى دينه بالشام فليس له أن يتقاضى دينه بالعراق لان الوكالة تتقيد بتقييد الموكل وتقييده بموضع كتقييده بشخص بأن يوكله بتقاضي دينه على فلان فكما أن هناك الوكالة لا تعدو الى غيره فكذلك هنا وهذا لانه انما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد يعجز عن مباشرة القبض لديونه فى موضع دون موضع قال واذا وكل ذمى مسلما بتقاضى خمر له على ذمى كرهت للمسلم أن يقبض ذلك لان المسلم مأمور بالاجتناب عن الخمر ممنوع من الاقتراب منها وفى القبض اقتراب منها ولان التوكيل بقبض الدين من وجه توكيل بتمليك الدين لان الديون تقضي بأمثالها فالوكيل يملك المطلوب مافى ذمته بما يقبضه وتوكيل الذمى المسلم بتملك الخمر لايجوز الا أن هنا يجوز ان قبض فى حق براءة الغريم لانه من وجه تعيين لما كان مملوكا للطالب دينا فكان كالوكيل بقبض العين ومن وجه يتضمن التمليك ولكن لايتوقف هذا على فعل الوكيل (ألا ترى) أن المطلوب اذا أتى بالدين فوضعه بين يدى الطالب أو وكيله برئ فلما كان اتيانه لا يستدعي فعلا من الوكيل قلنا يجوز ولمكان أن فيه تمليك الخمر من وجه قلنا يكره توكيل المسلم به قال واذا قال الرجل للرجل اقض عنى فلانا من مالك ألف درهم ثم أقضيكها فقال المأمور قد دفعتها الى فلان وصدقه الا مر فان الطالب يأخذ الآمر بما له لان دعوى المأمور للقضاء كدعوي الآمر بما له بنفسه وهو غير مصدق فيما يدعى من قضاء الدين الا بحجة فكذا المأمور لا يصدق ولكن اذا حلف الطالب أخذ ماله من الغريم ولا شئ للمامور على الآمر لانه أمره بدفع يكون مبرئا له عن

حق الطالب ولم يوجد ذلك حين لم يستفد البراءة ولانه وكله بان يملكه ما فى ذمته ببدل يعطيه من مال نفسه ولم يكن ذلك حين رجع عليه الطالب بدينه فهو نظير ما لو وكله بان يملكه عينا فى يده بغيره بشرائه له وهناك لو قال اشتريته ونقدت الثمن من مالى وجحد ذلك صاحب العين وأخذ متاعه لم يكن للمأمور أن يرجع على الآمر بشيء فكذلك هنا قال واذا وكل الوصى وكيلا بدفع دين على الميت أو وصية الي صاحبها فهو جائز لانه يملك مباشرة الدفع بنفسه فيستعين فيه بغيره أيضا ولو وكل وكيلا وسماه فى هذا الكتاب فدفع بغير بينة ولم يكتب براءة فلا ضمان عليه لانه أمين فى المال المدفوع والقول قول الامين في براءة ذمته مع اليمين الا أن يكون ممالا يدفع الا بشهود فحينئذ يضمن اذا دفع بغير شهود لانه نهاه عن الدفع واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود فاذا دفع بغير شهود فهذا الدفع لم يكن مأمورا به فصار غاصبا ضامنا وان قال الوكيل قد اشهدت وجحد الطالب أن يكون قبض ولم يكن للوكيل شهود الا قوله أشهدت كان الوكيل بريئا من الضمان بعد أن يحلف علي ذلك لانه أخبر باداء الامانة فالقول قوله مع يمينه (ألا ترى) أن فيما تقدم جعل إخباره باصل الدفع مقبولا براءته لانه مسلط على ذلك فكذلك خبره بالدفع بالصفة التى أمر بها يكون مقبولا لكنه محتمل فقد يشهد على الدفع ثم يغيب الشهود أو يموتون فلا يقدر علي احضارهم وعلي هذا لو قال لا تدفع الا بمحضر من فلان فدفع بغير محضر منه كان ضامنا لما قلنا قال ولو وكله بدفع مال لفلان عليه له فارتد الوكيل ثم دفعه اليه جاز لان المدفوع مال الموكل والدفع تصرف من الوكيل من متاع نفسه لا فى ماله ولا حق لورثته فى ذلك فكان دفعه بعد الردة كدفعه قبلها فان ارتد الموكل قبل ردته أو لحق بدار الحرب فقال الوكيل دفعت المال قبل أن يرتد فالقول قوله لانه أخبر بما كان مسلطا عليه وكان خبره مقبولا فى براءته عن الضمان وان دفع الموكل المال الى صاحبه ثم دفع الوكيل المال الذى أمر بدفعه اليه وهو لا يعلم بدفع الموكل فلا ضمان عليه قال وهذا مثل اخراجه من الوكالة وقد بينا أن اخراجه من الوكالة لا يصح فى حقه مالم يعلم به دفعا للضرر عنه فهذا مثله فان قيل هذا اخراج حكما لان الدين لا يبقى بعد قضاء الموكل فيكون قضاؤه تفويتا للمحل وذلك عزل حكمى فلا يتوقف على العلم قلنا لا كذلك فان دفع الموكل بنفسه ليس موجب العزل حكما ولكن يتضمن منع الوكيل عن الدفع لانه لا يحصل المقصود بدفعه بعد ذلك (ألا ترى) أن الطالب لو وجد المقبوض زيوفا

فرده على المطلوب كان الوكيل على وكالته فتبين أن هذا بمنزلة عزله قصدا الا حكما فيتوقف على علمه به وكذلك لو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه فهذا بمنزلة العزل قصدا فلا يثبت في حق الوكيل اذا لم يعلم به ولا يصير ضامنا للمال بدفعه بل يرجع المطلوب بالمال على الطالب ان بين هو لكونه مالكا وانشاء الوكيل لكونه دافعا وقد تبين انه لم يكن للقابض حق القبض منه ولودفعه اليه الوكيل وهو يعلم بذلك فهو ضامن له لانه انعزل عن الدفع حين علم بسقوط الدين عن المطلوب فاذا دفعه كان ضامنا ويرجع به على الذى قبضه منه لانه ملك المقبوض بالضمان وقد قبضه منه بغير حق وكان له ان يرجع به عليه وقد فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل باداء الزكاة وهذا فرق قد بيناه على أصل الكل فى كتاب الزكاة فلو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ثم دفع الوكيل اليه بالمال فان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب فدفع الوكيل اليه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه تصرف منه فى كسب اسلامه وقد تعلق به حق ورثته فكان تصرفه فيه موقوفا عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن الوكيل لا يصير ضامنا الا ان يعلم ان قبضه لا يجوز بعد ردته فاذا علم ذلك فحينئذ يضمن لان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا علم اندفع الضرر عنه ودفع المال على وجه لم يحصل مقصود الآمر فصار ضامنا واذا لم يعلم فهو محتاج الى دفع الضرر عنه وقد امتثل أمره في الدفع ظاهرا فلا يصير ضامنا كما بينا * وهذه المسائل المعدودة التي يضر العلم فيها وهى خمس جمعناها فى غير هذا الموضع قال واذا ضمن الوكيل لعلمه رجع في مال المرتد الذى اكتسبه فى الردة لانه قبضه منه بغير حق حين لم يحصل للمطلوب البراءة بهذا القبض فكان دينا عليه فى كسب ردته ولا يجوز أن يكون الواحد وكيلا للمطلوب فى قضائه ووكيلا للطالب فى الاقتضاء كما لا يجوز ان يكون المطلوب وكيلا للطالب فى قبض الدين من نفسه وهذا لان فى القبض معنى المبادلة من وجه فلا يتولاه الواحد من الجانبين كالبيع والشراء قال والتوكيل بالتقاضى والقبض جائز ان كان الموكل حاضرا أو غائبا صحيحا أو مريضا لانه تفويض الى غيره ماهو من خالص حقه ولا ضرر فيه على الغير فان القبض معلوم بجنس حقه لا يتفاوت فيه الناس وعلى المطلوب أن يقضى الدين ولا يخرج الوكيل ولا الطالب الى التقاضى مع أن للتقاضى حقا معلوما اذا جاوزه منع منه بخلاف الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة رحمه الله فان مات المطلوب فالوكيل على وكالته فى تقاضى ذلك من مال الميت فان الدين لم يسقط

بموت المطلوب بل قضاؤه من تركته مستحق وابتداء التوكيل بالتقاضي بعد موته صحيح فبقاؤه أولى ولو كان الموكل هو الميت بطلت الوكالة لان المال صار ميراثا لورثته ولم يوجد التوكيل منهم بقبضه فان قال قد كنت قبضته في حياة الموكل ودفعته اليه لم يصدق في ذلك لانه أخبر بما لا يملك انشاءه فكان متهما في الاخبار وقد انعزل بموت الموكل والدين قائم ظاهرا فلا يقبل قوله في ابطال ملك قائم للوارث وان لم يمت الطالب ولكنه احتال بالمال على آخر وأبرأ المطلوب منه لم يكن للوكيل ان يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول لانه لم يبق في ذمة الأول شيء والتوكيل كان مقيدا بالتقاضي والقبض منه فلا يملك به القبض من غيره وهو المحتال عليه فان نوى ما على المحتال عليه ورجع على الاول فالوكيل على وكالته لان الحوالة لم تبطل الوكالة ولكن تعذر على الوكيل مطالبة المحيل كما كان فبقي الوكيل على وكالته وكذلك لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق العبد من يده أورده بسبب هو فسخ من الاصل فقد عاد دينه كما كان فبقيت الوكالة وكذلك لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفا لان بالرد بعيب الزيافة انتقض القبض من الأصل فبقي الوكيل على وكالته ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل ان يتقاضى من الكفيل لان التوكيل مقيد بالتقاضي من الأصيل فلا يملك به التقاضي من غيره فلو قال الطالب لرجل اذا حل مالي على فلان فتقاضه أو قال اذا قدم فتقاضاه أو اقبض ما عليه كان جائزا لان التوكيل اطلاق وهو يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى وقت وكذلك لو قال اذا أديته شيئا فأنت وكيلي في قبض ما عليه فقد أضاف التوكيل بالقبض الى حال وجوب الدين كالمستثنى للوكيل في ذلك الوقت ولو قال انت وكيلي في قبض كل دين لي وليس له دين يومئذ ثم حدث له دين كان وكيلا في قبضه أما على طريقة الاستحسان فغير مشكل لما بينا وعلى طريقة القياس فكذلك لان الدين اسم للواجب في الحال حقيقة ولما استجيب مجاز ولم تكن الحقيقة مرادة هنا فتعين المجاز وفيما تقدم كانت الحقيقة مرادة فانتفى المجاز ولو قال اذهب فتقاض ديني على فلان فله أن يقبضه لان المقصود من التقاضي القبض والمأمور بالشيء يكون مأمورا بتحصيل المقصود به ولا يكون وكيلا في الخصومة لان قوله اذهب فتقاض ديني بمنزلة قوله اذهب واقبضه وهذا اللفظ بمنزلة الرسالة بالقبض فلا يصير به وكيلا بالخصومة الا ان يصرح بلفظة التوكيل قال ولو كتب في ذكر الحق ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه أو وكيل بقبضه لم تكن هذه الوكالة شيئا لانه توكيل لمجهول

بالقبض وهو باطل قال ولو كتب فيه ان فلانا وكلني وكيلا في قبض هذا الحق كان جائزا لانه توكيل المعلوم وذلك صحيح يتم للموكل في حقه ولا يتوقف على حضرة الوكيل قال ولو وكله بقبض دينه على رجل فقبضه كان بمنزلة الوديعة عند الوكيل لانه في القبض عامل للموكل فكان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فان وجده الوكيل زيوفا أو ستوقا فرده فانه ينبغي في القياس ان يضمن ولكن استحسن ان لا أضمنه فقد جمع في السؤال بين الفصلين والمراد بالجواب أحدهما وهو الزيوف فاما في الستوق فلا يضمن بالرد قياسا واستحسانا لانه وكيل بقبض دينه والستوق ليست من جنس دينه فلا يصير به قابضا دينه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز فرد المقبوض لانه باق على ملك من قبضه منه وهو على وكالته في قبض دينه وجه القياس في الزيوف انه من جنس دينه فصار به قابضا ويجعل في الحكم كان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه فاذا رده على غيره صار ضامنا وهذا لان الوكالة انتهت بالقبض فهو في الرد كأجنبي آخر ووجه الاستحسان أنه مأمور بقبض أصل حقه بصفته وقد تبين انه لم يقبض الصفة ولا يتوصل الى قبض الصفة الا برد الزيوف فصار مأمورا به من جهة الموكل دلالة *توضيحه ان قبض الدين فيه معنى التمليك من وجه والزيافة عيب في الدراهم والوكيل بالتمليك بعوض يملك الرد بالعيب كالوكيل بالبيع والشراء قال وان وكله بتقاضي حنطة له على رجل فقبضها ووجد بها عيبا فردها فهو جائز لانه تبين انه مما قبض حقه فيرد المقبوض ليقبض الحق بصفته وفيه منفعة للآمر لانه لو هلك المقبوض قبل الرد بطل حقه من الصفة فكان في الرد احياء حقه وان لم يكن بها عيب فاستأجر لها من يحملها لم يجب الأجر على الآمر لانه متبرع بالحمل فأداء الكراء عليه فان الآمر لم يأمره بذلك قال الا أن يكون في المصر فاستحسن ان أجعله عليه وفي القياس هو متبرع هنا كما في الأول وفي الاستحسان قال الظاهر هنا انه يأمره بالقبض في المصر ليحمله الى منزله لانه ان أراد الأكل جملة الى منزله وان أراد البيع فكذلك لان قيمة الحنطة في المصر لا تختلف بالسوق وغيره فاما خارج المصر فان كان مراده البيع فربما يبيعه هناك ولا يحمله الى المصر اذا كان أنفع له من التزام الكراء فلا يكون أمره بالقبض أمرا بالحمل الى منزله ولان المؤنة في الحمل الى المصر تقل فلا يكون على الآمر فيه كثير ضرر لو عدينا حكم الآمر الى الحمل فاما خارج المصر فالمؤنة تكثر فربما يتضرر به الآمر فلهذا لا يتعدى حكم الوكالة الى الحمل وعلى هذا لو

وكله بقبض رقيق أو غنم فقبضها وانفق عليهافى رعيهاأو في كسوة الرقيق وطعامهم فهو متطوع فى ذلك لأن الأمر بالقبض لا يتعدي الى هذه الاشياء فهو متبرع فيها كسائر الأشياء قال ولو وكله بقبض دين له على أبي الوكيل أو ولده أو مكاتبه أو عبده فقال الوكيل قد قبضته وهلك فى يدى وكذبه الآمر فالقول قول الوكيل لان الوكالة لما صحت بالقبض من هؤلاء صار هو مسلطا من جهة الآمر على الاقرار بالقبض لان من ملك مباشرة الشئ يملك الاقرار به وتأويله في حق العبد اذا كان مديونا أما اذا لم يكن مديونا فتوكيله بالقبض يصح كتوكيله بالقبض من نفسه ولا يصح اقراره بالقبض لان وجوب الدين فيما هو ملك المولى وفى بعض النسخ قال أو مكاتب ولده أو عبده يعنى عبد الولد وهذا الجواب واضح وان كان الوكيل عبدا فقال قد قبضت من مولاى أو من عبد مولاى وهلك منى فهو مصدق أيضا لانه صح التوكيل وملك ابراء الغريم بمباشرة القبض منه فكذلك باقراره بالقبض منه قال وان كان الوكيل أبا الطالب أو المطلوب فكذلك لانه لا تهمة فى اقرار الوكيل بالقبض منه وقد صح توكيله اياه بالقبض ولو وكل غيره أن يلزم رجلا بمال له عليه لم يكن وكيلا بالقبض بخلاف الوكيل بالتقاضى فان هناك التوكيل مضاف الى المطلوب دون الدين لانه يقول وكلتك بان تلازم فلانا فلا يتعدى ذلك الى قبض الدين ولهذا يختار للملازمة أسفه الناس ومن يتأذى المطلوب بملازمته ومصاحبته ويختار للقبض الامناء فلهذا لا يتعدى التوكيل بالملازمة الى القبض قال ولو وكل المسلم مرتدا بقبض دينه فقبضه أو أقر بقبضه وهلاكه منه ثم قتل على ردته جاز قبضه لان قبول الوكالة صحيح فانه يتصرف به فى منافعه لا فيما يتعلق به حق ورثته وكذلك ان كان الوكيل حربيا فقبضه ثم لحق بدار الحرب لانه قبض بحكم وكالة صحيحة فبرئ الغريم وصار كان الموكل قبضه بنفسه ثم دفعه اليه ليحفظه قال ولو وكل رجل رجلا بقبض دينه من فلان وأمره ان لا يقبضه الا جميعا فقبضه كله الا درهما لم يجز قبضه على الآمر لانه قيد الامر بوصف مرغوب فيه فان التجار يرغبون فى قبض الحق جملة واحدة ويمتنعون من القبض متفرقا فاذا لم يقبض الكل جملة لم يكن هذا القبض هو المأمور به فلا يستفيد الغريم به البراءة وللطالب أن يرجع عليه بجميع حقه وكذلك لو قال له لا تقبض درهما دون درهم فان معنى هذا لا تقبضه متفرقا فاذا قبض شيأ دون شئ لم يبرإ الغريم من شئ قال واذا ادعى الرجل أن فلانا وكله بقبض دين له على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم أراد أن

يسترده منه لم يكن له ذلك لانه دفع اليه على وجه القضاء فما لم يتبين الأمر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد فان قاضي الدين ينقطع حقه عن المقضي به من كل وجه (ألا ترى) انه لو قضي الطالب دينا على دعواه لم يسترده ما لم يتبين انه لادين له عليه فكذلك اذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة وان أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع المال اليه فان القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا ان المديون يقضي الدين بملك نفسه وهو انما أقر بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك حجة عليه إلا على قول ابن أبي ليلي رحمه الله فانه يقول لا يجبره القاضي على الدفع اليه ولكن يقول له أنت أعلم ان شئت فاعطه وان شئت فاتركه لانه لم يثبت كونه نائبا عن الطالب في حق القاضي وولاية الاجبار بعد ثبوت كونه نائبا عنده ولكنا نقول قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب اذ ليس هنا مكذب لهما وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق مالم يأت له معارض ولكن اذا حضر الطالب وانكر الوكالة رجع على الغريم بماله لان الوكالة لا تثبت في حق الطالب لانكاره ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب أيضا لان حجة الاجبار قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت الحكم بحسب الحجة قال وان أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلفه انه ما وكلني ليستحلفه على ذلك فان حلف برئ وان نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاقراره ولم يصدق على الطالب حتى اذا أنكر الطالب ونكل عن اليمين وحلف ذلك كان له ان يأخذ ماله من الغريم وذكر الخصاف رحمه الله هذا الفصل في كتابه وقال لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يحلف على العلم وجه قولهما ظاهر وذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر حلفه ولكنه استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستحلاف ينبني على صحة الدعوى ومالم يثبت كونه نائبا عن الآمر لا تصح دعواه على المطلوب فلا يكون له ان يحلفه وهذا نظير الاختلاف فيما اذا ادعى المشتري عيب الاباق في العبد للحال وجحده البائع ان عندهما يحلف البائع على العلم وعند أبي حنيفة رحمه الله لان الخصومة في العيب لا تكون إلا بعد ثبوته في الحال وبدون سبب الخصومة لا يستحلف وان أقر المطلوب بالوكالة وأنكر الدين فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يستحلف المطلوب وعندهما لا يستحلف لان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره قال واذا دفع لرجل ألف درهم وقال ادفعها الي فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس ان

يدفع الألف التي احتبست عنده الى الموكل ويكون متطوعا فيما أمره لان أمره بالدفع كان مقيدا بالمال المدفوع ففي دفع مال الآمر هو كاجنبي آخر فيكون متبرعا في القضاء بمال نفسه لدين الغير ويرد على المطلوب ماله لانه ملكه دفعه اليه لمقصوده وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر أن يحصل البراءة لنفسه ولا فرق في هذا المقصود بين الالف المدفوعة الى الوكيل وبين مثلها من مال الوكيل والتقييد اذا لم يكن مقيدا لايعتبر ثم الوكيل قد يبتلى بهذا بأن يجد الطالب في موضع وليس معه مال المطلوب فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع اليه وقد بينا أن هذا توكيل بالمبادلة من وجه وهذا القدر يصح من الوكيل بالمبادلة ولا يكون هو متبرعا فيما يدفع على ما سبق بيانه . قال واذا دفع رجل الى رجلين الف درهم يدفعانها الى رجل فدفعها أحدهما فهو ضامن للنصف في القياس لان كل واحد أمين في النصف مأمور بدفعه الى الطالب فاذا دفع أحدهما الكل كان متعديا في نصيب صاحبه فيكون ضامنا ولكنه استحسن فقال لاضمان عليه لان دفع المال الى الغير لايحتاج فيه الى الرأى فينفرد كل واحد من الوكيلين ولان صاحب الحق اذا ظفر به كان له أن يأخذه من غير دفع أحدهما والذى دفع كانه يمينه على حقه وصاحب الحق هو القابض في الحقيقة وهو قبض في الحقيقة لحق فلا يوجب الضمان على أحد فان قال خذ أنت يافلان هذا الالف فاقضها فلانا أو أنت يافلان فادفعها الى فلان فايهما قضى جاز لانه رضى بدفع كل واحد منهما على الانفراد حين خيرهما ولو قال لرجل اقض عنى هذه الالف درهم فلانا أو فلانا فايهما اقضى جاز لانه رضي بدفعه الى أيهما شاء والحاصل أن الوكالة حكمها اباحة التصرف للوكيل وفي المباحات حرف أو يتناول كل واحد من المذكورين على سبيل التخيير بينهما كقول الرجل لغيره كل هذا الطعام أو هذا والله أعلم بالصواب .

باب الوكالة في الرهن

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل متاعا فقال بعه أوارهن به لى ففعل فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الرهن مثل الثمن أو أقل بمالا يتغابن الناس فيه لان الامر بالارتهان مطلق فيجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد وعندهما لا يجوز الا أن يرتهن رهنا هو مثل الثمن أو أقل بما يتغابن الناس فيه بناء على أصلهما أن التقييد

يحصل بدلالة العرف ولو باعه ولم يرتهن به رهنا لم يجز البيع لان الآمر قيد التوكيل بما فيه منفعة له وهو الارتهان بالثمن ليكون حقه مضمونا وليندفع عنه ضرر الثواء عند موت المشترى مفلسا فاذا باعه ولم يرتهن به لم يحصل مقصوده الذى صرح به فلا ينفذ تصرفه فيه كما لو قال بعه واشترط الخيار ثلاثة أيام فان قيل قوله وارتهن أمر مبتدأ معطوف على الأول فلا يتقيد به الامر الاول كما لو قال بع واشهد قلنا لا كذلك فان هذه الواو بمعنى الحال أي بعه فى حال ما ترتهن بالثمن مع أنا نقول قوله وارتهن يقتضى الامر بما يستبد به وذلك برهن مشروط فى البيع ليصير ذلك حقا له فكانه قال بعه بشرط أن ترتهن بالثمن رهنا وما قلنا فى قوله واشترط الخيار بخلاف الاشهاد فان ذلك لا يكون شرطا لازما فى البيع وان ذكر فلا يتقيد به الامر بالبيع ولو قال بعه برهن ثقة فارتهن رهنا أقل منه بما يتغابن الناس فيه جاز وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه قيد الارتهان هنا بأن يكون ثقة وهو عبارة عما يكون فى ماليته وفاء بالدين فيتقيد به الا أن قدر ما يتغابن الناس فيه لا يمكن التحرز عنه فكان عفوا قال وان ارتهن رهنا ثقة وقبضه ثم رده على صاحبه جاز رده فى حق نفسه لانه بمنزلة العاقد لنفسه والارتهان لاستيفاء الثمن وحق القبض الى الوكيل حتى لو أبرأ المشترى منه كان صحيحا فاذا رده عليه الراهن بسبب كان صحيحا أيضا ولكنه يصير ضامنا له ولم يذكر خلاف أبى يوسف رحمه الله هنا قيل على قوله لايصح رد الرهن بناء على الاصل الذى ذكرنا وقيل لايصح هنا لانه ليس فيه ابطال شئ من الثمن وهو من صنع التجار فيملكه قال وان وضعه على يدى عدل فهو جائز لان كون الرهن على يدى عدل أوعلى يدى الوكيل سواء فى حق الموكل وهو اختصاصه الرهن عند تعذر استيفاء دينه من محل آخر ولم يقيد الامر بيد الوكيل فلا يتقيد به وليس للموكل قبض الرهن لان المشترى ما رضى بقبضه انما رضى بقبض العدل أو قبض الوكيل ورضاه معتبر فى ملكه وكذلك الجواب فى القرض برهن فى جميع ما ذكرنا قال واذا دفع الى رجل مائة درهم فقال له ائت بها فلانا وقل له ان فلانا أقرضك هذه على أن تعطيه بها رهنا وأمرنى أن أقبض الرهن منك فآتيه به ففعل وقبض الرهن فهو جائز والرهن مقبوض وللآمر أن يقبضه من الوكيل لانه جعله رسولا حين أمره أن يضيف مايقول له الى الآمر وقد بلغ الرسالة وليس على الرسول الا تبليغ الرسالة فأما شئ من الحقوق لا يتعلق بالرسول فكان للآمر أن يقبض الرهن من

الوكيل وان يطالب المستقرض بدينه الا أن الرهن يتم بقبض الرسول لانه نائب عن المرسل فى قبضه لنائبه فتم الرهن بقبضه واذا هلك في يده هلك من مال الآمر وان قال اقرض أنت وخذ بها رهنا لم يكن للآمر أن يأخذ الرهن من الوكيل لانه بمباشرة العقد كان وكيلا لا رسولا فقد أضاف العقد الي نفسه فتتعلق حقوقه به وانما رضي المستقرض بكون الرهن في يده دون غيره فلهذا لا يكون للآمر ان يأخذه بخلاف ماسبق وان هلك في يد الوكيل هلك من مال نفس الآمر أيضا لانه عامل له فيما صنع فقبضه كقبض الآمر قال وان دفع اليه ثوبا يساوى عشرة دراهم ووكله ان يرهنه بعشرة ففعل وقبض العشرة فان كان قال للذي أعطاه المال ان فلانا أرسلني اليك بهذا الرهن لتقرضه عشرة دراهم وترتهن هذا الثوب منه بدراهم فالدراهم للآمر والوكيل فيها أمين لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حين أضافه الي الآمر فانعقد العقد للمرتهن مع الآمر حتى لا يكون للرسول ان يسترد هذا الثوب ولا يكون هذا مطالبا بالعشرة وان كان قال للمقرض أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني فالعشرة للوكيل لانه أضاف العقد الى نفسه فلم يكن رسولا ولا يمكن ان يجعل وكيلا لان التوكيل بالاستقراض لا يجوز فان المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته ولو قال بع شيئا من مالك على ان يكون ثمنه لي لا يصلح فكذلك اذا قال التزم العشرة فى ذمتك على أن يكون عوضه لى وكان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل فكان باطلا والعشرة للوكيل وله أن يمنعها من الآمر وان هلكت من ماله وليس هذا الخلاف منه للآمر وان كان قال استقرض لى مابينا ان التوكيل لما لم يصلح فاستقراضه لنفسه ولغيره فى الحكم سواء وهذا تقييد غير مفيد فلا يكون معتبرا قال وان كان قال له صاحب الثوب قل لفلان يقرضني واعطه هذا الثوب برسالتي رهنا عنى فأضاف الوكيل العقد الى نفسه كان مخالفا ضامنا للثوب ولا يجوز رهنه لان صاحب الثوب جعله رسولا وكيلا هنا فيكون ذلك اذنا منه له فى اضافة العقد الى نفسه قال ولو دفع اليه عبدا فقال له إئت فلانا وقل له ان فلانا يستقرضك الف درهم ويرهنك هذا العبد ففعل ذلك وأخذ الألف واعطاها الآمر ثم جاءه بالمال فأمر الراهن فقضاه لم يكن له ان يقبض العبد الا أن يوكله رب العبد بقبضه لانه فيما صنع كان رسولا وقد انتهت الرسالة بالتبليغ فيكون هو في استرداد العبد كأجنبي آخر فلا يملكه إلا بأمر جديد وارساله بالمال على يده لا يتضمن الأمر له بقبض العبد فان قبض العبد فعطب

عنده فهو ضامن كما لو قبضه أجنبي آخر قال فان كان المرتهن هو الذى دفعه اليه فللمالك الخيار يضمن أيهما شاء قيمته بالغة مابلغت لان كل واحد منهما غاصب فى حقه وان أخذه بغير أمره فالمرتهن لايصير ضامنا بهذا شيئا ولكن صاحبه بالخيار ان شاء ضمن القيمة القابض وان شاء رجع على المرتهن بما قضاه وجعل الرهن تأديا فيسقط الدين به ويسترد منه ما قضاه وهذا بمنزلة مالو غصب المرهون من المرتهن غاصب فللراهن الخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وان شاء جعله تاديا فلا يرجع المرتهن عليه بشيء اذا كان فى قيمته وفاء بالدين وان قضاه دينه استرده منه فهذا مثله قال ولو وكله ان يرتهن ثوبا له بدراهم قرضا فذهب الوكيل فقال ان فلانا يقول لك اقبض هذا الثوب رهنا واعطه كذا وكذا درهما فزاد على ما سمى له أو نقص ففعل ذلك المقرض لم يكن الثوب رهنا فى الوجهين لان الوكيل خالف أمره على وجه هو أضر على الموكل لانه ان نقص عما سمى له فمقصود الموكل لم يحصل ولم يرض هو أن يكون ثوبه مضمونا بأقل مما سمى له وان زاد على ما سمى له فالموكل لم يرض بأن يكون ثوبه محبوسا عنده بأكثر مما سمى فعرفنا انه مخالف في الوجهين قال فان جاء الوكيل الي الموكل بدراهم مثل ماسمى له فاعطاها اياه فهو دين له عليه لانه لما خالف صار مستقرضا لنفسه وان أضاف العقد الى غيره ثم اعطاه الموكل على سبيل القرض فيكون ذلك دينا للوكيل على الموكل ولا يكون الثوب رهنا بها وانما يصير رهنا عند الوكيل والموكل لم يرض بذلك والوكيل فى أصل العقد كان مخالفا فلهذا لم يكن الثوب رهنا وللمرتهن ان يرجع علي الوكيل بما قبض منه والوكيل ضامن له لما بينا أنه صار كالمستقرض لنفسه أو كالقابض لماله بغير حق فان كان المرتهن صدقه في الرسالة فالوكيل مؤتمن ان هلكت الدراهم فى يده لم يضمن للمرتهن شيئا لانهما تصادقا على انه غير مخالف بل هو مؤد للرسالة على وجهها أمين فى المقبوض وان قال دفعتها الى رب الثوب فالقول قوله في براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق فى ايجاب الضمان علي رب الثوب لانهما لا يصدقان فى حق رب الثوب بزعم أن الرسول خالف ما أمره به وان لم يدفع اليه شيئا فلهذا لاضمان عليه وان قال الوكيل انما أمرتنى ان أرهنه بخمسة عشر وقال رب الثوب أمرتك بعشرة أو بعشرين ففى الوجهين القول قول رب الثوب لانه لو أنكر الارسال كان القول قوله فكذلك اذا أقر به مقيدا بصفة فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف كان هذا والفصل الأول سواء قال واذا وكله أن يرهن له ثوبا بشيء ولم يسم مايرهنه فما

رهنه به من شئ فهو جائز لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد فيه ودليله عندهما فى غير هذا الموضع العرف ولا عرف هنا فالرهن قد يكون بالقليل والكثير عادة قال وليس للوكيل بالرهن ان يوكل غيره به لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأى والموكل رضى برأيه دون غيره وليس للوكيل المرتهن بيعه لان ذلك ليس من موجبات عقد الرهن (ألا ترى) أنه لا يملكه بمطلق عقد الرهن والتوكيل بالرهن لا يعدو ما هو من موجبات العقد فيما وراء موجب العقد الوكيل كاجنبي آخر قال ولو وضعه على يدى عدل جاز لان يد العدل كيد المرتهن فى اتمام الراهن به والتوكيل بالعقد يتضمن التوكيل بما هو من اتمامه وربما يكون كونه فى يد العدل انفع للراهن من كونه فى يد المرتهن فلهذا يملكه بمطلق التوكيل فان كان قال له الموكل ماصنعت من شئ فهو جائز فان للوكيل أن يوكل غيره بأن يرهنه وان يرهنه بنفسه وان يسلط المرتهن على بيعه عند حلول المال لانه أجاز بيعه على العموم وهذا مما يقصد بعقد الرهن لاتمام المقصود فان المقصود استيفاء الدين منه واذا تعذر استيفاؤه من محل جاز استيفاؤه من محل آخر وذلك يكون بالبيع عند قيام العين قال وان وكل الوكيل وكيلا فرهنه فليس للثانى أن يسلط المرتهن على البيع لان الثانى وكيل بالرهن مطلقا وتوكيل الاول اياه بذلك عند تفويض الامر اليه على العموم بمنزلة توكيل المالك اياه بذلك قال الا أن يفوض رب الثوب ذلك اليه ومراده ان تفويض الوكيل الاول الامر الى الثانى عاملا لا يطلق له لان هذا يسوى غيره بنفسه فى حق الغير وذلك لا يجوز فيحتاج الى تفويض الموكل ذلك اليه قال واذا وكل الرجل رجلا أن يتعين له دراهم فى شراء شئ معلوم وأعطاه رهنا يرهنه وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فتعين لرجل ورهن لرجل فان العينة للموكل وبيع العينة ما ورد الاثر بالذم فيه اذا اتبعتم اذناب البقر وتعدتم عن الجهاد ذللتم حتى يطمع فيكم وتفسير ماذكر في الجامع الصغير ان الرجل اذا استقرض من آخر شيأ فابى أن يقرضه الا بربح وعلم أن ذلك ربا فيبيع المقرض من المستقرض شيأ يساوي عشرة بخمسة عشر فيبيعه المقترض بعشرة فسلم له مقصوده وهو عشرة ويكون للمقرض عليه خمسة عشر فانما أراد بما ذكر فى الكتاب التوكيل بهذا النوع من الشراء والرهن وفعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه فلهذا العينة للموكل فان كان قال للوكيل ماصنعت من شيء فهو جائز كان له أن يبيع ما اشترى ليحصل الدراهم التى هى مقصود الموكل لانه أجاز صنعه على العموم والبيع من صنعه

وان لم يكن قال ذلك فليس له أن يبيع ما اشـترى لانه وكيل بالشراء فلا يملك بعد الشراء البيع بمطلق التوكيل وهو نظير المستصنع ذلك وان حل الثمن فالمأخوذ به هو الوكيل لانه مباشر لعقد الشراء قابض للمشترى فيكون مطالبا بثمنه فاذا قضي الثمن من مال نفسـه كان له أن يقبض الرهن ويكون أمينا فيـه ان هلك قبل رده على الآمر ويرجع بما قضى به على الآمر لان شراءه أوجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الآمر وقد قضى ماوجب للبائع عليه فيرجع على الآمر بما استوجبه عليه ولو قال ائت فلانا وقل له ان فلانا يقول لك بعنى خادمك فلانا الى سـنة بألف درهم فأبلغه الوكيل ذلك فقال قد فعلت فرجع الوكيل الى الآمر فابلغه ذلك فقال قد قبلت فرجع الوكيل الى البائع فاخبره بذلك فقال قد أجزت فقد وقع البيع بينهما لان عبارة الرسـول كعبارة المرسل واكثر مشايخنا رحمهم الله على أن قوله فرجع الوكيل الى البائع فاخبره فقال قد أجزت فصل غير محتاج اليه بل يتم البيع بقول البائع بعـد تبليغ الرسالة فعلت وقول المرسـل قبلت لان انعقاد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضى وقد وجد ذلك كما لو كانا حاضرين فلا حاجة الى اجازته بعد ذلك قال رضى الله عنه والصحيح عندى أن الصواب ماذكره محمد رحمه الله لان البائع وان* قال قدفعلت مالم يجعل هذا المبلغ رسولا يقبضه والمرسـل الاول ليبلغه فاذا بلغه فقال قد قبلت يوقف هذا التبليغ على اجازة البائع ومالم يتم ذلك التبليغ باجازته لم يتم البيع بقول المشـترى قبلت فلهذا ذكر هذه الزيادة قال فان قبض الآمر الخادم فالمال عليه الى سـنة ولا شئ على الوكيل من ذلك وليس للوكيل أن يقبض الخادم لانه كان رسولا فبتبليغ الرسالة يخرج من الوسط فصار كان المرسل عبر بنفسـه أو كتب قال واذا وكل رجلين ان يرهنا له شيأ بكذا فرهنه أحدهما بذلك لم يجز لانه عقد يحتاج فيه الى الرأى فى تعيين من يرهن عنده والوضع على يدى مرتهن أو على يدى عدل وقد رضى الآمر برأيهما فلا ينفرد به أحـدهما وان رهناه جميعا وشرط له أحدهما بيع الرهن جاز الرهن لاجتماع رأيهما فيه ولم يجز ماينفرد به أحدهما وهو التسليط على البيع حتى اذا باعه المرتهن لا يجوز قال وان كان الموكل قد أمرهما بذلك فان كانا قالا ان فلانا يستقرضك كذا فأقرضـه وقال أحـدهما انه قد أمرنا أن نجعلك مسلطا على بيعه اذا بدالك وسكت الآخر فللمقرض أن يبيعه لانهما كانا رسولين والرسول معبر عن المرسل وينفرد كل واحد منهما بتبليغ الرسالة فلهذا صح ما بلغه أحدهما من التسليط على البيع وان

كانا استقرضا له المال وقال أحدهما هذه المقالة لم يجز للمرتهن ان يبيعه لما بينا أنهما يكونان مستقرضين لانفسهما فان التوكيل بالاستقراض لا يجوز واذا عملا لانفسهما لم يصح تسليط أحدهما المرتهن على البيع من جهة نفسه لان صاحبه لم يساعده على ذلك وعندهما مباشرتهما العقد لا ينفرد أحدهما بالتسليط على البيع ولا يصح ذلك من جهة الآمر لان الرهن لم يثبت من جهة الآمر وهو ما رضى بالتسليط على البيع اذا لم يكن الرهن من جهته قال فان وكله أن يرهن له ثوبا بدراهم مسماة فرهنه عند نفسه ودفع الدراهم الى الآمر ولم يبين له الآمر لم يكن الثوب رهنا لانه أمره بأن يرهنه لا بأن يرتهنه واذا رهنه عند نفسه كان مرتهنا لا راهنا وهو أمين فى هذا الثوب والقبض بحكم الرهن قبض ضمان فلا يصلح ان يجعل يده التي هى أمانة يد ضمان بحكم العقد ولكنه يبقى أمينا فى الثوب وان هلك لم يضمنه لانه لم يصنع فى الثوب شيئا هو مخالف لما أمره به بل هو حافظ للثوب وبذلك أمر والدراهم قرض له على الآمر وكذلك ان رهنه عند ابن له صغير لانه هو القابض لهذا الرهن فهو وما لو رهنه عند نفسه سواء وكذلك ان رهنه عند عبده ولا دين عليه لان كسب العبد مملوك للمولى فهذا وما لو رهنه عند نفسه سواء قال ولو كان رهنه عند ابنه وهو كبير أو عند مكاتبه أو عند عبد له تاجر وعليه دين كان جائزا لانه لا ضرر فيه على رب الثوب معناه ان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه من أجنبي أو من هؤلاء ولا تتمكن تهمة الاضرار بالآمر في تصرفه مع هؤلاء فلهذا صح فان كان الوكيل فى ذلك عبدا تاجرا أو غير تاجر أو مكاتبا أو صبيا فان كان قال ان فلانا يقول لك أقرضنى كذا وامسك هذا رهنا فهو جائز لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة وهو أهل للعبادة فيكون صالحا لتبليغ الرسالة وان كان قال أقرضنى وامسك هذا رهنا لم يجز فى حق الصبي والعبد المحجور لانهما يكونان مستقرضين لانفسهما والاقراض من الصبي والعبد المحجور لا يصح لانه التزم الضمان بالعقد وليس من أهله وجاز فى حق غيرهما لان المكاتب والعبد التاجر يملكان الاستقراض وان كانا لا يملكان الاقراض قال ولو كان تاجرا وعليه دين فرهنه فان قال له اقرض فلانا فهو جائز لان العبد يصلح ان يكون معبرا بين مولاه وبين الآمر وقد أخرج الكلام مخرج الرسالة وان قال أقرضنى وامسك هذا رهنا لم يكن رهنا لان المولى لا يستوجب على عبده شيئا اذا لم يكن العبد مديونا فاذا لم يجب الدين لم يثبت حكم الرهن فى الثوب قال واذا

وكل الذمى المسلم ان يرهن له عبدا ذميا بخمر أو يرهن له خمرا بدراهم فان أضافه الوكيل الى الآمر وأخبر به على وجه الرسالة صح لان صحة تبليغ الرسالة ينبنى على صحة العبادة ولا يصير الرسول عاقدا وكان هذا وما لو بلغه كتابا كتب به الآمر سواء وان قال أقرضنى لم يكن رهنا لانه عاقد لنفسه والمسلم لا يعقد على الآمر بالخمر استقراضا ولا رهنا بها بالدين لان الرهن يكون مضمونا للراهن على المرتهن ولا يجوز ان تكون الخمر مضمونة للمسلم على الذمى واذا قال لرجل ائت فلانا وقل له اقرضنى الف درهم وامسك هذا العبد عندك رهنا بها فلما خرج من عنده أشهد أنه قد أخرجه من الوكالة فلم يبلغ ذلك الوكيل حتى رهن العبد فان الرهن جائز لما بينا ان حكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب حتى يبلغه وهو خاطبه بالعزل والنهى عن تبليغ الرسالة فلما لم يبلغه لم يثبت ذلك فى حقه فلهذا جاز رهنه وان أرسل اليه بذلك رسولا أو كتب اليه كتابا فرهنه بذلك لم يجز يعنى اذا وصل اليه لان حكمه يثبت فى حقه بالوصول اليه فان لم يصدقهما المرتهن بذلك فالقول قوله لانه متمسك بما هو الأصل وهو ثبوت الوكالة حتى يظهر العزل الا أن يقيم البينة على أن الرسول قد أبلغه اخراجه من الوكالة قبل ان يرهنه فحينئذ يجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة قال وان كان رب العبد باعه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو رهنه أو سلمه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه فالرهن باطل لانه بما أحدث من التصرف خرج المحل من أن يكون محلا للرهن أو أخرج نفسه من أن يكون مالكا فيه التصرف الذى فوضه الى الوكيل فيتضمن عزل الوكيل حكما والعزل الحكمى لا يتوقف على العلم بل ثبوته لضرورة ثبوت ذلك الحكم قال وان كان الموكل رهنه ثم افتكه ولم يعلم به الوكيل حتى رهنه لم يجز رهنه لان مقصود الموكل قد تم بما باشره بنفسه وبالانفكاك لا ينفسخ رهنه من الأصل بل يتقرر حكمه لان الرهن انما يعقد الى وقت الفكاك فكان الفكاك تقديرا لا فسخا فلهذا لا يملك ان يرهنه بعد ذلك بخلاف ما اذا وكل ببيعه ثم باعه بنفسه ثم انفسخ بيعه من الاصل بسبب فالوكيل على وكالته لان مقصود الآمر لم يتم بما صنع ولان بانفساخه من الاصل صار ذلك العقد كان لم يكن وكذلك اذا وكل الآمر آخر برهنه فرهنه فقد خرج الاول من الوكالة لان فعل وكيله له كفعله بنفسه وان كان الاول رهنه ثم وكل المولى برهنه رجلا ثم افتكه المولى ثم رهنه الثانى فهو جائز لان التوكيل لما حصل فى حال لا يملك مباشرة الرهن بنفسه عرفنا ان مقصوده اضافة التوكيل الى حال

انفكاك من الرهن الأول بخلاف الفصل الأول فان هناك حضر الوكيل في وقت هو متمكن من أن يرهنه فاذا زال تمكنه من ذلك تضمن عزل الوكيل وهو بمنزلة من وكل وكيلا ان يزوجه امرأة وتحته أربع نسوة صارت هذه الوكالة مضافة الى ما بعد مفارقة احداهن اذا فارق احداهن ثم زوجها الوكيل صح ومثله لو تزوج بنفسه بعد التوكيل أربع نسوة انعزل الوكيل والذي يوضح الفرق ما بينا انه اذا كان التوكيل بعد ما رهنه فقد علمنا ان مقصود الآمر بما صنعه بعد التوكيل عزل الوكيل به قال واذا رهن الوكيل عبدا للموكل ثم انه ناقض المرتهن أو أجره اياه أو باعه فالاجارة والبيع باطل لانه أنشأ تصرفا سوى المأمور به أمامنا قضة الرهن فان كان قال ان فلانا يستقرضك وقد رهنك هذا فمناقضته باطلة لانه بتبليغ الرسالة خرج من الوسط وليس هو من العقد في شيء فمناقضته كمناقضة أجنبي آخر فيكون باطلا ويكون ضامنا للعبد ان قبضه على هذا وان كان المستقرض هو أو الراهن فالمناقضة جائزة لانه هو المباشر للعقد والحاجة في المناقضة الى رضا المرتهن وقد رضى به (ألا ترى) انه لو أراد رد الرهن لم يكن للراهن ان يأبى ذلك فاذا صحت مناقضته كان هو مؤتمنا في العقد لانه قبضه بحق وعادت يده فيه كما كانت وليس له أن يرهنه ثانية لان المأمور بالشيء لا يملك أن يكرره فان الأمر المطلق لا يقتضي التكرار ومناقضة الرهن مقصورة على الحال فلا يتبين أن الرهن الأول لم يكن حكما قال وان وكله ان يرهنه فرهنه ثم كتب عليه الشراء فأقر الوكيل والمشترى انه رهنه وانه انما كتب الشراء سمعة ففي القياس هذا لا يكون رهنا وهو ضامن لانه خالف أمره فيما أظهر وجعل ملكه في العين بعرض الهلاك بما كتب به من حجة الشراء أو لانه مأمور بتصرف باطنه كظاهره وقد أبى بتصرف باطنه بخلاف ظاهره فصار ضامنا ولكنه استحسن فقال هذا ظاهرا فيما بين الناس انهم يعقدون الرهن بهذه الصفة وقد أمره بالرهن مطلقا فيملك به ما هو متعارف بين الناس والضرر الموهوم الذى قلنا في وجه القياس قد اندفع بالاشهاد على اقرار المشترى انه رهن وليس بشراء قال وان وكله بأن يرهن عبدا له بألف درهم فقال رهنته عند فلان وقبضت منه المال وهلك ودفعت اليه العبد وانما قلت له أقرض فلانا فانه أرسلني اليك بذلك وبذلك أمره الموكل وصدقه المرتهن وقال الموكل لم يقبض هذا القرض ولم يرهن العبد فالقول قول الموكل مع يمينه لان المال بهذه الطريق يجب للمقرض على الآمر لا على الوكيل كما لو عاينا هذا

التصرف فانما حصل اقرار الوكيل بوجوب المال للمقرض على الآمر واقراره ليس بحجة عليه فى الزام المال فى ذمته لانه انما سلطه على مال عين بقبضه له ولم يحصل ذلك بخبره فلهذا كان القول قوله لانكاره مع يمينه قالوا ولو كان الوكيل الذى استقرض المال هو الذي أقرض العبد وبذلك أمره رب العبد كان المال دينا عليه دون الموكل لما بينا أن التوكيل بالاستقراض باطل وكان العبد رهنا بالمال لان صاحب العبد قد رضى بأن يرهنه بما يستقرضه فصار فى معنى المعير للعبد منه ليرهنه بدينه واعارة العبد من غيره ليرهنه بدينه صحيحة قال واذا أذن الوكيل للمرتهن فى ركوب الرهن واستخدامه ففعل فهو ضامن له لان الوكيل لا يملك ذلك بالتوكيل بالرهن فاذنه فيه واذن أجنبي آخر سواء ويكون المرتهن مستعملا ملك غيره بغير اذن صحيح فلهذا كان ضامنا قال وطعام الرهن وعلفه على الموكل وان كان الوكيل استقرض المال لنفسه لان النفقة على المالك وهو الموكل ولان المنفعة له فانه لو هلك فى يد المرتهن حتى صار قاضيا لدينه رجع عليه الموكل بمثله فلهذا كانت النفقة عليه بخلاف المستعار للانتفاع فان المنفعة هناك للمستعير دون المعير فيقال اما ان تنفق لينتفع به واما ان ترده على صاحبه لينفق على ملكه وكذلك المكان وأجر رعى الغنم على الموكل لما بينا انه هو المالك المنتفع به بخلاف أجر الحافظ فان الحفظ على المرتهن فكان أجر الحافظ عليه والمكان الذي يحفظ فيه عليه أيضا فاما الرعى فليس على المرتهن فلا يكون أجر الراعي عليه أيضا فيكون ذلك على المالك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى قبض الوديعة والعارية

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بقبض أمانة له فى يدى رجل فقال ذو اليد قد دفعتها الى الموكل فالقول قوله مع يمينه لان مطالبة الوكيل اياه بالرد كمطالبة الموكل ودعوي الامين الرد على الموكل أو على الوكيل مقبولة لانه سلط على ذلك ولانه مجبر باداء الامانة الا أنه يقبل قوله فى ابرائه عن الضمان الا فى ايجاب الضمان عن الغير حتى اذا ادعى الرد على الوكيل وحلف لم يضمن شيأ وكذلك لا يضمن اذا جحد وحلف وان وكل رجلين بقبض عبد له وديعة فقبضه أحدهما بغير أمر الآخر لم يجز وهو ضامن لانه رضى برأيهما وأمانتهما فلا يكون راضيا بأمانة أحدهما ولو قبضه ثم أودعه أحدهما من

الآخر جاز لانهما امتثلا أمره فى القبض ثم لا يقدران علي الاجتماع على حفظه آناء الليل والنهار وهو لا يحتمل التبعيض ليحفظ كل واحد منهما نصفه ولما استحفظهما على علمه بذلك فقد صار راضيا بترك أحدهما عند صاحبه ولكن انما يعتبر هذا فيما يطول وهو استدامة الحفظ فأما فى ابتداء القبض فيتحقق اجتماعهما عليه من غير ضرر فلهذا لا ينفرد به احدهما وكما يجوز لاحدهما أن يودعه من الآخر يجوز لهما أن يودعاه عيال أحدهما لان يد عيال المودع في الحفظ كيد المودع كما اذا كان المودع واحدا وهذا لان المرء انما يحفظ المال بيد عياله عادة وان وكل بقبضه رجلا أجنبيا فالذي كان عنده الوديعة ضامن الا أن يصل الي الوكيلين لان الحفظ يتفاوت فيه الناس لتفاوتهم فى أداء الامانة فلا يملك الوكيل توكيل الاجنبي وصار تسليم المودع الى الاجنبي بعد هذا التوكيل كتسليمه قبله فكان المودع ضامنا الى أن يصل الى الوكيلين فحينئذ وصوله الى يدهما كوصوله الى يد الوكيل فى براءة الدافع له عن الضمان ولو وكل رجلا بقبض وديعته فقبض بعضها جاز لان الوديعة قد تكون بحيث لا يمكن حمل كلها جملة واحدة فيحتاج الى أن يحملها شيأ فشيأ ولا ضرر علي الموكل في قبض الوكيل بعضها الا أن يكون أمره أن لا يقبضها الا جميعا فحينئذ لا يجوز له أن يقبض بعضها أو يصير ضامنا له لان الموكل قيد أمره ونهاه عن القبض الا بصفة فكل قبض لا يكون بتلك الصفة فهو قبض بغير اذن المالك فكان موجبا للضمان وان قبض مابقى قبل أن يهلك الاول جاز القبض عن الموكل لانه قد اجتمع الكل عند الوكيل واندفع ضرر التفريق عن الموكل فكأنه قبض الكل دفعة واحدة ولو وكله بعبدله يدفعه الى فلان وديعة فاتاه فقال ان فلانا استودعك هذا فقبله ثم رده على الوكيل فهلك فلرب العبد أن يضمن أيهما شاء لان الوكيل حين أضاف الايداع الى الآمر فقد جعل نفسه رسولا وتبليغ الرسالة يخرج فكان هو فى الاسترداد كاجنبي آخر فيصير المودع بالدفع اليه غاصبا وهو بالقبض كذلك فله أن يضمن أيهما شاء ولو قال له الوكيل قد أمرك فلان أن تستخدمه أو تدفعه الي فلان ففعل فهلك العبد فالمستودع ضامن ان كان كذب الوكيل لانه باستعمال ملك الغير بغير اذن المالك أو بدفعه الى غيره يصير غاصبا ولا يضمن الوكيل شيأ لانه لم يوجد منه فعل متصل بالعين انما غره بخبره أو أخبره زورا وذلك غير موجب الضمان عليه كمن قال لغيره هذا الطريق آمن فسلكه فأخذ متاعه لم يضمن المخبر شيأ ولو وكله بقبض وديعة له عند فلان

أو عارية ثم مات الموكل فقد خرج الوكيل من الوكالة لانتقال الملك الى الوارث ولم يوجد من الوارث الرضا بقبضه وان قال الوكيل قد كنت قبضتها فى حياته وهلكت عندى أو دفعتها الى الميت فالقول قوله بخلاف الدين لان المودع لو ادعى هنا الرد على الوكيل كان القول قوله وان لم يصدقه الوكيل فاذا صدقه أولى وفي الدين لو ادعى المديون قضاء الدين وجحد الوكيل لم يقبل قوله فكذلك اذا صدقه الوكيل لان قول الوكيل ليس بحجة فى حق الوارث فتصديقه كتكذيبه فى الفصلين قال ولو وكل رجل عبد رجل بقبض وديعة له عند مولاه أو عبد غيره فباع المولى العبد أو أعتقه أو كاتب أمة فاستولدها فالوكيل على وكالته لان مااعترض لا ينافى ابتداء التوكيل فلا ينافى بقاءه بطريق الأولى قال واذا وكل رجلا بقبض عبد له عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمستودع ان يأخذ قيمة العبد من عاقلة القاتل لانه مأمور بالحفظ وحفظ الشيء بامساك عينه فى حال قيامه وبدله بعد هلاكه ولان يد المودع كانت ثابتة على العبد والقاتل جان على حقه بتفويت يده فكان له أن يأخذ القيمة من عاقلته وهو مذهبنا فاما عند الشافعى رحمه الله فليس للمودع أخذ القيمة لانه مودع فى العين فتتعذر ولايته على العين ولا تتعدى الى محل آخر فما دامت العين باقية بملك أحد يجوز له استردادها فاما بعد هلاك العين فلا يكون له ان يخاصم فى القيمة ثم فرق علماؤنا رحمهم الله بين المودع والوكيل قالوا ليس للوكيل بالقبض ان يقبض القيمة لانه نائب فى القبض وانما أنابه الموكل فى قبض العبد دون القيمة وقد يختار المرء بقبض شئ دون شيء لادائه فى الاعيان دون النقود فاما المودع فقد كانت له يد ثابتة على العين فأزالها القاتل بجنايته فله ان يسترد القيمة من عاقلته بحكم يده المعتبرة شرعا حتى لو كان الوكيل قبض العبد ثم قتل عنده كان له ان يأخذ القيمة أيضا لانه بعد القبض صار مودعا فيه ولو جنى على العبد قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع الارش فللوكيل ان يقبض العبد ولا سبيل له على الارش لانه أمين من جهة المالك فى قبض العبد وذلك لا يتعدى الى قبض الارش اعتبارا للجزء بالكل وكذلك لو كان المستودع أجره باذن مولاه لم يكن للوكيل ان يقبض الأجر ولو كانت أمة فوطئت بالشبهة لم يكن للوكيل ان يقبض المهر لما بينا ان المالك انما أنابه مناب نفسه فى قبض العبد فلا يصير به نائبا فى قبض ما انقلب من العين دراهم قال ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل ان يقبض الولد مع الأم لان الولد جزء من عينها وقد ثبت له حق القبض فى جميع اجزائها بالوكالة فلا يسقط

عن هذا الجزء بالانفصال بخلاف ما اذا ولدت قبل الوكالة لان حق القبض يثبت له بالتوكيل وعنده ذلك الولد شخص وليس بجزء ثم تقول الولد من جنس الأصل ولا يبقى محفوظا الا مع الأم ومقصود الموكل من هذا التوكيل صيانة ماله فلهذا يتعدى أمره الى ما يلد بعد ذلك ولا يتعدى الى الارش والعقد لانه ليس من جنس الاصل ويبقى محفوظا منفصلا من الأصل فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقبض المنفصل قبل الوكالة قلنا نعم ولكن هناك لو كان مقصوده قبض الولد مع الأصل أمكنه ان ينص في التوكيل عليها لكون الولد موجودا عند التوكيل فاما ما ينفصل بعد ذلك فما كان الموكل يعلم به لينص في التوكيل على قبضه فلهذا يتعدى حكم الآمر اليه وثمرة البستان بمنزلة الولد لانه متولد من الأصل ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤس النخيل بأمر رب الأرض لم يكن له أن يقبض الثمن لان ائتمانه اياه في قبض البستان لا يكون ائتمانا في قبض الدراهم بخلاف الثمار فان ائتمانه اياه في قبض البستان يكون ائتمانا في قبض الثمار التي تتولد من الاشجار عادة (ألا ترى) أن ما يحدث بعد قبضه من الثمار يكون أمانة عنده باعتبار رضا المالك به وكما لا يقبض ثمن الثمار لا يقبض ثمن ولد الجارية ولا قيمته اذا أتلفه متلف قال واذا كانت الوديعة مما يكال أو يوزن فوكله بقبضه فاستهلكها رجل وقبض المستودع مثلها من المستهلك ففي القياس ليس للوكيل ان يقبض المثل لان المثل في ذوات الامثال كالقيمة فيما لا مثل له وهذا لانه أذن له في قبض العين فلا يتعدى اذنه الى عين أخرى ومثل الشيء غيره ولكنه استحسن فقال له أن يقبض المثل لان رضاه بأمانته لا يختلف باختلاف العين وانما يختلف باختلاف الجنس فقد يؤدي الانسان الأمانة من الجنس والقيمة ليست من جنس العين فائتمانه اياه في العين لا يتعدى الى ما ليس من جنسه فأما المثل من جنس المتلف فائتمانه اياه في تلك العين يقتضي الائتمان في المثل الذي هو من جنسه وهذا لان التعيين معتبر فيما يفيد دون ما لا يفيد (ألا ترى) أن تعيين النقود في العقود معتبر في تعيين جنس النقد ولا يعتبر في استحقاق تلك العين حتى كان للمشتري ان ينقد مثله ولم يكن له ان ينقده من جنس آخر فهذا مثله قال أرأيت لو أكلها المستودع أما للوكيل ان يأخذ منه مثلها والجواب فيما استشهد به وفيما استشهد له سواء قال واذا وكله بقبض وديعة له عند رجل ثم قبضها الموكل ثم استودعها اياه ثانية لم يكن وكيلا بقبضها علم بذلك أو لم يعلم لان بقبض الموكل تم مقصوده فانعزل الوكيل ولان ايداعه ثانيا عقد جديد والتوكيل باسترداد وديعة بحكم عقد لا يتعدى

الى استرداد وديعة بعقد آخر كما لا يتعدى من عين الى عين أخرى وكذلك لو قبضها الوكيل أولا ودفعها الى الموكل ثم استودعها الأول لم يكن للوكيل ان يقبضها منه لان الوكالة قد انتهت باسترداد الوكيل اياها فكان هو في استردادها في المرة الثانية كأجنبي آخر فلرب الوديعة أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الوكيل لم يرجع على المستودع لانه في قبضها ما كان عاملا للمستودع وان ضمن المستودع رجع على الوكيل لانه ملكها بالضمان وما رضي بقبض الوكيل له وحالها كحال غاصب الغاصب مع الأول وهذا اذا لم يصدقه على انه وكيل في المرة الثانية وقد بينا وجوه هذه المسئلة فيما سبق ولو وكله بقبض الوديعة وقال اقبضها اليوم ففي القياس ليس له ان يقبضها غدا لان الوكالة تتوقت بالتوقيت فاذا وقتها باليوم انتهت الوكالة بمضي اليوم كما لو جعل أمر امرأته بيدها اليوم لم يكن لها أن تختار نفسها غدا ولكنه استحسن فقال ذكر اليوم ليس لتوقيت الوكالة بل للتعجيل في قبضه بمنزلة قوله اقبضها الساعة ولو قال ذلك كان له أن يقبضها بعد تلك الساعة فكذلك هنا * توضيحه انه لو قال اقبضها كان له ان يقبضها متى شاء فقوله اليوم سكوت عما بعده وذلك لا يكون عزلا عما كان ثابتا له بمطلق الأمر بخلاف قوله لامرأته أمرك اليوم بيدك لانه لو قال أمرك بيدك اليوم كان مقصورا على المجلس فقوله اليوم لمد حكم الأمر الى آخر اليوم فاذا مضى اليوم خرج الأمر من يدها لانه ليس في الغد أمر ثابت لها ولو قال اقبضها بمحضر من فلان فقبضها وهو غير حاضر جاز لما قلنا انه لو قال اقبضها كان له أن يقبضها سواء كان فلان حاضرا أو لم يكن فقوله بمحضر من فلان سكوت في غير هذه الحال فيبقى ما كان على ما كان (ألا ترى) انه لو قال اقبضها بشهود كان له ان يقبضها بغير شهود بخلاف ما لو قال لا تقبضها الا بمحضر من فلان فانه هناك نهاه عن القبض واستثنى قبضا بمحضر من فلان وكل قبض لا يكون بمحضر من فلان فهو مما يتناوله النهي لعمومه دون الاذن قال واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني أو دفعته الى الموكل فهو على التقسيم الذي قلنا ان صدقه المستودع بالوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه كان له أن يضمنه لما قلنا ولو وكل رجلا بقبض دابة استعارها من رجل فقبضها الوكيل وركبها فهو ضامن لها لان المالك انما رضي بركوب المستعير دون الوكيل والركوب يتفاوت

فيه الناس فرب را كب يروض الدابة ركوبه والآخر يتلف الدابة ركوبه فلهذا كان الوكيل ضامنا ولا يرجع به على الموكل لانه فى الركوب ما كان عاملا له ولا كان مأمورا به من جهته قالوا وهذا اذا كانت الدابة بحيث تنقاد للسوق من غير ركوب فان كانت لاتنقاد فلا ضمان علي الوكيل لان صاحب الدابة لما دفعها الى الوكيل ليأتي بها المستعير مع علمه انها لاتنقاد الا بالركوب فقد صار راضيا بركوبه قال واذا وكل المكاتب وكيلا بقبض وديعة أو دين له علي رجل ثم رد المكاتب فى الرق فقبضها الوكيل جاز وكذلك لو كان الموكل عبدا تاجرا فحجر عليه مولاه لانه فيما باشر الايداع بنفسه أو المعاملة حق القبض اليه بعد الحجر حتى لو قبضه بنفسه جاز فكذلك يبقى الوكيل على وكالته ولو أن رجلا وكل رجلا بقبض وديعة له وجعل له أجرا مسمى علي أن يقبضها فيأتيه بها فهو جائز لانه استأجره لعمل غير مستحق عليه وهو حمل الوديعة اليه وذلك عمل معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه فان كان دينا يتقاضاه لم يجز الا أن يوقت له أياما لان عمل التقاضى ليس بمعلوم المقدار فى نفسه فلا يجوز الاستئجار عليه إلا ببيان المدة كالبيع والشراء ولو وكله بالخصومة وجعل له أجرا كان فاسدا الا أن يوقت اياما لانه استأجره لعمل غير معلوم في نفسه فلا يصح الا ببيان المدة وان وكل الوصى وكيلا بدفع وديعة أو دين أو بقبضهما كان جائزا لان الوصي فى التوكيل قائم مقام الموصي والله أعلم

باب الوكالة فى الهبة

(قال رحمه الله) ويجوز للواهب أن يوكل وكيلا بالتسليم لانه عمل تجزي فيه النيابة واذا وقع فيه الغلط يمكن تداركه فيقوم فعل الوكيل فيه مقام فعل الموكل وكذلك يجوز للموهوب له أن يوكل بالقبض والصدقة نظير الهبة فى ذلك فان التسليم والقبض فى ذلك بمنزلة الايجاب والقبول فى البيع والشراء والتوكيل به يصح واذا وكل الواهب بالتسليم والموهوب بالقبض وقاما جميعا فامتنع وكيل الواهب من التسليم فخاصمه وكيل الموهوب له وأقام البينة أن صاحب العين وكله بدفعها اليه قبلت البينة وأجبر الوكيل على دفعه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فمراده من هذا الاخبار انه لايمكنه أن يمنع العين لاأن يجبره علي مباشرة فعل فان وكيل الموهوب له أن يقبضه بأمر الواهب اذا لم يمنعه أحد من ذلك فهو بهذه البينة يثبت عليه

انه ليس له حق المنع فاذا ثبت ذلك قبضه وكيل الموهوب له بنفسه واذا ادعي مدع في ذلك دعوى لم يكن واحد من هذين الوكيلين خصما فى خصومته لان كل واحد منهما أمين فى هذه العين والامين لايكون خصما لمدعى الامانة مالم يحضر صاحبها وليس لوكيل الواهب أن يرجع فى الهبة سواء كان وكيلا بالتسليم أو بعقد الهبة لانه سفير ومعبر فانه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل وتكون هذه الهبة تبرعا من جهة الموكل دون الوكيل فكما باشر عقد الهبة وسلمت انتهت الوكالة والتحق بأجنبي آخر فلا يملك الرجوع لان ثبوت حق الرجوع فى الهبة لفوات ماهو المقصود وهو العوض وهذاهو المقصود للموكل دون الوكيل قال ولو أراد الواهب أن يرجع فى الهبة وهى فى يد وكيل الموهوب له لم يكن له أن يرجع ولم يكن الوكيل خصما له فيه لان يد الوكيل كيد الموكل والعوض مقصود من جانب الموكل دون الوكيل فالقبض ثابت محض فانتهت الوكالة بقبضه (ألا ترى) أنه لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل فيقول سلم الى ماوهبت لفلان ولا يقول ماوهبته لى وكذلك الوكيل بقبول الهبة لا يستغنى عن اضافة العقد الي الموكل بأن يقول هب لفلان كذا حتى او قال هب لى كان العقد للوكيل دون الموكل بخلاف الوكيل بالشراء اذا قال بع منى لان الانتقال الى الموكل هناك يوجب ضمان الثمن على الموكل للوكيل وليس في عقد الهبة ضمان الثمن فلهذا جعل ملتمسا العقد لنفسه اذا لم يضفه الى الآمر قال ولو وهب رجلان لرجل شيأ ثم وكلا رجلا بان يدفعه اليه جاز وكذلك لو وكلا رجلين أو وكل كل واحد منهما رجلا على حدة لان كل واحد من الوكيلين نائب عن موكله ويجوز نيابة الواحد عن الواحد وعن الاثنين فان دفعه أحدهما اليه أو قبضها من غير دفع جاز لانهما حين وكلا هذين بدفعها فقد سلطا الموهوب له على قبضها وقد بينا أنه ينفرد بالقبض عند وجود التسليط من الواهب تصريحا أو دلالة قال واذا وهب الذمى للذمى خمرا أو خنزيرا فوكل الموهوب له بقبضها مسلما أو وكل الواهب بدفعها الى الموهوب له مسلما فهو جائز لان الوكيل غير مملك ولا يتملك بل هو نائب في القبض أمين في المقبوض والمسلم يجوز أن يكون نائبا عن الذمى أمينا له فى قبض الخمر والخنزير قال ولو وكل الموهوب له رجلين بقبض الهبة فقبضها أحدهما لم يجز لانه رضى بأمانتهما فلا يكون راضيا بأمانة أحدهما لان الموهوب له يملك القبض بنفسه من غير دفعها وكذلك عند دفع أحدهما وعلى هذا لو وكل الوكيل غيره بدفعها جاز ولو وكل وكيل الموهوب له

يقبضها لم يجز الا أن يكون الموكل قال له ماصنعت من شئ فهو جائز فحينئذ له ان يوكل غيره بذلك لانه اجاز صنعه على العموم والتوكيل من صنعه قال واذا وكل رجل رجلا ان يهب الثوب لفلان على عوض يقبضه منه نفعل ذلك غير ان العوض أقل من قيمة الهبة فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اعتبار اطلاق اللفظ فان اسم العوض يتناول القليل والكثير ولا يجوز في قولهما الا أن يكون العوض مثل الموهوب أو دونه بما يتغابن الناس في مثله بناء على أصلهما في تقييد مطلق اللفظ باعتبار العادة قال واذا وكل الموهوب له وكيلا بأن يعوض ولم يسمه فدفع عوضه من عروض الموهوب له لم يجز لان ما أمره بدفعه مجهول جهالة مستدركة لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فكان التوكيل باطلا بمنزلة قوله بع شيأ من مالي واستبدل شيأ الا ان يكون قال له عوض له من مالي ماشئت فحينئذ يكون له أن يعوض ما شاء لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم وان قال له عوّض عني من مالك على اني ضامن له فعوضه عوضا جاز ورجع بمثله على الآمر ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل لانه باشتراط الضمان على نفسه يصير مستقرضا منه بعوض له من ملك نفسه والمستقرض مضمون بالمثل ان كان من ذوات الأمثال أو بالقيمة ان لم يكن من ذوات الأمثال وجهالة ما يعوضه هنا لا تمنع صحة الأمر لانه في أصل التعويض متصرف في ملك نفسه وتعيينه في ملك نفسه صحيح وانما يرجع عليه بحكم الضمان والجهالة لا تمنع صحة الضمان اذا كان المضمون له والمضمون عنه معلومين والعوض وان كان مجهولا الا أن ذلك لا يمنع صحة الاستقراض اذا كان عند الاقراض معينا معلوما فان هناك هو في أصل التعويض نائب فلا يملك التعيين الا على وجه ان يكون موافقا لمقصود الموكل وذلك لا يحصل مع جهالة الجنس قال ولو أمره ان يعوضه من ملك نفسه ولم يشترط الضمان على نفسه فعوضه لم يرجع على الآمر بشئ لان التعويض غير مستحق عليه فلا يكون هو مسقطا عنه بهذا التعويض ما هو لازم عليه بخلاف المأمور بقضاء الدين من ملك نفسه فان الدين مستحق على الآمر هناك فاذا أمره ان يسقط عن ذمته ماهو مستحق عليه ثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدى من ملك نفسه ولان المديون يملك ما في ذمته بقضاء الدين والمعوض عن الهبة لا يملك بالتعويض شيئا فلهذا فرقنا بين الفصلين قال وللواهب أن يوكل وكيلا في الرجوع بالهبة لانه يملك المطالبة به بنفسه ويحكم به الحاكم عند طلبه فكذلك عند طلب وكيله له قال ولو وكل رجلين بذلك لم

يكن لاحدهما أن ينفرد به دون صاحبه لانهما وكيلان بالقبض فان الرجوع فى الهبة لايتم الا باثبات اليد علي الموهوب وقد بينا أن الوكيلين بالقبض لا ينفرد أحدهما به دون صاحبه قال ولو وكل رجلا أن يقبض له دينا من فلان فيدفعه الى فلان هبة منه له فهو جائز لانه وكله بشيئين بقبض الدين ثم بعقد الهبة فى المقبوض ويجوز التوكيل بكل واحد منهما على الانفراد فكذلك يجوز التوكيل بهما وتوكيله بهبة دين يقبضه من مديونه كتوكيله بهبة عين يدفعها اليه فيصح كل واحد منهما لانه يضيفه الى ملك نفسه وكذلك لو أمر المديون أن يدفع اليه فدفعه فهو جائز لان أمره اياه بالدفع يكون تسليطا للآخر على القبض فان قال الغريم قد دفعت اليه فصدقه الموهوب له فهو جائز وان كذبه لم يصدق الغريم لان دعواه الدفع الى الموهوب بمنزلة دعواه الدفع الى الواهب فان صدقه ثبت الدفع وان كذبه لم يثبت لان الدين مضمون فى الذمة لا يستفيد البراءة عنه بمجرد قوله قال ولو وكل وكيلا بقبضه منه ودفعه الى الموهوب له فقال الغريم قد دفعه الى الوكيل وقال الوكيل قد دفعته الى الموهوب له فالغريم والوكيل بريئان فتصديق الوكيل لاختياره باداء الامانة ولكن لا يصدق الوكيل على الموهوب له لان قول الامين انما يقبل فى براءته عن الضمان لانه ادعى ثبوت وصول شئ الى غيره فلا يثبت بقوله وصول الهبة الي الموهوب له حتي لا يرجع الواهب عليه وكذلك الرجل يهب ما على مكاتبه لرجل ويأمر آخر بقبضه ودفعه الى الموهوب له فان دين الكتابة فى هذا بمنزلة غيره من الديون فى الحكم والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى العتق والكتابة

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بعتق عبده على مال أو غير مال فله أن يعتقه فى ذلك المجلس أو بعده لان التوكيل مطلق وهذا بخلاف ما لو قال لعبده أعتق نفسك لان ذلك تمليك وليس بتوكيل لان العبد فى العتق عامل لنفسه فلا يكون نائبا عن غيره وجوب التمليك يقتصر على المجلس (ألا ترى) أن هناك لا يملك الرجوع عنه قبل أن يعتق العبد نفسه وهنا يملك اخراج الوكيل مثل الوكالة قبل أن يعتقه ثم ليس للوكيل أن يقبض المال هنا لان العتق تبرع وان كان بمال (ألا ترى) أن الاب والوصى لا يملكانه في عبد اليتيم وقد بينا أن الوكيل بالتبرع نائب محض وان المعتق هو المولى دون الوكيل (ألا ترى)

أن الولاء يثبت للمولى والشرع انما أثبت الولاء لمن أعتق ولانه انما يطالب بقبض البدل من تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل والوكيل بالعتق لايكون مطالبا بشيء من جهة العبد ولا يكون اليه قبض البدل بل المولي هو الذى يقبض لان مباشرة نائبه كمباشرته بنفسه قال ولو وكله أن يعتقه فدبره لم يصح لانه تصرف سوى ماأمره به فان التدبير اضافة العتق الى ما بعد الموت أو تعليق العتق بالموت والمأمور بالتنجيز لا يملك التعليق ولا الاضافةوعلى هذا لو قال أنت حر غدا أو ان دخلت الدار أو أعتقه على مال لانه تعليق بشرط قبوله فيكون بمنزلة تعليقه بشرط آخرولانه مأمور بالتبرع المحض وربما يكون له فيه مقصوديفوت ذلك باشتراط العوض وهو الجواز عن كفارته وكذلك لو كاتبه فان الكتابة عقد آخر سوى ماأمره به فلهذا لم يصح منه وكذلك لو وكل آخر باعتاقه لان مطلق التوكيل لايثبت للوكيل ولاية توكيل الغير به فانه يساوي تأثيره بنفسه فى حق الغير وذلكلايصح ولان التوكيل بالعتق ليس باعتاق وهو انما أنابه مناب نفسه في الاعتاق خاصة قال ولو وكله أن يعتقه غدا فأعتقه اليوم كان مخالفا لانه أضاف وكالته الى وقت في المستقبل فلا يصير وكيلا قبل مجيء ذلك الوقت قال ولو وكله أن يعتقه اليوم فأعتقه غدا جاز استحساناوقد تقدم نظيره وقد بينا أن المقصود بذكر اليوم التعجيل وهولا يفسد الوكالةبالوقت بمنزلةقوله أعتقه الساعة فانه يصير وكيلا بعتقه ما لم يعزله عنه قال ولو وكل صبيا أو عبدا أن يعتق عبدهعلى مال أو غير مال أو كاتبه فهو جائز لانه من أهل العبادة ومباشرةهذا العقد انما تكونبالعبادة قال ولو وكله أن يعتقه ألبتة على مال أو غير مال ثم دبره المولى فالوكيل علىوكالته وكذلك لو كانت أمة فاستولدها المولي لان التدبير والاستيلاد لا يمنعان صحة الاعتاق بجعل أو غير جعل فلم يخرج المحل بتصرف المولى من أنيكون محلا لما فوضه الى الوكيل قال ولو وكله أن يعتق أمته فولدت قبل أن يعتقها لم يكن لهأن يعتق ولدها لانه أمره بعتق شخص واحد فلا يملك عتق شخصين ولان الوكالة بالعتق ليست بحق مستحق فى الام وانما يسرى على الولد ما كان مستحقا فى الام قبل الانفصال للولد عنها (ألا ترى) أنالوصية لا تسرى الى الولد المنفصل قبل لموت الموصى لهذا المعنى والكتابة والبيع على هذا فان التوكيل بهماليس بحق مستحق في الام فلا يسرى الى الولد المنفصل قبل ثبوت الاستحقاق فى الام قالولو وكله أن يعتق عبده أو مكاتبه أو يبيعه ثم باعهالمولى فقد خرج الوكيل من الوكالة لان الموكل بعد

البيع لا يملك فيه مباشرة التصرف الذي وكل الوكيل به فاقداً مه على البيع يتضمن خروج الوكيل من الوكالة حكما فان رجع الى ملك المولى فان كان رجوعه بسبب هو فسخ للبيع من الأصل فقد عاد اليه قديم ملكه وكان الوكيل على وكالته لان رجوعه من الوكالة كان حكما لزوال ملكه فلا يظهر بعد عود ذلك الملك اليه وان كان بسبب هو تمليك فسد من وجه كالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء قاض أو بالاقالة أو الميراث لم تعد الوكالة لان تعلقها كان بذلك الملك والعائد ملك غير ذلك الملك قال ولو باشره أهل الحرب فادخلوه دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه المشترى منهم بالثمن أو ممن وقع فى سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على وكالته لانه بالأخذ بهذا الطريق يعيده الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة بذلك الملك فاذا عاد عادت الوكالة قال ولو وكله ان يعتق امته ثم اعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسرت وملكها المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان مأمورا بازالة رق كان فيها وقد زال ذلك باعتاق المولى وهذا الحادث رق متجدد السبب فلا يكون هو وكيلا بازالته الا بتوكيل مستأنف قال ولو أمره أن يعتق عبده فقال الوكيل اعتقته أمس وجحد ذلك رب العبد لم يصدق الوكيل على ذلك لان الوكالة بالعتق تنتهى بالفراغ منه فكيف يقبل اقراره وليس هو بوكيل في الحال بخلاف البيع والشراء فان الوكالة تبقى بعد المباشرة لتعلق حق العقد بالوكيل * توضيحه ان الوكيل بالعتق معبر عن الموكل وانما أمره بأن يعبر عنه انشاء العتق دون الاقرار وكان هو فى الاقرار كأجنبي آخر سوى المأمور به فلا يصير به ممتثلا للآمر ويبقى المأمور على وكالته قال ولو وكله أن يعتقه فقبل ذلك ثم أبى أن يعتقه لم يجبر عليه لان الوكيل معير لمنافعه والمعير غير مجبر على تسليم ما أعاره ولو قال له الوكيل أنت حر ان شئت فقال قد شئت لم يعتق لانه مأمور بالتنجيز وقد اتى بالتعليق بمشيئة أو بتمليك الآمر من العبد وكل واحد منهما غير مأمور به ولكنه يبقى على وكالته فاذا أعتقه بعد ذلك كان صحيحا منه قال وان اعتقه بغير لسان العربية جاز لان المقصود ايصال العبد الى شرف الحرية وذلك يحصل بأى لسان كان وبأى لفظ من العربية يكون كقوله أنت عتيق او معتق وحررتك وكما يحصل ذلك باللسان يحصل بالكتاب أيضا حتى اذا كتب بعتقه جاز (ألا ترى) انه يشتريه مكفرا فكذلك الوكيل يصير به ممتثلا قال وان قال له اعتق

نفسك بما شئت فاعتق نفسه على درهم فهو جائز ان رضى المولى بذلك لان تفويضه فى حق البدل غير معتبر لانه مجهول الجنس والقدر فلا يقدر العبد على تحصيل المقصود للمولى يبقى قول العبد اعتقت نفسى بدرهم فيوقف ذلك على رضا المولى به كما لو ابتدأ العبد بهذا الكلام وكذلك لو قال بع نفسك من نفسك بما شئت فباع نفسه من نفسه جاز ذلك اذا رضى المولى به والطلاق في هذين الوجهين قياس العتق ولا يقال انه فوض الأمر فى البدل الى رأيه وهو لا يصلح نائبا عن المولى فى قبول البدل على نفسه فكيف يصلح نائبا فى تعيين جنس البدل ومقداره قال وان وكله ان يعتق عبده على مال فاعتقه على درهم جاز فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اعتبار اطلاق اللفظ مالم يقم دليل التقييد ولا يجوز عندهما الا بمثل القيمة أو بنقصان يسير بناء على أصلهما فى ثبوت التقييد بدليل العرف قال وان وكله أن يعتقه على شئ فما اعتقه عليه من أصناف المال فهو جائز اما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر كما هو أصله فى الوكيل بالبيع وعندهما هناك يتقيد مطلق اللفظ بالبيع لاعتبار العرف ولا عرف هنا فان الاعتاق بغير النقود من الأموال متعارف كالاعتاق بالنقود فلهذا جاز له أن يعتقه على أى صنف من المال يسميه وان اختلف المولى والوكيل فى جنس ماأمره به من البدل أوفى مقداره فالقول قول المولى لان الاذن يستفاد من جهته فلا يثبت فى حقه الا مايقر به قال وان وكله ان يعتقه على جعل فاعتقه على خمر أو خنزير فالعتق جائز وعلى العبد قيمة نفسه لانه امتثل أمره بما صنع فان العتق بالخمر لو باشره المالك كان عتقا بعوض لقيام شبهة المالية فى الخمر وعلى العبد قيمة نفسه لفساد التسمية فكذلك اذا باشره الوكيل ولو اعتقه على ميتة أو دم لم يجز لان هذا العتق لو باشره المالك كان عتقا بغير عوض اذ ليس فى الميتة والدم شبهة المالية فبتسميته لا يصير ممتثلا لانعدام الرضا بالعتق مجانا والموكل انما أمره بعتق بعوض فليس له أن يعتق بغير عوض قال ولو اعتقه على حكم العبد أو على حكم الوكيل جاز العتق وعليه قيمته لان هذا العتق لو باشره الموكل كان عتقا بعوض فكذلك اذا باشره الوكيل غير ان مايحكم به العبد أو الوكيل مجهول الجنس والقدر فلا تصح التسمية وعند فساد التسمية يجب على العبد قيمة نفسه ولكن لاشتراط أصل المال بهذا اللفظ ينعدم الرضا بالعتق مجانا قال ولو قال اعتقه على هذا العبد فاعتقه عليه فاذا هو حر جاز العتق وعليه قيمة نفسه لان فعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه حين امتثل أمره فيما صنع وقد سمى ما هو

مال وهو العبد فاذا ظهرت حريته تبين به فساد التسمية فعليه قيمة نفسه ولو اعتقه على عبد واستحق جاز العتق وعليه قيمة نفسه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله وفى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله قيمة العبد المستحق وهى معروفة فى كتاب البيوع ان فى قوله الآخر بيع العبد من نفسه بمال عند الاستحقاق ثم حكم مبادلة المال بالمال وفى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله في حكم مبادلة المال بما ليس بمال عند الاستحقاق اوالرد بالعيب قال وان وكله أن يعتقه على جعل فاعتقه على شاة مذبوحة بعينها أو على دن خل بعينه فاذا الشاة ميتة والخل خمر فالعتق جائز فى الخمر وعلى العبد قيمة نفسه والعتق باطل في الشاة لانه ليس في الميتة شبهة المالية فلا يصير بها العتق بعوض بخلاف الخمر ففيها شبهة المالية فيكون العتق بعوض عند ذكر الخمر فليس فى تسمية الشاة مايوجب اشتراط العوض لان اسم الشاة يتناول الميتة كما يتناول المذبوحة بخلاف تسمية العبد فان اسم العبد لا يتناول الا ماهو مال فبذكره يثبت اشتراط العوض ويصير الوكيل ممتثلا أمره قال واذا وكل الكافر المسلم بعتق عبده على جعل فاعتقه على خمر أو خنزير جاز لان الوكيل بالعتق بمال نائب محض لا يتعلق به شئ من الحقوق ولا يثبت له حق المطالبة بالبدل فيكون المعتبر فيه دين من وقع له العقد وهو المولى كما فى النكاح والخلع والخمر والخنزير مال متقوم فى حق الكافر فلهذا صحت التسمية والكتابة فى هذا قياس العتق بالجعل لان الوكيل بالكتابة سفير ومعبر أيضا قال واذا وكل العبد رجلا ان يشترى له نفسه من مولاه ويسأله له العتق على مال ففعل ذلك الوكيل والمولى فالعتق جائز والمال على العبد وليس على الوكيل شئ هكذا ذكر هنا وذكر فى موضع آخر من هذا الكتاب ان المال على الوكيل وهكذا أجاب فى الجامع الا أن هنا فى بعض النسخ قال ويسأله العتق وفى بعض النسخ قال يسأله له العتق فقال بعض مشايخنا رحمهم الله انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فقوله يسأله العتق تفسير لأول كلامه وبيان أنه جعل رسولا الى المولى والمطالبة بالبدل لا تتوجه على الرسول في شئ من العقود فأما اذا وكله العبد فالجواب على ما قال فى الجامع ان الوكيل هو المطالب بتسليم البدل وفى المسئلة روايتان وعيسى بن ابان رحمه الله قال فى الصحيح ماذكر هنا دون ماقاله فى الجامع لان الوكيل من جانب العبد فى العتق بجعل يكون سفيرا ومعبرا بمنزلة الوكيل من جانب المولى (ألاترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر

وانه ليس اليه من قبض المعقود عليه شي فلا تتوجه المطالبة بتسليم البدل كالوكيل من جانب المولى وجه رواية الجامع أن توكيله بشراء العبد لنفسه بمنزلة توكيله بشراء العبد لغيره فكما أنه هناك يصير المطلوب بتسليم البدل فكذلك هنا بخلاف الوكيل من جانب المولى فان الذى فى جانب المولى اعتاق بمال يشترطه والذى فى جانب العبد التزام المال فالوكيل فى جانب المولى يكون وكيلا بالاعتاق فكان معبرا لا تتعلق به حقوق العقد والوكيل فى جانب العبد وكيل بالتزام المال فيكون بمنزلة الوكيل فى البيع والشراء فما زاد على هذا من البيان فقد أمليناه فى شرح الجامع قال ولو وكله (٢) وهذا بناء على أصلين أحدهما أن العتق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزأ والثانى أن عند أبى حنيفة رحمه الله تسمية النصف غير تسمية الكل والوكيل متى زاد على ماأمر به وأتى بغيره كان مخالفا فهنا الموكل أمره باعتاق النصف وهو قد سمى الكل فصار مخالفا فلهذا لا يعتق منه شئ وعلى قولهما العتق لا يحتمل التجزى فالتوكيل باعتاق النصف واعتاق الكل سواء ويكون هو ممتثلا أمر الموكل فى اعتاق الكل فلهذا عتق كله قال ولو وكله أن يعتق العبد كله فاعتق نصفه عتق النصف فى قول أبى حنيفة رحمه الله كما لو أعتق الموكل بنفسه نصفه وهذا لان الوكيل أتى ببعض ماأمره به فلم يكن مخالفا فيعتق نصفه وعلى العبد أن يسعى فى نصف قيمته وعندهما يعتق كله ولا يسعى فى شىء لان العتق عندهما لا يتجزأ قال واذا وكله أن يعتقه على جعل ولم يسم شيأ فاعتقه على ألف جاز ذلك استحسانا وعليه ألف درهم ان كان مثله يعتق على مثل ذلك وفى القياس لا يصح اعتاقه لان البدل المسمى مجهول جهالة متفاحشة فان اسم الالف يتناول كل معدود مالا كان أو غير مال فلم تصح التسمية وان لم تصح كان هذا بمنزلة عتق بغير جعل فيكون باطلا من الوكيل ولكنا استحسنا فقلنا الوكيل ممتثل أمره فان الموكل بنفسه لو أعتقه على هذا كان عتقا بعوض وكان صحيحا فكذلك الوكيل اذا فعله وهذا لان مطلق التسمية محمول على المتعارف فيما بين الناس كما أن مطلق تسمية النقد معروف فكذلك مطلق تسمية الالف فاذا كان قيمة العبد الف درهم أو مثلها فالظاهر أن المراد بذكر الالف هو الالف درهم لان المعتاد هو الاعتاق بمثل القيمة أو أقل فصار الثابت بالعادة كالثابت بالنص قال ولو وكله أن يكاتب عبده فكاتبه لم يكن للوكيل أن يقبض المكاتب لانه فى العقد سفير ومعبر وهو لا يستغنى عن الاضافة الى الموكل ولا تتوجه عليه المطالبة بتسليم العوض فلا يكون اليه من قبض البدل شئ وان دفعها

اليه المكاتب لم يبرأ لان وكالته قد انتهت بمباشرة العقد فكان هو فى قبض البدل كاجنبي آخر فلهذا لا يستفيد المكاتب البراءة بالدفع اليه قال ولو وكله ان يكاتب عبده فكاتبه على شيء لا يتغابن الناس فى مثله جاز فى قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله فى اعتبار الاطلاق مالم يقم الدليل المقيد كما لو وكله ببيعه ولم يجز عندهما لان التقييد عندهما يثبت بدلالة العرف وان كاتبه على غنم أو صنف من الثياب أو الموزون أو من المكيل جاز ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يشكل بناء على مذهبه فى التوكيل بالبيع وعندهما الاختصاص بالنقد هناك بدليل العرف ولا يوجد ذلك هنا فالاعتاق بغير النقود من الاموال متعارف وكذلك الخلع والكتابة قال ولو وكله ان يكاتب عبدين له فكاتب احدهما جاز لانه أتى ببعض ما أمر به ولا ضرر فيه على الموكل فيكون هذا بمنزلة الوكيل ببيع العبدين يبيع أحدهما فانه يجوز على الآمر فكذلك هنا قال ولو وكله أن يكاتبهما مكاتبة واحدة ويجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكاتب أحدهما لم يجز لانه ترك شرطا فيه منفعة للموكل وهو أن يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل ولان العقد بهذه الصفة لا يصح الا ان كاتبهما معا فكان الموكل بالتنصيص على هذا الوصف كالشارط عليه أن لا يفرق العقد فاذا فرق كان مخالفا (ألا ترى) انه لو قال بعه من فلان برهن فباعه بغير رهن لم يجز وكذلك لو قال بعه من فلان بكفالة فباعه من غير كفالة لم يجز بخلاف ما لو قال بعه بشهود فباعه بغير شهود حيث يجوز لان الرهن والكفالة انما يشترطان فى العقد ويصير مستحقا بالشرط وحرف الباء للوصل فانما أمر أن يصل شرط الكفالة والرهن بالبيع فاذا لم يفعل كان مخالفا لامره فأما الشهود فلا يتحقق اشتراطهم فى البيع فلا يخرج هو بهذا اللفظ من أن يكون مأمورا بمطلق البيع قال ولو وكله ان يكاتب عبده ثم كاتبه المولى فعجز فليس للوكيل ان يكاتبه لان ما قصده الموكل بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته فتكون مباشرته عزلا للوكيل ثم بعجز المكاتب لا تنفسخ الكتابة من الاصل ولكن ترتفع فى الحال لان السبب مقصور على الحال وهو العجز عن تسليم البدل بعد توجه المطالبة به فلهذا لا تعود وكالة الوكيل قال ولو وكله ان يكاتبه أو يبيعه ثم قتل العبد رجلا خطأ ثم فعل الوكيل ذلك وهو يعلم أو لم يعلم جاز ما صنعه الوكيل لان استحقاق العبد بجنايته لا يمنع الموكل من التصرف فيه بالبيع والكتابة فلا يوجب عزل الوكيل أيضا وابتداء التوكيل صحيح بعد جناية العبد فلأن يبقى أولى ثم على المولى قيمته ولا يصير مختارا للدية وان علم بذلك

لان التوكيل قبل الجناية وهو لا يصير مختارا بفعل منه سبق جناية العبد ولم يوجد بعد الجناية من المولى فعل يصير به مختارا ولكنه صار مستهلكا للعبد فعليه قيمته كما لو دبره قبل جنايته وأشار فى موضع من الزيادات الى أن استمرار الوكالة بعد العلم بالجناية بمنزلة انشاء التوكيل لكونه متمكنا من العزل فيصير به مختارا للفداء وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو قال بع عبدى هذا أو كاتبه أو أعتقه على مال فأيّ ذلك فعل الوكيل جاز لانه خيره بين التصرفات الثلاثة وان قال كاتب عبدي هذا أو هذا فله ان يكاتب أيهما شاء لان المولى خيره بينهما بحرف أو فان كاتب كل واحد منهما على حدة جازت مكاتبة الاول لانه وكيل بكتابة أحدهما فاذا كاتب الاول انتهت وكالته وليس له أن يكاتب الآخر بعد ذلك وان كاتبهما معا فكتابتهما باطلة اذا جعل النجوم واحدة لان هذا بمنزلة عقد واحد (ألا ترى) انه لا يقبل أحدهما دون الآخر وهو غير مأمور بمكاتبتهما جميعا فاذا تعذر تنفيذ العقد فيهما ولا وجه لتصحيح واحد منهما لانهما فى حكم هذا العقد كشخص واحد تعينت جهة البطلان فى هذا العقد وان لم يجعل النجوم واحدة فالخيار الى المولى يختار أيهما شاء بحصته من ذلك ويحبس الآخر لان تصحيح العقد في احدهما ممكن فان العقد متفرق فهو فى كتابة أحدهما ممتثل أمر المولى وفسخ العقد فى أحدهما ويكون الخيار الى المولى لان الوكيل معبر عنه فلا يكون اليه من خيار البيان شئ كالطلاق والعتاق وهذا لان الكتابة فى حكم الاسقاط دون التمليك لانه فك الحجر واسقاط حقه من ملك اليد حتى يصير للمكاتب كما ان في الاعتاق اسقاط الحق عن أصل ملكه لان يكون تمليكا من العبد والجهالة انما تمنع الصحة في التمليكات لا فى الاسقاطات فاما فى النكاح لو وكله أن يزوجه أي هاتين فزوجهما منه لم يصح نكاح واحدة منهما لان النكاح من عقود التمليكات فلا يمكن تصحيحه فيهما لانه مأمور بتزويج احداهما ولا يمكن تصحيحه فى احداهما بعينها لانه ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا فى احداهما بغير عينها لان النكاح لا يثبت فى المجهول وعن أبي يوسف رحمه الله انه جعل النكاح كالكتابة فقال يجوز فى احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج وهو قوله الاول وقد رجع عنه فأما فى البيع اذا باعهما جميعا فلا يجوز البيع فى واحد منهما لان البيع تمليك لا يثبت فى المجهول ولا يمكن تصحيحه فيهما لانه لم يكن مأمورا ببيعها قال ولو وكله ان يكاتب عبده يوم الجمعة فقال الوكيل يوم السبت قد كاتبته أمس بعد الوكالة على كذا وكذبه المولى فالقول قوله فى القياس لانه أقر

بالعقد في حال لايملك استئنافه فان بمضى يوم الجمعة قد انتهت وكالته ولكن استحسن لجوز اقراره فكان مسلطا على مباشرة العقد في وقت معلوم وقد أخبر بما سلطه عليه وأدى الامانة على وجهها وهـذا لان التوقيت من المولى كان فى مباشرة العقد لا في الاقرار به فجعل فى حق الاقرار كان التوكيل كان مطلقا فاذا أقر به كان اقراره صحيحا وعلى هذا البيع والاجارة والخلع والعتق على مال قال ولو وكله أن يكاتبه فقال الوكيل وكلنى أمس وكاتبته آخر النهار بعد الوكالة وقال رب العبد انما وكلتك اليوم فالقول قول رب العبد لانه لو أنكر التوكيل أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر التوكيل أمس واذا لم يثبت التوكيل فى الوقت الذى أضاف الوكيل مباشرة العقد اليه كان العقد باطلا ولو قال أى هذين الرجلين كاتبه فهو جائز فأيهما كاتبه جاز وهذا استحسان وقد تقدم بيانه ان الوكالة مبنية على التوسع والجهالة المستدركة فيها تمنع الجواز وكذلك لو قال وكلت أحد هذين الرجلين أن يكاتبه فهذا والاول سواء وأيهما كاتبه جاز قال ولو وكل رجلا بأن يكاتب عبده فأبى العبد أن يقبل ثم بدا له فى قبول ذلك فكاتبه الوكيل جاز لان اباء العبد فى الابتداء لا ينعزل الوكيل فان العبد لا يملك عزل الوكيل عن كتابته واذا بقيت الوكالة نفذت الكتابة بقبول العبد كما لو قبل في الابتداء والله أعلم بالصواب

باب وكالة المضارب والشريك فيه

(قال رحمه الله) وتوكيل المضارب بالبيع والشراء والقبض والخصومة وغير ذلك من أسباب المضاربة جائز لان للمضارب اقامة الاعمال كلها بنفسه فيحتاج الى الاستعانة بغيره فى بعض الاعمال ولما دفع رب المال اليه المال مضاربة على علمه بذلك فقد صار آذنا له فى الاستعانة بالغير فيما يعجز عن مباشرته بنفسه قال ولو وكل المضارب رجلا أن يشترى له عبدا بالمضاربة فاشترى له أخا رب المال فالشراء جائز على المضارب دون رب المال لان شراء وكيل المضارب بمنزلة شراء المضارب بنفسه وهو لو اشترى أخا رب المال كان مشتريا لنفسه لان رب المال انما أمره أن يشترى بمال المضاربة مايمكنه ان يبيعه ليحصل الربح بتصرفه وهو لا يحصل بشراء أخى رب المال لانه لو جاز شراؤه على رب المال عتق عليه فلهذا جعلناه مشتريا لنفسه ويضمن مال المضاربة اذهو فى عينه قال وان اشترى أخا المضارب فان لم يكن فيه فضل

فهو جائز على المضاربه لان شراء الوكيل كشراء المضارب بنفسه ولو اشترى أخا نفسه بمال المضاربة جازعلى المضاربة ان لم يكن فيه فضل لانه شريك فى الربح فاذا لم يحصل الربح لايملك المضارب شيئا منه فيتمكن من بيعه بعد الشراء وان كان فيه فضل كان الشراء على المضارب خاصة لانه لو جاز على المضاربة عتق عليه حصته من الربح فلا يملك بيعه فلهذا كان مشتريا لنفسه قال واذا وكل المضارب وكيلا في الخصومة فى دين المضاربة فأقر الوكيل عند القاضي أن المضارب قد قبض ذلك الدين فهو جائز الا على قول زفر رحمه الله لان الوكيل بالخصومة مطلقا يملك الاقرار ويكون اقراره كاقرار الموكل بنفسه ولو أقر المضارب بين يدى القاضى بقبض الدين الواجب بادانته صح اقراره فكذلك اقرار وكيله وان قال المضارب لم أقبضه منه برئ الغريم ولا ضمان على المضارب لان اقرار الوكيل انما يصح باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم وذلك فيما بين الوكيل والخصم وليس من ضرورة براءة الغريم وصول المال الى المضارب فلهذا لايقبل اقرار الوكيل فى ايجاب الضمان على المضارب لانه ما وكل بذلك قال وهذا بمنزلة قول الوكيل قد أخذته فدفعته اليك وقال المضارب لم تدفعه الى وكذا اقرار الوكيل بالقبض صحيح فى براءة الغريم غير مقبول فى ايجاب الضمان على المضارب فكذلك هنا قال ولو وكل المضارب رجلا بقبض مال المضاربة من رب المال أو بدفع شئ من المال الى رب المال كان جائزا لانه وكله بما يملك مباشرته بنفسه فيصير الوكيل قائما مقامه في مباشرته قال واذا أمر رب المال المضارب ان ينفق على أهله فوكل المضارب وكيلا بالنفقة عليهم فهو جائز لانه مأمور بايصال مقدار حاجتهم من المال الذى فى يده اليهم فلا فرق بين ان يوصل ذلك بنفسه أو بنائبه وهذا لان من له النفقة له ان يمد يده الي هذا المال ويأخذ منه مقدار حاجته اذا ظهر به ولان أمر رب المال بالدفع الى أهله بمنزلة أمره بالدفع اليه ولا فرق بين ان يدفع بنفسه أو بوكيله فان قال الوكيل انفقت مائة درهم عليهم وقال المضارب أنفقت مائتي درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال رب المال ماانفقت عليهم شيأ فالقول قول المضارب وقد ذهب من المال مائة درهم كما لو ادعى انه أنفق بنفسه وهذا لان المال في يده وهو أمين فيما فى يده من المال فلو ادعى الرجل على رب المال كان القول قوله فكذلك اذا ادعى الانفاق على أهله بأمره ولا يضمن الوكيل شيأ لانه كان أمينا فيما أمره به ولم يوجد منه سبب يوجب الضمان عليه فلهذا لايصير ضامنا شيأ وكذلك كل وكيل بدفع

اليه المال ويؤمر بالنفقة على شئ من الاشياء فهو جائز وهو مصدق فى النفقة على ذلك بالمعروف لانه أمين أخبر بأداء الامانة بطريق محتمل قال وان وكل المضارب وكيلا ينفق على رقيق من المضاربة ولم يدفع اليه مالا فقال الوكيل انفقت عليه كذا وكذا وكذبه المضارب فان الوكيل لا يصدق لانه يدعي لنفسه دينا في ذمة المضارب فان المال لم يكن في يده ليكون أمينا فيما يخبر به من الانفاق ولكنه يزعم أنه أنفق من مال نفسه ليكون ذلك دينا فى ذمة من أمره وهو غير مصدق فى مثله الا ببينة وكذلك لو وكله فى مال نفسه ينفق على رقيقه فهذا والاول سواء قال وان وكل المضارب رجلا يشترى له متاعا بعينه من المضاربة ولم يدفع المال اليه فجاء رب المال وأخذ المال وناقض المضاربة لا يمنع ابتداء التوكيل فلا يمنع بقاء التوكيل أيضا بالطريق الاولي واذا بقيت الوكالة كان شراء وكيل المضارب كشراء المضارب بنفسه فانما ينفذ العقد على المضارب خاصة لان عقد المضاربة قد انفسخ باسترداد رب المال ماله قال ولو وكل المضارب عبدا من رقيق المضاربة ثم ان رب المال نهى المضارب عن البيع ونقض المضاربة ثم باعه الوكيل وهو لا يعلم أو يعلم فبيعه جائز لان المال بعد ما صار عروضا يملك رب المال فيه نهى المضارب عن التصرف فكان وجود النهى كعدمه وكذلك لو مات رب المال ثم باعه الوكيل أو وكله المضارب بعد موته فباعه لانه يملك مباشرة البيع بنفسه بعد موت رب المال فانه شريك فى الربح والربح انما يظهر ببيع المشتري فكان تصرفه من وجه بنفسه فلهذا لا يمتنع بموت رب المال ولا ببيعه قال ولو وكله بشراء عبد بألف درهم من المضاربة ثم مات رب المال ثم اشترى العبد لزم المضارب خاصة لان عقد المضاربة انفسخ بموت رب المال حين كان المال نقدا حتى لا يملك المضارب بعد ذلك التصرف فيه فيكون هذا بمنزلة استرداد رب المال ماله وقد بينا أن هناك الوكالة تبقى ولكن الوكيل يصير مشتريا للمضارب خاصة فكذلك هنا قال واذا اشترى أحد المتفاوضين عبدا فوجد به عيبا فوكل وكيلا فى رده أو كان شريكه هو الذى يخاصم فيه لم يكن بد من ان يحضر الذى اشترى حتى يحلف ما رضى بالعيب وقد بينا فيما سبق أن القاضى لا يقضى بالرد الا بعد هذه اليمين ولا يمكن استحلاف الوكيل ولا الشريك اذا كان يخاصم بنفسه لان النيابة لا تجرى فى اليمين وان كان الذى اشترى حاضرا يخاصم فطلب البائع يمين شريكه ما رضى بالعيب لم يكن له عليه يمين لان الاستحلاف ينبنى على توجه الخصومة ولا خصومة للبائع مع الشريك

لانه لم يعامله بشئ وكذا ان وكل أحدهما وكيلا بالخصومة فى عبد باعه وطعن المشترى فيه بعيب ورده لم يكن على الوكيل فيه يمين لان الوكيل فيه نائب ولا نيابة فى اليمين وان أراد المشترى ان يخاصم الشريك الآخر ويحلفه على عامه لان كل واحد من الشريكين فى المفاوضة قائم مقام صاحبه فيما يدعى عليه فانهما فى الحكم كشخص واحد ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم ولا يكون على البتات قال واذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشئ هو بينهما ثم نقضاها واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أولا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل أحدهما فى حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما قال واذا وكل أحد شريكى العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان ينبغى في القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه بالتصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك ولكنه استحسن فقال كل واحد من الشريكين فى حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض اليه الأمر على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه كما بيناه فى المضارب وهذا لان كل واحد منهما رضى بتصرف صاحبه فيما هو بصدده من التجارة والتوكيل من التجارة فلهذا نفذ من كل واحد منهما على صاحبه قال وان وكله ببيع أو شراء أو اجارة أو تقاضى دين ثم أخرجه الشريك الآخر من الوكالة فكان له أن يخرجه من الوكالة في جميع ذلك الا فى تقاضي الدين خاصة لانه كما جعل توكيل أحدهما فى التصرف بمنزلة توكيلهما فكذلك عزل أحدهما عن التصرف بمنزلة عزلهما إلا فى تقاضى الدين فان سبب وجوب الدين هو الذى يختص بقبضه على وجه لا يملك شريكه نهيه عن ذلك فكذلك نهى وكيله * توضيحه أن الشريك الآخر لما جعل فى هذا الدين بالقبض بمنزلة سائر الاجانب فكذلك فى عزل الوكيل يجعل بمنزلة سائر الأجانب فلهذا لا يصح منه النهى قال وان كان الموكل هو الذى ادانه لم يصح اخراج هذا الآخر الوكيل من التقاضى لما بينا وان كان الذى ادانه هو الشريك الآخر فتوكيل الشريك بقبضه لا يصح لانه لا يملك مباشرة القبض بنفسه فكذلك لا يوكل به غيره والله أعلم بالصواب

باب مالا تجوز فيه الوكالة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل وكيلا بطلب قصاص في نفس أوفي فيما دون النفس لا يجوز فان وكله باقامة البينة على ذلك جاز التوكيل في قول أبي حنيفة رحمه الله عند رضا الخصم أو مرضه أوغيبته وعند محمد رحمه الله على كل حال وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز التوكيل بذلك وجه قوله أن الوكيل يقوم مقام الموكل في دعوى القصاص والقصاص لا يثبت بما يقوم مقام الغير كما لا يثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وهذا لان هذه عقوبة تندرئ بالشبهات وفيما يقوم مقام الغير ضرب شبهة في العادة وهو انما يوكل ليحتال الوكيل لاثباته وفي القصاص انما يحتال لاسقاطه لا لاثباته (ألا ترى) ان التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز باعتبار انه يندرئ بالشبهات فكذلك باثباته وقد ذكر في بعض المواضع قول محمد رحمه الله كقول أبي يوسف رحمه الله وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه وكل بما يملك مباشرته بنفسه واذا وقع الغلط أمكن التدارك والتلافي فصح التوكيل كما في الأموال بخلاف استيفاء القصاص فانه اذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافي فاما اثبات القصاص فكاثبات سائر الحقوق من حيث انه اذا وقع فيه الغلط أمكن التدارك والتلافي وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالخصومة في دفع ما يطالب به وكلام أبي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل أظهر لان دفع القصاص جائز بمن يقوم مقام الغير (ألا ترى) ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة ولكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس يصح لانه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل (ألا ترى) أن في سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل وكذلك في القصاص وفي الاستحسان يقول اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لا يستوفي بحجة قائمة مقام غيرها * توضيحه انا حملنا التوكيل على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة فيصير ذلك شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات وكذلك في التوكيل باثبات حد القذف أو دفعه من جهة القاذف فأما التوكيل باثبات المال في السرقة فقد طلب بالاتفاق لان المقصود اثبات

المال والمال يثبت مع الشبهات (ألا ترى) أن بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال تثبت فأما التوكيل باثبات الحد فهو على الخلاف الذى بينا قال واذا قتل العبد عند المستودع أو عند المستعير فليس لهما أن يستوفيا القصاص وان وكلهما بذلك صاحبه لان من الجائز أن صاحب العبد عفى فلو استوفينا القصاص كان استيفاء مع تمكن الشبهة وذلك لا يجوز يدل عليه أن وجوب القصاص باعتبار الدم والمستودع والمستعير ليسا بخصمين فى الدم وانما خصومتهما فيما يتناوله الايداع والاعارة وكذلك عبد من المضاربة أو عبدان شريكان شركة عنان أو مفاوضة قتل عمدا وأحدهما غائب فليس للحاضر أن يقتل قاتله وان وكله الغائب بذلك لتمكن شبهة العفو من رب المال أو من الشريك الغائب قال واذا كان للرجل عبد فى يدى رجل فقال الرجل انطلق فاشتر عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمره للمشترى بالشراء وكالة للبائع بالبيع وذكر بعد هذا انه لا يجوز وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فالمراد هنا انه لما أتاه أخبره بما قال له المالك فيصير ذو اليد وكيلا لعلمه بوكالة المالك اياه ومراده بما ذكر بعد هذا أنه لم يخبره بذلك ولكنه قال له بع هذا العبد منى فلا يصير ذو اليد وكيلا مالم يعلم بتوكيل المالك اياه وان حملنا المسئلة على الروايتين فيما اذا لم يخبره فوجه الرواية التى قال لا يجوز البيع أن البائع لم يرض بالتزام العهدة حين لم يعلم بالوكالة (ألا ترى) انه لو وكله بالبيع مقصودا لا بحضرته لا يصير وكيلا مالم يعلم به فكذلك اذا كان التوكيل ضمنا لامر المشترى بشرائه ووجه هذه الرواية أن رضا المالك قد تم بهذا العقد والمشترى انما أقدم على الشراء باعتبار تمام الرضا من المالك فلو لم ينفذ البيع صار مغرورا من جهة المالك ويلحقه الضرر فيه والضرر مدفوع فى الشرع وما زاد على هذا البيان قد بيناه فيما أمليناه من شرح الزيادات قال وكذلك اذا قال اقبض دينى من فلان كان جائزا وليس للذى عليه الدين ان يمتنع من دفعه وهذا ظاهر فانه وكل القابض بالقبض هنا وقد علم القابض بوكالته ولا معتبر بعلم المديون بعد ان يثبت وكالته وكذلك لو وكله بقبض الوديعة والعارية وما أشبههما قال أرأيت لو قال للعبد انطلق الى فلان حتى يكاتبك فكاتبه فلان أما كان يجوز أو قال انطلق اليه حتى يعتقك فاعتقه أما كان يعتق أو قال لامرأته انطلقي اليه حتى يطلقك وطلقها فلان أما يقع الطلاق عليها والفرق بين هذه الفصول وبين البيع على الرواية الاخرى ظاهر

لان حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فى هذا الموضع بخلاف البيع قال ولو أمر رجلاأن يطلق امرأتهأو يعتق عبده ثم قال للمرأة والعبد قد نهيت فلانا عن ذلك فلم يعلم الوكيل بالنهى حتى طلق أو أعتق وقع وان علم بالنهى لم يقع وكذلك فى الفصل الاول ان نهاهما بعد ذلك لا يعمل النهى فى حق فلان مالم يعلم به ولا فرق بين أن يثبت التوكيل بخطاب خاطب به الوكيل وبين أن يثبت ضمنا بخطاب خاطب به المرأة والعبد فانه بعد ماصار وكيلا لاينعزل مالم يعلم بالعزل قال واذا قال الرجل لرجل اذهب بثوبى هذا الى فلان حتى يبيعه أو اذهب الى فلان حتى يبيعك ثوبى الذى عنده فهو جائز فى الوجهين وهو اذن منه لفلان فى بيع ذلك الثوب ان أعلمه المخاطب بما قاله المالك جاز بيعه رواية واحدة وانلم يعلمه ففيه روايتان وكذلك لو قال اذهب بهذا الثوب الى القصار حتى يقصره أو الى الخياط حتى يخيطه قميصا فهذا اذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل حتى لايصير ضامنا بعلمه بعد ذلك والله أعلم بالصواب

باب وكالة العبد المأذون والمكاتب

(قال رحمه الله) وكل ما جاز لهما ان يفعلاه جاز لهما أن يوكلا به من يفعله لان الحجر قدانفك عنهما فيما هو من عمل التجارة أو سبب اكتساب المال والتوكيل من هذه الجملة فيصح منهما وبعد صحة الوكالة فعل الوكيل كفعل الموكل بنفسه وكل مايجوز للموكل أن يفعله جاز لوكيله أن يفعله قال وليس للعبد المأذون أن يتزوج ولا يكاتب عبده لان هذا من عقود التجارة وانفكاك الحجر فى حقه مقصور على التجارة فاذا أذن له المولى في ذلك فوكل بهوكيلا لم يجز لانه نائب عن المولى فى هذا العقد بمنزلة الوكيل (ألا ترى) أنهيعمل بهبة عنهمع بقاء الاذن له فى التجارة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمباشرةماوكل به فاذا حجره مولاه أو عجز المكاتب عن كتابته انقطعت وكالة وكيله فى البيع والشراء ونحوهما لانه عجز عن مباشرة التصرف في نفسه وصحة التوكيل كانت باعتباره ولو وكله ابتداء بعدالحجر لم يجز فكذلك اذا طرأ الحجر على الوكالة لان المقصود بنفس التوكيل لا يحصل والطارئ قبل حصول المقصود بالسبب كالمقترن بأصل السبب فاما اذا كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضى لم يبطل ذلك التوكيل بالعجز ولا بالحجر على المأذون لانه فى كل شئ ولاه العبد

لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية المطالبة باستيفاء ماوجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة فيه قال ولو وكله ابتداءً بعد الحجر صح أيضا فان باعه باذن الغرماء أو مات بطلت وكالة الوكيل فى جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء ولا يبقى هو مطالبا بايفاء شيء فى حالة الرق فتبطل وكالة الوكيل حكما بخروج الموكل من أن يكون مالكا لذلك التصرف قال وليس لمولى العبد أن يتقاضى دينه كان عليه دين أو لم يكن لانه ان كان عليه دين فكسبه حق غرمائه والمولى منه كسائر الاجانب مالم يفرغ من الدين وان لم يكن عليه دين فوجوب المال بعقد العبد ولا يكون هو فى هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به فهنا أولى وكذلك ليس للمولى أن يوكل بذلك وكيلا لانه لا يملك المباشرة بنفسه فلا يوكل به غيره أيضا فان اقتضى هو شيأ أو وكيله جاز ان لم يكن على العبد دين لانه خالص حق المولى لو قبضه العبد سلمه الي المولى فاذا قبضه المولى أو من وكله جاز كما فى الموكل اذا قبض الثمن بتسليم المشترى اليه واذا كان على العبد دين لم يجز لان حق الغرماء متعلق بكسبه فالمولى كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لو قبض شيأ من أعيان كسبه كان ضامنا بمنزلة أجنبي آخر فلهذا لا يبرأ الغريم بالدفع اليه والوديعة والبضاعة فى هذا قياس الدين قال ولو أذن له المولى فى التزويج فوكل العبد وكيلا بذلك فرجع المولى عن الاذن فى التزويج فان علم به الوكيل خرج عن الوكالة واذا لم يعلم به فهو على وكالته لان العبد فى هذا التوكيل نائب عن المولى حتى لا يملك التوكيل الا باذن المولى فهذا الوكيل بمنزلة الوكيل من جهة المولى ثم نهيه العبد عن ان يتزوج عزل لوكيله لانه يظهر بهذا انه غير راض بعيب العبد بالنكاح وتعلق المهر والنفقة بماليته وفى هذا لا يفترق الحال بين عقد العبد وعقد الوكيل فعرفنا أنه بمنزلة العزل للوكيل قصدا فان علم به صار معزولا وان لم يعلم به لا يصير معزولا قال ولو وكل العبد بتقاضى دينه وكيلا ثم باعه المولى باذن الغرماء أو مات العبد خرج وكيله من الوكالة سواء علم به أو لم يعلم كان على العبد دين أولم يكن لان العزل هنا ثبت حكما لخروج موكله من أن يكون مالكا لذلك التصرف وفى مثله لا يشترط علم الوكيل ولو لم يكن على العبد دين فالمولى يتقاضاه لان الحق تخلص له وان كان عليه دين نصب القاضى وكيلا بتقاضي الدين ليقضي به حق الغرماء لان الحق للغرماء ولكنهم عاجزون عن التقاضى

بانفسهم فينصب القاضي عنهم وكيلا بمنزلة التركة اذا كان على الميت دين وله دين على انسان فاما اذا أعتق المولى العبد فالوكيل على وكالته لان حق العبد في المطالبة والقبض لا يبطل بعتقه بل يتقوى وكذلك لو كاتبه باذن الغرماء لان حق القبض اليه بعد الكتابة كما كان قبلها واذا قال الوكيل قبضته قبل الحجر أو قبل موته لا يصدق لانه أخبر بما يملك استئنافه وقد صار الحق للمولى بعد الحجر اذا تحقق ذلك ببيعه فهو بهذه الدعوى يريد ابطال حق المولى فلم يكن مصدقا فى ذلك قال ولو أن عبدا تاجرا له دين على رجل وله به كفيل فوكل رجلا يتقاضى دينه ليتقاضى دينه على فلان كان له أن يتقاضاه من الكفيل أيضا لانه أقامه مقام نفسه فى المطالبة بذلك الدين وله أن يطالب الكفيل والاصل جميعا وكذلك لمن قام مقامه وهذا الاصل معروف في كتاب الكفالة ان أصل الدين فى ذمة الاصيل وانما يطالب الكفيل بما على الاصيل والوكيل صار مالكا المطالبة بالدين على الاصيل سواء طالب الكفيل أو الاصيل فانما طالب بذلك الدين قال ولو ادعى دارا في يدي رجل فوكل رجلا بالخصومة فيها وبقبضها فباعها ذو اليد وقبضها المشترى كان للوكيل أن يخاصم المشترى لان وكالته بالخصومة كانت مقيدة بالدار لا بالبائع ففى يد من وجدت الدار يكون له أن يخاصمه لانه انما يخاصم فى العين التى وكله بالخصومة فيها قال ولو وكله بخصومة فلان فى هذه الدار لم يكن له أن يخاصم المشترى لانه قيد الوكالة بخصومة البائع وهذا تقييد مفيد فقد يقاوم الانسان انسانا فى الخصومة ولا يقاوم غيره وهو نظير ما لو وكله بأن يبيع عبده هذا كان له ان يبيعه ممن بينا وان قال له بعه من فلان لم يكن له أن يبيعه من غيره وهذا بخلاف ما اذا وكل ذو اليد وكيلا بالخصومة معروفا بين الناس فلما وكله بالخصومة مع ذى اليد مع علمه ان ذا اليد قد يوكل غيره بالخصومة فيه كان هذا رضا منه بالخصومة مع وكيله وهذا لان القضاء اذا توجه على الوكيل يكون على الموكل خاصة والوكيل نائب عنه فلهذا ملك ان يخاصم وكيله وهذا لا يوجد في حق المشترى لانه بالشراء يصير مالكا فانما يخاصم عن نفسه ولا يكون نائبا عن البائع فلهذا فرقنا بينهما قال ولو وكله أن يخاصم فلانا فى هذه الدار فاذا الدار فى يدى غير فلان لم يكن له أن يخاصم غير فلان ولا فلانا لان الدار ليست فى يديه والخصومة فى دعوى الملك المطلق انما تكون مع ذى اليد والوكالة كانت مقيدة بالخصومة مع فلان فلا يملك ان يخاصم فى هذه الوكالة غير فلان وان لم يسم له أحدا كان له أن يخاصم من وجد الدار فى يده

لان الوكالة هنا مقيدة بالخصومة فى العين فاذا خاصم فيه ذا اليد فانما يخاصم فى تلك العين فلهذا سمعت خصومته قال ولو كانت الدار فى يدى العبد فوكل وكيلا بالخصومة فيها لفلان المدعى فادعاها آخر لم يكن الوكيل وكيلا فى خصومة هذا الثانى وهو وكيل فى خصومة الأول وخصومة وكيله لانه قيد الوكالة بالخصومة مع فلان فلهذا يملك ذلك قال واذا وكل العبد التاجر وكيلا ببيع أو شراء أو رهن وغير ذلك فأخرج المولى الوكيل من الوكالة فليس ذلك بشئ وهو على وكالته ان كان على العبد دين أو لم يكن لانه حجر خاص فى اذن عام وذلك باطل (ألا ترى) ان المولى بنفسه لو نهى العبد عن ذلك التصرف ولم يحجر عليه لا يعمل نهيه فكذلك اذا منع وكيله منه أو هذا بمنزلة النهى عن التوكيل وكما لا يملك نهيه عن تصرف آخر مع بقاء اذنه فكذلك لا يملك نهيه عن التوكيل لان ذلك من صنع التجار لا يملك اخراج وكيله قال ولو ان العبد وكل مولاه بشئ من ذلك كان جائزا كما لو وكل غير المولى به وليس للمولى بمطلق التوكيل ان يوكل به غيره ولكن لو وكل به غيره فباشره الوكيل فان لم يكن على العبد دين جاز لا بالتوكيل السابق من العبد ولكن ما تصرف فيه خالص ملك المولى لان المولى لو باشره بنفسه صح وان لم يسبق التوكيل من العبد فكذلك اذا وكل به غيره وان كان عليه دين لم يجز لانه لا يملك مباشرة هذا التصرف بنفسه اذا لم يسبق التوكيل من العبد فان كسبه حق غرمائه والوكيل لا يملك ان يوكل غيره قال واذا وكل العبد وكيلا بخصومة فى شئ له ثم حجره مولاه بطلت وكالة الوكيل لما بينا فان أذن له فى التجارة لم يكن الوكيل وكيلا في ذلك وكذلك البيع والشراء وما أشبههما لان هذا اذن حادث غير الأول ووكالته كانت بحكم الاذن الأول فان لم يعد ذلك لم يعد هذا (ألا ترى) انه لو كان تصرف بنفسه قبل الاذن لا ينفذ بالاذن الحادث فكذلك اذا كان الوكيل فى الأول لا يملك التصرف به في الاذن الثانى قال ولو كان العبد التاجر بين رجلين وكل وكيلا بشئ من ذلك ثم حجر عليه أحدهما وعلم به الوكيل كان على وكالته ويجوز ما صنع فى حصة الذى لم يحجر عليه لانهما لو حجرا عليه لم يجز تصرف الوكيل فى حقهما بعد ذلك فكذلك اذا حجر عليه احدهما جعلا فى حقه كانهما حجرا عليه وفى حق الآخر كانه لم يحجر عليه واحد منهما ولان في الابتداء لو كان اذن له أحدهما جاز توكيله بالتصرف فى حصة الذى اذن له فكذلك يبقى الوكيل باعتبار بقائه مأذونا له في نفسه فاما فى تقاضى الدين فيجوز قبضه في نصيبهما جميعا

لانهما لو حجرا عليه لم يؤثر الحجر في منع الوكيل من قبض الدين بالتقاضي وكذلك اذا حجر عليه أحدهما قال واذا وكل العبد موليه ببيع شئ أو شرائه ثم حجرا عليه ثم اذنا له في التجارة وعليه دين ثم باعا ما كان وكلهما ببيعه لم يجز ذلك إلا بوكالة مستقلة لان المولين في هذه لوكالة كغيرهما من الأجانب فان كسب العبد اذا كان مشغولا بالدين لا يملك المولى التصرف فيه إلا بتوكيل وقد بينا أن الوكالة في الاذن الأول لا تكون سببا لنفوذ تصرفه في الاذن الثاني في حق الأجانب فكذلك في حق المولى قال وليس للعبد ان يوكل وكيلا بخصومة أحد يدعى رقبته أو يدعى جراحة جرحها اياه العبد أو جرح هو العبد ولا بالصلح في ذلك لانه ليس بخصم في هذه الاشياء بنفسه بل الخصم فيها مولاه وانما يملك التوكيل بالخصومة فيما يملك مباشرة الخصومة فيه بنفسه فاما فيما لا يملكه بنفسه فلا يملك انابة الوكيل فيه مناب نفسه وله أن يوكل بذلك في خصومة آخر جنى على عبده من كسبه أو جنى عبده عليه أو يدعى رقبته لانه في كسبه خصم يملك مباشرة الخصومة بنفسه فيملك ان يوكل غيره به قال واذا أذن المولیان للعبد في التجارة فوكل وكيلا بشراء أو غيره فباعه أحدهما من آخر فأذن له المشترى في التجارة فانه ينبغى في القياس ان تكون الوكالة جائزة في النصف الذي لم يبع لان الحجر قد ثبت منه في نصيب من باع نصيبه وانما صار مأذونا باذن حادث بعد ذلك ولو ثبت الحجر في الكل بطلت الوكالة ثم لا يعود بعد ذلك بسبب الاذن الحادث فكذلك اذا ثبت الحجر في النصف اعتبارا للبعض بالكل ولكن في الاستحسان الوكالة جائزة في جميع ذلك لان ببيع النصف لم يصر العبد محجورا عليه (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل يصح منه بعد بيع البعض فلان يبقى أولى وهذا لان الحق بهذا الشراء اما خاص لمن هو راض بتصرف العبد أو خاص الحق لمن هو وكيل وخلوص الحق له لا يجوز أن يكون مبطلا لحقه فلهذا بقى الوكيل على وكالته في الكل قال واذا كانت الامة مؤجرة وعليها دين فاذن لها مولاها بالتزوج فهو جائز لان المولى لو زوجها بغير اذن الغرماء جاز فان فيه منفعة للغرماء لانها تتمكن من قضاء ديونها من مهرها والزوج يعينها على الاكتساب لتقضي به ديونهم فكذلك اذا زوجت نفسها باذن المولى ولو وكلت وكيلا بذلك فازوجها وكيلها وهى حاضرة جاز وان زوجها وهى غائبة لم يجز الا أن يخبره بعد ذلك لانها بمنزلة الوكيل للمولي والوكيل ليس له أن يوكل غيره بما وكل به ليعقد الا بحضرته فاذا كانت

حاضرة كانت مباشرة وكيلها كمباشرتها وان كانت غائبة لم يتم عقد الوكيل الا برأيهما وانما يحصل رأيها بالاجازة قال واذا وكل العبد المحجور عليه وكيلا بشراء شيء ثم أعتق أو كوتب أو أذن له المولي في التجارة فاشترى ذلك ففي القياس لا يصير مشتريا للعبد لان سبق ثبوت حق التصرف للعبد فكان باطلا بمنزلة سائر تصرفاته والعتق والكتابة والاذن بعد ذلك مقصور على الحال ولا يستند الى وقت التوكيل باطلا فكان الوكيل مشتريا لنفسه ولكن في الاستحسان تجوز هذه التصرفات على العبد لان التوكيل غير مقصود لعينه لما نفذه من التصرفات ووقت التصرف الآمر أهل أن يباشره بنفسه فيجوز مباشرة وكيله له إما لانه لاضرر على المولى في مباشرة تصحيح الوكالة أو لان الاستدامة بعد العتق والكتابة والاذن بمنزلة إنشاء التوكيل وفرق بين هذا وبين الصبي يوكل بالبيع أو بالشراء ثم يدرك أو يأذن له أبوه فيه فيمضيه الوكيل عليه فانه لايجوز الا أن يجيزه الصبي فيما يحتمل التوقيت لان توكيله قبل الاذن غير معتبر في حق نفسه فانه محجور عن التصرف لحق لنفسه والاذن والادراك لا يستند حكمه الي وقت التوكيل فاما توكيل العبد في نفسه فصحيح لكونه أهلا لذلك والحجر عليه عن التصرف لحق المولي فاذا سقط حق المولى بالكتابة والعتق والاذن نفذ تصرف الوكيل عليه * توضيحه ان امتناع توكيل الصبي كان لمعنى لا يزول ذلك المعنى بالاذن ولا بالادراك لان التوكيل نفع له في الحالين فاذا كان قبل الاذن والادراك لم يجز تصرفه له بحكم الوكالة فكذلك بعده وأما امتناع نفوذ تصرف وكيل العبد في حق العتق والكتابة والاذن كان لمعنى يزول ذلك بهذه الاسباب وذلك المعنى هو أن حكم تصرف الوكيل يلاقي حق المولى وذلك يزول بهذه الاسباب فيجعل استدامة الوكالة كانشائها بعد هذه الاسباب قال ولو وكل العبد وكيلا أن يكاتب مولاه عليه في عمل لم يكن علي الوكيل من المال شيء وان ضمنه ولو وكله أن يشترى له نفسه من مولاه فاشتراه وبينه لمولاه عتق والمال علي الوكيل وهذا موافق لرواية الجامع وقد ذكر هذا الفصل فيما سبق وأجاب بخلاف هذا وقد بينا وجه الروايتين ثم على ماذكر هنا وفي الجامع الفرق بين الكتابة والعتق أن يقول هو لا يوجب للعبد مالا بعقد الكتابة وانما يوجب له ملك اليد والمكاسب فلم يكن هذا التصرف في حق وكيل العبد بمنزلة مبادلة مال بمال فلهذا لايجب على الوكيل شيء من ذلك المال فاما في العتق فلان المولى يزيل عن ملكه ماهو مال بازاء مال يستوجبه على العبد فكان هذا في حق وكيل العبد

بمنزلة مبادلة مال بمال ثم فى باب الكتابة وان ضمن الوكيل البدل لا يكون مطالبابه لانه بمباشرة العقد لاتتوجه عليه المطالبة ببدل الكتابة فلو لزمه انما يلزمه بحكم الكفالة ببدل الكتابة وهو لا يصح كما لو كفل به غيره وفى العتق بمال اذا أداه وكيل العبد غرمه نائبه اذا كان المال فى يده قبل العتق لان ذلك المال ملك المولى فلا يسقط به ماوجب له على الوكيل بالعقد ولكنه يطالب الوكيل ليؤديه من مال نفسه ثم رجع به على العبد لانه التزمه بأمره فحصل مقصوده له وان كان الوكيل وكيل المولى لم يكن له أن يقبض المال من العبد وقد بينا الفرق بين وكيل المولى ووكيل العبد أن الذى من جانب المولى اعتاق والمعتق هو المولى دون الوكيل حتى كان الولاء له فلا يكون الوكيل في حكم المستحق للبدل فأما في جانب العبد فهو التزام المال ويمكن أن يجعل الوكيل ملتزما المال قال واذا وكل العبد وكيلا فى خصومة أو بيع أوشراء ثم أبق العبد خرج الوكيل من الوكالة لان الاباق من المأذون حجر عليه وبالحجر يخرج العبد من أن يكون مالكا لما وكل الوكيل به فيكون ذلك موجبا عزل الوكيل كما لو حجر عليه المولى وان كان الوكيل عبدا فابق فهو على الوكالة غير انه لايلزمه عهدة فى شيء لان صيرورته محجورا عليه لا تبقي صحة التوكيل فى الابتداء وانما تبقى لزوم العهدة فكذلك اذا صار محجورا عليه بعد التوكيل وعزل المطالب يبطل وكالة وكيله فى العقود والخصومات الا فى تقاضي الدين الذي ولاه المكاتب أو قضائه لان عجزه يوجب الحجر عليه عن أسباب التصرفات فيخرج وكيله من الوكالة ولا يوجب الحجر عليه عن قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك لم تعد الوكالة التى بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك المولى التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بعد العجز ولم يعد بالكتابة الثانية وقد بينا نظيره فى الاذن بالتجارة فكذلك فى الكتابة وهذا بخلاف المحجور عليه يوكل وكيلا ثم يكاتب أو يأذن له على طريقة الاستحسان لان صحة التوكيل هناك لم تكن باعتبار ملك التصرف الذي هو نائب للآمر وقت الوكالة وانما ذلك باعتبار مايحدث له عند التصرف باعتبار الكتابة أو الاذن وقد وجد ذلك وهذا نظير رجل تحته أربع نسوة فوكل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه بعد ما فارق احداهن جاز ذلك ولو كان تزوج أربعا بعد الوكالة ثم فارق احداهن لم يكن للوكيل ان يزوجه بحكم تلك الوكالة والفرق ما ذكرنا قال وتوكيل المكاتب وكيلا بالخصومة فى جناية خطأ أو عمدا لاقصاص فيما يدعي قبله أو قبل عبده جائز

لانه هو الخصم في ذلك كله وان موجب جنايته فى كسبه فيلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية فلهذا صح توكيله به بخلاف المأذون فانه ليس بخصم في جناية نفسه لان موجبه على مولاه لافى كسبه فلا يصح توكيله بالخصومة فى الخصومة وتوكيل المكاتب بخاصمة المولي فى الكتابة أو غيرها جائزة لانه مالك للخصومة بنفسه معه فيجوز توكيله به كما فى الخصومة مع غيره قال عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فى نصيبه بغير اذن شريكه فوكل المكاتب ببيع أو شراء أو خصومة فهو جائز فى نصيب الذى كاتبه لان كتابته فى نفسه صحيحة مالم يفسخ شريكه ذلك ولو كان مكان الكتابة اذنا منه للعبد فى نصيبه جاز توكيله باعتبار ذلك فى نصيب الآذن فلان يجوز بعد الكتابة كان ذلك بطريق الأولى فان كاتبه الآخر بعد ذلك جاز فعل الوكيل في نصيبهما استحسانا أما فى نصيب المكاتب الاول فلا اشكال فيه وأما فى نصيب المكاتب الثانى فلانه لو كان محجورا عليه حين وكل ثم كاتبه مولاه جاز تصرف المولى استحسانا فكذلك هنا لان أكثر مافى الباب ان يكون نصيبه كعبد على حدة ولو كان مكاتبا لهما فوكل وكيلا بشيء من ذلك ثم عجز عن نصيب أحدهما ففعل ذلك الوكيل فعلا جاز فى نصيبهما جميعا وكان ينبغى ان لا يجوز فى نصيب الذى عجز بمنزلة مالو عجز في نصيبهما ولكنه قال مساعدة كل واحد منهما صاحبه على الكتابة تكون اذنا منه له فى كتابة نصيبه ولهذا لا يملك فسخه فى نصيب شريكه بعد ذلك فلما عجز عن نصيب أحدهما بقيت الكتابة فى نصيب الآخر باذن الشريك فهو بمنزلة عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه باذن صاحبه ثم وكل العبد بشيء من أنواع التجارات فيكون ذلك صحيحا من الوكيل في جميع ذلك كما يصح فى المكاتب نفسه فان قيل هذا لا يشبه ذلك لان هناك اذنه لشريكه من الوكيل فى ان يكاتب نصيبه يتضمن الاذن للعبد فى التجارة فى نصيب نفسه وهنا بعد العجز لا يبقى نصيبه مأذونا فينبغى ان لا ينفذ تصرف الوكيل ولا تصرف العبد فى نصيبه قلنا ليس كذلك بل من ضرورة بقاء الكتابة لازمة فى نصيب الشريك كون نصيبه مأذونا وليس من ضرورة فسخ الكتابة فى نصيبه الحجر عليه عن التصرفات لا محالة فيبقى نصيبه مأذونا كما كان فى الابتداء لو أذن له ان يكاتب نصيبه قال واذا وكل المكاتب وكيلا بقبض هبة له فقبضها الوكيل بعد عجز المكاتب أو بعد عتقه جاز لان عجز الموكل لا يمنع صحة التوكيل بقبض الهبة كما لا يمنع صحة مباشرته بنفسه فكذلك لا يمنع بقاء الوكالة فان قبضها بعد موته لم يجز لان موته يخرجه من أن يكون أهلا

للقبض بحكم الهبة ويكون مبطلا لعقد الهبة فيوجب اخراج الوكيل من الوكالة أيضا قال ولو كان المكاتب بين رجلين فوكله أحدهما بقبض دين له على آخر أو على غيره أو ببيع أو شراء من الآخر أو من غيره فهو جائز لانه ما بقى عقد الكتابة فكل واحد من المولين ينزل منزلة أجنبي آخر وكذلك ان وكله أحدهما ببيع عبد من الآخر أو من غيره أو بالخصومة مع الآخر أو غيره فهو جائز للمعنى الذى قلنا وكذلك لو كانت الخصومة بينه وبين موليه جميعا فوكل ابن أحدهما بذلك أو عبده أو مكاتبه أو وكله بالبيع أو الشراء فهو جائز كما يجوز مع سائر الأجانب لانه ملك الخصومة معه بنفسه فيجوز ان يستعين في ذلك بابن الخصم أو بعبده أو مكاتبه ليكون نائبا عنه فى هذه الخصومة قال ولو وكل هذا المكاتب وكيلا بدفع نصيب أحدهما اليه وغاب لم يكن للآخر ان يأخذ من الوكيل شيئا لانه فى نصيبه ليس بوكيل من جهته فى الدفع فلايكون له أن يطالبه بشئ كما لا يطالبه به قبل التوكيل وكذلك لو كان وكل وكيلا بقضاء دين عليه ودفع المال اليه فأراد مولياه أو غيرهما ان يقبضوا ذلك من الوكيل لم يكن لهم ذلك لان التوكيل كان مقيدا بالدفع الى صاحب ذلك الدين فى المولين أو غريم آخر يكون الحال بعد التوكيل كالحال قبله (ألا ترى) ان مطالب المكاتب بنفسه لو قضى دين هذا الرجل لم يكن للمولين على ماقبضه سبيل فكذلك اذا دفعه الى رجل ليقضي به دينه قال واذا أمر المكاتب رجلا أن يشترى له عبد فلان من فلان فاشتراه الوكيل من فلان أو من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان مقصوده سلامة العبد له وقد قيد الوكالة بذلك العبد وهو مشتر لذلك العبد ممن اشتراه فحصل مقصوده فنفذ تصرفه عليه قال ولو أمر رجلا أن يبيع عبدا له من فلان فباعه من غيره وليس بوكيله لم يجز لانه قيد الوكالة بالبيع من فلان وله فى ذلك غرض لايحصل ذلك الغرض بالبيع من غيره اما لان الناس يتفاوتون فى الملاءة والمماطلة فى قضاء الدين أولانه أراد أن يؤثره على نفسه بذلك العبد لعلمه انه يتمكن من الاسترداد منه بالاقالة أو الشراء المبتدإ الذى أراد ذلك ولا يتمكن منه اذا باعه من غيره ولم يبين أنه اذا باع من وكيل فلان يجوز أم لا وعلى قضية الطريقة الأولى لا يجوز لان المطالبة بالثمن تكون على الوكيل دون الموكل وعلى الطريقة الثانية يجوز لان الملك فى العبد انما يحصل بشراء الوكيل للموكل وهذا هو الأصح قال واذا وكل المكاتب وكيلا بتقاضي دين له على رجل ثم عجز المكاتب ورد فى الرق فقال قد قبضت ماعليك غيرها فهو مصدق فى ذلك أيضا

لانه فى الدين الواجب بعقده بمنزلة الحر فكما ان اقرار الحر ببيان مقدار الدين صحيح فكذلك اقرار المكاتب به بعد عجزه عن اداء الكتابة أو قبله واقرار وكيله انما يصح بما فوضه الموكل اليه وهو القبض والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى النكاح

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه باكثر من مهر مثلها جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن المطلق يجرى على اطلاقه حتى يقوم دليل التقييد وعندهما لا يلزمه النكاح اذا زاد أكثر مما يتغابن الناس فيه لان التقييد عندهما يثبت بدليل العرف وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بالشراء فان هناك اذا زاد يصير مشتريا لنفسه لانه لم يضف أصل العقد الى الموكل وانما أضافه الى نفسه فتتمكن التهمة فى تصرفه من حيث انه قصد الشراء لنفسه ولما علم بغلاء الثمن حوله الى الآمر وفى النكاح يضيف العقد الى الموكل فلا تتمكن فيه التهمة ولو أضاف العقد الى نفسه بأن تزوجها كانت امرأته دون الموكل بخلاف الشراء فان هناك يجوز أن يثبت حكم العقد لغير من يضاف اليه العقد ولا يجوز مثله فى النكاح بل يثبت الملك لمن يضاف اليه العقد (ألا ترى) أن ملك اليمين يثبت للمولى بسبب مضاف الى عبده ولا يثبت ملك النكاح بمثله قال ولو وكله أن يزوجه امرأة ولم يسمها فزوجها اياه وليست بكفؤ له فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله هو جائز لاطلاق التوكيل وعندهما فى القياس يجوز أيضا لان التقييد بدليل العرف والعرف مشترك هنا فقد يتزوج الرجل من ليست بكفؤ له لان الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء فان نسب الاولاد الى الآباء فيبقى مطلق التوكيل عند تعارض دليل العرف ولكنهما استحسنا فقالا لا يجوز لان المرء مندوب شرعا أن يتزوج من يكافئه دون من لا يكافئه قال صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم الاكفاء والغالب أن مراده بهذا التوكيل نكاح من يكافئه لانه غير عاجز بنفسه عن التزوج اذا كان يرضى بمن لا يكافئه قال أرأيت لو كان الموكل من قريش فزوجه الوكيل أمة أو نصرانية أو حبشية أو كتابية أنجيزه عليه أم لا قال وبهذا الاستشهاد أشار الى الخليفة قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياها على عبد للزوج فانه لا يجوز أن يمهرها العبد الا أن يسلمه الزوج لانه ما سلطه على ازالة الملك عن عين العبد اذ

ليس من ضرورة ما أمره به زوال ملكه عن شيء من أعيان ماله ثم في القياس لا يجوز النكاح لانه خالف حين سمى مالم يأمره بتسمية فكانه أمره بالتزويج فعقد بألفين ولكنه استحسن فقال يجوز النكاح لانه لم يخالف ماأمره به نصا فانه كما لم يؤمر بتسمية العبد صداقا لم ينه عن ذلك ولكن امتنعت صحة التسمية فى حق العبد لما قلنا وذلك لايمنع جواز أصل النكاح كمن تزوج امرأة على عبد للغير يصح النكاح ولها قيمة العبد ان لم يرض صاحب العبد وهذا مثله بخلاف الالفين حيث خالف هناك ماأمره به نصا قال وان زوجه على وصف بغير عينه جاز لان هذه التسمية باعتبار مالية الوصف ولهذا لو أتاها بالقيمة أجبرت على القبول ووجوب المال على الزوج من ضرورة ما أمر به الوكيل وهو النكاح قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولان فيه تحصيل ملك النكاح للزوج من غير زوال شئ من أعيان ماله من ملكه ثم هذا عند أبي حنيفة رحمه الله لا يشكل وعندهما كذلك فان التوكيل عندهما يتقيد بالنقد بدليل العرف والعرف فى الصداق مشترك فيصح تسمية النقد وغير النقد حتى اذا زوجه على بيت وخادم أو على عشرة أكرار حنطة موصوفة أو غير موصوفة فذلك جائز كما لو باشره الموكل بنفسه وكذلك لو زوجه على جراحة جرحها الزوج ولها الارش جاز لان الواجب من الارش دراهم أودنانير فتسمية ذلك كتسمية الدراهم ثم يصير قصاصا بارش الجراحة قال ولو وكله ببيع عبده فزوجه امرأة على رقبته لم يجز لانه باشر عقدا غير ما أمر به بعقد يكون العبد معقودا عليه مقصودا حتى لا ينقضى العبد بهلاكه وقد أتى بعقد يكون المقصود فيه ملك البضع دون العبد حتي لا ينقضى العقد بهلاكه قبل التسليم ولان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ولان تقابل العبد في النكاح ليس بمال وعلى هذا لو صالح به عن جراحة فيها قصاص أو استأجر به له دارا لم يجز لما قلنا قال وان وكله أن يزوجه امرأة لم يسمها فزوجه ابنته لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله الا أن يرضى الزوج وعندهما يجوز اذا كانت كبيرة ورضيت بذلك للاصل الذى قلنا ان بمطلق التوكيل عند أبى حنيفة رحمه الله لايملك التصرف مع ولده للتهمة فالتهمة دليل تقييد المطلق وعندهما يملك ذلك ولو كان الولد صغيرا لم يجز ذلك بالاتفاق لانه هو الموجب والقابل فكان ذلك بمنزلة عقده مع نفسه وبمطلق التوكيل لايملك العقد مع نفسه وان زوجه اخته جاز لانه غير متهم فى حقها قال ولو زوجه امرأة عمياء أو معتوهة أو رتقاء أو ذمية أو مفلوجة جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا على أصل أبى حنيفة رحمه

الله غير مشكل لانه فى التوكيل سمى المرأة مطلقا وانما الاشكال على قولهما وقد بينا مثله فى الشراء أنه لايجوز عندهما وكذلك فى النكاح ولكنهما قالا النكاح لايختل بهذه العيوب وانما تختل صفة المالية ولهذا يثبت له بالشراء حق الرد بهذه العيوب ولا يثبت فى النكاح فلهذا صح من الوكالة ولان هناك لولم نجوز العقد على الآمر جعلنا الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وهنا لولم نجز على الآمر بطل أصل العقد فلا يمكن اثبات هذا الحكم بالقياس على ذلك قال ولو أمر رجلا أن يزوجه امرأة من قبيلة أو من بلدة فزوجه امرأة من قبيلة أخرى أو من بلدة أخرى لم يجز لتقييد الوكالة بما سمى ومباشرة الوكيل بخلاف ما سمى قال ولو وكله أن يزوجه امرأة وجعلها الوكيل طالقا ان أخرجها الزوج من الكوفة فالنكاح جائز والشرط باطل لانه امتثل أمره ثم تصرف تصرفا لم يأمره به وهو تعليق طلاقها بالاخراج ولئن جعل هذا شرطا في النكاح فهو شرط باطل من الوكيل والشرط لايهدم النكاح كما لو تزوج بنفسه وشرط شرطا باطلا وكذلك لو شرط لها الوكيل أن لا يخرجها من الكوفة جاز النكاح وبطل الشرط كما لو تزوجها الموكل بنفسه بهذا الشرط الا ان حطت من مهر مثلها لان رضاها بالنقصان لمنفعة مشروطة فاذا لم يقبل كان لها مهر مثلها ولو قال زوجنى فلانة على مائة درهم فان أبت فاعطها ما بين مائة ومائتين فأبت المائة فزوجها اياه على مائتين فذلك لازم للزوج لان الوكالة لا يتعلق بها اللزوم والغاية تدخل في مثله بالاتفاق كما في الاباحات اذا قال خذ من مالى من درهم الى مائة فله ان يأخذ المائة قال وان وكله أن يزوجه امرأة على بيت وخادم ففعل وقال الزوج عنيت أرضا ميتة لم يصدق لان مطلق التسمية فى عقود المعاوضات ينصرف الى المتعارف والمتعارف من تسمية البيت فى الصداق متاع البيت وان زوجها الوكيل على بيت من داره فقال الزوج عنيت أثاث البيت فالقول قوله لانه هو المتعارف وقد سمى الوكيل غير ما أمر به نصا فلا يجوز النكاح بينهما أصلا قال وان أرسل رجل رجلا يخطب عليه امرأة بعينها فذهب الرسول وزوجها اياه فهو جائز لانه أمر الرسول بالخطبة وتمام الخطبة بالعقد وقد بينا أن المأمور بالشئ مأمور باتمام ذلك الشئ والعاقد فى باب النكاح سفير ومعبر كالرسول ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجها اياه على خمر أو خنزير أو على غير مهر أو على حكمها فالنكاح جائز لانه لم يخالف ما أمره به نصا وانما فسدت التسمية شرعا وذلك لا يمنع صحة النكاح كما لو تزوجها الموكل بنفسه وان زوجها اياه على دار رجل أو على عبده جاز النكاح ولها قيمة ذلك

لانه غير مخالف لماأمره به نصا ولكن صاحبه استحق عين ملكه فيكون لها قيمته صداقا علي الزوج كما لو زوجها بنفسه قال وان زوجه امرأة معتدة أولها زوج قددخل بها الزوج ولم يعلم بذلك فرق بينهماوعليه الاول من مهر المثل ومما سمى لهالان الدخول حصل باعتبار صورة العقد فسقط به الحد ويجب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وهو الحكم في النكاح الفاسد ولاضمان علي الوكيل فى ذلك لان مالزم الزوج انما لزمه بفعله وهو الدخول لا بعقدالوكيل فان العقدالباطل لا يوجب شيئا ولا كذلك ان كاتب أم امرأة الزوج والوكيل يعلم بذلك ولا يعلم لما بينا ان ما يلحق الزوج من الأقل من مهر المثل ومما سمى للموطوءة من فساد نكاح امرأته وغير ذلك وكان كل ذلك باعتبار فعل الزوج لا بعقد الوكيل فلا يرجع على الوكيل بشيء قال واذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها علي ألف درهم فزوجها اياه بألف درهم وكرامتها فان كان مهر مثلها أكثر من الألف لم نر النكاح لانه لوجاز النكاح كان لها تمام مهر مثلها كما لو باشره الموكل بنفسه فهذا فى معنى تسمية الزيادة علي الالف لها فيكون مخالفا لما سمى له نصا ويستوى ان ضمن الوكيل الكرامة أو لم يضمن لها لانه لو سمى لها الزيادة قدرا معلوما ضمنها من مال نفسه لم يجز النكاح فهنا أولى وكذلك ان شرط مع ذلك طلاق امرأة أخري فى هذا الشرط منفعة لها فهو قياس مالو شرط كرامتها قال ولو وكله أن يزوجه أمة فزوجه حرة لم يجز لانه خالف المأمور نصا وفى هذا التقييد منفعة للزوج وهو ان لا يؤوي الحرة التى تحته فى القسم وكذلك مؤنة الأمة دون مؤنة الحرة وان زوجه مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز لان هؤلاء فى حكم النكاح كالأمة الا أنه يصير محصنا بالدخول بهن بالنكاح كما فى الأمة قال وان وكله أن يزوجه امرأة فزوجه صغيرة لا يجامع مثلها فهو جائز لان اسم المرأة اسم جنس يتناول الصغير والكبير وملك النكاح يثبت علي الصغيرة حسبمايثبت على الكبيرة وانما كان مقصود المجامعة متأخرا لصغرها ولو كان فائتا بأن كانت رتقاء أو قرناء لم يكن الوكيل به مخالفا فهنا أولي قال وان وكله أن يزوجه امرأة بعينها على ألف درهم ومهر مثلها الفان فزوجها الوكيل بألف وشرط أن لا يتزوج عليها أولا يخرجها من الكوفة لم يجز النكاح لانه لو جاز كان لها كمال مهر مثلها باعتبار ماسمى لها اذا لم يف الزوج بالشرط والوفاء بهذا الشرط لا يلزمه كما لو التزمه بنفسه وكان هذا في معنى تزويجه اياه باكثر مما سمى له قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأة قد حلف الزوج بطلاقها أن لا يتزوجها أو كان آلى منها أو

ظاهرها أو كانت فى عدة منه والنكاح جائز لانه أطلق اسم المرأة فى التوكيل وذلك يتناولها كما يتناول غيرها قال ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين فى عقد لم يلزم الزوج واحدة منهما وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يلزمه واحدة منهما يختار أيتهما شاء ثم رجع الى قولهما * وجه قوله الاول انه فى العقد على احداهما ممتثل أمر الزوج فينفذ عليه ذلك اذ لا يبعد أن يكون ملك النكاح له فى امرأة يعبر عنها ويتعين باختياره كما لو طلق احدى امرأتيه بغير عينها ثلاثا * وجه قوله الاخر أن عقد النكاح عقد تمليك فلا يملك اثباته فى المجهول ابتداء لانه انما يثبت فى المجهول مايحتمل التعليق بالخطر فان الثابت فى غير المعنى فى الحكم كالمتعلق به لخطر البيان ولا يمكن اثباته فى احداهما بعينها لانه ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا فيهما لان الموكل لم يرض بنكاح امرأتين ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجه تلك وأخري معها لزمته تلك دون الاخرى لانه فى ملك المرأة ممتثل أمره فحصل مقصوده فان حكم النكاح لا يختلف بضم الاخرى اليها قال ولو وكله ان يزوجه امرأة فاختلف الزوج والوكيل فقال الزوج زوجتنى هذه وقال الوكيل لا بل زوجتك هذه فالقول قول الزوج اذا صدقته المرأة لان الوكيل فى النكاح معبر والزوج انما تملك عليها لا على الوكيل وقد تصادقا على النكاح فيثبت بتصادقهما ولا قول للوكيل فى ذلك قال ولو وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فايتهما زوجه جاز لان التوكيل مبنى على التوسع فهذا القيد من الجهالة لا يمنع صحته وان زوجهما جميعا منه لم يجز نكاح واحدة منهما لانه مأمور بنكاح احداهما بغير عينها فلا يمكن تصحيح نكاحهما للزوج ولا نكاح احداهما بعينها اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى ولا احداهما بغير عينها لان النكاح فى المجهول لا يثبت ابتداء قال ولو وكل رجلا أن يزوجه امرأة ووكل آخر بمثل ذلك فزوجه كل واحد منهما امرأة واذا هما اختان جاز نكاح الاولى منهما لانه ممتثل أمره ولم يجز نكاح الثانية لا لانه مخالف ولكن لان الموكل لو فعله بنفسه لا يجوز لانه يصير به جامعا بين الاختين وان وقع النكاحان معا فالنكاح باطل لان الجمع بين الاختين حرام وقد حصل بهما معا وليس تصحيح نكاح احداهما بأولى من الاخرى كما لو تزوجهما الموكل بنفسه فى عقدة واحدة وكذلك لو وكل خمسة رهط أن يزوجه كل واحد منهم امرأة فالجمع بين مازاد على الاربع بالنكاح حرام كالجمع بين الاختين فكان هذا مثل الاول قال ولو زوج رجل رجلا من غير وكالة أختين فى عقدتين أو خمس نسوة فى

عقدمتفرقة كان له أن يختار احدى الاختين أو أى أربع شاء من الخمس لان العقود كلها توقف على اجازته فان الجمع بين نكاح الاختين لا يكون نافذا بل موقوفا والعقد الموقوف لا يوجب الحل ولا يثبت الفراش فلا يكون من ضرورة توقف العقد الاول امتناع توقف الثانى ولا من ضرورة توقف العقد الثانى بطلان الاول فاذا توقف الكل كان له أن يختار ما شاء من ذلك على وجه لا يحصل به الجمع بين الاختين ولا بين خمس نسوة وان كان ذلك في عقد واحد لم يكن له أن يختار نكاح شئ منهن لانه انما يتوقف على اجازته ما يتصور نفوذه بالاذن السابق وهو لا يجوز لو باشره بنفسه وهذا العقد لا ينفذ بمباشرته ولا باذنه سابقا فلا يتوقف على اجازته بخلاف العقود المتفرقة فان كل عقد من ذلك معتبر على حدته وهو مما ينفذ بمباشرته وباذنه السابق فيتوقف على اجازته أيضا قال وان وكله أن يزوجه من النساء ماشاء وكيف شاء فزوجه أمة مسلمة أو كتابية أو أربع اماء جاز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم فمباشرته فيما يكون من جنس التزويج كمباشرة الموكل بنفسه قال وان وكله أن يزوجه امرأتين فى عقدة فزوجه واحدة جاز لانه امتثل أمره فى بعض ما أمر به وحكم نكاح هذه لا يختلف بضم نكاح الاخرى اليها فلا يكون هذا التفريق من الوكيل خلافا للأصل الذى بينا أن التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد غير مفيد ولو كان قال لا يزوجنى الا اثنين فى عقدة واحدة لم يلزمه نكاح امرأة واحدة لانه نهاه عن العقد هنا واستثنى عقدا واحدا فما لا يكون بصفة المستثنى فهو داخل فى عموم النهى بخلاف الأولى فانه مانهاه عن شئ نصا بل أمره وقيد الامر بما ليس بمقيد وهو نظير ماسبق اذا قال لاتبع الا بشهود فباع بغير شهود لا يجوز بخلاف مالو باع وقد قال له بع بشهود قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فاذا لها زوج فمات عنها أو طلقها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه الوكيل جاز لانها لما لم تكن محلا عند التوكيل لما أمر به الموكل صار التوكيل كالمضاف الى مابعد صيرورتها محلا فان التوكيل يحتمل الاضافة ويحصل مقصود الموكل فى ذلك ولو تزوجها الموكل ثم أبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها اياه لان ما قصد تحصيله بتصرف الوكيل قد حصل له بمباشرته فاوجب ذلك عزل الوكيل ثم لا يعود التوكيل بالابانة لانه ليس بفسخ لذلك العقد من الاصل قال ولو تزوجها الوكيل ودخل بها ثم أبانها وانقضت عدتها ثم زوجها اياه جاز لان مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل العقد الأول مع نفسه ولا منافاة بين ذلك العقد وبين الوكالة (ألا ترى) أن ابتداء التوكيل

بعده صحيح حتى اذا فارقها زوجها منه فبقاؤها أولى ولو ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز عندهما لان من أصلهما أن تسمية المرأة مطلقا فى التوكيل ينصرف الى الحرة دون الأمة ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يتقيد بالحرة فكذلك التوكيل فى المرأة المعينة وعندهما يتقيد بحال حريتها فبعد ما صارت أمة لا يجوز تزويجها منه وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يتقيد فمتى زوجها منه كان ممتثلا أمره قال ولو كان الموكل تزوج أمها أو ذات رحم محرم منها أو أربعا سواها خرج الوكيل من الوكالة لانه صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها بنفسه بما أحدث من التصرف وذلك عزل منه للوكيل وقد سبق نظائره قال ولو كان الموكل قال ان تزوجتها فهى طالق فليس هذا باخراج له من الوكالة لانه ما صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها بما أحدث فانه ان تزوجها بعد يمينه صح النكاح فيبقى الوكيل على وكالته أيضا قال واذا وكلت المرأة رجلا أن يزوجها فزوجها من غير كفؤ لها لم يجز قيل هذا قولهما وهو قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى فى أن المرأة لا تملك ان تزوج نفسها من غير كفؤ وأما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز نكاح الوكيل عنده لانها لو زوجت نفسها من غير كفؤ كان جائزا وان كان للأولياء حق الاعتراض عليها والاصح قولهم جميعا لانها ممنوعة من أن تزوج نفسها من غير كفؤ ومطلق التوكيل ينصرف الى ما يجوز للموكل أن يفعله بنفسه شرعا دون ما يكون ممنوعا عنده فيقيد مطلق التوكيل بهذا الدليل ولان مقصودها لم يتم بالتزويج من غير كفؤ لان للاولياء حق الاعتراض عليها وانما ينصرف مطلق التوكيل الى عقد يتم لها به مقصود النكاح وان كان كفوءا لها غير انه أعمى أو مقعد أو صبي فهو جائز لان مقصود النكاح يتم لها بما صنعه الوكيل وكذلك ان كان عنينا أو خصيا فالنكاح جائز ويؤجل كما لو زوجت هى نفسها ثم علمت بهذا العيب من الزوج قال وان زوجها الوكيل من نفسه لم يجز لانها أمرته أن يكون مزوجا لا متزوجا ولانه فى حق نفسه متهم والتهمة دليل التقييد ولو زوجها ابنه أو أباه لم يجز عند أبى حنيفة رحمه الله وجاز عندهما الا أن يكون الابن صغيرا فحينئذ لا يجوز لانه لا يباشر العقد مع نفسه وقد بينا هذا فى جانبه قال واذا وكلته أن يزوجها فزوجها على مهر صحيح أو فاسد أو وهبها لرجل بشهود أو تصدق بها على رجل وقبل ذلك الرجل فهو جائز لانه مأمور بالتزويج وقد أتى به فان

لفظ الهبة والصدقة عبارة عن التزويج مجازا وترك تسمية الصداق لايمنع حصول المقصود بالنكاح ولا وجوب الصداق وكذلك فساد التسمية كما لو باشرته هي بنفسها قال وان زوجها اياه على ألف درهم على ان زاد عبدا لها فالنكاح جائز ولها أن تمنع العبد لانها مارضيت بزوال العبد عن ملكها ولكن الزوج سمى الالف بمقابلة نكاحها والعبد فاذا لم تسلم له العبد فبمنها بطلت حصته من الالف وجاز النكاح بحصتها من الالف قال ولو تزوجت هى قبل أن يزوجها الوكيل فقد أخرجته من الوكالة لانها حصلت ماهو مقصودها بالتوكيل وكذلك لو ارتدت لانها خرجت من أن تكون محلا بما أحدثت فيكون ذلك منها عزلا لوكيلها سواء لحقت بدار الحرب أولم تلحق قال ولو كانت امرأة لها زوج فقالت لرجل انى اختلع من زوجى فاذا فعلت ذلك وانقضت عدتى فزوجنى فلانا جاز ذلك على ما قالت لانها اضافت الوكالة الى مابعد انقضاء العدة فيجعل كمباشرتها التوكيل بعد انقضاء عدتها قال ولو وكلته بأن يزوجها وقالت ماصنعت من أمرى فى شئ فهو جائز فحضر الوكيل الموت فأوصى بوكالتها الى رجل فزوجها الوكيل الثانى بعد موت الأول كان جائزا لانها فوضت الأمر الى رأيه على العموم وهذا من جملة رأيه فهو بمنزلة التوكيل فى حياته والبيع والشراء فى هذا قياس النكاح قال ولو وكلته بأن يزوجها رجلا فزوجها منه واشترط عليه انه اذا تزوجها كان أمرها بيدها فالنكاح جائز وأمرها بيدها حين تزوجها لان هذا شئ يستبد به الزوج ولا ضرر عليها فيه ولا هو حاصل بقبول الوكيل ولو كان هذا وكيل الرجل كان النكاح جائزا والشرط باطلا لان الزوج لم يأمره بذلك وهو يتضرر به ولو قال الزوج زوجنى امرأة وأمرها بيدها فزوجه الوكيل ولم يشترط لها فأمرها بيدها حين يقع النكاح لان الزوج يستبد بذلك مضافا الى النكاح كما يستبد به منجزا بعد النكاح ولو قال زوجنى امرأة واشترط لها على انى اذا تزوجتها فأمرها بيدها لم يكن الأمر بيدها إلا أن يشترطه الوكيل لان الزوج ما باشر ذلك بنفسه بل فوضه الى الوكيل فما لم يباشره الوكيل لايصير الأمر في يدها وليس في ترك الوكيل هذا الشرط ضرر على الموكل بل فيه منفعة قال ولو وكلته أن يزوجها فزوجها على عبد على ان زادته مائة درهم فالنكاح جائز فان أبت أن تعطى الدراهم بطلت حصتها من العبد لانه امتثل أمرها فى النكاح وزاد تصرفا آخر وهو الشراء فان مايخص المائة من العبد يكون مبيعا ومايخص البضع يكون صداقا فلا تنفذ حصة الشراء الا برضاها اذ الوكيل لا يقدر على ان يلزمها

المائة بغير رضاها فان قيل كان ينبغي ان يكون مشتريا لنفسه مايخص المائة من العبد لان الشراء لايتوقف بل ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقييد غيره ويكون المباشر معبرا لا يلزم شيأ بنفسه فكذلك فيما يثبت تبعا (ألا ترى) ان هذا الشراء يحصل بغير القبول اذاقالت تزوجني على هذا العبد على ان أزيدك مائة درهم فقال فعلت يتم من غير قبولها والشراء مقصورا لايتم بهذا اللفظ بدون القبول فعرفنا ان ماهو بيع ليس نظير ماهو مقصود قال ولووكلته على ان يزوجها على دم عمد في عتقها فزوجها بعض أولياء ذلك الدم بطلت حصة الزوج من الدم كما لو باشرت هي العقد وهذا لان تزوج الزوج اياها على القصاص يكون عفوا منه عنها وذلك صحيح في نصيبه وانقلب نصيب الآخرين مالا فعليها حصة الورثة من الدية ولها مهر مثلها لان القصاص ليس بمال فلايصلح ان يكون صداقا فهذا والنكاح بغير تسمية المهر سواء قال ولو وكلت المرأة أو الرجل وكيلين بالتزويج أو الخلع ففعل ذلك أحدهما لم يجز لانه فوض اليهما عقدا يحتاج فيه الى الرأى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى قال ولو وكل رجلين بطلاق أو عتاق بغير مال ففعل ذلك أحدهما جاز لان هذا لا يحتاج فيه الى الرأى والتدبير بل الحاجة فيه الى العبارة وعبارة الواحد والمثنى سواء والله أعلم بالصواب

باب توكيل الزوج بالطلاق والخلع

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا ان يطلق امرأته ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة لانه أتى ببعض ما فوض اليه ولا ضرر على الموكل في هذا التبعيض بل فيه منفعة له ولانه مكنه من ايقاع الثلاث ومن ضرورته تمكنه من ايقاع الواحدة كما ان الشرع لما مكن الزوج من ايقاع الثلاث فلأن يمكنه من ايقاع الواحدة أولى وان وكله ان يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا أو اثنين لم يقع شيء في قول أبى حنيفة لان الثلاث غير الواحدة ولم يصر متمكنا من ايقاع الثلاث بتفويض الواحدة اليه فلا يقع الثلاث لعدم تمكنه من ايقاعها ولا الواحدة لانه ما أوقعها وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقع واحدة لانه أوقع مافوض اليه وزيادة فيعمل ايقاعه بقدر ما فوض اليه وهي خلافية معروفة قال وان وكله ان يطلقها واحدة بائنة فطلقها واحدة رجعية طلقت واحدة بائنة لانه لاغ في قوله رجعية فان ذلك غير مفوض اليه يبقى قوله طلقتك فيقع على الوجه الذى فوض اليه لان ثبوت الصفة بثبوت الأصل وهو

نظير ما لو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق تطليقة رجعية لانعدام محلها يبقى قوله أنت طالق فيقع الطلاق به بائنا كما هو مملوك له شرعا قال وان وكله ان يطلقها واحدة رجعية فطلقها واحدة بائنة طلقت واحدة رجعية لانه لاغ فى قوله بائنة لانه لم يفوض اليه تلك الصفة يبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وهذا على أصلهما ظاهر وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله كذلك لانه بما ألحق كلامه من الصفة لا يخرج من ان يكون ممتثلا فى ايقاع أصل الطلاق فان الاصل لا يتغير بالصفة بخلاف ما اذا أوقع ثلاثا فانه يصير مخالفا فى أصل الايقاع لان الثلاث اسم لعدد مركب مؤلف والواحدة فى ذوى الاعداد أصل العدد وليس فيه تأليف وتركيب وبينهما مغايرة على سبيل المضادة قال وان وكله ان يطلق امرأتين له فطلق احداهما طلقت لان بضم الثانية الى الأولى لا يتغير حكم الطلاق فى حق الاولى فلا يخرج به من أن يكون ممتثلا فى حقها بخلاف الطلقات الثلاث مع الواحدة فانه يتغير حكم الطلاق من حيث انه يثبت الحرمة الغليظة وزوال الملك به لوجود المنافى فى المحل وهو الحرمة الغليظة قال وان وكله أن يطلق امرأته للسنة فطلقها فى غير وقت السنة لم يقع لانه أضاف الوكالة الى وقت السنة فان اللام للوقت قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس أى لوقت دلوك الشمس فلا يكون وكيلا فى غير وقت السنة ومباشرته ما لم يفوض اليه لا يبطل الوكالة حتى اذا طلقها فى وقت السنة بعد ذلك وقع الطلاق قال وان وكله أن يطلقها ثم طلقها الزوج أو خالعها فان طلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لان المملوك للزوج من الطلاق محصور بالعدد فلا يتغير ما أوقعه الزوج بما فوضه الى الوكيل ولكن ما بقى الزوج مالكا لايقاع الطلاق عليها يبقى الوكيل على وكالته أيضا واذا انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من أن يكون مالكا للايقاع بعد انقضاء العدة فتبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لان تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد والوكالة لم تتناوله فلا تعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتدت أو ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع بالسبب المتجدد ولو قال لرجل اذا تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها الموكل فطلقها الوكيل جاز لان الوكالة تحتمل الاضافة كالطلاق وقد وقعت الاضافة الى ما بعد الزواج فعند ذلك يصير كالمستثنى للتوكيل ولو وكل عبدا بطلاق امرأته فباعه مولاه فهو على وكالته لان تمكنه من الايقاع لا يزول ببيعه وابتداء التوكيل يصح بعد بيعه وكذلك لو وكل مجنونا

فقبل الوكالة فى حال جنونه ثم أفاق فهو على وكالته لان بالافاقة يزداد التمكن من التصرف ولا يزول ماكان ثابتا قال ولو وكل مسلم مسلما بالطلاق فارتد الوكيل ولحق بدار الحرب ثم جاء مسلما كان على وكالته اذا لم يقض القاضى بلحاقه وهو بمنزلة الغيبة فاما بعد قضاء القاضى بلحاقه فهو قول محمد رحمه الله وقد بينا الخلاف فيه قال ولو وكل رجلا بطلاق امرأته والوكيل غائب لا يعلم فطلقها فالطلاق باطل وكذلك سائر العقود لان الوكالة لا تثبت قبل علم الوكيل بها كما فى العزل لا يثبت قبل علمه وهذا للأصل الذى قلنا ان حكم الخطاب فى حق المخاطب لا يثبت مالم يعلم به وهذا لان الوكيل نائب عن الموكل معبر عن منافعه فى التصرف له ولا يتحقق ذلك إلا بعلمه بخلاف الوصى اذا تصرف بعد موت الموصى قبل علمه بالوصية ينفذ تصرفه استحسانا لان الوصاية خلافة وهو النائب فيها ولان أوانها بعد انقطاع ولاية الموصى وقد تحقق ذلك بموته وانما جوز ذلك للحاجة فالحاجة بعد موت الموصي تصرف الى من يتصرف قياسية فاما هنا فالوكالة انابة والموكل قادر على التصرف بنفسه فلا حاجة الى اثبات حكم الوكالة قبل علم الوكيل بها قال ولو وكله بطلاقها فأبى ان يقبل ثم طلقها لم يقع لان الوكالة ارتدت برده فكانها ارتدت برجوع الموكل عنها وان لم يقل الوكيل قبلت وان قال رددت حين طلقها وقع استحسانا وفى القياس لا يقع لما بينا انه معير لمنافعه والاعارة لا تثبت بمجرد السكوت فما لم يصر وكيلا لا يعمل ايقاعه ووجه الاستحسان ان دليل القبول واقدامه على ما فوض اليه بعد علمه به من أدل الدلائل على قبوله الوكالة فقد يباشر بعد القبول وقد لا يباشر قال واذا وكل الصحيح وكيلا بطلاق امرأته ثلاثا ثم طلقها الوكيل فى مرض الموكل ثم مات الزوج وهى في العدة ورثت لان ايقاع الوكيل كايقاع الموكل بنفسه فان قيل بعد وقوع الثلاث بقاء ميراثها باعتبار الفرار من الزوج ولم يوجد ذلك هنا فان التوكيل كان فى الصحة ولم يكن لها فى ماله حق يومئذ ولم يوجد من الزوج صنع بعده قلنا لا معتبر لقصد الفرار لان ذلك لا يوقف عليه ولكن متى كان وقوع الثلاث عليها في مرضه باعتبار معنى مضاف اليه يجعل فارا وان لم يقصد وقد وجد ذلك هنا مع أنه قادر متمكن من عزل الوكيل بعد مرضه فاستدامة الوكالة بعد تمكنه من العزل بمنزلة انشاء التوكيل فى أنه يثبت به حكم الفرار وعلى هذا لو كان الموكل عبدا فاعتق بعد التوكيل ثم مرض فطلقها الوكيل أو وكل الذمى بعد اسلام المرأة ثم أسلم الزوج ومرض فطلقها الوكيل كان له أن يستديم الوكالة بعد تعلق حقها بماله وكذلك

تعليق المسلم الوكالة بمرضه لان المتعلق بالشرط عندوجود الشرط كالمنجزفكأنه انشأالتوكيل بعد مرضه قال واذا شهدالموليان على وكالة زوج أمتهمابالطلاق وان الوكيل قد طلق أو شهدا على ذلك وأن الزوج طلقها بنفسه فان كانت الامة تدعى ذلك فهو باطل لانهما يشهدان لها وان كانت تجحد فكذلك الجواب فى قول محمد رحمه الله وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الشهادة جائزة وهذا بناء على ماقدمنا فى كتاب النكاح أن أبا يوسف رحمه الله يعتبر الدعوى والانكار فى شهادة الابنين لابيهما فكذلك فى شهادة الموليين لامتهما ومحمد رحمه الله يعتبر المنفعةوعلى سبيل الابتداءفى هذه المسئلةفمحمدرحمه الله يقول هما فى معنى الشاهدين لانفسهما لان ملك البضع يعود اليهما بعد طلاق الزوج وشهادته لنفسه أو فيما فيه منفعة له لاتكون مقبولة وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه الشهادة تقوم بطريق الحسبة وهذا لان كون الانسان خصما فى منافاة الشهادة أبلغ من منفعته له فى ذلك وكل أحد خصم فيما هو حق الشرع ومع ذلك كانت شهادته فى ذلك مقبولة كالزنا ونحو ذلك فكذلك فيما له فيه منفعة مع أنه لامنفعة لهما فى المشهود به لان موجب الطلاق سقوط ملك الزوج عنها أو حرمة المحل عليه لالانتقال ذلك الملك الي الموليين وكذلك اذا سقط ملك الزوج ظهر ملك الموليين لفراغ المحل عن حق الغير وبهذا لايمنع قبول الشهادة كصاحبي الدين اذا شهدا للمديون بمال من جنس حقهما على انسان قبلت الشهادة وان كانا يتمكنان من استيفاء حقهما اذا قبض المشهود له المال واذا قال الرجل للرجل طلق امرأتى ان شئت أو ان هويت أو أردت فقام من المجلس بطل لانه تمليك للمشيئة منه وذلك يقتصر على المجلس كتمليك المشيئة فى القبول بايجاب البيع له والوكيل هنا فى معنى المخير وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على أن المخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها لانها مالكة للرأى والمشيئة متمكنة من ذلك فى المجلس فقيامها منه دليل الاعراض فكذلك بهذا اللفظ يصير متمكنا من الرأى والمشيئة وهذا بخلاف قوله للاجنبي طلقها فان ذلك انابة واستعارة لمنافعه فيقوم هو فى الايقاع مقام الموكل وهذا تفويض للمشيئة اليه لا استعارة شيء منه ولو قال أنت وكيلي فى طلاقها ان شاءت أو هويت أو أرادت لم يكن وكيلا حتى تشاء هى ذلك فى مجلسها لانه علق التوكيل بمشيئتها ولو علق الوقوع بمشيئتها اقتصر ذلك على المجلس وتأخر الوقوع الى حين وجود مشيئتها فكذلك اذا علق التوكيل واذا صار وكيلا فان قام الوكيل من المجلس قبل أن يطلق بطلت الوكالة قال

عيسى رحمه الله وهذا غلط لان عند مشيئتها انما تثبت الوكالة بقول الزوج أنت وكيلي في طلاقها وذلك لا يقتصر على المجلس كما لو نجز هذا اللفظ ولكن ما ذكر فى الكتاب أصح لان معنى قوله ان شاءت الطلاق وكان هذا بمنزلة قوله ولئن كان المراد ان شاءت هذه الوكالة فثبوت الوكالة بالايقاع بناء على مافوض اليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر علي المجلس وهو لا يتأبد فكذلك ما ينبنى عليه من تمكن الوكيل من الايقاع واليه أشار فى الكتاب فقال لانها وكالة بالمشيئة وقعت بحيث لايملك الزوج فسخها ولو جعل قوله أنت وكيل فى طلاقها منفصلا عن المشيئة يملك الزوج فسخها وان قال أنت وكيلي فى طلاقها ان شئت فان شاء فى ذلك المجلس فهو جائز وان قام قبل ان يشاء فلا وكالة لان تعليق الوكالة بمشيئته يكون ملكا للرأى والمشيئة منه كتعليق الايقاع بمشيئته على ما بينا وان قال أنت وكيلي فى طلاقها على أنى بالخيار ثلاثة أيام فالوكالة جائزة والخيار باطل وكذلك لو قال علي أن فلانة بالخيار ثلاثة أيام وكذلك هذا فى كل تصرف لان اشتراط الخيار باشره فى منع صفة اللزوم والوكالة لايتعلق بها اللزوم بحال فاشتراط الخيار فيما لايكون مفيدا يكون باطلا ولان اشتراط الخيار ليتمكن به من له الخيار من التفرد بالفسخ بغير رضا صاحبه وهذا فى الوكالة ثابت بدون اشتراط صاحب الخيار وكما لايصح اشتراط الخيار لنفسه في الوكالة لايصح اشتراطه لغيره قال ولو وكله بطلاق امرأته فقال الوكيل أنت طالق غدا لم يقع وان جاء الغد لانه مفوض اليه التخيير والاضافة الى وقت والتعليق بالشرط غير التخيير قال وان وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم أو على الف فطلقها واحدة أو اثنتين لم يقع لانها لو وقعت وقعت بحصتها من الالف والزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بعد أن يجب له عليها جميع الالف فكان بما صنع مخالفا وفيه ضرر على الموكل بخلاف التوكيل بالايقاع بغير عوض وان بألف درهم أو أكثر جاز لانه حصل ما هو مقصود الزوج من المال ونفعه لبقاء صفة الحل فى المحل حين اقتصر على ايقاع الواحدة وليس للوكيل بالخلع قبض المال لان الذى من جانب الزوج فى باب الخلع ايقاع الطلاق والوكيل معبر عنه اما حقيقة بالاضافة اليه أو حكما لانه غير مالك للايقاع بنفسه فهو نظير وكيل المولى فى العتق بجعل أو لانه لايتوجه عليه المطالبة بتسليم المعقود عليه فلا يكون له قبض البدل قال وان وكله أن يطلق امرأته وله أربع نسوة ولم يسم له امرأة بعينها فان أوقع الطلاق على احدى نسائه جاز لانه ممتثل أمره فانه أمره بايقاع الطلاق على

امرأة غير معينة وقد فعل فان طلقهن جميعا وقع الطلاق علي واحدة منهن لانه في حق الواحدة ممتثل أمره وفيما زاد عليه مبتدئ فيقع على الواحدة بغير عينها والبيان الى الزوج كما لو أوقع بنفسه على احداهن بغير عينها وليس الى الوكيل من البيان شئ لانه معبر عن الزوج وقد انتهى حكم وكالته بايقاعه قال ولو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا فان كان نوى الزوج ثلاثا فهو جائز لان قوله طلقها تفويض وهو يحتمل معنى العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوي العموم فى التفويض وذلك صحيح منه ثم الوكيل ممتثل أمره فى ايقاع الثلاث وان لم يكن نوى ثلاثا لم يقع شئ فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قولهما تقع واحدة بمنزلة مالو قال طلقها واحدة وطلقها ثلاثا وكذلك لوقال اخلعها فطلقها ثلاثا فهو على ما بينا لان نية الثلاث تقع فى الخلع ولو قال طلق احداهن بعينها أو اخلعها كان ذلك جائزا بمنزلة ما لو قال طلق أيتهن شئت وهناك يملك الايقاع علي واحدة بعينها وكذلك اذا طلق احداهن (ألا ترى) أنه لو قال بع عبدا من عبيدى فباع واحدا منهم بعينه جاز ولو قال الموكل لم أعن هذا لم يصدق فكذلك فى الطلاق فان قيل التعيين من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين لا ينفذ بيعه وهذا التعيين ليس من ضرورة ما فوض اليه فان بدون التعيين يقع الطلاق على احداهن فينبغي ان لا يملك الوكيل الايقاع على المعينة لما فيه من قطع خيار الزوج قلنا هذا أن لو شرط الزوج لنفسه خيارا وهنا لم يشترط ولكن ثبوت الخيار له عند انعدام تعين محل الطلاق وذلك لا يوجد اذا وقع على احداهن بعينها وهذا لان المعتبر مانص عليه فى التوكيل وهو انما نص على الايقاع على واحدة وهذه واحدة منهن قد أوقع عليها فكان ممتثلا لما نص عليه الموكل وكذلك لو طلق واحدة منهن بغير عينها وقع لانه ممتثل أمره بالايقاع على واحدة منهن ثم الخيار الي الزوج لانعدام تعين محل الطلاق ولا يملك الوكيل التعيين لان وكالته قد انتهت بالايقاع فاما قبل الايقاع فوكالته قائمة فلهذا ملك الايقاع على واحدة بعينها قال واذا وكلت المرأة رجلا أن يخلعها من زوجها على مال أو علي مابداله فخلعها على المهر الذى أخذت منه فهو جائز عليها وهو دين على المرأة ولا يؤخذ به الوكيل لانه معبر عنها فانه لا يستغنى عن اضافة العقد اليها فيقول اخلع امرأتك ولا يقول اخلعنى ولانه ليس علي الوكيل من تسليم المعقود عليه شئ فلا تتوجه عليه المطالبة بالبدل أيضا قال واذا وكلته بالخلع فله أن يخلعها فى ذلك المجلس وغيره مالم تعزله لان التوكيل مطلق فهو بمنزلة الوكيل في سائر التصرفات أو

التوكيل بالخلع من جانب الزوج قال ولو وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته ووكلت المرأة ذلك الرجل ان يخلعها من زوجها فخلعها الوكيل من نفسه ولم يلق الزوج ولا المرأة فالخلع باطل وهو فى هذا بمنزلة البيع لان الخلع من جانبها التزام للمال بعوض فيكون في حكم البيع وهذا لان المال فى الخلع لايجب الا بتسمية البدل فالواحد اذا تولاه من الجانبين يكون مستزيدا أو مستنقصا وذلك لايجوز وكذلك ان كان البدل مسمى لان تسمية البدل من جانب الزوج يمنع الوكيل من النقصان دون الزيادة ومن جانب المرأة يمنع من الزيادة دون النقصان قال ولو وكلت المرأة زوجها أن يخلعها من نفسه بما شاء فخلعها من نفسه بخادمها فهو باطل الا أن تجيز المرأة ذلك وكذلك لو وكل الزوج المرأة ان تخلع نفسها منه فخلعت نفسها منه بمال أو عرض فان ذلك لايجوز الا أن يرضى الزوج به وهذا بمنزلة البيع من الوجه الذى قلنا وهذا لان المرأة رضيت بالخلع لا بزوال ملكها عن الخادم والزوج رضى بالخلع لا بدخول ذلك العرض بعينه فى ملكها فلهذا لايجوز الا برضا من الجانبين ولو قال الرجل لامرأته اشترى طلاقك منى بما شئت فقد وكلتك بذلك فقالت قد اشتريته بكذا وكذا كان باطلا لما بينا أنها لا تصلح نائبة عن الزوج فى تعيين جنس البدل وتسمية مقداره فيما يجب عليها لانها بحكم النيابة تكون مستزيدة فى ذلك وباعتبار جانبها تكون مستنقصة ولو قال لها طلقى نفسك منى بكذا وكذا ففعلت كان ذلك جائزا لان الزوج هنا قدر البدل بنفسه ثم جعلها نائبة عنه فى الايقاع وهى تصلح معبرة عن الزوج فى ايقاع الطلاق قال ولا نشئ الطلاق بالمال كالخلع بغير مال وقيل هذا غير صحيح فانه ذكر فى الخلع بمال انه جائز فما معنى هذا الفرق الذى أشار اليه قيل معناه اذا قال لها طلقي نفسك أو اختلعى منى بغير مال فاوقعته كان صحيحا ولو قال بما شئت لم يكن صحيحا إلا ان يرضى به الزوج قال واذا وكل الرجل رجلا أن يخلع امرأته فخلعها الزوج أو بانت منه بوجه ثم تزوجها فى العدة أو بعدها لم يكن للوكيل أن يخلعها لان بوقوع البينونة خرج الموكل من أن يكون مالكا للخلع فيتضمن ذلك عزل الوكيل ثم لو تزوجها بعد ذلك بسبب مستأنف لا يوجب اعادة الوكالة وكذلك لو وكلته هى سقطت برده أو بطلاق الزوج قال ولو وكله ان يخلعها على عبد لها على ان زادها مائة درهم فأبى الزوج ان يلتزم المائة بطلت حصتها من العبد لان العقد فى حصة المائة شراء ولم يفوض الزوج اليه ذلك وجاز له حصة المهر وقد بينا فى النكاح نظيره قال ولو كان الوكيل ضمن المائة لها لزمته

بالضمان ولا يرجع بها على الزوج لانه ضمن بغير أمره وهذا لان ضمان البدل فى باب الخلع من الوكيل صحيح فكذلك ضمان ما كان ثبوته تبعا للخلع والشراء فى حصة المائة يثبت تبعا على ماقدرنا فيصح التزام الوكيل ذلك بالضمان ولا يملك الوكيل بمقابلته شيئا من العبد بل يكون العبد كله للزوج بدلا فى الخلع قال ولو خلعها الوكيل على حر أو خمر أو دم أو خنزير فالخلع باطل لانه لو وقع الطلاق هنا وقع بغير جعل فصار كما لو أوقعه الزوج بنفسه والموكل بهذا لم يرض بخلاف النكاح فانه لو صح النكاح عند تسمية الخمر والخنزير كان بعوض كما لو ترك تسمية العوض أصلا قال ولو خلعها على درهم جاز عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصلهما فيما يفسد الوكالة بالعرف وان خلعها على حكمها أو على حكم الوكيل جاز لان الطلاق بهذا الخلع يقع بعوض كما لو باشره الزوج بنفسه ثم الواجب عليها رد المقبوض من الصداق فان حكمت بذلك أو أكثر جاز حكمها وان حكمت أو حكم الوكيل بأقل من ذلك لم يجز حكمه لان فيه اسقاط حق الزوج عن بعض ماصار مستحقا له فهما لا يملكان ذلك قال واذا وكلت المرأة الذمية مسلما يخلعها من ذمى على خمر أو خنزير جاز وكذلك النكاح لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم ولو كان أحد الزوجين مسلما والوكيل كافرا جاز الخلع وبطل الجعل لان الوكيل ممتثل أمره حين سمى ما هو مال متقوم فى حقه ولكن المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها بالعقد فلهذا بطل الجعل وهذا على أصلهما ظاهر لانهما يعتبران حال الموكل كما فى التوكيل ببيع الخمر وشرائها وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله هناك كذلك لان الوكيل سفير ومعبر لا يتعلق به شئ من حقوق العقد هنا بخلاف الوكيل بالبيع والشراء قال ولو وكل رجلا بأن يخلع امرأته وقال له ان أبت الخلع فطلقها فأبت الخلع فطلقها وقع بايقاعه ثم هذا كايقاع الموكل بنفسه وايقاع الموكل بصريح الطلاق لا يمنع بقاء الوكالة بالخلع فكذلك ايقاع الوكيل حتى لو قالت انا اخالع نخالعها وهى فى العدة جاز لان الاول كان رجعيا والطلاق الرجعى لا يمنع الخلع وقد بينا الوكالة بالخلع بعد ماأبانها فلهذا صح الخلع والله أعلم

باب الوكالة فى الاجارة والمزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا كانت الأرض بين رهط فوكل أحدهم وكيلا باجارة نصيبه فأجره من جميعهم جاز وان أجره من أحدهم لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز عندهما

بمنزلة مالو باشره الموكل بنفسه واصل المسئلة أرض بين رجلين اجر أحدهما نصيبه من صاحبه يجوز بالاتفاق لتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد ولو أجره من أجنبي لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز عندهما لان بيع المنفعة معتبر ببيع العين فالشيوع لا يمنع صحته وأبو حنيفة رحمه الله يقول المستأجر لا يقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد لان المعقود عليه منفعة نصيب من العين شائع والاستيفاء جزء معين اذا عرفنا هذا فنقول هنا اذا أجر نصيبه من جميع شركائه فهم يقدرون على الاستيفاء كما هو قضية العقد وان أجره من أحدهم لم يقدر على استيفاء المعقود عليه كما تناوله العقد فلهذا لم يجز العقد عنده والوكيل بالاجارة اذا أجره بعرض أو خادم بعينها فهو جائز وعند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما تقييد التوكيل بالبيع بالنقد لدليل العرف ولا عرف في الاجارة بل العرف فيه مشترك ولان البيع بعرض بعينه شراء من وجه وهنا تعيين الاجرة لا يخرج العقد من أن يكون اجارة من كل وجه ولانا لو جعلناه مخالفا تضرر به الموكل لأن الأجر يكون للعاقد ولا ضمان عليه فان المنافع لا تتقوم بخلاف بيع العين والوكيل بالاجارة خصم في اثبات الاجارة وفي قبض الأجر وجنس المستأجر به لان الاجارة بيع المنفعة قياس بيع العين والوكيل وكيل في اضافة العقد اليه وكان في حقوق العقد كالعاقد لنفسه فان وهب الأجر للمستأجر أو ابرأه منه جاز ان لم يكن شيئا بعينه ويضمنه للآمر وان كان شيئا بعينه لم يجز ابراؤه ولا هبته لان الغير صار مملوكا له باستيفاء المنفعة واشتراط التعجيل فتصرف الوكيل بالهبة يلاقى عينا هي ملك الغير بغير أمره فكان باطلا في غير المعين وانما وجب الاجر بعقد الوكيل عند استيفاء المنفعة دينا في ذمة المستأجر فيكون بمنزلة الثمن في البيع وقد بينا أن الوكيل بالبيع اذا ابرأ المشترى عن الثمن صح ابراؤه وصار ضامنا للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله فهذا مثله وأما اذا أبراه عن جميع الاجر قبل استيفاء المنفعة فهو على الخلاف الذى عرف في المؤاجر اذا كان مالكا فابرأ عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة وفيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مذكور في الاجارات وموت الوكيل لا ينقض الاجارة وموت رب الارض أو المستأجر ينقضها لان الانتقاض بموت رب الارض باعتبار أن العين قد انقلبت الى ملك الوارث فالمنافع بعد الموت تحدث على ملك الوارث وفي هذا لا يفترق الحال بين ان يكون هو المؤجر بنفسه أو وكيله وبموت المستأجر انما تنتقض لان الارث لا يجرى في المنافع المجردة

وعندموت الوكيل لايتحقق واحد من هذين المعنيين فلا تنتقض الاجارة وكذلك الجواب في وصي اليتيم وقيم الوقف بعد ماأجر العين قال ولو أن الوكيل ناقض المستأجر الاجارة قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته ان كان الاجر دينا أو عينا بخلاف الاقالة في بيع العين وقد قررنا هذا الفرق فيما سبق (ثم زاد فقال) الا أن الوكيل قد قبض الأجر فحينئذ لا يجوز مناقضته لان المقبوض صار مملوكا للآمر بعينه فان الأجر يملك بالتعجيل وفي هذه المناقضة ابطال ملك الآمر عن العين وابطال يده لان مقبوض الوكيل صار كالمقبوض للآمر فاما قبل القبض وان كان الأجر عينا فلم يصر مملوكا فلا تثبت اليد أيضا للآمر فلهذا ملك الوكيل نقض العقد فيه وأما بعد استيفاء المنفعة فلا يتصور مناقضة الاجارة قال واذا وكله أن يؤاجره أرضا له وفيها بيوت ولم يسم البيوت فله أن يؤاجر البيوت والارض وكذلك لو كان فيها رحى لان مافي الارض من البناء وصف وتبع له حتى يدخل في البيع من غير ذكر فكذلك في الاجارة لانه صالح لما يصلح له الاصل بطريق الاجارة فكذلك إذا وكل الوكيل بأن يؤاجره واذا أجر الارض صاحبها ثم وكل وكيلا بقبض الأجر فهو جائز كالتوكيل بقبض سائر الديون فان أخر الوكيل الأجر عن المطلوب أو حطه عنه أو صالحه على نقض دينه لم يجز لانه غير مافوض اليه وهو نائب محض فلا يصح منه الا مافوض اليه وان وكله أن يؤاجرها بدراهم فأجرها بدنانير لم يجز لانه خالف ماأمره به نصا ولو أجرها با كثر مما سمى له من الدراهم جاز الا على قول زفر رحمه الله وهو نظير الوكيل بالبيع بألف اذا باع بألفين فعند زفر رحمه الله ظاهر لانه خالف اللفظ في الفصلين ونحن نقول اذا حصل مقصود الآمر وزاد خيرا لم يكن تصرفه خلافا وكذلك الوكيل بالاستئجار مدة معلومة بدراهم مسماة اذا استأجرها بأقل من ذلك والوكيل بالاجارة والاستئجار بالدراهم ليس له أن يزارع لانه مخالف لما أمره به نصا وكذلك الوكيل بالمزارعة ليس له أن يؤاجر بدراهم ولا حنطة لانه مخالف لما أمره به نصا أما في الاستئجار بدراهم فغير مشكل وكذلك بالحنطة لان الآمر انما رضي بأن يكون حق صاحب الارض في جزء من الخارج لافي ذمته والاستئجار بالحنطة يوجب الأجر في ذمته وله في هذا منفعة فربما يصيب الخارج آفة فاذا كان أجرها مزارعة لم يضمن شيأ واذا استأجره بحنطة في ذمته كان ضامنا للاجر قال واذا وكله أن يستأجرها له فأخذها له مزارعة لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لايرى جواز المزارعة أصلا

وتجوز عندهما لان المزارعة عقد وهي من صاحب اليد استئجار الارض بجزء من الخارج فاذا لم يسم له الآمر بأى شئ يستأجرها له أن يستأجرها ببعض الخارج لان فيه منفعة للآمر فانه ان حصل الخارج يجب الاجر وان لم يحصل لايجب شئ ولو استأجرها بأجرة مسماة يجب الاجر سواء حصل الخارج أو لم يحصل قال واذا وكله أن يستأجر له أرضا فما استأجرها به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز على الآمر في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو على الدراهم والدنانير وما يستأجر به الارض مما تخرج منها من المكيل والموزون ونحوه أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان التوكيل بالاستئجار مطلق فما استأجر به من مكيل أو موزون بغير عينه فهو جائز لانه استئجار مطلق وقيل هذا بناء على قوله الأول في الوكيل بالشراء انه يملك الشراء بمكيل أو موزون بغير عينه فاما على قوله الآخر كما لا يملك الوكيل بالشراء أن يشترى الا بالنقد فكذلك الوكيل بالاستئجار وقيل بل بينهما فرق لان في الشراء بالنقد عرفا ظاهرا فاذا تعذر حمل التوكيل على العموم حمل على المتعارف وليس في الاستئجار مثل ذلك الفرق فقد يكون بمكيل أو موزون بالنسيئة كما يكون بالنقد فاما عندهما فالوكيل بالاستئجار يملك أخذ الارض مزارعة وذلك استئجار ببعض ما تخرج الارض فاذا استأجرها بالدراهم أو بشئ مما تخرجه تلك الارض كان ممتثلا أمر الامر فيجوز وان استأجرها بشئ من الجراب أو المكيل أو الموزون بعينه كان مخالفا لانه لو نفذ هذا التصرف منه خرج ملك العين عن ملك الآمر وهو مأمور من جهته بادخال المنفعة في ملكه لا بنقل الملك بشئ من أعيان ماله الي غيره قال وللوكيل بالمزارعة والمعاملة أن يقبض نصيب رب الارض من الخارج لانه وجب بعقده فان وهبه للعامل أو أبرأه منه لم يجز في قول من يجوز المزارعة والمعاملة لان لرب الارض في نصيبه من الخارج عينا وقد بينا أن الاجر اذا كان شيأ بعينه فليس للوكيل فيه ولاية الابراء والهبة قال واذا وكله أن يدفع أرضه مزارعة فأجرها بحيوان أو بدراهم لم يجز لانه مأمور بأن يؤاجرها بجزء مما تخرجه الارض وقد خالف ما أمر به نصا وان أجرها بحنطة كيلا أو بشئ مما يزرع يجوز ذلك في قول من يجيز المزارعة لانه حصل مقصود الامر بطريق هو أنفع له مما سمى له فانه لو دفعها مزارعة ثم اصطلم الزرع آفة لم يستوجب الآمر شيأ واذا أجرها بحنطة كيلا كان الآمر مستحقا للاجر وان اصطلم الزرع آفة وفيه يحصل مقصوده لان الاجر المسمى من جنس ما تخرجه

الارض فلهذا كان صحيحا قال واذا وكله أن يدفعها مزارعة فدفعها الي رجل وزرعها رطبة أو شيأ من الحبوب كان هذا جائزا لان هذا كله من عمل المزارعة والضرر على الارض فيه غير متفاوت فان دفعها الى رجل يغرس فيها شجرا لم يجز لان الغراسة ليست من المزارعة فى شئ والضرر على الارض فى عمل الغراسة ليس من جنس ضرر عمل المزارعة فلهذا كان مخالفا ثم فرق بين هذا وبين ما اذا أخذ الارض مزارعة ولم يبين الآمر مايزرع فيها لم يجز والتوكيل بدفعها مزارعة يجوز فى هذا لان الوكالة مبنية على التوسع وتسمية البدل فى الوكالة ليس بشرط والجهالة المستدركة لا تمنع صحتها بخلاف المزارعة فانها تتعلق بها صفة اللزوم على قول من يجيزها فلا بد أن يكون البدل معلوما فيها وانما يصير الجنس معلوما ببيان ما يزرع فيها قال ولو وكله بدفعها لمن يغرس فيها النخل بالنصف فدفعها له لم يجز قال ولو وكله فى أرض له ليدفعها الي رجل يبني فيها بيوتا ويؤاجرها بالنصف ويكون الاجر بينهما نصفين فهو جائز فى قول من يجيز المعاملة وليس هذا مذهب علمائنا رحمهم الله بل هو قول أهل المدينة رحمهم الله (بيانه فى مسئلة الدسكرة فى كتاب المضاربة) قال ولو وكل رجل رجلا بأن يستأجر له أرضا فاستأجرها فالاجر انما يجب لرب الارض على الوكيل وللوكيل على الآمر بمنزلة التوكيل بالشراء حتى لو وهب رب الارض الاجر من المستأجر أو أبرأه منه كان للمستأجر أن يأخذه من وهبه له ولو أراد المستأجر أن يأخذه من الآمر الاجر قبل أن يؤديه كان له ذلك كما فى الوكيل بالشراء وكذلك لا سبيل لرب الارض على الآمر له فى المطالبة بالاجر لانه لم يعامله بشيء قال ولو مات المستأجر كان ينبغى فى القياس ان الاجارة له لانه فى حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه ولكنه استحسن فقال موت العاقد ليس بمبطل للاجارة بعينه بل لما فى ابقائه من توريث المنفعة وذلك غير موجود هنا لان المنفعة كانت مملوكة للآمر يستوفيها قبل موت الوكيل وبعده بصفة واحدة قال ولو أن المستأجر ناقض رب الارض الاجارة فان كانت الارض فى يد المؤاجر جازت المناقضة لان الآمر لم يتملك بنفس العقد شيأ من المعقود عليه ولا ثبتت يده على شئ فصحت المناقضة من الوكيل كما في جانب الوكيل بالاجارة وان كان قد دفعها الى الآمر أو المستأجر ثم ناقض ففى القياس يجوز أيضا لان الآمر لم يملك شيأ من المعقود عليه لكونها معدومة وكذلك لم تثبت يده على المعقود عليه حتى لو تلفت لخراب الدار كان فى ضمان الاجر كذلك ولكنه استحسن فقال قبض محل المعقود عليه

وهو الارض أو الدار جعل بمنزلة قبض المعقود عليه كما ان عين الدار والارض جعل قائما مقام المعقود عليه فى جواز العقد (ألا ترى) أنه لا يملك التصرف قبل قبض الدار ويملك بعد ذلك وقد ثبتت يد الآمر على الارض حقيقة بقبضه وحكما بقبض المستأجر وصار استدامة اليد الى انتهاء المدة مستحقا له فلا يملك الوكيل ابطال ذلك الحق عليه للمناقضة استحسانا قال واذا وكله أن يستأجرها له سنة فاستأجرها سنتين فالسنة الاولى للآمر والسنة الثانية للوكيل لان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة تجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة ففى المدة التى سمى له الآمر امتثل أمره بالاستئجار له وحصل مقصوده وفيما زاد على ذلك انشأ التصرف بغير أمره فيكون عاقدا لنفسه ويكون كالمضيف العقد الذى باشره لنفسه الى وقت فى المستقبل ولان التوكيل بالاستئجار كالتوكيل بالشراء والوكيل بشراء شئ بعينه اذا اشترى ذلك الشئ مع غيره كان مشتريا ذلك الشئ للآمر وما سواه يصير مشتريا لنفسه قالوا واذا وكله أن يستأجر له دارا فسقط بعض الدار قبل أن يقبضها أو بعد ماقبضها فقال المستأجر أنا أرضى بها فانها تلزم المستأجر دون الآمر بمنزلة الوكيل بالشراء يعلم بالعيب فيرضى به وذلك يلزمه دون الآمر فهذا مثله الا أن هنا يستوى ان كان الانهدام قبل قبض الدار أو بعده لان بقبض الدار المعقود عليه لا يدخل فى ضمان المستأجر وانهدام بعض البيوت يمكن نقصانا فى المعقود عليه فيكون منشئا الخيار للمشترى والمستأجر والآمر قال ولو وكل رجلين أن يستأجرا له أرضا فاستأجرها أحدهما لزم الوكيل لان هذا عقد يحتاج فيه الى الرأى وقد فوضه اليهما فلا ينفرد به أحدهما واذا تعذر تنفيذه على الامر نفذ العقد على المباشر بمنزلة الوكيلين بالشراء فان قال الآمر أنا أرضى بذلك فللمستأجر أن يمنعه منه لانه صار عاقدا لنفسه فلا يملك استحقاقه عليه بغير رضاه فان دفعها اليه فهو للآمر باجارة مستقبلة ويجعل الوكيل عند التسليم اليه كان يقول أجرتك هذه الى كذا كذا فهو بالقبض يصير كأنه قال استأجرته منك والله أعلم بالصواب

باب الوكالة من أهل الكفر

(قال رحمه الله) واذا وكل الذمى الذمى بقبض خمر له بعينها فصارت خلا فله أن يقبضها لان العين باقية بعد التخلل والهيئة باقية وانما اختلف الطعم والوكالة انما صحت لبقاء العين فما بقيت العين صحت الوكالة وبقيت وكذلك المسلم يوكل المسلم بقبض عصير له بعينه فيصير العصير

خلافه أن يقبضه ولم يذكر ماذا صار خمرا والصحيح ان له أن يقبضه أيضا لان الموكل يملك قبضه بعد التخمر فيملك وكيله قبضه أيضا قال ولو وكل ذمى ذميا بقبض جلود ميتة ودباغها ففعل ذلك فهو جائز وهذا لا يختص بالذمى والجواب فى المسلم هكذا لان القبض اثبات اليد على العين ما لا كان أو غير مال والموكل يملك ذلك بنفسه وهو أحق به لان ملكه لم يبطل ببطلان المالية الا انه وضع هذه المسائل فى أهل الذمة صيانة للمسلمين عن التداول لاعيان نجسة قال واذا وكل الحربى مسلما أو ذميا أو حربيا بتقاضى دين له فى دار الاسلام وأشهد على ذلك شهودا من أهل الاسلام فخرج وكيله من دار الحرب وطلب ذلك فهو جائز لانه خرج بنفسه مسلما أو ذميا أو مستأمنا فطلب ذلك الحق جاز فكذلك اذا بعث وكيلا لانه ربما يعجز عن الخروج بنفسه والتوكيل استعانة بالغير فيما يعجز فيه عن مباشرته بنفسه وعلى هذا لو وكل بقبض وديعة له أو بيع شئ أو شرائه فى دار الاسلام وعلى هذا توكيل المسلم أو الذمى أو الحربى المستأمن فى دار الاسلام بخصومة أو بيع أو غير ذلك لان المسلم والذمى من أهل دار الاسلام وهو يملك الخصومة بنفسه فيملك أن يوكل الحربي المستأمن بها قال فان كان الحربى مستأمنا فلحق بدار الحرب فان كان الذى وكله مسلما أو ذميا انتقلت الوكالة لتباين الدارين حقيقة وحكما وذلك قاطع لاقوى أنواع العصمة وهو النكاح فلأن يقطع الوكالة بالخصومة أولى (ألا ترى) ان ابتداء التوكيل بهذه الصفة لا يجوز فكذلك لا يبقى قال واذا كان الذي وكله حربيا من أهل داره ففى القياس تبطل الوكالة أيضا لما قلنا ولكنه استحسن فقال اتفاق الدارين حكما قد نعدم هنا لان المستأمن وان كان فى دارنا صورة فهو من أهل الحرب حكما (ألا ترى) انه ممكن من الرجوع والظاهر انه يرضي بتصرفه بعد رجوعه الى دار الحرب لانه على عدم اللحوق بدار الحرب بخلاف المسلم والذمى قال واذا وكل المستأمن مستأمنا بخصومة ثم لحق الموكل بالدار وبقى الوكيل يخاصم فان كان الوكيل هو الذي يدعي للحربى الحق قبلت الخصومة فيه لما بينا وان كان الحربى هو المدعى عليه ففى الاستحسان كذلك اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر وتحقيقا للتسوية بين الخصمين وفى القياس تنقطع الوكالة حين يلحق بالدار وبالقياس نأخذ لان المقصود من الخصومة القضاء وانما توجه القاضى للقضاء على الموكل دون الوكيل (ألا ترى) ان فيما يقيم من الحجة عليه يراعى دين الموكل دون الوكيل وبعد مارجع الموكل الى دار الحرب حربيا لا يبقى لقاضى المسلمين عليه ولاية

الزام القضاء فلهذا تبطل الوكالة فاما اذا كان الموكل هو المدعى فانما يوجه القاضى القضاء على الخصم الذى هو فى دار الاسلام لخصومة وكيل الحربى وله هذه الولاية فلهذا بقيت الوكالة قال ولو وكل المستأمن ذميا ببيع متاع أو بتقاضى دين سوى الخصومة ثم لحق بدار الحرب فهو جائز لان ابتداء التوكيل وهو في دار الحرب صحيح فبقاؤه أولى قال وان كان الموكل ذميا والوكيل مستأمنا فلحق بالدار بطلت الوكالة لان الذمى من أهل دارنا كالمسلم ومن هو في دار الحرب حقيقة وحكما في حق من هو في دار الاسلام كالميت فكما لا يبقى بعد موت الوكيل فكذلك بعد لحاقه بخلاف ما اذا كان الموكل حربيا لانه من أهل تلك الدار حكما فلا يصير الوكيل باللحوق بالدار فى حقه كالميت قال وان وكل المرتد وهو فى دار الحرب وكيلا ببيع شئ من ماله فى دار الاسلام لم يجز لان بلحوقه بالدار زال ماله عن ملكه وصار فى حكم الميت ولهذا يقضي بالمال لوارثه لانه انما وكل ببيع مالا يملك بيعه بنفسه فان أسلم بعد ذلك لم تجز الوكالة لانه لما لم يكن مالكا عند التوكيل تعينت جهة البطلان فى وكالته فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك بعود الملك اليه (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم لم ينفذ ذلك البيع قال ولو وكله وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم قبل لحاقه بدار الحرب فهو على وكالته فى جميع ذلك لان ملكه لم يزل قبل لحاقه بل توقف وباسلامه قبل لحاقه يعود (ألا ترى) انه لو باع بنفسه ثم أسلم نفذ البيع فكذلك تبقى وكالة الوكيل في جميع ذلك ماخلا النكاح لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا يعود الا بالتجديد قال ولو لحق بدار الحرب مرتدا ثم جاء مسلما فالوكيل على وكالته إلا أن يكون القاضى قضى بلحاقه وقسم ماله بين ورثته فحينئذ ينعزل الوكيل ثم لا يعود وكيلا وان جاء مسلما لان اللحوق بدار الحرب اذا لم يتصل به قضاء القاضى فهو غيبة واذا اتصل به قضاء القاضي فهو كالموت ولم يذكر هذا التقسيم فيما اذا كان ابتداء التوكيل بعد ما لحق بدار الحرب فمن أصحابنا رحمهم الله من قسمه على أحد الفصلين والاصح هو الاول والفرق بينهما أن تعيين اللحوق بدار الحرب لا يمنع ابتداء التصرف من المرتد فلا يمنع بقاءه ما لم يقض القاضى بلحاقه (ألا ترى) أنه لو باع بنفسه بعد ما التحق بدار الحرب شيئا من ماله فى دار الاسلام ثم جاء مسلما لم ينفذ ذلك البيع فكذلك الوكالة بلا فرق بينهما قال واذا وكل الرجلان رجلا ان يشترى لهما جارية بعينها ثم ارتد أحدهما ولحق بالدار ثم اشتراها الوكيل لزم الوكيل نصفها والموكل الثانى نصفها لان

كل واحد منهما وكله بشراء النصف له ففي نصف الذي لحق بالدار جعل كأنهما لحقا فيكون الوكيل مشتريا لنفسه وفي نصيب الذي بقي يجعل كأنهما بقيا في دارنا فيكون مشتريا له وهذا قياس موت أحد الموكلين فان قال ورثة المرتد اشتريتها قبل ان يرتد صاحبها وكذبهم الوكيل فالقول قوله مع يمينه لان الورثة يدعون الارث فيما لم يثبت الملك لمورثهم فيه ولان الشراء حادث فيحال بالحدوث الي أقرب الأوقات وهم يدعون فيه تاريخا سابقا ولان الظاهر أن المرء يكون متصرفا لنفسه حتى يقوم الدليل على أنه يتصرف لغيره ولو كان الوكيل نقد مال المرتد فالقول قول الورثة لان الظاهر شاهد لهم فان الانسان في تصرفه لنفسه لا ينقد مال غيره فان أقاما البينة فالبينة بينة الورثة أيضا لانهم يثبتون الملك لمورثهم وسبق التاريخ في العقد الذي باشره الوكيل وعلى هذا لو كان المرتد هو الموكل وحده فالجواب لا يختلف ولو قال الوكيل اشتريتها قبل لحاقه بدار الحرب وكذبه الورثة فالقول قول الوكيل اذا كان المال مدفوعا اليه وهو ليس تعيين مال قائم في يده أو يد غيره وان لم يكن المال مدفوعا اليه فالقول قول الورثة لانه يدعى عليهم وجوب ثمن المشترى وهم ينكرون ذلك وكذلك ان كان المال المدفوع اليه بعينه في يده أو في يد البائع لان عينه صارت ملكا لهم فهو بقوله يبطل ملكهم وقد بينا نظير ذلك في موت الموكل قال واذا وكل الرجل رجلا ان يخلع امرأته على مال أو يطلقها بتا بغير مال ثم ارتد الزوج ولحق بالدار أو مات وخلعها الوكيل أو طلقها فقالت المرأة فعل ذلك بعد موت زوجي أو بعد لحاقه وقال الوكيل والورثة كان ذلك في حياته واسلامه فالقول قول المرأة والطلاق باطل ومالها مردود عليها ولها الميراث لان الخلع والايقاع من الوكيل حادث والورثة يدعون فيه سبق التاريخ وهو ينكر فالقول قولها الا ان تقوم البينة فحينئذ يثبت التاريخ ببينة الورثة قال ولو وكل وكيلا بعتق عبد له على مال أو غير مال أو مكاتبته ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب أو مات فقال الوكيل فعلت ذلك في اسلامه وكذبه الورثة فالقول قول الورثة لان سبب ملكهم في العبد ظاهر فالوكيل مخبر بما يبطل ملكهم عن العين وهو لا يملك انشاءه في الحال فلا يقبل قوله بخلاف ما تقدم فان الورثة لا يخلفونه في ملك المرأة نكاحا فلهذا جعلنا القول قولها هناك وفي الحقيقة لا فرق وفي الموضعين جميعا يجعل تصرفه محالا به على أقرب الأوقات لانه لم يثبت فيه سبق التاريخ ولهذا لو قامت لهم جميعا البينة أخذ ببينة الوكيل والعبد لان فيها اثبات سبق التاريخ ولو

دفع الى رجل ألف درهم فقال تصدق بها أو اقضها فلانا عنى ثم ارتد الآمر ولحق بالدار فقال الوكيل فعلت ذلك فى اسلامه فالقول قوله لانه أمين مسلط أخبر بما سلط عليه فيوجب قبول قوله اذا لم يكن كذبه ظاهرا وان أقاموا البينة فالبينة بينته أيضا لانه يثبت سبق التاريخ فى تصرفه ببينته وكذلك او وكله ببيع عبد بعينه فقال قد بعته فى اسلامه ودفعت اليه الثمن فان كان مستهلكا فالقول قوله والبينة بينته لما بينا وان كان العبد قائما بعينه لم يصدق الوكيل لانه يخبر بزوال ملك الورثة عنه بتصرف لا يملك انشاءه فى الحال وكذلك هذا كله فى المرتدة اللاحقة بالدار لان بعد اللحوق حال الرجل والمرأة فيه سواء قال وان كان الموكل قد عاد مسلما من دار الحرب ثم اختلف هو والوكيل فالقول فيه مثل الأول كاختلاف الوكيل مع الورثة لما قلنا قال ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم ارتد الآمر ولحق بالدار فقال الوكيل زوجته فى اسلامه وكذبه الورثة والموكل بعد ما جاء مسلما فانه لا يقبل قول الوكيل أو المرأة لان الوكيل يخبر بما لا يملك استئنافه فقد انعزل بردة الآمر ولم يعد وكيلا بعد ماجاء مسلما وليس فى كلامه نفى ضمان عن نفسه بل فيه ايجاب الحق لها فى تركته أو فى ذمته اذا جاء مسلما وان أقاموا البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الحق لنفسها ببينتها وتثبت سبق التاريخ والورثة ينفون ذلك وان لم يكن بينهما بينة يستحلف الورثة على علمهم لانهم لو أقروا بما ادعت لزمهم فان قضى القاضى لهم بالميراث بعد ما حلفوا ثم رجع المرتد مسلما فارادت المرأة أن تستحلفه أيضا فلها ذلك لانها تدعى الصداق دينا في ذمته واستحلاف الورثة لا يسقط اليمين عنه لانهم ما كانوا نائبين عنه فالنيابة فى الايمان لا تجرى قال وتوكيل المرتدة بالتصرفات التى تملك مباشرتها بنفسها صحيحة سواء وكلت بذلك مرتدة مثلها أو مسلما وكذلك ان كان التوكيل قبل ردتها يبقي بعد الردة لانها تبقى مالكة للتصرف بنفسها الا ان توكل بتزويجها وهى مرتدة فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فلا يصح توكيلها بذلك حتى لو زوجها الوكيل فى حال ردتها لم يجز وان لم يزوجها حتى اسلمت ثم زوجها جاز لان التوكيل كالمضاف الى مابعد اسلامها بمنزلة المعتدة أو المنكوحة اذا وكلت انسانا بأن يزوجها وهذا بخلاف مااذا كان التوكيل فى اسلامها ثم ارتدت ثم أسلمت فزوجها لم يجز لان ارتدادها اخراج من الوكالة فانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة فى الحال ثم بردتها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لو كيلها فبعدما انعزل

لا يعود وكيلها إلا بتجديد قال ولو وكلت المرتدة وكيلا بخصومة أو قضاء دين أو تقاضيه ثم لحقت بالدار انتقضت الوكالة لان لحاقها بمنزلة ردتها حكما كلحاق الرجل لانها باللحوق صارت مستحقة لان تسترق ففيه اتلاف حكما فلهذا تبطل الوكالة فان قال الوكيل فعلت في حياتها أو قبل لحاقها فهو مصدق في المستهلك غير مصدق في القائم بعينه لانه صار مملوكا لورثتها ولو قال قد قبضت دينا لها من فلان لم يصدق على ذلك إلا ببينة وان كان قائما بعينه لان الورثة قاموا مقامها في الدين في ذمة الغريم والوكيل يخبر بتحول حقهم الى العين في حال تملك انشائها فلا يصدق في ذلك إلا ببينة ان قال قد قبضت المال الذي أعطتني فلانة وقد كانت أمرته بذلك فهو مصدق اذا كان المال عينا قائما بعينه لانه يخبر بما كان مسلطا عليه ويقصد بذلك نفي الضمان عن نفسه فكان القول قوله قال واذا وكلت المرتدة وكيلا بقبض وديعة لها ثم ماتت فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها اليها وقالت الورثة قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل لانه أخبر بما كان مسلطا عليه والوديعة ما كانت مضمونة وهذا بخلاف الدين فانه كان مضمونا في ذمة الغريم فلا يقبل قول الوكيل في قبضه اذا كان لا يملك انشاء القبض في الحال لان فيه اسقاط الضمان عن الغريم ولو وهب لها هبة أو تصدق عليها بصدقة فوكلت وكيلا بقبضها ثم ماتت فقال الوكيل قد قبضتها ودفعتها اليها فالقول قول الوكيل لانه يخبر بما جعل مسلطا عليه أمينا فيه وان قال الواهب قبضتها بعد موتها فالقول قول الوكيل أيضا لان الواهب يدعي الضمان لنفسه عليه فلا يصدق الا بحجة فان كون القبض حادثا يحال بحدوثه على أقرب الاوقات نوع من الظاهر ولا يكفي الظاهر لاثبات الضمان على الوكيل الا أن تكون قائمة بعينها فيكون للواهب أن يرجع فيها لانه يبقي استحقاق المرأة عنها والظاهر شاهد له والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق وكذلك لو وهبت هبة فوكلت بدفعها وكيلا ثم ماتت ودفعها الوكيل فقال دفعتها في حياتها فصدقه الموهوب له فلا ضمان على الوكيل لانه كان أمينا في الدفع ولكن ان كانت قائمة في يد الموهوب له فللورثة أن يأخذوها لان الظاهر يشهد لهم فانه انما يحال بالدفع على أقرب الاوقات وهو ما بعد موتها والوكيل يبطل ملك الورثة باختياره بتصرف لا يملك انشاءه فان أقاموا البينة أخذت بينة الموهوب له لانه يثبت الملك لنفسه في الموهوب وسبق التاريخ في دفع الوكيل اليه قال واذا رهنت المرتدة رهنا أو ارتهنته مع التسليط على البيع عند حل الاجل فهو جائز وللوكيل أن يبيعه وان ماتت أو لحقت

بالدار ان كانت رهنت فلقيام حق المرتهن وان كانت ارتهنت فلقيام حق ورثتها وبقاء الوكيل والموكل جميعا قال واذا وكل المكاتب المرتد وكيلا ببيع أو شراء فهو جائز بخلاف الحر على قول أبي حنيفة رحمه الله لان المكاتب بعد الردة يملك التصرف بنفسه لقيام الكتابة فيوكل به غيره بخلاف الحر وهذا لان كسب المكاتب دائر بينه وبين مولاه والمولى راض بتصرفه بخلاف مال الحر فانه يوقف على حق ورثته وهم لا يرضون بتصرفه والمستسعى كالمكاتب فى قوله قال فان لحق المكاتب بالدار مرتدا كان الوكيل على وكالته وكذلك لو أسر أو سبي لان عقد الكتابة باق بعد لحاقه (ألا ترى) أن لحاقه لا يكون أعلى من موته وموته عن وفاء لا يبطل الكتابة فكذلك لحاقه فلهذا بقى الوكيل على وكالته والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الدم والصلح

(قال رحمه الله) قد بينا فيما سبق ان وكيل من عليه القصاص اذا أقر بوجوب القصاص على موكله لم يجز استحسانا الا ان يشهد هو وآخر معه ان ادعى المدعى عليه لان قبوله الوكالة لا يخرجه من أن يكون شاهدا على موكله اما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانه عزل قبل الخصومة فشهادته لموكله تجوز فعلى موكله أولى وعند أبي يوسف رحمه الله فقد صار قائما مقام موكله فلم تجز شهادته له ولا يوجد هذا المعنى فى شهادته عليه وهذا اذا لم يسبق من الوكيل انكار فان سبق منه انكار فى مجلس القضاء ثم جاء بعد ذلك يشهد بحضرة المدعى عليه فهو مناقض والشهادة مع التناقض لا تقبل قال والتوكيل بطلب دم جراحة خطأ أو عمدا ليس فيها قود جائز مثل التوكيل فى المال لان العمد الذى لا قود فيه موجبه موجب الخطأ وهو المال وهذا التوكيل لاثبات موجب الفعل والاستيفاء وذلك مال قال ولو وكل رجل رجلا ان يصالح عنه رجلا ادعى عليه دعوى من دين أو عين وان يعمل فى ذلك برأيه فصالحه الوكيل على مائة فهو جائز لانه فوض الأمر الى رأيه على العموم والمال على الآمر دون الوكيل لان الوكيل يضيف العقد الى الموكل فيقول صالح فلانا من دعواك على كذا وفى مثله العاقد يكون سفيرا ويكون المال على من وقع له دون الوكيل قال والوكيل بالصلح ليس بوكيل فى الخصومة لان الصلح عقد ينبنى على الموافقة والمسالمة وهو ضد الخصومة (ألا ترى) أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح ولو أقر ان ذلك باطل لم يجز اقراره على صاحبه

لان صحة اقرار الوكيل بالخصومة باعتبار أنه وكيل بجواب الخصم والوكيل بالصلح ليس بوكيل بالجواب وانما هو وكيل بعقد يباشره والاقرار ليس من ذلك العقد فى شئ قال ولو وكل المدعى عليه وكيلا بالصلح فوكل الوكيل وكيلا بالصلح وفعل لم يجز لانه عقد يحتاج فيه الى الرأى وانما رضى الموكل برأيه دون رأى غيره فان كانت الدراهم من مال الآمر رجع بها لان الصلح لا ينفذ فى حقه حين لم يباشره من رضي برأيه وان لم يكن الآمر دفع المال فصالح الوكيل الآخر ودفع المال من عند نفسه لم يلزم الأول شئ وجاز الصلح عن الموكل الآخر وهو الوكيل الأول لان الوكيل باشره بأمر الأول فجاز فى حق الأول ولكنه حصل على وجه لم تتضمنه وكالة الموكل الأول فكان توكيل الاول لم يوجد ولكن أمر أجنبيا بأن يصالح على مال ويدفع من عند الموكل أو من عنده فهذا الصلح يجوز ويكون الموكل متطوعا فيه فكذلك هنا الموكل الثانى يكون متطوعا وكذلك لو وكل اثنين فصالح أحدهما دون الآخر بمالة دون مال الموكل جاز ذلك عليه وهو متطوع فيه ولا يجوز علي الموكل لان الموكل رضى برأيهما فلا يكون راضيا برأى أحدهما وهذا الواحد اذا تفرد بالصلح كان كالفضولى وصلح الفضولى صحيح اذا أضافه الى نفسه أو أدى المال أو ضمن المال ويكون متطوعا فيه لمعين وهو ان موجب الصلح فى حق المصالح المديون البراءة عن الدين والمشتري ينفرد بذلك وانما يحتاج الى رضاه لوجوب العوض عليه فاذا لم يكن عليه شئ من العوض سقط اعتبار رضاه وكذلك لو وكله ان يصالح عنه بألف وضمن المال فصالح بالفين أو بمائة دينار ونقده من ماله أو شيء من العروض أو المكيل أو الموزون من عند الوكيل فالصلح جائز ولا يرجع علي الموكل بشيء لانه خالف أمره حين صالح على غير ما سمى له كالفضولي فى هذا الصلح ولو صالحه على أقل من ألف درهم وضمنه جاز على الموكل لانه امتثل أمره فان صالحه بأقل مما سمى من الدراهم يكون خيرا للموكل فهذا لا يعد خلافا وقد وقع ضمن بدل الصلح بامره فيكون له أن يرجع به عليه قال ولو وكله أن يصالح على كر حنطة فصالح على كر شعير أو دراهم جاز على الوكيل دون الآمر لانه خالف ما أمره به نصا قال ولو وكله أن يصالح على عبد بعينه فصالح على أمة للوكيل جاز عليه ان ضمن أو دفع ولا يجوز على الموكل لمخالفته أمره نصا قال ولو وكله أن يصالح على كر حنطة بعينها فصالحه علي غيرها من حنطة أجود منها وضمنها جاز على الوكيل دون الموكل لانه

خالف ماأمره به نصا حين أضاف الصلح الى غير المحل الذى أمره به الموكل وهو أضر على الموكل مما أمره به قال ولو صالح على كر حنطة وسط بغير عينه والكر الذى دفع اليه وسط ففى القياس لايجوز على الموكل لانه لو جاز كان بدل الصلح دينا فى ذمته وهو انما وكله بان يصالح على كر حنطة بعينه وكان بهذا مغيرا العقد الى غير المحل الذى أمر به ولكنه استحسن وقال يجوز صلحه على الموكل لانه ما خالف أمره به بتسمية شئ آخر سوى المأمور به انما ترك التعيين ولا ضرر على الموكل فى ذلك وقد بينا انه انما يعتبر من التقييد ما يكون مفيدا فى حق الموكل دون مالا يكون مفيدا ولان الوكيل قد يبتلى بهذا فقد يتفق الصلح فى غير الموضع الذى فيه الحنطة ولو أضاف العقد الى عينه وهو غير مرئى دخل فيه شبهة الاختلاف بين العلماء رحمهم الله فى جواز شراء مالم يره فتجوز عن ذلك بتسمية كر وسط مطلقا على أن يدفع اليه ذلك الكر ولما وكله الموكل مع علمه انه قد يبتلى بهذا فقد صار راضيا بترك التعيين قال ولو وكله المدعى أن يصالح على بيت من هذه الدار بعينه فصالح عليه وهو بيت وآخر فهو جائز لانه زاد خيرا بما صنع وحصل مقصوده قال ولو وكله أن يصالح عن هذا البيت بمائة درهم فصالح عنه وعن بيت آخر بمائة درهم والوكيل من جانب المدعى عليه جاز فى حصة ذلك البيت لانه امتثل أمره حين صالحه عن ذلك البيت على أقل مما سمى له قال ولو وكله رب الدار أن يصالح عنه ولم يسم له شيأ فصالح على مال كثير وضمن فهو لازم للوكيل بحكم ضمانه ثم ان كان مما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجز على الموكل لانه بمنزلة الوكيل بالشراء وقد بينا أن تصرفه هناك يتقيد بما يتغابن الناس فى مثله فاذا زاد على ذلك لم يجز على الموكل فان كان الوكيل وكيلا للمدعى فصالح على شئ يسير فهو جائز على المدعى فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة الوكيل بالبيع والتوكيل مطلق فلا يتقيد بشئ من البدل كما هو مذهبه وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز الا أن يحط عنه فيما يتغابن الناس فى مثله بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء عندهما وان لم يعرف الدعوى فالصلح جائز على كل حال يريد به اذا كان الخصم منكرا ولا حجة للمدعى أولا يعرف مقدار مايدعيه من الدار فالصلح على البدل اليسير فى مثل هذا الموضع متعارف والحط على وجه يكون فيه اسقاط شئ من حق الموكل غير معلوم هنا فلهذا جاز الصلح على كل حال قال واذا وكل المشترى الطاعن بالعيب وكيلا بالصلح فأقر أن صاحبه قد رضى بالعيب فاقراره

باطل لان الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة وصحة اقرار الوكيل باعتبار مباشرته أو كونه وكيلا بالخصومة ولم يوجد ذلك قال ولو كان البائع عبدا فوكل مولاه وكيلا بالصلح لم يجز ان كان على العبد دين وجاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشر المولى الصلح بنفسه وهذا لان كسب العبد خالص ملك مولاه ان لم يكن عليه دين وحق غرمائه ان كان عليه دين فيكون المولى منه كالاجنبي وكذلك لو كان العبد هو المشترى قال ولا يجوز توكيل المولى على المكاتب بذلك لانه من كسبه كالاجنبي لا يملك مباشرة الصلح بنفسه فلا يملك أن يوكل به غيره ولو كان ابن المكاتب ولدا من أمة له فباع أو اشترى فطعن بعيب أو طعن عليه فوكل المكاتب بالصلح فى ذلك جاز ان لم يكن على الاب دين وان كان دخل عليه دين لم يجز لان كل من فى كتابته فكسبه يكون له بشرط الفراغ من دينه يأخذه فيستعين به فى قضاء بدل الكتابة فاذا لم يكن على العبد دين فالمكاتب يملك هذا الصلح بنفسه فكذلك يوكل غيره به بخلاف ما اذا كان عليه دين قال ولو وكل المكاتب وكيلا بالخصومة فى ذلك لم يجز على أبيه ان كان عليه دين أو لم يكن لان الخصومة فى العيب من حقوق العقد والعقد انما باشره الابن والمكاتب لا يملك الخصومة فيه بنفسه على كل حال فكذلك لا يملك أن يوكل به غيره بخلاف الصلح فانه أنشأ عقدا فى كسبه وهو يملكه اذا كان الكسب حقه وكذلك لو وكل المكاتب وكيلا بتقاضى دين لابنه وبالخصومة فى ذلك لم يجز ان كان على العبد دين أو لم يكن لان الابن هو الذى باشر المداينة فحق القبض والتقاضى اليه دون المكاتب والذى بينا فى المكاتب مع ابنه فكذلك الجواب فى المولى مع عبده قال واذا كان دين بين رجلين فوكل أحدهما وكيلا فاقتضى منه شيأ كان نصف ما أخذ لشريكه لان أصل الدين مشترك بينهما وقبض وكيل أحدهما كقبض الموكل بنفسه وللشريك أن يأخذ منه نصفه وان ضاع المقبوض من الوكيل فللشريك أن يضمن صاحبه نصف ما أخذ الوكيل لان الموكل صار قابضا بقبض وكيله فكان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل فلهذا يرجع الشريك عليه بنصفه قال ولن كان وكله بقبض ماله كله فقبضه فهلك منه فللشريك أن يضمن شريكه نصف ذلك كما لو قبضه بنفسه وان شاء ضمن الوكيل لانه فى قبض نصيب الشريك متعد فى حق الشريك فكان له أن يضمنه نصيبه بتعديه ثم يرجع الوكيل بما ضمن لانه قائم مقام من ضمنه ولانه لحقه غرم فيما باشره بأمر الموكل فيرجع به عليه وذكر فى نسخ أبى حفص رحمه الله أن

للشريك أن يضمن شريكه نصف ذلك ان شاء وان شاء ضمن الغريم ثم يرجع الغريم بما
ضمن من ذلك على الشريك وهذا هو الاصح لانه اذا لم يجز قبض الوكيل بقي حقه فى
ذمة الغريم على حاله وانما يكون له أن يضمن الغريم دون الوكيل لان قبض الوكيل لم يصادف
ماله ثم قبض الوكيل فى حق الموكل كقبضه بنفسه ولو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع
الدين ثم ان الآخر رجع لحقه على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض لانه انما
دفع اليه المال على أنه يستفيد البراءة من جميع الدين ولم يستفد ذلك فلهذا رجع عليه ويستوى
ان أقر الوكيل بالقبض أو قامت به بينة عليه لانه يملك مباشرة القبض بنفسه فيصح اقراره
به فى حق الموكل قال وان كان الوكيل وكيلا بالخصومة فأقر عند القاضى ان صاحبه الذى
وكله به قد قبض حصته جاز ذلك على صاحبه ولم يضمن لشريكه شيئا لان صحة اقرار
الوكيل بقبض موكله كان باعتبار انه جواب الخصم وهو وكيل بالخصومة بينه وبين الغريم
لا بينه وبين الشريك فلا يثبت قبضه فى حق الشريك بهذا الاقرار فلهذا لا يرجع عليه بشئ
بخلاف الوكيل بالقبض اذا أقر انه قبض لانه أقر بما سلطه عليه فيكون اقراره بذلك كاقرار
الموكل فلهذا كان للشريك ان يرجع عليه بنصف المقبوض قال ولو كان دين بين اثنين وكل
أحدهما وكيلا بتقاضاه فاشترى بحصته ثوبا جاز على الوكيل دون الموكل لانه أتى بتصرف آخر
سوى ما أمره به فلا ينفذ على الموكل وقد بينا ان الشراء ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقيده على
الموكل فيصير مشتريا الثوب لنفسه بما سمى من الثمن دينا فى ذمته ثم جعله قصاصا بدين الموكل
ولم يصح ذلك فبقى هو مطالبا بالثمن وبقى المطلوب مطالبا بحصة الموكل من الدين وكذلك
ان رضى الموكل بذلك لان رضاه انما يعتبر فيما توقف على اجازته وهذا التصرف لم يكن موقوفا
فلا يعتبر رضاه فيه قال واذا كان الدين طعاما قرضا بينهما فوكل أحدهما وكيلا بقبض
حصته فباعها بدراهم لم يجز على الموكل لانه تصرف بغير ما أمره به وان رضى به الموكل جاز
لان بيع نصيبه من الدين كبيع نصيبه من العين بغير أمره فيتوقف على اجازته فاذا أجاز كانت
الدراهم له ويرجع شريكه عليه بربع الطعام ان قبض الدراهم أولم يقبضها بمنزلة مالو باع
نصيبه بدراهم وهذا لانه صار متملكا عوض نصيبه من الدراهم فيجعل نصيبه كالسالم له حكما
حين يملك بدله فللشريك ان يرجع عليه بنصفه فقال ولو كان باعها بثوب وقبض لم يجز على
الوكيل ولا على الموكل إلا ان يجيزه الموكل بمنزلة مالو باع نصيبه بالدراهم فان قيل ينبغى ان

ينفذ الشراء للثوب على الوكيل لانه فى جانب الثوب مشتر والشراء ينفذ على العاقد اذا تعذر بتقيده على غيره قلنا ولكنه فى جانب الطعام بائع واضافة العقد الى الطعام هو دين للموكل فى ذمة المطلوب بمنزلة اضافته الى طعام هو عين له ومن باع طعام غيره بثوب لا ينفذ عقده مالم يجز صاحبه فاذا أجاز يكون الثوب للعاقد دون صاحب الطعام وهذا لانه مشتر للثوب ومستقرض الطعام من صاحبه في جمله عوضا عن الثوب فيتوقف جانب الاستقراض على اجازة صاحبه ولو جعلنا العقد نافذا قبل اجازته لم يكن بالمسمى من الطعام لانه لا يجوز اخراجه من ملك صاحبه بغير رضاه فاذا أجازه تم رضاه الآن فينفذ العقد في الثوب للوكيل ويكون على الوكيل حصة الموكل من الطعام بسبب استقراضه لانه صار قاضيا به عوض ما اشتراه به لنفسه فاذا قبضه الموكل أخذ منه شريكه نصف ذلك لانه وصل اليه الطعام الأول فاما قبل القبض فلم تملك هو بدلا بمقابلته وانما تحول حقه من نصيبه فى ذمة الغريم الى مثله فى ذمة الوكيل فكان بمنزلة قبوله الحوالة فى نصيبه فلهذا لا يرجع عليه الشريك بشئ حتى يقبضه بخلاف ماتقدم لان هناك يملك الدراهم بمقابلة نصيبه من الطعام*توضيح الفرق ان رجوع الشريك عليه بالطعام هناك لا يجوز ان يكون موقوفا على قبضه الدراهم وهنا هو يقبض من الوكيل الطعام دون الدراهم فيكون رجوع الشريك عليه بالطعام موقوفا على قبضه الطعام قال ولو وكله ان يصالح عنه فى دم عمد ادعى عليه فصالح الوكيل على عشرة آلاف درهم وضمنها فهو جائز لان التوكيل بالصلح عن الدم ينصرف الى بدل الدم وبدل الدم مقدار الدية عشرة آلاف درهم أو ألف دينار أو مائة من الابل أو ألف شاة على قولهما أو مائتا ثوب فاذا صالح الوكيل على شئ من ذلك بعد صلحه على الموكل بعد أن يكون ماسمي معلوما بان قال مائتى ثوب يهودى فيكون هو فى هذا الصلح والضمان ممتثلا لامره فيرجع بذلك ويستوى ان كان أمره بالضمان أولم يأمره بمنزلة الوكيل بالخلع وهذا لانه اذا ضمن البدل فلا حاجة الى اعتبار أمره فى جواز أصل الصلح لان ذلك جائز بدون أمره وانما الحاجة الى ذلك فى الرجوع بالضمان على الآمر فيجعل أمره معتبرا فى ذلك جائزا فلهذا رجع عليه وان لم يأمره بالضمان ولان المباشر لهذا العقد قد يكون ملتزما اذا ضمن للبدل وقد لا يكون ملتزما اذا لم يضمن فينصرف مطلق التوكيل اليهما بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر ولم يأمره الزوج بذلك لم يرجع عليه بشئ وقد قررنا هذا الفرق فيما أمليناه من شرح الجامع

وكذلك لو صالحه على عشر وصفاء بغير أعيانهن كان جائزا لان الدم ليس بمال والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال فان كان قيمة الوصفاء أكثر من الدية تقيد بمالا يتغابن الناس فى مثله فلو ضمن ذلك جاز عليه دون الموكل لانه فى معنى الوكيل بالشراء فانه يلتزم بالصلح البدل عما هو مستحق على موكله من القصاص وتصرفه فى ذلك يتقيد بما يتغابن الناس فى مثله فاذا زاد على ذلك كان بمنزلة الفضولى فينفذ عليه اذا ضمن البدل ولا يرجع على الموكل لانه التزمه بغير أمره قال ولو وكله فان كان طالب الدم هو الذى وكل بالصلح فى ذلك فصالح على بعض ما سميا كان جائزا وان صالحا على مائة درهم جاز على الطالب في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما إلا ان ينقص من الدية مايتغابن الناس فى مثله لانه الآن بمنزلة الوكيل بالبيع وان صالح وكيل المطلوب على عبد المطلوب فالصلح جائز فان شاء المطلوب أعطى العبد وان شاء أعطى قيمته لانه أمره بالصلح وما أمره بازالة ملكه عن عين العبد وكان له حق امساك العبد فاذا امسكه كان هذا بمنزلة مالو صالح من الدم على عبد فاستحق والصلح بهذا لايبطل ولكن يجب قيمة المستحق بمنزلة الخلع فكذلك هنا وكذلك كل شئ بعينه من العروض والحيوان والعقار وان كان مكيلا أو موزونا بعينه فان شاء الموكل أعطاه وان شاء مثله لانه من ذوات الامثال فاذا حبس العين باعتبار انه لم يرض بزواله عن ملكه كان ذلك كالمستحق من يده فيلزمه مثله وان كان بغير عينه وضمن ذلك جاز على الوكيل والموكل لانه امتثل أمره فيما صنع فينفذ تصرفه على الموكل قال واذا وكل المطلوب وكيلا يصالح عنه ويضمن فصالح عنه على مال وسمى ذلك الى أجل وضمن فهو للوكيل على الموكل الى ذلك الأجل لان بالصلح يجب على الضامن المال الى ذلك الأجل فيجب له على الموكل أيضا الى ذلك الأجل بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى بثمن مؤجل وان كان بدل الصلح حالا كان للوكيل ان يأخذه من الموكل قبل أن يؤديه بمنزلة الوكيل بالشراء اذا اشترى بثمن غير مؤجل لان الوكيل حين ضمن البدل فالمطالبة للطالب انما تتوجه على الوكيل لا على الموكل وكما تتوجه مطالبة الوكيل على الموكل بخلاف الكفالة فان الكفالة لم تسقط مطالبة الطالب عن الأصيل فلا تتوجه مطالبة الكفيل على الأصيل مالم يؤدعنه وان اعطاه الوكيل به كفيلا لم يكن للكفيل اذا أدى ان يرجع على الموكل بشئ لان الموكل ما أمره باداء شئ عنه ولا بالكفالة ولكن الوكيل هو الذى كفل به فيكون رجوع الكفيل على الوكيل ورجوع

الوكيل على الموكل قال ولو ان الموكل اعطى الوكيل رهنا بالمال قيمته والمال سواء فهلك الرهن عند الوكيل صار مستوفيا بهلاك الرهن مااستوجبه على الموكل فكانه استوفاه حقيقة وعليه أن يؤدى المال للطالب من عند نفسه كما التزمه ولا يرجع به على الموكل لانه قد استوفاه منه مرة قال ولو ان الوكيل صالح للطالب على ألف درهم على ان يكون ذلك على المطلوب دون الوكيل كان ذلك جائزا على ماقاله لانه أخرج كلامه مخرج الرسالة وأضاف العقد الى الموكل وهو المطلوب بالدم فكان على المطلوب وكذلك لوقال الوكيل أعف عنه على ألف درهم فعفا عنه على ذلك كان المال على المطلوب وفى غير الدم الحكم هكذا متى أضاف الوكيل العقد الى المطلوب لا يكون عليه من البدل شئ إذا لم يضمن قال ولو ان طالب الدم وكل وكيلا بالصلح والقبض فصالح كان له أن يقبض المال لانه مأمور بذلك ولانه بمنزلة البائع ولو وكله أن يقول قد عفى فلان عن فلان بالف درهم وقبل ذلك المطلوب لم يكن للوكيل أن يأخذ ذلك المال لانه أضاف العفو الى الموكل وجعل نفسه سفيرا ومعبرا عنه فكان حق قبض المال الى الطالب ولان الوكيل لا تتوجه عليه المطالبة بتسليم المبدل فلا يكون له قبض البدل قال ولو أن المطلوب بالدم وكل وكيلا بما يطالب به أو وكله بالدم لم يكن له أن يصالح لان ماوكل به مجهول فانه لم يبين انه أراد الصلح أو الخصومة فهو عاجز عن تحصيل مقصود الموكل فلهذا لا يجوز صلحه حتى يتبين مراده قال واذا وكل المطلوب بالدم وكيلا يصالح عنه الطالب فالتقى الوكيلان واصطلحا فهو جائز لان مقصود كل واحد من الموكلين يحصل بالصلح مع وكيل صاحبه مثل مايحصل بالصلح مع صاحبه فلا يكون هذا خلافا من الوكيلين وعلى هذا لو أمر رجلا أن يشترى له خادما بعينه فاشتراه من وكيله أو من رجل اشتراه منه فهو جائز لان المقصود قد حصل للمولى فان مقصوده ملك ذلك الخادم بالشراء بخلاف مالو وكله ببيع عبده من فلان فباعه من غيره لم يجز الا أن يكون ذلك الغير وكيل فلان بشرائه له وقد سبق بيان هذا الفرق قال واذا كان دم خطأ بين الورثة فوكل أحدهم بالصلح في حصته عن عشرة دراهم وقبضها فلبقية الورثة أن يشاركوا الموكل ويخاصموه فيما أخذ كما لو أخذ بنفسه وهذا لان ماوقع عليه الصلح بدل دين مشترك بينهم وهو الدية ولا سبيل لهم على الوكيل لان مافى يده من المال أمانة لمن وكله ويده فيه كيد من وكله فلا يكون لهم معه فى ذلك خصومة كصاحب الدين فانه لا خصومة له مع مودع المديون وان كانت الوديعة من جنس حقه وان هلك المال

عند الوكيل فلا ضمان عليه لاحد ولكن سائر الورثة يأخذون الموكل فيضمنونه بقدر حصتهم مما أخذ وكيله لان هلاك المقبوض فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل قال واذا قضي بالدية مائة من الابل على القاتل وعواقله فوكل الطالب وكيلا بقبضها فقبضها وانفق عليها فى علفها وسقيها ورعيها حتى يبلغها الموكل فهو متطوع فى ذلك لانه لم يؤمر بذلك فهو أمين أنفق على الامانة بغير أمر صاحبها ولا أمر القاضى قال ولو أمره الموكل ببيعها فوكل الوكيل عبدا له فباعها لم يجز لان الموكل رضى برأيه دون رأى عبده وهذا بخلاف الحفظ فان الانسان يحفظ المال بيد عبده فلا يصير ضامنا بالدفع الى عبده ليحفظه ولكنه يباشر البيع بنفسه فاذا أمر به عبده لم يجز كما لو أمر به أجنبيا آخر قال وان تعذر استرداد عينها فلرب الابل أن يضمن الوكيل لانه متعد بتسليطه عبده على البيع والتسليم وان شاء ضمن عبده قيمة الابل فى رقبته لانه متعد بالبيع والتسليم فى حقه قال واذا قضى بالدية من جنس فوكله بقبضه فقبض به جنسا آخر لم يجز على الموكل لان حقه تعين فى ذلك الجنس بقضاء القاضى فبقبض جنس آخر مكانه يكون استبدل والوكيل بالقبض لا يملك الاستبدال قال وان وكل المطلوب وكيلا يؤدى عنه وقد قضى عليه بالدية بالدراهم فباع بها وكيل الطالب دنانير أو عروضا فهو جائز لانه باع ملك نفسه ثم قضى بالثمن دين المطلوب فان أخر الدينين يكون قضاء عن أولهما ولا فرق فى حق المطلوب بين ان يقضى بهذه الطريق وبين ان يقضي بأداء الدراهم فلهذا جاز ويرجع الوكيل بالدراهم على المطلوب قال واذا وكل المطلوب رجلا بالخصومة فأدى الوكيل من عند نفسه لم يرجع به على الموكل لانه مأمور بالخصومة لا بأداء المال فان الخصومة تكون فى دفع دعوى المدعى فاما دفع المال فليس من الخصومة فى شئ فكان متبرعا كاجنبي آخر قال واذا دفع الدية دراهم الى رجلين وقال أدياها عنى فصالحا الطالب من المال على دنانير أو عروض جاز ذلك لانهما عقدا على ملكهما فكانا متطوعين فى ذلك لانهما باشرا عقدا غير ما امرا به فانهما أمرا بحمل المال للمطلوب والتسليم اليه ولم يفعلا ذلك بل تبرعا باداء المال من عندهما فيردان على الموكل دراهمه ولو قضى الطالب الدراهم لهما لانهما فى حق المطلوب لا فرق بين أن يدفعا تلك الدراهم أو مثلها وقد يبتلى الوكيلان بذلك بان يتفق رؤيتهما الطالب فى موضع لا تكون دراهم المطلوب معهما لانه يشق عليهما استصحاب تلك الدراهم فى كل وقت فلدفع الحرج عليه استحسنالهما أداء مثل الدراهم ليرجعا فيها قال ولو وكل وكيلا بأن يؤدى عنه دية

ودفع اليه المال فادى نصفه وحط الطالب نصفه فهذا الحط عن الاصيل وليس للوكيل منه شئ لان الحط اسقاط والاسقاط انما يكون عمن عليه المال فان وهبه للوكيل وأمره بقبضه من الاصيل فهو جائز وهى مسئلة الهبة اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض ثم للوكيل أن يقاصصه بما فى يده حتى يستوفى منه ما فى يده اذا حضر من عليه الدين لانه لو رده عليه كان له أن يستوفيه منه لتسليط صاحب الدين اياه على قبضه فكذلك اذا كان فى يده فله أن يمسكه ولكن بمحضر من عليه الدين لانه مأمور بقبضه منه والله أعلم بالصواب

باب الوكالة بالصلح فى الشجاج

(قال رحمه الله) رجل وكل رجلا بالصلح فى شجة ادعيت قبله وأمره أن يضمن ماصالح عليه فصالح على أكثر من خمسمائة فان كانت الشجة خطأ جاز من ذلك خمسمائة وبطل الفضل لان بدل الشجة مقدر بالخمسمائة شرعا فالصلح على أكثر منه يكون ربا ولو باشره الموكل بنفسه بطل الفضل لهذا فكذلك إذا باشره الوكيل وان كانت عمدا جاز ذلك كله على الموكل اذا كان زاد ما يتغابن الناس فى مثله لان الواجب فى العمد القود وما يقع عليه الصلح يكون بدلا عن القود فلا يتمكن فيه الربا ولكن الوكيل بمنزلة الوكيل بالشراء وتصرف الوكيل بالشراء انما ينفذ على الموكل فى الزيادة بقدر مايتغابن الناس فى مثله وان مات المشجوج انتقض الصلح فى الوجهين جميعا (وفى مسئلة كتاب الديات) أن العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن السراية عند أبى حنيفة رحمه الله فكذلك الصلح عن الشجة لا يكون صلحا عن السراية فاذا مات المشجوج بطل الصلح لانه يتبين أن الحق كان فى الدم دون الشجة فكان أولياؤه على دعواهم قال وان كان الوكيل صالح عن الجناية فان برئ من الشجة فالجواب كما بينا لانه حصل مقصود الموكل فى اسقاط الموجب للشجة عنه بلفظ الجناية وان مات فيها فالصلح جائز على الوكيل ان كان ضمن البدل ولا يجوز على الموكل لانه تبين أنه صالح عن الدم فان اسم الجناية يتناول النفس وما دونها وانما كان هذا مأمورا بالصلح عن الشجة فيكون هو فى الصلح عن الدم متبرعا بمنزلة أجنبي آخر فيلزمه المال بالضمان ولا يرجع به على الموكل قال فان كان الوكيل صالح عن الشجة وهى خطأ وما يحدث منها على خمسمائة فان

المشجوج يجوز له من ذلك نصف العشر ويرد تسعة اعشار ونصف العشر ان كان قبض لان مايحدث منها النفس وهو انما جعل الخمسمائة بالصلح عوضا عن جميع الدية وقد تبين أن الواجب كان بعد نصف عشر الدية فيمسك من بدل الصلح حصة حقه ويرد ما بقى منه ولو مات عن مال الشجة وله مال كثير يخرج ماحطه من ثلثه جاز ذلك على الوكيل ان كان ضمنه ولا يجوز على الموكل لما بينا انه أمره بالصلح عن الشجة وهو انما صالح عن النفس والمشجوج أسقط من حقه مازاد عن الخمسمائة وذلك بمنزلة الوصية منه فاذا كان يخرج من ثلثه كان جائزا وان لم يكن للمشجوج مال الا الدية جازت وصيته بقدر الثلث ثم يخاصم أولياء المشجوج المدعى عليه الشجة فى مقدار الثلثين فان ثبت لهم عليه أخذ واتمام ذلك منه لبطلان وصية المشجوج فيما زاد على الثلث ولو ان المشجوج حط ما يتغابن الناس فيه جاز على الموكل وان كان أكثر من ذلك لم يجز قيل هذا قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فينبغى أن يجوز لان وكيل المشجوج بمنزلة الوكيل بالبيع وقيل بل هذا قولهم جميعا لان بدل الشجة معلوم شرعا فالتوكيل بالصلح ينصرف مطلقه الى ذلك ولكن قدر مايتغابن الناس فيه يكون عفوا لان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق قال ولو وكل وكيلا بالصلح فى الشجة خاصة فصالح عليها وعلى مايحدث منها على عشرة آلاف وضمن الوكيل ثم مات المشجوج فالصلح يلزم الوكيل دون الآمر فى قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله أن اسم الشجة لا يتناول النفس فالآمر انما أمره بالصلح عن الشجة وهو قد صالح عن النفس وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اسم الشجة يتناول الشجة وما يحدث منها فاذا وكله بالصلح عما يحدث منها كان هو ممتثلا أمره فيما صنع لامبتدئا شيأ آخر قال ولو وكله بالصلح في شجة فصالحه عن الشجة وعن جرح آخر مثلها جاز على الموكل النصف لانه فى حصة ذلك ممتثل أمره وفى الجراحة هو مبتدئ فهو كاجنبي آخر وان كانت الجراحة الاخرى أكبر أو أصغر جاز على الموكل بحساب تلك الشجة وما زاد على ذلك فهو على الوكيل اذا ضمنه لانه متبرع بالتزام ذلك قال واذا وكله بالصلح فى موضحة وما يحدث منها فصالح عن موضحتين ومايحدث منهما وضمن جاز على الموكل النصف ولزم الوكيل النصف سواء مات أو عاش لانه فى أحد الموضحتين ممتثل أمره وفى الاخرى متبرع بالصلح كاجنبي آخر فان وكله بالصلح فى موضحة ادعاها قبل فلان فصالح الوكيل عليها وعلى غيرها جاز عليها ولم يجز على غيرها لان وكيل الطالب

مسقط الحق بالصلح وانما يصح اسقاطه بقدر ما أمره صاحب الحق وفيمازاد علي ذلك هو كاجنبي آخر فلا يصح اسقاطه أصلا قال واذا وكل الرجل رجلا بالصلح فى شجة تدعى قبله وان يضمن البدل فصالح على صنف بغير عينه أو علي عشرة من الغنم أو على خمس من الابل فهو جائز وعلى الوكيل من ذلك الوسط كما لو كان الموكل صالح بنفسه وهذا لانه مال يلتزمه عوضا عما ليس بمال وجهالة الوصف في المسمي لا تمنع صحة التسمية فى مثله كما فى النكاح والخلع ثم يرجع الوكيل به على الموكل لانه التزمه بأمره حين أمره ان يضمن قال ولو وكل المطلوب وكيلا بالصلح في موضحة عمدا فصالح الوكيل على خدمة عبد الموكل سنين فالصلح جائز لان تسمية خدمة عبده كتسمية رقبة عبده وذلك لا يمنع جواز الصلح إلا ان يكون الموكل لم يرض بزوال ملكه عن منفعة عبده فيخير فى ذلك ان شاء رضي به وان شاء لم يرض وعليه قيمة الخدمة وقد بينا نظيره فيما اذا سمى فى الصلح عينا من أعيان ماله وان استحقاقه ذلك المسمي كاستحقاق غيره فلا تبطل به التسمية ولكن يجب قيمة المسمي قال ولو صالحه علي خمر أو خنزير أو حر فهو عفو ولا شئ علي الآمر ولا علي الوكيل لان القصاص ليس بمال وانما يجب المال فيه بالتسمية واذا كان المسمى ليس بمال لا يجب شئ كالطلاق فان من طلق امرأته على خمر أو خنزير أو حر لا يجب عليها شئ وهذا بخلاف البضع لان البضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم (ألا ترى) انه لو سكت هناك عن ذكر البدل يجب مهر المثل ولو سكت عن ذكر البدل هنا لا يجب شئ ولو قال الوكيل أصالحك على هذا العبد أو علي هذا الخل فضمنه له فاذا العبد حر والخل خمر فعلى الوكيل ارش الشجة لانه سمي متقوما فاذا ظهر أن المشار اليه ليس بمال تمكن الغرر من جهته فيرجع بأصل حقه وهو أرش الشجة وهو بمنزلة الخلع في هذا ثم الوكيل قد ضمنه فيكون مطالبا بحكم الضمان ويرجع به علي الموكل لانه غير مخالف أمره فيما التزم ولو صالحه على عبدين فاذا أحدهما حر فليس للمصالح غير العبد الباقي فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر له العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله مع العبد الباقي تمام ارش الشجة وهذا الخلاف فى الخلع هكذا فمحمد رحمه الله يقول المصالح سمي عبدين فاذا كان احدهما حرا تحقق الغرر من جهته فيكون حق الطالب فى تمام أرش الشجة هنا وحق الرجوع للزوج فيما ساق اليها من الصداق في الخلع هكذا فيأخذ العبد الباقي

وما زاد على قيمته الى تمام الشجة باعتبار الغرر كما اذا كان الصلح على عبد واحد فظهر انه حر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الخلع والصلح باعتبار تسمية الباقي صحيح وتسمية الحر معه لغو فصار ذكره والسكوت عنه سواء بخلاف ما اذا كان المسمى عبدا واحدا لانه لا يمكن تصحيح العقد هناك معاوضة باعتبار ما وقعت الاشارة اليه من العبد الباقي فلهذا جعلنا التسمية فى العبد الأخير لغوا (واصل مذهب أبي حنيفة رحمه الله فى مسئلة الجامع الصغير) اذا تزوجها على عبدين فاذا أحدهما حر فليس لها الا العبد الباقي فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر لها العبد الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا وفي قول محمد رحمه الله لها العبد الباقي والزيادة على ذلك الى تمام مهر مثلها قال ولو صالحه على عبد فاذا هو مدبر أو مكاتب أو على أمة فاذا هى أم ولد وضمن الوكيل تسليمه فعليه قيمته فى ماله ويرجع بها على الموكل لان المسمي مملوك متقوم ولكنه استحق نفسه بالحرية الثابتة له فكأنه استحقه غيره ولو وقع الصلح على عبد فاستحق وجبت قيمته فهذا مثله قال واذا شج رجلان رجلا موضحة فوكل وكيلا يصالح مع أحدهما بعينه على مائة درهم جاز كما لو باشر الصلح بنفسه وعلى الآخر نصف الارش لان الواجب بالجناية على كل واحد منهما نصف الارش دون القود فان الاشتراك فى الفعل يمنع وجوب القود فيما دون النفس قال وان وكله ان يصالح مع أحدهما ولم يبين أيهما هو فهو جائز لان هذه جهالة مستدركة ومثلها لا يمنع صحة الوكالة ثم الرأى الى الوكيل يصالح أيهما شاء وكذلك لو كان الشاج واحدا والمشجوج اثنين فوكل وكيلا بالصلح عنهما فصالح عن أحدهما ولم يسمه ثم قال الوكيل هو فلان فالقول قوله لانه ممتثل أمره فى حق من صالح معه وهو المباشر للعقد واليه تعيين ما باشر من العقد لانه كان مالكا للتعيين فى الابتداء فكذلك فى الانتهاء يصح تعيينه ويكون هو بمنزلة الموكل فيه قال واذا اشترك حر وعبد فى موضحة شجاها رجلا فوكل الحر ومولى العبد وكيلا فصالح عنهما على خمسمائة فعلى مولى العبد نصف ذلك قلت قيمة العبد أو كثرت وعلى الحر نصفه لان كل واحد منهما كان مطالبا بنصف الجناية وانما وكلا الوكيل بالصلح عن الجناية فاذا كان كل واحد منهما مطالبا بالنصف كان الوكيل نائبا عن كل واحد منهما فى النصف فعلى كل واحد منهما نصف البدل كما لو كانا حرين أو كان المولي والاجنبي صالحا بانفسهما مع المشجوج وهذا لان المولى بهذا الصلح صار مانعا دفع العبد فيكون مختارا للفداء وعند اختيار الفداء

فوجب جناية العبد والحر سواء وكذلك لو كان ذلك فى دم خطأ لما ذكرنا قال ولو أن رجلا قتل عبدا وحرا عمدا أو خطأ فوكل ولى العبد وأولياء الحر وكيلا فصالح القاتل على عشرة آلاف كانت بينهم يضرب فيها أولياء العبد بقيمته وأولياء الحر بالدية كما لو صالحا بانفسهما وهذا لان كل واحد منهم يضرب فى بدل الصلح بجميع حقه وحق مولى العبد فى قيمة العبد وحق أولياء الحر في الدية وكذلك لو صالح على احد عشر ألفا وقيمة العبد خمسمائة والقتل عمد لان الواجب هو القصاص دون المال والمال في الصلح من دم العمد لايتقدر بشيء شرعا فأما اذا كان القتل خطأ فلورثة الحر من ذلك عشرة آلاف والباقى لمولى العبد لان دية الحر فى الخطأ مقدرة شرعا بعشرة آلاف لاتجوز الزيادة عليها فلهذا كان لورثة الحر عشرة آلاف قال ولو كان العبد قتل عمدا والحر خطأ فصالح على احد عشر الفا كان لأولياء الحر عشرة آلاف لما بينا وما بقى فلمولي العبد لانه في حقه هذا صلح عن القود فيجوز على قدر من البدل قال ولو كان الحر قتل عمدا والعبد خطأ كان الصلح جائزا وهو مثل الباب الاول لما قلنا قال ولو أن نصرانيا شج موضحة فوكل المطلوب وكيلا مسلما فصالح عنه بخمر وضمن له لم يجز وكان الذمى على حقه لانه ملتزم بدله حين ضمنه بعقد الصلح والتزام المسلم الخمر لايكون صحيحا ولما وكله بأن يصلح ويضمن كان التوكيل باطلا فيبطل الصلح أيضا والنصرانى على حقه قال ولو كان الطالب وكل مسلما فصالح عنه على خمر جاز لان وكيل الطالب سفير عنه لايتعلق به شئ من الحقوق ولا اليه شئ من قبض البدل وهو قياس نصرانية وكلت مسلما أن يزوجها من نصرانى على خمر وذلك جائز فهذا مثله قال ولو كان الطالب والمطلوب مسلمين وقد وكل كل واحد منهما ذميا فصالح على خمر لم يجز لان الوكيلين سفيران عن المسلمين فلا يكون اليهما من حقوق العقد شئ فيكون صلحهما كصلح الموكلين قال ولو أن عبدا قتل خطأ فوكل مولاه وكيلا بالصلح فصالح على عشرة آلاف درهم جاز ذلك ويرد المولى من ذلك عشرة دراهم لان بدل نفس العبد فى الخطأ لايزاد على عشرة آلاف الا عشرة فالزيادة على ذلك أخذ بغير حق فيلزمه رده وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا تتقدر نفس العبد بشئ ولكن تجب القيمة بالغة مابلغت لايلزمه به شئ ولو كانت شجة فصالح على ألف درهم جاز لان بدل الطرف من العبد فى الجناية لايتقدر بشئ بل تجب القيمة بالغة ما بلغت بمنزلة الجناية على الاموال وقد ذكر هنا على قول محمد رحمه الله أنه يسلم له من ذلك

خمسمائة درهم ويبطل مابقى وهذا اشارة الى أن الجناية على العبد فيما دون النفس فعلى هذه الرواية يسلم له باعتبار الموضحة نصف عشر بدل نفسه وذلك خمسمائة الا نصف درهم ويلزمه رد ما بقى قال ولو كانت الجناية فقء عين فصالحه على ستة آلاف جاز فى ظاهر الرواية لما قلنا وعلى قول محمد رحمه الله يسلم له من ذلك خمسة آلاف الا خمسة ويبطل مابقى وذكر فى هذا الكتاب رواية أخرى عن أبى يوسف رحمه الله أنه اذا صالحه من هذه العين على عشرة آلاف نقصت منها احد عشر درهما ووجه هذا ان بدل الطرف وان كان لايتقدر بشئ فعلم انه لا يكون مساويا لبدل النفس واذا كان بدل نفسه يتقدر بعشرة آلاف الا عشرة ينقص من ذلك فى بدل العين درهم فلهذا يسلم له عشرة آلاف الا احد عشر درهما قال ولو كان وكيل هذا الصلح وكيل المطلوب فضمن ذلك جاز عليه ولكن ان كان زاد بقدر مايتغابن الناس فيه لزم ذلك المطلوب حتى يرجع الوكيل عليه لانه ممتثل أمره فى الالتزام وان زاد مالا يتغابن الناس فيه كان مخالفا لانه بمنزلة الوكيل بالشراء فيلزمه المال بالضمان ولا يرجع على المطلوب بشئ منه قال واذا وكل رجلا بشجة موضحة شجها اياه رجل فليس له أن يصالح ولا يعفو ولا يخاصم لانه لم يبين عند التوكيل انه بماذا أمره فكان عاجزا عن تحصيل مقصود الموكل بما سمى له ولو أخذ ارشها تاما كان باطلا فى القياس أيضا لما قلنا ان التوكيل باطل حين لم يعرف الوكيل مقصود الموكل وفى الاستحسان ان كان عمدا فكذلك لان الواجب هو القصاص فأخذ الارش يكون صلحا وقد بينا ان الوكيل بالشجة لا يملك الصلح وان كان خطأ جاز أخذه الارش لا بانتفاء أنه استوفى كمال حقه وذلك كان مقصود الموكل وهو نظير ما تقدم فيما اذا وكل وكيلا بدينه كان له أن يقبضه استحسانا فكذلك اذا وكل وكيلا بشجة لان المراد موجب الشجة وهو الدية قال ولو وكله فى كل شئ له لم يكن له أن يتقاضى دينه ولا يخاصم وانما هو وكيل بالحفظ لان فى قوله وكلتك باعيان مالى فانه نص على ماهو له على الاطلاق وذلك فى العين دون الدين ويعلم ان الحفظ مراده وليس فى شئ آخر سوى الحفظ بيقين فلهذا لايملك إلا المتيقن به قال ولو قال المشجوج ماصنعت فى شجتى من شئ فهو فى حل فصالح عليها أجزت ذلك استحسانا لان هذا وقوله وكلته بالصلح عن شجتى سواء فان قوله فهو فى حل أى هو من النقصان فى حل وذلك انما يكون بالصلح لان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق ولو أبرأه منهما لم يجز لانه بهذا اللفظ صار وكيلا بالصلح

ولفظ الصلح يحتمل اسقاط بعض البدل لا كله وفي الابراء اسقاط الكل ولو قال ماصنعت فيها من شيء فهو جائز أجزأت البراءة والصلح وغيره لانه أجاز صنعه مطلقا واسقاط البعض بالصلح أو الكل بالابراء من صنعه فلهذا يجوز ولو قال قد جعلته وكيلا فى الصلح وأمرته بالقبض فصالح عنه فله أن يقبض لانه أمره بالقبض نصا ولو صالح بنفسه ثم أمره بقبض بدل الصلح جاز فكذلك اذا أمره بالصلح والقبض قال واذا وكل الشاج وكيلا بما يدعى قبله فليس له أن يصالح ولا يخاصم ولا يصنع شيأ لان الموكل لم يعين مراده عند التوكيل فكان عاجزا عن تحصيل مقصوده قال واذا وكل المكاتب بالصلح عن جناية ادعيت عليه أو على عبده ثم رد فى الرق ثم صالح الوكيل وهو لا يعلم بعجزه وضمن بدل الصلح فانه لايجوز على المكاتب فى رقبته كما لو صالح بنفسه بعد العجز وعجزه يتضمن عزل الوكيل فى حق المولى لا في حق المكاتب لان ابتداء التوكيل بعد عجزه لا يصح فى حق المولى ولكنه يصح فى حق المكاتب وكذلك العجز بعد التوكيل فيكون الوكيل مطالبا بالمال لانه قد ضمنه ويرجع به على المكاتب إذا عتق لان التوكيل فى حقه صحيح وعلى هذا توكيل العبد المأذون بالصلح عن جناية عبده اذا حجر عليه مولاه قال ولو وكل رجل رجلا بالصلح فى شجة ادعيت قبله ثم مات الموكل بطلت الوكالة لان تصرف الوكيل كان على وجه النيابة عن الموكل وقد انقطع رأى الموكل بموته فان صالح الوكيل وضمن جاز عليه فى ماله خاصة لانه متبرع فى الصلح كاجنبي آخر وان لم يمت ومات الطالب فصالح الوكيل ورثته جاز على الموكل لان ورثة الطالب بعد موته يقومون مقامه فى المطالبة بموجب الشجة قال واذا وكله بالصلح فى موضحة شجها اياه رجل فصالح على الموضحة التى شجها فلان ولم يقل هى فى موضع كذا فهو جائز لانه عرفها بالاضافة الى فلان ومحل فعل فلان معلوم معاين فيغنى ذلك عن الاشارة اليه وكذلك اليد والعين والسن فان قال على اليد اليسرى والمقطوعة هى اليمنى فالصلح باطل لانه أضاف الصلح الى ما ليس بحق له ولو صالح الموكل بنفسه عما ليس بحق له كان الصلح باطلا فكذلك الوكيل اذا صالح عن مثل ذلك والله أعلم

باب وكالة الوكيل

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل الصبي الذى لا يعقل أو المجنون الذى لا يعقل ولا

يتكلم فهو باطل لان التوكيل انابة للوكيل مناب نفسه فى العبارة فاذا لم يكن الوكيل من أهل العبارة كان التوكيل باطلا وان كان صبيا يعقل ويتكلم أو مجنونا يعقل فهو جائز لانه من أهل العبارة (ألا ترى) ان تصرفه فى حق الموكل بأمره ينفذ ولكنه ليس من أهل التزام العهدة فعهدة التصرف تكون على الموكل قال ولو وكل وكيلا بشيء من التصرفات وقال ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره فهو جائز لانه اخبارمنه على العموم والتوكيل من صنعه قال وان مات الوكيل أو جن أو ارتدولحق بدار الحرب فالوكيل الثانى على وكالته لان الوكيل الثانى وكيل الآمر لاوكيل الوكيل فان فعل الوكيل الأول فى توكيله كفعل الموكل بنفسه فصار هو بعبارة الوكيل الاول وكيلا للموكل ورأى الموكل باق فلهذا بقى على وكالته ولم يذكر في الكتاب ان الموكل اذا عزل وكيله وجاء فضولي وأخبره بذلك هل ينعزل أولا والجواب فيه على قول أبى حنيفة رحمه الله ان المخبر ان كان عدلا انعزل بخبره والا فلا وفى الفضولي اختلاف الروايات على قول أبى حنيفة رحمه الله فى اشتراط العدالة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ينعزل بخبر الواحد عدلا كان أو فاسقا وسنقرر هذا الفصل فى المأذون ان شاء الله تعالى فان الحجر على العبد المأذون وعزل الوكيل فى هذا سواء فمن أصلهما أن ما يكون من المعاملات لا يشترط العدالة فى الاخبار به لاجل الضرورة فان العدل فى الخبر لا يوجد فى كل معاملة (ألا ترى) ان فى التوكيل والاذن اذا أخبره به مخبر فوقع فى قلبه انه صادق كان له ان يتصرف وان كان المخبر فاسقا فكذلك العزل على أصل أبى حنيفة رحمه الله اذ كل خبر يتعلق به اللزوم فقول الفاسق لا يكون حجة فيه لان الشرع نص على التوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى فتبينوا وذلك يمنع ثبوت اللزوم بخبره والاخبار بالعزل والحجر يلزمه الكف عن التصرف فلهذا يشترط فيه ان كان فضوليا أن يخبر عن نفسه الا ان يكون رسولا للموكل فحينئذ هو معبر عنه فيكون الملزم قول الموكل لا قوله بخلاف التوكيل والاذن فانه غير ملزم شيئا بل هو بالخيار ان شاء تصرف وان شاء لم يتصرف فلهذا لا تشترط العدالة فيه وذكر فى نوادر هشام رحمه الله انه اذا وكل وكيلا ببيع عبده وقيمة العبد ألف فباعه بأقل من ألف على ان الوكيل بالخيار ثلاثة أيام فصار يساوى الفين في مدة الخيار ثم اختار الوكيل البيع ومضت الايام الثلاثة فعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز فى الوجهين لانه يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته فكذلك يملك الاجازة وعلى قول محمد لا يجوز فى

الوجهين لان عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه فكذلك لا ينفذ بالاجازة سواء كانت الاجازة بفعله أو بمضي المدة قبل الفسخ لان سكوته عن الفسخ حتى مضت المدة بمنزلة الاجازة منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان أجاز الوكيل في الثلاثة فهو باطل كما قال محمد رحمه الله وان سكت حتى مضت المدة تم البيع بمضي المدة ويجعل كان حصول الزيادة بعد مضي المدة قال ولو وكله أن يشترى له فعلى قول زفر رحمه الله يجوز شراؤه على الموكل لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا فالشراء به كالشراء بالدراهم وفي قول أبي حنيفة الآخر رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يكون الوكيل مشتريا لنفسه لانه لما لم يحمل التوكيل في الثمن على العموم لما بيناه حمل على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد فاذا اشترى لغيره كان مشتريا لنفسه وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه اذا وكله ببيع متاعه في سوق الكوفة فباعه في بيت في غير سوق الكوفة لا ينفذ بيعه عند زفر رحمه الله لانه خالف ما أمره به نصا وجاز عند أبي يوسف رحمه الله لان مقصود الموكل انما هو سعر الكوفة لا عين السوق وقد حصل مقصوده وانما يراعي من الشروط ما يكون مفيدا على ما بينا قال ولو كان عبد بين رجلين فباع فضولي نصفه من رجل فان أجاز الموليان جاز في النصيبين جميعا بالاتفاق وان أجازه أحدهما فعلى قول زفر رحمه الله يجوز في النصف نصيبه ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفا على اجازته لانه هكذا يتوقف وعند الاجازة انما ينفذ على الوجه الذي يتوقف وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز في جميع نصيب المجيز ويصير عند الاجازة كانه باشر بيع النصف بنفسه فينصرف الى نصيبه خاصة ولو أراد صاحبه أن يجيز بعد ذلك لا تصح اجازته في شيء والله أعلم بالصواب

كتاب الكفالة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال صلى الله عليه وسلم أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين أي ضام اليتيم الى نفسه ومنه سميت الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلا لضمها اليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة انه يوجب ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل على وجه التوثيق (أحدهما)

الضم فى المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين فى ذمة الاصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالاصيل وكما يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من له ابتداء حتى تكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع وأصل الثمن للموكل فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين فى حق من عليه فتتوجه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين فى ذمة الاصيل وكذلك تنفصل المطالبة عن أصل الدين سقوطا بالتأجيل فكذلك التزاما بالكفالة والمطالبة مع أصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك الغير فكما يجوز أن ينفصل ملك التصرف عن ملك العين فى حق المطالبة وملك اليد عن ملك العين فى حق المرتهن فكذلك يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين (والطريق الآخر) أن تنضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فى ثبوت أصل الدين لان الكفالة اقراض للذمة والتزام المطالبة ينبنى على التزام أصل الدين وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل مايوجب زيادة حق الطالب لانه وان ثبت الدين فى ذمتهما فلان لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق المغصوب منه الا فى ذمة واحد لانه لا يستوفى الا من أحدهما غير ان هناك اختيار تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر لما فيه من التمليك منه وهنا لا يوجب مالا توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما به (والحوالة مشتقة من التحول) ومنه الحوالة فى الغرس بالنقل من موضع الى موضع وموجبه تحول الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به والعقد ان فى الشرع (وأما الكفالة) فلقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وماثبت فى شريعة من قبلنا فهو ثابت فى شريعتنا مالم يظهر نسخه والظاهر هنا التقرير فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فاقرهم على ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم *والدليل على جواز الحوالة قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل على ملئ فليتبع أى فليتبع من احيل عليه والكفالة مع جوازها وحصول التوثق بها فالامتناع من مباشرتها أقرب الى الاحتياط على ما قيل انه مكتوب فى التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة واختلف العلماء رحمهم الله فى موجب العقدين فعندنا الكفالة لا توجب براءة الاصيل والحوالة توجب وعند ابن أبى ليلى رحمه الله الكفالة توجب براءة الاصيل كالحوالة لانه لا بد من وجوب الدين فى ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لان ماثبت فى

محل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت فى محل اخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شاغلا لمحلين وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله الحوالة لاتوجب براءة الأصيل كالكفالة لان المقصود بها التوثق لحق الطالب وذلك فى أن تزاد له المطالبة لا ان يسقط ما كان له من المطالبة ولكنا نقول كل واحد من العقدين اختص باسم واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف مافي يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض فى المجلس (والسلم) اختص باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو تعجيل أحد البدلين فى القبض في المجلس وتأخير البدل الآخر بالتأجيل فكذلك هنا معنى الكفالة الضم فيقتضى ان يكون موجب هذا العقد ضم أحد الذمتين الى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الاصيل (ومعنى الحوالة) التحويل وذلك لايتحقق الا بفراغ ذمة الأصيل (ثم الكفالة نوعان) كفالة بالنفس وكفالة بالمال وقد بدأ ببيان الكفالة بالنفس لان ذلك يكون قبل ثبوت المال عادة ومباشرته بين الناس أظهر من مباشرة الكفالة بالمال وافتتح بحديث حبيب الذى كان يقوم على رأس شريح رحمه الله ان شريحا حبس ابنه بكفالة بنفس رجل قال حتى طلبنا الرجل فوجدناه فدفعناه الى صاحبه وفي الحديث دليل عدل شريح رحمه الله فانه لم يمل الى ابنه بل حبسه ولهذا بقى على القضاء نيفا وأربعين سنة وفيه دليل على ان الكفالة بالنفس تصح وأن الكفيل يحبس اذا لم يسلم نفس المطلوب الى خصمه وان تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل لانه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه الى صاحبه وجواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا رحمهم الله وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله وفى القول الآخر يقول هى ضعيفة وفى القول الثالث يقول لا تكون صحيحة لانه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء وبيانه ان المكفول بنفسه رقبانى مثله لاينقاد له لتسليمه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذلك اذا كفل بأمره لان أمره بالكفالة لايثبت له عليه ولاية فى نفسه لتسليمه كما ان أمره بالكفالة بالمال لايثبت له عليه ولانه يؤدى المال من مال المكفول عنه وهو الحرف الثانى له ان هذه الكفالة بشرط اداء المكفول به من ملك المكفول عنه ولو كفل بشرط أن يؤديه من

مال المكفول عنه لم يصح فكذلك اذا كفل بالنفس وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كفل رجلا فى تهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس وكان بين علي وابن عمرو رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضى الله عنها بنفس على رضى الله عنه وكفل حمزة ابن عمر والاسلمى فى تهمة رجل فاستصوبه عمر رضى الله عنه وان ابن مسعود رضي الله عنه لما استتاب أصحاب ابن النواحة كفلهم عشائرهم ونفاهم الى الشام والمعنى فيه انه التزم تسليم ماهو مستحق على الأصل فتصح كالكفالة بالمال ومعنى هذا ان تسليم النفس مستحق على الأصيل حقا للمدعى حتى يستوفى عند طلبه فان القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره مجلسه عند طلب خصمه وقد ذم الله تعالى قوما على الامتناع عن الحضور بقوله واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الآية وانما يذم الامتناع بما هو مستحق عليه فاذا ثبت ان التسليم مستحق وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه بالكفالة والظاهر أن الانسان لا يكفل الا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له فى التسليم خصوصا اذا كفل بامره فانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه بالانقياد له لتسليمه الى خصمه الا انه اذا كان كفل بالمال والديون تقضى بامثالها وهو موجود فى يد الكفيل فلا حاجة الى اثبات الولاية له فى مال الاصيل فيؤمر بالاداء من مال نفسه ثم يؤمر بالرجوع عليه وفى النفس لا يتأتى التسليم الا باحضار الاصل فيثبت له عليه ولاية الاحضار للتسليم وكذلك ان كان كفل بغير أمره لانه يتمكن من أن يدعى عليه ما لا ليحضره القاضي فيسلمه الى خصمه ويكون هذا كذبا ولا رخصة فى الكذب والاصح أن يقول ليس التسليم كله فى احضار الاصل اذا أتى بالطالب الى الموضع الذى فيه المطلوب فبدفعه يتحقق التسليم مع ان شرط صحة الالتزام كون الملتزم ملتزما ما لا قدرة له على أدائه كالتزام حقوق الله تعالى بالنذر حتى ان من نذر أن يحج ألف حجة يلزمه وان كان لا يعيش هو ألف سنة ليؤدى فهنا أيضا التسليم يتأتى فيصح التزامه وان كان الكفيل ربما يعجز عنه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل كفل بنفس رجل فمات المكفول برئ الكفيل وبه نأخذ لمعنيين أحدهما أن الخصومة وتسليم النفس الى الخصم الذى سقط عن الاصل بموته وبراءة الاصيل بأى طريق يكون موجب براءة الكفيل والثانى أن محل التسليم فات بموته ولا يتأتى التسليم بدون المحل فكما ان عدم تأتى التسليم يمنع ابتداء الكفالة فكذلك يمنع بقاءها ثم ذكر عن أبى حنيفة رحمه الله فى الرجل يكفل بنفس الرجل ثم لم يأت

به أن يحبس ولا يكون ذلك فى أول مرة يتقدم اليه وهـذا لان الحبس نوع عقوبة وانما تتوجه على الظالم ولا يظهر ظلمه فى أول مرة لانه لم يسرقه انه لماذا يدعي حتى يأتى بالخصم معه فلهذا لا يحبسه القاضي ولـكنه يأمره أن يأتى بالخصم فيسلمه فاذا امتنع حين ذلك مع تمكنه منه حبسه واذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل لان لحاقه بدار الحرب كونه حكما فى قسمة ماله بين ورثته فاما فى حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وكذلك الاحضار والتسليم يتأتى بعد ردته وعليه تنبني الكفالة اذا علم ذلك لايحبس الكفيل ولكنه ان كان يتمكن من الدخول فى دار الحرب واحضاره أمهله فى ذلك مقدار ما يذهب فيأتى به فان لم يفعل حبسه حينئذ بمنزلة مالو كان غائبا فى بلدة أخرى وان كان يعلم أن الكفيل لايتمكن من ذلك أمهله الى أن يتمكن منـه ويحبسه مالم يمتنع منه بعد تمكنه وهو نظير الكفيل بالمال فانه اذا كان معسرا عاجزا عن الاداء أمهله القاضي الى وقت يساره عملا بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وطريق ثبوت هذا العجز علم القاضي به باقامة البينة عليه ولم يذكر فى الكتاب ان في مدة عجزه عن الطالب أن يلزم الكفيل فهو على الاختلاف عندنا له ذلك ولكن لايمنعه من كسبه وحوائجه وعنـد اسماعيل بن حماد رحمهما الله ليس له ذلك وهو نظير الاختلاف فى المديون اذا ثبت عند القاضي عسرته فأخرجه من السجن وسنقرره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا حبس المكفول به بدين أو غيره فللطالب أن يأخذ الكفيل بتسليمه لانه قادر على تسليمه بان يعتقه مما حبس فيه ان كان دينا قضاه عنه أوحقا آخر أوفاه اياه وهذا النوع من التسليم وان كان يلحقه الضرر فيه فقد رضي بالتزامه حتى قدم على الكفالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان محبوسا عند غير هذا القاضى فاما اذا كان محبوسا عند هذا القاضى فالسبيل للكفيل أن يقول للقـاضى هو فى يديك فاخرجه من السجن لاسلمه الي خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يحبسه بحقهما فالقاضي يجبسه الى ذلك لانه طلب منه أن ينظر له وليس فيه ضرر على أحـد فيحبسه القاضي الى ذلك وان مات الكفيل بطلت الكفالة لان تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لايتحقق منه ولا تتوجه المطالبـة بالتسليم على ورثته لانهم لم يكفلوا له بشئ وانما يخلفونه فيما له لافيما عليه (ألا ترى) أن من عليه القصاص اذا مات لايخلفه وارثه فيما عليه وكذلك لا يبقي باعتبار تركته بعد موته لانه انما يبقى باعتبار التركة بعد الموت ما يمكن استيفاؤه

من التركة والكفالة بالنفس لا يمكن استيفاؤها من المال فلهذا لا يبقى باعتبار التركة واذا أقر الطالب انه لاحق له قبل المكفول ثم أراد أخذ الكفيل بتسليم نفسه فله ذلك واقراره بهذا لايمنع ابتداء الكفالة فلا يمنع بقاءها بطريق الاولى وهذا لانه ربما يكون وصيا لميت له عليه حق أو وكيلا فى خصومة له قبل ذلك الرجل حق فانتفاء حق نفسه عنه لا يمنع استحقاق التسليم له بهذا الطريق فلهذا كان الكفيل مطالبا بتسليم نفسه وان لم يقر الطالب بذلك ولكن بقى المكفول به فأخذ منه كفيلا آخر لا يبرأ الكفيل الاول لانه لامنافاة بين الكفالة الثانية والأولى ومقصود الطالب من هذه الزيادة التوثق بحقه فلا يتضمن براءة الكفيل الاول وكذلك ملاقاة الطالب مع المكفول لا يمنع بقاء الكفالة لان ذلك كان موجودا عند ابتداء الكفالة ولم يمنع صحة كفالته فلان لايمنع بقاءها أولى واذا سلم الكفيل المكفول الى الطالب برئ منه لانه أوفاه ما التزمه له فانه ما التزم التسليم الامرة واحدة وقد أتى به وهو كالمطلوب اذا أوفى الطالب ما عليه من الدين ويستوى ان قبله الطالب أو لم يقبله لان الكفيل يبرأ بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدى الطالب وتضرر من عليه فانه يمتنع من ذلك ابقاء لحق نفسه والضرر مدفوع بحسب الامكان واذا كفل بنفس رجل على ان يوافى به فى المسجد الاعظم فدفعه اليه بالكناسة أو فى السوق أو فى غير ذلك الموضع من المصر برئ لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا فاما اذا لم يكن مفيدا فلا وتقييد التسليم بالمصر مفيد لانه اذا سلمه خارج المصر ربما يهرب منه أو لا يتمكن من احضاره بل يمتنع منه أما في المصر فالتقييد بموضع منه غير مفيد لانه يتمكن من احضاره مجلس الحكم فى أي موضع من المصر سلمه اليه اما بقوة نفسه واما بمعاونة الناس اياه فلهذا لا يعتبر تقييده بالمسجد الاعظم والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون هذا الجواب بناء على عادتهم فى ذلك الوقت فاما في زماننا اذا شرط التسليم فى مجلس القاضي فانه لا يبرأ بالتسليم اليه فى غير ذلك الموضع لان فى زماننا أكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد فتقييد التسليم بمجلس القاضى مفيد وفيه طريقة أخرى ان نواحي المصر كلها كمكان واحد (ألا ترى) ان فى عقد السلم اذا شرط التسلم فى مصر كذا جاز وان لم يبين فى أى موضع من المصر يسلمه اليه فاذا جعل الكل كمكان واحد قلنا فى أى موضع من المصر سلمه اليه فقد أتى بما التزمه فيبرأ واذا كفل بنفس رجل وهو غائب أو محبوس جاز

وهو حائز ضامن لان تسليمه يتأتى باحضاره أواخراجه من السجن وشرط صحة الكفالة يأبى التسليم واذا طلب رجل الى رجل ان يكفل بنفس آخر ففعل فان الكفيل يؤخذ به ولا يرجع على الآمر ولا على المكفول به أما الكفيل فلانه التزم تسليم ما يتأتى تسليمه فيؤخذ به ولا يرجع عليه فكذلك اذا كفل بنفسه وهو يرجع على الآمر لانه ماضمن له شيئا وانما أشار عليه بمشورة ولم تكن تلك المشورة ملزمة اياه شيئا وانما اللزوم بالتزامه باختياره فلهذا لا يرجع عليه واذا كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برئ لان التأجيل انما كان لحق الكفيل حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر فاذا سلمه قبل مضى الشهر فقد أوفى ما عليه واسقط حق نفسه فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل اذا قضاه قبل مضى الأجل برئ ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذلك هنا لا يكون للمكفول أن يأبى القبول واذا دفع المكفول به الى الطالب فى السجن وقد حبسه غيره فان الكفيل لا يبرأ منه لان المقصود من التسليم أن يتمكن من احضاره مجلس الحكم ليثبت حقه عليه وذلك لا يتأتى اذا كان محبوسا فهو بمنزلة تسليم الطير فى الهواء أو السمك فى الماء وكذلك لو دفعه اليه فى مفازة أو موضع يستطيع المكفول أن يمتنع من الطالب فان المقصود بهذا التسليم لا يحصل للطالب فهو نظير المؤجر اذا سلم الدار الى المستأجر وهناك غاصب يحول بينه وبين السكنى لا يكون هذا التسليم معتبرا واذا دفع اليه فى مصر غير المصر الذى كفل به وفيه سلطان أو قاض برئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يبرأ فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يدفعه اليه فى المصر الذى كفل به فيه قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم فابو حنيفة رحمه الله كان فى القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون فى الميل بالرشوة وعامل كل مصر ينقاد لامر الخليفة فلا يقع التفارق بالتسليم اليه فى ذلك المصر أو فى مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك فى زمن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر أهل الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقالا بتقييد التسليم بالمصر الذى كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ثم وجه قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ان مقصود الطالب التسليم فى موضع يمكن فيه إثبات حقه عليه بالحجة وربما يكون شهوده على الحق فى ذلك المصر الذى كانت فيه الكفالة فاذا سلمه اليه فى مصر آخر لا يتمكن من اثبات الحق عليه كما لو سلمه اليه فى المفازة وأبو حنيفة رحمه الله يقول

سلمه اليه فى موضع آمن وغاب فيبرأ مما سلمه اليه فى ذلك المصر وهذا لان المتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضى اما ليثبت الحق عليه أو ليأخذ منه كفيلا وهذا قد حصل ثم كما يتوهم أن يكون شهوده فى ذلك المصر يتوهم أن يكون شهوده فى ذلك المصر فيتقابل الموهومات ويبقى التسليم متحققا من الكفيل على وجه الالتزام فيبرأ به واذا كفل بنفس رجل ثم دفعه اليه وبرئ منه فلزمه الطالب فقال الكفيل دعه وانما على كفالتى أو على مثل كفالتى أو انا كفيل به فهو لازم له أتى بلفظ صالح لانشاء الكفالة به أما قوله انا على كفالتى أى بعقد انشائه سوى الاول لانه لا وجه لتصحيحه الا هذا ووجه الصحة مقصود كل متكلم عاقل أو معناه فسخنا ذلك الابراء الحاصل لى بالرد عليك فانا كفيل به كما قلت واذا كفل بنفس رجل والطالب يدعى قبله مالا عينا أو دينا أو كفالة بنفس أو مال أو وكالة أو وصية فالكفالة صحيحة لان تسليم النفس بهذه الدعاوى للجواب مستحق على المطلوب وكذلك لو كان الطالب يدعى قبل المطلوب قصاصا فى النفس أو فيما دونها أو حدا فى قذف أو سرقة لان تسليم النفس للجواب يستحق على المطلوب فى هذه الدعاوى فيصح التزامه بعقد الكفالة ومراده من هذا اذا أعطى الكفيل بنفسه طوعا فاما القاضى فلا يأخذه باعطاء الكفيل بنفس فى دعوى القصاص والحد ولكن ان أقام المدعى شاهدين مستورين أو شاهدا عدلا وقال لى شاهد آخر حاضر حبسه القاضى على قدر ما يرى استحسانا ولا يجبره على اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يقم شاهدا لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اعطاء الكفيل بالنفس وان لم يقم شاهدا لم يحبسه ولكنه يمكنه من ملازمته اذا ادعى شهودا حضورا الى آخر المجلس ليأتى بهم لانه ينظر لاحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر والمقصود من الكفالة بالنفس التوثق والاحتياط ومبنى الحدود والقصاص الدرء والاسقاط فلهذا لا يجبر على اعطاء الكفيل فيه فان قيل فقد قلتم يحبسه بعد اقامة شاهد عدل ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر منه فى أخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعاوى والفساد فبشهادة الواحد العدل أو شهادة المستورين يصير متهما بذلك فيحبس تعزيرا له وهذا لان الحبس نوع عقوبة وفى دعوى القصاص والحد عقوبة هى أقوى من الحبس اذا صار متهما به يعاقب بالحبس فاما فى المال فاقصى العقوبات اذا ثبت الحبس لا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته واذا لم يجز حبسه وجب الاحتياط بأخذ الكفيل بنفسه ولكن هذا فى دعوى الحد والقصاص بنفسه لو كفل صح بخلاف ما اذا كفل بنفس الحد

والقصاص لان ذلك لاتجرى النيابة في ايفائه والكفالة التزام التسليم فاذا حصل بما يمكن استيفاؤه من الكفيل كان باطلا فاما تسليم النفس فتجرى فيه النيابة فلهذا صحت الكفالة ولو لم يدع شيئا من ذلك قبله غير انه كفل له بنفسه فالكفالة جائزة لان الحضور عند دعواه مستحق عليه (ألا ترى) انه لو حضر مجلس القاضي وادعى قبله شيئا أحضره مجلسه للجواب والدعوى ليست بسبب الاستحقاق فعرفنا ان الحضور مستحق اذا لم يسبق ماينفيه فلهذا جازت الكفالة وكان التسليم مستحقا بما التزمه بعقد الكفالة (ألا ترى) انه لو كفل عنه بمال صحت الكفالة وان كان الأصيل منكرا للمال وجعل كالثابت في حق الكفيل فان خاصم الكفيل بالنفس الطالب الى القاضي وقال انه لاحق لهذا قبل الذى كفلت به فان القاضي ينبغي له أن يسأله عن ذلك ولكنه يأخذه بالكفالة لانه التزم تسليم نفسه فيكون مطالبا به ما لم يظهر ماينفيه ومالدعاه قبل الطالب من اسقاط حقه عن المطلوب فانه هو ليس بخصم فيه فلهذا لايسأل الخصم عنه ولكن ان اقر الطالب انه لاحق له قبل المكفول وانه ليس بوصى لميت قبله خصومة ولاحق له قبله بوجه من الوجوه فان الكفيل يبرأ لان الاقرار بهذه الصفة ينفي استحقاق تسليم النفس للمقر على المطلوب وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وقد ذكر قبل هذا أنه لايبرأ واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فانه وضع المسئلة هناك فيما اذا أقر مطلقا أنه لاحق له قبله وهذا لايوجب براءة الكفيل لجواز أن يكون الطالب صبيا أو وكيلا وهنا وضع المسئلة فيما اذا فسر اقراره بما ينفي استحقاقه لتسليم النفس عنه من كل وجه وكذلك لو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بها شاهد ان برئ لظهور ماينفي استحقاق تسليم النفس عن المطلوب والثابت بشهادة العدالة كالثابت باقرار الخصم أو أقوى منه وقوله ضمنت وكفلت وهو على أو الي سراء يصير به كفيلا بالنفس أما الضمان فهو موجب عقد الكفالة لانه يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذلك كفلت فان اسم هذا العقد هو الكفالة والعقد ينعقد بالتصريح باسمه ولفظ القبالة كلفظ الكفالة فان الكفيل يسمى قبيلا وهو عبارة عن الالتزام ومنه يسمي الصك الذى هو وثيقة قبالة ولفظ الزعامة كذلك قال الله تعالى وأنا به زعيم وقوله وهو على أى أنا ملتزم بتسليمه لان مبلغ كلمات اللزوم على والى والى هنا بمعنى على قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى أو قال على معناه انا ملتزم له واذا أبرأ الطالب الكفيل

من الكفالة برئ منها لانه أسقط خالص حقه وهو من أهله والحق بمحل السقوط وكذلك قد برئ الى صاحبي فهذا اقرار بالتسليم اليه لانه أقر ببراءته مفتتح بالكفيل مختتم بالطالب وذلك بالتسليم يكون (ألا ترى) ان هذا اللفظ فى المال يكون اقرارا بالاستيفاء وذلك لو قال قد دفعه الى أو قال لاحق لى قبل الكفيل من هذه الكفالة فهو برىء منها لان النفى على سبيل الاطلاق أبلغ وجوه البراءة واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسى اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وهذا وما لو سلمه الكفيل سواء لان للكفيل ان يطالبه بالحضور ليسلمه اذا طولب به فهو انما يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعا فيه كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه وكذلك لو دفعه اليه انسان من قبل الكفيل من رسول أو وكيل أو كفيل لانهم قائمون مقامه فى التسليم أو لم يقبل والمرأة والرجل والذمى والمستأمن فى ذلك سواء واذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على ان بعضهم كفيل عن بعض كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وبنفس صاحبه لان كل واحد منهم التزم تسليم نفس المطلوب بملكه اليه بنفسه وتسليم نفس صاحبه باشتراط كفالة بعضهم عن بعض وكما تصح الكفالة بنفس المطلوب فكذلك تصح الكفالة بتسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحقا عليه فايهم دفع الأول الى الطالب برئ لان تسليم النفس لابقاء ما التزمه مستحق عليه فايهم دفع الاول الى الطالب وأشهد بالبراءة فهو برئ وصاحباه بريئان لانه فى حق صاحبيه هو كفيل بنفسيهما وقد بينا أن تسليم كفيل الكفيل كتسليم الكفيل بنفسه فلهذا يبرؤن جميعا عن تسليم نفس المطلوب كما لو سلموه جميعا وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فيبرأ كل واحد منهم عن كفالة صاحبه ولو لم يكن بعضهم كفيلا عن بعض كان للطالب ان يأخذ أيهم شاء بنفس الاول وليس له ان يأخذه بصاحبه لانه ما التزم تسليمهما بنفسهما وأيهم دفع الأول برئوا جميعا لانهم التزموا تسليم نفس المطلوب بعقد واحد فكانوا فيه كشخص واحد ولان المستحق عليهم احضار واحد فبالعقد الواحد لا يستحق إلا احضار واحد وقد أتى به أحدهم وهو غير متبرع فى ذلك فكأنهم أتوا جميعا به وهذا بخلاف ما اذا كفل كل واحد منهم بنفسه بعقد على حدة ثم سلمه أحدهم برئ هو دون صاحبه لان هناك كل واحد منهم التزم الاحضار بعقد على حدة فالاحضار المستحق على كل واحد منهم غير ما على صاحبيه وفى الاول التزموا الاحضار بعقد واحد فيكون المستحق عليهم احضار واحد

وقد قال ابن أبي ليلى رحمه الله اذا كفل به الثاني برئ الاول لان الطالب يصير معرضا عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر وهذا فاسد فانه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة التوثق فلا يصير مبرئا للكفيل الاول ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما الاحضار ولا يبعد ان يكون احضار شئ واحد مستحقا على شخصين واذا كفل رجل بنفس رجل وكفل آخر بنفس الكفيل ثم مات الاول برئ الكفيل لان الاصل برئ من الحضور فيبرأ الكفيل الاول ببراءة الاصيل والكفيل الاول أصل فى حق الكفيل الثاني فيبرأ ببراءته أيضا وان مات الاوسط برئ الاخير لان الوسط أصل فى حق الآخر وقد برئ بموته وان مات الاخير فالاوسط على كفالته لان براءة الكفيل على ماهو سقوط محض لا يوجب براءة الاصيل كما لو برئ الكفيل بالابراء ولو دفع الاول نفسه الى الطالب برئ الكفيلان لما بينا ولو كفل بنفس رجل والطالب غير حاضر فهو باطل فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفى موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبي يوسف رحمه الله حتى اذا بلغ الطالب فعله جاز وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع قول أبي يوسف رحمهما الله وهو غلط فان كان الصلح الصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله التوقف فهو مبنى على بيانه فى كتاب النكاح وهو ما اذا قال اشهدوا انى تزوجت فلانة وهى غائبة فكما ان هناك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كلام الواحد شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس وعند أبي يوسف رحمه الله جعل كلام الواحد كالعقد التام حتى يتوقف على ما وراء المجلس فكذلك هنا لانه لاضرر على أحد من هذا التوقف وان كان الصحيح من قول أبي يوسف رحمه الله انه جائز في مسئلة مبتدأة وجه قوله ان الكفالة التزام من الكفيل من غير ان يكون بمقابلته الزام على غيره والالتزام يتم بالملتزم وحده كالاقرار وهذا لانه تصرف منه فى ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره الى الطالب لانه لا يزداد بالكفالة حق الطالب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وانشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع مالم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة وهذا لان التزام الحق بانشاء العقد والعقد لا يتم بالايجاب بدون القبول ولا يمكن جعل ايجابه قائما مقام قبول الآخر لانه لاولاية له عليه فبقى ايجابه شطر العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس بخلاف الاقرار فانه

اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام الى الطالب فان على قول بعض العلماء رحمهم الله الكفالة اذا صحت برئ الاصيل فيبقى الامر الى الطالب ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الاصيل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه فلهذا لا تصح الكفالة الا بقبوله وعلي هذا لو خاطب فضولي عن الطالب علي قولهما يتوقف على اجازة الطالب وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو جائز قبله الفضولي أولم يقبله إلا فى خصلة واحدة وهى ما اذا قال المريض لورثته أو لبعضهم اضمنوا عليّ ديني فضمنوا فهذا لا يجوز فى القياس على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح اذا ضمنوه فكذلك المريض وفى الاستحسان يصح لان حق الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه على أن يتم ذلك بموته وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة فقام المطلوب فى هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته فلهذا جوزناه استحسانا بخلاف ما اذا كان صحيحا فانه لا حق لاحد فى ماله ولا مطالبة فى شئ من دينه قبل ورثته فلا يقوم هو مقام الطالب فى الخطاب لهم بهذا الضمان واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي دينه بالتماسه فمنهم من يقول لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض فى حقه والصحيح سواء ومنهم من يقول يصح هذا الضمان لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت ومثل ذلك لا يوجد فى الصحيح فأخذنا فيه بالقياس ثم هذا من المريض صحيح وان لم يسم الدين ولا صاحب الدين لانه انما يصح بطريق الوصية منه لورثته بأن يقضوا دينه ووجوب تنفيذ الوصية على الورثة لحق الموصي والجهالة لا تمنع صحة الوصية واذا كفل رجل برأس رجل أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو ببدنه جاز لان هذا كله يعبر به عن جميع البدن ولهذا صح ايقاع الطلاق والعتاق به فهذا وكفالته بنفسه سواء وكذلك لو كفل بروحه وهكذا ذكره فى الكتاب خاصة فانه يعبر بالروح عن النفس وكذلك لو كفل بنصفه أو بجزئه لان النفس واحدة فى الكفالة لا تتجزأ فان المستحق احضارها واحضار بعض النفس لا يتحقق وذكر جزء ما لا يتجزأ كذكر كله ولو كفل بيده أو رجله فهذا باطل لان هذا

اللفظ لا يعبر به عن جميع البدن ولهذا لا يصح ايقاع الطلاق والعتاق به فكذلك الكفالة ولو قال علي أن أوفيك به أو الي أن أوفيك به فهو كفيل لان الموافات به احضاره للتسليم وذلك موجب الكفالة وقد التزمه بقوله علي أو الي وكذلك لو قال علي أن أكفلك به يعني على أن أحضره وأسلمه اليك اذا التقينا وذلك موجب الكفالة وكذلك لو قال هو علي حتى تجتمعا أو تلتقيا لانه التزام الى غاية وهو اجتماعهما وذلك موجب الكفالة والتصريح بموجب العقد ينعقد به العقد وان قال أنا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو انما ضمن المعرفة فهذا بمعنى قوله أنا ضامن لان أدخلك عليه أو أوقفك عليه بخلاف مالو قال أنا ضامن بوجهه لان الوجه انما يعبر به عن النفس فكانه قال أنا ضامن بنفسه ولو قال أنا ضامن لك أن تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل لان اجتماعهما أو ملاقاتهما فعلهما ولا يكون الانسان ضامنا لفعل الغير بخلاف قوله هو علي حتى تجتمعا أو تلتقيا لان قوله هو علي اشارة الى نفسه فانه التزم تسليم نفسه الى هذه الغاية وذلك التزام منه لفعله دون فعل الغير واذا كفل وصى الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل الى ورثة الميت أو غريم من غرمائه لم يجز لانه التزم تسليم النفس الى الوصي وبالتسليم الى غيره لا يكون موفيا ما التزمه والمقصود لا يحصل بالتسليم الى الغرماء وهم لا يتمكنون من اثبات الدين للميت عليه وكذلك الورثة لان أيديهم لا تنبسط في التركة عند قيام الدين على الميت وانما الوصى هو الذى يتمكن من اثبات الدين عليه واستيفائه فلهذا لا يبرأ بالتسليم الى غيره والكفالة جائزة بالنفس فيما بين الاولاد والازواج والزوجات وفيما بين الاقارب لجوازها بين الاختين بمنزلة سائر العقود من التبرعات والمعاوضات والكفالة بالنفس أو المال الى الحصاد والدياس أو الى الجذاذ أو الى المهرجان أو الى النيروز جائزة الى الاجل الذى سمي لان ما ذكر من الاجل وان كان فيه نوع جهالة فهى جهالة مستدركة متقاربة فان الدياس والحصاد يتقدمان الحر وتأخرهما بامتداد البرد فتكون متقاربة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة لانها مبنية على التوسع (ألا ترى) ان الجهالة فى المكفول به لا تمنع صحة الكفالة مع انه هو المقصود بها المعقود عليه ففيما ليس بمعقود عليه وهو الاجل أولي وبه فارق البيع فان الجهالة فى المعقود عليه هناك تمنع صحة العقد فكذلك فى الاجل المشروط فيه لانه إذن شرط فى نفس العقد ولهذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا أجله فى الثمن بعد البيع الى الحصاد أو الى الدياس يجوز لانه اذا لم يكن

الاجل مشروطا فى العقد لا يصير من العقد ولكن تأثيره فى تأخير المطالبة ويجوز تأخير المطالبة الى هذه كما فى الكفالة فان قيل مايقولون فيما اذا تزوج امرأة بصداق مؤجل الى هذا الاجل فان الصداق يحتمل الجهالة المتقاربة ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه قلنا جواب هذا الفصل غير مذكور فى الكتب وبين مشايخنا رحمهم الله فيه خلاف والاصح عندى أنه تثبت هذه الآجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الآجال لا يؤثر فى أصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا أجلا في الدين المستحق بالعقد لان فى العقد والمهر تحتمل جهالة الصفة فجهالة الاجل أولى ومن يقول لا يثبت تحول ماهو المعقود عليه فى النكاح وهو المرأة لا يحتمل الجهالة فكذلك الأجل المشروط فيه بخلاف الكفالة وكذلك لو قال الكفالة الى العطاء أو الى الرزق أو الى صوم النصارى أو فطرهم فهذا كله جائز باجل وان كانت فيه جهالة مستدركة ولو قال الى ان يقدم المكفول به من سفره لان قدوم المكفول به من سفره منتشر لتسليم نفسه الي خصمه والتأجيل الى ان ينتشر التسليم صحيح بخلاف مالو قال الى قدوم فلان غير المكفول به لان ذلك غير منتشر لتسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار أو كلام زيد وهذا لانه انما يحتمل التعليق مايجوز ان يحلف به كالطلاق والعتاق ويعني بقولنا باطل ان الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء أو الي ان يمس السماء فالكفالة جائزة والأجل باطل لان ماذكره ليس من الآجال المعروفة بين التجار ولان الاجل بذكر الزمان فى المستقبل ولا يحصل ذلك بهذا اللفظ لجواز ان يتصل هبوب الريح وامطار السماء بالكفالة فيبقى شرطا فاسدا فلا تبطل به الكفالة فاما ماذكر من الحصاد والدياس فذكر زمان فى المستقبل لا بالعلم اذ زمان الدياس ليس زمان الحصاد فيصح ذلك على وجه التأجيل ولو قال انا كفيل بنفس هذا الي قدوم فلان وذلك معه فى الدين عليهما جازت الكفالة الي هذا الاجل لان اشتراط قدومه لينتشر الامر عليه يتمكن الطالب من استيفاء الدين منه فكان هذا وما لو شرط قدوم المكفول بنفسه سواء ولو قال رجل لقوم اشهدوا انى كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فقد بينا ان انشاء الكفالة بهذه الصفة لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وسواء أجازه الطالب أولم يجزه فان قال الطالب حين حضر قد كنت كفلت لي به قبل ذلك وأنا حاضر وانما كان هذا اللفظ اقرارا منك بالكفالة وقال

الكفيل بل انشأت الكفالة بهذا اللفظ فلم يصح فالقول قول الطالب لان صيغة كلامه اقرار ولا نالو حملنا كلامه على الاقرار كان صحيحا ولو حملناه على الانشاء لم يصح وكلام العاقل مهما أمكن حمله على وجه صحيح يحمل عليه وكان الظاهر شاهدا للطالب من هذا الوجه واذا كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوثق به غدا فهو كفيل بنفس فلان لرجل آخر وللطالب قبله حق فذلك جائز ان لم يواف بالاول كان عليه الثانى وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر فاما على قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله فالكفالة بنفس الاول صحيحة وبنفس الثانى باطلة نص على الخلاف بعد هذا فى الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالمال فى هذا سواء وجه قول محمد رحمه الله ان هذه مخاطرة لانه علق الكفالة بالشرط وتعليقها لا يجوز كما لو قال ان دخلت الدار فانا كفيل لك بنفس فلان وهذا بخلاف مالو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به فعليه المال الذى له عليه لان القياس هناك ان لا تصح الكفالة الثانية لكونها مخاطرة وكنا استحسنا للتعامل الجارى بين التجار وهذا ليس فى معنى ذلك لان ذلك المال كان سببا للكفالة بالنفس فكان بينهما اتصالا من هذا الوجه فاما الكفالة بنفس عمرو فليست بسبب للكفالة بنفس زيد فلا اتصال بين الكفالتين هنا فوجب اعتبار كل واحدة منهما على حدة والثانية منهما متعلقة بالخطر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا تعليق الكفالة بخطر عدم الموافاة صحيح كما لو قال ان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه وهذا لان الكفالتين حصلتا لشخص واحد فكان فى تصحيح الثانية تأكيد يوجب الاولى لان موجبها الموافاة فاذا علم انه ان لم يواف به لزمته الكفالة الثانية جد في طلبه ليوافى به حتى يدفع عن نفسه ضرر التزام الكفالة الثانية ولو قال أنا كفيل لفلان أو لفلان كان جائزا بدفع أيهما شاء الكفيل الى المكفول له فيبرأ من الكفالة لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة على ما بينه فى قوله ما ثبت لك على فلان فهو على ان شاء الله تعالى ثم الكفيل بهذا اللفظ يكون ملتزما تسليم أحدهما الى الطالب لاقحامه حرف أو بينهما فيكون الخيار فى بيان ما التزمه اليه وأيهما سلم فقد وفى بما شرط واذا قال رجل لرجل لفلان على فلان مال فاكفل له بنفسه فقال قد فعلت ثم بلغ الطالب فقال أجزت فانه يجوز لانه عقد جرى بين اثنين ولو كان الملتزم وكيل الطالب كانت الكفالة صحيحة فاذا كان فضوليا توقفت على اجازته فاذا أجاز صار ملتزما وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب لانه يدفع اللزوم عن نفسه عند اجازة

الطالب وللعاقد هذه الولاية فى العقد الموقوف اذا فسخه المشترى قبل اجازة المالك وليس للمخاطب أن يبطل هذه الكفالة قبل اجازة الطالب لانه لايدفع به عن نفسه شيأ فان عند الاجازة لايجب على المخاطب شئ بخلاف البائع فى البيع الموقوف فانه يجوز فسخه قبل أن يجيزه المالك لانه يدفع به عن نفسه ضرر لزوم العهدة اذا أجازه المالك واذا وكل رجل رجلا أن يأخذ له من فلان كفيلا بنفسه فأخذ منه كفيلا بنفسه فان كان الكفيل كفل للوكيل فان الوكيل يأخذه بذلك دون الموكل لانه أضاف العقد الى نفسه بقوله أكفل لى والتزام الكفيل تسليم نفس المطلوب اليه فعليه الوفاء بما التزم وان كفل به للموكل أخذه الموكل دون الوكيل لان الوكيل أضاف الكفالة الى الموكل وجعل نفسه رسولا من جهته والكفيل التزم تسليم نفسه الى الموكل فان دفعه فى الوجهين جميعا الى الموكل فهو برىء من الكفالة أما فى الفصل الثانى فلايشكل وأما فى الفصل الاول فالوكيل وان كان هو الذى يطالب للموكل فاذا سلمه الى الموكل فقد وفى الحق المستحق عليه الى مستحقه وهو كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل واذا ادعى رجل من رجل كفالة بنفس وأراد يمينه فانه يستحلفه له لانه يدعى عليه حقا مستحقا لو أقر به لزمه فاذا أنكره يستحلف عليه حتى اذا نكل عن اليمين يقام نكوله مقام اقراره فيؤخذ بذلك فان أخذ به فاستعدى على المكفول به أن يحضر فيبرئه عن الكفالة فان كان المكفول به مقرا بانه أمره بالكفالة أمر بان يحضر معه لانه هو الذى أدخله فى هذه الورطة فعليه اخراجه منها ولا طريق للاخراج سوى أن يحضر معه ليسلمه فان تسليم نفسه لا يتصور بدون نفسه وان قال كفل لى ولم آمره وحلف على ذلك لم يجبر علي الحضور معه لانه تبرع بهذا الالتزام ولم يكن مأمورا به من جهة أحد فيقتصر وبال ماالتزمه عليه الا أن يقيم البينة انه كفل له بأمره فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيؤمر بالحضور معه واذا كفل رجل بنفس رجل فمات الطالب فلوصيه أن يأخذه بها لان الوصى قائم مقام الموصى فى حقوقه وكما يطالب الوصى المطلوب بالحق الذى كان عليه للموصى فكذلك يطالب الكفيل وان لم يكن له وصى أخذه الورثة لانهم خلفاؤه يقومون مقامه فى حقوقه وأى الورثة أخذه به فله ذلك ولكن يبرأ الكفيل بدفعه اليه من جهته لا من جهة سائر الورثة حتى ان لهم أن يطالبوه بالتسليم لان كل واحد منهم يقوم مقام الميت فيما هو من حقه ولا يقوم مقام شركائه فى حقوقهم (ألا ترى) أنه لايقبض من المطلوب الا مقدار

حصته من المال ولو دفع اليه جميع المال لم يبرأ من نصيب سائر الورثة ولو كان على الميت دين يحيط بماله ولم يوص الى أحد فدفعه الوكيل الى غرمائه أو الى الورثة لا يبرأ لان المقصود لا يحصل بالدفع اليهم فان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه والورثة كالاجانب اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ولو كان فى ماله فضل على الدين وقد أوصى الميت بالثلث فدفع الكفيل المكفول به الى الغرماء أو الى الموصى له لم يبرأ الا أن يدفعه الى الوصى لانه هو القائم مقام الميت للمطالبة بحقوقه حتى يوصل الى كل مستحق حقه فأما الموصى له والورثة فحقهم مؤخر عن حق الغرماء والخلافة لكل واحد منهم بقدر حقه فلهذا لا يبرأ الا بدفعه الى الوصي ولم يذكر فى الكتاب ما اذا دفعه الى الثلاثة جميعا فقيل يبرأ بالدفع اليهم لان الحق لهم لا يعدوهم والاصح انه لا يبرأ لان الغرماء لا يتمكنون من الخصومة معه فلا يعتبر دفعه اليهم ولا حق للورثة والموصى له مالم يصل الى الغرماء حقهم فاذا أدى الورثة الدين والوصية جاز الدفع الى الورثة وبرئ الكفيل من كفالته لان المانع من صحة الدفع اليهم قيام حق الموصى له والغريم وقد زال ذلك بوصول حقهم اليهم فبقي الحق للورثة فلهذا جاز دفعه اليهم واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل ثم دفعه الى أحدهما برئ من كفالة هذا وكان للآخر ان يأخذه لانه التزم تسليمه اليهما وواحد منهما ليس بنائب عن الآخر فى استيفاء حقه فلا يبرأ عن حقه بالتسليم الى الآخر ولكن فى حق من سلم اليه المقصود لم يحصل بهذا التسليم لانه يتمكن من خصومته واثبات حقه عليه وكذلك وصيان لميت كفلا رجلا بنفسه للميت عليه دين فدفعه الكفيل الى أحد الوصيين برئ منه وكان للآخر أن يأخذه به سواء كانت الكفالة فى صفقة واحدة أو فى صفقتين لان كل واحد منهما ينفرد بالخصومة فيحصل المقصود بالتسليم اليه فلهذا برئ من حقه والله أعلم

باب الكفالة بالنفس فان لم يواف به فعليه المال

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فكفل رجل بنفس المطلوب فان لم يواف به الى وقت كذا فعليه ماله عليه وهو كذا فمضي الاجل قبل ان يوافيه به فالمال لازم له عندنا استحسانا وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا يلزمه المال وهو القياس لانه علق التزام المال بالخطر وتعلق التزام المال بالخطر باطل كالاقرار لانه انما يعلق بالاخطار مايجوز ان يحلف به ولهذا لا يجوز تعليق الكفالة بسائر الشروط فكذلك بخطر عدم الموافاة وللاستحسان

وجهان أحدهما انه يحمل على التقديم والتأخير فيجعل كأنه كفل بالمال فى الحال ثم علق البراءة على الكفالة بالموافاة بنفسه والموافاة تصلح سببا للبراءة عما التزمه بالكفالة والتقديم والتأخير فى الكلام صحيح فاذا أمكن فى هذا الوجه تصحيح كلامه حمل عليه وللتحرز عن الغاية والثانى ان هذا متعارف فيما بين الناس فان رغبة الناس فى الكفالة بالنفس أكثر منه بالكفالة بالمال فللطالب ان يرضي بأن يكفل بنفسه على أنه ان لم يواف به يكون كفيلا بالمال حينئذ وفيه يحصل مقصوده فانه يجدّ فى طلبه ليسلمه الى خصمه فيتمكن من استيفاء الحق منه وان لم يفعل يصير كفيلا بالمال فقد بينا ان سبب كفالته بالنفس هو المال الذى ادعاه قبله ويكون للحقين اتصال من هذا الوجه فاذا عين الكفالة بأحدهما وأخر الكفالة الثانية الى وقت عدم الموافاة كان صحيحا واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس لانه لا منافاة بين الكفالتين (ألا ترى) انه لو كفل بهما معا كان صحيحا وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا يستفيد البراءة عنها إلا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك وكذلك ان كان قال فعلي مالك عليه ولم يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فانها مبنية على التوسع مع ان عين الجهالة لا تؤثر فى العقد وانما المؤثر جهالة تفضي الى المنازعة (ألا ترى) ان بيع القفيز من الصبرة جائز فان جهالة القفيز لا تقتضى المنازعة وهنا الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان الحق الذي له عليه معلوم فى نفسه وان لم يكن معلوما فاعلامه بطريق ممكن فلهذا صحت الكفالة (ألا ترى) أنه لو قال كفلت لك ما أدركك فى هذه الجارية التى اشتريت من درك كان جائزا وأصل لحوق الدرك وقدر ما يلحقه فيه من الدرك مجهول وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه الصفة وكذلك لو قال كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجك فلان وهى خطأ كان جائزا بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدرى قدر ما يبقى من الشجة وانه هل يسرى الى النفس أولا يسرى فدل ان مثل هذه الجهالة لا تمنع الكفالة وكذلك لو قال كفلت بالمال الذي لك عليه ان وافيتك به غدا فان برئ منه كان جائزا عن المال اذا أسلم نفسه اليه فى الغد لان ابراء الكفيل اسقاط محض والاسقاط بالتعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ولان الموافاة بنفسه ممكنة للطالب من الوصول الي حقه فيجعل ذلك قائما مقام وصول حق الطالب اليه فى ابراء الكفيل ولكن هذه الاقامة تكون عند الشرط فلا تثبت بدون الشرط واذا كفل رجل رجلا وقال ان لم أوافك به غدا فعلي ألف درهم ولم يقل

التى لك فمضى الغد ولم يواف به وفلان ينكر ان يكون عليه شئ والطالب يدعى عليه ألف درهم والكفيل ينكر ان يكون له عليه شئ فالمال لازم على الكفيل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله لاشئ عليه لان بمجرد دعوى الطالب لا يثبت المال على واحد منهما فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة والرشوة حرام ولو جعلناه كأنه قال فعلى الالف التى لك عليه لزمه المال ولو جعلناه كانه قال فلك على ألف درهم ابتداء من جهتى لم يلزمه شئ والمال لا يجب بالشك لعلمنا ببراءة ذمته فى الاصل ووقوع الشك فى اشتغالها وحجتهما ما بينا ان الصحة مقصود كل متكلم فمهما أمكن حمل كلامه على وجه صحيح يجب حمله عليه ولو حملناه على الالتزام بطريق الرشوة لم يصح ولو حملناه على الالتزام بطريق الكفالة عن فلان كان صحيحا فعلى مالك عليه وهو ألف درهم موجب حمله على هذا الوجه (ألا ترى) أن من قال لغيره لك على ألف درهم حمل كلامه على الاقرار فيصح ولا يحمل على الالتزام ابتداء لانه اذا حمل عليه لم يصح * توضيحه ان أول كلامه كفالة صحيحة عن فلان والاصل أن ما مبناه على كلام صحيح يكون صحيحا على ما بينا هذا فى الفرق بين الوجه واليد ان شاء الله تعالى واذا حملنا آخر كلامه على الكفالة كان ذلك اقرارا منه بوجوب المال على فلان واقراره صحيح فى حق نفسه فلا ينفعه الانكار بعد ذلك ولو ادعى الطالب المال وجحد المطلوب وكفل رجل بنفسه فان لم يواف به غدا فعليه الذى ادعى على المطلوب فلو مضى الغد ولم يواف به لزم الكفيل المال عندهم جميعا لانه صرح بالالتزام بطريق الكفالة عن فلان وذلك اقرار بوجوب المال على فلان لان الكفالة لا تصح الا به واقراره حجة على نفسه فاذا أداه رجع به على المطلوب ان كان أمره أن يكفل عنه بالمال وان لم يأمره بذلك وأمره أن يكفل بالنفس لم يرجع عليه بالمال لانه متبرع بالكفالة بالمال وهذا عندنا وقال مالك رحمه الله الكفيل بالمال اذا أدى يرجع على الاصيل سواء أمره بالكفالة عنه أو لم يأمره لان الطالب بالاستيفاء منه يصير كالمملك لذلك المال من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه فى استيفاء المال من الاصيل ولكنا نقول تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بأمره فبنفس الكفالة يجب المال للطالب على الكفيل كما يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره والثانى أن عند الكفالة بالامر يجعل أصل المال كالثابت فى ذمة الكفيل عند الاداء يتملكه بالاداء وذلك يصح

عند وجود الرضا من الطالب والمطلوب واذا كانت الكفالة بغير أمره لا يمكن اثبات أصل المال فى ذمته حتى يتملكه بالاداء لانعدام الرضا من المطلوب بذلك فلهذا لا يرجع عليه قال وكذلك لو كان المطلوب عبدا تاجرا لانه تبرع عليه والعبد فى التبرع عليه كالحر ولو كفل بنفس المطلوب على أن يوافيه به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى له عليه فلوسأله الرجل أن يدفعه اليه فدفعه اليه مكانه فهو برىء من المال لان شرط التزام المال عدم الموافاة حين يطلبه منه فاذا وافاه به فى المجلس الذى طلب منه فقد انعدم شرط وجوب المال وان لم يدفعه اليه فقد تقرر شرط وجوب المال فيلزمه وكذلك ان قال ائتنى به العشاء أو الغداء فلم يوافه به على ماقال فالمال لازم عليه لوجود شرطه وان قال الطالب ائتنى به غدوة وقال الكفيل آتيك به بعد غدوة فأبى الطالب أن يفعل فلم يواف به الكفيل غدوة فالمال عليه لان الكفيل استمهله وله أن يأبى الامهال فاذا أباه بطل ذلك الاستمهال فيبقى عدم الوفاء الى الوقت الذى طلب منه فيلزمه المال وان أخره الطالب الى بعد غد كما قال فقد أجابه الى ماالتمس من الامهال وصار فى التقدير كأنه أمره بالموافاة بعد غد فاذا أوفاه به فقد برىء عن المال وان مضى بعد غد ولم يوافه به فعليه المال وان كان شرط أن يوافيه به عند مكان القاضى فدفعه اليه فى السوق أو الكناسة فهو برىء من المال لانه أتاه بالموافاة المستحقة عليه فان التقييد بمكان القاضى غير معتبر لان المقصود أن يتوصل الى الخصومة معه وذلك حاصل بالتسليم فى المصر وقد بينا هذه الفصول فى الباب المتقدم وان شرط عليه أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى أو شرط عليه عند القاضى فدفعه اليه عند الامير أو شرط له عند القاضى فاستعمل قاض غيره فدفعه اليه عنده فهو برىء لانه ليس المقصود بهذا التقييد عين القاضى والامير وانما المقصود تمكنه من اثبات الحق عليه بالحجة والاستيفاء منه بقوة الوالي وفى هذا المقصود الامير والقاضى الاول والثانى سواء وقد بينا أن ما لا يكون مفيدا من التقييد لا يعتبر ولو كفل بوجهه على انه ان لم يواف به غدا فعليه ماعليه وهو الالف درهم فهو جائز على ماشرط ولو كفل بيده أو برجله على هذا الشرط كان باطلا لا يلزمه المال فيه والفرق بينهما أن الكفالة الثابتة بالمال مبنية على الكفالة الأولى بالنفس والكفالة بالنفس بالاضافة الى الوجه تصح فاذا صح ماهو الاصل صح ما جعل بناء عليه لمعنى وهو ان الكفالة بالمال لا يمكن اثباتها بهذه الصفة مقصودا لانه علقها بالشرط وتعليق الكفالة بالشرط لا يصح وانما

يصححها اعتبار التبعية للكفالة الاولى وثبوت التبع بثبوت المتبوع ففي الفصل الاول لما صح المتبوع صح التبع وفى الفصل الثانى لم يصح المتبوع فلا يمكن تصحيحه التبع ولا يمكن تصحيح الكفالة بالمال مقصودا بهذه الصفة فتعينت جهة البطلان فيه واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يوافه به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو ألف درهم على الكفيل فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر وفى قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول الكفالة بالمال باطلة (وهذه الفصول أحدها) أن يكون الطالب والمطلوب واحدا فى الكفالتين فتجوز الكفالتان استحسانا كما بينا (والثانى) أن يكون الطالب مختلفا فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين نحو ان يكفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى لرجل آخر على هذا المطلوب على الكفيل أو المال الذى لرجل آخر سوى الطالب علي رجل آخر سوى المطلوب على الكفيل فهذا باطل بالاتفاق لان عند اختلاف الطالب الكفالة الثانية لا تكون تابعة للكفالة الأولى ولا يكون تصحيحها مقصودا لانه تعليق للالتزام بالشرط ولانا عند اتحاد الطالب والمطلوب صححنا الكفالة الثانية حملا لكلامه على معنى التقديم والتأخير ولا يتأتى ذلك عند اختلاف الطالب فاما اذا كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو على الخلاف كما بينا فمحمد رحمه الله يقول الكفالة الثانية هنا لا يمكن تصحيحها تبعا للكفالة الأولى لان الكفالة الأولى بنفس غير نفس المطلوب بالمال ولا يمكن أن تجعل الموافاة بنفسه مبرئة له عما التزمه عن آخر فبقيت هذه كفالة مقصودة متعلقة بالشرط وهى مخاطرة فلا يصح كما قال فى الفصل الثانى وكذلك لا يمكن تصحيح الكفالة هنا بحمل كلامه على التقديم والتأخير بخلاف ما اذا اتحد المطلوب فاما أبو يوسف رحمه الله فانه يقول الكفالة الثانية هنا توثق بحق من وقعت الكفالة الاولى له فيصح كما اذا اتحد المطلوب وهذا لان الكفالة انما تقع للطالب حتى يحتاج اليه قبول الطالب واذا كان الطالب واحدا أمكن جعل الكفالتين فى المعنى ككفالة واحدة واتباع الثانية للاولى فيحكم بصحتها بخلاف ما اذا اختلف الطالب ولو قال فان لم أوافك به فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذى لك على فلان وهو عشرة دنانير علي فان ذلك كله عليه عند عدم الموافاة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله عليه المال الذي كان على المطلوب دون الذى علي غيره اعتبار الحالة الجمع بينهما بحال افراد كل واحد منهما واستشهد لهما بما لو كان عليهما مال واحد

وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكفل بنفس أحدهما على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذي على فلان وهو كذا على ان لم أواف به ان ذلك عليه وعذر محمد رحمه الله واضح لان المال هنا واحد سواء اضافه الى المكفول بنفسه أو الى صاحبه ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب الكفيل فأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه ان لم يواف به فالمال الذي له على فلان المكفول به الاول عليه فهو جائز وهذا عندهم جميعا وعذر محمد رحمه الله ان الكفالة بالنفس هنا باعتبار ذلك المال (ألا ترى) ان المطلوب اذا برئ من ذلك المال برئ الكفيل الاول والثانى فامكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس واذا كفل رجل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا لانه ردد الالتزام بين شيئين وقد ذكرنا ان مثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الالتزام بحكم الكفالة والخيار الى الكفيل وأيهما سلم المال أو النفس برئ لان حرف أو للتخيير وعزيمة الكلام في أحدهما واذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس فلان آخر أو بما عليه فهو جائز وأي ذلك دفع الكفيل فهو برىء لان الجهالة فى المكفول به لا تمنع صحة الكفالة عند عدم التنصيص فعند التنصيص عليه أولى وأي ذلك دفع فقد وفى بما لزمه ولو ادعى رجل قبل رجل ألف درهم فأنكرها ثم قال ان لم أوافك به غدا فهو على فان لم يوافه به غدا لا يلزمه شيء لانه تعليق للالتزام بالخطر بمنزلة قوله ان دخلت دارك فهو على وهذا بخلاف ما لو كفل رجل بنفس جاحد وقال ان لم أوافك به غدا فالذى تدعى عليه لك على لان الكفالة بالنفس والمال جائزة ويلزم الكفيل المال ان لم يواف لانه جعل التزام المال تبعا للكفالة بالنفس وقد صحت الكفالة بالنفس فكذلك بالمال وحقيقة المعنى فى الفرق انه ليس من شرط توجه المطالبة على الكفيل وجوب أصل المال فى ذمته على ما بينا أن موجب الكفالة المطالبة بما هو فى ذمة غيره وهو لما قدم على الكفالة صار كالمقر بوجوب المال فى ذمة المطلوب واقراره بذلك ملزم اياه وان لم يثبت المال له فى ذمة المطلوب بخلاف المطلوب اذا علق الالتزام بعدم موافاته لانه لا يمكن توجه المطالبة عليه الا بعد وجوب المال فى ذمته ولم يوجد منه الاقرار بوجوب المال عليه صريحا ولا دلالة فكانت هذه مخاطرة حتى لو كان المطلوب أمر الكفيل بالكفالة بهذا الشرط يجب المال به على المطلوب كما يجب على الكفيل ولو كفل رجلا بنفسه فان لم يواف به غدا فالالف درهم التى لك عليه على فلان آخر سوى الكفيل بالنفس واقرار الكفيل بالمال بذلك فهو جائز على هذا الشرط لان معنى الاستحسان الدى

ذكرنا فى الفصل الاول اذا أضاف الكفالة بالمال الى نفسه يأتى هنا أيضا وهو أن يحمل كلامه على التقديم والتأخير ويجعل كان أحدهما كفيل بنفس المطلوب والآخر بالمال بشرط أن الكفيل بنفسه ان وفى بالنفس برئ الكفيلان جميعا فاما صرح بهذا كان جائزا مستقيما لان عند الموافاة بالنفس الطالب يستغنى عن الكفالتين فلذا تعينت البراءة عن الكفالتين بسبب بعينه عنهما ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الكفيل رجلا أو رجلين واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المال الذي عليه وهو الالف فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقي الطالب وخاصمه ولازمه فى المسجد حتى الليل فالمال لازم للكفيل لوجود شرطه وهو عدم موافاة الكفيل به وقد بينا أنهما وان تلاقيا لا يبرأ الكفيل به عن الكفالة بالنفس بخلاف ما اذا وافاه به فكذلك فى وجوب المال وهذا لان تسليم المطلوب نفسه الى الطالب أنواع قد يكون عما هو مستحق عليه وقد يكون من جهة الكفالة فلا تتعين جهة الكفالة في تسليمه الا بالتنصيص لان الاصل فى تسليمه انه عما هو مستحق عليه فان الكفالة بناء على ذلك الاستحقاق الا أن يكون المطلوب قال قد دفعت نفسى اليك عن كفالة فلان فحينئذ يصح ذلك منه لانه مطلوب بذلك من جهة الكفيل فيصح تعيينه لتلك الجهة ليسقط به مطالبة الكفيل عن نفسه واذا صح ذلك كان هذا وموافاة الكفيل به سواء فيبرأ من المال (ألا ترى) أنه لو بعث به مع رسوله الى الطالب كان ذلك موافاة منه حتى يبرئه من المال ولو كفل رجل بنفس الكفيل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذى كفل عن فلان وهو ألف عليه فوافى الكفيل الاول بالمطلوب ودفعه اليه فى الغد فالكفيلان بريئان من الكفالة بالمال أما الكفيل الاول فلوجود الموافاة منه وأما الكفيل الثانى فلان الكفيل الاول فى حقه أصيل وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وان لم يواف به الاول ولا الثانى ووافى الكفيل الاول فى الغد فان الكفيل الثانى يبرأ لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بنفس الكفيل الاول في الوقت الذى اشترطه والتزم المال الكفيل الاول لوجود شرطه وهو عدم الموافاة بنفس المطلوب ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به الى شهر فالمال الذى عليه وهو مائة عليه ثم لقى الطالب به المكفول قبل الاجل فأخذ منه كفيلا آخر بنفسه وبالمال بهذا الشرط أيضا فوافى به أحدهما فى الاجل فان الذى وافى به برىء من المال والنفس ولا يبرأ الآخر لان كل واحد منهما التزم تسليم النفس بعقد على حدة فموافاته به تكون تسليما عن نفسه لا عن غيره فيجب المال على

الآخر لوجود شرطه وهو انعدام الموافاة بالنفس منه وان قال الكفيل الذى وافى به قد دفعته عن نفسي وعن فلان فانه يكون عن نفسه ولا يكون عن فلان لان التسليم الواحد لا يكون عن جهتين ولانه متبرع فى التسليم عن فلان لان ذلك الالتزام غير متعلق به أصلا فهو فى ذلك كاجنبي آخر فلا يصح تسليمه عن فلان الا أن يقبله الطالب فاذا قبله على ذلك برئا جميعا ويصير كأنه سلم مرة عن نفسه ومرة عن فلان فان الاستدامة على مايستدام بمنزلة الانشاء وعلى هذا لو جاء رجل ليس بكفيل فقال قد دفعته اليك عن فلان لم يبرأ واحد منهما الا أن يقبله الطالب عنهما ولو قال المكفول به قد دفعت نفسى اليك عن فلان وفلان برئا جميعا من الكفالتين ولا يشترط قبول الطالب هنا لان الطالب مطالب من جهة كل واحد من الكفيلين بتسليم النفس اليه لتسليمه الى الطالب فلا يكون هو متبرعا فى هذا التسليم فلا يشترط فيه قبول الطالب بخلاف الأجنبي * وتوضيح هذا الكلام لو كان المكفول به قاعدا مع الطالب يحدثه فقال رجل للطالب قد دفعت اليك هذا عن فلان فسكت الطالب أو قال لا لم يبرإ الكفيل وان قال الطالب نعم قد قبلت فالكفيل برىء لان المسلم ليس بخصم عنه فكان متبرعا فلا تقع البراءة للكفيل الا بقبول الطالب ولو كان المتكلم بذلك وكيل الكفيل برئ الكفيل لان وكيله قائم مقامه فصار تسليم النفس كتسليم المال في حكم البراءة ولو ان أجنبيا أدى المال عن المطلوب لم يبرأ المطلوب الا بقبول الطالب بخلاف ما اذا كان المؤدى وكيل المطلوب أو المطلوب نفسه فكذلك البراءة عن الكفالة بالنفس ولو كفل ثلاثة رهط بنفس رجل فان لم يوافوا به يوم كذا فعليهم المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يوافوا به فعلى كل واحد منهم ثلث الالف كما لو أرسلوا الكفالة بالمال والمعنى فيه أنه التزام للمال أو للمطالبة فاذا أضيف الى جماعة يتوزع على عددهم كالاقرار ولو قال ثلاثة نفر لرجل لك علينا ألف درهم يجب على كل واحد منهم ثلث الالف فان وافى به أحدهم فى ذلك اليوم فهم جميعا برآء من المال والنفس لانهم التزموا تسليم النفس بعقد واحد فموافاة أحدهم به كموافاتهم جميعا وكذلك ان كان قال فعليهم الالف التى عليه وبعضهم كيفل عن بعض بها فوافى به أحدهم برئوا جميعا وهذا أظهر وان لم يوافوا به لزمهم المال وللطالب ان يأخذ أيهم شاء بجميع المال لان كل واحد منهم التزم عن الاصيل ثلث المال وكل واحد عن صاحبه كفيل بالثلث الذى التزمه أيضا فان أدى أحدهم جميع المال رجع كل واحد على صاحبه بثلثه ان شاء

لانه كفل عن كل واحد منهم بثلث المال وأدى ثلثه ويرجعون جميعا علي صاحب الاصل بالمال وان شاء المؤدى رجع علي أحد صاحبيه بالنصف لانه يقول أنت مساو لى فى هذه الكفالة وقد أديت المال فارجع عليك بنصفه لنستوى فى القيام بالكفالة كما استوينا فى الكفالة فان قيل كيف يرجع عليه بالنصف وهو انما كفل عنه الثلث قلنا نعم ولكن الثلث الذى علي الثالث المؤدى وهذا الآخر يستويان فى الكفالة عنه بذلك فكان له ان يقول نصف ذلك الثلث أديته بحكم الكفالة عنك لانك كفيل معى عنه بذلك وبعضنا كفيل عن بعض فلهذا رجع عليه بنصفه فاذا فعل ذلك ثم لقيا الثالث رجعا عليه بثلث المال ليستووا في عدد الكفالة ثم اذا لقوا المطلوب رجعوا عليه بجميع المال ولو كفل بنفس رجل علي انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم التى له عليه فلم يواف به فى الغد وقال الطالب وصاني الالف وأديته الفا أخرى أو قال لم يكن لى عليه يومئذ شئ ولكن أديته ألفا قبل حلول الاجل لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لانه انما كفل المال الواجب عليه عند الكفالة بالنفس لا عند عدم الموافاة وذلك المال قد سقط أو تبين انه لم يكن واجبا باقرار الطالب وما وجب بعد ذلك لم يتناوله عقد الكفالة فلا يطالب الكفيل بشئ منه ولو قال ان لم يواف به فعليه المائة درهم التى له عليه وما باعه من شئ ما بينه وبين ان يمضى هذا الاجل لزمه على ما قال لان الكفالة هنا كما تناولت الواجب عند الكفالة بالنفس تتناول مايجب بعدها قبل الاجل وكل واحد منهما صحيح لانه أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المبايعة فما كان قائما من المال عند عدم الموافاة يصير الكفيل به كفيلا به ولو كفل بنفس رجل وان لم يواف به الى كذا من الاجل فعليه المال الذى عليه وهو مائة درهم فمات المكفول به قبل الاجل ثم مضى الاجل فالمال على الكفيل لان شرط الوجوب عدم الموافاة وذلك يتحقق بعد موت المكفول به وان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقه وذلك لا يكون بعد موت المكفول به لان الكفالة بالنفس تبطل بالموت فينبغى ان لا يلزمه المال وهو كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته كذا فأهريق الماء قبل الليل لا يقع الطلاق لان الشرط عدم شرب يتأتى أو يكون مستحقا باليمين فى آخر النهار ولا يتحقق ذلك اذا اهريق والجواب عنه ان نقول هما جعلا عدم الموافاة شرط وجوب المال فالتقييد بموافاة مستحقة يكون زيادة ثم حقيقة المعنى وبه يتضح الفرق

ان تصحيح الكفالة بالمال هنا بطريق التقديم والتأخير وهو انه يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق التركة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لاتوجد بالموت فيبقى المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الي هذا التقديم والتأخير فى اليمين بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لايحتمل الرفع فلهذا افترقا وان مات الكفيل قبل حلول الاجل فان مضى الاجل قبل أن يوافى ورثة الكفيل الطالب بالرجل فالمال دين فى مال الكفيل لان شرط البراءة الموافاة بالنفس ولم توجد ثم يضرب الطالب مع سائر غرمائه فى تركته لان حق الطالب قبله فى حكم دين الصحة فى الوجه قلنا انه يجعل كانه كفل بالمال فى الحال وعند الكفالة كان صحيحا فلهذا كان حق الطالب بمنزلة غرماء الصحة يضرب معهم فى تركته وان دفعوه اليه فى الاجل أو دفع المكفول به نفسه برئ الكفيل من المال والكفالة لان موافاة الوارث بنفسه كموافاة المورث فى حياته وكذلك دفع المكفول به نفسه من جهة الكفالة بمنزلة دفع الكفيل فقد وجد شرط البراءة عن المال وهو الموافاة بالنفس وان لحق الكفيل بدار الحرب مرتدا فهو بمنزلة موته فى أن تسليم الورثة يقوم مقام تسليمه فى براءة الكفيل لانهم يخلفونه فى أمواله بهذا السبب كما يخلفونه بعد موته وان لحق المكفول به بدار الحرب فان مضى الاجل قبل أن يوافى به فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال الموافاة بالنفس ولم توجد وأ كثر ما فيه أن يكون لحوقه كموته وقد بينا أن المال بعد موته يجب علي الكفيل عند عدم الموافاة فهذا مثله ولو كان المكفول به امرأة فارتدت ولحقت بالدار وسبيت فوافى بها وهى أمة فى الاجل برئ الكفيل من الكفالة والمال لان شرط البراءة وهو الموافاة فى الاجل قد وجد والموافاة تتحقق بعد ماصارت أمة ولانها حين سبيت سقط الدين عنها وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك لو كان المكفول به رجلا فوافى به وهو حلال الدم بردة أو قتل عمدا لان الموافاة بعد حل دمه تتحقق كما تتحقق قبله ولومات الطالب فوافى به الكفيل وصيه برىء من المال والكفالة لان وصيه قائم مقامه بعد موته فتسليم النفس اليه كالتسليم الي الموصي فلهذا يستفيد به البراءة وان لم يكن له وصى فوافى به ورثته فان كان عليه دين يستغرق ماله لم يبرأ بتسليمه الى الورثة لانهم لا يملكون شيأ من تركته مع الدين المستغرق فالتسليم اليهم فى هذه الحال بمنزلة التسليم اليهم قبل موته وهذا لان المقصود لايحصل بالتسليم اليهم فانهم لايتمكنون من مطالبته بالمال فأما اذا لم يكن

عليه دين فيبرأ بتسليمه الى جميع الورثة لانهم خلفاؤه فى التركة فيتمكنون من مطالبته بالمال فتسليمه اليهم بمنزلة تسليمه الى الطالب فى حياته ولو وافى به أحدهم برئ من الكفالة لهذا الواحد ولم يبرأ من غيره لما بينا أن حق المطالبة والاستيفاء اليه فى نصيبه دون نصيب سائر الورثة فقد برئ بالتسليم اليه فى نصيبه دون نصيب غيره ولو كفل بنفس رجل لرجلين فان وافاهما به فكذا والا فعليه مالهما عليه فلو وافى به أحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد لوجود شرط البراءة فى حقه وهو الموافاة بالنفس ولزمه نصيب الغائب من المال لانعدام شرط البراءة فى حقه فان شريكه لم يكن نائبا عنه فى المطالبة بحقه ثم ما أخذه الغائب من الكفيل يكون بينه وبين شريكه لان أصل المال كان مشتركا بينهما فاستيفاء أحدهما نصيبه من الكفيل بمنزلة استيفائه من الاصيل فكان له أن يشاركه فى المقبوض ولو ماتا جميعا كان ورثتهما على ما كانا عليه حتى اذا سلمه الى ورثة أحدهما برئ فى نصيبه دون نصيب الآخر اقامة لكل وارث مقام مورثه ولو كان الطالب واحدا فتغيب عند حل الاجل فطلبه الكفيل وأشهد على طلبه ولم يدفع اليه الرجل فالمال لازم للكفيل لان شرط البراءة عن المال تسليم النفس الى الطالب ولم يوجد ذلك وان طلبه ليسلمه فيبقى المال عليه فان قيل انما تغيب قصدا منه الى الاضرار بالكفيل فيبقى الى ان يرد عليه قصده ويقام هذا مقام تسليمه لان الكفيل أتى بما فى وسعه قلنا الكفيل هو الذى أضر بنفسه بكفالته بالمال وقد بينا أن وجوب المال عليه بالكفالة لانعدام الموافاة ولكن الموافاة بنفسه مبرئة له عن المال فاذا انعدم ذلك بقى المال عليه بكفالته لا بتغيب الطالب وكذلك لو كان اشترط عليه مكانا فوافى به ذلك المكان وتغيب الطالب لان المبرئ له تسليم نفسه الى الطالب دون احضاره ذلك ولا يتصور تسليمه الى الطالب وهو غائب فوجود احضاره ذلك المكان كعدمه وان كان الكفيل اشترط فى الكفالة انه برىء منه ان وافى به المسجد الاعظم وأشهد عليه يوم كذا فوافى به المسجد يومئذ وأشهد وغاب الطالب فقد برئ الكفيل من الكفالة بالنفس والمال لانه جعل شرط براءته احضاره للمسجد فى ذلك الوقت وقد وجد ذلك فيبرأ من الكفالة بالنفس والمال جميعا وكذا فى الكفالة بالنفس وحدها وهذا لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد بردته فيصح تعليقه بحضور المكان فى وقت معلوم كالطلاق والعتاق واذا صح التعليق فالمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولو كفل بنفسه الى غد فى المسجد فعليه المائة الدرهم التى

له عليه ولو اشترط الكفيل على الطالب ان لم يوافني غدا عند المسجد ليقبضه مني فانا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت به وقال الطالب قد وافيت ولم تواف لم يصدق كل واحد منهما على الموافاة لان كل واحد منهما يدع موافاته وخصمه يكذبه في ذلك فلا تثبت موافاة بدعوى كل في حق صاحبه وكان الكفيل على كفالته والمال لازم لما بينا انه ملتزم للمال بنفس الكفالة وجعل شرط براءته موافاته ولم يثبت ذلك بقوله فلا يبرأ منه ولو جعل شرط البراءة عدم موافاة الطالب ليقبضه منه ولم يثبت هذا الشرط بقوله لم تواف أنت بل يجعل القول قول الطالب مع يمينه علي ماعرف أن الشرط سواء كان نفيا أو اثباتا لا يثبت الا بحجة والقول قول من ينكر وجود الشرط فان أقام كل واحد منهما البينة على الموافاة الى المسجد ولم تشهد علي دفع الكفيل اليه فان المال لا يلزم الكفيل لانه قد اثبت بالبينة شرط براءته عن المال وهو عدم موافاة الطالب ليقبضه منه فيبرأ من المال ولكن الكفالة بالنفس على حالها لان براءته عن الكفالة بالنفس بتسليمه الي الطالب ولم يوجد ولان البينتين قد تحققت المعارضة بينهما فامتنع القضاء بما كان متقررا وهو وجوب تسليم النفس بحكم الكفالة والعمل بهما ممكن فى البراءة على المال لان الكفيل يثبت شرط البراءة ببينة والآخر ينفي فيترجح الاثبات وان أقام المطلوب البينة على موافاة المسجد ولم يقم الطالب البينة بريء الكفيل من كفالة النفس والمال جميعا لان الطالب غير مصدق علي الموافاة والكفيل أثبت ببينته موافاته المسجد فوجب قبول بينته علي ذلك واذا قبلنا بينته صار الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيثبت شرط البراءة عن المال والنفس جميعا ولو كفل بنفسه علي ان يدفعه اليه غدا فان لم يفعل فالمال عليه ولو اشترط الكفيل عليه ان لم توافني فتقبضه مني فانا بريء من الكفالة والمال فلم يلتقيا من الغد فالكفيل بريء والقول قول الكفيل ان الطالب لم يواف مع يمينه وعلى الطالب البينة بخلاف ما تقدم لان هناك موافاة المكان مشروطة على الطالب والكفيل جميعا وموافاة الكفيل لا تثبت بقوله لانه يدعى وجود فعل كان مشروطا فلا يصدق عليه الا بحجة ولهذا لو أقام البينة على الموافاة بنفسه بريء لان موافاته المكان مشروطة عليه فتثبت ببينته فاما في الفصل الاول فالموافاة غير مشروطة على الكفيل وانما هى مشروطة على الطالب وان يأتى ليقبضه منه ولم يأت فقد وجد شرط براءة الكفيل عن المال فلهذا كان بريئا وحاصل الفرق بين هذه الفصول بحرف وهو ان من ينكر فعل غيره فالقول قوله فى ذلك لانه متمسك

بالاصل ومن يدعي فعل نفسه لا يقبل قوله الا بحجة لانه يدعى أمرا عارضا ولو كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ماللطالب عليه من شئ فلم يواف به الغد وقال الكفيل لاشئ لك عليه فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه التزم مالا موصوفا وهو ان يكون واجبا على الاصيل فلما لم يثبت الوجوب على الاصيل لا يصير هو ملتزما كما لو قال ما قضى به لك عليه فهو على فالم يصر المال مقضيا به على الاصيل لايجب على الكفيل وبقول الطالب لم يصر المال واجبا على الاصيل والكفيل فى انكاره تمسك بالاصل وهو عدم الطالب فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه استحلاف على ماهو فعل غيره وهذا بخلاف ماتقدم وهو ما اذا قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذى تدعى عليه على لانه كفل هناك بما يدعيه الطالب والدعوى متحققة منه فلما وجدت الصفة التى قيدت الكفالة بما يصحح التزامه للمال كان مؤاخذا به وكذلك ان قر الكفيل بمائة درهم واقر المكفول عنه بمائة درهم صدق المكفول عنه ولم يصدق الكفيل لما بينا أنه التزم بالكفالة ما كان واجبا على الاصيل وقت كفالته واقرار الاصيل ليس بحجة على الكفيل فانما يثبت الوجوب وقت الكفالة فما أقر به الكفيل وهو المائة فلا يلزمه أكثر من ذلك ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فعليه من المال قدر ما أقر به المطلوب فلم يواف به الغد واقر المطلوب أن عليه ألف درهم فالكفيل ضامن لها لانه قيد الكفالة هنا بصفة ثبتت تلك الصفة باقرار المطلوب فيتم به شرط الالتزام بالكفالة بخلاف الاول فان باقراره هناك ثبت الوجوب عليه وقت الاقرار وانما التزم هو بالكفالة ما كان واجبا عليه وقت الكفالة ولا يثبت ذلك الا فيما أقر به الكفيل لو نكل عن اليمين فيه بعد الاستحلاف ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به الغد وادعى الطالب ألف درهم وأقر بها المطلوب وجحدها الكفيل فالقول قول الكفيل مع يمينه على علمه وهو مشكل لانه انما كفل هنا بما ادعاه الطالب وقد تحققت الدعوى منه والاقرار من المطلوب ولكن مراده من هذه المسئلة انه كفل بما ادعاه الطالب قبل الكفالة ولم تظهر تلك الدعوى منه ولكنه لما لم يواف به غدا ادعى الآن أنه كان ادعى عليه ألف درهم قبل الكفالة وهو غير مصدق فى هذا فالقول للكفيل فى انكاره انك لم تدع مع يمينه على علمه بخلاف ماتقدم فان هناك انما كفل بما يدعى الطالب عليه وقد وجد ذلك منه بالمعاينة بعد الكفالة ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا جلس القاضي فان لم يواف به فعليه الألف التى للطالب

عليه فلم يقعد القاضى أياما ولم يواف به وطلبه صاحبه فلم يأت به فلا شيء عليه أى على الكفيل من المال لانه جعل شرط وجوب المال عدم الموافاة اذا جلس القاضى وان لم يجلس القاضى، لم يوجد ذلك ولانه أجل فى الموافاة الى جلوس القاضى وما لم يمض الأجل لا تتوجه عليه المطالبة بالموافاة ووجوب المال عليه عند عدم موافاة مستحقة فاذا لم يوجد ذلك قبل جلوس القاضى لا يلزمه المال ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بالألف درهم التى له على المطلوب ولم يواف به الغد فالمال عليه والحوالة فى هذا والكفالة سواء على ما بينا من طريق الاستحسان انه يلزم المال وتتعلق براءته عنه بشرط الموافاة بالنفس وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا وكذلك لو قال فالى المال أو فعلي المال لان هذا من ألفاظ الكفالة وكذلك لو قال فعندى له هذا المال لان كلمة عند عبارة عن القرب وقرب الدين منه اما بالتزام أصله فى ذمته أو بالتزام المطالبة به فكان هذا والكفالة سواء ولو كفل بنفسه على ان يوافى به غدا فان لم يواف به غدا فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم فلم يواف به الغد ولزمه المال ثم أخذه الطالب بكفالة النفس وقال لي عليه مال آخر أولى معه خصومة فان الكفيل يؤخذ بنفسه ولا يبرأ منه حتى يدفعه اليه لانه باصل الكفالة التزم تسليم نفسه وبأداء المال لم يصر مسلما نفسه واداؤه ذلك المال لا يمنع ابتداء الكفالة بنفسه فلأن لا يمنع بقاءها كان أولى وان كفل بنفسه على انه متى ما طالبه الطالب فلم يواف به فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم فطلبه منه فلم يدفعه اليه فعليه المال لوجود شرطه وهو عدم الموافاة فى الوقت الذى طلبه الطالب منه وكذلك لو طلبه غدوة فلم يدفعه اليه حتى العشى قال ولا يبرئه من المال إلا ان يدفعه اليه ساعة طلبه منه وهذا اللفظ اشارة الى ما بينا أن المال واجب عليه بالكفالة وشرط براءته ان يوافيه به حين يطلبه الطالب فاذا لم يفعل انعدم شرط البراءة فبقى المال عليه كما التزمه باصل الكفالة ولا ينفعه دفع النفس اليه بعد ذلك لان ذلك لم يكن شرطا عن المال والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء التاسع عشر * ويليه الجزء العشرون وأوله ﴾

﴿ باب الكفالة والوكالة بالخصومة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثق بحقه وتمام التوثق يكون بهذا فان المكفول بنفسه ربما لا يأتى بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا يتوصل الى حبس الكفيل وان كان وكيلا فى خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل باداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالاصيل فاذا كان ضامنا لما ذاب عليه توصل الى استيفاء حقه منه فعرفنا ان تمام التوثق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعى رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسئلة) ان الكفالة بالمال مضافا الى سبب وجوبه يجوز عندنا نحو ان يقول ماذاب لك على فلان فهو على أو مابعت به فلانا فهو على وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز لانه التزم المال بالعقد فلا يحتمل الاضافة كالالتزام بالشراء ولان الاضافة الى وقت فى معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك اذا اضافه الى وقت* توضيحه ان عندكم لو أضاف الكفالة الى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها الى موت غيره لم يصح ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود وفى الحال ثم جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة أن يقول ما بايعت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول به تمنع صحته بالاولى لان الملتزم بالعقد هو المكفول به* وحجتنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة الى سبب وجوب المال وهو المجئ بصواع الملك وانما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا فهو ثابت فى شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعى رحمه الله يقول هنا بيان الجعالة لمن يأتى به وعندى من أبق عبده فخاطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا صحيحا ولكنا

نقول استدلالنا بزعامة المنادى بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا الي معرفة طريق وجوب ذلك المال فان العمالة تجب على من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب الكفالة الا إنه يقول لم يكن هذا كفالة علي الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى اذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال بالاقرار من حيث انه التزام لايقابله الزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لاتمنع صحة الاقرار فكذلك فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة فى الاصل لحاجة الناس والحاجة ماسة الى اضافة الكفالة الى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف الى سبب الوجوب بالاستحقاق فبه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لاتفضي الى المنازعة لاتمنع صحة الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فانه موجود فى كل كفالة اذ لايدرى أن الطالب يطالب الكفيل أو الاصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن يكون سببا لتوجه المطالبة بالمال عليه بان يكون وارثه فلهذا تصح اضافة الكفالة اليه وكذلك التعليق بكلام زيد ودخول الدار فانه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا بالشرط ولا يكون التزاما فاماهاهنا فانه أضاف الالتزام الى ما هو سبب لوجوب المال وهو المبايعة والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه اليه فهو برىء من ذلك لوجود الموافاة به كما التزمه وان لم يفعل فللطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه فى دعواه قبل المكفول به والكفيل ضامن له لتحقق الذوب بقضاء القاضى وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب عبارة عن تحقق الوجوب وان قال ان لم أوافك به غدا فانا وكيل فى خصومته ضامن لما ذاب عليه فرضى بذلك المطلوب فهو جائز وانما شرط رضاه فى الوكالة بالخصومة دون الكفالة بالنفس والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا ينفرد به الوكيل بدون رضا الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك وكذلك لو قال متى دعوتنى به فلم أوافك به فأنا وكيل فى خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان كلمة متى للوقت فمعناه ان لم أوافك به فى الوقت الذى تطلب منى وهذا الوقت وان كان مجهولا ولكن لاتمكن بسبب جهالته منازعة ولو كفل به علي انه ان لم يواف به غدا ففلان يعنى رجلا آخر وكيل فى خصومته فما قضى به عليه فأنا ضامن له فرضي بذلك المطلوب فهو جائز اذ لافرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره اذا وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله الى نفسه كان صحيحا فكذلك اذا أضاف كل عقد من هذا الى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان صحيحا ولو قدم الوكالة فقال هو وكيلي فى خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك على أو لما قضى لك به على أو لما لزمنى لك أو بما لحقني فان وافانى به غدا حتى أدفعه اليك فهو برىء من ذلك فهذا جائز لانه وان أخر التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فاذا قدمه فأولى أن يصح وهذه كلها وثائق لحق واحد فلافرق فى صحتها بين تقديم التعيين وتأخير التعيين لان المقصود لايختلف بذلك ولو كفل بنفسه الى أجل فان لم يواف به فيه فهو وكيل فى الخصومة التى بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة بالنفس والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لانه أبابه ولا يقدر الانسان على ان يجعل نفسه نائبا عن غيره فى خصومته من غير رضاه فاذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا تبطل ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فانهما صحيحان وان لم يذكر الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به غدا فهو وكيل فى خصومته فرضي به المطلوب فلم يواف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتمل التعليق بخطر عدم الموافاة فان قضى عليه بشيء لم يلزم الكفيل منه شيء لانه ماالتزم شيئا من المال وبالكفالة بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه اليه لانه التزم تسليم النفس اليه فلايبرأ بثبوت المال عليه مالم يسلمه فان ثبوت المال عليه لا يغنيه عن نفسه بل يحوجه الى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل الطالب حقه كان متبرعا بذلك كسائر الاجانب لانه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة من الكفالة بالنفس لجواز ان يكون بين الطالب والمطلوب خصومة أخرى فلهذا كان متبرعا فى اداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبى وطالبه بتسليم النفس اليه كما التزمه وان كان كفيلا بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه اذا وضع المال بين يديه يصير الطالب قابضا له لانه يبرئ ذمته بالاداء ولمن عليه الحق ذلك والاول متبرع لا تبرأ ذمته عن شئ بما يؤديه ولو قضاه الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا لانه متبرع فى قضاء المال وقد قبله الطالب ثم ابرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه وكذلك لو قضاه بعضه على ان يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك مايقبضه منه

بازاء الابراء عن الكفالة بالنفس انما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه فى الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما اذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول الى المال بحال وهو مجرد حق لا يوصف بأنه ملكه والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل فانه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فانه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلان لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الابراء بالكفالة بالنفس وفى حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير الى انه يبرأ وجعل هذا لحق الشفعة اذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشتراط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لانه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفى موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بعد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وانما يتم رضاه بسقوطه اذا وجب له المال فاذا لم يجب لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتمام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحجته ان الوجوب لم يكن لعقده وانما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو اذا أسقطه بمال فانما يحول حقه الى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت الكفالة بالنفس على حالها ولو قضاه المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على ذلك فهذا لا يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض والمبادلة بالدين من غير من عليه الدين لا تصح بخلاف الاول لانه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع لقضائه بعوض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف الكفيل بالمال أيضا فانه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد الطريقين وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل لرجع

به على الاصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه فحينئذ يكون نائبا عنه فى قبضه استحسانا قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن يرجع بما قضاه عليه لانه قبضه منه بحكم تمليك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس فى أصح الروايتين ولو كفل نفسه الى أجل مسمى فان لم يواف به فهو ضامن لماذاب عليه وكيل فى خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الأجل ولا أن يخاصمه قبل الأجل لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضيق الامر عليه الا بمضى المدة كاشتراط المطلوب الاجل لنفسه فى الدين والوكالة فى الخصومة وضمان المال عليه بناء على عدم موافاة مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فلهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضى الاجل وعلى هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفل بنفس رجل وجعل المكفول به وكيلا فى خصومته ضامنا لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين الطالب وورثته ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل انما رضى برأيه فى الخصومة فلا يقوم رأى وارثه فى ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن مالم يتحقق الذوب على المطلوب لا يكون هو ضامنا للمال والذوب انما يتحقق عند خصومة الطالب واثبات حقه عليه بالحجة فلهذا خاصم المكفول به وماقضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل فى ماله لان الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند الى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه وقد كان أصل السبب فى صحته فلهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع غرماء الصحة وكذلك لو مات المكفول به أيضا نخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان له أن يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب فى ميراثه بجميع ماله وفى ميراث الآخر بما يبقى له لانه وصل اليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الاول فلا يضرب مع غرماء الآخر الا بما بقى له والله أعلم فان لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب واضح وان كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولا بجميع دينه وفي الكتاب أبهم فقال ان بدأ فضرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا فى مال المكفول عنه فضربوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت بامره وما يستوفى من تركته بعد وفاته بمنزلة مايؤديه فى حياته ويرجع به ورثته فى تركة المكفول عنه وان بدا فضرب مع غرماء المكفول عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه فى تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقى من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل فى تركة الكفيل لانه لايبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل الى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع الجواب فى الكتاب على هذا وهو مبهم فى أصل الوضع قاصر فى البيان فحينئذ لايتم بيان المسئلة بما ذكر وليس فى الكتاب مسئلة اشكل من هذه المسئلة من الحسابيات وغيرها فالوجه أن نصور المسئلة ليتبين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة فى تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل الى الطالب خمسة يأتى في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقى من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا الى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لايسلم هذا لورثة الكفيل لانه تركة الكفيل وقد بقى من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقتسمان هذا الذى ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثلث الذى يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الاولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذى ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون اليه فى تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولايزال يدور هكذا الى مالا يتناهى واذا بدأ بالرجوع فى تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فانه يضرب بما بقى من دينه وذلك خمسة فى تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقتسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا الى الطالب ثلاثة وثلثا ويرجعون به فى تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الاولى وكذلك ان استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكما وصل اليهم شئ يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه الى مالا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسئلة وكان أبو بكر القمى رحمه الله من متقدمى علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسئلة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا فلهذا ترك بيان هذه المسئلة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع الى معرفة القدر الذى يرجع به ورثة الكفيل فى تركة المكفول عنه ليضم ذلك الى مايضرب به الطالب فى تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات

الجبر لا يهدى الى ذلك فاما أبو الحسن الاهوازى من حساب أصحابنا رحمهم الله فكان يقول انما تعذر تخريج هذه المسئلة لما وقع فيها من جذر الاصم وكانت عائشة رضى الله عنها تقول سبحان من لا يعلم الجذر الاصم الا هو وقيل الجذر الاصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه أحد من العباد بطريق التحقيق وبرهن بمقالته بمسئلة مجتذرة من هذا الجنس وحققها وخرجها وسئل القاضى أبو عاصم الجنوبى فى زمانه وكان مقدما في الحساب ان يخرج هذه المسئلة فتكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسئلة بالتحقيق أصلا وكل ماذكروه عندى فى تصنيف ولكن لم يكن معى شئ من كتبي ولم يجد به خاطرى الآن فان تيسر وصولى الى كتبي أو جاد به خاطرى أى وقت أتيت منه بقدر الممكن ان شاء الله تعالى ثم نعيد المسئلة فى آخر الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول الطالب اذا اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب بقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل لا يرجع فيه الطالب بشئ لانه بدل ما وصل الى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير ان هذا من حيث المعنى بعيد فان ما يأخذون مال الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريميه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل الى آخر الشهر فان لم يواف به فهو وكيل فى خصومة ما بينهما ولم يبين أى خصومة هى والكفالة بالنفس جائزة ولا يكون وكيلا فى الخصومة لانه اذا لم يبين انه فى أى خصومة وكيله فالوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الأمر الى رأيه على العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد الحكمين منفصل عن الآخر فالمفسد فى أحدهما لا يتعدى الى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن أبيه أو بغير اذنه بنفس أو مال باطلة لانه تبرع ولا يملكه الصبي بغير اذن أبيه ولا باذنه كالهبة وهذا لان عقل الصبي انما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا واذن الاب له لا يصح فيما لا يملك الاب مباشرته كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض للذمة بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بغير اذنه والمعتوه والمبرسم الذى يهذى فى ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه فى الكفالة أو بنفسه فهو باطل لانه لما كان لا يملك الكفالة عن الغير باذن الاب فلان لا يملك عن الاب

كان ذلك بطريق الاولى لانه في حق نفسه متهم بما لا يتهم به في حق غيره ولو أقر بعد بلوغه انه كفل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة ولو عايناه كفل في صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولانه أضاف الاقرار الى حال معهودة تنافي تلك الحال الكفالة فكان منكرا للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب انه كفل به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر أنه كفل به وهو مغمى عليه فان عرف ذلك منه فالقول قوله في ذلك لاضافته الكفالة الى معهود ينافي كفالته وان لم يعرف ذلك منه فهو مأخوذ به لاقراره بالالتزام ولو استدان وصي اليتيم دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه أو ضمنه بنفسه فضمان الدين جائز وضمان النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي (ألا ترى) أن الوصي يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ما عليه بخلاف الكفالة بالنفس فانه يلتزم بها ما ليس عليه *توضيحه انه لو أمر الصبي بأن يستدين فعله جاز وكان مطالبا بالمال فكذلك اذا استدان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك مثله في الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الاب اذا استدان على الابن دينا في بعض ما لا بد منه وأمره بالكفالة جاز لان تصرف الاب عليه انفذ من تصرف الوصي وان أمره أن يكفل بنفسه لم يجز والتاجر وغير التاجر في ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا لمجنون ولا لمغمى عليه وفي رواية حماد رحمه الله ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي يوسف رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجوز الكفالة للصبي التاجر لانه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لامنه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح اذا قبله ولو كفل رجل بنفس رجل على انه يوافي به الى أجل مسمى فان لم يواف به الى ذلك الأجل فهو ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الاجل قبل ان يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود شرطه ولكن الذوب انما يتحقق بقضاء القاضي فانما يلزم الكفيل المال اذا قضى به على المكفول عنه لانه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه في اقامة البينة عليه بالمال لان المال ما لم يصر مقضيا به على الاصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصر كفيلا به لا يكون خصما فيه وان مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه في ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه على انه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة فهو لازم للكفيل لانه انما يراعى من الشروط مايكون مفيدا والتقييد بصفة أن يكون المال مقضيا به علي الاصيل مفيد فأما التقييد بكون القاضى به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لاعين القاضى وفى القضاء قاضى الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفل بنفس رجل على انه ضامن لما قضى به علي المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركة أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت يكفل نفس رجل على انه ضامن لما قضي به علي الميت فهو جائز لانه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركة الميت وكذلك الوصى يأخذ من غريم الميت كفيلا بنفسه ضامنا لما قضى به عليه لانه فى ذلك قائم مقام الموصى وكذلك الاب يأخذ من غريم ولده الصغير لانه قائم فى ذلك مقام ولده ان لو كان بالغا ولو أن رجلا أخذ غريما بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلا منه بنفسه ضامنا لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزا لان قبول هذا كان موقوفا على اجازة الطالب فاذا أجازه جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برىء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لا تلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا عن غريمه بنفسه ضامنا لما قضى به عليه كان جائزا لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرته بنفسه فان كفل الكفيل للوكيل فدفعه اليه برئ من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشئ لانه أتى بما التزمه وهو التسليم الى الوكيل لان الوكيل باضافة العقد الى نفسه جعل نفسه مباشرا العقد واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفل به للموكل لم يبرأ بدفعه الى الوكيل لانه جعل نفسه رسولا ولان الكفيل التزم التسليم الى الموكل فلا يبرأ بالتسليم الى غيره وان دفعه الى الموكل برئ فى الوجهين لان في الفصل الاول الوكيل وان كان هو المباشر للعقد فانما يطالب بموجبها لمنفعة الموكل فاذا حصل المقصود بالتسليم الى الموكل برئ الكفيل ولو وكل رجل رجلا بان يعطى فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامنا لما ذاب علي الموكل فاعطى الوكيل كفيلا بذلك فقضى على الموكل بمال للطالب فانه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل بذلك لانه كان رسولا من الموكل اليه فلا عهدة عليه الا أن يكون ضمن له شيأ فحينئذ يؤاخذ بضمانه

(ألا ترى) لو أن رجلا أمر رجلا أن يضمن رجلا بنفسه وان يضمن ماذاب عليه لم يكن على الآمر شئ ولا على المكفول به لان الآمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيأ ولا عهدة على المشير والمكفول عنه لانه لم يأمره بالكفالة عنه فلا يرجع عليه أيضا وفى الباب الاول يرجع على المكفول به بما أدى من المال لان أمره وكيله بالكفالة عنه ككفالته بنفسه والكفيل بالامر اذا طولب طالب ولو لوزم لازم واذا حبس حبس واذا أدى رجع ونعني بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لاتخلص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع اليه شيأ لانه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فانه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه باداء المال وانما يطالبه باداء المال بعد اقراض المال منه وذلك انما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه بالمال مالم يؤد عنه والله أعلم

باب الكفالة عن الصبيان والمماليك

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير اذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤاخذ بهذا لان تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر ان كان مأذونا أو يحضر وليه ان لم يكن مأذونا ليقوم وليه فى ذلك مقامه فلما التزم الكفيل تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى فيه النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل أن يحضر معه الصبي ليسلمه الى خصمه لم يؤاخذ الصبي به وان كان الصبي طلب ذلك اليه لان قول الصبي ليس بملزم اياه شيأ الا أن يكون تاجرا مأذونا له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور معه لانه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه الى خصمه وكذلك ان كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه الى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزا ويؤخذ به الكفيل وللكفيل أن يأخذ الغلام به لان الاب قوله ملزم على ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ماينفع الصبي فكان قول الاب فيه ملزما اياه فلهذا يؤمر بالحضور معه فان تغيب فله أن يأخذ الاب حتى يحضره فيدفعه اليه أو يخلصه من ذلك لان أمر الاب فى هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوبا به وكل حق كان الولد مطلوبا به فأبوه مأمور بايفائه ذلك الحق من ملك الولد كما اذا ثبت عليه دين بالبينة فلهذا يؤمر الاب باحضار الصبي والوصى فى هذا بمنزلة الاب لان فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفس غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لانه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لانه ليس للآمر عليه قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الآمر بشيء لانه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشيء والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي لان ولاية الوصي على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فان لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس جائزة وكذلك بالمال ان لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي انما يتحقق بقضاء القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي له فاذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع به على الصبي الا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لانه بمنزلة الاقراض والاقراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شيء الا أن يكون بأمر وليه فحينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير اذنه كما لا يصح عن سائر الاجانب وانما يعني بهذا انه لا يطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لانه مخاطب من أهل الالتزام في حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه في الحال حق مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لا تلاقي حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه باذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الاجنبي وهذا لان أكثر ما يجب بهذه الكفالة حبسه ان لم يحضر نفس المطلوب وذلك يوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز باذن المولى وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك اذا أذن له حتى كفل عنه فان أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لانه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالاداء بعد العتق ولكنا نقول ان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيأ على المولى فان العبد لا يستوجب دينا على مولاه فلهذا لا يرجع عليه اذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقا وللكفيل على الاصيل الا ان ما يجب للكفيل على الاصيل مؤجل الى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه عنه كان صحيحا ولا يرجع اذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيأ على مولاه وان كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة فى حال رقه لان المولى فى ماليته كاجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه صحيح فى حق نفسه حتى اذا عتق كان مطالبا به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عندموته فان غرماء العبد يستسعونه فى قيمته ولا شئ لغرماء السيد من هذه القيمة لان هذه القيمة بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقا بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه الى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يبيعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد بقيمة العبد أيضا لانه صار مستهلكا محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته بعد موته ثم ان عند أبى حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسعى فى بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لانه عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير انه لا يشارك غرماءه فى تلك القيمة لانها بدل ماليته ولم يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد فى ماليته فكذلك في بدل المالية فان كان مكان العبد أم ولد فعتقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليتها اذ لا مالية فيها ولكن الديون تتقرر فى ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمدبرة بمنزلة العبد في ذلك لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشئ مما يؤدى عنه من الكفالة لانهم كانوا مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكه فان في المدبرة ينبغى أن يثبت لغرمائها حق الرجوع فى تركة المولي بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المدبرة لم يصر مستهلكا من حق الغرماء شيأ اذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة فى الدين وانما كان حقهم فى الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة فى ايجاب السعاية فى القيمة على المدبرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمة فى المدبرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليتها وكان ذلك لغرمائها فلهذا يجب عليها السعاية فى قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك اذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كادائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الاصيل وذكر عن شريح رحمه الله انه قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لانه تبرع بالتزام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير اذنه باطلة حتي يعتقوا فاذا عتقوا لزمهم لان المانع حق مولاه واذا أذن له سيده فيها جازت ان لم يكن عليه دين ويباع العبد في الكفالة بالدين وان كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد والمدبر فانهما يستسعيان فى الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعايتهما ثم بدين الكفالة اذا كان باذن المولى واذا كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيأ وأوخذ العبد بالكفالة لانه بالاعتاق لم يضع علي المكفول له شئ فان حقه فى مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول به ذلك بعد العتق وقبله سواء وانما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية وان كانت الكفالة بمال ضمن السيد الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق بماليته فان الدين لا يجب علي العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب فى حق المولى باذنه له فى الكفالة فاذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد بالمال لكفالته وان شاء اتبع السيد لاتلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول به ان كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضا أن يتبع المكفول به ان كان المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وان لم يكن طلب من السيد ولا من العبد لم يرجع عليه بشئ لانهما تبرعا بالالتزام والاداء عنه واذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي درهم وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بالف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف درهم ثم باعه القاضى فى الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الاولون والآخرون بدينهم كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بالف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم كفل لان التزامه المال بالكفالة باذن المولى انما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف درهم (ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك اذا أذن له حتى كفل فاستدانته ملزمة اياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع ما استدانه فلهذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف درهم واذا كفل العبد وهو صبى بغير اذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك شئ لانه غير مخاطب والتزامه فى حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما عتق وهو صبي لم يلزمه بذلك شئ فكذلك قبله وان كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه فى

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد فى الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه فى الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولا ملزما على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الاب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون التجارة يكون الوالد مؤاخذا به بعد البلوغ فكذلك مايجب على العبد باذن السيد يكون مؤاخذا به بعد العتق وان كفل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفل بدين آخر يستغرق قيمته باذنه أيضا لم يجز الدين الثانى لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض بالاول لا يصير هذا الشرط موجودا فلا يثبت الثانى وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك ان كان الدين الاول من تجارته وان عتق قبل ان يقضي دينه لزمه الثانى لان المانع كان اشتغال المالية بحق الاول وقد زال ذلك المعنى ببطلان المالية بالعتق فاستوت الديون عليه بعد العتق وان كان مولى العبد صبيا فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد فى الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعبده وليس للأب ولاية الكفالة على الصبي ولا فى ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفل لم يصح فكذلك اذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك ان كان مولاه عبدا تاجرا لانه لا يملك الكفالة بنفسه فلا يصح اذنه بذلك لعبده فان أذن المولى لعبد عبده فى الكفالة بنفس أومال فان كان على العبد الاول دين مستغرق لم يجز لانه من كسبه كسائر الاجانب فى حق التصرف مالم يفرغ من دينه وان لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثانى خالص ملكه كالاول فكما تصح الكفالة من الاول باذن مولاه فكذلك من الثانى وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضى بألفين فانه يضرب فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد حصلت فى حال فراغه من الدين فنفذت فى الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين عليه بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الغريمين فى ثمنه بجميع دينه وهو كما لو أقر المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك واذا كفل العبد وهو يساوي ألف درهم باذن سيده بالف درهم ولا دين عليه ثم كفل بألف أخرى باذنه أيضا لم تجز الكفالة الثانية لان بالكفالة الاولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة الكفالة فراغ المالية فاذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولي عليه بدين بقدر

قيمته ثم بدين آخر فانزادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف اخري باذن مولاه فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل اذا زادت قيمته لماذا لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان شرط صحة العقد انما تعتبر عند وجود العقد لانه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة وتنقص أخرى فلهذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضى بألفى درهم فانها تقسم بين المكفول له الاول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين الكفالتين ولا شئ للاوسط لانه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا مزاحمة بين الصحيح والفاسد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين يعنى الاولى والثانية استوتا فى الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما نصفان حتي يستوفيا حقهما فان فضل شئ بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل للثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه الى الكفالة الثانية حين أمره ان يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل باذن مولاه ثم سقطت ديونه بالاداء يصرف كسبه ورقبته الى دين المكفول له فكذلك هنا واذا قال الرجل لرجل ماذاب لك على فلان فهو على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي ألف درهم وقال الطالب لى عليك ألفان وقال الكفيل مالك على شئ فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم ما أقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضى يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب فى هذا القدر بقضاء القاضى كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل فان قيل فى هذا الزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه قلنا ليس كذلك بل فيه ايجاب المال عليه بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شئ فهو على وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفى القياس لا يجب على الكفيل شئ اذا أنكر الوجوب على المطلوب مالم يقم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة فى حق المقر خاصة فالثابت باقرار المطلوب ثابت فى حقه دون غيره ولكنا نترك هذا القياس للتنصيص من الكفيل في الكفالة علي ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد الذوب بشئ وكذلك لو قال ماقضى لك عليه فهو على الا أن هذا لا يلزم الكفيل حتى يقضى على المطلوب

باقراره لانه كفل بمال مقضى به فما لم يصر المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شيء باقرار المكفول عنه لانه كفل بما هو واجب عليه وقت الكفالة ومابعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين فى حق الكفيل أنه صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار فى حق المقر ولكن فى حق الغير يجعل كالانشاء بمنزلة اقرار المريض فى حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك انما كفل بما يقر به فى المستقبل أو بما يلزمه فى المستقبل أو بما يقضى عليه به فى المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال ما كان اقر به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد اقررت له أمس بألف درهم وجحد ذلك الكفيل فلا شيء عليه لانه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك باقراره بعد الكفالة فى حق الكفيل لانه متهم فى ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال ما أقر لك به من شيء فهو على فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقربها بعد الكفالة لان هذا اللفظ انما يدخل فيه اقرار يكون منه فى المستقبل لا ما كان منه فى الماضى وكأنه أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وماقضى به القاضى بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل لانه انما كفل بما يقر به والنكول بدل عند أبى حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فاذا لم يكن بمنزلة الاقرار فى حق الكفيل لا يلزمه شيء واذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل فى الكفالة بالنفس أقرب الى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك كفالة المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوبا بالمال فلو كفل عنه أجنبي صح فكذلك مولاه * فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأى فائدة فى هذه الكفالة * قلنا الفائدة شغل ذمة المولى امابا لمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق قضائه من سائر أمواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان أداه بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أنه متى لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد غريما له على مولاه بدينه على ان يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير فللمحتال

له أن يرجع على العبد لان مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له الا العبد مفلسا ومن أصلنا ان الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى واذا بطلت الحوالة بعود دين المحتال له الى العبد فيضرب بدينه في مالية العبد مع غرمائه وان كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) ان قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لان الهبة تمليك فلا يمكن تصحيحه الا بتحويل الدين الي ذمة الكفيل فلهذا يسقط عن الأصيل فاما الابراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان ابراء الكفيل اسقاطا للمطالبة عنه فيبقى المال على الاصيل بحاله وان ابرأ العبد برئا جميعا لان ابراء الاصيل اسقاط لاصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فان كفل المولى بنفس عبده وضمن ماذاب عليه وغاب العبد تاجرا فان المولي يؤخذ بنفسه لكفالته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى يحضر العبد فيخاصم فاذا قضى عليه لزم المولى لانه انما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضي بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو خصما فيه وقد سبق نظيره في الحر فكذلك في العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لان المولي ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان واذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولآخر على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بامره فهو جائز لانه لا يلتزم بهذه الحوالة والضمان شيأ لم يكن عليه انما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع في هذا الالتزام وكذلك وصى الصبي لو استدان مالا وأنفقه عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال جاز لانه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفي الحقيقة هذا أمر من غريم العبد للعبد بأن يدفع ماله عليه الى غريمه أو يوكل غريمه في أن يقبض من العبد ماله عليه وكما يملك أن يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا في يد العبد للآمر فأمره أن يدفعه الى مديونه صح فكذلك اذا كان دينا في ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد محجور عليه بأمره فان الكفيل يؤخذ بالكفالة لان العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب الخصم مستحق وانما تأخر ذلك عنه لحق المولي فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فان العبد المحجور لو أقر لانسان بمال ثم كفل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فاذا أعتق اتبعه بكفالته حتى يبرئه منها لانه أمره بهذه الكفالة وأمره فى حق نفسه صحيح فكان مطالبا به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل به عنه لآخر كان جائزا بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فان ذلك تبرع واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وانما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق فى حقه بين أن يدفعه الى الاول أو الى الثانى فلهذا صحت الكفالة وان أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لان المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه فليس فى هذه الكفالة الا استحقاق ماهو مستحق بخلاف ما اذا أمره أن يكفل عن غيره فان ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرته بنفسه فكذلك لا يملك أن يأمر عبده به ولو أن رجلا طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشترى له متاعا بمال مسمى ولم يدفع اليه شيأ فاشترى العبد كان شراؤه فى القياس لنفسه دون الآمر لانه ملتزم المال فى ذمته بعوض يحصل للآمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفى الاستحسان هذا جائز لانه من صنع التجار وهو محتال اليه فان من لا يعين غيره لا يعان ثم المشترى محبوس فى يده حتى يستوفى الثمن من الآمر بخلاف الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة وذكر عن ابراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتبة لمولاه وبه نأخذ لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولان ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه بتلك الصفة على الكفيل لان المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته فى ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه فى ذمة الكفيل لاثبتناه أكثر مما هو واجب فى ذمة الاصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به رجل لم يجز للمعنيين اللذين ذكرناهما فان المكاتب اذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل الكتابة فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب على حدة فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لانه كفالة لمكاتب ولا كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلأن لا يصح من المكاتب كان أولى ولو كان بينهما مكاتبة واحدة وجعل نجومها واحدة فاذا أديا عتقا وان عجزا ردا كان ذلك جائزا استحسانا وفى القياس هذا لا يجوز لانه كفالة لمكاتب ولانه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكانه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق عتق صاحبه باداثه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة الا أنه فى حق ما بينهما اذا أدى أحدهما جميع البدل رجع على صاحبه بنصفه فاما فى حق المولى فالمال عليهما كشئ واحد حتى انه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى مارضي بعتقهما ولا عتق أحدهما حتى يصل اليه جميع البدل واذا دان المولى أحدهما دينا بعد المكاتبة فكفل الآخر لم يجز لانه لم يكن على هذا الآخر من الدين شئ ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاما منه بطريق التبرع ثم هو التزام الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الاول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزما أداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبة أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ما عليه الى مولاه أو توكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبد له فكفل به لم يجز لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه اذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس بملتزم ماليس عليه بطريق التبرع وان كفل به عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما اذا كان حرا فغير مشكل وكذلك ان كان داخلا فى كتابته لان من دخل فى كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بادائه يعتق كما يعتق المكاتب وان كان فى الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب فكفالة أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وان كان المولى واحدا واذا مات مولى المكاتب وكفل رجل بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لانهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح كفالة هذا الرجل للمورث عنه فى حياته فكذلك لوارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك رقبة المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة * قلنا هو بمنزلة المالك على معنى انه اذا عجز كان مملوكا له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين فى حق الاصيل حتى انه يسقط عنه اذا عجز نفسه وفى هذا لافرق بين المولى وبين وارثه بعدموته ولو كان للمكاتب دين على بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب على مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته واذا ادان العبد التاجر لمولاه دينا ولا دين عليه وأخذمنه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين على مولاه اذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك مافى ذمته سقط ذلك عنه وان كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا فى ذمة المولى كما يتحقق واجبا فى ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس فى ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن على العبد دين لخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا واذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح التزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه فى خصومة شئ يدعيه قبله وكيلا فى خصومته فهو جائز اذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكيله به وان لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك على وكيله لان العبد اذا لم يكن عليه دين لحقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده فى ان يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ماعليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذى قلنا فان مات المولى وعلى العبد دين فللعبد أن يستوفى المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل فى تركة المولى لانه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبده فى التجارة فاستهلك الصبي شيأ لعبده وعليه دين فضمان ذلك واجب عليه كما لو استهلكه على غريم العبد فاذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الاب أو الوصى كان ذلك جائزا لانه دين مستحق عليه يؤمر الاب والوصى بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به واذا كان بأمر الاب أو الوصى رجع الكفيل عليه اذا أداه واذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى اذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فاذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذى

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدى دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لان الاصل أن العبد المديون اذا ادى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالاداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذى له على مولاه فاذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقى الكفيل على كفالته وان أداه من مال كان له فى الرق برىء الكفيل من الكفالة لانه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى فى كسبه فصارما فى ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما اذا أدى دينه فى حال الرق فان ما فى ذمة المولى يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لان المولى في كسب مكاتبه أنفذ منه في كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه اذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه وضمن ماذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيلا فى خصومته وهذا بخلاف كفالة المولى عن المكاتب لان دين المولى علي مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فاما دين المكاتب على مولاه فقوى فان المولى لا يملك اسقاطه الا بالاداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لان من دخل فى كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة المكاتب وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه * فان قيل المعنى الذى لاجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لانه ضعيف يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد فى السعاية فانه لا يملك اسقاطه بالتعجيز اذ ليس له ان يعجز نفسه فينبغى ان تصح الكفالة * قلنا بل المعنى أن المكاتب عبد ولا يقوى دين المولى فى ذمته لانه ليس للعبد ذمة قوية فى حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده بمنزلة المكاتب لان الرق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق السعاية وكذلك العتق عند الموت اذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة بدل الكتابة على معنى أنه لا يعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف ما اذا أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لانه عتق هناك بنفس القبول فكان المال دينا قويا فى ذمته كسائر الديون والمستسعى لا يعتق الا بالأداء فلا يكون

المال لازما فى ذمته بصفة القوة وهذا لان العتق فى الأصل صلة و كل مال يحصل بأدائه العتق أو يتم بادائه العتق يكون فى معنى الصلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به واذا كان العبد التاجر بين رجلين فادانه أحدهما دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير انه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لانه انما يجب على الكفيل بالكفالة ماهو واجب على الاصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وانما ثبت بحصة نصيب الآخر وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي ادان أحد موليبه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ ان كان على العبد دين لان جميع الدين هنا ثابت للعبد على المولى الذى له النصف لانه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه وان لم يكن عليه دين ثبت نصف الدين عليه وهو نصيب المولي الآخر فاما نصيبه من كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنه للعبد بالنصف هنا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو ادان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز غير انه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملكه وما سقط عن الاصيل سقط عن الكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فادان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو جائز لان شريكي العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الاجانب فكان جميع دينه مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو ان المولبين جميعا أدانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفى صفقة واحدة فأخذا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير انه يبطل منه مقدار حصته لانه لا يستوجب الدين على ملكه وبقدر ما يبطل عن الاصيل يبطل عن الكفيل ولو أن العبد أدان موليبه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير انه يبطل من كل واحد منهما نصف الدين لان نصف كسب العبد خالص كل واحد منهما اذا لم يكن على العبد دين ولو كان للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليبه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله ان كان عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الأجانب وان لم يكن عليه دين أخذ بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذى كفل ولا يجب له بالكفالة على نفسه فلهذا كان له عليه الكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان كان على العبد دين فهو جائز لانه ان كفل به أحدهما جاز فكذلك اذا كفلا

به لانهما كسائر الاجانب فى كسبه وأيهما أدى اليه المال رجع على صاحبه بنصفه ليستويا فى غرم الكفالة كما استويا فى أصل الكفالة وان لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا الدين لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما نصف هذا الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما انما يضمن بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك اذ يكون كفيلا بنفسه وذلك باطل ولو كفل ماجازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمى عن الذمى جاز لان الكفالة من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين فى المعاملات ولو كفل الذمى عن الذمى للذمى بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم فان أسلم الطالب سقطت الخمر عن الاصيل والكفيل جميعا لا الى بدل لانه لا يستوجب الخمر ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يبقى ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له كمبرئ الاصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل على كفالته وهى رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر عليه للذمى ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمى أو استقرض من ذمى خمرا فاتلفها كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمى وقد جعلنا الطالب باسلامه كالمبرئ والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرئ لانه لا يبرئ نفسه وان لم يبرأ الاصيل لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الاصيل بقيمة الخمر وان شاء رجع على الكفيل بالخمر ثم الكفيل يرجع على الاصيل بقيمة الخمر ان كان كفل بأمره ووجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان الخمر التى هى بدل القرض اذا سقطت بالاسلام تسقط لا الى بدل كما اذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى القيمة لكان به مملكا من المطلوب الخمر التى فى ذمته ولا يجوز تمليك الخمر من المسلم ببدل فتسقط أصلا لان حق اسقاط البدل متى كان متعلقا بشرط تمليك المبدل فاذا امتنع ذلك يسقط أصلا كمن هشم قلب فضة لانسان فلصاحب القلب ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان يملكه المهشوم فاذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا كان المطلوب مسلما وقت الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب فى ذمته ابتداء وانما تجب القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبرا أو أتلفه يضمن قيمته من غير ان يملك المدبر به فاذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا الى بدل برئ الكفيل لان ابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا الى بدل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر لانه مطلوب وان شاء رجع على الاصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الأصيل بشئ لانه مطالب فى حق الاصيل واسلام الطالب يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلموا جميعا يسقط الخمر لا الى بدل لان فى اسلامهم اسلام الطالب وزيادة وكذلك ان اسلم الطالب والكفيل أو الطالب والاصيل فان أسلم الكفيل والاصيل سقطت الخمر لا الى بدل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتحول الى القيمة عند محمد رحمه الله فاذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الاصيل لانه طالب فى حقه ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا الى بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا الى بدل من الكفيل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة لان ما فى ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو كانت الخمر سلما والمسئلة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا الى بدل لانفساخ العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم اليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لانه لايجوز ان يتحول حق رب السلم الى القيمة دينا فى ذمته فان الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لايجوز ولو كانت الخمر صداقا والمسئلة بحالها فنقول أما بيان قول أبى حنيفة رحمه الله فى الصداق اما ان يكون خمرا أو خنزيرا بعينه أو بغير عينه فان كان بعينه وقد كفل به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه فى يد الزوج والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة كالمغصوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعا فبقى حقها فى العين كما بيناه فى كتاب النكاح فيكون لها ان تأخذ العين من الزوج وان شاءت طالبت الكفيل بالتسليم لان الزوج لما بقى بالتسليم بعد اسلامه يبقى الكفيل مطالبا به أيضا وان كان بغير عينه فان كان خمرا وأسلمت المرأة فحقها فى ذمة الزوج فى قيمة الخمر ويبرأ الكفيل من

الكفالة لانها طالبته وما فى ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فانه غير واجب بالنكاح بل انما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا الى بدل فأما فى ذمة الزوج فصداق واسلامها يحول الحق الى قيمة الخمر فى صداق بغير عينه عند أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج فحقها عليه فى قيمة الخمر وان شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الاصيل ما برئ باسلامه بل تحول الى القيمة فى حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لانه بمنزلة المقرض من الاصيل وعند أبى حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا الى بدل وان أسلم الكفيل فانها ترجع على الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان مافى ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر لا الى بدل وان كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم الكفيل سقط عنه الخنزير لا الى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول أبى يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله فى الخنزير بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب فى الفصول كلها كجواب أبى حنيفة رحمه الله فى الخمر بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما اذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد رحمه الله يرجع الكفيل على لزوج بقيمة الخمر لانه مطلوب فى حقه واسلام المطلوب عند محمد رحمه الله يسقط الخمر الى القيمة (والثانى) فيما اذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمر وان شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل مطلوب فى حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر الى القيمة ولو كفل الذمى بالخمر عن الذمى لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر ايضا عينا مضمونة على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك ان كفل عن مسلم لذمى بخمر لان الخمر لا يكون دينا فى ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب فى ذمة الاصيل باطلة وكذلك لو كفل مسلم لذمى عن ذمى بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشيء من العقود لأحد فكذلك بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم وكفالة الذمى بالخمر للعبد التاجر الذمى

والمكاتب الذى جائزة وان كان مولاهما مسلما لانهما يتصرفان لانفسهما والمعتبر فى التصرف فى الخمر فى حقهما دينهما لادين مولاهما فان كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا حربيين واذا كاتب الذى عبدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر فأسلم احدهما صارت كلهـا قيمة لان جواز العقد كان باعتبار انهما فى هـذا العقد كشخص واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فاذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما فى حكم التحول من الخمر الى القيمة كاسلامهما * توضيحه انه لايعتق واحد منهما الا اذا أدى جميع البدل الى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة وبقى نصيب النصرانى منهما خمرا لتميز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما باداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعـد اسلام أحدهما لايصح فيتحول الكل الى القيمة وكذلك اذا كان عبد واحد مكاتب لذميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه لايتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما الى القيمة فيتحول نصيب الآخر أيضاً ضرورة ولو كاتب النصرانى عبدا مسلما وعبـدا نصرانياً على خمر وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لانهما كشخص واحد فى هذا العقد وقد بطل نصيب المسلم فكذلك النصرانى اذ لو جوزنا العقد فى نصيب النصرانى لايبقى جعل المسلم كفيلا به والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير فى ذمته دينا بالعقد فكذلك لايلتزم تسليم عينى الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما عليه من ضمان الخنزير ولم يجز فى الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل المسلم انما يلتزم الخمر فى ذمته بالكفالة وذلك لايجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم فصح التزام ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه فى الخمر أيضا بعد هلاكها لان خمر الذمى مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فاذا كانت الكفالة تكون بالقيمة بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هى دين على الاصيل بالكفالة وذلك صحيح

باب الكفالة بالمال

(قال رحمه الله) وفيه حديث أبى امامة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع من العارية ولكن فيها معنى العطية فان من أعار غيره شاة او ناقة ليشرب لبنها يسمي ذلك منحة ولهذا قلنا ان من منح غيره شيئا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة لاعارية والاعارة فى مثله تكون قرضا وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المدين بقوله والدين مقضى ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أى ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فقال له رجل اذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو علي أو قال ان حل فهو على فهو جائز على ماقال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام المطالبة فيجوز اضافتها الى وقت توجد المطالبة به على الاصيل وتعليقها به وكذلك لو قال ان مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو علي لان موت المديون سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما اذا علقه بموت رجل آخر واذا ادعى الكفيل بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاه قبل ذلك لم يصدق لان السبب الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعى مانعا مالم يظهر وهو قضاء المطلوب حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك اذا ادعاه الكفيل ولو كان حالا فقال ان لم يعطك فلان مالك فهو علي فتقاضي الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة تقاضاه فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وانما يتحقق بعد ذلك التقاضى فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضى عن الطالب فانه يتأدى بذلك وانما يحصل ذلك اذا صار الكفيل ملتزما عند امتناع المطلوب بعد التقاضى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قضى بكفالة وقال ان الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقا لكن لا يكون مستحق التسليم حتى يتحقق ان الكفيل غارم له واذا كفل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به أيهما شاء وبمطالبة احدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الاصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب في الصكوك لفلان علي فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب فى المطالبة وانما يتحقق ذلك اذا توجهت المطالبة له عليهما فلاتكون مطالبة احدهما مسقطة حقه فى مطالبته الآخر فاذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما يعامل وليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه لانه قبل الأداء مقرض للذمة فلا يرجع بالمال حتى يؤديه فحينئذ يصير به متملكا ما فى ذمة الأصيل ولكن ان قضاه الاصيل فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الاصيل وان كان حق الاستيفاء متأخرا الى أدائه وتعجل الدين المؤجل صحيح فاذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان ماربح حلالا له لانه ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا لانه قبضه على وجه اقتضاء الدين الذى له على الاصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على المقتضى ولو اقتضاه الطالب من الذى عليه وهو الاصيل فله أن يرجع على الكفيل بما اعطاه لانه انما اعطاه ذلك ليسلم له به ما فى ذمته بأن يؤديه الكفيل عنه فاذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه بما أعطاه ولو لم يكن دفعه الى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولى بها الى فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤتمنا في ذلك لانه استعمله حين بعث بالمال على يده الى الطالب ولو استعمل فى ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك اذا استعمل الكفيل حتى اذا أداه المطلوب الى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشيء وان أدى الكفيل الى الطالب رجع به علي الاصيل فهلاك الامانة فى يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولكنه عمل به وربح أو وضع كانت الوضيعة عليه لانه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الاصيل مع الكفيل الى الطالب فتصرف فيه الكفيل فربح فهذا والاول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فان أبا حنيفة رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب الى وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لانه استربح على ملك صحيح له وان قضي المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذى أعطاه فالربح يطيب للكفيل فى رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبأن وجب عليه الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفى الجامع الصغير يقول يرد الاصل والربح على الاصيل عند أبى حنيفة رحمه الله لانه انما رضي بتسليمه اليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن مراده ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه فى الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لانه يمكن فيه نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطى فيؤمر بالتصدق به على سبيل الفتوى بخلاف ماتقدم من الدراهم فانها لاتتعين فى العقد فلم يكن ربحه حاصلا على عين المال المقبوض فاما الطعام يتعين فانما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من هذا الوجه واذا قال الرجل للرجل اكفل عني لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أولم يكفل لانه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل اما ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الاصيل أو يقرض ذمته على ان يثبت فيها ماهو واجب فى ذمة الاصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص فكأنه قال لفلان على الف درهم فاكفل بها عنى واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى أجل فتكفل بها عنه رجل ولم يسمه فى الكفالة الى أجل فالكفيل بها ضامن للاصيل وان لم يسمه لانه يلتزم المطالبة التى هى على الأصيل والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل فكذلك على الكفيل أو يلتزم فى ذمته ماهو ثابت في ذمة الأصيل والثابت فى ذمة الأصيل مؤجل الى سنة فكذلك لو كان فى ذمة الأصيل زيوف تثبت فى ذمة الكفيل بتلك الصفة وهذا بخلاف الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة والثمن مؤجل على المشترى لا يثبت الأجل فى حق الشفيع لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن به على الشفيع فلا يثبت الأجل فيه الا بالشرط فأما الكفالة فليست بسبب لوجوب المال بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل الأجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته لانه بالموت استغنى عن الأجل ولانه يتصور لابقاء الاجل بعد موته لان يدوارثه لا تنبسط فى التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل كان لمنفعة من عليه الدين فاذا أدى الى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذى عليه الأصيل حتى يحل الأجل لان الأجل باق فى حق الاصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الاصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن الاجل ولم يحل علي الكفيل لبقاء حاجته الى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل

سقوط الأجل فى حق الكفيل (ألا ترى) انه لو كان أصل المال حالا ثم اجل الكفيل فيما عليه صح وبقى المال على الاصيل حالا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولو كان لرجل على رجل الف درهم حالة فكفل بها رجل الى سنة فهو جائز الى ذلك الأجل وهذا تأخير عن الذى عليه الأصل قال (ألا ترى) انه لو كان عليه ذكر حق بالف درهم وفلان كفيل بها الى سنة كانت عليهما جميعا الى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الأصيل حال لانه اجل الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الأصيل ولكنا نقول انما أجل الطالب هنا أصل الدين لان الهاء فى قوله فكفل بها الى سنة كناية عن اصل المال واضافة التأجيل الى أصل المال يثبت الأجل فى حق الأصيل والكفيل جميعا حتى لو اجل الكفيل بما التزم بالكفالة يبقى المال حالا على الأصيل وهكذا يقول فى الابراء اذا اضافه الى أصل المال يكون ابراء لهما واذا اضافه الي الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الاصيل واذا كفل له بألف درهم لفلان على أن يعطيها اياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لانه قبل الالتزام بمحل مخصوص وهو ان يؤديه بما فى يده وذلك صحيح فى الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق فى حقه بين التزام اداء الوديعة الي صاحبها أو غريم صاحبها بأمر صاحبها فاذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذى التزم فيه التسليم للطالب وقد بينا ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل الف درهم وديعة وعلى رب الوديعة ألف درهم دين وطلب من الذى عنده الوديعة التزام أداء ذمته بمحل مخصوص وهو تقييد مفيد فى حقه حتى لا يكون ضامنا فى ذمته شيئا بعد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب الوديعة ان يأخذها من الكفيل لا عن حق الغريم وقد تعلق بها ولانه التزم أداء دينه منها بأمره ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها فى يده فاذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول قوله فى انها هلكت لانه بقى أمينا فى العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون مقبول القول فى هلاكها وان اغتصبها اياه رب الوديعة أو اغتصبها اياه انسان آخر فاستهلكها برئ الكفيل لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين مابقيت فى يده فانه ما التزم في ذمته شيئا فاذا لم تبق العين فى يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على ان يعطيها اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن عليه ضمان لانه التزم الاداء من محل مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده مالم يبع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلهذا لا يطالب بشيء مالم يبع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجعل باطل هكذا روى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لانه رشوة والرشوة حرام فان الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن الضمان جائز اذا لم يشترط الجعل فيه وان كان الجعل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان الكفيل ملتزم والالتزام لايكون الا برضاه (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه شيء فاذا شرط الجعل فى الكفالة فهو مارضى بالالتزام اذا لم يسلم له الجعل واذا لم يشترطه فى الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر تصرفاتها فانها لا تقتل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسبيت بطلت الكفالة بالنفس دون المال لانها لما لحقت وسبيت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هي بمنزلة أمة كفلت بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول الى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق فكأنها كفلت ابتداء وهى أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاها وأما الكفالة بالمال فقد تحولت الى ما خلفت من المال وكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الاول أصح لما ذكر بعد هذا قال وان اعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد أبطل السبي كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهى أمة كانت تؤخذ بذلك بعد العتق فعرفنا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة والرقية تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال الى مال ولا يعود شيء من ذلك اليها بعد العتق ولو كفل مسلم بنفس مرتد فى دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق كان الكفيل على كفالته وقد بينا هذا الفصل بفروعه فى أول الكتاب فان كانت امرأة فسبيت بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لانها حين سبيت فقد سقطت عنها المطالبة بالحضور فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار * توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق فكأنها ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين فاذا اداه رجع به فيما تركت فى دار الاسلام لانه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر ديونها فان

لم يكن شئ تركت وأدى الكفيل ذلك ثم ان عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشئ لان السبي أبطل عنها كل دين فان نفس المسبي تتبدل بالاسترقاق من صفة المالكية الى المملوكية والدين لا يجب على المملوك الا شاغلا لماليته وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشئ سوى الذمة وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلهذا سقط عنها وكذلك الذمى والذمية اذا انقضى العهد ولحقا بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا بطلت الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا فى المرتدة ولا تجوز كفالة المرتد عن الذمى بالخمر والخنزير لان حكم الاسلام باق فى حق المرتد فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمر فكذلك كفالة المرتد وعلى هذا لو استهلك المرتد خمر الذمى كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان كفل بها عنه مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لانهم يخلفونه فى حقوقه بعد لحاقه كما يخلفونه فى املاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان قائما من حقوقه يعود اليه اذا رجع ثانيا بمنزلة ماهو قائم من املاكه وان كان ورثته قد استوفوا بقضاء القاضى فالكفيل من ذلك برىء بمنزلة ماهلك من ماله وهذا لان الاداء الى وارثه بقضاء القاضى بمنزلة الاداء اليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو نفس جائزة لانه من المعاملات وانما دخل دارنا بامان ليعاملنا فى المعاملات يستوى بنا فان لحق بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لانه باللحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة بعد ان كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا فى المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان نفسه قد تبدلت بالاسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته فى ذلك بخلاف المرتدة على ما بينا فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالاسر كما فى المرتدة وبالمال كذلك هنا لان فى المرتدة المال يتحول الى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلهذا بطلت الكفالة بالمال أيضا ومكاتب الحربى اذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعبده بمنزلة عبيد أهل الذمة ومكاتبهم في جميع ذلك لان فى المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة أهل الذمة فكذلك عبيدهم ومكاتبوهم والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الاصل بجميع المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم عن الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما التزمه وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوبا بما التزمه الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على الاصيل بالمال كله ان شاء لانه أدى ماتحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكيه فان الكفالة بثلثي المال لانهم فى حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا فى الغرم وان شاء أخذ أحدهما بالنصف لانه اذا لقى أحدهما قال له أنا وأنت فى غرم الكفالة سواء لانا جميعا كفيلان عن الاصيل وعن الثالث أيضا فهات نصف ما أديت لنستوى فى الغرم ثم اذا رجع عليه بالنصف رجعا على الثالث اذا لقياه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوى هو بهما فى عدم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بالمال كله لانهم كفلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدى ان يرجع على كل واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل فى ثلث المال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منهما فى ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا الثلث لتحقق المساواة بينهما فى الغرم ثم يرجعان على الثالث اذا لقياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين وفى الكتاب ذكر عن عبدالله بن الجلاب انه باع قوما غنما على ان يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أملاهم فخذه حتى تستوفى منه حقك وانما أوردنا هذا لنبين انه يجوز ان يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الاصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق فى هذا الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر فى الحديث ويين ان يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وان كان قال مليئهم على معدمهم أو حيهم على ميتهم فليس هذا بشيء ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لان هذه كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدرى من يفلس منهم ليكون الملئ كفيلا عنه ولا من يموت منهم ليكون الحى كفيلا عنه فان حرف على فى هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون أى عن الناس وكفالة المجهول باطلة واذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ أى اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمائة وخمسين درهما أما أخذه اثنين منهم بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع المال عن الآخر فاى اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما اذا أخذ الواحد منهم ففى ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباقى وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل لان الشرط فى الكفالة كان هكذا وانما يكون هو مطالبا بالكل اذا التزم الكل بالكفالة فاما اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا المقدار فاذا أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على أحد بشيء منه وفى النصف الآخر وهو ثلثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم فان شاء رجع عليهم جميعا وان لقى أحدهم رجع عليه بمائتى درهم لان ثلث هذه الثلثمائة وهو مائة اداها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذى لقيه كفيلان عن الآخرين بهما فيرجع عليه بمائة أخرى ليستويا فى غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقيا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما ليستووا فى غرم المائتين أولان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقى مائة أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلاثين درهما وثلث درهم لانهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلثها ولو كان أدى

النصف ولقى أحدهم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقين فانه يأخذ منه خمسة وسبعين درهما لانه يقول له انما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع فانما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي اديته عن الرابع انت معي فيه في الكفالة بذلك على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي الاول الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لانه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع مائة فارجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لانى أديتها عنك وأما الخمسون التى أديتها عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثاني وهو خمسة وعشرون فرجوعنا بذلك عليه بقى خمسة وعشرون فارجع عليك بنصف ذلك وهو اثناعشر ونصف لنستوى في غرم الكفالة عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه باثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما الاوسط رجعا عليه بثمانية وثلث بينهما نصفين ليستووا في الغرم في حق الخمسين التى كفلوا بها عن الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لانهم في الحاصل كفلاء عنه بالمائة وقد أدوا فيأخذون ذلك منه ويقتسمونه أثلاثا لان حاصل ماغرم كل واحد منهم عنه بعد هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض الخمسة والسبعين فانه يأخذ منه نصفها لانا كنا قد التقينا مرة واستوينا في غرم الكفالة وقد بلغني انه وصل اليه شئ من الثالث فلا بد من ان يعطيني نصف ذلك لنستوى في الغنم كما استوينا في الغرم فاذا أخذ منه نصفها ثم لقيا الذي أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية وخمسين وثلث بينهما نصفان لانا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة وستين وثلثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا والآن قد استوفينا منه مرة خمسة وسبعين فيرجعان بما بقى الى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانية وخمسون وثلث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم اذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة وثلاثين وثلث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون لما فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكيه بثلث ماأدى لانه في مقدار الثلث مؤد عن نفسه وفي الثلثين هو مؤد عن شريكيه بكفالته عنهما بأمرهما فيرجع بذلك عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلث لادائه مايحمله عنه وبنصف الثلث الآخر أيضا لانهما يستويان في الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا في غرم الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه اذا لقيه أن يأخذ منه نصف ذلك بالمعنى الذى قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا فى غرم الكفالة عن الثالث فينبغى ان يستويا فى الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه بنصفه ليستويا فى الغنم أو لتبقى المساواة بينهما فى الغرم كما هو موجب الكفالة واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجل ثم ان آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة عن الاصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشيء لانه ما كفل عنه بشيء وانما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه ان كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشيء وان لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه بالنصف لانهما بالعقد الثانى جعلا أنفسهما فى غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل بالمال عن الاصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فاذا ثبتت المساواة بينهما فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم أيضا وذلك فى أن يرجع على الآخر بنصف ما أدى ثم يرجعان علي الأصيل بجميع المال واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم ان الطالب أخذ الكفيل بها فاعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر الى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لانه ما تحمل بها عن الأصيل ولا أمره الاصيل بهذه الكفالة وثبوت حق الرجوع للكفيل عند الاداء بسبب الاصيل بالكفالة فانما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الاول ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل لان اداء كفيله بأمره بمنزلة ادائه بنفسه ولانه قد أسقط عن الاصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه الى الكفيل الآخر فكأنه أسقط ذلك بأدائه الى الطالب وان كان كفل عن الذى عليه الأصل رجلان ولم يقل كل واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لانهما التزما المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشتريين أو المقرين لرجل عليهما بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشيء لانه ما التزم عن صاحبه شيئا انما التزم عن الاصيل فيكون رجوعه عليه ان كان كفل عنه بأمره فان لم يؤديا شيئا حتى قالا للطالب

أينا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان هذه الزيادة الحقتها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الكفالة الاولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان اداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقى الطالب أحدهما فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الاصيل ولو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار الى المكتوب فى ذكر الحق بمنزلة تصريحهما بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذى عليه الاصل بجميع المال ان شاء وان شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الاصيل بجميع المال لان اقرار كل واحد منهم بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما فى الكفالة بهذا الطريق واذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن اربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله أن يأخذ أى أربعة شاء بالمال كله لانهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذوا واحدا منهم رجع بثمانمائة وخمسة وعشرين لانه فى المائة أصيل وفى الباقى وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن الباقين فحظه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لانهما فى المائتين أصيلان وفى الباقى وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلان عن الباقين فحظهما النصف وهو أربعمائة وان أخذ ثلاثة منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أمامقدار ثلثمائة بحكم الاصالة فان كل واحد منهما أصيل فى مائة والباقى وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن الباقين فعليهم ثلاثة ارباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى ربع الالف فان مائة منها حصته لانه أصيل فيها والاصيل فيما يؤدى عن نفسه لا يرجع على أحد وفى مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان لقيهم جميعا رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقى أحدهم رجع أحدهم بستة عشر وثلثين لانه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقى والباقى مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا فى غرم الكفالة

فانهما مستويان فى الكفالة عن الباقين فينبغى أن يستويا فى الغرم بسببه أيضا فاذا أدى ذلك اليه ثم لقي الآخر منهما أحد الباقين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لانه مع الأول قد أديا عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف لانه مع هذا الذى لقيه مستويان فى الكفالة فينبغى أن يستويا فى الغرم عن السبعة الباقين وهذا قدأدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الأول الاوسط بعد ماقبض هذا رجع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما حين التقيا استويا فى غرم الكفالة ثم وصل الى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا فى الغنم أيضا فان لقيا الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع حصته من ذلك التسع لانهما تحملاه عنه وتسعان وثلث للمساواة فى غرم الكفالة لانهم مع آخر كفلاء عن الباقين فينبغى أن يستويا فى غرم الكفالة (ألا ترى) انهما لو لقيا الثالث معا كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثلث تسع فكذلك اذا أخذ أحدهما منه بعض ذلك ثم لقياه رجعا عليه بذلك واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لانه في قدر ثلث المال أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء اذا كان المؤدى بقدر الثلث أودونه وان قال انما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما هو أصيل المال ثابت فى ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما فى ذمته غيره من المال والمؤدى ماله فيكون ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر فانه اذا جعل المؤدى من غيره احتاج الى الرجوع واذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد ولانه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما ان يقولا أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فلهذا جعلناه الى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا كاتب عبيدا له على ألف درهم على ان كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يعتق اذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى ما رضى بعتق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال اليه ففى جعله عن نفسه يعتبر شرط مذكور فى العقد نصا وذلك لا يجوز فلهذا جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما اذا كان المال على واحد فكفل به ثلاثة على ان بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع على صاحبيه بثلث ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ماأدى لان هناك أصل المال على غيرهم وهم يلتزمون له بالكفالة فكان حالهم فى ذلك على السواء ولو رجع على شريكيه بثلثى ماأدى لم يؤد ذلك الى الدور لانهما لا يرجعان فى ذلك عليه بشيء من ذلك بخلاف مانحن فيه على ماقدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لانه فى الزيادة على الثلث مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا عليه بشيء لفراغ ذمته عما عليه بأدائه وان أراد ان يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لان المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما فان لقى أحدهما أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لانه أدى عنه ذلك وبنصف ماأدى عن الآخر أيضا لانه مع هذا الذى لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغى ان يستويا فى غرم الكفالة وذلك فى ان يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة صاحبي الكفيل معى لم يكن على ماقال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان بهذا اللفظ يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للاصيل عن صاحبه فاذا جعل المؤدى مماأدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى الى الدور ولكن الوجه فيه انهما لما استويا فى الغرم وذلك في ان يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء على الاصيل بجميعها واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم أحدهما فاعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله أن يرجع بها على الذى أمره بالكفالة خاصة لان الذى أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له باداء ما التزم وثبوت حق الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذي لم يأمره بالكفالة لم يستقرض منه شيئا ففى حقه يجعل كانه لم يأمره أحد بالكفالة فلهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن اذا رجع على الذي أمره بالكفالة فاخذها منه كان للامر ان يرجع على صاحبه بالنصف لانه صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذى قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو فى النصف كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الاداء كما لو كان أدى بنفسه الى الطالب وان كانا طلبا اليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه ان بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما رجع على كل واحد منهما بالنصف لانه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان كفيلا عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الاضافة الى اثنين وعند الأداء انما يرجع كل واحد منهما بما كفل عنه ولان كل واحد منهما فى النصف أصيل وكفالته عنه انما تكون فيما هو أصيل فيه ولو كان فى الشرط حين كفلوا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر الالف فان شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى اذا لقيهما وان شاء رجع على أحدهما اذا لقيه بثلاثة ارباع ما أدى أما النصف فلأنه كفل به عن هذا الذى لقيه وأداه فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلأن المؤدي مع الذى لقيه كفيلان به عن الآخر اذ هو موجب الشرط المذكور فى قوله على ان بعضهم كفلاء عن البعض فينبغى أن يستويا فى الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك فى أن يرجع بنصف ذلك ثم اذا لقيا الثالث رجعا عليه بنصف المال لانهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله أن يرجع على أيهما شاء بالالف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الاداء كان حق البيان اليه يجعل اداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير مالو كان لرجل على رجل الف درهم في صك وبه رهن وألف فى صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك اذا أدى الكفيل هنا (ألا ترى) أنه بعد كفالته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثانى ولكن يثبت في حق الثانى ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فان لم يؤد شيئا حتى لزمهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه بثلاثة ارباع المال لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض ما كان قبلها لان التى كانت قبلها في عقدين مختلفين والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثانى عقد واحد وكل واحد منهم فيه كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثانى يكون نقضا منهم لما كان قبله وتمام ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة مالو باعه شيئا بالف درهم ثم جدد بيعا بالفين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثانى فاذا ثبت هذا صارت هـذه المسئلة بحالها والمسئلة الاولى سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ماأدى لكفالته عنه وبنصف النصف الآخر لانهما مستويان فى الكفالة عن الثالث بهذا النصف واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان على ان بعضهم كفيل عن بعض ثم ان الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه كفيلا بالمال ثم لزم الآخر فاعطاه هذا أيضا كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فانه يرجع به على أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الاصيلين وهنا كل واحد من الكفيلين مطالب بجميع المال وقد بينا ان هنالك لتفرق العقد في كفالته عنهما له أن يرجع على أيهما شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الاصيل بشئ لانه ما أمره بالكفالة عنه ولا يقال أصل المال على الاصيل حتى لو برئ هو برئ الكفيل الآخر وهذا لان الرجوع عليه عند الاداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره اياه بالكفالة فاذا لم يأمره بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشئ ولو لم يؤد شيئا حتى أخذ الطالب الكفلاء بجمل بعضهم كفيلا عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحد الكفيلين بثلاثة أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الاولى فيكون الحكم لهذه فان قيل هذه الكفالة ينبغى لاحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ماأدي لان واحدا من الثلاثة ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة مالو كفل ثلاثة نفر عن الاصيل على ان بعضهم كفلاء عن بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلا عن الاصيل مع الاولين بمنزلة مالو كفلوا عنه فى الابتداء ولم يصر كذلك هنا بل بقي كفيلا عن الاولين وانما انتقض حكم الكفالة الاولى فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لانه قبل هذا كان كفيلا عن واحد منهما بجميع المال وحده والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه فى الكفالة عن الآخر بالنصف سواء فلهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ما أدى ولو لم يؤد حتى لقى الكفلاء الثلاثة والذي عليه الاصل فجمل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر المال فانه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقى أحدهما رجع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة انتقض ما كان قبلها فى حق الكل وقد صار الكفيل الاول والآخر كفيلين عن الاصيل بهذه الكفالة كالاولين فكان هذا بمنزلة مالو كفل عنه ثلاثة فى الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن بعض فهناك اذا أدى أحدهم رجع على صاحبيه بثلثى ماأدى وان لقى أحدهما رجع عليه بنصف

ماأدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الاولين رجع على كل واحد منهما بالثلث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الاولين والآخر فى هذه الكفالة التى هى ثابتة بينهم الآن سواء وانما كان الاختلاف بينهم فى الكفالة المتقدمة وتلك قد انتقضت واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الالف فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقى أحدهم فأخذ منه نصف ماأدى ثم ان الاول لقى الذى لم يؤد شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فانهما يؤديان الى الاوسط مائة وستة وستين وثلثين لانهم فى غرم الكفالة سواء فينبغى ان يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الالف والاوسط قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الالف ولم يتبين كيفية ادائهما هذا المقدار وهو الالف وانما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للاول فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف والاول قد أوصل اليه سبعمائة وخمسين فيدفع الى الاوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد اليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الالف فاذا فعلوا ذلك رجعوا جميعا على الاصيل بالالف بينهم أثلاثا واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها رجل ثم ان الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم ان الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الكفيل الاول أدى المال فانه يرجع على الكفيل الآخر بنصف المال لان الكفالة الاخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الاولى الاخير كفيل عن الكفيل الأول دون الأصيل وهو فى الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الاصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الاولى ان الكفيل الاول لايكون كفيلا عن الآخر وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل الاول يصير كفيلا عن الاخير واذا انتقضت الكفالة الاولى كان الحكم للاخيرة وهما فيها مستويان فى الكفالة عن الاصيل فيرجع المؤدى على صاحبه بنصف ماأدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل على رجلين الف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم اعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ الآخر فاعطاه أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الالف رجع بها على أيهما شاء لانه كفل كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وان لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم ان الكفيل أدى الالف فانه يرجع على أيهما شاء بثلاثة

ارباع الالف لان هذه الكفالة الاخيرة تنقض الكفالة الاولي وفى هذه الكفالة الاخيرة الكفيل يصير متحملا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر فى الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلهذا رجع عند الاداء على أحدهما بثلاثة أرباع الالف فان لقي الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذى أدى الثلاثة الارباع ان يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لانهما قد كانا استويا فى غرم الكفالة مع الآخر فينبغى ان يستويا فى الغنم وهو المأخوذ من الباقى وانما تتحقق المساواة فى ان يؤدي اليه نصف ذلك ولو لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الاولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين لانه فى نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به علي أحد وفى النصف الآخر هو مع الكفيل فى الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا فى غرم الكفالة فان لقي الاول صاحبه الذي كان معه فى الالف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا فى الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الاول بمائتين وخمسين اخرى ويقتسمان ذلك نصفين واذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فانه يجوز على الحر وحده النصف لانهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة فى حال الرق كما لو تفرد بها فتبقي كفالته فى نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغى ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال لانا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما حتى يطالبان بذلك بعد العتق وانما لا يصح فى حق المولي فلهذا كان على الحر نصف المال وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان الذى عليه الاصل فما أدى الى واحد منهما شركه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط حق المولى والمانع من كفالته قيام حق المولى فى ماليته فاذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة الكفالة من حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو ان ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة أكرار حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون فى ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ منه خمسمائة درهم ثم لقى آخر فأخذ منه خمسة اكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقى الكفيلان المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذى أدى

خمسمائة يرجع على صاحبيه بثلثيها لانهم فى الكفالة بالالاف مستوون فينبغي ان يستووا فى الغرم بسببها وذلك فى أن يرجع بثلثى ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة وستة وستين وثلثين وللذى أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلثى الطعام لهذا المعنى أيضا ولا يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما وصفتهما لا عند الاختلاف ولو التقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة وكذلك لو التقوا جميعا كان لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا فى الغرم ثم يتبعان جميعا الذى لم يؤد شيئا بثلث ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذى حصل عليه يوم يلقاه ليستويا فى الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف الفضل بثلث ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما اداء بنصف الفضل للحرف الذى قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في انهما لما استويا فى الكفالة ينبغى أن يستويا فى الغرم بسببها واذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول عنه فجحد ان يكون أمره بالكفالة أو ان يكون لفلان الطالب عليه شئ فأقام الكفيل البينة ان لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداها لفلان الى فلان فان القاضى يقبل ذلك منه ويقضى بالمال على المكفول عنه لانه يدعى لنفسه عليه مالا بسبب وهو لا يتوصل الي اتيان ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال اليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا فى يد انسان انها له اشتراها مع فلان الغائب وأقام البينة علي ذلك فان القاضى يقضى ببينته علي ذلك بهذا الطريق حتى اذا حضر الغائب فجحد ان يكون باعه لم يكلف المدعى اعادة البينة عليه فكذلك هنا اذا حضر المكفول له وجحد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل اعادة البينة وكان الحكم عليه بوصول حقه اليه ماضيا وهذا لان الاسباب مطلوبة لا حكامها فمن يكون خصما فى اثبات الحكم عليه يكون خصما فى اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على الاصيل لا يكون الا بأمره اياه بالكفالة وأدائه الى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه خصما للكفيل فى اثبات الامر عليه يكون خصما فى اثبات الاداء الى الطالب عليه والقضاء بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما

الله أن الرجل اذا غاب عن امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر ان يكون طلقها وأن يكون أمر هذا الرجل بشيء فالقول قوله وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف رحمه الله لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد الوارثين واذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلى قول زفر رحمه الله ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب الكفالة واقراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله اياه بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع الكفيل على الزوج وان شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا ان الكفيل لا يتمكن من الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الاشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم

باب الكفالة على ان المكفول عنه بريء

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على ابراء الذي عليه الاصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء لانهما أتيا بمعنى الحوالة وان لم يصرحا بلفظها والالفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف درهم فيكون بيعا وان لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث ان كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فاذا شرط في الكفالة ان يكون الاصيل بريئا كانت الحوالة وقوله ضمنت والى وعلي بمنزلة قوله كفلت اذا شرط براءة الاصيل في ذلك كله كانت حوالة بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسئلة ولو توى المال على المحتال عليه عاد حق الطالب الى المحيل وللتوى أسباب فمن ذلك ان يجحد المحتال عليه ويحلف على ذلك وليس للطالب بينة لانه يتعذر على الطالب الوصول الى حقه من جهة المحتال عليه على التأبيد وهذا أبلغ أسباب التوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك ان يموت المحتال عليه مفلسا فيتحقق به التوى عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال الى ذمة

المحيل وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال اليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فاذا لم يكن ماوجب فى ذمة المحتال عليه عوضا عما فى ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول اليه مبنيا على حق الرجوع له علي المحيل بل بالحوالة يصير كالقابض من المحيل والمقرض من المحتال عليه لانه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وايجابه علي المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل مافى ذمة المحتال عليه كأنه عين ماكان فى ذمة المحيل تحول من ذلك المحل الى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ من المحل الذى تحول اليه لا يكون سببا لعوده الى المحل الاول بل فواته عن المحل الذى تحول اليه كفواته فى المحل الاول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأبى فيكون حقه فى ذمة المحيل والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود الى المحل الاول بعد ذلك قط كالغاصب الاول مع الثانى اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم توى عليه لم يرجع على الآخر بشئ والمولي اذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى ذلك عليه لم يرجعوا علي المولي بشئ من الضمان * وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا فى المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل لا توى على مال امرئ مسلم والمعنى فيه ان هذه براءة بالنقل فاذا لم يسلم له حقه من المحيل الذى انتقل اليه يعود حقه الى المحل الذى انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئا أو صالح من الدين على عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان فى ذمة المحيل فنقله الى ذمة المحتال عليه بالحق الذى له كما له أن ينقله الى العين بالشراء ثم هناك اذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه فى الدين كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان مافى ذمة المحتال عليه ليس بعوض كما كان فى ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان القبض يكون بالمال لا بالذمة والحوالة التزام فى الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولانه يثبت فى ذمة المحتال عليه على الوجه الذى كان فى ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويبطل عقد الصرف والسلم بافتراق المتعاقدين قبل القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضا ثم مقرضا لا تثبت فيه هذه الاحكام ولا يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة الى ذمة لان الشئ انما يقدر حكما اذا تصور حقيقة وليس فى الذمة شئ يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية خلفا عن الذمة الاولى فى ثبوت الحق فيها كما فى حوالة الفراش المكان الثانى يكون خلفا عن المكان الاول ويكون الثابت فى المكان الثانى عين ما كان في المكان الاول فاذا كان الطريق هذا فنقول انما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق لحقه فيكون رضاه بشرط أن يسلم له فى ماله فى الذمة الثانية فاذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال الى المحل الاول كما كان بمنزلة مالو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذى هو خلف فى يد الغريم فكان مطالبا بتسليمه وهنا المحل الذى هو حق ليس فى يد الغريم فلم يكن هو مطالبا بشئ ولكنه ليس فى يد الطالب أيضا فلم يصر قابضا لحقه ولا يدخل فى ضمانه فلا يكون الثواء عليه وبه فارق الغاصب الاول مع الثانى والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى ولكن صاحب الحق كان مخيرا ابتداء والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم عاد الدين الى ذمة المحيل لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فاذا لم يسلم عاد الحق الى المحل الاول ولا معتبر ببقاء المحل الثانى حقيقة كالعبد المشترى بالدين اذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه كما كان *توضيحه أن الذمة تتعيب بالافلاس أما عندهما حكما فمن حيث ان التفليس والحجر يتحقق من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها ثاويا وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما اذا تعيب المشترى بالدين قبل القبض والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل علي ملئ فليتبع فقد قيد الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأمورا بالاتباع بدون هذا الشرط وأبو حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا ثم عود المال الى المحيل التوى لا يتعذر به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه لغيبه لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للتوى فى الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة فى صلاحيتها للالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما اذا مات المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولانه بالحوالة لم يدخل فى ملك المحتال عليه ولو كان وهو حى يزعم انه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته اذا زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه *توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام وبه يتحقق التوى الا أن يكون هناك مال يخلف الذمة فى ثبوت حق الطالب فيه فالمطلوب يدعى هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل بالمال من غير شرط البراءة ثم ان الطالب ابرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا جميعا لان ابراء الكفيل اسقاط لاصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما ان الكفالة لا تصح الا باعتبار مال واجب فى ذمة الأصيل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن ذمة الاصيل بالابراء وهذا بخلاف مالو كانت الكفالة بشرط الاصل لان ذلك صار عبارة عن الحوالة واللفظ اذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه *توضيح الفرق ان الكفالة بشرط براءة الاصيل لا تكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا الى ذمة الكفيل بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الاصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تنبنى على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الاصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على الكفيل والدليل على الفرق ما أشار اليه . وهو ان الصبي التاجر اذا كان له على رجل مال فضمنه له آخر على ان ابرأ الاول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على ان ابرأ المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لاصل الحق عن الاصيل ما ملك الصبي التاجر فيما له على غيره كابراء الاصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتال عليه التزاما للمال فى ذمته ابتداء ما ملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك فى الصرف ورأس مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الاصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف مااذا ابرأ الاصيل بعد الكفالة فقبله الاصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر ماأقر لك به فلان من شيء فهو علي فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم الكفيل الالف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شئ لان هذا اللفظ وان كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وانما يكون ملتزما لما يقر به بعد العقد بمنزلة قوله مايقر لك كما ان قوله ما ذاب لك فى معنى ما يذوب فهذا قياسه والله أعلم

باب ضمان مابايع به الرجل

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شئ فهو على فهو جائز على ماقال لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب المال على الاصيل وقد بينا ان ذلك صحيح والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة عينها لا تبطل شيئا من العقود وانما الجهالة المفضية الى المنازعة هى التى تؤثر فى العقود وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك مابايعه به معلوم ويستوى أن وقت لذلك وقتا أولم يوقت الا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة فى ذلك الوقت حتى اذا قال مابايعته به اليوم فباعه غدا لايجب على الكفيل شئ من ذلك لان هذا التقييد مفيد فى حق الكفيل ولكن اذا كرر مبايعته فى اليوم فذلك كله على الكفيل لان حرف ما يوجب العموم واذا لم يوقت فذلك على جميع العمر واذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ولايخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم فى كلامه ويستوى ان بايعه بالنقود أو بغير النقود لانه قال مابايعته به من شئ وهو يجمع كل ذلك فان قال الطالب بعته شيئا بألف درهم وقبضه منى فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففى القياس لا يؤخذ الكفيل بشئ حتى تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبى حنيفة رحمه الله انه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشىء عن مبايعته بعد الكفالة وذلك لا يظهر فى حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكرا جميعا يعنى المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شئ فاذا أقر به المطلوب لزمه دون الكفيل لان الثبوت بحسب الحجة فاذا قامت البينة ثبت فى حقهما لان البينة حجة عليهما ولكن استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لان المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعة فى حال يملكان انشاءها فانهما لو أنشآ المبايعة لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاءه يكون مقبول الاقرار فى حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل اذا أقر بالبيع والمطلق قبل انقضاء

العدة اذا أقر بالرجعة * توضيحه انهما ان كانا صادقين فيما أقرا به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال ما لزمه لك من شيء فانا ضامن به لزمه ما أقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شيء فهو علي الى ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال اذا بعته شيئا فهو علي فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة اذا لا تقتضي العموم ولا التكرار وانما تتناول المبايعة مرة فبوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته بيعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الآمر شيء لانه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعته بيعا فانا ضامن لثمنه أو ان بعته بيعا فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمسمائة ضمن الكفيل الاول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة اذا ولو قال ما بايعته من زطي فهو علي فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بمبايعته من الزطي خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ما أقرضته فهو علي فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو علي فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لانه قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالاب والوصي ولو قال ما داينته اليوم من شيء فهو علي لزمه القرض وثمن المبيع لان اسم المداينة يتناول الكل فانه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الآمر بالكتابة والشهود جاء به اسم المداينة وعلم الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل ان يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئا فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرر عن الطالب لانه يقول انما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شيء فهو

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المبايعة وأقام الطالب البينة على أحدهما انه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بالف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والمال الذى يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور أحدهما كحضورهما فلا يكاف إعادة البينة عند حضور الآخر اذا كان القاضى هو الاول لانه عالم بسبب وجوب المال على الذى حضر اذ هو باشر القضاء به على الاول وعلمه يغنى الطالب عن اعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فباعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فانه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهوعلى كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفى حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول الى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة فى حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده فى التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدى من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لوقال كل ما بايعته أو الذى بايعته بخلاف مالو قال اذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الاول خاصة وقد بينا الفرق بينهما فى الحر فكذلك فى العبد ولوقال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم اليه دراهم فى طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لانه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا وكله بثوب يبيعه فأسلمه فى طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوزلان السلم غير البيع بل ان مطلق التوكيل بالبيع ينصرف الى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب

باب الحوالة

(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله انه قال فى الحوالة اذا أفلس فلا توى على مال امرئ مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة قال وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها فقد برئ الاول منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (فى الكتاب)

أشار الى حروف فلك لا تكتب ذكر حق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان فان هـذا لا يحسن فى الكتاب ولا فى الكلام وكيف يكون عليـه وقد حولها عنه الى غيره ويحسن فى الضمان ان يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بيناها فما سبق (والجواب) بين الاجانب والاقارب فى جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنايات وغير ذلك جائز لانه تحويل الحق من الذمة الاولى الى الذمة الثانيـة فيستدعى وجوب الحق فى الذمة الاولى ليصح التحـويل ولو ان المحتال عليـه أحاله بالمال على غيره كان جائزا لانه لما تحول المال اليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليـه فى الاصل وكما يصح التحويل من الذمـة الاولى الى ذمته يصح التحويل من ذمته الى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الاصيل بالمال قبل ان يؤديه ولكن يعامله بحسب مايعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه فى فصل الكفيل (وفى هذا نوع اشكال) فان فى الكفالة مطالبة الطالب على الاصيل باقية فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل مالم يؤد وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الاصيل فينبغى ان تتوجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدى ولكنا نقول ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليـه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل أو لما كانت المطالبة بعرض ان يتوجه عليه جعل كالمتوجه فى الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فانه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا فى الحال ولا فى ثانى الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل ان يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لانه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليـه على المحيل ولكنه مؤجل لادائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح كان الربح له لانه استربح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على آخر فقضاها اياه المحتال عليـه فلما أراد الرجوع على الاصيل قال الاصيل كانت لى عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شئ فانه يقضى للمحتال عليه على الاصيل بالمال لان السبب الموجب للمال له على الاصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وادائه والمحيل يدعى لنفسه دينا على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصا بذلك الدين ولم يظهر سبب مايدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس فى قبول الحوالة عنـه اقرار بوجوب المال للمحيل عليه

فان الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة فاما المقيدة من وجه فتوكيل بالاداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الاقرار بوجوب المال للمحيل عليه وكان القول قوله فى الانكار ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم على أن ابرأه فللطالب أن يأخذ المحتال عليه بالالف لانه التزمه بالحوالة والمحيل كان أصيلا فى النصف الاول كفيلا فى النصف الثانى والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وان شاء أخذ الذى لم يحله بخمسمائة لان المحيل فى هذه الخمسمائة كان كفيلا وقد برئ بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة الكفيل لاتوجب براءة الاصيل فان اداها المحتال عليه رجع بها على المحيل دون صاحبه لانه هو الذى أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فان أداها المحيل رجع بنصفها على صاحبه لانه كان كفيلا عنه وأداء المحتال عليه بأمره كأدائه أداؤه بنفسه والى المحتال عليه كأدائه الى الطالب له ولو أدى الى الطالب رجع بنفسها على صاحبه فكذلك هنا ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فاحاله بها على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لانهما اضافا الحوالة فى جميع ذلك المال اليهما اضافة على السواء فيقسم عليهما انقساما على السواء وقد بينا فى الكفالة نظيره فان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالالف أيهما شاء لان كل واحد منهما التزم بجميع المال هنا فى النصف عن الاصيل وفى النصف الآخر عن صاحبه بالكفالة فاذا أداها رجع على صاحبه بالنصف ليستويا فى الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما استويا فى أصل الالتزام ولو كان لرجل على مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب به على رجل له عليه مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب للطالب فى أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم لنفسه وأمر للغريم بأن يؤدى ماعليه الى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكلف غير محتاج اليه فى هذا الفصل فان المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة وانما يحتاج اليه فى الفصل الثانى وهو ما اذا كان المكاتب هو المحتال عليه لان قبول الحوالة من المكاتب مطلقا لايجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذى عليه لانه لافرق فى حقه بين أن يؤدى ذلك المال الى المحيل أو الى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر فى هذا كالمكاتب وكذلك لو كان المال على رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فاحالاه على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد اذا كان مطلوبا بالمال وكذلك الوصي يحتال بدين اليتيم على رجل أملأ من غريمه الاول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله بالاحسن فان حياة الدين بملاءة ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملأ إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول الي ماله وكان ذلك منهما نظرا من حقه والله أعلم

باب الامر بنقد المال

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا بأن ينقد عنه فلانا الف درهم فنقدها رجع بها على الآمر لان هذا من الآمر استقراض من المأمور وانه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود مملكا له ولا يصير مملكا له بالاستقراض منه فكانه استقرض منه الالف ووكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولا ثم لنفسه ولانه أمره أن يملكه ما في ذمته بمال يؤديه من عنده فكان بمنزلة مالو أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الآمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال انقد فلانا ألف درهم له على أو قال اقضه عني كذا أو قال اقضه ماله على أو ادفع اليه الذي له على أو ادفع عني كذا أو اعطه عني ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله اقرار من الآمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عني أو لقوله اقضه عني فان القضاء لا يكون الا بعد الوجوب أو لقوله على أو لقوله أوفه عني فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال انقده عني ألف درهم على اني ضامن لها أو على اني كفيل بها أو على انها لك على أو الى أو قبلي فهو سواء واذا نقدها اياه رجع بها على الآمر لانه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو أتى بلفظ يدل عليه ويستوي ان نقده الدراهم أو نقده بها مائه درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك لان بالبيع يجب الثمن للبائع على المشتري ولم يصر قابضا الدراهم التي وجبت له عليه كما أمر به فكان هذا وما لو دفع اليه دراهم في الحكم سواء (ألا ترى) ان الطالب يصير مستوفيا حقه بهذه الطريق اذا حلف ليستوفين ماله عليك قبل أن يفارقك واذا قال الرجل للرجل ادفع الي فلان الف درهم قضاء ولم يقل عني أو قال اقض فلانا الف درهم ولم يقل على أنها لك على فدفعها المأمور فان كان خليطا للآمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل ظاهر على أن أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما يثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي اليه وان لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وانما رجوعه على المدفوع اليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الآمر خليطا كان أو غير خليط لوجهين (أحدهما) ان أمره بالدفع الى غيره بمنزلة أمره بالدفع اليه ولو قال ادفعه الى كان له أن يرجع عليه فكذلك اذا أمره بالدفع الى غيره ولان فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين واذا اعتمد في الاداء أمره فلو لم يرجع صار مغررا من جهته والغرر مدفوع كما في الخليطين (الثاني) انه قال ادفعها اليه قضاء والقضاء ينبني على الوجوب ولم يكن على المأمور شئ واجب للمدفوع اليه ولا يعتبر أمر الآمر بذلك بل أمره انما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الآمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عني سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا ان قوله اقض أو ادفعه اليه قضاء كلام محتمل يجوز ان يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله علي والمحتمل لا يكون حجة ولا يثبت به المال على الآمر للمدفوع اليه واذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذان بخلاف ما لو قال قضاء عني اذا كان قضاء لما له علي لان الاحتمال قد زال هناك بما صرح به من الاضافة الى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع الى غيره بالدفع الى نفسه لان قوله ادفعه الي لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الأمر بل يقبضه المال منه وهذا المعنى يوجب أن يكون رجوعه هنا الى المدفوع اليه لانه هو القابض للمال منه دون الآمر ولو كان أمر بذلك ولده أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للاجنبي بذلك سواء الا أن يكون أمره بذلك بعض من في عياله فيكون ذلك بمنزلة ما لو أمر خليطا له بذلك استحسانا لان الانسان يقضي ما عليه بيد من في عياله ويد هؤلاء بمنزلة يده ولو دفع بنفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو واجب فكذلك اذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة اذا أمرت بذلك زوجها فان ما بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجيرا له وانما أراد به التلميذ الخاص الذي استأجره مسانهة أو مشاهرة فانه بمنزلة من في عياله وكذلك لو أمر به شريكا له لان قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان وحمل

لمطلق الكلام على ماهو معتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع الى فلان ألف درهم فان كان المأمور خليطا الآمر أو بعض من فى عياله رجع المأمور على الآمر باعتبار الخلطة التي بينهما فان ذلك بمنزلة الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الآمر على القابض وان لم يكن له عليه شئ يصير قصاصا به وأما اذا لم يكن المأمور خليطا الآمر فلا اشكال على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الآمر وانما يرجع به على القابض وانما اختلفوا على قول أبى يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الاولى يرجع على الآمر بمنزلة ما لو قال ادفعه الى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لانه ليس فى لفظه مايدل على ان القابض يستوفى حقا واجبا له بخلاف ما اذا قال ادفعها الى فلان قضاء ولو أمر خليطا له أن ينقد فلانا عنه ألف درهم نجية فنقد عنه الف درهم غلة أو نبهرجة لم يرجع على الآمر الا بمثل ما أعطى بخلاف الكفيل بالنجية اذا أدى بالغلة فانه يرجع بالنجية فان رجوع الكفيل بحكم الالتزام (ألا ترى) انه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وانما التزم في ذمته النجية فاستوجب مثلها فى ذمة الاصيل ثم إن سامحه الطالب فتجوز بالغلة لا يجب أن يسامح الاصيل بشئ فاما المأمور فهو غير ملتزم فى ذمته شيأ وانما يثبت له حق لرجوع بالاداء (ألا ترى) انه لو وهب المال منه لم يصح فان كان رجوعه بالاداء رجع المؤدى ولو كان لرجل على رجل ألف درهم وأحال بها عليه رجلا فلما استوفاها المحتال قال المحتال للمحيل كان المال لي عليك فانما استوفيت حق نفسى وقال المحيل بل كنت وكيلى فى قبض مالى لم يكن لك علي شئ فالقول قول المحيل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهرا كالمقبوض بذلك السبب فيكون ملكا له ثم القابض يدعى لنفسه دينا عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين له عليه فان إحالته عليه لا تكون دليلا على وجوب المال للمحتال على المحيل فيكون القول قول المنكر ويؤمر بدفع المال اليه الا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال من الذى أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لانه قد التزم دفع المال اليه فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال اضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة بخلاف ما لو قال أضمن له هذا المال عنى فانه يكون اقرارا من رب المال بالمال لهذا لانه أمره بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك الا بعد وجوب المال عليه ولان قوله اضمن عنى له بمنزلة التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وانما يكون ذلك عند وجوب

المال للطالب على الاصيل وكذلك الحوالة اذا قال يحتال اليك بالألف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عنى من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجوب المال عليه للمحتال واذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من اداء المال الى المحتال لانه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للآمر رجع بها عليه ورجع بها الآمر على المضمون له بعد ان يحلف انها ليست عليه وقد بينا فى الحوالة نظيره فكذلك فى الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لانه ليس فى لفظه ما يدل على الأمر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لانه ليس هناك من المأمور التزام شئ للمدفوع اليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع اليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتي لا يكون له أن يمتنع من الدفع اليه فى الابتداء فكذلك بعد الدفع اليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى اليه والله أعلم بالصواب

باب صلح الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم علي ابراء الاصيل من الالف جاز كما لو صالحه الاصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وابراه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح فى الكل فكذلك فى البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما ابراه الاصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التمليك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين الى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فانه يتضمن تحول أصل الدين الى ذمة الكفيل ليتملك بأدائه مافى ذمته فيستوجب الرجوع به على الاصيل ولو صالحه على مائة درهم على ان يبرئ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين فيبقى له في ذمة الاصيل

ماابراه الكفيل منه وتسعمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وابراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالابراء لا يتحول الدين الى ذمة الكفيل ولو صالحه على مائةدرهم على ان وهب التسعمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الاصل وهو الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تمليك فى الاصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين الى ذمة الكفيل فلا يبقى للطالب فى ذمة الاصيل شئ ويتحول الكل الى ذمة الكفيل ثم يتملكها بالهبة والاداء فيرجع بها على الاصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه اياه بعشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف لانه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الالف ومن ضرورة صحتها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح فى غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع وكذلك كل ماصالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب فى الكل سواء ولو كان معه كفيل اخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الاداء فى حق الرجوع على الاصيل فكذلك فى حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه فى الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك على مائة درهم على ان أبراه خاصة مما بقى فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف المؤدى وهو خمسمائة ليستوى معه فى الغرم فاذا استوفى منه بعض ذلك وابراه عن الباقى جاز كما لو عامل الاصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالابراء لاتكون براءة للاصيل وقد كان للمؤدى أن يرجع على الاصيل بجميع الالف فانما وصل اليه من جهة صاحبه مائة فيبقى حقه فى الرجوع على الاصيل بتسعمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الاصيل بمائة فأيهما أخذ منه شيئا اقتسما المأخوذ اعتبارا على قدر شركتهما فيما فى ذمته لاحدهما تسعة أعشاره وللآخر عشره ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو كر حنطة أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار ويملك الكفيل الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة مالو أداها بعينها الى المؤدى فيتبع كل واحد منهما الاصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئا كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما فى ذمته ولو كان الدين طعاما
وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه
لان ماأداه الكفيل يصلح ان يكون عوضا عن جميع الطعام فيصير به متملكا بجميع الطعام
(ألا ترى) انه لو باعه بالطعام ثوبا كان به متملكا جميع الطعام حتى يرجع به على الاصيل
فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح
أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم ان
الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله الى الطالب رجع على المكفول عنه بتسمائة ولم يرجع
على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لان كل واحد منهما
كفيل عن الاصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال صلح الكفيل مع الاصيل قبل أدائه
الى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فاذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار
مبرئا له عما زاد على المائة مما استوجب الوجوع عليه وهو كان كفيلا عن الاصيل وابراء
الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فاذا أدى القابض للمائة جميع الألف فانما أدى عن الاصيل
تسمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤديا عن الكفيل معه مقدار ما كفل عنه وذلك
مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الاصيل بتلك المائة لان أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو
لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذى أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن
يرجع على شريكه بتسمائة لانه دفع اليه المائة على أن يؤديها عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى
أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفل عنه خمسمائة وأداها فله ان يرجع
عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالح صاحبه على كر حنطة ودفعه اليه على ان ابراه
من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لانه كفل بالخمسمائة وما أدى اليه يصلح أن يكون
عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز فى حق الطالب فله ان يأخذ بجميع
المال أيهما شاء فان أخذ الطالب الكفيل الذى أدى بالالف فأداها فانه يرجع بها تامة على
الكفيل الذى معه وبخمسمائة مع ذلك على الذى عليه الاصل ان شاء الا أن يشاء الكفيل
القابض للطعام ان يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لان المؤدى للألف استوجب
الرجوع على شريكه فى الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لانه تحمل ذلك عنه بأمره
وبالنصف الآخر لانه دفع اليه الطعام على ان يؤدي عنه ما يقابله وهو خمسمائة الى الطالب فاذا

لم يفصل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا الا ان القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على ان يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدي عليه بخمسمائة فاذا آل الامر الى ذلك خير لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فان شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وان شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وان شاء المؤدى للألف رجع بخمسمائة على الاصيل لانه اداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذى قبض الطعام الا أن يشاء الكفيل ان يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسئلة) ان الخمسمائة التى هى عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الاصيل لانه صار مملكا اياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة الا أن يشاء القابض للطعام ان يرد عليه الطعام لانه قبضه منه على سبيل الحط والاغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها اليه على ان أبراه من حصته من الكفالة ثم ان الطالب صالح الكفيل الذى قبض الدنانير على تلك الدنانير باعيانها عن جميع المال وأداها اليه كان جائزا لانه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره فى جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الربا عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذى صالح الطالب أن يرجع علي الاصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الاصيل بخمسمائة أيضا لان الذى صالح الطالب قد يملك جميع الالف بهذا الصلح بمنزلة مالو أدى اليه جميع الالف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير فيجعل ذلك الصلح بينهما كانه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما فى الرجوع عن الاصيل بخمسمائة لان أداء الكفيل المصالح الاول عنه كادائه بنفسه وأيهما أخذ شيئا من الاصيل شاركه فيه صاحبه لان الدين الذي فى ذمة الاصيل مشترك بينهما وما قبض أحد الشريكين من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه *ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى المال كله الي الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على ان ابراه أو على عشرة دنانير على ان ابراه وقبض ذلك فهو جائز لانه بالاداء استوجب الرجوع على شريكه فى الكفالة بخمسمائة والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو علي عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الاصيل بالالف تامة لانهما صارا مؤديين عنه جميع الالف فان كان الصلح بينهما على الدنانير فالالف بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسمائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التمليك اذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الاصيل بخمسمائة بمنزلة ما لو أدى الي صاحبه خمسمائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالالف بينهما على عشرة اسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسمائة بالمائة ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وابراء مؤدى الالف صاحبه عما زاد على المائة لا يكون ابراء الاصيل فيكون له ان يرجع على الاصيل بتسعمائة وللآخر ان يرجع عليه بالمائة فاذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التمليك ممكن والصلح قبل الاداء وبعد الاداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الاصيل بالكفالة كما يجب للطالب على الكفيل بعين فى حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الاصيل بحسب ما تعامله الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الاصيل قبل الاداء وبعده واذا كان الدين طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن ابرأه من خصومته فهو مثل الباب الاول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى الذى قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الاصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم كان أصيلا فى حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه فى حصته من الطعام بما أدى من الدراهم الى صاحبه فيرجع على الاصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن الاصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بما لم يصل اليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام فلهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذى دفع الدراهم اتبع صاحب الاصل بالجميع لانه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذى قبض الدراهم بنصف ما أدى الطعام لانه دفع اليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذى كان كفل به عنه ليؤديه الى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك الا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد الدراهم لانه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فاذا آل الامر الى ان يلزمه رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من الدراهم ان شاء وان شاء الكفيل الذى أدى الطعام اتبع صاحبه فى الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه الى الطالب فاذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا الا أن يشاء القابض للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فحينئذ يكون له ذلك فيدفع اليه دراهمه مع نصف الطعام فالمقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل بمائة درهم و كل واحدمنهما كفيل عن صاحبه بها ثم ان أحد الكفيلين صالح الآخر على عشرة دراهم على ان ابراه ثم صالح الطالب الذى قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها اليه فانه يرد تسعة و نصفا على الكفيل الذى معه ثم يرجعان جميعا على الاصيل بخمسة لان المؤدى للعشرة انما أداها الى صاحبها على أن يؤدى عنه العشرة وهو ماأدى الى الطالب مما كفل عنه الا درهمين ونصفا لانه أدى اليه خمسة وهى شائعة فى النصفين نصف ذلك مما هو فيه متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى الى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا وصاحبه انما برئ مما بقى بابراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعذر تصحيح الصلح بطريق المبادلة فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدى عن الاصيل درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك *ولو لم يكن هكذا ولكن الذي عليه الاصل صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز بطريق الاسقاط لماوراء العشرة مما استوجب الرجوع به عليه عند الاداء فان أدى الكفيل الذى أخذ العشرة الى الطالب المائة درهم لم يرجع على الاصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الاصيل على ماأخذ منه من العشرة وصار مبرئا له عما زاد على ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الاداء والكفيل معه انما استفاد البراءة ببراءة الاصيل لا باداته لان براءة الاصيل على أى وجه تكون تتضمن براءة الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذى معه بخمسين درهما وعلى الاصيل بمثل ذلك لانه صار مؤديا عن الكفيل الذى معه مقدار الخمسين ولو لم يجر بين الكفيل الآخر وبين الاصيل صلح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر بما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلا عن الاصيل بالخمسين الاخرى وأداها عنه ثم يرجع الاصيل على الكفيل الذى صالحه بخمسة دراهم لانه كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذى كفل به عنه ونصفه مما كفل به صاحبه على أن يكون هو المؤدي عنه فاذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الاخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الاصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وابراؤه إياه

عما زاد عليها الى تمام الخمسين ولو صالح الاصيل الكفيلين جميعاً على عشرة دراهم من جميع الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة الى الطالب فانه لا يرجع على الاصيل بشئ إلا بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة الى تمام ما كفل عنه ولو أبرأه عن ذلك بعد الاداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الاداء وان شاء رجع على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الاصيل لانه انما كان قبض تلك الخمسة ليؤدى الى الطالب ماتحمل عن الاصيل ولم يؤد شيئا وانما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة يقبضها منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الاصيل الا بخمسة سوى الخمسة التي قبضها صاحبه فى الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة عن الاصيل وهو ماأبرأه منها فيرجع بها على الاصيل ان شاء ثم يرجع بها الاصيل على القابض منه وان شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وان لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى الاصيل رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بعينها لانهما استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ماتحملا من الدين ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا يرجع بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه ولو صالحهما على ثوب ودفعه اليهما ثم انه أدى المائة الى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه فى حكم المستوفى الخمسين بطريق المبادلة وانما استوفى على أن يؤدى عنه حق الطالب فاذا لم يفعل ولكن أداها صاحبه وقد كان كفيلا عنه بها كان له أن يرجع بتلك الخمسين عليه وان شاء رجع بها على الاصيل لانه يتحمل تلك الخمسين عن الاصيل وقد أداها فان رجع بها على الاصيل رجع بها الأصيل على الكفيل الذى لم يؤد شيئا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذى صالحه عليه لانه استوفاها عنه ليؤديها عنه فاذا لم يفعل حتى أدى هو بنفسه الى الكفيل المؤدي عنه كان ذلك بمنزلة أدائه الى الطالب فيرجع بها على الذى لم يؤد شيئا إذ الذى لم يؤد شيئا صار مستوفيا بطريق التجوز بدون الحق فيتخير لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فانه لا يرجع على شريكه فى الكفالة بخمسة دراهم ولكن الاصيل يرجع على الكفيل المؤدي للعشرة الي الطالب بأربعين درهما وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض نصف الثوب منه صار قابضا للخمسين على أن يؤدى عنه ذلك الى الطالب ولم يفعل ذلك الذى

لم يؤد الى الطالب شيئا وانما برئ هو عن تلك الخمسين بابراء الطالب اياه فكان للاصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين الا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان فى حكم القابض للخمسين منه أيضا على أن يؤدى ذلك عنه وانما أدى اليه عشرة فما زاد على العشرة انما برئ الأصيل عنه بابراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الاربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لانه قد استوفى من الاصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشيء منها على شريكه ولو لم يؤد شيئا ولكن الاصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فانه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهما إلا أن يشاء رد الثوب عليه لان كل واحد منهما فى حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الاصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فانه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا انه قبض ذلك من الاصيل وزيادة ولكن يرد درهما على الاصيل لانه قبض من الاصيل خمسة وما أدى عنه الى الطالب إلا أربعة فانما برئ عما زاد على الاربعة بابراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الاصيل لان صاحبه استوفى من الاصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئا وانما برئ هو من حصة صاحبه بابراء الطالب ولو كان الأصيل صالحهما على ثوب ثم ان أحدهما صالح الطالب على دراهم على ان أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشيء لانه انما أدى الى الطالب درهما وقد صار مستوفيا من الاصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشيء ولكن المصالح مع الطالب يرد على الاصيل تسعة وأربعين درهما وصاحبه يرد على الاصيل خمسين درهما لان كل واحد منهما صار مستوفيا للخمسين درهما من الاصيل على أن يستفيد الاصيل البراءة من حق الطالب بادائهما ولم يوجد ذلك فالذى صالح الطالب علي الدراهم انما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه مازاد على ذلك الى تمام الخمسين والآخر لم يؤد عنه شيئا الى الطالب فيرد عليه ماصار مستوفيا منه وذلك خمسون درهما واذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوض رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من ذلك شيء أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة بينهما في ضمان الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فاذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب يباشره بعد

الشركة وهذا المال انما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة لا بحلول الأجل والاجل الذى كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضى المدة فيبقى المال عليه بسبب الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة مالو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فانه يلزم شريكه جميع الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المال انما لزمه بسبب باشره فى حال قيام الشركة بينهما وانما كان زوال المانع بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذى أمر شريكه بالكفالة لانه كما قام مقام الشريك فى وجوب المال عليه والأداء الى الطالب فكذلك فى الرجوع على الاصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الاصيل الذى أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره اياهما فانهما بعقد المفاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه بعد موت الكفيل لانه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل قبل حل الاجل فالمال يحل عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحى منهما لان الاجل كان ثابتا فى حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الاصيل بموته والحى يحتاج الى ذلك والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تنبسط فى التركة والحى ينتفع بالاجل فيبقى الاجل فى حق الحى منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما فى شركة العنان والمضاربة اذا كفل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شئ لان الشركة بينهما تتضمن الوكالة فى التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر كالاجنبي فيه فلا يطالب بشئ منه واذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم صالح المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع به الكفيل على الاصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا انما يجب للكفيل على الاصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفل ببدل الصرف أو برأس مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما يرجع به

الكفيل على الاصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الاصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالاداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل القرض والاستبدال ببدل القرض صحيح ولو كان شيء من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان ذلك يكون دينا بدين فأما اذا صالحه بكر من حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة هنا بل هو تأجيل فى عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة القرض والاجل فى القرض لا يلزم * قلنا هو فى حكم القرض وأما فى الحقيقة فليس بقرض بل هو واجب بعقد ما لا وهو الكفالة والاجل فى القرض انما لم يلزم بمنزلة الاعارة وهو غير موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شيء قبل أن يؤدي كان جائزا لانه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الاصيل كما وجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الاجل صحيح فان أدى الاصيل الطعام الى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله فى ذلك كله (ما خلا خصلة واحدة) وهى ما اذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فانه لم يرجع الا بمثل ما أعطاه لان هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من عوضه وانما استوفى ذلك ليقضى عنه ما عليه للطالب فاذا لم يفعل كان للاصيل أن يرجع عليه بما استوفى منه كما اذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الاصيل قبل أن يؤديه ثم أداه كان التأجيل صحيحا لانه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الاداء والتأجيل فى الدين بعد وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الاصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح باطل لانه استوجب عليه الطعام دينا فاذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس والدراهم لا تتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شيء بغير عينه مما يكال أو يوزن ما خلا الطعام فانه ان صالحه على نصف كر حنطة الى أجل فهو جائز لانه لا مبادلة بينهما فى هذا الصلح وانما حط عنه نصف الكر وأجله فى ذلك النصف وذلك مستقيم والله أعلم

باب الكفالة والحوالة إلى أجل

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل مائة درهم الى أجل مسمى فضمنها رجل عنه الى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ماسمي أما اذا لم يسم الكفيل شيئا فالمال عليه الى ذلك الاجل لانه بالكفالة انما يلتزم المطالبة التي هى ثابتة على الاصيل والمطالبة بهذا المال على الاصيل بعد حل الاجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضا وأما اذا كفل به الى مثل ذلك فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة وأما اذا كفل به الى أجل دون ذلك فلانه لو كفل به حالا لزمه المال فى الحال لان الاصيل لو أسقط الاجل لزمه المال فى الحال فكذلك الكفيل وكفالته على أن يؤديه حالا بمنزلة اسقاط الاجل فاذا جاز فى جميع الاجل جاز فى بعضه وان كفل به الى أجل أكثر من ذلك فلانه لو كان المال حالا على الاصيل فكفل به الكفيل الى أجل مسمي صح ولم يطالب الكفيل الا بعد حل الاجل فكذلك اذا كفل به الى أجل أكثر من الاجل فى حق الاصيل فان كان أصل المال حالا فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلا الى سنة فهو جائز والتأخير عنهما جميعا لانه أضاف التأجيل الى أصل المال وأصل المال ثابت فى ذمة المطلوب فيثبت الاجل فيه ثم يثبت فى حق الكفيل بثبوته فى حق الاصيل وهذا بخلاف ما اذا أجل الكفيل سنة لان التأجيل هنا غير مضاف الى أصل المال بل هو مضاف الى المطالبة التى التزمها الكفيل بالكفالة فيبقى أصل المال حالا علي الاصيل ولو أن الكفيل أخر المطلوب بعد الحل الى أجل مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لانه أضاف التأخير الى ما استوجبه على الاصيل بالكفالة وذلك فى حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف من الكفيل باسقاط حق المطالبة الى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا ترى) أنه لو صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على المكفول عنه حتى يمضى الاجل كما لو أجله بعد الاداء ولو أجل المال عليهما ثم أخر الطالب الاصيل سنة فهو تأخير عنهما ولو أخر الكفيل سنة كان له أن يأخذ الاصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل بالابراء فكما أن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل وابراء الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك التأخير وبعد ما أخر الاصيل اذا أدى الكفيل المال قبل الاجل لان اسقاط الكفيل الاجل صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وان كان أخر الكفيل سنة ثم أداه الكفيل قبل الاجل كان له أن يرجع على الاصيل فى الحال لان المال حال على الاصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الاداء

بخلاف ماسبق والكفالة بالقرض الى أجل مسمي جائزة لان بدل القرض مضمون تجرى النيابة فى أدائه فتصح الكفالة به وهوعلى الكفيل الى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما بينا أن الكفيل انما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا عن رجل ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وأخر الطالب عن الاصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين لان أصل المال فى ذمة الاصيل فاذا صار مافى ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء عليه (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان أخر عن الكفيل الاول فهو تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الاصيل حال اعتبار التأجيل بالابراء وهذا لان المطالبة التى التزمها الكفيل الثانى بناء على المطالبة التى هى على الكفيل الاول فالتأجيل فى حق الكفيل الاول يكون تأجيلا فى حق الثانى دون الاصيل ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم الي سنة ثم ان الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه اليه فاستحق العبد فالمال على الكفيل الى أجله بمنزلة مالو كانت هذه المعاملة للطالب مع الاصيل وهذا لان الاجل انما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الاصيل باستحقاق العبد فكان المال عليه الى أجله وكذلك لو رده المشترى بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضى فسخ للعقد من الاصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان هذا بمنزلة الاقالة بمنزلة العقد الجديد فانها تعتمد التراضى الا انها جعلت فسخا فيما بين المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والاجل ليس من ذلك فى شئ فكان فى حكم الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدا فلا يثبت الاجل فى بدله الا بالشرط ولو كان قضاه الالف معجلة نبهجرة فوجدها ستوقة فردها عليه كان المال عليه الي أجله لانه تبين انه ماصار قابضا لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فاذا لم يصر قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك ان وجدها زيوفا فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيافة فسخ للقبض من الاصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لايوجب التسليم مرتين فلولم ينتقض القبض من الاصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزيوف غير الجياد التى هى دين في الذمة فالمقبوض انما يكون حقاله على أن يتجوز به فاذا لم يتجوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاله وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فاذا انعدم ذلك بقي الاجل كما كان وان كان حين أعطاه المال أعلمه انها زيوف فهو جائز لانه تجوّز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هذا مبادلة للاجل بالصفة لانه كان من غير شرط بينهما وانما تحقق المبادلة اذا كان شرط ثم يرجع الكفيل علي الاصيل بالجياد لانه بالكفالة استوجب ذلك عليه ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل الى أجل أو حال فمات المحتال عليه مفلسا رجع المال علي الكفيل الى أجله لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا على ماينا فانما يعود الحكم الذى كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه الي أجله ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما الى سنة وعلى الآخر الى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء في الحديث الشرط أملك أي يجب الوفاء به اذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين ينفصل عما يلتزمه الآخر في حكم الاجل فان حل الاجل على صاحب السنة بأدائه رجع به على الاصيل لان المال عليه حال وقد كفل هذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على الكفيل الآخر حتى تمضى سنة أخرى لان المال عليه مؤجل الى سنتين وهو كفيل عنه الى سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة لا يطالبه بشئ منه حتى تمضى السنتان ولو كان الاصيل باع الطالب عبدا بالمال وسلمه اليه برئ الكفيل من الكفالة لبراءة الاصيل فان رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم يرجع المال علي الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدإ فى حق الكفيل وان رده بقضاء قاض أو استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب ينفسخ العقد من الاصل فى حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المال على الاصيل والكفيل جميعا واذا كان لرجل علي رجل ألف درهم حالة أو الى سنة فأحاله بها على رجل الى سنة ثم مات المحيل وهي علي المحتال عليه الى الاجل لان بالحوالة تحول أصل المال الي ذمة المحتال عليه وثبت الاجل حقا له وهو حى محتاج الى الاجل فيبقى الاجل فى حقه بعد موت المحيل وان مات المحتال حل المال عليه لانه استغنى عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع المال الى المحيل فان كان الى أجل فهو عليه الى ذلك الاجل وان لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم قرض وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالالف التى للمطلوب على الآخر الى سنة فهو جائز وهى له الي سنة لانها انما تجب للطالب على المحتال عليه بعقد

الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه وليس للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التى كانت له عليه لانه انما قبل الحوالة مقيدة بذلك المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عيناً له في يد المحتال عليه فكذلك اذا كانت دينا فى ذمته وان أبرأه منها أو وهبها له لم يجز لان حق الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا التصرف بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لانه ماالتزم الحوالة بالمال مطلقة وانما التزمها مقيدة بذلك المال فاذا سقطت عنه بالابراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشئ (ألا ترى) أن الحوالة لو كانت مقيدة بوديعة فى يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له فى حياته فهو له ومالم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لانه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسئلة فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم الى سنة ثم ان المحتال عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزا لان الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو أسقط الاصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الاصيل المحيل حتى يمضى الاجل لان اسقاط الاجل صحيح فى حقه لا فى حق المحيل ولو كان دينا للمحيل على المحتال عليه ثم ان المحيل قضي المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع عنه لان أصل دينه بقى على المحتال عليه الا أنه كان لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فاذا زال ذلك الشغل بأن قضاه المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وانما لم يجعل هذا تطوعا منه لانه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ماذا قضاه عنه غيره فانه يكون متطوعا فى ذلك لانه ماقصد هذا المؤدى تخليص شئ لنفسه وهو نظير المعير للرهن اذا قضى الدين لم يكن متبرعا فيه بخلاف ماذا قضاه غيره واذا كان المؤدى متطوعا كان المال الذى عليه له لاسقوط دين الطالب عنه بابراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال رجل بمال لابنه الصغير على رجل الى رجل لم يجز وكذلك الوصي لان الحوالة ابراء الاصيل والاب والوصى لا يملكان الابراء فى دين الصغير وكذلك الوكيل اذا لم يفوض اليه الموكل ذلك والمراد الوكيل بالقبض لانه نائب فى الاستيفاء وقبول الحوالة ابراء للاصيل وليس باستيفاء فاما الوكيل بالعقد اذا أحال رجل على رجل بمال الى أجل ثم ان المحتال عليه أحاله على آخر الى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله لان بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فانه تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال الى أجل ثم مات المحتال عليه وترك وفاء وعليه دين فكان فى طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن للطالب أن يرجع على الاصيل حتى ينظر الى ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال عليه مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل للطالب على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الأمر بالضمان

(قال رحمه الله) واذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له فضمنها له فهى لازمة الكفيل يأخذه بها الطالب لانه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون لازما فى ذمته ويكون هو مجبرا على أدائه فاذا أداها لم يرجع بها على الآمر لانه لم يأمره أن يضمن عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذى أمره لان أمره اياه بالضمان بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلتزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة عنه بالاداء وقد بينا هذه المسئلة فأعادها فى الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال ان قال الكفيل انى لم أضمن لك دينا كان لك على أحد وانما ضمنت لك مالا لم يكن عليّ ولا على غيرى فان الطالب لا يكلف شيئا ولا يطالب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن كان الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينة التى قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو الذى ضيع حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به على أحد وهذا لان مطلق العقود الشرعية محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما للمطالبة بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثانى رجع عما أقر به أولا فيكون رجوعه باطلا واقراره وان لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة مالو قال ان لفلان على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الاصيل ذلك كله فان المقر يطالب بالمال ولا يرجع به على أحد اذا أدى وكذلك لو قال رجل لآخر أكفل لفلان بألف درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر انه قال احتال عليه بألف درهم فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الآمر من ذلك شئ لانه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره اياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذى على الآمر لفلان تجوز بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الآمر رسول ذلك المطلوب اليه أو فضوليا أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الامر عبدا أو مكاتبا أو صبيا وان كان المأمور صبياً تاجرا لم يجب عليه الضمان لانه ليس من أهل الالتزام بالكفالة سواء كان المال على الآمر أو غيره وان كان المأمور مرتدا فان أسلم فضمانه جائز عليه وان قتل على الردة فضمانه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار فذلك بمنزلة موته فنقول ان رجع مستأمناً أخذناه بالضمان هكذا فى بعض النسخ من الاصل والصحيح فان رجع مسلما لان المرتد لا يعطى الامان واذا خرج مستأمنا قتل على الردة ان لم يسلم وكان الضمان باطلا عند أبى حنيفة رحمه الله واذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم التى له على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم على أنها لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها اليك أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الامر اذا أداه لان فى كلام الآمر تصريحاً بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمرا منه للمأمور فى ذمته مما يؤديه من ماله أو التزاماً له ضمان مايؤديه الى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له عليه اذا أدى واذا أمر رجل خليطا له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والآمر مقر بأن الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الآمر استحسانا لان الخلطة بينهما تقوم مقام تصريحه بالامر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ماعليه ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عنى والخليط عندنا هو الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع المال عنده وكل من فى عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير اذا كان فى عياله لانه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامنا وكذلك ان أمر الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما يحفظ ماله بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لى فالقول للمحيل لان وجوب المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفى هذه الحوالة احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له فى قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون مقصوده اسقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال على المحيل ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الامرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض المال فاذا قبضها أمر بتسليمها اليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له اضمن له ألفى التى لى عليك أو اكفل له بألفى التى لى عليك لانه ليس فى كلامه اقرار بوجوب المال للطالب على الآمر ويحتمل أن يكون وكيلا له فى قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى خليطا له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداها اليه فللآمر أن يأخذها من المضمون له وهو وكيل للآمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها الى المكفول لانه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال المضمون له عليه والخلطة بين الآمر وبين الضامن لا بينه وبين المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال المضمون له على الآمر فلهذا كان المضمون له وكيل الآمر اذا قبض المال أمر بالدفع اليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من دفعها الى المضمون له لانه التزمها له بعقد الكفالة الا أن يحضر الآمر فان حضر وادعى أن المال له على المأمور كلف اقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فاذا حلف برئ من حق الآمر والمضمون له وكيل من جهته وبراءته عن مطالبة الموكل توجب البراءة من مطالبة الوكيل ضرورة لانه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج الى اثباته بالبينة واذا لم يكن له بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للآمر كان الضمان جائزا لانه التزمه بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الامر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيلا للآمر هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للامر على المأمور وليس فى لفظه مايدل على ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه انما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور للمكفول له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الآمر بشئ لانه لا سبب بين الآمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الآمر انما أمر المأمور بالضمان عنه فلهذا لا يرجع عليه بشئ الا فى قول أبي يوسف الآخر رحمه الله على مابينا والله أعلم بالصواب

باب تكفيل القاضي في الدعوى

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعى أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة أيام وفى القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى خبرا محتملا للصدق والكذب وفى الاجبار على اعطاء الكفيل إلزام شئ أباه وانما تركنا القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فان القضاة يأمرون بأخذ الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولازجر زاجر وفيه نظر للمدعي لانه اذا أحضر شهوده فلابد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعى عن اثبات حقه عليه وفى أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعى ولا ضرر فيه على المدعى عليه فهو نظير الاستحلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعى بعد انكاره وان لم يتوجه له حق فى تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعى من غير ضرر فيه على الخصم اذا كان محقا فى انكاره وكذلك الاشخاص الى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعى فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعي لا يحصل بالمجهول فقد يهرب ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا الى المجلس الثانى وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وان كان يجلس فى كل يوم فربما يعرض للمدعى عارض فيتعذر الحضور فى المجلس أو المجلسين وانما أخذ الكفيلين لنظر المدعى فيؤخذ الكفيل علي وجه لا يؤدى الي التعنت فى حق المدعي وان قال بينتى غيب لم يأخذ له منه كفيلا لانه لافائدة فى أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب وان أراد المدعى استحلاف الخصم يمكن منه فى الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وكذلك ان أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعى شئ كما يثبت بنفس الدعوى وان قال لا بينة لى وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا ولكنه يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الاوقات والقاضي مأمور بفصل الخصومة فى أول أحوال الامكان وذلك فى أن يستحلفه للحال بكون المدعى طالبا لذلك فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل وان قال بينتى حاضرة فخذلى منه كفيلا فقال المطلوب له ولى كفيل فانه يأمر الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان علي عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مرّ على أبيّ بن كعب رضي الله عنه وهو يلازم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعده فى موضع ويقعد الى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة) أن يدور معه حيثما دار فاذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره وان كان يخاف أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له فى أن يدخل معه ليلازمه اذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره اذا أحضر شهوده ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى عليه وله فيه غرض صحيح وهو التوصل الى حقه فى أقرب الاوقات بنكوله وفيه اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله ولا ينبغي أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات فى دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل أن يثبت المال عليه وان قال الطالب خذلى منه كفيلا بالعين التى ادعيتها فى يده أخذ له كفيلا بها أيضا لانه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه لاخراجها من يده قبل اقامة المدعى حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وان كان الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا بنفسه ووكيلا فى خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا لان الخصم ربما لا يبالى بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعى من اثبات حقه بالبينة على الكفيل وفى الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الاصح لان المدعى عليه يقول أنا أهدي الى الخصومة من غيري خصوصا فى هذه الحادثة وربما لا ينظر الوكيل ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به اذا حضرت ففى الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فاذا أراد الطالب أن يكون ضامنا لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولي وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى عينا فان هناك لا يتمكن من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم وانما الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف يجبر على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به الكفيل

الطالب أو أحضره القاضى فكفل عنده ثم رده الكفيل الى الطالب برئ لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم اليه وان كانت الكفالة للقاضى أو لرسوله الذى كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب فى الوجهين جميعا فانها تنبنى على دعواه ولكنا نقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس الى القاضي أو الى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه الى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل علي كفالته حتى يدفع صاحبه اليه ويبرأ منه لان التزام التسليم اليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوبا كان أو طالبا والمستأمن والذمى والمرتد فى جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنبنى على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه الى القاضي وادعى مضى أجل الكتابة وقال بينتى حاضرة فخذلى منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لانه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة الذى عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه فى دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يطالب بشئ من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له تاجر دعوى وعليه دين أو لا دين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب قبل مولاه دينا فانه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لانه يستوجب قبل مولاه من الحق مايستوجبه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذى له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وان لم يكن على العبد دين لم يؤخذ له من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه اذا لم يكن عليه دين وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس فى حق رجل فأراد الطالب أن يخرجه من السجن حتى يخاصمه فقال الذى حبسه خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لى عليه فانه يخرجه له ويخاصمه وهو معه حتى يرده الى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لانه فى يده وهو محبوس معناه انما يخرجه مع أمينه وهو فى السجن محبوس فى يد أمينه فكذلك اذا أخرجه ولا غرض للطالب هنا فى المطالبة بالكفيل سوى التعنيت فلا يجيبه القاضى الى ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلا انما ذلك على قدر خلوصه الى القاضى

حتى اذا كان يمكنه من التقدم الى القاضي فى أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى واذا كانت الدعوى فى شيء بعينه نخفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدى عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجملته بمنزلة الكفالة لان فى التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخاصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فان كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يصفه على يدى عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع علي يدى عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة الي احضارها الا لاقامة البينة وانما اقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدى عدل اذا خيف علي المطلوب استهلاكه لانه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدى عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفى العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرىء بالشبهات واذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أيقر بمالى أو ينكره فانه ينبغى للقاضى أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وان لم يقر ولم ينكر قال للمدعي أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وان لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فان كان أنكر استحلفه القاضى له وان لم يقر ولم ينكر فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه ليتجنب خصمه لان الاستحلاف لترجح جانب الصدق فى انكار المدعى عليه فلا معنى للاشتغال به قبل انكاره وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضى يستحلفه لان سكوته قائم مقام الانكار شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضى عليه بالنكول لحق المدعى ولا ينبغى للقاضى أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على ذلك لانه ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره على الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال المطلوب للقاضى سل الطالب من أى وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على ذلك فان

أبى أن يبين وجهه سأله البينة لانه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا اليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على مايضره ولا أن يحبسه اذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البينة فان لم تكن له بينة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شيء منه فان حلف دعا المدعى ماعلى شهوده وفى هذا بيان ماان للمدعى أن يستحلف الخصم وان كان شهوده حضورا وهو قولهما فأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه اذا زعم المدعى أن شهوده حضور هكذا ذكره فى النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه واذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هى بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المالين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا تثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الالف فيقضى بالقدر المتيقن وهو الشهود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لانه أكذبه فى ذلك ولا يقضى له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما جيد والآخر ردىء أو شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضى بشيء لان لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعى انما يدعى أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفى لقبول الشهادة وعند أبى حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما فى اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لانهما اتفقا عليها لفظا ومعنى وانما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله فى شيء لان هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف فهو كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الاقل فى جميع ذلك وهو قول شريح رحمه الله فانه شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة فقضى شريح رحمه الله بالاقل وروى نحو ذلك عن الحسن وابراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبى ليلى رحمه الله يقول شهادة أهل الاهواء جائزة وقد بينا هذا في كتاب الشهادات انه قول علمائنا رحمهم

الله و بين المعنى فيه فقال انما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ فى ذلك فلا ينبغى أن نبطل به شهادته وانما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة فى الدين فانهم عظموا الذنوب حتى جعلوها كفرا فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد بعضهم على بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطابية وهم صنف من الروافض فانهم بلغنى أن بعضهم يصدق بعضا بما يدعى ويشهد له به اذا حلف عنده انه محق فهذا متهم فى شهادته فلا أقبل شهادته لهذا واذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه وخمسمائة من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد الآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فانه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم المعقود عليه وانما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو شهد شاهدان أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب قبضها فشهادتهما بالف جائزة لانهما اتفقا على وجوبها وانما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ آخر وهو أنه قضاه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر رحمه الله أن هذه الشهادة لا تقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكنا نقول هو غير مكذب له فيما شهد له به وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد فيما شهد له به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أكنت تبطل شهادته على أصل المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب انما لى عليك خمسمائة وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة بخمسمائة لانه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى بعض حقه ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لى عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما لانه قد أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن جارية قد قبضها المشترى فقال البائع قد أشهدهم المشترى بهذه الشهادة والدين باق عليه من ثمن الدين متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع اذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وانما دعواه دعوى الدين وقد صدق الشهود فى ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من ثمن متاع أبطلت شهادتهما لانه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لانه ماأ كذبهمافى الشهادة ويجعل ما ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وانما أقرانها كانت عن فلان بطلت شهادتهما لانه قد أ كذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شئ فشهد له شاهدان بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع اليه أجزت ذلك لانه لا منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين مادعى من الابراء والايفاء وكذلك لو قال لم يكن له على شئ قط ثم أقام البينة على الابراء والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا لاتقبل بينته لكونه مناقضا فى دعواه ولكنا نقول هو غير مناقض لانه يقول ما كان له على شئ قط ولكن افتديت نفسى من المال الذى ادعاه علي أو سألته أن يبرئني ففعل ذلك والبينة حجة فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع اليه شيئا أولم أقبضه شيئا أو لم أعرفه أولم أ كلمه أولم أخالطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك علي دفع المال لان ما تقدم من كلامه ا كذاب منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة فى دين أو كفالة وقد اختلفافى الوقت أوالمكان جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف فى المكان أوالزمان ولو كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان علي واحد أنه دفع المال الذى عليهم لم تجز شهادتهما لانهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم يرجع عليهما المشهود له بشئ لانهما لم يبرآ من شئ من حق الطالب وانما يرجع الكفيل على الاصيل اذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فاذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشئ والله أعلم

باب مايصدق فيه الدافع من قضاء الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة منهافى صك فصك منها قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد أنها من صك كذا فهى من ذلك الصك لانه هو المعطى وقد صرح فى الاعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فتصريحه بذلك نفى منه الاعطاء بسائر الجهات ولا ممارضة بين النافى والمثبت وكذلك ان لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب فى الجهة التى أعطى بها فالقول قول المطلوب لانه هو المالك لما أدى من الطالب والقول فى بيان جهة الطالب للتمليك قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول مايقوله البائع وهذا لانه

لو أنكر التمليك أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أقر بالتمليك من جهة دون جهة وهذا لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه والانسان مطلق التصرف فى ملك نفسه مقبول البيان فيه فى الانتهاء كما في الابتداء اذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد فربما يكون ببعض المال رهن فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل المكفول له من ذلك ليبرئ كفيله وان مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من كل صك ثلاثة لانه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان فى ذلك لورثته لانهم انما يخلفونه فيما صار ميراثا لهم والمال الذى قضى به دينه لم يصر ميراثا لهم لانه مجرد رأى كان له فى التعيين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته الى معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان فى العتق المبهم وكذلك ان مات الدافع والمدفوع اليه واختلفت الورثة فانها من كل صك ثلاثة الى أن تقوم البينة علي شئ كان من الدافع قبل موته فبها تعين بعض الجهات فيجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو يتصادق الورثة كلهم على شئ يعنى ورثة الدافع والمدفوع اليه لان الحق لهم فاذا تصادقوا على شئ كان ذلك كالثابت بالبينة أو يكون القابض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع فى ذلك ولو كان لرجل علي رجلين ألف درهم فى صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما فى الصك فجعله من حصة المكفول عنه عند الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله ويرجع بها المكفول عنه لانه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد فاذا قبل منه كان مؤديا دين الكفالة فيرجع على الاصيل لانه كفل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفل الآخر عنه أيضا بأمره فصار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أو كانت الكفالة على ذلك فى أصل الصك فى عقد البيع أو القرض فأيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدى حصته لانه لا فائدة له فى أن يجعل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل عنك بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسي فكان لى أن أجعل المؤدى عنك فأنا أجعله الآن عنك فلا يزال يدور كذلك بخلاف ماسبق فالمؤدي هناك اذا جعل المؤدى عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يعارضه فيجعل المؤدى عنه لان صاحبه ليس بكفيل عنه فان أدى زيادة على مقدار حقه كانت مما كفل به عن صاحبه لان صاحبه لا يتمكن فى معارضته من هذه الزيادة وقد استفاد البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك ان شرط عند الاداء

للنصف أن يؤدى ذلك من حصة صاحبه فانه لا يكون من حصته حتى يؤدى زيادة على النصف لان هذا الشرط حق لا يفيده شيئا فان صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه . ولو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ماأدى أحدهم من حصته الى الثلاث فاذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستطيع أن يجعلها من حصة أحدهما دون الآخر لان كل واحد من الآخرين كفيل عن صاحبه كما أنه كفيل عنهما فاذا جعل الزيادة من حصة أحدهما كان للمجعول ذلك من حصته أن يجعله من حصة الآخر بالطريق الذى بينا فتحققت المعارضة بينهما فلهذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا فيرجع على كل واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة بعضهم كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل المؤدى أو كثر ولو جعلها المؤدى من حصته أو حصة صاحبيه أو أحدهما يجوز ذلك لانهم كشخص واحد فى حكم هذه المكاتبة اذ لو لم يجعلهم كذلك لم يصح فان الكفالة من المكاتب والكفالة ببدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجعل المؤدى عن بعض نفسه دون بعض لم يكن ذلك شيئا فهذا مثله بخلاف ماسبق فهناك كل واحد منهم أصل فى بعض المال كفيل فى البعض لان ذلك فى ثمن المبيع صحيح من الاحرار * توضيح الفرق ان فى جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة فى باب الكتابة ابطال شرط المولى لانه شرط أن لا يعتق واحد منهم حتى يصل اليه جميع المال فاذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه خاصة عتق هو لانه برئ مما عليه من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أى وجه كان توجب العتق وفى هذا ابطال شرط المولى فلهذا كان المؤدى عنهم جميعاً وذلك لا يوجد فى ثمن المبيع لانا وان جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع فى حبس المبيع الى أن يصل اليه الثمن فجعلنا ذلك من حصته مالم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله عنده وديعة مائة درهم فدفع اليه مائة درهم فقال الطالب هى وديعتى وقال المطلوب هلكت الوديعة وهى من الدين الذى كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لان الاختلاف بينهما فى الملك المدفوع وقد كان ذلك فى يد الدافع فيكون القول قوله فى انه ملكى ولانه أمين فى الوديعة مسلط على مايخبر به من هلاكها فيثبت القول بهلاك الوديعة ويبقى الدين وقد دفع الى الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فتبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على مايدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال فى المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة ويبطل اذا وقعت لوارث أوعن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث اذا كان لاجنبي لانه التزم المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تمليك المال فى مرضه على وجه التبرع الا أن يبرأ من مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض الموت مايتصل به الموت ومالا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فانما لا تصح الكفالة من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذى فيه منفعة لوارثه فيما يرجع الى المال ولو كفل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين يحيط بماله فلا شيء للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة والدين مقدم على الهبة فى المرض سواء كان بالاقرار أوبالبينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفل بألف درهم ثم مات جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب اذا كان كفيلا بأمره كما لو أدى بنفسه فى حياته واذا كانت الكفالة منه فى الصحة بألف درهم فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه وأصابه خمسمائة ثم مات المكفول عنه وعليه دين ضرب المكفول له فى ماله بالخمسمائة التى بقيت له لبقاء ذلك القدر له فى ذمة الاصيل بعد مااستوفى الخمسمائة من تركة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم التى أدى لانه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك دينا عليه فما أصاب وارث الكفيل فانه يقسم بين غرماء الكفيل بالحصص ويضرب المكفول له بما بقى له أيضا (وهذه) هى المسئلة التى بينا فيما سبق أن فى هذا جذر الاصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان ما يستوفى المكفول له ثانيا مما فى يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل فى تركة المكفول عنه أيضا فتنتقض القسمة الاولى ولا يزال يدور هكذا الى أن ينتهى الى مالا يمكن ضبطه ولو أن متفاوضين عليهما ألف درهم ماتا جميعا وتركا ألفا وعلى كل واحد منهما ألف درهم مهر امرأته قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب فى مال أيهما شاء بألف درهم لان كل واحد منهما مطلوب بجميع الالف بعضها بجهة الاصالة وبعضها بجهة الكفالة فيضرب بجميع الالف فى تركة أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقى وتضرب هى بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هى بالذى بقى لها من مهرها ولا ترجع الورثة بالذى أخذ منه أول مرة فى مال الثانى بشيء الا أن يكون الطالب أصاب

من ماله أكثر من النصف لانه فى مقدار النصف هو أصيل فان كان المقبوض النصف أو مادونه لاترجع ورثته فى تركة الآخر بشئ من ذلك وان كان أكثر من النصف فحينئذ يضربون بالفضل لانهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فاذا قبضوا شيئامن ذلك كان المقبوض لامرأته وللطالب ان بقى له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الاصم وما لاطريق الى معرفته الامن الوجه الذى قدرنا ان كل مايستوفيه الطالب يثبت لهم حق الرجوع به فى تركة الشركة فتنتقض به القسمة الاولى والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الاصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فانه ليس بخصم فى ذلك لانه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وان لم يكن واجبا على الاصيل (ألا ترى) انه لو قال لفلان على ألف درهم وأنا بها كفيل بأمره وجحد الاصيل ذلك فان المال يجب على الكفيل وان لم يكن على الاصيل شيء فبهذا تبين أنه ليس فى ادعائه أن المال من ثمن خمر أو مايسقط المال عنه فلا يكون خصما فى ذلك وهو مع هذا مناقض في دعواه لان التزامه بالكفالة اقرار منه أن الاصيل مطالب بهذا المال والمسلم لايكون مطالبا بثمن خمر فيكون مناقضا في قوله ان المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لاتصح حتى انه لو جاء بالبينة على اقرار الطالب بذلك لم تقبل بعد أن يكون الطالب يجحد ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن عليه يمين لان توجه اليمين وقبول البينة تنبنى على دعوى صحيحة الا أن يقر الطالب بذلك فحينئذ هو مناقض ولو صدقه خصمه فى ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضا فى دعواه ثم ان أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم فى ذلك العقد ويدعى معنى كان فى ذلك العقد حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن يكون مطالبا بالمال ولا يمكن اثبات ذلك بالبينة لانها بينة تقوم للغائب والبينة للغائب وعلى الغائب لاتقبل اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية اذا ادعى انها زوجة لفلان الغائب وأراد اقامة البينة علي ذلك ليردها بالعيب لايكون خصما فى ذلك فهذا مثله (والحوالة) في هذا كالكفالة وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لان أصل المال على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيص على ماأشرنا اليه فى أن الطريق الاصح فى الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته ولو أدى الكفيل المال الى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال الى الكفيل لانه التزم المال بأمره وأدى ثم يرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك فخاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا فى تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عن الغائب أو لانه مناقض فانه أمره أن يلتزم المطالبة التى هى متوجهة عليه بجهة الكفالة ولو أقر الطالب عند القاضى أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو اقرار ببراءة الاصيل وهو بمنزلة مالو قال لم يكن لى على الاصيل شيء وذلك يوجب براءة الكفيل والاصيل (ألا ترى) انه لو أبرأ الاصيل برئ الكفيل فاذا نفى أصل المال من الاصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضى الكفيل ثم حضر المكفول عنه فاقر ان المال الذى عليه قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح ولا يصدقان على الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما سبق من اقرار الطالب ويجعل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى الدين كان كفل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرا بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب فى ذلك لانه التزم المال بالحوالة فعليه أداء ماالتزم وهو انما يدعى سببا مبطلا بعقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عنه فى ذلك فاذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصمه ان أقام عليه بينة بذلك رجع عليه بالمال لانه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما للمحيل عليه فاذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شيء كان له أن يرجع عليه بالمال وان لم يؤد المال حتى يحضر المحيل فخاصمه وجاء بالبينة أنها من ثمن خمر أبطلها القاضي عن المحتال عليه لانه قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شيء فكانت الحوالة باطلة وان كان أحاله عليه حوالة مطلقة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤديها ويرجع بها لان الحوالة المطلقة لاتستدعى مالا للمحيل على المحتال عليه ولا فى يده الا أنه اذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه واذا كانت مطلقة يؤدى المال ثم يرجع بمثلها عليه واذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشترى بالمال الذى باعه به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان القاضى يبطل الكفالة والحوالة لانه ظهر انه أحال عليه بمال ولا مال ولو رد بعيب بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى لم تبطل الحوالة والكفالة وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة اذا كانت مقيدة * وجه قوله ان الثمن الذى تقيدت به الحوالة بطل من الاصل لانفساخ العقد من الاصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك اذا بطل من الاصيل الا أنا نقول ان الحوالة لما صحت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل انما يبطل ببطلانه ان لو كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا بالدين ولا تتعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء انما يستقيم اذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا يقبل استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة فى حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم اذا أحال على مودعه ليستوفى دينه من الوديعة ثم هلكت الوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه واذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثلها للمحيل على المحتال عليه ثم مات المحيل وعليه دين كان ماله الذى على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالحصص ولا يختص المحتال له بذلك عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لانه اختص به فى حال حياته حتى كان أحق به من المحيل حتى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختص به بعد موته بمنزلة المرتهن فى حق الراهن ولكنا نقول ان ما فى ذمة المحتال عليه مال المحيل لانه بعقد الحوالة لا يصير للمحتال له لان الدين لا يقبل التمليك من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالحصص لما مر انه لا تعلق لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وانما منع المحيل من التصرف فيه باعتبار عرضة الخروج لانه لو خرج يكون المحتال له احق بها ولهذا كان التوي على المحيل لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحقت فصار بمنزلة الاستحقاق من الأصيل فيعود الدين على المحيل والله أعلم

باب الحبس فى الدين

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ماخلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فانهم لا يحبسون فى دينه أما فى دين غيرهم فيحبس لانه بالمطل صار ظالما والظالم يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا فى الزنا فى ابتداء الاسلام قال الله تعالى فى حق قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وكذلك علي كرم الله وجهه اتخذ سجنين سمى أحدهما نافعا والآخر مخيسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا يحبسه فى أول ماتقدم الى القاضي ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لا يتحقق من أول وهلة فان عاد اليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس فى دين الولد على والديه هكذا الا أنا استحسنا فى دين الوالدين ومن كان فى معناهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد لولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل فى ماله وذكر حديث علي كرم الله وجهه انه اتخذ سجنين وقال فيه

ألا ترانى كيسا مكيسا يثبت بعد نافع مخيسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال ياأمير المؤمنين اجرنى فقال مم قال من دين قال عمر رضى الله عنه السجن ثم قال عمر رضى الله عنه كانك بالطلبة حلو ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون المسجون فى دين عليه الا أن يكون عليه دنانير أو يكون عليه دراهم فاصطرفها بدراهم وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يباع ماله وهى مسائل الحجر ثم ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس ثم قال في اسفع جهينة رضى من دينه وأمانته ان يقال له سبق الحاج فادان معرضا حتى دين به فمن كان له عليه شيء فليغد علينا فانا بائع ماله قاسم ثمنه بين الغرماء واياك والدين فان أوله هم وآخره حرب ونعم ماقال فان الدين سبب العداوة خصوصا فى زماننا فيؤدى الي اهلاك النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مداينة المفاليس والحرب هو الهلاك ثم اذا حبس المديون ولم يدع الاعسار فظاهر انه لا يخلى عنه أما اذا ادعى الاعسار فان كان ذلك فى ديون وجبت بسبب المبايعات فينبغى ان لا يصدق لان الظاهر يكذبه لانه يكون واجدا باعتبار بدله وان كان باسباب مشروعة سوى المبايعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل الصلح

اختلاف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لانه متمسك بالاصل وهو العدم فالقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المال اختيارا دليل قدرته ولو كان دينا وجب حكما باستهلاك مال ونحوه ينبغي ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حبس الرجل شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه فى أول ما يحبسه والرأى فيه الى القاضي ان أخبر بعد أوبقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لانه من الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس واذا أخبروه أنه معسر أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته لانه منظر بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بانه منظر الى زمان الوجود ووجود ما يقدره على اداء الدين موهوم فى كل ساعة فيلازمه اذا وجد مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمال والذى عليه الاصل سواء لان خطاب الاداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الاصيل وذكر عن الكلبي ومحمد ابن اسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بنى قريظة حتى نزلوا فى حكم سعد رضى الله عنه فى دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فاذا تبين ان الحبس مشروع واذا حبس الكفيل بالدين فللكفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه اذا كان بأمره وكذلك لو لازمه الطالب كان له ان يلزم الذى عليه الاصل لانه التزم الاداء من مال المطلوب بأمره فكان الاصيل ملتزما تخليصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المال حتى يؤديه لانه انما يرجع عليه بحكم الاقراض وانما يتحقق هذا المعنى عند الاداء واذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر يطالبه فان القاضي يخرجه من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو قامت له عليه بينة كتب اسمه فيمن حبس له مع الاول لانه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضى انه محبوس بدين واحد فيخلى سبيله فيكتبه حتى لا يخلى سبيله الا بقضائهما وان كان القاضى قد فلس المحبوس جاز اقراره لاشخاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال تفليس القاضى اياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه ولا بشئ يضيفه في ماله ماخلا العتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فانا ندع القياس فيه ونجوزه وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وابراهيم وابن أبى ليلى رحمهما الله ويعنى بالتفليس ان يحكم بعجزه عن الكسب فيجعله كالمريض مرض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه فى ماله هذا

وهذا نوع حجر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس الحبس بتفليس لانه دلالة القدرة على أداء الدين لا دلالة العجز ولا يضرب المحبوس فى الدين ولا يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لان هذه عقوبات زائدة ماورد الشرع بها وانما قلنا بالحبس ليكون حاملا له على قضاء الدين وان كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص فى الزيادة عليه فانه روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة صفد ولا قيد ولا غل ولا تجريد والصفد ماتقيد به الايدى أراد بقوله لا يقام يعني لا يؤمر بالقيام بين يدي صاحب المال اهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه ولا يجوز ذلك فى ماله فلان لا يجوز فى نفسه بطريق الاولى ويحبس الابوان فى نفقة الولد ولا تشتبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد انما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع كالقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فانه ليس فيه قصد اهلاك نفسه ولا يخرج المحبوس فى الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان الواجب أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع فى قضاء الدين فلو خرج احيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغى أن يحبس فى موضع خشن لا يتبسط له في فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك واذا سأل القاضي عن المحبوس بعد شهرين أو أكثر فى السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يخل بين غريمه وبين لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أو ان له ما لا أجزت شهادتهم ويترك المسئلة فى السر لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة الى الاختبار وان أدى دين أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدى دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس الرجل فى الدرهم وفى أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغى أن يكون محبس النساء فى الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدى الى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول اخوانه وأهله عليه لانه يحتاج الي ذلك حتى يشاورهم فى توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المكث عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتبة لانه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالاجانب فى المعاملات مع مولاه والاول أصح وان كان للمكاتب علي مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس فى دين

المكاتب لان مطالبتـه متوجهة على مولاه وهو ملحق بالاجانب فى حق أكسابه وكذلك العبد التاجر الذى عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق الغرماء والصبي التاجر فى السجن مثل الرجل يعنى يحبس لانه يؤاخذ بحقوق العباد فيتحقق ظلمه والغلام الذى يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصي وليس بتاجز مثل ذلك يريد به فى حق الحبس ولم يذكر انه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه وفى الكتاب مايدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم انما يتحقق ممن يخاطب بأداء المال ووليه هو الذى يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى لا يتجاسر على مثله ولكن هذا انما يكون فيما يباشر من أسباب التعدى قصدا أما ماوقع خطأ منه فلا ولا يحبس العاقلة فى الدية ولا فى شئ منها من الارش بقضائه عليهم ولكنه يؤخذ من الاعطية وان كرهوا ذلك لان الدية انما تعطى من عطائهم لا مما في أيديهم من الاموال حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأدية وليس لهم عطاء يفرض ذلك عليهم فى أموالهم فاذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الدعار يحبسون أبدا حتى يتوبوا والداعر الذى يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاما استهلك لرجل مالا وله دار ورقيق وعروض وليس له أب ولا وصى لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه ان شاء جعل وكيلا يبيع بعض ماله فيوفى الطالب حقه وان كان له أب أو وصى يجوز بيعه فانه لا يحبس والصحيح انه يحبس من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم للذمى بدينه والذمى للمسلم ويحبس الحربى المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق فى حق الكل والله أعلم بالصواب

باب الابراء والهبة للكفيل

(قال رحمه الله) واذا قال الطالب للكفيل قد برئت الي من المال الذى كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض وللكفيل ان يرجع به على المكفول عنه لانه أخبر عن البراءة بفعل متعد من المطلوب والكفيل الى الطالب وذلك بفعل الاداء لان الابراء متعد من المطلوب الى الطالب وكذلك قوله قد دفعت الى المال أو نقدتنى أو قبضته منك وكذلك الحوالة واذا

قال أبرأتك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذى عليه الاصل لانه أضاف الفعل الى نفسه متعديا الى المطلوب وذلك انما يكون باسقاط الدين عنه . ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه وصفه بالبراءة فينصرف الى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة قوله أبرأتك لانه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الادنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة الى الرجوع على الاصيل لا تثبت بالشك وقد مر هذا فى الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا يوصف بالتحليل أما المال الذى يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون فمتى حلله أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لا حق لى فى مالك ولو قال له هكذا كان ابراء مطلقا فهذا كذلك والمحتال عليه فى جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلا بقبض ماله فقال الوكيل للكفيل برئت الى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصى للكفيل قد أبرأتك أو انت فى حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر والعبد التاجر والمكاتب اذا قالوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر واذا ابرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض فى حقه لانه ليس في حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذى عليه الاصل لان أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذى هو واجب له فى ماله غير عين فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد لشبهه بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فانه يرتد بالرد كما لو وهب من الأصيل لان الهبة لفظ وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة فى حق الكفيل كما فى حق الاصيل لان هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة فاذا سلطه عليه فهو مسلط عليه فى الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه قصدا باحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له واذا استقام تحقيق الهبة كما فى حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما فى حق الاصيل وقد مر أنه لو أبرأ الذى عليه الاصل من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو وهب منه فلو مات قبل ان يعلم فهو برئ منه فى الهبة والابراء جميعا لانه تام فى نفسه ولكنه يرتد بالرد

فمتى مات وقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فابراه منه وجعله في حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لا تقبل ذلك ويقضون المال والكفيل منه برىء في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ليس للورثة في ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا في حق الورثة اسقاط محض لانه لا دين عليهم حقيقة انما عليهم مجرد المطالبة فاشبه الكفيل ثم في حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا في حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول ان الدين قائم وقد أخذ شبها بالاعيان بعد الموت لتعلقه بالتركة فكان أقبل للتمليك في هذه الحال والملك بهذا التمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو أضاف الابراء اليهم تنصيصا واذا وهب الطالب المال الذي عليه الاصيل فأبى أن يقبل كان المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى ان يقبل كان المال عليه بخلاف ما اذا أبرأه فأبى أن يقبل لانه لا يعود الدين على الكفيل لانا نجعل ابراءه كابراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا واذا وهب للكفيل وقبله رجع به علي الذي عليه الاصل لانه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالاداء والتمليك منه صحيح لانه قابل للملك في حق ما في ذمة الاصل ولهذا يملكه بالأداء واذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه واذا كانت الكفالة علي ان المكفول عنه برىء أو كانت حوالة فوهب الطالب الذي كان عليه الاصل فالهبة باطلة لانه ليس في ذمته شيء لانتقال الدين الى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغي أن يصلح ولو وهب الكفيل الذي عليه للاصيل فهو جائز لانعقاد سبب وجوب الدين له في الحال فان أدى الكفيل لم يرجع به عليه لانه يقرر ملكه ما في ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الاداء فان أدى الذي عليه الاصل لم يرجع به على الكفيل لانه تبين أن هبته باطلة لانتقاض سبب وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل علي رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالمال وأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على صاحبه وقال انما عنيت باقراري أنه على لاني كفلت عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه بنصفه لانه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الاصالة ولو أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفل عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشيء لانه قد صرح انه أصيل فى كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله . ولو أن رجلين كان عليهما خمسون دينار الرجل قرضاً وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد أحدهما على صاحبه أني معك دخيل فى هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعي أن المال كله على صاحبه فانه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معي ليس باقرار بشيء لم يكن عليه خاصة دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين فى هذا المال وهذا يقتضي أن يكونا أصيلين فى بعضه فمن ادعى أن كله علي صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت الى ذلك وان أقر أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع علي صاحبه بشيء لانه نص أنه كفيل أصيل فى الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع بكله عليه ولو كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم فى صك باسمه وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله فأقر الطالب ان أصل المال علي أحدهم وان الآخرين كفيلان عنه ولم يقر بهذه الكفالة التى نسبت اليه فى الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لانه أقر على غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال علي وصاحباى منه بريئان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشيء لان زعمه معتبر فى حقه وان أداه صاحباه رجعا بالكل عليه لاقراره انه أصيل فى جميع المال واقراره ملزم اياه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا كفيل عنه وانه انما قدمه فى الصك لشيء خافه فأدى المقدم فى الصك المال كله فله أن يرجع بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك فى حقه كالثابت بالبينة ولو كان أصل المال قرضا فى الصك أو من ثمن بيع ونسبه الى الذى فى صدر الصك ثم أقر الكفيل بهذه المقالة كان اقراره على نفسه أصدق مما فى الصك لان اقراره على نفسه حجة ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة مالم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا تكون مقبولة مع تكذيبه اياهم باقراره فلهذا كان المقبول ماأقر به على نفسه ولو لم يقر الكفيل بهذه المقالة ولكنه أقر انه هو القابض للمال من صاحب الصك أو انه قد اشترى المبيع من صاحب الصك وقبضه وقال الذى عليه الصك وهو الذى اسمه فى أوله أجل أو صدق ثم ادعى المقرله المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لان اقراره بمباشرة سبب التزام المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل فى جميع المال وان صاحبه كفيل به واقراره حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لانه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وان كان مؤجلا واقراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه الى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كثبوته بالبينة أو بالمعاينة فى حقه واذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لانه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فان لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانه يدعي على صاحبه مالو أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفى عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى اذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما فى الضمان ان قامت البينة من الاصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيل ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالاصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لانها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الاصل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لاحدهما على صاحبه وشهادته فى ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فانما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا بذلك لانهما يشهدان لابيهما وهذا اذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فان كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابنى الطالب جائزة لانهما لا يثبتان بشهادتهما حق أبيهما وانما يشهدان لأحد الغريمين على الآخر انه هو الاصيل وان صاحبه كفيل فلا تتمكن التهمة فى هذه وكذلك ان كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لابيهما وانما تكون لاحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الاصل على أبيه والآخر كفيل عن أبيه جاز لانهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الاصل على الآخر وان أباهما كفيل به عنه لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران اليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء

(قال رحمه الله) واذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لان باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الاصيل من الثمن وبراءة الاصيل منه توجب براءة الكفيل لان الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل ولا تبقى المطالبة على الاصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو باقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لان الاصيل يبرأ عن الثمن بهذه الاسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بعضه بالطلاق ببراءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الاصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم اذا صالح الاصيل الطالب على رأس المال فهو برئ عما كفل به لبراءة الاصيل وليس عليه شئ من رأس المال لانه دين آخر سوى ما كفل به وهو ليس ببدل عن المكفول به وكيف يكون بدلا ووجوب المسلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل مايجب بالسبب الذي وجب به الاصل فلو ضمن المشترى ثمن المشترى لغريم البائع يعني أحال البائع غريما له على المشترى حوالة مقيدة بالثمن أو كفل المشتري لغريم الكفالة البائع كفالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لان بانفساخ العقد من الاصل ينتفي الثمن عن المشترى من الاصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل الحوالة عندنا ولا الكفالة لان بما اعترض من الاسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على الاصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لان البيع ينفسخ من الاصيل بهذه الاسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد في الكتاب بالصرف) فقال لو باعه بالدراهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الاسباب رجع على البائع بألف درهم لان صرفها وأصلها صحيح بخلاف ما اذا استحق العبد أو وجد حرا فانه يرجع بالدنانير لانه تبين أن الدراهم لم تكن واجبة من الاصيل وعلى هذا لو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن الكفالة إلا على قول زفر رحمه الله ثم اذا أداها رجع بها على المرأة لانه كفل عنها بأمرها فيستوجب الرجوع عليها عند الاداء الا انه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير انه يرجع عليها بنصف المؤدى لان المقاصة وقعت بالنصف الثانى من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف درهم ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لان هذا ليس بكفالة ولا حوالة في الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل الكتابة من المكاتب ولا فرق فى حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن يطالبه غريم المولى فان أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ الاصل قال وبرئ من الكفالة لانه كان بمنزلة التوكيل وباعتاق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة حتى لا يطالبه المولى بشيء منه فكذلك وكيله * ووجه الرواية الاخرى أن الغريم كان يطالبه بدينه قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وانما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم توجه المطالبة للغريم علي المكاتب بالتزامه فأما المطلوب فى حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا يبقى التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفى بقاءه بطريق الاولى ثم اذا أدى رجع علي المولى لانه قبل العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لان البراءة عن بدل الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعتاق المولى اياه ولو كفل عبد عن مولاه بألف درهم بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولي فأما بعد العتق فانه يطالبه بذلك المال لانه كان مطالبا في حال رقه بالعتق وهو لا يزيده الا وكادة ولان المولى شغله به حين أمره بالكفالة عنه فهو بمنزلة مالو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وان أدى من كسب هو خالص حقه لان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الاصيل فلا يصير موجبا للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فان هناك أصل الكفالة كانت موجبة لرجوع المكاتب علي المولى عند الاداء لان المكاتب يستوجب على مولاه دينا الا أنه كانت تقع المقاصة ببدل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجبا لرجوع العبد على المولى فان العبد لا يستوجب على مولاه دينا ولو ان رجلا له على رجل الف درهم فأمره ان يضمنها الغريم له ثم ان الآمر وهبها للكفيل أو ابرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له ان يأخذه بالمال لان الكفالة أو الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للآمر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الآمر من التصرف فيه بمنزلة الراهن اذا تصرف فى المرهون بالهبة أو البيع من انسان فانه لا ينفذ لحق

المرتهن ولو مات الآمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين سائر غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن يكون للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لانه صار كالمرهون به ولان سائر الغرماء يثبت حقهم من جهة الاصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه الاستحسان ان المكفول له لم يصر أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل حق المكفول له ولا يكون أحق بالغنم وبه فارق الرهن فقد صار المرتهن أحق بغرم الرهن هناك * يوضحه ان يد الاستيفاء ثبتت للمرتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبنى اختصاصه به دون سائر الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الاصيل فيقسم بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البينة أن هذا المال له وانه أمر فلانا فباع المبيع الذى هذا المال ثمنه لم يكن له ان يبطل الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع ان الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد لنفسه ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لاينفذ من تصرفه الا مايرجع الى القبض ولو كان المال الى أجل وبه كفيل فان مات الاصيل فقد حل المال عليه ولا يحل على الكفيل حتى يمضي الاجل لان الاصيل استغنى بموته عن الاجل والكفيل محتاج اليه وحلوله على الاصيل لايمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على الاصيل مؤجلا الى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن الاجل ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الاجل عندنا وقال زفر رحمه الله يرجعون على الاصيل في الحال لانهم أدوا دينا عليه بعد توجه المطالبة فيه شرعا بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون اليه وهذا لان الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الاصيل فيستوجب الرجوع به عليه في الحال الا اذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حل الاجل ولم يوجد اذا كان سقوط الاجل حكما لموته ولكنا نقول بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل مؤجلا والاصيل باق منتفع بالاجل فكما بقي المال مؤجلا في حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الاجل فانه لا يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط

بعضهم كفلاء عن بعض بالمال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء الى سنة فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة مالو كان أحدهم كفل به مؤجلا فى الابتداء فان المال يكون حالا على الباقين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال وابراء أحد الكفلاء لايوجب البراءة للباقين كما لا يوجب براءة الاصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء الي سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوى به فى غرم الكفالة كما هو مساوله فى الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ الذى أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت فى حقه فكما لاتتوجه مطالبة الطالب عليه بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فاذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف بيعا جميعا ذلك الكفيل بالثلث لانه كان مساويا لهما فى الكفالة وقد كان المانع لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستووا فى غرم الكفالة ثم يرجعون على الاصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الاصيل سنة كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الاصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل اولو كان أخر كفيلا منهم شهرا وآخر شهرين وآخر ثلاثة أشهر كان جائزا على ماسمي فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذى عليه الاصل بعد هذا سنة كان المال عليهم الى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل فى حق الاصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر فى السنة فهذا مثله وان كان المال من ثمن مبيع أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الاصيل الى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلي الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل فى حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء وابراء الاصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على الكفيل لان التأجيل فى حق الاصيل يجعل فى حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك اذا أجل الاصيل وهذا لان التأجيل لايوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أوالاصيل واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم ان الطالب وهب المال لواحد منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كان لان الهبة من الكفيل تمليك فيرتد برد الكفيل كما

يرتد برد الاصيل اذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة مالو وهبه تملكه بالاداء فان شاء رجع على الاصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه بالثلثين ان وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة مالو أدى المال فان كان الموهوب له غائبا فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم شاء ولما بينا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التمليك فان ضمنه معنى التمليك يرتد برده مادام حيا ولكونه اسقاطا يتم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون على أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلا جاز ورجعا به على الاصيل وان شاآ رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة مالو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بشئ من أجل ان كل واحد منهما صار متملكا خمسمائة وهما يستويان فى ذلك وان أخذا الكفيل الثالث فأدى اليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ماأدى الى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما متملك للثلث فيكون بمنزلة مالو أدوا جميعا المال الى الطالب وانما يتبعون الاصل بالألف كلها فاذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى الآخر أن يقبل فللذى قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف المال بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فان شاء رجع على الكفيلين معا بثلثى ذلك النصف وان شاء على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أىّ الكفلاء شاء وان شاء رجع على الاصيل لان الهبة بطلت فى هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما كان قبل الهبة فان قبض الطالب من الذى عليه الاصل شيئا فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب له بما بقي من ذلك لان النصف الباقى ماوهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بثلثى ذلك النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشئ من ذلك لانه لو كان له حق الاتباع بعد الاداء كان له أن يمنع ذلك منه فى الابتداء ولكن لو أديا الى الطالب خمسمائة كان للموهوب له أن يرجع عليهما بثلث خمسمائة أخرى فيرجع عليهما بتلك الخمسمائة حتى يكون الاداء عليهم أثلاثا وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على على أحد بشئ لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس تملك شئ منه والله تعالى أعلم

باب الحلف فى الكفالة

(قال رحمه الله) واذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئا فضمن له بنفس أو مال فهو حانث لانه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شئ مضمون له وقد وجد ذلك وكذلك لو كفل أو قبل الحوالة له وقال فى الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئا بأمره فهذا ليس بضمان وانما هذا التزام لعقد الشراء وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفا وفى الايمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لان الضمان وقع لغيره فان المضمون ما تجب به المطالبة قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول انما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورثه المحلوف عليه لم يحنث وان صار الضمان له فى الانتهاء لان الاصل كان لغيره وانما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافة عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئا فضمن انسان ما أدركه من درك فى دار اشتراها أو عبد حنث لانه قد ضمن للمشترى (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامنا من كان ضامنا للدرك وهو بمنزلة مالو قال ان لم يوفك فلان مالك اذا حل أو ان مات فلان قبل ان يوفيك فهو علي أوفانا له ضامن فانه يكون ضامنا له ويكون حانثا فى يمينه وان كانت المطالبة متأخرة عنه الى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامنا فى الحال فكذلك فى الدرك ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ماسبق أن الكفالة للغائب اذا لم يقبل عنه أحد باطل فى قولهما فلا يحنث فى يمينه وهو صحيح فى قول أبى يوسف رحمه الله والضمان لازم للكفيل فيكون حانثاً فى يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث فى قولهم جميعاً لان الضمان صحيح فى حق الضامن وان كان للمضمون له الخيار اذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن يرده فيتم به شرط الحنث فى حقه ولو ضمن لصبي لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو بمنزلة مالو ضمن الغائب فيتم فى حقه اذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه يحلف انه لا يضمن شيئا فضمن فهو حانث لان يمين المحجور عليه ينعقد لكونه مخاطبا والالتزام بالضمان صحيح فى حقه وان كان المال يتأخر عنه الى مابعد العتق لحق مولاه فهو بمنزلة مالو

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لانسان بعد ماحلف وهو مفلس ولو حلف لا يكفل بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان اذا أطلقت فانما يفهم منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ فى اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس فى مخاطباتهم فان عنى المال كان ذلك على ماعنى لانه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس فى كتاب والله أعلم

باب الكفالة بما لا يجوز

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لا يؤاخذ الكفيل بشئ من القصاص ولا من الارش لان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة فى ايفائه والقصاص عقوبة لا تجرى النيابة فى ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والارش لم يكن واجبا على الاصيل بالفعل الذى هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لانه عقوبة لا تجرى النيابة فى ايفائها ولان المغلب فيه حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشئ من الامانات لانها غير مضمونة على الاصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وانما يلتزم الكفيل المطالبة بما هو مضمون الايفاء على الاصيل فاذا استهلكها بعد ذلك من هى فى يده أو خالف فيها لم يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان انما لزم الاصيل بسبب حادث بعد الكفالة وهو ما أضاف الكفالة الى ذلك السبب وكذلك فى القصاص لو صالح الطالب المطلوب على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شئ لانه وجب بعقد بعد الكفالة والكفالة ما أضيفت اليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الاشياء فكذلك الرهن لان جواز الرهن يختص بما يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن الرهن باطل لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والكفالة بتسليم الامانة لا تصح كالوديعة والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى بمملوكة وهو فى بيت مولاه أو قد أبق عنه باطلة لانه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا وهذه الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولى عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا الى قصار ليقصره وضمنه رجل فضمانه باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وكذلك من يشبهه

من الصناع لان العين عنده أمانة في يد الاجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم يضمن وأما في قول من يضمن الاجير المشترك ماهلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لان العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها وهو بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفل بعبد رجل ان هو أبق من مولاه فهو باطل لانه ماأضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان فالاباق ليس بسبب يوجب ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف لان الكفيل يلتزم مطالبة هي على الاصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة على أن هذا كفيل بها ان أكلها أو جحدها فهو جائز على ماشرط لانه أضاف الكفالة الى سبب وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل بما صالحته عليه من مال من القصاص الذى تملك عليه فى نفس أو من مال لك عليه لانه أضاف الكفالة بالمال الى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال ان قتلك فلان خطأ فانا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن ارشه لانه أضاف الكفالة بالارش الى سبب موجب له وهو مما تجرى النيابة فى ايفائه ولو قال ان أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا باطل لانه ماأضاف الضمان الى سبب موجب له ولو قال ان غصبك انسان فأنا ضامن له فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لانه عم معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة متفاحشة وذلك يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوما لزمه ذلك لان المكفول عنه معلوم ولو دفع ثوبا الى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل ان أفسده أكان جائزا لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة الى سبب موجب الضمان فصحت الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا فى نفس أو دونها أو حدا فى قذف وسأل القاضى أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتى حاضرة لم يجبه القاضي الى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه الى ذلك لان تسليم النفس مستحق على الاصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما فى دعوى المال وهذا لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل انما يلتزم مايقدر على ايفائه وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على اعطاء الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغى للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع الى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له الزمه ما بينك وبين قيامى فان أحضر البينة قبل أن يقوم القاضى والا خلى سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضى فان القاضي يحبسه فى السجن حتى يسأل الشهود لانه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع فى حق مثله (ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتى بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع فى حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما فى دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة منه وقال بينتي حاضرة فانه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعي مال والاستيثاق بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكنى أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبنى على البرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذى شهد عليه بالزنا حد القذف فقال الشاهد عندى بذلك أربعة شهداء أجل فيه الى قيام القاضى ليظهر عجزه بهذا الامهال عن اقامة أربعة من الشهداء فان لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو القذف مع العجز عن اقامة أربعة من الشهداء ولم يخل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع الى الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه الي قيام القاضى مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حريته بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضى ان يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة انه حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لاقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد استوجب ذلك باشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو أقام رجل عليه البينة بالرق فزعم ان له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما ليتمكن من اثبات حريته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لاقامة الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدى عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال اذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضى أن يضعه على يدى عدل بعد اقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له واذا ادعي عبد على حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعي رجل قبل رجل مسئلة فيها تعزير وقال بينتى حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لانه ليس بحد وانما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرئ بالشبهات التى هى فى معني البدل بمنزلة الاموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أوعبد لم يؤخذ منه كفيل في قول أبى حنيفة رحمه الله لان اللعان فى قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد فى قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك ان يلزمه لان الا بن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس فى دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة فى دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أوجده أو جدته وكذلك لو ادعي عبد ان مولاه قذف أمه وهى حرة مسلمة لان حقوق الملك فى اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكه بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أونفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما الى أن يقوم القاضى في قول أبى حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولي وفى قول محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذى قال فى الكتاب ان قول محمد رحمه الله مثل قول أبى حنيفة رحمه الله انما يريد به أخذ الكفيل من المولى فأما حبس العبد فقوله كقول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين احداهما ما بينا من اخذ الكفيل بنفس المدعى قبله حد القذف والاخرى ماتقدم بيانه في الآبق أن حد القذف بالبينة لا يقام على العبد الا بمحضر من مولاه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبى يوسف رحمه الله يقام عليه وان لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين بنفس

المولى لانه لاحاجة الي حضوره فى اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل اقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده فى حكم الكفالة بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك الا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لانه لابد من حضرة المولي لاقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله فى دعوى حد القذف لايجبر على اعطاء الكفيل بالنفس قبل اقامة البينة ولكن يصار فيه الى الملازمة ولابد من حضرة المولى عنده لاقامه البينة فيكون للمدعي أن يلازمهما وبعد اقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر اذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لانه لابد من حضرة المولى لاقامة الحد ولا سبيل الى حبسه لانه ماارتكب حراماً فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعي لانه ليس فى أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه اذ لاحد على المولى ولو ادعى رجل على رجل حدا فى قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لانه لامدخل لهذا النوع من الحجة فى حد أو قصاص ولو كان هذا فى سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت بهذه الحجة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لاقصاص فيها لا فى دعوى المال وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فاذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فانهما يحبسان فاقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على الثالث فانهما فاسقان ولانهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما فى مثله فانما يبقى فى حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لايثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد منهما يدعى بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام لانه لاقصاص فى هذه الدعوى وانما انهاء المال بشئ واحد منهما على من بينته عليه فى دعوى المال يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعي رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على آخر لم يكفل الثانى ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه فى الدعوى فان أقر الثانى بذلك قضى عليه لانه مناقض صدق خصمه فى ذلك الا انه لايقضى عليه بالقصاص لان ماتقدم من الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة فى حق القصاص

دون المال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو مناقضه في الدعوى وفى مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى بالمال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ فى حكم الكفالة حتى اذا ادعى على رجلين قطع يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وانما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين علي قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على القاتل فى ذلك ولا كفالة لان الخاطئ معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطئ لا يستوجب التعزير الا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان فى حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يمينى رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه من قبل ان كل واحد منهما يدعي القصاص (ألا ترى) أن أحدهما اذا أقام البينة قضى له بالقصاص واذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى اذا بادر أحدهما واستوفى كان مستوفيا لحقه الا انهما اذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بارش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا عليه لكل واحد منهما واذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء فقال المدعي أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه فى المال وفى دعوى المال تجري الكفالة بالنفس واذا ادعى رجل قبل رجل شتمة فاحشة وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتي يسأل عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفى دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة فى هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو رأى القاضى أن يحبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له نهاية العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في الحدود والقصاص الى أن على قولهما بعد اقامة البينة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ الكفيل ولكن يبرأ الكفيل ان كان أخذه منه (تأويله) بعد ظور العدالة فأما قبل ذلك فلا يشتغل بحبسه عندهما على مافسره فى دعوى الحد على العبد وان كان المدعى عليه الشتمة رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره اذا كان ذلك أول مرة لان احضاره مجلس القاضى فيه نوع تعزير فى حقه فيكتفى به فى أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا فى الحد واذا ادعى رجل قبل رجل شيئا يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام فهرب المكفول به وقدم الطالب الكفيل الى القاضى فانه يحبسه حتى يجى به لانه التزم تسليم نفسه فيحبس لايفاء ماالتزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة أخذت له منه كفيلا ثلاثة أيام فان أقام علي ذلك شاهدين أو شاهدا وامرأتين أوشاهدين على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب الحدود أنه لايبلغ بالتعزير أربعين سوطا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي يوسف رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا اذا كان فى أمر متفاحش وتعزير العبد فى مثل ذلك تسعة وثلاثون سوطا عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الاربعين حد فى حق العبد وقد قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربا فاحشا وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أو قبل أخيه يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمى يدعى الشتمة قبل المسلم أو الذمى أو العبد يدعيها قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئا فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهى جائزة فى قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهما الله واذا كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعا وان ترك شيئا ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل بقدر ماترك الميت فى قوله وفى قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم فى ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار ليصلى عليه فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما علىّ يارسول الله وفى رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لماصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبي أمية عن رجل من الانصار انه قال لاصحابه من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فانى شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنازة رجل من الانصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين فقالوا نعم فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتى عليه وهو فى قبره مرتهن بدينه ثم قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه فهذا تنصيص على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه انه كفل بدين واجب فيصح كما فى حال حياة المديون وهذا لان الدين كان واجبا عليه فى حال حياته فلا يسقط الا بايفاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لا يتحقق شئ من ذلك (ألا ترى) انه مؤاخذ به فى الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا انه تعذرت مطالبته به فى الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن يكون مطلوبا فى نفسه كما لو أفلس فى حال الحياة وكالعبد اذا أقر على نفسه بدين ثم كفل عنه كفيل به صح وان كان هو لا يطالبه فى حال رقه لان الحق مطلوب فى نفسه وهذا لان ذمته باقية بعد الموت حكما لانها كرامة اختص بها الآدمى وبموته لا يخرج من أن يكون محترما مستحقا لكرامات بنى آدم (ألا ترى) أنه لو مات مليا بقى الدين ببقاء ذمته حكما لا للانتقال الى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وانما هو محل القضاء الواجب منه ولو كان بالدين رهن بقى الرهن على حاله وان كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستعارا من انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين ولو قتل عمدا وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذى عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكما لما صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة لله تعالى فانها غير مطلوبة في الحكم فى الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق مطلوبا فى نفسه علي الاطلاق وهناك الحق مطلوب فى نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوبا وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وانما تصح الكفالة بالقائم مثلا من الدين دون التاوى وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد خرجت ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهدة ومنه يقال أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات الله عليه قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتمامه بالالزام المذكور فى قوله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما بالموت نخرج من أن يكون أهلا لالتزام شئ من الحقوق فى أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة صالحة تكون محلا للحق ولكنه فى أحكام الآخرة معدّ للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة ولهذا كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة فى أحكام الدنيا وباعتبار المطالبة

فى أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما فى ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى فى أحكام الدنيا أيضا والكفيل انما يلتزم المطالبة بما على الاصيل ولا يلتزم أصل الدين فى ذمته ولم يبق فى ذمة الاصيل شيء فى أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين فى حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وان كان لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس فى حال الحياة فان ذمته محل صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقى الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما اذا مات مليا فالمال هناك خاف عن الذمة فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الاصل قائما حكما وهنا لم يبق حلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجعل مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما اذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين الى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقى الكفيل فى الكفالة وكذلك الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر واذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبى حنيفة رحمه الله وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة فى الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة لهذا المعنى والحديث المروى في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبى قتادة أو على رضى الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فى الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما صلى عليه لهذا (ألا ترى) انه ماروى انه كان يقول لعلى رضى الله عنه بعد ذلك مافعل الديناران حتى قال يوماً قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء وبه يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم عرف أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم الى الضمان عنه ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لاجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس والاستدلال بالمنسوخ لا يقوى والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضي في الكفالة

(قال رحمه الله) واذا كتب القاضي الى القاضي فى كفالة بنفس رجل كفل به بأمره فأراد أن يقبل معه حتى يوافيه به فأقام علي كتاب القاضي شاهدى عدل وكتب انه قد قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضي يأمره بالخروج معه حتى يوفى مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب القاضي الى القاضي ثم الثابت بالبينة عند القاضي المكتوب اليه كالثابت باقرار الخصم ولو أقر الخصم بذلك فى الذمة بالخروج معه لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة حين أمر أن يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما يلزمه به فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضى البصرة الي قاضي الكوفة بذلك فانه يؤمر أن يوافيه حتى يبرئه من ذلك لانه انما يلزمه تسليمه فى الموضع الذى التزم التسليم فيه ولا يقدر على ذلك الا بموافاة الآمر معه الى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة علي أن يوافى به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فانه يأمره القاضي أن يوافى معه بالبصرة حتى يبرئه لما قلنا ولو كفل بنفسه بالكوفة علي أن يدفعه بالكوفة وأخذه الطالب بالبصرة فطلب كتاب قاضي البصرة الى قاضى الكوفة بذلك ليأمره بأن يوافى معه البصرة لم يجبه الي ذلك ولو كتب له يجبر قاضى الكوفة المكفول به على الذهاب معه الى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة لا تلزم الكفيل شيئا فانه ما التزم تسليمه اليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضى البصرة ببينة بالكفالة بأمره فانه يكتب له بذلك حتى اذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع الاصيل وجحد الآمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي الى القاضي كتابا فى كفالة بنفس رجل ولم يبين فى كفالته انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة مالو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزمه باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره واذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران فى بلدين

وصاحب الاصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضى وسأله أن يكتب له به فانه يكتب له ثلاثة كتب الي كل بلد بصفة الكفالة وحالها وأداء المال لانه يحتاج الى ذلك كله فربما تقصد أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه مايكون حجة له عليه الا أنه يكتب الى كل قاض بما كتب به الى القاضى الآخر علي سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا على حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى فى كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم لان هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه وقبيلته فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معى نصف المال أو من الاصيل المال فعليه البينة لان الاصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك اذا ادعى ذلك الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذى أخذه ظاهر وهو يدعي مانعاً أو مسقطا فعليه اثباته بالبينة فان لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال وأخذ منه نصفه واذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض الى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان القاضى الذي أتاه بالكتاب يكتب له الى قاض آخر بما أتاه من قاضى كذا لان على المكتوب اليه أن ينظر له ويقبضه علي ما يتوصل به الى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده قد ثبت فى مجلس القاضى المكتوب اليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة فى مجلسه فعليه أن يكتب له الي قاضى البلدة التى فيها خصمه وان رجع القاضى الذى كتب له أول مرة فقال اكتب لى كتابا آخر فانى لم أجد خصمى فى البلد الذى كتب الى قاضيه لم يكتب له حتي يرد اليه كتابه الاول نظرا منه لخصمه لان من الجائز أن تقصد المدعى التابيس ليأخذ مالا بكل كتاب وانما حقه فى مال واحد وان كتب له قبل أن يرد اليه كتابه فقد أساء فى ترك النظر لاى الخصمين وميله الى أحدهما وتمكينه من التلبيس وليبين فى كتابه أنه قد كتب له فى هذه النسخة الى قاضى كذا وكذا فبهذا يندفع بعض التلبيس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز عن التمكين من الظلم واذا كتب للقاضى بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به الكفيل الاول للثانى اذا كان هو الذى أمره به ولا يؤخذ به الذى عليه الاصل ولم يأمره بالكفالة عنه وانما أمره الكفيل الاول والتخليص انما يجب علي من أوقعه بأمره اياه بالكفالة فى الورطة فان كان الاصل هو الذى أمر الثانى أن يضمن من لم يأمره بشئ وأصل المال على الاصيل فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله واذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب فى كتابه انه كفل بأمره فان الذى أتاه الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الاصيل لو أقر بكفالته عنه وجحد أن يكون أمره بذلك لم يكن له أن يرجع عليه بشىء فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة وان جاء الكفيل بكتاب من قاض آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة مالو أقر الخصم بذلك أو شهد عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة واليمين فى الحوالة والكفالة

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان فاختلفا فى الوقت أو فى البلد الذى وقعت الكفالة فيه أو فى الاجل بأن قال أحدهما الى شهر وقال الآخر الى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر الى شهر فالكفالة لازمة فى ذلك كله لانه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافهما فى هذه الاشياء ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو جائز لانهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ماثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره فيقضى القاضى به ويأمره أن يأتى به على معرفتهما ولو قالا لا نعرف وجهه أيضا فانه يؤخذ بالكفالة بمنزلة مالو أقر عند القاضى بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أى رجل أتيت به وقلت هو هذا وحلفت عليه فأنت برئ من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فالقول في بيانه قول المقر بمنزلة مالو أقر أنه غصب من فلان شيئا أو شهد الشهود على اقراره بذلك ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به علي وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس رجلين فأقام شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا فى الآخر فأثبته أحدهما وشك الآخر فيه فانه يؤخذ بالكفالة التى اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفى الآخر لم تتم الحجة حين شك فيه أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر . ولو شهد رجلان على رجل انه كفل لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لانهما يشهدان بلفظ واحد وقد بطلت شهادتهما فى حق أبيهما فتبطل فى حق الآخر أيضا اذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فان لم يواف به غدا فعليه ماعليه وهو ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا في الوقت أو المكان أو الاجل فشهادتهما جائزة اذا ادعى الطالب أقرب الاجلين فان ادعى أبعد الاجلين لم تقبل الشهادة لانه قد أكذب الذي شهد باقرارهما حين ادعى الابعد وانما أكذبه فيما شهد له به واكذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الاول فهناك انما أكذب الشاهد بأبعد الاجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة مالو ادعى ألفا وشهد له أحد الشاهدين بألف وخمسمائة لاتقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف قبلت شهادتهما على مقدار الالف لهذا المعنى ولو اختلفا في المال فشهد أحدهما بدراهم والآخر بدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك اذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف الآخر لانه أكذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما في جميع ماشهدا به وان ادعى النصفين جميعا جازت شهادتهما في الكفالة بالنفس وبطلت في المال لانه ما أكذب واحدا منهما فيقضى بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا في المال انه ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لي على القرض فقد أكذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له في شيء من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف قرض وألف ثمن مبيع فهو ما أكذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له في الكفالة بالنفس وفي ألف درهم لاتفاقهما على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لانهما اختلفا ولم يختلفا بقلة ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وانما المقصود المال بخلاف الاول فقد اختلفا هنا في جنس المال الذي هو مقصود وان كان الشاهدان كفيلين بالمال عن صاحب الاصل لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الى أنفسهما مغنما فان الطالب اذا أخذ المال من المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لاتجوز شهادة ولدهما ووالدهما لانه ينفعهما بشهادته وكذلك لا تجوز شهادة ابن الاصيل على الكفيل بذلك لانه ينفع أباه فان الطالب اذا استوفى المال من الكفيل برئ الاصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل اذا أقر به الكفيل وأنكره الاصيل لانه شهد لأبيه في ثبوت حق الرجوع على الاصيل عند الاداء وان جحد الكفيل وأقر به الاصيل جازت شهادة ابن الكفيل لانه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال واذا ادعى رجل على رجل انه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه ان لم يواف به غدا وشهد له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به ينكران

المـال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يواف به فأخذ المال وأداه رجع به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه أقر عند القاضي أنه أمره بالكفالة عنه بشيء واقراره حجة عليه ولانه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المـال وليس للمظلوم أن يظلم غيره ولكنا نقول القاضي أكذبه فى اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود والمقر متى صار مكذبا فى اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري اذا كان أقر بالملك لبائعه فاستحق المبيع من يده بالبينـة رجع على بائعه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمـال وقال لم يأمرني بذلك فقضى عليه القاضي بذلك ثم جاء الكفيل بالبينـة أن المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينتـه على ذلك لانه مناقض فى دعواه حين أقر انه لم يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضي انمـا قضى عليه بالكفالة بالمال باقراره على نفسه بذلك واقراره ليس بحجة على الاصيل بخلاف الاول فالقضاء هناك كان بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والاصيل جميعا واذا كفل بنفسه بأمره فان لم يواف به غدا فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا ببينة لانه ادعى مانعا أو مسقطا بعد ماظهر سبب وجوب المـال عليـه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك بريء من الكفالة بالنفس والمـال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويستوى ان شهدا على الموافاة أو على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا فى مكان اقراره أو وقتـه جازت الشهادة لان الاقرار قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه اليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه دفعه اليه عشية بمحضر منه بغير اقرار والمدعي يدعي أحدهما أو كلاهما وقال دفعته اليه غدوة أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما فى المشهود به فان الفعل الموجود فى مكان أو زمان غير الفعل الموجود فى مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل اليه وأن المـال قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذابه الشاهدين فيما شهـدا به له ولا يرجع به اذا أداه على المكفول عنه لانه قد أقر به فلزمه ذلك باقراره بعد ماظهرت حجة براءته واقراره ليس بحجة على الاصيل واذا كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه المـال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل يجحد ذلك لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفى مثله اختلاف الشاهدين فى الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال الآخر هي علي فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والالفاظ قوالب المعاني فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له على أن ابرأ الاول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فانه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وان اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما اذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والاصيل بريء باقرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فانه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أكذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وانما أكذبه في شهادته عليه وهو براءة الاصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه ابرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن ابرأ الاول والطالب يقول لم ابرئ الاول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وابرأت الاصيل اذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لا له وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب انما كفل لي فهو ما أكذبهما فيما شهدا له من ضمان المال. ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما الى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وانما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالاجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه الله يخالفنا في جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الاكذاب فيما شهد به له أو عليه ولو ادعى رجل قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان فشهد أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على أحدهما ولو شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن يأخذهما جميعا بالمال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة الاولين

وفى حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الاولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخران على كفيل الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت فى حق كل واحد منهما بالتزامه جميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الاول وشهد له آخران على الآخر بالمال الى أجل على مثل شهادة الاول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال الى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعاينة وكذلك ان اختلف الفريقان فى مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر واذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لانهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم اذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه الا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك اذا جحد لان البينة الاولى ليست بحجة على الاصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى اليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف اعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذى هو على الاصيل وانما يتحول الى ذمته ما كان فى ذمة الاصيل على أن يكون هو خلفا عن الاصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال الى الاصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالامر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الاصيل أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلته بها علىّ وأديتها اليه قضيت بها له عليه وهو قضاء على الطالب بالاستيفاء لانه ادعى لنفسه المال على الاصيل ولا يتوصل الى ذلك الا باثبات الاداء الى الطالب ولا يتوصل الاصيل الى دفع ذلك عن نفسه الا بانكار قبض الطالب بالاستيفاء فلا يلتفت الى جحوده بعد ذلك اذا حضر والكفالة فى هذا قياس الحوالة ولو ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استحلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى على صاحب الاصيل بالمال وهذا ظاهر فى الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الاصيل وكذلك فى الحوالة لان

الاصيل انما يبرأ اذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولانه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال الى الاصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجع على الاصيل ان كان مقرا أو قامت بينة عليه بالامر وجحود المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لانه صار مكذبا فى ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة البينة لانه مضطر الى هذا النكول وانما لحقته هذه الضرورة فى عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع اذا نكل عن اليمين فى دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الاصل جاحد للامر فانه يرجع عليه بالمال لانه صار مكذبا شرعا بالبينة التى قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الاصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر الي النكول الا أن نكوله ليس بحجة على الاصيل في الأمر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشيء وقد أبرأني من هذه الدعوى فاستحلفه ما أبراني وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضى انما يشتغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما فى الحال فيحلف على ذلك فان حلف برئ وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ما أبرأه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برئ الكفيل من كفالته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما اذا ادعى الدفع اليه فانه استحلاف على فعل نفسه فيكون على البتات ولو ادعى رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامى حتى كفلت لي بفلان وجحد الكفيل ذلك فانه يحلف على ذلك لانه لو أقر به لزمه تسليم النفس اليه وان كانت الكفالة له بحضرة غلامه دونه فان أنكر يستحلف عليه لرجاء النكول واذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبلك هذه الكفالة لان الانسان قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب فلو حلفه القاضى ما كفل يضر به لانه لا يمكنه أن يحلف وان كان هو محقا فى انكاره الكفالة فى الحال والقاضى مأمور بالنظر للخصمين فلهذا يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة وكذلك هذا فى كل دين ومال وديعة وعارية وشراء واجارة

فانه لايحلف ما اشتريت ولا استودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله ساله قبلك مادعي به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا اذا عرض المدعي عليه فقال أيها القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فأما اذا لم يشتغل بهذا التعريض فانه يحلف بالله ما كفلت لانه انما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على ذلك فاذا عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته الى ذلك وان لم يعرض فهو الذى لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا التعريض لايهتدى اليه كل خصم وعلى القاضى أن يصون قضاء نفسه عن الجور ونفسه عن الظلم فيحلفه على ما بينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضى حلف الطالب ان له قبلى هذه الكفالة فانى أرد عليه اليمين فانه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين علي المنكر فاذا رددت اليمين على المدعى فقد خالفت الاثر وقد بينا هذا فى الدعوى ولو جاء الطالب بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم أستحلفه على ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فاذا جعلت عليه مع البينة يمينا فقد جعلت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة

(قال رحمه الله) واذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فان لم يواف به ادى ما ادعيا به عليه فعليه مالهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذى له عليه وهو مختلف فهو جائز لانه نجز الكفالة بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة اذا دعياه وذلك صحيح فى حق كل واحد منهما عند الانفراد فى حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله عليه لوجود الشرط فى حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا فى المعنى ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل واحد منهما بموافاته به اذا دعياه لانه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شيء من المال بوجود بعض الشرط واذا دعاه أحدهما فلم يوافه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال عرفنا انه انما يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد منهما وقال ان وافيتكما بنفسه اذا دعوتمانى به فأنا برىء من المال فهو مثل الاول وتقديم

المـال في هذا وتأخيره سواء لانه وان أخر الكفالة بالمـال في لفظه فهو في المعنى مقدم وانما هـو شرط البراءة عنـد الموافاة بنفسه اذا دعياه به ولكل واحد منهما أن يأخـذ بكفالته دون الآخر لانه في المعنى كفيل لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان جمع بينهما في العقد لفظا بمنزلة مالو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر ولو كان الطالب رجلين متفاوضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب فان وافاهما به غدا فهو برئ من المـال فوافى به أحدهما ودفعـه اليه فهو برئ من كفالته بالنفس والمـال لهما جميعا لان المتفاوضين كشخص واحد مابقيت المفاوضة بينهما وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء ماوجب لصاحبـه كما هو قائم مقام صاحبه في كونه مطالبا بمـا على صاحبـه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصـة الذى وافاه به ولم يبرأ من الكفالة للآخر لانه فيما هو واجب لصاحبـه بمنزلة الاجنبي في الاسـتيفاء حتى لا يكون له أن يطالب الغريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبـه بموافاته به ولو كفل رجـلان بنفس رجل على أن يوافيا به غدا فان لم يفعلا فالمـال عليهما فوافى به أحدهما عنه وعن صاحبه ولم يحضر الآخر فهما بريئان لانهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما برئا منه جميعا فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوافيا به لزم الحيّ منهما نصف المال وفي تركة الميت نصف المـال لوجود الشرط وهو عدم الموافاة به ولو كان وافى به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئا جميعا لان الوارث قائم مقام المورث في التسليم ولو كان كفل به كل واحد منهما على حـدة فاشترط الطالب على كل واحد منهما انه ان لم يواف به الي وقت كذا فعليـه المـال فوافى به أحـدهما فدفعه فانه يبرأ من كفالته ولا يبرأ الاخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه الا أن يقول الذى جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي ويقبله الطالب على ذلك بمنزلة مالو جاء به أجنبي آخر فدفعه عنهما جميعا وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه الي الطالب عنهما جميعا كانا بريئين سواء قبله الطالب أو لم يقبله بمنزلة مالو دفعاه اليه لانه أصيل في هذا التسليم غير متبرع به بخلاف الاجنبي والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاعيان

(قال رحمه الله) واذا ادعى عبدا في يدى رجل فلم يقدمه الى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه

وبالعبد فمات العبد في يدى المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عنده فان القاضي يقضى له بقيمة العبد على المطلوب وان شاء على الكفيل لانه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الاصيل وان لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه فانه يقضى له بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كاقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل الا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل مايلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتى به فان هلك فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل فى قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل فان أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل باقراره ولا يصدق على الكفيل ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضي له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب كذبت فانى أحبس الكفيل حتى يأتى بها كما أحبس فلانا الاصل حتى يثبت اباقها فان طال ذلك يعنى مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب اذا طلب وان قال هى بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انتفت أن تكون قيمتها مالم يقم البينة بها ويأخذ بها أيا شاء فاذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ الجارية ورد القيمة وان شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا فى كتاب الغصب قال ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار لان المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة فيكون بمنزلة تمليكها بالبيع وما بقى له الخيار يعنى للبائع فليس للمشترى أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا علي القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فان البدل والمبدل لا يجتمعان فى ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام التملك فيها واذا كان عبد في يدى رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل فى خصومته ولم يغب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه لانه التزم بالكفالة احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتي يأتى به لانه فى تغييبه قاصدا الاضرار بالمدعي فانه لا يتمكن من اقامة البينة على استحقاق العين الا بمحضر منه فان قال

المدعى أنا آتى بالبينة انه عبدى قبل ذلك منه ليستحق به العين ان قدر عليه والقيمة ان لم يقدر على العبد فان شهد شاهداه أنه العبد الذى ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان قضيت له بالعبد علي الكفيل فان أتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ماخرج من ملكه بوجه من الوجوه قيل انما يحلف علي هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وان لم يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضى للغائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن العبد الذى يقال له فلان الفلانى وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لان الاسم يوافق الجلية فلا يثبت بهذه البينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتى به لانه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه البينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر العبد حتى يأتى به بعد أن يوافق جلية العبد الذي ظهر بشهادة الشهود ليتمكن المدعى من اثبات ملكه بالبينة فان لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ماضمن شيئا ولم يثبت عليه شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى فى هذا كالكفيل لان الكفيل التزم الاحضار بكفالته فلا بد من أن يأتى به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضى ولا يلزمه شيئا من غير حجة واذا كان العبد فى يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام المدعى البينة أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه اليه وان لم يكن له بينة أخذ الكفيلان باحضار ما التزما احضاره بالكفالة فان قالا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بينة فأنى أخرجهما من السجن لانهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن احضاره ولكن لا أبرئهما من الكفالة لان بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة اذا ثبت ملك الطالب فى العبد بالحجة وادعى الطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام علي ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف القيمة وان لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل الكفيلان فى الاباق أجلا حتى يأتيابه وقد بينا هذا الحكم فى الكفالة بالنفس اذا غاب الاصيل عن البلدة واذا ادعى الرجل فى يدى الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال بينتى حاضرة أخذ له منه كفيل بالمدعى به لان العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولانه لاحاجة الى احضاره مجلس الحكم لتقع الاشارة اليه فى الدعوى والشهادة ولو استودع رجل رجلا عبدا فجحده ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال لا يدرى ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه علي ماشهدت

الشهود لانه ثبت وصوله الى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا مايقر به بعد أن يحلف لان الكفيل انما يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجحده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه الى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذى جحد فيها وكذلك الكفيل لان المستودع انما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن الميمة التى شهدت بها الشهود فلا تعتبر تلك القمة فى القضاء عليه بخلاف الاول (ألاترى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك اذا علم فوات جزء منه وكذلك لولم يعم ولكن السرق اتضعت وجحده يوم جحده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفى والبينات للاثبات لا للنفى (ألاترى) انه بعد ماجحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت الى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود بهذه البينة نفى الضمان عنه الا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز لانه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع اذا جار في بعض الوديعة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لانها أمانة فى يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شئ لان العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك فى العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس بدرك وانما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شئ لان العيب ليس بدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشترى النصف الباقى لم يضمن الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق فى ذلك النصف الآخر فاعاده المشترى

بعيب التبعيض وذلك ليس بدرك واذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شئ لان عين الرهن أمانة فى يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين ماانتقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الاصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة في يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك فى يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شئ مضمون على الاصيل لتصح الكفالة به ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر ولو أوصى لرجل بأمة وهى حبلى ولآخر بما فى بطنها وهى تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الامة كفيلا بما فى بطنها لم يجز لان ما فى البطن غير مضمون على صاحب الامة وكذلك لو دفع الامة الى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لانه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لانه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الامة الامة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لانه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما فى بطنها ولو أوصى لرجل بخادم ولآخر بخدمتها فانها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها

وقد أخذها صاحب الخدمة باذنه لم يكن على الكفيل شيء لانه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها صاحب الرقبة بغير اذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها اليه أخذ بها الكفيل لان تسليم العين الى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فان ماتت برئ الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشترى أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه فى ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشترى لا يستحق المدعى على البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه فى ذلك جاز بمنزلة مالو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذمى قبل ذمى خمرا أو خنزيرا بعينه وأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفل به مسلم لم يجز لان الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم فى حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح فى سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فانها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على الاصيل مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة فى ايفائه وكذلك لو اكراه ابلا الى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الاصيل ولو كانت الابل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا مادامت قائمة بأعيانها لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الاصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لانه لا تجرى النيابة فيه فان ابل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة فى ايفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لانه مستحق على الاصيل بالعقد وهو مما تجرى فيه النيابة بايفائه وانما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه واذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء أخذهما

جميعا وان شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفى منهما هذا المال وانما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه اذا كفل بمال فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبي ليلى رحمه الله برئ الاصيل والمال علي الكفيل الا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيهما أجاز أبرأت الآخر الا أن يشترط أن يأخذهما جميعا أو شتى فأدخلا فى الصك جميعا أو شتى لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله ان أدخلا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر الا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا فى الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لان الكتاب للتوثق فينبغى لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ماقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذى ائتمن أمانته والله أعلم بالصواب

باب من الكفالة أيضا

(قال رحمه الله) واذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحيله به على فلان لان القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فانه لو شرط فيه كفالة أو حوالة من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل للبيع فانه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فانه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان الغصب والتزويج والخلع والصلح من دم عمد وجراحة فيها قصاص حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها فشرط له فى ذلك كفالة أو حوالة فهو بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل الكفالة أو الحوالة فى جميع ذلك جاز لانه دين لازم يطالب به الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه وبدل العتق بمال ليس كبدل الكتابة فى حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن الدليل على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ماقال فى العتق لانه لا يرد ومعنى هذا أن الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد الانعقاد وهذه العقود لا تحتمل الفسخ بعد التمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ولو كان لرجل على رجل دين حال من ثمن

بيع أو قرض أوغصب فسأله أن يؤخره عنه نجوما على أن يضمنه له فلان الغائب فصالحه علي ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لان الصلح على التنجيم فى المال يعتمد تمام الرضا وهو ما رضى بذلك الا بكفالة الكفيل فاذا أبى أن يكفل كان المال حالا عليه كما كان وان ضمن الكفيل بعد ماحضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره فى مجلس الصلح لانه ليس فى هذا العقد من التمليك شئ فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع فانه مال بمال مبنى على الضيق فاذا لم يحضر الكفيل فى المجلس صار اشتراط كفالته شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهذا لان البيع لايجوز أن يتوقف علي القبول بعد المجلس فكذلك لا تتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد المجلس ولو كان حاضرا فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وان ضمن فهو جائز وان اشترط فى التأخير انه ان أخره عن محله فالمال كله حال أو ان أخر نجما عن محله عشرة أيام فالمال كله حال فهو جائز على ما اشترطا لانه ليس فى هذا الصلح من معنى التمليك شئ وهذا الشرط فى الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلا علي أن جعل له أجلا معلوما كان جائزا في جميع الديون الا القرض فانه حال على الاصيل لان القرض حق الاصيل كالعارية لايلزم فيه الاجل وهو مؤجل على الكفيل لان المال انما يجب علي الكفيل بعقد الكفالة والدين الواجب بالعقد يقبل الاجل واذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه لانه الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه اذا لم يكن عليه دين وان أقر انه كفل به فى الصحة لزمه ذلك فى جميع ماله اذا لم يكن لوارث ولا عن وارث لان الكفالة في الصحة سبب لوجوب الدين عليه واقراره فى المرض بسبب وجوب الدين مضافا الى حال الصحة يكون اقرارا بالدين واقرار المريض للاجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وان كان عن وارث فهذا قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وان كان عليه دين يحيط بماله لم يجز اقراره بذلك لان دين الصحة متقدم علي ما أقر به فى المرض فما بقي دين الصحة لم يعتبر اقراره بالدين فى المرض واذا كفل فى الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ثم مرض وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك فى جميع ماله لان سبب وجوب المال قد تم منه فى حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب عليه بذلك السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك ان أقر بعد موته فان المقر له يحاص غرماء الكفيل بذلك

لان أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وابطاله وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو لوارث عن وارث لانه كان فى الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فانه لو كفل فى صحته بما أدركه من درك فى دار اشتراها ثم استحقت الدار فى مرض الكفيل أو بعد موته فان المشترى يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن لان أصل الدين كان فى الصحة بخلاف الكفالة فى المرض وان كفل فى المرض وليس عليه دين ثم استدان دينا يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لان مالزمه فى المرض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة فى المرض لا تصح اذا كان دين الصحة محيطا بماله واذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله على فلان أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم فقال كفلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سوا كان المالان من جنس واحد أو من جنسين لان الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهى جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر فى العقد المبنى على التوسع وهذا لان الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وانما بقى الخيار فى حق الكفيل فى أن يؤدى أىّ المالين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالين جاز فهذا مثله بخلاف الاول فالمطالبة هنك لا تتوجه من المجهول على الكفيل والكفالة بالنفس فى هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فعلىّ مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فان لم أوفك به غدا فعلى مالك عليه وهو ألف درهم فلم يواف به غدا فهو ضامن لاحدهما أحد المالين أى ذلك شاء لان الطالب واحد معلوم وان دفع أحدهما فى ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لان اشتغاله بدفع أحدهما اختيار منه لكفالته فتبطل عنه كفالته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافاة فى حق الذى اختار فيبرأ من كفالته أيضا ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال رجل لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان فهو على جازت الكفالة بالنفس لانه كفل بها لمعلوم مطلقا وبطلت الكفالة بالمال لانها مخاطرة فان الحق ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة بها

تبعا للكفالة بالنفس فيكون هذا تعليق التزام المال بمحض الشرط وهو باطل كما لو علقه بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فأنا كفيل بنفس فلان لانسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لانها ليست من توابع الكفالة الاولى فيكون تعليقا لالتزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت لك بنفس فلان فان لم أوافك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف على فرضى بذلك الآخر فالكفالة الاولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبار هذا المال فلا يمكن تصحيح الكفالة بالمال تبعا للكفالة بالنفس ولو قال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو بنفسه فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولو قال كفلت لك بأحد غريميك هذين أو بأحد ماليك على هذين كان جائزا لانه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما التزمه الكفيل اليه واذا كفل عن رجل بمال بأمره فرهنه المكفول عنه رهنا به وفاء فهو جائز لان بنفس الكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل وان كان مؤجلا والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن فكانه استوفى حقيقة حتى اذا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان أداه الاصيل الى الطالب رجع على الكفيل بمثله بمنزلة ما لو استوفاه منه حقيقة ولو كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه بها هذا العبد رهنا فوقعت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم ان المكفول عنه أبى أن يدفع اليه العبد فان العبد لا يكون رهنا لان الكفيل لم يقبضه والرهن لا يتم الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك كان وعدا من جهته والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لانه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما فان كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أكفل لك بهذا المال عن فلان على أن رهن به فلان هذا العبد فان لم يدفعه الى فأنا برىء من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو جائز وان لم يدفع اليه الرهن برىء الكفيل من الكفالة والمال لانه لما رضى بالتزام المال بدون هذا الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولانه شرط البراءة اذا لم يعطه الرهن والشرط أملك وكذلك لو كفل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلا فوقعت الكفالة للطالب على غير شرط ثم ان المكفول عنه أبى أن يعطى الكفيل كفيلا فان الكفالة على الكفيل جائزة وان كان الكفيل شرط على الطالب ان لم يعط كفيلا بهذا المال فأنا برىء من كفالتي فهو على

شرطه ان لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا فى الرهن ان هذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك فى الكفالة وهذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثق والنظر لنفسه حتى لا يلحقه غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز لانه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل ان لم يواف به الى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل السنة فالرهن باطل لان المال لم يجب على الكفيل بعد لانه علق التزام المال بشرط عدم الموافاة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه اليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شئ فان قيل فأين ذهب قولكم ان في كلامه تقديما وتأخيرا أو انه التزم المال ثم جعل الموافاة بنفسه صرفا له عن المال قلنا ذلك طريق صار اليه بعض مشايخنا رحمهم الله لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس فأما فى الحقيقة فانما يلزمه المال بالتزامه وهو ما التزم المال الا بعد عدم الموافاة بالنفس غدا فلا يكون المال واجبا عليه فى الحال ولا يجوز الرهن فى الكفالة بالنفس على وجه من الوجوه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن فان موجبه ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن فى يده لانه أخذه رهنا بغير مال وضمان الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين واذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال اذا حل المال فهو علي وأعطى المكفول عنه الكفيل رهنا كان جائزا لانه التزم المال بعقد الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة الى ما بعد حلول الاجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الاصيل فكذلك على الكفيل واذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به٠ ولو قال ان توى مالك عليه فهو عليّ وأعطاه بذلك رهنا لم يجز الرهن لان المال لم يجب بعد فانه علق التزام المال بالشرط وكذلك لو قال ان مات ولم يوفك المال فهو علي فأعطاه المكفول عنه به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة على هذا الشرط لانه شرط متعارف فى الكفالات ٠ ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان المال غير واجب على الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا على الاصيل فلا يصح الرهن به ولا ضمان على المرتهن فيه لانه قبضه باذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال

فكان الرهن في يدى الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذ به فان أراد أن يمسك الرهن بذلك فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد للاستيفاء فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو آجر منه ابلا الي مكة وكفل عنه رجل بالاجر وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقد مؤجلا وعند أبي يوسف رحمه الله سبب الوجوب متقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الابراء عنه صحيح فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ماسبق ولو أن رجلا أحال علي رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحوالة يجب للمحتال عليه على المحيل كما يجب للطالب علي المحتال عليه وان كان رجوعه عليه يتأخر الى حين أدائه المال واذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت المال بهذه البينة على الاصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة علي المسلم وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافران علي مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال وبعضهم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الاصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة تنفصل عن البعض فانما يقضي بقدر ماقامت الحجة به واذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحده المطلوب وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذميان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز على المسلم حتى ان الكفيل اذا ادى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشئ لان شهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه الشهادة الدين للطالب على المسلم فكذلك لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في صدر الصك والذمى كفيل بعده أو كان الصك عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان وجوب المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فانما يقضى القاضى بقدر ماقامت الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم واذا كان الدين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لشريكه بحصته عن المطلوب لم يجز من قبل الشركة التى بينهما معناه ان أصل المال كان مشتركا بينهما فلا يمكن أن يجعل هو كفيلا بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يجعل كفيلا بالنصف من المال المشترك بينهما لان هذا

يؤدى الى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لايجوز (ألا ترى) أن أحدهما لواستوفى نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك اذا استوفاه من شريكه الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه فى المشاركة معه لان الاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له فى المقبوض القبض والكفالة يستحق ذلك فلهذا بطلت الكفالة وليست الكفالة فى هذا بمنزلة التبرع بالاداء فان أحد الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المديون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة فى المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن عن المشترى للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان ببدل الكتابة لايجوز ولو تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورثه ابناه فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما ارثا فهو قياس دين مشترك بسبب آخر واذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شئ لان المطلوب ملك ما فى ذمته بالميراث فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فان كان معه وارث آخر للطالب فانما يسقط عن الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لانه فى حصته قائم مقام الطالب وانما يبرأ الكفيل من كل شئ يبرأ به الاصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن ابرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحوالة بأمره لم يكن على الكفيل شئ لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع به على الكفيل والمحتال عليه بذلك أيضا لان الحوالة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مفيدا بقضاء فان كان بغير أمره رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لانه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع مفيد فان الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الاداء على أحد بشئ وهذا بخلاف الاول فان أصل المال هناك فى ذمة المطلوب فهو انما يملك بالارث ما فى ذمة نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشئ سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال تحول الى المحتال عليه فالاصيل انما يملك ما في ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به اذا كان دينا مفيدا واذا كفل الرجل لعبده بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب العبد المديون لغرمائه فهذه الكفالة فى الصورة للعبد وفى المعنى للغرماء والعبد المديون يستوجب

على مولاه الدين بسائر الاسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة عن المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد على المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة الفسخ للكفالة فلا توجب براءة الاصيل واذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به ان كان كفل عنه بأمره وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شئ على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب فيكون بمنزلة مالو صار له بهبة الطالب منه أو بقضائه اياه ولو قضاه أو وهبه له في حياته رجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشئ فهذا مثله وكذلك لو كان الطالب ابرأ منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو على ان احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الاصيل بذلك ولو كان ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشئ لان تملكه مافي ذمته بالارث بمنزلة تملكه بالاداء واذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت على العبد بكفالته باذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت الكفالة بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما شتغلت ماليته بالدين فكفالته بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا ثم بيع بألف كانت الالف الوسطى باطلة لانه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الاولى وهو بمنزلة مالو أقر المولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتمام بيان هذه الفصول في كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

﴿تم كتاب الكفالة ولله المنة﴾

كتاب الصلح

﴿قال﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء اعلم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وفي هذا بيان انه

نهاية فى الخيرية * وأما السنة فما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعان فى ثوب فقال لأحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين فدعاهما الى الصلح وما كان يدعوهما الا الى عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضى الله عنه الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه كل صلح جائز بين الناس الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهذا اللفظ من الاول لكتاب عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الاشعرى قد اشتهر فيما بين الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء استدل الشافعي رحمه الله لابطال الصلح على الانكار فانه صلح حرم حلالا لان المدعى ان كان محقا كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكنا نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لايخلو عن هذا أيضا لان الصلح فى العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا والصلح الذى حرم حلالا وهو أن يصالح احدى زوجتيه على أن لايطأ الاخرى أو يصالح زوجته على أن لايطأ جاريته والصلح الذى أحل حراما هو أن يصالح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لان الحرام المطلق ماهو حرام لعينه والحلال المطلق ماهو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) انه أتى في شئ فقال انه لجور ولولا انه صلح لرددته وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أى هو مائل عما تقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائر أى مائل وفيه قال ان الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لانه يعتمد التراضى منهما وبالتراضى ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما الى الآخر بعوض أو بغير عوض فهذا لم يرده علي رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله انه قال أيما امرأة صولحت على ثمنها لم يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفى بعض الروايات الريبة ومعنى اللفظ الاول الشك يعنى اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها فى الشك لعل نصيبها أكثر مما أخذت وقوله

الربية تصغير الربا يعني اذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هـذا الصلح شبهة الربا بأن يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثـل ماأخذت أو فوقه وفيـه دليل انه يجوز للورثة أن يصالحوا بعضهم على شيء يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة مايصالح عنـه لايمنع جواز الصلح لان الجهالة انمـا تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لايستحق تسليمه بالصلح فجهالته لاتمنع جواز الصلح ثم اذا صولحت المرأة على ثمنها فان كان بعض تركة الزوج دينا على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لانهـا تصـير مملكة نصيبها من الدين من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لايجوز فاذا فسد العقد فى حصة الدين فسد فى الكل وهو دليـل لأبي حنيفة رحمه الله فى مسئلة البيوع أن العقد الواحد اذا فسد فى البعض المعقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة العين هنا من البدل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصـلا مالم يقبض فلا يكون محلا للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد فى الكل وان صالحوها من حصتها من العين خاصـة وانلم يكن فى التركة دين فهو على ثلاثة أوجـه أحدهاأن يصالحوهاعلى أحد النقدين اما الدراهم أو الدنانير فهوجائز الا أن يكون فىالتركة من جنس ذلك النقد مقدار مايكون نصيبهامن ذلك الجنس أكثر مما أخذت فحينئذ لايجوز لانمبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المماثلة فان كاننصيبها أكثر مما أخذت كان الفضل فى هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك ان كاننصيبها ثمنهذا الجنس مثل ماأخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضـلا خاليا عن العوض وهو الربا بعينه وان وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وان كان فى التركةمن النقدين مايكون نصيبها من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس الي خلاف الجنس فتصحيحالعقود بحسب الامكان واجب والصلح أولى بذلك من غـيره لان المقصود به قطع المنازعة لمـا فى امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لانه وقععليـه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان فى التركة من جنس ما وقع عليـه الصلح مايكون نصيبها أكثر مما أخذت أولم يكن فذلك لا يؤدى الى الربا قال الحاكم رحمه الله انمايبطل الصلحعلى أقل من نصيبها من الربا في حال التصادق وقد بينا ذلك فى موضع آخر من هذا الكتاب فأما حال المناكرة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفى ذلك الجنس أكثر

مما أخذت وعند الانكار المعطى يؤدى المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به يمينه فلا يتمكن فيه الربا على مابينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضى لا ينبغى له أن يعجل وانه مندوب الى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شئ ويدعوهم الى ذلك فالفصل بطريق الصلح يكون أقرب الى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلايفعله الا برضا الخصمين ولا يفعله لامرة أومرتين لما فى الاطالة من الاضرار بمن ثبت الاستحقاق له فى تأخير حقه ولان ذلك يجر اليه تهمة الميل وعلى القاضى أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على ان أخرجوها من الميراث وهى تماضر كان طلقها فى مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فحظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين جزأ فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يشر لذلك فى الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف دينار فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى ماله أربع مرات فى حياته تصدق فى كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على انه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال فى سبيل لله تعالى أولى وهو الطريق الذى اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم اللهم أحينى مسكينا وامتنى مسكينا واحشرنى فى زمرة المساكين وفى حديث عبد الرحمن رضى الله عنه مايدل عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ماأبطأبك عنى ياعبد الرحمن قال وما ذاك يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك آخر أصحابى لحوقا بى بعد القيامة وأقول أين كنت فتقول منعنى عنك المال كنت محبوسا ماتخلصت اليك حتى الآن وذكر عن ابن عباس رضى الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعنى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح وذلك جائز لما فيه من تيسير القسمة عليهم فانهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فاذا أخرجوا البعض بطريق الصلح تيسر على الباقين قسمة ما بقي بينهم فجاز الصلح لذلك وعن محمد بن سيرين رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين الا امرأة استودعت وديعة فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاعت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه بيان انه كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطلب الحجة التي يفصل الحكم بها وما كان يباشر الصلح بين الخصمين بنفسه وكان يقول انما حبس القاضي لفصل القضاء ولأجله تقدم اليه الخصمان وللصلح غير القاضي فينبغي للقاضي أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره الا انه في هذه الحادثة لاجل الاشتباه وتعارض الادلة دعاهما الي الصلح فان المودع اذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير في هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع الى أجنبي فلاشتباه الادلة أصلح بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنهما أن بريرة رضى الله عنها أتتها تسألها فقالت ان شئت عددتها لاهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك لاهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة رضى الله عنها لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن اعتق فاشتريها واعتقيها وخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط ما بال أقوام يقول أحدهم أعتق يافلان والولاء لي وانما الولاء لمن أعتق وقد تقدم بيان فوائد هذا الحديث في كتاب الولاء وانما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التي تؤدى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترطى فانما الولاء لمن اعتق وهم من هشام بن عروة كما ذكره أبو يوسف رحمه الله في الامالى فان ذلك من الغرور وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من ايراد الحديث هنا بيان انه يجوز بطريق الصلح والتراضي مالا يجوز بدونه فان بريرة رضى الله عنها كانت مكاتبة وقد اشترتها عائشة رضى الله عنها برضاها ولولا ذلك ماجاز شراؤها وفيه دليل انه انما يجوز أن يشترط في الصلح مالا يكون

مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذى يكون مخالفا لحكم الله تعالى لايجوز اشتراطه فى الصلح لقوله صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط معناه ليس فى حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر عن على كرم الله وجهه انه أتاه رجلان يختصمان فى بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا انه انتجه وجاء الآخر بشاهدين شهدا انه انتجه فقال على كرم الله وجهه للقوم ماترون فقالوا اقض لا كثرهما شهودا فقال على رضى الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال على رضى الله عنه فيها قضاء وصلح وسأنبئكم بذلك أما الصلح فانه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فان تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا سهمين فأيهما خرج سهمه استحلفته وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل وفي هذا دليل على أن البينة على النتاج مقبولة فى الحيوان وان القاضى ينبغى له عند الاشتباه ان يستشير جلساءه كما فعله على رضى الله عنه ثم أشاروا عليه بالقضاء لا كثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو ان طمأنينة القلب الي قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب الى المثنى ورد على رضى الله عنه ذلك عليهم لفقه خفى وهو ان طمأنينة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في الخبر ولعل الشاهدين فى ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا بكثرة العلة وفى حق من أقام خمسة زيادة عدد فى العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فأما مايثبت به ابتداء الاستحقاق لا يقع الترجيح به فلهذا لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيها قضاء وصلح وهو دليل على أن الصلح جائز على غير الوجه الذى يقتضيه الحكم وان الصلح بين الخصمين مع الانكار جائز ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لاحدهما خمسة أسباعه وللآخر سبعاه وكأنه اعتبر هذا الظاهر الذى أشار اليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به الا عند اتفاق الخصمين عليه سماه صلحا وأما القضاء لاحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لعلى رضى الله عنه فقد كان يستحلف المدعي مع البينة وكان يحلف الشاهد والراوى فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار ان الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة الام فى استحقاق العصوبة فان الاخ لاب وأم يقدم فى العصوبة على الاخ لأب لان العصوبة لا تثبت بقرابة الام ابتداء فتقوى بها عليه العصوبة على الاخ لأب ولسنا نأخذ بهذا فقد ثبت

عندنا انه لامعتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين أقرعت بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهوعود منه الى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعى رحمه الله فى استعمال القرعة عند تعارض الحجج فى دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لانه فى معنى القمار فقيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وانما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز الفصل فيه من غير اقراع وقد بيناه فى كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة وقد بينا ذلك فى كتاب الدعوى وروينا فيه من الاثر والمعنى مايكون الاخذ به أولى من الاخذ بقول على رضى الله عنه فانه بناه على مذهبه الذى تفرد به وهو استحلاف المدعي مع الحجة والامة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب

﴿ باب الصلح فى العقار ﴾

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل فأنكرها الذي هى فى يديه ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز * واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح بعد الاقرار وصلح بعد الانكار وصلح مع السكوت بأن لم يجب المدعي عليه بالاقرار ولا بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت ولا يجوز مع الانكار وقال الشافعى رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع الانكار والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدى رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل فى ابطال الصلح على الانكار لما فى ذلك من امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فمن أبطل ذلك انما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وانما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود مايكون الصلح على الانكار وأما الشافعى رحمه الله فانه استدل بقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لايكون الا بالتجارة عن تراض فذلك ينبنى على ثبوت ملك المدعى على المدعي وبدعواه لا يثبت ذلك مع انكار المدعى عليه فكان أكل المال بالباطل وهو المعنى فى المسئلة فانه يأخذ المال بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ماهو حرام وقاس بصلح الشفيع مع المشترى بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القاتل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يعطيه ويصالح

معروف النسب مع مدعي الرق على مال ليسترقه وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولايجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان بمجرد الدعوى لايثبت الملك فى المدعي للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث ٭ والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لايرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصالح عنه دارا لايجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولانه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فعرفنا أن المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به أذى المدعي عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي فى النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وبنحو هذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله الا أنه يقول المدعي بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى مالم يعارضه المدعى عليه بانكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه فى ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث ان دينه وعقله يدعوانه الى الصدق ويمنعانه من الكذب الا أن المدعى عليه اذا عارضه بانكاره فانكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق مالم يظهر الترجيح فى جانبه بالبينة واذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعى معتبرة فى الاستحقاق فلهذا يجوز الصلح فى هذه الحال فأما بعد المعارضة بالانكار لم يبق للمدعوي سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا رحمهم الله استدلوا فى ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فالتقييد بحال الاقرار يكون زيادة على النص المفيا فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى العين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال بطريق الصلح من صاحبه كالمدعي عليه فانه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين الى المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره فى حقه محمول على الصدق وانما لايكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه انما يأخذ المال بطريق الصلح باعتبار قوله ان العين لي واني أملكه من المدعى بما استوفي منه لاباعتبار يده (ألا ترى) أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعي قد وجد منه القول مثل ماوجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعي عليه أن يأخذ المال صلحا باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفى هذا بيان أن المال عوض من المدعى فى حق من يأخذه فان كانت قدا نقطعت الخصومة فى حق صاحبه ومثله جائز كمن اشترى عبدا أقر بحريته فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة فى حق البائع وهذا فداء فى حق المشترى حتى يعتق العبد فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بعوض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك اذا أبرأه بعوض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى دينا كان أو عينا ثم انكار المدعى عليه لايمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه عن الدين ثم أقر المدعي عليه بأنه كان واجبا كان الابراء صحيحا وهذا لان الابراء اسقاط والاسقاط يتم بالمسقط وحده وانما يحتاج الي مراعات الجانب الآخر فى التملكات فأما فى الاسقاطات فلا كالطلاق والعتاق وهذا لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا فى ملك أحد ولهذا صح الابراء عن الدين قبل قبول المديون وان كان يرتد برده لتضمنه معنى التمليك ولكن ذلك تبع وانما يعتبر ما هو المقصود وهو الاسقاط فشرط صحته ثبوت الحق فى جانب المسقط وذلك ثابت بخبره وانما لم يجعل الدعوى سببا للاستحقاق على الغير ثم بنفس الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعي عليه ويستحق اليمين بعد المعارضة بالانكار حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فعرفنا ان جانب الصدق ترجح فى حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وانما لايعطى بنفس الدعوى المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فاذا ترجح معنى الصدق في حقه ثبت الحق فى جانبه فيملك التصرف فيه بالاسقاط وهذا النوع من الاسقاط مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار فيأخذ المال بطريق الصلح عوضاً عن اسقاط حق ثابت فى حقه والمدعي عليه ليس يتملك شيئاً فلا يشترط ظهور الحق فى جانبه (ألا ترى) أن الزوج اذا خالع امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص اذا صالح مع أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وان كان من يعطى المال لا يتملك به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولى فانه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر معى سرا وأنت محق فى دعواك فصالحنى على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صح الصلح بالاتفاق ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وانما صح هذا الصلح بطريق الاسقاط لظهور الحق فى جانب المدعي دون المدعى عليه فكذلك اذا صالح مع المدعي عليه بل أولى لان المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولى لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط على من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (ألا ترى) انه لو خالع امرأته على مال وجب المال عليها وان لم يضمن بخلاف ما لو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولى لا يتملك بهذا الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه اذا كان منكرا فهو لا يتملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير المدعى عليه بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضي يقول له أى ضرورة ألجأتك الى الصلح وكان من حقك أن ترفع الامر الي لامنع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى ولكن هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فاذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه كالوصية بالمحاباة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل ببطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما كان هذا الاقرار فى ضمن الصلح لا يظهر حكمه فى غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة حكم وراء ذلك فلا يظهر فى حقه كما لو كان الصلح مع فضولي ومنهم من يقول المدعى يستحق المال عوضا فى حقه عن المدعى فأما فى حق المدعى عليه فانه قد التمسه لان اليمين حق للمدعى قبله مستحق الهلاك علي ما بيناه فى الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن القصاص على مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه فى الجامع الصغير قال ولو فدى يمينه بعشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا ادعى عليه مالا وطلب يمينه وقال لاتحلفنى ولك عشرة فأبى فقال لاتحلفنى ولك عشرون فأبى فقال لاتحلفنى ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفنى ولك أربعون فأبى فحلف ومن هذا وقع فى لسان العوام أن اليمين الصادقة يشترى بأربعين درهما فأما المودع اذا ادعى الرد فمحمد رحمه الله يقول بجواز الصلح هناك أيضا فداء لليمين وأبو يوسف رحمه الله لايجوز ذلك لانه انما استفاد البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تساط على ذلك من جهة المودع وانما اليمين لنفى التهمة (ألاترى) انه لو مات قبل أن يحلف كان بريئا وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعي عليه لمعنى الاهلاك على ماقد قررنا فيجوز أخذ العوض عنها وبهذا يتبين أن هذا ليس بأ كل المال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض على أحد الطريقين وهو ثبوت الاقرار فى ضمن الصلح وعلى الطريق الآخر هو ليس بتجارة عن تراض ولا أ كل بالباطل ولكنه بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما وفى الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله ينبنى على الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وهو لا يجوز عنده لان معني التمليك يغلب فى الصلح فيكون كالبيع وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بعوض وبغير عوض واعتمادنا فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدا الى بني جذيمة داعيا لامقاتلا وبلغه ماصنع خالد أعطى عليا رضي الله عنه مالا وقال ائت هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضى الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلاب فبقى في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسنت فذلك تنصيص على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما اليه اذهبا تحريا وأقرعا وتوخيا واستهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه وهذا ابراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة انما تؤثر لانها لاتمنع التسليم والمصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فالجهالة فيه لاتمنع صحة الصلح فى بيان قول أبى حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار قد طعن فى هذا اللفظ بعض الناس وقال الاختلاف فى الصلح على الانكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولكنا نقول مراده انه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الانكار بذلك السبب أو مراده انه أ كثر ما يكون بين الناس لانه اذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة الى الصلح وانما الحاجة الي ذلك عند الانكار ليتوصل به المدعى الى بعض حقه أو مراده ان ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الانكار أظهر لان مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذى يفيد ثمرته يكون أقرب الى الجواز مما لا يكون مفيدا ثمرته ثم الصلح على الاقرار تمليك مال بمال فيكون بيعا

وهـذا العقد اختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصا بحكم وذلك الحكم لا يكون الا جوازه مع الانكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ماوقع عليه الصلح يكون عوضا من المدعي في حق المدعى بمنزلة العوض في البيع فكل ما يصلح أن يكون عوضا في البيع يصلح أن يكون عوضا في الصلح وقد بدا ذلك في البيوع والمصالح عليه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دينا الا موصوفا مؤجلا كما في البيع والمصالح عليه اذا كان عينا لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في العين ثم الصلح عقـد هو فرع فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى اذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم اليمين في البيع وان كان على غير دين فحكمه حكم البيع واذا كان على منفعة فحكمه حكم الاجارة وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بالصلح ومالا فلا حتى اذا صالح على سكنى ثبت بعينه الى مـدة معلومـة يجوز وان قال أبدا أو حتي يموت لم يجز وكذلك ان صالح على أن يزرع له أرضا بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المـدة لا يجوز كما في الاجارة ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجـل فيـه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على عشرة دراهم كان الصلح باطلا ويخاصمه في طرحه متى شاء لان هذا الطريق النافذ حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحـد منهم أن يعتاض عنـه شيئا فصاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح حق الاقرار لان لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان محتسبا في ذلك فارتشى لترك الحسبة وذلك حرام وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لكل مسلم أن يمنع من وضع الظلة على طريق المسلمين وأن يطالب الرفع بعـد الوضع سواء كان فيه ضرر أولا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان فيه ضرر فكذلك الجواب وان لم يكن فيه ضرر فلكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصم في الرفع بعـد الوضع لانه قاصد الى الاضرار بصاحب الظلة غير دافع الضرر عن المسلمين وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء اذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو حنيفة رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في الطريق الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان على طريق غير نافذ فخاصمه رجـل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزا لان شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فان قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا الصلح شيئا لان لسائر الشركاء أن يخاصموه فى الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث ان سائر الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه فى الطريق وهذا لانه بالصلح تملك نصيبه فيصير كأحد الشركاء فى وضع الظلة على هذه الطريق حتى اذا رضى شركاؤه بذلك كان له حق قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كان يقول تأويل هذه المسئلة ان الظلة على ما هى على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما اذا لم يكن كذلك فينبغى أن لا يجوز لانه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الاهواء بعوض لا يجوز والاصح هو الاول لان هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق واسقاط الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بغير عوض ولو صالحه علي مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لان فيه منفعة لاهل الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة اليهم بازالة الشاغل عن هواء طريقهم وذلك جائز وتأويل هذا ان الظلة كانت على بناء مبنى على الطريق وصاحب الظلة يدعى ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الانكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه بطريق التبرع كصلح الفضولى ولو ادعى حقا فى دار فى يدى رجل فصالحه من ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز لان المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فان مات العبد قبل أن يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى وان مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه فى النصف اعتبارا للبعض بالكل ولو قتله أجنبي فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار ان شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وان شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليخدمه وقال محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الاجارة فكذلك اذا قتل العبد الذي وقع الصلح علي خدمته وهذا لان حق المصالح فى المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة فقد فات المعقود عليه لا الي عوض وهو نظير موت العبد ولان الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر عن

المدعي ممكن بالاعادة الى رأس الدعوي فلا حاجة بنا الى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في ايفاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصي بخدمته اذا قتل لاتبطل الوصية لان دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن باعادة عوضه اليه فلاجل الضرورة أقمنا بدل العين مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين فاذا هلكت العين وأخلفت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته اذا قتل لاتبطل الوصية ولكن يشتري بقيمته عبدا آخر ليخدم الموصي له بخلاف الاجارة وهي ملك المنفعة بعقد لايجوز ان تملك به العين فلا يمكن اقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد واذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن اقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة في ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار في معنى الوصية لانه ليس بازاء المنفعة بدل يستقر وجوبه باستيفاء المنفعة كما في الوصية بخلاف الاجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن يؤاجر العبد من غيره وفي الوصية الموصي له بالخدمة لا يملك أن يؤاجره من غيره قلنا انما ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى علي زعم المدعى وهو يزعم انه ملك المنفعة بعوض فالصلح علي الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فاذا تملك المنفعة به ملك أن يؤاجره من غيره وان كان لا يستقر وجوب البدل باستيفاء المنفعة كما اذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح عن القود * توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الاجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلشبهه بالاجارة قلنا يملك أن يؤاجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما في امتدادها من الفساد وانما أثبت الخيار للمدعى لحصول التغير لا في ضمانه فالمنفعة لاتدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعى عليه تجب القيمة أيضا لانه وان كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو في وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن اذا قتل المرهون أو الوارث اذا قتل العبد الموصى بخدمته وان كان المصالح هو الذي قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لانه أجنبي من الرقبة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله في ثبوت الخيار للمصالح في هذا الفصل عند

أبي يوسف رحمه الله فمنهم من يقول يثبت كما اذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لان التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله مستقيم فقد قال اذا جنى البائع على المبيع وهو فى يد المشترى فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشترى بخلاف ما اذا جنى عليه غيره وعلى هذا لو صالحه على لبس هـذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابتـه هذه الى بغداد فان هذه منفعة يجوز استحقاقها بالاجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليـه وقد استوفى نصف المنفعة فانه يبطل الصلح بقدر ما بقي ويرجع فى دعواه بقدره وهذا في قول محمد رحمه الله بناء على أصله ان الصلح على المنفعة كالاجارة والاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا لانه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدي الى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الارث (ألا ترى) أن الموصى له بالخدمة اذا مات لا يخلفه وارثه فى استيفاء المنفعة وأكثر ما فيه أن يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبي يوسـف رحمه الله فان مات المدعي عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى ففى سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما فى لبس الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ فى الامالى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله اذا ادعى عبـدا فى يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم صالحه على سكناه شهرا فان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة بملكه الاصلي لا ان يتملكها بعقد الصلح بعوض فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليـه فأما اذا كان الصلح على خدمة عبد للمدعي عليـه فينبغى أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره في الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف فى الفصول كلها ووجه قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفى ابطال هذا الصلح بموت أحدهما اعادة المنازعة بينهما فلوجوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لانه ان مات المدعى عليه فوارثه ينتفع بابقاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعي فلو أبطلنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الاجارة وان مات المدعى فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس فى استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فابطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لا يمكن اقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذى يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه فلهذا أبطلنا الصلح ويشبه هذا بالمنفعة اذا جعلت بدلا فى الخلع أو الصلح من دم العمد والنكاح فانه لا يسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت على حسب ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه علي سكنى بيت فانهدم لم يبطل الصلح لان الاصل باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن الا أن تمام المنفعة بالبناء فاذا رضى المدعى عليه بأن يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقى الصلح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء أبطل الصلح وعاد علي دعواه وان شاء أمضى الصلح وهذا قولهم جميعا والجواب فى اجارة البيت هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز فى قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه فى التبرع فان الصلح على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك ان صالحه على كذا كذا جريبا من الارض ولو ادعى أذرعا مسماة فى الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح كما لو ادعى حقا فى دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم وهذا لان المصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تفضى الى المنازعة ولو ادعى كل واحد منهما فى دار فى يدى صاحبه حقا ثم اصطلحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه مافي يده بغير تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصلح فلا حاجة الى التسليم والجهالة انما تمنع اذا كانت تفضى الى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى رجل فى أرض رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه وان لم يكن معلوم القدر فكذلك الصلح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لان مثله يصلح ثمنا فى البيع فيصلح بدلا فى الصلح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار اذا رآه لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وكذلك الرد بالعيب فى الصلح بمنزلة الرد بالعيب فى البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق البناء علي زعم المدعي واذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لان رأس ماله فى حق المدعي عليه هو الدعوى والخصومة فكما ان عند الرد بالعيب يرجع فى ذلك فكذلك عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقى لعيب

التبعيض فان رد ما بقي كان علي دعواه فان أمسك مابقي منه كان على نصف دعواه اعتبارا لاستحقاق البعض بالكل ولو ادعى رجل في دار لرجل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره بانكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شئ للمصالح من حقوق المدعى انما يكون ذلك للذى في يده الدار ولا يجب المال على المصالح الا أن يضمنه الذى صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا أن الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل في ملكه بازاء ما التزم شئ لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملكه وان لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بأمر المدعى عليه فالمال عليه لان الاجنبي يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه وان كان بغير اذنه فهو موقوف على اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعى لم يرض سقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن في صلح الاجنبي الا العرف الظاهر وحاجة الناس الى ذلك لان المدعي عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة أن يجرى على لسانه ماهو اقرار لكان هذا كائنا لجواز هذا العقد فان صالحه علي عبد بعينه فوجد به عيبا فرده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عاد في دعواه ولم يكن له على المصالح شئ لان هذا الصلح لو كان مع المدعي عليه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعي على دعواه فكذلك اذا كان مع الاجنبي وهذا لان العقد انفسخ بهذه الاسباب والتزام المصالح كان بالعقد فاذا انفسخ العقد عاد الحكم الذى كان قبله وهو خصومة المدعى مع المدعى عليه ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له فدفعها اليه فاستحقت أو وجد منها زيوفا أو ستوقا فله أن يرجع بذلك علي الذى صالحه دون الذى في يديه الدار كما لو كان هذا الصلح مع المدعى عليه وهذا لان المصالح التزم بالمال بالعقد دينا في ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه الاسباب ينتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذى كان قبل القبض وهو انه مطالب بتسليم المال بسبب التزامه في ذمته ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا أؤديها أجبرته على أن يؤديها اليه لانه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدى المال والوفاء بالشرط لازم خصوصا اذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شئ ولكن الصلح موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصلح باطل ولو ادعى في دار رجل حقا فصالحه

على دراهم ودفعها اليه ثم استحقت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه لان هذا الصالح مبنى على زعم المدعي وفى زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحقت كان عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيا على زعم المدعي عليه ففى زعمه أنه أعطى المال بغير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره وضمن المال رجع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال وانما يثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جميعها الا موضع ذراع لم يكن للمصالح أن يرجع بشئ من الدراهم لانى لاأدرى لعل دعواه فيما بقى دون مااستحق وهـذا الصلح مبني علي زعم المدعى وهو يتمكن من أن يقول انما كان حقي مابقى وقد صالحتك عنه فلهذا لايرجع بشئ من الدراهم بخلاف مااذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت فى يدى رجل دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان فى زعم المدعي انه يستوفى ملك المنفعة باعتبار ملك الاصل ولم يذكر مااذا صالحه على أن يبيت آخر بعينه سنة والجواب فى ذلك انه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (ألا ترى) انه لو استأجره جاز وقد بينا أن مايستحق من المنفعة بعقد الاجارة يجوز استحقاقه بعقد الصلح قال الحاكم رحمه الله وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لانه اذا كان بهـذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فيجوز استئجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والاصح عندي أنه يجوز على كل حال لان السطح مسكن كالارض ولو استأجر أرضا معلومة من الارض لينزل فيه مدة معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أونحوها ولو ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذى اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مسماة ودفعها اليه ثم استحق نصف الدار رجع عليه بنصف الدراهم لان فى زعم المدعى أن الدار كانت بينه وبين المدعى عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف ماوقع الصلح عليـه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعى لم يقر لذى اليد بحق فيها أو قال نصفها لى ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لاأدرى لمن هو أو قال كلها لى ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشئ من الدراهم لانه لم يستحق شيأ وقع الصلح عنه بزعم المدعى فهو يقول انمـا صالحت عن النصف الذى بقى فى يدك وقد بينا أن الصلح علي الانكار مبنى على زعم المدعى واذا كانت الدار وديعـة فى يد المدعى فصالح المدعى من

دعواه فيها على شيء لم يرجع به على المودع لانه كأجنبي آخر فى التزام المال بالصلح فقد كان متمكنا من أن يثبت بالبينة انه مودع فيهـا لتندفع الخصومة عنه الا أن يكون أمره بذلك فحينئذ يرجع عليه لانه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة واذا صالح الرجل من دعواه فى دار لم يعاينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها ثم خاصمه فى دار وزعم أنها غير التي صالحه عنها وقال المدعى عليه هى تلك تحالفا وترادا الصلح وعادا فى الدعوى لان الصلح عقـد محتمل للفسخ بالاقالة فاذا اختلفا فى عين ماتناوله العقد تحالفا وترادا كالمتبايعين اذا اختلفا فى عين المبيع ولو أن دارا فى يدى ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي علي شيء مسمي من جميع حقه فهو جائز لانه فى حصة شركائه متبرع بالصلح وقد ذكرنا ان صلح المتبرع جائز اذا التزم العوض والدار الموروثة علي حالها لان المدعى مسقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ منـه العوض فلا يرجع هـذا الصلح عليهم بشيء لانهم لم يأمروه بدفع شيء ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعى يملك مايدعيه لنفسه من الذى يصالحه بمـا يستوفي من العوض والصلح مبنى علي زعمه فيجوز ثم يقوم هـذا المصالح مقام المدعى فيما بينه وبين شركائه علي حجة المدعى فان أثبت له ملك شيء معلوم بالحجة ثبت ملكه فى ذلك بالشراء واذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم يسلم له لان المدعى عاجز عن تسليم ذلك اليه والصلح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم فى ذلك القدر فيبطل الصلح فيه ويرجع بما يقابله من البدل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعي دارا فى يدى رجل فصالحه رجل منها على عبد علي أن تكون الدار له ثم خاصمه الذى فى يديه الدار فلم يظفر بشيء كان له أن يرجع على المدعى بالعبد أو بقيمته ان كان هلك عنده لان العقد ينفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا فى يدى رجل وقالا ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل ثم صالح احدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه فى هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا لهما فى الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه فى ثمنه فكذلك اذا صالح احدهما من نصيبه مع انكار ذى اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا الا أن يقيم البينة لان ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لايصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنـه فكيف يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه وذكر ابن رستم رحمه الله فى نوادره أن أبا يوسف رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان المصالح يزعم انه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا الى دين الاب لو ظهر عليه دين ولا يختص أحد الابنين بشئ من ميراث الأب فللآخر حق المشاركة معه فى المقبوض باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما على مائة درهم وضمن له تسليم أخيه فان سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المائة لان الصلح فى نصيب أخيه كان موقوفا على اجازته فاذا أجازه جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبدل بينهما نصفان وان لم يجز فهو على دعواه ورد المصالح على الذى فى يديه الدار نصف المائة لان الصلح قد بطل فى نصيب أخيه برده ولو ادعى دارا فى يدى رجل فقال هى لي ولاخوتى فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى منه نصيبه لم يكن لاخوته أن يشاركوه فى شئ من الثمن لانه انما يأخذ العوض عن نصيبه خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة يتمكنون من أخذ نصيبهم من الميراث أو أخذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدى الي تخصيص بعض الورثة فى بدل شيء من الميراث بخلاف الصلح على ماقررنا ولو ادعى دارا فى يدى رجل فاصطلحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سنة ثم يدفعها الى المدعي فهذا جائز بمنزلة مالو اصطلحا على أن يسكنها المدعى سنة ولم يسلمها لذي اليد وهذا فى جانب المدعى ظاهر لانه يزعم أن رقبتها ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبتها ويبقى ملكه فى مقدار ماشرط لنفسه من المنفعة فانما يستوفى ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك ان كان يستوفيها بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما فى جانب المدعى عليه ففيه بعض اشكال لانه يزعم ان رقبتها ومنفعتها له وانه يملكها من المدعى بعد سنة والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الاضافة ولكنا نقول هذا الصلح مبنى على زعم المدعى وفى زعمه أنه يعيرها من ذى اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعى عليه يجعل مملكا رقبتها منه فى الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو انما يستوفى بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيها الموصي له باخلافه له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشترى يعلم بالاجارة فانه يملك رقبتها وتبقي منفعتها على حق البائع حتى يتملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الاجر للبائع فهذا مثله وان كان

للمدعى فيها شركاء لم يجز صلحه عليهم وهم علي حجتهم فى اثبات أنصبائهم لانه لا ولاية للمدعى عليه علي شركاء المدعى لتملك انصبائهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه على أن يزرعها ذو اليد خمس سنين على أن رقبتها للمدعى فهو جائز لما قلنا. ولو اشترى دارا فاتخذها مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذى بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد فهو جائز لانهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفضولى والتزم المال كان الصلح جائزا فاذا صالحه من ينتفع به كان الى الجواز أقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح لا يكون دون فضولي فيجوز ذلك منه واذا أنكر المدعى عليه دعوي المدعى بعد الاقرار ثم صالحه جاز الصلح لانه لا معتبر بانكاره بعد الاقرار فهذا صلح على الاقرار وهو جائز بالاتفاق وان أنكر فى الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا فى دعواه فالصلح ماض وهو آثم بالجحود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بعوض وقد بينا أن جحود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ المديون وهو جاحد للدين كان ابراؤه صحيحا فكذلك جحوده لا يمنع صحة الاسقاط بعوض وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط فى حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع صحة الطلاق من الزوج بعوض كان أو بغير عوض وكذلك انكار القاتل لا يمنع صحة العفو من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها علي خدمة عبد سنة ثم أعتقه صاحبه جاز عتقه لان العبد باق علي ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه فى ملك نصيبه نافذ كالوارث اذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ وكان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافى بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لانه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقبة وهو من رقبته كأجنبي آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يجز بيعه لانه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ بيعه فيه لحق صاحب الخدمة كالآجر اذا باع العبد المؤجر أو الوارث اذا باع العبد الموصى بخدمته أو الراهن اذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بعقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤاجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر الى أهله وقد ذكرنا فى كتاب الاجارات أن من استأجر

عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول تأويل ماقال فى كتاب الصلح ان أهل المدعي اذا كانوا فى بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم ذلك أو كان هو على جناح السفر والرجوع الى أهله وقد علم ذلك المدعى عليه فحينئذ يكون هو راضيا باخراجه العبد الى أهله لان الانسان انما يستخدم العبد فى أهله وتأويل ما قال فى كتاب الاجارات انه اذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الاجارة فلا يكون راضيا باخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لان الخدمة فى السفر أشق منها فى الحضر (قال رحمه الله) والذى يتراءى لى من الفرق بين الفصلين ان فى باب الاجارة مؤنة الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة فى النقل كانت له من حيث انه يقر حقه فى الاجر والمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤاجر مالم يلزمه من مؤنة الرد فأماهنا فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه لانه زعم انه يملك الخدمة بغيرشئ فهو كالموصي له بالخدمة فان مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا باخراجه الى أهله يلتزم مؤنة الرد لاان يلزم المدعي عليه شيئا فلهذا كان يخرجه ولو ادعى رجل فى حائط رجل موضع جذوع أو ادعي فى داره طريقا أو مسيل ماء فجحده ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لان المصالح عليه معلوم وجهالة المصالح عنه لاتمنع صحة الصلح فان تسلمه بالصلح لا يصير مستحقا ولو ادعي رجل حقا فصالحه من ذلك على طريق فى داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على حائط من داره جذعا فالصلح على الطريق جائز لان المصالح عليه اذا كان عينا فهو كالمبيع وبيع الطريق جائز لان المصالح عليه اذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز وبيع المسيل لايجوز لانه مجهول فان كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقلة المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وان كان مسيل ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقلة الحاجة اليه وكثرتها فكذلك بيع موضع الجذع من الحائط لايجوز للجهالة فاستئجار الحائط لوضع الجذع عليه لايجوز أيضا وقد بينا أن من لايستحق بالبيع والاجارة فالصلح عليه لايجوز ولو صالحه علي شرب نهر شهرا لم يجز لان بيع الشرب بدون الارض جائز فكذلك الصلح عليه لان ماهو المقصود يختلف بقلة الماء وكثرته وجريان أصل الماء فى النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه علي ان يسيل ماء فيها لم يجز لان مقدار ذلك لا يستحق بالاجارة فكذلك لا يستحق بالصلح عليه بخلاف ما اذا صالحه علي عشر نهر بأرضه أو على عشر بئر أو عين فالمصالح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عثر نهر أو بئر فصالحه منها علي مال معلوم فهذا الى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه من ذلك علي عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجع في نصف دعواه لانه لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى فكذلك اذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وان كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعى ثوبا رجع المدعي في نصف الدعوي ونصف الثوب لان من جانب المدعى شيئين المدعى وهو مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم اذا ضم الى المجهول فلا طريق الى الانقسام سوى المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بازاء العبد نصف الثوب ونصف المدعى بازاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعى بما يقابله وهو نصف الدعوى ونصف الثوب ولو كان استحق الثوب رجع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد والدراهم ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك ان كان معلوما ويقوم الثوب فان كانت قيمتهما سواء رجع بنصف العبد ونصف المائة لان الثوب والمدعى من جانب المدعى فيتوزع عليهما المائة والعبد فاذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع بما يقابله وان اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لى نصف الدار وقال المدعى عليه بل كان لك عشرها فالقول قول الذى الدار في يديه مع يمينه لانكاره الزيادة وأصل المدعي وهو الدار والصلح كان باعتباره فاذا وقعت الحاجة الى معرفة مقداره كان القول قول المنكر مع الزيادة (ألا ترى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم وجد به عيبا فرده فقال البائع كان طعامى الذى بعتك كر حنطة وقال الرجل كان نصف كر فالقول قول المشترى مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح علي الانكار مبنى علي زعم المدعي وفي زعمه أن المدعى عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فاذا وقع الاختلاف في مقدار المشترى جعل القول قول المشترى كما في مسئلة الطعام وكذلك لو اشترى شقصا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث الدار وكان للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لان الاختلاف بينهما في مقدار المشترى فالحاصل أن المشترى قابض للمشترى بالعقد ومتى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض يجعل القول قول القابض لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار في أيدي ثلاثة نفر في يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها على حالها واختصموا فيها فلكل واحد منهم مافي يده والساحة بينهم أثلاثا لان مافي يد كل واحد منهم الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على السواء لان كل واحد منهم مستعمل للساحة في حوائجه وللاستعمال يد فلهذا قضي بالساحة بينهم أثلاثا فان اصطلحوا قبل أن يقضي بينهم على أن لفلان نصف الساحة وكل واحد من الآخرين ربعها فهو جائز لانه صلح عن تراض فيما لا يتمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا عليه وكذلك ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذي في يد صاحبه جاز لان ذا اليد يصير مملكا نصف منزله منه بعوض معلوم وذلك صحيح قل العوض أو كثر ولو كانت الدار في يد رجل منها منزل وفي يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هي كلها لي فللذي ادعى جميعها مافي يده ونصف ما في يد صاحبه والساحة بينهما نصفين لان صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائعا فيكون مدعيا نصف كل جزء بعينه من الدار والقول للذي في يده جزء معين منها فهو يدعي نصف ذلك ولا مدعي للنصف الآخر سوى من يدعي جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف مافي يده والساحة كذلك موضع معين منهما في يد كل واحد منهما نصفه شائعا فمدعي النصف مدع جميع مافي يده من الساحة فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي في يد مدعي الجميع صاحبه يدعي نصفه ولا يستحق ما في يد الغير بمجرد الدعوى ما لم يقم البينة وذو اليد يدعي جميع ذلك المنزل فلهذا كان له جميع مافي يده فان اصطلحوا قبل القضاء على أن تكون الدار بينهما نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شئ معلوم وكذلك لو اصطلحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التمليك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما قضي له به بعوض ولو كان أحدهما نازلا في منزل من الدار والآخر في علو ذلك المنزل وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما ما في يده والساحة بينهما نصفان لان العلو مسكن على حدة كالسفل فهما كبيتين من الدار أحدهما متصل بالآخر وقد بينا في البيتين والمنزلين ان لكل واحد منهما مافي يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها بالاستعمال ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى بها لان ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل بالاستعمال وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب السفل فان

اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفل العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفل ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما فى العلو والسفل بالتراضي والساحة بينهما نصفان كما هو قضية الحكم واذا كان الحائط بين دارى رجلين وكل واحد منهما يدعى أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لان يد كل واحد منهما ثابتة على الحائط وانه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه ينبنى الحائط لأجله فان الحائط تبني لوضع ثلاثة جذوع عليه كما يبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين لاستوائهما فى اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه فى الانتفاع بالملك المشترى وللمساواة هنا طريقان اما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد فى جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد فى جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا اذا كان الحائط يحتمل ذلك فان كان لا يحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات فى كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن يبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمعه كوى ولا بابا لان أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لا يتمكن من رفع البعض وهذا لان فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك فى الثانى ان كان لا يظهر فى الحال ولا كذلك بناء الحائط عليه لان فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لا محالة ولو أراد أن يبنى فى حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير اذن صاحبه فهذا أولى ولو اصطلحا على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه وعلى أن يبنى عليه حائطا مسمى معروفا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لانه انما يستحق بالصلح ما يجوز استحقاقه بالبيع أو الاجارة ومثل هذا لا يصير مستحقا بالبيع والاجارة لمعنى الجهالة على ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح واذا اختصما في حائط وكان مخوفا فاصطلحا على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه فالنفقة عليهما على قدر ذلك وعلى أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لانهما تراضيا على

ماهو معلوم فى نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصلح عليه ولو كان بيت فى يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لايجوز اذسطحه لا بناء عليه وبيعه لا يجوز فانه بيع الهواء فكذلك لايجوز الصلح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز فمن حمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج الى الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك المصالح عليه السطح دون المنفعة فاذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك بالصلح كمالا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجزة فاصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز لان كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصلح عليه ولو كانت دار فى يد قوم فى يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بازج سفلها وهو فى يد أحدهما وظهر الدرج طريق للآخر الى منزله فانه يقضى بالدرج كلها لصاحب السفل لان الظاهر شاهد له فانها فى يده غير ان لصاحب العلو طريقا عليها على حاله لان صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنعه طريقه بالظاهر كما لو كان لانسان حائط وللآخر عليه جذوع فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلفا فيه فالحائط لصاحب الاتصال ولكن تترك جذوع الآخر على حالها لانه بالظاهر لايستحق رفع جذوع الآخر ولو كان روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشنى وهو على منزل صاحب السفل وهو طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لاالسفل لانه بمنزلة سقف منزله فيكون فى يده ولكن صاحب العلو المحجر عليه على حاله لما بينا أن بالظاهر لايمنعه الممر الذى كان معروفا له ولو كان بيت سفل فى يد رجل وبيت علو عليه فى يد آخر فسقف السفل وهواديه وجذوعه وبواريه كله لصاحب السفل لان صاحب السفل مستحق للبيت والبيت انما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذى يبنى البيت يجعله مسقفا ولصاحب العلو سكناه فى ذلك كله لانه بالظاهر لا يمنعه ما كان معلوما بالسكنى فكذلك الدرج والروشن ولواصطلحا على أن يكون الدرج والروشن بينهما نصفين جاز ذلك قبل القضاء وبعده لتراضيهما عليه ولو أن بيتا فى يد رجل وفوقه بيت فى يد آخر وكل واحد منهما مقر لصاحبه بما فى يده فوهى البنيانان جميعا فاصطلحا على أن ينقض كل واحد بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لأنهما اصطلحا على ما يوافق الشرع فان على كل واحد منهما اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفل بالبناء هنا لانه هدم بناء السفل ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فاذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ما اذا سقط بناء السفل فانه لايجبر صاحب السفل على بنائه لانه يلحقه فيه مؤنة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى صاحب العلو السفل ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفل حتى يؤدى اليه قيمة البناء وقد بينا هذا فى الدعوى واذا كان لرجل نخلة فى ملكه فخرج سعفها الى ملك غيره فأراد الآخر قطع سعفها فله ذلك لانه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله الا أنه انما يتمكن من قطعه اذا كان لايتمكن صاحب النخلة من أن يجوز الى هواء ملكه فان كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة فى قطع سعفها فان صالحه رب النخلة على أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لايجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع والاجارة فكذلك لايجوز استحقاقه بالصلح وهذا لانه تمليك جزء من الهواء بعوض وهو غير معلوم فى نفسه اذ أن السعف يطول بمضى الوقت . ولو أن نهرا بين قوم فاصطلحوا على كريه أو بوضع ممشاة أو قنطرة عليه على أن يكون النفقة عليهم بحصصهم فهذا جائز كله عليهم لانهم يجبرون على ذلك لو لم يصطلحوا اذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فاذا اصطلحوا كان الى الجواز أقرب فان كان بحيث لايضرهم تركها فى القنطرة والممشاة لايجبرون على ذلك لانه تدبير فى الملك وهو مفوض الى رأى الملاك وانما يجبرون على ازالة الضرر العام فما ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرى فانى أجبر عليه لان فى تركه ضررا عاما فان للناس فى النهر حق السقى فيتضررون بانقطاع ذلك عنهم ولا يصل اليهم ملك المنفعة الا بالكرى وللامام أن يجبر الشركاء فيه على الكرى وتمام هذا فى كتاب الشرب . ولو ادعى زرعا فى أرض رجل فصالحه من ذلك الزرع على دراهم فهو جائز لانه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنفس الدعوى صار حقا للمدعى فى جواز الاعتياض عنه ولم يعارضه المدعي عليه بانكاره فلا يبطل عليه هذا الحق بمعارضته اياه بانكاره لان ذلك ليس بحجة فى حق المدعى فى ابطال حقه وكذلك لو ادعى نصفه وان كان بيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان امتناع جواز البيع لما على البائع من الضرر فى التسليم وهذا لايوجد هنا ولان النصف

الاخر من الزرع لصاحب الارض وبيع نصف الزرع من شريكه قبل الادراك جائز ولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحداه ثم صالحه أحدهما على ان أعطاه مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجز لان المدعي عليه يصير مملكا نصف الزرع قبل الادراك من غير شريكه بعوض وذلك لايجوز ولان نصف الزرع والارض للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصلح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك الا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر مالا يخفى وكذلك هذا فى البيع وكذلك النخل والشجر اذا كان مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من غير شريكه لم يجز ذلك وقد بينا هذا فى البناء فى كتاب الشفعة فهو مثله فى النخل والشجر ولو ادعى رجل سقفا فى دار فى يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم عشر سنين فهو جائز لان ماوقع عليه الصلح منفعة معلومة ببيان المدة فان أجره من الذى صالحه جاز فى قول أبي يوسف رحمه الله ولم يجز فى قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل المتقدم ان عند محمد رحمه الله استحقاق هذه المنفعة بالصلح كاستحقاقها بالاجارة ولهذا قال يبطل الصلح بموت أحدهما كما تبطل الاجارة ثم المستأجر اذا أجر المؤجر من الآجر لايجوز فكذلك هنا اذا أجره من الذى صالحه لايجوز وعند أبي يوسف رحمه الله استحقاقه هذه المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لاباعتبار العقد فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذى صالحه بالاجارة منه فكذلك يملك مع الذى صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله ان وارثه يخلفه بعد موته فى استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصلح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله اذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضي الاجل لم تجب عليه الاجرة ولكن يبطل الصلح ويعود المدعى على دعواه لفوات المعقود عليه فى ضمانه قال ولو باع هذا السكنى بيعا من رجل لم يجز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فان لفظ البيع يملك به الرقبة وملك الرقبة سبب لملك المنفعة فكان ينبغى أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به مجازا كما انه يجوز النكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان تأويل هذه المسئلة فيما اذا أطلق البيع فى السكنى وبين المدة وانما يفسد لترك بيان المدة كما لو صرح بلفظ الاجارة (قال رحمه الله) والاصح عندى أن الجواب مطلق على ماقال فى الكتاب وانما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لا لفساد الاستعارة فالمنفعة معدومة فى الحال وايجادها ليس فى مقدور البشر والمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه فالشرع أقام الموجود وهو الدار المنتفع بها مقام المنفعة في جواز اضافة عقد الاجارة اليها فأما لفظ البيع ان أضيف الى الدار فهو تمليك لعينها وان أضيف الى المنفعة فالمعدوم لا يكون محلا لاضافة العقد اليه سواء كانت الاضافة بلفظ الاجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بعتك نفسى شهرا بكذا لعمل فهذه اجارة صحيحة قال فكذلك لو صالحه الذى كانت الدار فى يده من هذه السكنى على دراهم فهو جائز لانه لو صالحه فى الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك اذا صالحه على سكنى معلومة ثم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لانه لو استأجره منه بدراهم جاز فكذلك اذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق اسقاط الحق فأما الاجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التمليك واذا كان يملك هو عليه المنفعة بجهة المعاوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم على دنانير وقبضها فهو جائز لان المصالح عليه اذا كان نقدا فهو كالثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لان النقد صرف ولانه لو فارقه قبل القبض كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم تفرقا جاز بمقدار ماقبض ويرجع بحصة مابقى من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والاقرار من المدعى للذى فى يديه الشئ به على وجه الصلح لا يمنعه من الدعوى اذا بطل الصلح بوجه من الوجوه لما بينا أن الاقرار ان ثبت فانما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشئ يبقى ببقائه ويبطل ببطلانه كالوصية بالمحاباة فى ضمن البيع والاقرار به من الذى هو فى يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه اذا بطل الصلح لانه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بعد بطلان الصلح قال وكل شئ وقع الصلح عليه مما لو استحق رجع بقيمته فله أن يبيعه قبل أن يقبضه بمنزلة الصداق وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لانه لم يبق فى الملك المطلق للتصرف عذر يمكن التحرز عنه فان ملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول الى القيمة وكل شئ يرجع فيه على دعواه فليس له أن يبيعه قبل القبض لبقاء الغرر فى الملك المطلق للتصرف كما فى البيع وفى العقار الخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا وقع الصلح عليه ولو فى ادعى دارا فى يدى رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدين فدفع اليه أحدهما ومات الآخر فى يده فالمدعى بالخيار ان شاء رد العبد الذى قبضه وعاد فى دعواه وان شاء أمسك ورجع فى حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه قبل القبض والتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وهو كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض. ولو كان ادعى فى أرض حقا فصالحه منها على أرض أخرى باقرار فغرقت الارض التى وقع الصلح عليها فان شاء المدعى رضى بها وان شاء تركها ان كان قد نقصها الغرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد تعيب قبل التسليم فان غرقت الارض التى كان ادعى فيها قبل أن يصل اليها المصالح ونقصها الغرق فهو بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعى عليه مشتر للمدعى به وقد تعيب قبل القبض فله الخيار وان كان الصلح وقع على الانكار لم يكن له فيها خيار لان فى زعم المدعى ان المدعي عليه غاصب بجحوده وانه بالصلح كالمشترى فصار قابضا بنفس الشراء وانما تعيب بعد ذلك. ولو ادعى سكنى فى دار وصية من رب الدار فجحده أو أقر به ثم صالحه منه على شئ جاز وان كان الموصى له بالسكنى لا يؤاجر لان تصحيح الصلح بطريق اسقاط الحق بعوض ممكن والاصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة ان أمكن وان تعذر ذلك تصحح بطريق الاسقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو صالحه على سكنى دار أخرى فانه يصح هذا الصلح بطريق الاسقاط لما تعذر تصحيحه بطريق التمليك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا فى يد رجل فصالحه منها على دراهم مسماة أو على شئ من الحيوان على أن يزيد الآخر كر حنطة لمدة وليس عنده طعام لم يجز لان ما يقع عليه الصلح مبيع وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز قال (ألا ترى) أنه لو باع عبدا بدراهم واشترط للمشترى مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع فاسدا لهذا المعنى. ولو ادعى فى دار رجل طريقا فصالحه منها على دراهم أو على طريق فى دار أخرى كان جائزا بعد أن يبين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب فى غرفة أو كوة وآذاه جاره وخاصمه فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح باطل وله أن يترك بابه وكوته على حالهما قال لأنهما فى غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط والحائط خالص ملكه ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنعه من ذلك فكذلك اذا رفع بعضه وبهذا يتبين أن الجار ظالم له مدع بالباطل وانه أخذ منه مالا ليكف عن ظلمه وذلك حرام فلهذا لزمه

رده والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى الشفعة

(قال رحمه الله) قد ذكرنا فى كتاب الشفعة ان صلح الشفيع مع المشترى على ثلاثة أوجه فى وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفى وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفى وجه تبطل شفعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى فهنا تبطل شفعته لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشترى فى الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة فى حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله ولو صالح المشترى الشفيع على ان اعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لان تسليم الدار بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذى وقع عليه التراضى معلوم فكأنه باعه منه مرابحة بما سميا من الثمن واذا اختصم فى الشفعة شريك وجار فاصطلحا على أن أخذاها نصفين وسلمها المشتري جاز كما لو باعها منهما ابتداء واذا اشتري الرجل دارا فخاصمه رجل في شقص منها وطلب الشفعة فيما بقى ثم صالحه المشترى على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدإ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما اذا لم يكن مشروطا فتصحيح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعي جزء من هذا النصف فيكون المدعى تاركا للدعوى فيه باقدامه على الشراء ابتداء وقابضا لذلك الشقص بحقه مشتريا لما زاد عليه بما سمي من الثمن أو مصالحا في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشتريا فيما زاد عليه ولو ادعى فى دار فى يد رجل حقا أو ادعاها كلها فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعى عليه يزعم أن الدار له على قدم ملكه وزعمه فيما فى يده معتبر فكما لا يتمكن المدعى من أخذ ما فى يده باعتبار زعمه فكذلك الشفيع وقد بينا أن باقدامه على الصلح لا يصير مقرا للمدعى بالدار وانما التزم البدل فداء

ليمينه. وان خاصمه فى الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذى صالح عليها المدعى جاز كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه فصالحه على ان أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لو مات الشفيع ثم صالح الورثة المشترى على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدا واذا ادعى الرجل شفعة فى دار فصالحه المشترى على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لايجوز لانه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسلم الشفعة وهو شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فاذا شرط فى البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف درهم على أن يسلم له الشفعة ولو ادعى شفعة فى عبد فصالحه المشترى على أن يسلم نصف العبد بنصف الثمن وهو معلوم عندهما جاز لانه بيع مبتدأ والبيع ينعقد بلفظ التسليم وبفعل التسليم وان لم يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا فى انعقاد البيع صحيحا بالتعاطى والله أعلم بالصواب

باب الصلح الفاسد

(قال رحمه الله) واذا ادعى الرجل فى دار حقا فصالحه ذو اليد على عبد الى أجل فالصلح فاسد لان تصحيح الصلح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفى زعمه أنه يملك العبد بغير عينه بعوض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى العقود المبنية على التوسع فى البدل كالنكاح والخلع والصلح على الانكار بهذه الصفة قلنا لا كذلك ولكن الحيوان لايثبت دينا فى الذمة بدلا عما هو مال وانما يثبت بدلا عما ليس بمال (ألا ترى) أن الغرة وجبت شرعا فى جنين الحرة دون جنين الامة وهذا لان مقابلة ماليس بمال بمال لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يردد بين الحيوان والقيمة وبمقابلة ماهو مال لايمكن اثباته بهذه الصفة ثم الصلح على الانكار فى المصالح عليه غير مبنى على التوسع (ألا ترى) انه لا يثبت فى الذمة مع جهالة الصفة وانه يرد بالعيب اليسير والفاحش فكذلك لايثبت الحيوان فيه دينا فان كان صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى عليه بعد أن يقر بشئ لانكاره الزيادة بمنزلة مالو قال لفلان على حق وان كان صالحه من دعواه لم يكن ذلك اقرارا لان الدعوى قد تكون حقا وقد تكون باطلا (ألا ترى) انه لو قال لفلان على دعوى لا يصير مقرا له بشئ بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة الى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح كالبيع واشتراط هذه الآجال المجهولة مفسد للبيع ولو ادعى رجل فى عبد رجل دعوي فصالحه على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما اذا صالحه علي خدمته شهرا لان الخدمة معلومة ببيان المدة وهى مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار فى نفسها غير مقدورة التسليم لصاحب العبد لانه مالم يؤاجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به وحده وبعد ما أجره لاتجب الغلة الا بسلامة العبد فى الشهر ولعله يمرض أو يموت فلهذا بطل الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمرة النخل فاسد لانه مجهول وهو على خطر الوجود بخلاف الوصية فانها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لاتمنع صحتها أما الصلح فهو بمنزلة البيع والاجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والاجارة وعلي هذا لو صالح من دعواه علي شرب يوم من هذا النهر فى الشهر من غير أن يكون له حق فى رقبته فانه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا • ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينا فصالحه منها على عشرة دنانير الى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما اذا كان مقرا فلان هذا صرف بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل القبض فهو باطل لانه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وكذلك لو صالحه من غيره فهو فى هذا المعنى وصلح المدعي عليه سواء ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الانكار على ألف درهم بخية الى سنة لم يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التى هى نقد بيت المال سميت بذلك لانه يقال لمن يتملكها بخ بخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالاجل لا يجوز وفى نظيره نزل قوله تعالى لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على سود مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن اليه من كل وجه حيث أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا واذا كان الاحسان كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم صالحه على ألف ومائة نبهرجة أو زيوف حالة أو الى أجل كان ذلك باطلا لان ماشرط من زيادة القدر عوض عن الاجل أوعن صفة الجودة فان الزيوف دون السود في الجودة ومثل هذه المعاوضة ربا شرعا وكذلك لو صالحه منها علي شئ مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان المكيل

والموزون اذا قابلته الدراهم يكون مبيعا وهو بيع ماليس عند الانسان وذلك باطل قبض في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلما وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين وعقد السلم برأس مال هو دين لايجوز . ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه منها على خمسمائة بخية نقدا ونقدها اياه فهو جائز فى قول أبي يوسف رحمه الله الاول باعتبار انه يجعل كل واحد منهما محسنا الى صاحبه بطريق الاسقاط فصاحب الحق أبرأه عن خمسمائة والمديون أعطى مابقى أجود مما عليه وهذا منه احسان فى قضاء الدين وذلك مندوب اليه واذا كان المقصود بالصلح قطع المنازعة فاذا أمكن تصحيحه لايجوز ابطاله وهنا تصحيحه بطريق ممكن فلا يحل على المعاوضة وان تفرقا قبل أن يقبض فله خمسمائة من غلة الكوفة لانه ابراه عما بقي وانما تبقى الخمسمائة فى ذمته بالصفة التى كانت قبل الابراء والمجازاة على الاحسان مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق دينا ثم رجع فقال الصلح باطل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانهما صرحا بالمعاوضة فانه أبرأه عن الخمسمائة بشرط أن يسلم له بصفة الجودة فيما بقي ومعاوضة الدراهم بالجودة لايجوز ومع التصريح بالمعاوضة لايمكن حمله على البراءة المبتدأة كما اذا باع درهما بدرهمين لايجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما واذا كان لرجل علي رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها هذا الثوب أو على أن يؤاجره بها هذه الدار أو صالحه منها على عبد بعينه على أن يشتريه منه فهذا فاسد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة وقد بينا أن الصلح فى معنى البيع واشتراط بيع أو اجارة فى البيع يكون مفسدا له وكذلك لو صالحه منها على دار وشرط أن يسكنها الذى عليه الدين سنة أو علي عبد وشرط خدمته سنة فهو فاسد لانه شرط الاجل فى تسليم العين أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه وذلك مفسد للبيع والاجارة فكذلك يفسد الصلح ولو ادعى رجل فى غنم رجل دعوى فصالحه منها على صوفها الذى على ظهرها أن يجزه من ساعته فهو جائز فى قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز فى قول محمد رحمه الله لان المصالح عليه اذا كان معينا فهو كالمبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل فكذلك الصلح (ألا ترى) انه لو صالحه علي صوف علي ظهر شاة أخرى بعينها لم يجز لهذا المعنى وأبو يوسف رحمه الله يقول تصحيح هذا الصلح باعتبار زعم المدعى ممكن لانه يزعم أن الصوف والشاة ملكه وانه يترك للمدعى عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف لا ان تملكه ابتداء وذلك

جائز وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعي وان من أصل أبي يوسف رحمه الله انه اذا أمكن تصحيح الصلح بوجه ما يجب تصحيحه لقطع المنازعة بخلاف ما اذا صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى ولو صالحه على ألبانها التي في ضروعها أو على ما في بطونها من الولد فهو باطل أما عند محمد رحمه الله فلان هذا بمنزلة البيع وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه انما يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق ابقاء ملكه في بعض العين واللبن في الضرع والولد في البطن ليس بعين مال متقوم ووجوده على خطر فربما يكون انتفاخ البطن والضرع بالريح بخلاف الصوف على ظهر الغنم فهو مال متعين متقوم مملوك فتصحيح الصلح بطريق ابقاء الملك فيه ممكن ولو ادعى في أجمة في يدي رجل حقا فصالحه على أن يسلم صيدها للمدعي سنة فهذا فاسد لانه مجهول ووجوده على خطر وكذلك لو صالحه على ما فيها من الصيد اذا كان ذلك لا يوجد الا بصيد وان كان محظورا لانه غير مملوك لأحد وبيعه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ضربة القانص ونهى عمر وابن مسعود رضي الله عنهما عن بيع السمك في الماء واذا كان الصيد محظورا وهو يؤخذ بغير صيد كان الصلح جائزا وله الخيار اذا رآه بمنزلة البيع وقيل تأويله اذا أخذتم السمك في الماء أو دخل الاجمة مع الماء ثم منع من الخروج بسد فوهة الاجمة فيكون ذلك بمنزلة الاخذ الموجب للملك ولكنه غير مرئي فأما اذا دخل الاجمة مع الماء ولم يسد فوهة الاجمة فلا يجوز بيعه لانه لم يصر مملوكا لصاحب الاجمة بالدخول في أجمته ما لم يأخذه. ولو ادعى في عبد دعوى فصالحه من ذلك على مخاتيم دقيق معلومة من دقيق هذه الحنطة أو على ارطال من لحم شاة حية لم يجز لانه لا يجوز بيع شيء من ذلك اما لانه معدوم في الحال أو لانه يحتاج في تسليمه الى بضع البنية وذلك مانع من جواز العقد وكذلك لو صالحه على عبد آبق فان الآبق لا يجوز بيعه لان ماليته تاوية بالاباق وهو غير مقدور التسليم فكذلك الصلح عليه ولو ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه من ذلك على عشرين دينارا لم يجز اذا كان رأس المال دراهم لان في حصة الحنطة هنا استبدال بالمسلم فيه فيبطل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك والعقد صفقة واحدة فاذا بطل بعضه بطل كله عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وأما عندهما فالصلح كذلك وقد بيناه في الكتاب وهذا لان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق وربما يكون ذلك في البعض دون البعض فبعد ما بطل في البعض لا يمكن تصحيحه

فيما بقى وان كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها على عشرين دينارا خمسة منها رأس مال السلم جاز لان فى حق السلم هذا صلح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة وهو صرف مقبوض فى المجلس فيكون جائزا وذكر عن أبى اسحاق الشيبانى رحمه الله قال سألت عبد الله بن مغفل وفى رواية معقل عن رجل كان لى عليه عشرة اكرار حنطة فاشتريت بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وانما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ثم عندنا يبقى عليه طعام السلم بحاله لأن الشراء والصلح اذا بطل صار كالمعدوم وكأنه ذهب الى انهما قصدا اسقاط طعام السلم الي عوض فيعتبر قصدهما بحسب الامكان ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم رجل الى رجل فى حال دق فأراد أن يعطيه حلل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالمسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة وأجناس مختلفة وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما فى بطون الانعام وعن بيع ما فى ضروعها الا مكيلا يعنى الا مكيلا بعد الحلب وعن بيع العبد الآبق وعن بيع ضربة القانص وعن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع المغنم حتى يقسم وبذلك كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لانه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقه قبل القبض وبيع ضربة القانص وبيع العبد الآبق باطل للعجز عن التسليم وبيع ما فى بطون الانعام وما فى ضروعها باطل للغرر والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر رضى الله عنهما فقلت انى أسلمت الى رجل ألف درهم وقال ان أعطيتنى برا فبكذا وان أعطيتنى شعيرا فبكذا فقال سم فى كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه نقول اذ مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصلح الا سلمه أو رأس ماله وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن فى الضرع والحمل فى البطن وان صالحه عن سلمه على رأس ماله ثم صالحه من رأس المال على شئ آخر يدا بيد لم يجز ذلك لان حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الاقالة كحال المسلم اليه مع رب السلم قبل قبض رأس المال وكما ان الاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فكذلك بعد الاقالة قبل الرد الا انهما يفترقان من حيث ان قبض رأس المال واجب فى المجلس وبعد الاقالة لا يجب قبض رأس المال فى المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى لفظ السلم فهو أخذ عاجل

بآجل وذلك غير موجود فى الاقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض فى المجلس جواز الاستبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الاقالة جائز لانه دين سبب وجوبه القبض فيجوز الاستبدال به كبدل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكنا تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فلو جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الاقالة كان آخذا غير سلمه وغير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو أسلم رجل الى رجل دراهم فى شئ سلما فاسدا وتفرقا كان له أن يأخذ بدراهمه مابداله يدا بيد لانه دين سبب وجوبه القبض وعقد السلم كان باطلا فى الاصل وانما يلزمه رد المقبوض باعتبار القبض والاستبدال ببدل القرض فان جعله في شئ من الوزن الى أجل مسمى فهو فاسد لانه دين بدين فالمقبوض صار مملوكا له مع فساد العقد بالقبض ومثله صار دينا فى ذمته فالسلم يضاف الى ذلك الدين ولو ادعى عبدا فى يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنانير مؤجلة والعبد قائم أو هالك فهو جائز لانه ان كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل فى زعم المدعى وان كان هالكا فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فهذا تأجيل فى بدل المغصوب وذلك جائز وقد بيناه في الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز ان كان العبد قائما بعينه لان الطعام متى كان دينا بمقابلة العبد يكون ثمنا ولم يجز ان كان هالكا أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بائعا ما ليس عنده لان الطعام اذا قوبل بالدراهم والدنانير يكون مبيعا وعند أبى حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا عن العبد علي ما بيناه فى الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده ولكن العبد الهالك فى معنى الدين لان مالا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك دينا بدين فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز ان كان بعينه أو بغير عينه فدفعه اليه قبل أن يتفرقا عن عين بدين وذلك جائز وهو دليل لأبى حنيفة رحمه الله فانه لو كان مايقع عليه الصلح بدلا عن القيمة لم يجز وان قبض فى المجلس اذا كان دينا عند العقد لانه بيع ماليس عند الانسان وان فارقه قبل أن يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لانهما افترقا عن دين بدين وكذلك ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجز لانه دين بدين وهو فاسد شرعا والله أعلم بالصواب

باب المهايأة

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأبى جواز المهايأة لانها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة * وأما السنة فما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف ازارى هذا قال صلى الله عليه وسلم ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شىء وان لبسته لم يكن عليك شىء وهذا تفسير المهايأة ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالاعيان ثم القسمة فى الاعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك فى المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضى الشركاء على المهايأة اذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذى أبى لم يطلب قسمة العين والاصل أن اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع لما اختصت باسم المهايأة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن وصول نصيب أحدهما اليه يسبق وصول نصيب الآخر اليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد ليس كالاجارة فى جميع الاحكام لان فى الاجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه كل واحد منهما بل يجعل فى الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين وكون معنى المعاوضات فيه بيعا وليس فى عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولان العارية لا يتعلق بها الاستحقاق ويتعلق بالمهايأة فمن هذا الوجه تشبه الاجارة ولكن الاستحقاق فى المهايأة دون الاستحقاق فى الاجارة على معنى ان هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك أحد الشريكين فسخ المهايأة بطلب القسمة لان الاصل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك قسمة العين والمهايأة خلو عنه (ألا ترى) ان فى الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين لم يشتغل القاضى بينهما بالمهايأة فكذلك فى الانتهاء اذا طلب ما هو الاصل وهو قسمة العين لا تستدام المهايأة بينهما ثم العارية والاجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت أحدهما عند محمد وعند أبى يوسف رحمه الله لا تبطل والمهايأة لا تبطل بموت أحد الشريكين لانا لو أبطلناها احتجنا الى اعادتها فالشريك الحى أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة فى نقض شىء يحتاج الى اعادته فى الحال ثم المهايأة قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان فصورة

المهايأة بالمكان فيما بدئ الباب به قال دار بين رجلين تهايآ فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلا معلوما وأن يؤاجر كل حصة منزله فهو جائز ولا حاجة الى بيان المدة فى صحة هذا العقد لان المهايأة قسمة المنفعة المشتركة وفى قسمة العين لاحاجة الى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة الى بيان المدة فى الاجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفى المنفعة باعتبار انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم ان كانا شرطا فى المهايأة أن يؤاجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز وان لم يشترطا ففى ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك فى نصيبه وما يستوفى من الغلة حلال له وكان أبو علي الشاشي رحمه الله يقول ليس لكل واحد منهما الا ماشرط لان كل واحد منهما منتفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذى فى يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة بجنسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الاباحة والاعارة والمستعير لا يؤاجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهايأة قسمة المنفعة فمايصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقا له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة جنس واحد لايتفاوت بمنزلة القسمة فى المكيل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لامن جهة غيره سواء شرط ذلك أولم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح بابا فى حائط ولا كوة الا برضا صاحبه لان العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهايأة وأحد الشريكين لا يستبد بشئ من هذه التصرفات فى الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهايأة انما تثبت القسمة فى المنفعة ففيما ليس من المنفعة حالهما بعد المهايأة كا قبلها وكذلك لو تهايآ على أن يكون السفل فى يد أحدهما والعلو فى يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين فى علو أوسفل وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز وكان الكرخى رحمه الله يقول المراد اذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضى لايجبر على ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة القسمة للعين وقد بينا فى كتاب القسمة ان قسمة الجبر لاتجرى فى الدور عند أبى حنيفة رحمه الله بهذه الصفة فكذلك التهايؤ والاظهر أن القاضى يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء لان القسمة فى المهايأة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تتقارب ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة والدور

تختلف فى المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤاجر مافى يده ويأ كل غلته لان المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (ألا ترى) أن فى الدارين اذا غلت ما فى يد أحدهما أ كثر مما غلت مافى يد الآخر فليس لواحد منهماأن يرجع على صاحبه بشئ بخلاف الدار الواحدة فهنالك اذا تهايآ فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب أحدهمافي نوبته أ كثر فذلك الفضل بينهما لان فى الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى ان كل واحد منهما يصل الى المنفعة والغلة فى الوقت الذى يصل اليه صاحبه فما يستوفيه كل واحد منهماعوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفى الدار الواحدة كل واحدمنهما بمنزلة الوكيل من صاحبه فى اجارة نصيبه فى نوبته اذا تهايئا على الاستغلال فانما يكون ذلك بالزمان وأحدهما يصل الى الغلة قبل وصول الآخر اليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بدأن يجعل كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ويوضح هذا أن الفرق على ماذهب اليه الكرخى رحمه الله ان فى المهايأة في الدارين يعتمد التراضى عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر فى الدارين عند أبي حنيفة رحمه الله لا تجرى الا اذا رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما مارضى به صاحبه وفى الدار الواحدة لايعتبر التراضى فى المهايأة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود بالمهايأة فلهذا يتراجعان فضل الغلة والمهايأة فى النخل والشجر على كل الغلة باطل لان غلة النخل والشجر لا يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فلا تستحق بالمهايأة أيضا وهذا لانهاعين تبقى بعد حدوث ويتأتى فيها قسمة العين وانما جواز المهايأة فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة أو ما يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهايأة فى الغنم على الاولاد والالبان والأصواف لانها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فتهايئا على أن ينزل بيتا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخاصم على انه لايستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لان ذا اليدأعاره البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضى فيه ولا يتعلق به اللزوم وكل واحد منهما على حجته اذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على الزمان هذا شهر وهذا شهر لان اعتبار المعادلة فى قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك فى العبدين اذا تهايئا

على أن يخدم هذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر فى الرقيق تجرى فكذلك فى خدمة الرقيق وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فى الرقيق لاتجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة فى المالية غير ممكن فانها تختلف بمعان باطنة لايوقف على حدها وذلك لا يوجد فى الخدمة والمهايأة فى خدمة العبدين والمهايأة فى خدمة العبد الواحد سواء ولو تهايئا على الغلة فى العبدين لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى العبد الواحد لا تجوز المهايأة فى الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح فى غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذى يصل الى صاحبه فيجوز ذلك كما فى المهايأة فى الخدمة وفى غلة الدارين فأما فى العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل أحدهما الى الغلة قبل أن يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهايأة فى الغلة من وجه كالمهايأة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهايأة فى غلة النخل لان ما يسلم لكل واحد منهما به عين فلشبهه بالمهايأة فى الخدمة جوزنا ذلك فى العبدين لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهايأة في غلة النخل أبطلنا ذلك فى العبد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهايأة سلامة سبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهايأة فى غلة العبد الواحد وكالمهايأة فى أولاد الغنم وألبانها وهذا لان التهايؤ على الاستقلال لو كان يجوز فى الرقيق لكان جوازه فى العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتمييز فيه أظهر منه فى العبدين فاذا لم يجز ذلك فى العبد الواحد فأولى أن لايجوز في العبدين وهذا لان الآدمى فى يد نفسه وربما لاينقاد فى الاستعمال وكل واحد منهما لايتمكن من تحصيل ماهو المقصود بنفسه فى نوبته أو فيما فى يده من العبد وقيل هذه المسئلة تنبني على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لايرى قسمة الجبر فى الرقيق وهما يريان قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لاتجوز المهايأة فى غلة العبد الواحد عندهم جميعا لان القسمة لاتجرى فيه بخلاف المهايأة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون المالية فجاز ذلك فى العبد الواحد والعبدين واذا كانت جارية بين رجلين فخاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندي يوما وقال الآخر بل نضعها على يدي عدل فاني أجعلها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدي عدل الا بتراضيهما لان اليد مستحقة لكل واحد منهما كالملك فكما لا يجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما فكذلك ابطال ملك اليد وفي التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان ما يخاف كل واحد منهما موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد في نوبته فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به في هذه المهايأة فالرأي في ذلك الى القاضي يبدأ بأيهما شاء كما في القسمة والمهايأة في الخدمة والسكني للقاضي أن يبدأ بأيهما شاء علي وجه النظر دون الميل والاولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد بينا أن فيما للقاضي أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه والتهايؤ على الركوب أو الغلة في الدابتين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله فيما يعلمه أبو يوسف رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الغلة كالركوب جميعا أما في الغلة فهو بناء على التهايؤ في غلة العبدين وقد بينا ذلك وانما صحت الرواية هنا عن أبي حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لان الدابتين في القسمة ليستا كالعبدين عند أبي حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر في الدابتين تجوز ولا تجوز في العبدين ولكن لما كان المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ في الغنم على الاولاد والالبان فكذلك لا يجوزه أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام في المهايأة في ركوب الدابتين فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفعة الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في العبيد والسكني في الدار (ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالاجارة يجوز وكذلك استيفاؤه بالاعارة فكما لا تجوز المهايأة في خدمة العبدين فكذلك في ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه الله يقول جواز المهايأة في خدمة العبدين باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك في ركوب الدابتين غير ممكن فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة فرب راكب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر اعتبار معنى المعادلة بين الشريكين في الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى وذلك لا يختلف باختلاف المستوفي (ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤاجره من غيره واذا ثبت بهذا الطريق أن التهايؤ علي الدابتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة بالطريق

الاولى لان استقلال الدواب بالاجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة والضرر على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لايجوز وعلى هذا الخلاف التهايؤ في ركوب دابة واحدة لانهما لايجوز ان التهايؤ فى غلة دابة واحدة كما لايجوز ان في غلة عبد واحد والتهايؤ فى الغنم علي الالبان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ماهو المقصود لنفسه فيما فى يده والتهايؤ فى دار وعبد على السكنى والخدمة جائز لان ماهو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة عند اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى الغلة باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما لان عند أبى حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ واعتبار هذا الجانب يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد العقد كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر ولو تهايئا فى أرض على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة ويؤاجرها جاز بمنزلة السكنى فى الدار ولهما أن يبطلا المهايأة ويقتسما اذا بدالهما أو لاحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الاصل فى الباب وتمام التمييز به يحصل وورثتهما فى ذلك بمنزلتهما لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه وكذلك المهايأة فى دار وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الارض وكذلك المهايأة في دار وحمام لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ولو كانت المهايأة فى منزل واحد على أن يسكن أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفل لانه انما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم له حين انهدم فكان هو على حقه فى سكنى السفل باعتبار ملك نصيبه وورثته فى ذلك بمنزلته وان كانا تهايئا على الخدمة فى عبد أو أمة أو فى عبد وأمة على أن تخدم الامة أحدهما والعبد الآخر واشترطا على كل واحد منهما طعام خادمه ففى القياس هذا لا يجوز لان مقدار ما يتناول من الطعام فى نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمى قد ينشط للاكل فى وقت ولا ينشط فى وقت آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا تمكن فى هذا الشرط معاوضة بينهما فيما هو مجهول وفي العبد والامة هذا القياس أوضح ولكن استحسن جواز ذلك لقلة التفاوت واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وان اشترطا الكسوة بهذه الصفة لم يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولانه لا يجرى فى الكسوة من المساهلة ما يجرى فى

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه من التناول بقدر الكفاية لما له فيه من المنفعة والجهالة اذا كانت لا تفضى الى المنازعة لا تفسد العقد ولا يوجد ذلك فى الكسوة اذ ليس للكسوة تأثير فى احداث القوة على زيادة الخدمة فان أقتا من الكسوة شيئا معروفا لم يجز ذلك لان التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنازعة تنقطع به ولان معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فانه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفى مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما فى الصداق ونحوه ولو كانت غنم بين رجلين فتهايئا على أن يرعاها كل واحد منهما شهرا أو على أن يستأجر لها أجيرا جاز لان الرعى فى الدواب بمنزلة الطعام فى بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد فى ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير فى ذلك لانه من جملة حوائجه يرجع الي اصلاح ملكه وهو من صنع التجار ولو تهايئا علي الخدمة فى الامتين ثم وطىء أحدهما الامة التي عنده فعلقت فسدت المهايأة لانه تملك نصيب شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة الا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعد ما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبقت انتقضت المهايأة لانه انما رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هى في يده وقد فات ذلك بموتها أو باباقها ولو استخدمها الشهر كله الا ثلاثة أيام فى أول الشهر ثم مرضت أو أبقت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر فى خدمته لم يكن له عليه فى ذلك شيء لانه انما فضل صاحبه فى استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا تتقوم الا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبقت احداهما الشهر كله واستخدم الاخر الاخرى الشهر كله لم يكن عليه فى تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تتقوم بالاتلاف (ألا ترى) أنه لو استخدم الامة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه فى ذلك ضمان لصاحبه بمنزلة الغاصب ولو عطبت احداهما فى الخدمة لم يضمنها صاحبها لان كل واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما فى يده وانما يستخدمها باذن صاحبه فيكون هو فى ذلك كالمستعير أو المستأجر ولو زوجها من هى في يده لم يجز ذلك لان التزويج تصرف يعتمد الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فما فى يده بعد

المهايأة كما قبلها فان وطئها الزوج فالمهر بينهما لان المهر بدل المستوفى بالوطء وذلك فى حكم جزء من العين كالارش فأما الذى زوج فله الاقل من نصف المسمي ومن نصف مهر مثلها لانه رضى بسقوط حقه فى ما زاد على المسمي ورضاه معتبر فى حقه وأما الذى لم يزوج فله نصف مهر مثلها لانه لم يرض بسقوط حقه عن شئ منه بالقسمة وعلى هذا السكنى فى المنزل فانه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أو قدها فيه لم يضمن لانه بمنزلة المستعير أو المستأجر ولو توضأ فيها فزلق رجل بوضوئه أو وضع شيئا فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فعبر به انسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لان هذا كله من توابع السكنى (ألا ترى) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعا ولو بنى فيها بناء أو احتفر فيها بئرا فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لان هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهايأة فكان هو متعديا فى نصيب شريكه والسبب متى كان بطريق التعدى فهو كالمباشرة فى ايجاب الضمان وانما يتحقق ذلك فى نصيب شريكه دون تضييع فلهذا يرجع بقدر حصته واذا تهايأ الرجلان فى خادمين على أن يخدم أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منهما وحصول المقصود وهو المعادلة في الخدمة فان ولدت احداهما ولدا ومدة المهايأة طويلة فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لان استحقاق الخدمة بالمهايأة لا يسرى الى الولد بمنزلة استحقاق ذلك بالوصية أو الاجارة فالولد تولد من العين فيكون مشتركا بينهما كالاصل ولم تتناوله المهايأة مقصودا ولا تبعا فكانت خدمته بينهما كخدمة الاصل قبل واذا مات أحد الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهايأة ولكن نصيبه يباع في دينه لان حق الغرماء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهايأة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه من احدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهايأة لان شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه واذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكاتبة لدفع الضرر عن نفسه فان لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهايأة ولو باع أحدهما نصيبه بيعا فاسدا ولم يسلم لم تبطل المهايأة وهو الشركة فى الاصل وان سلم بطلت المهايأة لزوال ملكه عن نصيبه وفى البيع الجائز بنفس العقد يزول ملكه فتبطل المهايأة سلم أو لم يسلم وكذلك لو كان المشترى

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشترى وان كان البائع بالخيار لم تبطل المهايأة الأأن يمضى البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع فى المدة مالم يسقط الخيار والله تعالى أعلم بالصواب

باب صلح الأب والوصى والوارث

(قال رحمه الله) واذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه على شئ من مال الصبي ينظر في ذلك فان كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق للمدعي ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشترى لتلك العين لولده بماله والأب غير متهم في حق ولده فعند ظهور الحق للمدعى بالبينة انما تقصد الاب النظر للصبي وربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وان لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لان المدعى ما استحق شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي فى حال الصغر وانما يستحلف اذا بلغ فالاب يفدى هذه اليمين بمال الصغير والا فاليمين ليست بمتقومة وليس للاب ولاية دفع مال الصبي بازاء ما ليس بمتقوم فان صالح من مال نفسه فهو جائز بمنزلة أجنبي آخر صالح علي مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبى فى مثل ذلك ثم صالحه منه على شئ وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه ممن هو فى يده وان كان أقل منه بشيء كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي ظاهر شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغبن فاحش وان لم تكن له بينة على حقه فالصلح جائز لان الصبي ما استحق قبل ذى اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالاب جعل مالا بمقابلة ماليس بمال وهو غير متهم فى هذا بل هو ناظر للصبي بتصيير ماليس بمال فى حقه مالا ووصى الأب فى هذا بعد موت الاب كالاب وكذلك الجد ووصى الجد ولا يجوز صلح غير هؤلاء كالأم والأخ على الصبي ولا عنه لانه لاولاية له عليه فهو فى الصلح في حقه كالاجنبي والمعتوه بمنزلة الصبي لانه مولى عليه . ولو كان للصبي دين علي رجل فصالحه أبوه على بعض وحط عنه بعضا فان كان الاب هو الذى ولي مبايعته جاز الحط فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن لما حطه ولا يجوز فى قول أبي يوسف رحمه الله وهو نظير

اختلافهم فى الوكيل بالبيع وان لم يكن ولى مبايعته لم يجز حطه وكذلك الوصى لان ثبوت الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبي وليس من النظر اسقاط شئ من حقه بالحط فهما فى ذلك كأجنبي آخر ولو ادعى الوصى شقصا فى دار فجحده رب الدار فصالحه على دراهم قبضها جاز ذلك ان لم يكن لهم بينة على الاصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصي قائم مقام الموصى وفى هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ماستوجب على الخصم الا اليمين ولان منفعته فى مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة ذلك أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قولهما على الكبار فى حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم فى بيع الوصى شيئا من التركة وفى الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك فى الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينة أو لم تكن لانه لاولاية للوصى على الكبار من الورثة فهو فى حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي الأم والأخ على الصبي مثل صلح وصى الأب فى غير العقار لان فيما سوى العقار للوصي ولاية البيع فى تركة الموصى فكذلك له ولاية الصلح فأما فى العقار فليس له ولاية البيع فيما صار للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصى ذلك فى ملك الصبي ولا يجوز صلحه فيه أيضا وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصى فيما سوى العقار جائز عليهم بشرط النظر كما لايجوز بيعه فيه للحفظ عليه واذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية فصالح الوصى من دعوى له فى دار فهو على ماذكرنا فى الورثة اذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين والوصية يثبت للوصى فى الولاية للميت حتى يجوز بيعه فى جميع التركة عند أبى حنيفة رحمه الله فكذلك الصلح واذا ادعى الوارث الكبير على الوصى ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة فجحده ثم صالحه من جميع ذلك على عبد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضى منهما على ما اصطلحا عليه وكذلك لو قال افتدى منك يميني بذلك لان الصلح على الانكار فداء لليمين بالمال ولافرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه وان كانا وارثين ادعيا ذلك قبله فصالح احدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشئ لانه بالصلح على الانكار لم يصر مقرا له بشئ وانما فدى يمينه وللآخر أن يستحلفه ان شاء لان حق الاستحلاف كان ثابتا لهما فاسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك فى حقه وفى حق الآخر لايصح الا برضاه فان أبى فهو على حقه فى الاستحلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار انه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا اذا كان ماادعياه مستهلكا لان الصلح مبنى على زعمهما فى حقهما وفى زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصى مشترك بينهما وأحد الشريكين فى الدين اذا صالح على شئ كان للآخر أن يشاركه فى المقبوض الا أن يعطيه نصف ما ادعى من ذلك فان كانت الورثة صغارا وكبارا وصالح الوصى الكبار من دعواهم ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فان ذلك لايجرى على الصغار لانه لاولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصى اذا أدركوا ويرجع الوصى على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لانهم يزعمون أنهم أخذوا المال عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصى فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من المأخوذ من الكبار واذا أقر الوصى أن لاحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد بقية الورثة أن يرجعوا على الوصى بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ماأقر به لهذا فهو بينهم على المواريث لان الوصى أمين فيما فى يده من التركة والقول قول الامين فى براءة نفسه ولكن لايقبل قوله فيما يدعي من وصول المال الى غيره كالمودع اذا ادعى الرد على الوصى فهنا أيضا قول الوصى فيما يرجع الي براءته مقبول سواء ذكر انه سلم نصيب الكبار اليهم أو ان ذلك لم يصل الى يده ولكن لايقبل قوله فى اسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير لان ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الاصل فلا يقبل قول الوصى فى تخصيص أحدهم به ولكن يجعل ماسوى هذا من التركة كالتاوى فتبقى الشركة بينهم فى هذا واذا أقر الوصى أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على أربعمائة درهم من مال الوصى لم يجز لانه أعطاه أقل من حصته وقد بينا فى الدين ان مثل هذا الصلح يجوز بطريق الاسقاط وهنا لايمكن تصحيحه بطريق الاسقاط لانه عين فى يد الوصى أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسمائة بأربعمائة لايجوز وكذلك لو كان مع الالف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصى استهلك ذلك جاز الصلح على أربعمائة لان مااستهلك صار دينا فى ذمته فهذا حط عنه بعض حقه واستوفى البعض فيصح الصلح بطريق الاسقاط واذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك رقيقا وعقارا وأمتعة فقبضها الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد اقرار أو انكار على دراهم مؤجلة أو حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي فى الدعاوى لانها تدعى ميراثا

قبله فان كان مقرا بذلك فالصلح على الاقرار جائز وما يعطيها عوض نصيبها ان كان قائما في يد الابن وان كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حقها وأبرأته عما بقي وان كان منكرا لحقها فالصلح مع الانكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجوه صلح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فان كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ماخلا المال العين والدين فهو جائز لان ماجعل مستثنى لم يتناوله عقد الصلح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصلح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي انما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في كتاب البراءة انى دفعت اليك جميع حصتك من المال العين فهو جائز اذا أقرت بالقبض وان كتب انى عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطتيه عليّ فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعاين في حقها فيبرأ الغريم من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه واذا مات الرجل فأوصى بثلثه لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فان كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فانى أجيز الصلح اذا كان المال المعين فى يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عقارا لان الموصى له شريك الوارث فى التركة فصلح الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر وفى نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صلح الوارث مع الموصى له فان كان فى الميراث دين لم يجز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصى له بالثلث فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز وان كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يجز الصلح مراده بالعين النقد من الذهب والفضة واذا وقع الصلح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما استوفى أو أكثر فهذا الصلح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين الوارث والموصى له واذا كان المال المعين في يد الوصى وكان ما أعطى الوارث الموصى له أكثر من ثلثه جاز ذلك اذا قبض الوارث ذلك من الوصى قبل أن يتفرقا وان تفرقوا قبل أن يقبض الوارث المال المعين من يد الوصى ينقص من الصلح حصة المال المعين لان العقد فى تلك

الحصة قد صرف ويد الوصى يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيدالوصى واذا افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح فى حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك ان صالحه على دنانير لان فى حكم الصرف ووجوب القبض فى المجلس لافرق بين أن يكون العقد متناولا لجنس واحد من النقود أو جنسين وان صالحه على مكيل أو موزون بعينه جازلانه مشتر لما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة والمشترى معلوم معين وان كان بغير عينه لم يجز لانها صفقة واحدة وفى حصة العين من التركة يبطل هذا الصلح لانه بيع ما ليس عند الانسان فالمكيل والموزون بالدراهم يكون مبيعا واذا فسد فى البعض فسد فى الكل واذا صالحه على ثياب موصوفة أومؤجلة ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين لان صفة العقد فى معنى السلم فيشترط قبض رأس المال فى المجلس والا يكون دينا بدين وان تفرقا قبل القبض بطل العقد فى ملك الحصة ولكن هذا فساد طارئ فطريان المفسد فى البعض لايفسد العقد فى الباقى بخلاف المقارن وقد بينا نظيره فى كتاب الصرف ولوكان هذا الصلح فى مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان القول فيه مثل ذلك فى جميع مابينا لانه فى الصلح فى نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولى فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك وصلح الوارث الموصى له وصلح الوارث سواء فى جميع ماذكرنا لانهم فى التركة شركاء وكذلك لو كان الميراث فى يد الموصى له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم الوارث ميراثه لان الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز فيه صلح الوارث مع الموصى له اذا كانت التركة فى يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث أيضا ولو كان الميراث مالا معينا ومتاعا وحليا وفيه جوهر لا يخلص الا بضرر والوارث رجلان كبيران وصغير له وصى ورجل موصى له فاصطلحوا على أن قوموا ذلك قيمة عدل وسموا لاحد الكبيرين حليا بعينه ومتاعا ومالا وكذلك للآخر وللصغير والموصى له وأنفذوا ذلك فيما بينهم وجعلوه لمصالحهم بتلك القيمة ولم يتقابضوا لم يجز لان العقد فيما يخص الحلى صرف وترك القبض فى المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد فى حصة الجوهر أيضا لانه لا يمكن تخليصه الا بضرر ومثل هذا كما لايجوز البيع فيه ابتداء فكذلك لا يبقى العقد فيه بعد ما فسد فى

حصة الحلى وقد بينا نظيره فى الصرف فى السيف المحلى واو كان وارث منهم اشترى رقيقا ومتاعا بألف درهم ثم ان الوارث الآخر اشترى منهم حليا فيه جوهر بألف درهم على أن يحسب له من نصيبه لم يجز ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض فى المجلس ولان حصته مما على أخيه داخلة فى ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة دينا على أجنبي لم يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك اذا كان دينا على بعض الورثة قال غيره انه يجوز من ذلك الجوهر بحصته اذا كان مميزا وان كان غير مميز لم يجز شئ منه أما اذا كان غير مميز فالجواب ظاهر لان فساد العقد من حصة الحلى فالافتراق مفسد فى حصة الجوهر أيضا وان كان مميزا فان كان صلحه مع جميع الورثة والموصي له فانه يجوز من حصة الجوهر لان فساد العقد هنا بترك القبض فى المجلس فى حصة الحلى وذلك فساد طارئ لا باعتبار ان نصيبه دين فانه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلى وانما اشترى هذا الحلى منهم بألف درهم على أن يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار ان الحلى غير مقبوض فى المجلس وان الوارث الصغير والموصى له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر فى المجلس وكل ذلك يفسد العقد لترك القبض فى المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الاصل فلهذا بقي الصلح فى حصة الجوهر اذا كان مميزا والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء العشرون من مبسوط الامام السرخسى رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الحادى والعشرون وأوله باب الصلح فى الوصايا ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الصلح فى الوصايا

(قال رحمه الله) واذا أوصى الرجل بخدمة عبده سنة لرجل وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من الخدمة علي دارهم أو علي سكنى بيت أو على خدمة خادم آخر أو على ركوب دابة أو علي لبس ثوب شهرا فهو جائز استحسانا وفى القياس لا يجوز لان الموصى له بالخدمة فى حكم الاعتياض كالمستعير ولهذا لا يملك أن يؤاجره كالمستعير وهذا لانه يملك الخدمة بغير عوض فى الموضعين ثم المستعير لا يعتاض عن الخدمة مع المعير فكذلك الموصى له وجه الاستحسان أن الصلح يصح بطريق الاسقاط اذا تعذر تصحيحه بطريق المبادلة كما لو صالح من الالف على خمسمائة وهنا تصحيحه بطريق اسقاط الحق بعوض ممكن لانه استحق على الورثة تسليم العبد له فى المدة ليستوفى خدمته وهو حق لازم لا يملك الوارث ابطاله فيجوز اسقاطه بعوض بخلاف المستعير فانه لا يستوجب علي المعير حقا لازما فلا يمكن تصحيح الصلح معه اعتياضا عن اسقاط الخدمة فكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير وربما يكون هذا التصرف نظرا للصغير والوصى فى ذلك يقوم مقامه اسقاطا كان أو تمليكا فان مات العبد الموصى له بخدمته بعد ماقبض الموصى له ماصالحوه عليه فهو جائز لانه الذى من جانبه اسقاط الحق فيتم بنفسه لان المسقط يكون متلاشيا والوارث بعد ذلك يستوفى خدمته بملكه لا بالتملك على الموصى له بعوض فبقاؤه ومؤنته فى حكم الصلح سواء وان صالحوه على ثوب فوجد به عيبا كان له أن يرده ويرجع فى الخدمة لان ماوقع عليه الصلح بمنزلة المبيع واذا كان مايقابله اسقاط الحق كما فى الصلح على الانكار والمبيع يرد بالعيب اليسير والفاحش وبرده ينفسخ البيع فهذا مثله واذا انفسخ رجع في الخدمة وليس له بيع الثوب قبل أن يقبضه لبقاء الغرر فى الملك المطلق التصرف كما فى البيع ولو صالحه على دراهم كان له أن يشترى بها ثوبا قبل أن يقبضها بمنزلة الثمن يجوز الاستبدال به قبل القبض ولو أن الوارث اشترى

منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصي له بالخدمة لا يملك تمليكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح (ألا ترى) أن المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شئ لم يصر به مقرا حتى اذا استحق عاد على رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقرا له بالملك حتى لو استحق البدل لرجع بالمدعي ولو قال أعطيك هذه الدار مكان خدمتك أو عوضا عن خدمتك أو بدلا من خدمتك أو مقاصة بخدمتك أو على أن تترك خدمتك كان جائزا لانه ذكر معنى الصلح وتصحيحه بطريق اسقاط الحق ممكن من الوجه الذى قلنا في الصلح ولو قال أهب لك هذه الدار على أن تهب لى خدمتك كان جائزا اذا قبض الدراهم لان لفظة الهبة فى معنى لفظ الصلح حتى يستعمل فى الاسقاطات كما فى التمليكات بخلاف لفظ البيع (ألا ترى) أن هبة المبيع من البائع قبل القبض يكون اقالة اذا قبله البائع بخلاف البيع وقد طعن بعض مشايخنا رحمهم الله فى هذا الفصل فقال الهبة بشرط العوض تتم تبعا فتصير عند القبض بمنزلة مالو صرحا بلفظ البيع وقد بينا أن ذلك لا يجوز وكما يستعمل الهبة فى الاسقاطات مجازا فكذلك البيع (ألا ترى) انه يبيع العبد من نفسه ويبيع المرأة من نفسها ويكون ذلك اسقاطا بعوض بعبارة البيع ولكنا نقول الهبة بشرط العوض يثبت فيها حكم البيع ولا يعتبر لفظة البيع والبطلان هنا باعتبار لفظ البيع ولكنا نقول لا يحكم بالبيع لان موضوعه لفظ خاص بتمليك مال والثانى أن لفظ الهبة انما يعتبر بيعا بالتقابض من الجانبين وذلك غير متحقق هنا فالقبض لا يجرى من الوارث للخدمة هنا فى الحال ولا فيما بعده لانا لو صححنا هنا بطريق الاسقاط والمسقط بلا شئ فلا يتصور القبض فيه ليصير به بيعا ولو كان الوارث اثنين فصالحه احدهما وصرحا بتمليك الخدمة منه بعوض ولا يمكن تصحيحه اسقاطا ولكنه بمنزلة الاجارة والموصى له بالخدمة لا يؤاجر من الوارث ولا من غيره وانما استحسنا اذا كان جميع الورثة لان الخدمة تبطل ويصير العبد بينهم على الميراث وهو اشارة الي طريق اسقاط الحق بقبض كما بينا ولو باع الورثة العبد فاجاز صاحب الخدمة البيع بطلت خدمته ولم يكن له فى الثمن حق لان حقه فى الخدمة لا يكون أقوى من حق المستأجر والبيع ينفذ من المالك برضا المستأجر ولا يثبت حق المستأجر فى الثمن فهذا مثله وهذا بخلاف حق المرتهن فانه يثبت فى الثمن اذا نفذ بيع الراهن برضاه لان حق الموصى له فى المنفعة والثمن بدل العين دون المنفعة وحق المرتهن فى العين لان موجب عقد

الرهن ثبوت يد الاستيفاء له من مالية العين والثمن بدل العين وبالبيع يتحقق وصوله الى مقصوده وهو الاستيفاء فلهذا يتحول حقه الى الثمن وكذلك لو دفع بجناية برضا صاحب الخدمة جاز لان الملك للورثة والمنفعة لصاحب الخدمة فيجوز دفعه بجناية بتراضيهما ويبطل به حق الموصي له لفوات محل حقه ولو قتل العبد خطأ وأخذوا قيمته كان عليهم أن يشتروا بها عبدا فيخدم صاحب الخدمة لان القيمة بدل العبد فيثبت فيه حق صاحب الخدمة كما كان ثابتا فى المبدل وهذا لان الوصية بالخدمة وان كانت بالمنفعة فهى تتعدى الى العين حتى يستحق على الوارث تسليم العين الى الموصي له ويعتبر خروج العين من الثلث والموصى له لم يرض بسقوط حقه هنا لان القتل ما كان برضاه ليقوم البدل مقام الاصل فى ايفاء حقه باعتباره بخلاف البيع فان هناك نفوذه كان باجازته وذلك منه اسقاط لحقه فى الخدمة فلهذا يثبت حقه فى الثمن ولو صالحوه على دراهم مسماة أو طعام أجزت ذلك بطريق اسقاط الحق بعوض لان حقه بعد القتل باق كما كان قبله ولو قطعت احدى يدي العبد فأخذوا أرشها فهو مع العبد يثبت فيه حق الموصي له بالخدمة اعتبار البدل الطرف ببدل النفس وان اصطلحوا منها على عشرة دراهم على أن يسلم له بعينها والعبد أجزت ذلك بطريق اسقاط الحق بعوض ولو أوصي لرجل بسكنى داره سنة أو حياته ثم مات وهو يخرج من الثلث فصالحوا الوارث منها على سكنى دارا أخرى سنين مسماة فهو جائز بطريق الحق اسقاط بعوض لا بطريق المبادلة فان مبادلة السكنى بالسكنى لاتجوز ولو صالحه على سكنى دار أخرى حياته لم يجز لان المصالح عليه يتملك عوضا وسكنى الدار من غير بيان العوض لايجوز استحقاقها عوضا بالبيع ولا بالاجارة فكذلك الصلح بخلاف الموصى له فان السكنى هناك تملك بالوصية تبرعا بمنزلة العارية فى حال الحياة فان صالحه على سكنى دار مسماة فانهدمت بطل الصلح لفوات ما وقع عليه الصلح قبل دخوله في ضمانه ويرجع في داره الاولى فيسكنها حتى يموت ان كانت وصيته كذلك وان كانت سنة رجع بحساب مابقى ولو كان أوصى له بغلة عبد مدة فصالحه الورثة من ذلك علي دراهم مسماة فهو جائز وان كانت غلته أكثر من ذلك لان تصحيح هذا الصلح بطريق اسقاط الحق دون المبادلة فلا يتمكن فيه الربا ولو صالحه أحد الورثة علي أن تكون الغلة له خاصة لم يجز وان كانت الوصية له بغلته سنة أو أبدا لانهما صرحا بالتمليك وتمليك غلة العبد بعوض لايجوز من أحد ولو استأجر منه العبد مدة معلومة جاز كما لو استأجره غير

الوارث بخلاف ما تقدم من السكنى والخدمة لان الموصى له بالغلة يملك أن يؤاجر فالغلة لا تحصل الا به واجارته من الوارث ومن غيره سواء بخلاف الموصى له بالخدمة والسكنى وهذا بخلاف الاول فهناك بالصلح يملك الغلة من الوارث اذا وجدت وكانت عينا فلا يجوز تمليكها قبل الوجود وهنا انما يملك المنفعة بالاجارة وذلك صحيح كما لو كان المملك في الوجهين مالك العبد فان أجره المستأجر بأكثر مما استأجره به تصدق بالفضل ان كان من جنسه فيما يكال أو يوزن وقد بينا هذا في الاجارات ولو استأجره بثوب يهودى بعينه فأجر بثوبين يهوديين طاب له الفضل لان الثوب ليس بمال الربا فلا يتحقق في هذا التصرف الفضل الخالى عن العوض والوصية بغلة الدار بمنزلة الوصية بغلة العبد في جميع ما ذكرنا ولو كانت الوصية بغلة نخلة بعينها أبدا فصالحه الورثة بعد ماخرجت ثمرتها وبلغت منها ومن كل غلة تخرج أبدا على حنطة وقبضها جاز بطريق تمليك الغلة الخارجة بعوض واسقاط الحق عما يخرج بعد ذلك بعوض واذا كان يجوز كل واحد منهما بانفراده فكذلك اذا جمع بينهما وان صالحوه على حنطة سنة لم يجز لان ما في رؤس النخيل تمر مكيل وبوجود أحد وصفى علة ربا الفضل يحرم النساء فاذا بطل في حصة الموجود بطل في الكل لاتحاد الصفقة ولو صالحه على شئ من الوزن نسيئة فهو صحيح لانه لم يجمع البدلان أحد وصفى علة ربا الفضل ولو صالحوه على تمر لم يجز حتى يعلم أن التمر أكثر مما في رؤس النخيل ليكون بمقابلة ما في رؤس النخيل مثلها والباقى عوض عن اسقاط الحق في المستقبل فاذا لم يعلم ذلك تمكنت فيه شبهة الربا فلا يجوز وان صالحوه من غلة هذا النخل علي غلة نخل آخر أبدا أو سنين معلومة لم يجز لان ماوقع الصلح عليه في معنى المبيع وتمليك غلة النخيل قبل خروجها بالبيع لا يجوز وكذلك لو صالحوه علي غلة عبد سنين معلومة لان الغلة مجهولة وهى للحال معدومة فلا يجوز استحقاقها عوضا بالبيع وبالاجارة فكذلك بالصلح ولو أوصى لرجل بما في بطن أمته وهى حامل فصالحه الورثة على دراهم معلومة جاز بطريق اسقاط الحق المستحق له بعوض ولو باعه منهم أو من غيرهم لم يجز لان البيع تمليك مال متقوم بمال وما في البطن ليس بمال متقوم وهو غير مقدور التسليم فلا يجوز تمليكه بالبيع من أحد ولو صالحه أحد الورثة على أن يكون له خاصة لم يجز لتصريحهما بتمليكه ما في البطن بعوض ولو صالحه الورثة منه على ما في بطن جارية أخرى لم يجز لان ما يقع عليه الصلح في حكم الصلح المبيع ولو صالحوه على دراهم مسماة ثم ولدت

الجارية غلاما ميتا فالصلح باطل لانه تبين انه لم يكن له حقا مستحقا يحتمل الاسقاط بعوض وانما كنا نصحح الصلح بطريق اسقاط الحق المستحق بعوض ولو ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا كان ارش ذلك لهم والصلح جائز لان الحق كان للموصى له (ألا ترى) انه قبل الصلح كان الارش يسلم له بطريق الوصية فصح اسقاط الحق بعوض بخلاف ما اذا ولدته ميتا فانه يتبين بطلان الوصية فيه ولو مضت السنتان قبل أن تلد شيئا كان الصلح باطلا لانه قد تبين بطلان الوصية فالجنين لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين والوصية كانت بالموجود فى البطن فالوصية بما تحمل هذه الامة لاتكون صحيحة وكذلك الوصية بما فى بطون الغنم وضروعها فى جميع ماذكرنا ولو أوصى لرجل بما فى بطن أمته فصالحه رجل من غير الورثة على أن يكون ذلك له خاصة على دراهم مسماة لم يجز كما لا يجوز صلح أحد الورثة على ذلك لانه تمليك لما فى البطن بعوض فان قبض الرجل الأمة ثم أعتق ما فى بطنها لم يجز لان مافى البطن ليس بمال متقوم ومثله لايملك بالبيع وان قبض مع أن قبض الامة ليس بقبض لما في البطن (ألا ترى) أن الوارث اذا أعار الجارية أو أجرها من انسان لا يحتاج فى التسليم الى رضا الموصي له بما فى البطن وان الغاصب للأمة الحامل لايصير ضامنا لما في بطنها فدل أن بقبض الأمة لايصير قابضا لما فى بطنها وبدون القبض لاينفذ التصرف فى البيع الفاسد ولو أعتق الورثة مافى بطنها لم يجز لانهم لم يملكوا مافى البطن لكونه مشغولا بحاجة الميت وحق الموصى له ولو أعتقوا الأمة جاز لانهم يملكون رقبتها فان صالحهم بعد عتق الأمة مما فى بطنها على دراهم جاز لان تصحيح هذا الصلح بطريق اسقاط الحق ولو لم يبطل حقه باعتاقهم الامة حتى اذا ولدت ولدا حيا كانت الورثة هنا ملزمين له بقيمة الولد فاسقاطه الحق بعوض بطريق الصلح معهم جائز ولا يتمكن فيه معنى الربا سواء وقع الصلح على أقل من قيمته أو أكثر من قيمته لانه اسقاط لاتمليك وفي الاسقاطات لا يجرى الربا وان ولدته ميتا بطل الصلح لانه تبين بطلان الوصية حين انفصل ميتا وانه لم يكن له قبلهم حق مستحق ولو أوصى بما فى بطن غنمه فذبحها الورثة قبل أن تلد فلا ضمان عليهم فيما فى بطونها أما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان ذكاة الأم لاتكون ذكاة للجنين عنده فلم يوجد من الورثة صنع فى الجنين وأما عندهما فانما يكون ذكاة الأم ذكاة للجنين اذا نفصل ميتا واذا انفصل ميتا فلا حق للموصى له فلهذا لا يضمنون له شيئا ولأنه يتوهم انفصال الجنين حيا بعد ذبح الام فلا يكون هذا من

الورثة اتلافا لحق الموصي له بطريق المباشرة والتسبب واذا لم يكن تعديا لا يكون موجبا للضمان بخلاف العتق فانه لا يتصور انفصال الولد رقيقا بعد عتق الأم فكان ذلك منه اتلافا لحق الموصي له بطريق المباشرة وان صالحوه بعد الذبح على شئ لم يجز لانه لم يكن للموصى له حق استحقاق وكذلك الامة لو قتلوها هم أو غيرهم كانت القيمة للورثة ولاشئ للموصي له لان قتل الأم لا يكون قتلا للجنين ويتوهم انفصال الجنين حيا قبل الأم فلهذا لاشيء للموصى له من قيمة الولد ولو أوصي له بما فى ضروع غنمه فصالحه الورثة على لبن أقل من ذلك أو أكثر لم يجز لانه مبادلة اللبن باللبن مجازفة ولا يقال ينبغى أن يصحح الصلح بطريق الاسقاط كما لو صالحوه على دراهم لانا وان جعلناه اسقاطا للحق حكما فمن حيث الحقيقة اللبن موجود فى الضرع والوصية لا تصح الا باعتبار هذه الحقيقة وباعتبار هذه يكون تمليك اللبن بلبن هو أقل منه أو أكثر وباب الربا ينبنى على الاحتياط فلهذا لا يجوز وكذلك الصوف لانه مال الربا كاللبن وهذا بخلاف ما سبق فيما اذا صالح الموصى له الورثة عما في بطن الامة بعد عتق الام على أكثر من قيمته لانا لا نتيقن بوجوب القيمة وان تيقنا به فالقيمة ليست من جنس ما قبض لا محالة فالتقويم تارة بالدراهم وتارة بالدنانير فيمكن تصحيح ذلك الصلح بطريق الاسقاط بخلاف مانحن فيه ولو أوصي لصبي بما فى بطن أمته أو لمعتوه فصالح أبوه أو وصيه الورثة على دراهم جاز بطريق اسقاط حقه بعوض فوليه فى ذلك يقوم مقامه لما فيه من النظر ولكن لو كانت الوصية لمكاتب فصالح جاز لان اسقاط الحق بعوض من باب اكتساب المال والمكاتب فيه كالحر ولو أوصى بشئ لما فى بطن فلانه لم تجز له الوصية الا أن تضعه لأقل من ستة أشهر فحينئذ تيقن انه كان موجودا حين أوجب الوصية له وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن بوجوده حين وجبت الوصية له والوصية أخت الميراث والجنين اذا كان موجودا في البطن يجعل فى حكم الميراث كالمنفصل وكذلك فى حكم الوصية وان أقر الموصى أنها حامل ثبتت الوصية له ان وضعته مابينه وبين سنين من يوم أوصى لان وجوده فى البطن عند الوصية ثبت باقرار الموصى فانه غير متهم فى هذا الاقرار لانه يوجب له ماهو من خالص حقه بناء على هذا الاقرار وهو الثلث فيلحق بمالو صار معلوماً هنا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر فان صالح عنه أبوه على شئ لم يجز فعل الأب على مافى البطن فان ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه الى النظر ولا حاجة للجنين الى

ذلك ولان الجنين فى حكم جزء من اجزاء الأم مادام متصلا بها من وجه فكما لا يثبت للأب الولاية على الام فكذلك على ماهو من أجزائها وكذلك الأم لو كانت هى التي صالحت لان الابوة فى اثبات الولاية أقوى من الامومة فاذا كان لا تثبت الولاية على ماف البطن للأب فللأم أولى والجنين وان كان بمنزلة جزء منها من وجه فهو أولى فى الحقيقة فى نفس مودعة فيها ولاعتبار معنى النفسية صحت الوصية فالوصية للاجزاء لا تصح ولا يمكن تصحيح هذا الصلح من الأم باعتبار الحرية لهذا المعنى فان ولدت غلاما وجارية فالوصية بينهما نصفان لان استحقاق الوصية بالايجاب بالعقد والذكر والانثى فى ذلك سواء وانما التفاوت بينهما فيما يستحق ميراثا وان ولدت أحدهما ميتا وهو للحى منهما بمنزلة ما لو أوصى لحي وميت فان ولدتهما ميتين أو لأكثر من سنتين حيين فالوصية باطلة وان ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا فالوصية تبطل أيضا لان الارش لا يقوم مقامه أن لو انفصل حيا في استحقاق الوصية كما لا يقوم مقامه فى استحقاق الميراث والوصية له فى هذا الوجه مخالفة للوصية به لان البدل لا يقوم مقام الاصل فى الحكم الذى يصلح أن يكون مبادلة والارش يجوز أن يكون مستحقا بالوصية كالأصل أن لو انفصل حيا فقام مقامه فى ذلك والارش لا يجوز أن يكون مستحقا بالوصية فلا يقوم مقامه الاصل فى حكم تصحيح الوصية له فلهذا بطلت وصيته ولو كان الحمل عبدا فصالح مولاه عليه لا يجوز لان الولاية كما لا تثبت على ماف البطن باعتبار الابوة فكذلك لا تثبت باعتبار الملك بل أولى فان المالكية على القدرة والاستيلاء وذلك يتحقق على ما في البطن فان صالح مولى الابن الحمل بعد موت المريض علي صلح ثم أعتق المولي الأمة الحامل عتق ما فى بطنها ثم ولدت غلاما فالغلام حر لانه انفصل منها وهى حرة ولا وصية له والوصية لمولاه لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت كان مملوكا فصار الموصي به ملكا للمولى ثم عتق بعد ذلك باعتاق الام وهو لا يبطل ملكه عما صار مستحقا له من كسبه ولا يجوز الصلح أيضا لانه لا يمكن تصحيح الصلح بطريق الولاية على ما فى البطن ولا باعتبار حقه لان ثبوت حقه بطريق الخلافة فالمولى يخلف العبد فى استحقاق كسبه خلافة الوارث المورث وما لم يتم سبب الاستحقاق للمملوك لا يخلفه المولى فى ذلك وانما يتم السبب اذا انفصل حيا والصلح قبل ذلك فلهذا لم يجز وكذلك لو باع الأمة وكذلك لو دبر ماف بطنها وهذا أظهر فالتدبير لا يخرج المولى من أن يكون مستحقا لكسب المدبر ولو كان الموصي له حيا ثم أعتق

المولى الامة والولد أو أعتق الامة دون الولد ثم مات الموصى كانت الوصية للغلام دون المولى لانه صار حرا سواء أعتقه مقصودا أو أعتق أمه وانما وجبت الوصية بالموت ولو كان حرا يومئذ فكانت الوصية له دون المولى ولو صالح الورثة من الوصية قبل موت الموصى لم يجز لان استحقاق الوصية بالموت والصلح قبل ثبوت الاستحقاق لا يصح لان صحته على وجه اسقاط الحق بعوض فاذا لم يكن العوض مستحقا كان الصلح باطلا

باب الصلح فى الجنايات

(قال رحمه الله) والصلح من كل جناية فيها قصاص على ماقل من المال أو كثر فيها فهو جائز لقوله تعالى (فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) ومعناه من أعطى له من دم أخيه شئ وذلك بطريق الصلح * ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا فادوا والمفاداة بالصلح تكون ولا يتقدر بدل الصلح بالارش عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وهى مسئلة الديات واعتمادنا فيه على ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي بالقصاص على القاتل ولما رأى الصحابة رضى الله عنهم الكراهية فى ذلك من وجهه صلوات الله وسلامه عليه صالحوا أولياء القتيل على ديتين واستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان حق استيفاء القود قد يؤول الي المال عند تعذر الاستيفاء فيجوز اسقاطه بمال بطريق الصلح كحق الرد بالعيب بخلاف حد القذف فانه لا يؤول مالا بحال ثم البدل يكون فى مال الجانى حالا لانه التزمه بالعقد ولانه وجب باعتبار فعل هو عمد وقال صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبيا ولو صالحه من الجرح أو الجراحة أو الضربة أو القطع أو الشجة أو اليد على شئ ثم برأ فالصلح جائز لانه أسقط بهذه الالفاظ حقه بعوض وان مات بطل الصلح فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعليه القصاص فى القياس وفى الاستحسان عليه الدية في ماله وان آل الجرح الى قتل كانت الدية على عاقلته وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الصلح ماض ولا شئ عليه لانه أسقط الحق الواجب له بالجراحة بالصلح وبعد الموت سبب حقه الجراحة كما بعد البرء وعند أبى حنيفة رحمه الله هو انما أسقط بالصلح قطعا أو شجة أوجبت له قصاصا وبالموت يتبين أن الواجب له القصاص فى النفس لا القطع والشجة فكان هذا اسقاطا لما ليس بحقه فيكون باطلا ولهذا كان عليه القصاص

فى النفس فى القياس ولكنه استحسن فقال يتمكن فيه نوع شبهة من حيث ان أصل القتل كان هو الشجة والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات ولكن المال يثبت مع الشبهات وأصل المسئلة فى العفو وموضع بيانها كتاب الديات ولو كان صالحه عن ذلك وما يحدث منه كان الصلح ماضيا ان مات أو عاش لان مايحدث منه السراية يكون هو بهذا اللفظ مسقطا حقه عن النفس بعوض والقصاص في النفس وان كان يجب بعد الموت فانما يجب بسبب الجناية واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب صحيح وكذلك من الجناية صحيح ان عاش أو مات لان اسم الجناية يعم النفس وما دونها حتى لو قال لاجناية لى قبل فلان ثم ادعى عليه النفس لم تسمع دعواه بخلاف مالو قال لاشجة لى قبل فلان والصلح باسم الجناية يكون مسقطا حقه برئ أو سرى فان كان مريضا صاحب فراش حين صالح فهو جائز في العمد وان صالحه على عشرة دراهم لانه أسقط ماليس بمال ولو أسقطه بغير عوض بالعفو لم يعتبر خروجه من الثلث فاذا أسقط بالصلح ببدل يسير أولى وفى الخطأ ماحط يكون من الثلث لان الواجب الدية وهو مال فيكون ماحط وصية من الثلث ولا يقال هى وصية القاتل لان الدية فى الخطأ على العاقلة فيكون هذا منه وصية لعاقلة قاتله وذلك صحيح من الثلث واذا قطع رجل أصبع رجل عمدا أو خطأ فصالحه منها علي ألف درهم ثم شلت أصبع أخرى سواها فلا شئ له عليه فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه أسقط بالصلح موجب ذلك القطع وذلك يعم الأصبع الاولى والثانية وعند أبى حنيفة رحمه الله عليه أرش الاصبع الاخرى لانه انما أسقط بالصلح قصاصا واجبا فى الاصبع فلا يتناول الصلح الاصبع الاخرى فيلزمه ارشها الا أن هنا لا يتبين بهذه السراية ان الاصبع الاولى لم تكن مستحقة له فيبقى الصلح عنها صحيحا بخلاف الاول فان هناك بالسراية الى النفس يتبين أن الشجة لم تكن مستحقة له قصاصا فكان الصلح باطلا لانه صالح من غير حقه واذا كانت الشجة موضحة فصالحه منها على مائة درهم فصارت منقلة فلا يبقى عليه شئ عندنا لما قلنا وعند أبى حنيفة رحمه الله عليه ألف وأربعمائة درهم لان المنقلة غير الموضحة والموضحة مايوضح العظم ولا يؤثر فيه والمنقلة مايكسر العظم وينقله من موضعه وهو انما أسقط من موضحة موجبة له قصاصا وقد تبين أنها لم تكن حقا له وانما كان حقه فى المنقلة وارش المنقلة عشر الدية وذلك ألف وخمسمائة استوفى من ذلك مائة فالباقى عليه ألف وأربعمائة * رجل قتل عمدا وله ابنان فصالح احدهما

من حصته على مائة درهم فهو جائز ولا شركة لأخيه فيها لانه أسقط نصيبه من القود بعوض ولو أسقط بغير عوض جاز والمال عوض عن القصاص استحقه بالعقد وهو المباشرة للعقد فلا شركة لاخيه فيها باعتبار العقد ولا باعتبار الشركة فى أصل القود لان ذلك ليس بمال ثم كل مايصلح أن يكون صداقا فى النكاح يصلح أن يكون عوضا في الصلح عن القصاص لانه مال يستحق عوضا عما ليس بمال بالعقد وعلى هذا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض وان كان عينا كما يجوز التصرف فى الصداق لانه لم يبق فى الملك المطلق للتصرف عذر حتى لا يبطل بالهلاك ولكن تجب قيمته وكذلك لو استحق العبد كان على القاتل قيمته لان بالاستحقاق لا يبطل الصلح ولكن تعذر استيفاء العبد مع قيام السبب الموجب له فتجب قيمته كما فى الصداق وهذا لان الصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضى كالنكاح بخلاف الصلح عن المال وكذلك ان وجد به عيبا فاحشا فرده رجع بقيمته ولا يرده بالعيب اليسير كما فى الصداق ولو كان العبد حرا كان على القاتل الدية لأولياء القتيل فى ماله وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله عليه قيمته أن لو كان عبدا وأصل الخلاف فى الصداق وقد بيناه فى النكاح ولو اختلفا فى العبد الذي وقع الصلح عليه كان القول فيه قول القاتل مع يمينه لان القابل للقود سقط باتفاقهما وانما تنازعا فى المال المستحق على القاتل بمقابلته فالقول فيه قوله مع يمينه كما فى الخلع بخلاف الصداق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان هناك يصار الى تحكيم مهر المثل لان صحة النكاح موجبة مالا وهو مهر المثل فعند الاختلاف فى المسمى يصار الى موجبه الاصلي وهنا ليس لسقوط القود بالعفو موجب من حيث المال فيكون هذا نظير الخلع وان كان القتل خطأ فصالحه أحدهما على مال كان لشريكه أن يشركه فى ذلك لان الواجب فى الخطأ الدية وهو مال وجب مشتركا وصلح أحد الشريكين من الدين المشترك على شئ صحيح ولشريكه أن يشركه فى ذلك ولو صالح أحدهما من نصيبه على عبد بعينه كان لشريكه أن يشركه فى ذلك الا أن يشاء المصالح أن يعطيه ربع الارش ويمسك العبد كما فى سائر الديون المشتركة اذا صالح أحدهما من نصيبه على عين وهذا لانه يملك العبد بالعقد وهو فى العقد عامل لنفسه فله أن يختص به ويعطى صاحبه ربع الارش لان ذلك أصل حقه فيما وقع الصلح عنه وهو نصف الارش وان شاء أبى ذلك وأعطاه نصف العبد لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق وهو يقول انما توصلت الى حقي لانى رضيت

بدون حق فعليك أن ترضى به أيضا وتأخذ نصف ما وقع عليه الصلح ان شئت والا فاتبع القاتل بحقك ولو صالحه من ذلك على عرض بغير عينه لم يجز لان هذا العرض بمقابلة الدية يكون بيعا وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وكذلك لو صالحه على موصوف من المكيل أو الموزون مؤجلا والمكيل والموزون اذا قوبل بالنقد يكون مبيعا ولو صالحه منه على عبد بعينه فاستحق أو مات قبل أن يقبضه رجع بنصف الارش لان هذا صلح عن مال على مال وهو محتمل للفسخ فبالاستحقاق أو الهلاك قبل التسليم يبطل الصلح وكذلك لو وجد به عيبا صغيرا أو كبيرا رده لان المصالح عليه بمنزلة المبيع فى الصلح عن المال فيرد بالعيب اليسير والفاحش وليس له أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه كما فى المبيع وكذلك لو صالح عن الجانى غيره باقرار أو انكار كما فى الصلح عن سائر الديون ولو صالحه من دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة يجوز استحقاقها عوضا فى الصلح عن المال ففى الصلح عما ليس بمال أولى وقد بينا أن هنا العوض بمنزلة الصداق والسكنى والخدمة اذا كانت معلومة ببيان المدة تثبت صداقا فى النكاح وان صالحه عليه أبدا أو على مافى بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة أو أبدا لم يجز لان هذا كله لا يثبت صداقا بالتسمية فى النكاح فكذلك لا يستحق عوضا عن دم العمد فى الصلح وهذا بخلاف الخلع وانها لو اختلعت نفسها على مافى بطن أمتها صحت التسمية والفرق من وجهين أحدهما أن بالخلع المرأة لا تستحق شيئا هو متقوم ولكن يبطل ملك الزوج عنها والبضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فكان التزامها بالوصية والاقرار وذلك صحيح مضافا الى مافى البطن ولهذا لو اختلعت بمال فى مرضها اعتبر من ثلثها كالوصية وأما الصلح عن القود فالقاتل يستفيد العصمة والتقوم فى نفسه ولهذا لو صالح فى مرضه على قدر الدية اعتبر من جميع المال فكان المال عوضا عما هو متقوم فى حق من التزمه فيكون نظير الصداق لان البضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم فيكون الصداق عوضا عما هو متقوم فى حق من التزمه والجنين لا يصلح عوضا فى مثله * يوضح الفرق أن أحد البدلين فى الخلع وهو الطلاق يحتمل الاضافة فكذلك البدل الآخر والايجاب فى الجنين بمعنى المضاف الى حال بعضها اذا جنى وهو وحده حقيقة لا يصير معلوما الا عند ذلك فأما فى الصلح فأحد البدلين وهو اسقاط القود لا يحتمل التعليق والاضافة بالشرط فكذلك البدل الآخر فلا يمكن تصحيحه فى الجنس مضافا ولا يمكن

تصحيحه فى الحال لانه غير معلوم الوجود والتقوم فكان كالصداق من هذا الوجه ثم على القاتل الدية لان فساد التسمية لايمنع سقوط القود كما أن فساد التسمية لايمنع صحة النكاح واذا سقط القود وجبت الدية لان الولي ما رضى بسقوط حقه مجانا وقد صار مغرورا من جهة القاتل بما سمى له فيرجع عليه ببدل ماسلم له وهو العصمة والتقوم فى نفسه وبدل النفس الدية ولو صالحه على ما فى نخله من ثمرة جاز لان الثمرة الموجودة تستحق صداقا وتستحق مبيعا فيجوز الصلح عليها أيضا بخلاف ما اذا صالح على مايحمل نخله العام ولو صالحه على أن عفى الآخر عن قصاص له قبل رجل آخر كان جائزا لان كل واحد منهما أسقط حقه عما له من القود وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه فيجوز أن يجعل أحدهما عوضا عن الآخر وهذا بخلافه فان القصاص لا يصلح أن يكون صداقا لان الشرط فى الصداق أن يكون مالا قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) والقصاص ليس بمال وهنا الشرط أن يكون مايستحق بالصلح متقوما وذلك موجود فى القصاص كما قررنا (ألا ترى) أنه لو صالح عن القود على أقل من عشرة دراهم يجوز وان كان مادون العشرة لايستحق صداقا ولو قطع رجل يد رجل عمدا فصالحه على خمر أو خنزير أو على حر وهو يعرفه فهو عفو ولا شئ للمقطوعة يده لانه أسقط حقه بغير عوض فالخمر والخنزير والحر ليس بمال متقوم فلايكون هو باشتراطه طالبا للعوض عن اسقاط القود ولم يصر مغرورا من جهة القاطع فلايرجع عليه بشئ كما فى الخلع اذا خالع امرأته على خمر أو خنزير أو حر وهذا بخلاف النكاح فانه لو تزوجها على خمر أو خنزير أو حر كان لها مهر مثلها لان استحقاق مهر المثل هناك باعتبار صحة النكاح لاباعتبار تسمية العوض حتى لو لم يسم شيئا وجب مهر المثل فى الخلع والصلح عن دم العمد استحقاق البدل باعتبار تسمية البدل حتى لو لم يسم له شيئا كان العفو مجانا وعلى هذا التحقيق يتبين أنه لافرق فانا نجعل تسمية الخمر والخنزير وجودها كعدمها فى المواضع كلها وهذا لانه تملك الزوج بالنكاح ماهو متقوم مصون عن الابتذال فلا يملك الا بعوض اظهار الخطره وهنا من له القود يسقط القود ولا يملك القاتل شيئا واسقاط القود غير مصون عن التبذل فلهذا لايجب المال الا باعتبار تسمية عوض هو مال متقوم وكذلك لو صالح على أن يقطع رجله فهذا عفو مجانا لانه لو لم يسم عوضا مالا هو متقوم فكان ذكره والسكوت عنه سواء ولو كان القتل خطأ كان عليه الدية لان هذا صلح من مال فيكون سائر صلح الديون اذا بطل بقي المال واجبا كان هو الدية ولو

كان قتل عمد فصالح عنه رجل على ألف درهم ولم يضمنها له لم يكن عليه شيء لانه متبرع بالصلح فلا يلزمه المال الا بالتزامه والتزامه بالضمان أو باضافة البدل الى نفسه أو مال نفسه فاذا لم يوجد ذلك توقف على اجازة القاتل ليكون المال عليه اذا أجاز كما فى الخلع وان كان القاتل هو الذى أمره بذلك كان البدل على القاتل لان المصالح معبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن اضافة العقد اليه فهو نظير الخلع ولو صالحه عنه على عبد له ولم يضمن له خلاصه جاز لاضافة الصلح الى مال نفسه وقدرته على تسليم بدل الصلح فان استحق العبد لم يرجع عليه بشيء لانه ما ضمن له شيئا التزمه في ذمته وانما التزم تسليم العين فيكون حكم الالتزام مقصورا على العين فى حقه فاذا عجز عن تسليمه بالاستحقاق لم يلزمه شيء ولكن يرجع على القاتل بقيمته ان كان أمره بذلك لان عند استحقاق العين بدل الصلح هو القيمة دينا فيكون على الآمر دون المأمور كالالف المسمى وان كان المصالح تبرع بالصلح عليه وضمن له خلاصه ثم استحق رجع عليه بقيمته لانه صير نفسه زعيما والزعيم غارم وعند الاستحقاق بدل الصلح قيمته وقد ضمنه فيكون مطالبا بايفائه كما لو صالحه على ألف درهم وضمنها له فان قيل كيف يضمن القيمة وهو انما ضمن له خلاص العبد قلنا التزامه بالضمان انما يصح باعتبار وسعه والذى فى وسعه خلاص المالية بتسليم العين ان أمكن أو بتسليم قيمته ان استحق وهو نظير الخلع فى جميع ما ذكرنا وللاب أن يصالح عن دم عمد واجب لابنه الصغير أو المعتوه على الدية لانه متمكن من استيفاء القود الواجب لولده فى النفس وما دون النفس كهو فى حق نفسه لان الولد جزء منه وولايته عليه فيما يرجع الى استيفاء حقه ولاية كاملة تعم المال والنفس جميعا بمنزلة ولايته على نفسه فاذا جاز له أن يستوفى القود جاز صلحه بطريق الاولى لان المقصود باستيفاء القود تشفى الغيظ وذلك يحصل للصبي فى الثانى اذا عقل واذا صالح على الدية تصل اليه منفعة في الحال ثم هو بالصلح يجعل ماليس بمال من حقه مالا فيتمحض تصرفه نظير الصبي وان حط عنه شيئا من الدية لم يجز ماحط قل ذلك أو كثر لانه فيما حط مسقط لحقه غير مستوف له وولاية الاستيفاء فى حق الصغير وهذا بخلاف البيع فانه لو باع ماله بغبن يسير جاز لان البدل فى البيع غير مقدر شرعا والقيمة تعرف بالحزر والظن والمقومون يختلفون فيها ففى الغبن اليسير لا يتيقن بترك النظر فيه باسقاط شيء من حقه وهنا الدية مقدرة شرعا فاذا نقص عن المقدر شرعا فقد أسقط من حقه شيئا تيقن وذلك غير صحيح منه فعلى القاتل تمام الدية قال وكذلك الوصى

فيما دون النفس له أن يستوفى وأن يصالح لان مادون النفس سلك به مسلك الاموال حتى تعتبر فيه المساواة فى البدل ويقضى عنه بالنكول عند أبى حنيفة رحمه الله كما فى الاموال وللوصى ولاية التصرف فى مال اليتيم استيفاء فكذلك فيما يسلك به مسلك الاموال فأما فى النفس فليس للوصى أن يستوفى القود رواية واحدة لان ولاية الوصي ولاية قاصرة تثبت في المال دون النفس والقصاص فى النفس ليس بمال حقيقة ولا حكما فيكون الوصى فى استيفائه كأجنبى آخر كما فى التزويج وهذا لان القصاص فى النفس عقوبة تندرئ بالشبهات فالمستحق به محل هو مصون عن الابتذال من كل وجه وفى ولاية الوصى شبهة القصور فلا يتمكن به من استيفاء ما يندرئ بالشبهات بخلاف الأب وبخلاف القصاص في الطرف لانه لا يندرىء بكل شبهة ولهذا جوز أبو حنيفة رحمه الله فيه القضاء بالنكول فان المستحق به محل غير مصون عن الابتذال وقد قررنا ذلك فى الدعوى فيمكن الوصي الاستيفاء مع قصور ولايته وليس للوصى أن يصالح من القصاص فى النفس على الدية فى رواية هذا الكتاب وقال فى الجامع الصغير والديات للوصى أن يصالح من النفس على الدية *وجه هذه الرواية انه لا يملك استيفاء القود بولايته وانما يملك الاسقاط بعوض من يكون متمكنا من الاستيفاء ووجه الرواية الاخرى أن في الصلح اكتساب المال للصبي والوصى منصوب لا كتساب المال بخلاف استيفاء القود فهو ليس من اكتساب المال في شئ وبخلاف التزويج فهو غير مشروع لا كتساب المال بل لتمليك البضع وهو مصون عن الابتذال *توضيحه ان القصاص ليس بمال للحال وهو مال في المآل فلا يملكه الوصى وفى الصلح تحقيق ما هو المطلوب فى المآل وهو المال فيملكه الوصى ولا يبعد أن يكون حكم الصلح على المال مخالفا لحكم استيفاء القود (ألا ترى) أن الموصى له بالثلث لاحق له في القود استيفاء ويثبت حقه اذا وقع الصلح عن القود فى المال فهذا مثله وان كان دم عمد بين ورثة فيهم الصغير والكبير فله أن ينفرد باستيفاء القود عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس له ذلك وفى مثله الديات فان صالح عن الدية فصلحه جائز أما عند أبى حنيفة فلا يتمكن من استيفاء نصيب الصغير من القود فيتمكن من اسقاطه بالصلح على الدية كما فى الأب وعندهما صلحه عن نصيب نفسه صحيح بمنزلة عفوه وبه ينقلب نصيب الصغير مالا وهو حصته من الدية لتعذر استيفاء القود عليه ولو قتل رجل عمدا ولا ولى له غير الامام فللامام أن يستوفى القود فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

خلافا لابي يوسف رحمه الله فأبو يوسف رحمه الله يجعل الامام في استيفاء القود كالوصي لان ثبوت ولايته بالعقد وهو التقليد كثبوت ولاية الوصي وهما يجعلان الامام فيما هو حق للمسلمين كالأب في حق ولده الصغير لان ولايته ولاية متكاملة تعم المال والنفس والمسلمون يعجزون عن الاجماع الاستيفاء كالصغير ويجوز للامام أن يصالح على الدية بالاتفاق أما عندهما فلانه يملك الاستيفاء فيملك الاسقاط بالصلح على الدية ومنفعة المسلمين في هذا أظهر منه في استيفاء القود وعند أبي يوسف رحمه الله لم يجب القصاص بهذا القتل لانعدام المستوفى فيكون الواجب هو الدية وللامام ولاية استيفائه لانه حق جماعة المسلمين وذكر حديث وهب بن كيسان أن عبد الله بن عمر قتل يزدان في تهمة له في دم عمر فقال علي لعثمان رضي الله عنهما أقتل عبيد الله به فقال عثمان رضي الله عنه قد قتل أبوه بالامس وانما استحي أن يقتل أبوه وأقتله هذا اليوم لاأفعل هذا رجل من أهل الارض قتل وأنا وليه وأعفو عن هذا وأؤدي ديته فذلك دليل جواز صلح الامام عن القود على الدية في حق من لاوارث له واذا قتل الحر والعبد رجلا فوكل الحر ومولى العبد رجلا بالصلح فصالح ولي الدم عنهما على ألف درهم فعلى الحر نصف الالف وعلي مولي العبد نصفها لان الوكيل نائب عنهما فصلحه كصلحهما وهذا لان الصلح اعتياض عن الجناية وهما في الجناية وفي موجبها سواء يعني الحر عن نفسه والمولى عن عبده فيستويان فيما يلزمهما من العوض واذا قتل العبد رجلا وله وليان فصالح مولاه أحدهما عن نصيبه من الدم على العبد فالصلح جائز ويقال للذي صار له العبد ادفع نصفه الى شريكك أو افده بنصف الدية على أن يسلم لك العبد لان المصالح أسقط نصيبه من القود بعوض وهو العبد فصح ذلك ثم تعذر على الآخر استيفاء القود فانقلب نصيبه مالا وعند انقلاب نصيبه مالا العبد في ملك المصالح فهو المخاطب بدفع نصف العبد اليه أو الفداء بنصف الدية لان نصيبه حين انقلب مالا كان لجناية الخطأ من العبد يتعلق برقبته ويخاطب مولاه بالدفع أو الفداء وليس للعبد الآخر أن يضمن مولى العبد شيئا لانه ما استحق مالا في ملكه وانما استحق المال في ملك المصالح وحقه قائم لم يفوته المولى عليه فلهذا لايضمن له شيئا ولو صالحه علي عبد آخر مع ذلك لم يكن له في العبد الآخر حق لما بينا أن المصالح انما أسقط حقه من القود بعوض فلايكون للآخر أن يشاركه في العوض فانما يثبت حقه في نصيب العبد الجاني لابالصلح ثم يتعذر استيفاء القود منه وذلك

غير موجود فى العبد الآخر ولو صالحه على نصف العبد القاتل جاز وصار العبد بين المولى والمصالح نصفين ثم انقلب نصيب الآخر ما لا واستحق به نصفا شائعا من العبد فى النصفين جميعا فيدفع ان نصفه الى الولى الآخر أو يفديانه بنصف الدية ولو صالحه على دراهم أو شئ من المكيل أو الموزون حالا أو مؤجلا فهو جائز ولا حق للآخر فى ذلك لان العاقد فى الصلح عاقد لنفسه ولكنه يتبع العبد القاتل حتى يدفع اليه مولاه نصفه أو يفديه بنصف الدية لان نصيبه انقلب ما لا وهو فى ملك مولاه على حاله والامة والمدبرة وأم الولد فى الصلح عن قتل العمد سواء لان الواجب عليهم القود والمنفعة فى الصلح للمولى من حيث ان كسبهم يسلم له واذا قتل العبد رجلا خطأ فصالح المولى ولى الدم من ذلك على أقل من الدية أو على عروض أو على شئ من الحيوان بعينه فهو جائز ولشركائه أن يشاركوه في ذلك المال بمنزلة مالو كان القاتل حرا وصالحه بعض الاولياء وهذا لان أصل الواجب بقتل العبد ماهو الواجب بقتل الحر وهو الدية فانه بدل المتلف الا ان المولى يتخلص بدفع العبد ان شاء وكيف ما كان فهو مال مشترك بينهم واذا صالح أحد الشركاء عن الدين المشترك كان للباقين حق المشاركة معه فيه واذا قتلت الأمة رجلا خطأ وله وليان ثم ولدت الأمة ابنا فصالح المولى أحد الوليين على أن يدفع اليه ابن الامة بحقه فى الدم فهو جائز والآخر على المولي خمسة آلاف درهم لان حق أولياء الجناية لا يثبت فى ولدها لما عرف أن هذا ليس بحق متأكد لهم في عينها فصالح احداهما على ولدها كصلحه على عبد آخر له وذلك منه بمنزلة اختيار الفداء واختيار الفداء فى نصيب أحدهما يكون اختيارا فى نصيب الآخر لان الجناية واحدة فلا تتجزأ فى اختيار الفداء ولو صالحه على أن يدفع اليه ثلث الامة لحقه من الدم كان جائزا أو يدفع الى شريكه نصف الامة أو يفديه بنصف الدية فلم يجعل اختياره الدفع فى البعض اختيارا فى الكل فى رواية هذا الكتاب وفى رواية الجامع والعتق فى المرض قال اختياره فى الدفع فى نصيب أحدهما يكون اختيارا فى نصيبهما كما فى الفداء وتلك الرواية أصح وتأويل ما ذكر هنا ان أحدهما صالحه على ثلث الامة وذلك دون حقه فمن حجة المولى أن يقول للآخر انما اخترت الدفع فى نصيبه لانه تجوز بدون حقه وأنت لا ترضى بذلك فلا يلزمنى بذلك تسليم جميع حقك اليك من الامة ولكن فى الحال فى نصيبك حتى لو كان صالح احدهما على نصف الامة كان اختيارا منه الدفع فى نصيب الآخر وما سوى هذا

من الكلام فيه قد بيناه في املاء شرح الجامع وان قتل المدبر قتيلا عمدا فصالح عنه مولاه بألف درهم وهى قيمته جاز لان المولي من مدبره كان بمنزلة الحر في نفسه فيصح منه التزام العوض عن القود المستحق عليه وان قتل آخر خطأ فعلى مولاه قيمة أخرى بخلاف ما اذا كانت جنايته الاولى خطأ من قتل فان فى الخطأ المستحق نفس المملوك على المولى دفعا بالجناية وبالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة على وجه لم يصر مختارا فيلزمه القيمة وهو مامنع الا رقبة واحدة فلا يلزمه باعتباره الا قيمة واحدة فأما هنا فالمستحق بالجناية الاولى نفس العبد قودا والمولي بالتدبير غير مانع استيفاء القود منه فانما لزمه المال بالتزامه بالصلح وهو سبب آخر سوى منع الرقبة فلا يؤثر ذلك فيما يلزمه بسبب منع الرقبة بالتدبير ولان حق ولى الخطأ لا يثبت فى بدل الصلح فلا بد من اثباته فى القيمة على المولى واذا كانت الجنايتان خطأ فحق الثانى يثبت فى الجناية الاولى لاتحاد سبب استحقاقهما للقيمة وهو منع الرقبة بالتدبير السابق فلا يجب على المولى شئ آخر فان صالح المولى الآخر على عبده ودفعه اليه ثم قتل آخر خطأ فولي الدم الآخر يتبع الذى أخذ العبد حتى يدفع اليه نصفه أو نصف قيمة المدبر لان القيمة صارت مشتركة بينهما وقد صالح احدهما عن جميعه على عبد وأحد الشريكين فى الدين اذا صالح عن جميع الدين على عبد فللآخر أن يرجع عليه بنصف الدين الا أن يختار المصالح دفع نصف العبد اليه وقد بينا معنى هذا الخيار فيما سبق واذا كان ذلك بقضاء قاض أو بغير قضاء فهو سواء فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان بقضاء قاض وان كان بغير قضاء فلولي الدم أن يتبع المولى بنصف قيمة العبد المدبر ويرجع المولى على المصالح بنصف العبد الذى دفع اليه الا أن يعطيه نصف قيمة العبد المدبر والخيار فيه الى الذى فى يده العبد وأصل هذا فيما اذا كان دفع القيمة الي الاول بغير قضاء قاض وهى مسئلة كتاب الديات نبينها ثمة ان شاء الله تعالى وقيل ينبغي أن يكون الجواب هنا قولهم فى الفرق بين قضاء القاضى وغير القضاء لان الصلح وقع على خلاف الحق وهما يسويان بين القضاء وغير القضاء فيما اذا وقع الى الاول عين الواجب وما يقضى به القاضي لو رفع الامر اليه وهذا موجود هنا ولو كان لم يصالحه على العبد ولكن القاضى قضى له بالقيمة فاشترى به العبد ثم قتل آخر فانه يكون له على المشترى نصف المدبر ولا خيار للمشترى فى ذلك ولا ضمان على البائع فيه لان القاضى قضي بالقيمة للاول فيتعين

حق الثاني فيما قضي به القاضي للاول فلهذا لا ضمان علي البائع كما لو كان دفع القيمة الى الاول بقضاء قاض ثم علي المشتري نصف قيمة المدبر هنا من غير خيار له في ذلك بخلاف ما اذا أخذ العبد بطريق الصلح لان مبني الشراء علي الاستقصاء فيصير به في معنى المستوفى بجميع القيمة فيرجع الآخر عليه بنصفه ومبنى الصلح على الاغماض عفو فقد رضي بدون حقه حين أخذه صلحا فلهذا يكون له الخيار بين أن يعطى الآخر نصف ما قبضه صلحا وبين أن يغرم له نصف قيمة المدبر *وتوضيحه ان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله ثم يصير قصاصا ولهذا لو صح الشراء بالدين المظنون فصار هو بطريق الشراء مستوفيا قيمة المدبر بالمقاصة فيلزمه دفع نصفها الى الثاني والصلح يتعلق بالدين المضاف اليه ولهذا لو صالح عن الدين المظنون ثم ظهر أنه لا دين يبطل الصلح اذا لم يرض المصالح به فهو بطريق الصلح لا يصير مستوفيا الا للعبد فلهذا كان له الخيار بين أن يدفع نصف العبد الى الثاني وبين أن يغرم له نصف القيمة واذا قتل المدبر رجلا خطأ وفقأ عين آخر خطأ فعلى مولاه قيمته بينهما اثلاثا لان حق صاحب العين في نصف الدين وحق ولي الدم في جميع الدية وعلى المولي قيمة واحدة فيضرب كل واحد منهما فيها بمقدار حقه فان صالح المولي صاحب العين على مائة درهم وقيمته ستمائة فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يصالح على مائة ويبرئه عن المائة الاخرى قبل القبض والقسمة والثالث أن يبرئه عن المائة الأخرى بعد القبض قبل القسمة أما اذا قبض المائة ولم يبرئه عن المائة الاخرى فانهما يقسمان هذه المائة أثلاثا على مقدار حقهما فان ابراءه عن المائة الأخرى بعد القسمة لا يتغير بتلك القسمة لان جميع حقه كان ثابتا عن القبض والقسمة فبالاسقاط بعد ذلك لا تبطل القسمة كمن مات وعليه لرجل ألف درهم وللآخر ألفا درهم وترك ألف درهم فاقتسماها اثلاثا ثم أبرأه أحدهما عن بقية دينه وأما اذا صالح على المائة وأبرأه عما بقي قبل القبض والقسمة فهذه المائة تقسم بينهما اخماسا خمسها لصاحب العين وأربعة أخماسها لولي الدم لان القيمة الواجبة وهي ستمائة كانت بينهما أثلاثا لولي الدم أربعمائة ولصاحب العين مائتان فحق صاحب العين بقي في مائة لانه أسقط حقه في المائة فانما يقسم المقبوض بينهما علي قدر حقهما عند القبض وعند القبض حق ولي الدم أربعمائة وحق صاحب العين في مائة فاذا جعلت كل مائة بينهما كان قسمة المقبوض بينهما أخماسا فأما اذا قبض المائة ثم أبرأه عن المائة الاخرى قبل القسمة ففي

قول أبي يوسف رحمه الله تقسم هذه المائة بينهما اثلاثا لان قسمة المقبوض بينهما باعتبار القبض وعند ذلك حق صاحب العين فى مائتين فوجب قسمة المقبوض بينهما اثلاثا ثم الابراء فى ذلك لا يغير الحكم الثابت فى المقبوض كما لا يغير فى المقسوم وهذا لان صاحب العين قد تم استيفاؤه فى مقدار نصيبه من المقبوض قسم بينهما أو لم يقسم فانما يظهر حكم ابرائه فيما بقي ثم رجع فقال لصاحب العين خمس المقبوض لان القسمة تكون على مقدار القائم من حق كل واحد منهما وقت القسمة وعند القسمة حق صاحب العين فى المائة وحق الآخر في أربعمائة كان هذا والابراء قبل القبض فى المعنى سواء وهو قول محمد رحمه الله ولو لم يقض لهما بشئ حتى صالحهما على عبد ودفعه اليهما كان العبد بينهما على ثلاثة لانه بدل ما استوجباه من القيمة وحكم البدل حكم المبدل ولو استوفيا القيمة اقتسماه أثلاثا فكذلك اذا صالحهما على العبد وأم الولد بمنزلة المدبر فى حكم الجناية لان المولى أحق بكسبها وقد صار مانعا دفع رقبتها بالاستيلاد السابق على وجه لم يصر مختارا وكانت بمنزلة المدبر فى ذلك واذا قتل المدبر رجلا خطأ وفقأ عين آخر فصالحهما المولي على عبد دفعه اليهما فاختلفا فقال كل واحد منهما أنا ولى الدم فعلي كل واحد منهما البينة لان كل واحد منهما يدعى الزيادة فى المستحق من القيمة على المولى لنفسه فان لم تقم لهما بينة فالعبد بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب استحقاقه فكل واحد منهما فى احتمال انه ولى الدم مثل صاحبه فان قال مولى المدبر لاحدهما أنت ولى القتل فالقول قوله مع يمينه لان استحقاق القيمة عليه وقد أقر لاحدهما بالزيادة واقرار المرء فى المستحق عليه مقبول وقد أنكر حق الآخر فى الزيادة فالقول قوله مع يمينه واذا أقر المدبر بقتل فاقراره جائز باقرار القن لان المستحق نفسه قصاص وهو خالص حقه والتهمة منتفية عن اقراره لما يلحقه من الضرر في ذلك فان صالح مولاه عنه أحد ولي الدم علي ثوب فهو جائز وللآخر نصف قيمة المدبر على المولى ان قامت له بينة أو أقر المولى بذلك وان لم تقم له بينة لم يكن له شئ لان المولى بالاقدام على الصلح لم يصر مقرا (ألا ترى) أن دعوى القصاص لو كانت عليه لرجلين فصالح احدهما مع الانكار لا يصير بهذا الصلح مقرا للآخر بشئ واقرار المدبر فى استحقاق المال بجنايته غير مقبول لان ذلك اقرار علي المولي وبعد ماصالح أحدهما المستحق للآخر حصته من المال فلا يثبت ذلك باقرار المدبر مالم يقر المولي بذلك أو يقيم عليه البينة واذا قطعت المرأة يد رجل عمدا فصالحها من الجراحة على أن يتزوجها فالنكاح جائز فان أبرأها

من ذلك فهو أرش ذلك لان القصاص لا يجرى بين الرجال والنساء فيما دون النفس فان برأ تبين أن الواجب له عليها خمسة آلاف وذلك مال يصلح أن يكون مهرا وكان ذلك مهرها وان مات من ذلك فلها مهر مثلها وعليها الدية في مالها في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه تبين أن الواجب له عليها القصاص والقصاص لا يصلح أن يكون صداقا لانه ليس بمال فكان لها مهر مثلها لذلك ثم التزوج على اليد والضربة أو الجراحة أو القطع بمنزلة الصلح وقد بينا أن في الصلح بهذه الالفاظ يتبين بطلان الصلح بالسراية عند أبي حنيفة رحمه الله وفي القياس يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية وعندهما الصلح صحيح فههنا كذلك عندهما القود ساقط ولا شيء عليها وعند أبي حنيفة رحمه الله عليها الدية في مالها استحسانا لان العاقلة لا تعقل العمد وان كان القتل خطأ فالدية على عاقلتها عند أبي حنيفة رحمه الله لانه سمى اليد في التزوج وبين أن حقه كان في النفس فلهذا كانت الدية على عاقلتها عند أبي حنيفة رحمه الله وليس لها منه شيء لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل وان كان تزوجها على الجناية وهي عمد ثم مات فقول أبي حنيفة رحمه الله هنا كقولهما أن القود يسقط لان اسم الجناية يتناول النفس وما دونها ولها مهر مثلها لان القصاص لا يصلح أن يكون صداقا وكذلك لو قال على الضربة وما يحدث منها أو الجراحة وما يحدث منها وان مات من ذلك وهو خطأ فانه يدفع عن عاقلتها مهر مثلها من ذلك لان التسمية صحيحة باعتبار أن المسمى مال وهو الدية وقد تناوله لفظة بدل النفس وما دونه الا اذا كان مهر مثلها ألفا فما زاد على ذلك لا يستحقه لانه صاحب فراش فالزيادة على قدر مهر المثل بمنزلة الوصية منه لها والوصية منه لها وصية لقاتل فالمستحق لها مقدار مهر مثلها يدفع عن العاقلة من ذلك بقدر ثلثه لان ذلك وصية منه لعاقلتها على ما بينا أن الدية على العاقلة فيصح بقدر الثلث ولا ميراث لها لانها قاتلة وان طلقها قبل الدخول أخذ من عاقلتها نصف الدية لان نصف المسمى سقط بالطلاق قبل الدخول ونظر الى النصف الباقي فيرجع منه عن عاقلتها نصف مهر مثلها لان الاستحقاق لها في مقدار مهر المثل صحيح وبقي نصف ذلك لها بعد الطلاق ولا تعقل العاقلة عنه لها فيدفع ذلك عنهم ثم ينظر الى ثلث ما ترك الميت ويدفع ذلك عن العاقلة لانه كان موجبا بذلك لعاقلتها فتعتبر من الثلث وتؤدى العاقلة ما بقي بعد ذلك فيكون لورثته ولو أن رجلا جرح رجلا جراحة عمدا فتزوجت أخت الجارح المجروح على أن مهرها الجراحة على أن ذلك لها خاصة دون أختها فالنكاح جائز وان بريء فهو عفو

ولها مهر مثلها على الزوج لان الواجب هو القصاص وقد صار المجروح مسقطا لحقه بهذه التسمية الا أن القصاص لا يصلح أن يكون صداقا فكان لها مهر مثلها على الزوج وان كانت الجراحة لا يستطاع فيها القصاص أو كان ذلك خطأ فارش ذلك مهرها فى مال الزوج لان الارش مال يصلح أن يكون صداقا فتصح التسمية وان كان ذلك دينا للزوج في ذمة الجارح ولكن الصداق يجب فى ذمة من ثبت له الملك وهو الزوج دون الجارح وان اشترطت العفو عن أخيها والبراءة له فلها مهر مثلها وأخوها برىء منه لان الصداق لا يصير مملوكا لها بالتسمية فالعفو عن أختها والبراءة له لا يوجب الملك لها فى شئ فيجعل فى حقها كأنه تزوجها من غير تسمية المهر فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وقد برئ أخوها بابراء المجروح اياه فى النكاح وان كانت اشترطت ان تأخذ لنفسها فهو جائز فان شاءت أخذته من الاخ وان شاءت رجعت به على الزوج لان المسمى مال يملكه بهذه التسمية فتصح التسمية وقد شرطت أن تأخذ ذلك من الجارح ولا بد من أن يجب الصداق بالنكاح على الزوج فان شاءت أخذته من الزوج لصحة النكاح والتسمية وان شاءت أخذته من الاخ بالشرط كما لو تزوجها على ألف درهم على أجنبي وضمن الأجنبي ذلك وان طلقها قبل الدخول رجعت بنصف ذلك على أيهما شاءت لان عند صحة التسمية يتنصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ولو شجت امرأة رجلا موضحة فصالحها على أن تزوجها على هذه الجناية فذهبت عيناها من ذلك فذلك كله مهرها لان الواجب هو الارش وقد بينا أن اسم الجناية يعم أصل الفعل والسراية فيكون ذلك كله مهرا لها وان طلقها قبل الدخول تنصف ذلك كله ويرجع عليها بنصف ارش ذلك وان كان ذلك عمدا ففى مالها وان كان خطأ فعلى عاقلتها واذا جرح الزوج امرأته عمدا فصالحته على أن اختلعت منه بذلك الجرح فذلك جائز ان برأت من ذلك لانها سمت فى الخلع ماهو حقها وان ماتت فكذلك عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبى حنيفة رحمه الله عليه الدية لانها سمت ما ليس بحق لها فلا تصير هى مسقطة بهذه التسمية شيئا عن الزوج فيجب عليه الدية استحسانا ولا شئ له عليها من مهر المثل لان البضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم وهى لم تغره فى شئ فهو وما لو خالعها على خمر أو خنزير سواء بخلاف النكاح وقد بيناه وان طلقها على ذلك طلقة ثم ماتت من ذلك فعليه الدية فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لما قلنا وهو يملك الرجعة لان الطلاق وقع بغير

جعل حين سمت ما لم يكن حقا لها وصريح لفظ الطلاق اذا كان بغير جعل لا يوجب البينونة بخلاف ما اذا كان بلفظ الخلع كما لو كان المسمى خمرا أو خنزيرا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس عليه دية والطلاق رجعي أيضا لان المسمى بمقابلة الطلاق قصاص والقصاص ليس بمال فلا تقع البينونة باعتباره وان طلقها على الجناية أو الجرح وما يحدث منه فمات وهو عمد فهو جائز والطلاق رجعي لانه مثل العفو عن القصاص وذلك ليس بمال فان قيل العفو عن القصاص متقوم حتى يصلح أن يكون بدلا فى الصلح عن القصاص على مابينا واذا كان لكل واحد منهما على صاحبه قصاص فاصطلحا على أن عفى كل واحد منهما عن صاحبه جاز ذلك فكذلك يصلح أن يكون بدلا عن الطلاق فينبغي أن يكون الطلاق بائنا قلنا وقوع البينونة عند صريح لفظ الطلاق باعتبار ملك الزوج ماله عليها وذلك لا يوجد هنا لان العفو اسقاط والمسقط يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ولكن الطلاق لا يصير بائنا باعتبار الاسقاط اذا لم يكن فيه معنى التمليك كما لو كان تحت رجل امرأة وأمته تحت عبدها فطلق امرأته على أن طلق عبدها أمته فان كل واحد من الطلاقين يكون رجعيا باعتبار هذا المعنى وان كان الفعل خطأ فالدية على عاقلته ويرجع عليهم بالثلث من تركتها لانها سمت المال والمريضة اذا اختلعت من زوجها بمال يعتبر ذلك من الثلث وذلك وصية منها لعاقلة الزوج فيكون صحيحا ويؤخذ منهم الباقي والطلاق بائن لانه وقع بجعل ولا ميراث له لانه قاتل واذا جرح الرجل امرأة رجل خطأ فصالحها زوجها على أن طلقها واحدة على أن عفت له عن ذلك كله ثم ماتت منه فالعفو من الثلث لانها سمت بمقابلة الطلاق ماهو ماله وهو الدية على عاقلة الجارح فيكون ذلك معتبرا من الثلث سواء كان بطريق الاسقاط أو التمليك والطلاق بائن لانه وقع بمال ان كان عمدا فهو جائز كله والطلاق رجعي لان الواجب هو القود والقود ليس بمال فلا يعتبر عفوها من الثلث وتسميته لا يثبت البينونة كالخمر ولو ضرب رجل سن امرأته فصالحها من الجناية على أن طلقها فهو جائز والطلاق بائن لان الواجب مال فتسميته بمقابلة الطلاق يوجب البينونة اسودت السن أو سقطت سن ذلك من أخرى فلا شئ عليه لان اسم الجناية يتناول الكل واذا قتل المكاتب رجلا عمدا فصالح من ذلك على مائة درهم فهو جائز ما دام مكاتبا لان المكاتب أحق بمكاسبه وهو بمنزلة الحر فى صرف كسبه الى احياء نفسه بطريق الصلح عن القود فان أدى فعتق فالمال لازم

له لان الكسب خلص بالعتق وان عجز رد رقيقا فبطل المال عنه لان بعد العجز الحق فى كسبه ومالية رقبته لمولاه وقوله فى استحقاق المالية على المولى لا يكون حجة فان أعتق يوما من الدهر لزمه المال لان التزامه فى حق نفسه صحيح وانما امتنعت صحته فى حق المولى فاذا سقط حق المولى كالعتق كان مطالبا به كالعبد اذا كفل بمال أو أقر به على نفسه وهو محجور عليه وزفر رحمه الله يخالفنا فى هذا الفصل وموضع بيانه فى كتاب الديات ولو صالح من ذلك على شيء بعينه له كان جائزا لان المسمى كسبه وهو يملك صرفه الى احياء نفسه فان كان الذى صالح عليه عبدا وكفل به كفيل فمات العبد قبل أن يدفعه كان لولى الدم أن يضمن الكفيل قيمته لان بموت العبد لم يبطل الصلح وقد تعذر تسليم المسمى مع بقاء السبب الموجب له فتجب القيمة ان شاء رجع بهذه القيمة على المكاتب وان شاء على الكفيل لان بدل الصلح عن دم العمد مضمون بنفسه كالمغصوب فالكفيل به يكون كفيلا بقيمته بعد الهلاك واذا كان العبد قائما فله أن يبيعه قبل أن يقبضه لانه مضمون بنفسه فيجوز التصرف فيه قبل القبض كالصداق ولو صالحه من ذلك على مال مؤجل والقتل يثبته وكفل به كفيل ثم عجز ورد رقيقا لم يكن للطالب أن يأخذ المكاتب بشيء حتى يعتق لما بينا أن التزامه المال بالصلح عوضا عن اسقاط القود صحيح في حقه غير صحيح فى حق المولى وبالعجز خلص الحق للمولى فى كسبه ورقبته فلا يطالب بشيء حتى يعتق ولكنه يأخذ الكفيل لان المال باق فى ذمته ولكن يؤخر مطالبته به لقيام حق المولي وذلك لا يوجد فى حق الكفيل فكان هو مطالبا فى الحال كما لو أقر العبد المحجور عليه بدين وكفل به كفيل وكذلك لو كان القتل باقرار وولد المكاتب فى ذلك بمنزلة المكاتب لان حكم الكتابة ثابت فيه تبعا لامه واذا قتل المكاتب رجلا عمدا وله وليان فصالح أحدهما على مائة درهم وأداها اليه ثم عجز ورد فى الرق ثم جاء الولى الآخر فالمولى بالخيار ان شاء دفعه أو دفع نصفه الى الولي وان شاء فداه بنصف الدية لان بالصلح مع أحد الوليين سقط القود وانقلب نصيب الآخر مالا ولا يتم ذلك دينا فى ذمة المكاتب الا بقضاء القاضى بمنزلة جناية المكاتب واذا كانت خطأ فاذا عجز قبل القضاء كان حقه فى رقبته ويتخير المولى بين دفع النصف اليه والفداء بنصف الدية كما لو كانت الجناية خطأ فى الابتداء ثم وجوب المال للآخر هنا كان حكما بسبب قتل ثابت بالمعاينة فلهذا يباع به بعد العجز بخلاف المال الواجب للمصالح فان ذلك كان بالتزام المكاتب بدلا عما ليس بمال فلا يباع به بعد العجز مالم

يعتق بمنزلة اقراره بالجناية خطأ وان لم يعجز ولكنه عتق ثم جاء الولى الآخر فانه يقضى له على المكاتب بنصف قيمته دينا عليه لان نصيب الآخر قد انقلب مالا وكان دفعه متعذرا عند ذلك وبالعتق قد تقرر وقوف الناس عن الدفع وكان حق الآخر فى حصته من القيمة دينا فى ذمته بمنزلة مالو جنى المكاتب جناية خطأ ثم عتق ولو عفى أحد الوليين عن الدم بغير صلح فانه يقضى على المكاتب أن يسعى فى نصف قيمته للآخر لان نصيب الآخر انقلب مالا لغير شريكه فصار فى حقه كما لو كانت الجناية في الاصل خطأ وموجب جناية المكاتب في الخطأ قيمته لتعذر دفعه بالجناية مع بقاء الكتابة وذلك عليه دون المولي لانه أحق بكسبه بخلاف المدبر وأم الولد لان المولى أحق بكسبهما وموجب الجناية على من يكون الكسب له فان صالحه الا خر من ذلك على شئ بعينه جاز وهذا صلح عن مال هو دين على عين فيكون صحيحا ولكن لايجوز تصرفه فيه قبل القبض لانه بمنزلة البيع وان صالحه على شئ بغير عينه وتفرقا قبل أن يقبض بطل الصلح لانه دين بدين ولو صالحه على طعام بعينه أكثر من نصف قيمته جاز وكذلك العروض لان الواجب عليه نصف القيمة من الدراهم والدنانير ولا ربا بينه وبين الطعام والعروض ولو صالحه على دراهم أو دنانير أكثر من نصف قيمته لم يجز بمنزلة مالو صالح من الدين على أكثر من قدره من جنسه وقد بينا أن ذلك ربا ولو كفل له رجل بنصف القيمة جاز لانه كفل بدين على المكاتب للاجنبي فان صالحه الكفيل على طعام أو ثياب جاز ورجع الكفيل على المكاتب بنصف القيمة لانه صار موفيا بهذا الصلح اذا كفل عنه بأمره ولو أعطاه المكاتب رهنا بنصف القيمة فهلك الرهن وفيه وفاء بنصف القيمة فهو بما فيه وان كان فيه فضل بطل الفضل لان فى الفضل المكاتب بمنزلة المودع وذلك منه صحيح والله أعلم

باب الشهادة فى الصلح

(قال رحمه الله) واذا ادعى رجل فى دار رجل دعوى فأقام الذى في يده الدار شاهدين شهدا أنه صالحه على شئ فرضى به منه ودفعه اليه فهو جائز وان لم يسميا ماوقع عليه الصلح لانه مقبوض وحكم الصلح ينتهى فى المقبوض بالقبض وانما يحتاج الى التسمية فيما يستحق قبضه للتحرز عن الجهالة المانعة من التسليم وهذا لا يوجد فى المقبوض وترك التسمية فيه

لا يمنع العمل بالشهادة كترك التسمية فيما وقع الصلح عنه وكذلك لو سمي أحدهما دراهم ولم يسم الآخر شيئا وشهدا جميعا انه استوفى جميع ماصالح عليه فهو جائز لان تسمية أحدهما زيادة غير محتاج اليها فذكره والسكوت عنه سواء ولو جحد صاحب الدار وادعى الطالب الصلح وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على دراهم مسماة وشهد الآخر على شئ غير مسمي أو تركا جميعا تسمية البدل لم تقبل الشهادة لان المصالح عليه غير مقبوض فلا يتمكن القاضي من القضاء مع الجهالة فان ادعى الطالب مائة وخمسين درهما وشهد له شاهد بها وشاهد بمائة درهم قضيت له بمائة درهم لان دعواه في الحاصل دعوى الدين فالاسقاط قد حصل باقراره وقد اتفق الشاهدان على المائة لفظا ومعنى فتقبل الشهادة اذا كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل فلا تقبل الشهادة لتكذيب المدعى أحد شاهديه واذا شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين لفظا ومعنى وان ترك بينة الصلح فالمدعي على حجته لانه انما أقر بسقوط حقه بعوض فاذا لم يقبل ذلك العوض فهو على حقه وحجته فان شهد شاهد على صلح بمعاينة على دراهم مسماة وشهد الآخر على الاقرار بمثل ذلك فهو جائز لان الصلح هو اقرار معناه أن صفة الاقرار والانشاء في الصلح واحد كما في البيع وان شهد أحدهما بالبيع والآخر بالاقرار به كانت الشهادة مقبولة والله تعالى أعلم

باب الصلح في الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على عبد بعينه فهو جائز والعبد للطالب يجوز فيه عتقه ولا يجوز فيه عتق المطلوب لان الطالب ملكه بنفس الصلح والمصالح عليه كالمبيع واعتاق المشترى في المبيع قبل القبض صحيح دون اعتاق البائع اياه وان مات في يد المطلوب قبل أن يقبضه الطالب كان من مال المطلوب بمنزلة المبيع اذا هلك قبل القبض ويرجع الطالب بالدين لان الصلح بطل لفوات قبض البدل بموته وكذلك كل شئ بعينه لا يبطله افتراقهما قبل القبض لانه افتراق عن عين بدين ولو صالحه على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض بطل الصلح لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عفوا بعد المجلس وكذلك ان كان الصلح على انكار لانه مبنى على زعم المدعى وفي زعمه انه صالحه

من الدراهم على الدنانير فيكون ذلك صرفا يشترط فيه القبض في المجلس ولم يوجد وكذلك ان صالحه على مكيل أو موزون بغير عينه لان فى زعمه أنهما افترقا عن دين بدين وذلك مبطل للصلح ولو صالحه من الالف على مائة درهم وافترقا قبل القبض لم يبطل الصلح لما بينا أن تصحيح الصلح هنا بطريق الاسقاط لا بطريق المبادلة لان مبادلة الالف بالمائة لا يجوز فيكون مسقطا بعض الحق بغير عوض وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي بخلاف ماتقدم ولو صالحه من كر حنطة قرض على عشرة دراهم وقبض خمسة ثم افترقا بقي الصلح فى نصف الكر بحساب ماقبض وبطل فى النصف الآخر بحساب مابقى لانهما افترقا عن دين بدين وهذا فساد طارئ فيقتصر على ما وجد فيه عليه ولو صالحه على كر شعير بعينه ثم تفرقا قبل أن يقبضه فهو جائز لانهما افترقا عن عين بدين ولو ابتاع رجل كرا من حنطة بكر من شعير بعينه وقبض الحنطة ولم يقبض الآخر الشعير حتى افترقا فهو جائز لان البدل الذى هو دين تعين بالقبض فى المجلس فالتحق بما لو كان عينا عند العقد والذى لم يقبض عين والتقابض فى بيع الطعام بالطعام فى المجلس ليس بشرط عندنا ولو كان الشعير بغير عينه فان تقابضا قبل أن يتفرقا فهو جائز لان تعينه بالقبض كبيعه عند العقد وان تفرقا قبل أن يقبض فسد البيع لان الدين فى مبادلة الطعام بالطعام بعد المجلس لا يكون عفوا فان الكيل بانفراده يحرم النساء وحرمة النساء كيلا يكون أحد البدلين دينا بعد المجلس فان ترك القبض فيما هو دين حتى افترقا كان أحد البدلين دينا بعد المجلس وذلك مبطل للبيع والصلح جميعا ولو كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الي شهر فهو جائز لانه حط وليس ببيع فان الطالب أسقط بعض حقه من كل واحد من المالين وأجله فى الباقى فالاحسان من جهته خاصة في الحط والتأجيل وليس فيه من معنى المبادلة شئ وكذلك لو صالحه من ذلك على خمسين درهما حالة أو الى أجل فهو جائز لانه أسقط جميع حقه من الدنانير وبعض حقه من الدراهم وأجله فيما بقى منه وذلك مستقيم وكذلك لو صالحه على خمسين درهما فضة تبرا بيضاء حالا أو الى أجل لان ماوقع عليه الصلح من جنس حقه فصحة الصلح بطريق الاسقاط دون المبادلة وكذلك لو كانت دراهمه سودا فصالحه منها على خمسين غلة حالة أو الي أجل لان التبرع كله من جانب صاحب الحق فانه أبرأه عن البعض وتجوز بدون حقه فيما بقي وأجله فيما بقى أيضا فلا تتحقق معنى المبادلة بينهما بوجه وكذلك

لو كانت له عليه مائة درهم بخية وعشرة دنانير فصالحه من ذلك على خمسين درهما سودا حالة أو الى أجل فالتبرع كله من جهة صاحب المال ولو صالحه من ذلك على مائة درهم وعشرة دراهم الى أجل لم يجز لان العقد صرف فيما زاد على المائة الدرهم فانه مبادلة عشرة دراهم بعشرة دنانير وهو صرف والتأجيل في عقد الصرف مبطل للعقد وانما أجله فى المائة الدرهم بشرط أن يسلم له مقصوده فى الصرف ولم يسلم فلهذا لم يثبت التأجيل فى شئ وان كانت حالة وقبضها قبل التفرق جاز وكذلك ان قبض عشرة دراهم ثم افترقا لان المصارفة بينهما فى هذا المقدار وانما يجعل المقبوض مما كان قبضه مستحقا بعقد الصرف وان صالحه على مائة درهم وعشرة دراهم على أن ينقد خمسين درهما وستين الى أجل ولم ينقده الخمسين قبل التفرق جاز فى قول أبي يوسف رحمه الله ولم يجز في قول محمد رحمه الله لان العقد في العشرة مع الدنانير صرف وقد شرط فى عقد الصرف التأجيل فى بعض المائة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين فاشتراطه فى عقد الصرف يفسد الصرف وأبو يوسف رحمه الله يقول ان بدل الصرف حال مقبوض فى المجلس واشتراط الاجل فى ستين من المائة محتمل يجوز أن يكون على وجه البراء المبتدا ويجوز أن يكون ذلك شرطا فى عقد الصرف فمع الاحتمال لا يفسد عقد الصرف وهذا لانه قال ستين الي أجل ولم يقل وعلى ستين الى أجل ومقصود المتعاقدين تصحيح العقد فان حملناه علي الابراء المبتدا صح العقد وان حملناه علي الشرط لم يصح ولو صالحه على خمسين درهما وخمسة دنانير الى أجل جاز ذلك لانه أسقط بعض كل واحد من المالين وأجله فيما بقى من كل واحد منهما فالتبرع كله من جهة صاحب المال و كذلك الحكم فى المكيلات والموزونات وان كان لرجل على رجل كر حنطة فصالحه بعد اقرار أو انكار على نصف كر حنطة ونصف كر شعير الى أجل فالصلح كله باطل لان فى حصة الشعير العقد مبادلة نصف كر حنطة بنصف كر شعير والقدر بانفراده يحرم النساء فيفسد العقد ثم اشتراط ما بقى من الاجل فى الحنطة انما كان بناء على حصول مقصودهما فى العقد على الشعير وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى فهو وما لو كان الصلح على الاقرار سواء ولو لم يضرب لذلك أجلا أو كان الشعير معيبا والحنطة بغير عينها كان جائزا وان تفرقا قبل القبض لان مبادلة الحنطة التى هى دين بالشعير بعينه جائزة وان كان الشعير بغير عينه فان قبضه قبل التفرق جاز وان كانت بالحنطة مؤجلة أو حالة قبضها لان الشعير قد تعين فى

المجلس كالمعين عند العقد ومعني قوله ان كانت الحنطة مؤجلة فى الاصل الأن يكون مراده أنه أجله فى الحنطة فان ذلك يفسد العقد عند محمد رحمه الله لانه شرط فى مبادلة الحنطة بالشعير التأجيل فى النصف الآخر من الحنطة وذلك مفسد للعقد فعرفنا أن مراده أن صفة الدينية والتأجيل فى الحنطة لا يمنع جواز هذا العقد وان فارقه قبل أن يقبض الشعير بطل الصلح فى حصة الشعير لانه دين بدين فلا يكون عفوا بعد المجلس فان قيل حصة الشعير من الحنطة صارت فى حكم المقبوض لمن عليه حين سقط عنه فكيف يكون دينا بدين قلنا صار مقبوضا دينا والدين بالسقوط يصير في حكم المقبوض المتلف ولكن لا يتعين ولو كان عليه ألف درهم فضة تبرا بيضاء فصالحه منها على خمسمائة فضة تبرا سوداء الى أجل فهو جائز وهو حط لا بيع لان الفضة كلها جنس واحد فيكون صاحب الحق مبرئا عن بعض الحق من الألف ومتجوزا بدون حقه فيما بقى ولو صالحه على خمسمائة درهم مضروبة وزن سبعة الى أجل لم يجز لان المضروب أجود من التبر فتمكن بينهما معاوضة من حيث ان صاحب الحق أبرأه عن خمسمائة وأجله فيما بقى وذلك كله فيما بقى والجودة التى شرطها لنفسه فيما بقى ومبادلة الجودة في الاجل والقدر ربا ولو كان له عليه ألف درهم غلة فصالحه منها على ألف درهم بخية حالة فان قبض قبل أن يتفرقا جاز لان مبادلة البخية بالغلة صرف فاذا وجد القبض فى المجلس جاز العقد وان تفرقا قبل القبض بطل وان جعلا لها أجلا بطل وكذلك ان كان الصلح على خمسمائة بخية في جميع ذلك في قول أبى يوسف الأول رحمه الله معناه اذا قبض خمسمائة فى المجلس جاز وان فارقه قبل القبض فعليه خمسمائة درهم من دراهمه الاولى وقد برئ مما سوى ذلك لانه يجعل هذا ابراء من الطالب للمطلوب من خمسمائة واحسانا من المطلوب فى قضاء مابقي وانما جزاء الاحسان الاحسان لما بينا انه ان حمل هذا على مبادلة بعض القدر بالجودة لم يصح وان حمل على البراء المبتدا صح ومقصودهما تصحيح العقد فعند الاحتمال يتعين الوجه الذى يحصل فيه مقصودهما واذا فارقه قبل القبض فعليه الخمسمائة من دراهمه الاولى لانه وعده أن يعطيه مابقى أجود والانسان مندوب الى الوفاء بالوعد من غير أن يكون ذلك مستحقا عليه وقد تمت البراءة عن الخمسمائة حين لم تمكن معنى المعاوضة بينهما ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال الصلح فاسد وهو قول محمد رحمه الله لانهما بادلا صفة الجودة فى الخمسمائة الباقية ببعض القدر وهى الخمسمائة التى أبرأه عنها وذلك ربا وانما

يتأتى حمله على البراء المبتدا اذا لم يذكرا ذلك على وجه المعاوضة والشرط بينهما فأما مع الذكر على وجه المعاوضة فلا يمكن حمله على البراء المبتدا ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره جاز لانه صار مشتريا للثوب وجهالة مقدار الثمن فيما يحتاج الي قبضه لا يمنع جواز البيع اذا كان بعينه ففيما لا يحتاج الي قبضه أولى وان صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس لانه مبادلة الدراهم بالدراهم من غير معرفة الوزن فمن الجائز أن يكون مايستوفى أكثر من أصل حقه قدرا فيكون ذلك ربا وفى الاستحسان يجوز الصلح لان مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون حقه فلفظة الصلح دليل على أنه استوفى دون حقه فصح بطريق الاسقاط وكذلك ان جعل لها أجلا لانه أسقط بعض القدر وأجله فيما بقي والتبرع كله من الطالب ولو كان بين رجلين أخذ وعطاء وبيوع وقرض وشركة فتصادقا على ذلك ولم يعرف الحق كم هو للطالب عليه ثم صالحه على مائة درهم الى أجل فهو جائز استحسانا لان لفظة الصلح دليل على أن حقه أكثر مما وقع الصلح عليه وقد تبرع بالتأجيل فيما بقى ولو ادعى قبل رجل وديعة دراهم بأعيانها في المدعى عليه فصالحه الطالب على دراهم دونها فهو جائز لان الوديعة بالجحود صارت دينا أو صارت مضمونة كالمغصوبة فيمكن تصحيح الصلح بينهما بطريق الاسقاط ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم وقبضها ثم استحقت المائة من يدى الطالب رجع بمثلها لانه صار مبرئا له عن تسعمائة مستوفيا للمائة فبالاستحقاق ينتقض قبضه فيما صار مستوفيا له فيرجع بمثله والبراءة تامة فيما أسقط سواء كان الصلح باقرار أو انكار وكذلك لو كان وجدها ستوقة أو نبهرجة ردها ورجع بمائة جاز لانتقاض قبضه بالرد فى المستوفى وكذلك لو كانت عليه مائة درهم بخية فصالحه منها علي خمسين درهما فقبضها فوجدها بخية نبهرجة أو وجدها سوداء فله أن يستبدلها بخية لانه فى الخمسين مستوف فاذا كان دون حقه رده واستبدل بمثل حقه والبراءة تامة فى الخمسين الأخرى وكذلك لو كانت له عليه عشرة دنانير فصالحه على خمسة دنانير وقبضها فوجدها حديدا لا ينفق أو مقطعة لا تنفق فله أن يستبدلها بجياد مثل حقه والبراءة تامة فى الخمسة الاخرى ولو صالحه من الدنانير على دراهم وقبضها ثم استحقت قبل التفرق رجع بالدنانير لان العقد بينهما صرف فاذا انتقض قبضه بالاستحقاق من الاصل بطل الصرف ورجع بالدنانير ولو صالحه من دراهم له عليه على

فلوس وقبضها فتفرقا ثم استحقت رجع بالدراهم لان القبض قد انتقض فى المستحق من الاصل ويتبين أنهما افترقا عن دين بدين وذلك مبطل للعقد وكذلك ان وجدها من ضرب لا ينفق لانه تبين انه صار مستوفيا حقه في المقبوض وكذلك لو كان عليه حنطة فصالحه من ذلك على شعير وقبضه وتفرقا ثم استحق من يده أو وجد به عيبا فرده رجع بالحنطة لان قبضه انتقض فى المردود فظهر انه دين بدين بعد المجلس ولو صالحه على كر شعير وسط وأعطاه اياه ثم استحق منه قبل أن يتفرقا رجع بمثله لان قبضه انتقض بمثله فى المستحق فكأنه لم يقبضه حتى الآن وصفة الدينية فى المجلس لا تضر فلهذا رجع بمثل ذلك الشعير ولو كان له عليه كر حنطة قرضا أو غصبا فصالحه على عشرة دراهم ودفعها ثم استحقت الدراهم أو وجدها ستوقة بعد ما افترقا فردها بطل الصلح لان القبض فى المستحق انتقض من الاصل والستوقة ليست من جنس حقه فتبين أنه دين بدين بعد المجلس ولو وجدها زيوفا أو نبهرجة فردها كان ذلك فاسدا في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يستبدلها قبل أن يتفرقا من مجلسهما الثانى وهو بناء على ما اذا وجد رأس مال السلم وبدل القرض زيوفا بعد الافتراق فردها وقدمنا ذلك في البيوع ولو كانت له عليه عشرة دراهم وكرا حنطة قرضا فصالحه من ذلك على أحد عشر درهما ثم فارقه قبل أن يقبض انتقض من ذلك درهما وأخذ حصة الطعام لانه مبادلة الحنطة بالدراهم فاذا لم يقبض الدراهم فى المجلس كان دينا بدين وبعد فساد العقد تبقى عليه الدراهم والطعام على حاله ولو كان له عليه ألف الى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها اليه لم يجز لان المطلوب أسقط حقه في الاجل في الخمسمائة والطالب بمقابلته أسقط عنه خمسمائة فهو مبادلة الاجل بالدراهم وذلك لا يجوز عندنا وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما فان رجلا سأله عن ذلك فنهاه ثم ساله ثم نهاه ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهو قول الشعبي رحمه الله وكان ابراهيم النخعى رحمه الله يجوّز ذلك وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه استدلالا بحديث بنى النضر أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أجلاهم قالوا ان لنا ديونا على الناس فقال صلوات الله عليه ضعوا وتعجلوا وكنا نحمل ذلك على انه كان قبل نزول حرمة الربا ثم انتسخ بنزول حكم الربا فان مبادلة الاجل بالمال ربا (ألا ترى) أن الشرع حرم ربا النساء وليس ذلك الا شبهة مبادلة المال بالأجل فحقيقة ذلك لا يكون ربا حراما أولى ولو كان له عليه ألف درهم

مؤجله ثمن خادم فصالحه على أن يردها عليه بخمسمائة قبل الأجل أو بعده غير انه لم ينتقدها أو انتقدها الا درهما منها فهو فاسد عندنا لانه شراء ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وقد بينا ذلك في البيوع وذكرنا انه لو كان بعيب عند المشترى جاز ذلك لان الربح لا يظهر اذا عاد اليه لاعلى الوجه الذى خرج من ملكه ولو ادعى عليه ألف درهم فأقر بها أو أنكرها فصالحه منها على مائة درهم الى شهر على انه ان أعطاها الى شهر فهو برئ مما بقى وان لم يعطها الى شهر فمائتا درهم لم يجز لانه فى معنى شرطين فى عقد حين لم يقاطعه على شئ معلوم وهو مبادلة الاجل ببعض المقدار أيضا فيكون ربا حراما وكذلك لو قال أصالحك على مائتى درهم الى شهر فان عجلتها قبل الشهر فهى مائة فهذا والاول سواء وكذلك لو صالحه على أحد شيئين سماهما أو أشار اليهما ولم يعزم على أحدهما لم يجز لتمكن الجهالة فيما وقع عليه الصلح والمصالح عليه بمنزلة المبيع فكان هذا فى معنى صفقتين فى صفقة وكذلك لو كان الصلح من أحد الشيئين على الشك أو مع أحد هذين الرجلين على الشك لان هذه الجهالة تفضى الى المنازعة ولو أقر له بألف درهم ثم صالحه منها على عبد على أن يخدم الرجل المدعي عليه شهرا لم يجز لان المصالح عليه مبيع وقد شرطا التأجيل فى تسليمه شهرا أو شرط البائع لنفسه منفعة لايقتضيها العقد وكذلك لو صالحه على دار واشترط سكناها شهرا أو صالحه على عبد على أن يدفعه اليه بعد شهر وكذلك لو صالحه على ثوب على أن يعطيه قميصا ويخيطه أو صالحه على طعام على أن يطبخه له أو يحمله الى منزله لانه شرط منفعة لايقتضيها العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الصلح وان صالحه على طعام بعينه فى الكوفة على أن يوفيه إياه فى منزله فهو جائز استحسانا بخلاف ما لو شرط أن يوفيه بالبصرة وقد تقدم بيان هذه الفصول فى البيوع والله تعالى أعلم بالصواب

باب الخيار فى الصلح

(قال رحمه الله) اعلم بأن حكم خيار الشرط فى الصلح كهو فى البيع فى جميع الفصول لان الصلح عقد يعتمد التراضي ويمكن فسخه بعد انعقاده كالبيع * واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على عبد على أن زاده المدعى عشرة دنانير الى شهر واشترطا الخيار ثلاثة أيام فهو جائز لانه اشترى العبد بألف درهم وعشرة دنانير واشتراط الخيار فى مثل هذا

العقد صحيح فان استوجب العقد برئ المطلوب من الالف لتمام البيع بينهما وتقرر وجوب الثمن عليه وصارت الدنانير على المطالب الاول الى شهر من يوم استوجب العقد لانه شرط فى الدنانير أجل شهر واشترط الاجل لتأخير المطالبة وتوجه المطالبة عليه بعد سقوط الخيار وانما يعتبر ابتداء الاجل من ذلك الوقت ولو كان له عليه عشرة دنانير فصالحه منها على ثوب واشترط المطلوب الخيار ثلاثا ودفع اليه الثوب فهلك عنده فى الثلاث فهو ضامن لقيمته وما له على المطلوب كما كان لان المطلوب بائع للثوب وهلاك المبيع فى مدة خيار البائع مبطل للعقد والمبيع فى يد المشترى في مدة خيار البائع مضمون بالقيمة لانه فى معنى المقبوض على جهة الشراء ٠ ولو كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على انه بالخيار ثلاثا فأوجب الصلح على أحدهما ورد على الآخر كان له ذلك لانه مشتر للعبد منهما وقد شرط كل واحد منهما له الخيار في النصف الذى باعه منه فكان له الرد على أحدهما فى نصيبه دون الآخر بخلاف ما اذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام لانهما فى معني المشتريين للعبد منه وأخذ المشتريين لا ينفرد بالرد بخيار الشرط عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بيناه فى البيوع ولو كان لرجل علي رجل دين فصالحه علي عبد واشترط الخيار ثلاثا فمضت الثلاثة ثم ادعى صاحب الخيار الفسخ فى الثلاثة لم يصدق الا ببينة لان السبب الموجب لتمام العقد قد وجد وهو مضي مدة الخيار قبل ظهور الفسخ ومدعى الفسخ يدعى مالا يقدر على انشائه فى الحال فلا يقبل ذلك الا ببينة فان أقام بينة علي الفسخ وأقام الآخر البينة علي انه قد أمضى فى الثلاثة أخذت البينة للفسخ لانهما كانا بالخيار لان مدعِي الفسخ هو المحتاج الى اقامة البينة وهو المثبت لعارض الفسخ وذلك خلاف ما يشهد الظاهر به فكان الاخذ ببينته أولى وقع فى بعض نسخ الاصل أخذ ببينة امضاء الصلح وهذا غلط وان صح فوجهه ان فى بينة امضاء الصلح اثبات الملك فيما وقع عليه الصلح وقد بينا شبهة اختلاف الروايات فى نظير هذا فى البيوع من الجامع وان اختلفا فى الثلاثة فالقول قول الذى له الخيار انه وجد فسخ لانه أقر بما يملك انشاءه فى الحال فلا تتمكن التهمة فى اقراره والبينة بينة الآخر أنه قد وجب لانه هو المحتاج الى اسقاط الخيار وفى الصلح على الانكار اذا شرط المدعى عليه الخيار ثم فسخ العقد بخياره فالمدعى يعود على دعواه ولا يكون ما صنع المدعي عليه اقرارا منه لان الصلح البات أقوى من الصلح بشرط الخيار وقد بينا أن اقدامه على الصلح البات

لايكون اقرارا فعلى الصلح بشرط الخيار أولى وخيار الرؤية فى الصلح بمنزلته فى البيع لان ما وقع عليه الصلح من العين مبيع ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه واذا ادعى رجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على عدل زطى فقبضه ولم يره ثم صالح عليه القابض آخر ادعى قبله دعوى أو قبضه الآخر ولم يره فللآخر أن يرده على الثانى اذا رآه فلم يرضه لانه بمنزلة مشترى شئ لم يره وليس للثانى أن يرده على الاول ان قبله بقضاء قاض أو بغير قضاء لان خياره قد سقط حين ملكه من غيره باعتبار أنه عجز عن رده بحكم الخيار وخيار الرؤية كخيار الشرط لايعود بعد ماسقط بحال وقد بينا أن الصلح من الدعوى ليس باقرار فبعد الرد بخيار الرؤية انما يعود المدعي علي دعواه وفى حكم الرد بالعيب المصالح عليه كالمبيع أيضا يرد بالعيب اليسير الفاحش يرجع فى الدعوى ان كان رده بحكم أو بغير حكم ولو ادعى رجل قبل رجل مائة درهم فصالحه على أمة علي الانكار وقبضها فولدت عنده ثم وجدها عوراء لم يستطع ردها لحدوث الزيادة المنفصلة بعد القبض من العين ولكنه يكون على حجته فيما يصيب العور من المائة فاذا أقام أو استحلف المدعى عليه فنكل أو أقر يرجع عليه بنصف المائة لان العين من الآدمى نصفه ولو ادعى عليه كر حنطة قرضا فصالحه منه علي ثوب من غير ان يقر بذلك علي ان زاد الآخر عشرة دراهم وتقابضا قبل أن يتفرقا فقطع الثوب قميصا ثم وجد به عيبا ينقصه العشرة فانه لا يستطيع الرد لما أحدث فيه من القطع ولكن يرجع بحصة العيب وذلك غير ماتقدم وهو درهم واحد فيكون على حجته فى عشر الكر فيستوفى ذلك ان أتى بالبينة أو استحلف صاحبه فنكل ولو ادعى عليه مائة درهم فلم يقر بها فصالحه منها على كر ودفع اليه الكر علي أن زاده الآخر عشرة دراهم الى شهر فهو جائز لانه اشترى الكر بالعشرة وبما ادعاه وهو المائة في زعمه وذلك صحيح فان وجد بالكر عيبا ووجد به عنده عيب وكان عيبه الاول ينقصه العشر فانه يبطل من العشرة الدراهم التى عليه درهم ويكون علي حجته فى عشر المائة لان حصة العيب من البدل هذا وهذا عند تعذر الرد يرجع بحصة العيب من البدل ولو صالحه من المائة على كر حنطة ودفعه اليه أو علي عشرة دراهم الى شهر من غير اقرار ثم وجد بالكر عيبا وقد حدث به عنده عيب وكان العيب الاول ينقصه العشر فهو علي حجته فى عشر تسعين درهما لان المدعي بقى حقه فى عشرة دراهم وأجله فى ذلك الى شهر وانما صالحه على كر حنطة بما زاد على العشرة الى تمام المائة

وذلك تسعون درهما فعند تعذر الرد بالعيب يرجع بحصة العيب من البدل فلهذا كان على حجته فى عشر تسعين درهما وقيل ينبغى أن لايجوز هذا الصلح عند محمد رحمه الله لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعي وفى زعمه انه اشترى الحنطة بتسعين درهما وشرط له التأجيل فى عشرة دراهم سوى الثمن الى شهر وذلك شرط منفعة لأحد المتعاقدين لايقتضيها العقد فيكون مفسدا للعقد والله أعلم

باب الصلح فى الدين

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل على رجل دين الى سنة فصالحه على ان أعطاه به كفيلا وأخره به الى سنة أخرى فهو جائز لان المطلوب أعطاه بما عليه كفيلا والطالب أجله الى سنة أخرى وكل واحد منهما صحيح عند الانفراد فكذلك اذا جمع بينهما ولا يتمكن هنا معنى معاوضة والكفالة بالاجل لان الكفالة انما تصح بقبول الكفيل سواء سأل المطلوب ذلك أو لم يسأل والتأجيل يثبت حقا للمطلوب فلا تتحقق معنى المعاوضة بينهما وكذلك لو كان به كفيل فأبرأه على أن أعطاه به كفيلا آخر وأخره سنة بعد الأجل الاول لان ابراء الكفيل الأول يتم بالطالب والتأخير بايجاب الطالب ذلك للمطلوب ولا تمكن معنى المعاوضة فيه لما كان تمام كل واحد منهما بشخص آخر ولو صالحه على أن يعجل له نصف المال على أن يؤخر عنه مابقي سنة بعد الاجل كان ذلك باطلا لان المطلوب أسقط حقه فى الأجل فى نصف المال وشرط على الطالب التأجيل فيما بقي سنة أخرى فهذا مبادلة الأجل بالأجل وهو ربا وكذلك كل مايعجل مؤجلا بتأخير شئ آخر معجلا أومؤجلا فهو فاسد لما فيه من معاوضة الأجل بالأجل ولو كان المطلوب قضى الطالب المال قبل حله ثم استحق من يده لم يرجع عليه حتى يحل الاجل لان القبض انتقض فى المستحق من الاصل وسقوط الاجل كان في ضمن التعجيل بتسليم المال اليه واذا ثبت فى ضمن غيره يبطل ببطلانه فلهذا كان المال عليه بعد الاستحقاق الى أجل وكذلك لو وجده زيوفا أو نبهرجة أوستوقا أما فى الستوق فظاهر لانه يتبين انه لم يكن موفيا له حقه فيبقى المال عليه الى أجله وفى الزيوف والنبهرجة قد انتقض قبضه بالرد وسقوط الاجل كان باعتبار قبضه وهو دليل أبى حنيفة رحمة الله عليهما فى أن الرد بعيب الزيافة ينقض القبض من الاصل بمنزلة الاستحقاق حين عاد الاجل ولكنهما

يقولان نحن نسلم هذا الا أنا نجعل فى الصرف والسلم اجتماعهما فى مجلس الرد كاجتماعهما فى مجلس العقد وذلك لايتحقق في حكم سقوط الاجل وعند رد الزيوف رجوعه بأصل حقه وهو ثمن المبيع وقد كان أصل حقه مؤجلا فلهذا رجع به بعد حله أيضا وكذلك لو باعه به عبدا أو صالحه منه علي عبد وقبضه ثم استحق أو وجد حرا أو رده بعيب بقضاء قاض فالمال عليه الى أجله لان بهذه الاسباب ينتقض العقد من الاصل وكذلك لو طلب اليه أن يقيله الصلح على ما كان من الاجل فاقاله أو رده بعيب بغير قضاء فالمال عليه الى أجله لان الاقالة ان جعلت فسخا عاد المال الى أجله وان جعلت كعقد مبتدا فقد شرط التأجيل فى البدل فيكون مؤجلا والرد بالعيب بغير قضاء قاض بمنزلة الاقالة وان لم يسم الاجل فالمال حال لان الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قاض بمنزلة البيع المبتدا فانه يعتمد التراضي ومطلقه يوجب المال حالا فان قيل الاقالة فسخ فى حقهما وعود الأجل من حقهما قلنا هو فسخ فى حقهما فيما هو من أحكام ذلك البيع فأمافيما ليس من أحكامه فهو كالبيع المبتدا والاجل فى أصل الدين لم يكن من أحكام هذا البيع بينهما فالاقالة فيه كالبيع المبتدا وقد قررنا هذا المعنى فيما أمليناه من شرح الزيادات ولو كان بالدين كفيل لم يعد المال على الكفيل الا أن يكون رد العبد بالعيب بقضاء قاض لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل ولم يثبت المال على الكفيل لان هذا دين آخر سوى ما كفل به فهذا مثله ولو كان به رهن وهو فى يد الطالب حين رد بالعيب كان رهنا على حاله بالمال لان البيع قد انفسخ برد العبد وانما يرجع الطالب بالدين الذى كان له عليه وقد كان الرهن محبوسا عنده بذلك الدين فيبقي محبوسا على حاله لان الشراء بالدين مثله ولو كان للطالب على المطلوب ألف درهم من ثمن مبيع ومائة دينار من ثمن مبيع الي أجل فعجل له المائة الدينار على أن أخر عنه الالف الى سنة فهذا باطل لانه أسقط حقه فى الاجل في الدنانير عوضا عما أجله الآخر من الدراهم ولو قال أعجل لك الالف درهم على أن تؤخر عنى الدنانير سنة أخرى فهذا جائز لان له أن يأخذ الالف عاجلا فانما أجله فى الدنانير خاصة وليس بمقابلة اسقاط الآخر أجله شئ ولو صالحه من الدين المؤجل علي أن جعله حالا فهو جائز وهو حال وليس هذا صلحا وانما هذا اسقاط من المطلوب حقه في الأجل والأجل حقه فيسقط باسقاطه وكذلك لو قال أبطلت الاجل الذى في هذا الدين ان تركته أو جعلته حالا فهذا كله اسقاط منه للاجل ان قال قد برئت من الاجل أو قال لاحاجة لي فى الاجل وهذا ليس بشيء والاجل

على حاله أما في قوله لا حاجة لي في الاجل فانه غير مسقط للأجل لان الانسان قد يكون حقه قائما وان كان هو لا يحتاج اليه فاظهاره الاستغناء عنه لا يكون اسقاطا للأجل ومعنى قوله لاحاجة لي في الاجل أني قادر على أداء المال في الحال وبقدرته على الاداء لا يسقط الاجل وقوله قد برئت من الأجل بمنزلة قوله أبرأت الطالب منه وذلك لغو فان الاجل حق المطلوب من حيث انه يؤخر المطالبة عنه ولكن لا يستوجب به شيئا في ذمة الطالب فابراء الطالب وليس له في ذمة الطالب شئ يكون لغوا بخلاف قوله أبطلت الأجل فذلك اسقاط منه لحقه وتصرف منه في المال الذي في ذمته بجعله حالا وليس يتصرف في ذمة الطالب بشئ فلهذا كان صحيحا ولو ادعى عليه ألف درهم فأنكرها ثم صالحه على أن باعه بها عبدا فهو جائز وهذا اقرار منه بالدين بخلاف قوله فصالحتك منها وقد تقدم بيان هذا الفرق أن البيع لفظ خاص بتمليك مال بمال فاقدام المدعى عليه على البيع يكون اقرارا منه انه يملكه العبد بالمال الذي عليه وذلك اقرار منه بالمال فأما الصلح فتمليك المال بازاء اسقاط الدعوى والخصومة فلا يكون اقرارا حتى لو قال صالحتك من حقك على أن لك هذا العبد كان اقرارا بحقه أيضا ولو صالحه من الدين على عبد وهو مقر به وقبضه لم يكن له أن يبيعه مرابحة على الدين والصلح مخالف للبيع يعني لو اشترى بالدين العبد كان له أن يبيعه مرابحة لان مبنى الشراء على الاستقصاء فلا تمكن فيه شبهة التجوز بدون الحق ومبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فيتمكن فيه شبهة الحط وبيع المرابحة مبنى على الاحتياط. والشبهة فيما هو مبنى على الاحتياط يعمل عمل الحقيقة ولو ادعى على رجل كر حنطة قرضا فجحده فصالحه فضولي على أنه اشتراه منه بتصييره دراهم ونقدها اياه كان الصلح باطلا لان الشراء تمليك مال بمال فيصير المصالح مشتريا الدين من غير من عليه الدين وذلك باطل ولو لم يشتره ولكن صالحه منه على عشرة دراهم ودفعها اليه فهو جائز لانه التزم المال عوضا عن اسقاط المدعي حقه قبل المدعى عليه وذلك صحيح وانما أوردنا هذه الفصول لايضاح الفرق بين لفظ البيع ولفظ الصلح واذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن مبيع حال فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ويأخذ الآخر حصته ولا يشاركه المؤخر في المقبوض حتى يمضي الأجل فحينئذ يكون له أن يشارك القابض في المقبوض وجه قولهما أن المؤخر تصرف في خالص نصيبه ولا ضرر على شريكه

فى تصرفه فينفذ تصرفه كالشريكين فى العبد اذا باع أحدهما نصيبه أو وهبه وهـذا لان التأجيل فى اسقاط المطالبة الى مدة ولو أسقط حقه في المطالبة بنصيبه لا الي غاية بأن ابرا عن نصيبه كان صحيحا فاذا أسقط مطالبته الى غاية كان أولى بالصحة ولواشترى أحدهما نصيبه على عين أو قبـل الحوالة بنصيبه على انسان كان صحيحا لما انه متصرف في خالص نصيبـه فكذلك اذا أجل نصيبه ولو أقر أحد الشريكين بأن الدين مؤجل الى سـنة وأنكر صح اقرار المقر فى نصيبه فكذلك اذا أنشأ التأجيل لان الاقرار لا يصح فيما هو حق للغير مع تمكن التهمة فيـه وذلك لانه لا يملك تحصيل مقصوده بالانشاء ولما صح اقراره هنا عرفنا أنه يصح تأجيله ولأبى حنيفة رحمه الله فى المسئلة روايتان احداهما ان تأجيله يلاقى بعض نصيب شريكه وهو لا يملكه بالاتفاق وبيان هذا ان أصل الدين يبقى مشتركا بعد التأجيل ولا يمكن أن يجعل تأجيله مضافا لنصيبه خاصة الا بعد قسمة الدين وقبل القبض لا يجوز لان القسمة تميز وما فى الذمة لا يتصور فيه التميز وفى العين القسمة بدون التميز لا تحصل فانه لو كان بين رجلين صبرة حنطة فقال اقتسمنا على أن هـذا الجانب لي والجانب الآخر لك لا يجوز وهذا لان فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيب شريكه عوضا عما تملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وانما قلنا ان هذا قسمة لان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم فى القسمة ليس الا هـذا والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض ويكون ما بقي مشتركا بينهما والباقى هو ما كان مؤجلا ولو سـلم للقابض ما قبض واختار اتباع المديون ثم نوى ماعليه كان له أن يرجع على القابض فيشاركه فى المقبوض باعتبار أن نصف المقبوض حقه وانمـا يسلمه له بشرط أن يسـلم له ما فى ذمة المديون فاذا لم يسلم رجع عليه وبهذا الفصل تبين فساد مذهبهما فانه بعد التأجيل اذا لم يكن للمؤخر أن يطالب بنصيبه فكيف يكون للآخر أن يقبض شيئا من نصيبه وان جعل الآخر قابضا لنصيب نفسـه كان ذلك قسمة فينبغى أن لا يكون للمؤخر أن يشاركه بعـد حلول الأجل وان جعل قابضا لبعض نصيب المؤخر فاذا لم يكن للمؤخر أن يطالب بنصيبه قبل حلول الاجل لا يكون ذلك لغيره بطريق الاولى وهذا بخلاف مالو أبراه عن نصيبه لانه لا يبقى نصيبه بعد الابراء وانما القسمة مع بقاء نصيب كل واحد منهما بخلاف البيع فى نصيب أحدهما

من العين فانه لايلاقى شيئا من نصيب شريكه بدليل انه لايشاركه فى الثمن وبخلاف ماإذا استوفى أحدهما لان القسمة هناك باعتبار اختلاف المحل فنصيب المستوفي لم يبق فى ذمة المديون وكذلك اذا اشترى بنصيبه أو صالح أو قبل الحوالة فيه فقدوجد اختلاف المحل واذا أقر أحدهما أن المال كله مؤجل فاقرار المقر حجة فى حقه وهو يزعم أن الدين كله مؤجل فلا يتحقق معنى القسمة باعتبار زعمه وانما لا يظهر حكم الاجل فى حق الآخر لقصور الحجة عنه لا لان نصيبه غير مؤجل في حق المقر ولا يكون فى اعمال اقراره فى نصيبه معنى قسمة الدين بخلاف النسأ والاجل حتى لو أقر أحدهما ان نصيبه مؤجل فهو على الخلاف أيضا والطريق الآخر ان فى تصرف الآخر اضرارا لشريكه وأحد الشريكين اذا تصرف فى نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب أحد الشريكين العبد كان للآخر أن يبطل المكاتبة وبيان ذلك أن مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه يؤخر نصيبه حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا أجل الأجل شاركه فى المقبوض ثم يؤخر نصيبه مما بقي حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا أجل شاركه في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة فى جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى وبه فارق الابراء لانه ليس فى تصرفه هناك اضرار لشريكه لانه لايشاركه فيما يقبض بعد ذلك وكذلك استيفاء نصيبه أو الشراء بنصيبه أو الصلح أو قبول الحوالة ليس فيه اضرار بالشريك واذا أقر أن الدين مؤجل فهو غير ملحق الضرر بشريكه ولكن فى زعمه أن الشريك ظالم فى المطالبة ولا يستقل له على المطلوب حتى يحل الاجل فيكون هو فى المطالبة ظالما ملتزما مؤنة المطالبة باختياره فلهذا يصح اقراره فى نصيبه ولو صالح أحد الشريكين المديون علي مائة درهم على أن أخر عنه ما بقى من حصته لم يجز التأخير فى قول أبى حنيفة رحمه الله وما قبض فهو بينهما نصفان لان المقبوض جزء من دين مشترك حقهما فيه سواء وعندهما تأخيره فيما بقي صحيح والمقبوض بينهما نصفان أيضا لانه حين قبضه كان حقهما فى الدين سواء فصار المقبوض بينهما نصفين فتأخير أحدهما مابقى من حقه لا يغير حكم الشركة بينهما فى المقبوض لان التأخير لا يمس المقبوض وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان وكل واحد منهما لا يملك التصرف فى نصيب صاحبه من الدين بمنزلة الشريكين فى الملك فأما المتفاوضان فتأخير أحدهما جائز على الآخر لان التأخير من صنع التجار وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنع التجار

ولو أقر أحد الشريكين في الدين وهو ألف درهم انه كان للمطلوب عليه خمسمائة درهم قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته بطريق المقاصة بمنزلة مالو أبرأه ولا يكون لشريكه عليه شيء لان المقر صار قابضاً بنصيبه من الدين ما كان عليه لا مقضيا فان آخر الدينين قضاء عن أولهما لان القضاء لايسبق الوجوب وانما يشاركه الا خر فيمايقبض فاذا لم يصر بهذا الطريق قابضا شيئا لايكون للآخر أن يشاركه فيه كما لو أبرأه من نصيبه أو وهبه له وكذلك لو جنى عليه عمدا دون النفس جناية يكون ارشها خمسمائة أوصالح من جناية عمد فيها قصاص على ذلك لانه ماصار مستوفيا شيئا مضموناً أو شيئا قابلا للشركة وانما صار متلفا لنصيبه فلا يكون للاخر أن يرجع عليه بشيء ولو غصب أحد الشريكين من المديون مايساوى خمسمائة فهلك في يده فللآخر أن يرجع عليه بمائة وخمسين لانه صار قابضا بنصيبه مالا مضمونا وضمان الغصب يوجب الملك فى المضمون فكأنه استوفى نصيبه ولان المديون يكون قابضا لنصيبه بطريق المقاصة لان دينه يكون آخر الدينين ولو حرق أحدهما ثوبا للمديون يساوي خمسمائة فكذلك الجواب فى قول محمد رحمه الله لانه بالاحراق صار قابضا متلفا للمال ويكون ذلك مضمونا فيكون كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقضيا وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لانه متلف لنصيبه بما صنع لاقابض والاحراق اتلاف ويكون هذا نظير الجناية وقد بينا أنه لو جنى أحدهما على المديون حتى يسقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء فكذلك اذا جنى على ماله بالاحراق ولو صالحه على مائة درهم على أن أبرأه مما بقى من حصته بعد قبض المائة أو قبل قبضها كان لشريكه أن يرجع عليه بخمسة اسداس المائة لان الباقى من دينه على المديون مائة ونصيب شريكه خمسمائة فالمقبوض يكون مقسوما بينهما على مقدار حقهما بخلاف ماذا أجل فيما بقى على قولهما لان التأجيل لايسقط نصيبه من الدين وان تأخر حق المقبوض فلهذا بقى المقبوض بينهما نصفين ولو كان قبض المائة وقاسمها شريكه نصفين ثم أبرأه مما بقي له كانت القسمة جائزة لاتعاد لان عند تمام القسمة كان حقهما في ذمة المديون سواء فسقوط ما بقى من نصيب أحدهما بالابراء لايبطل تلك القسمة بعد تمامها ولو كان لرجلين علي رجل حنطة قرض فصالحه احدهما على عشرة دراهم من حصته فهو جائز ويدفع الى شريكه ان شاء ربع كر وان شاء خمسة دراهم لانه بهذا الصلح صار مستوفيا لنصيبه فللآخر أن يطالبه بنصف نصيبه وهو ربع كر كما لو استوفاه

حقيقة وهذا لان الصلح يصحح بطريق المبادلة ما أمكن ومبادلة الكر بعشرة دراهم صحيحة الا أن مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فمن حجة المصالح مبادلة الكر بعشرة دراهم صحيحة الا أن يقول انما توصلت الى نصيبي لانى تجوزت بدون حقي فان أردت أن تشاركنى فتجوز بما تجوزت به لادفع اليك نصف ماقبضت وهى خمسة دراهم فلهذا كان الخيار لقابض الدراهم فى ذلك ولو باعه حصة من الطعام بعشرة دراهم ضمن لشريكه ربع الكر ولا خيار له فى ذلك لان مبنى البيع على الاستقصاء فيصيرهو بطريق البيع كالمستوفى بجميع نصيبه لشريكه نصفه ولان البيع عقد ضمان فيصلح أن يكون موجبا لشريكه عليه ضمان نصف نصيبه والصلح عقد تبرع فلا يكون موجبا للضمان على المتبرع الا أن يلتزم ذلك باختياره ثم فى الشراء اذا رجع بربع الكر فما بقي فى ذمة المطلوب وذلك نصف كر يكون مشتركا بينهما كما لو قبض أحدهما نصيبه وشاركه الآخر فيه ولو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك كما لو أقرضه كل واحد منهما خمسمائة وكتبا بالألف صكا واحدا وكذلك لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة لان تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشترى أن لا يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمسمائة بخية وشرط الآخر خمسمائة سوداء لان التسمية تفرقت ويغنى نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وصفا فأما اذا باعاه صفقة واحدة بثمن واحد فأيهما قبض من ذلك شيئا شركه الآخر فيه لانه دين وجب لهما بسبب واحد بدلا عما هو مشترك بينهما فلا يقبض أحدهما شيئا الا بشركة الآخر لان المقبوض إما أن يكون عين ما كان فى الذمة أو بدلا عنه وحكم البدل حكم المبدل ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم بخية فصالحه أحدهما من نصيبه على خمسمائة زيوف أو على خمسمائة سود كان لشريكه أن يأخذ منه نصفها لان ثبوت حق المشاركة له باعتبار قبضه فانما ينظر الى صفة المقبوض فيشاركه فيه ويأخذ منه نصفه وهذا لان المستوفى انما وصل الى حقه لانه تجوز بدون حقه فعلى الآخر أن يتجوز به اذا أراد مشاركته لان مشاركته لا تكون الا بعد رضاه بقبضه وعند الرضا يصير كأنهما قبضا ذلك واذا كان لرجلين على رجل كر حنطة فصالحه

أحدهما عن نصيبه على كر شعير وقبضه وأعطى شريكه ربع كر حنطة ثم وجد بالشعير عيبا ينقصه العشر وقد حدث به عنده عيب آخر فانه يرجع بنصف عشر كر حنطة وهو حصة العيب فيكون ذلك له خاصة لانه غرم بدل هذا المقبوض لشريكه فان هـذا المقبوض بدل عن هذا الجزء الفائت بالعيب وقد غرم لشريكه حصة ذلك فيكون له خاصة واذا اشترى الرجل من الرجل ثوبا بفرق بثمن جيد بغير عينه ثم صالحه من الثمن على فرق زيت ودفعه اليه فى المجلس جاز لان الموزون بمقابلة الثوب يستحق ثمنا اذا كان بغير عينه والاستبدال قبل القبض جائز واذا تعين فى المجلس بالقبض فهو كالمعين عند العقد واذا صالح الرجل الرجل من دعواه على كر حنطة وسط ثم صالحه من ذلك الكر على كر شعير بغير عينه وافترقا قبل القبض لم يجز لانه دين بدين ولو كان الشعير بعينه جاز لان الافتراق حصل عن عين بدين وذلك جائز فيما سوى عقد الصرف ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم لأحدهما ومائة دينار للآخر فصالحاه من ذلك كله على ألف درهم وقبضا لم يجز بخلاف ما اذا كان المال لواحد فهناك يصير مبرئا من أحد المالين مستوفيا للآخر فأمكن تصحيح العقد بطريق الاسقاط وهنا لا يتأتى ذلك لانهما صالحاه على أن يكون الالف لهما فلوأجزنا ذلك قسمنا الدراهم بينهما على ألف درهم ومائة دينار فيكون الألف درهم بأقل من ألف درهم وذلك ربا وكذلك لو كان لأحدهما عليه كر حنطة وللآخر كر شعير قرض فصالحاه على كر حنطة فهو باطل لانا لوجوزناه لم يكن بد من قسمة المقبوض على قيمة كر حنطة وقيمة كر شعير بينهما وقبضت الحنطة دون كيلها وذلك ربا ولو صالحاه على مائة درهم وقبضاها قبل أن يتفرقا جاز وتقسم المائة بينهما على قيمة الحنطة والشعير لانهما كالبائعين منه الحنطة والشعير بمائة درهم والبدل يقسم على قيمة المبدل ولو كان لرجلين على امرأة ألف درهم فتزوجها أحدهما على حصة منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشيء لانه لم يقبض بحصته شيئا مقبوضا يقبل الشركة فانه يملك به البضع والبضع ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة فهو كالجناية التى تقدمت وروى بشير عن أبى يوسف رحمه الله ان للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان النكاح انما ينعقد بمثل تلك الخمسمائة والصداق لا يجب بالعقد ويكون مالا متقوما ثم يصير الزوج مستوفيا لنصيبه من الدين بطريق المقاصة لان آخر الدينين دين المرأة فتصير هى قاضية به نصيب الزوج من الدين

وكذلك لو كان لامرأتين على زوج احداهما ألف درهم فاختلعت منه فليس للأخرى ان ترجع عليها بشئ لانها لم تقبض شيئا ولو كان تزوجها أحدهما على خمسمائة ثم قاصها بحصته من الالف أو لم يقاصها رجع عليه شريكه بمائتين وخمسين لانه صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة ثم تتبع ابنها بخمسمائة ولو طلقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بمائتين وخمسين لتنصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ويتبعانها بخمسمائة أيضا فيكون عليها سبعمائة وخمسون فما خرج من ذلك كان بينهما على حساب ذلك أثلاثا ولو كان لرجلين على رجل ألف درهم فقال له أحدهما قد برئت الي من خمسمائة فهذا اقرار بالقبض ولشريكه أن يأخذه بنصفها لانه قد أقر ببراءته بفعل مبتدا بالمطلوب متحتم بالطالب وذلك بطريق الايفاء فكان هذا واقراره باستيفاء نصيبه سواء وكذلك لو استأجر منه أحدهما دارا بحصته منها وسكنها فهو بمنزلة القبض أو استأجر بنصيبه عبدا للخدمة أو أرضا للزراعة لان المنافع مال فى حكم العقد وهى بالاستيفاء تدخل فى ضمان المستأجر بمنزلة المشترى ولو اشترى أحدهما بنصيبه شيئا كان ذلك بمنزلة القبض وللآخر أن يرجع عليه بنصف نصيبه فكذا هذا وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال هذا اذا استأجر أحدهما بخمسمائة ثم أصاب قصاصا بنصيبه فأما اذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه والله تعالى أعلم بالصواب

باب الصلح فى السلم

(قال رحمه الله) واذا صالح الرجل من السلم على ماله لم ينبغ له أن يشترى به شيئا حتى يقبضه عندنا وقال زفر رحمه الله لا يشترط ذلك لانه ليس له وجه رده بسبب القبض فيجوز الاستبدال به كالمغصوب والمستقرض وهذا لان اقالة السلم فسخ وليس بعقد مبتدأ بينهما بدليل أنه لا يستحق قبض رأس المال فى المجلس والدين بالدين حرام فاذا كان فسخا وجب رد رأس المال بسبب القبض لا بسبب عقد السلم ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان رب السلم ممنوع شرعا من أن يأخذ غير رأس المال وغير المسلم فيه فلو جوزنا الاستبدال بعد الاقالة أدى الى ذلك وانما لا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه قبل الاقالة بهذا المعنى لما فيه من تفويت

القبض المستحق بالعقد فالابراء عن المسلم فيه يصح بالاتفاق وهذا المعنى موجود فى الاستبدال برأس المال بعد الاقالة فيكون ذلك فاسدا شرعا فان كان رأس مال السلم عوضا فصالح عليه ثم هلك قبل أن يقبضه فعلى المسلم فيه قيمته لان الاقالة لا تنقض بهلاك رأس المال قبل الفسخ فان اقالة السلم بعد ما صح لا تحتمل الفسخ لان المسلم فيه كان دينا وقد سقط بالاقالة والساقط متلاش لا يتصور عوده ولهذا لو أراد فسخ الاقالة لم يملكها ولو اختلفا فى رأس المال بعد الاقالة لم يتخالفا فاذا ثبت أن الاقالة باقية بعد هلاك العوض قلنا تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فتجب قيمته كالمغصوب وكذلك لو هلك قبل أن يتناقض السلم لان مالا يمنع بقاء الاقالة لا يمنع ابتداء الاقالة وهذا لان السلم فى حكم بيع المعاوضة فان المسلم فيه بيع وهو قائم بمحله بعد هلاك رأس المال وهلاك أحد العوضين فى المعاوضة لا يمنع الاقالة ابتداء وبقاء فان كان للسلم كفيل يبرأ الكفيل حين وقع الصلح على رأس المال لان الاصيل برئ عن المسلم فيه لانه لو كان بدلا عنه لم تصح الاقالة فان مبادلة الدين بالدين حرام لكنه دين اخر لزم الاصيل ولم يكفل به الكفيل ولا يجوز الصلح من السلم على جنس آخر سوى رأس المال لانه استبدال بالمسلم فيه وذلك فاسد والاصل فيه حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا أسلمت فى شئ فلا تصرفه فى غيره ولو كان السلم كر حنطة فصالحه منه على نصف كر حنطة على أن أبراه مما بقى جاز لان هذا حط ولا ابراء عن جميع المسلم فيه صحيح في ظاهر الرواية لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس وقد بيناه فى البيوع فكذلك الابراء عن بعضه وكذلك لو كان السلم كر حنطة جيدة فصالحه على كر ردئ الى شهر لان رب السلم تبرع بالتأجيل بعد ما حل حقه وتجوز بدون حقه أيضا وذلك مندوب اليه قال صلي الله عليه وسلم لصاحب الدين أحسن الى الشريك ولو كان السلم كر حنطة رديئة فصالحه على كر جيدة على أن يزيده رب السلم درهما فى رأس المال لم يجز ذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وجاز فى قول أبى يوسف رحمه الله اذا نقده الدراهم قبل أن يتفرقا وقد بينا هذه الفصول فى كتاب البيوع فى الحط والزيادة فى المكيل والموزون والمذروع الا أن قول أبى يوسف رحمه الله لم يذكر فى كتاب البيوع وانما ذكر هنا فأما المسائل فهى التي ذكرناها فى البيوع أعادها هنا ولو كان المسلم فيه كر حنطة الى أجل والثمن دراهم أو شئ بغير عينه فاصطلحا على ان زاده الذى عليه السلم نصف كر

حنطة الي ذلك الاجل لم تجز الزيادة لانها لو جازت كانت برأس مال دين يبتدئ عقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز فكذلك الزيادة ولهذا لم تجز الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع اعتبارا لحالة الزيادة بحالة ابتداء العقد وعلى المسلم اليه أن يرد ثلث رأس المال الى رب السلم وعليه كر حنطة تام فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس عليه رد شئ من رأس المال لانه ما حط شيئا من رأس المال انما زاده فى المسلم فيه ولم تثبت تلك الزيادة فبقي جميع رأس المال بمقابلة الكر والعقد فى جميع الكر باق فلا يجب رد شئ من رأس المال وأبو حنيفة رحمه الله يقول الزيادة فى المعقود عليه حال قيام العقد وبقاء المعقود عليه صحيح كما فى بيع العين وانما تعذر اثبات الزيادة هنا لانه دين بدين فاذا لم تثبت الزيادة فى المسلم فيه باعتبار هذا المعين وجب رد الدين الذى بمقابلة هذا لانه لو ثبتت هذه الزيادة ألحقت بأصل العقد ويصير كأنه أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ونصف ثم أبطلا العقد فى نصف الكر فيجب رد حصته من رأس المال وهو الثلث واقدامه على هذه الزيادة اخراج الثلث من رأس المال حتى يكون بمقابلة الكر فاذا لم يكن جعله بمقابلة نصف الكر جعل حطا ليحصل مقصوده وهو اخراج الغبن من العقد وادخال الرخص فيه وهذه المسألة نظير ما ذكرنا فى العتاق فيما اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني لم يعتق عندهما لان ما صرح به صار لغوا لم يثبت به شئ آخر وعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل ذلك عبارة عن الاقرار بالعتق مجازا فهنا أيضا تحصيل الزيادة فى المسلم فيه عبارة عن حق حصته من رأس المال فجاز وان كان السلم عشرة دراهم فى رأس المال جاز لان المعقود عليه قائم فى الذمة فتجوز الزيادة فى السلم ملتحقة بأصل العقد ثم مجلس الزيادة فيما زاد كمجلس العقد فى رأس المال لانها وجبت فى هذا المجلس فيشترط قبضها قبل أن يتفرقا فان تفرقا قبل أن يقبض العشرة بطلت حصتها من الكر كما لو كانت الزيادة مذكورة فى أصل العقد فتفرقا قبل قبضها فان كان السلم ثوبا يهوديا قدحل فصالحه على نصف رأس المال وعلى أن يعطيه نصف الثوب جاز عندنا لانهما تقايلا السلم فى النصف وذلك جائز اعتبارا للبعض بالكل وفيه يقول ابن عباس رضى الله عنهما ذلك المعروف الحسن الجميل فان أتاه بنصف ثوب مقطوع لم يجبر على أخذه لانه فى حال قيام العقد فى الكل لو أتاه بالثوب مقطوعا نصفين لم يجبر على أخذه فكذلك بعد الاقالة فى النصف وهذا لان القطع في الثوب عيب فكما استحق صفة السلامة فى جميع الثوب بالعقد

يستحقها في النصف الذي بقي فيه العقد فلا يجبر على أخذ ثوب مقطوع ولكنه تأيد بثوب صحيح فيكون له نصفه ويكونان شريكين فيه ولو كان السلم الى أجل فصالحه على أن يأخذ نصف رأس المال ويناقضه السلم ويعجل له نصف السلم قبل الاجل جاز النقض فى نصف رأس المال ولم يجز التعجيل لان الصلح على رأس المال اقالة وقد شرط فى الاقالة تعجيل النصف الآخر واسقاط المسلم اليه حقه فى الاجل وهو شرط فاسد الا أن الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط ولهذا لا يشترط فيها تسمية البدل فالفاسد من الشروط لا يبطلها وأما شرط التعجيل فى النصف الآخر فباطل لانه مقابلة الاجل بشئ مما عاد اليه المسلم فيه أو بمنفعة حصلت له بالاقالة فى النصف وذلك باطل فيكون الباقى عليه الى أجله ولو كان أسلم كر حنطة الى رجل فصالحه على أن زاده فى الاجل شهرا على ان حط عنه من رأس المال درهما ورد عليه الدرهم لم يجز لانه مقابلة الاجل بالدرهم المردود وذلك ربا ولو كان حالا فرد عليه من رأس المال درهما على أن الكر عليه كما كان أو على أن أخره شهرا كان جائزا أما اذا شرط أن الكر عليه كما كان فهو غير مشكل لان المسلم اليه حط درهما من رأس المال ولم يشرط لنفسه بمقابلته شيئا وانما الاشكال فى قوله أو على انه أخره شهرا فان كان المراد على أن أخر المسلم فيه عنه شهرا فهو غلط لانه مقابلة الاجل بالدرهم الذى رده عليه وذلك ربا وان كان المراد منه على ان أخره بالدرهم المحطوط شهرا فهذا صحيح لان المحطوط واجب رده باعتبار القبض فيجوز التأجيل فيه كالمغصوب المستهلك وهو الظاهر من مراده لانه قال وكذلك لو افترقا قبل أن يقبض الدرهم فبه تبين أن المراد بيان أن المحطوط لا يجب قبضه فى المجلس ويجوز التأجيل فيه واذا اصطلحا على أن يرد عليه رأس المال وهى جارية قد ولدت عند المسلم اليه فانه يأخذ قيمتها يوم دفعها اليه لان الزيادة المنفصلة متولدة من عينها ومثل هذه الزيادة تمنع فسخ العقد على العين لان الولد يبقى فضلا خاليا عن المقابلة فيكون ربا وقد بيناه فى البيوع الا أن الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد واشتراط رد عينها بعد الولادة بشرط فاسد لا يمنع صحة الاقالة وبعد صحتها يجب رد قيمتها يوم قبضها لتعذر رد عينها وكذلك لو قتل الولد فأخذ أرشه لان قيام بدله في يده كقيام عينه وان كان الولد مات كان له أن يأخذ الجارية لان المانع كان هو الزيادة وقد فات من غير صنع أحد فصار كأن لم يكن فان كانت الولادة بقبضها كان لرب السلم الخيار ان شاء أخذها وان شاء أخذ قيمتها يوم دفعها بمنزلة

مالو تعيبت عنده بعيب آخر وهذا لان تعذر الرد بعد النقصان لحق رب السلم فاذا رضي به جاز رده فأما بعد الزيادة بعد الرد لحق الشرع وهو معنى الربا فلا يسقط ذلك برضا رب السلم بها ولو لم تكن ولدت ولكنه جنى عليها فاخذ أرش الجناية لم يكن لرب السلم الا قيمتها لان الارش بدل جزء من عينها فهو بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة من العين ولو كان المسلم اليه باعها لرب السلم ثم صالحه على رأس المال فعلى المسلم اليه قيمتها يوم قبضها بمنزلة مالو باعها من غيره وكذلك لو وهبها له على عوض فالهبة بشرط العوض بعد التقابض كالبيع وان وهبها بغير عوض ففي القياس كذلك بمنزلة مالو وهبها من غيره وفي الاستحسان لا يرجع بشئ لان ماهو المقصود له عند الاقالة قد حصل له قبل الاقالة وهو عود رأس المال اليه مجانا فلا يستوجب عند الاقالة شيئا آخر كمن عليه الدين المؤجل اذا أجل ثم حل الاجل بخلاف البيع فهناك لم يحصل مقصوده لان رأس المال مايسلم له الا بعوض غرمه من ماله وهذا نظير ما بيناه في الصداق اذا كان عينا فوهبته للزوج ثم طلقها قبل أن يدخل بها واذا كان السلم حنطة رأس مالها مائة درهم فصالحه على أن يرد عليه مائتى درهم أومائة وخمسين درهما لم يجز لان هذا استبدال وليس باقالة فانه يسمى فيه مالم يكن مذكورا فى العقد والصلح انما يكون اقالة اذا كان على رأس المال فاذا كان على شئ آخر فهو استبدال والاستبدال بالمسلم فيه باطل وان صالحه على مائة درهم من رأس ماله فهو جائز لان حرف من هنا صلة فيبقى الصلح على مائة درهم رأس ماله وذلك اقالة وكذلك ان قال خمسين درهما من رأس مالك فهو جائز لانه لم يذكر فيه مالم يكن مستحقا بالعقد فيكون اقالة فان قال مائتى درهم من رأس مالك فهو باطل لان رأس المال دون المائتين فحين ذكر فى الصلح مالم يكن مذكورا فى العقد كان ذلك استبدالا للمسلم فيه واذا كان بعض ماهو مذكور فى العقد فهو اقالة صحيحة وشرط ترك بعض رأس المال له باطل والاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد واذا سلم الرجل الى رجل ثوبا فى كر حنطة وفيه المسلم اليه ثم ان المسلم اليه سلم ذلك الثوب الى آخر ثم صالحه الاول على رأس المال ثم صالح الثانى الثالث على رأس ماله فرد عليه الثوب لم يرده على الأول ويأخذ منه الأول قيمته لان الاول صالحه على رأس المال والثوب خارج عن ملكه فيجب عليه بهذا الصلح رد قيمته ثم عاد اليه الثوب بملك مستقبل فى حق الاول على ماعرف على أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما وفى حق الاول عاد الثوب بملك

مستقبل فلهذا يأخذ قيمته ولا سبيل له على عينه كما لو اشتراه الثاني من الثالث فان اصطلحا كان له ذلك لان رأس ماله بعينه وهو عائد اليه بطريق الفسخ فى حقه وانما جعل الاقالة بمنزلة البيع الجديد فى حق غيره لدفع الضرر فاذا وقع التراضي عليه فقد اندفع الضرر فهذا لان الاستبدال انما لا يجوز لما فيه من أخذ رأس المال وغيره المسلم وذلك لا يوجد هنا فانما يأخذ رأس ماله بعينه وان كان عوده اليه بحكم ملك جديد وهذا لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين لتراضيهما عليه واذا رضى الاول بذلك كان فسخا فى حقه أيضا وهذا بخلاف ما اذا قضى القاضى له بالقيمة قبل أن يصالح الثاني مع الشك لان حقه هناك تقرر فى القيمة بقضاء القاضى فلا يعود في العين بعد ذلك وان قدر على رده وفى الاول لم يتقرر حقه فى القيمة بقضاء القاضى فيعود التعين اذا وقع التراضى عليه كما في المغصوب الآبق اذا عاد لان هناك بعد قضاء القاضي لو اصطلح على أخذ العبد جاز بطريق انه بدل عن القيمة التى قضى بها القاضى وهنا لا يجوز لان القيمة التى قضي بها القاضى رأس مال السلم والاستبدال برأس المال بعد الاقالة لا يجوز بالتراضى وكذلك لو كان الاوسط قبل الثوب بغير حكم بعيب بعد الصلح الاول أو قبله لان قبوله بالعيب حكم بمنزلة الاقالة ولو رد عليه بعيب بقضاء قاض ثم ناقض الاول رده بعينه لان الرد بقضاء القاضي فسخ من الاجل أعاد اليه الثوب على الملك الذى كان له قبل ملك الثاني فهو وما لو صالح الاول على رأس المال قبل العقد الثاني سواء ولو كان ناقضه السلم قبل أن يرد عليه الثوب فقضى له بقيمته ثم رد الثوب عليه بعيب بقضاء القاضى كان عليه قيمته بسبب المناقضة لان القيمة تقررت عليه بقضاء القاضي فلا يسقط عنه بعود رأس المال اليه بعد ذلك على أى وجه عاد ولكن الثوب رد عليه بالعيب بسبب هو فسخ من الاصل فيكون له ان يرده بالعيب على بائعه ويأخذ قيمته وانما رده بالعيب لدفع الضرر عنه وأخذ القيمة لان مناقض السلم عقد الرد فبطل ولما صار رأس المال هو القيمة التي قبضها بقى هنا الثوب ثوبا بنفسه أن يسلم اليه على رد السلم وقد تعذر رده اليه سليما فيلزمه قيمته كما فى الصداق اذا رد بعيب فاحش يؤخذ قيمته من الزوج ولو كان وهبه ثم اشتراه أو ورثه ثم أقاله السلم كان عليه قيمة الثوب لانه عاد اليه الثوب بملك متجدد بالشراء وفى الوراثة كذلك لان الوارث يخلف المورث في الملك والملك الذى كان للمورث كان ملكا متجددا سوى المستفاد بعقد السلم فيخلفه الوارث في ذلك الملك واختلاف سبب الملك باختلاف العين لانه

عاد اليه عين آخر فلهذا لزمه عند الاقالة قيمة الثوب ولو رجع فى الهبة ثم ناقضه السلم رد عليه بعيبه لان الرجوع فسخ الهبة سواء حصل بقضاء أو بغير قضاء وانما يعود اليه الملك الذى كان قبل الهبة واذا مات رب السلم أو المسلم اليه ثم صالح الحي الوارث وماتا جميعا ثم صالح الوارث على رأس المال جاز لان الوارث خلف المورث فيما كان له والصلح على رأس المال اقالة تستفاد بالملك دون العقد (ألا ترى) أن الوكيل بالشراء لا يملك الاقالة بعد الشراء والموكل يملكها لان الملك له فاذا كان الوارث قائما مقام المورث فى الملك قام مقامه فى الاقالة أيضا واذا صالح رب السلم المسلم اليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجز لان هذا استبدال للمسلم فيه فان بمقابلة نصف المسلم فيه نصف رأس المال وهو قد صالحه على أن يرد عليه بمقابلة نصف المسلم فيه جميع رأس المال فيكون هذا استبدالا وذلك باطل ولو كان رأس المال ثوبا فصالحه على أن ابراه عن الطعام على أن يرد عليه رب السلم خمسة دراهم فهذا باطل أيضا لان المسلم فيه يأخذ الخمس أيضا بغير شئ أعطاه اياه فان الطعام قد سقط عنه كله ومثل هذا يكون ربا واذا كان رأس المال عرضا فصالحه فباعه المسلم اليه من رب السلم بطعام مثل طعامه أو أكثر جاز وان رب السلم بائع لذلك العرض وقد اشترى بعد السلم بمثل ما باعه أو باكثر وذلك جائز وان باعه بأقل لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد السلم وهو المسلم فيه فغير جائز لانه استرباح على مالم يدخل في ضمانه وقد بيناه في البيوع وكذلك لو كان ذلك بطريقة الصلح واذا كان رأس المال شاة فأصاب المسلم اليه من لبنها وصوفها وسمنها ثم صالحه على رأس المال جاز وعليه ثمنها لمكان الزيادة المتولدة من العين كما في الولد الذى قدمنا قال الا أن يرضى رب السلم أن يأخذ الشاة بعينها ومراده اذا لم تكن الزيادة قائمة ولكن المسلم اليه هنا استهلكها فان لم يجب عليه عوض بالاستهلاك فيكون هذا بمنزلة تفويته جزأ من عينها وذلك يمنع رد عينها بعد الاقالة الا أن يرضي به رب السلم فهذا مثله وكذلك لو كان نخلافأ كل من ثمرته بخلاف الولد الذى أعتقه فهناك ولاء الولد باق له والولاء أثر من آثار الملك فيكون بقاؤه كبقاء ملكه فى الولد فيمنع رد عينها وان رضى رب السلم بها رهنا بعد الاستهلاك لم يبق شئ من الزيادة فوزان هذا من ذلك أنه لو قتل الولد ولو كان عبدا فأ كل من غلته ثم صالحه على رأس المال كان عليه أن يرد العبد ولا يرد الغلة لان الغلة ليست متولدة من العين وقد بينا الفرق بينها وبين الزيادة من العين فى البيوع قال فاذا كان

السلم فاسدا فلا بأس بأن يشترى برأس ماله مايشاء يدا بيد كما يشترى بالعرض لان المسلم فيه مع فساد العقد غير مستحق فما بقي من رأس المال لا يكون بدلا من المسلم فيه ولا هو مستحق بقية السلم انما هو بمنزلة قرض أقرضه والاستبدال ببدل القرض جائز بخلاف الاستبدال برأس المال بعد الاقالة في باب السلم لان المقبوض كان مستحقا بعقد القبض وكان السلم بدلا عن المسلم فيه فلا يجوز الاستبدال فيه بعد الفسخ كما لايجوز الاستبدال فى المسلم فيه ولا برأس المال قبل الفسخ واذا كان للمتفاوضين سلم على رجل فصالحه أحدهما على رأس المال جاز لان الاقالة من صنع التجار وأحدالمتفاوضين في صنع التجار قائم مقام صاحبه وكذلك شركاء العنان لان الصلح عن المسلم فيه على رأس المال اقالة وأحد الشريكين يملك ذلك فى حق شريكه كما فى الاقالة فى بيع العين لو اشتريا عبدا ثم أقال أحدهما المبيع من البائع جاز ذلك على شريكه لان أكثر ما فيه أن الاقالة بمنزلة بيع جديد وكل واحد من الشريكين يملك ذلك وكذلك يملك الاقالة والصلح على رأس المال في السلم ولو أمر رجل رجلا فأسلم له فى كر حنطة ثم صالح الذى ولى السلم على رأس المال جازعليه ويضمن كر سلم للآمر في قول أبي حنيفة وفى قول أبي يوسف رحمهما الله لايجوزصلحه على رأس المال وقد بيناهذا فى البيوع أن الوكيل بالسلم اذا أبرأ المسلم اليه جاز فى قولهما وكان للآمر مثل طعامه وفى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز وكذلك اذا أبرأه لابطريق الصلح على رأس المال وهذا بخلاف الوكيل بالشراء اذا أقال البيع لان المشترى هناك صار مملوكا للموكل بعينه واقالة الوكيل تصادف محلا هو حق غيره بغير أمره فأما المسلم فيه فهو دين واجب بالعقد والعاقد فيه لغيره كالعاقد لنفسه (ألا ترى) أن حق القبض اليه على وجه لايملك الموكل عزله عنه والدين فى الذمة ليس الا حق المطالبة بالسلم فتصرفه من حيث الاقالة اسقاط لذلك وهو حق الوكيل فلهذا صح ولكن اذا قبضه تعين المقبوض ملكا للآمر فاذا أقره عليه كان ضامنا له مثله ولو كان الآمر هو الذى صالح المطلوب على رأس المال وقبضه جاز بمنزلة ما لو أبرأه لا بطريق الصلح وهذا لانه يصير المقبوض ملكا له بالقبض وقد بينا أن ملك الاقالة باعتبار ملك المعقود عليه وباعتبار المال ملك المعقود له عليه فان المقبوض فى عقد السلم عين ماتناوله العقد لا غيره فلهذا صحت الاقالة عن الموكل فصار الحاصل أن الاعتبار حال الدينية هو حق الوكيل لانه مختص بالمطالبة والقبض وباعتبار حال العينة هو حق الموكل فتصح الاقالة

والابراء من كل واحد منهما باعتبار أن تصرفه يلاقى محلاهو حقه واذا أسلم رجلان عشرة دراهم فى كر حنطة فنقد هـذا من عنده خمسة وهذا من عنده خمسـة ولم يخلطا العشرة ثم صالح أحدهما على رأس ماله وأخذه فهو جائز ولا يشركه الآخر فيه فى قول أبى يوسف رحمه الله لان أصل رأس المـال لم يكن مشتركا بينهما ولم يذكر قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فى هذا الكتاب وقد ذكر فى كتاب البيوع أن الصلح من أحد ربى السلم يتوقف على اجازة الآخر عندهما فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا على الخلاف أيضا اذ لا فرق بين أن يكون رأس المال الذى نقـداه مختلطا أو غـير مختلط ومنهم من يقـول بل جوابهما هنا كجواب أبى يوسف رحمه الله وهذا لاختلاف الطرق لهما فى تلك المسئلة فعلى الطريق الذى قلنا ان وجوب المسلم فيه باعتبار عقدهما وكل واحد منهما فيه كشطر العلة الجواب فى الفصلين واحد وعلى الطريق الذى قلنا ان تجويز صلح أحدهما يؤدى الى أن يبطل حق رب السـلم عن المسلم فيه ويتقرر فى رأس المال ثم يعود فى المسلم فيه هذا الجواب قولهم جميعا لان ذلك انما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح فى المقبوض وليس له حق المشاركة هنا اذا لم يكن بينهما شركة فيما نقـدا من رأس المـال ولو لم يأخذه من رأس المال وقبض شيئا من السلم شاركه صاحبه فيـه لان طعام السلم وجب بالعقد مشتركا بينهما والعقد صفقة واحدة فيشارك أحـدهما صاحبه فيما يقبض من الدين المشترك واذا أسلم الذميان الى ذمى فى خمر ثم أسـلم أحدهما بطلت حصته من السلم ورجع اليه رأس ماله لان اسلامه يمنعه من قبض الخمر بحكم السلم (ألا ترى) أن الخمر لو كانت مبيعا عينا بطل العقد باسلامه قبل القبض فاذا كانت مملوكة بالعقد دينا أولى فان صالح من رأس ماله على طعام بعينه أو الى أجل لم يجز لان أصل السلم كان صحيحا فانما عاد اليه رأس المال بعد صحة السلم ببطلان العقد فهو بمنزلة مالو عاد اليه بالاقالة وقد بينا أن الاستبدال بالمـال بعد الاقالة لا يجوز ولو توى لنصرانى مال من هذا السلم كان له أن يشارك المسلم فيما قبض من رأس المـال لان أصل رأس المال كان مشتركا بينهما وقد عاد الى أحدهما بصفة بطريق لا يمكن رده وهو الاسـلام فيكون للآخر حق المشاركة معه فى المقبوض اذا توى ماله على المسلم اليه من الخمر لان سلامة المقبوض له كانت بشرط أن يسلم مابقى من الخمر للآخر وهو بمنزلة دين مشـترك بين اثنين اذا صالح أحدهما المديون على شئ وأجاز الآخر اتبـاع المديون بنصيبـه ثم توى ما عليـه فانه يكون له أن

يشارك صاحبه فيما قبض فهذا مثله ولو أعتق نصرانى عبدا نصرانيا على خمر ثم أسلم أحدهما فعليه قيمة نفسه فى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر وهو قول أبى يوسف رحمه الله وفي القول الأول وهو قول محمد رحمهما الله عليه قيمة الخمر وهذا بناء على مسئلة كتاب البيوع اذا أعتق عبده على جارية فاستحقت الجارية أو هلكت قبل التسليم لان هنا تعذر تسليم الخمر باسلام أحدهما بعد صحة التسمية فهو بمنزلة ما لو تعذر بالهلاك أو الاستخلاف والرد بالعيب قال وكذلك الخلع والنكاح والصلح عن دم العمد وقد بينا هذا فى كتاب النكاح ان عند أبى يوسف رحمه الله اذا أسلم أحدهما فله مهر مثلها وعند محمد رحمه الله لها قيمة الخمر والخنزير وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين العين والدين والخمر والخنزير ولو أسلم نصرانى خمرا الى نصرانى فى حنطة وقبض الخمر ثم أسلم أحدهما لم ينتقض السلم لان الاسلام طرأ بعد قبض الحرام وانما بقي من حكم العقد قبض الحنطة والاسلام لا يمنع من ذلك ولو صالح المسلم منهما على رأس ماله لم يجز لان رأس المال خمر والمسلم ليس من أهل أن يملك الخمر بالعقد ولا بالفسخ (ألا ترى) أن نصرانيا لو باع نصرانيا جارية بخمر وتقابضا ثم أسلم أحدهما ثم تقايلا لم يجز فكذلك فى السلم اذا صالحا على رأس المال وهذا كما لا يتملك المسلم الخمر بالعقد والفسخ لا يملك قيمتها وبه فارق مالو هلك رأس المال ثم صالحه عليه لان هنالك تصحيح الاقالة على قيمتها ممكن وانها مال متقوم فى حقه وهنا يتعذر تصحيح الاقالة على قيمتها لان الخمر ليست بمال متقوم فى حق المسلم واذا أسلم نصرانى الى نصرانى خنزيرا فى خمر وقبض الخنزير واستهلكه ثم أسلم أحدهما انتقض السلم لان الحرام مملوك بالعقد غير مقبوض حين طرأ الاسلام وعليه قيمة الخنزير لان الخنزير ليس من ذوات الامثال وحين استهلكه كان هو مالا متقوما فى حقهما فيحول حكم رأس المال الى قيمته (ألا ترى) أنهما لو تقايلا قبل الاسلام وجب رد قيمة الخنزير وكذلك اذا أسلم أحدهما حين انتقض به السلم بخلاف الاول فان الخمر من ذوات الامثال ولو استهلكها ثم تقايلا قبل الاسلام كان الواجب الرد مثل تلك الخمر والاسلام يمنع استحقاق تلك أو قيمتها بالاقالة للمسلم واذا صالح الكفيل بالسلم الطالب من السلم على ثوب والسلم حنطة لم يجز لان رب السلم بهذا الصلح يصير مملكا الحنطة من الكفيل بالثوب واذا كان تمليك المسلم فيه من المسلم اليه بعوض لا يجوز فمن غيره أولى ثم هذا على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ظاهر لانه لو صالح الكفيل على رأس

المال لم يجز عندهما فاذا صالحه على شئ آخر أولى وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز صلحه مع الكفيل على رأس المال لانه قائم مقام المسلم اليه مطلوب بطعام السلم كالمسلم اليه وصلحه مع المسلم اليه على غير رأس المال يكون استبدالا ويكون باطلا فكذلك صلحه مع الكفيل ولو صالح الكفيل رب السلم على أن زاده رب السلم درهما فى رأس المال وقبضه لم يجز لان أصل الطعام المسلم فى المسلم اليه والكفيل مطالب به فلا يمكن اثبات هذه الزيادة على أن يملكها المسلم اليه لانه ليس لأحد ولاية ادخال الشئ فى ملكه من غير رضاه ولان رب السلم ماأوجب له الزيادة انما أوجبها للكفيل ولا يمكن اثباتها للكفيل لان الزيادة ملحقة بأصل العقد وبأصل العقد لا يجوز أن يملك شيئا من رأس المال بالشرط ممن لايجب عليه شئ من أصل طعام السلم وليس فى ذمة الكفيل شئ من أصل طعام السلم فلهذا لا تثبت الزيادة على الكفيل أن يرد الدراهم ولان الزيادة تثبت على أن يتغير بها وصف العقد والكفيل ليس بعاقد فلا يملك التصرف فى وصف العقد وهو دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فى أن الكفيل لايملك الصلح على رأس المال لان ذلك فسخ للعقد واذا عقد لم يكن اليه تغيير وصف العقد فلايكون له ولاية فسخ العقد بطريق الاولى ولو قال الطالب للكفيل قد أغلى على السلم فزاده الكفيل مختوم حنطة فى السلم لم يجز ذلك كما لو زاده المسلم اليه ولم يحط به شئ من رأس المال لان الكفيل لايملك حط شئ من رأس المال فان رأس المال صار متحققا للمسلم اليه وليس الى الكفيل ولاية اسقاط حقه وقد بينا أن الكفالة بطعام السلم لا تمس رأس المال فلهذا لم يثبت حط شئ من رأس المال بزيادة الكفيل في طعام السلم ولو زاد رب السلم درهما على أن زاده الكفيل مختوم حنطة لم يجز ذلك أيضا لان كل واحد منهما على الانفراد لا يمكن تصحيحه ولا يمكن أن يجعل هذا ابتداء اسلام الدراهم فى مختوم حنطة من الكفيل لانهما ذكرا ذلك على وجه الزيادة والزيادة تتبع الاصل فلو جعلنا هذا سلما مبتدأ كان أصلا لازيادة فيكون غير ما أوجباه وذلك لايجوز ولو كان السلم ثوبا مرويا فأعطاه الكفيل ثوبا أجود منه أو أطول منه على أن زاده رب السلم درهما لم يجز لان هذه الزيادة لا يمكن اثباتها على سبيل الالتحاق بأصل العقد لما قلنا ولا يمكن اثباتها بمقابلة الجودة أو زيادة الزرع لان رب السلم التزمها بيعا لامقصودا بالمعاوضة وكذلك لو أعطاه ثوبا فرد على الكفيل درهما لم يجز لان الكفيل لم يبايعه بشئ ولم يستحق عليه شيئا من المال فلا يمكن أن يجعل ذلك

حطا فى حق الكفيل ولو كان السلم طعاما فأعطاه الكفيل طعاما فيه عيب على أن يردعليه درهما مع ذلك لم يجز لان هذا مع الاصيل لايجوز على مابينا أن اقالة العقد في الوصف فكيف يجوز مع الكفيل ولو أعطاه طعاما فيه عيب وتجوز به رجع الكفيل على المكفول عنه بمثل ما كفل به لان بعقد الكفالة وجب للطالب على الكفيل وللكفيل على المطلوب حق مؤجل الى أن يقضي عنه ماالتزمه وقد فعل ذلك حين أعطاه جنس حقه وتجوز هو بالعيب فيه فيرجع على المكفول عنه بمثل ما كفل به ولو أوفاه الكفيل السلم في غير الموضع الذى شرط فقبله كان له أن يرجع به على الاصيل فى موضع الشرط لانه استحق بالكفالة عليه مثل ماالتزم وماله حمل ومؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فقبول رب السلم منه فى غير الموضع المشروط بمنزلة قبوله المعيب فيكون له أن يطالب الاصيل بما استوجبه عليه بالكفالة وهو التسليم فى الموضع المشروط ولو صالحه الكفيل على أن يعطيه السلم في غير موضعه ويعطيه الأجر الى ذلك الموضع لم يجز الصلح ويرد الأجر ويرد الطعام حتى يوفيه عند الشرط كما لو كان هذا الصلح مع الاصيل وقد بيناه في البيوع ولو كان شرط عليه أن يوفيه اياه بالسواد فصالحه على أن يعطيه بالكوفة ويأخذ له كذا من الأجر لم يجز ذلك ويرجع عليه بذلك ان كان دفعه كما لو صالح مع الاصيل على ذلك وهذا لانه يأخذ المسلم فيه مع الزيادة وتلك الزيادة خالية عن المقابلة واذا صالح الذى عليه أصل السلم الكفيل من الطعام على دراهم أو شعير أو ثوب فهو جائز لان مااستوجبه على المسلم اليه ليس بمستحق له بعقد السلم بل بعقد الكفالة والكفيل بالكفالة والاداء يصير كالمقرض لما أدى الى المسلم اليه والاستبدال ببدل القرض وبالدين الواجب بغير عقد السلم صحيح ثم ان كان صلحه بعد الاداء فهو ضامن وان كان قبل الاداء فان أدى الطعام الي الطالب برئا جميعا لحصول مقصود المطلوب وهو براءة ذمته بأداء الكفيل ولو أداه المكفول عنه رجع به على الكفيل لان مقصود المسلم لم يحصل حين احتاج الى أداء طعام السلم من ماله والكفيل بمنزلة المشترى منه لما أخذه ثم المقاصة بينهما انما استوجب به الرجوع فيه فاذا أداه من مال نفسه لم تقع المقاصة فكان له أن يرجع على الكفيل به الا أن يشاء الكفيل أن يرد عليه ماأخذه به منه لانه أخذ بطريق الصلح وهو مبنى على التجوز بدون الحق وقد بينا نظيره فى سائر الديون واذا أسلم عشرة دراهم الى رجل فى كر حنطة الى أجل وقبضها ثم مرض رب السلم وحل الطعام وهو

يساوي عشرين درهما فتقايلا السلم ثم مات المريض ولا مال له غيره فان الاقالة تجوز فى ثلث الكر ويرد على الورثة ثلثى رأس المال وثلث الطعام لان المريض بالاقالة حابى بنصف ماله ولا يمكن تصحيح المحاباة فيما زاد على الثلث ولا وجه لازالة المحاباة فى الزيادة بأن يغرم ذلك المسلم اليه من ماله لان فيه عود الزيادة على رأس المال من رب السلم بطريق الاقالة وذلك لا يجوز ولا وجه الى ابطال الاقالة لان اقالة السلم لا يحتمل التبعيض فيتعين الاطلاق الذى قلنا وهو تصحيح الاقالة فى ثلثى الكر وابطالها فى الثلث لانه لو كان للمريض سوى هذا عشرة دراهم لكانت الاقالة تصح فى الكل فانه يسلم للورثة عشرون درهما والمحاباة بقدر عشره فيقسم الثلث والثلثان فالسبيل فيه أن نضم ماعدمنا الي الموجود ثم ننظر الى ما عدمنا انه كم هو من الجملة فتبطل الاقالة بقدره والعشرة التي عدمنامن الجملة الثلث فنبطل الاقالة فى ثلث الكر ونجوزها فى ثلثى الكر بثلثى رأس المال فيحصل للورثة ثلث كر قيمته ستة وثلثان وثلثا رأس المال ستة وثلثان فذلك ثلاثة عشر وثلث ويحصل للمسلم اليه ثلثا كر قيمته ثلاثة عشر وثلث بستة وثلاثين فانما نفذ بالمحاباة له في ستة وثلاثين وقد سلم للورثة ضعف ذلك فينقسم الثلث والثلثان فان قيل كيف تبطل الاقالة فى الثلث والاقالة فى السلم لا نافض لها قلنا انما ينفذ من تصرفات المريض ما يحتمل النقض بعد وقوعه فأما ما لا يحتمل النقض فالحكم فيه يثبت على سبيل التوقف كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فى العتق وقد قررنا هذا الاصل فى كتاب العتاق والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى الغصب

(قال رحمه الله) رجل غصب عبدا من رجل ثم صالحه صاحبه من قيمته على دراهم مسماة حالة أو الى أجل فهو جائز بمنزلة مالو باع العبد منه بثمن حال أو مؤجل جاز سواء قل الثمن أو كثر فان كان العبد مستهلكا فأقام الغاصب البينة أن قيمته أقل مما صالحه عليه بكثير لم تقبل بينته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله تقبل بينته ويرد زيادة القيمة على الغاصب ان كان العبد مستهلكا وقت الصلح وان كان قائما فالصلح ماض وأصل المسئلة أن الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته يجوز فى قول أبى حنيفة ولا يجوز فى قولهما ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول موضع الخلاف اذا كان العبد آبقا فأما اذا كان

مستهلكا حقيقة فلا خلاف أن الصلح على أكثر من قيمته من النقود لا يجوز حتى اذا تصادقا على أن ماوقع عليه الصلح أكثر من القيمة يجب رده ولكن اختلفا فيه فأبو حنيفة رحمه الله يقول لا أقبل بينة الغاصب على أن قيمته دون ماوقع عليه الصلح لان اقدامه على الصلح اقرار منه أن قيمته هذا المقدار أو أكثر منه فيكون هو مناقضا في دعواه بعد ذلك ويكون ساعيا في نقض ماتم به فلا يقبل ذلك منه وهما يقولان قد يخفى عليه مقدار القيمة في الابتداء أو يعلم ذلك ولا يجد الحجة لغيبة شهوده فاذا ظهر له ذلك أو حضر شهوده وجب قبول بينته على ذلك لانه يقصد به اثبات حقه في استرداد الزيادة كالمرأة اذا خالعت زوجها ثم أقامت البينة أنه كان طلقها زوجها ثلاثا قبل الخلع والأصح عندي أن هذا كله بخلاف فان الصلح جائز عند أبي حنيفة رحمه الله على أكثر من قيمة المغصوب وان كان مستهلكا وتصادقا ان ما وقع الصلح عليه أكثر من القيمة وعندهما لا يجوز وحجتهما في ذلك أن الواجب على الغاصب بعد هلاك العين القيمة وهي مقدرة من النقود شرعا فاذا صالح على أكثر منها من جنس النقود كان ربا كما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحه على أكثر من القيمة والدليل على أن الواجب هو القيمة وان ما يقع عليه الصلح بدل عن القيمة أنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى أجل لا يجوز ولو كان مايقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد عنه وبمقابلة القيمة يكون مبيعا وقاسا هذا بشريكين في عبد اذا أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر فيضمنه الآخر وصالحه على أكثر من نصف القيمة فانه لا يجوز لان الواجب نصف القيمة شرعا وكذلك لو كان المعتق معسرا فصالح الساكت العبد على أن استسعاه في أكثر من نصف القيمة لم يجز لهذا المعنى واذا قضى للشفيع بالشفعة بأكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري فرضي الشفيع بذلك لم يجز لان العوض تقدر شرعا بما أعطاه المشتري فلم تجز الزيادة عليه ولأبي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه مالم يتضرر حقه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقي العبد مملوكا على ملكه حتى تكون العين عليه وان كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له ولو كان اكتسب كسبا كان له أن يأخذ كسبه ولو كان نصب سكة فيعقل بها سيده بعد موته كان للمغصوب منه وانما يملك الكسب بملك الاصل وهذا لانه اذا أبرأ الغاصب من اباقه يجعل القول قول الغاصب ولان الغاصب هو المشتري للعبد بهذا الصلح فاذا قال هو

عندى فقد أقر انه محل البيع وانه يصير قابضا له بنفس الشراء فيمكن تصحيح هذا الصلح بينهما شراء (ألا ترى) أن شراء الآبق لايجوز فان قال المشتري هو عبدي فقد أخذته ثم اشتراه جاز فكذلك المغصوب قال ولو غصبه كر حنطة ثم صالحه منه وهو قائم بعينه على دراهم مؤجلة فهو جائز لان الدراهم اذا قوبلت بالحنطة يكون ثمنا والشراء بالثمن المؤجل جائز فكذلك الذهب والفضة والموزونات كلها فأما اذا صالحه على مكيل فلا يجوز فيه النسيئة لان الكل بانفراده يحرم النساء فان كان الطعام مستهلكا لم يجز الصلح على شئ من ذلك نسيئة لانه دين بدين ماخلا الطعام فان صالحه على طعام مثله الى أجل حالا فهو جائز لانه تأجيل فى ضمان المغصوب فان الواجب بهذا الاستهلاك ضمان المثل ولا يتمكن فى هذا الصلح معنى المبادلة وكذلك لو صالحه على أقل منه فانه اسقاط لبعض الواجب وتأجيل فيبقى وان صالحه على أكثر منه لم يجز نسيئة كان أو حالا لأجل الربا فالمصالح عليه اما أن يكون عوضا عن المستهلك أو عن مثله فكيفما كان فالفضل ربا ولو غصبه كر حنطة وكر شعير فاستهلكهما ثم صالحه على كر شعير الى أجل على أن أبرأه من الحنطة فهو جائز لانه أسقط حقه فى الحنطة وأجله فيما عليه من ماله لتغيير كل واحد منهما صحيح اذا أفرده فكذلك اذا جمع بينهما وكذلك اذا كان أحدهما قائما فصالحه عليه على أن أبرأه من المستهلك لانه مستوف عين حقه فى القائم مبرئا له عن ضمان المستهلك ولوغصبه مائة درهم وعشرة دنانير فاستهلكهما ثم صالحه منهما على كر حنطة بعينه ثم استحق الكراء ووجد به عيبا فرده رجع بالدراهم والدنانير لان بالاستحقاق والرد بالعيب انتقض الصلح وكان قد صح بطريق المعاوضة فانما يرجع بعد انتقاضه بالعوض الذى كان حقا له وهو الدراهم والدنانير وان صالحه على خمسين درهما حالة أو مؤجلة فهو جائز لانه مبرئ له عن الدنانير وعن بعض الدراهم ومؤجل له فيما بقي من حقه فى الدراهم وكل ذلك مستقيم فان استحقت بعد ماقبضها أو وجدها زيوفا أو ستوقة رجع بمثلها ولو لم ينتقض الصلح لان صحته هنا بطريق الاسقاط دون المعاوضة فباستحقاق ما استوفى أو رده بعيب الزيافة لايبطل الابراء فيما سوى ذلك وانما ينتقض القبض فى المستوفى فيرجع بمثله وكذلك لو صالحه على وزن خمسين درهما فضة فصحة هذا الصلح بطريق الاسقاط لان المستوفى من جنس حقه فلا يمكن تصحيح الصلح بطريق المعاوضة وكذلك لو غصبه مائة مثقال فضة تبرا وعشرة دنانير فصالحه على خمسين درهما

حالة أو مؤجلة فهو جائز اذا كانت الدراهم مثل الفضة بطريق الجودة فى الاسقاط لبعض حقه وان كان خيرا منها لم يجز لان زيادة الجودة فيما وقع عليه الصلح بمقابلة ماأسقط من الدنانير وبعض الدراهم وذلك ربا وهذا كله بخلاف ما سبق فيما اذا كانت الدنانير لانسان والدراهم لآخر فصالحاه على مائة درهم أو صالحاه على عشرة دنانير لم يجز وقد غلط فيه بعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله فقالوا يجوز الصلح فى الوجهين على أن يكون صاحب الدراهم مبرئا عن بعض حقه مستوفيا لما يخصه من الدراهم فان تصحيح الصلح بهذا الطريق ممكن كما اذا كان المالان لواحد ولكن الفرق بينهما واضح فان المالين اذا كانا لاثنين فلا بد من قسمة ما وقع الصلح عليه بينهما على قدر ماليهما واذا جعلنا صاحب الدراهم مبرئا عن بعض حقه لا يمكنه أن يزاحم صاحبه بما أبرأه عنه من العشرة فلا بد من اعتبار معنى المعاوضة فى المالين ابتداء وباعتباره يظهر الربا ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا كان المالان لواحد منهما فلهذا صح الصلح بطريق الابراء ولو غصبه كر حنطة فصالحه منه على نصف كر حنطة والمغصوب قائم بعينه أو صالحه على نصف الكر المغصوب ودفعه اليه واستفضل الثانى غير أن طعام الغصب لم يكن بحضرتهما حين اصطلحا فالصلح جائز حين لم يكن بحضرتهما فانا نجبر الغاصب على رد العين فى الحال وهو في حكم المستهلك من هذا الوجه فيمكن تصحيح الصلح بطريق الاسقاط كما لو كان الكر دينا فصالحه على نصفه ومااستفضل الغاصب واجب له أن يرده على المغصوب منه لانه غير ملكه ولا يتملكه الغاصب حقيقة بما جرى بينهما لان تصحيح ماجرى بينهما بطريق المعاوضة غير ممكن وبطريق الاسقاط لا يملك العين فلهذا يؤمر بالرد وجميع ما يكال أو يوزن من الدراهم والدنانير فى ذلك كالحنطة ولو غصب ألف درهم فأخفاها وغيبها عنه ثم صالحه على خمسمائة أعطاها اياه من تلك الدراهم أو من غيرها أحببت له أن يرد الفضل كما فى الاول لان الدراهم تتعين فى الملك وفي البعض بحكم الغصب والرد كالحنطة فان كانت الدراهم فى يد الغاصب بحيث يراها المغصوب منه والغاصب منكر للغصب ثم صالحه على خمسمائة منها جاز وكذلك كل ما يكال أو يوزن لان الغاصب بانكاره الغصب يزعم أن العين ملكه والشرع جعل القول قوله فيتعذر على المغصوب منه أخذ عينه فى الحكم ويكون بمنزلة المستهلك فيمكن تصحيح الصلح منهما بطريق الاسقاط فلهذا أمكن تصحيحه فى الحكم ويكون بمنزلة المستهلك والمنكر آثم فى الانكار والغصب فان وجد المغصوب منه بينة

على بقية ماله الذى فى يده قضيت له به لانه لما وجد البينة فقد تمكن من استرداد العين وزال المعنى الذى لأجله كان فى حكم المستهلك وتصحيح الصلح بطريق الاسقاط انما يكون فى المستهلك لافى حقهما فلهذا لايشاركه فيما قبضه ولكنه على حجته مع الغاصب ولوأن رجلين ادعيا فى دار دعوى ميراثا عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه ان كان المصالح منكرا أو مقرا لانهما يتصادقان على أن المدعى ملكهما وان البائع لنصيبه وتصادقهما يكون حجة فى حقهما ثم ذكر بعض مسائل الاكراه وأن الاكراه عند أبى حنيفة رحمه الله لا يكون الا من السلطان وعندهما يكون من كل متغلب يقدر على ايقاع ماهدده به والصلح فى حكم الاكراه كالبيع فانه يعتمد تمام الرضا كالبيع وكما أن الاكراه بالجنس والمقيد بعدم الرضا فى البيع فكذلك فى الصلح ولو أن قوما دخلوا على رجل بيتا نهاراأو ليلا فهددوه وشهروا عليه السلاح حتى صالح رجلا عن دعواه على شيء فهذا الصلح ينبغى أن يجوز في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ليس بسلطان والاكراه عنده لايتحقق الامن السلطان وكذلك لو أكرهوه على الاقرار فاقراره جائز عنده وعندهما ان كانوا شهروا عليه السلاح لم يجز صلحه واقراره لانه صار خائفا التلف على نفسه والسلاح مما لا يلبث وان كانوا لم يشهروا عليه السلاح وضربوه وتوعدوه فان كان ذلك نهارا فى المصر فالصلح جائز لانه يستغيث بالناس فيلحقه الغوث في المصر بالنهار قبل أن يأتوا على أحد فالضرب بغير السلاح مما لايلبث عادة وان كان ذلك ليلا في المصر أو كان فى الطريق غير السفر أو دارا لم يجز الصلح والاقرار لان اللبث بعيد فصار خائفا التلف على نفسه وكذلك اذا كان في بستان لايقدر فيه على الناس فهو والمناداة فيه سواء وكذلك الغوث وعلى هذا لو أن الزوج هو الذى أكره فى ذلك انتصافه فى الصداق لان الزوج ليس بسلطان فلا معتبربا كراهه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما المعتبر خوفهما التلف كما ذكرنا قال ولو توعدها بالطلاق أو بالتزوج عليها أو بالتسرى لم يكن ذلك اكراها لانه ما هددها بفعل متلف أو مؤلم بدنها انما يغمها بذلك والاكراه بهذا القدر لايتحقق وذكر فى الاصل اذا كان المدعى رجلين فاكره السلطان المدعي عليه على صلح أحدهما فصالحهما جميعا لم يجز صلحه مع من أكره على الصلح معه وجاز مع الآخر لانه أنشأ الصلح مع كل واحد منهما ابتداء وهو راض بالصلح مع أحدهما غير راض به مع الآخر لأجل الاكراه وهذا بخلاف مالو أجبره على أن يقر لأحدهما

بدين فأقر لهما بدين لم يجز الاقرار فى حق كل واحد منهما لان الاقرار اخبار منه عن واجب سابق ولم يصح فى حق من أكره على الاقرار له فلو صححناه فى حق الآخر فقبض نصيبه كان للآخر أن يشاركه فى المقبوض ولو قلنا لايشاركه كان هـذا الزام شيء سوى ماأقر به لان هـذا اقرار بدين مشترك بينهما فلهذا لايجوز الاقرار بخلاف الصلح فانه انشاء عقـد يمكن تصحيحه فى نصيب احدهما دون الآخر وهو نظير المريض اذا أقر لوارثه ولأجنبي لم يجز اقراره لواحـد منهما ولو أوصى لأجنبي ولوارثه بثلث ماله جاز فى نصيب الأجنبي فهذا قياسه والله أعلم بالصواب

باب الصلح فى العارية والوديعة

(قال رحمه الله) واذا قال المستودع ضاعت الوديعة أو قال رددتها عليك فهو مصـدق فى ذلك لكونه أمينا فان صالحه صاحبها بعد هذا الكلام على مال لم يجز الصلح فى قول أبى يوسف رحمه الله وهو قول أبى حنيفة رحمه الله والرواية في الاجير المشترك اذا ادعى الرد ثم صالح صاحبه علي ماقال فالأجير عنده أمين كالمودع وقال محمد رحمه الله الصلح صحيح والحاصل أن في هذه المسئلة ثلاثة أوجـه (أحـدها) أن يدعي صاحبها عليه الاستهلاك وهو ينكر ذلك وفى هذا يجوز الصلح والاتفاق لان صاحبها يدعي عليه دينا بسبب لو أقر به لزمه فهذا صلح مع الانكار وذلك صحيح عندنا (والثانى) أن يقول المودع قد هلكت أو رددتها ولا يدعي صاحبها عليه الاستهلاك ولكنه يكذبه فيما يقول ففى هذا خلاف كما بينا وجه قول محمد رحمه الله أن صاحبها يدعى عليه الضمان بالمنع بعد طلبه وذلك منه بمنزلة الغصب ولو ادعي غصبا علي انسان ثم صالحه على مال جاز الصلح بناء على زعم المدعى فهذا مثله لان الثمن باق على المودع فهو بهذا الصلح بقى عليه بمال وذلك صحيح عندنا وأبو يوسف رحمه الله يقول المودع أمثل فيثبت بخبره ما أخـذ عن دعوى الرد أو الهلاك لان تأثير كونه أمينا فى قبول قوله فصار ثبوت ذلك بقوله كثبوته بالبينة ولو ثبت ذلك بالبينة لم يجز الصلح بعد ذلك وتوجه اليمين على المودع لنفى التهمة عنه لان البراءة تظهر بخبره بدليل انه لو مات قبل أن يحلف كانت البراءة تامة واذا ثبت حصول البراءة بخبره فهو كما لو أبرأ المغصوب منه الغاصب عن المستهلك ثم صالحه على مال وانما يجوز بالصلح فـداء اليمين التى هى حق المـدعى خلفا عما فوت

عليه المنكر للدعوى بزعمه وهذه اليمين ليست بتلك الصفة بل هى لنفى التهمة ويفدى مثلها
بمال كالمرأة اذا أخبرت بانقضاء العدة فالقول قولها مع اليمين ولو صالحها الزوج على مال لم يجز
(ألا ترى) أن هذه اليمين تسقط بموته بخلاف يمين المنكر فى الدعوى والخصومات فان وارثه
يقوم مقامه فى ذلك حتى يحلف على العلم ولان المودع سلطه على الاخبار بالرد والهلاك
فقوله في ذلك كقول المنكر ولو أقر المودع بذلك ثم صالحه لم يجز الصلح والعذر عن اليمين
ماذكرنا * (الثالث) فيما اذا قال المودع رددتها وقال المودع استهلكتها ثم صالحه على مال
ففى قول أبى يوسف رحمه الله لايجوز هذا الصلح أيضا ذكره فى رواية أبى حفص رحمه الله
فى الجامع وفى قوله الآخر يجوز الصلح وهو قول محمد رحمه الله وجه قوله الاول ماذكرنا
أن البراءة تحصل له بقوله رددتها وقوله فى ذلك بمنزلة قول صاحبها والحكم الثابت بخبره
لا يبطل بدعوى صاحبها الاستهلاك فكما أن قبل هذه الدعوى لو صالح لم يجز الصلح
عنه فكذلك بعد هذه الدعوى وجه قوله الآخر أن الرد وان ثبت بخبره فصاحبها يدعي
عليه شيئا آخر للضمان وهو الاستهلاك فصار ذلك كدعوى مبتدأة عليه فيجوز أن يصالحه
على مال (ألا ترى) أن اليمين هنا على مايدعيه صاحبها بخلاف الأول فهناك اليمين على المودع
من الرد وان هذه اليمين لاتسقط بموته ولكن يحلف الوارث على علمه بالله ما استهلكتها كما
يدعيه صاحبها بخلاف الاول وهذا لان البراءة تثبت بقوله رددتها لكونه أمينا وذلك فى
حكم القبض بجهة الوديعة * وفى الفصل الاول لايدعى صاحبها لوجوب الدين عليه شيئا آخر
وهنا يدعى ذلك قال وان جحد الطالب أن يكون المستودع قال هذه المقالة قبل الصلح
فادعى المستودع أنه قد قالها فالصلح جائز وهذا التفريع على قول أبى يوسف رحمه الله خاصة
فأما عند محمد رحمه الله فلا فائدة فى هذا الاختلاف لانه لايجوز الصلح قبل هذه المقالة وبعدها
وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن اقدام المستودع على الصلح طائعا التزام منه للمال بسبب
تصحيح ظاهر فهو يريد بها تفريع ذلك أن يبطل ما التزمه فيها فلا يقبل قوله فى ذلك
كالمرأة اذا اختلعت من زوجها بعد الطلاق الرجعى ثم زعمت أن عدتها كانت قد انقضت
قبل الخلع لايقبل قولها فان أقام المودع بينة بهذه المقالة برئ من الصلح وان لم يكن له بينة
فعلى الطالب اليمين لانه يدعى عليه وجوب رد المال عليه فهو كالمختلعة اذا أقامت البينة على
أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع فان قيل هو مناقض فى الدعوى هنا أيضا شائع فى بعض

ماقدمتم به فينبغي أنه لا تقبل بينتـه ولا يحلف خصمه كالبائع اذا زعم أنه كان باع العين من فلان قبل أن يبيعه من هـذا المشترى بخلاف الخلع فان هناك هي مناقضة في الدعوى أيضا ولكن البينة على الاطلاق مقبولة من غير الدعوى والجواب أن يقول هو غير مناقض فى دعواه لان قبوله الصلح لا يكون اقرارا منه بوجوب شئ عليه ولكنه يدعى خلاف مايشهد له الظاهر لان العقود فى الظاهر محمولة على الصحة فلا يقبل قوله فى ذلك الا بالبينة وعند عدم البينة القول قول خصمه مع اليمين لكون الظاهر حجة وشاهدا له وان كانت الوديعة قائمة بعينها وهى مائة درهم فصالحه منها على مائة درهم بعد اقرار أو انكار لم يجز اذا قامت البينة على الوديعـة لانها عين فى يد المودع فيكون الصلح عنها معاوضة ومعاوضة المائة بالمائتين باطل ولا يمكن تصحيحه بطريق الابراء والاسقاط لان العين لا تحتمل ذلك وان لم تقم بينة وكان المودع منكرا فالصلح جائز عند دعوى الدين عند انكار المودع وعجز المدعى عن الدار وانه بمنزلة البيع فلهذا صح العقد بدون الاضافة الى الموكل ثم المقصود من الصلح قطع المنازعة وقطع المنـازعة واجب ما أمكن باعتبار معنى البيع واذا صح الصلح غير مضاف الى الموكل انقطعت المنازعة بينهما فوجب المصير الى ذلك استحسانا والله أعلم بالصواب

باب الحكمين

(قال رحمه الله) الأصل فى جواز التحكيم قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما) والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم ولهذا بدأ الباب بحديث الشعبي رحمه الله قال كان بين عمرو أبى بن كعب رضى الله عنهما مدارأة بينهما فى شيء فحكما بينهما زيد بن ثابت رضى الله عنه فأتياه فخرج زيد بن ثابت اليهما وقال لعمر رضى الله عنه ألا تبعث الى فآتيك ياأمير المؤمنين فقال عمر رضى الله عنه فى بيته يؤتى الحكم فأذن لهما فدخلا وألقى لعمر وسادة فقال عمر رضي الله عنـه هذا أول جورك وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال زيد لابىّ رضى الله عنه لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر يمين لزمتنى فلا حلف فقال أبىّ رضي الله عنـه بل يعفى أمير المؤمنـين ويصـدقه والمراد بالمدارأة الخصومة واللجاج قال الله تعالى (فادّا رأتم فيها) وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث ثابت بن شريك رضى الله عنهما لايدارى ولا يمارى أى لايلاحى ولا

يخاصم وقد بينا فوائدا الحديث واذا حكم الحكم بين رجلين ثم تخاصموا الى حكم آخر فحكم بينهما سوى ذلك ولم يعلم بالأول ثم ارتفعا الى القاضي فانه ينفذ الحكم الذي يوافق رأى القاضي من ذلك لما بينا أن حكم كل واحد منهما غير ملزم شيئا واذا حكم رجلان حكما في خصومة بينهما ما دام فى مجلسه ذلك فتجاحدا وقالا لم تحكم بيننا وقال الحاكم بل حكمت فانه يصدق ما دام فى مجلس الحكومة ولا يصدق بعد القيام منه حتى يشهد على ذلك غيره لانه ما دام فى مجلسه فهو يملك انشاء الحكم بينهما فلا تتمكن التهمة فى اقراره به فأما بعد القيام فهو لا يملك انشاء الحكم فتتمكن التهمة فى اقراره وهو نظير المولي اذا أقر بألف والمطلق اذا أقر بالرجعة فى الفرق بينهما اذا أقر قبل مضى المدة و بينهما بعده وان حكماه ولا يشهدا على تحكيمهما اياه لم يقبل قول الحكم فيه عليهما لانه يدعى لنفسه عليهما ولاية تنفيذ القول وهو غير مصدق فيما يدعى عليهما اذا كانا يجحدانه والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الرهن

قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام
أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء

(اعلم) بأن الرهن عقد وثيقة بمال مشروع للتوثق فى جانب الاستيفاء فالاستيفاء هو المختص بالمال ولهذا كان موجبه ثبوت يد الاستيفاء حقا للمرتهن عندنا لان موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى وملك اليد فموجب العقد الذى هو وثيقة الاستيفاء بعض ذلك وهو ملك اليد وعلى قول الشافعى رحمه الله موجبه ما هو موجب سائر الوثائق كالكفالة والحوالة وهو أن تزداد المطالبة به فيثبت به للمرتهن حق المطالبة بايفاء الدين من ماليته وذلك بالبيع في الدين ولكنا نقول الكفالة والحوالة عقد وثيقة مالزمه والذمة محل لالتزام المطالبة فيها فيكون الثابت بهما بعض ماثبت لحقيقة التزام الدين وهو المطالبة والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل لاستيفاء الدين منه فعرفنا أن الثابت به بعض ما ثبت لحقيقة الاستيفاء وكيف يكون البيع فى الدين موجب عقد الرهن ولا يملك المرتهن ذلك بعد تمام الرهن الا بتسليط الراهن اياه على ذلك نصا وكم من رهن ينفك عن البيع فى الدين وموجب العقد مالا يخلو العقد عنه بعد تمامه ثم جواز هذا العقد ثابت بالكتاب والسنة * أما الكتاب

فقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) وهو أمر بصيغة الخبر لانه معطوف على قوله تعالى (فاكتبوه) وعلى قوله تعالى (وأشهدوا اذا تبايعتم) وأدنى ما يثبت بصيغة الأمر الجواز * والسنة حديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما لبيته ورهنه درعه وفى حديث أسماء بنت يزيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى ودرعه مرهون عند يهودى بوسق من شعير وعن ابن عباس وأنس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه ليهودى فما وجد ما يفتكه حتى توفى صلوات الله عليه وجاء اليهودى في أيام التعزية يطالب بحقه ليغيظ المسلمين به وفى هذا دليل جواز الرهن فى كل ماهو مال متقوم مايكون معدا للطاعة وما لا يكون معدا له فى ذلك سواء فان درعه صلوات الله عليه كان معدا للجهاد به فيكون دليلا على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله الشيعة أن ما يكون للطاعة لا يجوز رهنه لانه فى صورة حسبة عن الطاعة وفيه دليل أن الرهن جائز في الحضر والسفر جميعا فانه رهنه صلى الله عليه وسلم بالمدينة فى حال اقامته بها بخلاف ما يقوله أصحاب الظواهر أن الرهن لا يجوز الا فى السفر لظاهر قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) والتعليق بالشرط يقتضى الفصل بين الوجود والعدم ولكنا نقول ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر مايعتاده الناس فى معاملاتهم فانهم فى الغالب يميلون الى الرهن عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب أن يكون ذلك فى السفر والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فالرهن فى الحضر والسفر دليل على جوازه بكل حال ثم ذكر عن على بن أبى طالب رضي الله عنه قال يترادان الفضل فى الرهن وفيه دليل أن المقبوض بحكم الرهن يكون مضمونا ثم بيان هذا اللفظ أنه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وهو مذهبنا أيضا وان كانت قيمته خمسة عشر فالراهن يرجع على المرتهن بخمسة وهو مذهب على رضى الله عنه وبه أخذ بعض الناس ولسنا نأخذ بهذا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فانهما قالا انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا كانت القيمة أكثر فالمرتهن فى الفضل أمين وهكذا روى محمد بن الحنفية عن على رضى الله عنه أن المرتهن فى الفضل أمين وحاصل الاختلاف فيه بين العلماء رحمهم الله على ثلاثة أقاويل فعندنا هو

مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وعند شريح رحمه الله هو مضمون بالدين قلت قيمته أو كثرت فانه قال الرهن بما فيه وان كان خاتما من حديد بمائة درهم وفي احدى روايتي علي رضى الله عنه يترادان الفضل هذا بيان الاختلاف الذى كان بين المتقدمين رضى الله عنهم فى الرهن الى أن أحدث الشافعى رحمه الله قولا رابعا انه أمانة ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه واستدل في ذلك بحديث الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلوات الله عليه وسلامه قال لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه وفى رواية الرهن من راهنه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه وزعم أن معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين فقد فسر ذلك بقوله الرهن من راهنه الذى رهنه أى من ضمان راهنه وقوله صلى الله عليه وسلم وعليه غرمه أى عليه هلاكه فالغرم عبارة عن الهلاك قال الله تعالى إنا لمغرمون أى هلكت علينا أموالنا والمعنى فيه أن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين كما لا يسقط بهلاك الصك وموت الشهود وهذا لان بعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو قلنا بأنه يسقط دين المرتهن بهلاكه كان ضد ما اقتضاه العقد لان الحق به يصير بعرضة الهلاك وذلك ضد معنى الصيانة والدليل عليه أن عين الرهن مازاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض فى الكل واحد وما هو موجب الرهن وهو الحبس ثابت فى الكل فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بهذا القبض فى البعض دون البعض والدليل عليه أن عين الرهن تهلك على ذلك الراهن حتى لو كان عبدا فكفنه على الراهن ولو استحق وضمنه المرتهن يرجع بالضمان والدين جميعا على الراهن ولو كان قبضه قبض ضمان لم يرجع بالضمان عند الاستحقاق كالغاصب وعندكم اذا اشترى المرتهن المرهون من الراهن لا يصير قابضا بنفس الشراء ولو كان مضمونا عليه بالقبض لكان قبضه عن الشراء كقبض الغاصب والمقبوض بحكم الرهن الفاسد لا يكون مضمونا عندكم كرهن المشاع وغيره والفاسد معتبر بالجائز فى حكم الضمان وليس من ضرورة ثبوت حق الحبس الضمان كالمستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر غرمائه ثم لم يكن مضمونا اذا هلك وكذلك زوائد الرهن عندكم والدليل علي أنه أمانة أن النفقة على الراهن دون المرتهن كما فى الوديعة وحجتنا في ذلك ماأشرنا اليه من اجماع المتقدمين رضوان الله عليهم أجمعين فاتفاقهم على ثلاثة أقاويل يكون

اجماعا منهم على أنه ليس فيه قول رابع لم يستدل بحديث عطاء أن رجلا رهن فرساعندرجل بحق له فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك ولا يجوز أن يقال ذهب حقك فى الحبس لان هذا مما لا يشكل ولان ذكر الحق منكرا فى أول الحديث ثم اعادته معرفا فيكون المراد بالمعرف ماهو المراد بالمنكر قال الله تعالى (كما أرسلنا الى فرعون رسولا فعصي فرعون الرسول) وقال النبي صلي الله عليه وسلم الرهن بمافيه ذهبت الرهان بمافيهاأى بمافيهامن الديون ولا حجة لهم فى قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن فان أحدا من أهل اللغة لا يفهم منه هذا اللفظ بقى الضمان على المرتهن وذكر الكرخى أن أهل العلم من السلف رحمهم الله كطاوس وابراهيم وغيرهما اتفقوا ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكا للمرتهن واستدلوا عليه بقول القائل

وفارقتك برهن لافكاك له … يوم الوداع فأمسى الرهن قدغلقا

يعنى احتبس قلب المحب عند الحبيب علي وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك والدليل عليه ماروى عن الزهرى قال كانوا فى الجاهلية يرتهنون ويشترطون على الراهن ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فأبطل رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق الرهن وسئل سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن معنى هذا اللفظ فقيل أهو قول الرجل ان لم يأت بالدين الى وقت كذا فالرهن بيع لى فى الدين فقال نعم وقوله صلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه الذى رهنه يؤكد هذا المعنى أي هو على ملك راهنه الذى رهنه لا يزول ملكه بهذا الشرط وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه يعني فى حال ابقائه هو مردود عليه لا يتملك غيره عليه أو أن يبيع بالدين فزادالثمن على الدين فالزيادة له وان انتقص فالنقصان عليه وبه نقول والمعنى فى المسئلة أن الرهن مقبوض للاستيفاء والمقبوض على وجه الشئ لا يكون كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان (ألا ترى) أن المقبوض على سوم البيع يجعل كالمقبوض على جهة الاستيفاء وبيان الوصف أن عقد الرهن يختص بما يمكن استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم الذى يقبل البيع فى الدين ويختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن وهو الدين حتي لا يجوز الرهن بالاعيان ولا بالعقوبات من القصاص والحدود وتحقيق ماذكرنا أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذه اليد

فى حقيقة الاستيفاء تثبت الملك والضمان فكذا فيها أيضا يثبت الضمان فى عقد الرهن يقرره أن عند أبى حنيفة رحمه الله استيفاء المستوفى يكون مضمونا على المستوفى وله على الموفى مثل ذلك فيصير قصاصا به فكذلك اذا قبضه رهنا وصار مضمونا عليه بهذه اليد فاذا هلك وجب على المرتهن من أولها فيصير المرتهن مستوفيا حقه ولهذا يثبت الضمان بقدر الدين وصفته لان الاستيفاء به يتحقق وكان الراهن جعل مقدار الدين في وعاء وسلمه الي رب الدين ليستوفى حقه منه فعند هلاكه فى يده يتم استيفاؤه فى مقدار حقه ولهذا كان الفضل أمانة عنده بمنزلة ما لو جعل خمسة عشر درهما فى كيس ودفعه الي صاحب الدين على أن يستوفى دينه منه عشرة فيكون أمينا في الزيادة ولهذا جعلت العين أمانة فى يد المرتهن لان الاستيفاء تحصل منه المالية دون العين والاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن عندنا مستوف لا مستبدل وانما يتحقق الاستيفاء بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو أمينا فى العين والعين كالكيس فى حقيقة الاستيفاء وبهذا التقرير اتضح الجواب عما قال لان معنى الصيانة يتحقق اذا صار المرتهن بهلاك الرهن مستوفيا حقه وانما ينعدم ذلك اذا قلنا يتوى بينه والاستيفاء ليس مأتوا للحق ثم موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وفيه معنى الصيانة ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء فلا يخرج به من أن يكون وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب الدين فى ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا ينعدم معنى الوثيقة وكذلك المقصود بالعارية منفعة المستعير ومن ضرورة حصول تلك المنفعة له أن تكون نفقته عليه فلا يخرج به من أن يكون العقد محض منفعة له وبهذا فارق موت الشهود وهلاك الصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذلك لا يوجد فى الصك والشهود وانما لا يصير المرتهن قابضا بنفس الشراء لان الشراء لاقى العين وقد بينا أن العين فى حكم الأمانة وقبض الأمانة دون قبض الشراء وانما يرجع بالضمان عند الاستحقاق لأجل الغرر فالراهن هو المنتفع بقبض الرهن منه حيث انه يصير موفيا ذمته عند الهلاك فى يد المرتهن فيصير المرتهن مغرورا من جهته من هذا الوجه ولهذا تكون النفقة على الراهن بمنزلة المؤجر فى يد المستأجر ثم يد المستاجر بعد فسخ الاجارة ليست بيد الاستيفاء ولانها هى اليد التى كانت له قبل الفسخ وانما قبض لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء

الاجرة من المالية فلهذا لايصير مستوفياً بهلاك العين في يده والمقبوض بحكم الرهن الفاسد عندنا مضمون فان المسلم اذا ارتهن من ذمي خمرا أو عصيرا فتخمر في يده كان مضمونا عليه اذا هلك وهو رهن فاسد فان المرهون بأجرة النائحة والمغنية ولا عقد هناك فاسدا ولا جائزا لانعدام الدين أصلا وكذلك رهن المشاع فقد قامت الدلالة لنا على أن يد الاستيفاء التي هي موجب الرهن لاتثبت في الجزء الشائع على ما نبينه فلهذا لايكون مضمونا فأما شريح رحمه الله فكان يقيس المرهون بالمبيع في يد البائع والمبيع في يد البائع مال غير محبوس بدين هو مال فسقط الدين بهلاكه قلت قيمته أو كثرت فكذلك المرهون في يد المرتهن ولان بهلاك الرهن تعذر على المرتهن رده لا الى غاية ولو تعذر احضاره الى غاية لم يكن له أن يطالب بشئ من الدين مالم يحضره فكذلك اذا تعذر احضاره لاالى غاية ولكن لما حققنا تبين الفرق بين الرهن والبيع من حيث ان سقوط الثمن هناك بسبب انفساخ العقد وبهلاك جميع المعقود عليه ينفسخ جميع العقد وهنا سقوط الدين بطريق الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء الا بعد مالية الرهن فاستيفاء العشرة من خمسة لا يتحقق فلهذا كان للمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين قال ولا يجوز الرهن غير مقبوض عينا وقال مالك رحمه الله لايلزم الرهن بالايجاب والقبول اعتبارا بالبيع فان هذا العقد يختص بمال من الجانبين فيكون في معنى مبادلة مال بمال وهو وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة وذلك يلزم بالقبول وحجتنا في ذلك قوله تعالى (فرهان مقبوضة) فقد وصف الله تعالى الرهن بالقبض فيتقتضي أن يكون هذا وصفا لازما لايفارقه الرهن ثم قد بينا أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وكما أن حقيقة الاستيفاء لا تكون الا بالقبض فكذلك يد الاستيفاء لا تثبت الا بالقبض والمقصود الجاء الراهن حياته ليسارع الى قضاء الدين ولا يحصل ذلك الا بثبوت يد المرتهن على الرهن ومنع الراهن منه والمقصود أيضا ثبوت حياة حق المرتهن عند الضرر الذي يلحقه بمزاحمة سائر الغرماء فانما يحصل ذلك للمرتهن باعتبار يده لان به يصير أحق من سائر الغرماء ثم في ظاهر الروايات القبض بحكم الرهن ثبت بالتخلية لان القبض بحكم عقد مشروع بمنزلة قبض المبيع وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله انه لايثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب فكما أن المغصوب لايصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون بخلاف الشراء فكذلك القبض ناقل للضمان من البائع للمشتري الا ان يكون موجبا للضمان

ابتداء والاول أصح لان حقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية فالقبض الموجب لهذا الاستيفاء أيضا ثبت بالتخلية ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم من جميع أصناف ما يرهن عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم وهذا لان موجب الرهن استحقاق البيع فى الدين لان الرهن مشروع لصيانة حق المرتهن عن الضرر الذى يلحقه بمزاحمة سائر الغرماء فالمشروع وثائق منها ما يؤمنه عن جحود المديون وذلك كالشهود ومنها مايؤمنه عن سياق الشهود وذلك الكتاب ومنها مايؤمنه عن التوى بافلاس من عليه وذلك الكفالة والحوالة ومنها ما يؤمنه عن ابراء بعض حقه بمزاحمة سائر الغرماء اياه بعد موت المديون وذلك الرهن فاذا كان مشروعا لهذا النوع من الوثيقة كان المستحق به البيع فى الدين فيختص بمحل يقبل البيع فى الدين ثم القبض شرط تمام هذا والشيوع لا يمنع أصل القبض (ألا ترى) أن الشائع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبدلا عن الصرف وبالاجماع هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة تتم بالقبض وكذلك عندى فيما يحتمل القسمة جائز ودوام يد المرتهن ليس بشرط لبقاء حكم الرهن فانه بعد القبض لو أعاره من الراهن أو غصبه الراهن منه يبطل به الرهن وكان للمرتهن أن يشترطه ولا يجوز أن يدعى أن موجب العقد اليد لان بالعقود المشروعة انما يستحق ما هو المقصود واليد ليست بمقصودة بنفسها بل للتصرف أو للانتفاع والمرتهن لا يتمكن منه بشئ من ذلك والدليل عليه جواز رهن العين من رجلين بدين لهما عليه وانما يكون رهنا من كل واحد منهما نصف العين وهذا على أصلكم أظهر حتى اذا هلك كان نصفه مضمونا بدين كل واحد منهما واذا كان ايجاب البيع فى العين لاثنين ايجابا لكل واحد منهما فى النصف فكذلك الرهن ثم كل عقد جاز فى جميع العين مع اثنين يجوز فى نصفه مع الواحد كالبيع ولنا فى المسئلة الحالة طريقان أحدهما أن رهن النصف الشائع بمنزلة قوله رهنتك هذا العير يوما ويوما لا وذلك لا يجوز فهذه مسألة وبيانه أن موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد الى وقت انفكاكه وذلك لا يتحقق مع الشيوع لانه يحتاج الي المهايأة مع المالك فى الامساك فينتفع المالك به يوما بحكم الملك ويحفظه المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما لا لانه ينعدم استحقاق اليد للمرتهن فى يوم الراهن وكان ذلك سببا يقترن بالعقد وهو الشيوع ومتى اقترن بالعقد مايمنع موجبه لم يصح العقد والدليل على أن دوام اليد موجب العقد قوله تعالى (فرهان مقبوضة) هذا يقتضي

أن لايكون مرهونا الا فى حال يكون مقبوضا فيه ولان المقصود بالرهن ضمان حق المرتهن
عن التوى لجحود منه عليه فنقل الحكم من الكتاب والشهود الى الرهن فيكون المقصود
بالمنقول اليه ماهو المقصود بالمنقول عنه وذلك لايحصل الا بدوام اليد عليه لانه اذا عاد الى يد
الراهن ربما يجحد الرهن والدين جميعا وكذلك المقصود الجاء الراهن ليسارع الى قضاء الدين
وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه والدليل عليه أن المرهون اذا كان شيأ لا ينتفع
به مع بقاء عينه فللمرتهن أن يحبسه عند اطلاق العقد ولو لم يكن دوام اليد موجب العقد ما كان
له أن يحبسه لان الراهن يقول أنا أشفق على ملكى منك وحقك البيع في الدين ولايفوت
ذلك عليك بيدى وحيث كان المرتهن أحق بامساكه عرفنا أن دوام اليد موجب هذا العقد
ولسنا نعين وجود يد المرتهن حينا وانما نعنى استحقاق دوام اليد وبالاعادة من الراهن أو
الغصب لاينعدم الاستحقاق فلهذا لا يبطل منه الرهن وفى الرهن من رجلين استحقاق
دوام اليد ثابت لكل واحد منهما في جميع العين حتى اذاقضى جميع دين أحدهما يكون
للآخر حبس جميع الرهن حتى يستوفى دينه وكما يجوز أن يكون الواحد محبوسا بدين اثنين
لا يكون جميعه محبوسا بدين واحد منهما فكذلك حبس العين بحكم الرهن ثم اليد مستحقة
على الراهن هناك ولايكون له حق اعادة شئ من العين الى يده مالم يقبض الدين والعقد
بهذا يتم وان لم يكن لكل واحد منهما حق التعذر بامساك العين كما لوشرط أن يكون الرهن
على يدى عدل يجوز العقد لاستحقاق اليد على الراهن وان لم يكن للمرتهن حق اثبات اليد
عليه فى شئ من المدة وللمالك فيما له ملك العين والمنفعة واليد فكما يجوز أن يوجب له ملك
العين أو المنفعة يجوز أن يوجب له ملك اليد مقصودة وذلك بعقد الرهن وهذا لان اليد
مقصودة (ألا ترى) أن الغاصب يضمنه بتفويت اليد كما يضمن المتلف باتلاف العين واذا
كان باليد يتوصل الى التصرف والانتفاع كانت اليد مقصوده بالطريق الآخر اذ موجب
عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن على ما بيناه ومنه جانب الاستيفاء فى الجزء الشائع
لايتحقق لان اليد حقيقة لا تثبت الا على جزء معين واذا كان المرهون جزأ شائعا لو ثبت
حكم الرهن انما يكون عند التخلى لجميع العين أو عند نقل جميع العين حقيقة ونصف العين ليس
بمعقود عليه واذا كان موجب العقد لايتحقق الا باعتبار ماليس بمعقود عليه لا ينعقد العقد
أصلا كما لو استأجر أحد زوجى المقراض لمنعه قرض الثياب وبهذا تبين أن العين فيما هو

موجب الرهن غير محتمل للتجزئ وعند اضافة العقد الى نصفه لم يثبت فى كله فيبطل العقد أصلا لتعذر أسباب موجبه فى النصف كالمرأة فى حكم الحل لما كانت لاتجزأ فاذا أضيف النكاح الى نصفها بطل عند الخصم وعندنا يثبت فى الكل وهذا بخلاف الرهن من رجلين لان موجب العقد هناك وهو يد الاستيفاء ثبت في جميع المحل غير متجزئ ثم حكم التجزى يثبت بين المرتهنين عند تمام الاستيفاء بالهلاك للمزاحمة وبه لايظهر التجزى فى المحل (ألا ترى) أن نصف العين لا يستحق قصاصا ثم يجب القصاص لاثنين فى نفس واحدة ويكون كل واحد منهما مستوفيا للنصف عند القتل باعتبار أن لايظهر حكم التجزى في القصاص فكذلك فيما نحن فيه فان قيل كيف يستقيم هذا والشرع لايمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفى حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا كان الشيوع لايمنع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى واليد هى على الملك والشيوع ولايمنع الملك فيما هو الموجب يمكن اثباته فى الجزء الشائع هناك وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط وذلك لايتحقق فى الجزء الشائع وبهذا الطريق كان مستوفيا فى حكم الرهن عما يحتمل القسمة وعما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة فان موجب العقد هناك الملك والقبض شرط تمام ذلك العقد فيراعى وجوده فى كل محل بحسب الامكان ولهذا لايجوز رهن المشاع من الشريك هنا لان موجب العقد لايتحقق فيما أضيف اليه العقد سواء كان العقد مع الشريك أو مع الاجنبي بخلاف الاجارة عند أبى حنيفة رحمه الله فالشيوع هناك انما يؤثر لالان موجب العقد ينعدم به بل لانه يتقرر استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى أوجبه العقد لان استيفاء المنفعة يكون من جزء معين وذلك لايوجد فى الاجارة من الشريك فانه يستوفى منفعة الكل فيكون مستوفيا منفعة ما استأجر لا على الوجه الذى استحقه وان كان لايمكن استيفاء المعقود عليه الا بما يتناوله العقد لايمنع جواز العقد كبيع الرهن فانه استيفاء لايمكن الا بالوعاء. ولا تمنع به صحة العقد وعلى هذا قلنا اذا استحق نصف المرهون من يد المرتهن بطل الرهن في الكل وقال ابن أبى ليلى رحمه الله على الرهن في النصف الآخر لان العقد صح في الآلة فى جميع العين فان كون الملك بغير الراهن لايمنع صحة الرهن وثبوت موجبه كما لو استعار منه غيره بيتا ليرهنه بدين ثم بطل حكم العقد فى البعض لانعدام الرضا من المالك به فيبقي صحيحا فيما

بقى كما لو استحق نصف المبيع ولكنا نقول العقد فى المستحق يبطل منه الاصل لانعدام الرضا من المالك به فلو صح في النصف الآخر لكان هذا اثبات حكم الرهن فى النصف شائعا والنصف الشائع ليس بمحل موجب الرهن وهو نظير مالو تزوج أمة باذن مولاها فاستحق نصفها ولم يجز المستحق النكاح بطل النكاح فى الكل لهذا المعنى فأما الشيوع الطارئ بأن رهن جميع العين ثم تفاسخا فالعقد ليس بمحل موجب الرهن وهو نظير مالو تزوج أمة فى النصف ورده المرتهن لم يذكر جوابه فى الكتاب نصا والصحيح أن الشيوع الطارئ كالمقارن فى أنه مبطل للرهن فانه قال في القلب المكسور اذا ملك المرتهن البعض بالضمان يتعين ذلك القدر مما بقى منه مرهونا كيلا يؤدي الي الشيوع وقالوا فى العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن فى النصف الباقى لما بينا أن الجزء الشائع لايكون محلا بخلاف الشيوع الطارئ فى الهبة والقبض هناك شرط تمام العقد وليس شرط بقاء العقد وتأثير الشيوع فى المنع منه تمام التبعيض وذكر سماعا أن أبا يوسف رحمه الله رجع عن هذه وقال الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن بخلاف المقارن وقاس ذلك بصيرورة المرهون دينا فى ذمة غير المرتهن فانه يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى اذا أتلف المرهون انسانا ووضع المرهون ثمنه تكون القيمة والثمن رهنا فى ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين فى الذمة لايجوز فكذلك الجزء الشائع قال واذا ارتهن الرجل ثمرة فى نخل دون النخل أو زرعا أو رطبا في أرض دون الارض لم يجز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقه فيكون بمنزلة الجزء الشائع وكذلك لو رهن النخل والشجر دون الأرض أو البناء دون الارض فهو باطل لاتصال المرهون بما ليس مرهونا الا أن يقول بأصولها فحينئذ يدخل مواضعها من الارض في الرهن وذلك معلوم معين فيجوز رهنه كما لو رهن بيتا معينا من الدار وان كان على النخيل ثمر تدخل الثمرة من غير ذكر لانهما قصدا تصحيح العقد ولا وجه لتصحيحه الا بادخال الثمار وليس فيه كبير ضرر على الراهن لان ملكه لايزول بخلاف البيع فهناك الثمار لاتدخل فى العقد الا بالذكر لان تصحيح العقد فى النخيل بدون الثمار ممكن بخلاف الهبة ففى ادخاله هناك اضرار بالمالك فى ازالة ملكه عنها فانه قيل أليس أن لو رهن دارا هى مشغولة بأمتعة الراهن لايصح الرهن ولا يقال لما لم يمكن تصحيح هذا العقد الا بادخال الامتعة ينبغى أن تدخل الامتعة فى الرهن * قلنا لااتصال للامتعة

بالدار (ألا ترى) أنه لو باع الدار كل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الامتعة بخلاف الثمار فهى بالتمليك والاتصال هنا من وجه لأنها من النخيل (ألا ترى) أنه لو باع النخيل كله قليلا وكثيرا وهو فيها أومنها تدخل الثمار ولو رهن الارض دون النخيل لم يجزه في ظاهر الرواية فان المرهون مشغول بما ليس مرهونا مع تلك الراهن فهو كالدار المشغولة بمتاعه وكما لو رهن الارض بدون البناء * وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان المستثنى شجر واسم الشجر يقع على الثابت على الارض (ألا ترى) انه بعد القلع يكون جذعا فكأنه استثنى الاشجار بمواضعها من الارض وانما يتناول عقد الرهن سوى ذلك الموضع من الارض وهو معين معلوم بخلاف البناء فانه اسم لما يكون مبنيا دون الارض فيصير راهنا لجميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن واذا كفل الرجل بنفس رجل فأعطاه رهنا بذلك وقبضه المرتهن لم يجز لان الكفالة بالنفس ليست بمال والرهن يختص بحق يمكنه استيفاؤه من مال الراهن وماليس بمال لا يمكنه استيفاؤه من مال الراهن وكذلك الرهن بجراحة فيها قصاص أو دم عمد ولا يضمنه المرتهن ان هلك الرهن فى يده من غير فعله لانه قبضه باذن المالك ولم ينعقد العقد بينهما أصلا لانعدام الدين فلا يثبت حكم الضمان وكذلك الرهن والعارية والوديعة والاجارة وكل شئ أصله أمانة قال رضى الله عنه * واعلم بأن الرهن بالاعيان على ثلاثة أوجه (أحدها) الرهن بعين هو أمانة وهذا باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة فى العين مقصور عليه واستيفاء العين من عين آخر ممكن (والثانى) الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وهذا لايجوز أيضا لما قلنا (والثالث) الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب الغصب رد العين ان أمكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكنه استيفاؤه من مالية الرهن وكذلك الرهن بالدرك باطل لان الدرك ليس بمال مستحق يمكنه استيفاؤه ممن عليه الرهن وهذا بخلاف الكفالة بالدرك فانه يصح لان الكفالة تقبل الاضافة ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان فكذا اذا كفل بالدرك فانه يصح لانه يكون العقد مضافا وليس فى المال ضمان مال يستحق فبطل الرهن ولو هلك فى يد المرتهن لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب قال واذا ارتهن الرجل من الرجل ثوبا وقبضه فقيمته والدين سواء فلو استحق

رجل فانه يأخذه ويرجع المرتهن على الراهن بدينه لان عقد الرهن يبطل باستحقاق المرهون اذا أخذه المستحق من الاصل وان كان الثوب هلك فى يد المرتهن فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لانه عين بالاستحقاق أن الراهن كان غاصبا والمرتهن بمنزلة غاصب الغاصب وحق فى المستحق فله أن يضمنه أيهما شاء فان ضمن الراهن كان الرهن بما فيه لانه ملكه بالضمان من وقت وجوب الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وان المرتهن صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمة الرهن لانه مغرور من جهته فان رهنه على أنه ملكه وفى قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه وهو أن يستفيد براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه منه الضمان كما يرجع المستأجر على الآجر والمودع على المودع قال ويرجع بالدين أيضا عليه قال أبو حازم رحمه الله هذا غلط لانه لما رجع بضمان القيمة على الراهن فقد استقر الضمان عليه والملك فى المضمون تبع لمن استقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين أنه رهن ملك نفسه كما فى الفصل الاول ومن صحح جواب الكتاب فرّق بين الفصلين فقال المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور وذلك انما يحصل بالتسليم الى المرتهن وهو انما يملك العين من حين العقد وعقد الرهن سابق عليه فلا يصح باعتبار هذا الملك فأما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه فملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن بعده قال ولو كان الرهن عبدا فابق فضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد بعد ذلك فهو للراهن لان الضمان استقر عليه قال ولا يكون رهنا لانه قد استحق وبطل الرهن وهذا اشارة لما قلنا ان الملك للراهن انما يثبت بقيمته من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك فلهذا بطل الرهن بالاستحقاق قال واذا كان الرهن أمة فولدت عند المرتهن ثم ماتت هى وأولادها ثم استحقها رجل فله أن يضمن قيمتها ان شاء المرتهن وان شاء الراهن وليس له أن يضمن قيمة الولد واحدا منهما لان واحدا منهما لم يحدث فى الولد شيئا ومعنى هذه انه بالاستحقاق ظهر ان كل واحد منهما كان غاصبا له والزوائد لا تضمن بالغصب اذا تلفت من غير صنع الغاصب لانعدام الصنع فى الزيادة قال واذا ارتهن أمة فوضعها على يدى عدل ليبيعها عند حل المال فولدت الامة فللعدل أن يبيع الولد معها لان العدل انما يبيعها بحكم الرهن وقد ثبت حكم الرهن فى الولد وبه جاز للوكيل بيع الجارية ولو ولدت فى يده فانه لا يملك أن

يبيع ولدها لانه مبيع بحكم الوكالة وانما وكله في بيع شخص فلا يملك بيع شخصين وهنا انما يبيع العدل بحكم الرهن وحكم الرهن ثبت في الولد حتى كان للمرتهن أن يحبس الولد مع الاصل الى أن يستوفى دينه فلهذا ملك بيع الولد معها الا أن المرهون لو قتلها عبده فدفع بها كان للعدل أن يبيع المدفوع ولو أن الجارية التي وكل الوكيل ببيعها قتلها عبده فدفع بها لم يكن للوكيل أن يبيع العبد المدفوع فكذلك الولد لان حكم الولد حكم البدل في سريان حكم العقد اليه وهذه المسئلة تنبنى على أن الزوائد المتولدة منه حين الرهن تكون مرهونة عند المرتهن على معنى أن له أن يحبسها بالدين وان لم يكن مضمونا حتى لا يسقط شيء من الدين بهلاكها كالزيادة على قدر الدين من الرهن وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت حكم الرهن في الزيادة والراهن أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه فاطلاق اضافة الغنم اليه دليل على انه محض حق له وقال صلى الله عليه وسلم الرهن مركوب ومحلوب والمراد انه محلوب للراهن بدليل قوله وعلى الذى يركبه ويحلبه نفقته والمعنى أن هذه زيادة تملك بملك الاصل فلا يثبت فيها حكم الرهن كالكسب والغلة وهذا لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين عنده وذلك ليس بحق متأكد في القيمة فلا يسرى الى الولد لحق الوكالة بالبيع وحق الدفع في الجارية الحامل وحق الزكاة في النصاب بعد كمال الحول بخلاف ملك الراهن فهو متأكد في العين لان العين هى المملوك والدليل على هذا أن حكم الضمان عندكم لا يثبت في الولد لهذا المعنى فكذلك حكم الرهن ولان الرهن وثيقة بالدين فلا يسرى الى الولد كالكفالة وهذا عقد لا يزيل الملك في الحال ولا في المآل فلا يسرى الى الولد كالاجارة والوصية بالخدمة وبتفصيل الوصية يظهر الفرق بين البدل والولد فان حق الموصى له بالخدمة يسرى الى البدل لقيامه مقام الاصل ولا يسرى الى الولد وحق ولد الجارية كذلك فكذلك حق المرتهن *وحجتنا في ذلك قول معاذ رضى الله عنه فيمن ارتهن نخيلا فأثمرت أن الثمار رهن معها وقال ابن عمر رضى الله عنهما في الجارية المرهونة اذا ولدت فولدها رهن معها والمعنى فيه أن حق المرتهن متأكد في العين فيسرى الى الولد كذلك الراهن وبيان ثبوت الحق في العين أن توصف العين به يقال مرهون محبوس بحق المرتهن كما يقال مملوك للراهن ولهذا يسرى الى بدل العين ودليل التأكيد ان من هو عليه لا يملك ابطاله (وفقه هذا الكلام) ماقررنا أن موجب عقد الرهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء انما تثبت في العين وهى معتبرة بحقيقة

الاستيفاء واذا كانت حقيقة الاستيفاء تظهر فى موجبه من الزوائد التى تحدث بعده فكذلك يد الاستيفاء وهذا لان المتولد منه الاصل ثبت فيه ما كان فى الاصل والاصل كان مملوكا للراهن مشغولا بحق المرتهن فيثبت ذلك الملك فى الزيادة لاملك آخر لانه يحتاج لملك آخر والى سبب آخر بخلاف الكسب والغلة فهو غير متولد منه الاصل ولا يثبت في الكسب لهذا المعنى وبخلاف حق المستأجر فهو فى المنفعة لافى العين ولهذا لايسرى الى بدل العين فكذلك لايسرى الى الولد(توضيحه) أن الحق انما يسرى الى الولداذا كان محلا صالحا والولد محدث غير منتفع به فلم يكن محلا صالحا لحق المستأجر فأما الولدالمنفصل فيكون مالا متقوما فيكون محلا صالحا لحق المرتهن ورد أن هذا من الاجارة ان ولدت المرهونة ولدا حرا باعتبار الغرور فالرهن لايسرى على هذا الولد لانه ليس بمحل له وهذا هو العذر عن ولد المنكوحة فان حق النكاح لا يسرى اليه لانه ليس بمحل للحل فى حق الزوج وهذا هو العذر عن ولد الجارية الموصى بخدمتها لانه لايكون محلا صالحا للخدمة حتي ينفصل ثم حق الموصى فى المنفعة والولد غير متولد منه المنفعة والسراية الى الولد باعتبار خروج العين من الثلث لا لان حقه فى العين وحق ولي الجناية ليس بمتأكد فى العين فان ما عليه تقرر بابطال حق العين عن العين باعتبار اليد وحق الزكاة في الذمة لافى العين فان المستحق فعل أشياء في الذمة ثم من عليه ملك الاداء من محل آخر فعرفنا أنه غير متأكد في العين وحق الكفالة عندنا يسرى الى الولد اذا كفلت أمه باذن مولاه بمال ثم ولدت فأما اذا كانت حرة فالحق بالكفالة ثبت فى ذمتها والولد لا يتولد من الذمة وانما لايثبت حكم الضمان فى الولد عندنا لانعدام السبب الذى يجعل العين مضمونة عليه وهذا القبض مقصود (ألا ترى) أن ولد المعتق قبل القبض يسرى اليه حكم البيع ولا يكون مضمونا ان هلك لهذا المعنى وقوله صلى الله عليه وسلم له غنمه وعليه غرمه يقتضى أن تكون الزيادة ملكا للراهن وذلك لايبقى حقا للمرتهن فانه كما أضاف الزيادة اليه أضاف الاصل اليه بقوله الرهن من راهنه الذى رهنه ونحن نقول انه محلوب للراهن على معنى أن اللبن يكون مملوكا له وانه ينتفع به باذن المرتهن أيضا وليس فى هذا الحديث أيضا ما يمنع ثبوت حق المرتهن فيه فان باعها العدل وسلمها ثم استحقها رجل ولا يعلم مكانها كان للمستحق أن يضمن العدل قيمة الامة والولد لانه في حق المستحق غاصب والزيادة فى عين المغصوب تضمن بالبيع والتسليم كالاصل لم يرجع العدل

بذلك فى الثمن الذى عنده ان كان فيه وفاء لان الثمن بدل العين وكما أن الضامن للعين يكون أحق الناس بالعين فكذلك يكون أحق ببدل العين وان لم يكن فيه وفاء رجع بتمام ماضمن على الراهن لانه بالبيع كان عاملا للراهن بأمره ولانه باعها ليقتضى الدين بالثمن ويفرغ ذمة الراهن ومنه لحقته العهدة فى عمل باشره لغيره كان له أن يرجع به عليه وانما يرجع فى الثمن لان جنس حقه من مال الراهن وهو بدل العين الذى كان وجب عليه ضمانه ولما كان مرادالضمان على الراهن كان الملك فى المضمون له والعدل وكيله بالبيع فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فان كان قد قضاه المرتهن فالعدل بالخيار وان شاء باع الرهن بذلك وسلم للمرتهن مااقتضاه لانه فى قضاء الدين كان عاملا للراهن بأمره فكان الراهن فعل ذلك لنفسه فله أن يرجع على الراهن بجميع ما ضمن من القيمة واذا فعل ذلك سلم المقبوض للمرتهن لانه بدل ملك الراهن قضى به دينه وان شاء ضمنه المرتهن لان حقه ثابت فى ذلك الثمن بدليل أنه لو لم يكن سلمه الى المرتهن كان له أن يأخذه بحقه بعدا لتسليم الى المرتهن وله أن يسترده منه أيضا ولا يضمنه المرتهن الا بقدر ما قبضه لان وجوب الضمان عليه باعتبار القبض وان كان فى القيمة فضل رجع بالفضل على الراهن كما لو كان الراهن هو الذى قضى بالثمن * توضيحه أن العدل عامل للراهن بأمره ولكن فى عمله منفعة للمرتهن من حيث انه يصل اليه بحق الا أن منفعته بقدر دينه فيثبت له الخيار وان شاء ضمن الراهن جميع القيمة لانه كان عاملا له وان شاء ضمن المرتهن بقدر ماقبض لحصول المنفعة في ذلك القدر له واذا فعل ذلك رجع المرتهن على الراهن بدينه لان المقبوض لم يسلم اليه وليس له أن يأخذهما جميعا لان المخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه وهذا لان اختياره تضمين الراهن بتسليم المقبوض للمرتهن فليس له أن يرجع عليه فاذا اختار أحدهما فافلس أو مات لم يكن له أن يتبع الآخر بذلك بمنزلة الغاصب مع غاصب الغاصب ولو لم يبعها العدل وماتا عنده كان للمستحق أن يضمن العدل حق الام دون الولد لان الولد هلك من غير صنع أحد ويرجع بها العدل على الراهن لانه عامل له قائم مقامه في امساك الرهن وقد بينا أن الرهن لو هلك فى يد المرتهن ثم ضمن حصته للمستحق لرجع بها على الراهن فاذا هلك في يد العدل أولى قال وقبض العدل للرهن بمنزلة قبض المرتهن له فى حكم صحة الرهن وذهابه بالدين اذا هلك عندنا وهو قول ابراهيم النخعى والشافعى وعطاء والحسن رحمهم الله وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا يتم الرهن بقبض

العدل حتى اذا هلك فى يد العـدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة الغرماء قال لان العدل نائب عن الراهن فكذا اذا لحقه عهدة يرجع على الراهن دون المرتهن وكما أن الرهن لايتم بقبض الراهن وان اشنى عليه فكذلك لايتم بقبض العدل والدليل أن موجب عقد الراهن بثبوت يد الاستيفاء وبهذا العقد لم يثبت ذلك للمرتهن لانه لايتمكن من اثبات يده على العين وموجب العقد لا يجوز ان يثبت بغير العاقد كالملك فى البيع وجه قولنا ان يد العدل كيد المرتهن بدليل ان ملك العدل رد الرهن برضا المرتهن ولو كانت يده كيد الراهن لتمكن الراهن من استرداده متى شاء وبأن كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لايدل على أن يد الراهن كالمرتهن نفسـه * توضيحه ان المرهون محبوس بالدين كالمبيع بالثمن ثم البائع اذا أبى تسـليم المبيع الي المشـترى فوضعاه علي يد عدل كانت يدالعدل فيـه كيد البائع الذى له حق الحبس حتى اذا هلك انفسخ البيع فكذلك فى الرهن يد العدل كيد من له الحبس وهو المرتهن ولانه بعـد التسليم الى المرتهن لو اتفقا على وضعه علي يد عدل كانت جائزة وكانت يد العدل فيه كيد المرتهن حتى يصير مستوفيا دينه بهلاكه ولو كانت يد العدل كيد الراهن لم يصر المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه كما لو عاد الى يد الراهن بطريق العارية والغصب وكان هذا نوع استحسان منا لحاجة الناس اليه ولكونه أرفق بهم فالراهن لا يأتمن المرتهن على عين ماله وعند ذلك طريق طمأنينة القلب لكل واحد منهما الوضع على يد عدل ولهـذا جوزنا ذلك فى الانتهاء فكذلك فى الابتـداء وان كان العدل مسلطا على البيع فله أن يبيعه وبدون تسليط ليس له أن يبيعـه لانه قائم مقام المرتهن وللمرتهن أن يبيع الرهن اذا سلط عليه وليس له أن يبيعه اذا لم يسلط على ذلك ونفقته على الراهن سواء كان فى يد العـدل أو فى يد المرتهن لقوله صلى الله عليـه وسـلم وعلى من يحلبه ويركبه نفقته ولان العين باقية على ملك الراهن ونفقة المملوك على المالك وفى استحقاق اليد عليه للمرتهن منفعة للراهن فانه يصير قاضيا دينه بهلاكه فهو نظير العبد المؤجر تكون نفقته على الآجر وكذلك كفنه ان مات فان الكفن لباسه بعـد وفاته فيعتبر بلباسه فى حال حياته ولان ضمان الرهن ضمان الاستيفاء ولذلك ثبت فى المالية دون العين ولهذا قلنا ان حكم الضمان لا يسرى الى الولد فبقيت العين على ملك الراهن فكان كفنه عليـه قال واذا دفعـه الي الراهن أو المرتهن كان ضامنا له لانه خالف فيما صنع وكل واحد منهما منعه منه دفعه الى الآخر بغير رضاه فيكون

الدفع خيانة فى حقه وكذلك لو استودعه رجل أجنبي لان العدل أمين فى حفظ الرهن كالمستودع والمودع اذا أودع أجنبيا صار ضامنا وان أودعه بعض من فى عياله لم يضمنه لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه فكذلك العدل وكذلك المرتهن لو كان الرهن عنده فدفعه الى من فى عياله لم يضمنه وان دفعه الي أجنبي كان ضامنا للعين قال واذا كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزا ولا ضمان فيه كالمودعين لانه لما أودعهما مع علمه بأنه لا يتهيأ لهما الاجتماع على حفظه آناء الليل وأطراف النهار فقد صار راضيا بترك أحدهما اياه عند صاحبه واذا كان مما يقسم اقتسماه فكان عند كل واحد منهما نصفه فان وضعاه عند أحدهما فمن الذى وضع حصته عند صاحبه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا ضمان عليه لان كل واحد منهما مؤتمن فيه وقد بينا المسئلة فى الوديعة ولو سافر العدل أو انتقل من البلد فذهب بالرهن معه لم يضمنه لانه أمين فى العين كالمودع وللمودع ان يسافر بالوديعة عندنا وقد بينا اختلاف الرواية فيما له حمل ومؤنة وفيما لا حمل له ولا مؤنة قربت المسافة أو بعدت في كتاب الوديعة وكذلك المرتهن نفسه اذا كان الرهن فى يده لانه لا تمنع عليه المسافرة بسبب الرهن ولو دفعه الى غيره كان ضامنا مخالفا لما أوجب له نصا فلا يجد بدا من أن يسافر به معه فان سلط العدل على بيع الرهن فأبى أن يبيع فرفعه المرتهن الى القاضى أجبره القاضي على البيع بعد أن يقيم البينة على ذلك بخلاف الوكيل فانه اذا امتنع عن البيع لا يجبره القاضي على ذلك لان الوكالة بالبيع ليست من ضمن عقد لازم فلا يثبت حكم اللزوم فيه وتسليط العدل على البيع فى ضمن عقد لازم وهو الرهن فان موجب الاستحقاق للمرتهن لازم فى حق الراهن والعدل نائب في البيع فيثبت حكم اللزوم فى حقه نصا توضيحه أن الوكيل اذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل لانه يتمكن من البيع نفسه وأما العدل اذا تضرر من البيع فانه يتضرر منه المرتهن لانه لا يتمكن من البيع هذا اذا كان التسليط مشروطا فى عقد الرهن فان كان بعد تمام العقد فى ظاهر الرواية لا يجبر العدل علي البيع لان رضا المرتهن على الرهن قد تم بدونه هذا وهو توكيل مستأنف ليس فى ضمن عقد لازم وعن أبى يوسف رحمه الله قال التسليط على البيع بعد الرهن يلتحق بأصل العقد ويصير كالمشروط فيه وعلى هذا لو أراد الراهن عزل العدل المسلط علي البيع فان كان بعد تمام الرهن سلطه فهو على الخلاف الذى مضى وان كان مشروطا فى عقد

الرهن لم يصح عزله بدون رضا المرتهن لانه ثبت فى ضمنه عقد لازم وهو نظير الوكيل بالخصومة بالتماس الخصم اذا أراد الموكل بغير محضر منه الخصم لم يصح ذلك عليه لدفع الضرر عنه فهذا مثله ولو مات العدل بطل تسلطه على البيع لان ذلك كان يتأتى باعتبار رأيه ولم يتعين بعد موته والرهن على ماله لان الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان يبطل بموت العدل أولى قال واذا أوصي العدل ببيعه لم يجز كما لو وكل ببيعه فى حياته وهذا لان الراهن رضى برأيه ولم يرض برأى غيره وكذلك لو أراد وارث العدل بيعه لم يجز لان الوارث انما يخلف المورث فيما هو حق المورث وهذا حق الراهن والمرتهن وهما رضيا برأي العدل وما رضيا برأي وارثه فان أجمع الراهن والمرتهن على وضعه على يد غيره أو على يد المرتهن جاز لان الحق لهما رأيا ما يعتبر فى حقهما كما فى الابتداء وان اختلفا فجعل القاضي منهما عدلا فوضعه على يديه فذلك جائز لان القاضي منصوب لقطع الخصومة والمنازعة وطريق قطعها هنا أن يقيم عدلا آخر مقام الاول وكذلك ان وضعه على يد المرتهن وجعله عدلا فيه فهو جائز لان ما يرى القاضي المصلحة فيه عند اختلافهما بمنزلة تراضيهما عند الاتفاق عليه ولو لم يمت العدل ومات الراهن كان للأول أن يبيعه بخلاف الوكالة اذا مات الموكل قبل بيع الوكيل لان موت الموكل كعزله وبعد العزل فى الوكالة ليس للوكيل أن يبيع وللعدل أن يبيع كما بينا فكذلك بعد الموت وهذا لانه بموت الوكيل تنتقل العين الى الوارث ولم يوجد منه الرضا ببيعه وهنا المرتهن أحق بالعين بعد موت الراهن كما كان فى حياته فكان للعدل أن يبيعه لحق المرتهن قال واذا باع العدل الرهن وقضى المال المرتهن ثم وجد بالعبد عيبا فالخصم فيه هو العدل لان الرد بالعيب من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد فاذا رد عليه ثمنه فانه يضمن الثمن لانه هو القابض للثمن من المشترى فعليه رده ويرجع به على المرتهن لانه لو كان الثمن فى يديه ولم يدفعه الى المرتهن لرجع فيه ويكون أحق به فكذلك بعد الدفع اليه يرجع به عليه وهذا لان منفعة عمله حصلت له فيستحق الرجوع عليه بما يلحقه منه العهدة ويكون الرهن رهنا على حاله الاولى يبيعه العدل لان البيع الاول قد بطل فكأنه لم يكن أصلا ولو لم تقم بينة على العيب ولكن العدل أقر به فان كان عيبا لا يحدث مثله فكذلك هذا لانا أثبتنا أن العيب كان موجودا قبل البيع وانما لم يستقل العدل بالانكار لعلمه أن ذلك قدح فى عدالته ولا تمنعه وان كان عيبا يحدث مثله فلم يقر به ولكن أبى أن يحلف حتى رده القاضي عليه

فهو كالأول عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد بينا هذا فى الوكيل بالبيع اذا رد عليه نكوله فى البيع فالعدل مثله وان أقر به لزمه خاصة لانه غير مضطر الى هذا الاقرار فقد كان متمكنا من السكوت ليجعله القاضي منكرا ويعرض عليه اليمين ثم يقضى عليه بالنكول واقراره ليس بحجة على المرتهن مالم يصدقه فى ذلك فان صدقه رد عليه ماقبض منه وبيع الرهن ثابت ولا يلزم الراهن من وضمه ذلك شئ الا أن يقر به كما بينا أن اقرار العدل ليس بحجة عليه مالم يصدقه فان صدقه فهو في حقهما كاقامة البينة ولو أقاله البيع أو رده عليه بعيب يحدث قبله أولا يحدث مثله بغير قضاء قاض لزم ذلك العدل خاصة لان هذا التصرف فى حق الراهن والمرتهن كشراء مستقبل وقد أشار فى البيوع الى العيب الذى لايحدث مثله ان القضاء وغير القضاء سواء وقد بينا وجه الروايتين فى البيوع والاصح ماذكر هنا واذا باع العدل الرهن ثم وهب الثمن للمشترى قبل أن يقبضه جاز وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو خاصة له ولا يجوز فى قول أبى يوسف رحمه الله بمنزلة الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى من الثمن ولو قال قد قبضته فهلك عندى كان مصدقا فى ذلك وكان من المال المرتهن لانه يملك القبض بحكم العقد فيملك الاقرار بالقبض وما ظهر باقراره كالمعاين ولو قبض الثمن وهلك فى يده كان من مال المرتهن لان حكم الراهن تحول الى الثمن فهلاكه فى يده كهلاك العين وكذلك لو قال قد دفعته الى المرتهن فهو مصدق مع يمينه ولا نقول باقرار العدل يثبت وصول الثمن الى المرتهن لان القول قول الامين في براءة نفسه لا فى وصول المال الى القريب كما لو أمر المودع أن يقضى بالوديعة دينه وقال قد فعلت ولكنه يسقط حق المرتهن لان حكم الرهن تحول الى الثمن وقد توى بعد اقرار العدل بما قال فكأنه هلك فى يده ولو قبض الثمن ثم وهبه كله أو بعضه لم يجز لان المقبوض بحكم ملك الراهن مشغول بملك المرتهن فتصرف العدل فيه بطريق التبرع باطل ولو قال حططت عنك من الثمن كذا أو قال قد وهبت لك من الثمن كذا وكذا فذلك جائز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الحط يلتحق بأصل العقد ولو حط قبل القبض جاز عليه وصار ضامنا فكذلك اذا حط بعد القبض يجوز ذلك عليه وتبين أن قبض ذلك القدر بغير حق فعليه أن يغرم مثله للمشترى من ماله والمقبوض سالم للمرتهن لان تصرفه صحيح فى حق نفسه لافى حق المرتهن وهذا بخلاف مااذا أضاف الهبة الى المقبوض لان المقبوض حق غيره فلا تصح هبته فها هنا أضاف الهبة الى الثمن والثمن بالعقد يجب للوكيل

ولهذا لو وهبه قبل القبض جاز ذلك فى حقه وهذا لان القبض يقرر الثمن لان المقصود يحصل بالقبض وبحصول المقصود ينتهى حكم الشئ ويتقرر مكان اضافة الهبة الى الثمن بعد القبض كاضافته اليه قبل القبض فيصح ذلك فى حقه واذا باع العدل الرهن وأقر الراهن والمرتهن بالبيع فقال بعته بمائة درهم والدين مائة وأعطيتكها وقال المرتهن بعته بخمسين وأعطيتكها فالقول قول المرتهن مع يمينه لان العين خرجت من الرهن بالبيع باتفاقهم جميعا مع الاختلاف منهما فى مقدار ماقبض المرتهن من حقه وهو منكر للزيادة فالقول قوله وهذا بخلاف ماأذا قال الراهن لم يبعه وقال العدل بعته بخمسين وصدقه المرتهن لان العين فى الحال هالكة وذلك مسقط لجميع الدين عن الراهن باعتبار أن فى قيمته وفاء بالدين وقت القبض والمرتهن مع العدل يدعيان خروج العين عن الرهن والراهن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فأما هنا فقد اتفقا على خروج العين عن الرهن بالبيع وانما اختلفا فى مقدار ماقبض المرتهن من دينه وكذلك لو كان توى الثمن على المشترى ثم اختلفا فى مقداره لان العين لما خرجت من الرهن باتفاقهما وانما يحول حكم الرهن الى الثمن بقدر الثمن واختلافهما فى مقداره كاختلافهما في مقدار قيمة الرهن حين قبضه المرتهن والقول فى ذلك قول المرتهن لانكاره الزيادة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة العدل والراهن لانهما شيآن الزيادة فيما استوفاه المرتهن والمثبت للزيادة من الشيئين أولى واذا قال العدل قد بعته بخمسين وصدقه المرتهن وقال الراهن هلك فى يدك قبل أن تبيعه وأقاما البينة فالبينة بينة الراهن أيضا لانه أثبت الزيادة فيما استوفاه المرتهن من الدين وعن أبى يوسف رحمه الله أن البينة هنا بينة المرتهن والعدل لانهما سبب خروج العين من الرهن وهو البيع والحاجة الى البينة لها فكانت منهما أولي بالقبول ولو وكل العدل فى بيع الرهن وكيلا فباعه والعدل حاضر جاز الا عند زفر رحمه الله وأصله في الوكيل بالبيع وقد تقدم بيانه فى باب الوكالة فان كان العدل غائبا عن ذلك البيع لم يجز لان الآمر انما أوصى أن يتم العقد برأي العدل فان كان حاضرا كان تمام العقد برأيه بخلاف ماأذا كان غائبا واذا لم ينفذ بيعه كان هذا ومالو باعه قبل التوكيل سواء فاذا أجازه العدل جاز ويصير كأنه باعه بنفسه لان تمام العقد حصل برأيه وكذلك لو وقت العدل للوكيل ثمنا فقال بعه بكذا فباعه به كان جائزا أما اذا كان بمحضر من العدل فغير مشكل وان كان بغير محضر منه فكذلك فى رواية هذا الكتاب لان مقصود الآمر قد حصل حين وقت العدل للوكيل

الثمن فان تمام العقد كان برأيه ومقصود الآمر الثمن لا العبادة وقد حصل وفي غير هذا الموضع قال لا يجوز لان تسميته مقدار الثمن يمنع النقصان ولكن لا يمنع الزيادة ولو حضر العدل ربما يبيعه بأكثر من ذلك لجده وكثرة هدايته فى التزوج فلهذا لا يجوز بيع الوكيل الآن بخبرة العدل واذا باع الرهن من ولده أو زوجته لم يجز الا أن يخبره الراهن والمرتهن فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما بيعه منهم لما يتغابن الناس فيه جائز لان العدل بمنزلة الوكيل بالبيع وقد بينا فى كتاب البيوع الخلاف فى بيع الوكيل من مولاه فاللفظ المذكور هنا يدل على أن موضع الخلاف فى البيع بالغبن اليسير دون البيع بمثل القيمة بخلاف باقى البيوع وقد بينا وجه الروايتين هناك فلو أجازه الراهن والمرتهن جميعا جاز لان المنع حقهما فاذا اتفقا على الاجازة نفذ لزوال المانع كما لو باع الرهن فضولى فأجاز الراهن والمرتهن فان أجاز ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز كما لو باشر أحدهما البيع لم يجز بدون نص الآخر واذا كان العدل اثنين وقد سلطا على البيع فباع أحدهما لم يجز ذلك لان الراهن والمرتهن نصا برأيهما والبيع يحتاج فيه الى الرأى ورأى الواحد لا يكون كرأى المثنى فان أجاز الآخر جاز لاجتماع رأيهما عليه وكذلك ان أجازه الراهن والمرتهن كما لو باعه فضولى آخر فأجازه الراهن والمرتهن وان أجازه أحدهما دون الآخر لا يجوز لان للراهن ملكا وللمرتهن حق نصابه فى الملك فكما لا ينفرد أحدهما بالبيع بدون رضا الآخر فكذلك لا ينفرد بالاجازة وكذلك لو باعه أجنبي وأجاز الراهن أو المرتهن لم يجز وان أجازاه جميعا وأبى العدلان ذلك جاز لان الحق لهما ونفوذ البيع من العدلين باعتبار رضاهما فاذا وجد الرضا منهما فى حق الاجنبي نفذ بيعه أيضا وقد خرج العدلان من الوكالة كما لو باشرا البيع بانفسهما واذا أخرج الراهن والمرتهن العدل من التسليط على البيع وسلطا غيره أو لم يسلطا فقد خرج العدل من ذلك اذا علم وان لم يعلم فهو على وكالته لانه وكيل بالبيع والموكل ملك عزل الوكيل بعلمه فاذا كان حصول التوكيل برأيهما فكذلك العزل يثبت باتفاقهما عليه اذا علم العدل به قال واذا أراد العدل بيع الرهن قبل حل الاجل لم يكن له ذلك لانه سلط على البيع لقضاء الدين عند امتناع الراهن من قضاء الدين من موضع آخر وانما يتحقق ذلك بعد حلول الاجل لان المطالبة بقضاء الدين تتوجه عليه عند ذلك وفي النوادر قال محمد رحمه الله هذا على وجهين اما أن يكون التسليط مضافا بأن قال اذا حل الاجل فلم أقض ماله فبعه لم يجز بيعه قبل حل الاجل ولو قال بعه

منى متى شئت جاز بيعه قبل حل الاجل لانه صار وكيلا عقب هـذا اللفظ فينفذ بيعه بحكم الوكالة ولكن الثمن يكون رهنا الا أن يحل الاجل فيستوفيه المرتهن بحقه وان قال المرتهن كان الاجل الي شهر رمضان فالقول قول الراهن فى التسليط علي البيع والقول فى حـل الاجل قول المرتهن لان الاجل حق الراهن قبل المرتهن فاذا ادعي زيادة فيه وجحد المرتهن كان القول قوله فاما التسليط على البيع فمن حق المرتهـن ويثبت بايجاب الراهن ولو أنكره أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر حلوله اذ ليس من ضرورة حل المال ثبوت التسليط على البيع لجواز أن يسلطه على البيع بعد مضي شهر من حين يحل المال فان اتفقا على الاجل انه شهر واختلفا فى مضيه فالقول قول الراهن لان الاجل حق الراهن قبـل المرتهن وقد تصادقا علي ثبوته ثم ادعى المرتهن انه أوفاه ذلك وأنكر الراهن الاستيفاء فالقول قوله واذا باع العدل الرهن بدنانير أو بغيرها من العروض والحق دراهم فله أن يصرفها بدراهم اذا كان مسلطا علي بيعه حتى يوفيه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس له أن يبيعه بعرض لان العـدل وكيل بالبيع وقد بينا الخلاف فى الوكيل بالبيع مطلقا أو باع بالعروض واذا باع بالنقود يجوز بالاتفاق ولـكنه مأمور بايفاء حق المرتهن والايفاء انما يكون بجنس الحق فكان له أن يصرف الثمن الى جنس الحق ليقضي الدين به وكذلك يبيع العروض به في قول أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو باعه بمكيل أو موزون فهو كالبيع بالعروض على قياس الوكيل وذكر الكرخي رحمه الله ان الرهن اذا كان بطعام السلم فباعه العدل بجنس ذلك الطعام يجوز البيع عندهم جميعا لان عندهما انما يتقيد البيع بالنقد بدلالة العرف وذلك غير موجود هنا ثم هذا عرف وعارضه نص لانه سلطه على البيع لقضاء الدين وذلك بجنس الدين يتحقق وان باعـه بالنقد احتاج الى أن يسوى به طعاما ليقضى به حق رب السلم فلاجل هذا جوزنا بيعه بالطعام قال ولو باعه بنسيئة كان البيع جائزا بمنزلة الوكيل بالبيع مطلقا وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف رحمهم الله أنه اذا قال لغيره بع هذا المتاع فانى محتاج الى النفقة أو قال بعه فان غرمائى ينازعونى فباعه بالنسيئة لايجوز لانه اقترن بكلامه مايدل على ان مراده البيع بالنقد وعلي قياس تلك الرواية لا يجوز بيع العدل بالنسيئة أيضا لانه أمره بالبيع عند حل الاجل ليوفى حق المرتهن من الثمن وذلك لا يحصل الا بالبيع بالنقد وان توى الثمن عند المشتري فهو من مال المرتهن لما بينا ان حكم الرهن تحول من العين الى الثمن وان كان فى ذمة المشـترى

كما لو قبل المرهون تحول حكم الرهن من العين الى القيمة ولو هلكت العين قبل البيع يصير المرتهن به مستوفيا حقه فكذلك اذا توى الثمن وفيه وفاء بالدين واذا كان الرهن أرض خراج أو عشر فأخذ السلطان الخراج أو العشر من الثمرة كان للعدل أن يبيع مابقى مع الارض الرهن لما بينا ان حكم الرهن يثبت فى الزيادة المولدة من العين ولا يسقط باعتبار ماأخذ السلطان من ذلك شئ من الدين لان ذلك مستحق على الرهن ولان ذلك الجزء كالتاوى بغير صنع المرتهن ولو هلك الكل بغير صنعه لم يسقط شئ من دينه فان قيل كيف يأخذ السلطان الخراج من الثمرة والخراج فى ذمة الراهن قلنا قد قيل ان المراد خراج المقاسمة وهو جزء من الخارج كالعشر وان كان المراد خراج الوظيفة فله تعلق بالخراج بدليل انه لوامتنع من أداء الخراج يبيعه الامام بطريق الاجتهاد واذا أخذ السلطان الخراج أو العشر من الراهن لم يكن للراهن أن يرجع بشئ من الثمرة وهو كله رهن يبيعه العدل ويوفيه المرتهن ولا شك ان للسلطان أن يأخذ منه الخراج وكذلك العشر عند حاجة مصارف العشر للسلطان أن يأخذ العشر من مالك الثمرة بعد ادراك الغلة وهذا لانه يطالبه بالاداء وله أن يؤدى من أى موضع شاء فاذا كان هو الذى رهن العين وتعذر عليه اداء العشر أخذه من غير الثمرة لزمه الاداء من محل آخر فاذا أخذ منه بقيت الثمار مملوكة للراهن محبوسة عند المرتهن بحقه وللعدل أن يبيع الكل كما بينا ولا يكون للراهن أن يرجع بشئ من الثمرة مالم يقض الدين لانه بتصرفه قصر يد نفسه عن الثمرة مالم يؤد الدين وقد كانت الثمرة مشغولة بالعشر والخراج فاذا زال ذلك باداءه من محل آخر بقي حكم الرهن فيه على حاله قال ولو كان الرهن ابلا أو بقرا أو غنما سائمة لم يكن فيها زكاة لان علي صاحبها من الدين مايستغرق رقابها ووجوب الزكاة من المال النامى باعتبار غناء المالك قال صلى الله عليه وسلم لاصدقة الا عن ظهر غنى وبالدين المستغرق ينعدم الغناء والسبب اذا وجب الحكم بواسطة لم يثبت الحكم بدون تلك الواسطة كشراء القريب يوجب العتق بواسطة الملك فاذا اشتراه لغيره لا يكون اعتاقا لانعدام الواسطة وان كان العدل هو الراهن فان كان المرتهن لم يقبض من يد الراهن فليس برهن لان تمام الرهن بالقبض ويد المالك فى ماله لا تكون نائبة عن الغير فلا يصير المرتهن قابضا بيد الراهن وان كان المرتهن قبضه وجعل الراهن مسلطا على بيعه فهو رهن وبيع الراهن فيه جائز لان العين ملكه وهو مشغول بحق المرتهن فاذا رضى صاحب الحق بالبيع نفذ بيع المالك فيه واذا ارتهن

الرجل دارا أو سلط الراهن رجلا على بيعها ودفع الثمن الى المرتهن ولم يقبضها المرتهن حتى حل المال لم يكن رهنا لانعدام القبض المتمم له وان باع العدل الدار جاز بيعه بالوكالة لا بالرهن لان العدل وكيل بالبيع وبقاء يد المالك فى العين لا يمنع صحة الوكالة بالبيع وكذلك التبعيض فى الخادم والدار لان الشيوع وان كان يمنع موجب الرهن فلا ينافى موجب الوكالة وأحد الحكمين ينفصل عن الآخر فالرهن وان لم يصح لعدم القيمة فالتوكيل بالبيع صحيح واذا باع العدل ذلك دفع الثمن الى الراهن دون المرتهن لان العين ملك الراهن ولم يثبت فيه حق المرتهن حين لم يصح الرهن فلهذا يدفع الثمن الى الرهن ثم يقضي للمرتهن على الراهن بحقه وان دفع العدل المال الى المرتهن لم يضمن لان الدفع اليه حصل بأمر المالك وان نهاه عن البيع لم يجز بيعه بعد ذلك وكذلك ان مات الراهن لم يكن للعدل أن يبيعه بعد موته لان نفوذ بيعه بالوكالة دون الرهن والوكالة تبطل بالعزل وموت الموكل والمرتهن أسوة الغرماء فيه لان اختصاصه به يكون باعتبار الرهن فاذا لم يتم الرهن كان أسوة الغرماء واذا قتل العبد المرهون عبد فدفع به أو أخفى عينه فدفع بالعين كان العدل مسلطا على بيع العبد المدفوع لانه قائم مقام مادفع به الا أن يرى أن حكم الرهن يثبت فيه بهذه الطريقة فكذلك حكم التسليط على البيع لان ذلك توكيل تعلق به الاستحقاق لكونه فى ضمن الرهن فيظهر ظهور حكم الرهن فيه واذا باع العدل الرهن فقال بعته بتسعين والدين مائة فأقر بذلك المرتهن فانه يسأل الراهن عن ذلك فان أقر أنه باعه وادعى أكثر من تسعين فالقول قول المرتهن والعدل فيه لاتفاقهما على خروج العين من الرهن بالبيع وانكار المرتهن للزيادة فيما تحول اليه حكم الرهن والبينة بينة الراهن لاثباته الزيادة وان لم يقر الراهن بالبيع وقال هلك فى يد العدل فالقول قول الراهن اذا كانت قيمته مثل الدين لان بقبض الرهن تثبت يد الاستيفاء للمرتهن فى جميع الدين ثم اذا ادعى ماينسخه وهو البيع فى الدين فلا يصدق فى ذلك الا بحجة واذا أقر بالبيع قال الراهن بعته بمائة وقال العدل بعته بتسعين وقال المرتهن بعته بثمانين وقد تقابضا فالقول قول المرتهن ويرجع على الراهن بعشرين درهما لتصادقهم على ماينسخ حكم الرهن فى العين وهو البيع وانكار المرتهن للزيادة فيما استوفى من حقه والبينة بينة الراهن لانه هو المدعى لزيادة ايفاء الدين على المرتهن فان أقام العدل البينة انه باعه بتسعين وأعطاها للمرتهن وقال الراهن لم يبعه وأقام البينة انه لم يبع وانه مات فى يده قبل ان يبيعه لم تقبل بينة الراهن على

هذا لانهم لم يشهدوا على فصل ماله وانما شهدوا على انه لم يبع وهـذا لاتجوز شهادتهم فيه لان البينة للاثبات فلا تقبل على النفي ولا بلفظ النفي وان كانت هـذه البينة بلفظ الاثبات فقد بينا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في ترجيح احدى البينتين على الاخرى فيما سبق واذا ارتد العدل ثم باع الرهن ثم قتل على ردته فبيعه جائز لان نفوذ بيعه باعتبار الوكالة وردته لاتنافي ابتـداء الوكالة فـلا ينافي البقاء بطريق الاولى وانما لايجوز أبو حنيفة تصرفه في ملك نفسه اذا قتل على الردة لان محل تصرفه حق ورثته وذلك غير موجود هنا فانه ليس بمالك للرهن وخلف وارثه فيه انما هو وكيل ببيعه وان أسلم فذلك أجوز لبيعه وان لحق بدار الحرب فلحاقه بمنزلة موته ولهـذا يقسم القاضي ميراثه فان رجع مسلما فهو على وكالته وقد نص على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهماالله في الوكيل اذا ارتدولحق بدار الحرب فقيل حكم العـدل على ذلك الخلاف وقيل بل هذا قولهم جميعا وأبو يوسف يفرق بينهما فيقول ردته ولحاقه موجب عزله بمنزلة ردة الوكيـل وعزله نفسـه وذلك يصح من الوكيل ولا يصح من العدل بعد القبول بحق المرتهن فكذلك يبقي حكم التسليط على البيع بعد لحاقه فاذا رجع فهو على وكالته وهذا لان هـذه الوكالة تعلق بها الاستحقاق لكونها في ضمن الرهن على مابينا واذا ارتد الراهن والمرتهن فلحقا بدار الحرب أو قتل على الردة ثم باع العدل الرهن جاز بيعه لان لحاقهما كموتهما والقتل موت وقد بينا أن موتهما لايبطل الرهن ولا حكم التسليط على البيع فكذلك هنا قال واذا كان العدل عبدا محجورا عليه فان وضعا الرهن على يديه باذن مولاه فهو جائز لانه من أهل يد موجبة لتتميم العـقد لو كان العقد معه باذن مولاه فكذلك اذا كان العقد مع غيره قلنا يتم العقد بيده على أن تكون يده نائبة عن يدالمرتهن كما في الحرفان وضعا على يده بغير اذن مولاه فهوأيضا جائز لان الاهلية للعبد يكون آدميا مميزا أو مخاطبا بوجود الاذن من المولى وانما الحاجة الي الاذن فيما يتضرر المولي به ولا ضرر على المولى في جعل يد العبد نائبة عن يد المرتهن ولكن عهدة البيع لا تكون عليه لان المولى يتضرر به من حيث انه يتوى ماليته فيه وانما العهدة على الذى سلطه على البيع لانه لما تعذر ايجاب العهدة على العاقد تعلقت باقرب الناس اليه وهو من سلطه على بيعه وكذلك الصبي الحر الذي يعقل اذا جعل عدلا فهو والعـدل العبد سواء ان كان أبوه أذن له فالعهدة عليـه ويرجع به على الذى أمره وان لم يكن أبوه أذن له فاسـتحق البيع من يد المشـترى

فان شاء المشـترى رجع بالثمن علي المرتهن الذى قبض المال لانه هو الذى ينتفع بهذا العـقد حين سـلم الثمن له واذا رجع عليـه رجع المرتهن على الراهن بماله وان شاء على الراهن لان البائع كان مأمورا من جهته وانما حصل بيعه وقبض الثمن له فكان له أن يرجع بالعهدة عليه ولو ذهب عقل العدل لم يجز بيعه فى تلك الحالة أما اذا صار بحيث لا يعقل البيع فلا اشكال فيه وان كان بحيث يعقل البيع جازت الوكالة ونفذ البيع فقياس تلك المسألة هنا يدل على جواز بيعه فى هذه الحالة والاصح أن يفرق بينهما فيقال لما وكله وهو صحيح العقل فهو مارضي ببيعه الا باعتبار رأي كامل وقد انعدم ذلك بجنونه وأما اذا كان وكله وهو بهذه الصفة فقد رضى ببيعه بهذا القدر من الرأى فيكون هو فى البيع ممتثلا أمره فان رجع اليه عقله فهو على وكالته لان حكم الرهن والتسليط باق بعـد ذهاب عقله ولكنه عجز عن تحصيل مقصود الراهن بعارض وذلك على شرف الزوال فاذا زال ذلك صار كان لم يكن واذا كان العدل صغيرا لا يعقل أو كبيرا لا يعقل فجعل الرهن على يده لم يجز ولم يكن رهنا لانه ليس من أهل اليـد اذ هو مميز وقبض مثـله لا يكون معتبرا شرعا وما هو المقصود بالقبض لا يحصـل بقبضـه فلا يمكن تتميم الرهن باعتبار اقامة قبضه مقام قبض المرتهن ولو كبر وعقل وباع الرهن جاز البيع لتسليط الراهن اياه على البيع لان الموكل ينفرد بالتوكيل ونفوذ تصرف الوكيل يعتمد علمه به فاذا باعه بعد ما عقل فقد وجد شرط نفوذ تصرف الموكل بعد صحة التسليط فهو نظير ما لو وكل غائبا ببيع شئ فبلغه وباعه وذكر الخصاف رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أما عنـد أبى حنيفة فلا يجوز بيعه بعـد البلوغ لان التسليط كان لغوا لانعـدام الاهليـة عنده فلا ينعدم بحدوث الاهلية بخلاف الغائب فهو أهل للتصرف فيصح تسليطه وعلمه به شرط فاذا وجد نفذ تصرفه واذا كان العـدل ذميا أو حربيا مستأمنا والراهن والمرتهن مسلمين أو ذميين فهو جائز لان المستأمن فى المعاملات بمنزلة الذمى أو المسلم وهو من أهـل يد معتبرة شرعا وهو من أهل ان ينفذ بيعه بتسليط المالك كما ينـفذ بيعه باعتبار ملكه فان لحق الحربى بالدار لم يكن له أن يبيع وهو فى الدار لان المرهون فى دار الاسلام رجع الى دار الحرب عاجز عن تسليم ما فى دار الاسلام لحاجته فى الرجوع الى أمان جديد فلهذا لا ينفذ بيعه فان رجع فهو على وكالته بالبيع لما بينا فى المرتهن اللاحق بدار الحرب وان كان الحربى الراجع الى دار الحرب هو الراهن والمرتهن أو العدل ذمى أو حربى مقيم فى دار

الاسلام باذن فله أن يبيعه لان لحاق الراهن والمرتهن بالدار كموتهما وذلك لايمنع نفوذ بيع العدل ان كان قادرا على التسليم لبقاء الرهن والتسليط واذا باع العدل الرهن وقبض الثمن فهلك عنده ثم رد عليه المبيع بعيب فمات عنده أو استحق أو هو باق فى يده وقد أخره بالثمن حتى أداه فله أن يرجع على الراهن في ذلك كله لانه فى البيع كان عاملا للراهن بامره ولا يكون له أن يرجع على المرتهن لان رجوعه عليه باعتبار قبضه الثمن منه ولم يوجد وان كان الراهن مفلسا والعبد فى يد العدل فله أن يبيعه ويستوفى الثمن الذى غرمه لان بالرد بالعيب عليه انفسخ البيع فيبقى التسليط على البيع كما كان واذا باعه فالثمن ملك الراهن وقد استوجب الرجوع على الراهن بما غرم فاذا ظهر جنس حقه من ماله كان له أن يأخذه وهو أحق بذلك من المرتهن لان دينه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن فى ذمة الراهن لا بسبب هذا العبد وكان صرف بدل العبد الى دين وجب بسبب العبد أولى ولانه لو كان دفع الثمن الى المرتهن كان له أن يرجع فاذا لم يكن دفعه اليه فلان يكون هو أحق به ولا يلزمه دفعه اليه أولى واذا باع العدل الرهن بيعا فاسدا أو ربا لم يجز بيعه كما لو باشره المالك ولا يضمن العدل لانه وكيل وانما يضمن الوكيل بالاخلاف لابالفساد فكل أحد لايهتدى الى التحرز عن الاسباب المفسدة للعقد كما اذا كان الرهن خمرا أو خنزيرا والراهن والعدل ذميين والمرتهن مسلما وباعه العدل فبيعه جائز بالوكالة والرهن باطل لان المرتهن مسلم والمسلم من أهل العقد على الخمر ولكن بطلان الرهن لايبطل الوكالة بالبيع وان كان مسلما والعدل والمرتهن ذميين فالرهن باطل لما قلنا وبيع العدل ينفذ بالتوكيل فى قول أبى حنيفة بمنزلة المسلم يوكل الذمى ببيع الخمر والخنزير وينبغى له أن يتصدق بالثمن فان قضاه العدل المرتهن ففعله كفعل الراهن بنفسه فينبغى أن يتصدق بمثله لانه قضى دينه بمال يثبت فيه حق الفقراء فعليه أن يتصدق بمثله وان كان العدل مسلما فبيعه باطل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر وليس له أن يباشره لنفسه أو لغيره والله أعلم

باب الرهن الذى لايضمن صاحبه

(قال رحمه الله) واذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته الف درهم ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه منه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه

فهو ضامن فى القياس قيمته للراهن وهو قول زفر وفى الاستحسان لاضمان عليه وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله وجه القياس أن بقبض الرهن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن ويتم ذلك بهلاك الرهن وصيرورته مستوفيابهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلةاستيفائه حقيقة بعدالابراء فيلزمه رد المستوفى ولا يقال انما يصير مستوفيا من وقت القبض حتى تعتبر قيمته من ذلك الوقت فيكون بريئا بعدالاستيفاء وهذالان الابراء بعد الاستيفاء صحيح موجب لردالمستوفى كالبائع اذا قبض الثمن ثم أبرأ المشترى عن الثمن وقد قال بعد هـذا فى الرهن بالصداق اذا طلقهاالزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن لا يلزمها رد شئ على الزوج بطريق الاستحسان ولو كان الطريق فيه هذا للزمها رد النصف لان الطلاق قبل الدخول بعد استيفاء الصـداق يلزمها رد نصف المستوفى ولا وجه لاسقاط الضمان الفائت فى ماليـة الرهن بسبب الابراء عن الدين لان ضمان العقد بالقبض فيبقى بعد القبض وان سقط الدين كما لو استوفى الدين حقيقة أو اشترى بالدين عينا أو صالح منه على عين أو احاله على انسان آخر بقى ضمان الرهن وان برئت ذمـة الراهن عن الدين وكذلك لو تصادقا على أن لادين بقي ضمان الرهن لبقاء القبض وان انعدم الدين ولو تبادلا رهنا برهن بقي ضمان الاول مالا يرده على الراهن لبقاء القبض والمشـترى اذا قبض المبيع فهو بالخيار ثم فسخ البيع بقى مضمونا بالثمن لبقاء القبض وان انفسخ البيع واذا كان الخيار للبائع ففسخ البيع يبقي مضمونا بالقيمة على المشـترى لبقاء القبض كما فى الابتداء ولا يقال لو وجب الضمان على المرتهن انما يجب بسبب الابراء وهو متبرع فيه فلا يوجب عليه ضمانا لان وجوب الضمان عليه ليس بالابراء بل الاستيفاء بهلاك الرهن الا أنه قبل الابراء كانت تقع المقاصةوبعد الابراء لا يمكن اثبات المقاصة فيبقى المستوفي مضمونا عليه كما لو استوفاه حقيقة بعد الابراء ويلزمه ضمان المستوفى وان كان لو لم يسبق الابراء لم يكن عليه شئ وللاستحسان وجهان أحدهما ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم أحـد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحـدهما (ألا ترى) انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا أبرأ من الدين يسقط الضمان لانعـدام الدين مع بقاء القبض وهـذا بخلاف مالو استوفى حقيقة لان هناك الدين بالاستيفاء لايسقط بل يتقرر فان ماهو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول

المقصود بالشيء ينهيه ويقرره ولهذا جاز الابراء عن الثمن بعد الاستيفاء فاذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين انه استوفي مرتين فيلزمه رد أحدهما فأما بالابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين وكذلك اذا اشترى بالدين أو صالح من الدين على عين فذلك استيفاء الدين بطريق المقاصة وكذلك اذا أحال على غيره لان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحال عليه تقوم مقام ذمة المحيل وهو بصدد أن يعود الى ذمة المحيل اذا كان المحتال عليه مفلسا فلهذا بقي ضمان الرهن وكذلك بعد ما تبادلا رهنا برهن ألدين والقبض باقيان في حق العين الاول فيبقى الضمان فيه واذا تصادقا على أن لا دين فانما يسلم هذا فيما اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا فأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك تهلك أمانته لان بتصادقهما من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين والوجه الآخر وعليه الاعتماد أن مقصود الراهن بتسليم الرهن الى المرتهن أن يبرئ ذمته عند هلاك الرهن من غير أن يلزمه شيء آخر وقد حصل له هذا المقصود بالابراء قبل هلاك الدين فلا يستوجب عند هلاك الرهن سببا آخر كمن عليه الدين المؤجل اذا عجل الدين ثم حل الاجل وصاحب المال اذا عجل الزكاة ثم تم الحول لا يلزمه شيء آخر لهذا المعنى بخلاف ما اذا استوفى الدين فهناك مقصوده لم يحصل لان ذمته انما برئت بما أعطى من المال وكذلك اذا اشترى بالدين أو صالح أو أحال أو تبادلا رهنا برهن فما هو المقصود له عند هلاك الرهن لم يحصل بهذه الاسباب واذا تصادقا على أن لا دين له ثم هلك الرهن بعد ذلك لا يكون مضمونا لان مقصوده حصل بالتصادق حين لم يلزمه شيء آخر ولا يقال مقصود براءة ذمته عند هلاك الرهن بطريق الايفاء وانما برئت ذمته بطريق الاسقاط بالابراء أو الاسقاط عن الايفاء وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها فانما ينظر الى حصول المقصود ولا ينظر الى اختلاف الطريق بمنزلة ما لو قال لفلان على الف درهم قرضا وقال المقر له بل هو غصب يلزمه المال لايفاء ما هو المقصود وان اختلفا في السبب وكذلك لو قال لفلان على ألف درهم ثمن هذه الجارية التي بعتها وقال فلان الجارية جاريتك بعتها ولي ألف درهم يلزمه المال لحصول المقصود وهو سلامة الجارية له وان اختلفا في السبب فهذا مثله وهذا بخلاف البيع بالضمان فانه هناك انعقد بالقبض ولكن فسخ البيع يبطل بالهلاك قبل الرد كما

يبطل البيع بالهلاك قبل التسليم وهنا الابراء مايبطل بهلاك الرهن بعده لان هنالك ماهو المقصود للبائع لا يحصل بفسخ البيع ما لم يعد المبيع الى يده فلهذا بقى الضمان ولو منعه العبد بعد ماأبرأه عن الدين حتي مات في يده ضمن قيمته لانه كان أمينا فيه فبالمنع بعد طلب الحق يصير غاصبا كالمودع ولو ارتهن المرأة رهنا بصداقها وهو مسمى وقيمته مثله ثم أبرأته أووهبته له ولم يقبضه حتى هلك عندها فلا ضمان عليها فى الاستحسان وكذلك لو اختلعت منه قبل أن يدخل بها ثم لم يقبضه حتى مات لان مقصود الزوج هو براءة ذمته عن الصداق بالخلع من غير ان يلزمه شئ آخر وقد حصل وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها وقد ابرأته عن الصداق ولو لم تبرئه من الصداق قبل الطلاق ولكن أبرأته من حقها قبل الطلاق أو لم تبرئه حتى هلك فلا ضمان عليها فيه أما اذا أبرأته فلحصول مقصود الزوج واذا لم تبرئه فقد حصل مقصود الزوج فى النصف بالطلاق قبل الدخول وانما بقى ضمان الرهن فى النصف الذى هو حقها فبهلاك الرهن يصير مستوفيا ذلك القدر خاصة فلهذا لايلزمها رد شئ ولو تزوجها على غير مهر مسمى وأعطاها بمهر المثل رهنا فمهر المثل في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة المسمى فى النكاح الذى فيه تسمية فان طلقها قبل الدخول بها سقط جميع مهر المثل ولها المتعة ثم فى القياس ليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة وهو قول محمد والآخر وهو قول أبى حنيفة رحمهما الله وفى الاستحسان لها أن تحبس الرهن بالمتعة وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله وقد بينا فى كتاب النكاح ان عند محمد المتعة فى حكم جزء من مهر المثل بمنزلة نصف مهر المسمى أو هو خلف عنه والرهن بالشئ يكون رهنا بخلفه علي ما بينه فى السلم وأبو يوسف يقول المتعة دين حادث ليس بجزء من مهر المثل لانه ثياب ومهر المثل دراهم ولا هو خلف عن مهر المثل لان كل واحد منهما يجب باعتبار ملك البضع فى حال فلا يكون أحدهما خلفا عن الآخر وكيف يكون خلفا ولا تجب المتعة الا بعد سقوط مهر المثل بالطلاق قبل الدخول فاذا لم يكن الرهن بمهر المثل رهنا بالمتعة عند أبى يوسف قلنا ان هلك الرهن قبل أن يمنع لاضمان عليها فيه لحصول مقصود الزوج وهو سقوط مهر المثل عنه بالطلاق وان منعته ماهى ضامنة قيمته وعند محمد لها أن تمنع فبالهلاك تصير مستوفية مقدار المتعة ولا ضمان عليها فيما زاد على ذلك لحصول مقصود الزوج واذا أسلم الرجل خمسمائة درهم الى رجل فى طعام مسمى فارتهن منه عبدا يساوى ذلك الطعام ثم صالحه على رأس

ماله ففي القياس له أن يقبض العبد ولا يكون للمرتهن أن يحبس الرهن برأس المال لان العبد كان مرهونا بالمسلم فيه وقد سقط لاالى بدل ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القرض فلا يكون العبد مرهونا به كما لو كان له على غيره دراهم ودنانير فرهنه بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير لا يكون له أن يحبس الرهن بالدراهم وفي الاستحسان له أن يحبس الرهن حتى يستوفي رأس المال لانه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد وحقه في رأس المال عند فسخ العقد فيكون له أن يحبس الرهن بكل واحد منهما كمن ارتهن بالمغصوب به فهلك المغصوب كان له أن يحبس الرهن حتى يستوفي قيمته لان الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه والقيمة عند هلاكه وهذا لان المسلم فيه مع رأس المال أحدهما بدل عن الآخر ولهذا لا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه قبل الاقالة والرهن بالشيء يكون رهنا ببدله لان البدل يقوم مقام الاصل وحكمه حكم الاصل فان هلك العبد في يده من غير أن يمنعه فعلى المرتهن أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لانه بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفي واسترداد رأس المال فكذلك هناك وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة وان صار مستوفيا طعام السلم ومحمد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين فصل المتعة فهناك جعل الرهن بعد الطلاق محبوسا بالمتعة وجعلها بهلاك الرهن مستوفية للمتعة وهنا جعل الرهن محبوسا برأس المال وجعله هناك هالكا بطعام السلم لان المتعة في جزء من مهر المثل فان الطلاق مسقط فلا يصلح أن يكون موجبا دينا آخر ابتداء واذا كان بمنزلة الجزء فهو كنصف المسمى فانما يبقى حكم الضمان بقدره وهذا رأس المال ليس بجزء من المسلم فيه وعند هلاك الرهن انما يتم الاستيفاء من وقت القبض ولهذا تعتبر القيمة من وقت القبض فانما يصير مستوفيا لما صار مضمونا به *وتوضيحه ان بالطلاق سقط مهر المثل لاالى بدل ولا يمكن ابقاء ضمان المهر في مهر المثل وقد سقط لا الى بدل فلهذا بقي الرهن بقدر المتعة رهنا بالاقالة وسقط السلم فيه لاالى بدل ولكن الى بدل وهو رأس المال لما بينا ان أحدهما بدل عن الآخر فلهذا بقي ضمان الرهن بالطعام كما انعقد عند القبض وكذلك لو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم

هلك العبد فعليه طعام مثله لان المرهون مضمون بطعام السلم لا رأس المال فالابراء عن رأس المال وجوده كعدمه فى ايفاء حكم الضمان بطعام السلم قال (ألا ترى) أن رجلا لو أقرض رجلا كر حنطة وارتهنه منه ثوبا قيمته مثل قيمته فصالحه الذى عليه الكر على كرى شعير يدا بيد جاز ذلك ولم يكن له أن يقبض الثوب حتى يدفع الكرين من الشعير ولو هلك الرهن عنده بطل طعامه ولم يكن له على الشعير سبيل وبيان هذا الاستشهاد ان حبس الرهن بعد هذا الصلح لا يمكن باعتبار ضمان الشعير لان الشعير مبيع عين والرهن مثله لا يجوز فعرفنا انه بقى مرهونا بالطعام لان سقوطه كان بعوض فبقى حكم الرهن والضمان فيه مالم يأخذ العوض وكذلك فى مسألة السلم الا أن هنا اذا هلك الرهن تم استيفاؤه للطعام فيبطل العقد فى الشعير كما لو استوفاه حقيقة ثم اشترى به شعيرا بعينه وفى السلم أيضا صار مستوفيا للمسلم فيه بهلاك الرهن ولكن اقالة السلم بعد استيفاء المسلم فيه صحيحة فلهذا يلزمه رد مثل ذلك الطعام ولو باعه كرا بدراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها بطل البيع لانهما افترقا عن دين بدين وبقى الطعام عليه والثوب رهن به بخلاف الشعير فانه عين فانما الافتراق هنا عن عين بدين حتى لو كان الشعير بغير عينه وتفرقا قبل أن يقبضا كان البيع باطلا أيضا لانه دين بدين هكذا ذكر فى الاصل وينبغى فى هذا الموضع ان لا يصح البيع أصلا لان الشعير بغير عينه بمقابلة الحنطة يكون مبيعا وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز واذا اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الالف وأعطاه بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الاستيفاء لا يتم مع قيام الرهن فانما افترقا فى عقد الصرف قبل قبض أحد البدلين فاذا فسد الصرف وجب عليه رد الالف وليس له أن يأخذ الرهن حتى يوفيه الالف لما بينا أنه انما ارتهن بحقه الثابت بسبب عقد الصرف وذلك المائة الدينار عند بقاء العقد واسترداد الالف بعد انفساخ عقد الصرف كما فى مسئلة السلم فان هلك الرهن عنده صار مستوفيا للدنانير بهلاك الرهن فان عند القبض انعقد ضمان الرهن بالدنانير ولو استوفاه حقيقة لزمه رد المستوفى لفساد عقد الصرف فهنا أيضا ترد الدنانير ويرجع على المرتهن بالالف فان لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير لان الاستيفاء تم بهلاك الرهن قبل الافتراق وقد بينا فى كتاب الصرف والبيوع حكم الرهن ببدل الصرف ومن خلاف زفر وكذلك ان كان الرهن على يدى عدل لان فى حكم الرهن يد العدل كيد المرتهن واذا قبض المرتهن حقه من الراهن ثم هلك

عنده فعليه أن يرد ماقبض وقد بينا معنى هذه المسألة وفى هذا اللفظ اشارة الى أن سقوط الدين بهلاك الرهن على معنى ان ضمان الاستيفاء الذى ثبت بقبض الرهن يتم بهلاك الرهن ويصير كانه استوفى بقبض الدراهم بعد ما استوفى بقبض الرهن فيلزمه رد ماقبض لهذا ولو كان الدين طعاما قرضا فاشتراه الذى هو عليه بدراهم ودفعها الى المرتهن ثم هلك الرهن كان على المرتهن أن يرد مثل ذلك الطعام على الراهن لانه بهلاك الرهن صار مستوفيا للطعام وقد سقط حقه عن الطعام حين باعه ممن عليه بدراهم وقبض الدراهم ولو ارتهن رجل عبدا بالف درهم يساويها فقضاها رجل تطوعا عن المطالب ثم هلك الرهن عنده فعلى الطالب أن يرد المال على المتطوع عندنا وقال زفر يضمن المرتهن ذلك للراهن وهو بناء على ماتقدم لان عنده الضمان انعقد بالقبض وصار حقا للراهن فيبقى ذلك ببقاء القبض والمتطوع يتبرع بقضاء الدين فيكون ذلك كتبرع المرتهن بالابراء عن الدين فلا يتغير به حكم الضمان الثابت له وعندنا قضاء المتبرع للمال كقضاء المطلوب ولو كان قضاه الدين بنفسه ثم هلك الرهن تم استيفاء الدين بهلاك الرهن ووجب عليه رد المقبوض بسبب القبض فكذلك هنا يلزمه رد المقبوض بسبب القبض وانما قبضه من المتطوع فيرده عليه وعلى هذا لو اشترى عبدا بالف فنقدها رجل عنه متطوعا ثم رد العبد بعيب أو استحق رجع المال الى المتطوع وكذلك لوأن امرأة نقد رجل مهرها تطوعا عن زوجها ثم ارتدت قبل الدخول بها رجع المال الى المتطوع ولو طلقها قبل الدخول بها رجع نصف المال الى المتطوع فلو لم يكن فى النكاح تسمية رجع بمهر المثل الى المتطوع والمتعة على الزوج لان التطوع باداء مهر المثل لا يكون تطوعا باداء المتعة كما ان الكفالة لمهر المثل لا تكون كفالة بالمتعة وزفر مخالف فى هذا كله وما أشرنا اليه من المعنى صحيح في الفصول كلها واذا جني العبد الرهن وقيمته ألف والدين ألف والجناية ألف أو أكثر فأبى المرتهن أن يفتكه وفداه الراهن بالجناية ثم مات العبد عند المرتهن فعلى المرتهن أن يرد علي الراهن ألفا لان الفداء من المضمون فى الرهن على المرتهن فان مالية الرهن تجني به وهو حق المرتهن والراهن فى الفداء لايكون متطوعا لانه قصد بالفداء تخليص ملكه فيستوجب الرجوع به على المرتهن وللمرتهن عليه مثله فيصير قصاصا وفى المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولها فصار الراهن قاضيا دين المرتهن وقد بينا أنه لو هلك الرهن بعد ما اقتضى الدين وجب عليه رد مااقتضى فهذا مثله وكذلك لو كان استهلك متاعا

يستغرق رقبته فقضاه الراهن ثم مات العبد لان المستحق للدين ماليته وهو حق المرتهن فيكون ذلك عليه والراهن لايكون متطوعا فى اداء ذلك لتخليص ملكه كما فى الاول ولو ارتهن عبدا بألف يساويها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شئ وقد مات العبد فعلى المرتهن أن يرد عليه ألف درهم لان عند هلاك الرهن كان الدين واجبا ظاهرا فيصير بهلاك الرهن مستوفيا ولو استوفاه حقيقة ثم تصادقا على أن لادين عليه يلزمه رد المستوفى وعن أبي يوسف أنه ليس عليه رد شئ لانهما تصادقا على انتفاء الدين عند هلاك الرهن وتصادقهما حجة فى حقهما والاستيفاء بدون الدين لايتصور وكذلك لو أخذه منه على أن يقرضه ألفا لان الدين الموعود بمنزلة الدين المستحق في انعقادضمان الرهن به كما ان المقبوض على سوم الشراء كالمقبوض علي حقيقة السوم فى حكم الضمان فهلاك الرهن يصير مستوفيا فيجعل فى الحكم كانه استوفاه حقيقة فيلزمه رده وانما أورد هذا ايضاحا للاول فان كون الدين واجبا ظاهرا عند هلاك الرهن أقوى من الدين الموعود فاذا كان الرهن يهلك مضمونا بالدين الموعود ففيما كان واجبا ظاهرا أولى ولو أحال الراهن المرتهن على رجل بالمال ثم مات العبد قبل أن يرده فهو بما فيه لما بينا أن ضمان الرهن باق بعد الحوالة فيتم الاستيفاء بهلاك الرهن فيجعل هذا بمنزلة مالو استوفى الطالب الدين من المحيل وذلك مبطل للحوالة فهذا مثله وكذلك لو أعطاه رهنا مكان الرهن الاول ثم هلك الرهن الاول قبل أن يرده فهو رهن بالمال لبقاء القبض والدين بعد تسليم الدين الثانى اليه واذا تم الاستيفاء بهلاك الرهن الاول بطل الرهن الثانى ولو هلك الثانى قبل هلاك الاول أو بعده فهو مؤتمن فيه لانه لم يوجد منهما مرهونا مضمونا بالدين فمن ضرورة بقاء الدين فى الرهن الاول انتفاء ضمان الدين عن الثانى وانما بقى مقبوضا باذن المالك فيكون القابض أمينا فيه اذا هلك وكذلك لو ناقضه الراهن فقبل أن يرده هلك فهو هالك بالمال لبقاء القبض والدين وهذا لان فسخ العقد معتبر بأصل العقد فكما ان ضمان الرهن لا يثبت بالعقد قبل القبض فكذلك لا يسقط بالفسخ قبل الرد واذا زاد الرهن دراهم من المرتهن وجعلها فى الرهن فانه لايكون فى الرهن وهما فصلان أحدهما الزيادة وصورته اذا رهنه ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم زاد الراهن المرتهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة ففى القياس لا تصح هذه لزيادة وهو قول زفر رحمه الله لانه لابد من أن يجعل بعض الدين بمقابلة الزيادة ليكون مضمونا به وذلك متعذر مع بقاء حكم الرهن فى

الثوب الاول لبقاء القبض فهو نظير مالو ناقصه الرهن أو تبادلا رهنا برهن على ما بينا وهذا في الحقيقة بناء على أصل زفر رحمه الله ان الزيادة في الثمن والبيع لا يثبت ملحقه بأصل العقد وقد بينا في البيوع وفي الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وتثبت الزيادة في الرهن في حكم الدين لان تراضيهما على الزيادة بعد العقد بمنزلة تراضيهما عليه عند العقد ولو رهنه في الابتداء يومين بالعشرة جاز الرهن وانقسم الدين على قيمته فكذلك هنا يقسم الدين على قيمة الاصل وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض وهذا بخلاف ما اذا تبادلا رهنا برهن فلم يوجد هناك اقتراض منهما على ثبوت حكم الرهن فيهما جميعا توضيحه انه بالناس حاجة الي تصحيح هذه الزيادة وربما نطق المرتهن بالابتداء انه في الرهن وفاء بدينه ثم ثبت له خلاف ذلك فلا يرضى برهن لا وفاء فيه فيحتاج الراهن برد عين آخر ليطمئن قلبه والزيادة في الرهن تجوز ان ثبت حكما فان المرهونة اذا ولدت يكون الولد زيادة تثبت في الرهن حكما فيجوز اثباته أيضا فضلا والفصل الثاني في الزيادة بالدين فان المرتهن اذا زاد الراهن عشرة أخري ليكون الرهن عنده رهنا بهما جميعا فهذه الزيادة لا تثبت في حكم الرهن في القياس وهو قول أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وفي الاستحسان تثبت وهو قول أبي يوسف رحمه الله وأوجهه قول أبي يوسف ان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة المبيع مع الثمن حتى يكون المرهون محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن عن الزيادة في الرهن يجعل ملحقة بأصل العقد فكذلك الزيادة في الدين كما في البيع فان الزيادة في الثمن والمبيع ثبتت على سبيل الالتحاق بأصل العقد وهنا مثله وكما ان الحاجة تمس الى الزيادة في الرهن فقد تمس الحاجة الى الزيادة في الدين بأن يكون في مالية الرهن فضلا على الدين ويحتاج الراهن الي مال آخر فيأخذه من المرتهن ليكون الرهن رهنا بهما وهذا بخلاف المسلم فيه فالزيادة في المسلم فيه لا تجوز وان كانت تجوز في رأس المال لان جواز السلم بخلاف القياس فانه بيع المعدوم وانما جعل المسلم فيه كالموجود حكما لحاجة المسلم اليه والزيادة في رأس المال بين حوائج المسلم اليه فأما الزيادة في المسلم فيه فليس من حوائج المسلم اليه في شئ فلا يظهر هذا العقد فيه فاما جواز الرهن بالدين فثابت بمقتضى القياس اذ هو لحاجة المديون والزيادة في الدين من حوائج المديون والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين من وجهين أحدهما أن الزيادة في الدين تؤدى الى الشيوع في الرهن لان

بعض الرهن يفرغ من الدين الاول يثبت فيه ضمان الدين الثاني ويبقى حكم الاول في البعض مشاعا ويثبت فيما يقابل الزيادة مشاعا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن فأما الزيادة في الرهن فتؤدي الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني والشيوع في الدين لا يصير كما لو رهنه بنصف الدين رهنا ولا يقال الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد فلا يؤدي الى الشيوع فيه لانا نسلم هذا ولكنه مع الالتحاق بأصل العقد تثبت قيمته ملحقا فهو كما لو رهنه في الابتداء ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة وذلك لا يجوز وبه فارق البيع فالشيوع وتفرق التسمية لا يؤثر في افساد البيع والثاني أن الزيادة انما تصح ملحقة بأصل العقد في المعقود عليه والمعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا بمعقود به لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلا يملك اثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد فأما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد فسخ عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد (وفقه هذا الكلام) أن صحة الزيادة باعتبار انه تصرف في العقد بعسر وصفه أو حكمه وذلك مستحق في الزيادة في الرهن لان الحكم قبل الزيادة ان الرهن الاول مضمون بعشرة وبعد الزيادة يكون مضمونا بخمسة فثبتت الزيادة فيه ملتحقة بأصل العقد فاما الزيادة في الدين فلا تغير وصف العقد ولا حكمه لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء وجدت الزيادة في الدين أو لم توجد فلهذا لا يثبت حكم الزيادة في ضمان الرهن وعلى هذا لو أنفق المرتهن على الرهن بأمر القاضي أو بامر صاحبه فذاك دين وجب له على الرهن وفي ثبوت حكم الجنس باعتباره اختلاف كما بينا وكذلك اذا كان الرهن يساوي الفين والدين ألفا فجنى المرهون وفداه المرتهن والراهن غائب فنصف الفداء من ذلك على المرتهن ونصفه وهو حصة الامانة على الراهن ولا يكون المرتهن متطوعا فيه عند أبي حنيفة على مابيناه في باب الجنايات فهو دين حادث له على الراهن فلا يكون له أن يحبس الرهن بعد استيفاء الاول بمنزلة مالو أقرضه مالا زيادة في الدين الاول والله أعلم بالصواب

باب رهن الوصي والولد

(قال رحمه الله) واذا كان على الميت دين وله وصي فرهن الوصي بعض ماتركه عند غريم

من غرمائه لم يجز للآخرين أن يردوه لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فليس للوصي أن يخص بعض الغرماء بايفاء دينه حقيقة ولو فعل ذلك كان للآخرين أن يبطلوه فكذلك حكم يد الاستيفاء ولان حقهم جميعا تعلق بالتركة فهو يبطل حق سائر الغرماء عن عين الرهن بتصرفه فليس له ذلك فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لان المانع قد ارتفع بوصول حقهم اليهم واثبات يد الاستيفاء للمرتهن فى هذا قياس حقيقة الاستيفاء ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن وبيع فى دينه لانه لو أوفاه الدين حقيقة جاز فكذلك اذا رهنه منه اذ ليس فى الرهن ابطال حقه ولا حق غيره وقد كان يباع فى دينه قبل الرهن فبعده أولى واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه يملك استيفاء الدين حقيقة ويكون هو فى ذلك كالموصى فكذلك فيما هو وثيق للاستيفاء وكذلك لو كان الميت هو الذي ارتهنه فوصيه يقوم مقامه فى امساكه الا أنه لا يبيعه بدون اذن الراهن لان التسليط على البيع بطل بموت المرتهن فالراهن انما رضى ببيعه ولم يرهن برأى غيره فى البيع وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه ورهن به أيضا وكذلك لو أنجز لليتيم فرهن أو ارتهن لان الرهن وثيقة الاستيفاء فيملكه من يملك حقيقة الايفاء والاستيفاء تسليم الرهن الى المرتهن استحفاظا له فى الحال وقضاء لدينه باعتبار المآل وكل واحد منهما يملكه الوصي كالايداع وايفاء الدين أو هو ايجاب حق للمرتهن على وجه ينتفع به اليتيم من حيث انه الذى يصير مقضيا عند هلاكه ويكون كالبيع والاجارة والوصى يملك ذلك فى مال اليتيم وينبغى للوصى أن يتصرف على وجه يكون فيه نظر لليتيم يتجر فيه بنفسه أو بنصفه كما كانت عائشة رضى الله عنها تفعله فى مال ولد أخيها أو يعمل في ماله مضاربة أو يدفعه الى غيره مضاربة كما كان عمر رضى الله عنه يعطى مال اليتيم مضاربة وقد بينا هذا فى أول المضاربة واذا ارتهن الوصى خادما لليتيم من نفسه أو رهن خادما لنفسه من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز اعتبارا بحقيقة الاستيفاء فانه لا يستوفى دين اليتيم من نفسه ولا دين نفسه من مال اليتيم من خلاف جنسه وهذا لان تصرفه مع نفسه لا ينفذ الا بمنفعة ظاهرة كالبيع والشراء وذلك لا يتحقق فى الرهن والارتهان وكذلك اليتيم ان فعل ذلك لم يجز الا أن يجيزه الوصى بمنزلة بيعه وشرائه وكذلك ان فعل ذلك أحد الوصيين الا أن يجيزه الآخر فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وتجوز فى قول أبى يوسف رحمه الله بناء على اختلافهم فى أحد الوصيين يتفرد بالتصرف وهى بفروعها

مذكورة فى الوصايا ولو كانت الورثة كبارا كلهم لم يكن للوصى أن يرهن من متاعهم شيأ بدين يستدينه عليه وكذلك ان كانوا صغارا وكبارا لانه مشاع وكذلك لو كانوا كبارا محبوسين عن التصرف لانه انما يملك عليهم من التصرف ما يرجع الي الحفظ والرهن ليس من ذلك فى شيء فهو بمنزلة بيع العقار وللوصي أن يرهن بدين على الميت لانه قائم مقامه فيما هو من حوائج الميت وايفاء الدين من حوائجه ويملكه الوصى فكذلك الرهن به كانت الورثة صغارا أو كبارا وكان الكبير شاهدا واحتاج الى نفقة ينفقها على الرقيق فرهن شيئا من متاعهم فى ذلك فانه لايجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وان كان غائبا جاز لان الاستدانة للانفاق على الرقيق من التصرفات التى ترجع الي الحفظ والوصى يملك ذلك فى حق الكبير الغائب كما يملك بيع العروض ولا يملك في حق الكبير الحاضر عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار ولايته فى نصيب الصغير تثبت له الولاية فى ذلك فى نصيب الكبير أيضا كما فى البيع فانه يجوز بيعه الرقيق اذا كان فى الورثة صغار وكبار فكذلك له ولاية الاستدانة للانفاق عليهم ثم كما يجوز له أن يقضى ذلك الدين من مالهم يجوز له أن يرهن به رهنا ولو رهن الوارث الكبير شيئا من متاع الميت وعلى الميت دين ولا وارث له غيره فان خاصم الغريم فى ذلك أبطل الرهن وبيع له في دينه لان حقه تعلق بمالية العين التي رهنها فالوارث بتصرفه قصد ابطال حقه فيرد عليه قصده وهذا التصرف من الوارث معتبر بسائر التصرفات كالبيع ونحوه وذلك لاينفذ من الوارث في التركة المشغولة بالدين فان قضى الوارث الدين جاز الرهن لان المانع حق الغريم وقد زال بوصول دينه اليه فينفذ الرهن من الوارث كما ينفذ سائر التصرفات واذا لم يكن على الميت دين فرهن الوارث الكبير شيئا من متاعه بمال أنفقه على نفسه أو كان الوارث صغيرا ففعل ذلك الوصى ثم ردت عليهم سلعة بالعين كان الميت باعها فهلكت فى أيديهم وصار ثمنها دينا فى مال الميت وليس له مال غير مارهن بالنفقة فالرهن جائز لانه حين سلم الرهن الى المرتهن لم يكن على الميت دين والعين كانت ملكا للوارث فارغة عن حق الغير فلزمه حق المرتهن فيه ثم لحق الدين بعد ذلك برد السلعة بالعيب فلا يبطل ذلك حق المرتهن بمنزلة مالو أقر الوارث بدين على الميت بعد الرهن وهذا الخلاف مااذا استحق العبد الذى كان الميت باعه أو وجد حرا فان الرهن يبطل لانه تبين ان الدين كان واجبا على الميت حين رهن الوارث التركة فالحر لا يدخل فى العقد ولا يملك

عنه وبالاستحقاق يبطل البيع من الاصل فكان تصرف الوارث فى التركة باطلا فاما بالرد بالعيب فلا يتبين أن الثمن كان مستحق الرد قبل أن يرد السلعة بالعيب وكان هذا دينا حادثا بعد تمام الرهن فلا يبطل الرهن ولكن الراهن ضامن لقيمته حتي يؤديه فى دين الميت وصيا كان أو وارثا لانه لما لحق الميت دين وجب فصار ذلك من تركته والوارث قد منع ذلك بتصرفاته فكان فى حكم المستهلك له فيضمن قيمته والوصى كذلك الا أن الوصى يرجع به على اليتيم لانه دين لحقه فى تصرف باشره لليتيم فيرجع به في ماله وعلى هذا لو كان الميت زوج أمته وأخذ مهرها فاعتقها الوارث بعد موته قبل دخول الزوج بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا على الميت كان الرهن جائزا والابن ضامنا له لانه دين لحق الميت بعد مانفذ التصرف من الوارث ولا يتبين بهذا السبب قيام الدين عند تصرف الوارث وكذلك لو حفر بئرا فى الطريق ثم تلف فيها انسان بعد موته حتى صار ضامنا دينا على الميت فانه لا يبطل التصرف من الوارث ولكنه ضامن للقيمة لانه أتلف حق الغريم فى العين بتصرفه واذا ارتهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم ان الوصي استفاده من المرتهن لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فقد خرج من الرهن لان الوصى فيما يتصرف لليتيم قائم مقامه ان لو كان بالغا ولو كان بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاده من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين لانه عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا دينه باعتبار المديون (ألا ترى) أن حكم الرهن لا يثبت بيد الراهن فى الابتداء اذا جعل عدلا فيه فكذلك لا تبقي حكم يد الاستيفاء بعد مارجع الرهن الي الراهن واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصى بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي علي اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم لانه انما استعارها لحاجة اليتيم واذا رهن الوصى متاع اليتيم فى نفقة اليتيم فاقر بذلك بعد بلوغه وأراد أن يبطل الرهن فليس له ذلك لانه تصرف نفذ من الوصي فى حال قيام ولايته ولزم فلا يملك اليتيم ابطاله بعد بلوغه كالبيع ولا يجوز للوصي أن يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير أومن عبد له بآخر ليس عليه دين كان يرهنه من نفسه لانه فى حق الابن الصغير هو الذى يباشر التصرف من الجانبين وكسب العبد الذى لا دين عليه ملك لمولاه فرهنه منه كرهنه من نفسه وان رهنه من ابن له كبيرا ومن أبيه أومن مكاتبه أو من عبد له بآخر عليه دين جاز لانه من كسبهم

بمنزلة الاجنبي وهم أحق بالكسب منه يصرفون ذلك الى حوائجهم وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يبيع من هؤلاء وكذلك الوصى لانه فى البيع متهم فى حق هؤلاء وفى الرهن لا يكون متهما لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي فلانتفاء التهمة ينفذ تصرفه معهم ولو رهن الوصى مال اليتيم ثم غصبه فاستعمله حتى هلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالغصب صار جانيا على حق المرتهن مفوتا ليده المستحقة فهو فى ذلك كالاجنبي ضامن لقيمته يقضى منه الدين اذا كان حالا والفضل لليتيم فان لم يكن حل فالقيمة رهن لانه فى الغصب والاستعمال لا يكون عاملا لليتيم فى ماله بل يكون هو فيه كاجنبي آخر فيتقرر الضمان عليه وان استدانه الوصى على نفسه ورهن متاعا لليتيم فى ذلك فهو جائز وكذلك الولد فى هذه وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله لا يجوز شئ من ذلك لانه صرف مال اليتيم الى منفعة نفسه من غير حاجة وليس للأب والوصى ذلك (ألا ترى) أنه ليس لهما أن يقضيا دينهما بمال الصغير فكذلك لا يكون لهما ان يرهنا متاع اليتيم بدينهما ولكنا نقول للاب والوصى أن يودعا مال الصغير من هذا الرجل والمنفعة للصغير فى الرهن أظهر منه في الايداع لانه فى الايداع اذا هلك بطل حق الصغير وفى الرهن اذا هلك صار المرتهن مستوفيا لدينه وكانا ضامنين للصغير مالية الرهن وهذا بخلاف حقيقة الايفاء لانه اخراج ملك الدين من ملك الصغير بغير عوض يدخل في ملكه بمقابلته فى الحال فلا ينفذ منهما فأما بالرهن فلا تخرج العين عن ملكه ولكن يتعين حافظ يحفظها وهو المرتهن فهو كالايداع من هذا الوجه وان سلطا المرتهن على بيعه فهو نظير التوكيل بالبيع ولهما ذلك في مال الصغير وفى الحقيقة هذه المسئلة تبنى على البيع فان الاب أو الوصى اذا باع مال اليتيم من غريم نفسه بمثل ما عليه من الدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يصير الثمن قصاصا بدينه ويصير هو ضامنا للصغير وعند أبى يوسف رحمه الله لا يصير الثمن قصاصا بدينه فاذا كان من أصله أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال اليتيم بطريق البيع فكذلك بطريق الرهن وعندهما لما كان يملك ذلك بطريق البيع فكذلك بطريق الرهن لانه ليس فى الرهن ضرر على الصبي الا أن يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله لليتيم فهو كالبيع فى هذا الحكم واذا رهن الاب من نفسه متاع الصغير فهو جائز كما يجوز بيعه مال الصغير لنفسه قال بخلاف الوصى لان الاب يملك التصرف مع نفسه وان لم يكن فيه منفعة

ظاهرة للصغير بخلاف الوصى وهنا لان الاب غير متهم باعزاز نفسه على الولد والوصي متهم بذلك وكذلك لو رهنه الاب من عبد تاجر له ليس عليه دين لان أكثر مافيه انه بمنزلة الرهن من نفسه وكسب عبده ملك له وهو يملك ذلك لما ذكر فى الاصل فى بيان الصك الذى يكتبه الاب اذا رهن مال نفسه من الصبي انى استقرضته من مالى كذا فانفقته فى حاجتى وفى هذا اللفظ دليل على أن للاب ولاية الاقراض فى مال ولده لان معاملته مع غيره أقرب الى النفوذ منه مع نفسه فاذا جاز له أن يستقرض مال ولده لنفسه فلان يجوز له اقراضه من غيره أولى * والحاصل أن الوصى لا يقرض على اليتيم ولا يستقرض لانه تبرع وفى الاب روايتان وفى الرواية الظاهرة يقول لا يملك الاقراض لانه تبرع وليس للصغير فيه منفعة ظاهرة وفى هذه الرواية اشارة الي أن للاب ذلك لانه غير متهم فى حق ولده والظاهر أن لا يقرضه الا ممن يملك الاسترداد منه متى شاء فهو بمنزلة القاضي في ذلك وللقاضى ولاية الاقراض فى مال اليتيم لتمكنه من الاسترداد متى شاء فكذلك الاب له ذلك واذا رهن الاب فباع ابنه الصغير عند رجل فادرك الولد ومات الاب لم يكن للولد أن يسترد الرهن حتى يقضى المال لانه تصرف لزم من الاب فى حال قيام ولايته وهو فى ذلك قائم مقام الولد أن لو كان بالغا فان كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن فانه يرجع به فى مال الاب بمنزلة المعير للرهن اذا قضى الدين وهذا لانه لا يتوصل الى عين ماله الا بقضاء الدين فلم يكن متهما فى ذلك واذا رهن الاب متاعا لولده بمال أخذه لنفسه ولولده الصغير فهو جائز لانه لما ملك أن يرهن بدين أحدهم على الانفراد فكذلك بدينهما بخلاف مااذا رهن عينا مشتركه بين ابنه الكبير والصغير فان ذلك لا يجوز مالم يسلم الكبير لانه لاولاية له على الكبير في رهن نصيبه ونصيب الصغير شائع فلا يمكن تصحيح الرهن فى شئ منه فان هلك الرهن ضمن الاب حصته من ذلك للولد لانه بهلاك الرهن صار قاضيا دين الصغير ودين نفسه بمال الصغير فيضمن الصغير حصته من ذلك والوصي فى ذلك كالاب بعد موته وكذلك الجد أبو الاب اذا لم يكن له وصى لانه قام مقام الاب فى التصرف بحكم الولاية الا أن الاب يملك أن يرهن مال أحد الصغيرين من الآخر والوصى لا يملك ذلك على قياس الرهن من نفسه وقد بينا الفرق بينهما فى ذلك والله أعلم بالصواب

باب رهن الحيوان

(قال رحمه الله) رهن الحيوان المملوك بالدين جائز بخلاف مايقوله بعض العلماء رحمهم الله ان الحيوان عرضة للهلاك فهو بمنزلة مايسرع اليه الفساد وما يسرع اليه الفساد كالخضر لايجوز رهنه*ودليلنا على جوازه قوله صلى الله عليه وسلم الرهن مركوب ومحلوب ولانه مال متقوم يجوز بيعه ويمكن استيفاء الدين من ماليته عند تعذر استيفائه من محل آخر فهو كسائر الاموال وما من شيء الا وهو عرضة للفناء فى وقته ثم علفه وطعام الرقيق على الراهن لان وجوب النفقة على المالك بسبب ملك العين فالراهن بعد عقد الرهن مالك للعين كما كان قبله وفى كون الرهن فى يد المرتهن منفعة للراهن فانه يصير بهلاكه قاضيا لدينه فيكون بمنزلة الوديعة والمؤجر بخلاف المستعار والموصى بخدمته لانه لامنفعة للمالك فى كون العين في يد المستعير والموصي له وانما تخلص المنفعة لهما فتكون المنفعة عليهما فلهذا لا يرجعان بضمان الاستحقاق بخلاف المرتهن (توضيحه) أن الاعارة لا يتعلق بها اللزوم فيقال للمستعير ان ثبت فانفق عليه وانتفع به والا فرده والوصية بالعين وان كان يتعلق بها اللزوم فلم يأت ذلك بايجاب من الوارث فلا يلزمه نفقة فى حال كونه ممنوعا من الانتفاع به واثبات اليد عليها وأما الرهن فانما يثبت للمرتهن فيه حق لازم بايجاب الرهن فلا يكون ذلك مسقطا للنفقة عنه وان كانت يده مقصورة عنه كالمستأجر وكذلك أجر الراعى فهو بمنزلة العلف لانه انما يلتزم بمقصود الراعى فيكون على المالك وعلى المرتهن ان يضمها اليه اما في منزله واما فى منزل يتكارى له وليس على الراهن من ذلك شيء لان الحفظ على المرتهن ولا يتأتى حفظه الا فى منزل فمؤنته تلك تكون على المرتهن وهذا لانه فى الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به اضجار الراهن ولان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وما يكون موجب العقد فهو حق المرتهن وعن أبي يوسف رحمه الله قال ان كان فى منزل المرتهن سعة فالجواب كذلك وان احتاج الى أن يتكارى له منزلا فالكراء على الراهن لان أجرة المسكن كالنفقة (ألا ترى) انه على الزوج كالنفقة وان أصاب الرقيق جراحة أو مرض أو دبرت الدواب فاصلاح ذلك ودواؤه على المرتهن لان المالية انتقصت بما اعترض وبحسب ذلك يسقط من دين المرتهن بيرء المعالجة اعادة ما كان سقط من الدين أو أشرف على السقوط وهو محض منفعة للمرتهن والمداواة

لاتكون قياس النفقة (ألا ترى) أن نفقة الزوجة على الزوج وأجرة الطبيب وثمن الدواء اذا مرضت عليها فى مالها الاشئ على الزوج من ذلك وهـذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء فان كان الدين أقـل من القيمة فالمعالجة على الراهن والمرتهن بحساب ذلك لان تقـدر الدين من الرهن مضمون على المرتهن والزيادة على ذلك أمانة ومعالجـة الامانة على صاحبها وهذا لان بالاصلاح ينتفع المرتهن فى المضمون منه وفى الامانة المنفعة للراهن وهو نظير الفداء من الجناية بقدر المضمون من الرهن الفداء على المرتهن وبقدر الامانة على الراهن ونقصان السعر وزيادته لا يغير حكم الرهن والاعتبار بقيمته يوم رهن لان تغير السعر لا يؤثر فى العين انما هو منوط برغائب الناس فيه وذلك يختلف باختـلاف الاوقات والامكنة فلا يكون مضمونا على المرتهن * توضيحه ان نقصان السعر غير معتبر في ضمان العقود كالمبيع فان نقصان سعره لا يسقط شيئا من الثمن ولا يثبت الخيار للمشتري وكذلك فى ضمان المقبوض كالمغصوب فنقصان سعره فى يد الغاصب لا يلزمه شيئا من الضمان وضمان الرهن لابد أن يعتبر بأحـد هذين الضمانين وعن زفر رحمه الله ان بقـدر ماينتقص من سعر المرهون يسقط من الدين وقاس ذلك بنقصان العين من حيث ان الضمان الثابت بالرهن باعتبار المالية دون العين فان ضمان الاستيفاء والمالية ينتقص بنقصان السعر كما ينتقص بنقصان العين بخلاف سائر الضمانات فضمان الغصب ضمان العين ولهذا يملك العين به وكذلك ضمان البيع ونقصان السعر لا يؤثر فى العين وان ذهبت عين الدابة عند المرتهن وقيمتها مثل الدين سقط ربع الدين لحديث زيد ابن ثابت رضى الله عنـه قال فى عين الدابة ربع قيمتها يعنى اذا فقئت وهـذا بخلاف عين الآدمى فان بذهاب عينه يسقط نصف الدين لان الانتفاع بالدواب من حيث الحمل والركوب وذلك بمسها وانما يأتى ذلك بان تمشي بقوائمها وتبصر بعينها فيتوزع بدلها على ذلك وحصة العينين من ذلك النصف فبفوات أحـدهما يذهب الربع وأما البصر فى الآدمى فمقصود بنفسه والبطش كذلك والمشى كذلك فيجعل كل جنس بمنزلة النفس فبذهاب احدى العينين يجعل نصف النفس كالفائت حكما لهذا المعنى وابن الناقة رهن معها وكذلك أصواف الغنم وأسمانها وأولادها وثمرة الاشجار وما ينبت من الاشجار فى أرض الرهن رهن لان هذه زيادة متولدة من العين بخلاف ما على الارض والدار تؤاجر لان ذلك ليس بمتولد من غير الرهن فلا يثبت فيه حكم الرهن وان هلكت هذه الزيادة لم يسقط شئ من الدين لانعدام

السبب الموجب للضمان فيها وهو القبض مقصودا ثم لاخلاف ان المرتهن لايملك الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة ولو تمكن من الانتفاع أدى الى ذلك ولان المنفعة انما تملك بملك الاصل والاصل مملوك للراهن فالمنفعة تكون على ملكه لايستوفيها غيره الا بايجابها له وهو بعقد الرهن أوجب ملك اليد للمرتهن لاملك المنفعة فكان ماله فى الانتفاع بعد عقد الرهن كما كان قبله وكذلك الراهن لا ينتفع بالمرهون بغير اذن المرتهن عندنا وقال الشافعى رحمه الله فيما يمكنه الانتفاع به مع بقاء عينه للراهن أن ينتفع به بدون اذن المرتهن والمسئلة فى الحقيقة بناء على الاصل الذى بينا ان عندنا دوام يد المرتهن يوجب عقد الرهن والانتفاع به يفوت هذا الواجب لانه يعيده الى يده لينتفع به وعنده يوجب الرهن حق المطالبة بالبيع في الدين عند حلول الاجل وذلك لايفوت بانتفاع الراهن به ثم الحجة له فى المسئلة حديث أبى هريرة رضي عنه الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرهون مركوب ومحلوب وعلى من يركبه ويحلبه نفقته ولا شك أن النفقة على الراهن فعرفنا أنه مركوب ومحلوب للراهن والمعنى فيه أن عقد الرهن لايزيل الملك فى الحال ولا فى ثانى الحال ولكن يوجب للمرتهن حقا فكل تصرف من الراهن يقدره يبطل حق المرتهن فهو باطل كالبيع والراهن من غيره وكل تصرف لايؤدى الى ابطال حق المرتهن فالراهن يملكه باعتبار ملكه وهذا كالنكاح فانه لايزيل ملك المولى عن الامة ولكن يوجب للزوج منها حقا فكل تصرف يؤدى الى ابطال حقه كالوطء والتزوج من الغير يمنع المولى منه وكل تصرف لايؤدى الى ابطال حق الزوج كالبيع والهبة لا يمنع المولى منه والاستيلاد لايزيل ملك المولى ويوجب لها حقا وكل تصرف يؤدى الي ابطال حق لها كالبيع يمنع للمولى منه وكل تصرف لايؤدى الى ابطال حقها كالوطء والتزويج لا يمنع المولى منه ثم الانتفاع لايؤدى الى ابطال حق المرتهن بدليل انه لو انتفع به باذن المرتهن بقي عقد الرهن وحق المرتهن ولو كان هذا مبطلا حقه لكان يبطل حقه عن العين وان حصل باذنه كالبيع ولان الرهن وثيقة بالدين فلا يمنع المالك من الانتفاع بالملك كالكتابة والدليل عليه ان الراهن أحق ببدل المنفعة وهو الكسب والغلة فذلك دليل على انه أحق بالمنفعة أيضا وعقد الرهن عقد مشروع وبالاجماع المرتهن لا يتمكن من الانتفاع به فلو قلنا يمتنع على الراهن الانتفاع به لتعطلت العين عن الانتفاع بسبب هذا العقد وذلك مشبه تسييب أهل الجاهلية فيكون خلاف المشروع الا أنه

انما ينتفع بالرهن اذا كان الدين مؤجلا واما اذا كان الدين حالا فللمرتهن أن يمنعه عن ذلك لاستحقاق المطالبة ببيعه فى دينه فى المال وهو كالبيع فان البائع يمنع المشترى من الانتفاع به اذا كان الثمن حالا ولا يمنعه اذا كان الثمن مؤجلا واختلف أصحاب الشافعى رحمهم الله فى الاجارة فمنهم من يقول للراهن أن يؤاجره كما له أن ينتفع به بنفسه ومنهم من يقول ليس له ذلك لان ذلك مبطل لحق المرتهن بدليل أنه لو فعله باذن المرتهن بطل الرهن وكذلك يختلفون في وطء الراهن الجارية المرهونة فمنهم من يقول يمنع من ذلك اذا كانت بكرا ولا يمنع اذا كانت ثيبا لانه ليس فيه ابطال حق المرتهن فى شئ من المالية ومنهم من يقول يمنع وان كانت ثيبا لان فيه تعريض حق المرتهن للابطال بأن تعلق منه فتصير أم ولد له وفى الانتفاع لا يوجد هذا المعنى وحجتنا الاستدلال بقوله سبحانه وتعالى (فرهان مقبوضة) فهذا يقتضى أن يكون مقبوضا فى حال ما يكون مرهونا وهو مرهون من حين يقبضه المرتهن الا أن يعتقه الراهن فينبغى أن يكون مقبوضا له وانتفاع الراهن يعدم هذا الوصف وقد بينا ان موجب هذا العقد ثبوت يد الاستيفاء هنا للمرتهن وأنه من جنس اليد التى تثبت بحقيقة الاستيفاء والراهن لا يتمكن من الانتفاع ما لم يحوله من يد المرتهن الى يده وفيه تفويت موجب العقد (ألا ترى) أن الدين اذا كان حالا كان الراهن ممنوعا من الانتفاع به لكونه مرهونا عند المرتهن فكذلك اذا كان مؤجلا وفصل البيع دليلنا ان هناك متى ثبت للبائع حق حبس المبيع كان المشترى ممنوعا من الانتفاع به لكونه مرهونا عند المرتهن الا أن حق الحبس هناك انما يثبت اذا كان الثمن حالا فهنا أيضا متى ثبت حق الحبس بعقد الرهن ينبغى أن يمنع الراهن من الانتفاع وحق الحبس ثابت سواء كان الدين مؤجلا أو حالا حتى انه فى غير أوان الانتفاع وفيما لا ينتفع به مع بقاء عينه المرتهن أحق بامساكه وبهذا الكلام يتبين أن انتفاع الراهن تصرف مبطل لا يدل لحق المرتهن فيمنع منه وبأنه كان لا يبطل حق المرتهن به اذا حصل تسليطه فذلك علي أن الراهن لا يمنع منه كما اذا كان الدين حالا وكما فى الوطء وتوهم العلوق بالوطئ موهوم ولما بنى الحكم علي الموهوم ومثله يتحقق هنا فانه يتوهم الهلاك فى حالة الركوب وانما يكون هذا فى معنى تسييب أهل الجاهلية اذا لم يكن غرض صحيح فاما اذا كان فيه غرض صحيح وهو اضجار الراهن فلا يؤدى الى ذلك المعنى فأما الحديث فلنا ان نقول الرهن محلوب ومركوب علي معنى انه محلوب ومركوب للمرتهن باذن الراهن وللراهن باذن

المرتهن ثم قيل الصحيح ان هذا الحديث موقوف على أبي هريرة ولم يثبت مرفوعا ولو ثبت فالمراد انتفاع المرتهن على مافسره في بعض الروايات لان الدر يحلب وظهره يركب بنفقته والنفقة بازاء المنفعة تكون فى حق غير المالك وهذا حكم كان فى الابتداء لان المرتهن ينتفع بالرهن وينفق عليه ثم انتسخ ذلك بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة فان آجر المرتهن المرهون بغير اذن الراهن فالغلة له ويتصدق بها لانه بمنزلة الغاصب فى ذلك فانه كما لا يثبت له بعقد الرهن حق الانتفاع به لا يثبت له حق ايجاب المنفعة للغير الا أن الاجر وجب لعقده فيكون له ويتصدق به لانه حصل بسبب حرام شرعا وان كان الراهن أذن له فى ذلك فقد خرج من الرهن ولا يعود فيه الا برهن مستقبل والغلة للراهن وقال ابن أبي ليلى رحمه الله هى رهن على حالها والغلة للمرتهن قضاء من حقها لان عقد الاجارة لايلاقى المحل الذى لاقاه عقد الرهن فانه بعقد الاجارة يثبت للمستأجر ملك المنفعة والثابت للمرتهن ملك اليد الا أن رضا المرتهن فى الاجارة شرط يتمكن به المالك من التسليم فاجارة المرتهن واجارة الراهن برضا المرتهن سواء على معنى أن الاجر للراهن وان عقد الرهن على حاله لان موجب العقدين ما اجتمعا فى محل واحد ثم المرتهن يأخذ الاجر قضاء من حقه لانه ظفر بجنس حقه من مال المديون ولكنا نقول عقد الاجارة يوجب استحقاق اليد للمستأجر فى العين وذلك ينافى موجب عقد الرهن فاذا نفذ ذلك من الراهن باذن المرتهن أو من المرتهن بطل عقد الرهن كالبيع اذا نفذ من أحدهما وتخرج العين من الرهن بهذا المعنى واذا خرج الرهن كانت الغلة للراهن لانه بدل مالم يثبت به حق المرتهن وهو المنفعة وبه فارق الثمن فانه بدل ما ثبت به حق المرتهن فيحول حقه اليه فان ركب المرتهن الدابة أو كان عبدا فاستخدمه أو ثوبا فلبسه أو سيفا فتقلده بغير اذن الراهن فهو ضامن له لانه مستعمل ملكه بغير اذنه فيكون كالغاصب بخلاف مالو تقلد السيف على سيف أو سيفين عليه فان ذلك من باب الحفظ لا من باب الاستعمال وقد بينا الفرق بين ما يكون حفظا وبين ما يكون استعمالا فى كتاب اللقطة والوديعة فان كان فعل ذلك باذن الراهن فلا ضمان عليه لان وجوب الضمان باعتبار التعدى وهو فى الانتفاع لا يكون متعديا فاذا نزل عن الدابة ونزع الثوب وكف عن الخدمة فهى رهن على حالها ان هلك ذهب بما فيه وان هلك فى حال الاستعمال باذنه هلك بغير شئ لان استعماله بتسليط المالك كاستعمال المالك بنفسه ولو استعمله الراهن فهلك فى حال الاستعمال لم يسقط الدين ولو

أعاده المرتهن الى يده بعلة ما فرغ فهلك فى حال الاستعمال كان مضمونا بالدين وكذلك اذا استعمله المرتهن وهذا لأن فى حال الاستعمال يده يد عارية وهى غير يد الاستيفاء (ألا ترى) انه باعتبار يد العارية لا يرجع بضمان الاستحقاق على الغير وباعتبار يد الاستيفاء يرجع فأما بعد الفراغ من الاستعمال لم تبق يد العارية لان تلك اليد المقصودة الاستعمال لاغير فظهر حكم يد الاستيفاء وكذلك لو أعاره غيره باذن الراهن أو أعاره الراهن باذن المرتهن فهلك فى يد المستعير لا يسقط شئ من الدين لما قلنا ولكن للمرتهن أن يعيده ليد نفسه لان هذا فى حقه بمنزلة الاعارة من الرهن فلا يبطل به حق المرتهن لان للمرتهن حقا مستحقا والاعارة لا يتعلق بها الاستحقاق والشئ لا ينقص بطريان ماهو دونه عليه بخلاف الاجارة فانه يثبت حقا مستحقا للمستأجر فهو مثل الرهن أو أقوى منه فيكون مبطلا للرهن وعلى هذا لو أذن له أن يرهنه فرهنه منه غيره وسلمه خرج من الرهن الاول لان الثانى مثل الاول فى انه يوجب حقا مستحقا للمرتهن فيبطل به الاول ثم يد العارية تتقدم ضمان الرهن ولكن لا يرتفع عقد الرهن حتى لو ولدت فى يد المستعير راهنا كان أو غيره كان الولد مرهونا ولو مات الراهن فى هذا الحال كان المرتهن أحق بها من سائر الغرماء فعرفنا أن عقد الرهن باق فببقائه يتمكن المرتهن من اعادته الى يده واذا أثمر الكرم أو النخل وهو رهن فخاف المرتهن على الثمرة الهلاك فباعها بغير اذن القاضى لم يجز بيعه وهو ضامن لقيمتها لانه باع مال الغير بغير اذن مالكه فيكون غاصبا فى ذلك ولا ضرورة فى الاستبداد بهذا البيع لانه يتمكن منه ان استأذن الراهن فيه ان كان حاضرا أو يرفع الامر الى القاضي اذا كان الراهن غائبا ليبيعه القاضى أو يأمره ببيعه فان ولاية النظر فى مال الغائب للقاضي فاذا لم يفعل كان ضامنا وان جذ الثمرة أو قطف العنب فهو ضامن فى القياس لانه تصرف منه فى ملك الغير بغير اذنه وفى الاستحسان لا ضمان عليه لان هذا من الحفظ فانه لو ترك على رؤس الاشجار فسد فالجداد فى أوانه حفظ وحفظ المرهون حق المرتهن فان قيل البيع أيضا من الحفظ قلنا نعم ولكنه فى البيع حفظ المالية دون العين فأما فى الجدار فحفظ الملك فى العين والمرتهن مسلط على ذلك فان ذلك من الحفظ للعين بمنزلة الجداد لان ترك الحلب يفسد الضرع واللبن واذا رهن الرجل عدلا زطيا بألف درهم أو بمائة شاة أو عشرة من الابل وسلمها اليه ثم قضاه بعض المال لم يكن له أن يقبض شيئا من الرهن حتى يقضى المال

كله لان العقد منفعة واحدة و كل جزء مما يتناوله العقد يكون محبوسا بجميع الدين فما لم يقض جميع الدين لا ينعدم المعنى المثبت بحق الجنس في شئ من الرهن كما فى البيع و كذلك ان رهن مائة شاة بالف درهم كل شاة بعشرة ثم قضاه عشرة وفى الزيادات قال فى هذه المسئلة يكون له أن يسترد أى شاة شاء قال الحاكم فما ذكر فى الزيادات قول محمد رحمه الله وما ذكر فى كتاب الرهن قول أبى يوسف وكان أبو بكر الرازى ينكر ماذكره الحاكم ويقول قد ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد مثل ماأجاب به فى كتاب الرهن والصحيح أن المسئلة على روايتين وجه هذه الرواية ظاهر فان المرهون محبوس بالدين كالمبيع بالثمن ثم فى البيع لافرق فى حكم الحبس بين فصل الثمن والاجمال حتى انه اذا اشترى شاتين بعشرة فنقده عشرة لم يكن له أن يقبض واحدة منهما وكذلك فى الرهن فأما وجه الرواية فالزيادات تفرق القيمة بتفرق الصفقة فى الرهن بدليل انه لو رهن عبدا بألف درهم كل نصف بخمسمائة لايجوز ولو رهن عبدا من رجلين نصفه من كل واحد منهما بدينه لايجوز بخلاف حال الاجمال فعرفنا أن الصفقة تتفرق فى باب الرهن بتفرق الثمن فكذلك رهن كل شاة بعقد على حدة بخلاف البيع فهناك بتفرق التسمية لاتتفرق الصفقة بدليل أنه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز كما فى حال الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض مبطل للبيع فبعد مانقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك مابقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فان الهلاك ينتهى حكم الرهن بحصول المقصود به كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لايؤدى ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر مافيه أن يهلك مابقى فينتهى حكم الرهن منه فان قيل هذا فى حال الاجمال موجود قلنا نعم ولكن فى حال الاجمال حصة كل شاة من الدين غير معلوم متعين فاما عند التفصيل فما رهن به كل شاة معلوم بالتسمية فلهذا يمكن انفكاك البعض بقضاء بعض الدين به ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احداهما بعشرين والاخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن لجهالة مارهن به كل واحدة منهما وهذه جهالة تفضى الى المنازعة فان احداهما لو هلكت وثمنها عشرون فالراهن يقول هذه التى رهنتها بعشرين والمرتهن يقول بل هذه بعشرة فان بين كل واحد منهما كان جائزا لان الرهن مع الدين يتحاذيان محاذات المبيع مع الثمن وفى البيع

اذا عين ثمن كل واحد منهما جاز العقد لانعدام الجهالة بخلاف ماإذا لم يبين فكذلك فى الرهن ولو ارتهن عبدا بالف نصفه بستمائة ونصفه بأربعمائة أو كل نصف بخمسمائة لم يجز لتمكن الشيوع فى الرهن باعتبار تفرق التسمية فان كل جزء يصير محبوسا بما سمى بمقابلته وقد بينا أن الجزء الشائع لايكون محلا لحكم الرهن وكذلك ان قال لرجلين رهنتكما هذا العبد بالف لكل واحد منهما نصفه خمسمائة بخلاف ما اذا رهنه بدينهما مجملا فهناك جميع الرهن يصير محبوسا بدين كل واحد منهما فكذلك العين وعند تفرق التسمية انما يثبت لكل واحد منهما حق الحبس فيما أوجب له نصفا وهو الجزء الشائع وقد قررنا أن العين لاتحتمل التجزى فى موجب الرهن كالنفس فى حكم القصاص ثم قد يثبت قصاص واحد لرجلين فى نفس واحدة عند الاطلاق ولا يتصور أن يثبت نصف القصاص لكل واحد منهما فى نفس واحدة على الانفراد فكذلك حكم الحبس فى الرهن يجوز أن يثبت لشخص فى عين واحدة عند الاجمال ولا يثبت لكل واحد الحق فى النصف عند القبض واذا رهن عند رجل دابتين على أن يقرضه مائة درهم وقبض احدى الدابتين فبقيت عنده وقيمتها خمسون درهما وقيمة الباقية ثلاثون درهما فعلى المرتهن أن يرد على الراهن خمسين درهما لان الدين الموعود فى حكم الاستيفاء بهلاك الرهن كالدين المقبوض بمنزلة المقبوض على سوم الشراء يجعل فى حكم الضمان كالمقبوض بحقيقة السداد ولو كان الدين واجبا كان المرتهن بهلاك احدى الدابتين مستوفيا قدر قيمتها اذا كانت قيمتها والدين سواء فهنا أيضا عند هلاك احداهما يصير مستوفيا خمسين درهما فعليه رد ذلك على الراهن ان بداله أن يأخذ الاخرى ويقرضه فهو هنا مستقيم وان لم يفعل لم يجبر على شئ لان ماجرى بينهما ميعاد و المواعيد لايتعلق بها اللزوم وان بقيت الاخرى أيضا عند الراهن ولم يدفع المرتهن اليه المائة أو قد دفعها ولم يختلفا فى قيمة الدابتين فالقول قول المرتهن في الوجهين لان حاصل الاختلاف منهما فى مقدار ماصار المرتهن مستوفيا مما سقط به دينه الواجب أو يلزمه رده ان لم يكن دفع اليه شيئا فالمرتهن ينكر الزيادة والراهن يدعى عليه ذلك فالقول قول المنكر وما أنفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع لانه تبرع بالانفاق على ملك الغير بغير أمره فان أمره القاضى أن ينفق ويجعله على الرهن فهو دين على الرهن لان الانفاق بامر القاضى كالانفاق بأمر الراهن وللقاضى ولاية النظر فى مال الغائب فيما يرجع الى حفظ

ملكه عليه والبيان فى انه قال ويجعله دينا على الراهن وهكذا يقول فى كتاب اللقطة وغيره وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول لاحاجة الى هذه الزيادة ولكن مجرد أمره يكفى لان أمر القاضى كامر صاحب المال وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أنه ما لم يصرح القاضى بهذا اللفظ لا يصير دينا لان أمر القاضى فى هذا الموضع ليس لالزام المأمور فانه لا يلزمه الانفاق وان أمره القاضي بذلك ولكن المقصود النظر وهو متردد بين الامر بالانفاق حسبة وبين الامر بالانفاق ليكون دينا فعند الاطلاق لا يثبت الا أدناهما ولا يصير دينا الا بالقبض بخلاف أمر صاحب المال فهذا استقراض أو استيهاب يثبت أدناهما والادنى هناك الاستقراض ولا يصدق المرتهن على النفقة الا ببينة لانه يدعى لنفسه دينا فى ذمة الراهن وهو غير مقبول القول فيما يدعيه لنفسه فى ذمة غيره الا ببينة فان لم يكن له بينة حلف الراهن ما يعلم انه انفق على رهنه كذا كذا لان المنفق يدعى عليه الدين وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه ولانه يستحلف علي فعل الغير وهو الانفاق من المأمور واليمين على فعل الغير يكون على العلم ولو ارتهن دابتين فنفقت احداهما ذهب من الدين بحسابه وكذلك لو كانت الباقية مثلها وليس هذا كجناية الرقيق معناه اذا رهن عبدين بالف قيمة كل واحد منهما الف فقتل احدهما صاحبه كان الباقى منهما رهنا بسبعمائة وخمسين ويتحول الى القاتل بعد ما كان على المقتول من الدين على ما بيناه فى باب الجنايات وفى هذه الصورة من الدابتين كانت الباقية رهنا بخمسمائة لان جناية احدى الدابتين على الاخرى هدر قال صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار فكان قتل احداهما الاخرى وموتها سواء بخلاف بنى آدم فانه من أهل جناية معتبرة فى الاحكام فخصة الامانة من الجانى على المضمون من المجنى عليه لا بد ان يقام مقامه فى تحويل ما كان علي المجنى عليه الى الجانى وذلك نصف ما كان علي المجنى عليه ولو استحقت احداهما لم تنفك الاخرى الا بجميع المال لما بينا أن كل واحدة منهما محبوسة بجميع المال عند الاجمال وان هلكت احداهما هلكت بحصتها لان حكم الضمان يتوزع عليهما فعند هلاك احداهما انما يصير مستوفيا حصتها فى الدين بمنزلة العين الواحدة يرهنها من رجلين بدين لهما فى ان حكم الحبس يكون مخالفا لحكم استيفاء الدين عند الهلاك حتى يصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا نصف دينه ولو ولدت احداهما ولدا وقيمتهما سواء وقيمة الولد قيمة الام ثم بيعت التى لم تلد ذهب بنصف الدين لان الولد تابع للام داخل معها فى حصتها

فيقسم الدين أولا على قيمة الدابتين نصفين لاستوائهما ثم يقسم ثمن التى ولدت على قيمتها وقيمة ولدها لحصة التى لم تلد نصف الدين ولهذا ذهب بموتها نصف الدين وان بيعت التى ولدت ذهب ربع الدين لان نصف الدين انقسم على قيمتها وعلى قيمة ولدها فتوسط معها الولد الى يوم الفكاك على هذه القيمة وقد بقى فكانت حصة الام ربع الدين وان لم تنفق هى وانفق ولدها لم يذهب من الدين شئ اذا كانت الولادة لم تنقص الام لان الولد هلك من غير صنع أحد وكان تابعا فى حكم الرهن فصار كان لم يكن فان كانت الام ماتت فذهب ربع الدين ثم ولدت البنت بنتا مثلها كان الثنتان بثاثى النصف لان السفلى كالعليا في انها تابعة للام الاصلية فان العليا تبع ولا تبع للتبع فهو نظير مالو ولدت الام ولدين قيمة كل واحد منهما مثل قيمتها فانها تقسم مافيها على قيمتها وقيمة الولدين أثلاثا وتبين ان الساقط بموت الام ثلث نصف الدين ولو كانت المسئلة بهذه الصورة فى البيع كان الساقط بموت الام ربع الثمن وقد قررنا هذا الفرق فى آخر البيوع ان سقوط الثمن هناك بطريق انفساخ البيع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وهنا سقوط الدين بطريق انتهاء عقد الرهن لحصول المقصود به والمنتهى يكون متقررا فى تعينه فبحدوث الزيادة يعود بعض ما كنا حكمنا بسقوطه بطريق الظاهر ولا يفتك الراهن شيئا من ذلك دون شئ لان العقد فى الكل واحد باعتبار الاجمال ولو اعورت احدى العينين ذهب بموت الام أربعة اجزاء من أحد عشر جزأ من النصف ولو كان هذا فى الرقيق بقيت الانثتان بثلاثة اخماس النصف وهذا لما بينا ان العين من الادنى نصف ومن الدية ربعها ففى الرقيق حين اعورت احدى الانثتين ذهب نصفها فانما ينقسم ما فى الام من الدين على قيمتها وقيمة العليا وقيمة نصف السفلى فيكون على خمسة فى الام سهمان وفى الصحيحة من الانثتين كذلك وفى العوراء سهم فلهذا سقط بهلاك الام خمسا النصف وبقى ثلاثة اخماس النصف وفى الدواب بالاعورار ذهب بالعور ربعها فانما ينقسم نصف الدين على قيمة الام والصحيحة من الولدين وثلاثة أرباع العوراء فكانت الام أربعة والصحيحة كذلك والعورا ثلاثة فلهذا قال يذهب بموت الام أربعة أجزاء من أحد عشر جزأ من النصف واذا ارتهن الرجل أرضا ونخلا بالف درهم وقيمة الارض خمسمائة وقيمة النخل خمسمائة فاحترق النخل فالارض رهن بخمسمائة بخلاف البيع فان ضمان البيع ضمان عقد والنخل فى العقد تبع وبهلاكه لا يسقط شئ من الثمن كاطراف

العبد فاما ضمان الرهن فضمان قبض والاوصاف تفرد بالقبض فتفرد بالضمان فلهذا سقط بذهاب النخل نصف الدين اذا كانت قيمتهما سواء كان نبت فى الارض نخل يساوى خمسمائة والارض والنخل بثلث جميع المال لان النابت زيادة فى الارض فيصير هو كالموجود في أن حكم الرهن ثبت فى كل واحد منهما معا وتبين أن الدين ينقسم علي قيمة الارض وقيمة النابت والذى احترق والقيم سواء كانما سقط بذهاب ما احترق حصتها وهو ثلث الدين وعن أبي يوسف رحمه الله قال ان كان الثابت منه عروق النخل التى احترق سقط ربع الدين وان كان من غير ذلك من الارض سقط نصف الدين لان الثابت اذا كان فيه عروق فاحترقت فهو زيادة فى النخيل خاصة فيقسم الدين أولا على قيمة الاصل وقيمة النخيل الموجود عند العقد نصفين ثم تقسم حصة النخيل على قيمتها وقيمة الثابت نصف فسقط باحتراق النخيل الموجودة ربع الدين بمنزلة الجاريتين اذا ولدت احداهما ثم ماتت الام واذا نبت النخيل من الارض كان زيادة فى الارض دون النخيل فباحتراق النخيل سقط ما كان فيها وهو نصف الدين والنصف الباقى حصة الارض ينقسم عليها وعلى النخيل الثابت ولو ارتهن أرضا ليس فيها نخل فنبت فيها نخل وقيمة الارض مثل الدين وقيمة النخيل كذلك فما رهن بالمال وان ذهب النخيل لم يسقط من الدين شئ لانها زيادة حدثت بعد تمام الرهن ولم يضر مقصوده بالتناول حين هلكت قبل الفكاك فلا يسقط بهلا كها شئ من الدين كالولد ولو ارتهن أرضا وكرما وقيمته والدين سواء ثم أثمر ثمرا كثيرا يكون مثل قيمته ثم ذهب الشجر وسلم الثمر وقيمة الشجر والارض سواء فانه يذهب ثلث الثمن لما بينا ان الثمار زيادة في الشجر والارض جميعا لان الشجر تبع للارض ولا تبع للتبع فانقسم الدين على قيمة الثلاثة سواء فيذهب الشجر بثلث الدين فان ذهب الثمر بعد ذلك ذهب أيضا سدس جميع المال وليس المراد أنه بذهاب الثمر سقط شئ من الدين لان الثمار زيادة حادثة بعد تمام الرهن وفاتت من غير صنع أحد فكيف يسقط بهلا كها شئ من الدين ولكن الثمار صارت كأن لم تكن فتبين أن الدين انقسم على قيمة الارض وقيمة الاشجار نصفين وان بذهاب الاشجار سقط نصفه وبقيت الارض رهنا بنصف الدين واذا ساق المرتهن دابة الرهن أو قادها فأصابت انسانا بيدها أو وطئته برجلها فهو على القائد والسائق لان القائد والسائق متلف بطريق السبب فيكون ضامنا مالكا كان أو غير مالك ولا يلحق الدابة ولا الراهن من ذلك شئ لانعدام سبب الاتلاف

من الراهن وكون فعل الدابة هدرا شرعا واذا ارتهن ثوبا يساوى خمسة دراهم ومثقال ذهب يساوى عشرة دراهم بخمسة فهلك الذهب ولبس الثوب حتى تخرق أو بدأ بالثوب فلبسه قبل هلاك الذهب فقد سقط ثلثا الدين بهلاك الذهب لان الدين انقسم على قيمة الذهب وقيمة الثوب وحصة الذهب ثلثا الخمسة فذهب ذلك بهلاك الذهب ويضمن قيمة الثوب لانه باللبس حتى تخرق صار غاصبا متلفا فيضمن قيمته يحسب له من ذلك ما كان منه وذلك ثلث الخمسة بطريق المقاصة ويؤدى مازاد على ذلك الي صاحب الثوب . ولو ارتهن عمامة تساوى نصف درهم ودرهم فضة بدرهم فهلكت الفضة ولبس العمامة حتى تخرقت فان الفضة تذهب بثلثي دينه لان حصتها من الدين الثلثان ويضمن قيمة العمامة بالاتلاف يحسب له منها ثلث الدرهم حصة ما كان فيها من الدين ويؤدي مابقي . قال رحمه الله كان شيخنا الامام رحمه الله يقول هذه من أعجب المسائل في الوضع فمن عادة محمد رحمه الله أنه يرفع فيمايذكر منه قيمة الاشياء حتى يذكر ثوبا يساوى الفا وجارية تساوى عشرين ألفا وهنا قال عمامة تساوى نصف درهم ولو كانت هذه العمامة خيشا لكانت قيمتها أكثر من هذا وقد كان صحيحا لانه قال لبس العمامة حتى تخرقت فلا تأويل لهذا سوى انه أراد بهذا تطييب قلوب طلبة العلم لان ثياب بما منهم يكون خلقة فيعملون اذا نظروا الى هذه المسألة انه قد يكون فى الناس من يكون ثوبه دون ثيابهم فيكون فى ذلك بعض التسلي لهم ولا يجوز ارتهان الخمر والخنزير فيمابين المسلم والذمى لانه ليس بمال متقوم فى حق المسلم منهما فان هلك عند المرتهن ذهب بما فيه ان كان الراهن كافرا لان خمر الذمى يكون مضمونا علي المسلم بالقبض كما فى الغصب وضمان الرهن ضمان القبض وان كان الراهن مسلما ذهب بغير شئ لان خمر المسلم لا يكون مضمونا على الذمى بالقبض كما فى حال الغصب والاتلاف والله أعلم

باب رهن الفضة بالفضة والكيل والوزن

(قال رحمه الله) واذا ارتهن الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يكون قيمته مثل وزنه عشرة أو قيمته أقل من وزنه ثمانية أو قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر وكل وجه من ذلك علي وجهين اما أن يهلك القلب أو ينكسر اما اذا كانت قيمته مثل وزنه فان هلك القلب سقط حق المرتهن لان فى وزنه وقيمته وفاء

بالدين فيصير المرتهن مستوفيا كمال حقه بهلاكه وان انكسر فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يضمن المرتهن قيمته انشاء من جنسه وانشاء من خلاف جنسه لانه لا يمكن فيه الربا ويكون ماضمنه رهنا عنده الى أن يحل أجل الدين ثم يستوفيه ضامن حقه والمكسور مملوك له بالضمان وعند محمد رحمه الله يخير الراهن ان شاء سلم المكسور للمرتهن بدينه وان شاء افتكه ببعض الدين وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله ان الراهن يجبر على افتكاك اقتضاء جميع الدين وليس له أن يضمن المرتهن شيأ والاصل عند محمد رحمه الله أن حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك والقلب عند الهلاك في هذا الفصل مضمون بالدين دون القيمة فكذلك عند الانكسار لان ضمان القيمة يوجب الملك في المضمون للضامن وضمان الدين لا يوجب ذلك وسبب كل واحد من الضمانين القبض ولا يجوز أن يتعلق بشيء واحد ضمانان من جنسين مختلفين فعند تعذر الجمع بينهما لا بد أن يكون الثابت أحدهما وبالاجماع في حالة الهلاك القلب مضمون بالدين هنا فكذلك في حالة الانكسار (ألا ترى) أن المبيع لما كان مضمونا بالثمن استوى فيه حالة الهلاك وحالة الانكسار والمغصوب لما كان مضمونا بالقيمة استوي فيه حالة الهلاك وحالة الانكسار فهذه مثله الا أن عند الهلاك يتم الاستيفاء حكما بين الوزن لان الاستيفاء يكون من المالية والمالية في مال الربا عند المقابلة بالجنس يكون بقدر الوزن والكيل فأما عند الانكسار فلا يتم الاستيفاء لبقاء الوزن ولكنه يتخير الراهن ان شاء سلم المكسور للمرتهن وجعله في حكم الهلاك فيتم الاستيفاء وان شاء افتكه بقضاء الدين كما اذا انكسر القلب المبيع يخير المشترى بين أن يأخذه ويؤدي جميع الثمن وبين أن يفسخ البيع ويجعله في حكم المستهلك وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء يكون من المالية ومالية القلب باعتبار وزنه والوزن قائم بعد الانكسار من كل وجه فلا يمكن جعل المرتهن مستوفيا رضى به الراهن أولم يرض لان عند تسليم الراهن المكسور للمرتهن لا بد من القبول لان المرتهن يمتلك المكسور وذلك ليس من حكم ضمان الاستيفاء اذا لم يهلك الرهن لا يملك المرتهن المرهون به ولهذا لو كان عبدا كان كفنه على الراهن واذا تعذر جعل المرتهن مستوفيا قلنا الراهن مارضى بقبضه الا على وجه يصير مستوفيا عند تعذر رده كما قبض فلا يكون راضيا بقبضه بدون هذا الشرط فالقلب في هذه الحال كالمقبوض بغير رضاه وهو المغصوب فيكون مضمونا بقيمته ويخير المالك بين

أن يشترط المكسور ولا يبيعه بشيء وبين أن يضمنه قيمته ويملك المكسور بضمان القيمة وبهذا تبين أنا لا نثبت ضمانين باعتبار قبض واحد ولكن باعتبار قبضين معناه أحدهما قبض برضا المالك والآخر قبض بغير رضاه وكالواحد منهما يعتبر في حالة أخرى وعلى الرواية الأخرى عند أبي حنيفة لا يضمنه المرتهن شيأ لان القبض بحكم الرهن يوجب ضمان الاستيفاء فقط والاستيفاء يكون من المالية وهو باعتبار الوزن ولم يفت شيء بالانكسار من الوزن انما فاتت الصفقة ولا قيمة للصفقة في مال الربا عند المقابلة بجنسها ومالا قيمة له لا يكون مضمونا بحكم الرهن وفواته لا يسقط من الدين ولا يثبت الخيار للراهن كفوات الزيادة اذا لم يتمكن بحدوثها نقصان في الاصل وأما اذا كانت قيمة القلب أقل من وزنه فهلك فعند أبي حنيفة رحمه الله يصير المرتهن مستوفيا دينه وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن قيمته من خلاف جنسه كيلا يؤدى الى الربا ولا يسقط شيء من الدين لانه لا يمكن أن يجعل مستوفيا قدر قيمته من الدين فان استيفاء العشرة بثمانية ربا ولا يمكن أن يجعل مستوفيا لجميع دينه باعتبار الوزن لان فيه اعتبار حق المرتهن في الجودة وكما يجب مراعاة حقه في الوزن يجب مراعاة حقه في الجودة ألا ترى أن الراهن لو أراد قضاء دينه بما هو دون حقه في الجودة لا يملك ذلك بغير رضا المرتهن فاذا تعذر جعله مستوفيا يجعل كالمقبوض بغير اذن المالك فيكون مضمونا بالقيمة على القابض اذا هلك وأبو حنيفة يقول ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء يكون بالوزن وفي القلب وفاء بالدين فيجعل مستوفيا كمال حقه على معنى انه لما قبض الرهن مع علمه بهلاك الرهن يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن فكأنه رضى بدون حقه في الجودة وهذه المسألة نظير مسألة الجامع الصغير اذا كان له على غيره عشرة جياد وستوق فهلك في يده ثم علم أن المستوفى كان زيوفا فعند أبي حنيفة رحمه الله يسقط حقه وعند أبي يوسف رحمه الله تضمنه مثل المقبوض ويرجع بحقه ذكر قوله محمد في تلك المسألة كقول أبي حنيفة قال عيسى وهو قوله الاول أما قول الآخر فكقول أبي يوسف رحمه الله على قياس ماذكره في كتاب الرهن اذ لا فرق بين النصيبين فان الرهن مقبوض فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفى اذا تعذر رده للهلاك سقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذلك في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ومقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن

فان قيل كيف يستقيم هذا البناء وهناك عند القبض لو كان عالما بصفة المستوفى سقط حقه عندهم جميعا وهنا عند قبض الرهن هو عالم برداءة المقبوض قلنا نعم ولكن عند قبض الرهن ما كان يعلم انه يهلك فى يده فيصير مستوفيا به حقه وانما يتم الاستيفاء هنا عندهلاك الرهن فبمجرد قبض الرهن لا يتم رضاه بسقوط حقه عند الجودة وعندهما بمنزلة مالو قبضه لاستيفاء حقين ولا يعلم أنه دون حقه فى الجودة ولو انكسر القلب هنا ضمنه المرتهن قيمته من خلاف جنسه أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فظاهر وعند محمد حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك وفى حالة الهلاك عنده في هذا الفصل القلب مضمون بالقيمة دون الدين فكذلك عند الانكسار وانما يضمنه قيمته من خلاف جنسه للتحرز عن الربا وأما اذا كانت قيمته اثني عشر فانه ان هلك القلب سقط الدين عندهم جميعا لان فى الوزن وفاء بالدين وفى القيمة كذلك وزيادة القيمة على الدين كزيادة الوزن فيلغى فتكون تلك الزيادة أمانة ويصير مستوفيا كمال حقه بهلاك الرهن وذكر ابن سماعة أن فى قياس قول أبى يوسف يضمنه المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه ولا يسقط شئ من الدين لانه لا يمكن أن يجعل مستوفيا دينه بجميع القلب فان من أصله أن الجودة لا تنفصل عن الاصل فى حكم الضمان وفى هذا ابطال حق الراهن عن الجودة فكما يراعى حق المرتهن فى الجودة فكذلك يراعى حق الراهن ولا يمكن أن يجعل مستوفيا دينه بما يساوى عشرة من القلب وهو خمسة أسداسه لان وزن ذلك ثمانية وثلث واستيفاء العشرة بثمانية وثلث يكون ربا فاذا تعذر الاستيفاء قلنا يضمن خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه ويكون مرهونا بالدين ولكن الاول أصح لما بينا أن زيادة الجودة لا تكون أعلى من زيادة الوزن والمرتهن آمن فى تلك الزيادة فهلا كها في يده كهلا كها فى يد الراهن وأما اذا انكسر القلب فعلى قول أبى حنيفة يضمن جميع القلب من خلاف جنسه ومن أصله أن المعتبر هو الوزن والصيغة تبع للوزن وليس للوزن هنا فضل على الدين فكان كله مضمونا بالدين وثبوت الحكم فى التبع كثبوته فى الاصل فمن ضرورة كون الاصل كله مضمونا أن تكون الجودة كلها مضمونة وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين عنده فيكون ضامنا جميع القيمة من خلاف جنسه كما فى المغصوب وروي بشر عن أبى يوسف رحمهما الله مثل هذه فأما ظاهر المذهب عند أبى يوسف فهو أن المرتهن يضمن قيمة خمسة أسداس القلب ويصير مملوكا له بالضمان وانما نهى عنه للتحرز عن الشيوع فى الرهن

وقد بينا أن الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن وهذا لان من أصل أبي يوسف ان الضمان والامان تبع في الوزن والجودة لان الجودة والصنعة لهما حكم المالية مع الاصل ولهذا يعتبر من القلب في القلب الموصى به ولو باع الوصي قلب اليتيم بمثل وزنه لايجوز ويجعل محاباته بالجودة والصنعة كمحاباته بالوزن وكذلك في القلب المغصوب باعتبار فوات الصنعة والجودة يصير الغاصب ضامنا واذا تقرر هذا قلنا خمسة أسداس القلب تصير مضمونة بجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لايعتبر فيما هو مضمون معتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده فيضمن قيمة خمسة أسداس من خلاف جنسه لهذه وأما عند محمد ان انتقص بالانكسار من قيمته درهم أودرهمان لجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين لان من أصله أن الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة باعتبار أن الجودة والصنعة تابعة للوزن وأن الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع وهذه لان الصنعة مال من وجه كما قرره أبو يوسف أنها مال تبعا للاصل ولكن ليس لها حكم المالية والتقوم منفردة عن الاصل كما أن حكم الرهن فيما هو أمانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان فاذا كانت الامانة هنا في الصنعة والجودة قلنا اذا لم تنقص بالانكسار أكثر من درهمين فالثابت ما كان أمانة فيجبر الراهن على الفكاك وان انتقص أكثر من ذلك فقد فات شيء من المضمون وحالة الانكسار عند محمد معتبرة بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما بينا وسوى هذا فصلان آخران ينقسم الواحد منهما على عشرة أوجه وقد بينا ذلك فيما أنشأه من شرح الزيادات ولم يذكر محمد معناهما في هذا الباب فهذا لم يذكره هنا ولو ارتهن ابريق فضة قيمته مائة درهم بعشرة دراهم فانكسر عنده فهو ضامنه بعشر قيمته مصوغا من الذهب كما قال في الكتاب والصحيح انه يتخير بين ان يضمنه بعشر من جنسه أو من خلاف جنسه لانه لا يؤدي الي الربا فالقيمة مثل الوزن وقيل يؤول ماذكر أن قيمته بدون الصنعة دون الوزن وهو انما يملك بالضمان عشر المكسور فيضمنه من خلاف جنسه كيلا يؤدي الى الربا واذا ملك عشر الابريق فالضمان بمعنى ذلك القدر للتحرز عن البيع ويكون تسعة أعشاره مع الذهب الذي عزله رهنا بالدين وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقد ذكر في

نسخ ابن حفص أنه قول أبي يوسف فأما عند محمد فالراهن يجعل عشر المكسور للمرتهن بعينه ويرد تسعة اعشاره لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ولو هلك فى هذه المسألة كان المرتهن مستوفيا دينه بعشر الابريق وهذا مثله ولو ارتهن قلب فضة فيه عشرة دراهم بدرهم فكسررجل القلب عنده ضمن قيمته من الذهب وكان رهنا والقلب له لان المرهون فات الى بدل فيقوم البدل مقام الاصل ويبقى باعتباره جميع الدين فان أبى الراهن والمرتهن أن يدفع اليه القلب ورضيا أن يكون رهنا على حاله وهو مكسور فهو رهن ولا ضمان على ذلك الرجل لما بينا أن الفائت بالكسر الصنعة وهى لاتتقوم منفردة عن الاصل وكمالا يتقوم على الكاسر لوجود الرضا من الراهن به حين الانكسار فكذلك لا يقوم على المرتهن فى الكتاب ذكرا بابهما جميعا والمعتبر اباء الراهن خاصة ولو ارتهن عشرة دراهم بيضا صرفا بعشرة سود فهلكت فهى بالسود لان الفصل فى هذا الباب بالرهن اذفى الوزن والجودة وفاء بحق المرتهن وزيادة فيجعل عند الهلاك مستوفيا لدينه والزيادة أمانة ولو ارتهن قلب فضة جيدة بيضاء فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم فضة سوداء فهلكت فالمرتهن مستوف لجميع دينه بالهلاك ولو انكسر ضمن المرتهن قيمته مصوغا من الراهن وكان رهنا فالدين والقلب له عند أبي حنيفة وعند محمد رحمهم الله يخير الرهن بين أن يفتك المكسور بقضاء جميع الدين وبين ان يسلمه للمرتهن بالدين وفى قول أبي يوسف للراهن أن يضمن المرتهن من القلب ذهبا بقدر قيمة فضة المرتهن السوداء ويكون مابقي من القلب للراهن يقسم ذلك فيجمع مع الذهب الذى ضمنه المرتهن فيكون رهنا وهذه وما ذكرنا قبله فى الوجه الثالث اذا انكسر القلب فى التخريج سواء ولو ارتهن قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار فانكسر وقيمته والدينار سواء فان المرتهن يقوم قيمته من الذهب فيكون رهنا بالدينار والقلب له لانه فى وزن القلب فضل على مالية الدين وحالة الانكسار فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حال ضمان القيمة فيكون ضامنا قيمته عندهما ولو هلك هو بما فيه لان الدينار مقوم بالعشرة ففى ماليته وفاء بالدين عند الهلاك فيصير مستوفيا دينه وعند محمد فى حال الانكسار أخص الراهن بالخيار ان شاء أخذ القلب مكسورا وأعطاه الدينار وان شاء جعل الفضة له بالدينار اعتبارا بهذا الحال بحال الهلاك ولو ارتهن قلب فضة فيه خمسون درهما بكر حنطة سلم أو قرض وقيمته والدين سواء فان هلك ذهب فيما فيه وان انكسر فهو على ماوصفت

لك معناه ان عند أبي يوسف يكون ضامنا جميع قيمتـه من خلاف جنسه وعند محمد يخير بين أن يجعله للمرتهن بدينه وبين أن يفتكه بقضاء جميع الدين ولوارتهن خاتم فضة فيـه من الفضة وزن درهم وفيه فص يساوى تسعة دراهم بعشرة فهلك فهو بما فيه لان فيما بقي وفاء بالدين ولوارتهن سيفا محلى قيمة السيف خمسون درهما ونصله خمسون بمائة درهم فهلكت فهو كالخاتم وان انكسر الفص والحلية بطل من الدين بحساب نقصان النصل لان النصل ليس بمال الربا فالنقصان فى عينه يسقط من الدين بقدره واما الفضة فمن مال الربا فالجواب فيه كالجواب فى مسألة القلب عنـد الانكسار وفى الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله ولو ارتهن كر حنطة جيدة بكر ردىء فهلك فهو بما فيه وان أصابه مايفسده فعلى المرتهن كر مثله لان الفساد فى الحنطة كالانكسار فى القلب الا أن الحنطة مضمونة بالمثل والقلب بالقيمة وعند محمد ان شاء الراهن سلمه للمرتهن بالدين وان شاء أخذه معيبا وأعطاه دينـه اعتبارا لحالة الفساد بحال الهلاك ولو كان الرهن كرا رديئا والدين كرا جيد فهلك فهو بما فيه عند أبي يوسف لان فى القدر وفاء بالدين والمعتبر القدر عنده وعندهما جميعا وهو نظير ماسبق من رهن القلب الردىء والعشرة السود بالعشرة البيض ولورهن قلب فضة بعشرة دراهم وقال ان جئتك بالعشرة الى شهر والا فهو بيع لك بالعشرة فالرهن جائز والشرط باطل لان البيع لايحتمل التعليق بالشرط وقد بينا فى تفسير قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن ان المراد هذا واذا كان الحكم فى سائر الاعيان المرهونة هذا ففى القلب أولى لان البيع يدخله معنى الصرف هنا واذا أعطى رجل رجلا قلب فضـة فقال ارهنه لى عند رجل بعشرة دراهم وفى القلب عشرون فامسكه الوكيل عنده وأعطاه عشرة دراهم وقال رهنته لك كما أمرتنى ولم يقل رهنته عند أحد فهلك القلب عنده فان تصادقا بالذى كان رجع بالعشرة وكان مؤتمنا فى القلب لانه لم يخالف فان قبضه فضل المقبوض فى يده امانة وهو كفيل على حفظه الى أن هلك فهلك أمانة ويرجع بدينه ولا يكون هو بما صنع عاقدا عقد الرهن فى القلب مع نفسه فيكون رهنا لاراهنا فلهذا لايصير مستوفيا دينه بهلاك القلب وان تجاحـدا فقال الآمر قد أقررت لى انك رهنته فلا شىء لك علي فهو كما قال لان القابض قد أقر بالرهن ومن حكمه باقراره أنه لايجب على صاحب القلب شىء من العشرة بعد هلاك القلب والمقر يواحد بحكم اقراره ولكن يحلف صاحب القلب بالله ما يعلمه أمسكه لانه لو صدق فى ذلك لرهنه اذا بعشرة فيحلف

عند التكذيب لرجاء نكوله ولكنه يحلف على فعل الغير فيكون على الفعل فان قيل الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح الدعوى من المقر للتناقض فكيف يحلف الخصم قلنا موضوع المسئلة أنه قال رهنته ولم يقل رهنته عند أحد فكان توفيقه بين الكلامين صحيحا انى رهنته عند نفسى ظنا منه أن ذلك صحيح واذا تقدم التناقض بهذا التوقيف توجهت اليمين على الخصم وان قال الآخر قد أقررت أنك رهنته ثم زعمت انك لم تفعل فأنت ضامن للقلب فله أن يضمنه قيمة القلب مصوغا من الذهب ويرجع بالعشرة قال عيسى هذا غلط ولا معنى لايجاب ضمان القيمة على الوكيل لانه ان كان رهنه فليس عليه ضمان القيمة أيضا وليس هنا حالة ثالثة فبأى طريق يكون الوكيل ضامنا للقيمة وهذا نظير الظن الذى ذكرناه فى كتاب الوديعة اذا ادعى المودع الهلاك ثم ادعى الرد ووجه ظاهر الرواية أنه من حيث الظاهر قد تناقض كلامه ومع التناقض لا يقبل قوله فكأنه ساكت حابس للقلب فيضمن قيمته * توضيحه انه لما قال رهنته أوجب هذا الكلام انه لم يبق لك عندى شىء فيجعل جاحدا الامانة بهذا الطريق ومن نكل أمانة فى يده ضمنها فلهذا كان له أن يضمن الوكيل قيمته ولو ارتهن طوق ذهب فيه مائة وخمسون مثقالا بألف درهم فحال الحول والالف عند الراهن يتجر فيها فلا زكاة فيها على الراهن في رهنه ولا زكاة علي المرتهن فى الدين الذى له عنده فاذا قبض المال ورد الرهن فعلى المرتهن زكاة الالف لما مضى لوصول يده اليها وقد ذكرنا فى كتاب الزكاة أن الزكاة تجب فى الدين ولكن لا يجب الاداء الا بعد القبض وعلى الراهن زكاة الطوق لما مضى لان وجوب الزكاة فى الذهب باعتبار العين الا أن العين كانت محبوسة عند الحق المرتهن فاذا وصلت يده اليه أدى الزكاة لما مضي وليس عليه فى الالف زكاة لانه كان عليه مثلها دينا والمستغرق بالدين لا يكون نصاب الزكاة واذا ارتهن كرى حنطة رديئة بكر حنطة جيدة وقيمتهما سواء فهلكا عنده فهو بما فيه لان فى مالية الرهن وفاء بالدين وان أصابه فسد فانه يضمن كرا مثل أحدهما ويكون له نصف الكرين جميعا ويرجع على الراهن بدينه فى قياس قول أبى حنيفة لان حالة الفساد ليست بحال استيفاء الدين والمضمون منه المقبوض عند تعذر الدين كيلا فعند الفساد يضمن مثل ذلك القدر ويمكث الفاسد بالضمان مثل ما ضمن ولم يذكر قولهما فى هذا الفصل وينبغى على قولهما فى حالة الهلاك والفساد أن يكون ضامنا مثل أحد الكرين لانه لا يمكن أن يجعل مستوفيا دينه بالكرين لمعنى الربا ولا يمكن أن يجعل مستوفيا

دينه بأحد الكرين لما فيه من ابطال حق المرتهن فى الجودة وان ارتهن شيأ مما يوزن بشيئين مما يكال أو شيأ مما يكال بشيئين مما يوزن وفيه وفاء فهلك فهو بما فيه لان معنى الربا لا يتحقق مع اختلاف الجنس وفى مالية الرهن وفاء بالدين وان أصابه شيء أفسده ضمن المرتهن مثله وكان ذلك له ويرجع بدينه لقول أبى يوسف وقول أبى حنيفة رحمهما الله وفي قول محمد يتخير الراهن بين أن يجعله للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء الدين ولو ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهى بما فيها وان انكسرت دفعت فيه دينه بحساب ذلك لان الفلوس الرائجة لا تكون موزونة فانما رهنها وهى ليست بمال الربا فبالنقصان فى عينها سقط من الدين بحساب ذلك وذلك أن تقوم مكسورة وغير مكسورة ثم هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ظاهر لان بيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما جائز عندهما وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوّز ذلك الا باعتبار أن الفلوس مال الربا على الاطلاق ولكن باعتبار أنها لا تتعين عنده ولا يقابل أحد الفلسين شيئا من العوض وذلك مبطل للعقد فى أموال الربا وغيرها ولو لم تنكسر ولكنها كسدت فهى رهن على حالها فان هلكت ذهبت بالعشرة لان كسادها بمنزلة تغير السعر وقد بينا أن تغير السعر فى المرهون غير معتبر فى سقوط الدين وضمان الرهن بالقبض كضمان الغصب ولو رد الفلوس المغصوبة بعينها بعد ما كسدت لم يلزمه شيء آخر وجعل الكساد بمنزلة تغير السعر هناك فكذلك فى الرهن ولو ارتهن طستا أو تورا أو كوزا بدرهم أو أكثر من ذلك وفى الرهن وفاء وفضل فان هلك فهو بما فيه وان انكسر فما كان فيه لا يوزن ذهب من الدين بحساب النقصان وما كان منه يوزن فان شاء الراهن أخذه وأعطاه الدين وان شاء ضمن قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن وأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه فى قول أبى يوسف قال الحاكم ورأيت فى رواية أبى حفص وهو قول أبى حنيفة مكان قول أبى يوسف رحمهما الله وهذا صحيح على أصل أبى حنيفة أما عند أبى يوسف فانما يستقيم هذا الجواب على رواية سوى ما على ظاهر الرواية عند أبى يوسف ينبغى أن يضمن من قيمته بقدر الدرهم منه وكذلك نصل السيف والشيء من الحديد والصفر يكون مصوغا لا يباع وزنا بوزن كما يتبادر وما كان من ذلك يباع وزنا لم يذهب من الدين باعتباره شيء ولكن ان كان هو والدين سواء ضمن المرتهن قيمته مصوغا وكان رهنا مكانه وكان ذلك الشيء للمرتهن والدين على حاله فى قول أبى يوسف وهنا

ذكر قول أبي يوسف في الروايتين جميعا وهو صحيح لما ذكرنا من الزيادة فيه ان كان هو والدين سواء ولا اشكال فيه عند أبي حنيفة واذا ارتهن عند رجل قلب فضة فيه عشرة دراهم على أن يقرضه درهما فهلك الرهن عند المرتهن قبل أن يقرضه فعليه درهم يعطيه اياه لما بينا ان الموعود منه الدين كالمستحق في أنه يصير مستوفيا بهلاك الرهن وكذلك على ان يقرضه شيئا ولم يسمه فهلك فقد صار مستوفيا ذلك الشيء وبيانه اليه فيقال للمرتهن أعطه ماثبت بمنزلة مالو أقر له بشيء وكذلك ان قال أمسكه رهنا بنفقة يعطيها اياه وان قال أمسكه رهنا بدراهم فلا بد من أن يعطيه ثلاثة دراهم لان أدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة وهو ومالو أقر له بدراهم سواء ولو قال آخذه رهنا بمختوم حنطة أو مختوم شعير فهلك عنده كان على المرتهن مختوم شعير لان الاول متيقن به فعند الهلاك يجعل مستوفيا للاول ولذلك لو قال خذه رهنا بدين أراد بدرهم ولو رهن عند رجل خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم فلوس فأعطاه شعيرا بفلس فغلت الفلوس فصارت ثلثين بدرهم ثم هلك الخاتم فهو بما فيه لان هذا نظير الشعير وهو غير معتبر في حكم الرهن وعند الهلاك انما يصير مستوفيا باعتبار قيمة الرهن وقت القبض وفي قيمته وقت القبض وفاء بالدين فيصير مستوفيا جميع الدين بهلاكه وكذلك لو كسدت ولم يبق أو رخصت فصارت تسعين بدانق لم يكن عليه الا تسعون فلسا وان هلك الخاتم ذهب بما فيه وان انكسر فان شاء المرتهن أبطل حقه ودفع به الخاتم مكسورا وان طلب حقه ضمن نصف قيمة الخاتم مصوغا من الذهب وأخذ نصف الفضة وكان الذهب ونصف الفضة الباقي رهنا بتسعين فلسا لان نصف الخاتم أمانة ونصفه مضمون فان الفضة وزن درهم وانما رهنه بنصف درهم فلوس فعرفنا ان نصف الخاتم مضمون ونصفه أمانة فعند الانكسار يضمن المرتهن قيمة المضمون من الخاتم من الذهب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد الراهن بالخيار ان شاء أخذه فاسدا وأدى الدين وان شاء جعل المضمون منه للمرتهن بدينه وأخذ الباقي منه ويبطل قدر الدين اعتبار الحال الهلاك بحال الانكسار وذكر الحاكم في المختصر في بيان قول أبي يوسف وان انكسر فان شاء الراهن أبطل الرهن وأخذ الخاتم مكسورا وهذا ان صح فمراده أنه يؤخذ مكسورا بقضاء جميع الدين ولا يسقط باعتبار النقصان شيء من الدين بخلاف ما تقدم في الطست والتور لان مصوغ ذلك ليس من مال الربا فانه لا يوزن فأما المصوغ من الفضه فمال الربا سواء

كان ذلك مما يوزن عادة أو لا يوزن فلا يسقط شئ من الدين باعتبار النقصان المتمكن بالكسر ولكن يلزمه قضاء جميع الدين اذا أراد أخذه والله أعلم

﴿ باب الشهادة فى الرهن ﴾

(قال رحمه الله) واذا ادعى المرتهن الرهن وقد قبضه وأنكره الراهن فأقام شاهدين فشهد أحدهما أنه رهنه بمائة والآخر انه رهنه بمائتين فشهادتهما باطلة عند أبى حنيفة لاختلاف الشاهدين فى المشهود به من المال لفظا ومعنى فالمائة غير المائتين وبدون ثبوت الدين لا يثبت الرهن وعندهما يثبت المائة اذا كان المدعى يدعى المائتين فتقبل شهادتهما ويقضى بالرهن بالمائة فان شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين والمرتهن يدعى مائة وخمسين فالرهن بمائة درهم لاتفاق الشاهدين على المائة لفظا ومعنى والخمسون عطف على المائة فى شهادة أحدهما ولو ادعى المرتهن مائة بطلت شهادتهما لاكذاب المدعى أحد الشاهدين وهذا بخلاف البيع فالثمن هناك يجب بالعقد والعقد بمائة غير العقد بمائة وخمسين فلا يمكن القاضى من القضاء بواحد من العقدين وبدون السبب لا يجب المال وهنا الدين كان واجبا قبل عقد الرهن الا ان يكون وجوبه بالرهن فاختلاف الشاهدين فى مقداره لا يمنع القاضى من القضاء بما اتفق عليه لفظا ومعنى عند أبى حنيفة أو معنى عندهما ولو شهد أحدهما بدنانير والآخر بدراهم كانت شهادتهما باطلة لاختلافهما فى جنس المشهود به من الدين فلا بد من أن يدعى أحد المالين فيكون مكذبا شاهده الآخر ولو ادعى الراهن أنه رهنه بمائة وخمسين وهى قيمته وشهد له بذلك شاهد وشهد آخر على مائة وقال المرتهن لى عليه خمسون ومائة وهذا رهن بمائة منها فالقول قول المرتهن لان المنازعة بينهما فى مقدار ما ثبت من يد الاستيفاء للمرتهن بقبض الرهن فيكون ذلك بمنزلة اختلافهما فيما استوفى من الدين فالراهن يدعى زيادة فى ذلك والمرتهن ينكر فالقول قول المرتهن ولانه لو أنكر رهن العين بشئ من الدين كان القول قوله لان الرهن لا يتعلق به اللزوم فى حق المرتهن فكذلك اذا أنكر الرهن ببعض المال فان أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى فالبينة بينة الراهن لحاجته اليها واثباته الزيادة فيما تثبت فيه يد الاستيفاء واذا اختلف الراهن والمرتهن فى قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول قول المرتهن لان بهلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا بقدر قيمته فحاصل اختلافهما فى مقدار

ماصار مستوفيا فالراهن يدعى الزيادة والمرتهن ينكر فالقول قول المرتهن مع يمينه والبينة بينة الراهن لاثباته الزيادة بها وكذلك لو كانا ثوبين فهلك أحدهما ثم اختلفا فى قيمة الهلاك فحاصل الخلاف بينهما فيما صار المرتهن مستوفيا بهلاك الثوب الذى هلك عنده واذا رهن عبدا بالف درهم ثمن متاع باعه اياه فيقبض المتاع الى أن يدفع اليه الرهن وجحد الراهن فأقام المرتهن بينة أنه باعه على ان يرهنه ذلك العبد فابى الآخر من دفع العبد لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا البيع بشرط الرهن لم يجبر الراهن على التسليم لان الرهن لا يتم الا بالقبض ولا يكون مرهونا غير مقبوض ولكن البائع بالخيار ان شاء أخذ متاعه الا أن يعطيه الآخر العبد رهنا أو يعطيه مكانه رهنا آخر برضاه لانه تغير عليه شرط عقده حين لم يعطه ذلك العبد رهنا فثبت له الخيار بين فسخ العقد وامضائه الا أن يعطيه ذلك العبد رهنا فحينئذ قد وفى له بالشروط وان أراد أن يعطيه مكانه رهنا آخر يحتاج الى رضاه به لانه انما رضى بالاول دون الثانى فالثانى لا يقوم مقام الاول الا برضاهما ولو لم يجحد الراهن ولكن هلك الرهن في يده أو استحق أو باعه أو أصابه عيب ينقصه فلبائع المتاع أن يأخذ رهنا آخر أو دراهم أو دنانير قيمة ذلك فله ذلك أو يأخذ متاعه لان قيمة الشيء عند تعذر تسليم عينه يقوم مقام العين فكان منع الراهن القيمة بعد هلاك العين كمنع العين فى حال قيامه فلاجله تخير البائع وان كان الراهن قد استهلك المبيع أخذ البائع ثمنه حالا أو يعطيه قيمة الرهن دراهم أو دنانير مكانه رهنا لانه تعذر استرداد المبيع حين استهلكه المشترى والثمن حال فيطالبه بالثمن حالا أو يعطيه قيمة الرهن لان القيمة خلف عن العين عند تعذر تسليم العين والحاصل أن الراهن اذا أراد أن يعطيه عينا آخر يحتاج فيه الى رضا البائع وهو نظير المغصوب بعد ماهلك اذا أراد الغاصب أن يعطيه عينا أخرى يحتاج الى رضا البائع لان العين الثانية لا تقوم مقام الاولى الا بتراضيهما واذا أراد أن يعطيه القيمة فالقيمة قائمة مقام العين فلا حاجة فيه الى رضا البائع وهو نظير المغصوب بعد ما هلك اذا أراد الغاصب أن يعطيه عينا أخرى يحتاج الى رضا المغصوب منه واذا أعطاه قيمة المغصوب فليس له أن يأبى ذلك ويطلبه بشيء آخر واذا ادعى العين الواحدة رجلان كل واحد منهما يقول لذى اليد قد بعتنى بألف درهم وقبضت منك ويقيم البينة فى القياس لا يقضى لواحد منهما بشيء لانه لو قضى بالبينتين انما يقضي لكل واحد منهما بالرهن بنصف وذلك ينعقد لمكان الشيوع ولم

يذكر الاستحسان هنا انما ذكره بعد هذا على ما بينه وان أقام أحدهما البينة انه الاول أو ثبتت بينة كل واحد منهما فهو رهن لاولهما وقتا لانه أثبت حقه بعقد تام فى وقت لا ينازعه فيه صاحبه وثبوت حقه في ذلك الوقت يمنع ثبوت حق الثاني بعده مالم يسقط حق الاول بانفكاك وان كان فى يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده ولان الآخر يحتاج الى اثبات استحقاق اليد عليه وليس فى بينته مايوجب ذلك لجواز ان يكون عقد ذى اليد سابقا وذو اليد لا يحتاج الى اثبات استحقاق اليد على صاحبه لان ذلك ثابت له بظاهر يده فكان ذو اليد أولى الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فحينئذ شهوده صرحوا بسبق تاريخ عقده وبما يوجب استحقاق اليد له على يد ذى اليد والتاريخ المنصوص عليه يترجح على التاريخ المدلول عليه فان كانت يدهما جميعا فان علم الاول منهما فهو له وان لم تعلم الاولى لم يكن رهنا لواحد منهما فى القياس وبه يأخذ وفى الاستحسان لكل واحد منهما نصفه رهنا بنصف حقه لان التعارض لما وقع بين البينتين والعمل بهما ممكن وجب العمل بهما بحسب الامكان (ألا ترى) أن في البيع عند التعارض يعمل بالبينتين جميعا بحسب الامكان ويجعل كانه باع منهما جميعا فكذلك فى الرهن يجعل كانه رهن منهما جميعا ورهن العين من رجلين صحيح على أن يكون مضمونا بدين كل واحد منهما ووجه القياس ان عند التعارض والتساوى انما يقضى لكل واحد منهما بالنصف كما فى البيع وذلك غير ممكن هنا لاجل الشيوع وقد بينا أن العين فى حكم الرهن بمنزلة المرأة فى حكم النكاح لا يحتمل التجزى وعند استواء البينتين فى دعوى النكاح على امرأة واحدة لا يقضى بشئ فهذا مثله وانما أخذنا بالقياس هنا لان وجه الاستحسان أضعف ووجه القياس أقوى فان هذا ليس فى معنى الرهن من رجلين لان هناك كل واحد منهما ثبت حقه فى جميع الرهن حتى اذا قبض جميع دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن ما لم يقبض دين الآخر لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه فى الحبس معه وهنا لا يمكن القضاء بذلك لان كل واحد منهما غير راهن بحق صاحبه ولان هناك العقد فى جانب الراهن واحد وهنا كل واحد منهما يثبت ببينته عقدا آخر والرهن من رجلين بعقدين مختلفين أو ببينتين متفرقتين لا يجوز كما لو قال رهنت هذه العين منكما بالف نصفه منك بخمسمائة ونصفه منك بخمسمائة فقد ذكر الاستحسان فيما اذا كان الرهن فى أيديهما ولم يذكر فيما اذا كانت العين في يد الراهن والاصح

ان القياس والاستحسان منهما وقد تكلف بعض مشايخنا رحمهم الله فقالوا هنالك لا يقضي قياسا واستحسانا لانه لو قضى لم يتمكن كل واحد منهما الا من قبض النصف وقبض النصف بحكم الرهن مشاعا لايجوز وهنا العين فى أيديهما فيمكن أن يجعل ذلك بمنزلة رهن العين من رجلين ولو مات الراهن وعليه دين والرهن فى أيديهما وكل واحد منهما يقيم البينة أنه ارتهنه كان لكل واحد منهما نصفه ونصف حقه يباع له فان فضل عن نصيب كل واحد منهما شيء كان الفضل بين الغرماء بالتخصيص وان بقي من دين كل واحد منهما شيء ضرب كل واحد منهما بالدين فيما بقي له من الغرماء فى التركة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وقال أبو يوسف الرهن باطل وهو بين الغرماء بالتخصيص فأبو يوسف أخذ بالقياس وسوى بين مابعد وفاة الراهن وحال حياته باعتبار المعنى الذى قلنا ان القاضي لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما بالرهن الا فى النصف والشيوع لما كان يمنع صحة الرهن فى حياة الراهن فكذلك بعد وفاته وهما فرقا لمعنيين أحدهما ان المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص دون الجنس وكل واحد منهما أثبت لنفسه حق الاختصاص بالعين حتى يباع له فى دينه وهذا مما يحتمل الشركة فى العين وهو نظير مالو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البينة فيقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حال الحياة وكذلك لو ادعى اختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالميراث وبنصف ميراث بخلاف حال الحياة ولان الشيوع يمنع استحقاق دوام اليد واليد فى حال حياة الراهن مستدامة للمرتهن فتمكن الشيوع يمنع القاضى من القضاء به فاما بعد موته فلا يستدام حبس الرهن ولكنه يباع فى الدين والشيوع لا يمنع من ذلك فيقضى لكل واحد منهما ببيع النصف فى دينه ولو كان الرهن في يد أحدهما وأقام كل واحد منهما البينة انه ارتهنه من رجل آخر فهو للذى فى يديه لان الخارج يحتاج الى اثبات الملك لراهنه أولا وذو اليد قد أثبت انه مرتهن فلا يكون خصما في اثبات الملك عليه للراهن الخارج وهو لو حضر بنفسه لا يقبل دينه ومالم يثبت الملك له لا يثبت الرهن من جهته ولانه يحتاج الى اثبات الدين أولا على راهنه حتى يثبت حقه فيستحق العين على ذى اليد بحكم الرهن وذو اليد ليس بخصم عن رهن الخارج فى اثبات الدين عليه وكذلك ان كان وقت المرتهن الخارج أولا لهذين العينين انه مالم يثبت ملك راهنه ودينه علي الراهن لما ثبت حقه وان شهد شهوده بسبق التاريخ فاذا

لم يستحقوا بقيت العين فى يد ذى اليد فيكون القول قوله فى بيان حقه وهو لذى يده وفى البيع بهذه الصورة بينة الخارج أولى لان كل واحد من المشتريين خصم عن بائعه فى اثبات الملك له فكان البائعين حضرا أو أقاما البينة على الملك وأحدهما خارج والآخر ذو اليد وفى هذا بينة الخارج أولى وكذلك لو أقام كل واحد منهما البينة انه متاع فلان الآخر وانه ارتهنه منه بكذا وقبضه فهو أيضا رهن للذى فى يديه ولا يقبل من الآخر بينة اذا كان صاحبه غائبا لان القضاء يكون على غائب ليس عنه خصم حاضر وقيل معنى هذه قضى على راهن ذى اليد بالملك وهو غائب والمرتهن لا يكون خصما عنه فى القضاء بالملك عليه وكل واحد من المعنيين صحيح يقول فان كان صاحبه شاهدا يعنى راهن الخارج وصاحب الآخر غائبا لم أقض بينهما حتى يحضر راهن هذا لان ذا اليد أثبت ببينته انه مرتهن فلا يكون خصما لراهن الخارج فى اثبات الملك عليه مالم يحضر راهن ذى اليد فاذا حضر قضيت به للمدعى الذى ليس فى يديه وجعلته رهنا له ولا أنظر فى هذا الى الاول والآخر لان بعد حضورهما الدعوي دعوى الملك وبينة الخارج عنه تترجح علي بينة ذى اليد وبالتاريخ فى الرهن لا يثبت التاريخ بينهما فى الملك فلهذا كانت بينة الخارج أولى واذا كان عبد فى يد رجل فادعى آخر أنه عبده رهنه من فلان بألف درهم وقبضه فلان منه وفلان غائب والذى فى يديه يقول هو عبدى فانه يقضى به للمدعى لانه أثبت الملك لنفسه على من يدعى ان العين ملكه وهو خصم فى اثبات الملك لنفسه وان زعم انه مرهون عند غيره لان الراهن ينتفع باثبات الملك لنفسه فى العين حتى يصير قاضيا دينه بهلاك الرهن عند ظهور عقد الرهن ولكن لا تسلم العين اليه لانه مقر بأن اليد مستحقة عليه فى هذه العين لغائب بحكم الرهن واقراره حجة عليه فينبغى للقاضي أن ينظر للغائب وذلك بأن يضعه علي يدى عدل حتى يحضر الغائب قبضه بالدين أو يكذبه كما يفعل ذلك فى سائر أمواله التى ليس لها حافظ يتعين ولو غاب الراهن وقال المرتهن هو رهن فى يدى من قبل فلان بكذا وان هذا غصبه منى أو استعاره أو استأجره وأقام على ذلك بينة فانى أدفعه اليه لان المرتهن لا يكون دون المودع والمودع خصم للغائب منه فى اقامة البينة للاسترداد فالمرتهن بذلك أولى لان بينته أثبتت استحقاق اليد له فى هذه العين فان قيل كيف يقضى له بحقه وهو محتاج لاثبات الدين على راهنه أولا وذو اليد ليس بخصم عن راهنه فى ذلك قلنا لا يقضى له بالرهن وانما يقضى بأن وصوله الى يد ذى اليد كان من

يده بجهة الغصب أو الاجارة أو الاعارة كما لو شهد به شهوده وذو اليد خصم له في ذلك (ألا ترى) أن شهود المدعى لو شهدوا أن ذا اليد أخذ منه هذا المال لامر بالرد عليه وان لم يشهدوا بالملك للمدعى فكذلك هنا واذا اختلف الراهن والمرتهن فى عين الراهن وأقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانه هو المدعى المحتاج الى اثبات حقه بالبينة فى العين التي ادعاها والراهن منكر لذلك ثم الالزام فى بينته دون بينة الراهن لان الرهن لا يتعلق به اللزوم فى جانب المرتهن وهو متمكن من الرد متى شاء فالعين التى أثبت الراهن بينة الرهن منها قد انتفى ذلك بجحود المرتهن فان جحوده أقوى من رده وتبقى دعوى المرتهن حقه في العين الاخرى وقد أثبته بالبينة وهو لازم فى جانب الراهن وان كان الشيئان اللذان اختلفا فيهما قد هلكا في يد المرتهن فالبينة بينة الراهن لان المرتهن صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن فالراهن هو المدعى للزيادة فيما أوفى وقد أثبته بالبينة ولو قال المرتهن ارتهنتهما جميعا وقال الراهن بل رهنتني هذا وحده وأقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها أثبتت الزيادة فى حقه واذا قال المرتهن رهنتنى هذا العبد بالف درهم وقبضته منك ولي عليك سوى ذلك مائتا دينار لم تعطنى بها رهنا وقال الراهن غصبتنى هذا العبد ولك على ألف درهم بغير رهن وقد رهنتك بالمائتى الدينار أمة يقال لها فلانة وقبضتها مني وقال المرتهن لم أرتهن منك فلانة أمتك والعبد والامة بقيا فى يدى المرتهن فانه يحلف الراهن على دعوى المرتهن لان عقد الرهن معلق به اللزوم فى جانب الراهن فالمرتهن يدعى عليه حقا لنفسه لو أقر به يلزمه فاذا أنكر يستحلف فان حلف يبطل الرهن في العبد وان نكل عن اليمين كان العبد رهنا بالف وأما المرتهن فلا يحلف فى الامة بشيء ولكنها ترد على الراهن لان عقد الرهن لا يكون لازما فى جانب المرتهن فجحوده الرهن فى الامة بمنزلة رده اياها وله أن يردها على الراهن وان كانت مرهونة عنده فالاستحسان لا يكون مفيدا فيها وان قامت البينة لهما أثبتت بينة المرتهن لانها ملزمة للراهن وبينة الراهن لا تلزم المرتهن شيئا فى الامة فلا معنى للقضاء بها الا أن تكون الامة قد ماتت فى يدى المرتهن فحينئذ يقضي ببينة الراهن أيضا لانه أثبت أن المرتهن صار مستوفيا المائتى الدينار بهلاك الامة فى يده وذلك يلزمه فى حق المرتهن واذا أقام الراهن البينة أنه رهن هذا الرجل عبدا يساوى الفين بألف وقبضه منه وأنكر المرتهن ذلك ولا يدرى مافعل العبد فالمرتهن ضامن لقيمة العبد كلها لان الراهن أثبت ببينته انه يسلم العبد

اليه بحكم الرهن والمرتهن منكر لذلك وبحكم الرهن يقدر الدين من العين مضمونا عليه وما زاد على ذلك أمانة فى يده والامين يضمن الامانة بالجحود فاذا جحد المرتهن ذلك فهو ضامن لقيمتها كلها لان مالا يتوصل إلى عينه يجعل فى حكم الهالك ولو أقر المرتهن ولم يجحد وادعى أن العبد مات عنده لم يضمن شيئا وذهب العبد بما فيه لاقرار الراهن أنه كان مرهونا عنده والرهن اذا هلك فهو بما فيه والمرتهن أمين فى الزيادة وهو مقبول القول فيما يخبر به من موته في يده واذا أقام الراهن البينة علي المرتهن انه رهنه رهنا وقبضه ولم يسمه الشهود ولم يعاينوه فانه يسأل المرتهن عن الرهن والقول فيما يسمى من ذلك قوله مع يمينه لان الثابت بالبينة فى حقه كالثابت باقراره ولو أقر انه ارتهن منه رهنا ثم قال هو هذا الثوب كان القول قوله في ذلك مع يمينه ان ادعى الراهن زيادة فكذلك اذا أثبت ذلك بالبينة ولو شهد شهود الراهن انه رهن عند هذا المرتهن ثوبا هرويا بمائة وهو يساوى خمسين وجحده المرتهن ولا يدرى مافعل بالثوب فهو ضامن لقيمته يحسب له ذلك من دينه لان مالا يتوصل الى عينه فهو هالك وان لم يجحده ولكن جاء بثوب يساوى عشرين درهما فقال هو هذا لم يصدق لانه ثبت بالبينة ان المرهون ثوب يساوى خمسين والذى أحضره ليس بتلك الصفة فالظاهر يكذبه فيما قال فلا يقبل بيانه اذا جحد الراهن ذلك بخلاف الاول واذا لم يقبل بيانه بقى المرهون هالكا في يده لانه لا يتوصل الى عينه فيطرح منه خمسون درهما واذا كان الراهن اثنين فادعى المرتهن عليهما رهنا وأقام البينة على أحدهما انه رهنه وقبضه والمتاع لهما جميعا وهما يجحدان الرهن فانه يستحلف الذى لم يقم عليه البينة مارهنه لانه لولم يقم البينة على واحد منهما توجهت اليمين عليهما فكذلك اذا لم يقم البينة على أحدهما وهذا لانه يدعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر استحلف عليه فان نكل ثبت الرهن عليهما ، على أحدهما بالبينة وعلى الآخر بالنكول القائم مقام اقراره فان حلف رد الرهن عليهما لان فى نصيب الذي حلف انتفى الرهن من الاصل فلا يمكن القضاء فى نصيب الآخر لان نصيبه نصف شائع من العين ولو كان الراهن واحدا والمرتهن اثنين فقال أحدهما ارتهنت أنا وصاحبي هذا الثوب منك بمائة وأقام له البينة وأنكر المرتهن الآخر وقال لم نرتهنه وقد قبضنا الثوب فجحد الراهن الرهن فان الرهن يرد على الراهن فى قول أبى يوسف وقال محمد أقضى به رهنا وأجعله فى يد المرتهن الذى أقام البينة أو على يدى عدل فاذا قضى الراهن المرتهن الذى

أقام البينة ماله أخذ الرهن فان هلك الرهن ذهب نصيب الذى أقام البينة من المال فأما نصيب الآخر في الرهن فلايثبت بالاتفاق لانه أكذب شهوده بجحوده ثم قال أبو يوسف لما انتفى الرهن فى نصيب الجاحد انتفى فى نصيب المدعى أيضا لاجل الشيوع كما فى الفصل الاول وهذا لانه لايمكن القضاء بجميعه رهنا للذى أقام البينة بدليل أنه لا يترك فى يده وحده وان بهلاكه لايسقط جميع دينه ولا يمكن القضاء له بالرهن فى نصفه لاجل الشيوع ومحمد يقول هو قد أثبت ببينته الرهن فى جميع العين وهو خصم فى ذلك لانه لايتوصل الى اثبات حقه فى نصيبه الا باثبات الرهن على الراهن وعلى المرتهن الآخر فعرفنا انه خصم فى ذلك كله فيقضى بالرهن فى جميع حق الآخر وبجحوده صار رادا للرهن فى نصيبه وهو متمكن من ذلك ولكن لا يتمكن من ابطال حق الآخر فى نصيبه فلا يجوز اعادة شئ منه الي الراهن لان فيه ابطال حق المرتهن المدعى ولا يمكن الزام الجاحد امساكه مع رده بجحوده ويتعذر جعل الفضل فى يد المرتهن المدعى لاقراره بان الراهن لم يرض بذلك فيجعل على يده وعلى يد عدل حتى يستوفى هو دينه فاذا سقط حقه ردت العين على الراهن وان هلك الرهن ذهب نصيبه من المال بخلاف الاول فهناك الشهود ماشهدوا بالرهن الا على أحد المالين فلا يمكن القضاء بالرهن على المالين بحكم تلك البينة فلهذا اذا حلف المنكر رد الرهن عليهما واذا أقام رجل البينة أنه استودع ذا اليد هذا الثوب وأقام ذو اليد البينة أنه ارتهنه منهما فانه يؤخذ ببينة المرتهن لاثباته حقا لازما لنفسه ببينة أو يجعل كأن الامرين كانا ويجوز أن يكون الثوب أولا وديعة عنده ثم يرهنه منه ولو كان الراهن أقام بينة أنه باعه اياه وأقام المرتهن البينة على الراهن جعلته بيعا لان البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع ولان البيع يوجب الملك فى البدلية والرهن لايوجب ذلك فكان فى بينة البيع زيادة اثبات ولو ادعى الراهن الرهن وأقام البينة وادعى المرتهن انه وهبه له وقبضه أخذت ببينة الهبة لان الهبة ترد على الرهن والرهن لا يرد على الهبة ولان الهبة توجب الملك فى العين والرهن لايوجب ذلك ولو ادعى رجل الشراء والقبض وآخر الرهن والقبض وأقام كل واحد منهما البينة وهو فى يدى الراهن اخذت بينة المشترى لما فيها من الزيادة وهو اثبات اليد فى البدلين ولانه لا يكون الشراء دون الرهن لا محالة فلا بد من القضاء بالشراء فى النصف ولا يمكنه القضاء مع ذلك بالرهن فى النصف الآخر لاجل الشيوع فلهذا قضى

بينة المشترى بالكل الا أن يعلم أن الرهن كان قبله ولو كان في يدى المرتهن جعلته رهنا الا أن يقيم صاحب الشراء البينة ان الشراء كان أولا لان قبض المرتهن دليل سبق عقده ولان صاحب الشراء يحتاج الى استحقاق اليد على ذى اليد وبينته لاتوجب ذلك ولو كان فى يد الراهن فادعى المرتهن الرهن والهبة فالصدقة لا تتم الا بالقبض ثم الرهن عقد ضمان والهبة والصدقة عقد تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع فكان صاحب الرهن أولى الا أن يقيم الآخر البينة ان القبض بعلم البينة والصدقة كانت منه قبل الرهن واذا استودع رجلا ثوبا ثم رهنه اياه فهلك قبل أن يقبض المرتهن الرهن فهو فيه مؤتمن لان يدالمودع كيد المودع فما لم يقبضه المرتهن لا يثبت حكم يد الرهن له ولان اليد بحكم الوديعة دون اليد بحكم الرهن والا ضعف لاينوب عن الاقوى فاذا لم يصر قابضا له بحكم الرهن بقى مؤتمنا فيه والقول فيه قوله بغير بينة لانه ينكر القبض بحكم الرهن فان أقام الراهن البينة انه قبضه بالرهن وهلك بعد ذلك وأقام المرتهن البينة انه هلك عنده بالوديعة قبل أن يقبضه للرهن فانه يؤخذ ببينة الراهن لانه يثبت ايفاء الدين ولان المودع ببينة يبقى قبضه بحكم الرهن ولا يثبت شيأ والبينات للاثبات دون النفى واذا اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن هلك فى يدك وقال المرتهن بل قبضته أنت منى بعد الرهن فهلك فى يدك فالقول قول الراهن لان المرتهن يدعى عليه استردادا عارضا وهو ينكر والبينة أيضا بينة الراهن لانه يثبت ايفاء الدين ببينة والعمل بالبينتين ممكن فمن الجائز انه استرده منه ثم رده عليه فهلك فى يده وان قال المرتهن هلك فى يد الراهن قبل ان أقبضه فالقول قوله لانكار القبض والبينة بينة الراهن لاثباته ايفاء الدين ببينة وان قال المرتهن ارتهنته بمائة وقال الراهن بمائتين وقدقبضته فالقول قول المرتهن لانكاره الزيادة مما ثبتت له فيه يد الاستيفاء والبينة بينةالراهن لاثباته زيادة فى الايفاء وان قال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين وقبضتهما وقال الراهن رهنتك أحدهما بعيد فالقول قول الراهن عبدا والدين ألف فذهبت عين العبد وهو يساوى ألفا فالقول قول الراهن لانكاره حقا للمرتهن فى أحدهما والبينة بينة المرتهن لاثباته الزيادة في حقه وان كان الرهن عبدا والدين ألفا فذهبت عين العبد وهو يساوى الفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائة يومئذ وانما زاد بعد ذلك فذهب ربع حقي فالقول قول الراهن مع يمينه لان الظاهر شاهد له

فقيمته فى الحال دليل على قيمته فيما مضي والبينة بينة الراهن لانه ثبت ببينته زيادة فيما أوفاه المرتهن فبينة نفي ملك الزيادة بالميت أولى والله أعلم

باب رهن المكاتب والعبد

(قال رحمه الله) المكاتب بمنزلة الحر فى الرهن والارتهان لانه وثيقة لجانب الاستيفاء والمكاتب فى ايفاء الدين باستيفائه كالحر فكذلك فيما هو وثيقة به فان رهن المكاتب عبدا فيه وفاء قبضه المولى فهو جائز لان المكاتبة دين يستوفي والرهن فى هذا ليس كالكفالة فالكفالة له ببدل الكتابة لا تصح لان الكفالة وثيقة بجانب اللزوم والكفيل يلتزم فى ذمته المطالبة التى هى على الاصيل لان الفائت بحقيقة الالتزام أصل الدين والمطالب فيما هو وثيقة بجانب بعضه فبهذا تبين انه لا يمكن الزام الكفيل مطالبة أقوى مما على الاصيل والمطالبة ببدل الكتابة على المكاتب ضعيفة لتمكنه من أن يعجز بنفسه وتعذر اثبات مثله فى ذمة الكفيل فان هلك الرهن فى يدى المولى فهو بما فيه ويعتق المكاتب لان استيفاء المولى بدل الكتابة تم بهلاك الرهن وان اعور ذهب نصف المكاتب لان العين من الآدمى نصفه ولا يعتق شئ منه كما لو استوفى نصف المكاتب حقيقة فان خاصم المكاتب المولي فيه وأراد دفع المال وأخذ رهنه فقال المولى قد أبق فانه يحلف على ذلك بعد أن يتأنى به وينتظر لجواز أن يكون المولى قد عينه قصدا منه الاضرار بالمكاتب وهو نظير المغصوب اذا زعم انه قد أبق فان القاضي يعجل بالقضاء بالقيمة ويحلف الغاصب علي ذلك فهنا أيضا يحلف المولى فاذا حلف بطلت المكاتبة عن المكاتب لان الآبق يتوى فهو كالهالك حقيقة فاذا قضى القاضى بذلك ثم وجد العبد بعد ذلك رد على المكاتب ورجع عليه المولى بالمال كما كان قبل الاباق وهو حر بالعتق الاول الماضى فيه لانه ناقض للعتق بعد مانفذ بقضاء القاضى وهو نظير مالو استوفى البدل فاستحق من يده كان العتق ماضيا ولو لم يكن قضى القاضى بعتقه حتى رجع العبد فهو مكاتب على حاله حتى يؤدي البدل وهو بمنزلة المغصوب اذا أبق فان رجع قبل ان يقضى القاضى بالقيمة فهو ملك للمغصوب منه وصار الاباق كان لم يكن وان رجع بعد القضاء بالقيمة كان القضاء ماضيا وكان العبد للغاصب كذا هنا يفترقان فى حكم العتق وأما العبد فعلى ملك المكاتب فى الوجهين جميعا وقال زفر رحمه الله اذا عاد بعد قضاء

القاضي فهو على ملك المولي لتقرير الضمان عليه بقضاء القاضي وقاس ضمان الرهن بضمان الغصب ولكنا نقول ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء حالة الرهن دون العين لان الاستيفاء بجنس الحق يتحقق ولا محاسبة باعتبار العين فيصير المرتهن مالكا للعين وان جعل مستوفيا بقضاء القاضي فلهذا يعود العبد الي ملك المكاتب وأشبه هذا الغصب فى المدبرة وروي الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله قال ان كان هذا أول ماأبق فانه يسقط من الكتابة حصة نقصان العيب لان هذا عيب حدث فيه عند المرتهن فيسقط بحصته من الدين كما لو تعيب بعيب محسوس ولو رهن رجل عبدا عن المكاتب لمكاتبته وفيه وفاء وقبضه المولى جاز كما لو تبرع باداء الكتابة عن المكاتب فان هلك بطلت الكتابة وعتق المكاتب لان الاستيفاء قد تم ولا يرجع الراهن على المكاتب بشئ لانه لم يأمره به فكان هو متبرعا فيما صنع ولو تبرع بمثله عن حر لم يرجع عليه فكذلك عن المكاتب واذا كان المكاتبان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بالمال فرهن أحدهما بالمكاتبة رهنا قيمته مثلها فهلك عند المولى عتقا ويرجع الراهن علي المكاتب الآخر بحصته من الكتابة بمنزلة ما لو أوفى بدل الكتابة حقيقة وهذا لانه مطالب بجميع الكتابة متحمل عن الشريك حصته بأمره فيرجع عليه اذا أدي وهما كشخص واحد فى حكم هذا العقد فيبقي ان يستويا فى الغرم بسبب ولو كان الرهن بينهما نصفين فرهناه جميعا فهلك عند المولى عتقا ثم ان كانت قيمتهما مختلفة تراجعا فيما بينهما بالفضل لان بدل الكتابة يتوزع عليهما بقدر قيمتهما فان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر الفين كان بدل الكتابة عليهما أثلاثا وما زاد على الثلث الى تمام النصف أوفاه العبد الاوكس من كسبه عن صاحبه بأمره فيرجع بذلك عليه واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى خمسمائة ثم أعتقه الراهن فعتقه نافذ عندنا موسرا كان أو معسرا وهو أحد أقاويل الشافعي وفى قول آخر يقول لا ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وفى قول آخر يقول ان كان موسرا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ عتقه واحتج فقال الاعتاق ازالة ملك اليمين بالقول فلا ينفذ من الراهن فى المرهون كالبيع وهذا لان امتناع نفوذ بيعه لمراعاة حق المرتهن فان حقه اما البيع فى الدين أو استيفاء الدين من المالية وابطال هذا الحق عليه بالاعتاق أظهر منه بالبيع والبيع أسرع نفوذا من العتق حتى ينفذ البيع من المكاتب ولا ينفذ العتق فاذا لم ينفذ بيع الرهن لمراعاة حق المرتهن فلان

لا ينفذ عتقه أولا والدليل عليه أن المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أنه لو أتلفه ضمن قيمته كالجنين ولو جنى عليه ضمن الارش ولو وطئها وهي بكر ضمن النقص ولو كان زايلا عن ملكه حقيقة لم ينفذ عتقه فيه فكذلك اذا كان كالزائل عن ملكه والدليل عليه ان حق المرتهن في المرهون أقوي من حق الغرماء في مال المريض بدليل ان هناك لا يمتنع البيع على المولى وهنا يمتنع ثم حق الغرماء فى العبد يمنع نفوذ عتق المريض اذا مات من مرضه فحق المرتهن أولى وعلى القول الآخر نقول الراهن مالك حقيقة وهو كالزائل عن مكه حكما لحق المرتهن فان كان فى اعتاقه ابطال حق المرتهن لم ينفذ عتقه وان لم يكن فيه ابطال حق المرتهن نفذ عتقه فاذا كان الراهن موسرا فليس فى الاعتاق ابطال حق المرتهن أصلا لان ايجاب الضمان عليه ممكن ولو ألغينا العتق بطل حق العبد أصلا فلمراعاة حق العبد أنفذنا العتق ولمراعاة حق المرتهن أو جبنا الضمان ترجيحا لاهون الضررين واذا كان معسرا ولو نفذنا العتق كان فيه ابطال حق المرتهن أصلا لان السعاية عندى لا تجب على العبد والسعاية فى ذمة مفلس يكون ثاويا فاذا كان فى كل واحد من الجانبين صور الابطال رجحنا جانب المرتهن لان ثبوت حقه أسبق وهو نظير مذهبه فى اعتاق أحد الشريكين نصيبه فانه لا يتجزأ اذا كان المعتق موسرا لامكان ايجاب الضمان ويتجزأ اذا كان المعتق معسرا ويستدام الرق فيما يبقى مراعاة لحق الساكت فهذا مثله * وجه قولنا انه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغى اعتاقه كالمشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض وبيان الوصف ان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما قلنا أو حق البيع كما هو مذهبه وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن كما كانت ثم حق المرتهن انما يثبت فى المالية والاعتاق تصرف فى الرق بالازالة والرق غير المالية ألا ترى أنه ثبت حق الرق بدون المالية في الحبس وتبقي صفة الرق فى أم الولد بدون المالية والمالية تنفصل عن الرق فى غير بنى آدم والدليل عليه أنه لو حلف بعتق عبده ان دخل الدار ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق وبقيت اليمين بعد البيع لبقاء الرق وان زال الملك والمالية عنه والاعتاق تصرف في الرق ولا حق للمرتهن فيه فلا بد من تنفيذه باعتبار انه صادف محلا هو خالص حق الراهن الا أن المالية المشغولة بحق المرتهن تتلف بهذا التصرف وقوام تلك المالية كان ببقاء الرق فيصير المعتق ضامنا لهذا ولهذا نفذ العتق في المبيع قبل القبض وذلك فى معنى المرهون لانه محبوس بالدين الا أن الحبس

ويلاقى العين والمالية دون الرق وبه فارق البيع فانه تمليك يمنع للعين نصف المالية وهو مشغول بحق المرتهن فقيام حقه يمنع نفوذه كما أن حق الحبس للبائع يمنع نفوذ بيع المشترى وهذا لان البيع كما يستدعى الملك فى المحل يستدعى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ فى الآبق والجنين فى البطن فكذلك لا ينفذ في المرهون لعجز الراهن عن تسليمه بخلاف العتق *توضيحه ان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضا ولهذا لا ينفذ مع الهزل وشرط الخيار والكره فكذلك عدم الرضا من صاحب الحق وهو المرتهن يمنع نفوذه فاما العتق فلا يعتمد نفوذه تمام الرضا حتى ينفذ مع الهزل وشرط الخيار فاذا كان عدم الرضا من صاحب الملك لا يمنع نفوذ العتق فمن صاحب الحق أولا ولان البيع يراد به ما ينتفع به وهو العين فكذلك لا يرد منه ما يتصور به وعتق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء ولكن يخرج الى الحرية بالسعاية لا محالة فهنا أيضا ينبغى أن لا يلغو الا أن هناك هو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى وهنا يكون حرا ومراده ان لزمته السعاية عند اعتبار الرهن لان العتق فى المرض وصية والوصية تتأخر عن الدين الا أن العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية فى قيمته لرد الوصية وبهذا تبين ان الواجب عليه بدل رقبته ولا يسلم له المبدل مالم يرد البدل وهنا السعاية على العبد ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الذي فى ذمة الراهن لان من حق المرتهن ذلك فوجوب السعاية عليه لا يكون مانعا من نفوذ عتقه فى الحال ولهذا قلنا ان أيسر الراهن هنا رجع العبد عليه بما أدى من السعاية وهناك لا يرجع العبد على أحد بما ينبغى فيه من قيمته ولا معنى لمن قال ان المرهون فى حكم الزائل عن ملك الراهن لان عقد الرهن لا يزيل الموت فى الحال ولا فى ثانى حال ووجوب الضمان على الراهن لا تلافه المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف المأذون فيكون ضامنا قيمته للغرماء لا باعتبار أن لحوق الدين للعبد يزيل ملك المولى ثم أكثر ما فى الباب ان حق المرتهن نصا هو الملك وللراهن ملك حقيقة فيكون كالشراء بكفيل وعتق المالك فى ملكه لا يمتنع بحق الشريك فلان لا يمتنع بحق المرتهن أولى ولو دبر الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فلان التدبير يوجب حق العتق له واذا كان لا يمتنع حقيقة العتق بحق المرتهن فحق العتق أولى وعند الشافعى كذلك لان التدبير لا يمنع البيع فلا يكون مبطلا لحق المرتهن بحق العتق أولى ولو كانت أمة فاستولدها صح استيلاده عندنا وهو الصحيح من مذهب الشافعى لان الاستيلاد لما كان ينفذ بحق الملك للاب فى جارية ولده عنده فلان ينفذ بحقيقة الملك للراهن فيها أولى فان كان الراهن موسر

فهو ضامن قيمتها فيكون رهنا مكانها لما بينا انه متلف لحق المرتهن فى المالية بما صنع فيكون ضامنا بدله وحكم البدل حكم المبدل فيكون رهنا كما لو أتلف الرهن اجنبي ضمن قيمته فان كان المال قد حل قبضه المرتهن بحقه لانه ظفر بجنس حقه من مال المديون فيأخذ قضاء من دينه ويرجع بالفضل وان كان الراهن معسرا كان للمرتهن أن يستسعى أم الولد والمدبر فى الدين كله لان كسبهما مملوك للمولى فالراهن موسر قادر على اداء الدين بكسبهما ولو كان قادرا على ذلك بمال آخر لامر بقضاء الدين فكذلك اذا كان قادرا عليه بكسبهما ويستسعى المعتق البتة فى قيمة خمسمائة لان كسب المعتق خالص حقه فلا يجبر على أن يقتضى به دين غيره ولكن قد سلمت له مالية رقبته وكان مشغولا بحق المرتهن فيلزمه السعاية فى ذلك القدر لاحتباسه عنده كما تجب السعاية على معتق البعض للشريك الساكت اذا كان المعتق معسرا ثم يرجع المعتق بذلك على الراهن لانه غير متبرع فى قضاء دينه بخالص ملكه بل كان مجبرا على ذلك بسبب باشره الراهن ورضي به فيرجع به عليه كالكفيل عنه بامره اذا أدى ويرجع المرتهن بفضل دينه على الراهن فان ولدت المدبرة ولدا بعد ما قضى عليها بالسعاية ثم ماتت استسعى ولدها فى جميع الدين لان ولدها بمنزلتها فان التدبير يسرى الى الولد فولدها مدبر للمولى وكسبه له وهو قادر على قضاء الدين بسعايته فيستسعى الولد فى جميع الدين كما كان يستسعى الام وهذا لان كسب المملوك لما كان للمالك فحكمه حكم المالك فيما يلزمه من قضاء الدين والراهن كان مجبرا على قضاء جميع الدين بملكه فكذلك المدبرة وولدها يؤمر كل واحد منهما بالسعاية فى جميع الدين وان كان الولد من المولى قد ادعاه قبل الولادة لم يكن عليه سعاية لان الولد انفصل حرا فكسبه يكون مملوكا له دون المولى ولا يكون المولى قادرا على قضاء دين بكسبه * توضيحه ان الولد الذى ان انفصل من الام حرا لا يثبت فيه حكم الرهن لانه ليس بمحل له ووجوب السعاية عليه باعتبار حكم الرهن فاما الولد الذى انفصل مدبرا فهو جزء منها انفصل بصفتها وله حكم الرهن من حيث الاستسعاء في الدين لان هذا الولد جزء منها وقد انفصل بصفتها فيلزمه السعاية لحكم الرهن كما لزمها ولو كان الرهن عبدا يساوى خمسمائة بالف فاعتقه الراهن وهو معسر ثم مات الراهن وترك خمسمائة فان المرتهن يأخذها ويسعى له العبد فى مائتين وخمسين لان الواجب على العبد السعاية فى مقدار قيمته وذلك نصف الدين شائع فى الكل والخمسمائة التى استوفاها المرتهن من تركة الراهن نصفه مما

وجب على العبد السعاية فيه وهو فى ذلك كالكفيل عن المولى والاستيفاء عن الاصل يوجب براءة الكفيل فلهذا استسعى في نصف مابقي وهو مائتان وخمسون ولو كان العبد سعي له فى قيمته قبل موته ثم مات الراهن وترك خمسمائة كانت بين المرتهن والعبد نصفين لان الباقى من دين المرتهن خمسمائة والعبد قد استوجب الرجوع علي الراهن بالخمسمائة فتقسم تركته بينهما على مقدار دينهما واذا رهن رجلا عبدا بالف درهم فاعتقه أحدهما وهو موسر وقيمة العبد ألف فهو ضامن لخمسمائة حصته من الدين وعلى شريكه مثلها لان العبد صار خارجا من الرهن عندهما لان العتق لا يتجزأ وعند أبى حنيفة لان معتق البعض لا يستدام فيه الرق فهو كالمكاتب لا يكون محلا للبيع وعلى كل واحد منهما قضاء نصيبه من الدين وهو خمسمائة ثم الحكم بين شريكين فى تضمين المعتق أو الاستيفاء وما فيه من الخلاف قد بيناه في كتاب العتاق وان كان المعتق معسرا فللمرتهن أن يستسعى العبد فى الالف كلها لان حقه كان ثابتا فى جميع المالية وقد احتبس ذلك عند العبد بما انتفع هو به وهو الاعتاق ثم يرجع العبد على المعتق بخمسمائة لانه قضى دينه بذلك القدر على وجه لم يكن متبرعا فيه ولا يرجع على الآخر بشيء لان الآخر قد استوجب عليه السعاية فى نصف القيمة لاحتباس نصيبه عنده وهب انه قضى دينه واستوجب الرجوع عليه ولكن له علي العبد مثلها فيصير قصاصا به ولو أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر فان كانا معسرين فهو كما وصفنا لك فى الاول وان كانا موسرين ضمنا الالف للمرتهن وسعى المدبر للذى دبره فى نصف قيمته مدبرا الا أنه بتدبير نصيبه صار مختارا سعاية العبد فى نصيبه فانه يصير مستوفيا ملكه فى نصيبه ويمنعه ذلك من تضمين المعتق فعرفنا انه صار مختارا للسعاية فنستسعيه فى نصف قيمته مدبرا ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء لان الاول هو المتلف لنصيبه والثانى قد أبرأ الاول عن الضمان ولم يتلف عليه شيئا فلا رجوع لواحد منهما على صاحبه واذا استعار الرجل من الرجل عبدا قيمته الف درهم ليرهنه فرهنه بالف درهم ثم ان مولاه أعتقه وهو موسر ضمن المال للمرتهن لانه كان رضى بتعلق حق المرتهن بمالية الرهن حين أعاره الرهن ثم أتلف على المرتهن ذلك بالاعتاق فيضمن له مثله ويرجع علي الراهن لانه قضي بما أدى دين الراهن وكان مجبرا علي ذلك (ألا ترى) انه لو قضى الدين ليسترد الرهن رجع به على الراهن فكذلك اذا استرده بالاعتاق وضمنه للمرتهن وهذا لان الراهن رضي برجوعه عليه متى صار دينه مقضيا بملكه (ألا تري) انه لو هلك الرهن فى يد المرتهن

رجع المعير على المستعير بمقدار الدين لهذا المعنى فكذلك اذا قضاه بمال آخر وان كان المعتق معسرا والراهن موسرا ضمن الراهن المال ولم يرجع على أحد بشئ لانه قضي دين نفسه بماله وان كانا موسرين فللمرتهن أن يضمن أيهما شاء ان شاء الراهن باعتبار قيام دينه عليه وان شاء المعتق لاتلافه محل حقه وان كانا معسرين سعى العبد في جميع ذلك لان المالية سلمت له وقد كانت مشغولة بحق المرتهن ثم يرجع العبد على أيهما شاء ان شاء على الراهن لانه كان مجبرا على قضاء دينه بملك نفسه بسبب رضي به الراهن وهو عقد الرهن وان شاء على مولاه لانه هو الذى ألزمه ذلك باعتاقه اياه فان رجع به على المولى رجع به مولاه على الراهن كما لو كان المرتهن هو الذي رجع به على المولى فأداه وهذه لان أصل الدين على الراهن واذا رهن الرجل أمة بالف درهم هي قيمتها فجاءت بولد يساوى الفا فادعاه بعد ماولدته وهو موسر ضمن المال وان كان معسرا سعت الامة فى نصف المال والولد فى نصفه لان الدين انقسم عليهما نصفين بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الي وقت الفكاك ثم الراهن بالدعوة صار مستردا لهما لانه أوجب في الولد حقيقة العتق وفي الام حق العتق فيكون ذلك بمنزلة الفكاك المقر به فى كل واحد منهما نصف الدين ويسعى كل واحد منهما فى نصف الدين لسلامة محل ذلك له بالعتق وهو المالية فان لم يؤد الولد شيئا حتى ماتت الام قبل أن يفرغ من السعاية سعى ولدها فى الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدين على حاله لايزاد عليه شئ بموت الام لانه صار مقصودا بالاستسعاء حين صار مقصودا بالفكاك فبموت الام لايتحول اليه شئ مما كان عليها لانه فى حكم السعاية لم يكن تبعا لها (ألا ترى) أنه كان لزمه السعاية فى حصته قبل موتها ولو مات الولد بعد هذا لم يتحول من سعايته اليها كذلك اذا ماتت هى ويرجع الولد بما سعى فيه على الاب وان قضى دينه بكسب هو خالص ملكه على وجه كان مجبرا عليه واذا رهن الرجل عبدا يساوى ألف درهم بالف درهم مؤجلة أو قبضه المرتهن ثم أقر الراهن بالعبد لرجل لم يصدق على ذلك فى حق المرتهن لانه متهم فى حقه من حيث انه لايقدر على تمليك العبد ابتداء لحق المرتهن فيخرج كلامه مخرج الاقرار ولكن المقر له ان شاء أدى المال وقبض الرهن لان اقرار المقر حجة فى حقه فالمقر له يقوم مقام المقر فكما أن للمقر أن يؤدي المال ويقبض الرهن فللمقر له ذلك فان أداه حالا لم يرجع به على الراهن حتى يحل عليه لان أكثر مافيه أنه كالمتحمل عنه دينا هو مؤجل عليه والكفيل بالدين المؤجل

اذا عجل لم يرجع على الاصل حتى يحل الاجل فاذا حل رجع عليه فكذلك المقر له هنا وهذا لانه كان يضطر لاداء هذا المال لتخليص ملكه فلا يكون متبرعا فيه ولان الراهن أقر انه أعتق رقبة عبده بذلك فيكون له أن يرجع عليه بما أدى كالمعير للرهن اذا قضى الدين وللمقر له أن يستحلف المرتهن على علمه لانه لو أقر بما أقر به الراهن لزمه رد العين عليه فاذا أنكر يستحلف ولكن يمينه على العلم لانه استحلاف على فعل الغير فان لم يؤد المال وأعتق العبد جاز عتقه لان الراهن باقراره بالملك للمقر له سلطه على اعتاقه ولو أعتقه بنفسه نفذ عتقه فكذلك اذا أعتق غيره بتسليطه وكان المرتهن بالخيار ان شاء أخذ الراهن بقيمة العبد لانه صار جانيا على حقه لتسببه بتنفيذ عتق المعتق فيه وهو اقراره بالملك له وان شاء ضمن المعتق ذلك لانه باعتاقه تسبب لاتلاف محل حقه وهو المالية فان أخذها المعتق رجع بها على الراهن لانه مقر أنه أغلق رقبة عبده وباعتبار ذلك لزمه هذا الضمان فيستوجب الرجوع عليه وان كانا معسرين استسعى المرتهن العبد فى قيمته لان المالية التى هى محل حقه سلمت له ويرجع العبد بها على الراهن دون المعتق لان العبد مقر بان المعتق لم يؤذن له في رهنه وان الراهن كان فى حكم الغاصب له واقراره فى حق نفسه صحيح فلا يستوجب الرجوع على المعتق بشئ لهذا ويكون له أن يرجع بها على الراهن لانه هو الذى ألزمه هذه القيمة بما أوجب من حق المرتهن فى ماليته فعند الاداء يرجع عليه ولو كان العبد معروفا للمعتق وقد كان اعاره الراهن ليرهنه فأعتقه وهو والراهن موسران فللمرتهن أن يرجع بقيمته على المعتق دون الراهن لان المعتق هو المتسبب لاتلاف محل حق المرتهن ولم يوجد من الراهن صنع يكون ذلك سببا منه لاتلاف محل حقه فلهذا كان رجوعه بالقيمة علي المعتق دون الراهن بخلاف الاول فهناك قد وجد من الراهن تسبب لما به تلف محل حقه وهو اقراره بالملك وتسليطه المقر له على اعتاقه وان كان المعتق معسرا فللمرتهن أن يستسعى العبد فى قيمته فيكون رهنا مكانه ويرجع بها العبد على المعير دون المستعير لان المعير هو الذى ألزمه ذلك باعتاقه بعد مارضى بتعلق حق المرتهن بماليته بالاعادة ولم يوجد من المستعير تسبب فى ايجاب القيمة عليه بعد ماتعلق حق المرتهن بماليته فاذا حل الدين أخذ المرتهن دينه من الراهن ورجعت القيمة الى المعير بضمانه لان العبد لما رجع على المعير فقد استقر الضمان عليه فيجعل كانه هو الذى ضمن القيمة وهذا لان القيمة تقوم مقام العين ولو كانت العين باقية واستوفى المرتهن

دينه من الراهن رجع العبد الى المعير فكذلك القيمة واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بها عبدا يساوى الفين وقبضه المرتهن ثم أقر المرتهن أن الرهن لرجل غصبه الراهن منه لم يصدق المرتهن على الراهن لان العين باقية علي ملك الراهن واقرار الانسان فى ملك الغير باطل والمرتهن حافظ للعين كالامين واقرار المودع بالوديعة لغير المودع باطل اذا كان الايداع ظاهرا فيؤدى الراهن الدين ويأخذ العبد ولا سبيل للمقر على العبد ولا على ماأخذ المرتهن لان المرتهن أخذ دينه ورد العبد على من أخذ منه فانفسخ به حكم قبضه سواء كان المقبوض منه مالكا أو غير مالك كالمرتهن من الغاصب اذا رده عليه واقراره ليس بحجة على الراهن فلا سبيل للمقر له على العبد الذى فى يده بغير حجة وان مات العبد فى يدى المرتهن صار مستوفيا لدينه باعتبار الظاهر لان في قيمة الرهن وفاء بدينه وزيادة فكان ضامنا جميع قيمته للمقر له لان اقرار العبد كان فى يده كالمغصوب فانه كان مملوكا للمقر له وقبضه بغير اذنه واقراره حجة عليه فيضمن جميع قيمته اذا تعذر رده بالهلاك ولو كان المرتهن لم يقر برقبة العبد ولكنه أقر ان له عليه دينا ألف درهم استهلكها وقد مات فى يد المرتهن فان المقر يرجع على المرتهن بالف درهم لانه أقر ان ماليته كانت مستحقة بدين المقر له وانه فى القبض بغير اذن صاحب الدين على جهة الرهن غاصب فى حقه فاذا هلك فى يده ضمن له مقدار حقه وهو الف درهم كما لو كان ماأقر به ظاهرا ولانه بالهلاك فى يده صار مستوفيا دينه وهو ألف درهم من ماليته والمقر له كان أحق بماليته بزعمه فيغرم له ما صار مستوفيا دينه وهو ألف درهم ولو أقر المرتهن برقيته لرجل وقد كان الراهن جعل بينهما عدلا يبيعه واستوفى المرتهن حقه فباعه العدل بالف درهم ودفعه وقبض الثمن فنقد المرتهن منه ذلك ألف درهم وأعطى الراهن ألف درهم فاذا أجاز المقر له البيع أخذ الالف التي أخذها المرتهن لان اجازة البيع بالثمن حقه بزعم المرتهن وما استوفى المرتهن جزء من الثمن واقراره فيما وصل اليه حجة فيما أخذه الراهن وان لم يجز البيع فلا سبيل له علي ماأخذ المرتهن لان المقر له يزعم أن عين العبد هى ملكه ولم يصل العبد الى يد المرتهن قط ويزعم ان الثمن مال مشترى العبد ولا سبيل له علي مال مشترى العبد فى يد من كان وانما عليه ان يثبت ملكه فى المشترى بالحجة ولو أثبت ذلك كان يأخذ العبد ولا سبيل له على الثمن ولكن المشترى هو الذى يرجع بالثمن فقبل الاثبات أولى ان لا يثبت له على الثمن سبيل ولو كان المرتهن لم يقر بالرقبة ولكنه

أقر ان العبد قد استهلك لرجل الفى درهم والمسألة بحالها فان المرتهن يدفع الالف التى قبض من ثمنه الى المقر له أجاز البيع أولم يجزه لان الرقبة لم تكن للمقر له فلا يضره أجاز البيع أولم يجز ومعنى هذا ان حق صاحب الدين فى مالية العبد دون عينه وعند اجازته البيع تسلم له المالية فالتمليك يكون من جهة المالك والذى قبض المرتهن من ثمنه مالية فعليه أن يدفع ذلك الى المقر له باعتبار اقراره أما اذا أجاز البيع فظاهر وأما اذا لم يجز فهو يزعم ان المشترى حابس للمالية التى هى حقه ضامن له مثل ذلك وما قبضه المشترى ماله فقد ظفر بجنس حقه من مال غريمه فكان له أن يأخذه منه بخلاف الاول فهناك فى زعمه ان العبد باق على ملكه (ألا ترى) أنه لو أقام البينة كان يسلم له ملك العبد فلا سبيل له على مال المشتري مع بقاء العبد على ملكه ثم لا يرجع المرتهن علي الراهن بما أخذ منه المقر له لانه أخذ ذلك من حكم اقراره واقراره ليس بحجة على الراهن واذا رهن الرجل عبدا يساوى الف درهم بالف درهم فحفر العبد عند المرتهن بئرا فى الطريق ثم ان الراهن أدى الدين وأخذ عبده فوقعت فى البئر دابة تساوى ألفا فان العبد يباع فى الدين الا أن يفديه الراهن لانه بالحفر تسبب لاتلاف الدابة وهو متعد فيه فيكون كالمباشر فى حكم الضمان ولو أتلف العبد دابة بيع فى قيمتها الا أن يفديه المولى فان بيع بألف درهم وأخذها صاحب الدابة رجع الراهن على المرتهن بالدين الذى قضاه لان العبد تلف بفعل كان منه عند المرتهن وهو الحفر فتبين به أن الرد لم يسلم ويجعل هو كالهالك فى يد المرتهن فصار هو مستوفيا دينه بالهلاك وقد استوفاه مرة أخرى فعليه رده (ألا ترى) ان العبد المغصوب لو فعل مثل هذا فى يد الغاصب كان للمغصوب منه ان يرجع عليه بقيمته ويجعل كالهالك قبل الرد وان وقعت فى البئر دابة أخرى تساوى ألفا فعطبت رجع صاحبها على صاحب الدابة الاولى وأخذ منه نصف ما أخذ لانهما مشتركان فى ثمن العبد فان الجناية على الدابتين تستند الى سبب واحد وهو الحفر وهما من جنس واحد فهو كما لو استهلك الدابتين معا فيكون ثمنه بينهما نصفين فاذا أخذ منه نصف ما أخذ لم يكن لصاحب الدابة الاولى أن يرجع على الراهن بشئ مما قبض من الدين لانه انما قبض ما كان أعطى المرتهن بطريق انه استوفى حقه مرتين ولم يقبض منه من قيمة العبد شيأ وحق صاحب الدابة فى مالية العبد لا فى مال آخر من ملك مولى العبد فان وقع فى البئر حرا وعبد فمات فدمه هدر بمنزلة العبد اذا حفر بئرا فى الطريق ثم استهلك مال انسان فبيع فى قيمته ثم وقع فى البئر

انسان وهذا لان نفس الحفر ليس بجناية وانما يصير جناية اذا اتصل الوقوع به والمستحق بجناية على الآدمى نفسه فعند الوقوع هو ملك المشتري وأصل فعل العبد لم يكن فى ملكه فلا تتوجه عليه المطالبة بالدفع بفعل سبق ملكه ولا تتوجه المطالبة به على البائع لان فعل العبد موجبا سببا فى ملكه والبيع كان بحق شرعى لا باختياره فلا يضر تعلقه به وهذا بخلاف ما لو كان الواقع دابة أخرى لان المستحق به من العبد كالمستحق بالاول فيمكن جعل الثمن مشطرا بينهما وهنا المستحق نفس العبد فلم يكن حق ولى الجناية من جنس حق صاحب الدابة الا قبض الثمن ولما تعذر اثبات حقه فى الثمن واستحقاق نفس العبد غير ممكن من الوجه الذي قلنا كان دمه هدرا واذا رهن الرجل أمة بالف درهم وقيمتها خمسمائة ثم قبضها وكاتبها فللمرتهن أن يبطل الكتابة لان الكتابة من الراهن تصرف يحتمل الفسخ وفى عوده اضرار بالمرتهن وكان له أن يفسخ ذلك لدفع الضرر عن نفسه كما يفسخ بيع الراهن وكما يفسخ أحد الشريكين كتابة شريكه ولولم يكاتبها ولكنه دبرها فسعت فى خمسمائة ثم ماتت، وقد ولدت بنتا تساوى خمسمائة فعلي ولدها أن يسعى فى خمسمائة لان الباقى من دين المرتهن هذا القدر وولدها بمنزلتها يدبر للراهن وهو أحق بكسبه فكما كان على الام أن تسعى فى دين المرتهن باعتبار ان الراهن موسر بهذا الطريق فكذلك ولدها يسعى فيما يوفى دينه فان سعت البنت فى مائة درهم ثم ولدت بنتا ثم ماتت البنت الاولى وقيمة الاولي والسفلى سواء فعلي السفلى ان تسعى فيما بقى كله لانها كالاولي مدبرة للراهن وهو أحق بكسبها والسفلى جزء من الاولى فبقاؤها كبقاء الاولى ولو رهن أمتين بالف درهم وقيمة كل واحدة منهما الف فدبرهما المولى ثم ماتت احداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولي نصف الدين لان الدين انقسم بينهما بحكم الرهن نصفين ووجوب السعاية على كل واحدة منهما بعد التدبير كحكم الرهن وانما يجب على كل واحد منهما بقدر ما كان فيها من الدين والذى فى الباقية نصف الدين فتسعى فيه ويضمن المولي نصف الدين لانه بالتدبير مسترد لها فكانه افتكها ثم ماتت فعليه قضاء ما كان منها من الدين فان قيل فان ذهب ما قلتم ان السعاية علي المدبرة باعتبار ان المالك لكسبها موسر بهذا الطريق قلنا نعم ولكن السعاية عليها بهذا الطريق كان بحكم الرهن فى الدين الذى كانت هى مرهونة به فانها لولم تكن مرهونة لم يكن عليها السعاية فى ديون المولى مادام المولى حيا وكل واحدة

منهما كانت مرهونة بنصف الدين مقصودا بخلاف الاول فالسعاية على الولد هناك باعتبار انه جزء من أجزاء الام لان حكم الرهن ثابت فيه بطريق السعاية والام كانت مرهونة بجميع الدين وكان وجب عليها السعاية فى جميع الدين بهذا الطريق فيجب ذلك على ولدها الذى هو جزء منها اذا كان مثلها في الصفة يقول فان ولدت هذه الباقية بنتا ثم ماتت قبل أن تسعى فى شئ وقيمتها مثل قيمة أمها أو أقل أو أكثر سعت في خمسمائة تامة لانها جزء من أجزاء الام وقد كانت الام مرهونة بخمسمائة خرجت بالتدبير من الرهن ووجب عليها السعاية فى ذلك فتجب على ولدها الذى هو جزء منها السعاية فى ذلك القدر أيضا لان هذا الجزء نصفها ولو كانت ولدتها قبل التدبير ثم دبرهما جميع وقيمتها مثل قيمة أمها سعت فى مائتين وخمسين لان حكم الرهن ثبت فى الولد حين انفصل قبل التدبير وانقسم مافى الام من الدين على قيمتها وقيمة الولد بشرط بقاء الدين الى يوم الفكاك على هذه القيمة وقد بقى فانه صار مقصودا بالتدبير وذلك بمنزلة الفكاك لانه يخرج به من الرهن فوجبت عليها السعاية فيما كان فيها من الدين وهو مائتان وخمسون واذا صار مقصودا يوجب السعاية فيما كان على الام بخلاف الاول فهناك انما انفصل الولد بعد ما خرجت الام من الرهن بالتدبير فلم يصر الولد مقصودا بالسعاية فى شئ حين لم يصر مقصودا بالفكاك بل هو فى حكم جزء من الام فعليه السعاية فيما وجب عليها وهذا بخلاف ما اذا انفصل الولد حرا لان الذى انفصل حرا ليس على صفة الام فان كسبه ليس لمولاه بل هو أحق به فلا يمكن أن يجعل تبعا فى السعاية الواجبة بحكم الرهن فاما الذي انفصل مدبرا فهو نصف الام فيلزمه من السعاية ما كان على الام ولو رهن أمة تساوى الفا فولدت بنتا تساوى ألفا ثم دبر المولي الام وهو معسر فعلي الام ان تسعى فى خمسمائة لان نصف الدين تحول منها الي الولد وهو ثابت فيه ما بقى الولد والمولى بالتدبير صار مستردا للام فعليها أن تسعى فيما كان فيها من الدين عند التدبير وذلك خمسمائة فان ماتت ابنتها سعت فى الالف تامة لان الولد لم يصر مقصودا بالفكاك حين لم يدبر الولد وبالفكاك صار كان لم يكن فتبين ان جميع الدين كان فى الام وقد أخرجها من الرهن بالتدبير فعليها أن تسعى فى جميع الالف فان لم تمت البنت وماتت الام ثم دبر البنت فعلى البنت أن تسعى فى خمسمائة لانها صارت مقصودة بالفكاك حين دبرها فيستقر ما كان فيها من الدين وذلك خمسمائة فعليها أن تسعى فى ذلك وبعد ما صارت مقصودة

لا تلزمها السعاية فى شئ مما كان على أمها فان ولدت البنت بنتا وماتت البنت الاولى سعت السفلى فى خمسمائة وان كانت قيمتها مائة لانها جزء من الاولى وهى تابعة للاولى فى حكم هذه السعاية فانها ماصارت مقصودة بحكم الرهن ولو ولدت أمة الرهن بنتا ثم ولدت البنت بنتا وقيمة كل واحدة منهن الف درهم ثم دبرهن جميعا ثم ماتت الام والبنت الآن كان على السفلى ان تسعى فى نصف الدين من انه لايحتسب بالوسطى وقد طعن عيسى فى هذه المسألة وقال ينبغى أن تسعى فى ثلث الدين لانه كالقابض للوسطى بالتدبير وكيف لاتحتسب بها وقد صارت مقصودة بالفكاك والسفلى تابعة للام كالاولى فانقسم الدين عليهن أثلاثا ثم بالتدبير أخرجهن من الرهن فيتقرر فى كل واحدة منهن ما كان فيها وهو ثلث الدين فعلى السفلى السعاية فى ذلك القدر خاصة ولا تأويل لجواب محمد رحمه الله سوى أنه ذهب بالدين الى انه وضع المسألة فيما اذا دبر الام والسفلى دون الوسطى فلهذا قال لايحتسب بالوسطى (ألا ترى) انه بنى عليه فقال وكذلك لو ماتت الام والبنت قبل التدبير ثم دبر السفلى ثم علل فقال لانى لا احتسب بالوسطى اذ لم يقع عليها التدبير فهذا يتعين ان مراده فى الفصل الاول ما اذا لم يدبر الوسطى فاما اذا دبرهن جميعا فالجواب كما قال عيسى * ولو ولدت أمة الرهن ولدا يساوى ألفا ثم دبرهما فكل واحدة منهما صارت مقصودة بالسعاية فى نصف الالف فبموت الام لا يتحول شئ من سعايتها الى الولد ولو ماتت البنت سعت الام بالالف كلها وهذا التفريع غير مذكور فى نسخ الاصل وانما ذكره الحاكم فى المختصر والاظهر انه غلق لان البنت صارت مقصودة بالفكاك فاذا ماتت بعد ذلك لايمكن أن يجعل كأن لم يكن ولا يتحول ما كان منها من السعاية الى الام وانما عليها السعاية فى مقدار الخمسمائة وان صح هذا فوجهه ان الام فى الاصل كانت مرهونة بجميع الدين وتمام الفكاك فى الولد لايحصل بالتدبير وانما تمام الفكاك بوصول حصة الولد من الدين الى المرتهن ولم يصل اليه شئ فوجب على الام السعاية فى جميع الدين لان حق المرتهن فى استسعاء الام فى جميع الدين بعد التدبير كان ثابتا والراهن لا يملك ابطال ذلك الحق بتدبير الولد فلهذا سعت له فى الالف كلها بخلاف ما اذا ماتت الام فالبنت ما كانت مرهونة بجميع الالف قط فلا تجب على البنت السعاية الا فى مقدار ما كانت مرهونة به ولو رهن امة تساوى ألفا بالف الى أجل فولدت ولدا يساوى ألفا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته لانه أتلف حق المرتهن فيه

بالتدبير فكانه أتلفه بالاستهلاك فيضمن قيمته ويكون رهنا مع الام وان كان معسرا سعى العبد فى خمسمائة مقدار ما كان مرهونا به فان مات اولد قبل أن يفرغ من السعاية كانت الام رهنا بألف لا تفتكها الا بها وان ماتت أمه كانت بخمسمائة لان المولي ضامن لقيمة الولد وبقاء قيمة الولد كبقاء عينه فكانت الخمسمائة من الدين فيه فانما يسقط بموت الام خمسمائة ولكن لو مات الولد كانت الام رهنا بجميع الدين لما بينا أن حق المرتهن في جنسها بجميع الالف كان ثابتا والمولى بتدبير الولد لا يملك ابطال حق ثابت للمرتهن في الام ولكن موته قبل التدبير وبعد التدبير سواء فيما يرجع الى ابطال حق المرتهن فلهذا لم يكن له أن يفتك الام الا بجميع الالف * ورهن العبد التاجر من الاجنبي وارتهانه جائز لانه منفك الحجر عنه فى ايفاء الدين واستيفائه كالمكاتب وكذلك ان رهن ولده أو والده لانه مالك له بخلاف المكاتب فان الوالدين والمولودين يتكاتبون عليه ويتعذر عليه بيعهم اذا ملكهم فلا يجوز له أن يرهنه أيضا وفي الاخوة كذلك الجواب عندهما وعند أبى حنيفة لا يمتنع عليه بيع الاخوة فلا يمتنع عليه رهنهم بالدين أيضا وان رهن المأذون من مولاه أو ارتهنه ولا دين عليه لم يجز لان أكسابه ملك لمولاه وفى هذه الحالة هو لا يستوجب الدين على المولى ولا المولى عليه والرهن والارتهان لا يكون الا بدين واجب وان كان عليه دين جاز له أن يرهن من مولاه لانه يستوجب على المولى دينا يطالبه به ويستوفيه لحق الغرماء فيجوز أن يرتهن به أيضا ولا يجوز لمولاه أن يرتهن منه لان المولى لا يستوجب عليه دينا يطالبه به وانه مالك لرقبته وان كان عليه دين فلا يجوز له أن يرهن منه واذا خذ العبد رهنا بشيء يقرضه فهلك الرهن عنده قبل أن يقرضه وقيمته والقرض سواء فهو ضامن لقيمته لان المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته ولو أقرض مالا وقبض به الرهن فهلك عنده كان هو بالهلاك مستوفيا وان كان أقرضه لا يجوز فكذلك اذا ارتهن على جهة الاقراض يصير مستوفيا بهلاكه ويجب عليه رد ما استوفى حين لم يكن له على مالك الرهن شيء وكذلك لو ارتهن بكفالة بالمال يصير مستوفيا بهلاك الرهن وان لم تصح كفالته فى حق المولى وعليه رد ما استوفى ولا يجوز للعبد التاجر ان يرهن عن غيره رهنا وان أذن له مولاه فيه اذا كان عليه دين لان رهنه عن غيره بمنزلة قضائه دينه بكسبه وهو ينزع منه كالاقراض فلا يصح لحق غرمائه وان رضى به مولاه وكذلك لا يصح من المكاتب كنفس الاقرار وان لم يكن عليه دين جاز باذن المولي لان كسبه حق

المولى ولو باشر المولى ذلك فى كسبه جاز فكذلك اذا فعله العبد باذنه * وارتهان العبد التاجر من العبد التاجر جائز فيما يجوز من الاقرار لانها من صنع التجار ولا يجوز للعبد التاجر أن يرهن نفسه كما لا يجوز له أن يبيع نفسه وقد بينا انه لو رهن مالا يملك بيعه لا يجوز ذلك وهو لا يملك بيع نفسه اذ موجبه ضد موجب الاذن فان موجب الاذن فك الحجر عنه وموجب بيع نفسه اثبات الحجر عليه فان فعل ذلك فاجازه المولى جاز ان لم يكن عليه دين غير ذلك (ألا ترى) انه لو باع نفسه بذلك الدين فاجازه المولى جاز فكذلك اذا رهنه وهذا لان المولى يملك مباشرة بيعه فى هذه الحالة والاذن له فى ذلك فاجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا رهن العبد أو ارتهن ثم حجر عليه فالرهن جائز لانه تصرف فى حال انفكاك الحجر عنه وكذلك المكاتب اذا عجز ولا يجوز للعبد المحجور عليه ان يرهن ولا يرتهن الا أن يجيزه المولى بمنزلة سائر التصرفات ومنها البيع والشراء وبمنزلة الايفاء والاستيفاء واذا رهن المولى شيأ من متاع العبد المأذون وعليه دين لم يجز وان أجازه العبد لان كسبه حق غرمائه والمولى ضامن لما رهنه بحق الغرماء والعبد لا يملك اسقاط حق الغرماء باجازته رهن المولى ان لم يكن عليه دين جائز لان كسبه خالص حق المولى وكذلك لو أعار العبد سلعة رجلا أو رهنه فرهنه لم يجز لان هذا بمنزلة الاقراض منه لمالية المتاع فان أجازه المولى وعليه دين لم يجز لان المولى ممنوع من هذا التصرف فى كسبه لحق غرمائه فلا ينفذ باجازته وكذلك ان أجازه الغرماء لان دينهم لا يسقط بالاجازة وهو بمنزلة ما لو أقرض العبد شيئا من كسبه لم يجز ذلك وان أجازه الغرماء ولو رهن الصبي الحر من غيره رهنا بامر أبيه لم يجز لانه بمنزلة الاقراض والاب لا يملك الاقراض فى مال الصبي فى ظاهر الرواية فكذلك الصبي لا يملك الاقراض بامر أبيه واشتراط الخيار للراهن فى الرهن ثلاثة أيام جائز كما في البيع لان عقد الرهن يلزم من قبل الراهن وتأثير اشتراط الخيار فى منع اللزوم مستفاد ذلك بشرط الخيار للراهن ولا معنى لاشتراط الخيار للمرتهن لانه لا يتعلق به اللزوم في حقه فانه متمكن من رده متى شاء بغير خيار وكذلك لا معنى لخيار الرؤية فيه لان ذلك لو ثبت انما يثبت للمرتهن وهو متمكن من رده بعد الرؤية متى شاء وليس له أن يأخذ مكانه رهنا آخر وان كان ذلك مشروطا لان حكم الرهن لا يثبت بدون القبض ولم

يوجـد منه القبض فى عين أخرى فلا يكون له أن يطالب به فلهذا لا يثبت للمرتهن خيار الشرط والرؤية والله أعلم

باب رهن أهل الكفر

(قال رحمه الله) الرهن والارتهان جائز بين أهـل الذمة فيما يجوز بيعهم فيـه بمنزلة الايفاء والاسـتيفاء فهو المقصود بالرهن أو بمنزلة سائر المعامـلات فالرهن منها وهم فى المعاملات يسوون بنا فان رهنه خمرا فصارت خلافان كانت قيمته مثل قيمتها يوم ارتهنهافهو رهن على حاله لان العين باقية فى المالية ومالم يتقوم لم يتغير بتغير هذا الوصف وضمان الرهن باعتبار المالية فبتغير الوصف اذا لم يكن بقضاء باقى الماليـة لا يعتبر وكذلك لو رهنه عصـيرا فصار خمرا لان العين بكل واحد من الوصفين مال متقوم فى حقهم ولو رهنه شاة فماتت سقط الدين لفوات المالية فى ضمان المرتهن وفيها وفاء بالدين فان دبغ المرتهن جلدها فهو رهن لان الجلد بالدبغ صار مالا متقوما وهو مما تناوله الرهن فبقدر ماجنى من المالية يعود من الدين وهذا بخلاف الشاة المشتراة اذا ماتت قبل القبض فدبغ البائع جلدها فان سقط شئ من الثمن لا يعود هناك لان سـقوط الثمن بانفساخ البيع وبه عاد العبـد الى ملك البائع فالجـلد المدبوغ ملك البائع فلا يعود الملك فيه بعد ما انفسخ فاما سقوط الدين هنا فبطريق الاستيفاء وانتهاء حكم الرهن مع بقاء الدين علي ملك الراهن فالجلد المدبوغ يكون ملكا له وقـد كان حكم الرهن فيه متقررا بالانتهاء فلهذا يعود من الدين حصة ماجنى من مالية الجلد فان كان الدين عشرة دراهم وكانت الشاة تساوى عشرة والجلد يساوي درهما فهو رهن بدرهم وان كانت الشاة تساوي عشرين يوم ارتهن والدين عشرة وكان الجلد يساوى درهما يومئذ فالجلد رهن بنصف درهم والحاصل أن انقسام الدين على مالية الجلد واللحم وقت عقـد الرهن وقد علمنا ان بمقابلة كل درهم من الرهن نصف درهم من الدين لان قيمة الشاة ضعف الدين فتعود مالية الجلد بعود نصف ماليته من الدين وذلك نصف درهم فان كانت الشاة يوم ارتهنت تساوى خمسة والجلد يساوى درهما فقد ذهب من الدين أربعـة والجلد رهن بستة لان الخمسـة من الدين كانت باقية وقد عاد من الساقط بقدر ماليـة الجلد وهو درهم وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلهـذا كان الجلد مرهونا بما بقى من الدين وهو ستة وان هلك هلك

بدرهم ولو ارتهن المسلم من مسلم وكافر خمراً فصارت فى يده خلا لم يجز الرهن لانعدام المالية والتقوم فى الخمر بخمر فى حق المسلم وموجب الرهن ثبت بالعقد عند القبض والخمر ليس بمحل لذلك فى حق المسلم فبطل العقد لانه لم يصادف محله والعقد الباطل بحدوث الصلاحية فى المحل المضاف اليه لاينقلب صحيحا كما لو اشترى مسلم خمرا فتخللت أو صيدا قبل الاخذ ثم أخذه البائع وللراهن ان يأخذ الخل ولا يعطيه أجرا لان عين ملكه تغير بطبعه من غير ان زاد المرتهن فيه شيئا من ملكه أو أحدث فيه صنعا والدين عليه كما كان ان كان الراهن مسلما وان كان الراهن كافرا وكانت قيمته يوم رهن والدين سواء فله ان يدع الخل ويبطل الدين لانه قبض الخمر على وجه الضمان فخمر الكافر يجوز ان تكون مضمونة على المسلم بالقبض وبالتخلل فان مقصود المضمون له بصفة الخمرية كانت مقصودة له ولا وجه لاسقاط شئ من الدين باعتباره فكان له ان يجعل العين فى حكم المستهلك ويصير المرتهن مستوفيا دينه بطريق المقاصة قيل هذا قول محمد كما هو أصله فى القلب اذا انكسر انه تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والاصح أنه قولهم جميعا لان أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله هناك فى حال الانكسار يوجبان ضمان القيمة لان تمليك العين بضمان القيمة من الضامن ممكن وهنا ذلك غير ممكن والمضمون بالرهن هو الخمر والمسلم ليس من أهل أن يكتسب بسبب ملك الخمر بـدل فلم يبق إلا أن يكون له أن يدع الخل ويبطل الدين وهذا بخلاف ما اذا كان المرتهن ذميا لان هناك العقد صحيح فباعتبار صحة العقد يكون المضمون هو المالية والمالية لم تتغير بالتخلل وهنا العقد باطل والمضمون بالقبض هو العين لان الراهن مارضى بقبضه الا باعتبار العقد فبدونه أشبه قبض الغصب ولو غصب المسلم من ذمى خمرا فتخللت عنده كان للمغصوب منه ان يدع الخل ويضمنه قيمته فهنا أيضا له ان يدع الخل ويختار تضمين القيمة ثم يصير قصاصا بدينـه وقيمته يوم الرهن والدين سواء وبهذا التحقيق يظهر الاستيفاء عن القدر الذى ذكرنا لابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى الفرق بين هذا وبين القلب المستهلك فانه لافرق سوى أن القيمة هناك من خلاف جنس الدين فلا يصير قصاصا بالدين وهنا القيمة من جنس الدين فيصير قصاصا بالدين ولو ارتهن مسلم عصيرا فصار خمرا والراهن مسلم أيضا لم يكن للراهن ان يأخذه وللمرتهن أن يخللها ويكون رهنا كما كان يبطل منها على حساب مانقص من الدين لان بحـدوث صفة الخمرية تنعدم المالية ويتقوم فى حق المسلم وذلك مسقط للدين الا ان

المرتهن متمكن من اعادة المالية بالتخليل فلا يكون للراهن ان يبطل عليه ذلك بأخذها فاذا خللها المرتهن وقد عادت المالية وبعودها يعود حكم الرهن كما فى الشاة الميتة اذا دبغ جلدها الا أنه ان كانت مالية الخل دون مالية العصير فقد انتقضت المالية بتغير حدث في عين المرهون فهو بمنزلة العيب يسقط بحصته من الدين وان كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن فيكون الدين على حاله وليس للمسلم أن يخللها لان بحدوث صفة الخمرية لم تنعدم المالية فى حق الراهن وقد فسد العقد به لان الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد والمسلم لو ارتهن خمرا من كافر لم يصح فكذلك اذا ارتهن عصيرا فتخمر يفسد العقد كما لو اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض واذا فسد العقد كان للراهن أن يأخذها والدين عليه كما كان لان شيئا من المالية لم يفت فى ضمان المرتهن وليس للمسلم أن يخللها هنا لان صفة الخمرية مقصودة للكافر فليس للمسلم أن يبطلها عليه بالتخلل فان خللها فهو ضامن لقيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع فهو كما لو غصب خمر ذمى وخللها فيضمن قيمتها والخل له ويرجع بدينه لان رد القيمة كرد العين فلا يسقط شئ من دينه عن الراهن ولو رهن الذمى عند الذمى جلد ميتة فدبغه المرتهن لم يكن رهنا لان الميتة ليست بمال فى حقهم ولا يجوز بيعها بينهم فلا يجوز رهنها ثم مالم يكن مرهونا فبحدوث صفة المالية فيه لا يصير مرهونا وللراهن أن يأخذه ويعطيه قيمة الدباغة ان كان دبغه شئ له قيمة بمنزلة من غصب جلد ميتة فدبغه واذا ارتهن الذمى من الذمى خمرا ثم أسلم فقد خرجت من الرهن لان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل تمام المقصود به كالمقارن للعقد بمنزلة التخمر فى العصير فى حق المسلم فان خللها فهو أن أصل العقد كان صحيحا ثم فسد لانعدام المالية والتقوم بسبب استلامهما فى حقهما فاذا خللها المرتهن فقد عاد فيها صفة المالية والتقوم فكانت رهنا على حالها وكذلك لو أسلم أحدهما أيهما كان ثم صار خلا فهو رهن وينقص من الدين بحساب ما نقص منها لنقصان المالية بتغير صفة العين واذا ارتهن الكافر من الكافر خمرا ووضعها على يدى مسلم عدل وقبضها فالرهن جائز لان العدل فى القبض نائب عن المرتهن والمرتهن من أهل العقد على الخمر وحكم فعل النائب يظهر فى حق المنوب عنه على أن يجعل فعله كفعل المنوب عنه والمسلم ليس من أهل القبض منهم عند عقد الرهن له فأما هو فمن أهل القبض منهم عند عقد الرهن لغيره ولكنها تنزع من المسلم لانه مأمور بالامساك عن الخمر ممنوع عن الاقتران منها بقوله تعالى فاجتنبوه فينزع من يده

ويوضع على يدى ذمى عدل دين مراعاة للنظر من الجانبين بمنزلة مسلم رهن من مسلم شيأ ووضعه على يدى عدل فمات العدل فانه يوضع على يدى عدل آخر والحربى المستأمن في الرهن والارتهان كالذمى فان رجع الى دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فأخذوه أسيرا وله فى دار الاسلام رهن بدين عليه فقد بطل الدين وصار الرهن الذى فى يديه بذلك الدين فى قول أبى يوسف وقال محمد يباع الرهن فيستوفى المرتهن دينه وما بقي فهو فى عين أسره فأبو يوسف يقول تبدلت نفسه بالاسر وصار مملوكا بعد ان كان مالكا فيسقط الدين بفوات محله وهو الذمة المشغولة فالدين لا يجب فى ذمة العبد الا شاغلا مالية رقبته لضعف الذمة بالرق وذلك غير ممكن هنا لان الشئ يقتضي صفاء ملك المالية فى الشئ الثانى فلفوات المحل يسقط الدين ثم الرهن الذى فى يديه اما باعتبار ان يده اليه أقرب من يد الاسير فيصير هو متملكا له كمن أسلم فى دار الحرب اذا ظهر المسلمون على الدار كان معقولا به لانه صار محرزا لها بسبق يده اليها أو لان المرهون كان محبوسا عنده الى أن يصل اليه دينه وقد وقع اليأس عند ذلك فبقي محبوسا فى يده على التأبيد ولا تظهر فائدة ذلك الا بان يصير مملوكا له وقد كان هو بحكم يده أخص بغرمه حتي لو هلك سقط دينه فيكون أخص بقيمته فيملكه بذلك الدين وجه قول محمد ان سقوط الدين عند الاسترقاق لفوات المحل ولم يفت المحل هنا لان الذمة بقيت صالحة لبقاء الواجب فيها والرهن خاف فى حكم الاستيفاء فيبقي الدين باعتبار هذا الخلف كالمديون اذا مات يبقى الدين باعتبار التركة لانها خلف عن الذمة فى حكم الاستيفاء فاذا بقي الدين بقى حكم الامان في عين الرهن بحق المسلم المرتهن فيباع فى دينه واذا استوفى دينه سقط حقه فيكون الباقى لمن أسره لان المرتهن فى الباقى كان أمينا يده فيه كيد صاحب الامانة فكانه كان فى يد المأسور والاسر كما يملك المأسور بالقهر يملك ما فى يده ولا يمكن أن يجعل مملوكا للمرتهن بضمان الرهن لان ضمان الرهن لا يوجب الملك فى العين ولا بطريق الاغتنام لان ببقاء يد المرتهن وحقه يبقى الاحراز ولا يفوت فلا يكون محلا للاغتنام ما لم يسقط حق المرتهن والاحراز كان باعتبار حقه لانه لم يبق للمأسور حق، فلهذا كان الباقى لمن أسره وان كان عنده رهن لمسلم أو ذمى بدين له عليه رد الرهن على صاحبه وبطل دينهم عندهم جميعا لانه بالرق خرج عن أن يكون أهلا لملك المال فقد صار مملوكا ما لم يخلفه الثانى فى ملك الدين لان ذمة المسلم لا تدخل تحت القهر فاذا لم يملكه بالشئ سقط اما لفوات المطالبة به أصلا أو لان

المسلم محرز مافي ذمته فيملكه ويسقط عنه والرهن مردود على صاحبه لانه ملك الرهن فلا يملكه الثاني لبقاء احراز المسلم أو الذمي له فلهذا كان مردودا عليه واذا ارتهن الحربي من الحربي رهنا فقبضه ثم خرجا بامام فاختصما فيه لم يقض بينهما الانهما لم يستأمنا ليجري عليهما الحكم بل ليتجرا ويعودا الى دارهما وهذه المعاملة كانت منهما حيفا حين لم يكونا تحت ولاية الامام فما لم يلتزما حكم الاسلام لم يقض في ذلك بينهما ولو جاآ مسلمين أو ذميين ثم اختصما في الرهن وهو بعينه أبقيت الرهن على حاله لانهما التزما حكم الاسلام وابتدآ الرهن والارتهان صحيح بينهما بعد هذا الالتزام فيبقي أيضا ما كان جرى بينهما ورهن المرتهن المرتد وارتهانه موقوف عند أبي حنيفة فسائر تصرفاته فان قتل على ردته وهلك الرهن في يدي المرتهن وقيمته والدين سواء وقد كان الدين قبل الردة والرهن من مال اكتسبه قبل الردة أو كان الدين في ردته باقرار منه أو ببينة قامت عليه والرهن مما اكتسبه في الردة أيضا فهو بما فيه لان الرهن بمنزلة ايفاء الدين عند هلاكه فيتغير بحقيقة الايفاء وانما يوفى دين الاسلام من كسب الاسلام ودين الردة من كسب الردة في ظاهر الرواية عنه فلا فائدة في نقض الرهن هنا وان كان في الرهن فضل على الدين فان المرتهن يضمن الفضل لان الرهن لم يصح في الفضل كما في حقيقة الايفاء ولو استدان دينا في ردته ورهن به متاعا اكتسبه في الردة وكان الدين قبل الردة والمتاع من كسبه في الردة فالمرتهن ضامن لقيمته ويكون ذلك كبائع ما اكتسب في الردة ويرجع المرتهن بماله فيما اكتسبه قبل الردة لان كسب الردة عنده فيء وكسب الاسلام ميراث فاذا أوفى دين الاسلام في كسب الردة فقد أوفاه من محل هو فيء للمسلمين فيرد ذلك لمراعاة حق المسلمين بايجاب ضمان القيمة على المرتهن وكذلك اذا أوفى دين الردة من كسب اكتسبه قبل الردة لانه قضى بما هو حق الورثة دينا لزمه في حالة الردة ومحل ذلك الدين كسب الردة لان الغنم مقابل بالغرم فيكون المرتهن ضامنا قيمته للورثة وفي روايته عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله انما يقضى الدينان من كسب الردة لان حق المسلمين انما يثبت في كسب الردة باعتبار أنه مال ضائع وذلك اذا فرغ عن دينه وكسب الاسلام يثبت فيه حق ورثته بالردة فصار خارجا عن ملكه وانما يقضى دينه مما كان على ملكه الى وقت موته فعلى هـذا يقول ان كان الرهن من كسب الردة فهو بما فيه باي العينين كان وان كان من كسب الاسلام فالمرتهن ضامن قيمته للورثة وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يقضى الدينان من كسب

الاسلام اذا أمكن لانه كان مملوكا له موروثا عنه والميراث يتأخر عن الدين فعلى هذا اذا كان الرهن من كسب الاسلام فهو بمافيه وان كان من كسب الردة فالمرتهن ضامن قيمته للمسلمين ويرجع بدينه فى كسب الاسلام وأما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله حكم الكسبين سواء فى انه ميراث عنه وتصرفه من حيث الرهن والارتهان نافذ وكان الرهن بما فيه وكذلك اذا أسلم عند أبى حنيفة لان باسلامه ينفذ الرهن كما ينفذ سائر تصرفاته وقول أبى حنيفة فى رهن المرتدة وارتهانها كقولهما لان رهنها ينفذ كما تنفذ سائر تصرفاتها فانها لا تقتل والرجل يقتل واذا ارتهن المسلم من مسلم عبدا مرتدا وقبضه وهو لا يعلم به فقتل عنده فهو من مال الراهن والدين عليه وكذلك لو كان حلال الدم بقصاص فقتل عند المرتهن ولو كان قد سرق عند الراهن فقطعت يده عند المرتهن لم يذهب من الدين شيء وكان رهنا بالدين كله وأما العبد الزانى أو القاذف أو الشارب خمرا عند الراهن اذا ضرب الحد عند المرتهن فدخله من ذلك نقصان فذلك من مال المرتهن وهذا كله فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله مثل ذلك الا فى السرقة والقتل فانه يقوّم سارقا ويقوم غير سارق ويقوم حلال الدم ومحقون الدم فيسقط من الدين باعتبار قيمته سارقا أو حلال الدم ويكون على الراهن تفاوت مابين القيمتين اذا قتل وفى السارق يسقط من الدين نصف قيمته سارقا ويكون مرهونا بما وراء ذلك وأصل هذه المسألة في البيع اذا اشترى عبدا سارقا أو حلال الدم فقتل أو قطعت يده عند المشترى وقد بيناه فى البيوع وان اختلف الراهن والمرتهن فى ذلك فقال الراهن رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن رهنته وهو كافر فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن لان المنازعة بينهما فى استيفاء الدين والمرتهن ينكر شيأ من الدين بما فعل به عنده والراهن يدعى ذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الراهن اثبات مايدعى بالبينة والله أعلم

باب رهن المضارب والشريك

(قال رحمه الله) واذا رهن المضارب رهنا من المضاربة بدين استدامه عليها فان كان رب المال أمره بان يستدين ويرهن فالرهن جائز والدين عليهما لان الاستدامة هو الشراء بالبينة وذلك ليس من حكم المضاربة فالمضاربة تستدعى رأس مال حاضر وذلك معدوم

فى الاستدانة ولكن استدانة المضارب بامر رب المال بمنزلة استدانتهما جميعا فيكون المشتري بينهما نصفين والثمن عليهما نصفان سواء كانت المضاربة بالنصف أو بالثلث فاذا رهن بهذا الدين الذى عليهما متاعا باذن رب المال فهلك الرهن وفيه وفاء صار المرتهن مستوفيا للثمن وعلى المضارب نصفه لرب المال لان مال المضاربة ملك رب المال وقد قضى به دينا عليهما بامره فيضمن له مقدار حصته من ذلك كالمستعير للرهن اذا صار قاضيا دينه بهلاك الرهن ضمن مثله للمعير وان كان لم يأمره أن يستدين عليهما فانما استدان على نفسه وقضى بمال المضاربة دينا عليه فيكون مخالفا فى حق رب المال ضامنا له قيمة المرهون كله واذا ارتهن المضارب بدين من المضاربة جاز لان الارتهان بمنزلة الاستيفاء والى المضارب استيفاء الدين الواجب للمضاربة ولو كانت المضاربة ألفين واشترى عبدا بالف وقبضه ونقدها ثم اشترى متاعا بالالف الاخرى وقبضه على ان أعطاه العبد بها رهنا فهو جائز لان الرهن بمنزلة الاستيفاء والدين الواجب بتصرفه للمضاربة انما يقتضيه من مال المضاربة واذا مات رب المال والمضاربة عروض فرهن المضارب منها شيأ لم يجز لان المضاربة تنتقض بموت رب المال كالشركة وانما يملك من التصرف بعد ذلك ماينض به المال ويرد رأس المال ويقسم الربح مع الورثة والرهن ليس من هذا فى شيء بما لا يملك أن يرهن فيكون هو ضامنا بخلاف ما لو باع شيأ من المال لانه ان باعه بالنقد فهو تصرف فى الذى ينض به المال وان باعه بالعرض فكذلك أيضا لان هذا العرض ربما لا يشترى بالنقد فتبادله بعرض آخر يشترى ذلك منه بالنقد واذا رهن رب المال متاعا من المضاربة وفيه فضل لم يجز لان حق المضارب فى الفضل مملوك له فلا يصح رهن رب المال فيه بغير رضا المطالب فلا يصح فيما وراء ذلك لاجل الشيوع فان لم يكن فيه فضل على رأس المال فهو جائز لانه رهن ملك نفسه بدينه ولكن يضمن قيمة ذلك لانه صار مخرجا له من المضاربة وكان فيه حق للمضارب (ألا ترى) انه لو نهاه عن التصرف فيه لا يعمل بنهيه فيصير ضامنا لحقه كما لو استهلكه وعلى قول زفر لا يضمن له شيئا وأصل الخلاف فيما اذا باع المضارب شيئا من رب المال ولا فضل في المال فعندنا يجوز البيع وعند زفر لا يجوز البيع وبيانه فى المضاربة وكذلك لو باع رب المال متاعا فى هذه الحالة وأكل ثمنه ورهن المفاوض وارتهانه بدين المفاوضة جائز عليه وعلى شريكه كالاستيفاء لانهما فيما هو من التجارة كالواحد من المتفاوضين يقوم مقام صاحبه ولو وجب عليه دين من جناية فرهن به رهنا من المفاوضة

كان جائزا وهو ضامن حصة شريكه وليس لشريكه أن ينقض الرهن لانه سلطه على أن يرهن ويبيع فلا يكون له أن ينقضه ولكن اذا هلك الرهن صار قابضا فنصيب شريكه من الرهن دين عليه فلهذا ضمن له قيمة نصيبه ولو أعار الشريك انسانا متاعا ليرهنه كان جائزا عليهما فى قياس قول أبى حنيفة ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة الكفالة اذا كفل أحد المتفاوضين بدين وقد بيناه فى كتاب الكفالة ولو استعار متاعا من رجل وقبضه ورهنه كان جائزا لان هذا من صنع التجار ففعل أحدهما فيه كفعلهما فان هلك وقيمته والدين سواء ضمن المال الذى أعاره لانه صار ضامنا دينه بملكه واذا ارتهن المفاوض رهنا فوضعه عند شريكه فضاع فهو بما فيه لان كل واحد من المتفاوضين يحفظ المال بيد صاحبه كما يحفظه بيد زوجته فيسلم الى صاحبه بمنزلة تسليمه الى زوجته واذا رهن أحد شريكى العنان رهنا بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن لان كل واحد منهما فى نصيب صاحبه وكيل بالبيع فقط والوكيل بالبيع لا يملك الرهن واذا لم يصح رهنه فى نصيب شريكه لم يصح فى نصيبه ويكون ضامنا نصيب صاحبه للخلاف ولو ارتهن بدين لهما أدياه وقبض لم يجز على شريكه لانه لا يملك استيفاء نصيب شريكه فانه غير مالك لذلك ولا مباشر سبب وجوبه فان هلك فى يده ذهب بحصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن وان شاء الشريك ضمن شريكه حصته لان أخذه الرهن بمنزلة استيفاء المال وقد بينا وجه هذه المسألة مع مافيها من طعن عيسى فى كتاب الشركة ولو كانت شركتهما على أن يعمل كل واحد منهما برأيه فيها فما رهن أحدهما وارتهن فهو جائز على صاحبه لان صاحبه أجاز صنيعه على العموم فيما هو من عمل التجارة والرهن والارتهان من هذه الجملة واذا استودع الرهن صاحبه أو أحدا من عياله لم يضمن لانه يحفظ المرهون على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه بيد هؤلاء عادة فكذلك المرهون لو أخذ رهنا بدين لهما وهلك عنده فقال شريكه لم تأخذه رهنا وقال الآخر أخذته رهنا فهلك عندى فان كان هو ولى حقيقة البيع فالقول قوله لان هذا منه اقرار بالاستيفاء وهو المختص بملك الاستيفاء فيجوز اقراره به وان وليها الآخر لم يصدق فى هذا الا أن يكون كل واحد منهما قد أجاز ماصنع صاحبه أو أذن له أن يعمل فى ذلك برأيه فى الرهن فحينئذ يملك الاستيفاء فيما وجب بمعاملة صاحبه فيصح اقراره بالاستيفاء والرهن فيه أيضا وان كانت شركتهما الثلث

والثلثين على أن يعمل كل واحد منهما برأيه فاد ان أحدهما دينا من الشركة فهو جائز لان كل واحد منهما منفرد برأيه فلوادان أحدهما دينا من الشركة فهو جائز لان كل واحد منهما فوض الامر الى رأى صاحبه فيما هو من عمل التجارة والادانة من ذلك وكذلك ان رهن أو ارتهن فهو على قدر الشركة بينهما على الثلث والثلثين والكفيل بالدين بامر المكفول عنه اذا ارتهن من المكفول عنه رهنا وقبضه فهو جائز وان لم يكن أدى المال بعد لان بنفس الكفالة يجب المال للكفيل على الاصيل كما يجب للطالب على الكفيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدي عنه (ألا ترى) أنه اذا طولب طالب واذا لوزم لازم واذا أدى رجع والرهن بالدين المؤجل صحيح واذاافترق الشريكان ثم هلك الرهن فى يد أحدهما ثم قال أخذت هذا الرهن من فلان بديني ودينك فى الشركة قبل أن نفترق وقال الآخر أخذته بعد ماافترقنا فان كان هذا ادان بدين في الشركة وحده فلا فائدة فى هذا الاختلاف لانه يملك أخذ الرهن بها فى الشركة وبعدها فان الاستيفاء اليه خاصة فكما يصح مباشرته عليها يصح اقراره وان كان الآخر ادانه فعلى المرتهن البينة أنه أخذه فى الشركة فان جاء ببينة على ذلك وقد أجاز كل واحد منهما ماصنع صاحبه فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وفعل أحدهما فى الشركة عند اجازة صاحبه صنيعه كفعل صاحبه وان لم يكن أجاز كل واحد منهما ماصنع صاحبه ولم يقل له اعمل فيه برأيك لم يجز على شريكه وان كان أخذه فى الشركة ولو أن رجلا ادان رجلا ألفا واحدة أخذ بها رهنامنه لم يجز ذلك على رب المال كما لو استوفاه حقيقة لان صاحب المال لم يكن يأمره بذلك ولا يضمن آخذ الرهن شيئا لانه هنا بمنزلة العدل فى حق الراهن وانما قبض العين باذنه فلايكون مضمونا عليه وعيسى في مسألة الطعن انما يستدل بهذا وقد بينا الفرق بينهما فى كتاب الشركة ولو كان قال وكلنى بقبض المال وأمرنى ان آخذ به منك رهنا فأخذ به منك رهناقيمته مثل الدين فهلك عنده قال يضمن قيمته للراهن لانه انما رضى بتسليم المال اليه على انه وكيل تبرأ ذمته بهلاك الرهن فى يده وقد تبين أنه لم يكن وكيلا فكان قابضا بغير اذنه ضامنا للقيمة ولو كان المطلوب صدقه بالوكالة لم يرجع المطلوب على الوكيل بشئ لان فى زعمه أنه كان أمينا فى قبض الرهن وانه استفاد البراءة بهلاك الرهن فى يده الا ان الطالب ظلمه بالرجوع عليه مرة أخرى بدينه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وزعمه معتبر فى حقه فلا يرجع على الوكيل بشئ لهذا ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فجاء رجل وقال قد

وكاني فلان بأخذها منك أو ابتاع منك بيعا بها فاصنع فيها ماشئت فأعطاه ثوبا بخمسة دراهم ورهنه ثوبا بخمسة وقبضهما وصدقه المطلوب فى ذلك فهلك الثوبان عنده ضمن ثمن الثوب الذى اشتراه لانه وكيل بالشراء بتصادقهما ولكن الوكيل بالشراء مطلوب بالثمن ضامن له ولم تقع المقاصة بدين الطالب حين جحد الوكالة ولم يضمن الذى ارتهنه لانه عدل فيه بزعمهما ويرجع الطالب على الغريم بالعشرة لان الوكالة لم تثبت فى حقه حين جحد وحلف فيرجع بماله على المطلوب والله أعلم

باب العارية فى الرهن

(قال رحمه الله) واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز أما جواز الاستعارة للرهن فلان الدين يتعلق بمالية الرهن والمعير يرضي بتعلق حق صاحب الدين بملكه واستحقاق ماليته به كما ان الوكيل بالدين يلتزم المطالبة فى ذمته على وجه يستحق به قضاء الدين من ماله وذلك منه تبرع صحيح فهذا مثله والدليل عليه أنه لو أمر عبده بان يكفل بمال صح والدين لا يجب على العبد الا شاغلا لمالية رقبته فاذا ملك شاغل مالية رقبة العبد بطريق الاذن فى الكفالة تملك ذلك بطريق الاعارة للرهن لان الثابت بالرهن للمرتهن بعض ماثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد فاذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين جميعا بايفاء غير المديون من ماله على طريق التبرع يجوز أن يثبت ملك اليد له بالرهن أيضا واذا جاز أن يفصل ملك اليد على ملك العين بقاء للبائع جاز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن ثم ما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز لان المعير أطلق فالتقييد شئ زيادة عليه فلا يثبت ذلك بالمطلق وهذا الاطلاق لا يمنع صحة الاعارة لانه لا يفضى الى المنازعة بمنزلة الاعارة للانتفاع مطلقا ولو سمى له سببا فرهنه بأقل منه أو أكثر ضمنه أما اذا رهنه بأكثر فلانعدام الرضا من المعير بالزيادة لان الانسان قد يرضى بأن يكون ملكه محبوسا بما تيسر عليه أو على المستعير قضاؤه دون ما تيسر عليهما وأما اذا رهنه بأقل فلان المعير انما رضي بشرط أن يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للعشرين ليرجع هو على المستعير بذلك فاذا رهنه بأقل فعند الهلاك انما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر والحاصل أن التقييد متى كان مفيدا فهو معتبر والتقييد هنا مفيد فى المنع من الزيادة والنقصان جميعا وكذلك لو قال ارهنه

بجنس فرهنه بجنس آخر فهو تقييد مفيد لانه يتعسر على المعير أداء جنس دون جنس وكان مقصوده من التقييدات يتمكن من غير ملكه بأداء الجنس الذى هو متيسر عليه وكذلك ان أمره أن يرهنه من رجل فرهنه من غيره لان هذا التقييد مفيد فالناس يتفاوتون فى الحفظ وأداء الامانة وكذلك لو قال ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة لان هذا التقييد مفيد فقد يرضى الانسان بان يكون ماله فى بلدة دون بلدة ومتى صار مخالفا فانه يصير ضامنا قيمته وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير وتم عقد الرهن بينه وبين المرتهن وان شاء ضمن المرتهن ورجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بينا ذلك فى الاستحقاق ولو استعار ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمته عشرة أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه قبض الثوب وسلمه برضاه وذلك يمنع وجوب ضمان العيب ولكن صار قاضيا دينه بهذا القدر من ماليته ومن قضى دينه بمال الغير يضمن له مثل ذلك المال وكذلك لو أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا هذا القدر من الدين بماله والجزء معتبر بالكل فان كان الثوب يساوى خمسة وهو رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجد مايفتكه به ثم هلك الثوب في يد المرتهن ذهب بخمسة وعلى الراهن خمسة للمرتهن وهو مقدار الزيادة على قيمة الرهن من الدين وهى خمسة لرب الثوب لانه صار موفيا خمسة من دينه بمالية ثوبه فيغرم له مثله ولو كانت قيمته مثل الدين وأراد المعير أن يفتكه حين أعسر الراهن لم يكن للمرتهن أن يمتنع من دفعه اليه اذا قضاه دينه بخلاف ما اذا تبرع أجنبي بقضاء الدين فلصاحب الدين أن لا يفتكه منه لان المعير بالايفاء هنا يقصد تخليص ملكه فكان بمنزلة المديون الذى يقصد بالايفاء تفريغ ذمته فاما الاجنبي فلا يقصد تخليص ملكه ولا ذمته بل هو متبرع على الطالب فله أن لا يقبل تبرعه * توضيحه أن المرتهن هنا رضى باستيفاء دينه بملك الغير فلا فرق فى حقه بين مالية الرهن وبين مال آخر يعطيه وهو فى الاباء بعد الرضا يكون متعنتا وبهذا الحرف يرجع المعير على الراهن بما أدى عنه لان الراهن رضى بان يصير دينه مقضيا بملك المعير على وجه يرجع عليه بمثله وهو اذا هلك الرهن فلا فرق في ذلك بين مالية الرهن وبين مال آخر يؤديه ولو هلك ثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه فيه لان حفظه العين فى الحالين باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن أو بعد الفكاك لا يصير قاضيا شيأ من دينه بماليته

وان قال رب الثوب هلك قبل أن يفتكه وقال الراهن هلك بعد ما افتككته أو قبل ان أرهنه فالقول قوله والبينة بينة رب الثوب أما اذا قال هلك قبل ان أرهنه فلانكاره السبب الموجب للضمان وحاجة رب الثوب الى اثبات ذلك بالبينة وأما اذا قال هلك بعد ماافتككته فلان رب الثوب يدعى عليه ايفاء الدين بماليته وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى المدعي البينة فان قيل هنا الراهن قد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه أو ادعى ناسخه وهو الفكاك فلا يقبل قوله فى ذلك الا بحجة كالغاصب يدعى رد المغصوب قلنا لا كذلك فالرهن باذن صاحب الثوب ليس بسبب موجب للضمان على أحد وانما الموجب للضمان عليه لرب الثوب فراغ ذمته عن الدين بسبب مالية الرهن (ألا يرى) انه بذلك القدر يستوجب الرجوع عليه وبالرهن لايحصل شيء من ذلك فكانت دعواه الهلاك بعد الفكاك ودعواه الهلاك قبل الرهن فى هذا المعنى سواء ولو اختلف الراهن والمرتهن فقال المرتهن قبضت منك المال وأعطيتك الثوب وأقام البينة وقال الراهن بل أقبضتك المال وهلك الثوب عندك وأقام البينة فالبينة بينة الراهن لانه ثبت ببينة ايفاء الدين بمالية الرهن والمرتهن ينفى ذلك بقوله أعطيتك الثوب وترجيح الثياب بالاثبات أصل فان كان الثوب عارية فقال رب الثوب أمرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك اذا أقر به مقيدا بصفة والبينة بينة المستعير لاثباته الزيادة وحاجته اليه ولو استعار عبدا يساوى الف درهم ليرهنه بالف فرهنه بالف ولم يقبضه حتى مات العبد عند المرتهن فعلى المرتهن ألف درهم للراهن لان الدين الموعود كالدين المستحق لانه يصير مستوفيا بهلاك الرهن ولم يكن للمرتهن على الراهن مثله ليصير قصاصا فعليه رد المستوفى الى الراهن وعليه الف درهم لصاحب العبد لان سلامة هذا القدر له من مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته له ببراءة ذمته عنه فان رهنه وأخذ الالف ثم أعتقه الغير جاز عتقه لقيام ملكه فى العبد بعد الرهن وقد قررناه فى اعتاق الراهن وللمرتهن أن يرجع بالمال دينا على الراهن لان دينه ثابت فى ذمته والمعير صار مستردا للرهن بالاعتاق وان شاء رجع به على رب العبد لان حق المرتهن تعلق بماليته برضاء المعير وقد استهلكه باعتاقه فهو كما لو استهلكه بالاتلاف وهو فى هذا الحكم كاجنبي آخر فيضمن قيمته وتكون القيمة رهنا فى يده حتى يقبض دينه من الراهن

ثم يردها على المعير لان استردادالقيمة كاسترداد العين وان لم يعتقه ولكن الراهن أقر أنه قد قبض العبد ثم مات عنده وادعى ذلك المرتهن وكذلك المعير فان الراهن يصدق على قبضه العبد لان المال عليه للمرتهن وهو قد أقر ببقاء دينه عليه كما كان وقوله حجة عليه وكذلك لو كان العبد حيا فقبضه الراهن ثم قال اعور عندى ولم أعطه المال بعد وصدقه المرتهن فالقول قول الراهن لاقراره بوجوب جميع الدين عليه للمرتهن ولو قضي الراهن المرتهن المال وبعث وكيلا يقبض العبد فهلك عنده ضمنه المستعير أيضا لصاحبه بمنزلة مالو قبضه المستعير بنفسه ثم دفعه الى الاجنبي الا أن يكون الوكيل من عياله لانه لو قبضه بنفسه ثم دفعه اليه لم يضمنه فيدمن فى عياله فى حفظ الامانة كيده ولو استعار عبدا من رجلين فرهنه بامرهما عند رجل ثم قضى نصف المال وقال هذا فكاك من نصيب فلان خاصة لم يكن له ذلك وكان من جميع العبد لان جميع العبد مرهون بالدين صفقة واحدة وكل جزء منه محبوس بجميع الدين (ألا ترى) انه لو فرق القيمة في الابتداء وقال نصيب فلان بنصف المال ونصيب فلان بنصف المال لايجوز ذلك فهو فى الانتهاء بهذا التفصيل يريد ابطال الرهن فى النصف الباقى وهو لايتمكن من ذلك ولو استعار عبدا فرهنه بالف وقيمته ألف ثم قضي المال وهلك العبد عند المرتهن فلا ضمان على الراهن والمرتهن ضامن للالف يردها علي مولى العبد قال عيسى رحمه الله هذا خطأ ولكن الصحيح أن الراهن ضامن للالف لصاحب العبد والمرتهن ضامن للالف للراهن لما هلك فى يد المرتهن فقد تم الاستيفاء الذى انعقد بقبض الرهن وعلي المرتهن رد مااستوفى بايفائه وانما استوفاه من الراهن فيرده عليه والراهن صار قاضيا دينه بملك المعير فيقوم له مثل ذلك قال الحاكم ويحتمل أن يكون أداه فقوله لاضمان على الراهن ضمان القيمة لانه لايتحقق منه خلاف يترك استرداد الرهن مع قضاءالدين بخلاف مالو استرده ثم دفعه الى المرتهن يكون ضامنا قيمته للخلاف بالتسليم للاجنبي قال ورأيت جواب هذه المسألة فى رواية أبى حفص المرتهن ضامن للالف يردها على الراهن ويردها الراهن على مولى العبد ولم يقل لا ضمان علي الراهن وهو الاصح كما قال عيسى ولواستعار عبد الرهن أو دابته فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنهما بمال بمثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فان كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان حين رهنهما فان قيل أليس

أن المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان مالم تصل العين الي صاحبها وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه قلنا لان يد المستعير كيدنفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير اداء للعين لصاحبها حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده كيد المالك فبالعود الي الوفاق يصير اداء عليه حكما وما نحن فيه نظير مسألة الوديعة لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لوهلك بعد ذلك يصير دينه نقضا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله وكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا بريء به من الضمان قال والمال على المرتهن يرده علي المعير هكذا ذكر فى رواية أبى حفص وفى رواية أبى سليمان قال والمال على المرتهن يرده على الراهن ثم يأخذه المعير وقيل وهو الصحيح لان المرتهن صار مستوفيا دينه بهلاك الرهن وظهر أنه استوفى الرهن فعليه أن يرد المستوفى ثانيا على من استوفاه منه وهو الراهن ويرجع المعير على الراهن لما صار قاضيا من دينه بملكه ولو قبل الراهن الرهن وقبضه ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فهو ضامن لاستعماله ملك الغير بغير أمره فان لم تعطب في الركوب والخدمة ثم عطبت بعد ذلك من غير صنعه فلا ضمان عليه لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير والمودع اذا خالف ثم ترك الخلاف بريء من الضمان ولو استعار أمة ليرهنها فرهنها ثم وطئها الراهن أو المرتهن فانه يدرأ له الحد عنهما أما المرتهن فلانه ثبت ملك العبد بعقد الرهن وذلك مسقط للحد وأطلق الجواب هنا وفسر فى كتاب الحدود فقال اذا قال ظننتها تحل لى وهو الصحيح فملك اليد الثابت للمرتهن هناك كملك اليد للزوج فى العدة فى حق المكانة وذلك انما يسقط الحد اذا قال ظننت انها تحل لى وكذلك لو وطئها الراهن وقال ظننتها تحل لي لان حقه فيها نظير حق المرتهن فله حق ايفاء الدين بماليتها وللمرتهن حق استيفاء الدين من ماليتها فكما يسقط الحد باعتبار هذا المعنى عن المرتهن فكذلك عن الراهن ويكون المهر علي الواطيء لان الوطء فى غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر والمهر بمنزلة الزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل المستوفى والمستوفى فى حكم جزء من العين فيكون رهنا معها فاذا افتكها الراهن سلمت الامة ومهرها لمولاها كما لو كانت ولدت ولو وهب لها هبة أو اكتسبت كسبا فذلك لمولاها لما بينا أن حكم الرهن لا يثبت فى الزيادة حتى هى غير متولدة من العين ولكنها تملك بملك الاصل وملك الاصل للمعير فكذلك الغلة والكسب يكون له والله أعلم

باب رهن الارضين وغيرها

(قال رحمه الله) واذا ارتهن أرضا فيها نخل وشجر وقبضها فهو جائز وسقي النخل والشجر على الراهن لان سقي النخل بمنزلة علف الدواب ونفقة المماليك ليبقي منتفعا بها فيكون على الراهن باعتبار ملكه كما كان قبل الرهن وان أنفق المرتهن عليها فهو متطوع الا أن يكون بامر القاضي وجعله دينا على الراهن وقد بينا ذلك في النفقة وليس للمرتهن أن يبيع ثمرة النخيل وان خاف الفساد عليها لانه حافظ لها وبحق الحفظ لايثبت له ولاية البيع لما فيه من ترك حفظ العين الا بأمر الراهن أو بامر القاضي ان كان الراهن غائبا لان للقاضي ولاية النظر فى مال الغائب وبيع مايخاف الفساد على عينه من النظر ويدخل البناء والشجر فى رهن الارض والداروان لم يذكر كما فى البيع وكذلك ثمر النخيل والشجروزرع الارض يدخل فى الرهن من غير ذكر لقصدهما الى تصحيح الرهن وقلة الضرر على الراهن فى دخولها فيه بخلاف البيع والهبة وقد بينا هذا الفرق فيما سبق واذا أخذ السلطان العشر من الغلة لم ينقص ذلك من الدين لانه أخذ ذلك بحق مستحق على الراهن فهو فى حق المرتهن بمنزلة الاستحقاق ولا يبطل به الرهن فيما يبقي لان مقدار العشر من الغلة يبقى على ملك الراهن مالم يأخذه السلطان (ألا ترى) انه لو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن فى الكل ثم خرج هذا الجزء بأخذ السلطان والباقي مقسوم فلا يتمكن بسببه الشيوع في الرهن قارنا ولا مقارنا ولو أخذ السلطان العشر من الراهن لم يرجع الراهن فى غلة الارض بشئ لان الرهن في الكل صحيح لمصادفة العقد ملكه ولو أخذها المرتهن فأدى عشرها أو خراجها لم يرجع على الراهن بذلك لانه ان تطوع بالاداء فلانه متبرع فيما أدى وان أكرهه السلطان فهو ظالم في حقه لانه ليس عليه من الخراج والعشر شئ والمظلوم لايرجع الا على الظالم وليس للراهن أن يزرع الارض المرهونة لان ذلك انتفاع منه بالمرهون وهو ممنوع من ذلك عندنا بحق المرتهن وكذلك لايؤاجرها لانه لما منع من الانتفاع بنفسه فلان يمنع من تمليك منفعتها من غيره ببدل أولي وهذا لانه بالاجارة يوجب للغير حقا لازما وفى تصحيحها ابطال حق المرتهن فى استدامة اليد فان فعل ذلك فالاجر له لانه وجب بعقده بدلا عن منفعة مملوكة له وكذلك المرتهن لايزرعها لان الملك فيها لغيره فلا يزرعها ولا يؤاجرها بغير اذنه فان فعل ذلك ضمن مانقص الارض وتصدق بالاجر ان أجر ويفصل الزرع أما ضمان النقصان فلانه بالزراعة متلف

جزأ منها وأما التصدق فلانه فصل حصل له من ملك الغير بسبب حرام شرعا ولو أذن له الراهن فى الاجارة ففعل أو سلم المرتهن للراهن أن يؤاجر أو يرهن ففعل خرجت من الرهن ولا يعود فيه لان الاجارة عقد لازم من الجانبين ويستحق به تسليم العين والرهن يتعلق به اللزوم فى جانب الراهن وقد بينا ان الشئ ينقصه ماهو مثله أو أقوى منه فمن ضرورة نفوذ العقد الثانى بطلان الرهن الاول ولو أعادها باذن الراهن وقبضها المستعير خرجت من الرهن مادامت فى يد المستعير ولم يرد به خروجها من العقد وانما أراد خروجها من الضمان الثابت بيد المرتهن لان يد المستعير يد نفسه ولهذا يتقرر عليه ضمان الاستحقاق وتلزمه مؤنة الرد فباعتباره لا تبقي يد المرتهن وضمان الراهن باعتبار يد المرتهن فأما عقد الرهن فباق لان الاعارة لا توجب حقا لازما للمستعير والشئ لا ينقصه ماهو دونه فلهذا لا يبطل الحق الثابت للمرتهن فيكون له أن يستردها متى شاء ولو كانت جارية فولدت فى يد المستعير كان الولد رهنا معها وللمرتهن ان يستردهما لما قلنا وكذلك ان زرع المستعير الارض باذنهما فالاعارة لا تلزم بعد الزراعة كما كان قبلها ولو ارتهن أرضا فغرقت وغلب عليها الماء حتى جرت فيها السفن وصارت نهرا لا يستطاع أن ينتفع بها ولا ينحسر عنها الماء فلا حق للمرتهن على الراهن لان المرهون صار فى حكم المستهلك خصوصا فى حق المال فانه خرج عن أن يكون منتفعا به وبفوات مالية الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه ولان المرتهن انما يطالب الراهن بالدين اذا قدر على تسليم الرهن اليه بعد استيفاء الدين كما قبضه منه وهو عاجز عن ذلك فهو نظير العبد المرهون اذا أبق فان نضب الماء عنها فهى رهن على حالها لان ماليتها عادت بصيرورتها منتفعا بها كما كانت وان أفسد منها شيئا ذهب من الدين بحسابه والله أعلم ٠

باب رهن الرجلين وارتهانهما

(قال رحمه الله) واذا كان لرجلين على رجل دين هما فيه شريكان أو لاحدهما دنانير وللآخر دراهم أو حنطة أو غيرها فرهنهما بذلك رهنا واحدا فهو جائز من أى وجه كان كالواحد من الدينين لان جميع الرهن يكون محبوسا بدين كل واحد منهما لاتحاد الصفقة ولانه لا شيوع فى المحل باعتبار عدد المستحقين وهو نظير قصاص يجب لجماعة على شخص

فانه لا يتمكن الشيوع فى المحل باعتبار عدد المستحقين فان قضى أحدهما ماله لم يأخذ الرهن حتى يقبض الثانى ماله لثبوت حق الحبس لكل واحد منهما فى جميع الرهن بدينه وان تلف الرهن عنده استرد الذى قضاه ماأعطاه لان بهلاك الرهن يصير كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فى الرهن وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ماقبضه ثانيا وقد بينا أن باستيفاء الدين يتقرر حكم ضمان الرهن ولا يبطل ما لم يعد الرهن الي يد الراهن واذا ارتهن الرجل من الرجلين داراً بحق له عليهما فهو جائز لانه لا شيوع فى الرهن انما الشيوع فى ملك الراهنين فان قضاه أحدهما نصف المال لم يأخذ شيئا من الدار حتى يقضى صاحبه ما عليه لان جميع الرهن محبوس بكل جزء من الدين وقد رضينا فذلك دين أوجبا له الرهن في جميعها صفقة واحدة واذا كانت الارض بين رجلين فرهناها من رجل له عليهما مال وأحدهما شريك فى ذلك المال والمال متفرق لم يجز الرهن من قبل أنه لا يكون راهنا لنفسه فلما بطل بعضه بطل كله ومعنى هذا أن ملكه لا يجوز أن يكون مرهونا بشئ من نصيبه من المال وبطلان الرهن فى جزء من الارض شائع يبطل الرهن فى جميعها واذا ارتهن الرجل من الرجلين أرضا أو دارا ولاحدهما أكثر من نصفها وقبض فهو جائز لاتحاد الصفقة وثبوت حق المرتهن فى حبس الكل وانتفاء الشيوع عن المحل فى موجب الرهن وأكثر مافيه ان دينهما سواء فصاحب الكبير كالمعير نصيبه من صاحبه ليرهنه معه وذلك مستقيم واذا كان المرتهن اثنين والراهن اثنين فرهناهما دارا وجعلاها أثلاثا أو نصفين من قبل أنهما قد فصلا بعض الرهن من بعض معناه أن يفرق التسمية فيما أوجبا لكل واحد منهما يمنع ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما فى جميعه أو يوجب ذلك تفريق التسمية كما فى البيع من رجلين بتسمية متفرقة وبتفرق التسمية يتمكن الشيوع فى محل فيما أوجباه لكل واحد منهما وذلك مبطل للرهن ولو كان لاحدهما الف درهم وللآخر ألفا درهم على حدة فرهناهما الدار جميعا كان جائزا ولصاحب الالفين الثلثان وللآخر الثلث يعني مقدار ماصار مضمونا بالدين الذى على كل واحد منهما فأما حق الحبس فثبت للمرتهن فى الجميع لاتحاد الصفقة والشيوع فى الضمان لا يمنع صحة الرهن كما لو كانت قيمة الرهن أكثر من الدين وكذلك لو كان جنس المالين مختلفا فباختلاف جنس المال لا تتفرق الصفقة لاتحاد الايجاب منهما فان مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن علي حاله لان وارث

الميت يخلفه في ملكه بعد موته وكان نصيبه في حياته مشغولا بحق المرتهن فكذلك بعد موته وإذا شارك الراهن المرتهن في الرهن ونقضاه وهو في يدي المرتهن فهو رهن على حاله حتى يقبضه الراهن لان ضمان الرهن انعقد بالقبض والدين يبقى شائعا بينهما وفسخ العقد معتبر بأصل العقد فكما ان ضمان الرهن لا يثبت بالعقد قبل القبض فكذلك لا يسقط بالفسخ قبل الرد فان بدا للمرتهن أن يملكه فله ذلك وليس للراهن أن يأخذه لان بعد العقد قبل التسليم كان للراهن أن يمتنع من التسليم فكذلك بعد الفسخ قبل الرد للمرتهن أن يمتنع من الرد حتى يستوفي دينه اعتبارا لاحد الجانبين بالآخر فبه تتم المعادلة وان بدا للراهن أن يتركه كان للمرتهن أن يرده لانه قبل الفسخ كان يتمكن من ذلك فبعده أولى وإذا كان المرتهن اثنين فأراد أحدهما رد الرهن لم يكن له ذلك حتى يجتمعا على الرد لان حق الحبس لكل واحد منهما ثابت في الجميع ولا ولاية لاحدهما على الآخر في اسقاط حقه ولانه لو تمكن من رد نصيبه بطل به الرهن في نصيب الآخر فان الشيوع الطارئ كالشيوع المقارن في ظاهر الرواية ورضاه غير معتبر في الحاقه بالضرر بالعين كما لا يعتبر رضا الراهن بذلك في ابطال حق المرتهن ولو اختلفا في أصل الرهن فقال أحدهما لم نرتهن وقال الآخر بل قد ارتهنا وأقام البينة وقال الراهن لم أرهنه لم يكن رهنا حتى يجتمعا على الدعوى وهو قول أبي يوسف وقد بينا هذا الخلاف فيما سبق وكذلك ان كانا شريكين شركة عنان أو مفاوضة وليس هذا كالذي كان رهنا فنقضه أحدهما فان في المتفاوضين يجوز نقض أحدهما على شريكه لان فيما هو من التجارة كل واحد منهما يقوم مقام شريكه فأما اذا أنكر أحدهما الرهن فقد أكذب شهوده ومع اكذابه يتعذر القضاء بالرهن في نصيبه فيتعذر القضاء به في نصيب الآخر لاجل الشيوع ولو كانا شريكي عنان فرهنا جميعا رهنا لم يكن لاحدهما أن ينقضه دون صاحبه لانهما كالاجنبي في نقض كل واحد منهما الرهن في نصيب صاحبه فان شركة العنان لا تتضمن الا الوكالة بالبيع والشراء وفيما سوى ذلك كل واحد منهما في حق صاحبه ينزل منزلة الاجنبي فان نقضه وقبضه فهلك عنده كان المرتهن ضامنا لحصة الذي لم ينتقض لانه صار مخالفا برد حصته على الآخر ويرجع عليهما بماله ويرجع بنصف القيمة التي ضمن على الذي قبض منه الرهن لان القابض منه لا يرده عليه بمنزلة غاصب الغاصب في حقه والغاصب الأول اذا ضمن رجع بما ضمن على الغاصب الثاني فهذا مثله قال عيسى هذا خطأ والصواب أن لا يرجع

المرتهن بما ضمن على القابض لانه هو الذى سلمه اليه مع علمه أنه ليس بمالك له فهو فى حقه كمودع الغاصب فاذا ملك الغاصب بالضمان كان مسلما ملك نفسه الى الاجنبي طوعا وقد هلك فى يد القابض من غير فعله فلا ضمان عليه الا أن يكون ادعى الوكالة من صاحبه ودفعه المرتهن من غير تصديق فحينئذ يرجع عليه لاجل الغرور الممكن من جهته بدعواه الوكالة من صاحبه وقد قيل فى تصحيح جواب الكتاب ان حالة الشركة التى بينهما توهم كثيرا من الناس جواز قبض أحدهما ماله فى حقهما فيقوم ذلك مقام الغرور الذى يمكن بادعاء أحدهما الوكالة فكما يرجع هناك بما ضمن فكذلك هنا ولو كان رهنه أحدهما باذن شريكه ثم نقض الرهن وقبضه وسلم ذلك المرتهن جاز ذلك لانه هو الذى رهنه (ألا ترى) أن المستعير للرهن اذا نقض الرهن واسترد العين برضا المرتهن كان جائزا فكذلك هنا والله أعلم

باب جناية الرهن بعضه على بعض

(قال رحمه الله) واذا ارتهن الرجل عبدين بالف درهم وقيمة كل واحد منهما الف فقتل أحدهما صاحبه فان الباقى يكون رهنا بتسعمائة وخمسين والاصل فيه أن يقال نصف كل واحد من العبدين مشغول بنصف الدين ونصفه فارغ فالنصف الذى هو مشغول من القاتل جنى على نصف شائع من المقتول نصف ذلك مما هو مشغول ونصفه مما هو فارغ وكذلك النصف الذى هو فارغ من القاتل جنى على نصف شائع من المقتول نصفه من المشغول ونصفه من الفارغ وجناية الفارغ هدر وجناية المشغول على المشغول هدر وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وانما قلنا ذلك لان العبدين على ملك الراهن بعد عقد الرهن كما كانا قبله وجناية أحدهما قبل عقد الرهن على الآخر خطأ هدر لأن المستحق بجناية الخطأ نفس الجانى ملكا وهو مملوك لمولى المجنى عليه ولو اعتبرت الجناية لاستحق بها على نفسه ملك نفسه وهذا لغو فكذلك بعد عقد الرهن لا يمكن اعتبار الجناية لحق الراهن وانما يجب اعتبار الجناية لحق المرتهن لان فى حق المرتهن تميز البعض عن البعض كان لثبوت حق الاستيفاء له فى نصف كل واحد منهما (ألا ترى) أن جناية الراهن على المرهون تعتبر لحق المرتهن فكذلك جناية ملك الراهن على حق المرتهن تكون معتبرة لحق المرتهن اذا عرفنا هذا فنقول جناية الفارغ على الفارغ لو اعتبرت انما تعتبر لحق الراهن اذ لا حق للمرتهن فى المحل المجنى

عليه من حيث الاستيفاء فلا يعتبر وكذلك جناية المشغول على المشغول غير مفيد اعتبارها في حق المرتهن لانه لابد من أن يسقط ماله من الحق في أحدهما أما المجنى عليه اذا جعل فائتا لاالى بدل وأما الجانى اذا أقيم مقام المجنى عليه بالدفع فانه في حق نفسه يصير تاويا واذا كان اعتبار الجناية في حق المرتهن وجناية المشغول على المشغول لايفيد اعتبارها في حقه كان هدرا وكذلك جناية المشغول على الفارغ لو اعتبرت انما تعتبر لحق الراهن فالمرتهن يتصور باعتبار هذه الجناية لانها اذا لم تعتبر لم يسقط من دينه واذا اعتبرت سقط بعض دينه فلهذا لايعتبر وأما جناية الفارغ على المشغول فهى معتبرة لحق المرتهن ففيه توفير المنفعة عليه لانها لو لم تكن معتبرة كان المجنى عليه فائتا لاالى بدل فيسقط ماكان فيها من الدين واذا اعتبرت دفع الجانى بالمجنى عليه فيتحول ما كان في المجنى عليه من الدين الى الجانى لفوات المشغول الى خلف فاذا ظهر اعتبار جناية الفارغ على المشغول قام هذا الربع من الجانى مقام ذلك الربع من المجنى عليه فيتحول ما كان فيه وذلك مائتان وخمسون الى الجانى وقد كان فيه خمسمائة بحكم العقد فتجتمع فيه من الدين سبعمائة وخمسون ويسقط مائتان وخمسون حصة جناية المشغول على المشغول فان ذلك هدر فيكون كالهالك من غير صنع أحد واذا أردت اختصار هذا الكلام قلت السبيل أن ينظر الى مقدار الفارغ من الجانى فيتحول مما كان من المجنى عليه قدر ذلك الى الجانى ان كان نصفا فالنصف وان كان ثلثا فالثلث وان كان ربعا فالربع وان كان عشرا فالعشر وأبو يوسف يستدل بهذه المسألة في جواز الزيادة في الدين حكما في هذه المسألة في حق العبد الجانى كذلك يجوز اثباته قصدا ولكن هذا ليس بقوى لانا انما لم نجوز الزيادة في الدين بحكم الرهن لمعنى الشيوع باعتبار تفرق التسمية وذلك لايتحقق هنا ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه كان الباقى سمائة وخمسة وعشرين والمفقوء بمائتين وخمسين لان بذهاب العين المفقوءة تلف نصف نصفه وبقى النصف فانما يبقى فيه نصف ما كان من الدين وذلك مائتان وخمسون والذى كان في العين مائتان وخمسون ونصف الجانى فارغ فيتحول بحساب ذلك الى الجانى باعتبار جناية الفارغ على المشغول وذلك مائة وخمسة وعشرون ويسقط نصفه بجناية المشغول على المشغول فيجمع في الفاقئ سمائة وخمسة وعشرون ولا يفتكهما الا جميعا لاتحاد العقد فيهما ولو ان المفقوءة عينه فقأ بعد ذلك عين الفاقئ بقى في الفاقئ الاول ثلثمائة واثنا عشر ونصف لان نصفه فات بفقء العين وقد كان الدين فيه سمائة وخمسة وعشرين فبعد فوات النصف انما يبقى فيه نصف

ذلك وهو ثلمائة واثنا عشر ونصف ولحق الفاقئ الآخر مائة وستة وخمسون وربع لان الفاقئ الآخر نصفه فارغ باعتباره يتحول نصف ما كان فى عين المفقوء اليه بجناية الفارغ على المشغول ويسقط نصفه بجناية المشغول على المشغول والذى كان فى العين المفقوءة ثلمائة واثنا عشر ونصف يسقط ويلحق الفاقئ الآخر نصفه وذلك مائة وستة وخمسون وربع مع المائتين والخمسين التى كانت بقيت فيه ولو كان كل واحد منهما فقأ عين الآخر مما ذهب من الدين ربعه وبقي فى عنق كل واحد منهما ثلاثة أرباع خمسمائة لان فى عيني الفاقئ فى كل واحدة منهما نصف الخمسمائة يتحول نصف ذلك من المجنى عليه الى الجانى باعتبار جناية الفارغ على المشغول ويسقط نصفه حصة جناية المشغول على المشغول فانما يسقط مما في كل واحدة منهما ربع خمسمائة ويكون كل واحد منهما رهونا من الحاصل بثلاثة أرباع خمسمائة. واذا كان الرهن أمتين قيمة كل واحدة منهما ألف درهم فولدت كل واحدة منهما بنتا تساوى الفا والدين الف فقتلت احدى الابنتين صاحبتها لم يبطل شيء من الدين لان كل واحدة من البنتين مملوكة للراهن غير مضمونة على المرتهن وقد بينا أن اعتبار الجناية لحق المرتهن لا لحق الراهن ولا منفعة للمرتهن فى اعتبار هذه الجناية فيجعل كان احداهما هلكت من غير صنع أحد فلا يسقط شيء من الدين فان ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بستمائة وسبعة وثمانين ونصف الام من ذلك بمائتين وخمسين والبنت بمائتين وخمسين من الرهن الاول وبمائة وسبعة وثمانين ونصف مما لحقها من الجناية لان كل واحدة منهما لما ولدت انقسم ماكان فيها من الدين على قيمتها وعلى قيمة البنت فكان فى البنت المقتولة مائتان وخمسون وفى أمها مثل ذلك وفي البنت القاتلة مائتان وخمسون فلما قتلت احدى الابنتين الاخرى نظرنا الى مقدار الفارغ من القاتلة وذلك ثلاثة أرباعها لان قيمتها ألف وفيها مائتان وخمسون فتحول مقدار ذلك مما كان فى المقتولة الى القاتلة والذى كان فى المقتولة مائتان وخمسون فثلاثة ارباع ذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف تحول ذلك الي القاتلة باعتبار جناية الفارغ على المشغول وربع ذلك كان عاد الى أم المقتولة لفوات ذلك الجزء من ولدها لا الى خلف وقد سقط ذلك بموتها مع مابقي فيها فلهذا افتك القاتلة مع أمها بستمائة وسبعة وثمانين ونصف ولم يعتبر هذا التوزيع قبل موت أم المقتولة لان ذلك غير مفيد فان اعتباره اذا جاء أو ان سقوط شيء من الدين قبل موت أم المقتولة سواء جعلت المقتولة فائتة لا الي بدل أو القاتلة لم يسقط

شئ من الدين فلهذا لا يعتبر (قال رضى الله عنه) وفى جواب هـذه المسألة بعض اشكال عنـدى لان الخمسمائة التى فى أم المقتولة انما انقسمت عليها وعلى ولدها نصفين بشرط بقاء الولد على تلك القيمة الى وقت الفكاك ولم يبق فان بعض المقتولة هلك ولم يخلف بدلا وهو ما تلف بجناية المشغول على الفارغ وبجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على المشغول فكيف يستقيم تخريج الجواب على ان المشغول من المقتولة ربعها (قال رضى الله عنه) والذى تخيل لى بعد التأمل فى الجواب عن هـذا السـؤال ان جناية القاتلة على المقتولة فيما جعل هدرا يكون كجناية الراهن لانه انمـا جعل ذلك هدرا باعتبار جناية ملـكه على ملكه و يستقيم أن يجعل فعل المملوك كفعل المالك ولاجله جعل هدرا وفعل الراهن بمنزلة الفكاك فيتم به ذلك الانقسام ولا يبطل * فان قال قائل كما تعتبر جناية الفارغ على المشغول ينبغى أن تعتبر جناية المشغول على الفارغ فى أصل الرهن لان المشغول من أصـل الرهن مضمون فيكون هذا كجناية المغصوب على وديعـة المغصوب منـه فى يد الغاصب * قلنا الفرق بينهما ظاهر فان ضمان الغصب ضمان العين وهو يوجب الملك فى العين اذا تقرر فباعتبار المال المغصوب يكون للغاصب اذا تقرر عليه ضمانه وتبين ان هذه جناية عند الغاصب على ملك المغصوب منه فكان معتبرا فاما ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والعين فكحكم الامانة (ألا ترى) أن تقرر هـذا الضمان لا يوجب الملك فى العين للمرتهن فلا يتبين ان جنايته حصلت على عبد غير مالـكه فلهذا لا تعتبر هذه الجناية الا لحق المرتهن من الوجه الذى قررنا واذا ارتهن عبدين كل واحد منهما بخمسمائة وقيمة كل واحد منهما ألف وارتهن كل واحد منهما بعقد على حدة فقتل أحدهما صاحبه فانه يخير الراهن والمرتهن فان شاء جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما كان فى القاتل من الدين وان شاا فديا القاتل بقيمة المقتول والفداء عليهما نصفين فكانت هذه القيمة هنا مكان المقتول وكان القاتل رهنا على حاله لان كل واحد من هذين رهن على حدة معناه أن الصفقة متفرقة والدين مختلف وكل واحد منهما محبوس بغير ما كان الآخر محبوسا به أما اذا كان جنس الدين مختلفا بان كان أحـدهما رهنا بخمسمائة والآخر بخمسين دينارا فهو ظاهر وكذلك اذا اتفق جنس المالين (ألا ترى) انه لو ادى ما على أحدهما من الدين كان له أن يفتكه فكان هذا بمنزلة ما لو كان كل واحد منهما مرهونا عند رجل آخر فاعتبار جناية أحـدهما على الآخر مفيد فى حق المرتهن فوجب اعتباره بمنزلة جناية المرهون على عبد أجنبي أو جناية عبد أجنبي

على المرهون بخلاف الاول فالعقد هناك صفقة واحدة وكل واحد منهما محبوس بالدين الذي به الآخر محبوس (ألا ترى) انه لو أدى خمسمائة لم يكن له أن يسترد واحدا منهما مثل الدين الذي فيه ان جناية أحدهما على الآخر هل تعتبر فظاهر المذهب أن ذلك معتبر لتفرق العقد من الوجه الذي قررنا . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله لا تعتبر جناية أحدهما على الآخر اذا كان جنس الدين واحدا لان العبدين لمالك واحد ولا فائدة في اعتبار الجناية فى حق المرتهن فان لم تعتبر الجناية سقطت الالف التى فى المقتول لفواته لا الى خلف وان اعتبرت سقطت الالف التى فى القاتل لما أقيم مقام المقتول بالدفع بالجناية ولا فائدة للمرتهن بكون الساقط من دينه هذا الالف دون تلك الالف فلهذا لا تعتبر أصلا فاما اذا كان فى قيمة كل واحد منهما فضل على الدين فاعتبار الجناية مفيد فى حق المرتهن لان الفداء فى حصة الامانة على الراهن اذا عرفنا هذا فنقول ان اختار الدفع قام القاتل مقام المقتول وخلا مكان القاتل فيصير هو فى معنى الهالك يسقط مافيه من الدين ويتحول اليه ما كان فى المقتول فان اختار الفداء فالفداء بقيمة المقتول ونصف القاتل مضمون لحصة ذلك من الفداء على المرتهن ونصفه أمانة وحصة ذلك من الفداء على الراهن فيغرم كل واحد منهما خمسمائة ثم هذه القيمة قائمة مقام المقتول فيكون بما كان رهنا فى المقتول وقد فرغ القاتل من الجناية فيبقى رهنا على حاله ولو كان فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه بارش على الآخر لما قلنا فان دفعاه فقد خلا مكان الجانى فيبطل مافيه من الدين وهو خمسمائة وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الجانى رهنا على حاله لانه فرغ من الجناية وكان الفداء رهنا مع المفقوءة عينه بالدين الذى كان فيه لان نصفه فات الى خلف فيبقى الدين الذى فيه تبعا للخلف فان قال المرتهن لا أبتي الجناية وادع الرهن علي حاله فله ذلك لان اعتبار هذه الجناية لحق المرتهن فان العبدين كل واحد منهما ملك الراهن فاذا لم يطلب المرتهن حقه لم تعتبر الجناية ويجعل كان العين ذهبت من غير صنع أحد فيسقط نصف ما كان فى المفقوءة عينه من الدين والباقى رهن على حاله بما كان فيه من الدين وان طلب المرتهن الجناية فقال الراهن أنا أفديه وقال المرتهن لا أفدى ولكنى أختار الدفع فللراهن أن يفدى بارش الجناية كلها لان جناية المملوك تثبت الخيار للمالك بين الدفع والفداء فلا يمكن المرتهن ابطال هذا الخيار على المالك وليس في اختيار الراهن الفداء ضرر على المرتهن فاذا فداه بارش

الجناية فانه يكون له نصف ذلك غرما على المرتهن فى العبد الجانى لان الفداء فى النصف الذى هو مضمون على المرتهن والراهن غير متطوع فى هذا الفداء لانه يطهر به ملكه عن الجناية فلهذا كان نصف الفداء غرما له على المرتهن فى العبد الجانى فيبطل من حقه فى العبد الجانى نصفه بطريق المقاصة لان الراهن استوجب عليه مثل ما كان للمرتهن عليه فى هذا النصف ويبقى الجانى رهنا بمائتين وخمسين والمفقوءة عينه مع الفداء رهنا بما كان فيه وان أبى الراهن أن يفدى وقال المرتهن أنا أفدى بجميع الارش فدى وكان متطوعا فيه لا يلحق الراهن مما فدى منه شئ لانه تبرع بفداء ملك الغير ولم يكن مجبرا عليه وان كان الراهن غائبا ففداه المرتهن كان على الراهن نصف ذلك الفداء دينا وهو قول أبى حنيفة وفى قولهما يكون متطوعا وأصله فى جناية المرهون على الاجنبي وبيانه يأتى فى بابه ان شاء الله تعالى .واذا كان العبد يساوى ألفا وهو رهن بالف فقتل نفسه أو فقأ عين نفسه فليس فى ذلك أرش وهذا مثل بلاء نزل به من السماء لان جناية المرء على نفسه هدر حرا كان أو مملوكا وكانه مات أو ذهبت عينه من غير صنع أحد فان كان مرهونا بمثل قيمته سقط بذهاب عينه نصف الدين وان كان بمثل نصف قيمته سقط بذهاب عينه ربع الدين وان كان الرهن أمة تساوى ألفا بالف فولدت بنتا تساوى ألفا فجنت البنت فدفعت بها لم يبطل من الدين شئ لان البنت خلا مكانها بالدفع فكأنها ماتت فان فقأت الام عين البنت فدفعت الام وأخذت البنت فهي رهن بالف كاملة مكان الام لان الام لما دفعت بالجناية صارت كامة أخرى للمدفوع اليه فتعتبر جناية الام عليها لحق المدفوع اليه فلهذا تدفع الام برضا الراهن والمرتهن وتؤخذ البنت كما هو الحكم فى الجثة العمياء ثم البنت رهن بجميع الالف مكان الام عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يسقط نقصان العينين من الدين وتكون البنت رهنا بما بقى وهكذا الحكم فيما اذا فقأت عين عبد آخر فدفعت وأخذ ذلك العبد فمحمد يقول المجنى عليه قائم مقام الجانى حين أخذ بدفع الجانى فكان الامة مرهونة بما فيها وذهبت عيناها فيسقط نقصان العينين من الدين ووجه ظاهر الرواية أن المجنى عليه انما قام مقام الجانى على هذه الصفة لان الامة دفعت بفقء العينين فلا يستند الدفع والاخذ الى ما قبل الفقء فتبين ان المأخوذ قام مقام المدفوع على هذه الصفة وان حكم الرهن لم يثبت في عينه فلهذا لا يسقط شئ من الدين بخلاف ما اذا ذهبت عينا الامة المرهونة فان ماتت البنت ماتت بجميع

الدين لانها قائمة مقام أم المدفوعة وبموتها كان يسقط جميع الدين فلذلك يموت من قام مقامها فان فقأت البنت بعد ذلك عيني الام فدفعت وأخذت الام عمياء فانه ينبغي في القياس أن تكون رهنا بجميع المال لانها قائمة مقام البنت المدفوعة ولكنا ندع القياس ونجعل الرهن على الاول وقد عاد الى حاله فيذهب من الدين بحساب مانقص من العينين لان جميع الدين كان في الام التي هي الاصل وعاد اليها المال فسقط اعتبار ماتخلل بين ذلك من الزوائد ويجعل كأنها كانت مرهونة الى الآن وذهبت عيناها وعلى رواية محمد رحمه الله في القياس يتحول الى الام مازاد على نقصان عيني البنت وفي الاستحسان يتوزع ذلك المقدار على مابقى من الام وعلى نقصان عينها فتسقط حصة نقصان العينين وتكون هي مرهونة بما بقي واذا استعار رجل من رجلين عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فرهنهما بالف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم ان المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فان المستعير يفتك العبدين بتسعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة ارباع درهم وهذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة حكم بين المستعير والمرتهن فيما يسقط من الدين وما بقى وحكم بين المستعير والمعيرين فيما يرجع كل واحد منهما به عليه وحكم بين المعيرين . أما الذي بين المستعير والمرتهن فيقول رهن العبدين منه بعقد واحد فكأنهما جميعا على ملكه وهي مسئلة أول الباب حين فقأ أحدهما عين الآخر سقط من الدين مائة وخمسة وعشرون ويحول الى الفاقئ مثله باعتبار جناية الفارغ على المشغول فصار الفاقئ مرهونا بستمائة وخمسة وعشرين فلما فقأ الآخر عينه فقد فات نصفه فانما بقى فيه ثلثمائة واثناعشر ونصف وسقط نصف ثلثمائة واثناعشر ونصف وهو مائة وستة وخمسون وربع وتحول مثله الى الفاقئ فكان الساقط من الدين مرة مائة وخمسة وعشرين ومرة مائة وستة وخمسين وربعا وذلك مائتان واحد وثمانون وربع بقى من الالف سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة ارباع فيقبلهما بهذا وأما الحكم الذى بين المستعير والمعيرين فهو ان كل واحد منهما يرجع عليه بما صار قاضيا بملك المفقوءة عينه أولا مائة وخمسة وعشرين فيغرم له ذلك المقدار وبملك مولى المفقوءة عينه أخيرا مائة وستة وخمسين وربعا فيغرم له ذلك المقدار وأما الحكم الذى بين المعيرين فانه يجبر مولى العبد الفاقئ أولا بجناية عبده على عبد غيره ويقال له ادفع ثلاثة ارباع عبدك أوافده بثلاثة ارباع أرش عين العبد الآخر لان مقدار الربع من الارش قد وصل الى مولى المفقوءة عينه أولا من جهة المستعير وهو مائة وخمسة وعشرون فلهذا بقي حكم الجناية في ثلاثة أرباع

العبد فان دفعه فليس له علي صاحبه شيء لان بالدفع صار مملوكا لمولى المفقوءة عينه أولا فيتبين أنه جنى عبده على عبده وذلك باطل وفيه نوع شبهة فانه انما يدفع ثلاثة أرباعه ويبقى الربع على ملكه وفي ذلك القدر يجعل جناية المفقوءة عينه أولا على ملك مولى الفاقئ فكأنه ذهب وهم محمد رحمه الله الى أن الدفع في جميع العبد فلهذا قال ليس له على صاحبه شيء ومثل هذا يقع اذا طال التفريغ وان فداه بثلاثة ارباع ارش العين قيل لرب العبد المفقوءة عينه أولا ادفع من عبدك ثلاثة اخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمسه أوافده بمثل ذلك من أرش العين لان العبد الفاقىء الاول طهر عن الجناية حين فداه مولاه ثم قد جنى عليه العبد المفقوءة عينه أولا فلا بد من اعتبار جنايته الى أنه قد وصل اليه من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع وذلك خمس الارش ونصف خمسه ونصف ثمن خمسه لان الارش خمسمائة لخمسمائة ونصف خمسه خمسون وستة وربع نصف ثمنه خمسة لان ثمن المائة اثنا عشر ونصف فنصف ثمها ستة وربع فانما بقي من حقه ثلاثة أخماسه وثلاثة اثمان خمسه ونصف ثمن خمسه فيخير بين الدفع والفداء في هذا المقدار وعلى ذلك يسلم لصاحبه ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء واذا كان الربع أمة تساوى ألفا بالف فولدت ولدا يساوى ألفا ثم جنت الام جناية فدفعت بقي الولد بخمسمائة لان الدين انقسم على قيمة الام وقيمة الولد نصفين بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت الهلاك وقد بقى فالام لما دفعت بالجناية خلا مكانها فكانها ماتت فلهذا بقى الولد بخمسمائة فان فقأ الولد عيني الام فدفع بها وأخذت الام عادت الى حالها الاولى رهنا بالف غير انه يذهب من الالف بحساب ماذهب من بصرها لان الولد حين دفع فكانه مات وتبين به بطلان ذلك الانقسام والام حين أخذت عادت رهنا كما كانت بجميع الالف الا أن عينها ذهبت فكانها ذهبت من غير صنع أحد فسقط حصة ذلك من الالف واذا كان الرهن أمة بالف تساوى خمسمائة فولدت ولدين كل واحد منهما يساوى ألفا فجنى أحدهما جناية فدفع بها ثم فقأت الام عينه فدفعت الام فأخذ الولد مكانها فهذا الولد الاعمى والصحيح بالالف كلها لان الولد الجاني حين دفع صار كان لم يكن ولم يسقط شيء من الدين باعتباره والتحق هذا بعبد آخر للمدفوع اليه فحين فقأت الام عينه فدفعت واحدا مكانها قام مقامها وقبل جنايتها كانت هي مع الولد الصحيح بالالف فكذلك المأخوذ بها مع الصحيح بجميع الالف فان مات الاعمى ذهب نصف الدين لانه قائم مقام الام ولو ماتت

الام سقط بموتها نصف الدين فكذلك سقط بموت من قام مقامها فان جنى الولد الجانى على الام فدفع وأخذته الام مكانه عاد الرهن على حاله وذلك من الالف بحساب ماانتقص من الام بالجناية عليها لما بينا أنها كانت مرهونة فى الاصل وعادت كما كانت فيجعل ما انتقص منها بالجناية كالثابت من غير صنع أحد فسقط حصة ذلك من الدين استحسانا كما بينا واذا استعار عبدين من رجلين كل واحد منهما يساوى ألفا فرهنهما بالف فقتل أحدهما صاحبه ففى هذه المسألة أحكام ثلاثة كما بينا أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فانه يسقط من الدين مائتان وخمسون والقاتل رهن بتسمائة وخمسين بمنزلة ما لو كانا مملوكين له فقتل احدهما صاحبه وهناك سقط نصف ما كان في المقتول من الدين وتحول نصفه الى القاتل بجناية الفارغ على المشغول فيفتك القاتل بسبعمائة وخمسين ويغرم لمولى المقتول مائة وخمسين مقدار ما صار قابضا من دينه بملكه ثم يقال لمولى القاتل ادفع ثلاثة ارباع الى مولى المقتول أو افده بسبعمائة وخمسين لانه قد وصل اليه ربع حقه مائتان وخمسون من جهة المستعير فانما بقى من حقه ثلاثة ارباع ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه كانا جميعا رهنا بثمانمائة وخمسة وسبعين وكان الباقى من ذلك ستمائة وخمسة وعشرين لان بذهاب العين فات نصفه وحصة ذلك من الدين مائتان وخمسون سقط نصفه وتحول نصفه الى الفاقئ بجناية الفارغ على المشغول وقد كان فى الفاقئ خمسمائة فلهذا يفتك الفاقئ بستمائة وخمسة وعشرين والمفقوءة عينه بمائتين وخمسين ويرد الراهن على مولى المفقوءة عينه مائة وخمسة وعشرين لانه صار قابضا هذا القدر من دينه بملكه ثم يقال لمولى الفاقئ ادفع ثلاثة ارباع عبدك أو افده بثلاثة ارباع أرش العين لانه قد وصل الى مولى المفقوءة عينه ربع حقه من جهة الراهن وذلك مائة وخمسة وعشرون ولو كان الرهن أمتين والمسألة بحالها فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوى الفا ثم ان احدى الامتين قتلت صاحبتها بطل من الدين اثنان وستون درهما ونصف ولزم القاتلة من الجناية مائة وسبعة وثمانون ونصف لان ما في كل واحدة منهما من الدين انقسم عليها وعلى قيمة ولدها نصفين فحين قتلت احداهما الأخرى ففى المقتولة مائتان وخمسون فالفارغ من القاتلة ثلاثة أرباعها وبقدر الفارغ من القاتلة يتحول الدين من المقتولة اليها وثلاثة ارباع مائتين وخمسين مائة وسبعة وثمانون ونصف كل ربع اثنان وستون ونصف فلهذا سقط اثنان وستون ونصف بجناية المشغول على المشغول وتحول مائة وسبعة وثمانون ونصف الى القاتلة بجناية الفارغ على

المشغول فان مات ولد القاتلة بطل عنها من هذه الجناية اثنان وستون ونصف لان ولدها لما مات فقد بطل الانقسام فيما كان فيها وتبين أن نصفها كان مشغولا ونصفها فارغ فانما يتحول من المقتولة اليها بقدر الفارغ وذلك مائة وخمسة وعشرون وسقط ماسوى ذلك وقد كنا أسقطنا اثنين وستين ونصفا فسقط مثل ذلك ليكون الساقط مائة وخمسة وعشرين وان ماتت بنت الجارية المقتولة لزم القاتلة من الجناية مائة وخمسة وعشرون أخرى لانه تبين بطلان انقسام الدين بين المقتولة وولدها حين مات الولد وتبين أن جميع الخمسمائة كان فيها وان نصف ذلك سقط وتحول نصفه الى القاتلة وذلك مائتان وخمسون فلهذا كانت القاتلة رهنا بسبعمائة وخمسين والولدان لما ماتا فكأنهما لم يكونا أصلا ولو كان الولد ان جنيا فافتكهما الراهن رد على مولى المقتولة اثنين وستين ونصفا مقدار ماصار قابضا من دينه بملكه ودفع مولى الامة القاتلة كلها الا نصف ثمنها أو فدى بتسعمائة وسبعة وثلاثين ونصف لان الواصل الى مولى المقتول اثنان وستون ونصف وذلك نصف ثمن حقه لان حقه في الالف قيمة المقتولة وثمن الالف مائة وخمسة وعشرون فنصف ثمنها اثنان وستون ونصف فلهذا يحط ذلك القدر عن مولى القاتلة ويخير بين الدفع والفداء فيما بقي واذا رهن أمتين بالف تساوي كل واحدة منهما ألفا فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم ان أحد الولدين قتل أمه لم يلحقه من الجناية شيء وذهبت الام بمائتين وخمسين كأنها ماتت لان ماكان فيها من الدين انقسم عليها وعلى ولدها نصفين ولكن الولد جزء منها وهو تابع لها في حكم الرهن وقد بينا أن اعتبار الجناية لحق المرتهن بحكم الرهن فيجعل جناية الولد عليها في حكم الرهن كجنايتها على نفسها ولو قتلت نفسها كان ذلك وموتها سواء فكذلك اذا قتلها ولدها فيسقط ما كان فيها من الدين وذلك مائتان وخمسون ولو كانت الام هي التي قتلت ولدها أو فقأت عينه لم يسقط من الدين شيء بمنزلة ما لو مات الولد أو ذهبت عينه من غير صنع أحد ولو لم يكن كذلك ولكن أحد الولدين قتل الولد الآخر كانت أم المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهنا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهن بخمسمائة وقد ذكرنا المسئلة قبل هذه ولكنه أبهم الجواب هناك فقال لا يسقط من الدين شيء وهنا بين التقسيم في القاتل وجه ماذكرنا هنا ان كل واحد من الولدين تبع لامه فالنصف منه تبع للنصف الفارغ والنصف تبع للنصف المشغول وقد انقسم الدين الذي في كل واحد منهما عليها وعلى ولدها نصفين فثلاثة ارباع القاتل فارغ وربعه مشغول وقد

جنى هذا الفارغ على ثلاثة ارباع الفارغ من المقتول وربع المشغول وقد بيناأن المعتبر جناية الفارغ على المشغول وذلك نصف ثلاثة ارباع ونصف ثلاثة ارباع يكون ثلاثة اثمان فقام نصف ثلاثة أرباعها مقام الفائت مما كان مشغولا بما كان فيها فلهذا كانت أم المقتولة وثلاثة أثمان القاتل رهنا بالخمسمائة التى كانت فى أم المقتولة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهنا بخمسمائة فان مات القاتل لم ينتقص من الدين شئ لانه كان نماء حادثا وقد هلك فصار كان لم يكن وان لم يمت القاتل وماتت أمه ذهب ربع الدين حصة ما كان فيها وقد بينا أن الخمسمائة التى كانت فيها انقسمت عليها وعلى ولدها نصفين والولد باق وانما يذهب بموتها ربع الدين ولو لم تمت أمه وماتت الاخرى ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة لانه كان فيها أربعة أثمان خمسمائة وفى ولدها مثل ذلك لحين قتل ولدها تحول الى القاتل ثلاثة أرباع ما كان فى المقتول باعتبار جناية الفارغ على المشغول ولم يحول الربع باعتبار جناية المشغول على المشغول فكان ذلك كالهالك من غير صنع أحد فيعود ذلك القدر الى أمه وقد كان فى أمه نصف الخمسمائة وعاد اليها ربع النصف الآخر وذلك خمسة أثمان خمسمائة فيسقط ذلك بموتها ويبقى فى عنق القاتل ثلاثة أثمان خمسمائة وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف لأن كل ثمن اثنان وستون ونصف مع ما كان فى عنقه وهو خمسون ومائتان من دين أمه فيقبلها الراهن بذلك وقد بينا شبهة هذه المسئلة وما فيها من الاشكال فيما سبق وكذلك لوكان الرهن عبدين قيمة كل واحد منهما الف بالف فقتل كل واحد منهما أمة قيمتها قليلة أو كثيرة فدفعت به ثم ولدت كل واحدة منهما ولدا يساوى الام ثم قتلت احدى الامتين ابن الأخرى أو قتل احدى الاثنين صاحبه فهذا كالاول فيما ذكرنا من التخريج لان كل أمة دفعت بعبد هى قائمة مقامه فى حكم الرهن فهذا وما لو كان الرهن فى الامتين فى الابتداء سواء واذا ارتهن أمة وعبدا بالف درهم يساوى كل واحد منهما الف درهم فولدت الامة ولدا يساوى الفا فهى وولدها بخمسمائة والعبد بخمسمائة لان الولد زيادة فيما كان فى أمة خاصة فان جنى ولدها على انسان فدفع به لم يبطل من الرهن شئ لانه خلا مكانه بالدفع فكانه مات فان فقأ الولد عينى العبد جميعا فأخذ الولد ودفع العبد فالولد بخمسمائة خاصة وأمه بخمسمائة لان الولد لما دفع صار كعبد آخر للمدفوع اليه فاذا فقأ عينى العبد فدفع العبد وأخذ الولد قام الولد مقام العبد وتحول اليه ما كان فى العبد من الدين وهو خمسمائة فان قتلت الام الولد أو قتل الولد الام فالقاتل منهما

بتسعمائة وخمسين بمنزلة مسئلة أول الباب اذا كان الرهن عبدين فقتل احدهما صاحبه فان قتل العبد المدفوع هذا القاتل فدفع به كان رهنا بتسعمائة وخمسين لانه قام مقام المقتول الا ان قدر أن نقصان العينين يسقط من ذلك لان العبد كان رهنا فى الابتداء وعاد رهنا كما كان وما تخلل من الزوال بطريق الاستحسان يصير كأن لم يكن وكانه ذهبت عيناه من غير صنع أحد فيسقط نقصان العينين بما فيه من الدين ويفتكه بما بقى والله أعلم

باب جناية الرهن على الراهن والمرتهن

(قال رحمه الله) واذا كانت قيمة العبد الف درهم وهو رهن بألف أو أكثر فجنى على الراهن جناية خطأ فى نفس أو دونها فالجناية باطلة وهو رهن على حاله لانه بعد عقد الرهن باق على ملك الراهن وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال يكون هدرا لانه لو جنى على غيره كان المستحق به ملك المولى وماليته فيه فاذا جنى عليه لا يثبت له الاستحقاق على نفسه بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فالمستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبي آخر (ألا ترى) أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل وبالجناية الموجبة للمال صحيح واقراره على نفسه بالجناية الموجبة للمال باطل * توضيحه ان الجناية بعد عقد الرهن على المرهون غير معتبرة لحق المالك كما قبل الرهن وانما يعتبر لحق المرتهن فقد قررنا هذا فى الباب المتقدم وليس فى اعتبار جنايته على الراهن منفعة للمرتهن بل فيه ضرر عليه فكان حق المرتهن فى هذه الجناية كانه ليس اعتبار الجناية بالجناية عليه وكذلك لو كانت هذه الجناية على مملوك الراهن أو على متاعه فليس فى اعتبارها منفعة للمرتهن ولا يمكن اعتبارها لحق الراهن لان المستحق به ماليته فلا يعتبر أصلا ولو كان جنى على المرتهن فى نفس أو فيما دونها جناية خطأ فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله هو هدر أيضا وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو معتبر فيخاطبان بالدفع أو الفداء بمنزلة مالو جنى على أجنبي آخر وجه قولهما أن المرتهن غير مالك للعين والمستحق بالجناية ملك العبد واذا كان المرتهن منه كاجنبي آخر يعتبر جنايته عليه كما يعتبر على غيره وهذا على أصلهما مستقيم فان عندهما جناية المغصوب على الغاصب معتبرة فكذلك جناية المرهون على المرتهن لان كل واحد منهما ضامن غير مالك ثم في اعتبار هذه الجناية فائدة للمرتهن لانهما اذا اختارا الدفع تملك المرتهن العين أو من يخلفه ان كان قتل وان

كان سقط حقه في الدين ولكن بضمان الدين ما كان يثبت له ملك العين فربما يكون له في ملك العين غرض صحيح فيستفيد ذلك باعتبار الجناية وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له ففي اثبات الخيار له توفير النظر عليه وقد بينا أن اعتبار الجناية لحق المرتهن صحيح وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن لانه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن المستحق بالدين مالية العبد فتباع فيه أو يقضيها المولى وذلك مستحق له بدينه فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله فلهذا لا يعتبر وأبو حنيفة رحمه الله يقول المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته (ألا ترى) انه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا فكذلك في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا تعتبر جنايته عليه وهذا لان أصل حق المجني عليه في بدل الفائت وهو الارش الا أن للمولى أن يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد ان شاء ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق أصل البدل لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب على نفسه ارش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شيء فصار هذا وجنايته على مال المرتهن سواء (ألا ترى) ان في جانب الراهن سوى بين جناية المغصوب على المغصوب منه أو علي الغاصب والمرهون مضمون على المرتهن كما أن المغصوب مضمون على الغاصب فسوى بينهما في جانب الضمان فقال لا تعتبر جناية المرهون على المرتهن كما لا تعتبر جناية المغصوب على الغاصب وفرق بينهما في جانب المالك فقال ضمان الغاصب اذا تقرر وجب الملك فاذا اعتبرنا جنايته على المغصوب منه واستقر الضمان على الغاصب ثبت الملك له من وقت الغصب فتبين أن العبد جني على غير ملكه فلهذا اعتبر فأما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين فلا يتبين به ان جنايته كانت على غير مالكه فلهذا كان هدرا فصار الحاصل أن المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه أمانة كالوديعة فلا عتبار أنه كالامانة من وجه تجعل جنايته على المالك هدرا ولاعتبار أنه كالمغصوب من وجه تجعل جنايته على الضامن هدرا قال ولو كانت الجناية منه على ابن الراهن أو ابن المرتهن كان كالجناية علي الاجنبي يدفع بها أو يفدى بمنزلة جنايته قبل عقد الرهن قال لان ابن الراهن وابن المرتهن في ملك العبد وماليته كأجنبي فجنايته عليهما توجب الدفع أو الفداء وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه لا تعتبر جنايته على

ابن الراهن ولا على ابن المرتهن اذا كان هو المستحق لتركة ابنه لانه لو وجب الارش هنا لوجب له فيكون بمنزلة جنايته على نفسه وكما لا تعتبر جنايته علي الراهن والمرتهن لخلوه عن الفائدة فكذلك لا تعتبر جنايته على ابن أحدهما ولو كانت قيمته الفين والدين الفا فجني على الراهن أو على ماله كانت الجناية باطلة لان نصفه مضمون ونصفه أمانة وحين كان الكل مضمونا لم تعتبر جنايته على الراهن وعلى ماله لقيام ملكه هنا أولى ولو جنى على المرتهن فى نفسه أو رقيقه قيل للراهن ادفعه أو افده أما على قولهما فغير مشكل وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله فجنايته هنا معتبرة فى ظاهر الرواية وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لا يعتبر لان الكل محبوس لحق المرتهن فلا تعتبر جنايته عليه كما فى المسئلة الاولي ووجه ظاهر الرواية أن النصف منه أمانة هنا ولا بد من اعتبار جنايته على المرتهن فى ذلك النصف لانه بمنزلة الوديعة وجناية الوديعة على المودع معتبرة ولو جنى علي أجنبي كان الفداء في هذا النصف على الراهن فاذا جنى على المرتهن كان فى اعتبار جنايته منفعة للمرتهن فلهذا تعتبر بخلاف الأول وعن زفر رحمه الله قال للمرتهن أن يبطل الرهن ثم يطالب بموجب الجناية لان عقد الرهن ليس بلازم في جانب المرتهن فيمكن من ابطاله واذا أبطله صار كان لم يكن ولكن ليس هذا بقوي لان النصف منه مضمون وقد صار مستحقا كفعله عند الضامن فكيف يتمكن من ابطال الرهن فى ذلك النصف إلا أن يبطل حقه فى ذلك النصف فحينئذ يكون لهذا الوجوب معنى ثم التخريج علي ظاهر الرواية أن يقال للراهن ادفعه أو افده لان الراهن هو المالك للعبد وانما يخير المالك بين الدفع والفداء فى جناية عبده فان دفعه وقبله المرتهن بذلك صار عبداله وبطل الدين لان ملك الراهن تلف بفعله فهو أسوة العبد فى ضمان المرتهن فيكون كالهالك فى يده فى حكم سقوط الدين كما لو جنى على أجنبي فدفعاه به وان فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الامانة ونصف الفداء على المرتهن حصة المضمون فتسقط حصته لانه لا يستوجب على نفسه دينا ويستوفى من الراهن حصته من الفداء ويكون العبد رهنا على حاله لانه فرغ من الجناية وان قال المرتهن لا أبتى الجناية فهو رهن على حاله لان اعتبار الجناية لحقه فاذا سقط حقه بقى مرهونا على حاله واذا أفسد متاعا للمرتهن وقيمته ألفان وهو رهن بالف فان طلب المرتهن أخذه بقيمة المتاع فانه يعرض على الراهن فان شاء قضى عنه نصف ذلك الدين وجعل نصفه على المرتهن فاذا قضى الراهن نصف ذلك الدين فرغ حصة الامانة منه وحصة المضمون فارغة من ذلك لان

المرتهن لايستحق على نفسه دينا فيكون رهنا على حاله وان كرهه بيع العبد فى ذلك كله لان النصف الذى هو امانة يباع فى الدين حين أبى المالك ان يقضى عنه وبعد بيعه لا يمكن ابقاء الرهن فى النصف الآخر لاجل الشيوع فالشيوع الطارى فى الرهن كالمقارن وفى بيع الكل جملة توفير المنفعة عليهما فلهذا يباع العبد كله ويقضى منه ثمن الدين فان بقى بعد ذلك من الثمن شئ أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه قل الدين أو كثر لان نصف مابقى بدل الامانة فيسلم للراهن ونصفه بدل المضمون فى الدين فيستوفيه المرتهن قضاء من دينه ومازاد على ذلك من حقه تاو لتلف المالية بفعل باشره العبد فى ضمانه واذا قتل الرهن مولاه أو المرتهن عمدا فعليه القصاص فى الوجهين لان المستحق بالعمد دمه وكل واحد منهما فى دمه كاجنبي آخر واذا قتل قصاصا سقط الدين لان ماليته تلفت بسبب باشره فى ضمان المرتهن فان كان العبد يساوى الفين والدين ألف فقتل المرتهن عمدا فعفا أحد ابنيه فانه يقال للراهن وللذى جنى ادفعا نصف العبد الى الذى لم يعف أو افدياه بثلاثة أرباع نصف الدية لان بعفو أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وثبت الخيار للمالك بين الدفع والفداء بمنزلة مالو كانت الجناية موجبة للمال فى الابتداء والخطاب بالدفع يكون مع المال الا انه لا يتمكن من الدفع الا برضا العافى بماله من الحق فيه باعتبار الرهن على سبيل الخلافة عن المرتهن فلهذا قال يقال لهما ادفعا وانما يدفعان نصف العبد لان حق الذى لم يعف فى نصف الجناية وقد بينا فى هذه الصورة جنايته على المرتهن فيما دون النفس انهما اذا اختار الدفع دفع جميع العبد الى المرتهن فكذلك يدفع الي أحد ابنيه نصف العبد وبطل نصف الدين بدفع النصف اليه كما لو دفع جميعه الى المرتهن بطل جميع الدين وهذا لان نصف هذا المدفوع مما كان مضمونا بالدين فسقط نصف الدين باعتبار فواته وكان لهما على الراهن نصف الدين بينهما نصفين لان الرهن قد بطل فى النصف الآخر لاجل الشيوع فيرجعان على الراهن بنصف الدين وان اختار الفداء فداه بثلاثة ارباع نصف الدية لان على الراهن ربع الدية حصة الذى لم يعف من النصف الذى هو أمانة وعلى العافى عن الدية حصة نصيبه من المضمون بالدين فيكون جملة ماعليهما ثلاثة أثمان الدية فاذا فدياه بذلك فرغ العبد من الجناية فكان رهنا على حاله بالدين واذا كان العبد رهنا بين رجلين بالف وهو يساوى ألفين فقتل أحدهما عمدا وله وليان فعفا أحدهما فانه يقال للراهن والمرتهن الباقى وللذى عفا ادفعوا نصف العبد الى الذى لم يعف لان نصيبه انقلب مالا بعفو

صاحبه كما فى الفصل الاول فان دفعوه بطل الرهن فى جميع العبد للشيوع فبطل نصف الدين فكان نصف الراهن بينهم على حاله وان فدوه بسبعة أثمان نصف الدية فعلى الراهن من ذلك أربعة أسهم حصة الامانة مما انقلب ما لا من الجناية وعلى المرتهن الباقى سهمان حصة المضمون بدينه من هذا النصف وعلى المولى الذى على حصة المضمون بدينه من هذا النصف وقد سقطت حصة المضمون بدين الذى لم يعف لان ذلك وجب له على نفسه وذلك لا يجوز والله أعلم

باب جناية الرهن على غير الراهن والمرتهن

(قال رحمه الله) واذا كان العبد رهنا بألف وهو يساوى ألفين فقتل رجلا خطأ فان شاء الراهن والمرتهن دفعاه وبطل الرهن وان شاآ فدياه بالدية كل واحد منهما بالنصف وكان رهنا على حاله وقد بينا أن المخاطب بالدفع هو المالك لان فى الدفع تمليك العين وانما يملكها من هو مالك الا انه لا يملك الدفع هنا بدون رضا المرتهن فربما يكون الفداء أنفع للمرتهن وقد بينا أن حق المرتهن فى جناية الرهن مرعي فلهذا قال يخاطبان بالدفع واذا دفعاه وقد تلف ملك الراهن فيه بسبب كان فى ضمان المرتهن فلهذا سقط دينه وهذا بخلاف ما اذا باعه الراهن باذن المرتهن لان هناك يقدم الفكاك على البيع فيصير كان البائع افتكه ثم باعه فلهذا لا يسقط دين المرتهن وهنا لا يتقدم الفكاك على الدفع بل يدفع بالجناية وهو مرهون لانه جنى وهو كذلك وانما يستحق دفعه على الصفة التى كانت الجناية منه فيها فلهذا يسقط الدين *يوضحه ان بالبيع يفوت الملك الى بدل وهو الثمن فيبقى حق المرتهن ببقاء بدل صالح للاشتغال لحق المرتهن وفى الدفع بالجناية لا يوجد ذلك وان اختار الفداء فدياه بالدية كل واحد منهما بالنصف لان نصفه مضمون ونصفه أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن لانه هو الذى ينتفع به وقد أشرفت ماليته على الهلاك وبالفداء يحيا وفيه ابقاء دين المرتهن وكان الفداء فى المضمون عليه لهذا وفى النصف الذى هو أمانة على الراهن بمنزلة أجرة الطبيب وثمن الادوية فان فدياه فقد فرغ من الجناية فيكون رهنا على حاله بالدين فان قال أحدهما ادفع وقال الآخر أفدى فليس يستقيم ذلك لانه ان قال المرتهن ادفع فهو غير مالك فلا يمكن أن يملك غيره وان قال الراهن ادفع فهو ممنوع من تمليكه ببدل يتعلق به حق المرتهن بغير رضاه وهو البيع فلأن يكون ممنوعا من تمليكه لا ببدل يتعلق به حق

المرتهن بغير رضاه كان أولى فان دفعه الراهن والمرتهن غائب فللمرتهن اذا قدم أن يبطل دفعه وان يفديه لان في دفعه ضررا على المرتهن وليس في فداء المرتهن ضرر على الراهن وكذلك لو دفعه المرتهن والراهن غائب فالمرتهن غير مالك فكان دفعه باطلا اذا لم يرض به الراهن فان فداه الراهن والمرتهن غائب فهو جائز لانه بالفداء يطهر ملكه عن الجناية وليس فيه ابطال شئ من حق المرتهن فانه اذا حضر فاما أن يساعده على ذلك فيرد عليه نصف مافداه به أو يأبى ذلك فيكون المرهون هالكا فى حقه و يسقط دينه ولا يرجع عليه الراهن بشئ وانما لم يجعل الراهن متبرعا فى الفداء لانه قصد به تطهير ملكه عن الجناية وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا فى نصيب المرتهن كالمعير للرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الفداء بقى مرهونا كما لو فدياه به وان أبى ذلك فقد خرج من الرهن لان المرتهن حين أبى الفداء فقد رضي بتوائه فيجعل فى حقه كأنه هلك وما توصل الراهن اليه إلا بمال أعطى بمقابلته ولو فداه المرتهن والراهن غائب فهو جائز أيضا لانه لاضرر على الراهن فى هذا الفداء وهو لا يكون في هذا دون أجنبي آخر الا أن المجنى عليه لا يجبر على قبول الفداء من الاجنبي ويجبر على قبوله من المرتهن لانه يقصد به اصلاح رهنه واحياء حقه فيكون هو فى ذلك كالمالك ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يكون هو متطوعا فى نصيب الراهن من الفداء فيرجع على الراهن بنصف ذلك الفداء ولا يكون العبد به رهنا لان هذا بمنزلة الزيادة فى الدين فلا يثبت فى حكم الرهن بخلاف ما اذا كان الراهن حاضرا ففداه المرتهن فانه يكون متطوعا فى نصيب الراهن من الفداء ولا يرجع عليه بشيء منه وروى زفر رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله على عكس هذا أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا من الفداء وان كان غائبا فهو متطوع فى الفداء وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المرتهن متطوع في الفداء لا يرجع بشيء منه على الراهن حاضرا كان الراهن أو غائبا لان نصف المرهون أمانة فى يد المرتهن كالوديعة والمودع اذا فدي الوديعة من الجناية كان متطوعا وهذا لانه تعين التزامه باختياره من غير أن يكون مضطرا اليه ومجبرا عليه ففى النصف الذي هو أمانة ليس للمرتهن ملك العين ولا حق استيفاء الدين من المالية وأبو حنيفة رحمه الله يقول المرتهن أحد من يخاطب بالفداء فى هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن وهذا لان الراهن انما لم يكن متبرعا لانه قصد بالفداء تطهير ملكه والمرتهن قصد بالفداء احياء حقه لانه يتوصل الى جنس العين

واستدامة اليد عليه بحكم الرهن لا بالفداء ثم فى ظاهر الرواية قال هذه الحاجة له عند غيبة الراهن فاما عند حضرة الراهن فهو متمكن من استطلاع دائنه والمطالبة بالمساعدة معه اما على الفداء أو الدفع وفى حال غيبة الراهن يعجز عن ذلك فيكون محتاجا الى الفداء فلهذا لم يكن فى الفداء متطوعا عند حاجته اليه وهو بمنزلة أحد المشتريين اذا قضى البائع جميع الثمن والآخر غائب لا يكون متطوعا فى نصيب صاحبه بخلاف ما اذا كان حاضرا وعلى الرواية الاخرى يقول فى حال غيبة الراهن لا حاجة له الى الفداء لان المجنى عليه لا يخاطبه بالدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فيكون متبرعا فى الفداء فاما فى حال حضرة الراهن فالمجنى عليه يخاطب بالدفع أو الفداء ولا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فلا يكون متبرعا فيه كصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بني عليه علوه لا يكون متبرعا فى حق صاحب السفل فهذا مثله واذا كانت الامة رهنا بالف وقيمتها الف فولدت ولدا يساوى الفا ثم جنى الولد على الراهن أو على ملكه فلا شئ فى ذلك لان الولد ملك الراهن وهو بمنزلة الامانة فى يد المرتهن وجناية الامانة على المالك وعلى ملكه هدر ولو جنى على المرتهن لم يكن بد من أن يدفع أو يفدى لان جناية الامانة على الامين كجنايتها على أجنبي آخر فان دفع لم يبطل من الدين شئ بمنزلة ما لو مات وان اختار الفداء كان على الراهن نصف الفداء لان الولد جزء من أجزاء الام فجنايته على المرتهن كجناية الام وكذلك لو جنى على أجنبي فالفداء عليهما بمنزلة الام وهذا لان الدين انقسم على قيمة الام وقيمة الولد نصفين فنصف الولد مشغول بالدين (ألا ترى) أن الام لو ماتت لم يسقط بهلاكها الا نصف الدين فالفداء فى جناية المشغول بالدين يكون على المرتهن وفى جناية الفارغ من الدين على الراهن واذا كان العبد رهنا بالف وقيمته الالف فاستهلك مالا لرجل فذلك دين فى عنقه يباع فيه ويستوفى صاحب المال ماله لان حق المرتهن فى الرهن لا يكون أقوى من ملك المالك ثم حق المتلف عليه فى ثمنه مقدم على حق المالك فكذلك يكون مقدما على حق المرتهن واذا استوفى صاحب المال ماله كان ما بقي للمرتهن فان كان ماله قد حل اقتضاه لانه من جنس حقه وان لم يكن كان رهنا مكان الاول لحصته حتى يحل فيأخذه والزيادة على ذلك من حق المرتهن قد سقطت لفوات المالية فى ضمانه وان كان الرهن عبدا يساوى ألفا بالف ففقأ عيني عبد يساوى مائة فدفع الرهن وأخذ العبد أعمى فهو رهن بالف يفتكه بها شاء الراهن أو أبى لانه قائم مقام العبد المرهون حين دفع

وأخذ مكانه فكما بقي جميع الدين ببقاء الاول على حاله ويجبر الراهن على الفكاك فكذلك يبقى ببقاء خلفه فان أصابه عيب ينقصه ذهب من الدين بحساب ذلك يعني ان كان العيب ينقصه الخمس سقط خمس الالف وان كان النصف فنصف الاول واذا انتقص سعره لم يسقط من الدين شئ بمنزلة الاول لو كان باقيا على حاله وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقوم المأخوذ صحيح العينين ويقوم أعمى فيبطل من الدين فضل ما بينهما ويصير الاعمى رهنا بما بقي لانه قائم مقام الاول ولكنه أعمى فكان الاول على حاله ذهبت عيناه فتسقط حصة العينين من الدين ويكون رهنا بما بقي فان شاء الراهن أخذه وأعطاه ما بقي فيه من الدين وان شاء سلمه للمرتهن بما بقي من الدين للتغير الحاصل في ضمان المرتهن وهو مستقيم على أصل محمد رحمه الله وقد بينا في انكسار القلب ان الراهن يتخير بين أن يسلمه للمرتهن بدينه فيجعله في حكم الهلاك وبين أن يفتكه بقضاء الدين فهذا مثله والله أعلم بالصواب

باب الجناية على رهن

(قال رحمه الله) واذا كان العبد رهنا بالف وقيمته ألف فصار يساوي ألفين ثم قتله رجل فعليه ألفان قيمته يوم قتله فان أدى ألفا فالمرتهن أحق بهذه الالف لان حق المرتهن في مالية الرهن مقدم على حق الراهن وقد كان جميع المالية في الاصل مشغولا لحق المرتهن فالزيادة الحادثة بيع محض لانها لم تكن في أصل الرهن فكل مال اشتمل على أصل وبيع فما يخرج منه يكون من الاصل وما سواه يكون من البيع كمال المضاربة اذا توى بعضه على الغريم كان ماخرج من رأس المال والتاوي من الربح ولو كانت قيمته في الاصل ألفين فانما خرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفين وما توى بينهما لان النصف مشغول لحق المرتهن والنصف بمنزلة الامانة في يده وحق الراهن فيه أصل فكان بمنزلة العبد المشترك اذا قتل فما يخرج من قيمته يكون بينهما وما يتوى يكون بينهما وان لم يقتل ولكنه فقئت عينه ثم توى فالارش على الفاقئ لانه ذهب نصف الدين في الفصلين لان العين من الآدمي نصفه فان كانت قيمته في الاصل ألفا فبفوات نصفه يذهب نصف الدين وان كانت تساوي ألفين فبفوات العين يفوت منه نصف شائع نصفه من المضمون ونصفه من الامانة فلفوات نصف المضمون يسقط نصف الدين وان كان الرهن أمة تساوي الفا بالف فولدت ولدا يساوي الفا ثم جنت الام جناية فدفعت بها ذهب نصف الدين لان نصف الدين تحول منها

الى ولدها فحين دفعت خلا مكانها فيذهب مابقى فيها وهو نصف الدين كما لو ماتت وان فديا الام فالفداء عليهما نصفين لانه لما تحول نصف الدين الى الولد بقى المشغول بالدين من الام نصفها والنصف أمانة فكان الفداء عليهما لهذا فان مات الولد فالفداء الذى أعطى المولي قضاء من الدين والام رهن بما بقى لان الولد حين مات قبل الفكاك صار كأن لم يكن فتبين أن جميع الرهن كان مضمونا بالدين وان الفداء كله كان على المرتهن والراهن لم يكن متطوعا فيما أدى فاستوجب الرجوع به على المرتهن وبيع المقاصة مقدرة بقدره فيصير الراهن قاضيا نصف الدين وتبقى الحادثة رهنا بما بقى من الدين ولو كان الرهن عبدا يساوى ألفا بالف فقتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو رهن يفتكه بجميع الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان شاء الراهن أخذه وأدى الدين كله وان شاء سلمه للمرتهن بدينه وأما زفر رحمه الله فر على أصله فان عنده لو كان العبد الاول بحاله وتراجعت قيمته الى مائة لنقصان السعر فانه يفتكه بمائة ويسقط ما زاد على ذلك من الدين فكذلك اذا كانت قيمة المدفوع مكانه مائة وعندنا بنقصان سعر الرهن لا يسقط شئ من الدين ولا يتخير الراهن فكذلك هنا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان المدفوع قائم مقام المقتول فيفتكه الراهن بجميع الدين وعند محمد رحمه الله يتحول جميع الدين من المقتول الى المدفوع الا أن للراهن الخيار لتغير العين في ضمان المرتهن بمال منه أوصى به وافتكه بجميع الدين وان شاء سلمه للمرتهن بدينه بخلاف ماذا انتقص سعر الاول لان العين لم تتغير هناك وهو نظير المبيع فى يد البائع اذا انتقص سعره لا يتخير المشترى واذا قتله عبد ودفع به يخير المشترى وهذا بخلاف ما اذا تراجع سعر الأول الى مائة ثم قتله حر فغرم قيمته مائة فانه يسقط من الدين تسعمائة ويأخذ المرتهن المائة قضاء من مثلها وزفر رحمه الله يستدل بهذا الفصل ولكنا نقول الدراهم لا تفك والمائة لا يجوز أن يكون بمقابلتها أكثر من مائة فانه لا يتصور استيفاء جميع الدين منها بحال بخلاف العبد المدفوع فانه يجوز أن يكون بمقابلته ألف درهم شراء فكذلك جنسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته بان تزاد قيمته حتى يشتري بألف حتي ان الحر القاتل لو عزز الدنانير حتى تبلغ قيمة هذه الدنانير الف درهم وان كان المدفوع صحيحا فذهبت عينه ذهب نصف الدين لان المدفوع قائم مقام المقتول ففوات نصفه بذهاب عينه كفوات نصف المقتول بذهاب عينه ولو كانت أمة ففقات عتق العبد المرهون فدفعت به فهما جميعا رهن

بألف لان المدفوع خلف عن الفائت من العين فيتحول اليه ما كان فيها من الدين وان ماتت الأمة فكأن العين فاتت من غير صنع أحد وكذلك لو قتل هذا العبد الاعور عبد فدفع به كان رهنا مع الامة أيهما مات فات بخمسمائة وان كانت قيمهما مختلفة لان المدفوع بالأعور قائم مقامه فيتحول اليه ما كان في الاعور من الدين وموته كموت ذلك الاعور فان قتل أحدهما صاحبه كان القاتل رهنا بخمسمائة وان كان فيه فضل لانهما بمنزلة العبد الاول المرهون فان أحدهما مدفوع بعينه والآخر بنفسه وكان الأول فقأ عين نفسه أو قتل نفسه بعد ما فقأت الأمة عينه ودفعت به فلهذا سقط بقتل أحدهما صاحبه من الدين خمسمائة ويجعل كأنه مات وكذلك لو فقأ أحدهما عين صاحبه ذهب ربع الدين كما لو ذهبت عينه بغير صنع أحد واذا كان العبد رهنا بألف وقيمته ألف فعليه عبدان يدفعان فهما جميعا رهن بالف فان قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنا بخمسمائة وان كانت قيمة كل واحد منهما ألفا أو أكثر بمنزلة ما لو مات أحدهما لانهما جميعا خلف عن العبد المرهون وكل واحد منهما مدفوع بنصفه وكان الأول أتلف نصفه بان فقأ عين نفسه وكذلك ان مات أحدهما أوجنى فدفع فالباقي رهن بنصف المال ولو كان الرهن عبدين بالف يساوي كل واحد منهما خمسمائة فزاد كل واحد منهما حتى صار يساوي الفا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنا بسبعمائة وخمسين على ما يكون له عليه في الزيادة لو كان في الاصل لان عند الجناية نصف كل واحد منهما فارغ ونصفه مشغول وجناية الفارغ على المشغول معتبرة فباعتبارها يتحول نصف ما كان في المقتول الى القاتل ولو لم يقتل أحدهما صاحبه ولكن قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به وقيمة المدفوع به قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه كان القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين لانهما قائمان مقام المقتولين فقتل احدهما صاحبه كقتل أحد المرهونين في الاصل صاحبه واذا كان الرهن عبدين بألف وقيمة كل واحد منهما الف فقتلهما عبد واحد فدفع بهما ففقأ عين نفسه أو جرح نفسه فانه يذهب بحساب ذلك ولا يكون عليه ارش لانه شخص واحد وان كان قائما مقام المرهونين وجناية المرء على نفسه لا تعتبر بحال فكان هذا وما لو ذهبت عينه من غير صنع أحد سواء فسقط من الدين بحساب ذلك والله أعلم

﴿ تم الجزء الحادي والعشرون من مبسوط الامام السرخسي ﴾

﴿ ويليه الجزء الثاني والعشرون أوله باب الغصب في الرهن ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الغصب في الرهن

(قال رحمه الله) واذا كان العبد رهنا بألف وقيمته ألف فغصبه رجل فقتل عنده قتلا خطأ ثم رده فدفعه بالجناية فانه يرجع على الغاصب بقيمته لان المرتهن له يد صحيحة على الرهن وقد أزالها عنه الغاصب فكان ضامنا له مالم ينتسخ فعله بالرد كما قبض ولم يرده هنا كما قبضه لانه قبضه فارغا عن الجناية ورده مشغولا بها واستحق بذلك الشغل حين دفع بالجناية فكأنه لم يرده أصلا ولو هلك عنده قبل الرد كان للمرتهن أن يرجع عليه بقيمته فيكون رهنا مكانه فان فداه المرتهن كانت القيمة التي يأخذ من الغاصب له مكان الفداء لان ما لحق من الغرم انما لحقه بالجناية عند الغاصب وما كان يتوصل الى احياء حقه الا بالفداء فكان له أن يرجع على الغاصب بالاقل من القيمة ومما فداه به لان الذي يتيقن باستحقاقه عليه الاقل منهما ويكون ذلك له مكان الفداء لان الغرم مقابل بالغنم ولو كان الرهن يساوي ألفين ففداه الراهن والمرتهن كانت القيمة التي يأخذونها من الغاصب بينهما نصفين لان غرم الفداء كان بينهما نصفين وانما يرجعان بالقيمة باعتبار ما غرما فتكون القيمة بينهما نصفين ولو لم يجن عند الغاصب ولكنه أفسد متاعا لحقه من دين وقيمته ألف ثم رده فانه يباع في الدين الا أن يصلحه المرتهن بقضاء الدين فاذا بيع بدئ بحق صاحب الدين لان حقه مقدم على حق المرتهن فان بقي شئ بعد الدين كان في الرهن ويضمن الغاصب ما دفعوا في الدين من عنده لان ذلك القدر استحق بسبب كان من العبد في ضمان الغاصب فيرجعون به عليه لان الرد لم يسلم فيه ثم يكون رهنا مع ما بقي من الثمن ولا ينقص من الرهن شئ لان ما فات من ماليته قد أخلف بدلا وهو المستوفى من الغاصب فيبقى جميع الدين ببقاء الخلف ولو كان حين قتل قتيلا في يد الغاصب رده الى المرتهن فمات عنده بطلت الجناية لان حق ولى الجناية في تملك نفسه بالدفع اليه وقد فات محل حقه حين مات ثم يسقط الدين بموته في يد المرتهن لانه عاد الى يده كما كان مضمونا بالدين

اذا هلك ولا شئ على الغاصب لان الرد قد سلم حين لم يؤخـذ منه شئ بالجناية التى كانت عند الغاصب وكذلك لو كان الدم عمدا فيه قصاص فعفى ولي الدم أو عفى ولى جناية الخطأ أو أبرأ صاحب المال فى الاستهلاك فلا شئ على الغاصب فى هـذه الفصول لانه لم يوجـد شئ من العبد بسبب الفعل الذى كان منه فى يد قيم رده وانتسخ به حكم فعله ولو قتل عند الغاصب قتيلا خطأ ثم قتل قتيلا عمدا ثم أفسد متاعا مثـل قيمته ثم رده عليهم فاختاروا دفعه فانه يدفع بالخطأ ثم يقتله أصحاب العمد كما لو كانت هذه الجناية من العبد فى يد المالك وهـذا لو نوى القـود وان جـنى ولي الخطأ ولو نوى بالدفع ما يفوت حق ولى العمد فى القصاص ولا فائدة فى البدليـة فى البيع بالدين لانه يفوت به حق ولى الخطأ واذا استوفى القصاص بطل البيع فلهذا يبدأ بالدفع فى الخطأ ثم يقتله أصحاب العمد قصاصا ويكون على الغاصب القيمة ويدفع الى أولياء الخطأ لان حقهم ثبت فى عبد فارغ ولم يسلم لهم ذلك فانه دفع اليهم عبـدا مباح الدم بالقصاص والقيمة بدل عنـه فثبت حقهم فى البدل بثبوت حقهم فى الاصل فاذا رفعت الى أولياء الخطأ أخذها الغرماء ثم يرجع المرتهن على الغاصب بقيمة أخرى لان تلك القيمة استحقت بسبب كان من العبد فى ضمانه فيأخذ منه هـذه القيمة أصحاب الخطأ أيضا لان القيمة الاولى لم تسلم لهم فانها استحقت من يدهم لحق الغرماء فيدفع اليهم القيمة الثانية للذى استحقت من يده الجناية التى كانت عند الغاصب فيرجع عليه بقيمة أخرى حتى يكون فى يد المرتهن قيمة لا تبعة فيها قائمة مقام عبد لم يكن فيه تبعة حين أخذه الغاصب ولو بدأ بالدين ثم ثنى بالعمد ثم ثلث بالخطأ فاختاروا الدفع فانه يدفع بالخطأ ثم يقتل قصاصا لما قلنا ثم يكون على الغاصب قيمته للمرتهن ولا سبيل لأولياء الخطأ على هـذه القيمة لان حقهم ماثبت الا فى عبد مشغول فانه حين جنى على وليهم كان مشغولا بالدم مباحا بالقصاص وقد دفع اليهم بهذه الصفقة فليس لهم أن يرجعوا بشئ آخر ولكن هذه القيمة يأخذها الغرماء لانها بدل عن العبد وحقهم كان ثابتا في ماليته فثبت فى بدله أيضا فاذا أخذها الغرماء رجع المرتهن على الغاصب بقيمة أخرى فيكون رهنا مكان العبـد لان القيمة الاولى استحقها الغرماء بسبب مافى العبد من ضمان الغاصب ولو كان الرهن أمة فغصبها رجل فولدت عنده ولدا وجني الولد جناية ثم ردهما جميعا فان ولدها يدفع أو يفدى ولا شئ على الغاصب من ذلك لان الولد ما كان فى ضمان الغاصب فانه لم يغصب الولد حتى لو مات فى يده لم يكن عليه شئ فكذلك

اذا استحق بجناية كانت عنده وهذا لان المستحق على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد منه فعل فى الولد يستحق عليه نسخ ذلك بالرد ولو كان الرهن عبدا يساوى أكثر من عشرة آلاف وهو رهن بمثل قيمته فغصبه رجل فقتل عنده قتيلا ففداه المرتهن رجع على الغاصب بعشرة آلاف الا عشرة دراهم لان رجوع الغاصب بسبب الجناية التى كانت من العبد فى ضمانه فان الرد انما لم يسلم لكونه مشغولا بالجناية وقيمة العبد بسبب الجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة (ألا ترى) أن قيمته بسبب الجناية عليه لا تزيد على هذه فكذلك قيمته بسبب الجناية منه وهو نظير المكاتب اذا كان كثير القيمة فجنى جناية لم يلزمه أكثر من عشرة آلاف الا عشرة بمنزلة مالو جنى عليه ولو كانت قيمته عشرين ألفا أو أكثر وهو رهن بمثله فقتل قتيلين عند الغاصب ففداه المرتهن بعشرين ألفا لم يرجع على الغاصب باكثر من عشرة آلاف الا عشرة لان الرجوع عليه بسبب الجناية وقيمته فى الجناية لا تزيد على هذا المقدار كما لو لم يغصبه الغاصب من يد المرتهن ولكنه قتله لم يلزمه أكثر من عشرة آلاف الا عشرة ولو لم يفدوه ولكنهم دفعوه رجع على الغاصب أيضا بعشرة آلاف الا عشرة فيدفع نصفها الى ولى الجناية الاول لان حقه ثبت في جميع العبد فارغا ولم يسلم له الا النصف فيكون له أن يرجع بنصف القيمة التى قامت مقامه حتى يسلم له كمال حقه ولم يرجع المرتهن بذلك على الغاصب لان هذا المقدار استحق من يده بالجناية التى كانت عند الغاصب فتكون هذه العشرة آلاف الا عشرة ذهبا بمثلها من الدين ان كان الدين حالا يأخذها المرتهن قضاء من دينه وان كان مؤجلا يكون رهنا فى يده لان حق الراهن فى الاجل مرعى ويبطل الفضل لما بينا أن الدراهم لا تكون مضمونة الا بمثلها ولا يتصور أن يستوفى منها أكثر من قدرها من الدين فيبطل الفضل عن الراهن لفوات زيادة المالية فى ضمان المرتهن ولو لم يقتله حر ولكن قتله عبد قيمته مائة فى يد المرتهن كان رهنا بجميع الدين وقد تقدم بيان الخلاف على هذا الفصل ولو لم يقتل ولم يغصب ولكن المرتهن باعه بعشرين ألفا وكان مسلطا على بيعه فتوى الثمن ذهب من مال المرتهن لان حكم الرهن يتحول الى الثمن فهلاكه كهلاك العبد فى يد المرتهن وكذلك لو باعه العدل ولو كان باعه باقل من الدين رجع بباقى الدين على الراهن لان المرتهن فى هذا البيع نائب عن الراهن فيكون بيعه كبيع الراهن وذلك بمنزلة الفكاك ثم يتحول ضمان الدين الى الثمن بقدر الثمن فما زاد على ذلك يبقى فى ذمة الراهن

بخلاف القتل فانه يقتل وهو مرهون فيسقط من الدين مقدار مالية القيمة الواجبة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله فى الامالى انه اذا باعه المرتهن أو العدل فالثمن لا يكون رهنا الا أن يكون شرط ذلك عند البيع أو عند الرهن وجعل البيع فى ابطال حق المرتهن عن العين هنا نظير بيع العبد المؤاجر برضا المستأجر فانه يكون مبطلا لحق المستأجر ولكن فى ظاهر الرواية فى البيع هنا تحقيق مقصود المرتهن لان مقصود المرتهن استيفاء الدين من ماليته وذلك حال قيامه بالبيع يكون والثمن صالح لحقه كما كان الاصل صالحا فلهذا كان الثمن مرهونا فأما فى بيع المؤاجر فابطال مقصود المستأجر لان مقصوده الانتفاع بالعين والثمن غير صالح لذلك فيبطل عقد الاجارة اذا كان البيع برضاه ولو كان العبد رهنا بالف وقيمته ألف فرخص السعر حتى صار يساوى مائة وحل المال فقتله حر غرم مائة ولم يكن للمرتهن غيرها لما بينا وكذلك لو قتله الراهن أو المرتهن لان فيما يلزم كل واحد منهما بالقتل لا يكون أشق من الاجنبي فلا يلزمه قيمته الا وقت القتل وان غصبه الراهن وقيمته ألف فجنى عنده جناية ثم رده على المرتهن ففداه فانه يرجع بالاقل من قيمته ومن الفداء على الراهن كما لو كان الغاصب أجنبيا آخر وهذا لان الراهن بعقد الرهن صار من ماليته كاجنبي فغصبه اياه يوجب عليه ما يوجب على الاجنبي ولو كان استعاره الراهن فقتل عنده قتيلا فدفعه الراهن والمرتهن كان الدين على الراهن ولا يضمن قيمة الرهن لانه قبضه على وجه العارية ولا يكون هو فيه دون أجنبي آخر فتكون العين أمانة في يده ولكنه خرج عن ضمان الرهن ما دام فى يد الراهن لان ضمان الرهن ضمان استيفاء ولا يتحقق ذلك الا حال ثبوت يد استيفاء المرتهن على الرهن حقيقة وحكما ولا بدل له حال كونه عارية فى يد المرتهن فلهذا لا يسقط شئ من الدين بهلاكه وكذلك لو استعاره رجل باذن الراهن ولو استعاره بغير اذن الراهن فجنى عنده فدفع بالجناية كان الراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وان شاء ضمن المستعير قيمته لان كل واحد منهما جان فى حق صاحبه المرتهن بالتسليم والمستعير بالقبض ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ لان المستعير ان ضمن فانما ضمن بقبضه لنفسه والمرتهن ان ضمن فقد ملكه بالضمان وتبين أنه أعار ملك نفسه ثم تكون القيمة رهنا مكانه لانها قائمة مقامه ولو كان الراهن أعاره بغير اذن المرتهن فللمرتهن أن يضمن القيمة ان شاء المستعير وان شاء الراهن لان كل واحد منهما جان فى حقه وحقه فى الرهن مقدم على حق الراهن واذا كان العبد قيمته ألف درهم رهنا بألف فغصبه

رجل فجنى عنده جناية واكتسب عنده ألف درهم ثم رده ورد المال ودفع العبد بالجناية فانه يرجع عليه بقيمة العبد والالف التي اكتسب العبد أو وهب له المولى العبد لا حق للمرتهن فيها لانها غير متولدة من العين فوجود هذا في حق المرتهن كعدمه وقد بينا أنه حين دفع بالجناية فالرد لم يصح فيرجع المرتهن عليه بقيمته ويكون رهنا في يده ولو كان الغاصب عبدا فجنى العبد الرهن عنده جناية تستغرق قيمته فذلك في عنق الغاصب يباع فيه أو يفدى لان الضمان على الغاصب بسبب الغصب وضمان الغصب بمنزلة ضمان الاستهلاك فالمستحق به ماليته فيباع فيه أو يفدى بخلاف جناية العبد فالمستحق بالجناية نفسه الا أن يفديه المولى (ألا ترى) أن الغاصب لو كان حرا كانت القيمة في ماله حالة ولو كان سببها الجناية لكانت عليه في ثلاث سنين ولو كان العبد الغاصب يساوي عشرين ألفا والعبد المغصوب يساوي عشرين ألفا فقتل عنده قتيلين فدفع بهما لم يكن في عنق العبد الغاصب الا عشرة آلاف غير عشرة دراهم يباع فيها أو يفدى لما بينا أن الغاصب قد رد المغصوب الا أن الرد لم يسلم لكونه مشغولا بالجناية فيكون الرجوع على الغاصب لاجل شغل الجناية وقيمة العبد في الجناية لا تزيد على هذا المقدار في حق العبد والحر جميعا الا أن هذا المقدار واجب على الغاصب بسبب غصبه فيباع فيه أو يفدى فصار الحاصل أن وجوب هذا الضمان على الغاصب باعتبار السببين جميعا فانه لولا غصبه ما ضمن شيئا بسبب جنايته ولولا جناية المغصوب عنده لكان رده تاما فلا يرجع عليه بشئ بعد ذلك فانما الرجوع عليه باعتبار الامرين جميعا فلاعتبار الجناية لا يرجع عليه بأكثر من عشرة آلاف الا عشرة ولاعتبار غصبه يباع فيه أو يفدى وفي حق من يرجع السبب هو الاستحقاق من يده بالجناية فلا يرجع الا بعشرة آلاف الا عشرة وفي حق من يرجع عليه وهو الغاصب لسبب غصبه فيباع فيه ولو ارتهن عبدا يساوي ألفا فغصبه رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده واختاروا دفعه فانه يكون بين أصحاب الجنايات أثلاثا سواء حق أولياء الجنايات في رقبته بالاستواء في سبب الاستحقاق فان كل واحد منهم لو انفرد كان مستحقا جميع نفسه بالجناية ولم يضمن الغاصب الأول ثلث قيمته لان المدفوع الي ولي الجناية الأولى استحق بسبب كان عند الأول فلهذا يضمن الغاصب الأول ثلث قيمته فيدفعها المولى والمرتهن الى ولي القتيل الأول ثم يرجع على الغاصب الأول

أيضا بمثله فيدفعه الى ولي القتيل الأول لان حقه ثبت فى العبد فارغا وما سلم له الا ثلثه فيرجع فى بدله مرتين حتى يسلم له ثلثي القيمة وثلث العبد فارغ لم يرجع على الغاصب الاول بمثله فيكون رهنا فى يده ويرجع على الغاصب الثانى بثلث قيمته فيدفع نصف ذلك الى ولي القتيل الثانى لانه حين جنى على وليه كان مشغولا بالجناية فانما يثبت حق ولي الثانى فى نصفه وقد سلم له الثلث فيرجع الى تمام حقه وذلك نصف الثلث حتى يسلم له النصف ثم يرجع المرتهن على الغاصب الثانى بذلك فيجعل في يده ثلث القيمة مع ثلث الأول مرهونا ويكون على الثالث ثلث قيمته ولا يدفع الى ولي القتيل الثالث لانه حين جنى عليه كان مشغولا بجنايتين فانما يثبت حقه في ثلث العبد وقد سلم له ثلثه فيجتمع فى يد المرتهن قيمة كاملة ويكون رهنا مكان العبد وهذا التخريج انما يستقيم على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فأما عند محمد وزفر رحمهما الله فيستوفى من الغاصب الأول من ثلث القيمة ولا يدفع شئ منه الي ولي الجناية الاولى لان رجوعه ببدل ما دفعه الى ولي الجناية الاولى فكيف يجتمع البدل والمبدل فى ملكه وبيان هذا الفصل يأتى فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان الغاصب واحدا فغصب ثم رد أو كان جنى هذه الجنايات فى يده قبل أن يرده فالتخريج مثل ذلك أنه يغرم قيمته فيأخذ ولي القتيل الأول ثلثها والثانى سدسها ثم يرجع بذلك كله على الغاصب فيكون رهنا لان المعنى فى الكل واحد وفائدة وضعه في ثلثه من الغاصبين ايضاح الكلام واذا ارتهن أمة تساوى خمسة آلاف بألف فغصبها رجل فجنت عنده جناية دون الخمس ثم ردها فاختاروا فداءها فعلي المرتهن خمس الفداء وعلى الراهن أربعة أخماسه لان خمسها مضمون بالدين والفداء بقدره على المرتهن وأربعة أخماسها امانة والفداء بقدر ذلك علي الراهن ولم يرجعوا بذلك على الغاصب ان كانت الجناية أقل من خمسة آلاف وان كانت الجناية خمسة آلاف أو أكثر رجعوا على الغاصب بخمسة آلاف الا عشرة لان الرجوع بسبب الجناية التى كانت منها عند الغاصب وقيمة الأمة بسبب الجناية لا تزيد على خمسة آلاف الا عشرة فى الروايات الظاهرة واذا غصب رجل العبد المرهون فاستهلك عنده متاعا فعليه قيمة ذلك المتاع دينا فى عنقه بالغا ما بلغ كما لو استهلك عند المالك أو المرتهن فاذا رده فالغريم بالخيار ان شاء استسعاه وان شاء بيع له فى ذلك لان لوصوله الى حقه محلين اما ماليته فيوفيه بالبيع أو الكسب بالاستسعاء وله فى أحد الجانبين منفعة التعجيل يعنى فى البيع وفى الجانب الآخر منفعة توفير

حقه عليه فيختار أى ذلك صنع به يضمن الغاصب الاقل من قيمته ومن الدين لان استحقاق ذلك بسبب كان باشره الغاصب الا أن تمام الاستحقاق فى مقدار الاول فان الدين ان كان أقل فليس عليه الا ذلك لان الرد انما لم يسلم لشغل الدين وان كانت قيمته أقل فالغاصب ما صار ضامنا الا مقدار قيمته ولا يكون هذا على مالو فات فى يده فان استسعى العبد فى الدين ولو ألفا فأداه وأخذوا من الغاصب قيمته أيضا كانت هذه القيمة للمولى لانه قام مقام كسبه الذى أخـذه الغرماء وقد بينا أن حق المرتهن فى الكسب فكذلك فيما قام مقام الكسب والعبـد رهن على حاله ولو بيع العبد فى الدين فاستوفى الغريم حقـه رجعوا على الغاصب بالقيمة وكانت رهنا لان ما يغرمـه الغاصب هنا بدل ماليـة العبد المدفوع الى الغريم وحق المرتهن كان ثابتا فيـه فان باعوه بثـلاثة آلاف وقيمته ألفان والدين ألف والرهن الاول ألف قضوا للغرماء ألفا وضمنوا للغاصب ثلث قيمته فتكون هذه الالفان وثلث القيمة رهنا بالمال لاينقص منه شئ لان قيمته ألفان وقد بقي مثل ذلك فعرفنا انه لم يستقض شيأ من المالية التى هى أصل فى ضمان المرتهن وانما ضمن الغاصب ثلث قيمته لان المستحق بالسبب الذى كان عنده ثلث بدل العبد ولو استحق جميع البدل ماكان يرجع عليه الا بقيمته فكذلك اذا استحق ثلث بدله فانما يرجع عليه بثلث القيمة ولو كانوا باعوه بالفين فقضوا غريم العبد ألفين رجعوا على الغاصب بنصف القيمة لان المستحق بالسبب الذى كان عنده نصف بدله وكانت هاتان الالفان رهنا بالمال مكانه لانه لم يفت شئ من مالية الرهن الذى كان موجودا عنـد قبض المرتهن ولو توى ما على الغاصب كانت هـذه الالف التى بقيت رهنا بنصف الدين لان نصف الماليـة تلف فى ضمان المرتهن فان بغصب الغاصب لايخرج العبد من ضمان المرتهن فى حق الراهن ولو كان العبد رهنا بالف على يدى عدل وقيمته الف فباعه العدل بالفين وكان مسلطا على البيع فتوت احـداهما وخرجت الاخرى استوفاها المرتهن لان الالف الاخرى زيادة وقد بينا ان ماتوى كان من الزيادة لامن الاصل ولو كانت قيمته الفى درهم عند المرتهن والمسألة بحالها فنصف هذه الالف التى خرجت للمرتهن ونصفها للراهن لما بينا ان نصف المالية مشغول بحق المرتهن ونصفها بحق الراهن فما خرج من البدل يكون نصفين وما توى عليهما نصفان ولو باعه بثلاثة آلاف فخرجت الالف وتوى ألفان كان ما يخرج بينهما نصفين لان الالف الثالثة زيادة فيجعل التاوى بينهما وانما يعتبر ما كان أصلا وهو

ألفان فكان هذه ومالو بيع العبد بألفين سواء والله أعلم

باب جناية الرهن في الحفر

(قال رحمه الله) واذا كان العبد رهنا بالف وقيمته ألف ثم غصبه رجل فحفر عنده بئرا في الطريق ووضع في الطريق حجرا ثم رده الغاصب على المرتهن فافتكه الراهن بقضاء الدين ثم وقع في البئر انسان فمات قيل للراهن ادفع عبدك أو افده بالدية لان العبد صار جانيا على الواقع بالحفر السابق عند وقوعه في البئر فانه بالحفر متسبب لاتلافه بازالة مابه كان يستمسك على الارض وهو متعد في هذا التسبيب وحين صنع هذا كان ملكا للراهن وهو على ملكه عند الوقوع أيضا فيخاطب بالدفع أو الفداء كما لو قتله بيده وأى ذلك فعل يرجع على الغاصب بقيمته لان فعل الرد لم يسلم وتبين انه كان قاصرا حين استحق بسبب فعل كان باشره عنده وقيل بل المرتهن هو الذي يرجع على الغاصب بقيمته فيدفعه الى الراهن لان الغاصب فوت يد المرهون بغصبه ولكن الاول أصح فان حق المرتهن في اليد مالم يصل اليه دينه وقد وصل اليه حقه فانما المعتبر الآن حق المالك فهو الذى يرجع على الغاصب بالقيمة فان كان الغاصب مفلسا أو غائبا رجع الراهن على المرتهن بالذي قضاه اذا كان الرهن والدين سواء حتى يكون الفداء من مال المرتهن لانه حين حفر كان في ضمان المرتهن فيما بينه وبين الراهن (ألا ترى) انه لو هلك في يد الغاصب وتوت عليه القيمة سقط دين المرتهن وقد تبين أن بالفكاك لم يسلم للراهن حين استحق من يده بسبب كان قبل الفكاك فيجعل كالهالك في يد المرتهن بعد استيفاء الدين وفي هذا مايلزمه رد المستوفى لانه تبين أنه بالفكاك في يده صار مستوفيا دينه فان عطب بالحفر آخر فمات وقد دفع العبد الى صاحب البئر فانه يقال لصاحب البئر ادفع نصفه أوافده بعشرة آلاف درهم لان الجنايتين قد حصلتا في ملك رجل واحد وهما من جنس واحد فيكون حق كل واحد منهما في نصف العبد الا أن صاحب البئر قد ملك جميع العبد حين دفع اليه فقام هو في نصيب صاحب الحفر مقام المولى فيخير بين أن يدفع اليه نصفه أو يفديه بعشرة آلاف ولا يتبع المرتهن ولا المولى من ذلك بشئ سوى الذى تبعهم أول مرة لان جنايات العبد وان كثرت لاتوجب على المولى الا دفع العبد وقد دفع العبد والذي عطب بالحفر مثل آخر لو وقع في

البئر لان الموجب واحد فى الموضعين واذا حفر العبد بئرا فى الطريق وهو رهن بالف وقيمته ألف فوقع فيها عبد فذهبت عيناه فانه يدفع العبد الرهن أو يفديه بمنزلة مالو فقأ عيني العبد بيده والفداء كله على المرتهن لان العبد كله مضمون بالدين فان فداه فهو رهن على حاله وأخذ المرتهن العبد الاعمى فكان له مكان مافدى من الفداء وان دفع العبد الرهن وأخذ الاعمى كان رهنا مكانه بالالف لانه قائم مقامه فى حكم الرهن وان وقع فى البئر آخر اشتركوا فى العبد الحافر بحصة ذلك أو يفديه مولاه الذى عنده بالالف لان الجنايتين استندتا الى سبب واحد فكانهما وجدتا معا فيكون حق الواقعين فى العبد ولا يلحق الاعمى من ذلك شيء لانه قائم مقام الجانى فى حكم الرهن لا فى حكم الجناية فانه بالدفع خرج من حكم الرهن وتقرر حكم الجناية فيه فلهذا لا يلحق الاعمى من جنايته شيء وان وقعت فى البئر دابة فعطبت أخذ عنها العبد فى يدى أصحابه حتى يباع له فى ذلك بمنزلة مالو كانت الجنايتان من العبد بيده فان قتل انسانا وأتلف مال آخر فهناك يدفع بالجناية أولا ثم يباع بالدين الا أن يقضي ولى الجناية الدين وهذا لانه لا مجانسة فى موجب الفعلين هنا فالمستحق بالجناية نفسه والمستحق بالاستهلاك بيعه فى الدين فلا تثبت المشاركة بينهما ولكن ايفاء الحقين ممكن بان يدفع بالجناية ثم يباع فى الدين ولا يلحق الاعمى شيء من ذلك لما قلنا فان بيع العبد فى ثمن الدابة ثم وقع فى البئر آخر فمات لم يكن له أرش ودمه هدر لان الملك الذى كان فيه حين حفر قد فات وتجدد للمشترى ملك بسبب مبتدأ فلا يستحق عليه هذا الملك بسبب ذلك الفعل وذلك الملك الذى كان قد فات فكانه مات أو قتل عمدا بخلاف ماقبل البيع فى الدين فان ملك المدفوع اليه بالجناية خلف عن ملك المولى فيبقى حكم ذلك الفعل حتى اذا وقع فيه آخر شارك المدفوع اليه فى رقبته فان وقعت فى البئر دابة أخرى شركوا أصحاب الدابة الاولى فى الثمن بقدر قيمتها لان اتلاف الدابتين من العبد أسند الى سبب واحد وبينهما مجانسة فى الموجب فكان حقها فى الثمن وهو قائم فى يد من حفر بئرا فى الطريق وهو رهن بألف وقيمتها ألفان ثم جنى بعد الحفر على عبد ففقأ عينه فدفع واحد العبد فهو رهن مكانه فان وقع فى البئر عبد آخر فذهبت عيناه قيل لمولاه الذى هو عنده ادفع نصفه وخذ هذا العبد الاعمى أو افده بقيمة الاعمى لما بينا أن ملكه فى العبد المدفوع خلف عن ملك المولى فيبقى فعله باعتباره وموجب الجنايتين واحد فثبتت المشاركة بينهما ويكون حق مولى العبد الواقع فى البئر فى نصف العبد المدفوع الا أنه

الآن فى ملك المدفوع اليه فيقوم هو في ثبوت الخيار له مقام المولى ان شاء دفع النصف اليه وان شاء فداه بقيمة هذا الاعمى وأخذ الأعمى فكان له بمقابلة ما أدى والعبد الأعمى الأول رهن بألف على حاله لانه قائم مقام المدفوع في حكم الرهن فان كان الاعمى الاول امة فولدت ولدا ثم ماتت هى قسم الالف على قيمتها وقيمة ولدها فيبطل ما أصاب قيمتها لانها مرهونة بجميع الالف فكانها هى التى رهنت فى الابتداء فولدت فيقسم الدين على قيمتها وقيمة ولدها الا أنه تعتبر فى القسمة قيمتها عمياء لانها انما تقوم حين ثبت حكم الرهن فيها وانما يثبت حكم الرهن فيها وهى عمياء واذا احتفر العبد الرهن بئرا فى الطريق أووضع فيها شيئا فعطب به الراهن أو أحد من رقيقه لم يلحقه من ذلك ضمان بمنزلة ما لو جنى بيده على الراهن أوعلى رقيقه وان وقع فيها المرتهن أو أحد من رقيقه فهذا وما لو جنى عليه بيده سواء فيما اختلفوا وفيما اذا كانت قيمته مثل الدين أوكان في قيمته فضل عن الدين وقد بينا هذه الفصول فى جنايته بيده وكذلك فى جنايته بحفر البئر واذا أمره المرتهن أن يحفر بئرا فى فنائه فعطب فيها الراهن أو غيره فهو على عاقلة المرتهن لان للمرتهن أن يحفر فى فنائه فان الفناء اسم لموضع يتصل بملكه غير مملوك له معد لمنافعه وهو أحق الناس بربط الدواب وكسر الحطب فيه فيكون التدبير فى ذلك الموضع اليه واذا كان له أن يحفر فيه بنفسه فله أن يأمر غيره به وفعل العبد كفعل المرتهن بنفسه ولو فعله هو بنفسه فعطب فيه الراهن كان على عاقلته فكذلك اذا فعله العبد وهذا لانه لما لم يكن هذا الموضع مملوكا له تقيد فعله بشرط السلامة كالمشي فى الطريق فاذا لم يسلم كان هو ضامنا لما يعطب بسبب فعله وكذلك لو كان الراهن أمره بذلك فى فناء نفسه كان على عاقلة الراهن ولو أمره الراهن أو المرتهن أن يقتل رجلا فقتله فدفع به كان على الذى أمره بذلك قيمته فيكون رهنا مكانه أما موجب الجناية هنا فيتعلق برقبته بخلاف الاول لان الراهن أو المرتهن لا يملكان مباشرة القتل بأيديهما فلا يعتبر أمرهما فى نقل فعل العبد اليهما واذا بقى العبد جانيا كان مؤاخذا بموجب الجناية فى الاول واعتبر أمرهما فى الحفر فى الفناء لما قلنا فينقل فعل العبد الى الآمر فلهذا لم يكن فى رقبة العبد من ذلك شئ ثم الآمر في مسئلة القتل صار مستعملا للعبد غاصبا فاذا استحق بذلك السبب فعليه ضمان قيمته والقيمة قائمة مقامه فيكون رهنا وكذلك لو بعثه ليستقى دابته فوطئت انسانا لانه بالاستعمال صار غاصبا له وان كان بعثه الراهن باذن المرتهن دفع بالجناية وكان الدين على الراهن لانه خرج من ضمان الدين

حين بعثه الراهن فى حاجته باذن المرتهن بمنزلة مالو أعاره المرتهن من الراهن ولو مات فى هذه الحالة لم يسقط من الدين شيء فكذلك اذا استحق بجناية فى هذه الحالة وكذلك لو كان بعثه المرتهن باذن الراهن لان المرتهن لو استعاره من الراهن فما دام يعمل له بحكم العارية لايكون مضمونا بالدين لو هلك فكذلك اذا استحق بجناية فى هذه الحالة واذا أقر الراهن بالامة الرهن لرجل فزوجها ذلك الرجل جاز النكاح لانه بالاقرار سلط المقر له على تزوجها ولو زوجه بنفسه جاز النكاح فكذلك اذا زوجها ذلك الرجل جاز النكاح لانه بالاقرار سلط المقر له على تزويجها ولو زوجه بنفسه جاز النكاح فكذلك اذا زوجها غيره بتسليطه وقد بينا نظيره فى العتق فالتزويج بمنزلة العتق فى انه لايشترط صحة القدرة على التسليم ولكن ليس للزوج أن يقربها لان الراهن ممنوع من غشيانها بنفسه لحق المرتهن فكذلك يمنع منه المقر له أو من زوجها منه المقر له وهذا لانه لو غشيها الزوج ربما تحمل فتنقص ماليتها بسبب الحبل وربما تتعسر عليها الولادة فتموت منها وفي ذلك من الضرر على المرتهن مالا يخفى ولو رهن رجل أمة لها زوج كان الرهن جائزا لان المنكوحة مال متقوم يمكن استيفاء الدين من ماليتها بالبيع فيكون رهنا جائزا فان غشيها الزوج فهلكت من ذلك ففى القياس تهلك من مال الراهن لان الزوج انما غشيها بتسليط الراهن حين زوجها منه فيجعل فعله كفعل الراهن بنفسه (ألا ترى) أنه لو زوجها بعد الرهن فوطئها الزوج فماتت من ذلك كانت من مال الراهن فكذلك اذا كان التزويج قبل الرهن لان موتها من الوطء لا من التزويج والوطء فى الفصلين ابتداء فعل من الواطئ بعد الرهن ولكنا نستحسن أن نجعلها هالكة من الرهن حتى سقط دين المرتهن لانه لم يوجد من الراهن بعد عقد الرهن فعل يصير به مسلطا على اتلافها بل المرتهن حين قبل الرهن فيها مع علمه أنها منكوحة فقد صار راضيا بها على هذه الصفة وأكثر ما فيه أنه لم يرض بوطء الزوج اياها ولكن لامعتبر برضاه فى ذلك لان حق الزوج كان مقدما على حقه والمولى لا يملك ابطال حق الزوج بالرهن هنا فلهذا يجعل كأنها ماتت من غير صنع أحد فسقط الدين بخلاف ماذا كان التزويج بعد الرهن فقد وجد هناك من الراهن بعد الرهن تسليط الزوج على وطئها ولم يوجد الرضا من المرتهن بذلك والزوج ممنوع من وطئها لحق المرتهن هنا فان حقه سابق على حق الزوج فلهذا اذا هلكت من الوطء يجعل كأنها هلكت بفعل الراهن فلا يسقط دين المرتهن واذا أشهد الراهنان بالرهن

لانسان لم تجز شهادتهما لان عقد الرهن لازم من جهة الراهنين فهما بهذه الشهادة يريدان السعي فى نقض ما قد تم بهما وابطال يد الاستيفاء المستحقة للمرتهن عليهما ولو شهد به المرتهنان جاز لانهما ممكنان من رد الرهن متى شاآ فليس فى هذه الشهادة ابطال حق مستحق عليهما بل فى هذه الشهادة ضرر عليهما لان حق استيفاء الدين من مالية الرهن كان ثابتا لهما ويبطل ذلك بشهادتهما فتقبل الشهادة لانتفاء التهمة ولو شهد به كفيلان بالمال لم تجز شهادتهما لانهما بمنزلة الراهنين ولو شهد به ابنا الراهن أو ابنا الكفيل والأب منكر جازت الشهادة لانهما يشهدان على أبيهما وكذلك لو شهد به ابنا المرتهن لانهما شهدا على أبيهما ببطلان حقه فى ثبوت يد الاستيفاء ولو كان الراهن مكاتبا أو عبدا تاجرا فشهد مولياه بذلك وهو منكر جازت الشهادة لانهما يشهدان على مكاتبهما أو عبدهما فى استحقاق الملك والكسب عليه وبطلان العقد الذى باشره واذا ادعى رجل على الرهن انه له وان راهنه سرقه منه وسأل المرتهن أن يخرجه حتى يقيم البينة فأبى ذلك المرتهن فانه يجبر على اخراجه لانه لاضرر في اخراجه على المرتهن وفيه منفعة للمدعى لانه لا يتمكن من اثبات دعواه بالبينة الا بعد احضار العين ليشير اليه فى الدعوى ويشير اليه الشهود فى الشهادة والمرتهن فى الامتناع من الاحضار متعنت قاصد الاضرار به فيمنعه القاضى من ذلك واذا ارتهن الرجل رهنا وأقر أن قيمته ألف ثم جاء به بعد ذلك وقيمته مائة درهم ولم يتغير فقال الراهن ليس هذا متاعي فالقول قوله فى ذلك لانهما تصادقا على صفة متاعه انه يساوى الفا والذى أحضره ليس على تلك الصفة فالظاهر شاهد للراهن فيجعل القول قوله فى ذلك واذا قبلنا قوله كان على المرتهن ان يجئ بمتاع يساوي ألفا أو يحكم بان الرهن هلك فى يده فيسقط دينه واذا باع رجلان شيأ من رجل الى رجل على أن يرهنهما هذا العبد ففعل ثم شهدا ان الرهن لفلان فان قالا فنحن نرضى أن يكون دينا الى أجل بغير رهن جازت شهادتهما لخلوها عن التهمة فانه لا منفعة لهما فى قبول هذه الشهادة حين أسقطا حقهما فى المطالبة برهن آخر بل عليهما فيه ضرر وان قالا لا نزيد رهنا غيره أو يرد علينا متاعنا أبطلت شهادتهما لتمكن التهمة فيها فانهما يشهدان لانفسهما بثبوت حق مطالبة الراهن برهن آخر أو رد المتاع عليهما واذا باع متاعا من رجل على أن يرهنه رهنا بعينه فاستحق أو هلك قبل الرهن أو رهنه رهنا يرضى به أو أعطاه قيمة ذلك الرهن فيكون رهنا عنده أو رد عليه ماله وقد بينا هذا

الفصل فيما تقدم واذا زاد الراهن مع الرهن رهنا آخر نظر الى قيمة الاول يوم رهنه والى قيمة الزيادة يوم قبضها المرتهن فى قسمة الدين لان حكم الرهن فى الزيادة انما يثبت بقبض المرتهن فتعتبر قيمتها حين ثبت حكم الرهن فيها كما يعتبر ذلك فى قيمة الاصل ولو كان لرجل على رجل عشرون درهما فرهنه بعشرة منها مايساوى عشرة ثم قضاه عشرة فله أن يجعلها بما فى الرهن ويقبض الرهن أما جواز هـذا الرهن فللشيوع فى الدين ولا شيوع فى الرهن والشيوع فى الدين لا يمنع جواز العقد ثم القاضى هو الذى ملك المستوفى هذه العشرة واليه بيان الجهة التى أوفاها فاذا قال انما أوفيتها مما كان فى الرهن ولو كان رهنه الثوب لجميع المال لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى جميع المال قلت قيمته أو كثرت لان الرهن محبوس بكل جزء من الدين لاتحاد الصفقة ولو رهنه بعشرة منها ثوبا يساوى عشرين ثم زاده ثوبا آخر رهنا بالعشرة الاخرى فهو جائز لما قلنا وان جعله رهنا بالعشرين جميعا فهو جائز فان هلك الثوب الاول ذهب بثلثى العشرة وان هلك الثوب الآخر ذهب بثلث العشرة التى بهـا الرهن الاول وبجميع العشرة الاخرى لانه لما رهنه الثوب الاخرى بجميع العشرين كان نصفه بالعشرة التى لارهن بها ونصفه زيادة فى الرهن الاول بالعشرة الآخر فيقسم تلك العشرة على قيمة الثوب الاول يوم رهنه وذلك عشرون وعلى قيمة نصف الثوب الثانى وذلك عشرة فيقسم أثلاثا ثلثاها فى الثوب الاول فاذا هلك هلك به وثلثها مع العشرة الاخرى فى الثوب الثانى فاذا هلك هلك به لان فى قيمته وفاء بالدين وزيادة واذا كان لرجل على رجلين مال وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأعطاه أحدهما رهنا بجميع المال يساويه ثم أعطاه الآخر رهنا بجميع المال يساويه فهو جائز وأيهما هلك هلك بنصف المال لان كل واحـد منهما مطالب بجميع المال هنا فهما كشخص واحـد فى ايفاء هذا الدين حتى لو أداه أحدهما رجع على صاحب بنصفه فيجعل الرهن من الثانى زيادة فى الرهن الاول فيقسم الدين على قيمة الرهنين وقيمتهما سواء فايهما هلك ذهب بنصف المال وكذلك لو كانا مكاتبين مكاتبة واحدة وكذلك لو كان المال على أحـدهما والآخر به كفيل وذكر فى اختـلاف زفر ويعقوب رحمهما الله هـذا الفصل وقال عند زفر رحمه الله اذا هلك أحدهما يهلك جميع المال لان كل واحد منهما مارضى بالرهن فى متاعه الا بجميع الدين ولكل واحد منهما فى ذلك غرض صحيح فغرض الكفيل فى ذلك أن يصير موفيا جميع الدين بهلاكه ليرجع بالكل على الاصيل وغرض الاصيل أن

يصير موفيا جميع الدين بهلاكه حتى لا يرجع الكفيل عليه بشئ وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ان لم يعلم الثاني بالرهن الاول فكذلك الجواب وان علم به فالثاني رهن بنصف المال والاول رهن بجميع المال لوجود الرضا من الثاني بان يكون رهنه زيادة في الرهن الاول حين علم به ولو أن المديون رهن متاعه بالدين الذي عليه وتبرع انسان بان رهن به متاعا آخر له فقد روى هشام عن محمد رحمهما الله قال ان هلك رهن المطلوب هلك جميع الدين وان هلك رهن المتبرع هلك نصف الدين لان رهن المطلوب صار مضمونا بجميع الدين فالمتبرع لا يملك فيعتبر موجب عقده عليه وأما رهن المتبرع فهو زيادة في رهن المطلوب فيكون بنصف الدين ولو رهنه بعشرين درهما دينارا يساوى عشرة ثم رخص الورق فصارت عشرون درهما بدينار فهلك الدينار فانما يهلك بالعشرة لان المعتبر قيمة الرهن حين قبضه المرتهن ولو كان له عليه عشرة دراهم فرهن له دينارا يساوي عشرة ثم غلا الورق فصارت خمسة بدينار ثم رهنه دينارا آخر فهما جميعا رهن بالعشرة فان هلك الدينار الاول ذهب بثلثي العشرة وان هلك الآخر ذهب بثلثها لان المعتبر في الانقسام قيمة كل واحد منهما حين ثبت حكم الرهن فيه ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بخمسمائة منها عبدا يساوي خمسمائة ثم زاده أمة رهنا بالالف كلها تساوى الفا فولدت بنتا تساوى خمسمائة ثم مات العبد والامة بقي الولد بسدس الخمسمائة التي كان العبد رهنا بها وبثلث الخمسمائة الاخرى لان نصف الامة رهن بخمسمائة ونصفها زيادة في رهن العبد بالخمسمائة الاخرى فتقسم تلك الخمسمائة على قيمة العبد وقيمة نصف الامة وهما سواء فانقسم نصفين وصار في الامة نصف الخمسمائة الاول مع الخمسمائة الاخر فلما ولدت ولدا يساوي خمسمائة انقسم ما فيها على قيمتها وعلى قيمة ولدها أثلاثا لان قيمتها حين رهنت ألف وقيمة ولدها خمسمائة فصار في الولد ثلث الخمسمائة الاخرى وسدس الخمسمائة الاولى فيبقى ذلك القدر ببقاء الولد ويسقط ما سوي ذلك بموت العبد والامة واذا ارتهن عبدا بخمسمائة وهو يساوى ألفا ثم زاده المرتهن خمسمائة على أن زاده الآخر أمة رهنا بجميع المال ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تكون الامة رهنا بجميع المال نصفها مع العبد في الخمسمائة الاولى ونصفها بالخمسمائة الاخرى وعند أبي يوسف رحمه الله هما جميعا يكونان رهنا بالالف كلها لان أبا يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الرهن والدين وهما يجوزان الزيادة في الرهن دون الدين فلهذا كان العبد مع نصف الامة رهنا بالخمسمائة

الاول ونصف الامة رهنا بالخمسمائة الاخرى وليس فى العبد من الخمسمائة الاخرى شئ ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهنه بخمسمائة منها جارية تساوى خمسمائة فولدت كل واحدة منهما ابنا قيمته مثل قيمة امه فالاولى وابنها ونصف الآخر ونصف ابنها رهن بالخمسمائة الاول ونصف الآخر ونصف ابنها رهن بالخمسمائة الاخرى فان ماتت الام الاخرى ذهب ربع هذه الخمسمائة التى فيها خاصة ويبقى نصف ابنها بثلاثة ارباع ويذهب من الخمسمائة الاول خمسون درهما لان الجارية الاخرى ثمنها خمسمائة فكل واحد من الولدين تبع لامه فنصف الجارية الاخرى زيادة فى رهن الخمسمائة الاولى ونصفها رهن بالخمسمائة الاخرى وقيمة هذا النصف مائتان وخمسون والرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فصار ثلث المائتين وخمسين من هذه الخمسمائة مقسوما على نصف قيمتها ولدها وهما سواء والذى فيها من هذه الخمسمائة ربعها مائة وخمسة وعشرون فلهذا يسقط بهلاكها ربع هذه الخمسمائه وبقي نصف ابنها بثلاثة أرباعها فأما الخمسمائة الاولى فانقسمت على قيمة الجارية الاولى وهى ألف وعلى قيمة نصف الجارية الثانية وهو مائتان وخمسون فاذا جعل كل مائتين وخمسين بينهما اقسم أخماسا خمس ذلك وهو مائة فى نصف الجارية الاخرى ثم انقسم ذلك على نصف قيمتها ونصف قيمة ولدها نصفين فكان الذى فيها من الخمسمائة الاولى خمسون درهما فيذهب ذلك القدر بهلاكها ولو كان لرجل على رجل ألف درهم وزن سبعة فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوى ثمانمائة رهنا بالمال كله فولدت كل واحدة منهما ابنا قيمته مثل قيمة امه ثم ماتت الاولى ذهب من الخمسمائة الاولى السدس لان نصف الامة الثانية زيادة فى الرهن بالخمسمائة الاولى ونصفها رهن بالخمسمائة الاخرى فالخمسمائة الاولى انقسمت على قيمة الجارية الاولى وهو مائتان وعلى نصف قيمة الاخرى وهو أربعمائة فيقسم أثلاثا ثلثها فى الجارية الاولى وثلثاها فى نصف الجارية الاخرى ثم انقسم ما فى الاولى وهو ثلث الخمسمائة على قيمتها وقيمة ولدها نصفين فحاصل ما بقى فيها سدس الخمسمائة وذلك ثلاثة وثمانون وثلث فاذا هلكت ولو لم تمت الاولى وماتت الاخرى ذهب من الخمسمائة الاولى ثلثها ومن الخمسمائة الاخرى خمساها لان ثلثي الخمسمائة الاولى كان فى نصفها وقد انقسم ذلك عليها وعلى نصف ولدها نصفين فانما بقى فيها من تلك الخمسمائة ثلثها فيهلك بذلك وقد كان نصفها مرهونا بالخمسمائة الاخرى الا أن قيمة نصفها أربعمائة فلا يثبت فيه من الضمان الا قدر قيمتها ثم نصف ذلك قد تحول

الي نصف ولدها فانما بقى فيها من الخمسمائة الاخرى مائتان وذلك خمساها فلهذا هلك بذلك ولو كان رهنه بخمسمائة من الالف أمة تساوى ألفا ورهنه بالخمسمائة الباقية عبدا يساوى ألفا ثم زاده أمة رهنا فالمال كله يساوى ألفا ثم ولدت كل واحدة من الامتين أمة تساوى ألفا ثم ماتت الاخرى ذهب سدس المال لانها كانت زيادة فى الكل فنصفها مع الامة رهن بالخمسمائة الاولى ونصفها مع العبد رهن بالخمسمائة الاخرى ثم كل خمسمائة تنقسم أثلاثا على نصفها وعلي جميع قيمة ماهو مرهون بها خاصة وهو ألف فحاصل ما ثبت فيها بالانقسام ثلث الالف ثم انقسم هذا القدر عليها وعلى ولدها نصفين فانما بقي فيها سدس المال فيهلك بذلك وكذلك لوماتت الاولى ذهبت بسدس المال لان الذى كان فيها ثلثا الخمسمائة الاولى وهو ثلث جميع المال وقد تحول نصف ذلك الى أولادها فانما بقى فيها سدس المال وهو أن بالعبد ذهب ثلث الدين لان الذى أصاب العبد بالقسمة ثلثا الخمسمائة الثانية وذلك ثلث جميع الدين فبموته يسقط ذلك العدد ولو لم يمت العبد فقضي المطلوب الطالب خمسمائة كان له أن يأخذ ان شاء العبد الاول وان شاء الامة الاولى وابنها لانه هو المالك فيكون له أن يصرف ذلك الى أى الرهنين شاء فيسترد ذلك وليس له أن يقبض الامة الآخرة ولا ولدها حتى يؤدي جميع المال لان الامة الآخرة رهن بجميع المال فتحبس بكل جزء من اجزاء المال وولدها بمنزلتها وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله انه لو رهن جاريتين بالف درهم فاستحقت احداهما فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الاخرى رهن بحصتها من الالف وعلى قول زفر رحمه الله الاخرى رهن بجميع الالف ان هلكت وذلك قيمتها يملكها به ولا يفتكها الا بجميع المال ولو ظهر أن احداهما مدبرة أو أم ولد فالاخرى رهن بجميع المال بالاتفاق وان هلكت هلكت به فزفر رحمه الله قاس استحقاق الغير احداهما باستحقاقها نفسها وأبو يوسف رحمه الله فرق بينهما فقال المستحق محل للرهن بدليل انه لو رهنها برضا صاحبها جاز فينقسم الدين على قيمتها فانما صارت الاخرى رهنا بحصتها فاذا هلكت هلكت به والمدبرة وأم الولد ليست بمحل للرهن فيكون جميع الدين فى الاخرى فاذا هلكت وفى قيمتها وفاء بذلك صار المرتهن مستوفيا جميع دينه والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب المضاربة ﴾

(قال رحمه الله) قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو

بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وانما سمى به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله فهو شريكه فى الربح ورأس مال الضرب فى الارض والتصرف وأهل المدينة يسمون هذا العقد مقارضة وذلك مروي عن عثمان رضى الله عنه فانه دفع الى رجل مالا مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع فصاحب المال قطع هذا القدر من المال عن تصرفه وجعل التصرف فيه الى العامل بهذا العقد فسمى به وانما اخترنا اللفظ الاول لانه موافق لما فى كتاب الله تعالى قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله يعنى السفر للتجارة * وجواز هذا العقد عرف بالسنة والاجماع فمن السنة ماروى أن العباس بن عبد المطلب رضى الله عنه كان اذا دفع مالا مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشترى به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فاستحسنه وكان حكيم بن حزام رضي الله عنه اذا دفع مالا مضاربة شرط مثل هذا وروى أن عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على أبى موسى رضى الله عنه فقال لو كان عندى فضل مال لا كرمتكما ولكن عندى مال من مال بيت المال فابتاعا به فاذا قدمتما المدينة فادفعاه الى أمير المؤمنين رضي الله عنه ولكما ربحه ففعلا ذلك فلما قدما على عمر رضى الله عنه أخبراه بذلك فقال هذا مال المسلمين فربحه للمسلمين فسكت عبد الله وقال عبيد الله لاسبيل لك الى هذا فان المال لو هلك كنت تضمننا قال بعض الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضى الله عنه وعن القاسم بن محمد قال كان لنا مال فى يد عائشة رضى الله عنها وكانت تدفعه مضاربة فبارك الله لنا فيه لسعيها وكان عمر رضى الله عنه يدفع مال اليتيم مضاربة على ماروى محمد رحمه الله وبدابه الكتاب عن حميد بن عبد الله بن عبيد الانصارى عن أبيه عن جده أن عمر رضى الله عنه أعطاه مال يتيم مضاربة وقال لا أدرى كيف كان الشرط بينهما فعمل به بالعراق وكان بالحجاز اليتيم كان يقاسم عمر رضى الله عنه بالربح وفيه دليل جواز المضاربة بمال اليتيم وان للامام ولاية النظر فى مال اليتامى وان للمضارب والاب والوصى المسافرة بمال اليتيم فى طريق آمن أو مخوف بعد أن كانت القوافل متصلة فقد كان عمر رضى الله عنه أعطى زيد بن خليدة رضى الله عنه مالا مضاربة فأسلمه الى عتريس بن عرقوب

فى حيوان معلوم بأثمان معلومة الى أجل معلوم فحل الاجل فاشتد عليه فأتى عتريس عبدالله ابن مسعود رضى الله عنه يستمين به عليه فذكر ذلك فقال له عبد الله رضى الله عنه خذ رأس مالك ولا تسلمه شيأ مما لنا فى الحيوان وفيه دليل جواز المضاربة وفساد السلم وانما اشتد على عتريس بن عرقوب لفساد العقد أيضا فلا يظن به المماطلة فى قضاء ماهو مستحق عليه مع قوله صلى الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بالمضاربة بينهم فأقرهم على ذلك وندبهم أيضا اليه على ماقال صلوات الله وسلامه عليه من عال ثلاث بنات فهو أسير فاعينوه ياعباد الله ضاربوه داينوه ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فصاحب المال قد لا يهتدى الى التصرف المربح والمهتدى الى التصرف قد لا يكون له مال والربح انما يحصل بهما يعنى المال والتصرف ففى جواز هذا العقد يحصل مقصودهما وجواز عقد الشركة بين اثنين بالمال دليل على جواز هذا العقد لان من جانب كل واحد منهما هناك ما يحصل به الربح فينعقد بينهما شركة فى الربح ولهذا لا يشترط التوقيت فى هذا العقد ولكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لان انعقاده بطريق الشركة دون الاجارة ولهذا العقد أحكام شتى من عقود مختلفة فانه اذا أسلم رأس المال للمضارب فهو امين فيه كالمودع واذا تصرف فيه فهو وكيل فى ذلك يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل فاذا حصل الربح كان شريكه فى الربح واذا فسد العقد كانت اجارة فاسدة حتى يكون للمضارب أجر مثل عمله واذا خالف المضارب كان غاصبا ضامنا للمال ولكن المقصود بهذا العقد الشركة فى الربح وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الربح بينهما مع حصوله فهو مبطل للعقد لانه مفوت لموجب العقد ومن ذلك مارواه عن ابراهيم رحمه الله انه كان يكره المضاربة بالنصف أو الثلث وزيادة عشرة دراهم قال أرأيت ان لم يربح الا تلك العشرة وهو اشارة الى مابينا من قطع الشركة فى الربح مع حصوله بان لم يربح الا تلك العشرة وعن ابراهيم رحمه الله فى المضاربة والوديعة والدين سواء يتحاصون ذلك فى مال الميت وبه نأخذ والمراد مضاربة أو وديعة غير معينة فالامين بالتجهيل يصير ضامنا فهو والدين سواء فأما ما كان معينا معلوما فصاحبه أولى به لان حق الغريم بموت المديون يتعلق بماله الا بما كان امانة فى يده لغيره وعن ابراهيم رحمه الله قال فى الوصي يعطى مال اليتيم مضاربة وان شاء أبضعه وان شاء تجر الى غير ذلك وكان خيرا لليتيم فعل لقوله تعالى قل اصلاح لهم خير وقال الله تعالى ولا تقربوا

مال اليتيم الا بالتي هي أحسن والاحسن والاصلح في حقه أن يتجر بماله قال صلى الله عليه وسلم ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة يعني النفقة فان احتسب بالتصرف فيه أو وجد أمينا يحتسب ذلك والانفع لليتيم أن يدفعه اليه بضاعة وان لم يجز ذلك وربما لا يرغب في أن يتصرف فيه مجانا فلا بأس بأن يتصرف فيه على وجه المضاربة وهو أنفع لليتيم لما يحصل له من بعض الربح وبما لا يتفرغ الوصي لذلك فيحتاج الى أن يدفعه مضاربة الى غيره واذا جاز منه هذا التصرف مع نفسه فمع غيره أولى وذكر عن علي رضي الله عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان وتفسيره أنه المواضعة على المال في المضاربة والشركة وهو مروي عن علي رضي الله عنه قال المواضعة على المال والربح على ما اشترطا عليه وبه أخذنا فقلنا رأس المال أمانة في يد المضارب لانه قبضه باذنه ليتصرف فيه له وعن علي رضي الله عنه أنه كان يعطي مال اليتيم مضاربة ويقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يصح وعن النائم حتى يستيقظ وفيه دليل أن ولاية النظر في مال اليتيم للقاضي اذا لم يكن له وصي لعجز اليتيم عن النظر لنفسه واليه أشار علي رضي الله عنه فيما استدل به من الحديث وعن الشعبي رحمه الله أنه سئل عن رجل أخذ مالا مضاربة فأنفق في مضاربته خمسمائة ثم ربح قال يتم رأس المال من الربح وبه أخذنا فقلنا للمضارب أن ينفق من مال المضاربة اذا سافر به لان سفره كان لاجل العمل في مال المضاربة فيستوجب النفقة فيه كالمرأة تستوجب النفقة على زوجها اذا زفت اليه لانها فرّغت نفسها له فقلنا الربح لا يظهر ما لم يسلم جميع رأس المال لرب المال لان الربح اسم للفضل فما لم يحصل ما هو الاصل لرب المال لا يظهر الفضل قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا تخلص له نوافله ما لم تخلص له فرائضه فالتاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله وعن الشعبي رحمه الله أنه سئل عن رجل دفع الى رجل أربعة آلاف درهم مضاربة فخرج بها الى خراسان وأشهد عند خروجه أن هذا المال مال صاحب الاربعة الآلاف ليس لاحد فيها حق ثم أقبل فتوفي في الطريق فأشهد عند موته أيضا بذلك ثم ان رجلا جاء بصك فيه ألف مثقال مضاربة مع هذا الرجل له بها بينة وهي قبل الاربعة الآلاف بأحد وعشرين سنة فقال عامر رحمه الله أشهد في حياته وعند موته أن المال لصاحب الاربعة الآلاف وبه نأخذ فان حق الآخر صار دينا في ذمته بتجهيله عند موته وقد بينا أن حق الغريم يتعلق بشركة الميت لا بما في يده من الامانة

وانما أفتى الشعبي رحمه الله بهذا لا قراره بالعين لصاحب الاربعة الآلاف فى حال صحته لا لاقراره عند موته فاقرار المريض بالدين أو العين لا يكون صحيحا فى حق من ثبت دينه بالبينة لكونه متهما في ذلك واقراره فى الصحة بذلك مقبول لانه غير متهم فيه وعن الحسن رحمه الله أنه كان يكره المضاربة والشركة بالعروض وبه نأخذ وقد بيناه فى كتاب الشركة وقال أبو حنيفة رحمه الله لا تكون المضاربة الا بالدراهم والدنانير وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أستحسن أن تكون المضاربة بالفلوس كما تكون بالدراهم والدنانير لانها ثمن مثل الدراهم والدنانير والحاصل أن فى المضاربة بالفلوس عن محمد رحمه الله رواية واحدة انها تجوز لانها ما دامت رائجة فهى ثمن لا يتعين فى العقد مقابلتها بجنسها وبخلاف جنسها عند محمد رحمه الله فالعقد بها يكون سواء بثمن فى الذمة لا بيعا فيكون الربح للمضارب علي ضمان الثمن فهو والمضاربة بالدراهم سواء وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أن المضاربة بالفلوس جائزة لانها ثمن لا يتعين عند المقابلة بخلاف جنسها وهكذا ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله وفى الاصل روى عنهما أن المضاربة بالفلوس لا تجوز لانها اذا كسدت فهى كالعروض فهى ثمن من وجه مبيع من وجه وهى ثمن لبعض الاشياء فى عادة التجار دون البعض فكانت كالمكيل والموزون فانها ثمن دينا ومبيع عينها فلا تصح المضاربة بها وهذا الاستدلال مروى عن أبي يوسف رحمه الله فانه سئل عن المضاربة بالدراهم التجارية فقال لو جوزت ذلك جاوزت المضاربة بالطعام بمكة يعني أن أهل مكة يتبايعو بالطعام كما أن أهل بخارى يتبايعون بالبر بعينه قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول الصحيح جواز المضاربة بها عندي لانها من أعز النقود عندنا كالدنانير في سائر البلدان وظاهر ما ذكر هنا يدل علي أن المضاربة بالتبر لا تجوز والدراهم والدنانير اسم للمضروب دون التبر وذكر فى غير هذا الموضع أن التبر لا يتعين بالتعيين ولا يبطل العقد بهلاكه فذلك دليل جواز المضاربة به والحاصل أن ذلك يختلف باختلاف البلدان فى الرواج ففى كل موضع يروج التبر رواج الأثمان وتجوز المضاربة به وفى كل موضع هو بمنزلة السلع لا تجوز المضاربة به كالمكيل والموزون واذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضاربة علي أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصفان أو قال ما كان فى ذلك من ربح أو قال مارزقك الله فى ذلك من ربح أو ماربحت فى ذلك من شئ فهو كله سواء لان الحكم يبني علي ما هو المقصود ولا ينظر الى اختلاف العبارة

بعد اتحاد المقصود والمقصود بهذه الالفاظ اشتراط التناصف في الربح وكذلك لو شرط للمضارب عشر الربح والباقي لرب المال فهو جائز لان المشروط للمضارب جزء شائع معلوم وهذا الشرط لا يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله فما من شئ يحصل من الربح قل أو كثر الا وله عشر ويستوى ان كانت الألف المدفوعة جيدة أو زيوفا أو نبهرجة لان الفضة تغلب على الغش فى هذه الانواع فهو فى حكم الدراهم المضروبة من النقرة فيها ولو قال على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فللمضارب من ذلك مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله فربما لا يربح الا مقدار المائة فيأخذه من شرط له ويخيب الآخر وفى هذه الشرط عيب يمكن التحرز عنه أيضا وربما يربح أقل من مائة درهم فلا يسلم جميع المائة لمن شرط له مع حصول الربح فلهذا فسد العقد فان عمل ذلك فربح مالا أو لم يربح شيئا فله أجر مثله فيما عمل وليس له من الربح شئ لان استحقاق الشركة فى الربح بعقد المضاربة والعقد الفاسد لا يكون بنفسه سببا للاستحقاق وانما يستوجب أجر المثل لانه عمل لرب المال وابتغى عن عمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك استحق أجر المثل كما فى الاجارة الفاسدة ثم ان كان حصل الربح فله أجر مثله بالغا ما بلغ في قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجاوز بأجر مثله ما سمي له وهو بناء على ما بينا فى كتاب الشركة من اختلافهما فى شركة الاحتطاب والاحتشاش وان لم يحصل الربح فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال استحسن أن لا يكون للمضارب شئ لان الفاسد من العقد معتبر بالصحيح فى الحكم ولا طريق لمعرفة حكم العقد الفاسد الا هذا وفى المضاربة الصحيحة اذا لم يربح لا يستحق شيأ فكذلك فى المضاربة الفاسدة ووجه ظاهر الرواية أنه لا يستحق بهذا العقد شيأ من الربح بحال وانما يعتبر حصول الربح فى حق من يستحق الربح ثم الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا إجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فانما تعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل ولو تلف المال فى يده فله أجر مثله فيما عمل ولا ضمان عليه ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه ضامن للمال فقيل المذكور في الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وهو بناء على اختلافهم فى الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه فان هذا العقد انعقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير

المشترك لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا هلك المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده فما يمكن التحرز عنه فكذلك الحكم في كل مضاربة فاسدة ولودفع اليه ألف درهم مضاربة على أن مارزق الله في ذلك من شيء فللمضارب ربح نصف المال أو قال ربح عشر المال أوقال ربح مائة درهم من رأس المال فهذه مضاربة جائزة لان في هذا المعنى اشتراط جزء شائع من الربح للمضارب اذ لا فرق بين أن يشترط له عشر الربح وبين أن يشترط له ربح عشر المال ولا أجر للمضارب في عمله هنا ان لم يحصل الربح لان عند صحة المضاربة هو شريك في الربح فاذا لم يحصل الربح لم يستحق شيئاً لانعدام محل حقه لو قال على أن مارزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب ربح هذه المائة بعينها أو ربح هذا الصنف بعينه من المال فهي مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يؤدي الى قطع الشركة في الربح مع حصوله فمن الجائز أن لا ربح فيما يشترى بتلك المائة والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن المزارعة بما سقت السواقي والماذيانات فافسدها وكان المعنى فيه أن ذلك الشرط يؤدي الى قطع الشركة بينهما في الخارج مع حصوله فيتعدى ذلك الحكم الى هذا الموضع بهذا المعنى فان عمل فله أجر مثله لانه أوفى العمل بحكم عقد فاسد واذا دفع اليه ألف درهم فقال خذ هذه الالف مضاربة بالثلث أو قال بالخمس أو قال بالثلثين فأخذها وعمل بها فهي مضاربة جائزة وما شرطه من ذلك فهو للمضارب وما بقي لرب المال لان المضارب هو الذي يستحق الربح بالشرط فأما رب المال فانما يستحق الربح باعتبار أنه نما ملكه فمطلق الشرط ينصرف الى جانب من يحتاج اليه وعرف الناس يشهد بذلك والثابت بالعرف من التعيين كالثابت بالنص فكأنه قال الثلثان من الربح لك حتى اذا قال انما عنيت أن الثلثين لي لم يصدق لانه يدعى خلاف ماهو الظاهر المتعارف والقول في المنازعات قول من يشهد له الظاهر وحرف الباء دليل عليه لانه انما يصحب الاعواض فهو دليل على أن بالثلثين لم يستحق الربح عوضا وهو المضارب وأنه في المعنى يستحق الربح عوضا عن عمله فلهذا كان المنصوص عليه للمضارب وكذلك لو قال خذها معاوضة بالنصف أو معاملة بالنصف لان العبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ (ألا ترى) أنه لا فرق بين أن تقول بعتك هذا الثوب بألف أو المكيل بألف ولو قال خذها على أن مارزق الله تعالى فيها من شيء فهو بيننا ولم تزد على هذا فهو مضاربة جائزة بالنصف لان كلمة بين تنصيص على الاشتراك ومطلق الاشتراك

يقتضي المساواة (ألا ترى) أن فى الوصية والاقرار اذا قال ثلث مالي بين فلان وفلان أو هـذا المال بين فلان وفلان كان مناصفة بينهما فكذلك قوله الربح بيننا منزل منزلة اشتراط المناصفة فى الربح والدليل على أن مطلق كلمة بين تقتضي المساواة قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد التسوية بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ولو قال خذها فاعمل بها على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بيننا نصفين ولم يقبل مضاربة فهى مضاربة جائزة لانه خرج بمعنى المضاربة وان لم ينص على لفظ المضاربة وماهو المقصود يحصل بالتصريح بالمعنى وليس لهذا العقد حكم يدل لفظ المضاربة خاصة على ذلك الحكم بخلاف لفظ المفاوضة فى شركة المفاوضة على ما قررنا فى كتاب الشركة وكذلك لو قال اعمل بهذه الالف على أن لك نصف ربحها أو جزأ من عشرة أجزاء من ربحها فهو جائز لان المضارب هو الذى يستحق الربح بالشرط وقد نص على شرط نصيبه من الربح وكذلك لو قال خذ هذه الالف فاعمل بها بالنصف أو قال بالثلث فهى مضاربة جائزة استحسانا وفى القياس لا يجوز لانعدام التنصيص على من شرط له الثلث ولكن فى الاستحقاق قال انما يراد بهذا فى العرف اشتراط ذلك للمضارب وحرف الباء دليل عليه فكأنه صرح بذلك وللقياس وجه آخر وهو أنه لما لم ينص على المضاربة فيحتمل أن يكون مراده ايجاب الثلث له من أصل الالف بمقابلة عمله ويحتمل أن يكون المراد ايجاب الثلث له من الربح ولكنه استحسن فقال فى عرف الناس المراد بهذا اللفظ اشتراط الثلث له من الربح فهو ومالو أتى بلفظ المضاربة سواء (ألا ترى) انه لو قال فى وصيته أوصيت لك بثلثى بعد موتى جاز استحسانا وكان وصية له بثلث المال لاعتبار العرف فهذا مثله ولو دفع الالف اليه على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو كله للمضارب فقبض المال على هذه فربح أووضع أو هلك المال قبل أن يعمل به فهو قرض عليه وهو ضامن له والربح كله له لان اشتراط جميع التركة له يكون تنصيصا على تمليك أصل المال منه فانه لا يستحق جميع الربح مالم يكن مالكا للمال وللتمليك طريقان الهبة والاقراض فعند التردد لا يثبت الا أدنى الوجهين لانه متيقن به وأدنى الوجهين القرض فلهذا جعل مقرضا المال منه ولو كان قال على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو كله لرب المال فهذه بضاعة مع المضارب وليس له فيها ربح ولا أجر ولا ضمان عليه فى المال ان هلك لانه ما ابتغى عن عملي عوضا فيكون هو فى العمل معينا لصاحب المال والمعين فى

التجارة مستصنع فيكون المال في يده أمانة ورب المال لم يعنه فى شئ حين شرط جميع الربح لنفسه وهذا الاصل الذي قلنا لأن العبرة للمقصود فى كل عقد دون اللفظ ولو قال خذ هذه الالف مضاربة أو مقارضة ولم يذكر ربحا فهى مضاربة فاسدة لان المضارب شريك فى الربح والتنصيص على لفظ المضاربة يكون استرداد الجزء من ربح المضارب وذلك الجزء غير معلوم وجهالته تفضى الى المنازعة بينهما ومثله اذا كان فى صلب العقد يكون مفسداً للعقد فيكون الربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله ربح أو لم يربح ولو قال على ان لرب المال ثلث الربح ولم يسم للمضارب شيأ فهذه مضاربة فاسدة فى القياس لانهما لم يبينا ماهو المحتاج اليه وهو نصيب المضارب من الربح وانما ذكر امالا يحتاج اليه وهو نصيب رب المال ولا حاجة به الى ذلك فرب المال لا يستحق بالشرط وليس من ضرورة اشتراط الثلث لرب المال اشتراط ما بقى للمضارب فان ذلك مفهوم والمفهوم لايكون حجة للاستحقاق ومن الجائز أن يكون مراده اشتراط بعض الربح لعامل آخر يعمل معه وهذا بخلاف مااذا بين نصيب المضارب خاصة لانه ذكر هنا ما يحتاج الى ذكره وهو بيان نصيب من يستحق بالشرط ووجه الاستحسان أن عقد المضاربة عقد شركة فى الربح والاصل فى المال المشترك انه اذا بين نصيب أحدهما كان ذلك بيانا فى حق الآخر ان له مابقى قال الله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث معناه وللأب مابقى وهنا لما دفع اليه المال مضاربة فذلك تنصيص على الشركة بينهما فى الربح فاذا قال على ان لى ثلث الربح يصير كانه قال ولك مابقى كما لو قال على ان لك ثلث الربح يصير كانه قال ولى ما بقى ولو صرح بذلك لكان العقد صحيحا على مااشترطا فهذا مثله وهذا عمل بالمنصوص لا بالمفهوم ولو قال على ان للمضارب ثلث الربح أو سدسه كانت المضاربة فاسدة لانه لم ينص فى نصيب المضارب علي شئ معلوم ولكن ردده بين الثلث والسدس وبهذا اللفظ تمكن فيما يستحقه المضارب جهالة تفضى الى المنازعة وكذلك لو قال على ان لي نصف الربح أو ثلثه لان معنى هذا الكلام ولك مابقى النصف أو الثلث فيفسد العقد لجهالة تفضى الى المنازعة فيما شرط للمضارب ولو شرط للمضارب ثلث الربح ولرب المال نصف الربح فالثلث للمضارب كما شرط اليه والباقى كله لرب المال لان استحقاق المضارب بالشرط وما شرط له الا الثلث ورب المال يستحق مابقى لكونه نماء ملكه وهذا موجود فى المسكوت عنه فيكون له ولو قال خذ هذه الالف لتشترى بها هرويا بالنصف أو قال لتشترى بها رقيقا

بالنصف فهذا فاسد لانه استأجره ببعض مايحصل بعمله وهو نصف المشتري وذلك فاسد ثم هذا استئجار باجرة مجهولة وانما جعلناه استئجارا لانه أمره بالشراء خاصة والربح لايحصل بالشراء وانما يحصل به وبالبيع وهو بالامر بالشراء لايملك البيع عرفنا ان هذا العقد ليس شركة بينهما فى الربح فبقى استئجارا على الشراء باجرة مجهولة وهذا فاسد يعني به الاجارة فاما الوكالة بالشراء فجائزة وما اشتري بها يكون لرب المال وللمضارب أجر مثله فيما اشترى لانه ابتغى فى عمله عوضا وليس له أن يبيع مااشترى الا بامر رب المال فان باع بغير أمره فحكمه حكم بيع الفضولي لايجوز الا باجازة المالك فان تلف ماباع ولم يقدر على المشترى منه فالمضارب ضامن لقيمته حين باع لانه بالبيع والتسليم غاصب والثمن الذى باع به المضارب ملكه بالضمان فينفذ بيعه من جهته فان كان فيه فضل على القيمة التى غرم فينبغي له أن يتصدق به الا على قول أبي يوسف رحمه الله وأصله فى المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح واذا أجاز رب المال بيع المضارب فان كان المبيع قائما بعينه نفذ بيعه لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وكذلك ان كان لايدرى انه قائم أم هالك لان التمسك بالاصل المعلوم واجب حتى يعلم غيره وقد علمنا قيامه فجاز البيع باعتبار الاصل والثمن لرب المال لايتصدق منه بشئ كما لو كان أمره بالبيع فى الابتداء وان علم هلاكه عند الاجازة فاجازته باطلة لان الملك يثبت للمشترى بالعقد عند الاجازة فلا بد من قيام المعقود عليه على وجه يقبل ابتداء العقد حتى ينفذ العقد فيه بالاجازة فاذا بطلت الاجازة كان المضارب ضامنا للقيمة يوم باعه والثمن له يتصدق بالفضل اذا كان فيه ولو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذه فهو فاسد فى القياس أيضا لان الابتياع عبارة عن الشراء فهذا وقوله اشتر بها بالنصف سواء وفى الاستحسان هذه مضاربة جائزة لان لفظ الابتياع عام يقع على البيع والشراء جميعا وبقوله فما كان من فضل تبين أن مراده البيع والشراء جميعا لان الفضل لايحصل الا بهما فيكون له أن يشترى مابدا له ويبيعه وانما شرط له نصف الربح فكانت مضاربة جائزة وكذلك لو قال خذها بالنصف فهو جائز استحسانا وفى القياس هذه أفسد من قوله اشتر بها هرويا بالنصف والفرق بينهما على وجه الاستحسان ان هنا لم ينص على شئ من العمل وانما ذكر حرفا يدل على المعاوضة وهو حرف الباء وهو تنصيص على العوض له وانما يستحق العوض باعتبار عمله وعمله الذى يستحق باعتباره عوضا مسمي هو

البيع والشراء جميعا فكأنه نص عليهما وبهذه تبين ان مراده اشتراط نصف الربح له فأما هناك فنص على العمل الذى أوجب له العوض بمقابلته وهو الشراء فيكون استئجارا باجرة مجهولة وكذلك لو قال خذها على النصف لان حرف على وحرف الباء مستعملان فى مثل هذا المحل استعمالا واحدا ويكون دليلا على المعاوضة وكذلك لو قال اعمل بهذه على النصف لانه نص على العمل هنا وانما ينصرف للعمل الذى يحصل به الربح وذلك الشراء والبيع جميعا ولو دفع اليه مضاربة على أن يعطى المضارب رب المال ماشاء من الربح أو على أن يعطى رب المال المضارب ماشاء من الربح فهذه مضاربة فاسدة لجهالة حصة المضارب من الربح فى الفصلين فان المشيئة المشروطة لاحدهما لا تكون لازمة فى حق الآخر وله أن يرجع عن ذلك متى شاء وعند رجوعه تمكن منهما المنازعة باعتبار جهالة نصيب المضارب وكذلك لو اشترط لاحدهما بعينه ما شاء من الربح وللاخر ما بقى فهذه مضاربة فاسدة لجهالة نصيب المضارب سواء كان صاحب الشرط أو صاحب ما بقى ولو اشترطا لرب المال من الربح مائة درهم والباقى للمضارب فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فى الربح مع حصوله فربما لا يحصل الا قدر المائة وكذلك لو اشترطا للمضارب نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وزيادة عشرة دراهم فهذه فاسدة لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة ولان هذه مخاطرة لا مضاربة فربما يكون الحاصل من الربح دون العشرة فيتعذر مراعاة الشرط عليهما مع حصول الربح ولو دفعها اليه مضاربة على مثل ماشرط فلان لفلان من الربح فان كانا قد علما جميعا ماشرطه فلان لفلان فهو مضاربة لانهما جعلا المشروط لفلان عيارا فاذا كان ذلك معلوما عندهما ضاربا به وان لم يكن معلوما لهما أو لم يعلمه أحدهما فهى مضاربة فاسدة لان حصة المضارب من الربح لا بد أن تكون معلومة لهما وبما ذكرا فى العقد لم يصر ذلك معلوما لهما ففسد العقد لجهالة نصيب المضارب عندهما أو عند أحدهما وقت العقد واذا دفع الرجل الى رجل دراهم مضاربة ولا يدرى واحد منهما ماوزنها فهي مضاربة جائزة لان الاعلام بالاشارة اليه أبلغ من الاعلام بالتسمية ورأس المال أمانة فى يد المضارب كالوديعة والدراهم تتعين فى الامانة وعند الشراء بها يعلم مقدارها بالوزن ويقبل قول المضارب فيه لكونه أمينا فجهالة المقدار عند العقد لا تفضى الى المنازعة فان اختلفا فى مقدار رأس المال عند قسمة الربح فالقول قول المضارب مع يمينه لانه هو القابض والقول فى مقدار المقبوض قول القابض

ذلك من شيء فللمضارب ثلثه ولرب المال ثلثه ولعبد المضارب ثلثه فهو جائز وثلثا الربح للمضارب لان المشروط للعبد الذي دين عليه كالمشروط لمولاه فان كسب العبد مملوك لمولاه فكان هذا بمنزلة اشتراط المضارب ثلثي الربح لنفسه فكذلك لو لم يشترط للعبد المضارب ولكنه شرط لعبد رب المال فقلنا الربح لرب المال لان المشروط لعبده كالمشروط له أو يجعل هذا في حقه كالمسكوت عنه ولو كان اشترط الثلث لعبد المضارب وعليه دين يحيط بكسبه فالثلثان من الربح لرب المال في قول أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله أن استغراق كسب العبد بالدين يمنع ملك المولى في كسبه ويكون المولى من كسبه كأجنبي آخر فالمشروط للعبد في هذه الحالة كالمشروط لاجنبي آخر ولو شرط ثلث الربح لاجنبي كان ذلك لرب المال لان الربح لا يستحق الا بعمل أو مال وليس للمشروط له عمل ولا مال في هذا العقد فيلغو ماشرط له ويجعل ذلك كالمسكوت عنه فيكون لرب المال ولا تفسد المضاربة بين المضارب ورب المال وهذا لان الشرط الفاسد ليس من صلب العقد وانما صلب العقد بيان حصة المضارب من الربح بالشرط ولا فساد في ذلك وعقد المضاربة نظير عقد الشركة لا يفسد بالشرط الفاسد اذا لم يكن متمكنا في صلب العقد بخلاف ما اذا شرط للمضارب مائة درهم فالشرط الفاسد هناك فيما هو من صلب العقد ولكن ما نحن فيه نظير ما لو شرط أن تكون الوضيعة عليهما فان هذا الشرط فاسد والوضيعة على المال ولا يفسد العقد لانه ليس من صلب العقد وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فثلثا الربح للمضارب لان عندهما المولي يملك كسب عبده وان كان مستغرقا بالدين فالمشروط لعبد المضارب كالمشروط للمضارب عندهما ولو كان اشترط ثلث الربح لامرأة المضارب أو لابنه أو لمكاتبه كان ذلك الشرط باطلا ولا يفسد به العقد لانه ليس من صلب العقد والمضاربة جائزة وثلثا الربح لرب المال لانه ليس للمرأة والابن في هذا العقد مال ولا عمل فلا يستحق شيأ من الربح ولكن ماشرط له كالمسكوت عنه فيكون لرب المال وكذلك لو كان اشترط الثلث لامرأة رب المال أو ولده أو لاجنبي آخر ولو كان الثلث للمساكين أو للحج أو في الرقاب فهو كذلك لان ما سمي له ثلث الربح ليس من جانبه رأس مال ولا عمل فالشرط له يلغو واشتراطه للمساكين تصدق بما لم يملكه بعد فكان باطلا ويجعل ذلك كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه لو فسد جميع المضاربة كان جميع الربح لرب المال فكذلك اذا فسد بعض الشرط كان ذلك لرب المال وهذا لان المضارب انما يملك بالشرط

أمينا كان أو ضمينا والبينة بينة رب المال لاثباته الزيادة ببينة واذا كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة فأمره أن يعمل بها مضاربة بالنصف فهو جائز لانه أضاف العقد الى رأس مال هو عين وهو شرط صحة المضاربة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون فى يد رب المال أو فى يد المضارب لانه لا بد من تسليمه الى المضارب عقيب العقد ولم يذكر ما لو كانت الدراهم مغصوبة في يدذى اليدفقال اعمل بهامضاربه بالنصف وفى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله قال عند أبى يوسف رحمه الله هذا والوديعة سواء لانه أضاف العقد الى رأس مال عين وذلك منه رضاء بقبض المضارب واسقاطه لحقه فى الضمان فيلحق بالامانة وعلى قول زفر رحمه الله هذا لا يجوز لان شرط صحة المضاربة أن يكون رأس المال أمانة فى يد المضارب وهذا الشرط لا يحصل بنفس العقد لان الغاصب لا يصلح قابضا من نفسه للمغصوب منه حتى ينسخ به حكم الغصب ولهذا لو وكل الغاصب ببيع المغصوب لا يبرأ عن الضمان حتى يبيعه ويسلمه فاذا لم يوجد الشرط هنا لا تصح المضاربة ولو كان لرجل على رجل ألف درهم دين فأمره أن يعمل بها مضاربة ويشترى بها مابداله من المتاع ثم يبيعه بالنصف فهذا فاسد لان شرط صحة المضاربة كون رأس المال عينا ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده فالمديون لا يكون قابضا للدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يمكن أن يبرئه عن الضمان مع بقائه بدون القبض فاذا لم تصلح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له لا شئ لرب المال منه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ودينه عليه بحاله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله مااشترى فهو لرب المال والمضارب برىء من دينه وله علي رب المال أجر مثله فيما عمل وهو بناء علي مسئلة كتاب البيوع اذا قال لمديونه اشتر بمالى عليك ثوبا هرويا وقد بينا هاثمة ثم عندهما المضاربة فاسدة فلهذا كان الربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله ولوقال رب المال لرجل آخر اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة بالنصف فهو جائز لانه وكيل رب المال في قبض الدين منه فاذا قبضه كان المقبوض بمنزلة الوديعة في يده فتنعقد المضاربة بينهما برأس مال هو عين فى يده وذكر في النوادر أن هذا يكره لانه شرط لنفسه منفعة قبل عقد المضاربة ليس ذلك مما حصل به الربح وهو تقاضي الدين وقبضه فالكراهة لهذا والله أعلم

باب اشتراط بعض الربح لغيرهما

(قال رحمه الله) واذا دفع الي رجل ألف درهم مضاربة على أن مارزق الله تعالى في

بفساد الشرط فى البعض لا يزداد الشرط في جانب المضارب فلا يزداد حقه ولو دفع اليه
لف درهم مضاربة على أن ثلث الربح للمضارب وثلثه يقضي به دين المضارب الذى للناس
عليه أو مالى الذى لفلان عليه فثلث الربح لرب المال والمضاربة جائزة وثلثا الربح للمضارب
لان المديون انما يقضى الدين بملك نفسه فما شرط لقضاء الدين الذى على المضارب يكون
مشروطا للمضارب ولا يجبر على قضاء الدين منه لان الاختيار الى المديون في تعيين المحل
الذى يقضى به الدين من ماله والذى سبق منه وعد بقضاء الدين من بعض الربح الذى يستحقه
والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولو دفع رجلان الى رجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب
ثلث ربح جميع المال وما بقى من الربح فثلثه لاحد صاحبي المال بعينه والثلثان للآخر فعمل
المضارب على هذا وربح فثلث جميع الربح للمضارب كما شرط والباقى بين صاحب المال نصفين
لاستوائهما في رأس المال وذلك يوجب التسوية بينهما في استحقاق الربح والذى شرط لنفسه
ثلثى مابقى يكون شارطا لنفسه شيأ من ربح مال صاحبه من غير أن يكون له فيه رأس مال
أو عمل وهذا الشرط باطل ولكنه ليس فى صلب العقد بينهما وبين المضارب فبقي العقد بينهما
وبينه صحيحا ولو كان المضارب اشترط ان له ثلث الربح ثلثا ذلك من حصة أحدهما بعينه
والثلث من حصة الاخر على أن مابقى من الربح فهو بين صاحبي المال نصفان فللمضارب
ثلث الربح على ما اشترطا ثلثا ذلك من حصة الذى اشترط ذلك والثلث من حصة الاخر
وما بقي من الربح فهو بين صاحبي المال على اثني عشر سهما خمسة للذى شرط للمضارب
من حصته ثلثى ثلث الربح وسبعة للاخر لانك تحتاج الى حساب له نصف وثلث ينقسم
ثلثه أثلاثا وأقل ذلك ثمانية عشر فقد شرط للمضارب ثلث ذلك ستة أسهم ثلثاذلك وهو
أربعة من نصيب الذى شرط له ثلثى الثلث وثلثه وهو سهمان من نصيب الاخر وذلك
جائز لان نصيب كل واحد منهما بمنزلة مال على حدة دفعه اليه مضاربة والمضارب قد
يستقصى فيما يشترطه لنفسه بعمله فيما لزيد ويسامح فيما يشترطه لنفسه من مال عمرو فاذا
صح هذا الشرط قلنا ربح كل واحد منهما سبعة أسهم فالذى شرط للمضارب أربعة
من نصيبه يبقى له خمسة والذى شرط للمضارب سهمين من نصيبه يبقى له سبعة فكان الباقى
مقسوما بينهما على مقدار مابقى من حق كل واحد منهما فيكون على اثنى عشر سهما واشتراط
المناصفة بينهما باطل لان من بقى له خمسة اشترط لنفسه سهما من ربح مال صاحبه من غير

أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن ثلث الربح للمضارب وثلثه لرب المال وثلثه لمن شاء المضارب فالثلثان من الربح لرب المال والشرط باطل لانه ليس فى شرط المشيئة منفعة للمضارب فلا يجعل ذلك القدر كالمشروط. فيكون لرب المال بخلاف المشروط فى قضاء الدين فعلى المضارب لان فيه منفعة ظاهرة له وهى براءة ذمته فيجعل ذلك كالمشروط للمضارب ولو قالا ثلث الربح لمن شاء رب المال فهو والمسكوت عنه سواء فيكون لرب المال واذا دفع رجل الي رجلين ألف درهم مضاربة على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فلأحدهما بعينه نصف الربح وللآخر سدس الربح ولرب المال ثلث الربح فهو جائز على ما اشترطا لان رب المال شرط على كل واحد من المضاربين جزأ معلوما من الربح وفاوت بينهما فى الشرط لتفاوتهما فى الهداية فى التجارة المربحة وذلك صحيح ولو دفع رجلان الى رجلين الف درهم مضاربة على أن لاحد المضاربين بعينه من الربح الثلث وللآخر السدس وما بقي من صاحبي المال لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فعملا وربحا فنصف الربح للمضاربين على ما اشترطا ثلثاه لاحدهما وللآخر ثلثه لان الاستحقاق لهما بالشرط وهكذا شرط لهما والنصف الآخر بين صاحبي المال نصفين لان استحقاقهما باعتبار رأس المال وقد تفاوتا فى ذلك فاشتراط الفضل لاحدهما فيما بقي من غير أن يكون له فى نصيب صاحبه مال أو عمل يكون شرطا فاسدا ولو قال للمضاربين نصف الربح بينكما لفلان منه الثلثان من نصيب أحد صاحبي المال ثلثاه ومن نصيب الآخر الثلث ولفلان الآخر منه الثلث ثلثا ذلك من نصيب صاحبي المال وهو الذى أعطى له نصيبه وثلث ذلك من نصيب الآخر والنصف الآخر بين صاحبي المال نصفين فعملا فربحا فنصف الربح بين المضاربين على ما اشترطا والنصف الآخر بين صاحبي المال على تسعة أسهم للذى شرط للمضارب ثلثي النصف من نصيبه من ذلك أربعة أسهم وللآخر خمسة وتخرج المسئلة على نحو تخريج المسئلة الاولى بأن يجعل الربح على ثمانية عشر نصيب كل واحد منهما تسعة والمشروط لاحد المضاربين ثلثا الربح وهو ستة من تسعة ثلثا ذلك وهو أربعة من نصيب أحدهما وثلثه وهو سهمان من نصيب الآخر والذي شرط له ثلث النصف ثلثه ثلث ذلك وهو سهم ممن أعطى الآخر أربعة وثلثاه وهو سهمان ممن أعطى الآخر سهمين فالذى شرط ثلثي الربح لاحدهما استحق عليه أحد المضاربين من نصيبه أربعة والآخر سهما واحدا فاذا دفعت ذلك من تسعة

بقي له أربعة أسهم والآخر استحق عليه كل واحد من المضاربين سهمين بقي له خمسة أسهم فيقسم الباقي بينهما على مقدار مابقي من حق كل واحد منهما فيكون على تسعة لاحدهما خمسة وللآخر أربعة واشتراطهما المناصفة فيما بقي باطل لما قلنا واذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة على أن يخلطها المضارب بالف من قبله ثم يعمل بهما جميعا على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شيء فللمضارب ثلثاه وللدافع ثلثه فهو جائز على ما اشترطا لان العامل شرط لنفسه ربح مال نفسه وثلث ربح مال صاحبه فكأنه أخذ منه الالف مضاربة بثلث الربح وذلك جائز ولو كان الدافع اشترط لنفسه ثلثي الربح وللعامل ثلثه فالربح بينهما نصفان علي قدر مالهما لان الدافع شرط لنفسه جميع ربح ماله فيكون دافعا المال من وجه البضاعة وشرط أيضا لنفسه جزأ من ربح مال العامل وهذا منه طمع في غير مطمع لانه ليس له في مال العامل رأس مال ولا عمل فيبطل هذا الشرط ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما نصفين ولو دفع اليه الف درهم مضاربة علي أن يخلطها بالف من قبله ويعمل بهما جميعا على أن للمضارب ثلثي الربح نصف ذلك من ربح الف صاحبه ونصفه من ربح ألفه خاصة وعلى أن مابقي من الربح للدافع فهو جائز للمضارب ثلثا الربح على ما اشترطا والثلث لرب المال لما بينا انه شرط الدافع للمضارب جزأ من ربح ماله بعمله فيه وذلك مستقيم ثم يقول فى بيان العلة لان سدس الربح صار للدافع من ربح مال المضارب وصار له سدس مثله من ربح ألفه الذى صار للمضارب قال الشيخ الامام الاجل رضى الله عنه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول هذا التعليل لا يصح فمبادلة ربح لم يوجد بربح لم يوجد كيف يكون صحيحا وانما معنى هذا التعليل أنه ليس فى هذا التفصيل فائدة لاحدهما لان بعد خلط المالين لا فرق فى حق كل واحد منهما بين سدس الربح الذى يكون من ألفه وبين مثله من ألف صاحبه والشرط انما يراعى اذا كان مفيدا لهما أو لاحدهما فما لم يكن مفيدا يكون لغوا ويبقى اشتراط ثلثي الربح للمضارب مطلقا فيكون صحيحا على ما اشترطا ولو دفع اليه ألفى درهم على أن يخلطهما بألف من قبله على أن الربح بينهما نصفان فهذا جائز لان العامل شرط لنفسه ربح ألفه وربع ربح مال الدافع ودفع المال مضاربة بربع الربح صحيح فان كان الدافع شرط لنفسه ثلاثة ارباع الربح وللعامل ربعه فالربح بينهما أثلاثا على قدر مالهما لان الدافع شرط الزيادة على الثلثين لنفسه وطمع فى جزء من ربح مال العامل وليس له فيه رأس مال ولا عمل فكان هذا الشرط باطلا والله أعلم

باب المضاربة بالعروض

(قال رحمه الله) ذكر عن ابراهيم والحسن رحمهما الله قالا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم والدنانير وبه نأخذ وقال مالك رحمه الله المضاربة بالعروض صحيحة لان العرض مال متقوم يسترح عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة بالعرض يجوز ابتداؤها بالعروض ولكنا نستدل بنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدى الى ذلك لانها أمانة فى يد المضارب وربما ترتفع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير أن يدخل شئ فى ضمانه بخلاف النقد فانه يشتري بها وانما يقع الشراء بثمن مضمون فى ذمته فما يحصل له يكون ربح ماقد ضمن *توضيحه ان الربح هنا لما كان يحصل بمجرد البيع يصير فى المعنى كانه استاجره لبيع هذه العروض باجرة مجهولة وفى النقد الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع جميعا فتكون شركة ولان تقدير المضاربة بالعروض كانه قال بع عرضى هذا على أن يكون بعض ثمنه لك ولو قال على ان جميع ثمنه لك لم يجز فكذلك البعض واذا كان رأس المال نقدا يصير كانه قال اشتر بهذه الالف وبع على أن يكون بعض ثمنه لك ولو قال على أن جميع ثمنه لك صح فكذلك البعض *توضيحه ان الربح فى المضاربة لا يظهر الا بعد تحصيل رأس المال ورأس المال اذا كان عرضا فطريق تحصيله وطريق معرفة قيمته الحزر والظن فلا يتيقن بالربح في شئ ليقسم بينهما بخلاف النقود فان كان رأس المال مكيلا أو موزونا من غير النقود فالمضاربة فاسدة أيضا عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله هى جائزة لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما ولان المكيل والموزون يجوز الشراء بهما ويثبت دينا فى الذمة ثمنا فيكون ذلك بمنزلة النقود فى أن المضارب انما يستحق الربح بالضمان وحجتنا فى ذلك أن المكيل والموزون يتعين فى العقد كالعروض وأول التصرف بهما يكون بيعا وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارا للبيع باجرة مجهولة وذلك باطل كما فى العروض فان اشترى وباع فربح أو وضع فالربح لرب المال والوضيعة عليه ولا ضمان على المضارب وله أجر مثله فيما عمل كما هو الحكم فى المضاربة الفاسدة وقد بينا حكم المضاربة بالفلوس والنبهرجة والستوقة والزيوف والتبر زاد هنا فقال (ألا ترى) أن رجلا

لو اشترى عبدا بذهب تبر بعينه أو بفضة تبر بعينها فهلك التبر قبل التسليم بطل البيع فقد أشار فى كتاب الصرف الى أن التبر لا يتعين فى الشراء ولا ينتقض العقد بهلاكه وقد بينا هناك وجه الروايتين أن هذا يختلف باختلاف البلدان فى رواج التبر نقدا أو عرضا واذا دفع الى رجل فلوسا مضاربة بالنصف فلم يشتر شيأ حتى كسدت تلك الفلوس وأحدثت فلوس غيرها فسدت المضاربة لان على قول من يجيز المضاربة بالفلوس انما يجيز باعتبار صفة الثمنية وهى ثمن مادامت رائجة فاذا كسدت فهى قطاع صفر كسائر الموزونات ولو اقترن كسادها بعقد المضاربة لم تصح المضاربة فكذلك اذا كسدت بعد العقد قبل حصول المقصود به وقد بينا فى كتاب الشركة أن الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقارن للعقد فهذا مثله فان اشترى بها المضارب بعد ذلك فربح أو وضع فهو لرب المال وللمضارب أجر مثل عمله فيما عمل هو الحكم فى المضاربة الفاسدة ولا فرق فيه بين الفساد الطارئ والفساد المقارن (ألا ترى) انه لو اشترى بهذه الفلوس الكاسدة شيأ فضاعت قبل أن ينقدها انتقض البيع فعرفنا أنها بالكساد صارت كالعروض ولو لم تكسد حتى اشترى بها المضارب ثوبا ودفعها وقبض الثوب ثم كسدت فالمضاربة جائزة على حالها لان بالشراء حكم المضاربة تحول الى الثوب وصار مال المضاربة الثوب دون الفلوس فلا يتغير الحكم بكساد الفلوس بعد ذلك ولكن المقصود قد حصل بالشراء وما يعرض بعد حصول المقصود لا يجعل كالمقترن بالسبب فاذا باع الثوب بدراهم أو عرض فهو على المضاربة فان ربح ربحا وأرادوا القسمة أخذ رب المال قيمة فلوسه يوم كسدت لانه لابد من رد رأس المال اليه ليظهر الربح ورأس المال كان فلوسا رائجة وهى للحال كاسدة فقد تعذر رد مثل رأس المال وهذا التعذر انما يتحقق يوم الكساد فيعتبر قيمتها فى ذلك الوقت وفرق بين هذا وبين ما اذا غصب شيأ من ذوات الامثال فانقطع المثل من أيدى الناس ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعتبر قيمته يوم الخصومة لان المثل هناك باق فى الذمة والقدرة على تسليمه متعذرة أو انه حاصل وانما يتحول الحق الى القيمة عند الخصومة فتعتبر قيمته يومئذ وهنا الوقت فى تحصيل المثل غير منتظر لان ما كسد من الفلوس قد لا يروج بعد ذلك قط ولا يدرى متى يروج فانما يتحول الحق الى القيمة عند تحقق فوات مثل تلك الفلوس وذلك وقت الكساد فتعتبر قيمته عند ذلك ثم الباقى بينهما ربح على الشرط. واذا دفع الى رجل شبكة ليصيد بها السمك على ان ماصادها

من شيء فهو بينهما فصاد بها سمكا كثيرا فجميع ذلك للذي صاد لقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذ ولان الآخذ هو المكتسب دون الآلة فيكون الكسب له وقد استعمل فيه آلة الغير بشرط العوض لصاحب الآلة وهو مجهول فيكون له أجر مثله على الصياد وكذلك لو دفع اليه دابة يستقي عليها الماء ويبيع عليها أو لينقل عليها الطين ليبيعه أو ما أشبه ذلك بخلاف ما اذا أمره أن يؤاجر الدابة فالغلة هناك لصاحب الدابة وللعامل أجر مثله وقد تقدم بيان هذا فى الاجارة انه اذا آجر الدابة فالاجر بمقابلة منافعها والعامل وكيل لصاحبها واذا استعملها العامل فى نقل شيء عليها وبيع ذلك فهو لنفسه ولو دفع الى حائك غزلا على أن يحوكه سبعة فى أربعة ثوبا وسطا على أن الثوب بينهما نصفان فهذا فاسد وهو فى معنى قفيز الطحان وقد بينا ما فيه من اختيار بعض المتأخرين رحمهم الله باعتبار العرف فى ذلك فى بعض البلدان فى كتاب الاجارة والثوب لصاحب الغزل وللحائك أجر مثله واذا دفع الى رجل أرضا بيضاء على أن يبني فيها كذا كذا بيتا وسمى طولها وعرضها وكذا كذا حجرة على أن ما بنى من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى أن أصل الدار بينهما نصفان فبنى فيها كما شرط فهو فاسد لانه أمر بان يجعل أرضه مساكن بآلات نفسه فيكون مشتريا بالآلات وهى مجهولة وقد جعل العوض نصف ما يعمل لنفسه من المساكن وذلك فاسد وقد قررنا فى الاجارات أن هذا المعنى فى الارض يدفعها اليه ليغرسها أشجارا على أن تكون الارض والشجر بينهما نصفين فهو فى البناء كذلك ثم جميع ذلك لرب الارض وعليه للثانى قيمة ما بنى لانه يصير قابضا له بحكم العقد الفاسد فان بناء الغير له بامره كبنائه بنفسه فعليه ضمان القيمة لما تعذر رد العين باعتبار انه صار وصفا من أوصاف ملكه وللعامل أجر مثله فيما عمل لانه أقام العمل له وقد ابتغى من عمله عوضا فاذا لم ينل ذلك استوجب أجر المثل ولو دفع اليه أرضا على أن يبنى فيها دسكرة ويؤاجرها على ان ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بينهما نصفان فبناها كما أمره فاجرها فأصاب مالا فجميع ما أصاب من ذلك فهو للبانى والبناء له لان صاحب الارض هنا شرط البناء لنفسه فيكون الثانى عاملا لنفسه فى البناء واذا كان البناء ملكا له فعليه البناء أيضا وانما يستأجر البيوت للسكنى وذلك باعتبار البناء ولهذا لو انهدم جميع البناء لم يكن على المؤاجر للمستأجر أجر بعد ذلك فلهذا كان الاجر كله لصاحب البناء ولرب الارض أجر مثل أرضه على البانى لانه أجر الارض بنصف ما يحصل من غلة البناء وهى مجهولة وقد استوفى منفعة الارض

بهذا العقد الفاسد فيلزمه أجر مثلها وينقل الثاني بناءه عن أرض رب الارض لان الارض باقيه على ملك صاحبها فعلى الثاني أن يفرغها ويردها على صاحبها لفساد عقد الاجارة بينهما في الارض ولو كان اشترط مع ذلك أن الارض والبناء بينهما نصفان كان ذلك كله مع ماأجرها به لرب الارض لانه صار مشتريا لما بنى به هنا بنصف الارض أو أمره بان يجعل أرضه دسكرة بآلات نفسه على أن له بعض ما يحصل بعمله وذلك فاسد ولكنه صار قابضا مستهلكا بشراء فاسد فعليه قيمته يوم بني الباني وأجر مثله فيما عمل وأجر مثله فيما أجر من الدسكرة لانه في كل ذلك عامل لصاحب الارض باجرة مجهولة بخلاف الاول فهناك صاحب الارض ما شرط لنفسه شيئاً من البناء فيكون الثاني عاملا لنفسه وهنا اضاف البناء الى نفسه حين شرط لنفسه نصف البناء وجعل النصف الآخر اجرة للباني فلهذا كان البناء كله لصاحب الارض هنا واذا دفع الى رجل بيتا على أن يبيع فيه البر على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شئ فهو بينهما نصفان فقبض البيت فباع فيه وأصاب مالا فالمال كله لصاحب البر لانه ثمن ملكه وهو في البيع كان عاملا لنفسه ولرب البيت أجر مثل بيته لانه اجر البيت باجرة مجهولة ولو كان رب البيت دفع اليه البيت ليؤجره ليباع فيه البر على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شئ فهو بينهما نصفان فهذا فاسد فان أجر البيت فالأجر لرب البيت لان الاجر عوض منفعة البيت هنا والعامل كالوكيل لصاحب البيت في اجارته ولكنه ابتغى عن عمله له عوضا لم يسلم له فيستوجب اجر مثله فيما عمل واذا قال خذ هذا العبد مضاربة وقيمته ألف درهم على أن رأس مالي قيمته على أن يبيعه ويشتري بثمنه ويبيع فما رزق الله تعالى في ذلك من شئ أخذت منه رأس مالي قيمة الغلام وما بقى فهو بينهما نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان رأس المال فيها العبد وهو متمين كسائر العروض ولا يمكن أن يجعل قيمة رأس المال لان القيمة تختلف باختلاف المقومين ولا يمكن تحصيلها يقينا ليظهر الربح بعدها واذا فسد العقد فجميع ذلك ماباع واشترى لرب العبد وللمضارب اجر مثله ولو قال بع عبدي هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة على أن مارزق الله تعالى في ثمنه من شئ فهو بيننا نصفان فهو جائز على ما اشترطا لانه وكله ببيع العبد أولا فكان بيع الوكيل له كبيعه لنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض من دراهم أو دنانير وهو أمانة في يد الوكيل فقد وجد شرط صحة المضاربة وأكثر ما فيه أنه أضاف عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن وذلك

لا يفسد المضاربة غير أنى أكره أن يقول بعه وخذ الثمن مضاربة على أن الربح بيننا نصفان لان بيع العبد ليس من المضاربة وقد صار كأنه شرط فيها فلهذا كره فان شبهة الشئ كحقيقته فى وجوب التحرز عنه قال صلى الله عليه وسلم من اتقى الشبهات سلم له دينه ولو شرط على المضارب فى المضاربة منفعة له سوى ما يحصل به الربح كان ذلك الشرط فاسدا فكذلك شرط بيع العبد لما صار فى معنى ذلك ولكنه ينبغى أن يأمره ببيعه ولا يذكر المضاربة فاذا قبض الثمن أمره ان يعمل به مضاربة وكذلك هنا الحكم في جميع العروض من المكيلات والموزونات ولو باع المضارب العبد بعشرة اكرار حنطة وعمل بها فهذا فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله مضاربة فاسدة لانه وكيل بالبيع مطلقا ومن أصل أبى حنيفة ان الوكيل بالبيع يملك البيع بالمكيل والموزون فلا يصير هو ضامنا ولكنه يصير كانه دفع اليه الحنطة مضاربة فتكون المضاربة فاسدة وجميع ماربح لرب المال وللمضارب أجر مثله فيما عمل بالثمن لانه فى بيع العبد معين وانما يصير أجيرا باعتبار المضاربة وأوان ذلك بعد قبض الثمن وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المضارب ضامن لقيمة العبد وجميع ماربح له لان عندهما الوكيل بالبيع لا يملك البيع الا بالنقود فاذا باع بالحنطة كان مخالفا ضامنا لقيمة العبد كالغاصب فاذا ضمن القيمة بعد البيع من جهته والحنطة التى قبضها له بمقابلة العبد فانما ربح على مال نفسه ولا يتصدق بالفضل لانه ربح ما قد ضمن فان قيل عند أبى حنيفة ينبغى أن يكون الجواب كذلك لانه قال اعمل بثمنه مضاربة فبهذا اللفظ ينبغى أن تنفذ الوكالة بالبيع بما يصلح أن يكون رأس المال فى المضاربة وهو النقد قلنا لا كذلك فكون المضاربة بالعروض والمكيل فاسدة من الدقائق قد خفى ذلك على بعض العلماء فلعله خفى ذلك على صاحب المال أيضا أو كان ممن يعتقد جواز المضاربة بها فمطلق الوكالة لا يتقيد بمثل هذا الكلام المحتمل ولو باعه بمائة درهم وقيمته ألف درهم وعمل بها فهى مضاربة جائزة فى المائة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما المضارب ضامن قيمة العبد لرب المال بناء على اختلافهم فى الوكيل بالبيع مطلقا يبيع بالغبن الفاحش واذا كان للرجل دراهم ودنانير واكرار حنطة ودقيق فقال خذ أى أصناف مالى شئت واعمل به مضاربة بالنصف فأخذ المضارب أحد الاصناف فعمل به فان كان أخذ الدنانير والدراهم فعمل بهما فهو جائز على الشرط وان أخذ غيرهما فهو فاسد فاذا اشترى وباع فهو لرب المال وعليه وضيعته وللمضارب أجر مثله لان تعيين

المضارب صنفا بامر من رب المال كتعيين رب المال ذلك بنفسه فان كان المعين من النقود انعقد العقد صحيحا والا فالمضاربة فاسدة ولو قال خذ أي مالى شئت فبعه ثم اعمل بثمنه مضاربة فأخذ عبدا فباعه بدراهم أو دنانير ثم عمل به مضاربة فهو جائز كما لو كان رب المال دفع العبد اليه وأمره بذلك ولو قال اشتر لي عبداً بألف درهم نسيئة سنة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشترى به كما أمره وقبضه ثم باعه بدراهم أو دنانير ثم عمل بالثمن فهذه مضاربة جائزة لانه فى شراء العبد وبيعه وكيل للآمر معين فكان الآمر فعل ذلك بنفسه ثم انما عقد المضاربة بعد قبض الثمن على المقبوض وهو نقد فكانت المضاربة جائزة ورأس المال ثمن العبد الذى باعه به المضارب فأما الثمن الذى اشترى به المضارب فليس من المضاربة بل هو دين له على رب المال كما هو الحكم فى الوكالة أن البائع يستوجب الثمن على الوكيل والوكيل على الموكل والله أعلم

باب ما يجوز للمضارب فى المضاربة

قال رحمه الله واذا دفع الى رجل مالا مضاربة ولم يقل اعمل فيه برأيك فله أن يشترى به ما بداله من أصناف التجارة ويبيع لانه نائب عن صاحب المال فى التجارة فان قصده بالدفع اليه تحصيل الربح وذلك بطريق التجارة فكذلك ما هو من صنع التجار يملكه المضارب بمطلق العقد ويبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال ابن ابى ليلي رحمه الله ليس له أن يبيعه بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضدا لما هو مقصود رب المال بمنزلة الاقراض (ألا ترى) أن البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث فعرفنا أنه بمنزلة التبرع ولكنا نقول البيع بالنسيئة من صنع التجار وهو أقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فالربح فى الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة دون البيع بالنقد ولان تسليط المضارب على المال ليس بمقصود رب المال انما مقصوده تحصيل الربح بطريق التجارة وذلك حاصل والدليل على أن البيع بالنسيئة تجارة مطلقة قوله تعالي إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فهذا يبين أن التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك إلا بالبيع بالنسيئة وله أن يبضعه لان الابضاع من عادة التجار ويحتاج المضارب اليه لتحصيل الربح فالتجارة نوعان حاضرة فى بلده وغائبة فى بلدة أخرى ولا يتمكن من مباشرتهما بنفسه ولو لم يجزئه الابضاع والتوكيل والايداع لفاته أحد نوعى التجارة لاشتغاله بالنوع الآخر وله أن يستأجر معه الاجراء

يشترون ويبيعون ويستأجر البيوت والدواب للامتعة التي يشتريها لان ذلك من صنع التجار فالمضارب لا يستغني عن ذلك في تحصيل الربح وللمنافع حكم المال عند العقد والاجارة والاستئجار تجارة من حيث انه مبادلة مال بمال وله أن يسافر به وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله انه ليس له أن يسافر به مالم يأذن له فيه صاحب المال لان فيه تعريض المال للهلاك وجه ظاهر الرواية ان اشتقاق المضاربة من الضرب في الارض وانما يتحقق ذلك بالمسافرة ولان مقصوده تحصيل الربح وانما يحصل ذلك في العادة بالسفر بالمال فيملكه بمطلق عقد المضاربة وقد بينا في الوديعة ان المودع له أن يسافر بمال الوديعة ففي المضارب أولى وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه قال ان دفع المال في مصر وهو من أهل ذلك المصر فليس له أن يسافر به وان دفع المال اليه في غير مصر فله أن يسافر به لان العام الغالب أن الانسان يرجع الى وطنه ولا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه وذلك لا يوجد فيما اذا دفع المال اليه وهو مقيم في مصره ولكن هذا التفصيل فيما له حمل ومؤنة بناء على ماروينا عن أبي يوسف رحمه الله في المودع انه لا يسافر بالوديعة اذا كان لها حمل ومؤنة وليس له أن يقرضه لان الاقراض تبرع قال النبي صلى الله عليه وسلم قرض مرتين صدقة مرة ولانه ليس في الاقراض تحصيل شئ من مقصود رب المال لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة شرط ولا غيره وليس له أن يخلطه بماله لان في الخلط بماله أو بمال غيره ايجاب الشركة في المال المدفوع اليه على وجه لم يرض به رب المال وكذلك لا يدفعه مضاربة لان بالدفع مضاربة سوى غيره بنفسه في حق الغير وهو لا يملك ذلك (ألا ترى) أن الوكيل بالبيع مطلقا لا يوكل به غيره ولانه موجب لغيره شركة في الربح ورب المال لم يرض بالشركة لغيره في ربح ماله ولا يشارك به أيضا لان الشركة بمنزلة الدفع مضاربة بل أقوى منه فان قيل أليس ان المضارب يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة ويصح ذلك منه واطلاق التصرف بالاذن في التجارة بمنزلة الدفع مضاربة أو فوقه قلنا قد روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه لا يملك الاذن في التجارة بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان المأذون لا يصير شريكا في الربح فيكون الاذن في التجارة نظير الابضاع لا نظير الدفع مضاربة والشركة به فان كان قال له اعمل فيه برأيك فله أن يعمل

جميع ذلك الا القرض لانه فوض الامر فى هـذا المال الى رأيه على العموم وقد علمنا ان مراده التعميم فيما هو من صنع التجار عادة فيملك به المضاربة والشركة والخلط بماله لان ذلك من صنع التجار كما يملك الوكيل توكيل غيره بما وكل به اذا قيل له اعمل فيه برأيك ولا يملك القرض لانه تبرع ليس من صنع التجار عادة فلا يملكه بهذا اللفظ كالهبة والصدقة واذا دفعه اليه مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة ليس له أن يعمل به فى غيرها لان كلمة على للشرط والشرط فى العقد متى كان مفيـدا يجب اعتباره وهذا شرط مفيد لصاحب المال ليكون ماله محفوظا فى المصر يتمكن منه متى شاء فيتقيد الامر بما قيـده به وليتبين له أن يعطيه بضاعة ممن يخرج به لانه انما يستعين فى هذا المال في غير الكوفة فلا يملك أن يستعين بغيره أيضا ويقاس التوقيت من حيث المكان بالتوقيت من حيث الزمان فان أخرجـه من الكوفة فلم يشتر به شيأ حتى رده اليها فهو ضامن على حاله يتصرف فيها لان خلافه لا يتحقق باخراج المال مالم يعمل خارجا من الكوفة فانه قيد الامر بالعمل بالمكان وانما يمتنع عليه اخراج المال من الكوفة على قصد التصرف اكيلا يكون مخالفا لما شرط عليه صاحبه فعرفنا ان بالاخراج لا يتحقق خـلافه ولو تحقق فهو أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فيكون أمينا كما كان وان اشترى ببعضـه فى غير الكوفة واشترى بما بقى منه في الكوفة فهو مخالف فيما اشتراه بغير الكوفة ضامن لذلك القـدر من المال فله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منـه فى ذلك القدر وفيما بقى من المال فهو متصرف على المضاربة لانه ليس من ضرورة صيرورته مخالفا ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى مالم يتقرر فيه الخلاف والبعض معتبر بالكل ولو دفعه اليه بمضاربة على أن يعمل به فى سوق الكوفة فعمل به فى الكوفة فى غـير ذلك المكان ففى القياس هو مخالف ضامن لانه خالف شرطا نص عليـه الدافع وفى الاستحسان ينفذ تصرفه على المضاربة ولا يكون ضامنا لان الشرط اذا لم يكن مفيدا لا يكون معتبرا ولا فائدة فى تقييد تصرفه بالسوق لان مقصوده سعر الكوفة لاعين السوق ففى أى موضع من الكوفة تصرف كان تصرفه واقعا على ماشرطه الدافع أرأيت لوأمره أن يعمل بها فى الصيارفة فعمل بها فى سوق آخر أوأمره أن يعمل فى بيت فلان فعمل فى غير ذلك المكان كان ضامنا ولا يكون ضامنا فى شئ من ذلك بسبب اتحاد المصر ولو دفعه اليه على أن يعمل به في سوق الكوفة وقال له لا تعمل به الا فى السوق فعمل به فى غـير السوق فهو مخالف ضامن لانه

منعه من التصرف بقوله لا تعمل به واستثنى تصرفا مخصوصا وهو ما يكون فى السوق فما يكون على الوجه المستثنى ينفذ منه ومالا فلا بخلاف الاول فهناك ماحجر عليه عن التصرف انما أمره بالتصرف وقيد الامر بشرط غير مفيد فلا يعتبر تقييده وينفذ تصرفه باعتبار صحة الامر ولو قال خذه مضاربة تعمل به فى الكوفة أو قال فاعمل به فى الكوفة فعمل به فى غير الكوفة فهو ضامن لان قوله تعمل به تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به فى معنى التفسير أيضا لان الفاء للوصل والتعقيب والذى يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسير وكذلك لو قال خذ مضاربة بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق فذلك يقتضى أن يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال وانما يتحقق الصاقه بالكوفة اذا عمل بها وكذلك لو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لان حرف فى للظرف والمكان انما يكون ظرفا للعمل اذا كان حاصلا فيه فهذا كله اشتراط العمل فى الكوفة وقد بينا ان هذا شرط مفيد ولو قال خذه مضاربة بالنصف واعمل به فى الكوفة فله أن يعمل به حيث شاء لان الواو للعطف والشيء لايعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون الواو للابتداء خصوصا بعد الجملة الكاملة وقوله خذه مضاربة بالنصف جملة تامة وقوله واعمل عطف أو ابتداء فيكون مشورة أشار به عليه لا شرطا فى الاول فان قيل لماذا لم يجعل بمعنى الحال كما فى قوله أد الى الفا وأنت حر قلنا لانه غير صالح للحال هنا فحال العمل لايكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ مع أن الواو تستعار للحال مجازا وانما يصار اليه للحاجة الى تصحيح الكلام والكلام صحيح هنا باعتبار الحقيقة فلا حاجة الى حمل حرف الواو على المجاز ولو قال خذه مضاربة على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشتري به الطعام أو قال خذه مضاربة بالنصف فى الطعام فهذا كله بمعنى الشرط كما في الاول وهو شرط مفيد وقد يكون المرء مهتديا الى التصرف فى الطعام دون غيره فيعتبر التقييد ثم يصرف لفظ الطعام في هذا الموضوع الى الحنطة والدقيق خاصة ليس له أن يشتري به غيرهما لانه ذكر لفظ الطعام عند ذكر الشراء وذلك ينصرف الى الحنطة والدقيق خاصة باعتبار عرف الناس فان بائع الطعام فى عرف الناس من يبيع الحنطة ودقيقها وسوق الطعام الموضع الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها وقد قررنا هذا فى الاقرار والايمان وله أن يستأجر ببعضه شيأ يجوز فيه الطعام أو يبيعه فيه أو سفينة ليحمل

فيها الطعام من مصر الى مصر أو دواب لان هذا كله من صنع التجار فى الطعام ولا يجد منه بدا فلما أمره صاحب المال بذلك مع علمه انه لايجد بدا من ذلك فقد صار اذنا له بجميع ذلك وكذلك كل صنف سماه فهو عليه خاصة لانه تقييد مفيد فان اشترى غيره فهو ضامن للخلاف وكذلك لوقال خذه مضاربة في الرقيق فليس له أن يشترى به غير الرقيق لما بينا أن حرف فى للظرف ولا يتحقق ذلك الا من حيث العمل فى الرقيق وله أن يشترى ببعضه كسوة للرقيق وطعاما لهم وما لا بدلهم منه ويستأجر ما يحملهم عليه لان التاجر فى الرقيق يحتاج الى هذا كله عادة فيكون هذا من توابع التجارة فى الرقيق وبمباشرة البيع لا يصير مخالفا ولو قال خذه مضاربة بالنصف واشتر به البر وبع فله أن يشترى به ما بدا له من البر وغيره لان قوله واشتر به البر مشورة وليس بشرط وكذلك لوقال واشتر به من فلان أو قال وانظر فلانا وعامله فيه واشتريه البر وبع لان هذا مشورة لاشرط فيبقى الأمر الأول بعده على اطلاقه ولو دفع اليه مضاربة على أن يشترى من فلان ويبيع منه فليس له أن يشتري من غيره ولا أن يبيع من غيره لان هذا تقييد بشرط مفيد والناس يتفاوتون في المعاملة فى الاستقضاء والمساهلة ويتفاوتون فى ملاءة الذمة وقضاء الديون ولو دفعه اليه مضاربة على أن يشترى به من أهل الكوفة ويبيع فاشترى وباع بالكوفة من رجل ليس من أهل الكوفة فهو جائز لان مقصوده هنا تقييد العمل بالكوفة لا تعيين من يعامله وتقييد ذلك بأهل الكوفة لان طريق جميع أهل الكوفة فى المعاملة وقضاء الديون لا يتفق فعرفنا أن مراده تقييد التصرف بالكوفة وقد وجد ذلك سواء تصرف بالكوفة مع أهل الكوفة أو مع الغرباء بها وكذلك لو دفعه اليه مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيع كان له أن يشترى من غير الصيارفة وما بدا له من الصرف لانه لما لم يعين شخصا لمعاملته عرفنا أنه ليس مراده الا التقييد بالمكان واذا دفع الرجل مالا مضاربة بالنصف فاشترى به حنطة فقال رب المال دفعته اليك مضاربة فى البر وقال المضارب دفعته الى مضاربة ولم يقل شيأ فالقول قول المضارب مع يمينه عندنا وقال زفر رحمه الله القول قول رب المال ولو قال المضارب أمرتني بالبر وقد خالفت فالربح لي وقال رب المال لم أسم شيأ فالقول قول رب المال والربح بينهما علي الشرط بالاتفاق فزفر رحمه الله يقول الاذن يستفاد من جهة رب المال ولو أنكر الاذن أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أقر به بصفة دون صفة وقد تقدم نظيره فى

الاجارات اذا قال الحائك أمرتني بستة فى أربعة وقال رب الغزل أمرتك بسبعة فى خمسة ان القول قول رب الغزل وكذلك المعير مع المستعير اذا اختلفا فى صفة الاعارة كان القول فيه قول المعير والوكيل مع الموكل اذا اختلفا كان القول قول الموكل فهذا مثله * وحجتنا فى ذلك أن مطلق المضاربة يقتضى العموم لان المقصود تحصيل الربح وتمام ذلك باعتبار العموم فى التفويض للتصرف اليه والدليل عليه انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص علي مايوجب التخصيص كالوكالة واذا ثبت ان مقتضى مطلق العقد العموم فالمدعى لاطلاق العقد متمسك بما هو الاصل والآخر يدعي تخصيصا زائدا فيكون القول قول من تمسك بالاصل كما فى البيع اذا ادعى أحدهما شرطا زائدا من خيار أو من أجل وبه يتضح الفرق بين هذا وبين ما استشهد زفر رحمه الله مع أنه لا فرق فان هناك كل واحد منهما يدعى التخصيص بشئ آخر وفى المضاربة لو ادعي أحدهما التقييد بالبر والآخر بالحنطة كان القول فيه قول رب المال أيضا لانهما اتفقا على تغيير مطلق العقد فبعد ذلك القول قول رب المال باعتبار أن الاذن يستفاد من جهته فأما هنا فأحدهما متمسك بما هو مقتضى العقد فيترجح قوله لذلك فان أقام كل واحد منهما البينة على مادعى من تجارة خاصة أخذ بينته لانه أثبت بالبينة مايعين مقتضى العقد وهو محتاج الي اثبات ذلك ولو دفع اليه مالا مضاربة بالنصف ولم يقل شيأ ثم قال له رب المال بعد ذلك لا تعمل بالمال الا فى الحنطة فليس له أن يعمل به الا فى الحنطة لان تقييده الامر بعد الدفع مضاربة لتقييده بذلك عند الدفع وهذا لان رأس المال مادام فى يد المضارب نقدا فرب المال يملك نهيه عن التصرف فيملك تقييد الامر بنوع دون نوع لان من تمكن من دفع شى أصلا يتمكن من تغيير وصفه بطريق الاولى وبعد ما صار المال عروضا لو قال لا تعمل به الا فى الحنطة لا يعتبر تقييده هذا مالم يصر المال فى يده نقدا لانه لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا ولو نهاه لا يعمل نهيه مالم يصر المال في يده نقدا فكذلك لا يملك تغيير صفة الامر بالتقييد وان كان اشترى ببعض المال ثيابا ثم أمره بان لا يعمل فى المال الا فى الحنطة فليس له أن يشتري بما بقي فى يده من المال الا فى الحنطة اعتبارا للبعض بالكل وأما الثياب فله أن يبيعها بما بدا له لانه اذا رجع اليه رأس المال الذى كان نقد فى الثياب فليس له أن يشترى به الا الحنطة وذلك التقييد يعمل الآن اعتبارا

للبعض بالكل ولو دفع الى رجلين مالا مضاربة وأمرهما بان يعملا فى ذلك برأيهما فليس لواحد منهما أن يشتري ويبيع الا بامر صاحبه لانه رضي وفوض الامر فى العمل الى رأيهما ورأى الواحد لا يكون كرأي المثنى فباعتبار هذه الزيادة لا ينفذ تصرف أحدهما وحده وفي الوكيلين الجواب كذلك ولو دفع اليه المال مضاربة بالنصف ولم يقل شيأ ثم قال بعد ذلك اشتر به البر وبع فله أن يشتري به غيره وليس هذا بنهي انما هو مشورة كما لو قال عند الدفع خذه مضاربة بالنصف واشتر به البر وان قال رب المال دفعته اليك مضاربة فى الطعام خاصة وقال المضارب فى البر خاصة فالقول قول رب المال لاتفاقهما على تعيين مقتضي مطلق العقد بالتقييد وان أقام المضارب البينة أن رب المال دفع اليه المال وأمره أن يشتري مابداله وأقام رب المال البينة أنه نهاه أن يشترى به شيأ غير الطعام وقد وقتت البينتان فانه يؤخذ ببينة الوقت الاخير لانه لاتنافى بينهما فيجعل كان البينتين صدقتا والقول الآخر ينقض الاول لان النهي بعد الاذن صحيح والاذن بعد النهى عامل وان لم توقت البينتان وقتا أو وقتت احداهما دون الاخرى فالبينة بينة رب المال لانه هو المحتاج اليها فان القول قول المضارب لدعواه الاطلاق ولان فى بينة رب المال زيادة اثبات التقييد ولو كان ادعى كل واحد منهما شيأ خاصا وأقام البينة فان وقتت البينتان أخذ بالوقت الاخير لما بينا أن الثانى ينقض الاول وان وقتت احداهما أو لم توقتا فالبينة بينة المضارب لانه هو المحتاج الى اثبات ما ادعاه بالبينة فان القول قول رب المال فى هذا الفصل ولو دفعه اليه مضاربة على أن يشترى بالنقد ويبيع فليس له أن يشترى الا بالنقد لان هذا تقييد مفيد فى حق رب المال وهو أن يكون متمكنا من ماله مستردا فان قال المضارب أمرتني بالنقد والنسيئة وقال رب المال أمرتك بالنقد فالقول قول المضارب مع يمينه عندنا لانه يدعى ما هو مقتضي مطلق العقد والبينة بينة رب المال لانه هو المحتاج الى اثبات المعين بالبينة ولو أمره أن يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز لان هذا خير لصاحب المال والخلاف الى خير فى جنس ماأمر به لايكون خلافا فى المضاربة كما لو أمره بان يبيعه بالف درهم ولا يبيعه با كثر من ألف فباعه بالفين لايصير مخالفا وهذا لانه باشر مابه يحصل مقصود الآمر وزيادة خير فكذلك اذا أمره بالبيع نسيئة فباعه بالنقد قالوا وهذا اذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ماسمي له من الثمن فان كان بدون ذلك فهو مخالف لانه ليس فيه تحصيل مقصود الآمر في القدر

فالشئ يشتري بالنسيئة باكثر مما يشترى به بالنقد واذا دفعه اليه مضاربة على أن يشترى به الطعام خاصة فله أن يستأجر لنفسه دابة اذا خرج للطعام خاصة كما يستأجر للطعام لانه لايجد بدا من ذلك فهو من توابع تجارته فى الطعام وله أن يشترى دابة يركبها اذا سافر كما يشترى التجار لان ركوبه اذا سافر فى مال المضاربة كنفقته على مانبينه فى بابه ان شاء الله عز وجل وربما يكون شراء الدابة أوفق من استئجاره وذلك من صنع التجار عادة وله أن يشترى أيضا حمولة يحمل عليها الطعام فان ذلك من صنع التجار عادة اذا لم يوجد الكراء أو يكون الشراء أوفق فى ذلك من الكراء فان اشترى سفينة يحمل عليها الطعام فان ذلك لا يجوز على رب المال لان هذا ليس من صنع التجار عادة ولا يعد شراء السفينة من توابع التجارة فى الطعام فان كان فى بلد يشترى للطعام الحمولة فيحمل عليها فاشترى شيأ من الحمولة فهو جائز استحسانا في القياس شراء الحمولة ليس من التصرف فى الطعام ولكنه استحسن فقال مايصنعه التجار عادة اذا خرجوا فى حمولة الطعام فذلك يملكه المضارب بتفويض التصرف اليه فى هذا المال فى الطعام وما ليس من صنع التجار عادة كشراء السفينة يؤخذ باصل القياس فيه ويكون مشتريا ذلك لنفسه فان نقد ثمنها من المضاربة فهو ضامن لما نقد لانه قضى بمال المضاربة دين نفسه ولو كان رب المال دفع المال اليه مضاربة بالنصف ولم يسم فاشترى بها طعاما وسفينة يحمل عليها الطعام أو اشترى دواب جاز ذلك على المضاربة لانه يملك التجارة في المدفوع اليه هنا مطلقا وجميع مااشترى من عقود التجارة واذا اختلفا بعد مااشترى بها فى غير المصر فقال أحدهما كانت المضاربة على أن يكون الشراء والبيع فى المصر خاصة وقال الآخر لم يسم شيأ فالقول قول الذى لم يسم شيأ لتمسكه بمطلق العقد فى مقتضاه والبينة بينة الآخر لانه هو المدعى المحتاج الى اثبات مايدعيه بالبينة واذا دفع الى رجلين ألف درهم مضاربة ليس لواحد منهما أن يتصرف فى المال الا باذن صاحبه فهو جائز وقد زعم بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أن ذلك لايجوز لان صاحب المال مارضى برأى أحدهما فليس للمضارب أن يرضى بما لم يرض رب المال به وما ذكره فى الكتاب أصح لان الذى أذن لصاحبه فى التصرف يكون كالموكل وللمضارب أن يوكل ولو وكل انسانا واحدا بالتصرف نفذ تصرف الوكيل بيعا وشراء فكذلك اذا وكل أحدهما صاحبه وان أبضع أحدهما بعض المال بغير أمر صاحبه فاشترى المستبضع وباع وربح أو وضع فربح ذلك للمضارب الذى أبضع ووضيعته عليه لان

ابضاعه صحيح في حق نفسه غير صحيح في حق صاحبه ولا في حق رب المال فيجعل تصرف المستبضع له كتصرفه بنفسه ولرب المال أن يضمن ان شاء المستبضع ويرجع به المستبضع على الآمر وان شاء ضمن المضارب الآمر لان كل واحد منهما في حقه غاصب فان ضمنه لم يرجع على المستبضع بشيء لانه ملك المال بالضمان فانما أبضع ملك نفسه ولان المستبضع عامل له لو لحقه ضمان رجع به عليه ورجوع الآمر عليه بالضمان لا يفيده شيأ فان أذن كل واحد من المضاربين لصاحبه في أن يبضع ما شاء من المال فابضع أحدهما رجلا وابضع الآخر رجلا فذلك جائز عليهما وعلى رب المال لان فعل كل واحد منهما باذن صاحبه بمنزلة فعلهما جميعا وان باع المضاربان عبدا من رجل فلكل واحد منهما أن يقبض نصف الثمن من المشترى وان لم يأذن له شريكه في ذلك لان كل واحد منهما بائع للنصف وحق قبض الثمن الى العاقد والعاقد في ذلك لغيره كالعاقد لنفسه ولا يقبض أكثر من نصف الثمن الا باذن شريكه فان أذن له شريكه في ذلك فهو جائز كما لو وكل به غيره لان حق قبض النصف الآخر للشريك ولو قال لهما حين دفع المال اليهما مضاربة لا تبضعا المال فابضعاه فهما ضامنان له لان هذا نهي مفيد فيكون عاملا مع العقد وبعده وان ابضعاه رب المال فهو جائز على المضاربة لان قبول رب المال البضاعة منهما والشراء لهما به فسخ منه لذلك النهي فيكون بمنزلة ما لو أذن لهما في الابضاع أو كان العقد مطلقا وفي ذلك لا فرق بين أن يبضعا رب المال أو غيره واذا ابضع المضارب في المضاربة الفاسدة فهو جائز على رب المال لان الفاسد يعتبر بالجائز في الحكم فانه لا يمكن تعرف معرفة الحكم الفاسد الا باعتباره بالجائز فكما لا يصير مخالفا به في المضاربة الجائزة فكذلك لا يصير مخالفا في المضاربة الفاسدة وللمضارب أجر المثل فيما عمل المستبضع لان عمل المستبضع له بأمره كعمله بنفسه وقد بينا ان له في المضاربة الفاسدة أجر مثله فيما عمل وكذلك لو كان قال له اعمل فيه برأيك فانه ينفذ منه بعد هذا ما ينفذ في المضاربة الصحيحة فلا يصير به ضامنا ولو دفع الى رجلين الف درهم مضاربة على أن لاحدهما ثلث الربح وللآخر مائة درهم فثلث الربح للمضارب الذي شرط له ثلث الربح وما بقي من الربح فهو لرب المال وعليه أجر المثل للمضارب الآخر فيما عمل لان المضاربة فيما بينه وبينه فاسدة باشتراطه له مقدارا مسمى من المال وهذا المفسد غير ممكن فيما هو من صلب العقد بينه وبين الذي شرط له ثلث الربح فاستحق هو ثلث الربح بالشرط لصحة العقد بينهما فان لم يعملا به حتى ابضع

أحدهما المال مع صاحبه فعمل به أيهما كان فكذلك الجواب لانا قد بينا أن عمل أحدهما باذن صاحبه كعملهما اذا كان العقد صحيحا فى حقهما أو فاسدا فكذلك اذا كان صحيحا فى حق أحدهما فاسدا فى حق الآخر والمضارب الذى شرط له مائة درهم أجر مثله فى العمل بنصف المال سواء كان هو العامل أو صاحبه لان عمله فى النصف لصاحبه وعمل صاحبه فى النصف له فيكون كعمله بنفسه واذا باع المضارب متاع المضاربة وسلمه الى المشترى ثم أخر الثمن عن المشترى بعيب أو غير عيب فهو جائز على المضاربة ولا يضمن المضارب بهذا التأخير شيأ بخلاف الوكيل فهناك عند أبى يوسف رحمه الله لا يصح تأجيله فى الثمن وعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز ويصير ضامنا للموكل لان المضارب يملك أن يشترى ماباع بمثل ذلك الثمن ثم يبيعه بمثله مؤجلا فكذلك يملك أن يؤجله فى ذلك الثمن لان ذلك من صنع التجار وهو يملك ماهو من صنع التجار فاما الوكيل فى حق الموكل لايملك الشراء والبيع ثانيا بثمن مؤجل فكذلك تأجيله فى حق الموكل لايصح وكذلك لو أحال به المضارب على انسان أيسر من المشترى أو أعسر منه لان قبول الحوالة من صنع التجار ولو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله من المحتال عليه جاز فكذلك اذا قبل الحوالة بالثمن عليه وبه فارق الوكيل والمضارب فى هذه ليس نظير الاب والوصي فان قبولهما الحوالة على من هو أعسر من المحيل لايصح فى حق الصغير لان تصرفهما مقيد بشرط الاحسن والاصلح له وذلك لا يوجد فى قبول الحوالة على من هو أفلس وتصرف المضارب غير مقيد بمثله بل بما هو من صنع التجار عادة وذلك يوجد هنا وكذلك لو حط شيأ بعيب مثل ما يحط التجار فى مثل ذلك العيب أو يتغابن به الناس فذلك جائز لانه من صنع التجار عادة ولو قبله بالعيب ثم باعه منه بغبن يسير ثانيا جاز فكذلك اذا حط عنه هذا المقدار وان حط عنه شيأ فاحشا أو حط بغير عيب جاز ذلك على المضارب خاصة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهو ضامن ذلك لرب المال وما قبضه من الثمن فعمل به فهو على المضارب خاصة ورأس المال فى ذلك الذى قبضه من المشترى وقال أبو يوسف رحمه الله لايجوز هذا الحط لان هذا الحط ليس من صنع التجار فلا يملكه بمقتضى عقد المضاربة ولكنه هو العاقد فيكون فى هذا الحط كالوكيل بالبيع والحط والابراء عن الثمن من الوكيل بالبيع باطل فى قول أبى يوسف رحمه الله صحيح فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن ذلك للموكل وفي مقدار ماصار ضامنا يبطل حكم المضاربة لان شرط المضاربة

الصحيحة ان يكون رأس المال امانة في يد المضارب واذا قال رب المال للمضارب اعمل فيه برأيك فخلطه بماله ثم اشترى به جاز على المضاربة لانه بتعميم التفويض الى رأيه يملك الخلط بماله فلا يصير به مخالفا ولو لم يقل له اعمل فيه برأيك كان هو بالخلط مخالفا ضامنا للمال والربح له والوضيعة عليه لبطلان حكم المضاربة بفوات شرطها فان لم يخلطه ولكنه اشترى به وبألف من ماله عبدا واحدا وقبضه ونقد الثمن قبل أن يخلط فهو جائز على المضاربة كما لو اشترى نصف العبد بألف المضاربة فى صفقة ونصفه بمال نفسه فى صفقة أخرى اذ لا فرق بينهما فى المعنى وهذا لان الاختلاط انما يحصل حكما اما لاتحاد الصفقة أو لاتحاد المحل من غير فعل من المضارب فى الخلط وبمثله لم يصر مخالفا ضامنا كما لو اشترى العبد بألفين ينفذ شراؤه فى النصف على المضاربة وان باع العبد بألفين وقبضه مختلطا فهو جائز على المضاربة لما بينا أن الاختلاط بمعنى حكمي لا بفعل باشره المضارب قصدا فان عزل حصة المضارب ثم اشترى بأحد المالين فربح أو وضع فالربح لهما نصفه للمضارب ونصفه على ما اشترطا فى المضاربة والوضيعة عليهما نصفان وقسمته باطلة لانه لا يكون مقاسما لنفسه فلا يكون أمينا فى المقاسمة مع نفسه وقد بينا فى كتاب القسمة أن القسمة لا تتم الا باثنين فكان هذا وشراؤه ببعض المال قبل القبض سواء والله أعلم

باب شراء المضارب وبيعه

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجلين ألف درهم مضاربة بالنصف وقال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل فاشترى أحدهما بنصف المال بامر صاحبه وباعه حتى أصاب مالا وعمل الآخر بنصف المال بغير أمر صاحبه حتى أصاب مالا فالعامل بغير أمر صاحبه مخالف ضامن لنصف رأس المال لان صاحب المال فوض التصرف فى المال الى رأيهما ولم يرض برأى أحدهما فيه والعامل بغير أمر صاحبه ينفرد بالرأى فيه حقيقة وحكما فيكون مخالفا ضامنا وما يحصل بتصرفه من الربح له ويتصدق بالفضل لحصوله له بسبب حرام وأما الذى عمل بأمر صاحبه فتصرفه حاصل برأيهما حكما فيكون على المضاربة يؤخذ مما فى يده نصف رأس المال والباقى بين المضاربين ورب المال على الشرط كما لو عملا فيه فان توى ما فى يد العامل بغير أمر صاحبه وهو معسر فان رب المال يأخذ جميع رأس المال مما فى يد المضارب

الذى عمل بأمر صاحبه لان الربح لا يظهر ما لم يصل اليه جميع رأس ماله وما أخذه العامل الآخر تاو فهو بمنزلة ما لو غصب بعض رأس المال انسان أو استهلكه وتوى بدله عليه ثم عملا بما بقي وفى هذا يأخذ رب المال جميع رأس ماله ثم قسمة الربح بينهما بعد ذلك (ألا ترى) أنه لو هلك جميع المال الا عشرة دراهم فتصرفا فيها حتى أصابا مالا فانه يأخذ رب المال جميع رأس ماله أولا فهذا مثله فان بقى من الربح شئ أخذ رب المال نصفه وأخذ هذا المضارب ربعه والربع الباقى نصيب المضارب المخالف من الربح فلا يدفع اليه لان نصف رأس المال دين عليه وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه من مال المديون يأخذه لحقه واذا ظهر انه لا يدفع اليه قلنا ان كان هذا الربع مثل ماتوى من حصته من الربح أخذ رب المال والموافق ربع الربح الذى صار للمخالف فاقتسماه أثلاثا على مقدار حقهما فى الربح وان كان ماتوى عليه أكثر من حصته من الربح أو أقل تراجعوا بالفضل وبيان ذلك ان المال الذى كان فى يد الموافق ان كان ألفا وخمسمائة فأخذ رب المال رأس ماله ألفا بقي خمسمائة فيجمع الى نصف رأس المال الذى استهلكه المضارب الآخر فيقسم على أربعة أسهم لرب المال من ذلك النصف وللمضارب العامل بامر صاحبه الربع وذلك مائتان وخمسون وبقيت حصة المضارب الآخر وهو الربع وذلك مائتان وخمسون يحسب لهما عليه ويقسم رب المال والمضارب الآخر خمسمائة العين على ثلاثة أسهم ويرجعان على المضارب الذى استهلك نصف رأس المال بمائتين وخمسين درهما فيقسمانها على ثلاثة أسهم فاذا فعل ذلك وصل الى رب المال خمسمائة والى المضارب الموافق مائتان وخمسون وسلم للآخر مما عليه مائتان وخمسون فاستقام الحساب ولو لم يهلك ما فى يده ولكن هلك ما فى يد العامل بامر صاحبه فان رب المال يضمن المضارب المخالف نصف رأس ماله ليس له غير ذلك لان نصف رأس المال صار دينا عليه بالخلاف وتصرفه كان لنفسه ولو كانا حين قبضا الألف مضاربة اقتسماها نصفين فاشترى أحدهما بنصف المال عبدا ثم أجاز صاحبه شراءه لم يكن العبد من المضاربة باجازته لان الاجازة انما تعمل فى العقد الموقوف والشراء هنا نافذ على المشترى فلا يكون اجازة الآخر تنفيذا للعقد فيكون وجوده كعدمه ولو اشتريا جميعا بالألف عبدا ثم باعه أحدهما بثمن معلوم فأجازه صاحبه جاز لان البيع من أحدهما توقف على اجازة الآخر باعتبار أنه تعذر تنفيذه على العاقد ولان ملك العين لغيره فتكون اجازته فى الانتهاء كاذنه فى الابتداء وهو

نظير فضولي باع مال الغير فاجازه المالك ينفذ باجازته ولو اشترى لغيره ينفذ الشراء على العاقد ولا يتغير ذلك باجازة المشترى له وكذلك لو أجازه رب المال لان ملك العين لرب المال والمضارب الآخر عامل له فى الاجازة فاذا كان العقد ينفذ باجازة الآخر فباجازة رب المال أولي والبائع هو الذى يلي قبض الثمن من المشترى لان قبض الثمن من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد وليس للآخر أن يأخذ المشترى بشئ من الثمن الا بوكالة من البائع لان المشترى لم يعامله بشئ ولو كان أحدهما باع العبد بشئ بعينه فأجازه صاحبه ففى القياس لا تعمل اجازته لان فى بيع المقايضة كل واحد من العاقدين يكون مشتريا عرض صاحبه وقد بينا أن الشراء لا يتوقف على الاجازة كما لو اشتراه بالدراهم واذا لم تعمل اجازته فيما اشتراه صاحبه فكذلك لا تعمل فى البدل الآخر وفى الاستحسان ينفذ العقد باجازته ويكون بدله من المضاربة لان فى العرض الذى هو من جهته هو بائع وبيعه يتوقف على اجازة صاحبه وتجعل اجازته فى الانتهاء بمنزلة اذنه فى الابتداء فمن ضرورة اعمال اجازته فى نفوذ العقد به فى أحد البدلين اعماله فى البدل الآخر ثم هذا العقد فى أحد البدلين شراء وفى البدل الآخر بيع ولكنا رجحنا جانب البيع لان العوض الآخر مذكور فى العقد على وجه الثمن فانهما قرنا به حرف الباء وحرف الباء يصحب الابدال والاثمان وفى ترجيح جانب البيع تصحيح العقد على الوجه الذى قصد العاقد عند الاجازة وبقى الضمان على المتصرف والضمان لا يلزمه بالشك فلهذا رجحنا جانب البيع فان لم يجز الآخر حتى قبض البائع ما باع به العبد فباعه ثم ان المضارب الآخر أجاز ما صنع من ذلك فاجازته باطلة لانه أجاز ما أجاز بيعه قبل اجازته معناه أنه مشتر للعرض الآخر وأكثر ما فيه انه اشتراه ببدل يستحق فيملكه بالقبض وينفذ بيعه من جهته وبعد ما نفذ بيعه من جهة لا يصير للمضاربة باجازة الآخر فاذا بطلت الاجازة يسترد العبد من المشترى فيكون على المضاربة وعلى البائع ضمان الذى قبضه وباعه لانه لما استحق ما يقابله ظهر أنه ملكه بالقبض بسبب فاسد وقد تعذر رده حين باعه فعليه مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل ولو كان رب المال هو الذى أجاز بيع العبد بشئ بعينه قبل ان يحدث العامل فى ثمنه شيئا جاز بيع العبد للعامل البائع وله ثمنه وهو ضامن قيمة العبد لرب المال لانه كان اشترى العرض لنفسه وأعطى العبد بمقابلته قرضا على نفسه ورب المال مالك للاقراض فيصير بالاجازة كأنه أقرضه العبد واستقرض الحيوان وان كان فاسدا ولكنه يملك بالقبض وينفذ فيه تصرف المستقرض

وهو ضامن قيمته للمقرض وقد بطلت المضاربة لانها صارت دينا على المضارب البائع وذلك ينافى عقـد المضاربة ولم يحصل الحكم عند اجازة المضارب الآخر بهذه الصفة لان المضارب الآخر لا يملك الاقراض فى مال المضاربة فلا يمكن اعمال اجازته بطريق اقراض العبد من صاحبه فاشتغلنا بترجيح جانب البيع لاعمال اجازته ورب المـال يملك الاقراض فأمكن ان يجعل اجازته اقراضا منه فلهذا لم يشتغل فيـه بترجيح جانب البيع واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى عبدا بألف درهم فلما قبضه قال اشتريته وانا أنوى أن يكون بالمضاربة وكذبه رب المال والعبـد قائم أوهالك فالقول قول رب المضارب لان مافى ضميره لا يوقف عليه الا من جهته فيقبل قوله فيه ويدفع مال المضاربة فى ثمنه لانه أمين فيما فى يده من المال فيكون مقبول القول فيه كالوكيل بالبيع اذا قال بعت وقبضت الثمن وهلك فى يدى يقبل قوله فى ذلك فان لم يدفعه حتى هلك المال ثم قال المضارب اشتريته وانا أنوى المضاربة وقدكان الشراء قبل هلاك المال والعبد قائم أوهالك فالقول قول رب المال والعبد للمضارب لان المضارب يريد بهذا البيان ان يرجع على رب المـال بألف أخرى ليدفعه فى ثمن العبـد وهو لم يكن مسلطا من جهة رب المال على ذمتـه لالتزام المال فيها بخلاف الاول فهناك انما يريد دفع الالف الذى فى يده فى ثمنه وهو مسلط على ذلك من جهة رب المال * يوضحه أن هناك تملك هو دفع ما فى يده بانشاء الشراء للمضاربة فيملك ذلك بالاقرار به أيضا وفى هذا الفصل لا يملك الزام شيء فى ذمة رب المال بانشاء الشراء للمضاربة لان ذلك استدانة على رب المـال والمضارب لا يملك ذلك فكذلك بطريق الاقرار وان كان هـذا القول من المضارب قبل هلاك المـال وكذبه رب المال ثم هلك المال بعـد ذلك فان كان العبد قائما فالقول قول المضارب لانه يملك دفع المال بمقابلة هذا العبد بطريق انشاء الشراء فكذلك بطريق الاقرار وان كان العبد هالـكا حين قال المضارب هذا القول ثم ضاعت الالف بعـد ذلك قبـل أن ينقدها المضارب للبائع فالقول قول رب المال لانه حين أقر ما كان يملك انشاء الشراء فى هذا العبد لـكونه هالـكا فلا يمكن جعل اقراره كالانشاء وانما أعملنا اقراره باعتبار انه أمين فيما فى يده من المال وذلك المعنى ينعدم بهلاك المال فى يده قبل الدفع فكان القول قول رب المـال وفى الفصل الاول كان عنـد الاقرار متمكنا من انشاء الشراء فى هذا العبـد القائم فيجعل اقراره كانشائه والمضارب اذا اشـترى شيئا للمضاربة ثم هلك المـال فى يده قبل دفع الثمن

رجع بمثله على رب المال لانه فى الشراء كان عاملا له فهذا مثله ولو كان المضارب اشترى العبد بألف المضاربة ثم نقد ثمنه من مال نفسه وقال اشتريته لنفسى وكذبه رب المال فالقول قول رب المال ويأخذ المضارب ألف المضاربة قصاصا بما أداه لان الظاهر شاهد لرب المال فاضافة الشراء الى الألف المضاربة دليل ظاهر على انه قصد الشراء للمضاربة ثم لا يتغير ذلك الحكم بنقده الثمن من مال نفسه فقد يحتاج المضارب الى ذلك لتعذر وصوله الى المضاربة فى الموضع الذى يطالبه البائع بايفاء الثمن ولا يكون هو متبرعا فيما نقد من مال نفسه فيما اشتراه للمضاربة لانه قضى به عليه ولكن يأخذ ألف المضاربة قصاصا بما أداه لان ذلك صار دينا له على مال المضاربة ولو كان اشترى العبد بألف درهم ولم يسم مضاربة ولا غيرها ثم قال اشتريته لنفسى فالقول قوله لان الحكم هنا ينبني على قصده فانه يملك الشراء للمضاربة ولنفسه بالألف المرسلة على السواء وما فى ضميره لا يوقف عليه الا من جهته فيكون هو مقبول القول فيه ولو اشترى المضارب عبدا بألف درهم ولم يسم شيئا ثم اشترى عبدا آخر بألف درهم ولم يسم شيئا ثم قال نويتها للمضاربة ولم ينقدها فى واحد منهما وصدقه رب المال أو كذبه فيهما فالعبد الاول من المضاربة لانه حين اشتراه كان فى يده من مال المضاربة مثل ثمنه فصح شراؤه للمضاربة ويقبل قوله فى ذلك وحين اشترى العبد الثانى هو لم يكن مالكا شراءه للمضاربة لان مال المضاربة صار مستحقا فى ثمن الاول فلو نفذ الشراء الثانى على المضاربة كان استدانة والمضارب لا يملك ذلك فصار مشتريا العبد الثانى لنفسه وان قال رب المال انما اشتريت الثانى للمضاربة فالقول قوله لانهما تصادقا على انه اشترى العبد الثانى للمضاربة فيثبت ذلك بتصادقهما وذلك كالاقرار من المضارب أنه مااشترى الاول للمضاربة فاذا ادعى انه اشترى الاول للمضاربة كان مناقضا والمناقض لاقول له بخلاف ماإذا صدقه رب المال فيهما أو فى الاول لانه مناقض صدقه خصمه وبخلاف ماإذا كذبه رب المال فيهما لانه عند الشراء الاول كان هو مالكا الشراء للمضاربة بيقين فيجب قبول قوله فيه وان كذبه وعند الشراء الثانى ما كان يملك ذلك بيقين فلا يقبل قوله فى الثانى مع تكذيب رب المال اياه ولو كان المضارب اشترى العبدين صفقة واحدة كل واحد منهما بألف درهم ثم قال نويت كل واحد بالألف المضاربة وصدقه رب المال فى ذلك فنصف كل واحد من العبدين للمضارب ونصفهما للمضاربة لانه انما اشتراهما معا فليس أحدهما بجعله للمضاربة باولى من الآخر وليس قبول المضاربة في أحدهما بأولى

منه فى الآخر ولا يمكن تنفيذ شرائه لهما على المضاربة لما فيه من الاستدانة على المال فصار مشتريا نصف كل واحد منهما للمضاربة ونصفه لنفسه ولو قال رب المال اشتريت هذا بعينه للمضاربة كان القول قوله لتصادقهما انه اشترى ذلك العبد للمضاربة وذلك يمنع المضارب من دعوي الشراء للمضاربة فى العبد الآخر ولو قال المضارب اشتريتهما بألف من عندى وبألف من المضاربة فقال رب المال اشتريت هذا بعينه بألف المضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى تفرق الصفقة والمضارب منكر لذلك فالقول قوله ونصف العبدين على المضاربة ونصفهما للمضارب واذا دفع الى رجل ما لا مضاربة بالنصف ثم نهاه بعد ذلك أن يبيع ويشترى فان كان المال بعينه فى يده فنهى رب المال جائز لان عقد المضاربة لا يتعلق به اللزوم بنفسه فيملك رب المال فسخه بنهيه عن التصرف وهذا فى الابتداء وكالة والموكل يملك عزل الوكيل قبل تصرفه فان اشترى المضارب بعد ذلك فهو مشتر لنفسه لانفساخ المضاربة بنهى رب المال وان كان رب المال نهاه بعد ما اشترى بالمال شيئا فنهيه باطل لان المال بعد ماصار عروضا بتصرف المضارب قد ثبت فيه حقه فى الربح فلا يملك رب المال ابطال حقه عليه بالنهى عن التصرف وبخلاف ماقبل الشراء فلا حق هناك للمضارب فى المال الذى فى يده ثم له أن يبيع ما فى يده من العروض بما بدا له من العروض والمكيل والموزون ثم يبيع ذلك بما بدا له كما قبل نهى رب المال وهذا الان مقصوده وهو الربح قد لا يحصل بالبيع بالنقد فقد لا يجد من يشترى ذلك منه بالنقد فيكون له أن يبيعه بما شاء ليحصل مقصوده من الربح الذي هو حقه فان باع شيئا من ذلك بدراهم بما شاء أو دنانير لم يكن له أن يشترى لان المال صار نقدا فى يده فيعمل ذلك النهى بمنزلة مالو كان نقدا فى الابتداء حين نهاه عن التصرف ويستوى أن صار بعض المال أوجميعه نقدا فى أن النهى يعمل فيما صار منه نقدا فلا يكون له ان يشترى به شيأ الا أن له أن يبيع الدنانير بالدراهم حتى يوفى رب المال رأس ماله لان النقود فى حكم المضاربة جنس واحد على مانبينه فيعمل النهى لذلك ولكن انما يرد رأس المال على رب المال من جنس ماقبض حقيقة وحكما ولا يتهيأ له ذلك الا بمبادلة أحد النقدين بالآخر وكذلك ان كان رأس المال سودا والحاصل فى يده بيض فله أن يشترى بها مثل رأس المال وكذلك لو مات رب المال فان موته ونهيه سواء من حيث ان كل واحد منهما لا يعمل فيما يرجع الي ابطال الحق الثابت للمضارب ولو دفع اليه مالا مضاربة وأجاز ماصنع فى ذلك من شئ

فاشترى بها خمرا أوخنزيرا أوميتة أومدبرا أومكاتبا وهو يعلم أولا يعلم فقبض ذلك ودفع الدراهم فهو ضامن للدراهم لان رب المال انما أمره بشراء مايتمكن من بيعه والربح لايحصل الا بذلك وقد اشترى بها مالا يجوز بيعه فيه فلا ينفذ شراؤه على المضاربة وانما يكون مشتريا لنفسه سواء علم بذلك أولم يعلم وان نفذ فيه مال المضاربة فهو ضامن للخلاف ولو اشترى بالمضاربة عبدا شراء فاسدا أواشترى بها دراهم أكثر منها أوأقل ودفع المال وقبض مااشترى فلا ضمان عليه فيما دفع من مال المضاربة لانه اشترى مايملكه بالقبض ويجوز بيعه فيه فالمشترى شراء فاسدا يملك بالقبض فلا يمكن تضمينه بالخلاف لانه لم يخالف والمضارب لايضمن بالفساد كالوكيل ولو دفع اليه ألفا مضاربة وأمره ان يعمل فى ذلك برأيه فاشترى بها عبدا يساوى خمسمائة فهو مخالف مشتر لنفسه ضامن للمال ان دفعه لانه اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله والمضارب فى الشراء كالوكيل والوكيل لا يملك ان يشترى بما لا يتغابن الناس فيه ولو اشترى العبد بالف درهم وهو يساوى تسعمائة وخمسين جاز على المضاربة لان قدر الخمسين فى الالف مما يتغابن الناس فى مثله وذلك عفو فى حق الوكيل بالشراء ولو اشترى بها عبدا يساوى ألفا ثم باعه بمائة درهم جاز فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لانه فيمايبيع بمنزلة الوكيل بالبيع ومن أصله أن الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش وقد بينا هذا الفرق له فى كتاب الوكالة ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة على ان يشترى بها الثياب ويقطعها بيده ويخيطها على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصفان فهو جائز على ما اشترطا لان العمل المشروط عليه ممايصنعه التجار على قصد تحصيل الربح فهو كالبيع والشراء وكذلك لو قال له على أن يشترى بها الجلود والادم ويخرزها خفافا ودلاء وروايا واجربة فكل هذا من صنع التجار على قصد تحصيل الربح فيجوز شرطه على المضاربة ولو دفع اليه مالا مضاربة على أنهما شريكان فى الربح ولم يسم نصفاولا غيره فهو جائز وللمضارب نصف الربح لان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله عز وجل فهم شركاء فى الثلث ولو قال على ان للمضارب شركا في الربح فكذلك في قول أبى يوسف رحمه الله اذ لافرق بين الشرك والشركة فى اقتضاء ظاهر اللفظ التسوية وقال محمد رحمه الله هذه مضاربة فاسدة لانه بمعني النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك في السموات فكانه قال على ان للمضارب نصيبا وذلك مجهول* توضيحه ان الشركة التى تقتضى التسوية مايكون مضافا الى الشريكين كما فى قوله على انهما

شريكان وهنا أضاف الشركة الي المضارب خاصة عرفنا أن المراد به النصيب واذا دفع فى مرضه ألف درهم مضاربة بالنصف فعمل المضارب فربح الفا ثم مات رب المال من مرضه ذلك وأجر مثل المضارب أقل مما شرط له من الربح فيما عمل وعلى رب المال دين يحيط بماله فللمضارب نصف الربح يبدأ به قبل دين المريض لان عقد المضاربة قد صح فنصيب المضارب من الربح لم يكن مملوكا لرب المال قط حتى يكون ايجابه للمضارب بطريق الوصية بخلاف الاجرة فانه يستحق الاجرة على المستأجر فيعتبر مازاد على أجر مثله بعد الدين بطريق الوصية وهذا لانهما شريكان فى الربح وواحد الشريكين لا يتملك على صاحبه شيئا انما يملك كل واحد منهما حصته من الربح كما حدث ابتداء * توضيحه ان المشروط له بعض مايحدث بعمله وهو يملك أن يجعل جميع ذلك له بان يقرضه المال ليتصرف فيه لنفسه فيكون ربحه كله له لاسبيل للغرماء وورثة المريض عليه فلان يملك جعل بعض الربح له بطريق المضاربة أولى ولو لم يكن سمى للمضارب ربحا كان له أجر مثل عمله ذلك دينا علي المريض كسائر الديون فيضرب به مع الغرماء فى تركته ولا حق له فى شئ من الربح ليستحق التقديم فيه على سائر الغرماء ولو دفع الصحيح ألف درهم مضاربة الي مريض على ان للمضارب عشر الربح وأجر مثله خمسمائة فربح ألفا ثم مات من مرضه وعليه دين كثير فللمضارب عشر الربح لا يزاد عليه لان الذى من جهته مالا حق فيه للغرماء والورثة وهو العمل بمنافعه ولو تبرع به بان عمل لا على وجه المضاربة بل علي وجه البضاعة لم يكن للغرماء والورثة سبيل على صاحب المال فاذا شرط لنفسه بمقابلة عمله شيئا كان ذلك أولى بالجواز وان كان ذلك دون أجر مثله واذا أراد المضارب أن يرد عبدا اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب مارضي بالعيب ولا عرضه علي بيع منذ رآه فله ذلك لانه لو أقر به تعذر الرد فان نكل عن اليمين بقي العبد على المضاربة لانه مضطر الى هذا النكول فانه لا يمكنه أن يحلف كاذبا وقد بينا فى البيوع ان يكون الوكيل ملزما للموكل فيكون المضارب أولى وكذلك لو أقر المضارب بذلك لان اقراره يتضمن لزوم البيع فيه فهو بمنزلة شرائه ابتداء وهو يملك ذلك بان يقيله العقد ثم يشتريه ثانيا بخلاف الوكيل ولو ادعى البائع الرضا علي الآمر لم يكن له أن يستحلف المضارب ولا رب المال علي ذلك لان رب المال بمنزلة الموكل وقد بينا فى كتاب البيوع ان دعوى الرضا على الموكل لا يوجب اليمين على الوكيل ولا على الموكل فكذلك فى المضاربة ولو اشترى المضارب عبدا لم يره وقد رآه

رب المال فللمضارب أن يرده بخيار الرؤية لان رؤية رب المال لا تكون دليل الرضا منه به فانه ما كان يعلم أن المضارب يشتري ذلك العبد بعينه لا عند رؤيته ولا عند عقد المضاربة وبعد الرؤية لو اشتراه رب المال وهو لا يعلم عند الشراء انه ذلك العبد لا يسقط خيار رؤيته فاذا اشتراه مضاربة أولى أن لا يسقط الخيار بتلك الرؤية ولو رآه المضارب ثم اشتراه لم يكن لواحد منهما خيار وان لم يره رب المال لان المضارب عالم عند الشراء بانه يشتري ذلك الذي رآه فالرؤية السابقة منه دليل الرضا به وفيما يبنى على الرضا ولزوم العقد العاقد لغيره كالعاقد لنفسه ولو كان رب المال قد علم أنه أعور قبل أن يشتريه المضارب فاشتراه المضارب وهو لا يعلم به فله أن يرده بالعيب لان رب المال ما كان يعلم أن مضاربه يشتري ذلك العبد بعينه فعلمه بالعور لا يكون دليل الرضا منه بعيبه في ملك نفسه ولان المضارب بمطلق العقد يستحق صفة السلامة فانه ما كان يعلم بالعيب على العبد ولا علم لرب المال بعيبه فبفوات صفة السلامة يثبت له حق الرد والوكيل بشراء عبد بغير عينه بألف درهم بمنزلة المضارب في جميع ماذكرنا ولو دفع الى رجل مالا مضاربة على أن يشتري به عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره وقد رآه رب المال فلا خيار للمضارب فيه ولان المضارب نائب عنه في الشراء ورؤية رب المال هنا دليل الرضا منه بذلك العيب حين أمر نائبه وكذلك لو كان المضارب رآه ولم يره رب المال فهذا كالاول في هذا الحكم ولو كان العبد أعور وقد علم به أحدهما لم يكن للمضارب أن يرده أبدا لانه ان كان المضارب عالما به فهو ما استحق صفة السلامة بالاقدام على الشراء بعد علمه بالعيب وان كان رب المال هو الذي علم به فأمره اياه بالشراء بعينه بعد علمه بعيبه دليل الرضا منه بالعيب ورضا رب المال معتبر في اسقاط خيار العيب للمضارب وكذلك الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشتراه وقد كان الآمر رآه أو علم به فليس للوكيل ان يرده لما قلنا واذا دفع اليه مالا مضاربة علي أن يشتري به الثياب ويبيع فاسم الثياب اسم جنس للملبوس في حق بني آدم فله أن يشتري به ماشاء من ذلك كالخز والحرير والقز وثياب القطن والكتان والاكسية والانبجانيات والطيالسة ونحو ذلك وليس له أن يشتري المسوح والستور والانماط والوسائد والطنافس ونحو ذلك لان ذلك كله من جنس الفرش لا يتناوله اسم الثياب في العادة مطلقا والدليل عليه ان بايع هذه الاشياء لا يسمي ثيابا بل الثيابي في الناس من يبيع مايلبسه الناس ومطلق اللفظ محمول على المفهوم عرفا ولو دفعه على أن يشترى به

البز فليس له أن يشترى به من ثياب الخز والحرير والطيالسة والا كسية شيأ وانما يشترى ثياب القطن والكتان فقط لان البراز فى عرف الناس من يبيع ثياب القطن والكتان لا من يبيع الخز والحرير وهذا شئ مبناه على عرف الناس ليس من فقه الشريعة فى شئ وانما يعتبر فيه ما هو معروف عند الناس فى كل موضع واذا باع المضارب عبدا من المضاربة ثم قبله بعيب يحدث مثله باقرار أو غيره بحكم أو اقالة فهو سواء وهو على المضاربة بخلاف الوكيل بالبيع لان الوكيل بالبيع لا يملك الشراء للموكل ابتداء والمضارب يملك الشراء كما يملك البيع فقبوله بهذه الوجوه لا يكون فوق شرائه ابتداء فيجوز على المضاربة ولو أنكر المضارب العيب ثم صالحه منه على ان زاده مع العبد دينارا أو ثوبا أو نحو ذلك من المضاربة فهو جائز على رب المال ان كان مثل ذلك العيب أو أكثر مما يتغابن الناس فيه وان كان أكثر مما لا يتغابن الناس فيه أبطلته لان الصلح عن العيب على مثل هذا متعارف بين التجار والمضارب يملك ماهو من صنع التجار فاما الصلح على أكثر من حصة العيب مما لا يتغابن الناس فيه فليس من صنع التجار بل هو كالبر المبتدأ ثم هو مأمور بالصلح لاصلاح مال المضاربة لا لافساد المال وفى الصلح على مثل حصة العيب أو زيادة يسيرة اصلاح فاما فى الصلح على أكثر منه مما لا يتغابن الناس فيه فافساد به ولو اشترى المضارب بألف المضاربة من ولده أو والديه أو مكاتبه أو عبده وعليه دين يساوى ألف درهم فهو جائز على المضاربة وان كان يساوى أقل منه مما يتغابن الناس فيه فهو مشتر لنفسه فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز على المضاربة الا مااشترى من عبده أو مكاتبه فان قولهما فى ذلك مثل قول أبى حنيفة رحمه الله وقد أطلق في الوكيل جواب هذه المسئلة فى كتاب البيوع ولم يفصل بين الشراء بمثل القيمة وبين الشراء بغبن يسير ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تقسيمه هنا تقسيم فى الوكيل والخلاف فى الفصلين فى الشراء بغبن يسير فاما الشراء بمثل القيمة فجائز لان أبا حنيفة رحمه الله يعتبر التهمة وذلك انما يظهر عند الشراء بغبن يسير وفى حق الاجنبي ليس بينهما سبب موجب التهمة فيحمل شراؤه بغبن يسير على أنه خفى عليه ذلك وفى حق الآباء والاولاد بينهما سبب التهمة فيحمل ذلك على الميل اليه وايثاره على الموكل كما فى الشهادة فاما فى الشراء بمثل القيمة فلا يتمكن معنى التهمة ومنهم من قال بل هذا التقسيم فى المضارب فاما الوكيل فلا يملك الشراء من هؤلاء لموكله بمثل القيمة والفرق بينهما لابى حنيفة رحمه الله

أن المضارب شريك فى الربح فيمنعه ذلك من ترك الاستقصاء والنظر وان كان يعامل اباه أو ابنه لانه يؤثر نفسه عليهما فلهذا جازت معاملته معهم بمثل القيمة فاما الوكيل فعامل للموكل ولا حق له فيما يشتريه فالظاهر انه يترك الاستقصاء فى المعاملة مع هؤلاء فلهذا لا ينفذ تصرفه معهم على الموكل * يوضحه ان المضارب أعم تصرفا من الوكيل وقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وهو بعد ما صار المال عروضا وقد يكون نائبا محضا فى بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب قلنا لا يجوز تصرفه معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض وهو نائب فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلاء فى حق الموكل وان كان بمثل القيمة ولو كان العبد يساوى ألفا فأراد المضارب أن يبيعه مرابحة لم يبعه فى قول أبى حنيفة رحمه الله حتى يبين وعندهما يبيعه مرابحة من غير بيان الا ما اشتراه من مكاتبه وعبده المديون فانه لا يبيعه مرابحة حتى يبين وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب البيوع ولو اشترى بألف المضاربة أباه أو أمه أو أخاه أو ولده ولا فضل على رأس المال فهو جائز على المضاربة لان المضارب لا يملك شيأ منه اذا لم يكن فى المال فضل فهو يتمكن من بيعه وقد بينا أن للمضارب أن يشترى للمضاربة ما يملك بيعه وان كان فيه فضل يوم اشتراه فهو مشتر لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على المضاربة ملك منه مقدار حصته من الربح فيعتق عليه ذلك الجزء ولا يمكنه بيعه وقد بينا أن المضارب لا يشترى للمضاربة ما لا يمكن بيعه فكان مشتريا لنفسه فعتق عليه وان نقد ثمنه من مال المضاربة فهو ضامن لذلك لانه قضى بمال المضاربة دين نفسه ولو اشترى أبا رب المال أو ابنه أو أخاه وفيه فضل أولا فضل فيه فهو مشتر لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على المضاربة ملكه رب المال وعتق عليه بالقرابة فلا يتمكن المضارب من بيعه وليس له أن يشترى بمال المضاربة ما لا يمكنه بيعه فكان مشتريا لنفسه واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأمر رجلا أن يقبض من المديون جميع ماله عليه ويعمل به مضاربة بالنصف فقبض المأمور نصف ما على المديون ثم عمل به فهو جائز على المضاربة ورأس المال فيه ما قبضه اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان الواو للعطف من غير أن تقتضى الترتيب فكان هو فى كل جزء من المال مأمورا بالقبض والعمل به مضاربة فاذا قبض البعض وعمل به كان ممتثلا أمر رب المال ولو قال له اقبض جميع الألف التى لى على فلان ثم اعمل بها مضاربة كان مخالفا فيما صنع ضامنا للمال

والربح له والوضيعة عليه لان حرف ثم للتعقيب مع التراخي فهو أخر الامر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال فمالم يقبض جميع الألف لا يأتي أو ان العمل بالمال مضاربة فاذا عمل بالبعض قبل أن يقبض الكل كان مخالفا (ألا ترى) انه لو قال لزوجته اقبضي جميع المال الذى على فلان ثم أنت طالق فقبضت البعض دون البعض لم تطلق ولو قال اقبضي جميع المال الذى على فلان وأنت طالق طلقت للحال قبل أن تقبض شيأ اذا لم يرد الزوج واو الحال واذا دفع الرجل الى الصبي أو الى العبد المحجور عليه مالا مضاربة فاشترى به فربح أو وضع بغير اذن والد الصبي ومولى العبد جاز على رب المال والربح بينهما على ماشترطا لانه من أهل التصرف لكونه مميزا وانما يلاقي تصرفه مال رب المال وهو راض بتصرفه ولو استعان به من غير شرط شيء من الربح له نفذ تصرفه في حقه فاذا شرط لهما نصيبا من الربح أولى لان ذلك محض منفعة لهما والعبد والصبي لا يلحقهما الحجر بتمحض منفعة والعهدة في البيع والشراء على رب المال بمنزلة ما لو كانا وكيلين له بالبيع لان في الزام العهدة اياهما ضررا وهم محجوران عن اكتساب سبب الضرر فاذا تعذر ايجاب العهدة عليهما لزمت العهدة من ينتفع بهذا العقد بعدهما وهو رب المال ثم لا تنتقل العهدة الى الصبي وان كبر وتنتقل الى العبد اذا عتق لان العبد مخاطب من أهل الزام العهدة في حق نفسه ولكن حق المولى كان مانعا من الزام العهدة اياه فاذا زال المانع لزمته العهدة والصبي ليس من أهل الزام العهدة أصلا فلا يلحقه ذلك وان بلغ وهو بمنزلة الكفالة والاقرار ولو مات العبد في عمل المضاربة وقتل الصبي وهو في عمل المضاربة بعد ماربحا فان مولى العبد يضمن رب المال قيمة عبده يوم عمل في ماله مضاربة بأمره لانه صار غاصبا له باستعماله بغير اذن مالكه واذا ضمن قيمته في ذلك الوقت ملكه بالضمان فجميع ماربح العبد لرب المال دون مولى العبد لان ذلك كسب اكتسبه العبد المغصوب والكسب للغاصب اذا ملك العبد بالضمان (ألا ترى) أن المضاربة لو كانت فاسدة كان للعبد أجر مثله في حياته فاذا مات غرم رب المال قيمته وبطل الأجر عنه فهذا مثله وأما الصبي اذا قتل في عمل رب المال بعد ماربح فعلى عاقلة القاتل الدية وان شاء ورثة الصبي ضمنوا عاقلة رب المال لانه باستعماله صار متسببا لهلاكه وهذا سبب هو متعد فيه فيكون بمنزلة جنايته بيده في ايجاب الدية على عاقلته بمنزلة من غصب صبيا حرا وقربه الى مسبعة حتى افترسه السبع ثم يرجع على عاقلة رب المال بها على عاقلة القاتل لانهم قاموا

مقام ورثة الصبي حين ضمنوا لهم ديته وهذا لان القاتل مباشر والمتسبب يرجع بما يلحقه من الضمان على المباشر لانه هو الذى قرر عليه ذلك بمباشرته فكأنه ألزمه اياه ابتداء ثم يسلم لورثة الصبي حصته من الربح لان الصبي الحر لا يملك بضمان الدية ولان عاقلة رب المال انما غرموا الدية بهلاك الصبي في عمله لرب المال لا لاستعمال رب المال اياه (ألا ترى) أن الصبي لو مات ولم يقتل كان رب المال بريئا من دينه فلهذا يسلم حصته من الربح لورثته واذا دفع الرجل الى الرجلين ألف درهم مضاربة فمات أحدهما فقال الباقى منهما قد هلك المال فهو مصدق فى نصف المال مع يمينه ولا ضمان عليه في شئ من المال لانه مؤتمن فيما كان في يده فالقول قوله اذا أخبر بهلاكه مع يمينه وأما الميت فان نصف مال المضاربة دين فى ماله لان نصف المال كان أمانة فى يده وقد مات مجهلا والامين بالتجهيل ضامن لانه عند الموت يصير متملكا فيكون ضامنا واذا دفع المسلم الى النصرانى مالا مضاربة بالنصف فهو جائز لان المضاربة من المعاملات وأهل الذمة فى ذلك كالمسلمين الا أنه مكروه لانه جاهل بشرائع الاسلام فلا نامن أن يؤكله حراما اما لجهله أو لقصده فانهم لا يؤدون الامانة فى حق المسلمين قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى افساد أمر دينكم ولانه يتصرف فى الخمر والخنزير ويعمل بالربا ولا يتحرز فى ذلك فيكره للمسلم أن يكتسب الربح بتصرف مثله ولكن مع هذا جازت المضاربة لان الذى من جانب المضارب البيع والشراء والنصرانى من أهل ذلك فان اتجر فى الخمر والخنزير فربح جاز على المضاربة فى قول أبي حنيفة رحمه الله وينبغى للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح وعندهما تصرفه فى الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة وهو فرع الاختلاف الذى بينا فى البيوع فى المسلم يوكل الذمى بشراء الخمر والخنزير فان اشترى ميتة فنقد فيها مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعا لانه اشترى مالا يمكنه أن يبيعه وان تصرفهم فى الميتة لا يكون نافذا والمضارب لا يشترى بمال المضاربة مالا يمكنه أن يبيعه وان أربى فاشترى درهمين بدرهم كان البيع فاسدا لانهم يمنعون من المعاملة بالربا لانفسهم كما يمنعه المسلم منه ولكن لا يصير ضامنا لمال المضاربة والربح بينهما على الشرط لما بينا أن المضارب لا يصير مخالفا بافساد العقد اذا كان هو يتمكن من بيع ما اشتراه والمشترى شراء فاسدا يملك بالقبض فينفذ البيع فيه ولا بأس بان يأخذ المسلم مال النصرانى مضاربة ولا يكره له ذلك لان الذى يلى التصرف فى المال هنا المسلم وهو

يتحرز من العقود الفاسدة في تصرفه في مال غيره كما يتحرز عنه في تصرفه في مال نفسه فان اشترى به خمرا أو خنزيرا أو ميتة ونقد المال فهو مخالف ضامن لانه اشترى بمال المضاربة ما لا يمكنه أن يبيعه فيكون مخالفا كما لو كان رب المال مسلما فان ربح في ذلك رد الربح على من أخذه منه ان كان يعرفه لانه أخذه منه بسبب فاسد فيستحق رده عليه وان كان لا يعرفه تصدق به لانه حصل له بكسب خبيث ولا يعطى رب المال النصرانى منه شيأ لان تصرفه ماوقع له حين اشترى ما لا يمكنه بيعه وصار به مخالفا ولو دفع المسلم ماله مضاربة الى مسلم ونصرانى جاز من غير كراهة لان النصرانى هنا لا ينفرد بالتصرف مالم يساعده المسلم عليه والمسلم لا يساعده فى العقود الفاسدة والتصرف فى الخمر بخلاف ما اذا كان المضارب نصرانيا وحده فانه ينفرد بالتصرف هناك واذا دفع الرجل ماله مضاربة الى عبده وعليه دين أو الى مكاتبه أو الى ولده فهو جائز على ما اشترطا لانه من كسب هؤلاء كالاجنبي فكسب العبد المستغرق بالدين حق الغرماء واذا دفع رجل الى رجلين ألف درهم مضاربة بالنصف فاشتريا بها عبدا يساوى ألفي درهم وقبضاه فباعه أحدهما بغير أمر صاحبه بعرض يساوى ألفا وأجاز ذلك رب المال فذلك جائز لان المضارب مشتر ذلك العرض لنفسه مستقرض عبد المضاربة حين جعله عوضا عما اشتراه لنفسه ورب المال بالاجازة صار مقرضا العبد منه فتعمل اجازته بهذا الطريق ويكون على المضارب العامل قيمة العبد ألفي درهم ألف من ذلك يأخذها رب المال برأس ماله وألف أخرى ربحه يأخذ رب المال نصفها ونصفها بين المضاربين فيطرح عن العامل مقدار نصيبه من الربح وذلك ربع الالف ويغرم ما سوى ذلك وحق المضارب الآخر بيع لحق رب المال فلا يمتنع لاجله نفوذ اجازة رب المال فى حصته ولو كان المضارب باع العبد بالفى درهم وأجاز ذلك رب المال جاز على المضاربين ولا ضمان على البائع لانه غير مشتر بمال المضاربة شيأ بل هو تابع لمال المضاربة واستقراضه فى الفصل الاول كان ضمنا لشرائه لنفسه ولم يوجد ذلك هنا فكان فعله بيعا مطلقا ان أجازه صاحبه نفذ لاجتماع رأيهما عليه وان أجازه رب المال نفذ لان المضارب نائب عنه فى التصرف واذا كان ينفذ العقد باجازة النائب فباجازة المنوب عنه أولى ويؤخذ من المشترى الالفان فيكون ذلك على المضاربة بمنزلة ما لو باعاه جميعا ولو كان المضارب باع العبد باقل من ألفين بقليل أو كثير مما يتغابن الناس فى مثله أو لا يتغابن فيه فاجاز ذلك رب المال فاجازته باطلة لان فيه نقصانا يدخل على

المضارب الآخر (ألا ترى) انه لا ربح فى المضاربة حتى يستوفى رأس المال فان كان النقصان يدخل عليه لم يجز ذلك عليه الا أن يرضى بالبيع فاذا لم يرض به رب العبد حتى يبيعه المضاربان جاز وحاصل المعنى أن الاجازة انما تصح ممن يملك مباشرة العقد ورب المال لا يملك بيع مال المضاربة بغبن يسير مراعاة لحق المضارب فى الربح فكذلك لا يملك اجازة البيع بغبن يسير من أحد المضاربين أو من أجنبي آخر وهو يملك مباشرة البيع بمثل القيمة فكذلك يملك اجازة بيع أحدهما بمثل القيمة وهذا لان رب المال غير مسلط على هذا التصرف من جهة من له الحق وهو المضارب فيستوى فى حقه الغبن اليسير والفاحش كالمريض فى حق ورثته بخلاف الوكيل بالشراء فانه مسلط على التصرف من جهة الموكل فيجعل الغبن اليسير عفوا فى حقه بخلاف الوصى فهو مسلط على التصرف فى حق الصبي شرعا فيقام ذلك مقام التسليط من جهته أن لو كان من أهله وعلى هذا لو كان رب المال هو الذى باعه وأجازه أحد المضاربين فان كان باعه بمثل القيمة فهو جائز وان باعه بدون القيمة بقليل أو كثير لم يجز حتى يجيزاه جميعا ولو كان أحد المضاربين باع العبد ببعض ماذكرنا من الثمن فأجازه المضارب الآخر ولم يجز رب المال فهو جائز ان كان باعه بأقل من قيمته بما يتغابن الناس فيه وان كان بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز فى قول أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة مالو كان باعاه جميعا وأصل المسئلة فى الوكيلين بالبيع والله أعلم

باب نفقة المضارب

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل مالا مضاربة بالنصف فعمل به فى مصره أو فى أهله فلا نفقة له فى مال المضاربة ولا على رب المال لان القياس أن لا يستحق المضارب النفقة فى مال المضاربة بحال فانه بمنزلة الوكيل أو المستبضع عامل لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من بعض الربح وواحد من هؤلاء لا يستحق النفقة في المال الذى يعمل فيه الا انا تركنا هذا القياس فيما اذا سافر بالمال لاجل الصرف فبقي ماقبل السفر على أصل القياس وهذا لان مقامه فى مصره أو فى أهله لكونه متوطنا فيه لا لاجل مال المضاربة (ألا ترى) أنه قبل عقد المضاربة كان متوطنا فى هذا الموضع وكانت نفقته فى مال نفسه فكذلك بعد المضاربة فاما اذا خرج بالمال الى مصر يتجر فيه كانت نفقته فى مال

المضاربة فى طريقه وفى المصر الذي يأتيه لاجل العادة وهذا لان خروجه وسفره لاجل مال المضاربة والانسان لا يتحمل هذه المشقة ثم ينفق من مال نفسه لاجل ربح موهوم عسى يحصل وعسى لايحصل بل انما رضى بتحمل هذه المشقة باعتبار منفعة تحصل له وليس ذلك الا بالانفاق من ماله الذي في يده فيما يرجع الى كفايته بخلاف الوكيل والمستبضع فانه متبرع فى عمله لغيره غير طامع فى شئ من ماله لاجله وبخلاف الاجير لانه عامل له ببدل مضمون فى ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فاما هذا فغير متبرع ولا هو مستوجب بدلا مضمونا بل حقه فى ربح عسى يحصل وعسى لايحصل فلا بد من أن يحصل له بازاء ماتحمل من المشقة شيء معلوم وذلك نفقته فى المال وهو بمنزلة الشريك والشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته فى ذلك المال وهو مروى عن محمد رحمه الله فالمضارب كذلك وهذا لانه فرغ نفسه عن اشغاله لاجل مال المضاربة فهو كالمرأة اذا فرغت نفسها لزوجها بالمقام فى بيته فاما فى المصر فمافرغ نفسه لمال المضاربة فلا يستوجب نفقته فيه ونفقته طعامه وكسوته ودهنه وغسل ثيابه وركوبه فى سفره الى المصر الذى أتاه بالمعروف على قدر نفقة مثله لان هذا كله مما لابد منه فى السفر وفى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان دهنه ليس من جملة النفقة وكانهما أرادا به فى الموضع الذى لا يحتاج فيه الى استعمال الدهن عادة فتكون الحاجة اليه نادرة والثابت عرفا لا يثبت فيما هو نادر ومراد محمد رحمه الله اذا سافر الى المواضع التى يحتاج فيها الى استعمال الدهن عادة وذلك فى ديار الحجاز والعراق ثم المستحق نفقة المثل وهو المعروف كما فى نفقة الزوجة فان أنفق أكثر من ذلك حسب له من ذلك نفقة مثله وكان مابقى عليه فى ماله فاذا رجع الى مثله وقد بقى معه ثياب أو طعام أو غيره رده فى مال المضاربة لان استحقاقه قد انتهى برجوعه الى مصره فعليه رد مابقي كالحاج عن الغير اذا بقى معه شيء من النفقة بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ أمته مع زوجها بيتا ثم شغلها بخدمته وقد بقى معها شيء من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها فاما الدواء والحجامة والكحل ونحو ذلك ففى ماله خاصة دون مال المضاربة وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان ذلك كله فى مال المضاربة لان مال المضاربة مدة سفره فى حاجته كمال نفسه فكما انه يصرف مال نفسه في هذه الاشياء كما يصرف فى النفقة فكذلك مال المضاربة * وجه ظاهر الرواية انه انما يستوجب النفقة فى مال المضاربة وثمن الدواء وأجرة الحجام وما يحتاج اليه من العلاج ليس من النفقة

(ألا ترى) أن الزوجة لا تستحق شيأ من ذلك على زوجها بخلاف النفقة ثم الحاجة الى هذه الاشياء غير معتادة بل هي نادرة والنادر لا يستحق بطريق العادة وكذلك جارية الوطء والخدمة لا يحتسب بثمنها في المضاربة لان ذلك ليس من أصول حوائجه بل يكون للترفه وقضاء الشهوة ولان ما قصد لشرائها لا ترجع منفعته الى مال المضاربة ولو استأجر اجيرا يخدمه في سفره وفي مصره الذي أتاه ليخبز له ويطبخ ويغسل ثيابه ويعمل له مالا بد له منه احتسب بذلك على المضارب لانه لو لم يستأجر احتاج الى اقامة هذه الاعمال بنفسه فانه مالا بد له منه واذا عمل له أجيره تفرغ هو للعمل في مال المضاربة فكان في هذا الاستئجار منفعة للمضاربة وكذلك لو كان معه غلمان له يعملون في المال كانوا بمنزلته ونفقتهم في مال المضاربة لان نفقتهم كنفقته وهم يعملون له في المال كما يعمل هو ومن يستحق نفقته على انسان يستحق نفقة خادمه كالمرأة على زوجها الا أنها لا تحتاج الى الزيادة على خادم واحد في عملها للزوج في بيته وقد يحتاج المضارب الى غلمان يعملون في المال معه فلهذا كانت نفقتهم في مال المضاربة وكذلك لو كان للمضارب دواب يحمل عليها متاع المضاربة الى مصر من الامصار كان علفها على المضاربة ما دامت في عملها لانها بالعلف تتقوى على حمل المتاع ومنفعة ذلك راجعة الى مال المضاربة واذا أراد القسمة بدأ برأس المال فاخرج من المال وجعلت النفقة مما بقي فان بقي من ذلك شيء فهو الربح يقسم بين المضارب ورب المال على ما اشترطا وكذلك لو كان انفق في سفره من المال بعضه قبل أن يشترى به شيأ ثم اشترى بالباقي وباع وربح استوفى رب المال رأس ماله كاملا لان ما أنفقه المضارب يجعل كالتاوى وقد بينا أن العقد يبقى في الكل بعد هلاك بعض رأس المال فيحصل جميع رأس المال وما بقي فهو بينهما على الشرط ولو دفع المال مضاربة اليه فخرج الى السواد يشترى به الطعام وذلك مسيرة يوم أو يومين فأقام في ذلك المكان يشترى ويبيع فانه ينفق في طريقه ومقامه في ذلك المكان من مال المضاربة وهذا ومسيرة ثلاثة أيام في المعنى سواء لانه انما فارق وطنه لعمله في مال المضاربة وكذلك لو أقام في هذا الموضع أيضا فيستوجب النفقة في مال المضاربة ولو كان في المصر الذي فيه أهله الا أن المصر عظم أهله في أقصاه والمقام الذي يتجر فيه في الجانب الآخر وكان يقيم هناك ليتجر ولا يرجع الى أهله فلا نفقة له في مل المضاربة لان نواحي المصر في حكم ناحية واحدة (ألا ترى) أن المقيم في ناحية من المصر يكون مقيما في جميع نواحيه واذا خرج من أهله على قصد السفر لا يصير مسافرا

مالم ينفصل من عمران المصر وقد بينا أن مقامه في المصر لم يكن لاجل المضاربة وعلى هذا قيل لو كان يخرج للعمل الى موضع قريب ويعود الى أهله قبل الليل فانه لا ينفق من مال المضاربة لانه مقيم فى أهله اذا كان خروجه الى موضع لا يحتاج الى أن يبيت فى غير أهله ولو كان له أهل بالكوفة وأهل بالبصرة ووطنه فيهما جميعا فخرج بالمال من الكوفة ليتجر فيه بالبصرة فانه ينفق من مال المضاربة فى طريقه فاذا دخل البصرة كانت نفقته على نفسه ما دام بها فاذا خرج منها راجعا الى الكوفة أنفق من مال المضاربة فى سفره لان سفره فى الذهاب والرجوع لاجل المضاربة أما فى البلدتين فهو مقيم فى أهله واقامته فى أهله ليس لاجل المضاربة ففى البلدتين ينفق من مال نفسه ولو كان أهل المضارب بالكوفة وأهل رب المال بالبصرة فخرج بالمال الى البصرة مع رب المال ليتجر فيه فنفقته فى طريقه وبالبصرة وفى رجوعه الى الكوفة من مال المضاربة لان مقامه بالبصرة لاجل مال المضاربة اذ ليس له أهل بالبصرة لتكون البصرة وطن الاقامة له ويستوى ان نوى الاقامة بها خمسة عشر يوما أو أقل لان التاجر فى المال العظيم قد يحتاج الى هذا القدر من المقام فى بلده لاجل التصرف فى المال وبهذه النية تصير البصرة وطنا مستعارا له بخلاف ما لو كان له بها أهل أو تأهل بها لانه حينئذ تصير البصرة وطن اقامته ولو دفع اليه المال مضاربة وهما بالكوفة وليست الكوفة بوطن للمضارب لم ينفق على نفسه من المال ما دام بالكوفة لان اقامته بالكوفة على أى وجه كان ليس لاجل المضاربة (ألا ترى) أنه قبل عقد المضاربة كان مقيما بها فلا يستوجب النفقة فى مال المضاربة مالم يخرج منها فان خرج منها الى وطنه ثم عاد اليها فى تجارته أنفق بالكوفة من مال المضاربة لانه حين سافر بعد عقد المضاربة استوجب النفقة فى مال المضاربة وصارت الكوفة فى حقه كسائر البلدان لان وطنه بها كان مستعارا وقد انتقض بالسفر فرجوعه بعد ذلك الى الكوفة وذهابه الى مصر آخر سواء فان تزوج بها امرأة واتخذها وطنا زالت نفقته عن مال المضاربة لان مقامه بها بعد ما تزوج بها واتخذها دارا لاجل أهله لا لاجل مال المضاربة فهى بمنزلة وطنه الاصلى واذا سافر المضارب بالمال فأعانه رب المال بغلمانه يعملون معه فى المضاربة أو أعانه بدوابه لحمل المتاع الذى يشترى بالمضاربة عليها فان المضاربة لا تفسد بهذا كما لو أعانه بنفسه فى بعض الاعمال ونفقة الغلمان والدواب على رب المال دون مال المضاربة لان نفقة غلمان رب المال وعلف دوابه كنفقة نفسه ورب المال لو سافر معه ليعينه على العمل فى مال المضاربة لم يستوجب نفقة فى مال

المضاربة بهذا السبب فكذلك نفقة غلمانه ودوابه بخلاف غلمان المضارب ودوابه فان نفقتهم كنفقته وهو يستوجب نفقة نفسه فى مال المضاربة اذا سافر لاجله فكذلك نفقة غلمانه ودوابه فان أنفق علي غلمان رب المال ودوابه من مال المضاربة بغير أمر رب المال ضمنه من ماله بمنزلة ماينفق على أجنبي آخر لانه صرف مال المضاربة الى وجه غير مستحق صرفه اليه بحكم المضاربة فيصير كالمستهلك لذلك المال وان كان أنفقه بأمر رب المال حسب ذلك على رب المال لانه صرف الى ملكه بأمره بمنزلة صرفه اليه فيحسب ذلك على رب المال وفى الاصل أوضح هذا الفرق فقال لولم أجعل نفقة غلمان المضارب فى المضاربة جعلتها على المضارب لامحالة وكل نفقة تلحق المضارب فى سفره فى المضاربة فذلك فى مال المضاربة ونفقة غلمان رب المال لو لم أجعلها فى مال المضاربة كان ذلك على رب المال وهذا فى المعنى اعتبار نفقه هؤلاء بنفقة نفسه على مابينا ولو دفع المضارب مال المضاربة الى عبده ليخرج به الى مصر فيشترى به ويبيع فخرج به كانت نفقته فى مال المضاربة لان نفقة عبده كنفقته وهو لو خرج بنفسه أنفق من مال المضاربة فكذلك عبده اذا خرج (ألا ترى) أنى لو لم أجعل نفقته على المضاربة جعلتها علي المضارب ولو كان ذلك عبد رب المال باعانته واذنه فنفقته على مولاه ولا تكون على المضاربة بمنزلة مالو خرج رب المال بنفسه على وجه الاعانة للمضارب في عمله فان كان العبد أنفق على نفسه بامر رب المال فذلك محسوب على رب المال كمالو كان هو الذى أنفق على نفسه ولو أبضعه المضارب مع رجل لم يكن للمستبضع نفقة فى مال المضاربة لان المستبضع متبرع ولانه لايسافر عادة لاجل البضاعة بخلاف المضارب ولو أبضعه المضارب مع رب المال فعمل به فهو على المضاربة والربح بينهما علي الشرط لانه معين للمضارب متبرع فيما أقام من العمل فلا يفسد به عقد المضاربة بينهما كالشريكين فى المال اذا عمل أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ ولا نفقة لرب المال على المضاربة لانه بمنزلة المستبضع اذا كان أجنبيا واذا دفع الى رجل مالا مضاربة وأمره أن يعمل فيه برأيه فدفعه المضارب الى اخر مضاربة فسافر الآخر بالمال الى مصر ليشترى ويبيع فنفقته على المضاربة لانه بمنزلة المضارب الاول فان بعد قول رب المال اعمل فيه برأيك للمضارب أن يدفعه مضاربة ويقوم هو في ذلك مقام رب المال فكما أن نفقة المضارب الأول فى سفره فى مال المضاربة فكذلك نفقة المضارب الثانى واذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضاربة فخرج المضارب. فيها وفى

عشرة آلاف من مال نفسه الى مصر ليشترى بها ويبيع فان نفقته على أحد عشر سهما جزء منها فى مال المضاربة وعشرة أجزاء فى مال نفسه لانه يحتمل أن يكون خروجه لاجل مال المضاربة ويحتمل أن يكون خروجه لاجل مال نفسه احتمالا على السواء فينظر الى منفعة خروجه وعمله وذلك يختلف بقلة المال وكثرته فيقسم النفقة على قدر ذلك لان المغرم مقابل بالمغنم وكذلك لو قال له اعمل فيه برأيك فخلط ماله بمال المضاربة ثم خرج لانه بعد هذا القول لا يصير ضامنا بالخلط فكان اخراجه المالين بعد الخلط كاخراجه قبل الخلط وكل مضاربة فاسدة فلا نفقة للمضارب فيها على مال المضاربة لان بعد فساد المضاربة هو بمنزلة الاجير (ألا ترى) أنه يستوجب أجر المثل ربح أولم يربح والاجارة الفاسدة معتبرة بالصحيحة فكما أن في الاجارة الصحيحة لا يستوجب النفقة على المال لانه استوجب بدلا مضمونا بمقابلة عمله فكذلك فى الاجارة الفاسدة فان أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله وأخذ بما زاد عليه ان كان أنفق أكثر من أجر المثل لانه صاحب دين ظفر بجنس حقه من مال مديونه وأخذ أكثر من حقه وفى هذا يلزمه رد الزيادة واذا أنفق فى المضاربة الصحيحة فى سفره من مال المضاربة فلما إنتهى الى المصر الذى قصده لم يشتر شيأ حتى رجع بالمال الى مصره فأخذ رب المال مابقى منه لم يكن على المضارب ضمان ما أنفق لانه أنفق بحق مستحق له فان سفره كان لاجل المضاربة وبان لم يشتر شيأ لا يتبين أن سفره لا يكون لاجل المضاربة فالتاجر لا يشترى بالمال فى كل موضع يأتيه للتجارة لا محالة ولكن ان وجد ما يربح عليه اشترى والا رجع بالمال وذلك أرفق الوجهين له فان كان مافعله من صنع التجار لا يخرج هو به من أن يكون مستحقا للنفقة على المال فلا يضمن ما أنفق واذا مر المضارب على العاشر بمال المضاربة وأخبره به وأخذ منه العشر فلا ضمان على المضارب فيما أخذ منه العاشر وقد بينا فى كتاب الزكاة أن على قول أبى حنيفة الاول رحمه الله العاشر يأخذ منه الزكاة وعلى قوله الآخر وهو قولهما لا يأخذ منه شيأ فما أخذه العاشر اما أن يكون تاويا أو مأخوذا بحق فلا ضمان فيه على المضارب وان كان هو الذى أعطى العاشر بغير الزام من العاشر له فهو ضامن لما أعطى وكذلك ان صانعه بشئ من المال حتى كف عنه فهو ضامن لما أعطى لانه أعطى باختياره الى من لا حق له فى أخذه منه فيكون هو مستهلكا لما أعطى كما لو وهبه من أجنبي آخر (قال الشيخ) الامام الاجل رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول الجواب

فى زماننا بخلاف هذا ولا ضمان على المضارب فيما يعطى من مال المضاربة الى سلطان طمع فيه وقصد أخذه بطريق الغصب وكذلك الوصى اذا صانع فى مال اليتيم لانهما يقصدان الاصلاح بهذه المصانعة فلو لم يفعل أخذ الطامع جميع المال فدفع البعض لاحراز مابقى من جملة الحفظ فى زماننا والامين فيما يرجع الى الحفظ يكون ضامنا كما لو وقع الحريق في بيت المودع فناول الوديعة أجنبيا فأما فى زمانهم فكانت القوة لسلاطين العدل فكان الامين متمكنا من دفع الامر اليهم ليدفعوا الظالم عن الامانة فلهذا قال اذا صانع بشئ من المال فهو ضامن لما أعطى واذا اشترى المضارب بالمال متاعا أو لم يشتر به شيأ فنهاه رب المال أن يخرج من البلدة فليس له أن يخرجه من ذلك البلد أما قبل الشراء بالمال فالجواب صحيح واضح لانه يملك نهيه عن التصرف أصلا ما بقى المال نقدا فى يده فاذا قيد الامر بشئ دون شئ كان أقرب الى الصحة والحال قبل الشراء بعد العقد كحال العقد فى انتفاء صفة اللزوم فى حق كل واحد منهما وانعدام حق المضارب فكما أنه يملك التقييد عند العقد فكذلك بعد العقد قبل الشراء بالمال فامابعد الشراء بالمال فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول انما يستقيم الجواب على الرواية التى رويت انه ليس للمضارب أن يسافر بالمال بمطلق المضاربة وموضوع هذه المسئلة فيما اذا قال له اعمل برأيك فانما يملك المسافرة باعتبار هذه الزيادة وهو يملك رفع هذه الزيادة بعد الشراء فكذلك يملك التقييد فيما هو مستفاد بهذه الزيادة فأما على الرواية التى قلنا بمطلق العقد له حق المسافرة بالمال لا يستقيم هذا الجواب لانه بعد صيرورة المال عروضا لا يملك نهيه عما صار مستفادا له بمطلق العقد وهو حق التصرف فيه فكذلك لا يملك التقييد فيه بالنهى عن المسافرة بالمال والأصح أن نهيه عن المسافرة بالمال عامل على الاطلاق وان كان بمطلق المسافرة لدلالة اسم العقد فالمضاربة مشتقة من الضرب فى الارض أو لمراعاة مانص عليه رب المال من حفظه المال بنفسه عند خروجه مسافرا كما فى الوديعة وهذا كله ينعدم بالنهى عن المسافرة بالمال بخلاف أصل التصرف فان حق المضارب يثبت بالتصرف حين صار المال عرضا لان ربحه لا يظهر الا بالتصرف ورب المال لا يملك ابطال حقه أما بالنهى عن المسافرة بالمال فليس فيه ابطال حق المضارب لتمكنه من التصرف فى البلدة وانما فيه ايفاء حق رب المال فى أن يكون ماله مصونا عن أسباب الهلاك وهذا مملوك له بعد ماصار المال عروضا كما كان قبله فان أخرجه ضمنه للخلاف والامين متى خالف ماأمر به نصا كان ضامنا وما أنفق على نفسه

أو على المال بعد ما صار ضامنا له فهو فى ماله خاصة بمنزلة الغاصب فان لم يحدث فيه حدثا حتى رده الى البلد فهو برئ من ضمانه لانه عاد الى الوفاق بعد ما خالف والعقد قائم بينهما فيعود أمينا كما كان وكذلك لو لم ينهه ولكن رب المال مات والمضاربة فى يد المضارب عين أو متاع فسافر به المضارب بعد موته لان المال بالموت انتقل الى الورثة ولم يوجد منهم الرضا بسفره به قط وما كان من رضارب المال به قد انقطع بموته فذلك بمنزلة نهيه عن المسافرة بالمال اذا بلغه فالنهى لا يعمل فى حقه مالم يعلم به ولا فرق فى الموت بين أن يعلم به أولا يعلم لانه عزل حكمى فلا يتوقف على العلم به كعزل الوكيل بموت الموكل واذا سافر المضارب بالمال فاشترى به متاعا فى بلد آخر فمات رب المال وهو لا يعلم بموته ثم سافر بالمتاع حتى أتى مصرا فنفقة المضارب بعد موت رب المال على نفسه دون المضاربة لان حكم المضاربة فى حق المسافرة بالمال قد انتهى بموت رب المال وان لم يعلم به المضارب وباعتباره كان ينفق من مال المضاربة فنفقته بعد ذلك فى سفره على نفسه وهو ضامن لما يهلك من المتاع فى الطريق فان سلم حتى يبيعه جاز بيعه لان بالموت لا يمتنع عليه بيعه فى أى موضع باعه كما لا يمتنع عليه ذلك بالنهى عن التصرف بعد علمه به لما فى التصرف من حق المضارب وقد سبق ثبوت حقه بثبوت حق الورثة فلا يبطل لحقهم لو كان المضارب خرج بالمتاع من ذلك المصر قبل موت رب المال لم يكن عليه ضمان وكانت نفقته فى سفره حتى ينتهى الى المصر ويبيع المتاع على المال لانه لا يتمكن من المقام فى المفازة أو فى موضع لا يتمكن من بيع المتاع كما هو عادة التجار فهو فى نفقته على السفر الى أن ينتهى الى المصر ويبيع المتاع موافق لا مخالف فتكون نفقته فى المال ولو كان رب المال مات والمضارب بمصر من الامصار غير مصر رب المال والمضاربة متاع فى يده فخرج بها الى مصر رب المال ففى القياس هو ضامن ولا يستوجب النفقة فى المال لانه ينشئ سفرا بالمال بعد ما انعزل عنه بموت رب المال ولا حاجة به الى ذلك فانه فى موضع أمن ويتمكن من التصرف فى المال وهذا وسفره الى مصر آخر سواء وفى الاستحسان لا ضمان عليه ونفقته حتى يبلغ مصر رب المال على المضاربة لان هذا سفر لا يجد المضارب منه بدا فانه لا بد من أن يسلم المال الى الورثة ليسلم له نصيبه من الربح ولا يتأتى له ذلك الا بالعود الى مصر لان ورثته فيه بخلاف سائر الامصار والعقد يبقى لاجل الحاجة اليه كما اذا مات صاحب السفينة وهى فى لجة البحر أو مات المكارى للدابة فى طريق

الحج بخلاف سفره الى مصر آخر فانه غير محتاج الى ذلك وكذلك لو كان رب المال حيا فأرسل اليه رسولا ينهاه عن الشراء والبيع وفى يده متاع فخرج بها الى مصر رب المال فانى لا أضمنه ماهلك من المتاع فى سفره واجعل نفقته فى المال استحسانا لانه لا بدمن أن يرجع بالمال الى مصر رب المال كما لا بد له من أن يبيعه اذا نهاه فى المصر فكما أن نهيه فى ذلك لا يعمل ابقاء لحق المضارب فى حصته من الربح فكذلك فى هذا المقدار لا يعمل نهيه ولو كانت المضاربة فى يده دراهم أو دنانير فمات رب المال والمضارب فى مصر آخر وكان رب المال حيا فأرسل اليه ينهاه عن الشراء والبيع فاقبل المضارب بالمال الى مصر رب المال فهلك فى الطريق فلا ضمان عليه لانه لا يجد بدا من رد المال عليه ولا يتمكن من ذلك مالم يأت به مصره فيسلمه اليه أو الى ورثته (ألا ترى) انه لو تركه هناك عند غيره وخرج الى مصر رب المال كان مخالفا ضامنا وهو بما صنع يتحرز عن الخلاف فلا يضمنه لانعدام السبب الموجب للضمان فان سلم حتى قدم وقد أنفق منه على سفره فهو ضامن للنفقة لان عقد المضاربة لا يبقى بعد موت رب المال أو نهيه اذا كان المال فى يده نقدا فان بقاء العقد ببقاء حق المضارب فى المال ولا حق له فى المال هنا فهذا المال بمنزلة الوديعة فى يده والمودع لا يستوجب النفقة فى مال الوديعة (ألا ترى) أنه ليس له أن يشترى به شيأ لرب المال ولو فعل ذلك كان ضامنا بخلاف ما اذا كان المال عروضا فقد بقي العقد هناك لبقاء حق المضارب (ألا ترى) أنه يملك البيع على رب المال فكذلك يستوجب النفقة في سفر لا بد له منه واذا اشترى المضارب بالمال وباع فصار المال دينا على الناس ثم أبى أن يتقاضاه فان كان فيه فضل أجبر على أن يتقاضاه وان لم يكن له فيه فضل لم يجبر على أن يتقاضاه لانه اذا كان فيه فضل فقد استحق المضارب نصيبه من الربح بعمله فيجبر على اكمال العمل كالاجير وذلك بالتقاضى حتى يقبض المال وان لم يكن فيه فضل فالمضارب كالوكيل فى التصرف اذا لم يستوجب بازاء تصرفه شيأ والوكيل بالبيع لا يجبر على تقاضى الثمن ولكن يؤمر بان يحيل به الموكل على المشترى فكذلك هنا يؤمر بأن يحيل به رب المال على الغرماء لانه لا يتمكن من مطالبتهم اذا لم يعاملهم وليس فى امتناع المضارب من أن يحيله بالمال عليهم الا التعنت والقصد الى اتواء ماله فيمنع من ذلك * توضيح الفرق انه اذا كان في المال فضل فلا بد للمضارب من أن يتقاضى نصيبه من الربح ويقبض فاذا قبض سلم له ذلك ولكنه يؤمر بتسليمه الى رب المال

بحساب رأس المال لانه مالم يصل رأس المال رب المال لايسلم شيء من الربح للمضارب ثم يقبض ثانيا مثله فيسلمه اليه فلا يزال هكذا حتى يقبض جميع المال فانه اذا لم يكن فى المال فضل فلا حاجة بالمضارب الى تقاضي شيء منه اذ لا نصيب له فى المال فيؤمر أن يحيل به رب المال على الغرماء كما يؤمر به الوكيل وان كان فيه فضل وهو فى مصره فانفق فى تقاضيه وخصومة أصحابه وطعامه وركوبه نفقة لم يرجع بها فى مال المضاربة لان هذا كله بمنزلة تصرفه فى المال وقد بينا انه ما دام يتصرف فى مصره لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولانه بما صنع يحيي حصة من الربح فهو كبيعه العروض فى مصره وان كان الدين غائبا عن مصر المضارب فانفق فى سفره وتقاضيه مالا بد له منه حسب ذلك من مال المضاربة لان سفره وسعيه كان لاجل مال المضاربة فتكون نفقته فى المال كما لو سافر للتصرف فى المال وبهذا يتبين أن المضارب اذا أنفق فى السفر من مال نفسه استوجب الرجوع به فى مال المضاربة لانه قد لا يجد بدا من ذلك بأن لا تصل يده الى مال المضاربة عند كل حاجة الى نفقة فلا يكون متبرعا فيما ينفق من مال نفسه كالوصي يشتري لليتيم ويؤدى الثمن من مال نفسه كان له أن يرجع به فى مال اليتيم الا أن تزيد نفقة المضارب على الدين فلا يرجع بالزيادة على رب المال لان نفقته فى مال المضاربة لا فى ذمة رب المال فلو استوجب الزيادة انما يستوجبها فى ذمة رب المال ولانه انما يستوجب النفقة لان سعيه لاصلاح مال المضاربة ولمنفعة رب المال وهذا المعنى ينعدم فى الزيادة على المال. واذا سافر المضارب بمال المضاربة فاشترى طعامه وكسوته واستأجر ما يركب عليه من ماله ليرجع به فى مال المضاربة فلم يرجع به حتى توي مال المضاربة لم يرجع على رب المال بتلك النفقة لان حقه كان فى المال لا فى ذمة رب المال وبهلاك المال فات محل حقه فيبطل حقه كالعبد الجانى أو المديون اذا مات ومال الزكاة اذا هلك لا تبقى الزكاة واجبة بعد هلاك المال وكذلك لولم يكن نقد ماله فى ذلك فكان ثمن الطعام والكسوة وأجرة الدابة دينا عليه لانه التزمه بمباشرة سبب الالتزام فلا يستوجب شيأ من ذلك فى ذمة رب المال وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة أو اشترى طعاما للمضاربة فضاع المال قبل أن ينفذ فانه يرجع بذلك على رب المال لانه فيما يشترى للمضاربة عامل لرب المال بأمره فعليه أن يخلصه من عهدة عمله وذلك فى رجوعه عليه بالثمن فى الاجرة فيما تعذر ايفاؤه من المال الذى فى يده فاما فيما يشترى أو يستأجر

لحاجة نفسه هو عامل لنفسه وهو فيما هو عامل لنفسه لايستوجب الرجوع على رب المال بما يلحقه من العهدة وانما كان يرجع فى مال المضاربة لان سعيه لاجل مال المضاربة وهذا لا يوجد فى مال آخر لرب المال فلا يستوجب الرجوع فى ذلك بعد هلاك مال المضاربة واذا ادان المضارب مال المضاربة فى غير مصره وربح فيه فأراد أن يتقاضاه وتكون نفقته منه وقال رب المال بل اتقاضاه ولا أريد أن تكون أنت المتقاضى فان رب المال يجبر على ترك التقاضى للمضارب وتكون نفقته على المال لان حق المضارب ثابت فى نصيبه من الربح فلا بد من أن يتقاضى حصة من الربح واذا أخذ ذلك أخذه رب المال منه بحساب رأس المال ثانيا أو ثالثا فتبين أن المضارب متقاض لرب المال وان نفقته في المال فرب المال فيما يسأل يقصد اسقاط حق المضارب وهو لا يتمكن من ذلك وان لم يكن فيه فضل فقال المضارب أنا أتقاضاه وتكون نفقتى منه حتى أقبضه وقال رب المال أحلنى به أجبر المضارب على أن يحيل به رب المال لانه لاحصة للمضارب فى المال هنا ولا حق فهو بمطالبته يريد أن يلزمه نفقة نفسه فى مال غيره فلصاحب المال أن يأبى ذلك ويتقاضى بنفسه واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أولا فضل فيه فاراد المضارب أن يمسكه حتى يجد به ربحا كثيرا وأراد رب المال أن يبيعه فان كان لافضل فيه اجبر المضارب على أن يبيعه أو يعطيه رب المال برأس ماله لانه لاحق للمضارب فى المال فى الحال فهو يريد أن يحول بين رب المال وبين ماله بحق موهوم عسي يحصل له وعسى لايحصل وفيه اضرار برب المال والضرر مدفوع وان كان فيه فضل وكان رأس المال ألفا والمتاع يساوى ألفين فالمضارب يجبر على بيعه لان فى تأخيره حيلولة بين رب المال وبين ماله وهو لم يرض بذلك حين عاقده عقد المضاربة الا أن للمضارب هنا أن يعطى رب المال ثلاثة ارباع المتاع برأس ماله وحصته من الربح ويمسك ربع المتاع وحصته من الربح وليس لرب المال أن يأبى ذلك عليه لان الربح حق والانسان لايجبر على بيع ملك نفسه لتحصيل مقصود شريكه وكما يجب دفع الضرر عن رب المال يجب دفعه عن المضارب فى حصته والطريق الذى يعتدل فيه النظر من الجانبين ما ذكرنا واذا دفع مالا مضاربة وأمر المضارب أن يعمل فى ذلك برأيه أولم يأمره فاستأجر المضارب ببعضه أرضا بيضاء واشترى ببعضه طعاما فزرعه فى الارض فهو جائز على المضاربة بمنزلة التجارة لان عمل الزراعة من صنع التجار يقصدون به تحصيل النماء واليه أشار صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم

الزارع يتاجر ربه وما كان من عمل التجار يملكه المضارب بمطلق العقد ولو استأجر أرضا بيضاء على أن يغرس فيها شجرا أو ارطابا فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما اشترطا لانه من صنيع التجار يقصدون به استنماء المال ولو كان دفع اليه مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فأخذ المضارب نخلا وشجرا وأرطابا معاملة على أن ما أخرج الله بعد من ذلك فنصفه لصاحب النخل ونصف المضارب على المضارب فعمل وأنفق مال المضاربة عليه فان ما خرج من ذلك بين صاحب النخل والمضارب نصفين ولا يكون لرب المال شئ من ذلك لانه انما استحق النصف بعقد المعاملة وفى عقد المعاملة العامل يؤاجر نفسه وصاحب المال انما فوّض الامر الى رأيه في المضاربة لان منافع يده فيما يستوجب باقامته العمل بمنافعه تكون له خاصة والنفقة التى أنفقها من ماله خاصة وهو ضامن لما أنفق من ذلك من مال المضاربة لانه صرف الى حاجة نفسه علي وجه لم يأذن له رب المال فيه ولو كان المضارب أخذ من رجل أرضا بيضاء على أن تزرعها طعاما فما خرج منها فنصفه لصاحب الارض ونصفه على المضاربة فاشترى طعاما ببعض المال فزرعه فى الارض ثم أنفق مابقى من المضاربة عليه حتى بلغ فهذا جائز لانه مستأجر الارض بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جازت المضاربة فكذلك اذا استأجرها بنصف الخارج منها ولو استأجرها بدراهم جاز على المضاربة لذلك وتصرفه هنا فى المال فان استحقاقه للخارج باعتبار أنه نما بذره والبذر من مال المضاربة فلهذا كان نصف الخارج لصاحب الارض ونصفه يباع يستوفى رب المال رأس ماله والباقى بينه وبين المضارب على الشرط وان لم يكن قال له اعمل فيه برأيك فالمضارب ضامن للمضاربة لانه أشرك غيره فى مال المضاربة وقد بينا أن بمطلق العقد لا يملك المضارب الاشراك وهو بمنزلة دفعه بعض المال مضاربة الى غيره واذا صار مخالفا بتصرفه ضمن مال المضاربة وهو ملك المضمون به فما خرج من الزرع بين المضارب ورب المال نصفين على الشرط والله أعلم

باب المرابحة فى المضاربة

(قال رضى الله عنه) قد تقدم بيان بعض مسائل الباب فى البيوع فمن ذلك أن ما أنفق المضارب على نفسه في سفره لا يلحقه برأس المال فى بيع المرابحة بخلاف ما أنفق على المتاع

والرقيق مما لا بد منه فانه يلحقه ويقول قام على بكذا من غير أن يفسره لوجود العادة بين التجار فى الحاق النفقة على المتاع برأس المال دون الحاق ماأنفقوا على أنفسهم وفى حق المشترى لا فرق بين أن يكون المتصرف مضاربا أو مالكا فكما أن المالك لا يلحق ماأنفقه على نفسه برأس المال لان منفعة ذلك لاترجع الى المتاع خاصة فكذلك ماأنفقه المضارب على نفسه وان ألحق ماأنفقه على نفسه برأس المال وباعه مرابحة أو تولية على الجملة من غير بيان فذلك جناية وقد بينا أقاويلهم فى الجناية فى المرابحة والتولية فى البيوع وفى قول زفر كقول محمد رحمهما الله ولو اشترى المضارب متاعا بالف درهم ورقمه بألفى درهم ثم قال للمشترى منه ابتعه مرابحة على رقمه فان بين للمشتري كم رقمه فهو جائز لا بأس به لانه صادق فى مقالته فرقمه ماأخبره ولم يخبره أنه قام عليه بذلك وقد بينا فى البيوع رواية أبى يوسف فى الفرق بين ماإذا كان المشترى عالما بعادة التجار أو غير عالم بذلك وان لم يعلم المشترى كم رقمه فالبيع فاسد لجهله بمقدار الثمن فاذا علم بالرقم كم هو فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لانه انما يكشف له الحال الآن وخيار كشف الحال قد بيناه فى البيوع عند أبى حنيفة رحمه الله فان قبضه فباعه ثم علم مارقمه فرضى به فرضاه باطل وعليه قيمته لانه ملكه بالقبض بحكم عقد فاسد فنفذ بيعه فيه وتقرر عليه ضمان القيمة باخراجه من ملكه فلا يتغير ذلك بعلمه بالرقم ورضاه به لان ازالة المفسد انما تصحح العقد اذا كان المعقود عليه قائما في ملكه والتولية فى هذه كالمرابحة فان كان المضارب ولاه رجلا برقمه ولا يعلم المشترى مارقمه ثم باعه المضارب بعد ذلك من آخر بيعا صحيحا جاز ان لم يكن الاول قبضه لان البيع الاول كان فاسدا ولم يملكه المشترى قبل القبض فصح البيع الثانى من المضارب وانتقض به البيع الاول ولذلك لو كان الاول علم برقمه فسكت حتى باعه المضارب من آخر بيعا صحيحا لان بمجرد علمه لا يصح البيع الاول مالم يرض به فان رضى الاول بعد ما علم ثم باعه المضارب من آخر بيعا صحيحا فالبيع للثانى باطل لان البيع الاول قدتم برضا المشترى به بعد علمه فصار المبيع مملوكا للمشترى ولو كان الاول قبض المتاع من المضارب فى هذه الوجوه ثم باعه المضارب من آخر كان بيعه الثانى باطلا لان الاول بالقبض صار مالكا فما لم يسترده المضارب منه لا ينفذ بيعه من غيره وان علم الاول بالرقم فنقض البيع لم يجز البيع الثانى أيضا لانه سبق عود الملك اليه فلا ينفذ بعوده اليه من بعد كمن باع مالا يملكه ثم ملكه ولو كان المضارب

اشترى المتاع بألف درهم ثم قال لرجل أبيعك هذا المتاع مرابحة بربح مائة على ألفى درهم ولم يسم رقما ولا غيره فاشتراه برقمه ثم علم أن المضارب كان اشتراه بألف درهم فالبيع لازم بألفى درهم ومائة درهم ولا بأس للمضارب بما صنع لانه ماباعه مرابحة على رأس ماله فيه بل باعه مرابحة على ألفى درهم وانما يكره أن يتكلم بالكذب أو بما فيه شبهة الكذب فاما اذا خلا كلامه عن ذلك فلا بأس ببيعه وقدباعه بثمن مسمى معلوم فيجوز وان كان أسرف فيما أنفق على الرقيق فانما يضم الي رأس ماله من ذلك نفقةمثله فأما الزيادة على ذلك كالتبضع منه فلا يلحق برأس المال واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية ثم باعها بألفين واشترى بألفين جارية تساوى ألفي درهم من الغريم لا بأس بان يبيعها مرابحة ولا يبين أن ثمنها كان دينا بخلاف ماإذا صالحه على هذه الجارية صلحا فانه لا يبيعها مرابحة حتى يبين لان الشراء مبنى على الاستقصاء والصلح مبنى على التجاوز بدون الحق فمند ذلك لفظ الصلح يمكن شبهة الحطيطة والشبهة كالحقيقة فى المنع من بيع المرابحة لانه مبنى على الامانة ولو اشترى بالف المضاربة جارية نسيئة سنة فهو جائز لان فى يده من مال المضاربة مثل ثمنها فلا يكون هذا استدانة على المضاربة والشراء بالنسيئة من عادة التجار كالشراء بالنقد ثم لا يبيعها مرابحة على الالف مالم يبين لما فى الشراء بالنسيئة من شبهة الزيادة على ثمن المثل وقد بينا هذا فى البيوع ولو اشترى ببعض الجارية ثيابا ثم فتلها أو قصرها باجر أو صبغها باجر فله أن يبيعها مرابحة على الثمن والاجر لان هذا مما جرى الرسم به بين التجار فى الحاقه برأس المال ولو مر على العاشر فعشره لم يلحق ذلك برأس المال لان ذلك اما أن يكون زكاة فلا يلحقه برأس المال واما أن يكون غصبا فلا بيع على ماغصب منه مرابحة ولو اشترى المتاع بجميع المال ثم قصره من ماله فهو متطوع لا يرجع به على رب المال ولا ضمان عليه ان قال له رب المال اعمل فيه برأيك أو لم يقل لان القصارة تزيل الدرن ولا تزيد فى العين شيأ من مال المضاربة فلا يصير هو مخالفا بما صنع لانه زاد المتاع خيرا بما صنع وهو متطوع فى ذلك لان رب المال لم يرض برجوعه عليه بشئ فى ذمته فعمله ذلك فى متاع المضاربة ومتاع أجنبي آخر سواء واذا باعه مساومة أو مرابحة كان الثمن كله على المضاربة وكذلك لو فتل الثوب أو صبغه أسود من ماله فنقصه ذلك أو لم يزد فيه وان صبغه من ماله صبغا يزيد فيه كالعصفر والزعفران وان كان رب المال أمره أن يعمل فى ذلك برأيه فلا ضمان عليه وان كان لم يأمره

بذلك فهو ضامن للثياب لانه خلط ماله بمال المضاربة والصبغ مال متقوم للمضارب وقد بينا أن المضارب بالخلط يصير ضامنا اذ لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيك ثم ان لم يكن فيه فضل على رأس المال فرب المال بالخيار ان شاء أخذه برأس ماله وأعطى المضارب مازاد على الصبغ فيه يوم يختصمون وان شاء سلم له الثوب وضمنه قيمته لان الثوب كله لرب المال والمضارب فيما صنع بمنزلة من غصب ثوب انسان وصبغه فان لم يختر شيأ حتى باعها المضارب مساومة أو مرابحة جاز بيعه لبقاء عقد المضاربة بينهما فى الثوب بعد الصبغ لان المضارب فى البيع كالوكيل والوكالة بالبيع لا تبطل بالخلاف من طريق الفعل وبرئ من ضمانه لانه عاد الى الوفاق من بعد تصرفه على المضاربة ويقسم الثمن فى المساومة على قيمة الثوب وقيمة مازاد الصبغ فيه فيكون حصة الصبغ للمضارب ويستوفى رب المال رأس ماله من حصة الثوب والباقى ربح بينهما على الشرط لان الصبغ عين مال قائم فى الثوب للمضارب وقد تناوله البيع كالثوب فيقسم الثمن عليهما بخلاف القصارة وان كان باعه مرابحة قسم الثمن على ما اشترى به المضارب وعلى جر الصبغ يوم صبغ لان الثمن فى بيع المرابحة مبنى على الثمن الاول فيقسم عليه وفى بيع المساومة بمقابلة الملك فيقسم على قدر الملك وان كان صبغه أسود فكذلك الجواب عندهما لان السواد عندهما زيادة كالحمرة وعند أبى حنيفة السواد فى الثوب نقصان فهو بمنزلة الفتل والقصارة فى أنه لا حصة للمضارب من الثمن ولا ضمان عليه لانه لم يخلط مال المضاربة بمال متقوم له واذا اشترى المضارب المتاع بالف المضاربة وقبضه ولم ينقد الثمن حتى ضاعت فانه يرجع على رب المال بالف أخرى فينقدها اياه لانه فى الشراء كان عاملا لرب المال بامره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وهو فى هذا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك فى يده بعد الشراء فانه يرجع على الموكل بعد الشراء لان الوكيل لا يرجع الا مرة واحدة فان شراء الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع وله على الموكل فاذا رجع على الموكل بعد الشراء صار مقتضيا ما استوجبه دينا عليه وصار مضمونا عليه بالقبض فاذا هلك يهلك من ضمانه فاما المضارب اذا رجع على رب المال فما يقبضه يكون أمانة فى يده لانه من رأس المال (ألا ترى) أن عند القسمة يرد على رب المال أولا جميع ما استوفى ثم يقاسمه الربح ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال أمانة فى يد المضارب فاذا هلك ثانيا كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى حتى يصل الثمن الى البائع ولا يبيع المتاع مرابحة الا

على ألف درهم لانه اشتراه بالف وما هلك فى يده من رأس مال المضاربة فلا يلحقه برأس المال فاذاباع المتاع أخذ رب المال رأس ماله ألفى درهم لانه رجع ذلك الى المضارب بسبب عقد المضاربة فيكون جميع رأس ماله يرد عليه ثم الباقى ربح بينهما وكذلك لو كان اشترى بالف جارية فلم يقبضها حتى ادعى المضارب انه قد نقد البائع الثمن وجحد البائع ذلك وحلف فان المضارب يرجع على رب المال بالف أخرى فيدفعها الى البائع ويأخذ الجارية فتكون على المضاربة لان هذه عهدة لحقته فى عمل باشره لرب المال واذا اقتسموا المضاربة أخذ رب المال رأس ماله ألفى درهم لما ذكرنا والمضارب فى هذا مخالف للوكيل فان الوكيل بالشراء لو قال دفعت الالف الى البائع وجحد البائع غرمها الوكيل من ماله فيدفعها الى البائع ويأخذ منه الجارية فتسلم الى الآمر لان الوكيل قد أقر انه اقتضى دينه على الموكل بما قضى به دين نفسه من مال الموكل فيسلمها الى الآمر واقرارهما ليس بحجة على البائع فى قضاء الثمن لان ذلك دعوى منه عليه ولكنه حجة عليه فى الاقتضاء لان ذلك اقرار منه وبعد ماصار مقتضيا لا يرجع على الموكل بشيء فاما المضارب يدفع الثمن الى البائع يكون قاضيا لامقتضيا لانه لو صار مقتضيا كان ضامنا ورأس المال أمانة فى يده فاذا لم تصح دعواه فى القضاء بجحود البائع بقى المقبوض كالهالك فى يده فيرجع على رب المال بالف أخرى (ألا ترى) أن الوكيل لو لم يدفع اليه الثمن حتى اشترى ثم قبض الثمن فهلك فى يده لم يرجع على الموكل مرة أخرى والمضارب فى مثله يرجع على رب المال ثانيا حتى يدفع الثمن الى البائع ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم من مال المضاربة ثم باعه مرابحه فقال للمشترى أبيعك هذا الثوب بربح الدرهم درهم فالثمن عشرون درهما لانه سمى بمقابلة كل درهم من رأس المال درهما ربحا والالف واللام للجنس فيما يمكن استغراق الجنس فيه اذ لامعهود له فيه ليحمل على المعهود فهذا وقوله بربح كل درهم درهما سواء وكذلك لو قال بربح كل درهم اثنين فالثمن ثلاثون درهما ولو قال بربح العشرة خمسة أو بربح الدرهم نصف درهم كان الثمن خمسة عشر لانه سمي بمقابلة كل درهم من رأس المال نصف درهم ربحا أو بمقابلة جميع رأس المال خمسة ربحا ولو قال أبيعك بربح العشرة خمسة عشر فالقياس أن يكون بخمسة وعشرين درهما لانه ضم الى رأس المال خمسة عشر درهما ربحا ولكنا نستحسن أن يكون البيع بخمسة عشر للعادة الظاهرة بين التجار فانهم يقولون يده يازده سود فروحب وانما يريدون به أن الخمسة ربح والعشرة رأس

مال وكذلك لو قال بربح العشرة أحد عشر أو قال يده يازده فالربح درهم واحد استحسانا لان مطلق اللفظ محمول على معانى كلام الناس وما يتفاهمونه فى مخاطباتهم وكذلك لو قال بربح عشرة أحد عشر ونصف فالربح درهم ونصف أو قال أحد عشر ودانق فالربح درهم ودانق ولو قال بربح العشرة عشرة وخمسة أو خمسة وعشرة فالثمن خمسة وعشرون لانه عطف أحد العددين على الآخر فى تسمية الربح وضم العدد الى رأس ماله وليس بين التجار عادة فى مثل هذا اللفظ فيجب حمل اللفظ على الحقيقة ويكون ربحه العددين جميعا وان كان الثوب انتقص عنده حتى صار يساوى ثلاثة دراهم ثم باعه بوضيعة الدرهم درهم كان الثمن خمسة دراهم لان بيع الوضيعة كبيع المرابحة فكما أن هذا اللفظ فى بيع المرابحة التضعيف على الثمن الاول فكذلك فى بيع الوضيعة يوجب التنصيف ولو كان بوضيعة الدرهم درهمين كان الثمن عليه ثلاثة دراهم وثلثا لان هذا اللفظ فى بيع المرابحة يوجب أن يكون الربح ضعف رأس المال ففى بيع الوضيعة نصف الثمن وانما يكون ذلك اذا كان النقصان من العشرة ستة وثلاثين لان فى بيع المرابحة هذا اللفظ يوجب أن يكون الربح مثل نصف رأس المال ففى الوضيعة يوجب أن يكون النقصان مثل نصف الباقى فى ذلك فى أن يكون الباقى من الثمن ستة وثلاثين والنقصان ثلاثة وثلثا وكذلك لو قال بوضيعة العشرة خمسة عشر اعتبارا للوضيعة بالمرابحة ولو اشترى المضارب عبدا وقبضه ثم باعه بجارية وقبضها ودفع العبد لم يكن له أن يبيع الجارية مرابحة على الثمن ولا تولية الا من الذى يملك العبد لان بيع المرابحة والتولية بيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح مسمى فى عقد المرابحة والعبد لا مثل له من جنسه فلو باعها مرابحة أو تولية من غير أن يملك العبد لكان هذا بيعا بقيمة العبد وطريق معرفة القيمة الحزر والظن دون الحقيقة فاما ممن يملك العبد انما يبيعها على العبد بعينه وهو قادر على تسليمه فان باعها تولية جاز وان باعها مرابحة بربح عشرة دراهم جاز ويأخذ العبد عشرة دراهم وان باعها مرابحة بربح عشرة أحد عشر لم يجز لان هذا اللفظ يوجب أن يكون الربح من جنس رأس المال ورأس المال لا مثل له من جنسه ليضم اليه مقدار الربح من جنسه بخلاف ما اذا كان اشتراها بماله مثل من جنسه كالمكيل والموزون فان هناك يبيعها مرابحة ممن شاء فسواء سمي مقدارا معلوما من الربح أو قال بربح عشرة أحد عشر لانه لما اشترى بماله مثل من جنسه فهو والمشترى بالنقد سواء ولو كان الذى اشترى العبد باعه من رجل آخر أو

وهبه وسلمه ثم باعه المضارب الجارية مرابحة أو تولية كان باطلا لانه لم يبق العبد فى ملكه فهو فى هذا الشراء كاجنبي آخر ولو باع المضارب الجارية من الموهوب له بالغلام مرابحة أو تولية جاز ذلك لان عين الغلام فى ملكه وهو قادر على تسليمه فهو بمنزلة الواهب في المسئلة الأولى ولو باع المضارب الجارية من رجل لا يملك العبد بربح عشرة دراهم على رأس المال فاجاز رب العبد البيع جاز لانه باجازة رب العبد قدر المشترى على التسليم للعبد فنزل فى ذلك منزلة المالك للعبد فان بملكه كان يقدر على التسليم وقد قدر على ذلك باجازة رب العبد والمانع من جواز هذا العقد عجزه عن تسليم العبد ثم الجارية تكون للمشترى من المضارب ويأخذ المضارب الغلام ويأخذ من المشترى منه الجارية عشرة دراهم ويرجع مولى الغلام على المشترى بقيمة الغلام لان المشترى للجارية عامل لنفسه فى شرائها فنفذ الشراء عليه ولم يتوقف على اجازة رب الغلام ولكنه استقرض منه الغلام ليدفعه فى ثمنها وهو بالاجازة صار مقرضا منه واستقراض الحيوان وان كان فاسدا لكنه مضمون بالقيمة عند تعذر رد العين وقد تعذر رد الغلام بخروجه عن ملك المستقرض وصيرورته على المضاربة ولو كان فى يد المضارب جارية من المضاربة فباعها بغلام وتقابضا ثم ان المضارب باع الغلام من صاحب الجارية بربح العشرة أحد عشر كان البيع فاسدا لان موجب هذا اللفظ أن يكون الربح من جنس رأس المال وليس للجارية مثل من جنسها ولو باع الغلام من رب الجارية بوضيعة العشرة أحد عشر كان البيع جائزا ويعطيه المشتري من الجارية عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ لان موجب هذا اللفظ فى الوضيعة نقصان جزء من أحد عشر جزأ من ثمن الاول وقد بينا ذلك فى البيوع فيما اذا كان الثمن عشرة دراهم فكذلك هنا يصير فى التقدير كانه باع الغلام من رب الجارية بعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من الجارية ولو قال أبيعك هذا الغلام بربح عشرة دراهم كان جائزا ويأخذ الجارية وعشرة دراهم لان ماسماه ربحا وضمه الى الجارية دراهم معلومة ولو قال أبيعك بوضيعة عشرة دراهم من رأس المال كان البيع باطلا لان موجب لفظ الوضيعة النقصان وانما ينقص من ثمن الجارية مقدار عشرة دراهم منها وذلك لا يعرف الا بالتقويم والبيع بالوضيعة كالبيع مرابحة فى أنه اذا وقعت الجارية الى التقويم كان باطلا لان طريق معرفة القيمة الحزر والظن * يوضحه انه يصير فى التقدير كانه قال بعتك هذا الغلام بهذه الجارية الا مقدار عشرة دراهم منها وذلك باطل

وان كانت المضاربة بألف درهم بخية فاشترى بها عبدا ثم باعه بالكوفة مرابحة بربح مائة درهم فعلى المشترى ألف درهم بخية ومائة درهم غلة نقد الكوفة ولو قال أبيعك بربح عشرة أحد عشر كان الثمن والربح كله بخية لان موجب هذا اللفظ أن يكون الربح من جنس ثمن الاول بصفته ليكون الربح جزأ من أحد عشر جزأ من جميع الثمن الثانى واللفظ الاول لايوجب ذلك وانما يوجب أن يكون الربح مائة درهم كما سمي فيه وتسمية مائة درهم فى البيع مطلقا ينصرف الى غلة الكوفة (ألا ترى) أنه لو قال أبيعك بربح دينار كان الثمن ألف درهم بخية ودينارا من نقد الكوفة ولو كان باعه بوضيعة مائة درهم أو بوضيعة عشرة أحد عشر كانت الوضيعة من البخية لان الوضيعة لا تكون أبدا الا من الثمن الاول فان طرح بعض الثمن الاول باى لفظ ذكره لا بد أن يكون المطروح جزأ من الثمن الاول والربح ليس من الثمن الاول فلهذا افترقا واذا دفع مالا مضاربة الى رجل فاشترى به جارية وقبضها وباعها بغلام وتقابضا فزادت الجارية في يد المشترى أو ولدت ثم باع المضارب الغلام من رب الجارية بربح مائة درهم وهو لا يعلم بالولادة فان كانت الزيادة فى البدن أخذ الجارية ومائة درهم لان الزيادة المنفصلة لاتعتبر فى عقود المعاوضات (ألا ترى) أنه لو وجد بالجارية عيبا ردها مع الزيادة المنفصلة فكان وجود هذه الزيادة كعدمها وان كانت ولدت فان شاء المضارب أخذ الجارية ومائة درهم وان شاء نقض البيع ولا سبيل له على الولد لانه انما باع الغلام بالجارية والولد منفصل عنها عند هذا العقد فلا يدخل فى البيع ولكن ان كانت الولادة نقصت الجارية فلا اشكال في ثبوت الخيار للمضارب لانه وجدها معيبة ولم يكن عالما بعيبها وان لم يلف فيها نقصان الولادة فعلى رواية هذا الكتاب الجواب كذلك فان الولادة فى هذه الجارية على رواية هذا الكتاب عيب لازم أبدا بخلاف رواية كتاب البيوع وقد بينا وجه لروايتين ثمة والتولية فى هذا كالمرابحة ومقصود بيان الفرق بين هذا وبين الرد بالعيب أنه فسخ للعقد الاول فلو جاز بقي الولد ربحا للمشترى بغير عوض وهو الربا بعينه فأما التولية أو المرابحة فلا توجب فسخ العقد الاول فيمكن تصحيح ذلك فى الجارية مع سلامة الولد للمشترى وان كانت المضاربة ألف درهم فاشترى بها جارية وباعها بألف وخمسمائة ثم اشتراها بألف باعها مرابحة على ألف درهم عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبى حنيفة رحمه الله على خمسمائة وقد بينا هذا فى البيوع أن من أصل أبى حنيفة ضم أحد العقدين الى الآخر

واعتبار الحاصل مما بقي من ضمانه فانما يبيعه مرابحة على ذلك وذلك خمسمائة هنا ولو كان باعها بألف درهم وكر حنطة وسط أو بالف درهم ودينار ثم اشتراها بالف لم يبعها مرابحة عند أبى حنيفة لانه انما يبيعها مرابحة على حاصل ما بقي في ضمانه ولا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه غرم فيها مرتين ألف درهم ورجع اليه ألف وكر حنطة أو ألف دينار فلا بد من طرح ذلك من الالفين وطرح الحنطة والدينار من الدراهم يكون باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحزر والظن ولو كان باعها بمائة دينار وقيمتها أكثر من ألف درهم ثم اشتراها بألف درهم لم يبعها مرابحة فى قياس قول أبى حنيفة لان الدراهم والدنانير فى الصورة جنسان وفى المعنى كجنس واحد (ألا ترى) أن فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن جعل الدراهم والدنانير كجنس واحد للاحتياط وفى بيع المرابحة كذلك واذا كانا كجنس واحد فلا بد من طرح مائة دينار من الالفين التى غرمها فى ثمنها مرتين ولا طريق لذلك الا باعتبار القيمة فلهذا لا يبيعها مرابحة عنده ولو كان المضارب باع الجارية بشئ من المكيل أو الموزون أو بعرض قيمته أكثر من ألف درهم ثم اشتراها بألف درهم فله أن يبيعها مرابحة على الالف لان ما عاد اليه ليس من جنس ما غرم فيها حقيقة وحكما وضم بعض النقود الى البعض كما لا يكون عند اختلاف جنس النقود بان يكون أحد المقدين هبة فكذلك لا يكون عند اختلاف الجنس فيما غرم فيه وفيما عاد اليه وهذا بمنزلة شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فانه لو اشتراه بكر حنطة قيمته أقل مما باعه به قبل قبض الثمن كان جائزا بخلاف النقود فهذا مثله والله أعلم

باب المضارب يبيع المال ثم يشتريه لنفسه باقل من ذلك

(قال رضى الله عنه) قد بينا فى البيوع أن من باع أو بيع له فليس له أن يشترى المبيع باقل من الثمن الاول قبل قبض الثمن اذا لم يتعيب المبيع عند المشترى فعلى ذلك الاصل بنى الباب قال اذا اشترى المضارب بالف المضاربة جارية وقبضها ثم باعها بالف درهم فلم ينقد ثمنها حتى اشتراها لنفسه بخمسمائة لم يجز لانه هو البائع لها والبائع لغيره كالبائع لنفسه فى حق قبض الثمن فكذلك فى المنع من الشراء باقل قبل قبض الثمن وكذلك لو اشتراها رب المال لنفسه بخمسمائة لم يجز لان المضارب باعها له (ألا ترى) انه يرجع عليه بما لحقه من العهدة فكأنه

باعها بنفسه وكذلك لو كانت قيمتها ألفى درهم يوم اشتراها المضارب وانما أورد هذا لان المضارب فى مقدار حصته من الربح بيعها لنفسه لا لرب المال فكان ينبغى أن يصح شراء رب المال فى ذلك الربح لانه ماباعه ولا بيع له ولكنه قال حق المضارب تبع لحق رب المال لا يظهر قبل وصول رأس المال الى رب المال فبيعه فى جميعها كان لرب المال حكما (ألا ترى) انه لو استوفى من المشترى ألفا من الثمن وتوى عليه ألف كان المقبوض كله لرب المال من رأس ماله فبه تبين أن بيعه فى جميعها وقع لرب المال وكذلك لو كان المضارب باعها بالفين وقبض الثمن الا درهما ثم اشتراها المضارب لنفسه أو اشتراها رب المال لنفسه باقل من الثمن الاول لم يجز لان المنع من الشراء باقل من الثمن الاول حكم ثبت لعدم قبض الثمن فيبقى مابقى شئ من الثمن غير مقبوض كحق الحبس للبائع فى المبيع وكذلك لو اشتراها أحدهما بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول لان الدراهم والدنانير فى هذا الحكم كجنس واحد استحسانا وقد بيناه فى البيوع وكذلك لو اشتراها ابن أحدهما أو أبوه أو عبده أو مكاتبه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما شراء هؤلاء جائز الا المكاتب والعبد وقد بينا هذا فى البيوع ولو وكل المضارب ابنه بشرائها أو ابن رب المال لم يجز الشراء فى قول أبى حنيفة للوكيل وللموكل لان هذا الوكيل لا يملك شراءها لنفسه بهذا الثمن فلا يملك شراءها لغيره أيضا كالمسلم فى الخمر بخلاف ما اذا وكل أجنبيا فان الاجنبى يملك شراءها لنفسه باقل من الثمن الاول فيصح منه شراؤها للمضارب أيضا بناء على أصل أبى حنيفة فى المسلم يوكل ذميا بشراء الخمر وقد بينا فى البيوع الفرق بين شراء الوكيل للبائع وبين شراء ابن الآمر لنفسه على أصل أبى حنيفة رحمه الله ولو وكل المضارب رب المال أن يشتريها له أو وكل رب المال المضارب بذلك لم يجز لان كل واحد منهما لا يملك شراءها لنفسه واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها من المروى خاصة والربح بينهما نصفان وما يشترى بها من النسائى فالربح كله لرب المال وما يشترى بها من الزطى فالربح كله للمضارب فهو على ماسمى لانه فوض الى رأيه ثلاثة أنواع من العمل اما العمل على طريق المضاربة أو على سبيل البضاعة أو على سبيل القرض لنفسه وكل ذلك معلوم عند مباشرته العمل والجهالة عند العقد لا تفضى الى تمكن المنازعة بينهما فيصح فان كان اشترى المروى فهو على المضاربة كما اشترطا وان كان اشترى بها النسائى فهو بضاعة فى يده والربح لرب المال والوضيعة عليه فان كان اشترى بها الزطية فالمال

قرض عليه والربح له والوضيعة عليه واذا اشترى المضارب بمال المضاربة جاريتين تساوى كل واحدة منهما ألف درهم ثم باع احداهما بألف والاخرى بالفين وقبضهما المشترى ثم لقيه المضارب وقال زدنى فى ثمنها فزاده مائة درهم وقبضها المضارب ثم وجد المشترى باحدهما عيبا ردها بثمنها ونصف المائة لان الزيادة أضيفت اليهما والتزمها المشترى بمقابلها فيتوزع على قيمتهما كاصل الثمن اذا سمى بمقابلهما جملة وقيمتهما سواء فانقسمت الزيادة عليهما نصفين ولو كان المشتري طعن فيهما بعيب فصالحه المضارب على ان حط من الثمن مائة درهم ثم وجد المشترى بعد ذلك بالذى اشتراها بالف درهم عيبا ردها بالف غير ثلاثة وثلاثين وثلث لانه حط المائة من الثمنين فيقسم على قدر الثمنين ثلثاه من ثمن التى باعها بالفين وثلثه من ثمن التى باعها بالف وثلث المائة ثلاثة وثلاثون وثلث فلهذا ينتقص من ثمنها وهو ألف هذا المقدار وهذا لما قدمنا فى الباب الاول ان الحط من الثمن والزيادة ليست من الثمن انما هى مال التزمه المشترى بمقابلة الجاريتين فهو كالمال الذى اشترى به الجاريتين ولو كان المضارب اشترى الجاريتين من المشترى بربح مائة درهم على ما باعهما به ثم وجد باحداهما عيبا ردها بثمنها وحصتها من الربح اذا قسمت على الثمنين لما بينا أن الثمن فى بيع المرابحة مبنى على الثمن الاول أصله وربحه ولو كان المشترى اشترى احدى الجاريتين بالف والاخرى بالفين ثم أراد أن يبيعهما مرابحة على ثلاثة آلاف درهم فله ذلك لان حاصل ما غرم فى ثمنهما ثلاثة آلاف درهم وان باع كل واحدة منهما على حدة مرابحة على ثمنها جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقد بيناه هذا فى البيوع فان زاد فى ثمنهما مائة درهم وأراد أن يبيعهما مرابحة باعهما جميعا على ثلاثة آلاف درهم ومائة درهم لانه تيقن بمقدار ما غرم فى ثمنهما فيبيعهما على ذلك مرابحة وان أراد أن يبيع احداهما مرابحة على حدة لم يكن له ذلك لان المائة الزائدة انما تقسم على قيمتهما وطريقة معرفة القيمة الحزر والظن وذلك يمنعه من بيع المرابحة كما لو كان اشتراهما بثمن واحد له أن يبيعهما جميعا مرابحة على الثمن وليس له بيع احداهما مرابحة على حصتها من الثمن والله أعلم

باب عمل رب المال مع المضارب

(قال رضى الله) واذا وقعت المضاربة على أن يعمل رب المال مع المضارب فالمضاربة فاسدة لان من شرط صحتها التخلية بين المضارب وبين رب المال وهذا الشرط بعدم التخلية

وانما قلنا ذلك لان من حكم المضاربة ن يكون رأس المال أمانة فى يد المضارب ولا يتحقق ذلك الا بان يخلى رب المال بينه وبين المال كالوديعة واذا اشترط عمل نفسه معه تنعدم هذه التخلية لان المال فى أيديهما يعملان فيه يوضحه أن المضاربة فارقت الشركة في الاسم فتقتضى أن تفارقها فى الحكم وشرط العمل عليهما من حكم الشركة فلو جوزنا ذلك فى المضاربة لاستوت المضاربة والشركة فى العمل وشرط الربح فلا يبقى لاختصاص المضاربة بهذا الاسم فائدة واذا أخرج الرجل من ماله ألف درهم وقال لرجل اعمل بهذه مضاربة فاشتر بها وبع على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بيننا نصفان ولم يدفع اليه المال مضاربة فالمضاربة فاسدة لان المال غير مدفوع الى المضارب وقد بينا أن من شرط المضاربة دفع المال الى المضارب ليكون أمانة فى يده فبقي هذا استئجارا على البيع والشراء باجرة مجهولة فاذا تصرف كان الربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله فيما عمل ولو دفع المال اليه على أن يعمل به المضارب وعبد رب المال على أن لرب المال نصف الربح وللمضارب والعبد نصف الربح فهذه مضاربة جائزة والربح على ما اشترطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن لان عبد رب المال فى حكم المضاربة كعبد أجنبي اخر (ألا ترى) ن لرب المال ر يدفع ماله اليه مضاربة فما هو شرط المضاربة يوجد مع اشتراط عمل رب المال وهو التخلية بين المضارب والمال بخلاف شرط عمل رب المال فانه لا يدفع المال الى نفسه مضاربة وهذا لان للعبد يدا معتبرة فى كسبه وليست يده يد رب المال فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمل عبده واذا ثبت هذا فى عبده فهو فى مكاتبه وابنه وأبيه أظهر ولو اشترط أن يعمل معه شريك مفاوض لرب المال فالمضاربة فاسدة لان المفاوضين فيما بينهما من المال كشخص واحد فكل واحد منهما انما يستحق الربح الحاصل بعمل المضارب بملكه رأس المال فاشتراط عمل شريكه كاشتراط عمل نفسه لان بهذا الشرط تبقى المراحة لمالك المال مع المضارب فى اليد فتنعدم به التخلية وان كان شركة عنان فان كان المال من شركتهما فالمضاربة فاسدة لان كل واحد منهما يستحق الربح بملكه بعض رأس المال وان لم يكن من شركتهما فهى مضاربة جائزة لان ما ليس من شركتهما ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الاجنبي (ألا ترى) أن لاحدهما أن يدفع الى صاحبه مالا من غير شركتهما مضاربة واذا دفع الرجل مال ابنه الصغير مضاربة الى رجل على أن يعمل معه الاب بالمال

على أن للمضارب ثلث الربح وللابن ثلثه وللاب ثلثه جاز على مااشترط وكذلك الوصي لان الاب أو لوصى لو أخذ مال الصبي مضاربة ليعمل فيه بنصف الربح جاز كما لو دفعه الى أجنبي مضاربة وكل مال يجوز أن يكون الانسان فيه مضاربا وحده يجوز أن يكون مضاربا فيه مع غيره وهذا لانهما يستحقان الربح بالعمل لا بملك المال فكانا في ذلك كأجنبي آخر وماهو شرط المضاربة وهو كون المال أمانة في يد المضارب لا ينعدم بهذا لان يدهما بعد هذا الشرط يد المضارب على المال كيد المضارب الآخر ولو كان الاب اشترط عمل الابن مع مضارب كانت المضاربة فاسدة لان الابن لا يجوز أن يكون مضاربا بالعمل في مال نفسه ولانه يستحق الربح بملك المال سواء كان الدافع هو أو أباه أو وصيه ولو كان الدافع هو بعد بلوغه وأباه أو وصيه وشرط عمل نفسه مع المضارب بطلت المضاربة فكذلك أبوه أو وصيه ثم أجر مثل المضارب في عمله على الاب أو الوصي يؤديان ذلك من مال الابن لانه أجير في العمل فانما يطالب بالاجر من استأجره والاب استأجره للعمل للابن فيؤدي أجره من مال الابن واذا دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف فرده المضارب على رب المال وأمره أن يشترى به ويبيع على المضاربة ففعل رب المال ذلك فربح ولم يل المضارب شيئا من العمل فهذه مضاربة جائزة لان رب المال معين للمضارب في اقامة العمل والمال في يده على سبيل البضاعة في حق المضارب ولو أبضعه غيره كان الربح بينهما على الشرط فكذلك اذا أبضعه رب المال وعلى قول زفر رحمه الله رده المال على رب المال نقض منه للمضاربة لان رأس المال في المضاربة من جانب العامل عمله ورب المال لا يجوز أن يكون عاملا في مال نفسه لغيره فكان ذلك بمنزلة نقض المضاربة ولكنا نقول منافع رب المال لم يتناولها عقد المضاربة كمنافع أجنبي آخر فكما يجوز اقامة عمل أجنبي آخر مقام عمل المضارب مااستعان به بعد فكذلك تجوز اقامة عمل رب المال من منزل المضارب بغير أمره فاشترى به وباع وربح فقد انتقضت المضاربة والربح كله لرب المال لان عمله هنا لا يمكن أن يجعل كعمل المضارب فانه مااستعان به (ألا ترى) انه لو فعل ذلك أجنبي آخر كان غاصبا عاملا لنفسه ضامنا لرب المال فاذا فعل رب المال ذلك كان عاملا لنفسه أيضا فانتقضت المضاربة لفوات العمل حقيقة وحكما بخلاف الاول على ما بينا واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها المضارب جارية وقبضها وأخذها رب المال وباعها بغير أمر المضارب فربح فيها جاز بيعه والربح على مااشترطا

ولا يكون بيعه الجارية نقضا للمضاربة أما جواز البيع فلانه مالك للجارية قادر على تسليمها ثم قد بينا انه بعد ماصار المال عروضا لا يملك رب المال نقض المضاربة ومنع المضارب من التصرف فلا يكون بيعه نقضا للمضاربة أيضا بل يكون نظرا منه للمضارب ولنفسه فربما يخاف أن يفوته هذا المشترى لو انتظر حضور المضارب فاعانه في بيعها بخلاف الاول فان المال مادام نقدا في يده فهو متمكن من نقض المضاربة فيجعل اقدامه على الشراء نقضا للمضاربة يوضح الفرق ان استحقاق المضارب الربح باعتبار ضمانه الثمن بالشراء في ذمته فان ربح مالم يضمن منهى عنه ولهذا لم تجز المضاربة بالعروض فاذا كان المضارب هو المشترى فقد تأكد به سبب استحقاقه لحصة من الربح اذا ظهر فلا يبطل ذلك بيع رب المال الجارية فاما قبل الشراء فلم يتأكد سبب ثبوت الحق للمضارب في الربح اذا ظهر فلا يثبت ذلك بشراء رب المال قال باع رب المال الجارية بالفى درهم ثم اشترى بالفين جارية أخرى فباعها بأربعة آلاف درهم ضمن رب المال للمضارب خمسمائة درهم حصته من الربح على الجارية الأولى ولا حق له في ثمن الجارية الاخيرة لان ببيع الجارية الأولى صار المال نقدا في يد رب المال فهو بمنزلة ما لو كان نقدا قبل شراء المضارب الجارية بالمال وقد بينا هناك أن عمل رب المال في المال يكون لنفسه ويكون نقضا للمضاربة اذا عمل بغير أمر المضارب فهنا أيضا شراء الجارية الاخيرة بغير أمره لنفسه وقد نقد ثمنها حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة فيضمن له ذلك القدر وثمن الجارية الاخيرة كلها له لانه عمل لنفسه في ماله في شرائها وبيعها ولو كان المضارب دفع الجارية الى رب المال وأمره أن يبيعها ويشترى بثمنها ويبيع على المضاربة جاز ماصنع على المضاربة وما ضاع في يد رب المال من ذلك ضاع من الربح لانه فيه بمنزلة أجنبي آخر استعان به المضارب في العمل فكما أن الاجنبي اذا استعان به المضارب يكون أمينا في المال وما يهلك في يده يجعل كالهالك في يد المضارب فكذلك رب المال ولو كان رب المال أخذ الجارية بغير أمر المضارب فباعها بغلام أو عرض أو شئ من المكيل والموزون يساوى ألف درهم وقبضها وباعها باربعة آلاف درهم فذلك كله على المضارب لان رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضا (ألا ترى) أنه لو نهى المضارب عن التصرف لا يعمل نهيه وان حوله المضارب من عرض الى عرض لم يصر المال نقدا فكذلك لا تنتقض المضاربة بتحويل رب المال من عرض الى عرض بغير أمر المضارب ولكنه فيما يباشر من التصرف بمنزلة الاجنبي يعقد

للمضارب لجميع مايحصل يكون على المضاربة ولو كان رب المال باع الجارية الاولى بمائتى دينار ثم اشترى بها جارية اخرى كان هذا بمنزلة بيعه لها بالدراهم والجارية الاخرى له دون المضارب لان الدراهم والدنانير فى حكم المضاربة كجنس واحد (ألا ترى) أنه بعد مانهى المضارب عن التصرف لو صار المال فى يده دنانير عمل نهى رب المال حتى لا يملك أن يشترى بها عرضا بمنزلة مالو صار المال فى يده دراهم فكذلك هنا لما صار المال فى يد رب المال دنانير انتقضت المضاربة بمنزلة مالو صار دراهم فكان هو فى شراء الجارية الاخيرة عاملا لنفسه والذى قلنا ان تأكيد السبب فى حق المضارب بضمان الثمن بالشراء وذلك ينعدم فى شراء رب المال بالدنانير كما ينعدم فى شرائه بالدراهم بخلاف العروض وفى بيع المقابضة واحد من المتعاقدين لا يلتزم الا تسليم العين التى من جهته سواء كان المضارب هو المباشر لهذا العقد أو رب المال فالتزام تسليم العين يكون بصفة واحدة فلهذا كان العرض المشترى بمقابلة العرض على المضارب ولو لم يشتر بالدنانير جارية ولكنه اشترى بها ثلاثة آلاف درهم كانت على المضاربة يستوفى رب المال منها رأس ماله والباقى بينهما على الشرط لانه فى هذا التصرف خاصة معين للمضارب (ألا ترى) أنه بعد مانهاه عن التصرف أو مات رب المال وبطلت المضاربة بموته يملك المضارب هذا التصرف ليحصل به جنس رأس المال فكذلك رب المال يكون معينا للمضارب فى هذا التصرف والحاصل أن كل تصرف صار مستحقا للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه منه فرب المال فى ذلك يكون معينا له سواء باشره بأمره أو بغير أمره وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فهو فى ذلك التصرف بغير أمر المضارب عامل لنفسه الا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معينا له واذا دفع العبد المأذون الى رجل مالا مضاربة فهو جائز لان هذا من صنيع التجار وهو منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار فان اشترط أن يعمل مولاه معه على أن للعبد نصف الربح وللمضارب ربعه وللمولى ربعه ولا دين على العبد فالمضاربة فاسدة لان المولى يستحق الربح هنا بملك المال فلا يجوز اشتراط عمله فيه وان كان الدافع عبده ولانه لا يجوز أن يكون هو مضاربا لعبده فى عمله فى المال هنا لو دفعه اليه وحده فلهذا كان اشتراط عمله مفسدا للعقد وان كان عليه دين جاز على ما اشترطوا لان عند أبى حنيفة رحمه الله المولى لا يملك كسب عبده المديون فهو انما يستحق الربح بعمله هنا لا بملك المال كأجنبي آخر وعندهما وان كان هو يملك كسب عبده الا أن حق

الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولي ويجوز أن يكون المولي مضاربا وحده فى هذا المال لاعتبار حق الغرماء فكذلك يجوز اشتراط عمله مع المضارب ويكونان كالمضاربين فى هذا المال ولو كان العبد اشترط عمل نفسه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان العبد متصرف لنفسه بحكم انفكاك الحجر عنه فهو كالمالك في هذا المال ويده فيه يد نفسه فاشتراط عمله يعدم التخلية بين المضارب والمال فلهذا فسدت المضاربة وللمضارب أجر مثل عمله على العبد لانه هو الذى استأجره للعمل ولو كان الدافع مكاتبا واشترط أن يعمل مولاه مع المضارب جاز لان المولى من كسب مكاتبه أبعد منه من كسب العبد المديون وهو يجوز أن يكون مضاربا فى هذا المال وحده فكذلك مع غيره فان عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت المضاربة لان المال صار مملوكا للمولي وصار بحيث يستحق ربحه بملكه المال وقد بينا أن الفساد الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد فلهذا فسدت المضاربة فان اشتريا بعد ذلك وباعا وربحا فالربح كله لرب المال والاجر للمضارب فى عمله لان رب المال لم يستأجره للعمل والمكاتب بالعجز صار عبدا محجورا عليه واستئجار العبد المحجور عليه غيره للعمل فى مال مولاه باطل واستئجار المكاتب لو كان صحيحا فى حال الكتابة يبطل بعجزه فكيف يثبت حكم الاستئجار بعد عجزه موجبا للاجر عليه ولو كانا اشتريا بالمال جارية ثم عجز المكاتب فباعا الجارية بغلام ثم باعا الغلام بأربعة آلاف درهم فان المولى يستوفى منها رأس ماله وما بقى فهو بينهما على ما اشترطا لان عجز المكاتب هنا بمنزلة موته أو بمنزلة موت الحر والموت لا يبطل المضاربة ما دام المال عروضا وانما يبطل اذا صار المال نقدا فهنا كذلك ولو دفع مالا الي رجل مضاربة بالنصف وأمره أن يعمل فيه برأيه فدفعه المضارب الى رجل آخر مضاربة على أن يعمل المضارب الأول معه وللمضارب الآخر ربع الربح وللأول ربعه ولرب المال نصفه فالمضاربة فاسدة لان المضارب الاول فى عمله فى المال بمنزلة المالك فاشتراط عمله يعدم التخلية بين المال وبين المضارب الآخر وذلك شرط صحة المضاربة الثانية والدليل عليه أن المضارب لا يعاقد نفسه فى هذا المال عقد المضاربة وحده فكذلك لا يعاقد غيره على شرط عمله معه فان عملا فللآخر أجر مثله لانه أوفى عمله بعقد فاسد والربح بين الاول ورب المال على شرطهما والوضيعة على رب المال لان المضارب الآخر أجير للاول اجارة فاسدة ولو استأجره اجارة صحيحة للعمل فى المال كان يعطى أجره من المال والربح بين المضارب ورب

المال على الشرط فكذلك هنا فان دفعه المضارب الاول الى رب المال مضاربة بالثلث فعمل به فربح أو وضع فانه يقسم على شرط المضاربة الاولى والمضاربة الاخيرة باطلة والمال في يد رب المال بمنزلة البضاعة وعلى قول زفر رحمه الله الثانية تنقض الاولى والربح كله لرب المال وعندنا رب المال فى العمل معين للمضارب لان المضارب قد استعان به فيكون عمله كعمل المضارب والربح بينهما على الشرط ولا تصح المضاربة الاخيرة لان رب المال مالك للمال يستحق الربح باعتبار ملكه فلا يجوز ان يكون مضاربا فيه لان المضارب من يستحق الربح بعمله لا بملكه المال فالمضاربة الثانية لم تصادف محلا فكانت باطلة (ألا ترى) أن المضارب لو استأجر رب المال أن يشترى له ويبيع بعشرة دراهم فى الشهر فاشترى له فربح أو وضع كان ماصنع من ذلك جائزا على المضارب ولا أجر له لانه عامل فى مال نفسه فلا يستوجب على عمله أجرا بالشرط وبه تبين الفرق بينه وبين الاجنبي ولو دفعه المضارب الى رجل مضاربة بالربع على أن يعمل هو ورب المال فعملا فالمضاربة الثانية فاسدة لان رب المال يستحق الربح بملكه المال ولا يجوز أن يكون مضاربا فى هذا المال وحده فاشتراط عمله بعدم التخلية فاذا فسدت المضاربة الثانية فللمضارب الآخر أجر مثله والربح بين الاول وبين رب المال على ما اشترطا والله أعلم

باب الاختلاف بين المضارب ورب المال

(قال رضى الله عنه) واذا قال المضارب بعد حصول الربح شرطت لى نصف الربح وقال رب المال شرطت لك ثلث الربح فالقول قول رب المال مع يمينه لان الربح بما ملك رب المال وانما يستحقه المضارب بالشرط فهو يدعى الزيادة فيما شرط له ورب المال منكر فالقول قوله مع يمينه وان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لاثباته الزيادة فى حقه ببينة وان قال رب المال لم أشترط لك الربح أو قال اشترطت لك مائة درهم من الربح وقال المضارب شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لانكاره استحقاق شيء من ربح ماله عليه وللمضارب أجر مثله فيما عمل أما فى قوله شرطت لك مائة درهم فظاهر فالمضاربة بهذا الشرط تصير اجارة فاسدة وكذلك فى قوله لم أشترط ربحا لانهما اتفقا على أن الدفع اليه كان بطريق المضاربة فاذا لم يبين نصيب المضارب كانت اجارة فاسدة وقد وفى العمل فاستحق

أجر المثل ولو قال المضارب شرطت لى ثلث الربح وقال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فالقول قول المضارب لانهما تصادقا على انه شرط له ثلث الربح ثم أقر رب المال بزيادة على ذلك لا يستحقها المضارب بل ليفسد العقد بها ويبطل استحقاق المضارب فهو متعنت فى هذا فلايقبل قوله ويجعل القول قول من يدعى جواز العقد لان الاصل فى العقود الصحة وان أقاما البينة فالبينة بينة رب المال لانه يثبت ببينته زيادة الشرط المفسد للعقد فهو كما لو أثبت أحد المتعاقدين خيارا أو أجلا مجهولا ببينة ولو قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا مائة وقال المضارب شرطت ثلث الربح فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه زيادة فان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فالمضارب يدعى أن المشروط له ثلث كامل ورب المال ينكر ذلك والقول قول المنكر لانه غير متعنت فى ذلك والبينة في هذا الفصل بينة المضارب لاثباته الزيادة فى حقه بالبينة ولو وضع فى المال فقال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو دفعته الى مضاربة ولم تشترط لي شيأ فلى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى لنفسه دينا فى ذمته وهو أجر المثل ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله فان أقام رب المال البينة أنه شرط له ثلث الربح وأقام المضارب البينة أنه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها قامت لاثبات شرط نصف الربح وبينة المضارب قامت على نفى الشرط والشهادة على النفى لاتقبل فلهذا كانت البينة بينة رب المال والقول قوله وان كان أقام المضارب البينة أنه شرط له ربح مائة درهم وأقام رب المال البينة انه شرط له نصف الربح فالبينة بينة المضارب لان البينتين استوتا فى اثبات الشرط فرجحت بينة المضارب لانها تثبت دينا مضمونا فى ذمة رب المال ولان المضارب هو المحتاج الى البينة وذكر نظير هذه المسئلة فى المزارعة أن رب الارض والبذر اذا قال للعامل شرطت لك نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة أقفزة من الخارج ولم يحصل الخارج وأقاما البينة فالبينة بينة رب الارض والبذر وأكثر مشايخنا رحمهم الله قالوا جوابه فى كل واحد من الفصلين جواب فى الفصل الآخر وفى المسئلتين روايتان. وجه هذه الرواية ماذكرنا ووجه رواية المزارعة ان رب المال يثبت صحة العقد فترجح بينته لذلك وأصح الجوابين ماذكرهنا قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله والاصح عندى الفرق بين المضاربة والمزارعة لان عقد المزارعة يتعلق بها اللزوم (ألا ترى)

انه ليس للعامل أن يمتنع من اقامة العمل فترجح فيه البينة المثبتة لصحة العقد لما فيها من الالزام وأما المضاربة فلا تكون لازمة فان للمضارب أن يمتنع من العمل ويفسخ العقد متى شاء فترجح هنا البينة التى فيها الزام وهى المثبتة للدين فى ذمة رب المال واذا ادعى المضارب انه شرط له نصف الربح أو شرط له مائة درهم وقال رب المال انما دفعت اليك المال بضاعة لتشترى به وتبيع فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى استحقاق جزء من ربح ماله أو استحقاق الاجر دينا فى ذمته ورب المال ينكر ذلك بانكاره سببه فالقول قوله والبينة فى هذا الفصل بينة المضارب لانها تثبت حقه على رب المال وبينة رب المال تنفى ذلك ولو كانت المضاربة بالنصف فجاء المضارب بالفى درهم فقال رب المال دفعت اليك الفين وقال المضارب دفعت الى ألف درهم وربحت ألف درهم فالقول قول المضارب فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله وفى قوله الاول القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله . وجه قوله الاول ان المضارب أقر أن جميع مافى يده مال المضاربة والاصل فى مال المضاربة حق رب المال فاذا ادعى بعد ذلك استحقاق بعض المال لنفسه لايقبل قوله الا بحجة والقول قول رب المال لانكاره كما فى مسئلة البضاعة بخلاف ما اذا قال المضارب ألف من الالفين خلطته لى بمال المضاربة وقد كان قال له اعمل فيه برأيك لان هناك لم يقر أن جميع مافى يده مال المضاربة والاصل أن القول قول المرء فيما فى يده من المال بخلاف مالو ادعي رب المال رأس المال أكثر مما جاء به المضارب وانه قد استهلك بعضه فان هناك هو يدعي دينا على المضارب والمضارب ينكر والقول قول المنكر وجه قوله الآخر أن الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض من رأس المال والقابض هو المضارب فيكون القول قوله فى مقدار المقبوض لان رب المال يدعي زيادة فيما أعطاه وهو ينكر لانه لو أنكر أصل القبض كان القول قوله فكذلك اذا أنكر زيادة القبض يوضحه أن المال فى يده فالقول قوله فى بيان جهة حصوله فى يده كما لو قال ألف من المال لى خلطته بمال المضاربة فان اختلفا مع ذلك فيما شرط له من الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لى النصف فالقول قول المضارب فى رأس المال والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح لان المضارب يدعي الزيادة فيما شرط له ورب المال ينكر ولو أنكر أصل الشرط بان قال كان المال فى يدى بضاعة فالقول قوله فكذلك اذا أنكر الزيادة فيما شرط له وان أقاما البينة فالبينة بينة رب

المال فى مقدار ماسلم اليه من رأس المال ويأخذ الالفين برأس ماله لانه أثبت زيادة فيما دفعه اليـه وان كان المال ثلاثة آلاف كانت البينـة بينة المضارب فيما ادعي من الربح حتى ان الالف الفاضـلة عن الالفين بينهما نصفان لان المضارب يثبت ببينته زيادة فى حصته من الربح واذا دفع الرجل الى رجلين مالا مضاربة بالنصف فجاء بثلاثة آلاف درهم فقال رب المال كان رأس مالي ألفين والربح ألف وصدق أحـد المضاربين وقال الآخر كان رأس المال ألفا والربح ألفي درهم فان رب المال يأخذ ألف درهم من رأس ماله من يد المضاربين لانهما اتفقا على ذلك القدر من رأس ماله ويبقي فى يد كل واحد منهما ألف درهم فيأخذ رب المال خمسمائة من الذى صدقه لانه يقر أنه قد بقي من رأس ماله ألف نصفه فى يده ونصفه فى يد شريكه واقراره فيما فى يده حجة وان لم يكن حجة فيما فى يد شريكه فيأخـذ منه خمسمائة بحساب رأس ماله لان حق رب المال فى الربح ضعف حق المصدق فيقسمان الحاصل من الربح فى أيديهما على أصـل حقهما أثلاثا ويقاسم الآخر خمسمائة مما فى يده اثلاثا لان رب المال يزعم أن هذه الخمسمائة من رأس ماله أيضا ومن فى يده ينكر ويقول هو ربح وحق رب المال فيه ضعف حق لان حق رب المال فى نصف الربح وحق كل واحد من المضاربين فى ربع الربح فلهذا يقاسمه خمسمائة أثلاثا ثلثها لرب المال يأخـذها بحساب رأس ماله بزعمه فيجتمع فى يده ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ثم يقتسمون الالف الباقية ربحا بينهم أرباعا فيصير فى يد رب المال خمسمائة من الربح وفى يد الذى صدقه مائتان وخمسون فيجمع ذلك فيأخذ منه رب المال ما بقى من رأس ماله على ما تصادقا عليه لان الربح لا يكون الا بعد وصول جميع رأس المال الى رب المال وقد بقي من رأس المال بزعمهما مائة وستة وستون وثلثا درهم فيأخـذ رب المال ذلك والباقى من الربح بينهما أثلاثا لان حق رب المال فى الربح ضعف حق المصدق فيقسمان الحاصل من الربح فى أيديهما على أصـل حقهما اثلاثا والمكذب بزعمهما اسـتوفى أكثر من حقـه فتجعل تلك الزيادة فى حقهما كالتاوى وقد طعن عيسى بن أبان رحمه الله فى فصل من جواب هذه المسئلة وهو قوله ان الخمسمائة مما فى يد المكذب تقسم بين رب المال وبين المكذب أثلاثا وقال الصحيح أنه ليس لرب المال الا نصفها لان المنكر يزعم أن الالف الباقية مقـسومة بينهم ارباعا نصفها لرب المال وربعها للمصدق وربعها لي فالمصدق أقر بحصته لرب المال من هذه الالف فيصير لرب المال ثلاثة

أرباعها وقد وصل اليه من يد المصدق نصف هذه الالف وهو خمسمائة فانما بقي حقه في ربحها وحقي في ربحها فينبغي أن تقسم هذه الخمسمائة بينهما نصفان وكان القياس ماذكره عيسى رحمه الله ولكن محمد رحمه الله ترك ذلك لوجهين أحدهما أنا لوفعلنا هكذا كنا قد أعطينا المنكر جميع حصة مدعاه من ربح الالفين ويأخذ من الالف الثانية مائتين وخمسين ومن الالف الثالثة مائتين وخمسين فتسلم له حصته من ربح الالفين بزعمه ولايجوز أن يصدق هو على مافي يد صاحبه كما لا يصدق صاحبه على مافي يده والثاني أن ما وصل الى رب المال من تلك الالف لم يصل ربحا كما ادعاه هذا المضارب وانما أخذه على أنه من رأس ماله فلا يكون للمنكر أن يجعل ذلك محسوبا عليه من الربح في مقاسمته الخمسمائة الاخرى معه فلهذا قسمت هذه الخمسمائة بينهما اثلاثا وهذا الجواب حكاه ابن سماعة عن محمد رحمهما الله واذادفع الرجل الى رجل مالا فربح فيه ربحا فقال العامل أقرضتني هذا المال وقال الدافع دفعته اليك بضاعة أو مضاربة بالثلث أو قال مضاربة ولم أسم لك شيئا أو قال سميت لك مائة درهم من الربح فالقول قول رب المال لان العامل يدعي تملك المال عليه بالقبض ورب المال ينكر ذلك ولان الاذن في التصرف مستفاد من جهة رب المال فالقول قوله في بيان الاذن والتسليط فان كان أقر بالمضاربة فلا شيء للعامل بل الربح كله لرب المال لانه نما ملكه وان كان أقر له بربح الثلث أعطاه ذلك لان العامل يدعي عليه جميع الربح وهو أقر له بالثلث وان أقر بمضاربة فاسدة أعطاه أجر مثله فيأخذه المضارب قضاء مما ادعاه من المال الذي أخذه منه رب المال لان العامل يدعى عليه أكثر مما أقر له به فيعطيه مقدار ما أقر له به من الجهة التي أقر بها ويأخذه العامل من الجهة التي يدعيها فان هلك المال في يد المضارب بعد هذا القول فهو ضامن للاصل والربح لانه كان أمينا في الكل وقد جحد حق صاحب المال فيه وادعى أنه ملكه فيكون ضامنا له ولو قال المضارب شرطت لي النصف وقال رب المال شرطت لك الثلث ثم هلك المال في يد المضارب فهو ضامن لسدس الربح لانه ادعى تلك الزيادة لنفسه وقد كان أمينا فيه فيصير ضامنا بدعواه الامانة لنفسه ولو وضع في المال ثم قال العامل دفعته الي مضاربة وقال رب المال دفعته اليك قرضا فالقول قول رب المال لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله في بيان صفته ولان العامل يزعم أنه كان نائبا عن رب المال في العمل ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله وان أقاما البينة فالبينة بينة رب المال أيضا لانه يثبت ببينته سبب تمليك المال

منه بالقرض ووجوب الضمان دينا له فى ذمته فكانت بينته أولى بالقبول ولانه لا تنافى بين البينتين فالقرض يرد على المضاربة فيجعل كأنه دفعه اليه مضاربة ثم أقرضه منه ولا يمكن ن يجعل على عكس هذا لان المضاربة لاترد على القرض والقرض يرد على المضاربة ولولم يكن عمل بالمال وضاع فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه سبب الضمان والمضارب ينكر والبينة بينة رب المال لاثباته الضمان دينا فى ذمة المضارب ثم الفرق بين هذا والاول أن فى هذا الفصل تصادقا على أنه قبضها باذن المالك وذلك غير موجب للضمان عليه فتى دعوى رب المال سبب الضمان وفى الفصل الاول عمل العامل فى ملك الغير سبب موجب للضمان وقد ظهر ذلك فيحتاج الى سبب مسقط للضمان عن نفسه وهو كونه نائبا عن المالك فى عمله فى المال مضاربة ولا يثبت هذا المسقط الا بالبينة ولا يقال تصادقا أن عمله حصل باذن رب المال وتسليطه فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه لان رب المال يزعم أنه عمل لنفسه فى مال نفسه فاذا لم يثبت الملك له لا يكون هو عاملا باذن رب المال كما أقر به فيبقى عاملا في المال بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه ولو قال المضارب دفعته الى مضاربة وقد ضاع المال قبل أن أعمل به وقال رب المال أخذته غصبا فلا ضمان على المضارب لانه ماأقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه وانما أقر بتسليم رب المال اليه وذلك غير موجب للضمان عليه ورب المال يدعى عليه الغصب الموجب للضمان وهو ينكر فان كان عمل به ثم ضاع فهو ضامن للمال لان عمله فى مال الغير سبب موجب للضمان عليه ما لم يثبت اذن صاحبه فيه ولم يثبت ذلك لانكاره فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب فى الوجهين لانه يثبت تسليم رب المال والاذن له فى العمل ببينة ولو قال المضارب أخذت منك هذا المال مضاربة فضاع قبل أن أعمل به أو بعدما عملت قال رب المال أخذته منى غصبا فالقول قول رب المال والمضارب ضامن فى لانه تحتى أقر بالاخذ وهو سبب موجب للضمان عليه قال عليه الصلاة والسلام على الوجهين اليد ماأخذت حتى ترد ثم ادعى المسقط وهو اذن صاحبه فلا يصدق فى ذلك الا لحجة ولو قال أخذته منك مضاربة فضاع قبل أن أعمل به وقال رب المال أقرضتكه فلا ضمان على المضارب لتصادقهما أن القبض حصل باذن المالك فانه هو الذى دفعه اليه الا أن يكون عمل بالمال فحينئذ هو ضامن لان عمله فى مال الغير سبب موجب للضمان عليه كما ذكرنا واذا دفع الرجل الى الرجلين ألف درهم مضاربة بالنصف فجاآ بألفين فقال أحدهما

ألف رأس مالك وألف ربح فصدقه رب المال بذلك وقال المضارب الآخر ألف رأس المال وخمسمائة ربح وخمسمائة لفلان كان دينا علينا فى المضاربة وادعى المقر له ذلك فان رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم لتصادقهما على ذلك ويأخذ المقر له بالدين من المضارب المقر مائتين وخمسين درهما لانه أقر أن نصف الخمسمائة دينا عليه يؤديه مما فى يده ونصفه دين على شريكه واقراره على نفسه وبما فى يده حجة وعلى غيره لا فلهذا يأخذ منه مائتين وخمسين وهذا بخلاف أحد الوارثين اذا أقر على الميت بدين فانه يستوفى جميع الدين من نصيبه لان هناك ماأقر بالدين فى ذمة نفسه ولا فى ذمة شريكه وانما أقر به على الميت والمقر يعامل فى حق نفسه كان ماأقر به حق فلا يسلم له شيء من التركة مالم يقض جميع الدين الذى على الميت وهاهنا انما أقر بالدين على نفسه وعلى شريكه بسبب معاملتهما مع المقر له واقراره بالدين فى ذمة الغير لايلزمه القضاء مما فى يده ثم يقاسم المضارب الجاحد مع رب المال مائتين وخمسين درهما مما في يده له ثلثها ولرب المال ثلثاها لان المضارب المقر يزعم انه لاحق له فى هذا بل حق صاحب الدين والجاحد يزعم انه ربح ولكن لاحق فيه للمقر لانه أتلف مثل هذا باقراره كاذبا فهو محسوب عليه من نصيبه فيقسم هذا المقدار بين رب المال والجاحد على مقدار حقهما من الربح لرب المال ثلثاها وللجاحد ثلثها ويبقى فى يد المضاربين خمسمائة درهم قد أقروا جميعا أنها ربح فيقتسمونها بينهم لرب المال نصفها ولكل واحد من المضاربين ربعها ولا يرجع الغريم على المضارب المقر بشيء مما أخذ لما بينا انه أقر له بالدين فى ذمة شريكه فلا يلزمه ذلك القضاء من مال نفسه وكذلك لو كان أحدهما ادعى لنفسه خمسمائة من هذ المال أنه من خاصة ماله فهذا والاول فى التخريج سواء كما بينا ولو جاء المضاربان بالفى درهم خمسمائة منها بيض وألف وخمسمائة سود فقال أحدهما الخمسمائة البيض وديعة لفلان عندنا والخمسمائة السود ربح وقال المضارب الآخر كلها ربح فان رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم من السود ويأخذ المقر له مائتين وخمسين من البيض وهى التى فى يد المقر بالوديعة لان نصف البيض فى يده واقراره فيه حجة ويقسم المضارب الآخر ورب المال مائتين وخمسين من البيض اثلاثا سهمان لرب المال وسهم للمضارب لان المقر لايدعي لنفسه فى هذا شيأ والمنكر يزعم انه أتلف فوق حقه من هذا المال فلا حق له فيما بقى بل يقسم هذا المقدار بين الجاحد ورب المال مائتين وخمسين على أصل حقهما أثلاثا ويقسم الخمسمائة السود ارباعا لاتفاقهم

على أن ذلك ربح وكذلك لو كان جميع المال فى يد المنكر للوديعة لان المنكر للوديعة يزعم أن الخمسمائة البيض ربح من مال المضاربة ومال المضاربة فى أيديهما فباعتبار اقرار ذى اليد هذه ومالو كان المال كله فى أيديهما سواء بخلاف ما اذا كان المال كله فى يد المقر لان المقر يزعم ان هذه الخمسمائة ليست من مال المضاربة بل هى وديعة لصاحبها ولا يدفعها للمضارب الآخر ولا قول فلهذا كان المقر مصدقا فى جميعها هنا فان كان المضاربان حين جاآ بالفين كانت الخمسمائة البيض كلها فى يد المقر بالوديعة فقال هذه وديعة لفلان عندى وقال الآخر ورب المال كله ربح أخذها صاحب الوديعة كلها لان اليد فيها له فكان القول قوله فيها والخمسمائة السود بينهم ارباعا لاتفاقهم على أنها ربح ولو كانت البيض فى يد المنكر للوديعة أخذ رب المال رأس ماله ألف درهم وما بقى من المال قسم على أربعة أسهم لرب المال سهمان ولكل واحد من المضاربين سهم لان البيض هنا قبل القسمة فى يد الجاحد ليس شئ منها فى يد المقر واقراره بالوديعة فيما فى يد الغير لا يكون صحيحا مالم يصل اليه المال فلهذا قسم الكل كما هو زعم المنكر للوديعة ثم ما وقع فى سهم المقر بالوديعة من البيض سلمه الى صاحب الوديعة لان ذلك القدر قد وصل الى يده وقد أقر بالملك له وهذا بخلاف ما سبق اذا كان المال كله فى يد الجاحد لان هناك الجاحد مقر للمقر بالوديعة باليد فى نصفه وهنا الجاحد لا يقر باليد فى شئ من البيض للمقر بالوديعة لان فى يده مثلها من مال المضاربة وهى الخمسمائة السود واذا دفع الى رجلين ألف درهم مضاربة بالنصف وأمرهما أن يعملا فى ذلك برأيهما فجاآ بالفي درهم فى أيديهما جميعا فقال أحدهما ألف منها رأس المال وخمسمائة ربح وخمسمائة وديعة لفلان خلطناها بالمال بامره فهو شريكنا فى هذا المال بخمسمائة درهم وصدقه فلان بذلك وقال المضارب الآخر بملك الالف كلها ربح فان رب المال يأخذ رأس ماله ألفا ويأخذ المقر له بالشركة مائتين وخمسين مما فى يد المنكر اثلاثا لانهما يزعمان ان ذلك ربح وان المقر أتلف منه ذلك فهو محسوب عليه ثم يقسم رب المال والمضاربان الخمسمائة الباقية ارباعا لاتفاقهم على انها ربح فيكون للمضارب المقر بالشركة منها مائة وخمسة وعشرون درهما فيجمعها الى ما أخذ المقر له بالشركة ويقسم ذلك كله بينهما على خمسة أسهم سهم للمضارب وأربعة للمقر له بالشركة لانهما تصادقا على الشركة بينهما فى المال وتصادقهما معتبر فى حقهما فما وصل اليهما يقسم على أصل حقهما وهما متفقان أن حق المقر له فى خمسمائة وان حق المقر فى مائة وخمسة

وعشرين فاجعل كل مائة وخمسة وعشرين سهما فيكون الخمسمائة أربعة أسهم فاربعة أسهم حق المقر له وسهم حق المقر فلهذا قال يقسم ما فى أيديهما اخماسا بينهما ومالم يصل الى يدهما من المال يجعل كالتاوى بينهما ولو كان المال كله فى يد المقر بالشركة يوم أقر بها أخذ المقر له بالشركة جميع الخمسمائة من المال لان اقرار المقر فيما فى يده مقبول ويأخذ رب المال رأس ماله ألفا والخمسمائة الباقية بين المضاربين وبين رب المال ارباعا ولو كان المال كله فى يد المنكر للشركة أخذ رب المال رأس ماله ألف درهم فاقتسم هو والمضاربان الالف الباقية ارباعا وما أخذه المقر بالشركة اقتسمه هو والمقر اخماسا لان الواصل الى يده من المال هذا المقدار فباعتباره يصح اقراره ويقسم بينهما اخماسا للمقر خمسه وللمقر له أربعة اخماسه قال عيسى بن أبان رحمه الله هذا غلط وسواء كان المال فى أيديهما أو فى يد المنكر منهما ينبغى أن يأخذ المقر له بالشركة مائتين وخمسين أولا كما أجاب به فى مسئلة البيض والسود قبل هذا لان المنكر مقر أن المال كله من المضاربة وان نصفه فى يد صاحبه ولكن ماذكره هنا أصح . والفرق بين هذا وبين تلك المسئلة من وجهين أحدهما أن المنكر وان أقر فى هذه المسئلة أن نصف المال فى يد صاحبه وصاحبه ينكر ويقول يد المقر له على ماله لانه شريك معنى فلم تثبت يد المقر على شئ من تلك الخمسمائة فلهذا لايجوز اقراره فى شئ منها قبل القسمة بخلاف مسئلة البيض والثانى ان فى مسئلة الشركة حق المقر له شائع فى الكل وحق المضاربة كذلك شائع فلم يختص واحد من المضاربين بشئ منه ولم يثبت تنفيذ اقراره الا بعد القسمة وأما فى الوديعة فقد أقر بشئ بعينه متميز من حق المضاربة غير مفتقر الى المقاسمة ولو جاء المضاربان بالفى درهم فقال أحدهما كان رأس المال ألف درهم فشاركنا فلان فى المال بخمسمائة درهم فخلطناها بالالف ثم عملنا فربحنا خمسمائة وقال الآخر كلها ربح فان رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم لاتفاقهم عليه ثم يدفع الى المقر له مائتين وخمسين درهما فى يد المقر بالشركة لان اقراره فيما فى يده مقبول ويبقى فى يد المقر بالشركة مائتان وخمسون وقد أقر أنها ربح بين صاحب الشركة وبين المضاربين وبين رب المال على ثلاثة فيأخذ صاحب الشركة أيضا منها حصته من الربح باقراره وذلك ثلاثة وثمانون وثلث ويبقى فى يد المضارب المقر بالشركة مائة وستة وستون وثلثان ثم ينظر الى مافى يد المنكر للشركة وهو خمسمائة فيدفع منها مثل ماأخذ المقر له مما فى يد المقر بالشركة وذلك ثلثمائة وثلاثون وثلث فيقسمها

رب المال والمضارب المنكر للشركة بينهما اثلاثا لاقرارهما أن هذا ربح وان المقر بالشركه أتلف مثل هذا مما فى يده وذلك محسوب عليه من نصيبه ويقسم هـذا القدر بين المضارب الجاحد ورب المال على أصل حقهما ثلثاه لرب المال وثلثه للمضارب الجاحـد ثم يجمع ما بقى فى يد المضاربين وذلك ثلثمائة وثلاثون وثلث فيكون ذلك بينهم ارباعا لاتفاقهم على أن ذلك ربح مال المضاربة فيقسم بينهم على الشرط ثم يجمع ماأصاب المقر بالشركة من الربح وهو ثلاثة وثمـانون وثلث الي مافى يد صاحب الشركة فيقسمان ذلك كله على تسعة أسهم للمقر سهم وللمقر له ثمانية لان المقر زعم ان للمقر له سهما أصل ماله وثلث الخمسمائـة ربح وذلك مائة وستة وستون وثلثان وثلث الخمسمائة الربح بينه وبين رب المال أرباعا فيجعل كل خمسمائة على ستة أسهم والخمسمائة التى أقر بها المقر لصاحب الشركة ستة أسهم وحصته من الربح سهمان فذلك ثمانيـة وحصة المضارب المقر بالشركة مما بقى من الخمسمائة سهم فذلك كله اذا جمعته تسعة أسهم فلهذا يقسم ماحصل فى أيديهما على تسعة أسهم ثمانية أتساعه للمقر له وتسعه للمقر لان مازاد على ماوصل اليهما يجعل فى حقهما كالتاوى والله أعلم

باب المضارب يدفع المال مضاربة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل اعمل فيه برأيك فليس للمضارب أن يدفعه الي غيره مضاربة لانه سوى غيره بنفسه فى حق الغير ولانه يوجب للثانى شركة فى ربح مال رب المال ورب المال مارضي الا شركته فليس له أن يكسب سبب الشركة للغير فيه فان دفعه مضاربة الى غيره فاشترى به وباع فرب المال بالخيار ان شاء ضمن المضارب الاول رأس ماله لانه صار غاصبا مخالفا بدفعه الى غيره لا على الوجه الذى رضى به رب المال فان ضمنه سلمت المضاربة فيما بين المضارب الاول والمضارب الآخر على شرطهما لانه ملكه بالضمان من حين صار مخالفا فانما دفع مال نفسه مضاربة الى الثانى وان شاء ضمن المضارب الآخر لانه قبض ماله بغير اذنه وتصرف فيه ثم يرجع المضارب الآخر بما ضمن من ذلك على المضارب الاول لانه مغرور من جهتـه فيرجع عليـه بمـا يلحقه من الضمان ولانه كان عاملا للمضارب الاول فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة ثم الربح بين المضاربين على ما اشترطا لان الضمان اسـتقر على الاول فيثبت الملك له وان اختار رب المال أن يأخـذ من الربح الذى ربح

المضارب الآخر حصته الذى اشترط على المضارب الاول لا يضمن واحد منهما شيئا فليس له ذلك لان المضارب الاول صار غاصبا بما صنع ومن غصب من رجل مالا ودفعه مضاربة فعمل به المضارب وربح فلا سبيل لرب المال على الربح ولكن يضمن أيهما شاء وفرق بين المضاربة والرهن فان المرهون اذا استحق وضمن المرتهن قيمته فرجع به على الراهن لم يصح الرهن حتى يرجع عليه بالدين أيضا وهنا اذا رجع الثانى على الاول صحت المضاربة بين الاول والثانى لان استرداد القيمة كاسترداد العين فينتقض قبض المرتهن باسترداد المستحق القيمة منه وبدون قبضه لا يكون مرهونا وهنا أيضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكنه لا ينعدم به ابتداء اليد للمضارب على المال واستدامته ليست بشرط لحكم المضاربة حتى انه اذا رد المضارب المال على رب المال واستعان به فى التصرف كان الربح بينهما على الشرط ولورد المرتهن المرهون على الراهن بعارية أو غيرها خرج من ضمان الرهن ولو كان المضارب الثانى لم يعمل بالمال حتى ضاع فى يده فلا ضمان على واحد من المضاربين وكذلك لوغصب رجل المال من الآخر فالضمان على الغاصب ولا ضمان على واحد من المضاربين وقال زفر رحمه الله لرب المال أن يضمن أيهما شاء لان المضارب الاول أمين وقد خالف بالدفع الى غيره على وجه المضاربة فكان كل واحد منهما ضامنا كالمودع اذا أعار الوديعة من غيره ولكنا نقول المضارب غير ممنوع من دفع المال الى غيره (ألا ترى) أن له أن يودع المال وأن يبضعه فلا يكون مجرد الدفع موجبا للضمان على واحد منهما ولكن فى ظاهر الرواية حين عمل به الثانى صار المال مضمونا على كل واحد منهما وروى الحسن عن أبى حنيفة أن بمجرد العمل لا يصير مضمونا على واحد منهما حتى يحصل الربح لانه انما يصير مضمونا اذا صار مخالفا وذلك باشتراك الغير فى ربح ماله ولهذا لا يضمن اذا أبضع أو أودع لانه ليس فى ذلك اشتراك الغير فى الربح والشركة فى الربح لا تتحقق قبل حصول الربح لسبب الخلاف وانما تتحقق اذا حصل الربح. وجه ظاهر الرواية أن الربح انما حصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصول الربح فى صيرورة المال به مضمونا عليهما بخلاف مجرد الدفع فهو ليس سببا لحصول الربح ليقام مقام حصوله ولو استهلك المضارب الاخر المال أو وهبه كان الضمان على الآخر خاصة دون الاول لانه فى مباشرة هذا الفعل مخالف لما أمره به الاول فيقصر حكمه عليه بخلاف ما اذا عمل بالمال لانه فى مباشرة العمل ممتثل أمر المضارب الاول

فيجعل ذلك كعمل المضارب الاول فلهذا كان له أن يضمن أيهما شاء ولو أبضعه المضارب الثانى مع رجل يشترى به ويبيع فلرب المال أن يضمن ماله أى الثلاثة شاء لان المضارب الثانى بمطلق العقد يملك الابضاع كما يملك التصرف فيه فيكون هو فيما صنع ممتثلا أمر المضارب الاول والربح الحاصل بين المضاربين على الشرط لان عمل المستبضع كعمل المبضع نفسه وكان الربح بينهما على الشرط والوضيعة على المضارب الاول ولا ربح لرب المال لان الاول صار بمنزلة الغاصب فى حق رب المال فان ضمن المضارب الاول صحت المضاربة الثانية وان ضمن الثانى رجع به على الاول لانه مغرور من جهته وصار المال مملوكا للمضارب الاول حين استقر عليه الضمان وان ضمن المستبضع رجع به على المضارب الثانى لانه عامل له ومغرور من جهته ويرجع به الثانى على المضارب الاول كما لو ضمن نفسه لرب المال فاذا ظهر استقرار الضمان عليه تبين به وجه صحة المضاربة الثانية واذا دفع الرجل مالا مضاربة بالنصف ولم يقل له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالثلث ولم يقل له اعمل فيه برأيك فدفعه الثانى الى آخر مضاربة بالسدس فعمل فيه وربح أو وضع فالمضارب الاول برئ من الضمان لان الثانى خالف أمره حين دفعه الى الغير مضاربة فلا يتحول منه هذا العقد الى الاول كما لو استهلك المال ورب المال بالخيار ان شاء ضمن الثانى رأس ماله وان شاء ضمن الثالث وحال الثالث فى هذه المسئلة كحال الاول فى المسئلة الاولى حتى اذا ضمن لم يرجع على أحد بشئ وان ضمن الثالث رجع على الثانى والربح بينهما على ما اشترطا لان الضمان استقر على الثانى فصحت المضاربة بينه وبين الثالث ولو كان المضارب الاول حين دفع المال مضاربة الى الثانى بالثلث وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه الثانى الى الثالث مضاربة بالسدس فربح أو وضع فلرب المال أن يضمن أى الثلاثة شاء لان الثانى بالدفع الى الثالث هنا ممتثل أمر الاول فان بعد قوله اعمل فيه برأيك له أن يدفع المال مضاربة الى غيره فكان فعله كفعل الاول فلرب المال أن يضمن أى الثلاثة شاء فان ضمن الثالث رجع على الثانى ورجع الثانى على الاول لمعنى الغرور وان ضمن الثانى رجع على الاول وان ضمن الاول لم يرجع على أحد بما ضمن بعد كما استقر الملك للاول صحت المضاربتان جميعا الثانية والثالثة والوضيعة على الاول وأما الربح فللمضارب الآخر سدسه لانه المشروط له هذا المقدار وللثانى سدسه لان الاول للثانى شرط ثلث الربح ولنفسه ثلثيه فشرط الثانى السدس للثالث ينصرف الى نصيبه خاصة دون نصيب

الاول لانه ليس للثانى أن يبطل حق الاول عن شئ من الربح الذى شرط لنفسه وان كان قال اعمل فيه برأيك فلهذا كان للثانى مابقى من الثلث بعد حق الثالث وهو السدس وللاول ثلث الربح ولو كان المضارب الاول دفع المال الى رجل مضاربة على ان للمضارب الثانى من الربح مائة درهم فعمل به فربح أو وضع أوتوى المال بعد ماعمل به فلا ضمان لرب المال على أحد والوضيعة عليه والتوى من ماله لان المضارب الاول انما يصير ضامنا باشراك الغير فى ربح ماله وبما باشر من المضاربة الفاسدة لايوجد سبب الاشتراك بل المضاربة الفاسدة كالاجارة ولو استأجر أجيرا ليعمل فى المال لم يكن مخالفا به وجعل عمل الاجير كعمله فكذلك اذا دفعه الى غيره مضاربة فاسدة وللعامل أجر مثله على المضارب الاول لانه هو الذي استأجره ويرجع به الاول على رب المال لانه فى الاستئجار عامل له بأمره غير مخالف وان كان فيه ربح فانه يعطي أجر مثل العامل أولا من المال كما لو استأجره اجارة صحيحة ثم الربح بين رب المال والمضارب الاول على الشرط لان عمل الاجير كعمل المضارب بنفسه وهذا ومالو أبضعه غيره سواء ولو كان رب المال شرط للمضارب الاول من الربح مائة درهم ولم يقل له اعمل برأيك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالنصف فعمل به فلا ضمان على المضاربين فى الوضيعة والتوى لان المضارب الاول ماأوجب للغير شركة فى ربح ماله فان بالعقد الذى بينه وبين رب المال لايستحق هو شيأ من الربح فكيف يوجبه لغيره وانما يتحقق الخلاف بايجاب الشركة للغير فى ربح ماله ثم الربح كله لرب المال هنا لان عمل الثانى بأمر الاول كعمل الاول بنفسه وعليه أجر مثل المضارب الاول بمنزلة مالو أقام العمل بنفسه وعلى المضارب الاول للمضارب الآخر مثل نصف الربح الذى ربح فى ماله خاصة لانه صار مغرورا من جهته فانه أطمعه فى نصف الربح وقد حصل الربح ولم يسلم له مع حصوله بل استحقه رب المال بسبب كان بينه وبين لمضارب الاول وهو فساد العقد فرجع المضارب الثانى على المضارب الاول بمثل نصف الربح فى ماله خاصة لاجل الغرور (ألا ترى) أن رجلا لو استأجر رجلا يعمل له بماله فيشتري به ويبيع ويبضعه ويستأجر عليه ان أحب فاستأجر عليه الاجير من يعمل به أو أبضعه مع رجل فربح أووضع فالربح لرب المال والوضيعة عليه وللاجير الاول اجره على رب المال لان عمل أجيره بأمره كعمله بنفسه وللاجير الآخر أجره على الاول لانه هو الذى استأجره وعمل له ولو كان الاجير الاول دفعه مضاربة الى رجل بالنصف فعمل به وربح

كان الربح كله لرب المال وللاجير أجره على رب المال وللمضارب نصف الربح على الآخر في ماله خاصة لاجل الغرر الموجود من جهته ولا ضمان على الاجير والمضارب في المال لان المضارب لم يصر شريكا في المال بمضاربته والخلاف انما يتحقق به ولو دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف وقال له اعمل برأيك فدفعه المضارب الى رجل مضاربة بالثلث فعمل به وربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه لان دفعه الى الثاني مضاربة كان باذن رب المال حين قال له اعمل برأيك فالمضارب بهذا اللفظ يملك الخلط والشركة والمضاربة في المال لان ذلك كله من رأيه وهو من صنيع التجار الا أن رب المال شرط لنفسه نصف جميع الربح فلا يكون للمضارب الاول أن يوجب شيأ من ذلك لغيره بل ماأوجبه للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة كاحد الشريكين في العبد اذا باع ثلثه واذا كان المشروط للمضارب الاول نصف الربح وقد أوجب للثاني الثلث بقي له السدس وذلك طيب له بمباشرته العقدين وان لم يعمل بنفسه شيأ (ألا ترى) انه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال له حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه شيأ وان دفع الثاني الى ثالث مضاربة وقد كان الاول قال للثاني اعمل فيه برأيك فهو جائز والمضارب الثاني فيه بمنزلة الاول لانه قال اعمل فيه برأيك فله أن يخلطه بماله وان يشارك فيه وان يدفعه الى غيره مضاربة وهذا بخلاف الوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك فوكل غيره وقال للثاني اعمل برأيك لم يصح هذا منه حتى لا يكون للثاني أن يوكل غيره لان الوكيل نائب محض لاحق له في المال فليس للاول أن يسوي غيره بنفسه في تفويض الامر الي رأيه على العموم بل هو نائب عن الموكل في توكيل الثاني به فأما المضارب فله في المال نوع حق من حيث انه شريك في الربح فيكون له أن يفوض الامر الى رأي غيره على العموم فيما يعامله من عقد المضاربة ولو لم يقله الاول للثاني لم يكن للثاني أن يدفعه مضاربة وله أن يبضعه ويستأجر فيه بمنزلة الاول لو لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيك وهذا لان المضارب لا يستغني عن الاعوان والاجراء لتتميم مقصود رب المال واذا دفع مالا مضاربة الى رجل على أن للعامل من الربح مائة درهم وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى غيره بالنصف فربح فيه أووضع فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه لان المضارب غير مخالف في دفعه المال الى غيره مضاربة فقد قال له رب المال اعمل فيه برأيك والمضاربة الفاسدة تعتبر بالمضاربة الجائزة في

الحكم فكما أنه فى العقد الجائز بهذه الصورة لا يصير مخالفا بالدفع الى غيره مضاربة فكذلك الفاسدة الا انه لاحق للاول فى الربح فلا يستحق الثانى بشرطه شيأ من غير الربح ولكن عمل المضارب الثانى كعمل الاول فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وعلى رب المال أجر مثل المضارب الاول فيما عمل المضارب الآخر وللمضارب الاخر مثل نصف الربح فى مال المضارب الاول لانه صار مغرورا من جهته وقد استحق الربح من يده بعد حصوله فيرجع عليه بمثل ما أوجبه له ولو كان الاول أخذ المال مضاربة بالنصف وقيل له اعمل فيه برأيك فدفعه مضاربة الى آخر على ان له من الربح مائة درهم فعمل به الثانى فللثانى أجر مثله على المضارب فى تلك المضاربة لما بينا انه بمنزلة الاجير له ولكن الاجارة فاسدة ولو كانت صحيحة كان رجوعه فى مال المضاربة فكذلك فى الاجارة الفاسدة والربح بينه وبين رب المال على الشرط لان عمل أجيره كعمله بنفسه ولو كان رب المال حين دفعه الى الاول قال على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بيننا نصفان أو قال ما كان فى ذلك من رزق فهو بيننا نصفان أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف وقال اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالثلث فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه لان رب المال بهذه الالفاظ يكون شارطا نصف ربح جميع المال لنفسه فما أوجبه المضارب الاول للاخر يكون من نصيبه خاصة حتى لو دفعه الاول الى الثانى مضاربة بالنصف فنصف الربح للمضارب الثانى ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه حول جميع نصيبه الى الثانى فان كان المضارب الاول شرط للثانى ثلثى الربح فللمضارب الثانى نصف الربح لان ايجاب المضارب الاول للثانى انما يتم سببا لاستحقاقه فيما هو نصيب الاول وهو النصف دون الزيادة على ذلك ثم يرجع الثانى على الاول فى ماله خاصة بسدس الربح أيضا لانه صار مغرورا من جهته فانه شرط له الثلثين ولم يسلم له الا النصف وهذا الشرط من المضارب الاول غير صحيح فى ابطال استحقاق رب المال أما فى حق نفسه فهو صحيح وقد التزم سلامة ثلثى الربح للثانى فاذا لم يسلم الا النصف رجع عليه بالسدس الى تمام الثلثين ولا ضمان على المضارب الاول لان رب المال قال له اعمل برأيك فلا يصير هو مخالفا بايجاب الشركة للغير فى ربح المال ولو قال رب المال للاول ماربحت فى هذا من شئ فهو بيننا نصفان أو مارزقك الله فيه أو قال على ان ما كان لك فيه من فضل أو ربح أو

قال على أن ما كسبت فيـه من كسب أو قال على أن مارزقك الله فيه من شئ أو قال على أن ماصار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان وقال له اعمل فيه برأيك ودفعه الاول الى آخر مضاربة بالنصف أو بثلثي الربح أو بخمسة اسداس الربح كان ذلك كله صحيحا وللثانى من الربح جميع ماشرط له والباقى بين الاول ورب المال نصفان لان رب المال بهـذه الالفاظ ماشرط لنفسه نصف جميع الربح وانما شرط لنفسه نصف مايحصل للاول من الربح لانه أضـاف بحرف الخطاب وهو الكاف أو التاء فما شرطه الاول للثانى قل أو كثر لايتناول شيأ مما شرط رب المال لنفسه فيستحق الثانى جميع ماشرط له وما وراءذلك جميع ماحصل للمضارب الاول وانما شرط رب المال لنفسه نصف ذلك فلهذا كان الباقى بينهما نصفين بخلاف الاول فرب المال هناك شرط نصف جميع ربح المال لنفسه لانه أضاف الرزق والربح الى المال دون المضارب الاول واذا دفع رب المال ماله مضاربة على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينه وبين المضارب نصفان وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه الثانى الى الثالث مضاربة بالثلث فعمل به وربح فيه فللثالث ثلث الربح لان ماأوجبه الثانى له ينصرف الى نصيبه خاصة وللثانى سدس الربح لان هذا القدر هو الباقى من نصيبه فلرب المال نصف الربح ولا شئ للمضارب الاول لانه أوجب للثانى جميع نصيبه حين شرط له النصف ولو كان المضارب الاول دفعه الى الثانى وشرط عليه ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بيننا نصفان وقال له اعمل فيـه برأيك فدفعـه الثانى الى ثالث مضاربة بالثلث فللمضارب الآخر ثلث الربح كله وسدس الربح بين المضارب الثانى والاول نصفان ونصف الربح لرب المال لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع الربح والاول انما شرط للثانى نصف مارزق الله وذلك سدس الربح فكان بينهما نصفين ولو كان رب المال قال للاول مارزق الله من شئ والمسئلة بحالها فالمضارب الآخر يأخذ ثلث الربح ويقاسم المضارب الثانى المضارب الاول الثلثين نصفين لان الاول انما أوجب للثانى نصف مارزقه الله تعالي والذى رزقه الله تعالى ماوراء نصيب الثالث فكان ذلك بينهما نصفين ويقاسم رب المال المضارب الاول ثلث الربح الذى وصل اليه نصفين لان رب المال انما شرط لنفسه نصف مارزق المضارب الاول والذى رزق الاول هذا الثلث فكان بينهما نصفين والله أعلم

باب قسمة رب المال والمضارب

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح وأخذ كل واحد منهما خمسمائة لنفسه وبقي رأس مال المضاربة في يد المضارب على حاله حتى هلك أو عمل بها فوضع فيها أو توى بعد ماعمل فيها فان قسمتها باطلة والخمسمائة التي أخذها رب المال تحتسب من رأس ماله فيغرم له المضارب الخمسمائة التي أخذها لنفسه فيكون له من رأس ماله وما هلك فهو من الربح لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال عليه الصلاة والسلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لاتسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه وهذا لان رأس المال أصل والربح فرع وما بقى من رأس المال فى يد المضارب فهو أمين فيه فاذا هلك من عمله أو من غير عمله لايكون مضمونا عليه ولكن يجعل ما هلك كان لم يكن فتبين ان الباقى من المال كان مقدار الالف وصل الى رب المال من ذلك خمسمائة وما أخذه لنفسه فهو مضمون عليه فيغرم لرب المال الخمسمائة التى أخذها حتى يصل اليه كمال رأس ماله وقسمة الربح هنا قبل وصول رأس المال الى رب المال بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت ولو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقي ثم هلك المعزول قبل أن يصل الى الغرماء بطلت القسمة وعليهم ضمان ماأخذوا لحق الغرماء فكما ان حق الغرماء سابق على حق الورثة فى التركة فكذلك هنا حق رب المال سابق على حقهما فى الربح وكذلك لو هلك أيضا ماأخذه كل واحد منهما لنفسه لان ماأخذ رب المال محسوب عليه من رأس ماله فيستوى هلاكه فى يده وبقاؤه وما هلك فى يد المضارب كان مضمونا عليه لانه أخذه لنفسه وأخرجه من المضاربة باخذه فبقاؤه وهلاكه فى يده سواء ولو كان الربح ألفين وأخذ كل واحد منهما ألفا من الربح ثم ضاع المال كله ولم يقبض رب المال رأس ماله من المضاربة فان الالف التى قبض رب المال هو رأس ماله لان قسمة الربح بعد انتهاء العقد بوصول رأس المال الى يد رب المال أو الى يد وكيله فاما مع بقاء المال فى يد المضارب وقيام عقد المضاربة فلايصح قسمة الربح بينهما فيجعل ماهلك كان لم يكن وتبين ان ماقبضه رب المال هو رأس ماله وأن الربح كله ماأخذه المضارب وقد أخذه لنفسه فكان مضمونا عليه فيغرم نصف تلك الالف لرب المال حصته من الربح ولو لم يضع المال حتى اشترى المضارب بالالف

التي بقيت في يده بعد قسمة الربح فربح مالا كثيرا كانت الالف التي قبضها رب المال أولا من رأس المال ويأخذ من هذا المال ألف درهم مثل ماأخذ المضارب من الربح الاول ثم يكون الباقي ربحا بينهما نصفين لما قلنا ان قسمة الربح لاتجوز حتى يستوفى رب المال رأس ماله أو يستوفى له وكيله فاذا استوفاه ثم اقتسموا الربح جازت المقاسمة فان استوفاه ثم اقتسما الربح فأخذ كل واحد منهما نصفه ثم ان رب المال دفع الى المضارب الالف التي قبضها برأس ماله فقال خذها فاعمل بها على المضاربة التي كانت فهذه مضاربة مستقبلة جائزة ان ربح فيها أو وضع لم تنتقض القسمة الاولى لان العقد الاول قد انتهى بوصول رأس المال الي يد رب المال ثم قسمتهما الربح حصلت في أو انها فتمت ثم دفع المال الى الاول مضاربة مستقلة بمنزلة مالو دفع اليه ألفا أخرى سوى الالف الاولى ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف فربح فيها ألفي درهم ثم اقتسما فدفع الى رب المال رأس ماله ألف درهم وأخذ المضارب من الالفين حصته من الربح ألف درهم وبقيت حصة رب المال ولم يأخذها حتى ضاعت فانها تضيع منهما جميعا لان المضارب أمين فيما بقي في يده من المال مالم يأخذه لنفسه فاذا هلك صار كان لم يكن ويرد المضارب نصف ماأخذ من الربح لان تلك الالف مضمونة عليه حين أخذها لنفسه وقد تبين أنها كانت جميع الربح ولانها لاتسلم للمضارب ربحا حتى يسلم لرب المال مثلها ربحا ولم يسلم فعلى المضارب أن يرد نصف ما أخذ من الربح ولو كانت الالف التي أخذها المضارب لنفسه هي التي هلكت وبقيت الالف الاخرى فانها تحسب على المضارب من حصته وتسلم الالف التي بقيت لرب المال لانه قبض تلك الالف لنفسه فصارت مضمونة عليه والضمان الذي لزمه بعد ماهلك محسوب عليه من حصته من الربح فيأخذ رب المال الالف الباقية من الربح فان كان المضارب قاسم رب المال الربح وأخذ حصته ولم يقبض رب المال حصته حتى ضاع ماقبضه المضارب لنفسه وما بقي فان الذي لم يقبضه رب المال هلك من مالهما ويصير كان لم يكن لان المضارب بقي أمينا في ذلك ويغرم المضارب لرب المال نصف الربح الذي كان قبضه لنفسه وكان مستوفيا له بالقبض فهلك مضمونا عليه وقد تبين أنه جميع الربح فيغرم نصفه لرب المال ولو ربح ألفا فاقتسما الربح وأخذ كل واحد منهما نصفه ثم اختلفا في رأس المال فقال المضارب قد دفعته اليك وانما قاسمتني بعد الدفع وقال رب المال لم تدفع الى رأس المال فالقول قول رب المال ويأخذ الخمسمائة التي

أخذها المضارب فتكون له من رأس ماله لان المضارب أمين والامين فيما يدعي من الرد
مقبول القول فى براءة نفسه عن الضمان غير مقبول القول فى وصول المال الى المردود عليه
(ألا ترى) أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على الوصى ليس لليتيم أن يضمن الوصى شيأ
واذا ادعى الرد على أحد الشريكين ليس للشريك الآخر أن يضمنه شيأ فكذلك هنا لا يقبل
قول المضارب فى وصول رأس المال الى رب المال وما لم يصل رأس المال اليه لا يسلم للمضارب
شيء بطريق الربح ولان المضارب يدعى خلوص الخمسمائة المقبوضة له ورب المال منكر
لذلك والقول قول المنكر فان قيل كان ينبغى أن يقال اشتغالهما بقسمة الربح يكون اقرارا
بوصول رأس المال اليه فهو فى انكاره بعد ذلك مناقض اذ الظاهر يشهد للمضارب لان
الظاهر أن قسمة الربح تكون بعد قبض رب المال رأس المال قلنا لا كذلك فبين التجار عادة
ظاهرة فى المحاسبة فى كل وقت وأخذ كل واحد منهما حصته من الربح مع بقاء رأس المال
على حاله فلا يكون هذا اقرارا من رب المال بقبض رأس المال فباعتبار هذا العرف لا يشهد
الظاهر للمضارب أيضا ثم الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق والمضارب
يدعى استحقاق الخمسمائة ربحا والظاهر لهذا لا يكفى فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب
لانه أثبت ببينته دفع رأس المال الى رب المال وبينة رب المال تنفى ذلك ولانه أثبت استحقاقه
الخمسمائة ربحا بالحجة وان لم يقيما بينة وهلكت الخمسمائة التى أخذها المضارب لنفسه فالمضارب
ضامن لها لانه أخذها على أنها له فصار ضامنا لها ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف
فذكر المضارب أنه قد ربح فيها ألفا وجاء بالفين ثم انه جحد فقال لم أربح فيها الا خمسمائة
فهلكت الالفان فى يده وقامت البينة على اقراره بما قال من الربح فانه يضمن الخمسمائة التى
جحدها من الربح فيأخذها رب المال من رأس ماله ولا يضمن شيئا غيرها لان جميع المال
أمانة فى يده وانما يصير ضامنا مقدار ما جحد من المال كالمودع وانما جحد الخمسمائة فيما سوى
ذلك وقد هلكت فى يده فهى أمانة فانما عليه ضمان الخمسمائة فيأخذها رب المال من رأس
ماله ولو كان أنكر أن يكون ربح فى المال شيئا والمسئلة بحالها ضمن الالف الربح كلها فيأخذها
رب المال من رأس ماله ولا ضمان عليه فى رأس المال لانه لم يجحدها فهلكت فى يده
أمانة وقد جحد الالف التى اعترف أنها ربح فى يده فيكون ضامنا مثلها يأخذها رب المال
من رأس ماله ولو ربح فيها ألفا وقال لرب المال قد دفعت اليك رأس المال ألف درهم وبقيت

هذه الالف الربح وقال رب المال لم أقبض منك شيئا فالقول قول رب المال مع يمينه أنه
لم يقبض شيئاو يأخذ الالف الباقية من رأس ماله ويستحلف المضارب بالله ما استهلكها ولا
ضيعها لان المضارب أمين في رأس المال والقول قول الامين مع اليمين في براءته عن الضمان
لكونه غير مقبول القول فيما يدعى من سلامة نصف مابقي له ولا هو مقبول القول في وصول
رأس المال الى رب المال بل القول في ذلك قول رب المال مع يمينه فاذا حلف هو ونكل
المضارب عن اليمين غرم الخمسمائة لرب المال حصته من الربح لان رب المال يأخذ الالف
الباقية كلها من رأس المال والمضارب بنكوله عن اليمين قد أقر أنه استهلك تلك الالف أو ضيعها
وقد بين أن ذلك كان جميع الربح فيغرم حصة رب المال وهو النصف ولو أن المضارب حين
أراد رب المال استحلافه قال لم أدفعها اليك ولكنها ضاعت مني وحلف على ذلك فانه يغرم
نصفها لرب المال لانه تناقض كلامه في تلك الالف حين ادعي مرة أنه دفعها اليه ثم ادعى
انها ضاعت منه وقد بينا في الوديعة أن المودع يضمن بمثل هذا التناقض فكذلك المضارب
ولو أن المضارب حين قال دفعت اليك رأس مالك وبقيت هذه الالف الربح في يدى
وكذبه رب المال وأقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانه يثبت قبض رب المال رأس ماله بينته
ورب المال ينفي ذلك ولو أقام المضارب البينة أن رب المال أقر أنه قبض رأس ماله ألف
درهم وأقام رب المال البينة على المضارب أن رب المال لم يقبض من رأس ماله شيئا فان لم
يعلم أى الاقرارين أول فالبينة بينة المضارب لانه يثبت حق نفسه في نصف مابقي بطريق
الربح ورب المال ينفي ذلك وان علم أيهما أول فالبينة بينة الذى يدعي الاقرار الآخر لانا لو
عاينا الاقرارين كان الثاني منهما ناقضا للاول فان المقر الآخر يصير به رادا اقرار الاول
والاقرار يرتد برد المقر له فلهذا كان المعمول به آخر الاقرارين واذا دفع الرجل الى الرجل
مالا مضاربة بالنصف فاشترى به وباع وربح أو لم يربح أو لم يشتر به شيأ منذ دفع المال
اليه أو اشتري به عرضا ولم يبعه حتى زاد رب المال من الربح السدس فصار لرب المال الثلثان
من الربح وللمضارب الثلث ثم ربح المضارب بعد ذلك ربحا فهذا جائز على ماقلنا ويقتسمان
على ذلك ما حصل قبل الزيادة أو الحط وما حصل بعد ذلك لا ينظر فيه الى الشرط الاول
لان الحط والزيادة قد نقضا الشرط الاول وهذا لان العقد قائم بينهما مالم يصل الى رب
المال رأس ماله والزيادة والحط في العقود اللازمة تثبت على سبيل الالتحاق بالاصل فيما

ليس بلازم أولى واذا التحق بأصل العقد وصار كأنهما شرطا فى الابتداء أن يكون الربح بينهما على الثلث والثلثين ولو كان ربح ربحا فاقتسماه نصفين وأخذ رب المال رأس ماله قبل الحط والزيادة ثم وقع الحط والزيادة بعد ذلك فقال المضارب انك قد غبنتنى فزاده سدس الربح أو قال رب المال قد غبنتنى فنقص المضارب من حقه سدس الربح فهذا جائز لازم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بما حصل له من ذلك فى القياس وهو قول أبى يوسف رحمه الله فاما فى قول محمد رحمه الله فيجوز الحط ولا تجوز الزيادة لان العقد قد ارتفع بوصول رأس المال الي رب المال وقسمة الربح وصحة الزيادة فى حال بقاء العقد ثم مايأخذ المضارب يأخذه بمقابلة عمله وقد انقضى عمله حقيقة وحكما بانتهاء العقد بقسمة الربح فلا تجوز الزيادة بعد ذلك في البدل وتجوز فى الحط كما في الاجارة والبيع فان بعد هلاك المبيع لا تجوز الزيادة ويجوز الحط فهذا مثله وأبو يوسف يقول القسمة تنهى عقد المضاربة والمنتهى مايكون متقررا فى نفسه فكان فى معنى القائم دون المفسوخ فيجوز الحط والزيادة جميعا ثم من حيث المعنى كل واحد منهما يزيد من وجه ويحط من وجه لان رب المال يزيد فى حصة المضارب وذلك حط من نصيبه وكذلك المضارب يزيد فى نصيب رب المال وذلك حط منه لنصيبه فاذا جاز من المضارب هذا بطريق الحط فكذلك يجوز من رب المال بطريق الحط والله أعلم

باب عتق المضارب ودعوته الحط

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها عبدا يساوى ألفا فاعتقه المضارب فعتقه باطل لانه لافضل فى مالية العبد على رأس ماله والمضارب انما تثبت له الملك فى الفضل فيعتقه العبد ولا فضل فيه عتق فيما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والذى تدور عليه مسائل الباب ان رأس المال معتبر فى كل نوع من أنواع مال المضاربة كأنّ ذلك النوع جميع المال (ألا ترى) انه لو هلك أحد النوعين استوفى رب المال جميع رأس ماله من الآخر فهنا يعتبر العبد كانه جميع المال ولا فضل فيه على رأس المال فلا ينفذ عتق المضارب فيه سواء كان فى يد المضارب من مال المضاربة شيء آخر أو لم يكن ولو أعتقه رب المال كان حرا لانه أعتق ملك نفسه ولا ضمان على رب المال فيه لان جميعه

مشغول برأس المال ورأس المال خالص حق رب المال وقد بطلت المضاربة ان لم يكن فى يد المضارب سوى العبد من مال المضاربة شئ لان المال قد تلف كله باتلاف رب المال ولو أن المضارب اشترى بخمسمائة درهم من الالف عبدا يساوى ألفا فاعتقه المضارب فعتقه باطل لما قلنا وان أعتقه رب المال جاز عتقه وصار مستوفيا لرأس المال بعتقه فتبقى الخمسمائة ربحا فى يد المضارب فيقسمانها نصفين ولو كان اشترى بالالف عبدا يساوي ألفين فأعتقه المضارب جاز عتقه فى ربعه لان المال كله من جنس واحد وفيه فضل على رأس المال فيملك المضارب حصته من الربح وذلك ربع العبد فان نصفه مشغول برأس المال والنصف الاخر ربح بينهما نصفان واعتاق أحد الشريكين صحيح فى حصته ثم عند أبى حنيفة رحمه الله ان كان موسرا فلرب المال الخيار بين أن يضمن المضارب ثلاثة ارباع قيمته وبين أن يستسعى العبد فيها وبين أن يعتقه بناء على مذهبه أن العتق يتجزأ وعندهما قد عتق كله والمضارب ضامن لرب المال ثلاثة ارباع قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى العبد فى ثلاثة أرباع قيمته وهى مسئلة معروفة فى العتاق ولو كان المضارب اشتراه بخمسمائة درهم من المضاربة وهى تساوى ألفين فأعتقه وهو موسر جاز عتقه فى ربعه ويأخذ رب المال الخمسمائة الباقية من رأس المال ويضمن المضارب تمام رأس ماله خمسمائة ونصف الربح وهو سبعمائة وخمسون ويرجع المضارب فى قول أبى حنيفة رحمه الله على العبد بجميع ما ضمن وهو ألف ومائتان وخمسون ويرجع المضارب أيضا على العبد بمائتين وخمسين فيستسعيه فيها وذلك تمام ما كان وجب له من الربح لان عتقه انما نفذ فى القدر الذى هو مملوك له وقت الاعتاق وذلك ربع العبد فالعبد كأنه جميع مال المضاربة لان ما سواه ليس من جنسه واذا نفذ عتقه فى ربعه وذلك خمسمائة أخذ رب المال الخمسمائة الباقية من رأس ماله وضمن المضارب الخمسمائة الاخرى من قيمة العبد تمام رأس ماله وظهر أن الربح ثلاثة أرباع العبد وهو ألف وخمسمائة لكل واحد منهما سبعمائة وخمسون فيغرم المضارب لرب المال حصته وذلك سبعمائة وخمسون وقد أتلف من نصيب نفسه بالاعتاق خمسمائة فانما بقي له مائتان وخمسون فيستسعى العبد فى ذلك ويرجع عليه أيضا بما ضمن لرب المال وذلك ألف ومائتان وخمسون لانه ضمن له ذلك باعتاقه ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله أن المعتق اذا ضمن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه فيه لانه قائم مقام الساكت فى ذلك وقد كان للساكت أن يستسعى العبد فى ذلك فكذلك للمعتق اذا ضمن ولانه بالضمان

ملك نصيبه فيستسعى العبد فى ذلك لاتمام العتق وعند أبى يوسف ومحمد يعتق العبد كله ويستوفى رب المال الخمسمائة الباقية من رأس ماله ويضمن المضارب ألفا ومائتين وخمسين درهما ولا سعاية له على العبد فى شيء بناء على أصلهما أن العتق لا يتجزأ ولو اشترى المضارب بألف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوى ألفا فأعتقهما المضارب فعتقه باطل عندنا وعند زفر رحمه الله نافذ فى ربع كل واحد منهما وقيل على قول أبى يوسف ومحمد رحمه الله ينبغى أن يكون الجواب كذلك بناء على أصلهما أن الرقيق يقسم قسمة واحدة فكان هذا بمنزلة جنس واحد من المال فيملك المضارب حصته من الربح وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يجرى فى الرقيق قسمة الجبر فيستسعى كل واحد من العبدين على حدته وكل واحد منهما مشغول برأس المال والاصح عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله أن لا ينفذ عتق المضارب فى شيء منهما لانهما يريان قسمة الجبر على الرقيق عند امكان اعتبار المعادلة اذا رأى القاضي النظر فى ذلك فعند عدم هذا الشرط كل واحد منهما معتبر على حده لافضل فى كل واحد منهما على رأس المال فلا ينفذ عتق المضارب فى شيء منها فزفر رحمه الله يقول العبد ان فى حكم المضاربة كعبد واحد ورأس المال ألف درهم فيتيقن بوجود الفضل فيهما على رأس المال فينفذ عتق المضارب فى حصته وهو الربع كما فى العبد الواحد (ألا ترى) أنه لو أعتقهما رب المال كان ضامنا حصة المضارب خمسمائة فاذا ظهر نصيب المضارب فى حق وجوب الضمان له عند اعتاق رب المال فلان يظهر نصيبه فى تنفيذ العتق كان أولى ولنا أن باعتاق رب المال اياهما يصل اليه رأس المال فيظهر الفضل فأما باعتاق المضارب اياهما لا يصل الى رب المال شيء ولا فضل فى واحد منهما على رأس المال فيعتبر كل واحد منهما على حدة كأنه ليس معه غيره فلا ينفذ عتق المضارب فى واحد منهما. يوضحه أن للمضارب هنا حقا يتقرر عند وصول رأس المال الي رب المال لا قبله (ألا ترى) أنه لو هلك أحدهما كان الباقى كله لرب المال برأس ماله وباعتبار الحق يجب الضمان ولكن لا ينفذ العتق وانما ينفذ باعتبار الملك ولا ملك له في واحد منهما عند الاعتاق فلهذا لا ينفذ عتقه وان زادت قيمتهما بعد ذلك كان العتق باطلا أيضا لانه انما يملك نصيبه الآن حين ظهر الفضل فيهما على رأس المال بزيادة قيمتهما ومن أعتق ما لا يملك ثم ملك لا ينفذ عتقه ولو أعتقهما رب المال معا عتقا لان كل واحد منهما ملكه لكون كل واحد منهما مشغولا بملك رأس المال وألف ربح فيضمن حصة المضارب من ذلك وهو

خمسمائة موسرا كان أومعسرا ولاسعاية على العبد عندهم جميعا لان كل واحد منهما عتق كله باعتاق المالك اياه فلا يلزمه السعاية ورب المال صار متلفا حق المضارب من الربح بالعتق فيضمن له موسرا كان أو معسرا فان أعتق أحدهما قبل صاحبه عتق الاول كله وولاؤه له ويعتق من الثانى نصفه لانه حين نفذ عتقه في الاول منهما قد وصل اليه كمال رأس ماله وبقي العبد الآخر ربحا والربح مشترك بينهما نصفان فهو باعتاق الثانى اعتق عبدا مشتركا بينه وبين غيره وحكم هذا فى الخيار والاستسعاء والتضمين معروف ولو كان المضارب اشترى بها عبدين يساوي أحدهما ألفين والآخر ألفا فأعتقهما المضارب معا أو متفرقين وهو موسر فعتقه فى دين قيمته ألف درهم باطل لانه لافضل فى قيمته على رأس المال فلا يملك هو شيأ منه وأما الذى قيمته ألفان فالمضارب مالك لربعه حين أعتقه فيعتق منه ربعه ثم باع الذى قيمته ألف درهم فيستوفى رب المال من ذلك رأس ماله لان رأس المال يحصل من شراء الاموال وذلك مالية العبد الذى لقي فيه عتقه بطريق البيع فقد تعذر البيع فى معتق العبد فاذا وصل اليه رأس ماله ظهر ان العبد الثانى كله ربح وان نصيب المال منه ألف درهم فيضمن المضارب ذلك لرب المال ان كان موسرا ويرجع بها على العبد فى قول أبى حنيفة ويستسعيه أيضا فى خمسمائة تمام نصيبه لانه حين أعتق ماكان يملك منه الا الربع فان حدث له ملك في ربع آخر بعد ذلك بان وصل الى رب المال رأس ماله لاينفذ ذلك العتق فيه فلهذا يستسعيه فى هذا الربع لتتميم العتق ولو لم يعتقهما المضارب وأعتقهما رب المال في كلمة واحدة فالعبد الذى قيمته ألف جزء من مال رب المال ولاسعاية عليه وأما العبد الذى قيمته ألفان فثلاثة ارباعه جزء من مال رب المال لان عتقه انما نفذ فيه بقدر ملكه فيهما وقت الاعتاق وقد كان مالكا جميع العبد الاوكس لانه لافضل فيه على رأس المال وثلاثة أرباع الارفع فينفذ عتقه فى ذلك القدر وأما الربع الباقى فان كان رب المال موسرا فالمضارب فى قول أبى حنيفة رحمه الله بالخيار ان شاء أعتق ذلك الربع وان شاء استسعى العبد فيه وان شاء ضمنه رب المال ويرجع به رب المال على العبد وان كان معسرا فان شاء أعتق وان شاء استسعى وهذا ظاهر وضمن المضارب أيضا رب المال تمام حصته من الربح وذلك خمسمائة موسرا كان أو معسرا لانه بالاعتاق صار متلفا مقدار ألفين وخمسمائة ألف من ذلك رأس ماله وألف وخمسمائة ربح وقد وصل الى

المضارب خمسمائة اما بالتضمين أو بالاستسعاء فيسلم مثله لرب المال بقي ألف درهم بما أتلفه فنصفها حصة المضارب فلهذا غرم له خمسمائة موسرا كان أو معسرا . والحاصل ان كل شئ زاد به نصيب المضارب بعد عتق رب المال فالضمان فيه على رب المال ولا ضمان فيه على العبد وكل ماكان الملك فيه ظاهرا للمضارب وقت اعتاق رب المال فالحكم فيه بالتضمين والاستسعاء يختلف باليسار والاعسار كما بينا ثم رب المال لا يرجع على العبد بما ضمن للمضارب من هذه الخمسمائة الاخرى لانه التزم ذلك بالاتلاف فان كان رب المال أعتق الذى قيمته ألفان أولا عتق منه ثلاثة ارباعه لما بينا ثم تبين بوصول رأس المال الى رب المال أن الآخر كله ربح مشترك بينهما فاما ينفذ عتق رب المال فى نصفه فالحكم فيه بمنزلة الحكم فى العبد المشترك يعتقه أحد الشريكين وان كان أعتق الذى قيمته ألف درهم أولا عتق الاول كله وصار رب المال مستردا جميع رأس ماله فيظهر ان الآخر كله ربح وانه مشترك بينهما وانما ينفذ عتق رب المال فى نصفه وللمضارب الخيار فى نصيبه كما بينا ولو اشترى بالف عبدين كل واحد منهما يساوي ألفا فاعتقهما المضارب معا أو أحدهما قبل صاحبه ثم فقأ رب المال عين أحدهما أو قطع يده فقد صار مستوفيا نصف رأس ماله لان العين من الآدمى نصفه فصار متلفا نصفه بفقء العين أو قطع اليد ولو كان العبد الاجنبي يضمن نصف قيمته خمسمائة فاذا كان من مال المضاربة صار مستوفيا نصف رأس ماله ثم ظهر الفضل فى العبد الآخر لان الباقى من رأس المال خمسمائة وقيمته ألف الا أن العتق الذى كان من المضارب قبل ذلك فيه باطل لانه سبق الملك فلا ينفذ وان ظهر الملك من بعده وان أعتقهما المضارب بعد ذلك لم يجز عتقه فى المجنى عليه لانه لا فضل فيه عما بقى من رأس المال وأما العبد الآخر فيعتق منه ربعه نصف الفضل على مابقى من رأس المال فيه ثم يباع المجنى عليه فيدفع الى رب المال تمام رأس ماله ويضمن المضارب ان كان موسرا لرب المال نصف قيمة العبد الذى جاز عتقه فيه لانه ظهر ان جميعه ربح وان نصفه لرب المال فيضمن المضارب له ذلك اذا كان موسرا ضمان العتق ويرجع به على العبد ويرجع عليه أيضا بمائتين وخمسين درهما وهذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لانه ظهر ملكه في نصفه الا ان أعتقه حين عتق ما نفذ الا فى ربعه فيستسعيه فى قيمة ربعه لتتميم العتق فيه واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه المضارب فدعواه باطل لان كل

واحد منهما مشغول برأس المال ولا فضل فيه وكل واحد منهما معتبر بانفراده فدعوته حصلت
فى غير ملكه فهو ضامن لعقر الجارية لانه أقر بوطئها وهى مملوكة لرب المال فعليه عقرها
لما سقط الحد عنه بالشبهة وله أن يبيع الجارية وولدها فقد أبهم الجواب هنا وهو على التقسيم
فان كانت جاءت بالولد منذ اشتراها لاقل من ستة أشهر فله أن يبيعها ولكن لا يلزمه العقر
لانا تيقنا ان الوطء سبق شراءه فلا يوجب عليه العقر للمضاربة وان كانت جاءت به لا كثر
من ستة فعليه العقر وله أن يبيعها مالم يستوف رب المال منه عقرها فان استوفى عقرها وهو
مائة درهم صحت دعوته وثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له لان ماوصل الى
رب المال وهو مائة درهم محسوب من رأس ماله فانما يبقى من رأس ماله تسعمائة وفى قيمة
كل واحد منهما فضل على مابقى من رأس المال فتصح دعواه ثم يغرم لرب المال من قيمة
الجارية تسعمائة تمام رأس ماله وخمسين درهما مما بقى موسرا كان أو معسرا لان ضمان
الاستيلاد ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ولهذا لا يعتمد الصنع فاذا غرم له تسعمائة
فقد وصل اليه تمام رأس ماله وصارت المائة الباقيـة من قيمتها ربحا بينهما فيغرم حصة رب
المال من ذلك خمسين درهما وأما الولد فهو ربح كله ويعتق نصيب المضارب منه وهو النصف
ويستسعى فى نصف قيمته لرب المال ولا ضمان على المضارب فى ذلك وان كان موسرا لانه
كالمعتق له وضمان الاعتاق لا يجب الا بالصنع وانما عتق نصيبه هنا حكما لظهور الفضـل فى
قيمة كل واحـد منهما على رأس المال فان لم يبع واحـد منهما ولم يستوف رب المال عقرها
حتى زادت الجارية فصارت تساوى ألفين فهى أم ولد للمضارب لانه ظهر الفضل فى قيمتها
على رأس المال فيملك المضارب حصته منها وهو الربع فتصير أم ولد له لانه بدعواه نسب الولد
قد أقر أنها أم ولد له والاقرار بالاستيلاد اذا حصل قبـل الملك يوقف على ظهور الملك فى
المحل وبعـد الملك يصير كالمجدد له ثم الاستيلاد لا يحتمل الوصف بالتجرى فى المحـل فصار
هو متملكا نصيب رب المال منها وذلك ثلاثة ارباعها ألف وخمسمائة ألف رأس ماله وخمسمائة
ربح فعليـه قيمة ثلاثة ارباعها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وأما الولد فهو رقيق
على حاله مالم يؤد ما عليه من قيمة الام أو يأخذ رب المال شيأ من العقر لانه لا فضل فيه على
رأس المال وله أن يبيعه فان لم يبعه حتى صار يساوى ألفين فانه يصير ابن المضارب ويعتق منه
ربعه لانه ظهر الفضل في قيمته على رأس المال فملك المضارب نصيبه من الربح وذلك ربع

الولد فيعتق ذلك القدر عليه بخلاف ما سبق انه اذا أعتقه ولا فضل فيه على رأس المال ثم ظهر الفضل فيه لم ينفذ ذلك العتق لان انشاء العتق متى سبق الملك لم ينفذ بحدوث الملك فى المحل بعده ودعوى النسب اذا سبقت الملك نفذ لحدوث الملك فى المحل بعده باعتبار ان سببه لا يحتمل الفسخ بحال وهو كونه مخلوقا من مائه ثم لا ضمان على المضارب فيه لانه عتق حكما لظهور الفضل فى قيمته وضمان العتق يعتمد الصنع وحين وجد منه الصنع وهو الدعوى لم يعتق شئ منه لان علة العتق القرابة والملك فانما يضاف الى آخر الوصفين وجودا وقد حصل ذلك حكما بغير صنعه ولهذا لو ورث بعض قريبه لم يضمن لشريكه شيأ بخلاف الام فان ضمان الاستيلاد ضمان تملك وهو لا يعتمد الصنع (ألا ترى) انه لو ورث بعض أم ولده يضمن لشريكه نصيبه فان استوفى رب المال من المضارب ألف درهم صار ما بقى من الابن وما بقى على المضارب من قيمة الام وعقرها على المضاربة ربحا كله فان كان العقر مائة درهم ضمن رب المال المضارب الالف كلها والمائة الدرهم فاذا أخذها كان للمضارب مثل ذلك من الولد فيعتق من الولد قدر ألف درهم ومائة ويبقى تسعمائة فهو بين المضارب وبين رب المال نصفين فيعتق حصة المضارب ويستسعى الولد لرب المال فى حصته أربعمائة وخمسين ولرب المال من ولاء الولد عشره وربع عشره والباقى للمضارب فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهذا اللفظ سهو فان لرب المال من ولاء الولد خمسه وربع عشره لان قيمة الولد ألفان والذى عتق منه على ملك رب المال قدر أربعمائة وخمسين وأربعمائة خمس الالفين والخمسون ربع العشر فان العشر مائتان فعلمنا أن له من الولاء خمسه وربع عشره والباقى للمضارب وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذا الجواب فقال هو خطأ لان الباقى بعد الالف الذى استوفاها رب المال كله ربح بينهما نصفان فلا يكون حصة المضارب من الولد خاصة ولكن المضارب يضمن نصف ما بقى من نصف قيمة الام ونصف العقر واستسعى الولد فى نصف قيمته واستشهد بالمسئلة التى ذكرها فى آخر الباب فانه خرجها على هذا الوجه فقال تلك صحيحة وهى تنقض هذه المسئلة فقال مشايخنا رحمهم الله ماذكره عيسى هو القياس ولكن ماذكره محمد رحمه الله نوع استحسان وانما أخذ به هنا لزيادة العتق فى الولد فأما لو سلكنا طريق القياس لم يعتق الولد مجانا الا بصفة واذا صرنا الى ماذكره محمد رحمه الله يعتق من الولد ثلاثة ارباعه وربع عشره مجانا ومبنى العقد على الغلبة والسراية فيترجح الطريق الذى فيها تكثير العتق

ثم الفرق بين هذه المسئلة و بين تلك بيناه فى آخر الباب ولو كان المضارب معسرا لا يقدر على الاداء فاراد رب المال أن يستسعى الجارية فى رأس ماله وحصته من الربح لم يكن له ذلك لان ذلك دين على المضارب ولا سعاية على أم الولد فى دين مولاها وان أراد أن يستسعى الولد كان له ذلك فى الالف وخمسمائة ألف درهم رأس ماله وخمسمائة حصته من الربح فى الولد لان نصيب المضارب من الولد وهو الربع عتق بالدعوى فعليه السعاية فى نصيب رأس المال وهو ثلاثة أرباعه وهذا لان الولد يعتق باداء السعاية والاستسعاء لتتميم العتق صحيح فاما أم الولد فلا تعتق باداء السعاية فلهذا لا يلزمها السعاية فى دين مولاها ثم لرب المال ثلاثة أرباع ولاء الولد لان هذا القدر عتق على ملكه باداء السعاية اليه ويرجع على المضارب بنصف قيمة الام ونصف العقد لانها مع عقرها كله ربح فيسقط عن المضارب حصته من ذلك ويغرم حصة رب المال فاذا أدى ذلك الى رب المال فاراد الولد أن يرجع بشئ مما سعى فيه على واحد منهما لم يكن له ذلك لان عوض ماسعى فيه قد حصل له وهو ذلك القدر من رقبته ولو كان المضارب حين اشترى الجارية بالالف وهى تساوى ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فلم يدعه ولكنه ادعاه رب المال فهو ابنه والام أم ولده ولا يغرم للمضارب شيئا من عقر ولا قيمة جارية لان الجارية كلها مملوكة لرب المال اذ لا فضل فيها على رأس المال فاستيلاده حصل فى خالص ملكه وذلك نقض منه للمضاربة بمنزلة ما لو استردها بالاعتاق فلم يلزمه عقرها وقد علق الولد حر الاصل ولا شئ للمضارب قبله من قيمتها ولا من قيمة ولدها وكذلك لو كان الولد يساوى ألفين لان نسبه ثبت من وقت العلوق وانما علق حر الاصل فلا معتبر بقيمته قلت أو كثرت ولو كانت الام تساوى ألفين غرم ربع قيمتها وثمن عقرها للمضارب لانه حين استولدها كان الربع منها للمضارب فيغرم له ربع قيمتها وقد لزمه ربع عقرها أيضا باعتبار ملك المضارب لكن هذا الربع من العقر ربح بينهما نصفان فتسقط حصته من ذلك ويغرم حصة المضارب وهو ثمن عقرها ولا ضمان عليه فى الولد لانه علق حر الاصل فان أصل العلوق حصل فى ملكه فتستند دعواه الى تلك الحالة ويكون الولد حر الاصل ولو كان المضارب هو الذى وطئ الجارية وقيمتها ألفان فجاءت بولد فادعاها المضارب بعد ما ولدته وقيمته ألف درهم فالولد ولد المضارب لانه كان مالكا لربعها حين استولدها وذلك يكفى لثبوت نسب الولد بالدعوى ولا ضمان عليه فيه وهو عبد لانه لا يملك شيئا من الولد فانه

لافضل فى قيمته على رأس المال ولو اشترى المضارب ابنا معروفا له بمال المضاربة ولا فضل فيه على رأس المال لم يعتق عليه فكذلك اذا ثبت النسب بدعواه ويغرم لرب المال ثلاثة ارباع قيمة الجارية لان نصيبه منها صار ام ولد له وصار به متملكا نصيب رب المال وهو ثلاثة أرباعها فلهذا يغرم ثلاثة ارباع قيمتها ويغرم له ثلاثة أثمان العقر ولكن ذلك ربح كله فيسقط نصف حصة المضارب ويضمن لرب المال حصته من ذلك وهو ثلاثة أثمان عقرها فاذا قبض رب المال ذلك عتق نصف الولد لان الولد صار ربحا كله فيعتق نصيب المضارب منه وهو النصف ويسعى فى نصف قيمته لرب المال ولاضمان على المضارب فيه لان العتق حصل حكما بحدوث ملكه فيه ولا يقال كان ينبغي أن يكون الولد حر الاصل كما فى جانب رب المال لان رب المال صار ناقضا للمضاربة باسترداد رأس المال عنه عند الاستيلاد والمضارب لا يتمكن من ذلك فلا يسلم له شيء من الربح مالم يسلم رأس المال لرب المال فلهذا كان الولد رقيقا وانما يعتق اذا سلم رأس المال لرب المال ولو كانت الجارية تساوى ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فادعاه المضارب فغرمه رب المال العقر وهو مائة درهم وأخذها صارت الجارية أم ولد للمضارب ويعتق الولد ويثبت نسبه لظهور الفضل فى قيمة كل واحد منهما على ما بقى من رأس المال ويضمن المضارب من قيمة الام تسعمائة وخمسين درهما تسعمائة مابقى من رأس المال وخمسون حصة رب المال من المائة التى هى ربح فى الجارية فاذا قبضها رب المال عتق نصف الولد من المضارب ويسعى في نصف قيمته لرب المال وولاؤه بينهما نصفان لان الولد كله ربح بينهما نصفين وهذه هى المسألة التى استشهد بها عيسى رحمه الله والفرق بينها وبين الاول على جواب الكتاب من وجهين أحدهما أن فى هذا الموضع سبب عتق الولد اشترك فيه المضارب ورب المال فلهذا لا يجمع نصيب المضارب من الربح فى الولد كله وهناك لا صنع لرب المال فى السبب الموجب للعتق فى الولد وانما السبب ظهور الفضل فى قيمته على رأس المال فلهذا يجمع جميع نصيب المضارب من الربح فى الولد لدفع الضرر عن رب المال بوصوله الى جميع نصيبه بالتضمين فى الحال والثانى أن الجمع هناك لتغليب العتق وذلك لا يقوى هناك لان تفاوت ما بين الجمع والتفريق نصف عشر الولد فالربح من الجارية قدر المائة وان جعلنا ذلك كله لرب المال لا يزداد العتق للولد الا بقدر نصف العشر وذلك قليل فلهذا لم يشتغل بالجمع هنا وان كان المضارب معسرا وقد أدى العقر فلرب المال أن يستسعى الولد بتسعمائة وخمسين

درهما تسعمائة بقية رأس ماله لانه لا وجه لاستسعاء الجارية فى ذلك فانها ام ولد فلا يلزمها السعاية فى دين مولاها ولكن يستسعى الولد فى ذلك ليعتق ثم المائة الباقية منه ربح فيسعى لرب المال فى نصفها ويكون لرب المال من الولد تسعة أعشاره ونصف عشره ويكون له نصف قيمة الام دينا على المضارب فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الام صارت ربحا كلها وانما يضمن المضارب لرب المال مقدار حصته منها بالاستيلاد وذلك النصف والله أعلم

باب جناية العبد فى المضاربة والجناية عليه

(قال رحمه الله) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى وباع وربح ثم اشترى ببعضها عبدا يساوى ألفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لاشتباه المتوفى لان فى الحال العبد كله مشغول برأس المال فالقصاص لرب المال دون المضارب وباعتبار المال المضارب شريك لان رب المال باستيفاء القصاص لا يصير مستوفيا رأس ماله فان القصاص ليس بمال فلا بد أن يستوفى مابقى من المال بحساب رأس المال واذا استوفى ذلك ظهر فى العبد فضل على مابقى من رأس المال فيكون المضارب شريكا بقدر حصته من الربح وليس لاحد الشريكين أن ينفرد باستيفاء القصاص فان قيل كان ينبغى أن يجتمعا فى استيفاء القصاص قلنا هذا غير ممكن أيضا فان المضارب يصير مستوفيا لنفسه شيأ قبل أن يصل الى رب المال كمال رأس ماله وذلك لا يجوز وبه فارق العبد المرهون اذا قتل عمدا واجتمع الراهن والمرتهن فى استيفاء القصاص فان لهما ذلك فى قول أبى حنيفة وأحد الروايتين عن أبى يوسف رحمهما الله وفى قول محمد رحمه الله وهو أحد الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله ليس لهما ذلك لان حق المرتهن مع حق الراهن فيه بمنزلة حق المضارب مع حق رب المال هنا والفرق بينهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف ان هناك الحق لا يعدوهما وليس فى اجتماعهما على استيفاء القصاص ما يتخذ من مخالفة حكم الشرع بل مالية الرهن تصير تاوية به ويسقط الدين وذلك مستقيم بتراضيهما وهنا فى اجتماعهما على الاستيفاء سلامة شئ للمضارب قبل وصول كمال رأس المال الى رب المال. يوضحه ان هناك الراهن هو المالك لجميع العبد فى الحال والمآل وللمرتهن حق فيشترط رضاه ليتمكن المالك من استيفاء القصاص وهنا المالك رب المال فى الحال وباعتبار المآل المضارب شريك فى المآل وهو نظير المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث سوى المولى لا يجب القصاص

لاشتباه المستحق ولو كان المضارب اشترى بالالف المضاربة عبدا يساوى ألف درهم فقتله رجل عمدا فالقصاص واجب لرب المال لان العبد قتل على ملكه ولا شركة للغير فيه باعتبار الحال والمال اذ لا فضل فى المال على رأس المال فيجب القصاص له على القاتل وقد خرج العبد عن المضاربة لان القصاص الواجب ليس بمال وقد صار مال المضاربة بحال لا يتأتى فيه التصرف بيعا ولا شراء فلهذا يخرج من المضاربة كما لو أعتقه رب المال فان صالحه على ألف درهم كانت لرب المال من رأس ماله وان صالحه على ألفى درهم استوفى رب المال من ذلك رأس ماله وما بقى بمنزلة الربح بينهما على ما اشترطا لان القود الواجب كان مثلا لمال المضاربة وقد صار ذلك القود بالصلح مالا والمال عوض عن ذلك القود وحكم العوض حكم المعوض الا أنه كان لا يظهر حق المضارب فى القود لانه ليس بمال والربح لا يظهر مالم يصل رأس المال الى رب المال فأما هنا العوض مال فيظهر نصيب المضارب فيه اذا وصل رب المال رأس ماله وهو نظير الموصى له بالثلث لا حق له فى القصاص فان وقع الصلح عنه على مال ثبت فيه حق الموصى له ولو كان المضارب اشترى العبد بالف المضاربة وهو يساوى ألفين فقتله رجل عمدا فلا قصاص عليه وان اجتمع على طلبه رب المال والمضارب لان رب المال لا ينفرد باستيفاء القصاص هنا للشركة التى كانت للمضارب فى العبد حين قتل ولا يجوز أن يجتمعا على الاستيفاء لان رب المال باستيفاء القصاص لا يصير مستوفيا رأس ماله فيؤدى الى أن يستوفى المضارب شيأ لنفسه قبل أن يصل الى رب المال رأس ماله فلهذا لا يجب القصاص أصلا ومتى تعذر ايجاب القصاص فى العمد المحض يجب بدل المقتول فى مال القاتل وبدل المقتول قيمته هنا فيأخذ المضارب قيمة العبد من القاتل في ماله فى ثلاث سنين لان وجوب المال بنفس القتل فيكون مؤجلا وان كانت العاقلة لا تعقله لكونه عمدا كالاب اذا قتل ابنه عمدا ثم هذه القيمة على المضاربة يشترى بها ويبيع بمنزلة مالو غصب العبد غاصب وتلف فى يده ولو كانت قيمته ألف درهم أو أقل فقتل العبد رجلا عمدا فادعى ذلك أولياؤه على العبد وأقاموا عليه البينة بذلك والمضارب حاضر ورب المال غائب لم يقض على العبد بالقصاص حتى يحضر رب المال وكذلك ان حضر رب المال والمضارب غائب لم يقض بالقصاص حتى يحضر المضارب لان الملك لرب المال واليد للمضارب وهى يد مستحقة له (ألا ترى) أنه يتمكن من التصرف باعتبارها على وجه لا يملك رب المال نهيه عن ذلك فنزل هو منزلة المالك

واشتراط حضور المالك فى القضاء بالبينة على العبد بالقود قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف الآخر لا يشترط ذلك لان العبد فى حكم دمه مبقى على أصل الحرية وعندهما للمولى حق الطعن فى الشهود فلا يجوز تفويت ذلك الحق عليه بالقضاء بالبينة حال غيبته وقد بينا المسئلة فى الآبق فحال غيبة المضارب على الخلاف أيضا ولا خلاف أن العبد لو أقر بالقتل عمدا فانه يقضي عليه بالقود حضرا أو لم يحضرا لأن الاقرار ملزم بنفسه وليس لهما حق الطعن فى اقراره ولو أقر العبد بذلك وهما حاضران يكذبانه فيه والمقتول وليان فعفا أحدهما فان حق ولى الآخر باطل لان صحة اقراره باعتبار أن المستحق به دمه وهو خالص حقه وبعد عفو أحد الوليين المستحق للآخر هو المال واقراره فى استحقاق الملك والمالية على مولاه باطل كما لو أقر بجناية خطأ وكذلك لو كان المضارب صدقه لان العبد كله مشغول برأس المال فالمضارب فيه كالأجنبى وباعتبار اليد لا ينفذ اقراره كالمرتهن اذا أقر بذلك على المرهون فان كان فى العبد فضل فقيل له ادفع نصف حصتك الى الولى الذى لم يعف أو افده لانه ملك حصته من الفضل ولو أقر فيه بجناية خطأ خوطب بالدفع أو الفداء فكذلك بجناية العمد بعد عفو أحد الوليين فى نصيب الآخر فاذا اختار أحدهما بطلت المضاربة لانه لو اختار الدفع فقد صار مملكه ذلك القدر من جهة نفسه لا على وجه التصرف فى مال المضاربة وان اختار الفداء فقد سلم له ذلك القدر بما أدى من الفداء وذلك يبطل عقد المضاربة فيه واذا بطل حكم المضارب فى بعض رأس المال بطل فى كله فيأخذ رب المال من العبد قدر رأس ماله وحصته من الربح ويأخذ المضارب نصف حصته الذى بقى ولو لم يكن فى دفعه الا اثبات الشركة للغير فى مال المضاربة لكان ذلك مبطلا للمضاربة ولو كان المضارب أنكر ما أقر به العبد وأقر به رب المال وقيمته ألف أو أقل قيل لرب المال ادفع نصفه أو افده بنصف الدية لان العبد كله مملوك لرب المال فاقراره عليه بالجناية الموجبة للمال صحيح فان دفعه كان النصف الباقى على المضاربة ورأس المال فيه خمسمائة لانه فى حق المضارب صار هو مستوفيا نصفه بالدفع فيكون ذلك محسوبا عليه من رأس ماله وان كانت قيمته أقل من ألف طرح من الالف قدر قيمة ما استهلك رب المال من العبد بالدفع ورأس ماله ما وراء ذلك والباقى على المضاربة تمكن المضارب من التصرف فيه ولو كانت قيمته ألفى درهم صدق رب المال على حصته من ذلك وهو ثلاثة أرباع العبد فيقال له ادفع نصف حصتك أو افده ويسلم لرب المال

نصف حصته من العبد ويكون للمضارب حصته من العبد وهو الربع لان المولى حين أقر عليه بالجناية كان العبد مشتركا بينه وبين المضارب ارباعا فانما يعمل اقراره فى نصيبه دون نصيب المضارب ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا قيمته ألف درهم فجني جناية خطأ لم يكن للمضارب أن يدفعه بالجناية لان العبد كله مملوك لرب المال فالدفع بالجناية تمليك لابطريق التجارة فلا يملكه المضارب بعقد المضاربة كالتمليك بالهبة والصدقة وكابطال الملك فيه بالاعتاق وان فداه كان متطوعا فى الفداء لانه لاملك له فى العبد وهو غير مجبر على هذا الفداء فهو فيه كاجنبي آخر وكان العبد على المضاربة على حاله لانه فرغ من الجناية بالفداء فان كان رب المال حاضرا قيل له ادفعه أوافده لانه هو المالك لجميع العبد حين جنى والمالك هو المخاطب بالدفع أو الفداء فان اختار الفداء أخذه ولم يكن للمضارب عليه سبيل لانه سلم له العبد بماأدى من الفداء فصار هو في حق المضارب كالتاوى حين أبى المضارب أن يفديه فلا يبقي له حق فيه باعتبار يده وان أراد دفعه فقال المضارب أنا أفديه ويكون على المضاربة لانى أريد أن أبيعه فاربح فيه كان له ذلك لان له فى العبد يدا معتبرة وباعتبارها يتمكن من التصرف على وجه لا يملك رب المال منعه عن ذلك فيكون هو متمكنا من استدامة يده باداء الفداء لانه لايبطل بالفداء شيأ من حق رب المال ورب المال بالدفع يبطل حق المضارب ولو كان المضارب غائبا لم يكن لرب المال أن يدفعه وانما له أن يفديه لانه ليس فى الفداء ابطال اليد المستحقة للمضارب فيه بل فيه تقرير يده بعد ماأشرفت على الفوات وفى الدفع تفويت يده فلا يملكه الا بمحضر من المضارب لان له أن يختار الفداء اذا حضر فلا يملك رب المال أن يبطل عليه خياره ولو كان المضارب اشترى ببعض المضاربة عبدا فجنى جناية خطأ وفى يد المضارب من المضاربة مثل الفداء أو أكثر لم يكن له ان يفديه بالمال الذى فى يده لان الفداء من الجناية ليس من التجارة وليس له أن يتصرف فى مال المضاربة على غير وجه التجارة وانما له أن يفديه من مال نفسه ان أحب ولو كان اشترى بالف المضاربة عبدا يساوى ألفين فجنى جناية خطأ تحيط بقيمته أو أقل منها لم يكن لواحد منهما أن يدفعه حتى يحضرا جميعا لان العبد مشترك بينهما ربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال وأحد الشريكين فى العبد لاينفرد بدفع جميع العبد وأيهما فداه فهو متطوع فى الفداء لان فى نصيب شريكه هو غير مجبر على الفداء ولا مضطر الى ذلك لاحياء ملكه فكان متبرعا فيه فان حضرا واختارا

الدفع دفعاه وليس لهما شيء وان اختارا الفداء فالفداء عليهما ارباعا على قدر ملكهما فيه وقد خرج العبد من المضاربة وليس للمضارب بيع نصيب رب المال منه لانه انما سلم له بما أدى من الفداء والمضارب قد رضي بفوات يده وحقه فيه حين أبى الفداء فى حصة رب المال فان اختار رب المال الفداء واختار المضارب الدفع فكل واحد منهما يختص بملك نصيبه وله مااختار فى نصيبه من دفع أو فداء وقد وقعت القسمة بينهما وخرج العبد من المضاربة لان رب المال ان دفع نصيبه وفدى المضارب نصيبه فقد تميز نصيب أحدهما من الآخر وكذلك ان كان المضارب دفع نصيبه وتميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر لايكون الا بعد القسمة فلهذا جعل ذلك قسمة بينهما وابطالا للمضاربة ولان بالتخيير فى حق كل واحد يثبت فى نصيبه حكم ليس ذلك من حكم المضاربة فيتضمن ذلك بطلان المضاربة بينهما والله أعلم

باب مايجوز للمضارب أن يفعله ومالا يجوز

(قال رحمه الله) واذا اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا أو أمة ليس له أن يزوج واحدا منهما فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد لان فى تزويج الامة اكتساب المال واسقاط نفقتها من مال المضاربة وذلك بمنزلة بيعها واجارتها وتزويج العبد اضرار لامنفعة فيه للمضاربة ولهما أن المضارب فوض اليه التجارة فى هذا المال والتزويج ليس من التجارة فان التجار ما اعتادوه ولم نعرف فى موضع من البلدان سوقا معدا للتزويج وفيما ليس بتجارة المضارب كغيره من الاجانب (ألا ترى) انه لايكاتب لان الكتابة ليست بتجارة وان كان فيها اكتساب المال فكذلك تزويج الامة وان كاتب عبدا من المضاربة ولا فضل فى قيمته على رأس المال فادي الكتابة فهو عبد لانه لو أعتقه كان عتقه باطلا فكذلك اذا استوفى منه بدل الكتابة وما أداه فهو من المضاربة لانه كسب عند المضاربة والكسب يتبع الاصل فاذا كان المكتسب على المضاربة فكذلك كسبه واذا كان كاتبه وفيه فضل على رأس المال فالكتابة أيضا باطلة لانه لايمكن تنفيذها على المضاربة فانها ليست بتجارة ولا يمكن تنفيذها فى نصيب نفسه باعتبار ملكه لان ذلك القدر يخرج من المضاربة فيؤدى الى سلامة شيء للمضارب قبل وصول رأس المال الي رب المال ثم هذا عبد مشترك بينهما وأحد الشريكين اذا كاتب فللآخر أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه

فهنا للمولى أن يبطل الكتابة أيضا فان لم يبطلها حتى أدى البدل عتق نصيب المضارب منه لانه كان علق عتقه بالاداء فعند استيفاء البدل منه يصير كالمعتق اياه واعتاق المضارب في نصيب نفسه صحيح اذا كان في العبد فضل على رأس المال ثم حصة نصيب المضارب من المكاتب وهو الربع يسلم له وما وراء ذلك كسب ثلاثة أرباعه فيكون على المضارب يستوفى رب المال منه رأس المال وما بقى بعد ذلك اقتسماه على الشرط في الربح ثم رب المال بالخيار في قول أبي حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المضارب ان كان موسرا نصف قيمة العبد اذا كانت المضاربة بالنصف وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتقه لانه لما وصل الي رب المال رأس المال بقى العبد كله ربحا فيكون بينهما نصفين وقد عتق نصيب المضارب منه باعتاقه وهو موسر فيكون للشاك ثلاث خيارات كما هو أصل أبي حنيفة ولو كان المضارب أعتقه على ألفي درهم ولا فضل في قيمته على رأس المال فعتقه باطل لانه لا يملك اعتاق شيء منه بغير عوض لانعدام ملكه في شئ من الرقبة فكذلك لا يملك الاعتاق بعوض وان كان فيه فضل عتق نصيبه منه بحصته من المال الذى أعتقه عليه لانه في حصته يملك الاعتاق بغير عوض فيملك الاعتاق بعوض وشرط العتق قبول العبد جميع العوض وقد وجد وسلم تلك الحصة له ورب المال بالخيار وان كان المضارب موسرا بين التضمين والاستسعاء والاعتاق . واذا دفع الرجل الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى ببعضها عبدا فرهنه المضارب بدين عليه من غير المضاربة لم يجز كان في العبد فضل على رأس المال أو لم يكن لانه صرف مال المضاربة الى حاجة نفسه والرهن نقيض الاستيفاء وليس له أن يوفي دين نفسه بمال المضاربة قبل القسمة فكذلك لا يرهن به فان رهنه بدين من المضاربة وفيه فضل أو ليس فيه فضل فالرهن جائز لانه يملك ايفاء دين المضاربة بمال المضاربة فيملك الرهن أيضا وهذا لانه من صنيع التجار والمضارب فيما هو من صنيع التجار بمنزلة المالك ولو لم يرهنه ولكن العبد استهلك مالا لرجل أو قتل دابة فباعه المضارب في ذلك دون حضور رب المال أو دفعه اليهم بدينهم أو قضى الدين عنه من مال المضاربة فذلك جائز لان ما فعله من صنيع التجار أما البيع فلا يشكل وكذلك قضاء الدين عنه لان فيه تخلص المالية فيكون بمنزلة فكاك الرهن بقضاء الدين وهذا بخلاف جنايته في بنى آدم فان موجب الجناية الدفع أو الفداء وليس ذلك من التجارة فليس تستند المضاربة به ولو أذن المضارب لهذا العبد في

التجارة ولم يقل له رب المال فى المضاربة اعمل برأيك جاز ذلك على رب المال لان الاذن فى التجارة من التجارة وبمطلق العقد يملك المضارب ما هو من التجارة فى مال المضاربة مطلقا فان اشترى العبد عبدا من تجارته فجنى عبده جناية لم يكن للعبد ان يدفعه ولا يفديه حتى يحضر رب المال والمضارب وهذا بخلاف العبد المأذون من جهة مولاه اذا اشترى عبدا فجنى جناية فان للمأذون أن يدفعه أو يفديه لان هناك العبد استفاد الاذن ممن يخاطب بموجب جنايته فكذلك هو بعد انفكاك الحجر يخاطب بموجب جناية عبده فيخير بين الدفع والفداء وأما عبد المضاربة فاستفاد الاذن من جهة من لا يكون مخاطبا بموجب جنايته فكذلك هو لا يكون مخاطبا بموجب جناية عبده فى الدفع أو الفداء قبل حضور رب المال والمضارب وهذا لان المأذون من جهة المضارب لا يكون أحسن حالا فى التجارة من المضارب فاذا كان المضارب لا ينفرد بدفع عبد المضاربة بالجناية ولا بالفداء من مال المضاربة قبل أن يحضر رب المال فكذلك المأذون من جهته لان كسب هذا المأذون مال المضاربة لنفسه واذا دفع الرجل مال ابنه الصغير مضاربة بالنصف أو بأقل أو بأكثر فهو جائز لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وقد يكون الاحسن هذا فقد لا يجد من يحتسب بالتصرف فى ماله ولا يتفرغ لذلك لكثرة أشغاله وان استأجر من يتصرف فى ماله وجب الاجر حصل الربح أولم يحصل فكان أنفع الوجوه للصبي أن يجعل المتصرف شريكا فى الربح التابع فى النظر لاجل نصيب نفسه من الربح ولا يغرم الصبي له شيأ ان لم يحصل الربح وكذلك لو أخذه لنفسه مضاربة لان منفعة الصغير فى هذا أبين فانه أشفق على ماله من الاجنبي ويكون المال عنده محفوظا فوق ما يكون عند الاجنبي ولو أخذ الاب لابنه الصغير مال رجل مضاربة بالنصف على أن يعمل به الاب للابن فعمل به الاب فربح فالربح بين رب المال والاب نصفان ولا شيء للابن من ذلك لان الربح فى المضاربة يستوجب بالعمل واذا كان العمل مشروطا على الاب فما يقابله من الربح يكون له وهذا لانه يعمل بمنافعه وهو العقد على منافع نفسه ولا يكون نائبا عن الابن فكانت الاضافة الى الابن لغوا اذا كان العمل مشروطا على الاب ولو كان مثله يشترى ويبيع فأخذه الاب على أن يشترى به الغلام ويبيع والربح نصفان فالمضاربة جائزة والربح بين رب المال والابن نصفان لانه ممن يملك التصرف عند الاذن له فى التجارة والاب نائب عنه فيما هو من عقود التجارة وفيما هو

من عقود التجارة عليه وأخذ المال له المضاربة بتلك الصفة فمباشرة الاب له كمباشرته بنفسه ان لو كان بالغا وكذلك لو عمل به الاب للابن بأمره لانه استعان بالاب فى اقامة ماالتزم من العمل بعقد المضاربة ولو استعان بأجنبي آخر كان عمل الاجنبي له بأمره كعمله بنفسه فكذلك اذا استعان فيه نائبه وان كان الابن لم يأمره بالعمل فهو ضامن للمال لان رب المال انما رضي بتصرف الصبي لا بتصرف أبيه فيكون الاب فى التصرف فيه كأجنبي آخر بخلاف مال الصبي فله ولاية التصرف فيه شرعا لكونه قائما مقام الصبي وان ثبت أنه فى هذا التصرف كأجنبي آخر كان غاصبا ضامنا للمال والربح له يتصدق به لانه استفاده بكسب خبيث والوصي فى جميع ذلك بمنزلة الاب لانه بعد موته قائم مقامه فيما يرجع الى النظر للصغير فى ماله واذا دفع المكاتب مالا مضاربة بالنصف أو بأقل أو باكثر أو أخذ مالا مضاربة فهو جائز وكذلك العبد المأذون له فى التجارة لان هذا من عمل التجار وكذلك الصبي المأذون له فى التجارة لانه منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار كالعبد وان دفعه الصبي بغير اذن ابنه أو وصيه وهو غير مأذون له فى التجارة فعمل به المضارب فهو ضامن له لانه غاصب للمال فاذن الصبي له فى التصرف ودفعه المال اليه بدون رأى الولي باطل واذا كان غاصبا ضمن المال وملك المضمون بالضمان والربح له ويتصدق به والله أعلم

باب مضاربة أهل الكفر

(قال رحمه الله) ولا بأس بان يأخذ المسلم من النصرانى مالا مضاربة لانه من نوع التجارة والمعاملة أو هو توكيل من رب المال اياه بالتصرف فيه ولا بأس للمسلم أن يلي البيع والشراء للنصرانى بوكالته ويكره للمسلم أن يدفع الى النصرانى مالا مضاربة وهو جائز فى القضاء كما يكره أن يوكل النصرانى بالتصرف فى ماله وهذا لان المباشر للتصرف هنا النصرانى وهو لا يتحرز عن الزيادة ولا يهتدى الى الاسباب المفسدة للعقد ولا يتحرز عنها اعتقادا وكذلك يتصرف في الخمر والخنزير ويكره للمسلم أن ينيب غيره منابه فى التصرف فيها ولكن هذه الكراهة ليست لعين المضاربة والوكالة فلا تمتنع صحتها فى القضاء ولا يكره للمسلم أن يدفع ماله الى مسلم ونصرانى مضاربة لان النصرانى لا يستبد بالتصرف فى هذا المال دون المسلم والمسلم

لا يمكنه من الربا والتصرف فى الخمر فكان دفعه اليهما مضاربة كالدفع الى المسلمين ولا ينبغى للمضارب ولا لرب المال ان يطأ جارية اشتراها للمضاربة كان فيها فضل على رأس المال أو لم يكن ولا يقبلها ولا يلمسها لانه ان لم يكن فيها فضل فهى ملك رب المال ليست بزوجة للمضارب ولا بملك يمين ولكن للمضارب فيها حق نسبة الملك حتى ان رب المال لا يملك أخذها منه ولا نهى المضارب عن التصرف فيها فكان المضارب ممنوعا عن التصرف والتى يختص بالملك فيها والوطء ودواعيه من هذه الجملة وكان رب المال ممنوعا من ذلك لقيام حق المضارب فيها وفى المضاربة الصغيرة قال اذا لم يكن فيها فضل فاحب الىّ أن لا يطأها رب المال ولا يعرض لها بشئ من هذا ولو فعل لم يكن آثما فيه لانه خالص ملكه وحق المضارب فى المالية وحل الوطء ينبنى على ملك المتعة وانما يستفاد ذلك بملك الرقبة دون ملك المالية وان كان فيها فضل فهى بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين فلا يحل لواحد منهما أن يطأها لان حل الوطء ينبنى على ملك المتعة وانما يستفاد ذلك بكمال ملك الرقبة وببعض العلة لا يثبت شئ من الحكم ولو زوجها رب المال من المضارب فان كان فيها فضل فالنكاح باطل لان المضارب يملك مقدار حصته منها وملك جزء منها كملك جميع الرقبة فى المنع من النكاح ابتداء وبقاء واذا بطل النكاح بقيت على المضاربة كما كانت وان لم يكن فيها فضل جاز النكاح كما لو زوجها من أجنبي آخر لان ولاية التزويج تستفاد بملك الرقبة كولاية الاعتاق ولو أعتقها رب المال أو دبرها نفذ ذلك منه فكذلك اذا زوجها وقد خرجت من المضاربة لان التزويج ليس من التجارة وتنفيذ المولى فيها تصرفا ليس من التجارة بل يكون اخراجا لها من المضاربة فليس للمضارب أن يبيعها بعد ذلك (ألا ترى) أن المولى لو زوج أمته من كسب عبده المأذون ولا دين عليه من المأذون أو غيره جاز النكاح وخرجت الجارية من التجارة حتى لا يملك المأذون بيعها بعد ذلك فكذلك المضارب واذا اشترى المضارب بمال المضاربة جارية ثم أشهد بعد ذلك أنه اشتراها لنفسه شراء مستقلا بمثل ذلك المال أو بربح وكان رب المال أذن له أن يعمل فيه برأيه أو لم يأذن فان شراءه لنفسه باطل ولا ينبغى له أن يطأها وهى على المضاربة على حالها لانه يشتري من نفسه لنفسه وأحد لا يملك ذلك غير الاب فى حق ولده الصغير وهذا المعنى يضاد الاحكام وان كان حين اشتراها بمال المضاربة أشهد أنه يشتريها لنفسه فان كان رب المال أذن له فى ذلك فذلك جائز وما اشترى فهو له وهو

ضامن لرب المال ما نقد لانه قضى بمال المضاربة دين نفسه فان ثمن ماشترى لنفسه يكون عليه وان كان رب المال لم يأذن له فى ذلك فالجارية علي المضاربة لانه أضاف الشراء الى مال المضاربة وهو لايملك التصرف فى مال المضاربة الا للمضاربة والمأمور بالتصرف لايعزل نفسه فى موافقته أمر الآمر كالوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشترى ذلك الشيء لنفسه يكون مشتريا لرب المال لانه يريد عزل نفسه فى موافقة أمر الآمر فاما اذا كان أذن له فى ذلك فيتمكن من التصرف فى هذا المال الا للمضاربة ويصير رب المال بهذا الاذن كالمقرض للمال منه ان اشترى به لنفسه وان كان اشتراها علي المضاربة وفيها فضل فأراد المضارب أن يأخذها لنفسه فباعها اياه رب المال بربح فذلك جائز ويستوفى رب المال من ذلك رأس ماله وحصته من الربح وقد خرج المال من المضاربة لان رب المال لو باعها من غيره برضاه جاز فكذلك اذا باعها منه وأكثر مافيه ان للمضارب فيها شركة وشراء أحد الشريكين من صاحبه جائز فى نصيبه ثم قد خرج المال من المضاربة لانه حين اشتراها لنفسه فقد تحول حكم المضاربة الى ثمنها والثمن مضمون فى ذمة المضارب ومن شرط المضاربة كون المال أمانة فى يد المضارب فاذا صار مضمونا عليه بطلت المضاربة ولو كان رب المال أراد أخذ الجارية لنفسه فباعها اياه المضارب بزيادة على رأس المال فهو جائز عندنا وهو قول زفر لايجوز لان الملك فيها لرب المال حقيقة وللمضارب فيها حق وبيع الحق لايجوز ولنا ان هذا تصرف مفيد لانه يخرج به من المضاربة ما كان فيها ويدخل به فى المضاربة ما لم يكن فيها وهو الثمن ومبنى التصرفات الشرعية على الفائدة فمتى كان مفيدا كان صحيحا كالمولي اذا اشترى عبدا من عبده المأذون المديون ويكون الثمن هنا على المضاربة لان شرط المضاربة ما انعدم بصيرورة الثمن دينا فى ذمة رب المال فان العينية شرط ابتداء المضاربة فأما فى حالة البقاء في ذمة رب المال وكونه فى ذمة أجنبي آخر فسواء بخلاف الاول فيكون المال أمانة فى يد المضارب بشرط بقاء العقد وابتدائه فاذا صار مضمونا عليه قلنا بأن المضاربة تبطل واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فارتد المضارب أو دفعه اليه بعد ما ارتد ثم اشترى وباع فربح أو وضع ثم قتل على ردته أو مات أو قتل بدار الحرب جاز جميع مافعل من ذلك والربح بينهما على ما اشترطا لان توقف تصرفاته عند أبى حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجب تصرفه فى مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال وهو

متصرف فى منافع نفسه ولاحق لورثته فى ذلك فلهذا نفذ تصرفه والعهدة فى جميع ما باع واشترى على رب المال فى قول أبى حنيفة لان حكم الردة نيط بردته وقد بينا ذلك فى ردة الوكيل وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضى ذلك من ماله فاذا نحيت العهدة عنه بأن قتل على ردته تعلق بما انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا توكل بالشراء للغير أو بالبيع فى قول أبى يوسف ومحمد وحاله فى التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال وان كان المضارب امرأة فارتدت أو كانت مرتدة حين دفع المال اليها ثم فعلت ذلك كانت العهدة عليها كما لو تصرفت لنفسها وهذا لان المرتدة لا توقف نفسها مادامت فى دار الاسلام ولا يوقف مالها أو تصرفها أيضا بخلاف المرتد قال ولو لم يرتد المضارب وارتد رب المال أو كان مرتدا ثم اشترى المضارب وباع فربح أو وضع ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضى يجيز البيع والشراء على المضاربة والربح له ويضمنه رأس المال فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو على المضاربة لان رب المال حين ارتد فقد توقفت نفسه وصار بحيث لا يملك التصرف بنفسه فكذلك لا يملك المضارب التصرف له ولكن ينفذ تصرفه فى الشراء والبيع على نفسه ويضمن ما نقد من مال المضاربة وعند أبى يوسف ومحمد تصرفه نافذ على المضاربة ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله ينفذ شراؤه على نفسه غير مشكل ولكن الاشكال فى تنفيذ بيعه وانما ينفذ بيعه لان ردة رب المال بعد ماصار المال عروضا كموته وقد بينا أنه يملك البيع بعد موت رب المال فلا بد من تنفيذ بيعه لذلك ثم شراؤه بعد ذلك بالمال على نفسه ولو لم يدفع ذلك الى القاضى حتى رجع المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة كما اشترطا وهذا بخلاف الوكالة فان الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة كما اشترطا وهذا بخلاف الوكالة فان الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته أما اذا لم يتصل قضاء القاضى بلحاقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة وأما بعد الالتحاق والقضاء به فالوكيل انما ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل الى ملك ورثته وذلك مبطل للوكالة والوكالة بعد مابطلت لا تعود الا بالتجديد وهو غير مبطل للمضاربة لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة وهذا الفرق فيما ينشأ من التصرف بعد عود رب المال فاما فيما كان أنشأ من التصرف فان كان قد قضي

القاضي بلحاقه لا ينفذ ذلك التصرف علي المضاربة بعد مانفذ على المضارب نفسه كما لو مات حقيقة فان كان لم يقض القاضي بلحاقه فهو كما لو غاب ثم رجع قبل اللحوق بدار الحرب وأسلم فينفذ جميع ذلك على المضاربة ولو كان لرب المال امرأة مرتدة كان جميع ذلك جائزا على المضاربة ان أسلمت أو لم تسلم لانها تملك التصرف بعد الردة فكذلك ينفذ تصرف المضارب لها بعد ردتها . واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فارتد رب المال ولحق بدار الحرب فلم يقض فى ماله بشئ حتى رجع مسلما وقد اشترى المضارب بالمال أو باع ورب المال فى دار الحرب فذلك كله جائز على المضاربة لان اللحوق بدار الحرب اذا لم يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة ولو كان المضارب هو الذي ارتد ولحق بدار الحرب واشترى به فى دار الحرب وباع ثم رجع بالمال مسلما فان له جميع ما اشترى وباع من ذلك ولا ضمان عليه فى المال لانه لما لحق بالمال دار الحرب فقد تم استيلاؤه عليها لانه حربى أدخل مال المسلم دار الحرب بغير رضاه وهذا الاستيلاء يوجب الملك له فى المال فتصرفه بعد ذلك لنفسه لا للمضاربة ولا ضمان عليه فى المال لانه صار مستوليا مخالفا بعد الاحراز بدار الحرب ولو استهلك بعد ذلك لم يكن عليه ضمان لان الموجب للتقوم فى هذا المال كان هو الاحراز بدار الاسلام وقد انقطع ذلك (ألا ترى) انه لو لحق مرتدا ثم عاد فاخذ المال فاستهلكه لم يكن عليه ضمان فكذلك اذا أدخله مع نفسه فى دار الحرب واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها ثم ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل مرتدا ثم باع المضارب العرض جاز بيعه على المضاربة لانه لومات رب المال حقيقة كان للمضارب بيع العروض بعد ذلك فكذلك اذا قتل أو مات مرتدا وان كان المال فى يده دراهم لم يكن له ان يشترى بها شيأ اعتبارا للموت الحكمى بالموت الحقيقي وان كانت دنانير فليس له أن يشتري بها عين الدراهم وان كان غيرهما كان له أن يبيعه بما بداله حتى يصير فى يده دراهم أو دنانير واذا دخل الحربى الينا بامان فدفع اليه مسلم مالا مضاربة بالنصف فاودعه الحربى مسلما ثم رجع الى دار الحرب ثم دخل الينا بعد ذلك بامان وأخذ المال من المستودع فاشترى به وباع فهو عامل لنفسه ويضمن لرب المال رأس ماله لانه لما عاد الى دار الحرب التحق بحربى لم يكن فى دارنا قط وذلك ينافى عقد المضاربة بينه وبين المسلم لان ماهو أقوى من المضاربة وهو عصمة النكاح منقطع بتباين الدارين حقيقة وحكما فانقطاع المضاربة بهذا السبب أولى فاذا

بطلت المضاربة كان هو فى التصرف غاصبا ضامنا لرب المال رأس ماله ولو ان الحربى دخل بالمال دار الحرب فاشترى به وباع هناك فهو له ولا ضمان عليه لانه صار مستوليا على المال حين دخل دار الحرب بغير اذن رب المال وتم احرازه لها فيكون متملكا متصرفا فيه لنفسه وبعد الاسلام هو غير ضامن لما يملكه على المسلم بالاستيلاء وان كان رب المال أذن له فى أن يدخل دار الحرب فيشترى به ويبيع هناك فانى أستحسن أن أجيز ذلك على المضاربة وأجعل الربح بينهما على ما اشترطا ان أسلم أهل الدار ورجع المضارب الى دار الاسلام مسلما أومعاهدا أو بامان وفى القياس هو متصرف لنفسه لان المنافى للمضاربة قد تحقق برجوعه الى دار الحرب وان كان باذن رب المال بعد تحقق المنافى لايمكن تنفيذ تصرفه على المضاربة فيكون متصرفا لنفسه بطريق الاستيلاء على المال ووجه الاستحسان أنه مادخل دار الحرب الا ممتثلا أمر رب المال ولا يكون مستوليا على ماله فيما يكون ممتثلا فيه أمره واذا انعدم الاستيلاء كان تصرفه فى دار الحرب وفى دار الاسلام سواء (ألا ترى) أن رب المال لو بعث بماله اليه ليتصرف فيه له جاز وتكون الوديعة فى ذلك التصرف على رب المال والربح له فكذلك اذا أدخله مع نفسه باذن رب المال وان ظهر المسلمون على تلك الدار والمال فى يد المضارب فربح فيه واشترى عرضا فيه فضل أولا فضل فيه قال رب المال يستوفى من المضاربة رأس ماله وحصته من الربح وما بقى فهو فىء للمسلمين لان الباقى حصة الحربى والحربى صار فيأ بجميع أمواله فاما قدر رأس المال وحصته من الربح فهو حق رب المال ورب المال مسلم ماله مصون عن الاغتنام كنفسه وقيل هذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فينبغى أن يكون جميع المال فيأ لانه مال المسلم في يد الحربى ولا حرمة ليده وأصل الخلاف فى مسلم أودع ماله عند حربى فى دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على الدار فعند أبى حنيفة هذا ومالو أودعه عند مسلم أو ذمى سواء فلا يكون فيأ وعند أبى يوسف ومحمد يد المودع على الوديعة لاتكون أقوى من يده على مال نفسه ويد الحربى على مال نفسه لاتكون دافعة للاغتنام فكذلك يده على الوديعة واذا دخل الحربيان دار الاسلام بامان فدفع أحدهما الى صاحبه مالا مضاربة بالنصف ثم دخل أحدهما دار الحرب لم تنتقض المضاربة لانهما من أهل دار الحرب والذى بقى منهما فى دار الاسلام كانه فى دار الحرب حكما (ألا ترى) انه يتمكن من الرجوع الى دار الحرب وان زوجته التى فى دار الحرب لاتبين منه فانتقاض المضاربة بين المسلم

والحربي الراجع الى دار الحرب كان حكما لتباين الدارين وذلك غير موجود هنا ولو ان أحد الحربيين دفع الى مسلم مالا مضاربة بالنصف ثم دخل المسلم دار الحرب لم تنتقض المضاربة وكذلك ان كان المضارب ذميا لانه من أهل دار الاسلام فان دخل دار الحرب تاجرا حتى لا تبين زوجته التي في دار الاسلام فيكون هذا السفر في حقه بمنزلة السفر الى ناحية أخرى من دار الاسلام ولو دفع أحد الحربيين الى صاحبه مالا مضاربة على ان له من الربح درهما فالمضاربة فاسدة وهما في ذلك بمنزلة المسلمين والذميين لان المضاربة من المعاملات وقد التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات حين دخلوا دارنا بامان للتجارة فما يفسد بين المسلمين يفسد بينهم الا التصرف في الخمر والخنزير وكذلك حكم المسلمين في المضاربة الفاسدة في دار الحرب ودار الاسلام سواء لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيثما يكون فاذا دخل المسلم والذمي دار الحرب بامان فدفع الى حربي مالا مضاربة بربح مائة درهم أو دفعه اليه الحربي فهو جائز في قول أبي حنيفة ومحمد والربح بينهما على ما اشترطا حتى اذا لم يربح الا مائة درهم فهي كلها لمن شرط له والوضيعة على رب المال وفي قول أبي يوسف رحمه الله المضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وحالهما في ذلك كحالهما في دار الاسلام وهو بناء على مسئلة الربا فانه لا يجري بين المسلم والحربي في دار الحرب عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والعقود الفاسدة كلها في معنى الربا وان كان ربح أقل من مائه درهم فذلك للمضارب ولا شئ على رب المال غيره لانه انما شرط له المائة من الربح فلا يلزمه اداء شئ من محل آخر وهكذا ان لم يربح شيئا فلا شئ له على رب المال لان محل حقه قد انعدم ولا وجه لاثبات الحق له في محل آخر لانعدام السبب واذا دفع المسلم المستأمن في دار الحرب مالا مضاربة الى رجل قد اسلم هناك ولم يهاجر الينا بربح مائة درهم وأخذ منه ذلك جاز على ما اشترطا في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المضاربة فاسدة وهو بمنزلة الربا أيضا فان عند أبي حنيفة الذي أسلم ولم يهاجر في حكم الربا كالحربي وعندهما كالتاجر المسلم في دار الحرب وقد بينا المسئلة في الصرف والله أعلم بالصواب

باب الشركة في المضاربة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل مالا مضاربة ولم يقل له اعمل فيه برأيك فدفع

المضارب المال الى رجل وقال له اخلطه بمالك هذا أو بمالي ثم اعمل بهما جميعا فأخذه الرجل منه فلم يخلطه حتى ضاع من يده فلا ضمان على المضارب ولا على الذى أخذه منه لانه بمنزلة الوديعة فى يده مالم يخلطه والمضارب بمطلق العقد يملك الايداع والابضاع فلا يصير هو بالدفع مخالفا ولا القابض بمجرد القبض منه غاصبا مالم يخلطه ولو كان رب المال حين دفع اليه المال مضاربة قال له شارك به فدفعه المضارب الى رجل مضاربة جاز ولا ضمان على واحد منهما فيه لان المضاربة في معنى الشركة فانه اشراك للمضارب فى الربح وبمطلق العقد انما كان لا يملك الدفع مضاربة لمعنى الاشتراك للثانى فى الربح (ألا ترى) أنه يملك الابضاع واستئجار الاجراء للتصرف فيه فاذا أذن له فى الاشراك كان ذلك اذنا له فى الدفع مضاربة واذا اشترى الآخر به وباع فهو على المضاربة بمنزلة ما لو كان قال له رب المال اعمل فيه برأيك ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع اليه ألفا اخرى مضاربة بالثلث أيضا ولم يقل فى واحد منهما اعمل فيه برأيك فخلطهما المضارب قبل أن يعمل بشيء منهما ثم عمل فربح أو وضع فلا ضمان عليه والوضيعة على رب المال لان المالين على ملك رب المال والمضارب أمين فيهما والامين بخلط الامانة بعضها ببعض لا يصير ضامنا لان الخلط انما يكون موجبا للضمان باعتبار أن فيه معنى الاستهلاك لمال رب المال أو معنى الشركة فيه وذلك لا يوجد اذا خالط بماله ماله فان ربح فى المالين ربحا قسما نصف الربح نصفين والنصف الآخر اثلاثا لان نصف الربح حصة الالف المدفوعة اليه مضاربة بالنصف والنصف الآخر حصة الالف المدفوعة اليه مضاربة بالثلث فما يكون من ربح كل واحد منهما بعد الخلط معتبر به قبل الخلط وان ربح فى أحدهما ووضع فى الآخر قبل أن يخلطهما فالربح بينهما على الشرط والوضيعة على المال الآخر ولا يدخل أحد المالين فى المال الآخر ذكر هذا فى كتاب المضاربة الصغيرة لان كل واحد من المالين فى يده بحكم عقد على حدة وهو مختص بحكمه فهو وما لو كانا من جنسين مختلفين سواء فى أن الوضيعة التى تكون فى أحدهما لا تعتبر كماله من ربح ماله الآخر فان خلطهما بعد ذلك صار ضامنا للمال الذى وضع فيه ولا ضمان عليه فى مال الآخر لانه صار شريكا فى المال الذى ربح فيه بمقدار حصته من الربح فانما خلط الذى وضع فيه بمال نفسه فى مقدار حصته من الربح وذلك موجب الضمان عليه فأما المال الذى ربح فيه فانما خلطه بمال رب المال لان الذى وضع فيه كله لرب المال وقد بينا أن خلط رب المال

بماله لا يكون موجبا للضمان على المضارب فان عمل بعد ذلك كان ربح المال الذى كان وضعه للمضارب يتصدق به لانه بالضمان يملك ذلك المال فيملك ربحه أيضا ولكنه استفاده بكسب خبيث فيتصدق به وربح المال الآخر بينهما على الشرط لانه أمين فيه ممتثل أمر رب المال فى التصرف فيه ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة فاشترى المضارب بها وبألف من ماله جارية ثم خلط الالفين قبل أن ينقدها بعد الشراء ثم نقدهما فلا ضمان عليه لان حكم المضاربة بالشراء تحول من المال الى الجارية وتعين عليه قضاء ثمن الجارية بالالفين ووجود الخلط قبل النقد فى هذا الموضع وعدمه سواء (ألا ترى) انه لا يملك أن يصرف الالف الى غيره بل عليه دفعها الى البائع مع الالف من عنده وفى حق البائع لا فرق بين أن يأخذ الالفين مختلطا أو غير مختلط والاختلاط الذي في الجارية يثبت حكما لاتحاد الصفقة وقد بينا أن المضارب لا يصير مخالفا ضامنا بمثل ذلك فان باعها بعد ذلك وقبض الثمن مختلطا فلا ضمان عليه فيه لانه بالبيع استوجب ثمن الكل جملة فالاختلاط فى الثمن حكمى بمنزلة الاختلاط فى الجارية وله أن يشترى بالثمن بعد ذلك ويبيع فيكون نصفه على المضاربة حصة ما اشترى من الجارية بمال المضاربة ونصفه للمضارب حصة ما اشترى منها بمال نفسه وان قسم المضارب المال بغير محضر من رب المال فقسمته باطلة لانه شريك مع رب المال في هذا المال وأحد الشريكين لا ينفرد بالقسمة من غير محضر من صاحبه لان القسمة للحيازة والافراز وذلك لا يتم بالواحد وانما يتحقق بين اثنين ولو أن المضارب حين أخذ الالف المضاربة خلطها بالف من ماله قبل أن يشترى بها كان مشتريا لنفسه وهو ضامن لمال المضاربة لانه بالخلط بماله صار مستهلكا أو موجبا الشركة فى مال المضاربة على حال لم يأمره به رب المال فيصير ضامنا وبعدما صار ضامنا للمال لا تبقى المضاربة لان شرطها كون رأس المال أمانة فى يده فلهذا كان مشتريا لنفسه بها ولو كان خلط المال بعد ما اشترى به ثم لم ينقد حتى ضاع فى يده كان ضامنا لالف المضاربة حتى يدفعها من ماله الى البائع لانه كان أمينا فى المال ما لم يسلمها الى البائع والامين اذا خلط الامانة بمال نفسه كان ضامنا فى حق صاحب الامانة فما ضاع يكون مما له وعليه دفع الثمن الى البائع كما لو التزمه بالشراء ولا يرجع على رب المال بشئ لانه استوجب الرجوع بالالف على رب المال ولرب المال عليه مثله فصار قصاصا ولكن حكم المضاربة تحول من الالف الى الجارية فلا تبطل المضاربة بخلط الالف بعد ذلك ولكنه اذا قبض الجارية

كان نصفها على المضاربة ونصفها للمضارب وهذا نظير مالو كانت الجارية مشتركة بين المضارب وبين الاجنبي فاشترى نصيب الاجنبي منها بمال المضاربة للمضاربة فذلك جائز ولا يصير هو مخالفا بشراء نصفها شائعا للمضاربة ولو كان المضارب اشترى بألف المضاربة مع رجل وبألف مع عبد ذلك الرجل جارية ودفعها قبل أن يخلطاها ثم قبض الجارية فنصفها على المضاربة ونصفها لذلك الرجل وهذا الشيوع لايجعل المضارب مخالفا فى تصرفه على المضاربة فان باعا بثمن واحد وقبضا الثمن مختلطا فهو جائز ولا ضمان على المضارب لانه اختلاط ثبت حكما لكون الاصل مختلطا فان قاسم المضارب ذلك الرجل الثمن فهو جائز على رب المال لان القسمة اما أن تكون تميزا أو مبادلة وكل واحد منهما يملكه المضارب فى حق رب المال فان خلط مال المضاربة بمال ذلك الرجل بعد القسمة فالمضارب ضامن للمضاربة لان بالقسمة تميز أحد المالين من الآخر فالخلط بعد ذلك اشتراك واستهلاك حكمى باشره المضارب قصدا فيصير ضامنا للمضاربة وان شارك المضارب بمال المضاربة باذن رب المال ثم قال المضارب للشريك قد قاسمتك والذى في يدى من المضاربة كذا وكذبه الآخر فالقول قول الشريك مع يمينه لان المضارب يدعي الايفاء وقطع الشركة فلا يصدق الا بحجة ويدعى الاختصاص بما بقي دون شريكه بعد ماعلم انه كان مشتركا فلا يقبل قوله الا بحجة واذا دفع الرجل الى الرجل ألفا مضاربة بالنصف وأمره أن يعمل فيها برأيه فعمل فربح ألفا ثم أعطاه ألفا أخرى مضاربة بالثلث فعمل فيها برأيه فخلط خمسمائة من هذه الالف بالمضاربة الاولى ثم هلك منها ألف فالهالك فى قول أبى يوسف هو ربح المال الاول وقال محمد رحمه الله يهلك من ذلك كله بالحساب ولم يذكر قول أبى حنيفة رحمه الله فى الكتاب وقوله كقول أبى يوسف رحمه الله هو بناء على مسئلة الايمان اذا أعطى فى يمينين كل مسكين صاعا على قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمهما الله لايجزئه الا عن يمين واحدة وفي قول محمد يجزئه عنهما وجه قول محمد ان حكم المالين مختلف لان المال الاول مدفوع اليه مضاربة بالنصف بعقد على حدة والذى خلطه من المال الثانى فى يده مضاربة بالثلث بعقد على حدة فالسبيل أن يجعل الهالك من المالين جميعا والباقى من المالين بالحساب (ألا ترى) انه لو كان دفع الالف الاخرى الى آخر مضاربة يعمل فيه برأيه والمسئلة بحالها كان الهالك من المالين بالحصة فكذلك اذا كان المدفوع اليه واحدا وأبو يوسف يقول الكل فى حق رب المال كمال واحد وقد اشتمل

على أصل وتبع فيجعل الهالك من التبع دون الاصل (ألا ترى) أنه لو هلك من المال ألف قبل أن يخلط بالخمسمائة يجعل الهالك كله من الربح فكذلك بعد الخلط وهذا لانا لو جعلنا شيئا من الهالك من الخمسمائة يؤدى الى أن يسلم للمضارب شئ من الربح قبل وصول جميع رأس المال الى رب المال وذلك لايجوز لان المستحق للربح واحد سواء كان المالان دفعهما اليه رب المال بعقد واحد أو بعقدين بخلاف ما اذا كان المضارب فى الالف الاخرى رجلا آخر لان لكل واحد من المضاربين بالمال المدفوع اليه حقا معتبرا وعند اختلاف المستحق لابد من أن يعتبر اختلاف السبب لجعلنا الهالك من المالين فأما عند اتحاد المستحق فلاحاجة الى ذلك وهو نظير العبد المأذون مع المولى وأجنبي اذا تنازعا فى شئ فى أيديهم فان لم يكن على العبد دين فهو بين المولى والاجنبي نصفان لاتحاد المستحق فيما فى يد المولى والعبد بخلاف ما اذا كان على العبد دين فالمستحق لكسب العبد هناك غرماؤه فلا بد من اعتبار يد كل واحد منهم على حدة ولو لم يهلك حتى عمل فربح ألفا أخرى فخمس هذا الربح من المضاربة الاخيرة وأربعة أخماسه على المضاربة الاولى لان الربح نماء الربح وخمس الربح نماء الخمسمائة التى خلطها من الالف الاخرى بالمال فيكون بينهما على الثلث والثلثين وأربعة أخماسه على المضاربة الاولى فيكون مع الربح الاول بينهما نصفان واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف يعمل فيها برأيه فعمل فربح ألفا وأعطي رب المال رجلا آخر ألف درهم مضاربة بالنصف يعمل فيها برأيه ودفع المضارب الثانى الالف الى هذا الرجل أيضا مضاربة بالثلث يعمل فيها برأيه فخلط الالف بالالفين فلاضمان عليه لان الامر من المضاربين كان مفوضا الى رأيه على العموم وقد صح منهما كما يصح من رب المال فيمنع ذلك وجوب الضمان عليه بالخلط فان ربح على ذلك كله ألفا أمسك ثلثه لنفسه وقسم الثلثين الباقيين المضاربان الاولان ثلاثا باعتبار مادفعا اليه من المال لان أحدهما دفع اليه الالفين والآخر دفع اليه ألفا فاذا أخذ صاحب الالفين الثلثين من ذلك دفع الى رب المال رأس ماله ألف درهم وما بقى فلرب المال نصف ما كان ربح المضارب الاول فى المال من شئ وذلك خمسمائة ونصف ذلك للمضارب ولرب المال أيضا ثلاثة أرباع ما كان من الربح الثانى لان المضارب الاول أوجب للثانى ثلث الربح وذلك من نصيبه خاصة وقد كان له نصف الربح فانما بقي من حقه سهم وحق رب المال فى النصف وهو ثلثه فيجعل هذا الباقى مقسوما بينهما على مقدار حقهما ثلاثة ارباعه لرب المال وربعه للمضارب

ويأخذ المضارب الآخر من المضارب الثانى ثلث الثلثين ثم يدفع الى رب المال رأس ماله ويقاسمه الربح أرباعا ثلاثة ارباعه لرب المال وربعه له لما بينا أنه أوجب الثلث للمضارب المتصرف وذلك من نصيبه خاصة فانما بقى من حقه ثلث النصف وهو سهم من ستة وحق رب المال فى ثلثه فيجعل الربح مقسوما بينهما أرباعا ولو كان المضارب الاول لم يربح شيئا حتى دفع المال مضاربة بالثلث وأمره أن يعمل فيها برأيه فعمل فربح ألفا ثم دفع اليه المضارب الثانى الالف التى فى يده مضاربة بالثلث وأمره أن يعمل فيه برأيه فعمل فخلطها بالفين ثم عمل وربح ألفا ثم دفع اليه المضارب الثانى الالف التى فى يده مضاربة بالثلث وأمره أن يعمل فيه برأيه فخلطها بالفين ثم عمل فربح ألفا فان الربح على ثلاثة والوضيعة على ثلاثة بحسب المال فنصيب الالف ثلث الربح ويأخذ المضارب الآخر حصته من ذلك الثلث ثم يأخذ رب المال منه رأس ماله ألفا واقتسما مابقى بينهما لرب المال ثلاثة ارباعه وللمضارب ربعه لانه أوجب ثلث الربح للمضارب الآخر وذلك من نصيبه خاصة وما أصاب الالفين من الربح وهو الثلثان من ذلك أخذ المضارب الآخر منه ومن الالف التى هى ربح والالف الاول ثلثه لان ذلك حصة من الربح ورد ما بقي على المضارب الاول ويأخذ منه رب المال رأس ماله وثلاثة ارباع ما يبقي بعده من الربح وللمضارب ربعه لانه قد أوجب ثلث الربح للمضارب الآخر وذلك من نصيبه خاصة وانما يقسم الباقى على مقدار مابقى من حق كل واحد منهما واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال نصفها قرض عليك ونصفها معك مضاربة بالنصف فأخذها المضارب فهو جائز علي ماسمي أما فى حصة المضاربة فغير مشكل لان الشيوع لايمنع صحة المضاربة فان شرطها كون رأس المال أمانة فى يد المضارب وذلك فى الجزء الشائع يتحقق وأما القرض فلانه تمليك بعوض والشيوع لايمنع صحته كالبيع بخلاف الهبة فان الهبة تبرع محض والتبرع ينفى وجوب الضمان على المتبرع وبسبب الشيوع فيما يحتمل القسمة يجب ضمان المقاسمة على المتبرع فاما القبض بجهة القرض فلا ينفى وجوب الضمان الا أنه يدخل علي هذه الهبة بشرط العوض فانه لا يجوز فى مشاع يحتمل القسمة وقبل الشيوع انما يمنع صحة الهبة لانه لا يتم القبض فيما يحتمل القسمة مع الشيوع وهذا لا يتحقق هنا فالمال كله في يد المستقرض فيتم قبضه فى المستقرض وهذا ليس يقوى فان هبة المشاع من الشريك لاتجوز فيما يحتمل القسمة وكون النصف فى يده بطريق المضاربة

لا تكون أقوى مما يكون فى يده بطريق الملك والاوجه أن نقول القرض أخذ شبها من الاصلين من الهبة باعتبار انه تبرع ومن البيع باعتبار انه مضمون بالمثل على كل حال فيوفر حظه على الشبهين فلشبهه بالتبرع يشترط فيه أصل القبض وبشبهه بالمعاوضة لايشترط فيه مايتم القبض به وهو القسمة بخلاف الهبة بشرط العوض فانه تبرع فى الابتداء وانما يصير معاوضة بعد تمامه بالقبض من الجانبين فان هلك المال قبل أن يعمل به فهو ضامن لنصفه لانه تملك نصف المقبوض بجهة القرض وكان مضمونا عليه بمثله والنصف الباقى أمانة فى يده وهو ما أخذه بطريق المضاربة ولو عمل به فربح كان نصف الربح للعامل ونصفه على شرط المضاربة بينهما وان قسم المضارب المال بينه وبين رب المال بعد ماعمل به أو قبل أن يعمل به بغير محضر من رب المال فقسمته باطلة لما بينا ان الواحد لاينفرد بالقسمة فان هلك أحد القسمين قبل أن يقبض رب المال نصيبه هلك من مالهما جميعا لان القسمة صارت كان لم تكن وان لم يهلك حتى حضر رب المال فأجاز القسمة فالقسمة جائزة ومعنى قوله أجاز القسمة أى قبض نصيبه فيكون ذلك بمنزلة القسمة تجرى بينهما ابتداء لان معنى الحيازة والافراز قد تم حين وصل الى رب المال مقدار نصيبه فان لم يقبض رب المال نصيبه الذى حصل له حتى هلك رجع بنصف نصيب المضارب لان نصف رب المال لم يسلم له وانما يسلم للمضارب نصيبه اذا سلم لرب المال نصيبه فاذا لم يسلم كان الهالك من النصيبين والباقى من النصيبين ولو كان هلك نصيب المضارب لم يرجع المضارب فى نصيب رب المال بشئ لانه قد قبض منه نصيبه وذلك منه حيازة فى نصيبه الا ان شرط سلامة ذلك له فى سلامة الباقى لرب المال وقد وجد ذلك وان هلك النصيبان جميعا بعد رضا رب المال بالقسمة رجع رب المال على المضارب بنصف ماصار للمضارب لان شرط سلامة النصف له سلامة الباقى لرب المال ولم يوجد والمضارب قبض تلك الحصة على سبيل التملك لنفسه فلهذا يضمن نصفها لرب المال ولرب المال على المضارب قرض خمسمائة على حالها لانه قبض نصف الالف بحكم القرض وقد بينا أن ذلك مضمون عليه بالمثل ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك وعلى أن تعمل بنصفها الآخر مضاربة على ان الربح كله لى فهذا مكروه لانه قرض جر منفعة فانه أقرضه نصف الالف وشرط عليه منفعة العمل له فى النصف الآخر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة فان عمل مع هذا فربح أو وضع فالربح

والوضيعة بينهما نصفان لان نصف المال ملكه فقد قبضه بجهة القرض والنصف الآخر بضاعة في يده فقد قبضه على أن يعمل فيه لصاحبه ولو دفعها اليه على ان نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة للمضارب وقبضها المضارب غير مقسومة فهي هبة فاسدة لانه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وبهذا تبين أن الصحيح من المذهب أن هبة المشاع بعد اتصال القبض بها فاسدة بخلاف ماظنه بعض المتأخرين رحمهم الله انها تكون بمنزلة الهبة قبل القبض ولكن الصحيح انها فاسدة لان القبض الموجب للملك قد وجد مع الشيوع (ألا ترى) أن هذا القبض فيمالا يحتمل القسمة يوجب الملك لكن شرط صحته القسمة فلا نعدام شرط الصحة تكون الهبة فاسدة والمقبوض بحكمها مملوك للموهوب له وهو مستحق الرد عليه للفساد فلهذا كان مضمونا عليه بخلاف المقبوض بهبة صحيحة فان هلك المال في يده قبل العمل أو بعده ضمن نصفه لهذا المعنى فان ربح في المال كان نصف الربح حصة الهبة للمضارب والنصف الآخر على ماشترطا في المضاربة بينهما فان وضع فالوضيعة عليهما نصفين لان نصف المال مملوك للمتصرف فله ربح ذلك النصف وعليه وضيعته والنصف الآخر مضاربة في يده ولو دفعها اليه على أن نصفها بضاعة ونصفها مضاربة بالنصف فهو كما قال لان الشيوع لا يمنع صحة دفع المال مضاربة ولا صحة دفعه بضاعة ولو دفعها اليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز على ماسمى لانه لا منافاة بينهما فان المضاربة أمانة في يد المضارب كالوديعة فان تصرف في جميع المال كان ضامنا للنصف حصة الوديعة لانه خالف بالتصرف فيه وربح ذلك النصف له وعليه وضيعته وان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفين لانه لا ينفرد بالقسمة فالنصف الذي تصرف فيه من النصفين جميعا نصفه مما كان مضاربة في يده ونصفه كان وديعة فله ربح حصة الوديعة من ذلك وعليه وضيعته لانه صار مخالفا ضامنا والبعض في هذا الحكم معتبر بالكل نقول فان أراد أن يشتري بالمضاربة ولا يضمن اشترى بنصف الالف غير مقسوم وكان البائع شريكا في الالف حتى يحضر رب المال فيقاسمه ومراده أن يشتري بنصفه ويسلمه على سبيل الشيوع لان الضمان في الوجه الاول انما كان يلزمه بالتسليم لا بنفس الشراء فطلب السلامة في هذا الموضع من الضمان الذي كان يلحقه في الوجه الاول ثم قد صار نصف المال شائعا مملوكا للبائع ونصفه وديعة في يد المضارب والمودع لا يملك

المقاسمة فلا بد من أن يحضر رب المال ليقاسمه ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف وأشهد عليه فى العلانيـة انها قرض يتوثق بذلك فعمل المضارب بالامر فان تصادقوا ان الامر كان على ذلك وانهم انما شهدوا بالقرض على جهة الثقة فالمال على حكم المضاربة لان تصادقهما حجة تامة فى حقهما وكذلك ان تكاذبا فقامت البينة انه دفعه مضاربة وأشهد عليه بالقرض وقالوا أخبرانا انهما انما أشهدا بالقرض على وجـه التوثق وليس بقرض انما هو مضاربة فان الثابت بالبينـة كالثابت باتفاق الخصمين أو أقوى منـه وان شهد شاهـدان بالمضاربه وشاهدان بالقرض ولم يفسروا شيأ غير ذلك فالبينة بينة الذى يدعى القرض لانه لا تنـافي بينهما فيجعل كان الامرين كانا والقرض يرد على المضاربة والمضاربة لاترد على القرض فيجعل كانه دفع المال اليه مضاربة أولا ثم أقرضه منه وفى بينـة من يدعي القرض اثبات الزيادة وهو الملك فى المقبوض للقابض واستحقاق القرض عليه اذا دفع الرجل الى رجل جراب هروى فباع نصفه بخمسمائة ثم أمره بان يبيع النصف الباقى ويعـمل بالثمن كله مضاربة على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصـفان فباع المضارب نصف الجراب بخمسمائة ثم عمل بها وبالخمسمائة التى عليه فالربح والوضيعة نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان من أصـله ان من قال لمديون اشتر لى متاعا بمالى عليـك لايصح هذا التوكيل فاذا اشترى المديون كان مشتريا لنفسه وهنا أمره اياه بالشراء بالخمسمائـة التى هى دين عليه لايصح فـكان هو عاملا لنفسه فيما اشتراه بتلك الخمسمائة له ربحه وعليه وضيعته وأما عنـدهما فأمره المديون بالشراء بما عليه من الدين صحيح ذلك لا على وجه المضاربة لان شرط صحة المضـاربة أن يكون رأس المال أمانة فى يد المضارب ولا يوجد هذا الشرط فيما هو دين في ذمته فـكان نصف مااشترى للآمر له ربحه وعليه وضيعته والنصف الآخر على المضاربة ولو كان رب المـال أمره أن يعـمل بالمالين مضاربة على أن للمضاربة ثلثى الربح فعمل بها كان للمضارب ثلثا الربح لانه فى النصف مشتر لنفسه فاستحق نصف الربح بذلك والنصف الآخر انما دفعه اليه مضاربة بثلث ربح هذا النصف وذلك صحيح ولو كان رب المال اشترط لنفسه الثلثين من الربح وللمضارب الثلث والمسئلة بحالها كان الربح بينهما نصفان والوضيعة عليهما نصفين لان من أصله أن المضارب صار مشتريا بالدين لنفسه فنصف الربح له باعتبار ملكه نصف المشترى وقد شرط رب المال لنفسه ثلث ذلك النصف من الربح وليس

له في ذلك النصف مال ولا عمل فلا يستحق شيأ من ربح ذلك النصف لانه أسباب المعدوم فهو بمنزلة رجل دفع الى آخر خمسمائة مضاربة بالنصف وأمره أن يخلطها بخمسمائة من ماله ثم يعمل بها على أن للمضارب ثلث الربح ولرب المال الثلثان فعمل بها فالربح بينهما نصفان فكذلك في الفصل الاول والله أعلم

باب اقرار المضارب بالمضاربة في المرض

(قال رحمه الله) واذا مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة في يده معروف وهو دراهم وكان رأس المال دراهم بدئ برب المال قبل الغرماء باخذ رأس المال وحصته من الربح لانه وجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به ثم دين المضارب انما يتعلق بتركته بعد موته وتركته ماكان مملوكا له عند موته وهو حصته من الربح فأما مقدار رأس المال وحصة رب المال من الربح فهو ملكه ليس من تركة المضارب في شيء فان قال ورثة المضارب والغرماء الدين الذى علي المضارب من المضاربة وكذبهم رب المال فالقول قول رب المال لانهم يدعون استحقاق ملكه بالدين الذي هو على المضارب في الظاهر فلا يقبل قولهم الا بحجة ورب المال منكر لدعواهم فالقول قوله مع يمينه وانما استحلف على علمه لانه استحلاف علي فعل الغير وان كانت المضاربة حين مات المضارب عروضا أو دنانير فأراد رب المال أن يبيعها مرابحة لم يكن له ذلك لانه في حال حياة المضارب كان هو ممنوعا عن أخذها وبيعها لحق المضارب وحقه بموته لا يبطل والذى يلي بيعها وصي المضارب لانه قائم مقامه فيبيعها لتحصيل جنس رأس المال فان لم يكن له وصى جعل القاضى له وصيا يبيعها فيوفى رب المال رأس ماله وحصته من الربح ويعطى حصة المضارب من الربح غرماءه لان الميت عجز عن النظر لنفسه والقيام باستيفاء حقه فعلى القاضى أن ينظرله بنصيب الوصى وقال في المضاربة الصغيرة يبيعها وصى الميت ورب المال ووجهه أن رب المال ما كان راضيا بتصرف الوصيّ في ماله والمال وان كان عروضا أو دنانير فالملك لرب المال فيه ثابت فلا ينفرد الوصى ببيعها ولكن رب المال يبيعها معه وما ذكر هنا أصح لان الوصى قائم مقام الموصى وكان للموصى أن ينفرد ببيعها فكذلك لوصيه وهذا لان رب المال لو أراد بيعها بنفسه لم يملك فلا معنى لاشتراط انضمام رأيه الى رأى الوصى في البيع وان كانت المضاربة

لا تعرف بعينها فى يد المضارب وعليه دين فى الصحة فرب المال اسوة الغرماء فى جميع تركته ولا ربح للمضارب لان مال المضاربة كان أمانة فى يده وقد صار مجملا بترك التعيين عند موته فيكون متملكا ضامنا لها وهذا دين لزمه بسبب لا تهمة فيه فيكون رب المال مزاحما لغرماء الصحة فى جميع تركته وتركته ما كان فى يده لان الايدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فأقر المضارب عند موته أنه قد عمل بالمال فربح ألفا ثم مات والمضاربة غير معروفة وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة وبالربح فان رب المال يأخذ من مال المضارب رأس ماله ولا شئ له من الربح لان المضارب لم يقر بان الربح وصل اليه انما أقر أنه ربح ألفا وليس لرب المال أن يأخذ من تركته شيئا من الربح مالم يثبت وصوله الى يده ولو كان أقر أن ذلك وصل اليه أخذ رب المال حصته منه مع رأس المال لان حصة رب المال من الربح كانت أمانة فى يد المضارب مع رأس المال وقد مات مجملا للملك فصار ذلك دينا عليه يستوفيه رب المال من مال المضاربة ولو قال المضارب فى مرضه قد ربحت ألف درهم ووصلت الى فضاع المال كله وكذبه رب المال فالقول قول المضارب مع يمينه لانه أمين أخبر بما هو مسلط على الاخبار به فان لم يستحلف على ذلك حتي مات فهو برئ من المال لاخباره بضياع المال ولرب المال أن يستحلف ورثته على علمهم بضياع المال لانهم لو أقروا بما ادعاه رب المال كانوا ضامنين له من التركة فاذا أنكروا استحلفهم على العلم لرجاء نكولهم وهو استحلاف على فعل الغير بأن يدهم ما وصلت الى المال ولذلك لو قال فى مرضه قد دفعت رأس المال الى رب المال وحصته من الربح فهو مخبر بما هو مسلط عليه فيقبل قوله فى براءته عن ذلك الا أن قوله غير مقبول فى الحكم بايصال المال الى رب المال حقيقة فيأخذ حصة المضارب من الربح فيكون له من رأس ماله لان ماوراء ذلك كالتاوى حين لم يثبت وصوله الى رب المال ولم يكن المضارب ضامنا فان كان على المضارب دين يحيط بماله وحصة المضارب من الربح غير معروفة وقد علم أن المضارب قد ربح ألف درهم ووصلت اليه فان رب المال يحاص الغرماء بحصة المضارب من الربح لان ذلك القدر قد صار دينا له فى تركته بسبب لا تهمة فيه فيكون صاحبه مزاحما لغرماء الصحة ولو أقر المضارب عند موته وعليه دين يحيط بماله انه ربح فى المال ألف درهم وان المضاربة والربح دين على فلان ثم مات فان أقر الغرماء بذلك فلا حق لرب المال فيما ترك المضارب لانه عين مال المضاربة بما أقر به

وذلك بعد صيرورة المال دينا فى تركته ولكن يتبع رب المال المديون برأس ماله فيأخذه ويأخذ نصف ما بقى منه أيضا حصة من الربح واقتسم نصفه غرماء المضارب مع ماله وان قال غرماء المضارب ان المضارب لم يربح فى المال شيئا وليس الدين الذى على فلان من المضاربة كان ذلك الدين مع سائر تركته بين الغرماء ورب المال بالحصص يضرب رب المال برأس ماله ولا يضرب بشئ من الربح لان ذلك الدين واجب بمعاملة المضارب فيكون فى الظاهر له كالمال الذى فى يده واقراره لرب المال كاقراره بعين فى يده لانسان ومن عليه الدين المستغرق اذا أقر فى مرضه بعين لانسان وكذبه الغرماء لم يصح اقراره فهذا مثله الا أن بقدر رأس المال قد علمنا وجوبه فى تركته وصيرورته دينا عليه حين لم يعمل بيانه فهذا القدر دين لزمه لسبب لا تهمة فيه فاما حصة رب المال من الربح لو لزمه انما يلزمه باقرار المضارب به واقرار المضارب بالدين غير صحيح فى مزاحمة غرماء الصحة ولو أقر فى مرضه بمال فى يده انه مضاربة لفلان ولا يعرف الا بقوله بدئ بدين الصحة لان المريض محجور عن الاقرار بالدين والعين بحق غرماء الصحة فان لم يكن عليه دين فى الصحة وانما أقر بالدين فى مرضه قبل اقراره بالمضاربة حاص رب المال الغريم برأس ماله لان اقراره بمضاربة بعينها كالاقرار بالوديعة وقد بينا فى كتاب الاقرار ان المريض اذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة يتحاصان لان حق الغريم متعلق بماله فيمنع ذلك سلامة العين للمقر له بالعين ويصير هذا كالاقرار بالوديعة مستهلكة ولو كان بدأ الاقرار بالمضاربة بعينها بدئ بها لان العين صار مستحقا لرب المال وخرج من أن يكون مملوكا للمضارب فاقراره بالدين بعد ذلك يكون شاغلا لتركته لا لامانة الغير فى يده وان أقر لها بغير عينها تحاصا لان الاقرار بالمضاربة المجهولة كالاقرار بالدين فكانه أقر بدين ثم بدين وان أقر بها بعينها ثم أقر بالدين ثم أقر بعد ذلك ان المضاربة في هذه الالف بعينها تحاصا لان اقراره بالعين كان بعد الاقرار بالدين فلا يكون مقبولا فى استحقاق المقر له العين واختصاصه به بعد ما صار مشغولا بحق المقر له بالدين وان قال هذه الالف مضاربة لفلان عندى ولفلان عندى وديعة كذا ولفلان كذا من الدين بدئ بالمضاربة لانه أقر بها بعينها فبنفس الاقرار صارت العين مستحقة لرب المال فلا يتغير ذلك بما يعطف عليه الاقرار بوديعة غير معينة بالدين ولو لم يقر بها بعينها كان جميع مال المضاربة بين صاحب الدين وصاحب الوديعة وصاحب المضاربة بالحصص لان اقراره بامانة غير معينة بمنزلة اقراره بالدين ولو قال لفلان عندى ألف درهم مضاربة وهى فى هذا

الصندوق ولفلان على ألف درهم فلم يوجد فى الصندوق شئ كان ماتركه المضارب بين رب المال والغريم بالحصص لانه حين لم يوجد فى الصندوق شئ فقد ظهر ان تعيينه كان لغوا بقى اقراره بمضاربة غير معينة وبالدين ولو وجد فى الصندوق ألف كان رب المال أحق بها لان تعيينه كان صحيحا فان التعيين وجد منه قبل الاقرار بالدين فكأنه أقر ابتداء بالمضاربة بعينها . فان قيل كان ينبغى أن يقال اذا لم يوجد فى الصندوق شئ أن لا يكون لرب المال شئ لفوات محل حقه . قلنا هذا ان لو صح تعيينه مع فراغ الصندوق عنه ولم يصح ذلك بل هو تجهيل منه والمضارب بالتجهيل ضامن وقال فى المضاربة الصغيرة اذا لم يشهد الشهود ان هذه الألف كانت فى الصندوق يوم أقر جعلناها بين الغرماء ورب المال بالحصص والقياس ماقاله ثمة لان الموجود من المضارب تعيين الصندوق ولم يوجد منه تعيين مال المضاربة اذا لم يعلم أن الألف كانت فى الصندوق يومئذ وطريق العلم به شهادة الشهود وما ذكر هنا استحسان لان الصندوق محل لما فيه من المال فتعيينه كتعيين المال فلهذا كان رب المال أحق بها ولو وجد فى الصندوق ألفان فلرب المال ألف منها خاصة والباقى بين الغرماء لان تعيينه صحيح لما وجد فى الصندوق من جنس حق رب المال مقدار حقه وزيادة وسواء كانت الالفان مخالطة أو غير مختلطة لان المضارب أمين فى مال المضاربة واختلاط الأمانة بمال الامين من غير صنعه لا يكون موجبا للضمان فان علم أن المضارب هو الذى خلط المال بغير أمر رب المال كان المال كله بينهم بالحصص فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد نصفه لرب المال ونصفه للغرماء وهو بناء على ماتقدم بيانه أن الامين اذا خلط الوديعة بمال نفسه صار مستهلكا للمخلوط وصارت الامانة دينا عليه عند أبى حنيفة رحمه الله فيكون رب المال صاحب دين كغيره من الغرماء وأما عندهما فبالخلط يصير ضامنا ولكن لا يصير متملكا فلرب المال ان يرضى بالخلط ويختار المشاركة فيأخذ نصف المخلوط برأس ماله ونصفه للغرماء ولو قال لفلان عندى ألف درهم مضاربة وهى التى على فلان ولفلان على ألف درهم ولا مال له غيره فذلك الدين لرب المال لان تعيينه للمضاربة التى على غيره كتعيينه ألفا فى صندوقه أو فى كيسه أو بيته فاذا حصل ذلك قبل الاقرار بالدين اختص رب المال به وان جحد المضارب المضاربة فى صحة أو مرض ثم أقر بها فهى دين فى ماله لان الاقرار بعد الانكار صحيح ولكن الامين بالجحود يصير ضامنا فاقراره بعد ذلك كالاقرار بالدين وكذلك لو جحد شيأ من الربح ثم أقر

ثم قال لم يصل الى ضمن ماجحد من الربح وان كان دينا قال عيسى رحمه الله هذا غلط وان جحد الدين لم يضمنه حتى يقبضه على الجحود لان الجحود انما يكون موجبا للضمان عليه باعتبار ان المال فى يده وانه متملك له مستول عليه بهذا الجحود وهذا لا يتحقق فيما هو دين على الغير مالم يقبضه فان قبضه على الجحود فهو ضامن وان رجع الى الاقرار ثم قبضه فلا ضمان عليه وقيل يحتمل أن مراد محمد رحمه الله قوله لرب المال لك ثلث الربح ولى ثلثاه ليس باقرار وفى المختصر للكافى قل ليس اقراره بأن له النصف وقيل فى تأويله أنه أقر له بالثلث ثم بالنصف بعد ذلك فيكون مقرا بالسدس بعد الجحود فيجب عليه الضمان وذكر القاضى أبوعاصم فى شرحه فقال جحوده الربح اقرار بابراء الغريم ولو صرح بالابراء فانه يضمن الربح وان لم يصل الى يده كذلك هذا باقرار بان له النصف فيكون ضامنا ثم سلم بما سلم من ذلك على ذلك والاصح أن يقول حق القبض فيما وجب بمعاملته له خاصة فكونه فى ذمة الغريم وكونه فى يده سواء فى انه صار متملكا مقدار ما جحده متويا حق رب المال فيه فكان قبضه على الجحود وعلى الاقرار بعد الجحود فى ايجاب الضمان عليه لاجل الاقرار سواء واذا دفع الى رجلين مالا مضاربة فمات أحدهما وقال الآخر هلك المال صدق فى نصيبه لكونه أمينا فيه وكان نصيب الآخر دينا فى تركته لانه مات مجهلا لنصيبه فان علم أن الميت كان أودع نصيبه صاحبه الحى فقال الحى قد هلك فهو مصدق على جميعه لان المضارب يملك الايداع فقول مودعه قد هلك بمنزلة قول المضارب فى حياته انه قد هلك وان قال قد دفعت ذلك الى صاحبى كان مصدقا مع يمينه لكونه أمينا فيه وكان ذلك دينا فى مال صاحبه لان صاحبه مات مجهلا فانه ان ثبت وصوله اليه فلا اشكال وان لم يثبت وصوله اليه من يد الحى فالحى كان مسلطا من جهته على الرد وانما قبل قوله فى ذلك لاجل التسليط فيكون المضارب الميت مجهلا له على كل حال فكان ذلك دينا فى تركته واذا ربح المضارب فى المال ربحا فاقر به وبرأس المال ثم قال قد خلطت مال المضاربة بمالى قبل أن أعمل وأربح لم يصدق لان الربح صار مستحقا لرب المال فهو بهذه المقالة يبطل استحقاقه ويدعى ملك جميع الربح لنفسه بالخلاف الحاصل منه بالخلط فلا يقبل قوله الا بحجة ولان الربح نماء المال فيكون ملكا لصاحب المال باعتبار الظاهر فلا يستحقه غيره الا بالشرط (ألا ترى) أن المضارب لو ادعى زيادة فيما شرط له من الربح لم يقبل قوله فيه الا بحجة فاذا ادعى سببا يملك به جميع الربح

فلأن لا يقبل قوله من غير حجة كان أولى فان هلك المال فى يده بعد ذلك ضمن رأس المال لرب المال وحصته من الربح لاقراره على نفسه بالسبب الموجب للضمان ولانه لما زعم انه خلطه بماله ثم ربح بعد ذلك فقد ادعى أن الربح كله ملكه والامين ان ادعى الملك لنفسه فى الامانة يصير ضامنا واذا أقر المضارب بدين فى المضاربة لولده أو والده أو زوجته أو مكاتبه أو عبده وعليه دين أولا دين عليه لزمه ذلك فى ماله خاصة في قول أبى حنيفة رحمه الله الا ما أقر به لعبده ولا دين عليه فانه لا يلزمه منه شئ وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اقراره لهؤلاء صحيح على المضاربة الا لعبده أو لمكاتبه وهذا لان المضارب نائب فى التصرف كالوكيل وقد بينا فى البيوع أن عند أبى حنيفة رحمه الله الوكيل لا يملك التصرف مع من لا تجوز شهادته له فى حق الموكل لكونه متهما فى ذلك وعندهما يملك ذلك الا فى عبده ومكاتبه فالمضارب كذلك وهذا لانه يلزمه لهؤلاء حق فى مال رب المال بمجرد قوله فيكون فى معنى الشاهد لهم على غيره بمال وشهادته لهؤلاء لا تقبل فكذلك اقراره الا أن الدين بالمعاملة يجب فى ذمته وهو غير متهم فيما يلزمه لهؤلاء فلهذا لزمه ذلك فى ماله خاصة فأما العبد الذى لا دين عليه له فهو ليس من أهل أن يستوجب دينا عليه وعندهما اقراره لعبده ومكاتبه كاقراره لنفسه لانه يملك كسب عبده وله حق الملك فى كسب مكاتبه وأما اقراره لابنه وأبيه كاقراره لاخيه من حيث انه لا يثبت له فى المقر به ملكا ولا حق ملك فيصح فى حق رب المال وقال فى المضاربة الصغيرة فى قول أبى حنيفة اذا كان فى المضاربة فضل لزم المضارب ما أقر به من حصته وهو صحيح لما بينا أنه غير متهم فى حق نفسه وان كان متهما فى حق غيره ولو أقر المضارب فى مرضه بمضاربة بعينها ثم أقر بها بعينها وديعة لآخر ثم أقر بدين ثم مات بدئ بالمضاربة لان رب المال استحق ذلك المال باقراره عينا كما أقر به ثم هو أقر للثانى بوديعة قد استهلكها باقراره فيها بالمضاربة والاقرار بالوديعة المستهلكة اقرار بالدين فكأنه أقر بدين ثم بدين فيتحاص صاحب الوديعة والدين فيما بقي من تركته

باب الشفعة فى المضاربة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى المضارب بها دارا تساوي ألفا أو أقل منها أو أكثر ورب المال شفيعها بدار له فله أن يأخذها بالشفعة

من المضارب ويدفع اليه الثمن فيكون على المضاربة لان أكثر ما فيه أن المضارب اشتراها لرب المال ومن اشترى أو اشتري له فهو على شفعته وانما تسقط شفعة من باع أو بيع له ثم الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لانه يملك الدار عليه بما يعطيه من الثمن وقد بينا أن رب المال لو اشترى من المضارب دارا اشتراها للمضاربة جاز شراؤه لكونه مفيدا فكذلك اذا أخذها بالشفعة ولواشترى المضارب دارا ببعض المضاربة ثم اشترى رب المال دارا لنفسه الى جنبها فللمضارب أن يأخذها بالشفعة بما بقي من مال المضاربة لان أكثر ما فيه ان المضارب يأخذها لرب المال ورب المال مشتر والشراء لا يكون مبطلا شفعة الشفيع ثم أخذه بالشفعة كالشراء المبتدأ وشراء المضارب بمال المضاربة دارا من رب المال يكون صحيحا لكونه مفيدا من حيث انه يدخل فيه في المضاربة مالم يكن فيها ويخرج من المضاربة ما كان فيها ولو اشترى بالف مضاربة دارا تساوى ألفا ورب المال شفيعها فتسلم الشفعة ثم باع المضارب الدار فلا شفعة لرب المال فيها لان المضارب نائب عن رب المال فى بيعها ومن بيع له لا يستوجب الشفعة كما لا يستوجبها من باع وكذلك لو باع رب المال داره لم يكن للمضارب فيها شفعة بدار المضاربة لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ومال المضاربة لرب المال ورب المال بائع لهذه الدار فكما لا يكون له أن يأخذها بالشفعة بدار أخرى له لا يكون لمضاربه أن يأخذها بدار المضاربة ولو اشترى المضارب بالف المضاربة دارا تساوى ألفين ورب المال شفيعها فسلم الشفعة ثم باعها المضارب بالفى درهم لم يكن لرب المال ان يأخذ شيأ منها بالشفعة أما مقدار رأس المال وحصته من الربح فلان البيع فيه وقع من المضارب لرب المال وأما حصة نصيبه من الربح فلانه لو أخذها رب المال تفرقت الصفقة على المشترى وليس للشفيع أن يفرق الصفقة على المشترى ولان حق المضارب في الربح تبع واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لا تجب فى التبع ولهذا لا يستحق البناء بدون الاصل فى الشفعة لان البناء يتبع الاصل ولو لم يبعها المضارب ولكن باع رب المال داره فأراد المضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه من الربح الذي له فى مال المضاربة بحصته من الربح كان له ذلك لان رب المال مباع داره للمضارب والمضارب جاز للدار المبيعة بحصته من الربح فانه تملك حصته قبل القسمة حقيقة ولهذا تجب عليه الزكاة فيه فيكون له أن يأخذها بالشفعة لنفسه بذلك السبب ولو اشترى المضارب ببعض المال دارا فى قيمتها فضل على رأس المال فباع رجل الى جنبها دارا وفى يد

المضارب من مال المضاربة مثل ثمن الدار التي بيعت الى جنب دار المضاربة فأراد المضارب أن يأخذ الدار بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك وانما يأخذها على المضاربة أو يدع لان حق رب المال أصل وحق المضارب تبع وهو متمكن من أخذها بما هو الاصل والتبع لا يظهر مع ظهور الاصل وهذا لان فى أخذها للمضاربة مراعاة الحقين جميعا حق رب المال وحق المضارب وفى أخذها لنفسه ابطال حق رب المال وليس للمضارب أن يقدم حق نفسه فى الربح ويبطل حق رب المال فان سلم المضارب الشفعة فاراد رب المال أن يأخذها بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك لان المضارب اذا كان متمكنا من الاخذ بالشفعة يصح منه التسليم فى حق نفسه وفى حق رب المال جميعا فان التسليم من التجارة كالاخذ قيل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فاما عند محمد رحمه الله فينبغى أن لا يصح تسليمه فى حق رب المال كما فى الاب والوصي اذا سلما شفعة الصبي والاصح أن هذا قولهم جميعا لان فيما هو من صنيع التجار المضارب نائب عن رب المال على الاطلاق وتسليم الشفعة من صنيع التجار ولو لم يكن في يد المضارب من مال المضاربة شئ يأخذ به الدار التى بيعت كان له أن يأخذها بالشفعة لنفسه لانه غير متمكن من أخذها للمضاربة هنا لانه لو أخذها للمضاربة كان استدانة منه على المال والمضارب لا يملك ذلك فاذا لم يثبت له الحق باعتبار الاصل ظهر حكم التبع وهو أنه جار للدار المبيعة بملكه فى نصيبه من الربح فيكون له أن يأخذ بالشفعة لنفسه وان لم يكن فيها فضل على رأس المال لم يكن للمضارب أن يأخذها لنفسه لانه لا ملك له فيها وانما جواره من حيث اليد دون الملك وبه لا يستحق الشفعة وان أراد رب المال أن يأخذها لنفسه فله ذلك لان ما فى يد المضارب ملك لرب المال حقيقة فيكون به جارا للدار المبيعة فان سلم المضارب الشفعة فتسليمه باطل ورب المال على شفعته لان تسليم الشفعة انما يصح ممن يكون متمكنا من الاخذ بالشفعة والمضارب هنا لم يكن متمكنا من الاخذ فليس له تسليم الشفعة ولو كان فى الدار التى من المضاربة فضل على رأس المال وليس فى يد المضارب من مال المضاربة شئ فاراد المضارب ورب المال أن يأخذ الدار المبيعة الى جنب دار المضاربة بالشفعة لانفسهما فلهما أن يأخذاها نصفين لان كل واحد منهما جار لها بملكه فى حصته من دار المضاربة واستحقاق الشفعة باعتبار عدد رؤس الشفعاء لا باعتبار مقدار الانصباء فان سلم أحدهما كان للآخر أن يأخذها كلها لان لكل واحد من الشفيعين سببا تاما لاستحقاق جميع الدار المبيعة ولكن

للمزاحمة عند طلبهما يأخذ كل واحد منهما النصف فاذا انعدمت هذه المزاحمة بتسليم أحدهما كان للآخر أن يأخذها كلها فان كان بقى فى يد المضارب من المضاربة قدر ثمن الدار التى بيعت فاراد المضارب أو رب المال أن يأخذها بالشفعة لم يكن له ذلك لان حق المضاربة فى هذه الدار هو الاصل قبل القسمة لما فى الاخذ للمضاربة من مراعاة الحقين فى أخذ أحدهما لنفسه ابطال حق الآخر واذا كان الاخذ باعتبار الحق الاصلى ممكنا يوجب ترجيح ذلك فيكون للمضارب أن يأخذها للمضاربة وليس لواحد منهما أن يأخذها لنفسه فان سلم المضارب الشفعة لم يكن لواحد منهما أن يأخذها بالشفعة بعد ذلك لان المضارب كان متمكنا من أخذه لهما فيعمل تسليمه أيضا فى حقهما أرأيت لو أخذها للمضاربة ثم باعها من الذى أخذها منه أوردها عليه بحكم الاقالة أما كان يصح ذلك منه فى حق رب المال فكذلك اذا ردها عليه بتسليم الشفعة له ولو لم يعلم المضارب بالشفعة حتى تناقضا المضاربة واقتسما الدار التى من المضاربة على قدر رأس المال والربح ثم أرادا أن يأخذا الدار المبيعة بالشفعة لانفسهما فلهما ذلك لان سبب الاستحقاق لكل واحد منهما يتقرر بالقسمة ولا ينعدم فان السبب كونه جارا للدار المبيعة بملكه فى دار المضاربة وبالقسمة يتقرر ملك كل واحد منهما الا أن حق المضاربة كان مقدما فاذا انعدم ذلك بقسمتها كان لكل واحد منهما حق الاخذ لنفسه بالشفعة كالشريك اذا سلم الشفعة فللجار أن يأخذها فان طلباها جميعا فهى بينهما نصفان وأيهما سلم أخذ الآخر الدار كلها لما قلنا واذا دفع الرجل الى الرجلين مالا مضاربة فاشتريا به دارا ورب المال شفيعها فله أن يأخذ حصة أحدهما بالشفعة دون حصة الآخر لان الصفقة تتفرق بتعدد الشريكين فى حكم الشفعة (ألا ترى) أنهما لو اشترياها لانفسهما كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر قبل القبض فى ظاهر الرواية وقد بينا هذا فى الشفعة فكذلك اذا كان المشتريان مضاربين وكذلك لو كان الشفيع أجنبيا فان المضاربين فى شرائهما للمضاربة فى حق الشفيع كالمشتريين لانفسهما حتى كان له أن يأخذها منهما بالشفعة وان لم يحضر رب المال وكذلك الوكيلان ولو كان المضارب واحدا فاراد الشفيع أن يأخذ بعض الدار بالشفعة لم يكن له ذلك سواء كان الشفيع رب المال أو اجنبيا لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى واذا دفع الرجلان الي رجل مالا مضاربة فاشترى بها دارا وأحد صاحبي المال شفيعها فاراد أن يأخذ بعضها بالشفعة فليس له ذلك اما أن يأخذها كلها أويدع لان المشترى لما كان

واحدا كانت الصفقة فى حكم الشفعة متحدة فلا يكون للشفيع أن يفرقها بأخذ البعض سواء كان الشفيع أجنبيا أو أحد ربى المال وكذلك الرجلان يوكلان رجلا بشراء دار كان للشفيع أن يأخذها من الوكيل جملة وان كان الآمران غائبين وليس له أن يأخذ نصيب أحد الآمرين وان كان المأمور اثنين فله أن يأخذ نصيب أحد الآمرين دون الآخر لان المشترى لغيره في حق الشفيع كالمشترى لنفسه فان المعتبر فى تفريق الصفقة واجتماعها حال العاقد لاحال من وقع العقد له واذا وجبت الشفعة للمضاربة فسلم أحد المضاربين الشفعة لم يكن للآخر أن يأخذها لان الاخذ بالشفعة شراء وأحد المضاربين لا ينفرد بالشراء دون صاحبه فكذلك فى الأخذ بالشفعة (ألا ترى) انه ليس لاحدهما أن يأخذ بالشفعة دون صاحبه وان لم يسلما فبعد تسليم أحدهما أولي وان كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب دارا تساوى ألفا أو أقل أو أكثر وشفيعها رب المال بدار له ورجل أجنبي أيضا شفيعها بدار له أخرى فلهما أن يأخذا الدار نصفين لان كل واحد منهما لو انفرد لاستحق الكل بالشفعة فاذا اجتمعا وطلباها أخذاها بينهما نصفين فان سلم رب المال الشفعة وأراد الاجنبي أن يأخذها فالقياس أن يأخذ الاجنبي نصف الدار بالشفعة وليس له غير ذلك لان المضارب انما اشتراها لرب المال وشراء الشفيع لنفسه يكون أخذا بالشفعة فكذا شراء غيره له وواحد الشفيعين اذا سلم بعد الاخذ فليس للآخر أن يأخذ الا النصف بخلاف ما اذا سلم قبل الاخذ لان مزاحمته فى الاخذ تنعدم بالتسليم قبل الاخذ لا بعده وفى الاستحسان للاجنبي أن يأخذ الدار كلها أو يدع لان المضارب انما اشترى للمضاربة وذلك حق آخر غير حق رب المال فيما له على الخصوص والمزاحمة بينهما باعتبار الحق الخالص لكل واحد منهما ولم يوجد من رب المال أخذ باعتبار هذا الحق ولا من غيره له فانما سلم قبل الاخذ والدليل عليه انه لو تمكن الاجنبي من أخذ النصف تفرقت الصفقة به على المشترى وليس للشفيع حق تفريق الصفقة على المشترى بالاخذ بالشفعة فلهذا يأخذ كلها أو يدع

باب الشروط فى المضاربة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن للمضارب بما عمل فى المال أجرا عشرة دراهم كل شهر فهذا شرط فاسد ولا ينبغى له ان يشترط مع

الربح أجرا لانه شريك في المال بحصته من الربح وكل من كان شريكا فى مال فليس ينبغى له أن يشترط أجرا فيما عمل لان المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله له فلا يجوز ان يستوجب باعتبار عمله أيضا اجرا مسمي عليه اذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد له وان اعتبرنا معنى الشركة فى المضاربة كان رأس مال المضاربة عمله ورأس ماله فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله على رب المال أجرا فان عمل على هذا الشرط فربح فالربح على ما اشترطا ولا أجر للمضارب فى ذلك لانه ما سلم عمله بحكم الاجارة على رب المال والمضاربة شركة والشركة لاتبطل بالشرط الفاسد اذا كان لايؤدى ذلك الى قطع الشركة بينهما فى الربح بعد حصوله وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذه المسئلة وقال يجب ان يكون للمضارب أجر مثله فيما عمل لان شرط الاجر المسمى ينافى موجب المضاربة فان المضاربة جائزة غير لازمة فلكل واحد منهما أن يفسخها واشتراط الاجر المسمى يجعل العقد لازما وكل شرط يضاد موجب المضاربة فهومفسد للمضاربة كما لو شرط للمضارب مائة درهم من الربح واستدل بما قاله فى كتاب المزارعة فى نظير هذه المسئلة ان المزارعة تفسد والخارج كله لصاحب البذر وقد قيل فى الفرق بينهما انه قال فى مسئلة المزارعة على أن للمزارع أجر مائةدرهم ولم يقل كل شهر فصار الاجر شرطا على العمل الذى قداشترط له نصيبه من الزرع عليه وفى المضاربة قال على ان له أجرا عشرة دراهم كل شهر فالاجر هناك مشروط بمقابلة منافعه لا مقابلة العمل (ألا ترى) ان بمضي المدة بعدتسليم النفس يجب الاجر وان لم يعمل له شيأ وشرط الربح بمقابلةالعمل فكانا في حكم عقدين اذا فسد أحدهما لم يفسد الآخر به وقيل فى الفرق بينهما المزارعة اجارة ولهذا شرط التوقيت فيها والاجارة تبطل بالشروط الفاسدة فاما المضاربة فشركة حتى لا يشترط فيها التوقيت والشركة لاتبطل بالشروط الفاسدةقوله هذا الشرط يضاد موجب المضاربة قلنا الشرط لايضاد ذلك ولكن صحة الشرط واستحقاق الاجر به يوجب اللزوم وهذا الشرط غير صحيح هنا بل هو لغو كما ذكرنا فتبقى المضاربة بينهما صحيحة كما هو موجب المضاربة ولذلك اذا شرط ذلك الأجر لعبده يعمل معه فى المضاربة أو لبيت يشترى فيه ويبيع فالربح على ما اشترطا ولا أجر لعبد المضارب ولا لبيته لان المشروط للبيت مشروط للمضارب وعليه حفظ مال المضاربة فى يده ولا يجوز أن يستوجب على ذلك أجرا ولهذا لايجوز استئجار المرتهن على حفظ المرهون وعبد المضارب الذى لادين

عليه كسبه لمولاه فالمشروط له من الاجر كالمشروط للمضارب ولو كان العبد الذى اشترط له الاجر عليه دين أو كان مكاتب المضارب أو ولده أووالده فهوجائز على ماشترطا وللذى عمل بالمال مع المضارب من هؤلاء عشرة دراهم كل شهر على ماشترطا لانه من كسب هؤلاء كالاجنبي وله أن يستأجرهم للعمل معه ويكون أجرهم فى مال المضاربة فاشتراط ذلك فى المضاربة لايزيده الا وكادة وليس له ان يستأجر عبده الذي لادين عليه ولا بيته من نفسه ليبيع فيه ويشترى للمضاربة فكان اشتراط ذلك فى العقد شرطا فاسدا ولو اشترطا ان يعمل عبد رب المال مع المضارب على أن للعبد أجرا عشرة دراهم كل شهر ما عمل معه فهذا شرط فاسد لان عبد رب المال اذا لم يكن عليه دين كنفسه ولو شرط عمل رب المال معه باجر لم يجز ذلك ولا أجر له فيما عمل فكذلك اذا شرط ذلك لعبده أو لابيه والربح بينهما على الشرط لان الشرط الفاسد غير متمكن فى صلب العقد بخلاف ماإذا شرط رب المال أن يعمل معه وهو بغير أجر لان ذلك الشرط يعدم التخلية بين المضارب ورب المال وهنا الشرط لا يعدم التخلية فان العبد أجير المضارب ويد الاجير كيده ولو كان عبد رب المال عليه دين فاشترط له أجرا عشرة دراهم كل شهر أو اشترط ذلك لمكاتبه أو لابنه جاز لما بينا ان هؤلاء كاجنبي آخر فيما يشترط لهم من الاجر على العمل واذا استأجر رجل رجلا عشرة أشهر كل شهر بعشرة دراهم يشترى له البز ويبيع ذلك فهو جائز لانه عقد على منافعه فى مدة معلومة ببدل معلوم فان دفع اليه رب المال فى هذه العشرة الاشهر مالا يعمل به على أن الربح بينهما نصفان فعمل به الاجير فالربح لرب المال والوضيعة عليه ولا شئ للاجير من الربح فى قول أبى يوسف وقال محمد ربح المضاربة بينهما على ما اشترطا ولا أجر للاجير مادام يعمل بهذا واذا عمل بغيره من ملك رب المال فله أجر عشرة دراهم فى كل شهر حتى تنقضى هذه الشهور لان اتفاقهما على المضاربة بمنزلة الفسخ منهما للاجارة ولكن هذا الفسخ فى ضمن المضاربة فيقتصر على المنافع التى يعمل بها فى مال المضاربة ولا تتعدى الى مايعمل به في غيره من مال رب المال فيستوجب الشركة فى الربح باعتبار المضاربة والاجر بمنافعه المصروفة الى عمله لرب المال من غير مال المضاربة ولان المضاربة شركة ولو أن الاجير شارك رب المال بالف من ماله خلطه بمال رب المال باذنه على أن يعمل بالمالين فما رزق الله تعالى في ذلك من شئ فهو بينهما نصفان كانت الشركة جائزة على ماشترطا ولا أجر للاجير مادام يعمل بهذا المال

فكذلك في المضاربة وأبو يوسف يقول عقد الاجارة لا ينتقض بالمضاربة لان المضاربة دون الاجارة فالاجارة لازمة من الجانبين والمضاربة غير لازمة ولا ينتقض الشئ بما هو دونه ولان المعقود عليه فى الاجارة منافعه وفى المضاربة العمل وأحدهما غير الآخر والعقد المضاف الى محل لا يبطل عقدا مضافا الى محل آخر هو أقوى منه ومع بقاء الاجارة لايجوز أن تثبت له الشركة فى الربح اذا اجتمع له الاجر والشركة فى الحاصل بعمله وذلك لايجوز ولان المضارب انما يستحق الشركة فى الربح بازاء عمل نفسه بمنافع هى له وهنا منافعه بعقد الاجارة مستحقة للمستأجر فلا يوجد ماهو موجب استحقاق الشركة فى الربح وهذا بخلاف الشركة فان الشريك يستحق الربح بماله لا بعمله فبالاجارة السابقة بينهما لا ينعدم مابه يستحق الشريك ولان الشريك يعمل لنفسه فى مال نفسه فلا يستوجب الاجر بهذا العمل على المستأجر والمضارب يعمل لرب المال وهو بعمله لرب المال يستوجب الاجر هنا فلا يجوز أن يستوجب الشركة فى الربح وعقد الاجارة يرد على منافعه كما قال ولكن المقصود هو العمل فاذا وجد ما هو المقصود كان البدل بمقابلته وان كان تسليم النفس عند عدم العمل يقام مقامه فى استحقاق الاجر كالصداق فانه بمقابلة ما هو المقصود وان كان تسليم المرأة نفسها قد يقام مقام ما هو المقصود فى تأكد المهر به لدفع الضرر عنها ولو كان الاجير دفع الى رب المال مالا مضاربة يعمل به على النصف جاز والاجير على الاجارة والمستأجر على المضاربة لان عقد الاجارة لا يوجب للاجير حقا فى منافع رب المال ولا فى عمله فدفعه المال اليه مضاربة بعد الاجارة كدفعه اليه قبل الاجارة فان استبضع رب المال الاجير مال المضاربة يشترى به ويبيع على المضاربة فقبضه الاجير فاشترى به وباع فهو جائز على ما اشترطا فى المضاربه لان عمل المستبضع كعمل المبضع كما لو أبضعه المضارب مع أجنبي آخر والاجر على حاله للاجير لانه قد تحقق منه تسليم نفسه فى المدة للعمل به وهو يستوجب الاجر بذلك وعقد المضاربة لا يفسد هنا بخلاف ما اذا اشترط عمل رب المال بالمال لان ذلك الشرط يعدم التخلية فأما الابضاع فلا يعدم التخلية المستحقة لتمكن المضارب من استرداد المال منه متى شاء واذا دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف على أن يعمل معه رب المال على أن لرب المال اجرا عشرة دراهم كل شهر فهذا الشرط يفسد عقد المضاربة لانه يعدم التخلية وقد بينا أنه لو شرط عمل رب المال مع المضارب بغير اجر فسد العقد فاذا شرط عمله مع المضارب كان اولى واذا فسد العقد

كان الربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللمضارب اجر مثله فيما عمل وهو الحكم فى المضاربة الفاسدة ولا اجر لرب المال لانه عامل فى مال نفسه لنفسه وهو فى ذلك لايكون أجيرا لغيره فلهذا لايستوجب الاجرة به والله أعلم

باب المرابحة بين المضارب ورب المال

(قال رحمه الله) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة على أن ماكان فى ذلك من ربح فهو بينهما نصفان فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه من المضارب بالف المضاربة جاز ذلك لكون العقد مفيدا بينهما فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء وان باعه مرابحة باعه على خمسمائة وهو ماشتراه به رب المال دون الالف الذى اشتراه به المضارب لان الذى يجرى بين رب المال والمضارب فى الحقيقة لم يكن بيعا فان البيع مبادلة ملك انسان بملك غيره وهذا كان مبادلة ملك رب المال بملكه ولكن جعل بمنزلة العقد فى حق ما بينهما لكونه مفيدا فى حقهما فاما فى حكم بيع المرابحة فالعقد هو الاول وهو شراء رب المال اياه بخمسمائة فيبيعه مرابحة على ذلك * يوضحه أن المضارب متهم فى حق رب المال بالمسامحة وترك الاستقصاء وبيع المرابحة بيع أمانة ينفى عنه كل تهمة وخيانة وانتفاء التهمة فى أقل الثمنين فيبيعه مرابحة على ذلك الا أن يبين الامر على وجهه فحينئذ يبيعه كيف شاء ولان المضارب يبيعه لرب المال فينبغى أن يطرح ربح رب المال عند انضمام أحد العقدين الى آخر وربح رب المال خمسمائة فيطرح ذلك من الثمن ويبيعه مرابحة على ما بقى ولو كان رب المال اشترى العبد بالف فباعه من المضارب بخمسمائة درهم من المضاربة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لانه أقل الثمنين والذي جرى بينهما عقد فى حقهما فان لم يكن فى الحقيقة عقدا فيعتبر هذا الجانب اذا كان أقل الثمنين عند اعتباره وانتفاء التهمة انما يكون فى الاقل ولو كان رب المال ملك العبد بغير شئ فباعه من المضارب بالف المضاربة لم يبعه مرابحة حتى يبين انه اشتراه من رب المال لما بينا ان الذى جرى بينهما ليس ببيع فى الحقيقة وليس لرب المال على هذه العين شراء سوى هذه ليبيعه المضارب به مرابحة باعتبار ذلك فان بين الامر على وجهه فقد انتفت التهمة ولو عمل المضارب بالف المضاربة فربح فيها ألفا ثم اشترى رب المال عبدا يساوى ألفى درهم فباعه من المضارب بالالفين فله أن يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة لان مقدار

الخمسمائة في العقد الثاني ربح رب المال فيطرح ذلك من الثمن الثاني اذا لم يخرج ذلك القدر من ملك رب المال وانما بقي من الثمن ربح المضارب فيه وهو خمسمائة وماشتراه به رب المال وهو ألف فيبيعه مرابحة على ذلك لان المضارب انما يبيعه لرب المال في مقدار رأس ماله وحصته من الربح ولهذا لو لحقته عهدة في ذلك رجع به عليه فيطرح مقدار ربح رب المال لذلك ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسئلة على حالها باعه المضارب مرابحة على ألف درهم خمسمائة منها التي اشترى بها رب المال العبد وخمسمائة ربح فاما الف المضارب التي طرحت من الثمن بخمسمائة درهم تمام رأس مال رب المال والعقد في ذلك لرب المال فيعتبر أقل الثمنين فتطرح الزيادة الى تمام رأس مال رب المال وخمسمائة درهم ربح رب المال فلا يحتسب بشيء من ذلك ويبيعه مرابحة على ما اشتراه به رب المال وعلى حصة المضارب من الربح الا أن يبين الامر على وجهه ولو كان رب المال اشتراه بألف وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين باعه المضارب مرابحة على الالف لان قيمته اذا كانت مثل رأس المال فلا ربح للمضارب منه (ألاترى) أنه لو أعتقه لم يجز عتقه وربح رب المال يطرح من بيع المضارب فانما يبيعه مرابحة على ما اشتراه به رب المال وهو ألف درهم وان كان اشتراه رب المال بخمسمائة وقيمته ألف فباعه من المضارب بالالفين باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لانه لاربح في قيمته فانما يبيعه لرب المال كله فان قيل كيف ينفذ هذا الشراء بالغبن الفاحش من المضارب على المضاربة. قلنا لانه اشتراه من رب المال وشراؤه بالزيادة الفاحشة من غيره انما لا ينفذ على المضاربة لحق رب المال فاذا كان العامل معه رب المال فهو راض بذلك ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين باعه المضارب مرابحة على ألف على أنه لا فضل فيه على رأس المال وفي حق رب المال انما يعتبر أقل الثمنين وذلك مقدار قيمته فيبيعه مرابحة على الالف كذلك. فان قيل رب المال اشتراه بألفين والمضارب اشتراه منه كذلك بألفين فقولكم أقل الثمنين ألف من أين. قلنا نعم رب المال اشتراه بألفين وقد عاد اليه الف زائدة على قيمته بالعقد الذي جرى بينه وبين المضارب فانما بقي له فيه بقدر رأس مال المضاربة وذلك ألف درهم ولو كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة وقد اشتراه رب المال بالف والمسئلة بحالها باعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين لان الربح فيه خمسمائة نصف ذلك لرب المال وقد بينا أن ربح رب المال يطرح وانما يعتبر قدر رأس المال وربح المضاربة وذلك ألف

ومائتان وخمسون ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بالفى درهم باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة لان خمسمائة من الالفين حصة رب المال من الربح فيطرح ذلك من الثمن لان المضارب انما كان اشترى العبد له فيعتبر فى حقه أقل الثمنين وذلك ماشترى به المضارب وهو ألف وحصة المضارب من الربح معتبرة لا محالة فيبيعه رب المال مرابحة على الفى درهم وخمسمائة ولو كان المضارب اشترى العبد بخمسمائة من المضاربة وباعه من رب المال بالفى درهم فانه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة الثمن الذى اشتراه به المضارب وخمسمائة ربح المضارب ويطرح عنه خمسمائة ربح رب المال وخمسمائة ربح رب المال أيضا مما يكمل به رأس المال وان كان بقى من المضاربة خمسمائة فى يد المضارب لم يحتسب بها فى ثمن هذا العبد وقد بينا أن فى حق كل جنس من المال يجعل كانه ليس فى المضاربة غيره (ألا ترى) أن تلك الخمسمائة لو ضاعت كان رأس مال المضاربة كله ثمن هذا العبد فلهذا حسب جميع رأس المال فى ثمن هذا العبد فطرح تمام رأس المال من ثمن العبد الذى اشتراه به رب المال وهو خمسمائة وربح رب المال باعه مرابحة على الثمن الذى اشترى به المضارب وهو خمسمائة وعلى ربح المضارب وهو خمسمائة ويشترى ان كانت قيمة العبد أقل من ذلك أو أكثر فى هذا الوجه لانه لا معتبر بقيمة العبد فانه انما يصل الى المضارب فى هذا اوجه الثمن دون العبد ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فباعه من رب المال بالفى درهم ثم باعه رب المال من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالالفين اللذين أخذهما من رب المال ثمنا للعبد فانه لا يبيعه مرابحة فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله أصلا وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يبيعه المضارب مرابحة على الثمن الاخير الذى اشتراه به من الاجنبي وهو ألفا درهم وهذا بناء على ما بينا فى كتاب البيوع ان عند أبى حنيفة يضم بعض العقود الى البعض ثم ينظر الى حاصل الضمان فيه فعلى ذلك يباع مرابحة فهنا الثمن الاول كان ألف درهم فلما باعه المضارب بالفين من رب المال كان المعتبر من ذلك مقدار رأس المال وهو ألف وحصة المضارب من الربح وهو خمسمائة فلما باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفا وخمسمائة فلا بد من أن يطرح ذلك من رأس المال بعد ما اشتراه المضارب من الاجنبي ليبيعه مرابحة لرب المال على مابقى واذا طرحت ذلك من رأس المال لم يبق شئ فلهذا لا يبيعه مرابحة أصلا الا أن يبين الامر على وجهه وعندهما

لا يعتبر ضم العقود بعضها الى بعض فى المعاملة مع الاجنبي فيبيعه مرابحة على ما اشتراه من الاجنبي وذلك ألفا درهم ولو كان المضارب باع العبد من رب المال بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستمائة ثم عمل المضارب بالالف وخمسمائة حتى صارت الفين فاشترى بها العبد من الاجنبي بالف وستمائة ثم عمل المضارب بالف وخمسمائة حتى صارت الفين فاشترى بها العبد من الاجنبي فان بيعه مرابحة فى قولهما على ألفين وهو ظاهر وأما فى قياس قول أبى حنيفة فانه يبيعه مرابحة على ألف وأربعمائة لان المضارب كان ربح فى البيع الاول مائتين وخمسين وكان المعتبر رأس المال وحصة المضارب من الربح فحين باعه رب المال بألف وستمائة فثلثمائة وخمسون من ذلك ربح المال فيطرح ذلك من الالفين ويطرح أيضا ماربح المضارب على رب المال وذلك مائتان وخمسون درهما فاذا طرحت ذلك من الالفين يبقى ألف وأربعمائة درهم فعلى ذلك يبيعه المضارب مرابحة وانما يطرح ماربح المضارب على رب المال لانه لو ربح ذلك فى معاملتـه مع الاجنبي بيعا وشراء لكان يطرح ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله فى بيع المرابحة فلان يطرح ذلك عنـد معاملته مع رب المال أولى واذا دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف فاشترى بألف منها عبدا يساوى الفين فولاه رب المال فهذا جائز عند أبى حنيفة لايشكل لانه يملك البيع بالمحاباة وعندهما بيعه بالمحاباة الفاحشة من غير رب المال لايجوز لحق رب المال فلا يكون ذلك مانعا من جواز المعاملة بينه وبين رب المال فان باعه رب المال من أجنبي بالف وخمسمائة مرابحة ثم اشتراه المضارب من الاجنبي مرابحة بالفى درهم من المضاربة ثم حط رب المال عن الاجنبي من الثمن ثلثمائة فان الاجنبي يحط عن المضارب مثل ذلك من الثمن وحصته من الربح وذلك كله أربعمائة لان العقدين جميعا كانا مرابحة فاذا خرج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فى حق الاجنبي بحط رب المال عنه يخرج ذلك القدر وحصته من الربح من أن يكون ثمنا فى عقد المضارب أيضا والمحطوط فى عقد رب المال خمس الثمن وفى عقد المضارب جملة الثمن ألفان فيحط عنه خمس الثمن وفى عقد المضارب جملة الثمن ألفان فيحط عنه خمسها أيضا وهو أربعمائة ثم يبيعه المضارب مرابحة على مابقى من الالفين فى قول أبى يوسف ومحمد وهو ألف وستمائة وعند أبى حنيفة رحمه الله يبيعه مرابحة على ألف ومائتى درهم لان رب المال كان ربح فيه خمسمائة فلما حط ثلثمائة كان الحط من جميع الثمن ثلثاه من رأس المال وثلثه من الربح فبقى ربحه على الاجنبي أربعمائة درهم فيطرح

المضارب هذه الاربعمائة مع الاربعمائة التي سقطت عنه من الالفين لانه يبيعه مرابحة لرب المال فلهذا باعه مرابحة على ألف ومائتين الا أن يبين الامر على وجهه ولو كان المضارب حط عن رب المال من الثمن الذى ولاه به العقد مائتى درهم فان رب المال يحط المائتين وحصتها من الربح وهو مائة درهم عن الاجنبي لان المضارب حط عنه خمس الثمن وبيعه من الاجنبي كان مرابحة بالف وخمسمائة فيطرح عنه أيضا خمس الثمن وذلك ثلثمائة ثم يحط الاجنبي عن المضارب هذه الثلثمائة حصتها من الربح وهو مائة لما قلنا فيبقى العبد فى يد المضارب بالف وستمائة شراء من الاجنبي فان أرادأن يبيعه مرابحة باعه فى قول أبى حنيفة مرابحة على ألف ومائتين لما بينا أنه يطرح ما ربح رب المال عن الاجنبي وهو أربعمائة لانه بقي حاصل ضمانه الاول فيه ثمانمائة وحاصل ما سلم له من الاجنبي ألف ومائتان فعرفنا أن ربحه كان أربعمائة فيحط المضارب ذلك فى بيع المرابحة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبيعه مرابحة وهو على ألف وستمائة لما بينا والله أعلم

باب ضمان المضارب

(قال رحمه الله) رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف وأمره أن يعمل فيه برأيه أولم يأمره فعمل فربح ألف درهم ثم انه دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف وأمره أن يعمل فيها برأيه أولم يأمره فخلط هذه الالف الاخيرة بالالف الاولى ثم عمل بالمال كله فربح ألفا فان كان لم يأمره أن يعمل فى الاخيرة برأيه فالمضارب ضامن للالف الاخيرة بالخلط لان له فى المال الاول من الربح خمسمائة فهذا منه خلط مال المضاربة بمال نفسه وذلك موجب للضمان عليه فى المضاربة المطلقة فان كان ربح بعد هذا الخلط ألف درهم فثلث ذلك حصة الالف الاخيرة وقد ضمنها المضارب فيكون ربحها له فيأخذ من المال هذه الالف وربحها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ومابقي من المال فهو على المضاربة الاولى بينهما لان فى حق المضاربة الاولى انما خلط مال رب المال بماله وذلك لا يوجب الضمان عليه ولو ضاع المال قبل القسمة لم يضمن المضارب الا الالف الاخيرة لان سبب الضمان وهو الخلط بمال نفسه انما وجد فيها خاصة ولو كان أمره فى المضاربة الثانية أن يعمل فيها برأيه ولم يأمره بذلك فى الاولى أو أمره والمسئلة بحالها فلا ضمان عليه والمال كله مضاربة على ما اشترطا لان الامر

فى المضاربة الاخيرة مفوض الى رأيه علي العموم فلا يصير ضامنا لها بالخلط وفى المضاربة الاولي انما خاط مال رب المال بماله وذلك غير موجب للضمان عليه فلهذا كان المال كله مضاربة فى يده على ما اشترطا ولو لم يأمره أن يعمل فى واحد من المالين برأيه فخلطهما قبل أن يربح فى واحد منهما شيأ فلا ضمان عليه لانه انما خاط مال رب المال بماله وذلك ليس بسبب موجب للضمان عليه فى المضاربة المطلقة ولو كان ربح فى كل واحد ربحا ثم خلطهما ضمنهما جميعا مع حصه رب المال من الربح الذى كان قبل الخلط لان فى كل واحد من المالين وجد سبب وجوب الضمان وهو خلط ملك رب المال بملك نفسه وذلك حصته من الربح فى كل مال وما ربح فيهما بعد ما خلطهما فهو للمضارب لانه يملك المالين بالضمان فما ربح عليهما بعد ذلك يكون له ويتصدق به لانه حصل له ذلك بسبب حرام الا حصة ربحه قبل أن يخلطها فانها حلال له لان ذلك حصل له بسبب لاحنث فيه وفى قول أبى يوسف لايتصدق بشئ من الربح لانه حصل علي ضمانه وأصل الخلاف فى المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح واذا كان أمره فيهما جميعا أن يعمل برأيه كان ذلك كله مضاربة بينهما علي الشرط لوجود تفويض الامر الى رأيه في المضاربتين على العموم والجواب فى المضاربين اذا خلطا المالين قبل أن يربح واحد منهما شيأ أو بعد ماربح أحدهما فى مضاربته شيأ نحو الجواب فى المضارب الواحد لاستواء الفصلين فى المعنى الذي أشرنا اليه والله أعلم

باب المرابحة فى المضاربة بين المضاربين

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحدهما عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بجميع الالف المضاربة فهو جائز وان كان المالان لواحد لان هذا البيع مفيد فانه يدخل فى مضاربة كل واحد منهما مالم يكن فيها وللمشترى أن يبيعه مساومة كيف شاء وان أراد أن يبيعه مرابحة باعه علي أقل الثمنين وهو خمسمائة التى اشتراه بها المضارب الاول لان ما زاد على ذلك لم يتم خروجه من ملك رب المال فان ما فى يد المضارب الاول وما فى يد المضارب الآخر كله ملك رب المال وكل واحد منهما عامل له فانما يبيعه مرابحة على ما يتيقن بخروجه من ملكه وهو الخمسمائة التى دفعها الاول الى البائع ولو كان المشترى

اشترى العبد بالف المضاربة وبالف من ماله ثم أراد أن يبيعه مرابحة باعه على ألف ومائتين وخمسين لانه اشترى نصفه لنفسه بالف من ماله فيبيعه على ذلك مرابحة ويشترى النصف الآخر للمضاربة فانما يبيعه مرابحة على أقل الثمنين فيه وثمن هذا النصف في العقد الاول كان مائتين وخمسين فيبيع العبد كله مرابحة على ألف ومائتين وخمسين فان بين الامر على وجهه باعه مرابحة على الالفين لان تهمة الجناية تنعدم ببيان الامر على وجهه ولو دفع ألف درهم الى رجل مضاربة بالنصف ودفع الى آخر ألفي درهم مضاربة بالنصف فاشترى المدفوع اليه الالف عبدا بها وباعه من آخر بالفي درهم المضاربة فلهذا كان للثانى أن يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة لان المضارب الاول ربح ألف درهم حصته من ذلك خمسمائة وحصة رب المال خمسمائة الا أن حصة رب المال من الربح تطرح في بيع المرابحة لان ذلك لم يخرج من ملكه فانما يعتبر حصة المضارب الاول من الربح والالف التي غرمها المضارب الاول في ثمنه فيه فيبيعه الآخر مرابحة على ألف وخمسمائة لهذا ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة من المضاربة وباعه من الثانى بالفى المضاربة باعه مرابحة على ألف درهم خمسمائة منها رأس مال المضاربة الاول الذى نقد في العبد وخمسمائة ربح المضارب الاول وقد بطلت حصة رب المال من الربح وهو خمسمائة وخمسمائة أخرى تمام رأس مال رب المال من المضاربة الاولى لانا قد بينا انه يعتبر رأس المال في كل جنس كانه ليس معه غيره (ألا ترى) انه لو هلكت الخمسمائة الاخرى كان جميع رأس المال محسوبا من هذا الثمن بمقدار مايكمل به رأس مال رب المال ويطرح في بيع المرابحة كما يطرح حصة رب المال من الربح لان ذلك لم يخرج من ملكه والمضارب الآخر انما اشتراه لرب المال والاول كذلك باعه لرب المال واذا ثبت انه يطرح من الثمن الثانى ألف درهم باعه مرابحة على ألف ولو كان الاول اشتراه بالف المضاربة ثم باعه من الثانى بالفى المضاربة وألف من ماله فله أن يبيعه مرابحة على ألفين ومائة وستة وستين درهما وثلثى درهم لانه اشترى ثلثه لنفسه بالف درهم فيبيعه مرابحة على ذلك واشترى ثلثيه بالفى المضاربة ورأس مال المضاربة الاولى فيه ثلثا الالف وربح المضارب الاول فيه خمسمائة فاذا ضممت خمسمائة الى ثلثى الالف يكون ألفا ومائة وستة وستين وثلثين ويضم اليه الالف التى هى ثمن ثلث العبد فيبيعه مرابحة على ذلك ويطرح ماسواه يعني حصة رب المال من الربح وذلك خمسمائة وما يكمل به رأس ماله في المضاربة الاولى

من هذا المال وذلك ثلثمائه وثلاثة وثلاثون وثلث فتبين أن المطروح من ثلاثة آلاف ثمانمائة
وثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان المضارب الاول اشترى العبد بخمسمائة وقيمته ثلاثة آلاف
والمسألة بحالها فان للآخر أن يبيعه مرابحة على ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثين درهما وثلث لان
الآخر اشترى ثلثه لنفسه بالف درهم وذلك معتبر كله واشتري ثلثه للمضاربة وانما يعتبر
فيه حصته من الثمن الاول وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وحصة المضارب من الربح
وهو خمسمائة فاذا جمعت ذلك كان مقداره مابيناه ويطرح حصة رب المال من الربح وهو
خمسمائة وما يكمل به رأس ماله فى المضاربة الاولى من هذا المال وهوستمائة وستة وستون
وثلثان فاذا طرحت من ثلاثة آلاف ألفا ومائة وستة وستين وثلثين يبقى ألف وثمانمائه
وثلاثة وثلاثون وثلث ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم دفع الى آخر ألف
درهم مضاربة بالنصف فعمل الآخر بالمال حتى صارت ألفين ثم اشترى الاول بالف المضاربة
عبدا فباعه من الآخر بالالفين اللتين فى يده وقيمته ألفا درهم فان الثانى يبيعه مرابحة على ألف
وخمسمائة لان رأس مال الاول فيه ألف درهم فيعتبر ذلك ويعتبر حصة الاول من الربح
وهو خمسمائة وتبطل حصة رب المال من الربح فى المضاربة الاولى لان ذلك لم يخرج من
ملكه بالعقد الثانى فلهذا باعه الثانى مرابحة على ألف وخمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة
من المضاربة وخمسمائة من ماله والمسألة على حالها باعه مرابحة على ألف وخمسمائة لان الاول
اشترى نصفه لنفسه بخمسمائة وباعه من الثانى بالف فيبيع ذلك النصف مرابحة على ألف واشترى
الاول النصف الآخر وباعه من الآخر بالف ولا فضل فيه على رأس مال المضاربة فى العقد
الاول فانما يبيع هذا النصف مرابحة على الثمن الاول وهو خمسمائة ولو كان الاول اشتراها
بالف من عنده وخمسمائة من المضاربة والمسألة بحالها باعه الآخر مرابحة على ألف وثمانمائه
وثلاثه وثلاثين وثلث لان الاول اشترى ثلثيه لنفسه وباع ذلك من الآخر بثلث الالفين
وذلك ألف وثلثمائة وثلاثون وثلث فيعتبر ذلك كله وأما الثلث الذى اشتراه للمضاربه وباعه
من الآخر للمضاربة بما لافضل فيه على رأس مال المضاربة الاولى فانما يبيع هذا الثلث مرابحة
على الثمن الاول وهو خمسمائة واذا ضممت الخمسمائة الى الالف وثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث
كانت جملته ألفا وثمانمائه وثلاثة وثلاثين وثلثا ولو كان الاول اشتراه بالف المضاربة وبخمسمائة من
ماله فان الآخر يبيعه أيضا مرابحة على ألف وثمانمائه وثلاثه وثلاثين وثلث لان الاول

اشترى لنفسه ثلثه وباعه بثلث الالفين فيعتبر ذلك واشترى ثلثه للمضاربة وباعه بثلثي الالفين فيعتبر من ذلك مقدار رأس المال وهو ألف درهم وحصة المضارب من الربح وذلك مائة وستة وستون وثلثان ويطرح حصة رب المال من الربح خاصة واذا طرحت من الالفين مائة وستة وستين وثلثين كان الباقي ألفا وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة والى آخر ألفي درهم مضاربة فاشترى الاول بالف عبدا من ماله وبخمسمائة من المضاربة ثم باعه من الآخر بثلاثة من ماله وألفي المضاربة فان الآخر يبيعه مرابحة على ألفين وستمائة وستة وستين درهما وثلثي درهم لان الاول اشترى ثلثي العبد لنفسه وباعه من الآخر بالفي درهم فيعتبر جميع ذلك واشترى ثلثه للمضاربة ثم ان الآخر اشترى منه ثلث هذا الثلث لنفسه بثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لا ينتقص من ذلك شيء واشترى ثلثي هذا الثلث منه للمضاربة فيعتبر فيه حصة من الثمن الاول وذلك ثلث الالف ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث هذا هو المعتبر فيه ويطرح مازاد على ذلك فان جمعت ذلك كله كان ألفي درهم وستمائة وستة وستين وثلثين فيبيعه مرابحة على ذلك وحاصل ماطرح ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وذلك ربح ثلثي هذا الثلث لانه مشغول برأس المال كله ولم يخرج من ملك رب المال بالعقد الثاني ولو كان الاول اشترى العبد وقيمته خمسة آلاف درهم بالف المضاربة وبخمسمائة من ماله والمسئلة بحالها باعه الثانى مرابحة على ألفين وخمسمائة لان الاول اشترى ثلث العبد لنفسه وباعه من الثاني بالف فيبيعه مرابحة على ذلك فاشترى الثلثين للمضاربة ثم ان المضارب الآخر اشترى منه ثلث الثلثين لنفسه بستمائة وستة وستين وثلثين فلا ينتقص منه شيء واشترى منه ثلث الثلثين للمضاربة بالف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فالمعتبر من ذلك رأس المال فى العقد الاول وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وحصة المضارب الاول من الربح وهو مائة وستة وستون وثلثان فاذا جمعت ذلك كله كان ألفين وخمسمائة والمطروح من ذلك حصة رب المال من الربح وهو مائة وستة وستون وثلثان وما يكمل به رأس المال فى المضاربة الاولى وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى آخر ألفي درهم مضاربة بالنصف فاشترى الاول جارية بالف من ماله وخمسمائة من المضاربة وباعها من الاخر بثلاثة آلاف درهم ألف من المضاربة وألفين من ماله فانه يبيعها مرابحة على ألفين وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لان الاول اشترى ثلثيها لنفسه وباع ذلك من الثاني بالفي

درهم فيعتبر ذلك كله واشترى ثلثها للمضاربة ثم باع ثلثي هذا الثلث من الثاني واشترى الثاني لنفسه بستمائة وستة وستين وثلثين فيعتبر ذلك أيضا واشترى ثلث هذا الثلث للمضاربة فانما يعتبر حصة هذا الجزء من الثمن الاول وذلك مائة وستة وستون وثلثان فاذا جمعت هذا كله كان ألفين وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فاذا قبض الثمن أخذ لنفسه من الثمن حصته ألف درهم وكان ما بقي من المضاربة لان الثمن في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وثلث الثمن الاول كان من مال المضارب الآخر فان كان الثمن الذى باعها به أربعة آلاف درهم كان له خاصة من ذلك اثنا عشر جزأ والباقي يكون من المضاربة لان مقدار الالفين من ماله وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث مال المضاربة فالسبيل أن يجعل كل مائة وستة وستين وثلثين وسهم فصار الالفان اثنى عشر وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا خمسماه فتكون الجملة سبعة عشر سهما للمضاربة من ذلك خمسة وللمضارب الآخر اثنا عشر فعلى ذلك يقسم الاربعة آلاف ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى آخر ألفي درهم مضاربة بالنصف فاشترى الاول جارية بألف المضاربة وبخمسمائة من ماله وباعها من الآخر بألف المضاربة وبالفين من ماله فانه يبيعها مرابحة على ألفين وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث لان الثاني اشترى ثلث الثلث الباقي لنفسه وباع ذلك بثلث الالف فيعتبر ذلك كله في بيع المرابحة والاول كان اشترى ثلث الثلث الباقي لنفسه وباع ذلك بثلث الالف فيعتبر ذلك كله أيضا وكان اشترى ثلثي الثلث للمضاربة وباعها للمضارب بثلثي الالف وانما يعتبر من ذلك رأس مال هذا الجزء وفي العقد الاول وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وحصة المضارب من الربح وذلك مائة وستة وستون وثلثان ويطرح حصة رب المال من الربح وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيبيعه مرابحة على ألفين وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث بهذا فاذا قسم الثمن على سبعة عشر سهما بينه وبين المضارب كما بينا في الفصل الاول قال عيسى رحمه الله هذا الجواب خطأ فانما يبيعها مرابحة على ألفين وستمائة وستة وستين وثلث لان ثلث الثلثين باعه الاول من المضاربة واشتراه منه الثاني للمضاربة أيضا فلا يعتد بربح رب المال فيه وذلك اذا تأملت مائة وستة وستون وثلثان فتبين أن المطروح من ثلاثة آلاف مائة وستة وستون وثلثان مرتين فيكون الباقي الفين وستمائة وستة وستين وثلثين وقيل انما يصح ماذهب اليه عيسى رحمه الله ان لو كان مقدار ذلك الثلث من الثلثين مقررا في مملوك أو في مبيع على حدة فاما اذا كان

فى جملة مملوك قد بيع بيعا واحدا وسائر رأس المال فيه مجمل ولا يصح ذلك ولكن يجب اعتبار جميع ثمن الثلثين لان المضارب الآخر اشترى الثلثين لنفسه بالفين من ماله فلابد من اعتبار جميع ذلك فى بيع المرابحة والله أعلم

باب دعوى المضارب ورب المال

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف وأمره أن يعمل فيها برأيه أو لم يأمره فاشترى بالالف ابن رب المال فهو مشتر لنفسه لان رب المال انما أمره بان يشترى بالمال مايمكنه بيعه فان المقصود الاسترباح ولهذا أوجب له الشركة فى الربح وذلك لايحصل الا بالبيع بعد الشراء فعرفنا انه مأمور بشراء مايمكنه بيعه وقريب رب المال لو جاز شراؤه منه على المضاربة عتق ولا يمكنه بيعه فلم يكن هذا من جملة ماتناوله الامر كمالو قال اشتر لي جارية أطؤها فاشترى أخت الموكل من الرضاع أو جارية مجوسية لم تلزم الآمر لهذا واذا لم ينفذ شراؤه على رب المال صار مشتريا لنفسه وقد نقد ثمنها من مال المضاربة فيخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع المضارب على البائع بمثله وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بالمضاربة دينا عليه ولو كان اشترى دين نفسه وقيمته ألف درهم أو أقل جاز على المضاربة وهو عبد لانه لايملك المضارب شيأ منه ولا ربح فيه فهو متمكن من بيعه فاذا زادت قيمته على ألف عتق ويسعى فى رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه لما ظهر فى قيمته فضل على رأس المال ملك المضارب نصيبه من الفضل فيعتق ذلك الجزء عليه لانه ملك جزأ من قريبه ولا ضمان على المضارب فيه لرب المال لانه لاصنع للمضارب فى هذه الزيادة بل عتق حكما وعليه السعاية فى رأس المال وحصة رب المال من الربح لتتميم العتق لانه احتبس ذلك القدر عنده من ملك رب المال فعليه أن يسعى له فى ذلك ولو كانت قيمته يوم اشتراه أكثر من ألف درهم كان مشتريا لنفسه لانه اشترى للمضاربة مالا يمكنه بيعه فانه يعتق منه بقدر نصيبه من الربح كما ينفذ شراؤه على المضاربة فلهذا كان مشتريا لنفسه فيعتق عليه ولرب المال الخيار فى تضمين مال المضاربة أيهما شاء كما بينا ولو كان اشترى بالالف عبدا يساوي ألفى درهم لا يعرف له نسب فقال المضارب لرب المال هذا ابنك وقال رب المال كذبت فان الغلام يعتق لان المضارب مالك مقدار ربع

منه بحصته من الربح وقد أقر بفساد الرق فيه حين زعم أنه ابن رب المال فيعتق لذلك ويسعى
الغلام في جميع قيمته بينهما أرباعا ثلاثة ارباعها لرب المال وربعها للمضارب فان قيل كان ينبغي أن
لا يعتق لان رب المال يزعم أن المضارب كاذب وأن العبد مملوك لهما على المضاربة والمضارب
يزعم أنه مملوك له اشتراه لنفسه لانه ابن رب المال قلنا نعم ولكن العبد في الظاهر مشترى
على المضاربة وباعتبار هذا الظاهر يكون المضارب مقرا بفساد الرق فيه ورب المال مقر
بصحة اقرار المضارب فيه باعتبار نصيبه فيكون هذا بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أحدهما مقر
على صاحبه بالعتق في نصيبه ولو قال المضارب لرب المال هذا ابنك وقال رب المال بل هذا ابنك
وقد صدقت فهو مملوك للمضارب أما اذا قال صدقت فقد تصادقا على أن المضارب اشتراه
لنفسه لانه ابن رب المال بمنزلة مالو اشترى ابنه المعروف وأما اذا قال بل هو ابنك فقد
تصادقا على أنه اشتراه لنفسه لانه اذا كان في قيمته فضل فالمضارب يصير مشتريا لنفسه سواء
كان ابنه أو ابن رب المال ثم كان رب المال شاهدا على المضارب للعبد بالعتق والنسب وبشهادة
الفرد لا تتم الحجة فلهذا كان مملوكا للمضارب وعلى المضارب أن يرد رأس المال على رب
المال بخلاف الاول فهناك المضارب يدعي أنه اشتراه لنفسه وقد كذبه رب المال في ذلك
وكان العبد مشتركا بينهما باعتبار الظاهر فلهذا يفسد الرق فيه باقرار المضارب ولو دفع
الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى عبدا يساوى ألفا فقال المضارب لرب المال
هو ابنك وكذبه رب المال فالعبد على حاله في المضاربة لان المضارب لا يملك شيئا منه حين
لم يكن في قيمته فضل على رأس المال فلا يفسد الرق فيه باقراره ويبقى على حاله في المضاربة
فان لم يبعه حتى زاد فصار يساوى ألفي درهم عتق لاقرار المضارب أنه ابن رب المال وأنه
أقر بما لا يحتمل الفسخ فيصير كالمجدد لاقراره بعد ما ظهر الفضل في قيمته فيفسد الرق فيه
لذلك ويسعى في قيمته بينهما أرباعا لانه في معنى الشاهد على رب المال بالعتق أو فساد الرق
فيه كان حكما عند ظهور الفضل فيه فلا يوجب الضمان على المضارب ولا يسقط به حقه
عن شئ من نصيبه من السعاية فلهذا يسعى في قيمته بينهما ارباعا ولو قال رب المال صدقت
ولا فضل فيه على رأس المال فالغلام للمضارب ويضمن رأس المال لرب المال لتصادقهما على أن
المضارب اشتراه لنفسه ولو قال رب المال كذبت ولكنه ابنك فهو على المضاربة لان المضارب
يدعى أنه اشتراه لنفسه ورب المال ينكر ويزعم أنه اشتراه على المضاربة اذ لا فضل فيه على

رأس المال والمضارب يشتري ابن نفسه على المضاربة اذا لم يكن فيه فضل على رأس المال والظاهر شاهد لرب المال فيما يقول انه اشتراه على المضاربة فان لم يبعه حتى زادت قيمته فصار يساوي ألفي درهم استسعى في قيمته بينهما ارباعا لان كل واحد منهما في معنى الشاهد على صاحبه بالعتق والمضارب يزعم انه ابن رب المال وأن نصيبه منه قد عتق ورب المال يزعم أنه ابن المضارب وأن نصيبه منه قد عتق وهذه الشهادة منهما تفسد الرق فلا تسقط شيئا من السعاية عن العبد حقيقة فيسعى في جميع قيمته بينهما ارباعا ثلاثة أرباعها لرب المال وربعها للمضارب ولو كان اشترى بألف عبدا يساوي ألفين فقال رب المال للمضارب هذا ابنك وقال المضارب كذبت فانه يعتق ويسعى في حصة المضارب من الربح خمسمائة ولا سعاية عليه لرب المال لان رب المال يتبرأ من السعاية ويزعم أن المضارب اشتراه لنفسه وأنه عتق كله عليه وأنه ضامن له بمثل رأس المال الا أنه لا يصدق فيما يدعي من الضمان على المضارب فلا يسعى العبد له في شيء لانه لا يدعي عليه السعاية وانما سعى للمضارب في خمسمائة لانه يدعي سعايته ويقول قد فسد الرق فيه بشهادة رب المال على كاذبا ولم يجب لي ضمان عليه وانما حقي في استسعاء العبد في نصيبي فلهذا يستسعى له في خمسمائة ولو كان المضارب صدقه في ذلك ثبت نسبه منه لتصادقهما عليه ويكون حرا على المضارب لانه صار مشتريا اياه لنفسه باعتبار الفضل على رأس المال في قيمته ويكون ضامنا لرب المال رأس ماله ولو قال رب المال للمضارب هو ابنك وقال المضارب بل هو ابنك فهو مملوك للمضارب وضمن له رأس ماله لانهما تصادقا أن المضارب اشتراه لنفسه فانه ان كان ابن رب المال كما ادعاه المضارب فقد اشتراه المضارب لنفسه ولو كان ابن المضارب كما زعم رب المال فقد اشتراه لنفسه باعتبار الفضل فيه فلهذا ضمن لرب المال رأس ماله فيه وهو مملوك للمضارب لانه أقر بحريته باقراره بنسبه لرب المال (ألا ترى) أن رب المال لو صدقه في ذلك يثبت نسبه منه ولم يعتق فرب المال شهد عليه بالعتق في ملكه وبشهادته لا تتم الحجة ولو كان اشترى بها عبدا يساوي ألفا فقال رب المال للمضارب هو ابنك وقال المضارب كذبت فالعبد على المضاربة بحاله لانه وان كان هو ابن المضارب فقد صار مشتريا له على المضاربة اذ لا فضل فيه على رأس المال وانما بقي اقرار رب المال بنسبه للمضارب وقد كذبه في ذلك فلم يثبت النسب منه فان زادت قيمته حتى صارت ألفي درهم عتق ويسعى في قيمته بينهما أرباعا لان رب المال أقر بما لا يحتمل الفسخ فيصير

كالمجدد لاقراره بعد مازادت قيمته وقد صار الربع منه مملوكا للمضارب ففي زعم رب المال أن الرق فيه قد فسد بملك المضارب جزأ منه فلهذا عتق ويسعى في قيمته بينهما ارباعا وان كان المضارب صدقه ولا فضل في الغلام فهو ابنه مملوك له في المضاربة بمنزلة ما لو اشترى ابنه المعروف ولا فضل فيه على رأس المال فان لم يبعه حتى بلغت قيمته ألفي درهم عتق وسعى في ثلاثة ارباع قيمته لرب المال لان الربع منه صار مملوكا للمضارب فيعتق عليه لثبوت نسبه منه ولكن هذا العتق حصل منه حكما لظهور الزيادة من غير صنع للمضارب فيه فلا يكون ضامنا لرب المال شيئا ولكن العبد يسعى في حصة رب المال باعتبار رأس المال وحصته من الربح وذلك ثلاثة أرباعه ولو كان اشترى عبدا يساوي ألفين فقال المضارب هو ابني وقال رب المال كذبت ثبت نسبه من المضارب لانه مالك له بعد مقدار حصته من الربح وذلك يكفي لصحة دعواه النسب فيه ثم هذه دعوى تحرير لان أصل العلوق به ما كان في ملكه فيكون بمنزلة الاعتاق ولو أعتقه المضارب عتق نصيبه ورب المال في نصيبه بالخيار ان كان المضارب موسرا بين الاعتاق والاستسعاء والتضمين وان كان معسرا فله الخيار بين الاعتاق والاستسعاء والولاء بينهما ارباعا لان ثلاثة ارباعه عتقت على رب المال حين أعتقه أو استسعاه وربعه عتق من جهة المضارب ولو كان رب المال صدقه في ذلك عتق على المضارب ويضمن المضارب رأس المال لانهما تصادقا على أن المضارب اشتراه لنفسه وان لم يصدقه ولكنه ادعى ثبوته بعد ذلك فهو ابن المضارب يعتق عليه ويضمن رأس المال لانهما تصادقا على أن المضارب اشتراه لنفسه فانه ان كان ابن رب المال كما زعم فقد اشتراه المضارب لنفسه وان كان ابن المضارب فكذلك واذا كان مشتريا لنفسه ترجحت دعواه بالسبق وبالملك فيعتق عليه ويضمن رأس المال ولو كان اشترى عبدا يساوي ألفا فقال المضارب هو ابني وكذبه رب المال لم يثبت نسبه وهو على حاله في المضاربة لانه مشتر له على المضاربة بمنزلة ابنه المعروف ولا ملك له فيه لتصح دعواه باعتباره مع تكذيب رب المال فلهذا لم يثبت نسبه منه فان صارت قيمته ألفين عتق ربعه وثبت نسبه من المضارب لان بظهور الفضل صار هو مالكا لربعه وهو كالمجدد لدعوى النسب لان النسب لايحتمل الفسخ بعد ثبوته فيثبت نسبه منه ويسعى في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال ولا ضمان على المضارب فيه لان العتق حصل حكما بظهور الفضل في قيمته من غير صنع للمضارب فيه ولو كان صدقه رب المال وقيمته ألف ثبت نسبه منه وهو على المضاربة لانه

مملوك لرب المال وقد أقر بنسبه للمضارب فيثبت نسبه منه وهو على المضاربة بمنزلة ابنه المعروف فان صارت قيمته ألفين عتق ربعه لان المضارب صار مالكا ربعه وهو ثابت النسب منه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته لرب المال ولو زادت قيمته حتى صارت ألفين قبل دعوى المضارب ثم ادعي انه ابنه وكذبه رب المال ثبت نسبه منه لانه مالك لربعه حين ادعى نسبه ويكون هذا بمنزلة اعتاق ربعه فيخير رب المال بين أن يضمن المضارب ثلاثة أرباع قيمته وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان موسرا واذا ضمن المضارب لم يرجع المضارب بها على الغلام لانه ملك بالضمان ثلاثة أرباعه فعتق عليه لثبوت نسبه منه واذا اختار الاستسعاء أو الاعتاق فلرب المال ثلاثة أرباع ولائه لان ثلاثة ارباعه عتقت من قبله ولو كان رب المال صدقه فلا ضمان له على المضارب وله أن يستسعى الغلام أو يعتقه لانهما تصادقا على انه عتق على المضارب ربعه حكما عند ظهور الفضل فيه فهو بمنزلة ابن معروف له ولو لم تزد قيمته على ألف فقال المضارب هو ابنى وقال رب المال كذبت ولكنه ابنى فهو ابن رب المال حر من ماله لانه فى الظاهر مشترى على المضاربة وهو مملوك لرب المال كله فتصح دعواه لمصادفته ملكه ويعتق من ماله ولا ضمان على المضارب فيه لان رب المال يدعي عليه أنه ضامن رأس ماله مشترى الابن لنفسه ولا يصدق في ذلك الا بحجة وان لم يدعه واحد منهما حتى صارت قيمته ألفين فقال المضارب هو ابنى وقال رب المال كذبت ولكنه ابنى فهو ابن المضارب لانه حين ادعى نسبه كان مالكا لربعه فثبت نسبه منه ثم رب المال ادعى نسبه منه بعد ذلك وهو ثابت النسب فلا يثبت نسبه منه وقد عتق منهما جميعا والولاء بينهما أرباعا ولا ضمان على واحد منهما لصاحبه لان رب المال يدعى أنه لاسعاية له على العبد وانه حر كله باقرار المضارب وان حقه في تضمين المضارب رأس ماله وهو غير مصدق فى التضمين الا بحجة ولكن كل واحد منهما يصير كالمعتق بحصته منه أما المضارب فلا اشكال فيه ورب المال بدعواه النسب يصير كالمعتق لنصيبه لان من ادعى نسب مملوكه وهو معروف النسب من الغير يكون ذلك بمنزلة الاعتاق منه فلهذا كان الولاء بينهما ارباعا ولو كان العبد يساوى ألفين يوم اشتراه ونقد ثمنه فقال رب المال هو ابنى وكذبه المضارب ثبت نسبه من رب المال وعتق ثلاثة ارباع العبد بدعواه اياه والمضارب بالخيار في الربع كما وصفنا فى رب المال لان رب المال صار بمنزلة المعتق له فان دعوى التحرير كالاعتاق ولو لم يكذبه المضارب ولكن صدقه فالغلام ابن لرب المال وعبد للمضارب

ويضمن المضارب رأس مال رب المال لانهما تصادقا على أن المضارب اشتراه لنفسه فيكون عبدا له ولكن نقد ثمنه من مال المضاربة فيصير ضامنا لرب المال ولو لم يصدقه المضارب ولكنه قال كذبت بل هو ابني فهو ابن المضارب حر من ماله لانهما تصادقا ان المضارب اشتراه لنفسه وقد ادعى نسبه فهو حر من ماله ويضمن رأس المال لرب المال ولو كان يساوى ألفا فقال رب المال هو ابني وكذبه المضارب فهو ابنه حر من ماله لانه مالك لجميعه في الظاهر وقد أقر بنسبه ولو صدقه المضارب كان ابن رب المال وهو عبد للمضارب لانهما تصادقا أن المضارب اشتراه لنفسه وقد أقر بنسبه لرب المال فثبت نسبه منه ويكون عبدا للمضارب وهو ضامن رأس المال لرب المال ولو لم يصدقه المضارب ولكنه قال كذبت ولكنه ابني فهو ابن رب المال حر من قبله لانه هو المالك له في الظاهر وقد ادعى نسبه فيثبت نسبه منه ويعتق عليه ولا ضمان على واحد لصاحبه لان المضارب ما كان يملك منه شيأ فلا يضمن رب المال له شيأ من قيمته ولو لم يقولا ذلك حتى صارت قيمته ألفي درهم فقال رب المال هو ابني وقال المضارب كذبت ثبت نسبه منه وعتق ثلاثة أرباعه لاقراره بنسبه والمضارب بالخيار في الربع لانه مالك حصته من الربح ورب المال صار كالمعتق فيتخير المضارب في نصيبه كما بينا ولو صدقه المضارب بما قال فهو ابن رب المال وهو عبد للمضارب لتصادقهما على ان المضارب اشتراه لنفسه ويكون ضامنا لرب المال رأس ماله ولو لم يصدقه رب المال ولكنه قال كذبت بل هو ابني فالغلام ابن رب المال لانه سبق بالدعوى فيثبت نسبه منه وعتق ثلاثة أرباعه من قبله ثم المضارب ادعى نسبه وهو ثابت النسب من رب المال فلا يثبت نسبه منه ولكنه صار كالمعتق لنصيبه فلا ضمان لواحد منهما على صاحبه وكان ولاؤه بينهما ارباعا

باب ضياع مال المضاربة قبل الشراء أو بعده

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها شيأ ثم ضاعت الالف قبل أن ينقدها المضارب البائع فان المضارب يرجع بمثلها على رب المال لان رأس المال كان أمانة في يده بعد الشراء كما قبله فهلك من مال رب المال ولم يبطل الشراء بهلاك الالف والمضارب عامل لرب المال في هذا الشراء فيرجع عليه بما لحقه من العهدة فلهذا يرجع بالف أخرى على رب المال فيدفعها الى البائع فان قبضها من رب المال فلم

يدفعها الى البائع حتى ضاع رجع بمثلها أيضا وكذلك كل ما ضاع مما يقبضه قبل أن ينقده البائع كان مايقبضه من رب المال يكون أمانة فى يد المضارب (ألا ترى) أن عند حصول الربح يحصل جميع رأس المال وهو ما قبضه فى المرات كلها ورأس المال يكون أمانة فى يد المضارب فلهذا يرجع مرة بعد أخرى حتى يصل الثمن الى البائع بخلاف الوكيل فانه اذا رجع بالثمن على الموكل مرة بعد البيع لم يرجع مرة أخرى لان بالشراء يجب الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل على الموكل فيصير الوكيل بالقبض من الموكل مقتضيا دين نفسه فيكون المقبوض مضمونا عليه وهنا قبض المضارب لا يكون اقتضاء لدين وجب له كيف يكون كذلك والمقبوض رأس مال المضاربة وهو فى قبض رأس مال المضاربة عامل لرب المال ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها عبدا يساوى ألفين فقبضه وباعه بالفين ثم اشترى بالالفين جارية ولم ينقد الالفين حتى ضاعا فان المضارب يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم من ماله خمسمائة لان المضارب فى شراء ربع الجارية عامل لنفسه باعتبار حصته من الربح فلا يرجع بما يلحقه من العهدة فى ذلك الربع على رب المال وفى شراء ثلاثة ارباعها كان عاملا لرب المال فيرجع عليه بالعهدة فى ذلك القدر فاذا دفع الالفين الى البائع وقبض الجارية فباعها بخمسة آلاف درهم فله ربع ثمنها وهو حصة ما اشترى لنفسه ونقد الثمن من ماله وثلاثة ارباع ثمنها من مال المضاربة فيأخذ منها رب المال رأس ماله ألفين وخمسمائة لانه غرم ذلك مرتين وقد بينا ان جميع ما يأخذ المضارب من المال يكون رأس ماله والربح لا يظهر الا بعد وصول رأس المال الى رب المال فاذا أخذ جميع رأس ماله كان الباقى ربحا على الشرط ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة بالنصف فضاعت قبل أن يشترى بها شيأ فقد بطلت المضاربة لفوات محلها بخلاف ما اذا ضاعت بعد الشراء بها لان حكم المضاربة بالشراء تحول الى المشترى فهلاك الالف بعد ذلك لا يفوت محل المضاربة وان اشترى بالالف جارية فضاعت الالف فقال رب المال ضاعت قبل أن يشترى بها وقال المضارب بعد ما اشتريت بها فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى لنفسه حق الرجوع على رب المال بالف فى ذمته ورب المال ينكر ذلك . فان قيل هلاك ذلك المال عارض ورب المال يدعى فيه سبق تاريخ والمضارب ينكره . قلنا هذا متعارض فالمضارب يدعى سبق التاريخ فى شراء الجارية على هلاك المال ورب المال ينكره فعند التعارض كان الترجيح فيما قلنا لان كون هلاك المال محالا به

على أقرب الاوقات نوع من الظاهر وبالظاهر يرفع الاستحقاق ولا يثبت الاستحقاق وحاجة المضارب الى استحقاق الرجوع على رب المال فان أقام رب المال البينة انها ضاعت قبل أن يشترى بها وأقام المضارب البينة انه اشترى بها قبل أن يضيع فالبينة بينة المضارب لانه يثبت الاستحقاق لنفسه ببينة ورب المال ينفى ذلك ولو لم يهلك الالف ولم ينقدها فى ثمن الجارية ولكنه اشترى بها جارية أخرى على المضاربة وقال أبيعها فأنقد الثمن الاول فانما اشترى الجارية الاخيرة لنفسه ولا تكون من المضاربة لان مافى يده من المال مستحق فى ثمن الجارية الاولى فقد اشترى الاخرى وليس فى يده من مال المضاربة شئ من ثمنها فلو نفذ شراؤه على المضاربة كان هذا استدانة منه على المضاربة والمضارب بمطلق المضاربة لا يملك الاستدانة ولو اشترى بالجارية التى قبض جارية أخرى جاز وكانت على المضاربة لما بينا أن حكم المضاربة تحول بالشراء من الالف الى الجارية فانما أضاف العقد الثانى الى مال المضاربة والمضارب كما يملك البيع والشراء بالنقد يملك ذلك بالعرض فلهذا كانت الاخرى على المضاربة (ألا ترى) أن ثمنها لا يصير دينا على المضارب فى هذا الفصل وفى الفصل الاول ثمن الجارية الاخرى دين على المضاربة ولو نفذ شراؤه على المضاربة لصار عليه دين ألفا درهم فى ثمن المشترى للمضاربة ورأس مال المضاربة ألف درهم فكانه اشترى جارية أو جاريتين بالالفين ابتداء ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة فاشترى جارية بالف درهم ولم يقل بهذه الالف وقال أردت بذلك المضاربة فالقول قوله لان المأخوذ عليه الشراء للمضاربة لا اضافة العقد الى ألف المضاربة فان النقود لا تتعين فى العقود بالتعيين واذا لم يتعين الالف لم يبق فى التعيين فائدة فيكتفى بنيته للمضاربة كما فى حق الوكيل وما فى ضميره لا يعرف الا من جهته فيقبل قوله فيه ولو اشتراها بالف درهم نسيئة سنة يريد بها المضاربة جاز على المضاربة أيضا لان فى يده من المال مثل ما اشترى به والشراء بالنسيئة وبالنقد من صنيع التجار فيملك المضارب النوعين جميعا بمطلق العقد فان قبضها فاشترى بها شيأ فهو على المضاربة لان حكم المضاربة تحول الى الجارية المشتراة فانما أضاف الشراء الثانى الى مال المضاربة ولو لم يشتر بالجارية ولكنه اشترى بالالف التى فى يده كان مشتريا لنفسه لان حكم المضاربة تحول الى الجارية المشتراة فلما أضاف الشراء الثانى الى ألف المضاربة فقد أضافه الى غير محل المضاربة فكان مشتريا لنفسه ولان الالف صارت مستحقة عليه فى ثمن الجارية الاولى عند حل الاجل فلو صار مشتريا الاخرى على المضاربة

لكان ذلك منه استدانة واذا اشترى بالف المضاربة حنطة أو غيرها ثم اشترى مما في يده عبدا بالف درهم وهو يريد أن يبيع بعض ما في يده وينقد الالف وفي يده وفاء بالالف وفضل فهو مشتر لنفسه لان الذي في يده غير ما اشترى به يعني ان حكم المضاربة تحول الى الحنطة وهي تتعين في العقد بالتعيين فاذا اشترى بالدراهم فقد اشترى بغير مال المضاربة فكان مشتريا لنفسه اذ لو جاز شراؤه بالدراهم على المضاربة كان في معنى الاستدانة منه ولو اشترى بالالف حنطة ثم اشترى جارية بكر حنطة وسط نسيئة شهر وهو يريد أن يكون على المضاربة وفي يده حنطة مثل ما اشترى به أو أكثر فهذا جائز على المضاربة لانه اشترى بجنس ما في يده من مال المضاربة وله في ترك الاضافة الى العين غرض صحيح وهو ثبوت الاجل في ثمن المشترى لان العين لا تقبل الاجل ولا فرق في حق رب المال بين أن يشترى بتلك الحنطة بعينها وبين أن يشترى بمثلها من حنطة وسط (ألا ترى) انه عند حلول الاجل يملك ايفاء الثمن بغير ما في يده من مال المضاربة فلهذا نفذ شراؤه على المضاربة واذا كانت المضاربة ألف درهم فاشترى عليها جارية بخمسين دينارا وقبضها وصرف الدراهم فنقدها البائع فالقياس فيه أن يكون مشتريا لنفسه وهو قول زفر رحمه الله ولكن استحسن علماؤنا الثلاثة رحمهم الله وقالوا هو مشتر للمضاربة وكذلك لو كانت المضاربة دنانير فاشترى عليها بدراهم فصرفها ونقد الدراهم وجه القياس في الفصلين انه اشتري بجنس آخر غير ما في يده من مال المضاربة لان الدراهم والدنانير جنسان حقيقة وحكما ولهذا لا يحرم التفاضل بينهما فكان هذا بمنزلة ما لو اشترى بالحنطة والمال في يده دراهم أو دنانير (ألا ترى) انه لا يملك ايفاء الثمن من مال المضاربة الا بالمبادلة أو رضا البائع به كما في المكيل والموزون ووجه الاستحسان أن الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما جنس واحد معنى ومقصودا لان المعنى المطلوب منهما الثمنية والمقصود هو الرواج والنفاق وهما في ذلك كشئ واحد وكذلك في حكم المضاربة هما كشئ واحد تصح المضاربة بهما بخلاف سائر الاموال فان الشراء بها يكون شراء محضا بثمن في ذمة المشتري ويسر عليه اذ ما يلزمه من أحد النوعين في ذمته بالآخر الذي في يده لان الانسان في مصارفة أحدهما بالآخر لا يحتاج الى مؤنة كثيرة فهي بمنزلة ما لو كانت المضاربة دراهم بخية لها فضل في الصرف فاشترى المضارب بالف درهم غلة البلد جارية وصرف الدراهم بالدنانير ثم صرفها بدراهم غلة البلد وأعطاها البائع فذلك جائز استحسانا وزفر رحمه الله يخالف

فى هذا الفصل أيضا ولكن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام وكذلك لو دفع الى رجل ألف دينار مضاربة فاشترى بخمسين دينارا منها جارية وقبضها ثم اشترى بها وبدراهم أو فلوس طعاما يأكله فان ذلك من المضاربة ولا فرق بين أن يشتري طعاما بالدنانير أو بالدراهم أو بالفلوس بخلاف ما اذا اشترى بشيء آخر وهذا فى الفلوس بناء على الرواية التى قلنا ان المضاربة بالفلوس يصح وهو كالنقود فى الصلاحية لرأس مال المضاربة ولو كان الذى فى يده من المضاربة سوى هذه الثلاثة الاصناف ثم اشترى عليها بدراهم أو دنانير أو فلوس أو صنف آخر غير ما فى يده كان مشتريا لنفسه لانه لا مجانسة بين ما في يده من مال المضاربة وبين ما اشترى به فى الصورة والمعنى المقصود فلهذا كان مشتريا لنفسه واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفين فقبضها ولم ينقد الدراهم حتى باع الجارية بالفى درهم وقبض الالفين ثم هلكت الدراهم قبل أن ينقد الثمن وهلكت الجارية مع ما فى يده معا فعلى رب المال أن يؤدى ألفا أخرى مكان الالف الاولى التى اشترى بها الجارية فيدفعها المضارب الى الذى باعه الجارية ويغرم رب المال أيضا ألفا وخمسمائة فيدفعها الى المضارب فيؤديها المضارب مع خمسمائة من ماله الى مشترى الجارية لان الالف الاولى كانت أمانة فى يد المضارب قد هلكت وكان المضارب فى شراء الجارية عاملا لرب المال فيرجع عليه بألف أخرى ليؤدى منها ثمنها به حين باع الجارية وقبض ثمنها كان هو في ثلاثة ارباعها عاملا لرب المال وكان فى الربع عاملا لنفسه وهو مقدار حصته من الربح وبهلاك الجارية قبل التسليم انفسخ البيع فيجب عليه رد المقبوض من الثمن وقد هلكت فى يده فيرجع على رب المال بمقدار ما كان عمله فيه لرب المال وذلك ألف وخمسمائة ويغرم من مال نفسه مقدار ما كان عمله فيه لنفسه وذلك خمسمائة فان هلكت الدراهم الاولى أولا ثم هلكت الدراهم المقبوضة والجارية بعد ذلك فالثلاثة الآلاف كلها على رب المال لان الدراهم الاولى حين هلكت استوجب المضارب الرجوع بمثلها على رب المال وكان ذلك دينا لحق المضارب ويصير رأس مال رب المال به ألفى درهم (ألا ترى) انه ان استوفى من رب المال ألفا أخرى ثم تصرف فى ثمن الجارية وربح يحصل رأس ماله ألفا درهم أولا فيتبين انه لاربح فيما فى يده وانه فى بيع جميع الجارية وقبض الثمن عامل لرب المال فيرجع عليه بالعهدة فى جميعه * يوضحه ان ألفا من الالفين المقبوضة وجب دفعها الى بائع

الجارية والالف الاخرى مشغولة برأس المال فظهر أنه لاربح فيها والمضارب انما يغرم من ماله شيئا باعتبار حصته من الربح ولو هلكت الجارية أولا ثم هلك المال الاول والآخر معا فعلى رب المال ألفان وخمسمائة وعلى المضارب خمسمائة وهذا وهلاك المال كله معا سواء لان بهلاك الجارية لايزداد رأس مال المضاربة ولا يلحق المضارب دين فلايخرج المضارب من أن يكون عاملا لنفسه فى قبض ربع ثمن الجارية وكذلك ان هلكت الجارية أولا ثم هلك المال الآخر ثم هلك المال الاول فهذا وما لو هلك المالان بعد هلاك الجارية معا سواء لاستواء الفصلين فى المعنى واذا كانت المضاربة ألف درهم فاشترى عليها جارية بخمسمائة وكر حنطة وسط فقبض الجارية وهلكت الدراهم عند المضارب فالمضارب مشتر للجارية لنفسه وعليه ثمنها لانه ليس فى يده جنس ما اشترى من مال المضاربة صورة ولا معنى فيكون شراؤه للمضاربة استدانة عليها وهو لا يملك ذلك ولا ضمان عليه فى المضاربة لانه اشترى الجارية لنفسه بثمن فى ذمته وهذا التصرف منه لايمس مال المضاربة وهو انما يصير مخالفا ضامنا اذا تصرف فى مال المضاربة على خلاف ما أمر به فاذا لم يمس تصرفه مال المضاربة لايكون ضامنا ولو كان اشتراها بخمسين دينارا وقبضها ولم ينقد الثمن حتى ضاعت الدراهم رجع على رب المال بخمسين دينارا استحسانا لما بينا أن المجالسة بين ما اشترى به وبين ما فى يده من مال المضاربة موجود معنى فصار مشتريا للمضاربة وقد هلكت الدراهم فى يده بصفة الامانة فيرجع على رب المال بما اشترى به الجارية وذلك خمسون دينارا فيعطيها بائع الجارية فاذا باعها بعد ذلك بثلاثة آلاف أو أقل أو أكثر استوفى رب المال رأس ماله ألف درهم وخمسين دينارا والباقى ربح بينهما وكذلك لو كان رأس المال نقدا نبت المال فاشترى الجارية بألف غلة ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفا فقبض الجارية ولم ينقد الدراهم حتى باعها بالفين فقبضهما ولم يدفع الجارية حتى اشترى بالالفين جارية تساوى ألفين فقبضها ولم يدفع الدراهم فهلكت الدراهم كلها والجاريتان جميعا فعلى المضارب أن يؤدى اليهم خمسة آلاف الى بائع الجارية الاولى ثمنها ألف درهم ويرد على مشترى الجارية الاولى ما قبض منه من ثمنها وذلك ألفا درهم بانفساخ البيع فيها بالهلاك قبل التسليم والى بائع الجارية الثانية ألفى درهم ثمنها لانه حين قبضها دخلت فى ضمانه وتقرر عليه جميع الثمن بقبضها ثم يرجع على رب المال من هذه الجملة باربعة آلاف درهم ألف ثمن الجارية الاولى وألف وخمسمائة مما قبض

من ثمن الجارية الاولى بعد بيعها لأنه فى قبض الالفين كان عاملا لرب المال فى ثلاثة ارباعها وذلك ألف وخمسمائة وفى لربع كان عاملا لنفسه باعتبار حصته من الربح وكذلك فى شراء الجارية الثانية وقبضها كان عاملا لرب المال فى ثلاثة أرباعها وذلك ألف وخمسمائة وفى الربع كان عاملا لنفسه باعتبار حصته من الربح فلهذا يغرم ألفا من ماله ويرجع على رب المال باربعة آلاف ولو هلكت الالف الاولى ثم هلك مابقى معا يرجع بجميع الخمسة آلاف على رب المال لان هلاك الالف الاولى لحق المضاربة دين بقدر ألف وصار رأس مال المضاربة ألفى درهم للطريقين اللذين بيناهما فتبين انه فى بيع جميع الجارية وقبض ثمنها كان عاملا لرب المال وكذلك فى شراء الجارية الثانية فلهذا يرجع بالكل على رب المال ولو هلكت الجارية الاخيرة أولا ثم هلك ما بقى معا رجع على رب المال باربعة آلاف درهم لان بهلاك الجارية الاخيرة لا يلحق مال المضاربة دين ولا يخرج المضارب من أن يكون عاملا لنفسه فى الربع وكذلك لو هلكت الجارية الاولى أولا أو هلكت الالفان أولا ثم هلك مابقى فهذا وما لو هلك الكل معا فى المعنى سواء ولو دفع اليه الالف مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفا وقبضها ولم ينقد الثمن ثم اشترى بالجارية عبدا يساوى ألفين وقبضه ولم يدفع الجارية ثم اشترى بالعبد جراب هروى يساوى ثلاثة آلاف درهم وقبضه ولم يدفع العبد فهلكت هذه الاشياء كلها ورأس مال الاول معا فعلى المضارب ستة آلاف درهم ألف ثمن الجارية الاولى وألفان قيمة العبد لانه اشتراه بالجارية وقد انفسخ البيع بهلاك الجارية قبل التسليم وتعذر عليه رد العبد بهلاكه فى يده فعليه رد قيمته والثلاثة آلاف قيمة الجراب لانه اشترى الجراب بالعبد وقد انفسخ العقد بهلاك العبد قبل التسليم وتعذر عليه رد الجراب بهلاكه فى يده فيغرم قيمته ثلاثة آلاف درهم ويرجع على رب المال من ذلك باربعة آلاف وخمسمائة لانه فى شراء العبد كان عاملا لرب المال فى ثلاثة أرباعه وذلك ألف وخمسمائة وفى الربع كان عاملا لنفسه باعتبار حصته من الربح فيرجع عليه بألف وخمسمائة من قيمة العبد الاول وفى شراء الجراب كان عاملا لنفسه فى الثلث لان الثلث مشغول منه رأس المال والثلثان ربح بينهما نصفين فكان عاملا لنفسه فى شراء الجراب فى الثلث فحاصل مااستقر على المضارب ربع قيمة العبد وثلث قيمة الجراب وذلك ألف وخمسمائة فيرجع على رب المال بما سوى ذلك ولو هلك رأس المال أولا ثم هلك ماسواه معا رجع المضارب على

رب المال بخمسة آلاف وخمسمائة لانه حين هلك رأس المال أولا فقد لحق مال المضاربة دين ألف درهم وصار رأس المال ألفين فهو فى شراء جميع العبد عامل لرب المال وأما فى شراء الجراب فهو عامل لنفسه فى السدس باعتبار حصته من الربح وفيما سوى ذلك عامل لرب المال فيغرم من ماله قيمة سدس الجراب وهو خمسمائه ويرجع بما سوى ذلك على رب المال ولو هلك الجراب أولا ثم هلك مابقي معاً رجع على رب المال بأربعة آلاف وخمسمائة لانه لهلاك الجراب لايلحق مال المضاربة دين يوجب زيادة فى رأس المال وكذلك لوهلك العبد أولا ثم هلك ما بقى رجع على رب المال بأربعه آلاف وسبعمائة وخمسين لان الجارية لوهلكت أولا انفسخ البيع فى العبد ووجب على المضارب قيمة العبد لانه أتلف العبد حين باعه بالجراب وقيمة العبد ألفا درهم فلما وجبت عليه قيمته كان فى القيمة فضل ألف درهم على رأس المال فذلك ربح بينهما فعليه غرم حصته من ذلك وهو خمسمائة وذلك ربعه فقد استوجب الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة من قيمة العبد وبالالاف الاولى ثم كان مشتريا ربع لجراب لنفسه فعليه قيمة ذلك عند انفساخ البيع فيه وذلك سبعمائة وخمسون فحاصل ما عليه من الغرم فى ماله ألف ومائتان وخمسون وعلى رب المال ثلاثة ارباع قيمة الجراب لان رأس ماله فى الجراب ألفان وخمسمائة وقيمته ثلاثة ارباع الجراب دون رأس ماله يظهر أنه لا ربح فيهافلهذا رجع عليه بثلاثة أرباع قيمة الجراب وذلك ألفان ومائتان وخمسون مع الالفين والخمسمائة فيكون جملة ذلك أربعة آلاف وسبعمائة وخمسين (ألاترى) أنه لو لم يهلك غير الجارية وغرما قيمة العبد ارباعا ثم باع الجراب بثلاثة آلاف درهم أخذ المضارب ربعها لنفسه واحتاج رب المال الى الالفين وخمسمائة من بقية ثمن الجارية ولا وفاء فيه فيأخذ ما بقي فقط وبهذا تبين أنه لا ربح له فى الجراب ولو اشترى بالالف جارية تساوي ألفا فقبضها ثم اشترى بالجارية جاريتين تساوي كل واحدة منهما ألفا فقبضهما ثم هلكت الجواري ورأس المال الاول معا فعلى المضارب ثمن الجارية الاولى ألف درهم وألفان قيمة الجاريتين لان البيع قد انفسخ فيهما بهلاك الجارية قبل التسليم وقد تعذر عليه ردها فيرد قيمتها ويرجع بجميع ذلك على رب المال لان كل واحدة من الجاريتين كانت مشغولة برأس المال اذ لا فضل فى قيمة كل واحدة منهما على رأس المال وقد بينا أنه تعتبر كل واحدة منهما على حدة ولهذا لو أعتق المضارب واحدة منهما لم ينفذ عتقه فكان هو عاملا لرب المال فى جميع كل واحدة

منهما بخلاف ما لو كان اشترى بالجارية الاولى جارية تساوي ألفين وقبضها فهلكت الجاريتان ورأس المال معا فان على المضارب ثلاثة آلاف درهم ألف ثمن الجارية الاولى وألفان قيمة الجارية الثانية ويرجع على رب المال بألفين وخمسمائة لان فى قيمة الجارية الثانية فضلا على رأس المال بقدر الالف فكان المضارب فى ربعها عاملا لنفسه فيغرم ربع قيمتها من ماله وكذلك لو هلكت احدى الجاريتين أولا ثم هلك ما بقي معا لان الجارية الاولى ان هلكت أولا فبهلا كها ينتقض البيع ولم يلحق رأس المال دين لان الواجب رد الجارية الاولى وان هلكت الاخرى أولا لم ينتقض البيع بهلا كها لان المضارب قابض لها ولو هلكت الالف الاولى أولا ثم هلك مابقي معا رجع بالثلاثة آلاف كلها على رب المال لان بهلاك الالف الاول لحق رأس المال دين ألف درهم فظهر أنه فى شراء الجارية الثانية عامل لرب المال فى جميعها اذ لا فضل فى قيمتها على رأس المال ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوى ألفا وقبضها ثم باعها بألفى درهم وقبض الثمن ولم يدفع الجارية ثم اشترى بالالفين وبالالف الاولى وهي فى يديه جارية تساوى أربعة آلاف وقبضها ثم دفع رأس المال الاول الى صاحب الجارية الاولى ودفع الالفين الى الذى اشترى منه الجارية الاخيرة فان عليه غرم ألف درهم من ماله للذى اشترى منه الجارية الاخيرة لانه اشتراها منه بثلاثة آلاف درهم الفان منها في المضاربة وهما الالفان الاخريان وألف منها على نفسه لان الالف الاولى مستحقة عليه في ثمن الجارية الاولى فشراؤه بها مرة اخرى يكون استدانة على المضاربة وهو لا يملك ذلك فصار مشتريا ثلث الجارية الاخيرة لنفسه فعليه ثمنها وثلثاها على المضاربة فان لم ينقد الالف الاولى حتى هلك وباع الجارية الاخيرة بستة آلاف درهم كان له من ثمنها الفا درهم حصة ثلثها الذي كان اشترى لنفسه ويكون أربعة آلاف درهم على المضاربة يؤدى منها ألف درهم الى الذى اشترى الاول منه ثم يأخذ رب المال رأس ماله ألف درهم من الباقى ومابقى وهو الفا درهم ربح بينهما على الشرط فان كان المضارب لم ينقد الالفين اللتين اشترى بهما الجارية الاخيرة حتي ضاعت والمسئلة بحالها فانه يؤدى ذلك أيضا من ثلثى الجارية الاخيرة ولا يبقى فيه ربح لان ثلثى ثمنها أربعة آلاف وقد دفع ألفا من ذلك الى بائع الجارية الاولى وألفين الى بائع الجارية الاخيرة وألف يأخذه رب المال بحساب رأس ماله ولو اشترى وباع بالالف المضاربة حتى صار في يده ألفا درهم فاشترى بها جارية وقبضها ثم باعها بأربعة

آلاف درهم نسيئة منه وقيمتها يوم باعها ألف درهم أو أكثر أو أقل فدفعها الى المشترى ثم هلكت الالفان الاوليان قبل أن ينقد الثمن بائع الجارية الاولى فانه يرجع بألف وخمسمائة على رب المال فيؤديها مع خمسمائة من ماله الى بائع الجارية لانه في شراء ربع الجارية كان عاملا لنفسه باعتبار حصته من الربح في مال المضاربة فاذا خرجت الاربعة آلاف كان للمضارب ربعها من غير المضاربة لانه لما استقر عليه ربع ثمنها فقد ظهر أنه كان مشتريا ربعها لنفسه من غير المضاربة ويأخذ رب المال من الثلاثة الارباع رأس ماله الفين وخمسمائة لانه غرم هذا المقدار فى دفعتين والباقى ربح بينهما ولو اشترى بألف المضاربة جارية قيمتها أكثر من ألف درهم ونقد الدراهم ثم باعها بجارية تساوى الفا فقبضها ثم هلكت الجاريتان جميعا فعلى المضارب قيمة الجارية الاخيرة لانفساخ البيع فيها بهلاك مايقابلها قبل التسليم ويرجع بها على رب المال لانه لافضل فى قيمتها على رأس المال فكان هو فى شرائها عاملا لرب المال فى الكل ولا ينظر الى الفضل فيما اشترى به فى هذه الجارية لان الواجب عليه قيمة الجارية ولا فضل فيها ولو عمل بالمضاربة حتى صارت ألفى درهم ثم اشترى بها جارية قيمتها أقل من الفين وقبضها فهلك ذلك كله عنده فعلى المضارب ألفا درهم ثمن الجارية لانه تقرر عليه بقبضها وهلاكها فى يده ويرجع على رب المال بثلاثة ارباعها لان الربع من ذلك حصته من الربح فيكون عاملا لنفسه فى ذلك ولا ينظر الى قيمة الجارية هنا لان الثمن هو الواجب دون قيمتها بخلاف الاول ولو عمل بالمضاربة حتى صارت أربعة آلاف ألفان منها دين والفان عين فى يده فاشترى بهاتين الالفين جارية فلم يقبضها حتى هلكت الالفان فانه يرجع بثلاثة ارباعها على رب المال لان رأس المال فى هاتين الالفين ألف درهم فان الدين والعين فى معنى جنسين وقد بينا أنه يعتبر جميع رأس المال فى كل جنس كأنه ليس معه غيره (ألا ترى) أن الدين لو توى كان رأس المال كله فى الالفين فعرفنا أن ربحه فى الالفين بقدر الربع فكان هو عاملا لنفسه فى الشراء بربعها ولرب المال فى الشراء بثلاثة ارباعها ويرجع على رب المال بألف وخمسمائة واذا أخذ الجارية كان له ربعها من غير المضاربة لانه أدى ربع ثمنها من مال نفسه فان هلكت الجارية فى يده ثم خرج الدين بعد ذلك كان كله لرب المال لانه دون رأس المال فرأس ماله ألفان وخمسمائة ولا يرجع المضارب فى هاتين الالفين بشئ لانه صار له ربع الجارية باعتبار ما نقد وقد هلكت الجارية فى يده فقدر الربع منها هلك فى ضمانه (ألا ترى) انها لو لم تهلك وباعها

لعشرة آلاف كان له ربع ثمنها من غير المضاربة فلهذا لا يرجع بشئ مما نقد من مال نفسه في الدين الذى خرج

باب المضارب يأمره رب المال بالاستدانة على المضاربة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف وأمره أن يستدين على المال فهو جائز لان الاستدانة شراء بالنسيئة قال الله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه فقد وكله بالشراء بالنسيئة على أن يكون المشترى بينهما نصفين ولو وكله بالشراء بالنسيئة على أن يكون المشترى كله للموكل جاز فكذلك النصف فان اشترى بالمضاربة غلاما ثم اشترى على المضاربة جارية بألف درهم دينا وقبضها ثم باعها بألفي درهم فقبض المال ثم هلك ما قبض ولم يدفع ما باع وما كان عنده فان المضارب يلحقه نصف ثمن الجارية ويكون على رب المال نصف ثمنها لانه فيما استدان كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لرب المال على المضاربة فان الشرط بينهما في المضاربة المناصفة ولا تكون المناصفة في الربح في المشترى بالنسيئة الا بعد أن يكون المشترى بينهما نصفين وقد قررنا هذا في كتاب الشركة في شركة الوجوه فاذا ثبت انه اشترى نصفها لنفسه كان عليه نصف ثمنها ونصف ثمنها كان على رب المال لانه اشترى نصفها له بامره ولو لم تهلك الجارية كانت بينهما نصفين يؤديان من ثمنها ما عليه من الثمن والباقي عليهما نصفان فان لم يبع المضارب الجارية ولكنه أعتقها ولا فضل فيها على رأس المال فعتقه جائز في نصفها لانه ملك نصفها بالشراء لنفسه فهي بمنزلة جارية بين رجلين أعتقها أحدهما وهذا بخلاف العبد المشترك بالمضاربة فانه مملوك لرب المال اذا لم يكن فيه فضل على رأس المال فلا ينفذ عتق المضارب فيه ولو دفع اليه ألف درهم مضاربة وأمره أن يستدين على المال على ان مارزق الله تعالى في ذلك من شئ فهو بينهما للمضارب ثلثاه ولرب المال ثلثه فاشترى المضارب بالالف جارية تساوى ألفين ثم اشترى على المضاربة غلاما بالف درهم يساوى ألفين فباعهما جميعا باربعة آلاف فان ثمن الجارية يستوفى منه رب المال رأس ماله وما بقي فهو ربح بينهما على ما اشترطا ثلثاه للمضارب وثلثه لرب المال وأما ثمن الغلام فيؤدى منه ثمنه والباقي بينهما نصفان لان الامر بالاستدانة كان مطلقا فالمشترى بالدين يكون مشتركا بينهما نصفين ومع المناصفة بينهما في المشترى لا يصح شرط التفاوت في الربح (ألا ترى) ان رجلين لو اشتركا

بغير مال على أن يشتريا بالدين ويبيعا فما رزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما أثلاثا فشتريا وباعا وربحا كان الربح بينهما نصفين فاشتراطهما الثلثين والثلث فى الربح يكون لغوا لانه لو صح ذلك استحق أحدهما جزأ من ربح ماضمنه صاحبه وذلك لايجوز فكذلك المضارب اذا أمره رب المال أن يستدين على المضاربة وشرط الثلث والثلثين فى الربح لا فى أصل الاستدانة فان كان أمره أن يستدين على المال على ان ماشترى بالدين من شئ فلرب المال ثلثه وللمضارب ثلثاه على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصفان فاشترى المضارب بالمضاربة جارية تساوى ألفين واشترى على المضاربة جارية بألف دينا تساوى ألفين فباعهما باربعة آلاف درهم فحصة جارية المضاربة يأخذ منه رب المال رأس ماله ألف درهم والباقى بينهما نصفان على ماشترطا وثمن الجارية المشتراة بالدين بينهما اثلاثا على قدر ملكيهما لانه انما وكله بالاستدانة على أن يكون ثلث مايستدين لرب المال وثلثاه للمضارب فيكون الثمن بينهما على قدر ذلك واشتراط المناصفة فى الربح فى هذا يكون باطلا لان أحدهما يشترط لنفسه ربح ماقد ضمنه صاحبه وذلك باطل ولو دفع اليه الالف مضاربة على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما كذلك أيضا فاشترى بالمضاربة جارية تساوى ألفين ثم اشترى على المضاربة جارية بالف دينار تساوى ألفين فباعهما باربعة آلاف فاما حصة المضاربة فتكون بينهما على شرطهما بعد مايستوفى رب المال رأس ماله وحصة الجارية المشتراة بالدين بينهما لان ضمانها عليهما نصفين لاطلاق الامر بالاستدانة فاشتراط كون الربح بينهما اثلاثا بعد المساواة فى الضمان يكون باطلا وكذلك لو كان أمره أن يستدين على رب المال لان قوله استدن على المضاربة وقوله استدن على سواء فى المعنى وما استدان سواء كان بقدر مال المضاربة أو أقل أو أكثر فهو بينهما نصفان فربحه ووضيعته بينهما نصفان حتى لو هلك المشتراة بالدين كان ضمان ثمنها عليهما نصفين ولو كان أمره أن يستدين على نفسه كان ماشتراه المضارب بالدين له خاصة دون رب المال لانه فى الاستدانة على نفسه يستغني عن أمر رب المال فكان وجود أمره فيه وعدمه سواء بخلاف ماذا أمره أن يستدين على المال أو على رب المال لانه فى الاستدانة على رب المال أو على المال لايستغنى عن أمر رب المال فلا بد من اعتبار أمره فى ذلك وأمره بالاستدانة على المال كامره بالاستدانة على رب المال لان ملك المال لرب المال والمال محل لقضاء الواجب لا للوجوب فيه فالواجب يكون على رب المال ثم أمره

بالاستدانة عليه مطلقا يقتضى الشركة بينهما فيما يستدين ولا تكون هذه الشركة بطريق المضاربة لان المضاربة لا تصح الا برأس مال عين فكانت هذه الشركة فى معنى شركة الوجوه فيكون المشترى مشتركا بينهما نصفين فلا يصح منهما شرط التفاوت فى الربح مع مساواتهما فى الملك فى المشترى ولو كان أمره أن يستدين على المال أو على رب المال فاشترى بالمضاربة جارية ثم استقرض المضارب ألف درهم على المضاربة واشترى بها جارية فهو مشتر لنفسه خاصة والقرض عليه خاصة منهم من يقول ان الاستدانة هو الشراء بالنسيئة والاستقراض غيره فلا يدخل فى مطلق الامر بالاستدانة والاصح أن يقول الامر بالاستقراض باطل (ألا ترى) انه لو أمر رجلا أن يستقرض له ألفا من فلان فاستقرضها كما أمره كان الالف للمستقرض دون الآمر وهذا لان القرض مضمون بالمثل فى ذمة المستقرض واذا كان البدل فى ذمته كان المستقرض مملوكا له وهو غير محتاج فى ذلك الى أمر الآمر وما كان الامر بالاستقراض الا نظير الامر بالتكدى وهو باطل وما يحصل للمتكدي يكون له دون الآمر اذا ثبت هذا فنقول ما استقرضه المضارب يكون مملوكا له فاذا اشترى به جارية فقد أضاف العقد الى ملك نفسه فكان مشتريا الجارية لنفسه ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالثلث وأمره أن يعمل فى ذلك برأيه وأمره أن يستدين على المال فاشترى بالف ثيابا فاسلمها الى صباغ يصبغها صفرا بمائة درهم ووصف له شيئا معروفا فصبغها ثم ان المضارب باع الثياب مرابحة بالفى درهم فان رب المال يأخذ رأس ماله ألف درهم ويؤدى المضارب أجر الصباغ مائة درهم ومابقى من الربح قسم على أحد عشر سهما عشرة أسهم من ذلك حصة المضاربة بينهما أثلاثا على الشرط وسهم حصة المائة التي بينهما نصفان لانه لما أمره أن يعمل برأيه فقد ملك به خلط مال المضاربة بمال آخر والصبغ عين مال قائم فى الثوب وهو فى الصبغ مستدين بأمره فلا يصير مخالفا بخلط ما استدان بمال المضاربة ثم الثمن فى بيع المرابحة يكون مقسوما على الثمن الاول وقد كان ثمن ثياب المضاربة ألف درهم وثمن الصبغ مائة درهم فيحصل من ثمن الباقى رأس مال المضاربة لرب المال ويعطى المائة ثمن الصبغ والباقى ربح فيكون مقسوما على أحد عشر سهما عشرة من ذلك حصة ربح مال المضاربة فيكون بينهما اثلاثا على الشرط وسهم من ذلك ربح ما استدان فيكون بينهما نصفين لاستواء ملكيهما فيما استدان ولو كان باع الثياب مساومة قسم الثمن على قيمة الثياب وعلى ما زاد الصبغ فيها لان فى بيع

المساومة الثمن بمقابلة الملك والملك الذى تناوله البيع أصل الثياب والصبغ القائم فيها فيقسم الثمن جملة على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها فما يخص قيمة الثياب فهو مال المضاربة يعطى منه رب المال رأس ماله ويقسم الباقى بينهما أثلاثا على الشرط وما أصاب قيمة الصبغ يعطى منه أجر الصباغ مائة درهم والباقى بينهما نصفان لانه ربح حصة الاستدانة ولو اشترى المضارب بألف المضاربة ثيابا واستقرض على المال مائة درهم فاشترى بها زعفرانا فصبغ به الثياب ثم باعها مرابحة على مال المضاربة وعلى ما استقرض بألفى درهم فانها تقسم على أحد عشر سهما عشرة أسهم منها مال المضاربة على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لان ما استقرض كان على نفسه خاصة وما اشترى به من الزعفران مملوك له الا انه لا يصير مخالفا اذا صبغ الثياب بها لانه أمره أن يعمل فى المال برأيه والثمن فى بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول فيكون على أحد عشر سهما عشرة أسهم حصة مال المضاربة وسهم حصة الصبغ وهو للمضارب خاصة فيكون بدله له ولو باعها مساومة قسم الثمن على قيمة الثياب وعلى مازاد الصبغ فى الثياب فما أصاب قيمة الثياب كان على المضاربة وما أصاب قيمة الصبغ كان للمضارب وكان عليه اداء القرض لان فى بيع المساومة الثمن بمقابلة الملك فانما يقسم على قدر الملك ولو كان اشترى الزعفران بمائة درهم نسيئة فصبغ الثياب به كان هذا والذى كان استأجر الصباغ بمائة ليصبغها سواء فى جميع ما ذكرنا لان شراء الزعفران بالنسيئة استدانة فينفذ على رب المال وعلى المستدين ويكون الصبغ مشتركا بينهما نصفين فهو ومسئلة استئجار الصباغ لنصفها سواء ولو خرج المضارب بالمال الى مصر فاشترى بها كلها ثيابا ثم استكرى عليها بغلا بمائة درهم لحمله الى مصره فله أن يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان الكراء مما جرى الرسم به بين التجار بالحاقه رأس المال وقد بينا فى البيوع ان ماجرى العرف به بين التجار فى الحاقه برأس المال فله أن يلحقه به فى بيع المرابحة وعلى هذا أجر السمسار فان باعه مرابحة بالفى درهم كانت حصة المضارب من ذلك من كل أحد عشر سهما عشرة أسهم بينهما على شرطهما وحصة الكراء سهم واحد بينهما نصفان لان الثمن فى بيع المرابحة مقسوم على رأس المال الاول وذلك ألف درهم التى غرمها فى شراء الثياب والمائة التى غرمها فى الكراء فاذا جعلت كل مائة سهما كان على أحد عشر سهما سهم من ذلك حصة الكراء وهو استدانة فيكون بينهما نصفين ولو باعها مساومة كان جميع الثمن فى المضاربة على الشرط بينهما لان الثمن فى بيع

المساومة بمقابلة الملك والملك الذى تناوله البيع الثياب دون منفعة الحمل من مصر الى مصر وقد كان جميع الثياب على المضاربة فيكون الثمن كله فى المضاربة على الشرط بينهما بخلاف ماتقدم من مسئلة الصبغ لان الصبغ عين مال قائم فى الثوب يتناوله البيع ثم غرم الكراء على المضارب ورب المال نصفان لان المضارب كان مستدينا فيها بامر رب المال نفعله كفعلهما جميعا فلهذا كان غرم الكل عليهما نصفين ولو لم يكن استكرى به ولكنه استقرض مائة درهم فاستكرى بها باعيانها دواب يحمل علي كل دابة كذا وكذا ثوبا فله أن يبيعها مرابحة علي ألف ومائة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وان لم ينص عليه فى الكتاب وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يبيع الثياب مرابحة على ألف درهم ولا يدخل فى ذلك حصة الكراء وأصل المسئلة فيما اذا اكترى دواب للثياب بمائة من مال نفسه لان مااستقرض له خاصة ثم وجه قولهما انه متطوع فيما أدى من مال نفسه فى الكراء ولو تطوع انسان آخر بحمل الثياب على دوابه لم يكن للمضارب أن يلحق ذلك برأس المال فكذلك اذا تطوع المضارب به وأبو حنيفة رحمه الله يقول المضارب فى حمل الثياب كالمالك لانه محتاج الى ذلك لتحصيل حصة الربح والمالك لو استكري دواب للثياب المشتراة بماله كان له أن يلحق ذلك برأس المال فى بيع المرابحة فكذلك للمضارب أن يلحق الكراء برأس المال فيبيعها مرابحة على ألف ومائة فان باعها بالفين كانت عشرة أسهم من أحد عشر سهما من ذلك حصة المضاربة على شرطهما وسهم واحد للمضارب خاصة وان باعها مساومة كان الثمن كله مضاربة لان الثمن بمقابلة الثياب هنا والثياب كلها مال المضاربة وضمان الكراء فى مال المضاربة خاصة لانه هو المستقرض فعليه ضمان مااستقرضه فان قال المضارب لرب المال انما استكريت الدواب لك تحمل ثيابك وقال رب المال انما استكريت بمالك لنفسك ثم حملت ثيابى عليها فالقول قول رب المال لانه استكرى بالمائة التى استقرض بعينها وملك المائة للمضارب فاضافته العقد الى مال نفسه دليل علي انه استكراها لنفسه ولو لم يامره أن يعمل فى المضاربة برأيه فاشترى بها كلها ثيابا تساوى ألف درهم ثم اشترى من عنده عصفرا بمائة درهم فصبغها فهو ضامن للثياب لان ما اشترى من الصبغ له وقد خلط مال المضاربة به حين صبغ الثياب والمضارب بمطلق العقد لا يملك الخلط فيصير به غاصبا ضامنا وصاحب المال بالخيار ان شاء أخذ ثيابه وأعطاه مازاد العصفر فى ثيابه وان شاء ضمنه ثيابه غير مصبوغة ألف درهم فأخذها منه فكانت الثياب للمضارب بمنزلة مالو غصب ثوبا فصبغه فان

لم يختر شيأ من ذلك حتى باع المضارب المتاع بالفى درهم جاز بيعه لان عقد المضاربة باق بينهما ببقاء المال وان صار مخالفا ونفوذ بيع المضارب باعتبار اوكالة ووجوب الضمان عليه لا ينفي جواز بيعه بحكم الوكالة فيقسم الثمن على قيمة الثياب وما زاد الصبغ فيها فما أصاب زيادة الصبغ فهو للمضارب لانه بدل ملكه وما أصاب الثياب فهو بينهما على شرطهما لانه بدل مال المضاربة فان هلك الثمن من المضارب بعد ما قبضه فلا ضمان عليه فيه لانه ببيع الثياب خرج من أن يكون مخالفا والاختلاط الذى في الثمن حكمى وبه لا يكون المضارب مخالفا ضامنا فان كانت الثياب حين اشتراها المضارب تساوي ألفى درهم فصبغها بعصفر من عنده فان شاء رب المال ضمنه ثلاثة ارباع قيمة الثياب وسلم الثياب للمضارب وان شاء أخذ ثلاثة ارباع الثياب وأعطى المضارب مازاد الصبغ فى ثلاثة ارباعها لانه فى مقدار الربع عامل لنفسه بالصبغ فان مقدار حصته من الربح مملوك له فى الثياب وفى ثلاثة ارباعها هو مخالف لعمله فى مال رب المال بالخلط من غير أمره فتكون ثلاثة ارباع الثياب فى هذا الفصل نظير جميع الثياب في الفصل الاول فى حكم الضمان والخيار فان لم يختر شيأ حتى باعها المضارب جاز بيعه لبقاء عقد المضاربة بينهما بعد الصبغ وكان للمضارب حصة الصبغ من الثمن والباقي مضاربة بينهما على شرطهما ولو أن المضارب لم يصبغ الثياب ولكن قصرها بمائة درهم من عنده وذلك يزيد فيها أو ينقص منها فلا ضمان عليه فى ذلك ان زادت أو نقصت لانه لم يخلط بها شيأ من ماله وهو انما يصير ضامنا بالخلط لا بعمل القصارة (ألا ترى) انه لو كان في يده فضل من مال المضاربة كان له أن يقصر الثياب به ولا يكون مضمونا عليه ان زادت أو نقصت فكذلك اذا قصرها بمال نفسه بخلاف الصبغ فانه عين مال قائم فى الثوب فيصير بخلط مال المضاربة بماله ضامنا هناك فان باعها بربح أو وضيعة فهو على المضاربة لانه متبرع فيما غرم من مال نفسه فى قصارتها قيل هذا على قولهما فأما عند أبى حنيفة فينبغي أن يكون الجواب فى هذا كالجواب فى مسئلة الكراء لان مؤنة القصارة جرى الرسم بالحاقها برأس المال بمنزلة الكراء وكذلك لو اشترى بها ثيابا تساوى ألفا فصبغها أسود فهذا والقصارة سواء لان السواد نقصان وليس بزيادة ولا ضمان على المضارب فى ذلك لانه لم يخلط مالا من عنده بالمضاربة (ألا ترى) انه لا قيمة للسواد فى الثياب ولا يضمن النقصان الذى دخل فى الثياب لانه بمطلق عقد المضاربة يملك أن يصبغ الثياب بالسواد (ألا ترى) انه لو كان

فضل فى يده من مال المضاربة فصبغ الثياب بها سوادا لم يضمن وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله فأما على قولهما فالسواد كالصفرة والحمرة وقد بينا ذلك فى كتاب الغصب والاصح ان هذا فى ثياب ينقص السواد من قيمتها فأما فى ثياب يزيد السواد فى قيمتها فهو بمنزلة مالو صبغها أصفر أو أحمر ولو كان أمره أن يعمل فى المضاربة برأيه فاشترى بها ثيابا ثم صبغها بعصفر من عنده فهو شريك فى الثياب بما زاد العصفر فيها لانه يملك الخلط عند تفويض الامر فى المضاربة الى رأيه على العموم فلا ضمان عليه فى ذلك وأصل الثياب على المضاربة والصبغ فيه ملك للمضارب خاصة واذا دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالثلث وأمره أن يستدين على المال فاشترى بها وبثلاثة آلاف درهم جارية تساوي خمسة آلاف درهم فقبضها وباعها بخمسة آلاف درهم وقبض الدراهم فهلكت المضاربة الاولى والجارية وثمنها في يد المضارب فعلى المضارب تسعة آلاف أربعة آلاف لبائع الجارية لانه قبضها وهلكت فى يده وخمسة آلاف لمشترى الجارية لان بهلاكها قبل التسليم انفسخ البيع فيها فعليه رد المقبوض من الثمن ثم يرجع على رب المال بخمسة آلاف وخمسمائة واحد وأربعين درهما وثلثى درهم وعلى المضارب فى ماله بثلاثة آلاف واربعمائة وثمانية وخمسين وثلث لانه حين اشتراها اشتراها بأربعة آلاف فألف منها مال المضاربة وثلاثة آلاف كانت دينا عليهما نصفين نصف ذلك على المضارب وهو ألف وخمسمائة ثم باع الجارية بخمسة آلاف درهم فيكون هو في قبض الثمن عاملا لنفسه فى مقدار ألف وخمسمائة وحصتها من الربح وذلك فى الحاصل ثلاثة أثمان خمسة آلاف مقداره ألف وثمانمائة وخمسة وسبعون وخمسة أثمان هذه الخمسة الآلاف كانت على المضاربة مقدار ذلك ثلاثة آلاف ومائة وخمسة وعشرون حصة ألف المضاربة من ذلك ألف ومائتان وخمسون فتبين أن الربح فى مال المضاربة مائتان وخمسون وللمضارب ثلث ذلك وثلثه ثلاثة وثمانون وثلث فاذا ضممت ذلك الى ألف وثمانمائة وخمسة وسبعين يكون جملة ذلك ألفا وتسعمائة وثمانية وخمسين وثلثا فاذا ضممت اليه أيضا ألفا وخمسمائة يكون ذلك ثلاثة آلاف واربعمائة وثمانية وخمسين وثلثا هذا حاصل ما على المضارب وما زاد على ذلك الى تمام تسعة آلاف كله على رب المال وذلك خمسة آلاف وخمسمائة واحد وأربعون وثلثا درهم واذا جمعت حاصل ماوجب عليه متفرقا بلغ هذا المقدار فان هلكت الالف المضاربة أولا ثم هلكت الجارية والخمسة آلاف بعد ذلك معا والمسئلة على حالها فانه يؤدى تسعة آلاف درهم كما بينا ويرجع على رب المال بخمسة آلاف وستمائة وخمسة

وعشرين درهما لان الالف الاولى حين هلكت فقد لحق رب المال فى المضاربة ألف درهم دين وصارت المضاربة لا ربح فيها فلم يبق على المضارب الا حصته من الدين وربحها فأما حصة المضارب من الربح وذلك ثلاثة وثمانون وثلث كما بيناه فى المسئلة الاولى فيتحول غرم ذلك الى رب المال مع ما عليه من خمسة آلاف وخمسمائة واحد وأربعين وثلثين فيكون جميع ما عليه خمسة آلاف وستمائة وخمسة وعشرين درهما والله أعلم

باب الشهادة فى المضاربة

(قال رحمه الله) واذا أقر رب المال للمضارب بسدس الربح وقال المضارب لي نصف الربح وأقام شاهدين فشهد أحدهما أنه شرط له ثلث الربح وشهد الآخر أنه شرط له نصف الربح فالشهادة باطلة فى قياس قول أبى حنيفة لانه يشترط الموافقة بين الشهادتين لفظا ولم يوجد والثلث غير النصف واذا بطلت الشهادة كان للمضارب ما أقر به رب المال وهو السدس وفى قول أبى يوسف ومحمد الشهادة جائزة على ثلث الربح للمضارب لانهما يعتبران الموافقة بين الشهادتين معنى وقد اتفقا على مقدار الثلث فالشاهد بالنصف شاهد بالثلث وزيادة فيقضي القاضي له بثلث الربح ويبطل مازاد على ذلك الى تمام النصف لان الشاهد به واحد ولو كان ادعى المضارب نصف الربح فشهد له شاهد على نصف الربح وشهد له شاهد آخر ان رب المال شرط له ثلثي الربح فالشهادة باطلة عند أبى حنيفة وعندهما لان المضارب يكذب أحد شاهديه وهو الذي شهد له بأكثر مما ادعاه بخلاف الاول فهناك المضارب يدعي الاكثر فلا يكون مكذبا أحد شاهديه ولو قال رب المال دفعته اليك بضاعة وادعي المضارب انه شرط له مائتى درهم من الربح فالقول قول رب المال مع يمينه لان المضارب يدعي عليه أجر المثل فى ذمته ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه وان أقام المضارب شاهدين فشهد أحدهما انه شرط له مائتى درهم وشهد الآخر أنه شرط له مائة درهم ففى قول أبى حنيفة الربح كله لرب المال ولا شئ للمضارب على رب المال من أجر ولا غيره لان الشاهدين اختلفا فى المشهود به لفظا فتبطل الشهادة أصلا وعندهما له أجر مثله فيما عمل لانهما اتفقا على شرط المائة معنى فيوجب قبول شهادتهما على ذلك فكان للمضارب أجر مثله لفساد عقد المضاربة ولو ادعي المضارب أنه شرط مائتين وخمسين وشهد له شاهد بها وشاهد بمائة فله أجر مثله عندهم

جميعا لاتفاق الشاهدين على المائة لفظا ومعنى وان كان المضارب يدعي المائة لم تقبل الشهادة لانه مكذب أحد شاهديه فيما يشهد به من الزيادة على المائة ولو دفع الى رجلين ألف درهم مضاربة فعملا بها وربحا ربحا فادعي أحدهما انه شرط لهما نصف الربح وادعى الآخر أنه شرط لهما الثلث وادعي رب المال أنه شرط لهما مائة درهم من الربح فالقول قول رب المال لان المضارب يستحق الربح على رب المال بالشرط فهما يدعيان عليه استحقاق جزء من الربح ورب المال ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه فان أقاما شاهدين فشهد أحدهما بنصف الربح والآخر بثلث الربح ففى قياس قول أبى حنيفة لاتقبل هذه الشهادة لاختلاف الشاهدين فى المشهود به لفظا ويكون للمضاربين أجر مثلهما فيما عملا لان رب المال أقر لهما بذلك فيأخذان ذلك منه من الوجه الذي يدعيانه وعندهما الشهادة جائزة للمضارب الذي ادعي نصف الربح ويكون له من الربح سدسه لانه مدع للاكثر فلا يكون مكذبا أحد شاهديه ولكن الشهادة تقبل له فى مقدار ما اتفق الشاهدان عليه معنى وهو سدس الربح وللاخر أجر مثله لانه صار مكذبا أحد شاهديه وهو الذى شهد له باكثر مما ادعاه فاذا بطلت شهادتهماله كان له أجر مثله كما أقر به رب المال ومن كتاب المضاربة الصغيرة قال واذا اشترى المضارب بالمال وهو ألف درهم خادما ثم هلكت الالف فيرجع بمثلها على رب المال ونقدها ثم باع الخادم بثلاثة آلاف درهم فاشترى بها متاعا فهلكت قبل أن ينقدها فانه يرجع على رب المال بالفين وخمسمائة ويؤدى من عنده خمسمائة لانه حين رجع بمثل الالف التى هلكت على رب المال فقد لحق رب المال فى المضاربة دين ألف درهم وصار رأس ماله ألفين فلما باع الغلام بثلاثة آلاف فالفان من ذلك مشغولان برأس المال وألف ربح بينهما نصفان فحين اشترى بها متاعا كان هو فى الشراء بحصته من الربح عاملا لنفسه وذلك خمسمائة فيغرم ذلك من ماله وفى مقدار رأس المال وحصة رب المال من الربح عامل له فيرجع عليه بذلك وهو ألفان وخمسمائة فان باع المتاع بعد ذلك بعشرة آلاف كان للمضارب سدس الثمن لان سدس المتاع كان مملوكا فقد نقد ثمنه من مال نفسه فيكون سدس الثمن له من غير المضاربة وخمسة اسداس الثمن على المضاربة يستوفى منها رب المال ماغرم فى المرات وذلك أربعة آلاف وخمسمائة والباقى ربح بينهما وقال أبو يوسف اذا عمل الوصى بمال اليتيم فوضع أو ربح فقال عملت به مضاربة فهو مصدق فى حال الوضيعة لانه ليس مسلطا على التصرف فيما فى يده من مال اليتيم وهو

بمقابلته ينكر وجوب الضمان عليه فالقول قوله فى ذلك ولا يصدق فى حال الربح حتى يشهد قبل العمل انه يعمل به مضاربة لان الربح نماء المال فيكون مملوكا لليتيم بملك المال والوصي يدعى استحقاق بعض الربح لنفسه والقول قول الامين فى براءته عن الضمان لا فى استحقاق الامانة لنفسه الا أن يشهد قبل العمل فحينئذ يكون هذا اقرارا بما منه بملك استئنافه على ما بينا ان للوصى أن يأخذ مال اليتيم مضاربة فيعمل به ولو قال استقرضته لم يصدق وان كان فيه ربح حتى يشهد قبل العمل لان ماحصل من الربح مستحق لليتيم بملكه أصل المال فى الظاهر فالوصى يدعى استحقاق ذلك عليه لنفسه فلا يقبل قوله في ذلك وان أشهد قبل العمل فقد علمنا أنه فى التصرف عامل لنفسه ضامن لمال الصبي لانه ليس له أن يستقرض مال اليتيم لنفسه ولكن الفاسد من القرض معتبر بالصحيح فيكون الربح الحاصل بعمل له وان كانت فيه وضيعة فهو ضامن لها وان لم يشهد قبل العمل لانه فى قوله استقرضته أقر لليتيم على نفسه بالضمان وفى مقدار الوضيعة واقراره على نفسه حجة وكذلك لو دفعه الى رجل فعمل به ثم قال دفعته قرضا ليعمل به وصدقه ذلك الرجل فهو يقر له باستحقاق الربح واقراره فى مال اليتيم ليس بحجة وان قال مضاربة لليتيم أو بضاعة له وصدقه الرجل وفيه وضيعة فلا ضمان عليهما لان فى تصادقهما انتفاء الضمان عن العامل لا اثبات الاستحقاق له فى شئ من مال اليتيم وللوصى هذه الولاية فانه يودع مال اليتيم ويبضعه وان كان فيه ربح فهو لليتيم كله الا أن يشهد على ماصنع من ذلك قبل أن يعمل به لان الصبي صار مستحقا لجميع الربح بملكه أصل المال فاقرار لوصى بجزء منه للعامل يكون اقرارا فى مال اليتيم لغيره وذلك غير مقبول عن الوصى وكل هذا يسعه فيما بينه وبين الذى يعمل على ماقال ان كان صادقا لان الله تعالى مطلع على ضميرهما عالم بما كان منهما الا أن القاضى لايقبل قوله الا ببينة لان القاضى مأمور باتباع الظاهر وأصله فى الوصي اذا عرف وجوب الدين علي الميت فانه يسعه فيما بينه وبين ربه أن يقضي دينه من التركة ولكن ان علم به القاضي ضمنه اذا لم يكن لصاحب الدين بينة على حقه فهذا قياسه والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء الثانى والعشرون من كتاب المبسوط للامام السرخسي الحنفى رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الثالث والعشرون * وأوله كتاب المزارعة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المزارعة

(قال الشيخ الامام) الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان المزارعة مفاعلة من الزراعة والاكتساب بالزراعة مشروع أول من فعله آدم صلوات الله وسلامه عليه على ما روى انه لما أهبط الى الارض أتاه جبريل عليه السلام بحنطة وأمره بالزراعة وازدرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجرف وقال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه عز وجل وقال عليه الصلاة والسلام أطلبوا الرزق تحت خبايا الارض يعني عمل الزراعة والعقد الذي يجري بين اثنين لهذا المقصود يسمى مزارعة ويسمي مخابرة أيضا على ماروي عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما سميت مخابرة من تسمية العرب الزارع خبيرا وقيل هذا الاشتقاق من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر فسميت مخابرة بالاضافة اليهم وبيانه في الحديث الذي بدئ الكتاب به ورواه عن أبي المطرف عن الزهري قال حدثني من لا أتهمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود حين عاملهم على خيبر أقركم ما أقركم الله وفيه بيان ان المرسل حجة فان الزهري رحمه الله أرسل الحديث حين لم يبين اسم الراوى ورواه محمد رحمه الله مستدلا به على جواز المزارعة والمعاملة فقد عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على الشطر وفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دليل الجواز وتأويل ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله من وجهين أحدهما أن النبي صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر استرقهم وتملك أراضيهم ونخيلهم ثم جعلها في أيديهم يعملون فيها للمسلمين بمنزلة العبيد في نخيل مواليهم وكان في ذلك منفعة للمسلمين ليتفرغوا للجهاد بانفسهم ولانهم كانوا أبصر بذلك العمل من

المسلمين وما جعل لهم من الشرط بطريق النفقة لهم فانهم مماليك للمسلمين يعملون لهم فى نخيلهم فيستوجبون النفقة عليهم فجعل نفقتهم فيما يحصل بعملهم وجعل عليهم نصف مايحصل بعملهم ليكون ذلك ضريبة عليهم بمنزلة المولى يشارط عبده الضريبة اذا كان مكتسبا وقد نقل بعض هذا عن الحسين بن على رضى الله عنهما والثانى انه منّ عليهم برقابهم وأراضيهم ونخيلهم وجعل شطر الخارج عليهم بمنزلة خراج المقاسمة وللامام رأي فى الارض الممنون بها على أهلها ان شاء جعل عليها خراج الوظيفة وان شاء جعل عليها خراج المقاسمة وهذا أصح التأويلين فانه لم ينقل عن أحد من الولاة انه تصرف فى رقابهم أو رقاب أولادهم كالتصرف فى المماليك وكذلك عمر رضي الله عنه أجلاهم ولو كانوا عبيدا للمسلمين لما أجلاهم فالمسلم اذا كان له مملوك فى أرض العرب يتمكن من امساكه واستدامة الملك فيه فعرفنا ان الثانى أصح ثم بين لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مافعله من المن عليهم بنخيلهم وأراضيهم غير مؤبد بقوله عليه الصلاة والسلام أقركم ما أقركم الله وهذا منه شبه الاستثناء واشارة الى أنه ليس لهم حق المقام فى نخيلهم على التأبيد لانه علم من طريق الوحى انه يؤمر باجلائهم فتحرز بهذه الكلمة عن نقض العهد لانه كان أبعد الناس عن نقض العهد والغدر وفيه دليل ان المن المؤقت صحيح سواء كان لمدة معلومة أو مجهولة وان الغدر ينتفى بمثل هذا الكلام وان لم يفهم الخصم فانهم لم يفهموا مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد صح منه التحرز عن الغدر بهذا اللفظ قال وان بنى عذرة جاؤا الى رسول الله صلي الله عليه وسلم حين افتتح خيبر وجاءته يهود وادى القرى شركاء بنى عذرة بالوادى فاعطوا بايديهم وخشوا أن يغزوهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهؤلاء كانوا بالقرب من أهل خيبر وان اليهود بالحجاز كانوا ينتظرون ما يؤل اليه حال النبي صلي الله عليه وسلم مع أهل خيبر فقد كانوا أعز اليهود بالحجاز كما روى انه كان بخيبر عشرة آلاف مقاتل فلما صاروا مقهورين ذات سائر اليهود وانقادوا لطلب الصلح فمنهم يهود وادى القرى جاؤا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطوا بايديهم أى انقادوا له وطلبوا الامان وخشوا أن يغزوهم فكان هذا من النصرة بالرعب كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهر فلما أعطوا بايديهم والوادى حين فعلوا ذلك نصفان نصف لبنى عذرة ونصف لليهود فجعل رسول الله الوادى أثلاثا ثلثا له وللمسلمين وثلثا خاصة لبنى عذرة وثلثا لليهود فكان هذا بطريق الصلح من رسول الله صلى الله عليه

وسلم فدل أن للامام أن يصالح أهل بلده على بعض الاموال والاراضى اذا رضوا بذلك ثم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد هم باجلاء اليهود الى الشام على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجتمع فى جزيرة العرب دينان وقال عليه الصلاة والسلام ان عشت الى قابل لاخرجن نجران من جزيرة العرب وكان فى ذلك اظهار فضيلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفضيلة أمته حيث ان جزيرة العرب مولده ومنشاه طهر الله تلك البقعة عن سكنى غير المؤمن فيها وهى أفضل البقاع لان فيها الحرم وبيت الله تعالى حرم الله تعالى نعم مشاركة غير المؤمن مع المؤمن فى السكنى فيها الا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبض قبل ان يتم ذلك ولم يتفرغ أبو بكر الصديق رضي الله عنه لذلك لانه لم تطل مدة خلافته وقد كان مشغولا بقتال أهل الردة حتى اذا كان فى زمن عمر رضى الله عنه وكان قد سمع ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أجلي اليهود من خيبر وأمر يهود الوادى أن يتجهزوا بالجلاء الى الشام وكان المعنى فى ذلك أن اليهود انما جاؤا من الشام الى أرض الحجاز وكان مقصود رؤسائهم من ذلك طلب الحنيفية لما وجدوا فى كتبهم من بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونعت أمته وبذلك كان يوصي بعضهم بعضا فلما بعث الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنعوا من متابعته والانقياد للحق الذى دعا اليه حسدا وكفرا قال الله تعالى وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا الآية فجوزوا على سوء صنيعهم بان لايمكنوا من المقام فى أرض العرب وأن يعودوا الى الموضع الذى جاء من ذلك الموضع آباؤهم فلهذا اجلاهم عمر رضى الله عنه ثم احتج عليه يهود الوادى بقولهم انما نحن فى أموالنا قد أقرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقاسمنا ومعنى هذا الكلام الاشارة منهم الى الفرق بينهم وبين أهل خيبر فان خيبر قد افتتحها المسلمون فصارت مملوكة لهم فاما نحن فصالحنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاراضى فاقرنا فى أموالنا على ما كنا عليه فى الاصل ولم يظهر منا خيانة فليس لك أن تجلينا من أرضنا فقال لهم عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لكم أقركم ما أقركم الله يعنى أن هذا اللفظ كان استثناء من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلح الذى جرى بينه وبينكم فلايمنعنى ذلك من اجلائكم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عهد أن لايجتمع فى أرض العرب دينان وانى مجل من لم يكن له عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني عهدا خاصا سوى ذلك الصلح العام فقد كان ذلك مقيدا بالاستثناء وأنا

مقوم أموالكم هذه فمطيكم أعانها يعني بهذا الاجلاء لا أبطل حقكم عن أموالكم ولا أعلكها عليكم مجانا ولكني أعطيكم قيمتها وفيه دليل ان الملك الذي من الحرمة ما الملك المسلم وانه متى تعذر ابقاء العين في ملكه يجب ازالته بالقيمة ولهذا قلنا في الكافر اذا أسلم عبده يجبر على بيعه واذا أسلمت أم ولده تخرج الى الحرية بالسعاية في القيمة وفيه دليل ان الامام اذا أحس بالغدر من أهل بلدة من بلاد أهل الذمة وانهم يخبرون المشركين بعورات المسلمين يكون له أن يجليهم من تلك الارض الى أرض أخرى وانه يقوم من أملاكهم ما يتعذر نقله فيعطيهم عوض ذلك من بيت المال أو من أرض أخرى ان كانت لعامة المسلمين كما فعله عمر رضي الله عنه فانه أمر بأموالهم فقومت بتسعين ألف دينار فدفعها اليهم وأجلاهم وقبض أموالهم ثم قال لبني عذرة انا لن نظلمكم ولن نستأثر عليكم أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود فان شئتم أعطيتم نصف ما أعطيناهم وأعطيتكم نصف أموالهم وان شئتم سلمتم لنا البيع فتولينا الذي لهم وفيه دليل أن الشفعة تستحق بالشركة في العقار فقد كانت بنو عذرة في الوادي شركاء وان أحد الشركاء اذا اشترى فله الشفعة فيما اشترى كما للشريك الآخر وانما يشتريه الامام للمسلمين بمال بيت المسلمين ليستحق بالشفعة ولكن الاشكال في أنهم لم يطلبوا الشفعة حتى قال لهم عمر رضي الله عنه ما قال والشفعة تبطل بترك الطلب بعد العلم بالبيع فقيل هم قد طلبوا الشفعة وأظهروا ذلك بينهم ولكنهم احتشموا عمر رضي الله عنه فلم يجاهروه بذلك فلما بلغه طلبهم قال ما قال وقيل هم عمر رضي الله عنه أن ذلك بيع شرعي وأن لهم الشفعة بذلك فعند ذلك طلبوا الشفعة وقالوا بل نعطيكم نصف الذي أعطيتم من المال ونقاسمونا أموالهم فباعت بنو عذرة في ذلك الرقيق والابل والغنم حتى دفعوا الى عمر رضي الله عنه خمسة وأربعين ألف دينار فقسم عمر الوادي نصفين بين الامارة وبين بني عذرة وذلك زمان التحظير حين حظر عمر رضي الله عنه الوادي نصفين يعني جمع انصباء المسلمين في جانب وانصباء بني عذرة في جانب وكان ذلك أمرا عظيما قد اشتهر في العرب حتى جعلوه تاريخا وكانوا يسمون ذلك زمان التحظير فيقول بعضهم لبعضهم كنت زمان التحظير ابن كذا سنة كما يكون مثله في زماننا اذا حدث أمر عظيم في الناس يجعل التاريخ منه بمنزلة وقت الوباء وغيره وقال الزهري رحمه الله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صالح أهل خيبر أعطاهم النخل على أن يعملوا ويقاسمهم نصف الثمار وكان يبعث لقسمة ذلك عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم فيقول ان شئتم

فلكم وان شئتم فلنا وفى هذا الحديث بيان حكمين حكم المعاملة وقد بيناه وحكم الخرص فهو دليـل على أن للامام فى الاراضي التى يكون للامام خراجها خراج المقاسمة وفى الارض العشرية أن يبعث من يخرص الثمار والزروع على أربابها الا أن عند الشافعى هذا الخرص بمنزلة الكيل حتى اذا ادعوا النقصان بعد ذلك لا يقبل قولهم الا بحجة وعندنا هذا الخرص لا يكون ملزما اياهم شيئا لان الذي يخرص انما يقول شيأ بظن والظن لا يغني من الحق شيئا فالقول قولهم فى دعوى النقصان وعلى من يدعى عليهم الخيانة والسرقة اثبات ذلك بالبينة وعلى هذا الاصل جوز الشافعى رحمه الله بيع العرايا وهو بيع الثمر على رؤس النخل بتمر مجدود على الارض خرصا فيما دون خمسة أوسق وقال الخرص بمنزلة الكيل ولم يجوز ذلك علماؤنا رحمهم الله وقالوا الخرص ليس بمعيار شرعي تظهر به المماثلة فيكون هذا بيع الثمر بالتمر مجازفة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وتأويل مافعله عبد الله بن رواحة رضى الله عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين أحدهما أن ذلك كان على سبيل النظر للمسلمين منه حتى يتحرز اليهود من كتمان شئ فقد كانوا فى عداوة المسلمين بحيث لا يمتنعون مما يقدروا عليه من الاضرار بالمسلمين وقيل كان ابن رواحة مخصوصا بذلك حتى كان خرصه بمنزلة كيل غيره لا يتفاوت قد علم ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي أو كان له ذلك بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وبكونه مبعوث رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك بين فيما رواه بعد هذا ولا يوجد مثل ذلك في حق غيره ومعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلنا أي ان شئتم أخذتم على ماخرصت وأعطيتمونا نصف ذلك بعد الادراك وان شئتم أخذنا ذلك وأعطيناكم نصف ذلك بعد الادراك فهذا منه بيان أنه عدل فى الخرص ولم يمل الى المسلمين ولا قصد الحيف على اليهود وعن مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع خيبر الى أهلها الذين كانت لهم على أن يعملوها فاذا بلغت الثمار كان لهم النصف وللمسلمين النصف فبعث ابن رواحـة رضى الله عنـه فخرصها عليهم وقد بينا فائدة الحديث وفى اللفظ المذكور فى هذا الحديث دليل على ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله أنه منّ عليهم بأراضيهم وجعل عليهم نصف الخارج بطريق خراج المقاسمة وعن حجاج بن ارطاة قال سألت محمد بن على رضى الله عنه عن المزارعة بالثلث فالنصف فقال اعطي رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بالشطر وأبو بكر وعثمان وعلي رضى الله عنهم وأهلوهم الى يومهم هذا يفعلونه وفيه دليل جواز

استعمال القياس فقد سئل عن المزارعة وجوازها استدلالا بالمعاملة التى كانت بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل خيبر فى النخيل وقيل بل كانت بخيبر نخيل ومزارع فقد كان عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم معه فى المزارعة عقد مزارعة وفى هذا الحديث دليل لهما على أبى حنيفة رحمه الله فى جواز المزارعة والمعاملة وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر قال لليهود أقركم ماأقركم الله على أن التمر بيننا وبينكم فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن رواحة فخرص عليهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلنا فكانوا يأخذونه وفى هـذا الحديث بيان أن ماجرى بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبينهم كان على طريقة الصلح وقد يجوز من الامام المعاملة بين بيت المال وبين الكفار على طريق الصلح مالا يجوز مثله فيما بين المسلمين فيضعف من هذا الوجه استدلالهم بمعاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وفيه دليل هداية ابن رواحة رضى الله عنه فى باب الخرص فانهم كانوا أهل نخل وقد علموا انه أصاب فى الخرص حين رغبوا فى أخذ ذلك وعن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث ابن رواحة فيخرص بينه وبين اليهود قال فجمعوا له حليا من حلى نسائهم فقالوا هذا لك وخفف عنا وتجاوز فى القسم فقال يامعشر اليهود انكم أبغض خلق الله تعالى الى وما ذاك بحاملى على أن أحيف عليكم أما الذى عرضتم من الرشوة فهو سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والارض وانما طلبوا من ابن رواحة رضي الله عنه ماظهر منهم من الميل الى أخذ الرشوة وترك بيان الحق لاجله فانهم كتموا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعث أمته من كتابهم وحرفوا الكلم عن مواضعه بهذا الطريق كما قال الله تعالى ليشتروا به ثمنا قليلا فويل لهم مما كتبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون وما طلبوا منه التخفيف من غير ميل وخيانة فقد كان ابن رواحة رضى الله عنه يفعل ذلك من غير طلبهم وبه كان أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للخراصين خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والوصية ثم انه قطع طمعهم بما قال انكم من أبغض خلق الله تعالى الى وهكذا ينبغى لكل مسلم أن يكون فى بغض اليهود بهذه الصفة فانهم فى عداوة المسلمين بهذه الصفة كما قال الله تعالى لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود وقال عليه الصلاة والسلام ما خلا يهودي بمسلم الا حدثته نفسه بقتله وكان شكواهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كل وقت حتى قال

لو آمن بي اثنا عشر منهم آمن بي كل يهودي على وجه الارض يعني رؤساءهم ثم بين أن هذا البغض لا يحمله على الحيف والظلم عليهم فالحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فكيف يحمله ماعرضوا من الرشوة على الميل اليهم وقال أماالذى عرضتم من الرشوة فانهاسحت يعني تناول السحت من معامليكم دون المسلمين وقد وصفهم الله بذلك بقوله سماعون للكذب أكالون للسحت والسحت هو الحرام الذى يكون سببا للاستئصال مأخوذ من السحت قال الله تعالى فيسحتكم بعذاب وقد خاب من افترى أي يستأصلكم فقالوا بهذا قامت السموات والارض يعني ما يقوله حق وعدل وبالعدل قامت السموات والارض وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول في هذا الحديث اشارة الى أن أمتعة النساء وحليهن لم تزل عرضة لحوائج الرجال فان اليهود لحاجتهم الى ذلك تحكموا على نسائهم فجمعوا من حلي نسائهم حكي وأن رجلا من أهل العلم كانت له امرأة ذات يسار فسألها شيأ من مالها لحاجته الى ذلك فابت فقال لا تكوني أكفر من نساء خيبر كن يواسين أزواجهن بحليهن وأنت تأبي ذلك وعن ابن سيرين رحمه الله قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن رواحة رضي الله عنه الى خيبر فقال بعثني اليكم من هو أحب اليّ من نفسي ولانتم على أهون من الخنازير ولا يمنعني ذلك من أن أقول الحق هكذا ينبغي لكل مسلم أن يكون في محبة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذه الصفة فيكون رسول الله صلى الله عليه وسلم أحب اليه من نفسه وأهله وولده وماله لانه به نال العز في الدنيا والنجاة في الآخرة قال الله تعالى وكنتم على شفاحفرة من النار فانقذكم منها يعني بمتابعة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتصديقه وينبغي أن يكون اليهود عند كل مسلم بهذه الصفة والمنزلة أيضا فهم شر من الخنازير فيما أظهروا من عداوة رسول الله صلى الله عليه وسلم حسدا وتعنتا فكانه قال ذلك لانه قد مسخ منهم قردة وخنازير كما قال الله تعالى وجعل منهم القردة والخنازير واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاصر بني قريظة فسمع من بعض سفهائهم شتيمة فقال عليه الصلاة والسلام اتشتموني يااخوة القردة والخنازير فقالوا ما كنت فحاشا ياأبا القاسم قال وذلك لا يمنعني من أن أقول الحق فقالوا بهذا قامت السموات والارض أى بالحق ومخالفة الهوى والميل بها ثم قال قد خرصت عليكم نخيلكم ففيه دليل أن النخيل كانت مملوكة لهم وان ما كان يؤخذ منهم بطريق خراج المقاسمة فان شئتم فخذوه ولي عندكم الشطر وان شئتم أخذته ولكم عندي الشطر

نخدوه فان لكم فيه منافع فاخذوه فوجدوا فيه فضلا قليلا وهذا دليل على حذاقته فى باب الخرص وان خرصه بمنزلة كيل غيره حين لم يخف عليه الفضل اليسير وانما تجوز بذلك لان رسول لله صلى الله عليه وسلم كان أمره بالتخفيف فى الخرص ولم يترك النصيحة لهم فى الاخذ مع شدة بغضه اياهم فدل أنه لا ينبغى للمسلم أن يترك النصيحة لاحد من ولى أو عدو اذا كان لايخاف على نفسه لان نصيحته بحق الدين وعن الحسن بن على رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر وقال لكم السواقط قيل المراد من السواقط مايكسر من الاغصان من النخيل مما يستعمل استعمال الحطب والاصح أن المراد ما سقط من الثمار قبل الادراك فان ذلك مما لم يمكن ادخاره الى وقت القسمة لانه يفسد فشرط ذلك لهم دفعا للحرج عنهم وفيه دليل على أن مثل هذا يجعل عفوا فى حق المزارع والمعامل لانه لا يتأتى التحرز عنه الا بحرج والحرج مدفوع وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث ابن رواحة رضى الله عنه نخرص عليهم مائة وسق فقالت اليهود أشططتم علينا فقال عبد الله رضى الله عنه نحن نأخذه ونعطيكم خمسين وسقا فقالت بهذا تنصرون وقوله اشططتم علينا أى ظلمتمونا وزدتم فى الخرص والشطط عبارة عن الزيادة قال عليه السلام لا وكس ولا شطط وكان ذلك منهم كذبا وكانوا يعلمون ذلك ولكن كان من عادتهم الكذب وقول الزور مع علمهم بذلك كما وصفهم الله تعالى به بقوله وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فرد عليهم تعنتهم بما قال انا نأخذه ونعطيكم خمسين وسقا فقالوا بهذا تنصرون أى بالعدل والتحرز عن الظلم فالنصر موعود من الله تعالى للعادلين المتمسكين بالعدل والحق فى الدنيا والآخرة. قال الله تعالى ان تنصروا الله ينصركم يعنى ان تنصروا الله تعالى بالانقياد للحق والدعاء اليه واظهار العدل ينصركم ويثبت أقدامكم وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع واعلم بان المزارعة في جوازها اختلاف بين العلماء رحمهم الله وكان الخلاف فى الصدر الاول والتابعين رحمهم الله تعالى بعدهم واشتبهت فيها الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجمع محمد رحمه الله ما نقل من الآثار فى ذلك ثم بنى عليه بيان المسئلة من طريق المعنى فمن قال بجوازها من الصحابة رضى الله عنهم على رضى الله عنه ومعاذ رضى الله عنه على ما روى عن طاوس رحمه الله قال قدم علينا معاذ رضى الله عنه اليمن ونحن نعطى أراضينا بالثلث والربع فلم يعب ذلك علينا وفيه بيان ان ترك التكثر ممن تعين عليه البيان

دليل التقرير فقد كان معاذ رضى الله عنه متعينا للبيان لاهل اليمن لان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه اليهم ليبين لهم الاحكام واستدل بترك التكثر عليهم بعد ما اشتهر هذا العقد بينهم على جوازه ثم روى عنه انه أمضى ذلك وفى هذا تنصيص على الفتوى بالجواز وعن طاوس رحمه الله أنه سئل عن المخابرة فى الارض فقال خابروا على الشطر والثلث والربع ولا تخابروا على كيل معلوم فكان طاوسا تعلم من معاذ رضى الله عنه وفيه دليل أن المزارعة على كيل معلوم يشترطه أحدهما لا تجوز وبه يأخذ من يجوز المزارعة لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج بعد حصوله وعن موسى بن طلحة قال اقطع عمر رضي الله عنه خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن سعد بن مالك والزبير وخبابا ورأيت هذين يعطيان أرضهما بالثلث والربع وعبد الله وسعدا رضى الله عنهم والمراد عبد الله بن مسعود وقد ذكره مفسرا بعد هذا وهو من كبار فقهاء الصحابة وسعد بن مالك من العشرة وكانا يباشران المزارعة بالثلث والربع وفى الحديث دليل ان للامام ولاية الاقطاع فيما ليس بملك لانسان بعينه لان ما كان الحق فيه لعامة المسلمين فالتدبير فيه الى الامام وله أن يخص بعضهم بشئ من ذلك على حسب ما يرى كما يفعله فى بيت المال وعن أبى الاسود قال انا كنا نزارع على عهد علقمة والاسود رحمهما الله بالثلث والربع فما يعيبان ذلك علينا وهما من كبار أصحاب على وعبد الله رضى الله عنهما وفتواهما فى ذلك على موافقة فتوى على وعبد الله رضى الله عنهما حجة أيضا وعن محمد بن رافع بن خديج قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا الى قوم يطمس عليهم نخلا فجاء ارباب النخيل فقالوا يارسول الله ان فلانا قد طمس علينا نخلنا فقال عليه الصلاة والسلام قد بعثت رجلا فى نفسي أمينا فان أحببتم أن تأخذوا نصيبكم بما طمس والا أخذنا وأعطينا كم نصيبكم فقالوا هذا الحق وبالحق قامت السموات والارض والمراد بالطمس المذكور فى أول الحديث الحزر والمذكور ثانيا الظلم فالطمس هو الاستئصال ومنه يقال عين مطموسة قال الله تعالى فطمسنا أعينهم وكان الحديث فى ابن رواحة رضى الله عنه في أهل خيبر وان لم يفسره فى هذه الرواية وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثت رجلا فى نفسي أمينا فى معنى الرد لتعنتهم عليه وهكذا ينبغى للامام أن يختار لعمله من هو أمين عنده ثم يقبل قوله فيما يخبر به ولا يرده لطعن الطاعنين فالقائل بحق لا بد أن يطعن فيه بعض الناس فالناس أطوار وقليل منهم الشكور وقد تحقق تعنتهم لما خيرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقالوا هذا الحق وبالحق قامت السموات الارض وبيانه فى قوله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والارض وعن الضحاك رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه كان يكرى الارض الجرز بالثلث والربع وكان لا يرى بذلك بأسا والمراد به الارض البيضاء التى تصلح للزراعة قال الله تعالى أو لم يروا أنا نسوق الماء الى الارض الجرز وعمر رضى الله عنه كان ممن يري جواز المزارعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما دار عمر فالحق معه رضي الله عنه فهو حجة لمن يجوزها وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال لرافع بن خديج ما حديث بلغنى عن عمومتك في كراء المزارع فقال دخل عمومتى على رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم خرجوا الينا فأخبرونا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فقال ابن عمر رضى الله عنه قد كنت أعلم انا كنا نكرى الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لرب الارض ماء فى الربيع الساقى الذى يتفجر منه الماء وطائفة من الدين قال لا أدرى كم هو قال محمد رحمه الله وهـذا عندنا هو الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من كراء المزارع انهم كانوا يكرونها بشىء لا يدرون كم هو ولا ما يخرج وفيه دليل أن النهي العام يجوز أن يقيد بالسبب الخاص اذا علم ذلك فقد قيد ابن عمر رضى الله عنه النهى المطلق بما عرف من السبب والخصوصية وهو تأويل النهى عند من اجاز المزارعة قال المزارعة بهذه الصفة لا تجوز لانها تؤدي الى قطع الشركة فى الخارج مع حصولها فمن الجائز أن يحصل الخارج فى الجانب الذى شرط لاحدهما دون الجانب الاخر والربيع الساقى الماء وهو ماء السيل ينحدر من الموضع المرتفع فيجتمع فى موضع ثم يسقي منه الارض ولكن أبو حنيفة رحمه الله أخـذ بعموم النهى بحديثين رويا فى الباب عن رافع بن خديج رضى الله عنه أحدهما أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال رافع رضى الله عنه لي استأجرته فقال عليه الصلاة والسلام لا تستأجره بشىء منه وهـذا الحديث يمنع حمله على هذا التأويل والثانى ما روى عن رافع ابن خديج رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فقلت انا نكريها بما على الربيع الساقى فقال لا فقلت انا نكريها بالتبن فقال لا فقلت انا نكريها بالثلث والربع فقال عليه السلام لا ازرعها أو امنحها أخاك وهذا ان ثبت فهو نص وكان هذه الزيادة لم تثبت عند من يرى جوازها وانما الثابت القدر الذى رواه محمد رحمه الله عن رافع بن خديج رضى الله عنه أن أسد بن ظهير جاء ذات يوم الى قومه فقال يا بنى خارجة قد دخلت

عليكم اليوم مصيبة قالوا ماهي قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الارض قلنا يارسول الله انا نكريها بما يكون على الربيع الساقى من الارض فقال عليه السلام لا ازرعها أو امنحها أخاك وانما سمى ذلك مصيبة لهم لان اكتسابهم كان بطريق المزارعة وكانوا قد تعارفوا ذلك وكان يشق عليهم تركها ولو كان المراد التأويل الذى أشار اليه فى الحديث الاول لم يكن فى ذلك كبير مصيبة لتمكنهم من تحصيل المقصود بدفع الارض مزارعة بجزء شائع من الخارج فهو دليل لابى حنيفة رحمه الله وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك يدل على سدباب المزارعة عليهم بالنهى مطلقا وبه يستدل من يقول من المتعسفة انه لا يجوز استئجار الارض بالذهب والفضة لمقصود الزراعة ولكن ماروينا من حديث رافع بن خديج رضى الله عنه وهو قوله لي استأجرته دليل على جواز ذلك وقد ذكر بعد هذا آثارا تدل على جوازه والمراد هنا الانتداب الى ماهو من مكارم الاخلاق بأن يمنح الارض غيره اذا استغنى عن زراعتها بنفسه ولا يأخذ منه أجرا على ذلك وعن يعلى بن أمية وكان عاملا لعمر رضى الله عنه على نجران فكتب اليه يذكر له أرض نجران فكتب اليه عمر رضى الله عنه ما كان من أرض بيضاء يسقيها السماء أو تسقي سحا فادفعها اليهم لهم الثلث ولنا الثلثان وما كان من أرض تسقي بالغروب فادفعها اليهم لهم الثلثان ولنا الثلث وما كان من كرم يسقيه السماء أو يسقي سحا فادفعه اليهم لهم الثلث ولنا الثلثان وما كان يسقي بالغروب فادفعه اليهم لهم الثلثان ولنا الثلث والمراد بالاراضى التى هى لبيت المال حق عامة المسلمين أنه يدفعها اليهم مزارعة (ألا ترى) أنه فاوت فى نصيبهم بحسب تفاوت عملهم بين ما تسقيها السماء أو تسقي بالغروب وهى الدوالي فهو دليل لمن يجوز المزارعة وعن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فانهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال أخبرنى أعلمهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكنه قال يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ منه خرجا معلوما أو قال خراجا معلوما وكل واحد من اللفظين لغة صحيحة والمراد بقوله أعلمهم معاذ رضي الله عنه فكانه أشار به الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل أو قال ذلك لانه أخذ العلم منه وهكذا ينبغى لكل متعلم أن يعتقد فى معلمه أنه أعلم أقرانه ليبارك له فيما أخذ منه ثم قد دعاه عمرو بن دينار الى الاخذ بالاحتياط والتحرز عن موضع الشبهة والاختلاف فابى ذلك لانه كان يعتقد فيه الجواز كما تعلمه من

أستاذه وفيه دليل انه لا بأس للانسان من مباشرة مايعتقد جوازه وان كان فيه اختلاف العلماء رحمهم الله ولا يكون ذلك منه تركا للاحتياط فى الدين وقوله يمنح أحدكم أخاه اشارة الى انه نقدب الذى بيناه فى الحديث الاول وعن جعفر بن محمد عن أبيه قال لم ينه رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها حتى تظالموا كان الرجل يكرى أرضه ويشترط ما يسقيه الربيع والنطف فلما تظالموا نهى عنها والنطف جوانب الارض فهذا اشارة الي التأويل الذى ذكره محمد رحمه الله وأن النهى كان بناء على تلك الخصومة وكان تقييدا بها وعن ابن عمر رضى الله عنه قال كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركنا من أجل قوله يعنى من أجل روايته وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضى الله عنهم وأشار بهذا الى أنه يعتقد فى المزارعة الجواز ولكنه تركها لحيثية مطلق النهى المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكم من حلال يتركه المرء على طريق الزهد وان كان يعتقد الجواز على ماجاء فى الحديث لا يبلغ العبد محض الايمان حتى يدع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعن ابن عمر قال أكثر رافع رضى الله عنه على نفسه ليكريها كراء الابل معناه شدد الامر على نفسه بروايته النهى مطلقا من غير رجوعه الى سبب النهى ولاجل روايته يترك المزارعة ويكرى الارض بالذهب والفضة كراء الابل فهو دليلنا على جواز الاجارة فى الاراضى لمقصود الزراعة وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان اذا أكرى الارض اشترط على صاحبها أن لا يدخلها كلبا ولا يعذرها وهذا من التقرر الذى اختاره عمر رضى الله عنه ولسنا نأخذ به فلا بأس بادخال الكلب الارض لحفظ الزرع (ألا ترى) أن الحديث جاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى ثمن الكلب للصيد والحرث والماشية وقوله ولا يعذرها أى لا يلقى فيها العذرة وهو ماينفصل من بنى آدم وقد كان بين الصحابة خلاف فى جواز استعمال ذلك فى الارض فابن عمر رضى الله عنه كان لا يجوز ذلك وكذلك ابن عباس رضى الله عنهما كان ينهى عن القاء العذرة فى الارض وعن سعد رضي الله عنه أنه كان يجوز ذلك وهكذا روى عن أبى هريرة رضى الله عنه حتى كان يباشر ذلك بنفسه فعاتبه انسان على ذلك فجعل يقول مكيل بر بمكيل بر وعن أبى حنيفة فيه روايتان فى احدى الروايتين يجوز القاؤها فى الارض اذا كان غير مخلوط بالتراب وفى الرواية الاخرى لا يجوز ذلك الا مخلوطا وهو الظاهر من المذهب اذا صار مغلوبا بالتراب فحينئذ

يجوز القاؤها فى الارض ويجوز بيعها لان المغلوب فى حكم المستهلك فاما اذا كانت غير مخلوطة
بالتراب فلا يجوز بيعها ولا استعمالها فى الارض لنجاسة عينها بمنزلة الخمر وكانت هذه الحرمة
لاحترام بنى آدم فبيع السرقين والقاؤه فى الارض جائز ولكن لاحترام بني آدم لا يجوز
ذلك فى الرجيع وهو كالشعر فان شعر الآدمى لا ينتفع به بعد ما بان عنه بخلاف شعر سائر
الحيوانات وصوفها وعلى الرواية الاخرى عن أبى حنيفة اذا ألقاها فى الارض وخلطها
بالارض وصارت مستهلكة فيها يجوز استعمالها كذلك ولكن لا يجوز بيعها غير مخلوطة بالتراب
وعن خالد الحذاء قال كنت عند مجاهد فذكر حديث رافع بن خديج رضى الله عنه فى
كراء الارض فرفع طاوس يده فضرب صدره ثم قال قدم علينا معاذ رضى الله عنه اليمن وكان
يعطى الارض على الثلث والربع فنحن نعمل به الي اليوم ومعنى ماقاله طاوس أن معاذا
رضى الله عنه كان أعلمهم بالحلال والحرام وما كان يخفى عليه النهى الذى رواه رافع بن
خديج وقد كان باشر المزارعة بالثلث والربع فنحن نتبرم فى ذلك ونحمل النهى على ماحمله
معاذ رضى الله عنه فقد كان دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم وحمد الله تعالى لما وفقه لما رضى
به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن كليب بن وائل قال قلت لابن عمر رضى الله عنهما رجل
له أرض وماء وليس له بذر ولا بقر أعطانى أرضه بالنصف فزرعتها ببذري وبقرى ثم قاسمته
فقال حسن وفيه منه دليل على أن العالم يفتى بما يعتقد فيه الجواز وان كان لا يباشره فقد
روينا أن ابن عمر رضى الله عنهما ترك المزارعة لاجل النهى ثم أفتى بحسنها وجوازها للسائل
وعن جابر رضى الله عنه قال دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم مبشر فقال يا أم مبشر
من غرس هذا النخل مسلم أو كافر قالت بل مسلم قال عليه الصلاة والسلام لا يغرس المسلم
غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه انسان ولا دابة ولا سبع ولا طير الا كانت له صدقة يوم
القيامة وفى رواية وما أكلت العافية منها فهى له صدقة يعني الطيور الخارجة عن أوكارها
الطالبة لارزاقها وفيه دليل أن المسلم مندوب الى الاكتساب بطريق الزراعة والغراسة ولهذا
قدم بعض مشايخنا رحمهم الله الزراعة على التجارة لانها أعم نفعا وأكثر صدقة وقد باشرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروينا أنه ازدرع بالجرف وفى الحديث رد على من يكره
من المتصفة الغرس والبناء وقالوا انه يركن به الى الدنيا وينتقص بقدره من رغبته فى الآخرة
والآخرة خير لمن اتقى وهذا غلط ظنوه فانه يتوصل بهذا الاكتساب الى الثواب فى الآخرة

وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام نعم مطية المؤمن الدنيا الى الآخرة الغرس والبناء وان كان حسنا من كل واحد ولكن معنى القربة فيه اذا باشره المسلم دون الكافر فان الكافر ليس من أهل القربة وهو مأمور بتقديم الاسلام على الاشتغال بالغرس ولكن قد ورد أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن ربه عز وجل حيث قال عمروا بلادي فعاش فيها عبادي فلهذا قلنا هذا الفعل حسن من كل أحد وعن ابن المسيب رضي الله عنه انه كان لا يرى بأسا بكراء الارض البيضاء بذهب وفضة وعن جبير انه كان لا يرى بأسا باجارة الارض بدراهم أو بطعام مسمى وقال هل ذلك الا مثل دار أو بيت وهو حجة على مالك رحمه الله فانه لا يجوز اجارة الارض بالطعام لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لا يستأجر بشئ منه ولكنا نقول الارض غير منتفع بها كالدار والبيت وكل مايصلح ثمنا في البيع يصلح أجرة في الاجارة وتأويل النهي الاستئجار باجرة مجهولة معدومة هي على خطر الوجود كما يكون في المزارعة وهذا ينعدم في الاستئجار بطعام مسمي وربما يكون في هذا نوع رفق لان من يستأجر الارض للزراعة فأداء الطعام أجرة أيسر عليه من أداء الدراهم لقلة النقود في أيدي الدهاقين وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فهو يزرعها أو رجل منح أرضا فهو يزرع مامنح أو رجل استكرى أرضا بذهب أو فضة * والمزابنة بيع الثمر على رؤس النخل بتمر مجدود على الارض خرصا فالنهي عنها حجة لنا في افساد ذلك العقد * والمحاقلة قيل بيع الحنطة في سنبلها بحنطة والعرب تقول الحقلة تنبت الحقلة أي الحنطة تنبت السنبلة وقيل المحاقلة المزارعة وهذا أظهر فقد فسره عليه الصلاة والسلام بقوله انما يزرع ثلاثة فهو دليل لابي حنيفة على أن الانتفاع بالارض للزراعة مقصور على هذه الطرق الثلاثة وان المزارعة بالربع والثلث لا تكون صحيحة لان كلمة انما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ان أمثل ما أنتم صانعون أن يستكرى أحدكم الارض البيضاء بذهب أو فضة عاما بعام يعني أبعدها عن المنازعة والجهالة واختلاف العلماء رحمهم الله فان الامثل ما يكون أقرب الى الصواب والصحة وذلك فيما يكون أبعد عن شبهة الاختلاف وعن مجاهد قال اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم من عندي البذر وقال الآخر من عندي العمل وقال الآخر من عندي الفدان وقال الآخر من عندي الارض

فقضى في ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم والحق لزرع كله لصاحب البذر وألغى الارض وبهذا يأخذ من يجوز المزارعة فيقول المزارعة بهذه الصفة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان وهى البقر وآلات الزراعة على أحدهم مقصودا به وبما فيها من دفع البذر مزارعه على الانفراد وكل واحد من هذين مفسد للعقد ثم فى المزارعة الفاسدة الخارج كله لصاحب البذر لانه نماء بذره (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم ألحقه بصاحب البذر وألغى الارض يعني لم يجعل لصاحب الارض من الخارج شيأ الا أنه يستوجب على صاحب البذر أجر مثل أرضه بل يستوجب ذلك عليه كصاحب الفدان وقد أعطاه أجرا مسمى والمراد أجر المثل وصاحب العمل فقد أعطاه درهما كل يوم وتأويله أن ذلك كان أجر مثله فى عمله وكما أنه سلم لصاحب البذر منفعة الفدان والعامل بحكم عقد فاسد فقد سلم له منفعة الارض بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل وبهذا تبين أن المراد بالالغاء أنه لم يجعل لصاحب الارض شيأ من الخارج فكان الطحاوى لا يصحح هذا الحديث ويقول الخارج لصاحب الارض أورد ذلك فى المشكل وقال البذر يصير مستهلكا لان النبات يحصل بقوة الارض فيكون النابت لصاحب الارض وجعل الارض كالام وفى الحيوانات الولد يكون مملوكا لصاحب الام لا لصاحب الفحل ولكن هذا وهم منه والحديث صحيح وكل قياس بمقابلته متروك ثم فى الحيوانات توجد الحضانة من الام لماء الفحل فى رحمها وفى حجرها بلبنها ونموه بعد الانفصال فلهذا جعلت تابعة للام فى الملك وذلك لا يوجد فى الارض ثم الخارج نماء البذر (ألا ترى) أنه يكون من جنس البذر وقوة الارض ويكون بصفة واحدة ثم جنس الخارج يختلف باختلاف جنس البذر فعرفنا انه يكون نماء البذر فيكون لصاحب البذر وهذا هو الحكم فى كل مزارعة فاسدة أن للعامل أجر مثل عمله ان عمل بنفسه أو باجرائه أو بغلمانه أو بقوم استعان بهم بغير أجر ويكون الخارج لصاحب البذر فى هذه المسئلة بعينها قول جميع المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان المزارعة فاسدة على كل حال وعندهما المزارعة فاسدة هنا كما بينا ثم صاحب البذر يؤمر فيما بينه وبين ربه عز وجل أن ينظر الى الخارج فيدفع فيه مثل ما بذر ومقدار ما غرم فيه من الاجر لصاحب الارض ولصاحب العمل ولصاحب البقر فيطيب له ذلك عما غرم فيه ويتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه باعتبار فساد العقد والاصل فى المزارعة الفاسدة

انه متى ربى زرعه في أرض غيره يؤمر بالتصدق بالفضل وان ربى زرعه فى أرض نفسه بعقد فاسد لا يؤمر بالتصدق فى عقد فاسد وسيأتى بيان هذا الفصل فى موضعه ان شاء الله تعالى

باب المزارعة على قول من يجيزها فى النصف والثلث

(قال رحمه الله) اعلم أن المزارعة والمعاملة فاسدتان فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وفى قول أبى يوسف ومحمد وابن أبى ليلى هما جائزتان وقال الشافعى المعاملة فى النخيل والكروم والاشجار صحيحة ويسمون ذلك مساقاة والمزارعة لا تصح الا تبعا للمعاملة بان يدفع اليه الكرم معاملة وفيه أرض بيضاء فيأمره أن يزرع الارض بالنصف أيضا وقد قدمنا بيان الكلام من حيث الأخبار فى المسئلة فاما من حيث المعنى فهما يقولان المزارعة عقد شركة فى الخارج والمعاملة كذلك فتصح كالمضاربة وتحقيقه من وجهين أحدهما أن الربح هناك يحصل بالمال والعمل جميعا فتنعقد الشركة بينهما فى الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الجانب الآخر وهنا باعتبار عمل من أحد الجانبين وبذر وأرض من الجانب الآخر أو نخيل من الجانب الآخر والدليل على أن للعمل تأثيرا فى تحصيل الخارج أن الغاصب للبذر أو الارض اذا زرع كان الخارج له وجعل الزرع حاصلا بعمله والثانى أن بالناس حاجة الى عقد المضاربة فصاحب المال قد يكون عاجزا عن التصرف بنفسه والقادر على التصرف لا يجد مالا يتصرف فيه فجوز عقد المضاربة لتحصيل مقصودهما فكذلك هنا صاحب الارض والبذر قد يكون عاجزا عن العمل والعامل لا يجد أرضا وبذرا ليعمل فيجوز العقد بينهما شركة فى الخارج لتحصيل مقصودهما وفى هذا العقد عرف ظاهر فيما بين الناس فى جميع البلدان كما فى المضاربة فيجوز بالعرف وان كان القياس يأباه كالاستبضاع وبهذا الطريق جوز الشافعى رحمه الله المعاملة ولم يجوز المزارعة لان المعاملة بالمضاربة أشبه من المزارعة فان فى المعاملة الشركة فى الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما أن المضاربة الشركة فى الربح دون رأس المال وفى المزارعة لو شرط الشركة فى الفضل دون أصل البذر بان شرطا دفع البذر من رأس الخارج لم يجز العقد فجوزنا المعاملة مقصودا لهذا ولم نجوز المزارعة الا تبعا للحاجة اليها فى ضمن المعاملة وقد يصح العقد فى الشئ تبعا وان كان لا يجوز مقصودا

كالوقف فى المنقول وبيع الشرب وهذا كله بخلاف دفع الغنم معاملة بنصف الاولاد أو الالبان لان ذلك ليس فى معنى المضاربة فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشر ذلك باختياره فليس لعمل العامل تأثير فى تحصيل تلك الزيادة وليس فى ذلك العقد عرف ظاهر فى عامة البلدان أيضا ولهذا لو فعل الغاصب لم يملك شيأ من تلك الزوائد فاما هنا فلعمل الزارع تأثير فى تحصيل الخارج وكذلك لعمل العامل من السقي والتلقيح والحفظ تأثير في جودة الثمار لان بدون ذلك لا يحصل الا ما لا ينتفع به من الحشف فلهذا جوزنا المزارعة والمعاملة ولم نجوز المعاملة فى الزوائد التى تحصل من الحيوانات كدود القز والدباج وما أشبه ذلك وأبو حنيفة يقول هذا استئجار باجرة مجهولة معدومة فى وجودها خطر وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الاستئجار والاستئجار بما يكون على خطر الوجود فى معنى تعليق الاجارة بالخطر والاستئجار باجرة مجهولة بمنزلة بيع بثمن مجهول وكل واحد منهما عقد معاوضة يعتمد تمام الرضا ثم البيع بثمن مجهول يكون فاسدا فكذلك الاستئجار باجرة مجهولة وهذا القياس سنده الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وبيان ماذكرنا أن البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر للارض بما سمى لصاحبها من الخارج وفى حصول الخارج خطر ومقداره مجهول وان كان من قبل رب الارض فهو مستأجر للعامل والدليل على أن هذا اجارة لا شركة انه يتعلق به اللزوم من جانب من لا بذر من قبله وكذلك من جانب الآخر بعد القاء البذر فى الارض وعقد المعاملة يتعلق به اللزوم من الجانبين فى الحال والشركة والمضاربة لا يتعلق بهما اللزوم والدليل عليه أنه لا بد من بيان المدة واشتراط بيان المدة فى عقد الاجارة لاعلام ما تناوله العقد من المنفعة فاما فى الشركة والمضاربة فلا يشترط التوقيت ولا معنى لاعتبار العرف لان العرف يسقط اعتباره عند وجود النص بخلافه وقد وجد ذلك هنا وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وقوله عليه الصلاة والسلام فليعلمه أجره وكما وجد العرف هنا فقد وجد العرف فى دفع الدجاج معاملة بالشركة فى البيض والفروج وفى دفع البقر والغنم معاملة للشركة فى الاولاد والالبان والسمون وفى دفع دود القز معاملة للشركة فى الابريسم ومعنى الحاجة يوجد هنالك أيضا ثم لا يحكم بصحة شئ من ذلك باعتبار العرف والحاجة فهنا كذلك واذا ثبت فساد العقد على قوله كان الخارج كله

لصاحب البذر فان كان صاحب البذر هو العامل فعليه أجر مثل الارض فينبغي لصاحب الارض أن يشترى منه نصف الخارج بعد القسمة بما استوجب عليه من أجر المثل وكذلك يفعله العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض وبهذا الطريق يطيب لكل واحد منهما على قوله ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة والمعاملة وعلى أصول أبي حنيفة ان لو كان يرى جوازها وأبو حنيفة رحمه الله هو الذى فرع هذه المسائل لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله فى هذه المسئلة ففرع على أصوله ان لو كان يرى جوازها ثم المزارعة على قول من يجيزها تستدعي شرائط ستة أحدها التوقيت لان العقد يرد على منفعة الارض أو على منفعة العامل بعوض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت المدة معيارا للمنفعة بمنزلة الكيل والوزن وهذا بخلاف المضاربة فان هناك بالتصرف المال لا يصير مستهلكا فلا حاجة الى اثبات صفة اللزوم كذلك العقد وهنا البذر يصير مستهلكا بالالقاء فى الارض فبنا حاجة الى القول بلزوم هذا العقد لدفع الضرر من الجانبين ولا يكون ذلك الا بعد علم مقدار المعقود عليه من المنفعة والثانى أنه يحتاج الى بيان من البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان هو من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل فلا بد من بيان المعقود عليه وجهالة من البذر من جهته تؤدى الى المنازعة بينهما والثالث أنه يحتاج الى بيان جنس البذر لان اعلام جنس الاجرة لا بد منه ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس البذر والرابع أنه يحتاج الى بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق ذلك عوضا بالشرط فما لم يكن معلوما لا يصح استحقاقه بالعقد شرطا والخامس أنه يحتاج الى التخلية بين الارض وبين العامل حتى اذا شرط فى العقد ما تنعدم به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح العقد والسادس الشركة فى الخارج عند حصوله حتى ان كل شرط يؤدي الى قطع الشركة فى الخارج بعد حصوله يكون مفسدا للعقد ثم المزارعة على قول من يجيزها على أربعة أوجه أحدها أن تكون الارض من أحدهما والبذر والعمل والبقر وآلات العمل كله من الآخر فهذا جائز لان صاحب البذر مستأجر للارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها باجرة معلومة من الدارهم والدنانير صح فكذا اذا استأجرها بجزء مسمي من الخارج شائع والوجه الثانى أن تكون الارض والبذر والبقر والآلات من أحدهما والعمل من الآخر فهذا جائز أيضا لان صاحب الارض استأجر العامل

ليعمل بآلاته له وذلك صحيح كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة صاحب الثوب أو طيانا ليجعل الطين بآلة صاحب العمل والوجه الثالث أن تكون الارض والبذر من أحدهما والبقر والآلات من العامل وهذا جائز أيضا لان صاحب الارض استأجره ليعمل بآلات نفسه وهذا جائز كما اذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة نفسه أو قصارا ليقصر الثوب بآلات نفسه أو صباغا ليصبغ الثوب بصبغ له فكذلك هنا وهذا لان منفعة البقر والآلات من جنس منفعة العامل لان اقامة العمل يحصل بالكل فيجعل ذلك تابعا لعمل العامل في جواز استحقاقه بعقد المزارعة والرابع أن يكون البذر من قبل العامل والبقر من قبل رب الارض وهذا فاسد في ظاهر الرواية لان صاحب البذر مستأجر الارض والبقر واستئجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يجوز وهذا لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل به الخارج ومنفعة البقر يقام به العمل فلانعدام المجانسة لا يمكن جعل البقر تبعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة البقر مقصودا بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على أحدهما فقط والاصل فيه حديث مجاهد في اشتراك أربعة نفر كما بينا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أن هذا النوع جائز أيضا للعرف ولانه لما جاز أن يكون البقر مع البذر مشروطا على رب الارض في المزارعة فكذلك يجوز أن يكون البقر بدون الارض مشروطا عليه كما في جانب العامل لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل جاز أن يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر ثم في الوجوه الثلاثة ان حصل الخارج كان بينهما على الشرط وان لم يحصل الخارج فلا شيء لواحد منهما على صاحبه لان العقد انعقد بينهما شركة في الخارج ولئن كان اجارة فالاجرة يتعين محلها بتعيينهما وهو الخارج ومع انعدام المحل لا يثبت الاستحقاق وهكذا في الوجه الرابع على رواية أبي يوسف فأما في ظاهر الرواية فالخارج كله لصاحب البذر لانه نماء بذره فانه يستحقه الغير عليه بالشرط بحكم عقد صحيح ولم يوجد وعليه لصاحب الارض اجرة مثل الارض والبقر لانه صار مستوفيا منفعة أرضه وبقره بحكم عقد فاسد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويل قوله عليه اجر المثل لارضه وبقره أنه يغرم له أجر مثل الارض مكروبة فأما البقر فلا يجوز أن يستحقه بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد فالمنافع لا يتقوم الا بالعقد والاصح أن عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها

عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب اجر مثلها كما يجب أجر مثل الارض وزعم بعض أصحابنا أن فساد العقد هنا على أصل أبي حنيفة لانه فسد العقد فى حصة البقر ومن أصله أن العقد اذا فسد بعضه فسد كله فاما عندهما فينبغي أن يجوز العقد فى حصة الارض وان كان يفسد فى حصة البقر والاصح أنه قولهم جميعا لان حصة البقر لم يثبت فيه الاستحقاق أصلا وحصة الارض من المشروط مجهول فيفسد العقد فيه للجهالة وقد بينا نظيره فى الصلح اذا صولح أحد الورثة من العين والدين على شئ فى التركة وسواء أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فاجر المثل واجب لصاحب الارض والبقر لان محل وجوب الاجر هنا الذمة دون الخارج وانما يجب استيفاء المنفعة وقد تحقق ذلك سواء أحصل الخارج أم لم يحصل وقيل ينبغي فى قياس قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يزاد باجر مثل أرضه وبقره على نصف الخارج الذي شرط له وفى قول محمد يجب أجر المثل بالغا ما بلغ على قياس الشركة فى الاحتطاب وقد بيناه فى كتاب الشركة فان كان البذر من عند صاحب الارض واشترط أن يعمل عنده مع العامل والخارج بينهم أثلاث جازت المزارعة وللعامل ثلث الخارج والباقى كله لرب الارض لان اشتراط العبد على رب الارض والبذر كاشتراط البقر عليه في هذا الفصل وانه صحيح فكذلك اشتراط العبد عليه ثم المشروط للعبد ان لم يكن عليه دين فهو مشروط لصاحب الارض وان كان عليه دين ففى قولهما كذلك وفى قياس قول أبي حنيفة المولى من كسب عبده المديون كالاجنبي فكأنه دفع الارض والبذر مزارعة الى عاملين على أن لكل واحد منهما ثلث الخارج حتى أن في هذا الفصل لو لم يشترط العمل على العبد ففى قولهما المشروط للعبد يكون لرب الارض فيجوز العقد وفى قياس قول أبي حنيفة المشروط للعبد كالمسكوت عنه لانه لا يستحق شيأ من غير بذر ولا عمل والمسكوت عنه يكون لصاحب البذر وان كان البذر من العامل والمسئلة بحالها فالعقد فاسد لان اشتراط العمل على رب الارض كاشتراط البقر عليه وذلك مفسد للعقد وان كان شرط ثلث الخارج لعبد العامل فان كان البذر من قبل العامل ولا دين على العبد فالعقد صحيح ولرب الارض ثلث الخارج والباقى للعامل لان اشتراط العبد عليه كاشتراط البقر والمشروط لعبده ان لم يكن عليه دين كالمشروط له وان شرط لعبده ثلث الخارج ولم يشرط على عبده عملا فان كان على العبد دين ففى قول أبي يوسف ومحمد هذا جائز والمشروط للعبد يكون للعامل لانه يملك كسب عبده المديون وعند أبي حنيفة كذلك الجواب لان

المشروط للعبد كالمسكوت عنه اذا لم يشترط عليه العمل فهو للعامل لانه صاحب البذر بخلاف ما اذا شرط عليه العمل والعبد مديون لان العبد منه كاجنبي فكانه شرط عمل أجنبي آخر مع صاحب البذر على أن يكون له ثلث الخارج وذلك مفسد للعقد فى حصة العامل الآخر على ما بينه فى آخر الكتاب وان كان البذر من عند صاحب الارض واشترط أن يعمل هو مع العامل لم يجز لان هـذا الشرط يعدم التخلية بين العامل وبين الارض والبـذر وقد بينا نظيره فى المضاربة انه اذا شرط عمل رب المال مع المضارب يفسـد العقد لانعدام التخلية والحاكم رحمه الله فى المختصر ذكر فى جملة ما يكون فاسدا من المزارعة على قولهما يجمع بين الرجل وبين الارض ومراده أن يكون البقر والبذر مشروطا على أحدهما والعمل والارض مشروطا على الآخر وهذا فاسد الا فى رواية عن أبي يوسف يجوز هذا بالقياس على المضاربة لان البذر فى المزارعة بمنزلة رأس المال فى المضاربة ويجوز فى المضاربة دفع رأس المال الى العامل فكذلك يجوز فى المزارعة دفع البذر مزارعة الى صاحب الارض والعمل فاما فى ظاهر الرواية فصاحب البذر مستأجر للارض ولا بد من التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر فى عقـد الاجارة وتنعدم التخلية هنا لان الارض تكون فى يد العامل فلهذا فسد العقد ثم فى كل موضع صار الريع لصاحب البذر من قبل فساد المزارعة والارض له لم يتصدق بشئ لانه لا تمكن فى الخارج خبث فان الخارج نماء البذر بقوة الارض والارض ملكه والبذر ملكه واذا لم تكن الارض له تصـدق بالفضل لانه تمكن خبث فى الخارج فان الخارج انما يحصل بقوة الارض وبهذا جعل بعض مشايخنا الخارج لصاحب الارض عند فساد العقد ومنفعة الارض انما سلمت له بالعقد الفاسد لا بملكه رقبة الارض فيتصدق لذلك بالفضل ونعني بالفضل أنه يرفع من الخارج مقدار بذره وما غرم فيه من المؤن والاجر ويتصدق بالفضل وان كان هو العامل لا يرفع منه أجر مثله لان منافعه لا تتقوم بدون العقد ولا عقد على منافعه اذا كان البذر من قبله فلهذا لا يرفع أجر مثل نفسه من الخارج ولكن يتصدق بالفضل وما يشترط للبقر من الخارج فهو كالمشروط لصاحب البقر لان البقر ليس من أهـل الاسـتحقاق لنفسـه فالمشروط له كالمشروط لصاحبـه وما يشـترط للمسـاكين للخارج فهو لصاحب البذر لان المساكين ليس من جهتهم أرض ولا عمل ولا بذر واستحقاق الخارج فى المزارعة لا يكون الا باحد هذه الاشياء فكان المشروط لهم كالمسكوت عنه فيكون لصاحب البذر لان استحقاقه بملك

البذر لايشترط والاجرة تستحق عليه بالشرط فلا يستحق الا مقدار ماشرط له واذا لم يسم لصاحب البذر وسمي ماللآخر جاز لان من لا بذر من قبله انما يستحق بالشرط فاما صاحب البذر فيستحق بملكه البذر فلا ينعدم استحقاقه بترك البيان فى نصيبه وان سمى نصيب صاحب البذر ولم يسم ماللآخر ففى القياس هذا لايجوز لانهم ذكروا مالا حاجة بهم الى ذكره وتركوا مايحتاج اليه لصحة العقد ومن لا بذر من قبله يستحق بالشرط فبدون الشرط لايستحق شيأ ولكنه استحسن فقال الخارج مشترك بينهما والتنصيص على نصيب أحدهما يكون بيان أن الباقى للآخر قال الله سبحانه وتعالى وورثه أبواه فلامه الثلث معناه وللاب مابقى فكأنه قال صاحب البذر على أن لى ثلثى الخارج ولك الثلث واذا قال له اعمل ببذرى فى أرضى بنفسك وبقرك وأجرائك فما خرج فهو كله لى جاز والعامل معين لان صاحب الارض والبذر استعان به فى العمل حين لم يشترط له بمقابلته شيأ ولان الذي من جانب العامل منفعة والمنفعة لاتتقوم الا بالتسمية فى العقد فاذا لم يسم لم تتقوم منافعه وان قال على أن الخارج كله لك فهو جائز أيضا وصاحب الارض معير لارضه مقرض لبذره لانه شرط للعامل جميع الخارج ولا يستحق جميع الخارج الا بعد أن يكون البذر ملكا له ولتمليك البذر منه هنا طريقان أحدهما الهبة والثانى القرض فيثبت الادنى وهو القرض لانه متيقن به ثم البذر عين متقوم بنفسه فلا يسقط تقومه عنه الا بالتنصيص على الهبة ومنفعة الارض غير متقومة بنفسها فلا تتقوم الا بتسمية البدل بمقابلتها ولم يوجد فلهذا كان معير الارض مقرضا للبذر بمنزلة مالو دفع اليه حانوتا وألف درهم وقال اعمل بها فى حانوتى على أن الربح كله لك فانه يكون مقرضا للالف معيرا للحانوت ولو قال ازرع فى أرضى كرا من طعامك على أن الخارج كله لى لم يجز هذا العقد لانه دفع الارض مزارعة بجميع الخارج وحكى عن عيسي بن أبان رحمه الله انه قال يجوز هذا لانه لما شرط جميع الخارج لنفسه ولا يكون ذلك الا بملك البذر فكأنه استقرض منه البذر وأمره بان يزرعه فى أرضه فيصير قابضا له باتصاله بملكه وقد بينا نظير هذا فى كتاب الصرف ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان الاصل أن يكون الانسان فى القاء بذره فى الارض عاملا لنفسه وقوله على أن الخارج لى محتمل بجواز أن يكون المراد الخارج لى عوضا عن منفعة الارض ويجوز أن يكون المراد الخارج لى بحكم استقراض البذر والمحتمل لايترك الاصل به ولا يثبت تمليك البذر منه بالمحتمل فكان الخارج كله لصاحب

البذر وعليه أجر مثل الارض لان صاحب الارض ابتغى عن منفعة أرضه عوضا ولم ينل فله أجر مثله أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج ولو قال ازرع لي في ارضي كرا من طعامك على أن الخارج لي أو على أن الخارج نصفين جاز على ماقال والبذر قرض على صاحب الارض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان قوله ازرع لي تنصيص على استقراض البذر منه فانه لا يكون عاملا له الا بعد استقراضه البذر منه فكان عليه بذرا مثل ما استقرض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لانه صار قابضا له باتصاله بملكه ثم ان كان قال ان الخارج بيننا نصفان فهي مزارعة صحيحة وان قال على أن الخارج لي فهو استعانة فى العمل وكان محمد بن مقاتل رحمه الله يقول ينبغي أن يفسد العقد هنا لانه مزارعة شرط فيها القرض اذا قال على أن الخارج بيننا نصفان والمزارعة كالاجارة تبطل بالشرط الفاسد ولكن فى ظاهر الرواية قال الاستقراض مقدم على المزارعة فهذا قرض شرط فيه المزارعة والقرض لا يبطل بالشروط الفاسدة كالهبة وفى الاصل استشهد فقال أرأيت لو قال اقرضني مائة درهم فاشتر لي بها كرا من الطعام ثم ابذره فى أرضي على أن الخارج بيننا نصفان ألم يكن هذا جائزا فكذلك ماسبق الا أن هذا مكروه لانه فى معنى قرض جر منفعة ولو دفع بذرا الى صاحب الارض على أن يزرعه فى أرضه على أن الخارج بينهما نصفان فهو فاسد وهذه مسئلة دفع البذر مزارعة وقد بينا قول أبي يوسف رحمه الله وحكم هذه المسئلة على ظاهر الرواية نفي الاشكال فى أنه أوجب لصاحب الارض اجرا مثل أرضه ولم يسلم الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه اجر مثله ولكنا نقول صارت منفعته ومنفعة الارض حكما كانها مسلمة الى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بأمره فى القاء البذر كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين جميعا وان قالا على أن الخارج لصاحب البذر فهو جائز وصاحب البذر معين له فى العمل معير لارضه لانه ماشرط بازاء منافعه ومنافع أرضه عوضا فيكون متبرعا بذلك كله وان قال ازرعه لي فى أرضك على أن الخارج لك لم يجز لانه نص على استئجار الارض والعامل بجميع الخارج حين قال ازرعه لي فى أرضك والخارج كله لصاحب البذر وعليه للعامل اجر مثل أرضه وعمله وان قال ازرعه فى أرضك لنفسك على أن الخارج لي لم يجز لان قوله ازرعه لنفسك تنصيص على اقراض البذر منه ثم شرط جميع الخارج لنفسه عوضا عما أقرضه وهذا شرط فاسد لان القرض مضمون بالمثل شرعا ولكن

القرض لا يبطل بالشرط الفاسد والخارج كله لرب الارض وعليه مثل ذلك البذر لصاحبه ولو دفع اليه الارض على أن يزرع ببذره وبقره ويعمل فيها معه هذا الاجنبي لم يجز ذلك فيما بينهما وبين الاجنبي وهو فيما بينهما جائز وثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر لان صاحب البذر استأجر بثلث الخارج وذلك فاسد كما لو كانت الارض مملوكة له وهذا فيما بينهما في معنى اشتراط عمل رب الارض مع العامل ولكنهما عقدان مختلفان أحد العقدين على منفعة الارض والآخر على منفعة العامل فالمفسد فى أحدهما لا يفسد الآخر فلهذا كان لصاحب الارض ثلث الخارج والباقى كله لصاحب البذر وعليه اجر مثل الرجل الذى عمل معه وقد أجاب بعد هذا فى نظير هذه المسئلة فقال يفسد العقد كله وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فانه قال هناك على أن يعمل معه الرجل الآخر فبهذا اللفظ يصير العقد الفاسد مشروطا فى العقد الذى جرى بين صاحب الارض وبين صاحب البذر فيفسد كله وهنا قال ويعمل معه الرجل الآخر والواو للعطف لا للشرط فقد جعل العقد الفاسد معطوفا على العقد الصحيح لا مشروطا فيه فلهذا لم يفسد العقد بين صاحب الارض وصاحب البذر ولو كان البذر من قبل رب الارض كانت المزارعة جائزة والخارج أثلاثا كما اشترطوا لان صاحب الارض والبذر استأجر عاملين وشرط لكل واحد منهما ثلث الخارج وذلك صحيح والله أعلم بالصواب

باب ما للمزارع أن يمنع منه بعد العقد

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا مزارعة بالنصف يزرعها هذه السنة ببذره وبقره ولما تراضيا على ذلك قال الذى أخذ الارض مزارعة قد بدا لى فى ترك زرع هذه السنة أو قال أريد أن أزرع أرضا أخرى سوى هذه فله ذلك لان المزارعة على قول من يجيزها اجارة والاجارة تنقض بالعذر وترك العمل الذى استأجر العين لاجله عذر له فى فسخ العقد كمن استأجر حانوتا ليتجر فيه ثم بدا له ترك التجارة يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وكذلك لو استأجر أرضا بدراهم أو بدنانير ليزرعها ثم بدا له ترك الزراعة يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وهذا لان الاجارة جوزت لحاجة المستأجر ففى الزام العقد اياه بعد ما بدا له ترك ذلك العمل اضرار به فيؤدي الى أن يعود الى موضوعه بالابطال والضرر عذر فى فسخ العقد

اللازم وكذلك ان قال أريد أن أزرع أرضا أخرى لان البذر من قبله وفى القاء البـذر فى الارض اتلاف البذر وقد يحصل الخارج وقد لا يحصل الخارج وفى الزام العقد صاحب البذر قبـل الالقاء فى الارض اضرار به من حيث انه يلزم اتلاف ملكه وذلك لا يجوز ثم له فى ترك هذه الارض وزرعه أرضا أخرى غرض صحيح فتلك الارض مملوكة له أو يمنحه اياها صاحبها أو تكون أكثر ريعا من هذه الارض فلا يجوزلنا أن نلزمـه زراعة هذه الارض شاء أو أبى وهكذا لو كان استأجرها بدراهم أو دنانير الا أن هناك لا يفسخ العقد اذا أراد زراعة أرض أخرى لان فى ابقاء العقد بينهما مع اختياره أرضا أخرى للزراعة منفعة لصاحب الارض وهو أنه استوجب الاجر دينا فى ذمتـه بالتمكن من الانتفاع وان لم يزرع وفى المزارعة لافائدة فى ابقاء العقد مع امتناعه من زراعة هذه الارض لان حق صاحب الارض فى الغلة والغلة لا تحصل بدون الزراعة فلهذا قلنا يفسخ العقد بينهما ثم فى الاستئجار بالدراهم اذا أراد ترك الزراعة أصلا يكون ذلك عذرا لانه يتحرز عن اتلاف البذر بالقائه فى الارض واذا أراد أن يزرع أرضا أخرى لا يكون ذلك عذرا له وذلك لا يصير مستحقا له بمطلق العقد واذا كان البذر من جهة رب الارض أجبر العامل على أن يزرعها ان أراد ترك لزراعة سنته تلك أو لم يرد لان العامل هنا أجير لرب الارض وعلى الاجير الايفاء بما التزم بعد صحة العقد وهذا لانه ليس في ايفاء العقد الحاق ضرر به سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم بالعقد اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه بالعقد وموجب العـقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما فى الفصل الاول ففى الزام العقد اياه الحاق ضرر به فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بمعقود عليه وفى القائه فى الارض اتلافه وان بدا لرب الارض والبذر ان يترك الزراعـة فى تلك الارض أو فى غـيرها فله ذلك لانه فى الزام العقد اياه اتلاف بذره والبذر ليس بمعقود عليه فلا يجوز أن يلزمه اتلافه بالالقاء فى الارض انما هو موهوم عسى يحصل وعسى لا يحصـل وان كان البذر من العامـل لم يكن لصاحب الارض أن يمنع الزارع من الزراعة لانه مؤجر لارضه ولا يلحقه بايفاء العقد ضرر فيما لم يتناوله العقد وانما الضرر عليه في الزام تسليم الارض وقد التزم ذلك بمطلق الزراعة الا أن يكون له عذر والعذر دين لا يقدر على قضائه الا من ثمن هذه الارض فان حبس فيه كان له أن يبيعها لقضاء الدين لان فى ايفاء العقد هنا الحاق الضرر به فيما لم يتناوله العـقد وهو تمينه وقد بينا فى كتاب الاجارات ان

مثل هذا عذر له فى فسخ الاجارة وانه ينفسخ العقد بنفسه فى احدى الروايتين وفى الرواية الاخرى القاضي هو الذي يتولى ذلك ببيعه فى الدين على مافسره فى الزيادات ولو دفع نخلا له معاملة بالنصف ثم بدا للعامل ان يترك العمل أو يسافر فانه يجبر على العمل أما اذا بدا له ترك العمل فلان فى ايفاء العقد لا يلحقه ضرر لم يلتزمه بالعقد لانه التزم بالعقد اقامة العمل ولا يلحقه سوى ذلك وأما فى السفر فقد ذكر فى غير هذا الموضع أن ذلك عذر له لان بالامتناع يلحقه ضرر لم يلتزمه بالعقد وفيما ذكر هنا لايكون عذرا له لانه يتعلل بالسفر ليمتنع من اقامة العمل الذى التزمه بالعقد وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فهنالك وضع المسئلة فيما اذا شرط عليه اقامة العمل بيده وبعد السفر لا يتمكن من ذلك ولا يجوز أن يحول بينه وبين سفر يبتلى به فى المدة لما فى ذلك من الضرر عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا لم يشترط عليه العمل بيده فهو متمكن من اقامة العمل باجرائه وأعوانه وغلمانه بعد السفر بنفسه فلا يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وكذلك ان بدا لصاحب النخيل أن يمنع العامل منه ويعمل بنفسه أو يدفعه الى عامل آخر فذلك لايكون عذرا له فى الفسخ بخلاف من البذر من قبله فى باب المزارعة لان هنالك هو يحتاج الى اتلاف بذره بالالقاء فى الارض وهنا رب النخيل لايحتاج الى ذلك فيكون العقد لازما من جانبه بنفسه كما فى جانب العامل وانما العذر من جانبه أن يلحقه دين فادح لاوفاء عنده الا من ثمن النخل فاذا حبس فيه كان ذلك عذرا له فى فسخ المعاملة للبيع فى الدين كما بينا فى الارض والله أعلم

باب الارض بين رجلين يدفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة

(قال رحمه الله) واذا كانت الارض بين رجلين فدفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها هذه السنة ببذره وبقره على أن الخارج بينهما نصفان فالمزارعة فاسدة لان الدافع كانه قال لصاحبه ازرع نصيبك من الارض ببذرك على أن الخارج كله لك وهذه مشهورة صحيحة أوقال وازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج كله لى وهذا فاسد لانه دفع الارض مزارعة بجميع الخارج وهى مطعونة عيسى رحمه الله وقد بيناها بالامس * فان قيل لماذا لم يجعل كانه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج بيننا نصفين وازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج بيننا نصفين حتى تصح المزارعة فى نصيب الدافع من الارض * قلنا لانه يكون ذلك منه

انتهاب المعدوم وطمعا فى غير مطمع وهو أن يشترط لنفسه جزأ مما أخرجه نصيب صاحبه من غير أن يكون منه أرض أو بذر أو عمل والعاقل لا يقصد ذلك بكلامه عادة فلذلك حملناه على الوجه الاول وأفسدنا المزارعة والخارج كله للزارع لانه نماء بذره وعليه أجر مثل نصف الارض لصاحبه لانه استوفى منفعة نصيبه من الارض بعقد فاسد ويطيب له نصف الخارج لانه ربى نصف الزرع فى أرض نفسه ولا فساد فى ذلك النصف ويأخذ من النصف الآخر ما أنفق فيه وغرم ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض الغير بسبب فاسد فيتصدق بالفضل ولو كان البذر من الدافع فالعقد فاسد لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي من الارض ببذرى على أن الخارج كله لى وهذه استعانة صحيحة لو اقتصر عليها ولكنه قال وازرع نصيبك من الارض ببذرى على أن الخارج كله لك وهذا أيضا اقراض صحيح للبذر لو اقتصر عليه ولكن الجمع بينهما يظهر الفساد باعتبار انه جعل بازاء عمله فى نصيب الدافع منفعة اقراض البذر اياه أو تمليك البذر منه هبة فى مقدار مايزرع به نصيب نفسه فلهذا فسد العقد والزرع كله للدافع لان اقراض شئ من البذر غير منصوص عليه وانما كنا نثبت التصحيح للعقد بينهما وليس فيه تصحيح العقد فلا يجعل مقرضا شيا من البذر منه فلهذا كان الخارج كله لصاحب البذر وللعامل عليه أجر مثل عمله وأجر حصته من الارض لان منفعة حصته من الارض ومنفعة عمله سلمت للدافع بعقد فاسد ويطيب له نصف الريع لانه رباه فى أرض نفسه ويأخذ من النصف الآخر نصف البذر وما غرم من أجر مثل نصف الارض ونصف أجر مثل العامل ويتصدق بالفضل لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو كان البذر من العامل على أن ثلثي الخارج له وللدافع الثلث جاز لان تقدير كلامه كانه قال ازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج كله لك وهى مشهورة صحيحة وازرع نصيبي ببذرك على أن ثلثي الخارج منه لي والثلث لك وهى مزارعة صحيحة ولا يتولد من الجمع بينهما فساد فكان الخارج بينهما على الشرط ولو كان البذر من الدافع كان العقد فاسدا لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي ببذرى على أن لك ثلث الخارج وهذا صحيح ولكنه قال وازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج كله لك وهذا اقراض للبذر لو اقتصر عليه الا أنه باعتبار الجمع بينهما يظهر الفساد من حيث انه جعل له بالعمل فى نصيبه من الارض ثلث الخارج ومنفعة اقراض نصف البذر وكذلك ان كان شرط الثلثين للدافع

لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج كله لي وهذه استعانة صحيحة وانكه قال وازرع نصيبك ببذرى على أن لى ثلث الخارج وهذا دفع البذر مزارعة الى صاحب الارض فلهذا كان فاسدا ولو كان البذر بينهما نصفين على أن ثلثى الخارج للعامل وثلثه للآخر فهذا فاسد لان الدافع شرط للعامل ثلث الخارج من نصيبه من البذر وذلك فاسد لان عمله يلاقى بذرا أو زرعا مشتركا بينهما وأحد الشريكين بعمله فيما هو فيه شريك لايستوجب الاجر على صاحبه فلهذا فسد العقد والخارج بينهما نصفان طيب لهما لان البذر بينهما نصفان وكل واحد منهما انما ربى زرعه فى أرضه ولا أجر لواحد منهما على صاحبه لان العامل انما عمل فيما هو فيه شريك وهو لعمله فيما هو فيه شريك لا يستوجب الاجر لان شريكه فى المعمول يمنع تسليم العمل الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر فاسدا كان العقد أو جائزا وكذلك لو شرط الثلثين للدافع ومعنى الفساد هنا أبين لان الدافع شرط لنفسه جزأ مما يحصل فى أرض العامل ببذره من غير أن يكون له فى ذلك أرض ولا بذر ولا عمل ولو اشترطا أن الخارج بينهما نصفان فهذا جائز لان العامل معين للدافع هنا فان المشروط لكل واحد منهما بقدر حصته من البذر فكانه قال ازرع أرضك ببذرك على أن الخارج كله لك وازرع أرضى ببذرى على أن الخارج كله لي وهذه استعانة صحيحة فيكون العامل معينا له فى نصيبه ولو اشترطا ثلثى البذر على الدافع وثلثه على العامل والريع نصفان فهذا فاسد لان الدافع يصير كانه قال ازرع أرضى ببذرى على أن الخارج كله لى وازرع أرضك ببذرك وبذرى على أن الخارج كله لك وباعتبار الجمع بين هذين العقدين يفسد العقد لانه جعل له بازاء عمله فى نصيبه منفعة اقراض ثلث البذر وذلك فاسد ولانه أوجب له جزأ من الخارج من بذره بعمله فيما هو شريك فيه وذلك فاسد وما خرج فثلثاه لصاحب ثلثى البذر وثلثه لصاحب ثلث البذر على قدر بذرهما والاجر للعامل لانه عمل فى شئ هو شريك فيه ولا يتصدق صاحب الثلث بشئ منه لانه رباه في أرض نفسه وصاحب الثلثين يغرم أجر مثل سدس الارض للعامل لانه استوفى منفعة ثلث نصيبه من الارض بعقد فاسد والشركة فى الارض لاتمنع وجوب الاجر على الشريك كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك ثم يطيب له نصف الزرع لانه رباه فى أرضه ويبقى سدس الزرع فيستوفى منه ربع بذره وما غرم من أجر مثل سدس الارض ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه فى

أرض غيره فى ذلك الجزء بسبب فاسد ولو اشترطا أن ثلث البذر على الدافع وثلثيه على العامل والخارج نصفان فهو فاسد لانه يصير كأنه قال ازرع ببذرك نصيبك على أن الخارج كله لك وازرع نصيبي ببذري وبذرك على أن الخارج كله لي وهذه مطعونة عيسى رحمه الله والعقد فيها فاسد على رواية الكتاب لان فى الجزء المشروط على العامل من البذر استئجار الارض بجميع ما تخرجه وذلك فاسد فيكون للعامل ثلثا الربع وعليه سدس اجر مثل الارض لانه ربى زرعه فى ثلث نصيب صاحبه وذلك سدس الارض بعقد فاسد فيلزمه اجر مثل ذلك ويطيب له نصف الربع ويرفع من السدس الباقى ربع نصيبه من البذر وما غرم من الاجر ويتصدق بالفضل وثلث الربع طيب للدافع لانه رباه فى أرض نفسه ولو اشترطا البقر على الدافع والبذر على العامل والخارج نصفان فهذا فاسد لانه يصير كأنه قال ازرع نصيبك ببذرك وبقري على أن الخارج كله لك وازرع نصيبي ببذري وبذرك على أن الخارج كله لى وهذا فاسد من وجهين أحدهما ما بينا والثانى أنه جعل له بازاء عمله فى نصيبه منفعة البقر ليعمل به فى نصيب نفسه ولو كان البذر كله من العامل والبقر من الدافع والشرط أن يكون الخارج بينهما نصفين فهو فاسد لانه جعل بازاء منفعة عمله فى نصيب منفعة البقر له بزراعته نصيب نفسه وذلك مفسد للزراعة ثم الخارج كله لصاحب البذر وللآخر مثل أجر بقره واجر مثل نصف الارض يستوفى الزارع نصف الخارج فيطيب له ويأخذ من النصف الآخر نصف البذر ونصف أجر البقر ونصف اجر مثل الارض ويتصدق بالفضل وكذلك لو اشترطا الثلثين لصاحب البذر لانه يصير كأنه قال ازرع نصيبي من الارض ببذرك وبقرى على أن لك ثلث الخارج وقد بينا أن البقر اذا كان مشروطا على صاحب الارض ولا بذر من قبله أن المزارعة تكون فاسدة والله أعلم

باب اجتماع صاحب الارض مع الآخر على العمل والبذر مشروط عليهما

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا على أن يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان الدافع يصير كأنه قال ازرع نصف الارض ببذرى على أن الخارج كله لي وازرع نصف الارض ببذرك على أن الخارج كله لك وكل واحد من هذين صحيح لو اقتصرا عليه لان أحدهما استعان بالعامل والآخر

اعاره الارض ولكن عند الجمع بينهما يظهر المفسد بطريق المقابلة وهو أنه لما جعل للعامل بازاء عمله فى نصف الارض منفعة نصف الارض وذلك فى المزارعة لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما ولا اجر للعامل لانه عمل في شئ هو شريك فيه فانه ألقى فى الارض بذرا مشتركا ثم عمل فى زرع مشترك فلا يستوجب الاجر ولصاحب الارض على العامل نصف أجر مثل الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد وقد بينا أن الشركة فى الخارج لاتمنع وجوب أجر مثل الارض لانه يجب اجر مثل النصف الذي هو مشغول بزرع العامل ثم يطيب نصف الخارج لصاحب الارض لانه رباه فى أرضه وأما العامل فيتصدق بالفضل فيما بينه وبين ربه لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد وكذلك لو اشترط للعامل ثلثى الخارج والفساد هنا ابين لان الدافع شرط للعامل ثلث الخارج من نصيبه ومنفعة نصف الارض بازاء عمله وذلك مفسد للعقد وكذلك لو اشترط لصاحب الارض ثلثى الخارج لان العامل جعل له بمقابلة منفعة نصف الارض ثلث الخارج منه وعمله فى النصف الآخر من الارض له وكذلك لو كان البذر ثلثاه من أحدهما بعينه واشترط الريع على قدر البذر فهو فاسد ان كان ثلثا البذر من العامل فلمقابلة منفعة ثلثى الارض بمقابلة عمله فى ثلث الارض لصاحبه وان كان ثلث البذر من قبل الدافع فلمقابلة منفعة ثلث الارض بعمله فى ثلثى الارض لصاحبه وكذلك ان اشترطا أن الريع بينهما نصفان فهذا فاسد والفساد هنا أبين لانه جعل الدافع للعامل ثلث منفعة الارض وبعض الخارج من بذره بازاء عمله فى نصيبه أو على عكس ذلك فيكون العقد فاسدا فى الوجوه كلها والخارج بينهما على قدر البذر واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا له على أن يعمل فيها رب الارض والمدفوع اليه سنته هذه ببذر بينهما نصفان على أن الخارج بينهما نصفان فهذا جائز لانه اعاره نصف الارض ليزرعه ببذر نفسه وزرع نصف الارض بنفسه لنفسه وكل واحد منهما صحيح ولا يظهر فساد بالجمع بينهما ولو اشترط لرب الارض ثلثى الخارج كان هذا فاسدا لانه دفع اليه نصف الارض مزارعة بثلث ما يخرج ولكن شرط عمل رب الارض معه وهذا شرط يعدم التخلية بين المستأجر وبين مااستأجر فيفسد به العقد والخارج بينهما على قدر بذرهما ولا أجر لواحد منهما على صاحبه لانه عمل فيما هو شريك فيه ولصاحب الارض على الآخر أجر مثل نصف الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بعقد فاسد ويطيب

لصاحب الارض نصيبه ويتصدق العامل بما زاد على البذر والنفقة والاجر الذى غرمه لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو اشترطا الثلثين للعامل كان فاسدا أيضا لان الدافع دفع اليه نصف الارض مزارعة بثلث الخارج وشرط عمل نفسه معه ثم جعل له منفعة نصف الارض بازاء عمله مع ما شرط له من ثلث الخارج فهذا كان فاسدا والخارج بينهما نصفان ولا أجر لصاحب الارض على العامل هنا لانه ما ابتغى على منافع أرضه عوضا حين لم يشترط لنفسه فضلا بخلاف الاول فان هناك شرط الفضل لنفسه فعرفنا انه ابتغى على منافع الارض عوضا ولم ينل فكان له أجر مثل نصف الارض على صاحبه ثم يطيب لكل واحد منهما نصيبه من الزرع لان العامل لما لم يجب عليه الاجر عرفنا أن نصف الارض كان فى يده بطريق العارية ولا فساد فى ذلك فيطيب له الخارج ولو اشترطا العمل عليهما جميعا والخارج بينهما نصفان والبذر من المدفوع اليه خاصة فعملا أو عمل صاحب الار وحده جعل له منفعة نصف الارض بمقابلة عمله فى النصف الآخر معه من الارض وشرط لنفسه مع ذلك منفعة اقراض نصف البذر منه وذلك مفسد للعقد ثم الخارج كله لصاحب البذر ولصاحب الارض نصف اجر مثل أرضه وأجر مثل نفسه في عمله ان كان عمل لانه لا شركة فى الخارج هنا فصاحب البذر استوفى منفعة أرضه وعمله بعقد فاسد فيجب عليه أجر المثل والله أعلم

باب اشتراط شيء بعينه من الريع لاحدهما

(قال رحمه الله) واذا اشترطا أن يرفع صاحب البذر بذره من الريع والباقى بينهما نصفان فهو فاسد أياما كان البذر لان جواز المزارعة علي قول من يجوزها لمتابعة الآثار فأما القياس فما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله فمتى كان العقد لا على الوجه الذي ورد به الاثر أخذ فيه بالقياس ثم المزارعة شركة فى الخارج وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما مع حصول الخارج فى بعضه أو فى كله كان مفسدا للعقد وقدر البذر من جملة الريع فان البذر بالالقاء فى الارض يتلف فهذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى بعض الريع أو فى جميعه اذا كان لا يحصل من الخارج الا قدر البذر وهذا بخلاف المضاربة لان رأس المال هنا ليس من الربح فان بالتصرف لا يتلف رأس المال فاشتراط دفع رأس المال لا يوجب قطع الشركة بينهما فى شئ من الربح ثم اشتراطه دفع البذر هنا فى كونه مخالفا لموجب العقد كاشتراط

كون رأس المال بينهما فى المضاربة ولو اشترطا أن الربح ورأس المال كله نصفان فسد العقد فهذا قياسه ولو اشترطا أن يرفع صاحب البذر عشر الخارج لنفسه والباقى بينهما نصفان جاز لان هذا الشرط لايؤدى الى قطع الشركة فى شئ من الريع بينهما مع حصول الخارج فانه ما من قدر يخرج الا ويبقى بعد رفع العشر منه تسعة أعشاره ثم هذا فى المعنى اشتراط خمسة ونصف من عشرة لصاحب البذر وأربعة ونصف للآخر وذلك لا يؤدي الى قطع الشركة فى شئ من الريع وكذلك لو اشترط العشر لمن لا بذر من قبله والباقى بينهما نصفان جاز لما قلنا ولو اشترطا رفع الخراج من الريع والباقى بينهما نصفان كان فاسدا لان الخراج على رب الارض وهو دراهم مسماة أو حنطة مسماة فاشتراط رفع الخراج بمنزلة اشتراط ذلك القدر من الخارج لرب الارض وهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الريع مع حصوله لجواز أن لا يحصل الا ذلك القدر أو دونه ولو كانت الارض عشرية فاشترطا رفع العشر ان كانت الارض تشرب سحا أو نصف العشر ان كانت تشرب بدلو والباقى بينهما نصفان فهذا جائز لان هذا الشرط لايؤدى الىقطع الشركة فى الخارج فانه ما من مقدار تخرجه الارض الا واذا دفع منه العشر أو نصف العشر يبقى شئ ليكون مشتركا بينهما نصفين فان حصل الخارج أخذ السلطان حقه من عشر أو نصف والباقى بينهما نصفان لانهما شرطا كذلك والمؤمنون عند شروطهم وان لم يأخذ السلطان منهم شيأ أو أخذوا بعض طعامهم سرا من السلطان فان العشر الذى شرط من ذلك للسلطان يكون لصاحب الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله على قياس من أجاز المزارعة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يكون بينهما نصفين وأصل المسئلة فيما تقدم بيانه فى الزكاة أن من أجر أرضه العشرية فالعشر عند أبى حنيفة على رب الارض وعندهما العشر في الخارج على المستأجر ففى المزارعة رب الارض مؤجر للارض أو مستأجر للعامل ان كان البذر من قبله فالعشر عليه عند أبى حنيفة فى الوجهين فالمشروط للعبد مشروط لرب الارض وعندهما العشر فى الخارج فاذا لم يأخذ السلطان منهما العشر أو أخذا بعض الطعام سرا من السلطان فالخارج بينهما نصفان وكذلك المشروط للعشر يكون بينهما نصفين وكان ذلك مشروطا لهما ولو كان صاحبه قال للعامل لست أدرى ما يأخذ السلطان منا العشر أو نصف العشر فانما لك على أن النصف لى مما تخرج الارض بعد الذى يأخذ السلطان ولك النصف فهذا فاسد فى قياس قول أبى حنيفة

رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز بينهما على ماقالا ومعنى هذه المسألة أن الارض قد تكون بحيث تكتفى بماء السماء عند كثرة الامطار وقد تحتاج الى أن تسقى بالدلاء عند قلة المطر وفى مثله السلطان يعتبر الاغلب فيما يأخذ من العشر أو نصف العشر وكأنهما قالا لا ندرى كيف يكون حال المطر فى هذه السنة وماذا يأخذ السلطان من الخارج فتعاقدا على هذه الصفة ثم عند أبى حنيفة رحمه الله العشر أو نصف العشر يكون على رب الارض فبهذا الشرط هما شرطا لرب الارض جزأ مجهولا من الخارج اما العشر أو نصف العشر وذلك مفسد للعقد وعند أبى يوسف ومحمد العشر أو نصف العشر يكون فى الخارج والخارج بينهما نصفان فهذا فى معنى اشتراط جميع الخارج بينهما نصفين وذلك غير مفسد للعقد واذا دفع الى رجل أرضا من أرض الخراج يزرعها بنفسه وبذره وبقره فما خرج منها دفع منه حظ السلطان وهو النصف مما تخرج وكان مابقى بينهما لرب الارض ثلثه وللعامل الثلثان فهو جائز على ماشترطا وانما يعنى خراج المقاسمة وللامام رأى فى الخراج بين خراج المقاسمة وبين خراج الوظيفة وخراج المقاسمة جزء من الخارج حتى لايجب الا بوجود حقيقة الخارج بخلاف خراج الوظيفة فكان ذلك بمنزلة العشر عند أبى حنيفة وهو على رب الارض فالمشروط لخراج المقاسمة كأنه مشروط لرب الارض وهذا الشرط لايؤدى الى قطع الشركة وعندهما خراج المقاسمة فى الخارج فيكون عليهما على قدر الخارج بينهما فكأنهما شرطا الثلث والثلثين فى جميع الخارج فيصح العقد فان أخذ السلطان من رب الارض الخراج وترك المقاسمة فالنصف الذى شرطاه للسلطان هو لرب الارض والباقى بينهما على ما اشترطا ومعنى هذا أن السلطان قد يفتح بلدة ويمن بها على أهلها ثم يتردد رأيه فى توظيف خراج المقاسمة عليهم أو خراج الوظيفة فلا يعزم على شئ من ذلك حتى يحصل الخارج أو كان جعل عليهم خراج المقاسمة على انه ان بدا له أن يجعل عليهم خراج الوظيفة فعل ذلك وقد يشترط ذلك حتى لا يعطلوا الاراضى فيكون هذا من الامام نظرا لارباب الخراج فاذا بدا له بعد حصول الخارج أن يأخذ خراج الوظيفة فانه يأخذ ذلك من رب الارض ثم النصف المشروط للسلطان يكون لرب الارض أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل لان ذلك على رب الارض وان كان خراج المقاسمة فالمشروط له مشروط لرب الارض وعندهما لان بدل ذلك أخذه السلطان من رب الارض والغنم مقابل بالغرم فما شرط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض

بهذا الطريق وكذلك لو لم يأخذ السلطان خراجا ولا مقاسمة وترك ذلك أصلا أو أخذا شيأ من الطعام سرا ثم قاسمهم السلطان ما بقي فأخذ نصفه فان ماأخذاه سرا لصاحب الارض ثلثه وللمزارع ثلثاه فقد عطف أحد الفصلين على الآخر بقوله وكذلك وجوابهما يختلف فانه يأخذ اذا لم يأخذ السلطان شيأ فعطف ذلك على المسئلة الاولى دليل على أن المشروط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض وفيما اذا أخذا شيأ من الطعام سرا نص على انه يكون اثلاثا بينهما ففيما ذكره فى هذا النوع نوع من التشويش والحاصل أن على قول أبي حنيفة المشروط للخراج يكون مشروطا لرب الارض ففى الفصلين يكون النصف المشروط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض والباقى بينهم أثلاثا وعند أبي يوسف ومحمد خراج المقاسمة فى الخارج الا اذا أخذ السلطان الخراج من رب الارض فحينئذ يكون ذلك له عوضا عما أخذه السلطان منه فاذا لم يأخذ منه شيأ أو أخذا شيأ من الطعام سرا فذلك مقسوم بينهما على أصل المشترط لصاحب الارض ثلثه وللمزارع ثلثاه وقد ذكر فى بعض النسخ فى هذا الفصل الاخير ان ماأخذاه سرا يكون لصاحب الارض ثلثاه وللمزارع ثلثه فعلى هذا يتفق الجواب فى الفصول الثلاثة ويتحقق العطف فان ذلك النصف لرب الارض والثلث من النصف الباقى له فاذا أخذ ثلثى الخارج فقد وصل اليه جميع هذا ولكن هذا الجواب بناء على قول أبي حنيفة فأما عندهما فالتخريج ما ذكرنا وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان المقاسمة واجبة باسم الخراج كالوظيفة والخراج مؤنة تجب على رب الارض فالمشروط للخراج بمنزلة المشروط لرب الارض عندهما جميعا وكذلك لو كان البذر من صاحب الارض والذى قلناه أولا من أن المسئلة على الخلاف هو الاصح وقد نص عليه فى بعض نسخ الاصل ولو قال لا أدرى ما يأخذ السلطان فى هذه السنة المقاسمة أو الخراج فانما تلك على أن أرفع مما تخرج الارض حظ السلطان مقاسمة كان أو خراجا أو يكون ما بقي بيننا لى الثلث ولك الثلثان فرضى المزارع بذلك فهذه مزارعة فاسدة من أيهما كان البذر لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة فى الخارج مع حصول الخارج عشرا بان يأخذ السلطان خراج الوظيفة ويكون الخارج بقدر ذلك أو دونه ثم الريع كله لصاحب البذر كما هو الحكم فى المزارعة الفاسدة والخراج والمقاسمة أيهما كان على صاحب الارض لما بينا أن الخراج مؤنة للارض فيكون على صاحب الارض ثم ان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو مستأجر للعامل ولو عمل بنفسه كان الخراج عليه فكذلك

اذا استأجر العامل فيه وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض مؤجر للارض ومنفعة الارض تحصل له بهذه الاجارة كما يحصل اذا استوفاها بنفسه فيكون الخراج عليه والله أعلم

باب ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسدها

(قال رحمه الله) واذا اشترط رب الارض على العامل الحصاد فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر والاصل أن العمل الذى به تحصل الخارج أو يتربى في المزارعة الصحيحة يكون على العامل وذلك بمنزلة الحفظ والسقى الى أن يدرك الزرع لان المزارعة على قول من يجيزها شركة فى الخارج ورأس مال العامل فيها عمل مؤثر فى تحصيل الخارج كما فى المضاربة وما يكون من العمل بعد الادراك التام الى أن يقسم كالحصاد والدياس والتذرية يكون عليهما لان الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما بقدر الملك وما يكون من العمل بعد القسمة كالحمل الي البيت والطحن يكون على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لان بالمقاسمة تميز ملك أحدهما عن ملك الآخر فيكون التدبير فى ملك كل واحد منهما اليه فاذا شرطا الحصاد على العامل فهذا لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين فيفسد به العقد كما لو شرط رب الارض الحمل والطحن عليه فى نصيب نفسه ولان المزارعة تنتهى باستحصاد الزرع (ألا ترى) أن الزرع بعد ما استحصد لو دفعه معاملة الى رجل ليقيم فيه هذه الاعمال بالثلث لم يجز بخلاف مااذا كان الزرع بقلا فدفعه معاملة الى من يحفظه ويسقيه بالثلث فاذا شرط الحصاد على العامل فهذا عمل شرط عليه بعد انتهاء العقد واستحقاق العمل عليه بالعقد وكل شرط يوجب عليه عملا بعد انتهاء العقد فهو فاسد يفسد به العقد وروى بشر وابن سماعة عن أبى يوسف أن العقد لا يفسد بهذا الشرط ولكن ان لم يشترطا فهو عليهما وان شرطا فهو على المزارع لان العرف الظاهر أن المزارع يباشر هذه الاعمال فهذا شرط يوافق المتعارف فلا يفسد به العقد ولكن بمطلق العقد لا يستحق عليه الا ما يقتضيه العقد فان شرط ذلك عليه صار مستحقا بالعرف كما لو اشترى حطبا فى المصر بشرط أن يوفيه فى منزله وفى المعاملة قال هذا الشرط يفسد المعاملة لانه ليس فيه عرف ظاهر وكان نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة رحمهما الله يقولان هذا كله على العامل شرط عليه أولم يشرط لان فيه عرفا ظاهرا يتناوله والمعروف كالمشروط فقد جوزنا بعض العقود للعرف وان كان القياس

يأباه كالاستبضاع فهذا مثله وهذا هوا الصحيح فى ديارنا أيضا وكان أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله اذا استفتى فى هذه المسئلة قال فيها عرف ظاهر ومن أراد أن لا يتعطل فعليه أن لا يمتنع مما هو العرف وكذلك لو اشترطا شيأ من ذلك على صاحب الارض كان العقد فاسدا لما بينا وفى جانب رب الارض فساد العقد بهذا الشرط على الاقاويل كلها لانه ليس فيه عرف ظاهر (ألا ترى) أن رجلا لو جاء الى رجل قد صار زرعه بقلا فعامله على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد فما خرج فهو بينهما نصفان كان جائزا ولو عامله بعد ما استحصد على أن يحصده ويدوسه ويذريه وينقيه ويحمله الى منزله أوالى موضع كذا كان العقد فاسدا وهذا لان المزارعة على قول من يجيزها انما تكون باعتبار الاثر والاثر انما جاء فى مزارعة يكون للعمل فيها تأثير فى تحصيل الخارج وذلك لا يوجد فى الفصل الثانى وفى الفصل الاول يوجد ذلك لان الزرع يزداد بعمل العامل بمنزلة الثمار تخرج بعمل العامل فلهذا صح العقد هناك ولم يصح هنا ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعها سنته هذه على أن ما رزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فصار قصيلا فأرادا أن يقصلاه ويبيعاه فحصاد القصيل وبيعه عليهما لانهما أنهيا العقد بما عزما عليه والقصل فى القصيل كالحصاد بعد الاستحصاد لانه عمل فى ملك مشترك وليس له تأثير فى زيادة الخارج فكما أن الحصاد بعد الادراك عليهما فكذلك حصاد القصيل عليهما ويستوي ان كان البذر من قبل رب الارض أو المزارع ولو استحصد الزرع فمنعهم السلطان من حصاده اما ظلما أو لمصلحة رأى فى ذلك أو استوفى منهم الخراج فالحفظ عليهما لان الحفظ بعد الاستحصاد بمنزلة الحصاد فان عقد المزارعة ينتهى بالحصاد ولو دفع الي رجل نخلا له معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه على أن الخارج بينهما نصفان فهو جائز وعلى العامل حفظه بالليل والنهار حتى يصير تمرا لان عقد المعاملة قائم بينهما مالم يصر تمرا والحفظ من الاعمال التى تستحق على العامل بعقد المعاملة فاذا صار تمرا فقد انتهى العقد وبقى التمر مشتركا بينهما فكان الحفظ بعد ذلك والجداد عليهما بقدر ملكيهما فان اشترط صاحب النخل على العامل فى أصل المعاملة بعد ما يصير تمرا كانت المعاملة فاسدة لانه شرط لنفسه منفعة عليه بعد انتهاء العقد ولو أراد فى المعاملة الصحيحة أن يجداه بسرا فيبيعانه أو يلقطانه رطبا فيبيعانه فان اللقاط والجداذ عليهما نصفين لما بينا انهما انهيا العقد بما عزما عليه فان الجداذ قبل الادراك بمنزلته بعد الادراك ولكن الحفظ على العامل مادام فى رؤس النخيل

حتى يصير ثمرا لان عقد المعاملة بينهما باق فانه انما ينتهي ضمنا للجذاذ واللقاط فلا يكون منتهيا قبله وحال قيام العقد الحفظ مستحق على العامل والله أعلم

باب الشرط فيما تخرج الارض وفى الكراب وغيره

(قال رحمه الله) اذا دفع الرجل أرضا له مزارعة بالنصف سنته هذه على أن البذر من قبل العامل فقال صاحب الارض اكربها ثم ازرعها فقال العامل أزرعها بغير كراب فانه ينظر فى ذلك فان كانت تزرع بغير كراب ويحصل الريع الا أن بالكراب أجود فان شاء العامل كرب وان شاء لم يكرب وان كانت لا تخرج زرعا بغير كراب لم يكن له أن يزرع الا بكراب لان المقصود بالمزارعة تحصيل الخارج فان العمل الذي لا بد منه لتحصيل الخارج يصير مستحقا عليه بمطلق العقد وما يحصل الخارج بدونه لا يصير مستحقا عليه الا بالشرط لان بمطلق العقد يستحق المعقود عليه بصفة السلامة ولا يستحق صفة الجودة الا بالشرط فاذا كانت تلك الارض بحيث لا يحصل ريعها الا بكراب فهذا عمل لا بد منه فيصير مستحقا على العامل بمطلق العقد الا ان شاء أن يدع الزرع لان البذر من قبله فلا يكون العقد لازما فى حقه قبل القاء البذر فى الارض وان كان الريع يحصل بغير كراب ومع الكراب يكون أجود ولكن صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقد وبدون الكراب صفة السلامة تحصل فى الريع فيتخير العامل لذلك وان كانت تخرج بعد الكراب شيأ قليلا نظرت فيه فان كان مما يقصد الناس ذلك بالزراعة تخير المزارع فى الكراب وان كان ذلك شيأ لا يقصده الناس بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق العقد يتقيد بالمتعارف ولان ما لا يقصد تحصيله بالزراعة عادة يكون معينا وقضية عقد المعاوضة صفة السلامة عن العيب فيصير الكراب مستحقا على العامل لتحصيل صفة السلامة لصاحب الارض فى نصيبه من الخارج واذا كان يخرج بغير كراب ما يقصد بالزراعة فأدنى السلامة يحصل بغير كراب والا على لا يصير مستحقا الا بالشرط وكذلك ان زرع ثم قال لا أسقي ولكن أدعها حتى تسقيها السماء فان كانت تكتفى بماء السما الا أن السقي أجود للزرع لم يجبر على السقي وان كانت مما لا يكفيه سقي السماء اجبر على السقي وكذلك لو كان البذر من قبل صاحب الارض فى جميع ذلك للمعنى الذى قلنا ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يكربها ويزرعها سنته هذه بالنصف فأراد أن

يزرعها بغير كراب فليس له ذلك ويجبر على الكراب سواء كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الارض لان أصل الريع وان كان يحصل بغير كراب فمع الكراب أجود وصفة الجودة تصير مستحقة بالشرط كصفة الجودة فى المسلم فيه وصفة الكتابة والخبز فى العبد تصير مستحقة بالشرط وان كان لا يستحق بمطلق العقد وكذلك لو شرط فى المسلم فيه أن يوفيه فى مصر كذا فله أن يوفيه فى أى ناحية من نواحى المصر شاء وان شرط عليه أن يوفيه فى منزله فى المصر فليس له أن يوفيه فى موضع آخر الا أن يكون الريع يحصل بالكراب وغير الكراب على صفة واحدة فحينئذ لا يعتبر هذا الشرط لانه غير مفيد وكذلك ان كان الكراب بحيث يضر بالزرع وقد يكون ذلك عند قوة الارض فان الكراب يحرق الارض والزرع واذا كان بهذه الصفة فليس على المزارع أن يكربها لان اعتبار الشرط للمنفعة لا للضرر واشتراط التثنية على المزارع فى المزارعة يفسد العقد قال لانه يبقى منفعتها فى الارض بعد مضى السنة بخلاف الكراب فانه لا تبقي منفعته في الارض بعد مضي السنة فاشتراطه لا يفسد المزارعة وتكلموا فى تفسير التثنية فقيل المراد أن يكربها مرتين ثم يزرع فعلى هذا اشتراط التثنية فى ديارنا لا يفسد المزارعة لانه لا تبقي منفعتها بعد مضى السنة وفى الديار التى تبقى منفعتها فى الارض بعد سنة ان كانت المزارعة بينهما سنة واحدة يفسد بهذا العقد لانه لا تبقي منفعتها فى الارض بعد المدة وقيل معنى التثنية أن يكربها بعد ما يحصد الزرع فيردها مكروبة وهذا الشرط مفسد للعقد لان المزارعة تنتهى بادراك الزرع فقد شرط عليه عملا بعد انتهاء العقد وفيه منفعة لرب الارض وقيل معنى التثنية أن يجعلها جداول كما يفعل بالمبطخة فيزرع ناحية منها ويبقى ما بين الجداول مكروبا فينتفع رب الارض بذلك بعد انتهاء المزارعة وهذا مفسد للعقد والحاصل انه متى شرط على العامل ما تبقي منفعته لرب الارض بعد مضى المدة فالمزارعة تفسد به كما لو شرط عليه أن يكرب أنهارها والمزارعة بينهما سنة واحدة فان كرب الانهار تبقي منفعتها بعد انقضاء السنة وكذلك لو شرط عليه اصلاح مشاربها أو بناء حائط فيها أو أن يسرجنها فهذا كله مما تبقى منفعته فى الارض بعد مضى مدة المزارعة فتكون مفسدة للمزارعة ولو دفع اليه الارض والبذر على أن يعمل سنته هذه على انه ان زرع بغير كراب فللمزارع ربع الخارج وان كربها ثم زرعها فللمزارع ثلث الخارج وان كرب وثنى ثم زرع فالخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة جائزة على ما اشترطا لانه ذكر أنواعا من

العمل وأوجب له بمقابلة كل نوع شيأ معلوما من الخارج فيصح العقد كما لو دفع ثوبا الى خياط فقال ان خطته رومية فلك درهم وان خطته فارسية فلك نصف درهم وهذا لان أوان لزوم العقد من الجانبين وانعقاد الشركة بينهما فى الخارج عند القاء البذر فى الارض والكراب والتثنية كل ذلك يسبق القاء البذر فعند لزوم العقد نوع العمل معلوم وبدله معلوم فيجوز العقد كما فى مسئلة الخياطة فان وجوب الاجر عند اقامة العمل وذلك عند العمل معلوم والبدل معلوم وقال عيسى رحمه الله هذا الجواب غلط لانه ذكر قبل هذا ان اشتراط التثنية على المزارع يفسد العقد وهنا قد شرط عليه التثنية وضم اليه نوعين آخرين من العمل فتمكنت الجهالة هنا فى العمل ومقدار البدل عند العقد مع اشتراط التثنية فلان يكون مفسدا للعقد كان أولى وان كان لا يفسد العقد اذا كربها أو زرعها بغير كراب فينبغى أن يفسد العقد اذا ثنى لانه تعين ذلك بعمله فكأنه شرط ذلك فى الابتداء بعينه ولكن ما ذكره فى الكتاب أصح أما اذا جعلنا تفسير التثنية أن يردها مكروبة فلا حاجة الى الفرق بين هذا وبين ما سبق وان جعلنا تفسير التثنية أن يكربها مرتين فهناك تعين عليه التثنية بالشرط وهى مما تبقي منفعتها بعد مضى المدة فلا يجوز أن يجبر المزارع على اقامتها وهنا لا يتعين عليه التثنية بل يتخير هو فى ذلك ان شاء فعل وان شاء لم يفعل وهذا غير مفسد للعقد كما اذا أطلق العقد يصح ويتخير المزارع بين أن يثنى الكراب وبين أن يكربها ويدع التثنية فان زرع بعضها بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بكراب وثنيان فهو جائز وما زرعها بغير كراب فالخارج بينهما يكون ارباعا وما زرعها بكراب فهو بينهما اثلاثا وما زرع بكراب وثنيان فهو بينهما نصفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه لا يتعين على صاحب الارض والبذر شرط عقده بهذا التبعيض وهو متعارف بين الناس أن يزرع بعض الارض بكراب وثنيان وبعضها بكراب وبعضها بغير كراب وهذا بخلاف مسئلة الخياطة فان هناك ليس له أن يخيط بعض الثوب رومية وبعضه فارسية لان ذلك يفوت المقصود على صاحب الثوب وهذا غير متعارف فى الثوب الواحد أن يخاط بعضه رومية وبعضه فارسية بل يعد ذلك عيبا فى الثوب وكذلك لو كان البذر من قبل المزارع فى جميع ذلك وكذلك لو كان الشرط أن ما زرع بكراب وثنيان فهو بينهما نصفان فهذا والاول سواء وقد طعنوا فى هذه المسئلة فقالوا ينبغى أن لا يصح العقد هنا لان كلمة من للتبعيض فقد شرط عليه أن يزرع البعض بكراب والبعض بثنيان والبعض

بغير كراب وذلك البعض مجهول وهذه الجهالة تفضى الى تمكن المنازعة لان العقد لازم من جانب العامل أو من جانب رب الارض اذا كان البذر من قبل العامل فينبغى أن يفسد العقد واستدلوا على هذا بما ذكره فى آخر الباب من التخيير بين أجناس البذر بهذا اللفظ وأفسدوا العقد به لهذا المعنى الا أنا نقول حرف من قد يكون للصلة خصوصا فى موضع يكون الكلام بدونه مختلا قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واذا كان حرف من صلة كان له أن يزرع الكل باى نوع من الاعمال الثلاثة شاء فهذه المسئلة والاولى سواء والفرق بين هذا وبين التخيير فى جنس البذر بهذا اللفظ نذكره فى آخر الباب ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذره سنته هذه على أن يزرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فلصاحب الارض ثلثه وان زرعها سمسما فلصاحب الارض ربعه فهذا جائز على مااشترطا لما بينا ان أوان لزوم العقد وانعقاد الشركة عند القاء البذر فى الارض وعند ذلك المعقود عليه معلوم والبذر معلوم والجهالة قبل ذلك لاتفضى الى المنازعة وان زرعها بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها سمسما فذلك جائز فى كل نوع على ما اشترطا اعتبارا للبعض بالكل لانه لما رضى رب الارض بان يزرع كلها على صفة يكون راضيا بان يزرع بعضها على تلك الصفة وبذلك البذر كما فى المسئلة الاولى وكذلك لو دفع اليه أرضا ثلاثين سنة على أن ما زرع فيها من حنطة أو شعير أو شئ من غلة الصيف أو الشتاء فهو بينهما نصفان وما غرس فيها من نخل أو شجر أو كرم فهو بينهما أثلاثا فلصاحب الارض الثلث وللعامل الثلثان فهو بينهما على ما اشترطا سواء زرع الكل على أحد النوعين أو زرع بعضها وجعل في بعضها كرما قال ولا يشبه البيوع فى هذا الاجارات والاجارات فى مثل هذا تجوز وذكر حماد عن ابراهيم رحمه الله قال سألته عن الاجير أقول له ان عملت فى كذا كذا فبكذا وان عملت كذا فبكذا فقال لا بأس به انما يكره ذلك في البيوع قيل معنى هذا الفرق أن فى البيوع اذا اشترى أحد شيئين وسمي لكل واحد منهما ثمنا ولم يشترط الخيار ثلاثة أيام لواحد منهما كان العقد فاسدا وفى الاجارات يكون العقد صحيحا بدون شرط الخيار كما فى مسئلة الخياطة والمزارعة لان الثمن فى البيع يجب بنفس العقد والعقد يلزم بنفسه فاذا لم يشترط الخيار فيه كان المعقود عليه مجهولا والثمن مجهولا عند لزوم العقد وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة وفى باب المزارعة العقد لايلزم من جانب من البذر من قبله قبل القاء البذر فى الارض وفى الاجارة العقد وان كان يلزم بنفسه ولكن البدل

لا يجب الا بالعمل وعند ذلك العمل والبدل معلوم وجهالة صفة العمل قبل ذلك لا تفضى الا المنازعة وقيل بل مراده من هذا الفرق أن فى البيع اذا قال الى شهر بكذا أو الى شهرين بكذا فهذا يكون مفسدا للعقد لجهالة مقدار الثمن عند وجوبه بالعقد وفى الاجارة وجوب البدل عند اقامة العمل وكذلك فى المزارعة انعقاد الشركة عند القاء البذر فى الارض وعند ذلك هو معلوم وفى بعض النسخ قال ولا يشبه هذا البيوع والاجارات فهو اشارة الى الفرق بين المزارعة والبيع والاجارة اذ فى المزارعة له أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وفى الاجارة فى مسئلة الخياطة ليس له مثل ذلك وكذلك فى البيع اذا اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء وسمى لكل واحد منهما ثمنا ليس له أن يلزم العقد فى نصف كل واحد منهما لما فى التبعيض فى البيع والاجارة من الضرر على البائع وعلى صاحب الثوب وذلك لا يوجد فى المزارعة لانه ليس فى زرعه البعض حنطة والبعض شعيرا معنى الاضرار بصاحب الارض ثم فرق أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله بين الاجارة والمزارعة فيما اذا استأجر بيتا على انه ان قعد فيه طحانا فله عشرة دراهم وان قعد يبيع الطعام فيه فاجره خمسة دراهم فالعقد فاسد فى قولهما وهو قول أبى حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا المسئلة فى الاجارات والفرق لهما بين هذه المسئلة وبين مسئلة المزارعة ان هناك يجب الاجر بالتخلية وان لم يسكنها المستأجر وعند التخلية مقدار مايجب عليه من الاجر مجهول وأما فى المزارعة فالشركة لا تنعقد الا بالقاء البذر فى الارض وعند ذلك حصة كل واحد منهما معلومة فيكون هذا قياس مسئلة الخياطة الرومية والفارسية على ما بينا ولو دفع اليه أرضا مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره وعماله على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها سمسما فما زرع منها حنطة بينهما نصفان وما زرع منها شعيرا فلرب الارض ثلثه وما زرع منها سمسما فلرب الارض منه ثلثاه وللعامل ثلثه فهذا فاسد كله لانه نص على التبعيض هنا وذلك البعض مجهول فى الحال وكذلك عند القاء البذر فى الارض لانه اذا زرع بعضها حنطة فلا يعلم ماذا يزرع فى ناحية أخرى منها فكان العقد فاسدا لهذا وعند فساد العقد الخارج كله لصاحب البذر وقد بينا حكم المزارعة الفاسدة وهذا بخلاف الاول فان هناك حرف من صلة فله أن يزرع الكل شعيرا ان شاء وحنطة ان شاء وهنا نص على التبعيض فليس له أن يزرعها كلها أحد الاصناف وكذلك لو قال خذها على أن مازرعت منها حنطة فالخارج بيننا نصفان وما زرعت منها شعيرا فلى ثلثه ولك ثلثاه وما

زرعت منها سمسما فلي ثلثاه ولك ثلثه فالعقد فاسد وهذه المسئلة هى التى استشهد بها الطاعن قال على القمى رحمه الله وجدت فى بعض النسخ العتيقة فى هذه المسئلة زيادة انه قال على أن يزرع كل ذلك فيها فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وتبين من هذه الزيادة ان مراده من حرف من التبعيض فهو وما لو نص على التبعيض سواء وأما على ماذكره فى ظاهر الرواية فوجه الفرق بين هذا وبين ماسبق أن الجهالة هنا تمكن فى صلب العقد لان الجهالة فى البذر فلا بد من بيان جنس البذر فى عقد المزارعة وكذلك الاجر لا يصير معلوما الا ببيان جنس البذر فكانت الجهالة متمكنة فى صلب العقد فيفسد به العقد فأما فى مسئلة الكراب والثنيان فالجهالة لم تتمكن فى صلب العقد فالعقد بينهما صحيح بدون ذلك فلهذا لم تكن الجهالة المتمكنة بذكر حرف التبعيض مفسدة للعقد هناك يوضح الفرق أن الكراب والثنيان كل ذلك يسبق القاء البذر فى الارض وانعقاد الشركة عند القاء البذر وعند ذلك البعض الذي ثنى والبعض الذى كرب معلوم فيجوز العقد وأما هنا عند القاء أحد الاصناف من البذر فى ناحية من الارض العقد فى الناحية الاخرى مجهول فى حق جنس البذر وجنس البدل فلهذا فسد العقد بهذا الشرط ولو دفع الارض اليه ليزرعها ببذره على انه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج للعامل فهذا جائز لانه خيره بين المزارعة والاعارة فاشتراط الخارج كله للعامل يكون اعارة للارض منه وذلك صحيح واشتراط المناصفة بينهما فى الخارج من الحنطة يكون مزارعة صحيحة ولا يتولد من ضم أحدهما الي الآخر سبب مفسد وان سمى الخارج من الشعير لنفسه جاز فى الحنطة ولم يجز فى الشعير وهى مطعونة عيسى رحمه الله على ما بينا واذا دفع الارض الى صاحب البذر على أن الخارج كله لصاحب الارض الا أنه ماجعل أحد العقدين مشروطا فى الآخر ولكنه عطف أحدهما على الآخر ففساد أحدهما لايمنع صحة الآخر فان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج لصاحب البذر كما هو الحكم فى المزارعة الفاسدة ولو دفع اليه أرضا وكر حنطة وكر شعير على أنه ان زرع الحنطة فيها فالخارج بينهما نصفان والشعير مردود عليه وان زرعها الشعير فالخارج لصاحب الارض ويرد الحنطة كلها فهو كله جائز على ما اشترطا لانه استعان بالعامل فى أحد العقدين واستأجره بنصف الخارج فى الآخر وخيره بينهما وكل واحد منهما صحيح عند الانفراد ولو اشترط الخارج من الشعير للعامل جاز أيضا لان اشتراط

جميع الخارج له يكون اقراضا منه وقد بينا هـذا أنه بانفراده صحيح فكذلك عند التخيير بينه وبين المزارعة ولودفع اليه الارض وحدها على أنه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج كله للعامل وان زرعها سمسما فالخارج كله لصاحب الارض فلهذا جاز فى الحنطة والشعير على ماقالا لان العقد فى الحنطة مزارعة صحيحة بينهما فى النصف وفى الشعير اعارة للارض من العامل وهو صحيح أيضا وأما في السمسم فلايجوز لان في السمسم يكون دفعا للارض مزارعة بجميع الخارج وهى مطعونة عيسى رحمه الله لما بينا ولوكان البذر من صاحب الارض جاز فى جميع ذلك على ما قالاه لانه فى الحنطة العقد مزارعـة صحيحة وفى السمسم استعانة بالعامل وفى الشعير اقراض للبـذر منه واعارة للارض وكل واحـد صحيح عند الانفراد فكذلك اذا خيره بين هذه الانواع لانه ماجعل البعض مشروطا فى البعض انما عطف البعض على البعض فلا يتولد من هذا العطف معنى يفسد به العقد والله أعلم

باب العذر فى المزارعة والاستحقاق

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الي رجل أرضه سنته هـذه علي أن يزرعها ببذره ونفقته بالنصف فلما تراضيا علي ذلك أراد صاحب الارض أن يأخذ أرضه قبل أن يعمل فيها الذى قبضها شيأ وبعد ما كربها وحفر أنهارها وسوى مساقيها لم يكن له ذلك لانه مؤاجر لارضه ولا يحتاج فى المضى على هذا العقد الي اتلاف شئ من ملكه فيلزم العقد بنفسه فى حقه كما لو أجرها بدراهم لم يكن له أن يفسخها الا بعذر الدين فان حبس في الدين ولا وفاء عنده الا من ثمن الارض فحينئذ يكون هذا عذرا لصاحب الارض فى فسخ المزارعة وبيع الارض فى الدين لان فى المضي على أن هذا العقد يلحقه ضرر فى نفسه واذا كان الضرر الذي يلحقه فى ماله يدفع صفة اللزوم فالضرر الذى يلحقه فى النفس وهو الحبس فى الدين أولى (ألا ترى) أن العقد قد تمتنع صحته فى الابتداء لدفع الضرر فان من باع جذعا من سقف لايمكنه تسليمه الا بضرر لا يجوز البيع ولو أجر ما يلحقه ضرر فى تسليمه لايلزمه الاجارة فكذلك تنعدم صفة اللزوم بعذر الدين لدفع الضرر فان باعها بعد الدين لم يكن عليه من نفقة العامل شئ لانه لم يزدفيها مالا متقوما من عنده والذى أتى به مجرد المنفعة والمنفعة لا تتقوم الا بالتسمية والعقد والمسمى بمقابلة المنفعة هنا جزء من الخارج فان لم يحصل الخارج بأن لم يزرع

أصلا لا يستوجب شيأ آخر ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره وان لم يأخذها حتى زرعها فنبت الزرع ولم يستحصد حتى حبس القاضي رب الارض فى الدين فأراد أن يأخذها ليبيعها فليس له ذلك لان المزارعة تأكدت بالقاء البذر فى الارض والشركة انعقدت بينهما فى الخارج وفى البيع اضرار بالعامل فى ابطال حقه فى الزرع وفى التأخير الى أن يستحصد الزرع ضرر بالغرماء فان نصيب رب الارض من الزرع يباع فى دينهم أيضا وما فيه من النظر للكل يترجح على مافيه اضرار بالبعض ولئن كان فى التأخير اضرار بالغرماء فضرر التأخير دون ضرر الابطال واذا لم يكن بد من الحاق الضرر بأحدهما ترجح أهون الضررين واذا علم القاضي ذلك أخرجه من السجن لانه انما يحبسه ليقضي دينه اذا كان متمكنا منه فاذا لم يكن عنده وفاء الا من ثمن الارض وهو غير متمكن من بيعها شرعا لم يكن ظالما فى تأخير قضاء الدين وانما يحبس الظالم (ألا ترى) أن المديون اذا ثبت افلاسه عند القاضي أخرجه من السجن فهنا أيضا يخرجه حتى يستحصد الزرع ولا يحول بين صاحب الدين وبين ملازمته كما فى المفلس لجواز أن يحصل فى يده مال فاذا كان ملازما له أخذ ذلك المال بحقه والمال غاد ورائح فاذا استحصد الزرع رد فى الحبس حتى يبيع الارض ونصيبه من الزرع لان المزارعة قد انتهت وتمكن من قضاء الدين ببيع ملكه فيحبسه لذلك ولو كان دفع الارض مزارعة ثلاث سنين فلما نبت الزرع لم يستحصد حتى مات رب الارض فأراد ورثته أخذ أرضهم فليس لهم ذلك استحسانا ولكن الارض تترك فى يد الزارع حتى يستحصد الزرع وفى القياس المزارعة تنتقض بموت رب الارض لانها اجارة وانما يستحق على رب الارض بعقده ما يحدث على ملكه من المنفعة فالمنفعة بعد الموت انما تحدث على ملك الورثة ولم يوجد من جهتهم الرضا بذلك وفى الاستحسان العقد يبقى بينهما لدفع الضرر عن المزارع فان فى قلع الزرع من الضرر عليه ما لا يخفى وكما يجوز نقض الاجارة لدفع الضرر يجوز ابقاؤها بعد ظهور سبب النقض لدفع الضرر (ألا ترى) أن الاجارة تعقد ابتداء لدفع الضرر فان المستعير للارض اذا زرعها ثم بدا للمعير أن يستردها لم يكن له ذلك وتترك فى يد المستعير باجر المثل الى وقت ادراك الزرع وكذلك اذا انتهت مدة اجارة الارض والزرع بقل فانها تترك الى وقت الادراك باجر المثل وهذا لانه كان محقا فى المزارعة فى الابتداء فلا يقلع زرعه ويعقد بينهما عقد

الاجارة لدفع الضرر فكذلك هذا كان محقا فى الابتداء فتبقي الاجارة لدفع الضرر وهو نظير ماتقدم فيما اذا مات المكارى فى طريق الحاج أو مات صاحب السفينة والسفينة في لجة البحر فاذا استحصد الزرع أخذوها وقد انتقضت الاجارة فيما بقى من السنين ولو مات قبل أن يزرع انتقضت المزارعة وأخذ الوارث الارض لانه لاحاجة الى ايفاء العقد هنا فان العقد ما تأكد بالزراعة وليس فى اعمال سبب النقض ابطال حق العامل عن الزرع ثم لا شيء على الوارث من نفقة العامل لان المنافع لاتتقوم الا باعتبار التسمية والمسمي بمقابلة منفعة الارض جزء الخارج ولم يحصل ولو كان الوقت سنة واحدة فاجر العامل الزرع حتى زرع فى آخر السنة لم يمنع لان المزارعة باقية بينهما ببقاء شيء من المدة فان انقضت المدة والزرع بقل بعد فالزرع بين العامل ورب الارض نصفان كما كان الشرط بينهما والعمل فيما بقى عليهما لان العمل كان على المزارع فى المدة وقد انتهت المدة والعمل بعد ذلك يكون باعتبار الشركه فى لزرع وهما شريكان فى الزرع فالعمل والمؤنة عليهما كنفقة العبد المشترك بينهما اذا كان عاجزا عن الكسب وعلى العامل اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت لم يبق للعامل حق فى منفعة الارض وهو يستوفى منفعة الارض بتربية نصيبه من الزرع فيها الى وقت الادراك فلا يسلم له ذلك بل عليه اجر مثل نصف الارض لصاحبها كما لو كان استأجرها بدراهم والزرع بقل كان عليه اجر مثلها الى وقت الادراك بخلاف ما تقدم من موت رب الارض لان هناك بقى العقد بينهما ببقاء المدة ومنفعة الارض كانت مستحقة فى المدة فاذا لم يعلم سبب التقضى بقى العقد كما كان فلا يلزمه اجر وهنا العقد ماتناول ماوراء المدة المذكورة فالمنفعة فيما وراء المدة لاتسلم له الا باجر المثل فان أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالعامل فى ابطال حقه وهو كان محقا فى الزراعة فيجب دفع الضرر عنه واذا كان يسلم لرب الارض اجر مثل نصف الارض كان هو فى المطالبة بالقلع متعنتا قاصدا للاضرار به فيرد عليه قصده وان أراد العامل أن يأخذه بقلا فله ذلك لانه انما كان يترك لدفع الضرر عنه وقد رضي بالتزام الضرر ولانه ناظر لنفسه من وجه فانه يمتنع من التزام أجر مثل نصف الارض مخافة أن لا يبقى نصيبه بذلك ثم يقال لصاحب الارض اقلعه فيكون بينكما أو اعطه قيمة حصته منه أو انفق على الزرع كله وارجع بحصته مما ينفق فى نصيبه لانه زرع مشترك بينهما فى أرض أحدهما فلصاحب الارض أن يتملك على شريكه نصيبه بقيمته كما فى البناء

والاشجار المشتركة بينهما فى ملك أحدهما وهذا لان المزارع لما رضى بالقلع فقد رضي بسقوط حقه عن حصته مجانا فيكون أرضى بذلك اذا وصل اليه قيمة حصته أو رضى بقيمة حصته بعد القلع لان أكثر ما فيه أن يبيع نصيبه مقلوعا وقيمة حصته قبل القلع أكثر فلصاحب الارض أن يعطيه ذلك ان شاء وان شاء ساعده على القلع فيكون المقلوع بينهما وان شاء أنفق على الزرع كله لانه محتاج الى ابقاء حقه في نصيبه من الزرع حتى يستحصد ولا يتوصل الى ذلك الا بالانفاق فيكون له أن ينفق على الزرع كله بمنزلة العبد المشترك اذا كان عاجزا عن الكسب لصغره وزمانة به وأحدهما غائب فللآخر أن ينفق عليه ولا يكون متبرعا فى نصيب الآخر بل يرجع عليه بما ينفق فى نصيبه فهذا مثله الا أنه لا يرجع الا بقدر نصيبه حتى اذا كان نصيبه من النفقة أكثر من نصيبه من الزرع لم يرجع عليه بالفضل لان العامل ما كان مجبرا على الانفاق فلا يكون له أن يلزمه الزيادة على نصيبه وانما يرجع فى نصيبه باعتبار أن سلامة ذلك له بما أنفق وهذا المعنى لا يوجد فيما زاد على قيمة نصيبه من النفقة ولان حق الانفاق انما يثبت له باعتبار النظر منه لنفسه لا على سبيل الاضرار به وذلك يختص بمقدار نصيبه من الزرع ولو كان البذر من صاحب الارض فبدا له أن لا يزرع بعدما كربها العامل وحفر أنهارها كان له ذلك لانه يتضرر بالمضى على العقد من حيث اتلاف البذر بالقائه فى الارض ولا يعلم أيحصل الخارج أم لا ثم لا شئ عليه للعامل على ما بينا ان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية والمسمى للعامل بازاء عمله بعض الخارج ولم يحصل الخارج قال مشايخنا رحمهم الله وهذا الجواب فى الحكم فاما فيما بينه وبين ربه يعنى بأن يعطى العامل أجر مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة العمل ليزرع فيحصل له الخارج فاذا أخذ الارض بعد اقامة هذه الاعمال كان هو غارا للعامل ملحقا الضرر به والغرور والضرر مدفوع فيبقى بان يطلب رضاه وان كان قد زرع وصار الزرع بقلا لم يكن لصاحب الارض اخراج العامل منه وان لحقه دين لا وفاء عنده الا من ثمن هذه الارض ولكنه يخرج من الحبس حتى يستحصد الزرع لان العقد تأكد بالقاء البذر فى الارض وانعقدت الشركة فى الخارج وفى البيع اضرار بالمزارع من حيث ابطال حقه فى نصيبه من الزرع وهذا نظير الفصل الاول كما بينا ولو مات رب الارض عمل المزارع على حاله حتى يستحصد الزرع لما بينا من وجه الاستحسان فى الفصل الاول ولو انقضت السنة والزرع لم يحصد ترك فى الارض على حاله حتى يستحصد لانه كان محقا فى

المزارعة فى الابتداء فلا يجوز أن يقلع زرعه قبل الاستحصاد والنفقة عليهما نصفان لان الزرع بينهما نصفان واستحقاق العمل على العامل كان فى المدة خاصة وعلي المزارع أجر مثل نصف الارض لانه يستوفى منفعة نصف الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك فان أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه ولا أمر قاض فهو متطوع فى النفقة لان كل واحد منهما غير مجبر على الانفاق فكان المنفق منهما متطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا اشتريت فانفق أحدهما فى مرمتها بغير أمر صاحبه كان متطوعا فى ذلك ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان فزرعها ولم يستحصد حتى هرب العامل فأنفق صاحب الارض بامر القاضى على الزرع حتى استحصد ثم قدم المزارع فلا سبيل له على الزرع حتى يوفى صاحب الارض جميع نفقته أولا لقول القاضى لا نأمره بالانفاق حتى يقيم البينة عنده على مايقول لانه يدعى ثبوت ولاية النظر للقاضى فى الامر بالانفاق على هذا الزرع ولا يعرف القاضى بينته فيكلفه اقامة البينة عليه ويقبل هذه البينة منه ليكشف الحال بغير خصم أو يكون القاضى فيه خصمه كما يكون فى الانفاق على الوديعة واللقطة فاذا أقام البينة كان أمر القاضي اياه بالانفاق كامر المودع ولو كان حاضرا فيكون له أن يرجع عليه بجميع ماأنفق بخلاف ماسبق فرجوعه هناك بقدر حصته من الزرع لان العمل والانفاق هناك غير مستحق على العامل وأمر القاضى انما ينفذ علي الغائب باعتبار النظر له وذلك فى مقدار حصته من الزرع لا فى ايجاب الزيادة دينا فى ذمته وهنا العمل مستحق على المزارع لو كان حاضرا أجبره القاضى عليه فيعتبر أمره فى اثبات حق الرجوع عليه بجميع النفقة ولا سبيل له على الزرع حتى يوفيه نفقته لان نصيبه من الزرع انما هو بالانفاق فيكون محبوسا بما أنفق كالآبق يحبس بالجعل ولانه استفاد نصيبه من جهة رب الارض بهذه النفقة فيكون بمنزلة المبيع محبوسا عنه بالثمن فان اختلفا فى النفقة فالقول قول المزارع مع يمينه كما لو كان هو الذى أمره بالانفاق وهذا لان رب الارض يدعي عليه زيادة فيما استوجبه دينا فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل باشره غيره وهو الانفاق الذي كان من صاحب الارض ولو لم يهرب ولكن انقضت مدة المزارعة قبل أن يستحصد الزرع والمزارع غائب فان القاضى يقول لصاحب الارض انفق عليه ان شئت فاذا استحصد لم يصل العامل الى الزرع حتى يعطيك نفقتك فان أبى أن يعطيك نفقتك أبيع حصته عليه من الزرع وأعطيك

من ثمنه حصته من النفقة فان لم تف حصته بذلك فلا شئ لك عليه وهذا لان بعد انقضاء مدة المزارعة المزارع لا يجبر على العمل لو كان حاضرا فامر القاضى عليه لا ينفذ الا بطريق النظر له وذلك فى أن يقصر الرجوع على مقدار حصته من الزرع وفى الزيادة على ذلك يلحقه خسران وهو لم يرض به ويبين ذلك لصاحب الارض ليكون اقدامه على الانفاق على بصيرة ولكن لا يكون القاضى غارا يحسب حصته من الزرع بحصته من النفقة لانه حي بتلك النفقة فان أبى أن يعطى النفقة باع القاضي حصته قيل هذا بناء على قولهما فاما عند أبى حنيفة فلا يبيع القاضي حصته من ذلك لانه لا يرى الحجر على الحر وبيع ماله عليه فى دينه وقيل بل هو قولهم جميعا لان الدين الذى لزمه تعلق بنصيبه من الزرع على معنى أن سلامته له متعلقة بوصول النفقة الى صاحب الارض فيباع فيه كما يباع المرهون والتركة فى الدين ولا يتصدق واحد منهما بشئ فى هذه المسائل من الزرع الذى صار له لانه لا يتمكن خبث ولا فساد فى السبب الذي به سلم لكل واحد منهما نصيبه من الزرع ولو كان البذر من العامل فزرع الارض ثم مات المزارع قبل أن يستحصد فقال ورثته نحن نعلمها على حالها فلهم ذلك لانهم قائمون مقام المورث فى ملك نصيبه من الزرع فيقومون مقامه فى العمل اذا اختاروا ذلك وهذا لان مقصود رب الارض اقامة العمل لا عين العامل (ألا ترى) أنه كان للعامل أن يستعين بهم أو بغيرهم فى حياته ليقيموا العمل فكذلك بعد وفاته اذا اختاروا العمل ولا أجر لهم فى العمل لانهم يعملون فيما لهم فيه شركة على سبيل الخلافة عن مورثهم ولا أجر عليهم فى الارض ان عملوها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لانهم قائمون مقام مورثهم وعقد المزارعة لم يبطل بموت مورثهم اذا اختاروا العمل وان قالوا لا نعملها لم يجبروا على العمل لانهم انما يخلفون الميت فى أملاكه وحقوقه وليس عليهم ايفاء شئ مما كان مستحقا على مورثهم من ملكهم (ألا ترى) انهم لا يجبرون على قضاء ديونه من ملكهم فكذلك لا يجبرون على اقامة العمل الذي كان مستحقا عليه بمنافعهم وقيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينك وبينهم نصفين أو اعطهم قيمة حصتهم من الزرع وأنفق على حصتهم فتكون نفقتك فى حصتهم مما تخرج الارض لان المزارعة قد انقطعت بموت العامل اذا أبى الوارث اقامة العمل لفوات المعقود عليه لا الى خلف وبقى الزرع مشتركا بينهما فهو بمنزلة مالو انقضت مدة العمل والزرع بقل فاراد العامل أن يقلع نصيبه وقد بينا هناك أن صاحب الارض يتخير بين هذه الاشياء الثلاثة فهو قياسه الا أن هناك اذا أراد صاحب الارض

الانفاق فانه يرجع بنصف النفقة فى نصيب العامل وهنا يرجع بجميع النفقة فى نصيب الورثة لان هناك استحقاق العمل على العامل بمقابلة حصته من الزرع فى المدة لا بعدها وقد انتهت المدة فكانت النفقة عليهما نصفين وهنا المدة لم تنته وقد كان العمل مستحقا على المزارع بمقابلة مايسلم له من نصف الزرع وما كان مستحقا عليه يجب ايفاؤه من تركته ولا يسلم التركه للورثة الا بعد ايفاء ما كان مستحقا عليه فلهذا رجع بجميع ما انفق فى حصة الورثة من الزرع فيستوفيه ثم يعطيهم الفضل على ذلك وكذلك لو كان الذي مات رب الارض وبقى العامل وكذلك لو كان البذر من قبل رب الارض ثم مات أحدهما فالامر فيه على ما بينا ان شاء المزارع ان كان حيا أو ورثته ان كان ميتا أن يمضوا على المزارعة فذلك لهم وان أبوا خير رب الارض وورثته بين القلع وإعطاء قيمة حصة العامل وبين الانفاق على نحو ماذكرنا ولو كان البذر من العامل فلما صار الزرع بقلا انقضى وقت المزارعة فايهما أنفق والآخر غائب فهو متطوع فى النفقة لان الغائب لو كان حاضرا لم يكن مجبرا على الانفاق فيكون صاحبه فى الانفاق على نصيبه متطوعا ولا أجر لصاحب الارض على العامل لان اجر مثل نصف الارض انما يلزم بالتزامه وهو اختياره امساك الارض الى وقت الاستحصاد بعد مطالبة صاحب الارض بالتفريغ ولم يوجد ذلك وان رفع العامل الامر الى القاضي وصاحب الارض غائب فانه يكلفه البينة على مادعى لانه ادعى ثبوت ولاية القاضي فى الامر بالانفاق فلا يقبل ذلك منه الا ببينة فان أتى بالبينة على الزرع أنه بينه وبين فلان الغائب أمره القاضي بالنفقة وان تأخرت اقامة البينة وخيف على الزرع الفساد فان القاضي يقول له أمرتك بالانفاق ان كنت صادقا والنظر لهذا يحصل لانه ان كان صادقا فى مقالته فالامر من القاضي فى موضعه وان كان كاذبا لم يثبت حكم الامر لانه علقه بالشرط فان أنفق حتى يستحصد ثم حضر رب الارض كان المزارع أحق بحصة رب الارض حتى يستوفى نفقته فان بقى شئ كان لرب الارض وان كانت نفقته أكثر لم يرجع على رب الارض بشئ لان أمر القاضى انما نفذ فى حق الغائب على وجه النظر منه له وكذلك يقول له القاضى انفق على أن تكون نفقتك فى حصته من الزرع لدفع الضرر ويجعل القاضى عليه اجر مثل نصف الارض لان القاضي قام مقام الغائب فى ما يرجع الى النظر له ولو كان حاضرا يلزمه أجر مثل نصف الارض بتربية نصيبه من الزرع فى الارض الى وقت الادراك فكذلك القاضى يلزمه ذلك بخلاف ما لو انفق بغير أمر القاضي

فان هناك ليس عن الغائب نائب ليلزمه اجر مثل نصف الارض (ألا ترى) أنه لا يثبت له حق الرجوع على الغائب بحصته فيما أنفق بغير أمر القاضي وثبت له حق الرجوع بحصته مما أنفق بامر القاضي فكذلك فى اجر مثل نصف الارض يقع الفرق بين الفصلين لهذا المعنى ولو حضروا جميعا فقال المزارع يقلع الزرع وقال رب الارض ينفق عليه وآخذ منك اجر مثل نصف الارض لم يكن له ذلك لانه لا بد أن يلزم المزارع دينا في ذمته وربما يتضرر به المزارع بأن لا يفي نصيبه من الزرع بذلك فيكون له أن يأبى ذلك ثم يقول القاضى لصاحب الزرع ان شئت فاقلع الزرع مع المزارع وان شئت فاعطه نصف قيمة الزرع وان شئت فانفق على الزرع كله وتكون حصته الى حصة العامل من النفقة فى حصته من الخارج ولا يجبر المزارع على نفقة ولا أجر لان فيه اتلاف ملكه وأحد لا يجبر على ذلك وان كان ينتفع به غيره وان قال المزارع ينفق على الزرع وأبى ذلك صاحب الارض وقال يقلع الزرع أمر القاضي أن ينفق على الزرع فتكون نفقته على حصة صاحب الارض فى حصته من الزرع وعليه أجر مثل نصف الارض لانه في اختيار الانفاق ناظر لنفسه ولصاحب الارض فانه يحيي به نصيبه من الزرع ويسلم له أجر مثل نصف الارض وصاحب الارض فى الاباء متعنت قاصد الى الاضرار به فلا يلتفت القاضي الى تعنته بخلاف الاول فان المزارع هناك يلزمه الاجر بما اختاره صاحب الارض من الانفاق ولو ساعده على ذلك فهو بالاباء يدفع الغرم عن نفسه وهنا صاحب الارض لا يلزمه شئ وكل شئ من هذا الباب أمر القاضى أحدهما بالنفقة كلها وصاحبه غائب لم يأمره بذلك حتى تقوم البينة على الشركة فان خيف الهلاك عليه الى أن تقوم البينة قال له القاضى أمرتك بالنفقة ان كان الامر كما وصفت وقد بينا وجه هذا ولو كان البذر من صاحب الارض فلما صار الزرع بقلا قال العامل لا أنفق عليه ولا أسقيه فان القاضي يجبره على أن ينفق عليه ويسقيه لانه التزم ذلك بمباشرة العقد طائعا فيجبر على ايفاء ما التزمه فلو أجبره ولم يكن عنده ما أنفق أمر صاحب الارض والبذر ان ينفق عليه ويسقيه على أن يرجع بذلك كله على صاحبه وان كان أكثر من نصيبه لان ذلك شئ يجبره عليه وكل نفقة يجبر عليها صاحبها فلم ينفق فامر القاضى صاحبه بالنفقة فانفق رجع بكلها على شريكه هلكت الغلة أو بقيت وكل نفقة لايجبر عليها صاحبها فانفق شريكه بامر القاضى فانها تكون فى حصة الآخر فان لم تف بها لم يكن للمنفق غير ذلك ولو أصاب الغلة آفة وتعذر عليه

بقاؤه للافلاس فيستحق النظرة الى الميسرة ولا يبطل أصل الاستحقاق فيكون الآخر كالفائت عنه شرعا فيما كان مستحقا عليه فيرجع بجميعه دينا فى ذمته كما لو كان أمره بذلك وفيما لم يكن هو مجبرا عليه لم تؤخذ منه الالتزام بمباشرة سببه وانما يلزم القاضي ذلك على سبيل النظر منه له ومعنى النظر انما يتحقق اذا كان الالزام بقدر نصيبه من الغلة على وجه يبقى ببقائه ولا يطالب بشئ بعد هلاكه فلهذا لا يعتبر أمر القاضى الا فى هذا المقدار (ألا ترى) أن عبدا صغيرا لو كان بين رجلين فقال أحدهما ليس عندى ما أنفق عليه ولا ما استرضع به أجبره القاضى على ذلك فان لم يقدر على ذلك وأمر شريكه فاسترضع له رجع عليه بحصته من الاجر بالغا ما بلغ اذا كان رضاع مثله وان كان أكثر من قيمة الصبي سواء بقى الصبي أو هلك لانه لما كان مجبرا على الانفاق كان أمر القاضى شريكه بالانفاق كامره لان القاضى نائب عنه فى ايفاء ما كان مستحقا عليه ودفع الظلم فيرجع عليه بنصيبه بالغا ما بلغ وبمثله فى الدابة المشتركة لما لم يكن مجبرا على الانفاق في القضاء فاذا أنفق الشريك لم يكن له أن يرجع عليه فيما زاد علي قيمة نصيبه ولا بعد هلاك الدابة فبهذا يتضح الفرق بينهما ولو أوصى لرجل بنخل ولآخر بغلته فالنفقة علي صاحب الغلة تسلم له بمقابلة ما ينفق والغرم مقابل بالغنم فان أحاله فلم يخرج شيأ فى سنته لم يجبر واحد منهما على النفقة أما صاحب النخل فلان لا يسلم له شئ من الغلة ولانه لا يجبر على الانفاق على ملكه فى غير بنى آدم وصاحب الغلة انما كان ينفق لتسلم له الغلة وفى هذه السنة لا يسلم له شئ من الغلة فلا يجبر على النفقة فان أنفق عليه صاحب النخل حتى حمل لم يكن لصاحب الغلة شئ حتى يستوفى صاحب النخل النفقة من الغلة وان لم يخرج من الغلة فيما يستقبل مثل ما أنفق لم يكن له على صاحب الغلة غرم نفقته وانما نفقته فيما أخرجت النخل لان الغلة انما حصلت بالنفقة فلا تسلم له الغلة حتى يعطيه ما أنفق ولكن صاحب الغلة لم يكن مجبرا على الانفاق فلا يرجع بالفضل عليه فكذلك الزرع الذى وصفنا قبل هذا . ولو أنفق عليه المزارع بأمر صاحبه رجع عليه بذلك بالغا ما بلغ لانه استقرض منه ما أمره بان ينفق عليه وقد أقرضه فيكون ذلك دينا عليه فى ذمته ولا سبيل له على حصته من الزرع وهذا لان أمره علي نفسه نافذ مطلقا فلا يتقيد بما فيه نظر له وأمر القاضى عليه يتقيد بما فيه نظر له فيما لم يكن هو مجبرا عليه واذا دفع الرجل الى رجل أرضا عشر سنين على أن يزرعها ما بدا له على أن ما أخرج الله تعالى فى ذلك من

شئ فهو بينهما نصفان فغرسها نخلا أو كرما أو شجرا فأثمر ولم يبلغ الثمر حتى مات المزارع أو رب الارض فالثمر بمنزلة الزرع الذى لم يبلغ في جميع مابينا لان لادراك الثمار نهاية معلومة كالزرع فيبقى العقد بعد موت أحدهما الى وقت الادراك لما فيه من النظر لهما وليس فيه كثير ضرر على صاحب الارض ولو مات رب الارض وليس فيه ثمر انتقضت المزارعة وصار الشجر بين ورثة الميت وبين المزارع نصفين فان الشجر كالبناء ليس له نهاية معلومة فى تفريغ الارض منه وفى ابقاء العقد اضرار بصاحب الارض وهو الوارث (ألا ترى) أن المستعير لو زرع الارض ثم بدا للمعير ان يستردها يبقى زرع المستعير الى وقت الادراك بأجر ولا يفعل مثله فى الشجر والبناء فهذا مثله وكذلك لو مات المزارع وبقي صاحب الارض فان قال المزارع أنا آخذ من الورثة نصف قيمة الغرس لم يكن له ذلك والخيار فيه الى صاحب الارض أو ورثته ان كان ميتا ان شاؤا قلعوا ذلك وكان بينهم وان شاؤا أعطوا المزارع أو ورثته نصف قيمة ذلك لان الاشجار مشتركة بينهما وهى فى أرض صاحب الارض فيكون بمنزلة البناء المشترك بينهما فى أرض أحدهما والخيار فى التملك بالقيمة الى صاحب الارض دون الآخر لان البناء والشجر تبع للارض حتى يدخل فى البيع من غير ذكر بمنزلة الصبغ فى الثوب ولو اتصل صبغ انسان بثوب غيره كان الخيار فى التملك الى صاحب الثوب لا الى صاحب الصبغ وهذا لان الآخر لا يمكنه أن يتملك الارض عليه لان الارض أصل فلا تصير تبعا لما هو تبع له وهو الشجر ولا فى أن يتملك نصيبه من الاشجار لانه لا يستحق حق قرار الاشجار بهذه الارض ولكن يؤمر بالقلع وصاحب الارض ان تملك عليه نصيبه من الاشجار كان ذلك مفيدا له لانه يستحق حق قرار جميع هذه الاشجار فى أرضه فلهذا كان الخيار لصاحب الارض وكذلك لو كانا حيين فلحق رب الارض دين ولا وفاء عنده الا من ثمن الارض ولا ثمر فى الشجر فان القاضى ينقض الاجارة ويجبر رب الارض فان شاء غرم نصف قيمة الشجر والنخل والكرم وان شاء قلعه لان سبب الدين الفادح بقدر ابقاء العقد بينهما فينقض القاضى الاجارة ليبيع الارض فى الدين ويكون ذلك بمنزلة انتقاض الاجارة بموت أحدهما وكذلك لو انقضت المدة لان العقد قد ارتفع بانقضاء المدة وبقيت الاشجار مشتركة بينهما فى أرض أحدهما ولو كان العامل أخذ الارض بدراهم مسماة لم يكن له فى هذه الوجوه خيار ولا لصاحب الارض ويقال له اقلع شجرك لان الاشجار من وجه تبع

للارض ومن وجه أصل ولهـذا جاز بيع الاشجار بدون الارض فلا بد من اعتبار الشبهين فيقول لشبهه بالاصل من وجه لا يكون لصاحب الارض أن تملك عليه بغـير رضاه اذا لم يكن له شركة فى الاشجار بمنزلة صاحب السفل لا تملك على صاحب العلو علوه بالقيمة بغير رضاه ولشبهه بالتبع من وجه كان له أن يتملك عليه نصيبه اذا كان شريكا له فى الاشجار وهذا لانه اذا كان شريكا له في الاشجار فله أن يمنع شريكه من قلع الاشجار لانه يبقى نصيبه من الاشجار فى أرض نفسـه فلا يكون لاحد أن يبطل هذا الحق عليه بالقلع بغـير رضاه ولا يتمكن من قلع نصيب نفسه خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد القسـمة ولا تتحقق القسـمة بينهما مالم تقلع الاشجار فاما اذا كانت الاشجار كلها لاحـدهما والارض للآخر فصاحب الاشجار متمكن من قلع أشجاره على وجـه لا يكون فيه ضرر على صاحب الارض فلهذا لا يكون لصاحب الارض أن يتملك عليه الاشجار بقيمتها بغير رضاه الا أن يكون قلع ذلك يضر بالارض اضرارا شـديدا ويكون استهلا كا وفساداً فحينئذ يكون للمؤاجر أن يغرم للمستأجر لان صاحب الاشـجار ليس له أن يلحق الضرر الفاحش بصاحب الارض واذا كان فى القلع ضرر فاحش نقد بعد القلع واحتبست الاشجار فى ملك صاحب الارض فتحبس بالقيمة بمنزلة من غصب ساحة وأدخلها فى بنائه فانه يضمن القيمة وليس لصاحب الساحة أن يأخذ الساحة لما فيه من الاضرار بصاحب البناء ولو دفع الي رجل أرضا مزارعة سنته هذه يزرعها ببذره وعمـله على أن الخارج بينهما نصـفان فكربها العامل وبناها وحفر أنهارها ثم استحقها رجل أخذها ولا شئ للمزارع على الذى دفعها اليه من نفقته وعمله لانه لم يزد فيها شيأ من عنده انما أقام العمل وقد بينا ان المنفعة انما تتقوم بالتسمية والمسمى بمقابلة عمله بعض الخارج وذلك لايحصل قبل الزراعة ولان المزارعة شركة فى الخارج وابتـداؤهامن وقت القاء البذر فى الارض فهـذه أعمال تسبق العـقد فلا يستوجب بسببها شيئا على الدافع ولو استحقها بعد مازرعها قبل أن يستحصد فانه يأخذ الارض ويأمر المزارع وصاحب الارض أن يقلعا الزرع لانه تبين أن الارض كانت مغصوبة والغاصب لا يكون فى الزراعـة محقا فلايستحق ابقاء زرعه ثم المزارع بالخيار ان شاء أخذ نصف الزرع على حاله ويكون النصف للا خر الذى دفع اليه الارض مزارعة وان شاء ضمن الذى دفع الارض مزارعة نصف قيمة الزرع نابتا فى الارض وتسلم الزرع كله لانه مغرور من جهته حين أعطاه الارض على انها

ملكه والذى جرى بينهما عقد معاوضة فيثبت الغرور بسببه وقد استحق ابقاء نصيبه من الزرع الي وقت الادراك فاذا فات عليه ذلك كان له أن يرجع عليه بقيمة حصته من الزرع نابتا فى الارض كالمشترى للارض اذا زرعها ثم استحقت وقلع زرعه وان أخذ نصف الزرع كان النصف الآخر للذى دفع اليه الارض لان الاستحقاق بعقده وهو الذى عقد وقد بينا أن الغاصب اذا أجر الدار أو الارض فالاجر له فكذا هنا يكون نصف الزرع للدافع دون المستحق ثم المستحق فى قول أبى حنيفة يضمن نقصان الارض للزارع خاصه ويرجع به على الذى دفع اليه الارض وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو قول محمد المستحق بالخيار ان شاء ضمن نقصان الارض الدافع وان شاء الزارع ثم يرجع المزارع به على الدافع وهو بناء على مسئلة غصب العقار فان العقار يضمن بالاتلاف بالاتفاق وفى الغصب خلاف فالدافع غاصب والمزارع فى مقدار النقصان متلف لان ذلك حصل بمباشرته المزارعة فعند أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر الضمان للمستحق على المتلف دون الغاصب وعند محمد له الخيار ثم المزارع اذا ضمن يرجع بما ضمن على الدافع لانه كان مغرورا من جهته فانه ضمن له بعقد المعاوضة سلامة منفعة الارض بعمل الزراعة له ولم يسلم فيرجع عليه بسبب الغرور كالمغرور في جارية اشتراها واستولدها يرجع بقيمة الولد الذى ضمن على البائع ولو كان العامل غرسها نخلا وكرما وشجرا وقد كان أذن له الدافع فى ذلك فلما بلغ وأثمر استحقها رجل فانه يأخذ أرضه ويقلع من النخل والكرم والشجر مافيها ويضمنان للمستحق نقصان القلع اذا قلعا ذلك بالاتفاق لان النقصان انما يتمكن بالقلع بمباشرتهما القلع فكان ضمانه عليهما ويضمن الغارس له أيضا نقصان الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف الآخر ويرجع العامل بما ضمن من نقصان القلع والغرس على الدافع وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله للمستحق أن يضمن الدافع جميع ذلك النقصان وهو بناء على ما بينا فان فى النقصان بالغرس الغارس هو المباشر للاتلاف والدافع غاصب فى ذلك وعند محمد الغاصب ضامن كالمتلف وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ضمان ذلك للمستحق على المتلف دون الغاصب ثم الغارس يرجع على الدافع لاجل الغرور الذى تمكن فى عقد المعاوضة بينهما

باب العذر فى المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أخرج الله تعالى فى شيء منه فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صار بسرا أخضر مات صاحب الارض فقد انتقضت المعاملة بينهما فى القياس وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم انقضت الاجارة بموت أحدهما أيهما مات فكذلك اذا استأجره ببعض الخارج ثم انتقاضها بموت أحدهما بمنزلة اتفاقهما على نقضها فى حياتهما ولو نقضاه والخارج بسر كان بينهما نصفين ولكنه استحسن فقال للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك التمر وان كره ذلك الورثة لان فى انتقاض العقد بموت رب الارض اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بعقد المعاملة وهو ترك الثمار فى الاشجار الى وقت الادراك وان انتقض العقد يكلف الجداد قبل الادراك وفيه ضرر عليه وكما يجوز نقض الاجارة لدفع الضرر يجوز ابقاؤها لدفع الضرر وكما يجوز أن ينعقد العقد ابتداء لدفع الضرر يجوز ابقاؤه لدفع الضرر بطريق الاولى وان قال العامل أنا آخذ نصف البسر له ذلك لان ابقاء العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب الارض الا انه لا يملك الحاق الضرر بورثة رب الارض فيثبت الخيار للورثة فان شاؤا صرموا البسر فقسموه نصفين وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله لهم وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة العامل من التمر لتحقق المساواة بينهما فى ملك البسر واختصاص الورثة بملك النخل والارض واتصال التمر بالنخل كاتصال النخل بالارض واتصال البناء بالارض وقد بينا أن هناك عقد الشركة فى النخل والبناء يكون الخيار لصاحب الارض بين هذه الاشياء الثلاثة فهذا مثله ولو كان مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كرهه صاحب الارض لانهم قائمون مقامه وفى قيامهم على النخل تحصيل مقصود رب النخل وتوفير حقهم عليهم بترك نصيب مورثهم من التمر فى النخل الى وقت الادراك كما صار مستحقا له فلا يكون لرب النخل أن يأبى ذلك عليهم وان قالت الورثة نحن نصرمه بسرا كان لصاحب الارض من الخيار مثل ماوصفنا لورثته فى الوجه الاول ولو ماتا جميعا كان الخيار فى القيام عليه أو تركه الى

ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق له وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك فان أبوا أن يقوموا عليه كان الخيار الى ورثة صاحب الارض على ماوصفنا في الوجه الاول ولو لم يمت واحد منهما ولكن انقضت مدة المعاملة والبسر أخضر فهذا والاول سواء والخيار فيه الى العامل فان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما نصفين فان في الامر بالجذاذ قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع وقد تقدم نظيره في الزرع الا أن هناك العامل اذا اختار الترك فعليه نصف أجر مثل الارض لان استئجار الارض صحيح فينعقد بينهما عقد الاجارة على نصف الارض الى وقت الادراك وهنا لاأجر على العامل لان استئجار النخيل لترك الثمار عليها الى وقت الادراك باطل (ألا ترى) أن من اشترى زرعا في أرض ثم استأجر الارض مدة معلومة جاز ولو استأجرها الى وقت الادراك وجب أجر المثل ولو اشترى ثمارا على رؤس الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لايجب عليه أجر واذا ظهر الفرق ابتنى على الفرق الاخر وهو ان هناك العمل عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لايستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب النخيل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما كان لايستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة وان أبى ذلك العامل خير رب النخيل بين الوجوه الثلاثة كما بينا ولو لم ينقض المعاملة ولكنه لحق رب النخل دين فادح لا وفاء عنده الا ببيع النخل وفي النخل بسرا وطلع لم يجبر على بيع النخل ويخرج من السجن حتى يبلغ الثمر وتنقضي المعاملة ثم يعاد في السجن حتى يقضى الدين لما بينا أن في البيع قبل الادراك ضررا بالعامل في ابطال حقه وفي الترك اضرار بالغرماء في تأخير حقهم وبمقابلة هذا الضرر منفعة لهم وهو ادراك نصيب غريمهم من الثمر ليباع في دينهم فيكون مراعاة هذا الجانب أولى ولو مات أحدهما أو انقضت المدة أو لحق صاحب الارض دين فادح وقد سقى العامل النخل وقام عليه وحفظه الا أنه لم يخرج شيأ انقضت المعاملة ولم يكن له من منفعته شئ على الذي دفع اليه معاملة لان المعاملة شركة في الخارج فاذا لم يحصل الخارج بعد لم تنعقد الشركة

بينهما فى شئ فاعتراض هذه العوارض قبل انعقاد الشركة كاعتراضها فى المزارعة قبل القاء البذر فى الارض وقد بينا أن هناك العقد ينتقض ولا شئ للعامل على رب الارض لان تقوم منافعه بالمسمي ولم يحصل شئ منه فهذا مثله ولو كان الطلع قد خرج وهو اسم لاول ما يبدو مما هو أصل التمر من النخل أو صار بسرا ثم استحقت الارض كان النخل وما فيه للمستحق لان النخل تبع للارض كالبناء وكما ان باستحقاق الارض يستحق البناء فكذلك يستحق النخل والتمر زيادة متولدة من النخل والاستحقاق بحجة البينة يثبت فى الزيادة المتصلة والمنفصلة جميعا اذا كانت متولدة ثم يرجع العامل على الذى دفع اليه النخل معاملة بأجر مثله فيما عمل لانه كان استأجره بنصف الخارج وقد حصل الخارج ثم لم يسلم له بالاستحقاق فيفسد العقد ويبقي عمله مستوفى بعمل فاسد فيستوجب أجر المثل كما لو استأجره للعمل بشئ بعينه فاستحق بعد ماأقام العمل ولو دفع الى رجل زرعا له فى أرض قد صار بقلا معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد فما خرج منها فهو بينهما نصفان فهو جائز بالقياس على دفع النخيل معاملة لان الحب يتولد من النبات بعمل العامل كالتمر من النخيل ولان الريع يحصل بعمله هنا فهو بمنزلة دفع الارض والبذر مزارعة بل هذا أقرب الى الجواز من ذلك لانه أبعد من الغرر فهناك لايدرى أيكون الزرع أولا وهنا الزرع ثابت فالظاهر أن يحصل الريع بعمله الا أن يصيبه آفة واذا جاز العقد ثمة فهنا أولى فاذاقام عليه حتى انعقد حبه ولم يستحصدحتي مات أحدهما فالعامل أو ورثته بالخيار ان شاء مضي على العمل حتى يستحصد فيكون الخارج بينهما علي الشرط وان شاء نقض المعاملة لان العامل استحق بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك ووارثه يخلفه فى ذلك وان اختار نقض المعاملة فله ذلك لان ابقاء العقد بعد موت أحدهما كان لدفع الضرر عنه ثم يخير صاحب الزرع أو وارثه بين القلع وبين اعطاء قيمة نصيب العامل يومئذ وبين الانفاق على الزرع حتى يستحصد ثم يرجع بنصف نفقته من حصة العامل لانه شريك فى التبع وهو مختص بملك الاصل وكذلك لو ماتا جميعا ولو لم يمت واحدمنهما وكان دفعه اليه أشهرا معلومة فانقضت قبل أن يستحصد الزرع فالزرع بينهما والنفقة عليهما وعلى العامل أجر مثل نصف الارض وقد بينا هذا فى المزارعة والفرق بينه وبين المعاملة فى الاشجار أن المعاملة فى الفصل هذا على قياس المزارعة فان قال العامل أريد قلعه خير صاحب الارض بين

الاشياء الثلاثة كما وصفنا فى المزارعة والمعاملة فى النخيل وان أراد صاحب الارض قلعه وقال العامل أنا أنفق عليه قال القاضى له أنفق عليه حتى يستحصد وعليك أجر مثل نصف الارض فاذا استحصدت أخذت نصف النفقة من حصته لانه مما يختار من الانفاق بقصد دفع الضرر عن نفسه وعن صاحب الارض فصاحب الارض اذا أبى ذلك عليه كان متعنتا فلا يلتفت القاضى الى تعنته ولو لم تنقض المدة حتى استحصد الزرع ثم استحق رجل الارض بزرعها أخذها كلها ورجع العامل على الدافع باجر مثله فيما عمل لانه كان استأجره ببعض الخارج وقد حصل الخارج ثم لم يسلم له حين استحق فرجع عليه باجر مثله واذا دفع الى رجل نخلا فيه طلع كفرى على أن يقوم عليه ويلقحه ويسقيه فما خرج فهو بينهما نصفان ولم يضرب له وقتا أو بين له وقتا معلوما فهو جائز لان بعد خروج الطلع لادراك الثمار نهاية معلومة بطريق العادة والمعلوم بالعادة كالمشروط بالنص فلا يضرهما ترك التوقيت ثم الثمر هنا يحصل أو يزداد بعمل العامل فباعتباره تجوز المعاملة بينهما كما تجوز المعاملة قبل خروج الطلع فان قام عليه حتى صار بسرا ثم مات أحدهما أو كلاهما وانقضى وقت المعاملة فالخيار فى العمل الى العامل أو وارثه وان أبى أن يعمل خير صاحب النخل بين احدى الوجوه الثلاثة ولم يفرق هنا فى الجواب بين الموت وبين انقضاء الوقت لان الثمر خارج عند المعاملة والشركة بينهما تحصل عقيب العقد ولا يستوجب رب النخل الاجر على العامل عند انقضاء المدة كما لا يستوجب عند موت أحدهما فى المدة والعمل كله على العامل اذا اختار الترك الى وقت الادراك فى الفصلين جميعا ولو لم يكن شئ من ذلك ولكن استحق الارض والنخل كان على الدافع أجر مثل العامل لانه استأجره للعمل ببعض ما يحصل بعمله وقد حصل ثم استحق فيستوجب عليه أجر المثل ولو استحقه المستحق بعد ماسقاه العامل وقام عليه وأنفق الا أنه لم يزدد شيأ حتى أخذه المستحق لم يكن للعامل على الدافع شئ لان أجر عمله نصف ما تحصل بعمله من زيادة أو أصل ثمرة ولم يوجد ذلك فان قيل فاين ذهب قولكم ان الشركة تحصل هنا عقيب العقد قلنا نعم ولكن فيما يحصل بعمله على أن يكون ماهو حاصل قبل عمله تابع له فاما أن يستحق الشركة فيما هو حاصل قبل عمله مقصودا فلا لان جواز هذا العقد بينهما بالقياس على المعاملة فى النخيل ولو شرطا هناك الشركة فى النخيل الحاصل والثمر الذى لم يحصل لم يجز العقد فعرفنا أن المقصود هنا الشركة فيما يحصل من الزيادة بعمله فاذا لم

يحصل شئ من ذلك حتى استحقه المستحق لم يستوجب عليه شيأ من الاجر لانه لم يستحق شيأ مما صار مستحقا للعامل بعمله ولو لم يستحق ومات أحدهما انتقضت المعاملة لانه لم يحصل بعمله شئ فهو نظير موت رب النخيل فى المعاملة قبل خروج الثمار ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ فكان الكفرى كله لصاحب النخيل كما كان قبل العقد والله أعلم

باب مايجوز لاحد المزارعين أن يستثنيه لنفسه ومالا يجوز

(قال رحمه الله) واذا اشترطا فى المزارعة والبذر من أحدهما أن للزارع ماأخرجت ناحية من الارض معروفة ولرب الارض ماأخرجت ناحية منها أخرى معروفة فهو فاسد لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى الريع مع حصوله لجواز أن يحصل الريع فى الناحية المشروطة لاحدهما دون الآخر لان صاحب الارض شرط على العامل العمل فى ناحية من الارض له على أن يكون له بمقابلته منفعة ناحية أخرى والخارج من ناحية أخرى فيكون هذا بمنزلة مالو شرط ذلك فى أرضين وفى الارضين اذا شرط أن يزرع أحدهما ببذره على أن له أن يزرع الاخرى ببذره لنفسه كان العقد فاسدا فهذا مثله ثم الزرع كله لصاحب البذر وقد بينا هذا الحكم فى المزارعة الفاسدة وكذلك لو اشترطا أن ماخرج من زرع على السواقى فهو للمزارع وما خرج من ذلك في الاتوار والاواعي فهو لرب الارض فالعقد فاسد لما قلنا وكذلك لو اشترطا التبن لاحدهما والحب للآخر كان العقد فاسدا لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله فمن الجائز أن يحصل التبن دون الحب بان يصيب الزرع آفة قبل انعقاد الحب وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله كان مفسدا للعقد ثم الكلام فى التبن فى مواضع أحدها انهما اذا شرطا المناصفة بينهما فى الزرع أو الريع أو الخارج مطلقا فالحب والتبن كله بينهما نصفان لان ذلك كله حاصل بعمل الزارع والثانى أن يشترطا المناصفة بينهما فى التبن والحب لاحدهما بعينه فهذا العقد فاسد لان المقصود هو الحب دون التبن فهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فيما هو المقصود والثالث أن يشترطا المناصفة فى الحب ولم يتعرضا للتبن بشئ فهذا مزارعة صحيحة والحب بينهما نصفان لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود والتبن لصاحب البذر منهما لان استحقاقه ليس بالشرط وانما استحقاق الأجر بالشرط فانمايستحق

الأجر بالشرط والسكوت عنه يكون لصاحب البذر وبعض أئمة بلخ رحمهم الله قالوا في هذا الفصل التبن بينهما نصفان أيضا لان فيما لم يتعرضا له يعتبر العرف والعرف الظاهر المناصفة بينهما في التبن والحب جميعا ولان التبن في معنى التبع للحب واشتراط المناصفة في المقصود بمنزلة اشتراطه في التبع مالم يفصل عنه بشرط آخر فيه مقصود والرابع أن يشترطا المناصفة بينهما في الحب والتبن لاحدهما بعينه فان شرطا التبن لصاحب البذر فهو جائز لانهما لو سكتا عن ذكره كان لصاحب البذر فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب للعقد فلا يتغير به وصف العقد وان شرطا التبن للآخر لم يجز لان الآخر انما يستحق بالشرط فلو صححنا هذا العقد أدى الي أن يستحق أحدهما شيأ من الخارج بالشرط دون صاحبه بان يحصل التبن دون الحب بخلاف الاول فاستحقاق رب البذر ليس بالشرط بل لانه نماء بذره ثم التبن للحب قياس النخل للتمر ويجوز أن يكون النخل لصاحبه لا بشرط المزارعة والتمر بينهما نصفان ولكن لا يجوز أن يكون النخل للعامل بالشرط في المعاملة والتمر بينهما نصفان فكذلك في المزارعة ولو سميا لاحدهما أقفزة معلومة فسد العقد لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة في الخارج مع حصوله بان يكون الخارج الاقفزة المعلومة لاحدهما بعينه من غير زيادة ولو دفع اليه أرضا عشرين سنة على أن يزرعها ويغرسها مابدا له على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان فهو جائز لان التالة للاشجار بمنزلة البذر للخارج واشتراط ذلك على العامل في المزارعة صحيح فكذلك اشتراط الغرس على العامل بعد أن تكون المدة معلومة وما زرع وغرس بينهما نصفان حبه وتبنه وثمره ورطبه وأصول الرطب وعنبه وكرمه وأصول الكرم وحطبه وعيدانه لان هذا كله حاصل بعمله وبقوة أرض صاحبه فان الغروس تتبدل بالعلوق (ألا ترى) أن من غصب تالة فغرسها كان الشجر له بمنزلة مالو غصب بذرا فزرعه فان كان الكل حاصلا بعمله وقد اشترطا المناصفة في جميعه كان الكل بينهما نصفين ولو اشترطا أن الثمر بينهما والتمر بينهما على مااشترطا فأما الشجر والكرم وأصول الرطبة فهو للغارس يقلعه اذا انقضت المعاملة وهو نظير مابينا اذا شرط المناصفة في الحب أن التبن كله لصاحب البذر فهذا أيضا الثمر بينهما نصفان كما شرطا والشجر وأصول الرطبة كله للغارس لان استحقاقه باعتبار ملك الاصل لا بالشرط ويقلعه انقضت المعاملة لأن عليه تسليم الارض الى صاحبها فارغة ولا يتمكن من ذلك الا بقلع

الاشجار وكذلك لو كان شرطا ذلك للغارس وان كانا شرطاه لرب الارض كانت المعاملة فاسدة كما بينا فى التبن لان استحقاق رب الارض بالشرط فلو جوزنا هذا الشرط أدى الى أن يثبت له استحقاق الخارج قبل أن يثبت لصاحبه بالشروط وربما لا يثبت لصاحبه بان لاتحصل الثمار ولو كان الغرس والبذر من قبل صاحب الارض كان جائزا فى جميع هذه الوجوه الا أن يشترط الشجر والكرم وأصول الرطبة للعامل فحينئذ تفسد المعاملة لان استحقاق العامل هنا بالشرط فلا يجوز أن يسبق استحقاق صاحب الارض فى الخارج وان شرطا الثمر لاحدهما بعينه والشجر بينهما نصفان لم يجز لان المقصود بالمعاملة الشركة فى الثمار فهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فيما هو المقصود فيفسد به العقد كما لو شرطا فى المزارعة الحب لاحدهما بعينه والتبن بينهما نصفين وقد بينا هذا وان اشترطا فى المزارعة ان ماخرج منها من حنطة فهو بينهما نصفان وما خرج من شعير فهو لصاحب البذر كله يستوفيه فيأخذه فهذه مزارعة فاسدة وكذلك لو شرطا الشعير الذى يخرج منها للذى ليس من قبله البذر فهو فاسد والمراد من هذا انه قد يكون فى الحنطة حبات شعير فتقلع وذلك اذا اشتد حبه قبل أن تدرك الحنطة وتجف فاذا شرطا ذلك لاحدهما بعينه فسد العقد لان الحنطة والشعير كل واحد منهما ريع مقصود فهذا الشرط يؤدي الى قطع الشركة فى ريع مقصود وذلك مفسد للعقد ومن الجائز أن يحصل الشعير ويصيب الحنطة آفة فيختص به أحدهما وذلك ينفى صحة المزارعة بينهما ولو دفع زرعا فى أرض قد صار بقلا مزارعة واشترطا أن الحب بينهما نصفان والتبن لصاحب الارض أو سكتا عنه فهو جائز والتبن لصاحب الارض ولو شرطا التبن للعامل فهو فاسد لان دفع الزرع الذي صار بقلا مزارعة كدفع الارض والبذر مزارعة وقد بينا هذا الحكم فيما اذا دفع الارض والبذر مزارعة فكذلك اذا دفع الفضل مزارعة والله أعلم

﴿ باب عقد المزارعة على شرطين ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا يزرعها سنته هذه ببذره وعمله على انه ان زرعها فى أول يوم من جمادى الاولى فالخارج بينهما نصفان وان زرعها فى أول يوم من جمادى الآخرة فالثلثان من الخارج لرب الارض والثلث للمزارع فالشرط الاول جائز والثانى

فاسد فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من أجاز المزارعة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وهذه المسئلة تنبنى على ماينلفي فى الاجارات اذا دفع ثوبا الى خياط فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم ووجه البناء عليه ان صاحب الارض مؤاجر أرضه من صاحب البذر وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو مستأجر للعامل وقد شرط عليه اقامة العمل فى أحد الوقتين وسمى بمقابلة العمل فى كل وقت بدلا مخالفا للبدل الآخر فيكون بمنزلة الخياطة فى اليوم وفى الغد عند أبى حنيفة رحمه الله الشرط الاول صحيح والثانى فاسد اما لانه علقه بالاول أو لانه اجتمع سببان فى الوقت الثانى فان زرعها فى جمادى الاولى فالخارج بينهما نصفان وان زرعها فى جمادى الآخرة فالخارج كله لصاحب البذر وعليه أجر مثل الارض ان كان البذر من قبل العامل وأجر مثل العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض وعندهما الشرطان جميعا جائزان فان زرعها فى جمادى الآخرة فالخارج بينهما أثلاثا ولو قال على ان مازرع من هذه الارض فى يوم كذا فالخارج منه بينهما نصفان وما زرع منها فى يوم كذا فللمزارع ثلث الخارج ولرب الارض ثلثاه فهذا فاسد كله لانه أجرها على شئ غير معروف فان مقدار مايزرع منها فى الوقت الاول على شرط النصف غير معلوم وكذلك مقدار مايزرع فى الوقت الثانى على شرط الثلث غير معلوم فيفسد العقد كله للجهالة كما لو دفع ثوبه الى خياط على ان ما خاط منه اليوم فبحساب درهم وما خاط منه غدا فبحساب نصف درهم كان فاسدا كله ولو كان فى المسئلة الاولى زرع نصفها في أول يوم من جمادى الاولى ونصفها في أول يوم من جمادي الآخرة فما زرع فى الوقت الاول فهو بينهما على مااشترطا وما زرع فى الوقت فهو لصاحب البذر فى القول الاول وفى القول الثانى كل واحد منهما على ما اشترطا لان الشرط الاول فى المسئلة الاولى كان صحيحا فى القول الاول وفى القول الثانى الشرطان صحيحان فزراعة البعض معتبرة بزراعة الكل اذ ليس فى هذا التبعيض اضرار باحد وهو نظير مسئلة الخياطة اذا خاط نصف الثوب اليوم ونصفه غدا فله فيما خاطه اليوم نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل وفيما خاطه غدا ربع درهم فى قول أبى يوسف ومحمد وفى قول أبى حنيفة أجر مثله لا ينقص عن ربع درهم ولا يزاد على نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل بخلاف قوله على ان مازرع منها لان هناك صرح بالتبعيض والبعض الذى تناوله كل شرط مجهول فى نفسه فكان العقد

فاسدا وهنا أضاف كل شرط الي جملة وهي معلومة والتبعيض عند اقامة العمل ولا جهالة فى ذلك أيضا ولو قال على أنه ان زرعها بدالية أو سانية فالثلثان للمزارع والثلث لرب الارض وان زرعها بماء سيح أو سقت السماء فالخارج بينهما نصفان فهو جائز على ما اشترطا وهذا بناء على قول أبى حنيفة الآخر فاما على قياس قوله الاول وهو قول زفر رحمه الله فيفسد الشرطان جميعا لانه ذكر نوعين من العمل وجعل بمقابلة كل واحد منهما جزأ من الخارج معلوما فهو بمنزلة مالو دفع ثوبا الى خياط على أنه ان خاطه خياطة رومية فأجره درهم وان خاطه خياطة فارسية فأجره نصف درهم وقد بينا هذا فى الاجارات ولو قال على ان ما زرع منها بدلو فللعامل ثلثاه ولرب الارض ثلثه وان زرع منها بماء سيح فللعامل نصفه فهذه مزارعة فاسدة لجهالة كل واحد من العملين فانه صرح بالتبعيض وشرط أن يزرع بعضها بدلو على ان له ثلثى الخارج وذلك البعض مجهول وكذلك فيما شرط الزراعة بماء السيح وهو بمنزلة رجل دفع الى خياط خمسة أثواب يقطعها قمصا على ان ما خاط منها روميا فله درهم فى كل ثوب وما خاط منها فارسيا فله نصف درهم فى كل ثوب وهناك يفسد العقد كله للجهالة فهذا قياسه ولو دفع اليه أرضا يزرعها خمس سنين مابداله على أن ما خرج منها من شيء فى السنة الاولى فهو بينهما نصفان وفى السنة الثانية لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان وسميا لكل سنة شيأ معلوما فهو جائز من أيهما شرط البذر لان هذه عقود مختلفة بعضها معطوف على البعض ففى السنة الاولى عقد اجارة مطلق وفى السنة الثانية مضاف الى وقت والاجارة تحتمل الاضافة الى وقت فى المستقبل فيجعل فى حق كل عقد من هذه العقود كأنهما أفردا ذلك العقد بخلاف الاول والعقد هناك واحد باتحاد المدة وانما التغاير فى شرط البدل ثم جواز المزارعة للحاجة وهما يحتاجان الى هذا لان الارض فى السنة الاولى يكون فيها من القوة مالا يحتاج الى زيادة عمل لتحصيل الريع وفى السنة الثانية يحتاج الى زيادة العمل لنقصان تمكن فى قوة الارض بالزراعة فى السنة الاولى فيشترط للمزارع زيادة فى السنة الثانية باعتبار زيادة عمله وكذلك لو اشترطا أن البذر فى السنة الاولى من قبل الزارع وفى السنة الثانية من قبل رب الارض وبينا نحو ذلك فى كل سنة فهو جائز لانهما عقدان مختلفان أحدهما معطوف على الآخر ففى السنة الاولى العامل مستأجر للارض بنصف الخارج وفى السنة الثانية رب الارض مستأجر للعامل بنصف الخارج وكل واحد من العقدين صحيح عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وهو بمنزلة رجل دفع عبده

الى حائك يقوم عليه فى تعليم الحياكة خمسة أشهر على أن يعطيه فى كل شهر خمسة دراهم وعلي أن يعطيه الحائك فى خمسة أشهر أخري فى كل شهر عشرة دراهم فهو جائز على مااشترطا للمعنى الذى بينا ولو دفع اليه أرضه ثلاث سنين على أن يزرعها فى السنة الاولي ببذره ما بدا له على أن الخارج بينهما نصفان وعلى أن يزرعها فى السنة الثانية ببذره وعمله على أن الخارج له وعليه أجر مائة درهم لرب الارض وعلي أن يزرعها فى الثالثة ببذر رب الارض على أن الخارج لرب الارض وللمزارع أجر مائة درهم فهذا جائز كله لان العقد بينهما فى السنة الاولى مزارعة صحيحة بنصف الخارج سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل العامل وفى السنة الثانية العامل استأجر الارض باجرة معلومة لمنفعة معلومة وفى السنة الثالثة رب الارض استأجر العامل ببدل معلوم لعمل معلوم وكل عقدمن هذه العقود صحيح عندالانفراد فكذلك عندالجمع لان الاضافةالى وقت فى المستقبل لاتمنع صحة الاجارة واذا دفع الى رجل أرضا على أن يزرعها أرزا أو قال رزا كل ذلك لغة عشر سنين ويغرسها نوى ببذره وعمله وعلى أن يحول ذلك من موضعه الى موضع آخر من الارض ويسقيه ويقوم عليه على أن ما خرج منه فهو بينهما نصفان فهذاجائز سواء كان البذرمن قبل العامل أو من قبل رب الارض لان العقد بينهما مزارعة بشرائطها وانما فى هذا العقد زيادة شرط الحوالة على العامل وهو من عمل الزراعة به يزكو الريع فيكون بمنزلة اشتراط عمل الكراب والسقى عليه ثم الحوالة تكون فى بعض الاشياء الذى تزرع كالباذنجان والارز والاشجار وذلك معلوم عند أهل الصنعة وربما يحتاج اليه فى البعض دون البعض فلا يشترط اعلام مايحوله بعينه امالانه معلوم بالعادة أو لان في اشتراط اعلام ذلك بعض الحرج والحرج مدفوع ولو دفع اليه أرضين على أن يزرع هذه أرزا أو هذه أرزا ببذره وعلي أن يحول ما يزرع في هذه فى هذه الاخرى وما يزرع فى هذه فى هذه الاخري ويسقيه ويقوم عليه فما خرج فهو بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لوجهين أحدهما أنه اشترط عليه العمل فى أرضين فى احداهما بالزراعة وفى الاخرى بالحوالة على أن تكون الشركة بينهما فى الخارج من احداهما وذلك مفسد للعقد والثانى أنه شرط عليه شرطا لايمكنه الوفاء به وهو تحويل جميع ما ينبت فى كل واحدة من الارضين الى الارض الاخرى وربما لا يتمكن من ذلك بأن لا تتسع له الارض الاخرى * يوضحه أنه لايحول جميع مايزرع في هذه الارض الى الارض الاخرى

الا بعد أن يقلعه من الارض التى زرع فيها وعقد المزارعة فى كل واحد من الارضين معقود على حدة فبالقلع ينتهى ويصير كأنه شرط عليه فى كل عقد عملا بعد انتهاء عقد المزارعة وذلك مفسد للعقد بخلاف الارض الواحدة فالعقد فيها واحد ولا ينتهى بتحويل بعض مانبت فيها من موضع الى موضع منها وكذلك فى الارضين لو شرطا الزرع فى احداهما والتحويل الى الاخرى والغرس فى احداهما والتحويل الى الاخرى أو كانت أرضا واحدة وشرطا أن يزرع أو يغرس ناحية منها معلومة على أن يحول ذلك فى ناحية منها أخرى معلومة فهذا فاسد لانه اذا ميز احدى الناحيتين من الاخرى كانتا فى معنى أرضين وكذلك هذا الجواب فى كل مايحول كالزعفران ونحوه واذا دفع الى رجل أرضه سنته هذه على أن يزرعها ببذره قرطما فما خرج منها من عصفر فهو للمزارع وما خرج من قرطم فهو لرب الارض أو على عكس ذلك فالعقد فاسد سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع لان القرطم والعصفر كل واحد منهما ريع مقصود فى هذه الزراعة فاشتراط أحد الجنسين لكل واحد منهما بعينه شرط يفوت المقصود بالمزارعة وهو الشركة بينهما فى الريع وربما يؤدي الى قطع الشركة بينهما فى الريع مع حصوله بأن يحصل أحدهما دون الآخر وقد يجوز أن يحصل العصفر ثم تصيبه آفة فلا يحصل القرطم ويكون ذلك للذى شرط له العصفر فهو بمنزلة ما لو دفع اليه أرضا ليزرعها حنطة وشعيرا على أن الحنطة لاحدهما بعينه والشعير للآخر بعينه وكذلك هذا فى كل شئ له نوعان من الريع كل واحد منهما مقصود كبزر الكتان اذا شرط لاحدهما بعينه الكتان وللآخر البزر والرطبة اذا شرطا لاحدهما بعينه بزر الرطبة وللآخر العنب فالعقد فاسد ولو شرطا القرطم لاحدهما بعينه والعصفر بينهما نصفان أو العصفر لاحدهما بعينه والقرطم بينهما نصفان لم يجز ذلك من أيهما كان البذر لان كل واحد منهما ريع مقصود ولا يجوز فى المزارعة تخصيص أحدهما بشرط ريع مقصود له وكذلك هذا فى الكتان وبزره والرطبة وبزرها بخلاف مسئلة التبن فانه اذا شرط لصاحبه البذر والحب بينهما نصفان كان جائزا لان التبن ليس بريع مقصود (ألا ترى) انه لا يشتغل بالزراعة لمقصود التبن خاصة بل المقصود هو الحب فاذا شرطا الشركة فيما هو المقصود جاز العقد ان شرطا تخصيص صاحب البذر بما ليس بمقصود فأما فى هذه المسائل فكل واحد من النوعين مقصود فاشتراط تخصيص أحدهما باحد النوعين يقطع الشركة بينهما فيما هو مقصود وذلك مفسد للعقد واشتراط بزر

البطيخ أو القثاء لاحدهما بمنزلة اشتراط التبن لان ذلك غير مقصود بل هو تبع للمقصود كالتين بخلاف بزر الرطبة فانه مقصود وربما بلغ قيمة القت أو يزيد عليه فهو بمنزلة العصفر والكتان على ما بينا والله أعلم

باب اشتراط عمل العبد والبقر من أحدهما

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هو وعبده هذا فما خرج فللمزارع ثلثه ولعبده ثلثه ولرب الارض ثلثه فهذا جائز وما خرج فللمزارع ثلثاه نصيبه ونصيب عبده لان العبد ليس من أهل الملك بل المولى يخلفه فى ملك ما يكون من كسبه فاشتراط الثلث لعبد المزارع يكون اشتراطا للمزارع واشتراط عمل عبد المزارع معه كاشتراط البقر عليه لان عمل الزراعة يتأتى له بالبقر وبمن يعينه على العمل ثم يجوز اشتراط العمل على المزارع اذا كان البذر من قبله أو لم يكن فكذلك اشتراط عمل عبده معه يجوز وكذلك لو لم يشترطا على العبد عملا ولكنه شرط لعبده ثلث الريع فالمشروط للعبد مشروط لمولاه فكانه شرط الثلثين للمزارع وهو بمنزلة مالو شرط الثلث لبقره فذلك اشتراط منه لصاحب البقر وسواء شرط العمل ببقره أو لم يشترط ولو شرط الثلث لمكاتبه أو لمكاتب رب الارض فان اشترط عمله عليه فهو جائز وهو مزارع معه له ثلث الريع لان المكاتب أحق بمكاسبه وهو بمنزلة الحر بدا فهذا فى معنى دفع الارض والبذر مزارعة الى حرين على أن لكل واحد منهما ثلث الخارج وان لم يشترط عليه عملا فالمزارعة جائزة بين المزارع ورب الارض فاشتراط ثلث الخارج للمكاتب باطل لان المشروط للمكاتب لا يكون مشروطا لمولاه فان المولى لا يملك كسب مكاتبه مابقيت الكتابة فالمشروط له كالمشروط لاجنبي آخر وبطلان هذا الشرط لانه ليس من جهته بذر ولا أرض ولا عمل والخارج لا يستحق الا باحد هذه الاشياء ولكن هذا الشرط وراء عقد المزارعة بين المزارع ورب الارض فلا يفسد به العقد بل يكون ثلث الريع للمزارع كما شرط له والثلثان لرب الارض لان رب الارض والبذر لا يستحق بالشرط والمزارع هو الذى يستحق بالشرط فما وراء المشروط له يكون لرب البذر ويجعل ما بطل الشرط فيه كالمسكوت عنه وكذلك لو شرط الثلث لامرأته أو لابنه أو لابيه فهو بمنزلة الشرط لاجنبي آخر ان شرط عليه العمل معه كان صحيحا وان لم يشترط

عليه العمل معه كان باطلا والمزارعة بين رب الارض والمزارع صحيحة بالثلث ولو كان البذر من العامل فهو على هذا القياس ما شرط لعبد العامل فهو للعامل سواء شرط عليه العمل أو لم يشترط والمزارعة جائزة وما شرط لمكاتبه أو لابنه أو لامرأته فهو كالمشروط لاجنبي آخر فان لم يشترط عليه أن يعمل معه فهذا الشرط باطل وذلك الثلث للعامل لانه نماء بذره وصاحب الارض يستحق بالشرط فلا يستحق الا ما شرط له ولو شرط عليه العمل وعمل معه فله أجر مثله على المزارع لان المزارع استأجر الارض بثلث الخارج ثم استأجر العامل بثلث الخارج ليعمل معه وقد بينا أن هذا العقد يفسد بينهما لانعدام التخلية حين شرط عمل صاحب البذر المستأجر للارض مع العامل الآخر ولكنهما عقدان مختلفان جرى بينه وبين شخصين مختلفين فبفساد أحدهما لا يفسد الآخر فيكون للعامل الآخر أجر مثله على المزارع لانه استوفى عمله بعقد فاسد ولصاحب الارض ثلث الخارج لانه شرط له ذلك بعقد صحيح وثلثا الزرع طيب للعامل لانه لا يتمكن خبث من جانب الارض حيث صح العقد بينه وبين رب الارض فيطيب له ثلثا الريع وكذلك لو شرط عمل رب الارض فهو كاشتراط بقر رب الارض وذلك يفسد المزارعة بينهما وان كان على العبد دين فعبد رب الارض اذا كان مديونا بمنزلة مكاتبه لان كسبه حق غرمائه والمشروط له لا يكون مشروطا لمولاه وكذلك لو شرط عليه من العمل فالمشروط عليه لا يكون مشروطا على مولاه فيكون له أجر مثله والعقد صحيح بين العامل الذي من قبله البذر وبين رب الارض بثلث الخارج كما شرط لرب الارض ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذره وعمله على أن له ثلث الخارج ولرب الارض ثلثه وعلى أن يكربها ويعالجها ببقر فلان على أن لفلان ثلث الخارج فرضي فلان بذلك فعلى العامل أجر مثل البقر بثلث الخارج وقد بينا أن البقر لا يكون مقصودا فى المزارعة فكان العقد بينهما فاسدا وقد استوفى منفعة بقره فله أجر مثله عليه وثلث الخارج لرب الارض وثلثاه للعامل طيب لانه لا فساد فى العقد بينه وبين رب الارض واذا كان البذر من قبل رب الارض كان الثلثان له وعليه أجر مثل البقر لانه استأجر العامل بثلث الخارج وهو جائز واستئجار البقر مقصود بثلث الخارج وهو فاسد ولو كانا اشترطا عليه أن يعمل بنفسه مع بقره بالثلث حتى استحصد الزرع جاز وهما مزارعان جميعا لان عمل البقر هنا تبع لعمل صاحبه وقد بينا جواز اشتراط البقر على العامل فى عقد المزارعة ولا فرق بين أن يشترط ذلك على العاملين

أوعلى أحدهما كسائر الآلات اذا شرط على أحد العاملين فى الاجارة ولو كان البذر والبقر من واحد والارض من آخر والعمل من ثالث كان فاسدا لما فيه من دفع البذر والبقر مزارعة ودفع كل واحد منهما على الانفراد مقصودا يفسد عقد المزارعة فدفعهما أولى ثم الخارج كله لصاحب البذر وعليه للعامل أجر مثل عمله ولصاحب الارض أجر مثل أرضه يتصدق صاحب البذر بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو كان البذر من أحدهم والبقر من الآخر والارض والعمل من الآخر كان فاسدا أيضا وفيه حديث مجاهد رحمه الله كما بينا ولو دفع اليه أرضا يزرعها سنته هذه ببذره وبقره وعمله على أن يستأجر فيها أجراء من مال الزارع فهو جائز لان هذا شرط يقتضيه العقد فان العمل بمطلق العقد كله يصير مستحقا على الزارع وله أن يقيمها بنفسه وأعوانه وأجرائه وهو الذى يستأجرهم لذلك فيكون الاجر عليه فى ماله وان لم يذكر فالشرط لا يزيده الا وكادة ولو اشترطا أن يستأجر الاجراء من مال رب الارض فهذه مزارعة فاسدة لان الاجير الذى يستوجب الاجر من مال رب الارض يكون أجيرا له فانه انما يستوجب الاجر عليه اذا كان عاملا له واشتراط عمل أجير رب الارض كاشتراط عمل رب الارض مع المزارع وذلك مفسد للمزارعة وكذلك لو شرطا أن يستأجرا الاجراء من مال المزارع على أن يرجع به فيما أخرجت الارض ثم يقتسمان مابقى نصفين فهذا فاسد لان القدر الذى شرطا فيه رجوع المزارع من الريع بمنزلة المشروط للمزارع فكأنه شرط له أقفزة معلومة من الخارج والباقى بينهما نصفان وذلك مفسد للعقد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله وان كان البذر من قبل رب الارض فاشترط على الزارع أجر الاجراء من ماله جاز لما بينا أن العمل كله مستحق عليه وهو متمكن من اقامتها بنفسه وأجرائه ولو شرط أجر الاجراء على رب الارض من ماله لم يجز وهو بمنزلة اشتراط عمل رب الارض والبذر مع المزارع وكذلك لو اشترطاه على الزارع على أن يرجع به فى الخارج فهو فاسد بمنزلة مالو شرطا له ذلك القدر من الخارج فيفسد به العقد ويكون الريع كله لصاحب البذر وللعامل أجر مثله فيما عمل وأجر مثل أجرائه فيما عملوا ولا يشبه هذا المضاربة فانه لو دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف على ان أجر الاجراء من المال كان جائزا لان ذلك شرط يقتضيه العقد فان أجر الاجراء بمنزلة نفقة المضارب اذا خرج للعمل فى مال المضاربة وذلك يكون فى المال بغير شرط فأجراء العمل فى مال المضاربة كذلك

فالشرط لا يزيده الا وكادة وهذا لان مقتضى المضاربة الشركة بينهما فى الربح خاصة والربح لا يظهر الا بعد أجر الاجراء كما لا يظهر الا بعد رفع رأس المال فهذا الشرط لا يغير مقتضى العقد فاما عقد المضاربة فمقتضاه الشركة فى جميع الربح فاشتراط أجر الاجراء من الربح أو على أن يرجع به العامل فى الربح بمنزلة اشتراط رفع صاحب البذر بذره من الربح وذلك مفسد للعقد ولو كانا اشترطا أن أجر الاجراء على المضارب في ماله وعلى رب المال فى ماله كان ذلك باطلا وتفسد المضاربة لانه يغير مقتضى العقد فان أجر الاجراء فى مال المضاربة فاذا شرط على أحدهما خاصة كان هذا شرطا مخالفا لموجب العقد فيفسد به العقد والله أعلم

باب التولية فى المزارعة والشركة

(قال رحمه الله) رجل دفع الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان ولم يقل له اعمل فيه برأيك فله أن يستأجر فيه الاجراء بماله لانه التزم عمل الزراعة فى ذمته فان شاء أقامه بنفسه وان شاء باعوانه وأجرائه ولما استأجره رب الارض والبذر مطلقا لعمل الزراعة مع علمه أنه قد يعجز عن اقامة جميع الاعمال بنفسه وقد يبتلى بسوء أو مرض لا يمكنه اقامة العمل معه فقد صار راضيا باقامته العمل باعوانه وأجرائه وليس له أن يوليها أحدا فيدفعها اليه مع البذر يعملها على أن الخارج بينهما نصفان لانه يوجب للغير شركة فى الخارج من يد رب الارض فانما رضى رب الارض بشركته لا بشركة غيره ولانه لا يملك نصيبه قبل اقامة العمل فلا يتمكن من ايجابه لغيره بمطلق العقد ولا يتمكن من ايجاب نصيب رب الارض لغيره لان رب الارض لم يرض به وان فعل ذلك فعملها الرجل فالزرع بين الآخر والاوسط نصفان لان الاول صار غاصبا للارض والبذر بتولية العقد فيه الى الثانى وايجاب الشركة فى الخارج ومن غصب أرضا وبذرا ودفعهما مزارعة كان الخارج بين الغاصب والمزارع على شرطهما لا شئ منه لرب الارض ولرب الارض أن يضمن بذره أيهما شاء لان كل واحد منهما غاصب فتعدى فى حقه الثانى بالالقاء فى الارض لا على وجه رضى به رب الارض والاول بالدفع الى الثانى مع ايجاب الشركة فى الخارج منه وكذلك نقصان الارض فى قول محمد وفى قياس قول أبى يوسف الاول يضمن أيهما شاء فامافى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر فانما يضمن نقصان الارض الثانى خاصة لانه هو المتلف بعمله والعقار

يضمن بالاتلاف دون الغصب عنـدهما فان ضمن الثاني فله أن يرجع بما ضمن على الاول لانه مغرور من جهته وان ضمن الاول لم يرجع على الثاني بشيء لانه ملك البذر بالضمان فانما دفع بذره مزارعة وكذلك نقصان الارض عند محمد رحمه الله اذا ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه لا فائدة فيه فان الثاني يرجع على الاول بما يضمنه لاجل الغرور ولو قال له اعمل فيـه برأيك والمسـئلة بحالها فالتوليـة جائزة ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه لرب الارض ولا شيء منـه للمزارع الاول لانه فوض الامر الى رأيه على العموم والدفع الى الغير مزارعة بالنصف من رأيه فيقوم هو مقام رب الارض والبذر ثم هو يقيم غيره مقام نفسه في ثبوت حق الشركة له في الخارج بمقابلة عمله عند حصوله وقد رضي به صاحب الارض حين أجاز صنعه على العموم فهو كالوكيل يوكل غيره فيما وكل به فيصح منه اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان ثبت أن الثاني قائم مقام الاول فانما يستحق النصف الذي كان يستحقه الاول ولا يستحق شيأ من نصيب رب الارض لانه لم يرض بذلك فلهذا كان الخارج بين المزارع الاخر وبين رب الارض نصفين ولو لم يقل له اعمل فيـه برأيك فأشرك فيـه رجلا ببذر من قبل ذلك الرجل واشتركا على أن يعملا بالبذرين جميعا على أن الخارج بينهما نصفان فعملا على هـذا فجميع الخارج بينهما نصفان والمزارع الاول ضامن لبـذر صاحب الارض لانه مخالف له بالقـائه في الارض على وجـه يثبت للغير شركة في الخارج منـه وان خلطه ببذر الاخر فهو ضامن له بالخلط لانه اشتراك لم يرض به صاحب الارض والبذر ثم هو بالضمان يملك بذر صاحب الارض فظهر أنهما زرعا ببذر بينهما نصفين فيكون الخارج بينهما نصفين على قدر البـذر وهما ضامنان نقصـان الارض لانهما باشرا عمل الزراعـة فكانا مباشرين اتلاف الجزء الذي تمكن النقصان في الارض بذهاب قوتها فعليهما ضمان ذلك ولا يرجع الثـاني على الاول بشيء من النقصان لان الثاني عامل لنفسـه والاول كالمعير منـه لنصف الارض والمستعير لا يرجع بمـا يلحقه من الضمان على المعير ثم يأخذ كل واحـد منهما من نصيبه ما غرم وما أنفق ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه في أرض غيره بغير رضاه ولو كان أمره أن يعمل فيها برأيه ويشارك فيها من أحب والمسئلة بحالها جاز ونصف الخارج للآخر لانه نماء بذره ونصفه بين الاول ورب الارض نصفان لانه نماء بذر رب الارض والمزارع موافق له في عمل الزراعة فيه فالخارج بينهما على الشرط ولا شيء لرب الارض على واحد

منهما لان نصف الارض زرعه الاول ونصفه زرعه الثانى والاول كالمعير منه لذلك النصف وقد رضى به رب الارض حين أمره أن يعمل فى ذلك برأيه وان يشارك من أحب ولو لم يكن شاركه ولكنه دفع اليه البذر على أن يعمل فيه ويبذر مثله من عنده فى الارض علي أن الخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان المزارع الاول قائم فى الدفع مقام المالك حين فوض الامر الى رأيه على العموم وقد بينا أن المالك اذا دفع البذر والارض الي رجل على أن يزرعها مع مثل ذلك البذر من عنده علي أن الخارج بينهما نصفان لم يجز لانه يجعل منفعة نصف الارض له بازاء عمله لصاحب الارض فى النصف الآخر فهذا مثله ثم المزارع الآخر له نصف الخارج لانه نماء بذره وعليه أجر نصف مثل نصف الارض لرب الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بعقد فاسد والذى يلى قبضه منه المزارع الاول لانه وجب بعقده ويكون نصف الزرع بين المزارع الاول ورب الارض علي الشرط لانه نماء بذر رب الارض والمزارع الاول لم يصر مخالفا له بالدفع الى الثانى بحكم عقد فاسد لان الامر مفوض الى رأيه فانما يضمن بالخلاف لا بالفساد ويطيب لهما هذا النصف لانه لا فساد فى العقد الذي جرى بينهما وقد صار هذا النصف من الزرع مربى فى أرض رب الارض فلا يتمكن فيه الخبث وأما المزارع الآخر فيأخذ مما أخرج بذره ونفقته وماغرم من الأجر ويتصدق بالفضل لانه رباه في أرض غيره بعقد فاسد ولو لم يكن رب الارض أمره أن يعمل فيه برأيه أو يشارك فى المزارعة والمسئلة بحالها كان الخارج بين المزارع لاول والآخر نصفين لان الاول صار ضامنا بذر رب الارض بالخلاف فالخارج نماء بذرهما بسبب عقد فاسد جرى بينهما فيكون بينهما نصفين على قدر البذر وللمزارع الاول على الآخر أجر مثل نصف الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد جرى بينهما والاول وان صار غاصبا للارض ولكن وجوب أجر المثل باعتبار العقد وهو العاقد فيكون بمنزلة من غصب أرضا وأجرها ويضمنها رب الارض نقصان الارض فى قول محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف الاول لان الاول غاصب للارض والثانى متلف فى مقدار النقصان فيضمن أيهما شاء ويرجع به الآخر على الاول اذا ضمن لانه مغرور من جهته والغرور يتمكن بالعقد الفاسد كما يتمكن بالعقد الصحيح وظاهر مانقل فى الكتاب يدل علي أنه يضمن كل واحد منهما نصف النقصان أيهما شاء فاما فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله فان رب الارض

يضمن جميع النقصان المزارع الآخر لانه هو المتلف وضمان النقصان فى العقار يجب على المتلف دون الغاصب عنده ثم يرجع به المزارع الآخر على الاول بحكم الغرور ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف ولم يقل له اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع الى رجل آخر على أن يزرعها سنته هذه بذلك البذر على أن للآخر ثلث الخارج وللاول ثلثاه فعملها الثانى على هذا فالخارج بينهما أثلاث كما شرطاه فى العقد الذى جرى بينهما والمزارع الاول صار مخالفا باشراك الغير فى الخارج بغير رضا رب المال فلرب الارض أن يضمن بذره أيهما شاء وكذلك نقصان الارض فى قول محمد وأبى يوسف الاول فان ضمنها الآخر رجع على الاول بذلك كله وان ضمنها الاول لم يرجع على الآخر وفى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله انما يضمن نقصان الارض للاجر ويرجع هو على الاول ثم يأخذ الاول من نصيبه بذره الذى ضمن وما غرم ويتصدق بالفضل لتمكن الخبث فى تصرفه بخلافه ولا يتصدق الآخر بشئ قال لانه كان أجيرا بنصف الخارج وهو سهو والصحيح أن يقال لانه كان أجيرا بثلث الخارج ومعنى هذا التعليل أن العقد بين الاول والثانى صحيح وان كان الاول غاصبا مخالفا فالثانى انما استحق الاجر على عمله بعقد صحيح فلا يلزمه أن يتصدق بشئ بخلاف ما سبق فهناك الثانى انما استحق الخارج بكونه نماء بذره وقد رباه فى أرض غيره بغير رضا صاحب الارض ولو كان رب الارض قال له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان ثلث الخارج للآخر ونصفه لرب الارض وسدسه للمزارع الاول لان الاول لم يصر مخالفا بالدفع الى الثانى ولكنه أوجب له ثلث الخارج بعقد صحيح فينصرف ذلك الى نصيبه خاصة وذلك ثلثا نصيبه ورب الارض مستحق لنصف الخارج كما شرط لنفسه ويبقى ثلث نصيب المزارع الاول وذلك سدس جميع الخارج فيكون له بضمان العمل فى ذمته وان كان دفع اليه البذر والارض على أن يزرعها سنته هذه فما رزقه الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصفان وقال له اعمل فى ذلك برأيك فدفعها المزارع الى رجل بالنصف فهو جائز وللآخر نصف الخارج لان عقد المزارع الاول معه بعد تفويض الامر الى رأي الاول على العموم كعقد رب الارض فيستحق هو نصف الخارج والنصف الآخر بين الاول وبين رب الارض نصفين لان رب الارض ما شرط لنفسه هنا نصف جميع الخارج وانما شرط لنفسه نصف ما رزقه الله تعالى للاول وذلك ماوراء نصيب الآخر فكان ذلك بينهما نصفان وفيما تقدم

انما شرط رب الارض لنفسه نصف جميع الخارج فلا ينتقض حقه بعقد الاول مع الثانى وكذلك لو قال على أن ماأخرج الله لك منها من شيء فهو بيننا نصفين أو قال ماأصبت من ذلك من شيء فهو بيننا نصفان فهذا وقوله وما رزقك الله سواء ولولم يقل له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان الاول مخالفا ضامنا حين زرعها الآخر لما قلنا والخارج بينهما نصفان ولا شيء منه لرب الارض ويضمن رب الارض بذره أيهما شاء وفى نقصان الارض خلاف كما بينا ولولم يزرع الآخر حتى ضاع البذر من يده أو غرقت الارض ففسدت ودخلها عيب ينقصها فلا ضمان على واحد منهما فى شيء من ذلك لان الاول بمجرد الدفع الى الثانى لا يصير مخالفا (ألا ترى) انه لو دفع اليه البذر والارض واستعان به فى عمل الزراعة أو استأجره على ذلك بدراهم لم يكن مخالفا وانما يصير مخالفا بايجاب الشركة للغير فى الخارج وذلك لا يحصل بمجرد العقد ولا بدفع الارض والبذر اليه وانما تكون حقيقة الشركة عند حصول الخارج وسببه القاء البذر في الارض على طريق المزارعة فما لم يوجد هذا السبب لا يصير واحد منهما مخالفا فلهذا لا ضمان على واحد منهما لرب الارض والدليل عليه أن الشركة بعقد المزارعه لا تكون فى البذر بل تكون فى النماء الحاصل من البذر وسببه ليس هو قبض المزارع البذر وانما سببه القاء البذر فى الارض ولو دفع اليه أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع الى آخر مزارعة على ان للمزارع الآخر الثلثين مما تخرج الارض وللاول الثلث فهذا فاسد لان ايجاب الاول للثانى انما يصح في مقدار نصيبه من الخارج وقد أوجب له أكثر من نصيبه فالزيادة على مقدار نصيبه انما يوجبها له فى نصيب رب الارض والبذر وهو غير راض بذلك أو قال له اعمل فيه برأيك لانه فوض الامر الى رأيه على العموم على أن يكون له نصف الخارج فلهذا فسد العقد واذا حصل الخارج كان للآخر أجر مثله على الاول لانه استوفى عمله بحكم عقد فاسد جرى بينهما والزرع بين رب الارض والمزارع الاول نصفان لان عمل أجيره اجارة فاسدة بمنزلة عمل أجيره ان لو استأجره بالدراهم اجارة صحيحة وذلك كعمله بنفسه فيكون الخارج بينهما على الشرط ويطيب لهما ذلك لانه لا فساد فى العقد الذى جرى بينهما وانما الفساد فى العقد المعقود على عمل المزارع الآخر ولسببه لا تمكن الخبث فى الخارج قال ولا يشبه هذا المضاربة يريد به ما بينا فى كتاب المضاربة فى هذه الصورة بعينها لان للمضارب الآخر نصف الربح نصيب المضارب الاول ويرجع على الاول

بسدس الربح لان الربح دراهم أو دنانير فاستحقاق رب المال بعض ما شرطه الاول للثانى لا يبطل العقد بينهما ولكن يثبت للآخر حق الرجوع على الاول بمثله كما لو استأجره بدراهم أودنانير باعيانها فاستحقت وفى المزارعة الذى أوجبه الاول للآخر طعام بعينه وهو الخارج من الارض واستحقاق رب الارض والبذر بعض ما أوجبه له يبطل العقد الذي جرى بينهما * يوضح الفرق انه لامجانسة بين الآخر وبين الخارج من الارض فلا يمكن الجمع بينهما للمزارع الآخر بعقد واحد وفى المضاربة الاجر من جنس الربح فيجوز أن يجمع بينهما للمضارب الآخر على أن ما يأخذ مما شرط له من الربح مقدار ما تمكن الاول من تسليمه اليه ويرجع عليه بما زاد على ذلك الى تمام حقه دراهم أو دنانير ولو لم يكن قال له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان المزارع الاول مخالفا والخارج بينه وبين الآخر اثلاثا على شرطهما ويضمن رب الارض بذره أيهما شاء وفى نقصان الارض اختلاف كما بينا ولو كان رب الارض قال للاول اعمل فيه برأيك على ان ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بيننا نصفان والمسئلة بحالها كان ثلثا الزرع للآخر والثلث بين الاول ورب الارض نصفان لان رب الارض ماشرط هنا لنفسه نصف الخارج بل نصف مايرزقه الله تعالى المزارع الاول وذلك ماوراء نصيب مزارع الآخر فكان للمزارع الآخر جميع ماشرط له والباقى بين الاول ورب الارض نصفين على شرطهما

باب تولية المزارع ومشاركته والبذر من قبله

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا يزرعها سنته هذه ببذره على أن الخارج بينهما نصفان وقال له اعمل فى ذلك برأيك أو لم يقل فدفعها المزارع وبذرا معها الى رجل مزارعة بالنصف فهو جائز لان الاول هنا مستأجر للأرض بنصف الخارج وله أن يتصرف فى الارض التى استأجرها بالدفع مزارعة على الوجه الذى يتصرف فى أرض نفسه (ألا ترى) أنه لو استأجرها بدراهم كان له أن يدفعها مع البذر مزارعة بالنصف فكذلك اذا استأجرها ببعض الخارج بخلاف ما سبق فهناك المزارع أجر رب الارض بنصف الخارج وحقيقة المعنى ان المستأجر عامل لنفسه فانما يوجب الشركة للاجير فى حق نفسه وأما الاجير عامل المستأجر فانماهو يوجب الشركة للآخر فى الخارج من بذر رب الارض فلهذا افترقا

ثم اذا حصل الخارج هنا فنصفه للآخر بمقابلة عمله كما أوجبه له صاحب البذر ونصفه لرب الارض بازاء منفعة أرضه كما شرط له صاحب البذر ولاشيء لصاحب البذر لانه أوجب لغيره جميع الخارج من بذره بعقد صحيح وكذلك لو كان البذر من قبل الآخر لان الاول مستأجر للارض بنصف الخارج ثم أجرها من الآخر بنصف الخارج وللمستأجر أن يؤاجر فيما يتفاوت الناس فى استيفائه ولو كان الشرط للمزارع الآخر ثلث الخارج فى المسئلتين جميعا جاز وللآخر الثلث ولرب الارض النصف وللاول السدس طيب له لانه نماء بذره فى المسئلة الاولى وهو فاضل عما أوجبه لغيره ولانه عاقد العقدين جميعا فى المسئلة الثانية فيسلم الفضل له باعتبار عقده فان قيل فى المسئلة الثانية هو مستأجر للارض وقد أجره بأكثر مما استأجره فى العقد الثانى من غير ان زاد من عنده شيئا فينبغي أن لا تطيب له الزيادة قلنا هذا فى أجر يكون مضمونا فى الذمة فيقال انه ربح حصل لا على ضمانه فاما فى المزارعة فلا يتأتى هذا لان الاجر فى العقد جزء من الخارج ولا يكون مضمونا فى ذمة أحد وسلامته لكل واحد منهما باعتبار الشركة لا باعتبار أنه عوض عن منفعة الارض ولو كان رب الارض دفعها اليه على أن ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بينهما نصفان أو قال ما أصبت أو ماخرج لك من ذلك ولم يقل اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع وبذرا معها الى رجل بالنصف فنصف الخارج للآخر والنصف الآخر بين الاول ورب الارض نصفين لان رب الارض انما شرط لنفسه هنا نصف ما يرزق الله المزارع الاول وهو ما وراء نصيب المزارع الآخر فيستوي ان كان البذر من قبل الاول أو الآخر ولو دفع أرضه الى الاول على أن يعملها ببذره على أن الخارج بينهما نصفان فدفعها الاول الى الآخر على أن يعملها ببذره على أن للآخر ثلثى الخارج وللاول الثلث فعملها على ذلك فثلثا الخارج للآخر لان الخارج نماء بذره فلا يستحق الغير عليه شيئا منه الا بالشرط وانما شرط للاول ثلث الخارج ثم هذا الثلث يكون لرب الارض ولرب الارض على المزارع الاول أجر مثل ثلث أرضه لانه استأجرها منه بنصف الخارج وقد حصل الخارج ولم يسلم له ثلث ذلك النصف بل استحقه المزارع للاجر واستحقاق بعض ما هو أجر للارض اذا كان بعينه يوجب الرجوع بحصته من أجر المثل اعتبارا للبعض بالكل لانه لو استحق جميعه رجع بأجر مثل جميع الارض فكذلك اذا استحق ثلثه ولو كان البذر من قبل الاول كان ثلثا الخارج للاجير كما أوجبه له المزارع الاول والثلث لرب الارض ولرب الارض أجر مثل ثلث

أرضه على المزارع الاول * فان قيل هنا كل واحد منهما انما يستحق الخارج على الاول بالشرط وشرط النصف لرب الارض كان أسبق فكان ينبغي أن لا يستحق الاجر بايجاب الاول له شيئا من النصف الذي استحقه رب الارض * قلنا نعم ولكن الاستحقاق لا يثبت حقيقة قبل حصول الخارج وحكما قبل لزوم السبب والسبب فى حق صاحب البذر لا يلزم قبل القاء البذر فى الارض فصح منه اشتراطه ثلثى الخارج الاخر * يوضحه انا لو أبطلنا استحقاق الاجر فى بعض ما شرط له بطل استحقاقه فى الكل لانه لا يجوز الجمع له بين أجر المثل وشيء من الخارج فانه يعمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر ولو أبطلنا حق رب الارض فيما زاد على الثلث من الخارج استحق أجر المثل بمقابلة ذلك الجزء من الارض فالضرر الذي يلحقه يعوض بعدله والضرر الذي يلحق الاخر بغير عوض فلهذا كان الحكم فيه على ما ذكرنا ولو كان الاول دفعها الى الاخر منحة على أن يزرعها لنفسه فالخارج كله له لانه نماء بذره ولم يوجب منه شيئا لغيره والمزارع الاول مستأجر الارض وللمستأجر أن يغرم لصاحب الارض على الاول أجر مثل أرضه لانه استأجر الارض منه بنصف الخارج وقد حصل الخارج واستحقه الاخر فيكون للاول عليه أجر مثله لفساد العقد بينهما باستحقاق البدل ولو كان البذر من قبل الاول فاستعان بانسان أو استأجره يعمل له فيها فنصف الخارج للاول ونصفه لرب الارض لان عمل أجيره ومعينه كعمله بنفسه ولو دفع الى رجل أرضا يزرعها ببذره بالنصف ولم يقل اعمل فيه برأيك فشارك فيها رجلا آخر فأخرجا جميعا بذرا على أن يعملا والخارج بينهما نصفان جاز لان الاول استأجر الارض فهو فى التصرف فيها بمنزلة المالك للارض والمالك الارض لو شارك فيها رجلا على أن يزرعها ببذر بينهما والخارج نصفان جاز ويكون هو معيرا نصف الارض من الآخر كذلك هنا ثم نصف الخارج للاخر لانه نماء بذره ونصفه بين الاول ورب الارض نصفان لانه شرط له نصف الخارج من الارض بازاء منفعة الارض وهذا الخارج الذي حصل له خارج من نصف الارض فيستحق نصفه بالشرط وعلى الاول لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لان الخارج من النصف الآخر قد استحقه المزارع الآخر وقد كان المزارع الاول أوجب لرب الارض نصف ذلك فاذا لم يسلم له رجع عليه باجر المثل فى ذلك النصف ولو اشترطا العمل على الاجير خاصة فهو فاسد لما بينا أن الاول جعل للثاني منفعة نصف الارض بمقابلة عمله فى النصف الاخر من الارض له والمزارعة لا تحتمل

مثل هذه المقابلة ثم نصف الزرع للاخر لانه نماء بذره وعليه نصف أجر مثل الارض للمزارع الاول لانه استوفى منفعة نصف الارض التى كانت مستحقة له بعقد فاسد ويتصدق المزارع الآخر بالفضل لانه ربح حصل له بسبب عقد فاسد تمكن فى منفعة الارض ونصف الزرع بين الاول ورب الارض نصفان على شرطهما لانه لافساد فى العقد الذى جرى بينهما فما سلم لهما يكون على الشرط بينهما طيبا لهما وعلى الاول لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لانه شرط له النصف مما يخرج له جميع الارض وانما يسلم له النصف مما أخرجه نصف الارض فاما ما أخرجه النصف الآخر فقد استحق المزارع الاجر كله فلهذا كان عليه أجر مثل نصف الارض والله أعلم

﴿ باب دفع المزارع الارض الى رب الارض أو مملوكه مزارعة ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان فقبضها ثم استعان برب الارض على عملها لم يضر ذلك والخارج بينهما على الشرط فى المزارعة والاجر له فى عمله لان استعانته برب الارض بمنزلة استعانته بغيره وعمل المعين بمنزلة عمل المستعين به ثم رب الارض والبذر ما أقام العمل على سبيل النقض منه للمزارعة وانما أقام العمل على سبيل التبرع منه على عامله وان كان استأجره على ذلك بدراهم معلومة كان الاجر باطلا لان وجوب الاجر يعتمد تسليم العمل الى المستأجر وهو عامل فى أرض نفسه ببذره فلا يكون مسلما عمله الى غيره فلهذا لا يستوجب عليه شيأ من الاجر واذا لم يستوجب الاجر كان هذا وما لو عمله على سبيل الاعانة سواء وهذا بخلاف ما اذا كان عمل رب الارض مشروطا فى عقد المزارعة لان ذلك الشرط يعدم التخلية بين المزارع وبين رب الارض والبذر وقد بينا أن التخلية شرط العقد فكل شرط يفوته يكون مفسدا للعقد فأما فى هذا الوضع فلا ينعدم استحقاق التخلية باعانة رب الارض المزارع فهو قياس المرهون اذا أعاده المرتهن من الراهن أو غصبه منه الراهن لم يبطل به الرهن بخلاف ما اذا شرطا أن يكون فى يد الراهن فى بعض المدة وكذلك لو دفعها اليه يزرعها على أن له ثلث نصيبه فعملها على ذلك كان الامر بينهما على المزارعة الاولى لانفسدها ماصنعا والشرط باطل لان رب الارض لا يكون مسلما عمله الى المزارع فكما لا يستوجب عليه بمقابلة عمله

دراهم وان شرط ذلك عليه فكذلك لا يستوجب جزأ من نصيبه من الخارج بل يكون هو متبرعا فى العمل * فان قيل لماذا لم يجعل هذا من المزارع بمنزلة الحط لبعض نصيبه فقد شرط لنفسه نصف الخارج فى العقد الاول ثم حط ثلثه بالعقد الثانى قلنا لان عقد الاجارة تمليك منفعة بعوض فلا يمكن أن يجعل هذا كناية عن الحط كما لا يجعل بيع المبيع من البائع قبل القبض هبة ثم هذا الحط ليس بمطلق بل هو بمقابلة العمل وكما لا يستحق بمقابلة عمله فى أرضه وبذره عوضا على الغير فكذلك لا يستحق حط شئ مما استحقه الغير عليه ولو كان استأجر على العمل اجراء كان اجر الاجراء على المزارع لان العمل مستحق عليه فانما استأجرهم لايفاء ماهو مستحق عليه فيكون الاجر لهم بمقابلة دين فى ذمته ولو كان استأجر على ذلك عبد رب الارض بدراهم معلومة ولا دين عليه فالاجارة باطلة لان كسب العبد الذى لا دين عليه لمولاه فكما لا يستحق المولى باعتبار عمله أجرا على المزارع وان شرط ذلك عليه فكذلك لا يستحقه بعمل عبده وان شرط ذلك عليه وان كان على العبد دين فالاجارة جائزة والاجر واجب لان كسب العبد المديون لغرمائه فاستئجار العبد على العمل فى هذه الحالة كاستئجار بعض غرمائه وان استأجر مكاتب رب الارض أو ابنه جاز لان المولى من كسب مكاتبه وابنه أبعد منه من كسب عبده المديون وكذلك لو كان البذر من قبل المزارع فى جميع هذه الوجوه فهما فى المعنى مستويان لان رب الارض انما يعمل فى الارض وهو فى عمله فى أرضه لا يستوجب الاجر على غيره والمعاملة فى جميع ذلك قياس المزارعة ولو دفع اليه أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف فلما تراضيا على ذلك أخذ صاحب الارض البذر فبذره بغير أمر المزارع فاخرجت زرعا كثيرا فذلك كله لرب الارض وقد بطلت المزارعة لان عقد المزارعة لا يتعلق به اللزوم من قبل صاحب البذر قبل القاء البذر فى الارض فينفرد صاحب الارض بفسخ العقد وقد صار فاسخا حين أخذه بغير أمر المزارع وزرعه لانه لا يمكن أن يجعل معينا له لانه استعان به وليس لاحد أن يعين غيره بغير رضاه فكان فاسخا للعقد بخلاف الاول فان هناك يمكن أن يجعل معينا له لانه استعان به فلا يجعل فاسخا للعقد لانه امتنع من العمل حتى استعان به فعرفنا أن قصده اعانته لا فسخه العقد بينهما ولو كان البذر من قبل المزارع والمسئلة بحالها كان الزرع لرب الارض لانه غاصب للبذر حين أخذه بغير أمر المزارع فالعقد لم يكن لازما فى جانب المزارع

قبل القاء البذر فى الارض وصاحب الارض لا يملك أن يلزمه العقد بغير رضاه فيصير هو غاصبا للبذر ومن غصب بذرا فزرعه فى أرض نفسه أو غيره كان الخارج كله له وعليه بذر مثل ذلك البذر ولا شئ له على المزارع لانه لم يسلم للمزارع شئ من منفعة الارض ولكن رب الارض فوتها عليه ولو فوتها غاصب آخر لم يكن لرب الارض على المزارع شئ فهذا أولى والله أعلم

باب الشروط التى تفسد المزارعة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا له مزارعة على أن يزرعها سنته هذه ببذره وعمله بالنصف وعلى أن يكرى العامل أنهارها فالمزارعة فاسدة لان رب الارض مؤاجر أرضه بنصف الخارج وكرى الانهار على المؤاجر كما لو أجرها بدراهم وهذا لان بكرى الانهار يأتيها الماء ويتمكن المستأجر من الانتفاع بها وما لم يتمكن المستأجر من الانتفاع لا يستوجب الاجر فاذا ثبت أن كرى الانهار على المستأجر قلنا اذا شرط على المستأجر فكأنه شرط لنفسه مع نصف الخارج مؤنة كرى الانهار بمقابلة منفعة الارض وذلك مفسد للعقد ثم منفعة كري الانهار تبقي بعد مضي مدة المزارعة وشرط ما تبقى منفعته بعد مضى المدة على المزارع مفسد للعقد فان عمل علي هذا وكري الانهار كان الخارج للعامل لان البذر من قبله ولصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منفعة أرضه بعقد فاسد وللعامل علي صاحب الارض أجر مثل عمله فى كرى الانهار لانه استوفى منفعة عمله بعقد فاسد فيتقاصان ويترادان الفضل ولو لم يكن كرى الانهار مشروطا على العامل فى العقد ولكن العامل كري الانهار بنفسه فالمزارعة جائزة ولا أجر له فى كريها لانه تبرع بايفاء ما ليس بمستحق عليه فهو بمنزلة ما لو حوطها وكذلك اصلاح المسناة فان ذلك على رب الارض بمنزلة كرى الانهار فان شرط على المزارع فى العقد فسد به العقد وان باشره من غير شرط فالعقد جائز ولا أجر له فيما عمل ولو كان البذر من رب الارض وقد شرط على العامل لنفسه شيأ وراء ما يقتضيه المزارعة ومنفعة هذا تبقى بعد مضى مدة المزارعة فيفسد به العقد ويكون الخارج كله لصاحب الارض وللعامل أجر مثل عمله فى جميع ذلك لان صاحب الارض استوفى جميع عمله بعقد فاسد ولو اشترطا على رب الارض كرى الانهار واصلاح المسناة حتى يأتيه الشرب كانت المزارعة جائزة على شرطهما سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض

لان هذا العمل على رب الارض بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة وليس شئ منها على العامل فاشتراطهما عليه اشتراط عوض مجهول وهو خلاف ما يقتضيه العقد فيفسد به العقد ونظيره ما لو استأجر دارا بدراهم مسماة على أن يطين رب الدار سطوحها وعلى أن يصلح مسارها لمسيل الماء جاز ذلك لان هذا على رب الدار بدون الشرط فانه اذا لم يفعله رب الدار فوكفت البيوت وجاء من ذلك ضرر بين كان للمستأجر أن يخرج من الدار فاشتراطه عليه لا يزيده الا وكادة ولو اشترط رب الدار ذلك على المستأجر كانت الاجارة فاسدة لان اشتراطه هذه الاعمال عليه كاشتراط مؤنتها لنفسه بمقابلة منفعة الدار وهي مجهولة ولو اشترط على رب الارض كرابها أو الكراب والثنيان فان كان البذر من العامل فالمزارعة فاسدة لان العقد فى جانب الارض يلزم بنفسه وموجبه التخلية بين الارض والمزارع واشتراط الكراب والثنيان عليه يفوت موجب العقد فيفسد به العقد ثم الكراب والثنيان من عمل الزراعة واشتراط بعض عمل الزراعة على رب الارض مفسد للعقد كاشتراط الحفظ ثم الخارج كله لصاحب البذر ولصاحب الارض أجر مثل أرضه وعمله فى الكراب والثنيان ولم يرد به ان عمله فى الكراب والثنيان يتقوم على العامل وانما مراده أنه يغرم أجر مثل الأرض مكروبة أو مكروبة مسناة لانه استوفى منفعتها فى وقت القاء البذر فيها وهي بهذه الصفة وان كان البذر من رب الارض فالمزارعة جائزة لان لزوم العقد من جهة صاحب البذر لا يكون قبل القاء البذر في الارض والكراب والثنيان يسبق ذلك فاشتراطه على رب الارض لا يضر ولان الكراب فى الثنيان بالبقر يكون واشتراط البقر على رب الارض جائز اذا كان البذر من قبله ولا يجوز اذا كان البذر من قبل المزارع فكذلك اشتراط الكراب والثنيان ولو اشترط على أحدهما بعينه أن يسرقنها أو يعذرها والبذر من قبل العامل فالمزارعة فاسدة لانه ان شرط ذلك على العامل فقد شرط عليه ما تبقى منفعته في الارض بعد مضى مدة المزارعة وشرط عليه اتلاف عين مال لا يقتضيه عقد المزارعة وذلك مفسد للعقد وان شرط على رب الارض فذلك بمنزلة شرط الكراب والثنيان عليه لان هذا من عمل الزراعة فاشتراطه على رب الارض يكون مفسدا للعقد ويكون الخارج كله للعامل ولصاحب الارض أجر مثل أرضه وأجر مثل عمله فيما عمل من ذلك وقيمة سرقينه ان كان ذلك من قبله وان كان من قبل العامل لم يكن له على رب الارض من قبل ذلك شئ وان كان فيه منفعة لرب الارض فيما بقى

لان العامل انما عمل لنفسه وما بقى لرب الارض أثر عمله وان لم يتقوم أصل عمله على رب الارض فكذلك أثر عمله وان كان البذر من رب الارض فان كان اشترط عليه ذلك فالمزارعة جائزة بمنزلة اشتراط الكراب والثنيان وهذا لان القاء السرقين والعذرة فى الارض يكون قبل الزراعة وقبل الكراب أيضا وان لزوم العقد فى جانب صاحب البذر عند القاء البذر فى الارض فكأنه استأجره للعمل بنصف الخارج بعد ما فرغ من القاء العذرة والسرقين وان شرطاه على العامل فالمزارعة فاسدة لانهما شرطا على العامل ما تبقى منفعته بعد مضى مدة المزارعة وللعامل أجر مثله فيما عمل وقيمة ماطرح من السرقين لان صاحب الارض استوفى ذلك كله بعقد فاسد فهو نظير من استأجر صباغا اجارة فاسدة ليصبغ ثوبه بصبغ من عنده ففعل ذلك فانه يكون له أجر مثل عمله وقيمة صبغه لو اشترط على العامل أن لا يعذرها ولا يسرقنها والبذر منه أو من صاحب الارض فالمزارعة جائزة والشرط باطل لان هذا شرط لا طالب به فان فى القاء العذرة والسرقين فى الارض منفعة للارض وليس فيه مضرة والمطالبة بالوفاء بالشرط يكون لتوفر المنفعة أو لدفع الضرر فاذا انعدم ذلك فى هذا الشرط عرفنا أنه لا مطالب به فلا يفسد العقد به واستدل فى الكتاب بحديث ابن عمر رضى الله عنه أنه كان اذا أجر أرضه اشترط على صاحبها أن لا يدخلها كلبا ولا يعذرها وقد بينا أنه انما كان يشترط ذلك لمعنى التقذر ولو كان هذا من الشروط التى تفسد الاجارة ما اشترطه ابن عمر رضى الله عنه على من استأجر منه أرأيت لو اشترط عليه أن لا يدخلها كلبا كما اشترطه ابن عمر رضى الله عنه كان هذا مفسدا للمزارعة وليس يفسدها هذا ويتخير المزارع ان شاء أدخلها كلبا وان شاء لم يدخلها فكذلك اذا شرط عليه أن لا يعذرها ولا يسرقنها يتخير المزارع فى ذلك فلو اشترط العامل على رب الارض دولابا أو دالية بادائها وذلك بعينه عند رب الارض أو لم يكن عنده فاشتراه فأعطاه اياه فعمل على هذا والبذر من العامل فالمزارعة فاسدة وان شرط ذلك لرب الارض على العامل جاز وكان ذلك على العامل وان لم يشترط رب الارض لانه مما يسقى به الارض والسقى على العامل فاشتراطه ما يتأتى به السقى عليه يكون مقررا لمقتضى العقد وليس السقى على رب الارض فاشتراط ما يتأتى به السقى على رب الارض بمنزلة اشتراط السقى عليه وذلك مفسد للعقد وكذلك الدواب التى يسقى عليها بالدولاب ان اشترطها على رب الارض فالمزارعة فاسدة

وان اشترطها على العامل جاز لان اشتراط الدولاب للسقي كاشتراط البقر للكراب وقد بينا أن اشتراط البقر على رب الارض مفسد للعقد اذا كان البذر من قبل العامل واشتراطها على العامل لا يفسد العقد فكذلك اشتراط الدواب للسقي وكذلك لو اشترط الدولاب والدواب على العامل وشرط علف الدواب كذا مختوما شعيرا وسطا كل شهر وكذا من القت وكذا من التبن بشيء معروف من ذلك على رب الارض فالمزارعة فاسدة لان مايشترط على رب الارض لعلف دواب المزارع يكون مشروطا للمزارع واشتراط شيء له من غير ماتخرجه الارض يكون مفسدا للمزارعة فانها شركة فى الخارج فلا يجوز أن يستحق بها مال آخر فان حصل الخارج فهو كله لصاحب البذر ولصاحب الارض أجر مثل أرضه ومثل ما أخذ منه المزارع من الشعير والقت والتبن لانه استوفى ذلك بعقد فاسد ولو كان اشتراط ذلك كله على العامل جاز لان علف دوابه عليه بغير شرط فالشرط لا يزيده الا وكادة ولو كان البذر من رب الارض فاشترط ذلك كله على صاحب العمل جاز بمنزلة اشتراط البقر للكراب عليه وكذلك ان اشترط على رب الارض لانه لو اشترط عليه البقر للكراب فى هذه الحالة يجوز فكذلك اذا شرط عليه الدولاب والدواب للسقي وهذا لان المزارع أجيره فانما استأجره ليقيم العمل باداة المستأجر وذلك صحيح واذا اشترطا الدواب والدولاب على رب الارض وعلف الدواب شيأ معروفا على المزارع فسدت المزارعة لانه شرط على المزارع علف دواب غيره وذلك بمنزلة اشتراط رب الارض على المزارع طعام غلامه وذلك مفسد للمزارعة سواء سمى طعاما معروفا أو لم يسم لان ذلك بمنزلة الاشتراط منه لنفسه وكذلك لو اشترطا الدواب والدولاب على المزارع وعلف الدواب على رب الارض ولو اشترطا الدابة وعلفها على أحدهما والدولاب على الآخر جاز لان علف الدابة مشروط على صاحب الدابة وهو عليه بغير شرط ثم فى هذا الفصل اشتراط الدواب والدولاب على أحدهما صحيح أيهما كان فكذلك اشتراط كل واحد منهما على أحدهما بعينه يكون صحيحا والله أعلم

باب المزارعة يشترط فيها المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا بيضاء مزارعة وفيها نخيل على أن

يزرعها ببذره وعمله على أن ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان واشترطا ذلك سنين معلومة فهذا فاسد لان فى حق الارض العامل مستأجر لها بنصف الخارج على أن يزرعها ببذره وفى حق النخيل رب النخيل مستأجر للعامل ليعمل فيها بنصف الخارج فهما عقدان مختلفان لاختلاف المعقود عليه فى كل واحد بينهما وقد جعل أحد العقدين شرطا في الآخر وذلك مفسد للعقد لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة ثم الخارج من الارض كله لصاحب البذر وعليه اجر مثل الارض لصاحب الارض ويتصدق المزارع بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بعقد فاسد والخارج من النخل كله لصاحب النخل وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل فى النخيل ويطيب الخارج كله لصاحب النخل وكذلك لو كان الشرط بينهما فى النخل على الثلث والثلثين أو فى الزرع على الثلث والثلثين فالجواب واحد وهذا أبين للمعنى الذى بينا أن العقد مختلف فيها ولو كان البذر من صاحب الارض والمسئلة بحالها جاز العقد لانه استأجر العامل ليعمل فى أرضه ونخله فيكون العقد بينهما واحدا لاتحاد المعقود عليه وهو منفعة العامل فهو بمنزلة مالو دفع اليه أرضين مزارعة ليزرعها ببذر صاحب الارض وكذلك لو اشترطا على العامل فى النخيل تسعة اعشار الثمار وفى الزرع النصف لان العقد لايختلف باختلاف مقدار البذر المشروط كما لو استأجره لعمل معلوم بمائة درهم وبدينار يكون العقد واحدا وانما يختلف العقد باختلاف المعقود عليه والمعقود عليه واحد وهو عمل العامل ولو دفع اليه أرضا وكرما على نحو هذا كان الجواب كالجواب فى النخل لاتفاقهما فى المعنى ولو دفع اليه أرضا بيضاء فيها نخيل فقال أدفع اليك هذه الارض تزرعها ببذرك وعملك على أن الخارج من ذلك بينى وبينك نصفان وأدفع اليك مافيها من النخيل معاملة على أن تقوم عليه وتسقيه وتلقحه فما خرج من ذلك فهو بينى وبينك نصفان أو قال لك منه الثلث ولى الثلثان وقد وقتا لذلك سنين معلومة فهو جائز لانه لم يجعل أحد العقدين هنا شرطا فى الآخر وانما جعله معطوفا على الآخر لان الواو للعطف لا للشرط بخلاف الاول فهناك جعل أحد العقدين شرطا في الآخر لان حرف على للشرط (ألا ترى) أنه لو قال أبيعك هذه الدار بالف درهم على أن تستأجر منى هذه الدار الاخرى شهرا بخمسة دراهم كان هذا فاسدا لان هذا بيع شرطت فيه اجارة ولو قال أبيعك هذه الدار بالف وأوجرك هذه الدار الاخرى شهرا بخمسة دراهم كان جائزا لانه لم يجعل أحدهما شرطا فى صاحبه وكذلك لو قال أبيعك هذه الدار

بألف درهم على أن أبيعك هذه الامة بمائة دينار كان العقد فاسدا بخلاف مالو قال وأبيعك هـذه الأمة وقد أجاب فى الزيادات فى مسئلة البيع بخلاف هـذا وقد بينا وجه الروايات والتوفيق فيما أملينا من شرح الزيادات وكذلك لو دفع اليه أرضا وكرما وقال ازرع هـذه الارض ببذرك وقم على هذا الكرم فاكسحه واسقه فهذا صحيح لانه ماشرط أحد العقدين فى الآخر فلا يفسد واحد منهما والله أعلم

باب الخلاف فى المزارعة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا مزارعة بالنصف سنته هذه فهو فاسد لانهما لم يسميا البذر من أحدهما بعينه والمعقود عليه يختلف باختلاف من البذر من قبله لانه ان كان البذر من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل وان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ثم هذه جهالة تفضى الى المنازعة بينهما لان كل واحد منهما يقول لصاحبه البذر من قبلك وليس الرجوع الى قول أحدهما باولى من الرجوع الى قول الآخر ويحكى عن الهندوانى رحمه الله انه قال هذا فى موضع ليس فيه عرف ظاهر يكون البذر من أحدهما بعينه أو كان العرف مشتركا فأما فى موضع يكون فيه عرف ظاهر يكون البذر من أحدهما بعينه فان العقد يكون صحيحا والبذر من قبله لان الثابت بالعرف كالثابت بالشرط كما لو اشترى بدراهم مطلقة تنصرف الى نقد البلد للعرف فتنقطع المنازعة بينهما بالرجوع الى الظاهر المتعارف وكذلك لو قال للمزارع على أن تزرعها سنتك هذه لان من البذر من قبله لايتعين بهذا اللفظ فالمزارع هو الذى يزرع البـذر سواء كان البذر من رب الارض أو من قبله ولو قال على أن تزرعها سنتك هذه لنفسك بالنصف فهو جائز استحسانا والبذر من قبل المزارع لانه انما يكون عاملا لنفسه اذا كان البذر من قبله فيكون هو مستأجرا للارض فأما اذا كان البذر من قبل رب الارض فيكون هو أجيرا عاملا لرب الارض ففى لفظه مايدل على اشتراط البذر على المزارع فيكون ذلك كالتصريح به وكان القياس أن لايجوز حتى يسمى مايزرعها لان بعض الزرع أضر على الارض من بعض فما لم يبين جنس البذر لايصير مقدار مايستوفيه من منفعة الارض معلوما وهـذه الجهالة تفضى الى المنازعة لان رب الارض يطالبه بان يزرع فيها أقل مايكون ضررا على الارض والمزارع

يأبى الا أن يزرع فيها أضر الاشياء بالارض وكذلك فى جهالة جنس البـذر جهالة جنس الاجر لان الاجر جزء من الخارج وذلك لا يصير معلوما الا بتسمية جنس البذر ولكنا نستحسن أن نجيز العـقد ونجعل له أن يزرعها مابدا له من غلة الشتاء والصيف من الحنطة والرطبـة والسمسم والشعير ونحو ذلك أما لان بطريق العرف يحصل تعيين جنس البـذر بتعيين الارض فان أهـل الصنعة يعلمون كل أرض صالحة لزراعة شئ معـلوم فيها أو لانه لاتجرى المنازعة بين رب الارض والمزارع فيها لما لكل واحد منهما من الحظ فى ذلك أو لان المزارع مسـتأجر للارض ومنفعة الارض معلومة بتعيين الارض والضرر فى أنواع ما يزرعها فيها يتفاوت فلا يفسد العقد كما لو استأجر دارا للسكنى ولم يبين من يسكنها وليس له أن يغرس فيها كرما ولا شجرا لانه قال فى العقد ازرعها لنفسك وعمل الغرس غير عمل الزراعة والتفاوت بينهما فى الضرر على الارض فاحش فلا يستفيدأعظم الضررين عندالتصريح بأدناهما كما لو استأجر حانوتاليسكنها لم يكن له أن يقعدفيها قصاراولا حدادا ولو كان دفعهااليه على أن يزرعها سنته هذه لصاحب الارض بالنصف فهو جائز والبذر من رب الارض لانه انما يكون زارعا لصاحب الارض اذا كان هو أجيرا له فى العمل ولرب الارض أن يستعمل الزارع فى زراعة مابدا له فيها من غلة الشتاء والصيف اسـتحسانا وكان القياس أن لايجوز حتى يبين ما يزرع أو يشترط التعميم فيقول على أن يزرع لي ما بدالي من غلة الشتاء والصيف لان العمل يتفاضل في ذلك والعمل فى بعض أنواع الزرع يكون أشد علي العامل من بعض فاما أن يبين جنس البذر ليصير مقدار العمل به معلوما أو يصرح باشتراط الخيار لنفسه فى ذلك ولكن فى الاستحسان لا يشترط هذا لما قلنا ولو دفعها اليه على أن يزرعها سنته هذه مابداللمزارع من غلة الشتاء والصيف فهو جائز والبذر من قبل العامل لان تفويض الامر الى رأيه على العموم دليل أن يكون عاملا لنفسه فى الزراعة ولوقال مابدا لرب الارض كان البذر من رب الارض لان التنصيص على كون الرأي فيه اليه دليل على أن المزارع عامل له وذلك اذا كان البذر من قبل رب الارض وكذلك لوقال رب الارض تزرعها ما أحببت أنا أو اشئت أنا أو ما أردت أنا فهذا كله دليل على أن البذر من قبل رب الارض ولو قال ماشئت أنت او ما أحببت أنت أو ما أردت أنت فهو دليل على أن البذر من العامل والعقد جائز فى الفصلين استحسانا وفى القياس لايجوز حتى يبينا من البذر من قبله أيهما هو لان مع اشتراط

الرأى لاحدهما يجوز أن يكون البذر من قبل الآخر (ألا ترى) انهما لو صرحا بذلك كان البذر من قبله فاذا سكتا عن ذكره كان من البذر من قبله مجهولا منهما ولكنه استحسن فقال الظاهر انه انما شرط المشيئة والمحبة والارادة فى البذر على العموم لمن البذر من قبله وهذا الظاهر يسقط اعتباره عند التصريح بخلافه وعند عدم التصريح بخلافه يبقى معتبرا كتقديم المائدة بين يدى انسان يكون اذنا فى التناول بدليل العرف وان صرح بخلافه فقال لا تأكل لم يكن ذلك اذنا فى التناول ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعها سنته هذه بالربع ولم يسميا غير ذلك فالمزارعة جائزة والربع للزارع ان اختلفا فيه قبل العمل أو بعده لان حرف الباء للالصاق وانما يصحب الاعواض فيكون هذا اشتراط الربع لمن يستحق الخارج عوضا وهو المزارع فانه يستحقه عوضا عن عمله فاما صاحب الارض والبذر فانما يستحقه لانه نماء بذره * يوضحه ان المزارع هو المحتاج الى بيان نصيبه بالشرط فاشتراط الربع مطلقا انما ينصرف الى بيان نصيب من يحتاج الى الشرط ولو قال دفعت اليك هذه الارض على أن تزرعها ببذرك وعملك بالربع كان الربع لرب الارض لانه هو الذى يستحق الخارج هنا عوضا عن منفعة الارض وهو المحتاج الى الشرط للاستحقاق ولو دفعها اليه على أن يزرعها حنطة من عنده بالنصف لم يكن له أن يزرعها غير الحنطة وان كان أقل ضررا على الارض لانهما شرطا زراعة الحنطة فى عقد لازم وهذا شرط مفيد فيجب الوفاء به بخلاف ما اذا استأجرها بدراهم ليزرعها حنطة فزرعها شيئا هو أقل ضررا على الارض لم يضمن وعليه الاجر لان تعيين الحنطة هناك غير مفيد فى حق رب الارض فان حقه في الاجر وهو دراهم يستوجبها بالتمكن من الزراعة وان لم يزرعها فلا يعتبر تعيينها بالحنطة الا فى معرفة مقدار الضرر على الارض فاذا زرع فيها ما هو أقل ضررا لم يكن مخالفا اما فى المزارعة فتعيين الحنطة شرط مفيد فى حق رب الاض لان حق رب الارض فى نصف الخارج فانما جعل له الاجر من الحنطة فلا يكون له ان يحول حقه الى شيء آخر بزراعته فيها وان كان ذلك أقل ضررا لم يكن مخالفا وكذلك لو قال خذ هذه الارض لتزرعها حنطة فهذا شرط بمنزلة قوله على أن تزرعها الحنطة وقد بينا هذه الفصول فى المضاربة ولو دفع اليه الارض والبذر على أن يكون للمزارع ربع الخارج ولرب الارض نصفه فهو جائز وثلاثة ارباع الزرع لرب الارض والبذر لان المزارع هو الذى يستحق بالشرط فلا يستحق غير ما شرط له وما وراء ذلك مما هو مسكوت عنه يكون لصاحب البذر

لان استحقاقه يكون نماء بذره لا بالشرط ولو دفع اليه أرضا فقال قد أجرتك هذه الارض هذه السنة مزارعة بالنصف فهو جائز والبذر من العامل لان رب الارض نص على انه مؤاجر الارض وانما يكون كذلك اذا كان البذر من قبل العامل وكذلك لو قال أجرتك هذه الارض هذه السنة على أن تزرعها بالنصف أو لتزرعها بالنصف فهو جائز والبذر من قبل العامل ولو قال أجرتك هذه الارض هذه السنة بالنصف كان فاسدا لانه لم يسم زرعا ولا غرسا والتفاوت بينهما فى الضرر على الارض فاحش ورب الارض هو المؤاجر لارضه لكل واحد منهما فاذا لم يبينا ذلك كان العقد فاسدا فان لم يتفاسخا حتى زرعها أو غرسها وقد أجرها اياه سنين مسماة كان الخارج بينهما نصفين استحسانا لانه تعين المعقود عليه فى الانتهاء قبل وجوب البدل فيجعل كتعينه فى الابتداء وهو نظير ماتقدم فى الاجارات اذا استأجر دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يبين من يركبها ولا من يلبسها ولو قال له استأجرتك هذه السنة تزرع فى هذه الارض بالنصف جاز والبذر من رب الارض فما اعطاه من حبوب أو رطبة فعليه أن يزرعها لانه صرح باستئجاره للزراعة وانما يكون رب الارض مستأجرا للزارع اذا كان البذر من قبله ولو أراد رب الارض ان يدفع اليه شجرا أو كرما يغرسه فيها فللعامل أن يمتنع من ذلك لانه استأجره للزراعة وهذا العمل لايقع عليه اسم الزراعة مطلقا انما يسمى غراسة وما شرط عليه فى العقد عمل الغراسة فليس له أن يكلفه ذلك ولو قال استأجرتك تعمل فى هذه الارض عشر سنين بالنصف فهذا فاسد لان العمل المشروط عليه مجهول وبين عمل الزراعة والغراسة تفاوت عظيم فان لم يتفاسخا حتى أعطاه رب الاض بذرا فبذره أو غرسا فغرسه وعمله كان الخارج منهما على شرطهما استحسانا وجعل التعيين فى الانتهاء بتراضيهما كالتعيين فى الابتداء وهو نظير الاول على ما بينا والله أعلم

باب اختلافهما فى المزارعة فيما شرط كل واحد منهما لصاحبه

(قال رحمه الله) واذا كان البذر من رب الارض فأخرجت الارض زرعا كثيرا فقال رب الارض شرطت لك الثلث وقال المزارع شرطت لي النصف فالقول قول رب الارض مع يمينه لان المزارع يستحق عليه الخارج بمقابلة عمله بالشرط فهو يدعى زيادة فيما شرط له ورب الارض ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وعلى المزارع البينة على ما ادعى وتترجح

بينته عند المعارضة لما فيها من اثبات الزيادة ولا يصار الى التحالف عند أصحابنا جميعا رحمهم الله بعد استيفاء المنفعة لخلوه عن الفائدة وقد بينا ذلك في الاجارات وان اختلفا قبل أن يزرع شيئا تحالفا وترد اليمين عليه أيضا وهنا أول المزارعة لان المزارعة عقد محتمل للفسخ فاذا اختلفا فى مقدار البدل فيه حال قيام المعقود عليه تحالفا وترادا ويبدأ بالمزارع فى اليمين وهذا قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله وقد بينا ذلك فى البيوع ان البداءة فى البيع بيمين المشترى لان أول التسليمين عليه فأول التسليمين على المزارع ثم العقد لازم فى جانبه حتى لا يتمكن من الفسخ من غير عذر وصاحب البذر يتمكن من ذلك فكانت اليمين فى جانبه ألزم وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان أقاما البينة قبل التحالف أو بعده فالبينة بينة المزارع لانها مثبتة للزيادة واليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولو اختلفا والبذر من العامل وقد أخرجت الارض الزرع فالقول قول العامل لان رب الارض هو الذي يستحق الخارج عليه بالشرط فاذا ادعى زيادة فيما شرط له كان عليه أن يثبت تلك الزيادة بالبينة وعلى الآخر اليمين لانكاره وان اختلفا قبل أن يزرع تحالفا ويبدأ بيمين صاحب الارض لان أول التسليمين عليه ولان لزوم العقد هنا فى جانبه واذا دفع الرجل الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على ان للمزارع ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه والثلثان من نصيب الآخر فهذا جائز وله ستة من ثمانية عشر سهما والباقى بين صاحبي الارض خمسة أسهم منه للذى شرط للمزارع الثلثين من نصيبه وسبعة للآخر لان المزارع أجيرهما فى العمل وقد استأجراه بجزء معلوم من الخارج وبينا مقدار ماله من نصيب كل واحد منهما من ذلك الجزء وذلك مستقيم فالاجير قد تسامح مع أحد المستأجرين دون الآخر وقد تعينت مع أحدهما وطلب الاجر من الآخر فاذا صح هذا الشرط احتجنا فى التخريج الى حساب له ثلث ينقسم أثلاثا وذلك تسعة الا ان أصل الخارج بينهما نصفان فليس لتسعة نصف صحيح فيضعف الحساب ويجعل الخارج على ثمانية عشر سهما نصيب كل واحد منهما تسعة وقد شرطا للمزارع ثلث الخارج وهو ستة ثلثا ذلك وهو أربعة من نصيب أحدهما ونصيبه كان تسعة فاذا استحق المزارع من ذلك أربعة بقى له خمسة وثلث ذلك وهو سهمان من نصيب الآخر وقد كان نصيبه تسعة فلما استحق المزارع من ذلك سهمين بقى له سبعة ولو كانا اشترطا للمزارع الثلث ولم يزد على هذا كان الزرع بينهما أثلاثا لان المشروط

للمزارع مطلقا يكون من النصيبين على السواء فاذا استحق المزارع ثلث الخارج بقي الباقي بينهما على ما كان أصل الخارج فيكون بينهم اثلاثا ولو كانا اشترطا الثلث للزارع ثلثه من نصيب هذا بعينه والثلث من نصيب الآخر وما بقي بين صاحبي الارض نصفين فللمزارع الثلث ستة من ثمانية عشر والباقي بينهما لاحدهما خمسة وللآخر سبعة كما خرّجنا واشتراط المناصفة فيما بينهما فيما بقي باطل لان الذي شرط للمزارع ثلثي الثلث من نصيبه باشتراط المناصفة فى الباقي يستوهب من نصيب صاحبه سهما واحدا ليكون ستة له من الباقي ولصاحبه ستة واستيهاب المعدوم باطل وهو طمع منه فى غير مطمع ولانه طمع فى شئ من نصيب صاحبه من الخارج من غير أن يكون له أرض ولا بذر ولا عمل وعقد المزارعة انما كان بينهما وبين المزارع والشرط الباطل فيما بينهما لا يؤثر فى العقد الذى بينهما وبين الزارع ولو دفع رجل الى رجلين أرضا بينهما نصفين ليزرعاها ببذرهما وعملهما على أن لصاحب الارض ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب الآخر فهو جائز لانه أجر الارض منهما بجزء معلوم من الخارج وفاوت بينهما ذلك الاجر وذلك مستقيم فانه لا تتفرق الصفقة فى حقه بهذا التفاوت فاذا حصل الخارج كان له الثلث ستة من ثمانية عشر والباقي بين العاملين على اثنى عشر سهما خمسة للذى شرط لرب الارض ثلثي الثلث من نصيبه لان نصيبه كان تسعة وقد أوجب للمزارع من ذلك أربعة فبقي له خمسة والآخر انما أوجب لرب الارض سهمين من نصيبه فبقي له سبعة فاذا كانا اشترطا أن الباقي بعد الثلث بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان الذى شرط ثلثي الثلث من نصيبه لرب الارض شرط لنفسه سهما من نصيب صاحبه ليستوى به وكان صاحبه عاقده عقد المزارعة فى نصيبه بهذا السهم الذى شرط له وشرط عمله معه وذلك مفسد لعقد المزارعة بخلاف الاول فهناك ليس بين صاحبي الارض شبهة عقد فاشتراط أحدهما لنفسه سهما من نصيب صاحبه استيهاب للمعدوم واذا فسد العقد كان الخارج بين المزارعين نصفين ولرب الارض أجر مثل أرضه أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج * فان قيل كان ينبغي أن لا يفسد العقد بينهما وبين رب الارض لان المفسد ممكن فيما بينهما ولم يتمكن فى العقد الذي فيما بينهما وبين رب الارض * قلنا العقد كله صفقة واحدة بعضه مشروط في البعض فيتمكن المفسد منه وفى جانب منه يفسد الكل ثم قد يمكن المفسد بينهما وبين رب الارض من وجه وهو ان الذى شرط الثلثين لرب الارض من نصيبه كأنه شرط. ربع ذلك

على صاحبه ليستوى به فيما بقي واشتراط شئ من الاجر فى الاجارة على غير المستأجر يكون مفسدا للاجارة ولو دفع رجلان أرضا وبذرا الى رجل ليزرعها على أن للعامل ثلث الخارج والثلثان من ذلك لاحد صاحبي الارض ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه فعمل على ذلك فللعامل ثلث الخارج والباقى بين صاحبي الارض نصفين لان البذر بينهما نصفان والعامل اجيرهما بالثلث فاستحق الثلث بمطلق الشرط من نصيبهما سهمين وكان الباقى بينهما نصفين فالذى شرط له ثلاثة أرباع مابقى يكون شرطها له نصف مابقى من صاحبه لنفسه وهذا منه استيهاب المعدوم أو طمع فى غير مطمع فيلغو ولو كان البذر من قبل العامل والمسئلة بحالها جاز وكان الباقى بينهما على الشرط ثلاثة أرباعه للذي شرط ذلك له وربعه للآخر لان العامل هنا مستأجر للارض منهما وانما استحقاق الخارج عليه بالشرط فيكون لكل واحد منهما مقدار ماشرط لاحدهما ثلاثة أرباع الثلثين وللآخر الربع بخلاف الاول فاستحقاقهما هناك يكون من الخارج نماء بذرهما لا بالشرط * فان قيل هنا العامل يكون مستأجرا نصيب أحدهما من الارض بجميع الخارج لان الخارج من نصف الارض ثلاثة ارباع الثلثين مثل ما شرط له واستئجار الارض فى المزارعة بجميع الخارج لا يجوز * قلنا نعم ولكن لا يميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر لما فى ذلك من تمكن الشيوع فى العقد فى نصيب كل واحد منهما واذا لم يميز لم يتحقق هذا المعنى فبقي العقد بينهما على جميع الارض بثلثي الخارج وذلك صحيح بينهما وبين صاحب البذر ثم جعلا ثلاثة أرباع الثلثين بمقابلة نصيب أحدهما من منفعة الارض والربع بمقابلة نصيب الآخر وذلك مستقيم فيما بينهما أيضا ولو دفع رجل الى رجلين أرضا يزرعها ببذرهما وعملهما على أن لصاحب الارض ثلث الخارج وللعاملين الثلثين الربع من ذلك لاحدهما بعينه وثلاثة ارباعه للآخر فهذا فاسد لانهما استأجرا الارض على أن يكون جميع الاجر على أحدهما وهو الذى شرط له الربع من الباقى لان الذى شرط لنفسه ثلاثة أرباع ما بقى قد شرط لنفسه جميع ما يخرجه بذره فعرفنا أنه شرط نصيبه من الاجر على صاحبه وذلك مفسد للعقد * ويوضحه انهما شرطا لرب الارض الثلث وذلك من نصيبهما نصفين فلما شرطا لاحدهما ثلاثة أرباع مابقى فكان الآخر عقد عقد المزارعة بنصف الباقى من نصيبه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للمزارعة واذا فسدت كان الخارج كله للمزارعين ولرب الارض أجر مثل أرضه أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج وهو الحكم فى المزارعة الفاسدة واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا يزرعها

ببذره وعمله على ان الخارج بينهما نصفان فلما حصل الخارج قال صاحب البذر شرطت لك عشرين قفيزا من الخارج وقال رب الارض شرطت لي النصف منه فالقول قول صاحب البذر لان صاحب البذر يدعى عليه استحقاق نصف الخارج بالشرط وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة رب الارض لانها تثبت الاستحقاق له ولا يقال الظاهر يشهد لرب الارض فان العقد الذي يجرى بين المسلمين الاصل فيه الصحة لان هذا الظاهر يصلح لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق به وحاجة رب الارض الى ابتداء الاستحقاق فاذا حلف صاحب البذر أعطاه أجر مثل أرضه لانه مقر له بذلك القدر وان لم تخرج الارض شيأ فقال المزارع شرطت لك النصف وقال رب الارض شرطت لى عشرين قفيزا فالقول قول المزارع لان رب الارض يدعى لنفسه أجر المثل دينا فى ذمة المزارع والمزارع منكر لذلك ثم الظاهر يشهد للمزارع فان الاصل فى العقود الصحة وحاجة المزارع الى دفع استحقاق رب الارض والظاهر يكفى لذلك وان اقاما البينة فالبينة بينة المزارع أيضا لانه يثبت ببينته اشتراط نصف الخارج ورب الارض ليس يثبت ببينته ما شهد به الشهود لانهم شهدوا باشتراط عشرين قفيزا وذلك لا يستحق بالشرط بل يفسد به العقد فيجب أجر المثل فتترجح بينة من تثبت بينته صحة العقد وصحة الشرط ولو لم يزرع حتى اختلفا كان القول قول رب الارض ان ادعى أنه دفعها بأقفزة معلومة لان المزارع يدعي عليه استحقاق منفعة الارض ووجوب تسليمها اليه ورب الارض منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان ادعى رب الارض أنه دفعها بالنصف فالقول قول المزارع أنه أخذها بعشرين قفيزا مع يمينه على ما ادعى رب الارض لان رب الارض يدعي استحقاق بعض الخارج عليه والمزارع منكر لذلك وقيل لا معنى ليمين المزارع هنا لانه متمكن من فسخ العقد قبل القاء البذر فى الارض وقد ادعى ما يفسد العقد فكان ذلك بمنزلة الفسخ منه ثم اليمين انما تنبني على دعوى ملزمة ودعوى رب الارض لا تلزمه شيأ قبل الزراعة فلا معنى لاستحلافه فان كان البذر من صاحب الارض فلما أدرك الزرع قال العامل شرطت لي النصف وقال رب الاض شرطت لك عشرين قفيزا من الخارج فالقول قول رب الاض والبينة بينة العامل لان العامل يدعي استحقاق جزء من الخارج علي رب الارض بالشرط ورب الارض منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه والبينة بينة العامل لانها تثبت الاستحقاق له وان لم تخرج الارض شيأ فقال العامل

شرطت لى عشرين قفيزا وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض لان العامل يدعى أجر العمل دينا فى ذمته وهو منكر لذلك والبينة بينة رب الارض أيضا لانه يثبت ببينته صحة العقد ويشهد شهوده باشتراط ما يثبت بالشرط فى المزارعة والآخر انما يشهد شهوده باشتراط مالا يثبت بالشرط فى المزارعة فكان الاثبات فى بينة رب الارض أظهر ولو لم يزرع حتى اختلفا فالقول قول الذي يدعي الفساد منهما مع يمينه لانه ينكر وجوب تسليم شئ عليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الذى يدعي المزارعة بالنصف أيهما كان لانه يثبت ببينته صحة العقد وكونه سببا للاستحقاق فتترجح بينته بذلك ولو أخرج زرعا كثيرا فقال لصاحب الارض والبذر شرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال العامل شرطت لي النصف فالقول قول العامل لانهما اتفقا على اشتراط النصف ثم ادعى رب الارض زيادة على ذلك والعامل منكر لتلك الزيادة ثم رب الارض متعنت فى كلامه لانه يقر له بزيادة ليبطل به أصل استحقاقه لاليثبت حقه فيما أقر له به وقول المتعنت غير مقبول وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة رب الارض لانه يثبت ببينته زيادة الشرط ولانه يثبت ببينته فساد العقد بعد ما ظهر باتفاقهما ما هو شرط الصحة وهو اشتراط نصف الخارج فالزيادة هاهنا فى بينته ولو ادعي رب الارض انه اشترط له نصف ماتخرج الارض الا خمسة أقفزة وقال العامل لم يستثن شيأ فالقول قول رب الارض لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فالمزارع يدعى عليه استحقاق نصف كامل بالشرط ورب الارض ينكر الشرط فى بعض ذلك النصف معنى فالقول قوله لانكاره والبينة بينة المزارع لانه يثبت صحة المزارعة والفضل فيما يدعيه لنفسه ان لم تخرج الارض شيأ وقال المزارع شرطت لى النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض لاتفاقهما على اشتراط النصف وتفرد المزارع بدعوى الزيادة لاليستحقها بل ليبطل العقد بها والبينة بينة المزارع لانه يثبت زيادة شرط ببينته ويثبت لنفسه أجر المثل دينا فى ذمة رب الارض ولو قال المزارع شرطت لى النصف الا عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف ولم تخرج الارض شيأ فالقول قول رب الارض لان المزارع يدعي الاجر دينا فى ذمة رب الارض ورب الارض منكر لذلك وان أقاما البينة فالبينة بينة رب الارض أيضا لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد وان اختلفا قبل العمل فقال المزارع شرطت لي

النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من يرى جواز المزارعة وفى قول أبى يوسف ومحمد القول قول المزارع وهذا لان رب الارض يدعي صحة العقد ومن أصل أبى حنيفة أن القول قول من يدعى الصحة * بيانه فيما تقدم فى السلم اذا ادعى أحد المتعاقدين الاجل فى السلم وأنكره الآخر أن عند أبى حنيفة القول قول من يدعى الاجل أيهما كان لانه يدعي صحة العقد وعندهما القول قول رب السلم لان المسلم اليه اذا كان يدعى الاجل ورب السلم منكر لدعواه فالقول قوله وان كان فى انكاره افساد العقد وان كان المسلم اليه منكرا للاجل فهو متعنت فى هذا الانكار لان رب السلم يقر له بالاجل وهو ينكر ذلك تعنتا ليفسد به العقد فهنا كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله يجعل القول قول رب الارض لانه يدعي صحة العقد وعندهما يجعل القول قول المزارع لان كلامهما خرج مخرج الدعوى والانكار فرب الارض يدعي على المزارع استحقاق تسليم النفس لاقامة العمل وهو منكر فالقول قوله مع يمينه وان كان فى انكاره افساد العقد وان أقاما البينة فالبينة بينة المزارع فى قولهم جميعا لانه يثبت السبب المفسد بعد تصادقهما على ماهو شرط الصحة ولا يثبت الفضل فيما شرط له ولو قال المزارع شرطت لى النصف الا عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض عندهم جميعا أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه يدعى الصحة وأما عندهما فلان المزارع متعنت لان رب الارض يقر له بزيادة فيما شرط له والمزارع يكذبه فيما أقر له به ليفسد به العقد فكان متعنتا فان أقاما البينة فالبينة بينة رب الارض لانه يثبت شرط صحة العقد واستحقاق العمل على المزارع ببينته ولو قال المزارع قبل العمل شرطت لى النصف وقال رب الارض والبذر شرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول قول المزارع لانهما اتفقا على شرط صحة العقد وهو اشتراط النصف ثم رب الارض يدعى شرط زيادة على ذلك ليفسد به العقد والمزارع منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه والبينة بينة رب الارض لاثباته الشرط المفسد مع تصادقهما على ماهو شرط صحة العقد ولو قال رب الارض شرطت لك النصف الا عشرة أقفزة وقال المزارع شرطت لى النصف فالقول قول رب الارض لان المزارع يدعى زيادة أقفزة فيما شرط ورب الارض منكر لما قلنا ان الكلام المصدر بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى والبينة بينة المزارع لانه يثبت الفضل

فى المشروط له ببينته ولو كان البذر من قبل العامل كان حاله فى جميع هذه الوجوه بمنزلة حال رب الارض حتى كان البذر من قبله للمعنى الذى أشرنا اليه واذا دفع الرجل الى رجلين أرضا وبذرا على أن يزرعاها سنتهما هذه فما أخرج الله تعالى من ذلك فلاحدهما بعينه الثلث منه ولرب الارض الثلثان وللآخر على رب الارض أجر مائة درهم فهو جائز على ما اشترطوا لانه استأجر أحدهما ببدل معلوم لعمل مدة معلومة واستأجر الآخر بجزء من الخارج مدة معلومة وكل واحد من هذين العقدين جائز عند الانفراد فكذا عند الجمع بينهما فان أخرجت الارض زرعا كثيرا فاختلف العاملان فقال كل واحد منهما أنا صاحب الثلث فالقول قول رب الارض فى ذلك لان كل واحد منهما يدعى استحقاق الثلث عليه بالشرط فاذا صدق أحدهما فقد أقر له بالثلث وأنكر استحقاق الآخر فالقول قوله ثم لما كان كل واحد منهما يستحق عليه كان القول قوله فى بيان ما يستحقه كل واحد منهما عليه من الاجر أو ثلث الخارج وان أقام كل واحد منهما البينة أنه صاحب الثلث أخذ الذى أقر له رب الارض الثلث باقراره وأخذ الآخر الثلث ببينته لانه أثبت ما ادعاه بالبينة ولا شئ له من الاجر لان من ضرورة استحقاقه ثلث الخارج انتفاء الاجر الذى به أقر له رب الارض ولو لم تخرج الارض شيأ فقال كل واحد منهما أنا صاحب الاجر فالقول قول رب الارض لما قلنا وان أقاما البينة فلكل واحد منهما على رب الارض مائة درهم لاحدهما باقرار رب الارض له وللآخر باثباته بالبينة ولا يلتفت الى بينة رب الارض فى هذا الوجه ولا فى الوجه الاول مع بينتهما لانهما المدعيان للحق قبله والبينة على المدعى دون المنكر ولو كان دفع الارض اليهما على أن يزرعاها ببذرهما على أن ما خرج منه فلاحدهما بعينه نصفه ولرب الارض عليه أجر مائة درهم وللآخر ثلث الزرع ولرب الارض سدس الزرع فهذا جائز لانه أجر الارض منهما نصفها من أحدهما بمائة درهم ونصفها من الآخر بثلث ما يخرجه ذلك النصف وكل واحد من هذين العقدين صحيح عند الانفراد وقد بينا أن باختلاف البدل لا تتفرق الصفقة فى حق صاحب الارض فان زرعها فلم تخرج الارض شيأ فقال كل واحد منهما لرب الارض أنا شرطت لك سدس الزرع فالقول قول كل واحد منهما فيما زعم أنه شرط له لان رب الارض يصدق أحدهما فى ذلك ويدعى على الآخر وجوب الاجر دينا فى ذمته وهذا منكر لذلك فالقول قوله لانكاره مع يمينه وان أقاما البينة أخذ ببينة رب الارض

لانه يثبت للآخر ببينته دينا في ذمته ولو أخرجت زرعا كثيرا فادعى كل واحد منهما انه هو الذي شرط له الاجر وادعى صاحب الارض على أحدهما الاجر وعلى الآخر سدس الزرع فانه يأخذ الاجر من الذي ادعاه عليه لتصادقهما على ذلك وفي حق رب الارض يدعي عليه استحقاق بعض الخارج وهو منكر فالقول قوله ويقال لرب الارض أقم البينة على السدس الذي ادعيته عليه وان أقام البينة أخذ ببينة رب الارض لانه هو المدعي المثبت لحقه ببينته ولو دفع رجل الى رجل أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله فما خرج منه فثلثاه للعامل والثلث لاحد صاحبي الارض بعينه وللآخر مائة درهم أجر نصيبه فهو جائز لانه استأجر من أحدهما نصيبه باجر مسمى واستأجر من الآخر نصيبه بثلث ما يخرجه نصيبه وكل واحد منهما مستقيم فان أخرجت زرعا كثيرا فادعي كل واحد من صاحبي الارض أنه صاحب الثلث فالقول قول الزارع لان كل واحد منهما يدعى استحقاق الخارج عليه وان أقام كل واحد من صاحبي الارض البينة كان لكل واحد منهما ثلث الخارج لانه أقر لاحدهما بثلث الخارج والآخر أثبت ببينته استحقاق ثلث الخارج ولا يلتفت الى بينة المزارع مع بينتهما لانهما المدعيان والبينة في جانب المدعى دون المنكر واذا دفع الرجل الى رجلين أرضا وبذرا على أن لاحدهما بعينه ثلث الخارج وللآخر عشرين قفيزا من الخارج ولرب الارض ما بقي فزرعاها فأخرجت الارض زرعا كثيرا فالثلث للذى سمى له الثلث والثلثان لصاحب الارض وللاخر أجر مثله أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان عقد المزارعة بينه وبين الذى شرط له الثلث صحيح وبينه وبين الاخر فاسد لانه شرط له شرطا يؤدي الى قطع الشركة في الخارج مع حصوله والمزارعة بمثل هذا الشرط تفسد ولكن عقده مع أحدهما معطوف على العقد مع الاخر بحرف العطف وليس بمشروط فيه ففساد العقد بينه وبين أحدهما لا يفسد العقد بينه وبين الاخر فان اختلفا في الذى شرط له الثلث منهما فالقول قول رب الارض لان كل واحد منهما يدعى الاستحقاق عليه بالشرط وان أقاما البينة كان لكل واحد منهما ثلث الخارج لاحدهما باقرار رب الارض له به وللاخر باثباته بالبينة ولو لم تخرج الارض شيأ كان القول قول رب الارض في الذى له اجر مثله منهما فان أقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى فالبينة بينة رب الارض لان رب الارض صدق أحدهما فيما ادعي عليه من اجر المثل وانما بقيت الدعوى بينه وبين الاخر ورب الارض ببينة تثبت شرط

صحة العقد بينه وبين الآخر والآخر ينفي ذلك ببينته وقد بينا أن البينة التى تثبت شرط صحة العقد تترجح بخلاف ماسبق فهناك كل واحد من العقدين صحيح فلا يكون رب الارض ببينته مثبتا شرط صحة العقد ولو كان صاحب الارض اثنين على مثل هذا الشرط دفعاه الى واحد والبذر من قبل المزارع كان فى جميع هذه الوجوه مثل ماينا من حكم صاحب الارض حين كان البذر من قبله لاستوائهما فى المعنى وذلك يتضح لك اذا تأملت والله أعلم

باب العشر فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا سنته هذه على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فاخرجت الارض زرعا كثيرا والارض أرض عشر ففي قياس قول أبى حنيفة على قول من أجاز المزارعة يكون للمزارع نصف الخارج كاملا ويأخذ السلطان عشر جميع الخارج من نصيب صاحب الارض ان كانت تشرب سحا أو تسقيها السماء وان كانت تسقى بدلو أو دالية فنصف عشر جميع الخارج على صاحب الارض لانه مؤاجر لارضه بجزء من الخارج ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله ان من أجر أرضه العشرية فالعشر يكون على الآخر وعندهما العشر فى الخارج على المستأجر فهنا أيضا عندهما العشر على كل واحد منهما في الخارج نصفان وان سرق الخارج قبل القسمة أو بعد القسمة فلا عشر عليهما لفوات محل الحق وعند أبى حنيفة رحمه الله عشر جميع الخارج على رب الارض فان سرق الطعام بعد ماحصد أو حرق قبل أن يأخذ السلطان العشر يبطل عن رب الارض نصفه ولزمه فى ماله نصفه لان حصة النصف الذى صار للمزارع من العشر صار دينا فى ذمة رب الارض فلا يسقط ذلك عنه بهلاك الخارج وفى النصف الذى هو ملك رب الارض العشر باق فى عينه فاذا هلك سقط عشر ذلك عنه لفوات المحل وكذلك لو كان البذر من قبل رب الارض فانه مستأجر للعامل بنصف الخارج فيكون عشر الكل عليه عند أبى حنيفة لان العشر مؤنة الارض النامية كالخراج وهو المالك للارض فاذا سرق الطعام بعد الحصاد سقط عنه النصف حصة نصيبه من الخراج وأما حصة نصيب المزارع فصارت دينا فى ذمته بتمليكه اياه من المزارع فلا يسقط ذلك عنه بهلاك الخارج ولو أجر أرضه من رجل بمائة درهم يزرعها هذه السنة فاخرجت زرعا كثيرا ثم توى الاجر على المستأجر فعشر جميع الطعام على رب الارض

فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقد صار ذلك دينا فى ذمته وللآخر دين له على المستأجر فان توى دينه على المستأجر فان سرق طعام المستأجر لا يسقط عن المؤاجر العشر الذى صار دينا عليه ولو استحصد الزرع فلم يحصد حتى هلك فالاجر واجب لان وجوب الاجر بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وقد تمكن المستأجر من ذلك وقد استوفاه حقيقة ولا عشر على واحد منهما لان وجوب العشر عند الحصاد قال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وانما يصير دينا في ذمة الآجر بعد وجوبه فاذا هلك الخارج قبل الحصاد لم يكن عليه شئ بخلاف ما اذا هلك بعد الحصاد لان العشر قد تقرر وجوبه هنا وصار دينا فى ذمة الآجر وكذلك فى المزارعة اذا هلك الزرع بعد ما استحصد قبل أن يحصد فلا عشر على واحد منهما فى القولين جميعا سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع لان المحل فات قبل أن يأتى وقت وجوب العشر فهو بمنزلة ما لو استهلك النصاب قبل تمام الحول والهلاك هنا فى حق المؤاجر بمنزلة الاستهلاك فى مال الزكاة حتى اذا استهلك بعد تمام الحول فالزكاة دين عليه فاذا هلك هنا بعد الحصاد يكون العشر دينا عليه وكذلك الجواب فى معاملة النخيل والكروم هو مثل الجواب فى المزارعة انه اذا هلك قبل الجذاذ فلا عشر على رب النخيل وان هلك بعد الجذاذ فعشر نصيب العامل دين عليه فى قول أبى حنيفة فان الجذاذ فى الثمار بمنزلة الحصاد فى الزرع وان استهلكه رجل فليس على رب النخيل فى حصته شئ من العشر الا أن يستوفى بدله من المستهلك فحينئذ يؤدى عشره لان المحل فات وأخلف بدلا وان استوفى منه بعض البدل يؤدى العشر بقدر ذلك اعتبارا للجزء بالكل ولو صالح الامام قوما من أهل الحرب على أن صاروا ذمة له ووضع على رؤسهم شيأ معلوما وجعل خراج أراضيهم ونخيلهم وأشجارهم المناصفة فذلك جائز لانه نصب ناظرا للمسلمين وربما يكون خراج المقاسمة أنفع للفريقين من خراج الوظيفة فاذا دفع رجل أرضا مزارعة والبذر منه أو من العامل أو أجرها بدراهم أو أعارها رجلا ليزرعها لنفسه أو دفع الاشجار معاملة كان الجواب فى جميع ذلك على نحو ما بينا فى العشر لان الخراج هنا جزء من الخارج لا يجب الا بعد حصول الخارج حقيقة فيكون بمنزلة العشر فى التخريج على القولين كما بينا بخلاف خراج الوظيفة فانه يجب بالتمكن من الانتفاع وان لم يزرع كان على رب الارض فى الوجوه كلها واذا دفع أرضا من أرض العشر وبذرا الى رجل على أن يزرعها سنته هذه على أن للمزارع

عشرين قفيزا من الخارج فأخرجت الارض زرعا كثيرا فللعامل أجر مثله وعلى رب الارض عشر جميع الخارج لانه استأجر العامل اجارة فاسدة ولو استأجره اجارة صحيحة بدراهم مسماة للعمل كان عشر جميع الخارج على رب الارض فكذلك هنا ولا يرفع مما أخرجت الارض نفقة ولا أجر عامل لان بازاء ماغرم من الاجر دخل في ملكه العوض وهو منفعة العامل وصار اقامة العمل باجيره كاقامته بنفسه ولو زرع الارض كان عليه عشر جميع الخارج من غير أن يرفع من ذلك بذرا أو نفقة أنفقها فكذلك أجر العامل ولو كان البذر من العامل كان الخارج له وعليه أجر مثل الارض ثم في قول أبي حنيفة رحمه الله عشر جميع الخارج على رب الارض وعندهما العشر في الخارج اعتبارا للاجارة الفاسدة بالاجارة الصحيحة في القولين ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذر منهما فما خرج فهو بينهما نصفان والمزارعة فاسدة لانه جعل منفعة نصف الارض للعامل مقابلة عمله في النصف الآخر لرب الارض ثم الخارج بينهما نصفان لان البذر بينهما نصفان والخارج نماء البذر وعشر الطعام كله على رب الارض في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه صار مؤاجرا نصف الارض بما شرط بمقابلته من عمله في النصف الآخر فهو بمنزلة مالو أجرها بدراهم وعندهما العشر في الخارج ولرب الارض نصف أجر مثل أرضه لانه استوفي منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد ولهذا المعنى يكون العشر في نصيب العامل على رب الارض في قول أبي حنيفة لانه قد حصل له منفعة ذلك النصف من الارض وهو أجر المثل ولا أجر للعامل لانه عمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر على غيره ولو دفع الى رجل أرض عشر على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فاستحصد الزرع ولم يحصد حتى استهلكه رجل أو سرقه وهو مقر به فلا عشر على واحد منهما حتى يؤدى المستهلك ما عليه وما أدى من شئ كان على رب الارض عشره في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض لان حكم البدل حكم المبدل وسلامته بان يستوفى ممن عليه فأما ماكان دينا في ذمته فهو كالتاوي وفي قولهما ما خرج من شئ أخذ السلطان عشر ذلك والباقي بينهما نصفان وكذلك لو كانت الارض مما صالح الامام أهلها على أن جعل خراجها نصف الخارج فان خراج المقاسمة بمنزلة العشر وكذلك لو كان أجر أرضه العشرية بدراهم فزرعها المستأجر فاستحصد زرعها ثم استهلكها مستهلك فلا عشر على واحد منهما حتى يؤدى المستهلك ما عليه

من البدل فاذا أدى شيأ منه فعند أبى حنيفة عشر مقدار ماوصل الى المستأجر على رب الارض وعندهما عشر ذلك القدر فى الخارج لان رب الارض فى حكم العشر بمنزلة ما لو كان زرعها بنفسه عند أبى حنيفة رحمه الله واذا غصب الرجل أرض عشر أوخراج فزرعها فأخرجت زرعا كثيرا ولم تنقصها لزراعة شيأ فالخارج على الزارع والعشر عليه فى الخارج لان رب الارض لم يسلم له شئ من منفعة الارض ولا كان متمكنا من الانتفاع بها مع منع الغاصب اياه من ذلك فلا يلزمه عشر ولا خراج فاذا تعذر ايجاب ذلك عليه وجب على الغاصب لان المنفعة سلمت له من غير عوض فكما التحق هو بالمالك فى سلامة منفعة الارض له بغير عوض فكذلك في وجوب العشر والخراج عليه ولو كانت المزارعة نقصت الارض فعلى الزارع غرم النقصان لان ذلك الجزء تلف بفعله فيجب عليه ضمانه ثم فى قول أبى حنيفة رحمه الله على ما ذكره أبو يوسف عشر جميع ما أخرجت الارض على رب الارض وكذلك ان كانت له أرض خراج فعليه خراجها لان ما استوفى هو من قيمة النقصان منفعة سلمت له باعتبار عمل الزراعة فكان بمنزلة مالو اجر الارض بذلك القدر فعليه العشر والخراج سواء كان ماوصل اليه مثل العشر أو الخراج الواجب أو أقل أو أكثر وهذا يقوى قول من يقول من أصحابنا رحمهم الله ان نقصان الارض عوض عن منفعتها وان الطريق فى معرفة النقصان أن ينظر بكم تؤجر الارض قبل المزارعة وبعدها فمقدار التفاوت هو نقصان الارض وفى هذا اختلاف بين أئمة بلخ فان بعضهم يقولون ان المنفعة عندنا لاتضمن بالاتلاف ولكن النقصان فى حكم بدل جزء فائت من العين وطريق معرفته أن ينظر بكم كانت تشترى تلك الارض قبل الزراعة وبكم تشتري بعدها فتفاوت مابينهما هو النقصان والقول الاول أقرب الى الصواب بناء على الجواب الذى ذكره هنا فانه جعل النقصان بمنزلة الاجرة عند أبى حنيفة وأما فى قول محمد فان كان نقصان الارض مثل الخراج أو أكثر فلرب الارض قيمة النقصان على الغاصب والخراج على رب الارض يعطيه مما يستوفى وان كانت قيمة النقصان أقل من الخراج فالخراج علي الغاصب وليس عليه شئ من النقصان لرب الارض فكانه استحسن ذلك لدفع الضرر عن رب الارض فانه لا يمكن ايجاب موجبين علي الغاصب بسبب زراعة واحدة فيجعل كأنه لم تمكن نقصان فى الارض حتى يجب الخراج على الغاصب ولا يتضرر به رب الارض وأما العشر على قوله وعلى قول أبى يوسف ففى الخارج والخارج للغاصب فيؤدى

عشر الخارج ويغرم لصاحب الارض النقصان مع ذلك كما يغرم الاجر لو كان استأجرها منه وقع فى بعض نسخ الاصل الجمع بين الخراج والعشر فى تخريج قول محمد رحمه الله وهو سهو انما الصحيح ماذكرناه والله أعلم

باب المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا معاملة سنين معلومة بالنصف فهو جائز على قول من يرى جواز المزارعة وكذلك معاملة الشجر والكرم والرطاب فى قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعى لاتجوز المعاملة الا فى النخيل والكروم خاصة لان جواز ذلك بالاثر وانما ورد الاثر فى النخيل والكروم وهو مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ولكن هذا فاسد فقد كان أهل خيبر يعملون في الاشجار والرطاب أيضا كما يعملون فى النخيل والكروم ثم هذا الكلام انما يستقيم ممن لايرى تعليل النصوص فاذا كان الشافعى يرى تعليل النصوص فلا يستقيم منه معنى فيصير حكم المعاملة على النخيل والكروم باعتبار ان الاثر ورد فيها فان أراد صاحب النخيل أن يخرج العامل لم يكن له ذلك الا من عذر بخلاف مالو دفع الارض والبذر مزارعة لان صاحب البذر يحتاج الى ان يلقي بذره فى الارض وفيه اتلاف ملكه فله أن لا يرضى به وهنا صاحب النخيل لايحتاج فى ايفاء العقد الى اتلاف شئ من ماله فيلزم العقد فى الجانبين بنفسه ولا ينفرد أحدهما بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات والعذر هنا أن يلحقه دين فادح لاوفاء عنده الا ببيع النخيل أو يكون العامل سارقا معروفا بالسرقة نخاف منه على أخذ سعف النخل وسرقته أو على سرقة الثمار قبل الادراك وقد بينا أن هذا عذر فى سائر الاجارات نحو اجارة الظئر لما يلحقه فيه من ضرر لم يلزمه بالعقد فكذلك فى المعاملة وان كان الثمر قد خرج ولم يبلغ ثم لحقه دين لاوفاء عنده الا ببيع النخيل لم يكن له أن ينقض المعاملة ولا يبيعه حتى يبلغ الثمر فيباع نصيب صاحب النخل من النخل من الثمر فى الدين وتنتقض المعاملة فيما بقى وقد تقدم نظيره فى المزارعة والمعنى فيهما سواء فان الشركة انعقدت بينهما فى الثمر ولادراكه نهاية معلومة ففى الانتظار توفير المنفعة ودفع الضرر من الجانبين وفى نقض المعاملة فى الحال اضرار بالعامل من حيث ان فيه ابطال حقه من نصيب الثمر فلدفع الضرر قلنا يخرج رب النخيل من الشجر وتبقى المعاملة بينهما الى أن يدرك ماخرج

من الثمر ولو أراد العامل ترك العمل قبل خروج الثمر لم يكن له ذلك الا أن يمرض مرضا يضعف عن العمل معه فيكون هذا عذرا ولا يقال ينبغي أن يؤمر في المرض أن يستأجر عاملا ليقيم العمل لان في ذلك الحاق ضرر به لم يلتزمه بعقد المعاملة واذا كان عليه في ايفاء العقد ضرر فوق ما التزمه يصير ذلك عذرا في فسخ المعاملة قال في الاصل أو يريد سفرا أو يترك ذلك العمل فيكون هذا عذرا له وقد بينا في أول الكتاب ان في هذا الفصل روايتين وتأويل ما ذكر هنا أن العمل كان مشروطا بيده ولو دفع الى رجل نخلا أو شجرا أو كرما معاملة بالنصف ولم يسم الوقت جاز استحسانا على أول ثمرة تخرج في أول سنته وفي القياس لا يجوز لان هذا استئجار للعامل وبهذا لا يصير المعقود عليه معلوما الا ببيان المدة فاذا لم يبينا لا يجوز العقد كما في المزارعة ووجه الاستحسان أن لادراك الثمر أوانا معلوما في العادة ونحن نتيقن ان ايفاء العقد مقصود ههنا الى ادراك الثمار والثابت بالعادة كالثابت بالشرط فصارت المدة معلومة وان تقدم أو تأخر فذلك يسير لا يقع بسببه منازعة بينهما في العادة بخلاف المزارعة فان آخر المدة هناك مجهول لجهالة أولها لان ما يزرع في الخريف يدرك في آخر الربيع وما يزرع في الربيع يدرك في آخر الصيف وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف فلجهالة وقت ابتداء عمل المزارعة يصير وقت النهاية مجهولا وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة بينهما فلهذا لا يجوز العقد الا ببيان المدة ثم في المعاملة يتيقن ان العقد تناول أول ثمره وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت الا المتيقن واذا لم يخرج ثمره في تلك السنة انتقضت المعاملة لان العقد لا يتناول الا ذلك القدر من المدة فكأنهما نصا على ذلك ولو دفع اليه أصول رطبة نابتة في الارض معاملة ولم يسم الوقت فهو فاسد لان الرطبة ليست لها غاية ينتهي اليها نموها ولكنها تنمو ما تركت في الارض بخلاف الثمار فان لها غاية تنتهي اليها فاذا تركت بعد ذلك تفسد فان كانت للرطبة غاية معلومة تنتهي اليها في نباتها حتى تقطع ثم تخرج بعد ذلك فهذه معاملة جائزة والمعاملة في ذلك على أول جزة كما في الثمار وكل شيء من هذا أخرنا فليس لواحد منهما أن ينقض المعاملة الا من عذر لان المعلوم بالعادة من المدة لما جعل كالمشروط لها في جواز العقد فكذلك في لزومه ولو دفع اليه نخلا فيه طلع معاملة بالنصف أو لم يسم الوقت أو دفعه اليه بعد ما صار بسرا أخضر أو أحمر غير انه لم ينته عظمه فهو جائز لانه بحيث ينمو بعمل العامل وله نهاية معلومة فيجوز العقد باعتباره ولو دفع اليه بعد ما تناهى عظمه وليس يزيد بعد ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب فالمعاملة

فاسدة لانه لا يزداد بعمله والشركة بعقد المعاملة انما تصح فيما يحدث بعمل العامل أو يزداد بعمله فاذا لم يكن بهذه الصفة كان العقد فاسدا وان عمل فيه العامل فله أجر مثله ولو اشترى من رجل طلعا فى نخل أو بسرا أخضر فتركه فى النخل بغير أمر صاحبه حتى صار تمرا تصدق المشترى بالزيادة لتمكن الخبث فى المشترى بالزيادة الحاصلة فيه من نخل صاحب النخل بغير رضاه ولو اشتراه وهو بسر أحمر قد انتهى عظمه لم يتصدق بشئ لانه لم يزد فيه من النخل شئ وانما النضج واللون والطعم يحدث فيه بتقدير الله تعالى وسبب ذلك على ماجعله الله تعالى سببا الشمس والقمر والكواكب فلا يتمكن فيه خبث وانما أورد هذا لايضاح الفصل الاول وقد بينا تمام هذا الفصل فى البيوع ولو دفع اليه رطبة له فى أرض قد صارت بلحا ولم تنته الى أن تجذ فدفعها اليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا معلوما فهو فاسد الا أن يكون للرطبة غاية معلومة تنتهى اليها فحينئذ يجوز ولو دفع اليه رطبة قد انتهى احرازها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تخرج بذرها على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البذر أوانا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو اشترطا أن الرطبة بينهما نصفان فسدت المعاملة لانهما شرطا الشركة فيما لا ينمو بعمل العامل والرطبة للبذر بمنزلة الاشجار للثمار فكما أن شرط الشركة فى الاشجار المدفوعة اليه مع الثمار يكون مفسدا للعقد فكذلك هنا ولو كان دفعها اليه وهى قداح لم تتناه والمسئلة بحالها جاز العقد لان الرطبة هنا تنمو بعمله فيجوز اشتراط المناصفة فيه ولادراك البذر أوان معلوم فلا يضرهما ترك التوقيت ولو دفع الى رجل غراس شجرا وكرم أو نخل قد علق فى الارض ولم يبلغ الثمر على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح نخله فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذه معاملة فاسدة الا أن يسمى سنين معلومة لانه لا يدرى فى كم تحمل النخل والشجر والكرم والاشجار تتفاوت فى ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لا يجوز ولو دفع اليه نخلا أو كرما أو شجرا قد أطعم وبلغ سنين معلومة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح نخله ويكسح كرمه على ان النخل والكرم والشجر والخارج كله بينهما نصفان فهذا فاسد لاشتراطهما الشركة فيما هو حاصل لا بعمل العامل وهو الاشجار بمنزلة ما لو دفع الارض مزارعة على

أن تكون الارض والزرع بينهما نصفين ولو دفع اليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على أن الخارج بينهما نصفان فهو فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة بالعادة وجهالة المدة في المعاملة تفسد المعاملة ولو دفع اليه نخلا أو شجرا أو كرما معاملة أشهرا معلومة يعلم انها لا تخرج ثمرة في تلك المدة بان دفعها أول الشتاء الى أول الربيع فهذا فاسد لان المقصود بالمعاملة الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع ماهو المقصود فيكون مفسدا للعقد ولو اشترطا وقتا قد يبلغ الثمر في تلك المدة وقد يتأخر عنها جاز لانا لا نعلم تفويت موجب العقد فهذا الشرط انما يوهم ذلك وهذا التوهم في كل معاملة ومزارعة فقد يصيب الزرع والثمار آفة سماوية فان خرج الثمر في تلك المدة فهو بينهما على ما اشترطا وان تأخر عن تلك المدة فللعامل أجر مثله فيما عمل ان كان تأخير ذلك ليس من ذهاب في تلك السنة لانه تبين انهما سميا من المدة مالا تخرج الثمار فيها ولو كان ذلك معلوما عند ابتداء العقد كان العقد فاسدا فكذلك اذا تبين في الانتهاء وبهذا يستدل علي جواب مسئلة السلم انه اذا انقطع المسلم فيه من أيدي الناس في خلال المدة بآفة فانه يتبين به فساد العقد بمنزلة مالو كان منقطعا عند ابتداء العقد وان كان قد أحال في تلك السنة فلم يخرج شيئا فهذه معاملة جائزة ولا أجر للعامل في عمله ولا شيء له لانه بما حصل من الآفة لا يتبين ان الثمار كانت لا تخرج في المدة المذكورة واذا لم يتبين المفسد بقي العقد صحيحا وموجبه الشركة في الخارج فاذا لم يحصل الخارج لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء وان كان قد خرج في تلك السنة ولم يحل الا أن الوقت قد انقضى قبل أن يطلع الثمر فللعامل أجر مثله فيما عمل لانه تبين المفسد للعقد وهو انهما ذكرا مدة كانت الثمار لا تخرج فيها ولو كان هذا معلوما في الابتداء كان العقد فاسدا فكذلك اذا تبين في الانتهاء في المعاملة الفاسدة للعامل أجر مثله فيما عمل لان رب النخيل استوفى عمله بعقد فاسد والله أعلم

باب من المعاملة أيضا

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا وشجرا وكرما على ان ما أخرج الله تعالى من ذلك من نخل أو شجرا وكرم فهو بينهما نصفان وعلى ان الارض بينهما نصفان فهذا كله فاسد لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا

لا بعمله وهو الارض فان قبضها وغرسها فأخرجت ثمرا كثيرا فجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل وقد بينا في المسئلة طريقين لمشايخنا رحمهم الله في كتاب الاجارات احداهما انه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والاخرى انه اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح فيه انه استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلاته وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا ثم الغراس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع أجر مثل عمله فيما عمل بمنزلة ما لو دفع الى خياط ظهارة على أن يبطنها أو يحشوها ويخيطها جبة بنصف الجبة كان العقد فاسدا وكانت له قيمة البطانة والحشو وأجر مثل عمله فيما عمل وكذلك لو لم يشترط له من الارض شيأ ولكنه قال على أن يكون لك علي مائة درهم أو شرط عليه كر حنطة أو شرط له نصف أرض أخرى معروفة فالعقد فاسد في هذا كله لجهالة الغراس الذي شرطه عليه وكذلك هذا في الزرع ولو دفع اليه أرضا على أن يزرعها سنته هذه كرا من حنطة بالنصف وعلى أن للمزارع على رب الارض مائة درهم كان العقد فاسدا لاشتراط الاجر المسمى للمزارع مع نصف الخارج ثم الخارج كله لرب الارض وعليه كر حنطة مثل الكر الذي بذره المزارع وأجر مثل عمله فيما عمل أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان عمل المزارع في ذلك لرب الارض بامره فيكون كعمل رب الارض بنفسه وكذلك لو كان الغرس عند رب الارض واشترط ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى أن للعامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد لاشتراط أجر المسمى للعامل مع الشركة في الخارج فانه لو صح هذا كان شريكا في الخارج فلا يستوجب الاجر بعمله فيما هو شريك فيه واذا عمل على هذا فالخارج كله لرب الارض وللعامل أجر مثله وكذلك لو شرط كر حنطة وسط أو شرط أن الارض بينهما نصفان ولو كان الغرس من قبل العامل وقد اشترط أن الخارج بينهما نصفان على أن لرب الارض على المزارع مائة درهم فهذا فاسد لاشتراط الاجر المسمى لصاحب الارض مع الشركة في الخارج فانه لو صح ذلك كان هو يستوجب أجر الارض للعامل فيما هو مشغول من الارض بنصيب رب الارض من الغراس وذلك لا يجوز ثم الخارج كله للعامل ولرب الارض أجر مثل أرضه لان العامل هنا استأجر الارض وعمل فيها لنفسه حين شرط لرب الارض على نفسه أجرا مائة درهم مع

بعض الخارج فيكون عاملا لنفسه وقد استوفى منفعة الارض بحكم عقد فاسد فعليه أجر مثل الارض بخلاف ما تقدم ولو كان الغرس والبذر من رب الارض على ان الخارج بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على الزارع مائة درهم فهو فاسد أيضا ثم الخارج كله للعامل ولرب الارض أجر مثل أرضه وقيمة غرسه وبذر مثل بذره على الزارع لانه كالمشترى للبذر والغرس ببعض المائة التى شرطها له على نفسه فيه وظهر أنه عامل لنفسه وأنه مستأجر للارض مشتر للغرس والبذر بالمائة وبنصف الخارج ففسد العقد لجهالة الغرس ثم صار قابضا للغرس والبذر بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رده فيلزمه القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل ويلزمه اجر مثل الارض وعليه أن يتصدق بالفضل لانه رباه في أرض غيره بعقد فاسد وكذلك لو شرط له الغارس مكان المائة حنطة أو شيأ من الحيوان بعينه أو بغير عينه فالكل في المعنى الذى يفسد به العقد سواء ولو دفع اليه الارض على أن يغرسها المدفوع اليه لنفسه ما بدا له من الغرس ويزرعها ما بدا له على أن الخارج بينهما نصفان وعلى أن للغارس على رب الارض مائة درهم أو سمي شيأ غير المائة فهو فاسد والخارج كله للغارس ولرب الارض أجر مثل أرضه لان رب الارض وان صار كالمشترى للغراس والبذر بما شرط له على نفسه من المال المسمى ولكنه لم يملكه لفساد العقد وانعدام القبض من جهته فيكون الغارس عاملا لنفسه فكان الكل له بخلاف ما سبق فهناك الغارس يصير قابضا لما اشتراه شراء فاسدا *فان قيل هنا ينبغي أن يصير رب الارض قابضا أيضا باتصاله بارضه* قلنا ابتداء عمله فى الغرس والزرع يكون لنفسه لانه ملكه قبل أن يتصل بالارض ثم هو فى يد الغارس حقيقة والمشترى شراء فاسدا وان كان يملك المشترى بالقبض فرده مستحق شرعا لفساد العقد فلا يجوز جعله فى يد المشترى حكما مع كونه فى يد البائع حقيقة لان يد البائع فيه يد بحق ويد المشترى محرم شرعا فاما فيما سبق فبنقض العامل يخرج من يد رب الارض ويصير العامل قابضا له حقيقة وكذلك لو لم يشترط المائة واشترط أن الارض بينهما نصفان ولو كان البذر والغرس من رب الارض علي أن يغرسه ويبذره العامل لرب الارض على أن ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على العامل أجرا مائة درهم فهو فاسد والخارج كله لرب الارض وللعامل أجر مثل عمله لانه صرح فى كلامه بما ينفى بيع الغرس والبذر منه فانه شرط أن يعمل فيها لرب الارض وانما يكون عاملا لرب الارض اذا كان الغرس والبذر

من جهته فعرفنا انه ماباع شيأ من ذلك من العامل ولكنه استأجره للعمل بنصف الخارج وشرط عليه بازاء نصف الخارج لنفسه أيضا مائة درهم فكان فساد العقد من قبل أن العامل اشترى منه بعض الخارج الذي هو معدوم بالمسمي من المائة فكان الخارج لرب الارض وللعامل أجر مثل عمله ولو دفع اليه نخلا معاملة سنين مسماة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أخرج الله تعالى من ذلك من شئ فهو بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على العامل مائة درهم أو اشترط العامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد لاشتراط الارض المسماة مع بعض الخارج لاحدهما والخارج كله لصاحب النخل لانه تولد من نخيله وكذلك لو كان قال للعامل اعمل ذلك لنفسك أو قال اعمل لى أو قال اعمل ولم يقل لى ولا لك فهو سواء لان النخيل مملوكة لصاحبها فيكون العامل في الوجوه كلها عاملا له سواء صرح بذلك أو بخلافه والله أعلم

باب الارض بين الرجلين يعملان فيها أو أحدهما

(قال رحمه الله) واذا كانت الارض بين رجلين فاشترطا على أن يعملا فيها جميعا سنتهما هذه ببذرهما وبقرهما فما خرج فهو بينهما نصفان فهو جائز لان كل واحد منهما عامل فى نصيبه من الارض ببذره وبقره غير موجب لصاحبه شيأ من الخارج منه فان اشترطا أن الخارج بينهما أثلاثا كان فاسدا لان الذى شرط لنفسه الثلث كانه دفع نصيبه من الارض والبذر الى صاحبه مزارعة بثلث الخارج منه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولان ماشرط من الزيادة على النصف لصاحب الثلثين يكون أجره له على عمله وانما يعمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر فيما هو شريك فيه على غيره ولو كان البذر منهما أثلاثا والخارج كذلك كان جائزا لان الذى شرط لنفسه ثلث الخارج كانه أعار شريكه ثلث نصيبه من الارض وأعانه ببعض العمل وذلك جائز ولو اشترطا أن الخارج نصفان كان فاسدا لان الذى كان منه ثلث البذر شرط لنفسه بعض الخارج من بذر شريكه وانما يستحق ذلك بعمله والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر على غيره اذ هو يصير دافعا سدس الارض من شريكه مزارعة بجميع الخارج منه وذلك فاسد ثم الخارج بينهما على قدر بذرهما وعلى صاحب ثلثى البذر أجر مثل سدس الارض لشريكه لانه استوفى منفعة ذلك القدر من نصيبه من الارض بعقد فاسد ويكون له نصف الزرع طيبا لا تصدق شئ منه

لانه رباه فى أرض نفسه وأما سدس الزرع فانه يدفع منه ربع بذره الذى بذره وما غرم من الاجر والنفقة فيه يتصدق بالفضل لانه رباه فى أرض غيره بعقد فاسد ويكون له نصف لزرع طيبا لايتصدق بشئ منه لانه رباه فى أرض غيره بعقد فاسد ولو كان الخارج والبذر بينهما نصفين والعمل عليهما جميعا الا البقر فانهما اشترطاه على أحدهما بعينه خاصة جاز والخارج بينهما نصفان لان صاحب البقر معين لصاحبه ببقره حين لم يشترط لنفسه شيئا من الخارج من بذر صاحبه ولو اشترطا لصاحب البقر ثلثى الخارج كانت المزارعة فاسدة لان الذى شرط لنفسه الثلث كانه استأجر البقر من صاحبه بثلث الخارج من نصيبه واستئجار البقر في المزارعة مقصودا لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما ولصاحب البقر أجر مثل بقره فيما كربت لانها كربت الارض قبل أن تقع الشركة بينهما فى الزرع فكان مستوفيا هذه المنفعة من بقره بحكم عقد فاسد ولو اشترطا البذر من عند أحدهما بعينه والبقر من الآخر والخارج بينهما نصفان لم يجز لان صاحب البقر يصير دافعا أرضه وبقره مزارعة بنصف الخارج وقد شرط فى ذلك عمل رب الارض والبقر مع صاحب البذر وكل واحد من هذين بانفراده مفسد للعقد فاذا حصل الخارج فهو كله لصاحب البذر ولصاحب البقر أجر مثل بقره وأجر مثل عمله وأجر مثل حصته من الارض على صاحب البذر ثم يطيب نصف الزرع لصاحب البذر لانه رباه فى أرض نفسه ويأخذ من النصف الآخر نصف ما غرم لصاحب البقر من أجر مثل بقره وأجر عمله وجميع ماغرم له من أجر مثل الارض ونصف البذر مع نصف ماانفق فيه ويتصدق بالفضل لانه ربى هذا النصف فى أرض غيره بعقد فاسد وكذلك لو اشترطا لصاحب البذر ثلثى الخارج وللآخر ثلث الخارج فهذا وماسبق فى التخريج سواء لاستوائهما فى المعنى واذا دفع الرجلان أرضا لهما وبذرا الى رجل على أن يزرعها سنته هذه فما خرج فنصفه لاحد صاحبي الارض وللآخر الثلث وللعامل السدس فهذه مزارعة فاسدة لان أحد الدافعين صار مستأجرا للعامل أن يعمل فى نصيبه بجزء مما يخرجه نصيب صاحبه فانه شرط لنفسه نصف الخارج وذلك جميع ماتخرجه أرضه وبذره فعرفنا أنه جعل أجر العامل فى نصيبه جزأ من الخارج من نصيب صاحبه وذلك لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل ولو كان العامل حين اشترط السدس سمى أن ذلك السدس من حصة أحدهما خاصة وهو الذى شرط لنفسه السدس فهذا تصريح

بالمعنى المفسد للعقد فلا يزداد العقد به الا فسادا ولو دفع رجل الى رجل أرضا مزارعة بالنصف واشترط حفظ الزرع حتى يستحصد على رب الارض والبذر من قبله أو من قبل العامل فالمزارعة فاسدة لان هذا شرط يعدم التخلية بين الارض وبين العامل في مدة المزارعة فيفسد به العقد ولو شرط الكراب على رب الارض فان كان البذر من قبل العامل فالعقد فاسد وان كان من قبل رب الارض فالعقد جائز لانه اذا كان البذر من قبل العامل فالعقد في جانب رب الارض يلزم بنفسه وهذا الشرط يعدم التخلية بعد لزوم العقد وان كان من جانب رب الارض فلزوم العقد فى جانبه انما يكون بعد القاء البذر فى الارض والكراب يسبق ذلك فكأنه استأجره لعمل الزراعة فى أرض مكروبة واذا كان النخيل بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه سنته هذه على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما خرج من ذلك فهو بينهما للعامل ثلثاه وللآخر ثلثه فهذا فاسد لان الذي شرط الثلث لنفسه استأجر صاحبه للعمل فى نصيبه بثلث الخارج من نصيبه وهو انما يعمل فيما هو شريك لنفسه فيه واستئجار أحد الشريكين صاحبه للعمل فيما هو فيه شريك باطل والخارج بينهما نصفان لا يتصدق واحد منهما بشئ منه ولا أجر للعامل على شريكه لان قيام الشركة بينهما فيما يلاقيه عمله يمنع تسليم عمله الى صاحبه ولو كان اشترطا ان الخارج نصفان جاز وكان العامل معينا لشريكه بعمله فى نصيبه فان كان الذى لم يعمل أمر العامل ان يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمن ذلك فى المسألتين جميعا لانه وكيل فى شراء نصف ما يلقح به النخل له وقد أدى الثمن من عنده فيرجع عليه بذلك بخلاف العمل فانه لا قيمة للعمل الا بتسمية العوض وتسليم تام الى من يكون العمل له والشركة تمنع من ذلك وهو نظير عبد بين اثنين أمر أحدهما صاحبه بان يشترى له نفقة فينفق عليه بنصف الثمن ولو استأجره ليحلق رأسه باجر لم يستوجب الاجر على شريكه لهذا المعنى ثم ما يذكر من التلقيح فى النخل أنواع معلومة عند أرباب النخيل منها ما يشترى فيدق ويذر على مواضع معلومة من النخيل ومنها ما يوجد من فحولة النخل مما يشبه الذكر من بنى آدم ثم يشق النخلة التى تحمل فيغرز ذلك فيها على صورة اوطء بين الذكور والاناث ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا النوع من أهل المدينة فاستقبحه ونهاهم عن ذلك فاحشفت النخل فى تلك السنة فقال عهدى بثمار نخيلكم على غير هذه الصفة قالوا نعم وانما كانت تجيد الثمار بالتلقيح فانتهينا اذ منعتنا فاحشفت

فقال عليه الصلاة والسلام اذا أتيتكم بشئ من أمر دينكم فاعملوا به واذا أتيتكم بشئ من أمور دنياكم فأنتم أبصر بدنياكم وقيل ان النخيل على طبع الآدمى فان النخلة خلقت من فضل طينة آدم عليه الصلاة والسلام على ما قال عليه الصلاة والسلام أكرموا النخلة فانها عمتكم ولهذا لا تثمر الا بالتلقيح كما لا تحمل الانثى من بنات آدم الا بالوطء واذا قطعت رأسها يبست من ساعتها كالآدمى اذا جز رأسه ولو اشترطا على أن يعملا جميعا فيه ويسقياه ويلقحاه بتلقيح من عندهما هذه السنة فما خرج من ذلك فلاحدهما بعينه الثلثان وللآخر الثلث فهذا فاسد لان أحدهما شرط لنفسه جزأ من الخارج من نصيب صاحبه من غير أن يكون له فيه نخل ولا عمل أو استأجره صاحبه للعمل فيما هو شريك فيه ان كان عمله أكثر من عمل صاحبه ولو دفع نخلا الى رجلين يقومان عليه ويلقحانه بتلقيح من عندهما على ان لاحد العاملين بعينه نصف الخارج وللآخر سدسه ولرب النخل ثلثه فهو جائز لان رب النخل استأجرهما للعمل في نخيله وفاوت بينهما فى الاجر وذلك جائز كما لو استأجر أحدهما للعمل بمائة درهم والآخر بمائة دينار وكذلك لو اشترطوا ان لاحد العاملين بعينه أجر مائة درهم على رب النخيل وللآخر ثلث الخارج ولرب النخيل ثلثاه أو على عكس ذلك كان جائزا لانه استأجر أحدهما بعينه بأجر مسمى وللآخر بعينه بجزء من الخارج وكل واحد من هذين العقدين يصح عند الانفراد بهذه الصفة فكذا اذا جمع بينهما ولو اشترطوا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاقدين بعينه الثلثين وللآخر أجرا مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثين كان هذا فاسدا لان هذا بمنزلة رجل دفع الى رجل نخلا له معاملة هذه السنة على ان لصاحب النخل الثلث وللعامل الثلثين وعلى أن يستأجر العامل فلانا يعمل معه بمائة درهم فهذا شرط فاسد والمعاملة تفسد به لانه اشترط اجارة فى اجارة (ألا ترى) انه لو استأجر رجلا هذه السنة بمائة درهم يقوم على العمل فى نخيله على أن يستأجر فلانا يعمل معه بخمسين درهما كان العقد فاسدا لانه اشترط اجارة في اجارة واشتراط أحد العقدين فى الآخر يكون مفسدا لهما ولو دفع الى رجل أرضا سنته هذه يزرعها ببذره وبقره بالنصف على أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم كان فاسدا ولو كان البذر من قبل صاحب الارض والشرط كما وصفنا كان العقد فاسدا أيضا هكذا ذكرنا هنا وقد تقدم قبل هذا انه اذا كان البذر من قبل المزارع وشرطا ان يعمل فلان معه بثلث الخارج ان العقد جائز بين رب الارض والمزارع وهو فاسد

بين المزارع وبين فلان ولو كان البذر من قبل رب الارض جاز بينه وبين العاملين جميعا وهنا أجاب فى الفصلين جميعا بفساد العقد فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع لانه قال هناك ويعمل معه فلان بثلث الخارج وحرف الواو للعطف فيكون هذا عطف عقد فاسد على عقد جائز لاشتراط أحد العقدين فى الآخر وهناك قال وعلى أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم وحرف على للشرط فيكون أحد العقدين مشروطا فى الآخر والاصح أن يقول هناك المشروط للآخر على صاحب البذر بثلث الخارج فيكون العقد شركة من حيث الصورة وانما يأخذ حكم الاجارة اذا فسدت والشركة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلما غلب هناك معنى الشركة صححنا العقد بين رب الارض والمزارع وان فسد العقد بين المزارع والعامل الآخر لاشتراط عمله معه فى المزارعة وهنا انما شرطا للعامل أجرا مائة درهم فيكون المغلب هنا معنى الاجارة والذى كان بين رب الارض والعامل اجارة فى الحقيقة لانه اما أن يكون اجارة للارض أو استئجارا للعامل فيكون ذلك اجارة مشروطة فى اجارة وذلك مفسد للعقد كما فى المعاملة فان العقد اجارة على كل حال لان رب النخيل استأجر العامل ولهذا يلزم العقد بنفسه من الجانبين فيفسد العقد بينهما باشتراط اجارة فى اجارة ثم الخارج كله لصاحب البذر فان كان هو صاحب الارض فعليه أجر مثل الزارع وأجر مثل الذى عمل معه لانه كان أجيرا له فعمله كعمل المزارع بنفسه وعلى الزارع أجر مثل الذى عمل معه فيما عمل لا يزاد على مائة درهم لانه قد رضى بمقدار المائة وان كان البذر من قبل الزارع فعليه أجر مثل الارض بالغا ما بلغ وأجر مثل الذى عمل معه لا يزاد على مائة درهم وهذا يتأتى على قول محمد رحمه الله فاما على قول أبى يوسف رحمه الله فلا يزاد باجر مثل الارض على نصف الخارج على قياس شركة الاحتطاب وكذلك الشجر يدفعه الرجل الى رجلين معاملة على هذه السنة على أن نصف الخارج لصاحبه والنصف الباقى لاحد العاملين بعينه وللعامل الثانى على شريكه أجر مائة درهم فى عمله فهو فاسد لاشتراط اجارة فى اجارة *يوضح جميع ما قلنا ان اشتراط عمل قيمته مائة درهم على العامل فى جميع هذه المسائل سوى عمله بمنزلة اشتراط مائة درهم عليه لرب الارض والنخل والشجر وذلك مفسد للعقد ولو كان نخل بين رجلين فدفعاه الى رجل سنة يقوم عليه فما خرج فنصفه للعامل ثلثا ذلك النصف من نصيب أحدهما بعينه وثلثه من نصيب الآخر والباقى بين صاحبي

النخل ثلثاه للذي شرط الثلث من نصيبه للعامل وثلثه للآخر فهو على ما اشترطوا لان كل واحد منهما استأجر العامل بجزء معلوم من نصيبه أحدهما بثلثي نصيبه والآخر بثلث نصيبه وذلك مستقيم كما لو استأجره كل واحد منهما باجر مسمي وكان المشروط على أحدهما أكثر من المشروط على الآخر ثم ما شرط على كل واحد منهما لنفسه الا قدر الباقي من نصيبه فلا يتمكن فساد فى هذا الشرط ولو اشترطوا أن نصف الخارج لاحد صاحبي النخل بعينه نصيبه الذي هو له والنصف الآخر للعامل ثلثاه ولصاحب النخل ثلثه فهذه معاملة فاسدة لانهما استأجراه للعمل على أن يكون الاجر على أحدهما بعينه خاصة ثم الخارج بينهما نصفان لا يتصدقان بشئ منه وعليهما أجر مثل العامل فى عمله لهما ولا يقال ينبغي أن لا يجب الاجر على الذى شرط النصف لنفسه لانه ما أوجب للعامل شيأ من نصيبه وهذا لانه استأجره للعمل ولكن شرط أن يكون الاجر على غيره وبهذا الشرط لا يبقى أصل الاجارة فعليه أجر مثله فيما عمل له ولو اشترطوا أن للعامل نصف الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب الآخر وعلى أن النصف الباقي بين صاحبي النخل نصفين فهو فاسد لان الذى شرط ثلثى نصيبه للعامل لا يبقى له من نصيبه الا الثلث فاشتراط نصف ما بقى لنفسه يكون طمعا فى غير مطمع وهو بهذا الشرط يصير كانه جعل بعض ما جعله أجرة للعامل من نصيب صاحبه لانه لا يتصور بقاء نصف النصف له مع استحقاق ثلثى النصف عليه فكانه شرط للعامل ما زاد على نصف النصف أجرة له من نصيب صاحبه وقد ذكر قبل هذا فى المزارعة نظير هذه المسئلة وهو أن يكون الارض والبذر منهما وقال اشتراط المناصفة فى النصف الباقي باطل ويقسم النصف الباقي بينهما على مقدار ما بقى من حق كل واحد منهما وهنا أفسد العقد فاما أن يقال فى الفصلين جميعا روايتان اذ لا فرق بينهما أو يقال هناك موضوع المسئلة ان أصل البذر غير مشترك بينهما قبل الالقاء فى الارض فالشرط الفاسد بينهما لا يفسد المزارعة بينهما وبين المزارع وهنا أصل النخل كان مشتركا بينهما قبل المعاملة وقد جعلا الشرط الفاسد بينهما مشروطا فى المعاملة فيفسد به العقد ولو اشترطوا أن يقوم عليه العامل وأحد صاحبي النخل بعينه والخارج بينهم اثلاثا فهو فاسد لانها معاملة تنعدم فيها التخلية والعامل من ربى النخيل استأجر العامل ببعض نصيبه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولو اشترطوا للذى يعمل من صاحبي النخيل نصف الخارج والباقي بين الآخر والعامل نصفين كان جائزا لان العامل

من ربى النخيل عامل فى نخيل نفسه اذ لا عقد بينه وبين العامل ولكن العامل أجر الآخر بنصف نصيبه ليعمل له وذلك جائز ولو اشترطوا أن يعملا جميعا مع العامل على أن الخارج بينهم أثلاث فهو فاسد لان كل واحد منهما استأجر العامل ببعض نصيبه وشرط عمله معه فهذه معاملة لا يوجد فيها التخلية بين النخيل وبين العامل ولو كانا شرطا العمل على العامل وحده فى سنة بعد هذه السنة أو بعد ثلاث سنين فهو جائز لان المعاملة بمنزلة الاجارة واضافة الاجارة الى وقت معلوم فى المستقبل جائز وعطف العقد الجائز على العقد الفاسد لا يفسد المعطوف لانهما لا يجتمعان فى وقت واحد وكذلك المزارعة على هذا من أيهما كان البذر لان فى المزارعة استئجار الارض واستئجار العامل ان كان البذر من رب الارض. واذا دفع الرجلان الى الرجلين نخلالهما معاملة هذه السنة على أن يقوما عليه فما خرج فللعاملين نصفه لواحد منهما بعينه ثلثا ذلك النصف وللآخر ثلثه والباقى بين صاحبي النخل نصفان فهو جائز على ما اشترطوا لانهما استأجرا كل واحد منهما بجزء معلوم من نصيبهما وفاوتا بين العاملين فى مقدار الاجر وذلك لا يمنع جواز العقد لانهما يستحقانه بعملهما وقد يتفاوتان فى العمل من حيث الحذاقة أو الكثرة ولو اشترطوا أن النصف بين العاملين نصفان وما بقى من صاحبي النخل ثلثه لاحدهما بعينه وثلثاه للآخر فالمعاملة فاسدة لانه لم يبق لكل واحد منهما بعد ما اشترطا للعاملين الا ربع الخارج فاشتراط أحدهما الزيادة على ذلك لنفسه من نصيب صاحبه طمع فى غير مطمع اذ هو اشتراط أجرة ببعض أجره عملها له على شريكه وذلك مفسد لعقد المعاملة ولو اشترطوا أن النصف للعاملين من نصيب أحدهما بعينه ثلثا ذلك النصف ومن نصيب الآخر ثلثه والباقى بين صاحبي النخيل ثلثاه للذى شرط الثلث وثلثه للذى شرط الثلثين فهو جائز على ما اشترطوا لان كل واحد منهما استأجر العاملين للعمل فى نصيبه بجزء معلوم من نصيبه وما شرط لنفسه الا مقدار الباقى من نصيبه بعد ما شرط للعاملين وهذا ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط الا وكادة ولو اشترطوا أن النصف الباقى بين صاحبي النخل ثلثاه للذى شرط الثلثين وثلثه للذى شرط الثلث كانت المعاملة فاسدة لان أحدهما شرط لنفسه زيادة على الباقى من نصيبه وذلك منه طمع فى غير مطمع وهو بالشرط الثانى كأنه جعل بعض ما استوجبه للعاملين أجرة مشروطة على صاحبه ولو اشترطوا ثلث الخارج لاحد العاملين بعينه وثلثاه لصاحبي النخل وللعامل الآخر اجر مائة درهم على صاحبي النخل جاز لانهما استأجرا أحد العاملين بثلث الخارج

وهي معاملة صحيحة واستأجر الخارج الآخر للعمل باجر مسمى وهي اجارة صحيحة ولو كانوا اشترطوا المائة على أحد صاحبي النخل بعينه كانت المعاملة فاسدة لان الذى استأجره أحدهما بالدراهم ان كان استأجره لنفسه فعمل أجيره كعمله بنفسه واشتراط عمله فى المعاملة يفسدها وان كان استأجره ليعمل لهما فاشتراط أجر أجيرهما على أحدهما خاصة يكون مفسدا للعقد وقد جعلا ذلك مشروطا فى المعاملة فالخارج لصاحبي النخل وللعامل على الذى شرط له الثلث أجر مثله بالغا ما بلغ على صاحبي النخل لانهما استوفيا عمله بعقد فاسد وتسمية الثلث له بعد فساد العقد لا يكون معتبرا عند محمد رحمه الله فكان له أجر مثله بالغا ما بلغ وللعامل الآخر أجر مثله لا يجاوز به مائة درهم على الذى شرط له المائة لانه هو الذى عاقده عقد الاجارة والتزم البدل له بالتسمية ثم يرجع هو على شريكه بنصف ما لزمه من ذلك لانه عمل لهما جميعا بحكم عقد فاسد وهو فى نصيب صاحبه بمنزلة النائب عنه فى الاستئجار فيرجع عليه بما يلحقه من الغرم فى نصيبه ولو كانوا اشترطوا أن المائة على العامل الذي شرطوا له الثلث كانت المعاملة فاسدة وقد بينا هذا فيما اذا كان العامل واحدا انه يفسد العقد لاشتراط الاجارة فى الاجارة فكذلك اذا كان العامل اثنين والخارج لصاحبي النخل وعليهما للذى شرط له الثلث أجر مثله وأجر مثل صاحبه بالغا ما بلغ لان صاحبه أجره وعمل أجيره يقع له فيكون كعمله بنفسه ولصاحبه عليه أجر مثله لا يجاوز به مائة درهم لانه استوفى عمله بعقد فاسد وقد صح رضاه بقدر المائة فلا يستحق الزيادة على ذلك واذا دفع رجل الى رجلين أرضا له هذه السنة يزرعانها ببذرهما وعملهما فما أخرج الله تعالى منها فنصفه لاحد العاملين بعينه وثلثه للآخر والسدس لرب الارض فهو فاسد لانهما استأجرا الارض وشرطا أن يكون جميع الاجر من نصيب أحدهما خاصة فان الآخر شرط لنفسه جميع الخارج من بذره ولو اشترطوا لاحدهما أربعة أعشار الخارج وللآخر الثلث ولرب الارض ما بقي فهو جائز لان كل واحد منهما استأجر الارض بجزء معلوم من نصيبه من الخارج أحدهما بخمسى نصيبه والآخر بثلث نصيبه وكما يجوز التفاوت فى أجرة العاملين بالشرط فكذلك فى اجارة الارض منهما ولو اشترطوا ان نصف الخارج لاحدهما بعينه ولرب الارض عليه مائة درهم وللآخر الثلث ولرب الارض السدس جاز على ما اشترطوا لان أحدهما استأجر نصف الارض باجر مسمى والآخر بجزء من الخارج وكل واحد منهما صحيح وبسبب اختلاف جنس الاجر أو منفعة العقد لا تتفرق

الصفقة فى حق صاحب الارض ولا يتمكن الشيوع ولو اشترطوا على أن ما أخرجت الارض بينهما اثلاث ولرب الارض على أحدهما بعينه مائة درهم كان فاسدا لان الذي التزم المائة جمع لصاحب الارض من نصيبه بين أجر المسمى وبعض الخارج وذلك مفسد للعقد وكذلك لو اشترطوا المائة على رب الارض لهما كان فاسدا لان رب الارض التزم لهما مع منفعة الارض مائة درهم بمقابلة نصف الخارج ففيما يخص المائة من الخارج هو مشترى منهما وشراء المعدوم باطل ففسد العقد لذلك وان اشترطا المائة على رب الارض لاحدهما بعينه وقد اشترطوا ان الخارج بينهم اثلاث ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من أجاز المزارعة هذه مزارعة فاسدة والخارج لصاحبي البذر ولرب الارض عليهما أجر مثل الارض وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المزارعة بين رب الارض والمزارع الذى لم يشرط عليه المال جائزة فيأخذ هو الثلث ورب الارض السدس ويكون نصف الخارج للمزارع الآخر وعليه لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لان رب الارض هنا انما صار مشتريا بعض نصيب أحدهما بما شرط له من المائة فانما تمكن المفسد فيما بينهما الا ان من أصل أبى حنيفة رحمه الله أن الصفقة الواحدة اذا فسد بعضها فسد كلها ومن أصلهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وقد بينا نظائره فى البيوع وقيل بل هذا ينبنى على اجارة المشاع فان العقد لما فسد بين رب الارض وبين الذي شرط عليه المائة فلو صح فى حق العامل الآخر كان اجاره نصف الارض مشاعا وذلك لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والاول أصح لان العقد مع الفساد منعقد عندنا فلا يتمكن بهذا المعنى الشيوع فى أصل العقد والله أعلم

باب مشاركة العامل مع آخر

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل لرجل نخلا له معاملة هذه السنة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما خرج منه فهو نصفان ولم يأمره أن يعمل فى ذلك برأيه فدفعه العامل الى رجل آخر معاملة على ان للآخر ثلث الخارج فعمل على ذلك فالخارج كله لصاحب النخل وللعامل الآخر على الاول أجر مثله ولا أجر للاول على رب النخل لان العامل الاول خالف أمر رب النخل حين دفعه الى غيره معاملة فان رب النخيل انما رضى بشركته فى الخارج لا بشركة الثانى فهو حين أوجب الشركة فى الخارج للعامل الثانى صار مخالفا لرب النخل فيما

أمره به بمنزلة الغاصب فلا يستوجب عليه الاجر بعد ما صار غاصبا سواء أقام العمل بنفسه أو بنائبه ثم العامل الاول استأجر الثاني بثلث الخارج وقد حصل الخارج ولم يسلم له لاستحقاق رب النخل ذلك عليه فانه متولد من نخله فلا يستوجب عليه بدون رضاه وهو ما رضي بان يستحق الثاني شيئا من الخارج ففسد العقد بينهما لاستحقاق الاجرة فيرجع على العامل الاول باجر مثله فان هلك الثمر في يد العامل الآخر من غير عمله وهو في رؤس النخل بآفة أصابته فلا ضمان عليه ولا على الاول لانهما بمنزلة الغاصبين والزيادة المتولدة من عين المغصوب اذا تلفت من غير صنع أحد لا تكون مضمونة وان هلك من عمل الاجير شيء فان كان ذلك عملا خالف فيه ما أمره به العامل الاول فالضمان فيه لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لانه مباشر للاتلاف وانما أتلفه بفعل أنشأه من عنده ولم يكن مأمورا به من جهة العامل الاول فيقتصر حكم ذلك الفعل عليه كولد المغصوبة اذا أتلفه متلف في يد الغاصب كان الضمان على المتلف دون الغاصب وان هلك في يدي من عمل في شيء لم يخالف فيه ما أمره به الاول فلصاحب النخل أن يضمن أي العاملين شاء لان الثاني وان باشر الاتلاف ولكن كان عاملا ذلك العمل للاول حين استوجب بمعاملته الاجر عليه فيكون عمله كعمل الاول بنفسه فلصاحب العمل أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول بما ضمن لانه مغرور من جهته حين عمل له بامره وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لانه حين ضمن صار كالمالك ولو كان رب النخل أمر الاول أن يعمل فيه برأيه والمسئلة بحالها فدفعه الى الآخر جاز لانه فوض الامر الي رأيه على العموم والاشراك والدفع الى الغير معاملة من رأيه ثم نصف الخارج لرب النخل وثلثه للآخر كما أوجبه له الاول من نصيبه وبقي السدس للأول وهو طيب له لانه استحق ذلك بالتزام العمل بالعقد ولو قال رب النخل للال مارزقك الله فيه من شيء فهو بيننا نصفان أو ما أخرج الله لك أو قال له اعمل فيه برأيك فدفعه الى آخر معاملة بالثلث أو النصف كان جائزا والباقي بعد المشروط للآخر بين الاول وصاحب النخل نصفين كما شرطا لان الذى رزق الله العامل الاول هو الباقي وقد شرطا المناصفة فيه ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا مزارعة على ان للمزارع من الخارج عشرين قفيزا ولرب الارض ما بقي وقال له اعمل برأيك فيه أو لم يقل فدفع المزارع الارض والبذر الى رجل بالنصف مزارعة فعمل فالخارج لرب الارض لانه نماء بذره وقد كان

العقد بينه وبين الاول فاسدا باشتراط مقدار معلوم له من الخارج بالعقدين فلا يصح منه ايجاب الشركة للثانى فى الخارج سواء قال له اعمل فيه برأيك أولم يقل لانه أجيره لاشريكه فى الخارج واذا لم يصح منه اشراك الثانى فى الخارج لم يصر مخالفا لصاحب الارض والبذر فيما فعله فيكون الخارج كله لرب الارض وللآخر على الاول أجر مثله لانه استأجره بثلث الخارج وقد حصل الخارج ثم استحقه رب الارض وللاول على رب الارض أجر مثل ذلك العمل لانه لما لم يصر مخالفا لرب الارض كان عمل أجيره كعمله بنفسه وقد سلم ذلك لرب الارض بعقد فاسد وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان بفساد العقد الاول يفسد العقد الثانى فالثانى انما أقام العمل بحكم اجارة فاسدة فيستوجب أجر المثل على من استأجره وان لم تخرج الارض شيأ كما لو استأجره رب الارض اجارة فاسدة ولو دفع اليه الارض والبذر مزارعة بالنصف وقال اعمل فيه برأيك أولم يقل فدفعها الى آخر مزارعة على أن للآخر منه عشرين قفيزا فالمزارعة بين الاول والثانى فاسدة وللثانى على الاول أجر مثل عمله والخارج بين الاول ورب الارض نصفان لان العقد بينهما صحيح وعمل أجيره كعمله بنفسه والاول لا يصير مخالفا وان لم يكن رب الارض قال له اعمل فيه برأيك لانه انما يصير مخالفا بايجاب الشركة للغير فى الخارج ولم يوجد ذلك ولو دفع اليه أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله بعشرين قفيزا من الخارج والباقى للمزارع أو كان شرط أقفزة للمزارع والباقى لرب الارض فدفعها المزارع الى آخر مزارعة بالنصف والبذر من عند الاول أو من عند الآخر فعمل فالخارج بين المزارعين نصفان لان الاول مستأجر للارض اجارة فاسدة فيصح منه استئجار العامل للعمل فيه أو اجارتها من غيره بالنصف اذا كان البذر من عند الآخر لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فى حكم التصرف فالخارج بين المزارعين نصفان ولرب الأرض أجر مثل أرضه على الاول ولو لم يعمل الآخر فى الارض بعد ما تعاقدا المزارعة حتى أراد رب الارض أخذ الارض وبعض ماتعاقدا عليه كان له ذلك لان العقد بينه وبين الاول اجارة فاسدة والاجارة تنقض بالعذر فان كان البذر في العقد الثانى من عند الآخر ينقض العقد الثانى بينه وبين الاخر لاستحقاق نقض العقد الاول بسبب الفساد وان كان البذر من عند الاول ينقض استئجار الاول للثانى لفساد العقد أيضا فان كان الاخر قد زرع لم يكن لرب الارض أخذ أرضه حتى يستحصد الزرع لان المزارع الاخر محق فى القاء البذر فى

الارض وفى القلع اضرار به من حيث ابطال حقه فيتأخر ذلك الى أن يستحصد ولو كان رب الارض دفعها الى الاول مزارعة بالنصف وقال له اعمل فيها برأيك أو لم يقل فدفعها الاول وبذرا معها الى الثانى مزارعة بعشرين قفيزا من الخارج شرطاه للثانى أو للاول فالعقد الثانى فاسد وللاخر على الاول أجر عمله والخارج بين رب الارض وبين الاول نصفان لان اقامته العمل بأجيره كاقامته بنفسه واستئجار الارض بنصف الخارج كان صحيحا بينهما ولو كان البذر من الاخر كان الخارج كله له لان العقد بينه وبين الاول فاسد والخارج نماء بذره وعليه للاول اجر مثل الارض لان الاول أجر الارض منه اجارة فاسدة وقد استوفى منافعها وعلى الاول لرب الارض أجر مثل الارض لانه أجر الارض بنصف الخارج وقد حصل الخارج ثم استحقه الاخر فيرجع رب الارض على الاول باجر مثل أرضه ولو دفع الى رجل نخلا له معاملة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك أو لم يقل فدفعه العامل الى آخر معاملة بعشرين قفيزا من الخارج فالخارج بين الاول وصاحب النخل نصفان وللاخر على الاول أجر مثله لفساد العقد الذى جرى بينه وبين الاخر ثم الاول هنا لم يصر مخالفا لرب النخل بالدفع الى الثانى وانما يصير مخالفا بايجاب الشركة لغير فى الخارج ولم يوجد حين وجد العقد الثانى وكان عمل أجيره كعمله بنفسه فلهذا كان الخارج بينه وبين صاحب النخل نصفين ولو كان الشرط فى المعاملة الاولى عشرين قفيزا لاحدهما بعينه وفى الثانية النصف فالخارج لصاحب النخل لان العقد الاول فاسد فيفسد به العقد الثانى اذ الاول ليس بشريك فى الخارج فلا يكون له أن يوجب الشركة لغيره فى الخارج واذا لم تجز الشركة للثانى لم يصر الاول مخالفا فيكون الخارج كله لصاحب النخل وللآخر على الاول أجر عمله وللاول على صاحب النخل أجر ما عمل الآخر ولا ضمان عليهما فى ذلك لانعدام سبب الضمان وهو الخلاف والله أعلم

باب مزارعة المرتد

(قال رحمه الله) واذا دفع المرتد أرضه وبذره الى رجل مزارعة بالنصف فعمل على ذلك وخرج الزرع فان أسلم فهو على ما اشترطا وان قتل على ردته فالخارج للعامل وعليه ضمان البذر ونقصان الارض للدافع فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من أجاز

المزارعة أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج وعلى قولهما هذه المزارعة صحيحة والخارج بينهما على الشرط وهو بناء على اختلافهم فى تصرفات المرتد عندهما تنفذ تصرفاته كما تنفذ من المسلم وعند أبى حنيفة يوقف لحق ورثته فان أسلم نفذ عقد المزارعة بينهما فكان الخارج على الشرط وان قتل على ردته بطل العقد وبطل أيضا اذنه للعامل فى القاء البذر فى الارض لان الحق فى ماله لورثته ولم يوجد منهم الرضا بذلك فيصير العامل بمنزلة الغاصب للارض والبذر فيكون عليه ضمان البذر ونقصان الارض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج والخارج كله له لانه ملك البذر بالضمان وان كان البذر على العامل وقتل المرتد على ردته فان كان فى الارض نقصان غرم العامل نقصان الارض لان اجارة الارض بطلت حين قتل على ردته وكذلك الاذن الثابت فى ضمنه فيكون صاحب الارض كالغاصب للارض والزرع كله له وان لم يكن فى الارض نقصان فالقياس أن يكون الخارج له ولا شئ عليه لانه بمنزلة الغاصب والغاصب للارض لا يضمن شيأ الا اذا لم يتمكن فيها نقصان وفى الاستحسان يكون الخارج على الشرط بين العامل وورثة المرتد لان ابطال عقده كان لحق ورثته فى ماله والنظر للورثة هنا فى تنفيذ العقد لانه اذا نفذ العقد سلم لهم نصف الخارج واذا بطل العقد لم يكن لهم شئ فنفذ عقده استحسانا بخلاف الاول فهناك لو نفذ العقد لم يجب لهم نقصان الارض وربما كان نقصان الارض أنفع لهم من نصف الخارج وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه للعمل فان هلك فى العمل كان المستأجر ضامنا قيمته ولا أجر عليه وان سلم وجب الاجر استحسانا لان ذلك أنفع للمولى وهذا القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالمزارعة صحيحة فان كان المرتد هو المزارع والبذر منه فالخارج له ولا شئ لرب الارض من نقصان الارض والبذر وغيره اذا قتل المرتد فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان رب الارض سلطه على عمل الزراعة وهو تسليط صحيح وشرط لنفسه عليه عوضا بمقابلته وقد بطل التزامه للعوض حين قتل على ردته لحق ورثته فلهذا كان الخارج لورثة المرتد لانه نماء بذر المرتد ولا شئ عليهم لرب الارض وان كان البذر من قبل الدافع فالخارج على الشرط فى قولهم جميعا لان صاحب الارض مستأجر للمرتد بنصف الخارج وحق ورثته لا يتعلق بمنافعه (ألا ترى) أنه لو أعان غيره لم يكن لورثته عليه سبيل ولان المنفعة للورثة فى تصحيح العقد هنا فانه لو لم تصح اجارته نفسه لم يكن لورثته من الخارج شئ والحجر بسبب الردة لا يكون فوق

المجر بسبب الرق ولو كانا جميعا مرتدين والبذر من الدافع فالخارج للعامل وعليه غرم البذر ونقصان الارض لان العامل صار كالغاصب للارض والبذر حين لم يصح أمر الدافع اياه بالزراعة فيكون الخارج له وعليه غرم البذر ونقصان الارض لورثة الدافع ولو أسلما أو أسلم صاحب البذر كان الخارج بينهما على الشرط كما لو كان مسلما عند العقد وهذا لان العامل أجير له فاسلام من استأجره يكفى لفساد العقد سواء أسلم هو أو لم يسلم وان كان البذر من العامل وقد قتل على الردة كان الخارج له وعليه نقصان الارض لان اذن الدافع له فى عمل الزارعة غير صحيح فى حق ورثته فيغرم لهم نقصان الارض وان لم يكن فيها نقصان فلا شيء لورثة رب الارض لان استئجار العامل الارض بنصف الخارج من بذره باطل لحق ورثته وكذلك اذا أسلم رب الارض فهو بمنزلة ما لو كان مسلما فى الابتداء وان أسلما أو أسلم المزارع وقتل الاخر على الردة ضمن المزارع نقصان الارض لورثة المقتول على الردة لان أمره اياه بالمزارعة غير صحيح فى حق الورثة وان لم ينقصها شيأ فالقياس فيه ان الخارج للمزارع ولا شيء لرب الارض ولا لورثته لبطلان العقد حين قتل رب الارض على ردته وفى الاستحسان الخارج بينهما على الشرط لان معنى النظر لورثة المقتول فى تنفيذ العقد هنا كما بينا وعند أبى يوسف ومحمد الخارج بينهما على الشرط ان قتلا أو أسلما أو لحقا بدار الحرب أو ماتا وكذلك قول أبى حنيفة رحمه الله فى مزارعة المرتدة ومعاملتها لان تصرفها بعد الردة ينفذ كما ينفذ من المسلمة بخلاف المرتد واذا دفع المرتد الى مرتد أو مسلم نخيلا له معاملة بالنصف فعمل على ذلك ثم قتل صاحب النخيل على ردته فالخارج لورثته لانه تولد من نخل هم أحق به ولا شيء للعامل لان المرتد كان استأجره ببعض الخارج وقد بطل استئجاره حين قتل على ردته لحق ورثته ولو كان صاحب النخيل مسلما والعامل مرتدا فقتل على ردته بعد ما عمل أو مات أو لحق بدار الحرب أو أسلم فهو سواء والخارج بينهما على الشرط لان المرتد أجر نفسه ببعض الخارج ولا حق لورثته فى منافعه وفى تنفيذ هذا العقد منفعة ورثته ولو كانا عقدا المزارعة والمعاملة فى جميع هذه الوجوه وهما مسلمان والبذر من الدافع أو العامل ثم ارتد أحدهما أيهما كان ثم عمل العامل وأدرك الزرع ثم قتل على الردة كان الخارج بينهما على الشرط عندهم جميعا لان ردته انما توجب التوقف فى التصرفات التى ينشئها بعد الردة فاما ما نفذ من تصرفاته قبل الردة فلا يتغير حكمه بردته فوجود الردة فى حكم تلك التصرفات كعدمها

باب مزارعة الحربى

(قال رحمه الله) واذا دخل الحربى دار الاسلام بامان فدفع اليه رجل أرضا له وبذرا مزارعة هذه السنة بالنصف فهو جائز والخارج بينهما على ماشترطا لانه التزم أحكامنا فى المعاملات ما دام فى ديارنا والمزارعة اجارة أو شركة وكل واحدة منهما معاملة تصح بين المسلم والحربى فى هذه المدة لان الحول كامل لاستيفاء الجزية والكافر لا يمكن من المقام فى دارنا تمام مدة استيفاء الجزية بغير جزية فيتقدم اليه فى الخروج فان أقام سنة بعد ما تقدم اليه وضع عليه الخراج وجعله ذميا ولم يدعه يرجع الى دار الحرب ولو اشترى الحربى المستأمن أرضا عشرية أو خراجية فدفعها الى مسلم مزارعة جاز والخارج بينهما على ما اشترطا ويوضع عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله فى أرضه الخراج ولا يترك أن يخرج الى دار الحرب بل يجعله ذميا لان خراج الرؤس تبع لخراج الاراضي فاذا التزم خراج الارض كان ملتزما خراج الرأس أيضا والاختلاف بينه وبين صاحبيه رحمهم الله فيما اذا كانت الارض عشرية وقد تقدم بيانه فى كتاب الزكاة فيما اذا كان المشترى ذميا فكذلك اذا كان المشترى مستأمنا ولو دخل المسلم دار الحرب بامان فاشترى أرضا من أهل الحرب فدفعها الى حربى مزارعة أو أخذ المسلم أرض الحربى مزارعة بالنصف جاز لانه يعاملهم ما دام فى دار الحرب بالشركة والاجارة والمزارعة لا يخرج منها * ولو كان اشترط لاحدهما عشرون قفيزا من الخارج جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد يأخذها من سميت له من الخارج والباقى للآخر ان بقى شىء وفى قول أبى يوسف المزارعة فاسدة والخارج لصاحب البذر وللآخر الاجر اذا أسلم وخرج الينا وهو بناء على ان العقود التى تفسد بين المسلمين كعقد الربا هل يجرى بين المسلم والحربى فى دار الحرب وقد بيناه فى كتاب الصرف والمزارعة بين المسلمين التاجرين فى دار الحرب بمنزلتها فى دار الاسلام لانهما مخاطبان باحكام الاسلام ومعنى الاحراز فى مالهما قائم ومباشرتهما المزارعة فى دار الحرب وفى دار الاسلام سواء فيما يصح ويفسد والمزارعة بين مسلم تاجر فى دار الحرب وبين رجل أسلم هناك جائزة بالنصف وكذا بعشرين قفيزا من الخارج لاحدهما فى قول أبى حنيفة خلافا لابى يوسف ومحمد بمنزلة عقد الربا بين التاجر فى دار الحرب والذى أسلم هناك وبين اللذين أسلما ولم يهاجرا واذا اشترى المسلم أو التاجر أرضا فى دار الحرب فدفعها الى حربى مزارعة بالنصف فلما استحصد الزرع ظهر المسلمون على تلك الدار فالزرع

والارض كلها لمن افتتحها لان الارض وان كانت مملوكة للمسلم فهى بقعة من بقاع دار الحرب فتصير غنيمة لظهور المسلمين على الدار والزرع قبل الحصاد تبع للارض لاتصاله بها ولهذا يستحق بالشفعة ولو كان الزرع حصد ولم يحمل من الارض حتى ظهروا على الدار كانت الارض ونصيب الحربى من الزرع فيأ للمسلم نصيبه من الزرع لان التبعية زالت بالحصاد وصارت كسائر المنقولات فنصيب الحربى من ذلك يصير غنيمة كسائر أمواله ونصيب المسلم لا يصير غنيمة كسائر أموالهمن المنقولات والدليل على زوال التبعية حكم الشفعة فان الزرع المحصود لا يستحق بالشفعة وان لم يحمل من الارض ومن أيهما كان البذر فالجواب سواء وكذلك لو كان صاحب الارض هو الحربى والزارع هو المسلم فان كان الزرع لم يحصد فترك الامام أهلها وتركه فى أيديهم يؤدون الخراج كما فعل عمر رضى الله عنه باهل السواد

كانت الارض لصاحبها أيهما كان والزرع بينهما على ما اشترطا لان الامام قرر ملكهما فيه بالمن واذا جاز ذلك فى حصة الحربى ففى حصة المسلم أولى ولو دخل مسلمان دار الحرب بامان فاشترى أحدهما أرضا فدفعها الى صاحبه مزارعة بالنصف فاستحصد الزرع ولم يحصد حتى ظهر المسلمون على الدار فالارض والزرع فىء لما قلنا وان ظهروا علينا بعد ما حصد الزرع فالارض فىء والزرع بينهما على ما اشترطا لانه منقول مشترك بين مسلمين فى دار الحرب فلا يصير غنيمة بالظهور على الدار وان دفعها المسلم الى حربى مزارعة بالنصف والبذر من أحدهما بعينه والعمل عليهما جميعا فاخرجت الارض الزرع ثم أسلم أهل الدار وقد استحصد الزرع أولم يحصد جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والخارج بينهما على الشرط وفى قول أبى يوسف رحمه الله الخراج لصاحب البذر وللآخر الاجر وهذا لان اشتراط عمل صاحب الارض مع المزارع فى المزارعة انما يفسد العقد فى دار الاسلام فاما في دار الحرب بين المسلم والحربى فهو على الخلاف الذى بينا ولو لم يسلم أهل الدار ولكن ظهر المسلمون على الدار كانت الارض وما فيها فيأ ولا شئ على صاحبه لاحدهما من أجر ولا غيره لان هذه المعاملة كانت فى دار الحرب فلا يطالب أحدهما صاحبه بشئ منه بعد ما ظهر المسلمون على الدار لان الارض ان كانت للحربى فقد صارت غنيمة وكذلك ان كانت للمسلم فلا يكون له أن يطالب صاحبه باجرها ونفس الحربى تبدلت بالرق فلا تتوجه له المطالبة بالاجر على المسلم ولا للمسلم عليه وان تركهم الامام فى أرضهم كما ترك عمر رضى الله عنه أهل السواد

فهذا بمنزلة اسلامهم عليها لانه يقرر ملكهم فى أراضيهم وحريتهم فى رقابهم بالمن كما يتقرر ذلك بالاسلام لو أسلموا والمعاملة كالمزارعة فى جميع ما ذكرنا وان كانت المزارعة فى دار الحرب بين الحربيين بالنصف أو باقفزة مسماة من الخارج فاسلم أهل الدار قبل أن يحصد الزرع وقد استحصد أو بعد ما حصد جاز على ما اشترطا لانهما باشرا العقد حين لم يكونا ملتزمين لاحكام الاسلام وقد كان الخارج بينهما على ما اشترطا قبل اسلامهما فيتأكد ملكهما بالاسلام ولو أسلم أهل الدار قبل أن يزرع ثم زرع كانت المزارعة فاسدة على شرط الاقفزة المسماة والخارج لصاحب البذر لان العقد لا يتم من الجانبين قبل القاء البذر فى الارض فالاسلام الطارئ قبل تمام العقد كالمقترن باصل العقد ولو كان زرع ثم أسلموا وهو بقل لم يسبل ثم عمل فيه بعد ذلك حتى استحصد كان فاسدا أيضا لان المقصود هو الحب والاسلام حصل قبل حصول ماهو المقصود وهو الشركة بينهما فى الحب الذي هو مقصود بخلاف ماذا أسلموا بعد الاستحصاد وهذا لان كل حال يجوز ابتداء عقد المزارعة فيها فاسلامهم فى تلك الحالة يفسد المزارعة بشرط عشرين قفيزا وكل حالة لا يجوز ابتداء عقد المزارعة فيها فاسلامهم فى تلك الحالة لايؤثر فى العقد اعتبار الحالة البقاء بحالة الابتداء وما دام الزرع بقلا فابتداء المزارعة فيه يصح فاذا أسلموا وكان العقد بشرط عشرين قفيزا فسد بخلاف مابعد الاستحصاد والله أعلم

باب مزارعة الصبي والعبد

(قال رحمه الله) والعبد المأذون له فى التجارة بمنزلة الحر فى المزارعة وكذلك الصبي الحر المأذون له فى التجارة لان عقد المزارعة من عقود التجارة فانه استئجار للارض أو للعامل أو هو عقد شركة فى الخارج والتجار يتعاملون به فالمأذون فيه كالحر البالغ فان زارع العبد انسانا فلم يزرع حتى حجر عليه مولاه فحيث كان للحر أن يمتنع عن المضى فى المزارعة فلمولى العبد أن يمتنع منه ويحجر عليه وحيث لم يكن للمولى منع العبد منه ولا يبطل العقد بحجر المولى عليه لان منع المولى اياه بالحجر كامتناعه بنفسه وله أن يمتنع اذا كان البذر من قبله وليس له أن يمتنع اذا كان البذر من قبل الآخر فكذلك منع المولى اياه بالحجر عليه وهذا لان الحجر لا يبطل العقد اللازم في حالة الاذن ولا يمكن المولي من ابطاله وما لم يكن لازما فللمولى أن

يمتنع من التزامه بعد الحجر الا أنه اذا كان البذر والارض من العبد فحجر المولى عليه قبل الزراعة فله أن يمنع الزارع من الزراعة واذا أخذ العبد أرض الغير مزارعة ليزرعها ببذره ثم حجر المولى عليه فنفس الحجر منع منه للمزارعة وينفسخ العقد به لان صاحب الارض والبذر اذا كان هو العبد فني القاء البذر فى الارض اتلاف له وللمولى أن لا يرضى بذلك فما لم يمتنع المزارع من القاء البذر فى الارض لا ينفسخ العقد واذا كان العبد هو المزارع ببذره فبنفس الحجر فات المعقود عليه فان العبد لا يملك البذر بعد ذلك بالقائه فى الارض ولا فى منافعه باقامة عمل الزراعة بدون اذن المولى فلهذا جعل نفس الحجر عليه فسخا للزراعة وكذلك الصبي الحر يحجر عليه أبوه أو وصيه وكذلك المعاملة فى الاستئجار الا أن فى المعاملة الحجر بعد العقد لا يبطل العقد أيهما كان العامل لان المعاملة تلزم بنفسها من الجانبين ولو لم يحجر عليه ولكنه نهاه أو نهى مزارعه عن العمل بعد العقد أو نهاه عن العقد قبل أن يعقد كان نهيه باطلا وله أن يعقد ويعمل وكذلك الصبي لان هذا حجر خاص في اذن عام وهو باطل (ألا ترى) أن عند ابتداء الاذن لو استثنى المزارعة لم يصح استثناؤه فكذلك بعد الاذن اذا نهاه عن العقد أو المضى عليه من غير أن يحجر عليه فاذا اشترى الصبي التاجر أرضا ثم حجر عليه أبوه فدفعها مزارعة الي رجل بالنصف يزرعها ببذره وعمله فالخارج للعامل وعليه نقصان الارض لان اذن الصبي فى زراعة الارض بعد الحجر باطل فكان العامل بمنزلة الغاصب فعليه نقصان الارض والخارج له وان لم تمكن فى الارض نقصان كان الخارج بينهما على الشرط استحسانا لان منفعة الصبي فى تصحيح العقد هنا فانه لو بطل لم يسلم له شئ ولا يحجر الصبي عما تمحض منفعته من العقود كقبول الهبة ولا يتصدق واحد منهما بشئ لان العقد لما صح منه كان هو في ذلك كالبالغ أو المأذون ولو كان البذر من قبل الدافع كان الخارج للعامل وعليه غرم البذر فى الوجهين جميعا أو نقصان الارض ان كان فيها نقصان سواء أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان اذن الصبي فى الزراعة والقاء بذره فى الارض باطل فيكون المزارع كالغاصب للارض والبذر منه فعليه غرم البذر ونقصان الارض والخارج له ويتصدق بالفضل لانه حصل له بسبب حرام شرعا واذا دفع الحر الى العبد المحجور عليه أرضا وبذرا مزارعة بالنصف سنته هذه فزرعها فحصل الخارج وسلم العامل فالخارج بينهما على الشرط لانه استأجر العبد للعمل بالنصف الخارج وقد بينا أن العبد المحجور

عليه اذا أجر نفسه وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا وان مات فى العمل فصاحب
الارض والبذر ضامن لقيمته لانه غاصب له بالاستعمال والزرع كله له سواء مات قبل
الاستحصاد أو بعده لانه يملك العبد بالضمان من حين دخل فى ضمانه فانما أقام عمل الزراعة
بعبد نفسه فالخارج كله له ويطيب له ذلك لانه ربى زرعه فى أرض نفسه ولكونه غاصبا للعبد
لا يتمكن الخبث فى الزرع وان مات الصبي الحر من عمل الزراعة بعد ما استحصد الزرع فالزرع
بينهما على ما اشترطا طيب لهما كما لو أسلم الصبي لان باستحصاد الزرع تأكدت الشركة بينهما
فى الخارج والصبي لا يملك بالضمان فان مات وجب على عاقلة صاحب الارض دية الصبي لكونه
سببا لاتلافه على وجه هو متعد فيه لا يتغير حكم الشركة بينهما في الخارج بخلاف العبد
وكذلك الحكم فى المعاملة فى النخيل والاشجار ولو كان البذر من العامل وهو حر كان
الخارج كله للعامل لانه نماء بذره اكتسبه بعمله والعبد في الاكتساب كالحر وان كان
محجورا فلا شيء لرب الارض من نقصان ولا غيره ما لم يعتق لانه شرط بعض الخارج
لصاحب الارض بعقده وذلك لا يصح من المحجور عليه حال رقه وانما زرع الارض بتسليط
صاحب الارض اياه على ذلك فلا يغرم نقصان الارض مالم يعتق العبد فاذا عتق رجع عليه
رب الارض باجر مثل أرضه لانه كان شرط له نصف الخارج بمقابلة منفعة الارض وقد
استوفى المنفعة وحصل الخارج ثم استحقه المولى فيكون عليه أجر مثل أرضه بعد العتق
ولا يرجع على الصبي بشيء وان كثر لان التزامه بالعقد غير صحيح فى حقه فى الحال ولا بعد
البلوغ وان مات العبد أو الصبي فى عمل الارض لم يضمنه رب الارض لانهما عملا لانفسهما
فلا يكون صاحب الارض مستعملا للعبد ولا متسببا لاتلاف الصبي وان كانت الارض
لم تخرج شيأ فلا شيء علي رب الارض من ضمان بذرهما ولا غيره لانهما عملا لانفسهما
فى القاء البذر فى الارض ولم يكن من صاحب الارض عمل فى بذرهما تسببا ولا مباشرة
واذا حجر الرجل على عبده أو ابنه وفى يده نخل فدفعه الى رجل معاملة بالنصف فالخارج
كله لصاحب النخل ولا شيء للعامل لانهما شرطا للعامل نصف الخارج بمقابلة عمله وذلك
باطل من الصبي ومن العبد المحجور مالم يعتق فاذا عتق العبد كان عليه أجر مثل العامل لان
التزام العبد فى حق نفسه صحيح وقد استحق المولى الخارج بعد ما حصل الخارج واذا دفع العبد
المحجور عليه أرضا مما كان فى يده أو أرضا أخذها من أراضى مولاه الى رجل يزرعها ببذره

وعمله هذه السنة بالنصف فزرعها العامل فأخرجت زرعا كثيرا ونقص الزرع الارض فالخارج للعامل وعليه نقصان الارض لرب الارض لانه فى حق المولى بمنزلة الغاصب للارض فان عقد المزارعة من المحجور عليه صحيح فى حق المولى فان عتق العبد رجع العامل عليه بما أدى الى مولاه من نقصان الارض لانه صار مغرورا من جهة العبد بمباشرته عقد الضمان والعبد يؤاخذ بضمان الغرور بعد العتق بمنزلة الكفالة ثم يأخذ العبد من المزارع نصف ماأخرجت الارض لان العقد صح بينهما فى حقهما فيكون الخارج بينهما على الشرط فاذا أخذ نصف الخارج باعه واستوفى من ثمنه ماغرمه للمزارع فان كان فيه فضل كان لمولاه لان ذلك كسب اكتسبه فى حال رقه وما اكتسب العبد فى حال رقه يقضى دينه منه فان فضل منه شيء فهو للمولى وان قال المولى قبل أن يعتق العبد أنا آخذ نصف ماأخرجت الارض ولا أضمن العامل نقصان الارض كان له ذلك ان عتق العبد أو لم يعتق لان العقد كان صحيحا بين العبد والمزارع وانما امتنع بعوده في حق المولى لدفع الضرر عنه أو لانعدام الرضا منه به فيكون رضاه به فى الانتهاء بمنزلة الرضا به في الابتداء وان كانت الارض لم تنقصها الزراعة شيأ فالخارج بين المولى والمزارع نصفان لان فى تصحيح هذا العقد منفعة للمولى وهو سلامة نصف الخارج له وانما كان يمتنع صحته فى حقه لدفع الضرر ولا ضرر هنا واذا دفع العبد المحجور عليه الى رجل أرضا من أرض مولاه وبذرا من بذر مولاه أو ما كان من تجارته قبل أن يحجر عليه مزارعة بالنصف فزرعها المزارع فأخرجت زرعا أو لم تخرج وقد نقص الارض الزرع أو لم ينقصها فللمولي أن يضمن المزارع بذره ونقصانه أرضه لان الزارع غاصب لذلك فى حق المولى فان اذن العبد المحجور عليه بالقاء البذر فى الارض فى حق المولى باطل فان ضمنه ذلك ثم عتق العبد رجع عليه المزارع بما ضمن من ذلك لاجل الغرور وكان نصف الخارج للعبد يستوفى منه ماضمن ويكون الفضل لمولاه وان شاء المولى أخذ نصف الزرع فكان له ولم يضمن الزارع من البذر والنقصان شيأ لان العقد صحيح فيما بين العبد والمزارع وانما كان لا ينفذ فى حق المولى لانعدام رضاه به فاذا رضى به تم العقد والله أعلم

باب الكفالة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا له يزرعها هذه السنة بالنصف وضمن

له رجل الزراعة من الزارع فالضمان باطل لان المزارع مستأجر للارض عامل والمزارعة لنفسه الا ان يكون العمل مستحقا لرب الارض عليه وانما يصح الضمان بما هو مستحق على الاصيل للمضمون له فاذا كان الضمان شرطا فى المزارعة فالمزارعة فاسدة لانها استئجار للارض فتبطل بالشرط الفاسد وان لم يجعلاه شرطا فى المزارعة صحت المزارعة والضمان باطل وان كان البذر من رب الارض جاز الضمان والمزارعة فى الوجهين جميعا لان رب الارض مستأجر للعامل وقد صارت اقامة العمل مستحقة عليه لرب الارض وهو مما تجري فيه النيابة في تسليمه فيصح التزامه بالكفالة شرطا فى العقد أو مقصودا بعد عقد المزارعة بمنزلة الكفالة بالاجرة والثمن فى البيع وان تعنت الزارع أخذ الكفيل بالعمل لانه التزم المطالبة بايفاء ما كان على الاصيل وهو عمل الزراعة فاذا عمل وبلغ الزرع ثم ظهر المزارع كان الخارج بينهما على ما اشترطا لان الكفيل كان نائبا عنه فى اقامة العمل وللكفيل أجر مثل عمله ان كان كفل بأمره لانه التزم العمل بأمره وأوفاه فيرجع عليه بمثله ومثله أجر المثل كالكفيل بالدين اذا أدى وان كان الشرط على الزارع أن يعمل بنفسه لم يجز الضمان لان ماالتزمه العامل هنا لاتجرى النيابة فى ايفائه وهو عمل المزارع بنفسه اذ ليس فى وسع الكفيل ايفاء ذلك فيبطل الضمان وتبطل المزارعة أيضا ان كان الضمان شرطا فيها والمعاملة فى جميع ذلك بمنزلة المزارعة ولو كان الكفيل كفل لرب الارض بحصته مما تخرج الارض والبذر من صاحب الارض أو من العامل فالكفالة باطلة لان نصيب رب الارض من الزرع أمانة في يد المزارع سواء كان البذر من قبله أو من قبل رب الارض حتى لايضمن مايهلك منه بغير صنعه والكفالة بالامانة لا تصح بمنزلة الكفالة بالوديعة انما تصح الكفالة بما هو مضمون التسليم على الاصل ثم تبطل المزارعة ان كانت الكفالة شرطافيها والمعاملة فى هذا كالمزارعة ولو كفل رجل لاحدهما عن صاحبه بحصته مما تخرج الارض ان استهلكها صاحبها فان كان ذلك شرطا فى أصل المزارعة فالمزارعة فاسدة وان لم يكن شرطا فيها فالمزارعة جائزة والكفالة جائزة لانها أضيفت الى سبب وجوب الضمان وهو الاستهلاك واضافة الكفالة الى سبب وجوب الضمان صحيحة الا أن هذا دين يجب لاحدهما على صاحبه لا بسبب عقد المزارعة وعقد المزارعة بين اثنين بشرط أن يعطى أحدهما صاحبه كفيلا بدين آخر وجب له عليه يكون صحيحا كعقد البيع على هذا الشرط فاذا شرطا الكفالة فى المزارعة

فسدت المزارعة لهذا وان لم يكن شرطا فيها جازت المزارعة والكفالة فان استهلك المضمون منه شيأ ضمنه الكفيل ويأخذ به الطالب أيهما شاء واذا كانت المزارعة فاسدة والبذر من قبل العامل وضمن رجل لصاحب الارض حصته مما تخرج الارض فالضمان باطل لانه مع فساد المزارعة لايستحق صاحب الارض شيأ من الخارج والكفالة بما ليس بمضمون على الاصل باطل ولا يؤخذ الكفيل باجر مثل الارض لانه لم يضمنه وانما ضمن الطعام وأجر مثل الارض دراهم فلا يجوز أن يجب عليه بالكفالة غير ماالتزمه واذا كان الاجر للعامل أو لرب الارض كر حنطة بعينها لم يكن لصاحبه أن يبيعه قبل القبض لان الاجرة فى الاجارة بمنزلة العوض فى البيع وما كان بعينه من العروض المستحق بالمبيع لايجوز بيعه قبل القبض فان هلك بعد العمل أو استهلكه الذى فى يديه كان عليه أجر المثل لان بهلاكه قبل التسليم فات القبض المستحق بالعقد فيفسد العقد ولزمه رد ماستوفى في حكمه من المنفعة وقد تعذر عليه رده فيلزمه أجر مثله واذا كان الشرط بعض الخارج فى المزارعة والمعاملة فاستحصد الزرع ولم يحصد أو بلغ التمر ولم يحرز ثم باع أحدهما حصته قبل أن يقبضها جاز بيعه لان حصته أمانة فى يد الآخر كالوديعة فينفذ تصرفه فيها قبل القبض وان هلك فلا ضمان على واحد منهما لان هلاك الامانة فى يد الامين كهلاكها فى يد صاحبها وان استهلكها أحدهما ضمن نصيب صاحبه لانه استهلك ملكا تاما مشتركا بينهما فيضمن نصيب صاحبه جبرانا لما أتلف من ملكه والله أعلم

باب مزارعة المريض ومعاملته

(قال رحمه الله) واذا دفع المريض أرضه الى رجل مزارعة يزرعها ببذره وعمله على أن الخارج بينهما على كذا فزرعها فأخرجت زرعا كثيرا واجر مثل الارض أكثر من نصيب صاحبه أضعافا وعليه دين يحيط بماله وأجر الارض ثم مات والمزارع أجنبي أو أحد ورثته ونقصان الارض أكثر من أجر مثلها فالخارج بينهما على ماشترطا ولا شئ للعامل من الاجر والنقصان لان تصرف المريض حصل فيما لا حق فيه لغرمائه ولا لورثته وهى منفعة الارض التى توجد فى حياته فان حق الورثة انما يتعلق بما يتصور بقاؤه بعد موته وحق الغرماء انما يتعلق بما يمكن ايفاء الدين منه (ألا ترى) أنه لو أعار المريض من صاحب البذر

أرضه ولم يشترط عليه عوضا بمقابلة منافعها لم يعتبر ذلك من ثلثه وكان ذلك منه فى مرضه وفي صحته سواء فكذلك اذا دفعها مزارعة بجزء يسير من الخارج وفى تصرفه محض منفعة للغرماء والورثة وهو سلامة مقدار المشروط بمقابلة الارض من الزرع لهم ولولا عقد المزارعة ماسلم لهم ذلك واذا ثبت صحة تصرفه وكان عمل العامل فى الارض باذن صحيح فلا يلزمه شئ من نقصان الارض ولو كان البذر من صاحب الارض وسمي للعامل تسعة أعشار الخارج ولا دين على المريض ولا مال غير الارض والطعام فانه ينظر الى الزرع يوم خرج من الارض وصار له قيمة كم يساوى تسعة اعشاره فان كان مثل أجر الارض أو أقل منه فلما قام عليه وسقاه حتى استحصد صار أكثر من أجر مثله وأكثر من ثلث مال رب الارض فللمزارع تسعة اعشار الخارج فان كانت قيمة تسعة اعشاره حين خرج أكثر من أجر مثل المزارع فقام عليه وسقاه حتى استحصد صار أكثر من أجر مثله وأكثر من ثلث ما ترك الميت فأبى الورثة أن يجيزوا أخذ الزارع من حصته من الخارج أجر مثله وثلث ما ترك وصية له ان لم يكن من ورثته والباقى لورثة صاحب الارض لان صاحب الارض استأجر العامل بما جعل له من الخارج وانما يصير المزارع بايجابه شريكا فى الخارج حين ثبت الخارج فاذا كانت قيمة مانبت مثل أجر مثله أوأقل لم تمكن فى تصرفه محاباة فيقدر ثم ملك المزارع فى نصيبه بعقد صحيح ثم الزيادة بعد ذلك انما حدثت على ملك صحيح له فلا يعتبر ذلك من ثلث مال الميت فأما اذا كانت قيمته حين نبت أكثر من أجر مثله فالزيادة على مقدار أجر المثل محاباة له والمحاباة لاتسلم الا من الثلث بعد الدين فبقى الثابت كله موقوفا على حق المريض فيثبت حقه فى الزيادة الحادثة فيه فلا يسلم للمزارع من جميع ذلك بعد ما استحصد الزرع الا مقدار أجر مثله وما زاد على ذلك الى تمام المشروط له يكون وصية فيعتبر من ثلث ماله فيحتاج هنا الى معرفة شيئين. أحدهما ان عمل المزارع وان لم يكن مالا متقوما فبالعقد يتقوم بمقدار أجر المثل ولا وصية في ذلك القدر من المشروط له كما لو استأجر المريض أجير العمل آخر له بل أولى لان هناك استأجره بما كان حاصلا له لا بعمله وهنا استأجره بمال يحصل أو يزداد بعمله والثانى انه يعتبر قيمة حصته حين يصير للزرع قيمة لاحين نبت لانه يكون مملكا منه نصيبه بعوض والتمليك انما يجوز فى الزرع بعد ما يصير متقوما كالتمليك بالبيع وهو وان صار شريكا فيما نبت ولكنه يحتاج الى قيمة نصيبه ليقابل ذلك باجر مثله وما ليس بمتقوم

لا يمكن معرفة قيمته فيعتبر أول أحوال امكان التقوم فيه كاحد الشريكين فى الجنين اذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن لصاحبه قيمة نصيبه معتبرا بما بعد الانفصال قال وانما هذا مثل رجل استأجر فى مرضه رجلا ليخدمه سنته بجارية له بعينها لامال له غيرها فدفعها اليه وخدمه الرجل السنة كلها وولدت الجارية وزادت فى بدنها ثم صارت تساوى أكثر من أجر مثل الرجل ثم مات المريض فان كانت قيمتها يوم وقعت الاجارة وقبضها الاجير مثل أجر مثله أو أقل كانت له بزيادتها لانه لا محاباة فيها ولا وصية وانما اعتبرت قيمتها وقت القبض لان الاجرة قبل استيفاء المنفعة لا تملك بنفس العقد وانما تملك بالقبض وان كانت قيمتها يومئذ أكثر من أجر مثله فانه يعطى الاخر منها مقدار أجر مثله وثلث ماترك الميت بعد ذلك من الجارية وولدها وصية له ويرد قيمة البقية على الورثة لانه يمكن فيها معنى الوصية بطريق المحاباة فلا تكون سالمة للاجير وتبقى موقوفة على حق المريض فيثبت حقه فى الزيادة متصلة كانت أو منفصلة فلا يسلم للاجير منها الا مقدار أجر مثله وثلث التركة بعد ذلك منها ومن ولدها بطريق الوصية وفيما زاد على ذلك يلزمه رده الا أنه تعذر الرد لمكان الزيادة الحاصلة فى يده بعد ماملكها فرد قيمة الزيادة *فان قيل انما يملكها بالقبض بحكم سبب فاسد فينبغى ان يرد عينها مع الزيادة * قلنا لا كذلك بل كان السبب صحيحا يومئذ لان تصرف المريض فيما يحتمل النقض بعد نفوذه يكون محكوما بصحته ثم ينقض بعد موته ماتعذر تنفيذه والمقصود من هذا النقض دفع الضرر عن الورثة وذلك يحصل برد قيمة الزيادة عليهم ولولم يكن فى رد العين الاضرار التبعيض على الاجير لكان ذلك كافيا في تحول حقهم الى القيمة وان كان المزارع وارث المريض كان الجواب كذلك الا أنه لاوصية له لقوله عليه الصلاة والسلام لاوصية لوارث فان كانت قيمة نصيبه أجر مثل المزارع أو أقل حين نبت الزرع وصارت له قيمة فجميع المشروط سالم له وان كان أكثر من أجر مثله فانما يسلم له من الخارج مقدار أجر مثله حين استحصد الزرع والباقى كله ميراث عن الميت وان كان المزارع أجنبيا وعلى الميت دين يحيط بماله كان المزارع أسوة الغرماء فانما يثبت له من الحصة فى الزرع على ما تقدم ذكره حتى اذا لم يكن من قيمة حصته حين صار متقوما زيادة على أجر مثله فقد صح تسمية حصته له في الكل والزيادة الحادثة بعد ذلك تكون زيادة على ملكه الا أن عين ذلك لاتسلم له لان المريض لايملك تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدين

الا بأنما اشترى منه ما تكون ماليته مثل ماأعطاه من الثمن لانه يدخل فى ملكه مايقوم مقام ما يخرجه فى تعلق حق الغرماء به وذلك لايوجد به فلهذا لايختص العامل به ولكن لما ثبت حقه بسبب لا محاباة فيه ولا تهمة كان هو أسوة الغرماء فى تركته وان كانت حصته أكثر من أجر مثل عمله فانما يضرب مع الغرماء فى الخارج بمقدار أجر مثل عمله حين استحصد الزرع لان ما زاد على ذلك كان وصية له ولا وصية مع الدين وكذلك مسئلة الجارية هو أسوة الغرماء فيما ثبت له فيها على الوجه الذى بينا من الفرق بينما اذا كانت قيمتها حين قبضها مثل أجر مثله فى خدمته أو أكثر من ذلك ولا تشبه المزارعة فى هذا المضاربة فان المريض لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة على ان للمضارب تسعة أعشار الربح وربح عشرة آلاف ثم مات المريض وأجر مثل المضارب فى عمله مائة درهم فان الورثة يأخذون رأس المال والباقى بينهم وبين المضارب على الشرط ولا ينظر فى هذا الى أجر مثله لان هناك رأس المال قد رجع الى ورثته والربح بمال لم يكن لرب المال ولا يتعلق به حق ورثته وغرمائه (ألا ترى) انه لولم يشترط شيئا من الربح لنفسه بان أقرض المال منه كان صحيحا ففى اشتراطه بعض الربح لنفسه منفعة غرمائه وورثته والبذر فى المزارعة ليس يرجع الى رب الارض وانما يكون جميع الخارج بينهما فيكون تصرف المريض فيما تعلق به حق غرمائه وورثته ولو كان يرجع الى صاحب البذر رأس ماله ويكون ما بقى بينهما لكنا نجوز ذلك أيضا كما نجوزه فى المضاربة * فان قيل ينبغى أن ينظر الى قيمة البذر ويقابل ذلك باجر مثله ولا ينظر الى قيمة الخارج * قلنا انما ينظر الى قيمة ما يوجبه للمزارع بمقابلة عمله وهو لا يوجب له شيئا من البذر انما يوجب له حصته من الخارج فلهذا ينظر الى قيمة ما يوجبه له والى أجر مثله واذا دفع الصحيح الى مريض أرضا له على أن يزرعها هذه السنة ببذره فما خرج منها فهو بينهما نصفان فزرعها المريض ببذر من قبله ليس له مال غيره فأخرجت زرعا كثيرا ثم مات من مرضه فانه ينظر الى حصة رب الارض مما أخرجت الارض يوم صار الزرع متقوما كم قيمته لان المريض استأجر الارض هنا بما أوجب لصاحبها من الحصة فان كانت حصته يومئذ مثل أجر مثل الارض أو أقل فان الخارج بينهما على الشرط لانه لا وصية فيها ولا محاباة وقد تم ملك رب الارض فى نصيبه ثم الزيادة حادثة بعد ذلك على ملكه وهذا لانه قابض لنصيبه باتصاله بأرضه أو بكونه فى يد أمينه لان المزارع أمين فى نصيب رب

الارض ولهذا لو أصاب الزرع آفة لم يغرم له شيئا وان كانت حصته يومئذ أكثر من أجر مثل الارض نظر الى حصته يوم تقع القسمة لانه تمكن معنى الوصية هنا بطريق المحاباة فيثبت حق المريض فيما يحدث من الزيادة فانما يعطى رب الارض منها مقدار أجر مثل أرضه وثلث تركة الميت مما بقي بطريق الوصية وكذلك ان كان رب الارض أحد ورثته الا انه لا وصية له فلا يأخذ الا قدر أجر مثله من الخارج يوم تقع القسمة فى الموضع الذى تمكن فيه الوصية ولو كان غير وارث وعلى الميت دين يحيط بماله كان الجواب كذلك الا انه أسوة الغرماء بما ثبت له من ذلك فان المريض لم يدخل فى ملكه مايقوم مقام ماأوجبه له فى تعلق حق الغرماء به فيبطل تخصيصه اياه بذلك ويكون هو أسوة الغرماء بما ثبت له ولو كان الذى عليه دين أقر فى مرضه بدئ بحق رب الارض لان حقه ثبت بسبب لا تهمة فيه فيكون هو بمنزلة غريم الصحة يقدم حقه على المقر له فى المرض الا أنه لا وصية له مالم يقض الدين لان الدين مقدم على الوصية وان كان واجبا باقراره فى المرض لكونه أقوى من الوصية (ألا ترى) ان الدين يعتبر من جميع المال والوصية من الثلث واذا دفع المريض نخلا له معاملة بالنصف فقام عليه العامل ولقحه وسقاه حتي أثمر ثم مات رب النخيل ولا مال له غير النخيل وثمره فانه ينظر الى الثمر يوم طلع من النخل وصار كفرى وصارت له قيمة فان كان نصف قيمته مثل أجر العامل أو أقل فللعامل نصف الثمر وان كان أكثر من أجر مثله نظر الى مقدار أجر مثل العامل يوم تقع القسمة فيعطى العامل ذلك وثلث تركة الميت مما بقي من حصته وصية له الا أن يكون وارثا فلا وصية له وهذا لان المريض استأجر العامل بما شرط له من الثمر وانما يصير شريكا فى الثمر بعد طلوعه وانما يمكن تقويمها حين تصير لها قيمة فلهذا يعتبر قيمة حصته عند ذلك واذا كان على المريض دين يحيط بماله فان كانت قيمة النصف من الكفرى حين طلعت مثل أجره ضرب مع الغرماء بنصف جميع الثمر لانه لا محاباة هنا ولا وصية فتكون الزيادة حادثة على ملك تام له الا أن تخصيصه اياه بقضاء حقه يبطل فيكون هو أسوة الغرماء بنصف جميع الثمر وان كانت قيمة نصفه أكثر من أجر مثله ضرب معهم فى التركة بمقدار أجر مثله لتمكن الوصية هنا بطريق المحاباة ولو دفع الصحيح الي المريض نخلا له معاملة على ان للعامل جزأ من مائة جزء ومما يخرج منه فقام عليه المريض باجرائه وأعوانه وسقاه ولقحه حتى صار تمرا ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين ورب النخل من ورثته وأجر مثل ذلك العمل

أكثر من حصته فليس له الا ماشرط له لان المريض انما تصرف هنا فيما لاحق فيه لغرمائه ولورثته وهو منافع بدنه (ألا ترى) انه لوأعانه بهذه الاعمال ولم يشرط لنفسه شيئا من الخارج كان ذلك صحيحا منه ففى اشتراطه جزأ من الخارج بمقابلة عمله وان قل منفعة غرمائه وورثته ولو دفع المريض الى رجل زرعا له فى أرض لم يستحصد أو كفرى فى رؤس النخيل أو ثمرا فى شجر حين طلع ولكنه أخضر ولم يبلغ بمد على ان يقوم عليه حتى يبلغ بالنصف فقام عليه العامل حتى بلغ ثم مات صاحب الشجر والزرع ولم يدع مالا غيره فانه ينظر الى حصة العامل يوم قام عليه فزاد فى يده لانه انما يصير شريكا عند ذلك فان المعاملة ايجاب الشركة فيما يحصل بعمله وأول أحوال ذلك حين تظهر زيادة من عمله فان كانت قيمته أكثر من أجر مثله كان له من حصته مقدار أجر مثله وقت القسمة وثلث التركة بطريق الوصية وكذلك ان كان أحد ورثته الا أنه لاوصية له وان لم يكن من ورثته وكان على الميت دين يحيط بماله ضرب العامل بما ثبت له من ذلك على ما وصفنا مع الغرماء ولا وصية له وهذا فى التخريج وما تقدم ذكره سواء واذا استأجر المريض رجلا يخدمه هذه السنة بجارية بعينها فلما وقعت الاجارة لم يخدمه حتى زادت الامة وكانت قيمتها يوم وقعت الاجارة مثل أجر مثل الاجير نخدمه السنة كلها ودفع اليه الجارية فولدت عند الاجير ثم مات المريض ولا مال له غيرها فللاجير من الجارية وأولادها مقدار أجر مثله والثلث مما بقى بطريق الوصية لانه لم يملكها بنفس العقد قبل استيفاء المنفعة فما زاد يكون على ملك المريض وتجعل هذه الزيادة كالموجودة عند العقد فيتمكن معنى الوصية بهذا الطريق حين سلم الجارية اليه بعد استيفاء الخدمة وحدوث الزيادة فانما السالم له منها ومن أولادها مقدار أجر مثله عوضا عن الخدمة والثلث مما بقى بطريق الوصية أعطى وصية من الجارية فان بقى شئ كان له من أولادها فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أصله ان فى تنفيذ الوصية الجارية أصل والاولاد تبع على مانبينه فى الوصايا ان شاء الله تعالى ويقال له أد قيمة مابقى دراهم أودنانير ورد الجارية وولدها ويكون لك أجر مثلك فى مال الميت لانه يلحقه عيب التبعيض ولم يكن هو راضيا بذلك فيكون له أن يردها بالعيب ولكن اذا ردها بطلت الوصية بالمحاباة له لان ذلك كان فى ضمن العقد وقد بطل العقد بالرد وان أبى أن يردها أعطى الورثة قيمة ما بقي لازالة المحاباة ودفع الضرر عن الورثة وبرد القيمة يندفع الضرر عنهم وثبوت الخيار له فى الرد لهذا المعنى أيضا وهو انه يلزمه زيادة لم

يرض بالتزامها فيكون له أن يردها لذلك ولو كانت الجارية حين وقعت الاجارة دفعها المريض الى الاجير فلم يخدم الاجير حتى زادت في يده وصارت قيمتها أكثر من أجر مثله ثم خدمه بعد ذلك حتى تمت السنة ومات المريض ولم يدع مالا غيرها وقد ولدت الجارية أولادا فالجارية وجميع أولادها للاجير لانه بالقبض قد ملكها وليس فيها فضل فتم ملكه في جميعها لانعدام المحاباة ثم الزيادة حدثت على ملك تام له فيكون سالما له وكذلك ان كان الاجير أحد ورثته الا أن يكون ولدا أو زوجة فرد الجارية وولدها فيكون بينهم ميراثا لان استئجار الولد والزوجة على الخدمة لا يجوز ولا يستوجبون الاجر بهذا العقد فتثبت هي في يد الاجير بسبب باطل فعليه أن يردها مع الزيادة بخلاف المزارعة والمعاملة لان الولد والزوجة في ذلك العمل كسائر الورثة فانه غير مستحق عليهما دينا بخلاف الخدمة وان لم يكن من ورثته وكان على الميت دين يحيط بماله فان كانت الجارية لا فضل فيها عن أجر مثله يوم قبضها الاجير قسمت هي وولدها بين الغرماء وبينه ويضرب في ذلك الاجير بقيمتها وقيمة ولدها لانه لا محاباة في تصرفه هنا ولكن فيه تخصيص الاجير بقضاء حقه من ماله وذلك يرد لحق الغرماء الا ان الولد حدث على ملك صحيح له فلهذا ضرب مع الغرماء بقيمتها وقيمة ولدها فما أصابه كان له في الجارية وما أصاب الغرماء قيل له أد قيمة ذلك الى الغرماء دراهم أو دنانير لان حقهم في المالية لا في العين وباداء القيمة يصل اليهم كمال حقهم ويندفع عنه ضرر التبعيض فان أبى ذلك بيعت الجارية وولدها فقسم الثمن بينه وبين الغرماء يضرب الغرماء بدينهم ويضرب الاجير بأجر مثله لانه حين أبى ذلك تعذر ردها بسبب عيب التبعيض أو بما لحقه من زيادة مال لم يرض بالتزامه بعقد المعاوضة والاجرة اذا كانت بعينها فردت بالعيب ينفسخ العقد وتبقى المنفعة مستوفاة بحكم عقد قد انفسخ فيكون رجوعه باجر مثله فلهذا يضرب باجر مثله وفي هذا نوع اشكال فان الزيادة المنفصلة المتولدة بعد تمام الملك تمنع الرد بالعيب فيبقى أن لا يكون له أن لا يردها ولكن يغرم للغرماء قيمة الزيادة دراهم أو دنانير ويمكن أن يقال الزيادة انما تمنع الرد اذا لم يجب ردها مع الاصل فانه لا يجوز أن يسلم بغير عوض بعد رد الاصل وهذا لا يوجد هنا فان حق الغرماء ثابت في الزيادة كما هو ثابت في الام لانه ان لم يثبت حقهم فيه باعتبار صحة السبب وخلوه عن المحاباة فقد ثبت حقهم فيه ببطلان تخصيص الاجير بايفاء حقه مراعاة لحقهم وان كان في قيمة الجارية يوم قبضها الاجير فضل عن أجر مثله وكانت قيمتها يوم وقعت

الاجارة مثل أجر الاجير الا ان الاجير لم يخدم المريض حين قبض الجارية يضرب الاجير في الجارية وولدها بمقدار أجر مثله فما أصابه كان له في الجارية وولدها وقيل له اد قيمة ما أصاب الغرماء فان أبى بيعت الجارية وولدها واقتسموا الثمن يضرب فيه الاجير بأجر مثله لانه لم يملكها بنفس العقد وانما يملكها بالقبض وعند القبض لما كانت قيمتها أكثر من أجر مثله بقيت موقوفة على حق المريض لتمكن الوصية فيها بطريق المحاباة فلهذا كان التخريج على ما قال واذا استأجر الرجل في مرضه رجلا يخدمه بجارية قيمتها ثلثمائة درهم وأجر مثل الاجير في خدمته مائة درهم فخدمه الاجير حتى أتم الخدمة وقبض الجارية ثم مات المريض ولا مال له غيرها فالاجير بالخيار ان شاء أخذ الجارية كلها وأعطي الورثة أربعة اتساع قيمتها وان شاء نقض الاجارة وردها على الورثة لان المريض حابى بقدر ثلثيها حين كان أجر مثله مثل قيمة ثلثها والمحاباة وصية فلا تنفذ الا في مقدار الثلث فاحتجنا الى حساب لثلثيه ثلث وذلك تسعة فثلثها وهو ثلاثة يسلم له ومن الثلثين يسلم له الثلث بينهما وعليه ازالة المحاباة فيما وراء الثلث وذلك في أربعة اتساع قيمتها فاذا اختار ذلك فقد وصل الى الورثة كمال حقهم وثبوت الخيار له في العقد لما لحقه من الزيادة وان نقض الاجارة وردها كان له في مال الميت أجر مثله مائة درهم وتباع الجارية حتى يستوفي دينه والباقي للورثة وقد بطلت الوصية بالمحاباة حين اختار نقض العقد ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من المزارعة والمعاملة اذا كان فيها محاباة فان هناك انما يسلم له مقدار أجر مثله والثلث مما بقي بطريق الوصية ويرد الفضل واذا قال أعطى قيمة الفضل لم يكن له ذلك لان الخارج من الزرع والثمار يحتمل التبعيض فلا يتضرر هو برد الفضل على الورثة فلهذا لا يكون له أن ينقل حق الورثة من العين الي القيمة ولو كان أجر مثل الاجير يوم وقعت الاجارة ثلثمائة درهم فدفع اليه المريض الجارية وخدمة الاجير جميع السنة ثم مات المريض وقد زادت الجارية في بدنها أو في السعر أو ولدت في يد الاجير قبل موت المريض بعد ما كملت السنة أو قبل أن تكمل وعلى المريض دين كثير فان الجارية بزيادتها وولدها بينهم يضرب الاجير في ذلك بقيمتها وقيمة ولدها يوم يختصمون وتضرب الغرماء بدينهم لانه لا محاباة هنا فكانت الجارية وولدها للاجير الا أن تخصيص المريض اياه بقضاء حقه من ماله يرد بعد موته فلهذا ضرب هو بقيمتها وقيمة ولدها يوم يختصمون فما أصاب الاجير كان له من الجارية وولدها لان حقه في عينها وما أصاب الغرماء قيل للاجير أد قيمته

دراهم أو دنانير الى الغرماء لان حقهم فى المالية فان أبى أخذت الجارية وولدها وبيعا فضرب الاجير فى الثمن باجر مثله والغرماء بدينهم لان العقد قد انفسخ حين أخذت من يده وانتقض قبضه فيها بسبب سابق على قبضه ولو كانت الجارية لم تزد ولم تلد ولكنها نقصت فى السعر عند الاجير حتى صارت تساوي مائة والمسئلة بحالها فلا ضمان على الاجير فى نقصانها لان نقصان السعر فتور رغائب الناس فيها ولا معتبر بذلك فى شئ من عقود المعاوضات ويضرب الغرماء فى الجارية بدينهم والاجير بقيمتها وهى مائة درهم لان تخصيصه الاجير بقضاء حقه مردود بعد موته ثم ما أصاب الاجير فهو له من عينها وما أصاب الغرماء قيل للاجير اعطهم قيمة ذلك لان حقهم فى المالية فان أبى بيعت الجارية وضرب الاجير فى ثمنها باجر مثله ثلثمائة درهم لان العقد قد انفسخ بانتقاض قبضه فيها فانما يضرب هو باجر مثله والغرماء بدينهم بخلاف الاول فهناك لم ينتقض قبضه فيها فانما يضرب بقيمتها لذلك وان نقصت فى البدن حتى صارت تساوي مائة درهم فان قيمة الجارية يوم قبضها الاجير وهى ثلثمائة بين الاجير وبين الغرماء فما أصاب الغرماء ضمنه لهم الاجير فى ماله وتسلم له الجارية وليس له أن يردها لانها دخلت فى ضمانه يوم قبضها على وجه التملك بعقد المعاوضة وقد تعيبت في يده بالنقصان الحاصل فى بدنها فلا يملك أن يردها للعيب الحادث ولكن يغرم للغرماء حصتهم من ماليتها يوم دخلت فى ضمانه ولو دفع المريض نخلا له معاملة الى رجل بالنصف فاخرج النخل كفرى يكون نصفه مثل أجر العامل أو أقل فقام عليه وسقاه حتى صار تمرا يساوى مالا عظيما ثم صار حشفا قيمته أقل من قيمة الكفرى يوم خرج ثم مات المريض وعليه دين فان ماله يقسم بين الغرماء والعامل يضرب فيه العامل بقيمة نصف الحشف فقط فما أصابه كان له فى حصته من الحشف وما أصاب الغرماء بيع لهم فى دينهم ولا ضمان على العامل بالنقصان هنا لانه كان أمينا فى الخارج فالزيادة انما حصلت فى عين هى أمانة بغير صنعه وتلفت بغير صنعه فلا يضمن شيأ منها لاحد بخلاف ماسبق وانما هذا بمنزلة ولد الجارية فى المسئلة الاولي التى ولدت فى يد الاجير أو مات أو حدث به عيب لم يضمنه الاجير لان الزيادة حدثت من غير صنعه وهلكت كذلك فلا تكون مضمونة عليه وان كان هو ضامنا للاصل ولو كان الميت لادين عليه والمسئلة بحالها كان للعامل نصف الحشف وللورثة نصفه ولا ضمان علي العامل فيما

صار من ذلك حشفا لانه لو تلف الكل من غير صنع العامل لم يضمن لهم شيأ فاذا صار حشفا أولى أن لا يضمن لهم النقصان والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل الرجل بأرض له على أن يدفعها مزارعة هذه السنة فدفعها مزارعة بالثلث أو أقل أو بأكثر فهو جائز لان الموكل حين لم ينص على مقدار من الخارج فقد فوض الامر فيه الى رأيه فبأى مقدار دفعها مزارعة كان ممتثلا لامره محصلا لمقصوده الا أن يدفعها بشئ يعلم أنه حابى فيه بما لا يتغابن الناس فى مثله فحينئذ لا يجوز ذلك فى قول من يجيز المزارعة لان مطلق التوكيل عندهم يتقيد بالمتعارف فان زرعها المزارع فخرج الزرع فهو بين المزارع والوكيل على ما اشترطا لا شئ منه لرب الارض لانه صار غاصبا مخالفا وغاصب الارض اذا دفعها مزارعة كان الزرع بينه وبين المدفوع اليه على الشرط ولرب الارض أن يضمن نقصان الارض فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله ان شاء الوكيل وان شاء المزارع فان ضمن المزارع رجع على الوكيل به لانه مغرور من جهته وفى قول أبى يوسف الآخر يضمن المزارع خاصة لانه هو المتلف فأما الوكيل فغاصب والعقار عنده لا يضمن بالغصب ثم يرجع المزارع على الوكيل للغرور فان كان حابى فيه بما يتغابن الناس فى مثله فالخارج بين المزارع ورب الارض على الشرط والوكيل هو الذى قبض نصيب الموكل لانه هو الذي أجر الارض وانما وجب نصيب رب الارض بعقده فهو الذى يلى قبضه وليس لرب الارض أن يقبضه الا بوكالة من الوكيل فان كان رب الارض أمر الوكيل أن يدفعها مزارعة ولم يسم سنة ولا غيرها جاز للوكيل أن يدفعها مزارعة سنته الاولى فان دفعها أكثر من ذلك أو بعد هذه السنة ولم يدفع هذه السنة لم يجز فى الاستحسان وفى القياس يجوز لان التوكيل مطلق عن الوقت ففى أى سنة دفعها وفى أى مدة دفعها لم يكن فعله مخالفا لما أمره الموكل به فجاز كالوكيل باجارة الدور والرقيق ولكنه استحسن وقال دفع الارض مزارعة يكون فى وقت مخصوص من السنة عادة والتقييد الثابت بالعرف فى الوكالة كالثابت بالنص فاذا دخله التقييد من هذا الوجه يحمل على أخص الخصوص وهو وقت الزراعة من السنة الاولى كالوكيل يشترى الاضحية يتقيد بأيام الاضحية من السنة

الاولى بخلاف اجارة الدور والرقيق فانها لاتختص بوقت عرفا فراعى فيها مطلق الوكالة انما المزارعة نظير التوكيل باكراء الابل الى مكة للحج عليها فانها تختص بايام الموسم فى السنة الاولى لان هذا يكون فى وقت مخصوص من كل سنة عرفا فيحمل على أخص الخصوص وهو وقت خروج القافلة من السنة الاولى خاصة ولوكان البذر من رب الارض كان هذا أيضا على أن يدفعه بما يتغابن الناس فيه لان هذا توكيل بالاستئجار فان صاحب الارض يكون مستأجرا للعامل والتوكيل بالاستئجار كالتوكيل بالشراء فانما ينفذ على الموكل اذا كان بغبن يسير ورب الارض هو الذى يلى قبض حصته وليس للوكيل قبضها الا باذنه لان رب الارض هنا ما استحق نصيبه بعقد الوكيل بل بكونه نماء بذره فان دفعه الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه كان الخارج بين الوكيل والمزارع على الشرط لانه بالخلاف صار غاصبا للارض والبذر فيكون عليه ضمان مثل ذلك البذر للموكل فان تمكن فى الارض نقصان بالزراعة فلرب الارض أن يضمن النقصان أيهما شاء فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد لان المزارع متلف والوكيل غاصب فان ضمن المزارع رجع به على الوكيل للغرور ولا يتصدق الزارع بشئ مما صار له فى هذه المسئلة ولا فى المسئلة الاولى ولكن الوكيل يأخذ مثل ماغرم من نقصان الارض وبذرا مثل الذى غرم ويتصدق بالفضل لان الخبث تمكن فى تصرف الوكيل حين صار كالغاصب فعليه أن يتصدق بالفضل وانما يدفعها الوكيل مزارعة هنا أيضا فى المسئلة الاولى خاصة استحسانا فان دفعها بعد مضى تلك السنة فهو مخالف غاصب للارض والبذر والحكم فيه ما بينا فى الفصل الاول واذا وكل رجلا بان يأخذ له هذه الارض مزارعة هذه السنة على أن يكون له البذر من قبل الموكل فللوكيل أن يأخذها بما يتغابن الناس فيه وان أخذها بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز على الموكل الا أن يرضا به ويزرعها عليه لانه وكيل بالاستئجار فهو بمنزلة الوكيل بالشراء فلا ينفذ تصرفه بالغبن الفاحش على الموكل الا أن يرضا به وزراعة الموكل بعد العلم بما صنع الوكيل دليل الرضا به فهو كصريح الرضا فان زرعها الموكل فحصل الخارج كان الوكيل هو المأخوذ بحصة رب الارض يستوفيه منه الموكل فيسلمه اليه لان رب الارض استحق ذلك بالشرط والوكيل هو الذى شرط له ذلك فان أخذ ذلك رب الارض من الموكل بغير محضر من الوكيل برئ الوكيل لوصول الحق الى مستحقه وان كان الوكيل أخذها بما لا يتغابن الناس فيه وهو لم يخبره بذلك حتى زرعها الموكل وقد

أمره الوكيل بزراعتها كان الخارج للمزارع على الوكيل ولرب الارض أجر مثل أرضه مما أخرجت الارض لان الوكيل استأجرها بما سمى من الخارج وقد حصل الخارج ثم استحق الموكل فيكون لرب الارض على الوكيل اجر مثل الارض مما أخرجت الارض لان ذلك من ذوات الامثال ولا شيء للوكيل على الموكل لانه هو الذى أمره بزراعتها وقد كان استئجاره نافذا عليه فالتحقت هذه بأرض مملوكة له دفعها الى غيره وأمره أن يزرعها من غير أن يشترط عليه شيأ وان كان الوكيل دفع اليه الارض ولم يأمره بزراعتها ولم يخبره بما أخذها به فالخارج للمزارع لانه نماء بذره وتصرف الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه لم ينفذ عليه ولا شيء لرب الارض على الوكيل هنا لان الزارع بمنزلة الغاصب حين زرعها بغير أمر الوكيل ومن استأجر أرضا فغصبها غاصب وزرعها لم يكن لرب الارض على المستأجر أجرها بخلاف الاول فان هناك الوكيل أمر الزارع بزرعها فيجعل بمنزلة ما لو زرعها بنفسه فيلزمه اجر مثلها لصاحبها ثم على الزارع هنا نقصان الارض لرب الارض لانه زرعها بغير اذن صاحب الارض على وجه الغصب ولا يرجع به على الوكيل لان الوكيل لم يغره بل هو الذى اغتر حين لم يسأل الوكيل ولم يستكشف حقيقة الحال ويتصدق الزارع بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بسبب خبيث واذا لم يبين الوقت للوكيل هنا فهو على أول سنة وأول زراعة استحسانا ولو كان وكله بان يأخذ له أرض فلان وبذرا مزارعة فان أخذها بما يتغابن الناس فيه جاز ورب الارض هو الذى يقبض نصيبه من الزرع لانه يملك نصيبه بكونه نماء بذره لا بشرط الوكيل له ذلك بالعقد وان أخذ بما يتغابن الناس فيه لم يجز علي الموكل الا أن يرضي به لانه وكله بان يؤاجره وذلك يتقيد بما يتغابن الناس فيه عند من يجيز المزارعة فان عمل المزارع فى جميع ما ذكرنا فحصل الخارج فهو بينهما على الشرط وان كان الوكيل أخذه بما لا يتغابن الناس فيه من قلة حصة المزارع وأمر المزارع فعمل ولم يبين ذلك له فالمزارع متطوع فى عمله فى القياس والخارج كله لرب الارض وفى الاستحسان الخارج بينهما على الشرط وجه القياس ان تصرف الوكيل بالغبن الفاحش لم ينفذ على الموكل معينا فى اقامة العمل وجه الاستحسان انه انما لا ينفذ تصرف الوكيل على الموكل فبقى الموكل بالغبن لدفع الضرر عن الموكل والضرر هنا فى امتناع نفوذ التصرف عليه لانه اذا نفذ تصرفه عليه استحق ما شرط له من الخارج وان قل ذلك واذا لم ينفذ لم يستحق شيأ على أحد بمقابلة عمله وهو نظير القياس والاستحسان فى العبد

اذا أجر نفسه فى عمل وسلم من ذلك العمل فان كان الموكل لم يسم للوكيل الوقت فهو على أول سنة وزراعه استحسانا فان مضت السنة قبل أن يأخذ ثم أخذ لم يجبر الموكل على العمل فان رضي به وعمل كان بينهما على الشرط بمنزلة ما لو أخذ أرضا وبذرا ليزرعها واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا ووكله بأن يدفعها معامله هذه السنة أو لم يسم له وقتا فهذا على أول سنة للعرف فان دفعه بما يتغابن الناس فيه جاز وصاحب النخل هو الذى يلي قبض نصيبه لانه يملك التمر بملكه النخل لا بالعقد الذى باشره الوكيل فان دفعه بما لا يتغابن الناس فيه فالخارج لصاحب النخل لانه وكله باستئجار العامل فلا ينفذ تصرفه بالغبن الفاحش على الموكل وللعامل اجر مثله على الوكيل لانه استأجره ببعض الخارج وقد حصل الخارج واستحقه رب النخل فيستوجب الرجوع باجر مثله ولو وكله بأن يأخذ نخلا بعينه فأخذه بما يتغابن الناس فيه جاز على الشرط وصاحب النخل هو الذي يلي قبض نصيبه لانه يملكه بسبب تولده من نخله وان أخذه بما لا يتغابن الناس فيه من قلة نصيب العامل لم يلزم العامل ذلك الا أن يشاء فان عمله وقد علم نصيبه منه أو لم يعلم كان له نصيبه الذى سمى له أما اذا علم به فلوجود دلالة الرضا منه بالاقدام على العمل بعد العلم بحقيقة الحال وأما اذا لم يعلم به فهو استحسان لما فيه من المنفعة للعامل فانه لو لم ينفذ تصرفه عليه لم يستوجب شيأ واذا أمره أن يأخذ له نخلا معاملة أو أرضا مزارعة أو أرضا وبذرا مزارعة ولم يعين شيأ من ذلك لم يجز لان الوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل مع هذه الجهالة المستتمة فان العمل يختلف باختلاف النخل والاراضى على وجه لا يمكن أن يوقف فيه على شئ معلوم واذا أمره بأن يدفع أرضه مزارعة أو أن يدفع نخله معاملة الى رجل ولم يعين الرجل جاز لان دفع الارض مزارعة بمنزلة اجارتها ومن وكل غيره بأن يؤاجر أرضه مدة معلومة جاز وان لم يبين من يؤاجرها منه لان المعقود عليه منفعة الاراضي وهى معلومة لا تختلف باختلاف المستوفى وكذلك فى المعاملة مقدار العمل قد صار معلوما ببيان النخل على وجه لا يختلف باختلاف العامل ولو أمره بأن يدفع أرضه هذه مزارعة فأعطاها رجلا وشرط عليه أن يزرعها حنطة أو شعيرا أو سمسما أو ارزا فهو جائز لان دفع الارض مزارعة لهذه الاشياء متعارف فمطلق التوكيل ينصرف الى هذه الاشياء كلها والوكيل يكون ممتثلا أمره فى جميع ذلك وكذلك لو وكله أن يأخذ له هذه الارض وبذرا معها مزارعة فاخذها مع بذر حنطة أو شعيرا أو غير

ذلك من الحبوب جاز ذلك على الموكل لانه وكله ليؤاجره فى عمل الزراعة وهو فى جميع ذلك متعارف فمطلق التوكيل ينصرف الى جميع ذلك ولو وكله أن يأخذ له هذه الارض مزارعة فأخذها من صاحبها للموكل على أن يزرعها حنطة أو شرط عليه شعيرا أو غيره لم يكن له أن يزرع الا ما شرط عليه رب الارض لان الوكيل اذا امتثل أمره كان عقده كعقد الموكل بنفسه وهو لو أخذ أرضا مزارعة ليزرعها حنطة لم يكن له أن يزرعها غير الحنطة لان صاحب الارض انما رضى بان يكون أجر أرضه الحنطة فلا يملك المستأجر أن يحولها الى غيره ولو وكله بان يدفع أرضا له مزارعة هذه السنة فأجرها ليزرع حنطة أو شعيرا بكر من حنطة وسط أو بكر من شعير وسط أو سمسم أو أرز أو غير ذلك مما تخرجه الارض فذلك جائز استحسانا وفى القياس هو مخالف لان الموكل انما رضى بالمزارعة ليكون شريكا فى الخارج وقد أتى بغير ذلك حين أجرها باجرة مسماة ولكنه استحسن فقال قد حصل مقصود الآمر على وجه يكون أنفع له لانه لو دفعها مزارعة فلم يزرعها أو أصاب الزرع انلم يكن لرب الارض شئ وهنا تقرر حق رب الارض دينا فى ذمة المستأجر اذا تمكن من زراعتها وان لم يزرع أو أصاب الارض آفة ومتى أتى الوكيل بجنس ما أمر به وهو أنفع للآمر مما نص عليه لم يكن مخالفا واذا لم يكن مخالفا كان عقده كعقد الموكل بنفسه فللمستأجر أن يزرع ما بداله والتقييد بالحنطة أو الشعير غير مفيد هنا فى حق رب الارض فانه لا شركة له فى الخارج بخلاف الدفع مزارعة وان أجرها بدراهم أو ثياب أو نحوها مما لا يزرع لم يجز ذلك على الموكل لانه خالف فى الجنس فرب الارض نص على أن يدفعها مزارعة وذلك اجارة الارض بشئ تخرجه الارض فاذا أجرها الوكيل بشئ لا تخرجه الارض كان مخالفا فى جنس ما نص عليه الموكل فهو بمنزلة الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لا ينفذ على الموكل بخلاف ما اذا باعه بالفى درهم وكذلك ان أمره أن يدفعها هذه السنة مزارعة فى الحنطة خاصة فأجرها بكر حنطة وسط جاز ويزرعها المزارع ما بداله من الزراعات مما يكون ضرره على الارض مثل ضرر الحنطة أو أقل منها لان تسمية رب الارض الحنطة معتبرة فى معرفة مقدار الضرر على الارض به وهو لم يخالفه فى الجنس حين سمى الآخر كر حنطة وسط وان أجر بغير الحنطة صار مخالفا للموكل فى جنس ما سمى له من أجر الارض فلا ينفذ تصرفه عليه ولو وكله أن يدفعها مزارعة بالثلث فدفعها على ان لرب الارض الثلث جاز لان حرف

الباء يصحب الاعواض ورب الارض هو الذي يستحق الخارج عوضا عن منفعة أرضه فكان هذا بمنزلة التنصيص على اشتراط الثلث له فان قال رب الارض انما عنيت ان للمزارع الثلث لم يصدق لان ما يدعيه يخالف الظاهر الا أن يكون البذر من قبله فيكون القول قوله حينئذ لان المزارع هو الذي يستوجب الخارج عوضا عن عمله بالشرط ولو وكله أن يدفعها مزارعة بالثلث فأجرها من رجل بكر حنطة وسط مخالف لان رب الارض هنا نص على ما هو منافع أرض وهو ثلث الخارج وقد أجرها بغير ذلك ثم هنا نص على الشركة فى الخارج والاجارة بكر من حنطة ليس فيها معنى الشركة فكان هذا مخالفة فى الجنس فى العقد الذي أمره به فان زرعها المستأجر كان الخارج للمزارع وعليه كر حنطة وسط للمؤاجر لان المؤاجر صار غاصبا للارض ولرب الارض ان يضمن نقصان الارض ان شاء المزارع وان شاء الوكيل فى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لان الوكيل غاصب والمزارع متلف فان ضمنها المزارع رجع بها على الوكيل لأجل الغرور ويأخذ المؤاجر من الكر الذى أخرجته الارض ما ضمن ويتصدق بالفضل لانه كسب خبيث وان وكله بان يؤجرها بكر حنطة وسط فدفعها مزارعة بالنصف على ان يزرعها حنطة فزرعها فهو مخالف لان ما أتى به أضر على الموكل مما أمره به لانه أمره بعقد يتقرر به حقه فى الاجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع بها وان لم ينتفع ولانه نص على اجارة محضه وقد أتى بعقد الشركة فكان مخالفا وتفريع هذه كتفريع الاولى ولو وكله أن يأخذ هذه الارض مزارعة فاستأجرها الوكيل بكر حنطة لم يجز على الآمر لان ما أتى به أضر عليه لانه ألزمه الكر دينا فى ذمته عند تمكنه من الزراعة وان لم يزرع وهو ما أمره بذلك فلا ينفذ تصرفه عليه الا أن يرضي به ولو وكله بان يأخذها له مزارعة بالثلث فأخذها الوكيل على أن يزرعها المزارع ويكون للمزارع ثلث الخارج ولرب الارض ثلثاه لم يجز هذا على المزارع لان الكلام الذى قاله المزارع انما يقع على ان لرب الارض الثلث لما بينا ان رب الارض هو الذي يستحق الخارج عوضا عن منفعة الارض فما يصحبه حرف الباء يكون حصته من الخارج وقد أتى بضده ولو كان أمره أن يأخذ الارض والبذر والمسئلة بحالها جاز ذلك على المزارع لان المعقود عليه هنا هو عمل العامل وهو الذى يستحق الخارج بمقابلة عمله فاذا شرط الثلث له كان ممتثلا أمره ولو وكله ان يدفع نخله هذا معاملة بالثلث فدفعها على ان الثلثين للعامل لم يجز ذلك على رب

النخيل لان العامل هو الدى يستحق الخارج بالشرط فانما ينصرف أمر رب النخل بهذا اللفظ الى اشتراط الثلث له ولو وكله أن يأخذ له نخل فلان هذه السنة معاملة بالثلث فأخذه على ان الثلثين لرب النخل جاز عليه لما قلنا ولو وكله أن يأخذ هذه الارض هذه السنة وبذرا معها مزارعة فأخذ الوكيل البذر والارض على ان الخارج كله لرب الارض وعليه للمزارع كر حنطة وسط فهذا جائز كان البذر من حنطة أو من غيرها لان ماباشره من العقد أنفع للموكل فانه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله أو أصاب الزرع آفة وان شرط الآخر دراهم أو متاعا بعينه لم يجز وانما استحسن اذا شرط له شيئا مما تخرجه الارض ان أجره لما بينا فى الفصل الاول ولو أمره أن يأخذها له بالثلث والمسئلة بحالها لم يجز فى شئ من ذلك لانه نص على عقد الشركة فى الخارج هنا ولانه لا يدرى ان ثلث الخارج يكون مثل ماشرط له من الاجر أو أقل أو أكثر ولو وكله أن يأخذ هذا النخل معاملة فأخذه على ان الخارج لصاحب النخل وللعامل كر من تمر فارسى عليه جاز لانه اشترط له أفضل مايخرج من النخل وهذا العقد أنفع له من الوجه الذى قلنا وان كان شرط له كرا من دقل جيد نظر فى النخل فان كان ذلك دقلا جاز وان كان فارسيا لم يجز ذلك على العامل بمنزلة مالو شرط له كرا من حنطة أو شعيرأودرهماوذلك لاينفذ عليه الاأن يرضى به لان تعيينه النخل فى المعاملة يكون تنصيصا على أن يكون أجره من جنس مايخرج ذلك النخل ولو وكله بان يأخذ له نخل فلان معاملة بالثلث فأخذه بكر تمر فارسى جيد لم يلزم العامل الا أن يشاء لانه لايدرى لعل الثلث أكثر مما شرط له فان كان يعلم ان الثلث يكون أقل من ذلك فهو جائز لانه متيقن بتحصيل مقصوده فان قيل قد قلتم انه أمر بعقد الشركة بهذا اللفظ وما أتى به من الاجارة غير الشركة قلنا نعم ولكن الاسباب غير مطلوبة بعينها بل بمقاصدها فانما يعتبر اختلاف السبب اذا لم يعلم بانه حصل مقصوده الذي نص عليه على وجه هو أنفع له فاما اذا علمنا ذلك يقينا فلا معنى لاعتبار الاختلاف فى السبب فلهذا ينفذ تصرفه عليه والله أعلم

باب الزيادة والحط فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) الاصل أن عقد المزارعة والمعاملة فى حكم الزيادة فى البدل والحط

نظير البيع والاجارة وقد بينا أن الزيادة هناك تصح حال قيام المعقود عليه على وجه يبطل ابتداء العقد ولا يصح بعد هلاك المعقود عليه والحط صحيح بعد هلاك المعقود عليه لان الحط اسقاط محض وفى الزيادة معنى التمليك فكذلك فى المزارعة والمعاملة واذا تعاقد الرجلان مزارعة أو معاملة بالنصف وعمل فيها العامل حتى حصل الخارج ثم زاد أحدهما الآخر من نصيبه السدس وحصل له الثلثين ورضى بذلك الآخر فان كان ذلك قبل استحصاد الزرع ولم يتناهى عظم البسر جاز لان ابتداء العقد بينهما فى هذه الحالة يصح مادام المعقود عليه بحيث يزداد بعمل العامل فتصح الزيادة أيضا من أيهما كان لصاحبه وان كان بعد استحصاد الزرع وتناهى عظم البسر فان كان الزائد صاحب النخل وصاحب البذر فى المعاملة فهو باطل لان ابتداء العقد بينهما في هذه الحالة لا يصح فكان بمعنى الزيادة فى الثمن بعد هلاك المعقود عليه وهذا لان العقد قد انتهى فلا يمكن اسناد الزيادة على سبيل الالتحاق باصل العقد وهى في الحال هبة غير مقسوم فلا يكون صحيحا وان كان الآخر هو الزائد فهو جائز لانه يستوجب بالشرط فيكون هذا منه حطا لازيادة فان كان شرط بمقابلة عمله نصف الخارج ثم حط ثلث هذا النصف واكتفى بثلث الخارج والحط بعد هلاك المعقود عليه صحيح وكذلك ان كان صاحب الارض الذى لا بذر من قبله هو الذى زاد صاحب البذر لانه يستوجب بالشرط بمقابلة منفعة أرضه فيكون هذا منه حطا لازيادة واذا اشترطا الخارج فى المعاملة والمزارعة نصفين واشترطا لاحدهما على صاحبه عشرين درهما فسدت المزارعة والمعاملة من أيهما كان البذر أو الشرط لتضمن هذا العقد شراء المعدوم أو الجمع بين الشركة فى الخارج والاجرة دينا فى الذمة بمقابلة عمل العامل أو منفعة الارض ثم الخارج كله لصاحب البذر فى المزارعة ولصاحب النخل فى المعاملة هذا هو حكم فاسد المزارعة والمعاملة وكذلك لو زاد أحدهما صاحبه عشرين قفيزا الا أن هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى الخارج مع حصول الخارج وهو مفسد للعقد والله أعلم

باب النكاح والصلح من الجناية والخلع والعتق والمكاتبة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا تزوج الرجل امرأة بمزارعة أرضه هذه السنة على أن يزرعها ببذرها وعملها فما خرج فهو بينهما نصفان فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة لاشتراط أحد العقدين

فى الاجر والمزارعة كالبيع تبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لايبطل هكذا قال ابراهيم النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع وعلى قول أبى يوسف التسمية صحيحة وصداقها أجر مثل نصف الارض وعلى قول محمد رحمه الله التسمية فاسدة ولهامهر مثلها الا أن يجاوز ذلك باجر مثل جميع الارض فحينئذ لها أجر مثل جميع الارض لان التزوج بذل منفعة الارض بمقابلة نصف الخارج وبمقابلة نصفها فان المشروط لها على الزوج ملك النكاح ونصف الخارج لان البذر من قبلها فانما تتوزع منفعة الارض عليهما باعتبار القيمة كما هو قضية المقابلة ونصف الخارج مجهول أصلا وجنسا وقدرا فكان مايقابل البضع من منفعة الارض مجهولا أيضا جهالة التسمية ومثل هذه الجهالة تمنع صحة التسمية فيكون لها مهر مثلها كما لو تزوجها بثوب الا أن يتيقن بوجود الرضا منها يكون صداقها منفعة جميع الارض لانها لما رضيت به بمقابلة سنين كانت بمقابلة أحدهما أرضا فلهذا لايجاوز بالصداق أجر مثل جميع الارض وأبو يوسف يقول الانقسام بين البضع ونصف الخارج باعتبار التسمية لاباعتبار القيمة فيتوزع نصفين كما هو قضية المقاسمة بين المجهول والمعلوم بمنزلة مالوأوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين كان لفلان نصف الثلث فهنا أيضا يكون الصداق منفعة نصف الارض والمنفعة مال متقوم فى حكم الصداق فتصح التسمية ويلزم تسليم منفعة نصف الارض اليها وقد عجز عن ذلك لفساد المزارعة فيكون لها اجر مثل نصف الارض فان طلقها قبل الدخول بها كان لها فى قول أبى يوسف رحمه الله نصف المسمى وهو ربع اجر مثل الارض وفى قول محمد رحمه الله لها المنفعة لفساد التسمية وان زرعت المرأة زرعا فأخرجت الارض شيأ أولم تخرج فجميع الخارج للمرأة لانه نماء بذرها وعليها في قياس قول أبى يوسف نصف أجر مثل الارض ولاصداق لها على الزواج لانها استوفت منفعة جميع الارض ونصف ذلك صداقها والنصف الآخر استوفته بحكم مزارعة فاسدة فعليها أجر مثل نصف الارض وعند محمد رحمه الله عليها أجر مثل جميع الارض فيتقاصان ويترادان فضلا ان كان وان كان البذر من قبل الزوج فتزوجها على أن دفع أرضا وبذرا مزارعة بالنصف والمسئلة بحالها فالنكاح صحيح والمزارعة فاسدة وللمرأة مهر مثلها بالغا ما بلغ عندهم جميعا لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة البضع وبمقابلة العمل والخارج مجهول الجنس والقدر ووجود أصله على خطر فلم يصح تسميته صداقا فكان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ وهو الاصل فى هذا الجنس انه متى كان المشروط بمقابلة البضع بعض

الخارج فالتسمية فاسدة عندهم جميعا ومتى كان المشروط منفعة الارض أو منفعة العامل بمقابلة البضع ففي صحة التسمية اختلاف كما بينا حتى لو تزوجها على أن يأخذ أرضها ليزرعها ببذره وعمله بالنصف فللمرأة مهر المثل بالاتفاق لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها ومنفعة الارض ولو تزوجها على أن يأخذ أرضها وبذرا معها مزارعة بالنصف فالمسئلة على الاختلاف لانها شرطت عمل الزوج بمقابلة بضعها ونصف الخارج فيكون الصداق نصف عمل الزوج فى قول أبي يوسف كما بينا ولو تزوجها على أن دفع اليها نخلا معاملة بالنصف فلها مهر مثلها لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها وعملها ولو تزوجها على ان دفعت اليه نخلا معاملة بالنصف فالمسئلة على الخلاف لان الزوج التزم العمل بمقابلة بضعها ونصف الخارج فهذه ست مسائل فى النكاح وست اخرى فى الخلع على هذه الصورة فالمرأة فى الخلع بمنزلة الزوج في النكاح لان بذل الخلع عليها له ففى كل موضع ذكرنا في النكاح أنه يكون لها صداق مثلها ففى الخلع يجب عليها رد المقبوض لان البضع لا يتقوم عند خروجه من ملك الزوج وانما يتقوم باعتبار رد المقبوض وكذلك هذه المسائل الست فى الصلح من جناية العمد الا أن فى كل موضع كان الواجب فى النكاح صداق مثلها ففى الصلح من دم العمد الواجب الدية لان بذل النفس هو الدية عند فساد التسمية فى الصلح بمنزله مهر المثل فى النكاح وأما كل جنايه ليس فيها قصاص أو جنايه خطا وقعت على الصلح عنها عقدة مزارعة أو معاملة نحو ما وصفنا فان العقد فى جميع ذلك فاسد بالاتفاق وارش الجناية واجب لان هذا صلح عن مال علي مال فيكون بمنزلة البيع يبطل بالشرط الفاسد كما تبطل المزارعة فاشتراط كل واحد من العقدين فى الآخر يفسد كل واحد منهما فأما العتق على شرط المزارعة فى جميع هذه الوجوه فعلى العبد فيه قيمة نفسه بالغا ما بلغت لان المولى انما يزيل عن ملكه فى العتق مالا متقوما فعند فساد التسميه يكون رجوعه بقيمة العبد كما لو أعتق عبده على خمر ولا يدخل هنا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على قياس جعل العتق اذا كان شيأ بعينه فاستحق أو هلك قبل القبض لان هناك التسمية كانت صحيحة وهنا أصل التسمية فاسد فيكون هذا نظير العتق على الخمر وأما الكتابة على نحو ذلك فالكتابة فاسدة مع المزارعة والمعاملة لان الكتابة لا تصح الا بتسمية البدل وهو عقد محتمل للفسخ بمنزلة البيع فاشتراط كل واحد من العقدين فى الآخر يفسدهما جميعا فان عملها المكاتب عتق ان خرج

شيء أو لم يخرج اذا كان محله محل آخر بان كان المولى صاحب النخل أو صاحب الارض والبذر لانه أوفى العمل المشروط عليه بمقابلة رقبته ومع فساد التسمية يترك العتق بايفاء المشروط كما لو كاتبه على خمر فأدى الخمر ثم للمكاتب على مولاه أجر مثله وللمولى عليه رقبته فان كانت قيمة رقبته أكثر من أجر المثل فعليه ان يؤدي الفضل وان كان أجر مثله أكثر من قيمة رقبته لم يكن على مولاه شيء لانه نال العتق بمقابلة ما أوفى من العمل فلا تمكن استرداد شيء منه واسترداد بدله كاسترداده ثم في الكتابة الفاسدة المولى أحق بمنافعه فلا يتقوم عليه منافعه الا بقدر ما يحتاج اليه المكاتب وذلك مقدار قيمة رقبته واذا كان محل المكاتب محل المستأجر بان كان البذر من قبل المكاتب لم يعتق وان زرع الارض وحصل الخارج لان الجعل هنا بعض الخارج وهو مجهول اللون والجنس والقدر ومثل هذه الجهالة تمنع العتق وان أدى كما لو كاتبه على ثوب ثم الخارج كله في يد العبد هنا الى ان يرده المولى رقيقا واذا رده المولى رقيقا كان الخارج للمولى باعتبار انه كسب عبده لا باعتبار انه مشروط في الكتابة فلهذا لا يعتق العبد به والله أعلم

باب عمل صاحب الارض والنخل فيها بامر العامل أو بغير أمره

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هذه السنة بالنصف فبذره العامل وسقاه فلما نبت قام عليه رب الارض بنفسه وأجرائه وسقاه حتى استحصد بغير أمر المزارع فالخارج بينهما نصفان ورب الارض متطوع فيما صنع لان الشركة بينهما قد انعقدت في الخارج حين بذره العامل وسقاه وصار العقد بحيث لا يملك رب الارض فسخه فاقامة العمل بعد ذلك كاقامة أجنبي آخر ولو عمل أجنبي آخر فيها كان متطوعا فيما صنع والخارج بين رب الارض والمزارع على الشرط فكذلك اذا فعل رب الارض ذلك فان كان استأجر لذلك فعمل أجيره كعمله وأجر الاجير عليه لانه هو الذى استأجره ثم رب الارض انما عمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر على غيره ولو كان المزارع بذر البذر فلم ينبت ولم يسقه حتى سقاه رب الارض بغير أمره فنبت فلم يزل يقوم عليه ويسقيه حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع فى عمله ولا أجر له وهو القياس ولكنا نستحسن أن يجعل بينهما على ما اشترطا ويجعل رب الارض متطوعا فيما عمل وجه القياس ان

رب الارض استرد الارض والبذر قبل انعقاد الشركة بينهما لان الشركة بينهما في الخارج لا في البذر وبمجرد القاء البذر في الارض وكونه في الجوالق سواء ولو أخذ رب الارض البذر وزرع بنفسه كان الخارج كله اليه لانه صار مستردا في حال هو يملك فسخ المزارعة في تلك الحالة فكذلك اذا استرده بعد الالقاء في الارض قبل السقي وجه الاستحسان ان سبب الشركة في الخارج القاء البذر فيقام هذا السبب مقام حقيقة الشركة ببيان الزرع (ألا ترى) أنه يقام مقامه في لزوم العقد حتى لا يملك رب الارض فسخه بعد ذلك قصدا ومنع المزارع من العمل فيكون هذا منه اعانة للمزارع أو عمله فيما هو شريك فيه فيكون الخارج بينهما على الشرط كما في الفصل الاول وهو نظير ما استشهد به لو ان رجلا بذر أرضا له فلم ينبت حتى سقاه رجل فنبت كان الزرع الذى سقاه في القياس بمنزلة من غصب بذرا وزرعه وفي الاستحسان الزرع لصاحب الارض والذى سقاه معين له وهذا لانه بعد الزراعة يكون اذنا لكل واحد منهما في سقيه والقيام عليه مستعينا به دلالة فينزل ذلك منزلة أمره اياه بذلك نصا بخلاف ما قبل الزراعة فله تدبير في تقديم عمل الزراعة وتأخيره واختيار ما يزرعه في كل أرض فلا يكون هو آمرا للغاصب بان يزرع بذره في أرضه فيكون الغاصب عاملا لنفسه فكذلك في مسئلة المزارعة بعد ما بذره المزارع هو كالمستعين بصاحب الارض في سقيه والقيام عليه فكأنه أمره بذلك نصا فيكون رب الارض عاملا له لا لنفسه ولو بذره رب الارض ولم يسقه ولم ينبت حتى سقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على ما اشترطا أما اذا كان ذلك بامر المزارع فهو غير مشكل لانه لو بذره وسقاه كان معينا للمزارع فاذا بذره ولم يسقه أولى وأما اذا كان بغير أمره فلان بمجرد القاء البذر في الارض لم يحصل الخارج وانما حصل بالسقي والعمل بعد وقد باشره المزارع فيكون الخارج بينهما على الشرط وهذا الفعل من رب الارض محتمل يجوز أن يكون على طريق الفسخ منه لعقد المزارعة ويجوز أن يكون على وجه النظر لنفسه وللعامل كيلا يفوت الوقت لاشتغال المزارع بعمل آخر أو لمرض حل به وبالاحتمال لا ينفسخ العقد فلهذا كان الخارج بينهما على الشرط ولو أخذه رب الارض فبذره في الارض وسقاه فنبت ثم ان المزارع يقوم عليه ويسقيه حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع في عمله ولا أجر له لانه قد استحكم استرداد رب الارض حين بذره وسقاه حتى نبت من حيث ان بالنبات تحصل الشركة

فى الخارج ولم يوجد من جهة المزارع ليكون شريكا فى الخارج فانما نبت الخارج كله على ملك رب الارض وانفسخ به عقد المزارعة فصار كان لم يكن ثم المزارع بالعمل بعد ذلك بغير أمره متطوع فلا يستوجب عليه الاجر وان كان البذر من قبل المزارع فبذره ولم يسقه حتى سقاه رب الارض وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على الشرط استحسانا وكذلك لو بذره رب الارض ولم يسقه حتى سقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على الشرط ولو بذره رب الارض وسقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فالخارج كله لرب الارض وهو ضامن لمثل ماأخذ من البذر والمزارع متطوع في عمله لانه كان غاصبا لما أخذ من البذر وقد استحكم ذلك بنبات الخارج على ملكه فكانت زراعته فى هذه الارض وفى أرض له أخرى سواء فيكون الخارج كله له والمزارع متطوع لانه عمل فى زرع غيره بغير أمره واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة بالنصف فقام عليه العامل وسقاه وحفظه فلما خرج طلعه أخذه صاحب النخل بغير أمر العامل وقام عليه وسقاه ولقحه حتى أدرك الخارج فهو بينهما على ما اشترطا لان الشركة قد تأكدت بخروج الطلع فيكون رب النخل بعد ذلك معينا للعامل فى النخل بمنزلة أجنبي آخر بعينه ولا أجر لصاحب النخل فى تلقيحه وعمله لانه متبرع فيه لم يأمره العامل به ولو كان العامل حين قبض النخل أخذه صاحبه بغير أمره فسقاه وقام عليه حتى طلع طلعه ثم قبض منه العامل فلقحه وسقاه وقام عليه حتى صار تمرا فجميع ما خرج لصاحب النخل ولا شيء للعامل منه لان الشركة انما تنعقد بينهما بخروج الطلع وحين خرج لم يكن وجد من العامل عمل فيه لا حقيقة ولا حكما فيكون الخارج كله على ملك صاحب النخل ثم لا يتغير ذلك بعمل العامل بل هو فيما عمل كاجنبي آخر ولو كان صاحب النخل قبضه وسقاه وقام عليه فلم يخرج طلعه حتى قبضه العامل بغير أمر صاحبه فسقاه وقام عليه حتي خرج طلعه ثم لقحه وقام عليه حتى صار تمرا فالخارج بينهما على الشرط لما بينا ان الشركة انما تنعقد عند حصول الطلع وقد وجد العمل من العامل عند ذلك على الوجه الذى اقتضته المعاملة فيصير الخارج مشتركا بينهما كما فى مسئلة المزارعة بل أولى لان هناك رب الارض والبذر يملك فسخ العقد قصدا قبل القاء البذر فى الارض وهنا لا يملك ثم هناك لا يجعل رب الارض مستردا فيما أقام من العمل ويجعل الخارج بينهما على الشرط فهنا أولى وفى جميع هذه المسائل لو كان رب الارض والنخل فعل مافعل بامر العامل والمزارع كان الخارج

بينهما على الشرط لان المزارع استعان به فى العمل وهو قصد اعانته لا اقامة العمل لنفسه فتكون الاستعانة به بمنزلة الاستعانة بغيره ولو كان استأجر رب الارض والبذر أو رب النخل على ذلك باجر معلوم فالخارج بينهما على الشرط ولا أجر له على المزارع لانه عمل فيما هو شريك فيه ولو أمره أن يستأجر لذلك أجراء ففعل فالخارج بينهما على الشرط وأجر الاجراء عليه ولو كانت المزارعة والمعاملة الاولى بالنصف ثم دفعها العامل الى رب الارض والنخل ليعمل على أن له الثلثان من الخارج والثلث للعامل فالخارج بينهما نصفان على المزارعة الاولى لان العامل استأجر رب الارض والنخل للعمل بجزء من نصيبه ولو استأجره بدراهم لم يستوجب الأجر فكذلك اذا استأجره بجزء من نصيبه ولا يجعل هذا حطا منه لبعض نصيبه من الخارج لان هذا الحط فى ضمن العقد الثانى لا مقصودا بنفسه وقد بطل العقد الثانى فيبطل ما فى ضمنه والله أعلم

باب اشتراط بعض العمل على العامل

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة على أن يلقحه فما خرج منه فهو بينهما نصفان ولم يشترط صاحب النخل على العامل من السقي والحفظ والعمل شيأ غير التلقيح نظرت فيه فان كان النخل يحتاج الى الحفظ والسقى فالمعاملة فاسدة لان العمل انما يستحق على العامل بالشرط ولا يستحق عليه الا المشروط واذا كان الثمن لا يحصل بالعمل المشروط عليه فما سواه من الاعمال يكون على رب النخل ولو شرط عليه ذلك فسد العقد لان موجب المعاملة التخلية بين العامل وبين النخيل فاشتراط بعض العمل على رب النخل لعدم التخلية يفسد به العقد فكذلك استحقاق ذلك عليه وانما قلنا ان ذلك استحق عليه لان المقصود هو الشركة فى الخارج فلا بد من اقامة العمل الذى به يحصل الخارج ولا يمكن ايجاب ذلك على العامل من غير شرط فيكون على رب النخل ذلك ليتمكن من تسليم نصيب العامل من الخارج اليه كما شرطه له فان لقحه العامل فله أجر مثله فيما عمل وقيمة مالقحه به لانه صرف عين ماله ومنافعه الى اصلاح ملك الغير بعقد فاسد فيستحق عليه أجر مثله بازاء منافعه وقيمة ما لقحه به بازاء العين الذى صرفه الى ملك الغير فان ابتغى العوض عن جميع ذلك ولم ينل حين كان الخارج كله لصاحب النخل فكان له أجر مثله وقيمة ما لقحه به وان كان

لا يحتاج الى حفظ ولا الى سقي ولا عمل غير التلقيح فالمعاملة جائزة لان العمل الذي يحصل به الخارج مستحق على العامل بالشرط. وما وراء ذلك غير محتاج اليه فلايكون مستحقا على رب النخل مالا يحتاج اليه فذكره والسكوت عنه سواء وان كان لايحتاج الي سقى ولكن لو سقى كان أجود لثمرته الا ان تركه لا يضره فالمعاملة جائزة لان المستحق بعقد المعاوضة صفة السلامة فى العوض فأما صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقدفلا يكون على رب النخل شئ من العمل هنا وان كان ترك السقي يضره ويفسد بعضه الا انه لايفسد كله فالمعاملة فاسدة لان بمطلق المعاوضة يستحق صفةالسلامة عن العيب وذلك لايحصل بالعمل المشروط. على العامل فلا بد من القول باستحقاق بعض العمل على رب النخل وهو ما يحصل به صفة السلامة وذلك مفسد للعقد وان كان ترك اشتراط التلقيح عليه وقد اشترط ما سواه لم يجز لان ترك التلقيح يضره على ما بينا أن النخيل اذا لم يلقح أحشفت التمر فقد بقي بعض العمل على صاحب النخل وهو ما يحصل به صفة السلامة وكذلك كل عمل لا يصلح النخل الا به ولم يشترطه على العامل ولو كان النخل نخلا لا يحتاج الى التلقيح وكان بحيث يحصل ثمره بغير تلقيح الا أن التلقيح أجود له فالمعاملة جائزة لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة لا صفة الجودة ولو دفع اليه النخل ملقحا واشترط عليه الحفظ والسقي جاز لان التخلية بين النخل والعامل انما تشترط بعد العقد وقد وجد بخلاف ما اذا دفع اليه غير ملقح واشترط التلقيح على رب النخل فان ذلك لا يجوز لان التخلية تنعدم عقيب العقد وما يلقحه صاحب النخل والمعاملة يلزم بنفسها من الجانبين فاشتراط ما يفوت موجبه يفسد العقد وفى الاول التلقيح من رب النخل كان قبل العقد فما هو موجب العقدوهو التخلية بين العامل والنخل عقيب العقد موجود وان اشترطا أن يلقحه صاحبه ثم يحفظه العامل ويسقيه لم يجز لان العقد انعقد بينهما فى الحال فالشرط مفوت موجب العقدوان كان مضافا الى مابعد فراغ صاحب النخل من التلقيح فذلك مجهول لا يدرى يعجله صاحب النخل أو يؤخره والجهالة فى ابتداء مدة المعاملة مفسدة للمعاملة الا أن يشترط أن يلقحه فى هذا الشهر صاحب النخل على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الداخل فيجوز لان ابتداء مدة المعاملة هنا فى غرة الشهر الداخل وهو معلوم والمعاملة عقد اجارة فتجوز اضافتها الى وقت فى المستقبل ولو دفعه اليه واشترط التلقيح والسقى على العامل والحفظ على رب النخل لم يجز لان هذا الشرط يعدم التخلية فى

جميع مدة المعاملة فالحفظ محتاج اليها لآن لدرك الثمار الا ان يكون فى موضع لا يحتاج الى الحفظ فتجوز المعاملة والشرط باطل لانه انما يعتبر من الشروط مايكون مفيدا وأما مالا يفيد فالذكر والسكوت عنه سواء ولو اشترط التلقيح والحفظ على العامل والسقى على رب النخل لم يجز أيضا لان هذا الشرط يعدم التخلية فان كان قد يصلح بغير سقى الا ان السقي أفضل له لم يجز أيضا لان صفة الجودة تستحق بالشرط فاذا كانت هذه تحصل بما شرط على رب النخل لم يكن بد من اعتباره وان كان السقي لا يزيد فيه شيأ ولا يضره تركه فالمعاملة جائزة والشرط باطل لانه ليس فى هذا الشرط فائدة فذكره والسكوت عنه سواء ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هذه السنة فما خرج منه فهو بينهما نصفان ولم يشترط عليه سقيا ولا حفظا فان كانت أرضا يسقيها السماء لا يحتاج فيها الى سقى ولا حفظ مثل أرض الجزيرة ونحوها فالمزارعة جائزة على شرطهما لان ما يحصل به الخارج قد شرط علي المزارع وما سواه من العمل غير محتاج اليه فلا يكون مستحقا على واحد وان كان لا يستغنى عن الحفظ والسقي فالمزارعة فاسدة لانه لا يستحق على العامل الا العمل المشروط فما وراء ذلك مما يحصل به الخارج يكون على رب الارض فكأنه شرط ذلك عليه وهو مفسد للعقد لانعدام التخلية وان كان الزرع لا يحتاج الى سقي ولكنه لو سقى كان أجود له فهو جائز على شرطهما لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة لانهاية الجودة بخلاف ماذا شرط ذلك على رب الارض فى هذه الصورة لان صفة الجودة تستحق بالشرط وان كان اذا ترك السقى هلك بعضه وخرج بعضه حيا عاصرا عطشانا فالمزارعة فاسدة لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة وذلك لا يكون الا بما لم يشترط على العامل فيكون ذلك مستحقا على رب الارض ولو اشترط جميع العمل على العامل لا الحفظ فانه اشترطه على رب الارض فالمزارعة فاسدة لان بهذا الشرط تنعدم التخلية وكذلك لو اشترط السقى على رب الارض ولو اشترط على رب الارض أن يبذره كان هذا فاسدا لان العقد ينعقد بينهما فى الحال فالتخلية تنعدم الى أن يفرغ رب الارض من البذر فان كان اشترط على رب الارض السقى والسقي او ترك لم يضره ولكنه أجود للزرع ان سقى فالمزارعة فاسدة لان صفة الجودة تستحق بالشرط وان كان السقي لا يزيده خيرا فالمزارعة جائزة والشرط باطل لانه غير مفيد وان كان المطر ربما قل فزاد الزرع وربما كثر فلم يزده السقي خيرا لم تجز المزارعة لان هذا الشرط معتبر مفيد من وجه والاصل فى

الشرائط فى العقد انه يجب اعتبارها الا عند التيقن بخلوها عن الفائدة ويبقى هنا موجب اعتبار الشرط وباعباره يفسد العقد لانعدام التلخية واذا بذر الرجل فلم ينبت شئ حتى دفعها الى رجل على أن يسقيه ويحفظه فما خرج منه فهو بينهما نصفان فهو جائز لوجود التخلية بين الارض والمزارع عقيب العقد ولو دفعها اليه قبل أن يبذرها على أن يبذرها رب الارض ويسقيها المزارع ويحفظها فهذا فاسد لان العقد انعقد بينهما فى الحال والتخلية تنعدم الى أن يبذرها رب الارض وان كان رب الارض اشترط له أن يبذر على أن يحفظ الزرع بعد ذلك ويسقيه لم يجز أيضا لما بينا انهما أضافا العقد الى وقت فراغ رب الارض من البذر وذلك غير معلوم فقد يعجل رب الارض البذر وقد يؤخر ذلك وجهالة مدة المزارعة تفسد العقد الا أن يشترط أن يزرع فى هذا الشهر على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الداخل فيجوز حينئذ لانهما أضافا العقد الى وقت معلوم فانما ينعقد العقد بعد مجئ ذلك الوقت والتخلية توجد عقيب انعقاد العقد ولو ان البذر من المزارع على ان الذى يلى طرح البذر فى الارض رب الارض واشترطا لذلك وقتا يكون السقي والحفظ بعده أولم يشترطا فالمزارعة فاسدة لان رب الارض مؤاجر لارضه والعقد يلزم من جانبه بنفسه فيلزمه تسليم الارض فاذا شرط عليه طرح البذر فى الارض فهذا شرط يعدم التخلية بخلاف الاول فهناك انما يلزم العقد من جهة صاحب البذر بعد القاء البذر فى الارض فيكون اضافة المزارعة الى وقت معلوم ولكن يدخل على هذا الحرف المعاملة فانها تلزم بنفسها وقد بينا ان الجواب فيها وفي المزارعة اذا كان البذر من قبل رب الارض سواء فالوجه أن يقول اشتراط طرح البذر على رب الارض بمنزلة اشتراط البقر عليه اذا كان البذر من قبله غير مفسد للعقد واذا كان البذر من العامل مفسدا للعقد فكذلك اذا اشترطا طرح البذر فى الارض عليه وكذلك لو اشترط الحفظ والسقى على رب الارض فهذا شرط يعدم التخلية ولولم يشترط الحفظ والسقى على واحد منهما ودفعها اليه على أن يزرعها بالنصف جاز وكان السقي والحفظ على المزارع لان رب الارض انما أجر أرضه وليس عليه من العمل قليل ولا كثير وانما العمل الذى يحصل به الخارج على المزارع فالسكوت عنه بمنزلة الاشتراط على المزارع وذلك غير مفسد للعقد واذا دفع الى رجل أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فزرعها فلما صار الزرع بقلا باع رب الارض الارض بما فيها من الزرع أولم يسم زرعها فالبيع موقوف لان المزارع مستأجر

للارض ومع المؤاجر العين المستأجرة فى مدة الاجارة تتوقف على اجارة المستأجر لان فى نفوذ العقد ضرر عليه لان المؤاجر لايقدر على التسليم الا باجارة المستأجر فيتوقف البيع على اجارته كالراهن اذا باع المرهون فان أجازه المزارع جاز لان اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والمانع من نفوذ العقد حقه وقد زال باجازته ثم للشفيع أن يأخذ الارض بما فيها من الزرع أو يدع اذا كان باعها بزرعها لان الزرع تبع الارض مادام متصلا بها فيثبت للشفيع حق الشفعة فيه ولو أراد أخذ الارض دون الزرع أو الزرع دون الارض أو أخذ الارض وحصة رب الارض من الزرع دون حصة المزارع لم يكن له ذلك لانه تمكن من أخذ الكل فليس له أن يأخذ البعض لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ثم يقسم الثمن على قيمة الارض والزرع فحصة الارض لرب الارض وحصة الزرع بينهما نصفان لان الملك فى الزرع بينهما نصفان وكذلك لو كان البذر من رب الارض لان بعد القاء البذر فى الارض العقد لازم من جهته فلا ينفذ بيعه الا باجازة المزارع وان لم يجزه حتى استحصد الزرع ومضت السنة وقدباعها مع الزرع فللمشترى أن يأخذ الارض ونصف الزرع بحصته من الثمن اذا قسم على قيمة الارض وقيمة الزرع يوم وقع البيع لان المزارعة قد انتهت باستحصاد الزرع فزال المانع من التسليم فيتم العقد فيما هو ملك البائع ألا ترى انه لو كان ابتداء البيع منه بعد استحصاد الزرع كان جائزا فى الارض وحصته من الزرع فهذا مثله وهو بمنزلة مالو باع الراهن المرهون ثم افتكه الراهن قبل أن يفسخ البيع ثم للشفيع أن يأخذ ماتم فيه العقد وهو الارض وحصة رب الارض من الزرع ما لم يحصد وليس له أن يأخذ بعض ذلك دون بعض والجواب فى المعاملة قياس الجواب فى المزارعة في جميع ماذكرنا ان البيع قبل الادراك لايجوز الا باجازة العامل وبعد الادراك يجوز في حصة رب النخل فى الثمر مع النخل وفى حصة العامل لايجوز الا باجازته فان جد النخل وحصد الزرع فى هذه المسائل قبل أن يأخذ الشفيع ذلك لم يكن للشفيع على الزرع ولا على الثمر سبيل لزوال الاتصال ولكنه يأخذ الارض والنخل بحصتهما من الثمن ولولم يذكر البائع الثمر والزرع فى البيع لم يدخل شيء من ذلك فيه سواء ذكر فى البيع كل حق هو لها أو مرافقها أولم يذكر الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله فانه يقول بذكر الحقوق والمرافق يدخل الثمر والزرع وان قال بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها دخل الزرع والثمر الا أن يكون

قال من حقوقها وقد بينا هذا فى كتاب الشفعة ولو اختصم البائع والمشترى فى ذلك قبل أن يستحصد الزرع وتكمل السنة وأراد أحدهما نقض البيع وقد أبى المزارع أن يجيز البيع فالامر فى نقض البيع الى المشترى لان البائع عاجز عن التسليم اليه لما أبى المزارع الاجازة وفيه ضرر على المشتري فيكون له أن يفسخ البيع الا أن يسلم له البائع ما باعه وان كان البائع هو الذى أراد نقض البيع فليس له ذلك لان البيع نافذ من جهته لمصادفته ملكه ولا ضرر عليه فى ابقائه فليس له أن ينقضه وهكذا فى المرهون اذا أبى المرتهن أن يسلم فان أراد المشترى فسخ العقد فله ذلك وان أراد البائع ذلك ليس له ذلك اذا أبى المشترى ولم يذكر ان المزارع أو المرتهن اذا أراد نقض البيع هل له ذلك أم لا والصحيح انه ليس له ذلك لانه لاضرر عليه فى بقاءالعقد بينهما انما الضرر عليه فى الاخراج من يده وله أن يستديم اليد الى أن تنتهى المدة وذلك لا ينافى بقاء العقد فلهذا لايكون لواحد منهما فسخ العقد فان لم يرد واحد منهما نقض البيع وحضر الشفيع فأراد أخذ ذلك بالشفعة فله ذلك لان وجوب الشفعة يعتمد لزوم العقد وتمامه من جهة البائع وقد وجد ذلك ثم يكون هو بمنزلة المشترى ان سلم له المبيع والا نقضه فان قال البائع والمشتري لايسلم لك البيع حتى يسلم للمشترى لم يكن لهما ذلك لان حق الشفيع سابق على ملك المشترى شرعا ولكن الامر فيه الى الشفيع وهو بمنزلة المشترى فى جميع ذلك حين قدمه الشرع عليه بعدما طلب الشفعة وان علم الشفيع بهذا الشراء فلم يطلبه بطلت شفعته وان سلم الشراء بعد ذلك للمشترى فاراد الشفيع أن يطلب الشفعة فليس له ذلك لان سبب وجوب حقه قد تقرر فتركه الطلب بعد تقرر السبب يبطل شفعته وان لم يكن متمكنا من أخذه وان طلب الشفعة حين علم فقال له البائع هات الثمن وخذها بالشفعة والا فلا شفعة لك فان سلم البائع الارض للشفيع فعليه أن يعطيه الثمن وان لم يسلم الارض فللشفيع أن يمنع الثمن حتى يعطيه الارض لانه قام مقام المشترى فى ذلك ولاحق للبائع فى استيفاء الثمن مالم يتمكن من تسليم المعقود عليه ولا يبطل ذلك شفعته لانه قد طلبها حين علم وكذلك لو كان البذر من رب الارض وكذلك هذا فى معاملة النخيل فى جميع ماذكرنا والله أعلم

باب موت المزارع ولا يدرى ماصنع في الزرع واختلافهما فى البذر والشرط

(قال رحمه الله) واذا مات المزارع بعد ما استحصد الزرع ولم يوجد فى الارض زرع

ولا يدرى مافعل فضمان حصة رب الارض فى مال المزارع من أيهما كان البذر لان نصيب رب الارض كان أمانة فى يد المزارع فاذا مات مجهلا له كان دينا فى تركته كالوديعة يصير دينا بموت المودع فى تركته اذا كان لا يعلم ماصنع بها وكذلك اذا مات العامل بعد ماطلع الثمر فبلغ أولم يبلغ فلم يوجد في النخيل شئ لان نصيب رب النخل كان أمانة فى يد العامل واذا مات رب الارض أو المزارع أو ماتا جميعا فاختلف ورثتهما أو اختلف الحي منهما مع ورثة الميت فى شرط الانصباء فالقول قول صاحب البذر أو ورثته مع اليمين لان الاجر يستحق عليه بالشرط فاذا ادعى عليه زيادة فى المشروط أنكره هو كان القول قوله مع يمينه ان كان حيا وان كان ميتا فورثته يخلفونه فالقول قولهم مع ايمانهم بالله على علمهم والبينة بينة الآجر لانه يثبت الزيادة ببينته فان اختلفوا فى صاحب البذر أيضا كان القول قول المزارع مع يمينه على الثبات ان كان حيا وان كان ميتا فالقول قول ورثته مع ايمانهم على العلم لان الخارج فى يد المزارع أو فى يد ورثته فالقول قول ذى اليد عند عدم البينة والبينة بينة رب الارض لانه خارج محتاج الى الاثبات بالبينة ولو كانا حيين فاختلفا فأقام صاحب الارض البينة انه صاحب البذر وانه شرط للمزارع الثلث وأقام المزارع البينة انه صاحب البذر وانه شرط لرب الارض الثلث فالبينة بينة رب الارض لانه هو الخارج المحتاج الى الاثبات بالبينة وان علم ان البذر من قبل رب الارض وأقاما البينة على الثلث والثلثين فالبينة بينة المزارع لانه يثبت الزيادة ببينته واذا مرض رجل وفى يده أرض لرجل قد أخذها مزارعة وعليه دين فى الصحة والبذر من قبله فأقر انه شرط لصاحب الارض الثلثين ثم مات وأنكر ذلك الغرماء فان كان أقر بعد ما استحصد الزرع بدئ بدين الغرماء لان هذا بمنزلة الاقرار بالعين والمريض اذا أقر بدين أو عين لم يصدق فى حق غرماء الصحة فيبدأ بدينهم فيقضى فان بقى شئ كان لصاحب الارض مقدار أجر مثلها من الثلثين الذى أقر له به ولان فى مقدار أجر المثل أقر بسبب موجب للاستحقاق وهو يملك مباشرة ذلك السبب فى حق ورثته فيصح اقراره بذلك القدر من جميع ماله فان بقى من الثلثين بعد ذلك شئ كان له من الثلث لان الزيادة على مقدار أجر المثل محاباة منه والمريض لو أنشأ المحاباة فى مرض موته اعتبرت من ثلثه فكذلك اذا أقر به وان كان أقر بذلك حين طلع الزرع وفى ثاني الزرع فضل عن أجر المثل يوم أقر بذلك فلم يثبت حتى استحصد الزرع ثم مات فان صاحب الارض يضرب مع غرماء الصحة بمقدار أجر مثل

الارض من الثلثين فيتحاصون فى ذلك لانه أقر بما يملك انشاءه فان ابتداء عقد المزارعة قبل ادراك الزرع صحيح فتنتفى التهمة عن اقراره فى مقدار أجر المثل ويجعل كما لو أنشأ العقد ابتداء فتثبت المزاحمة بين غرماء الصحة وبين صاحب الارض فى ذلك بخلاف الاول فان بعد استحصاد الزرع لا يجوز ابتداء عقد المزارعة بينهما فيتمكن فى اقراره تهمة فى حق غرماء الصحة وان كان الدين عليه باقراره فى المرض ففى الفصل الاول يتحاصون فى ذلك لانه أقر بدين ثم بعين وقد جمع بين الاقرارين حالة المرض فكأنهما وجدا معا وفى الفصل الثانى بدئ باجر المثل لانه لا تهمة فى اقراره فى حال يتمكن من انشاء العقد ولهذا كان مزاحما لغرماء الصحة ومن يزاحم غرماء الصحة يكون مقدما على المقر له فى المرض ولو كان البذر من قبل رب الارض كان المريض مصدقا فيما أقر له به لان القول قول رب البذر هنا فى مقدار ما شرطه ولو أن المريض أقر انه كان معينا له كان القول قوله فى ذلك فاذا أقر انه كان مزارعة بجزء يسير أولى أن يقبل قوله فى ذلك وان كان عليه دين الصحة لان اقراره هنا تصرف منه فى منافعه ولا حق للغرماء والورثة في ذلك ولو كان المريض رب الارض وعليه دين الصحة فأقر فى مرضه بعد ما استحصد الزرع انه شرط للمزارع الثلثين ثم مات بدئ بدين الصحة لان هذا اقرار منه بالعين فى مرضه فان بقى شى كان للمزارع مقدار أجر مثله من ثلثى الزرع لان اقراره بذلك القدر صحيح فى حق الورثة فانه يقر بالعين بسبب لا محاباة فيه ولو أقر بالدين بعد اقراره فى حق الورثة ثم الباقى من الثلثين وصية له من الثلث لان الباقى محاباة فيكون وصية تعتبر من الثلث أقر بها أو أنشأها وان كان أقر بذلك حين زرع المزارع وفى ثلثى الزرع يومئذ فضل عن أجر مثله ثم مات بعد ما استحصد الزرع يحاص المزارع غرماء الصحة بمقدار أجر مثله من ثلثى ما أخرجت الارض بمنزلة ما لو أنشأ العقد لان وجوب هذا القدر بسبب لا تهمة فيه ثم الباقى وصية له وان كان الدين على المريض باقراره فى مرضه ففى الوجه الاول يتحاصون وفى الوجه الثانى بدئ باجر مثل المزارع وحال رب الارض فى هذه المسئلة كحال المزارع فى المسئلة الاولى وكذلك الحكم فى المعاملة اذا مرض صاحب النخل وأقر بشيء من ذلك فهو نظير الفصل الاول فيما ذكرنا من التخريج وان كان المريض هو العامل فقال شرط لى صاحب النخل السدس فالقول قوله اذا صدقه صاحب النخل لان الذى من جهته مجرد العمل ولو قال كنت معينا له كان القول

قوله فهنا أولي ولا يقبل بينة غرماء العامل وورثته على دعوى الزيادة لانه مكذب لهم فى ذلك والشهود انما يثبتون الحق له فبعد ما أكذبهم لا تقبل شهادتهم له والورثة يقومون مقامه ولو ادعى هو ذلك قبل موته وأقام البينة لا تقبل بينته فكذلك غرماؤه وورثته بعد موته ولا يمين على رب النخل أيضا لان اليمين ينبنى على دعوى صحيحة وان كان المريض صاحب النخل والعامل أحد ورثته فأقر له بشرط النصف بعد ما بلغ التمر فاقراره باطل لانه أقر بالعين له واقرار المريض لوارثه بالعين باطل وان كان أقر حين بدأ بالعمل وطلع الكفري ثم مات بعد ما بلغ التمر أخذ العامل مقدار أجر مثله من نصف التمر لان اقراره هنا بمنزلة انشاء العقد فلا تتمكن فيه التهمة بقدر أجر المثل ويحاص أصحاب دين الصحة به ويبدأ به قبل الدين الذي أقر به فى مرضه ولا حق له فى الزيادة على ذلك لان الزيادة على ذلك وصية للوارث ولا وصية لوارث وان أراد الوارث العامل أن يستحلف بقية الورثة على مابقي له مما أقر له به المريض بعد ماأخذ أجر مثله فان اقرار المعاملة كان فى المرض فلا يمين عليهم لانهم لو أقروا بما ادعى لم يلزمهم شئ وان ادعى انها كانت فى الصحة وانه أقر له بها فى المرض استحلفوا على علمهم لانهم لو أقروا بما ادعي لزمهم فان أنكروا استحلفوا على علمهم لرجاء نكولهم وان كان المريض هو العامل ورب النخل من ورثته صدق فيما أقر به من قلة نصيبه كما لو زعم انه كان معينا له وهذا لان تصرفه فى منافعه وللمريض أن يتبرع بمنافعه على وارثه الا ان بينة غرمائه وورثته على الزيادة مقبولة فى هذا الوجه ولهم أن يستحلفوه ان لم يكن لهم بينة لان اقرار المريض فيما يكون فيه منفعة للورثة باطل ولولم يقر بذلك كانت البينة منهم على دعوى الزيادة مقبولة ويستحلف الخصم اذا أنكر فكذلك اذا طلب اقراره بما أقر به والله أعلم

باب المزارعة والمعاملة فى الرهن

(قال رحمه الله) رجل رهن عند رجل أرضا ونخلا بدين عليه له فلما قبضه المرتهن قال له الراهن احفظه واسقه ولقحه على أن الخارج بيننا نصفان ففعل ذلك فالخارج والارض والنخيل كله رهن والمعاملة فاسدة لان حفظ المرهون مستحق على المرتهن فلا يجوز أن يستوجب شيأ بمقابلته على الراهن (ألا ترى) انه لو استأجر على الحفظ لم يجز الاستئجار فكان هذا بمنزلة مالو شرط عليه ماسوى الحفظ من الاعمال فتكون المعاملة فاسدة والخارج

كله لرب النخل الا انه مرهون لانه تولد من عين رهن وللمرتهن أجر مثله فى التلقيح والسقي دون الحفظ لان الحفظ مستحق عليه بحكم الرهن فأما التلقيح والسقي فقد أوفاه بعقد فاسد ولا يقال ينبغي أن يبطل عقد الرهن بعقد المعاملة لان المرهون هو النخل والارض وعقد المعاملة يتناول منفعة العامل والعقد فى محل لا يرفع عقدا آخر فى محل آخر وكذلك لو كان الرهن أرضا مزروعة وقد صار الزرع فيها بقلا ولو كان الرهن أرضا بيضاء فزارعه الراهن عليها بالنصف والبذر من المرتهن جاز والخارج على الشرط لان صاحب البذر مستأجر للارض والمرتهن اذا استأجر المرهون من الراهن يبطل عقد الرهن لان الاجارة ألزم من الرهن وقد طرأ العقدان فى محل واحد فكان الثانى رافعا للاول فلهذا كان الخارج على الشرط وليس للمرتهن أن يعيدها رهنا وان مات الراهن وعليه دين لم يكن المرتهن أحق بها من غرمائه لبطلان عقد الرهن وان كان البذر من الراهن كانت المزارعة جائزة وللمرتهن أن يعيد الارض فى الرهن بعد الفراغ من الزرع لان العقد هنا يرد على عمل المزارع فلا يبطل به عقد الرهن الا ان المرتهن صار كالمعير للارض من رب الارض (ألا ترى) انه لو دفعها الى غيره مزارعة برضا المرتهن والبذر من قبل الراهن كان المرتهن كالمعير للارض لانه رضى بان ينتفع هو بالارض وذلك باعارة فيخرج به من ضمان الرهن ولكن لا يبطل به عقد الرهن لان الاعارة أضعف من الرهن فيكون له أن يعيد الارض فى الرهن وان كان الرهن أرضا بيضاء وفيها نخل فامره الراهن بان يزرع الارض ببذره وعمله بالنصف ويقوم على النخل ويسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف أيضا ففعل ذلك كله فقد خرجت الارض من الرهن وليس للمرتهن أن يعيدها فيه والخارج بينهما على الشرط لان المرتهن صار مستأجرا للارض وأما النخل والتمر فلا تصح المعاملة فيها لان العقد فى النخل يرد على منفعة العامل فلا يبطل به عقد الرهن وبقاء عقد الرهن الحفظ مستحق عليه ثم النخل والتمر لا يفتكهما الا باداء جميع الدين وان هلك النخل والتمر هلك بحصة قيمة النخل من الدين مع قيمة الارض لانه صار مضمونا بذلك القدر حين رهنه والتمر الذى هلك صار كان لم يكن وللعامل أجر مثل عمله فى النخل لا فى الحفظ وكذلك ان كان البذر من رب الارض الا ان الارض تعود رهنا هنا اذا انقضت المزارعة لان المرتهن هنا فى معنى المعير لها من الراهن فان مات الراهن كان المرتهن أحق بها من غرمائه سواء مات بعد ما انقضت المزارعة أو قبلها لبقاء عقد الرهن واختصاص المرتهن

بالمرهون بحكم عقد الرهن وان نقصها الزرع شيئا ذهب من مال الراهن لما بينا انه من ضمان الرهن حين كان المرتهن معيرا من الراهن والله أعلم

باب الشروط الفاسدة التى تبطل وتجوز المزارعة

(قال رحمه الله) واذا شرط المزارع على رب الارض مع حصته من الزرع دراهم معلومة أو شيأ من العمل فسدت المزارعة لان باشتراط شئ من العمل عليه تنعدم التخلية وباشتراط الدراهم علية يجتمع الاجارة مع الشركة فى الخارج وذلك مفسد للمزارعة فان قال ابطل الشرط لتجوز المزارعة لم يجز ولم يبطل بابطاله لان هذا شرط تمكن فيما هو من صلب العقد ومن موجباته فباسقاطه لا ينقلب العقد صحيحا كاشتراط الخمر مع الالف فى ثمن المبيع وكذلك لو اشترط أحدهما على صاحبه الحصاد أو الدياس أو التنقية وقد بينا فساد العقد فى هذا الشرط وما فيه من اختلاف الروايات ثم هذا الشرط من صلب العقد فلا ينقلب العقد صحيحا اذا أسقطه من شرط له ولو اشترطا لاحدهما خيارا معلوما فى المزارعة جاز على ما اشترطا لان عقد المزارعة يتعلق به اللزوم فيجوز اشتراط الخيار فيه مدة معلومة كالبيع والاجارة وان كان خيارا غير مؤقت أو الى وقت مجهول فالمزارعة فاسدة فان أبطل صاحب الخيار خياره وأجاز المزارعة جازت كما فى البيع والاجارة وهذا لان هذا الشرط زائد على ما تم به العقد فهو غير متمكن فيما هو موجب العقد والمعاملة قياس المزارعة فى ذلك وان اشترط أحدهما على صاحبه ان ما صار له لم يبعه ولم يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل لانه لا منفعة فيه لواحد منهما والشرط الذى لا منفعة فيه ليس له مطالب فيلغوا ويبقى العقد صحيحا وذكر فى بعض نسخ الاصل ان على قول أبى يوسف الآخر تبطل المزارعة بهذا الشرط لان فيه ضررا على أحدهما والشرط الذى فيه الضرر كالشرط الذى فيه المنفعة لاحدهما فكما ان ذلك مفسد للعقد فكذا هذا قال لو شرط عليه أن يبيع نصيبه فيه بمائة درهم فسدت المزارعة لان فى هذا الشرط منفعة ولكن الفرق بينهما بما ذكرنا ان الشرط الذى فيه منفعة يطالب به المنتفع والشرط الذى فيه الضرر لا تتوجه المطالبة من أحد فان أبطل صاحب الشرط شرطه فى الفصل الثانى لم تجز المزارعة أيضا لان فى البيع منفعة لكل واحد منهما فلا يبطل الشرط بابطال أحدهما الا أن يجتمعا على ابطاله فحينئذ يجوز العقد وان كان اشترط عليه أن يهب له

نصيبه فسدت المزارعة للمنفعة فى هـذا الشرط لاحدهما فان أبطله صاحبه جازت المزارعة لان المنفعة فى هذا الشرط للموهوب له خاصة فتسقط باسـقاطه وهو شرط وراء ماتم به العقد فاذا سقط صار كان لم يكن فبقى العقد صحيحا والله أعلم

كتاب الشرب

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله أملاء * اعلم بان الشرب هو النصيب من الماء للاراضى كانت أو لغيرها قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وقال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقسمة الماء بين الشركاء جائزة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فاقرهم عليه والناس تعاملوه من لدن رسـول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهو قسمة تجرى باعتبار الحق دون الملك اذ الماء فى النهر غير مملوك لاحد والقسمة تجرى تارة باعتبار الملك كقسمة الميراث والمشترى وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنيمة بين الغانمين ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن الحسن البصرى رحمه الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا فله ما حوله أربعين ذراعا عطنا لما شقه والمراد الحفر فى الموات من الارض عند أبى حنيفة رحمه الله باذن الامام وعندهما لا يشترط اذن الامام على ما نبينه وظاهر الحديث يشهد لهما لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الحفر فقط ومثل هذا فى لسان صاحب الشرع لبيان السبب لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولكن أبو الحسن رحمه الله يقول اتفقنا على ان الاستحقاق لا يثبت بنفس الحفر مالم يكن ذلك فى الموات من الارض وهذا اللفظ لا يمكن العمل بظاهره الا بزيادة لا يدل اللفظ عليها فلا يقوى الاسـتدلال بها ثم فيه دليـل على ان البئر لها حريم مستحق من قبل أن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بما حوله فانه يحتاج أن يقف على شفير البئر يسقى الماء والى أن يبنى على شفير البئر ماركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه عند الشرب وربمـا يحتاج أيضا الى موضع تنـام فيه مواشيه بعد الشرب فاسـتحق الحريم لذلك وقدر الشرع ذلك باربعين ذراعا وطريق معرفة المقادير النص دون الرأى الا ان من العلماء رحمهم الله من يقول أربعين ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب

عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربع والاصح ان المراد التقدير باربعين ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكيلا يحفر أحد فى حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ما ببئره وهذا الضرر ربما لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف بالصلابة والرخاوة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر ويستوى فى مقدار الحريم بئر العطن وبئر الناضح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما حريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح سبعون ذراعا واستدلا بحديث الزهرى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب البئر الناضح الي الحريم أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح ليستقي فيه الماء من البئر بذلك وفى بئر العطن انما يستقى بيده فلا يحتاج الى هذا الموضع واستحقاق الحريم بقدر الحاجة (ألا ترى) أن صاحب العين يستحق من الحريم أكثر مما يستحق صاحب البئر لان ماء العين يفيض على الارض ويحتاج صاحبه الى اتخاذ المزارع حول ذلك لينتفع بما يفيض من الماء والى أن يبنى غديرا يجتمع فيه الماء فاستحق لذلك زيادة الحريم واستدل أبو حنيفة رحمه الله بالحديث الاول فانه عليه الصلاة والسلام قال من حفر بئرا فله ماحولها أربعون ذراعا وليس فيه فصل بين بئر العطن والناضح ومن أصله أن العام المتفق علي قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجت الارض ففيه العشر على قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الخضراوات صدقة ورجح أصحابنا رحمهم الله قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص بخلاف القياس لان الاستحقاق باعتبار عمله وعمله فى موضع البئر خاصة فكان ينبغى أن لا يستحق شيأ من الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما أتفق عليه الآثار ثبت الاستحقاق وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الاثر لا يثبت استحقاقه بالشك هذا أصل أبى حنيفة رحمه الله فى مسائل الحريم ولهذا لم يجعل للنهر حريما وكذلك فى غير هذا الموضع فانه قال لا يستحق الغازى لفرسه الا سهما واحدا لان استحقاقه ثبت بخلاف القياس بالنص فلا يثبت الا القدر المتيقن به فأما حريم العين خمسمائة ذراع كما ورد به الحديث لان الآثار اتفقت عليه

ولكن عند بعضهم الخمسمائة فى الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح أن له خمسمائة ذراع من كل جانب وقد ذكر أبو يوسف فى الأمالى هذا مفسرا فى بئر الناضح قال يتقدر حريمه بستين ذراعا من كل جانب الا أن يكون الرشا أطول من ذلك فهذا دليل على أن المذهب التقدير من كل جانب بما سمى من الذرعان ثم الاستحقاق من كل جانب فى الموات من الارض بما لا حق لاحد فيه أما فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر انسان بئرا فجاء آخر وحفر على منتهى حد حريمه بئرا فانه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الاول وانما يستحقه من الجوانب الأخر فيما لا حق فيه لان فى ذلك الجانب الاول قد سبق اليه وقد ثبت استحقاقه كما قال عليه الصلاة والسلام منا مباح من سبق فلا يكون لاحد أن يبطل عليه حقه ويشاركه فيه وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال أسفل النهر آمر على أهل أعلاه حتى يرووا وفيه دليل انه ليس لاهل الا على أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الاسفل لان حقهم جميعا ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقين ويختص بذلك وفيه دليل على انه اذا كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى فى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا ليرتفع الماء الى أراضيهم وهذا لان فى السكر احداث شئ فى وسط النهر المشترك ولا يجوز ذلك مع حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت مالم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر ولهذا سماهم آمرا لان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم فى ذلك ومن تلزمك طاعته فهو أميرك بيانه فى قوله عليه الصلاة والسلام صاحب الدابة القطوف أمير على الراكب لانه يأمرهم بانتظاره وعليهم طاعته بحق الصحبة فى السفر وفيه حكاية أبي يوسف رحمه الله حين ركب مع الخليفة يوما فتقدمه الخليفة لجودة ابنه فناداه أيها القاضى الحق بي فقال أبو يوسف ان دابتك اذا حركت طارت وان دابتي اذا حركت قطعت واذا تركت وقفت فانتظرني فان النبي عليه الصلاة السلام قال صاحب الدابة القطوف أمير على الراكب فامر بان يحمل أبو يوسف رحمه الله على جنيبة له وقال احمل أباك على هذا أهون من تأميرك علي وعن محمد بن اسحق يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لاهل الا على أن يحبسوه عن الاسفل والمراد به الماء فى الوادى والوادى اسم لموضع فى أسفل الجبل ينحدر الماء من كل جانب من الجبل فيجتمع

فيه ويجرى الى الموضع الذى ينتفع به الناس فقوله اذا بلغ الوادى الكعبين ليس بتقدير لازم بالكعبين بل الاشارة الى كثرة الماء لان فى موضع الوادى سعة فاذا بلغ الماء فيه هذا المقدار فهو كثير يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع به بقدر حاجته عادة فاذا أراد أهل الاعلى أن يحبسوه عن أهل الاسفل فانما قصدوا بذلك الاضرار باهل الاسفل فكانوا متعنتين فى ذلك لامنتفعين بالماء واذا كان الماء دون ذلك فربما لا يفضل عن حاجة أهل الاعلى فهم منتفعون بهذا الحبس والماء الذى ينحدر من الجبل الى الوادى على أصل الاباحة فمن يسبق اليه فهو أحق بالانتفاع به بمنزلة النزول فى الموضع المباح كل من سبق الى موضع فهو أحق به ولكن ليس له أن يتعنت ويقصد الاضرار بالغير فى منعه عما وراء موضع الحاجة فعند قلة الماء بدئ أهل الاعلى أسبق الى الماء فلهم أن يحبسوه عن أهل الاسفل به قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير بن العوام رضى الله فى حادثة معروفة وعند كثرة الماء يتم انتفاع صاحب الاعلى من غير حبس فليس له أن يتعنت بحبسه عن أهل الاسفل وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلا والنار وفى الروايات الناس شركاء فى ثلاث وهذا أعم من الاول ففيه اثبات الشركة للناس كافة المسلمين والكفار فى هذه الاشياء الثلاثة وهو كذلك وتفسير هذه الشركة فى المياه التى تجرى فى الاودية والانهار العظام كجيحون وسيحون وفرات ودجلة ونيل فان الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء ويستوى فى ذلك المسلمون وغيرهم وليس لاحد أن يمنع أحدا من ذلك وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها ومرادهم من لفظة الشركة بين الناس بيان أصل الاباحة والمساواة بين الناس فى الانتفاع لا انه مملوك لهم فالماء فى هذه الاودية ليس بملك لاحد فأما مايجري فى نهر خاص لاهل قرية ففيه نوع شركة لغيرهم وهو حق الشفة من حيث الشرب وسقى الدواب فانهم لا يمنعون أحدا من ذلك ولكن هذه الشركة أخص من الاول فليس لغير أهل القرية أن يسقوا نخيلهم وزروعهم من هذا النهر وكذلك الماء فى البئر فيه لغير صاحب البئر شركة لهذا القدر وهو الشفة وكذلك الحوض فان من جمع الماء فى حوضه وكرمه فهو أخص بذلك الماء مع بقاء حق السقى فيه للناس حتى اذا أخذ انسان من حوضه ماء للشرب فليس له أن يسترده منه واذا أتى الى باب كرمه ليأخذ الماء من حوضه للشرب فله أن يمنعه من أن يدخل كرمه لان هذا ملك خاص له ولكن ان كان يجد الماء قريبا

من ذلك الموضع فى غير ملك أحد يقول له اذهب الي ذلك الموضع وخذ حاجتك من الماء لانه لا يتضرر بذلك وان كان لا يجد ذلك فاما أن يخرج الماء اليه أو يمكنه من أن يدخل فيأخذ بقدر حاجته لان له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة فأما اذا أحرز الماء فى جب أو جرة أو قربة فهو مملوك له حتى يجوز بيعه فيه وليس لاحد أن يأخذ شيئا منه الا برضاه ولكن فيه شبهة الشركة من وجه ولهذا لا يجب القطع لسرقته وعلى هذا حكم الشركة فى الكلا فى المواضع التى لا حق لاحد فيها بين الناس فيه شركة عامة فلا يكون لاحد أن يمنع أحدا من الانتفاع به فاما مانبت من الكلا فى أرضه مما لم ينبته أحد فهو مشترك بين الناس أيضا حتى اذا أخذه انسان فليس لصاحب الارض أن يسترده منه واذا أراد أن يدخل أرضه ليأخذ ذلك فلصاحب الارض أن يمنعه من الدخول فى أرضه ولكن ان كان يجد ذلك فى موضع آخر يأمره بالذهاب الى ذلك الموضع وان كان لا يجد وكان بحيث يخاف على ظهره فاما ان يخرج اليه مقدار حاجته أو يمكنه من أن يدخل أرضه فيأخذ مقدار حاجته فاما ماأنبته صاحب الارض بان سقى أرضه وكربها لنبت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وهذا الجواب فيما لم ينبته صاحب الارض من الحشيش دون الاشجار فاما في الاشجار فهو أحق بالاشجار النابتة في أرضه من غيره لان الاشجار تحرز عادة وقد صار محرزا له من يده الثابتة على أرضه فأما الحشيش فلا يحرز عادة وتفسير الحشيش ما تيسر على الارض مما ليس له ساق والشجر ماينبت على ساق وبيان ذلك فى قوله تعالى والنجم والشجر يسجدان والنجم ماينجم فتيسر على الارض والشجر ماله ساق وبيان الشركة فى النار ان من أوقد نارا فى صخر لاحق لاحد فيه فلكل واحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب والعمل بضوءها فاما اذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك اذا منعه صاحب النار لان ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذي أوقد النار وانما الشركة التى أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى النار والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم فان أخذ شيئا يسيرا من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك ماله قيمة اذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسترده منه وان كان يسيرا لا قيمة له فليس له أن يسترده منه وله منه أن يأخذه من غير استئذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا لا ممتنعا وقد بينا ان المتعنت ممنوع

من التعنت شرعا وعن عائشة رضى الله عنها قالت نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع نقع الماء يعنى المستنقع فى الحوض وبه نأخذ فان البيع تمليك فيستدعى محلا مملوكا والماء فى الحوض ليس بمملوك لصاحب الحوض فلا يجوز بيعه فلظاهر الحديث لا يجوز بيع الشرب وحده لان ما يجرى في النهر الخاص ليس بمملوك للشركاء والبيع لا يسبق الملك وانما الثابت للشركاء فى النهر الخاص حق الاختصاص بالماء من حيث سقي النخيل والزرع ولصاحب المستنقع مثل ذلك وبيع الحق لايجوز وعن الهيثم ان قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا فسألوهم أن يعطوهم دلوا فابوا أن يعطوهم فقالوا لهم ان أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تقطع فابوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال لهم عمر فهلا وضعتم فيهم السلاح وفيه دليل أنهم اذا منعوهم ليستقوا الماء من البئر فلهم أن يقاتلوهم بالسلاح فاذا خافوا على أنفسهم أو على ظهورهم من العطش كان لهم فى البئر حق السقة فاذا منعوا حقهم وقصدوا اتلافهم كان لهم أن يقاتلوهم عن أنفسهم وعن ظهورهم كما لو قصدوا قتلهم بالسلاح فاما اذا كان الماء محرزا فى اناء فليس للذى يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع ولكن يأخذ منه فيقاتله علي ذلك بغير سلاح وكذلك فى الطعام لانه ملك محرز لصاحبه ولهذا كان الآخذ ضامنا له فاذا جاز له أخذه لحاجته فالمانع يكون دافعا عن ماله وقال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد فكيف يقاتل من اذا قتله كان شهيدا على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما البئر مباح غير مملوك لصاحب البئر فلا يكون هو في المنع دافعا عن ملكه ولكنه مانع عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح وللاول أن يقاتل بما دون السلاح لان صاحب الماء مأمور بأن يدفع اليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه فهو فى المنع مرتكب ما لا يحل فيؤدبه على ذلك بغير سلاح وليس مراد عمر رضى الله عنه المقاتلة بالسلاح على منع الدلو فان الدلو كان ملكا لهم ولو كان المراد ذلك فتأويل قوله فهلا وضعتم فيهم السلاح أى برهنتم عندهم ما معكم من السلاح ليطمئنوا اليكم فيعطونكم الدلو لا أن يكون المراد الامر بالقتال وعن عروة عن النبي صلي الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق وفيه دليل على ان الموات من الاراضى يملك بالاحياء وأصح ماقيل فى حد الموات أن يقف الرجل فى طرف العمران فينادى باعلى صوته فالى أى موضع ينتهى صوته يكون من فناء العمران لان سكان ذلك الموضع يحتاجون الى ذلك

لرعى المواشى وما أشبه ذلك وما وراء ذلك من الموات ثم عند أبى حنيفة رحمه الله انما يملكها بالاحياء بعد اذن الامام وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا حاجة فيه الى اذن الامام لان النبي صلى الله عليه وسلم قد أذن فى ذلك وملكها ممن أحياها أو لانه لا حق لاحد فيها فكل من سبقت يده اليها وتم احرازه لها فهو أحق بها كمن أخذ صيدا أو حطبا أو حشيشا أو وجد معدنا أو ركازا فى موضع لا حق لاحد فيه وأبو حنيفة استدل بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وهذا وان كان عاما فمن أصله ان العام المتفق على قبوله يترجح على الخاص وقال صلى الله عليه وسلم الا ان عادى الارض هى لله ورسوله ثم هى لكم من بعد فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتدبير فيه الى الامام فلا يستبد أحد به بغير اذن الامام كخمس الغنيمة فرسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث أشار الى ان هذه الاراضى كانت فى يد المشركين ثم صارت فى يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشئ منه دون اذن الامام كالغنائم وقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة لبيان السبب وبه نقول ان سبب الملك بعد اذن الامام هو الاحياء ولكن اذن الامام شرط وليس فى هذا اللفظ ماينفى هذا الشرط بل فى قوله عليه الصلاة والسلام وليس لعرق ظالم حق اشارة الى هذا الشرط فالانسان على رأى الامام والاخذ بطريق التغالب فى معنى عرق ظالم وقيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام وليس لعرق ظالم حق ان الرجل اذا غرس أشجارا فى ملكه فخرجت عروقها الى أرض جاره أو خرجت أغصانها الى أرض جاره فانه لا يستحق ذلك الموضع من أرض جاره بتلك الاغصان والعروق الظالمة فالظلم عبارة عن تحصيل الشئ فى غير موضعه قيل المراد بعرق الظالم أن يتعدى فى الاحياء ماوراء أحد الموات فيدخل فى حق الغير ولا يستحق بذلك شيئا من حق الغير وعن عمر رضى الله عنه قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس بعد ثلاث سنين حق والمراد بالمحجر المعلم بعلامة فى موضع واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع فان من أعلم فى موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء ذلك الموضع فسمى فعله تحجيرا وبيان ذلك ان الرجل اذا مر بموضع من الموات فقصد احياء ذلك الموضع فوضع حول ذلك الموضع احجارا أو حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حول ذلك فمنع الداخل من الدخول فيها فهذا تحجير ولا يكون أحياء انما الاحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بان

كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا ثم بعد التحجير له من المدة ثلاث سنين كما أشار اليه عمر رضي الله عنه لانه يحتاج الى أن يرجع الى وطنه ويهيء أسبابه ثم يرجع الي ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع الى وطنه سنة واصلاح أموره فى وطنه سنة والرجوع الى ذلك الموضع سنة فالى ثلاثة سنين لا ينبغي أن يشتغل باحياء ذلك الموضع غيره ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضى هذه المدة الظاهر انه قد بدا له وانه لا يريد الرجوع اليها فيجوز لغيره احياؤها هذا من طريق الديانة فاما فى الحكم اذا أحياها انسان باذن الامام فهى له لان بالتحجير لم تصر مملوكة للاول فسبب الملك هو الاحياء دون التحجير وعن طاوس قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم ان عادي الارض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له والمراد الموات من الاراضي سماه عاديا على معنى ان ماخربت على عهد عاد وفى العادات الظاهرة ما يوصف بطوله مضى الزمان عليه ينسب الي عاد فمعناه ما تقدم خرابه مما يعلم انه لاحق لاحد فيه وعن أبى معسر عن أشياخه رفعوه الى النبي صلي الله عليه وسلم انه قضى فى السراج من ماء المطر اذا بلغ الماء الكعبين أن لا يحبسه الا على جاره قال أبوه معسر السراج السواقى وهى الجداول التى عند سفح الجبل يجتمع ماء السيل فيها ثم ينحدر منها الي الوادى وقد بينا أن مراده من هذا اللفظ العبارة عن كثرة الماء وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من أخذ شبرا من أرض بغير حق طوقه الله من سبع أرضين قيل معناه من تطوق فى أرض الغير فالموضع الذى يضع عليه القدم بمنزلة شبر من الارض وقيل معناه من نقص من المسنات فى جانب أرضه بان حول ذلك الى أرض جاره فذلك قدر شبر من الارض أخذه أو كان أرضه بجنب الطريق فجعل المسناة علي الطريق لتتسع به أرضه فهو فى معنى شبر من الارض أخذه بغير حق وهو معنى الحديث الذى روى لعن الله من غير منار الطريق يعنى العلامة بين الارضين وقيل انما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشبر على طريق التمثيل للمبالغة فى المنع من غصب الاراضى وليس المراد به التحقيق ثم فى الحديث بيان عظم المأثم فى غصب الاراضى وهو دليل أبى حنيفة رحمه الله في أنه لا ضمان على غاصب الاراضى فى الدنيا لان النبي عليه الصلاة والسلام بين جزاء الآخذ بالوعيد الذى ذكره فى القيامة ولو كان حكم الضمان ثابتا لكان الاولى أن يبينه لان الحاجة الى معرفته أمس ثم جعل المذكور من الوعيد جميع جزائه فلو أوجبنا الضمان مع ذلك لم يكن الوعد جميع جزائه

وللفقهاء فى معنى مثل هذه الالفاظ طريقين أحدهما الحمل على حقيقته انه يطوق ذلك الموضع فى القيامة ليعرف به مافعله ويكون ذلك عقوبة له كما قال عليه الصلاة والسلام لكل غادر لواء يوم القيامة يركز عند باب استه تعرف به غدرته والمراد به بيان شدة العقوبة لاحقيقة ماذكر من أنه يطوق ذلك الموضع من الارض يوم القيامة فقد قال الله تعالى يوم تبدل الارض غير الارض وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتمنعوا الماء مخافة الكلا يريد به أن صاحب البئر اذا كان له مرعي حول بئره فلا ينبغى له أن يمنع من يستقى الماء من بئره لنفسه أو لظهوره مخافة أن يصيب ظهره من ذلك الكلا لان له فى حق الشفة فى ماء البئر فلا يمنعه حقه ولكن يحفظ جانب أرضه وما فيه من الكلا حتى لايدخل دابة المستقي فى ذلك الموضع وان شق عليه ذلك أخرج اليه من الماء مقدار حاجته وحاجة ظهره وعن نافع رفع حديثه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تمنعوا أحدا ماء ولا كلأ ولا نارا فانه متاع للمقوين وقوة للمستعينين والمقوي هو الذى فنى زاده والمستعين هو المضطر المحتاج وقد بينا أن صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام أثبت بين الناس في هذه الاشياء الثلاثة شركة عامة بطريق الاباحة فلاينبغى لاحد أن يمنع أحدا مما جعله الشرع حقا له واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يسقى منها فيشرب ويسقى دابته وبعيره وشياهه فان ذلك من الشفة والشفة عندنا الشرب لبنى آدم والبهائم وهذا لان الحاجة الى الماء تتجدد فى كل وقت ومن سافر لايمكنه أن يستصحب الماء من وطنه لذهابه ورجوعه فيحتاج الى أخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه وفي المنع من ذلك حرج وكما يحتاج الى ذلك لنفسه فكذلك يحتاج اليه لظهره لانه فى العادة يعجز عن السفر بغير مركب وكذلك يحتاج الي ذلك للطبخ والخبز وغسل الثياب وأحد لايمنع أحدا من ذلك فان كان له جدول يجرى فيه الماء الي أرضه وبجنب ذلك الموضع صاحب ماشية اذا شربت الماشية منها انقطع الماء لكثرة المواشي وقلة ماء الجدول فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله في هذا الفصل منهم من يقول هذا من الشفه وليس لصاحب الجدول أن يمنع ذلك وأكثرهم علي أن له أن يمنع فى مثل هذه الصورة لان الشفه مالا يضر بصاحب النهر والبئر فامامايضربه ويقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارا بسقي الاراضى والنخيل والشجر والزرع فله أن يمنع من يريد سقي نخله وشجره وزرعه من نهره أو قناته أو بئره

أو عينه وليس لاحد أن يفعل ذلك الا باذنه إما لانه يريد أن يسوى نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود فالنهر والقناة انما يشق لهذا المقصود وليس لغير المستحق أن يسوى نفسه بالمستحق فيما هو المقصود بخلاف الشفة فذلك بيع غير مقصود لان النهر والقناة لايشق فى العادة لاجله أو لانه يحتاج الي أن يحفر نهرا من هـذا النهر الى أرضه فيكسر به ضفة النهر وليس له أن يكسر ضفة نهر الغير وكذلك فى البئر يحتاج الي أن يشق نهرا من رأس البئر الى أرضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريما له فليس لغـيره أن يحدث فيه شيأ من ذلك بغير اذنه وكذلك ان كان يريد أن يجرى ماءه فى هذا النهر مع صاحب النهر ليسق به أرضه لان النهر ملك خاص لاهل النهر فلا يجوز له أن ينتفع بملك الغير الا باذنه فان كان قد اتخذ شجره أو خضره فى داره فاراد أن يسقي ذلك الموضع بحمل الماء اليـه بالجرة فقد استقصى فيـه بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله وقالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاصح انه لايمنع من هذا المقدار لان الناس يتوسعون فيه والمنع منه يعد من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها فان أذن له صاحب النهر فى سقى أرضه أو عادة ذلك الموضع فلا بأس بذلك لان المنع كان لمراعاة حقه فاذا رضى به فقد زال المانع وان باعه شرب يوم أو أقل من ذلك أو أكثر لم يجز لان ذلك الماء فى النهر غير مملوك انما هو حق صاحب النهر وبيع الحق لايجوز لانه مجهول لا يدرى مقدار مايسلم له من الماء فى المدة المذكورة وبيع المجهول لايجوز وهو غرر فلا تدرى أن الماء يجرى فى ذلك الوقت فى النهر أو لايجرى واذا انقطع الماء فليس للبائع تمكن اجرائه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وكذلك لو استأجره لانه يلتزم تسليم مالا يقدر على تسليمه أو تسليم مالا يعرف مقداره ثم المقصود من هذا الاستئجار الماء وهو عين والاستئجار المقصود لاستهلاك العين لايجوز كاستئجار المرعى للرعي واستئجار البقرة لمنفعة اللبن بخلاف استئجار الظئر فان لبن الآدمية فى حكم المنفعة لان منفعة كل عضو بحسب مايليق به فمنفعة الثدى اللبن ولهذا لا يجوز بيع لبن الآدمية ولان العقد هناك يرد على منفعة التربية واللبن آلة فى ذلك بمنزلة الاستئجار على غسل الثياب فالحرض والصابون آلة فى ذلك والاستئجار لعمل الصناعة فان الصنع بمنزلة الآلة فى ذلك فاما هنا لامقصود في هذا الاستئجار سوي الماء وهو عين وكذلك لو شرط فى اجارته أو شرائه شرب هذه الارض وهذا الشجر وهذا

الزرع أو قال حتى يكتفى فهذا كله باطل لمعنى الجهالة والغرر واذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز لان الارض عين مملوكة مقدورة التسليم فالعقد يرد عليها والشرب يستحق بيعا وقد يدخل فى البيع بيع مالا يجوز افراده بالبيع كالاطراف من الحيوانات لا يجوز افرادها بالبيع ثم يدخل بيعا فى بيع الاصل وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيع الشرب وان لم يكن معه أرض للعادة الظاهرة فيه فى بعض البلدان وهذه عادة معروفة بنسف قالوا المأجور الاستصناع للتعامل وان كان القياس يأباه فكذلك بيع الشرب بدون الارض واذا استأجر أرضا مع شربها جاز كما يجوز الشراء وهذا لان المقصود الانتفاع بالارض من حيث الزراعة والغراسة وانما يحصل هذا المقصود بالشرب فذكر الشرب مع الارض فى الاستئجار التحقيق ماهو المقصود بالاستئجار فلا يفسد به العقد واذا اشترى الرجل أرضا لم يكن له شربها ولا مسك مابها لان العقد يتناول عين الارض بذكر حدودها فما يكون خارجا من حدودها لا يدخل تحت العقد الا بالتسمية والشرب والمسيل خارج من الحدود المذكورة فان اشترط شربها فله الشرب وليس له المسيل لان الشرب غير المسيل فالمسيل الموضع الذي يسيل فيه الماء والشرب الماء الذى يسيل فى المسيل فباشتراط أحدهما لا يثبت له استحقاق الاجر وانما يستحق المشروط خاصة ويجعل فيما لم يذكر كأنه لم يشترط شيأ ولو اشترط مسيل الماء مع الشرب يستحق ذلك كله بالشرط ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لانهما من حقوقها فالمقصود بالاراضي الانتفاع بها وانما يتأتى ذلك بالمسيل والشرب فكانت من حقوقها كالطريق للدار وكذلك لو اشترط مرافقها لان المرافق مايترفق به فانما يتأتى الترفق بالارض بالشرب والمسيل وكذلك لو اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها كان له الشرب والمسيل لانه من القليل والكثير ثم المراد بقوله منها أي من حقوقها ولكنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه ومثل هذا الحذف عرف أهل اللسان واذا استأجر أرضا فليس له مسيل ماء ولا شرب فى القياس اذا أطلق العقد كما فى الشراء فالمستأجر يستحق بالعقد بذكر الحدود كالمشترى فكما أن الشرب والمسيل الذى هو خارج عن الحدود المذكورة لا يستحق بالشراء فكذلك بالاستئجار ولكنه استحسن فجعل للمستأجر مسيل الماء والشرب هنا بخلاف الشراء لان جواز الاستئجار باعتبار التمكن من الانتفاع (ألا ترى) أن مالا ينتفع به لا يجوز استئجاره كالمهر

الصغير والارض السبخة والانتفاع بالارض لا يتأتى الا بالشرب والمسيل فلو لم يدخلهما يفسخ العقد والمتعاقدان قصدا تصحيح العقد فكان هذا كذكر الشرب والمسيل بخلاف الشراء فموجبه ملك العين (ألا ترى) أن شراء مالا يملك الانتفاع به جائز نحو الارض السبخة والمهر الصغير فلا يدخل فى الشراء ما وراء المسمى بذكر الحدود وفى الكتاب ذكر حرفا آخر فقال لان الارض لم تخرج من يد صاحبها يعنى أن بعقد الاجارة لا تملك المستأجر شيأ من العين وانما يملك الانتفاع به فى المدة المذكورة فلو أدخلنا الشرب والمسيل لم يتضرر صاحب الارض بازالة ملكه عنها وفى ادخالهما تصحيح العقد فأما البيع يزيل ملك العين عن البائع ففى ادخال الشرب والمسيل فى البيع ازالة ملكه عما لم يظهر رضاه به وذلك لا يجوز وهذا نظير ما تقدم أن الثمار والزرع يدخل فى رهن الاشجار والارض من غير ذكر ولا يدخل فى الهبة واذا ثبت أن بدون الشرط يدخل الشرب والمسيل فى الاشجار فمع الشرط أولى وكذلك ان شرط كل حق هو لها أو مرافقها أو كل قليل وكثير هو فيها أو منها فعند ذكر هذه الالفاظ يدخل الشرب والمسيل فى الشراء ففى الاجارة أولى واذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف كان أصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا فى الشرب فان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان المقصود بالشرب سقي الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها فالظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه فان قيل فقد استووا فى اثبات اليد على المال فى النهر والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق عند الاشتباه قلنا لا كذلك فاليد لا تثبت على الماء فى النهر لاحد حقيقة وانما ذلك الانتفاع بالماء والظاهر أن انتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقي الاراضى فانما تثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين تثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب على ما ذكرنا فان كان الاعلى لا يشرب حتى يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان فى السكر قطع منفعة الماء عن أهل الاسفل فى بعض المدة وليس لبعض الشركا هذه الولاية فى نصيب شركائه يوضحه أن فى السكر

احداث شئ في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فليس لبعض الشركاء أن يحدث فيها شيأ بدون اذن الشركاء وربما ينكسر النهر بما يحدث فيها عند السكر فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى تشرب حصته أجزت ذلك بينهم لان المانع حقهم وقد انعدم بتراضيهم فان أصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في يومه أجزته أيضا فان قسمة الماء في النهر تكون بالاجر تارة وبالايام أخرى فان تراضوا على القسمة بالايام جاز لهم ذلك وهذا لحاجتهم الى ذلك فقد يقل الماء في النهر بحيث لا يتمكن كل واحد منهم أن ينتفع بحصته من ذلك الا بالسكر ولكنه إن تمكن من أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لان به ينكسر النهر عادة وفيه اضرار بالشركاء الا أن يظهروا التراضي على ذلك فان اختلفوا لم يكن لاحد منهم أن يسكره على صاحبه وان أراد أحد منهم أن يكتري منه نهرا لم يكن له ذلك الا برضاء من أصحابه لان في كرى النهر كسر ضفة النهر المشترك بقدر فوهة النهر الذى يكريه وفي الملك المشترك ليس لبعض الشركاء أن يفعل ذلك الا برضاء أصحابه كما لو أراد هدم الحائط المشترك أو احداث باب فيه وكذلك ان أراد أن ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك الا برضى من أصحابه لان ما ينصب من الرحا انما يضعه في ملك مشترك الا أن تكون رحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض خاص له فان كان هكذا فهو جائز يعنى اذا لم يكن يغير الماء عن سننه ولا يمنع جريان الماء بسبب الرحا بل يجري كما كان يجرى قبل ذلك وانما يضع الرحا في ملك خاص له فاذا كان بهذه الصفة فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء لانه انما يحدث ما يحدثه من الابنية في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الرحا بالماء مع بقاء الماء على حاله فمن يمنعه عن ذلك يكون متعنتا قاصدا الى الاضرار به لا دافعا الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته وان أراد أن ينصب عليها دالية أو سانية وكان ذلك لا يضر بالنهر ولا بالشرب وكان بناء ذلك في ملكه خاصة كان له أن يفعل لما بينا انه يتصرف في خالص ملكه ولا يلحق الضرر بغيره وان أراد هؤلاء القوم أن يكروا هذا النهر فان أبا حنيفة رحمه الله قال عليهم مؤنة الكراء من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل دفع عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الكراء عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضي وبيان ذلك أن الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكراء من أول النهر على كل واحد منهم عشرة الى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ تكون مؤنة الكراء على الباقين اتساعا الى أن يجاوز أرضا

أخرى ثم يكون على الباقين أثمانا على هذا التفصيل الى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم اعتبارا من أول النهر الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا في أسفل النهر وهو تسييل الفاضل عن حاجته من الماء فيه فاذا سد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه فبهذا تبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله الى آخر والدليل عليه أنه يستحق الشفعة بمثل هذا النهر وحق أهل الاعلى وأهل الاسفل فى ذلك سواء فاذا استووا فى الغنم يستوون في الغرم أيضا وهو مؤنة الكراء وأبو حنيفة رحمه الله يقول مؤنة الكراء على من ينتفع بالنهر بسقى الارض منه (ألا ترى) أنه ليس على أصحاب الشفة من مؤنة الكراء شيء واذا جاوز الكراء أرض رجل فليس له فى كراء مابقي منفعة سقي الارض فلا يلزمه شي من مؤنة الكراء ثم منفعته فى أسفل النهر من حيث أجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه (ألا ترى) أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر بأن يسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة فى التزام مؤنة الكراء الحاجة الى سقى الارض فرع بعض مشايخنا رحمهم الله أن الكراء اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة بعد ذلك والاصح أن عليه مؤنة الكراء الى أن يجاوز حد أرضه كما أشار اليه فى الكتاب لان له رأيا فى اتخاذ فوهة الارض من أعلاها وأسفلها فهو منتفع بالكراء منفعة سقي الارض ما لم يجاوز أرضه ويختلفون فيما اذا جاوز الكراء أرض رجل فسقط عنه مؤنه الكراء هل له أن يفتح الماء لسقى أرضه منهم من يقول له ذلك لان الكراء قد انتهى فى حقه حين سقطت مؤنته ومنهم من يقول ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه من الكرى كما ليس له أن يسكر على شركائه فيختص بالانتفاع بالمأذون شركاؤه ولاجل التحرز عن هذا الخلاف جري الرسم بأن يوجد فى الكراء من أسفل النهر أو يترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله قال وقال أبو حنيفة رحمه الله فيما أعلم ليس على أهل الشفه من الكراء شيء لانهم لايحصون فمؤنة الكراء لاتستحق على قوم لايحصون ولانهم لايستحقون الشفعة لحق الشفعة ولانهم اتباع والمؤنة علي الاصول دون الاتباع (ألا ترى) أن الدية فى القتيل الموجود فى المحلة على عاقلة أصحاب الخطة دون المشترين والسكان قال والمسلمون جميعا شركاء فى الفرات وفي كل نهر عظيم أو واد يستقون منه ويسقون منه

الشفه والخف والحافر ليس لاحد أن يمنع أحـدا من ذلك لان الانتفاع بمثل هذه الانهار كالانتفاع بالطرق العامـة فكما لا يمنع أحد أحـدا من التطرق فى الطريق العام فكذلك لا يمنعه من الانتفاع بهذا النهر العظيم وهذا لان الماء فى هذه الانهار على أصل الاباحة ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع لا يدخل تحت قهر أحد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فالانتفاع به كالانتفاع بالشمس ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم لا يحبس عن أحد دون أحد وان أراد رجل ان يكرى منـه نهرا فى أرضه فان كان ذلك يضر بالنهر الاعظم لم يكن له ذلك وان كان لا يضر به فله ذلك بمنزلة من أراد الجلوس فى الطريق فان كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك وان كان يضر بهم فى المنع من التطرق يمنع من ذلك لكل واحد منه من ذلك الامام وغـيره فى ذلك سواء فكذلك فى النهر الاعظم فان كسر ضـفة النهر الاعظم ربما يضر بالناس ضررا عاما من حيث أن الماء يفيض عليهم وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وعند خوف الضرر يمنع من ذلك لدفع الضرر وعلى السلطان كراء هذا النهر الاعظم ان احتاج الى الكراء لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لذلك فانه مال المسلمين أعد للصرف الى مصالحهم (ألا ترى) أن مال القناطر والجسور والرباطات على الامام من مال بيت المال فكذا كراء هذا النهر الاعظم وكذلك اصلاح مسناته ان خاف منه غرقا فان لم يكن فى بيت المال مال فله أن يجبر المسلمين على ذلك ويخرجهم لان المنفعة فيـه للعامة ففى تركه ضرر عام والامام نصب ناظرا فيثبت له ولاية الاجبار فيما كان الضرر فيه عاما لان العامة قل ما ينفقون على ذلك من غير اجبار وفى نظيره قال عمر رضى الله لو تركتم لبعتم أولادكم وليس هذا النهر خاص لقوم ليس لاحد أن يدخل عليهم فيه ولهم أن يمنعوا من أراد أن يسقى من نهرهم أرضه وشجره وزرعه لان ذلك شركة خاصة (ألا ترى) أنهم يستحقون به الشفعة بخلاف الشركة في الوادى والانهار العظام فانه لا تستحق به الشفعة ثم فى الشركة الخاصة التدبير فى الكراء اليهم ومؤنة الكراء عليهم فى مالهم وان طلب بعض الشركاء فللامام أن يجـبر الباقين علي ذلك لدفع الضرر فأما اذا اتفقوا على ترك الكراء ففى ظاهر الرواية لا يجبرهم الامام على ذلك كما لو امتنعوا من عمارة أراضيهم ودورهم وقال بعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفه فى النهر قال أبو يوسف وسألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل استأجر النهر يصيد فيه السمك أو استأجر جهة يصيد

فيها السمك قال لا يجوز لان المقصود بهذا الاستئجار ماهو عين وهو السمك ولان السمك في النهر والاجمة على أصل الاباحة لا اختصاص به لصاحب النهر والاجمة فلا يكون له أن يأخذ العوض عنهم بطريق الاجارة والبيع ثم استئجار النهر لصيد السمك كاستئجار المقابض للاصطياد فيها وذلك كله من باب الغرر ولو اشترى عشر نهر أو عشر قناة أو بئر أو عين ماء بأرضه جاز لان الارض أصلها مملوكة فقد اشترى جزأ مملوكا معلوما من عين مملوكة مقدور التسليم بخلاف مالو اشترى الشرب بغير أرضه وهو بمنزلة مالو باع عشر الطريق يجوز بخلاف مالو باع حق التطرق فيه ولو استأجر حوضا أو بركة أو بئرا يستقى منه الماء كل شهر باجر مسمى لم يجز لان المقصود الماء وهو عين لا يستحق اتلافه بالاجارة * نهر جار لرجل في أرض رجل فادعى كل واحد منهما المسناة ولا يعرف في يد من هي قال أبو حنيفة رحمه الله هي لرب الارض يغرس فيها مابدا له وليس له أن يهدمها وقال أبو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وأصل المسئلة أن من حفر نهرا باذن الامام في موضع لاحق لاحد فيه عند أبي حنيفة لا يستحق له حريما وعندهما يستحق له حريما من الجانبين لملقى طينه والمشي عليه لاجراء الماء في النهر وحريم النهر عندهما بقدر عرض النهر حتى اذا كان قدر عرض النهر بقدر ثلاثة أذرع فله من الحريم بقدر ثلاثة أذرع من الجانبين جميعا وفي اختيار الطحاوي رحمه الله من كل جانب ذراع ونصف وفيما نقل عن الكرخي رحمه الله انه يستحق من كل جانب بقدر عرض النهر عندهما فاستحقاق الحريم لاجل الحاجة وصاحب النهر محتاج الى ذلك كصاحب البئر والعين ومتى كان المعنى في المنصوص عليه معلوما تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع وحاجة صاحب النهر الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء في النهر اذا احتبس بشيء وقع في النهر فانه لا يمكنه ان يمشي في وسط النهر وكذلك يحتاج الى موضع يلقي فيه الطين من الجانبين عند الكراء لمافي النقل الى أسفله من الحرج مالا يخفى وأبو حنيفة رحمه الله يقول استحقاق الحريم ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والنهر ليس في معنى البئر والعين لان الحاجة الى الحريم هناك متحققة في الحال وهنا الحاجة موهومة باعتبار الكراء وقد يحتاج الى ذلك وقد لا يحتاج ثم هناك الانتفاع لا يتأتى بالبئر بدون الحريم وهنا يتأتى الا في أن يلحقه ذلك بعض الحرج في نقل الطين أو المشي في وسط النهر فاذا لم يكن هذا في معنى المنصوص يؤخذ فيه باصل القياس (ألا ترى) ان من بنى قصرا في مفازة لا يستحق لذلك

حريما وان كان قد يحتاج الي ذلك لالقاء الكناسة فيه وهذا لان استحقاق الحريم لايكون بدون التقدير فيه ونصب المقادير بالرأي لا يكون فاذا ثبت ان من أصلهما ان صاحب النهر يستحق الحريم قلنا عند المنازعة الظاهر شاهد له وعند أبي حنيفة لما كان لا يستحق للنهر حريما فالظاهر شاهد لصاحب الارض وعلى سبيل الابتداء فى هذه المسئلة هما يقولان عند المنازعة القول قول ذي اليد وصاحب النهر مستعمل لحريم النهر لاستمساك الماء فى النهر والقاء الطين عليه والاستعمال يدفعها فباعتبار انه فى يده جعل القول قوله كما لو اختصما فى ثوب وأحدهما لابسه وأبو حنيفة يقول الحريم من جنس الارض صالح لما تصلح له الارض وليس من جنس النهر ومن حيث الانتفاع كما ان صاحب النهر يمسك الماء بالحريم فى نهره فصاحب الارض يدفع الماء بالحريم عن أرضه فقد استويا فى استعمال الحريم ويترجح جانب صاحب الارض من الوجه الذى قررنا فكان الظاهر شاهدا له فله أن يغرس فيه ما بداله من الاشجار ولكن ليس له أن يهدمه لان لصاحب النهر حق استمساك الماء فى نهره فلا يكون لصاحب الارض أن يبطل حقه بهدمه بمنزلة حائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يكون لصاحب الحائط أن يهدم الحائط وان كان مملوكا له لمراعاة حق صاحب الجذوع واذا قال الرجل لرجل اسقني يوما من نهرك على أن أسقيك يوما من نهرى الذى فى مكان كذا لم يجز لان معاوضة الماء بالماء لا تجوز وان كان البدل معلوما لجهالة الشرب ومعنى الغرر فلان لا تجوز معاوضة الشرب بالشرب ومعنى الغرر والجهالة فيه اظهر وأولى وكذا لو قال اسقنى يوما تخدمك عبدى هذا شهرا أو برقبته أو بركوب دابتى هذه شهرا أو بركوبها كذا كذا يوما وما أشبه ذلك فهو كله باطل لمعنى الغرر والجهالة وعلى الذى أخذ العبد رده ان كان قائما بعينه وقيمته ان كان مستهلكا وان كان شرط خدمته شهرا وقد استوفاها فعليه أجر المثل لان خدمة العبد ورقبته محل للعقد فاذا استوفاه بحكم عقد فاسد كان عليه عوضه وليس له بما أخذ الآخر من شربه قيمة ولا عوض لان الشرب ليس بمحل للعقد فلا يتناوله العقد فاسدا ولا جائزا وكل عقد لا جواز له بحال فهو كالاذن فكما انه لو سقي أرضه باذنه لم يكن عليه من عوض الماضى فكذا بحكم العقد الباطل فيه لا يتقوم فلا يلزمه شئ وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم قريب من الفرات اذا دخل مرو كان ماؤه قسمة بين أهله بالحصص لكل قوم كوى معروفة فأخذ رجل أرضا كانت مواتا ولم يكن لها من ذلك

النهر شرب ثم كري لها نهرا من فوق مرو في موضع لا يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر العظيم قال ان كان هذا النهر يضر بأهل مرو ضررا بينا في مائهم فليس له ذلك ويمنعه السلطان منه وان كان لا يضربهم فله ذلك ولم يكن لهم ان يمنعوه لان الماء في هذا الوادي على أصل الاباحة ولكل واحد من المسلمين حق الانتفاع به اذا كان لا يضر بغيره وهذا لانه مالم يدخل في المقاسم لا يصير الحق فيه خالصا للشركاء ولهذا وضع المسألة فيما اذا اكرى نهرا من فوق مرو فاذا كان لا يضربهم فبصرفه لا يمس حقوقهم ولا يلحق الضرر بهم فلا يمنعوه من ذلك واذا كان يضربهم فكل أحد ممنوع من أن يلحق الضرر بغيره فكيف لا يمنع من الحاق الضرر بالعامة والسلطان نائب عنهم في النظر لهم فيمنعه من ذلك لا بطريق انه يختص به بل لانه الى تسكين الفتنة أقرب فاما لكل أحد أن يمنعه من ذلك والضرر يتوهم من وجهين أحدهما من حيث كسر ضفة الوادي والثاني انه يكثر دخول الماء في هذا النهر وربما يتحول أكثر الماء الى هذا الماء ليضر باهل مرو وقيل له فان كان رجل له كوي معروفه أله أن يزيد فيها قال ان كانت الكوى في النهر الاعظم فزاد في ملكه كوة أو كوتين ولا يضر ذلك بأهل النهر فله ذلك لان الماء في النهر الاعظم لم يقع في المقاسم بعد فهو على أصل الاباحة كما كان قبل أن يدخل مرو فزيادة كوة أو كوتين في خالص ملكه لا يكون أقوى من سبق نهر ابتداء من هذا النهر الاعظم وهو غير ممنوع من ذلك كما بينا فهذا مثله فان كان نهر خاص لقوم فأخذ من هذا النهر الاعظم لكل رجل منهم في هذا النهر كوى مسماة لشربه لم يكن لاحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر باهل النهر الخاص لان الماء في هذا النهر الخاص قد وقع في المقاسمة والشركة في هذا النهر شركة خاصة حتى يستحق فيها الشفعة وليس لبعض الشركاء أن يزيد فيما يستوفي على مقدار حقه سواء أضر ذلك بالشركاء أو لم يضر فزيادة كوة في فوهة أرضه يكون ليزداد فيه دخول الماء على مقدار حقه وهو كالشركاء في الطريق ليس لاحدهم أن يحدث فيه طريقا لدار لم يكن لها طريقا في هذه السكة الخاصة بفتح باب حادث فان قيل كيف يمنع من احداث الكوة في لوح هو خالص ملكه قلنا لان الكوى منهم سبب لبيان مقدار كل واحد منهم فلو لم يمنع من ذلك لكان اذا تقادم العهد ادعى لنفسه زيادة حق واستدل بالكوى ان كان الماء يدخل في هذه الكوى في الحال فسبب المنع ظاهر فان ما يدخل في هذه الكوى زيادة على حقه في النهر وكان هذه المسائل

سأل عنها ابراهيم بن رستم وأبو عصمة سعد بن معاذ المرويان أبا يوسف أو ابن المبارك رضي الله عنهم ثم فرع محمد رحمه الله على ذلك فقال فسألته هل لأحد من أهل هذا النهر الخاص أن يتخذ عليه رحا ماء يكرى لها نهرا منه فى أرضه يسيل فيه ماء النهر ثم يعيده اليه وذلك لا يضر بأهل الشرب قال ليس له ذلك لانه من أعلاه الى أسفله مشترك بينهم فليس لاحد منهم أن يحدث فيه حدثا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة الا برضاهم بمنزلة طريق خاص بين قوم والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملكه الا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم ثم من يتخذه اذا كرى له نهرا منه ففيه كسر ضفة النهر وتغيير الماء عن سننه فلا بد أن ينتقص الماء منه فانه اذا كان يجرى على سننه لا يتبين فيه نقصان واذا انفرج يتبين فيه النقصان وان عاد الى النهر وكذلك العين أو البركة يكون بين قوم فالشركة فيهما خاصة كما بينا وسألته عن نهر بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الاعظم وأحد الرجلين أرضه فى أعلى هذا النهر والآخر أرضه فى أسفل هذا النهر فقال صاحب الاعلى أنى أريد أن أشد بعض هذه الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض فى أرضى واتأذى منه ولا يبلغك حتى يقل فيأتيك منه ما ينفعه قال ليس له ذلك لانه يقصد الاضرار بشريكه ثم ضرر النزلاء يلحق صاحب الاعلى بفعل صاحب الاسفل بل تكون أرضه فى أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر منفعة اذا قل الماء ولو سد بعض الكوى يلحق صاحب الاسفل ضرر لنقصان صاحب الاعلى وهو ممنوع من ذلك كما لو أراد أن يسكر النهر وكذلك لو قال اجعل لي نصف هذا النهر ولك نصفه فاذا كان فى حصة سددت منها ما بدا لي وأنت فى حصتك تفتحها كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة بالكوى فلا يكون لاحد أن يطالب بقسمة أخرى وفى القسمة الاولى الانتفاع بالماء لكل واحد منهما مستدام وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة وربما يضر ذلك بصاحب الاسفل فان تراضيا على ذلك فلهما ما تراضيا عليه فان أقاما على هذا التراضى زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب فى نوبته من الشهر وللمعير أن يرجع متى شاء وكذلك لورثته بعد موته لانهم خلفاؤه فى ذلك وهذا لانه لا يمكن أن يجعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارة الشرب

بالشرب باطل وسألته عن نهر بين رجلين لهما أربع كوى فاضاف اليها رجل أجنبي كوتين في نهرهما برضاهما حتى اذا انتهى الى أسفل النهر كرى منه نهرا الى أرضه ثم بدا لاحدهما أن ينقضه بعد زمان أو بدا لورثته أو لبعضهم بعد موته نقضه فله ذلك لانهم أعاروا الاجنبي النهر ليجرى ماءه فيه الى نهره خاصة فلهم أن يستردوا العارية متى شاؤا لكل واحد منهم ذلك في نصيبه (ألا ترى) أن لاحدهم أن يأبى ذلك في الابتداء فله أن ينقضه أيضا في الانتهاء وهذا لان رضا بعض الشركاء معتبر في حقه لا في حق بقية الشركاء (ألا ترى) أن من أراد أن يتطرق في طريق مشترك شركة خاصة فيرضى به بعض الشركاء دون البعض لم يكن له أن يتطرق فيه وهذا لانه لا يتصور انتفاعه بنصيب التراضي على الخصوص بل يكون انتفاعه بنصيب جميع الشركاء فليس له أن ينتفع بنصيب المانع الا برضاه وسألته عن نهر خاص من النهر الاعظم بين قوم لكل واحد منهم نهر منه فنهم من يكون له كوتان ومنهم من يكون له ثلاث فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفقة الماء وكثرته وفي رواية لان دفعة الماء وكثرته من أعلى النهر فدخل في كوا كم شيء كثير ولا ماء هنا الا وهو قليل غائر فنحن نريد أن ننقصكم بقدر ذلك ونجعل لكم أياما معلومة ونسد فيها كوانا ولنا أياما معلومة تسدون فيها كوا كم قال ليس لهم ذلك ويترك على حاله كما كان قبل اليوم لانها قسمت مرة فلا يكون لبعضهم أن يطالب بقسمة أخرى ثم الاصل انما وجد قديما فانه يترك على حاله ولا يغير الا بحجة وقد ذكرنا هذا في أول الوكالة في حديث عثمان رضى الله عنه حيث قال أرأيت هذا الضفير أكان على عهد عمر رضى الله عنه ولو كان جور الماء تركه عمر رضى الله عنه وكذلك ان قال أهل الاسفل نحن نريد أن نوسع رأس النهر ونزيد في كواه وقال أهل الاعلى ان فعلتم ذلك كثر الماء حتى يفيض في أرضنا وينز لم يكن لاهل الاسفل أن يحدثوا فيه شيأ لم يكن لانهم يتصرفون فيما هو مشترك على وجه يضر ببعض الشركاء فيمنعون من ذلك وان باع رجل منهم كوة له فيه كل يوم بشيء معلوم أو أجرة لم يجز لانه غرر لا يعرف وهو ليس بملك وبيع مجرد الحق باطل وسألته عن هذا النهر اذا خافوا أن ينبثق وأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم من الدخول معهم قال ان كان فيه ضرر عام أجبرتهم جميعا على تحصينه بالحصص لان في ترك الاجبار هنا تهييج الفتنة وتسكين الفتنة لازم شرعا فلاجل التسكين يجبرهم الامام على تحصينه بالحصص فان لم يكن

فيه ضرر عام لم أجبرهم عليه وأمرت كل انسان أن يحصن نصيب نفسه يعني بطريق الفتوى
لان التدبير فى الملك يكون الى المالك فاذا لم يكن فيه ضرر عام كان له رأي في ذلك من التعجيل
والتأجيل وربما لا يتمكن منه فى كل وقت ولا يتفرغ لذلك بخلاف الكرى فان بعض الشركاء
فى هذا النهر الخاص اذا امتنع من الكرى أجبر عليه اذا طلبه بعض الشركاء لان ذلك شيء
قد التزموه عادة لحاجة النهر الى الكرى فى كل وقت معلوم بطريق العادة فالذى يأبى الكرى
يريد قطع منفعة الماء عن نفسه وشركائه وليس له ذلك فلهذا أجبر عليه فأما البثق فهو موهوم غير
معلوم الوقوع عادة فاذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الممتنع من ذلك لحق موهوم لشريكه
وسألته عن رجل اتخذ فى أرض له رحا ماء على هذا النهر الاعظم الذى للعامة مفتحة فى أرضه
ومصبه فى أرضه لا يضر بأحد فأراد بعض جيرانه أن يمنعوه من ذلك قال ليس له أن يمنعه
لان تصرفه فى خالص ملكه وشق نهر من هذا النهر الاعظم لمنفعة الرحا كشق نهر من
هذا النهر الاعظم ليسقي به أرضا أحياها وقد بينا انه لا يمنع من ذلك لانه لم يدخل الماء فى
المقاسم بعد فهذا مثله قال وسألته عن هذا النهر الاعظم اذا كانت عليه أرض لرجل خدها الماء
فنقص الماء وجزر عن أرض فاتخذها هذا الرجل وجرها الى أرضه قال ليس له ذلك لان
الارض جزر عنها الماء من النهر الاعظم وهو حق العامة قد يحتاجون اليه اذا كثر الماء فى
النهر الاعظم أو تحول الى هذا الجانب فليس له أن يجعلها لنفسه بأن يضمها الى أرضه اذا كان
ذلك يضر بالنهر ومنهم من يروى جرز وهو صحيح قال الله تعالى أو لم يروا انا نسوق الماء الي
الارض الجرز وسألته فقلت بلغنى أن الفرات بأرض الجزيرة يجرز عن أرض عظيمة فيتخذها
الرجل مزرعة وهي فى حد أرضه قال ليس له ذلك اذا كان يضر بالفرات لان هذا حق
عامة المسلمين وان كان لا يضر بالفرات فله ذلك عندهما بغير اذن الامام وعند أبى حنيفة
رحمه الله اذن الامام بمنزلة إحياء الموات قال واذا حصنها من الماء فقد أحياها لان هذه
الارض صالحة للزراعة وان كان لا يتمكن من زراعتها لاجل الماء فاذا حصنها منه فقد أحياها
فأما سائر الاراضي فبمجرد التحصين لا يتم الاحياء بل ذلك تحجر فانها انما تصير صالحة
للزراعة اذا أحرق الحصائد فيها وبقى الحشيش منها وكربها فبذلك يتم احياؤها وسألته عن
نهر بين قوم يأخذ من هذا النهر الاعظم له فيه كوى مسماة ولكل رجل منهم نهر من
هذا النهر الخاص فأراد رجل أن يسد كوة له ويفتح كوة أعلى من تلك فى ذلك النهر قال

ليس له ذلك لانه يكسر ضفة النهر المشترك ويريد أن يزيد فى حقه لان دخول الماء فى أعلى النهر من كوة يكون أكثر من دخوله فى أسفل النهر فى مثل تلك الكوة وهذا بخلاف الطريق فمن يكون طريقه فى أعلى السكة الخاصة اذا أراد أن يجعله فى أسفل السكة لا يمنع منه لان هناك هو بتصرفه لا يزيد فى حقه فهو الذى يتطرق فى ذلك الطريق سواء كان باب داره فى أعلى السكة أو فى أسفلها ثم هناك انما يتصرف فى حائط هو ملكه بفتح باب فى أسفله (ألا ترى) انه لو أراد أن يفتح بابين أو ثلاثة أو يرفع جميع الحائط لم يمنعه أحد من ذلك بخلاف الكوي فانه ان أراد أن يزيد كوة أخرى منع من ذلك فكذلك اذا أراد أن يحولها من جانب الى جانب وسألته عن هذه الكوى لو أراد صاحبها أن يكريها فيسفلها عن موضعها ليكون أكثر لاخذها من الماء قال له ذلك لانه بالكرى يتصرف فى خالص ملكه (ألا ترى) ان له أن يكرى جميع النهر فكذلك له أن يكري هذا الموضع قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول هذا اذا علم انها فى الاصل كانت مسفلة فارتفعت بانكباس ذلك الموضع من الماء فانه بالكري يعيدها الى الحالة الاولي وذلك حقه فاما اذا علم انها كانت بهذه الصفة فاراد أن يسفلها منع من ذلك لانه يريد أن يزيد على مقدار حقه من الماء وكذلك ان أراد أن يرفع الكوى وكانت متسفلة ليكون أقل للماء فى أرضه فله ذلك وعلى ما قال شيخنا الامام رحمه الله هذا اذا كان هو بالرفع يعيدها الى ما كانت عليه فى الاصل فأما اذا أراد أن يغيرها عما كانت عليه فى الاصل فيمنع عنه (قال الشيخ الامام رحمه الله) والاصح عندى انه لا يمنع على كل حال لان القسمة في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار السفل والترفع هو العادة بين أهل مرو فانما يمنع من يوسع الكوة ويضيقها ولا يمنع من أن يسفلها أو يرفعها لانه ليس فيه تغيير ما وقعت القسمة عليه وسألته عن نهر خاص لرجل من هذا النهر الخاص أراد أن يقنطر فيه ويستوثق منه قال له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان مقنطرا أو مستوثقا منه فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو غير علة فان كان ذلك لا يزيد فى أخذ الماء فله ذلك لانه يرفع بناء هو خالص ملكه وان كان يزيد فى أخذه الماء منع منه لحق الشركاء فان أراد أن يوسع فم النهر منع من ذلك لانه بهذا التوسع يرفع ضفة النهر المشترك من الجانبين وهو ممنوع من ذلك ثم يزيد على هذا مقدار حصة فى أصل الماء أما فى الموضع الذي لا تكون القسمة بالكوى فغير مشكل أو فى الموضع الذى تكون القسمة بالكوى اذا وسع

فم النهر احتبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كواه أكثر مما يدخل اذا لم يوسع فم النهر وكذلك اذا أراد أن يؤخر الكوى عن فم النهر فجعلها فى أربعة أذرع من فم النهر الى أسفله فليس له ذلك لان الماء يحتبس فى ذلك الموضع فيدخل فى كواه أكثر مما يدخل اذا كانت الكوى فى فم النهر وسألته عن رجل مات ممن له هذا الشرب قال الشرب ميراث بين ورثته لانهم خلفاؤه يقومون مقامه فى املاكه وحقوقه وقد تملك بالميراث مالا يملك بسائر أسباب الملك كالقصاص والدين والخمر يملك بالارث فكذلك الشرب وان أوصى فيه بوصية جاز لان الوصية أخت الميراث ثم ماامتنع البيع والهبة والصدقة فى الشرب للغرور والجهالة أو لعدم الملك فيه فى الحال والوصية بهذه الاسباب لاتبطل (ألا ترى) أن الوصية بما يثمر نخيله العام يصح فكذلك الوصية بالشرب وسألته عن أمير خراسان اذا جعل لرجل شربا فى هذا النهر الاعظم وذلك الشرب لم يكن فيما مضى أو كان له شرب كوتين فزاده مثل ذلك وأقطعه اياه وجعل مفتحه فى أرض يملكها الرجل أو فى أرض لا يملكها قال ان كان ذلك يضر بالعامة لم يجز فان كان لا يضر بهم فهو جائز اذا كان ذلك فى غير ملك أحد لان للسلطان ولاية النظر دون الاضرار بالعامة ففيما لا يضر بالعامة يكون هذا الاقطاع منه نظرا لمن أقطعه اياه وفيما يضر بهم يكون هذا الاقطاع اضرارا بالعامة وليس له ذلك يوضحه ان فيما يضر بهم لكل واحد منهم أن يمنع من ذلك فالامام فى الاقطاع يكون مبطلا حقه وله ولاية استيفاء حق العامة لا ولاية الابطال وفيما لا يضر بهم قد كان له أن يحدث ذلك بغير اقطاع من الامام فبعد الاقطاع أولى واذا أصفى أمير خراسان شرب رجل وأرضه وأقطعها لرجل آخر لم يجز ويرد الى صاحبها الاول والى ورثته والمراد بالاصفاء الغصب ولكن حفظ لسانه ولم يذكر لفظ الغصب فى افعال السلاطين لما فيه من بعض الوحشة واختار لفظ الاصفاء ليكون أقرب الى توقير السلطان وكان أبو حنيفة رحمه الله يوصى أصحابه بذلك فينبغى للمرء أن يكون مقبلا على شأنه حافظا للسانه موقرا لسلطانه ثم فى هذا الفعل السلطان كغيره شرعا قال النبى صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وتمليك ملك غيره من غير المالك يكون لغوا فيجب رد ذلك على صاحبه ان كان حيا وعلى ورثته بعد موته وهكذا فيما حازه لنفسه من أملاك الناس (ألا ترى) ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله لما استخلف أمر برد أموال بيت المال على أربابها لان من كان قبله من بنى أمية كانوا أخذوها ظلما واذا تزوج الرجل المرأة على شرب بغير

أرض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شئ لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولانه ليس بمال متقوم ولهذا لا يضمن بالاتلاف بعقد ولا بغيره ثم هو مجهول جهالة متفاحشة فلا يصح تسميته ولكن بطلان التسمية لا يمنع جواز النكاح بمنزلة ترك التسمية فيكون لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها ولو ان امرأة اختلعت من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلا ولا يكون له من الشرب شئ ولكن الخلع صحيح وعليها أن ترد المهر الذى أخذت لانها أطمعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتكون غارة له بهذه التسمية والغرور فى الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت بما فى بيتها من المتاع فاذا ليس فى بيتها شئ والصلح في الدعوى على الشرب باطل لان المصالح عليه مما لا يملك بشئ من العقود وقد بينا أن ما لا يستحق بشي من العقود فالصلح عليه باطل وصاحب الدعوى على دعواه وحقه فان كان قد شرب من ذلك الشرب مدة طويلة فلا ضمان عليه فيه لان الشرب ليس بمحل للعقد أصلا فكان العقد فيه كالاذن المطلق فان كان الصلح عليه من قصاص فى نفس أو فيما دونه فالصلح باطل وجاز العفو وعلى القاطع الدية وأرش الجراحة لان الصلح من القود على شرب نظير الخلع على معنى ان جهالة البدل وان تفاحشت فى كل واحد منهما فالخلع والصلح صحيح باعتبار انه اسقاط ليس فيه تمليك الا ان فى الصلح عن القود اذا لم يثبت المسمى وتمكن فى التسمية معنى الغرور يجب رد الدية وفى الخلع يجب رد المقبوض لان النفس تتقوم بالدية والبضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم فيجب رد المقبوض لدفع الضرر والغرور ولو مات صاحب الشرب وعليه ديون لم يبع فى دينه الا أن يكون معه أرض فيباع مع أرضه لان فى حال حياته كان لا يجوز منه بيع الشرب بدون الارض فكذا بعد موته وقد تكلم مشايخنا رحمهم الله فى أن الامام ماذا يصنع بهذا الشرب فمنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء فى كل يومه ثم يبيع الماء الذى جمعه فى الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين (قال الشيخ الامام الاجل) رحمه الله والاصح عندى انه ينظر صاحب أرض ليس له شرب فيضم ذلك الشرب الى أرضه ويبيعهما برضاه ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب ومع الشرب فيجعل تفاوت ما بينهما من الثمن مصروفا الى قضاء دين الميت وما وراء ذلك لصاحب الارض وان لم يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى قضاء ثمن الارض المشتراة وما يفضل

من ذلك للغرماء وكذلك لو أوصي أن يباع من هذا الرجل أو يوهب له أو يتصدق عليه كان ذلك باطلا لانه لو باعه بنفسه فى حياته لم يجز فكذلك اذا أوصى أن يباع منه بعدموته قال الا أن يكون معه أرض فيجوز من ثلثه يريد الهبة أو الصدقة أو المحاباة فى البيع فان ذلك يجوز من ثلثه قال وان أوصى أن يسقي أرض فلان يوما أو شهرا أو سنة من شربه أجزت ذلك من ثلثه لما بينا أن الوصية بالشرب كالوصية بالغلة المجهولة وذلك ينفذ من ثلثه وان مات الذى له الوصية بطلت وصيته فى الشرب قال وهى بمنزلة الخدمة يعنى اذا أوصي بخدمة عبده لانسان فمات الموصى له بطلت الوصية وهذا لان الشرب كالمنفعة الا أنها مجهولة جهالة لا تقبل الاعلام والخدمة تقبل الاعلام ببيان المدة فيجوز استحقاقها بالاجارة اذا كانت معلومة فيجوز استحقاقها بالوصية من الثلث وان لم يكن معلوما ببيان المدة فكذلك استحقاق الشرب بالوصية يجوز وان كانت مجهولة ولكن الاستحقاق للموصى له باعتبار حاجته فيبطل بموته لان الورثة يخلفونه فيما كان ملكا أو حقا متأكدا له وذلك غير موجود فى الشرب كما فى الخدمة فان أوصى أن يتصدق بشربه على المساكين فهذا باطل لان حاجة المساكين الى الطعام دون الماء وانما يحتاج الى الشرب من له أرض وليس للمساكين ذلك ولا بدل للشرب حتى يصرف بدله الى المساكين فانه لايحتمل البيع والاجارة فكان باطلا وكذلك لو قال فى حياته هو صدقة فى المساكين ان فعلت كذا ففعله لم يلزمه شئ لانه لاطريق لتنفيذ هذه الوصية فى عين الشرب ولا في بدله الا أن يكون معه أرض فحينئذ تصح وصيته ونذره فتنعقد يمينه فاذا حنث يجب تنفيذه فى التصدق بعينه أو بقيمته بعد البيع ولو أوصى بان يسقى مسكينا بعينه فى حياته فذلك جائز فيه باعتبار عينه كما لو أوصى له بعين بخلاف ماأوصي به فى المساكين فتصحيح تلك الوصية باعتبار التقرب الي الله تعالى بجعل شئ من ماله خالصا لله تعالى ليكون مصروفا الى سدخلة المحتاجين وذلك لايتأتى فى الشرب بدون الارض ولو باع الشرب بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ويضمن قيمته لان العقد فى العبد فاسد فان شراء العبد من غير تسمية الثمن يكون فاسدا فكذلك عند تسمية الشرب والمشترى شراء فاسدا يملك بالقبض فينفذ العتق فيه وعلى المشتري ضمان القيمة وكذلك لو كانت أمة فوطئها فولدت منه كانت أم ولد وعليه قيمتها وعقرها وذكر هذه المسئلة فى موضع آخر من هذا الكتاب ولم يذكر العقد وهو الاصح وقد قال فى البيوع في المشتراة

شراء فاسـدا وليس عليه عقر فى وطئها وقد بينا فى البيوع وجـه الروايتين والتوفيق بينهما وكذلك لوأجره بعبد فاعتقه لان البدل فى الاجارة اذا كان عينا فهو كالمبيع فيصير مملوكا بالقبض وينفذ العتق فيـه ويجب رد قيمته ولو ادعى شربا فى يدى رجل انه بغير أرض فانه ينبغى فى القياس أن لا يقبـل منـه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فى المدعى اذا أثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغـير أرض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى والخصومة كالخمر فى حق المسلمين ولكن فى الاستحسان يقبـل بينة ويقضي له به لان الشرب مرغوب فيه ومنتفع به وقد يكون الاستحقاق فيه للانسان منفردا عن الارض بالميراث والوصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة ثم القاضى لا يملكه بالقضاء شيأ ابتداء ولهذا لا ينفذ قضاؤه باطنا فى الاملاك المرسلة وانما يظفر بقضاء حقه أو ملكه والشرب يحتمل ذلك (ألا ترى) انه يقضى له بالدين بالحجة والدين في ذمة الغير لا يحتمل التمليك ابتداء واذا كانت لرجل أرض ولرجل فيها نهر يجرى فاراد رب الارض أن لا يجرى النهر فى أرضه لم يكن له ذلك بل يترك على حاله لانه وجد كذلك لان موضع النهر فى يد صاحب النهر لانه مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله فى انه ملكه فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا سألته البينة على أن هذا النهر له فان جاء ببينة قضيت به له لاثباته حق نفسه بالحجة وان لم يكن له بينة علي أصل النهر وجاء ببينة انه كان مجراه فى هذا النهر يسوقه الى أرضه حتى يسقيها منه أجزت ذلك لانهم شهدوا له بحق مستحق فى النهر وهو المجرى وقد بينا نظائر هذا فى الطريق والمسيل وبينا أن الجهالة هناك لا تمنع قبول الشهادة فكذا المجرى هنا وكذلك المصب اذا كان نهره ذلك يصب فى أرض أخرى فمنعه صاحب الارض السفلى المجرى وأقام بينة على أصـل النهر أنه له وأقام البينة على أن له فيه مصبا أجزت ذلك لان المصب كالمسيل ولو أقام البينة ان له مسيل ماء على سطح جاره كانت البينة مقبولة فهذا مثله ولو سـقى الرجل أرضه أو شجرها أو ملأها ماء فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها لم يكن عليه ضمانها لانه فى هذا التسبيب غير متعد بل هو متصرف فى ملك نفسه وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه مطلقا والمتسبب اذا لم يكن متعديا فى تسببه لا يكون ضامنا كحافر البئر وواضع الحجر فى

ملكه وهو نظير ما لو أوقد النار في أرضه فوقع الحريق بسبب ذلك فانه لا يكون ضامنا لكونه متصرفا فى خالص ملكه وكذلك لو نزت أرض جاره من هذا الماء ولو اجتمع فى هذا الماء سمك فصاده رجل كان للصياد لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وهو نظير ما لو اصطاد من أرض رجل ظبيا فانه يكون له دون صاحب الارض وان كان لصاحب الارض أن يمنعه من الدخول فى أرضه واذا كانت لرجل أرض فيها مراعى فاجر مراعيها أو باعها كل سنة بشئ مسمي ترعي فيها غنم مسماة فان ذلك لا يجوز لان المقصود هو الكلا وهو علي أصل شركة الاباحة لا اختصاص لصاحب المرعى به ثم هذا استئجار المقصود به استهلاك العين وشراء ما هو مجهول لا يعرف فيكون باطلا كبيع الشرب واجارته ولو أخذ صاحب الارض شيأ من هذا فاحرزه ثم باعه كان جائزا بمنزلة الماء الذى أحرزه فى الاوانى وهذا لان ملكه بالاحراز فيه قد تم وهو متقوم لكونه منتفعا به ولو كان زرع رجل قصيلا فى أرضه ثم أجره من رجل يرعي فيه غنمه كان باطلا لان المقصود بهذا الاستئجار استهلاك العين ولانه انما يستحق بالاجارة مالا يجوز بيعه والقصيل عين يجوز بيعه فلا يستحق بالاجارة علي المستأجر قيمة مارعت غنمه من ذلك لانه صار مستوفيا مستهلكا له بحكم عقد فاسد وهذا بخلاف الكلا فى المرعى فقد نبت ذلك من غير انبات أحد فكان علي أصل الاباحة المشترى والبائع فى الانتفاع به سواء وهذا مما استنبته صاحب الارض فيكون مملوكا له حتى لو باعه جاز بيعه وانما لم تجز اجارته لما قلنا ولمعنى الغرر فيه فاذا أتلف ملكا متقوما لغيره بسبب عقد فاسد كان مضمونا عليه بقيمته ولو استأجر مرعى لعبد بعينه فرعاه فى تلك السنة لم يضمن ما رعي ويأخذ عبده لان العقد كان فاسدا فيسترد عبده بحكم العقد الفاسد فان كان المؤاجر قد أعتقه أو باعه جاز ذلك ويضمن قيمته لانه ملكه بالقبض بحكم عقد فاسد فينفذ عتقه فيه وهذا لان البيع محل للملك فينفذ العقد مقيدا بحكمه وهو نظير ماذا اشترى عبدا بشرب بخلاف العبد بالريح فهناك وان قبض المشترى لا يملكه ولا ينفذ عتقه فيه بمنزلة البيع بالميتة والدم لان الريح لا يتقوم بالعبد بحال ولا يدخل فى العقد أصلا فبتسميته يخرج السبب من أن يكون تمليك مال بمال فاما الشرب والكلا فمما يجوز أن يستحق بالعقد تبعا للارض وهو منتفع به شرعا (ألا ترى) انه يتصور فيه الاحراز الموجب للملك وبعد الاحراز يكون مالا متقوما فقبل الاحراز ينعقد العقد بتسميته على

ما هو محل للتمليك بالعقد فينفذ عتقه فيه بعد القبض ولو تزوج امرأة على أن يرعى غنمها في أرضه سنة كان لها مهر مثلها لان شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا متقوما في نفسه أو يستحق بذكره تسليم مال والكلاء والشرب قبل الاحراز ليس بمال فلا تصح تسميته في النكاح ولو أوصى بكلا في أرضه سنين أو وهبه أو صالح عليه من قصاص أو مال كان القول فيه كالقول في الشرب لاستوائهما في المعنى فكل واحد منهما مبقى على شركة الاباحة قبل الاحراز ولو أحرق كلاء أو حصائد في أرضه فذهبت النار يمينا وشمالا وأحرقت شيأ لغيره لم يضمنه لانه غير متعد في هذا التسبب فان له أن يوقد النار في ملك نفسه مطلقا وتصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة قال بعض مشايخنا رحمهم الله وهذا اذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار فاما اذا أوقد النار في يوم ريح على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار الي ملك غيره فانه يكون ضامنا بمنزلة مالو أوقد النار في ملك غيره (ألا ترى) أن من صب في ميزاب مائعا وهو يعلم أن ماتحت الميزاب انسان جالس فافسد ذلك المائع ثيابه كان الذى صبه ضامنا وان كان صبه في ملك نفسه ولو أن رجلا أتى طائفة من البطيحة مما ليس لاحد فيه ملك مما قد غاب عليه الماء فضرب عليه المسناة واستخرجه وأحياه وقطع مافيه من القصب رأيتها له بمنزلة أرض الميتة وكذلك ماعالج من أجمة أو جزيرة في بحر بعد أن لا يكون لاحد فيه ملك لان هذا كله من جملة الموات وقد بينا حد الموات فاعاد ذلك هنا وذكر أن كل أرض من السواد والجبال التى لا يبلغها الماء من أرض العرب مما لم يكن لاحد فيها ملك فهو كله من الموات ومراده ما كان من فناء العمران وقد بينا أن ذلك من حق السكان في العمران ولو أحياه وكان له مالك قبل ذلك رددته الى مالكه الاول ولم أجعل للثانى فيه حقا ولكنه ضامن لما قطع من قضبها لان ملك الغير محترم لحرمة المالك فلا يكون له أن يتملك عليه بالاحياء بغير رضاه ولكنه أتلف ماقطع من قضبها وكانت مملوكة لصاحبها فعليه ضمانها وان كان الثانى قد زرعها فالزرع له وهو ضامن لما نقص من الارض بمنزلة من غصب أرضا فزرعها وان احتفر الرجل بئرا في مفازة باذن الامام فجاء رجل آخر واحتفر في حريمها المذكورة بئرا كان للاول أن يسد مااحتفره الثانى لان حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر اذا حفر باذن الامام والثانى متعد في تصرفه في ملكه فلا يستحق بهذا التصرف شيأ ولانه ضامن للنقصان وللاول أن يأخذه بسد ما احتفر وهو عرق ظالم

ولا حق له بظاهر الحديث وكذلك لو بني أو زرع أو أحدث فيه شيأ للاول أن يمنعه من ذلك لمالكه ذلك الموضع وما عطب فى بئر الاول فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى حفره وماعطب فى بئر الثانى فهو مضمون على الثانى لانه متعد فى تسببه ولو ان الثانى حفر بئرا بامر الامام فى غير حريم الاول وهى قريبة منه فذهب ماء البئر الاول وعرف ان ذهاب ذلك من حفر الثانى فلا شيء له عليه لانه غير متعد فيما صنع بل هو محق فى الحفر فى غير حريم الاول والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له أن يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى بئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له أن يخاصم الثانى ولو احتفر قناة بغير اذن الامام فى مفازة ثم ساق الماء حتى أتى به أرضا فاحياها فانه يجعل لقناته ومخرج مائه حريما على قدر ما يصلحه وهذا بناء على قولهما فاما عند أبي حنيفة رحمه الله اذا فعل ذلك باذن الامام يستحق الحريم للموضع الذى يقع الماء فيه على وجه الارض فأما اذا كان بغير اذن الامام فلا وهذا بمنزلة مالو أخرج عينا الا انه تحرز عن بيان المقدار فيه بالرأى ولم يجد فى القناة نصا بعينه فقال حريمه بقدر ما يصلحه فاما فى الموضع الذى لا يقع ماؤه على الارض من القناة فبمنزلة النهر الا أنه يجرى تحت الارض وقد بينا الكلام فى الحريم للنهر فكذلك القناة واذا كانت القناة على هذا الوجه بين رجلين والارض بينهما ثم استحيا أحدهما أرضا أخرى فأراد أن يسقيها لم يكن له ذلك بمنزلة نهر مشترك بين رجلين وهذا لانه يريد أن يستوفى أكثر من حقه ويثبت لهذه الارض الاخرى شربا من هذه القناة فلا يملك ذلك الا برضا شريكه ولو كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون لكل رجل منهم أرض معلومة فأراد بعضهم أن يسوق شربه الى أرض أخرى لم يكن لها فى ذلك النهر شرب فيما مضي فليس له ذلك لانه يستوجب بذلك فى النهر غير ما لم يكن له قبل ذلك أما اذا كان يسقي أرضه التى لها شرب من هذا النهر مع ذلك فهو يستوفى أكثر من حقه وان كان يريد أن يسوق شربه الاول الى هذه الارض الاخرى لم يكن له ذلك أيضا لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعي للارض شربا من هذا النهر مع الاول واستدل على ذلك بالنهر المعد لاجراء الماء فيه من ذلك النهر الى هذه الارض فهذا معنى قوله يستوجب بذلك فى النهر شربا لم يكن له قبل ذلك وكذلك لو أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الاخرى فليس له ذلك لانه يستوفى فوق حقه فالارض تنشف بعض

الماء قبل أن ينتهي الى هذه الارض الاخرى ثم هذا بمنزلة طريق بين قوم اذا أراد أحدهم أن يفتح فيه طريقا من دار أخرى وساكن تلك الدار غير ساكن هذه الدار فهو ممنوع من ذلك وقد بينا الفرق في كتاب القسمة بين هذا وبين ما اذا كان ساكن الدارين واحدا واذا أراد هذا الرجل أن يسقي من هذا النهر نخيلا في أرض أخرى ليس لها في هذا النهر شرب فليس له ذلك كما لو أراد أن يسقي زرعا من هذه الارض الاخرى واذا استأجر أصحاب النهر رجلا يقسم بينهم الشرب كل شهر بشيء معلوم ويقوم على نهرهم فذلك جائز لان العقد يتناول منافعه التي توجد في المدة وهي معلومة ببيان المدة والبدل الذي بمقابلتها معلوم وان استأجروه بشرب من النهر مكان الآخر لم يجز لان الاجرة اذا كانت معينة فهي كالمبيع والشرب لا يجوز أن يكون مبيعا مقصودا ويكون له أجر مثله لانه أوفاه منافعه بعقد فاسد ولو أعطوه كفيلا بذلك لم يجز ولو لم يكن على الكفيل شيء لان الكفيل انما التزم المطالبة بما هو مستحق على الاصيل وليس على الاصيل من تسليم الشرب شيء فكذلك لا يجب على الكفيل واذا احتفر القوم بينهم نهرا على أن يكون بينهم على مساحة أراضيهم وتكون نفقته بينهم على قدر ذلك ووضعوا على رجل منهم أكثر مما عليه غلطا رجع بذلك عليهم لانهم استوفوا ذلك منه بغير حق فعليهم رده ولو وضعوا عليه أقل من نصيبه رجعوا عليه بالفضل لانه تبين انه ما أوفاهم بعض ما كان مستحقا عليه ولم يوجد منهم اسقاط شيء من حقهم عنه فيكون لهم أن يرجعوا عليه بالفضل . واذا كان نهر بين قوم فاصطلحوا على أن يسموا لكل رجل منهم شربا مسمى وفيهم الغائب والشاهد فقدم الغائب فله أن ينقض لان قسمتهم لم تكن بحضرته ولا بحضرة نائبه ولا ولاية لهم عليه في تمييز نصيبه بالقسمة فيكون له أن يبطلها ليستوفي حقه فان كانوا أوفوه حقه وحازوه وقسموه وأبانوه فليس له أن ينقض لانه لو نقض احتاج الى اعادته من ساعته ولا يمكن من النقض لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر عليه في هذا الموضع فكان في النقض متعنتا ولا تجوز الكفالة بثمن الشرب ولا بالاجرة بمقابلة الشرب لان ذلك ليس بمستحق على المطلوب فلا يصح التزام المطالبة بالكفالة فان نقد الكفيل الثمن رجع به على البائع الذي نقده ان شاء لانه استوفى منه مالم يكن مستحقا له وان شاء رجع به على المشترى لانه أدى عنه بامره ثم يرجع به المشترى على البائع لانه ملك المؤدى بالضمان فكان بمنزلة مالو أداه بنفسه واذا وكل رجل وكيلا بشربه يسوقه الي أرضه ويقوم

عليه فهو جائز لان جهة الانتفاع بالشرب تتعين وقد أناب الوكيل فيه مناب نفسه فلا يحتاج بيانه لصحة التوكيل لان الحاجة الي البيان لتمكن الوكيل من تحصيل مقصود الموكل وذلك فيما لا تكون الجهة متعينة فيه وليس له أن يبيع شرب أرضه كما ليس لصاحب الشرب أن يبيعه بنفسه ولا أن يسقي أرض غيره لان ذلك تبرع ومطلق التوكيل لا يملك التبرع لكن وكل غيره بما نه ملك الحفظ بهذا اللفظ دون التبرع واذا اتخذ الرجل مشرعة علي شاطئ الفرات ليستقي منها السقاؤن ويأخذ منهم الاجر لم يجز ذلك لانه لم يبتهم شيأ ولم يؤاجرهم أرضا معناه انهم يأخذون الماء من الفرات فى أوانيهم والماء فى الفرات غير مملوك لاصحاب المشرعة ثم الموضع الذى اتخذ فيه المشرعة من الارض غير مملوك له ولو كان مملوكا فهو لم يؤاجرهم ذلك الموضع (ألا ترى) انه فى يده علي حاله وشرط اجارة الارض تسليمها الى المستأجر ولانهم لا ينتفعون بالارض وانما ينتفعون بالماء فما يعطونه من الماء لا يكون عوضا عن منفعة الارض بل هو أكل مال الغير بالباطل ولو تقبل هذه المشرعة كل شهر بشئ مسمى تقوم فيه الدواب أجزت ذلك لانه التزم الاجر بمقابلة منفعة الارض فان ايقاف الدواب فى موضع من الارض انتفاع بها ويد المستأجر تثبت عليه بايقاف الدواب فيها وهى معلومة ببيان المدة فصحت الاجارة لذلك وكذلك لو استأجر رجل قطعة منها يوما يقيم فيها بغير آلة جاز وهذا بخلاف الاول فان السقائين ما استأجروا موضعا معلوما ولا بينوا لوقوفهم مدة معلومة فبطلت الاجارة هناك للغرر والجهالة وان كانت هذه المشرعة لا يملكها الذى اتخذها فلا ينبغى له هذا ولا يصلح له بمنزلة من أراد أن يبنى دكانا فى الطريق ليؤاجره من الناس منع من ذلك وهذا لان فى الطريق حق عامة المسلمين فكذلك فى موضع المشرعة من شط الفرات حق جميع المسلمين فلا ينبغى له أن يحول بينهم وبين حقهم باتخاذ المشرعة فيه ليؤاجره فيكتسب لنفسه ولو كانت فى موضع لا حق فيه لاحد فاتخذ مشرعة فى ذلك المكان كان للمسلمين أن يستقوا من ذلك المكان بغير أجر كما كان لهم ذلك قبل أن تتخذ فيه مشرعة وهذا لان بتصرفه لا يملك ابطال حق المسلمين ولا أن يحول بينهم وبين حوائجهم وانما أرخص له فى ذلك اذا كانت الارض له يملك رقبتها فحينئذ لا حق لاحد فيه خصوصا فى غير وقت الضرورة ولو أراد المسلمون أن يمروا فى تلك الارض ليستقوا من ذلك الماء فمنعهم منه فان لم يكن له طريق غيره لم يكن له أن يمنعهم وان كان يملك رقبتها

ولكنهم يمرون فى أرضه ومشرعته بغير اذنه لان الموضع موضع الحاجة والضرورة فالماء سبب لحياة العالم قال الله تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حى فاذا لم يجدوا طريقا آخر كان هذا الطريق متعينا لوصولهم منه الى حاجتهم فليس له أن يمنعهم من ذلك فان كان لهم طريق غير ذلك كان له أن يمنعهم من ذلك لانه لاضرورة الى التطرق فى ملكه وهو نظير من أصابته مخمصة يباح له أن يتناول من طعام الغير فان كان عنده مثل ذلك الطعام لم يكن له أن يتناول من طعام الغير بغير اذنه الا أن هناك عند الضرورة يجب الضمان لما فى التناول من اتلاف مال متقوم على صاحبه وهنا ليس فى المرور بين أرضه اتلاف شئ عليه واذا كان لرجل نهر فى أرض رجل فأراد أن يدخل فى أرضه ليعالج من النهر شيأ فمنعه رب الارض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه الا أن يمضى فى بطن النهر وكذلك القناة والبئر والعين لانه لاحق له فى أرضه ولا نفع للحاجة الى التطرق فى أرضه لتمكنه من تحصيل مقصوده بان يمضى فى أرض النهر مع أن هذا فيه ضرر خاص وفى الاول ضرر عام وقد يتحمل عند الحاجة الى دفع الضرر العام مالا يتحمل عند الحاجة الى دفع الضرر الخاص فان كان له طريق فى الارض فله أن يمر فى طريقه الى النهر والعين والقناة لانه يستوفى ماهو مستحق له واذا اصطلح الرجلان على أن يخرجا نفقة يحفران بها بئرا فى أرض موات على أن يكون البئر لاحدهما والحريم للآخر لم يجز لانهما قصدا التفرق بين شيئين ثبت الجمع بينهما شرعا وهو البئر والحريم ثم استحقاق الحريم على طريق التبع لتمكن الانتفاع به من البئر فلا يجوز أن يستحق بالشرط مقصودا منفصلا عن البئر ثم فى هذا الشرط اضرار بصاحب الارض لانه لايتمكن من الانتفاع ببئره من غير حريم واعتبار الشرط للمنفعة لاللضرر وسواء كانت المنفعة بينهما مختلفة أو متفقة وان اشترطا أن يكون الحريم والبئر بينهما نصفين على أن ينفق أحدهما أكثر مما ينفق الآخر لم يجز لان النفقة عليهما بقدر الملك فشرط المناصفة فى الملك يوجب أن تكون النفقة بينهما نصفين شرعا فيكون اشتراط زيادة النفقة على أحدهما مخالفا لحكم الشرع فان فعلا كذلك رجع صاحب الاكثر بنصف الفضل على صاحبه لانه أنفق بامر صاحبه فلا يكون متبرعا فى حصة صاحبه واذا كانت بئر فى أرض بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من البئر بطريقه فى الارض فان ذلك لايجوز لانه يبيع طريقا بينه وبين آخر وأحد الشريكين فى الارض لايملك أن يبيع طريقا فيها الا برضا شريكه ولو باع نصف البئر بغير طريق جاز

ولم يكن له طريق فى الارض لما بينا أن بتسمية البئر فى البيع مطلقا لا يدخل الطريق الخاص فى ملك الغير كما أن بتسمية الدار والبيت فى البيع لا يدخل الطريق وان باع نصيبه من الارض مع البئر ونصيبه نصف الارض جاز كله لان البيع معلوم والمشترى يقوم مقام البائع في ملكه ولا ضرر على الشريك فى صحة هذا البيع والله أعلم

باب الشهادة فى الشرب

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل نهر فى أرض رجل فادعى رجل فيه شرب يوم فى الشهر وأقام البينة على ذلك قضى له به وكذلك مسيل الماء لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين عليه وقد بينا أن الجهالة فى الشرب والمسيل لا تمنع اثباته بالبينة ولو ادعي يومين فى الشهر فجاء بشاهد على يوم فى رقبة النهر وشاهد آخر على يومين ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يقضي بشيء وفى قولهما يقضى بيوم وهو نظير ما تقدم من اختلاف الشاهدين فى التطليقة والتطليقتين والالف والالفين وان كان المدعى يدعي شرب يوم فى الشهر لم تقبل الشهادة لانه كذب أحد شاهديه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا ولم يشهدوا ان له فى رقبة النهر شيأ لم تجز شهادتهم لان المشهود به مجهول جهالة يتعذر على القاضى القضاء معها وان ادعى عشر نهر أو قناة فشهد له أحدهما بالعشر والآخر باقل من ذلك ففى قول أبى حنيفة رحمه الله الشهادة باطلة وان شهدوا بالاقرار لاختلاف الشاهدين لفظا ومعنى وعلى قولهما تقبل على الاقل استحسانا وان شهد أحدهما بالخمس بطلت الشهادة لانه قد شهد له باكثر مما ادعى واذا ادعي رجل أرضا على نهر شربها منه فاقام شاهدين انها له ولم يذكر الشرب سببا فانى أقضي له بها وبحصته من الشرب لان الشرب تبع الارض واستحقاق التبع باستحقاق الاصل وان شهدوا له بالشرب دون الارض لم نقض له من الارض بشيء لان المشهود به تبع ولا يستحق الاصل باستحقاق التبع (ألا ترى) انهم لو شهدوا له بالبناء لا يستحق موضعه من الارض ولو شهدوا له بالارض استحق البناء تبعا وكذلك الاشجار مع الثمار واذا ادعي أرضا فى يد رجل فشهد له شاهد أنها له وشهد آخر على اقرار ذى اليد بذلك لم تقبل الشهادة لاختلافهما فى المشهود به فان أحدهما شهد باقرار هو كلام محتمل للصدق والكذب والآخر شهد له بملك الارض وهما متغايران ولو كاتب رجل عبده

على شرب بغير أرض أو على أرض وشرب لم يجز أما الشرب بغير أرض فلا يستحق بالتسمية في شئ من عقود المعاوضات في الارض مع الشرب اذا لم تكن بعينها فهي مما لا يستحق دينا بشئ من عقود المعاوضات وان كانت أرضا بعينها لغيره لم يجز أيضا لان عقد الكتابة يستدعى تسمية البدل فتسمية عين هو مملوك لغير العاقد لا يكون صحيحا كالبيع ولا يتصور أن يكون مملوكا لان كسبه عند الكتابة مملوك للمولى فانما يصير هو أحق بكسبه بعد الكتابة فيكون هذا من المولى مبادلة ملكه بملكه وقد بينا اختلاف الروايات في الكتابة على الاعيان في كتاب العتاق وان شهد شاهد أن فلانا أوصى له بثلث أرضه وثلث شربه وشهد آخر بثلث شربه دون أرضه فانه يقضى بثلث الشرب له لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى وليس له في ثلث الارض الا شاهد واحد ولو أوصى بثلث شربه بغير أرضه في سبيل الله تعالى أو في الحج أو الفقراء أو في الرقاب كان باطلا لان صرف الموصى به الى هذه الجهات يكون بتمليك العين أو بالبيع وصرف الثمن اليها والشرب لا يحتمل شيأ من ذلك فان كان أوصى بثلث حقه في النهر في كل شئ من ذلك جاز لانه أوصى معه بشئ من الارض يعني أرض النهر وهو مما يحتمل التمليك مع الارض واذا كان لرجل أرض وشرب فادعى الرجل انه اشترى ذلك منه بالف فشهد له شاهد انه اشترى الشرب والارض بالف وشهد الآخر انه اشترى الارض وحدها بغير شرب أو لم يذكر شربا فهذه الشهادة لا تجوز لان المشترى يكذب أحد شاهديه ولان القاضي لا يتمكن من القضاء بالشرب له لان الشاهد على شراء الشرب مع الارض واحد والمدعى غير راض بالتزام الالف بمقابلة الارض بدون الشرب فان كان هذا الثاني شهد انه أشتراها بكل حق هو لها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها جازت الشهادة لان الشرب يدخل في شراء الارض بذكر هذه الالفاظ وانما اختلف الشاهدان في العبارة بعد اتفاقهما في المعنى وذلك لا يمنع العمل بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة ولو جحد المشترى البيع وادعى رب الارض انه باعها بالف بغير شرب فزاد أحد شاهديه الشرب أو الحقوق أو المرافق لم تجز الشهادة لان البائع مكذب أحد شاهديه واذا باع الرجل شربا بأمة وقبضها فوطئها فولدت منه فهي أم ولد له لانه ملكها بالقبض بحكم عقد فاسد وهو ضامن لقيمتها ولم يذكر العقر هنا وقد بينا أن هذا هو الاصح خصوصا فيما اذا تعذر ردها بان صارت أم ولد له ولو وطئها رجل بشبهة وأخذ بائع الشرب المهر أو قطع رجل يدها

أو فقأ عينها فاخذ المشتري ارش ذلك ثم ماتت الجارية عنده ضمن قيمتها والارش والمهر له لانه انما يضمن قيمتها من وقت القبض فيتقرر ملكه فيها من ذلك الوقت فكان الارش والعقر حاصلا بعد ملكه فيكون له وهذا بخلاف الولد فانها لو ولدت ثم ماتت فالمشتري ضامن لقيمتها وعليه رد الولد مع رد القيمة لان الولد ليس بعوض عن جزء مضمون منها وانما يتقرر له الملك بالضمان فيتقرر الملك فى المضمون أو فيما هو عوض عن المضمون أو فيما هو تبع للمضمون لان التبع يملك بملك الاصل والولد بعد الانفصال ليس بمضمون ولا هو عوض عن المضمون ولا هو تبع للمضمون فلا يسقط عنه وجوب رد الولد بتقرر الضمان عليه فى الام فاما الارش فبدل جزء مضمون وقد سلم بدل هذا الجزء لمشتري الشرب حين ضمنه قيمتها صحيحة فلا يجوز أن يسلم له بدل آخر اذ لا يسلم للمرء بدلان عن شيء واحد وكذلك المهر فانه عوض عن المستوفى بالوطء والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين وقد ضمن قيمة جميع العين فيسلم له ما كان بدل جزء من العين * فان قيل المستوفى بالوطء فى حكم جزء ولكنه جزء غير مضمون (ألا ترى) انه اذا لم يتمكن بالوطء نقصان فيها وتعذر استيفاء العقر من الواطئ ردها المشتري ولم يضمن شيأ * قلنا نعم المستوفي بالوطء جزء غير مضمون حقيقة ولكنه فى حكم جزء من العين الذي هو مضمون ولهذا قلنا ان وطء المشتري يمنع الرد بالعيب أو بمنزلة جزء هو ثمره كالكسب فالكسب تبع للمضمون فى حكم الملك فكذلك العقر المستوفى من الواطئ * فان قيل فالولد أيضا خلف عن جزء هو مضمون وهو النقصان المتمكن بالولادة ولهذا ينجبر به * قلنا الخلافة بحكم اتحاد السبب لا لانه عوض عن ذلك الجزء وانما يمتنع رد العوض لوصول مثله الى بائع الجارية وذلك غير موجود فى الولد ولو كانت حية فأخذ البائع الجارية تبعها الارش والمهر لانه لم يتقرر ملك المشتري فيها بل انعدم من الاصل بردها ولانه كان يلزمه رد هذا الجزء حال قيامه فكذلك يلزمه رد بدله مع رد الاصل والله أعلم

باب الخيار فى الشرب

(قال رحمه الله) واذا اشترى أرضا بشربها وهو بالخيار ثلاثة أيام وفى الارض زرع قد اشترطه معها ثم سقى الزرع من ذلك الشرب أو من غيره أو سقي بذلك الشرب زرعا في أرض أخرى أو نخلا أو شجرا فهذا رضا وقطع للخيار لانه تصرف فى المشتري تصرفا

بصفة المالك وهو لا يملكه شرعا الا باعتبار الملك ويقصد بمباشرته اصلاح الملك واحرازه فكان دليل الرضا بتقرر ملكه ودليل الرضا في اسقاط الخيار كصريح الرضا ولو كان الخيار للبائع وصنع شيأ من ذلك فهو قطع للخيار وفسخ للعقد لانه مقرر لملكه بما باشر من التصرف فيه وكذلك لو كانت نخيلا فلقحها أو أرضا فكربها أو سرقنها فهو قطع للخيار وفسخ للعقد لانه مقرر لملكه وكذلك لوجد النخيل أو قطف الكرم فهذا كله تصرف باعتبار الملك ويقصد به احراز الملك واصلاحه واذا اشترى عشر نهر أو بئر على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم سقى أرضا له من ذلك فهذا قطع للخيار بخلاف مالو سقي منه بقرا أو غنما له أو استقى للشفة من البئر أو للوضوء فهذا لا يكون رضا لان سقي الارض هو المقصود بالبئر والنهر ولا يملكه شرعا الا باعتبار ملكه فاقدامه عليه يكون تقريرا لملكه وأما الاستقاء للشفة فغير مقصود بالنهر والبئر ولا يختص ذلك بالملك شرعا فاقدامه عليه لا يكون دليل الرضا بملكه * يوضحه أن قبل البيع كان يملك الاستقاء من هذا البئر للشفة فكذلك بعد فسخ البيع يملكه فعرفنا انه لا أثر للبيع فيه وان اقدامه عليه لا يوجب تنفيذ البيع فأما سقي الارض فما كان يملكه قبل البيع ولا بعد فسخ البيع بل انما يمكن منه باعتبار البيع فاقدامه عليه تقرير للبيع وكذلك لو كان الخيار للبائع فالاستقاء للشفة لا يكون قطعا لخياره لان تمكنه منه ليس باعتبار قيام ملكه شرعا (ألا ترى) انه يتمكن منه بعد تمام البيع بالاجارة بخلاف سقي الارض منه واذا اشترى نهرا وهو بالخيار ثلاثة أيام فسقى أجنبي أرضا له من ذلك النهر والمشتري لا يعلم به فليس هذا بقطع للخيار لانه لم يتمكن بفعل الاجنبي نقصان في العين ولا وجد من المشتري دليل الرضا به بخلاف مالو عيبه أجنبي في يد المشتري فان خياره انما يسقط هناك لتمكن النقصان في العين وعجزه عن رده كما قبض واذا اشترى نهرا بقناة وأسقط الخيار ثلاثة أيام فان سقى أرضه مما اشترى فهو اجازة للبيع وان سقاها مما باع فهو نقض للبيع لان خياره فيما باع خيار للبائع فسقيه للارض مما باع دليل تقرر ملكه فيما باع وفيما اشترى دليل الرضا بتملكه ولو أن الآخر هو الذي سقي أرضه منهما أو من أحدهما لم يكن هذا نقضا للبيع ولا اجازة لان البيع في جانبه لازم وهو غير متمكن من اسقاط خيار صاحبه وهو نظير مالو اشترى عبدا لجاريته وشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فان أعتق ماباع فهو نقض منه للبيع وان أعتق مااشترى فهو اجازة وان فعل ذلك صاحبه لم يكن نقضا ولا اجازة لان عتق صاحبه فيما باع لم ينفذ

لزوال ملكه وفيما اشترى لا ينفذ لانه لم يملكه فان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشترى بئرا وهو بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فانخسفت أو انهدمت أو ذهب ماؤها أو نقص نقصانا فاحشا لزمه البيع لتغير المبيع في يد المشترى فانه باختياره يملك الرد كما قبض ولا يملك الحاق الضرر بالبائع بالرد عليه متغيرا وقد عجز عن رده كما قبض ولو كان الخيار للبائع فذهب ماؤها عند المشترى فالبائع على خياره ان شاء أمضى البيع وأخذ الثمن وان شاء رد المبيع وأخذ قيمة النقصان لانها تعيبت في ضمان المشترى وذلك لا يمنع البائع من التصرف بحكم خياره واذا فسخ البيع بقيت مضمونة عند المشترى بالقبض والعقار يضمن بالقبض بجهة العقد فلهذا ضمنه النقصان ولو كان الخيار للمشترى فبناها وطواها حتى عادت كما كانت لم يكن له أن يردها لان هذا تصرف بحكم الملك وهو مسقط للخيار فكيف يعود به خياره الذى سقط واذا اشترى بئرا وحريمها بشرط الخيار وفي حريمها كلا فارعاها الغنم وأباتها في عطن البئر لم يكن هذا رضا بمنزلة مالو سقى منها غنما له أو أباتها في العطن لان تمكنه من الكلا شرعا ليس باعتبار الملك فقد كان متمكنا منه قبل البيع وبعد فسخ البيع بخلاف مالو حفر بئرا في حريمها أو بنى فيها فان هذا التصرف لا يملكه الا باعتبار ملكه فيكون اقدامه عليه دليل الرضا ولو كان فيه شجر مما تنبته الناس فافسدته الغنم أو قلعته كان هذا ملزما له لانه بمنزلة العيب الحادث في يد المشترى وذلك مسقط لخياره وكذلك لو فعل ذلك أجنبي ولو هدم البئر انسان فضمنه المشترى قيمة الهدم كان ذلك منه قطعا للخيار لان قبل التضمين سقط خياره للتعيب والتضمين تصرف باعتبار الملك فلا يجوز أن يعود بهماسقط من الخيار وكرى النهر وكسر البئر رضا بالبيع لان هذا التصرف لا يفعل الا في الملك على قصد الاصلاح فهو كالبناء والحفر في القناة وان وقع في البئر ما ينجسه من عذرة أو شاة أو عصفور أو فارة فماتت فذلك يلزمه البيع سواء وجب نزح جميع الماء أو نزح بعض الدلاء لان الماء قد تنجس بما وقع في البئر قبل النزح منه فالنجاسة في الماء عيب في العرف والتعيب في ضمان المشترى مسقط لخياره واذا استعار من رجل نهرا ليسقى منه به أرضه ثم اشتراه على انه بالخيار ثم سقى به أرضه فهذا قطع للخيار لانه بعد الشراء انما سقى به بحكم البيع لا بحكم الاستعارة فان الاعارة تنقطع بزوال ملك البائع بالبيع الثابت في حقه فتقدم الاستعارة وجودا وعدما بمنزلة وكذلك لو باع المشترى الشرب بغير أرض أو ساوم به أو أجره اجارة صحيحة

أو أجر الشرب اجارة فاسدة أو رهن واحدا منهما أو تزوج عليه أو أعاره واحدا منهما فزرع المستعير الارض أو سقى بالشرب أو لم يفعل فهذا كله قطع للخيار لان ما باشر من التصرف لا يفعله الا المالك عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بملكه ولو اشترى رحاماء بنهرها والبيت الذى هو فيه ومتاعها على انه بالخيار ثلاثا فان طحن بها لم يكن رضا بها لان الطحن للاختبار لا للاختيار فان مقصوده من اشتراط الخيار انه ينظر هل يتم مقصوده بها أولا يتم ولا يعرف ذلك الا بالطحن فهو نظير الاستخدام فى المماليك وركوب الدابة للنظر الى سيرها فان نقصها الطحن أو انكسرت فهذا رضا منه بسبب التعيب فى ضمانه لا بسبب الطحن ولو اشترى أرضا وشربا وقال لي الرضا الى ثلاثة أيام ان رضيت أجزت وان كرهت تركت أو قال لى الخيار ثلاثة أيام فهذا جائز لان المقصود بهذه الالفاظ اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام وانما يبنى الحكم على ما هو المقصود واذا باع أرضا وشربا بجارية واشترط الخيار ثلاثة أيام وكان مع الجارية مائة درهم فانفقها لم يكن هذا رضا بخلاف ما اذا قبل الجارية أو جامعها أو عرضها على البيع لان الجارية متعينة فى العقد فاقدامه على تصرف فيها هو دليل الرضا بملكها ويكون اسقاطا للخيار فأما المائة التى قبضها فغير متعينة فى العقد (ألا ترى) انه كان لمشترى الارض أن يعطي غيرها وانه بعد الفسخ لا يجب على البائع رد المقبوض من الدراهم بعينه فلا يكون تصرفه فيها دليل الرضا بحكم البيع فكان على خياره بعد انفاقها ولو اشترى أرضا وشربا وشرط الخيار فى الارض دون الشرب أو فى الشرب دون الارض فهذا بيع فاسد لان الصفقة واحدة والثمن جملة والذى لم يشترط الخيار فيه يتم البيع فيه وثمنه مجهول بمنزلة مالو اشترى ثوبين بثمن واحد على انه بالخيار فى أحدهما بعينه واذا اشترى العبد التاجر أرضا وشربا بشرط الخيار ونقض مولاه البيع أو اجازه فنقضه باطل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لانه حجر خاص فى اذن عام واجازته تصح ان لم يكن عليه دين لان كسبه ملكه (ألا ترى) انه يتمكن من التصرف فيه بالبيع والهبة ويسقط به خيار العبد لا محالة فكذلك يصح منه اسقاط خياره وان كان عليه دين لم يجز لانه أجنبي من كسبه لا يتمكن فيه من التصرف المسقط لخياره فكذلك لا يملك اسقاط خياره فيه قصدا وان كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولبعض أرضهم سوانى فى ذلك النهر ولبعضها دوالى وبعضها ليست لها ساقية ولا دالية وليس لها شرب معروف من هذا النهر ولا من غيره فاختصموا فى هذا النهر وادعي

صاحب الارض ان لها فيه شربا وهى على شاطئ النهر فانه ينبغى فى القياس أن يكون النهر بين أصحاب السوانى والدوالى دون أهل الارض لان يد أصحاب السوانى والدوالى ثابتة عليه بالاستعمال وليس لصاحب الارض مثل ذلك اليد فهو نظير مالو تنازع اثنان فى ثوب وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا فى دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها ولكنه استحسن فقال النهر بينهم جميعا على قدر أراضيهم التى على شط النهر لان المقصود بحفر النهر سقى الاراضى لا اتخاذ السوانى والدوالى ففيما هو المقصود على حالهم على السواء فى اثبات اليد فهو بمنزلة مالو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه جرادى أو بوارى أو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليها مخلاة أو منديل فانه لا يترجح بذلك لانه تحمل ليس بمقصود فوجوده كعدمه فكذلك اتخاذ السوانى والدوالى على النهر تبع غير مقصود فلا يترجح بذلك صاحبه فان كان يعرف لهم شرب قبل ذلك فهو على ذلك المعروف والا فهو بينهم على قدر أراضيهم لان الشرب لحاجة الاراضى فيتقدر بقدر الارض وان كان لهذا الارض شرب معروف من غير هذا النهر فلها شربها من ذلك النهر وليس لها من هذا النهر شئ لان الارض الواحدة لا يجعل شربها من نهرين عادة فكون شرب معروف لها من نهر آخر دليل ظاهر على أنه لا شرب لها فى هذا النهر وان كانت على شطه ولان صاحب هذه الارض انما كان يستحق لها شربا من هذا النهر لحاجة الارض الى الشرب وقد انعدم ذلك بالشرب المعروف لها من نهر آخر فان لم يكن لها شرب من غيره قضيت لها فيه بشرب ولو كان لصاحبها أرض أخرى الى جنبها ليس لها شرب معلوم فانى أستحسن أن أجعل لاراضيه كلها ان كانت متصلة الشرب من هذا النهر وفى القياس لا يستحق الشرب من هذا النهر للارض الاخرى الا بحجة لان هذه الاخرى غير متصلة بالنهر بل الارض الاولى حائلة بين النهر وبينها ولكنه استحسن فقال لا بد للارض من شرب لان الانتفاع بها لا يتأتى الا بالشرب والظاهر عند اتصال أراضيه بعضها ببعض ان تشرب كلها من هذا النهر فيجب البناء على هذا الظاهر ما لم يتبين خلافه فان قيل الظاهر يعتبر فى دفع الاستحقاق لا فى اثبات الاستحقاق والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق قلنا نعم ولكن استحقاق المتنازعين له فى هذا النهر غير ثابت الا بمثل هذا الظاهر فيصلح هذا الظاهر له معارضا ومزاحما لخصمائه وان كان الى جانب أرضه أرض لآخر وأرض الاول بين النهر وبينها وليس لهذه الارض شرب معروف ولا يدرى من أين كان شربها فانى أجعل لها شربا

من هذا النهر أيضا لان ماقررنا من الظاهر لا يختلف باتحاد مالك الارضين واختلاف المالك الا أن يكون النهر معروفا لقوم خاصا بهم فلا أجعل لغيرهم فيه شربا الا ببينة لان المنازعين هنا دليل لاستحقاق سوى الظاهر وهو اضافة النهر اليهم وهذه الاضافة اضافة ملك أو اضافة احداث أنهم هم الذين حفروا هذا النهر وهو مملوك لهم فلا يستحق غيرهم فيه شيأ الا ببينة فان كان هذا النهر يصب فى أجمة وعليه أرض لقوم مختلفين ولا يدرى كيف كانت حاله ولا لمن كان أصله فتنازع أهل الارض وأهل الاجمة فيه فانى أقضى به بين أصحاب الارض بالحصص وليس لهم أن يقطعوه عن أهل الاجمة وليس لاهل الاجمة أن يمنعوه من المسيل في أجمتهم لان النهر انما يحفر لسقى الاراضى فى العادة فالظاهر فيه شاهد لاصحاب الاراضى وهم المنتفعون بالنهر فى سقى أراضيهم منه ولكن لاهل الاجمة نوع منفعة أيضا وهو فضل الماء الذى يقع فى أجمتهم فلا يكون لاصحاب الاراضى قطع ذلك عنهم بالظاهر ولاصحاب الاراضي منفعة فى مسيل فضل الماء فى الاجمة فلا يكون لاصحاب الاجمة أن يمنعوهم ذلك بمنزلة حائط تنازع فيه رجلان ولاحدهما فيه اتصال تربيع ولآخر عليه جذوع فالحائط لصاحب الاتصال وليس له ان يكلف الآخر رفع جذوعه وهذا لان ما وجد على صفة لا يغير عنها الا بحجة ملزمة والظاهر لا يكفى لذلك ولو ان رجلا بني حائطا من حجارة فى الفرات واتخذ عليه رحا يطحن بالماء لم يجز له ذلك فى القضاء ومن خاصمه من الناس فيه هدمه لان موضع الفرات حق العامة بمنزلة الطريق العام ولو بنى رجل فى الطريق العام كان لكل واحد ان يخاصمه فى ذلك ويهدمه فأما بينه وبين الله تعالى فان كان هذا الحائط الذى بناه فى الفرات يضر بمجرى السفن أو الماء بان لم يسعه وهو فيه آثم وان كان لا يضر باحد فهو فى سعة من الانتفاع بمنزلة الطريق العام اذا بنى فيه بناء فان كان يضر بالمارة فهو آثم فى ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وان كان لا يضر بهم فهو فى سعة من ذلك ومن خاصمه من مسلم أو ذمى قضى عليه بهدمه لان الحق فيه للناس كافة فالمسلم والذمى فى هذه الخصومة سواء (ألا ترى) أن للذمى حق المرور فى الطريق كما للمسلم فكان له فى هذه الخصومة من المنفعة مثل ما للمسلم وكذلك النساء والمكاتبون وأما العبد فلا خصومة له فى ذلك لان العبد تبع لمولاه فلا حق له فى الانتفاع بالطريق والفرات مقصود بنفسه بخلاف المكاتب والمرأة فهما فى ذلك كالحر والصبي بمنزلة العبد تبع لا خصومة له فى ذلك والمغلوب والمعتوه كذلك الا أن يخاصم عنه أبوه أو

وصيه ولا فائدة فى هـذا الجواب الذى قاله انه يخاصم عن الصبي والمجنون أبوه أو وصيه لانهما يخاصمان فى ذلك عن أنفسهما وان كانا قد أسقطا حقهما فهذا مما لا يسقط بالاسقاط فلامعني لخصومتهما على وجه النيابة وهما يملكان ذلك عن أنفسهما وان كان نهر بين رجلين لاحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه فاصطلحا على أن يسقى صاحب الثلث منه يوما وصاحب الثلثين يومين فهو جائز لانهما اقتسما ماء النهر بينهما على تراض والمناوبة بالايام فى هـذا كالقسمة قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم واذا كانت الارض فى يد المشترى وهو بالخيار ثلاثة أيام فهدم البائع بناءها أو أفسد نهرها أو بئرها لم يكن للمشترى أن يرد بخياره وقد لزمه البيع ويضمن البائع قيمة ذلك لانها تعيبت فى ضمان المشترى والبائع صار كالاجنبي لان البيع من جهته تم بالتسليم وكذلك لو كان المبيع عبدا فقتله البائع فى يد المشترى كان البيع لازما للمشترى بالثمن وعلى البائع قيمته وكذلك لو اشترى ثوبا وقبضه ولم يره فخرقه البائع فى يد المشترى لزم البيع للمشترى وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال لا يسقط خيار المشترى بما أحدث البائع في المبيع وليس البائع فى ذلك كغيره من الاجانب لان تعذر الرد عند التعيب فى ضمان المشترى لدفع الضرر عن البائع وقد وجد منه الرضا بهذا الضرر حين عيبه بخلاف ما اذا عيبه أجنبي والصحيح أن هذا الخلاف فى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب سواء وقد بينا المسئلة فى كتاب البيوع ثلاثة نفر بينهم حرث حصدوه وجمعوه وفى يد أحدهم وضعوه ليحفظ لهم فزعم انه قد دفع نصيب الرجلين الى أحدهما والمدفوع اليه ينكر ذلك والآخر ينكر أن يكون دفع اليه حقه أو يقول دفع اليه بغير أمرى أو بقي الثلث فى يد الثالث وقال الدافع دفعت الى صاحبي ثلثه أو حقه ثم قال دفعت اليه أيضا بعد ذلك ثلث صاحبه بامره وهما ينكران ذلك قال يقتسمون الثلث الذى بقي فى يده بينهم أثلاثا ويضمن ثلث ما دفع فيكون للآخرين بينهما نصفين وهذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة حكم الاختصاص وحكم اداء الامانة وحكم الخلاف فاما بيان حكم الاختصاص فنقول جميع الزرع كان مشتركا بين ثلاثتهم وكان الحافظ أمينا فى نصيب الآخرين ودعواه الدفع الى أحدهما بامر صاحبه بمنزلة دعواه دفع نصيب كل واحد منهما اليه والقول قول الامين فى براءته عن الضمان ولكن قوله فى استحقاق شئ على صاحبه والثلث الذى بقي فى يده مشترك بين ثلاثتهم

باعتبار الاصل لانه جزء من ذلك المشترك فهو يدعي استحقاق نصيب الآخرين من هذا الثلث عليهما فلا يقبل قوله في ذلك ويقسم هذا الثلث بينهم أثلاثا باعتبار شركة الاصل (ألا ترى) أن المكيل لو كان مشتركا بين اثنين فظهر نصفه في يد أحدهما وزعم ان صاحبه قد استوفى النصف الآخر وجحد صاحبه وحلف يجعل هذا النصف مشتركا بينهما والنصف الآخر كالتاوي فكذلك هنا اذا حلف الآخران على دعواه يجعل هذا الثلث بينهم أثلاثا وأما حكم الامانة فقد زعم انه دفع نصيب المدفوع اليه من الثلثين اليه فالقول فيه قوله مع اليمين لانه أمين ادعي رد الامانة على صاحبه ولكن بيمينه تثبت براءته عن الضمان ولا يثبت الوصول الى من زعم أنه دفع اليه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة على الوصي فان الوصي لا يكون ضامنا للصبي شيأ بيمين المودع وأما حكم الخلاف فقد زعم أنه قد دفع نصيب الآخر الى شريكه ودفع الامين الامانة الى غير صاحبها موجب الضمان عليه الا أن يكون الدفع بامر صاحبها فقد أقر بالسبب الموجب للضمان في نصيبه وهو ثلث الثلثين وادعي المسقط وهو أمره اياه بالدفع اليه فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة وعلى المنكر اليمين فاذا حلف غرم له ثلث الثلثين ثم هذا الثلث بين الآخرين نصفان لانهما متفقان على انه لم يدفع اليه شيأ وان هذا المقبوض جزء من المشترك بينهما أو بدل جزء مشترك فيكون بينهما نصفين باعتبار زعمهما * رجل عمد الى نهر المسلمين عامة أو نهر خاص عليه طريق العامة أو لقوم خاص فاتخذ عليه قنطرة واستوثق من العمل ولم يزل الناس والدواب يمرون عليه حتى انكسر أو وهي فوقع انسان فيه أو دابة فمات أو عبر به انسان وهو يراه متعمدا يريد المشي عليه فلا ضمان عليه في شيء من هذا لان ما فعله حسبة وقد وجد الرضا من عامة المسلمين باتخاذهم ذلك الموضع ممرا فكأنه فعله باذن الامام فلهذا لا يضمن ما تلف بسببه وان وضع عارضة أو بابا في طريق المسلمين فمشى عليه انسان متعمدا لذلك فانكسر الباب وعطب الماشي فضمان الباب على الذي كسره ولا ضمان على واضع الباب الذي عطب به لان الماشي متعمد المشي على الباب مباشر كسره (ألا ترى) أن من أوطأ انسانا فقتله كان مباشرا لقتله حتى تلزمه الكفارة وواضع الباب وان كان في تسببه متعديا ولكن الماشي تعمد المشي عليه ولا يعتبر التسبب اذا طرأت المباشرة عليه كمن حفر بئرا في الطريق فتعمد انسان القاء نفسه في البئر أو ألقاه فيه غيره لا يكون على الحافر شيء وعلى هذا من رش الطريق فتعمد انسان المشي في ذلك الموضع وزلقت رجله وعطب لم يكن على

الذى رش ضمان بخلاف من مشى على ذلك الموضع وكان لا يبصره بان كان أعمى أو كان ليلا فحينئذ يجب الضمان على الذى رش الطريق اذا عطب به الماشى وتمام بيان هذه الفصول فى الديات واصلاح النهر العام على بيت المال لانه من تمام نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك ولو أن الوالى أذن لرجل أن ينصب طاحونة على ماء لقوم خاصة فى أرض لرجل ولا يضر أهل النهر شئ وأهل النهر يكرهون ذلك أو يضرهم والوالى يرى فى ذلك صلاحا للعامة فانه لا ينبغى أن يضع ذلك الا باذن صاحب الارض وصاحب النهر لانه ملك خاص وليس للامام ولاية النظر فى الملك الخاص لانسان بتقديم غيره فيه عليه بل هو فى ذلك كسائر الرعايا وانما يثبت له حق الاخذ من المالك عند تحقق الضرورة وخوف الهلاك على المسلمين بشرط العوض كما يكون لصاحب المخمصة فلهذا لم يعتبر اذن الامام هنا * أهل مدينة بنوها بعد قسمة الوالي بينهم وترك فيها طريقا للعامة فرأى الوالى بعد ذلك أن يعطى بعض الطريق أحدا ينتفع به ولا يضر ذلك باهل الطريق فان كانت المدينة للوالي فهو جائز وان كانت للمسلمين فلا ينبغى له أن يعطى منها شيأ ولا ينبغى للذى يعطى أن يأخذ من ذلك شيأ لان الحق فى ذلك الموضع ثابت للمسلمين وللامام ولاية استيفاء حقهم دون الاسقاط وايثار غيرهم عليهم فى ذلك (ألا ترى) أن الرجل لما جاء بكبة من شعر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أخذتها من الفىء لاخيط بها برذعة بعير لى فقال عليه الصلاة والسلام اما نصيبي منها فهو لك فلما تحرز رسول الله صلى الله عليه وسلم من تخصيصه بتلك الكبة دون سائر الغانمين عرفنا أن على كل والى ان يتحرز من مثل ذلك أيضا * قوم اقتسموا أرضا لهم بينهم بالسوية ثم اختلفوا فى مقدار الطريق فان كانوا قد اختلفوا بعد تمام القسمة فالقول قول المدعي عليه لانكاره حق الغير فيما فى يده وان كانوا لم يفرغوا من القسمة جعلوا الطريق بينهم على ماشاؤا وقد بينا الكلام فى الطريق فى كتاب القسمة وان الاثر المروى فيه بالتقدير بسبعة أذرع غير مأخوذ به والى ذلك أشار هنا فقال بلغنا فى ذلك عن عكرمة أثر يرفعه اذا اشتجر القوم فى الطريق جعل سبعة أذرع ولا نأخذ به لانا لاندرى أحق هذا الحديث أم لا ولو علمنا انه حق أخذنا به ومعنى هذا انه أثر شاذ فيما يحتاج الخاص والعام الي معرفته وقد ظهر عمل الناس بخلافه فان الصحابة رضى الله عنهم فتحوا البلاد ولم ينقل عن أحد انه أخذ بهذا الحديث فى تقدير الطريق المنسوب الى الناس بسبعة أذرع فعرفنا ان الحديث غير صحيح ولو علم انه حق

وجب الاخذ به لان ماقدره صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام بتقدير يجب العمل به ولا يجوز الاعراض عنه بالرأي قولهم عشر بستات من ماء يجرى لهم جميعا فى نهر ومنهم من يرى عشر منتات وهو صحيح أيضا وكل واحد من اللفظين مستعمل فى قسمة الماء وكل منت ست بستات وكل بست ست شمرات وهو معروف بين أهل مرو ومقصوده ماقال اذا اصفى منها من رجل منهم وقطع ذلك من نهرهم بحق الذى أصفى عنه من غير قسمة فهو شريكهم فيما بقي والذى أصفى من حقهم جميعا فالاصفاء هو الغصب فمعناه اذا غصب الوالي نصيب أحد الشركاء من الشرب وجعل ذلك لنفسه أو لغيره فهذا المغصوب يكون من حق الشركاء كلهم وما بقى مشترك بينهم على أصل حقهم لان المغصوب كالمستهلك وما توى من المشترك يتوى على الشركة وما يبقي يبقي على الشركة فهذا مثله رجل له مجرى ماء يجرى الى بستانه أو يجرى الي دار قوم ميزاب له أو كان له ممشى فى دار قوم قد كان يمشي فيه الي منزله فاختلفوا فى ذلك من أين يعلم أنه للمدعى قال اذا شهدوا ان له طريقا فيها أو مجرى ماء أو مسيل ماء قبلت الشهادة وقضى له بذلك لانه يدعى لنفسه حقا فى ملك الغير فلا تسمع دعواه الا بحجة وما غاب عن القاضى علمه فالحجة فيه شهادة شاهدين ولا حاجة بالشاهدين الى بيان صفة الطريق والمجري والمسيل وان كانوا لو بينوا ذلك كان أحسن وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء الثالث والعشرون من كتاب المبسوط للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الرابع والعشرون وأوله كتاب الاشربة ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاشربة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء إعلم أن الخمر حرام بالكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى أن قال فهل أنتم منتهون . وسبب نزول هذه الآية سؤال عمر رضي الله عنه على ماروي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر مهلكه للمال مذهبة للعقل فادع الله تعالى يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم نصيب من منافعها وندع المأثم فقال عمر رضى الله عنه اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتي تعلموا ما تقولون فامتنع بعضهم وقالوا لاخير لنا فيما يمنعنا من الصلاة وقال بعضهم بل نصيب منها فى غير وقت الصلاة فقال عمر اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية فقال عمر رضى الله عنه انتهينا ربنا والخمر هو النيء من ماء العنب المشتد بعد ما غلى وقذف بالزبد اتفق العلماء رحمهم الله على هذا ودل عليه قوله تعالى انى أرانى أعصر خمرا أى عنبا يصير خمرا بعد العصر والميسر القمار والانصاب ذبائحهم باسم آلهتهم فى أعيادهم والازلام القداح واحدها زلم كقولك قلم وأقلام وهذا شئ كانوا يعتادونه فى الجاهلية اذا أراد أحدهم أمرا أخذ سهمين مكتوب علي أحدهما أمرنى ربى والآخر نهانى ربى فجعلهما فى وعاء ثم أخرج أحدهما فان خرج الامر وجب عليه مباشرة ذلك الامر وان خرج النهى حرم عليه مباشرته و بين الله تعالى أن كل ذلك رجس والرجس ماهو محرم العين وانه من عمل الشيطان يعنى أن من لا ينتهى عنه متابع للشيطان مجانب لما فيه رضا الرحمن وفى قوله عز وجل فاجتنبوه أمر بالاجتناب منه وهو نص فى التحريم ثم بين المعنى فيه بقوله عزوجل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة

والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة وكان هذا اشارة الى الاثم الذي بينه الله تعالى فى الآية الاولي بقوله عزوجل واثمهما أكبر من نفعهما وفى قوله فهل انتم منتهون أبلغ مايكون من الامر بالاجتناب عنه وقال تعالى قل انما حرم ربى الفواحش ماظهر منها ومابطن والاثم والاثم من أسماء الخمر قال القائل

شربت الاثم حتى ضل عقلي * كذاك الاثم يذهب بالعقول

وقيل هذا اشارة الى قوله واثمهما أكبر من نفعهما * والسنة ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله فى الخمر عشرا الحديث وذلك دليل نهاية التحريم وقال عليه الصلاة والسلام شارب الخمر كعابد الوثن وقال عليه الصلاة والسلام الخمر أم الخبائث وقال عليه الصلاة والسلام اذا وضع الرجل قدحا فى خمر على يده لعنته ملائكة السموات والارض فان شربها لم تقبل صلاته أربعين ليلة وان داوم عليها فهو كعابد الوثن وكان جعفر الطيار رحمه الله يتحرز عن هذا فى الجاهلية والاسلام ويقول العاقل يتكلف ليزيد فى عقله فانا لا أكتسب شيأ يزيل عقلي والامة أجمعت على تحريمها وكفى بالاجماع حجة هذه حرمة قوية باتة حتى يكفر مستحلها ويفسق شاربها ويجب الحد بشرب القليل والكثير منها وهى نجسة نجاسة غليظة لا يعفى عن أكثر من قدر الدرهم منها ولا يجوز بيعها بين المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وبعض المعتزلة يفصلون بين القليل والكثير منها فى حكم الحرمة ويقولون المحرم ماهو سبب لوقوع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة وذلك الكثير دون القليل وعند أهل السنة والجماعة القليل منها والكثير فى الحرمة وجميع ماذكرنا من الاحكام سواء لقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب ثم فى تناول القليل منها معنى العداوة والصد عن ذكر الله تعالى فالقليل يدعو الي الكثير على ماقيل مامن طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء تزيد على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا أصاب منها شيأ فكان القليل منها داعيا الى الكثير منها فيكون محرما كالكثير (ألا ترى) أن الربا لما حرم شرعا حرم دواعيه أيضا وان المشى علي قصد المعصية معصية وأما السكر فهو النيء من ماء التمر المشتد وهو حرام عندنا وقال شريك بن عبد الله هو حلال لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا

حسنا والرزق الحسن شرعا ماهو حلال وحكم المعطوف والمعطوف عليه سواء ولان هذه الاشربة كانت مباحة قبل نزول تحريم الخمر فيبقي ماسوى الخمر بعد نزول تحريم الخمر علي ما كان من قبل (ألا ترى) أن فى الآيات بيان حكم الخمر وما كان يكثر وجود الخمر فيهم بالمدينة فانها كانت تحمل من الشام وانما كان شرابهم من التمر وفى ذلك ورد الحديث نزل تحريم الخمر وما بالمدينة يومئذ منها شئ فلوكان تحريم سائرالاشربة مرادا بالآية لكان الاولى التنصيص على حرمة ما كان موجودا فى أيديهم لان حاجتهم الى معرفة ذلك * وحجتنا فى ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين الكرم النخل ولم يرد به بيان الاسم لغة لانه مابعث مبينا لذلك وبين أهل اللغة اتفاق أن الاسم حقيقة للتى من ماء العنب وواضع اللغة خص كل عين باسم هو حقيقة فيه وان كان قد يسمى الغير به مجازا لما فى الاشتراك من ايهام غفلة الواضع والضرورة الداعية الى ذلك وذلك غير متوهم هنا فعرفنا أن المراد حكم الحرمة أن ما يكون من هاتين الشجرتين سواء في حكم الحرمة ولما سئل ابن مسعود رضى الله عنه عن شرب المسكر لاجل الصفر قال ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم فاما قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا فقد قيل كان هذا قبل نزول آية التحريم وقيل فى الآية اضمار وهو مذكور على سبيل التوبيخ أى تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا فان طبخ من العنب أدنى طبخه أو ذهب منه بالطبخ أقل من الثلثين ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد فهو حرام عندنا وقال حماد بن أبى سليمان رحمه الله اذا طبخ حتى نضج حل شربه وكان بشر المريسى يقول اذا طبخ أدنى طبخه فلا بأس بشربه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا اذا طبخ حتى ذهب منه النصف فلا بأس بشربه ثم رجع فقال ما لم يذهب منه الثلثان بالطبخ لا يحل شربه اذا اشتد وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه كره الثلث أيضا وعنه انه توقف فيه وعنه انه حرم ذلك كله اذا كان مسكرا وهو قول مالك والشافعى وطريق من توسع فى هذه الاشربة ما ذكرنا ان قبل نزول التحريم كان الكل مباحا ثم نزل تحريم الخمر وماعرفنا هذه الحرمة الا بالنص فبقى سائر الاشربة بعد نزول تحريم الخمر علي ما كان عليه قبل نزوله ومن أثبت التحريم في الكل قال نص التحريم بصفة الخمرية والخمر ما خامر العقل وكل ما يكون مسكرا فهو مخامر للعقل فيكون النص متناولا له ولكنا نقول الاسم للتى من ماء العنب حقيقة ولسائر الاشربة مجازا

ومتى كانت الحقيقة مرادة باللفظ تنحى المجاز وهبك أن الخمر يسمى لمعنى مخامرة العقل فذلك لا يدل على أن كل ما يخامر العقل يسمى خمرا (ألا ترى) أن الفرس الذى يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمى أبلق ثم الثوب الذى يجتمع فيه لون السواد والبياض لا يسمى بهذا الاسم وكذلك النجم يسمى نجما لظهوره قالوا نجم أى ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما يظهر يسمى نجما واما منا فيما ذكرناه من اباحة شرب المثلث عمر رضي الله عنه فقد روى عن جابر بن الحصين الاسدى رحمه الله ان عمار بن ياسر رضي الله عنه أتاه بكتاب عمر رضي الله عنه يأمره أن يتخذ الشراب المثلث لاستمراء الطعام وكان عمار بن ياسر رضى الله عنه يقول لا أدع شربها بعد ما رأيت عمر رضي الله عنه يشربها ويسقيها الناس وقد كان عمر رضى الله عنه هو الذي سأل تحريم الخمر فلا يظن به انه كان يشرب أو يسقى الناس ما تناوله نص التحريم بوجه ولا يجوز أن يقال انما كان يشرب الحلو منه دون المسكر بدليل قوله قد ذهب بالطبخ نصيب الشيطان وريح جنونه وهذا لانه انما كان يشرب ذلك لاستمراء الطعام وانما يحصل هذا المقصود بالمشتد منه دون الحلو وقد دل على هذه الجملة الآثار التى بدأ محمد رحمه الله بها الكتاب فمن ذلك حديث زياد قال سقانى ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدى الى منزلي فغدوت عليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر رضي الله عنه كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضى الله عنهم فلا يظن به انه كان يسقى غيره مالا يشربه ولا أنه كان يشرب ما يتناوله نص التحريم وقد ذكرنا ان ماسقاه كان مشتدا حتى أثر فيه على وجه ماكان يهتدي الى أهله وانما قال هذا على طريق المبالغة فى بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل وفى قوله ما زدناك على عجوة وزبيب دليل على انه لا بأس بشرب القليل من المطبوخ من ماء الزبيب والتمر وان كان مشتدا وانه لا بأس بشراب الخليطين بخلاف مايقوله المتقشفة انه لا يحل شراب الخليطين وان كان حلوا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراب الخليطين وتأويل ذلك عندنا ان ذلك كان فى زمان الجدب كره للاغنياء الجمع بين النعمتين وفى الحديث زيادة فانه قال وعن القران بين النعمتين وعن الجمع بين نعمتين والدليل على انه لا بأس بذلك فى غير زمان القحط حديث عائشة رضى الله عنها قالت كنت أنبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا فلم يستمرئه فأمرنى فألقيت فيه زبيبا ولما جاز اتخاذ الشراب من كل واحد منهما بانفراده جاز الجمع بينهما بمنزلة ماء السكر والفانيد

وعن ابن عمر رضى الله عنه انه سئل عن المسكر فقال الخمر ليس لها كنية وفيه دليل تحريم السكر فان مراده من هذا الجواب ان السكر فى الحرمة كالخمر وان كان اسمه غير اسم الخمر فكانه أشار الى قوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين قال وسئل عن الفضيخ قال مراده بذلك الفضوح والفضيخ الشراب المتخذ من التمر بان يفضخ التمر أى يشدخ ثم ينقع فى الماء ليستخرج الماء حلاوته ثم يترك حتى يشتد وفيه دليل على أن التي من شراب التمر اذا اشتد فهو حرام سكرا كان أو فضيخا فان السكر مايسيل من التمر حين يكون رطبا وفى قوله بذلك الفضوح بيان انه يفضح شاربه فى الدنيا والآخرة لارتكابه ما هو محرم قال وسئل عن النبيذ والزبيب يعتق شهرا أو عشرا قال الخمر اخبثها وفى رواية اجتنبها أي هى فى الحرمة كالخمر فاجتنبها فظاهر هذا اللفظ دليل لما روى عن أبي يوسف قال لايحل ماء الزبيب ما لم يطبخ حتى يذهب منه الثلثان فان قوله الخمر اجتنبها اشارة الى ذلك أى الزبيب اذا انقع فى الماء عاد الى ما كان عليه قبل أن يتزبب فكما انه لايحل قبل أن يتزبب بالطبخ مالم يذهب منه الثلثان فكذلك الزبيب بخلاف ماء التمر ولكن فى ظاهر الرواية نبيذ التمر وماء التمر سواء اذا طبخ أدنى طبخه يحل شربه مشتدا بعد ذلك مالم يسكر منه ومراد ابن عمر رضى الله عنه تشبيه النيء منه بالخمر فى حكم الحرمة وعن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما وجهه الى اليمن قال انههم عن نبيذ السكر والمراد النيء من ماء التمر المشتد وقد عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم عادة أهل اليمن في شرب ذلك فلهذا خصه بالامر بالنهى عنه وسماه نبيذ الحمرة فى لونه وعن حصين بن عبد الرحمن قال كان لابى عبيدة كرم بزبالة كان يبيعه عنبا واذا أدرك العصير باعه عصيرا وفى هذا دليل على انه لا بأس ببيع العصير والعنب مطلقا مادام حلوا كما لا بأس ببيع العنب وأخذ أبو حنيفة رحمه الله بظاهره فقال لا بأس ببيع العصير والعنب ممن يتخذه خمرا وهو قول ابراهيم رحمه الله لانه لافساد فى قصد البائع فان قصده التجارة بالتصرف فيما هو حلال لا كتساب الربح وانما المحرم قصد المشترى اتخاذ الخمر منه وهو كبيع الجارية ممن لايستبرئها أو يأتيها فى غير المأتى وكبيع الغلام ممن يصنع به مالايحل وعن الضحاك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين معناه فهو من الظالمين المجاوزين لحدود الله تعالى قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه وفيه دليل انه لايجوز أن يبلغ بالتعزير الحد الكامل لان

الحدود ثبتت شرعا جزاء على أفعال معلومة فتعديتها الى غير تلك الافعال يكون بالرأى ولا مدخل للرأى في الحدود لا فى اثبات أصلها ولا فى تعدية أحكامها عن مواضعها وعن ابراهيم رحمه الله قال لا بأس اذا كان للمسلم خمر ان يجعلها خلا وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقالوا تخليل الخمر جائز خلافا لما قاله الشافعى رحمه الله وهذا لان الآثار جاءت باباحة خل الخمر على ما قال عليه الصلاة والسلام خير خلكم خل خمركم وعن علي رضي الله عنه أنه كان يصطبغ الخبز بخل خمر ويأكله واذا كان بالاتفاق يحل تناول خل الخمر فالتخليل بالعلاج يكون اصلاحا للجوهر الفاسد وذلك من الحكمة فلا يكون موجبا للحرمة ويأتى بيان المسئلة فى موضعه وعن محمد بن الزبير رضى الله عنه قال استشار الناس عمر رضي الله عنه فى شراب مرقق فقال رجل من النصارى انا نصنع شرابا في صومنا فقال عمر رضى الله عنه إئتنى بشئ منه قال فأتاه بشئ منه قال ماأشبه هذا بطلاء الابل كيف تصنعونه قال نطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه ويبقي ثلثه فصب عليه عمر رضى الله عنه ماء وشرب منه ثم ناوله عبادة بن الصامت رضى الله عنه وهو عن يمينه فقال عبادة ماأرى النار تحل شيأ فقال عمر يا أحمق أليس يكون خمرا ثم يصير خلا فنأكله وفى هذا دليل اباحة شرب المثلث وان كان مشتدا فان عمر رضى الله عنه استشارهم فى المشتد دون الحلو وهو مما يكون ممريا للطعام مقويا على الطاعة فى ليالي الصيام وكان عمر رضى الله عنه حسن النظر للمسلمين وكان أكثر الناس مشورة فى أمور الدين خصوصا فيما يتصل بعامة المسلمين وفيه دليل انه لا بأس باحضار بعض أهل الكتاب مجلس الشورى فان النصرانى الذى قال ما قاله قد كان حضر مجلس عمر رضى الله عنه للشورى ولم ينكر عليه وفيه دليل ان خبر النصراني لا بأس بأن يعتمد عليه فى المعاملات اذا وقع فى قلب السامع انه صادق فيه وقد استوصفه عمر رضى الله عنه فوصفه له واعتمد خبره حتى شرب منه وفيه دليل أن دلالة الاذن من حيث العرف كالتصريح بالاذن وانه لا بأس بتناول طعامهم وشرابهم فان عمر رضى الله عنه لم يستأذنه فى الشرب منه وانما كان أمره أن يأتى به لينظروا اليه ثم جوز الشرب منه بناء على الظاهر ومن يستقصى فى هذا الباب يقول تأويله انه أخذه منه جزية لبيت المال ثم شرب منه وفيه دليل أن المثلث ان كان غليظا لا بأس بان يرقق بالماء ثم يشرب منه كما فعله عمر رضي الله عنه والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى العباس فى حجة الوداع فاتاه بشراب فلما قربه الى فيه قطب وجهه ثم دعا بماء فصبه

عليه ثم شربه وقال عليه الصلاة والسلام اذا رابكم شئ من هذه الاشربة فاكسروا متونها بالماء وعن عمر رضى الله انه أتى بنبيذ الزبيب فدعا بماء وصبه عليه ثم شرب وقال ان لنبيذ زبيب الطائف غراما وفى مناولته عبادة بن الصامت وكان عن يمينه دليل على أن من يكون من الجانب الايمن فهو أحق بالتقديم والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعس من لبن فشرب بعضه وكان عن يمينه اعرابى وعن يساره أبو بكر رضى الله عنه فقال للاعرابى أنت على يمنى وهذا أبو بكر فقال الاعرابى ماأنا بالذى أوثر غيرى على سؤرك فتله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يده وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الايمنون الايمنون ومنه قول القائل

ثلاثة يمنة تدور * الكاس والطست والبخور

ثم أشكل على عبادة رضى الله عنه فقال ماأرى النار تحل شيأ يعنى أن المشتد من هذا الشراب قبل أن يطبخ بالنار حرام فبعد الطبخ كذلك اذ النار لاتحل الحرام فقال له عمر رضى الله عنه ياأحمق أى يا قليل النظر والتأمل أليس يكون خمرا ثم يكون خلا فنأكله يعني أن صفة الخمرية تزول بالتخليل فكذلك صفة الخمرية بالطبخ حتى يذهب منه الثلثان تزول ومعنى هذا الكلام ان النار لاتحل ولكن بالطبخ تنعدم صفة الخمرية كالذبح في الشاة عينه لايكون محللا ولكنه منهر للدم والمحرم هو الدم المسفوح فتسييل الدم المسفوح يكون محللا لانعدام ما لاجله كان محرما وبهذا أخذنا وقلنا يجوز التخليل لانه اتلاف لصفة الخمرية واتلاف صفة الخمرية لا يكون محرما وعن ابن عباس رضي الله عنه قال كل نبيذ يفسد عند ابانه فهو نبيذ ولا بأس به وكل نبيذ يزداد جوره على طول الترك فلا خير فيه وانما أراد به النيء من ماء الزبيب أو التمر انه ما دام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا بأس بشربه واذا صار معتقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جوره على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله فى الابتداء فى المطبوخ من ماء الزبيب والتمر انه اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة فلا بأس بشربه ثم رجع عن ذلك فقال قول ابن عباس رضى الله عنه فى النيء خاصة فهو النبيذ حقيقة مشتق من النبذ وهو الطرح أى ينبذ الزبيب والتمر فى الماء ليستخرج حلاوته فاما اذا طبخ فالطبخ يغيره عن حاله فلا يتناوله اسم النبيذ حقيقة وان كان قد يسمى به مجازا وعن ابن عباس رضي الله عنه قال حرمت

الخمرة لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفيه دليل ان المحرم هو الاخير الذي يكون منه السكر كالمؤلم اسم لما يتولد الالم منه وان الخمر حرام لعينها والقليل والكثير في الحكم سواء وفى المثلث والمطبوخ من الزبيب والتمر يفصل بين القليل والكثير فلا بأس بشرب القليل منه وانما يحرم منه ما يتعقبه السكر وهو القدح الاخير قال ابن عباس رضى الله عنه الكأس المسكرة هى الحرام قال أبو يوسف رحمه الله وأما مثل ذلك دم فى ثوب فلا بأس بالصلاة فيه ان كان قليلا فاذا كثر لم تحل الصلاة فيه ومثله رجل ينفق على نفسه وأهله من كسبه فلا بأس بذلك فاذا أسرف فى النفقة لم يصلح له ذلك ولا ينبغي وكذلك النبيذ لا بأس بان يشربه على طعام ولا خير فى المسكر منه لانه اسراف فاذا جاء السكر فليدع الشرب (ألا ترى) أن اللبن وما أشبهه من الشراب حلال ولا ينبغي له ان كان يسكر أن يستكثر منه (ألا ترى) أن البنج لا بأس بان يتداوى به الانسان فاذا كاد أن يذهب عقله منه فلا ينبغي أن يفعل ذلك وفى هذا كله بيان أن المحرم هو السكر الا أن فى الخمر القليل يدعو الى الكثير كما قررنا فيحرم شرب القليل منها لانها داعية الى الكثير وذلك فى المثلث لا يوجد فانه غليظ لا يدعو قليله الى كثيره بل بالقليل يستمرئ طعامه ويتقوي على الطاعة والكثير يصدع رأسه (ألا ترى) أن الذين يعتادون شرب المسكر لا يرغبون فى المثلث أصلا ولا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام فان تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوى بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه المتخم وهو ما زاد على الشبع وان كان هذا لا يكون متخما الا باعتبار ما تقدمه فكذلك فى الشراب وعن ابن مسعود رضى الله عنه ان انسانا أتاه وفى بطنه صفراء فقال وصف لى السكر فقال عبد الله ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وبه نأخذ فنقول كل شراب محرم فلا يباح شربه للتداوى حتى روى عن محمد أن رجلا أتى يستأذنه فى شرب الخمر للتداوى قال ان كان فى بطنك صفراء فعليك بماء السكر وان كان بك رطوبة فعليك بماء العسل فهو أنفع لك ففى هذا اشارة الى انه لا تتحقق الضرورة فى الاصابة من الحرام فانه يوجد من جنسه ما يكون حلالا والمقصود يحصل به وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله لم يجعل فى رجس شفاء ولم يرد به نفى الشفاء أصلا فقد يشاهد ذلك ولا يجوز أن يقع الخلف فى خبر الشرع عليه الصلاة والسلام ولكن المراد أنه لم يعين رجسا للشفاء على وجه لا يوجد من الحلال ما يعمل عمله أو يكون

أقوى منه وعن بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لايحل شيأ ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا وفى رواية ابن مسعود رضى الله عنه قال وعن الشرب فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت فاشربوا فى الظروف ولا تشربوا مسكرا وهذا اللفظ رواه أبو بردة بن نيار أيضا وفى الحديث دليل نسخ السنة بالسنة فقد أذن فى هذه الاشياء الثلاثة بعد ما كان نهى عنها وبالاذن ينسخ حكم النهى وقيل المراد النهى عن زيارة قبور المشركين فانهم مامنعوا عن زيارة قبور المسلمين قط (ألا ترى) أنه عليه الصلاة والسلام قال قد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه وكانت قد ماتت مشركة وروى انه زار قبرها فى أربعمائة فارس فوقفوا بالبعد ودنا هو من قبرها فبكى حتى سمع نشيجه وقيل انما نهوا عن زيارة القبور فى الابتداء على الاطلاق لما كان من عادة أهل الجاهلية انهم كانوا يندبون الموتى عند قبورهم وربما يتكلمون بما هو كذب أو محال ولهذا قال عليه الصلاة والسلام ولا تقولوا هجرا أى لغوا من الكلام ففيه بيان أن الممنوع هو التكلم باللغو فذلك موضع ينبغى للمرء أن يتعظ به ويتأمل فى حال نفسه وهذا قائم لم ينسخ الا أنه فى الابتداء نهاهم عن زيارة القبور لتحقيق الزجر عن الهجر من الكلام ثم أذن لهم فى الزيارة بشرط أن لايقولوا هجرا ومن العلماء من يقول الاذن للرجال دون النساء والنساء يمنعن من الخروج الى المقابر لما روى أن فاطمة رضي الله عنها خرجت فى تعزية لبعض الانصار فلما رجعت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك أتيت المقابر قالت لا فقال عليه الصلاة والسلام لو أتيت ما فارقت جدتك يوم القيامة أى كنت معها فى النار والاصح عندنا أن الرخصة ثابتة فى حق الرجال والنساء جميعا فقد روى أن عائشة رضى الله عنها كانت تزور قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كل وقت وأنها لما خرجت حاجة زارت قبر أخيها عبد الرحمن رضى الله عنه وأنشدت عند القبر قول القائل

وكنا كندمانى جذيمة حقبة ... من الدهر حتى قيل لن يتصدعا

فلما تفرقنا كانى ومالكا ... لطول اجتماع لم نبت ليلة معا

والنهى عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة أيام قد انتسخ بقوله عليه الصلاة والسلام

فامسكوا مابدا لكم وتزودوا فان القربة تنادي باراقة الدم والتدبير فى اللحم بعد ذلك من الاكل والامساك والاطعام الى صاحبه الا أنه للضيق والشدة فى الابتداء نهاهم عن الامساك على وجه النظر والشفقة ليتسع موسرهم على معسرهم ولما انعدم ذلك التضييق أذن لهم فى الامساك فأما النهى عن الشرب فى الاوانى فقد كان فى الابتداء نهاهم عن الشرب فى الاوانى المتثلمة تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ولهذا أمر بكسر الدنان وشق الروايا فلما تم انزجارهم عن ذلك أذن لهم فى الشرب فى الاوانى وبين لهم أن المحرم شرب المسكر وان الظرف لايحل شيأ ولا يحرمه وقد بينا أن المسكر ما يتعقبه السكر وهو الكأس الاخير وعن ابراهيم رحمه الله قال أتى عمر رضى الله عنه باعرابى سكران معه اداوة من نبيذ مثلث فاراد عمر رضى الله عنه أن يجعل له مخرجا فما أعياه الاذهاب عقله فامر به فحبس حتى صحا ثم ضربه الحد ودعا باداوته وبها نبيذ فذاقه فقال أوه هذا فعل به هذا الفعل فصب منه فى اناء ثم صب عليه الماء فشرب وسقى أصحابه وقال اذا رابكم شرابكم فاكسروه بالماء وفيه دليل انه ينبغى للامام أن يحتال لاسقاط الحد بشبهة يظهرها كما قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات وقد كانوا يفعلون ذلك فى الحدود كلها وفى حديث الشرب على الخصوص لضعف فى سببه على ماروى عن على رضى الله عنه قال مامن أحد أقيم عليه حدا فيموت فآخذ فى نفسى من ذلك شيأ الا حد الخمر فانه يثبت بآرائنا فلهذا طلب عمر رضى الله عنه مخرجا له وفيه دليل على أن السكران يحبس حتى يصحو ثم يقام عليه الحد لان المقصود هو الزجر وذلك لايتم بالاقامة عليه فى حال سكره فانه لاختلاط عقله ربما يتوهم أن الضارب يمازحه بما يضربه والمقصود ايصال الالم اليه ولا يتم ذلك مالم يصح وتأخير اقامة الحد بعذر جائز كالمرأة اذا لزمها حد الزنا بالرجم وهى حبلى لايقام عليها حتى تضع وفيه دليل انه لا بأس بشرب نبيذ الزبيب اذا كان مطبوخا وان كان مشتدا فان عمر رضي الله عنه قد شرب منه بعد ماصب عليه الماء وسقى أصحابه ثم لم يبين أن الاعرابى أذن له في الشرب من اداوته ولكن الظاهر انه شرب ذلك باذنه حتى روي انه قال أتضربني فيما شربته فقال عمر رضى الله عنه انما حددتك لسكرك فهو دليل انه اذا سكر من النبيذ الذي يجوز شرب القليل منه يلزمه الحد وعن حماد رضى الله عنه قال دخلت على ابراهيم رحمه الله وهو يتغدي فدعا بنبيذ فشرب وسقانى فرأى في الكراهة فحدثني عن علقمة رحمه الله انه كان يدخل على عبد الله

ابن مسعود رضى الله عنه فيتغدي عنده ويشرب عنده النبيذ يعنى نبيذ الجر وقد روي أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يعتاد شربه حتى ذكر عن أبى عبيدة انه أراهم الجر الاخضر الذي كان ينبذ فيه لابن مسعود رضى الله عنه وعن نعيم بن حماد رضى الله عنه قال كنا عند يحي بن سعيد القطان رحمه الله وكان يحدثنا بحرمة النبيذ فجاء أبو بكر بن عياش رحمه الله فقال أسكت ياصبي حدثنا الاعمش عن ابراهيم عن علقمة رحمه الله انه شرب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه نبيذا مشتدا صلبا وكذلك على بن أبى طالب رضى الله عنه نبيذا مشتدا كان يعتاد شربه وقد روى عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال سقانى علي رضي الله عنه نبيذا فلما رأى ما بى من التغير بعث معى قنبرا يهديني وعن عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عليا رضى الله عنه قال ان القوم ليجتمعون على الشراب وهو لهم حلال فلا يزالون يشربون حتى يحرم عليهم يعنى اذا بلغوا حد السكر وكذلك عمر رضي الله عنه كان يشرب المثلث ويأمر باتخاذه للناس حتى روى عن داود بن أبى هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء الذى يأمر عمر رضى الله عنه باتخاذه للناس ويسقيهم منه كيف كان قال كان يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه ويبقي ثلثه والمراد انه كان يسقيهم بعد مايشتد لما ذكر عن عمر رضى الله عنه قال انا ننحر جزورا للمسلمين والعنق منها لآل عمر ثم يشرب عليه من هذا النبيذ فيقطعه فى بطوننا ولكثرة ماروى من الآثار في اباحة شرب المثلث ذكر أبو حنيفة رحمه الله فيما عد من خصال مذهب أهل السنة وان لايحرم نبيذ الجر وعن بعض السلف قال لان أخر من السماء فانقطع نصفين أحب الىّ من أن أحرم نبيذ الجر وانما قال ذلك لما فى التحريم من رد الآثار المشهورة واساءة القول فى الكبار من الصحابة رضي الله عنهم وذلك لا يحل فاما مع الاباحة فقد لا يعجب المرء الاصابة من بعض المباحات للاحتياط أو لانه لا يوافق طبعه وهذه الرخصة ثبتت بعد التحريم فقد كانوا فى الابتداء نهوا عن ذلك كله لتحقيق الزجر هكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال شهدت تحريمه كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ذلك ونسيتم فبهذا تبين أن ماروى من الآثار فى حرمته قد انتسخ بالرخصة فيه بعد الحرمة وعن ابراهيم رحمه الله قال انما كره التمر والزبيب لشدة العش فى ذلك الزمان كما كره اللحم والتمر وكما كره أن يقرن الرجل بين التمرتين فاما اليوم فلا بأس به وهذا منه بيان تأويل النهى عن شراب الخليطين وانه لا بأس به اليوم وعن ابراهيم قال قول الناس ماأسكر كثيره

فقليله حرام خطأ منهم انما أراد السكر حرام فأخطؤا وسنبين تأويل هذا اللفظ بعد هـذا
وعن على بن الحسين رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم غزا غزوة تبوك فمر
بقوم يزفتون فقال ماهؤلاء فقيل أصابوا من شراب لهم فنهاهم أن يشربوا فى الدباء والحنتم
والمزفت فلما مر بهم راجعا من غزاتهم شكوا اليـه ما لقوا من التخمة فأذن لهم أن يشربوا
منها ونهاهم عن المسكر وفيه دليل ان الرخصة كانت بعد النهى وانه عليه الصلاة والسلام
نهاهم فى الابتداء لتحقق الزجر عن شرب المسكر ثم أذن لهم فى شرب القليل منه بعد
أن لا يبلغوا حد المسكر والزبيب المعتق اذا لم يطبخ فلا بأس بشربه مالم يغل فاذا غلا واشتد
فلا خير فيه والكلام هنا فى فصول أحدها فى الخمر وقد بيناه وانما بقى الكلام فيه فى فصل
واحـد وهو ان عند أبى حنيفة العصير وان اشتد فلا بأس بشربه مالم يغـل ويقذف بالزبد
فاذا غلا وقذف بالزبد فهو خمر حينئذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اشتد فهو خمر
لان صفة الخمرية فيه لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذلك باعتبار صفة الشدة فيـه يوضحه
ان حرمـة الخمر لما فى شربها من ايقاع العـداوة والصد عن ذكر الله تعالى وذلك باعتبار
اللذة المطربة والقوة المسكرة فيها فأما بالغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تأثير لذلك
فى احـداث السكر فبعد ماصار مشتدا فهو خمر سواء غلا وقذف بالزبد أو لم يغل يوضحه
انه قد يحتال بالقاء شئ عليه ويحتال للمنع من الغليان حتى لا يكون له غليان ولا قذف بالزبد
أصلا ولكنه لابد من أن يشتد ليكون مسكرا فعرفنا ان المعتبر فيه الشدة ولابى حنيفة رحمه
الله ان المسكر صفة العصير وهو أصـل لما يعصر من العنب وما بقى أثر من آثار الاصل
فالحكم له (ألا ترى) ان مع بقاء واحـد من أصحاب الخطة فى المحلة لايعتبر السكان ثم حكم
الصحة والحـد لا يمكن اثباته بالرأى ولكن طريق معرفته النص والنص انما ورد بتحريم
الخمر والخمر مغاير للعصير ولا تتم المغايرة مع بقاء شئ من آثار العصير وقد كان الحل ثابتا
فيه وما عرف ثبوته بيقين لا يزال الا بيقين مثله وذلك بعد الغليان والقذف بالزبد والاصل
فى الحدود اعتبار نهاية الكمال فى سببها لحد الزنا والسرقة لايجب الا بعد كمال الفعل اسما
وصورة ومعنى من كل وجـه لما فى النقصان من شبهة العدم والحـدود تندرئ بالشبهات
فلهذا استقصي أبو حنيفة رحمه الله وقال لاتتوفر أحكام الخمر على العصير بمجرد الشدة الا
بعد الغليان والقذف بالزبد فاما نبيذ التمر ونبيذ الزبيب فان لم يطبخ حتى غلا واشتد وقذف

بالزبد فهو حرام لما روينا من الآثار فيه وبعد الطبخ يحل شربه وان اشتد واتفقت الروايات في التمر ان المعتبر فيه أدنى الطبخ وهو ان ينضج وفى الزبيب المعتق كذلك وهو أن يكسر بشيء ثم تستخرج حلاوته بالماء كما فى التمر وأما اذا نقع فى الماء فقد روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه يعتبر فيه الطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقي ثلثه كما فى العصير والوجه فيه ماحكي عن السلف رحمهم الله ان مايكون منه العصير ابتداء اذا أعيد الى ما كان عليه فى الابتداء فحكم مايعصر منه حكم العصير ومالا يكون منه العصير فى الابتداء لا يثبت فيه حكم العصير فى الانتهاء فما يسيل من الرطب فى الابتداء يحل بادنى الطبخ فكذلك فى الانتهاء وما يسيل من العنب فى الابتداء لايحل مالم يذهب بالطبخ ثلثاه فكذلك فى الانتهاء فاما فى ظاهر المذهب فالزبيب والتمر سواء واذا طبخ أدنى طبخه فانه يحل شرب القليل منه وان اشتد لان العصير الذى كان في العنب قد ذهب حين زبب والزبيب عين آخر سوى العنب (ألا ترى) ان غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المغصوب منه في الاسترداد فاذا تعتبر حاله علي هذه الصفة وعلى هذه الصفة هو والتمر سواء فى الحكم ثم التي من نبيذ التمر والزبيب وان كان لايحل شربه فهو ليس نظير الخمر فى الحكم حتى يجوز بيعه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعلي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز بيعه ولا يجب الحد بالشرب منه مالم يسكر واذا أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم تجوز الصلاة فيه وكذلك المنصف وهو الذى ذهب بالطبخ نصفه اذا غلا واشتد لا يحل شربه ولكن يجوز بيعه عند أبي حنيفة ولا يجب الحد على من شرب منه ما لم يسكر وتجوز الصلاة فيه اذا أصاب الثوب منه مالم يكن كثيرا فاحشا وفى النادق وهو ماطبخ أدنى طبخه وكان دون النصف فاظهر الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله انه بمنزلة المنصف فى حكم البيع والحد وعنه فى رواية أخرى انه ألحق بالخمر فى انه لايجوز بيعه وأما حكم النجاسة فيه فلانه مختلف بين العلماء رحمهم الله فى حرمته ويتحقق فيه معنى البلوى أيضا وباعتبار هذين المعنيين يخف حكم النجاسة كما فى بول مايؤكل لحمه وأما فى حكم الحد فلان العلماء رحمهم الله لما اختلفوا فى حرمته فالاختلاف المعتبر يورث شبهة والحد مما يندرئ بالشبهات وأما حكم البيع فهما يقولان ان عينه محرمة التناول فلا يجوز بيعه كالخمر وهذا لان البيع باعتبار صفة المالية والتقوم باعتبار كونه منتفعا به شرعا ولا منفعة فى هذا المشروب سوى الشرب واذا كان محرم الشرب شرعا كان فاسدا لماليته والتقوم شرعا فلا يجوز بيعه كالخمر ولان صاحب الشرع صلى الله عليه

وسلم سوى فى الخمر بين البيع والشرب حين لعن بائعها ومشتريها كما لعن شاربها وهذا لان البيع يكون تسليطا للمشترى على الشرب عادة فاذا كان الشرب حراما حرم البيع أيضا وهذا المعنى موجود فى هذه الاشربة وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا شراب مختلف فى اباحة شربه بين العلماء رحمهم الله فيجوز بيعه كالمثلث وهذا لانه ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع فان الدهن النجس لايحل تناوله ويجوز بيعه وكذلك بيع السرقين جائز وان كان تناوله حراما والسرقين محرم العين ومع ذلك كان بيعه جائزا فكذلك المنصف وما أشبهه وبطلان بيع الخمر عرفناه بالنص الوارد فيه وما عرف بالنص لايلحق به الا مايكون فى معناه من كل وجه وهذه الاشربة ليست فى معنى الخمر من كل وجه بدليل حكم الحد وحكم النجاسة فجاز بيعها باعتبار الاصل فاما المثلث على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا بأس بشربه والمسكر منه حرام وهو رواية عن محمد رحمه الله أيضا وعنه انه كره شربه وعنه انه حرم شربه وهو قول مالك والشافعى رحمهما الله احتجوا فى ذلك بما روى أن النبي صلي الله عليه وسلم قال كل مسكر حرام وفى رواية قال ماأسكر كثيره فقليله حرام وفى رواية ماأسكرت الجرعة منه فالجرعة منه حرام وفى رواية فملء الكف منه حرام ولان المثلث بعد ما اشتد خمر لان الخمر انما يسمي بهذا الاسم لالكونه ماء (ألا ترى) أن العصير الحلو لايسمي خمرا وانما تسميته بالخمر لمعني مخامرته العقل وذلك موجود فى سائر الاشربة المسكرة وقد جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر خمر ولو سماه أحد من أهل اللغة خمرا لكان مستدلا بقوله على اثبات هذا الاسم له فاذا سماه صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام به وهو أفصح العرب أولى يوضحه ان الكثير من هذه الاشربة مساو للكثير من الخمر فى حكم الحرمة ووجوب الحد فكذلك القليل وبهذا تبين أن القليل فى الحرمة كالكثير لان شرب القليل منه لو كان مباحا لما وجب الحد وان سكر منه لان السكر انما حصل بشرب الحلال والحرام جميعا فباعتبار جانب الحلال يمنع وجوب الحد عليه واذا اجتمع الموجب للحد والمسقط له ترجح المسقط على الموجب وأبو حنيفة وأبو يوسف استدلا بما روينا من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضى الله عنهم وأقوي مايستدل به قول الرسول عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والمسكر من كل شراب وبهذا تبين أن اسم الخمر لا يتناول سائر الاشربة حقيقة لان عطف الشيء على نفسه لايليق بحكمة الحكيم

وقد بينا انه كان يسمى خمرا لمعنى مخامرة العقل بطريق المجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة وما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر لا يكاد يصح فقد قال يحيى بن معين رحمه الله ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر فى جملتها كل مسكر خمر ثم مراد النبي عليه الصلاة والسلام تشبيه المسكر بالخمر فى حكم خاص وهو الحد فقد بعث مبينا للاحكام دون الاسامى ونحن نقول ان المسكر وهو القدح الاخير مشبه للخمر فى انه يجب الحد بشربه وعن أبى مسعود الانصارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم استسقى يوم النحر عام حجة الوداع فاتى بنبيذ من السقاية فلما قربه الى فيه قطب وجهه ورده قال العباس رضى الله عنه أحرام هذا يارسول الله فاخذه النبي صلى الله عليه وسلم ودعا بماء وصب عليه ثم شرب وقال انه اذا اشتبك عليكم شئ من الاشربة فاكسروا متونها بالماء فقد كان مشتدا ولهذا قطب وجهه ورده ثم لما خاف أن يظن الناس انه حرام أخذه وشربه فدل أن المشتد من المثلث لا بأس بشربه ولا يقال انما قطب وجهه لحموضته لان شرب السقاية انما كان يتخذ لشرب الحاج ولا يسقى الخل العطشان فعرفنا انه قطب وجهه للشدة والمعنى فيه أن الخمر موعود للمؤمنين فى الآخرة قال الله تعالى وأنهار من خمر لذة للشاربين فينبغى أن يكون من جنسه فى الدنيا مباحا يعمل عمله ليعلم بالاصابة منه تلك اللذة فيتم الترغيب فيه وما هو مباح فى الدنيا يصير كالانموذج لما هو موعود فى دار الآخرة (ألا ترى) انه لما وعد الله المؤمنين الشرب فى الكأس فى الذهب والفضة فى الآخرة أحل من جنسه فى الدنيا وهو الشرب من الكأس المتخذ من الزجاج والبلور وغير ذلك لهذا المعنى ولهذا الماء وعد المؤمنين الحلية فى الآخرة أحل لهم ماهو من جنس ذلك فى ذلك. وتقرر هذا الحرف من وجه آخر فنقول ان الشرع حرم الخمر ولا شك ان هذه الحرمة لمعنى الابتلاء وانما يتحقق معنى الابتلاء بعد العلم بتلك اللذة ليكون فى الامتناع منه عملا بخلاف هوى النفس وتعاطيها للامر وحقيقة تلك اللذة لا تصير معلومة بالوصف بل بالذوق والاصابة فلا بد من أن يكون من جنس ذلك ما هو حلال لتصير تلك اللذة به معلومة بالتجربة فيتحقق معنى الابتلاء فى تحريم الخمر يعتبر هذا بسائر المحرمات كالزنا وغيره الا أن فى الخمر القليل والكثير منه حرام لان قليله يدعو الى كثيره فأما هذه الاشربة ففيها من الغلظ والكثافة مالا يدعو قليلها الى كثيرها فكان القليل منها مباحا مع وصف الشدة والمسكر منها حرام وقد بينا أن

المسكر هو الكاس الاخير وانه مباين فى الحكم لما ليس بمسكر منه وهو كمن شرب أقداحا من ماء ثم شرب قدحا من الخمر فالمحرم عليه هو الخمر وبها يلزمه الحد دون ماسبق من الاقداح فهذا مثله فان كان يسكر بشرب الكثير منه فذاك لا يدل على انه يحرم تناول القليل منه كالبنج ولبن الفرس وأما الحديث فنحن نقول به وكل مسكر عندنا حرام وذلك القدح الاخير وروى عن أبي يوسف انه قال في تأويله اذا كان يشرب على قصد السكر فان القليل والكثير على هذا القصد حرام فاما اذا كان يشرب لاستمراء الطعام فلا فهو نظير المشى على قصد الزنا يكون حراما وعلى قصد الطاعة يكون طاعة وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام ما أسكر كثيره فقليله حرام هو على ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والقدح الاخير الذى هو مسكر قليله وكثيره حرام ثم هذا عند التحقيق دليلنا فبهذا يتبين ان ماهو الكثير منه يكون مسكرا فالمحرم عليه قليل من ذلك الكثير وانما يكون ذلك اذا جعلنا المحرم هو القدح الاخير فاما اذا جعلنا الكل محرما فلا يكون المحرم قليلا من ذلك الكثير كما اقتضاه ظاهر الحديث ثم قد بينا أن هذا كان في الابتداء لتحقيق الزجر ثم جاءت الرخصة بعد ذلك فى شرب القليل منه ومهما أمكن الجمع بين الآثار فذلك أولى من الاخذ ببعضها والاعراض عن بعضها ولا بأس بنبيذ التمر والبسر جميعا أو أحدهما وحده اذا طبخ لان البسر من نوع التمر فانه يابس العصب وقد بينا ان المطبوخ من نبيذ التمر شربه حلال والمسكر منه حرام وكذلك التمر والزبيب أو البسر والزبيب وهو شراب الخليطين وقد بينا الكلام فيه وبعد ماطبخ معتقه وغير معتقه سواء فى اباحة الشرب يعنى المشتد منه وغير المشتد منه والمحرم المسكر منه وذلك بغير المشتد لا يحصل ولو حصل كان محرما أيضا بمنزلة الا كل فوق الشبع ولا بأس بهذه الانبذة كلها من العسل والذرة والحنطة والشعير والزبيب والتمر وكل شئ من ذلك أو غيره من النبيذ عتق أولم يعتق خلط بعضها ببعض أولم يخلط بعد أن يطبخ أما الكلام فى نبيذ التمر والزبيب فقد بيناه وأما فى سائر الانبذة ففى ظاهر الجواب لا بأس بالشرب منه مطبوخا كان أو غير مطبوخ وفى النوادر روى هشام عن محمد رحمهما الله ان شرب النئ منه بعد مااشتد لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من خمسة من النخل والكرم والحنطة والشعير والذرة وليس المراد به انه خمر حقيقة وانما المراد التشبيه بالخمر فى انه لا يحل شربه وقد ثبت بالدليل ان النئ من نقيع الزبيب والتمر اذا كان مشتدا لا يحل شربه فكذلك من سائر الاشربة لان

معنى الشدة يجمع الكل وجه ظاهر الرواية ان العسل والذرة والشعير حلال التناول متغيرا كان أو غير متغير فكذلك مايتخذ منها من الاشربة لان هذا فى معنى الطعام والتغير فى الطعام لا يؤثر فى الحرمة فكذلك نفس الشدة لاتوجب الحرمة فقد يوجد ذلك فى بعض الادوية كالبنج وفى بعض الاشربة كاللبن والحديث فيه شاذ والشاذ فيماتعم به البلوي لا يكون مقبولا وهو محمول على التحريم الذى كان قبل الرخصة لتحقق المبالغة فى الزجر ولا حد على شارب ما يتخذ من العسل والحنطة والشعير والذرة وكذلك ما يتخذ من الفانيد والتوت والكمثرى وغير ذلك أسكر أو لم يسكر لان النص ورد بالحد فى الخمر وهذا ليس فى معناه فلو أوجبنا فيه الحد كان بطريق القياس ثم الحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر أيضا وان اشتد عصير العنب وغلا وقذف بالزبد ثم طبخ بعد ذلك لم يحل بالطبخ لان الطبخ لاقى عينا حراما فلا يفيد الحل فيه كطبخ لحم الخنزير وهذا لانه ليس للنار تأثير فى الحل ولا في تغيير طبع الجوهر بخلاف العصير الحلو اذا طبخ فالطبخ هنالك حصل فى عين حلال وللطبخ تأثير فى منع ثبوت صفة الحرمة فيه كما بينا أن الخمر هى التى من ماء العنب اذا اشتد فاذا طبخ العصير ثم اشتد فهو حين اشتد ما كان نيأ فلا يكون خمرا فاما الاول فحين اشتد كان نيأ وصار خمرا ثم الطبخ فى الخمر لا يوجب تبديل عينه ولهذا يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا ولا بأس بنبيذ الفضيخ يعنى اذا صب عليه الماء ثم طبخ وترك حتى اشتد فهذا لا بأس به لان الطبخ لاقى عينا حلالا ولانه ان رق فرقته باعتبار مافيه من أجزاء الماء والماء حلال الشرب وحده والفضيخ كذلك فكذلك بعد الجمع بينهما قلت فهل يرخص فى شئ من المطبوخ على النصف أو أقل من ذلك وهو حلو قال لا أرخص فى شى من ذلك الا ماقد ذهب ثلثاه وبقى ثلثه قيل هذا غلط والصحيح وهو غير حلو فالحلو حلال وان كان نيأ كيف لايحل بعد الطبخ وقيل المراد به انه طبخ وهو حلو لم يتغير حين ذهب منه النصف أو أقل ثم ترك حتى اشتد فهذا هو المنصف والقاذف وقد بينا الكلام فيهما فى حكم الشراء والبيع واذا وقعت قطرة من خمر أو مسكر أو نقيع زبيب قداشتد فى قدح من ماء أمرت باراقته وكرهت شربه والتوضؤ به لانه تنجس بما وقع فيه والتوضؤ بالماء النجس لايجوز واذا شربه فلابد أن يكون شاربا للقطرة الواقعة فيه وذلك حرام ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل

والموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة على الموجب للحل فان شرب رجل ماء فيه خمر فان
كان الماء غالبا بحيث لا يوجد فيه طعم الخمر ولا ريحه ولا لونه لم يحد لان المغلوب مستهلك
بالغالب والغالب ماء نجس ولان الحد للزجر والطباع السليمة لا تدعو الى شرب مثله على
قصد التلهي فاما اذا كان الخمر غالبا حتى كان يوجد فيه طعمه وريحه وتبين لونه حددته لان
الحكم للغالب والغالب هو الخمر ولان الطباع تميل الى شرب مثله للتلهي وقد يؤثر المرء
الممزوج على الصرف وقد يشرب بنفسه صرفا ويمزج لجلسائه وهو وان مزجه بالماء
لم يخرج من أن يكون خمرا اسما وحكما ومقصودا ولو لم يجد فيه ريحها ووجد طعمها حد لان
الرغبة فى شربها لطعمها لا لريحها (ألا ترى) انه يتكلف لاذهاب ريحها ولزيادة القوة فى
طبعها ولو ملأ فاه خمرا ثم مجه ولم يدخل جوفه منها شئ فلا حد عليه لانه ذاق الخمر وما شرب
(ألا ترى) انه لا يحنث فى اليمين المعقودة على الشرب بهذه وان الصائم لو فعله مع ذكره
للصوم لا يفسد صومه وكذلك الطبع لا يميل الى هذا الفعل فلا يشرع فيه الزجر بخلاف
شرب القليل فانه من جنس الشرب والطبع مائل الى شرب الخمر قلت والتمر المطبوخ يمرس
فيه العنب فيغليان جميعا والعنب غير مطبوخ قال أكره ذلك وأنهى عنه ولا أحد من
شرب منه الا أن يسكر والكلام فى فصلين أحدهما فى طبخ العنب قبل أن يعصر فان الحسن
روى عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه بمنزلة الزبيب والتمر يكفى أدنى الطبخ فيه ولكن الحسن
ابن أبى مالك رحمه الله أنكر هذه الرواية وقال سمعت أبا يوسف عن أبى حنيفة يقول انه لا يحل
مالم يذهب ثلثا مافيه بالطبخ وهو الاصح لان الذي فى العنب هو العصير والعصر مميز له
عن الثفل والقشر وكما لا يحل العصير بالطبخ مالم يذهب منه ثلثاه فكذلك العنب فان جمع فى
الطبخ بين العنب والتمر أو بين الزبيب والتمر لا يحل مالم يذهب بالطبخ ثلثاه بخلاف ما لو خلط
عصير العنب بنقيع التمر والزبيب وهذا لان العصر لا يحل بالطبخ مالم يذهب ثلثاه اذا كان وحده
فكذلك اذا كان مع غيره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة وفى مثله يغلب الموجب
للحرمة احتياطا وذكر المعلى فى نوادره أن نقيع التمر والزبيب اذا طبخ أدنى طبخه ثم نقع فيه
تمر أو زبيب فان كان مانقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فهو معتبر ولا بأس بشربه
وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل شربه ما لم يطبخ قبل أن يشتد لانه فى معنى نقيع
مطبوخ ولو صب فى المطبوخ قدح من نقيع لم يحل شربه اذا اشتد ويغلب الموجب للحرمة

على الموجب للحل فهذا مثله ولا يحد فى شرب شئ من ذلك مالم يسكر اما لاختلاف العلماء رحمهم الله فى اباحة شربه أولان ثبوت الحرمة للاحتياط وفى الحدود يحتال للدرء وللاسقاط فلا يجب به الحد ما لم يسكر وان خلط الخمر بالنبيذ وشربه رجل ولم يسكر فان كانت الخمر هى الغالبة حددته وان كان النبيذ هو الغالب لم يحده لما بينا أن المغلوب يصير مستهلكا بالغالب ويكون الحكم للغالب وهذا فى الجنسين مجمع عليه والنبيذ والخمر جنسان مختلفان فان أحكامهما مختلفة فان طبخ الزبيب وحده أو التمر ثم مرس العنب فيه فلا بأس به مادام حلوا فاذا اشتد فلا خير فيه وكذلك ان مرس العنب فى نبيذ العسل فهو بمنزلة عصير خلط بنبيذ واشتد فان طبخا جميعا حتى ذهب ثلثا العصير ثم اشتد فلا بأس به لان ماهو الشرط فى العصير وهو ذهاب الثلثين بالطبخ قد وجد والعنب الابيض والاسود يعصران لا بأس بعصيرهما مادام حلوا فاذا اشتد فهو خمر وانما أورد هذا لانه وقع عند بعض العوام أن الخمر من العنب الاسود دون الابيض هذا وان كان لا يشكل على الفقهاء فلرد ما وقع عند العوام كما ذكر فى الاصطياد بالكلب الكردى فى كتاب الصيد وقد بيناه وما طبخ من التمر والزبيب وعتق فلا بأس به وقال أبو يوسف رحمه الله أكره المعتق من الزبيب والتمر وأنهى عنه وهذا قوله الاول على ما بينا انه كان يقول أولا كل نبيذ يزداد جودة عند ابانه فلا خيار فيه وقد رجع عن هذا الى قول أبى حنيفة وقد ذكر رجوعه فى روايات أبى حفص رحمه الله وكذلك نبيذ التمر المعتق يجعل فيه الراذى وهو شئ يجعلونه فى نبيذ التمر عند الطبخ لتقوى به شدته وينتقص من النفخ الذى هو فيه والشدة بعد الطبخ لا تمنع شربه فكذلك اذا جعل فيه ما تتقوى به الشدة فذلك يمنع شربه ويكره شرب دردى الخمر والانتفاع به لان الدردى من كل شئ بمنزلة صافيه والانتفاع بالخمر حرام فكذلك بدرديه وهذا لان فى الدردى اجزاء الخمر ولو وقعت قطرة من خمر فى ماء لم يجز شربه والانتفاع به فالدردى أولى والذى روى أن سمرة ابن جندب رضى الله عنه كان يتدلك بدردى الخمر فى الحمام فقد أنكر عليه عمر رضى الله عنه ذلك حتى لعنه على المنبر لما بلغه ذلك عنه وليس لاحد أن يأخذ بذلك بعد ما أنكره عمر رضى الله عنه ولو شرب منه ولم يسكر فلا حد عليه عندنا وقال الشافعى رحمه الله يلزمه الحد لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفى الدردى قطرات من الخمر ولكنا نقول وجوب الحد للزجر وانما يشرع الزجر فيما تميل اليه الطباع السليمة والطباع لا تميل الى شرب الدردى بل من

يعتاد شرب الخمر يعاف الدردى فيكون شربه كشرب الدم والبول ثم الغالب على الدردى اجزاء ثفل العنب من القشر وغيره ولو كان الغالب هو الماء لم يجب الحد بشربه كما بينا فكذلك اذا كان الغالب ثفل العنب ولا بأس بان يجعل ذلك فى خل لانه يصير خلا فان من طبع الخمر يصير خلا اذا ترك كذلك فاذا غلب عليه الخل أولى أن يصير خلا وخل الخمر حلال واذا طبخ فى الخمر ريحان يقال له سوسن حتى يأخذ ريحها ثم يباع لا يحل لاحد أن يدهن أو يتطيب به لانه عين الخمروان تكلفوا لاذهاب رائحته برائحة شئ آخر غلب عليها والانتفاع بالخمر حرام قد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر عشرا بقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله فى الخمر عشرا وقال فى الجملة من ينتفع بها ولا تمتشط المرأة بالخمر في الحمام لانها فى خطاب تحريم الشرب كالرجل وكذلك فى وجوب الحد عليها عند الشرب فكذلك فى الانتفاع بها من حيث الامتشاط وذلك شئ يصنعه بعض النساء لانه يزيد فى ترنيق الشعر وقد صح عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهى وكذلك لا يحل أن يسقي الصبيان الخمر للدواء وغير ذلك والاثم على من يسقيهم لان الاثم ينبنى على الخطاب والصبي غير مخاطب ولكن من يسقيه مخاطب فهو الآثم والاصل فيه حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال ان أولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها فان الله تعالى لم يجعل فى رجس شفاء وانما الاثم على من سقاهم ويكره للرجل أن يداوي بها جرحا فى بدنه أو يداوى بها دابته لانه نوع انتفاع بالخمر والانتفاع بالخمر محرم شرعا من كل وجه ثم الضرورة لا تتحقق لما بينا انه لابد أن يوجد غير ذلك من الحلال مايعمل عمله فى المداواة وان غسل الظرف الذى كان فيه الخمر فلا بأس بالانتفاع به ولا بأس أن يجعل فيه النبيذ والمربى لان الظرف كان تنجس بما جعل فيه من الخمر فهو كما لو تنجس بجعل البول والدم فيه فيطهر بالغسل واذا صار طاهرا بالغسل حل الانتفاع به والدليل على انه يطهر بالغسل قوله عليه الصلاة والسلام وانما يغسل الثوب من خمس وذكر فيها الخمر فعرفنا انه يطهر الثوب بعد مايصيبه الخمر بالغسل فكذلك الظروف والذى روي أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الروايا قد بينا انه كان فى الابتداء للمبالغة فى الزجر عن العادة المألوفة ثم قيل فى تأويله المراد ما يشرب فيه الخمر حتى لا يمكن استخراجه بالغسل وتوجد رائحة الخمر من كل ما يجعل فيه فأما اذا لم يكن بهذه الصفة فهو يطهر بالغسل فلا

يحل كثيره لانه عين منتفع به بطريق حلال شرعا قلت فالخمر يطرح فيها السمك والملح فيصنع مربى قال لا بأس بذلك اذا تحولت عن حال الخمر وأصل المسئلة أن تخليل الخمر بالعلاج جائز عندنا ويحل تناول الخل بعد التخليل وعند الشافعي التخليل حرام بالقاء شئ فى الخمر من ملح أو خل ولا يحل ذلك الخل قولا واحدا والتخليل من غير القاء شئ فيه بالنقل من الظل الى الشمس أو ايقاد النار بالقرب منه لايحل عنده أيضا ولكن اذا تخلل فله قولان فى اباحة تناول ذلك الخل واحتج فى ذلك بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تخليل الخمر وفى رواية نهى أن تتخذ الخمر خلا وفى حديث أبى طلحة رضى الله عنه انه كان فى حجره خمور ليتامى فلما نزل تحريم الخمر قال ماذا أصنع بها يارسول الله قال عليه الصلاة والسلام أرقها قال أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام لافقد أمره بالاراقة ولو كان التخلل جائزا لارشده الى ذلك لما فيه من الاصلاح فى حق اليتامى فلما سأله عن التخلل نهاه عن ذلك فلو كان جائزا لكان الاولى أن يرخص فيه فى خمور اليتامى واذا ثبت بهذه الاخبار ان التخليل حرام فالفعل المحرم شرعا لا يكون مؤثرا فى الحل كذبح الشاة فى غير مذبحها ولان الخمر عين محرم الانتفاع بها من كل وجه والتخليل تصرف فيها على قصد التمول فيكون حراما كالبيع والشراء وكما لو القى فى الخمر شيأ حلوا كالسكر والفانيد حتى صار حلوا وهذا لان نجاسة العين توجب الاجتناب وفى التخليل اقتراب منه وذلك ضد المأمور به نصا فى قوله عز وجل فاجتنبوه بخلاف الخمر للاراقة فانه مبالغة فى الاجتناب عنه ثم مايلقى فى الخمر نجس بملاقاة الخمر اياه وما يكون نجسا فى نفسه لا يفيد الطهارة فى غيره وعلى هذا الحرف تفصيل بين ما اذا ألقى فيه شئ وبين ما اذا لم يجعل فيه شئ وهذا بخلاف ماذا تخلل بنفسه لانه لم يوجد هنالك تنجيس شئ بالقائه فيه ولا مباشرة فعل حرام فى الخمر فهو نظير الصيد اذا خرج من الحرم بنفسه حل اصطياده ولو أخرجه انسان لم يحل ووجب رده الى الحرم ومن قتل مورثه يحرم عن الميراث بمباشرته فعلا حراما بخلاف ماذا مات بنفسه وحقيقة المعنى فيه ان من طبع الخمر ان يتخلل بمضى الزمان فاذا تخللت فقد تحولت بطبعها وصارت فى حكم شئ آخر فأما التخليل فليس بتقليب للعين لانه ليس للعباد تقليب الطباع وانما الذى اليهم احداث المجاورة بين الاشياء فيكون هذا تنجيسا لما يلقى فى الخمر لاتقليبا لطبع الخمر وهو نظير الشاب يصير شيخا بمضى الزمان وبتكليفه لا يصير شيخا فاذا لم يتبدل طبعه

بهذا التخليل بقي صفة الخمرية فيه وان كان لم يطهر كما اذا ألقي فيه شيأ من الحلاوة وهذا بخلاف جلد الميتة اذا دبغ فان نجاسة الجلد بما اتصل به من الدسومات النجسة والدبغ ازالة لتلك الدسومة والى العباد الفصل والتمييز بين الاشياء فكان فعله اصلاحا من حيث انه يميز به الطاهر من النجس فأما نجاسة الخمر فلعينها لا لغير اتصل بها وانما تنعدم هذه الصفة بتحولها بطبعها ولا أثر للتخليل فى ذلك * وحجتنا فى ذلك ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال أيما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر يخلل فيحل ولا يقال قد روى كالخمر تخلل فحل لان الروايتين كالخبرين فيعمل بهما ثم ما رويناه أقرب الى الصحة لانه شبه دبغ الجلد به والدبغ يكون بصنع العباد لا بطبعه فعرفنا ان المراد التخليل الذى يكون بصنع العباد والمعني فيه ان هذا صلاح لجوهر فاسد فيكون من الحكمة والشرع أن لا ينهى عما هو حكمة وبيان الوصف أن الخمر جوهر فاسد فاصلاحه بازالة صفة الخمرية عنه والتخليل ازالة لصفة الخمرية فعرفنا انه اصلاح له وهو كدبغ الجلد فان عين الجلد نجس ولهذا لا يجوز بيعه ولو كانت النجاسة بما اتصل به من الدسومات لجوز بيعه كالدسومات النجسة ولكن الدبغ اصلاح له من حيث انه يعصمه عن النتن والفساد فكان جائزا شرعا ولا معنى لما قال ان هذا افساد فى الحال لما يلقى فيه لان هذا موجود فى دبغ الجلد فانه افساد لما يجعل فيه من الشب والقرظ وهذا اصلاح باعتبار مآله والعبرة للمآل لا للحال فان القاء البذر فى الارض يكون اتلافا للبذر فى الحال ولكنه اصلاح باعتبار مآله وبهذا يتبين أن التخليل ليس بتصرف فى الخمر على قصد تمول الخمر بل هو اتلاف لصفة الخمرية وبين تمول الخمر واتلاف صفة الخمرية منافاة فما كان الاقتراب من العين لاتلاف صفة الخمرية الا نظير الاقتراب منها لاراقة العين وذلك جائز شرعا ونحن نسلم أن تقليب الطباع ليس الي العباد وانما اليهم احداث المجاورة ولكن احداث المجاورة بين الخل والخمر بهذه الصفة يقوى على اتلاف صفة الخمرية بتحولها الى طبع الخل فى أسرع الاوقات فكان هذا أقرب الى الجواز من الامساك واذا جاز الامساك الي أن يتخلل فالتخليل أولى بالجواز وأما اذا ألقى فيه شيأ من الحلاوة فذلك ليس باتلاف لصفة الخمرية لانه ليس من طبع الخمر أن يصير حلوا فعرفنا أن معنى الشدة والمرارة قائم فيه وان كان لا يظهر لغلبة الحلاوة عليه فأما من طبع الخمر أن يصير خلا فيكون التخليل اتلافا لصفة الخمرية كما بينا * يوضحه ان من وجه فعليه احداث المجاورة ومن وجه اتلاف لصفة

الخمرية كما قلنا فيوفر حظه عليهما فيقول لاعتبار جانب احداث المجاورة لايحل بالقاء شئ من الحلاوات فيه ولاعتبار جانب اتلاف صفة الخمرية يحل التخليل فاما ما روى من النهى عن التخليل فالمراد أن يستعمل الخمر استعمال الخل بان يؤتدم به ويصطبغ به وهو نظير ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وان تتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدى ابن حاتم رضى الله عنه ماعبدناهم قط قال النبي صلى الله عليه وسلم أليس كانوا يأمرون وينهون فيطيعونهم قال نعم فقال عليه الصلاة والسلام هو ذاك قد فسر الاتخاذ بالاستعمال وفى حديث أبى طلحة ذكر بعض الرواة أفلا أخللها قال نعم وان صح ما روى فانما نهى عن التخليل فى الابتداء للزجر عن العادة المألوفة فقد كان يشق عليهم الانزجار عن العادة فى شرب الخمر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم باراقة الخمور ونهى عن التخليل لذلك كما أمر بقتل الكلاب للمبالغة فى الزجر عن العادة المألوفة فى اقتناء الكلاب ثم كان لايأمن عليهم أن يعفوا فى خمور اليتامى اذ لم يبق بايديهم شئ من الخمر فأمر فى خمور اليتامى أيضا بالاراقة للزجر والواجب على الوصي المنع من افساد مال اليتيم لااصلاح مافسد منه (ألا ترى) ان شاة اليتيم اذا ماتت لايجب على الوصي دبغ جلدها وان كان لو فعله جاز فكذلك لا يجب عليه التخليل وان كان لو فعله كان جائزا اذا ثبت جواز التخليل فكذلك جواز اتخاذ المربى من الخمر بالقاء الملح والسمك فيه لانه اتلاف لصفة الخمرية كما فى التخليل والذى روى عن عمر رضي الله عنه انه نهى عن ذلك يعارضه ماروى أن ابن عباس رضى الله عنه سئل عن ذلك فقال لا بأس به ثم تأويل حديث عمر رضى الله عنه مثل ما بينا من تأويل الحديث المرفوع انه نهى عن ذلك على طريق السياسة للزجر * ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها لان الله تعالى سماها رجسا فيقضى ذلك بنجاسة العين وفساد المالية والتقوم كما فى الميتة والدم ولحم الخنزير وقد أمر بالاجتناب عنها فاقتضى ذلك أن لايجوز للمسلم الاقتراب منها على جهة التمول بحال وفى الحديث أن أبا عامر كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية من خمر كل عام فأهدى له فى العام التى حرمت فيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لى فى خمرك قال خذها وبعها وانتفع بثمنها فى حاجتك فقال عليه الصلاة والسلام ياأبا عامر ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وسئل ابن عمر رضي الله عنه عن بيع الخمر وأكل ثمنها فقال قاتل الله اليهود

حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الذى حرم الشرب حرم بيعها وأكل ثمنها وممن لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بائعها ومشتريها فان صنع الخمر فى مرقه ثم طبخ لم يحل أكله ولا يحل هذا الصنع لان فيه استعمال الخمر كاستعمال الخل وقد بينا ان هـذا منهى عنه ثم الطبخ فى الخمر لايحلها ولا يغـير الحكم الثابت فيها كما لو طبخها لافى مرقه ولكن لايحد من شرب تلك المرقة لان الغالب عليها غـير الخمر وقد بينا ان المعتبر هو الغالب فى حكم الحد ولان وجوب الحد بشرب الخمر والمرقة تؤكل مع الطعام والاكل غير الشرب ولهذا لا توجب الحد فى الدردى لانه الى الاكل أقرب منه الى الشرب ويكره الاحتقان بالخمر والاقطار منها فى الاحليل ولاحد فى ذلك أما الاستشفاء بعين الخمر فقد بينا انه لايحل عندنا والشافعى يجوز ذلك اذا أخبره عدلان ان شفاءه فى ذلك ولا حد عليه لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله فى اباحة هذا الفعل وحاجته الى التداوى ثم مايقطر فى احليله لا يصل الى جوفه ولهذا لا يفطره عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والحقنة وان كانت مفطرة فالحد لا يلزمه فيما يصل الى جوفه من أسافل البدن لان الحد للزجر والطبع لا يميل الى ذلك والتمر يطبخ ويطبخ معه الكشوثا فنبذ فلا بأس به لان ما يطبخ معه يزيد فى شدته وقد بينا ان الشـدة لا توجب الحرمة فى المطبوخ من التمر ولو عجن الدقيق بالخمر ثم خبز كرهت أكله لان الدقيق تنجس بالخمر والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله ولو صب الخمر فى حنطة لم يؤكل حتى تغسل لانها تنجست بالخمر فان غسـل الحنطة وطحنها ولم يوجد فيهـا طعم الخمر ولا ريحها فلا بأس بأكلها لان النجاسة كانت على ظاهرها وقد زالت بالغسل بحيث لم يبق شئ من آثارها فهو ومالو تنجست ببول أو دم سواء فان تشربت الخمر فى الحنطة فقد ذكر فى النوادر عن أبى يوسف تغسل ثلاث مرات وتجفف فى كل مرة فتطهر وعند محمد رحمه الله لاتطهر بحال لان الغسل انما يزيل ماعلى ظاهرها فاما ماتشرب فيها فلايستخرج الا بالعصر والعصر فى الحنطة لا يتأتى وهو الى القياس أقرب وما قاله أبو يوسف أرفق بالناس لاجل البلوى والضرورة فى جنس هذا فان هذا الخلاف فى فصول منها الترى اذا تشرب البول فيه واللوح والآجر والخزف الجديد والنعل فى الحمام وما أشبه ذلك فان للتجفيف أثرا فى استخراج ماتشرب منـه فيقام التجفيف فى كل مرة مقام العصر فيما يتأتى فيه العصر فيحكم بطهارته ويكره أن يسقى الدواب الخمر لانه نوع انتفاع بالخمر واقتراب

منها على قصد التمول ولذلك يكره للمسلم أن يسقيها أو المسكر الذمى كما لايحل له أن يشربها وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر ساقيها كما لعن شاربها وان كان لرجل دين على رجل فقضاه من ثمن خمر أو خنزير لم يحل له أن يأخذه الا أن يكون الذى عليه الدين كافرا فلا بأس حينئذ أن يأخذها منه لانها مال متقوم فى حق الكافر فيجوز بيعه ويستحق البائع ثمنه ثم المسلم يأخذ ملك مديونه بسبب صحيح وما يأخذه عوض عن دينه فى حقه لاثمن الخمر فاما بيع الخمر من المسلم فباطل والثمن غير مستحق له بل هو واجب الرد على من أخذ منه وصاحب الدين ليس يأخذ ملك مديونه بل ملك الغير الحاصل عنده بسبب فاسد شرعا فيكون هو بهذا الاخذ مقررا الحرمة والفساد وذلك لايحل ولا بأس ببيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير مشروب طاهر حلال فيجوز بيعه وأكل ثمنه ولا فساد فى قصد البائع انما الفساد فى قصد المشترى ولا تزر وازرة وزر أخرى (ألا ترى) أن بيع الكرم ممن يتخذ الخمر من عينه جائز لا بأس به وكذلك بيع الارض ممن يغرس فيها كرما ليتخذ من عنبه الخمر وهذا قول أبى حنيفة وهو القياس وكره ذلك أبو يوسف ومحمد رحمهما الله استحسانا لان بيع العصير والعنب ممن يتخذه خمرا اعانة على المعصية وتمكين منها وذلك حرام واذا امتنع البائع من البيع يتعذر على المشترى اتخاذ الخمر فكان فى البيع منه تهييج الفتنة وفى الامتناع تسكينها ومن اهراق خمر مسلم فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم واتلاف ماليس بمال متقوم لايوجب الضمان كاتلاف الميتة وهذا لان الضمان انما يجب جبرا لما دخل على المتلف عليه من نقصان المالية وان كان سكر أو طلاء قد طبخ حتى ذهب ثلثه أو ربعه فأهراقه رجل فعليه قيمته عند أبى حنيفة ولا شئ عليه فى قول أبى يوسف ومحمد وهذا بناء على اختلافهم فى جواز البيع فان أبا حنيفة لما جوز البيع فى هذه الاشربة كانت المالية والتقوم فيها ثابتة فقال انها مضمونة على المتلف ولكن بالقيمة لا بالمثل لانه ممنوع من تمليك عينها وان كان لو فعل ذلك جاز وعندهما لايجوز بيع هذه الاشربة كما لايجوز بيع الخمر فلا يجب الضمان على متلفها أيضا وفى الكتاب قال قلت من أين اختلفا قال الخمر حرام وهذا ليس كالخمر انما هو شئ نكرهه نحن ومعنى هذا أن حرمة الخمر ثبتت بالنص فتعمل فى اسقاط المالية والتقوم وحرمة هذه الاشربة لم تكن بنص مقطوع به فلا تسقط المالية والتقوم به فان غصب من مسلم خمرا فصارت فى يده خلا ثم وجدها صاحبها

فهو أحق بها لان العين كانت مملوكة له والعين باقية بعد التخلل والكلام فى هذا وفى جلد الميتة اذا دبغه الغاصب قد بيناه فى كتاب الغصب ولا بأس بطعام المجوس وأهل الشرك ما خلا الذبائح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأكل ذبائح المشركين وكان يأكل ماسوى ذلك من طعامهم فانه كان يجيب دعوة بعضهم تأليفا لهم على الاسلام فاما ذبائح أهل الكتاب فلا بأس بها لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ولا بأس بالاكل فى أوانى المجوس ولكن غسلها أحب الىّ وأنظف لماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن طبخ المرقة فى أوانى المشركين فقال عليه الصلاة والسلام اغسلوها ثم اطبخوا فيها ولان الآنية تتخذ مما هو طاهر والاصل فيها الطهارة الا أن الظاهر انهم يجعلون فيها مايصنعونه من ذبائحهم فيستحب غسلها لذلك وان ترك ذلك وتمسك بالاصل لم يضره وهو نظير الصلاة فى سراويل المجوس وقد بيناه فى كتاب الصلاة ولا بأس بالجبن وان كان من صنعة المجوس لما روى أن غلاما لسلمان رضى الله عنه أتاه يوم القادسية بسلة فيها جبن وخبز وسكين فجعل يقطع من ذلك الجبن لاصحابه فيأكلونه ويخبرهم كيف يصنع الجبن ولان الجبن بمنزلة اللبن ولا بأس بما يحلبه المجوس من اللبن انما لايحل مايشترط فيه الذكاة اذا كان المباشر له مجوسيا أو مشركا والزكاة ليست بشرط لتناول اللبن والجبن فهو نظير سائر الاطعمة والاشربة بخلاف الذبائح وهذا لان الذكاة انما تشترط فيما فيه الحياة ولا حياة فى اللبن وقد بينا ذلك فى النكاح وعلى هذا الاصل الشاة اذا ماتت وفى ضرعها لبن عند أبى حنيفة رحمه الله لا يتنجس اللبن بموتها وعلى قول الشافعى يتنجس لان اللبن عنده حياة وعند أبى يوسف ومحمد يتنجس بتنجس الوعاء بمنزلة لبن صب فى قصعة نجسة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لو كان اللبن يتنجس بالموت لتنجس بالحلب أيضا فان ماأبين من الحى ميت فاذا جاز أن يحلب اللبن فيشرب عرفنا انه لاحياة فيه فلا يتنجس بالموت ولا بنجاسة وعائه لانه فى معدنه ولا يعطى الشئ فى معدنه حكم النجاسة (ألا ترى) ان فى الاصل اللبن انما يخرج من موضع النجاسة قال الله تعالى من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين وعلى هذا أنفحة الميتة عند أبى حنيفة رحمه الله طاهرة مائعة كانت أو جامدة بمنزلة اللبن وعند الشافعى نجسة العين وعند أبى يوسف ومحمد ان كانت مائعة فهى نجسة بنجاسة الوعاء كاللبن وان كانت جامدة فلا بأس بالانتفاع بها بعد الغسل لان بنجاسة الوعاء لا يتنجس باطنها وما على ظاهرها يزول بالغسل وأشار لابى حنيفة

رحمه الله فى الكتاب الى حرف فقال لانها لم تكن أنفحة ولا لبنا وهى ميتة ولا يضرها موت الشاة يعنى ان اللبن والانفحة تنفصل من الشاة بصفة واحدة حية كانت الشاة أو ميتة ذبحت أو لم تذبح فلا يكون لموت الشاة تأثير فى اللبن والانفحة وعلى هذا لو ماتت دجاجة فوجد فى بطنها بيضة فلا بأس بأكل البيضة عندنا وعنده ان كانت صلبة فكذلك وان كانت لينة لم يجز الانتفاع بها كاللبن والانفحة على أصله ولو سقى شاة خمرا ثم ذبحت ساعتئذ فلا بأس بلحمها وكذلك لو حلب منها اللبن فلا بأس بشربه لان الخمر صارت مستهلكة بالوصول الى جوفها ولم تؤثر فى لحمها ولا فى لبنها وهى على صفة الخمرية بحالها فلهذا لا بأس بأكل لحمها وشرب لبنها ولو صب رجل خابية من خمر فى نهر مثل الفرات أو أصغر منه ورجل أسفل منه فمرت به الخمر فى الماء فلا بأس بان يشرب من ذلك الماء الا أن يكون يوجد فيه طعمها أو ريحها فلا يحل له حينئذ بخلاف مالو وقعت قطرة من خمر فى اناء فيه ماء لان ماء الاناء قد تنجس فلا يحل شربه وان كان لا يوجد فيه طعم الخمر وأما الفرات فلا يتنجس اذ لم يتغير طعمه ولا رائحته بما صب فيه لقوله عليه الصلاة والسلام خلق الماء طهورا لا ينجسه شئ الا ما غير طعمه أو لونه أو ريحه والمراد الماء الجارى ثم ما صب فى الفرات يصير مغلوبا مستهلكا بالماء فما يشربه الرجل ماء الفرات ولا بأس بشرب ماء الفرات الا اذا كان يوجد فيه ريح الخمر أو طعمها فيستدل بذلك على وجود عين الخمر فيما شربه والصحيح من المذهب فى الجيفة الواقعة فى نهر يجرى فيه الماء أنه ان كان جميع الماء أو أكثره يجرى على الجيفة فذلك الماء نجس وان كان أكثره لا يجرى على الجيفة فهو طاهر لان الاقل يجعل تبعا للاكثر فيما تم به البلوى واذا خاف المضطر الموت من العطش فلا بأس بان يشرب من الخمر مايرد عطشه عندنا وقال الشافعى لا يحل شرب الخمر للعطش لان الخمر لا ترد العطش بل تزيد فى عطشه لما فيها من الحرارة ولكنا نقول لا بأس بذلك لقوله تعالى الا مااضطررتم اليه الآية فان كانت فى الميتة ففيها بيان ان موضع الضرورة مستثنى من الحرمة الثابتة بالشرع وحرمة الخمر ثابتة بالشرع كحرمة الميتة ولحم الخنزير ولا بأس بالاصابة منها عند تحقق الضرورة بقدر مايدفع الهلاك به عن نفسه وشرب الخمر يرد عطشه فى الحال لان فى الخمر رطوبة وحرارة فالرطوبة التى فيها ترد عطشه فى الحال ثم بالحرارة التى فيها يزداد العطش فى الثانى والى أن يهيج ذلك به ربما يصل الى الماء فعرفنا انه يدفع الهلاك به عن نفسه ولا يحل له أن يشرب

منها الى السكر لان الثابت للضرورة يتقدر بقدر الضرورة فان سكر نظرنا فان لم يزد على مايسكن عطشه فلا حد عليه لان شرب هذا المقدار حلال وهو وان سكر من شرب الحلال لا يلزمه الحد كما لو سكر من اللبن أو البنج وان استكثر منه بعد ماسكن عطشه حتى سكر فعليه الحد لان بعد ما سكن عطشه وهو غير مضطر فالقليل والكثير منها سواء فى حكمه فمقدار ماشرب بعد تسكين العطش حرام عليه وذلك يكفى في ايجاب الحد عليه وكذلك النبيذ اذا شرب منه فوق مايجزئه حتى سكر لما بينا أن السكر من النبيذ موجب للحد كشرب الخمر ولا ضرورة له في شرب القدح المسكر فعليه الحد لذلك واذا كان مع رفيق له ماء كثير فابى أن يسقيه حل له أن يقاتله عليه بما دون السلاح لان الماء محرز مملوك لصاحبه بمنزلة الطعام الا أن الماء فى الاصل كان مباحا مشتركا وذلك الاصل بقي معتبرا بعد الاحراز حتى لا يتعلق القطع بسرقته فلاعتبار اباحة الاصل قلنا يقاتله بمادون السلاح ولكونه مالا مملوكا له فى الحال له أن يقاتله عليه بالسلاح لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد فكيف يقاتل بالسلاح من اذا قتله كان شهيدا وفى الماء المباح اذا منعه منة قاتله بالسلاح وقد بينا ذلك فى كتاب الشرب فاما فى الطعام فلا يحل له أن يقاتله ولكنه يغصبه اياه ان استطاع فيأ كله ثم يعطيه ثمنه بعد ذلك لانه ما كان للمضطر حق فى هذا الطعام قط ولكن الطعام ملك لصاحبه فهو يمنع الغير من ملكه وذلك مطلق له شرعا فلا يجوز لاحد أن يقاتله علي ذلك ولكن المضطر يخاف الهلاك على نفسه وذلك مبيح له التناول من طعام الغير بشرط الضمان وهو انما يتأتى بفعل مقصور على الطعام غير متعد الى صاحبه والمقصور علي الطعام الاخذ فاما القتال فيكون مع صاحب الطعام لا مع الطعام فلهذا لا يقاتله بالسلاح ولا بغيره فان كان الرفيق الذي معه الماء يخاف على نفسه الموت ان لم يحرز ماءه فانه يأخذ منه بعضه ويترك بعضه لان الشرع ينظر للكل وانما يحل للمضطر شرعا دفع الهلاك عن نفسه بطريق لا يكون فيه هلاك غيره وفى أخذ جميع الماء منه هلاك صاحب الماء لقلته بحيث لا يدفع الهلاك الا عن أحدهما فليس له أن يأخذه من صاحب الماء لان حقه فى ملكه مقدم على حق غيره ثم ذكر بعد هذا مسائل قد بينا أكثرها فى الحدود فقال يضرب الشارب الحد بالسوط فى ازار وسراويل ليس عليه غيرها لان جنايته مغلظة كجناية الزانى فينزع عنه ثيابه عند اقامة الحد عليه ليخلص الالم الي بدنه والمرأة فى حد الشرب كالرجل على قياس حد الزنا ويفرق الضرب على

أعضائها كما فى حق الرجل الا انها لاتجرد عن ثيابها لان بدنها عورة وكشف العورة حرام ولكن ينزع عنها الحشو والفرو لكى يخلص الالم الى بدنها فان لم يكن عليها غير جبة محشوة لم ينزع ذلك عنها لان كشف العورة لا يحل بحال وكذلك لايطرح عنها خمارها وتضرب قاعدة ليكون أستر لها هكذا قال على رضى الله عنه يضرب الرجال قياما والنساء قعودا والاصل فى حد الشرب ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بشارب خمر وعنده أربعون رجلا فامرهم أن يضربوه فضربوه كل رجل منهم بنعليه فلما كان زمان عمر رضى الله عنه جعل ذلك ثمانين سوطا والخبر وان كان من أخبار الآحاد فهو مشهور وقد تأكد باتفاق الصحابة رضى الله عنهم انما العمل به فى زمن عمر رضى الله عنه فانه جعل حد الشرب ثمانين سوطا من هذا الحديث لانه لما ضربه كل رجل منهم بنعليه كان الكل فى معنى ثمانين جلدة والاجماع حجة موجبة للعلم فيجوز اثبات الحد به وفيما يجب عليه الحد بالسكر فحد السكر الذي يتعلق به الحد عند أبى حنيفة أن لا يعرف الارض من السماء ولا الانثى من الذكر ولا نفسه من حمار وعند أبى يوسف ومحمد ان يختلط كلامه فلا يستقر فى خطاب ولا جواب واعتبرا العرف فى ذلك فان من اختلط كلامه بالشرب يسمى سكران فى الناس وتأيد ذلك بقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر النهاية فقال فى الاسباب الموجبة للحد تعتبر النهاية كما فى السرقة والزنا ونهاية السكر هذا أن يغلب السرور على عقله حتى لا يميز شيأ عن شئ واذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور ولا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده الشرب اذ المعتبر اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيه تندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط وأيد هذا ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال من بات سكران بات عروس الشيطان فعليه أن يغتسل اذا أصبح وهذا اشارة الى أن السكران من لا يحس بشئ مما يصنع به وأكثر مشايخنا رحمهم الله على قولهما وحكى ان أئمة بلخ رحمهم الله اتفقوا على انه يستقرأ سورة من القرآن فان أمكنه ان يقرأها فليس بسكران حتى حكى ان أميرا ببلخ أتاه بعض الشرط بسكران فامره الامير أن يقرأ قل ياأيها الكافرون فقال السكران للامير اقرأ انت سورة الفاتحة أولا فلما قال الامير الحمد لله رب العالمين فقال قف فقد أخطأت من وجهين تركت التعوذ عند افتتاح القراءة وتركت التسمية

وهى آية من الفاتحة عند بعض الأئمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطى الذى جاء به ويقول له أمرتك أن تأتينى بسكران فجئتنى بمقرئ بلخ واذا شهد عليه الشهود بالشرب وهو سكران حبسه حتى يصحو لان ماهو المقصود لا يتم باقامة الحد عليه فى حال سكره وقد بينا هذا والمملوك فيما يلزمه من الحد بالشرب كالحر الا أن على المملوك نصف ما على الحر لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولا حد على الذمى فى شيء من الشراب لانه يعتقد اباحة الشرب واعتقاد الحرمة شرط فى السبب الموجب للحد وهذا لان الحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه. وبدون اعتقاد الحرمة لا يتحقق هذا ثم قد بينا ان حكم الخطاب قاصر عنهم فى أحكام الدنيا لانا أمرنا ان نتركهم وما يعتقدون ولهذا بقى الخمر مالا متقوما فى حقهم ولهذا قلنا المجوسى اذا تزوج أمه ودخل بها لم يلزمه الحد وان كان يقام عليه الحد بالزنا ولا يحد المسلم بوجود ريح الخمر منه حتى يشهد الشهود عليه بشربها أو يقر لان ريح الخمر شاهد زور فقد يوجد ريح الخمر من غير الخمر فان من استكثر من أكل السفرجل يوجد منه ريح الخمر ومنه قول القائل

يقولون لى أنت شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وقد توجد رائحة الخمر ممن شربها مكرها أو مضطرا لدفع العطش فلا يجوز أن يعتمد ريحها فى اقامة الحد عليه ولو شهد عليه واحد انه شربها وآخر أنه قاءها لم يحد لان من شربها مكرها أو مضطرا قد يقيء الخمر فسقط اعتبار شهادة الشاهد وانما بقى على الشرب شاهد واحد وكذلك لو شهدا على الشرب والريح منه موجود فاختلفا فى الوقت لان الشرب فعل فعند اختلافهما فى الوقت يكون كل واحد منهما شاهدا بفعل آخر وكذلك لو شهد أحدهما انه شربها وشهد الآخر انه أقر بشربها فانه لا معتبر بالشهادة على الاقرار بالشرب لانه لو أقر ثم رجع لا يقام عليه الحد ولان الشهادة قد اختلفت فاحدهما يشهد بالفعل والآخر بالقول وكذلك لو شهد أحدهما أنه سكران من الخمر وشهد الآخر انه سكران من السكر فانما شهد كل واحد منهما بفعل آخر ولا يقال ينبغى أن يقام عليه الحد لما يرى من سكره لانه قد يكون سكران من غير الشرب أو من الشرب بالايجار أو الاكراه على الشرب أو كان شرب على قصد التداوى وقد بينا أن ذلك غير موجب للحد عليه ولا يحد باقراره فى حال سكره من الخمر لان السكران لا يثبت على كلام واحد ولكنه يتكلم بالشيء وبضده والاصرار على

الاقرار بالسبب لابد منه لايجاب حد الخمر ولو أقر عند القاضي انه شرب أمس خمرا لم يحد أيضا وانما يحد اذا أتاه ساعة شرب والريح يوجد منه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد يؤخذ باقراره متى جاء مثل حد الزنا وقد بينا هذه المسألة في كتاب الحدود بالبينة والاقرار جميعا واذا أكره على شرب الخمر لا يحد لان الشرب في حال الاكراه مباح له على ما بينا ان موضع الضرورة مستثنى من الحرمة ولان الحد مشروع للزجر وقد كان منزجرا حين لم يقدم على الشرب مالم تتحقق الضرورة بالاكراه واذا أسلم الحربي وجاء الى دار الاسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم انها محرمة عليه لم يحد لان الخطاب لم يبلغه فلا يثبت حكم الخطاب في حقه وهذا بخلاف المسلم المولود في دار الاسلام اذا شرب الخمر ثم قال لم أعلم انها حرام لان حرمة الخمر قد اشتهرت بين المسلمين في دار الاسلام فالظاهر يكذب المولود في دار الاسلام فيما يقول والظاهر لا يكذب الذي جاء من دار الحرب فيما يقول فيعذر بجهله ولا يقام عليه الحد بخلاف ما اذا زنى أو شرب أو سرق فانه يقام عليه الحد ولا يعذر بقوله لم أعلم لان حرمة الزنا والسرقة في الاديان كلها فالظاهر يكذبه اذا قال لم أعلم بحرمتها ولان حد السرقة والزنا مما تجوز اقامته على الكافر في حال كفره وهو الذمي فبعد الاسلام أولى أن يقام بخلاف حد الخمر ولان حد الزنا والسرقة ثبت بنص يتلى وحد الخمر بخبر يروى فكان أقرب الى الدرء من حد الزنا والسرقة ويستوى في حد الزنا ان طاوعته المرأة على ذلك في دار الاسلام أو اكرهها لان حرمة الزنا في حقهما جميعا قد اشتهرت واذا شرب قوم نبيذا فسكر بعضهم دون بعض حد من سكر لان مشروب بعضهم غير مشروب البعض فيعتبر في حق كل واحد منهم حاله كانه ليس معه غيره (ألا ترى) أن القوم اذا سقوا خمرا على مائدة فمن علم انه خمر لزمه الحد ومن لم يعلم ذلك منهم لم يلزمه الحد والمحرم في حد الخمر كالحلال لانه لاتأثير للمحرم والاحرام في اباحة الشرب ولا في المنع من اقامة هذا الحد واذا قذف السكران رجلا حبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ويحبس حتى يخف عنه الضرب ثم يحد للسكر لان حد القذف في معنى حق العباد وسكره لا يمنع وجوب الحد عليه بقذفه لانه مع سكره مخاطب (ألا ترى) أن بعض الصحابة رضي الله عنهم أخذ حد الشرب من القذف على ماروى عن علي رضي الله عنه قال اذا شرب هذى واذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله ثمانون جلدة واذا شرب الخمر في نهار رمضان حد حد الخمر ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب ثم يعزر

لافطاره فی شهر رمضان لان شرب الخمر ملزم للحد ومهتك حرمة الشهر والصوم يستوجب التعزير ولكن الحد أقوى من التعزير فيبتدأ باقامة الحد عليه ثم لا يوالي بينه وبين التعزير لكي يؤدي الى الاتلاف والاصل فيه حديث علي رضی الله عنه انه أتى بالنجاشي الحارثي قد شرب الخمر فحده ثم حبسه حتى اذا كان الغد أخرجه فضربه عشرين سوطا وقال هذا لجراءتك على الله وافطارك فی شهر رمضان ٭ رجل ارتد عن الاسلام ثم أتى به الامام وقد شرب خمرا أوسكر من غير الخمر أو سرق أو زنا ثم تاب وأسلم فانه يحد فی جميع ذلك ماخلا الخمر والسكر فانه لا يحد فيهما لان المرتد كافر وحد الخمر والسكر لا يقام علي أحد من الكفار لما بينا انه يعتقد اباحة سببه فاذا كان ارتكابه سببه فی حال يعتقد اباحته لا يقام ذلك عليه فاما حد الزنا والسرقة فيقام على الكافر لاعتقاده حرمة سببه فيقام علي المرتد بعد اسلامه أيضا كالذمی اذا باشر ذلك ثم أسلم وان لم يتب فلا حد عليه في شيء من ذلك غير حد القذف لان حد الزنا والسرقة خالص حق الله تعالى وقد صارت مستحقة لله تعالى فانه يقتل علي ردته ومتى اجتمع فی حق الله تعالي النفس وما دونها يقتل ويانی ماسوى ذلك وأما حد السرقة ففيه معنى حق العبد فيقام عليه ويضمن السرقة لحق المسروق منه فان شرب وهو مسلم فلما وقع فی يد الامام ارتد ثم تاب لم يحد وان كان زنا أو سرق أقيم عليه الحد لان مااعترض من الردة يمنع وجوب حد الخمر والسكر عليه فيمنع بقاؤه ولا يمنع وجوب حد الزنا والسرقة فكذلك لا يمنع البقاء وقد قال فی آخر الكتاب اذا ارتد عن الاسلام ثم سرق أو زنا أو شرب الخمر أوسكر من غير الخمر ثم تاب وأسلم لم يحد فی شيء من ذلك الا فی القذف فان لم يتب لم يقم عليه أيضا شيء من الحدود غير حد القذف ويقتل وان أخذته وهو مسلم شاربا خمرا أو زانيا أو سارقا فلما وقع فی يدك ارتد عن الاسلام فاستتبته فتاب أقيم عليه الحدود الا حد الخمر وهذه الرواية تخالف الرواية الاولى فی فصل واحد وهو انه اذا زنا أو سرق فی حال ردته لا يقام عليه الحد بعد توبته كما لا يقام قبل توبته لان المرتد بمنزلة الحربی فانه اعتقد محاربته لو تمكن منها والحربی اذا ارتكب شيأ من الاسباب الموجبة للحد ثم أسلم لا يقام عليه الحد فكذلك المرتد وفرق على هذه الرواية بين هذا وبين مااذا زنا أو سرق وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم فقال هناك حين ارتكب السبب ما كان حربيا للمسلمين فيكون مستوجبا للحد ولم يزل تمكن الامام من اقامته عليه بنفس الردة الا انه كان لا يشتغل به قبل توبته لاستحقاق نفسه بالردة

وقد انعدم بالاسلام فلهذا يقام عليه وتزويج السكران ولده الصغير وهبته وما أشبه ذلك من تصرفاته قولا أو فعلا صحيح لانه مخاطب كالصاحي وبالسكر لا ينعدم عقله انما يغلب عليه السرور فيمنعه من استعمال عقله وذلك لا يؤثر في تصرفه سواء كان شرب مكرها أو طائعا فاما اذا شرب البنج أو شيأ حلوا فذهب عقله لم يقع طلاقه في تلك الحالة لانه بمنزلة المعتوه في التصرفات وان شهد رجلان على شهادة سكران أو شهد السكران على شهادة رجلين لم يصح ذلك من قبل انه رجل فاسق وانه سكران لا يستقر على شئ واحد فيما يخبر به ولهذا لو ارتد في حال سكره لا تبين منه امرأته استحسانا قال لا أظن سكرانا ينفلت من هذا واشباهه وقد بينا هذا في السير واذا أتى الامام برجل شرب خمرا وشهد به عليه شاهدان فقال انما أكرهت عليها أو قال شربتها ولم أعرفها أقيم عليه الحد لان السبب الموجب للحد قد ظهر وهو يدعي عذرا مسقطا فلا يصدق على ذلك ببينة اذ لو صدق عليه من غير بينة لانسد باب اقامة حد الخمر أصلا وهذا بخلاف الزاني اذا ادعى النكاح لانه هناك ينكر السبب الموجب للحد فبالنكاح يخرج الفعل من أن يكون زنا محضا وهنا بعد الاكراه والجهل لا ينعدم السبب وهو حقيقة شرب الخمر انما هذا عذر مسقط فلا يثبت الا ببينة يقيمها على ذلك ويكره للرجل أن يأكل على مائدة يشرب عليها الخمر هكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى أن يأكل المسلم على مائدة يشرب عليها الخمر ولان في ذلك تكثير جمع الفسقة واظهار الرضا بصنيعهم وذلك لا يحل للمسلم في عشر دواريق عصير عنب في قدر ثم يطبخ فيغلي فيقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع قدر دورق فانه يطبخ حتى يبقى ثلاثة دواريق ثلث الباقي لان ما أخذه من الزبد انتقص من أصل العصير فيسقط اعتباره في الحساب فظهر ان الباقي من العصير تسعة دواريق فانما يصير مثلثا اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه ثلاثة دواريق وان نقص منه دورق آخر في ذلك الغليان فكذلك الجواب لان ما نقص بالغليان في معنى الداخل فيما بقي فلا يصير ذلك كان لم يكن وانما يلزمه الطبخ الى أن يذهب ثلثا العصير * ولو صب رجل في قدر عشرة دواريق عصير وعشرين دورقا ماء فان كان الماء يذهب بالطبخ قبل العصير فانه يطبخه حتى يذهب ثمانية اتساعه ويبقى التسع لانه اذا ذهب ثلثاه بالغليان فالذاهب هو الماء فقط فعليه أن يطبخه بعد ذلك حتى يذهب ثلثا العصير ويبقى ثلثه وهو سبع الجملة وان كانا يذهبان بالغليان معا طبخه حتى يذهب ثلثاه لانه ذهب بالغليان ثلثا

العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهو وما لو صب الماء في العصير بعد ماطبخه على الثلث والثلثين سواء واذا طبخ عصير حتى ذهب ثلثه ثم صنع منه مليقا فان كان ذلك قبل أن يتغير عن حاله فلا بأس به وان صنعه بعد ماغلى فتغير عن حال العصير فلا خير فيه لانه لما غلى واشتد صار محرما والمليق المتخذ من عين المحرم لا يكون حلالا كالمتخذ من الخمر فأما قبل أن يشتد فهو حلال الشرب فأما صنيع المليق من عصير فحلال واذا طبخ الرجل عصيرا حتى ذهب ثلثه ثم تركه حتى برد ثم أعاد عليه الطبخ حتى ذهب نصف مابقي فان كان أعاد عليه الطبخ قبل أن يغلي أو يتغير عن حال العصير فلا بأس به لان الطبخ في دفعتين الى ذهاب الثلثين منه وفي دفعة سواء وان صنعه بعد ماغلي وتغير عن حال العصير فلا خير فيه لان الطبخ في المرة الثانية لاقى شيأ محرما فهو بمنزلة خمر طبخ حتى ذهب ثلثاه به واذا طبخ الرجل عصيرا حتى ذهب ثلاثة اخماسه ثم قطع عنه النار فلم يزل حتى ذهب منه تمام الثلثين فلا بأس به لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي منه من الحرارة بعد ماقطع عن النار أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف مالو برد قبل أن يصير مثلثا لان الغليان بعد ماانقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد فقد صار محرما بنفسه ولان الغليان بقوة لاينقص منه شيأ بل يزيد في رقته بخلاف الغليان بقوة النار فان شرب الطلاء الذي قد طبخ حتى ذهب عشره فلا حد عليه الا أن يسكر لما بينا أنه ذهب بالطبخ شئ فيخرج من أن يكون خمرا وفي غير الخمر من الاشربة لايجب الحد الا بالسكر واذا استعط الرجل بالخمر أو اكتحل بها أو اقتطرها في اذنه أو داوى بها جائفة أو آمة فوصل الى دماغه فلا حد عليه لان وجوب الحد يعتمد شرب الخمر وهو بهذه الافعال لا يصير شاربا وليس في طبعه ما يدعوه الى هذه الافعال لتقع الحاجة الي شرع الزاجر عنه ولو عجن دواء بخمر ولته أو جعلها أحد اخلاط الدواء ثم شربها والدواء هو الغالب فلاحد عليه وان كانت الخمر هي الغالبة فانه يحد لان المغلوب يصير مستهلكا بالغالب اذا كان من خلاف جنسه والحكم للغالب والله أعلم بالصواب

باب التعزير

(قال رحمه الله) ذكر عن الشعبي رحمه الله قال لايبلغ بالتعزير أربعون سوطا وبه أخذ

أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا لان الاربعين سوطا أدنى مايكون من الحد وهو حد العبيد فى القذف والشرب وقال عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين وهذا قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا لان أدنى الحد ثمانون سوطا وحد العبد نصف الحر وليس بحد كامل وهذا مروى عن محمد أيضا وعن أبى يوسف انه يجوز أن يبلغ بالتعزير تسعة وسبعين سوطا وهذا ظاهر على الاصل الذى بينا وأما تقدير النقصان بالخمسة على الرواية الاولى فهو بناء على ما كان من عادته انه كان يجمع فى اقامة الحد والتعزير بين خمسة أسواط ويضرب دفعة فانما نقص فى التعزير ضربة واحدة وذلك خمسة أسواط واذا أخذ الرجل مع المرأة وقد أصاب منها كل محرم غير الجماع عزر بتسعة وثلاثين سوطا وقد بينا فى كتاب الحدود أن كل من ارتكب محرما ليس فيه حد مقدر فانه يعزر ثم الرأى فى مقدار ذلك الى الامام و يبنى ذلك على قدر جريمته وهذه جريمة متكاملة فلهذا قدر التعزير فيها بتسعة وثلاثين سوطا وقد بينا أن الضرب فى التعزير أشد منه فى الحدود لانه دخله تخفيف من حيث نقصان العدد وانه ينزع ثيابه عند الضرر ويضرب على ظهره ولا يفرق على أعضائه انما ذلك فى الحدود واذا نقب السارق النقب وأخذ المتاع فأخذ فى البيت أو أخذ وقد خرج بمتاع لا يساوى عشرة دراهم فانه يعزر لارتكابه محرما والمرأة فى التعزير كالرجل لانها تشاركه فى السبب الموجب للتعزير واذا كان الرجل فاسقا متهما بالشر كله فاخذ عزر لفسقه وحبس حتى يحدث توبة لانه متهم وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا فى تهمة والذى يزنى فى شهر رمضان نهارا فيدعي شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه يعزر لافطاره لانه مرتكب للحرام بافطاره وان خرج من أن يكون زانيا بما ادعي من الشبهة ولا يحبس هنا لان الحبس للتهمة فاما جزاء الفعل الذى باشره فالتعزير وقد أقيم عليه والمسلم الذى يأكل الربا أو يبيع الخمر ولا ينزع عن ذلك اذا رفع الى الامام يعزره وكذلك المخنث والنائحة والمغنية فان هؤلاء يعزرون بما ارتكبوا من المحرم ويحبسون حتى يحدثوا التوبة لانهم بعد اقامة التعزير عليهم مصرون على سوء صنيعهم وذلك فوق التهمة فى ايجاب حبسهم الى أن يحدثوا التوبة واذا شتم المسلم امرأة ذمية أو قذفها بالزنا عزر لان الذمية غير محصنة فلا يجب الحد على قاذفها ولكن قاذفها مرتكب ماهو محرم فيعزر وكذلك اذا قذف مسلمة قد زنت أو مسلما قد زنا أو أمة مسلمة لان المقذوف من هؤلاء غير محصن ولكن القاذف

مرتكب ما هو حرام وهو اشاعة الفاحشة وهتك للستر على المسلم من غير حاجة وذلك موجب للتعزير عليه واذا قطع اللصوص الطريق على قوم فلهم أن يقاتلوهم دفعا عن أنفسهم وأموالهم قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد واذا استعانوا بقوم من المسلمين لم يحل لهم أن يعينوهم ويقاتلوهم معهم وان أتوا على أنفسهم لان النهى عن المنكر فرض وبذلك وصف الله تعالى هذه الامة بأنهم خير أمة فلا يحل لهم أن يتركوا ذلك اذا قدروا عليه * قلت والرجل يخترط السيف على الرجل ويريد أن يضربه ولم يفعل أو شد عليه بسكين أو عصا ثم لم يضربه بشئ من ذلك هل يعزر قال نعم لانه ارتكب مالا يحل من تخويف المسلم والقصد الى قتله * قلت والرجل يوجد فى بيته الخمر بالكوفة وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها هل يعزرون قال نعم لان الظاهر ان الفاسق يستعد الخمر للشرب وان القوم يجتمعون عليها لارادة الشرب ولكن بمجرد الظاهر لا يتقرر السبب على وجه لا شبهة فيه فلا يمكن اقامة الحد عليهم والتعزير مما يثبت مع الشبهات فلهذا يعزرون وكذلك الرجل يوجد معه ركوة من الخمر بالكوفة أو قال ركوة وقد كان بعض العلماء فى عهد أبي حنيفة رحمه الله يقول يقام عليه الحد كما يقام على الشارب لان الذى يسبق الى وهم كل أحد انه يشرب بعضها ويقصد الشرب فيما بقى معه منها الا انه حكى أن أبا حنيفة رحمه الله قال لهذا القائل لم تحده قال لان معه آلة الشرب والفساد قال رحمه الله فارجمه اذا فان معه آلة الزنا فهذا بيان انه لا يجوز اقامة الحد بمثل هذا الظاهر والتهمة والله أعلم

باب من طبخ العصير

(قال رحمه الله) رجل طبخ عشرة أرطال عصير حتى ذهب منه رطل ثم اهراق ثلاثة أرطال منه ثم أراد أن يطبخ البقية حتى يذهب ثلثاها كم يطبخها قال يطبخها حتى يبقى منها رطلان وتسعا رطل لان الرطل الذاهب بالغليان في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقى قبل أن ينصب منه شئ تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك فى معنى رطل وتسع لان الذاهب بالغليان اقتسم على مابقي أتساعا فان انصب منه ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل يكون الباقى ستة أرطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل ولو كان ذهب بالغليان رطلان ثم اهراق منه رطلان قال يطبخه حتى يبقى منه رطلان ونصف لانه لما

ذهب بالغليان رطلان فالباقي ثمانية أرطال كل رطل في معنى رطل وربع فلما انصب منه رطلان فالذي انصب في المعنى رطلان ونصف والباقي من العصير سبعة أرطال ونصف وان ذهب بالغليان خمسة أرطال ثم انصب رطل واحد منه أو أخذ رجل منه رطلا قال يطبخ الباقي حتى يبقى منه رطلان وثلثا رطل لانه لماذهب بالغليان خمسة أرطال فما ذهب في المعنى داخل فيما بقي وصار كل رطل بمعنى رطلين فلما انصب من الباقي رطل كان الباقي بعده من العصير ثمانية أرطال فيطبخه الى أن يبقى ثلث ثمانية أرطال وذلك رطلان وثلثا رطل وفي الكتاب أشار الى طريق آخر في تخريج جنس هذه المسائل فقال السبيل أن يأخذ ثلث الجميع فيضربه فيما بقي بعد ماانصب منه ثم يقسمه على مابقي بعد ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما خرج بالقسمة فهو حلال ما بقي منه وبيان هذا أما في المسئلة الاولى فتأخذ ثلث العصير ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقي بعد ماانصب منه وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على مابقي بعد ماذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعه واذا قسمت عشرين على تسعة فكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان حلال ما بقي رطلان وتسعا رطل *وفي المسئلة الثانية تأخذ أيضا ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم ذلك على مابقي بعد الطبخ قبل الانصباب وهو ثمانية فكل قسم من ذلك اثنان ونصف فعرفنا ان حلال ما بقي منه رطلان ونصف * وفي المسئلة الثالثة تأخذ ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو أربعة فيكون ثلاثة عشر وثلثا ثم تقسمه على مابقي قبل الانصباب بعد الطبخ وذلك خمسة فيكون كل قسم اثنين وثلثين فلهذا قلنا يطبخه حتى يبقى رطلان وثلثا رطل وفي الاصل قال حتي يبقي رطلان وثلاثة أخماس وثلث خمس وذلك عبارة عن ثلثي رطل اذا تأملت وربما يتكلف بعض مشايخنا رحمهم الله لتخريج هذه المسائل على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغير ذلك ولكن ليس في الاشتغال بها كثير فائدة هنا والله أعلم

كتاب الاكراه

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إملاء الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب لان المكره

مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ولا شك أنه مخاطب فى غير ماأكره عليه وكذلك فيما أكره عليه حتى يتنوع الامر عليه فتارة يلزمه الاقدام على ماطلب منه وتارة يباح له ذلك وتارة يرخص له فى ذلك وتارة يحرم عليه ذلك فذلك آية الخطاب ولذلك لاينعدم أصل القصد والاختيار بالاكراه كيف ينعدم ذلك وانما طلب منه أن يختار أهون الامرين عليه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الاكراه التام فى الافعال فى نقل الفعل من المكره الى المكره وهذا ليس بصحيح فانه لايتصور نقل الفعل الموجود من شخص الى غيره والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضا فان البالغ اذا أكره صبيا على القتل يجب القود على المكره وهذا الفعل فى محله غير موجب للقود فلا يصير موجبا بانتقاله الى محل آخر ولكن الاصح أن تأثير الاكراه فى جعل المكره آلة للمكره فيصير الفعل منسوبا الى المكره بهذا الطريق وجعل المكره آلة لا باعتبار أن بالاكراه ينعدم الاختيار منه أصلا ولكن لانه يفسد اختياره به لتحقق الالجاء فالمرء مجبول على حب حياته وذا يحمله على الاقدام على ماأكره عليه فيفسد به اختياره من هذا الوجه والفاسد فى معارضة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوبا الى المكره لوجود الاختيار الصحيح منه والمكره يصير كالآلة للمكره لانعدام اختياره حكما فى معارضة الاختيار الصحيح ولهذا اقتصر على مايصلح أن يكون آلة له فيه دون مالا يصلح كالتصرفات قولا فانه لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره وتأثير الاكراه فى هذه التصرفات فى انعدام الرضا من المكره بحكم الشبه وشبهه بعض أصحابنا رحمهم الله بالهزل فان الهزل عدم الرضا بحكم السبب مع وجود القصد والاختيار فى نفس السبب فالاكراه كذلك الا أن الهازل غير محمول على التكلم والمكره محمول على ذلك وبذلك لاينعدم اختياره كما بينا وشبهه بعضهم باشتراط الخيار فان شرط الخيار يعدم الرضا بحكم السبب دون نفس السبب ثم فى الاكراه يعتبر معنى فى المكره ومعنى فى المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به فالمعتبر فى المكره تمكنه من ايقاع ماهدده به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفى المكره المعتبر أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكره فى ايقاع ماهدده به عاجلا لانه لايصير ملجأ محمولا طبعا الا بذلك وفيما أكره به بان يكون متلفا أو مزمنا أو متلفا عضوا أو موجبا غما ينعدم الرضا باعتباره وفيما أكره عليه أن يكون المكره ممتنعا منه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال

بمختلف الحكم فالكتاب لتفصيل هذه الجملة وقد ابتلى محمد رحمه الله بسبب تصنيف هذا الكتاب على ماحكى عن ابن سماعة رحمه الله قال لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب سعى به بعض حساده الى الخليفة فقال انه صنف كتابا سماك فيه لصا غاليا فاغتاظ لذلك وأمر باحضاره وأتاه الشخص وأنا معه فأدخله على الوزير أولا فى حجرته فجعل الوزير يعاتبه على ذلك فأنكره محمد أصلا فلما علمت السبب أسرعت الرجوع الى داره وتسورت حائط بعض الجيران لانهم كانوا سمروا على بابه فدخلت داره وفتشت الكتب حتى وجدت كتاب الاكراه فالقيته فى جب فى الدار لان الشرط أحاطوا بالدار قبل خروجى منها فلم يمكنى أن أخرج واختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه الى دار الخليفة بامر الوزير وفتشوها فلم يجدوا شيأ مما ذكره الساعي لهم فندم الخليفة على ماصنع به واعتذر اليه ورده بجميل فلما كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب فلم يجبه خاطره الي مراده فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب ثم أمر بعض وكلائه أن يأتى بعامل ينقي البئر لان ماءها قد تغير فلما نزل العامل فى البئر وجد الكتاب فى آجرة أو حجر بناء من طى البئر لم يبتل فسر محمد رحمه الله بذلك وكان يخفى الكتاب زمانا ثم أظهره فمدهذا من مناقب محمد وما يستدل به على صحة تفريعه لمسائل هذا الكتاب ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم رحمه الله قال فى الرجل يجبره السلطان على الطلاق والعتاق فيطلق أو يعتق وهو كاره انه جائز واقع ولو شاء الله لابتلاه باشد من هذا وهو يقع كيفما كان وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقالوا طلاق المكره واقع سواء كان المكره سلطانا أو غيره أكرهه بوعيد متلف أو غير متلف والخلاف فى هذا الفصل كان مشهورا بين السلف من علماء التابعين رحمهم الله ولهذا استكثر من أقاويل السلف على موافقة قول ابراهيم وفى قوله ولو شاء الله لابتلاه باشد من هذا اشارة الى ماذكرنا من بقاء الاهلية والخطاب مع الاكراه وانه غير راض فى ذلك ولكن عدم الرضا بحكم الطلاق لايمنع الوقوع ولهذا وقع مع اشتراط الخيار عند الايقاع ومع الهزل من الوقع وان كان مملوماوكانه أخذهذا اللفظ مما ذكره على رضي الله عنه فى امرأة المفقود انها ابتليت فلتصبر ولو شاء الله لابتلاها باشد من هذا وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله انه أجاز طلاق المكره وعن سعيد بن المسيب رضى الله عنه انه ذكر له أن رجلا ضرب غلامه حتى طلق امرأته فقال بئس ماصنع وانما فهموا منه بهذا الفتوى بوقوع الطلاق حتى

قال يحيي بن سعيد راوى الحديث أى هو جائر عليه فى معنى قوله بئس ماصنع أى حين فرق بينه وبين امرأته بغير رضاه وانما يكون ذلك اذا وقعت الفرقة ومن قال لا يقع طلاق المكره يقول مراد سعيد رضي الله عنه بئس ماصنع فى اكتسابه بالاكراه وتضييعه وقت نفسه وقد رد عليه الشرع قصده وجعل طلاق المكره لغوا ولكن الاول أظهر وأصل هذا فيما اذا باع رجلا عينا من مال غيره بغير أمره ثم أخبر المالك به فقال بئس ماصنعت وهذا اللفظ فى رواية هشام عن محمد لا يكون اجازة للبيع بخلاف قوله نعم ماصنعت أو أحسنت أو أصبت فان فى اللفظ الاول اظهار الكراهة لصنعه وفى اللفظ الثانى اظهار الرضا به وروى ابن سماعة رحمه الله على عكس هذا ان قوله نعم ماصنعت يكون على سبيل الاستهزاء به فى العادة فيكون ردا لا اجازة وقوله بئس ماصنعت يكون اجازة لانه اظهار للتأسف على مافاته وذلك انما يتحقق اذا نفذ البيع وزال ملكه فجعلناه اجازة لذلك وعن صفوان بن عمرو الطائى أن رجلا كان مع امرأته نائما فأخذت سكينا وجلست على صدره فوضعت السكين على حلقه وقالت لتطلقنى ثلاثا ألبتة أو لاذبحنك فناشدها الله فابت عليه فطلقها ثلاثا فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق وفيه دليل وقوع طلاق المكره لان لقوله عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق تأويلين أحدهما انها بمعنى الاقالة والفسخ أى لايحتمل الطلاق الفسخ بعد وقوعه وانما لايلزمه عند الاكراه مايحتمل الاقالة أو يعتمد تمام الرضا والثانى ان المراد انما ابتليت بهذا لاجل نوم القيلولة وذلك لا يمنع وقوع الطلاق وبطريق آخر يروى هذا الحديث أن رجلا خرج مع امرأته الى الجبل ليمتار العسل فلما تدلى من الجبل بحبل وضعت السكين على الحبل فقالت لتطلقنى ثلاثا أولا قطعته فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتى فقال عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق وأمضي طلاقه وذكر نظير هذا عن عمرو بن شرحبيل رضى الله عنه أن امرأة كانت مبغضة لزوجها فراودته على الطلاق فأبى فلما رأته نائما قامت الى سيفه فأخذته ثم وضعته على بطنه ثم حركته برجلها فلما استيقظ قالت له والله لانفذنك به أو لتطلقنى ثلاثا فطلقها فأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاستغاث به فشتمها وقال ويحك ما حملك على ما صنعت فقالت بغضى اياه فامضى طلاقه وهو دليل لنا على أن طلاق المكره واقع ولا يقال فى هذا كله ان هذا الاكراه كان من غير السلطان لان الاكراه بهذه

الصفة يتحقق بالاتفاق فانه صار خائفا على نفسه لما كانت متمكنة من ايقاع ماخوفته به وان كان ذلك يمارض قوله فشتمها أى نسبها الى سوء العشرة والصحبة والى الظلم كما يليق بفعلها لاان يكون ذكر ما ليس بموجود فيها لان ذلك بهتان لا يظن به وعن أبي قلابة قال طلاق المكره جائز وعن عمر رضى الله عنه قال أربع واجبات على من تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر يعنى النذر المرسل اذ اليمين بالنذر يمين وبه نأخذ فنقول هذا كله جائز لازم ان كان جادا فيه أوهازلا أكره عليه أولم يكره لانه لا يعتمد تمام الرضا ولا يحتمل الفسخ بعد وقوعه وعن على رضى الله عنه قال ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والصدقة يعنى النذر بالصدقة ومراده أن الهزل والجد فى هذه الثلاثة سواء فالهازل لاعب من حيث انه يريد بالكلام غير ماوضع له الكلام وذكر نظيره عن أبي الدرداء رضى الله عنه قال ثلاث لا لعب بهن واللعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وعن ابن المسيب رضى الله عنه قال ثلاث ليس فيهن لعب الطلاق والنكاح والعتاق وأيد هذا كله حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والرجعة والنكاح وانما أورد هذه الآثار ليستدل بها على صحة هذه التصرفات من المكره فللوقوع حكم الجد من الكلام والهزل ضد الجد ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود مايضاد الجد فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الاكراه أولى لان الاكراه لا يضاد الجد فانه أكره على الجد وأجاب الى ذلك وانما ضد الاكراه الرضا فيثبت بطريق البينة لزوم هذه التصرفات مع الاكراه لانه لما لم يمتنع لزومها بما هو ضد الجد فلان لا يمتنع لزومها مع جد أقدم عليه عن اكراه أولى وعن عمر رضى الله عنه أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديدى الطلاق والعتاق والنكاح والنذر وقوله مبهمات أى واقعات على صفة واحدة فى اللزوم مكرها كان الموقع أو طائما يقال فرس بهيم اذا كان على لون واحد وقوله مقفلات أى لازمات لا تحتمل الرد بسبب العذر وقد بين ذلك بقوله ليس فيهن رديدى وعن الشعبي رضى الله عنه قال اذا أجبر السلطان علي الطلاق فهو جائز وان كان لصا فلا شئ وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله قال الاكراه يتحقق من السلطان ولا يتحقق من غيره ثم ظاهر هذا اللفظ يدل على انه كان من مذهب الشعبي أن المكره علي الطلاق اذا كان سلطانا يقع ولا يقع طلاق المكره اذا كان المكره لصا ولكنا نقول مراده بيان الوقوع بطريق التشبيه يعنى أن المكره على الطلاق وان كان سلطانا فالطلاق واقع جائز

فاذا كان لصا أولى أن يكون واقعا لان اكراه اللص ليس بشيء وعن على وابن عباس رضى الله عنهم قالا كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وانما استدل بقولهما على وقوع طلاق المكره لانهما حكما بلزوم كل طلاق الا طلاق الصبي والمعتوه والمكره ليس بصبي ولا معتوه ولا هو فى معناهما لبقاء الاهلية والخطاب مع الاكراه وعن الزهرى رحمه الله ان فتى أسود كان مع أبى بكر الصديق رضى الله عنه وكان يقرأ القرآن فبعث أبو بكر رضى الله عنه رجلا يسعى على الصدقة وقال له اذهب بهذا الغلام معك يرع غنمك ويعنك فتعطيه من سهمك فذهب بالفتى فرجع وقد قطعت يده فقال ويحك مالك قال زعموا أنى سرقت فريضة من فرائض الابل فقطعنى قال أبو بكر رضي الله عنه والله ائن وجدته قطعك بغير حق لاقيدنك منه قال فلبثوا مالبثوا ثم ان متاعا لامرأة أبى بكر سرق وذلك الاسود قائم يصلى فرفع يده الى السماء وقال اللهم أظهر على السارق اللهم اظهر على السارق فوجدوا ذلك المتاع عنده فقال أبو بكر رضى الله عنه ويحك ما أجهلك بالله ثم أمر به فقطعت رجله فكان أول من قطعت رجله وقد بينا فوائد هذا الحديث فى كتاب السرقة واختلاف الروايات أنه ذكر هناك أن الفتى كان أقطع اليد والرجل فقطعت يده اليسرى وهنا ذكر أنه كان أقطع اليد فقطع أبو بكر رضى الله عنه رجله وانما أورد الحديث هنا لحرف وهو قوله والله ائن وجدته قطعك بغير حق لاقيدنك منه وبه نأخذ فنقول اذا بعث الخليفة عاملا فأمر رجلا بقطع يد غيره أو قتله بغير حق فعله أن القصاص على العامل الذى أمر به لان أمر مثله اكراه فان من عادة العمال أنهم يأمرون بشيء ثم يعاقبون من امتنع من ذلك بالقتل وغيره والفعل يصير منسوبا اليه بمثل هذا الامر قال الله تعالى يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم انه كان من المفسدين واللعين ما كان يباشر حقيقته ولكنه كان مطاعا بأمره والامر من مثله اكراه والكلام فى الاكراه على القتل يأتى فى موضعه وعن أبى عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر رضى الله عنه فلم يتركوه حتى سب رسول الله صلى عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام ماوراءك قال شر ماتركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال عليه الصلاة والسلام فكيف تجد قلبك قال أجده مطمئنا بالايمان قال عليه الصلاة والسلام ان عادوا فعد ففيه دليل انه لا بأس للمسلم أن يجرى كلمة الشرك على اللسان مكرها بعد أن يكون مطمئن

القلب بالايمان وان ذلك لا يخرجه من الايمان لانه لم يترك اعتقاده بما أجراه على لسانه (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عمار بن ياسر رضي الله عنه عن حال قلبه فلما أخبر أنه مطمئن بالايمان لم يعاتبه على ما كان منه وبعض العلماء رحمهم الله يحملون قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد على ظاهره يعني ان عادوا الى الاكراه فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير وهو غلط فانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر أحدا بالتكلم بكلمة الشرك ولكن مراده عليه الصلاة والسلام فان عادوا الى الاكراه فعد الي طمأنينة القلب بالايمان وهذا لان التكلم وان كان يرخص له فيه فالامتناع منه أفضل (ألا ترى) أن حبيب بن عدي رضي الله لما امتنع حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة (وقصته) أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا صلى الله عليه وسلم وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير فأجمعوا على قتله فلما أيقن انهم قاتلوه سألهم أن يدعوه ليصلي ركعتين فأوجز صلاته ثم قال انما أوجزت لكيلا تظنوا انى أخاف القتل ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجدا لله حين يقتلونه فأبوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال اللهم انى لا أري هنا الا وجه عدو فاقرئ رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم أحدا ثم أنشأ يقول

ولست أبالي حين أقتل مسلما * على أي جنب كان لله مصرعي

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وجاء جبريل عليه الصلاة والسلام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرئه سلام حبيب رضى الله عنه فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم له وقال هو أفضل الشهداء وهو رفيقي في الجنة فبهذا تبين أن الامتناع أفضل وعن أبي عبيدة أيضا في قوله تعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه) قال ذلك عمار بن ياسر رضي الله عنه (ولكن من شرح بالكفر صدرا) عبيد الله بن أبي سرح فانه كان يكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أخذه المشركون وأكرهوه على ما أكرهوا عليه عمار بن ياسر رضى الله عنه أجابهم الى ذلك معتقدا فأكرموه وكان معهم الى أن فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فجاء به عثمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله أن يبايعه وفيه قصة وهو المراد بقوله تعالى ولكن من شرح بالكفر صدرا فعرفنا انه اذا بدل الاعتقاد يحكم بكفره مكرها كان أو طائعا وهذا

لانه لاضرورة الى تبديل الاعتقاد ثمه لا اطلاع لاحد من العباد على اعتقاده وهو المراد أيضا من قوله تعالى من كفر بالله من بعد إيمانه فأما قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فهو عمار بن ياسر رضى الله عنه وقد ذكرنا قصته وعن جابر الجعفى انه سأل الشعبي رحمه الله عن الرجل يأمر عبده أن يقتل رجلا قال فيها ثلاثة أقاويل قائل يقتل العبد وآخر قال يقتل المولى والعبد وآخر قال يقتل المولى والمراد بيان حكم القصاص عند القتل مكرها انه على من يجب فان أمر المولى عبده بمنزلة الاكراه لانه يخاف على نفسه ان خالف أمره كأمر السلطان في حق رعيته ثم لم يذكر القول الرابع وهو الذى ذهب اليه أبو يوسف انه لايقتل واحد منهما وكان هذا القول لم يكن فى السلف وانما سبق به أبو يوسف رحمه الله واستحسنه وبيان المسئلة يأتى فى موضعه وفى الحديث دليل ان المفتى لايقطع الجواب علي شئ ولكن يذكر أقاويل العلماء فى الحادثة كما فعله الشعبي رحمه الله ولكن هذا اذا كان المستفتى ممن يمكنه التمييز بين الاقاويل ويرجح بعضها على البعض فان كان بحيث لايمكنه ذلك فلا يحصل مقصوده ببيان أقاويل العلماء رحمهم الله فلا بد للمفتى من أن يبين له أصح الاقاويل عنده للاخذ به وعن الحسن البصرى رحمه الله التقية جائزة للمؤمن الى يوم القيامة الا انه كان لايجعل فى القتل تقية وبه نأخذ والتقية ان يقى نفسه من العقوبة بما يظهره وان كان يضمر خلافه وقد كان بعض الناس يأبى ذلك ويقول انه من النفاق والصحيح ان ذلك جائز لقوله تعالى الا أن تتقوا منهم تقاة واجراء كلمة الشرك على اللسان مكرها مع طمأنينة القلب بالايمان من باب التقية وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فيه لعمار بن ياسر رضى الله عنه الا أن هذا النوع من التقية يجوز لغير الانبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام فأما فى حق المرسلين صلوات الله عليهم أجمعين فما كان يجوز ذلك فيما يرجع الى أصل الدعوة الى الدين الحق وقد جوّزه بعض الروافض لعنهم الله ولكن تجويز ذلك محال لانه يؤدى الى أن لايقطع القول بما هو شريعة لاحتمال أن يكون قال ذلك أوفعله تقية والقول بهذا محال وقوله الا أنه كان لايجعل فى القتل تقية يعنى اذا أكره على قتل مسلم ليس له أن يقتله لمافيه من طاعة المخلوق فى معصية الخالق وايثار روحه على روح من هو مثله فى الحرمة وذلك لايجوز وبهذا يتبين عظم حرمة المؤمن لان الشرك بالله أعظم الاشياء وزرا وأشدها تحريما قال الله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه الى قوله عزوجل أن دعوا للرحمن ولدا ثم يباح له اجراء كلمة الكفر فى حالة الاكراه

ولا يباح الاقدام على القتل فى حالة الاكراه فيه يتبين عظم حرمة المؤمن عند الله تعالى وهو مراد ابن عباس رضى الله عنه انما التقية باللسان ليس باليد يعنى القتل والتقية باللسان هو اجراء كلمة الكفر مكرها وعن حذيفة رضى الله عنه قال فتنة السوط أشد من فتنة السيف قالوا له وكيف ذلك قال ان الرجل ليضرب بالسوط حتى يركب الخشب يعنى الذى يراد صلبه يضرب بالسوط حتى يصعد السلم وان كان يعلم مايراد به اذا صعد وفيه دليل ان الاكراه كما يتحقق بالتهديد بالقتل يتحقق بالتهديد بالضرب الذى يخاف منه التلف والمراد بالفتنة العذاب قال الله تعالى ذوقوا فتنتكم وقال الله تعالى ان الذين فتنوا المؤمنين والمؤمنات أى عذبوهم فمعناه عذاب السوط أشد من عذاب السيف لان الالم فى القتل بالسيف يكون فى ساعته وتوالى الالم فى الضرب بالسوط الى أن يكون آخره الموت وقد كان حذيفة رضى الله عنه ممن يستعمل التقية على ماروى أنه يدارى رجلا فقيل له انك منافق فقال لا ولكنى أشترى دينى بعضه ببعض مخافة أن يذهب كله وقد ابتلى ببعض ذلك فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن المشركين أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله فى غزوه فلما تخلص منهم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال عليه الصلاة والسلام أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم وذكر عن مسروق رحمه الله قال بعث معاوية رضى الله عنه بتماثيل من صفر تباع بأرض الهند فمر بها على مسروق رحمه الله قال والله لو أنى أعلم أنه يقتلنى لغرقتها ولكنى أخاف أن يعذبني فيفتننى والله لا أدرى أى الرجلين معاوية رجل قد زين له سوء عمله أورجل قد يئس من الآخرة فهو يتمتع فى الدنيا وقيل هذه تماثيل كانت أصيبت فى الغنيمة فأمر معاوية رضى الله عنه ببيعها بأرض الهند ليتخذ بها الاسلحة والكراع للغزاة فيكون دليلا لابى حنيفة رحمه الله فى جواز بيع الصنم والصليب ممن يعبده كما هو طريقة القياس وقد استعظم ذلك مسروق رحمه الله كما هو طريق الاستحسان الذى ذهب اليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى كراهة ذلك ومسروق من علماء التابعين وكان يزاحم الصحابة رضى الله عنهم فى الفتوى وقد رجع ابن عباس الى قوله فى مسئلة النذر بذبح الولد ولكن مع هذا قول معاوية رضى الله عنه مقدم على قوله وقد كانوا فى المجتهدات يلحق بعضهم الوعيد بالبعض كما قال على رضى الله عنه من أراد أن يتقحم جراثيم جهنم فليقل فى الجد يعنى بقول زيد رضى الله عنه وانما قلنا هذا لانه لا يظن بمسروق رحمه الله انه قال فى

معاوية رضى الله عنه ماقال عن اعتقاد وقد كان هو من كبار الصحابة رضى الله عنهم وكان كاتب الوحي وكان أمير المؤمنين وقد أخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالملك بعده فقال له عليه السلام يوما اذا ملكت أمر أمتى فاحسن اليهم الا أن نوبته كانت بعد انتهاء توبة على رضى الله عنه ومضي مدة الخلافة فكان هو مخطئا فى مزاحمة علي رضى الله عنه تاركا لما هو واجب عليه من الانقياد له لايجوز أن يقال فيه أكثر من هذا ويحكى أن أبا بكر محمد بن الفضل رحمه الله كان ينال منه فى الابتداء فرأى فى منامه كان شعرة تدلت من لسانه الي موضع قدمه فهو يطؤها ويتألم من ذلك ويقطر الدم من لسانه فسأل المعبر عن ذلك فقال انك تنال من واحد من كبار الصحابة رضى الله عنه فاياك ثم اياك وقد قيل فى تأويل الحديث أيضا ان تلك التماثيل كانت صغارا لاتبدو للناظر من بعد ولا بأس باتخاذ مثل ذلك على ماروى انه وجد خاتم دانيال عليه السلام فى زمن عمر رضى الله عنه كان عليه نقش رجل بين أسدين يلحسانه وكان على خاتم أبي هريرة ذبابتان فعرفنا انه لا بأس باتخاذ ماصغر من ذلك ولكن مسروقا رحمه الله كان يبالغ فى الاحتياط فلا يجوز اتخاذ شيء من ذلك ولا بيعه ثم كان تفريق ذلك من الامر بالمعروف عنده وقد ترك ذلك مخافة على نفسه وفيه تبيين أنه لا بأس باستعمال التقية وانه يرخص له فى ترك بعض ماهو فرض عند خوف التلف على نفسه ومقصوده من ايراد الحديث ان يبين أن التعذيب بالسوط يتحقق فيه الاكراه كما يتحقق فى القتل لانه قال لو علمت انه يقتلني لغرقتها ولكن أخاف أن يعذبنى فيفتننى فتبين بهذا أن فتنة السوط أشد من فتنة السيف وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال لاجناح عليّ فى طاعة الظالم اذا أكرهني عليها وانما أراد بيان جواز التقية فى اجراء كلمة الكفر اذا أكرهه المشرك عليها فالظالم هو الكافر قال الله تعالي والكافرون هم الظالمون ولم يرد به طاعة الظالم فى القتل لان الاثم على المكره فى القتل لايندفع بعذر الاكراه بل اذا قدم على القتل كان آثما اثم القتل علي مابينه والله أعلم

باب مايكره عليه اللصوص غير المتأولين

(قال رحمه الله) ولو أن لصوصا من المسلمين غير المتأولين أو من أهل الذمة تجمعوا فغلبوا على مصر من امصار المسلمين وأمروا عليهم أميرا فأخذوا رجلا فقالوا لنقتلنك

أو لتشربن هذا الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لحم هذا الخنزير ففعل شيأ من ذلك كان عندنا في سعة لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالشرع وهي مفسدة بحالة الاختيار فان الله تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله عزوجل الا مااضطررتم اليه والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا لخوف التلف على نفسه بسبب الاكراه فالتحقت هذه الاعيان في حالة الضرورة بسائر الاطعمة والاشربة فكان في سعة من التناول منها وان لم يفعل ذلك حتى يقتل كان آثما وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يكون آثما وكذلك هذا فيمن أصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات فعلى ظاهر الرواية يكون آثما وعلى رواية أبي يوسف لا يكون آثما فالاصل عند أبي يوسف أن الاثم ينتفي عن المضطر ولا تنكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة انها ميتة أو خمر وبالضرورة لا ينعدم ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من الحرام فلا يكون آثما فيه وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى الا مااضطررتم اليه فاما أن يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ماكان في حالة الضرورة أو يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبتت الاباحة في حالة الضرورة فامتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه فيكون آثما في ذلك وصفة الخمرية توجب الحرمة لمعنى الرفق بالمتناول وهو ان يمنعه من استعمال عقله ويصده عن ذكر الله وعن الصلاة وكذلك لحم الخنزير لما في طبع الخنزير من الانتهاب وللغذاء أثر في الخلق والرفق هنا في الاباحة عند الضرورة لان اتلاف البعض أهون من اتلاف الكل وفي الامتناع من التناول هلاك الكل فتثبت الاباحة في هذه الحالة لهذا المعنى وكذلك لو أوعد بقطع عضو أو بضرب مائة سوط أو أقل منها مما يخاف على نفسه أو عضو من أعضائه لان حرمة الاعضاء كحرمة النفس (ألا ترى) أن المضطر كما لا يباح له قتل الانسان ليأكل من لحمه لا يباح له قطع عضو من أعضائه والضرب الذي يخاف منه التلف بمنزلة القتل على ما بينا أن فتنة السوط أشد من فتنة السيف والاعضاء في هذا سواء حتى لو أوعده بقطع أصبع أو أنملة يتحقق به الالجاء فكل ذلك محرم باحترام النفس تبعا لها ولو أوعده بضرب سوط أو سوطين لم يسعه

تناول ذلك لانه لا يخاف على نفسه ولا على عضو من أعضائه بما هـدده به انما يغمه ذلك أو يؤلمه ألما يسيرا والالجاء لايتحقق به (ألا ترى) أن بالاكراه بالحبس والقيد لايتحقق الالجاء حتى لايباح له تناول هـذه الاشياء والغم الذى يصيبه بالحبس ربما يزيد على ما يصيبه بضرب سوط أو سوطين (ألا ترى) أن الجهال يتهازلون فيما بينهم بهذا المقدار وكذلك كل ضرب لايخاف منه تلف نفس أو ذهاب عضو فى أكثر الرأى وما يقع فى القلب لان غالب الرأى يقام مقام الحقيقة فيما لاطريق الى معرفته حقيقة قال وقد وقت بعضهم في ذلك أدنى الحدود أربعين سوطا فان هددباقل منها لم يسعه الاقدام على ذلك لان مادون الاربعين مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه يكون زاجرا لامتلفا ولكنا نقول نصب المقدار بالرأى لايكون ولا نص فى التقدير هنا وأحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب وخلافه فلا طريق سوى رجوع المكره الى غالب رأيه فان وقع فى غالب رأيه أنه لا تتلف به نفسه ولا عضو من أعضائه لا يصير ملجأ وان خاف على نفسه التلف منه يصير ملجأ وان كان التهديد بعشرة أسواط وهكذا نقول في التعزير للامام أن يبلغ بالتعزير تسعة وثلاثين سوطا اذا كان فى أكثر رأيه انه لايتلف به نفسه ولا عضوا من أعضائه وكذلك ان تغلب هؤلاء اللصوص على بلد ولكنهم أخذوا رجلا فى طريق أو مصر لا يقدر فيها على غوث لان المعتبر خوفه التلف على نفسه وذلك بتمكنهم من ايقاع ما هددوه به قبل أن يحضر الغوث ولو توعدوه على شئ من ذلك بحبس سنة أو بقيد ذلك من غير أن يمنعوه طعاما ولا شرابا لم يسعه الاقدام على شئ من ذلك لان الحبس والقيد يوجب الهم والحزن ولا يخاف منه على نفس ولا عضو ولدفع الحزن لا يسعه تناول الحرام (ألا ترى) ان شارب الخمر في العادة انما يقصد بشربها دفع الهم والحزن عن نفسه ولو تحقق الالجاء بالحبس لتحقق بحبس يوم أو نحوه وذلك بعيد وان قالوا لنجيعنك أو لتفعلن بعض ماذكرنا لم ينبغ له أن يفعل ذلك حتى يجئ من الجوع ما يخاف منه التلف لان الجوع شئ يهيج من طبعه وبادى الجوع لا يخاف منه التلف انما يخاف التلف عند نهاية الجوع بان تخلو المعدة عن مواد الطعام فتحترق وشئ منه لايوجد عند أدنى الجوع (ألا ترى) ان الاكراه فى هذا معتبر بالضرورة والمضطر الذى يخاف على نفسه من العطش والجوع يباح له تناول الميتة وشرب الخمر ولا يباح له ذلك عند أدنى الجوع مالم يخف التلف على نفسه وهذا بخلاف ماتقدم اذا هددوه بضرب سوط

فان هنالك يباح له التناول ولا يلزمه أن يصبر الى أن يبلغ الضرب حدا يخاف منه التلف على نفسه لان الضرب فعل الغير به فينظر الى ما هدده به فاذا كان يخاف منه التلف يباح الاقدام عليه باعتبار ان تمكنه من ايقاع ماهدده به يجعل كحقيقة الايقاع والجوع هنا يهيج من طبعه وليس هو فعل الغير به فانما يعتبر القدر الموجود منه وقد قيل انما يعتبر اذا كان يعلم أن الجوع صار بحيث يخاف منه التلف وأراد أن يتناول مكنوه من ذلك فاما اذا كان يعلم انه لو صبر الى تلك الحالة ثم أراد أن يتناول لم يمكنوه من ذلك فليس له أن يتناول الا اذا كان بحيث يلحقه الغوث الى أن ينتهي حاله الى ذلك فحينئذ لا يسعه الاقدام عليه بادني الجوع قال وكل شئ جاز له فيه تناول هذه المحرمات من الاكراه فكذلك يجوز عندنا الكفر بالله اذا أكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان وهذا يجوز فى العبادة فان حرمة الكفر حرمة ثابتة مضمنة لا تنكشف بحال ولكن مراده أنه يجوز له اجراء كلمة الشرك على اللسان مع طمأنينة القلب بالايمان لان الالجاء قد تحقق والرخصة فى اجراء كلمة الشرك ثابتة فى حق الملجأ بشرط طمانينة القلب بالايمان الا أن هنا ان امتنع كان مثابا على ذلك لان الحرمة باقية فهو فى الامتناع متمسك بالعزيمة والمتمسك بالعزيمة أفضل من المترخص بالرخصة قال وقد بلغنا عن ابن مسعود رضي الله عنه قال مامن كلام أتكلم به يدرأ عنى ضربتين بسوط غير ذى سلطان الا كنت متكلما به وانما نضع هذا على الرخصة فيما فيه الالم الشديد وان كان من سوطين فاما أن نقول السوطان اللذان لا يخاف منهما تلف يوجبان الرخصة له فى اجراء كلمة الشرك فهذا مما لا يجوز أن يظن بعبد الله رضى الله عنه وأما تصرف هذا اللفظ منه على سبيل المثل فلبيان الرخصة عند خوف التلف وقيل السوطان فى حقه كان يخاف منهما التلف لضعف نفسه فقد كان بهذه الصفة على ماروى انه صعد شجرة يوما فضحكت الصحابة رضى الله عنهم من دقة ساقيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تضحكوا فهما ثقيلان فى الميزان ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيأ من ذلك للرجل والرجل لا يرى انهم يقدمون عليه لم يسعه الاقدام على المحرم لان المعتبر خوف التلف ولا يصير خائفا التلف اذا كان يعلم انهم لا يقدمون عليه وان هددوه به وقد بينا ان مالا طريق الى معرفته حقيقة يعتبر فيه غالب الرأى فان كان لا يخاف أن يقدموا عليه فى أول مرة حتى يعاودوه لم ينبغ له أن يقدم على ذلك حتى يعاودوه وهذا على مايقع فى القلب (ألا ترى) انك لو رأيت رجلا ينقب عليك دارك من

خارج أودخل عليك ليلا من الثقب بالسيف وخفت ان أنذرته يضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه اذا خفت أن يسبقك ان أعلمته وفى هذا اتلاف نفس ثم أجاز الاعتماد على غالب الرأى لتعذر الوقوع على حقيقته فكذلك فيما سبق ولو هددوه بقتل أو اتلاف عضو أو بحبس أو قيد ليقر لهذا الرجل بالف درهم فأقر له به فالاقرار باطل أما اذا هددوه بما يخاف منه التلف فهو ملجأ الي الاقرار محمول عليه والاقرار خبر متميل بين الصدق والكذب فانما يوجب الحق باعتبار رجحان جانب الصدق وذلك ينعدم بالالجاء وكذلك ان هددوه بحبس أو قيد لان الرضا ينعدم بالحبس والقيد بما يلحقه من الهم والحزن به وانعدام الرضايمنع ترجيح جانب الصدق فى اقراره ثم قد بينا أن الاكراه نظير الهزل ومن هزل باقراره لغيره وتصادقا على انه هزل بذلك لم يلزمه شى فكذلك اذا أكره عليه * فان قيل لماذا لم يجعل هذا بمنزلة شرط الخيار وشرط الخيار يمنع صحة الاقرار *قلنا لا كذلك بل متى صح شرط الخيار مع الاقرار بالمال لايجب المال حتى لو قال كفلت لفلان عن فلان بألف درهم علي انى بالخيار لا يلزمه المال فأما اذا أطلق الاقرار بالمال وهو خبر عن الماضي فلا يصح معه شرط الخيار والاكراه هنا متحقق فانما يعتبر بموضع يصح فيه اشتراط الخيار وهذا بخلاف ماتقدم من تناول الحرام لان المؤثر هناك الالجاء وذلك ما يخاف منه التلف وهنا المانع من وجوب المال انعدام الرضا بالالتزام وقد انعدم الرضا بالاكراه وان كان بحبس أوقيد قال شريح رحمه الله القيد كره والوعيد كره والضرب كره والسجن كره وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بامين اذا ضربت أوبغت أوجوعت أى هو ليس بطائع عند خوف هذه الاشياء واذا لم يكن طائعا كان مكرها ولو توعدوه بضرب سوط واحد أوحبس يوم أو قيد يوم على الاقرار بألف فأقر به كان الاقرار جائزا لانه لايصير مكرها بهذا القدر من الحبس والقيد فالجهال قد يتهازلون به فيما بينهم فيحبس الرجل صاحبه يوما أو بعض يوم أو يقيده من غير أن يغمه ذلك وقد يفعل المرء ذلك بنفسه فيجعل القيد فى رجله ثم يمشى تشبها بالمقيد أرأيت لو قالوا له لنطرقنك طرقة أو لنسمنك أو لتقرن به أما كان اقراره جائزا والحد فى الحبس الذى هو اكراه فى هذا مايجيء منه الاغتمام البين وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد علي ذلك ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى لايكون ولكن ذلك على قدر

ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى أنه اكراه أبطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس فالوجيه الذى يضع الحبس من جاهه تأثير الحبس والقيد يوما فى حقه فوق تأثير حبس شهر فى حق غيره فلهذا لم نقدر فيه بشئ وجعلناه موكولا الى رأي القاضى ليبنى ذلك على حال من ابتلى به ولو أكرهوه على أن يقر لرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة كان باطلا لانهم حين أكرهوه على ألف فقد أكرهوه على أقل منها فالخمسمائة بعض الالف ومن ضرورة امتناع صحة الاقرار بالالف اذا كان مكرها امتناع صحة اقراره بما هو دونه ولان هذا من عادات الظلمة أنهم يكرهون المرء على الاقرار وبدل الحط بألف ويقنعون منه ببعضه فبهذا الطريق جعل مكرها على مادون الالف ولو أقر بالفين لزمه ألف درهم لانه طائع فى الاقرار فى احد الالفين وليس من عادات الظلمة أن يتحكموا على المرء بمال ومرادهم أكثر من ذلك وفرق أبو حنيفة بين هذا وبين ما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين فان هناك لا تقبل الشهادة على شئ وقال هناك لا يصح اقراره بقدر ألف وتصح الزيادة لان فى الشهادة تعتبر الموافقة من الشاهدين لفظا ومعنى وقد انعدمت الموافقة لفظا فالالف غير الالفين وهنا المكره مضار متعنت فانما يعتبر فى حقه المعنى دون اللفظ وقد قصد الاضرار به بالزام الالف اياه باقراره فيرد عليه قصده ولا يلزمه الالف بما أقر به ويلزمه ما زاد عليه ولو أقر بألف دينار لزمته لان الدراهم والدنانير جنسان حقيقة فيكون هو طائعا فى جميع ما أقر به من الجنس الآخر ولا يقال الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فى الاحكام لان هذا فى الانشاآت فاما فى الاخبارات فهما جنسان كما فى الدعوى والشهادة فانه اذا ادعى الدراهم وشهد له الشهود بالدنانير لا تقبل والاقرار اخبار هنا فالدراهم والدنانير فيه جنسان وكذلك ان أقر له بنصف غير ما أكرهوه عليه من المكيل أو الموزون فهو طائع متى أقر به ولو أكرهوه على أنه يقر له بألف فأقر له ولفلان الغائب بألف فالاقرار كله باطل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء أقر الغائب بالشركة أو انكرها وقال محمد ان صدقه الغائب فيما أقر به بطل الاقرار كله وان قال لى عليه نصف هذا المال ولا شركة بينى وبين هذا الذى أكرهوه على الاقرار له جاز الاقرار للغائب بنصف المال وأصل المسئلة ما بيناه فى الاقرار ان المريض اذا أقر لوارثه ولاجنبي بدين عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاقرار باطل على كل حال لانه أقر بأن المال مشترك بينهما ولا وجه لاثبات الشركة للوارث فيبطل الاقرار

كله وهنا أقر بالمال مشتركا بينهما ولا وجه لاثبات الشركة لمن أكره على الاقرار له فكان الاقرار باطلا وكذلك عند محمد ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه فله نصف المال لانه أقر له بنصف المال وادعى عليه شركة الوارث معه وهنا أيضا أقر للغائب بنصف المال طائما وادعى عليه شركة الحاضر معه فكان اقراره للغائب بنصف المال صحيحا ودعواه الشركة باطلة ولو أكرهوه على هبة جاريته لعبد الله فوهبها لعبد الله وزيد وقبضاها بامره جازت فى حصة زيد لانه ملكه نصف الجارية طائما والشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الهبة وبطلت فى حصة عبد الله بالاكراه ثم الهبة انشاء التصرف فبطلانه فى نصيب من أكره عليه لا يمنع من صحته فى نصيب الآخر كالوصية فان من أوصى لوارثه ولاجنبي جازت الوصية فى نصيب الاجنبي بخلاف الاقرار ولو كان ذلك فى ألف درهم بطلت الهبة كلها أما عند أبى حنيفة فلانه لا يجوز هبة ما يحتمل القسمة من رجلين اذا كان طائما فى حقهما فاذا كان مكرها فى حق أحدهما كان أولى وأما عند أبى يوسف ومحمد فانما لا يجوز هنا لان الهبة بطلت فى نصيب عبد الله من الاصل فلو صحت فى نصيب زيد كانت فى مشاع يحتمل القسمة وذلك يمنع صحة الهبة (ألا ترى) أنه لو وهب داره من رجل فاستحق نصفها بطلت الهبة فى الثانى واستشهد لهذا بما لو اشترى دارا وهو شفيعها مع رجل غائب فقبضها ووهبها وسلمها ثم حضر الغائب فأخذ نصفها بالشفعة بطلت الهبة فى النصف الآخر لان فى النصف المأخوذ بالشفعة الهبة تبطل من الاصل وكذلك لو وهب لرجل دارا على أن يعوضه من نصفها خمرا فالهبة تبطل فى النصف الباقى لبطلانها فى النصف الذى شرط فيه الخمر عوضا وهذا بخلاف المريض اذا وهب داره من انسان ولا مال له غيرها ثم مات فان الهبة تنتقض فى الثلثين لحق الورثة وتبقى فى الثلث صحيحة لان الهبة فى الكل صحيحة فى الابتداء وانما تنتقض فى الثلثين لحق الورثة بعد موت الواهب فكان الشيوع فى الثلث طارئا وذلك لا يبطل الهبة كما لو وهب داره من انسان ثم رجع فى نصفها وفيما تقدم من المسائل المبطل للهبة فى النصف مقترن بالسبب فبطلت الهبة فى ذلك النصف من الاصل فالشيوع فى النصف الباقى يكون مقارنا لا طارئا ولو أكرهوه على هبة جاريته لرجل ودفعها اليه فوهب ودفع فاعتقها الموهوب له جاز عتقه وغرم المعتق قيمتها أما قوله ولو دفعها اليه فهو فصل من الكلام فان الاكراه على الهبة يكون اكراها على الدفع بخلاف الاكراه على البيع فانه لا يكون اكراها

على التسليم والفرق أن المكره مضار متعنت والهبة لا توجب الملك بنفسها ما لم يتصل بها القبض فاذا كان الضرر الذى قصده المكره وهو ازالة ملكه لا يحصل الا بالقبض تعدى الاكراه اليه وان لم ينص عليه فأما البيع فموجب الملك بنفسه والاضرار به يتحقق متى صح فلا يتعدى الاكراه عن البيع الى شئ آخر واذا سلم بعد ذلك بغير أمره كان طائعا فى التسليم *يوضحه أن القبض فى باب البيع يوجب ملك التصرف وذلك حكم آخر غير ماهو الموجب الاصلى بالبيع وهو ملك الغير فلا يتعدى الاكراه اليه بدون التنصيص عليه وأما القبض فى باب الهبة فيوجب الملك الذى هو حكم الهبة وهو ملك الغير فلهذا كان الاكراه على الهبة اكراها على التسليم ثم بسبب الاكراه تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا أعتقها أو دبرها أو استولدها فقد لاقى هذه التصرفات منه ملك نفسه فكانت نافذة وعليه ضمان قيمتها لان رد العين كان مستحقا عليه وقد تعذر بنفوذ تصرفه فيه فعليه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا واذا شاء المكره فى هذا كله رجع على الذين أكرهوه بقيمتها لانهم أتلفوا عليه ملكه فان الاكراه بوعيد متلف يجعل المكره ملجأ وذلك يوجب كون المكره آلة للمكره ونسبة الفعل اليه فيما يصلح أن يكون آلة وهو فى التسليم والاتلاف الحاصل به يصلح أن يكون آلة للمكره فاذا صار الاتلاف منسوبا الى المكره كان ضامنا للقيمة فان ضمنهم القيمة رجعوا بها على الموهوب له لانهم قاموا فى الرجوع عليه مقام من صحبهم ولانهم ملكوها بالصحبة ولو كانت قائمة من هذا الموهوب له كان لهم أن يأخذوها منه واذا أتلفوها بالاعتاق كان لهم أن يضمنوه قيمتها *فان قيل لماذا لا تنفذ الهبة من جهتهم *قلنا لانهم ما وهبوها له وانما قصدوا الاضرار بالمكره لا التبرع من جهتهم بخلاف الغاصب اذا وهب المغصوب ثم ضمن القيمة فان هناك قصد تنفيذ الهبة من جهته فاذا ملكه بالضمان نفذت الهبة من جهته كما قصدها ولذلك لو أكرهوه على البيع والتسليم ففعل فأعتقه المشترى أو دبره أو كانت أمة فاستولدها نفذ ذلك كله عندنا وقال زفر لا ينفذ شئ من ذلك وأصل المسئلة أن المشترى من المكره بالقبض يصير مالكا عندنا خلافا لزفر رحمه الله وحجته فى ذلك أن بيع المكره دون البيع بشرط الخيار للبائع فالبائع هناك راض بأصل السبب والبيع هناك يتم بموت البائع وهنا لا يتم ثم هناك المشترى لا يملكه بالقبض فهنا أولى اذ بيع المكره كبيع الهازل

ولو تصادقا انه كان البيع بينهما هزلا لم يملك المشترى المبيع بالقبض فكذلك اذا كان البائع مكرها وكلامه فى الاكراه بالقتل أوضح لان الفعل ينعدم فى جانب المكره بالالجاء فيصير كان المكره باشر ذلك بنفسه فلا يملكه المشترى بالقبض وان كان لو أجازه المالك طوعا صح *وحجتنا فى ذلك أن بيع المكره فاسد والمشترى بالقبض بحكم البيع الفاسد يصير مالكا وبيان الوصف ان ماهو ركن العقد لم ينعدم بالاكراه وهو الايجاب والقبول فى محله وانما انعدم ماهو شرط الجواز وهو الرضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انعدام شرط الجواز فى افساد العقد كما هو فى الربا فان المساواة فى أموال الربا شرط جواز العقد فاذا انعدمت المساواة كان العقد فاسدا وكان الملك ثابتا للمشترى بالقبض فهذا مثله بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وهذا لان قوله على انى بالخيار شرط ولكن لا يمكن ادخاله على أصل السبب لان البيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيكون داخلا على حكم السبب لان الحكم يحتمل التأخر عن السبب وبهذا تبين أن البائع هناك غير راض بالسبب فى الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكره لان المكره راض بالسبب لدفع الشر عن نفسه غير راض بحكم السبب والخيار الثابت للمكره من طريق الحكم فيكون نظير خيار الرؤية وخيار العيب وذلك لا يمنع انعقاد السبب فى الحكم مقيدا لحكمه فكذلك بيع المكره وكذلك الهازل فانه غير راض باصل البيع لان البيع اسم للجد الذى له فى الشرع حكم والهزل ضد الجد فاذا تصادقا على انهما لم يباشرا ماهو سبب الملك لا ينعقد البيع بينهما موجبا للملك وهنا المكره دعي الى الجد وقد أجاب الى ذلك لانه لو أتى بغيره كان طائما فكان بيع المكره أقوى من بيع الهازل من هذا الوجه وانما ينعدم الفعل في جانب المكره اذا صار منسوبا الي المكره وذلك يقتصر على ما يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره وفى البيع لا يصلح أن يكون هو آلة للمكره لان التكلم بلسان الغير لا يتحقق فيه المكره مباشرا للبيع فان قيل هو في التسليم يصلح أن يكون آلة للمكره فينتقل ذلك الى المكره ويصير كأنه سلم بنفسه فلا يملكه المشترى * قلت هو فى التسليم متمم للعقد فلا يصلح أن يكون آلة للمكره وانما يصلح أن يكون آلة للمكره فى تسليم ابتداء غصب وثبوت الملك فى البيع الفاسد لا ينبني على ذلك وانما ينبني على تسليم هو حكم العقد وذلك متصور على المكره

أيضا يوضحه انه لا تأثير للاكراه فى تبديل محل الفعل ولو أخرجناهذا التسليم من أن يكون متمماللعقد جعلناه غصبا ابتداء بنسبته الى المكره فيتبدل بسبب الاكراه ذات الفعل واذا كان لا يجوزأن يتبدل محل الفعل بسبب الاكراه فكيف يجوز أن تتبدل ذاته ومن أصحابنا رحمهم الله من عال لتنفيذ عتق المشترى من غير تعرض للملك فنقول ايجاب البيع مطلقا تسليط للمشترى على العتق والاكراه لا يمنع صحة التسليط على العتق ونفوذ العتق بحكمه كما لا يمنع الاكراه صحة الاعتاق (ألا ترى) انه لو أكره على أن يوكل فى عتق عبده ففعل وأعتقه الوكيل نفذ عتقه فهذا مثله واذا ثبت نفوذ العتق والتدبير والاستيلاد فقد تعذر على المشترى رد عينها فيضمن قيمتها للبائع فان شاء البائع ضمن الذين أكرهوه لان العقد وما يتممه وان لم يصر مضافا اليهم فلاتلاف الحاصل به يصير مضافا اليهم فى حق البائع لان المكره يصلح أن يكون آلة لهم فى الاتلاف فكان له أن يضمنهم قيمتها ثم يرجعون بها على المشترى لانهم قاموا مقام البائع أو لانهم ملكوها بالضمان ولا يمكن تنفيذ البيع من جهتهم فيرجعون على المشترى بقيمتها لانه أتلفها عليهم طوعا بالاعتاق ولو ان المشترى أتلفها والموهوب له لم يفعل بها ذلك ولكنه باعها أو وهبها وسلمها أو كاتبها كان لمولاها المكره أن ينقض جميع ذلك لان هذه التصرفات تحتمل النقض فينقض لحق المكره بخلاف العتق (ألا ترى) أن العتق لا ينتقض لحق المرتهن والبيع والهبة والكتابة تنقض لحقه *فان قيل فأين ذهب قولكم ان بيع المكره فاسد والمشترى شراء فاسدا لا ينقض منه هذه التصرفات بعد القبض لحق البائع *قلنا لان هناك البائع سلم المبيع راضيا به فيصير بالتسليم مسلطا للمشترى على هذه التصرفات وهنا المكره غير راض بالتسليم ولو رضي بالتسليم تم البيع فوزانه المشترى شراء فاسدا اذا أكره البائع على التسليم فسلمه مكرها وهذا لان الفاسد معتبر بالصحيح وفي البيع الصحيح اذا قبضه المشترى بغير اذن البائع وتصرف فيه ينقض من تصرفاته مايحتمل النقض لابقاء حق البائع فى الحبس دون مالا يحتمل النقض قال وليس فى شئ يكره عليه الانسان الا وهو يرد الا ما جرى فيه عتق أو تدبير أو ولادة أو طلاق أو نكاح أو نذر أو رجعة فى العدة أو فى الايلاء ممن لا يقدر على الجماع فان هذه الاشياء تجوز فى الاكراه ولا ترد وأصل المسئلة أن تصرفات المكره قولا منعقد عندنا الا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والنكاح والعتاق وجميع ما سمينا فهو لازم وقال الشافعى تصرفات المكره قولا

يكون لغوا اذا كان الا كراه بغير حق بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ويستوى ان كان الا كراه بحبس أو قتل *وحجته فى ذلك قوله تعالى لاا كراه فى الدين والمراد نفى الحكم لما يكره عليه المرء فى الدين قال عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فهذا يدل على ان ما يكره عليه يكون مرفوعا عنه حكمه واثمه وعينه الا بدليل والمعنى فيه ان هذا قول موجب للحرمة فالا كراه الباطل عليه يمنع حصول الفرقة كالردة وتأثيره ان انعقاد التصرفات شرعا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعا ولهذا لا ينعقد شئ من ذلك بكلام الصبي والمجنون والنائم وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعا فيما تكلم به بل هو مكره عليه والا كراه يضاد الاختيار فوجب اعتبار هذا الا كراه فى انعدام اختياره به لكونه ا كراها بالباطل ولكونه معذورا فى ذلك فاذا لم يبق له قصد معتبر شرعا التحق بالمجنون بخلاف العنين اذا أ كرهه القاضى على الفرقة بعد مضى المدة أو المولى بعدها لان ذلك ا كراه بحق لا نعدام اختياره شرعا (ألا ترى) ان المديون اذا أ كرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا أسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا أ كرهه على البيع بغير حق قال وعلى هذا قلت واذا أ كره الحربى على الاسلام صح اسلامه ولو أ كره المستأمن أو الذمى على الاسلام لا يصح اسلامه لانه ا كراه بالباطل ولا يدخل فيه السكران فانه غير معذور شرعا فهو فى المعنى كالمكره بحق فيكون قصده واختياره معتبرا شرعا ولهذا نفذ منه جميع التصرفات ولهذا صح اقراره بالطلاق هناك ولا يصح هنا اقراره بالطلاق بالاتفاق فكذلك انشاؤه وهذا بخلاف الهازل لانه قاصد الى التكلم بالطلاق مختار له فان باب الهزل واسع فلما اختار عند الهزل التكلم بالطلاق من بين سائر الكلمات عرفنا انه مختار للفظ وان لم يكن مريدا لحكمه فأما المكره فغير مختار فى التكلم بالطلاق هنا لانه لا يحصل له النجاة اذا تكلم بشئ آخر وهذا بخلاف ما اذا أ كره على أن يجامع امرأة وهى أم امرأته فانها تحرم عليه لانا ادعينا هذا فى الاقوال التى يكون ثبوتها شرعا بناء على اختيار صحيح فأما الافعال فتحققها بوجودها حسا (ألا ترى) انه اذا تحقق ذلك من المجنون كان موجبا للفرقة أيضا فكذلك من المكره بخلاف ما نحن فيه ولان سبب الا كراه محافظة قدر الملك على المكره حتى قلتم فى الا كراه على العتق المكره يضمن القيمة للمكره وكما تجب محافظة قدر ملكه عليه تجب محافظة عين ملكه عليه ولا طريق لذلك سوى أن يجعل الفعل عدما فى جانب المكره ويجعل هو آلة

للمكره واذا صار آلة له امتنع وقوع الطلاق والعتاق ولا معنى لقولكم انه فى التكلم لا يصلح آلة فانكم جعلتموه آلة حيث أوجبتم ضمان القيمة على المكره فى العتاق وضمان نصف الصداق على المكره فى الطلاق قبل الدخول ثم ان لم يمكن أن يجعل آلة حتى يصير الفعل موجودا من المكره يجعل آلة حتى ينعدم الفعل فى جانب المكره فيلغو طلاقه وعتاقه

*وحجتنا فى ذلك ما روينا من الآثار فى أول الكتاب والمعنى فيه انه تصرف من أهله فى محله فلا يلغى كما لو كان طائعا وبيانه ان هذا التصرف كلام والاهلية للكلام يكون مميزا ومخاطبا وبالاكراه لا ينعدم ذلك وقد بينا انه مخاطب فى غير ما أكره عليه وكذلك فيما أكره عليه حتى يتنوع عليه الامر كما قررنا وهذا لان الخطاب ينبنى على اعتدال الحال وذلك لا يختلف فيه أحوال الناس وأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال فى توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعا تيسيرا للامر على الناس وبسبب الاكراه لا ينعدم هذا المعنى والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفى دار الحكم معه وجودا وعدما وبيان المحلية أنه ملكه ولو لم يكن مكرها لكان تصرفه مصادفا محله وليس للطواعية تأثير فى جعل ماليس بمحل محلا فعرفنا ان التصرف صادف محله الا أن بسبب الاكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ولا ينعدم أصل القصد والاختيار لان المكره عرف الشرين فاختار أهونهما وهذا دليل حسن اختياره فكيف يكون مفسد الاختياره وهو قاصد اليه أيضا لانه قصد دفع الشر عن نفسه ولا يتوصل اليه الا بايقاع الطلاق وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصودا فعرفنا أنه قاصد مختار ولكن لا لعينه بل لدفع الشر عنه فيكون بمنزلة الهازل من حيث انه قاصد الى التكلم مختار له لا لحكمه بل لغيره وهو الهزل ثم طلاق الهازل واقع فبه يتبين ان الرضا بالحكم بعد القصد الى السبب والاختيار له غير معتبر وقد بينا ان حال المكره فى اعتبار كلامه فوق حال الهازل لان الحكم للجد من الكلام والهزل ضد الجد والمكره يتكلم بالجد لانه يجيب الى ما دعى اليه ولكنه غير راض بحكمه وهذا بخلاف الردة فانها تنبنى على الاعتقاد وهو التكلم بخبر عن اعتقاده وقيام السيف على رأسه دليل ظاهر على انه غير معتقد وانه فى إخباره كاذب وكذلك الاقرار بالطلاق والاقرار متميل بين الصدق والكذب وانما يصح من الطائع لترجح جانب الصدق فان دينه وعقله يدعوانه الى ذلك وفى حق المكره قيام السيف على رأسه دليل على انه كذب والمخبر عنه اذا كان كاذبا فالاخبار به لا يصير صدقا فان أقر به

المقر باختياره لا يصير كائنا حقيقة وهذا بخلاف ما اذا هزل بالردة لان هناك انما يحكم بكفره لاستخفافه بالدين فان الهازل مستخف لا محالة اذ الاستخفاف بالدين كفر فاما المكره فغير مستخف ولا معتقد لما يخبر به مكرها ثم ان وجب محافظة قدر الملك على المكره فذلك لا يدل على انه يجب محافظة عين الملك عليه كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر فانه يجب محافظة قدر الملك على الساكت بايجاب الضمان له على المعتق ولا يجب محافظة عين ملكه بابطال عتق المعتق وهذا لانه مكره على شيئين التكلم بالعتاق والاتلاف وهو فى التكلم لا يصلح آلة للمكره لان تكلمه بلسان الغير لا يتحقق وفى الاتلاف يصلح آلة له فجعلنا الاتلاف مضافا الى المكره فأوجبنا الضمان عليه وجعلنا التكلم بالطلاق والعتاق مقصورا على المكره فحكمنا بنفوذ قوله بان المكره ينبغى أن يجعل آلة حتى ينعدم التكلم فى جانبه حكما*قلنا هذا شئ لا يمكن تحقيقه هنا فان الخلاف فى الاكراه بالقتل والاكراه بالحبس سواء وعند الاكراه بالحبس لا ينعدم الفعل فى جانب المكره بحال ثم نقول ليس للاكراه تأثير فى الاهدار والالغاء (ألا ترى) ان المكره على اتلاف المال لا يجعل فعله لغوا بمنزلة فعل البهيمة ولكن يجعل موجبا للضمان على المكره فعرفنا ان تأثير الاكراه فى تبديل النسبة حتى يكون الفعل منسوبا الى المكره وهذا يقتصر على ما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره فلو اعتبرنا ذلك لاعدم الفعل فى جانب المكره من غير أن يصير منسوبا الى المكره كان تأثير الاكراه فى الالغاء وذلك لا يجوز والمراد بالآية الحديث نفى الاثم لا رفع الحكم وبه نقول ان الاثم يرتفع بالاكراه حتى لو أكرهه على ايقاع الطلاق الثلاث أو الطلاق حالة الحيض لا يكون آثما اذا ثبت ان تصرفاته تنعقد شرعا فما لا يكون محتملا للفسخ بعد وقوعه يلزم من المكره وما لا يعتمد تمام الرضا يكون لازما منه والطلاق والعتاق لا يعتمد تمام الرضا حتى ان شرط الخيار لا يمنع وقوعهما وما يحتمل الفسخ ويعتمد لزومه تمام الرضا قلنا لا يكون لازما اذا صدر من المكره الا أن يرضى به بعد زوال الاكراه صريحا أو دلالة فحينئذ يلزم لوجود الرضا منه به فان باع المشترى من المكره العبد من غيره وأعتقه المشترى الآخر نفذ عتقه لان المشترى من المكره ملك بالشراء وان كان للمكره حق الفسخ كما كان المشترى منه مالكا بالشراء وان كان له حق الفسخ الا ان عتق المشترى من المكره قبل القبض لا ينفذ وعتق المشترى من المشترى من المكره نافذ قبضه أو لم يقبضه

لان بيع المكره فاسد فالمشترى منه لا يصير مالكا الا بالقبض فأما بيع المشترى منه فصحيح وان كان للمكره حق الفسخ كالمشترى اذا قبض المبيع بغير اذن البائع وباعه صح بيعه وان كان للبائع حق الفسخ فاذا صح البيع ملكه بنفس العقد وينفذ عتقه فيه ويصير بالعتق قابضا له * يوضحه أن المشتري بايجاب البيع لغيره يصير مسلطا له على العتق وهو لو أعتق بنفسه نفذ عتقه فينفذ عتق المشترى منه بتسليطه أيضا ثم كان للمولى الخيار ان شاء ضمن المكره قيمته اذا كان الوعيد بقتل لان الاتلاف صار منسوبا اليه وان شاء ضمن الذى أخذه منه لانه قبضه بشراء فاسد وقد تعذررده وان شاء ضمن الذى أعتقه لانه أتلف المالية فيه بالاعتاق والعتق ينفذ من جهته حتى يثبت الولاء له فان ضمن المكره رجع المكره بالقيمة ان شاء على المشترى الاول وان شاء على المشتري الثانى لانه قام مقام المكره بعد ماضمن له ولانه ملكه بالضمان وكل واحد منهما متعد فى حقه فيضمن أيهما شاء فان ضمن المشترى الآخر المكره أو المكره رجع على المشترى الاول لان استرداد قيمته منه كاسترداد عينه وذلك مبطل للبيعين جميعا فيرجع هو بالثمن على المشترى الاول ويرجع المشترى الاول بالثمن على مولاه وان ضمن المكره المشترى الاول أوضمنه المكره نفذ البيع بين المشترى الاول والمشترى الآخر وكان الثمن له لانه كان باع ملك نفسه وكان البيع صحيحا فيما بينهما الا انه كان للمكره حق الفسخ فاذا سقط حقه بوصول القيمة اليه وقد تقرر الملك للمشترى الاول نفذ البيع بينه وبين المشترى الآخر ولو كان الاكراه بقيد أو حبس أو قتل على أن يبيعها منه بالف درهم وقيمتها عشرة آلاف فباعها منه باقل من ألف درهم ففى القياس هذا البيع جائز لانه أتى بعقد آخر سوى ماأكره عليه فالبيع بخمسمائة غير البيع بالف بدليل الدعوى والشهادة واذا أتى بعقد آخر كان طائعا فيه كما لو أكره على البيع فوهب له وفى الاستحسان البيع باطل لانه اذا أكرهه على البيع بالف فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف لان قصد المكره الاضرار بالمكره وفى معنى الاضرار هذا البيع فوق البيع بألف فكان هو محصلا مقصود المكره فلهذا كان مكرها (ألا ترى) أن الوكيل بالبيع بألف اذا باع بألفين ينفذ على الموكل والوكيل بشراء عين بألف اذا اشتراها بخمسمائة ينفذ على الموكل لان فى هذا تحصيل مقصود الموكل فوق ماأمره به فلا يعد خلافا ولو باعه بأكثر من ألف كان البيع جائزا لان هذا فى معنى الاضرار دون ماأمره به المكره فلم يكن

هو محصلا مقصود المكره فيما باشره وهذا لان الممتنع من البيع بألف لايكون ممتنعا من البيع بألفين والممتنع من البيع بألف يكون ممتنعامن البيع بخمسمائة ولوأكرهوه على البيع فوهبه نفذ ذلك لان الممتنع من البيع قد لا يكون ممتنعا من الهبة للقصد الى الانعام ثم هو مخالف للمكره فى جنس ما أمره به فلا يكون محصلا مقصودالمكره بل يكون طائعا مخالفاله كالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار بخلاف البيع بخمسمائة فهناك ماخالف المكره فى جنس ما أمره به وتحصيل مقصود المكره فيما باشره أتم فكان مكرها وكذلك لوأكرهوه على أن يقر له بألف درهم فوهب له ألف درهم جاز لان الهبة غير الاقرار الاقرار من التجارة والهبة تبرع والممتنع من الاقرار قد لايكون ممتنعا من الهبة فكان هو فى الهبة طائعا ولو أكرهوه على بيع جاريته ولم يسموا أحدا فباعها من انسان كان البيع باطلا لان قصد المكره الاضرار بالمكره لامنفعة المشترى وان لم يبين المشترى لايتمكن الخلل فى مقصود المكره فكان هو مكرها فى البيع ممن باعه ولو أخذوه بمال ليؤديه وذلك المال أصله باطل فاكرهوه على أدائه ولم يذكروا له بيع جاريته فباعها ليؤدى ذلك المال فالبيع جائز لانه طائع فى البيع وانما أكره على اداء المال ووجهه أن بيع الجارية غير متعين لاداء المال فقد يتحقق اداء المال بطريق الاستقراض والاستيهاب من غير بيع الجارية وهذا هو عادة الظلمة اذا أرادوا أن يصادروا رجلا يحكمون عليه بالمال ولايذكرون له بيع شئ من ملكه حتى اذا باعه ينفذ بيعه فالحيلة لمن ابتلى بذلك أن يقول من أين أؤدي ولا مال لى فاذا قال له الظالم بع جاريتك فالآن يصير مكرها على بيعها فلا ينفذ بيعها ولو أكرهوه على أن يبيع جاريته من فلان بألف درهم فباعهامنه بقيمة ألف درهم دنانير جاز البيع فى القياس لان الدراهم والدنانير جنسان حقيقة وهو فى الاستحسان باطل لانهما فى المعني والمقصود جنس واحد وقد بينا فيما تقدم ان فى الانشاآت جعلا كجنس واحد كما فى شراء ماباع باقل مما باع وفى شراء المضارب باحد النقدين ورأس المال من النقد الآخر وفى الاخبارات هما جنسان مختلفان وبهذا يتضح الفرق بين هذا وبين الاقرار الذى سبق فالاقرار اخبار والدراهم والدنانير فى ذلك جنسان مختلفان وهنا انما أكره على انشاء البيع والدراهم والدنانير فى ذلك جنس واحد فكان البيع باطلا ولو أكرهوه على أن يبيعها بألف درهم فباعها بعرض أوحنطة أو شعير جاز البيع بكل حال لان البيع يختلف باختلاف العرض وهو آت بعقد آخر سوى

ما أكره عليه حقيقة وحكما وقد يمتنع الانسان من البيع بالنقد ولا يمتنع من البيع بالعرض لماله من الغرض فى ذلك العرض وقد يمتنع من البيع بالعرض ولا يمتنع من البيع بالنقد فالمكره على احد النوعين يكون طائعا فى العقد الآخر اذا باشره والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على العتق والطلاق والنكاح

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكره بوعيد قتل على عتق عبده فأعتقه نفذ العتق عندنا لما بينا أنه فى التكلم بالعتق لا يمكن أن يجعل آلة للمكره فيبقى تكلمه مقصورا عليه ويصير به معتقا لان الاكراه وان كان يفسد اختياره لكن لا يخرجه من أن يكون مخاطبا وفيما يمكن نسبته الى المكره يجعل المكره آلة له فرجح الاختيار الصحيح على الاختيار الفاسد وفيما لا يمكن نسبته الى المكره يبقى مضافا الى المكره بما له من الاختيار الفاسد وعلى المكره ضمان قيمته لان فى حكم الاتلاف المكره يصلح آلة للمكره فيصير الاتلاف مضافا الى المكره ترجيحا للاختيار الصحيح على الاختيار الفاسد ويستوى ان كان المكره موسرا أو معسرا لان وجوب هذا الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون جبرانا لحق المتلف عليه وذلك لا يختلف باليسارة والعسرة ولا سعاية على العبد لانه نفذ العتق فيه من جهة مالكه ولا حق لاحد فى ماله بخلاف المريض يعتق عبده وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن والمحجور عليه للسفه اذا أعتق عبده تجب السعاية على العبد فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله لان بالحجر عليه صار هو فى حكم التصرف ناقص الملك لوجوب النظر له شرعا وهنا بعذر الاكراه لم يصر ناقص الملك ومعنى النظر يتم بايجاب الضمان على المكره ثم الولاء يكون للمكره لانه هو المعتق والولاء لمن أعتق وثبوت الولاء له يبطل حقه فى تضمين المكره كما لو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمته والولاء ثابت للمولى وهذا لان الولاء كالنسب ليس بمال متقوم وليس للمكره أن يرجع على العبد بشئ لانه قام مقام المولى ولا سبيل للمولى على العبد فى الاستسعاء ولان المكره لم يصر مالكا للعبد بالضمان (ألا ترى) أن الولاء للمكره فان كان العبد بين رجلين فأكره أحدهما حتى أعتقه جاز عتقه ثم على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله العتق لا يتجزأ فيعتق العبد

كله والولاء للمعتق وعلى المكره ان كان موسرا ضمان جميع القيمة بينهما نصفين لانه صار متلفا الملك عليهما وان كان معسرا ضمن نصيب المكره لانه باشر اتلاف نصيبه ويستسعى العبد فى قيمة نصيب الشريك الآخر لانه لم يوجد من المكره اتلاف نصيب الشريك قصدا ولكنه تعدى اليه التلف حكما فيكون هو بمنزلة شريك المعتق والمعتق اذا كان معسرا لايجب عليه ضمان نصيب شريكه ولكن يجب على العبد السعاية فى نصيب شريكه لانه قد سلم له ذلك القدر من رقبته ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ أما على العبد فلانه سعى فى بدل ماسلم له وأما المكره فلانه ضمن بمباشرة الاتلاف وأما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فالمكره ضامن لنصيب المكره موسرا كان أو معسرا وفى نصيب الساكت ان كان المكره موسرا فالساكت بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعاه فى نصيبه وان شاء ضمن المكره قيمة نصيبه فان ضمنه يرجع المكره بهذا النصف من القيمة على العبد فاستسعاه فيه لانه قام مقام الساكت فى ذلك وصار متملكا لنصيبه باداء الضمان والولاء بين المكره والمكره نصفان وان كان المكره معسرا فللساكت حق الاستسعاء والاعتاق والولاء بينه وبين المكره نصفان لانه عتق نصيب كل واحد منهما على ملكه * ولو أكره بوعيد تلف على أن يطلق امرأته ثلاثا ففعل ولم يدخل بها بانت منه لما قلنا وعلى الزوج نصف الصداق ان كان سمى لها مهرا والمتعة ان لم يكن سمى لها مهرا ويرجع بذلك على المكره لانه هو الذى ألزمه ذلك المال حكما فان وقوع الفرقة قبل الدخول فى حال الحياة مسقط لجميع الصداق الا اذا كان بسبب مضاف الى الزوج فحينئذ يجب نصف الصداق بالنص والمكره هو الذى جعل الفرقة مضافة الى الزوج باكراهه فكأنه ألزم الزوج ذلك المال أو فوت يده من ذلك المال فيلزمه ضمانه كالغاصب وبهذا الطريق يضمن شاهدا الطلاق قبل الدخول ولو كان الزوج قد دخل بها لم يرجع على المكره بشئ لان الصداق كله تقرر على الزوج بالدخول والمكره انما أتلف عليه ملك النكاح وملك النكاح لايتقوم بالاتلاف على الزوج عندنا ولهذا لانوجب على شاهدى الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة ان ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحة الغير خلافا للشافعى رحمه الله فانه يجعل البضع مضمونا بمهر المثل عند الاتلاف على الزوج كما هو مضمون بمهر المثل عند دخوله فى ملك الزوج ولكنا نقول البضع ليس بمال متقوم فلا يجوز أن يكون مضمونا

بالمال لانه لا مماثلة بين ماهو مال و بين ماليس بمال وتقومه عند النكاح لاظهار خطر المملوك وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه (ألا ترى) أن ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند الاتلاف فلهذا لايضمن المتلف شيأ ولو أن رجلا اكره امرأة أبيه فجامعها يريد به الفساد على أبيه ولم يدخل بها أبوه كان لها على الزوج نصف المهر لان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الاب وهو حرمة المصاهرة ويرجع بذلك على ابنه لانه هو الذى ألزمه ذلك حكما وان كان الاب قد دخل بها لم يرجع على الابن بشئ لما قلنا وهذا الفصل أورده لايضاح ماسبق وقوله يريد به الفساد أى يكون قصده افساد النكاح فأما الزنا فلا يكون افسادا ولو أكره بوعيد قتل أو حبس حتى تزوج امرأة على عشرة آلاف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز النكاح لما بينا أن الجد والهزل في النكاح والطلاق والعتاق سواء فكذلك الاكراه والطواعية وللمرأة مقدار مهر مثلها لان التزام المال يعتمد تمام الرضا ويختلف بالجد والهزل فيختلف أيضا بالاكراه والطوع فلا يصح من الزوج التزام المال مكرها الا أن مقدار مهر المثل يجب لصحة النكاح لامحالة (ألا ترى) أن بدون التسمية يجب فعند قبول التسمية فيه مكرها أولى أن يجب وما زاد على ذلك يبطل لانعدام الرضا من الزوج بالتزامه ولو أن المرأة هى التى أكرهت ببعض ماذكرنا على أن تزوج نفسها منه بألف ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره فيه لان البضع ليس بمال متقوم وتقومه على المتملك باعتبار ثبوت الملك فيما هو مصون عن الابتذال وهذا المعنى لايوجد فى حق المكره ثم يقول القاضى للزوج ان شئت فأتم لها مهر مثلها وهى امرأتك ان كان كفؤا لها فان أبى فرق بينهما ولا شئ لها والحاصل أن الزوج ان كان كفؤا لها ثبت لها الخيار لما يلحقها من الضرر بنقصان حقها عن صداق مثلها والزوج متمكن من ازالة هذا الضرر بان يلتزم لها كمال مهر مثلها فان التزم ذلك فالنكاح بينهما لازم وان أبى فرق بينهما ولا شئ لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها مكرهة فلها تمام مهر مثلها لانعدام الرضا منها بالنقصان ولا خيار لها بعد ذلك لان الضرر اندفع حين استحقت كمال مهر مثلها وان دخل بها وهى طائعة أو رضيت بما سمي لها فعند أبى حنيفة للاولياء حق الاعتراض وعندهما ليس لهم ذلك وأصله فيما اذا زوجت المرأة نفسها من كفؤ بدون صداق مثلها وقد بيناه فى كتاب النكاح وان لم يكن الزوج كفؤا لها فلها

أن لا ترضى بالمقام معه سواء التزم الزوج لها كمال مهر المثل أو لم يلتزم دخل بها أو لم يدخل بها لما يلحقها من الضرر من استفراش من لا يكافئها فان دخل بها وهى طائعة أو رضيت فللاولياء أن يفرقوا بينهما لان للاولياء حق طلب الكفاءة (ألا ترى) انها لو زوجت نفسها طائعة من غير كفؤ كان للاولياء حق الاعتراض فهنا أيضا لم يوجد من الاولياء الرضا بسقوط حقهم فى الكفاءة والزوج لا يتمكن من ازالة عدم الكفاءة فيكون للاولياء أن يفرقوا بينهما سواء رضى بأن يتم لها مهر مثلها أو لم يرض بذلك ولو ان رجلا وجب له على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فأكره بوعيد قتل أو حبس حتى عفا فالعفو جائز لان العفو عن القصاص نظير الطلاق فى أن الهزل والجد فيه سواء فانه ابطال ملك الاستيفاء وليس فيه من معنى الملك شئ ولا ضمان له على الجانى لان الجانى لم يلتزم له عوضا ولم يتملك عليه شيأ وتقوم النفس بالمال عند الخطأ لصيانة النفس عن الاهدار وهذا لا يوجد عند الاسقاط بالعفو لانه مندوب اليه فى الشرع والبدل فيه صحيح ولا ضمان على المكره لانه لم يستهلك عليه مالا متقوما فان التمكن من استيفاء القصاص ليس بمال متقوم ولهذا لا يضمن شهود العفو اذا رجعوا ومن عليه القصاص اذا قتله انسان لا يضمن لمن له القصاص شيأ وكذلك اذا مات من عليه القصاص لا يكون ضامنا لمن له القصاص شيأ فكذلك المكره ولو وجب لرجل على رجل حق من مال أو كفالة بنفس أو غير ذلك فأكره بوعيد قتل أو حبس حتى أبرأ من ذلك الحق كان باطلا لان صحة الابراء تعتمد تمام الرضا وبسبب الاكراه ينعدم الرضا وهذا لان الابراء عن الدين وان كان اسقاطا ولكن فيه معنى التمليك ولهذا يرتد برد المديون وابراء الكفيل فرع لابراء الاصيل والكفالة بالنفس من حقوق المال لان صحتها باعتبار دعوى المال فلهذا لا تصح البراءة فى هذه الفصول مع الاكراه كما لا تصح مع الهزل وكذلك لو أكره على تسليم الشفعة بعد ما طلبها لان تسليم الشفعة من باب التجارة كالاخذ بالشفعة ولهذا ملكه الاب والوصى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والتجارة تعتمد تمام الرضا وذلك ينعدم بالاكراه ولو كان الشفيع حين علم بها أراد أن يتكلم بطلبها فأكره حتى سد فمه ولم يتركه ينطق يوما أو أكثر من ذلك كان على شفعته اذا خلى عنه فان طلب عند ذلك والا بطلت شفعته لان المسقط للشفعة ترك الطلب بعد التمكن منه (ألا ترى) أن ترك الطلب قبل العلم بالبيع لا يبطل الشفعة لانعدام تمكنه من الطلب

وهو لم يكن متمكنا من الطلب هنا حين سد فمه أو قيل له لئن تكلمت بطلب شفعتك لنقتلنك أو لنحبسنك فهذا لا يبطل شفعته فأما بعد زوال الاكراه اذا لم يطلب بطلت شفعته لترك الطلب بعد التمكن فان قيل أليس أن الاكراه بمنزلة الهزل والهازل بتسليم الشفعة تبطل شفعته فكذلك المكره على تسليم الشفعة قلنا اذا هزل بتسليم الشفعة قبل الطلب بطلت شفعته لترك الطلب مع الامكان لا بالهزل بالتسليم فأما اذا طلب الشفعة ثم سلمها هازلا واتفقا أنه كان هازلا فى التسليم لم تبطل شفعته لما بينا أنه بمنزلة التجارة يعتمد تمام الرضا فان قال المشتري انه لم يكف عن الطلب للاكراه ولكنه لم يرد أخذها بالشفعة وقال الشفيع ما كففت الا للاكراه فالقول قول الشفيع لان قيام السيف على رأسه دليل ظاهر على أنه انما كف عن الطلب للاكراه ولكنه يحلف بالله ما منعه من طلب الشفعة الا الاكراه لان المشترى ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكره استحلف عليه ولو أن رجلا أكرهه أهل الشرك على أن يكفر بالله وله امرأة مسلمة ففعل ثم خلى سبيله فقالت قد كفرت بالله تعالى وبنت منك وقال الرجل انما أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان ففى القياس القول قولها ويفرق بينهما لانه لا طريق لنا الى معرفة سره فوجب بناء الحكم على ظاهر ما نسمعه منه وهذا لان الشرع أقام الظاهر الذى يوقف عليه مقام الخفى الذى لا يمكن الوقوف عليه للتيسير على الناس فباعتبار الظاهر قد سمع منه كلمة الردة فتبين منه امرأته ولكنه استحسن فقال القول قوله مع يمينه لان النبي عليه الصلاة والسلام قبل قول عمار رضى الله عنه ولم يجدد النكاح بينه وبين امرأته ولان الظاهر شاهد له فان امتناعه من اجراء كلمة الشرك حتى تحقق الاكراه دليل على انه مطمئن القلب بالايمان وانه ماقصد بالتكلم الا دفع الشر عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا أكره على الاسلام فانه يحكم باسلامه لان الاسلام مما يجب اعتقاده فذلك دليل على أنه قال ماقال معتقدا وهو معارض للاكراه فعند تعارض الدليلين يصار الى ظاهر ما سمع منه فاما الشرك مما لا يجوز اعتقاده والاكراه فدليل على أنه معتقد فلهذا لا يحكم بردته اذا أجرى كلمة الشرك مكرها والله أعلم

باب ما يكره أن يفعله بنفسه أو ماله

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكرهه اص بالقتل على قطع يد نفسه فهو ان شاء الله

فى سعة من ذلك لانه ابتلى ببليتين فله أن يختار أهونهما عليه لحديث عائشة رضى الله عنها قالت ماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين الا اختار أيسرهما ثم حرمة الطرف تابعة لحرمة النفس والتابع لا يعارض الاصل ولكن يترجح جانب الاصل ففى اقدامه على قطع اليد مراعاة حرمة نفسه وفى امتناعه من ذلك تمريض النفس وتلف النفس يوجب تلف الاطراف لامحالة ولا شك ان اتلاف البعض لابقاء الكل يكون أولى من اتلاف الكل (ألا ترى) أن من وقعت فى يده أكلة يباح له أن يقطع يده ليدفع به الهلاك عن نفسه وقد فعله عروة بن الزبير رضي الله عنه فهذا المكره فى معنى ذلك من وجه لانه يدفع الهلاك عن نفسه بقطع طرفه الا انه قيده بالمشيئة هنا لان هذا ليس فى معنى الاكلة من كل وجه وحرمة الطرف لحرمة النفس من وجه فلهذا تحرز عن الاثبات فى الجواب وقال ان شاء الله فى سعة من ذلك فان قطع يد نفسه ثم خاصم المكره فيه قضى القاضى له على المكره بالقود لان القطع صار منسوبا الي المكره لما تحقق الاكراه على مابينه فى مسئلة المكره على القتل فكان المكره باشر قطع يده وهذا ظاهر على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما الاشكال علي قول أبي يوسف رحمه الله فانه لايوجب القود على المكره فقيل فى هذا الفصل لاقود عليه عند أبي يوسف أيضا ولكن يلزمه ارش اليد فى ماله وقيل هنا يجب القود عنده لانه انما يجعل المكره آلة فى قتل الغير لكونه آثما لايحل له الاقدام على القتل وهنا يحل للمكره الاقدام على قطع يده فكان هو آلة بمنزلة المكره على اتلاف المال فيجب القود على المكره ولو أكرهه على أن يطرح نفسه فى النار بوعيد قتل فهو ان شاء الله فى سعة من ذلك أما ان كان يرجو النجاة من النار فانه يلقى نفسه على قصد النجاة وان كان لايرجو النجاة فكذلك الجواب لان من الناس من يختار ألم النار على ألم السيف ومنهم من يختار ألم السيف وربما يكون فى النار بعض الراحة له وان كان يأتى على نفسه وقيل على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لايسعه أن يلقى نفسه اذا كان لا يرجو النجاة فيه لانه لو ألقى نفسه صار مقتولا بفعل نفسه ولو امتنع من ذلك صار مقتولا بفعل المكره وحيث يسعه الالقاء فلوليه القود على المكره وهذا لايشكل عند أبى حنيفة ومحمد وكذلك عند أبى يوسف فى الصحيح من الجواب لانه لما أبيح له الاقدام صار آلة للمكره وكذلك لو أكرهه على أن يطرح نفسه من فوق بيت الا أن فى هذا الموضع عند أبى حنيفة لايجب القود كما لو ألقاه المكره بنفسه وعندهما اذا كان

ذلك مما يقتل غالبا فهو والقاء النفس فى النار سواء وكذلك لو أكرهه على أن يطرح نفسه فى ماء وهنا القود لا يجب على المكره عند أبى حنيفة كما لو ألقاه بنفسه وكذلك عندهما اذا كان يرجى النجاة منه وان كان مما يقتل غالبا يجب القود على المكره واستدل بحديث زيد بن وهب قال استعمل عمر بن الخطاب رجلا على جيش فخرج نحو الجبل فانتهى الى نهر ليس عليه جسر فى يوم بارد فقال أمير ذلك الجيش لرجل انزل فابغ لنا مخاضة نجوز فيها فقال الرجل انى اخاف ان دخلت الماء ان أموت قال فأكرهه فدخل الماء قال ياعمراه ياعمراه ثم لم يلبث ان هلك فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه وهو فى سوق المدينة قال ياليتكاه ياليتكاه فبعث الى أمير ذلك الجيش فنزعه وقال لولا أن يكون سنة لاقدته منك ثم غرمه الدية وقال لا تعمل لى عملا أبدا قال وانما أمره الامير بهذا على غير ارادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة الماء فضمنه عمر رضى الله عنه ديته فكيف بمن أمره وهو يريد قتله بذلك وفيه دليل على انه يجب القود على المكره وانه يجب بغير السلاح ومعنى قوله أن يكون سنة يعنى فى حق من لا يقصد القتل ويكون مخطئا فى ذلك فهو تنصيص على انه اذا كان قاصدا الى قتله بما لا يلجئه فانه يستوجب القود وأبو حنيفة يقول انما قال عمر رضى الله عنه ذلك على سبيل التهديد وقد يهدد الامام بما لا يتحقق ويتحرز فيه عن الكذب ببعض معاريض الكلام ولو قال لتقطعن يد نفسك أولا قطعنها انه لم يسعه قطعها لانه ليس بمكره فالمكره من ينجو عما هدد به بالاقدام على ماطلب منه وهنا فى الجانبين عليه ضرر قطع اليد واذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكره واذا أقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه وهو يتيقن بما يفعله بنفسه ولا يتيقن بما هدده به المكره فربما يخوفه بما لا يحققه فلهذا لا يسعه قطعها ولو قطعها لم يكن على الذى أكرهه شيء لان نسبة الفعل الى المكره عند تحقق الاكراه والاكراه أن يدفع عن نفسه ماهو أعظم مما يقدم عليه وذلك لا يوجد هنا فاذا لم يكن مكرها اقتصر حكم فعله عليه وكذلك لو قال له لتقتلن نفسك بهذا السيف أو لاقتلنك به لم يكن هذا اكراها لما قلنا ولو قال له لاقتلنك بالسياط أو لتقتلن نفسك بهذا السيف أو ذكر له نوعا من القتل هو أشد عليه مما أمره أن يفعل بنفسه فقتل نفسه قتل به الذى أكرهه لان الاكراه هنا تحقق فانه قصد بالاقدام على ماطلب منه دفع ماهو أشد عليه فالقتل بالسياط أفحش وأشد على البدن من القتل بالسيف لان القتل بالسيف يكون فى لحظة وبالسياط يطاول ويتوالى الالم واليه

أشار حذيفة رضى الله عنه حيث قال فتنة السوط أشد من فتنة السيف وكذلك مادون النفس لو قيل له لتحرقن يدك بالنار أو لتقطعنها بهذا الحديد فقطعها قطعت يد الذى أكرهه ان كان واحدا لتحقق الاكراه منه وان كان عددا لم يكن عليهم فى يده قود وعليهم دية اليدفى أموالهم بخلاف النفس وأصل هذا الفرق فى المباشرة حقيقة فانه لو قطع جماعة يدرجل لم يلزمهم القود عندنا ولو قتلوا رجلا كان عليهم القود ويأتى هذا الفرق فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى ولو أكره بوعيد قتل على أن يطرح ماله فى البحر أوعلى ان يحرق ثيابه أو يكسر متاعه ففعل ذلك فالمكره ضامن لذلك كله لان اتلاف المال مما يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره فعند تحقق الالجاء يصير الفعل منسوبا للمكره فكانه باشر الاتلاف بيده والشافعى فى هذا لايخالفنا لان المكره يباح له الاقدام على اتلاف المال سواء كان له أو لغيره واذا صار الاقدام مباحا له كان هو آلة للمكره فالضمان على المكره خاصة وأصحابه خرجوا له قولين سوى هذا أحدهما أن الضمان يجب على المكره لصاحب المال لانه هو المتلف حقيقة ثم يرجع هو على المكره لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة والثانى أن الضمان عليهما نصفان لان حقيقة الاتلاف وجد من المكره والقصد الى الاضرار وجد من المكره فكانا بمنزلة الشريكين فى الاتلاف ولكن الاول أصح لما قلنا وان أكرهه على ذلك بحبس أو قيد ففعله لم يكن على المكره ضمان ولا قود لان المكره انما يصير كالآلة عند تمام الالجاء وهو مااذا خاف التلف على نفسه وليس فى التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فيبقى الفعل مقصورا على المكره فيؤاخذ بحكمه وهذا لانه ليس فى الحبس والقيد الاهم يلحقه ومن يتلف مال الغير اختيارا فانما يقصد بذلك دفع الغم الذى يلحقه بحسده اياه على ما آتاه الله تعالى من المال فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطا للضمان عنه ولو أكرهه بتلف على أن يأكل طعاما له أو يلبس ثوبا له فلبسه مكرها حتى تخرق لم يضمن المكره شيأ لانه ليس بفساد بل أمره أن يصرف مال نفسه الى حاجته وذلك لايكون فسادا (ألا ترى) أن الاب والوصى يفعلان ذلك للصبي ولا يكون فسادا منهما ثم هذا من وجه أمر بالمعروف فان التقتير وترك الانفاق على نفسه بعد وجود السعة منهى عنه وفى الامر بالمعروف دفع الفساد فعرفنا ان ماأمره به ليس بفساد فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المكره بخلاف احراق المال بالنار أو طرحه فى الماء فان ذلك فساد لا انتفاع بالمال ولو أكرهه بوعيد قتل على أن يقتل عبده بالسيف أو

على أن يقطع يده لم يسعه ان يفعل ذلك لان العبد فى حكم نفسه باق على أصل الحرية على ما بينا ان ذمته لا تدخل تحت القهر والملك فكما لا يسعه الاقدام علي أن يفعل شيأ من ذلك بحر لو أكره عليه فكذلك العبد بخلاف سائر الاموال (ألا ترى) أن عند ضرورة المخمصة يجوز له أن يصرف ماله الى حاجته وليس له أن يقتل عبده ليأكل من لحمه فان فعله كان له أن يأخذ الذي أكرهه بقتله قودا بعبده ان كان مثله ويأخذ دية يده ان كان قطع يده بمنزلة ما لو باشر المكره ذلك بنفسه بناء على أصلنا أن القود يجرى بين الاحرار والمماليك فى النفس ولا يجرى فيما دون النفس وان كان الاكراه بحبس لم يكن على المكره شئ وانما عليه الادب بالضرب والحبس والالجاء لم يتحقق فكان فعل القتل مقصورا على المولى فلا يرجع على المكره بشئ وليس على المولي سوى الاثم لان الحق فى بدل نفس العبد للمولى ولا يستوجب هو على نفسه عقوبة ولا مالا فاما الاثم فهو حق الشرع فكما يصير آثما بالاقدام على قتل الحر مكرها لانه يؤثر روحه على روح من هو مثله فى الحرمة ويطيع المخلوق فى معصية الخالق وقد نهاه الشرع عن ذلك فكذلك المولى يكون آثما بهذا الطريق ولو ان قاضيا أكره رجلا بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الاقرار باطلا لان الاقرار متمثل بين الصدق والكذب وانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق على ماقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بامير اذا ضربت أو أوثقت ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الاقرار مع التهديد بالضرب والحبس فى حق السارق وغيره الا شئ روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه ان بعض الامراء بعث اليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال مالم يقطع اللحم أو يبين العظم ثم ندم على مقالته وجاء بنفسه الى مجلس الامير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعا بين يدى الامير قال مارأيت ظلما أشبه بالحق من هذا فان خلي سبيله بعد ماأقر مكرها ثم أخذ بعد ذلك فجئ به فاقر بما كان تهدد عليه بغير اكراه مستقبل أخذ بذلك كله لان اقراره الاول كان باطلا ولما خلى سبيله فقد انتهى حكم ذلك الاخذ والتهديد فصار كان لم يوجد أصلا حتى أخذ الآن فاقر بغير اكراه وان كان لم يخل سبيله ولكنه قال له وهو فى يده بعد ماأقر انى لا أؤاخذك باقرارك الذي أقررت به ولا أضربك ولا أحبسك ولا أعرض

لك فان شئت فأقر وان شئت فلا تقر وهو في يد القاضى على حاله لم يجز هذا الاقرار
لان كينونته فى يده حبس منه له وانما كان هدده بالحبس فما دام حابسا له كان أثر ذلك
الاكراه باقيا وقوله لا أحبسك نوع غرور وخداع منه فلا ينعدم به أثر ذلك الاكراه
ولان الظاهر انه انما أقر لاجل اقراره المتقدم فانه علم أنه لا ينفعه الانكار وأنه اذا تناقض
كلامه يزداد التشديد عليه بخلاف الاول فهناك قد خلي سبيله وصار بحيث يتمكن من
الذهاب ان شاء فينقطع به أثر ذلك الاكراه وان خلي سبيله ولم يتوار عن بصر القاضي
حتى بعث من أخذه ورده اليه فأقر بالذى أقر به أول مرة من غير اكراه جديد فان هذا
ليس بشئ لانه ما لم يتوار عن بصره فهو متمكن من أخذه وحبسه فيجعل ذلك بمنزلة ما لو
كان فى يده على حاله وان كان حين رده أول مرة لم يحبسه ولكنه هدده فلما أقر قال انى لست
أصنع بك شيأ فان شئت فأقر وان شئت فدع فاقر لم يأخذه بشيء من ذلك لانه مادام فى يده
فكأنه محبوس في سجنه فكان أثر التهديد الاول قائما أرأيت لو خلى سبيله ثم بعث معه من
يحفظه ثم رده اليه بعد ذلك فأقر أكان يؤخذ بشيء من ذلك أولا يؤخذ به لان يد من يحفظه له
كيده فى ذلك ولو أكرهه قاض بضرب أو حبس حتى يقر بسرقة أو زنا أو شرب خمر
أوقتل فأقر بذلك فأقامه عليه فان كان رجلا معروفا بما أقر له به الا أنه لا بينة عليه فالقياس
أن يقتص من المكره فيما أمكن القصاص فيه ويضمن من ماله مالا يستطاع القصاص فيه
لان اقراره كان باطلا والاقرار الباطل وجوده كعدمه فبقى هو مباشرا للجناية بغير حق
فيلزمه القصاص فيما يستطاع فيه القصاص ولكن يستحسن أن يلزمه ضمان جميع ذلك فى
ماله ويدرأ القصاص لان الرجل اذا كان معروفا بما أقر به على نفسه فالذى يقع فى قلب
كل سامع انه صادق فى اقراره لما أقر به وذلك يورث شبهة والقصاص مما يندرئ بالشبهات
ولان على قول أهل المدينة رحمهم الله للامام أن يجبر المعروف بذلك الفعل على الاقرار
بالضرب والحبس فان مرتكب الكبيرة قل مايقر على نفسه طائعا واذا أقر به مكرها عندهم
يصح اقراره وتقام عليه العقوبة فيصير اختلاف العلماء رحمهم الله شبهة والقاضى مجتهد فى ما
صنع فهذا اجتهاد فى موضعه من وجه فيكون مسقطا للقود عنه ولكن يلزمه المال لان المال
مما يثبت مع الشبهات وبالاقرار الباطل لم تسقط حرمة نفسه وأطرافه فيصير ضامنا له
مراعاة لحرمة نفسه وطرفه وان كان المكره غير معروف بشيء مما رمى به أخذت فيه بالقياس

وأوجبت القصاص على القاضي في مايستطاع فيه القصاص لانه اذا كان معروفا بالصلاح فالذي يسبق اليه أوهام الناس انه بريء الساحة مما رمى به وانما أقر على نفسه كاذبا بسبب الاكراه ونظير هذا ماقيل فيمن دخل على انسان بيته شاهرا سيفه مادا رمحه فقتله صاحب البيت ثم اختصم أولياؤه مع صاحب البيت فقال أولياؤه كان هاربا من اللصوص ملتجئا اليك وقال صاحب البيت بل كان لصا قصد قتلي فان كان المقتول رجلا معروفا بالصلاح فالقول قول الاولياء ويجب القصاص على صاحب البيت وان كان متهما بالدعارة ففي القياس كذلك وفي الاستحسان القول قول صاحب البيت ولا قصاص ولكن عليه الدية في ماله وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة لاشيء عليه لان الظاهر شاهد عليه انه كان دخل عليه مكابرا وانه قد أهدر دمه عليه بذلك ولكن في ظاهر الرواية يقول مجرد الظاهر لايسقط حرمة النفوس المحترمة ولا يجوز اهدار الدماء المحقونة ولكن يصير الظاهر شبهة في اسقاط القود عنه فيجب عليه الدية في ماله صيانة لدم المقتول عن الهدر فكذلك ماسبق والله أعلم

باب تعدي العامل

(قال رحمه الله) واذا بعث الخليفة عاملا على كورة فقال لرجل لتقتلن هذا الرجل عمدا بالسيف أولاقتلنك فقتله المأمور فالقود على الآمر المكره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا قود على المكره وقال زفر رحمه الله القود على المكره دون المكره وقال الشافعي رحمه الله يجب القود على المكره قولا واحدا وله في ايجاب القود على المكره قولان وقال أهل المدينة رحمهم الله عليهما القود وزادوا على هذا فأوجبوا القود على الممسك حتى اذا أمسك رجلا فقتله عدوه قالوا يجب القود على الممسك وقال أبو يوسف أستحسن أن لايجب القود على واحد منهما ولكن تجب الدية على المكره في ماله في ثلاث سنين أما زفر رحمه الله فاستدل بقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والمراد سلطان استيفاء القود من القاتل والقاتل هو المكره حقيقة والمعنى فيه ان من قتل من يكافئه لاحياء نفسه يعتمد بحق مضمون فيلزمه القود كما لو أصابته مخمصة فقتل انسانا وأكل من لحمه والدليل على ان القاتل هو المكره أن القتل فعل محسوس وهو يتحقق من المكره والطائع بصفة واحدة فيعرف به انه قاتل حقيقة ومن حيث الحكم انه يأثم أثم القتل واثم القتل على من

باشر القتل والدليل عليه ان المقصود بالقتل اذا قدر على قتل المكره كان له أن يقتله كما لو كان طائما وبه نعلل فنقول كل حكم يتعلق بالقتل فانه لا يسقط عن المكره بالاكراه كالاثم والتفسيق ورد الشهادة وإباحة قتله للمقصود بالقتل بل أولى لان تأثير الضرورة فى اسقاط الاثم دون الحكم حتى ان من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ويكون ضامنا ثم هنا لا يسقط اثم الفعل عن المكره فلان لا يسقط عنه حكم القتل أولى ولما جعل هذا نظير الاكراه بالحبس فى اثم الفعل فكذلك فى حكمه ولا يقال انما يأثم اثم سوء الاختيار أو اثم جعل المخلوق فى معصية الخالق لانه مكره على هذا كله كما هو مكره على القتل والشافعى يستدل بهذا أيضا الا أنه يوجب القود على المكره أيضا للسبب القوى لان القصد الى القتل بهذا الطريق ظاهر من المتخيرين والقصاص مشروع بطريق الزجر فيقام السبب القوى مقام المباشرة فى حق المكره لتغليظ أمر الدم وتحقيق معنى الزجر كما قال فى شهود القصاص يلزمهم القود قال وعلى أصلكم حد قطاع الطريق يجب على الردى بالسبب القوى والدليل عليه ان الجماعة يقتلون بالواحد قصاصا لتحقيق معنى الزجر ومن أوجب القود على الممسك يستدل بها أيضا فنقول الممسك قاصد الى قتله مسبب له فاذا كان التسبيب يقام مقام المباشرة فى أخذ بدل الدم وهو الدية يعنى حافر البئر فى الطريق فكذلك فى حكم القصاص الا أن المتسبب اذا قصد شخصا بعينه يكون عامدا فيلزمه القود واذا لم يقصد بتسببه شخصا بعينه فهو بمنزلة المخطئ فتلزمه الدية وللشافعى رحمه الله طريق آخر ان المكره مع المكره بمنزلة الشريكين فى القتل لان القصد وجد من المكره وما هو المقصود به وهو الانتقام يحصل له والمباشرة وجدت من المكره فكانا بمنزلة الشريكين ثم وجب القود على أحدهما وهو المكره فكذلك على الآخر والدليل على أنهما كشريكين أنهما مشتركان فى اثم الفعل وان المقصود بالقتل أن يقتلهما جميعا وحجة أبى حنيفة ومحمد أن المكره ملجأ الى هذا الفعل والالجاء بأبلغ الجهات يجعل الملجأ آلة للملجئ فلا يصلح أن يكون آلة له كما فى اتلاف المال فان الضمان يجب على المكره ويصير المكره آلة له حتى لا يكون عليه شئ من حكم الاتلاف ومعلوم أن المباشر والمتسبب اذا اجتمعا فى الاتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب ولما وجب ضمان المال على المكره علم أن الاتلاف منسوب الى المكره ولا طريق للنسبة اليه سوى جعل المكره آلة للمكره فكذلك في القتل لان المكره يصلح أن يكون آلة للمكره فيه بأن يأخذ بيده

مع السكين فيقتل به غيره وتفسير الالجاء انه صار محمولا على ذلك الفعل بالتهديد بالقتل فالانسان مجبول على حب الحياة ولا يتوصل الى ذلك الا بالاقدام على القتل فيفسد اختياره بهذا الطريق ثم يصير محمولا على هذا الفعل واذا فسد اختياره التحق بالآلة التى لا اختيار لها فيكون الفعل منسوبا الى من فسد اختياره وحمله على هذا الفعل لا على الآلة فلا يكون على المكره شئ من حكم القتل من قصاص ولا دية ولا كفارة (ألا ترى) أن شيأ من المقصود لا يحصل للمكره فلعل المقتول من أخص أصدقائه فعرفنا أنه بمنزلة الآلة فأما الآثم فبقاء الاثم عليه لا يدل على بقاء الحكم كما اذا قال لغيره اقطع يدى فقطعها كان آثما ولا شئ عليه من حكم القطع بل فى الحكم يجعل كان الآمر فعله بنفسه وقد بينا أنه مع فساد الاختيار يبقى مخاطبا فلبقائه مخاطبا كان عليه اثم القتل ولفساد اختياره لم يكن عليه شئ من حكم القتل ثم حقيقة المعني فى العذر عن فعل الاثم من وجهين أحدهما أن تأثير الالجاء فى تبديل النسبة لا فى تبديل محل الجنايه ولو جعلنا المكره هو الفاعل فى حكم الضمان لم يتبدل به محل الجناية ولو أخر جناية المكره من أن يكون فاعلا فى حق الآثم تبدل به محل الجناية لان الاثم من حيث انه جناية علي حد الدين واذا جعلنا المكره فى هذا آلة كانت الجناية علي حد دين المكره دون المكره واذا قلنا المكره آثم ويكون الفعل منسوبا اليه فى حق الآثم كانت جناية علي دينه بارتكاب ماهو حرام محض وبسبب الاكراه لا يتبدل محل الجناية فأما فى حق الضمان فمحل الجناية نفس المقتول سواء كان الفعل منسوبا الي المكره أو الى المكره وبهذا تبين أن فى حق الاثم لا يصلح أن يكون آلة لان الانسان فى الجناية على حد دين نفسه لا يصلح أن يكون آلة لغيره والثاني انا لو جعلنا المكره آلة فى حق الاثم كان ذلك اهدارا وليس تأثير الالجاء فى الاهدار (ألا ترى) ان فى المال لا يجعل فعل المكره كفعل بهيمة ليس لها اختيار صحيح والمكره آثم باكراهه فاذا لم يجعل المكره آثما كان هذا اهدارا للآثم في حقه أصلا ولا تأثير للالجاء فى ذلك بخلاف حكم الفعل فانه اذا جعل المكره آلة فيه كان المكره مؤاخذا به الا أن يكون هدرا ولا يقال الحربى اذا أكره مسلما على قتل مسلم فان الفعل يصير منسوبا الى المكره عندكم وفى هذا اهدار لانه ليس على المكره شئ من الضمان وهذا لانه ليس باهدار بل هو بمنزلة مالو باشر الحربى قتله فيكون المقتول شهيدا ولا يكون قتل الحربى اياه هدرا وان كان لا يؤاخذ بشيء من الضمان اذا أسلم وبه فارق المضطر لانه غير ملجأ الى ذلك الفعل من جهة غيره ليصير

هو آلة للملجئ (ألا ترى) أن فى المال الضمان واجب عليه فعرفنا به أن حكم الفعل مقصور عليه والدليل على أن الفاعل هو المكره أن القصاص يلزمه عند الشافعى رحمه الله والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فيعتمد المساواة حتى ان بدون المساواة لايجب القصاص كما بين المسلم والمستأمن وكما فى كسر العظام ولا مساواة بين المباشرة والتسبب ولا طريق لجعل المكره شريكا الا بنسبة بعض الفعل اليه واذا كان للالجاء تأثير فى نسبة بعض الفعل الى الملجئ فكذلك فى نسبة جميع الفعل اليه ولامعنى لايجاب القود على الممسك لان القصاص جزاء مباشرة الفعل فانه عقوبة تندرئ بالشبهات وفى التسبب نقصان فيجوز أن يثبت به ما يثبت مع الشبهات وهو المال ولا يجوز أن يثبت ما يندرئ بالشبهات بخلاف حد قطاع الطريق فان ذلك جزاء المحاربة والردء مباشر للمحاربة كالقاتل وقد بينا هذا فى السرقة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام يصبر الصابر ويقتل القاتل أى يحبس الممسك ويقتل القاتل فاما أبو يوسف رحمه الله فقال استحسن أن لايجب القود على واحد منهما لان بقاء الاثم فى حق المكره دليل على أن الفعل كله لم يصر منسوبا الى المكره والقصاص لايجب الا بمباشرة تامة وقد انعدم ذلك من المكره حقيقة وحكما فلا يلزمه القود وان كان هو المؤاخذ بحكم القتل فيما يثبت مع الشبهات والدليل عليه ان وجوب القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين المباشرة والاكراه فلا يمكن ايجاب القود على المكره الا بطريق المساواة ولكنا نقول المكره مباشر شرعا بدليل أن سائر الاحكام سوى القصاص نحو حرمان الميراث والكفارة فى الموضع الذى يجب والدية يختص بها المكره فكذلك القود والاصل فيه قوله تعالى يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم فقد نسب الله الفعل الى اللعين وهو ما كان يباشر صورة ولكنه كان مطاعا فأمر به وأمره اكراه اذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره بالغا عاقلا أو كان معتوها أو غلاما غير يافع فالقود على المكره لان المكره صار كالآلة والبلوغ والعقل لامعتبر به فى حق الآلة وانما المعتبر تحقق الالجاء لخوف التلف على نفسه وكذلك حكم حرمان الميراث فانه يثبت فى حق المكره دون المكره وان كان الآمر غير بالغ ولكنه مطاع يتحقق الاكراه منه أو كان رجلا مختلط العقل ولكن يتحقق الاكراه منه فان الفعل يصير منسوبا اليه وذلك يكون بمنزلة جنايته بيده فى أحكام القتل واستدل بقول الحسن البصرى رحمه الله فى أربعة شهدوا على رجل بالزنا ورجمه الناس فقتلوه ثم رجع بعض الشهود دان على الراجم

القتل وهذا شئ لايؤاخذ به ولكن قصد بهذا الاستشهاد دفع النسبة عمن تمسك بالصورة ويقول كيف أوجبتم القتل على المكره ولم يباشر القتل حسا واستدل عليه بقول أهل المدينة فى الممسك ويقتل الردىء فى قطع الطريق وان لم يباشروا قتل أحد حسا وكذلك لو قال العامل له لتقطعن يده أو لاقتلنك لم ينبغ له أن يفعل ذلك لان لاطراف المؤمن من الحرمة مثل مالنفسه (ألا ترى) ان المضطر لا يحل له أن يقطع طرف الغير ليأكله كما لايحل له أن يقتله وكذلك لو أمره بقطع أصبع أو نحوه فان حرمة هذا الجزء بمنزلة حرمة النفس فان القتل من الظالم والمكره ، ظلوم فليس له أن يظلم أحدا ولو ظلم وان أقدم على القتل فليس عليه الا الاثم فاما الفعل فى حق الحكم فقدصار منسوبا الى المكره لوجود الالجاء بالتهديد بالقتل وان رأى الخليفة ان يعزر المكره ويحبسه فعل لاقدامه على مالايحل له الاقدام عليه وان أمره أن يضربه سوطا واحدا أو أمره أن يحلق رأسه أو لحيته أو أن يحبسه أو أن يقيده وهدده على ذلك بالقتل رجوت أن لايكون آثما فى فعله ولا فى تركه أما فى تركه فلانه من المظالم والكف عن المظالم هو العزيمة والمتمسك بالعزيمة لايكون آثما وأما اذا قدم عليه فلانه يدفع القتل عن نفسه بهم وحزن يدخل على غيره فان بالحبس والقيد وبحلق اللحية وضرب سوط يدخله هم وحزن ولا يخاف على نفسه ولا على شئ من أعضائه ولدفع الهلاك عن نفسه قد رخص له الشرع فى ادخال الهم والحزن على غيره (ألا ترى) أن المضطر يأخذ طعام الغير بغير رضاه ولا شك ان صاحب الطعام يلحقه حزن بذلك الا انه علق الجواب بالالجاء لانه لم يجد فى هذا بعينه نصا والفتوى بالرخصة فيما هو من مظالم العباد بالرأى لايجوز مطلقا فلهذا قال رجوت وان كان يهدده على ذلك بحبس أو قيد أو ضرب سوط أوحلق رأسه ولحيته لم ينبغ له أن يقدم على شئ من الظلم قل ذلك أو كثر لان الرخصة عند تحقق الضرورة وذلك اذا خاف التلف على نفسه وهو بما هدده هنا لايخاف التلف على نفسه ولو أكرهه بالحبس على أن يقتل رجلا فقتله كان القود فيه على القاتل لان بالتهديد بالحبس لايتحقق الالجاء ولهذا كان الضمان فى المال عند الاكراه بالحبس على المكره دون المكره ولو أمره بقتله ولم يكرهه على ذلك الا أنه يخاف انلم يفعل أن يقتله ففعل ما أمر به كان ذلك بمنزلة الاكراه لان الالجاء باعتبار خوفه التلف على نفسه أن لو امتنع من الاقدام على الفعل وقد تحقق ذلك هنا ومن عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل ولكنهم يأمرون

ثم لا يعاقبون من خالف أمرهم الا بالقتل فباعتبار هـذه العادة كان الامر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل ولو أكرهه بوعيد تلف حتى يفترى على مسلم رجوت أن يكون فى سعة منه (ألا ترى) أنه لو أكرهـه بذلك على الكفر بالله تعالى كان فى سعة من اجراء كلمة الكفر على اللسان مع طمأنينة القلب بالايمان فكذلك اذا أكرهه بالافتراء على مسلم لان الافتراء على الله تعالى والشتم له يكون أعظم من شتم المخلوق الا أنه علقه بالرجاء لان هذا من مظالم العباد وليس هذا فى معنى الافتراء على الله تعالى من كل وجه فان الله تعالى مطلع على مافى ضميره ولا اطلاع للمقذوف على مافى ضميره ولان الله تعالى يتعـالى أن يدخـله نقصان بافتراء المفترين وفى الافتراء على هذا المسلم هتك عرضه وذلك ينقص من جاهه ويلحق الحزن به فلهذا علق الجواب بالرجاء قال (ألا ترى) أنه لو أكرهه على شتم محمد صلى الله عليه وسلم بقتل كان فى سعة ان شاء الله فهذا أعظم من قذف امرىء مسلم ولو تهدده بقتل حتى يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم أو يقذف مسلما فلم يفعل حتى قتل كان ذلك أفضل له لما بينا أن فى الامتناع تمسك بما هو العزيمة ولما امتنع خبيب رضي الله عنه حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء ولو تهدده بقتل حتي يشرب الخمر فلم يفعل حتى قتل خفت أن يكون آثما وقد بينا هذا الفصل الا أنه ذكره هنا بلفظ يستدل به على أنه كان من مذهبه أن الاصل فى الاشياء الاباحة وان الحرمة بالنهى عنها شرعا فانه قال لان شرب الخمر وأكل الميتة لم يحرم الا بالنهى عنهما وبين أهل الاصول فى هذا كلام ليس هذا موضع بيانه ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان فيدفعه اليـه رجوت أن يكون فى سعة من أخـذه ودفعه اليه لانه بمنزلة المضطر وقد بينا أنه يباح للمضطر أخـذ مال الغير ليـدفع به الضرورة عن نفسـه ولكنه علق الجواب بالرجاء لان هذا ليس فى معنى المضطر من وجه فالعذر هناك وهو الجوع ما كان بصنع مضاف الى العباد والخوف هنا باعتبار صنع مضاف الى العبد وبينهما فرق (ألا ترى) أن المقيد اذا صلى قاعدا يلزمه الاعادة اذا أطلق عنـه القيد بخلاف المريض قال والضمان فيـه على الآمر لان الالجاء قد تحقق فيصير الاخـذ والدفع كله منسوبا الى الآمر والمكره بمنزلة الآلة له وانما يسعه هذا مادام حاضرا عنـد الآمر فان كان أرسـله ليفعل فخاف أن يقتله ان ظفر به ولم يقل أن لم يفعل ما هـدد به لم يحل الاقدام على ذلك لان الالجاء انما يتحقق ما دام فى يد المكره بحيث يقـدر على ايقاع

ما هدده به عاجلا وقد انعدم ذلك حين بعد عنه ولا يدرى أيقدر عليه بعد ذلك أولا يقدر وبهذا الفصل تبين أنه لا عذر لاعوان الظلمة فى أخذ الاموال من الناس فان الظالم يبعث عاملا الي موضع ليأخذ مالا فيتعلل العامل بأمره وانه يخاف العقوبة من جهته ان لم يفعل وليس ذلك بعذر له الا أن يكون بمحضر من الآمر فاما بعد مابعد من الظالم فلا الا أن يكون رسول الآمر معه على أن يرده عليه ان لم يفعل فيكون هذا بمنزلة الذى كان حاضرا عنده لان كونه تحت يد رسوله ككونه فى يده وتمكن الرسول من رده اليه ليعاقبه يتحقق الالجاء ولو لم يفعل ذلك حتى قتله كان فى سعة ان شاء الله لانه تحرز عما هو من مظالم العباد وذلك عزيمة (ألا ترى) أن للمضطر أن يأخذ طعام صاحبه بقدر ماتندفع عنه الضرورة به ولو لم يأخذه حتى تلف لم يكن مؤاخذا به فهذا مثله ولو كان المكره هدده بالحبس أو القيد لم يسعه الاقدام على ذلك لان الالجاء والضرورة بهذا التهديد لا يتحقق ولو أكره رجلا على قتل أبيه أو أخيه بوعيد قتل فقتله فقد بينا حكم المسئلة أن الفعل يصير منسوبا الى المكره فيما هو من أحكام القتل فكأنه هو المباشر بيده وعلى هذا الحرف ينبنى مابعده من المسائل حتى قالوا لو أن لصين أكرها رجلا بوعيد تلف على أن يقطع يد رجل عمدا كان ذلك كقطعهما بايديهما فعليهما ارش اليد فى مالهما فى سنتين ولا قود عليهما لان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وان مات فيهما فعلى المكرهين القود لان القطع اذا اتصلت به السراية كان قتلا من أصله ولو باشرا قتله لزمهما القود ولو كان الآمر واحدا والمأمور اثنين كان على الآمر القصاص فى اليد ان عاش وفى البدن ان مات من ذلك لان الفعل منسوب الى المكره وهو واحد لو باشر قطع يده أو قتله يجب القود عليه فكذلك اذا أكرهه علي ذلك رجلان والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على دفع المال وأخذه

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف حتى أعطى رجلا ماله وأكره الآخر بمثل ذلك حتى قبضه منه ودفعه فهلك المال عنده فالضمان على الذى أكرههما دون القابض لان الدافع والقابض كل واحد منهما ملجأ من جهة المكره فيصير الفعل فى الدفع والقبض منسوبا الي المكره والقابض مكره على قبضه بوعيد تلف فلا يبقى فى جانبه فعل موجب للضمان عليه ولانه قبضه ليرده علي صاحبه اذا تمكن منه ومثل هذا القبض لا يوجب

الضمان علي القابض وان كان قبضه بغير أمر صاحبه كمن أخذ آبقا أو وجد لقطة وأشهد انه أخذه ليرده على صاحبه لم يكن عليه ضمان ان هلك عنده وكذلك لو كان أكره القابض على قبضه ليدفعه الى الذى أكرهه فقبضه وضاع عنده قبل أن يدفعه اليه فلا ضمان على القابض اذا حلف بالله ماأخذه الا ليدفعه اليه طائعا وما أخذه الا ليرده على صاحبه الا أن يكره على دفعه لان الظاهر يشهد له فى ذلك فان فعل المسلم محمول على مايحل ويحل له الاخذ مكرها على قصد الرد على صاحبه ولا يحل له الاخذ على قصد الدفع الى المكره طائعا ودينه وعقله يدعوانه الى مايحل دون مالا يحل الا أن فى اللقطة لايقبل قوله على هذا اذا لم يشهد فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه متمكن من الاشهاد على ذلك وهنا هو غير متمكن من الاشهاد على مافى ضميره من قصد الرد على المالك لانه ان أظهر ذلك عاقبه المكره فلهذا قبلنا قوله فى ذلك مع اليمين ولو كان أكره صاحب المال علي أن يهبه لصاحبه وأكره الآخر على أن يقبل الهبة منه ويقبضها بوعيد تلف فقبضها فضاعت عنده فان قال القابض أخذتها على أن تكون في يدى مثل الوديعة حتى أردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه لان الاكراه شاهد له على انه غير راغب فى تمليكها فيكون الضمان علي المكره خاصة وان قال أخذتها علي وجه الهبة لتسلم لى كان لرب المال أن يضمنه ان شاء وان شاء المكره لان الموهوب له قبض مال الغير على وجه التملك بغير رضا صاحبه وهو طائع فى ذلك القبض على هذا القصد فيكون ضامنا للمال وأما المكره فلان الدافع ملجأ من جهته فيجعل كانه قبضه بنفسه ودفعه اليه فان ضمن المكره رجع على الموهوب له لانه قائم مقام من ضمنه لان المكره ماقصد مباشرة الهبة من جهته فلا يمكن تنفيذ الهبة من جهته بملكه اياه وفى الاصل أشار الى حرف آخر فقال لانه انما ضمن المال بقبض الموهوب له وقد كانت الهبة قبل القبض فلا يجعل الذى أكرههما بمنزلة الواهب وما قلناه أوضح لانا اذا جعلنا القابض مكرها وكان المكره ضامنا باعتبار نسبة القبض اليه لايبقى فى جانب القابض سبب موجب للضمان عليه والدليل عليه انه قال فان ضمن الموهوب له لم يكن على الذى أكرهه شئ لانه أخذه على انه له ولو كان القبض منسوبا الى المكره كان للقابض أن يرجع علي المكره بما يلحقه من الضمان بسببه فان كان الموهوب له بحيث يتمكن من الاشهاد عند الهبة أن يقبضه للرد فلم يفعل كان ضامنا بترك الاشهاد لان القبض بحكم الهبة عمل منه لنفسه فلا يقبل قوله بخلاف ماصرح به الا عند

الضرورة وهو ما اذا لم يكن متمكنا من الاشهاد لانا رأينا ان في موضع الضرورة يجعل القول قوله فيما في ضميره كالمكره على الكفر اذا قال بعد ما تكلم بالكفر كنت مطمئن القلب بالايمان قبل قوله ولم تبن منه امرأته فاما عند تمكنه من الاشهاد بلاضرورة فلا يقبل قوله بمنزلة من وجد عبدا آبقا لرجل في يد غيره فلم يقدر على استرداده منه الا بشراء أو هبة فطاب ذلك منه حتى وهب له أو اشتراه كان ضامنا له الا أن يشهد عند ذلك انه يأخذه ليرده على مولاه فاذا أشهد لم يضمن وكذلك ان لم يكن متمكنا من الاشهاد يقبل قوله في ذلك ولو أكرهه على بيع عبده وأكره المشترى على شرائه وأكرههما على التقابض فهلك الثمن والعبد ثم اختصموا فضمان العبد للبائع وضمان الثمن للمشترى على الذى أكرههما لان كل واحد منهما ملجأ على دفع ماله الي الآخر من جهته فان أراد أحدهما أن يضمن صاحبه سئل كل واحد منهما عما قبضه على وجه قبضه فان قال قبضته على البيع الذى أكرهنا عليه ليكون لى وقالا ذلك جميعا فالبيع جائز ولا ضمان على المكره فيه لان قبض كل واحد منهما على هذا القصد دليل الرضا منه بالبيع ودليل الرضا كصريح الرضا (ألاترى) أنهما لو أكرها على البيع ثم تقابضا بغير اكراه تم البيع بينهما فكذلك اذا أقر كل واحد منهما انه قبضه على وجه التملك وان قال قبضته مكرها لارده على صاحبه وآخذ منه ما أعطيت وحلف كل واحد منهما لصاحبه على ذلك لم يكن لواحد منهما على صاحبه ضمان لان الاكراه دليل ظاهر لكل واحد منهما على ما يخبر به عن ضميره الا أن صاحبه يدعي عليه مالو أقر به لزمه الضمان فاذا أنكر يحلف علي ذلك فان حلف أحدهما وأبى الآخران يحلف لم يضمن الذى حلف لان يمينه قد انتفى عنه بسبب الضمان الا أن يثبته صاحبه بالحجة ويضمن الذى لم يحلف ماقبض لان نكوله كاقراره وذلك يثبت عليه سبب الضمان عند قضاء القاضى فان كان الذى أبى اليمين هو الذى قبض العبد ضمن البائع قيمة العبد أيهما شاء لان فعله بالدفع صار منسوبا الي المكره والقابض كان طائعا حين قبضه لنفسه على وجه التملك فان ضمنها المكره رجع بها على المشترى لانه ملك بالضمان وماقصد تنفيذ البيع من جهته ولانه انما ضمنها بالاكراه على القبض وقد كان البيع قبل ذلك فلا يكون بمنزلة البائع وقد بينا أن الوجه الاول أصح وان ضمنها المشترى لم يرجع بها على المكره لانه أقر انه لم يقبضه على وجه الاكراه وانما قبضه علي وجه الشراء ولم يرجع علي البائع بالثمن أيضا لان البائع قد حلف أنه قبض الثمن للرد

عليه وقد هلك فى يده فلا يضمن له شيأ من ذلك ولا يرجع بالثمن على المكره أيضا لانه أقر انه دفع الثمن طوعا وانه كان راضيا بالبيع وان كان المشترى حلف وأبى البائع اليمين فلا ضمان فى العبد على من أخذه وأما الثمن فان شاء المشترى ضمنه المكره وان شاء ضمنه البائع لان البائع بنكوله أقر أنه قبض الثمن لنفسه طائعا وفعل الدافع منسوب الى المكره للالجاء فان ضمن البائع لم يرجع به على المكره لانه ضمن بفعل كان عاملا فيه لنفسه طائعا وان ضمنه المكره رجع به على البائع لانه قام مقام من ضمنه ولانه ملكه بالضمان والقابض كان طائعا فى قبضه لنفسه فيضمن له ذلك ولو أكرههما على البيع والشراء ولم يذكر لهما قبضا فلما تبايعا لم يتقابضا حتى فارقا الذى أكرههما ثم تقابضا على ذلك البيع فهذا رضا منهما بالبيع واجازة له لان البيع مع الاكراه كان منعقدا ولم يكن نافذا جائزا لانعدام الرضا منهما فاذا وجد دليل الرضا نزل ذلك منزلة التصريح بالرضا بالاجازة طوعا وقد بينا الفرق بين الهبة وبين البيع لان الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم والاكراه على الهبة يكون اكراها على التسليم ولو كان الاكراه فى الوجه الاول على البيع والقبض بغير تلف بل بحبس أو قيد وتقابضا على ذلك مكرهين لم يجز البيع لان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضا وبالتهديد بالحبس ينعدم تمام الرضا فان ضاع ذلك عندهما فلا ضمان لواحد منهما على المكره لان فعلهما لم يصر منسوبا الى المكره فان نسبة الفعل اليه بالالجاء والتهديد بالحبس لايتحقق الالجاء ولكن كل واحد منهما ضامن لما قبض من مال صاحبه لانه قبضه بحكم عقد فاسد وفعل كل واحد منهما فى القبض مقصور عليه وقد قبضه بغير رضا صاحبه ولو قبضه بحكم العقد الفاسد برضا صاحبه كان مضمونا عليه فهنا أولى أن يكون مضمونا عليه ولو أكرهه بالحبس على أن يودع ماله هذا الرجل وأكره الآخر بالحبس على قبوله وديعة فقبله وضاع عنده فلا ضمان على المكره ولا على القابض أما على المكره فلانعدام الالجاء من جهته وأما على القابض فلانه ماقبض لنفسه وانما قبضه ليحفظه وديعة ويرده على صاحبه اذا تمكن منه ومثل هذا القبض لا يكون موجبا للضمان عليه وان انعدم الرضا من صاحبه كما لو هبت الريح بثوب انسان وألقته فى حجر غيره فأخذه ليرده على صاحبه فهلك لم يكن ضامنا شيأ ولو أكرهه بالحبس على أن يهب ماله لهذا أو يدفعه اليه وأكره الآخر بالحبس على قبوله وقبضه فهلك فالضمان على القابض لانه قبضه على وجه التملك وفعله فى القبض مقصور عليه

فانه غير ملجأ من جهة المكره فلهذا كان الضمان عليه دون المكره ولو كان أكره القابض بوعيد تلف على ذلك لم يضمن القابض ولا المكره شيأ أما القابض فلانه ملجأ الى القبض وذلك يعدم الفعل الموجب للضمان فى حقه وأما المكره فلان الدافع لم يكن ملجأ فى دفع المال اليه لانه كان مكرها بالحبس فبقي حكم الدفع مقصورا على الدافع قاله أبو حازم رحمه الله وهذا غلط لان فعل الدافع ان لم يكن منسوبا الى المكره ففعل القابض صار منسوبا اليه وانما قبضه بغير رضا المالك فكأن المكره قبضه بنفسه فينبغى أن يكون المكره ضامنا من هذا الوجه وما قاله فى الكتاب أصح لان هذا القبض متمم للهبة وفى مثله لا يصلح المكره آلة للمكره (ألا ترى) أن المكره لو قبضه بنفسه لا تتم الهبة به ثم الموجب للضمان علي المكره تفويت اليد على المالك وذلك بالدفع والاخراج من يدهما لا بالقبض لان الاموال محفوظة بالايدى وفعل الدافع لم يصر منسوبا الى المكره ولو أكره الواهب بتلف وأكره الموهوب له بحبس كان لصاحب المال أن يضمن ان شاء المكره وان شاء القابض لان فعل الدافع منسوب الى المكره لكونه ملجأ من جهته فيكون المكره ضامنا له وفعل القابض مقصور عليه لانه كان مكرها على القبض بالحبس وقد قبضه على وجه التملك فكان للدافع أن يضمن أيهما شاء فان ضمن المكره رجع به على القابض لما قلنا وكذلك فى البيع اذا أكره البائع بوعيد تلف على البيع والتقابض وأكره المشترى علي ذلك بالحبس فتقابضا وضاع المال فلا ضمان على البائع فيما قبض بعد أن يحلف ماقبضه الا ليرده على صاحبه لانه ملجأ قبل القبض فيكون مقبول القول فى أنه قبضه للرد مع يمينه وللبائع أن يضمن المكره قيمة عبده لانه كان ملجأ الى تسليم العبد من جهته ثم يرجع بها المكره علي المشترى لما بينا أن البيع لم ينفذ من جهة المكره وقد ملكه بالضمان فان شاء البائع ضمنها المشترى لان فعله فى القبض مقصور عليه وقد قبضه على وجه التملك وان لم يكن راضيا بسببه ثم لا يرجع المشترى على المكره بالقيمة ولا بالثمن أما القيمة فلانه انما ضمنها بقبض كان هو فيه عاملا لنفسه واما الثمن فلانه كان مكرها على دفع الثمن بالحبس وذلك لا يوجب نسبة الفعل الى المكره فى حكم الضمان وفى هذا طعن أبو حازم رحمه الله أيضا كما فى الهبة ولو كان أكره البائع بالحبس وأكره المشترى بالقتل فلا ضمان للبائع فى العبد على المشترى ولا علي المكره لان المشترى ملجأ الى القبض فلا يكون ضامنا شيأ والبائع ما كان ملجأ الى الدفع من جهة المكره فيقتصر

حكم الدفع عليه فلهذا لا ضمان على المكره وللمشتري أن يضمن الثمن ان شاء البائع وان شاء المكره لانه كان ملجأ الي دفع الثمن من جهة المكره وكان البائع غير ملجأ الى قبضه فاقتصر حكم فعله بالقبض عليه وللمشترى الخيار فان ضمن المكره رجع به على البائع لانه قام مقام من ضمنه ولانه ملك المضمون بالضمان ولم ينفذ البيع من جهة من تملك الثمن فرجع على البائع بالثمن والله أعلم بالصواب

باب من الاكراه على الاقرار

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف أو غير تلف على أن يقر بعتق أو طلاق أو نكاح وهو يقول لم أفعله فاقر به مكرها فاقراره باطل والعبد عبده كما كان والمرأة زوجته كما كانت لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب والاكراه الظاهر دليل على انه كاذب فيما يقر به قاصد الى دفع الشر عن نفسه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار لا يصير صدقا (ألا ترى) أن فرية المفترين وكفر الكافرين لا يصير حقا باخبارهم به والدليل عليه انه لو أقر به طائعا وهو يعلم انه كاذب فى ذلك فانه يسعه امساكها فيما بينه وبين الله تعالى الا أن القاضى لا يصدقه على ذلك لانه مأمور باتباع الظاهر والظاهر ان الانسان لا يكذب فيما يلحق الضرر به فاذا كان مكرها وجب تصديقه فى ذلك لوجود الاكراه فلهذا لا يقع به شيء والاكراه بالحبس والقتل فى هذا سواء لان الاقرار تصرف من حيث القول ويعتمد تمام الرضا وبسبب الاكراه بالحبس ينعدم ذلك وكذلك الاقرار بالرجعة أو الفيء فى الايلاء أو العفو عن دم العمد فانه لا يصح مع الاكراه لما قلنا وكذلك الاقرار فى عبده انه ابنه أو جاريته انها أم ولده لان هذا اخبار عن أمر سابق خفي فالاكراه دليل على أنه كاذب فيما يخبر به* فان قيل أليس عند أبى حنيفة رحمه الله اذا قال لمن هو أكبر سنا منه هذا ابنى يعتق عليه وهناك يتيقن بكذبه فيما قال فوق ما يتيقن بالكذب عند الاقرار مكرها فاذا نفذ العتق ثمة ينبغى أن ينفذ هنا بطريق الاولى* قلنا أبو حنيفة رحمه الله يجعل ذلك الكلام مجازا عن الاقرار بالعتق كانه قال عتق على من حين ملكته وباعتبار هذا المجاز لا يظهر رجحان جانب الكذب فى اقراره فاما عند الاكراه فأكثر ما فيه ان يجعل هذا مجازا عن الاقرار بالعتق ولكن الاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق كما يمنع صحة الاقرار

بالنسب ولو أكره نصراني على الاسلام فاسلم كان مسلما لوجود حقيقة الاسلام مع الاكراه فان ذلك بالتصديق بالقلب والاقرار باللسان وقد سمعنا اقراره بلسانه وانما يعبر عما فى قلبه لسانه فلهذا يحكم باسلامه والاصل فيه قوله تعالى وله أسلم من فى السموات والارض طوعا وكرها وقال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله وقد قبل من المنافقين ماأظهروا من الاسلام مع علمه أنهم أظهروا ذلك خوفا من السيف وهذا فى أحكام الدنيا فأما فيما بينه وبين ربه اذا لم يكن يعتقد فيما يقول لايكون مسلما والذمى فى هذا والحربى سواء عندنا والشافعى رحمه الله يفرق بينهما باعتبار أن اكراه الحربى على الاسلام اكراه بحق وقد قررناه فيما سبق وفرق بين الاكراه على الاسلام وبين الاكراه على الردة وقال الردة انما تحصل بتبديل الاعتقاد والاكراه دليل ظاهر على انه غير مبدل لاعتقاده فأما الاسلام فى أحكام الدنيا فانما يثبت بالاقرار باللسان مع التصديق بالقلب ولا طريق لنا الى الوقوف على ما فى قلبه وقد سمعنا اقراره مع الاكراه فلذلك حكمنا باسلامه فان رجع عنه الى النصرانية أجبر على الاسلام ولم يقتل استحسانا وفى القياس يقتل لانه بدل الدين وقد قال عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذا لان الاكراه لما لم يمنع صحة الاسلام كان المكره كالطائع فيه ولكنه استحسن اسقاط القتل عنه للشبهة التى فعلت لانا لانعلم سره حقيقة والادلة قد تعارضت فكون الاسلام مما يجب اعتقاده دليل على انه معتقد والاكراه دليل على أنه غير معتقد بما يقول وتعارض الادلة شبهة فى درء ماينـدرئ بالشبهات وهذا نظير القياس والاستحسان فى المولود بين المسلمين اذا بلغ مرتدا يجبر على الاسلام ولا يقتل استحسانا والذى أسلم بنفسه فى صغره اذا بلغ مرتدا يجبر على الاسلام ولا يقتل للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله ولو كان أكرهه على الاقرار باسلام ماض منه فالاقرار باطل لان الاكراه دليل على انه كاذب فيما أخبر به من الاقرار بالاسلام ماضيا وكذلك لو أكره بوعيد تلف أو غير تلف على ان يقر بانه لاقود له قبل هذا الرجل ولا بينة له عليه به فالاقرار باطل لان الاكراه دليل على انه كاذب فيما يقر به بخلاف مااذا أكره على انشاء العفو فان اعاده بعد ذلك وأقام البينة عليه به حكم له بالقود لان ماسبق منه من الاقرار بالعفو قد بطل فكان وجوده كعدمه وكذلك لو أكرهه على أن يقر بانه لم يتزوج هذه المرأة وانه لا بينة له عليها بذلك أو على ان هذا ليس بعبده وانه حر

الاصل فاقراره بذلك باطل لان الاكراه دليل على انه كاذب فيما أقر به فلا يمنع ذلك قبول بينته على مايدعيه من النكاح والرق بعد ذلك (ألا ترى) انه لو أقر بشئ من هذا هازلا لا يلزمه شئ فيما بينه وبين ربه ولو أقر به طائعا وهو يعلم أنه كاذب فيما قال وسعه امساك المرأة والعبد فيما بينه وبين ربه بخلاف الانشاء فمن هذا الوجه يقع الفرق بين هذه الفصول والله أعلم بالصواب

باب من الاكراه على النكاح والخلع والعتق والصلح عن دم العمد

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكره بوعيد تلف حتى خلع امرأته على ألف درهم ومهرها الذى تزوجها عليه أربعة آلاف وقد دخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع واقع لان الخلع من جانب الزوج طلاق والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذلك بالجعل وللزوج على امرأته ألف درهم لانها قد التزمت الالف طائعة بازاء ماسلم لها من البينونة ولا شئ على المكره للزوج لانه أتلف عليه ملك النكاح وقد بينا أنه لاقيمة لملك النكاح عند الخروج من ملك الزوج وانه ليس بمال فلا يكون مضمونا بالمال أصلا بل عند الحاجة الى الصيانة والمضمون المحل المملوك لا الملك الوارد عليه ولهذا جاز ازالة الملك بغير شهود ولا عوض وكذلك لو أكره ولي العمد على أن يصالح منه على ألف درهم فالاكراه لا يمنع اسقاط القود بالعفو فكذلك لا يمنع اسقاطه بالصلح ولا شئ له سوى الالف على الذى كان قبله الدم ولا شئ لصاحب الدم على الذى أكرهه لان القاتل ماالتزم الزيادة على الالف والمكره أتلف عليه ما ليس بمال متقوم وهو ملك استيفاء القود وهذا ملك غير مضمون بالعفو مندوب اليه شرعا وبه فارق النفس فانها مضمونة بالمال عند الاتلاف خطأ صيانة لها عن الاهدار ولو أكره علي أن يعتق عبده على مائة درهم وقبله العبد وقيمته ألف والعبد غير مكره فالعتق جائز على المائة لان الاكراه لا يمنع صحة اسقاط الرق بالعتق والعبد التزم المائة طوعا ثم يتخير مولي العبد فان شاء ضمن الذى أكرهه قيمة العبد لانه أتلف عليه ملكه في العبد بالاكراه الملجئ وملكه فى العبد ملك مال متقوم فيكون مضمونا على المتلف بخلاف ماسبق ثم يرجع المكره على العبد بمائة لان المولى أقامه مقام نفسه حين ضمنه القيمة فى الرجوع على العبد بالمسمي وان شاء المولي أخذ العبد بالمائة ورجع على المكره

بتسعمائة تمام القيمة لان ما زاد على قدر المسمى من المالية أتلفه المكره عليه بغير عوض *فان قيل لماذا كان له أن يرجع بجميع الالف على المكره وقد أتلف عليه مقدار المائة بعوض *قلنا لان هذا العوض فى ذمة مفلسه فان العبد يخرج من ملك المولى ولا شئ له فهو كالتاوى *فان قيل لماذا لم يجعل اختياره للمسمى ابراء منه للمكره *قلنا فى مقدار المائة يجعل هكذا لان له أن يرجع بها على أيهما شاء فاما فى الزيادة على ذلك فحقه متعين فى ذمة المكره ولو كان أكرهه على العتق بألفى درهم الى سنة وقيمته ألف فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لانه أتلف عليه ماليته ببدل لا يصل اليه الا بعد مضى الاجل وان شاء اتبع العبد بالالفين بعد مضى السنة لانه التزم ذلك طوعا فان اختار تضمين المكره قام المكره مقام المولى فى الرجوع على العبد بالمسمى عند حلول الاجل فاذا أخذ ذلك منه أمسك ألفا مقدار ماغرم وتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث وان اختار اتباع العبد فلاشئ له على المكره بعد ذلك لانه صار راضيا بما صنع حين اختار اتباع العبد فان كان الالفان نجوما فحل نجم منها فطالب المولى العبد بذلك النجم بغير اكراه فهذا منه اختيار لاتباع العبد ولا ضمان له على المكره بعد ذلك لان مطالبته اياه بذلك النجم دليل الرضا منه بما سبق فيكون كالتصريح بالرضا وذلك يسقط حقه فى تضمين المكره ولو أكرهت امرأة بوعيد تلف أوحبس حتى تقبل من زوجها تطليقة على ألف درهم فقبلت ذلك منه وقد دخل بها ومهرها الذى تزوجها عليه أربعة آلاف أوخمسمائة فالطلاق رجعي ولا شئ عليه من المال لان التزام البدل يعتمد تمام الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا سواء كان الاكراه بحبس أوبقتل ولكن وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول لاوجود المقبول (ألا ترى) أنه لو طلق امرأته الصغيرة على مال فقبلت وقع الطلاق ولم يجب المال وبسبب الاكراه لاينعدم القبول فلهذا كان الطلاق واقعا ثم الواقع بصريح اللفظ يكون رجعيا اذا لم يجب العوض بمقابلته وهنا لاعوض عليه فكان الطلاق رجعيا وقد ذكر في الجامع الصغير اذا شرطت الخيار لنفسها ثلاثة أيام فى الطلاق بمال عند أبى حنيفة لا يقع الطلاق ما لم يسقط الخيار وعندهما الطلاق واقع والمال لازم وكذلك لوهزلت بقبول الطلاق بمال واتفقا على ذلك عند أبى حنيفة لا يقع الطلاق مالم يرض بالتزام المال وعندهما الطلاق واقع والمال واجب فبالكل حاجة الى الفرق بين مسئلة الاكراه ومسئلة الخيار والهزل فاما أبو حنيفة رحمه الله فقال الاكراه لا يعدم

الاختيار فى السبب والحكم وانما يعدم الرضا بالحكم فلوجود الاختيار فى السبب والحكم تم القبول ووقع الطلاق ولانعدام الرضا لايجب المال فكان المال لم يذكر أصلا فأما خيار الشرط فلانعدام الاختيار والرضا بالسبب وبعدم الاختيار والرضا بالحكم يتوقف الحكم وهو وقوع الطلاق ووجوب المال على وجود الاختيار والرضابه وكذلك الهزل لا ينافى الاختيار والرضا بالسبب وانما يعدم الرضا والاختيار بالحكم فتوقف الحكم لانعدام الاختيار فى حقه وصح التزام المال به موقوفا على ان يلزمه عند تمام الرضا به وهما يقولان الاكراه يعدم الرضا بالحكم ولا يعدم الاختيار فى السبب والحكم جميعا فيثبت الحكم وهو الطلاق ولا يجب المال لانعدام الرضا به فكانه لم يذكر فأما الهزل وشرط الخيار فلا يعدم الرضا بالسبب والحكم لا ينفصل عن السبب فالرضا بالسبب فيهما يكون رضا بالحكم فيقع الطلاق ويجب المال لان المال صار تبعا للطلاق فى الحكم وفى الاكراه انعدم الرضا بالسبب فلا يثبت مايعتمد ثبوته الرضا وهو المال ويثبت من المال مالا يعتمد ثبوته الرضا وهو الطلاق فان قالت بعد ذلك قد رضيت بتلك التطليقة بذلك المال جاز ولزمها المال وتكون التطليقة بائنة فى قول أبى حنيفة وقال محمد اجازتها باطلة وهى تطليقة رجعية ولم يذكر قول أبى يوسف فقيل قوله كقول محمد رحمهما الله والاصح ان قوله كقول أبى حنيفة رحمه الله فمن جعل قوله كقول محمد قال المسئلة فرع لما بينا فى كتاب الطلاق اذا قال لامرأته أنت طالق كيف شئت عند أبى حنيفة تقع تطليقة رجعية ولها الخيار فى جعلها بائنة وعندهما لا يقع عليها شئ ما لم تشأ فمن أصله انه يقع أصل الطلاق ويبقى لها المشيئة فى الصفة فهنا أيضا وقع أصل الطلاق بقبولها وبقي لها المشيئة فى صفته فاذا التزمت المال طوعا صارت تطليقة بائنة وعندهما لايجوز أن يبقى لها مشيئة بعد وقوع أصل الطلاق بقبولها فلا رأى لها بعد ذلك فى التزام المال لتغير صفة تلك التطليقة ومن قال ان قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة جعل المسئلة فرعا لما بيناه فى كتاب الدعوى ان من طلق امرأته تطليقة رجعية ثم قال جعلتها بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف تصير بائنا وعند محمد لا تصير بائنا فلما كان من أصلهما أن للزوج أن يجعل الواقع بصفة الرجعية بائنا فكذلك للمرأة ذلك بالتزام المال وعند محمد لما لم يكن للزوج ولاية جعل التطليقة الرجعية بائنة فكذلك لا يكون لها ذلك بالتزام المال ولو كان مكان التطليقة خلع بألف درهم كان الطلاق بائنا ولا شئ عليها لان الواقع بلفظ الخلع بائن من غير اعتبار وجوب المال فان الخلع مشتق من الخلع والانتزاع

في اللفظ ما يوجب البينونة ولهذا لو خلع الصغيرة على مال وقبلت كان الواقع بائنا بخلاف لفظ صريح الطلاق وكذلك الصلح عن دم العمد اذا أكره القاتل بقتل أوحبس على أن يصالح الولي على أكثر من الدية أو أقل منها فصالحه بطل الدم لوجود القبول مع الاكراه وليس على القاتل من المال شئ لان التزام المال يعتمد تمام الرضا وينعدم بالاكراه ولو خلع امرأته قبل أن يبلغ وقد دخل بها على ألف درهم فقبلت وقع الخلع لوجود القبول منها ولم يجب المال لان الصغر لا ينافي التكلم بالقبول ولكن ينافي صحة التزام المال (ألا ترى) أن التزام المال منه عوضا عن مال لا يكون صحيحا فمن غير مال أولى ولذلك لو كان لرجل على رجل دم عمد فصالحه عنه غلام لم يبلغ على مال ضمنه له الغلام على أن عفا جاز العفو لوجود القبول ممن شرط عليه الضمان ولا شئ عليه لان الصغر ينافي التزام المال بجهة الضمان وانما أورد هذا لايضاح مسئلة الاكراه وكذلك لو أكره العبد على أن يقبل العتق من مولاه بمال قليل أو كثير عتق لوجود القبول ولا شئ عليه من المال لانعدام الرضا من العبد بالتزام المال ولو أكره الزوج على أن يطلق امرأته بألف درهم وأكرهت المرأة على أن تقبل ذلك ففعلا وقع الطلاق بغير مال لان الاكراه لا ينافي الاختيار في الايجاب والقبول وانما يعدم الرضا به والمال لا يجب بدون الرضا به وكذلك هذا في الصلح من القود والعتق على مال لان للمولى أن يضمن المكره قيمة عبده ان كان أكرهه بوعيد قتل وان كان أكرهه بحبس لم يضمن شيأ لما بينا أن الاتلاف انما يصير منسوبا الى المكره عند الالجاء التام وذلك الاكراه بالقتل دون الاكراه بالحبس

باب الاكراه على الزنا والقطع

(قال رحمه الله) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لو أن سلطانا أوغيره أكره رجلا حتى زنا فعليه الحد وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع فقال لاحد عليه اذا كان المكره سلطانا وهو قولهما وجه قوله الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة ولا تنتشر آلته الا بلذة وذلك دليل الطواعية فمع الخوف لا يحصل انتشار الآلة وفرق على هذا القول بين الرجل والمرأة قال المرأة في الزنا محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها (ألا ترى) أن فعل الزنا يتحقق وهي نائمة أو مغمى عليها لا تشعر بذلك بخلاف جانب الرجل وفرق على هذا القول

بين الاكراه على الزنا وبين الاكراه على القتل قال لا قود على المكره وعليه الحد ففى كل واحد من الموضعين الحرمة لا تنكشف بالاكراه ولكن القتل فعل يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره فبسبب الالجاء يصير الفعل منسوبا الى المكره ولهذا لزمه القصاص واذا صار منسوبا الى المكره صار المكره آلة فاما الزنا ففعل لا يتصور أن يكون المكره فيه آلة للمكره لان الزنا بآلة الغير لا يتحقق ولهذا لا يجب الحد على المكره فبقي الفعل مقصورا على المكره فيلزمه الحد ووجه قوله الآخر ان الحد مشروع للزجر ولا حاجة الى ذلك فى حالة الاكراه لانه منزجر الى أن يتحقق الالجاء وخوف التلف على نفسه فانما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف فقد تنتشر الآلة طبعا بالفحولة التى ركبها الله تعالى فى الرجال وقد يكون ذلك طوعا (ألا ترى) أن النائم تنتشر آلته طبعا من غير اختيار له فى ذلك ولا قصد ثم على القول الآخر قال أبو حنيفة رحمه الله ان كان المكره غير السلطان يجب الحد على المكره وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان قادرا على ايقاع ماهدده به فلا حد على المكره سواء كان المكره سلطانا أو غيره قيل هذا اختلاف عصر فقد كان السلطان مطاعا فى عهد أبى حنيفة ولم يكن لغير السلطان من القوة مايقدر على الاكراه فأجاب بناء على ماشاهد فى زمانه ثم تغير حال الناس فى عهدهما وظهر كل متغلب فى موضع فأجابا بناء على ماعاينا وقيل بل هو اختلاف حكم فوجه قولهما ان المعتبر فى اسقاط الحد هو الالجاء وذلك بان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به لان خوف التلف للمكره بذلك يحصل (ألا ترى) ان السلطان لو هدده وهو يعلم انه لا يفعل ذلك به لا يكون مكرها وخوف التلف يتحقق عند قدرة المكره على ايقاع ماهدده به بل خوف التلف باكراه غير السلطان أظهر منه باكراه السلطان فالسلطان ذو أناة فى الامور لعلمه انه لا يفوته وغير السلطان ذو عجلة فى ذلك لعلمه انه يفوته ذلك بقوة السلطان ساعة فساعة وأبو حنيفة لا يقول الالجاء لا يتحقق باكراه غير السلطان وانما يتحقق باكراه السلطان لانه لا يتمكن من دفع السلطان عن نفسه بالالتجاء الى من هو أقوى منه ويتمكن من دفع اللص عن نفسه بالالتجاء بقوة السلطان فان اتفق فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر والحكم انما ينبنى على أصل السبب لا على الاحوال وباعتبار الاصل يمكن دفع اكراه غير السلطان بقوة السلطان ولا يمكن دفع اكراه السلطان بشئ ثم مايكون

مغيرا للحكم يعتبر فيه السلطان كتغيير الفرائض من الاربع الى الركعتين يوم الجمعة واقامة الخطبة مقام الركعتين يعتبر فيه السلطان ولا يقوم فى ذلك غيره مقامه وفى كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها وقد بيناهذا فى الحدود اذ الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد خلافا للشافعي رحمه الله وفى كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الواطئ فى غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر فاذا سقط الحد وجب المهر لاظهار خطر المحل فانه مصون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس ويستوي ان كانت أذنت له فى ذلك أو استكرهها اما اذا استكرهها فغير مشكل لان المهر يجب عوضا عما أتلف عليه ولم يوجد الرضا منها بسقوط حقها وأما اذا أذنت له فى ذلك فلانه لا يحل لها شرعا أن تأذن فى ذلك فيكون اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا بمنزلة اذن الصبي والمجنون فى اتلاف ماله أو هى متهمة فى هذا الاذن لما لها فى هذا الاذن من الحظ فجعل الشرع اذنها غير معتبر للتهمة ووجوب الضمان لصيانة المحل عن الابتذال والحاجة الى الصيانة لا تنعدم بالاذن (ألا ترى) أنها لو زوجت نفسها بغير مهر وجب المهر ولو مكنت نفسها بعقد فاسد حتى وطئها الزوج ولم يكن سمى لها مالا وجب المال فهذا مثله وهو واجب فى الوجهين أما اذا استكرهها فانه ظالم وحرمة الظلم حرمة باتة وكذلك اذا أذنت له فى ذلك لان اذنها لغو غير معتبر ثم حرمة الزنا حرمة باتة لا استثناء فيها ولم يحل فى شئ من الاديان بخلاف حرمة الميتة ولحم الخنزير فتلك الحرمة مقيدة بحالة الاختيار لوجود التنصيص علي استثناء حالة الضرورة فى قوله تعالى الا ما اضطررتم اليه وان امتنع من الزنا حتى قتل كان مأجورا فى ذلك لانه امتنع من ارتكاب الحرام وبذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالي فى الوقوف على حد الدين بالتحرز عن مجاوزته وفيما يرخص له فيه وهو اجراء كلمة الشرك وقد بينا انه اذا امتنع حتى قتل كان مأجورا فالا رخصة فيه أولى وان كان الاكراه على الزنا بحبس ففعل ذلك كان عليه الحد لان تمكن الشبهة باعتبار الالجاء وبسبب الاكراه بالحبس لا يتحقق الالجاء فوجوده وعدمه فى حق الحكم سواء ولو قال له لاقتلنك أو لتقطعن يد هذا الرجل فقال له ذلك الرجل قد أذنت لك فى القطع فاقطعه وهو غير مكره لا يسع المكره أن يقطع يده لان هذا من المظالم وليس المقصود بالفعل أن يأذن فى ذلك شرعا لانه يبذل طرفه لدفع الهلاك عن غيره وذلك لا يسعه كما لو رأى مضطرا فأراد أن يقطع يد نفسه ليدفعها اليه حتى يأكلها ولا يسعه ذلك فهذا مثله ولو لم

يوجد الاذن لم يسعه الاقدام على القطع فكذلك بعد الاذن وان قطعها فلا شئ عليه ولا على الذى أكرهه لان القاطع لو لم يكن مكرها وقال له انسان اقطع يدى فقطعه لم يلزمه شيء فاذا كان القاطع مكرها أولى وهذا لان الحق فى الطرف لصاحب الطرف وقد أسقطه بالاذن فى الابتداء ولو أسقطه بالعفو فى الانتهاء لايجب شيء فكذلك بالاذن فى الابتداء والدليل عليه أن الطرف يسلك به مسلك الاموال من وجه وفي الاموال البدل مفيد عامل فى الاباحة والبدل الذي هو سعته عامل فى اسقاط الضمان حتى اذا قال له احرق ثوبى هذا لايباح له أن يفعله ولكن لايلزمه شيء ان فعله فكذلك فى الطرف البدل المفيد عامل فى الاباحة وهو اذا وقع فى يده أكلة فأمر انسانا أن يقطع يده فالبدل الذى هو سعته يكون مسقطا للضمان فيه أيضا فلهذا لايجب على القاطع ولا على المكره شئ وان كان صاحب اليد مكرها أيضا من ذلك المكره أو من غيره على الاذن فى القطع بوعيد تلف فالقصاص على المكره لان بسبب الالجاء يلغو اذنه وفعل القطع منسوب الى المكره لان المكره يصلح أن يكون آلة فى ذلك فلهذا كان عليه القود ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلنه فقال له المقصود اقتلنى فانت فى حل من ذلك وهو غير مكره فقتله بالسيف فعلى الآمر الدية فى ماله لان المباشر ملجأ الى القتل فيصير الفعل منسوبا الى الملجئ وصار هذا بمنزلة مالو قتل انسانا باذنه وفى هذا يجب الدية عليه دون القصاص فى ظاهر الرواية وعلى قول زفر رحمه الله عليه القصاص وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لاشيء عليه أو رده فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله الا أن هذا انما يتحقق فى حق من باشر القتل بنفسه لافى حق المكره فان زفر لايرى القود على المكره وأوزد على هذا أيضا أنه اذا قال اقتل أبى أو ابنى فقتله فعليه القصاص فى قول زفر رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله أستحسن أن يكون عليه الدية فى ماله اذا كان هو الوارث وذكر الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله فى قوله اقتل ابنى كقول زفر وفى قوله اقتلنى كقول أبى يوسف انه لاشئ عليه وجه تلك الرواية ان الاذن فى الابتداء كالعفو فى الانتهاء وبعد ما جرحه لو عفى عن الجناية ومات لم يجب شيء فكذلك اذا أذن فى الابتداء وهذا لان الحق فى بدل نفسه له حتى يقضي منه ديونه فيسقط باسقاطه كما فى الطرف وجه قول زفر ان بدل النفس انما يجب بعد زهوق الروح والحق عند ذلك للوارث فاذنه فى القتل صادف محلا هو حق الغير فكان لغوا وعليه القصاص بخلاف بدل الطرف

فإن الحق له بعد تمام الفعل فيعتبر اسقاطه وهذا بخلاف العفو فان العفو اسقاط بعد وجود السبب والاسقاط بعد وجود السبب وقبل الوجوب يصح فاما الاذن فلا يمكن أن يجعل اسقاطا لان السبب لم يوجد بعد وباعتبار عينه الاذن لاقى حق الغير فلا يصح ووجه ظاهر الرواية ان اذنه فى القتل باعتبار ابتدائه صادف حقه وباعتبار مآله صادف حق الوارث فلاعتبار الابتداء يمكن شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولاعتبار المال تجب عليه الدية فى ماله ولهذا قال أبو يوسف فى الآذن فى قتل أبيه أو ابنه انه باعتبار الابتداء لاقى حق الغير وباعتبار المآل لاقى حقه فيصير المال شبهة فى اسقاط القود ويجب عليه الدية ولو قطع يده باذنه فمات منه لم يكن على القاطع ولا على الآمر فى ذلك شئ لان أصل الفعل صار هدرا فلو سرى الى النفس كان كذلك كما لو قطع يد مرتد فاسلم ثم سرى الى النفس وروى الحسن عن أبى حنيفة انه تجب الدية هنا لان القطع اذا اتصلت به السراية كان قتلا فاذا لم يتناوله الاذن فلا شك انه يجب الضمان به وان تناوله الاذن فهو بمنزلة قوله اقتلنى فيكون موجبا للدية ولو أكرهه على أن يصنع به شيأ لا يخاف منه تلف من ضرب سوط أو نحوه ففعل ذلك به رجوت أن لا يأثم فيه لانه يدفع الهلاك عن نفسه بما يلحق الهم والحزن بغيره وقد رخص له الشرع فى ذلك فان المضطر يباح له أن يأخذ مال الغير فيتناوله بغير رضاه فان أبى عليه ذلك فمات منه كانت ديته على عاقلة المكره لان فعل المكره صار منسوبا الى المكره فكأنه فعل ذلك بنفسه وهذا بمنزلة الخطأ وهو يوجب الدية على عاقلته وهذا اذا لم يكن المقتول أذن له فى ذلك فان كان أذن له فى ذلك طوعا فلا ضمان فيه على أحد لان فعل الغير به باذنه كفعله بنفسه ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال رجل فيرمى به فى مهلكة فأذن له صاحبه فيه ففعله فلا شىء على واحد منهما لان صاحب الحق أسقط حقه بالاذن له فى الاتلاف طوعا ولو كان أكره صاحب المال بوعيد تلف أيضا على أن أمره بذلك فاذنه مع الاكراه لغو والضمان على المكره لان المكره آلة فى ذلك الفعل والفعل صار منسوبا الى المكره ولا ضمان على الفاعل ان علم أن صاحب المال مكره على الاذن أو لم يعلم لانه بالالجاء يصير كالآلة ولا يختلف ذلك باختلاف صاحب المال فى الاذن طوعا أو كرها ولو كان الفاعل أكره على ذلك بحبس أو قيد لم يحل له أن يستهلك مالا لان هذا من مظالم العباد فلا يرخص له فى الاقدام عليه بدون الالجاء وبالحبس والقيد لا يتحقق الالجاء الا أن يأمره به صاحبه بغير اكراه فحينئذ لا شىء

عليه من اثم ولا ضمان لان صاحب المال صار باذلا ماله بالاذن والمال مبتذل وانما كان ممنوعا من اتلافه لمراعاة حق صاحب المال فاذا رضى به طوعا كان له الاقدام عليه والعبد والامة فيما يأذن فيه مولاهما فى جميع ما وصفنا بمنزلة الحر والحرة الا فى خصلة واحدة ان القاتل لا يغرم نفس المملوك اذا أذن المولى فى قتله بغير اكراه لان الحق في بدل نفسه له باعتبار الحال والمآل فيعتبر اذنه فى اسقاط الضمان كما يعتبر اذن صاحب اليد فى اسقاطه حقه فى بدله عن القاطع والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على البيع ثم يبيعه المشترى من آخر أو يعتقه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على بيع عبد له يساوى عشرة آلاف درهم من هذا الرجل بالف درهم ويدفعه اليه ويقبض الثمن ففعل ذلك وتقابضا والمشترى غير مكره فلما تفرقوا عن ذلك المجلس قال البائع قد أجزت البيع كان جائزا لان الاكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع فقد وجد ما به ينعقد البيع من الايجاب والقبول من أهله فى محل قابل له ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا أجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به ولو أجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا أجاز بيعا باشره هو كان أولى به ولان بيع المكره فاسد والفساد بمعنى وراء ما يتم به العقد فباجازته يزول المعنى المفسد وذلك موجب صحة البيع كالبيع بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد اذا أسقط من له الاجل أو الخيار ما شرط له قبل تقرره كان البيع جائزا وكذلك لو لم يكن البائع قبض الثمن فقبضه من المشترى بعد ذلك كان هذا اجازة للبيع لوجود دليل الرضا منه بقبض الثمن طائعا فانه قبضه لتملكه ملكا حلالا ولا يكون ذلك الا بعد اجازة البيع ودليل الرضا كصريح الرضا وفى البيع بشرط الخيار للبائع اذا قبض البائع الثمن روايتان فى اسقاط خيار البائع فى احدى الروايتين يسقط به خياره لوجود دليل الرضا منه بتمام البيع وفى الرواية الاخرى لا يسقط خياره على ماذكر فى الزيادات وهو الاصح والفرق على تلك الرواية أن يقول هناك انعدام الرضا باعتبار خيار مشروط نصا وقبض الثمن لا ينافى شرط الخيار ابتداء فلا ينافى بقاءه بطريق الاولى وهنا الخيار ثبت حكما لانعدام الرضا بسبب الاكراه وبين قبض الثمن الذى هو دليل الرضا وبين الاكراه منافاة وبقبض الثمن طوعا ينعدم معنى الاكراه ٭ ويوضحه أن هناك

العقد فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط وبقبض الثمن لا يصير الشرط موجودا وهنا العقد فى حق الحكم منعقد غير متعلق بالشرط ولكنه غير نافذ لانعدام الرضا وقبض الثمن دليل الرضا فيتم به البيع ولو لم يفعل ذلك حتى أعتق المشترى العبد فعتقه جائز عندنا لانه ملكه بالقبض وانما أعتق ملك نفسه فان قال المكره بعد ذلك قد أجزت البيع كانت اجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال بقاء المعقود عليه محلا لحكم العقد ابتداء وبعد العتق أو التدبير أو الاستيلاد لم يبق محلا لذلك فلا تصح اجازته كما في البيع الموقوف اذا أجازه المالك بعد هلاك المعقود عليه فى يد المشترى ولان الفساد قد تقرر حين وجب على المشترى قيمة العبد للبائع دينا فى ذمته فان ذلك حكم العقد الفاسد وبعد ما تقرر المفسد لا ينقلب العقد صحيحا ولان العبد قد وجب للمشترى بالقيمة فبعد ما تقرر ملكه فيه بضمان القيمة وانتهى لا يمكن أن يجعل مملوكا له بالثمن ولو لم يقبض المشترى ولم يحدث فيه شيأ ولم يجز البائع البيع حتى التقيا فقال المشترى قد نقضت البيع فيما بينى وبينك وقال البائع لا أجيز نقضك وقد أجزت البيع فقد انتقض البيع لان فى البيع الفاسد قبل القبض كل واحد من المتعاقدين ينفرد بفسخه فان فسخه لاجل الفساد مستحسن شرعا على كل واحد منهما وما يكون مستحقا عليه شرعا يتم بمباشرته فاذا انفسخ العقد بفسخ المشترى لا تلحقه الاجازة بعد ذلك من جهة البائع لان الاجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ والحاصل أن بيع المكره بمنزلة البيع بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وهنا لكل واحد من المتعاقدين أن ينفرد بفسخه قبل القبض وبعد القبض من له الخيار أو الاجل الفاسد ينفرد بفسخه وصاحبه لا ينفرد بفسخه على ما فسره فى آخر الباب لان قبل القبض العقد ضعيف جدا وكل واحد من المتعاقدين ينفرد بفسخ العقد الضعيف فأما بعد القبض فقد تأكد العقد بثبوت حكمه وانضمام ما يقويه اليه وهو القبض فالمنفرد به من ليس له خيار ولا أجل لان رضاه بالعقد مطلقا قد تم وانما ينفرد بفسخه من شرط الخيار والاجل له لانه لا يتم منه الرضا بالعقد مطلقا فكذلك فى مسئلة الاكراه قبل القبض ينفرد كل واحد منهما بالفسخ وبعد القبض المكره ينفرد بالفسخ لانعدام الرضا من جهته والآخر لا ينفرد بفسخه ما لم يساعده المكره عليه أو يقض القاضي به وهذا بخلاف البيع بالخمر فهناك كل واحد منهما ينفرد بفسخه قبل القبض وبعده لان المفسد هناك متمكن فى صلب العقد ولهذا لا يحتمل التصحيح الا بالاستقبال فلتمكن المفسد فى صلب العقد كان ضعيفا قبل القبض

وبعده فينفرد كل واحد منهما بفسخه والذى شرط الخمر لااشكال أنه ينفرد بفسخه وصاحبه كذلك لانه مارضى بوجود بدل آخر عليه سوى المسمى فكان له أن ينفرد بفسخه فأما فى هذه الفصول فالمفسد غير متمكن فى صلب العقد ولكنه لمعنى وراء مايتم به العقد ولهذا أمكن تصحيحه بالاجازة فمن ليس فى جانبه المعنى المفسد قد تم الرضا منه بملك المعقود عليه بالبدل المسمى وباجازة صاحبه لا يثبت الا ذلك فلهذا لا ينفرد بفسخه بعد تأكد العقد بالقبض ولو باعه المشترى من المكره من آخر وقد كان قبضه بتسليم البائع مكرها فالبائع على خياره ان شاء نقض البيع الاول والثانى وأخذ عبده وان شاء أجاز البيع الاول لان البيع الثانى فى كونه محتملا للفسخ كالاول والبائع غير راض بواحد من البيعين فيكون متمكنا من استرداده وباسترداده ينفسخ البيعان جميعا كما لو اشترى عبدا بالف درهم حالة وقبضه المشترى بغير أمر البائع فباعه كان جائزا لمصادفته ملكه وللبائع الاول أن يسترده لانه غير راض بالعقد الثانى حين كان ممتنعا من تسليمه الى المشترى فاذا استرده انتقض البيع الثانى وكذلك فى حق المكره بخلاف البيع الفاسد بشرط أجل أو خيار لمجهول فالمشترى هناك اذا باعه من غيره ونفذ بيعه لا يكون للبائع أن يسترده لان البيع الثانى حصل برضا البائع الاول وتسليطه عليه فتسليمه المبيع الى المشترى طائعا يكون تسليطا له على التصرف وهنا البيع الثانى كان بغير رضا المكره لانه كان مكرها على التسليم فيتمكن من نقض البيعين واسترداد العبد فان أجاز البيع الاول فقد أسقط حقه فى استرداد العبد فينفذ البيع الثانى لانه حصل من المشترى فى ملكه ويده كما لو قبض المبيع بغير اذن البائع وباعه ثم سلم البائع الاول لمشترى الاول فقبضه جاز البيع الثانى لهذا المعنى وكذلك فى الفصلين يجوز كل بيع جرى فيه وان تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض اذا نفذ البيع الاول باجازة البائع كذلك البيع بقبض المشترى لان كل واحد منهم باع ملكه بعد ما قبضه بحكم عقد صحيح الا انه كان للبائع الاول حق الفسخ فاذا سقط حقه بالاجازة نفذت البيوع كلها وكذلك فى مسألة المكره لو تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض كان للمكره أن ينقض البيوع كلها ويأخذ عبده فان سلم بيع من هذه البيوع الاول أو الثانى أو الآخر جازت البيوع كلها لان تسليمه اسقاط منه لحقه فى استرداد المبيع فاما البيع من كل مشتر فكان فى ملكه لنفسه ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الفسخ وبالاجازة سقط حقه فتنفذ البيوع كلها كالراهن اذا باع المرهون وأجاز المرتهن البيع أو الآخر

باع المستأجر فاجازه المستأجر بعد البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه في الفسخ الا أن يكون مملكا باجازته واذا جازت البيوع كلها كان الثمن للمكره على المشترى الاول ولكل بائع الثمن على المشترى لان العقد الاول نفذ بين المكره والمشترى الاول بهذه الاجازة فله أن يطالبه بالثمن وكل عقد بعد ذلك انما نفذ بين البائع والمشترى منه فيكون الثمن له وهذا بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب وسلمه ثم باعه المشترى من غيره حتى تناسخته بيوع ثم أجاز المالك بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما أجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته لاحد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ماسواه وهنا المشترى من المكره كان مالكا فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما يوقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد وعلى هذا لا يفترق الحال بين اجازة البيع الاول أو الآخر فلهذا نفذت البيوع كلها باجازته عقدا منها فان أعتقه المشترى الآخر قبل اجازة البائع وقد تناسخ العبد عشرة كان العتق جائزا من الذى أعتقه ان لم يقبضه لان كل بائع صار مسلطا المشترى منه على اعتاقه بايجابه البيع له مطلقا وصح هذا التسليط لانه يملك الاعتاق بنفسه فيملك أن يسلط الغير عليه ويستوى ان الآخر قبضه أو لم يقبضه لان شراءه من بائعه صحيح وان كان للمكره حق الفسخ بالاسترداد وفى الشراء الصحيح المشتري تملك المعقود عليه بنفس العقد وينفذ العتق فيه قبضه أولم يقبضه بخلاف المشترى من المكره فان شراءه فاسد لانعدام شرط الجواز وهو رضا البائع به فلا يكون مالكا قبل القبض فلهذا لا ينفذ عتقه فيه الا بعد قبضه فاذا سلم المكره بعد ذلك لم يجز تسليمه لما بينا أن حقه تقرر فى ضمان القيمة فلا يتحول الي ضمان الثمن وان المحل بعد العتق لم يبق قابلا لحكم العقد ابتداء فلا تعمل اجازته أيضا وكان له أن يضمن قيمة عبده أيهم شاء لان كل واحد منهم متعد فى حقه بقبض العين على وجه التملك لنفسه بغير رضاه فله أن يضمن قيمته أيهم شاء وان شاء ضمن المكره لانه فى التسليم كان مكرها من قبله بوعيد تلف فيصير الاتلاف الحاصل به منسوبا الى المكره فله أن يضمنه قيمته فان ضمن الذى أكرهه رجع بها المشترى الاول لانه قام مقام المكره فى الرجوع عليه بعد ماضمنه القيمة وقد بينا ان البيع لا ينفذ من جهة المكره حين ضمن القيمة لانه ماقصد البيع من جهته فاذا رجع بالقيمة على المشترى الاول جازت البيوع كلها وكذلك ان ضمن البائع المشترى الاول برئ الذى أكرهه وتمت البيوع

الباقية كلها لان الملك قد تقرر للمشترى الاول من حين قبضه وهو انما باع ملك نفسه فينفذ بيعه وكذلك كل بائع بعده ولانه فى هذا لا يكون دون الغاصب والغاصب اذا باع ثم ضمن القيمة ينفذ بيعه فهنا كذلك فان ضمنها أحد الباعة الباقين سلم كل بيع كان بعد ذلك البيع وبطل كل بيع كان قبل ذلك لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين وان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو استرد العين منه بطل كل بيع كان قبله الاستحقاق فكذلك اذا استرد القيمة وجاز كل بيع كان بعده لان الملك قد تقرر للضامن حين ضمن القيمة فتبين انه باع ملك نفسه فيكون بيعه جائزا حتى اذا ضمن المشترى الآخر بطلت البيوع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد ويرجع هو على بائعه بالثمن الذى أعطاه وكذلك كل مشتر يرجع على بائعه حتى ينتهوا الى البائع المكره لان البيوع كلها قد انقضت وكل واحد منهم قبض الثمن بحكم بيعه فبعد الانتقاض يلزمه رده على من قبضه منه ولو أكره بوعيد تلف على أن يشترى من رجل عبدا له يساوى ألف درهم بعشرة آلاف درهم والبائع غير مكره فاكره على الشراء والقبض ودفع الثمن فلما قبضه المشترى أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فوطئها أو قبلها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة وأقر بذلك أو قال قد رضيتها فهذا كله جائز عليه لان البيع تام من جهة البائع وانما امتنع لزومه فى حق المشترى لانعدام الرضا منه بحكمه حين كان مكرها فاذا أجازه فقد تم رضاه به وكذلك دليل الاجازة منه كصريح الاجازة ومباشرته هذه التصرفات المختصة بالملك حالا أو منقودا دليل الرضا منه بالحكم وهو الملك فلهذا يتم به البيع وهو بمنزلة مالو اشترى جارية على انه بالخيار أبدا وقبضها فالبيع فاسد فان تصرف فيها بشئ من هذه التصرفات نفذ تصرفه وجاز البيع لانه بتصرفه صار مسقطا لخياره مزيلا للمفسد وهو بمنزلة مالو اشترى عبدا بألف درهم الى الحصاد أو الدياس فالبيع فاسد فان أبطل المشترى الاجل وأعطى الثمن حالا جاز شراؤه الا أن فى هذه المسألة بالاعتاق والوطء لا ينقلب العقد صحيحا لان المفسد شرط الاجل ولم ينعدم ذلك بمباشرته هذه التصرفات وفى مسئلة الخيار والاكراه المفسد انعدام الرضا منه بالحكم وهذه التصرفات منه دليل الرضا بالحكم وهو الملك فلهذا نفذ به البيع ولو كان أكره البائع ولم يكره المشترى فلم يقبض المشترى العبد حتى أعتقه كان عتقه باطلا لما بينا ان بيع المكره فاسد والبيع الفاسد لا يملك به الا بعد القبض فاعتاقه قبل القبض لم يصادف ملكه فان أجازه البائع بعد عتق المشترى جاز البيع لبقاء المعقود عليه محلا لحكم العقد ولم يجز ذلك العتق الذى كان من

المشترى لانه سبق ملكه فلا ينفذ لحدوث الملك له فى المحل كمن أعتق عبد الغير ثم اشتراه ولو أعتقا جميعا العبد جاز عتق البائع لانه صادف ملكه وانتقض به البيع لانه فوت باعتاقه محل البيع وهو نظير مالو كان البائع بالخيار فى البيع ثلاثة أيام فاعتقه هو والمشتري جاز عتق البائع وبطل عتق المشتري ولو كان المشترى قبضه ثم أعتقاه جميعا عتق العبد من المشترى لان البيع فاسد والمشترى بالقبض صار مالكا فعتقه صادف ملكه وعتق البائع صادف ملك الغير فلهذا نفذ العتق من المشترى دون البائع ولو كانا مكرهين جميعا على العقد والتقابض ففعلا ذلك فقال أحدهما بعد ذلك قد أجزت البيع كان البيع جائزا من قبله وبقى الآخر على حاله لان الذى أجاز صار راضيا به فكأنه كان فى الابتداء راضيا وذلك يوجب نفوذ البيع من قبله لا من قبل صاحبه المكره وهو نظير مالو شرط فى البيع الخيار ثم أسقط أحدهما خياره نفذ العقد من جهته وكان الآخر على خياره فان أجازا جميعا بغير اكراه جاز البيع لوجود تمام الرضى بينهما بالبيع ولو لم يجيزا حتى أعتق المشتري العبد جاز عتقه لانه ملكه بالقبض مع فساد العقد فكان ضامنا لقيمته فان أجاز الآخر بعد ذلك لم يلتفت الى اجازته لتقرر ضمان القيمة على المشتري وفوات محل حكم العقد ابتداء وان لم يتقابضا فاجاز أحدهما البيع بغير اكراه فالبيع فاسد على حاله لان بقاء الاكراه فى جانب صاحبه كاف لفساد البيع فان اعتقاه جميعا معا وقد أجاز أحدهما البيع فان كان العبد غير مقبوض فعتق البائع فيه جائز وعتق المشتري باطل لانه قبل القبض باق على ملك البايع لفساد البيع فاعتاقه صادف ملكه وان أعتقه أحدهما ثم أعتقه الآخر فان كان البائع هو الذى أجاز البيع وقد أعتقه المشترى قبله فهذا اجازة منهما للبيع لان اقدام المشترى على الاعتاق رضا منه بحكم البيع وذلك يوجب نفوذ العتق من قبله وانما يوقف نفوذه لعدم الرضى من البائع فاذا أجاز البيع ثم بتراضيهما والثمن المسمى للبائع على المشترى والعتق لا ينفذ من المشترى لانه سبق ملكه وان كان البائع أعتق أولا فهو باعتاقه قد نقض البيع ونفذ العتق من قبله فلا يعمل فيه اجازة واحد منهما ولا اعتاق المشترى بعد ذلك وان كان الذى أجازه أول مرة من المشترى ولم يجزه البائع فعتق البائع جائز فيه وقد انتقض البيع به ان أعتقه قبل المشترى أو بعده لانه باق على ملك البائع بعد اجازة المشترى فاعتاق البائع يصادف ملكه فينفذ وينتقض به البيع وانما مثل هذا مثل رجل اشترى عبدا بالف درهم على أن المشترى بالخيار أبدا فلم يقبضه حتى أعتقاه فعتق البائع جائز

لان شرط الخيار بهذه الصفة يفسد البيع وفي البيع الفاسد المبيع على ملك البائع قبل تسليمه الى المشترى فينفذ عتقه فيه وكذلك لو سبق البائع بالعتق فان أعتقه المشتري أولا فالقياس فيه أن عتقه باطل لان البيع فاسد فلا يملكه المشترى قبل القبض والاعتاق اذا لم يصادف الملك كان باطلا ولكنا نستحسن فنجعل عتقه اياه رضا بالبيع لان الخيار الفاسد لا يكون أقوى من الخيار الصحيح ولو كان المشترى شرط لنفسه خيار ثلاثة أيام ثم أعتقه كان اعتاقه اسقاطا منه الخيار وباسقاط الخيار يزول المعنى المفسد وهذا لان الفساد لانعدام الرضا منه بحكم البيع واقدامه على العتق يتضمن الرضا منه بالحكم وهو الملك فيقدم الرضى وثبوت الملك له على العتق لتنفيذ العتق كما قصده فان من قصد تنفيذ تصرف فى محل لا يمكنه ذلك الا باعتبار تقديم شرط في المحل بعدم ذلك ليصح كمن يقول لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم فيقول قد أعتقت أو يقول صاحب العبد أعتقت عبدى عنك على ألف درهم وقال الآخر قد رضيت عتق العبد عن المعتق عنه ووقع العتق والملك معا رضاه بذلك أو تقدم الملك فى المحل على العتق فكذلك فيما سبق ولو كان المشترى قبض العبد فى الاكراه وفى الخيار الفاسد ثم أجاز أحدهما البيع فى الاكراه لم يجز عتق البائع فيه على حال لان ملك البائع زال بتسليمه الى المشترى ويكون البيع مطلقا من جهته وجاز عتق المشترى فيه لمصادفته ملكه فان كان الذي أجاز البيع فى الاكراه البائع جاز العتق والبيع بالثمن لان المشترى بالاعتاق صار مجيزا وان كان الذى أجاز البيع المشترى جاز عتقه وغرم القيمة للبائع لان البيع فاسد لانعدام الرضى من البائع به فان كان قبض منه الثمن حاسبه به وأعطاه فضلا ان كان له ولو ان المشتري اكره على الشراء والقبض ودفع الثمن ولم يكره البائع على ذلك وتقابضا ثم التقيا فقال البائع قد نقضت البيع لم يلتفت الى قوله وكان ذلك الى المشترى وما بعد هذا الى آخر الباب مبنى على ماقررناه فى أول الباب ان بعد القبض انما ينفرد بالفسخ من كان مكرها منهما دون صاحبه الذى لم يكن مكرها وقبل القبض كل واحد منهما متمكن من النقض بعد صحة النقض عاد الى ملك البائع فلا ينفذ عتق المشترى فيه بعد ذلك لان ملك البائع مضمون فى يده كالمغصوب و ينفذ عتق البائع فيه لمصادفته ملكه

باب الاكراه على ما يجب به عتق أو طلاق

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على ان يشترى من رجل عبدا بعشرة آلاف درهم وقيمته ألف وعلى دفع الثمن وقبض العبد وقد كان المشترى حلف ان كل عبد يملكه فيما يستقبل فهو حر أو حلف على ذلك العبد بعينه فقد عتق العبد لانه ملكه بالقبض بعد الشراء لما بينا أن شراء المكره فاسد وبالملك يتم شرط العتق فاسدا كان السبب أو صحيحا والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكانه أعتقه بعد ماقبضه فيعتق وعلى المشترى قيمته للبائع ولا يرجع على المكره بشئ لانه ألزمه بالاكراه على الشراء والقبض مقدار القيمة وقد أدخل فى ملكه بمقابلة مايعدله ثم دخل فى ملكه تلف بالعتق ولم يوجد من المكره اكراه على هذا الاتلاف لان الملك شرط العتق فأما السبب وهو الثمن السابق فلان كلمة الاعتاق وهى قوله أنت حر وجدت فى اليمين دون الشرط وانما يحال بالاتلاف على السبب دون الشرط وهو ما كان مكرها عليه من جهة أحد (ألا ترى) انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فشهد شاهدان انه قد دخلها وقضى القاضى بالعتق ثم رجعا لم يضمنا شيأ وفى قياس قول زفر رحمه الله يجب الضمان على المكره لانه يقول الحكم مضاف الى الشرط وجودا عندى ولهذا أوجب الضمان على شهود الشرط فكذا فى الاكراه يوجب الضمان على المكره على الشرط لحصول تلف المالية عنده ولكنا نقول المكره انما يضمن اذا صار الاتلاف منسوبا اليه ولا يكون ذلك الا بالاكراه على مايحصل به التلف بعينه وكذا لو اكرهه على شراء ذى رحم محرم منه وعلى قبضه باكثر من قيمته فاشتراه وقبضه عتق عليه لانه ملكه ومن ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعليه قيمته لان الشراء فاسد وقد تعذر رد المشترى لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته ويبطل عنه مازاد على قدر القيمة من الثمن لانه التزمه مكرها والتزام المال مع الاكره لا يصح ولا يرجع على المكره بشئ لانه عتق بقرابته ولم يوجد من المكره اكراه على تحصيل السبب الذى به حصل العتق فان قيل لا كذلك فالملك هنا متمم عليه العتق لان القريب انما يعتق على القريب بالقرابة والملك جميعا والحكم متى تعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجودا ولهذا لو اشترى قريبه ناويا عن كفارته جاز لان بالشراء يصير معتقا متمما لعلة العتق فهنا المكره يكون متمما عليه العتق فيضمن قيمته كما لو كان أكرهه على الاعتاق بعينه قلنا نعم الملك متمم عليه العتق ولكن بين المشترى والعبد لان القرابة

وجدت فى حقهما فأما فى حق المكره فالشراء ليس بمتمم عليه العتق لان أحد الوصفين وهو القرابة غير موجود فى جانب المكره اذ لا صنع له فى ذلك أصلا والاضافة اليه باعتبار صنعه فاذا انعدم ذلك الوصف فى حقه لم يكن الشراء اتلافا فى حقه ومالم يصر الاتلاف منسوبا اليه لا يجب الضمان عليه فاما فى الكفارة فالشراء متمم للعلة فى حق المشترى والقريب فيصير به معتقا والثانى ان عتق القريب بطريق المجازاة مستحق عليه عند دخوله فى ملكه الا أنه اذا نوى به الكفارة وقع عما نوى ولم يكن مجازاة للقرابة فتتأدى به الكفارة فاما هنا فالمكره مانوى شيئا آخر سوى المجازاة لانه اذا نوى شيئا آخر يصير طائعا والمكره انما أكرهه على المجازاة فيكون هذا اكراها على اقامة ما هو مستحق عليه وذلك لا يوجب الضمان على المكره كما لو أكرهه على أن يؤدى زكاة ماله أو يكفر يمينه وكذلك لو أكرهه على شراء أمة قد ولدت منه أو أمة مدبرة ان ملكها لان التدبير والاستيلاد انما يحصل عند وجود الشرط بالسبب المتقدم وهو لم يكن مكرها على ذلك السبب وثبوت حق العتق بها عند وجود الشرط لا يكون أقوى من ثبوت حقيقة الحرية وقد بينا ان الاكره على ايجاد الشرط فى حقيقة الحرية لا يوجب الضمان على المكره فكذلك فى حق الحرية واستوضح بفصل الشهادة اذا شهد شاهدان على رجل انه اشترى هذا العبد بألف درهم هى قيمته والبائع يدعي البيع وقد كان المشترى قال ان ملكته فهو حر فقضى القاضى بذلك وأعتقه ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانه انما أعتقه بقوله فهو حر لا بشرائه والشهود ماأثبتوا تلك الكلمة بشهادتهم وكذلك لو قال عبده حر ان دخل هذه الدار فأكرهه بوعيد تلف حتى دخل فانه يعتق لانه هو الداخل بنفسه وان كان مكرها بخلاف ما اذا حمل فادخل لانه الآن مدخل لا داخل فلا يصير الشرط به موجودا الا أن يكون قال ان صرت فى هذه الدار فعبدى هذا حر فحمله المكره حتى أدخله الدار وهو لا يملك من نفسه شيئا فانه يعتق لوجود الشرط ولا ضمان على المكره فى الوجهين لان العتق انما حصل بقوله هو حر لا بحصوله فى الدار فان الحرية من موجبات قوله هو حر لا من موجبات دخول الدار فالاتلاف الحاصل به لا يكون مضافا الى من أدخله الدار ولذلك لو قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فاكره على تزوجها بمهر مثلها طلقت ولزمه نصف الصداق لها بسبب الطلاق قبل الدخول ولم يرجع على المكره بشئ لانه ماأكرهه على الطلاق انما أكرهه على التزوج وقد دخل فى ملكه بالتزوج مايعادل مالزمه من المهر لان

البضع عند دخوله فى ملك الزوج متقوم قال (ألا ترى) أنه لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان شججنى اليوم أحدا فأنت طالق أو قال ذلك لعبده فشج ان العبد يعتق والمرأة تطلق وعلى الشاج أرش الشجة وليس عليه من قيمة العبد ولا من نصف الصداق شئ للمعنى الذى قلنا وزفر رحمه الله فى الكل مخالف ولكن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام ولو أكره بوعيد تلف حتى يحصل عتق عبده فى يد هذا الرجل أو طلاق امرأته ولم يدخل بها ففعله فطلق ذلك الرجل المرأة أو أعتق العبد وقع الطلاق والعتاق لان الاكراه لايمنع صحة الاعتاق والطلاق فكذلك لايمنع صحة التسليم بها عليه وصحة تمليكه من غيره بجعله فى يده (ألا ترى) ان الاكراه فى هذا كشرط الخيار وشرط الخيار كما لايؤثر فى الاعتاق لايؤثر فى تفويض العتق الى الغير ثم القياس فيه أن لايغرم المكره شيئا لانه ما أكرهه على السبب المتلف فان السبب قول المجعول اليه للعبد أنت حر وللمرأة أنت طالق الا أنه يشترط لحصول التلف بهذا تقدم التفويض من المالك فالمكره على ذلك التفويض بمنزلة المكره على شرط العتق والدليل عليه فصل الشهادة فان شاهدين لو شهدا على رجل أنه جعل أمر عبده فى العتق فى يد فلان أو أمر امرأته فى الطلاق ثم أعتق فلان العبد وطلق المرأة ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا شيئا فلما جعل التفويض بمنزلة الشرط فى حكم الشهادة فكذلك فى حكم الاكراه ولكنه استحسن فقال على المكره ضمان قيمة العبد ونصف المهر الذى غرم لامرأته لان هذا اكراه على الامر بالعتق بعينه أو بالطلاق بعينه فيصير به متلفا عند وجود الايقاع من المفوض اليه (ألا ترى) أنه لو أكرهه على أن يجعل ذلك فى يد المكره ففعل ذلك وأوقعه كان ضامنا ولا يكون ضامنا بايقاعه انما يكون ضامنا باكراهه على جعل ذلك فى يده والاخذ بالقياس في هذا الفصل قبيح لانه لو أكرهه على اعتاقه كان المكره متلفا فاذا أكرهه على جعل العتق فى يد المكره فأعتقه المكره كان أولى أن يكون متلفا والفرق بين الاكراه والشهادة من حيث ان المكره مضار متعنت فيتعدى الاكراه الى ما يتحقق فيه الضرر والشاهد محتسب فى أداء الامانة فلا تتعدى شهادته عما شهد به الى غيره (ألا ترى) أن الاكراه على الهبة يجعل اكراها على التسليم لان الضرر به يتحقق والشهادة على الهبة لاتكون شهادة على التسليم * يوضحه أن الشاهد مخبر عن تفويض قد كان منه والايقاع من المفوض اليه ليس من جنس الخبر بل هو انشاء فلا يصح أن يكون متمما لما ثبت باخبار الشاهد فاما المكره فانما ألجاه الى انشاء التفويض فيمكن جعل

ايقاع المفوض اليه متمما لما أكرهه المكره عليه حتى يصير هو متلفا وفى الكتاب استشهد لايضاح هذا الفرق فقال (ألا ترى) ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم وقالوا شهدنا بالباطل ونحن نعلم انه باطل لم يكن عليهما غرم ولو لم يشهدوا بالاحصان وقال القاضي علمت أنه غير محصن وانه لا رجم ولكني أرجمه وأكره الناس حتى رجموه كان ضامنا وبهذا تبين الفرق بين الشهادة والاكراه ثم فى هذه المسألة على قول أبى حنيفة رحمه الله الاشكال ان القاضي يضمن الدية لانه لا يرى القود فى القتل رجما على من باشره فكذلك على من أكره عليه وكذلك عند أبى يوسف رحمه الله لانه لا يرى القود على المكره اذا أكره على القتل بالسيف فبالحجارة أولى فان عند محمد رحمه الله فى القياس يجب القصاص على القاضى لانه يوجب القود على المكره والقتل بالحجر عنده كالقتل بالسيف فى حكم القصاص وهذا قتل بغير حق فكان موجبا للقصاص عليه ولكنه استحسن فجعل عليه الدية فى ماله للشبهة التى دخلت من حيث ان السبب المبيح لدمه موجود وهو الزنا فان عند ظهور احصانه انما يرجم لزناه لا لاحصانه فيصير هذا السبب شبهة فى اسقاط القود عن القاضي ولان بعض الرجم قائم مقام اقامة الحد المستحق عليه (ألا ترى) انه بعد ما رجمه القاضى بعض الرجم لو بدا له فى ذلك لم يكن له أن يقيم عليه الحد فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القود عن القاضى وتلزمه الدية فى ماله لان المال ثبت مع الشبهات ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا بوجه من الوجوه عتق ولا ضمان على المكره فيه لان العتق انما حصل باعتبار صنع من جهته وهو مختار فيه وهو قبول الشراء والهبة أو الصدقة أو الوصية وذلك منه دليل الرضا بالعتق فيكون مانعا من وجوب الضمان على المكره وان ورث مملوكا فالقياس فيه أن لا يضمن المكره شيأ لانه أكرهه على اليمين واليمين تصرف لا يحصل الاتلاف به (ألا ترى) ان العتق لا يحصل الا بعد انحلال اليمين بوجود الشرط فلم يكن الاكراه على اليمين أو تعليق العتق بالملك اكراها على ما يحصل به التلف بعينه ولكنه استحسن فقال المكره ضامن قيمة المملوك الذى ورثه لان الميراث يدخل فى ملكه شاء أو أبى بغير اختيار ولا يرتد برده وعند وجود الشرط انما ينزل العتق بتكلمه بكلام العتق وقد كان مكرها على ذلك فاذا لم يوجد منه ما يدل على الرضا بعد ذلك كان المكره ضامنا (ألا ترى) انه لو أكرهه على أن يقول كل مملوك أرثه فهو حر فقال ذلك ثم ورث مملوكا يعتق ويصح أن يقال لا يضمن المكره هنا لان بذلك الاكراه قصد

اتلاف هـذا الملك عليه ولا بد من ايجاب الضمان عليه فكذلك فيما سبق ولو أكرهه في هـذا كله بحبس لم يضمن المكره شيأ لان الاتلاف لا يصير منسوبا الى المكره بهذا النوع من الاكراه ولو أكرهه على ان قال لعبده ان شئت فأنت حر فشاء العبدعتق وغرم المكره قيمته لانه عند مشيئته عتق بقوله أنت حر وقد كان مكرها على ذلك القول ولم يوجد منه بعـد ذلك مايدل على الرضا به وكذلك لو أكرهه على أن قال له ان دخلت الدار فأنت حر ثم دخلها العبد لانه لم يوجد من المولى مايدل على الرضا بذلك العتق * فان قيل لا كذلك فقد كان يمكنه أن يخرج العبد من ملكه قبل أن يدخل الدار وان شاء العتق يبيعه من غيره فاذا لم يفعل صار باستدامة الملك فيه راضيا بذلك العتق * قلنا لا كذلك فالبيع لا يتم به وحده انما يتم به وبالمشتري وربما لا يجد في تلك الساعة مشتريا يشتريه منه فلا يصير هو بهذا الطريق راضيا ولو كان أكرهه على ان قال لعبده ان صليت فأنت حر أوان أكلت أو شربت فأنت حر ثم صنع ذلك فان العبد يعتق ويغرم المكره قيمته وكذلك كل فريضة لا يجد المكره بدا من أن يفعل ذلك لانه بمباشرة ذلك الفعل لا يصـير راضيا بالعتق فانه يخاف التلف بالامتناع من الاكل والشرب ويخاف العقوبة بترك الفريضة فيكون هو مضطرا في الاتيان بذلك الفعل والمضطر لا يكون راضيا وهو نظير المريض اذا قال لامرأته ان أكلت أو صليت الظهر فانت طالق ثلاثا ففعلت ذلك كان الزوج فارا بهذا المعنى ولو قال له فلان ان تقاضيت ديني الذي على فلان أو أكلت طعام كذا لطعام خاص بعينه أو دخلت دار فلان فانت حر ففعل ذلك ثم فعل الذي حلف عليـه عتق العبد ولم يغرم المكره شيأ لانه كان يجـد من ذلك الفعل بدا فبالاقدام عليه يصير راضيا بالعتق ويخرج الاتلاف به من أن يكون منسوبا الي المكره وقد قال في الطلاق اذا قال المريض لامرأته ان تقاضيت دينك الذي على فلان فانت طالق ثلاثا ففعلت ذلك يصـير الزوج فارا والفرق بين الفصلين أن المعتبر هنا انعدام الرضا من المرأة بالفرقة ليصير الزوج فارا لا الالجاء (ألا ترى) انه لو أكرهها بالحبس حتى سألته الطلاق كان الزوج فارا لان الرضا ينعدم بالاكراه بالحبس فكذلك الرضا ينعدم منها اذا كانت تخاف هلاك دينها على فلان بترك التقاضي فأما في هذا الموضع فالمعتبر هو الالجاء والضرورة لايجاب الضمان على المكره لا لانعدام الرضا من المكره (ألا ترى) انه لو أكره بحبس أو قيد علي أن يعتق عبده لم يضمن المكره شيأ وانما يتحقق الالجاء عند خوف التلف على نفسه أو خوف العقوبة

بترك الفريضة فأما خوفه على الدين الذى له على فلان فلا يوجب الضرورة والالجاء فلهذا لا يضمن المكره شيأ ولو أن رجلا قتل عبده قتلا خطأ فاختصموا فيه الى القاضي فأكره القاضي المولى على عتق عبده بوعيد تلف فاعتقه وهو عالم بالجناية فلا ضمان على المولى لانه بالالجاء خرج من أن يكون مختارا للدية أو مستهلكا للعبد وانما الضمان على الذى أكرهه لان تلف العبد منسوب اليه فيغرم قيمته فيأخذها المولى منه لانه بدل ملكه ثم يدفعها الى ولى الجناية لان الرقبة كانت مستحقة لولى الجناية وقد فاتت وأخلفت بدلا ولو كان الاكراه بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيأ لان التلف لا يصير منسوبا الى المكره بهذا التهديد ويغرم المولى قيمة العبد لاصحاب الجناية ولا يلزمه أكثر منها لانه بالاكراه بالحبس ينعدم الرضا فيخرج به من أن يكون مختارا للفداء ملتزما للدية ولكنه يكون مستهلكا للرقبة فيغرم قيمته بمنزلة مالو أعتقه وهو لا يعلم بالجناية ولو كان المولى أكره بوعيد تلف حتى قتل عبده عمدا كان للمولى أن يقتل الذى أكرهه لان القتل صار منسوبا الى المكره فصار المكره آلة له بالالجاء فيجب القصاص عليه ويكون استيفاء القصاص الى المولى لانه عوض عن العبد وهو ملكه فباعتبار الملك يخلفه فى عوض نفسه خلافة الوارث المورث ويبطل حق أصحاب الجناية لفوات محل حقهم فالقصاص الواجب غير صالح لايفاء حقهم منه وان كان اكرهه بحبس أو قيد فلا شئ على المكره وعلى المولى قيمته لاصحاب الجناية لانه مستهلك للعبد فانه لم يصر ملجأ بالاكراه بالحبس فكان الفعل مقصورا عليه ولكنه لم يصر مختارا للفداء لانعدام الرضا منه بالتزام الدية لاجل الاكراه بالحبس فيلزمه قيمته للاستهلاك كما لو قتله وهو لا يعلم بالجناية والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاكراه على النذر واليمين ﴾

(قال رحمه الله) ولو أكره بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة فى سبيل الله أو بدنة أو شيأ يتقرب به الى الله تعالى لزمه ذلك وكذلك لو أكرهه على اليمين بشئ من ذلك أو بغيره من الطاعات أو المعاصى والاصل فيه حديث حذيفة رضى الله عنه ان المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة حلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال عليه

الصلاة والسلام أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم وقد بينا ان اليمين بمنزلة الطلاق والعتاق فى أن الهزل والجد فيه سواء وهذا لان فيه منع نفسه عن شئ وايجاب شئ على نفسه لحق الله تعالى فيكون فى معنى الطلاق والعتاق الذى يتضمن تحريم الفرج حقا لله تعالى فيستوي فيه المكره والطوع والنذر بمنزلة اليمين فى هذا المعنى وقال عليه الصلاة والسلام النذر يمين ولا ضمان على المكره فى شئ من ذلك لان التزامه لايصير منسوبا الى المكره وانما ينسب اليه التلف الحاصل به ولا يتلف عليه شيء بهذا الالتزام ثم المكره انما ألزمه شيأ يؤثر الوفاء به فيما بينه وبين ربه من غير أن يجبر عليه فى الحكم فلو ضمن له شيأ كان يجبر على ايفاء ماضمن فى الحكم فيؤدى الي أن يلزمه أكثر مما يلزم المكره وهذا لايجوز ولو كان اكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لان الظهار من أسباب التحريم ثم يستوى فيه الجد والهزل وقد كان طلاقا فى الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فكما أن الاكراه لايؤثر فى الطلاق فكذلك فى الظهار فان أكرهه علي أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذى أكرهه لانه أمره بالخروج عن حق لزمه وذلك منه حسنة لااتلاف شئ عليه بغير حق وان أكرهه علي عتق عبد بعينه عن ظهار ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه صار متلفا عليه مالية العبد باكراهه على ابطاله ولو لم يكن عتق هذ العبد بعينه مستحقا عليه بل المستحق كان واجبا فى ذمته يؤمر بالخروج عنه فيما بينه وبين ربه وذلك فى حكم العين كالمعدوم فلهذا ضمن المكره قيمته بخلاف الاول لان هناك أمره بالخروج عما فى ذمته من غير ان يقصد ابطال ملكه فى شيء من أعيان ماله ثم لايجزيه عن الكفارة هنا لانه فى معنى عتق بعوض ولو استحق العوض علي العبد بالشرط لم يجز عن الكفارة فكذلك اذا استحق العوض على المكره فان قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزينى من الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعده ابراء عن الدين وبالابراء لاتتأدى الكفارة وان قال أعتقته حين أكرهنى وأردت به كفارة الظهار ولم أعتقه لاكراهه اجزأه عن كفارة الظهار ولم يكن له على المكره شئ لانه أقر انه كان طائعا فى تصرفه قاصدا الى اسقاط الواجب عن ذمته واقراره حجة عليه وان قال أردت العتق عن الظهار كما أمرنى لم يخطر ببالي غير ذلك لم يجزه عن كفارة الظهار وله على المكره القيمة لانه أجاب المكره الى ما أكرهه عليه وهو العتق عن الظهار فلا يخرج به من أن يكون مكرها واذا كان مكرها كان التلف

منسوبا الى المكره بخلاف الاول فان هناك لو أقر انه لم يعتقه لا كراهه بل لاختياره اسقاط الواجب عن ذمته به طوعا وان كان أكرهه بحبس أو قيد فلا ضمان على المكره لانعدام الالجاء وجاز عن كفارته لان العتق حصل بغير عوض واقترنت به نية الظهار ولو أكرهه بوعيد تلف حتى آلى من امرأته فهو مول لان الايلاء طلاق مؤجل أو هو يمين في الحال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما فان تركها أربعة أشهر فبانت منه ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولم يرجع به على الذى أكرهه لانه كان متمكنا من أن يقربها فى المدة فاذا لم يفعل فهو كالراضى بما لزمه من نصف الصداق وان قربها كانت عليه الكفارة ولم يرجع على المكره بشئ لانه ماجرى على سنن اكراهه فانه بالاكراه منعه من القربان وقد أتى بضده ولانه لزمه كفارة يمين بها فلا يرجع عليه بضمان بحبس به ولو أكرهه على أن قال ان قربتها فهى طالق ثلاثا ولم يدخل بها فقربها فطلقت ولزمه مهرها لم يرجع على المكره بشئ لانه خالف ماأكرهه عليه ولان المهر لزمه بالدخول فانما أتلف عليه باكراهه ملك النكاح وذلك ليس بمتقوم فلا يضمن المكره له قيمته وان لم يقربها حتى بانت بمضى أربعة أشهر فعليه نصف الصداق ولم يرجع به على الذى أكرهه لانه كان يقدر على أن يجامعها بيجب المهر بجماعه اياها لا بما ألجأه اليه المكره وأكثر مافيه انه بمنزلة الاكراه على الجماع وذلك لا يوجب الضمان علي المكره وكذلك لو أكرهه على أن يقول ان قربتها فعبدى هذا حر فان قربها عتق عبده ولا ضمان على المكره لانه ماجرى على سنن اكراهه وان تركها فبانت بالايلاء قبل الدخول غرم نصف الصداق ولا يرجع على المكره بشئ لانه كان يقدر على أن يبيع عبده فى الاربعة الاشهر ثم يقربها فيسقط الايلاء ولا يلزمه شئ فان قيل البيع لا يتم به وحده وانما يتم به وبالمشترى وقد بينا قبل هذا ان تمكنه من البيع غير معتبر فى ازالة معنى الاكراه قلنا هناك كان الوقت ضيقا لان العبد يعتق بدخول الدار وبمشيئة العتق ولا يتفق وجود مشتر فى ذلك القدر من المدة وهنا الوقت أربعة أشهر والظاهر انه فى هذه المدة يجد مشتريا يرغب فى شراء العبد منه وان كان مدبرا لا يقدر على بيعه وان كانت جارية هى أم ولد فان قرب المرأة عتق هذا ولا ضمان على الذى أكرهه لانه خالف ماأكرهه عليه وان تركها حتى بانت بالايلاء وقد دخل بها لم يرجع على الذى أكرهه أيضا بشئ لانه أتلف عليه النكاح وان لم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وفى القياس لا يرجع على

المكره بشيء لانه كان متمكنا من قربانها فى المدة ليسقط به الايلاء فاذا لم يفعل كان فى معنى ملتزمه من نصف المهر وفى الاستحسان يرجع على المكره بالاقل من نصف الصداق ومن قيمة الذى التى استحلفه على عتقه لانه ماجأ فى التزام الاقل فانه اما أن يدخل بها فيبطل ملكه عن المدبر أولا يدخل بها فيلزمه نصف المهر بوقوع الطلاق قبل الدخول فكان ملجأ مضطرا فى أقلهما والمكره هو الذى ألجأه الى ذلك فلهذا رجع عليه بالاقل وجمع فى السؤال بين المدبر وأم الولد وقيل فى أم الولد الجواب قولهما فاما عند تحقيقه فلا يرجع بشيء لان رق أم الولد عنده فليس بمال متقوم وانما له عليها ملك المتعة بمنزلة ملك النكاح وذلك لايكون مضمونا على المكره بالاتلاف ولو أكرهه على أن قال ان قربتها فمالي صدقة فى المساكين فتركها أربعة أشهر فبانت ولم يدخل بها أو قربها فى الاربعة الاشهر فلزمته الصدقة لم يرجع على المكره بشيء لانه ان قربها فقد خالف ما أمر به المكره وان لم يقربها فقد كان هو متمكنا من أن يقربها فى المدة ويلزمه بالقربان صدقة فيما بينه وبين ربه من غير أن يجبره السلطان عليها ولهذا لا يرجع على المكره بشيء وهو فى المعنى نظير مالو أكرهه على النذر بصدقة ماله فى المساكين والله أعلم

باب اكراه الخوارج المتأولين

(قال رحمه الله) وان غلب قوم من الخوارج المتأولين على أرض وجرى فيها حكمهم ثم أكرهوا رجلا على شيء مما وصفنا فى اكراه اللصوص أو اكره قوم من المشركين رجلا على شيء مما ذكرنا فى اكراه اللصوص فهذا فى حق المكره فيما يسعه الاقدام عليها أولا يسعه بمنزلة اكراه اللصوص لان الالجاء تحقق بخوف التلف على نفسه وذلك عند قدرة المكره على ايقاع ماهدده به سواء كان من اللصوص أو من المشركين أو من الخوارج فاما مايضمن فيه اللصوص أو يلزمهم به القود فى جميع ماذكرنا فانه لا يجب شيء من ذلك على أهل الحرب ولا على الخوارج المتأولين كما لو باشروا الاتلاف بايديهم وهذا لان أهل الحرب غير ملتزمين لاحكام الاسلام واذا انضمت المنعة بالتأويل فى حق الخوارج كانوا بمنزلة أهل الحرب فى سقوط الضمان عنهم فيما أتلفوا من الدماء والاموال للحديث الذى جاء ان الفتنة وقعت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين واتفقوا أنه لاقود فى دم استحل بتأويل القرآن ولا حد فى فرج استحل بتاويل القرآن ولا ضمان فى مال استحل

بتأويل القرآن الا أن يوجد شيء بعينه فيرد الى أهله وقد تقدم بيان هذا فى السير ولو أن المتأولين الشاهدين علينا بالشرك المستحلين لما لنا اقتسموه وأخذوا جوارا من جوارينا فاقتسموهن فيما بينهم كما تقسم الغنيمة واستولدوهن ثم تابوا أو ظهر عليهم ردت الجوارى الى مواليهن لانهم لم يتملكوهن اما لانعدام تمام الاحراز فتمامه بالاحراز بدار تخالف دار المستولى عليه أولبقاء احراز الملاك ابقاء الجوارى فى دار الاسلام ولا حد على الواطئ منهن ولا عقر لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء هو عين واتلاف الجزء معتبر باتلاف الكل والاولاد احرار بعين القيمة لان الواطئ بمنزلة المغرور باعتبار تأويله والتأويل الفاسد عند انضمام المنعة بمنزلة التأويل الصحيح وولد المغرور حر ثابت النسب من المغرور الا ان فى غير هذا الموضع المغرور يضمن قيمة الاولاد لانه منع حدوث الرق فيهم فنزل ذلك منزلة الاتلاف وهنا هو لا يضمن الولد بالاتلاف لصاحب الجارية فكذلك لا يغرم قيمته بسبب الغرور وكذلك أهل الحرب فيما أخذوا من المسلمين من مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة فولدت لهم ثم أسلموا ان هؤلاء لا يملكون بالاحراز فيكون حال المشركين فيهم كحال الخوارج فى الجوارى على ما بيناه والله أعلم

باب ما يخالف المكره فيه ما أمر به

(قال رحمه الله) ولو أكره الرجل على أن يهب نصف داره غير مقسوم أو لم يسم له مقسوما ولا غيره وأكره على التسليم فوهب الدار كلها وسلمها فهو جائز لانه أتى بغير ما أكره عليه فالجميع غير النصف وهبة نصف الدار غير مقسوم هبة فاسدة وهو قد أتى بهبة صحيحة عرفنا أن ما أتى به غير ما أكره عليه فكان طائعا فيه وكذلك لو أمر بهبة الدار فتصدق بها عليه أو بصدقتها عليه فوهبها له وهو ذو رحم محرم منه أو أجنبى لان الهبة غير الصدقة فالهبة تمليك المال من الموهوب له والمقصود به العوض والصدقة جعل المتصدق به لله تعالى خالصا ثم الصرف الى الفقراء لتكون كفاية من الله تعالى والدليل عليه أن صرف الصدقة الواجبة الى بنى هاشم لا تجوز والهبة لهم حسن وأنه لا رجوع فى الصدقة وحق الرجوع ثابت للواهب وفى الهبة من ذى الرحم المحرم انما لا يرجع لصيانة الرحم عن القطيعة أو لحصول المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لانه بمنزلة الصدقة اذا ثبت أن ما أتى به غير

ما أكره عليه حقيقة وحكما كان طائعا فيه ولو أمره بالهبة فنحلها أو أعمرها كان باطلا لان النحلة والعمرى هبة فهذه الفاظ مختلفة والمقصود بالكل واحد وفى الاكراه يعتبر المقصود دل على الفرق ان اختلاف الشاهدين فى لفظة الهبة والنحلة والعمرى لا يمنع قبول الشهادة واختلافهما فى الهبة والصدقة يمنع قبول الشهادة سواء كان الموهوب له ذا رحم محرم أو أجنبيا ولو أكره على الهبة والدفع فوهب على عوض وتقابضا كان جائزا لانه أتى بغير ما أمر به فالهبة بشرط العوض بعد التقابض بيع فكأنه أكرهه على الهبة فباع ولان مقصود المكره الاضرار باتلاف ملكه بغير عوض ولم يحصل ذلك اذا وهبه على عوض وقد يكون المرء ممتنعا من الهبة بغير عوض ولا يمتنع من الهبة بعوض ولو أكرهه على أن يهبه علي عوض ويدفعه فباعه بذلك وتقابضا كان باطلا وكذلك لو أكره على البيع والتقابض فوهبه على عوض وتقابضا كان بعد التقابض والهبة بشرط العوض بمنزلة البيع حتى يثبت فيه جميع احكام البيع فيكون هو مجيبا الى ما طلب المكره فى المعنى وان خالفه فى اللفظ ولان قصد المكره الاضرار به وذلك لا يختلف باختلاف لفظ البيع والهبة بشرط العوض ولو أكره علي أن يهبه ويدفعه ففعل فعوضه الآخر من الهبة بغير اكراه فقبله كان هذا اجازة منه بهبته حين رضى بالعوض لان العوض انما يكون عن هبة صحيحة فرضاه بالعوض يكون دليل الرضا منه بصحة الهبة ودليل الرضا كصريح الرضا فان سلم له العوض فان قبضه بتسليم العوض فهو جائز ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه كما لو كانت الهبة بغير كره فعوضه وكما فى الهبة بشرط العوض وان أبى أن يسلم العوض وقال قد سلمت الهبة حين رضيت بالعوض فلا أدفع اليك العوض ولا سبيل لك على الهبة لم يكن له ذلك لان الرضا كان فى ضمن العوض وانما يكون راضيا بشرط سلامة العوض له واذا لم يسلم له كان له ان يرجع فى الهبة كما لو وهبه بشرط العوض (ألا ترى) أنه لو قال قد سلمته على ان يعوضنى كذا فأبى لم يكن هذا تسليما منه للهبة (ألا ترى) أن رجلا لو وهب جارية رجل بغير أمره لرجل وقبضها الموهوب له فقال له رب الجارية عوضنى منها فعوضه عوضا وقبضه كان هذا اجازة منه للهبة وان أبى ان يعوضه لم يكن هذا اجازة منه للهبة فكذلك ما سبق وكذلك لو أجبره على بيع عبده بالف درهم وعلى دفعه وقبض الثمن ففعل ذلك ثم قال للمشتري زدنى فى الثمن ألف درهم لم يكن هذا اجازة للبيع الاول الا أن يزيده فان زاده جاز البيع وان لم يزده فله ان يبطله وكذلك لو قال قد أجزت ذلك البيع علي أن تزيدنى

ألف درهم والمعني فى الكل واحد وهو انما رضي بشرط أن يسلم له العوض والزيادة فاذا لم يسلم لم يكن راضيا به ولوأ كرهه بوعيد تلف أو حبس على أن يبيع عبده من هذا بألف درهم ولم يأمره بالدفع فباعه ودفعه لم يكن على الذى أكرهه شئ وينبغى أن يجوز البيع اذا كان هو الدافع بغير اكراه بمنزلة مالو دفعه بعد ماافترقا من موضع الاكراه وقد بينا فيما تقدم أن الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم بخلاف الهبة (ألا ترى) لو أن لصا قال له لاقتلنك أو لتبيعنه عبدك هذا فانى قد حلفت لتبيعنه اياه فباعه خرج المكره من يمينه وهذا اشارة الى الجواب عن اشكال يقال فى هذه المسئلة ان قصد المكره الاضرار وذلك انما يكون تمامه بالاخراج من يده لان زوال الملك فى بيع المكره لا يكون الا به كما فى الهبة فتبين أنه قد يكون للمكره مقصود فى نفس البيع ولكن هذا الذى أشار اليه يتأتى فى الهبة أيضا والمعتمد هو الفرق الذى تقدم بيانه ولوأ كرهه بوعيد تلف على أن يهبه له فوهبه ودفعه فقال قد وهبته لك فخذه فأخذه الموهوب له فهلك عنده كان للمكره ان شاء ضمن المكره القيمة لان اكراهه على الهبة اكراه على التسليم وان شاء ضمن القابض لان قبضه على سبيل التملك لنفسه بغير رضاه (ألا ترى) أن رجلا لو أمر رجلا ان يهب جاريته هذه لفلان فأخذها المأمور فوهبها ودفعها الى الموهوب له جاز ذلك فلما جعل التوكيل بالهبة توكيلا بالتسليم كان المقصود بالهبة لا يحصل الا بالتسليم فكذلك الاكراه على الهبة يكون اكراها على التسليم ثم بين فى الاصل مايوضح هذا الفرق وهو ان ايجاب الهبة للموهوب له يكون اذنا فى القبض اذا كان بمحضر منهما وايجاب البيع لا يكون اذنا فى القبض وان كان المبيع حاضرا حتى لو قبضه بغير أمر البائع كان للبائع ان يأخذه منه حتى يعطيه الثمن والبيع الفاسد بمنزلة الهبة فى هذا الحكم وكان الطحاوى رحمه الله يقول فى البيع الصحيح أيضا للمشترى ان يقبضه بمحضر منهما مالم ينهه البائع عن ذلك وقال ايجاب البيع الصحيح أقوى من ايجاب البيع الفاسد ولكن ما ذكره محمد فى الكتاب أصح لان القبض فى البيع الفاسد والهبة نظير القبول فى البيع الصحيح من حيث ان الملك يحصل به فاما قبض المشترى فى البيع الصحيح فيكون مسقطا حق البائع فى الحبس وايجاب البيع لا يكون اسقاطا لحقه فى الحبس فلا بد من الامر بالقبض ليسقط به حقه ولوأ كرهه على أن يبيعه منه بيعا فاسدا فباعه بيعا جائزا جاز البيع لانه أتى بغير ما أمره به فالبيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه والبيع الجائز يزيل الملك بنفسه وكذلك الممتنع

من البيع الفاسد لا يكون ممتنعا من البيع الجائز فهو طائع فيما أتى به من التصرف ولو أكره على أن يبيعه منه بيعا جائزا او يدفعه اليه فباعه بيعا فاسدا او دفعه اليه فهلك عنده فللبائع أن يضمن المكره ان شاء وان شاء المشترى لانه لم يخالف ما أمر به فانه وان أتى به على الوجه الذى أمره به يكون البيع فاسدا لكونه مكرها عليه وانه أتى بدون ما أمره به والممتنع من البيع الجائز يكون ممتنعا من البيع الفاسد وانما هذا بمنزلة رجل أمره أن يبيع بالف درهم نقد بيت المال فباعه بالف درهم عليه جاز ولو أمره أن يبيعه بالف فباعه بالفين جاز ولم يكن مكرها فكذلك فيما سبق ولو أكرهه على أن يهب له نصف هذه الدار مقسوما او يدفعه الى الموهوب له فوهب له الدار كلها ودفعها اليه جازت الهبة فى القياس لانه أمره أن يقسم ثم يهب له فحين وهب الدار كلها قبل أن تقسم فقد خالف ما أمره وكذلك هذا القياس فى البيع لو أمره ان يبيعه نصف الدار مقسوما فباعه الدار كلها لانه أمره بالبيع بعد القسمة فهو فى البيع قبل القسمة لا يكون مطيعا له فيما أمره به ولانا لو جعلناه مخالفا لم يكن بد من القسمة وفي البيع قبل القسمة لا ندرى أى شي يضمنه لان بين نصفى الدار مقسوما تفاوتا فى المالية ومع الجهالة لا يمكن ايجاب الضمان ولكنه استحسن فقال لا أجيز هبته ولا بيعه فى شيء مما أكرهه عليه لانه مكره على بعض ذلك فلا بد من ان تبطل هبته فما كان مكرها عليه وذلك يبطل هبته فكذلك فى البيع الصفقة واحدة فاذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل وكذلك لو أكرهه على أن يهب له أو يبيعه بيتا من هذه البيوت فباعه البيوت كلها أو وهبها كان ذلك باطلا في الاستحسان لانه قد بطل فى بعض البيوت للاكراه فيبطل فيما بقى لاتحاد الصفقة وجهالة ما ينفذ فيه العقد والله أعلم

باب الاكراه على أن يعتق عبده عن غيره

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف على أن يعتق عبدا يساوى ألف درهم عن رجل بالف درهم ففعل ذلك وقبل المعتق عنه طائعا فالعبد حر عن المعتق عنه والولاء له لان المولى لو كان طائعا فى هذا الايجاب كان العبد حرا على المعتق عنه فكذلك اذا كان مكرها اذ لا تأثير للاكراه فى المنع من العتق فان قيل اذا كان طائعا يصير كانه ملك العبد بالف درهم وأعتقه عنه وان كان مكرها لا يمكن تصحيح العتق عن المعتق عنه بهذا الطريق لان تمليك المكره بعوض يكون فاسدا والملك بالسبب الفاسد لا يثبت الا بالقبض ولم يوجد

القبض فكيف يعتق العبد عن المعتق عنه * قلنا هذا التمليك غير مقصود بسببه ولكنه فى ضمن العتق فيكون حكمه حكم العتق والاكراه لا يمنع صحة العتق فكذلك لا يمنع صحة هذا التمليك بدون القبض (ألا ترى) أن التمليك اذا كان مقصودا فسببه لا يثبت بدون القبول واذا كان فى ضمن العتق يثبت بدون القبول بان يقول اعتق عبدك عنى بالف درهم ويقول الآخر أعتقت يصح بدون القبول والقبض فى البيع الفاسد كالقبول فى البيع الصحيح فكما سقط اعتبار القبول هناك سقط اعتبار القبض هنا على ان الاعتاق يجعل قبضا فى البيع الصحيح فكذلك فى البيع الفاسد الذى هو فى ضمن العقد وهو نظير مالو قال لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ورطل من خمر فقال أعتقت يصير الآمر قابضا بنفوذ العتق عنه وان كان البيع المندرج فى كلامه فاسدا وقد قررنا هذا فى باب الظهار من كتاب الطلاق وكذلك فى مسئلة الاكراه ثم رب العبد بالخيار ان شاء ضمن قيمة عبده المعتق عنه وان شاء المكره لان المعتق عنه قبله باختياره وقد تعذر عليه رده لنفوذ العتق من جهته فيكون ضامنا قيمته والمكره متلف ملكه عليه بالاكراه الملجئ فيكون ضامنا له قيمته * فان قيل المكره انما ألجأه الى ازالة الملك بعوض يعدله وهو الالف فكيف يجب الضمان عليه * قلنا هو أكرهه على ابطال الملك بالاعتاق وليس بازائه عوض وانما العوض بمقابلة التمليك الثابت بمقتضى كلامه والمقتضى تابع للمقتضى فانما ينبنى الحكم على ماهو الاصل وباعتبار الاصل هو متلف عليه ملكه بغير عوض فان ضمن المكره قيمته رجع بها على المعتق عنه لانه قائم مقام المولى حين ضمن له القيمة ولان العبد قد احتبس عند المعتق عنه حين عتق على ملكه ويثبت الولاء له وكان هو المعتق بقوله طوعا فلا يسلم له مجانا وان ضمنها المعتق عنه لم يرجع بها على المكره لانه ضمن باحتباس الملك عنده ولو أكرهه بحبس كانت القيمة له على المعتق عنه ولا شئ له على المكره لان الالجاء لا يحصل بالاكراه بالحبس وبدونه لا يصير الاتلاف منسوبا الى المكره ولو كان أكره المعتق والمعتق عنه بوعيد تلف حتى فعلا ذلك فالعبد حر عن المعتق عنه والولاء له وضمان العبد على المكره خاصة لمولى العبد لان المعتق عنه ملجأ الى القبول وهذا النوع من الضرورة يخرجه من أن يكون متلفا مستوجبا للضمان وانما المتلف هو المكره فالضمان عليه خاصة بخلاف الاول فهناك المعتق عنه طائع فى القبول فيصير به متلفا للعبد ضامنا * فان قيل العبد قد احتبس عند المعتق عنه فانه عتق على ملكه وثبت الولاء له وان كان هو ملجأ فى القبول فينبغى أن يجب عليه الضمان

*قلنا المحتبس عنده مقدار ماثبت له من الولاء وذلك ليس بمتقوم (ألا ترى) أن من أكره رجلا علي أن يعتق عبده كان المكره ضامنا له جميع قيمته وان كان الولاء ثابتا للمعتق فلما لم يعتبر الولاء في اسقاط حقه في الضمان فكذلك لا يعتبر الولاء في ايجاب الضمان عليه وانما هذا بمنزلة ما لو أكره رجلا علي بيع عبده من هذا بالف درهم ودفعه اليه وأكره الآخر علي شرائه وقبضه وعتقه بوعيد تلف ففعلا ذلك ففي هذا الضمان يكون علي المكره خاصة فكذلك فيما سبق ولو أكرههما على ذلك بالحبس ففعلا ضمن المعتق عنه قيمته لمولاه لان المكره غير ملجأ هنا فلا ضمان عليه والاتلاف حاصل بقبول المعتق عنه وقد بقي مقصورا عليه حين لم يكن ملجأ الى ذلك فكان ضامنا قيمته *فان قيل الاكراه بالحبس يمنع صحة التزام المال بالقبول والمعتق عنه انما يلتزم الضمان هنا بقوله وهو القبول *قلنا لا كذلك بل هو ملتزم لصيرورته قابضا بالاعتاق متلفا والاكراه بالحبس لا يمنع تحقق الاتلاف منه موجبا للضمان عليه ولو أكرهه المولى بوعيد تلف وأكره الآخر بحبس حتى فعلا ذلك كان للمولى أن يضمن أيهما شاء قيمته لان المكره ألجأ المولى الى اتلاف ملكه فيكون ضامنا له قيمته والمعتق عنه بالقبول متلف معتق لانه ما كان ملجأ اليه فيكون للمولى الخيار فأيهما اختار ضمانه لم يكن له بعد ذلك ان يضمن الآخر شيأ فان ضمن المكره رجع على المعتق عنه بما ضمن لانه قام مقام المولى ولان المعتق عنه متلف للملك بفعل مقصور عليه فلا بد من ايجاب ضمان القيمة عليه ولو أكره المولى بالحبس وأكره المعتق عنه بوعيد تلف فالعبد حر عن المعتق عنه ثم المعتق بقيمته غير مدبر لانه قام مقام المولى في الرجوع عليه حين ضمن له قيمته فان لم يرجع المكره على المدبر عنه يضمن الذى أكرهه قيمة العبد لانه ملجأ الى القبول من جهته وبه تلف الملك عليه فكان ضامنا له قيمته واذا قبضها دفعها الي مولى العبد لان القيمة قائمة مقام العين ولو كان العبد في يده على حاله كان عليه رده على المولى لكونه مكرها بالحبس فكذلك اذا وصل اليه قيمته ولا سبيل للمعتق على المكره لانه ما كان ملجأ من جهته حين أكرهه بالحبس ولو أكرههما بوعيد تلف حتى دبره صاحبه عنه بألف درهم وقبل ذلك صاحبه فالتدبير جائز عن الذي دبره عنه لان التدبير يوجب حق الحرية للعبد ومن شرطه ملك المحل بمنزلة حقيقة الحرية والاكراه كما لا يمنع صحة العتق لا يمنع صحة التدبير ثم المولى بالخيار ان شاء ضمن الذى أكرهه قيمته عبدا غير مدبر لانه أتلف عليه ملكه حتى ألجأه الى تدبيره عن

الغير وفى حقه هذا والا لجاء الى الاعتاق سواء لان ملكه يزول فى الوضعين واذا ضمنه ذلك
يرجع المكره على الذى دبره عنه بقيمته مدبرا ولا يرجع بفضل مابين التدبير وغيره لان
النقصان الحاصل بالتدبير كان نقبرله ولكنه كان ملجأ الى القبول من جهته فصار هذا النقصان
كجميع القيمة فى مسئلة العتق وقد بينا قبل هذا نظيره فى العتق ان المكره لا يرجع على
المعتق عنه فهنا أيضا لا يرجع عليه بالنقصان ولكن يرجع عليه بقيمته مدبرا لان العبد قد
احتبس عنده بهذه الصفة والمدبر مال متقوم فلا يجوز أن يسلم له مجانا ولكنه يضمن قيمته
لاحتباسه عنده وان انعدم الصنع منه لكونه ملجأ الى القبول كمن استولد جارية بالنكاح ثم
ورثها مع غيره يضمن قيمة نصيب شريكه منها لاحتباسها عنده بالاستيلاد وان كان لا صنع
له فى الميراث وان شاء مولى العبد يرجع بقيمته مدبرا على الذى دبره عنه لاحتباسه عنده
ويرجع على المكره بنقصان التدبير لان ذلك الجزء قد تلف بفعل منسوب الى المكره لوجود
الالجاء منه ولو كان انما أكرههما على ذلك بالحبس فالعبد مدبر للذى دبره عنه يعتق بموته
ولا ضمان على المكره لان الاتلاف لم يصر منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولكن المولى
يرجع بقيمة عبده تامة على المدبر عنه لان ما تلف بالتدبير وما احتبس عنده صار كله مضمونا
عليه حين لم يكن ملجأ الى القبول فلهذا ضمن قيمته غير مدبر ولو كان أكره المولى بوعيد
تلف وأكره الآخر بالحبس فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته عبدا غير مدبر لانه
كان ملجأ من جهته الى ازالة ملكه وان شاء ضمن المدبر عنه قيمته غير مدبر لانه غير ملجأ الى
القبول فكان حكم الاتلاف والحبس مقصورا عليه وان ضمن المكره رجع على المدبر عنه
بعد ما اختار المولى تضمينه حتى أبرأ المولى المكره من القيمة التى ضمنها اياه أو وهبها له أو
أخرها عنه شهرا فكان للمكره أن يرجع على المدبر عنه على حاله لان المولى باختياره تضمينه
يصير مملكا منه القيمة التى على المدبر عنه ولهذا لم يكن له أن يرجع على المدبر عنه بشئ بعد
ذلك فابراؤه اياه وتأجيله لا يسقط حق المكره فى الرجوع على المدبر عنه كالوكيل بالشراء
اذا أبرأ عن الثمن كان له أن يرجع على الموكل وهذا بخلاف الكفيل بالدين اذا أبرأ لان
هنالك الحق لم يسقط عن الاصيل وهنا باختياره تضمين المكره سقط حقه عن الرجوع على
المدبر عنه وتعين ذلك حقا للمكره ولو كان المولى أكره بالحبس وأكره الآخر بوعيد تلف
حتى فعلا ذلك كان للمولى أن يرجع على المدبر عنه بقيمته مدبرا لاحتباس العبد عنده مدبرا

بسبب فاسد ويرجع على المكره بنقصان التدبير لان تلف هذا الجزء حصل بقبول المدبر عنه وهو كان ملجأ الى ذلك وان لم يكن المولى ملجأ بالاكراه بالحبس والاصح عندي أن الرجوع بنقصان التدبير على المكره يكون للمدبر عنه يأخذ ذلك منه فيدفعه الى المكره لان نقصان التدبير هنا كجميع القيمة فى مسئلة العتق وقد بينا هنالك أن المعتق عنه هو الذي يستوفى القيمة فيدفعها الى المكره وهذا لان العبد دخل فى ملك المدبر عنه ثم صار مدبرا والمولى كان مكرها من جهة المكره بالحبس وبالاكراه بالحبس لايجب له عليه الضمان وانما يجب بالاكراه بوعيد تلف وذلك انما وجد بين المكره والمدبر عنه وكذلك فى هذه الوجوه كلها لو أكرههما بالبيع والقبض وأكره المشترى على التدبير فهو فى التخريج نظير ماسبق ولو أكرههما بوعيد تلف على أن يتبايعا ويتقابضا ثم أكره المشتري بوعيد تلف على أن يقتل العبد عمدا بالسيف فالقياس فيه ان للبائع ان يقتل المكره بعبده لان المشترى فى القبول والقبض والقتل كان ملجأ من جهة المكره فيكون بمنزلة الآلة له ويجعل فى الحكم كان المكره هو الذي قتله بنفسه فيلزمه القود ولكنه استحسن فقال عليه ضمان قيمته فى ماله ولا قود عليه لانهما وان كانا مكرهين فالمشترى صار مالكا بالقبض ثم قتله صادف ملك نفسه ولو قتله طائعا لم يلزمه القصاص فلو قتله مكرها لا يكون قتله أيضا موجبا للقصاص لمعنى وهو ان المستحق لهذا القود مسببه فباعتبار أن العبد صار ملك المشترى القود يجب له وباعتبار أن المشترى فى حكم الاتلاف الحاصل بقبوله وقبضه وقتله آلة للمكره القود يكون للبائع وعند اشتباه المستوفى يمتنع وجوب القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث سوى المولى واذا سقط القود للشبهة وجب ضمان قيمته على المكره لان التكلم بالبيع والشراء وان لم يصر منسوبا الى المكره فتلف المال به صار منسوبا الى المكره والمشترى فى القتل والقبض كان له فلا يجب عليه شئ من الضمان بل ضمان القيمة على المكره فى ماله ولو أكرههما بالحبس على البيع وأكره المشترى على القتل بوعيد تلف فللبائع قيمة العبد على المشتري لان البيع مع الاكراه بالحبس كان فاسدا ولكن القبض مقصور على المشترى وقد تعذر عليه رده فيلزمه قيمته وهو ان كان ملجأ الى القتل فتأثير الاكراه فى انعدام الفعل فى جانبه فكأنه تلف العبد فى يده بغير صنعه فعليه قيمته بسبب البيع الفاسد وللمشترى ان يقتل الذى أكرهه على القتل لان العبد كان مملوكا له حين أكرهه على قتله بوعيد تلف فيصير فعل القتل منسوبا الى المكره ويجب القصاص * فان

قيل كيف ينبغى أن لا يجب لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله فان من أصل زفر والشافعى رحمهم الله ان المشترى لا يملك بالقبض عند فساد البيع بسبب الاكراه فلا يكون القصاص واجبا له * قلنا أصحابنا رحمهم الله لا يعتبرون خلاف الشافعى في تفريع المسائل لانه ما كان موجودا عند هذه التفريعات منهم وخلاف زفر فى هذا كخلافه فى المبيع من وجوب القود على المكره فى الاصل وذلك لا يمنعنا من أن نلزمه القود لقيام الدليل ولو كان اكرهه على القتل بحبس لم يضمن المكره شيأ لان الالجاء لم يحصل بالاكراه بالحبس ولو أكره البائع بوعيد تلف وأكره المشترى على الشراء والقبض والقتل بالحبس فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لانه كان ملجأ من جهته الى البيع والتسليم فيكون متلفا عليه ملكه وان ضمنه قيمته رجع المكره بها على المشترى لانه لم يكن ملجأ الى القتل ولا الى العتق وان شاء البائع ضمن المشتري قيمة عبده لان فعله فى القبض والعتق مقصور عليه فيكون ضامنا له قيمته ولو كان أكره المشترى على الشراء بالحبس وعلى القتل عمدا بالقتل فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لما بينا واذا ضمنه لم يرجع هو على المشترى بشىء لان المشترى كان ملجأ الى القتل من جهته فيصير فعله منسوبا الى المكره وكأنه قتله بيده وذلك استرداد منه للعبد وزيادة فلا يضمن المشترى لذلك بخلاف ما سبق فالاكراه بالحبس على الفعل لا يجعل الفعل منسوبا الى المكره وان شاء البائع ضمن المشترى قيمة عبده لان فعله فى الشراء والقبض مقصور عليه فان كان مكرها على ذلك بالحبس فان ضمنه كان للمشترى أن يقتل المكره لان العبد تقرر فى ملكه من حين قبضه حين ضمن قيمته فتبين أنه اكرهه على قتل عبده عمدا بوعيد تلف وذلك يوجب القود على المكره وان كان أكره البائع بالحبس على البيع والدفع وأكره المشترى على الشراء والقبض والقتل بالوعيد بالقتل فلا ضمان على المشترى لانه بمنزلة الآلة فى جميع ما كان منه للاكراه الملجئ ويغرم المكره قيمة العبد لمولاه لان فعله فى البيع والتسليم وان لم يصر منسوبا الى المكره ففعل المشترى بالقبض والقتل صار منسوبا الى المكره فكان المكره هو الذى فعل بنفسه الا أنه سقط عنه القود استحسانا لاشتباه المستوفى فيجب عليه ضمان قيمته لمولاه وان كان انما أكره المشترى على الشراء والقبض بوعيد تلف وأكرهه على القتل أو العتق أو التدبير بالحبس فلا ضمان على المكره لان البائع بعد قبض المشترى كان متمكنا من استرداد العين وانما تعذر ذلك عليه بالقتل أو العتق أو التدبير وذلك مقصور على

المشترى غير منسوب الى المكره لانه كان مكرها على ذلك بالحبس فلهذا لا ضمان على المكره ويضمن المشترى قيمة العبد لان اقدامه على هذه التصرفات بمنزلة الرضا منه أن لو كان طائعا ولكن الاكراه يمنع تمام الرضا فلهذا كان ضامنا قيمته للبائع ولو كان البائع غير مكره ولكنه طلب الذى أكرهه أن يكره المشترى بوعيد تلف على أن يشترى عبده بألفين وقيمته ألف ويقبضه ففعل ذلك ثم أكرهه على أن يقتله عمدا أو يعتقه بوعيد تلف فلا ضمان على المشترى فى ذلك لانه ملجأ الى جميع ما كان منه فكان هو بمنزلة الآلة فيه وعلى المكره قيمة العبد للبائع لانه انما طلب المكره الاكراه على الشراء والقبض وقد كان متمكنا من الاسترداد لانعدام لرضا من المشترى فانما تعذر ذلك عليه بالقتل وقد كان المشتري فيه آلة للمكره فكأنه هو الذى قتله بنفسه فلهذا كان ضامنا قيمته للبائع ولو كان أكرهه بقتل حتى دبر العبد فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته غير مدبر لانه انما تعذر استرداده بالتدبير ثم يرجع المكره بقيمته مدبرا على المشترى لانه احتبس فى ملك المشترى وهو مدبر فلا بد من ايجاب ضمان القيمة عليه (ألا ترى) أنها لو كانت جارية استخدمها واستكتبها ووطئها فكيف يسلم له ذلك مجانا وان شاء ضمن المشترى قيمته مدبرا لهذا المعنى أيضا وضمن الذى أكرهه نقصان التدبير لان ذلك الجزء قد تلف بالتدبير وقد كان المشترى ملجأ الى التدبير من جهة المكره ولم يوجد من البائع الرضا بذلك ولو كان أكره المشترى على الشراء والقبض بالحبس والمسئلة بحالها لم يكن للبائع على المكره شئ وكان له أن يضمن المشترى قيمة عبده لان الفعل فى الشراء والقبض كان مقصورا عليه واذا تقرر عليه ضمان قيمته تبين أن المكره أكرهه على أن يقتل عبده بالاكراه بالقتل فله أن يقبض منه وان أكرهه على العتق ضمنه قيمته وان كان أكرهه على التدبير ضمنه نقصان التدبير فى الحال فاذا مات المشترى والعبد يخرج من ثلثه ضمنه ورثة المشترى قيمته مدبرا لان تلف الباقى بعد موته حصل بذلك التدبير وقد كان ملجأ اليه من جهة المكره ولو كان أكرهه فى ذلك كله بالحبس والمسألة بحالها لم يكن للبائع مع المكره ضمان لان ما تلف به العبد لم يصر منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولكنه يضمن المشترى قيمة عبده لان فعله فيما يحصل به تلف العبد مقصور عليه ولو كان أكرهه بوعيد تلف على أن يقبل من فلان أن يعتق عبده عنه بألف درهم وقيمته ألفان أو خمسمائة بطلب من رب المال فقبله منه فالعتق جائز عن المعتق عنه لان فعله فى القبول مقصور عليه ولا

ضمان عليه ولا على المكره اما على القابل فلانه ملجأ الى هذا القبول بوعيد تلف وذلك يمنع نسبة التلف اليه فى حكم الضمان وأما على المكره فلان رب العبد هو الذى طلب منه ما حصل به تلف العبد فلا يكون له أن يضمن المكره شيأ (ألا ترى) أنه لو شاء اللص أن يكره هذا الرجل بوعيد تلف على أن يشترى منه هـذا العبد بألف درهم ويقبضه ففعل ذلك فمات في يده لم يضمن المكره ولا المشترى للمولى شيأ وكذلك ان سأل مع ذلك ان يكرهه على عتقه بوعيد تلف ففعل بخلاف ما اذا كان أكرهه على العتق بغير سؤال من البائع لان هناك لم يوجد منه الرضا بتلف العبد وهنا قد تحقق منه الرضا بذلك ولو أكرهه المولى بالحبس على البيع والدفع وأكره الآخر يومئذ بوعيد تلف على الشراء والقبض ففعلا ذلك ثم أكره المولى بالحبس على أن يأمر المشترى بالعتق وأكره المشترى على أن يعتق بوعيد تلف ففعلا كان العبد حرا وكان ضمان القيمة على المكره لان أمر البائع اياه بالعتق وهو مكره بالحبس أمر باطل فان المشترى كان متمكنا من العتق باعتبار ملكه وانما تأثير أمر البائع في رضاه به ليسقط حقه فى الضمان بهذا السبب وبالاكراه بالحبس ينعدم الرضا (ألا ترى) انه لو أكره رجلا بالحبس حتى يأذن للمكره فى قتل عبده فأذن له فى ذلك فقتله كان على المكره القيمة لان اذنه مع الاكراه بالحبس باطل فهذا كذلك واذا ثبت بطلان أمره بقي اكراهه المشترى على العتق بالقتل وذلك يوجب نسبة الاتلاف الى المكره والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على الوديعة وغيرها

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بالحبس على أن يودع ماله هذا الرجل فأودعه فهلك عند المستودع وهو غير مكره لم يضمن المستودع ولا المكره شيأ أما المكره فلان التهديد بالحبس لا يجعل الدفع من صاحب المال منسوبا اليه وأما المستودع فلانه قبض المال بتسليم صاحبه اليه ليرده عليه وذلك غير موجب للضمان وهذا لان فعل التسليم مقصور على المالك فانه لم يكن ملجأ اليه وانما هو غير راض به فهو كمن أودع ماله غيره عند خوفه من اللصوص أو عند وقوع الحريق فى داره وهناك لا يضمن المودع اذا هلك فى يده بغير صنعه وان كان أكرهه بوعيد تلف فلرب المال أن يضمن المستودع وان شاء المكره لان فعله فى التسليم صار منسوبا الى المكره للالجاء فكان المكره هو الذي باشر الدفع اليه فيكون كل واحد

منهما جانيا فى حق صاحب المال وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشئ لان المكره ان ضمن فانما يضمن بكون الدفع منسوبا اليه ولو كان هو الذى دفعه اليه وديعة لم يرجع على المودع بشئ وان شاء ضمن المودع فلانه كان فى القبض طائعا وبه صار ضامنا وهو لم يكن فى هذا القبض عاملا للاكراه لانه لم يقبض ليسلمه الى المكره ولو أكره بتلف أو حبس على أن يأمر رجلا بقبض المال فأمر بقبضه والمأمور غير مكره فضاع فى يده فالقابض ضامن للمال لان الامر قول منه والاكراه بالحبس يبطل قوله فى مثله (ألا ترى) أنه يبطل شراؤه وبيعه فكان كالقابض بغير أمره بخلاف الاول فهناك صاحب المال هو الدافع والاكراه بالحبس لا يعدم فعله في الدفع (ألا ترى) أنه لو أكرهه بالحبس على أن يطرح ماله فى ماء أو نار ففعل لم يضمن المكره شيأ ولو أكرهه بالحبس على أن يأمر انسانا بان يطرح ماله فى ماء أو نار فأمره بذلك ففعله المأمور كان المكره ضامنا ولا شئ على المكره الا أن يكون الطارح مكرها من جهته بوعيد تلف فحينئذ يكون الضمان على المكره وكذلك لو أكرهه بالحبس على أن يأذن له فى أن يأخذ ماله فيهبه أو يأكله أو يستهلكه ففعل ذلك كان المستهلك ضامنا لان أمره بالتهديد بالحبس لغو فكأنه فعله بغير أمره ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأذن له فى أن يقتل عبده عمدا فأذن له فى ذلك فقتله كان للمولى أن يقتله به لانه لا معتبر باذنه بعد الاكراه التام ولو أكرهه على ذلك بالحبس كان كذلك فى القياس لان الاذن كان باطلا فان التهديد بالحبس يسقط اعتبار ما يحتمل الابطال من أقاويله والاذن انما كان مؤثرا باعتبار انه دليل الرضا ومع الاكراه بالحبس الاذن لا يكون دليل الرضا ولكنه استحسن فى هذا فقال لا يلزمه القود ولكنه ضامن له قيمة عبده لان الاكراه بالحبس يؤثر فى ابطال بعض الاقاويل دون البعض (ألا ترى) انه لا يؤثر فى ابطال قوله فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ويؤثر فى البيع والشراء فان اعتبرناه بما يؤثر فيه يجب القصاص على المكره وان اعتبرناه بما لا يؤثر فيه لا يجب القصاص على المكره والقصاص مما يندرئ بالشبهات فلهذا سقط القود *فان قيل هذا فى الاكراه بوعيد التلف موجود قلنا لا كذلك فالاكراه بوعيد التلف مؤثر فى جميع الاقاويل فيما يحصل بها من الاتلاف حتى يكون موجبا للضمان على المكره بخلاف الاكراه بالحبس ثم الاذن فى الابتداء كالعفو فى الانتهاء والعفو مع الاكراه بالحبس صحيح على أن يكون مقصورا على العافى من كل وجه بخلاف الاكراه بالقتل فالعفو هناك صحيح

على أن يكون ما يتلف به مما هو متقوم منسوبا الى المكره فكذلك الاذن فى الابتداء مع الاكراه بالحبس «قلنا يجعل معتبرا فى اسقاط القود الذى يندرئ بالشبهات ولا يجعل معتبرا فى اسقاط الضمان الذى يثبت مع الشبهات وكذلك ان كان المأمور بالقتل غير المكره فان المعنى فى الكل سواء ولو أكرهه بوعيد تلف أوحبس على أن يوكل ببيع أو شراء ففعل كان ذلك باطلا لان التوكيل قول وانما يعتبر ليتحقق به الرضا من الموكل بتصرف الوكيل على سبيل النيابة عنه وذلك ينعدم اذا كان مكرها على التوكيل ثم الاكراه بالقتل والحبس يمنع صحة البيع والشراء فكذلك يمنع صحة التوكيل بالبيع والشراء ولو أكرهه بالحبس على أن يوكل هذا بعتق عبده فأعتقه الوكيل والوكيل غير مكره كان العبد حرا عن مولاه ولم يضمن المكره شيأ لان الاكراه بالحبس لا يجعل الفعل منسوبا الى المكره فى معنى الاتلاف ولا يمنع صحة الاعتاق فكذلك لا يمنع صحة التسليط على الاعتاق والتوكيل فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء ولو أن أجنبيا أعتق عبد رجل بغير أمره فاكره بالحبس على أن يجيزه بعد العتق لم يضمن المكره شيأ فهذا مثله ولو أكرهه على ذلك بوعيد تلف كان الضمان على المكره دون الذى ولى العتق أما نفوذ العتق فلان الاكراه على التوكيل بالعتق بمنزلة الاكراه على الاعتاق وأما وجوب الضمان على المكره فلان الاتلاف منسوب اليه بسبب الالجاء وحصول التلف بالامر الصادر من المولى عند اعتاق المأمور لا باعتاق المأمور (ألا ترى) أنه لو لم يسبق الامر كان اعتاقه لغوا وبه فارق القتل والقطع فالاتلاف هنالك يحصل بمباشرة المأمور دون الامر به (ألا ترى) أنه يتحقق وان لم يسبقه أمر فاذا كان المباشر طائعا كان الضمان عليه (ألا ترى) أن المشترى لو أمر رجلا بان يقتل المبيع قبل القبض فقتله كان القاتل ضامنا قيمته للبائع حتى يحبسه بالثمن ولو أمر رجلا فاعتقه كان العبد حرا ولا ضمان على المعتق والفرق بينهما بما أشرنا اليه أن الاعتاق بدون أمر المشترى لغو فيكون اعتاق المأمور كاعتاق المشترى والقتل بدون أمر المشترى يتحقق فيكون موجب الضمان على القاتل ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأذن له فى عتقه فأذن له فيه فأعتقه عتق والولاء للمولى ويضمن المكره قيمته لا باعتبار انه أعتقه بل باعتبار انه ألجأه الى الامر بالعتق حتى لو كان أكرهه على ذلك بحبس لم يضمن له شيأ فهذا يبين لك ما سبق أن الاكراه على الامر بالعتق بمنزلة الاكراه على العتق فى حكم الضمان وكل اكراه بوعيد تلف على الامر لا يمكن رده بعد وقوعه نحو العتق والطلاق والقتل واستهلاك المال

فاكراهه فيه بمنزلة جنايته بيده لان المكره فى حكم الاتلاف صار آلة للمكره وان كان أكرهه على ذلك بقيد أو حبس لم يلزمه ضمانه وانما الاكراه بالحبس بمنزلة الاكراه بالقتل فى البيع والشراء والاقرار بالاشياء كلها والوكالة بذلك والامر به لان صحة هذا كله تعتمد الرضا ومع الاكراه بالحبس ينعدم الرضا ثم أوضح الفرق بين الفعل وبين الامر به عند الاكراه بالحبس بفعل العبد المحجور عليه فانه لو غصب مالا فدفعه الى عبد آخر محجور عليه فهلك عنده كان لصاحب المال أن يضمن الثانى ثم يرجع مولاه بما ضمن فى رقبة الاول ولو لم يدفعه ولكنه أمره أن يأخذه والمسألة بحالها لم يكن لمولى الآخر أن يضمن الاول (ألا ترى) أن الحجر عليه أسقط اعتبار أمره ولم يسقط اعتبار دفعه فكذلك الاكراه بالحبس يسقط اعتبار أمره ولا يسقط اعتبار دفعه والله أعلم بالصواب

باب التلجئة

(قال رحمه الله) رجل قال لرجل انى أريد أن ألجئ اليك عبدى هذا فأبيعكه تلجئة وباطلا وليس بشراء واجب لشيء أخافه فقال نعم وحضر هذه المقالة شهود ثم قال له فى مجلس آخر قد بعتكه بألف درهم فقال قد فعلت ثم تصادقا على ما كان بينهما فالبيع باطل لان التلجئة بمنزلة الهزل والهزل أن يراد بالكلام غير ما وضع له والهازل لا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به ويكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب فالملجئ أيضا يكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب ولا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به فلا يمنع الهزل والتلجئة انعقاد السبب ولكن لا يكون موجبا لحكمه لما لم ينعدم هذا الوصف وهو كالبيع بشرط الخيار لهما أبدا يكون منعقدا ولكن لا يكون موجبا لحكمه مع بقاء الخيار لهما اذا عرفنا هذا فنقول ان تصادقا على أنهما بنيا على تلك المواضعة فالبيع باطل لاتفاقهما على أنهما هزلا به وان تصادقا انهما أعرضا عن تلك المواضعة فالبيع لازم بينهما لانهما تصادقا على انهما قصدا الجد وهذا ناسخ لما كان بينهما من المواضعة واذا كان العقد بعد العقد يكون ناسخا للعقد فالعقد بعد المواضعة أولى أن يكون ناسخا لها وان تصادقا انه لم يحضرهما نية عند العقد ففى ظاهر الجواب البيع باطل وروي المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن البيع صحيح وجه تلك الرواية أن مطلق فعل العاقل المسلم محمول على الصحة وما يحل شرعا وعند الاطلاق يجب حمل كلامهما على ما لا يجوز

الغاء كلامهما مع امكان تصحيحه ووجه ظاهر الرواية انهما ما تواضعا الا ليبنيا على تلك المواضعة فيكون فعلهما بناء على تلك المواضعة باعتبار الظاهر ما لم يظهر منهما خلافه وهذا لانه اذا لم يجعل بناء كان استعمالهما بتلك المواضعة استعمالا بما لا يفيد * والحاصل أن فى ظاهر الرواية تعارض الامران فى الاطلاق فيرجح السابق منهما وهو المواضعة وفى الرواية الاخرى جعل الثانى ناسخا للاول واما اذا اختلفا فقال أحدهما بنيا على تلك المواضعة وقال الآخر اعرضا عنها فعلى قول أبى حنيفة القول قول من يدعى صحة العقد وعند أبى يوسف ومحمد القول قول من يدعي البناء على تلك المواضعة لان عند الخصومة القول قول من يشهد له الظاهر وانما يشهد الظاهر لمن يدعي البناء على المواضعة * يوضحه انا نجعل فى حق كل واحد منهما كأنه قصد ما أخبر به ولكن باعراض أحدهما عن المواضعة لا يصح العقد فيما بينهما كما لو بنيا على المواضعة ثم أجاز العقد أحدهما وأبو حنيفة يقول عند الاختلاف يجب الرجوع الى الاصل والاصل أن مطلق العقد يقتضى اللزوم فدعوى البناء من أحدهما على المواضعة كدعواه شرط الخيار * يوضحه أن تلك المواضعة لم تكن لازمة بينهما فينفرد كل واحد منهما بابطالها بطريق الاعراض عنها واذا بطلت المواضعة بقى العقد صحيحا ثم اختلافهما فى بناء العقد على المواضعة بمنزلة اختلافهما فى أصل المواضعة ولو ادعي أحدهما المواضعة السابقة وجحد الآخر كان القول قول المنكر وكان البيع صحيحا بينهما حتى تقوم البينة للآخر على هذا القول منهما فكذلك اذا اختلفا فى البناء عليها وان تصادقا على البناء على المواضعة ثم قال أحدهما قد أجزت البيع لم يجز على صاحبه لان ذلك بمنزلة اشتراط الخيار منهما فالمجيز يكون مسقطا لخياره ولكن خيار الآخر يكفى فى المنع من جواز العقد فان قال صاحبه قد أجزت أنا أيضا فالبيع جائز لانهما أسقطا خيارهما ولان البيع كان هزلا منهما ولم يكن مفيدا حكمه لانعدام الاختيار منهما للحكم وقد اختارا ذلك وان لم يجيزاه حتى قبض المشترى فأعتقه كان عتقه باطلا بمنزلة ما لو كانا شرطا الخيار لهما وهذا لان الحكم وهو الملك غير ثابت لعدم اختيارهما للحكم بالقصد الى الهزل فتوقف الحكم على اختيارهما له وقبل الاختيار لا ملك للمشترى فلا ينفذ عتقه بخلاف المشتري من المكره فالمكره مختار للحكم ولكنه غير راض به لان الحكم للجد من الكلام وانما أكره على الجد فأجاب الى ذلك فلهذا ينفذ عتقه بعد القبض حتى لو كان أكره على بيعه تلجئة فباعه لم يجز عتق المشترى فيه أيضا ولو قال

رجل لامرأة أتزوجك تزوجا هزلا فقالت نعم ووافقهم على ذلك الولي ثم تزوجها كان النكاح جائزا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ولان النكاح لا تمتنع صحته بعد اختيار السبب لعدم اختيار الحكم كما لو شرط الخيار فيه كان النكاح صحيحا وبهذا الفصل يتبين أن بيع الهازل منعقد تلحقه الاجازة منهما لان بالهزل لو كان ينعدم اختيار أصل السبب لما صح النكاح والطلاق والعتاق من الهازل وأصل السبب لابد من اعتباره فى هذه الاشياء وكذلك لو طلق امرأته على مال على وجه الهزل أو أعتق جاريته على مال على وجه الهزل وقد تواضعا قبل ذلك أنه هزل وقع الطلاق والعتاق ووجب المال وهذا عندنا قول أبى يوسف ومحمد أما عند أبى حنيفة رحمه الله فيتوقف وقوع الطلاق والعتاق على وجود الاجازة من المرأة والعبد لما بينا أن الهزل بمنزلة شرط الخيار وعند أبى حنيفة شرط الخيار فى جانب المرأة والعبد يمنع وقوع الطلاق والعتاق ووجوب المال قبل اسقاط الخيار لان الذى فى جانبهما مال فيعتبر بالعقد الذى هو مبادلة مال بمال وعندهما شرط الخيار لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق اذ هو المقصود بالعقد فأما المال فتبع فيه وثبوت التبع بثبوت الاصل فكذلك الهزل والاجارة والقسمة والكتابة بمنزلة البيع فى حكم التلجئة لان هذه العقود محتملة للنقض بعد وقوعها كالبيع ولو تواضعا على أن يجيزا أنهما تبايعا هذا العبد أمس بألف درهم ولم يكن بينهما بيع فى الحقيقة ثم قال البائع للمشتري قد كنت بعتك عبدى يوم كذا بكذا وقال الآخر صدقت فليس هذا ببيع لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب والمخبر عنه اذا كان باطلا فبالاخبار به لا يصير حقا ولو اجمعا على اجازته بعد ذلك لم يكن بيعا لان الاجازة انما تلحق العقد المنعقد وبالاقرار كاذبا لا ينعقد العقد فلا تلحقه الاجازة (ألا ترى) أنهما لو صنعا مثل ذلك فى طلاق أو عتاق أو نكاح لم يكن ذلك طلاقا ولا عتاقا ولا نكاحا وكذلك لو أقر بشيء من ذلك من غير تقدم المواضعة لم يكن طلاقا ولا عتاقا ولا نكاحا فيما بينه وبين ربه وان كان القاضى لا يصدقه فى الطلاق والعتاق على أنه كذب اذا أقر طائعا وقد بينا الفرق بين الاقرار والانشاء فى هذه التصرفات مع الاكراه فكذلك مع التلجئة ولو كان قبض العبد الذى قال فيه ماقال فأعتقه ثم قامت البينة على ما كانا قالا فى السر من المواضعة على الاقرار بطل العتق ورد العبد على مولاه لانه ثبت ان اقرارهما كان كذبا وان اعتاقه حصل فى غير ملكه

فكان لغوا ولو أن رجلا قال لامرأة ووليها أو قال لوليها دونها انى أريد أن أتزوج فلانة على ألف درهم وتسمى ألفين والمهر ألف فقال الولي نعم افعل فتزوجها على ألفين علانية كان النكاح جائزا والصداق ألف درهم اذا تصادقا على ماقالا فى السر أو قامت به البينة لانهما قصدا الهزل بذكر أحد الالفين والمال مع الهزل لايجب وصارذكرأحد الالفين على وجه الهزل بمنزلة شرط فاسد والشرط الفاسد فى النكاح لايؤثر فى أصل العقد ولافى الصداق وكذلك الطلاق على المال والعتاق عليه قال فى الكتاب وكذلك البيع وهذا الجواب فى البيع قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله وأما فى رواية أبي يوسف عن أبى حنيفة فالبيع فاسد اذا تصادقا علي أيهما شاء على تلك المواضعة لان الالف التي قصد الهزل بها يكون ذكرها شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح وفى الرواية الاخرى ما قصد الهزل به فذكره والسكوت عنه سواء والبيع صحيح بدون ذكره وان تصادقا على الاعراض عن تلك المواضعة كان البيع بينهما بالفين وان تصادقا على انه لم يحضرهما نية فعند أبى حنيفة في احدى الروايتين البيع بينهما بالفين لما ذكرنا فى المواضعة على أصل البيع وهذا لان تصحيح العقد غير ممكن الا بجميع المسمى فيه وعند الاطلاق يجب المضى الى تصحيح العقد وعندهما البيع منهما بألف وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وان اختلفا فى البناء فعند أبى حنيفة البيع بينهما بالفين وعندهما على قياس المواضعة فى أصل البيع ولو قال المهر مائة دينار ولكنا نسمع بعشرة آلاف درهم وأشهدوا عليه ثم تزوجها فى الظاهر على عشرة آلاف درهم كان النكاح جائزا بمهر مثلها كانه تزوجها علي غير مهر لانهما قصدا الهزل بما سمياه فى العقد ومع الهزل لا يجب المال وما تواضعا على أن يكون صداقا بينهما ثم يذكرانه فى العقد والمسمى لا يثبت بدون التسمية فاذا لم يثبت واحد منهما صار كانه تزوجها على غير مهر فيكون لها مهر مثلها بخلاف الاول فهناك قد سميا فى العقد ماتواضعا على أن يكون مهرا وزيادة لان فى تسمية الالفين تسمية الالف وكذلك لو قالا فى السر على أن يكون النكاح على مائة دينار وتزوجها فى العلانية ولم يسم لها مهرا فلها مهرا المثل لما قلنا وان قالا عند العقد عقدنا على ماتراضينا به من المهر فالنكاح جائز على مائة دينار لان هذه الاضافة بمنزلة التسمية منهما لما تواضعا عليه من الدنانير وأكثر ما فيه ان الشهود لم يسمعوا ما سميا من مقدار المهر ولكن سماع الشهود التسمية ليس بشرط لصحتها ولو كان هذا فى البيع فقالوا

البيع على مائة دينار الا أنا نظهر بيعا بخمسة آلاف درهم فالبيع جائز بخمسة آلاف درهم وما تواضعا عليه باطل وهذا استحسان وفى القياس البيع باطل لانهما قصدا الهزل بما سميا ولم يذكرا فى العقد ماتواضعا على أن يكون ثمنا بينهما فبقى البيع بينهما بغير ثمن ووجه الاستحسان أن البيع لا يصح الا بتسمية البدل وهما قصدا الجد فى أصل البيع هنا فلا بد من تصحيحه ولا وجه لذلك الا أن يعقد بالمسمي فيه من البدل بخلاف النكاح فهناك اعمال الهزل فى المسمى مع تصحيح أصل العقد ممكن لان النكاح لا تتوقف صحته على تسمية البدل * يوضح الفرق أن المعاقدة بعد المعاقدة فى البيع يكون مبطلا الاول بالثانى فانهما لو تبايعا بمائة دينار ثم تبايعا بخمسة آلاف درهم كان البيع الثانى مبطلا للاول فكذلك يجوز أن يكون البيع بعد المواضعة بخلاف جنس ماتواضعا عليه فيكون مبطلا للمواضعة وأما فى النكاح فالعقد بعد العقد لا يكون مبطلا فانه لو تزوجها بمائة دينار ثم جدد العقد بعشرة آلاف درهم لم يصح الثانى فكذلك تسمية الدراهم فى العقد بعد ماتواضعا على أن يكون الصداق دنانير يمنع وجوب الدراهم فيكون لها مهر مثلها وكل مايحتمل النقض لا يصح الا بتسمية البدل كالقسمة والاجارة والكتابة فى ذلك قياس البيع وكذلك هذا فى الخلع والطلاق والعتاق بجعل لان البدل فى هذه العقود لا يجب بدون التسمية فلو أعملنا الهزل فى المسمى لوقع الطلاق والعتاق بغير جعل ولم يوجد منهما الرضا بذلك فلهذا صححنا ذلك بالمسمى فيه بخلاف النكاح فهناك وان جعلنا ماسميا فى العقد هزلا انعقد النكاح بينهما مواضعة بمهر المثل فلهذا اعتبرنا المواضعة فى المنع من وجوب المسمي فى العقد يوضحه ان فى الطلاق بجعل لا بد من وقوع أصل الطلاق لقصدهما الجد فيه فلولم يجب ماسمينا من البدل فيه كان الطلاق رجعيا ولا وجه لذلك مع وجود تسمية البدل فلهذا أوجبنا المال عليها وجعلنا الطلاق بائنا ولو كانوا عقدوا البيع أو الطلاق أو العتاق أو النكاح أو الاجارة على ما كانوا تواضعوا عليه فى السر ثم أظهروا شيأ غير ذلك وادعي أحدهم السر وأقام عليه البينة وادعي الآخر العلانية وأقام عليها البينة أخذ بالعلانية وأبطل السر لان بينة العلانية دافعة لدعوى مدعى السر فانها تثبت اقدامه فى العلانية على ماشهدت به وذلك يمنع منه دعوى شئ آخر بخلافه فى السر أو يجعل هذا الثانى ناسخا للاول عند المعارضة لان البينة لا توجب شيأ بدون القضاء الا أن يشهد الشهود انهم قالوا فى السر إنا نشهد بذلك فى العلانية بسمعه فان شهدوا بذلك على الولي الذى زوج أو على المرأة أو على

الذى ولى ما ادعي من العلانية أخذت بينة أصحاب السر وأبطلت العلانية لان الثابت بالبينة كالثابت بالعلانية أو باتفاق الخصوم وبهذه البينة تثبت أن الاشهاد فى العلانية كان تحقيقا لما كان بينهما فى السر لا فسخا لذلك بخلاف الاول وذكر عن الشعبي رحمه الله قال اذا كان مهر سر ومهر علانية أخذنا بالعلانية الا أن تقوم بينة انه أعلم ذلك وان المهر هو الذى فى السر وبهذا نأخذ ولو قال في السر إنا نريد أن نظهر بيعا علانية وهو بيع تلجئة وباطل ثم ان أحدهما قال علانية وصاحبه حاضر إنا قد قلنا كذا وكذا فى السر وقد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا وصاحبه يسمع ذلك ولم يقل شيأ ثم تبايعا فالبيع جائز لان تلك المواضعة لم تكن لازمة بينهما ينفرد أحدهما بابطالها ثم اقدام الآخر علي العقد معه بعد ماسمع منه ابطال تلك المواضعة يكون رضا منه بصحة البيع فانما تم البيع بينهما بتراضيهما ولولم يكن سمع ذلك من صاحبه ولم يبلغه كان البيع فاسدا لانعدام الرضا من الآخر بصحة البيع ولزومه حين لم يعلم بمناقضة صاحب المواضعة فان قبضه المشترى على ذلك وأعتقه فان كان الذى قال ذلك القول البائع فالبيع جائز لان البائع صار راضيا بلزوم العقد حين أبطل المواضعة والمشتري صار راضيا بذلك حين أعتقه فيتم البيع وعلى المشترى الثمن وهو بمنزلة مالو شرطا الخيار لهما ثم أسقط القائم خياره وأعتق المشترى العبد وان كان المشترى قاله لم يجز العتق لان البائع لما لم يظهر منه مايدل على الرضا بالعقد كان خياره باقيا وبقاء الخيار للبائع يمنع نفوذ عتق المشترى فان أجاز البائع البيع جاز البيع ولا يجوز العتق الذى كان قبل ذلك من المشترى لانه سبق ملكه فلا ينفذ وان حدث له الملك من بعد وان بلغ الذى لم يقل مقالة صاحبه بعد أن تبايعا فرضى بالبيع فالبيع جائز لان صاحب نقض المواضعة صار راضيا والآخر بالرضا بعد مابلغه مقالة صاحبه صار راضيا أيضا وان لم يرض حتى نقض صاحبه البيع فان كانا لم يتقابضا فنقضه جائز وهو نظير ما تقدم فى البيع الفاسد قبل القبض لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ وبعد القبض للذى المفسد من قبله أن ينفرد بالفسخ وليس للآخر ذلك فهذا قياسه وان كان المشترى قد قبض فان كان البائع هو الذى قال ذلك القول فليس له أن ينقض والامر الى المشترى لان رضا البائع قد تم وانما بقى المفسد فى جانب المشترى لما بينا أن المواضعة بمنزلة شرط الخيار أبدا وان كان المشترى هو الذى قال ذلك القول فالامر الى البائع ان شاء نقض وان شاء سلم المبيع وليس الى المشترى من النقض شئ لان الرضا قد تم منه فان كان البائع والمشترى قالا فى السر نريد أن نظهر بيعا هزلا وباطلا

ونظهر أنه غير هزل ولا باطل ونظهر مع ذلك أنا ان كنا جعلنا فى السر هزلا فقد أبطلنا ذلك وجعلناه جدا جائزا وأشهدا على أنفسهما بذلك ثم قالا علانية قد أبطلنا كل هزل فى هذا البيع ونحن نجعله بيعا صحيحا فتبايعا على هذا وادعى أحدهما جواز البيع بينهما فالبيع جائز باعتبار الظاهر فانه شاهد لمن يدعي جوازه الا أن يقيم الآخر البينة على ما كانا قالا فى السر من ذلك فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وما كان منهما فى العلانية من ابطال كل هزل تحقيق لما كانا تواضعا عليه فى السر لا ابطال له فلهذا كان البيع بينهما باطلا وان كانا قالا فى العلانية انا قلنا فى السر نريد أن نتبايع فى العلانية بيعا باطلا هزلا وقد أبطلنا ذلك فقال صاحبه صدقت ثم تبايعا فالبيع باطل اذا قامت البينة على ما كانا قالا فى السر لما بينا أن هذا الابطال تحقيق منهما للمضى على تلك المواضعة فلا يتغير به الحكم الا أن يقول أحدهما بمحضر من صاحبه وهو يسمع انا كنا قلنا فى السر انا نتبايع بيعا هزلا وقلنا فى السر أيضا انا نظهر فى العلانية أنا قد أبطلنا كل قول قلناه فى السر من هذا وانا قد أبطلنا جميع ماقلنا فى السر من هذا وانا بعنا بيعا صحيحا فاذا قالا هذا أوقال أحدهما والآخر يسمع فالبيع جائز لا يقدر أحدهما على أن يبطله لانهما وضعا جميع ما كانا قالا فى السر ثم أبطلا جميع ذلك وهذا النوع من الابطال ليس بمضي على موافقة ماتواضعا عليه بل هو ابطال لذلك وتلك المواضعة ما كانت لازمة فتبطل بابطالهما فاما اذا وضعا ابطال ماقالا فى البيع خاصة وأبطلا ذلك فهذا مضى منهما على موافقة ما تواضعا عليه وذلك مبطل للبيع لا مصحح له والله أعلم

باب العهدة فى الاكراه

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف أو سجن على أن يبيع متاع اللص من هذا الرجل بالف درهم فباعه والمشترى غير مكره فالبيع جائز لان البيع مع الاكراه منعقد والمالك راض بنفوذه والمشترى راض به أيضا والثمن للص على المشترى ولا عهدة على البائع لانه غير راض بالتزام العهدة حين كان مكرها على ذلك وعهدة البيع لا تلزمه بغير رضاه فاذا تعذر ايجاب العهدة على العاقد كانت العهدة على المنتفع بالعقد وهو المالك كما لو أمر عبدا محجورا عليه أو صبيا ببيع متاعه فباعه كانت العهدة على الآمر فاذا طلب البائع الثمن من المشتري بعد ذلك بغير اكراه فله أن يقبضه وعلى المشتري دفعه اليه وتكون عهدته عليه

لان امتناع وجوب العهدة عليه لعدم الرضا منه بذلك فاذا وجد منه مايدل على الرضا فقد زال المانع بمنزلة مالو كان الوكيل بالبيع عبدا محجورا عليه فأعتق كان له أن يقبض الثمن والعهدة عليه لزوال المانع ولو كان أكره رجلا على أن يشترى له متاعا بالف درهم من رجل فاشتراه كان الثمن على المكره الراضى بذلك كما لو وكل صبيا أو عبدا محجورا عليه بالشراء له فان طلب المشترى المتاع من البائع فقبضه بغير اكراه فله ذلك وعليه الثمن ويرجع به على الآمر لوجود دليل الرضا منه بالتزام العهدة حين طالبه بتسليم المبيع طائعا فان بدا له أن يأخذه بعد ذلك فقد وجب عليه الثمن حين طلبه بغير اكراه لان دليل الرضا كصريح الرضا وبعد ما لزمته العهدة برضاه لا يكون له أن يأبى كما لو كان راضيا به فى الابتداء ولو أن رجلا باع عبدا من رجل فلم يقبض الثمن حتى أكرهه لص على دفعه الى المشترى بوعيد تلف أو سجن فدفعه كان له أن يرجعه حتى يأخذ الثمن لان الاكراه يعدم الرضا منه بالقبض فكان المشترى قبضه بغير رضاه ولان اسقاط حقه فى الحبس بمنزلة الابراء عن الثمن فكما ان الاكراه يمنع صحة الابراء عن الثمن فكذلك يمنع سقوط حقه فى الحبس وكذلك لو كان المشترى باعه أو وهبه كان للبائع أن ينقضه ويرجع العبد بمنزلة مالو قبضه بغير تسليم منه وتصرف فيه وهذا لان البيع والهبة يحتملان النقض فينتقض لقيام حق البائع فى الحبس وكذلك لو أكره المرتهن على أن يرد الرهن الى الراهن ويناقضه الرهن ففعل ذلك وباعه الراهن أو وهبه وسلمه كان للمرتهن أن ينقض جميع ذلك لانه مكره على اسقاط حقه فى حبس الرهن ومع الاكراه لا يسقط حقه فى الحبس فكان له أن يعيده كما كان وان يبطل تصرف الراهن فيه كما لو تصرف قبل استرداده من المرتهن والله أعلم

باب ما يخطر على بال المكره من غير ما أكره عليه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل على الكفر بالله تعالى فقال قد كفرت بالله وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منه امرأته استحسانا وقد بينا ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يقول قد خطر على بالى أن أقول لهم قد كفرت بالله أريد به الخبر عما مضى ففعلت ذلك أريد به الخبر والكذب ولم أكن فعلت ذلك فيما مضى وهذا مخرج له صحيح فيما بينه وبين ربه ولا يسعه الا ذلك اذا خطر بباله لان الانشاء جناية صورة من حيث تبديل الصدق باللسان

وان لم يكن جناية معنى لطمأنينة القلب بالايمان والاخبار لايكون جناية صورة ولا معني فعليه أن ينوى ذلك اذا خطر بباله ولكن لا يظهره للناس فان أظهر هذا المراد للناس بانت منه امرأته فى الحكم وان لم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه أقر أنه أتى بغير ما أكره عليه فقد أكره على الانشاء وانما أتى بالاقرار فكان طائعا فى هذا الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا بانت منه امرأته فى الحكم وفيما بينه وبين ربه لا تبين منه والثانى أن يقول خطر على بالي ذلك ثم قلت قد كفرت بالله أريد به ماطلب مني المكره ولم أرد به الخبر عن الماضى فهذا كافر تبين منه امرأته فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه بعد ما خطر هذا بباله قد يمكن من الخروج عما ابتلى به بان ينوى غير ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان بمنزلة من أجرى كلمة الشرك طائعا على قصد الاستخفاف أولا على قصده ولكن مع علمه أنه كفر وفى هذا تبين منه امرأته فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فينبغى أن يتوب عن ذلك والثالث أن يقول لم يخطر ببالي شيء ولكني كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لما لم يخطر بباله سوى ما أكره عليه كانت الضرورة متحققة ومتى تحققت الضرورة يرخص له اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان وكذلك لو أكره على أن يصلى لهذا الصليب ومعناه يسجد لهذا الصليب فان لم يخطر بباله شيء لم تبن امرأته منه وان خطر بباله أن يصلى لله وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة ينبغى أن يقصد ذلك لان الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند الضرورة والاعمال بالنيات فان ترك هذا بعد ما خطر بباله فصلى يريد الصلاة للصليب كما أكره عليه كفر بالله تعالى وبانت منه امرأته لانه بعد ما خطر بباله قد وجد المخرج عما ابتلى به فاذا لم يفعل كان كافرا وهذه المسئلة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وكذلك لو أكره على شتم محمد عليه الصلاة والسلام فان أجابهم الى ذلك ولم يخطر بباله شيء لم تبن منه امرأته وان خطر على باله رجل من النصارى يقال له محمد فان شتم محمدا ويريد به ذلك الرجل فلا تبين منه امرأته وقد أظرف فى هذه العبارة حيث لم يقل خطر بباله رجل من المسلمين يقال له محمد غير رسول الله صلي الله عليه وسلم وانما قال رجل من النصارى لان الشتم فى حق النصارى أهون منه فى حق المسلمين فان ترك ماخطر بباله وشتم محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه كاره لذلك كان كافرا وتبين منه امرأته لانه بعد ماخطر

بباله قد وجد مخرجا عما ابتلى به فاذا لم يفعل كان كافرا فان شتم النبي صلى الله عليه وسلم في غير موضع الضرورة كفر وكراهته بقلبه لا تنفع شيأ ولو أكره بوعيد تلف على أن يعتق عبده فخطر على باله أن يقول هو حر يريد الخبر والكذب وسعه أن يمسكه فيما بينه وبين الله تعالى لما بينا أن المخبر به اذا كان باطلا فبالاخبار لا يصير حقا ولكن ان ظهر ذلك للقاضي أعتقه عليه لاقراره به أي بغير ما أكره عليه فانه أكره على انشاء العتق والاقرار غير الانشاء ومن أقر بحرية مملوكه طائما يعتق عليه في القضاء ولا يضمن المكره له شيأ لانه حين أقر أنه أتى بغير ما أكره عليه فقد صار مغريا المكره على الضمان (ألا ترى) أنه لو بين لهم ذلك وقال كيف تكرهونني على العتق وهو حر الاصل أو قد أعتقته أمس أعتقه القاضي ولم يضمن له المكره شيأ ولو قال خطر ذلك على بالي فقلت هو حر أريد به عتقا مستقبلا كان حرا في القضاء وبدين فيما بينه وبين الله تعالى وضمن الذي أكرهه قيمته لان الذي خطر على باله لو فعله عتق به في القضاء أيضا فاتلاف المالية بفعل المكره في القضاء متحقق وسواء قصد ما خطر بباله أو لم يقصد كان الاتلاف في القضاء مضافا الى المكره فعليه قيمته ثم قد أنشأ عتقا مستقبلا وذلك يجعل المملوك حرا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى سواء كان مكرها أو لم يكن مكرها (ألا ترى) انه لو لم يخطر بباله شئ ولكن أتى بما أكره عليه كان حرا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ويضمن المكره قيمته فكذلك ماسبق فان قال المكره قد خطر على باله الخبر بالكذب فقال هو حر يريد به الخبر الكذب فأنا أريد يمينه على ذلك كان له أن يستحلف عليه لانه ادعى مالو أقر به كان مكرها اياه ولا يكون له أن يضمن المكره بنده فاذا أنكره كان له أن يستحلف لرجاء نكوله وكذلك لو أكره على طلاق امرأته ولم يدخل بها فقال هي طالق ثم قال بعد ذلك أردت الخبر بالكذب أو انها طالق عن وثاق أو قيد وسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى فأما في القضاء فهي بائن منه ولا ضمان على المكره لاقراره أنه أتى بغير ما أكره عليه وانه كان طائما فيما قاله بناء على قصده وان كان قال قد كان خطر ببالي أن أقول هي طالق أريد الخبر أو انها طالق من وثاق أو قيد فلم أقل ذلك وقلت هي طالق أريد طلاقا مستقبلا كانت طالقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولها على الزوج نصف المهر ويرجع على الذي أكرهه لان الاتلاف مضاف الى المكره في القضاء سواء قصد ما خطر بباله أو لم يقصد فهو وما لم يخطر بباله شئ في الحكم سواء وان قال المكره انما

قال ذلك يريد الخبر بالكذب أو طلاقا من قيد فطلب يمينه علي ذلك استحلف له عليه لرجاء نكوله فانه لو أقر بذلك يسقط حقه فى تضمين المكره

باب زيادة المكره على ما أمر به

(قال رحمه الله) ولو أكره رجل رجلا بوعيد تلف علي أن يطلق امرأته واحدة ولم يدخل بها فقال هى طالق ثلاثا فلا ضمان على المكره لانه أتى بغير ما أكره عليه اما من حيث الصورة فلا اشكال وأما من حيث الحكم فلأن زوال الملك بالثلاث لانتفاء صفة الحل عن المحل وأما بواحدة فتحصل ازالة الملك مع بقاء الحل فى المحل وهما غيران فكان هو طائعا فيما أتى به ولان مازاد مما لم يكرهوه عليه يبينها لو لم يكن غيره لانه زاد اثنتين وهما كافيتان فى البينونة وتأكد نصف الصداق بينهما قبل الدخول وكذلك لو طلقها اثنتين أو قيل له طلقها اثنتين وطلقها ثلاثا ولو قال طلقها ثلاثا فطلقها واحدة رجع عليه بنصف الصداق الذى غرم لان ماأتى به بعض ماأكره عليه فيكون مكرها على ذلك والتلف الحاصل به يصير منسوبا الى المكره (ألا ترى) ان المأمور بايقاع الثلاث اذا أوقع الواحدة تقع والمأمور بايقاع الواحدة اذا أوقع الثلاث لم يقع شيء عند أبى حنيفة رحمه الله ولو أكره على أن يضرب هذا بهذه الحديدة فيقطع يده ففعل المكره ذلك ثم ثنى فقطع رجله من غير اكراه فمات من ذلك كله فعليهما القود لانه فى الفعل الاول صار آلة للمكره فكان المكره فعل ذلك بنفسه وهو فى الفعل الثانى طائع والقصاص يجب على المثنى بقتل الواحد ولو كان أكره على أن يضربه بعصا ففعل ثم ضربه ضربة أخرى بعصا بغير اكراه أو أكرهه على أن يضربه مائة سوط فضربه مائة وعشرة فمات من ذلك فعلى عاقلة لآمر نصف الدية فى ثلاث سنين وعلى عاقلة الضارب كذلك لانه آلة فى الفعل الذى أكره عليه فكان المكره فعل ذلك بنفسه ولو قتل رجلان رجلا بالعصا والسوط يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية فى ثلاث سنين فان كان قطع يده بالسيف مكرها ثم ضربه بغير اكراه خمسين سوطا فمات فنصف الدية فى مال الآمر فى ثلاث سنين لانه آلة فى الفعل الاول فكان المكره فعله بنفسه الا أنه اجتمع فى المحل الفعل الموجب للقود وغير الموجب فسقط القود بالشبهة ويكون نصف الدية فى مال الآمر فى ثلاث سنين لان فعله عمد محض ونصف الدية علي عاقلة الضارب فى ثلاث سنين لان

فعله الضرب بالسوط وهو بمنزلة الخطأ ولو كان أكرهه على ذلك بالحبس كان ذلك كله على الفاعل لان الاكراه بالحبس لايجعل المكره آلة ولا يوجب نسبة الفعل الى المكره ولو ان لصا أكره رجلا بوعيد تلف على أن يعتق نصف عبده فاعتقه كله فلا شئ على الذى أكرهه فى قياس قول أبى حنيفة لان العتق عنده يتجزأ وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره (ألا ترى) أن على أصله لو أمر رجلا أن يعتق نصف عبده فاعتقه كله كان باطلا وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المكره ضامن لقيمة العبد لان عندهما العتق لا يتجزأ فالاكراه على اعتاق النصف بمنزلة الاكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على أن يعتق كله فاعتق نصفه فكذلك عندهما لان اعتاق النصف كاعتاق الكل فاما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فالعتق يتجزأ فيستسعى العبد فى نصف قيمته لمولاه بمنزلة ما لو كان أعتق نصف عبده طائعا ويرجع المولى على المكره بنصف قيمته لانه أتى ببعض ما أكره عليه فكان حكم الاكراه ثابتا فيما أتى به (ألا ترى) أن المأمور باعتاق العبد لو أعتق نصفه نفذ فان نوى ما على العبد من نصف القيمة كان للمولى أن يرجع به أيضا على المكره ويرجع المكره به على العبد فيكون الولاء بينهما نصفين لان المكره صار كالمعتق لذلك النصف واعتاق النصف افساد لملكه فى النصف الآخر من حيث انه يتعذر عليه استدامة الملك فيه فيكون ضامنا له قيمة النصف الاخر ثم يرجع به على العبد لانه يملك ذلك النصف بالضمان فيستسعيه فيه ويكون الولاء بينهما نصفين لان هذا النصف عتق على ملك المكره باداء السعاية اليه قالوا وينبغى أن يكون هذا الجواب فيما اذا كان المكره موسرا على قياس ضمان المعتق ولو أن مريضا أكرهت امرأته بوعيد تلف أو حبس حتى تسأله أن يطلقها تطليقة بائنة فسألته ذلك فطلقها كما سألت ثم مات وهى فى العدة ورثته لان سؤالها مع الاكراه باطل فان تأثير سؤالها فى الرضا منها بالفرقة واسقاط حقها من الميراث وذلك مع الاكراه لايتحقق ولو سألته تطليقتين بائنتين ففعل ثم مات وهى فى العدة لم ترثه لانها سألته غير ما أكرهت عليه ولان مازادت من عندها كاف لاسقاط حقها فى الميراث (ألا ترى) أنها لو سألت زوجها أن يطلقها تطليقة بائنة فطلقها تطليقتين بائنتين ثم مات وهى فى العدة لم ترثه للمعنيين اللذين أشرنا اليهما (ألا ترى) أنه لو لم يدخل بامرأته حتى جعل أمرها بيد رجل يطلقها تطليقة اذا شاء وأكره بوعيد تلف على أن جعل فى يد ذلك الرجل تطليقة أخرى ففعل فطلقها الرجل التطليقتين جميعا لم يرجع الزوج على

المكره بشيء من المهر لان ما جعله في هذه طائعا كاف لتقرير الصداق به ولا رجوع على المكره بشيء من المهر وكذلك لو طلقها التطليقة التي جعلها الزوج اليه بغير اكراه ولو كان طلقها التطليقة التي أكره الزوج عليها دون الاخرى رجع الزوج على المكره بنصف المهر لان تقرر نصف الصداق عليه كان باعتبار ما أكره عليه (ألا ترى) انه لو قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق تطليقة اذا شئت ثم أكره بعد ذلك أو قبله على أن يقول لها انت طالق تطليقة اذا شئت فقال لها ذلك فطلقت نفسها التطليقتين جميعا غرم لها الزوج نصف المهر ولم يرجع على المكره بشيء ولو طلقت نفسها التطليقة التي أكرهه عليها خاصة وثبت ذلك رجع الزوج بنصف المهر على المكره للمعنى الذي بينا ولو كانت هي المسلطة فاكرهته على أن يطلقها بوعيد تلف ففعل لم يكن لها عليه شيء من المهر لان الاتلاف منسوب اليها للالجاء فكان الفرقة وقعت من جهتها قبل الدخول ولو كانت أكرهته بالحبس أخذته بنصف الصداق لان الاتلاف لا يصير منسوبا اليها بهذا النوع من الاكراه فبقيت الفرقة منسوبة الى الزوج قبل الدخول فيلزمه نصف الصداق لها ولو أكره رجل الزوج بوعيد تلف على أن يطلقها واحدة بألف درهم فطلقها ثلاثا كل واحدة بألف فقبلت جميع ذلك طلقت ثلاثا ووجب لها عليه ثلاثة آلاف درهم ولها عليه نصف مهرها لوقوع الفرقة قبل الدخول لا بسبب مضاف اليها ولم يرجع على المكره بشيء وان كان نصف المهر أكثر من ثلاثة آلاف درهم لان مازاد الزوج من عنده طائعا كاف في تقرير نصف الصداق عليه ولو أكرهه على أن يطلقها واحدة بألف ففعل وقبلت ذلك وجب له عليها ألف درهم ثم ينظر الى نصف مهرها فان كان أكثر من ألف درهم أدى الزوج اليها الفضل على ألف درهم ويرجع به على المكره ان كان أكرهه بوعيد تلف وهذا قول أبي يوسف ومحمد فأما عند أبي حنيفة فلا شيء لها عليه وللزوج عليه الالف وهي مسئلة الطلاق اذ الخلع يوجب براءة كل واحد من الزوجين عن صاحبه في الحقوق الواجبة بالنكاح وفي الكتاب ذكر قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة لانه وضع المسئلة في لفظ الطلاق وفيه شبهة اختلاف الروايات عن أبي حنيفة بخلاف لفظ الخلع على ما بينا في الطلاق ثم عندهما قد وجب له عليها ألف درهم بدل الطلاق ولها على الزوج نصف مهرها فتقع المقاصة ويؤدي الزوج اليها الفضل فيرجع به على الذي أكرهه ان كان أكرهه بوعيد تلف لانه قرر عليه تلك الزيادة من غير عوض ولو عتقت أمة لها زوج حر لم يدخل بها فأكرهت بوعيد تلف

أو حبس على أن اختارت نفسها فى مجلسها بطل الصداق كله عن زوجها ولا ضمان على المكره فى ذلك لانه أكرهها على استيفاء حقها فالشرع ملكها أمر نفسها حين عتقت وليس فى هذا الاكراه ابطال شئ عليها لان المهر للمولى دونها ولو دخل بها الزوج ولان ما كان بمقابلة المهر عاداليها ولو كان قد دخل بها قبل ذلك كان الصداق لمولاها على الزوج ولم يرجع الزوج على المكره بشئ لانه ما أكره الزوج على شئ ولان الصداق قد تقرر عليه كله بالدخول وانما أتلف المكره ملك البضع على الزوج وقد بينا أن ذلك لا يتقوم بالاكراه لانه لا قيمة للبضع عند خروجه من ملك الزوج والله أعلم

﴿ باب الخيار فى الاكراه ﴾

(قال رحمه الله) واذا قال اللص الغالب لرجل لاقتلنك أو لتعتقن عبدك أو لتطلقن امرأتك هذه أيهما شئت ففعل المكره أحدهما ولم يدخل بالمرأة فما باشر نافذ لان الاكراه على كل واحد منهما بعينه لا يمنع نفوذه فكذلك الاكراه على أحدهما بغير عينه ويغرم المكره الاقل من نصف المهر ومن قيمة العبد لانه ان التزم بمباشرته الاقل منهما فالاتلاف مضاف الى المكره وان التزم الاكثر فالضرورة انما تحققت له فى الاقل لانه كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه باختيار الاقل فيكون هو فى التزام الزيادة على الاقل غير مضطر ورجوعه على المكره لسبب الاضطرار فيرجع بالاقل لذلك ولو كان الزوج دخل بها لم يغرم المكره له شيأ لانه ان أوقع الطلاق فالمهر قد تقرر عليه بالدخول وانما أتلف المكره عليه ملك البضع وذلك لا يضمن بالاكراه وان أوقع العتق فقد كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه بايقاع الطلاق فيكون هو فى ايقاع العتق بمنزلة الرضا به أو غير مضطر اليه بمنزلة مالو أكره عليه بحبس أو قيد وهناك لا يرجع على المكره بشئ وان لم يدخل بالمرأة لانعدام الضرورة والالجاء ولو قيل له لنقتلنك أو لتكفرن بالله أو تقتل هذا المسلم عمدا فان كفر بالله تعالى بقلبه مطمئن بالايمان فهو فى سعة ولا تبين امرأته منه لتحقق الضرورة فى ذلك بسبب الاكراه فانه لا يحل له قتل المسلم بحال فتتحقق الضرورة فى اجراء كلمة الشرك كما لو أكره على ذلك بعينه والاصل فيه ماروى أن مسيلمة أخذ رجلين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاحدهما أتشهد أن محمدا رسول الله فقال نعم فقال أتشهد أنى رسول الله فقال

لا أدرى ما تقول فقتله وقال للآخر أتشهد أن محمدا رسول الله فقال نعم فقال أتشهد أنى رسول الله فقال نعم فخلي سبيله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام أما الاول فقد آتاه الله تعالى أجره مرتين وأما الآخر فلا اثم عليه ففى هذا دليل انه يسعه ذلك عند الاكراه وانه ان امتنع منه حتى قتل كان أعظم لاجره لانه اظهر الصلابة فى الدين ولان اجراء كلمة الشرك جناية على الدين من حيث الصورة وان لم تكن جناية معنى عند طمأنينة القلب بالايمان والتحرز عن الجناية على الدين صورة ومعنى سبب لنيل الثواب ولا يحل له أن يقتل المسلم بحال لانه لو أكره على ذلك بعينه لم يحل له أن يفعله فعند التردد بينه وبين غيره أولى فان قتل الرجل المسلم ففى القياس عليه القود لانه كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه باجراء كلمة الشرك على اللسان ولا يأثم به ولا تبين منه امرأته فاذا ترك ذلك وأقدم على القتل كان بمنزلة الطائع فى ذلك ولما لم يتحقق الالجاء فيه فيصير حكم القتل عليه بمنزلة ما لو أكره عليه بالحبس فيلزمه القود ولكنه استحسن لاسقاط القود عنه اذ لم يكن عالما بان الكفر يسعه في هذا الوجه لان حرمة الشرك حرمة باتة مضمنة لا تنكشف بحال ولكن يرخص له مع طمأنينة القلب بالايمان فهو يتحرز مما هو حرام لان هذه الرخصة سببها خفى قد يخفى على كثير من الناس فيصير جهله بذلك شبهة فى اسقاط القود عنه ولكن يجب عليه الدية في ماله فى ثلاث سنين لان الضرورة لم تتحقق له فى الاقدام على القتل فيكون فعل القتل مقصورا عليه وان أسقطنا عنه القود للشبهة والمال يثبت مع الشبهات فتجب الدية فى ماله ولكن الدية بنفس القتل تجب مؤجلة ولم يذكر فى الكتاب ما اذا كان عالما بان الكفر يسعه وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أنه يلزمه القود لانه لا يبقى له شبهة فى الاقدام على القتل اذا كان عالما بان الكفر يسعه فهو نظير المسلم اذا أكره على أكل الميتة ولحم الخنزير على ما بينه وهذه من جملة المسائل التى يضره العلم فيها ويخلص فى جهله وفى هذا الكتاب من هذا الجنس خمس مسائل جمعناها فى كتاب الوكالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول وان كان يعلم ذلك لا يلزمه القود لانه بما صنع قصد مغايظة المشركين واظهار الصلابة فى الدين ويباح للانسان أن يبذل نفسه وماله لما يكون فيه كبت وغيظ للمشركين فيقاتلهم وان كان يعلم أنهم يقتلونه فاذا كان يحل له فى نفسه ففي نفس الغير أولى وان كان لا يحل له ذلك فيصير شبهة فى درء القود عنه ولو قيل له لتقتلنك أو لتأكلن هذه الميتة أو لتقتلن هذا المسلم عمدا فينبغى له أن يأكل الميتة لما

بينا أن حرمة الميتة تنكشف عند الضرورة وقد تحققت الضرورة هنا فالتحقت الميتة بالمباح من الطعام كما لو اكره عليه بعينه فان لم يأكل الميتة وقتل المسلم فعليه القود لانه طائع في الاقدام على القتل حين تمكن من دفع البلاء عن نفسه بتناول الميتة وذلك مباح له عند الضرورة وليس في التحرز عن المباح ظهار الصلابة في الدين فلهذا لزمه القود وأشار الى الفرق بين هذا وبين ماتقدم فقال (ألا ترى) انه لولم يكفر حتى قتل كان مأجورا ولولم يأكل الميتة حتى قتل كان آثما اذا كان يعلم أنه يسعه ذلك وقد بينا في أول الكتاب قول أبي يوسف رحمه الله في أنه لا يأثم اذا امتنع من التناول عند الضرورة وأن الاصح ما ذكره في الكتاب من انكشاف الحرمة ولو أكرهه في هذا بوعيد أو سجن أو قيد لم يسعه ان يكفر فان فعل بانت منه امرأته لان الضرورة لم تتحقق فان شرب الخمر عند الاكراه بالحبس ففي القياس عليه الحد لانه لا تأثير للاكراه بالحبس في الافعال فوجوده كعدمه (ألا ترى) ان العطشان الذي لا يخاف على نفسه الهلاك اذا شرب الخمر يلزمه الحد فالمكره بالحبس قياسه وفي الاستحسان لاحد عليه لان الاكراه لو تحقق به الالجاء صار شرب الخمر مباحا له فاذا وجد جزء منه يصير شبهة كالملك في الحر وفي الجارية المشتركة يصير شبهة في اسقاط الحد عنه بوطئها ولان الاكراه بالحبس معتبر في بعض الاحكام غير معتبر في البعض وحد الخمر ضعيف ثبت باتفاق الصحابة رضي الله عنهم على ماقال علي رضي الله عنه مامن أحد أقيم عليه حدا فيموت فاجد في نفسي من ذلك شيأ الا حد الخمر فانه ثبت بآرائنا فلهذا صار هذا القدر من الاكراه شبهة في اسقاط هذا الحد خاصة وان قتل المسلم قتل به في الوجوه كلها لان الاكراه بالحبس لا أثر له في نسبة الفعل الى المكره ولا في اباحة القتل فلا يصير الاكراه بالحبس شبهة في اسقاط القود عن القاتل ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلن هذا المسلم عمدا أو تزني بهذه المرأة لم يسعه ان يصنع واحدا منهما حتى يقتل فان صنع واحدا منهما فهو آثم لان كل واحد من هذين الامرين لا يحل له بالاكراه وان أكره عليه بعينه فكذلك اذا أكره على أحدهما بغير عينه فان أبى أن يفعل واحدا منهما حتى قتل كان مأجورا لانه بذل نفسه في التحرز عن الحرام وقال بالذي قتله لانه قتله ظلما فعليه القود وان زنا كما أمره ففي القياس عليه الحد وفي الاستحسان عليه المهر ومن أصحابنا من قال المراد بالقياس في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وبالاستحسان قوله الآخر كما بينا فيما اذا أكره على الزنا بعينه والاصح ان هذا قياس واستحسان أجريناه على

قوله الآخر وجه القياس انه اذا أقدم على قتل المسلم كان آلة فى ذلك الفعل وكان الفعل منسوبا الي غيره وهو المكره فلا يكون هو مؤاخذا بشئ من أحكامه واذا أقدم على الزنا كان الفعل منسوبا اليه بحكمه فهو للاقدام على الزنا هنا مع تمكنه من دفع البلاء عن نفسه على وجه لا يصير مؤاخذا بشئ من أحكام الفعل بان يقتل الرجل فيلزمه الحد بخلاف مالو أكره علي الزنا بعينه ووجه الاستحسان ان فى هذه الحالة لايحل له الاقدام على قتل المسلم فهو أقدم على الزنا دفعا للقتل عن غيره ولو أقدم على الزنا دفعا للقتل عن نفسه بان أكره عليه بعينه سقط عنه الحد ولزمه المهر فهذا مثله *يوضحه ان الضرورة تحققت له فى كل واحد من هذين الفعلين حين لم يسعه الاقدام على واحد منهما فيجعل فى حق كل واحد منهما كانه أكره عليه بعينه حتى لو قتل المسلم كان القود على المكره وكان المكره مستحقا للتعزير والحبس بمنزلة مالو أكره عليه بعينه فلذلك اذا أقدم على الزنا كان عليه الصداق وهذا عند الحد بمنزلة مالو أكرهه عليه بعينه (ألا ترى) انه لو أكرهه أن يقتل أحدهذين الرجلين عمدا كان القود على المكره اذا قتل أحدهما لانه لما لم يسعه الاقدام على قتل واحد منهما صار فى حق كل واحد منهما كانه أكره على قتله بعينه ولو أكرهه على ذلك بالحبس أخذ بحد الزنا ان زنا وبالقود ان قتل الرجل لانه لايسعه الاقدام على واحد من الفعلين بسبب الاكراه وان تحققت الضرورة به فالاكراه بالحبس لا يكون مؤثرا فى موجب واحد منهما كما لو أكره عليه بعينه ولو أكرهت المرأة على الزنا بحبس أو قيد دري عنها الحد لانها لو أكرهت على ذلك بالقتل يسعها التمكين ولا تأثم فيه فاذا أكرهت عليه بالحبس يصير شبهة فى اسقاط الحد عنها بمنزلة شرب الخمر وانما فرقنا بين جانب الرجل والمرأة في الاكراه بالقتل لان الرجل مباشر لفعل الزنا مستعمل للآلة فى ذلك وحرمة الزنا حرمة تامة فلا تنكشف عند الضرورة كحرمة القتل وأما المرأة فهى مفعول بها وليس من جهتها مباشرة للفعل انما الذى منها التمكين وذلك بترك الامتناع الا أن فى غير حالة الضرورة لا يسعها ذلك لوجوب دفع المباشرة للزنا عن نفسها وذلك المعنى ينعدم عند تحقق الضرورة بالاكراه بالقتل فلا يأثم فى ترك الامتناع كمن ترك الامر بالمعروف والنهى عن المنكر عند خوف الهلاك عن نفسه لا يكون آثما فى ذلك ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلن هذا المسلم أو تأخذ ماله فتستهلكه وهو أكثر من الدية أو أقل فلا بأس بأن يأخذ المال أو يستهلكه ويكون ضمانه

على المكره لان الالجاء قد تحقق ويباح اتلاف المال عند الالجاء كما لو أكره عليه بعينه ويصير هو فى ذلك آلة للمكره فضمانه على المكره وان قتل الرجل قتل به الذى ولى القتل لانه لما أبيح له الاقدام على اتلاف المال ولا يلحقه بذلك اثم ولا ضمان كان هو غير مضطر فى الاقدام على القتل فيكون بمنزلة الطائع فيلزمه القود وهو نظير ماتقدم من مسألة الميتة وشرب الخمر الا أن هنا ان لم يفعل واحدا منهما حتى قتل كان غير آثم فى ذلك بخلاف مسئلة الميتة لان الحرمة هناك لحق الشرع وحالة الضرورة مستثناة من الحرمة شرعا وهنا بخلافه فان تناول مال الغير واستهلاكه بغير رضاه ظلم فى حق صاحب المال والظلم حرام الا أن بسبب الضرورة يباح له الاتلاف شرعا مع بقاء حق الملك فى المال فلهذا وجب الضمان له على المكره جبرانا لحقه فاذا امتنع من ذلك كان ممتنعا من الظلم فلا يأثم به (ألا ترى) أن المضطر الى طعام الغير يسعه أن يأخذه بغير رضا صاحبه فان أبى صاحبه أن يعطيه فلم يأخذ حتى مات لم يكن آثما فى تركه لهذا المعنى فكذلك المكره (ألا ترى) أنه لو قيل له لنقتلنك أو لتدلنا على مالك فلم يفعل حتى قتل لم يكن آثما فاذا كان لو قتل فى دفعه عن مال نفسه لم يكن آثما فكذلك اذا امتنع عن استهلاك مال الغير حتى قتل قال ولو اثم في هذا فى ماله أومال غيره ألم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد وهذا حديث مشهور أشار الى الاستدلال به من حيث انه لو قتل دفعا عن مال نفسه أو عن مال غيره كان شهيدا فكيف لايكون شهيدا فى دفع مالا يسعه الاقدام عليه فبهذا تبين أنه لا يأثم اذا امتنع من ذلك كله وكذلك لوقال لاقتلنك أو لتطلقن امرأتك أو لتعتقن عبدك فلم يفعل حتى قتل لم يأثم لانه بذل نفسه دفعا عن ملك محترم له فان ملك النكاح محترم لملك المال وربما يكون الاحترام لملك النكاح أظهر فلا يكون هو آثما وان كان يسعه الاقدام على كل واحد منهما لتحقق الضرورة ولو أكره بوعيد قتل على أن يقتل عبده عمدا وقيمته ألف درهم أو يستهلك ماله هذا وهو ألفا درهم فان أبى أن يفعل واحدا منهما حتى قتل كان غير آثم لان حرمة القتل لم تنكشف بالاكراه وحرمة المال قائمة مع الاكراه وان أبيح له الاقدام على استهلاكه للدفع عن نفسه فلايكون آثما فى الامتناع لانه يمتنع من السفه في استهلاك المال وقتل النفس من السفه فان استهلك ماله فقد أحسن وضمانه على المكره بالغا مابلغ لان الالجاء قد تحقق فيكون فعله فى اتلاف المال منسوبا الى المكره وهو محسن فيما صنع لانه جعل ماله

دون نفسه وقال عليه الصلاة والسلام لواحد من أصحابه اجعل مالك دون نفسك ونفسك دون دينك بان قتل العبد ولم يستهلك المال فهو آثم ولا شيء على المكره لان الالجاء لم يتحقق فى القتل فانه كان متمكنا من دفع الشر عن نفسه من غير مباشرة القتل فبقى فعله فى القتل مقصورا عليه فليس له على المكره قود ولا قيمة ولو أكرهه بوعيد القتل على أن يقتل أحد عبديه هذين وأحدهما أقل قيمة من الآخر فقتل أحدهما عمدا كان له أن يقتل المكره لتحقق الالجاء هنا فيما أقدم عليه من القتل فحكم القتل فى العبد الذى هو قليل القيمة كهو فى كثير القيمة واذا تحقق الالجاء صار القتل منسوبا الى المكره بخلاف الاول فانه لا مساواة بين استهلاك المال والقتل وانما يتحقق الالجاء فى الادنى والادنى استهلاك المال الذى يباح له الاقدام عليه عند الضرورة فبقى فى قتل العبد مباشرا للفعل مختارا وهنا حرمة نفس العبدين سواء فيتحقق الالجاء فى حق كل واحد منهما وكذلك لو أكرهه بوعيد القتل على أن يقطع يد نفسه أو يقتل عبده عمدا ففعل أحدهما كان له ان يقتص من المكره لان الجاء تناول كل واحد منهما بمنزلة مالو اكره عليه بعينه فان قيل لا كذلك فانه يباح له الاقدام على قطع يد نفسه عند الاكراه ولا يباح له الاقدام على قتل عبده فينبغى أن يجعل هذا نظير الفصل الاول قلنا لا كذلك فالاطراف محترمة كالنفوس الا أنه اذا أكره على قطع يد نفسه فباعتبار مقابلة طرفه بنفسه جوزنا له أن يختار أدنى الضررين وهذا المعنى لا يتحقق عند مقابلة طرفه بنفس عبده فالضرر عليه فى قطع طرفه فوق الضرر فى قتل عبده (ألا ترى) انه لو خاف على عبده الهلاك لا يحل له أن يقطع يد نفسه ليتناوله العبد فبهذا تبين ان المساواة بينهما فى الحرمة عند مقابلة أحدهما بالآخر فيتناول الاكراه كل واحد منهما ولو أكرهه على أن يضرب أحد عبديه مائة سوط ففعل ذلك بأحدهما فمات منه غرم المكره أقل القيمتين ان كان الذي بقي أقلهما قيمة لان الواجب بهذا الفعل ضمان المالية فى حق المولى وفيما يرجع الى المالية الضرورة للمولى انما تتحقق فى الاقل فهو اذا أقدم على ضرب أكثرهما قيمة كان مختارا فى الزيادة بمنزلة مالو أكره على الهبة والتسليم فى أحدهما بغير عينه بخلاف ما سبق فهناك موجب الفعل القود يستوى فيه قليل القيمة وكثير القيمة وهنا موجبه المال بطريق الجبران لما فات عن المولى وبينهما فى المالية تفاوت وانما تتحقق له الضرورة فى أقلهما ولو أكرهه فى كله بوعيد حبس لم يكن على المكره شيء ولو أكرهه على أن يأخذ مال هذا الرجل أو مال هذا الرجل فلا بأس أن يأخذ

مال أحدهما لان الاكراه قد تناولهما لاستوائهما في بقاء الحرمة والتقوم فى حق كل واحد منهما لحق المالك وان أبيح له الاقدام على الاخذ لدفع الهلاك عن نفسه واحب الينا أن يأخذ مال أغناهما عن ذلك لان أخذ المال من صاحبه يلحق الهم والحزن به وذلك يتفاوت بتفاوت حال المأخوذ منه فى الغني فالاخذ من الفقير يلحق به هما عظيما لانه لا يرجع الى ملك مثله بخلاف الاخذ من الغني فى مباسطة الشرع مع الاغنياء فى المال الكثير منه مع الفقراء يعني به الزكاة وصدقة الفطر وضمان العتق والنفقة فلهذا يستحب له أن يأخذ مال أغناهما فان كانا فى الغنى عنه سواء قلنا خذ أقلهما لان الضرورة تتحقق فى الاقل وفى القليل من المال من التساهل بين الناس ماليس فى الكثير وقيل ان استويا فى المقدار قلنا خذ مال أحسنهما خلقا وأظهرهما جودا وسماحة لان الهم والحزن بالاخذ منه يتفاوت بحسن خلقه وسوء خلقه وبخله وجوده فان أخذه واستهلكه كما أمره غرمه الذى أكرهه لان الاكراه لما تناوله صار الاتلاف منسوبا الى المكره وان أخذ أكثرهما فاستهلكه غرم المكره مقدار أقلهما لان الاتلاف انما يصير منسوبا الى المكره فيما تحقق الالجاء فيه وهو الاقل ثم يغرم المستهلك الفضل لصاحب المال لانه فى الزيادة على الاقل لاضرورة له فى الاستهلاك فيقتصر حكم الاستهلاك عليه ولو أكرهه على أن يقتل عبد هذا الرجل عمدا أو يأخذ مال هذا الآخر أو مال صاحب العبد فيطرحه فى مهلكة أو يعطيه انسانا فلا بأس أن يعمل فى المال ما أمره به لتحقق الضرورة فيه وغرمه بالغا ما بلغ على المكره لان الاتلاف صار منسوبا اليه وان قتل العبد فعلى القاتل القود لان الاكراه لم يتناول القتل هنا اذ لا مساواة بين حرمة القتل وحرمة استهلاك المال واذا تمكن من دفع البلاء عن نفسه بغير القتل كان هو فى الاقدام على القتل طائعا فعليه القود وعلى المكره الادب والحبس لارتكابه مالا يحل ولو كان انما أمره أن يستهلك المال ويضرب العبد مائة سوط فلا بأس باستهلاك المال وضمانه على المكره ولا يحل له ضرب العبد لان مثل هذا الضرب يخاف منه الهلاك فيكون بمنزلة القتل فان ضربه فمات منه كانت قيمته على عاقلة الضارب ولا ضمان على المكره لانه طائع فى الاقدام على الضرب حتى يتمكن من التخليص بدونه على وجه لايلحقه اثم ولا ضمان والقتل بالسوط يكون سببه العمد فيوجب القيمة على عاقلة الضارب ولو كان العبد والمال للمكره لم يسعه ضرب عبده ولكنه يستهلك ماله ويرجع به علي المكره فان ضرب عبده فمات لم يكن على المكره ضمان لان المكره

لما كان يتخلص بدون الضرب كان هو فى الاقدام على الضرب طائعا ومن قتل عبد نفسه طائعا لم يجب الضمان له على غيره ولو أكره بوعيد قتل على أن يقتل عبده هذا أو يقتل العبد الذى أكرهه أو يقتل ابنه أو قال أقتل عبدك هذا الآخر أو أقتل أباك لم يسعه أن يقتل عبده الذى أكرهه على قتله لان الاكراه لم يتحقق هنا فالمكره من يخاف التلف على نفسه وهنا انما هدده بقتل من سماه دون نفسه فلا يكون هو ملجأ به الى الاقدام على القتل فان قتل عند ذلك فلا شئ على المكره سوى الادب لانه لم يصر آلة للمكره حين لم يتحقق الالجاء (ألا ترى) انه لو قيل له لتقتلن ابنك أو لتقتلن هذا الرجل وهو لايخاف منه سوى ذلك لم يسعه أن يقتل الرجل وان قتله قتل به وكذلك لو أكرهوه على أن يستهلك مال هذا الرجل أو يقتلون أباه فاستهلكه ضمنه ولم يرجع به على المكره لانه لم يصر ملجأ الى هذا الفعل حتى لم يصر خائفا على نفسه ولان قتل أبيه أو ابنه يلحق الهم والحزن به بمنزلة الحبس والقيد فى نفسه ولو أكره بالحبس على القتل أو استهلاك المال اقتصر حكم الفعل عليه كذلك ههنا الا انه لا يأثم فى ذلك الاستهلاك لانه يجعل مال الغير وقاية لنفس ابنه وكما يجوز له أن يجعل مال الغير وقاية لنفسه يجوز له أن يجعل مال الغير وقاية لنفس ابنه أو لنفس أجنبي آخر (ألا ترى) أن المضطر الذى يخاف الهلاك اذا عجز عن أخذ طعام الغير وهناك من يقوى على أخذ ذلك منه وسعه أن يأخذه فيدفعه الى المضطر فيأكله ويكون ضامنا لما يأخذه وهذا لان فعله من باب الامر بالمعروف فانه يحق على صاحب الطعام شرعا دفع الهلاك عن المضطر فاذا امتنع من ذلك كان فعل الغير به ذلك من نوع الامر بالمعروف فيسعه ذلك فكذلك فى الاستهلاك للمال ولو لم يستهلكه حتى قتل الرجل اباه لم يكن عليه اثم ان شاء الله لانه كان يلزمه غرمه اذا استهلكه فيكون له أن يمتنع من ذلك كما يكون للقوى فى فصل المضطر أن يمتنع من أخذ الطعام ودفعه الى المضطر (ألا تري) أن حرمة أبيه فى حقه لا تكون أعظم من حرمة نفسه وفى حق نفسه يسعه أن يمتنع من الاستهلاك حتى يقتل ففى حق أبيه أولى الا أن يكون شيأ يسيرا فلا أحب له أن يترك استهلاكه ثم يغرم لصاحبه لانه يحق عليه احياء أبيه بالغرم اليسير يعنى بالانفاق عليه فكذلك فى فصل الاكراه اذا كان شيأ يسيرا لا يستحب له أن يمتنع من التزام غرمه ويدع أباه يقتل وكذلك فى الناس التحرز عن التزام القليل لاحياء أبيه يعد من العقوق والعقوق

حرام وكذلك فى مسئلة المضطر المستحب للقوي أن لا يمتنع من أخذ الطعام ودفعه الى المضطر لان ذلك يسير لايجحف بهغرمه ولو كان بحيث يجحف به لم أربأسا أن لا يأخذهولو رأى رجلا يقتل رجلا وهو يقوى على منعه لم يسعه الا أن يمنعه وان كان يأتى ذلك على نفس الذى أراد قتل صاحبه بخلاف فضل المال لان هذا لا يلتزم غرما بهذا الدفع وان أتى على نفس القاصد فالقاصد باغ قد أبطل دمه بما صنع (ألا ترى) أنه اذا قصد قتله فقتله المقصود لم يلزمه شيء فكذلك اذا قصد قتل غيره فقتله هذا الذى يقوى عليه فأما فى فضل المال القوى فيلتزم الغرم بما يأخذه لان بسبب الضرورة للمضطر لا تسقط الحرمة والقيمة فى حق صاحب المال فلهذا كان له أن يمتنع من ذلك ولو انتهوا الى بئر فيها ماء فمنع المضطر من الشرب منها فلم يقو عليهم وقوى صاحبه على قتالهم حتى يأخذ الماء فيسقيه اياه لم يسعه الا ذلك وان أتى على أنفسهم لانهم ظالمون فى منع المضطر حقه فحق السقيا فى ماء البئر ثابت لكل أحد ولو قوى المضطر بنفسه على أن يقاتلهم بالسيف حتى يقتلهم ويخلوا بينه وبين الماء فكذلك من يقوى على ذلك من رفقائه (ألا ترى) أنه لا يلتزم غرما بفعله فهو نظير القاصد الى قتل الغير فأما فى الطعام والشراب الذى أحرزوه فى أوعيتهم فلم يبق للغير فيه حق وان اضطر الى ذلك (ألا ترى) أنه لا يسعه أن يقاتلهم عليه ان منعوه فكذلك لغيره أن يمتنع من التزام الغرم بأخذه (ألا ترى) أن الماء الذي فى البئر لو باعوه منه لم يجز بخلاف مالو أحرزوه فى أوعيتهم ولو بذلوا له الطعام أو الشراب بثمن مثل ما يشترى به مثله فأبى أن يأخذه بذلك حتى مات وهو يقدر على ثمنه كان آثما فى ذلك لانه فى معنى قاتل نفسه حين امتنع من تحصيل ما هو سبب لبقائه مع قدرته على ذلك وقد قال الله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم ولانه ماق نفسه فى التهلكة فى بالامتناع من آداء الثمن عند عرضهم عليه اذا كان واجد الثمن ولو قيل له لتشربن هذا الخمر أولتأكلن هذه الميتة أولتقتلن ابنك هذا أو أباك لم يسعه شرب الخمر ولا أكل الميتة لانعدام الضرورة (ألا ترى) أن هذا بمنزلة التهديد بالحبس فى حقه كما قررنا ولو قيل له لتقتلن ابنك هذا أو ابك اولتبيعن عبدك هذا بألف درهم فباعه فالقياس ان البيع جائز لانه ليس بمكره على البيع فالمكره من يهدد بشيء فى نفسه ولكنه استحسن فقال البيع باطل لان البيع يعتمد تمام الرضا وبما هدد به ينعدم رضاه فالانسان لا يكون راضيا عادة بقتل أبيه أو ابنه ثم هذا يلحق الهم والحزن به فيكون بمنزلة الاكراه بالحبس والاكراه

بالحبس يمنع نفوذ البيع والاقرار والهبة والعقود التى تحتمل الفسخ فكذلك الاكره بقتل ابنه وكذلك التهديد بقتل ذى رحم محرم لان القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد فى حكم الاحياء بدليل انها توجب العتق عند الدخول فى ملكه ولو قيل له لنحبسن أبك فى السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بالف درهم ففعل ففى القياس البيع جائز لما بينا ان هـذا ليس باكراه فانه لم يهدد بشئ فى نفسه وحبس ابنه فى السجن لايلحق ضررا به والتهديد به لا يمنع صحة بيعه واقراره وهبته وكذلك فى حق كل ذى رحم محرم وفى الاستحسان ذلك اكراه كله ولا ينفذ شئ من هذه التصرفات لان حبس ابنه يلحق به من الحزن مايلحق به حبس نفسه أو أكثر فالولد اذا كان بارا يسعى فى تخليص ابيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس وربما يدخل السجن مختارا ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه فكما أن التهديد بالحبس فى حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه والله أعلم

باب الاكراه فيما يوجب لله عليه أن يؤديه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يكفر يمينا قد حنث فيها فكفر بعتق أو صدقة أو كسوة أجزأه ذلك ولم يرجع على المكره بشئ لانه أمره باسقاط ماهو واجب عليه شرعا وذلك من باب الحسبة فلا يكون موجبا للضمان على المكره وكانه يعوضه ما جبره عليه من التكفير بسقوط التبعة عنه فى الآخرة وأما الجواز عن الكفارة فلان الفعل فى التكفير مقصور عليه لما لم يرجع على المكره بشئ ومجرد الخوف لا يمنع جواز التكفير (ألا ترى) ان كل مكفر يقدم على التكفير خوفا من العذاب ولا يمنع ذلك جوازه ولو أكرهه على أن يعتق عبده هذا عنها ففعل لم يجزه لان المستحق عليه شرعا الكفارة لا ابطال الملك فى هـذا العبد بعينه فالمكره فى اكراهه على اعتاق هـذا العبد بعينه ظالم فيصير فعله فى الاتلاف منسوبا الى المكره ويجب عليه ضمان قيمته واذا لزمه قيمته لم يجز عن الكفارة لانعدام التكفير فى حق المكره حين صار منسوبا الى غيره ولان هذا فى معنى عتق بعوض والكفارة لاتتأتى بمثله ولو كان أكرهه بالحبس أجزأه عن الكفارة لان الفعل منسوب اليه دون المكره ولم يستوجب الضمان على المكره بهذا الاكراه فتتأدى به الكفارة لاقتران النية بفعل الاعتاق ولو أكرهه بوعيد تلف على الصدقة فى الكفارة ففعل ذلك نظر فيما

تصدق به فان كانت قيمته أقل من قيمة الرقاب ومن أدنى الكسوة التى تجزئ لم يضمن المكره شيأ لتيقننا بوجوب هذا المقدار من المال عليه فى التكفير فيكون المكره مكتسبا سبب اسقاط الواجب عنه وان كان أكثر قيمة من غيرها ضمنه الذى أكرهه لانه لا يتعين فى وجوب هذا المقدار عليه ولا هذا النوع بل هو مخير شرعا بين الانواع الثلاثة ويخرج عن الكفارة باختياره أقلها فيكون المكره متلفا عليه هذا النوع بغير حق فيضمنه له ولا يجزئه عن الكفارة وان قدر على الذى أخذه منه كان له أن يسترده لانه كان مكرها على التسليم اليه وتمليكه اياه مع الاكراه فاسد فيتمكن من استرداده وان كان أكرهه بالحبس لم يضمن المكره شيأ لان الفعل لايصير منسوبا اليه بهذا الاكراه ولكنه يرجع به على الذي أخذ منه لانه ما كان راضيا بالتسليم اليه والتمليك مع الاكراه بالحبس فان أمضاه له بعد ذلك بغير اكراه أجزأه ان كان قائما وان كان مستهلكا لم يجزه لانه اذا كان قائما فى يده فامضاؤه بمنزلة ابتداء التصدق عليه وان كان مستهلكا فهو دين عليه والتصدق بالدين على من هو عليه لايجزئ عن الكفارة وكذلك هذا فى كفارة الظهار وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله انه اذا أكرهه في كفارة الظهار علي عتق عبد بعينه وذلك أدنى مايجزئ فى الكفارة لا يكون على المكره فيه ضمان ويجزيه عن الكفارة لانا تيقنا ان ذلك القدر واجب عليه فالتكفير بالعتق عين فى الظهار والاصح أن ذلك لايجزيه وعلى المكره قيمته لانه وان لم يكن ظالما له فى القدر فهو ظالم له فى العين اذ ليس عليه اعتاق هذا بعينه وللناس فى الاعتاق أغراض فيلزم المكره الضمان بهذا الطريق واذا لزمه الضمان لم يجزه عن الكفارة قال وكذلك كل شئ وجب لله تعالي عليه من بدنة أو هدى أو صدقة أو حج فأكره على أن يمضيه ففعل ولم يأمره المكره بشئ بعينه فلا ضمان على المكره ويجزي عن الرجل ما أمضاه ولان المكره محتسب حين لم يزد على أمره باسقاط الواجب والوفاء بما التزمه وقد قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم فان أوجب شيأ بعينه على نفسه صدقة فى المساكين فأكره بحبس أو قيد على أن يتصدق بذلك جاز ماصنع منه ولم يرجع على المكره بشئ لان الوفاء بما التزمه مستحق عليه شرعا كما التزمه فاذا التزم التصدق بالعين كان عليه الوفاء به فى ذلك العين والمكره مازاد فى أمره على ذلك فلا يرجع عليه بشئ وكذلك الاضحية وصدقة الفطر لو أكره عليهما رجل حتى فعلهما اجزآه ولم يرجع على المكره بشئ لان ذلك واجب عليه شرعا وهذا الجواب فى الاضحية بناء على ظاهر الرواية انها واجبة ومقصوده

ان يبين أن الواجب الذى يثبت للامام فيه ولاية الاخذ والذي لا يثبت له فى ذلك ولكن من عليه يقضي بأدائه فى حكم الا كراه سواء ولو قال لله تعالى على هدى أهديه الى بيت الله فأ كره بالقتل على أن يهدى بعيرا أو بدنة ينحرها ويتصدق بها ففعل كان المكره ضامنا قيمتها ولا يجزيه ما أوجبه على نفسه لان بلفظ الهدى لا يتعين عليه البعير ولا البقرة ولكن يخرج عنه بالشاة فالمكره ظالم له فى تعيين البدنة فيلزمه ضمان قيمتها ولا يجزيه عما أوجبه لحصول العوض أو لان الفعل صار منسوبا الى المكره ولو أكرهه على أدنى ما يكون من الهدى فى القيمة وغيرها فامضاه لم يغرم المكره شيأ لانه مازاد على ماهو الواجب عليه شرعا ولو قال لله على عتق رقبة فأكرهه على أن يعتق عبدا بعينه بقتل فأعتقه ضمن المكره قيمته ولم يجزه عن النذر لانه التزم بعتق رقبة بغير عينها والمكره في أمر بعتق عبد بعينه ظالم فيكون ضامنا قيمته وان كان يعلم الذى أكرهه على عتق عبد هو أدنى ما يكون من التسمية لم يكن على المكره ضمان واجزأ عن المعتق لتيقننا بوجوب هذا المقدار عليه ومن قال من أصحابنا فى مسئلة كفارة الظهار ان المكره لا يضمن اذا أكرهه على عتق عبد هو أدنى مايجزى انما أخذ جوابه من هذا الفصل وعلى ما قلنا من الجواب المختار هذه لاتشبه تلك لان الناذر انما يلتزم الوفاء بالمنذور من أعيان ملكه فيصير كالمعتق للادنى عن نذره فأما فى الكفارة فالواجب دين فى ذمته ولا يتناول اعيان ملكه (ألا ترى) أن فى الكفارات قد يخرج بغير الاعتاق عند العجز عن الاعتاق وفى النذر لا يخرج بدون الاعتاق ولا يكون الاعتاق الا فى ملكه فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو قال لله على أن أتصدق بثوب هروى أو مروى فأكرهه على أن يتصدق بثوب بعينه فانه ينظر الى الذى تصدق به فان كان العلم محيطا بأنه أدنى ما يكون من ذلك الجنس فى القيمة وغيرها أجزأه ذلك ولا ضمان على المكره لانه ما ألزمه بالا كراه الا مايعلم أنه مستحق عليه بنذره شرعا وان كان غيره أقل من قيمته نظر الى فضل ما بين القيمتين فغرم المكره ذلك لانه فى الزيادة على الادنى يلزمه ذلك بالا كراه من غير ان كان واجبا عليه وهذا بخلاف الهدى والاضحية والعتق لان ذلك مما لا ينتقض فاذا ضمن المكره بعضه صار ناقضا ماوجب عليه فلا يجزيه عن الواجب فلهذا يغرم المكره جميع القيمة والتصدق بالثوب مما يحتمل التجزى فانه لو تصدق بنصف ثوب جيد يساوي ثوبا كما لزمه أجزاه عن الواجب فنحن وان أوجبنا ضمان الزيادة على المكره وقع المؤدى فى مقدار الادنى مجزيا

عن الواجب * يوضحه أن في التصدق تعتبر المالية (ألا ترى) أن له أن يتصدق بقيمة الثوب مكان الثوب وعند النظر الى القيمة يظهر الفضل وفى الهدايا والضحايا وعتق الرقاب لا تعتبر المالية حتى لا يتأدى الواجب بالقيمة فلهذا قلنا اذا صار ضامنا للبعض ضمن الكل واذا قال لله على أن أتصدق بعشرة أقفزة حنطة على المساكين فأكره بوعيد قتل على أن يتصدق بخمسة أقفزة حنطة جيدة تساوى عشرة أقفزة حنطة رديئة فالمكره ضامن لطعام مثله لان المؤدى لا يخرج عن جميع الواجب فانه لا معتبر بالجودة فى الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها ولا يمكن تجويزها عن خمسة أقفزة حنطة لان فى ذلك ضررا على الناذر فالمكره ظالم له فى التزام الزيادة على الادنى فلهذا يضمن له طعاما مثل طعامه وعلى الناذر أن يتصدق بعشرة أقفزة رديئة ولو أن رجلا له خمس وعشرون بنت مخاض فحال عليها الحول فوجب فيها ابنة مخاض وسط فاكره بوعيد قتل على أن يتصدق على المساكين بابنة مخاض جيدة غرم المكره فضل قيمتها على قيمة الوسط لانه ظالم له فى الزام هذه الزيادة وقد جازت الصدقة عن المتصدق فى مقدار الوسط فلا يغرم المكره ذلك لان هذا ليس بمال الربا فيمكن تجويز بعضه عن كله (ألا ترى) انه لو تصدق بنصف ابنة مخاض جيدة فبلغ قيمته قيمة ابنة مخاض وسط أجزأه عن الواجب فلهذا لا يوجب على المكره الا ضمان الفضل بينهما والله أعلم

باب الاكراه في الوكالة

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد قتل على أن يوكل رجلا بعتق عبد له أو بطلاق امرأة لم يدخل بها ففعل ذلك جاز التوكيل ونفذ تصرف الوكيل لان الاكراه لما لم يمنع صحة مباشرة الاعتاق والطلاق لا يمنع صحة التوكيل بهما أيضا ولا ضمان على الوكيل لانه نائب معبر فعبارته كعبارة الموكل ولكن الضمان على المكره كما لو أكرهه على مباشرة الايقاع وهذا استحسان قد بيناه في جعل الامر فى يد الغير عن اكراه فالتوكيل قياسه ولو أكرهه على ان وكله ببيع عبده من هذا بالف درهم وأكرهه على دفعه اليه حتى يبيعه ففعل ذلك فباعه الوكيل وأخذ الثمن ودفع العبد الى المشترى فهلك العبد فى يده من غير فعله والوكيل والمشترى غير مكرهين فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمة عبده لانه قبضه طائعا بشراء فاسد وان شاء ضمن الوكيل لانه متعد فى البيع والتسليم طائعا وان شاء ضمن

المكره لان اكراهه على التوكيل والتسليم بمنزلة الاكراه على مباشرة البيع والتسليم فى حكم الاتلاف والضمان فان ضمن المشترى لم يرجع على أحد بشئ لانه ضمن بسبب باشره لنفسه وان ضمن الوكيل يرجع الوكيل على المشترى بالقيمة لانه قائم مقام المالك فى الرجوع على المشترى ولانه ملكه بالضمان وقد قبضه المشترى منه بحكم شراء فاسد فيكون له أن يسترد منه قيمته لما تعذر استرداد العين وعلى الوكيل رد الثمن ان كان قبض ولا يكون له الثمن بما ضمن له من القيمة لانه باعه للمكره ونقض ما ضمنه له من القيمة لانه باعه للمكره وقد نقض المكره البيع بتضمينه القيمة ولا يشبه هذا الغصب يعني ان الغاصب اذا باع ثم ضمن القيمة ينفذ البيع من جهته لانه باعه هناك لنفسه وقد تقرر الملك له بالضمان وهنا باعه بطريق الوكالة عن المكره (ألا ترى) أن المكره لو رضى بعد زوال الاكراه نفوذ البيع من جهته والمشترى بالقبض صار متملكا على المكره حتى لو أعتقه نفذ عتقه فلا يمكن أن يجعل متملكا بهذا السبب على الوكيل فلهذا لا ينفذ البيع من جهته ولا يسلم له الثمن بل يرده على المشترى لان استرداد القيمة من المشترى كاسترداد العين ولا شئ للوكيل على المكره لانه ما أكرهه على شئ وانما التزم الوكيل ضمان القيمة بالبيع والتسليم وهو كان طائعا فى ذلك وان كان المكره ضمن المكره القيمة كان له أن يرجع بها ان شاء على المشترى وان شاء على الوكيل لانه قائم مقام المكره وقد كان له أن يرجع على أيهما شاء فان قال الوكيل للمكره لا أضمن لك شيأ لانك أنت الذى أمرته أن يدفع الى لم ينفعه ذلك شيأ لانه كان غير مكره على قبضه وقد كان له أن لا يقبضه وانما ضمنه الذى أكرهه بقبضه وتسليمه فان قال الوكيل حين ضمن القيمة انا أجيز البيع فيما بيني وبين المشترى ويكون الثمن لى لم يكن له ذلك لان المشترى انما يملكه على المكره فلا يمكن جعله متملكا على الوكيل وان ملكه بخلاف الغصب على ما بينا ولو كان أكرهه بالحبس على ذلك كان كذلك الا أنه لا يضمن المكره لان الاتلاف لا يصير منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولو كان المولى والوكيل مكرهين بالقتل فان المولى بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمة عبده لانه قبضه بشراء فاسد طائعا وان شاء ضمن المكره باكراهه اياه على التسليم بوعيد تلف ثم يرجع بها المكره على المشترى لانه قائم مقام من ضمنه ولانه ملكه بالضمان ولا ضمان له على الوكيل لانه كان مكرها بالقتل على القبض والتسليم فلا يبقى فى جانبه فعل معتبر وان كانوا جميعا مكرهين بالقتل فالضمان على المكره خاصة لان الاتلاف

منسوب اليه اذ لم يبق للمكره فعل معتبر فى التسليم والقبض ولا يرجع المكره على أحد بشئ لانهم صاروا كالآلة له وليس للمتلف أن يرجع على الآلة بشئ وان كانوا مكرهين بالحبس فلا ضمان على المكره وللمولى أن يضمن المشترى قيمة عبده لان فعل المشترى فى القبض مقصور عليه وكذلك فعل الوكيل فى التسليم فان الاكراه بالحبس لايخرج واحد منهما من أن يكون مباشرا للفعل فان ضمن الوكيل رجع الوكيل بالقيمة على المشترى لانه قام مقام من ضمنه وان اختار تضمين المشترى فهو الذى يلى خصومته بما دون الوكيل لان الوكيل كان مكرها على البيع والتسليم بالحبس وذلك ينفى التزامه العهدة بالعقدفيخرج من الوسط اذا اختار المولى تضمين المشترى وتكون الخصومة فيه لمن باشر العقد له بمنزلة مالو وكل عبدا محجورا عليه أو صبيا محجورا ببيع فاسدوهذا لان الوكيل لو خاصم المشترى انما يخاصمه بحكم العقد فانه قد استفاد البراءة من الضمان حين اختار المولى تضمين المشتري وهو كان مكرها على العقد بالحبس وذلك يمنع ثبوت أحكام العقد فى حقه ولو أكره المولى بالقتل وأكره الوكيل والمشترى بالحبس فللمولى أن يضمن قيمته أيهم شاء لان فعلهم فى التسليم منسوب الى المكره وفعل الوكيل والمشترى مقصور عليهما فان ضمن المشترى لم يرجع على أحد بشئ وان ضمن الوكيل كان له أن يرجع على المشترى ولا شئ له على المكره لما بينا وان ضمن المكره كان له أن يرجع على المشترى بالقيمة التى ضمن ولا يرجع على الوكيل بشئ لانه أمر الوكيل بالقبض والبيع والدفع حين أكرهه عليه بالحبس والمكره بالضمان يصير كالمالك فلا يكون له أن يرجع بشئ على من قبضه ودفعه الى غيره باكراهه على ذلك ولو أكره المولى والوكيل بالقتل وأكره المشترى بالحبس فلا ضمان على الوكيل لانعدام الفعل منه حين كان مكرها بالقتل وللمولى أن يضمن المكره قيمته ان شاء ويرجع به المكره على المشترى وان شاء ضمن المشترى لان فعله فى القبض مقصور عليه * فان قيل اذا ضمن المكره ينبغى أن لا يرجع على المشترى بشئ لان المشترى كان مكرها من جهته بالحبس كما فى حق الوكيل فى المسئلة الاولى * قلنا نعم ولكن المشترى قبضه على وجه التمليك لنفسه بالشراء فلا بد من أن يكون ضامنا لما كان حكم قبضه مقصورا عليه وأما الوكيل فماقبضه لنفسه وانما قبضه ليدفعه الى غيره بامر المكره فلا يكون للمكره أن يرجع عليه بشئ ولو أكره المولي والوكيل بالحبس وأكره المشترى بالقتل فلا ضمان على أحد منهم الا الوكيل خاصة لان المولى انما

يضمن المكره بتسليمه الى الغير مكرها من جهته وانما كان مكرها هنا على ذلك بالحبس فلا يرجع عليه بشئ والمشترى على القبض مكره بالقتل فلا يكون قبضه موجبا للضمان عليه وأما الوكيل فهو مكره على القبض والتسليم بالحبس وذلك لا يوجب نقل الفعل عنه الى غيره فيكون ضامنا قيمته *فان قيل ينبغي أن يكون المكره ضامنا لان فعل المشترى فى القبض صار منسوبا اليه فيجعل كأنه قبضه بنفسه وهلك فى يده *قلنا المالك انما يضمن المكره باعتبار سبب جرى بينهما لا باعتبار سبب جري بينه وبين غيره والذي جرى بينهما اكراهه اياه على التسليم بالحبس فاما اكراهه المشترى فهو سبب بين المكره والمشترى فلا يكون للمولى أن يضمن المكره بذلك السبب وانما يكون ذلك للمشترى فى الوضع الذى لا يكون عاملا لنفسه فى القبض ويتقرر عليه ضمان وهذا لان المالك انما يثبت له حق التضمين بتفويت يده وتفويت يده بالتسليم لا باعتبار قبض المشترى ولو أكره المولي والمشترى بالقتل وأكره الوكيل بالحبس والمسئلة بحالها كان للمولى أن يضمن المكره ان شاء لانه فوت يده حين أكرهه بالقتل على التسليم وان شاء ضمن الوكيل لان فعله فى القبض والتسليم مقصور عليه وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشئ أما اذا ضمن الوكيل فلانه ما كان عاملا فى البيع والتسليم للمكره وفعله فى القبض والتسليم مقصور عليه وأما اذا ضمن المكره فلانه أذن له فى بيعه ودفعه حين أكره بالحبس على ذلك ولا ضمان على المشترى لانه كان مكرها على القبض بوعيد قتل وذلك ينفى الضمان عنه ولو أكرهه بالقتل على أن يوكل هذا الرجل بأن يهب عبده هذا لهذا الرجل فوكله بذلك فقبضه الوكيل ودفعه الى الموهوب له ومات فى يده والوكيل والموهوب له غير مكرهين فللمولى أن يضمن قيمته أيهم شاء بمنزلة الشراء لان الموهوب له يقبض لنفسه على وجه التملك بهبة فاسدة فيكون ضامنا كالمشترى فان ضمن الموهوب له لم يرجع على أحد وان ضمن الوكيل رجع به الوكيل على الموهوب له وان ضمن المكره رجع المكره ان شاء على الموهوب له وان شاء على الوكيل ورجع به الوكيل على الموهوب له لما بينا فى فصل الشراء ولو كان الاكراه بحبس لم يضمن المكره شيأ وكان للمولى أن يضمن ان شاء الوكيل وان شاء الموهوب له فان ضمن الوكيل رجع به على الموهوب له لانه قام مقام من ضمنه أو لانه ملكه بالضمان ولم يقصد تنفيذ الهبة من جهته فكان له أن يرجع على الموهوب له لانه بالقبض متملك عامل لنفسه بغير اذن المالك فلا يسلم له مجانا والله أعلم

باب ما يسع الرجل فى الاكراه وما لا يسعه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان آثما لان حالة الضرورة مستثناة من التحريم والميتة والخمر فى هذه الحالة كالطعام والشراب فى غير حالة الضرورة ولا يسعه أن يمتنع من ذلك حتى يتلف (ألا ترى) ان الذى يخاف الهلاك من الجوع والعطش اذا وجد ميتة أو لحم خنزير أو دما فلم يأكل ولم يشرب حتى مات وهو يعلم ان ذلك يسعه كان آثما وقد بينا هذا فيما سبق فى الماء الذى خالطه الخمر التحرز عن قول من خالفنا فى شرب الخمر عند العطش وفائده وذكره عن مسروق رحمه الله قال من اضطر الى ميتة أو لحم خنزير أو دم فلم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار وهذا دليلنا على قول أبى يوسف وفيه دليل انه لا بأس باطلاق القول بدخول الدار لمن يرتكب مالا يحل له وان كان المذهب انه فى مشيئة الله تعالى ان شاء عذبه وان شاء عفى عنه حتى اشتغل بعضهم بالتأويل بهذا اللفظ قالوا مراده الدخول الذى هو تحلة القسم قال الله تعالى وان منكم الا واردها أى داخلها وهو المذهب عند أهل السنة والجماعة ولكن هذا بعيد لان مراده بيان الجزاء على ارتكاب ما لا يحل ولكن لا يظن أحد بمثله انه يقصد بهذا اللفظ نفى المشيئة وقطع القول بالعذاب فان كان لا يعلم أن ذلك يسعه رجوت أن لا يكون آثما لانه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام فى زعمه وهذا لان انكشاف الحرمة عند تحقق الضرورة دليله خفى فيعذر فيه بالجهل كما ان عدم وصول الخطاب اليه قبل أن يشتهر يجعل عذرا له فى ترك ما ثبت بخطاب الشرع يعنى الصلاة فى حق من أسلم فى دار الحرب ولم يعلم بوجوبها عليه ثم ذكر فى فصل الاكراه على الكفر انه اذا امتنع من ذلك حتى قتل لم يكن آثما وقد بينا انه مأجور فيه كما جاء فى الاثر ان المجبر فى نفسه فى ظل العرش يوم القيامة ان أبى الكفر حتى قتل وحديث خبيب رضى الله عنه فيه معروف وأشار الى الاصل الذى بينا ان اجراء كلمة الشرك فى هذه الحالة رخصة له والامتناع هو العزيمة فان ترخص بالرخصة وسعه وان تمسك بالعزيمة كان أفضل له لان فى تمسكه بالعزيمة اعزاز الدين وغيظ المشركين فيكون أفضل وعلى هذا اذا قيل له لئن صليت لاقتلنك نخاف ذهاب الوقت فقام وصلى وهو يعلم انه يسعه تركه فلما صلى قتل لم يكن آثما فى ذلك لانه تمسك بالعزيمة أيضا وكذلك صوم رمضان لو قيل له وهو مقيم لئن لم تفطر

لنقتلنك فأبى أن يفطر حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا لانه متمسك بالعزيمة وفيما فعله اظهار الصلابة فى الدين وان أفطر وسعه ذلك لان الفطر رخصة له عند الضرورة الا أن يكون مريضا يخاف على نفسه ان لم يأكل ولم يشرب حتى مات وهو يعلم أن ذلك يسعه فحينئذ يكون آثما وكذلك لو كان مسافرا فصام فى شهر رمضان فقيل له لنقتلنك أو لتفطرن فأبى أن يفطر حتى قتل كان آثما لان الله تعالى أباح له الفطر فى هذين الوجهين معتمدا بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فعند خوف الهلاك شهر رمضان فى حقهما أيامه كلياليه وكايام شعبان فى حق غيرهما فيكون فى الامتناع حتى يموت بمنزلة المضطر فى فصل الميتة بخلاف الصحيح المقيم فالامر بالصوم فى حقه عزيمة قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والفطر عند الضرورة رخصة فان ترخص بالرخصة فهو فى سعة من ذلك وان تمسك بالعزيمة فهو أفضل له وهذا كله بناء على مذهبنا انه يصير مفطرا بالتناول مكرها وعند الشافعى رحمه الله لا يصير مفطرا وقد بيناهذا فى الصوم فان الخاطى والمكره عنده فى الحكم سواء وقال المكره مسلوب الفعل (ألا ترى) ان الاتلاف الحاصل بفعله يصير منسوبا الى المكره ولكنا نقول المكره انما يجعل آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو فى الجناية على صوم نفسه لا يصلح أن يكون آلة للغير فيقتصر حكم فعله فى حق الافطار عليه (ألا ترى) أن المكره لو كان صائما لم يصر مفطرا بهذا فلو جعلنا الفعل عدما فى حكم المكره فى حق الصوم رجع الى الاهدار وليس للاكراه تأثير فى الاهدار ولا فى تبديل محل الجناية وبه فارق حكم الضمان لانا لو جعلنا الفعل منسوبا الى المكره لا يؤدى الى الاهدار ولا الى تبديل محل الجناية ولو قال له لاقتلنك أو لتأخذن مال هذا الرجل فتعطينيه فأبى أن يفعل ذلك حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا ان شاء الله لان الاخذ عند الضرورة مباح له بطريق الرخصة وقيام الحرمة والتقوى حقا للمالك يوجب أن تكون العزيمة فى ترك الاخذ فان تمسك بالعزيمة كان مأجورا وقيده بالاستثناء لانه لم يجعل هذا بعينه نصا بعينه وانما قاله بالقياس على ماتقدم وليس هذا فى معنى ماتقدم من كل وجه لان الامتناع من الاخذ هنا لا يرجع الى اعزاز الدين فلهذا قيده بالاستثناء ولو أن محرما قيل له لنقتلنك أو لتقتلن هذا الصيد فأبى أن يفعل حتى قتل كان مأجورا ان شاء الله لان حرمة قتل الصيد على المحرم حرمة مطلقة قال الله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم فكان الامتناع عزيمة واباحة قتل الصيد رخصة

عندالضرورة فان ترخص بالرخصة كان في سعة من ذلك وان تمسك بالعزيمة فهو أفضل له فان قتل الصيد فلا شيء عليه في القياس ولا على الذي أمره وفي الاستحسان على القاتل الكفارة أما الآمر فلا شيء عليه لانه حلال لو باشر قتل الصيد بيده لم يلزمه شيء فكذلك اذا أكره عليه غيره وأما المحرم ففي القياس لا شيء عليه لانه صار آلة للمكره بالالجاء التام فينعدم الفعل في جانبه (ألا ترى) أن في قتل المسلم لا يكون هو ضامنا شيأ لهذا المعنى وان كان لا يسعه الاقدام على القتل ففي قتل الصيد أولى ووجه الاستحسان أن قتل الصيد منه جناية على احرامه وهو بالجناية على احرام نفسه لا يصلح أن يكون آلة لغيره فاما قتل المسلم فجناية على المحل وهو يصلح أن يكون آلة للمكره في ذلك حتى ان في حق الاثم لما كان ذلك جناية على حق دينه وهو لا يصلح آلة لغيره في ذلك اقتصر الفعل عليه في حق الاثم * توضيحه انه لما لم يجب على الآمر هنا شيء فلو لم نوجب الكفارة على القاتل كان تأثيرا لاكراه في الاهدار وقد بينا انه لا تأثير للاكراه في الاهدار ولا في تبديل محل الجناية وان كانا محرمين جميعا فعلى كل واحد منهما كفارة أما على المكره فلانه لو باشر قتل الصيد بيده لزمته الكفارة فكذلك اذا باشر بالاكراه وأما المكره فلانه في الجناية على احرام نفسه لا يصلح آلة لغيره * يوضحه انه لا حاجة هنا الى نسبة أصل الفعل الى المكره في ايجاب الكفارة عليه فكفارة الصيد تجب على المحرم بالدلالة والاشارة وان لم يصر أصل الفعل منسوبا اليه فكذلك هنا وبه فارق كفارة القتل اذا كان خطأ أو شبه عمد فانه يكون على المكره دون المكره بمنزلة ضمان الدية والقصاص لان تلك الكفارة لا تجب الا بمباشرة القتل ومن ضرورة نسبة المباشرة الى المكره أن لا يبقى فعل في جانب المكره وهنا وجوب الكفارة لا يعتمد مباشرة القتل فيجوز ايجابه على المكره بالمباشرة وعلى المكره بالتسبيب ولان السبب هنا الجناية على الاحرام وكل واحد منهما جان على احرام نفسه فأما هناك فالسبب هو الجناية على المحل والمحل واحد فاذا أوجبنا الكفارة باعتبارها على المكره قلنا لا يجب على المكره ولو توعده بالحبس وهما محرمان ففي القياس تجب الكفارة على القاتل دون الآمر لان قتل الصيد فعل ولا أثر للاكراه بالحبس في الافعال وفي الاستحسان على كل واحد منهما الجزاء أما على القاتل فلا يشكل وأما على المكره فلان تأثير الاكراه بالحبس أكثر من تأثير الدلالة والاشارة واذا كان الجزاء يجب على المحرم بالدلالة

والاشارة فبالاكراه بالحبس أولى ولو كانا حلالين فى الحرم وقد توعده بقتل كانت الكفارة على المكره لان جزاء الصيد فى حكم ضمان المال ولهذا لا يتأدى بالصوم فلا تجب بالدلالة ولا تتعدد بتعدد الفاعلين وهذا لان وجوبها باعتبار حرمة المحل فيكون بمنزلة ضمان المال وذلك على المكره دون المكره عند التهديد بالقتل وان توعده بالحبس كانت الكفارة على القاتل خاصة بمنزلة ضمان المال وبمنزلة الكفارة فى قتل الآدمى خطأ ولو أن رجلا وجب عليه أمر بمعروف أو نهى عن منكر فخاف ان فعل أن يقتل وسعه أن لا يفعل وان فعل فقتل كان مأجورا لان الامر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض مطلقا قال الله تعالى وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك الآية والترك عند خوف الهلاك رخصة قال الله تعالى الا أن تتقوا منهم تقاة فان ترخص بالرخصة كان فى سعة وان تمسك بالعزيمة كان مأجورا وذكر فى السير الكبير أن المسلم اذا أراد أن يحمل على جمع من المشركين وهو يعلم أنه لا ينكى فيهم وانه يقتل لم يسعه ذلك لانه يكون ملقيا نفسه فى التهلكة من غير فائدة ولو أراد أن ينهى قوما من فسقة المسلمين عن منكر اجتمعوا عليه وهو يعلم أنهم لا يمتنعون بسببه وانهم يقتلونه فانه يسعه الاقدام على ذلك لان هؤلاء يعتقدون الاسلام فزجره اياهم يؤثر فيهم اعتقادا لا محالة وأولئك غير معتقدين فالشرط أن ينكى فعله فيهم حسا فاذا علم أنه لا يتمكن من ذلك لا يسعه الاقدام ولو أكره بالقتل على أن يزنى لم يسعه أن يفعل فان فعل وكان محرما فسد احرامه وعليه الكفارة دون الذى أكرهه لما بينا أن فعله جناية على احرامه وهو فى الجناية على احرامه لا يصلح أن يكون آلة لغيره ولو أكرهت امرأة محرمة بالقتل على الزنا وسعها أن تمكن من نفسها وقد بينا الفرق بين جانبها وجانب الرجل فى حكم الاثم فأما فساد الاحرام فلا فرق حتى يفسد احرامها ويجب عليها الكفارة دون المكره لان تمكنها من نفسها جناية على احرامها وهى لا تصلح فى ذلك آلة للمكره وان لم تفعل حتى تقتل فهى فى سعة من ذلك لان حرمة الزنا والجماع فى حالة الاحرام حرمة مطلقة فهى فى الامتناع تمسك بالعزيمة وفى كل موضع من هذه المواضع أوجبنا الكفارة على المكره لا يرجع به على المكره لانه ألزمه كفارة بنى بها ولو رجع بها عليه يقضى بها عليه ولا يجوز أن يرجع عليه باكثر مما ألزمه وكل أمر أحله الله تعالى مثل ما أحل فى الضرورة من الميتة وغيرها والفطر فى المرض والسفر فلم يفعل حتى مات أو قتل فهو آثم وكل أمر حرمه الله تعالى ولم

يجيء فيه احلال الا أن فيه رخصة فأبى أن يأخذ بالرخصة حتى قتل فهو فى سعة لان هذا اغرار بالدين وليس فى الاول اغرار بالدين (ألا ترى) أن محرما لو اضطر الى ميتة والى ذبح صيد حل له عندنا أكل الميتة ولم يحل له ذبح الصيد ما دام يجد الميتة لان الميتة حلال فى حال الضرورة والصيد جاء تحريمه على المحرم جملة ولانه لو ذبح الصيد صار ميتة أيضا فيصير هو جامعا بين ذبح الصيد وتناول الميتة واذا تناول الميتة كان ممتنعا من الجناية على احرامه بقتل الصيد والحل لاجل الضرورة فان كانت الضرورة ترتفع باحدهما لم يكن له أن يجمع بينهما ولو قيل لرجل دلنا على مالك أو لنقتلنك فلم يفعل حتى قتل لم يكن آثما لانه قصد الدفع عن ماله وذلك عزيمة قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد ولان فى دلالته اياهم عليه اعانة لهم على معصية الله تعالى وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلهذا يسعه أن لا يدلهم وان دلهم حتى أخذوه ضمنوا له لان بدلالته لا يخرجون من أن يكونوا غاصبين لماله متلفين فعليهم الضمان والله أعلم بالصواب

باب اللعان الذى يقضى به القاضي ثم يتبين أنه باطل

(قال رحمه الله) واذا ادعت امرأة على زوجها قذفا وجحده الرجل فأقامت عليه البينة بذلك وزكوا فى السر والعلانية وأمر القاضى الزوج أن يلاعنها فأبى أن يفعل وقال لم أقذفها وقد شهدوا على بالزور فان القاضى يجبره على اللعان ويحبسه حتى يلاعن لانه ممتنع من ايفاء ما هو مستحق عليه فيحبسه لاجله ولا يضربه الحد وقد بينا هذا فى الطلاق فان حبسه حتى يلاعن أو هدده بالحبس حتى يلاعن وقال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا قاله أربع مرات ثم قال ولعنة الله عليّ ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا والتعنت المرأة أيضا وفرق القاضى بينهما ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون فى قذف أو بطلت شهادتهم بوجه من الوجوه فان القاضي يبطل اللعان الذى كان بينهما ويبطل الفرقة ويردها اليه لانه تبين أنه قضى بغير حجة والقضاء بغير حجة باطل مردود ولا يقال فقد أقر بالقذف بالزنا فى شهادات اللعان لان ذلك كان باكراه من القاضى اياه على ذلك والاكراه بالحبس يمنع صحة الاقرار (ألا ترى) انه لو هدده بالحبس على أن يقر بانه قذف هذا الرجل فاقر بذلك لم يلزمه بهذا الاقرار شئ فكذلك هنا فان قيل ذاك اكراه بالباطل وهذا اكراه بحق

قلنا هذا اكراه بحق ظاهرا فأما اذا تبين أن الشهود عبيد فقد ظهر أن الاكراه كان بالباطل حقيقة ولو كان القاضي لم يحبسه حتى يلاعن ولم يهدده بحبس ولكنه قال قد شهدوا عليك بالقذف وقضيت عليك باللعان فالتعن ولم يزده على هذا فالتعن الرجل كما لو وصفت لك والتعنت المرأة وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيدا فأبطل شهادتهم فانه يمضى اللعان بين الزوج والمرأة وتمضي الفرقة ويجعلها بائنا من زوجها لان القاضي لما لم يهدده بحبس ولا غيره حتى قال أشهدكم بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا كان هذا اقرارا منه بانه قذفها بغير اكراه فيلزمه ما أقر به من ذلك ويصير كانه أقر بقذفه اياها بعد ما جحد ثم التعن ثلاث مرات وفرق القاضي بينهما فيكون ذلك تفريقا صحيحا باعتبار حجة شرعية (ألا ترى) انه لو قال له القاضي قد شهدوا عليك انك قذفت هذا الرجل بالزنا وقد قضيت عليك بالحد فقال المقضى عليه أجل قد قذفته بالزنا ثم علم أن شهادة الشهود باطلة ضرب الحد لاقراره على نفسه بالقذف ولو قال قد شهد عليك الشهود بالقذف فلتقرن بذلك أو لاحبسنك ثم علم أن شهادة الشهود باطلة لم يكن عليه حد باقراره انه قذفه لانه كان مكرها على ذلك فكذلك ما وصفنا من حكم التفريق بسبب اللعان ولو لم يظهر ان الشهود عبيد ولكنهما يعلمان انهم شهدوا عليهما بزور فالتعنا وفرق القاضي بينهما كان قضاؤه نافذا ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول رحمهما الله وفى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا ينفذ قضاؤه باطنا وقد بينا هذا فى كتاب الرجوع عن الشهادات والله أعلم بالصواب

كتاب الحجر

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء) إعلم بان الله تعالى خالق الورى وفاوت بينهم فى الحجى فجعل بعضهم أولى الرأى والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أصحاب الردي فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذى هو ناقص العقل فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما واعتبارا بالحجر الثابت على الصغير فى حال الطفولية بسبب عدم العقل بعد ماصار مميزا بسبب نقصان العقل وذلك منصوص عليه فى الكتاب فيثبت الحجر فى حق المعتوه والمجنون استدلالا بالنصوص

بطريق التشبيه لان حالها دون حال الصبي فالصبي عديم العقل الى الاصابة عادة والمجنون عديم العقل الى الاصابة عادة ولهذا جاز اعتاق الصبي فى الرقاب الواجبة دون المجنون فأما اذا بلغ عاقلا فلا حجر عليه بعد ذلك على ماقال أبو حنيفة رحمه الله الحجر على الحر باطل ومراده اذا بلغ عاقلا وحكى عنه أنه كان يقول لايجوز الحجر الا على ثلاثة على المفتى الماجن وعلى المتطبب الجاهل وعلى المكارى المفلس لما فيه من الضرر الفاحش اذا لم يحجر عليهم فالمفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد أبدانهم والمكارى المفلس يتلف أموالهم فيمتنعون من ذلك دفعا للضرر فان الحجر فى اللغة هو المنع والاختلاف بين العلماء رحمهم الله ورأى هذا فى فصلين أحدهما الحجر على السفيه المبذر والآخر الحجر على المديون بسبب الدين والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع الهوى وترك مايدل عليه العقل والحجي وأصل المسامحة فى التصرفات والبر والاحسان مندوب اليه شرعا ولكن بطريق السفه والتبذير مذموم شرعا وعرفا ولهذا لاتنعدم الاهلية بسبب السفه ولا يجعل السفه عذرا فى اسقاط الخطاب عنه بشيء من الشرائع ولا فى اهدار عبارته فيما يقربه على نفسه من الاسباب الموجبة للعقوبة وقال أبو حنيفة رحمه الله لايجوز الحجر عليه عن التصرفات بسبب السفه أيضا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله يجوز الحجر عليه بهذا السبب عن التصرفات المحتملة للفسخ الا أن أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله قالا ان الحجر عليه على سبيل النظر له وقال الشافعى على سبيل الزجر والعقوبة له ويتبين هذا الخلاف بينهم فيما اذا كان مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعند الشافعى رحمه الله يحجر عليه بهذا النوع من الفساد بطريق الزجر والعقوبة ولهذا لم يجعل الفاسق أهلا للولاية وعندهما لايحجر عليه فالفاسق عند أصحابنا جميعا رحمهم الله أهل للولاية على نفسه على العموم وعلى غيره اذا وجد شرط تعدى ولايته لغيره أما من جوز الحجر على السفيه فقد احتج بقوله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهو تنصيص على أن اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وقال الله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الى أن قال واكسوهم وهذا أيضا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر له فان الولى الذى يباشر التصرف فى ماله على وجه النظر منه له وروى ان حبان بن منقذ الانصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات لآمة أصابت رأسه فسأل أهله رسول الله

صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فقال انى لاأصبر عن البيع فقال عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير فى المال مشروعا عرفا لما سأل أهله ذلك ولما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وان عبد الله بن جعفر رضى الله عنه كان يفنى ماله فى اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك على ابن أبى طالب رضى الله عنه فقال لآتين عثمان ولا سألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله رضى الله عنه وجاء الى الزبير رضى الله عنه وأخبره بذلك فقال اشركنى فيها فأشركه ثم جاء على الى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير رضي الله عنه كان معروفا بالكياسة فى التجارة فاستدل برغبته فى الشركة على أنه لاغبن فى تصرفه فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بسبب التبذير فان عليا رضى الله عنه سأل وعثمان رضى الله عنه اشتغل ببيان العذر واهتم لذلك عبد الله رضى الله عنه واحتال الزبير لدفع الحجر عنه بالشركة فيكون اتفاقا منهم على جواز الحجر بهذا السبب وان عائشة رضى الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روى انها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها لتتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبدالله بن الزبير فقال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لاحجرن عليها والمعنى فيه أنه مبذر فى ماله فيكون محجورا عليه كالصبي بل أولى لان الصبي انما يكون محجورا عليه لتوهم التبذير منه وقد تحقق التبذير والاسراف هنا فلان يكون محجورا عليه أولى وتحقيقه وهو أن للصبي ثلاثة أحوال حال عدم العقل وحال نقصان العقل بعد ما صار مميزا وحال السفه والتبذير بعد ما كمل عقله بان قارب أو ان بلوغه ثم عدم العقل ونقصانه بعد البلوغ يساوى عدم العقل ونقصانه قبل البلوغ فى استحقاق الحجر به فكذلك السفه والبلوغ يساوى السفه قبل البلوغ بعد كمال العقل فى استحقاق الحجر به وكان هذا الحجر بطريق النظر له لان التبذير وان كان مذموما فهو مستحق النظر باعتبار أصل دينه (ألا ترى) ان العفو عن صاحب الكبيرة حسن فى الدنيا والآخرة وذلك يكون نظرا له والدليل عليه أن فى حق منع المال يجعل السفه بعد البلوغ كالسفه قبل البلوغ بالقياس علي عدم العقل ونقصان العقل وكان منع المال بطريق النظر له فكذلك الحجر عليه عن التصرف لان منع المال غير مقصود لعينه بل لابقاء ملكه ولا يحصل هذا المقصود مالم يقطع لسانه عن ماله تصرفا فاذا كان هو مطلق التصرف لايفيد منع المال شيأ وانما يكون فيه زيادة مؤنة وتكلف على الولى فى حفظ ماله

الى أن يتلفه بتصرفه وأما أبو حنيفة رحمه الله فاستدل بقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا فقد نهى الولي عن الاسراف فى ماله مخافة أن يكبر فلا يبقى له عليه ولاية والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيصا على زوال الحجر عنه بالكبر لان الولاية عليه للحاجة وانما تنعدم الحاجة اذا صار هو مطلق التصرف بنفسه ولما سئل أبو حنيفة رحمه الله عن هذه المسئلة استدل بآيات الكفارات من الظهار والقتل وغيرها ففى هذه العمومات بيان أن هذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعا سفيها كان أو غير سفيه وارتكاب هذه الاسباب اختيارا نوع من السفه فدل انه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء مالزمه شرعا وبه يتبين ان الحجر عن التصرفات ليس فيه كثير فائدة لتمكنه من اتلاف جميع ماله بهذه الاسباب والمعنى فيه أنه حر مخاطب فيكون مطلق التصرف فى ماله كالرشيد وفى هذين الوصفين إشارة الى أهلية التصرف والمحلية فيه لان بكونه مخاطبا تثبت أهلية التصرف فان التصرف كلام ملزم وأهلية الكلام بكونه مميزا والكلام المميز بنفسه بكونه مخاطبا والمحلية تثبت بكونه خالص ملكه وذلك يثبت باعتبار حرية المالك وبعد ماصدر التصرف من أهله فى محله لايمتنع نفوذه الا لمانع والسفه لايصلح أن يكون معارضا للحرية والخطاب فى المنع من نفوذ التصرف لان بسبب السفه لايظهر نقصان عقله ولكن السفيه يكابر عقله ويتابع هواه وهذا لايكون معارضا فى حق التصرف كما لايكون معارضا فى توجه الخطاب عليه بحقوق الشرع وكونه معاقبا على تركه ان زوال الحجر وتوجه الخطاب فى الاصل ينبنى على اعتدال الحال الا أن اعتدال الحال باطنا لا يمكن الوقوف على حقيقته فأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا على ما هو الاصل انه متى تعذر الوقوف على المعانى الباطنة تقام الاسباب الظاهرة مقامها كما أقيم السير المديد مقام المشقة فى جواز الترخص وأقيم حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة مقام حقيقة استعمال الرحم بالماء فى وجوب الاستبراء ثم هذا السبب الظاهر يقوم مقام ذلك المعنى الخفى فيدور الحكم معه وجودا وعدما فكما لا يعتبر الرشد قبل البلوغ وان علم انه أصاب ذلك فى زوال الحجر عنه فكذلك لا يعتبر السفه والتبذير بعد البلوغ فى اثبات الحجر عليه (ألا ترى) أن فى حكم الخطاب اعتبر هذا المعنى فدار مع السبب الظاهر وهو البلوغ عن عقل وجودا وعدما فكذلك فى حكم التصرفات بل أولى لان توجه الخطاب عليه

انما يكون شرعا والله تعالى أعلم بحقيقة باطنه وحكم التصرف بينه وبين العباد لا طريق لهم الى معرفة ما فى باطنه حقيقة فلما أقيم هناك السبب الظاهر مقام المعنى الخفى فهنا أولى والدليل عليه جواز اقراره على نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة واقامة ذلك عليه وتلك العقوبات تندرئ بالشبهات ولو بقى السفه معتبرا بعد البلوغ عن عقل لكان الاولى ان يعتبر ذلك فيما يندرئ بالشبهات ولو جاز الحجر عليه بطريق النظر له لكان الاولى أن يحجر عليه عن الاقرار بالاسباب الموجبة للعقوبة لان الضرر في هذا أكثر فان الضرر هنا يلحقه فى نفسه والمال تابع للنفس فاذا لم ينظر له فى دفع الضرر عن نفسه فمن ماله أولى وما قالا من أن النظر له باعتبار أصل دينه يضعف بهذا الفصل ثم هذا النوع من النظر جائز لا واجب كما فى العفو عن صاحب الكبيرة ومن أصلهم أن الحجر عليه يجب وانما يجوز النظر له بطريق لا يؤدى الى الحاق الضرر به وهو أعظم من ذلك النظر وفى اهدار قوله فى التصرفات الحاق له بالبهائم والمجانين فيكون الضرر فى هذا أعظم من النظر الذى يكون له فى الحجر من التصرفات لان الآدمى انما باين سائر الحيوانات باعتبار قوله فى التصرفات فاما منع المال منه فعلى طريق بعض مشايخنا رحمهم الله هو ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول فى التصرفات فمعنى حكمى والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم لحده عندنا ويكون تابعا لما هو حسى وهو اقامة الجلد لا مقصودا بنفسه ولئن ثبت جواز ذلك ولكن لا يمكن اثبات العقوبة بالقياس بل بالنص وقد ورد النص بمنع المال الى أن يؤنس منه الرشد ولا نص فى الحجر عليه عن التصرف بطريق العقوبة فلا نثبته بالقياس وهو نظير ما قال أصحابنا رحمهم الله أن البكر اذا كانت مخوفا عليها فللولى أن يضمها الى نفسه وكذلك الغلام البالغ اذا كان مخوفا عليه فللولى أن يضمه الى نفسه وبان ثبت له حق الحيلولة بينه وبين نفسه فى التفرد بالسكنى لمعنى الزجر لا يستدل به على أنه يسقط اعتبار قوله فى التصرف فى نفسه نكاحا أو منع المال منه باعتبار بقاء أثر الصبى لان العادة ان أثر الصبي يبقى زمانا فى أوائل البلوغ ولهذا لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال منه وبان جعل أثر الصبي كنفس الصبا فى منع المال منه فذلك لا يدل على أن يجعل كذلك فى الحجر عليه كما أن العدة تعمل عمل النكاح فى المنع من النكاح دون ابقاء الحل بعد البينونة وهذا لان نعمة اليد على المال نعمة

زائدة واطلاق اللسان فى التصرفات نعمة أصلية فبان جواز الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة زائدة لتوفر النظر عليه لا يستدل على انه يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية لمعنى النظر له فاما الآيات فقيل المراد بالسفيه الصغير أو المجنون لان السفه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام العقل ونقصانه وعليه يحمل قوله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أى صبيا أو مجنونا وكذلك قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم اما أن يكون المراد الصبيان أو المجانين بدليل انه لا يثبت ولاية الولى عليه ومن يوجب الحجر على السفيه يقول ان ولاية الولى تزول عنه بالبلوغ عن عقل على ما بينه أو المراد نهى الازواج عن دفع المال الى النساء وجعل التصرف اليهن كما كانت العرب تفعله (ألا ترى) انه قال وأموالكم وذلك يتناول أموال المخاطبين بهذا النهى لا أموال السفهاء وحديث حبان بن منقذ دليلنا ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الامالي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحجر عليه وعلى الرواية الاخرى أطلق عنه الحجر لقوله لا أصبر عن البيع ومن يجعل السفه موجبا للحجر لا يقول يطلق عنه الحجر بهذا القول فعرفنا أن ذلك لم يكن حجرا لازما وحديث عبد الله بن جعفر رضى الله عنه دليلنا أيضا لان عثمان رضى الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال على رضى الله عنه وأكثر ما فيه انه لم يكن فى التصرف غبن ذلك حين رغب الزبير رضي الله عنه فى الشركة ولكن المبذر وان تصرف تصرفا واحدا على وجه لا غبن فيه فانه يحجر عليه عند من يرى الحجر فلما لم يحجر عليه دل ان ذلك على سبيل التخويف وحديث عائشة رضى الله عنها دليلنا فانه لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا يكلم ابن الزبير أبدا فان كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا يتبين أن الزبير انما قال ذلك كراهة أن يفنى مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمصير الى هذا أولى ليكون أبعد عن نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضى الله عنهم فان بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد دفع المال اليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يدفع المال اليه مالم يؤنس منه الرشد لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فهذه آية محكمة لم ينسخها شيء فلا يجوز دفع المال اليه قبل ايناس الرشد منه (ألا ترى) أن عند البلوغ اذا لم يؤنس منه الرشد لا يدفع المال اليه بهذه الآية فكذلك اذا بلغ خمسا وعشرين لان السفه يستحكم بطاولة المدة ولان

السفه فى حكم منع المال منه بمنزلة الجنون والعته وذلك يمنع دفع المال اليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله فكذلك السفه وأبو حنيفة استدل بقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا معناه ان يكبروا يلزمكم دفع المال اليهم وقال الله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد البالغين فهذا تنصيص على وجوب دفع المال اليه بعد البلوغ الا انه قام الدليل على منع المال منه بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده وهو ماتلونا فان الله تعالى قال حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون بين ان دفع المال اليه عقيب البلوغ بشرط ايناس الرشد وما يقرب من البلوغ فى معنى حالة البلوغ فأما اذا بعد عن ذلك فوجوب دفع المال اليه مطلق بما تلونا غير معلق بشرط ومدة البلوغ بالسن ثمانية عشر سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز فى الابتداء على ماأشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ثم قد بينا ان أثر الصبا يبقى بعد البلوغ الى أن يمضى عليه زمن وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه فى منع المال منه ولا يبقى أثر الصبا بعد مابلغ خمسا وعشرين سنة لطاول الزمان به منذ بلغ ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع منه المال لان هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال منه أو منع المال كان على سبيل التأديب له والاشتغال بالتأديب مالم ينقطع رجاء التأديب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فقد انقطع رجاء التأديب لانه يتوهم أن يصير جدا لان البلوغ بالانزال بعد اثنتى عشرة سنة يتحقق فاذا أحبل جاريته وولدت لستة أشهر ثم ان ولده أحبل جاريته بعد اثنتى عشر سنة وولدت لستة أشهر صار الاول جدا بعد تمام خمس وعشرين سنة ومن صار فرعه أصلا فقد تناهى فى الاصلية فاذا لم يؤنس رشده عرفنا أنه انقطع منه رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال منه بعد ذلك والى هذا أشار فى الكتاب فقال أرأيت لو بلغ ستين سنة ولم يؤنس منه الرشد وصار ولده قاضيا أو نافلته أكان يحجر على أبيه وحده ويمتنع المال منه هذا قبيح ثم يقول بعد تطاول الزمان به لابد أن يستفيد رشدا اما بطريق التجربة أو الامتحان وان كان منع المال عنه بطريق العقوبة فقد تمكنت شبهة باصابة نوع من الرشد والعقوبة تسقط بالشبهة وان كان هذا حكما ثابتا بالنص غير معقول المعنى فقوله رشدا منكر فى موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه وهذا معنى مانقل عن مجاهد رحمه الله فى معنى قوله فان آنستم منهم رشدا

أي عقلا لانه بالعقل يحصل له رشد ما وفى الكتاب تتبع على أبى حنيفة رحمه الله بقوله أى فائدة فى منع المال منه مع اطلاق التصرف وفى منع المال منه زمانا ثم الدفع اليه قبل ايناس الرشد منه وقد أوضحنا الفرق لابى حنيفة رحمه الله بما ذكرنا ثم السفيه انما يبذر ماله عادة فى التصرفات التى لا تتم الا باثبات اليد على المال من اتخاذ الضيافة أو الهبة أو الصدقة فاذا كانت يده مقصورة عن المال لا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فيحصل المقصود بمنع المال منه وان كان لا يحجر عليه ثم اذا بلغ سفيها عند محمد رحمه الله يكون محجورا عليه بدون حجر القاضى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يصير محجورا عليه مالم يحجر عليه القاضى وكذلك لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها فمحمد يقول قد قامت الدلالة لنا على أن السفه فى ثبوت الحجر به نظير الجنون والعته والحجر يثبت بهما من غير حاجة الى قضاء القاضى فكذلك فى السفه وقاس الحجر بسبب الصغر والرق وأبو يوسف يقول الحجر على السفيه لمعنى النظر له وهو متردد بين النظر والضرر ففى ابقاء الملك له نظر وفى اهدار قوله ضرر وبمثل هذا لا يترجح أحد الجانبين منه الا بقضاء القاضى * توضيحه ان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بان يغبن فى التصرفات وقد يكون ذلك للسفه وقد تكون حيلة لاستجلاب قلوب المجاهرين فاذا كان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي بخلاف الصغر والجنون والعبد ولان الحجر بهذا السبب مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فلا يثبت الا بقضاء القاضى كالحجر بسبب الدين والكلام فى الحجر بسبب الدين فى موضعين أحدهما أن من ركبته الديون اذا خيف أن يلجئ ماله بطريق الاقرار فطلب الغرماء من القاضى أن يحجر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لا يحجر عليه القاضى وعندهما يحجر عليه وبعد الحجر لا ينفذ تصرفه فى المال الذى كان في يده عند الحجر وتنفذ تصرفاته فيما يكتسب من المال بعده وفى هذا الحجر نظر للمسلمين فاذا جاز عندهما الحجر عليه بطريق النظر فكذلك يحجر لاجل النظر للمسلمين وعند أبى حنيفة لا يحجر على المديون نظرا له فكذلك لا يحجر عليه نظرا للغرماء ولما فى الحيلولة بينه وبين التصرف فى ماله من الضرر عليه وانما يجوز النظر لغرمائه بطريق لا يكون فيه الحاق الضرر به الا بقدر ما ورد الشرع به وهو الحبس فى الدين لاجل ظلمه الذى تحقق بالامتناع من قضاء الدين مع تمكنه منه وخوف التلجئة ظلم موهوم منه فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرر عليه فى اهدار قوله فوق الضرر فى حبسه ولا يستدل بثبوت الادنى على ثبوت الاعلى كما فى منع المال من السفيه مع الحجر عليه ثم

هذا الحجر عندهما لايثبت الا بقضاء القاضي ومحمد رحمه الله يفرق بين هـذا وبين الاول فيقول هنا الحجر لاجل النظر للغرماء فيتوقف على طلبهم وذلك لايتم الا بقضاء القاضي له والحجر على السفيه لاجل النظر له وهو غير موقوف على طلب أحد فيثبت حكمه بدون القضاء. والفصـل الثاني انه لايباع على المـديون ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله العروض والعقار في ذلك سواء لامبادلة أحد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك استحسانا لقضاء دينه وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه ماله فيقضي دينه بثمنه لحديث معاذ رضي الله عنه فانه ركبته الديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطبته أيها الناس اياكم والدين فان أوله هم وآخره حزن وان اسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته ان يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد رين به ألا اني بائع عليه ماله فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليفد ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فكان هذا اتفاقا منهم على انه يباع على المديون ماله والمعنى فيـه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه بدليل انه يحبس اذا امتنع منه وهو مايجزى فيه النيابة والاصل ان امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما يجزي فيه النيابة ناب القاضي فيه منابه كالذي اذا أسلم عبده فأبى أن يبيعه باعه القاضي عليه بهذا والتعيين بعد مضي المدة اذا أبى أن يفارقها ناب القـاضي منابه في التفريق بينهما وهـذا بخلاف المديون اذا كان معسرا فان القاضي لايؤاجره ليقضي دينه من أجرته وكذلك لا يبيع ما عليـه من ثياب بدنه لان ذلك غير مستحق عليه بدليل انه لا يحبسه لاجله وكذلك الدين اذا وجب على امرأة فان القاضي لا يزوجها ليقضي الدين من صداقها لان ذلك غير مستحق عليها بدليل انها لاتحبس لتباشر ذلك بنفسها فلا ينوب القاضي فيـه منابها وأبو حنيفة رحمه الله اسـتدل بقوله تعالى لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليـه الصلاة والسلام لايحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه ونفـه لاتطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعله لهذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه كالاجارة والتزويج، بيان الوصف أن المستحق عليه قضاء الدين وجهة بيع المال غير متعين لقضاء الدين فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس فلا يكون

للقاضي تعيين هـذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله والدليـل عليه انه يحبسه بالاتفاق وقد ورد الأثر به على ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وضمن نصيب شريكه ونحن نعلم انه ماحبسه الا بعد علمه بيساره لان ضمان المعتق لا يجب الا على الموسر ومع ذلك اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحبسه حتى باع بنفسه فعرفنا ان المديون يحبس لقضاء الدين ولو جاز للقاضي بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما فى الحبس من الاضرار به وبالغرماء في تأخير وصول حقهم اليهم فلا معنى للمصير اليه بدون الحاجة وفى اتفاق العلماء رحمهم الله على حبسه فى الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله فى دينه وهذا بخلاف عبد الذمى اذا أسلم لان عند اصرار المولى على الشرك اخراج العبد عن ملكه مستحق عليه بعينه فينوب القاضي منابه وكذلك فى حق العنين لما تحقق عجزه عن الامساك بالمعروف فالتسريح مستحق عليه بعينه فأما مبادلة أحد النقدين بالآخر بان كان الدين عليـه دراهم وماله دنانير ففى القياس ليس للقاضي أن يباشر هـذه المصارفة لما بينا أن هذا الطريق غير متعين لما هو مستحق عليه وهو قضاء الدين وفى الاستحسان يفعل ذلك لان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى ولهـذا يضم أحدهما الى الآخر فى حكم الزكاة ولو كان ماله من جنس الدين صورة كان للقاضي أن يقضى دينه به فكذلك اذا كان ماله من جنس الدين معنى * فان قيل فعلى هذا ينبغى أن يكون لصاحب الدين ولاية الاخذ من غير قضاء كما لو ظفر بجنس حقه وبالاجماع ليس له ذلك قلنا لانهما جنسان صورة وان كانا جنسا واحدا حكما فلانعدام المجانسة صورة لا ينفرد صاحب الدين أخذه لان فيـه معني المبادلة من وجه ولوجود المجانسة معنى قلنا للقاضي أن يقضى دينه به * يوضحه ان من العلماء من يقول لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضا وهو قول ابن أبي ليلي رحمه الله والقاضي مجتهد فجعلنا له ولاية الاجتهاد هنا فى مبادلة أحـد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه ولا يوجد هذا المعنى فى سائر الاموال وفيه اضرار بالمديون من حيث ابطال حقه عن عين ملكه وللناس فى الاعيان اغراض ولا يجوز للقاضي أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو مستحق عليه ثم هذا المعنى لا يوجد فى النقود لان المقصود هناك المالية دون العين وأما تأويل معاذ رضي الله عنـه فنقول انما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله بسؤاله لانه لم يكن فى ماله وفاء بدينـه فسأل رسول

الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصير فيه وفاء بديونه وهذا لان عندهما يأمر القاضي المديون ببيع ماله أولا فاذا امتنع فحينئذ يبيع ماله ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه انه كان يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه يبيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه فانه كان سمحا جوادا لا يمنع أحدا شيأ ولاجله ركبته الديون فكيف يمتنع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم والمشهور في حديث أسيفع رضي الله عنه ان عمر رضي الله عنه قال انى قاسم ماله بين غرمائه فيحمل على انه كان ماله من جنس الدين وان ثبت البيع فانما كان ذلك برضاه (ألا ترى) ان عندهما القاضي لا يبيعه الا عند طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طالبوه بذلك وانما المنقول انه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يغدوا اليه فدل انه كان ذلك برضاه ثم قد تم الكتاب على قول أبي حنيفة رحمه الله وانما التفريع بعد هذا على قول من يرى الحجر فنقول بين من يرى الحجر بسبب السفه اختلاف في صفة الحجر فعلى قول الشافعي رحمه الله الحجر به بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق لان السفه لا يزيل الخطاب ولا يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام العقوبة باللسان باكتساب سببها أو بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما أن بعد الرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه وأبو يوسف ومحمد قالا المحجور عليه بسبب السفه في التصرفات كالهازل يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب به دون ماوضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق لا يؤثر فيه السفه ولا يجوز أن يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك الحجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى فيما لا حق للغير فيه يكون تصرفه نافذا وهنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه ثم على مذهبهما القاضي ينظر فيما باع واشترى هذا السفيه فان رأي اجازته أجازه وكان جائزا لانعدام الحجر قبل القضاء عند أبي يوسف رحمه الله ولاجازة القاضي عند محمد رحمه الله فان حاله لا يكون دون حال الذي لم يبلغ اذا كان عاقلا وهناك اذا باع واشترى وأجازه القاضي جاز وهذا لان الحجر عليه لمعنى النظر وربما يكون النظر له في اجازة هذا التصرف فلهذا نفذ باجازة القاضي سواء باشره السفيه أو الصبي العاقل قال وهما

سواء فى جميع الاشياء الا فى خصال أربع أحدها لا يجوز لوصى الاب أن يبيع شيأ من مال هذا الذى بلغ وهو سفيه الا بامر الحاكم ويجوز له البيع والشراء على الذى لم يبلغ لان ولاية الوصى عليه ثابتة الى وقت البلوغ (ألا ترى) أنه ينفرد بالاذن له والحجر عليه وانه قائم مقام الاب فى ذلك وللاب ولاية على ولده ما لم يبلغ فاما بعد ما بلغ عاقلا لا يبقى للوصى عليه ولاية أما عند أبى يوسف فلانه صار ولى نفسه ما لم يحجر عليه القاضى ومن ضرورة كونه ولى نفسه انتفاء ولاية الوصى عنه وأما عند محمد فلان البلوغ عن عقل مخرج له من أن يكون مولى عليه وتثبت له الولاية على نفسه (ألا ترى) ان لمعنى النظر له امتنع ثبوت أحد الحكمين وهو ثبوت الولاية له فى التصرفات بنفسه ولا يتحقق مثل ذلك النظر فى ابقاء ولاية الولى عليه ثم قد بينا أن تأثير السفه كتأثير الهزل ولا أثر للهزل فى اثبات الولاية عليه للوصى وللهزل تأثير فى ابطال تصرفه فلهذا لا يجوز تصرف الوصى عليه الا أن يأمره الحاكم بذلك فحينئذ يقوم هو فى التصرف له مقام القاضى ومعلوم أن القاضى اذا حجر عليه لا يتركه ليموت جوعا ولكن يتصرف له فيما يحتاج اليه وربما لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه لكثرة أشغاله فلابد من أن يقيم غيره فيه مقامه والثانى أن السفيه اذا أعتق مملوكا له نفذ عتقه بخلاف الذى لم يبلغ لما بينا ان تأثير السفه كتأثير الهزل ثم فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول على العبد أن يسعى فى قيمته وفى قول أبى يوسف الآخر ليس عليه السعاية فى قيمته لانه لو سعى انما يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية قط لحق معتقه بحال انما تلزمه السعاية لحق غيره والثانى ان تأثير السفه كتأثير الهزل ومن أعتق مملوكه هازلا لا تلزمه السعاية فى قيمته فهذا قياسه وجه قول محمد رحمه الله أن الحجر على السفيه لمعنى النظر له فيكون بمنزلة الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو فى ثلثى قيمته لورثته اذا لم يكن عليه دين ولا مال سواه لان رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر رده عليه فيكون الرد بايجاب السعاية فهنا أيضا رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر رد عينه فيكون الرد بايجاب السعاية فهنا أيضا واجب لمعنى النظر له وقد تعذر رده فكان الرد بايجاب السعاية وقد بينا أن معنى النظر له فى حكم الحجر بمنزلة النظر للمسلمين فى الحجر بسبب الدين فكذلك فى حكم السعاية والثالث ان الذى لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا أن

هناك تجب عليه السعاية فى قيمته وهنا لا تجب الا بعد صحة التدبير فى مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه ما بقى على ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا تعذر ايجاب النقصان عليه (ألا ترى) انه لو دبر عبده بمال وقبله العبد كان التدبير صحيحا ولا يجب المال بخلاف ما اذا كاتبه أو أعتقه على مال فان مات المولى قبل أن يؤنس منه لرشد سعى الغلام فى قيمته مدبرا لان بموت المولى عتق فكأنه أعتقه فى حياته فعليه السعاية فى قيمته وانما لاقاه العتق وهو مدبر فيسعى فى قيمته مدبرا (ألا ترى) أن مصلحا لو دبر عبدا له فى صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته أن على العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا لغرمائه فهذا مثله وكذا لو أعتقه بعد التدبير نفذ عتقه وعليه السعاية فى قيمته لما قلنا والرابع أن وصايا الذى لم يبلغ لا تكون صحيحة والذى بلغ مفسدا اذا أوصى بوصايا فالقياس فيه كذلك انها باطلة بمنزلة تبرعاته فى حياته ولكنا نستحسن أن ما وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى وما يكون على وجه الفسق من الوصية للقرابات ولم يأت بذلك سرف ولا أمر يستقبحه المسلمون أنه ينفذ ذلك كله من ثلث ماله لان الحجر عليه لمعنى النظر له حتى لا يتلف ماله فيبتلى بالفقر الذى هو الموت الاحمر وهذا المعنى لا يوجد فى وصاياه لان أوان وجوبها بعد موته وبعد ما وقع الاستغناء عن المال فى أمر دنياه فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون فيه نظر منه لامر آخرته أولا كتساب الثناء الحسن بعد موته لنفسه وجب تنفيذه لان النظر له في تنفيذ هذه الوصايا والتدبير من هذه الجملة فيعتق به بعد الموت لهذا وكان ينبغى أن لا يجب على المدبر السعاية ولكنه أوجب السعاية لما فيه من معنى ابطال المالية فكلام أبى يوسف يتضح في هذا الفصل ثم العلماء رحمهم الله اختلفوا في وصية الذى لم يبلغ فأهل المدينة رحمهم الله يجوزون من وصاياه ما وافق الحق وبه أخذ الشافعى رحمه الله على ما نبينه فى كتاب الوصايا وقد جاءت فيه الآثار حتى روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز وصية غلام يفاع وفي رواية يافع وهو المراهق وأن شريحا رحمه الله سئل عن وصية غلام لم يبلغ فقال ان أصاب الوصية فهو جائز وهكذا نقل عن الشعبي رحمه الله فحال هذا الذى بلغ وصار مخاطبا بالاحكام أقوى من حال الذى لم يبلغ فاختلاف العلماء فى وصية الذى لم يبلغ يكون اتفاقا منهم فى وصية السفيه انه اذا وافق الحق وجب تنفيذه فهذا وجه آخر للاستحسان ثم الحاصل أن السفه لا يجعل كالهزل فى جميع التصرفات ولا كالصبا ولا كالمرض ولكن الحجر به لمعنى النظر له فالمعتبر فيه توفر النظر عليه وبحثه يلحق ببعض هذه الاصول

فى كل حادثة فان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا لا سبيل عليه والجارية أم ولد له فان مات كانت حرة لا سبيل عليها لان توفر النظر فى الحاقه بالمصلح فى حكم الاستيلاد فانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلحق فى هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعي نسب ولد جاريته كان هو فى ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها فى شئ لان حقه مقدم على حق غرمائه بخلاف مالو أعتقها ولو لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولد كانت بمنزلة أم الولد يقدر على بيعها فان مات سعت فى جميع قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لجاريته وليس معها ولد هذه أم ولدى وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى ابطال حق الغير فكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فانه لا شاهد له هنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها ولو كان له عبد لم يولد فى ملكه فقال هذا ابنى ومثله يولد لمثله فهو ابنه يعتق ويسعى فى قيمته لانه أصل العلوق ولما لم يكن فى ملكه كانت دعواه دعوى تحرير فيكون كالاعتاق (ألا ترى) أن المريض المديون اذا قال لعبد لم يولد فى ملكه هذا ابنى عتق وسعى فى قيمته ولو اشترى هذا المحجور عليه ابنه وهو معروف وقبضه كان شراؤه فاسدا ويعتق الغلام حين قبضه ويجعل فى هذا الحكم بمنزلة شراء المكره فيثبت له الملك بالقبض ويعتق عليه لانه ملك ابنه ثم يسعى فى قيمته للبائع ولا يكون للبائع فى مال المشترى شئ من ذلك لانه وان ملكه بالقبض فالتزام الثمن أو القيمة بالعقد منه غير صحيح لما فى ذلك من الضرر عليه وهو فى هذا الحكم ملحق بالصبي واذا لم يجب على المحجور شئ لا يسلم له أيضا شئ من سعايته فتكون السعاية الواجبة علي العبد للبائع ولو وهب له ابنه المعروف أو وهب له غلام فقبضه وادعي انه ابنه فانه يعتق ويلزمه السعاية فى قيمته بمنزلة مالو أعتقه (ألا ترى) أن المريض المديون لو وهب له ابنه المعروف أو وهب له غلام فى مرضه فادعى أنه ابنه ثم مات سعى الغلام فى قيمته لغرمائه ولو أن هذا الذى بلغ مفسدا تزوج امرأة جاز نكاحه وينظر الى ما تزوجها عليه والى مهر مثلها فيلزمه أقلهما ويبطل الفضل عن مهر مثلها مما سمى وهو فى ذلك كالمريض المديون فان التزوج من حوائجه ومن ضرورة صحة النكاح وجوب مقدار مهر المثل فأما الزيادة على ذلك فالتزام بالتسمية ولا نظر له فى هذا الالتزام فلا تثبت هذه الزيادة كالمريض

اذا تزوج امرأة بأكثر من صداق مثلها يلزمه من المسمى مقدار مهر مثلها فاذا طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر فى ماله لان التسمية صحيحة فى مقدار مهر المثل وتنصف المفروض بالطلاق قبل الدخول حكم ثابت بالنص وكذلك لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها وبهذا يحتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لافائدة فى الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه وانه يتلف ماله بهذا الطريق اذا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة وهو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق ولو حلف بالله أو نذر نذورا من هدى أوصدقة لم ينفذله القاضى شيأ من ذلك ولم يدعه يكفر أيمانه بذلك لانه حجره عن التصرف فى ماله فيما يرجع الى الاتلاف ولولم يمنعه ذلك اذا أوجبه على نفسه لم يحصل المقصود بالحجر لانه يتيسر عليه النذر بالتصدق بجميع ماله ثم عليه أن يصوم لكل يمين حنث فيها ثلاثة أيام متتابعات وان كان هو مالكا للمال لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون ماله دينا على انسان أو غصبا فى يده وهو يأبى أن يعطيه فله أن يكفر بالصوم كذلك هنا ولو ظاهر هذا المفسد من امرأته صح ظهاره كما يصح طلاقه ويجزيه الصوم فى ذلك لقصور يده عن ماله بمنزلة من كان ماله غائبا عنه * فان قيل هناك لو كان فى ماله عبد لم يجز له أن يكفر بالصوم قلنا لان هناك يقدر على اعتاقه عن ظهاره وان لم يكن في يده وهنا لا يقدر على ذلك لانه لو أعتق عبده وجب على العبد السعاية فى قيمته ومع وجوب السعاية عليه لا يجوز عتقه عن الظهار (ألا ترى) ان مريضا مصلحا لو أعتق عبده عن ظهاره أو قتله وعليه دين مستغرق ثم مات سعى الغلام فى قيمته ولم يجز عن الكفارة للسعاية التى وجبت فلهذا أوجبنا عليه صوم شهرين متتابعين فى كفارة الظهار والقتل * فان قيل كان ينبغى أن ينفذ اعتاقه من غير سعاية لان هذا مما يتقرب به الى ربه ويسقط به الواجب عن ذمته فلنظر له فى تنفيذه * قلنا لو فتح عليه هذا الباب لكان اذا شاء أن يعتق عبدا من عبيده وقيل له ان عتقك لا يجوز الا بالسعاية ظاهر من امرأته ثم أعتق بعد ذلك العبد أو حلف بيمين وحنث فيها ثم أعتق ذلك فيحصل له مقصوده من التبذير بهذا الطريق لانه يصير بعد هذا العتق بمنزلة من لم يظاهر فلزجره عن هذا القصد أوجبنا السعاية على العبد اذا أعتقه وعينا عليه التكفير بالصوم فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر أيسر لانه كان معسرا ابتداء وقد وصلت يده الى المال

قبل سقوط الكفارة عنه بالصوم فليعه التكفير بالمال وأما ماوجب على المفسد من أمر أوجبه الله تعالى من زكاة ماله أو حجة الاسلام أو غير ذلك فهو والمصلح فيه سواء لأنه مخاطب وان كان مفسدا وبسبب الفساد لا يستحق النظر فى اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه بمنزلة الفاسق الذى يقصر فى أداء بعض الفرائض لا يستحق به التخفيف فى حكم الخطاب وهذا بخلاف ما أوجبه على نفسه لا فيما وجبه على نفسه بسبب التزامه فيمكن فيه معنى التبذير فيما يرجع الى الدنيا وان كان فيه معنى النظر له فى الآخرة كما فى مباشرة التصدق فأما فيما أوجب الله تعالى عليه فلا يتوهم معنى التبذير فهو والمصلح فيه سواء وينبغى للحاكم أن ينفذ له ماأوجب الله تعالى عليه من ذلك اذا طلبه من أداء زكاة ماله ولكن لايدفع المال اليه ويخلى بينه وبينه لانه يصرفه الى شهوات نفسه ولكن لايخلى بينه وبين ذلك حتى يعطيه المساكين بمحضر من أمينه لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته فلهذا يدفع المال اليه ليعطيه المساكين من زكاته بمحضر من أمينه وكذلك ان طلب من القاضى مالا يصل به قرابته الذى يجبر على نفقتهم اجابة الى ذلك لان وجوب نفقتهم عليه يكون شرعا لا بسبب من جهته ولكن القاضى لايدفع المال اليه بل يدفعه بنفسه الى ذوى الرحم المحرم منه لانه لا حاجة الى فعله ونيته حتى ان من له الحق اذا ظفر بجنس حقه من ماله كان له أن يأخذه فكذلك القاضى يعينه على ذلك بالدفع اليه ولكن لاينبغى للقاضى أن يأخذ بقوله فى ذلك حتى تقوم البينة على القرابة وعسرة القرائب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار له بدين على نفسه فلا يكون ملزما اياه شيأ الا فى الوالد فانهما اذا تصادقا على النسب قبل قولهما فيه كل واحد منهما فى تصديق صاحبه يقر على نفسه بالنسب وقد بينا ان السفه لا يؤثر في المنع من الاقرار بالنسب لان ذلك من حوائجه ولكن لا يعتبر قوله فى عسرة المقر له حتى يعرف أنه كذلك كما فى عسرة سائر الاقارب وكذلك يقبل اقراره بالزوجية لانه يملك انشاء التزوج فيملك الاقرار به ويجب لها مقدار مهر مثلها ويعطيها القاضى ذلك لان وجوب ذلك حكما لصحة النكاح وان كان قد مضى بعد اقراره أشهر ثم أقر انه كان فرض عليه نفقة فى أول تلك الشهور لم يصدق على مامضى من ذلك لان هذا منه اقرار بالدين لها فان نفقتها لزوجة فى الزمان الماضى لا تصير دينا الا بقضاء القاضى واقراره لها بالدين باطل وان أراد أن يحج حجة الاسلام لم يمنع منها لانها تلزمه شرعا من غير صنع من جهته فلا يتوهم معنى التبذير فيه

ثم لا يمنع من اداء ما لزمه شرعا ويعطى ما يحتاج اليه كالزاد والراحلة لان ذلك من أصول حوائجه وان أراد عمرة واحدة لم يمنع منها أيضا استحسانا وفى القياس لا يعطى نفقة السفر لذلك لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام ولكنه استحسن لاختلاف العلماء فى فريضة العمرة وتعارض الاخبار فى ذلك ولظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فهذا منه أخذ بالاحتياط فى أمر الدين وهو من جملة النظر له ليس من التبذير فى شيء وان أراد أن يقرن عمرة وحجا وسوق بدنة لم يمنع من ذلك لان القران أفضل عندنا واذا لم يكن هو ممنوعا من انشاء سفر لاداء كل واحد من النسكين فلأن لا يمنع من الجمع بينهما فى سفر أولى ثم القارن يلزمه هدى ويجزيه فيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل وقد اختلف العلماء من السلف فى ذلك فكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الا بقرة أو جزور فهو حين ساق البدنة قد قصد به التحرز عن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط فى أمر الدين وأراد أن يكون فعله أقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكن فى سوق البدنة من معنى الفساد شيء فان أراد الخروج لاداء ذلك نظر الحاكم الى ثقة من يريد الخروج الى مكة فيدفع اليه ما يكفى المحجور عليه للكراء والنفقة والهدى فيلى ذلك الرجل النفقة عليه وما أراد من الهدى وغيره بأمر المحجور عليه ولا يدفع الى المحجور عليه شيأ من ذلك المال مخافة أن يتلفه فى شهوات نفسه ثم يقول ضاع منى فأعطونى مثله وهذا لانه فى حالة الحضر كان ماله فى يد وليه ينفق عليه منه بحسب حاجته واذا ولاه القاضى ذلك كان هو بمنزلة وليه فى الهدى ولا بد من اعتبار أمره ونيته لمعنى القربة فاما أن يباشر داولى بأمره أو يدفع اليه ليباشر بحضرته ما يحق عليه مباشرته فان اصطاد فى احرامه صيدا أو حلق رأسه من أذى أو صنع شيأ يجب فيه الصوم أمره بأن يصوم لذلك ولم يعط من ماله لما صنع شيأ لان وجوب هذا بسبب من جهته وأصل ذلك السبب جناية فلا يستحق باعتبار النظر فيؤمر بالصوم لذلك حتى يكون ذلك زجرا عن السفه فان رأى الحاكم أن يأمر الرجل ان ابتلى بأذى فى رأسه أو أصابه وجع احتاج فيه الى لبس قميص أو غير ذلك أن يذبح عنه أو يتصدق لم يكن بهذا بأس لان هذا من النظر له عند حاجته ولهذا جوز الشرع ذلك للمضطر فلا بأس بأن ينظر القاضى له فى ذلك فيأمره بالاداء من ماله عند حاجته ولكن لا يفعله الوكيل الا بأمر المحجور عليه لمعنى القربة فيه فان الولاية الثابتة عليه لوليه لم تكن باختياره والعبادة

لا تتأدى بمثل هذه الولاية فلا بد من أمره ونيته لتحقيق معنى القربة وان تطيب المحجور في احرامه بطيب كثير أو قبل للشهوة أو صنع ما يلزمه فيه الدم أو الطعام مما لا يجوز فيه الصوم فهذا الازم له يؤدى اذا صار مصلحا ولا يؤدى عنه فى حال فساده وانه لزمه لانه مخاطب ولكن سبب هذا الالتزام منه فلا يؤدى من ماله في حال فساده بل يتأخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة المعسر الذى لا يجد شيأ اذا صنع ذلك أو هو بمنزلة العبد المأذون فى الاحرام من جهة مولاه اذا فعل شيأ من ذلك وهذا لانه لو أدى عنه الحاكم هذا فعله فى كل يوم مرة فيفنى ماله فيه وكذلك لو جامع امرأته بعد ماوقف بعرفة فعليه بدنة يتأخر الى أن يصير مصلحا وان جامعها قبل أن يقف بعرفة لم يمنع نفقة المضي فى احرامه الى ذلك لانه يحتاج الى ذلك التحلل من الاحرام ولا يمنع نفقة العود من عام قابل للقضاء لان ذلك لازم عليه شرعا ويمنع من الكفارة لان وجوب ذلك بسبب من جهته وفى هذا السبب من الفساد مالا يخفى والعمرة فى هذا كالحج (ألا ترى) ان المرأة ليس لها أن تحج غير حجة الاسلام الا باذن زوجها فاذا خرجت لحجة الاسلام ثم جومعت فى احرامها مطاوعة أو مكرهة مضت فى الحج الفاسد ولم تمنع من العود للقضاء مع المحرم فاذا كانت لا تمنع هى لحق الزوج لم يمنع المحجور من ذلك أيضا لاجل الحجر ولو أن هذا المحجور عليه قضى حجة الاسلام الا طواف الزيارة ثم رجع الى أهله ولم يطف طواف الصدر فانه يطاق له نفقة الرجوع للطواف ويصنع فى الرجوع مثل ما يصنع فى ابتداء الحج لانه محرم على النساء مالم يطف للزيارة فالرجوع للطواف من أصول حوائجه لانه محتاج اليه للتحلل ولكن يأمر الذى يلي النفقة عليه أن لا ينفق عليه راجعا حتى يحضره ويطوف بالبيت لانه لسفهه ربما يرجع ولا يطوف ثم يطلب النفقة مرة أخرى وهكذا يفعل ذلك فى كل مرة حتى يفنى ماله فللزجر عن ذلك لا ينفق عليه راجعا حتى يطوف بالبيت بحضرته وان طاف جنبا ثم رجع الى أهله لم يطاق له نفقة الرجوع للطواف لانه تحلل للطواف مع الجناية ولكن عليه بدنة لطواف الزيارة وشاه لطواف الصدر يؤديهما اذا صلح لان وجوبهما كان بسبب من جهته وذلك السبب من الفشيان يعنى طواف الزيارة جنبا وترك طواف الصدر من غير عذر وان أحصر فى حجة الاسلام فانه ينبغى للذى أعطى نفقته أن يبعث بهدى فيحل به لما بينا أن التحلل بالهدى من أصول حوائجه وماله معد لذلك (ألا ترى) ان العبد اذا حج باذن مولاه فأحصر وجب على مولاه أن يبعث بهدى ليحل

به ولو ان هذا المحجور أحرم بحجة تطوعا لم ينفق عليه فى قضائها نفقة السفر لانه التزم بسبب باشره ولكن يجعل من النفقة مايكفيه فى منزله لانه مستحق لذلك اذا أقام فى منزله ولم يحرم بالحج ولا يمنع ذلك بسبب احرامه ولا يزاد له على ذلك مايحتاج فى السفر من زيادة النفقة والراحلة ثم يقال له ان شئت فاخرج ماشيا (ألا ترى) انه لو قال اعطونى من مالي شيأ أتصدق به لم يعط ذلك فالذى يخرج بالحج تطوعا فى المعنى ملتمس للزيادة على مقدار نفقته فى منزله ليتقرب به الى ربه فلا يعطى ذلك وان كان موسرا كثير المال وقد كان الحاكم يوسع عليه فى منزله بذلك فكان فيما يعطيه من النفقة فضل عن قوته فقال انا اتكارى بذلك وأنفق على نفسى بالمعروف أطلق له ذلك من غير أن يدفع اليه النفقة ولكن يدفعها الى ثقة ينفقها عليه على ما أراد لان هذا التدبير دليل الرشد والصلاح وفيه نظر له فلا يمنعه القاضى منه فان لم يقدر على الخروج ماشيا ومكث حراما فطال به ذلك حتى دخله من احرامه ذلك ضرورة يخاف عليه من ذلك مرضا أو غيره فلا بأس اذا جاءت الضرورة أن ينفق عليه من ماله حتى يقضى احرامه ويرجع لان ابقاء ماله لتوفير النظر له لا للاضرار به ومن النظر هنا له أن يعطى له مايحتاج اليه لاداء ماالتزمه حتى يخرج من احرامه وكذلك لو أحصر فى احرام التطوع لم يبعث الهدى عنه لانه باشره بسبب التزمه باختياره الا أن يشاء أن يبعث بهدى من نفقته وان شاء ذلك لا يمنع منه لانه من باب النظر وحسن التدبير فان لم يكن فى نفقته مايقدر على أن يبعث بذلك منه تركه على حاله حتى تأتى الضرورة التى وصفت لك ثم يبعث عنه بهدى من ماله يحل به وانما ينظر فى هـذا الى مايصلحه ويصلح ماله لان الحجر عليه لصيانة ماله فالمقصود اصلاح نفسه فينظر فى كل شئ من ذلك الى مايصلحه ويصلح ماله فاذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها جاز الخلع لان وقوع الطلاق فى الخلع يعتمد وجوب القبول لا وجوب المقبول وقد تحقق القبول منها وكان الزوج علق طلاقها بقبولها الجعل فاذا قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولم يلزمها المال وان صارت مصلحة لانها التزمت المال لا بعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة لها فى ذلك فكان النظر فى أن يجعل هذه كالصغيرة فى هذا الحكم لا كالمريضة فان كان الزوج طلقها تطليقة على ذلك المال فهو يملك رجعتها لان وقوع الطلاق باللفظ الصريح لا يوجب البينونة الا عند وجوب البدل ولم يجب البـدل هنا بخلاف ما اذا كان بلفظ الخلع فان مقتضى لفظ الخلع البينونة وقد قررنا هذا الفرق فى حق الصغيرة فى

كتاب الطلاق وهذا بخلاف الامة التي يطلقها زوجها تطليقة على ألف درهم وقد كان دخل بها فان الطلاق هناك بائن لان قبول الامة المال صحيح فى حقها حتى يلزمها المال اذا أعتقت فلوجوب المال فى ذمتها كان الطلاق بائنا وفى المفسدة والصغيرة المال لا يجب بقبولها أصلا حتى اذا كانت الامة مع رقها مفسدة ممن لو كانت حرة لم يجز أمرها فى مالها كان الطلاق رجعيا لان التزامها المال لم يصح فى حق نفسها حتى لا يلزمها المال اذا أعتقت ولو أن غلاما أدرك مفسدا فلم يرفع أمره الى القاضى حتى باع شيأ من تركة والده وأقر بديون ووهب هبات وتصدق بصدقات ثم رفع أمره الى القاضى فانه يبطل جميع ذلك وهو محجور عليه وان لم يحجر عليه القاضى وهذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله فهذا كله صحيح منه مالم يحجر عليه القاضى واستدل محمد على أبي يوسف بمنع المال منه فان الوصي لا يدفع اليه ولولم يكن محجورا عليه قبل حجر القاضى لما منع المال منه ومن يقول لا يدفع اليه ماله لم يكن محجورا عليه قبل حجر القاضى لما منع ويكون تصرفه جائزا فقد دخل فيما قال الذين لم يروا الحجر شيأ فانما احتججنا عليهم الا بهذا ولم يكن بين هذا القائل وبينهم افتراق فى رد الآية يعنى قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فانما عرض فى هذا الكلام لابى حنيفة ومن قال بقوله رحمهم الله قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول انه فى هذه الكلمات جاوز حد نفسه ولم يراع حق الاستناد ولاجل هذا لم يبارك له فيه حتى لم يكثر له تفريعه فى هذا الكتاب ولا فى كتاب الوقف ولو كان أبو حنيفة رحمه الله فى الأحياء لدمر عليه وكل مجرى فى الحلائس فان كان هذا المفسد قبض ثمن ما باع ببينة ثم رفع ذلك الى القاضى فانه ينظر فيه فان رأى ما باع به رغبة أجازه وان كان الثمن قائما جاز باجازته وان كان ضاع فى يده لم يجزه القاضي لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وللقاضى أن يأذن للسفيه فى التجارة اذا رآه أهلا لذلك فكذلك له أن يجز تصرفه واذا رأى النظر فيه فان كان الثمن قائما بعينه والبيع بيع رغبة فالنظر فى اجازته فاذا ضاع الثمن فى يده فلا نظر له فى هذه الاجازة لانه ان أجازه زال ملكه عن العين من غير عوض يسلم له فى الحال فان اجازة البيع اجازة منه بقبض الثمن بمنزلة مالو باع الفضولي مال انسان وقبض الثمن وهلك فى يده ثم أجاز المالك البيع كان ذلك اجازة منه بقبض الثمن حتى لا يرجع على واحد منهما بشئ فهذا كذلك فاذا لم يسلم له بعد الاجازة شئ لم يكن فى الاجازة نظر له فلا يشتغل القاضى به ولا يكون

للمشترى على الثمن الذى ضاع فى يد المفسد سبيل لان قبضه كان بتسليم منه وتسليطه اياه على ذلك فلا يدخل به المقبوض فى ضمانه وهو فى هذا كالذى لم يبلغ وكذلك ان كان قبض الثمن يدفع المشترى اليه فاستهلكه بين يدى الشهود ثم رفع الى القاضي فانه ينقض بيعه ولا يلزم المحجور من الثمن شئ وهذا على قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله فيكون هو ضامنا لما استهلك من الثمن وللقاضي أن يجيز البيع ان رأى النظر فيه وأصله فى الصبي المحجور عليه اذا استهلك الوديعة أو استهلك شيأ اشتراه وان كان المحجور حين قبض الثمن أنفقه على نفسه نفقة مثله في تلك المدة أو حج به حجة الاسلام أو أدى منه زكاة ماله أو صنع فيه شيأ مما كان على القاضي أن يصنعه عند طلبه ثم دفع اليه نظر فيه فان كان البيع فيه رغبة فان كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز البيع وابرأ المشترى من الثمن لان هذا التصرف لم تمكن فيه من معنى الفساد شئ فانه لو طلبه من القاضي وجب عليه أن يجيبه الى ذلك فان باشر بنفسه كان على القاضي أن ينفذه لان الحجر لمعنى الفساد ففيما لا فساد فيه هو كغيره والنظر له فى تنفيذ هذا التصرف لانه لا يمكنه أن يرفع الامر الى القاضي فى كل حاجة وفى كل وقت لما فيه من الحرج البين عليه وان كان فى تصرفه محاباة وأبطل القاضي ذلك لم يبطل الثمن عن المحجور عليه ولكن القاضي يقضيه من ماله لانه لافساد فيما صرف المال اليه من حوائجه وفيما لافساد فيه هو كالرشيد فيصير المقبوض دينا عليه يصرفه له فى حاجته وعلى القاضي أن يقضيه من ماله الا أن يرى أن المحجور عليه لو استقرض من رجل مالا فقضى به مهر مثل المرأة قضى القاضي القرض من ماله فان كان استقرضه لذلك ثم استهلكه فى بعض حاجته لم يكن للمقرض عليه شئ له حال فساده ولا بعد ذلك لانه صرف المال الى وجه التبذير والفساد وهو كان محجورا عن ذلك فيكون فيه بمنزلة الذى لم يبلغ فأما ما صرفه الى مهر مثل امرأته فانما صرفه الى مافيه نظر له وهو اسقاط الصداق عن ذمته وربما كان محبوسا فيه أو كانت المرأة تمنع نفسها منه لذلك فيصير ذلك دينا عليه * يوضحه أن المقرض ممنوع من دفع مال نفسه اليه ليصرفه الى تبذيره لان فيه اعانة له على الفساد فيكون مضيعا ماله بذلك وهو مندوب الى أن يقرضه ليصرفه الى مهر مثل امرأته فلا يكون به مضيعا ماله ولو استقرض مالا فأنفقه على نفسه نفقة مثله ولم يكن القاضي أنفق عليه فى تلك المدة أجاز ذلك له وقضاه من ماله لانه لا فساد فيما صنعه وان كان أنفقه باسراف حسب القاضي للمقرض من ذلك

مثل نفقة المحجور عليه فى تلك المدة وقضاه من ماله وأبطل الزيادة على ذلك لان فى مقدر نفقة مثله لافساد وفيما زاد على ذلك معنى الفساد والاسراف وانما جعل هو كالذى لم يبلغ فيما فيه الفساد فامافى مالافساد فيه فهو كالرشيد (ألا ترى) انه لو أقر على نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة كان مؤاخذا بذلك لانه لافساد فى اقراره وانما به يحصل التطهير لنفسه وآثر عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة وهو نظير أحد الورثة اذا أسرف فى جهاز الميت وكفنه فانه يحسب من أصل التركة مقدار جهاز مثله وما زاد على ذلك مما فيه اسراف يكون محسوبا عليه دون سائر الورثة ولو أودعه رجل مالا فاقر انه استهلكه لم يصدق على ذلك ولم يلزمه بهذا الاقرار شئ أبدا لان اقراره غير ملزم اياه المال وهو فيه كالذى لم يبلغ مادام محجورا عليه فان صلح سئل عما أقر به فى حال فساده فان أقر انه قد كان استهلكه فى حال فساده لم يلزمه ذلك أيضا لان الثابت باقراره كالثابت بالبينة والمعاينة ولو عاينا استهلاك الوديعة فى حال فساده لم يكن ضامنا أبدا فى قول محمد رحمه الله أما فى قول أبى يوسف رحمه الله هو ضامن فكذلك هنا وأصل الخلاف فى الذي لم يبلغ اذا أودعه رجل مالا واستهلكه وعلل فى هذا بما علل به هناك فقال لان رب المال هو الذى سلطه على ماله حين دفعه اليه واذا أودع المحجور عليه غلاما أو جارية فقتله خطأ كانت قيمته على عاقلته لان الحجر فى الافعال لا يتحقق فالافعال حسية تحققها بوجودها وأصله في الصبي اذا أودع غلاما أو جارية فقتله قال فان أقر المحجور بذلك لم يلزمه مادام محجورا عليه لان قوله هدر فى التزام المال بنفسه أو الالزام على عاقلته فان صلح فيسئل عما كان أقر به فان أقر به فى حال صلاحه أخذت منه القيمة من ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى عليه لان باقراره فى حال صلاحه يظهر هذا الفعل فى حقه فيكون بمنزلة الظاهر بالمعاينة فى حقه وهو لم يظهر فى حق عاقلته لكونه متهما فى حقهم فتكون القيمة عليه فى ماله مؤجلا لانها وجبت بفعل القتل وابتدأ الاجل من حين يقضى عليه لانه صار دينا الآن والاجل يكون فى الدين وهذا بخلاف الصبي فانه غير مخاطب ولا يلزمه من الدية شئ من موجب جنايته اذا كان عمدا فكذلك اذا كان هو خطأ فهو وان أقر عند البلوغ فانما أقر على عاقلته وذلك لا يلزمه شيأ فأما المحجور عليه فمخاطب ولو كان فعله عمدا كان هو كالرشيد فى موجبه فكذلك اذا كان خطأ يكون هو كالرشيد فى ان الدية عليه ثم تحمله العاقلة عنه للتخفيف عليه واذا أقر بعد ما صلح فانما يظهر باقراره فى حقه دون عاقلته فلهذا كانت القيمة عليه فى ماله ولو أقر المحجور

عليه انه أخذ مال رجل بغير أمره فاستهلكه لم يصدق على ذلك لكونه محجورا عن الاقرار بوجوب الدين عليه فان صالح سئل عما كان أقر به فان أقر أنه كان حقا أخذ به كما لو لم يسبق منه الاقرار في حالة الحجر ولكن أقر بعد ما صلح ابتداء انه استهلك مال رجل بغير أمره وان أنكر أن يكون حقا لم يؤخذ به لانه لاحجر عليه بذلك سوى الاقرار الذي كان منه فى حالة الحجر وذلك باطل وكذلك لو قال بعد ما صلح انى قد كنت أقررت وأنا محجور على انى استهلكت لك ألف درهم فقال رب المال أقررت لي بذلك فى حال صلاحك أو قال قد أقررت به فى حال فسادك ولكنه حق وقال المقر لم يكن ذلك حقا فالقول قول المقر لانه أضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافى صحة اقراره فيكون فى الحقيقة منكرا لامقرا فيجعل القول قوله فى ذلك وهو فى هذا بمنزلة الذى لم يبلغ ولو قال بعد ماصلح قد كنت أقررت بذلك فى حال الفساد وكان ذلك حقا فانه يقضى عليه بذلك لان بقوله كان ذلك حقا صار مقرا له بوجوب المال الآن فيلزمه القاضى ذلك بهذا الاقرار (ألا ترى) أن الذى لم يبلغ لو أودعه رجل أو أقرضه مالا ثم كبر فأقر انه استهلكه فى حال صغره وقال رب المال استهلكته بعد الكبر ان القول قول الغلام لانه أضاف استهلاكه الى حالة معهودة تنافى وجوب الضمان عليه فيكون هو منكرا للضمان ولو قال رب المال أنا أقرضتك أو أودعتك بعد الكبر فاستهلكته وقال الغلام استهلكته قبل الكبر كان الغلام ضامنا لجميع ذلك لان الغلام يدعي اسناد الايداع والاقراض الى حالة الصغر ليثبت به تسليطه اياه على الاستهلاك مطلقا ورب المال منكر لذلك فالقول قوله واذا قبل قوله مع يمينه بقى استهلاكه للمال وهو سبب موجب للضمان عليه فى الحال (ألا ترى) أن من أتلف مال انسان وقال أتلفته باذنك وأنكر صاحب المال ذلك كان القول قوله فهذا مثله واذا بلغت المرأة محجورا عليها لفسادها فزوجت كفؤا بمهر مثلها أو باقل مما يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه لافساد فيما صنع والحجر بسبب الفساد لا يؤثر فيما لا يؤثر فيه الهزل فى جانب الرجل فكذلك فى جانبها والغبن اليسير مما لا يستطاع التحرز عنه الا بحرج والحرج مدفوع ولو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها فيما يتغابن الناس فيه ولم يدخل بها قيل لزوجها ان شئت فأتم لها مهر مثلها لان معنى الفساد يتمكن فى هذا النوع من المحاباة فلا يسلم ذلك للزوج ولكنه يتخير لانه يلزمه زيادة لم يرض بالتزامها فان شاء رضى به والتزمه وان شاء أبى فيفرق بينهما لانه لما كان لا يتمكن من

استدامة امساكها الا بالمعروف الا بهذه الزيادة فاذا أباها كان راضيا بالتفريق بينهما وان كان قد دخل بها فعليه لها تمام مهر مثلها لان مهر المثل قيمة بضعها مستحق بالدخول لشبهة العقد الا اذا تقدمه تسمية صحيحة ولم يوجد ذلك حين تمكن الفساد فى تسميتها فكانها زوجت نفسها منه بغير مهر ودخل هو بها فيلزمه تمام مهر مثلها ولا يفرق بينهما لان التفريق كان للنقصان عن صداق المثل وقد انعدم حين قضى لها بمهر مثلها بالدخول وكذلك ان كان الذى تزوجها محجورا عليه فالجواب مابينا الا فى خصلة واحدة وهو ان كان تزوجها على أكثر من مهر مثلها بطل الفضل عن مهر مثلها عن الزوج لان الزام المفسد للزيادة بالتسمية غير صحيح فان فى التزام مازاد على مهر مثلها معنى الفساد ثم لا خيار للمرأة فى ذلك ان دخل بها أولم يدخل بها لان حقها فى قيمة البضع وقد سلم لها ذلك وانعدام الرضا منها لتملك البضع عليها بدون هذه الزيادة لا يمنع لزوم النكاح اياها كما لو أكرهت هى ووليها على أن تزوج نفسها فلانا بمهر مثلها وان كانت تزوجت بمهر مثلها غير كفؤ فرق القاضي بينهما لان طلب الكفاءة فيه حقها وحق الولى ولم يوجد الرضا من الولى بانعدام الكفاءة ورضاها بذلك غير معتبر فى ابطال حقها لما تمكن فيه من معنى الفساد واتباع الهوى فلهذا كان لها أن تخاصم ويفرق القاضى بينهما لخصومتها وخصومة أوليائها ولو ان غلاما أدرك وهو مصلح قد أونس منه الرشد فدفع اليه وصيه أو القاضي ماله وسلطه عليه ثم أفسد بعد ذلك وصار ممن يستحق الحجر فهو محجور عليه وان لم يحجر القاضى عليه وهو قول محمد رحمه الله بمنزلة مالو صار معتوها وعند أبى يوسف مالم يحجر عليه القاضى فتصرفه نافذ ثم عندهما القاضى يسترد المال منه ويجعله فى يد وليه كما لو بلغ مفسدا لان ايناس الرشد منه شرط لدفع المال اليه بالنص فيكون شرطا لابقاء المال فى يده استدلالا بالنص وعند أبى حنيفة رحمه الله لايخرج المال من يده لان ماهو شرط ابتداء الشيء لايكون شرط بقائه لامحالة ثم منع المال منه باعتبار أثر الصبي وفساده عند البلوغ دليل أثر الصبي فمنع المال منه الى أن يزول لان ذلك بعرض الزوال فأما فساده بعد ما بلغ مصلحا فليس بدليل أثر الصبي فلا يوجب الحيلولة بينه وبين ماله لان ذلك جناية منه ولا تأثير للجناية فى قطع يده عن ماله ولا فى قطع لسانه عن المال بالتصرف فيه ولو كان باع عبدا ولم يدفعه ولم يقبض ثمنه وهو حال أو مؤجل حتى فسد فسادا استحق الحجر به ثم دفع الغريم اليه المال فدفعه باطل لان الحجر عليه لمعنى

النظر له عند من يرى الحجر وليس من النظر دفع الثمن اليه بعد ماصار سفيها فهو بمنزلة مالو باع عبدا وسلمه ولم يقبض ثمنه حتى صار معتوها الا ان مثله يقبض فكما لا يجوز قبضه للثمن هناك اذا دفعه اليه المشترى كذلك هنا وكذلك لو ان الصبي أذن له وليه فى التجارة فباع شيئا ثم حجر عليه وليه قبل قبض الثمن فدفع الثمن اليه المشترى لم يبرأ بمنزلة مالو كان الولى هو الذى باشر البيع والصبي محجور عليه لان قبض الصبي انما يكون مبرئا للمشترى اذا تأيد رأيه بانضمام رأى الولى اليه وقد انعدم ذلك بالحجر عليه وهنا قبضه انما كان مبرئا للمشترى بكونه رشيدا حافظا لماله وقد انعدم ذلك بفساده وكذلك لو أن رجلا وكله يبيع عبد له وهو مصلح فباعه ثم صار البائع مفسدا ممن يستحق الحجر عليه فقبض الثمن بعد ذلك لم يبرأ المشترى الا أن يوصله القابض الى الآمر فان أوصله المشترى برئ المشترى بوصول الحق الى مستحقه وان لم يصل الى الآمر حتى هلك فى يد البائع هلك من مال المشترى ولا ضمان على البائع والآمر فيه ويؤخذ من المشترى الثمن مرة أخرى لان الآمر انما رضى بقبضه للثمن باعتبار أنه مصلح حافظ للمال فلا يكون راضيا به بعد ماصار سفيها وهذا كله بخلاف مالو نهاه عن قبض الثمن لانه استحق بالبيع قبض الثمن فاستحق المشترى البراءة بتسليم الثمن اليه فلا يبطل استحقاقها نهى الآمر لان ذلك تصرف منه فى حق الغير وأما الفساد عند من يرى الحجر به فمعنى حكمى حتى يخرج به المفسد من أن يكون مستحقا لقبض الثمن فيعمل ذلك فى حقه وحق المشترى وهذا لان الآمر بالنهى قصد الحاق الضرر بهما وليس له هذه الولاية فى اثبات الحجر عليه عن القبض بعد ماصار مفسدا دفع الضرر عن الآمر وهذا ضرر لم يرض الآمر بالتزامه فيجب دفعه عنه بخلاف مالو كان الآمر أمره بالبيع والمأمور مفسد فيما باع وقبض الثمن جاز بيعه وقبضه لانه راض بالتزام ذلك الضرر حين أمره بالبيع وهو كذلك وهو نظير مالو أمر صبيا محجورا أو معتوها يعقل البيع والشراء يبيع ماله فباعه جاز ولو أمره وهو صحيح العقل ثم صار معتوها لم يكن له أن يبيعه ويستوى ان كان الآمر يعلم بفساده أو لم يعلم لان أمره تصريح منه بالرضى بتصرفه على الصفة التى هو عليها ومع التصريح لامعتبر بعلمه وجهله لان ذلك لايمكن الوقوف عليه ولو باع المفسد متاعه بثمن صالح ولم يقبضه حتى رفع ذلك الى القاضى فانه يجيز البيع وينهى المشترى عن دفع الثمن الى المحجور عليه لان فى اجازة البيع نظرا له فانه لو نقضه احتاج الى اعادة مثله

وليس فى مباشرته قبض الثمن نظرا له بل فيه تعريض ماله للهلاك فينهي المشترى عن دفع الثمن اليه لمعنى النظر ويصح ذلك منه لانه بمنزلة الحكم منه فى فصل مجتهد فيه فان دفعه بعد مانهاه فضاع فى يد المحجور عليه لم يبرأ المشترى منه ويجبر على دفع ثمن آخر الى القاضي لان نهيه لما صح صار حق قبض الثمن للقاضى أولأمينه فدفعه الى المحجور عليه بعد ذلك كدفعه الى أجنبي آخر وكدفع ثمن ما باعه القاضى أو أمينه من ماله الي المحجور عليه ولا خيار للمشترى فى ذلك البيع لانه ضيع ماله بالدفع اليه بعد مانهاه القاضى وأساء الادب بمخالفة القاضى فيما خاطبه به فلا يستحق لسعيه تخفيفا ولا خيارا ولو كان القاضى حين أجاز البيع لم ينهه عن دفع الثمن اليه فدفعه اليه فهو جائز لان فى اجازة بيعه اجازة لدفع الثمن فان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ومطلق الاذن له فى البيع يكون تسليطا على قبض الثمن فكذلك مطلق الاجازة فى الانتهاء الا أن يبنى الامر على وجه فيقول قد أجزت البيع ولا أجيز للمشترى أن يدفع الثمن اليه فاذا قال ذلك فهذا بمنزلة الحكم منه وحكم القاضى يقيد بما قيده به ولو أجاز البيع فى الابتداء جملة ثم قال بعد ذلك قد نهيت المشترى أن يدفع الثمن اليه كان نهيه باطلا وكان دفع المشترى الثمن الى المحجور عليه جائزا حتى يبلغه ماقال القاضى فى ذلك لانه سلطه على دفع الثمن باجازته البيع جملة ثم نهيه اياه عن دفع الثمن اليه خطاب ناسخ أو مغير لحكم الاجازة المطلقة فلا يثبت فى حقه حكمه مالم يعلم به لانه لايتمكن من العلم به مالم يبلغه وفى الزامه اياه قبل أن يعلم به اضرار فاذا بلغه ثم أعطاه الثمن لم يبرأ منه لان الناسخ قدوصل اليه فليس له أن يعمل بالمنسوخ بعد مابلغه الناسخ وهذا نظير الناسخ والمنسوخ فى خطاب الشرع فانه كان فى الصحابة رضوان الله عليهم من شرب الخمر بعد مانزل تحريمها ولم يعاتب على ذلك لانه لم يبلغه الناسخ وفى قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ومن أعلمه بذلك وكان خبره حقا فهو اعلام لان على قول من يرى الحجر خبر الواحد في المعاملات حجة سواء كان ملتزما أو غير ملتزم كان المخبر رسولا أولم يكن فاسقا كان أوعدلا لابد أن يكون الخبر حقا (ألا ترى) لو أن مفسدا قال له القاضي بع عبدك هذا بالف درهم ولم ينهه عن قبض الثمن فباعه وقبض الثمن وضاع عنده كان جائزا ولو قال بعه ولا تقبض الثمن لم يجز قبضه وأجبر المشترى على ادائه مرة أخرى ولا خيار له فى نقض البيع علم بذلك أولم يعلم ولو أمره بالبيع ولم ينهه عن قبض الثمن ثم قال بعد ذلك اذا باع

فلا يقبض الثمن فانى نهيته عن ذلك فله أن يبيع ويقبض الثمن مالم يبلغه نهى القاضى ومعنى هذا الاستشهاد ما أشرنا اليه ان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا أدرك اليتيم مفسدا فحجر القاضى عليه أو لم يحجر فسأل وصيه أن يدفع اليه ماله فدفعه اليه فضاع فى يده أو أتلفه فالوصى ضامن للمال لان دفع المال الى من هو مفسد يكون تضييعا له فهو بمنزلة مالو طرح الوصي ماله فى مهلكة وكذلك لو كان الوصي أودعه المال ايداعا لانه تسليط له على اتلافه حين مكنه منه فيكون ذلك من الوصى بمنزلة الاستهلاك لماله وليس هذا كدفع الوصي مال يتيم مصلح لم يبلغ اليه وديعة أو ليبيع به ويشترى به لا ضمان عليه اذا ضاع منه أو ضيعه لان الصغير المصلح مأمون على نفسه وماله (ألا ترى) ان للوصي أن يأذن له فى التجارة فلا يكون دفع المال الى مثله تضييعا له وأما الكبير المفسد فدفع ماله اليه مادام هو على فساده يكون تضييعا له ولهذا لو أذن له فى التجارة وهو عالم بانه فاسد ولم يؤنس منه رشدا لم يجز اذنه وهذا لانه مأمور بالنظر فى حق كل واحد منهما والنظر فى حق الصبي المصلح اختباره بالاذن له فى التجارة كما قال الله تعالى وابتلوا اليتامى والنظر فى حق الكبير المفسد منعه من التصرف ومنع المال منه فيكون دفع المال اليه والاذن له فى التجارة خلاف المأمور به فى حقه فلا ينفذ من الوصي (ألا ترى) أن الغلام المصلح لماله لو رفع الامر الى القاضى وكان ممن يشترى ويبيع ويربح كان الذى ينبغى للقاضى أن يأذن له فى التجارة ولو رفع هذا المفسد لم يأذن له فى ذلك فلذلك اختلف حال الوصى فيهما ولو ان القاضى أمر هذا المفسد أن يبيع شيئا من ماله ويشترى به ففعل ذلك جاز وكان هذا اخراجا من القاضى له من الحجر وذلك صحيح من القاضى لانه حكم منه فى موضع الاجتهاد لينفذ منه ولا ينفذ مثله من الوصى لانه ليس له ولاية الحكم فان وهب أو تصدق هذا المفسد بذلك المال لم يجز لان القاضي انما دفع الحجر عنه فى التجارة خاصة وحكم القاضى يتقيد بتقييده فبقي الحجر عليه فيما ليس بتجارة على ما كان قبل هذا الاذن حتى اذا أعتق الغلام سعى الغلام فى قيمته وان اشترى وباع بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان المحاباة ممن لا يملك التبرع بمنزلة الهبة وان أذن له فى بيع عبد بعينه أو فى شراء عبد بعينه لم يجز له أن يشتري ولا أن يبيع الا الذى أذن له فيه خاصة لانه بهذا الاذن ينيبه مناب نفسه ولا يرفع الحجر عنه فى شئ فانه لم يفوض اليه شيئا من التصرف الى رأيه ولكن رأى فيه رأيه ثم أمره أن ينوب عنه فى

مباشرة العقد فلا يكون ذلك رفعا للحجر عنه ولو أذن له في شراء البر وبيعه خاصة دون ماسواه من التجارات كان مأذونا فى التجارات كلها لان هذا الاذن اطلاق للحجر عنه فى التجارة فى نوع مفوضا الى رأيه وهو نظير المولى يأذن لعبده فى نوع من التجارة يصير مأذونا فى التجارات كلها ولو أمره أن يشترى شيئا بعينه لا يصير مأذونا وكذلك الوصى فى حق الذى لم يبلغ والفقه فيه أن الفاسد المحجور عليه يقدر على افساد ماله فيما أذن له من التجارة لان اتلاف المال بطريق التجارات فى الضرر دون اتلافه بطريق التبرع مثل مايقدر عليه فى غيره فليس فى تقييد الاذن بنوع من التجارة معنى النظر بخلاف التبرع فلا يكون فك الحجر عنه فى التجارة فكا للحجر عنه فى التبرع فان قال القاضى فى السوق بمحضر من أهلها أو بمحضر من جماعة منهم قد أذنت لهذا فى التجارة ولا أجيز له منها الا ما أعلم انه اشترى أو باع ببينة فاما مالا يعلم الا باقراره فانى لا أجيز عليه فالامر على ماقال القاضى من ذلك لان تقييده فك الحجر عنه بما قيده به يرجع الى النظر له والقاضى مأمور فى حق السفيه بما يكون فيه توفير النظر عليه * يوضحه ان صحة اقراره بعد انفكاك الحجر عنه باعتبار انه من توابع التجارة وانما يكون تابعا اذا لم يصرح فيه بخلاف ماصرح به فى أصل تجارته وله ولاية هذا التصريح مع بقاء فك الحجر عنه فلا بد من اعتباره ولو لم يعتبر هذا انما لا يعتبر دفعا للضرر والغرور عمن يعامله وقد اندفع ذلك حين جعل القاضى هذا القيد مشهورا كاشهار الاذن وهذا بخلاف الغلام المصلح الذى لم يبلغ يأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة على هذا الوجه أو العبد يأذن له مولاه على هذا الوجه حيث لا يلزمهم وما أقروا به مثل ما يلزمهم بالبينة لانه ليس للولى ولا للمولى ولاية تقييد الاذن بما قيده به مع بقاء أصل الاذن فيلغو بقيده وهذا لان الاذن للمحجور عليه على وجه النظر وفى التقييد توفير النظر فيستقيم من القاضى وفى حق من كان مأمونا على ماله أو فى حق العبد ليس فى هذا التقييد معنى التطويل بل هو تقييد غير مفيد لان الحاجة الى اذن المولى لتتعلق ديونه بمالية رقبته ولافرق فى ذلك بين الدين الذى يثبت عليه باقرار أو بالبينة فى حق المولى والفاسد الذى يستحق الحجر عليه كل من كان مضيعا ماله مفسدا له لا يبالى ماصنعه منتفعا بالسرف فى غير منفعة على جهة المجون فان كان فاسدا فى دينه لا يؤمن عليه من فجوره ولا غيره الا أنه حافظ لماله حسن التدبير له لم يستحق الحجر عليه لان الحجر على قول من يراه لابقاء المال ولا حاجة اليه فى حق الفاسد الذى هو حسن التدبير فى ماله انما

الحاجة اليه في حق المبذر المتلف لماله ولو أن قاضيا حجر على فاسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فأطلق عنه الحجر وأجاز ما كان باع أو اشترى ولم ير حجر الاول شيأ فأبطل حجره جاز اطلاق هذا عنه لان الاول لو تحول رأيه فأطلق عنه الحجر جاز فكذلك الثاني وهذا لان نفس الحجر على السفيه مجتهد فيه فانه باطل عند أبي حنيفة رحمه الله ونفس القضاء متي كان مجتهدا فيه يوقف على امضاء غيره فاذا أبطله بطل ثم الحجر عليه لم يكن قضاء من القاضي لان القضاء يستدعى مقضيا له ومقضيا عليه ولم يوجد ذلك انما كان ذلك نظرا منه له وقد رأى الآخر النظر له في الاطلاق عنه فينفذ ذلك منه الا أن يكون شئ من بيوعه أو شرائه المتقدمة رفع الى القاضي الذي يرى الحجر عليه أو الى قاض آخر يرى الحجر فأبطل مبايعاته ثم رفع الي هذا القاضي الآخر فأبطل قضاء الاول وأجاز ما كان أبطله ثم رفع الى قاض آخر يرى الحجر أولا يراه فانه ينبغي له أن يجيز قضاء الاول بابطال ما أبطل من بيوعه واشريته ويبطل قضاء الثاني فيما أبطله من قضاء الاول لان قضاء الاول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ذلك وكان ذلك قضاء تاما بوجود المقضى له والمقضى عليه وقضاء القاضي في المجتهدات نافذ بالاتفاق ثم الابطال من الثاني حصل بخلاف الاجماع لانه أبطل قضاء أجمع المسلمون على نفوذه وقضاء القاضي بخلاف الاجماع باطل فهذا يبطل الثالث قضاء القاضي بابطال قضاء الاول ويمضي قضاء الاول بابطال ما أبطل من بيوعه أو أشريته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿تم الجزء الرابع والعشرون ويليه الجزء الخامس والعشرون وأوله كتاب المأذون﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المأذون الكبير

(قال رحمه الله) قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة فخر الاسلام أبو بكر محمد ابن أبي سهل السرخسي رحمه الله اعلم بان الاذن في التجارة فك الحجر الثابت بالرق شرعا ورفع المانع من التصرف حكما واثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة الكتابة الا أن الكتابة لازمة لانها بعوض والاذن لا يكون لازما لخلوه عن العوض بمنزلة الملك المستفاد بالهبة مع المستفاد بالبيع وهذا لانه أهل للتصرف بعد حدوث الرق فيه كما كان قبله لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا وذلك يتحقق من الرقيق واعتبار الكلام بكونه صادرا عن مميز أو مخاطب ولا ينعدم ذلك بالرق ومحل التصرفات ذمة صالحة لالتزام الحقوق ولا ينعدم ذلك بالرق فان صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من أن يكون من البشر الا أن الذمة تضعف بالرق فلا يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وذلك يسقط بوجود الرضا منه لتعلق الحق بمالية رقبته فكان الاذن فكا للحجر من هذا الوجه وهو نظير ملك الحل فانه من كرامات البشر فلا ينعدم بالرق وان كان ينتقص حتى ان الحل في حق الرقيق نصف ما هو في حق الحر بيناه في كتاب النكاح وانما ينعدم بالرق الاهلية لمالكية المال لانه يصير به مملوكا مالا وبين كونه مملوكا مالا وكونه مالكا للمال منافاة ولهذا لا ينعدم بالرق الاهلية للمالكية بالنكاح لانه لا يصير به مملوكا نكاحا * فان قيل ينبغي أن ينعدم بالرق الاهلية لملك التصرف لانه صار مملوكا تصرفا فان المولى يملك التصرفات عليه * قلنا انما يصير مملوكا تصرفا بنفسه بيعا أو تزويجا فلا جرم تنعدم الاهلية لمالكية هذا التصرف ويكون نائبا فيه عن المولى متى باشر بأمره ولكنه ما صار مملوكا تصرفا في ذمته حتى ان المولى لا يملك الشراء بثمن يجب في ذمة عبده ابتداء فتبقى له الاهلية في ملك هذا التصرف كما أنه لم يصر مملوكا تصرفه عليه في

الاقرار والحدود والقصاص بقى مالكا لهذا التصرف فان قيل انعدام الاهلية لخروجه بالرق من أن يكون أهلا لحكم التصرف وهو الملك المستفاد والتصرفات الشرعية لا تراد لعينها بل لحكمها وهو ليس بأهل لذلك قلنا لا كذلك وحكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك (ألا ترى) أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق الحاجة ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العتق مشروع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اختار البائع البيع ثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه ثم الدليل علي جواز الاذن للعبد فى التجارة شرعا الآثار التى بدأ بها الكتاب فمن ذلك حديث ابراهيم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك وفيه دليل تواضع رسول الله صلي الله عليه وسلم فان ركوب الحمار من التواضع وقد كان يعتاده رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى انه ركب الحمار معروريا وروى انه ركب الحمار وأردف وذلك من التواضع قال عليه السلام برئ من الكبر من ركب الحمار وسعى فى مهنة أهله وفى لسان الناس ركوب الفرس عز وركوب الجمال كمال وركوب البغل مكرمة وركوب الحمار ذل ولا ذل كالترجل وكذلك اجابة دعوة المملوك من التواضع وقد فعله غير مرة علي ماروى عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه أجاب دعوة عبد وروى أنه كان يجيب دعوة الرجل الدون يعنى المملوك والمملوك لا يتمكن من ايجاد الدعوة مالم يكن له كسب وطريق الاكتساب التجارة وليس له أن يباشرها بدون اذن المولى فثبت بهذا الحديث جواز الاذن فى التجارة وان ما يكسبه العبد بعد الاذن حلال وانه لا بأس للعبد المأذون بان يتخذ الدعوة بعد أن لا يسرف فى ذلك ولا بأس باجابة دعوته اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان يجيب الدعوة وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم وعن ابراهيم انه كان يقول يجوز على العبد كل دين حتى يحجر عليه وكان يقول اذا حجر الرجل على عبده فى أهل سوقه فليس عليه دين ومعناه يلزمه كل دين يكتسب سبب وجوبه مما هو من صنيع التجار كالاقرار والاستئجار والشراء لانه منفك الحجر عنه فى التجارة فهو من التزام الدين بسببه كالحر واذا حجر المولى عليه فى أهل سوقه فليس عليه دين أى لا يلزمه الدين بمباشرة هذه الاسباب بعد الحجر فى

حق المولى ليس المراد أنه يسقط عنه وانما لا يثبت فى حق المولى لانعدام الرضا منه باستحقاق مالية رقبته بالدين بعد الحجر ولا يجب الدين فى ذمته الا شاغلا لمالية الرقبة فاذا كان لا يستحق مالية رقبته به بعد الحجر فكانه لادين عليه وفيه دليل ان الحجر ينبغى أن يكون عاما منتشرا وأن الانتشار فيه بكونه فى أهل سوقه فانه رفع الاذن الذى هو عام منتشر وفى تصحيحه بدون الانتشار معنى الاضرار والغرور كما نبينه انشاء الله تعالى وعن أبى صالح قال رأيت للعباس بن عبد المطلب عشرين عبدا كلهم يتجر بعشرة آلاف درهم ففيه دليل جواز الاذن وانه لا بأس باكتساب الغنى والاستكثار من المال بعد أن يكون من حله كما قال النبي عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح وفى هذا الحديث دليل ظاهر على غنى العباس فان من كان له عشرون عبدا رأس مال كل عبد عشرة آلاف فلا بد أن يكون ذلك من أموال التجارة وغيرها وكان سبب ثروته انه أخذ منه دنانير فى الفداء حين أسر فلما أسلم وحسن اسلامه كان يتأسف على ذلك فأنزل الله تعالى يا أيها النبي قل لمن فى أيديكم من الاسرى ان يعلم الله فى قلوبكم خيرا يؤتكم خيرا مما أخذ منكم ويغفر لكم وكان العباس رضي الله عنه يظهر السرور بغناه ويقول ان الله تعالى وعدنى بشيئين الغنى فى الدنيا والمغفرة فى الآخرة وقد أنجزلى أحدهما وأنا أعلم أنه لا يحرمنى من الآخر انه لا يخلف الميعاد وعن الشعبي قال اذا أخذ الرجل من عبده الضريبة فهى تجارة وبه نأخذ فان المولى استأدى عبده الضريبة فذلك اذن منه له فى التجارة لانه لا يتمكن من الاداء الا بتحصيل المال ولتحصله طريقان التكدى والتجارة والظاهر أن المولى لا يقصد تحصيله المال بالتكدى فالسؤال يدنى المرء ويخسه قال عليه السلام السؤال آخر كسب العبد أى يبقى فى ذله الى يوم القيامة وانما مراده الاكتساب بطريق التجارة ورضاه بالتجارة يتضمن الرضا منه بتعلق الدين الواجب بالتجارة بمالية رقبته ففيه دليل أن الاذن فى التجارة ثبت بالدلالة كما ثبت نصا وعن شريح فى عبد تاجر لحقه دين انه يباع فيه وبه نأخذ فان كل دين ظهر وجوبه على العبد فى حق المولى يباع فيه كدين الاستهلاك فانه يظهر فى حق المولى لان سببه محسوس لا ينعدم بالحجر بسبب الرق فكذلك دين التجارة بعد الاذن يظهر فى حق المولى فيباع فيه وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم باع رجلا فى دينه يقال له سرق فحين كان بيع الحر جائزا باع الحر فى دينه وبيع العبد جائز فى الحال فيباع فى كل دين يظهر وجوبه فى حق المولى وعن ابن سيرين ان رجلا ادعى على عبد

رجل دينا فقال الرجل عبدى محجور عليه وقال شريح شاهدا عدل انه كان يشترى فى السوق ويبيع بعلمه أو بامره ففيه دليل ان المولى اذا أنكر الاذن كان القول قوله وعلى من يدعى عليه الاذن أن يثبته بالبينة لانه يدعي عليه انه أسقط حقه عن مالية الرقبة وفيه دليل ان الاذن يثبته بالدلالة وان من رأى عبده يبيع ويشترى فلم ينهه فانه يصير به مأذونا بمنزلة التصريح بالاذن له فى التجارة وذلك استحسان عندنا لدفع الضرر والغرور عن الناس وعن أبى عون الثقفى ان رجلا أذن لعبده أن يكون خياط وأذن آخر لعبده أن يكون صباغا فأجاز شريح على الخياط ثمن الابر والخيوط وأجاز على الصباغ ثمن الغلى والعصفر وما كان فى عمله وفيه دليل ان مبنى الاذن على التعدى والانتشار وان المولى وان خص نوعا منه فانه يتعدى الى سائر الانواع لاتصال بعض الانواع بالبعض فيما يرجع الى تحصيل مقصود المولى فان الصباغ لا يتمكن من العمل الا بشراء الصبغ والخياط لا يتمكن من العمل الا بشراء السلك والابرة والخيوط ثم قد لا يجد مايحتاج اليه يباع بالنقد ليشتريه وانما يباع ذلك بالطعام فيحتاج أن يشترى طعاما ليعطيه في ثمن ذلك وربما يشترى ذلك بالدنانير فيحتاج الى مصارفة الدراهم بالدنانير ليحصل الثمن فعرفنا أن مبناه على التعدى والانتشار فيتعدى الاذن فى نوع الى سائر الانواع وابن أبى ليلى رحمه الله كان يأخذ بظاهر هذا الحديث فيقول يجوز عليه ما كان من توابع عمله خاصة وعندنا يجوز عليه ما كان من توابع عمله وما استدار فى غيره على ما نبينه وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال حدثنى سلمان رضي الله عنه أنه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عبد قبل أن يكاتب فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم هديته فأكل وأكل أصحابه وأتاه بصدقة فقبلها وأمر أصحابه فأكلوا ولم يأكل (قال الشيخ) الامام رضى الله عنه واعلم أن سلمان كان من قوم يعبدون الخيل البلق فوقع عنده انه ليس على شئ وجعل ينتقل من دين الى دين يطلب الحق حتى قال له بعض أصحاب الصوامع انك تطلب الحنيفية وقد قرب أوانها وعليك بيثرب ومن علامته انه يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة فتوجه نحو المدينة فاسترقه بعض العرب فى الطريق وجاء به الى المدينة فباعه من بعض اليهود وكان يعمل فى نخيل مولاه باذنه حتى هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة فأتاه سلمان بطبق فوضعه بين يديه فقال ماهذا ياسلمان فقال صدقة فقال لاصحابه كلوا ولم يأكل فقال سلمان فى نفسه هذه واحدة ثم أتاه من الغد بطبق فيه رطب فقال ماهذا ياسلمان

قال هدية فجعل يأكل ويقول لاصحابه كلوا فقال سلمان هذه أخرى ثم تحول خلفه فعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم مراده فألقى الرداء عن كتفيه حتى نظر سلمان رضي الله عنه الى خاتم النبوة بين كتفيه فأسلم وفيه دليل ان للعبد المأذون أن يهدى فقد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم هديته ولاجل هذا أورد هذا الحديث وذكر عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال بنيت باهلى وأنا عبد فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر فحضرت الصلاة فتقدم أبو ذر فقالوا له أتتقدم وأنت فى بيته فقدموني وصليت بهم وفيه دليل ان للعبد المأذون أن يتخذ الدعوة فى العرس كما يتخذ الدعوة للمجاهدين اذا أتوه بتجارة فان الصحابة رضى الله عنهم أجابوا دعوته وأبو ذر مع زهده أجاب دعوته وهو عبد وفيه دليل انه لا ينبغي للمرء ان يؤم غيره فى بيته الا باذنه فانهم أنكروا على أبي ذر التقدم عليه فى بيته وبيانه فى قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤم الرجل الرجل فى سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه وفيه دليل جواز الاقتداء بالعبد وانه متى كان فقيها ورعا فلا بأس بامامته (ألا ترى) ان أبا ذر رضى الله عنه مع زهده قدمه واقتدى به لفقهه وورعه واذا قال الرجل لعبده قد أذنت لك فى التجارة فهو مأذون له فى التجارات كلها لاطلاق الاذن من المولى فلا حاجة فى تصحيح الاذن الى التنصيص على أنواع التجارة لانه فك للحجر كالكتابة ولان المقصود به المولى عادة أن يحصل العبد الربح بكسبه واعتبار اذنه شرعا ليتحقق به الرضا من المولي لتعلق الدين الواجب بالتجارة بمالية رقبته وهذا لا يختلف باختلاف أنواع التجارات واشتراط مالا يفيد لا يجوز بخلاف التوكيل فالمقصود هناك قيام الوكيل مقام الموكل فى تحصيل مقصوده فى العين التى يشتريها ولا يقدر الوكيل على تحصيل ذلك بمطلق التوكيل قبل التنصيص على جنس ما يشتريه له ثم للعبد أن يشترى ما بداله من أنواع التجارات لانه صار منفك الحجر عنه وتم رضا المولى بتعلق الدين بمالية رقبته وهو فى أصل الالتزام متصرف فى ذمته هو حقه من تمامله وانما نوجب الملك له فى محل مملوك له فيكون صحيحا وله أن يستأجر الاجراء لان الاستئجار من أنواع التجارات ولان المأذون يحتاج اليه فانه يعجز عن اقامة بعض الاعمال بنفسه وربما لا يجد من يعينه على ذلك حسبة فيحتاج الى الاستئجار الاجراء لاقامة الاعمال التى بها يتم مقصوده وله أن يؤاجر نفسه فيما بداله من الاعمال عندنا وفى أحد قولي الشافعي رضى الله عنه ليس له أن يؤاجر نفسه وله أن يؤاجر

كسبه لان عبده المأذون نائب عن المولى فى التصرف وهو انما جعله نائبا فى التصرف فى كسبه ومنافع بدنه ليس من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليست من كسبه بدليل انه لا يملك بيعها ولا رهنها بدين عليه وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة كسائر مماليكه وأما عندنا فالاذن فك الحجر عن المأذون فكان كالكتابة ولا يقال الكتابة يتعلق بها اللزوم والاذن فيكون هذا بمنزلة الاستئجار والاستعارة وللمستأجر أن يؤاجر وليس للمستعير ذلك وهذا لان محل التصرف لا يختلف لكونه لازما أو غير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين واحد وهو العين وان كان أحدهما يلزم على وجه لا يملك الموجب الرجوع لكونه معاوضة والاجر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر ثم انفكاك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عليها كما ملكه المكاتب ولما كان للمأذون أن يمين غيره لمنافعه فلا يكون له أن يؤاجر نفسه أولى لان الاجارة أقرب الى مقصود المولى من الاعانة وهو أليق بحال المأذون فانه يملك المعاوضات دون التبرعات والمستعير انما لا يؤاجر لما فيه من الحاق الضرر بالغير من حيث استحقاق اليد عليه فى العين وذلك لا يوجد ههنا ثم اجارة النفس نوع تجارة لان رؤس التجارة وهم الباعة يؤاجرون أنفسهم للعمل والمولى حين أذن له فى التجارة مع علمه انه لا يتمكن منها الا برأس مال فالظاهر انه جعل رأس ماله منافعه وطريق تحصيل المال مما جعل له من رأس المال الاجارة وانما لا يبيع نفسه لما فى ذلك من تفويت مقصود المولى ولان حكمه ضد حكم الاذن فان بيع الرقبة اذا صح أوجب الحجر عليه كما لو باعه المولى فكذلك لا يرهن نفسه لان موجب الرهن ضد موجب الاذن فان الرهن يوجب يدا مستحقة عليه للمرتهن على وجه يمنع من التصرف لان موجب الرهن ضد موجب الاذن فان الرهن يوجب يدا مستحقة عليه للمرتهن على وجه يمنع من التصرف ولا يستفاد ماليس من موجب ضده موجبه وأما اجارة النفس فلا توجب الحجر عليه ولا تمنعه من التصرف بدليل انه لو أجره المولى لم يصر محجورا فلهذا لا يملك أن يؤاجر كسبه وله أن يتقبل الارض ويأخذها مزارعة كما يأخذ الحر لانه ان كان البذر من قبل صاحب الارض فالمأذون مؤاجر نفسه للعمل ببعض الخارج وان كان البذر من قبله فهو مستأجر الارض ببعض الخارج وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم فان هناك الاجر دين فى ذمته سواء حصل الخارج أو لم يخرج وهنا لا شئ عليه اذا لم يحصل الخارج فاذا ملك استئجاره

ببعض الدراهم فببعض الخارج أولى وله أن يشترى طعاما ليزرعه فى أرضه لان الزراعة من التجارة قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه والتجار يفعلون ذلك عادة قال وليس له أن يدفع طعاما الى رجل ليزرعه ذلك الرجل فى أرضه بالنصف قال لانه يصير قرضا وليس للمأذون أن يقرض لان القرض تبرع قال بعض مشايخنا رحمهم الله وهذا التعليل غلط انما الصحيح من التعليل ان هذا دفع البذر مزارعة ودفع البذر مزارعة وحده لايجوز لان صاحب البذر مستأجر الارض وشرط الاجارة التخلية بين المستأجر وبين ما استأجره وذلك ينعدم اذا كان العامل صاحب الارض قال (ألا ترى) انه اذا دفع الطعام الى رب الارض مزارعة بالنصف فزرعة كان الخارج كله لرب الارض وهو ضامن للعبد طعاما مثل طعامه هكذا ذكر فى الكتاب وفى كتاب المزارعة قال اذا دفع البذر مزارعة الى صاحب الارض فالخارج كله لصاحب البذر وللعامل أجر مثله وأجر مثل أرضه وقيل فى المسئلة روايتان أصحهما ما قال فى المزارعة لان الخارج نماء البذر (ألا ترى) أنه من جنس البذر يكون لصاحب البذر ووجه ما قال هنا ان صاحب البذر انما رضى بالقاء البذر فى الارض بطريق المزارعة بالنصف فبدون ذلك الطريق لا يكون راضيا بل الزارع بمنزلة الغاصب لبذره ومن غصب من آخر بذرا وزرعه فى أرضه كان الخارج للزارع وعليه مثل ما غصب وقيل انما اختلاف الجواب لاختلاف الوضع فهناك وضع المسئلة فى الحر واذن الحر فى استهلاك البذر صحيح معتبر والمزارعة وان فسدت بقى اذنه معتبرا فى استهلاك البذر بالقائه فى الارض فكان الالقاء باذن صاحب البذر كالقائه بنفسه فالخارج كله له وأما اذن العبد فى استهلاك بذره لا على وجه المزارعة فغير معتبر فانه لا يملك أن يأذن فى اتلاف البذر ولا أن يقرض البذر فاذا لم يصح العقد وسقط اعتبار اذنه فكان لزارع بمنزلة الغاصب المستهلك للبذر بالقائه فى الارض والخارج كله له وعليه ضمان مثل ذلك البذر للعبد (قال الشيخ) الامام رحمه الله وقد وجدت فى بعض النسخ زيادة فى هذا المسئلة انه اذا دفع الطعام الى رب الارض ليزرعها لنفسه بالنصف فمع هذه الزيادة لا يبقى الاشكال ويصح التعليل لان قوله ازرعها لنفسك يكون اقراضا للبذر ثم شرط عليه فى بدل القرض نصف الخارج وذلك باطل والزارع فى القاء البذر فى الارض عامل لنفسه فيكون الخارج كله له وليس على المولى أن يشهد الشهود حتى يأذن له فى التجارة لانه بمنزلة الكتابة والكتابة تصح من غير اشهاد الا أن هناك يندب الاشهاد لما

تعلق بها من الحق اللازم كما يندب الى الاشهاد على البيع بيانه فى قوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم وذلك لا يوجد فى الاذن لانه في نفسه ليس بحق لازم (ألا ترى) أنه يحجر عليه متى شاء فلهذا لا يكون عليه الاشهاد فى ذلك واذا نظر الرجل الى عبده يبيع ويشترى فلم ينهه عن ذلك فهو اذن منه له فى التجارة بمنزلة قوله قد أذنت لك فى التجارة وهذه مسئلتان احداهما اذا أذن له فى نوع خاص من التجارة فانه يكون مأذونا فى التجارات كلها عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع خاصة وهو رواية عن زفر رحمه الله وعنه فى رواية أخرى قال ان سكت عن النهى عن سائر الانواع فان قال اعمل فى البر فهو مأذون فى التجارات كلها وان صرح بالنهى عن التصرف فى سائر الانواع فليس له أن يتصرف الا فى النوع الذى أذن له فيه خاصة فالحجة للشافعى انه يتصرف للمولى باذنه فلا يملك التصرف الا فيما أذن له فيه كالوكيل والمضارب والمستبضع والشريك شركة العنان وبيان ذلك ان الرق موجب للحجر عليه عن التصرفات والرق بعد الاذن قائم كما كان قبله فيكون تصرفه بطريق النيابة عن المولى فيه (ألا ترى) ان ماهو المقصود بالتصرف وهو الملك يحصل للمولى وان العبد بسبب الرق يخرج من أن يكون أهلا للملك الذى هو المقصود فيه بين انه ليس باهل للتصرف بنفسه بخلاف المكاتب فان بالكتابة عندى يثبت للمكاتب حق ويصير بمنزلة الحر يدا ولهذا لا يملك المولى اعتاقه عن كفارته ولا يملك الحجر وانما يصير أهلا للتصرف باعتبار ماثبت له من الحرية يدا ثم المأذون عندى يرجع بالعهدة على المولى الا انه عين لرجوعه محلا وهو كسبه فلا يملك الرجوع فى محل آخر وهكذا مذهبي فى الوكيل اذا وكله بان يشترى ويبيع على ان الربح كله للموكل فان رجوعه بالعهدة فيما يشترى على الموكل دون غيره ويكون هو نائبا عن الموكل فى التصرف فكذلك المأذون والدليل عليه انه لو أذن له فى تزوج امرأة لا يملك أن يتزوج امرأتين ولو أذن له فى نكاح امرأة بعينها لا يملك أن يتزوج غيرها فكذلك فى التجارة بل أولى لان مقصود ذلك التصرف يحصل للعبد ومقصود هذا التصرف يحصل للمولى فكذلك اذا أذن له فى التجارة لا يملك النكاح واذا أذن له فى النكاح لا يملك التجارة وائن كان الاذن اطلاقا وتمليكا لليد منه كما هو مذهبكم فذلك لا يدل على انه لا يقبل التخصيص كتقليد القضاء فانه اطلاق واثبات للولاية ثم يقبل التخصيص والاعارة والاجارة تمليك المنفعة واثبات اليد على العين ثم تقبل التخصيص بالاذن كذلك وهذا

لان التخصيص مفيد فمقصود المولى تحصيل الربح وذلك يحصل بتجارته في نوع لكثرة هدايته فيه ثم يفوت ذلك بتجارته في نوع آخر لقلة هدايته في ذلك فكان التقييد مفيدا فيما هو المقصود وزفر رحمه الله على الرواية الاخرى يقول انما أثبتنا حكما عاما عند سكوته عن النهي لدلالة العرف وذلك يسقط عند التصريح بالنهي في سائر الانواع (ألا ترى) أن مطلق الاذن يوجب التعميم في الوقت ثم اذا صرح بالحجر عليه بعد أن مضى شهر أو يوم يرتفع ذلك الاذن فهذا مثله ☆ وحجتنا في ذلك طرق ثلاثة أحدها ما بينا أن الاذن في نوع يستدعي الاذن في سائر الانواع لاتصال بعض التجارات بالبعض والمتصرف في البر بما يشتري ذلك البر بالطعام فلا بد من أن يشتري الطعام ليؤدي ما عليه وربما يحتاج الى بيع البر بالعبيد والاماء اذا لم يجد من يشتري ذلك منه بالنقد واذا كان الاذن في نوع يتعدى الي سائر أنواع التجارة لاتصال بعض التجارات بالبعض ولان الاذن في التجارة فك للحجر عنه والعبد بعد الاذن متصرف لنفسه لانفكاك الحجر عنه كالمكاتب وكما أن في الكتابة لا يعتبر التقييد بنوع خاص فكذلك في الاذن وبيان الوصف ان بمطلق الاذن يملك التصرف والانابة لا تحصل بمطلق اللفظ من غير تنصيص على التصرف كما في حق الوكيل والدليل عليه أن المأذون لا يرجع بما يلحقه من العهدة على مولاه والمتصرف للغير يرجع عليه بما يلحقه من العهدة وانه اذا قضى الدين من خالص ملكه بعد العتق لا يرجع به على المولى ولو كان هو بمنزلة الوكيل لكان يرجع على الموكل بما يؤدي من خالص ملكه كالوكيل وانما يكون رجوع الوكيل فيما يحصل تصرفه اذا بقي ذلك فأما بعد الفوات فيكون رجوعه على الموكل وهنا وان هلك كسبه لم يرجع على المولى بشئ ودل انه متصرف لنفسه وقد بينا ان بالرق لم يخرج من أن يكون أهلا للتصرف ولا من أن يكون أهلا لثبوت اليد له على كسبه ولكنه ممنوع عن التصرف لحق المولى مع قيام الاهلية فالاذن لازالة المنع كالكتابة ولا يجوز أن يدعي ان بالكتابة يثبت له حق العتق أو يجعل كالحر يدا لان الكتابة تحتمل الفسخ والسبب الموجب لحق العتق متى ثبت لا يحتمل الفسخ كالاستيلاد فثبت ان الكتابة فك الحجر والاذن مثله ثم فك الحجر عنه بهذين السببين بمنزلة الفك التام الذي يحصل بالعتق وذلك لا يختص بنوع دون نوع سواء أطلق أو صرح بالنهي عن سائر الانواع لان هذا التقييد منه تصرف في غير ملكه فكذلك ههنا والثالث أن تصرف العبد يلاقي محلا هو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائبا عن

غيره وبيانه أن أول التصرفات بعد الاذن من العبد شراء لانه ما لم يشتر لا يمكنه أن يبيع وهو بالشراء يلتزم الثمن فى ذمته وقد بينا ان الذمة مملوكة بمنزلة ذمته فكما انه يملك التصرف فى ذمته بالاقرار على نفسه بالقود فكذلك يكون مالكا للتصرف فى ذمته الا ان الدين لا يجب فى ذمته الا شاغلا مالية رقبته فيحتاج الى اذن المولى هنا لاسقاط حقه عن مالية الرقبة والرضي بصرفها الى الدين وفى هذا لا يفترق الحال بين نوع من التجارة ونوع فتقييده بنوع غير مفيد فى حقه فلا يعتبر كما اذا رضى المستأجر ببيع العين من زيد دون عمرو أو رضى الشفيع ببيع المشترى من زيد دون عمرو ولو أسلم البائع المبيع الى المشترى قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع لا يعتبر ذلك التقييد لانه وجد من هؤلاء اسقاط حق المبيع فاهل التصرف يكون متصرفا لنفسه فتقييده بنوع دون نوع لا يكون مفيدا وهذا بخلاف النكاح فان ذلك تصرف مملوك للمولى عليه لان النكاح لا يجوز الا بولى والرق يخرجه عن أن يكون أهلا للولاية فكان هو نائبا عن المولى فى النكاح ولهذا قلنا المولى يجبره على النكاح فاما هذا التصرف فغير مملوك للمولى عليه فكان الاذن من المولى اسقاطا لحقه لا انابة العبد منابه فى التصرف وقد بينا انه مع الرق أهل للحكم الاصلى وهو ملك اليد وان ماوراء ذلك من ملك العين يثبت للمولى على سبيل الخلافة عنه وهذا بخلاف تقليد القضاء فالقاضى لا يعمل لنفسه فيما يقضى بل هو نائب عن المسلمين ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال المسلمين وكيف يكون عاملا لنفسه وهو فيما يعمل لنفسه لا يصلح أن يكون قاضيا وهذا بخلاف المستعير والمستأجر لانه يتصرف فى محل هو ملك الغير بايجاب صاحب الملك له وايجابه فى ملك نفسه يقبل التخصيص فأما العبد فلا يتصرف بايجاب المولى له فقد بينا أن التصرف غير مملوك للمولى فى ذمته فكيف يوجب له مالا يملكه والمسئلة الثانية اذا رآه يبيع ويشترى فسكت عن النهى فهذا اذن له فى التجارة عندنا وعند الشافعى لا يكون اذنا قيل هذا بناء على المسئلة الاولى فان عنده لو أذن له نصا فى نوع لا يملك التصرف فى سائر الانواع فكذلك اذا رآه يتصرف فى نوع فسكوته عن النهى لا يكون اذنا له فى التصرف فى سائر الانواع وعندنا لما كان اذنه فى نوع يوجب الاذن فى سائر الانواع لدفع الغرور والضرر عن الناس فكذلك سكوته عن النهى عند رؤيته تصرفا منه يكون بمنزلة الاذن دفعا للضرر والغرور عن الناس وحجته فى هذه المسئلة أن سكوته عن النهى محتمل قد يكون للرضي

بتصرفه وقد يكون لفرط وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه أنه محجور عن ذلك شرعا والمحتمل لايكون حجة فهو بمنزلة من رأى انسانا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لاينفذ ذلك التصرف بسكوته ولان الحاجة الى الاذن من المولى والسكوت ليس باذن فالاذن مايقع في الاذن ولو أذن له ولم يسمع لم يكن ذلك اذنا فمجرد السكوت كيف يكون اذنا والدليل عليه ان هذا التصرف الذى يباشره لا ينفذ بسكوت المولى وانه اذا رآه يبيع شيئا من ملكه فسكت لا ينفذ هذا التصرف فكيف يصير مأذونا له فى التصرفات فالحاجة الى رضى مسقط لحق المولى عن مالية رقبته وذلك لا يحصل بالسكوت كمن رأى انسانا يتلف ماله فسكت فلا يسقط الضمان بسكوته وهذا بخلاف سكوت البكر اذا زوجها الولي فان ذلك محتمل ولكن قام الدليل الموجب لترجيح الرضا فيه وهو ان لها عند تزويج الولي كلامين لا أو نعم والحياء يحول بينها وبين نعم لما فيه من اظهار الرغبة فى الرجال وهى تستقبح منها لا يحول الحياء بينها وبين لا فسكوتها دليل على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبين ذلك الجواب ولا يوجد مثل ذلك ههنا فلا يترجح جانب الرضا وكذلك سكوت الشفيع عن الطلب لانه لاحق للشفيع قبل الطلب وانما له أن يثبت حقه بالطلب فاذا لم يطلب لم يثبت حقه وههنا حق المولى فى مالية الرقبة ثابت وانما الحاجة الى الرضا المسقط لحقه * يوضحه ان حق الشفعة قبل الطلب ضعيف وانما يتأكد بالطلب فاعراضه عن الطلب المؤكد لحقه يجعل دليل الرضا لدفع الضرر عن المشترى فانه اذا بقى حق الشفيع يتمكن به من نقض تصرف المشترى وفيه من الضرر عليه مالا يخفى فاما هنا فحق المولى فى مالية الرقبة متأكد وفى اسقاطه الحاق الضرر به عند سكوته لدفع الضرر عمن يعامل العبد معه * وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام لاضرر ولا ضرار فى الاسلام وقال ألا من غشنا فليس منا ولو لم تتعين جهة الرضا عند سكوت المولي عن النهى أدى الى الضرر والغرور فالناس يعاملون العبد ولا يمتنعون من ذلك عند محضر المولى اذا كان ساكتا واذا لحقته ديون ثم قال المولى كان عبدي محجورا عليه فتتأخر الديون الى وقت عتقه ولا يدرى متى يعتق وهل يعتق أولا يعتق فيكون فيه اتواء حقهم ويلحقهم فيه من الضرر مالا يخفى ويصير المولى غارا لهم فلرفع الضرر والغرور جعلنا سكوته بمنزلة الاذن له فى التجارة والسكوت محتمل كما قال ولكن دليل العرف يرجح جانب الرضا فالعادة أن من لا يرضى بتصرف عبده يظهر النهى اذا رآه يتصرف ويؤدبه على ذلك وانما

يستحق عليه ذلك شرعا لدفع الضرر والغرور فبهذا الدليل رجحنا جانب الرضى في سكوت البكر كما في سكوت الشفيع يرجح جانب الرضى لدفع الضرر عن المشترى والدليل عليه أنه بعد ما أذن له في أهل سوقه لو حجر عليه في بيته لم يصح حجة لدفع الضرر والغرور فلما سقط اعتبار حجره نصا لدفع الضرر فلان يسقط اعتبار احتمال عدم الرضى من سكوته لدفع الضرر عن الناس كان أولى ولئن منع الشافعي هذا فالكلام في المسئلة يبنى على الكلام في تلك المسئلة فان الكلام فيها أوضح على مابينه وهذا بخلاف الوكيل لانه لاضرر على من يعامل الوكيل اذا لم يجعل سكوت الموكل رضى فان تصرف الوكيل نافذ على نفسه ومن يعامله لايطالب الموكل بشئ وانما يطالب الوكيل سواء كان تصرفه لنفسه أو لغيره وقوله هذا التصرف بسكوت المولى لا ينفذ قلنا لان في هذا التصرف ازالة ملك المولى عما يبيعه وفي ازالة ملكه ضرر متحقق للحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن ضرر على المولى متحقق في الحال فقد يلحقه الدين وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به تضرر الناس الذين يعاملون العبد * يوضحه ان في ذلك التصرف العبد نائب عن المولى بدليل انه اذا لحقه عهدة يرجع بها عليه فيكون بمنزلة الوكيل في ذلك وقد بينا ان الوكالة لا تثبت بالسكوت وأما في سائر التصرفات فهو متصرف لنفسه كما قررنا والحاجة الى اذن المولى لاجل الرضا تصرف مالية رقبته الى الدين فيثبت ذلك بمجرد سكوته لخلوه عن الضرر في الحال بخلاف ما اذا أتلف انسان ماله وهو ساكت لان الضرر هناك يتحقق في الحال وسكوته لا يكون دليل التزام الضرر حقيقة ولانه لاحاجة الى تعيين جانب الرضا هناك لدفع الضرر والغرور عن المتلف وهو ملتزم الضرر باقدامه على اتلاف المال بخلاف مانحن فيه على ماقررناه ولو قال لعبده اد الى الغلة كل شهر خمسة دراهم فهذا اذن منه له في التجارة لانه استئداء المال مع علمه انه لا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب يكون أمرا له بالاكتساب ضرورة وقد علمنا انه لم يطلب منه الاكتساب بالتكدى فعرفنا ان مراده الاكتساب بالتجارة ودليل الرضا في الحكم كصريح الرضا وكذلك لو قال اذا أديت الى ألفا فانت حر لانه حثه على اداء المال بما أوجب له بازاء المال من العتق عند الاداء ولا يتمكن من الاداء الا بالاكتساب وقد علمنا انه لم يرد أداء الالف اليه من مال المولى لان ذلك غير مفيد في حق المولى وانما المفيد في حقه أداء الالف اليه من كسب يكتسبه بعد هذه المقالة وكذلك لو قال أد الى ألفا وأنت حر فانه لايعتق ما لم

يود ولو قال ان أديت ألفافانت حر عتق فى الحال أدى أولم يودولو قال اذا أديت الى ألفاوأنت حر عتق فى الحال أيضا بخلاف قوله فانت حر فانه لايعتق فيه الا بالاداء لان جواب الشرط بالفاء دون الواو فان الجزاء يتصل بالشرط على أن يتعقب نزوله بوجود الشرط وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيتصل فيه الجزاء بالشرط فاما حرف الواو فللعطف لا للوصل وعطف الجزاء على الشرط لايوجب تعليقه بالشرط فكان تنجيزا وأما جواب الامر بحرف الواو على معنى أنه بمعنى الحال أى وأنت حر فى حال أدائك وأما صفة الامر يكون بمعنى التعليل يقول الرجل أبشر فقد أتاك الغوث يعنى لانه أتاك الغوث فاذا قال اد الى الفا فأنت حر معناه لانك حر فلهذا يتنجز به العتق فى الحال وعلى هذا ذكر فى السير الكبير اذا قال افتحوا الباب وأنتم آمنون فما لم يفتحوا لا يأمنوا ولو قال أنتم آمنون كانوا آمنين فتحوا أو لم يفتحوا ولو قال اذا فتحتم الباب فأنتم آمنون لا يأمنون ما لم يفتحوا ولو قال وأنتم آمنون كانوا آمنين فى الحال ولو قال لعبده اذهب فاجر نفسك من فلان لم يكن هذا اذنا منه له فى التجارة بخلاف قوله أقعد قصارا وصباغا فان هناك لما لم يعتق من يعامله فقد فوض الامر الى رأيه فى ذلك النوع من التجارة وههنا عين من يؤاجر العبد نفسه منه ولم يفوض الامر الى رأيه فيه ولكنه جعله رسولا قائما مقام نفسه فى مباشرة العقد فلا يكون ذلك دليل الرضا بتجارته ٭ يوضحه أنه أمره بان يعقد على منافعه ههنا ومنافعه مملوكة للمولى فلا يكون ذلك على وجه الرضا بتجارته لا على وجه الاستخدام له وفى الاول أمره بتقبل العمل فى ذمته وذلك من نوع التجارة (ألا ترى) أن اجارة نفس العبد مملوكة للمولى فلا يكون ذلك على وجه الرضا بتجارته لا على وجه الاستخدام له وفى الاول أمره بتقبل العمل فى ذمته وذلك من نوع التجارة (ألا ترى) أن اجارة نفس العبد مملوكة للمولى عليه وان يقبل العمل فى ذمة العبد غير مملوك للمولى عليه واستشهد بما لو أرسل عبدا له يؤاجر عبدا له آخر لم يكن هذا اذنا لواحد من العبدين فى التجارة ولو قال اعمل فى النقالين أو فى الحناطين أو قال أجر نفسك فى النقالين أو الحناطين فهذا منه اذن فى التجارة لانه فوّض ذلك النوع من التجارة الى رأيه لانه لم يعين له من يعامله بل جعل تعيينه موكولا الى رأيه النقالون الذين ينقلون الخشب من الشطء الى البيوت والحناطون ينقلون الحنطة من موضع السفينة الى البيوت وانما يعمل ذلك منهم العبيد والاقوياء ولو أرسل عبده يشترى له ثوبا أو لحما بدراهم لم يكن هذا اذنا له فى التجارة استحسانا وفى القياس هو اذن له

فى التجارة لانه جعل اختيار من يعامله مفوضا الى رأيه وفى الاستحسان لا يكون اذنا له فى التجارة فانه فى عادة الناس هذا استخدام ولو جعلناه اذنا فى التجارة يتعذر على المولى استخدام المماليك فان الاستخدام يكون فى حوائج المولى وهذا النوع من العقد من حوائجه *يوضحه أن المولى لا يقصد التجارة بهذا الشراء انما يقصد كفاية الوقت من الكسوة والطعام والتجارة مايقصد به المال والاسترباح وكذلك لو أمره بان يشترى ثوب كسوة للمولى أو لبعض أهله أو طعاما رزقا لاهله أو للمولى أو للعبد نفسه لا يكون شئ من ذلك اذنا له فى التجارة أرأيت لو أمره ان يشترى بقلا بفلسين أكان يصير به مأذونا وكذلك لو قال اشتر من فلان ثوبا فاقطعه قميصا أو اشتر من فلان طعاما فكله أو دفع اليه راوية وحمارا وامره أن يستقى عليه الماء لمولاه ولعياله ولجيرانه بغير ثمن فشىء من هذا لا يكون اذنا له فى التجارة لما قلنا ولو قال استق على هذا الحمار الماء وبعه كان هذا اذنا له فى التجارات كلها لانه فوض الى رأيه نوعا من التجارة وقصد به تحصيل المال والربح ولو أن طحانا دفع الى عبده حمارا لينقل عليه طعاما له فيأتيه به ليطحنه لم يكن هذا اذنا منه له فى التجارة لانه استخدمه فى نقل الطعام اليه وما أمره بشئ من عقود التجارات ولا باكتساب المال (ألا ترى) ان المضاربة باعتبار هذا العمل لا تصح حتى لو أمره أن ينقل الطعام اليه ليبيعه صاحب الطعام بنفسه على ان الربح بينهما نصفان لا يجوز ولو أمره أن يتقبل الطعام من الناس باجر وينقله على الحمار كان هذا اذنا له فى التجارة لانه فوض نوعا من التجاره الى رأيه وأمره باكتساب المال له وأما اذا كان الرجل تاجرا وله غلمان يبيعون متاعه بامره فهذا اذن منه لهم فى التجارة لان سكوته عن النهى عند رؤية تصرف العبد جعل اذنا فتمكينه اياهم من بيع أمتعته فى حانوته أو أمره اياهم بذلك أولى أن يجعل اذنا ولذلك لو أمرهم أن يبيعوا لغيره متاعه فانه فوض نوعا من التجارة الى رأيهم ورضي بالتزامهم العهدة فيما يبيعونه لغيرهم (ألا ترى) انه لو أمرهم أن يشتروا له متاعا أو يشتروا ذلك لغيره فاشتروه لزمهم الثمن وهم تجار فى تلك التجارة وغيرها فكذلك اذا أمرهم بالبيع لان فى الموضعين جميعا قد صار راضيا باستحقاق مالية رقبته بما يلحقه من العهدة فى ذلك التصرف (ألا ترى) أنهم اذا باعوا فوجد المشترى بالمبيع عيبا كان له أن يرده عليهم ويطالبهم بالثمن ولو رأى عبده يبيع فى حانوته متاعه لغيره فلم ينهه كان مأذونا لسكوت المولى عن النهى بعد علمه بتصرفه ولكن لا يجوز ماباع من متاع المولى لان جواز

البيع فى ذلك المتاع يعتمد التوكيل وذلك يحصل بالامر فى الابتداء والاجازة فى الانتهاء والسكوت لا يكون أمرا ولا اجازة فلا يثبت به التوكيل (ألا ترى) ان فيما يبيع من متاع المولى بامره اذا لحقه عهدة يرجع على المولى وان الضرر يتحقق فى حق المولى بزوال ملكه عن المتاع فى الحال فلهذا لا يثبت ذلك بالسكوت بخلاف صيرورته مأذونا فان ذلك يعتمد الرضى لا التوكيل حتى لا يرجع بما يلحقه من العهدة فى سائر التصرفات على المولى ولا يتحقق الضرر فى حق المولى بمجرد صيرورته مأذونا وكذلك عبد دفع اليه رجل متاعا ليبيعه فباعه بغير أمر المولى والمولى يراه يبيع ولا ينهاه فهو اذن من المولى له فى التجارة والبيع فى المتاع جائز بامر صاحبه لابسكوت المولى عن النهى حتى ان المولى وان نهاه أولم يره أصلا كان البيع جائزا لانه وكيل صاحب المتاع فى البيع الا ان تأثر صيرورته مأذونا فى هذا التصرف من حيث ان العهدة تكون على العبد ولو نهاه المولى أولم يره كانت العهدة على صاحب المتاع لان العبد المحجور لا يلزم العهدة فى تصرفه لغيره واذا تعذر ايجاب العهدة عليه تعلقت العهدة باقرب الناس بعده من هذا التصرف وهو الامر الذى انتفع بتصرف العبد له واذا اغتصب العبد من رجل متاعا فباعه ومولاه ينظر اليه فلم ينهه عنه فهذا اذن له فى التجارة لوجود دليل الرضى منه بتصرفه حين سكت عن النهى ولا ينفذ ذلك البيع سواء باعه بأمر المولى أو بغير أمره لان فى ذلك البيع ازالة الملك المغصوب منه فلا ينفذ الا باجازته فكذلك لو رأى عبده يبيع متاعا له بخمر أوأمره بالبيع والشراء بالخمر فانه يكون مأذونا له فى التجارة لوجود الرضا منه بتجارته صريحا أو دلالة وان فسد ذلك العقد لكون البدل فيه خمرا وانما أورد هذه الفصول لازالة اشكال الخصم انه لما لم ينفذ ذلك العقد بسكوته فكيف يصير به مأذونا فان هذا العقد الفاسد لا ينعقد بأمره والعقد على المال المغصوب لا ينعقد بأمر المولى أيضا ومع ذلك كان العبد به مأذونا ولو أرسل عبده الى أفق من الآفاق بمال عظيم يشترى له البز ونهاه عن بيعه فهذا اذن له فى التجارة لانه فوض نوعا من التجارة الى رأيه وهو شراء البز ورضى بتعلق الدين الواجب بشراء البز بمالية رقبته ولو رأى عبده يشترى بماله فلم ينهه عن ذلك ومال المولى دراهم ودنانير فهذا اذن منه له فى التجارة وما اشتراه العبد فهو لازم له وللمولى أن يأخذ من الذى أجازه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود وانما كان شرى العبد بثمن فى ذمته وقد صار المولى بسكوته عن النهى راضيا بتعلق الدين بمالية رقبته ولكن

لا يصير به راضيا بقضاء دينه من سائر أمواله كما لو صرح بالاذن له فى التجارة وما نقد من دراهم المولى مال آخر له فيكون العبد فى قضاء الدين منه كالمستقرض له من مولاه والاقراض بالسكوت لا يثبت فلهذا كان للمولى أن يأخذ ماله من الذى أخذه لانه وجد عين ماله ويرجع ذلك الرجل على العبد لان ثمن المقبوض لم يسلم له فينتقض قبضه ويبقى الثمن فى ذمته على حاله ولو كان مال المولى ذلك شيأ بعينه من العروض والمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير كان كذلك الا أن المولى اذا أخذه انتقض شراء العبد به لان العبد تعلق بعين ما أضيف اليه فصار قبضه مستحقا بالعقد فاذا فات القبض المستحق فيه باستحقاق المولى بطل العقد بخلاف الاول واذا دفع الى غلامه مالا وأمره أن يخرج به الى بلد كذا ويدفعه الى فلان فيشترى به البز ثم يدفعه اليه حتى يأتى به مولاه ففعله لم يكن هذا اذنا له فى التجارة لانه استخدمه حين أمره بحمل المال اليه ولم يفوض شيئا من العقود الى رأيه وانما جعل الشراء به الى فلان ثم العبد يأتيه بما يشتريه فلان له فيكون هذا استخداما وارسالا لا اذنا له فى التجارة ولو دفع الى عبده أرضا له بيضاء فأمره أن يشترى طعاما فيزرعها ويتقبل الاجراء فيها فيكريون أنهارها ويسقون زروعها ويكربونها ويؤدى خراجها فهذا اذن منه فى التجارة لانه فوض نوعا من العقد الى رأيه وقصد تحصيل الربح والمال بتصرفه ورضي بتعلق ثمن الطعام وأجرة الاجراء بمالية رقبته فيكون به مأذونا له فى التجارة ولو أمره أن يبيع له ثوبا واحدا يريد بذلك الربح والتجارة فهو اذن له فى التجارة لانه فوض الامر الى رأيه باختيار من يعامله فى عقد هو تجارة وكان قصده من ذلك تحصيل الربح وصار راضيا بالتزام العهدة فى مالية رقبته ولو قال قد أذنت لك فى التجارة يوما واحدا فاذا مضى رأيت رأيا فهو مأذون له فى التجارة أبدا حتى يحجر عليه فى أهل سوقه لان فك الحجر لا يقبل التخصيص بالوقت كما لا يقبل التخصيص بالمكان ولو قال أذنت لك فى التجارة فى هذا الحانوت كان مأذونا له فى جميع المواضع وهذا لان الفك أنواع ثلاثة نوع هو لازم تام كالاعتاق ونوع هو لازم غير تام كالكتابة ونوع هو غير لازم ولا تام كالاذن له فى التجارة فكما أن النوعين الآخرين لا يقبلان التخصيص بالزمان والمكان فكذلك هذا النوع ثم تقييد هذا الاذن بوقت كتقييده بنوع وقد بينا أن الاذن في نوع خاص يكون اذنا فى جميع التجارات وكذلك الاذن فى يوم أو ساعة يكون اذنا فى جميع الايام مالم يحجر عليه فى أهل سوقه وكذلك لو قال أذنت لك فى التجارة في هذا

الشهر فاذا مضى هذا الشهر فقد حجرت عليك فلا تبيعن ولا تشترين بعد ذلك فحجره هذا باطل لانه أضاف الحجر الى وقت منتظر وذلك غير صحيح كما لو قال لعبده المأذون قد حجرت عليك رأس الشهر فانه يكون باطلا وهذا لانه انما يحتمل الاضافة الى وقت ما يحتمل التعليق بالشرط والحجر لا يحتمل التعليق بالشرط فانه لو قال ان كلمت فلانا فقد حجرت عليك كان هذا باطلا فكذلك لا يحتمل الاضافة الى وقت وفرق بين هذا وبين الاذن لانه لو قال لعبده المحجور اذا كان رأس الشهر فقد أذنت لك فى التجارة فهو كما قال ولا يكون مأذونا حتى يجيء رأس الشهر لان ذلك من باب الاطلاق والاطلاقات تحتمل الاضافة والتعليق بالشرط لان فى الاطلاق معنى اسقاط حقه عن مالية رقبته فيكون نظير الطلاق والعتاق فأما الحجر فمن باب التقييد لانه رفع للاطلاق وهو فى المعنى احراز لمالية رقبته حتى لا يصير مستهلكا عليه بما يلحقه من الدين بعد ذلك فيكون فى معنى التمليك لا يحتمل الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط أو يجعل الحجر بمنزلة الرجعة بعد الطلاق وبمنزلة عزل الوكيل وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط فى الاضافة الى وقت بخلاف التوكيل واذا أجر الرجل عبده من رجل فليس هذا باذن منه له فى التجارة لانه انما يؤاجره للاستخدام ولو استخدمه لنفسه لا يصير به مأذونا فكذلك اذا أجره من غيره للخدمة ولو أجره منه كل شهر باجر معلوم على أن يبيع له البر ويشتريه جازت الاجارة لان المعقود عليه منافعه فى المدة وهي معلومة فصار العبد مأذونا له فى التجارة لانه رضي بتجارته والتزامه العهدة لسبب التجارة فما لزمه من دين فيما اشترى للمستأجر رجع به عليه لانه فى التصرف له نائب كالوكيل فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وما لزمه من دين فيما اشتري لنفسه فهو فى رقبته يباع فيه أو يفديه مولاه لان فى هذا يتصرف لنفسه لا للمستأجر الا أن يقضي المولى عنه وللمكاتب أن يأذن لعبده فى التجارة فكذلك المأذون له أن يأذن لعبده فى التجارة سواء كان عليه دين أو لم يكن لان كل واحد منهما متصرف لنفسه بفك الحجر عنه ثم الاذن فى التجارة من صنيع التجار ومما يقصد به التجار تحصيل المال فيملك المأذون والمكاتب ذلك وكذلك الشريك شركة عنان له أن يأذن لعبد من شركتهما فى التجارة وهو جائز على شريكه لانه من عمل التجارة وكل واحد منهما نائب عن صاحبه فيما هو من عمل التجارة وكذلك المضارب له ان يأذن لعبد من المضاربة فى التجارة لانه فوض الى المضارب ما هو من عمل التجارة فى المال المدفوع اليه والاذن فى التجارة من عمل التجارة واختلف

مشايخنا رحمهم الله فى فصـل وهو ان المضارب فى نوع خاص اذا أذن لعبد من المضاربة في التجارة ان العبد يصير مأذونا له فى جميع التجارات أم فى ذلك النوع خاصة؟ فمنهم من يقول يصير مأذونا له فى ذلك النوع خاصة لانه انما استفاد الاذن من المضارب والمضارب لا يملك التصرف الا فى ذلك النوع لان المضاربة تقبل التخصيص فكذلك المأذون من جهته (قال رضى الله عنه) والاصح عنـدى أن يكون مأذونا فى التجارات كلها لان السبب في حقه فك الحجر وهو لا يقبل التخصيص والعبد متصرف لنفسه فان كان الآذن له مضاربا لا يرجع بالعهدة على المضارب ولا على رب المال لان المضارب نائب يرجع بما يلحقه من العهدة على رب المال ورب المال لم يرض برجوعه عليه لعهدة نوع آخر من التصرف فاما هذا العبد فلا يرجع بالعهدة على رب المال فهو والمأذون من جهة مولاه سواء (ألا ترى) ان عبـد المضاربة لو جنى جناية لا يكون للمضارب أن يدفعه بغير اختيار رب المال ولو أن عبدا لهذا العبد المأذون جنى جناية كان له أن يدفعه بجنايته بغير محضر من المضارب ولا من رب المال ويجعـل فيـه كالمأذون من جهة مولاه فهذا مثله واذا أمر الرجل عبده بقبض غلة دار أوامره بقبض كل دين له على الناس أو وكله بالخصومة منه فى ذلك فليس هذا باذن له في التجارة فكذلك ان أمره بالقيام علي زرع له أو أرض أو على عمال فى بناء داره أو ان يحاسب غرماءه أو ان يقاضي دينه عن الناس ويؤدى منه خراج أرضه أو يقضي عليه دينا لم يكن هو مأذونا له فى التجارة بشئ من ذلك لان ما أمره به من نوع الاستخدام لا من نوع التجارة فانه ما فوض شيأ من عقود التجارة الى رأيه ولا رضي منه باكتساب سبب موجب للدين فى مالية رقبته فلا يصير به مأذونا* فان قيل لا كذلك ففى القبض اكتساب سبب موجب للدين فى مالية رقبته لو ظهر أن المقبوض مستحق* قلنا نعم ولكن تعلق الدين بمالية رقبته بهذا السبب لا يتوقف على اذن المولى به فان العبد المحجور اذا قبض مالا من انسان فهلك فى يده ثم استحق كان ذلك المال دينا فى ذمته ويتعلق بمالية رقبته وانما الاذن ان يرضى المولي بتعلق الدين بمالية رقبته بسبب لو لا اذنه لم يتعلق ذلك الدين بمالية رقبته ولو أمره بقرية له عظيمة أن يؤاجر أرضها ويشترى الطعام ويزرع فيها ويبيع الثمار فيؤدى خراجها كان اذنا له فى جميع التجارات لانه فوض الامر الى رأيه فى أنواع من التجارات ورضى بتعلق الديون التى تلزمه بتلك التجارات بمالية رقبته فيصير به مأذونا له فى التجارات ولو قال لعبده اشتر لى البر أو الطعام أو قال اشتر لفلان البر أو الطعام فهذا اذن له فى التجارة لانه

رضى بتجارته وتعلق الدين بمالية رقبته سواء أضاف ذلك الى نفسه أو الى غيره أو الى العبد بان يقول اشتر لنفسك وكذلك لو كان العبد صغيرا الا انه يعقل البيع والشراء فى جميع ذلك وهذا عندنا وبيان هذه المسألة فى الباب الذى يلى هذا فى تصرفات الصبي حرا كان أو عبدا وكذلك اذن القاضى لعبده اليتيم فى التجارة لان للقاضى ولاية التجارة فى مال اليتيم كما للاب ذلك وللوصي ثم اذنهما فى التجارة لعبد الصبي صحيح فكذلك اذن القاضى وان قال القاضى للعبد اتجر فى الطعام خاصة فاتجر فى غيره فهو جائز بمنزلة اذن المولى وهذا لانه ناب عن الصبي فى ذلك ولو كان المولى بالغا فقال لعبده اتجر فى البر خاصة كان له أن يتجر فى جميع التجارات فكذلك اذا أذن له القاضى فى ذلك وهذا لان الاذن من القاضى ليس على وجه القضاء لانه يملك رفعه بالحجر عليه فهو فى ذلك كغيره وكذلك لو قال له القاضى اتجر فى البر خاصة ولا تعد الى غيره فانى قد حجرت عليك أن تعدوه الى غيره فهو مأذون له فى جميع التجارات وقول القاضى ذلك باطل لان تقييد الاذن بنوع كان باطلا فقوله بعد ذلك فانى قد حجرت عليك أن تعدوه الى غيره حجر خاص فى اذن عام أو حجر معلق بشرط أن لا يعدوه الى غيره وذلك باطل فان دفع هذا العبد الي القاضي وقد اتجر فى غير ما أمر به فلحقه من ذلك دين فابطله القاضى وقضى بذلك على الغرماء ثم رفع الي قاض آخر أمضى قضاءه وأبطل دينهم لانه أمضي فصلا مجتهدا فيه بقضائه وبين العلماء اختلاف ظاهر فى ان الاذن فى التجارة هل يقبل التخصيص وقضاء القاضى فى المجتهدات نافذ وليس لاحد من القضاة أن يبطله بعد ذلك وهذا بخلاف أمره اياه فى الابتداء أن لا يتصرف الا فى كذا لان ذلك الامر ليس بقضاء لان القضاء يستدعي مقضيا له ومقضيا عليه ولم يوجد ذلك عند الامر فاما قضاؤه بابطال ديون الغرماء بعد ما لحقه فقضاء صحيح منه لوجود المقضى له والمقضى عليه فلا يكون لاحد من القضاة أن يبطله بعد ذلك وهو نظير ما لو حجر القاضى على سفيه فان حجره لا يكون قضاء منه حتي أن لغيره من القضاة أن يبطل حجره ولو تصرف هذا السفيه بعد الحجر فرفع تصرفه الى القاضى فابطله كان هذا قضاء صحيحا منه حتى لا يكون له ولا لغيره من القضاة أن يصحح ذلك التصرف بعد ذلك والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاذن للصبي الحر والمتوه ﴾

(قال رحمه الله) واذا أذن الرجل لابنه الصغير فى التجارة أو فى جنس منها وهو

يعقل البيع والشراء فهو مأذون له فى التجارات كلها مثل العبد المأذون عندنا وقال الشافعى رحمه الله الاذن له فى التجارة باطل اذا كان صغيرا أو معتوها حرا كان أو مملوكا وأصل المسئلة ان عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما يتردد بين المنفعة والمضرة وعنده هى غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف عن الغير نفذ تصرفه عندنا ولم ينفذ عنده احتج بقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فقد شرط البلوغ وايناس الرشد لجواز دفع المال اليه وتمكينه من التصرف فيه فدل انه ليس بأهل للتصرف قبل ذلك قال تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما والمراد الصبيان والمجانين انه لا يدفع اليهم أموالهم بدليل قوله تعالى وارزقوهم فيها واكسوهم فالاذن له فى التجارة لا ينفك عن دفع المال اليه ليتجر فيه والمعنى فيه انه غير مخاطب فلا يكون أهلا للتصرف كالذى لا يعقل وهذا لان التصرف كلام وانما تبنى الاهلية على كونه أهلا لكلام ملزم شرعا وذلك ينبنى على الخطاب (ألا ترى) أنه لعدم الخطاب بقى مولى عليه فى هذه التصرفات ولو صار باعتبار عقله أهلا لمباشرتها لم يبق مولى عليه فيها لان كونه مولى عليه لعجزه عن المباشرة لنفسه والاهلية للتصرف آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان* يوضحه ان اعتبار عقله مع النقصان لاجل الضرورة وانما تتحقق هذه الضرورة فيما لا يمكن تحصيله بوليه فجعل عقله فى ذلك معتبرا ولهذا صحت منه الوصية باعمال البر وخيرته بين الابوين ولا تتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله بوليه فلا حاجة الى اعتبار عقله فيه ولان ما به كان محجورا عليه لم يزل بالاذن فان الحجر عليه لاجل الصبا أو لنقصان عقله لا لحق الغير فى ماله اذ لا حق لاحد فى ماله وهذا المعنى بعد الاذن قائم والدليل عليه أن للمولي أن يحجر عليه فلو زال سبب الحجر باذن الولى لم يكن له الحجر عليه بعد ذلك وهذا بخلاف العبد فان الحجر هناك لحق المولى فى كسبه ورقبته وبالاذن صار المولى راضيا بتصرفه فى كسبه وبخلاف السفيه فالحجر عليه لمكابرة عقله وذلك ليس بوصف لازم ولا يجوز الاذن له الا بعد زواله الا أن اذن القاضى اياه دليل زواله* وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح والابتلاء هو الامتحان بالاذن له فى التجارة ليعرف رشده وصلاحه فلو تصرف بدون مباشرتهم لا يتم به معنى الابتلاء ثم علق الزام دفع المال اليه بالبلوغ وذلك عبارة عن زوال ولاية الولى عنه وبه نقول ان ذلك لا يثبت مالم يبلغ وقال تعالى وآتوا اليتامى أموالهم واسم اليتيم حقيقة يتناول الصغير فعرفنا أن دفع المال اليه وتمكينه

من التصرفات جائز اذا صار عاقلا والمراد بقوله ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الذين لا يعقلون أو المراد النساء وهو أن الرجل يدفع المال لزوجته ويجعل التصرف فيه اليها وذلك منهى عنه عندنا وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبى سلمة قم ياعمر فزوج أمك من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ابن سبع سنين ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله ابن جعفر يبيع لعب الصبيان فى صغره فقال بارك الله لك فى صفقتك فقد مكن الصبي من التصرف فدل ان عبارته صالحة لذلك والمعنى فيه انه محجور اذن وليه له وعرفه فينفذ تصرفه كالعبد وهذا لانه مع الصغر أهل للتصرف اذا كان عاقلا لانه مميز والاهلية للتصرف بكونه متكلما عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان وقد صار مميزا الا ان الحجر عليه لدفع الضرر عنه ولهذا سقط عنه الخطاب لان فى توجيه الخطاب عليه اضرارا به عاجلا (ألا ترى) أنه جعل أهلا للنوافل من الصلوات والصيام لانه لاضرر عليه فى ذلك ولو توجه عليه الخطاب ربما لا يؤدى للحرج ويبقي فى وباله وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار فان الصبا سبب للمرحمة واعتبار كلامه فى التصرف محض منفعة لان الآدمى باين سائر الحيوانات بالبيان وهو من أعظم المنافع عند العقلاء وهذه منفعة لايمكن تحصيلها له برأى المولى ولهذا صح منه من التصرفات ماتمحض منفعة وهو قبول الهبة والصدقة فاما مايتردد بين المنفعة والمضرة فيعتبر فيه انضمام رأى الى رأيه لتوفير المنفعة عليه فلو نفذنا ذلك منه قبل الاذن ربما يتضرر به ويزول هذا المعنى بانضمام رأى الولى الى رأيه ولهذا لو تصرف قبل اذن الولى فاجازه الولي جاز عندنا وهذا لانه يتردد حاله بين أن يكون ناظرا فى عاقبة أمره بما أصاب من العقل وبين أن لايكون ناظرا في ذلك بنقصان عقله ولا يحل للولى أن يأذن له شرعا مالم يعرف منه حسن النظر فى عاقبة الامر فكان اذن الولى له دليل كمال عقله أو حسن نظره فى عاقبة أمره كاذن القاضى للسفيه بعد الحجر عليه أو فيه توفير المنفعة عليه حين لزم التصرف بانضمام رأى الولى الى رأيه فاذا اعتبرنا عقله فى هذا الوجه اتسع توفير طريق المنفعة عليه لانه يحصل له منفعة التصرف بمباشرته وبمباشرة وليه وذلك أنفع له من أن يسد عليه أخذ الناس ويجعل لتحصيل هذه المنفعة طريقا واحدا الا ان نظره فى عاقبة الامر ووفور عقله متردد قبل بلوغه فلاعتبار وجوده ظاهرا يجوز للولي أن يأذن له ولتوهم القصور فيه يبقى ولاية الولى عليه ويتمكن من الحجر عليه بعد ذلك وهو كالسفيه فان القاضى بعد ماأطلق عنه الحجر

اذا أراد أن يحجر عليه جاز ذلك لهذا المعنى اذا عرفنا هذا فنقول اقراره بعد اذن الولى له بعين أو دين لغيره صحيح لانه صار منفك الحجر عنه بالاذن فهو كما لو صار منفك الحجر عنه بالبلوغ وهذا اشكال الخصم علينا فانه يقول اقرار الولى عليه باطل فكيف يستفيد هو باذن الولى مالا يملك الولى مباشرته ولكنا نقول الولى انما لا يملك مباشرته لانه لا يتحقق ذلك منه فالاقرار قول من المرء على نفسه وما ثبت على الغير فهو شهادة واقرار الولى على الصبي قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة فأما قوله بعد الاذن اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فمن يعامله لا يتمكن من أن يشهد عليه شاهدين فى كل تصرف فلهذا جاز اقراره في ظاهر الرواية وكما يجوز اقراره فيما اكتسبه يجوز فيما ورثه عن أبيه وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة لا يجوز اقراره فيما ورثه عن أبيه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته الى ذلك فى التجارات وهذه الحاجة تنعدم فى الموروث من أبيه *وجه ظاهر الرواية ان انفكاك الحجر عنه بالاذن فى حكم اقراره بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ بدليل صحة اقراره فيما اكتسبه فكذلك فيما ورثه لان كل واحد من المالين ملكه وهو فارغ عن حق الغير وهذا لانه اذا انضم رأى الولى الى رأيه التحق بالبالغ ولهذا نفذ أبو حنيفة رحمه الله تصرفه بعد الاذن فى الغبن الفاحش على ما نبينه فى موضعه فكذلك فى حكم الاقرار يلتحق بالبالغ ثم صحة الاذن له من وليه ووليه أبوه ثم وصى الاب ثم الجد أب الاب ثم وصيه ثم القاضى أو وصي القاضى فأما الام أو وصى الام فلا يصح الاذن منهم له فى التجارة لانه غير ولى له فى التصرفات مطلقا بل هو كالاجنبي الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره والاذن فى التجارة ليس من الحفظ فلهذا لا يملكه ولو أقر الصبي المأذون بغصب أو استهلاك فى حال اذنه أو أضافه الى ماقبل الاذن جاز اقراره بذلك لان ضمان الغصب والاستهلاك من جنس ضمان التجارة ولهذا صح اقراره به من العبد المأذون وكان مؤاخذا به فى الحال وانفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ ولو أقر بعد البلوغ انه فعل شيئا من ذلك فى صغره كان مؤاخذا به فى الحال فكذلك اذا أقر بعد الاذن ولو كاتب هذا الصبي مملوكه لم يجز لانه منفك الحجر عنه فى التجارة والكتابة ليست من عقود التجارة (ألا ترى) ان العبد المأذون لا يملكها ولا يقال فالاب والوصي يملك الكتابة فى عبد الصبي وهذا لان تصرفهما مقيد بشرط النظر ويتحقق

فى الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن فيتقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة ولهذا لا يملك الصبي المأذون تزويج أمته فى قول أبى حنيفة ومحمد وان كان الاب والوصى يملكان ذلك وأما تزويج العبد فلا يملكه الصبي لانه ليس بتجارة ولا يملك أبوه ووصيه لانه ليس فيه نظر للصبي بل فيه تعييب العبد والزام المهر والنفقة عليه من غير منفعة للصبي فيه وكذلك لو كبر الصبي فأجازه لم يجز لانه انما يتوقف على الاجازة ماله مجيز حال وقوعه ولا مجيز لهذا التصرف حال وقوعه فتعين فيه جهة البطلان وكذلك العتق على مال لا يصح من الصبي لانه ليس من التجارة ولا من الولى لانه لا منفعة للصبي فى ذلك بل فيه ضرر به من حيث انه يزول ملكه فى الحال ببدل فى ذمة مفلسه ولو أجازه الصبي بعد الكبر لم يجز لانه لا مجيز له عند وقوعه وكذلك لو فعله أجنبي بخلاف مالو زوج الاجنبى أمته أو كاتب عبده فأجازه الصبي بعد ما كبر فهو جائز لان لهذا التصرف مجيزا حال وقوعه وهو وليه والولى فى الاجازة ناظر له فاذا صار من أهل أن يستبد بالنظر لنفسه نفذ باجازته وهذا هو الاصل فيه ان كل شئ لا يجوز للاب والوصي أن يفعلاه في مال الصبى فاذا فعله أجنبي فأجازه الصبي بعد ما كبر فهو جائز لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء وهذه التصرفات تنفذ بالاذن في الابتداء ممن قام رأيه مقام رأى الصبي فينفذ بالاجازة فى الانتهاء من ذلك الآذن أو من الصبي بعد ما كبر لانه هو الاصل فى هذا النظر ولو زوج هذا الصبى عبده أمته أو فعل ذلك أبوه أو وصيه لم يجز عندنا خلافا لزفر وقد بيناه فى كتاب النكاح قال (ألا ترى) أن الامة لو بيعت فاعتقت لحق العبد نفقتها فدل على انه لا ينفك عن معني الضرر فى حق الصبي ويستوى فى ذلك ان كان على الصبي دين أولم يكن لان الدين فى ذمته وولاية الولي عليه لا تتعين بلحوق الدين اياه بخلاف العبد ولو كان للصبي امرأة فخلعها أبوه أو أجنبي أو طلقها أو أعتق عبده ثم أجاز الصبي بعد ما كبر فهو باطل لانه لا مجيز لهذا التصرف عند وقوعه فالطلاق والعتاق محض ضرر عاجل فى حقه فلا يعتبر فيه عقله ولا ولاية الولى عليه لان ثبوت الولاية عليه لتوفير المنفعة له لا للاضرار به واذا قال حين كبر قد أوقعت عليها الطلاق الذى أوقع عليها فلان أو قد أوقعت على العبد ذلك العتق الذى أوقعه فلان وقع الطلاق والعتاق لان هذا اللفظ ايقاع مستقبل (ألا ترى) أنه يملك الايقاع ابتداء بهذا اللفظ فيكون اضافته الى أوقع فلان لتعريف العدد والصفة لا أن يكون أصل الايقاع من فلان لكنه من الموقع فى الحال

وهو من أهله بخلاف الاجازة منه فان الاجازة تقييد للتصرف الذى باشره فلان (ألا ترى) أن ايقاع الطلاق والعتاق بلفظ الاجازة منه لا يصح ابتداء وقد تعينت جهة البطلان فيما باشره قبل بلوغه فاجازته لذلك بعد البلوغ تكون لغوا واذا باع الصبي وهو يعقل البيع عبدا من رجل بألف درهم وقبض الثمن ودفع العبد ثم ضمن رجل للمشترى ما أدركه فى العبد من درك فاستحق العبد من يد المشترى فان كان الصبي مأذونا رجع المشترى بالثمن ان شاء على الصبي وان شاء على الكفيل لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فالصبي المأذون مطالب بضمان الدرك عند الاستحقاق فيصح التزام الكفيل عنه ذلك ويتخير المشترى فان رجع على الكفيل رجع الكفيل على الصبي ان كان كفل بامره لان هذه الكفالة تبرع على الصبي لا منه وهو فى التبرع عليه كالبالغ وأمر الغير بالكفالة معتبر اذا كان مأذونا بمنزلة استقراضه وان كان الصبي محجورا عليه فالضمان عنه باطل لانه غير مطالب بضمان الاستحقاق فالكفيل عنه التزم مالا مطالبة عليه فيه فلهذا لا يجب على الكفيل شئ ولا على الصبي أيضا ان كان الثمن قد هلك فى يده أو استهلكه لان فعله كان بتسليط صحيح من المشترى حين سلم الثمن اليه وان كان قائما بعينه فى يده أخذه المشترى لانه وجد عين ماله وان كان الرجل ضمن للمشترى فى أصل الشراء أو ضمنه قبل أن يدفع المشترى الثمن الى الصبي ثم وقع الثمن على لسان الكفيل ثم استحق العبد من يده فالضمان جائز ويأخذ المشترى الكفيل بالثمن لان المشترى انما سلم الثمن الى الصبي على ان الكفيل ضامن له فتسليمه على هذا الشرط صحيح لان الكفيل ملتزم لهذا الضمان وهو من أهله بخلاف الاول فهناك الدفع حصل على ان الصبي ضامن له والصبي المحجور ليس من أهل التزام هذا الضمان ثم الكفيل بعد ذلك التزم مطالبة ليست على الاصيل فكان باطلا (ألا ترى) ان رجلا لو قال لرجل ادفع الى هذا الصبي عشرة دراهم ينفقها على نفسه على انى ضامن لها حتى أردها عليك والصبي محجور عليه ففعل كان ضامنا على الكفيل ولو كان دفع الدراهم أولا الى الصبي وأمره أن ينفقها على نفسه ثم ضمنها له رجل بعد الدفع كان ضمانه باطلا والفرق ما بينا واذا اشترى الصبي المأذون عبدا فأذن له في التجارة فهو جائز لان الاذن فى التجارة من صنيع التجار ومما يقصد به تحصيل الربح ولهذا صح من العبد المأذون فكذلك من الصبي المأذون وكذلك لو أذن له أبوه أو وصيه فى التجارة لان تصرفهما فى كسبه وان مأذونا صحيح بمنزلة البيع والشراء سواء كان على الصبي دين أو لم يكن لان

دين الحر فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف فى كسبه كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا واذن القاضي أو الوالى الذى استعمل القاضي لعبد الصبي فى التجارة صحيح بمنزلة اذنه للصبى لان ولاية التصرف عليه فيما يرجع الى النظر له ثابت عند عدم الاب والوصي للقاضى أو الوالي واذن أمير الشرط ومن لم يول القضاء له فى ذلك باطل لانه لا ولاية لهؤلاء عليه فى التصرف فى نفسه وماله والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي فى جميع ذلك لانه مولى عليه كالصبي ولكنه يعقل التصرف وفى اعتبار عقله توفير المنفعة عليه كما قررنا فى الصبي وهذا بخلاف التخيير بين الابوين فانه لا يعتبر عقل الصبي في ذلك عندنا لان الظاهر انه يختار ما يضره لانه يميل الى من لا ينفعه ولا يؤاخذه بالآداب فلم يكن فى هذا التخيير توفير المنفعة عليه ولهذا لا يعتبر عقله فى باب الوصية لان الوصية ليست من التصرفات التى فيها المنفعة له باعتبار الوضع بل هو نظير الهبة فى حياته وان كان المعتوه لا يعقل البيع والشراء فأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة لا يصح لانه بمنزلة الصبي الذى لا يعقل يتكلم عن هذيان لا عن بيان ولو أذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء فى التجارة ابنه كان باطلا لانه لا ولاية للابن على الاب فى التصرف في ماله وقد بينا ان الاذن فى التجارة لا يصح ممن لا يثبت له ولاية التصرف مطلقا وعلى هذا لو أذن له أخوه أو عمه أو واحد من أقربائه سوى الاب والجد فاذنه باطل لما قلنا

باب الحجر على الصبي والعبد والمعتوه

(قال رحمه الله) واذا باع العبد المأذون له فى التجارة واشترى فلحقه دين أو لم يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر عليه الا فى أهل سوقه عندنا وقال الشافعي صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وهو بناء على مسئلة الوكالة ان عزل الوكيل لا يصح الا بعلمه عندنا وعنده يصح بغير علمه فكذلك الحجر على العبد عنده يصح بغير علم العبد وبغير علم أهل السوق له لان الاذن عنده انابة كالتوكيل وهذا لان المولى يتصرف فى خالص حقه فلا يتوقف تصرفه على علم الغير به ولان الاذن لا يتعلق به اللزوم فلو لم يملك الحجر عليه الا فى أهل سوقه لثبت به اللزوم من وجه ثم الاذن صحيح وان لم يعلم به أهل سوقه فكذلك الحر الذى يرفعه وعزل الوكيل صحيح بعلمه وان لم يعلم به من يعامله فكذلك

الحجر على العبد ولكنا نشترط علم أهل السوق لدفع الضرر والغرور عنهم فان الاذن عم وانتشر فيهم فهم يعاملونه بناء على ذلك فلو صح الحجر بغير علمهم تضرروا به لان العبد ان اكتسب ربما أخذه المولى وان لحقه دين أقام البينة ان كان قد حجر عليه فتتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق ولا ندرى أيعتق أم لا ومتى يعتق والمولى بتعميم الاذن يصير كالغار لهم فلدفع الضرر قلنا لا يثبت الحجر ما لم يعلم به أهل سوقه ثم هو بالحجر يلزمهم التحرز عن معاملته والخطاب الملزم للغير لا يثبت حكمه فى حقه مالم يعلم به كخطاب الشرع (ألا ترى) ان أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر باستقبال الكعبة وجوز لهم ذلك لانهم لا يعلمون به وهذا لانه لا يتمكن من الائتمار الا بعد العلم به الا ان فى الوكالة شرطنا علم الوكيل لدفع الضرر عنه ولا يشترط علم أهل السوق لانه لا ضرر عليهم فى العزل فان تصرفهم معه نافذ سواء كان وكيلا أو لم يكن ثم الحجر رفع الاذن وانما يرفع الشئ ما هو مثله أو فوقه فاذا كان الاذن منتشرا لا يرفعه الا حجر منتشر وكان ينبغى أن يشترط اعلام جميع الناس بذلك الا ان ذلك ليس فى وسع المولى والتكليف ثابت بقدر الوسع والذى فى وسعه اشهار الحجر بان يكون فى أهل سوقه لان أكثر معاملاته مع أهل سوقه وما ينتشر فيهم يصل خبره الى غيرهم عن قريب فان حجر عليه فى بيته ثم باع العبد أو اشترى ممن قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز لان شرط صحة الحجر التشهير ولم يوجد فلا يثبت حكمه فى حق من علم به كما لا يثبت فى حق من لم يعلم به وهذا لان الحجر لا يقبل التخصيص كالاذن ولم يمكن اثباته فى حق من لم يعلم به فلو ثبت فى حق من علم به كان حجرا خاصا وذلك لا يكون (ألا ترى) انه لو أذن له فى أن يشترى ويبيع من قوم باعيانهم ونهاه عن آخرين فبايع الذين نهاه عنهم كان جائزا وهذا بخلاف خطاب الشرع فان حكمه ثبت فى حق من علم به لان الخطاب مما يقبل التخصيص وكل واحد من المخاطبين الحكم فى حقه كانه ليس معه غيره واذا أتى المولى بعبده الى أهل سوقه فقال قد حجرت على هذا فلا تبايعوه كان هذا حجرا عليه لان المولى أتى بما فى وسعه وهو تشهير الحجر فيقام ذلك مقام علم جميع أهل السوق به بمنزلة الخطاب بالشرائع فان الذمى اذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة عليه حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشهار حكم الخطاب فى دار الاسلام والحربى اذا أسلم فى دار الاسلام لا يلزمه القضاء مالم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر فى دار الحرب ثم المولى قد أنذرهم بما أتى به من الحجر عليه فى أهل سوقه وقد أعذر من أنذر فيخرج به من أن يكون

غارا لهم أو مضرا بهم بمدذلك ولكن هـذا اذا كان بمحضر الاكثر من أهل سوقه فان كان انما حضر ذلك من أهل سوقه رجل أو رجلان لم يكن ذلك حجرا حتى يحضر الاكثر من أهل سوقه لان المقصود ليس عين السوق (ألا ترى) أنه لو أتى به الي سوقه ليلا وجعل ينادى قد حجرت على هذا لم يكن ذلك معتبرا فعرفنا أن المقصود علم أهل السوق وليس فى وسعه اعلام الكل فيقام الاكثر مقام الكل فاذا حضر ذلك الاكثر من أهل سوقه يجعل ذلك لحضور جماعتهم فثبت حكم الحجر في حق من علم به وفي حق من لم يعلم به وان لم يحضر ذلك أكثر أهل السوق جعل كانه لم يحضر أحد منهم (ألا ترى) انه لو دعا برجل من أهل سوقه الى بيته وحجر عليه بمحضر منه لم يكن حجرا ولو دعا الي منزله جماعة من أهل سوقه فأشهدهم انه قد حجر عليه كان حجرا وهذا لان ما يكون بمحضر من الجماعة قل مايخفى فاما مايكون بمحضر الواحد والمثنى فقد يخفى على الجماعة وشرط صحة الحجر تشهيره فاذا كان عند جماعة من أهل سوقه فقد وجد شرطه ولو خرج العبد الي بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشهدهم انه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن هذا حجرا عليه لانه انما خرج ليعامل غير أهل سوقه فباعلام اهل السوق لا يتم معنى دفع الضرر والغرور ولان علم العبد بالحجر شرط لثبوت حكم الحجر فى حقه كعلم الوكيل بالغرور وهذا لان العبد يتضرر لصحة الحجر عليه قبل علمه لانه يتصرف علي أن يقضى ديونه من كسبه ورقبته فاذا لحقه دين وأقام المولى البينة انه قد كان حجر عليه تأخر ديونه الى عتقه وبعد العتق يلزمه أداؤها من خالص ماله وفيه من الضرر عليه ما لا يخفى وكذلك لو كان العبد فى المصر ولكنه لم يعلم بالحجر فليس هذا بحجر عليه بل ينفذ تصرفه مع أهل سوقه ومع غيرهم مالم يعلم بالحجر فاذا علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه حين علم وما اشترى وباع قبل أن يعلم فهو جائز لان شرط صحة الحجر علمه به فكل تصرف سبق ماهو شرط الحجر فهو كالتصرف الذى سبق الحجر وكل تصرف كان بعد علمه بالحجر فهو باطل لان دفع الضرر والغرور قد حصل بعلمه بالحجر فان كان المولى يراه يشترى ويبيع بعد ماحجر عليه قبل أن يعلم به العبد فلم ينهه ثم علم به العبد فباع أو اشترى بعد علمه فالقياس فى هـذا أن يكون محجورا وأن لا تكون رؤيته اياه يبيع ويشترى اذنا مستقبلا لانه كان مأذونا على حاله حين راه يشترى ويبيع والسكوت عن النهى دليل الرضا فانما يعتبر ذلك فى حق من لا يكون مأذونا لرفع الحجر به فاما فى حق من هو مأذون فسكوته

عن النهى وجودا وعدما بمنزلته ولكنه استحسن وجعل ذلك اذنا من المولى له فى التجارة وابطالا لما كان أشهدبه من الحجر لان الحجر كان موقوفا على علم العبد به والحجر الموقوف دون الحجر النافذ ثم رؤيته تصرف العبد وسكوته عن النهى لما كان رافعا للحجر النافذ الذى قد علمه العبد فلا ن يكون رافعا للحجر الموقوف أولى وهـذا لان السكوت بمنزلة الاذن الصريح ولو قال بعد ذلك الحجر قد أذنت لك فى التجارة كان هذا اذنا مبطلا لذلك الحجر الموقوف فكذلك اذا سكت عن النهى فان ذلك الحجر كان لكراهة تصرفه والسكوت عن النهى بعد الرؤية دليل الرضا بتصرفه والرضا بعد الكراهة كامل واذا أذن له فى التجارة ولم يعلم بذلك أحد سوى العبد حتى حجر عليه بعلم منه بغير محضر من أهل سوقه فهو محجور عليه لوصول الحجر الى من وصل اليه الاذن وهو العبد فبه تبين أن الحجر مثل الاذن والشئ يرفعه ماهو مثله ثم اشتراط علم أهل السوق بالحجر كان لدفع الضرر والغرور عنهم وذلك المعنى لا يوجد هنا لانهم لم يعلموا بالاذن ايعاملوه بناء على ما علموه فان علم بعد ذلك أهل سوقه باذنه ولم يعلموا بالحجر عليه فالحجر صحيح لانه لما كان الحجر قبل علمهم بالاذن فقد بطل به حكم ذلك الاذن وانما علموا بعـد ذلك باذن باطل بخلاف مالو علموا بالاذن قبـل قول المولي حجرت عليه ولكنهم لم يعاملوه حتى كان الحجر من المولي عليه لان الحجر ههنا باطل مالم يعلم به أهل سوقه لان الاذن قد انتشر فيهم حين علموا به فلا يبطله الاحجر منتشر فيهم ولو لم يعلم بالاذن غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لانه ما وصل الحجر الى من وصل اليه الاذن وهو العبد وهو نظير عزل الوكيل فانه اذا علم بالوكالة ولم يعلم بالعزل لا يصير معزولا سواء كان الوكيل عبدا له أو حرا فكذلك حكم الحجر واذا أذن العبد فى التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولي ولم يعلم به أحد فليس هو بمأذون ولا يجوز شئ من تصرفاته لان حكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يعلم به خصوصا اذا كان ملزما اياه وهذا خطاب ملزم لانه لا يطالب بعهدة تصرفاته قبل الاذن فى الحال ويطالب بذلك بعد الاذن فكما لا يثبت حكم الحجر فى حقه مالم يعلم به لدفع الضرر عنه فكذلك حكم الاذن فان علم بعد ذلك فباع واشترى جاز مافعله بعد العلم بالاذن ولم يجز ماقبله لانه حين علم فانما تم شرط الاذن فى حقه الآن وكانه اذن له فى الحال فلا يؤثر هذا الاذن فيما كان سابقا عليه من تصرفاته ولو أمر المولي قوما أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بأمر المولي كان شراؤه وبيعه معهم جائزا

هكذا ذكر هنا وفى الزيادات قال اذا قال الاب لقوم بايعوا ابنى والابن لا يعلم بذلك فان أخبروه بمقالة الاب قبل أن يبايعوه نفذ تصرفهم معه وان لم يخبروه لم ينفذ وفى الوكالة ذكر المسئلة فى الموضعين اذا قال اذهب فاشتر عبدى هذا من فلان قال فى أحد الموضعين ان أعلمه بمقالة الموكل صح شراؤه منه وقال فى الموضع الآخر وان لم يعلمه ذلك ولكنه اشتراه منه جاز شراؤه فقيل فى الفصول كلها روايتان فى احدى الروايتين الاذن فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء واجازته كاملة فى نفوذ التصرف سواء علم به من باشر التصرف أو لم يعلم وكذلك أمره بالتصرف فى الابتداء وفى الرواية الاخرى قال هو ملزم فى حق المتصرف والالزام لا يثبت فى حقه ما لم يعلم به وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع ففى الزيادات وضع المسئلة فى الحر وليس للاب ولاية الزام الدين فى ذمة أبيه فما لم يعلم الابن باذن الاب لا ينفذ التصرف فى حقه وللمولي ولاية شغل مالية عبده بدينه (ألا ترى) انه يرهنه بالدين فيصح والحاجة الى الاذن ههنا لتعلق الدين بمالية الرقبة لا لثبوته فى العبد فالدين بالمعاملة يجب فى ذمته وان كان محجورا عليه حتى يؤاخذ به بعد العتق ولهذا صح تصرف من أمره المولي بالمعاملة معه وان لم يعلم العبد بمقالة المولي وقد قررنا تمام هذا فى الزيادات فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع فهو جائز لان من ضرورة الحكم بنفوذ تصرفه مع الذين أمرهم المولى بمبايعته الحكم بانه مأذون والاذن لا يقبل التخصيص فاذا ثبت فى حق البعض ثبت فى حق الكل ولو كان الذين أمرهم المولى أن يبايعوه لم يفعلوا وبايعه غيرهم وهم لا يعلمون باذن المولى والعبد لا يعلم به أيضا كانت مبايعتهم اياه باطلة وهو محجور عليه على حاله لان بمجرد مقالة المولى لا يصير العبد مأذونا قبل أن يعلم به ولكن ثبت حكم الاذن فى حق الذين أمرهم بمبايعته ضمنا لتصرفهم معه للحاجة الى دفع الضرر والغرور عنهم وما ثبت ضمنا لشئ لا يثبت قبله وثبوت حكم الاذن فى حق سائر الناس كان لضرورة الحكم بنفوذ تصرفه مع الذين أمرهم المولى بمبايعته فلا يثبت ذلك قبل تصرفه معهم فان بايعه بعد ذلك الذين أمرهم المولي ثم بايع العبد بعدهم قوما آخرين جازت مبايعته مع الذين أمرهم المولى بها ومع من بايعهم بعدهم ولم تصح المبايعة التى كانت قبل ذلك أما نفوذ مبايعته مع الذين أمرهم المولى بها فللحاجة الى دفع الضرر والغرور عنهم ونفوذه من بعدهم فلان الاذن لا يقبل التخصيص ولا يوجد ذلك فى حق الذين كان عاملهم قبل ذلك وكان الاذن فى

حق الذين أمرهم ثبت حكمه مقصودا وفى حق غيرهم تبع والتبع يتبع الاصل ولا يسبقه واذا باع المولى العبد المأذون وعليه دين أولا دين عليه وقبضه المشترى فهذا حجر عليه علم به أهل سوقه أو لم يعلموا لان المشترى بالقبض قد ملكه فان قيام الدين على العبد يمنع لزوم البيع بدون رضا الغرماء ولكن لا يمنع وقوع الملك للمشترى اذا قبضه لان ذلك لا يزيل تمكن الغرماء من نقضه ولهذا لو أعتقه المشترى كان عتقه نافذا وانفكاك الحجر عنه كان فى ملك المولى وملك المشترى ملك متجدد ثابت بسبب متجدد فلا يمكن اظهار حكم ذلك الاذن فيه فيثبت الحجر لفوات محل الاذن وذلك أمر حكمى فلا يتوقف على علم أهل السوق به كما لو أعتق العبد الذى كان وكل الوكيل ببيعه فانه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به وكذلك لو وهبه لرجل وقبضه الموهوب له لان الملك تجدد للموهوب له وكذلك لو مات المولى يصير العبد محجورا عليه علم بذلك أهل سوقه أولم يعلموا لان صحة الاذن باعتبار رأى المولى وقد انقطع رأيه بالموت وحكم الاذن هو الرضا من المولى بتعلق الدين بمالية رقبته وقد صار ملك المالية بموته حق ورثته وجدد لهم صفة المالية فى مالية رقبته وان كان الملك هو الذى كان للمولى ولكن رضا المولى غير معتبر فى ابطال حق ورثته عن مالية الرقبة فلتحقق المنافى قلنا لا يبقى حكم الاذن بعد موت المولى واذا أشهد المولى أهل سوقه انه قد حجر على عبده وأرسل الى العبد به رسولا أو كتب به اليه كتابا فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه حين بلغه ذلك لان عبارة الرسول كعبارة المرسل والكتاب أحد اللسانين وهو ممن يأتى كالخطاب ممن دنا (ألا ترى) ان النبى صلى الله عليه وسلم كان مأمورا بالتبليغ الى الناس كافة ثم كتب الى ملوك الآفاق وأرسل اليهم من يدعوهم الى دين الحق وكان ذلك تبليغا تاما منه صلى الله عليه وسلم وان أخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجرا فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله حتى يخبره به رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله من أخبره بذلك من رجل أو امرأة أو صبي صار محجورا عليه بعد أن يكون الخبر حقا وهذا الخلاف فى فصول منها عزل الوكيل ومنها سكوت البكر اذا أخبرها الفضولى بالنكاح ومنها سكوت الشفيع عن الطلب اذا أخبره فضولى بالبيع ومنها اختيار الفداء اذا أعتق المولى عبده الجانى بعد ما أخبره فضولى بجنايته فطريقهما فى الكل ان هذا من باب المعاملات وخبر الواحد فى المعاملات مقبول وان لم يكن عدلا كما لو أخبر

بالوكالة وبالاذن للعبد وهذا لان فى اشتراط العدالة فى هذا الخبر ضرب حرج فكل أحد لا يتمكن من احضار عدل عند كل معاملة ولهذا سقط اشتراط العدد فيه بخلاف الشهادات فلذلك يسقط اعتبار العدالة فيه ومتى كان الخبر حقا فالمخبر به كانه رسول المولى لان المولى حين حجر عليه بين يديه فكانه أمره أن يبلغه الحجر دلالة والدلالة فى بعض الاحكام كالصريح خصوصا فيما بنى على التوسع ولو أرسله لم يشترط فيه صفة العدالة فكذلك ههنا وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فقد أمر الله بالتوقف فى خبر الفاسق وذلك منع من العمل بخبر الفاسق فلو أثبتنا الحجر والعزل بخبر الفاسق لكان ذلك حكما يخالف النص بخلاف الرسول فانه نائب عن المرسل فعبارة الرسول كعبارة المرسل فأما الفضولى فليس بنائب عن المولى لانه ما أنابه مناب نفسه فيبقى حكم الخبر مقصورا عليه وهو فاسق فكان الواجب التوقف فى خبره بالنص ثم هذا خبره ملزم لانه يلزم العبد الكف عن التصرف والشفيع طلب المواثبة والبكر حكم النكاح والمولى حكم اختيار الفداء وخبر الفاسق لا يكون ملزما كخبره فى الديانات بخلاف اخباره بالوكالة والاذن فان ذلك غير ملزم لانه بالخيار ان شاء تصرف وان شاء لم يتصرف وتقرير هذه ان لهذا الخبر شبهين شبه رواية الاخبار من حيث الزام العمل به وشبه الاخبار بالوكالة من حيث انه معاملة وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فلاعتبار معنى الالزام شرطنا فيه العدالة ولشبهه بالمعاملات لا يشترط فيه العدد واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما اذا أخبره بذلك فاسقان فمنهم من يقول لا يصير محجورا عليه أيضا لان خبر الفاسقين كخبر فاسق واحد فى أنه لا يكون ملزما وأنه يجب التوقف فيه ومن اختار هذا الطريق قال معنى اللفظ المذكور فى الكتاب حتى يخبره رجلان أو رجل عدل فان قوله عدل يصلح نعتا للواحد والمثنى يقال رجل عدل ورجال عدل ومنهم من يقول اذا أخبره بذلك فاسقان صار محجورا عليه فظاهر هذا اللفظ يدل عليه فانه أطلق الرجلين وانما قيد بالعدالة الواحد وهذا لانه يشترط فى الشهادة العدد والعدالة لوجوب القضاء بها وتأثير العدد فوق تأثير العدالة (ألا ترى) أن قضاء القاضى بشهادة الواحد لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ وان كان مخالفا للسنة ثم اذا وجدت العدالة ههنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فكذلك اذا وجد العدد دون العدالة وهذا لان طمأنينة القلب تزداد بالعدد كما تزداد بالعدالة ويختلفون على قول أبى حنيفة فى الذمى أسلم فى دار الحرب اذا أخبره فاسق بوجوب الصلاة عليه هل يلزمه

القضاء باعتبار خبره فمنهم من يقول ينبغى أن لا يجب القضاء عندهم جميعا لان هذا من اخبار الدين والعدالة شرط بالاتفاق وأكثرهم على أنه على الخلاف كما فى الحجر والعزل قال رضى الله عنه والاصح عندى أنه يلزمه القضاء ههنا لان من أخبره فهو رسول رسول الله بالتبليغ قال عليه السلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها وقد بينا فى خبر الرسول أنه بمنزلة خبر المرسل ولا يعتبر فى الالزام أن يكون المرسل عدلا فكذلك ههنا ولا يدخل على هذا رواية الفاسق الاخبار لان هناك لا يظهر رجحان جانب الصدق فى خبره وبذلك يتبين كون المخبر به حقا وههنا نحن نعلم أن ما أخبره به حق فيثبت حكمه فى حق من أخبره الفاسق به حتى يلزم القضاء فيما يتركه بعد ذلك واذا أبق العبد المأذون له فى التجارة فاباقه حجر عليه وقال زفر رحمه الله لا يصير محجورا عليه بالاباق لان صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رأيه ولم يختل ذلك باباقه والدليل عليه ان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فان المحجور عليه اذا أبق فأذن له المولى فى التجارة وعلم به العبد كان مأذونا وما لا يمنع ابتداء الاذن لا يمنع بقاءه بطريق الاولى ولكنا نقول لما جعل دلالة الاذن كالتصريح به فكذلك دلالة الحجر كالتصريح بالحجر وقد وجدت دلالة الحجر بعد اباقه لان الظاهر ان المولى انما يرضى بتصرفه ما بقى تحت طاعته ولا يرضى بتصرفه بعد تمرده واباقه ولهذا صح ابتداء الاذن بعد الاباق لانه يسقط اعتبار الدلالة عند التصريح بخلافه * يوضحه ان حكم الاذن رضا المولى بتعلق الدين بمالية رقبته وقد توت المالية فيه بالاتفاق ولهذا لا يجوز فيه شئ من التصرفات التى تنبنى على ملك المالية فكان هذا وزوال ملك المولى عنه فى المعنى سواء *يوضحه ان المولى لو تمكن منه أوجعه عقوبة جزاء على فعله وحجر عليه فاذا لم يتمكن منه جعله الشرع محجورا عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب لو تمكن منه القاضى موته حقيقة بالقتل ويقسم ماله بين ورثته فاذا لم يتمكن من ذلك جعله الشرع كالميت حتى يقسم القاضى ماله بين ورثته فان بايعه رجل بعد الاباق ثم اختلفا فقال المولى كان آبقا وقال من بايعه لم يكن آبقا لم يصدق المولى على اباقه الا ببينة لان كونه مأذونا معلوم وسبب الحجر الطارئ عليه متنازع فيه فالقول قول من ينكره (ألا ترى) ان المولى لو ادعى انه كان حجر عليه أو كان باعه من انسان قبل مبايعة العبد مع هذا الرجل لا يصدق فى ذلك الا ببينة فكذلك اذا ادعى انه كان آبقا فان أقام البينة على ذلك فقد أثبت الحجر العارض بالحجة وان أقام

المولى البينة انه ابق منه الى موضع كذا وأقام الذى بايع العبد البينة أن المولى أرسله الى ذلك الموضع يشترى فيه ويبيع فالبينة بينة الذى بايع العبد أيضا لانه يثبت ارسال المولى اياه واذنه فى الذهاب الى ذلك الموضع وبينة المولى تنفى ذلك وفيما هو المقصود وهو تعلق الدين بمالية رقبته من بائع العبد يثبت لذلك بالبينة والمولى ينفى فكان المثبت أولى فان ارتد العبد المأذون ثم تصرف فان قتل على ردته أومات بطل جميع ماصنع فى قول أبى حنيفة رحمه الله وان أسلم جاز جميع ذلك وفى قول أبى يوسف ومحمد جميع ذلك جائز ان أسلم أو قتل على ردته لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق ومن أصل أبى حنيفة ان تصرف المرتد لنفسه يوقف اذا كان حرا فكذلك اذا كان عبدا وان كانت أمة جاز جميع ما صنعت فى ردتها ان أسلمت أولم تسلم بمنزلة الحرة المرتدة وهذا لان الرجل يقتل بالردة حرا كان أو عبدا فكما يوقف نفسه يوقف تصرفه فى كسبه والمرأة لا تقتل فلايوقف تصرفها فى كسبها كما لا توقف نفسها ثم المرتد هالك حكما لاستحقاق قتله بسبب الردة والموت حقيقة يوجب الحجر عليه فكذلك اذا توقف حكم نفسه بالردة يتوقف حكم الحجر عليه أبدا وبه فارق المكاتب فان تصرفه فى كسبه بعد ردته نافذ لان انفكاك الحجر عنه من حكم الكتابة وموته حقيقة لا ينافى بقاء الكتابة فان المكاتب اذا مات عن وفاء أو عن ولد يسعى فى بقية الكتابة فكذلك استحقاق نفسه بالردة لا يمنع بقاء الكتابة فلهذا ينفذ تصرفه بخلاف العبد واذا أسر العدو عبدا مأذونا له وأحرزوه فى دارهم فقد صار محجورا عليه لزوال ملك المولى عنه وثبوت ملكهم فيه بالاحراز فان انفلت منهم أو أخذه المسلمون فردوه على صاحبه لم يعد مأذونا الا باذن جديد لان الاذن بطل لفوات محل حكمه والاذن بعد بطل لا يعود الا بالتجديد وان كان أهل الحرب لم يحرزوه فى دارهم حتى انفلت منهم فاخذه المسلمون فردوه على صاحبه فهو على اذنه لانه بمنزلة المغصوب فى يدهم مالم يحرزوه والغصب لا يزيل ملك المولى ولا يوجب الحجر على المأذون (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه قبل أن يحرزوه نفذ عتقه بخلاف ما بعد الاحراز واذا باع المولى عبده المأذون له بيعا فاسدا بخمر أو خنزير وسلمه الى المشترى فباع واشترى فى يده ثم رده الى البائع فهو محجور عليه لان المشترى قد ملكه بالقبض مع فساد البيع وذلك موجب للحجر عليه وكذلك لو قبضه المشترى بامر البائع بحضرته أو بغير حضرته أو قبضه بحضرة البائع بغير أمره ولو قبضه بغير أمره بعد ما تفرقا لم

يصر محجورا عليه لان القبض فى البيع الفاسد بمنزلة القبول فى البيع الصحيح فكما ان ايجاب البيع يكون رضى بقبول المشترى فى المجلس لا بعده فكذلك البيع الفاسد يكون رضى من البائع بقبضه فى المجلس لا بعده فاذا قبضه بعد الافتراق لم يملكه لانه قبضه بغير تسليط من البائع فلا يصير محجورا عليه وفى المجلس انما يقبضه بتسليط البائع اياه على ذلك فيملكه ويصير محجورا عليه فاما اذا أمره بالقبض نصا فهذا أمر مطلق يتناول المجلس وما بعده فمتى قبضه كان قبضه بتسليط البائع فيملكه ويصير محجورا عليه ولو كان البيع بميتة أو دم لم يصر محجورا عليه فى جميع هذه الوجوه فان البيع بالميتة لا يكون منعقدا ولا يوجب الملك للمشترى وان قبضه كان العبد على اذنه في يد المشترى ينفذ تصرفه وان كان المشترى ضامنا له فى احدى الروايتين كما لو غصبه غاصب ولو كان باعه بيعا صحيحا كان محجورا عليه قبضه المشترى أو لم يقبضه لان الملك يثبت للمشترى بنفس العقد ههنا وكذلك ان كان المشترى منه بالخيار ثلاثة أيام أما عندهما فلان المشترى ملكه مع ثبوت الخيار له وعند أبى حنيفة فلان زواله عن ملك البائع قد تم ولذلك يفوت محل حكم الاذن وان كان الخيار للبائع لم يكن ذلك حجرا الا أن يتم البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال ملكه وما بقي الملك للبائع فيه يبقى محل حكم الاذن ولو لم يبعه المولى ولكنه وهبه فالهبة الصحيحة فى حكم الملك نظير البيع الفاسد من حيث ان الملك يتأخر الي وجود القبض لضعف السبب وقد بينا تفصيل حكم القبض فى البيع الفاسد ففى الهبة الصحيحة الجواب كذلك واذا غصب عبدا محجورا عليه وطلبه صاحبه فجحده الغاصب وحلف ولم يكن لصاحبه بينة ثم أذن له الغاصب فى التجارة فباع واشترى والمغصوب منه يراه فلم ينهه ثم أقام رب العبد البينة أن العبد عبده فقضي له به فان القاضى يبطل جميع ماباع واشترى لانه تبين ان الآذن له كان غاصبا واذن الغاصب لا يوجب انفكاك الحجر عنه ولا يسقط حق المولي عن مالية الرقبة وفى القياس سكوت المولى عن النهى كالتصريح بالاذن ولو صرح بالاذن له فى التجارة جاز ذلك لقيام ملكه وان كان الغاصب جاحدا له ولكنه ترك هذا القياس فقال السكوت عن النهى مع التمكين من النهى دليل الرضا فاما بدون التمكن من النهى فلا يكون دليل الرضى (ألا ترى) ان سكوت الشفيع عند عدم التمكن من الطلب لا يكون مسقطا لحقه وسكوت البكر كذلك وهو لم يكن متمكنا من النهى ههنا لانه ما كان يلتفت الى نهيه لو نهاه عن التصرف بل يستخف به فلصيانة نفسه سكت عن النهى (ألا ترى) أن

العبد لو ادعى انه حر فجعل القاضي القول قوله فاشترى وباع والمولى ينظر اليه ولا ينهاه ثم أقام البينة انه عبده لم يجز شراؤه ولا بيعه لان سكوته عن النهي كان لصيانة نفسه واذا دبر عبده المأذون فهو على اذنه لان التدبير لا يمنع صحة الاذن ابتداء فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى وهذا لان بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يزيد في انفكاك الحجر عنه فلا يؤثر في الحجر عليه ولو كانت أمة فاستولدها المولى لم يكن ذلك حجرا عليها في القياس وهذا قول زفر رحمه الله لما بينا في التدبير ولكنه استحسن فقال استيلاد المولى حجر عليها لان العادة الظاهرة أن الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة وهذا لانها تصير فراشا له فلا يأمن من أن يلحق به نسبا ليس منه ودليل الحجر كصريح الحجر ولا توجد مثل هذه العادة في المدبر وهذا بخلاف ما اذا أذن لام ولده في التجارة لانه صرح هناك بخلاف المعتاد وانما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في التناول بطريق العرف فان قال لا تأكل لم يكن ذلك اذنا واذا أذن العبد التاجر لعبده في التجارة فباع واشترى فلحقه دين ثم ان المولى حجر على عبده الاول في أهل سوقه بحضرته والعبد الآخر يعلم بذلك أو لا يعلم فان كان على الاول دين فحجره عليه حجر عليهما جميعا وان لم يكن عليه دين لم يكن حجره عليه حجرا على الباقي لانه اذا لم يكن على الاول دين فالعبد الثاني خالص ملك المولى وهو يملك الاذن له في التجارة ابتداء فجعل الثاني مأذونا من جهة المولى لا باعتبار العبد كان نائبا عنه في الاذن ولكن باعتبار أن تخصيص المولى الاول بالحجر عليه دليل الرضي منه بتصرف الثاني وهذا الرضا يثبت الاذن من جهته ابتداء فكذلك يبقي وأما اذا كان على الاول دين فالمولى لا يملك الاذن للثاني لانه تصرف منه في كسب عبده المستغرق بالدين فلا يمكن أن يجعل الثاني مأذونا من جهة المولى وانما كان مأذونا من جهة الاول بالحجر عليه وقد انقطع رأيه فيه وانما كان الثاني مأذونا من جهته دون المولى وان لم يكن عليه دين فالثاني على اذنه لانه مأذون من جهة المولى والمولى باق على حاله وان مات المولى كان حجرا عليهما جميعا كان على الاول دين أو لم يكن لانه ان لم يكن عليه دين فالثاني كان مأذونا من جهة الاول وقد صار الاول محجورا عليه بموت المولى فكذلك الثاني واذا أذن المكاتب لعبده في التجارة ثم عجز وعليه دين أو ليس عليه دين فهو حجر على العبد لان الاذن للعبد كان من قبل المكاتب فان المولى من كسب

المكاتب أبعد منه من كسب المأذون المديون وقد بينا هنـاك ان عبـده يكون مأذونا من جهـة المولى فهنـا أولى وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء أو عن غـير وفاء أو عن ولد مولود فى الكتابة لانه ان مات عن غير وفاء فقد مات عاجزا وعجزه فى حياته يكون حجرا على عبده فموته عاجزا أولى وان مات عن وفاء فهو كالحر وموت الحر حجر على عبده بانقطاع رأيه فيه فان أذن الولد للعبد بعد موت المكاتب فى التجارة لم يجز اذنه لان كسب المكاتب مشغول بدينه فلا يصير شئ منه ميراثا للولد مع قيام دينه وكما لا ينفذ منه سائر التصرفات فيه فكذلك الاذن وكذلك الحر اذا مات وعليـه دين وله عبـد فأذن له وارثه فى التجارة فاذنه باطل لان الوارث لا يملك التركة المستغرقة بالدين ولا ينفـذ شئ من تصرفاته فيها مالم يسقط الدين كما لا ينفذ تصرفه فى حال حياة مورثه فان قضى الوارث الدين من ماله لم ينفذ اذنه أيضا لانه غير متبرع فيما قضى من الدين وانما قصد به استخلاص التركة فيستوجب الرجوع بما أدى ويقوم دينه مقام دين الغريم فلا ينفذ اذنه لبقاء المانع فان أبرأ أباه من المال الذى قضي عنه بعد اذنه للعبد نفذ اذنه وجاز ما اشترى قبل قضاء الدين وبعده لان المانع زال حين سقط دينه بالابراء وصار هو ملكا للتركة من وقت الموت (ألا ترى) أنه ينفذ سائر تصرفاته فى العبـد فكذلك اذنه له فى التجارة ولو لم يكن على الميت دين وكان الدين على العبد فان أذن الوارث له فى التجارة جاز لان دين العبد لا يمنع ملك الوارث فى التركة فانه مع تعلقه فى مالية رقبته ما كان يمنع ملك المولى فى حياته فكذلك لا يمنع ملك وارثه بخلاف دين المولي فانه فى حياته كان فى ذمته وانما يتعلق بالتركة بموته وحق الغريم مقـدم على حق الوارث وكذلك ابن المكاتب لو أذن للعبد الذى تركه أبوه فى التجارة ثم استقرض مالا من انسان فقضى به الكتابة لم يكن اذنه له فى التجارة صحيحا لانه يستوجب الرجوع بما أدى ليقضى به ما عليه من الدين فقيام دينـه بمنزلة قيام دين المولى فى أنه يمنع ملكه فلهذا لا ينفـذ اذنه ولو وهب رجل لابن المكاتب مالا فقضى به الكتابة جاز اذنه للعبد فى التجارة لان ما وهب له بمنزلة سائر أكسابه والمكاتب أحق باكساب ولده المولود فى الكتابة ليقضى به مال الكتابة فكان قضاء بدل الكتابة من هذا الكسب كقضائه من شئ آخر للمكاتب ولا يستوجب الولد الرجوع عليه بذلك فتبين به زوال المانع من صحة اذنه واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ثم جن المولى فان كان جنونه مطبقا دائما فهو حجر على العبـد لان المولى صار مولى عليه فى

التصرف وانقطع رأيه بما أعرض فكان ذلك حجرا عليه وان كان غير مطبق فالعبد على اذنه لان المولى لم يصر مولى عليه بهذا القدر من الجنون فهو بمنزلة الاغماء والمرض فلا يوجب الحجر على العبد لبقاء ملك المولى وبقاء ولايته والفرق بين المطبق من الجنون وغير المطبق بيناه في الوكالة ولو ارتد المولى ثم باع العبد واشترى فان قتل أو مات أولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فجميع ما صنع العبد بعد ردة المولي باطل وان أسلم قبل أن يلحق بها أو بعد ما لحق بها قبل قضاء القاضي ورجع فذلك كله جائز في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد جميع ذلك جائز الا ماصنع العبد بعد لحاق المولي بدار الحرب فان ذلك يبطل اذا لم يرجع حتى يقضي القاضي بلحاقه وان رجع قبل ذلك جاز وهذا لان استدامة الاذن بعد الردة كانشائه وتصرف المأذون معتبر بتصرف الآذن ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان تصرفات المرتد توقف لتوقف نفسه ويوقف ماله على حق ورثته فكذلك تصرف المأذون من جهته وعندهما تصرف المرتد قبل لحاقه بدار الحرب نافذ وبعد لحاقه يتوقف بين أن يبطل القضاء القاضي بلحاقه وكون المال لوارثه من حين لحقه بدار الحرب وبين أن ينفذ برجوعه مسلما فكذلك تصرف المأذون من جهته ولو كان المولي امرأة فارتدت ثم صنع العبد شيئا من ذلك فهو جائز لان ابتداء الاذن منها صحيح بعد ردتها ولان تصرف المأذون كتصرف الآذن وتصرفها بعد الردة نافذ كما كان قبله فان نفسها لم تتوقف بالردة ولو لحقت بدار الحرب ثم باع العبد أو اشترى فان رجعت قبل أن يقضى بلحاقها فذلك جائز وان لم ترجع حتى قضى القاضي بلحاقها وقسم ميراثها وأبطل ماصنع العبد من ذلك ثم رجعت مسلمة لم يجز للعبد ماصنع بعد لحاقها بدار الحرب لان نفسها باللحاق بدار الحرب توقفت على أن تسلم لها بالاسلام أو يفوت عليها بالاسترقاق فيتوقف تصرفها أيضا وكما يتوقف تصرفها يتوقف تصرف المأذون من جهتها ولان القاضي اذا قضى بلحاقها جعل المال لوارثها من وقت لحاقها بدار الحرب كما في حق الرجل ولهذا يعتبر من يكون وارثا لها وقت اللحاق بدار الحرب فتبين أن ملكها زال من ذلك الوقت وذلك مبطل لتصرفات العبد وكما أن اذن أحد الشريكين في المفاوضة والعنان للعبد المشترك في التجارة يجعل كاذنهما فكذلك حجر أحدهما عليه كحجرهما لان كلاهما من التجارة وكل واحد منهما نائب عن صاحبه في التصرف في المال المشترك بطريق التجارة واذا أذن المضارب لعبد من المضاربة في التجارة فهو جائز على رب المال وفي

رواية هشام عن محمد رحمهما الله لايجوز لان الاذن أعم من المضاربة فانه فك للحجر ولا يستفاد بالشيء ماهو فوقه وفي ظاهر الرواية قال المضارب مفوض اليه وجوه التجارة فى مال المضاربة والاذن فى التجارة من التجارة فان حجر عليه رب المال فحجره باطل لان المضارب أحق به حتي يبيعه فيوفى رأس المال (ألا ترى) ان رب المال لو نهى المضارب لم يعتبر نهيه ونفسه أقرب الى رب المال من كسبه فاذا كان لايعمل نهيه منه فى منع المضارب عن التصرف فى نفسه فلان لايعمل نهيه فى منع المأذون من جهته عن التصرف فى كسبه كان أولى واذا اشترى العبد المأذون عبدا فاذن له فى التجارة فحجر المولى على العبد الآخر فحجره باطل كان على الاول دين أولم يكن لان هذا حجر خاص فى اذن عام وهو باطل (ألا ترى) انه عند ابتداء الاذن لو قال لاتأذن لعبدك فى التجارة لم يعتبر نهيه وكذلك بعد الاذن لو نهاه عن بيع هذا العبد لايعمل نهيه وكذلك لو كان العبد الاول أمر رجلا ببيع عبده فنهاه المولى كان نهيه باطلا فكذلك اذا حجر عليه ولو كان المولى حجر على العبد الآخر وقبضه من الاول فان كان على العبد الاول دين فهذا والاول سواء لان قبض المولى اياه من الاول باطل ولا يخرج به الثانى من أن يكون كسبا للاول فان حق غرماء الاول فيه مقدم على حق المولى فاما اذا لم يكن على الاول دين فقبض المولى العبد الآخر وحجر عليه جاز لان كسب الاول خالص حق المولى فبقبضه منه يخرج من أن يكون كسبا للاول وصار الاول بحيث لايملك التصرف فيه بعد ذلك حتى لو باع لم يجز بيعه فلهذا صار محجورا عليه بحجر المولى واذا دفع المولى الى عبده المأذون مالا وأمره أن يشترى به عبدا ويأذن له فى التجارة ففعل ثم حجر المولى على المولى وعليه دين أولا دين عليه فليس ذلك بحجر على الآخر لان الاول فى شراء الثانى والاذن له فى التجارة نائب عن المولى حتى اذا لحقته عهدة يرجع به على المولى ولا يثبت فيه حق غرمائه فيكون الثانى مأذونا من جهة المولى فلا يصير الثانى محجورا عليه بحجر المولى على الاول وان حجر المولى على الآخر كان حجره عليه جائزا على كل حال لانه كان مأذونا من جهة المولى كالاول وحجر الاب أو وصيه على الصبي الحر المأذون له فى التجارة مثل الحجر على العبد لانه من جهة المولى كالاول وحجر الاب أو وصيه على الصبي الحر استفاد الاذن من جهته وولايته قائمة عليه بعد الاذن فكما ملك الاذن بولايته يملك الحجر وهذا لانه قد يؤنس منه رشدا فيأذن له فى التصرف ثم يتبين له ان

الحجر عليه أنفع فيحجر عليه ولان الابتداء بهذا يحصل أن يأذن له تارة ويحجر عليه تارة حتى تتم هدايته في التصرفات وكذلك حجر القاضي عليه لان الولاية ثابتة له حسب ما كان للاب أو للوصي وكذلك حجر هؤلاء على عبد الصبي بعد ماأذنوا له في التجارة لانهم بالولاية على الصبي قاموا مقامه في التصرف في ماله فيما يرجع الى النظر والحجر من باب النظر كالاذن فكما صح منهم الاذن لعبده في التجارة يصح الحجر وموت الاب أو الوصي حجر على الصبي وعلى عبده لان تصرفهما كان باعتبار رأيه على ما بينا أن توفر النظر بانضمام رأى الاب والوصي الى رأى الصبي وقد انقطع رأيهما بموتهما فيكون ذلك حجرا على الصبي وكذلك عبد الصبي انما كان يتصرف برأى الاب والوصي وقيام ولايتهما عليه وقد انقطع ذلك بموتهما وكذلك جنونهما جنونا مطبقا فانه كالموت في قطع ولايتهما عنه وفوات رأيهما في النظر له وكذلك عزل القاضي الوصي عن الوصية فان ذلك يزيل ولايته ويقطع تدبيره في النظر له فيكون حجرا على من كان يتصرف باعتبار رأيه وهو الصبي أو عبده ولو كان القاضي أذن للصبي أو المعتوه في التجارة ثم عزل القاضي كان الصبي والمعتوه على اذنهما لان اذن القاضي يكون قضاء منه فانه ليس له ولاية غير ولاية القاضي وبعزل القاضي لا يبطل شيء من قضاياه ولانه كالنائب عن المسلمين في النظر لهذا الصبي والتصرف في ماله بالاذن وغيره لعجز المسلمين عن الاجتماع على ذلك وبعد ماعزل القاضي لم يتبدل حال عامة المسلمين في الولاية ولهذا لم ينعزل وصيه وقيمه بعزله فكذلك مأذونه واذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد أبي الاب فرأى القاضي أن يأذن له في التجارة فأذن له وأبى ذلك أبوه أو وصيه فاذن القاضي له جائز لما بينا ان اذنه بمنزلة القضاء منه وولاية القضاء له في حال قيام الاب وبعد موته بصفة واحدة ولانه متى كان النظر في الاذن فكذلك بما يحق على المولى أن يفعله فاذا امتنع منه كان للقاضي أن ينفذه كالولي اذا امتنع من تزويج المولى عليها من كفؤ زوجها القاضي اذا طلبت فان حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لانه بهذا يريد أن يفسخ ما قضى القاضي عليه ولان حجره عليه كابائه في الابتداء وكما أن إباءه لا يمنع صحة اذن القاضي له فكذلك حجره عليه بعد الاذن وان مات القاضي أو عزل ثم حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لان بعزل القاضي وبموته لا تزداد ولايتهم على الصبي فكما لا ينفذ حجرهم عليه قبل عزل القاضي فكذلك بعده وكذلك لو حجر عليه ذلك القاضي بعد عزله لانه بالعزل التحق بسائر

الرعايا فلم يبق له ولاية النظر فى حقوق هذا الصبي وانما الحجر عليه الى القاضي الذى يستقضى بعد موت الاول أو عزله لان ولايته عليه فى النظر كولاية الاول ولا يقال الثانى بالحجر كيف ينقض قضاء الاول وهذا لان الاول لو حجر عليه حال كونه قاضيا بعد حجره لا بطريق أنه نقض لقضائه بالاذن بل بطريق أنه انشأ نظرا له على ما بينا أن النظر قد يكون بالاذن له فى وقت والحجر عليه فى وقت آخر والثانى كالاول فيما يرجع الى انشاء النظر للصبي كما فى سائر التصرفات فى ماله واذا أذن الرجل لعبد ابنه الصغير فى التجارة ثم مات الابن ووارثه الاب فهذا حجر عليه لان صحة اذنه كان باعتبار انه نائب عن الابن وقد زال ملك الابن بموته ولا يقال الاب يخلفه فى هذا الملك وهو راض بتصرفه لانه انما كان راضيا بتصرفه فى ملك الصبي وذلك لا يكون رضا منه بتصرفه فى ملك نفسه وكذلك لو اشتراه الاب من الابن فهو محجور عليه لان الملك قد انتقل فيه من الابن الى الاب ولو لم يكن ذلك ولكن أدرك الصبي أو كان معتوها فأفاق فالعبد على اذنه لان تصرف الاب نفذ فى حال قيام ولايته فلا يبطل بزوال ولايته كسائر التصرفات ثم فك الحجر عنه بالاذن كفك الحجر عنه بالكتابة ولو كاتبه ثم أدرك الصبي لم تبطل الكتابة وان مات الاب بعد ادراك الصبي وافاقة المعتوه كان العبد على اذنه لان بعد ادراكه العبد مأذون من جهته فان الاب كان نائبا عنه فهذا ومالو أذن له بعد البلوغ ابتداء سواء ثم هو بعد الاذن يتمكن من الحجر عليه فاستدامته الاذن مع تمكنه من الحجر كانشائه ولا تتغير ولايته عليه بموت الاب واذا ارتد الاب بعد ما أذن لابنه الصغير فى التجارة ثم حجر عليه ثم أسلم فحجره جائز لان حجره عليه تصرف كسائر تصرفاته فينفذ باسلامه وان قتل على ردته فذلك حجر أيضا بمنزلة مالو مات وابنه صغير ولو أذن لابنه فى التجارة بعد ردته فباع واشترى ولحقه دين ثم حجر عليه ثم أسلم فجميع ماصنع الابن من ذلك جائز وان قتل ذلك على ردته أو مات كان جميع ماصنع الابن من باطل وهذا عندهم جميعا لان اذنه له فى التجارة تصرف بحكم ولايته عليه وولايته عليه توقفت بالردة على أن يتقرر بالاسلام ويبطل بالقتل وكذلك تصرفه بحكم الولاية وهذا على مذهبهما بخلاف تصرفه بحكم ملكه فان ملكه لم يزل عنه بردته فلا يمتنع نفوذ تصرفه باعتبار الملك والذمى فى اذنه لابنه الصغير أو المعتوه فى التجارة وهو على ذميته بمنزلة المسلم فى جميع ما ذكرنا لثبوت ولايته عليه قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولو كان الولد مسلما باسلام أمه

أو باسلام نفسه بان عقل فأسلم كان اذن الاب الذمى له باطلا لانه لا ولاية للذمى على المسلم فصحة اذنه باعتبار ولايته فان أسلم الاب بعد ذلك لم يجز ذلك الاذن لانه تصرف منه قبل ثبوت ولايته عليه ولا ينفذ بولايته التى تحدث من بعد كالاب اذا كان مملوكا فاذن لولده الحر ثم عتق لم ينفذ ذلك الاذن والله أعلم

باب العبد بين رجلين يأذن له أحدهما

(قال رحمه الله) واذا كان العبد بين رجلين فأذن له أحدهما فى التجارة فباع واشترى فلحقه دين فذلك كله جائز فى نصيب الذي أذن له لان الاذن فك للحجر وذلك لا يحتمل الوصف بالتجزى ولا يتصور انفكاك الحجر فى نصف التصرف دون النصف ولابد من تصحيح هذا الفك فى نصيب الآذن لانه تصرف منه فى ملكه واسقاط لحقه فى المنع من شغل مالية نصيبه بالدين والاسقاط يتم بالمسقط وقد بينا أن اذن المولى انما يشترط لوجود الرضا منه بتعلق الدين بمالية الرقبة وهذا الرضى من الآذن الآن صحيح فى نصيب نفسه دون نصيب صاحبه ويجوز استحقاق مالية الرقبة بالدين كما يجوز استحقاق جميعه فكان هذا محتملا للوصف بالتجزى فيثبت فى نصيب الآذن خاصة وان كان فى يده مال أصابه من تجارته فقال الذى لم يأذن له أنا آخذ نصف هذا المال فليس له ذلك ولكن يعطى منه جميع دين الغرماء لان حاجة العبد من كسبه مقدمة على حاجة المولى والذي وجب على هذا العبد ههنا بسبب ظهر فى حق المولى فيقدم من كسبه قضاء الدين على حق المولى فان بقى بعد ذلك شئ أخذ كل واحد من المولين نصفه لانه كسب عبد مشترك بينهما وان زاد الدين على ما فى يديه كانت تلك الزيادة فى نصيب الذى أذن له خاصة من الرقبة لوجود الرضا منه باستحقاق مالية نصيبه بالدين وانعدام الرضا به من الآخر وفرق بين الكسب والرقبة من حيث ان نصيب الذى لم يأذن من الكسب مصروف الى الدين دون نصيبه من الرقبة لان الكسب يتملكه المولى من جهة العبد وسلامته له متعلقة بشرط الفراغ من حاجة العبد فما لم يفرغ من الدين لا يسلم له فأما الرقبة فلم تحصل للمولى من جهة العبد وانما تستحق مالية الرقبة بالدين عند وجود الرضا من المولى يصرفه الى ديونه ولم يوجد يوضحه ان الدين انما لحقه بسبب الذى حصل به الكسب والغنم مقابل بالغرم فكما يكون نصف الكسب للذى

لم يأذن له فكذلك يستحق عليه صرف ذلك الكسب الى قضاء الدين لتتحقق مقابلة الغنم بالغرم بخلاف الرقبة فان حصول الرقبة للمولى ما كان بالسبب الذى به وجب الدين فلا تصرف مالية الرقبة الى الدين مالم يرض به المولى وكذلك ما أقر به العبد من غصب أو استهلاك مال أو غيره لان الاقرار من التجارة فالدين الواجب به نظير الواجب بالمبايعة ولو استهلك مالا بينة كان ذلك فى جميع رقبته بمنزلة ما لو استهلكه قبل اذن أحدهما له وهذا لان الحجر لحق المولى انما يتحقق فى الاقوال ولا يتحقق فى الافعال فانها محسوسة تحققها بوجودها (ألا ترى) ان الحجر بسبب الصبى لايؤثر فى الافعال فبسبب الرق أولى فاذا تحقق السبب ظهر الدين فى حق المولى والدين لا يجب فى ذمة العبد الا شاغلا مالية رقبته * فان قيل هذا فى الفصل الاول موجود فالدين بالمبايعة ظهر وجوبه فى حق المولين جميعا ثم لا يستحق به نصيب الذى لم يأذن له * قلنا لا كذلك فان فيما ثبت الحجر بسبب الرق لايظهر وجوب الدين في حق المولى الا بعد فك الحجر عنه وفك الحجر وجد من الآذن خاصة ولكن حكم نفوذ التصرف لايحتمل التجزى فظهر فى الكل لاجل الضرورة والثابت بالضرورة لايعدو مواضعها وليس من ضرورة نفوذ تصرفه ظهور الدين فى حق المولى فى استحقاق مالية الرقبة كما لو توكل العبد عن الغير بالبيع والشراء ولكن من ضرورة نفوذ تصرفه فى سلامة الكسب للمولي ظهور الدين فى حق ذلك الكسب فمن هذا الوجه يتحقق الفرق فان اشترى العبد وباع ومولاه الذى لم يأذن له يراه فلم ينهه فهذا اذن منه له فى التجارة لان السكوت عن النهى بمنزلة التصريح بالاذن * فان قيل هذا اذا كان متمكنا من نهيه عن التصرف وهو غير متمكن من النهى ههنا لوجود الاذن من الآخر فلا يجعل سكوته دليل الرضا بتصرفه * قلنا هو متمكن من اظهار الكراهة وازالة احتمال معنى الرضا من سكوته فاذا ترك ذلك مع الامكان قام ذلك منه مقام الرضا بتصرفه حتى لو جاء به الآخر الى أهل سوقه فقال انى لست آذنا له فى التجارة فان بايعتموه بشئ فذلك فى نصيب صاحبي فباع بعد ذلك واشترى والشريك الذى لم يأذن له ينظر اليه فهذا لايكون اذنا منه فى نصيبه استحسانا لانه أتى بما فى وسعه من اظهار الكراهة لتصرفه وبقى الضرر والغرور وفى القياس هذا اذن أيضا لانه مالك لنصيبه بعد هذه المقالة فيقاس بما لو كان مالكا لجميعه ولو أتى بعبده الى السوق وقال لست آذن له فى التجارة فلا تبايعوه ثم رآه بعد ذلك يتصرف كان اذنا منه له فى التجارة فكذلك ههنا والفرق بين الفصلين

على طريقة الاستحسان ان العبد اذا كان كله له فهو قادر على منعه من التصرف حين رآه يتصرف فيجعل سكوته عن المنع دليل الرضا ولا ينعدم ذلك بما كان منه من اظهار الكراهة قبل هذا فقد يرضى المرء بتصرف عبده بعد ما كان يكرهه وفى هذا الفصل ليس فى وسعه أن يمنعه من التصرف وانما فى وسعه اظهار الكراهة وقد أتى به فلا ينفسخ ذلك بسكوته عن النهى عند رؤيته يتصرف ولو كان الذى لم يأذن له بايعه بعد مقالته جعل هذا ناسخا لما كان قبله من اظهار الكراهة فان مبايعته اياه كالتصريح بالرضا بتصرفه فهو وقوله أذنت لك فى التجارة سواء واذا قال أحد المولين لصاحبه إئذن لنصيبك منه فى التجارة ففعل فالعبد كله مأذون له فى التجارة لوجود الرضا منه بتصرفه من الآذن بالاذن ومن الآخر بقوله إئذن لنصيبك فهذا اللفظ أدل على الرضا بتصرفه من سكوته عن النهى واذا جعل سكوته عن النهى دليل الرضا فأمره بالتسليط أولى أن يجعل دليل الرضا ولو كان العبد بين رجلين فكاتب أحدهما نصيبه منه فهذا اذن منه لنصيبه فى التجارة لان انفكاك الحجر بالكتابة أقوى من انفكاك الحجر بالاذن والاقوى ينتظم الاضعف ثم هو رضى منه بتصرفه حين رغبه فى تحصيل المال وأدائه ليعتق نصيبه وللآخر أن يبطل الكتابة لدفع الضرر عن نفسه بعتق نصيب المكاتب عند الاداء وبه فارق الاذن فانه لا ضرر على الشريك فى ثبوت حكم الاذن فى نصيب الآذن في الحال ولا فى ثانى الحال فان لحقه دين ثم أبطل الآخر الكتابة كان ذلك الدين فى نصيب الذى كاتب خاصة لوجود الرضا منه بتعلق الدين بنصيبه وان لم يبطل الكتابة حتى رآه يشترى ويبيع فلم ينهه لم يكن ذلك منه اجازة للكتابة وله أن يبطلها وكان هذا اذنا منه له فى التجارة لان الاذن فى التجارة بمجرد الرضا بتصرف العبد يثبت والسكوت عن النهى دليل عليه فأما فى تنفيذ الكتابة فالحاجة الى التوكيل لتكون مباشرة الشريك بمنزلة مباشرته والتوكيل بالسكوت لا يثبت ولان السكوت محتمل وانما يترجح جانب الرضا فيه لضرورة الحاجة الى دفع الضرر والغرور عن الناس وهذه الضرورة ترتفع اذا جعل السكوت اذناً وان لم يجعل اجازة للكتابة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فان ردا المكاتبة وقد لحق العبد دين بيع كله فى الدين الا أن يفديه مولاه لوجود الرضا منهما بتعلق الدين بمالية رقبته ولو كان العبد لواحد فكاتب نصفه كان هذا اذنا لجميعه فى التجارة لوجود الرضا منه بتصرفه ثم عندهما يصير الكل مكاتبا وعند أبى حنيفة يصير نصفه مكاتبا وما اكتسب من مال فنصفه للمولى باعتبار النصف الذى لم

يكاتب منه ونصفه للمكاتب باعتبار النصف الذى يكاتب منه وما لحقه من دين كان عليه أن يسعى فيه لان مكاتبة النصف كمكاتبة الجميع في انه لايجوز بيعه فوليه السعاية فيما لحقه من الدين كما لو كان المأذون مدبرا ولو كانَ العبد بين رجلين فأذن أحدهما لصاحبه فى أن يكاتب نصيبه فكاتبه فهذا اذن منهما للعبد فى التجارة لما قلنا ولكن الكتابة تقتصر على نصيب المكاتب فى قول أبي حنيفة حتى ان نصف كسبه للمولى الذى لم يكاتب وكانه أورد هذا الفصل لايضاح ماسبق من ان سكوته عن النهى وأمره أن يكاتب نصيبه سواء فكما ان تسليطه اياه على ذلك يكون رضي منه بتصرفه ولا يكون أمرا بالكتابة فى نصيب نفسه فكذلك سكوته عن النهى الا أن تسليطه اياه علي الكتابة يكون رضامنه بالكتابة في نصيب الشريك فلا يكون له أن يفسخها بعد ذلك وسكوته عن النهى لايكون رضا منه بالكتابة في نصيب الشريك فكان له أن يبطلها وكذلك لو وكل أحدهما صاحبه أن يكاتب نصيبه لان مباشرة الوكيل الكتابة فى نصيب الموكل رضا منه بتصرف العبد وبنفوذ الكتابة في نصيب الموكل فلا يكون ذلك مباشرة منه للمكاتبة فى نصيب نفسه فما اكتسب العبد بعد ذلك يكون نصفه للمكاتب ونصفه للوكيل لان نصيبه لم يصر مكاتبا عنده ولو أذن أحدهما للعبد فى التجارة فلحقه دين ثم اشتري نصيب صاحبه منه ثم اشترى بعد ذلك وباع والمولي لايعلم به فلحقه دين فان الدين الاول والآخر كله فى النصف الاول لوجود الرضا منه بتعلق الدين بالنصف الاول ولم يوجد مثل ذلك الرضا فيما اشترى من نصيب صاحبه اذا لم يعلم منه تصرفا بعد الشراء ولو كان يعلم بيعه وشراءه بعد ما اشتري نصيب صاحبه كان هذا اذنا منه للنصف الذى اشتراه فى التجارة لان استدامته الاذن السابق وتقريره علي التصرف مع علمه منه بمنزلة ابتداء الاذن ولم يعتبر الرؤية ههنا انما اعتبر العلم بتصرفه لانه منفك الحجر فى حقه واعتبار السكوت عن النهى عند الرؤية فى المحجور عليه لدفع الضرر والغرور عن الناس وهذا فى المأذون لا يتحقق فانما يعتبر علمه بتصرفه ليكون مقررا له على ذلك بالفك السابق ثم الدين الاول فى النصف الاول خاصة لانه حين اكتسب العبد بسببه لم يكن الآذن مالكا الا لذلك النصف والدين الآخر فى جميع العبد لانه حين اكتسب بسببه كان جميعه مأذونا من جهة الآذن فى ملكه ولو أذن له أحد المولين فى التجارة وأبى الآخر الى أهل سوقه فنهاهم عن مبايعته ثم ان الذى لم يأذن له اشترى نصيب صاحبه منه فقد صار العبد محجورا عليه

لان حكم الاذن لم يكن ثابتا فى نصيب المشترى وانما كان فى نصيب البائع وقد انتقل الملك فى ذلك النصف الى المشترى ولو كان الكل مأذونا فباعه مولاه صار محجورا عليه فالنصف يعتبر بالكل فان رآه المشترى يبيع ويشترى فلم ينهه فهذا اذن منه له فى التجارة لانه بعد ما اشترى نصيب صاحبه يتمكن من نهيه عن التصرف فيجعل سكوته عن النهى دليل الرضا ولا معتبر بما سبق من النهى عن مبايعته كما لو كان العبد كله له عند ذلك واذا اشترى الرجل العبد على انه بالخيار ثلاثة أيام فاذن له في التجارة أو نظر اليه يشترى ويبيع فلم ينهه كان هـذا رضا منه بالعبد ولزمـه البيع والعبد مأذون له قبضه أو لم يقبضه لان الاذن فى التجارة تصرف منه فيه بحكم الملك فيكون دليل الرضا منـه بتقرير ملكه وذلك اسقاط منـه لخياره والسكوت عن النهى عند التمكن منه بمنزلة الاذن وهو متمكن من الاذن للنهى عن التصرف سواء قبضه أو لم يقبضه فكان سكوته كاذنه ولو كان الخيار للبائع فأذن البائع له فى التجارة بغـير محضر من المشترى أو رآه يبيع ويشترى فلم ينهه لم يسقط خياره لذلك ولم ينتقض البيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف الآخر هذا نقض منه للبيع وهـذا لان الاذن له فى التجارة تصرف بحكم الملك فيكون مقررا به ملكه وذلك منه كالتصريح بالفسخ ومن أصل أبى يوسف أن من له الخيار ينفرد بالفسخ بغير محضر من صاحبه وفى قول أبى حنيفة ومحمد لا ينفرد بالفسخ الا بمحضر من صاحبه بخلاف ما سبق فاذن المشـترى له فى التجارة بمنزلة الاجازة منه للبيع واجازته بغـير محضر من صاحبه صحيحة فان لحقه دين بعـد ما أذن له البائع فهذا نقض منه للبيع لان الدين عيب فى العبد وانما تعيب بهذا العيب بسبب الاذن الموجود من البائع فالتعييب من البائع فى مدة الخيار فسخ وان لم يكن بمحضر من صاحبه لانه فسخ من طريق الحكم وان لم يلحقه دين حتى مضت الثلاث تم البيع وصار محجورا عليه لانه كان مأذونا فى ملك البائع وقد تحول الملك فيه الى المشترى وما اكتسب العبد من شئ فهو للمشترى لا يملكه عند سقوط الخيار بسبب البيع فيستـند ملكه فى حكم الكسب الى وقت البيع فان كان المشترى قد قبضه قبل الاكتساب طاب له الكسب وان كان اكتسبه قبل قبضه تصدق به لانه ربح حصل لا على ضمانه وما اكتسبه بعد قبضه فهو ربح حصل على ضمانه فيطيب له واذا كان العبد بين رجلين فاذن له أحدهما فى التجارة فلحقه دين وفى يده مال فقال العبد هذا من التجارة وهو للغرماء وصدقه الذى اذن له وقال الذى لم يأذن له هذا

مال وهب لك ولي نصفه فالقياس أن يكون نصفه له ولكنا ندع القياس ونجعله كله للغرماء ولو علم أن المال وهبه رجل للعبد أو تصدق به أو كان من كسب اكتسبه قبل الدين أو من كسب كسبه بعد الدين من غير الذى لحقه من قبله الدين فنصف هـذا المال للمولى الذى لم يأذن له ونصفه للغرماء أما اذا علم انه صدقة أو هبة فى يده فسلامة نصفه للذى لم يأذن له ما كان بالسبب الذى به وجب الدين على العبد ولا بسبب تمكن منه باعتبار اذن الآذن لان قبول الهبة والصدقة صحيح منه وان كان محجورا عليه فيكون نصيب الذى لم يأذن من الهبة والصدقة بمنزلة نصيبه من الرقبة فكما لا يصرف نصيبه من الرقبة الى دينه فكذلك نصيبه من الهبة والصدقة وكذلك ما اكتسبه قبل لحوق الدين أو بعد لحوق الدين من غير السبب الذى لحقه من قبله الدين فنصف هذا الكسب كان سالما للذى لم يأذن له قبل أن يلحقه الدين فلا يتغير ذلك بلحوق الدين اياه أو كان يسلم له لولا ما تقدم من لحوق الدين والذى لم يأذن له مارضى بلحوق الدين اياه فلا تمتنع سلامة نصيبه له بسبب ذلك الدين وانما كان ذلك خاصا فيما اكتسبه بالسبب الذى به لحقه الدين فكان ذلك حكما ثابتا بطريق الضرورة لانه لا يتمكن من أخـذ نصيبه من ذلك الكسب الا باعتبار الرضا باكتسابه ومن ضرورته تعلق الدين بذلك الكسب أرأيت لو استقرض العبد من رجـل مالا ثم جاء من الغـدو فى يده ألف درهم فقال هذه الالف الذى استقرضت أكان للذى لم يأذن له أن يأخذ نصفه لا يكون له ذلك ويكون للمقرض أخذ ذلك المال من الذى لم يأذن له اذا عرفنا هذا فنقول اذا اختلفا فقال العبد هذا من التجارة وقال الذى لم يأذن له بل هو فى يدك هبة أو صدقة فنى القياس القول قول الذى لم يأذن له لان سبب سـلامة نصف هـذا المال له ظاهر وهو انه كسب عبده والعبد يدعي ثبوت حق الغرماء فيـه والمولى منكر فكان القول قوله لانكاره كما لو اكتسب العبد مالا ولحقه دين ثم ادعي العبد أن المولى كان اذن له في التجارة وأنكر المولى ذلك فانه يكون القول قول المولى ولكنه استحسن فجعل المال كله للغرماء لان الظاهر شاهد للعبد من حيث انه صار منفك الحجر عنه فى اكتساب المال بطريق التجارة فالظاهر ان المال فى يده بذلك الطريق حصـل ولان الدين ظهر عليه مع ظهور هـذا الكسب فى يده ولا يعلم لكل واحد منهما سبب فيجعل باعتبار الظاهر سببا واحدا ثم كسب العبد يسـلم للمولى بشرط الفراغ من دينه أو بشرط أن وصوله الي يده كان بسبب آخر غير السبب

الذي به وجب الدين وهذا الشرط لا يثبت بمجرد قول المولى فاذا لم يثبت الاستحقاق الذى به وجب الدين للمولى بقي مشغولا لحق الغرماء فقلنا يصرف جميع الكسب الى ديونهم الا ما علم انه موهوب والله أعلم

باب الدين يلحق العبد المأذون

(قال رحمه الله) واذا أذن المولى لعبده فى التجارة فلحقه دين بسبب التجارة فان كان فى كسبه وفاء بالدين أمر بقضاء الدين من كسبه عند طلب الغريم وان لم يكن فى يده كسب فيه وفاء بالدين تباع رقبته فى ديونه الا أن يفديه مولاه بقضاء الدين عندنا وقال الشافعي لا تباع رقبته فى دين التجارة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والعبد الذى لا كسب فى يده معسر فكان مستحقا للنظرة شرعا ولو أجله الطالب لم يجز بيع رقبته فيه فكذلك اذا أنظره الشرع والمعنى فيه أن رقبته ليست من كسبه ولا من تجارته ولا تباع فى دينه كسائر أموال المولى وبيان الوصف انها كانت مملوكة للمولى قبل الاذن له فى التجارة وانه لا يملك بيع رقبته ولا رهنها وتأثيره وهو ان استحقاق قضاء دين التجارة شبه الالتزام وانما يجب على من التزمه من ماله لا من مال عبده والعبد هو الملتزم دون المولى الا أن المولى بالاذن له يكون ملتزما عهدة تصرفاته فى اكسابه لا فى رقبته لانه يقصد تحصيل الربح لنفسه لا اتلاف ملكه وهذا كاذن الاب والوصى لعبد الصغير فى التجارة وهو صحيح وانما يحصل مقصوده اذا كان رجوع العبد بالعهدة مقصورا علي كسبه فصار فى حق مالية الرقبة ما بعد الاذن كما قبله وكما لا تباع رقبته فى ديون التجارة قبل الاذن فكذلك بعده بخلاف دين الاستهلاك فان وجوبه يتقرر سببه من غير أن يحتاج فيه الي اعتبار رضا المولي واستحقاق مالية الرقبة به لان الجناية الموجودة من ملكه كالجناية الموجودة منه فى استحقاق مالية الرقبة *توضيح الفرق انه لم يوجد من المتلف عليه هناك دليل الرضا بتأخر حقه وفي التأخير الي وقت عتقه اضرار به فلدفع الضرر تعلق الدين برقبة العبد وهنا صاحب الدين عامل العبد باختياره فيكون راضيا بتأخير حقه حين عامله مع علمه انه ليس في يده كسب والمولي غير راض باتلاف مالية رقبته فرعاة جانب المولي أولي وأصحابنا استدلوا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم باع رجلا فى دينه يقال له سرق فحين كان بيع الحر جائزا باعه فى دينه ومن ضرورة

بيع الحر فى دينه بيع العبد فى دينه وما ثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ بيع الحر وبقي بيع العبد مشروعا فيباع فى دينه واذا كان بيعه فى الدين مستحقا بهذا النص ظهر انه موسر فى قضاء الدين بمالية الرقبة والانظار شرعا بعد تحقق العسرة فأما مع اليسار فلا والمعنى فيه ان هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولي فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك وتأثيره بما ذكرنا أن الدين لايجب فى ذمة العبد الا شاغلا مالية رقبته ودين التجارة من المحجور عليه انما لايكون شاغلا لمالية الرقبة لانه لايظهر وجوبه فى حق المولي فانه محجور عن مباشرة سببه لحق المولي فأما بعد الاذن دين التجارة كدين الاستهلاك من حيث انه ظهر وجوبه فى حق المولي فيكون شاغلا لمالية الرقبة وبهذا تبين ان تأثير الاذن فى ظهور وجوب الدين فى حق المولي لتعلقه بمالية الرقبة وان المولي بالاذن يصير كالمتحمل لمقدار مالية الرقبة من ديونه فبهذا الطريق يتحقق رضى المولي بتعلق الدين بمالية الرقبة ولم يظهر من صاحب الدين مايدل على الرضا بتأخير حقه والدليل عليه أن العبد المأذون لو قتل فانه يقضى بالقيمة الواجبة على القاتل دينه والقيمة بدل الرقبة فكما يستحق قضاء الدين من بدل رقبته بعد القتل وان لم يكن ذلك من كسب العبد فكذلك يستحق قضاء الدين من ثمن الرقبة وهذا لان الرقبة رأس مال تجارته الا أنه لايملك بيعها ولا رهنها لان بين موجب الرهن والبيع وبين موجب الاذن تضادا فان منع استحقاق قضاء الدين من قيمته فنقول الاصل ان بدل الرقبة يجعل بمنزلة الكسب فى وجوب قضاء الدين منه كالدية فى حق الحر فانه يجعل بمنزلة كسبه في وجوب صرفه الى غرمائه فكذلك فى حق العبد بل أولى لان حق غرماء الحر كان فى ذمته فى حياته والدية ليست ببدل عن الذمة وهنا القيمة بدل عن رقبته وقد كان حق غرمائه متعلقا بالرقبة اذا عرفنا هذا فنقول كل دين وجب على المأذون بسبب هو من جنس التجارة أو كان وجوبه باعتبار سبب التجارة فانه تباع رقبته فيه حتى اذا لحقه الدين من غصب أو وديعة جحدها أو دابة عقرها فذلك من جنس دين التجارة لان هذه الاسباب توجب الملك فى المضمون بالضمان وهذا اذا كان ظهور هذه الاسباب باقراره فاما اذا كان بالمعاينة فلا اشكال انه تباع رقبته فيه لان المحجور عليه يباع فى هذا وكذلك أجر الاجير بمنزلة ثمن المبيع سواء ثبت باقراره أو ببينته لان الاقرار من التجارة وهو منفك الحجر عنه فى التجارة (ألا ترى) أن أحد المتفاوضين اذا أقر بشئ من ذلك كان شريكه مطالبا به فكذلك المأذون اذا أقر به وكذلك مهر جارية اشتراها

فوطئها فاستحقت لان وجوب هذا الدين بسبب التجارة فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد فيباع فيه سواء ثبت باقراره أو بالبينة بخلاف مهر امرأة تزوجها فوطئها ثم استحقت لان وجوب ذلك الدين بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فيتأخر الى ما بعد عتقه ولا يجوز بيع المولى العبد بامر بعض الغرماء ولا بغير أمرهم لان حقهم فى العبد مقدم على حق المولى ولوصولهم الى حقهم طريقان أحدهما آجل وفيه وفاء بحقوقهم وهو الاستكساب والثانى عاجل ولكن ربما لا يفى بحقوقهم وهو بيع الرقبة فربما لا يكون بالثمن وفاء بديونهم وفى بيع المولى اياه بدون رضاهم قطع خيارهم وابطال أحد الطريقين عليهم فلا يملك ذلك وحق كل واحد منهم ثابت كانه ليس معه غيره (ألا ترى) أنه لو أسقط الباقون حقهم كان المنع باقيا لحق هذا الواحد فكذلك اذا رضى بعضهم ولو رفعه بعض الغرماء الى القاضى ومن بقى منهم غائب فباعه القاضي للحضور أو أمره مولاه ببيعه جاز بيعه لان الحاضرين طلبوا من القاضى أن ينظر لهم وينصفهم بايصال حقهم اليهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك وهذا لان فى بيع القاضي نظرا للحاضر والغائب جميعا وللقاضى ولاية النظر فى حق الغائب وليس للمولى على الغائب ولاية النظر فلهذا جاز البيع من القاضي أو بامره ولا يجوز بدونه ثم القاضى يدفع الي الحاضرين حصتهم من الثمن ويمسك حصة الغائب لان دينه ثابت عند القاضى وبثبوت دينه ثبت مزاحمته مع الحاضرين فى الثمن فلا يدفع الى الحاضرين الا مقدار حصتهم وهذا بخلاف ما اذا حفر العبد بئرا فى الطريق فتلف فيه مال انسان فباعه القاضي فى ذلك فانه يصرف جميع الثمن الى صاحب المال وان كان من الجائز أن يتلف فى البئر مال لآخر فيكون شريكا مع الاول فى الثمن لان الثابت ههنا حق الطالب خاصة وما سوى ذلك موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق فلا ينقض شئ من حق الطالب لمكان هذا الموهوم وههنا حق الغائب ثابت معلوم فهو بمنزلة التركة اذا حضر بعض الغرماء وغاب البعض فباع القاضى التركة فى الدين فانه لا يدفع الى الحاضرين الا حصتهم لهذا المعنى فان قال العبد قبل أن يباع ان لفلان على من المال كذا فصدقه المولي بذلك أو كذبه وفلان غائب وكذبه الحضور من غرمائه فالعبد مصدق فيه ويوقف حصة المقر له من الثمن حتى يحضر لان العبد مالم يبع فى الدين فهو على اذنه واقرار المأذون بالدين صحيح فى مزاحمة الغرماء فى الثمن لان الديون اجتمعت فى حالة واحدة وهى حالة الاذن فكأنها حصلت جملة ولو أقر بذلك بعد مابا عه

القاضي وصدقه مولاه لم يصدقا على الغرماء لان العبد بالبيع صار محجورا عليه وحق الغرماء في ثمنه مقدم على حق المولى فلا يعتبر تصديق المولى ويدفع جميع الثمن الى الغرماء المعروفين فان قدم الغائب وأقام البينة على حقه اتبع الغرماء بحصته مما أخذوا من الثمن لان البينة حجة في حقهم والثابت بالبينة من دينه كالثابت بمعاينة سببه أو بتصادقهم عليه فلا يكون له على العبد ولا على مولاه البائع ولا على المشترى سبيل لان الثابت للمشترى ملك حادث وهو لم يرض بتعلق شيء من دينه بملكه والمولي البائع ما كان ملتزما لغرمائه الا مقدار مالية الرقبة وقد صارت مصروفة الي الغرماء بامر القاضي والعبد محجور عليه في الحال فلا يكون مطالبا بشيء حتى يعتق ويتبعه تحول الاستحقاق من رقبته الى الثمن فيما يرجع الى مالية الرقبة والثمن في يد الغرماء المعروفين فلهذا شاركهم الغائب بحصة ماأثبت من الدين وان أراد القاضي أن يستوثق من الغرماء بكفيل حتى يقدم الغائب فابى الغرماء أن يفعلوا لايجبرون على شيء من ذلك لان اقرار العبد كما لا يكون حجة عليهم في اثبات المزاحمة للغائب معهم كذلك لا يكون حجة عليهم في الزام اعطاء الكفيل (أرأيت) لو أبوا أن يعطوا كفيلا أولم يجدوا كفيلا كان له أن يمنعهم حقهم بسبب اقرار العبد ولكن ان أعطوه ذلك وطابت به أنفسهم جاز وقيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فأما عندهما فالقاضي يأخذ منهم كفيلا على وجه النظر للغائب اذ لا ضرر عليهم في اعطاء كفيل وأصله مابينا في كتاب الدعوى اذا قسم القاضي التركة بين الغرماء أو الورثة هل يأخذ منهم كفيلا لحق وارث أو غريم يتوهم حضوره فاذا كان عندهما هناك يحتاط بأخذ الكفيل فلان يحتاط ههنا بعد اقرار العبد أولى فان قدم الغائب فأقام البينة على اقرار العبد بدينه قبل البيع فذلك جائز أيضا لان الثابت مع اقراره بالبينة كان له أن يأخذ حصته ان شاء من الغرماء وان شاء من الكفيل ثم يرجع به الكفيل على الغرماء واذا أذن لعبده في التجارة فاكتسب مالا فأخذه المولى منه ثم لحقه دين بعد ذلك وقد استهلك المولي المال أولم يستهلكه فان كان على العبد دين يومئذ فان المولى يؤخذ بذلك المال حتى يرده لان المولى في هذا الاخذ غاصب فانه لاسبيل له على كسب العبد مالم يفرغ من دينه والدين وان قل فكل جزء من الكسب مشغول به فلهذا لا يسلم المقبوض للمولي ولا يخرج بقبضه من أن يكون كسب العبد بل كونه في يد المولى وكونه في يد العبد سواء فيشترك فيه الغرماء بالحصة وان كان قبضه ولا دين فاستهلكه أو لم يستهلكه حتى لحقه دين فليس اصحاب الدين على ماقبض

المولى سبيل لان كسبه الفارغ عن الدين خالص ملك المولى فهو محق فى أخذه ويخرج المقبوض بقبضه من أن يكون كسب العبد ويلتحق بسائر أموال المولى فاذا لحقه الدين بعد ذلك يقضى مما بقي فى يد العبد من الكسب ومما يكسبه بعد لحوق الدين لان محل قضاء الدين كسبه وما اكتسبه قبل لحوق الدين مادام فى يده فهو كسبه مثل ما اكتسب بعد لحوق الدين فيصرف جميع ذلك الى دينه ولو كان المولى أخذ منه ألف درهم فاستهلكه وعليه دين خمسمائة درهم يومئذ ثم لحقه بعد ذلك دين آخر يأتى على قيمته وعلى ماقبض المولى فان المولي يغرم الالف كلها فيكون للغرماء ويباع العبد أيضا فى دينه لان المولي غاصب للمأخوذ باعتبار ماعلى العبد من الدين وان كان الدين دون المأخوذ فهو ومالو كان فى يد العبد سواء وهذا لانا لو أوجبنا على المولي رد مقدار خمسمائة لم يسلم ذلك للغريم الاول بل يشاركه الغريم الثانى فيه لاستواء حقهما فى كسب العبد ثم يستوجب الغريم الاول الرجوع علي المولي بما بقي من حقه فاذا قبض ذلك شاركه فيه الغريم الثانى فلا يزال هكذا حتى يسترد من المولي جميع الالف فقلنا في الابتداء يسترد منه الكل اذ لافائدة في الترتيب والتكرار ولو لم يلحق العبد دين آخر لم يغرم المولي الا نصفه لانه اذا دفع للغريم خمسمائة فقد وصل اليه كمال حقه وزال المانع من سلامة الكسب للمولي فيسلم له مابقى واذا لحق المأذون دين يأتى على رقبته وعلى جميع مافى يده فأخذ منه مولاه الغلة بعد ذلك فى كل شهر عشرة دراهم حتى أخذ منه مالا كثيرا ففى القياس عليه رد جميع ماأخذ لانه أخذ ذلك من كسبه وحق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولي والمولي وان استأداه الضريبة فذلك لايصير دينا له على عبده فيسترد المأخوذ لحق الغرماء ولكنه استحسن فقال المقبوض سالم للمولي لان فى أخذ المولى الغلة منه منفعة للغرماء فانه يبقيه على الاذن بسبب ماتصل اليه من الغلة فيكتسب ويقضى حق الغرماء من كسبه واذا لم يسلم الغلة للمولى حجر عليه فينسد على الغرماء باب الوصول الى حقهم من كسبه فعرفنا ان فى هذا منفعة للغرماء والمولي يتمكن بسبب ملكه من تصرف مالا يكون فيه ضرر على الغرماء وما دفع العبد من الغلة الى المولى مثل ماينفقه على نفسه في حال تصرفه وكما ان قدر نفقته مقدم على حق غرمائه فكذلك مقدار مادفع الى المولى من غلة مثله يكون مقدما على حق غرمائه ثم منافعه على ملك المولى وهو انما يستوفى منه الغلة بدلا عن المنفعة ولو كان استوفى منفعته لم يكن للغرماء عليه سبيل فى ذلك فكذلك اذا استوفى بدل المنفعة ولو كان قبض منه كل شهر

مائة درهم كان باطلا وعليه أن يرد مازاد على غلة مثله لان فى قبض الزيادة على غلة المثل ضررا على الغرماء والعبد غير محتاج الى اداء تلك الزيادة الى المولى فكان المولى غاصبا لتلك الزيادة فعليه ردها لحق الغرماء ولو أقر العبد المأذون بدين خمسمائة ثم استفاد عبدا يساوى ألفا فأخذه المولى ثم لحق المأذون بعد ذلك دين يأتى على قيمته وعلى قيمة ما قبضه المولى فان المقبوض يؤخذ من المولى فيباع ويقسم ثمنه بين سائر الغرماء لما بينا أن المولى غاصب فى أخذ العبد منه لمكان ما عليه من الدين فان أدى المولى الدين الاول ليسلم العبد له لم يسلم ويبيع الآخرين فى دينهم لان كونه فى يد المولى ككونه فى يد العبد فيتعلق به حق كل غريم ثم المولى أسقط حق الغريم الاول بايفاء دينه ولو سقط حقه بابرائه لم يسقط به حق الغريم الثانى عن العبد المأخوذ فكذلك اذا سقط بايفاء المولى اياه وليس للمولى أن يخاصمهم بما أدى من الدين الاول لانه لا يستوجب الرجوع بما أدى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمزاحمة فى كسب العبد باعتبار الديون الواجبة عليه فان لم يؤد المولى ولكن الغريم الاول أبرأ العبد من دينه بعد ما لحقه الدين الآخر بيع العبد وقبضه المولى فى دين الآخرين لان بابرائه يسقط دينه ولا يتبين أنه لم يكن واجبا يومئذ وان حق الآخرين لم يكن متعلقا بمالية العبد المأخوذ وان كان أبرأه منه قبل أن يلحقه الدين الآخر سلم العبد الذى قبضه المولى له لان المانع من سلامته له قد انعدم بسقوط دينه فصار كما لو أخذه المولى بعدما سقط دينه قبل أن يلحقه الدين الآخر وبهذا الاخذ يخرج المأخوذ من أن يكون كسبا للمأذون فلا يتعلق به ما يلحقه من الدين بعد ذلك ولو لم يبرئه حتى لحقه الدين الآخر ثم أقر الغريم الاول أنه لم يكن له على المأذون دين فان أقر العبد المأذون له بالدين كان باطلا وسلم العبد الذى قبضه المولى له ولا يتبعه صاحب الدين الآخر بشئ منه بخلاف ما اذا أبرأه الغريم الاول لان بالابراء يسقط دينه ويتبين أنه لم يكن واجبا فأما باقراره فتبين انه لم يكن له على المأذون دين وان المقبوض كان سالما للمولى * فان قيل حين لحقه الدين الآخر كان الدين واجبا ظاهرا فباعتباره يتعلق حق الغريم الآخر بمالية العبد ثم اقرار الاول بعد ذلك لا يكون حجة فى ابطال حق الآخر فينبغى أن يجعل اقراره بمنزلة الابراء المبتدأ * قلنا هذا ان لو كان فى المحل الذى تناوله اقراره حق الغريم الآخر ولا حق للغريم الآخر فيما أقر به الاول انه لم يكن واجبا له فيكون قراره فيه صحيحا على الاطلاق فيتبين به أن المقبوض كان سالما للمولى وانه خرج

بقبضه من أن يكون كسبا للعبد ولو كان المولى أقر بالدين للاول كما أقر به العبد ثم قال الغريم الاول لم يكن لى على العبد دين واقراره لى كان باطلا فان الغريم الآخر يأخذ العبد الذي قبضه المولى ليباع فى دينه لان المولى أقر أن الدين الاول كان واجبا وانه غاصب فى أخذ العبد واقراره فيما فى يده حجة عليه فيجعل ذلك كالثابت باتفاقهم * توضيحه أن المولى ههنا أقر بان الشركة وقعت بين الغريمين فيما قبضه هو ثم سقط حق أحدهما بسبب اقراره فبقى حق الآخر كما لو أبرأه غريم الاول وفى الاول لم يقر المولى بثبوت الشركة بين الغرماء فى العبد الذى أخذه ولكن انما كان يثبت فيه حق الغريم الثانى لوجوب الدين الاول فاذا ظهر باقرار الاول أنه لم يكن له دين ثم قبض المولى العبد ولا شركة للغريم الآخر معه لان دينه لحق المأذون بعد ما خرج العبد من أن يكون كسبا له واذا أذن الرجل لامته فلحقها دين ثم وهب لها هبة أو تصدق عليها بصدقة أو اكتسبت مالا من التجارة فغرماؤها أحق بجميع ذلك من مولاها وقال زفر رحمه الله لاحق لغرمائها الا فيما اكتسبت بطريق التجارة لان وجوب الدين عليها بسبب التجارة فما كان من كسب تجارتها يتعلق الدين به لاتحاد السبب ومالم يكن من كسب تجارتها فهو كسائر أملاك المولى فلا يتعلق حق غرمائها به (ألا ترى) أنها لو ولدت ثم لحقها دين بعد ذلك لم يتعلق حق غرمائها بولدها لهذا المعنى وهذا لان وقوع الملك للمولى فى الهبة والصدقة ما كان بسبب فك الحجر عنه * فان قيل الاذن كان يثبت له الملك فى الهبة والصدقة أيضا بخلاف كسب التجارة فحصوله كان بسبب الاذن له فى التجارة * قلنا بانه لا يسلم للمولى مالم يفرغ عن دين العبد * وحجتنا فى ذلك أن الهبة والصدقة كسب العبد فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ من دين العبد ككسب التجارة وهذا لان الكسب يوجب الملك للمكتسب باى طريق كان الا أن المكتسب اذا لم يكن أهلا للملك يخلفه فى ذلك مولاه خلافة الوارث المورث فكما أنه لا يسلم للوارث شئ من التركة الا بشرط الفراغ من دين المورث فكذلك لا يسلم للمولى شئ من كسب العبد الا بشرط الفراغ من دينه وهذا لان العبد وان لم يكن أهلا للملك فهو من أهل قضاء الدين بكسبه وحاجته فى ذلك مقدمة على حق مولاه فى كسبه فمالم يفضل عن حاجته لا يسلم للمولى شئ منه ويستوى ان كان الكسب قبل لحوق الدين أو بعد لحوق الدين لان يدها فى الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما له فباعتبار بقاء يدها تبقى حاجتها فيه مقدمة بخلاف ما اذا كان

أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين وهذا بخلاف مالو ولدت بعد مالحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها فكما ان نفسها لاتكون من كسبها ولايكون الملك للمولى فى نفسها مستفادا من جهتها فكذلك فى ولدها الا أن نفسها تباع فى الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها فى التجارة وذلك لا يوجد فى حق الولد ولا يعلق به حق الغرماء انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا بخلاف ماإذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثم ولدت لان حق الغرماء تعلق بها فى حال ما كان الولد جزأ متصلا بها فيسرى الى الولد بحكم الاتصال وينفصل على تلك الصفة ثم تعلق حق الغرماء بها لايكون قبل سبب وجوب الدين فاذا كان السبب موجودا بعد انفصال الولد لايمكن اثبات الحكم فى الولد بطريق السراية وهذا بخلاف الدفع بالجناية فان الجارية اذا ولدت فلاحق لاولياء الجناية فى ولدها لان حقهم هناك فى بدل المتلف وهو ارش الجناية أوفى نفسها جرى على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متأكد بدليل تمكن المولى من التصرف فيها كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لايسرى الى الولد وهنا حق الغرماء متأكد فى ذمتها متعلق بماليتها بصفة التأكيد بدليل انه لاينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة مالم يصل الى الغرماء حقهم فيسرى هذا الحق المتأكد الى الولد ولو ولدت ولدا وعليها دين ثم لحقها دين بعد ذلك اشترك الغرماء جميعا فى ماليتها اذا بيعت فأما ولدها فلاصحاب الدين خاصة لانه انفصل عنها وحقهم ثابت فيها فسرى الى الولد وأصحاب الدين الآخر انما يثبت حقهم فيها بعد انفصال الولد عنها فلهذا لا يثبت حق الغرماء فى ولدها ولو ولدت ولدين أحدهما قبل الدين والآخر بعد الدين لحق الولد الدين الاخر دون الاول لان الاول انفصل عنها قبل تعلق الدين برقبتها ويعتبر حال كل واحد من الولدين كانه ليس معه الولد الآخر ولو جنى عليها جناية فاستوفى أرشها من الجانى أو كان الجانى عبدا فدفع بالجناية فحكمه حكم ولدها فى حق الغرماء لان الارش مملوك للمولى لا من جهتها ولكن بدل جزء منها فيكون حكم الارش حكم ولدها فى حق الغرماء وفى الجارية الجانية اذا جنى عليها يدفع الارش معها لان الارش بدل جزء من عينها وحق الدفع كان ثابتا فى ذلك الجزء فيثبت فى بدله اعتبارا لبدل طرفها ببدل نفسها فاما الولد فليس ببدل جزء فائت من عينها ولكنه زيادة انفصل عنها فلا يثبت فيه حق أولياء الجناية لوجوب دفعها اليهم بالجناية فكان الولد فى هذا قياس العقد فانها لو وطئت بالشبهة لايتعلق حق أولياء الجناية بعقدها فكذلك بولدها

واذا أذن لعبده فى التجارة فلحقه دين كثير ثم دبره مولاه فالغرماء بالخيار ان شاؤا ضمنوا المولى القيمة وان شاؤا استسعوا العبد في جميع الدين لان قبل التدبير كان لوصولهم الى حقهم طريقان بيع الرقبة في الدين أو الاستسعاء والمولى بالتدبير فوت عليهم أحد الطريقين وهو استيفاء الدين من المالية لان التدبير لايمكن بيعه فى الدين وما يعرض للطريق الآخروهو الكسب لان الكسب بعد التدبير يكون على ملك المولى كما كان قبله فيبقى الخيار لهم ان شاؤا ضمنوا المولى لاتلافه مالية الرقبة عليهم وذلك يتقدر بقيمة العبد فاذا استوفوا ذلك منه فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق لانه لو وصل ذلك اليهم ببيعه فى الدين لم يبق لهم عليه سبيل حتى يعتق فكذلك اذا وصل اليهم بتضمين المولى فاذا عتق اتبعوه ببقية دينهم لان بقية الدين كان ثابتا فى ذمته فعليه قضاؤه من خالص ملكه وخالص ملكه ما اكتسب بعد العتق فأما ما كان اكتسبه قبل العتق فهو للمولى والمولى قد ضمن لهم مالية الرقبة فلا يبقى لهم سبيل على كسب هو ملك المولى فان اختاروا استسعاء المدبر استسعوه فى جميع الدين كما قبل التدبير كان لهم حق استيفاء جميع الدين من كسبه فكذلك بعد التدبير لان الكسب على ملك المولى والمولى راض بقضاء ديونه من كسبه بخلاف الاول فهناك المولى ضمن مالية الرقبة فهو غير راض بصرف مايكتسبه بعد اسلامه مالية الرقبة للغرماء الى ديونهم فاذا اختاروا أحد الامرين فليس لهم أن يرجعوا عنه بعد ذلك لانهم اختاروا تضمين المولى فقد سلموا مايكتسبه المدبر للمولى وان اختاروا استسعاء المدبر فقد أبرؤا المولى فلا يكون لهم أن يرجعوا عنه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما فان ضمنوا المولى قيمته اقتسموها بينهم بالحصص والعبد على اذنه فان اشترى وباع فلحقه دين كان لاصحاب هذا الدين أن يستسعوه ولا سبيل لهم على المولى لان حقهم ماتعلق بمالية الرقبة فانه ما كان محلا للبيع حين وجب دينهم فانما يتعلق حقهم بالكسب خاصة ولا يشاركهم الاولون فى سعايته لانهم باختيار تضمين المولى أسقطوا حقهم عن كسب رقبته ولان استدامة الاذن بعد التدبير كانشائه فان فضل شيء من كسبه عن دين الآخرين كان للمولى دون الاولين واذا قتل المدبر كانت قيمته للآخرين دون الاولين لان القيمة بدل الرقبة فيكون كالكسب فى وجوب صرفها الى الدين ولان الاولين قد وصل اليهم بدل مالية الرقبة حين ضمنوا المولى قيمته فلاسبيل لهم على القيمة التى تستوفى من القاتل ولم يسلم للآخرين شيء من ذلك واذا لحق العبد المأذون

دين ثلاثة آلاف درهم لثلاثة نفر وقيمته ألف درهم ثم دبره المولي فاختار بعض الغرماء اتباع المولى بالقيمة وبعضهم استسعاء العبد فذلك لهم لان لكل واحد منهم فيما اختار غرضا صحيحا وقد كان لكل واحد منهم هذا الخيار في دينه قبل التدبير فكذلك بعده الا أن قبل التدبير اذا اختار أحدهم البيع فبيع له لا يملك ايفاء حق الباقين في الكسب لانه بالبيع قد انحجر عليه وههنا بعد التدبير العبد على اذنه فيمكن ايفاء حق من اختار السعاية في كسبه فان كان اختار ضمان المولى اثنان منهم كان لهما ثلثا القيمة وسلم للمولى ثلث القيمة لان القيمة على المولى اثلاثا بينهم لو اختاروا تضمينه والذى اختار الاستسعاء ما أسقط حقه أصلا ولكن عين حقه شيأ من ملك المولي وهو الكسب فيكون مزاحمته مع الاولين في حق المولى قائم حكما فلهذا يسلم حصته من القيمة للمولي ويغرم الآخرين ثلثي القيمة ثم الذى اختار السعاية ان أخذها من العبد قبل أن يأخذ الآخر ان شاء من القيمة لم يكن لهما حق المشاركة معه فيما قبض لانهما أسقطا حقه عن السعاية باختيار التضمين فانقطعت المشاركة بينه وبينهما في السعاية واذا أراد الذى اختار السعاية قبل أن يأخذ المولى نصيبه أو شارك صاحبه فيما يقبضان من القيمة لم يكن له ذلك وكذلك الآخران بعد اختيارهما ضمان المولى وان أرادا أن يتبعا المدبر بدينهما ويدعا تضمين المولى لم يكن لهما ذلك وان سلم ذلك لهما المولى لان كسب العبد صار حقا للذى اختار السعاية مالم يصل اليه كمال دينه وحقه فيه مقدم على حق المولى فلا يتبين رضي المولى في مزاحمة الآخرين معه في السعاية بعدما أسقطا حقهما عنها باختيار تضمين المولى فان اشترى المدبر بعد ذلك وباع فلحقه دين آخر كان جميع كسب المدبر بين صاحب الدين الذى اختار سعايته وبين أصحاب الدين الذى لحقه آخرا ليس لاحد منهم أن يأخذ منه شيأ دون صاحبه لان العبد بقي على اذنه فهذه الديون جميعها حالة واحدة وهى حالة الاذن فيكون الكسب مشتركا بينهم بالحصة فايهم أخذ منه شيأ شاركه أصحابه وقد بينا أن مااكتسب من ذلك قبل أن يلحقه الدين الآخر أو بعده في ذلك سواء فان كان الاول الذى اختار سعايته قبض شيأ من سعايته قبل أن يلحقه الدين الآخر سلم ذلك له لانه حين قبضه ما كان لاحد سواه حق في الكسب وماقبضه خرج من أن يكون كسبا للعبد فلا يتعلق به حق الآخرين بعد ذلك كما لو كان المولى هو الذى قبضه ولو أقر المدبر لرجل بدين ألف درهم وذكر انه كان عليه قبل التدبير فصدقه صاحبه أو قال كان بعد التدبير فذلك سواء ويسعى له المدبر مع غرمائه لانه باق على اذنه فيما يلزمه باقراره بمنزلة

ما يلزمه بالتجارة فما سعى فيه من شئ اشتركوا فيه ولا يصدق المدبر على أن يدخل هذا فى القيمة التى كانت وجبت للاولين على المولى لانه فى اسناد الاقرار الى ماقبل التدبير متهم فى حقهم فانه لا يملك اثبات المزاحمة له معهم بطريق الانشاء ولو صدقه المولى فى ذلك وأقر انه كان قبل التدبير واختار هذا الغريم اتباع المولى فان كان المولى دفع الى الغريمين اللذين اختارا ضمانه ثلثى القيمة بقضاء القاضى دفع الى هذا المقر له سدس القيمة وهو نصف مابقى عليه لان تصديق المولى معتبر فى حقه غير معتبر فى حق الاولين وهو يزعم أن الاولين حقهما فى نصف القيمة وان عليهما رد الزيادة على ذلك ولكنه غير مصدق فى استرداد شئ منهما الا أن مادفعه بقضاء القاضى لا يكون مضمونا فيجعل ذلك كالتاوى وما بقى بزعمه بين الآخرين نصفين الا أن الذى اختار السعاية يسلم للمولى حصته من ذلك فيدفع الى المقر له مقدار حقه من ذلك وهو مقدار نصف مابقى عليه بزعمه ثم اتبع هذا الغريم المدبر بثلث دينه فيسعى له فيه لانه تمام حقه فى ربع القيمة وانما سلم له سدس القيمة وذلك ثلثا حقه ولو لم يسلم له شئ من القيمة كان له أن يستسعى العبد فى جميع دينه فكذلك يستسعيه فى ثلث دينه حين لم يسلم له ثلث نصيبه من القيمة اعتبارا للبعض بالكل ولا يبطل اختياره ضمان المولى حق استسعائه فى هذا القدر لان اختياره ضمان المولى معتبر فيما وصل اليه دون مالا يصل اليه والواصل اليه ثلثا نصيبه من قيمته فلا يعتبر ذلك الاختيار فى ابطال حقه فى السعاية فى الثلث الباقى وان كان دفع الثلثين بغير قضاء قاض غرم للمقر له ربع جميع القيمة لان المولى مقر أن حقه فى ربع جميع القيمة وما دفع الى الاولين زيادة على حقهما ههنا محسوب عليه فى حق المقر له لانه دفعه باختياره فلهذا غرم له جميع نصيبه وهو ربع القيمة ثم لا يتبع المقر له المدبر بشئ من دينه حتى يعتق لانه وصل اليه كمال حقه من بدل الرقبة قال (ألا ترى) ان غرماءه الثلاثة الاولين لو اختاروا ضمان المولى فضمنوه القيمة فدفعها اليهم بقضاء ثم ادعى آخر على المدبر دينا ألف درهم قبل التدبير وصدقه المدبر والمولى فى ذلك فلا سبيل لهذا الغريم على تلك القيمة ولا على المولى ولا يبطل اختياره ضمان المولى حقه فى سعاية العبد بخلاف ماإذا كان دفع القيمة الى الاولين بغير قضاء قاض فانه يغرم للدافع كمال حصته وهو ربع القيمة ولو لم يكن المولى دبر عبده ولكنه أعتقه وهو موسر أو معسر فهو سواء والغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المولى بالقيمة لانه أتلف حقهم فى ماليته بالاعتاق وضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فاذا اتبعوه

بالقيمة أخذا العبد بما بقى من دينهم لان كسبه بعد العتق خالص حقه والباقى من الدين ثابت فى ذمته فعليه قضاؤه من ملكه بخلاف التدبير فان كسبه بعد التدبير مال المولى وقد ضمن المولى لهم بدل الرقبة فلا يبقى لهم سبيل على شئ من ملكه بعد ذلك حتى يعتق وان شاؤا أخذوا جميع دينهم من العبد وأبرؤا المولى لان ضمان القيمة على المولى خالص حقهم وهو محتمل للاسقاط فيسقط باسقاطهم ويبقى أصل ديونهم على العبد وقد عتق فيتبعوه بجميع ذلك وان اختاروا اتباع العبد بدينهم ولم يبرؤا المولي من شئ لم يكن هذا براءة منهم للمولى لان المولى في مقدار القيمة متحمل لهم عن العبد بمنزلة الكفيل ومطالبة الاصيل بالدين لاتوجب براءة الكفيل بدون الابراء وكذلك لو اختاروا ضمان المولى كان لهم أن يتبعوا العبد بجميع دينهم اذا لم يقبضوا من المولي شيأ لان اختيارهم تضمين المولى بمنزلة مطالبة الكفيل بالدين وذلك غير مبرئ للاصيل بخلاف التدبير فهناك حقهم أحد شيئين اما القيمة على المولى أو استيفاء الدين من كسبه على ملك المولي فاختيارهم أحد الامرين يوجب براءة الآخر وههنا قد ثبت حقهم فى الامرين جميعا لتقرر سببهما فى مطالبة المعتق بجميع الدين لانه فى ذمته وفى مطالبة المولى بالقيمة لانه متحمل لذلك القدر (ألا ترى) انهم اذا أخذوا القيمة من المولى كان لهم أن يتبعوا العبد ببقية دينهم فلهذا لايكون اختيارهم تضمين أحدهما ابراء للآخر ولو اختار بعض الغرماء اتباع المولي وأبرؤا المولي من أن يكون يتبعه بشئ من القيمة لم يكن لهم بعد ذلك أن يتبعوه بشئ لصحة الابراء منهم له عن ذلك فى حقهم وتكون القيمة كلها لاصحاب الدين الذين اختاروا تضمين المولى لان النقصان كان لمزاحمة الآخرين وقد زال ذلك بالابراء فالتحق بما لولم يكن الادينهم وهذا بخلاف التدبير فهناك مزاحمة الذين اختاروا استسعاء العبد لم ينعدم فى حق المولى لان سعايته ملك المولى فلهذا لايدفع الي الذين اختاروا ضمانه لان حصتهم من القيمة وهنا مزاحمة الذين أبرؤا المولى قد انعدمت فى حقه من كل وجه لانهم يأخذون دينهم من سعاية هى خالص ملك المعتق لاحق للمولى فيه فلهذا لزمه دفع جميع القيمة الى الذين اختاروا تضمينه ولهم الخيار كما بينا فان آخذوا المولى لم يرجع على العبد بشئ لانه ضامن لاتلافه محل حقهم أو لانه متحمل عن العبد ولم يستوجب بهذا التحمل شيأ على العبد وان آخذوا العبد لم يرجع علي المولى بشئ لانه أصيل قضي دينه بملكه وما أخذ واحد منهم من القيمة التى على المولى اشترك فيها جميع من اختار

ضمان المولى لان وجوب القيمة لهم على المولى بسبب واحد ولان القيمة كالثمن لو بيعت الرقبة في ديونهم وما أخذ واحد من الغرماء من العبد بعد عتقه فهو له خاصة لايشاركه فيه الغرماء لانه حر ودين الحر فى ذمته لاتعلق له بكسبه وانما وجب دين كل واحد منهم فى ذمته بسبب على حدة بخلاف التدبير فانه بعد التدبير مملوك والدين فى ذمة المملوك يكون شاغلا لكسبه فلهذا اذا خص أحدهم بقضاء الدين دون أصحابه لم يسلم ذلك له ولو لحق العبد المأذون دين كبير فأعتقه المولى وأخذ ما فى يده من المال فاستهلكه ثم اختار الغرماء اتباع العبد وأخذوا منه الدين رجع العبد على المولى فى المال الذى أخذ منه بما أداه من الدين وضمنه ذلك لان كسبه انما كان يسلم للمولى بشرط براءته عن الدين ولم يوجد وهو غير متبرع فيما أدى من الدين من خالص ملكه بعد العتق بل هو مجبر على ذلك فيكون له أن يرجع على المولى فيما استهلكه من كسبه بذلك المقدار وان كان قائما فى يد المولى اتبعه العبد حتى يستوفى منه مقدار ما أدى وما فضل منه فهو للمولى وكذلك لو لم يوف العبد الدين ولكن الغرماء أبرؤه منه لم يرجع على المولى بشئ من ذلك المال لانه كان اكتسبه فى حال رقه وقد فرغ من دينه فيكون سالما للمولى وكذلك ان كانت أمة فاعتقها وأخذ منها مالها وولدها وأرش يدها وقد كان الدين لحقها قبل الولادة والجناية ثم حضر الغرماء فان المولى يجبر على أن يدفع اليها مالها لتقضي دينها لان كسبها لايسلم للمولى مع قيام الدين عليها ولا يجبر علي دفع الولد والارش ان كان لم يعتقها ولكن تباع فيقضى من ثمنها ومن ارش اليد الدين لان الولد ليس من كسبها فى شئ بل هو ملك المولى كرقبتها وليس للغرماء أن يعينوا على المولي قضاء الدين من مالية الولد ولكن الخيار فى ذلك الي المولي فان أرادوا بيع الرقبة لهم فى ديونهم وفى الرقبة وفاء بحقوقهم فقد وصل اليهم كمال حقهم وارش اليد من جنس حقهم فاذا استوفوا حقهم منه لايبقى لهم على الولد سبيل وان كان المولي أعتقها فللغرماء أن يرجعوا عليه بقيمتها لانه أتلف ماليتها عليهم ثم يباع ولدها فى دينهم أيضا لانه انفصل بعد تعلق حقهم بماليتها ويأخذون من المولي الارش أيضا لانه بدل ما كان تعلق حقهم به ثم يتبعون الامة بما بقى من دينهم لانها قد أعتقت وان شاؤا اتبعوها بجميع الدين وتركوا اتباع المولي فان اتبعوها بدينهم فأخذوه منها سلم للمولى ولدا لامة وما أخذ من ارش يدها لم يكن لها أن ترجع على المولى بالولد والارش كما لا ترجع بقيمة نفسها اعتبار للجزء بالكل والمعنى ان المولى يرجع بما يملكه من جهتها

ولها أن ترجع على المولى بما أخذ من مالها لانه كان يتملكه من جهتها فلا يسلم له ذلك الا بابرائها عن الدين فكذلك لو باعها للغرماء بدينهم وقبض الثمن ثم أعتق المشترى الجارية فان شاء الغرماء أخذوا الثمن واتبعوا الجارية بما بقى من دينهم لان ما بقى استقر فى ذمتها فعليها قضاؤه من ملكها بعد العتق وان شاؤا اتبعوها بجميع دينهم فان أخذوا ذلك منها سلم للمولى الثمن لانها أصل فى جميع الدين والمولى فى مقدار الثمن كالكفيل والاصيل اذا قضى الدين من ملكه لم يكن له أن يرجع على الكفيل بشئ فكذلك اذا كان المولى كاتبها باذن الغرماء ما كان لهم أن يأخذوا جميع ما يقبض المولى من المكاتبة لان ذلك كسبها وحقهم باق فى كسبها وان نفذت الكتابة فيها برضاهم فليس لهم أن يرجعوا فيها بشئ من دينهم ما دامت مكاتبة لان المكاتبة التى استوفوا فى معنى بدل الرقبة فاذا وصل اليهم بدل الرقبة لا يبقى لهم سبيل على كسبها مالم تعتق (ألا ترى) أن كتابة المولى اياها باذن الغرماء كبيعها ولو باعها برضاهم وأخذوا ثمنها لم يبق لهم على كسبها سبيل مالم تعتق فكذلك ههنا فان قبض المولى جميع المكاتبة وعتقت فالغرماء بالخيار ان شاؤا أخذوا المكاتبة من السيد لانه بدل ما تعلق به حقهم ثم اتبعوا الامة بما بقى من دينهم لانها قد عتقت وان شاؤا أخذوا الامة بجميع دينهم فان أخذوه منها سلمت المكاتبة للمولى بمنزلة الثمن الذى أخذه المولى ببيعها برضاهم وهذا لان كل واحد منهما بدل الرقبة وحكم البدل حكم الاصل وملك الرقبة للمولى ما كان مستفادا من جهتها وهى فيما قضت من الدين أصل فلا ترجع على المولى بشئ بما كان متحملا عنها لغرمائها واذا أذن للعبد فى التجارة فلحقه دين كبير ثم ان المولى كاتبه فللغرماء أن يفسخوا الكتابة لانهم يتضررون بما باشره المولى من حيث انه يتعذر عليهم استيفاء الدين من مالية الرقبة بالبيع والكتابة تحتمل الفسخ فيفسخونها لدفع الضرر عنهم كما يفسخون البيع وكما يفسخ الشريك الكتابة فان لم يعلموا ذلك حتى أدى الكتابة الى المولى فقد عتق بادائها لوجود شرط العتق والمولى كان يملك تنجيز العتق فيه مع اشتغاله بحق الغرماء فيصح منه أيضا تعلق العتق باداء المال ويعتق بالاداء ثم للغرماء أن يأخذوا الكتابة من المولى فيقتسمونها بينهم بالحصص لان المؤدى كسب العبد وحق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولى فلا ينتقض العتق باستيفائهم بدل الكتابة من المولى لانه لا ناقض للعتق بعد الوقوع وللغرماء أن يضمنوا المولى قيمته لانه أتلف عليهم مالية الرقبة بعد ما تعلق حقهم بها بخلاف المسئلة الاولى فهناك انما كاتبه برضاهم فكذلك يضمن لهم القيمة ثم

يتبعوا العبد بما بقي من ديونهم لانه حر فعليه قضاء دينه من خالص ملكه وان شاؤا اتبعوا العبد بجميع دينهم لتقرر الدين فى ذمته بعد ما عتق وتسلم الكتابة للمولى وليس للعبد أن يرجع عليه بشيء مما أدى لان الكتابة بدل ما سلم للعبد من جهة المولى وهو العتق فلا يكون له أن يرجع على المولى بشيء منه ٭فان قيل فالغرماء اذا استوفوا الكتابة ينبغي أن لا يكون لهم أن يضمنوا المولى القيمة لان بدل الرقبة سلم لهم وان كانت الكتابة بمنزلة كسبه وليست ببدل عن رقبته فينبغي للمكاتب أن يرجع به على المولي كما اذا أخذ كسب عبده المأذون وأعتقه فقضى الدين من خالص ملكه كان له أن يرجع على المولى بما أخذ منه من كسبه٭قلنا الموجود فى حق الغرماء كسب العبد واستيفاء الكسب لا يبطل حقهم عن بدل الرقبة فأما فيما بين المولى والمكاتب فهو بدل عما أوجبه للمكاتب وقد سلم ذلك للمكاتب من جهته وهذا لان المولى بعقد الكتابة يكون مسقطا حقه عن كسبه فيأخذون من المولى ما استوفى باعتبار أنه كسبه ولو كان العبد أدى بعض الكتابة ثم جاء الغرماء فلهم أن يطلبوا الكتابة ويباع العبد لهم فى دينهم لان احتمال الكتابة بالفسخ بعد قبض البدل كما كان قبله ويأخذون ماقبض المولى من الكتابة لانه كسب العبد المأذون فاذا أجازوا المكاتبة جازت لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وما كان قبض المولى وما بقى منها فهو بين الغرماء كما لو كانت الكتابة باذنهم لما بينا أن المقبوض كسب العبد فان كان ما قبض المولي منها هلك قبل الاجازة لم يكن للغرماء الا مابقى من الكتابة لان اجازتهم دليل الرضا منهم بقبض ما قبضه المولى فكان أمينا فيه غير ضامن بالهلاك فى يده ولو أجاز المكاتبة بعض الغرماء دون البعض لم يجبر لان لكل واحد منهم حق نقض الكتابة لاجل دينهم وبعضهم لا يملك ابطال حق النقض والذى أجاز قد أسقط حق نفسه فكانه لم يكن فى الابتداء الا حق الذى لم يجز ولو أراد وارد المكاتبة فأعطاهم المولى دينهم أو أعطاهم ذلك المكاتب فأبوا أن يقبلوا وأرادوا رد المكاتبة لم يكن لهم ذلك لان حقهم فى ديونهم فاذا وصل اليهم كمال حقهم فقد زال المانع من نفوذ الكتابة وهم متعنتون فى الاباء لانهم يفسخون الكتابة ليبيعوه فى ديونهم وقد وصلت اليهم ديونهم فلهذا لا يكون لهم أن يفسخوا الكتابة والله أعلم

باب العبد بين رجلين يلحقه دين

(قال رحمه الله) واذا كان العبد بين رجلين فأذنا له فى التجارة ثم أدانه أحد المولين

مائة درهم وادانه أجنبي مائة درهم ثم بيع العبد بمائة درهم أو قتل واستوفيت القيمة مائة درهم من قاتله أو مات وخلف مائة درهم من كسبه فعند أبي حنيفة رحمه الله تقسم هذه المائة بين الاجنبي والمولى الدائن اثلاثا بطريق العول يضرب الاجنبي فيه بمائة والمولى الدائن بخمسين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهما على طريق المنازعة أرباعا ثلاثة أرباعها للاجنبي وربعها للمولى الدائن وجه قولهما أن نصف المائة نصيب المولي الدائن ودينه لا يثبت في نفسه فيسلم ذلك للاجنبي خاصة ونصفه نصيب الذي لم يدن وقد استوفى فيه حق الاجنبي وحق المولى الدائن من دين كل واحد منهما فيه مقدار خمسين فيقسم ذلك بينهما نصفين وأبو حنيفة رحمه الله يقول محل الدين هو الذمة وانما المال محل قضاء الدين لا محل وجوب الدين وجميع دين الاجنبي ثابت في ذمة العبد والثابت من دين المولى نصفه لان نصف العبد ملكه ولا يستوجب المولى على عبده دينا فيضرب كل واحد منهما بجميع ما ثبت من دينه لان قسمة كسب العبد بين غرمائه كقسمة التركة بين الغرماء واذا اجتمع في التركة دين مائة لرجل ودين خمسون لآخر والتركة مائة فانه يضرب كل واحد منهما فيها بجميع حقه وتكون التركة بينهما أثلاثا فهذا مثله وهذه المسئلة نظائرها واضدادها قد تقدم بيانها في كتاب الدعوى فلهذا اقتصرنا على هذا الحرف لكل واحد منهما لان مسائل الباب على هذا تدور ولو ادانه كل واحد من المولين مائة درهم وادانه أجنبي مائة درهم والمسألة بحالها فنصف المائة للاجنبي ونصفها للمولين أما عندهما فلان نصيب الاكبر فارغ عن دينه وقد استوى فيه الاصغر مع الاجنبي لان الثابت من دين كل واحد منهما فيه بقدر خمسين فيكون بينهما نصفين وكذلك نصيب الاصغر منهما فارغ عن دينه وقد استوى فيه حق الاكبر والاجنبي فيقسم بينهما نصفين فبالقسمتين يسلم للاجنبي نصف المائة ولكل واحد من المولين ربع المائة فاما عند أبي حنيفة فلان الثابت من دين كل واحد من المولين خمسون ودين الاجنبي ثابت كله فيضرب الاجنبي بمائة وكل واحد من المولين بخمسين فكان للاجنبي نصف المائة وللمولين نصفها بينهما نصفين واذا كان رجلان شريكين شركة مفاوضة أو عنان وبينهما عبد ليس من شركتهما فادانه أحدهما مائة درهم من شركتهما وادانه أجنبي مائة ثم مات العبد وترك مائة أو بيع بمائة فللاجنبي ثلثاها وللشريكين ثلثها لان ادانة أحد الشريكين في المال المشترك كادانتهما جميعا فصار كل واحد منهما مدينا له بقدر الخمسين ثم نصيب الاكبر منهما فارغ عن حقه وقد اجتمع

فيه من دين الاجنبي خمسون درهما ومن دين الاصغر خمسة وعشرون لانه كان مدينا بجميعه خمسين على مقدار حقهما أثلاثا وكذلك نصيب الاصغر يقسم بين الاصغر والاجنبي أثلاثا بهذا الطريق فبالقسمة يحصل للاجنبي ثلثا المائة وللموليين ثلث المائة وعند أبي حنيفة دين الاجنبي وهو مائة كله ثابت والثابت من دين كل واحد من الموليين مقدار خمسة وعشرين فاذا جعلت كل خمسة وعشرين سهما صارت المالية التي للاجنبي أربعة أسهم ولكل واحد من الموليين سهم فتكون القسمة على ستة أربعة للاجنبي وذلك ثلثا المائة وسهمان للموليين وذلك ثلث المائة ولو كانت شركتهما شركة عنان والعبد من شركتهما فاداناه مائة درهم من غير شركتهما وأدانه أجنبي مائة درهم كان ثلثا المال للاجنبي وثلثه بين الموليين لما قلنا ان كل واحد منهما صار مدينا له في مقدار خمسين نصف ذلك لا في نصيبه فلم يثبت ونصفه يثبت باعتبار شريكه فكان الثابت من دين كل واحد من الموليين خمسة وعشرين ودين الاجنبي ثابت كله فتكون القسمة بينهم على ستة أسهم على ما بينا ولو كان العبد من شركتهما فاداناه وادانه أحدهما مائة من شركتهما وادانه أجنبي مائة والمسألة بحالها فالمائة كلها للاجنبي ولا شيء لواحد من الشريكين ههنا لان العبد والمال كله من شركتهما فلا يثبت شيء من دين الموليين لاتحاد المستحق واتحاد حكم الواجب والمحل الذي يقضى منه وانما الثابت دين الاجنبي خاصة وهو نظير مالو كان العبد لواحد فأدانه مائة وأجنبي مائة ثم بيع بمائة فان الثمن كله للاجنبي ولا يكون للمولى منه شيء واذا أذن أحد الرجلين لعبد بينهما في التجارة ثم أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة ثم ان المولى الذي لم يأذن للعبد غاب وحضر الاجنبي فأراد بيع نصيب المولى الذي أذن العبد في دينه بيع له لان دينه متعلق بنصيب كل واحد منهما والحاضر منهما خصم في نصيبه وليس بخصم في نصيب الغائب ولكن أحد النصفين ينفرد عن الآخر في البيع في الدين فلا يتأخر بيع نصيب الحاضر لغيبة الآخر فان بيع بخمسين درهما أخذها الاجنبي كلها لانه لا يثبت شيء من دين المولى الدائن في نصيبه فيسلم نصيبه للاجنبي فان حضر المولي الآخر فانه يباع نصيبه للاجنبي وللمولي الذي أدانه فيقتسمان ذلك نصفين لان دين كل واحد منهما ثابت في نصيبه وقد استويا في ذلك فان الباقي من دين الاجنبي فيه خمسون والثابت من دين المولى الدائن فيه خمسون فلهذا يقسم نصيبه بينهما نصفين وهذا شاهد لهما على أبي حنيفة ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول قد تميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ههنا حين بيع نصيب كل واحد

منهما بعقد على حدة فلا بد من اعتبار حال كل واحد من النصيبين على الانفراد ولو كان ثمن نصيب المولى الذى أدان العبد توى على المشترى وبيع نصيب الذى لم يدن بخمسين درهما أو باكثر أو باقل فان ذلك يقسم بينهما أثلاثا سهم للاجنبي وسهم للمولى الذى أدان لانه لم يصل الى الاجنبي شئ من حقه وجميع دينه ثابت فى كل جزء من العبد فهو يضرب بمائة والمولي الدائن يضرب بما ثبت من دينه وذلك خمسون فلهذا قسم هذا النصف بينهما أثلاثا وهو دليل لابى حنيفة فى انه يتميز فى حكم الدين بعض العبد عن البعض فان اقتسماه كذلك ثم خرجت الخمسون الاولى أخذها الاجنبي كلها لانه قد بقى من دينه هذا القدر وزيادة ولاحق للمولي الدائن فى ثمن نصيبه فيأخذها الاجنبي كلها وكذلك لو كانت أكثر من خمسين درهما حتى تزيد عن ثلثى المائة فتكون الزيادة للمولى الذى أدان لانه قد وصل الى الاجنبي كمال حقه والباقى ثمن نصيب المولى الدائن قد فرغ من الدين وسلم له ولا يرجع واحد من المولين على صاحبه بشئ لان نصيب المولي الذى لم يدن استحق بدين كان متعلقا بنصيبه برضاه فلا يرجع على صاحبه بشئ وكذلك بخروج ما توى لا يتبين فساد فى سبب القسمة الاولى لانه لا يتبين أن جميع دين الاجنبي لم يكن ثابتا يومئذ واذا كان العبد بين رجلين فأذنا له فى التجارة ثم ان كل واحد منهما أدانه مائة درهم من رجل آخر وأدانه أجنبي مائة ثم بيع بمائة درهم فالمائة بين الاجنبي والمولين اثلاثا لكل واحد منهما ثلثها لان كل واحد من هذه الديون ثابت بكماله فى الفصلين جميعا والمولي انما لا يستوجب على عبده دينا لنفسه وكل واحد من المولين فى الادانة ههنا نائب عن صاحب المال فكان صاحب المال هو الذى أدانه بنفسه فلهذا كانت المائة اثلاثا بينهم ولو كان المال الذي أدانه الموليان كل واحد من المالين بين المولي الذى أدانه و بين أجنبي قد أمره بادانته والمسئلة بحالها فان المائة تقسم على عشرة أسهم أربعة للاجنبى الذى أدان العبد وأربعة للاجنبيين اللذين شاركهما المولیان فى المائتين لكل واحد منهما سهمان ولكل واحد من المولين سهم لان كل واحد من المولين نائب عن شريكه فى نصف ما ادانه فيثبت على العبد جميع نصيب كل واحد من الشريكين وفى النصف كل واحد منهما دائن لنفسه فيثبت نصف ذلك النصف باعتبار نصيب شريكه من العبد ولا يثبت نصفه باعتبار نصيبه من العبد فكان الثابت على العبد للاجنبي مائة درهم ولكل واحد من شريكى المولين خمسون ولكل واحد من المولين خمسة وعشرون فاذا جعلت كل خمسة وعشرين سهما كان الكل عشرة أسهم

فلهذا كانت القسمة بينهم على ذلك واذا كان العبد بين رجلين وقيمته مائتا درهم فأدانه أجنبي مائة فحضر الغريم وطلب دينه وغاب أحد الموليين فان نصيب الغائب لايقضى فيه بشيء حتى يحضر لما بينا أن كل واحد من الموليين خصم فى نصيبه خاصة وأحدهما ليس بخصم عن صاحبه فى نصيبه ولكن بيع نصيب الحاضر يتأتى منفردا عن نصيب الغائب فلهذا يباع نصيب الحاضر فان بيع بمائة درهم أخذها الغريم كلها لان جميع دينه كان ثابتا فى كل جزء من العبد والذى بيع جزء من العبد ولا فضل فى ثمنه على دينه فيأخذ جميع ذلك قضاء بدينه فاذا حضر الغائب كان للذى بيع نصيبه أن يتبعه بخمسين فى نصيبه حتى يباع فيه أو بعضه لان نصف الدين كان قضاؤه مستحقا من نصيب هذا الذى حضر وقد استوفى من نصيب الآخر بغير اختياره أو باختياره ولكنه غير متبرع فى ذلك بل كان محتاجا اليه لتخليص ملكه فيرجع على صاحبه فى نصيبه بخمسين بمنزلة الوارثين لو اقتسما التركة وغاب أحدهما ثم حضر الغريم واستوفى جميع دينه من نصيب الحاضر كان له أن يرجع على شريكه بنصف ما أخذه الغريم منه فهذا كذلك واذا رجع فى نصيبه بخمسين فذلك دين فى نصيبه يباع فيه أو يقضيه وكذلك لو كان العبد قتل فأخذ الحاضر نصف قيمته كان للغريم أن يأخذه كله ويرجع المأخوذ منه فى نصيب شريكه اذا حضر وقبض لان الواجب بالقتل بدل العبد كما أن الواجب بالبيع ثمن العبد فيعتبر حكم أحدهما بالآخر ولو كان العبد بين رجلين فاذنا له فى التجارة فلحقه من الدين ألفا درهم لرجلين لكل واحد منهما ألف درهم وفى يده ألف درهم فأخذها أحد الموليين فاستهلكها ومات العبد فللغريمين أن يأخذا المستهلك بالالف فيقتسمانه نصفين لان حقهما فى كسب العبد مقدم على حق الموليين فالمستهلك بمنزلة الغاصب فان رفعاه فى ذلك الى القاضي فقضى عليه بدفعها اليهما ولم يقبضا شيأ حتى ابرأ أحد الغريمين العبد والموليين من دينه فان الغريم الآخر يأخذ المستهلك بجميع الالف لان سبب استحقاق كل واحد منهما لجميع الالف معلوم وانما كانت القسمة بينهما لاجل المزاحمة فاذا زالت المزاحمة بان أبرأه أحدهما كان للآخر جميع الالف كالشفيعين اذا أسلم أحدهما الشفعة الا أن هناك يفصل بين ماقبل القضاء لهما بالدار ومابعد القضاء لان بالقضاء يتملك كل واحد منهما نصف الدار ومن ضرورته بطلان حق صاحبه عن ذلك النصف وهنا بالقضاء لايتملك كل واحد منهما شيأ لم يكن له قبل القضاء فيبقى حق كل واحد منهما فى جميع الالف بعد القضاء كما قبله

وانما هذا بمنزلة التركة فان حرا لومات وترك ألفا وعليه دين لرجلين لكل واحد منهما ألف فقضى القاضى بقسمتها بينهما فلم يقسماها ولم يقبضاها حتى أبرأ أحد الغريمين الميت من دينه كانت الالف كلها للغريم الباقى ولو اقتسماها وقبضاها ثم أبرأ أحدهما الميت من دينه سلم له ما أخذ ولم يكن لصاحبه من ذلك شئ لان البراءة اسقاط لما بقى من حقه دون ماتم استيفاؤه فكذلك فى غريمى العبد لو أخذ الالف من المولي المستهلك ثم أبرأ أحدهما العبد من دينه سلم لكل واحد منهما ماقبض فكذلك فى هذه الفصول لو كان مولى العبد واحدا ولو كان العبد بين رجلين فأذن له أحدهما فى التجارة وأقر العبد بالف فى يديه انها وديعة لرجل وأنكر الموليان فالقياس فى هذا أن يأخذ المولى الذى لم يأذن له نصف الالف لان مافى يد العبد كسبه ولكل واحد من المولبين نصفه بطريق الظاهر واقرار العبد ليس بحجة فى نصيب الذى لم يأذن له فيسلم له نصف الالف وهو حجة فى نصيب الآذن لوجود الرضا منه بذلك حين أذن له فى التجارة فكان هذا النصف للمستودع ولكنا نستحسن فنجعل الالف كلها للمستودع لان اذن أحدهما فى نفوذ تصرف العبد كاذنهما والاقرار من التجارة فكما ينفذ جميع تجارة العبد باذن أحدهما فكذلك ينفذ اقراره باذن أحدهما ويتبين باقراره أن المال للمودع وانما يثبت حق المولبين فى كسب العبد واذا ثبت باقراره ان هذا المال ليس من كسبه كان للمودع كله ولو لم يقر بالوديعة حتى قبض المولبان منه الالف ثم أقر بعد ذلك أنها وديعة لفلان وكذباه لم يصدق على الالف لان بأخذ المولبين خرج المقبوض من أن يكون كسبا للعبد وصار بحيث لا ينفذ فيه سائر تصرفاته فكذلك لا ينفذ فيه اقراره لان نفوذ الاقرار باعتبار نفوذ سائر التصرفات بخلاف الاول وهناك المال باق فى يده فينفذ فيه تصرفه فينفذ اقراره ويكون الثابت باقراره كالثابت بالبينة ولو شهد الشهود عليه بالف درهم وديعة لهذا الرجل ولكنهم لا يعرفونها بعينها فقال العبد هى هذه الالف كان مصدقا فى ذلك فهذا مثله ثم لا شئ عليه فى الوديعة اذا كان اقراره بعد أخذ المولبين لانه لم يتلفها وانما أخذها المولبان بغير رضاه ولو أخذها أجنبي منه غصبا وجحدها لم يضمن العبد شيأ فكذلك اذا أخذها المولبان منه ولو أذن للعبد أحد المولبين فى التجارة فأدانه أجنبي مائة وأدانه الذى أذن مائة درهم فان نصيبه يباع فى دين الاجنبي خاصة لانه لا يستوجب الدين في نصيب نفسه ولا في نصيب شريكه فان شريكه لم يضمن باستحقاق نصيبه بالدين فلهذا يباع نصيبه فى دين الاجنبي خاصة ولو كان أدانه

الذى لم يأذن له مائة درهم فان كان انما أدانه قبل ادانة الاجنبي فادانته اذن له فى التجارة لانه معاملة منه مع العبد وقد بينا ان دليل الرضا بتصرفه فاذا أدانه الاجنبي بعد ذلك كان ثمن العبد اذا بيع بينهما اثلاثا في قول أبى حنيفة رحمه الله وارباعا فى قولهما وهى مسئلة أول الباب وان كان أدانه بعد الاجنبي فانه يباع من العبد نصفه وهو حصة المولى الذى كان أذن له فيضرب فيه الاجنبي بجميع دينه ويضرب فيه المولي الذى أدانه بخمسين فيقتسمان ذلك النصف أثلاثا ولا يلحق حصة الذى أدانه من دين الاجنبى شئ لان ثبوت الاذن فى نصيبه كان ضمنا لادانته وقد حصل بعد ادانة الاجنبي والدين السابق على الاذن لا يتعلق بمالية العبد وان وجد الاذن بعد ذلك كالعبد المحجور اذا لحقه دين بتجارته ثم أذن المولي له فى التجارة لا يلحقه ذلك الدين مالم يعتق فهذا كذلك ولما ثبت أن نصيب المدين فارغ عن دين الاجنبي بقي جميع دينه فى نصيب الذى أذن له وقد ثبت فيه أيضا من دين المولى الدائن خمسون فلهذا قسم ثمن نصيبه بينهما أثلاثا والله أعلم

باب العبد المأذون يدفع اليه مولاه ما لا يعمل به

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى عبده مالا يعمل به بشهود وأذن له فى التجارة فباع واشترى فلحقه دين ثم مات وفى يده مال ولا يعرف مال المولى بعينه فجميع ما فى يد العبد بين غرمائه لاشئ للمولى منه لان مال المولى كان أمانة فى يده وقد مات مجهلا له والامانة بالتجهيل تصير دينا والمولى لا يستوجب على عبده دينا وما فى يده كسبه بطريق الظاهر فيكون مصروفا الى غرمائه ولا شئ للمولى منه الا أن يعرف شئ للمولى بعينه فيأخذه دون الغرماء لانه عين ملكه وليس من كسب العبد فى شئ وكذلك لو عرف شئ بعينه اشتراه بمال المولى أو باع به مال المولى لانه بدل ملكه بعينه وحكم البدل حكم المبدل وهذا لانه يجوز أن تكون عين ملك المولى فى يد عبده على سبيل الامانة كما يجوز أن تكون فى يد حر ولو كان دفعه الي آخر فمات كان هو أحق بما عرف من ماله بعينه أو ببدله فهذا مثله الا أن هناك اذا لم يعرف بعينه صار دينا وهو يستوجب الدين على الحر وهنا يصير دينا أيضا ولكن هو لا يستوجب دينا على عبده فيبطل واذا أقر العبد فى صحته بعد مالحقه الدين بان هذا المال الذى فى يده بعينه هو مال مولاه الذى دفعه اليه لم يصدق على ذلك

لانه تعلق بذلك المال حق غرمائه والمولى يخلف عبده فى كسبه خلافة الوارث المورث ثم اقرار المورث لوارثه بعين بعد تعلق الحقوق بها لا يكون صحيحا فكذلك اقرار العبد لمولاه والاصح أن نقول العبد فى حق مولاه متهم فيجعل هو فى الاقرار له بالعتق بعد تعلق حق الغرماء بالمال بمنزلة المريض يقر لانسان بعين وعليه ديون فى الصحة وهناك لا يصح اقراره فى حق غرماء الصحة فهذا كذلك الا أن يعرفه الشهود بعينه فحينئذ قد ثبت ملكه بحجة لا تهمة فيها أو يقر به للغرماء فيكون الثابت فى حقهم بتصديقهم كالثابت بالبينة وهو نظير اقرار المريض المديون بوديعة الاجنبي فان أقام ذلك الرجل بينة انه أودعه عبدا وقبضه المريض الا أن الشهود لا يعرفون العبد بعينه لم يصدق على الغرماء فى استحقاق المقر له ملك العين ولكن اذا مات المريض بيع العبد فيقسم ثمنه بين الغرماء وبين المستودع يضرب فيه المستودع بقيمته لانه يثبت بالبينة انه أودعه العبد ولم يصح منه تعيين العبد فقد مات مجهلا له والوديعة بالتجهيل تصير دينا ووجوب هذا الدين بسبب لا تهمة فيه والقول فى تلك القيمة ان اختلفوا قول الغرماء مع أيمانهم لانكارهم الزيادة ولو أن العبد أقر بالوديعة بعينها لاجنبي كان اقراره جائزا والاجنبي أحق بها من الغرماء وان لم يكن له بينة على أصل الوديعة لانه غير متهم فى حق الاجنبي وهذا لانه مأذون أقر بعين بعد ما لحقه الدين واقرار المأذون بالدفع بعد ما لحقه دين صحيح فكذا اذا أقر بالعين (ألا ترى) انه لو أقر بدين استحق المقر له مزاحمة سائر الغرماء فكذلك اذا أقر له بعين استحق العين دونهم بخلاف المريض فانه محجور لحق الغرماء حتى لو أقر بدين لم يصح اقراره فى حق غرماء الصحة فكذلك اذا أقر بالدين ولو دفع المولى الى عبده المأذون مالا وأمره أن يشترى الطعام خاصة فاشترى به رقيقا فشراؤه اياه جائز عليه فى عتقه لانه خالف أمر المولى وتنفيذ العقد عليه ممكن لكونه مأذونا وليس للبائع أن يأخذ الثمن من المال الذى دفعه اليه المولى لان الثمن فيما اشتراه لنفسه دين فى ذمته وانما يقضى ديونه من كسبه لا من أمانة للمولى فى يده وكذلك لو لم يكن مأذونا له ولكنه دفع اليه المال وأمره أن يشترى به الطعام لانه بهذا يصير مأذونا له فقد رضى المولى بنوع من تصرفه فان نقد الثمن من مال مولاه كان للمولى أن يتبع البائع بذلك المال حتى يسترده منه بعينه أو مثله ان كان هالكا لانه غاصب فى قبضه مال المولى لنفسه على وجه التملك ثم يرجع البائع على العبد لان قبضه انتقض من الاصل وكان الثمن دينا فى ذمة العبد فبقي كما كان وللبائع

أن يطالبه بقضاء الدين من كسبه ولو أن المولي اشترى متاعا من عبده المأذون بمثل ثمنه فهو جائز لانه غير متهم فى ذلك فانه ليس فى تصرفه ابطال حق الغرماء عن شئ مما تعلق حقهم به وهو كالمريض يبيع عينا من أجنبي بمثل قيمته وعليه ديون الصحة* فان قيل لماذا لم يجعل هذا بمنزلة بيع المريض من وارثه بمثل قيمته حتى لا يجوز في قول أبى حنيفة رحمه الله فان المولي يخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث*قلنا منع المريض من هذا التصرف مع الوارث لحق سائر الورثة لان حقهم متعلق بعين ماله وفى هـذا التصرف ايثار بعض الورثة على البعض بالعين فأما ههنا المنع لحق الغرماء وحق الغرماء فى المالية دون العين (ألا ترى) أن للمولي أن يستخلص اكسابه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر وليس فى البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء من المالية فاذا أجاز البيع طالب العبد مولاه بالثمن لحق غرمائه سواء سلم اليه المبيع أو لم يسلم لان المولي فى هـذه الحالة كالاجنبي من كسبه لحق غرمائه ولو حابا فيه بما يتغابن الناس فيـه أو بما لا يتغابن الناس فيه فهو سـواء ويقال للمولى أنت بالخيار ان شئت فانقض البيع وان شئت فأد جميع قيمة ما اشتريت وخذ ما اشتريت لان فى المحاباة ابطال حق الغرماء عن شيء من المالية والعبد فى ذلك متهم فى حق المولي والمحاباة اليسيرة والفاحشة فى ذلك سواء كما فى حق المرتهن لان تصرفه ما كان بتسليط من الغرماء وانما يتخير المولي لانه يلزمه زيادة فى الثمن لم يرض بالتزامها *فان قيل هذا قولهما فأما عند أبى حنيفة فالبيع فاسد بمنزلة بيع المريض من وارثه فان هناك لما تمكنت تهمة الايثار فى تصرفه فسد العقد عنده فكذلك هنا بخلاف البيع بمثل القيمة والاصح ان هـذا قولهم جميعا لان العبد فى تصرفه مع مولاه كالمريض المديون فى تصرفه مع الاجنبي فان كان المولي قبضه واستهلكه فعليه كمال القيمة لان المحاباة لا تسـلم له وقد تعذر الرد بالاستهلاك فعليه القيمة والقول قوله فى فضـل القيمة لانه منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم الغرماء البينة على أكثر من ذلك ولو كان المولي هو الذى باع متاعه من العبد بمثل قيمته أو أقل منها فبيعه جائز لانه مفيد فانه يخرج به من كسب العبد الى ملك المولى ما كان المولي ممنوعا منه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل به فى كسب العبـد مالم يكن تعلق به حق الغرماء وهـذا التكلف عندهما فأما عند أبى حنيفة فالمولى لا يملك كسب عبـده المديون كما لا يملك كسب مكاتبه فيجوز البيع بينهما وللمولى أن يمنع البيع حتى يستوفى الثمن كما لو باعه من مكاتبه وهذا

لان البيع يزيل العتق عن ملك البائع ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولي على ما كان حتى يستوفى الثمن فان دفع اليه الثمن وقبض ما اشترى فهو جائز ولا سبيل للغرماء على المولى فيما قبض من الثمن لان المبيع خلف عن الثمن فى تعلق حق الغرماء به ولو سلم المولى ما باعه الى العبد قبل أن يقبض الثمن والثمن دين على العبد فقبض العبد لما اشترى جائز وهو للغرماء ولا شيء للمولى من الثمن وعند أبي يوسف قال هذا اذا استهلك العبد المقبوض فان كان قائما فى يده فللمولى أن يسترده حتى يستوفى الثمن من العبد وجه ظاهر الرواية أنه بتسلم المبيع أسقط حقه فى الحبس وملك اليد الذى كان باقيا له فلو بقى الثمن بقي دينا فى ذمة العبد والمولى لم يستوجب على عبده دينا وجه قول أبي يوسف انه انما أسقط حقه فى العين بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فيبقي حقه فى العين على حاله ويتمكن من استرداده ما بقيت العين لانه يجوز أن يكون له ملك العين فيما فى يد عبده فكذلك يجوز أن يكون له ملك اليد فيه فاما بعد الاستهلاك فقد صار دينا*ولو كان الثمن عروضا كان المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ويجوز أن يكون عين ملكه فى عبده وهو أحق به من الغرماء ولو كان المولي باع متاعه من عبده بأكثر من قيمته بقليل أو كثير فالزيادة لا تسلم للمولي لكونه متهما فى المعاملة مع المولي بحق الغرماء ويكون المولى بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء أخذ من العبد قدر قيمة ما باع وأبطل الفضل لا نه ما رضى بخروجه عن ملكه الا بشرط سلامة جميع الثمن له ولم يسلم واذا خرج العبد الي مصر فاتجر فيه فلحقه دين ثم قال لم يأذن لي مولاى فلان فى التجارة وقال الغرماء قد أذن لك فللغرماء بيع جميع ما فى يده فى دينهم استحسانا وفى القياس لا يباع شيء مما فى يده حتى يحضر المولي فتقوم عليه البينة بالاذن لان السبب الموجب للحجر عليه وهو الرق معلوم والغرماء يدعون عارض الاذن والعبد ليس بخصم فى ذلك ما لم يحضر مولاه وأكثر ما فيه أن تكون معاملته معهم اقرارا منه بانه مأذون له ولكن اقراره لا يكون حجة على المولي وما فى يده من الكسب ملك المولي كرقبته فكما لا تباع رقبته فى الدين حتي يحضر المولي فكذلك لا يباع كسبه وجه الاستحسان ان الظاهر شاهد للغرماء لان استبداد العبد بالتصرف معهم دليل ظاهر على كونه مأذونا ومن حيث العرف الانسان لا يبعث عبده الي مصر آخر مالم يأذن له فى التجارة ولكن هذا الظاهر حجة فى دفع الاستحقاق لا فى اثبات الاستحقاق وفى حق الرقبة حاجتهم

الى استحقاق ماليتها على المولي والظاهر لا يكفى لذلك فما لم يحضر المولي لاتباع الرقبة فأما فى حق الكسب فحاجتهم الى دفع استحقاق المولى لان المولى يستحق الكسب من جهة عبده بشرط الفراغ عن دينه* يوضحه أن الكسب حصل فى يده بسبب معاملته وديونهم وجبت بذلك السبب أيضا فهم أحق بالكسب حتى يستوفوا ديونهم منهم بطريق اقامة البدل مقام المبدل وأما الرقبة فسلامتها للمولى لم يكن بالسبب الذى به وجبت الديون عليه فلهذا لاتباع حتى يحضر مولاه فان أقام الغرماء البينة ان العبد مأذون له وهو يجحد والمولى غائب لم تقبل بينتهم لخلوها عن الفائدة فان حقهم ثابت فى الكسب من غير بينة والعبد ليس بخصم فى حق الرقبة فلولم تقم البينة على الاذن وأقر به العبد بيع مافى يده أيضا ولم تبع رقبته لان الخصم في الرقبة المولى واقرار العبد ليس بحجة على المولى فان حضر مولاه بعد ماباع القاضي ما فى يده فقضاه الغرماء فأنكر أن يكون أذن له فى التجارة فان القاضى يسأل الغرماء البينة على الاذن من المولى لانهم يدعون عليه الاذن العارض فلا بد أن يقيم البينة عليه فان أقاموها والا ردوا ما أخذوا* فان قيل فأين ذهب قولكم انهم يستحقون ما فى يده باعتبار الظاهر *قلنا نعم ولكن هذا الاستحقاق انما يكون فى حق من لم يثبت له حقيقة الاستحقاق بعد ذلك قبل أن يحضر المولى لان الملك فى رقبته للمولى لا يثبت حقيقة ما لم يحضر فيصدقه في ذلك (ألا ترى) أنه لو حضر وقال هو حر أوملك فلان لغيره لم يكن له فى كسبه سبب الاستحقاق حقيقة فأما بعد ما حضر وادعى رقبته فقد ظهر استحقاقه حقيقة لكسبه فيسقط اعتبار هذا الظاهر بعد هذا ويحتاج الغرماء الى اثبات السبب الموجب للاستحقاق لهم فى كسبه ورقبته على المولى وذلك الاذن فاذا لم يقيموا البينة على ذلك لزمهم رد ما أخذوا واذا اشتري العبد من رجل متاعا فقال الرجل للعبد أنت محجور عليك فلا أدفع اليك ما اشتريت منى وقال العبد أنا مأذون لى فالقول في ذلك قول العبد لان معاملة الرجل معه اقرار منه بصحة المعاملة وكونه مأذونا له فى التجارة فانه لايحل للرجل أن يعامل عبد الغير الا أن يكون مأذونا له فهو فى قوله أنت محجور عليك مناقض فى كلامه ساع فى نقض ما تم به فلا يقبل قوله ولا يمين على العبد لان اليمين تنبنى على صحة الدعوى ودعوى الحجر باطلة للتناقض وكذلك لو أقام البينة على ذلك لم يقبل منه ويجبر على دفع ماباع وأخذ الثمن منه كما التزمه بالبيع وكذلك لو كان العبد هو البائع فقال المشترى أنت

محجور عليك وقال العبد أنا مأذون لى فالقول قول العبد لما بينا ويجبر المشترى على أخذ ما اشترى ودفع الثمن ولا يمين على العبد ولا تقبل بينة المشترى على انه محجور عليه ولا على اقرار العبد به عند غير القاضى أنه محجور عليه لانه مناقض فى هذه الدعوى لانه قد تقدم منه الاقرار بانه مأذون له وان أقر العبد بذلك عند القاضى رد البيع لان المشترى وان كان مناقضا فقد صدقه خصمه والمناقض اذا صدقه خصمه يقبل قوله * يوضحه ان تصادقهما على انه محجور عليه اقرار منهما ببطلان البيع ولو تقايلا البيع عن تراض جاز فان حضر المولى بعد ذلك فقال كنت أذنت له فى التجارة جاز النقض الذى كان فيما بين البائع والمشترى ولم يلتفت الى قول المولى لان تصادقهما على بطلان البيع بمنزلة الاقالة منهما والاقالة من العبد المأذون صحيحة وكذلك اذا قال لم آذن له ولكن أجزت بيعه لم يبطل ذلك النقض لان تصادقهما على بطلان البيع يوجب انتفاء البيع مأذونا كان أو غير مأذون والاجازة انما تلحق البيع الموقوف دون المنتقض ولو لم يحكم القاضى بنقض البيع حتى حضر المولى فقال كنت أذنت له أو قال لم آذن له ولكنى أجزت البيع جاز ذلك البيع لانهما لو كانا متناقضين فى كلامهما فبنفس التكلم لا ينتقض البيع منهما مالم يتأكد ذلك بقضاء القاضى فاذا كان البيع قائما قبل أن يحكم القاضي بنقضه لحقه الاجازة من جهة المولى وينفذ باقراره بانه كان مأذونا وهذا لانهما ينكران أصل جواز البيع وانما يجعل ذلك عبارة عن نقض البيع بنوع اجتهاد فاما فى الحقيقة فنقض الشئ تصرف فيه بعد صحته وانكار الشئ من الاصل لا يكون تصرفا فيه بالنقض بعد صحته كما أن انكار الزوج النكاح لا يكون اقرارا بالطلاق فاذا كان مجتهدا فيه لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى ولو باع العبد متاعا لرجل ثم قال هذا الذى بعتك لمولاي لم يأذن لى فى بيعه وأنا محجور على وقال المشترى كذبت وأنت مأذون لك فالقول قول المشترى لان اقدامهما على البيع اقرار منهما بصحته فلا يقبل قول من يدعي بطلانه بعد ذلك وكذلك لو كان العبد هو المشترى ثم قال أنا محجور على لم يصدق ويجبر على دفع الثمن فان حضر المولى وقال لم آذن له فى شئ فالقول قوله ورد البيع والشراء لان الاذن مدعي على المولى وهو ينكر وكذلك لو أن عبدا ابتاع من عبد شيأ فقال أحدهما أنا محجور على وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا فالقول قول الذى يدعى منهما الجواز للبيع والشراء لوجود الاقرار من صاحبه بذلك ولا يمين عليه ولا تقبل بينة الآخر بالحجر ولا على اقراره به عند غير القاضى لكونه

مناقضا فى دعواه ولو أقر بذلك عند القاضى أخذ بذلك وأبطل البيع بينهما لتصادقهما على بطلان البيع واذا اشترى الرجل وباع ولا يدري أحر هو أو عبد فلحقه دين كثير ثم قال أنا عبد فلان وصدقه فلان وقال هو عبدى محجور عليه وقال الغرماء هو حر فالدين لازم للعبد يباع به الا أن يفديه مولاه لان الظاهر من حال مجهول الحال الحرية وقد ثبت للغرماء حق مطالبته بديونهم فى الحال فهو اذا أقر بالرق وصدقه المولى فقد زعما ان حق الغرماء متأخر الى ما بعد عتقه وذلك غير مقبول منهما فى حق الغرماء كما لو ادعى المديون أجلا فى الدين ثم ليس من ضرورة ثبوت الرق باقراره ان تتأخر ديونهم الى مابعد العتق بل يجوز أن يكون مطالبا بالدين فى الحال وان كان رقيقا كالعبد المأذون أو المحجور فى دين الاستهلاك فهو نظير مجهولة الحال اذا أقرت بالرق لا يقبل اقرارها فى ابطال النكاح لهذا المعنى واذا بقى مطالبا فى الحال بالدين وهو رقيق بيع فيه الا أن يفديه مولاه لانه ظهر وجوب هذا الدين فى حق المولى والدين لا يجب على العبد الا شاغلا مالية رقبته ولو جنى عبده جناية باقرار أو ببينة ثم قال أنا عبد فلان فصدقه فلان بذلك وقال ولى الجناية بل هو حر فهو عبد لفلان ولا حق لاصحاب الجناية فى رقبته لانهم ينكرون تعلق الجناية برقبته ويزعمون ان حقهم على عاقلته ولا يعرف له عاقلة ثم بين ثبوت الرق باقراره ووجوب ارش الجناية على عاقلته منافاة وبين حريته كما زعموا واستحقاق رقبته بالجناية منافاة والمتنافيان لا يجتمعان واقرار صاحب الحق معتبر فى حقه لامحالة فاذا أقر أنه حر لم يكن له على أخذ الرقبة سبيل بخلاف الاول فالدين هناك واجب عليه حرا كان أو عبدا الا أنه اذا ثبت رقه يستوفى الدين من مالية رقبته أو من كسبه وقد ثبت رقه باقراره وكذلك عبد مأذون عليه دين فقال غرماؤه لمولاه قد أعتقته وقال المولى لم أعتقه فان العبد يباع للغرماء لانهم يدعون العتق والضمان على المولى والمولي منكر فاذا لم يثبت عتقه بقى مستحق البيع فى الدين كما كان ولو كان جنى جناية فقال أصحاب الجناية للمولى قد أعتقته وقال المولى لم أعتقه فالعبد عبد المولى على حاله لانكاره العتق ولا شئ لاصحاب الجناية لانهم يزعمون أنه لم يبق لهم حق قبل العبد وانما حقهم قبل المولى وهو الفداء اذا كان عالما والقيمة بالاستهلاك اذا لم يكن عالما ولا يستحقون ذلك على المولي الا باقامة البينة على العتق وسقط حقهم عن العبد لاقرارهم بانه لا حق لهم فى رقبته بخلاف الدين فهناك ماأقروا بسقوط حقهم عن ذمة العبد بالعتق (ألا ترى) انما ادعوا

من العتق لو كان ظاهرا بقي الدين بعده فى ذمة العبد وللغرماء أن يطالبوه بجميع ذلك وفى الجناية لو كان العتق ظاهرا فرغ به العبد من الجناية فلا يكون للاولياء عليه سبيل بعدذلك فكذلك اذا ثبت ذلك فى حق الاولياء باقرارهم والله أعلم

باب اقرار العبد المأذون بالدين

(قال رحمه الله) واذا أقر المأذون بالدين من غصب أو غيره لزمه صدقه المولى أو لم يصدقه لان الغصب يوجب الملك فى المضمون عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس ضمان التجارة واقرار المأذون بمثله صحيح ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه مطالبا وكذلك لو أقر انه اشترى جارية فوطئها فوجوب العقر هنا باعتبار الشراء لولاه لكان الواجب الحد وكذلك لو غصب جارية بكرا فافتضها رجل فى يده ثم هرب كان لمولاه أن يأخذ العبد بعقرها لان الفائت بالافتضاض جزء من ماليتها وهى مضمونة على العبد بجميع أجزائها فاذا فات جزء منها فى ضمانه كان عليه بدل ذلك الجزء وهو مؤاخذ به فى الحال اما لانه ضمان غصب والعبد مؤاخذ بضمان الغصب فى الحال مأذونا كان أو محجورا أو لان هذا من جنس ضمان التجارة ولو أقر العبد انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها لم يصدق لانه ليس من التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين لم يلزم شريكه فان صدقه مولاه بذلك بدئ بدين الغرماء لان تصديق المولى فى حق الغرماء ليس بحجة فوجوده كعدمه فان بقي شئ أخذه مولى الجارية من عقرها لان الباقى حق مولى العبد وتصديق مولى العبد فى حقه معتبر ولو كان هذا السبب معاينا كان لمولى الجارية أن يأخذ عقرها من كسبه فى الحال فكذا اذا ثبت بتصادقهما عليه ولو تزوج العبد المأذون وعليه دين امرأة باذن مولاه كانت المرأة أسوة الغرماء بمهرها وبما يجب لها من النفقة وهذا لان النكاح باذن المولى صحيح مع قيام الدين عليه فان الدين لا يزيل ملكه عن رقبته وانما تثبت ولاية التزويج باعتبار ملكه ثم فى النكاح منفعة الغرماء لانه يستعف به والمرأة تعينه على الاكتساب لقضاء الدين فظهر وجوب الدين بهذا السبب فى حق الغرماء فلهذا كانت المرأة أسوة الغرماء بمهرها ونفقتها ولو كان العبد أقر انه وطئها بنكاح وجحد المولى أن يكون أذن له فى ذلك لم يؤخذ بالمهر حتى يعتق لان انفكاك الحجر عنه فى التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمأذون

فيه والمحجور سواء ولو أقر المحجور بذلك وكذبه المولى لم يؤاخذ بشئ حتى يعتق وكذلك لو أقر انه وطئ أمة بنكاح فافتضها باذن مولاه أو بغير اذن مولاه ومولاه يجحد ذلك فاقراره بهذا لا يكون حجة على المولى ولا يظهر الدين به فى حق المولى لانه لولا النكاح لكان الواجب عليه الحد سواء كانت الموطوءة حرة أو أمة فلهذا لا يطالب بشئ حتى يعتق وكذلك لو أقر انه افتضها باصبعه غاصبا كان اقراره باطلا فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه بمنزلة الجناية فانه اقرار باتلاف جزء من الآدمى فهو كاقراره بقطع يدها أو رجلها وفى قول أبى يوسف رحمه الله اقراره جائز ويضرب مولاها بمهرها مع الغرماء لانه اقرار بدين الاستهلاك والفائت بهذا الفعل جزء من المالية (ألا ترى) أن هذا السبب لو كان معاينا يباع ولا يدفع به واقرار المأذون بدين الاستهلاك صحيح فى مزاحمة الغرماء وفى حق المولى وقد بينا المسئلة فى كتاب الاقرار فان كان أقر انه غصبها ثم افتضها باصبعه فان اختار المقر له التضمين بالغصب كان الاقرار صحيحا لان ضمان الغصب من جنس ضمان التجارة فالاقرار به صحيح ويجعل فى الحكم كان غيره فعل بها ذلك في ضمان العبد وان اختار التضمين بالافتضاض فهو على الخلاف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله الاقرار باطل وعند أبى يوسف رحمه الله هو صحيح كما بينا واذا كان على المأذون دين كثير فاقر بدين لزمه ذلك وتحاصموا فيه لانه مطلق التصرف مادام مأذونا وان لحقه الدين فاقراره يكون حجة بمنزلة البينة فى اثبات المزاحمة للمقر له مع سائر الغرماء وهذا لان الاقرارين متى جمعهما حالة واحدة يجعلان كانهما كانا معا وكما وجب تصحيح اقرار المأذون فى حق المولى لحاجته الى ذلك فى تجارته يجب تصحيحه فى حق غرمائه لان الناس اذا علموا أن اقراره لهم لا يصح بعد لحوق الدين تحرزوا عن معاملته ولو أقر بشئ بعينه فى يديه انه لفلان غصبه منه أو أودعه اياه وعليه دين كثير بدئ بالذى أقر بعينه لان اقراره بالعين صحيح مادام مأذونا ويكون الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ويبين أن المقر به ليس من كسبه فلا يتعلق به حق غرمائه وان أتى ذلك على ما فى يده ولو أقر بعبد فى يده انه ابن فلان أودعه اياه أو قال هو حر لم يملك فالقول قوله لانه نفى ملكه عن هذا العين ولم يظهر له فيه سبب الملك فان الظاهر كونه فى يده واليد فى الآدمى لا تكون دليل الملك (ألا ترى) ان من فى يده لو ادعى ذلك وقال لست بملك له بل أنا حر كان القول قوله ولا سبيل للغرماء عليه فكذلك اذا أقر به المأذون ولو اشترى المأذون من رجل عبدا ونقده الثمن وعليه دين أو لا دين عليه ثم أقر ان

البائع أعتق هذا العبد قبل أن يبيعه اياه وانه حر الاصل وأنكر البائع ذلك فالعبد مملوك على حاله لان سبب الملك للمأذون فيه قد ظهر وهو شراؤه وانقياد العبد له عند الشراء اقرار منه بانه مملوك حتى لو ادعى بعد ذلك أنه حر الاصل وان البائع أعتقه لم يقبل قوله فيه ألا بحجة فاقرار المأذون بذلك بعد ظهور سبب الملك له فيه مع انكار البائع بمنزلة اعتاقه اياه والمأذون لا يملك الاعتاق فلا يقبل قوله فيما يوجب العتاق له لان كل واحد من الكلامين ابطال للملك بعد ظهوره فى المحل بظهور سببه بخلاف الاول فالذى ظهر للمأذون هناك اليد فى العبد وهو ليس بدليل الملك فيكون كلامه انكارا لتملكه لا ابطالا للملك الثابت فيه وكذلك لو أقر بالتدبير من البائع أو كانت جارية فأقر بولادتها من البائع لان التدبير والاستيلاد يوجب حق العتق للمملوك والعبد ليس من أهل ايجابه فلا يصح اقراره به لحقيقة العتق فان صدقه البائع انتقض البيع بينهما ورجع بالثمن عليه لانهما تصادقا أن البيع كان باطلا بينهما وهما يملكان نقض البيع باتفاقهما بالاقالة فيعمل بعد تصادقهما على بطلانه ويرجع العبد بالثمن عليه والحرية أو حق الحرية يثبت للمملوك بعد تصديق البائع من جهته والبائع أهل لايجاب ذلك بان يشتريه من العبد ثم يعتقه بخلاف الاول فهناك البائع منكر والبيع بينهما صحيح باعتبار الظاهر فلو ثبتت الحرية أو حقها للمملوك فانما تثبت من جهة المأذون وهو ليس بأهل لذلك ولو أقر المأذون أن البائع كان باعه من فلان قبل أن يبيعه منه وقبضه فلان منه ونقده الثمن وجاء فلان يدعى ذلك فهو مصدق على ذلك ويدفع العبد الى المقر له لان كلامه اقرار بالملك فى العبد للمقر له وهو من أهل أن نوجب الملك له فيه بطريق التجارة فيكون قوله مقبولا فى الاقرار بالملك له وانما يثبت الملك للمقر له ههنا من جهة العبد بمنزلة مالوأقر له بالملك مطلقا بخلاف الاول فكلامه هناك ابطال للملك والعبد ليس من أهله ثم لا يرجع على البائع بالثمن الا ببينة يقيمها على ما ادعى أو يقر البائع به أو يأبى اليمين لان اقراره ليس بحجة على البائع والبائع مستحق الثمن باعتبار صحة البيع ظاهرا فلا يبطل استحقاقه الا بالبينة أو باقراره أو بما يقوم مقام اقراره وهو النكول *فان قيل كيف تقبل البينة من المأذون أو يحلف البائع على دعواه وهو مناقض فى هذه الدعوى لان اقدامه على الشراء اقرار منه بالملك لبائعه وبصحة البيع فقوله بعد ذلك بخلافه يكون تناقضا *قلنا لا كذلك بل هذا اقرار منه ان البائع بسبيل من بيعه لانه وكيل المشترى أو بائع له بغير أمر المشترى على أن يجيزه المشترى فاذا أبى أن يجيزه كان له أن يرجع بالثمن عليه فلهذا قبلنا بينته على

ذلك وحلفنا البائع لانه ادعي عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر استحلفه عليه ولو باع العبد جارية من رجل وقبضها ذلك الرجل بمحضر من الجارية ولا يدري ما حالها فادعي رجل انها ابنته وصدقه بذلك المشترى والعبد فالجارية ابنة الرجل وترد اليه ولا ينتقض البيع فيما بينهما لانها مملوكة للمشترى بما جرى من البيع بينه وبين العبد وقد أقر انها حرة بنت المدعي واقراره بذلك صحيح فى ملكه لانه يملك ايجاب الحرية فيها من قبله فيصح الاقرار به أيضا ولا ينتقض البيع فيما بينهما لان المأذون قد استحق الثمن عليه فلا يقبل قوله فى ابطال ملكه عن الثمن من غير أن يعود اليه بمقابلته شئ وهذا لان الجارية لما انقادت للبيع والتسليم فذلك اقرار منها انها كانت مملوكة للعبد حتى لو ادعت الحرية بعد ذلك لا يقبل قولها الا بحجة فاقرار العبد بعد ذلك انها كانت حرة الاصل يكون ابطالا للملك الثابت فيها ظاهرا وقوله فى ذلك غير مقبول وليس من ضرورة ثبوت النسب والحرية لها بتصديق المشترى رجوعه على العبد بالثمن ولو كان اشتراها من رجل وقبضها منه فأقر البائع بذلك أيضا انتقضت البيوع كلها ويرجعوا بالثمن لان بائعها من العبد أهل لايجاب الحرية لها فى ملكه فيصح اقراره بحريتها ويكون هذا تصادقا منه على بطلان البيع جميعا وهم متمكنون من ذلك بنقض البيعين بالاقالة فيعمل تصادقهم على ابطالها ويرجع بالثمن بعضهم على البعض بخلاف الاول فهناك لو عمل تصديق العبد كانت الحرية لها من جهته وكسب المأذون لا يحتمل ذلك ولو كان المأذون اشتراها من رجل بمحضر منها وقبضها وهى ساكتة لا تنكر ثم باعها من رجل وقبض الثمن ثم ادعى أجنبي أنها ابنته وصدقه فى ذلك المأذون والجارية والمشترى وأنكر ذلك البائع من العبد فالجارية حرة بنت الذى ادعاها باقرار المشترى ولا يبطل البيع الذى كان بين العبد وبين المشترى الآخر لما بينا أن المشترى من العبد يملك ايجاب الحرية فيها فيعمل تصديقه للاجنبي فى ملكه والعبد لا يملك ذلك فى كسبه فلا يعمل تصديقه فى ذلك وكذلك لو ادعي المشترى الآخر ان الذى باعها من العبد كان أعتقها قبل أن يبيعها أو دبرها أو ولدت وصدقه العبد بذلك فاقرار المشترى من العبد بذلك صحيح لتمكنه من ايجاب الحرية أو حق الحرية لها وتصديق العبد اياه بذلك باطل فان كان أقر بالحرية فهى حرة موقوفة الولاء لان المشترى ينفى ولاءها عن نفسه ويزعم ان البائع الاول أعتقها وهو منكر لذلك فتكون موقوفة الولاء ولو كان أقر فيها بتدبير أو ولادة فهي موقوفة فى ملك المشترى الآخر فاذا مات البائع الاول عتقت لان المشترى

الآخر مقر بان عتقها تعلق بموت البائع الاول والبائع الاول مقر أن اقرار المشترى الآخر فيها نافذ لانها مملوكة له ولا يرجع بالثمن على العبد حتى يعتق فيرجع به عليه حينئذ لانه بالتصديق صار مقرا بوجوب رد الثمن عليه ولكن لم يصح اقراره بهذا مع قيام الرق لحق مولاه وغرمائه فاذا زال ذلك بالعتق كان مأخوذا به كما لو أقر بكفالة أو مهر وكذلك لو كان المأذون منكرا لجميع ذلك الا أنه لا يرجع عليه بالثمن في هذا الفصل بعد العتق أيضا لان المشترى يدعي وجوب رد الثمن عليه وهو منكر لذلك فالم يثبت المشترى دعواه بالحجة لا يرجع عليه بخلاف الاول فهناك العبد مصدق له مقر بوجوب رد الثمن عليه بسبب لا يحتمل الفسخ فيجعل كالمجدد للاقرار به بعد العتق فيرجع عليه بالثمن ولو كان المشترى الآخر ادعى ان الذى باعها من العبد كان كاتبها قبل أن يبيعها وصدقه المأذون فى ذلك أو كذبه وادعت الامة ذلك لم تكن مكاتبة وهى أمة للمشترى يبيعها ان شاء لان الكتابة تحتمل الفسخ وقد عجزت هى عن أداء بدل الكتابة بجهالة من يؤدى البدل اليه لان المشترى الآخر يزعم أنها مكاتبة للبائع الاول وأنه لا ينفعها دفع البدل اليه والبائع الاول ينكر ذلك ويزعم أنها مكاتبة للمشترى الآخر باقراره فصارت كما لو عجزت عن أداء البدل لعدم ما تؤدى البدل به فى يدها وذلك موجب انفساخ الكتابة فاذا انفسخت كانت أمة فالمشترى يبيعها ان شاء وان كان على المأذون دين فأقر بشئ فى يده أنه وديعة لمولاه أو لابن مولاه أو لابيه أو لعبد له تاجر عليه دين أو لا دين عليه أو لمكاتب مولاه أو لام ولده فاقراره لمولاه ولمكاتبه وعبده وأم ولده باطل لان حق غرمائه تعلق بكسبه والمولى يخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث فكما أن اقرار المريض لوارثه أو لعبده أو لمكاتبه لا يصح لكونه متهما فى ذلك فكذلك اقرار العبد لمولاه لان سبب التهمة بينهما قائم وكذلك لعبد مولاه أو لام ولده فان كسبهما لمولاه وكذلك اقراره لمكاتب مولاه لان للمولى فى كسب المكاتب حق الملك وأما اقراره لابن مولاه أو لابيه فجائز لانه ليس للمولى فى ملكهما ملك ولا حق ملك (ألا ترى) أن المريض اذا أقر لابى وارثه أو لابن وارثه جاز اقراره لهذا المعنى واذا صح الاقرار صار المقر به بعينه ملكا للمقر له فلا يتعلق به حق غرمائه كما لو أقر به لاجنبي ولو لم يكن على العبد دين كان اقراره جائزا فى ذلك كله لانه لا تهمة في اقراره فانه لا حق لاحد فى كسبه وان لحقه دين بعد ذلك لا يبطل حكم ذلك الاقرار بمنزلة الصحيح اذا أقر بعين لوارثه ثم مرض ومات فاقراره يكون صحيحا وان كان

أقر بدين لاحد منهم ثم لحقه دين بعد ذلك لم يكن للمقر له شئ ان كان هو المولي أو أم ولده أو عبده الذي لا دين عليه لان المولي لا يستوجب على عبده دينا فاقراره له ما كان ملزما اياه شيأ بخلاف اقراره له بالعين فقد يجوز أن يكون للمولى عين فى يد عبده وأم ولده وعبده الذى لا دين عليه كسبهما للمولي فالاقرار لهما كالاقرار للمولى فان كان عليه دين أو كان أقر لمكاتب مولاه أو لابنه ثم لحقه دين اشتركوا فى ذلك لان المقر له ههنا ممن يستوجب الدين على العبد وقد صح اقراره له لانتفاء التهمة حين لم يتعلق حق أحدهما بماله فهو كما لو أقر لاجنبي ثم لحقه دين آخر فيشتركون فى كسبه واذا أقر المأذون لابنه وهو حر أو لابنه أو لزوجته وهى حرة أو لمكاتب ابنه أو لعبد ابنه وعليه دين أو لا دين عليه وعلى المأذون دين أو لا دين عليه فاقراره لهؤلاء باطل فى قول أبى حنيفة وفى قولهما اقراره لهؤلاء جائز ويشاركون الغرماء فى كسبه وهذا لان كسب المأذون فيه حق غرمائه أو حق مولاه واقراره عند أبى حنيفة لمن لا تقبل شهادته فى حق الغير باطل لو كان حرا فكذلك اذا كان عبدا وفى قولهما اقراره لهؤلاء جائز بمنزلة اقراره لاخيه وأصل المسئلة فى اقرار أحد المتفاوضين لابيه أو لابنه بدين أو وديعة لانه لا يجوز على شريكه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما وقد بيناه فى كتاب الاقرار والشركة أو هو بناء على بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته له بمثل القيمة أو بالمحاباة وقد بيناه فى كتاب البيوع واذا كان على العبد المأذون دين فأذن لجارية له فى التجارة فلحقها دين ثم أقرت له بوديعة فى يدها لم تصدق على ذلك لان المأذون فى حقها بمنزلة المولي فى حق المأذون وقد بينا أن اقرار المأذون المديون لمولاه بعين فى يده غير صحيح فكذلك اقرارها له ولانها مملوكة للمولى اذا لم يكن على المأذون دين بالاتفاق فاقرارها له بالوديعة اقرار لعبد مولاها واقرار المأذون لعبد مولاه باطل وان أقر العبد لها بوديعة فى يده صدق على ذلك بمنزلة اقرار المولى لعبده بعين فى يده فانه يكون صحيحا ويستوى ان كان على المأذون دين أو لم يكن فتكون هى أحق به من الغرماء* فان قيل هى مملوكة للمولي المأذون فاقراره لها كاقراره لامة مولاه فينبغى أن لا يصح اذا كان على المأذون دين* قلنا نعم ولكن ان صح لم يكن عليها دين فجميع ما أقر لها به قد يعود اليه ويكون مصروفا الى غرمائه كسائر اكسابها فلا يكون فى هذا الاقرار ابطال حق الغرماء عن شئ مما تعلق حقهم به ولا ابطال حق المولى بخلاف اقراره لامة مولاه فليست من كسبه لان فيه ابطال حق الغرماء عما أقر به لها وان كان

عليها دين فاقراره لهـا يكون اقرارا لغرمائها واقرار المأذون لغرمائها صحيح لانهم منه بمنزلة الاجانب فلهذا جاز اقراره لها بخلاف اقرارها لانه اذا صح اقرارها له يخرج المقر به من أن يكون كسبا لها ويبطل حق غرمائها عنه فلهذا لا يحكم بصحته وكذلك ان أقر لها بدين الا أن فى الاقرار بالدين هى تشارك غرماء المأذون فى كسبه وفى الاقرار بالعين هى أولى بالعين من غرماء المأذون فان كان بعض غرمائها مكاتبا للمولى أو عبدا مأذونا له فى التجارة وعليه دين فان كان العبد المقر لادين عليه فاقراره لها بالدين والوديعة صحيح بمنزلة اقراره بذلك لغرمائها وان كان عليـه دين فاقراره لها باطل لانه لو جاز ذلك شارك المكاتب والعبد بدينهما سائر غرمائه فيه واقراره لمكاتب مولاه أو لعبد مولاه باطل اذا كان عليه دين فكذلك اقراره بمـا يوجب الشركة لهما يكون باطلا (ألا ترى) أن رجلا لو مات وعليه دين لقوم شتى ثم حضر رجل آخر الموت فأقر للميت بوديعة ألف درهم فى يده أو بدين ثم مات وبعض غرماء الميت الاول أحد ورثة الآخر كان اقراره باطلا لانه لو صح اقراره ثبتت لوارثه الشركة فى المقر به ولو كان بعض غرماء الجارية أبا للمولى أو ابنه فأقر لها العبد بوديعة أو دين وعلى العبد دين فاقراره جائز لان اقرار المأذون لاب مولاه أو ابنه بالدين والعين صحيح فكذلك اقراره بما تثبت فيه الشركة لهما ولو كان بعض غرمائها أب العبد أو ابنه وعلى العبد دين أولا دين عليه فاقراره فى قياس قول أبى حنيفة باطل وهو جائز في قولهما وهذا بناء على الاول فى انه لو أقر لابيه أو لابنه بدين أو عين لم يجز عند أبى حنيفة فكذلك اقراره بما يوجب الشركة لهما فى المقر به وكذلك لو كان بعض غرمائها مكاتبا لابى العبد المأذون أو لابنه ولو كان بعض غرمائها أخا للعبـد كان اقراره لها جائزا لانه لا تهمة في اقراره لاختـه فكذلك لا تهمة فى اقراره لها وان كان يثبت فيه الشركة لاخته واذا أقر المأذون وعليه دين أو لا دين عليه بدين كان عليـه وهو محجور عليه من قرض أو غصب أو وديعة استهلكها فصدقه رب المال بذلك أو كذبه وقال ذاك بعد ما أذن لك مولاك فى التجارة فالقول قول المقر له والمال لازم للعبد اذا لم يصدقه المقر له انه كان فى حالة الحجر لانه من أهل التزام المال بالاقرار فى الحال وقد أضاف الاقرار الي حالة لا تنافى وجوب المال عليه فان المال بهذه الاسباب يجب على المحجور عليه وان تأخر الى عتقه فلم يكن هو فى هذه الاضافة منكرا وجوب المال عليه بل هو مدع أجلا فيه الي وقت عتقه فان صـدقه المقر له بذلك لم يؤخذ بشئ منه حتى يعتق الا بالغصب

خاصة فضمان الغصب يلزمه فى الحال وان كذبه المقر له أخذ بالمال فى الحال لان ما ادعى من الاجل لم يثبت عنده تكذيب المقر له فكانه ادعي الاجل الى شهر فى دين أقر به مطلقا وقيل فى القرض والوديعة التي استهلكها هذا الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد فأما عند أبي يوسف فيؤاخذ به فى الحال وان صدقه كما فى الغصب وقد بينا المسئلة فى الوديعة وكذلك الصبي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء وقد أذن له فى التجارة فيقر بنحو ذلك لان الاذن لهما فى التجارة صحيح واقرارهما بعد الاذن نافذ كاقرار العبد وكما ينفذ اقرارهما بعد البلوغ عن عقل الا أنهما لا يؤاخذان بالقرض والوديعة المستهلكة اذا صدقهما المقر له فى ذلك بعد الكبر والافاقة لان الثابت باقرارهما كالثابت بالمعاينة وقد طعن عيسى رحمه الله فى مسئلة الصبي فقال هذا فى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف صحيح وهو خطأ في قول محمد على قياس مسئلة الاقرار اذا أسلم حربى ثم قال لرجل غصبتك ألف درهم فى دار الحرب وأنا حربى فاستهلكتها وقال الرجل غصبتها فى دار الاسلام فالقول قول الحربى فى قول محمد وكذلك اذا قال المولي لمعتقه أخذت منك ألف درهم في حال ما كنت عبدى فاستهلكتها وقال العبد بل أخذتها بعد العتق فالقول قول المولي عند محمد لانه ينكر وجوب الضمان عليه أصلا باضافته الاقرار الى الحالة التى أضاف اليها فكذلك الصبي والمعتوه فانهما ينكران وجوب المال عليهما أصلا بالاضافة الى حالة الحجر فينبغى أن لا يجب المال عليهما عند محمد وان كذبهما المقر له فى الاضافة ولكنا نقول الاصح أن محمدا رحمه الله يفرق بين هذه الفصول فان فى مسئلة الحربى لا يجب عليه رد ما أخذه حال كونه حربيا وان كان غاصبا ذلك وكذلك في مسئلة المولى لا يلزمه رد ما أخذه من العبد فى حال قيام رقه وان كان غاصبا ذلك فانما أقر بمال لو علم صدقه لم يجب عليه رده قبل تبدل الحال فلا يكون اقراره ملزما شيأ والصبي أقر بما كان يجب رده لو كان معلوما حال قيام عينه لان ما استقرضه الصبي أو أخذه وديعة يجب رده مادام قائما بعينه فلا يخرج اقراره بهذه الاضافة من أن يكون ملتزما فى الاصل فلهذا يلزمه الضمان اذا كذبه المقر له فى الاضافة كما فى فصل العبد فان أقاما البينة انهما فعلا ذلك قبل أن يؤذن لهما فى التجارة وأقام المقر له البينة أنهما فعلا ذلك بعد ما أذن لهما فى التجارة فالبينة بينة المقر له لان فى بينته الزام المال والبينات لذلك شرعت ولانه أثبت بقاء العين فى يدهما بعد ما أذن لهما فى التجارة وذلك يدفع بينتهما على استهلاك العين قبل ان يؤذن لهما فى التجارة فلهذا كان القول قوله والبينة بينته واذا أذن لعبده فى التجارة ثم حجر عليه

ثم أذن له بعد ذلك ثم أقر انه كان استقرض من هذا الرجل ألف درهم فى حال اذنه الاول وقبضها منه أو أنه كان استودعه فى حال اذنه الاول ألف درهم فاستهلكها أو ما أشبه ذلك فصدقه رب المال أو كذبه فالمال لازم للعبد فى الوجوه كلها ويحاص به غرماءه المعروفين لانه أقر وهو من أهل التزام المال بالاقرار فى الحال وأضاف الاقرار الى حالة لا تنافى وجوب الضمان عليه بذلك السبب فى الحال فهو بمنزلة اقراره بالدين مطلقا فى المحاصة مع الغرماء فكذلك الصبي والمعتوه فى نحو هذا بخلاف الاول فهناك أضاف الاقرار الى حالة تنافى وجوب المال بذلك السبب على الصبي والمعتوه أصلا وعلى العبد مالم يعتق فلهذا فرقنا بين تصديق المقر له فى ذلك وتكذيبه هناك وسوينا بينهما ههنا ولو أذن لعبده فى التجارة ثم حجر عليه فأقر بعد الحجر بغصب اغتصبه فى حال اذنه أو بقرض أو بوديعة أو مضاربة استهلكها فى حال اذنه فكذبه المولى ولا مال فى يد العبد لم يصدق حتى يعتق لانه حين أقر فهو محجور عن الاقرار واقراره ليس بحجة فى حق المولي فلا يثبت به الدين فى حق المولى اذا كذبه ولكن اقراره حجة فى حق نفسه فاذا سقط حق المولى عنه بالعتق كان مؤاخذا به فان لم يعتق حتى أذن له المولى مرة أخرى سأله القاضى عما كان أقر به فان أقر به بعد الاذن الاخير أخذ به لان اقراره الاول فى حالة الحجر كالمعدوم في حق المولى فكانه ماأقر به حتي الآن وهو منفك الحجر عنه حين أقر به الآن وان أنكر ذلك أو قال لم يكن اقرارى ذلك بحق وان كنت أقررت به فى تلك الحالة لم يؤخذ به لانه لم يوجد بعد انفكاك الحجر منه اقرار ملزم فى حق المولى واقراره فى حالة الحجر مما كان ملزما فى حق المولى فأكثر مافيه انه ظهر ذلك بقوله الآن ولو كان ظاهرا عند القاضى بان كان فى مجلسه فى حالة الحجر لم يؤاخذ به في الاذن الآخر مالم يعتق فكذلك اذا ظهر بقوله الآن والصبي والمعتوه فى ذلك كالعبد ولو لم يكن أقر في حال حجره ولكن أقر فى حال اذنه الآخر انه كان قد أقر وهو محجور عليه انه غصب من هذا الرجل ألف درهم فى حال اذنه الاول أو انه أخذ منه ألف درهم وديعة أو مضاربة فاستهلكها وصدقه رب المال بذلك لم يلزمه حتى يعتق لان بتصادقهما ظهر اقراره فى حالة الحجر ولو كان اقراره فى حالة الحجر معلوما للقاضي لم يقض عليه بشيء حتى يعتق فكذلك اذا ظهر ذلك بتصادقهما ولو قال المقر له قد أقررت لي بذلك فى حال اذنك الاول أو قال فى حال اذنك الآخر فالقول قول المقر له لما بينا ان العبد أضاف الاقرار

الي حال لا ينافي التزام المال بالاقرار وان كان يتأخر الى العتق فكان مدعيا للاجل لا منكرا للمال فاذا كذبه المقر له فيما ادعي من الاجل أخذ بالمال فى الحال وان أقاما البينة على ذلك فالبينة بينة المقر له أيضا لان فى بينته اثبات الملك فى الحال ولانه لا منافاة بين البينتين فيجعل كان الامرين كانا وكانه أقر بذلك قبل الحجر وأقر به بعد الحجر أو أقر به بعد الحجر وأقر به فى الاذن الآخر أيضا ولو كان ذلك من الصبي والمعتوه لم يلزمهما ذلك باقرارهما كما لزم العبد باقراره من غير بينة لانهما أضافا الاقرار الي حالة معهودة تنافى صحة اقرارهما أصلا فكانا منكرين للمال بخلاف العبد فهو اضافة الاقرار الى حالة الحجر وذلك لا ينافى صحة الاقرار فى حقه فان قامت البينة للمقر له على اقرارهما به فى حالة الاذن الاول أو فى حالة الاذن الآخر أخذا بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة واذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر عليه ثم أذن له وفى يده ألف درهم يعلم انها كانت فى حال الاذن الاول فى يده فأقر أنها وديعة لفلان فهو مصدق فى قول أبى حنيفة وكذلك لو أقر بالف فى يده أنه غصبها من فلان فى حالة الاذن الاول فهو مصدق فى قول أبى حنيفة وقالا لا يصدق العبد على الالف وهى للمولي ويتبع المقر له العبد بما أقر له به في رقبته فيبيعه فيه وكذلك لو أقر بها بعد ما لحقه الدين فى الاذن الثانى فالالف للمقر له فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما هى للمولى وأصل هذه المسئلة فيما اذا حجر المولي على عبده المأذون وفى يده مال فلم يأخذ المال من يده حتى أقر العبد بذلك المال بعينه لانسان أو أقر بدين له على نفسه فاقراره جائز عند أبى حنيفة وعندهما اقراره باطل وما فى يده للمولى لان صحة اقراره فى حق المولي باعتبار الاذن وقد ارتفع بالحجر فهو كما لو كان محجورا عليه فى الاصل فاقر بعين فى يده لانسان أو بدين وهناك اقراره فى حق المولى باطل *يوضحه ان اقراره معتبر كسائر تصرفاته ولو أنشأ تصرفا آخر فيما فى يده بعد الحجر لم ينفذ ذلك منه فكذلك اذا أقر به *يوضحه ان الحجر عليه لما كان منعا له من التجارة فيما فى يده كان قائما مقام أخذ المال منه ولو أخذ المال منه لم يصح اقراره فيه بعد ذلك فكذلك اذا حجر عليه لان صحة اقراره لحاجته اليه فى التجارة ولابى حنيفة حرفان أحدهما أن اقرره فى هذا المال كان صحيحا فى حال اذنه وانما كان يصح باعتبار يده على المال لا باعتبار كونه مأذونا (ألا ترى) انه لو أخذ المال منه ولم يحجر عليه لم يصح اقراره فيه بعد ذلك لانعدام يده فعرفنا ان صحة اقراره فيه بعد ذلك باعتبار يده ويده باقية بعد الحجر

عليه مالم يأخذ المال منه فيصح اقراره فيه كما قبل الحجر بخلاف مابعد أخذ المال منه والثاني أن بقاء يده على المال أثر ذلك الاذن وبقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع الى دفع الضرر كما ان بقاء العدة يجعل كبقاء أصل النكاح في المنع لدفع الضرر وصحة اقرار المأذون بالدين والعين لدفع الضرر عن الذين يعاملون معه والحاجة الى دفع الضرر باقية بعد الحجر لانه لو لم يجز اقراره حجر المولى عليه أيضا اذا صار الكسب في يده قبل أن يقر بما عليه ثم لا يصح اقراره فيتضرر به الغرماء فلدفع الضرر جعلنا بقاء أثر الاذن كبقاء أصله بخلاف مابعد أخذ المال منه لانه لم يبق هناك شيء من آثار ذلك الاذن وهذا على أصل أبي حنيفة مستمر فانه جعل السكر في العصير بعد الشدة بمنزلة بقاء صفة الحلاوة في اباحة شربه والدليل عليه ان العبد بعد الحجر عليه هو الخصم في حقوق تجاراته حتى لو كان وجد المشترى منه بالمشترى عيبا كان له أن يخاصمه فيه كما قبل الحجر وصحة اقراره من حقوق تجاراته الا أنه لا يبقى ذلك بعد أخذ المال منه لانه لو بقي كان كلامه استحقاقا للملك على المولى ابتداء وذلك لا يجوز بعد الحجر فأما ما بقي الكسب في يده فيكون اقراره في المعنى انكارا لاستحقاق المولى الا أن يكون استحقاقا عليه ابتداء وبخلاف انشاء التجارة فان ذلك اثبات سبب الاستحقاق ابتداء على المولى وهو غير محتاج الى ذلك واقامة أثر الاذن مقام الاذن باعتبار الحاجة فلا يعدو موضعها اذا عرفنا هذا فنقول لا أثر للاذن الثاني فيما في يده من المال مما علم انه كان في الاذن الاول فيجعل وجوده كعدمه ولو لم يوجد كان الاقرار صحيحا عند أبي حنيفة في استحقاق المقر له العين وعندهما يكون اقراره باطلا فكذلك بعد الاذن الثاني الا أن عندهما اقراره في الاذن الثاني اقرارا بوديعة مستهلكة فيكون اقرارا بالدين وهو لو أقر بدين اتبعه المقر له في رقبته فباعه فيه فكذلك هنا واذا أذن لعبده في التجارة فأقر انه كان أقر لهذا الرجل وهو محجور عليه بالف درهم وقال المقر له قد أقررت لي بعد الاذن فالقول قول المقر له لانه أضاف الاقرار الى حالة لا تنافي صحة اقراره فان اقرار العبد المحجور بالمال ملزم اياه بعد العتق ولو كان العبد صغيرا أو كان صغيرا حرا أو معتوها فأقروا بعد الاذن انهم قد أقروا له بذلك قبل الاذن كان القول قولهم لانهم أضافوا الاقرار الى حالة معهودة تنافي صحة اقرارهم أصلا فلم يكن كلامهم في الحال اقرارا بشيء انما هو بمنزلة قول أحدهم أقررت لك بألف قبل أن أولد أو قبل أن أخلق فلا يلزمه شيء وان كذبه المقر له في الاضافة لانه منكر للمال في الحقيقة والله أعلم بالصواب

باب اقرار المحجور عليه

(قال رحمه الله) وهذا الباب بناء على الخلافية التي بيناها اذا أقر العبد بعد الحجر عليه بدين أو عين قائمة فى يده مضمونة أو أمانة مستهلكة أو غير مستهلكة فانه يصدق فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة ولا يصدق فى استهلاك رقبته بالاتفاق حتى اذا لم يف ما فى يده بما عليه لا تباع رقبته فيه لان القياس أن لا يصح رق بعد الحجر فى شيء مما فى يده ولكنه استحسن أبو حنيفة رحمه الله فأقام أثر الاذن مقام الاذن فى تصحيح اقراره وهذا الاثر فى المال الذي فى يده لا رقبته لانه لا يدله فى رقبته بعد الحجر ولو ادعي انسان رقبته لم يكن هو خصما له ولا كسبه مستفادا للمولى من جهته بشرط الفراغ من دينه ورقبته كانت للمولى قبل الاذن فعادت كما كانت وان كان عليه دين فى حال اذنه باقراره أو بينة كان ذلك الدين مقدما على ما أقر به بعد الحجر لان ذلك الدين لزمه حال الاطلاق فيكون سببه أقوى مما أقر به بعد الحجر والضعيف لا يزاحم القوى كالدين المقر به فى المرض مع دين الصحة فى حق الحر وهذا لان ما فى يديه من الكسب صار مستحقا للغرماء الذين وجبت ديونهم فى حال الاذن وهو غير مصدق فى ابطال استحقاقهم فكذلك فى اثبات المزاحمة معهم وان لم يكن عليه دين ولم يقر بشيء حتى أخذ مولاه المال منه أو باعه ثم أقر بشيء من ذلك لم يصدق العبد فيه على شيء من ذلك المال أما اذا أخذ المال منه فلانه لم يبق أثر ذلك الاذن فى المال المأخوذ منه وأما اذا باع فلانه يحول الي ملك المشترى وذلك مفوت محل الاذن لان محله كان ملك الاذن واقامة الاثر مقام الاصل فى حال بقاء محل الاصل لا بعد فواته ولان صحة اقراره قبل البيع باعتبار أنه هو الخصم فى بقاء تجارته وقد انعدم ذلك بالبيع حتى لا يكون لاحد ممن عامله أن يخاصمه بعد ما باعه المولي فى عيب ولا غيره فلا يصح اقراره بعد ذلك فى حال رقه ولكنه يؤخذ به اذا عتق فيما هو دين عليه من ذلك لانه مخاطب فاقراره صحيح فى حكم الالتزام فى ذمته ولكنه لم يطالب به لحق المولي فاذا سقط حقه بالعتق أخذ بجميع ذلك والعبد الصغير فى جميع ذلك بمنزلة الكبير الا أنه لا يؤخذ به بعد العتق لانه غير مخاطب فلا يكون التزامه صحيحا فى حق نفسه واذا حجر على عبده وفى يده ألف درهم فأخذها المولى ثم أقر العبد أنها كانت وديعة فى يده لفلان وكذبه المولى لم يصدق على ذلك لانه لم يبق للعبد فيها يد حين أخذها المولى وكان صحة اقراره باعتبار يده فان عتق لم يلحقه من

ذلك شيء لانه أقر بان المال كان في يده أمانة وقد أخذها المولي من غير رضا العبد وتسليطه فلا يكون ذلك موجبا للضمان عليه كما لو غصب الوديعة أجنبي من المودع والبضاعة والمضاربة أمانة في يده كالوديعة ولو كان غصبا أخذ به اذا اعتق لانه أقر بوجوب الضمان عليه بالغصب وقد عجز عن رد العين فعليه قيمتها ولو حجر عليه وفي يده ألف درهم وعليه ألف درهم فأقر أن هذه الالف وديعة عنده لفلان أو مضاربة أو قرض أو غصب فلم يصدقه على ذلك وأخذها صاحب الدين من حقه ثم عتق العبد كانت الالف دينا عليه يؤاخذ بها لانه في حق نفسه يجعل كانما أقر به حق وقد أقر انه قضى بعين مال الغير دينا عليه وذلك موجب للضمان عليه كان المال في يده امانة او مضمونا ولو حجر عليه وفي يده الف درهم فأقر بدين الف درهم عليه ثم اقر ان هذه الالف وديعة عنده لفلان فالالف في قياس قول ابي حنيفة لصاحب الدين لان صحة اقراره باعتبار ما في يده وكما لو أقر بالدين صار المقر به مستحقا للمقر له بالدين فاقراره بعد ذلك بالعين لغيره لابطال استحقاق الاول باطل بمنزلة الوارث اذا أقر بدين على الميت مثل ما في يده من التركة ثم أقر بعين التركة لانسان آخر فاذا صرف المال الى المقر له بالدين ثم عتق اتبعه صاحب الوديعة لانه قضى بالوديعة دينا عليه بزعمه واستفاد به براءة ذمته فيتبعه صاحب الوديعة بمثلها بعد العتق بخلاف ما يأخذه المولي منه لانه ما قضى به دينا في ذمته انما أزال المولي يده عنه من غير رضاه فيجعل في حقه كالهالك فلا ضمان عليه فيه ولو كان أقر أولا بالوديعة كانت الالف لصاحب الوديعة ويتبعه صاحب الدين بدينه بعد العتق وفي قول أبي يوسف ومحمد اقراره بالوديعة باطل والالف يأخذه المولى ولا يتبعه صاحب الوديعة اذا عتق فأما المقر له بالدين فيتبعه بعد العتق بدينه لان اقراره بالدين في ذمته صحيح ولو أقر اقرارا متصلا فقال لفلان على ألف درهم وهذه الالف وديعة لفلان كانت الالف بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لانه عطف أحد الكلامين على الآخر وفي آخر كلامه ما يغاير موجب أوله فيتوقف أوله على آخره ولان اقراره بالوديعة متصلا بالاقرار بالدين بمنزلة الاقرار بوديعة مستهلكة لانه حين قدم الاقرار بالدين قد صار كالمستهلك للوديعة فكانه أقر بدين ودين في كلامه موصول فيكون الالف بينهما نصفين واذا عتق أخذاه بما بقي لهما ولو بدأ في هذا الاقرار المتصل بالوديعة كانت الالف لصاحب الوديعة لانه تملك العين بنفس الاقرار والدين بعد ذلك يثبت في ذمته ثم يستحق به كسبه وقد تبين أن ما في يده لم يكن كسبا له

فلهذا لا يتعلق به حق المقر له بالدين ولو ادعيا جميعا فقال صدقتما كانت الالف بينهما نصفين لانه ما ظهر الاقرار بالوديعة الا والاقرار بالدين ظاهر وذلك يمنع تمام استحقاق العين للمقر له بالوديعة * والحاصل ان صحة اقراره ههنا باعتبار ما فى يده كما أن صحة اقرار الوارث باعتبار ما فى يده من التركة وقد بينا هذه الفصول فى الوارث فى كتاب الاقرار فكذلك فى حق العبد المأذون بعد الحجر والعبد الصغير والحر الصغير بعد الحجر عليهما فى هذا بمنزلة الكبير الا أنهما لا يؤاخذان بعد العتق والبلوغ بشئ مما يؤخذ به العبد الكبير بعد العتق لان اقرارهما في حقهما لم يصح ولو حجر على عبده وفى يده ألف درهم فأقر لرجل بدين ألف درهم أو بوديعة ألف درهم بعينها ثم ضاع المال لم يلحق العبد من ذلك شئ حتى يعتق لان صحة اقراره باعتبار ما فى يده وقد انعدم ذلك بهلاك ما فى يده فكانه أقر ولا مال في يده فاذا عتق أخذ بالدين دون الوديعة لان ما أقر به كالمعاين فى حقه ولو كان ذلك معاينا معلوما لم يلحقه معه بعد هلاك الوديعة فى يده وكان مؤاخذا بالدين فهذا مثله ولو حجر عليه وفى يده ألف درهم وعليه دين ألف درهم ثم أذن له فأقر بدين ألف درهم لرجل آخر أو وجبت عليه ببينة فالالف التى فى يده لصاحب الدين الاول خاصة لان الاذن الثانى غير مؤثر فيما فى يده مما كان فى الاذن الاول ووجوده كعدمه وقد بينا انه كما أقر بالدين الاول صار ما فى يده مستحقا للمقر له فلا يتغير ذلك بما لحقه من الدين فى الاذن الثانى وكذلك ان أقر العبد ان هذا الدين كان في حال الاذن الاول لانه غير مصدق فى الاسناد فى حق المقر له الاول وكذلك ان أقر انها وديعة عنده لرجل أودعها اياه فى حال الاذن الاول فالاول أحق بالالف ويتبع صاحب الوديعة العبد بها في رقبته لانه قضى بالوديعة دينا عليه بزعمه وعندهما الالف لولاه ويتبع بالدين فى رقبته لان الاذن الثانى غير مؤثر فيما في يده من الكسب فان المولى بالحجر عليه يصير كالمخرج لما فى يده من يده ولكن اقراره بالدين فى الاذن الثانى صحيح فى رقبته فيباع فيه الا أن يقضى المولى دينه ولو حجر عليه وفى يده ألف درهم وعليه دين خمسمائة فأقر بعد الحجر بدين ألف درهم ثم أذن له فأقر أن تلك الالف التى كانت فى يده وديعة أودعها اياه هذا الرجل فانه لا يصدق على الوديعة والالف التى فى يده لصاحب الدين الاول منها خمسمائة والخمسمائة الباقية للذى أقر له العبد بالالف وهو محجور عليه لان ما وجب عليه فى الاذن الاول مقدم فيما فى يده فيأخذ صاحب الدين الاول كمال حقه ثم المقر له بالدين بعد

الحجر مستحق لما بقي فى يده فيأخذه وقد بقي عليه من الدين خمسمائة فيؤاخذ به بعد العتق ويتبع صاحب الوديعة العبد بوديعته كلها فيباع فيه الا أن يقضيه المولى لان اقراره بالوديعة حصل فى حال الاذن الثانى وهو صحيح فى حق المولى وقد قضي بالوديعة دينا عليه بزعمه فيؤاخذ ببدله فى الحال وفى قول أبى يوسف ومحمد خمسمائة من الالف لصاحب الدين الاول وخمسمائة للمولى لان اقراره بالدين بعد الحجر عندهما غير صحيح ويتبع صاحب الوديعة فيه العبد بخمسمائة درهم ويبطل من وديعته الخمسمائة التى أخذها المولى لان اقراره بالوديعة حصل فى حالة الاذن الا أنه انما يصير ضامنا لما قضى به دينا عليه دون ما أخذه المولى بغير اختياره وانما قضى الدين الذى عليه بخمسمائة منها فيتبع بذلك خاصة والخمسمائة الاخرى أخذها المولى فهى فى حقه وما لو أخذها غاصب آخر سواء فان هلك من هذه الالف خمسمائة فى يد العبد كانت الخمسمائة الباقية لصاحب الدين خاصة لان حقه مقدم فى كسبه على حق من أقر له بعد الحجر ويلزم رقبة العبد من الوديعة خمسمائة لانه انما يكون ضامنا باعتبار أنه قضى الدين بالوديعة وقد كان ذلك فى مقدار الخمسمائة خاصة وما زاد على ذلك هالك فى يده من غير صنعه فلا يلزمه ضمانه واذا وهب لعبد محجور عليه ألف درهم وقبضها العبد فلم يأخذها منه المولى حتى استهلك لرجل ألف درهم ببينة ثم استهلك ألفا آخر ببينة فالالف الهبة للمولى لانه ليس للمحجور عليه يد معتبرة شرعا فيما هو فى يده صورة (ألا ترى) أنه لو باعه فى ذلك انسان لم يكن هو خصما له فهو وما لو أخذه المولى من يده سواء فما يلحقه من الدين بعد ذلك فى ذلك انسان لم يكن هو خصما له يتعلق برقبته دون مال آخر لمولاه ولو كان دينا قبل الهبة كانت الهبة لصاحب الدين لان الموهوب بالقبض صار كسبا له وحق غرمائه فى كسبه مقدم على حق مولاه لان الكسب انما يسلم للمولى بشرط الفراغ من دينه وبقيام الدين عليه عند الاكتساب يتعذر هذا الشرط فلهذا كانت الهبة لصاحب الدين بخلاف الاول فان هناك حين صارت الالف كسبا له ما كان لاحد عليه دين فتم شرط سلامة الكسب للمولى ثم لا يتغير ذلك بلحوق الدين اياه وان استهلك بعد الهبة ألف درهم لرجل آخر ببينته كانت الهبة لصاحب الدين الاول وكان ينبغى أن يثبت فيه حق صاحب الدين الثانى لان تعلق صاحب الدين الاول به يمنع استحقاق المولى وثبوت يده على المال حكما فيثبت فيه حق غريمى العبد باعتبار يده كما لو كان مأذونا ولكنه قال لو لم يكن عليه الدين الاول لم يثبت لصاحب الدين الثانى

حق فى ذلك الكسب فتأثير الدين الاول واستحقاق الغريم ذلك الكسب به فى نفى ثبوت حق الغريم الثانى منه لافى اثبات ذلك * يوضحه ان حق الغريم الاول فى هذا المال أقوى من حق المولى لانه مقدم على المولى ثم استحقاق المولى اياه يمنع ثبوت حق الغريم الثانى فيه فكذلك استحقاق الغريم الاول اياه بخلاف المأذون لان الاقرارين فى حقه جميعهما حالة الاطلاق وقد بينا ان حال الاذن جعل بمنزلة زمان واحد فكان الدينين وجبا عليه معا فيستويان فى استحقاق الكسب بهما والله أعلم

باب خصومة العبد المحجور عليه فيما يشترى ويبيع

(قال رحمه الله) واذا اشترى العبد المحجور عليه عبدا بغير اذن مولاه فشراؤه باطل لان فى تصحيحه شغل ماليته بالثمن والمولى غير راض به وفيه ادخال المشترى فى ملك المولى بعقد المعاوضة من غير رضاه وليس للحر هذه الولاية على حر فلأن لا يكون للعبد على مولاه أولى ولا يقال انه يدخل العين فى ملكه بقبض الهبة والصدقة لان المولى بملك رقبته ماقصد الا تحصيل المنفعة لنفسه فيكون راضيا بما هو انتفاع محض محصل له بملك رقبته فان أجازه المولى بعد الشراء جاز لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وهذا لان العبد من أهل العقد فانعقد العقد فيه وامتنع نفوذه بمراعاة حق المولى وباجازته يرتفع هذا المانع لوجود الرضا منه بتعلق الثمن بماليته وكذلك لو باع شيأ من مال مولاه أو مما وهب للعبد فبيعه باطل لانه لاقى محلا مملوكا للمولى ومثله من الحر لا يصح الا باجازة المولى فكذلك من العبد فان أجازه المولى جاز والعهدة على العبد كما لو أذن له فى الابتداء وهذا لان العبد من أهل التزام العهدة فى حقه لانه مخاطب وانما امتنع ثبوته فى حق المولى لانعدام رضاه به وقد تحقق الرضا باجازته والاجارة والرهن والقرض فى هذا كالبيع والشراء والصبي والحر والمعتوه الذى يعقل الشراء والبيع فى ذلك كالعبد لانه من أهل التزام العهدة عند انضمام رأى الولي الي رأيه واذا اشترى العبد المحجور عليه متاعا بغير اذن مولاه ثم أذن له في التجارة لم يجز شراؤه المتقدم لانه بالاذن صار منفك الحجر عنه فيما استقبل من التصرفات وصار المولى راضيا بشغل ماليته بما ينشئه من التصرفات بعد الاذن فلا يؤثر ذلك فى تصرف سبق الاذن فان أجازه العبد بعد ذلك جاز استحسانا لان الاجازة انشاء تصرف منه وهى فيما هو المقصود

بمنزلة ابتداء الشراء أو لان المولى صار راضيا بتصرفه فتكون اجازته ذلك العقد بعد رضا المولى كاجازة المولى ولو أجازه المولى جازلان بالاذن له فى التجارة لم يزل ملك المولى وولايته عنه فاجازته بعد الاذن له كاجازته قبل أن يأذن له فى التجارة ولو أعتقه المولى بطل الشراء المتقدم لانه لاوجه لتنفيذه بعد العتق على الوجه الذى انعقد حالة الرق فانه انعقد موجبا الملك للمولى على سبيل الخلافة عن العبد وبعد العقد لو نفذ كان موجبا الملك للعبد مقصودا عليه وبه فارق الاذن له فى التجارة لانه لو بقى العقد موقوفا بعد الاذن كان موجبا الملك للمولى على وجه الخلافة عنه اذا تم باجازته واجازة مولاه وههنا بعد العتق لا يبقى كذلك ولا يجوز أن ينفذ العقد موجبا حكما غير الحكم الذى انعقد له ولهذا لا تعمل اجازة العبد بعد العتق فيه ولا اجازة المولى ولا اجازتهما جميعا لان بالعتق تعين جهة البطلان فيه فلا ينقلب جائزا بعد ذلك الا بالتجديد بخلاف النكاح فان العبد لو تزوج بغير اذن المولى ثم أعتقه المولى نفذ النكاح لان النكاح انعقد موجبا ملك الحل للعبد عند نفوذه وبعد العتق اذا نفذ ثبت ملك الحل للعقد كما أوجبه العقد وكان المانع من نفوذه حق المولى فاذا سقط حقه بالعتق نفذ فأما الشراء فانعقد موجبا الملك فى المشترى للمولى على وجه الخلافة عن العبد ولا يمكن انفاذه كذلك بعد العتق قال (ألا ترى) ان عبدا محجورا عليه لو اشترى جارية بالف درهم ثم ان المولى باع عبده من رجل فأجاز المشترى شراء الجارية لم يجز لانه لو نفذ باجازته ثبت الملك فى المشترى للمشترى على وجه الخلافة عن العبد وانما انعقد موجبا الملك للبائع وكذلك لو أجازه البائع لم يجز لانه لو نفذت اجازته كانت العهدة على العبد فى ماليته ومالية ملك المشترى وهو غير راض بذلك وكذلك لو لم يبعه المولى ولكنه مات فورثه وارثه فأجاز البيع لم يجز لانه لو جاز ثبت الملك للوارث على سبيل الخلافة عن العبد فاذا مات المولى فقد خرج من أن يكون أهلا للتملك بالعقد فتعين جهة البطلان فى هذا الشراء واذا اشترى المحجور عليه عبدا من رجل بالف درهم وقبض العبد ولم ينقد الثمن حتى مات العبد فى يده فلا ضمان عليه فى العبد حتى يعتق لانه قبضه بتسليم المالك فلا يكون هو جانيا فى القبض على حق المالك ولكن هذا القبض يوجب الضمان عليه بحكم العقد والعبد المحجور لا يؤاخذ بضمان العقود فى حال قيام الرق ويؤاخذ به بعد العتق لان التزامه بالعقد صحيح فى حقه دون حق المولى فاذا عتق لزمه قيمة العبد الذى قبض بالغة مابلغت لان البيع كان

فاسدا لانعدام شرط الجواز فيه وهو اذن المولى والمقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة بالغة مابلغت ولو كان قتل العبد حين قبضه من البائع قيل لمولاه ادفعه أوافده بقيمة المقتول لان البائع كان أحق باسترداده منه وملكه لم يزل بتسليمه الى العبد لان العبد ليس من أهل الملك ولا يمكن اثبات الملك للمولى لانعدام الرضا منه بذلك فكان العبد فى قتله جانيا على ملك البائع فيخاطب مولاه بالدفع أو الفداء ولو كان مكان العبد ثياب أو عروض أو دواب فاستهلكها العبد حين قبضها لم يضمنها حتى يعتق فان عتق ضمن قيمتها بالغة مابلغت لان ضمان الاستهلاك من جنس ضمان العقد فاذا ترتب على العقد كان حكمه حكم ذلك العقد ولا يؤاخذ العبد المحجور بضمان العقود حتى يعتق بخلاف ضمان القتل فانه ليس من جنس ضمان العقد حتى لا يملك به المضمون والمستحق به الدفع دون البيع فى الدين * وضح الفرق ان ايجاب البيع تسليط من البائع للمشترى على التصرفات المفضية الى الاستهلاك كالاكل فى الطعام واللبس فى الثوب والركوب على الدواب فلا يكون هذا السبب موجبا الضمان عليه الا باعتبار العقد كاصل القبض بخلاف القتل وقد قررنا هذا الفرق فى الوديعة ولم يذكر خلاف أبى يوسف فى كتاب المأذون والاصح ان عنده يؤخذ بضمان الاستهلاك فى الحال كما فى الوديعة عنده وقد تكلف بعضهم للفرق فقالوا البيع تمليك العين من المشترى فيثبت باعتبار التسليط على الاستهلاك فاما الايداع فانه استحفاظ فلا يثبت به التسليط على الاستهلاك ولكنه نص على الخلاف فى استقراض العبد المحجور فى كتاب الصرف والاقراض تمليك كالبيع قال وكذلك اذا كان البائع لذلك العبد عبدا مأذونا أو صبيا مأذونا لانهما فى انفكاك الحجر عنهما كالحر الكبير فيصح منهما التسليط ضمنا لعقد التجارة وكذلك لو كان صبيا محجورا عليه أو معتوها فهو بمنزلة العبد المحجور عليه الا أنهما اذا قتلا العبد المشترى كانت القيمة على عاقلتهما بمنزلة ما لو قتلاه قبل الشراء فلا يلحقهما ضمان ما استهلكا من هذا اذا كبر الصبي وعقل المعتوه لان التزامهما الضمان بالعقد لا يصح فى حقهما فانهما غير مخاطبين شرعا بخلاف العبد فان التزامه العقد صحيح فى حق نفسه فيؤاخذ به بعد العتق ولو كان البائع أيضا عبدا محجورا أو صبيا محجورا أخذ المشترى بضمان مافى يده من ذلك اذا هلك فى يده أو استهلكه لان تسليط المحجور عليه اياه على القبض والاستهلاك غير معتبر فى اسقاط الضمان الواجب به والقبض والاستهلاك فعل موجب للضمان اذا حصل من المحجور عليه بطريق الجبران فلا يسقط

ذلك الا باعتبار تسليط صحيح ولم يوجد ذلك فان قتل المشتري العبد المشترى أو الجارية كان مولاهما بالخيار ان شاء باع العبد فى رقبتهما وان شاء أخذه بالجناية عليهما فيدفعه المولى بذلك أو يفديه لانه وجد سببان موجبان للضمان أحدهما القبض والآخر القتل فللمولى أن يضمنه باى السببين شاء فان اختار التضمين بالقبض صار العبد كالهالك في يده من غير صنع فيباع فى قيمته الا أن يقضى المولى عنه وان اختار التضمين بالجناية أمر المولى بالدفع أو الفداء بمنزلة من غصب من آخر عبدا وقتله كان للمولي أن يضمن الغاصب قيمته من ماله حالا بالغصب وان شاء رجع بقيمته على عاقلته موجبا فى ثلاث سنين باعتبار قتله اياه خطأ وان اشترى العبد المحجور عليه من رجل عبدا بالف درهم وقيمته ألف درهم وقبضه فباعه وربح فيه ثم اشترى بثمنه وباع حتى صار فى يده ألفا درهم ثم حضر البائع فله أن يستوفى ثمنه مما فى يده استحسانا وفى القياس ليس له ذلك لان مافى يده من الكسب ملك مولاه ودين البائع غير ثابت فى حق المولي (ألا ترى) أنه لا يستوفى من مالية رقبته فكذلك فى الكسب الذي فى يده ولكنه استحسن فقال اذا علم ان هذا المال فى يده حصل بسبب ذلك المشترى فالبائع أحق به حتى يستوفى ثمنه منه لان حكم البدل حكم المبدل ولو كان المشترى فى يده قائما بعينه كان البائع أحق باسترداده فكذلك بدله وهذا لانه اذا استوفى الثمن مما فى يده فلا ضرر على المولى اذا علم أن مافى يده من ذلك المشترى بل يكون فيه منفعة له لان الفضل يسلم للمولى والعبد لا يلحقه الحجر عما يتمحض منفعة للمولى وهو نظير مالو أجر المحجور نفسه وسلم من العمل فان لم يعلم ان الذى فى يده من ثمن عبده الذى باعه فذلك المال للمولي ولا شئ للبائع على العبد حتى يعتق لان استحقاق البائع باعتبار ان مافى يده بدل عما كان هو أحق به ولا يعلم ذلك في هذا المال الذى فى يده وللمولي فيه سبب استحقاق ظاهر وهو أنه كسب عبده المحجور وفى تقديم البائع عليه مع الاحتمال اضرار بالمولي وتصرف المحجور فيما يلحق الضرر بالمولي لا يكون نافذا وان قال المولي هذا المال ذهب لعبدى أو أصابه من غير ثمن عبدك الذى بعت وقال البائع أصابه من ثمن عبدى وصدقه العبد بذلك فالقول قول المولي لان البائع يدعى سبب استحقاقه لهذا المال والمولي منكر لذلك وتصديق العبد لا ينفع البائع لانه محجور لا قول له فى حق المولى وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانه ثبت بسبب استحقاقه بالبينة ولانه هو المحتاج الى اقامة البينة وكذلك لو كان مكان شراء العبد

قرض ألف درهم أو وديعة ألف درهم أو عروض فتصرف فيها العبد فهو بمنزلة ماتقدم وان كان المال الذى فى يد العبد فى جميع ذلك أقل من قيمة ذلك الاصل أخذ صاحب الاصل ما وجده فى يده بما هو بدل ملكه ولم يتبعه بما بقي حتى يعتق لان ما بقي ثابت فى حق العبد دون المولى بمنزلة جميع المال اذا لم يجد منه شيأ فى يد العبد المحجور ولو دفع اليه رجل متاعا بضاعة فباعه العبد جاز بيعه لانه من أهل البيع وبيعه لاقى ملك المبضع برضاه فينفذ وهذا لان نفوذ البيع بالتكلم بالايجاب والقبول ولا ضرر على المولى فى ذلك واذا جاز البيع كان الثمن للآمر والعهدة على الآمر حتى يعتق لان فى الزام العهدة العبد اضرارا بمولاه وذلك لا يجوز بغير رضاه فاذا تعذر ايجاب العهدة عليه تعلقت العهدة باقرب الناس اليه وأقرب الناس اليه من هذا العقد بعد المباشرة هو المبضع فاذا عتق العبد لزمه العهدة لانه من أهل التزام العهدة فى حقه وانما امتنع لزومها فى حق المولى وقد سقط حقه بالعتق وان وجد المشترى بالمباع عيبا فالخصم فيه الآمر مالم يعتق العبد كما لو كان باشر العقد بنفسه اذ جعل العبد رسولا فيه الا أن اليمين فى حقه بالعلم لانه يستحلفه على مباشرة غيره وفى استحلافه على البتات على فعل الغير اضرار به ولو أعتق العبد مولاه وأذن له فى التجارة صارت الخصومة لحقه لانه صار منفك الحجر عنه بالاذن كما يصير منفك الحجر عنه بالعتق وقد زال المانع من لحوق العهدة اياه وهو انعدام الرضا من المولى به فان كان المشترى قد أقام البينة على العيب قبل أن يعتق العبد ثم عتق فهو الخصم فى ذلك ولكن نقضى بتلك البينة فلا يحتاج المشترى الى اعادتها لانه أقام البينة على من هو خصم وهو الآمر فلا يحتاج الى اعادتها وان تحولت الخصومة الى العبد كما لو كان البائع حرا فأقام البينة عليه ثم مات فورثه وارثه وكذلك لو أقام شاهدا واحدا قبل العتق لم يكلف اعادته على العبد ويحكم عليه اذا أقام شاهدا آخر به على العبد لان الحجة قد تمت فان قضى القاضى على العبد بالرد بالعيب ونقض البيع فان كان الآمر هو الذى قبض الثمن من المشترى لزم الثمن الآمر وليس على العبد منه لا قليل ولا كثير لان وجوب رد الثمن باعتبار القبض دون العقد والقابض كان هو الآمر دون العبد فعليه أن يرده وهكذا اذا كان الوكيل حرا وكان الموكل هو الذى قبض الثمن من المشترى فان كان قبضه العبد فهلك عنده أخذ العبد به لانه هو القابض للثمن بحكم العقد فعليه رده اذا انتقض العقد فيرجع بذلك على الآمر لان قبضه كان صحيحا فى حق الآمر ولهذا برئ المشتري به فكان هلاكه فى يده كهلاكه

في يد الآمر ولانه في القبض كان عاملا له بامره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة بسببه ولو كان مكان العبد صبي محجور أو معتوه كانت العهدة في جميع هذه الوجوه على الآمر والخصومة معه واليمين على العلم وهو الذي يرد الثمن ولا تنتقل العهدة عن الصبي والمعتوه بالادراك والافاقة لان التزامهما العهدة غير صحيح في حقهما واذا لم يكن العاقد من أهل التزام العهدة وجبت العهدة على من هو أقرب الناس من هذا العبد بعد العاقد وهو الآمر المنتفع به واذا وجب للعبد المأذون على رجل دين من ثمن مبيع أو اجارة أو قرض أو استهلاك ثم حجر عليه مولاه فالخصم فيه العبد لانه باشر سبب الالتزام في حال انفكاك الحجر عنه وتأثير الحجر عليه بعد ذلك في منع لزوم العهدة اياه بمباشرة السبب ابتداء لا في اسقاط ما كان لزمه فان دفع الذي عليه الدين الى العبد برئ كان عليه الدين أو لم يكن لانه حين عامل العبد فقد استحق براءة ذمته بتسليم الدين اليه فلا يتغير ذلك بالحجر عليه بعد ذلك وان دفعه الى مولاه برئ أيضا ان لم يكن على العبد دين لان كسبه خالص حق المولي وبقبض العبد يتعين الملك له فهو نظير الموكل اذا دفع الثمن المشترى اليه وان كان عليه دين لا يبرأ بدفعه الي المولى لان كسبه الآن حق غرمائه والمولى من كسبه كاجنبي آخر مالم يقض دين غرمائه فلا يبرأ المديون بالدفع الى المولى صيانة لحق الغرماء الا أن يقضى المولى الدين فان قضاه برئ المطلوب من الديون لان المانع قد زال وهو حق الغرماء في كسبه واستدامة القبض في المقبوض بعد سقوط الدين عن العبد كانشائه ولانه لا يشتغل بنقض شئ ليعاد مثله وبعد سقوط الدين عن العبد لو نقضنا قبض المولي احتجنا الي اعادته لان العبد يقبضه فيسلمه اليه بخلافه حال قيام دينه لانه يقبضه ليقضي به دينه فان مات العبد بعد حجره ولا دين عليه فالخصم في ذلك المولى لان كسبه خالص حق المولي فيكون هو أحق الناس باستيفائه وان لم يمت ولكن المولى أخرجه من ملكه فليس للعبد أن يقبض شيأ منه ولا يكون خصما فيه لان منافعه صارت للمشترى فالمقبوض يسلم للبائع فلا يكون للعبد أن يصرف المنافع التى هى ملك المشترى الى القبض والخصومة فيما ينتفع به البائع وان قبض لم يبرأ الغريم بقبضه لانه خرج من أن يكون خصما فيه حكما فكان قبضه كقبض أجنبي آخر والمقبوض للبائع ولا يبرأ المديون بتسليم ملك البائع الى عبد غيره وقد انقطعت خصومة العبد عن ذلك ان كان عليه دين أو لم يكن لانه لما انتقل الملك الى المشترى صار العبد في تلك الخصومة كالمستهلك فان تجدد

سبب الملك فيه بمنزلة تبدل عينه ولكن الخصم فى ذلك هو المولى لانه كان خلفا عن العبد فانما هو غنم تلك التصرفات فكذلك فى الغرم والخصومة فيه يكون خلفا عنه فيقبضه فان لم يكن عليه دين فهو سالم له لانه كسب عبده وان كان عليه دين فالمولى هو الخصم أيضا فى الخصومة فى جميع ماله على الناس وغيره الا أنه اذا قضى بذلك لم يكن للمولى قبضه لان حق الغريم فى كسبه مقدم على حق المولى ولم يوجد الرضا من الغرماء بقبض المولى لذلك وهو ليس بمؤتمن على حق الغرماء فاما أن يقبض الغرماء دينهم من المقبوض فيكون مابقي للمولى لانه كسب عبده وقد فرغ من دينه ولو كان المولي أعتقه كان العبد هو الخصم فى قبض جميع ذلك لانه هو المباشر لسببه وقد خلصت له منافعه بعد العتق وكذلك لو باعه المولي فاعتقه المشتري فالعبد هو الخصم فى جميع ذلك لخلوص منافعه له وقد كان المانع له من الخصومة قبل العتق كون منافعه للمشترى وقد زال ذلك بالعتق واذا باع العبد المأذون متاعا من رجل بالف وتقابضا ثم حجر عليه المولي فوجد المشترى بالمتاع عيبا فالخصم فيه العبد لان ملك المولي فى منافعه باق بعد الحجر وقد كان لزمه العهدة لمباشرته سببه باذن المولي فان قامت عليه بينة وحكم برده عليه فأبى المشترى أن يدفعه حتى يقبض الثمن فله ذلك لان حال المشترى بعد الفسخ كحال البائع قبل التسليم وقد كان له أن يحبس المبيع ليستوفى الثمن فللمشترى بعد الفسخ أن لا يرده حتى يستوفى الثمن فان لم يكن فى يد العبد مال وعليه دين بدئ بالمتاع فبيع وأعطى المشترى ثمنه لان حقه فى المتاع مقدم على حق سائر الغرماء فان دينه بدل هذا المتاع والمتاع محبوس به كالمرهون فى يد المرتهن فلهذا يبدأ من ثمن المتاع بدينه فان فضل من ثمن المتاع شئ فهو لغرماء العبد وان نقص فالمشترى شريك غرماء العبد فى رقبته بما بقى من دينه لان دينه واجب بسبب ظاهر لاتهمة فيه وان جهل المشترى فدفع اليه المتاع ثم جاء بعد ذلك يطلب الثمن فهو اسوة الغرماء فى المتاع وفى رقبته لان تقدمه عليهم فى ثمن المتاع باعتبار يده وقد انعدم باخراجه من يده فهو نظير البائع اذا سلم المبيع الى المشترى ثم مات المشترى كان هو أسوة سائر الغرماء فى ثمن المشترى وغيره من تركته ولو لم يقم بينة على العيب وطلب اليمين فاليمين على العبد دون مولاه لان العبد هو الذى باشر هذا البيع وهو الخصم فيما يدعي من العيب فيه بعد الحجر كما قبله فيكون اليمين عليه فان نكل عن اليمين رد المتاع عليه بالعيب وكان حاله بمنزلة ما اذا قامت البينة بالعيب كما لو كانت الخصومة فى العيب قبل الحجر عليه ثم

هذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله واضح لانه يجعل أثر الاذن في بقايا تجارته بحاصل الاذن وكذلك عندهما لأن المشترى استحق رد المتاع عليه والرجوع بالثمن عند نكوله حالة العقد فلا يتغير ذلك الاستحقاق بالحجر عليه وكذلك لو أقر بالعيب عند القبض وهو عيب لا يحدث مثله لانه لا تهمة في اقراره والقاضي يتيقن بدون اقراره أن العبد كان عنده وان كان يحدث مثله لم يرده عليه القاضي باقراره لان اقراره بمنزلة انشاء تصرف منه باختياره وهو غير صحيح منه في حق مولاه بعد الحجر اذا لم يكن في يده كسب بالاتفاق وههنا لا كسب في يده فلا يكون اقراره ملزما مولاه شيأ ولا يكون هو خصما فيه بعد ذلك لانه أقر به فلا يتمكن من الانكار بعد ذلك ليقام عليه البينة كالوصي اذا أقر على اليتيم بدين لا يكون هو خصما فيه بعد ذلك ولكن المولي هو الخصم فيه لانه خلف عنه في غنمه فكذلك في الخصومة فان أقام المشترى البينة علي العيب رده فان لم يكن له بينة استحلف المولى على علمه لانه استحلاف علي فعل الغير فان نكل عن اليمين وأقر بالعيب رده بالعيب فان كان على العبد دين فكذب الغرماء العبد والسيد بما أقرا به من العيب فاقرارهما يكون حجة في حقهما دون الغرماء ويباع المتاع المردود في ثمنه فاعطى ثمنه المشترى فان فضل من ثمنه الآخر شئ علي ثمنه الاول كان لغرماء العبد لان الفاضل كسب العبد فيصرف الى غرمائه وان نقص عنه كان الفضل في رقبة العبد الا أن يباع فيبدأ من ثمنه لغرمائه لان وجوب هذا الفضل كان باقرار المولى وهو غير صحيح في حق الغرماء فيبدأ من ثمنه بحق غرمائه وان فضل من ثمنه شئ بعد قضاء دينهم كان للمشترى لان الفاضل حق المولى وهو مقر بدين المشترى وان لم يفضل شئ فلا شئ له وان لم يكن علي العبد دين كان ثمن المتاع في رقبته وفي المتاع يباعان فيه باقرار المولى بذلك للمشترى والحق له في الرقبة والكسب وان حلف المولى لم يرد ان كان علي العبد دين أو لم يكن فاذا عتق رد عليه باقراره لان اقراره حجة في حقه وانما كان المانع من العمل حق المولى فاذا عتق صار كالمجدد لذلك الاقرار بعد العتق فيرد عليه ويلزمه الثمن والمتاع له واذا باع المأذون متاعا له بالف درهم وقبض الالف فضاعت من يده ثم حجر عليه مولاه وفي يده ألف درهم ثم طعن المشترى بعيب في المتاع فأقر به العبد ومثله يحدث فهو مصدق في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لانه أقر للمشترى بألف درهم عند رد المتاع عليه ولو أقر له بألف درهم مطلقا وفي يده ألف درهم صح اقراره في قول أبي حنيفة باعتبار ما في يده ولا يصح

فى قولهما وقد بينا هذا فان كان المولى قبض من يده ذلك المال قبل اقراره بالعيب لم يصدق لان اقراره صحيح باعتبار ما في يده ولم يبق فى يده شئ حين قبض المولى منه وكذلك لو كان فى يده مال وعليه دين مثله لان ما فى يده مستحق لغرمائه فلا يمكن تصحيح اقراره فيه وحاله كحال مالو لم يكن فى يده شئ سواه ولو باع المأذون متاعا له ثم حجر عليه المولى ثم باعه مولاه فوجد المشترى بالمتاع عيبا فليس العبد خصما فيه ولكن الخصم هو المولى ان كان على العبد دين حين باعه مولاه أو لم يكن لان منافعه بالبيع صارت مملوكة للمشترى فلا يتمكن من صرفه الى خصمائه بغير رضى المشترى فان قامت البينة بالعيب رد المتاع وبيع فى ثمنه وكان المشترى أحق به من الغرماء فان لم يف بحقه حاص الغرماء فيما قبض من ثمن العبد لان دينه ثبت بالبينة وهو حجة فى حق الغرماء وان لم يكن له بينة على العبد ولكن أقر به المولى أو نكل عن اليمين فكذلك الا أن المشترى لا يحاص الغرماء بما بقي من حقه لان اقرار المولى ونكوله لا يكون حجة فى حق الغرماء ولا يضمن المولى له شيأ لان الغرماء انما قبضوا ثمن العبد منه بقضاء القاضى لهم به ولو حجر المولى على العبد ولم يبعه ثم طعن المشترى بعيب فى المتاع فصدقه به العبد وناقضه البيع بغير قضاء قاض والعيب مما يحدث مثله أولا يحدث مثله فمناقضته اياه باطلة لان قبوله بالعيب بغير قضاء قاض بمنزلة الاقالة والاقالة كالبيع الجديد فى حق غير المتعاقدين فيكون هذا فى حق المولى كشراء العبد اياه ابتداء بعد الحجر فان أذن له المولى بعد ذلك لم تجز تلك الاقالة الا أن يجيز أو يجدد الاقالة بعد الاذن بمنزلة الشراء المبتدأ فى حال الحجر فانه لا ينفذ بالاذن الا أن يجيزه أو يجدده فان كان العبد أقر بالعيب فى حال الحجر وليس فى يده مال ثم أذن له المولى فى التجارة لم يؤخذ بذلك الاقرار لان تأثير الاذن فى تنفيذ ما ينشئه من التصرف بعد الاذن لا فى تنفيذ ما كان سبق الاذن الا أن يقر اقرارا جديدا بعد الاذن فحينئذ هو مؤاخذ به كاقراره بدين آخر عن نفسه فان قال المشترى أقررت بالعيب بعد الاذن وقال العبد أقررت به فى حالة الحجر أخذ باقراره لانه أضاف الاقرار الى حالة لا تنافى الالزام بحكم الاقرار الا أن يكون العبد صبيا فيكون القول قوله حينئذ لاضافة الاقرار الى حالة معهودة تنافى الالتزام بحكم الاقرار أصلا الا أن يقيم المشترى البينة انه أقر به بعد الاذن الآخر أو فى الاذن الاول فالثابت بالبينة يكون كالثابت معاينة ولو دفع أجنبي متاعا له الى عبد مأذون يبيعه له بغير اذن مولاه فباع فهو جائز لان التوكيل بالبيع من صنيع التجار

والمأذون يحتاج الى ذلك لانه يستعين بالناس فى مثله ومن لا يعين غيره لا يعينه غيره عند حاجته والعهدة على العبد اذا كان عليه دين أو لم يكن لان هذا التصرف مما يتناوله الفك الثابت بالاذن وكذلك لو كان دفع مولاه اليه متاعا يبيعه له وعليه دين فان المولى لا يكون دون أجنبي آخر فى الاستعانة به فى البيع فان حجر المولى على العبد ثم طعن المشترى بعيب فى المتاع فالعبد خصم فى ذلك كما لو كان باع المتاع لنفسه وهذا لان المشترى استحق الخصومة معه فى العيب فلا يبطل حقه بحجر المولى فان رد عليه ببينته أو باباء يمين أو كان عيبا لا يحدث مثله بيع المتاع فى الثمن فان بقى منه شئ كان فى عتق العبد لانه فى حكم العهدة بمنزلة مالو باشر العقد لنفسه الا أنه يرجع به على الاجنبي ان كان باعه له وعلى المولي ان باعه له لان الحق فى كسبه ورقبته لغرمائه والمولى كاجنبي آخر فى هذه الحالة وانما لحقته العهدة بسبب عقد باشره له فرجع به عليه فان كان المولى والاجنبي معسرين حاص المشترى الغرماء فى رقبة العبد ما بقى شئ من حقه لان دينه ثابت بسبب ظاهر فى حق الغرماء ثم يرجع المشترى بما بقى بعد ذلك من حقه على الآمر ويرجع عليه الغرماء أيضا بما أخذه المشترى من ثمن العبد لان ثمن العبد حقهم وقد أخذ المشتري بعض ذلك بسبب دين كان العبد فى التزامه عاملا للآمر فيرجعون عليه بذلك فيقتسمونه بالحصة وان كان العبد أقر بالعيب وهو يحدث مثله فاقراره باطل لانه محجور عليه فلا يكون اقراره حجة فى حق المولى والغرماء ولا يكون خصما فيه بعد ذلك ولكن رب المتاع هو الخصم فيه لان المنفعة فى هذا العقد كانت له فان أبى اليمين أوقامت البينة علي العيب أو أقر به رده عليه وأخذ منه الثمن ان كان قبضه من العبد أو هلك عند العبد لان العبد كان وكيلا عنه فيده فى الثمن كيد الموكل وان حلف على العيب ثم عتق العبد ورده المشترى عليه باقراره الذى كان فى حال الحجر وأخذ منه الثمن فكان المتاع للعبد المعتق لانه كالمجدد لذلك الاقرار بعد العتق ولان اقراره ملزم اياه فى حقه وقد خاص الحق له بالعتق

باب اقرار المولي على عبده المأذون

(قال رحمه الله) واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ثم أقر عليه بدين أكثر من قيمته وأنكره العبد فالدين كله لازم لان اقراره فى الصورة على العبد وفى الحكم على نفسه فالحكم الثابت فى حالة الرق بيع الرقبة فى الدين أو قضا الدين من كسبه وذلك استحقاق على المولى

واقراره على نفسه صحيح فيخير المقر له بين ان يطالب بيعه فى الدين وبين ان يختار استسعاءه فى جميع الدين وكذلك لو أقر عليه بكفالة بامره فان كفالة العبد بأمر المولى صحيحة ملزمة اياه بمنزلة التزام الدين بغيره من الاسباب فان كانت قيمته ألف درهم فأقر المولى عليه بدين عشرة آلاف درهم ثم أعتقه فعلى المولى قيمته للغرماء لانه بالاعتاق أتلف عليهم مالية الرقبة فيكون ضامنا لهم قيمته ويرجعون أيضا علي العبد بقدر قيمته لان المالية هى حقهم سلمت للعبد بالعتق والاقرار تصرف من المولى عليه باعتبار تلك المالية وهو يملك الرقبة يملك أن يلزمه السعاية فى مقدار قيمته بعد العتق بتصرفه (ألا ترى) انه لو رهنه ثم أعتقه وهو معسر يجب علي العبد السعاية بقدر قيمته وكذلك لو أقر انه مرهون عند فلان بدين له عليه ثم أعتقه وهو معسر كان علي العبد السعاية فى مقدار قيمته فكذلك اذا أقر عليه بالدين وهذا لان محل الدين الذمة ولكن الدين فى ذمة المملوك يكون شاغلا لمالية رقبته وهذه المالية ملك المولى والذمة مملوكة للعبد وفى مقدار مالية الرقبة اقرار المولى كاقرار العبد لمصادفته ملكه فيلزمه السعاية فيه بعد العتق وهذا المعنى ينعدم فى الزيادة علي قدر القيمة فلا يسعى العبد فيه بعد العتق لان الكسب بعد العتق خالص ملكه فلا يلزمه أن يؤدى منه الا مقدار ماهو ثابت فى حقه فأما قبل العتق فالكسب ملك المولى والمولى مقربان حق المقر له فى الكسب مقدم علي حقه فلهذا يقضى جميع الدين من كسبه قبل العتق ثم وجوب قيمة المالية علي المولي لا يمنع وجوب السعاية علي العبد بقدر قيمته لان السبب مختلف فان السبب في حق المولي اتلاف مالية الرقبة وفى حق العبد وجوب الدين عليه فى مقدار القيمة باعتبار نفوذ تصرف المولي عليه وعلي هذا لو أبرؤا المولى من القيمة أوقومت عليه لم يرجعوا علي العبد الا بقدر قيمة العبد لان الثابت فى حقه بتصرف المولى عليه بعد العتق هذا القدر وكذلك لو سعى لهم العبد فى خمسة آلاف ثم أعتقه المولى فى صحته ثم مات ولم يدع شيأ فعلي العبد أن يسعى لهم فى قيمته لان مااستوفوا كان من ملك المولى وذلك لا يمنع وجوب السعاية علي العبد بعد العتق فى مقدار قيمته بتصرف المولي عليه الا أن يكون مابقى من الدين أقل منها فحينئذ يلزمه السعاية فى الاقل بمنزلة المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر يلزمه السعاية فى الاقل من قيمته ومن الدين وهذا لانه اذا سعى فى مقدار الدين وقد وصل الى الغرماء كمال حقهم فلا معنى لايجاب السعاية عليه فى شئ بعد ذلك ولو كان العبد أقر بالدين أيضا لزمه الدين كله كما

لو لم يوجد الاقرار من المولى به أصلا وهذا لان الاقرار من العبد التزام فى ذمته وهو خالص حقه وفى الذمة سعة فيثبت جميع الدين باقراره فى ذمته ويؤاخذ به بعد العتق فأما اقرار المولى عليه باعتبار ماليته فلا يثبت به فى حق العبد الا بعد ما يتسع له المحل ولو أقر عليه المولى بدين عشرة آلاف وأنكرها عليه العبد فبيع فى الدين واقتسم الغرماء ثمنه فلا سبيل لهم على العبد عند المشترى لان الدين الذى أقر به المولى عليه لا يكون أقوى من دين واجب عليه ظاهرا وهناك اذا بيع فى الدين لم يكن للغرماء عليه سبيل عند المشترى وهذا لان المشترى غير راض باستحقاق شئ عليه بالدين ولا يسلم الثمن للغرماء ما لم يسقط حقهم عن مطالبة فى ذلك المشترى لانهم ان تمكنوا من مطالبته رده المشترى بالعيب ورجع بالثمن فان أعتقه المشترى رجع الغرماء علي العبد بقيمته لان مقدار القيمة بما أقر به المولى عليه ثبت لزومه فى حق العبد بعد العتق بمنزلة جميع الدين الثابت باقرار العبد أو بتصرفه فكما يطالب هناك بجميع الدين بعد العتق يطالب ههنا بقيمته بعد العتق ولو لم يبع فى الدين حتى دبره المولى فللغرماء الخيار بين تضمين المولى قيمته وبين استسعاء المدبر في جميع دينهم لان المولى بالتدبير صار مفوتا عليهم مالية الرقبة بالبيع فى الدين فينزل ذلك منزلة الاعتاق فى ايجاب ضمان القيمة لهم على المولى الا أن الفرق بين هذا وبين الاعتاق من وجهين أحدهما ان هناك اذا ضمنوا المولى قيمته رجعوا علي العبد بقدر قيمته أيضا وههنا لا شئ لهم علي العبد حتى يعتق لان كسب المدبر للمولى وهم قد استحقوا على المولى مالية الرقبة حين ضمنوه فلا يبقى لهم سبيل علي كسب هو ملك المولى وهناك كسب المعتق ملكه فتضمينهم المولى قيمته لا يمنعهم من الرجوع على المعتق بقيمته ليؤدى من كسبه والثانى ان هناك لا يكون لهم استسعاء العبد الا فى مقدار قيمته وهنا لهم حق استسعاء المدبر فى جميع دينهم لان الكسب بعد التدبير ملك المولى والمولى مقر بجميع الدين وكون المقر له أحق بالكسب منه وهناك الكسب بعد العتق ملك العبد وهو منكر للدين فلا يلزمه أن يؤدى منه الا مقدار ما يقدر فيه تصرف المولى عليه فان أعتقه بعد التدبير ههنا أخذوه بقيمته فقط لان الكسب بعد العتق ملكه وان أدى خمسة آلاف ثم أعتقه المولى أخذوا منه أيضا قيمته وبطل ما زاد على ذلك لان المستوفى من ملك المولي فلا يمنع ذلك وجوب مقدار القيمة عليه بعد العتق لنفوذ تصرف المولى عليه فى ذلك القدر ولو لم يدبره حتى مرض المولى فأعتقه ثم مات ولا مال له غيره فعليه أن يسعى

في قيمته فيأخذه الغرماء دون الورثة لان المولى بالاعتاق صار ضامنا مقدار قيمته للغرماء والعتق في المرض وصية فيتأخر عن الدين فعلى العبد أن يسعى في قيمته لرد الوصية ويأخذه الغرماء باعتبار انه تركة الميت وحق الغريم في تركته مقدم على حق الوارث ثم يأخذ الغرماء العبد بعد ذلك أيضا بقيمته لانه قد لزمه بعد العتق مما أقر به المولى مقدار قيمته ولا شئ للورثة ولا لغرماء المولى من ذلك لان ما سعى فيه العبد بدل ماليته ودينه في ماليته مقدم على دين غرماء المولى لان حق غرماء المولى يتعلق بماليته بمرضه وحق غريم العبد كان ثابتا في ماليته قبل ذلك فلهذا لا يكون لغرماء المولى مزاحمة مع غرماء العبد في شئ مما سعى فيه العبد وان كان انما أقر على العبد بالدين في المرض والمسئلة على حالها كانت القيمة الاولى لغرماء المولى خاصة لان حقهم تعلق بماليته لمرض المولى فاقراره على العبد بالدين بعد ذلك بمنزلة اقراره على نفسه وكما لا مزاحمة للمقر له في المرض مع غريم الصحة في تركة المولى فكذلك لا مزاحمة للمقر له في المرض ههنا والقيمة الاولى التي سعى العبد فيها تركة المولى فتكون لغرماء المولى خاصة ثم يسعى في قيمته لغرماء العبد خاصة لان وجوب القيمة الثانية عليه باعتبار الدين الواجب عليه لاقرار المولى فيكون ذلك لغرمائه خاصة وهذا لان حق غرماء المولى تعلق بمالية الرقبة وقد سلمت لهم تلك المالية ولو لم يقر عليه بالدين ولكن أقر عليه بجناية خطأ فانه يدفعه بها أو يفديه لان موجب جناية العبد على المولى فان المستحق بالجناية نفس العبد على المولى فاقراره عليه بالجناية بمنزلة البينة والمعاينة فيدفع بها أو يفديه وكذلك لو أقر على أمة في يدى العبد أوعبد في يديه بدين أو جناية كان مثل اقراره على العبد بذلك لان كسب العبد ملك المولى كرقبته فان أعتقها بعد ذلك فهو بمنزلة ما ذكرنا من اعتاقه العبد بعد الاقرار عليه بالدين واقرار الاب والوصي على الصبي المأذون له في التجارة أو على عبده باطل لانه لا ملك له على الصبي ولا في ماله فاقراره عليه يكون شهادة وبشهادة الفرد لا يستحق شئ ثم ثبوت الولاية للاب والوصى على الصبي بشرط النظر وليس في اقرارهما عليه في معنى النظر له عاجلا ولو أذن الصبي التاجر لعبده في التجارة ثم أقر الصبي على عبده بدين أوجناية خطأ وجحده العبد كان اقرار الصبي عليه في جميع ذلك بمنزلة اقرار الكبير لانه بالاذن له في التجارة صار منفك الحجر بمنزلة ما لو صار منفك الحجر عنه بالبلوغ واقراره بعد البلوغ على عبده بذلك صحيح فكذلك بعد الاذن وكذلك المكاتب أو العبد المأذون يأذن لعبده في التجارة

ثم يقر عليه ببعض ماذكرنا فهو بمنزلة اقرار الحر على عبده لان بالكتابة والاذن له في التجارة يصير منفك الحجر عنه في الاقرار بالدين والدين اذا أقر به على نفسه فكذلك فيما يقر به على عبده لان صحة اقراره على العبد باعتبار أن المستحق به ملك المقر والمكاتب والمأذون فى هذا اسوة الحر واذا اشترى المكاتب ابنه أو أباه أو ولد له من المكاتبة ولد فهو مأذون له فى التجارة وان لم يأذن له المكاتب قال لانه مكاتب معه فان المكاتب بمنزلة الحر يدا وولده ووالده بينهما بعضية فكما يثبت باعتبار هذا السبب حقيقة الحرية له اذا ملكه الحر فكذلك يثبت له الحرية يدا اذا ملكه المكاتب لان ملك المكاتب يحتمل هذا القدر (ألا ترى) انه يكاتب عبده فيصح وبهذا يتبين أن من قال من أصحابنا لا يكاتب أحد على أحد فذلك وهم منه قاله من غير تأمل فى الروايات المنصوصة واذا ثبت انه صار مكاتبا فمن ضرورته الاذن له فى التجارة لان انفكاك الحجر بالكتابة أقوى منه بالاذن له في التجارة فان أقر عليه المكاتب بدين لم يصدق عليه لان من يكاتب عليه صار مالكا للمولى داخلا في كتابته كنفس المكاتب واقراره على مكاتب مولاه ليس بصحيح (ألا ترى) أنه لا يملك أن يشغله بالدين بطريق الرهن فكذلك لا يملك الاقرار عليه بالدين الا أن المقر له أحق بما يكسبه وبما فى يده من مال كان اكتسبه ولم يأخذه منه المكاتب لان المكاتب كان أحق بكسبه وأخذه فيستعين به على أداء بدل الكتابة وقد أقر أن المقر له بالدين أحق بهذا الكسب واقراره صحيح فى حق نفسه فان كان المكاتب قد أخذ منه قبل اقراره مالا فان ذكر المكاتب ان الدين وجب عليه بعد قبضه المال منه فالقول قوله ولا حق للغريم فيما قبضه لان بقبض المكاتب يخرج ذلك من أن يكون كسباله والدين انما يلزمه فى كسبه وكسبه ما فى يده عند وجوب الدين عليه أو ما يكتسبه بعد ذلك وان ذكر أنه وجب عليه قبل قبضه فالغريم أحق به منه لاقراره بتعلق حق الغريم به قبل أن يقبضه منه المولى وان اختلفا فى ذلك فالقول قول المكاتب فى ذلك مع يمينه على علمه لان الغريم يدعي استحقاق ذلك المال عليه والمكاتب منكر لذلك ولو أقر عليه المكاتب بالدين ثم ادى فعتق عتق هذا معه لكونه داخلا فى كتابته ولا شئ على واحد منهما فى ذلك الدين أما على المكاتب فلانه لم يتلف على الغرماء شيأ من محل حقهم اذ لا حق لهم في مالية رقبتهم مادام مكاتبا وأما على المقر له فلان اقرار المكاتب عليه باطل وانما كان يأخذ كسبه باعتبار أن المكاتب أحق بذلك الكسب وبعد العتق الكسب خالص ملكه

فلا يلزمه اداء شئ منه باقرار المكاتب عليه ولو كان اشترى أخاه أو ذارحم محرم فيه فالجواب كذلك فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان هؤلاء يتكاتبون عليه عندهما فأما عندأبى حنيفة رحمه الله فهذا بمنزلة اقراره على عبده لانهم لا يتكاتبون عليه فاذا ادى المكاتب عتق وعتقوا جميعا لانه ملك ذا رحم محرم منه ويضمن المكاتب من الدين الذى أقر به قدرقيمة المقر عليه يوم عتق ثم يكون على المقر عليه الاقل من قيمته ومابقى من الدين بمنزلة الحر اذا أقر على عبده ثم أعتقه وهذا لان حق المقر له تعلق بمالية رقبته حين كان يجوز له بيعه ولو كان حين اشترى ابنه أو أباه أقر عليه بجناية خطأ فاقراره عليه باطل لان موجب جناية المكاتب يكون عليه دون مولاه ومن يكاتب على المكاتب فهو مملوك للمولى فلهذا بطل اقرار المكاتب عليه بالجناية عليه فان اكتسب مالا كان المكاتب أحق به من صاحب الجناية لان جناية المكاتب لا تكون مالا الا بقضاء القاضي ولهذا لو جنى المكاتب ثم عجز فرد فى الرق يدفع به أو يفدى ولا يباع فيه فقبل قضاء القاضى لا تكون جنايته متعلقة بكسبه فلهذا كان كسبه للمكاتب دون صاحب الجناية فان لم يأخذه المكاتب منه حتى مات المقر له عليه بالجناية أخذ صاحب الجناية من ذلك المال الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان بموته تحقق اليأس عن دفعه فصارت جنايته مالا بمنزلة قضاء القاضي به فيتعلق بكسبه وما بقى من المال فى يده فهو فى كسبه فينفذ اقرار المكاتب فيه ولو كان المكاتب قبض منه كسبه قبل موته لم يكن لصاحب الجناية على ذلك سبيل لانه انما تصير جنايته مالا بعد موته وما أخذه قبل ذلك خرج عن أن يكون كسبا له فلا يثبت فيه حق ولى الجناية بمنزلة مالو أخذ منه كسبه ثم أقر عليه بدين لزمه بعد ماأخذه ولو لم يمت ولم يأخذ منه المكاتب كسبه حتى أدى المكاتب فعتقا فالكسب كله للمكاتب ولا شئ لصاحب الجناية فيه ولا على واحد منهما لان اقراره بالجناية عليه كان باطلا قبل العتق وقد ازداد بالعتق بعدا عنه فلا وجه للحكم بصحة اقراره عليه بعد العتق والجناية انما تصير مالا بعد العتق وبعد العتق لا حجة له عليه بالجناية فلهذا لا يجب شئ للمقر له على واحد منهما ولو كان المكاتب أقر عليه بجناية خطأ ثم أقر عليه بدين ثم اكتسب المقر عليه مالا كان صاحب الدين أحق به لان الجناية لا تصير مالا الا بقضاء القاضى وما لم يصر مالا لا يتعلق صاحب الجناية بالكسب فيكون ما اكتسب لصاحب الدين خاصة اذ لا مزاحم له فيه فاذا لم يأخذه حتى مات تحاص فيه صاحب الجناية الاقل من قيمته ومن ارش الجناية وصاحب

الدين بدينه لانه رفع الناس عن الدفع بموته فتصير الجناية مالا والكسب فى يده على حاله فيتعلق حق صاحب الجناية به لان الوجوب وان تأخر فقد كان بسبب سابق على حق صاحب الدين فكان حق صاحب الدين أحق بدينه لان لكل واحد من الخصمين نوع قوة من وجه أما حق صاحب الجناية فلسبق السبب وأما حق صاحب الدين فلانه تعلق بالكسب كما أقر به فلهذا الحق سبق من حيث التعلق بالكسب وللآخر سبق من حيث السبب فيستويان فى القوة ويتحاصان فى الكسب وكذلك ان كان المكاتب أخذ منه قبل موته كان أخذه غصبا باعتبار أن حق صاحب الدين فيه مقدم على حقه فكونه فى يده وكونه فى يد المقر عليه سواء ولو لم يمت ولكن المكاتب أدى الكتابة كان صاحب الدين أحق بذلك المال وبطلت الجناية لان الجناية لو صارت مالا انما تصير مالا بعد العتق ولا وجه لذلك لانعدام الحجة فاقرار المكاتب لا يكون حجة على المقر عليه بعد العتق باعتبار نفسه ولا باعتبار كسبه والجناية انما تصير مالا على أن تكون دينا فى ذمته ثم يقضى من كسبه فاذا انعدم ذلك بعد العتق كان صاحب الدين أحق بذلك المال فان فضل من حقه شيء كان للمكاتب ولو أقر عليه أولا بدين ثم بجناية ثم مات المقر عليه وفى يده مال بدىء منه بالدين لان الدين أقوى من حق صاحب الجناية فانه أسبق سببا وتعلقا بالكسب واعتبار اقرار المكاتب عليه لاجل الكسب وانما يعتبر ذلك اذا فرغ الكسب عن صاحب الدين فأما ما بقي من الدين فحق الغريم مقدم على حق المكاتب فيه فلا يعتبر اقراره فيه بالجناية فان بقي شئ بعد الذى كان لصاحب الجناية بموت المقر عليه صارت مالا وهذا الفاضل من الكسب حق المكاتب فأخذه المقر له بالجناية لحكم اقراره ولو كان أقر بالدين أولا ثم بجناية ثم بدين وهو يجحد ثم مات المقر عليه وفى يده مال فانه يبدأ منه بالدين أولا لان حق المقر له الاول أقوى من حق صاحب الجناية للسبق والتعلق بالكسب كما أقر به وهو أقوى من حق صاحب الدين الآخر لانه أسبق تعلقا بالكسب فان فضل من دينه شيء تحاص فيه صاحب الجناية والدين الآخر لان الغريم الاول لما استوفى حقه صار كان لم يكن وكانما بقى هو جميع الكسب وقد أقر عليه بالجناية ثم بالدين وفى هذا هما يتحاصان لقوة فى كل واحد منهما من وجه ولو لم يمت ولكن المكاتب أدى فعتق بدىء بالدين الاول ثم بالدين الآخر فما فضل عن الدينين فهو للمكاتب لما بينا أنه لا وجه لايجاب المال عليه باقرار المكاتب بالجناية عليه بعد العتق فكانه ما أقر عليه الا بدين ثم بدين فيبدأ

من كسبه بالدين الاول لانه أقوى ولا مزاحمة للضعيف مع القوى ثم بالدين الآخر ولو أقر عليه بجناية ثم مات المقر عليه وفي يده مال فانه يتحاص أصحاب الجناية الاولى وصاحب الدين في ذلك المال لاستوائهما في القوة من حيث ان كل واحد منهما له نوع قوة من وجه ثم يدخل صاحب الجناية الاخيرة مع صاحب الجناية الاولى فيشاركه فيما أصاب لان صاحب الدين لما استوفى حقه خرج من الدين وحق صاحب الجناية الاولى والجناية الاخيرة سواء (ألا ترى) أنه لو لم يتخللهما الاقرار بالدين كانا مستويين في الكسب لان حق كل واحد منهما انما يصير مالا بعد موت المقر عليه ويتعلق بالكسب في وقت واحد والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فاذا كان صيرورة الجنايتين مالا في وقت واحد كانا مستويين في الكسب كما لو أقر بهما معا فلهذا دخل صاحب الجناية الاخيرة مع صاحب الجناية الاولى ويشاركه فيما أصابه * فان قيل هذا ليس بصحيح لان ما يأخذه صاحب الجناية الاخيرة لا يسلم له وان صاحب الدين ما استوفى كمال حقه فيكون له أن يأخذ من يد صاحب الجناية الاخيرة ما يصل اليه ويقول حقي مقدم على حقك في الكسب * قلنا القول بهذا يؤدي الى دور لا ينقطع أبدا لانه اذا أخذ ذلك منه لا يسلم له ولكن يأخذه منه صاحب الجناية الاولى لانه يقول حقي في الكسب مثل حقك فليس لك أن تفضل علي بشيء من الكسب فاذا أخذ ذلك منه أتاه صاحب الجناية الاخيرة واسترد ذلك منه لان حقه مثل حقه فلا يزال يدور هكذا فلقطع هذا الدور قال لا يكون لصاحب الدين سبيل على ما يأخذه صاحب الجناية الاخيرة فان استوفى صاحب الجناية الاولى وصاحب الدين حقهما وبقي شيء أضيف ذلك الباقي الى ما أصاب صاحب الجناية الاولى فاقتسم جميع ذلك صاحبا الجنايتين نصفين حتى يستوفيا حقهما لان حقهما في الكسب سواء والمانع لصاحب الجناية الاخيرة من المزاحمة حق صاحب الدين وقد انعدم ذلك بوصول كمال حقه اليه ولو لم يمت المقر عليه ولكن المكاتب أدى فعتق فصاحب الدين أحق بما في يد المقر عليه حتى يستوفي دينه فما فضل عنه كان للمكاتب ولا شيء لاصحاب الجنايتين بعد عتق المقر عليه لما بينا ولو كان أقر عليه بجناية ثم بجناية في كلام متصل أو منقطع ثم مات المقر عليه تحاصا في تركته لان كل واحدة من الجنايتين انما تصير مالا بعد موته وتعلقهما بالكسب في وقت واحد وفي مثله المتقدم والمتأخر سواء كالمريض اذا أقر بدين ثم بدين ثم مات تحاصا في تركته سواء كان الاقرار بكلام متصل أو منقطع ولو كان أقر عليه بدينين

لرجلين فى كلام متصل تحاصا أيضافى تركته لان فى آخر كلامه ما يغير موجب أوله وان موجب أول الكلام اختصاص المقر له بالكسب ويتغير ذلك بالاقرار للثانى فيصير موجبه المشاركة بينهما فى الكسب ومتى كان فى آخر كلامه ما يغير موجب أوله توقف أوله على آخره فكانه أقر لهما جميعا وان كان قطع كلامه بين الاقرارين بدئ بالاول فان فضل عنه شئ كان للثانى سواء مات المقر عليه أو أدى المكاتب مكاتبته لان صحة اقرار المكاتب عليه باعتبار الكسب وكما أقر الاول بالدين تعلق حق المقر له بالكسب فاقراره بعد ذلك غير مقبول فى اثبات المزاحمة للثانى مع الاول وهو نظير الوارث اذا أقر على الميت بدين ثم بدين فانه يبدأ بما فى يده بالدين الاول لهذا المعنى واذا أذن للعبد فى التجارة وقيمته ألف درهم فادان ألف درهم ثم أقر المولى عليه بدين ألف درهم وهو يجحد ذلك ثم ان المولى أعتقه فالغريم الذى أدان العبد بالخيار لان حقه أقوى لانه دين من كل وجه والضعيف لا يظهر مع القوى فكانه ليس لاحد عليه شئ سواه فان شاء ضمن المولى قيمة العبد باتلافه المالية المستحقة له بالاعتاق وان شاء أخذ دينه من العبد لان دينه كان ثابتا فى ذمة العبد قبل العتق فبالعتق ازداد قوة ووكادة فان ضمنه المولى لم يكن للآخر على المولى ولا على العبد شئ اما على المولى فلانه ما أتلف الامالية الرقبة وقد ضمن جميع بدلها مرة واما على العبد فلان صحة اقرار المولى عليه باعتبار مالية الرقبة (ألا ترى) أنه بعد العتق لا يسعى الا فى مقدار مالية الرقبة لولم يكن عليه دين آخر وهنا لا فضل فى مالية الرقبة على دين العبد فيبطل اقرار المولى عليه لانعدام محله وان اختار الغريم أخذ دينه من العبد فللمقر له أن يأخذ المولى بقيمة العبد لان المولى صار متلفا مالية الرقبة بالعتق ولم يغرم لصاحب دين العبد شيأ حين اختار اتباع العبد فيجعل فى حقه كانه لم يكن على العبد دين سوى ما أقر به المولى عليه فيكون للمقر له أن يضمنه قيمة العبد لان المولى مصدق على نفسه وان لم يكن مصدقا على عبده ولو كان المولى أقر على العبد بدين ألفى درهم ولا دين عليه سواه وجحده العبد ثم صار على العبد ألف درهم باقرار أو بينة فانه يباع فيضرب كل واحد منهما فى ثمنه بجميع دينه لان اقرار المولى عليه صادف محلا فارغا فانه لم يكن عليه دين آخر حين أقر به المولى فيثبت جميع ماأقر به المولى فى حال رقه وان كان أكثر من قيمته (ألا ترى) ان للمقر له أن يستسعيه فى جميع الدين وكذلك يثبت ماأقر به العبد على نفسه بعد ذلك لبقائه مأذونا بعد اقرار المولى عليه فاذا بيع

ضرب كل واحد منهما فى ثمنه بجميع دينه كما لو حصل الاقراران من العبد ولو كان اقرار العبد أولا بدئ به لان حق غريمه تعلق بمالية رقبته فاقرار المولى بعد ذلك صادف مالية مشغولة وصحة اقراره باعتبار الفراغ فلا يظهر مع الشغل فلهذا بدئ من ثمنه بما أقر به العبد علي نفسه بخلاف مالو كان الاقراران من العبد لان صحة اقراره باعتبار الاذن لاباعتبار الفراغ وكذلك ان بيع بالفى درهم فخرج منهما ألف وتويت ألف كان الخارج منها للذى أقر له العبد لان التاوى غير معتبر وباعتبار الحاصل اقرار المولي لم يصادف الفراغ فى شئ مما أقر به فان كان العبد أقر بالف ثم أقر عليه المولي بالف ثم أقر العبد بالف فانه يباع ويتحاص فى ثمنه اللذان أقر لهما العبد لاستواء حقهما فى القوة فان الاقرارين من العبد جميعهما حالة الاذن ولا مزاحمة معهما للذى أقر له المولي لان حقه أضعف فاقرار المولى ماصادف فراغا فى شئ من المالية فان بقي من ثمنه شيء بعد قضاء دينهما كان للذى أقر له المولي لان الفاضل للمولى وقد زعم هو أن المقر له أحق بذلك منه وزعمه فى نفسه معتبر ولو لم يقر العبد على نفسه بشيء وأقر عليه المولى بدين ألف درهم ثم بدين ألف درهم فى كلام منقطع فانه يباع فيبدأ بالالف لان حق الاول أقوى فاقرار المولى له صادف فراغا ولان صحة اقرار المولى على عبده باعتبار المالية وقد صارت المالية مستحقة للمقر له الاول فلا يعتبر اقراره فى اثبات المزاحمة للثانى معه ولكن يستوفى الاول دينه فان بقي شئ كان للثانى وان كان وصل كلامه فقال لفلان علي عبدى هذا ألف درهم ولفلان ألف درهم تحاصا فى ثمنه لان فى آخر كلامه مايغير موجب أول كلامه فان صدقه العبد فى أحدهما والكلام متصل أو منقطع تحاصا فى ثمنه لان العبد بالتصديق صار مقرا بدين أحدهما فكأن المولى أقر عليه بدين ثم أقر العبد على نفسه بدين وفى هذا يتحاصان فى ثمنه وان صدقه فى أولهما بدئ به لان التصديق متى اتصل بالاقرار كان كالموجود عند الاقرار (ألا ترى) ان الصحيح اذا أقر بدين لغائب ثم حضر المقر له فى مرضه وصدقه جعل ذلك دين الصحة فههنا أيضا يصير العبد بالتصديق كالمقر بذلك الدين حين أقر المولى به فهو نظير ما لو أقر العبد على نفسه بدين ثم أقر المولى عليه بدين وهذا اذا كان اقرار المولى بهما منقطعا فان كان متصلا تحاصا فى ثمنه لان باتصال الكلام يصير كان الاقرارين من المولى وجدا معا فتثبت المحاصة بينهما فى ثمنه ثم التصديق من العبد بعدما أوجب الدينين فى رقبته لايكون مغيرا للحكم ولو كانت قيمة العبد ألف درهم وخمسمائة فأقر العبد

بدين ألف درهم ثم أقر المولي عليه بدين ألف درهم ثم أقر العبد بدين ألف ثم بيع العبد بألفي درهم فانه يضرب كل واحد من غريمي العبد في ثمنه بجميع دينه ويضرب الذى أقر له المولي في ثمنه بخمسمائة فيكون الثمن بينهم اخماسا لان الاقرارين من العبد جميعهما حالة الاذن فيثبت جميع دين كل واحد منهما فأما الاقرار من المولى فحين وجد كان الفارغ منه بقدر خمسمائة لان قدر الالف من ماليته كان مشغولا بحق غريم العبد وصحة اقرار المولى عليه باعتبار الفراغ وانما يصح من اقرار المولى في حق المزاحمة بقدر الفارغ منه وهو خمسمائة فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كان الثابت على العبد خمسة أسهم فيجعل ثمنه على خمسة لكل واحد من غريمي العبد خمساه وللذى أقر له العبد خمسه ولو لم يبع وأعتقه المولي وقيمته ألف وخمسمائة كان ضامنا لهما قيمته بالاعتاق ثم هذه القيمة بدل مالية الرقبة كالثمن لو بيع العبد فيقسم بينهم اخماسا فيجعل لكل واحد من غريمي العبد خمسمائة ويرجع كل واحد منهما علي العبد بما بقي من دينه وهو أربعمائة لان جميع دين كل واحد منهما ثابت علي العبد ويرجع الذى أقر له المولي علي العبد بمائتين لان الثابت من دينه علي العبد خمسمائة وقد وصل اليه ثلثمائة فبقي من هذا الثابت مائتان وان شاء الغرماء تركوا المولي واتبعوا العبد بالثابت من ديونهم فان اتبعوه أخذ منه الغريمان اللذان أقر لهما العبد جميع دينهما ألفي درهم وأخذ منه الذى أقر له المولي خمسمائة لان هذا القدر هو الثابت علي العبد باقرار المولي عليه فلا يطالبه بعد العتق الا به ثم يرجع على المولي بخمسمائة درهم أيضا لان المولي مقر بان ذلك الدين علي عبده وانه استهلك رقبته بالاعتاق وقد برئ من حق غريمي العبد بابرائهما اياه فكان للذى أقر له المولى أن يرجع عليه بما بقي من دينه حتى يصل اليه كمال حقه ولو كانت قيمة العبد ألف درهم فأقر العبد بدين ألف درهم ثم أقر المولى عليه بدين ألف درهم ثم ازدادت قيمته حتى صارت ألفي درهم ثم أقر العبد بدين ألف درهم ثم بيع بألفي درهم فجميع الثمن للذين أقر لهما العبد خاصة لان المولى أقر عليه وليس في ماليته شئ فارغ عن حق غريم العبد عند ذلك وصحة اقرار المولى عليه باعتبار الفراغ فلم يثبت شئ مما أقر به المولي في مزاحمة غريمي العبد وبالزيادة التى حدثت بعد ذلك لا يتغير حكم اقرار المولي اذ لا معتبر بالزيادة المتصلة وحين بيع فلا فضل في ثمنه علي حق غريميه فلهذا كان الثمن كله لغريمي العبد ولو أعتقه المولى يضمن قيمته لان القيمة بدل المالية كالثمن ولو اختار اللذان أقر لهما العبد اتباعه وأبرؤا من القيمة المولى كان للذى أقر

له المولى أن يأخذ المولى بجميع دينه لان المولى استهلك مالية الرقبة وفى زعمه أن حق المقر له كان ثابتا فى هذه المالية وزعمه معتبر فى حقه ثم حقه ثابت فى هذه المالية اذا فرغ من حق غريمى العبد بدليل أنهما لو أبرآه عن دينهما بيع للمقر له وحين اختار المقر اتباع العبد فقد فرغت هذه المالية من حقهما فلهذا كان للذى أقر له المولى أن يضمنه هذه المالية ويستوفيه بدينه ولو كانت قيمة العبد ألف وخمسمائة فأقر عليه المولى بدين ألف ثم بألف ثم بألف فى كلام منقطع ثم بيع العبد بألفا فهو بين الاولين أثلاثا يضرب فيه الاول بألف والثانى بخمسمائة لان جميع الدين الاول ثبت على العبد باقرار المولى به فانه صادف محلا فارغا وقد ثبت من دين الثانى نصفه باقرار المولى لان الفارغ من ماليته عند ذلك كان بقدر خمسمائة فيضرب كل واحد منهما فى الثمن بما هو ثابت من دينه ولو أعتقه المولى وقيمته ألف درهم ضمن قيمته ألف درهم لان وجوب الضمان عليه باستهلاك المالية بالاعتاق وانما يعتبر قيمة المستهلك عند الاستهلاك ثم يقتسم الاولان هذه القيمة بينهما اثلاثا على قدر الثابت من دين كل واحد منهما لما بينا أن فى ثبوت الدين يعتبر الفراغ وقت الاقرار ثم يرجعان على العبد بخمسمائة لان الثابت من دينهما على العبد ألف وخمسمائة وقد استوفيا من المولى مقدار ألف فيرجعان على العبد بما بقي مما هو ثابت من دينهما وهو خمسمائة فيقتسمانها أثلاثا وان طلبا أولا أخذ العبد أخذاه بألف درهم مقدار قيمته لان العبد بعد العتق لا يلزمه من الدين الذى أقر عليه المولي به الا مقدار قيمته فيرجعان عليه بألف مقدار قيمته ويقتسمان ذلك أثلاثا على قدر الثابت من دينهما ثم يرجعان على المولي بجميع قيمته أيضا لانه استهلك مالية الرقبة فيكون ضامنا لهما جميع القيمة فاذا استوفيا ذلك منه وصل اليهما جميع دينهما بخلاف ما اذا ضمنا المولي فى الابتداء فهناك لا يتبعان العبد الا بالباقى مما هو ثابت من دينهما وهو خمسمائة لان العبد كان منكرا لما أقر به المولى عليه فأما اذا أتبعا العبد أولا بمقدار قيمته والمولى مقران جميع دينهما ثابت فبحكم اقراره يكون لهما أن يأخذا المولى بجميع القيمة حتى يصل الي كل واحد منهما كمال حقه واذا أتبعا المولى فاستوفيا منه خمسمائة اقتسما ذلك أثلاثا أيضا ثم قد وصل الي المقر له الاول كمال حقه فالخمسمائة الباقية على المولي يستوفيها المقر له الثانى ولو كان المولي أقر بهذه الديون اقرارا متصلا كانوا شركاء فى ثمن العبد لان باتصال الكلام يصير كان الاقرار منه لهم حصل فى كلام واحد معا وان أعتقه المولى اتبعوا المولى بالقيمة ثم يرجعوا على العبد

بقدر قيمته مما بقى من دينهم وما زاد على ذلك فهو تاو لان المولى لا يغرم الا قيمة ما استهلك
والعبد بعد العتق لا يغرم مما أقر به المولي عليه الا مقدار قيمته حتى لو كانت قيمة العبد
ألف درهم فأقر عليه المولى بدين ألف ثم أقر بعد ذلك بدين ألف ثم ازدادت قيمته حتى
صارت ألفين ثم أقر عليه بدين ألف ثم بيع العبد بألفي درهم فهو بين الاول والآخر نصفان
ولا شئ للاوسط لانه حين أقر للاول ثبت جميع ما أقر به لفراغ ماليته عند ذلك وحين
أقر للثاني لم يثبت شيء مما أقر به لانه ليس في ماليته فضل على الدين الاول وحين أقر للثالث
ثبت جميع ما أقر به له لان في ماليته فضلا على حق الاول بقدر الالف واقرار المولى عليه متى
صادف محلا فارغا كان صحيحا فلهذا قسم الثمن بين الاول والآخر نصفين وان بيع بألفين
وخمسمائة استوفى الاول والآخر دينهما وكان الفضل للاوسط لان الفاضل من حقهما للمولي
والمولي مقر بوجوب الدين للثاني عليه وهو مصدق على نفسه ولو أعتقه المولى وقيمته ألفان
أخذ الاول والآخر قيمته من المولى ولا شئ للاوسط لان القيمة بدل المالية كالثمن فان
أعتقه وقيمته ألفان وخمسمائة أخذ الاول والآخر من المولى ألفين وكانت الخمسمائة الباقية
للاوسط باعتبار زعم المولى ولا شئ له على العبد لان شيأ من دينه غير ثابت فى حق العبد فان
توى بعض القيمة على المولى كان التاوى من نصيب الاوسط خاصة لان حقه فى الفاضل
ولا يظهر ذلك مالم يستوف الاول والآخر كمال حقهما بمنزلة مال المضاربة اذا توى منه كان
التاوى من الربح دون رأس المال ولو كانت قيمة العبد ألفا وخمسمائة فأقر المولى عليه بدين
ألف ثم بالف ثم بألفين ثم بيع العبد بثلاثة آلاف فان الاول يستوفى ألف درهم تمام دينه
وكذلك الثانى ويبقي ألف درهم فهو للثالث فان خرج من الثمن ألف درهم وتوى الباقى كان
ثلثا الالف للاول وثلثها للثانى لان جميع دين الاول ثابت على العبد والثابت من حق الثانى
بقدر خمسمائة لان الفارغ عن ماليته يومئذ كان هذا المقدار فيقتسمان مايخرج من الثمن على
قدر الثابت من دينهما فيكون الخارج تمام دينه لان حقه أقوى من حق الثالث فالاقرار له
من المولى كان سابقا على الاقرار للثالث فما يتوى يكون على الغريم الثالث وان استوفى
التانى جميع دينه ثم خرج شئ بعد ذلك كان للثالث ولو كان الاقرار كله متصلا كان الخارج
بينهم على قدر دينهم والتاوى بينهم جميعا بمنزلة مالو حصل الاقرار لهم بكلام واحد ولو كان
الاقرار منقطعا ثم أقر العبد بعد ذلك بدين ألف ثم بيع بثلاثة آلاف فان الغريم الاول والذى

أقر له العبد يأخذ كل واحد منهم جميع دينه وكذلك الثاني الذي أقر له المولي يأخذ جميع دينه مما بقي من الثمن ولا شيء للثالث لان حقه دون حق الثاني وحق غريم العبد ثابت بعد اقرار المولي لبقاء الاذن فان توى من الثمن ألف درهم وخرجت ألفان كانتا بين الاول والثاني والذي أقر له العبد اخماسا لان جميع دين الاول ثابت وجميع دين الذي أقر له العبد على نفسه ثابت والثابت للمقر له الثاني مقدار خمسمائة فان الفارغ من مالية الرقبة يومئذ كان هذا القدر فيضرب كل واحد منهم في الخارج من الثمن بقدر الثابت من دينه فيكون مقسوما بينهما أخماسا سواء كان الخارج ألفين أو ألفا وخمسمائة للاول خمساه وللذي أقر له العبد خمساه وللثاني الذي أقر له المولى خمسه واذا أذن لعبده في التجارة وقيمته ألف درهم فاشترى وباع حتى صار في يده ألف درهم ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر عليه المولى بألف فالالف الذي في يده بين الغريمين نصفان لان دين العبد يقضى من كسبه كما يقضى من بدل رقبته وباعتبارهما جميعا اقرار المولى صادف محلا فارغا في جميع ما أقر به فهو كما لو حصل الاقراران من العبد فيقسم الكسب بينهما نصفان ولو كان المولى أقر عليه بألفين معا قسم ثمن العبد وماله بينهما نصفين لان الثابت مما أقر به المولى عليه بقدر الفارغ من مالية رقبته وكسبه وذلك مقدار ألف فلهذا قسم الثمن والكسب بينهما نصفين ولو كان المال في يد العبد خمسمائة فأقر العبد بدين ألف ثم أقر عليه المولي بدين ألفين ثم أقر العبد بدين ألف لم يضرب الذي أقر له المولى في ثمن العبد وكسبه مع غريميه الا بخمسمائة لان الفاضل حين أقر له المولي مقدار خمسمائة فيثبت مما أقر به المولي وجميع دين كل واحد من غريمي العبد ثابت فيقسم الثمن والكسب بينهم أخماسا ولو كان أقر المولي قبل اقرار العبد بالدين الاول كان ثمن العبد وماله بينهم ارباعا سهمان من ذلك للذي أقر له المولى ولكل واحد من غريمي العبد سهم لان المولى حين أقر عليه كان العبد فارغا عن كل دين فثبت جميع ما أقر به المولى في حال رقه وان كان أكثر من قيمته فيضرب في الثمن والكسب الذي أقر له المولى في جميع دينه فلهذا كانت القسمة ارباعا بخلاف الاول فهناك اقرار المولي وجد بعد اشتغال العبد بالدين الذي أقر به على نفسه فلا يثبت مما أقر به المولى عليه الا بقدر الفاضل من ماليته على دين العبد لان مقدار الفاضل فارغ من دين العبد فيصح اقرار المولى عليه بقدر ذلك والله أعلم

باب اقرار العبد لمولاه

(قال رحمه الله) واذا باع العبد المأذون المديون متاعا له من مولاه بقدر قيمته أو باكثر فهو جائز لانه ليس في تصرفه اسقاط حق الغرماء عن شيء مما تعلق حقهم به وقد بينا فرق أبي حنيفة بين هذا وبين بيع المريض من وارثه فاذا سلم المتاع الى مولاه وأقر بقبض الثمن منه لم يصدق على ذلك حتى تشهد الشهود على معاينة القبض لان في تصحيح اقراره ابطال حق الغرماء عما تعلق حقهم به من مالية الثمن والعبد فيما يقربه لمولاه متهم في حق غرمائه لانه يؤثر مولاه على غرمائه واقرار المتهم لا يصح فى ابطال حق الغير بخلاف اقراره بقبض الثمن من أجنبي لانه غير متهم فى ذلك * يوضحه ان اقراره بالقبض فى معنى الاقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها والمقبوض يصير مضمونا على القابض ثم يسقط الدين بطريق المقاصة واقراره للاجنبي بالدين أو بالعين صحيح فى حق الغرماء فكذلك اقراره بالقبض من الاجنبي فأما اقراره بالدين والعين لمولاه فلا يكون صحيحا فى حق الغرماء فكذلك اقراره بالقبض والمولى بالخيار ان شاء أعطى الثمن مرة أخرى وان شاء نقض البيع ورد المتاع لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض بالتزامها وذلك مثبت له الخيار واقرار العبد له صحيح فى اثبات الخيار لانه يملك الاقالة معه اذ ليس فيه ابطال حق الغرماء عن شيء مما تعلق حقهم به فكذلك اقراره يجعل معتبرا فى اثبات حق الفسخ للمولى فان كان المتاع قد هلك فى يده فعليه أن يؤدي الثمن ولا خيار له لان فسخ العقد فى الهالك لا يتحقق واثبات الخيار له للفسخ وكذلك ان كان حدث به عيب عنده لان فى اثبات خيار الفسخ له ههنا اضرارا بالغرماء ولانه يثبت له خيار الفسخ لدفع الضرر عن نفسه فلا يجوز اثباته على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره وكذلك كل دين وجب للعبد على مولاه فأقر بقبضه منه لم يصدق ولا يبرأ المولي منه حتى يعاين الشهود القبض لما بينا أن اقراره بالقبض فى معنى الاقرار له بالدين أو العين وكذلك اقرار وكيل العبد بقبض الدين من المولي لان الوكيل قائم مقام الموكل فانه هو الذى سلطه على القبض فاقراره بالقبض كاقرار الموكل به صدقه العبد فى ذلك أو كذبه واذا أذن الرجل لابنه الصغير فى التجارة أو أذن له وصى الاب فلحقه دين ثم باع عبدا من ابنه أو من وصى ابنه فبيعه جائز اذا باعه بالقيمة أو بأقل منها بما يتغابن الناس فيه لان انفكاك الحجر عنه بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالبلوغ (ألا ترى) أنه فى تجارته مع الاجنبي

يحمل كذلك فكذلك فى تجارته مع الاب والوصى وان كان باعه بشيء لا يتغابن الناس فيه لم يجز بيعه فى قياس قول أبى حنيفة ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد أما عندهما فظاهر لان الصبي المأذون والعبد عندهما لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة من أجنبي لان فى ذلك معنى التبرع وهما ليسا من أهل التبرع فكذلك بيع الصبي من الاب والوصى بمحاباة فاحشة وعند أبى حنيفة رحمه الله يملكان البيع من الاجنبي بالمحاباة الفاحشة على مانبينه فى موضعه فاما فى بيع الصبي من وليه بالمحاباة فروايتان فى احدي الروايتين يملك لان رأيه بعد الاذن اذا انضم الى رأى وليه كان بمنزلة رأيه بعد البلوغ وفي هذا لافرق بين أن تكون معاملته مع وليه أو مع أجنبي وهذا لانه عامل لنفسه فى خالص ملكه الا أن يكون نائبا عن وليه وفى الرواية الاخرى لايجوز هذا لان الولى فى هذا الرأى متهم فى حق نفسه فباعتبار التهمة ينعدم انضمام رأى الولي الى رأيه فى هذا التصرف * يوضحه أن الصبي وان كان متصرفا لنفسه فهو بمنزلة النائب عن وليه من وجه حتى ملك الحجر عليه فباعتبار معنى النيابة قلنا لا يبيع من وليه بغبن فاحش كما لا يبيع من نفسه وباعتبار أنه متصرف لنفسه قلنا يبيع من وليه بمثل قيمته أو بغبن يسير مع أن فى بيع اليتيم من الوصي الذى ذكره فى السؤال ههنا نظرا فقد ذكر مفسرا فى موضع آخر انه لايجوز لانه من وجه نائب والوصي لا يملك بيع مال اليتيم من نفسه بمثل قيمته ولا بغبن يسير فكذلك لا يملكه اليتيم بعد اذن الوصى له لانه تتمكن فيه تهمة المواضعة وان الوصي ما قصد بالاذن النظر للصبي وانما قصد تحصيل مقصود نفسه بخلاف الاب فانه يملك بيع مال ولده من نفسه بمثل قيمته وبغبن يسير ولا تتمكن تهمة ترك النظر له عند الاذن له فى التجارة بهذا التصرف فان أقر الصبي بقبض الثمن مع صحة البيع جاز بخلاف اقرار العبد بقبض الثمن من المولي لما بينا أن الاقرار بالقبض كالاقرار بالدين أو العين واقرار الصبي المأذون لابيه أو وصيه بدين أو عين صحيح فكذلك اقراره بقبض الدين منهما وهذا لان المال خالص ملكه وحق الغرماء فى ذمته لا فى ماله وقد صار منفك الحجر عنه بالاذن فيصح اقراره فى محل هو خالص حقه فأما دين العبد فمتعلق بكسبه فاقراره للمولي بشيء منه يصادف محلا مشغولا بحق غرمائه فلهذا لا يصح واذا وكل العبد التاجر المديون وكيلا يبيع متاعا له من مولاه فباعه جاز كما لو باع العبد بنفسه فان أقر الوكيل أنه قبض الثمن من المولى ودفعه الي العبد وصدقه العبد أو كذبه لم يصدق علي ذلك الا أن يعاين الشهود القبض لان

الوكيل قائم مقام الموكل وبقبضه يصير المقبوض للموكل ويكون مضمونا عليه فكان هذا في معنى اقراره للمولى بعين في يده وذلك لا يصح من العبد سواء كان الاقرار منه أو من وكيله الا أن للمولى أن ينقض البيع أو يؤدى الثمن لما لزمه من الزيادة في الثمن بزعمه فأيهما فعل كان له أن يتبع الوكيل بالثمن الذى أقر بقبضه منه لان اقرار الوكيل على نفسه صحيح في حقه وقد أقر بقبض الثمن فاذا فسخ المولى البيع كان عليه رد المقبوض باعتبار اقراره به وكذلك ان أدى الثمن مرة أخرى لان الوكيل انما قبض الثمن منه ليستفيد البراءة عن الثمن بقبضه ولم يستفد ذلك حين غرم الثمن مرة أخرى فكان له أن يرجع على الوكيل بما أقر بقبضه ولا يرجع به الوكيل على العبد لان اقراره بالقبض غير صحيح في حق العبد لمراعاة حق الغرماء واذا لم يظهر القبض باقراره في حق القيمة لا يكون له أن يرجع عليه بشئ ولو ظهر القبض في حق العبد باقراره لما غرم له المولى الثمن مرة أخرى ولو دفع العبد الى مولاه ألف درهم وديعة أو بضاعة أو مضاربة ثم أقر بقبضها منه فالقول قوله لان المال أمانة في يد المولى حتى لو قال دفعتها اليه وكذبه العبد كان القول قول المولى لانكاره وجوب الضمان عليه فكذلك اذا أقر العبد بقبضها منه لانه انما لا يصح اقرار العبد اذا كانت المنفعة للمولى في اقرار العبد بالقبض لانه يستفيد البراءة بقوله دفعتها وان لم يقر به العبد بخلاف المال المضمون عليه * فان قيل بل فيه منفعة وهو سقوط اليمين عن المولى * قلنا نعم ولكن ليس في يمينه حق الغرماء وانما لا يقبل قول العبد اذا سقط عنه باقراره شئ مما تعلق به حق غرمائه مع ان الغرماء ان ادعوا على المولى انه استهلك ذلك المال كان عليه اليمين في ذلك ولو دفع العبد الى المولى ألف درهم مضاربة بالنصف فربح فيه المولى ألف درهم ثم قال العبد قد أخذت من المولى رأس المال وحصتي من الربح وكذبه الغرماء أو ادعى ذلك المولى وكذبه العبد والغرماء فلا ضمان على المولى مع يمينه لان المال كله أمانة في يد المولى فهو فيما يزعم انه دفعه الى العبد ينكر وجوب الضمان عليه وللعبد أن يأخذ من المولى ما أصابه من الربح فيكون له من رأس ماله لان العبد والمولى لا يصدقان على أن يسلم للمولى حصته التى قبض من الربح بل يجعل ما ادعى المولى انه دفعه الى العبد كالتاوى فكأن المال كله ما بقى في يد المولى فيستوفيه العبد بحساب رأس ماله ولا يصدق العبد في حق غرمائه في أن ذلك حصة المولى من الربح لان فيه اسقاط حق الغرماء عما تعلق حقهم به ولو شارك العبد مولاه شركة عنان بخمسمائة درهم

مما في يديه وخمسمائة من مال مولاه على أن يبيعا ويشتريا فهو جائز لان المولى من عبده المديون في حكم التصرف في كسبه كأجنبي آخر فيجوز بين العبد وبينه شركة العنان والمضاربة فان اشتريا وباعا فلم يربحا شيأ ثم أقر العبد انه قد قاسم مولاه المال واستوفى منه نصفه ودفع الى المولى نصفه وصدقه المولى فان العبد لا يصدق على القسمة وللغرماء أن يأخذوا من المولى نصف ما قبض لان قول المولى مقبول في براءته عن ضمان مازعم انه دفعه الى العبد فانه أمين في ذلك واقرار العبد بذلك لا يكون مقبولا لاختصاص المولى بما بقي لما فيه من ابطال حق الغرماء عن شيء مما تعلق به حقهم فيجعل ما تصادقا على دفعه الى العبد كالتاوى وكان مال الشركة هو ما بقي في يدى المولى فللغرماء أن يأخذوا من المولى نصفه وكذلك كل شيء كان بينهما على الشركة فان العبد لا يصدق على القسمة والقبض الا أن تعاين الشهود ذلك لحق غرمائه واذا وكل المأذون المديون رجلا يبيع له متاعا من مولاه فباعه ثم حجر المولى على عبده فأقر الوكيل بقبض الثمن لم يصدق على ذلك لانه قائم مقام الموكل وبالحجر عليه لا يخرج العبد من أن يكون الحق له في المقبوض بقبضه ليصرفه الى غرمائه فكما ان اقرار الوكيل به لا يصح قبل حجر المولى على عبده فكذلك اقراره بعد الحجر لان الوكيل نائب عن العبد في الوجهين ولو كان القاضي باع العبد للغرماء في دينهم ثم أقر الوكيل انه قد قبض الثمن من المولى فضاع في يده فهو مصدق مع يمينه لان العبد لما خرج من ملك المولى فقد خرج الوكيل نائبا عنه في القبض ولكنه نائب عن غرمائه بقبض الثمن لهم فيقضي به دينه فيكون اقراره كاقرار الغرماء بقبضه وهذا ينبني على ما تقدم بيانه ان العبد لو كان باشر البيع بنفسه ثم باعه مولاه لم يكن له حق قبض الثمن وانما ذلك لغرمائه فكذلك اذا كان البائع وكيله «قلنا» ينفذ بيع المولى اياه والوكيل نائب عن الغرماء فيصح اقراره بالقبض واذا كان على العبد المأذون دين فأخذ المولى جارية من رقيقه فباعها وقبضها المشترى وتوي الثمن على المشتري فأقر العبد انه أمر مولاه بذلك فاقراره جائز لانه يملك الاذن للمولى في بيعها فيصح اقراره بالاذن له أيضا لان من أقر بما يملك انشاءه لا يكون متهما في اقراره وقد طعن عيسى رحمه الله في هذا الجواب وقال ينبغي أن لا يصدق العبد على ذلك لان المولى صار ضامنا قيمتها حين سلمها الى المشترى قبل أن يظهر أمر العبد اياه ببيعها ففي اقرار العبد براءة للمولى من شيء قد لزمه وبمجرد قول العبد لا يبرأ المولى عما لزمه لما فيه من ابطال

حق غرمائه على قياس مسئلة أول الباب ومسئلة الاجازة ذكرها بعده ان الجارية لو هلكت في يد المشترى ثم أقر العبد انه كان أجاز بيع المولى فاقراره باطل والمولى ضامن قيمة الجارية لهذا المعنى ولكن ماذكره فى الكتاب أصح فان فى مسئلة أول الباب العبد أقر بقبض دين كان ثابتا على المولى وكان حق الغرماء متعلقا به فكان في اقراره اسقاط حق الغرماء وههنا هو يقر بان المولى لم يكن ضامنا لان بيعه كان بامره فلا يكون ذلك اسقاطا منه لحق الغرماء بل انكار الثبوت حقهم فى ذمة المولى وذلك صحيح من العبد (ألا ترى) ان المولى لو وهب شيأ من عبده فى ذمة العبد كان صحيحا وان كان لو قتله يتعلق به حق غرمائه بخلاف مالو وهب العبد المديون شيأ من كسبه من المولي وفى مسئلة الاجازة قد ثبت وجوب الضمان فى ذمة المولى بهلاك الجارية في يد المشترى وتعلق به حق غرمائه فاقراره بالاجازة قبل هلاكها يكون اسقاطا لحق الغرماء ثم أقر بما لا يملك انشاءه لان أمره اياه ببيعها وهى قائمة فى يد المشترى بعينها يكون صحيحا فكذلك اقراره بالامر يكون صحيحا ولو أنكر العبد أن يكون أمر المولي ببيعها ضمن المولى قيمة عبده فكانت بين الغرماء وهذا اللفظ غلط بل انما يضمن المولى قيمة الجارية لانه كان غاصبا فى بيعها وتسليمها بغير أمر العبد فهو فى ذلك كاجنبي آخر فيضمن قيمتها لعبده وتكون القيمة بين غرمائه كسائر أكسابه ولو قال العبد لم آمر المولى بذلك ولكن قد أجزت البيع فان كانت الجارية قائمة بعينها أولا يدرى مافعلت فالبيع جائز وقد برئ المولى من ضمان الجارية لان البيع كان موقوفا على اجازته كما لو باشره أجنبي والاجازة فى الانتهاء بمنزلة الاذن فى الابتداء وكذلك ان كان لا يدري مافعلت لانا قد عرفنا قيامها وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه مالم يظهر خلافه وكما يصح منه ابتداء الاجازة يصح منه الاقرار بالاجازة فان كانت قد ماتت لم يصح منه انشاء الاجازة لان اجازة العقد الموقوف انما تجوز فى حال يجوز ابتداء العقد فيه فكذلك اقراره بالاجازة بعد الهلاك باطل لانه لا يملك انشاء الاجازة ويكون المولي ضامنا قيمة الجارية كما بينا ولو لم يقر العبد بشئ من ذلك حتى حجر عليه مولاه ثم أقر أنه أمره بالبيع لم يصدق على ذلك لانه أقر بالامر فى حال لا يملك انشاءه فانه بعد الحجر كما لا يملك انشاء البيع لا يملك أمر المولى بالبيع فيكون هو متهما فى اخراجه الكلام مخرج الاقرار واذا لم يصدق على ذلك كان المولى ضامنا قيمتها لحق الغرماء ولو بيع المأذون فى دين الغرماء ثم أقر انه أمر المولى بذلك لم يصدق لانه بالبيع فى الدين

صار محجورا عليه وهو أقوى مما لو حجر عليه قصدا فلا قول له بعد ذلك فى الاقرار بالامر بالبيع كما لاقول له فى انشائه واذا كان علي المأذون دين كثير فباع جارية له من ابن مولاه أو أبيه أو مكاتبه أو عبد تاجر عليه دين أو لادين عليه باكثر من قيمتها ودفعها الى المشترى ثم أقر بقبض الثمن منه جاز اقراره بذلك الا فى العبد والمكاتب فان كسب العبد لمولاه وللمولى فى كسب المكاتب حق الملك فهما فى حكم هذا الاقرار بمنزلة المولي ولو كان المولي هو المشترى فأقر العبد بقبض الثمن منه لم يجز فكذلك هنا (ألا ترى) ان اقراره لعبد مولاه أو لمكاتب مولاه بدين أو عين بمنزلة اقراره لمولاه فأما فى حق الاب والابن فليس للمولى فى ملكهما ملك ولا حق ملك واقرار العبد بالدين أو العين لابى مولاه أو ابنه صحيح فكذلك اقراره بقبض الثمن منه ووكيل العبد فى ذلك بمنزلة العبد لانه نائب عنه ولو كان ابن العبد حرا فاستهلك مالا للعبد الذى هو أبوه أو امرأته أو مكاتب ابنه أو عبده وعليه دين أولا دين عليه فأقر العبد المأذون انه قد قبض ذلك من المستهلك لم يصدق علي ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله سواء كان على المأذون دين أو لم يكن وهو مصدق فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهذا بناء علي الاصل الذى بينا ان عند أبى حنيفة رحمه الله الانسان فى حق من لاتجوز شهادته له متهم في حق الغرماء فى اقراره كما انه متهم فى شهادته فان كان علي العبد دين فكسبه حق غرمائه وهو متهم فى الاقرار بقبض الدين ممن لاتجوز شهادته له لحق الغرماء وان لم يكن عليه دين فكسبه حق مولاه وهو متهم فى حق المولى أيضا فى اقراره بالقبض ممن لا تجوز شهادته له وعندهما لا يكون متهما فى الوجهين جميعا ولو كان المستهلك أخاه كان اقراره بالقبض منه جائزا لانه فى حق الاخ غير متهم فى الشهادة له بل الاخ فى ذلك كاجنبي آخر فكذلك فى الاقرار بالدين له وفى الاقرار بالقبض منه ولا يمين على الاخ بعد اقرار العبد بالقبض منه لان اليمين ينبنى على دعوى صحيحة ولا دعوى لاحد عليه بعد ما حكمنا بصحة اقرار العبد بالقبض منه واذا كان علي العبد دين فدفع متاعا الى مولاه وأمره أن يبيعه فباعه من رجل وسلمه اليه ثم أقر المولى انه قد قبض الثمن من المشترى ودفعه الى العبد فهو مصدق على ذلك مع يمينه لان المولى أمين فى بيع المتاع وقبض الثمن فاذا ادعى اداء الامانة كان القول قوله مع يمينه ولا يمين علي المشترى لان من عامله قد أقر بقبض الثمن منه ولا دعوى لاحد عليه سواه والاستحلاف ينبنى علي دعوى صحيحة وكذلك لو كان حجر علي العبد قبل الاقرار بقبض الثمن

أو باع عبده في الدين ثم أقر بقبض الثمن بعد بيعه فاقراره جائز والمشتري بريء من الثمن لان المولى انما يملك قبض الثمن بمباشرته سببه وهو البيع وذلك لا يتغير بحجره على العبد ولا ببيعه وهو أمين في الثمن الذي يقبضه بعد الحجر على عبده وبيعه كما هو أمين فيه قبل الحجر عليه فاذا ادعى انه قد ضاع في يده صدق مع يمينه لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه ولو كان العبد هو الذي باع فأقر بقبض الثمن وعليه دين صدق في ذلك لان الاقرار منه بالدين للمشتري اذا كان أجنبيا صحيح فكذلك اقراره بقبض الثمن منه ولا يمين على المشتري فيه لانه لا دعوى لاحد عليه بعد صحة اقرار من عامله بقبض الثمن منه وكذلك لو أقر بقبض الثمن بعد ما حجر عليه مولاه لان حق القبض اليه بعد الحجر كما كان قبله فيكون اقراره بالقبض صحيحا أيضا وهو شاهد لابي حنيفة رحمه الله في صحة اقراره بالدين بعد ما حجر عليه المولى باعتبار ما في يده من كسبه فان كان بيع في الدين ثم أقر بقبض الثمن أو عاينت الشهود دفع الثمن اليه بعد ما بيع فالثمن على المشتري على حاله لانه بالبيع ثبت الحجر عليه حكما لتجدد الملك فيه للمشتري وصار هو في معنى شخص آخر فلا يبقى له حق قبض الثمن كما لا حق في قبض الثمن لغيره من الاجانب فلا يبرأ المشتري باقراره ولا يدفع الثمن اليه بمعاينة الشهود بخلاف ما اذا حجر عليه ولم يبعه ولو كان المولى باع متاع العبد بامره من أجنبي وضمن الثمن عن المشتري لعبده فالبيع جائز والضمان باطل لان الوكيل بالبيع في حكم قبض الثمن بمنزلة العاقد لنفسه فانه هو المختص بالمطالبة وبالقبض على وجه لا يملك أحد عزله عنه فلو صح ضمانه عن المشتري كان ضامنا لنفسه ولان الوكيل أمين بالثمن فلو صح ضمانه عن المشتري لصار ضامنا مع بقاء السبب الموجب للامانة وان قال المولى قد قبض العبد الثمن من المشتري وادعاه المشتري وأنكره العبد والغرماء فالقول قول المولى مع يمينه لان ضمان المولى لما بطل صار كان لم يوجد ثم قد أقر بقبض مبرئ فان قبض الموكل الثمن من المشتري يوجب براءة المشتري عن الثمن واقرار الوكيل بقبض مبرئ يكون صحيحا (ألا ترى) أنه لو قال قبضت الثمن وهلك في يدي كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أقر بقبض الموكل الثمن فالمشتري بريء من الثمن ولا يمين عليه لانه لا دعوى لاحد عليه بعد صحة اقرار من عامله ببراءته عن الثمن ولكن على المولى اليمين لانه لو أقر انه قبض وهلك في يده استحلف على ذلك فكذلك اذا أقر أن العبد قبضه لان العبد والغرماء يزعمون انه صار مستهلكا الثمن باقراره كاذبا وانه ضامن الثمن لهم وهو منكر فعليه اليمين وكذلك لو

أقر العبد أن المولى قبض الثمن وجحد المولى لان العبد لو قبض الثمن برئ المشترى بالدفع اليه فاذا أقر أن وكيله قد قبض كان هذا اقرارا منه فهو مبرئ للمشترى فيصدق فى ذلك ولا يمين على المشترى ولا ضمان وكذلك لاضمان على المولى لان باقرار العبد لم يثبت وصول شئ الى المولى فى حقه ولو استهلك رجل ألف درهم للعبد فضمنها عنه المولى جاز ضمانه لانه التزم المطالبة بدين مضمون على المستهلك وهو فى هذا الضمان كاجنبي آخر فان أقر العبد بقبض المال من المولى أو من المستهلك لم يصدق فيه لان فى اقراره هذا ما يوجب براءة المولى عما لزمه من الدين للعبد فان قبض المال من الاصيل يوجب براءة الكفيل فكذلك قبضه من الكفيل يوجب براءته لا محالة وقد بينا أن اقرار العبد بالقبض الموجب براءة مولاه عن الدين الذى عليه باطل وكذلك لو كان الدين على المولى فاستهلكه والاجنبي كفيل عنه بامره أو بغير أمره لانه سواء أقر بقبضه من المولى أو من الكفيل فاقراره يوجب براءة المولى لان براءة الكفيل بالايفاء توجب براءة الاصيل ولو كان العبد أبرأ الكفيل بغير قبض لم يجز لانه لم يتضمن براءة الاصيل فان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل لان الابراء تبرع والعبد ليس من أهله فابراؤه باطل سواء أبرأ الاصيل أو الكفيل وكذلك لو كان الغريم مكاتبا للمولى والاجنبي كفيل به أو كان الغريم هو الاجنبى والكفيل مكاتب للمولى كفل بمال عليه للمكفول عنه فهذا بمنزلة المولى وكفيله لما للمولى من حق الملك فى كسب مكاتبه ولان اقرار العبد لمكاتب مولاه باطل كاقراره لمولاه فكذلك اقراره بقبض يوجب براءة مكاتب مولاه عن الدين يكون باطلا ولو كان الغريم أبرأ المولى أو كان الكفيل ابن المولى كان العبد مصدقا على الاقرار بالقبض سواء أقر بقبضه من الاصيل أو من الكفيل لان اقراره بالدين والعين لاب المولى أو ابنه صحيح فكذلك اقراره بقبض يوجب براءة ابن المولى أو أبيه عن دين له عليه يكون صحيحا والله أعلم

باب وكالة الاجنبي العبد بقبض الدين

(قال رحمه الله) واذا وكل الاجنبي عبدا تاجرا عليه دين أو لا دين عليه بقبض دين له على مولى العبد فالتوكيل جائز لانه لا حق للعبد فى الدين الذى على مولاه الاجنبي ولا فى المحل الذى يستحق قضاء هذا الدين منه وهو مال المولى فيكون العبد فيه كاجنبي آخر

فان أقر بقبضه وهلاكه فى يده فالقول قوله مع يمينه لانه أمين فيه كغيره ولا يمين على المولى لان العبد مسلط على الاقرار بالقبض من جهة صاحب الدين فاقراره به كاقرار صاحب الدين وبعد هذا الاقرار لا دعوى لاحد عليه حتى يحلفه فان نكل العبد عن اليمين لزمه المال فى عتقه يحاص به الموكل غرماء لان الاجنبي يدعي على العبد انه مستهلك لماله باقراره كاذبا أو مانع منه بعد ما قبضه من غريمه ولو أقر العبد بذلك لزمه فاذا أنكر يستحلف ويقام نكوله مقام اقراره فيكون للمقر له المزاحمة به مع غرمائه وان كان المولى هو الوكيل بقبض دين على عبده لم يكن وكيلا فى ذلك ولم يجز قبضه باقراره ولا بمعاينة الشهود ان كان على العبد دين أو لم يكن ولا يبرأ العبد من الدين بدفعه الى مولاه لان ما على العبد من الدين مستحق على المولى من وجه فانه يقضي من ملك المولى وهو كسب العبد أو مالية رقبته وما يكون مستحقا على المرء من الدين لا يصلح هو أن يكون وكيلا فى قبضه كما لو وكل المديون بقبض الدين من نفسه وهذا لان بقبضه يسلم له مالية رقبته ومن ضرورة صحة التوكيل بالقبض صحة اقراره بالقبض منه وكونه أمينا فى المقبوض وهو فى هذا الاقرار متهم لماله من الحظ فى ذلك بخلاف الدين الواجب على المولى فانه غير مستحق على العبد ولا هو متهم فى الاقرار بقبضه وذكر فى كتاب الوكالة انه لو وكل رجلا بقبض دين من أبيه أو ابنه أو مكاتبه أو عبده جاز التوكيل وكأنه في تلك الرواية اعتبر جانب من له الدين وهو أجنبي فيكون توكيله المولى وتوكيله أجنبيا آخر سواء وأصح الروايتين ما ذكر ههنا ولو كان لرجل عبدان تاجران فوكل أجنبي أحدهما بقبض دين له علي العبد الآخر فاقر بقبضه وهلاكه فى يده فالقول قوله مع يمينه لان الدين المستحق على العبد لا يكون أقوى من المستحق على المولى وقد بينا أن العبد يصلح أن يكون وكيلا للاجنبي فى قبض دينه من المولى وان اقراره بالقبض بعد الوكالة صحيح فكذلك فى دين واجب على عبد آخر للمولى الا أن الاجنبي يدعي عليه استهلاك ماله باقراره فيحلف على ذلك ويجعل نكوله كاقراره فيلزمه ذلك فى عتقه وكذلك لو كان الوكيل مكاتبا للمولى أو ابنه لان المكاتب منه أبعد من عبده واذا أراد العبد المأذون أن يقضى دين بعض غرمائه أو يعطيه به رهنا فللآخرين أن يمنعوه لان حق جميع الغرماء تعلق بكسبه وفى تخصيص بعضهم بقضاء الدين ايثاره والعبد لا يملك ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين عن ذلك المال كالمريض اذا خص بعض غرمائه بقضاء الدين والمقصود بالرهن الاستيفاء لان

موجبه يد الاستيفاء فيكون معتبرا بحقيقة الاستيفاء فان كان الغريم واحدا فرهنه بدينه رهنا ووضعاه على يد المولى فضاع من يده ضاع من مال العبد والدين عليه بحاله لان يد المولى لا تصلح للنيابة عن الاجنبي فى استيفاء الدين من العبد حقيقة فكذلك لا تصلح النيابة للقبض بحكم الرهن لانه قبض للاستيفاء وهذا لان الدين الذى على العبد من وجه مستحق على المولى فيكون هذا فى معنى مالو ارتهن بدين له على انسان وجعل الراهن عدلا فيه فتركه على يده *يوضحه ان بهلاك الرهن يجب للراهن على المرتهن مثل ما كان للمرتهن عليه ثم يصير قصاصا ولو وضعاه على يد عبد له آخر أو مكاتب أو على يد ابنه فهلك فى يد العبد ذهب بالدين لان هؤلاء يصلحون للنيابة عن الاجنبي فى استيفاء دينه من العبد فكذلك فى يد الاستيفاء بحكم الرهن ثم هلاك الرهن فى يد العدل كهلاكه فى يد المرتهن وكذلك لو وضعاه على يد عبد للعبد المأذون المديون لان ذلك العبد يصلح وكيلا للاجنبي فى قبض دينه من العبد المأذون فان العبد المأذون مع عبده بمنزلة المولي فى حق العبد المأذون وقد بينا أن العبد يصلح أن يكون وكيلا فى قبض الدين من مولاه ولو كان الدين على المولى والعبد هو العدل فى الرهن فهلك ذهب بما فيه لان العبد يصلح أن يكون وكيلا فى قبض ما على مولاه فيصلح أن يكون عدلا فى الرهن به أيضا وكذلك لو لم يعرف هلاكه الا بقول العبد لانه لما انتصب عدلا كان أمينا فيه والامين مسلط على الاخبار من جهة من ائتمنه فاخباره بالهلاك بمنزلة اقرار المرتهن به فلهذا يصير مستوفيا به دينه واذا أذن المأذون لعبده فى التجارة فلحق كل واحد منهما دين فوكل بعض غرماء الاول العبد الآخر بقبض دينه فأقر بقبضه جاز اقراره لان الاول فى حق الآخر بمنزلة المولي فى حق عبده والدين المستحق على المولى لا يكون مستحقا على عبده بحال فيصلح أن يكون وكيلا فى قبضه ولو أن بعض غرماء الآخر وكل الاول أو مولاه بقبض دينه من الآخر لم يكن وكيلا فى ذلك ولم يجز قبضه لان الاول فى معنى المولى للآخر فالدين الذى على الآخر من وجه كانه مستحق على الاول فلا يصلح أن يكون وكيلا فى قبضه فكذلك المولى فانه يملك كسب العبد الاول كما يملك رقبته ويسلم له اذا فرغ من دينه كما يسلم له الاول فكما لا يكون وكيلا للاجنبي فى قبض دينه من الاول فكذلك من مولاه ولو رهن كل واحد منهما رهنا بدينه ووضعه على يد الآخر فضاع الرهنان فرهن الاول يذهب بما فيه ورهن الثانى يذهب من مال الثانى لان الثانى يصلح أن يكون عدلا

في الرهن بالدين الذي على الاول كما يصلح أن يكون وكيلا بقبضه والاول لا يصلح أن يكون عدلا في الرهن بالدين الذى على الثانى ولا يصير صاحب الدين مستوفيا دينه بهلاكه ولو أن العبد المأذون المديون أحال أحد غرمائه بدينه على رجل فان كان أحاله بما كان للعبد على المحال عليه فالحوالة باطلة لان ما على المحال عليه للعبد كسبه وهو حق جميع غرمائه فهو بهذه الحوالة يخص المحال بذلك المال ويبطل حق سائر الغرماء عنه وذلك لا يكون صحيحا من العبد كما لو خص بعض الغرماء بقضاء دينه * وبيان هذا ان الحوالة لو صحت لم يكن للعبد ولا لسائر الغرماء مطالبة للمحتال عليه بعد ذلك بشئ مما كان عليه لانه انما التزم دين المحتال بالحوالة ليقضيه من ذلك المال وان لم يكن للعبد مال على المحتال عليه فالحوالة جائزة لان المحتال عليه تبرع على العبد باقراض دينه منه لالتزام الدين فيها للمحتال والتبرع على العبد صحيح والعبد مالك للاستقراض وانما لا يملك الاقراض وليس فى هذه الحوالة ابطال حق سائر الغرماء عن شئ مما تعلق حقهم به فان وكل الطالب بقبض الدين منه العبد اى كان عليه أصل الدين أو مولاه لم يجز قبضه لان الثابت فى ذمة المحتال عليه عين ما كان فى ذمة العبد فان الحوالة لتحويل الحق من ذمة الى ذمة وحين كان فى ذمة العبد ما كان لا يصلح هو ولا مولاه وكيلا فى قبضه فكذلك بعد التحول الى ذمة المحتال عليه ولان العبد بهذه الحوالة لم يستفد البراءة الثانية (ألا ترى) ان المحتال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمته فلو صح التوكيل لكان يثبت له البراءة بقبضه ومولاه لا يصلح أن يكون وكيلا فى قبض يوجب براءة عبده عن الدين فان قبض بحكم هذه الوكالة فعليه رد المقبوض علي صاحبه لانه قبضه بسبب باطل شرعا وان ضاع فى يده فلا ضمان عليه لانه قبضه بتسليم صحيح من صاحب المال اليه فيكون أمينا فى المقبوض وان كان وكل بقبضه عبدا آخر للمولى أو مكاتبه أو ابنا للمولى أو عبدا للعبد المأذون الذى كان عليه الدين فأقر بقبضه من المحتال عليه جاز اقراره لانه حين كان هذا الدين فى ذمة المحيل كان هذا الوكيل صالحا للتوكيل فى قبضه منه واستفاد البراءة باقراره بالقبض منه فكذلك بعد ما تحول الى ذمة المحتال عليه فان كان الدين على المولى فأحال به على رجل ثم ان الغريم وكل عبدا للمولى بقبضه فأقر بقبضه من المحال عليه جاز لانه لو وكله بالقبض من المولى حين كان الدين فى ذمته جاز التوكيل فكذلك اذا وكله بقبضه من المحال عليه وكذلك لو وكل عبدا للمولى بقبضه فأقر بقبضه جاز لما بينا واذا وكل الاجنبي بقبض دين له علي عبد مأذون

ابن العبد والابن حر أو وكل به مكاتب ابنه أو عبد لابنه مأذونا له فى التجارة أو محجورا عليه فأقر بقبضه جاز فى قولهم جميعا لان ابن العبد أجنبي من الدين الذى على العبد وهو غير مستحق عليه فى وجه من الوجوه فيجوز أن يكون وكيلا فى قبضه منه ويصح اقراره بقبضه كاجنبي آخر فان قيل هو بهذا الاقرار ينفع أباه ويبرئ ذمته عن الدين ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله ان الابن غير مقبول الاقرار فيما يرجع الى منفعة أبيه * قلنا هذا اذا لم يوجد التسليط من صاحب الحق له على ذلك بعينه وههنا لما وكله بالقبض فقد سلطه فالاقرار بالقبض رضا فلهذا صح اقراره به واذا غصب المأذون من رجل ألف درهم فقبضها منه رجل فهلكت عنده ثم حضر صاحبها فاختار ضمان الاجنبي برئ العبد منها لانه كان مخيرا بين تضمين الغاصب الاول أو الثانى والمخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك باختياره وكأنه ما كان الواجب الا ما اختاره وهذا لان اختياره تضمين أحدهما تمليك للمضمون منه وبعد ماصح التمليك لا يمكنه أن يرجع فيطالب الآخر به بحال فان وكل العبد أو مولاه بالقبض من الاجنبي جاز اقرار الوكيل بقبضه لان العبد استفاد البراءة على الاطلاق بهذا الاختيار (ألا ترى) انه لا يتصور عود ذلك الدين اليه بحال فيكون هو ومولاه كاجنبي آخر فى التوكيل بالقبض بعد ذلك وكذلك اذا اختار ضمان العبد ثم وكل الاجنبي بقبضه منه جاز لان الاجنبي استفاد البراءة بعد الاختيار على الاطلاق ولو وكل الموكل بقبضه منه لم يجز توكيل المولي ولا اقراره بالقبض لان بهذا الاختيار تعين الدين فى ذمة العبد والمولى لا يصلح أن يكون وكيلا للاجنبي فى قبض ماعلى عبده ولو دبر المولى عبده المديون فاختار الغرماء تضمينه القيمة ثم وكلوا المدبر بقبضها منه لم يجز توكيله ولا اقرار المدبر بالقبض لان جميع الدين باق على المدبر حتى كان مطالبا به بعد العتق فهو بالقبض والاقرار به يبرئ نفسه عن الدين والانسان لا يكون وكيلا فى قبض دين على نفسه وكذلك ان اختاروا اتباع المدبر ووكلوا المولى بقبضه منه لم يجز لان المدبر باق على ملكه وكسبه مملوك للمولى وقد بينا أن المولي لا يكون وكيلا فى قبض ماعلي مملوكه لان بالقبض يستخلص الكسب لنفسه فان أعتقه بعد التدبير لم يلزمه ضمانه مستأنفا لانه بهذا الاعتاق ما أتلف عليهم شيأ فانه لم يبق لهم حق فى مالية الرقبة بعد التدبير اذ المدبر لا يحتمل البيع فى الدين وكسبه كان حق الغرماء وبالاعتاق لا يبطل حقهم عن الكسب بل يتقرر حقهم به فلهذا لا يجب عليه ضمان لهم فان قبض شيأ من

المدبر عن الوكالة الاولي لم يجز قبضه لان تلك الوكالة كانت باطلة ولم ينتصب هو وكيلا بها فلا تنقلب وكالة صحيحة باعتاقه اياه وان وكلوه بعد العتق جاز لان بعد العتق المولى أجنبي من الدين الذى عليه وقد استفاد البراءة باختيار الغرماء اتباع العبد ولا حق له فى كسبه بعد العتق فيجوز أن يكون وكيلا فى قبضه كاجنبي آخر ولو أعتق المولى عبده المديون فللغرماء أن يتبعوا العبد بدينهم كله ويتبعوا المولى بقيمة العبد لانه أتلف مالية الرقبة عليهم بالاعتاق ولا يكون اتباع واحد منهم ابراء للآخر لان المولى كان متحملا من ديون العبد بقدر مالية رقبته بمنزلة الكفيل ومطالبة الكفيل بالدين لاتوجب براءة الاصيل وكذلك مطالبة الاصيل لاتوجب براءة الكفيل فان أبرؤا العبد عن دينهم برئ المولى من القيمة لان العبد أصيل فى هذا الدين وبراءة الاصيل بالابراء توجب براءة الكفيل ولو أبرؤا المولي من القيمة كان لهم أن يتبعوا العبد بجميع دينهم لان براءة الكفيل بالابراء لا توجب براءة الاصيل فان ابراء الكفيل فسخ للكفالة ولا ينعدم به سبب وجوب الدين علي الاصيل فيبقي جميع الدين علي العبد ببقاء سببه كما لو كان المولي أعتقه برضاهم فان وكلوا المولى بعد ماأبرؤه بقبض دينهم من العبد فأقر بقبضه جاز اقرارهم عليه لان المولى استفاد البراءة علي الاطلاق بابرائهم اياه ولا حق له فى كسب معتقه ولو كانوا وكلوه بذلك قبل الابراء لم يجز توكيله لانه فى القبض والاقرار به يبرئ نفسه مما عليه فان أبرأوه بعد الوكالة لم يكن وكيلا فى قبضه أيضا لان ذلك التوكيل كان باطلا فالابراء لا ينقلب صحيحا الا أن يوكلوه بعد البراءة فيصح انشاء التوكيل الآن ولو كانوا أبرأوا العبدين من دينهم علي أن يتبعوا المولى بقدر القيمة من دينهم وتراضوا على ذلك جميعا كان جائزا ويبرأ العبد من الديون ويتبعون المولي بالقيمة لانهم بهذا الشرط حولواما كان واجبا علي المولى بجهة الكفالة كالواجب بطريق الحوالة فكان المولي قبل الحوالة لهم فى مقدار القيمة والحوالة توجب براءة الاصيل ولا توجب براءة المحال عليه فان توت القيمة على المولى رجعوا على العبد من دينهم بقدر القيمة لان ذلك كان علي المولى بطريق الحوالة ومتى توى الدين علي المحتال عليه بموته مفلسا أو بجحوده عاد الدين الي ذمة المحيل فان لم يتوما على المولى حتى وكلوا العبد بقبضه من المولى لم يجز توكيله ولا قبضه لان العبد لم يستفد البراءة عن هذا القدر مطلقا حتى يعود اليه بالتوى فلا يصلح أن يكون وكيلا فى قبضه وقد قررنا هذا المعنى فى الحوالة واذا مات الرجل وعليه دين أو لادين عليه وله عبد

مديون فوكل غرماء العبد الوارث بقبض دينهم من العبد لم يكن وكيلا فى ذلك لان الورثة قائمون مقام المورث فى ملك رقبة العبد وكسبه وقد بينا ان المولي لايكون وكيلا فى قبض ما على عبده فكذلك وارثه بعده وكذلك لو وكلوا بعض غرماء المولي لان حقهم فى رقبته وكسبه مقدم على حق الوارث ولو لم يكن على المولى دين وقد ترك ثلثمائة درهم سوى العبد وقد أوصي بنصفها أو ثلثها لرجل فوكل غرماء العبد الموصى له بقبض دينهم من العبد لم يكن وكيلا فى ذلك لان الموصى له شريك الوارث فى تركة الميت والوارث لا يكون وكيلا فى ذلك فكذلك الموصى له وهذا لان العبد من مال الميت وفى فراغه عن الدين منفعة للموصي له (ألا ترى) انه لو صح التوكيل وأقر بالقبض ثم لحق الميت دين كان يقضى ذلك الدين من مالية الرقبة ويسلم للموصي له جميع وصيته فلهذا لا يصلح وكيلا فيه (ألا ترى) أن الموصى له لو شهد علي رجل آخر بدين للميت علي انسان لاتقبل شهادته لانه شريك الوارث فى مال الميت فكذلك فى حكم الوكالة ولو أعتق الوارث العبد ولا دين علي الميت جاز عتقه عندنا وعلي قول الحسن بن زياد لا يجوز عتقه قال لان دين العبد أقوى من دين المولى (ألا ترى) ان دين العبد فى القصاص من مالية الرقبة مقدم على دين المولي ثم استغراق رقبته بدين المولي يمنع ملك الوارث فاستغراقه بدين نفسه أولى أن يمنع ملك الوارث ولكنا نقول الوارث يخلف ملك المورث بعد موته وقد كان المورث مالكا رقبة العبد مع كونه مستغرقا بدينه فكذلك وارثه بخلاف دين المولي فان المولى كان مالكا رقبته فى حياته باعتبار أن الدين فى ذمته لاتعلق له بماله وبموته قد تعلق حق الغرماء بتركته ولهذا حل الاجل لانه صار فى حكم العين والعين لا تقبل الاجل وحق الغرماء مقدم على حق الورثة فمن هذا الوجه منع دين المولي ملك الوارث فأما دين العبد فعلي صفة واحدة فى التعلق بمالية الرقبة بعد موت المولى كما كان قبله واذا نفذ العتق من الوارث كان ضامنا قيمته للغرماء لانه أتلف عليهم مالية الرقبة فان اختار الغرماء اتباع العبد وأبرأوا الوارث من القيمة ثم وكلوا الموصى له بقبض دينهم من العبد فأقر بقبضه جاز اقراره لان الموصي له فى التركة شريك الوارث ولو وكلوا الوارث فى هذه الحالة بالقبض جاز التوكيل لان الوارث استفاد البراءة مطلقا ولاحق له فى كسب المعتق فكذلك اذا وكلوا الموصى له بقبضه ولو وكلوا الموصى له بقبضه قبل ابراء الوارث من القيمة لم يجز التوكيل لانهم لو وكلوا الوارث فى هذه الحالة لم يجز التوكيل فكذلك اذا وكلوا

الموصى له وكذلك لو وكلوه بقبض القيمة من الوارث لم يجز التوكيل لان القيمة التى على الوارث مال الميت (ألا ترى) انه لو أبرأ الغرماء العبد وظهر على المولي دين وجب قضاؤه من تلك القيمة والموصى له شريك الوارث فى مال الميت فلا يجوز أن يكون وكيلا فى قبضه من الوارث ولو باع المولي العبد المديون للغرماء برضاهم وقبض الثمن فاستهلكه فلا شئ للغرماء على العبد حتى يعتق لان العبد صار خالصا للمشترى وحق الغرماء في المطالبة تحول من مالية العبد الى بدله وهو الثمن فباستهلاك المولي الثمن يجب عليه ضمان مثله ولا يعود حق الغرماء فى مالية الرقبة فلهذا لا يطالبونه بشئ حتى يعتق فان وكل الغرماء العبد وهو مأذون له أو محجور عليه بقبض الثمن الذى استهلكه المولي منه لم يجز توكيله ولا قبضه لان أصل الدين باق على العبد بدليل انه اذا عتق كان مطالبا بجميعه خصوصا اذا توى الثمن على المستهلك فلهذا لا يكون وكيلا فى قبضه ولو دفع العبد المديون ألف درهم مضاربة الى رجل بالنصف فاشترى المضارب بالالف عبدا وقبضه ولم ينقد الثمن حتى وكل البائع المأذون أو مولاه أو بعض غرمائه بقبض ذلك الثمن لم يجز التوكيل ولا القبض لان المضارب متصرف للعبد وما يستحق عليه من الدين بتصرفه مستحق على العبد حقيقة (ألا ترى) أن المضارب يرجع بما يلحقه من العهدة علي رب المال فكان هذا فى معنى الدين الواجب على العبد حتى لو وكل بعض هؤلاء بقبضه فاقر بقبضه جاز اقراره بمنزلة ما لو كان العبد هو المشترى بنفسه ثم وكل مولاه أو غريمه بقبض المشترى فهناك التوكيل صحيح لانه لا تهمة فى اقراره بالقبض ولو وجب للعبد المأذون ولرجل حر على رجل ألف درهم هما فيه شريكان ثم ان الشريك وكل العبد بقبض نصيبه فقبضه بمعاينة الشهود فهلك فى يده فانه يهلك من ماليهما جميعا لان العبد لا يجوز أن يجعل قابضا لنصيب الاجنبي خاصة فان ذلك لا يكون الا بعد القسمة والانسان لا يجوز أن يكون وكيلا فى المقاسمة مع نفسه عن غيره وبدون القسمة المقبوض مشترك بينهما كما كان قبل القبض مشتركا والعبد فى حصة الاجنبي أمين بحكم التوكيل فلهذا كان الهلاك من ماليهما جميعا والباقى بينهما نصفان وان كان العبد قبض من الغريم شيأ لنفسه فهلك كان هالكا من ماله خاصة به لان قبل التوكيل كان يملك قبض نصيبه فبقى مالكا له بعد التوكيل لان بقبول الوكالة لا يتعذر عليه التصرف في نصيبه واذا كان المقبوض من نصيبه فان هلك كان من ماله خاصة وان لم يهلك كان للاجنبي أن يأخذ منه نصفه كما لو قبضه قبل التوكيل وهذا لان المقبوض جزء

من الدين المشترك فلشريكه أن يشاركه فيه ولو كان الشريك وكل مولى العبد بقبض نصيبه من الدين فان كان العبد لادين عليه فهذا ووكالة العبد سواء لان كسب العبد ملك المولى فى هذه الحالة ولو جعلنا المقبوض من نصيب الاجنبي خاصة كان المولى وكيلا عن الاجنبي فى المقاسمة مع نفسه وذلك لا يجوز فلهذا كان المقبوض من نصيبهما وان كان على العبد دين كان قبض المولى على الاجنبي جائزا لانه من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فتوكيل الاجنبي اياه بقبض نصيبه بمنزلة توكيل غيره به وان توى المقبوض فى يد المولى توى من مال الاجنبي لان قبض وكيله له كقبضه بنفسه وكذلك لو أقر المولى بالقبض كان اقراره على الاجنبي جائزا لانه بالتوكيل سلطه على الاقرار فيجعل اقراره بذلك كاقرار الاجنبي بنفسه وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذا المسألة فقال ينبغى أن لا يجوز اقرار المولى بالقبض ههنا لان فيه منفعة عبده فان مابقي فى ذمة المديون يخلص للعبد اذا صح اقرار المولى على الاجنبي بالقبض وفى منفعة العبد منفعة المولى فلا يجوز اقراره واستشهد على ذلك بالمسئلة المذكورة بعد هذا فى باب خصومة المأذون اذا مات الغريم فادعى العبد أن شريكه قدقبض حصته فجحده الشريك ووكل الشريك مولى العبد فى خصومة العبد فاقر المولى على الشريك بالاستيفاء لم يجز اقراره ولم يكن وكيلا له لما فيه من منفعة عبده وقد قيل فى الفرق بينهما على جواب الكتاب ان المولى لا يخاصم عبده لنفسه فكذلك لا يخاصمه لغيره ولو جعلناه وكيلا هنالك كان يخاصم العبد لغيره وهو الموكل فأما فيما نحن فيه فهو يخاصم الاجنبي لغيره وهو يجوز أن يخاصم الاجنبي لنفسه فكذلك لغيره واذا صح التوكيل جاز اقراره على الاجنبي لانه سلطه على الاقرار عليه لما وكله به واذا وكل رجل رجلا ببيع متاعه فباعه من عبد الوكيل وعليه دين أو لادين عليه فبيعه باطل لان بيعه من عبده كبيعه من نفسه فان كسب العبد ملكه وله حق استخلاصه لنفسه بقضاء دينه فيكون متهما فى ذلك فان كان الموكل أمره أن يبيعه من عبد الوكيل فباعه ولا دين عليه فالبيع باطل كما لو أمره بالبيع من نفسه وان كان عليه دين فهو جائز لانه من كسبه الآن كالاجنبي وانما لا يجوز بيعه منه بمطلق التوكيل لتمكن تهمة الميل اليه باعتبار ماله من الحق فى كسبه وقد انعدم ذلك بالتنصيص على البيع منه والعهدة على الآمر دون المولى لان المولى لا يستوجب على عبده الثمن (ألا ترى) أنه لو باع ماله من عبده المديون لا يستوجب عليه الثمن فكذلك اذا باعه مال الغير منه لان فى حقوق العقد والعهدة البائع لغيره

كالبائع لنفسه واذا تعذر ايجاب حقوق العقد على المولى تعلق بمن انتفع به وهو الآمر فهو الذى يلى التسليم والتسلم والدليل عليه أنا لو جعلنا حق قبض الثمن الى المولى لم يكن بد من صحة الاقرار بقبضه وقد بينا أن فى الدين الواجب على العبد للاجنبي المولى لا يكون وكيلا بالقبض ولا مقبول الاقرار فيه وكذلك لو وكله أجنبي بشراء شئ منه فهو كالوكيل بالبيع فى جميع ما ذكرنا وان كان المأذون هو الوكيل للاجنبي ببيع شئ أو شرائه من مولاه جاز لانه لا حق للعبد فى مال مولاه وكانت العهدة عليه مديونا كان أو غير مديون وان أقر بالقبض جاز اقراره لانه يصلح وكيلا للاجنبي فى قبض الدين من المولى ويصلح مطالبا للمولى بالثمن اذا باع منه شيأ من أكسابه وعليه دين لمراعاة حق غرمائه فكذلك لمراعاة حق الموكل وكذلك لو لم يدفع الآمر الى العبد شيأ من الثمن ووكله بان يشترى له من مولاه جاز شراؤه وأخذ الثمن من الآمر ودفعه الى المولى لانه فى التوكيل بالمعاملة مع المولى كهو فى التوكيل بالمعاملة مع أجنبي آخر ولو دفع العبد المأذون لرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح فيه أو لم يربح حتى وكل العبد أو مولاه أو بعض غرمائه أجنبيا ببيع شئ فباعه من المضارب بمال المضاربة لم يجز لان المضارب مشترٍ لرب المال ورب المال هو العبد فاذا كان هو الوكيل بالبيع فكأنه يبيعه من نفسه فكذلك مولاه أو غريمه يكون متهما فى البيع من مضاربه لماله من الحق فى كسبه وان كان الموكل أمره ببيعه منه جاز لان التهمة قد انتفت بقبض الموكل على البيع منه ولكن العهدة على الآمر لما بينا ان العبد لا يصلح وكيلا فى قبض ما على مضاربه لاجنبي وكذلك مولاه وغريمه وأصله ان العاقد متى لم يكن أهلا لعهدة العقد فالعهدة تكون على الآمر وكذلك هذا فى التوكيل بالشراء منه وكل من وصفنا فى هذه المسائل أنه لا يكون وكيلا فى القبض فانه لا يكون عدلا ولا يجوز أن يوضع الرهن على يده وكل من جاز أن يكون وكيلا فى قبضه جاز أن يكون وكيلا فى وضع الرهن على يده لان الرهن مقبوض للاستيفاء فيعتبر تحقيقه للاستيفاء

باب بيع القاضى والمولى العبد المأذون

(قال رحمه الله) واذا دفع الغرماء المأذون الى القاضي وأرادوا بيعه فى ديونهم فان القاضى يتأنى فى ذلك وينظر هل له مال حاضر أو غائب يرجو وصوله لان البداءة فى قضاء دين العبد

من كسبه وهو الحاصل بتجارته كما أن وجوب الدين بتجارته ومقصود المولى استدامة الملك في رقبته فلا يجوز تفويت هذا المقصود عليه بدون الحاجة والحاجة ههنا الى قضاء دين الغرماء والمال الحاضر أو الغائب الذى يرجى وصوله عاجلا ولو انتظر القاضي وصوله لم يكن فيه كثير ضرر على الغرماء فلهذا يتأنى القاضى كما يتأنى فى القضاء بقيمة المغصوب بعد ما أبق من يد الغاصب فان لم يكن شئ من ذلك باعه لان المولي ضمن للغرماء قضاء الدين من مالية رقبته عند تعذر ايفائه من محل آخر وقد تعذر ذلك اذا لم يكن له كسب أو كان له دين مؤجل أو غائب لا يرجى وصوله لان فى انتظار ذلك تأخر حق الغرماء وضرر التأخير كضرر الابطال من وجه ثم لا يبيعه الا بمحضر من المولى لان فى بيعه قضاء على المولى باستحقاق مالية الرقبة وازالة ملكه والعبد ليس بخصم عنه فى ذلك ولان للمولي حق استخلاص الرقبة لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فليس للقاضى أن يبطل عليه هذا الحق ببيعه بغير محضر منه فاذا باعه ضرب كل غريم فى الثمن بجميع دينه سواء كان أكثر من الثمن أو أقل واذا قسم الثمن بينهم على ذلك فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق لانه لم يبق لقضاء حقهم محلا فى حال رقه وكسبه بعد البيع ملك المشترى ولم يرض بصرفه الي ديونه وكذلك ان اشتراه مولاه الذى باعه القاضى عليه بعد ذلك لم يتبع بشئ مما بقي من الدين لانه تجدد له فيه ملك بتجدد سببه فهو فى ذلك كغيره فاذا أذن له هذا المولي بعد ما اشتراه فلحقه دين فبيع لغرمائه لم يشارك الاولون مما بقى من دينهم الآخرين لان الاولين قد استوفوا مالية الرقبة مرة فلا حق لهم فى مالية الرقبة بعد ذلك فهو فى هذا الملك المتجدد كعبد آخر فالمولى بالاذن انما رضي بتعلق حق الآخرين بملكه فلهذا يباع لهم ولا سبيل للاولين على الثمن حتى يعتق فاذا عتق بيع بجميع ديونه لان الديون كلها ثابتة فى ذمته والذمة بالعتق تزداد قوة فيؤمر بقضائها من كسب هو خالص حقه واذا باعه المولى بغير أمر القاضي والغرماء فبيعه باطل لان حق الغرماء يتعلق بمالية الرقبة وهو مقدم على حق المولى فكان المولي فى بيعه بغير رضاهم كاجنبى آخر بمنزلة الراهن يبيع المرهون وهذا لان للغرماء حق استسعاء العبد فى دينهم فربما يكون ذلك أنفع لهم فانهم يتوصلون به الي جميع دينهم فلا يكون للمولى أن يبطل عليهم هذا الحق بغير رضاهم فان أجازوا البيع أو قضاهم المولي الدين أو كان فى الثمن وفاء بدينهم فأعطاهم نفذ البيع لزوال المانع بوصول حق الغرماء اليهم كالراهن اذا قضي دين المرتهن بعد البيع وأجاز المرتهن البيع

فان لم يبق شئ من ذلك ولكن الغرماء وجدوا المشترى والعبد فى يده ولم يجدوا البائع لم يكن المشترى خصما لهم فى نقض البيع فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هو خصم لان المشترى مالك الرقبة وهم يدعون استحقاق مالية الرقبة فكان هو خصما له كما لو ادعوا ملك العبد لانفسهم وهما يقولان الغرماء لا يدعون على المشترى ولا فى ملكه حقا لانهم انما يستحقون مالية الرقبة على البائع والمشترى ليس بخصم عن البائع فى اثبات حقهم عليه ونقض البيع ينبنى على ذلك * يوضحه أن البيع يحول حق الغرماء فى مالية الرقبة الى الثمن بدليل أنه لو باشره القاضى أو المولى فاجازه الغرماء كان حقهم فى الثمن لا فى مالية الرقبة وبعد ما صار ملكا للمشترى لا طريق لاثبات حقهم فى مالية الرقبة سوى نقض البيع وانما جرى البيع بين البائع والمشترى فلا يجوز نقضه بغير محضر من البائع وبدون نقض البيع لا حق لهم فى مالية الرقبة بخلاف ما اذا ادعوا ملك العبد لانفسهم فهناك انما يدعون عين ما يزعم المشترى انه ملكه وقد تقدم نظير هذه المسئلة فى الشفعة * يوضحه أن حق المشترى لا يسقط عن العبد مالم يعد اليه الثمن وذلك لا يكون الا بمحضر من البائع فينتظر حضوره ليأخذ الغرماء العبد ويرجع المشترى على البائع بالثمن ولو حضر البائع وغاب المشترى وقد قبض العبد فلا خصومة بين البائع والغرماء فى رقبة العبد حتى يحضر المشترى لان الملك واليد للمشترى وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فما لم يبطل ملك المشترى لا تكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه بالبيع والتسليم صار مفوتا محل حقهم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع لان القيمة دين فى ذمته وهو الخصم فى ذلك وبتضمين القيمة يسقط حق الغرماء عن مالية الرقبة فينفذ بيعه فيه وان أجازوا البيع وأخذوا الثمن واقتسموه لان الاجازة فى الانتهاء بمنزلة الاذن فى الابتداء فان هلك الثمن فى يد البائع قبل أن يقبضه هلك من مال الغرماء على معنى انه لا شئ لهم على المبيع حتى يعتق لفوات محل حقهم وهو الثمن فالمولى باجازتهم يخرج من أن يكون جانيا ضامنا لهم ولا حق لهم فى ملك المشترى فتتأخر ديونهم الى ما بعد العتق وليس المراد من قوله هلك من مال الغرماء أنهم فى حكم القابض له حتى يسقط شئ من دينهم به فكيف يكون كذلك والمولى فى البيع عامل لنفسه لانه متصرف فى ملكه ولهذا اذا أعتق العبد اتبعه الغرماء بجميع دينهم وكذلك لو أجازوا البيع بعد ما هلك الثمن لان الثمن معقود به ومحل العقد هو المعقود عليه فاذا كان باقيا بعد البيع بالاجازة

ثم الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء وكذلك لو أقر البائع انه قد قبض الثمن فهلك في يده قبل اجازتهم البيع أو بعدها فكذبوه في القبض فقد أجازوا البيع قبل اقراره أو بعده فهو مصدق في ذلك مع يمينه لان المولى باجازتهم صار أمينا كما يصير أمينا في الثمن باذنهم في البيع في الابتداء وحق قبض الثمن اليه لانه باشر سببه فيكون مقبول القول فيه مع يمينه ولا شيء للغرماء حتى يعتق العبد فاذا عتق اتبعوه بجميع دينهم ولو اختار بعض الغرماء القيمة واختار بعضهم الثمن كان للذين اختاروا ضمان القيمة حصتهم من القيمة وللذين اختاروا الثمن حصتهم من الثمن على قدر الدين لان لكل واحد منهما في نصيبه رأيا واستحقاق القيمة والثمن كل واحد منهما على المولى وكل واحد منهما محل حق الغرماء ولكل واحد منهم حصة مما اختار وفيما بقي من الثمن للبائع مما ضمن من القيمة ولو أجاز بعض الغرماء البيع وأبطله بعضهم كان البيع باطلا لان حق كل واحد منهما بانفراده سبب تام للمنع من نفوذ البيع ولو باع القاضي المأذون للغرماء في دينهم أو باعه أمينه فضاع الثمن في يد الامين الذي باعه ثم وجد المشترى بالعبد عيبا فرده على الامين فان القاضي يأمر الامين بان يبيعه مرة أخرى ويبين عيبه اما لا خصومة بين الامين وبين المشترى بحكم ذلك البيع لان أمين القاضي بمنزلة القاضي فلا تلحقه العهدة ولكن القاضي يأمر ذلك الامين أو غيره بان يخاصم المشترى نظرا منه للمشترى فاذا رده بالعيب أمره ببيعه مع بيان عيبه ولانه يحتاج الى ايفاء حق المشترى في الثمن وطريقه بيع الرقبه وانما يبين عيبه لكيلا يرد عليه مرة أخرى فاذا أخذ الثمن بدأ بالمشترى الاول فأوفاه الثمن لان الثمن الثاني بدل مالية الرقبة والثمن المقبوض من المشترى الاول بدل مالية الرقبة أيضا فكان هو مقدما فيه على سائر الغرماء فان كان الثمن الآخر أكثر من الثمن الاول فالفضل للغرماء وان كان أقل غرم الغرماء للمشترى الاول تمام حقه ولا غرم على الامين في ذلك لانتفاء العهدة ولكن بيعه كان بطلب الغرماء لمنفعتهم فما يلحق من العهدة يكون عليهم ولو فضل شيء كان الفضل لهم فكذلك النقصان يكون عليهم فان كان المولى هو الذي باعه للغرماء بامرهم وقبض الثمن فضاع في يده ثم وجد المشترى به عيبا فرده على البائع ببينة أو اباء يمين أو بعيب لا يحدث مثله فان القاضي يبيعه ويوفي المشتري ثمنه لما قلنا فان نقص عن الثمن الاول غرم البائع نقصانه للمشترى لانه بمنزلة الوكيل في البيع فالرجوع بالثمن عند الرد يكون عليه ولكنه باعه لمنفعة الغرماء فيكون

قرار العهدة عليهم فلهذا رجع هو بما لحقه على الغرماء ولو كان رد عليه باقراره بعيب يحدث مثله بيع العبد ودفع ثمنه الى المشترى فان نقص عنه ضمن البائع النقصان ولم يرجع به على الغرماء لان اقراره لا يكون حجة عليهم الا أن تقوم له بينة ان العيب كان بالعبد قبل أن يقبضه المشترى الاول فحينئذ يرجع على الغرماء بما غرم من الثمن لان الثابت بالبينة كالثابت بتصديق الغرماء وان لم يكن له بينة يستحلف الغرماء على علمهم لانه يدعي عليهم مالو أقروا به لزمهم وان كان العبد حين رد على أمين القاضى أو المولى البائع بالعيب فى جميع هذه الوجوه مات قبل أن يباع البيع الثانى رجع المشتري بالثمن على الغرماء ان كان أمين القاضى باعه لانه لاضمان على الامين فيه ولا عهدة وان كان المولى هو البائع ضمن الثمن للمشترى ورجع به علي الغرماء لانه باعه لمنفعتهم فيرجع عليهم بما يلحقه من العهدة الا أن يكون القاضى رده عليه باقراره بعيب يحدث مثله فلا يرجع حينئذ بالثمن علي الغرماء الا أن تقوم له بينة على العيب أو يأبى اليمين وصار جميع الثمن فى هذا الفصل كالنقصان فى الفصل الاول ولو أن أمين القاضى أو المولى البائع قبل العبد بعيب بغير قضاء القاضى فمات فى يده غرم الثمن للمشترى ولم يرجع به علي الغرماء ان كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث لان قبوله بغير قضاء القاضى بمنزلة شرائه ابتداء فى حق الغرماء ولهذا لو لم يمت العبد فهو لازم للمردود عليه وان أراد الغرماء بيعه وفيه فضل علي الثمن الاول لم يكن لهم ذلك بمنزلة مالو اشتراه ولو كان علي المأذون دين فباعه المولى بألف درهم وقبض الثمن وسلمه الى المشترى بعينه فالغرماء بالخيار ان شاؤا ضمنوا المشترى قيمة العبد وان شاؤا البائع لان كل واحد منهما جان فى حق الغرماء البائع بالبيع والمشترى بالقبض فان ضمنوا المشترى رجع بالثمن علي البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد أن لو ظفروا به ولم يسلم العبد للمشترى بالثمن الذى أداه الي البائع وان ضمنوا البائع قيمته سلم المبيع فيما بين البائع والمشترى لزوال المانع وأيهما اختار الغرماء ضمانه برئ الآخر حتى لو توت القيمة على الذي اختاره لم يرجعوا على الآخر بشيء لان حقهم قبل أحدهما وكان الخيار اليهم فى التعيين والمخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه فان ظهر العبد بعد ما اختاروا ضمان أحدهما فلا سبيل لهم عليه لان القاضى لما قضى لهم بقيمة العبد على الذى اختاروا ضمانه ببينة أو باباء يمين تحول حقهم الى القيمة بقضاء القاضى وان كان قضي عليه بقوله وقد ادعي الغرماء أكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا

ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب فى ذلك وقد بيناه فى الغصب وان اختاروا البائع فضمنوه قيمته فاقتسموها بينهم ثم ظهر العبد فى يد المشترى ووجد به عيبا فرده على البائع بقضاء القاضى فالبائع بالخيار ان شاء كان العبد له وسلمت القيمة الى الغرماء وان شاء استرد من الغرماء ما أعطاهم وبيع العبد لهم لان الرد بقضاء القاضي فسخ من الاصل فعاد الى قديم ملك المولى والغرماء ضمنوه القيمة على صفة السلامة عن العيب فاذا ظهر العيب يخير المولى لما يلحقه من الضرر فان شاء رضى به وان شاء رده على الغرماء واسترد منهم ما أعطاهم بمنزلة المشترى الاول مع بائعه اذا رد عليه فان رده عليهم عاد حقهم فى العبد كما كان فيباع فى دينهم وان كان البائع قد علم بالعيب قبل أن يبيعه ثم رده على المشترى بذلك العيب فان كان الغرماء ضمنوه قيمته صحيحا كان للبائع أن يأخذ منهم القيمة ويسلم لهم العبد فيباع فى دينهم وان شاء سلم لهم القيمة وأمسك العبد وان ضمنوه قيمته وبه العيب سلم العبد للغرماء لان الضرر مندفع عن المولى وقد كان عالما بالعيب فاندفع به ضرر جهله وانما ضمن لهم القيمة معيبا فلهذا لا يرجع عليهم بشئ ولو كانوا ضمنوا المشترى قيمته واقتسموها بينهم ورجع المشترى على البائع بالثمن ثم ظهر العبد فوجد المشترى به عيبا رده على الغرماء لانه تملكه من جهتهم بضمان القيمة والبيع الذى كان بينه وبين المولي قد انفسخ وانما ضمنه قيمته صحيحا فاذا ظهر انه كان معيبا رده عليهم وأخذ القيمة منهم ثم يباع لهم وان كانوا ضمنوا البائع القيمة ثم وجد به المشترى عيبا فرده القاضى على البائع باقراره والعيب مما يحدث مثله فلا سبيل للبائع على الغرماء فى القيمة لان اقراره ليس بحجة عليهم الا أن يقيم البينة على العيب أو يأبوا اليمين وان رده بغير قضاء القاضى والعيب مما يحدث مثله أو لا يحدث فلا سبيل للبائع على الغرماء فى القيمة لان الرد بغير قضاء القاضى بمنزلة الشراء المستقبل فى حق الغرماء وكذلك لو كان الشراء بالخيار ثلاثة أيام فى العبد فرده بالخيار بعد ما ضمن الغرماء البائع القيمة لم يكن للبائع أن يرجع عليهم بالقيمة لان المشترى انما رده بتسليط البائع بشرط الخيار له وذلك غير عامل فى حق الغرماء وكذلك المشترى لو كان المشترى أرسل رسولا فقبض العبد من البائع ولم يره فضمن الغرماء البائع القيمة ثم رأى المشترى العيب فلم يرضه فرده على البائع لم يكن للبائع أن يرجع بالقيمة على الغرماء لانه وان عاد اليه بسبب هو فسخ من الاصل فلم يتبين به أن سبب القضاء بالقيمة للغرماء ما لم يكن موجودا

يومئذ وكذلك لو كان البائع بالخيار وقد دفع العبد الى المشترى فضمن الغرماء البائع القيمة ثم اختار البائع رد العيب واستوضح بالمغصوب قال (ألا ترى) أن الغاصب لو باع المغصوب ودفعه الى المشترى ثم ان رب العبد ضمن الغاصب قيمته بقضاء القاضي وقد كان للغاصب فيه خيار الشرط أو للمشترى أو كان له فيه خيار رؤية ففسخ البيع أو أجاز سلمت القيمة للمغصوب منه على كل حال وكذلك ما سبق فى فصل المأذون ولو باع المولى المأذون بغير أمر الغرماء فأعتقه المشترى قبل أن يقبضه فعتقه موقوف لان المشترى بنفس العقد لا يملك العبد ملكا تاما فان السبب موقوف على اجازة الغرماء وبالسبب الموقوف انما يثبت الملك الموقوف لان الحكم بحسب السبب والسبب الضعيف لا يوجب حكما قويا والعتق منهى للملك فاذا كان موقوفا فانهيه يوقف بتوقفه فاذا تم البيع باجازته أو قضاء دين أو كان فى الثمن وفاء فأخذوه بعد العتق وان لم يتم البيع أبطله القاضي وباع العبد فى دينهم نظرا منه للغرماء وعلل فقال لان البيع كان فاسدا لا يجوز الا بالاجازة أو ما يقوم مقامها وفى هذا التعليل نظر فان فى البيع الفاسد ان أعتقه المشترى قبل القبض ثم نفذ البيع لا ينفذ ذلك العتق وههنا ينفذ فعرفنا أن مراده أنه بمنزلة الفاسد فى الضعف لاجل التوقف ولو كان أعتقه بعد القبض جاز عتقه لان السبب الضعيف بالقبض يقوى كما فى البيع الفاسد وهذا أقوى من الفاسد * يوضحه أن البيع تسليط على التصرف وتمام هذا التسليط بالتسليم فان أعتقه بعد القبض فقد أعتقه بعد تمام هذا التسليط والمسلط لو أعتقه بنفسه نفذ عتقه واما قبل القبض فالتسليط غير تام ولكن تمامه موقوف على القبض فيتوقف العتق أيضا وهو نظير الراهن يبيع المرهون ثم يعتقه المشترى ولو لم يعتقه المشترى ولكنه باعه أو وهبه وسلمه فان تم البيع الاول ببعض ما وصفنا جاز مافعل المشترى فيه لانه باع ملكه وحق الغرماء الذى كان مانعا من نفوذه قد زال وهو نظير المشترى من المكره اذا تصرف ثم أجاز المكره البيع ولو لم يبعه المولى ولكنه وهبه لرجل وسلمه ثم ضمنه الغرماء القيمة نفذت الهبة فان رجع فى الهبة بحكم أو غير حكم سلم العبد له ولم يكن له على القيمة ولا للغرماء على العبد سبيل لان حقهم تحول الى القيمة بقضاء القاضي فان وجد به عيبا ينقص من القيمة التى غرمها كان له أن يرده ويأخذ القيمة لانهم ضمنوه القيمة على صفة السلامة وبالرجوع عاد الى قديم ملكه فان كان أعتقه بعد الرجوع فى الهبة قبل أن يعلم بالعيب أو دبره أو حدث به عيب رجع بما بين العيب والصحة من القيمة لانه تعذر

الرد علي وجه لم يصر هو راضيا فيرجع بالتفاوت وللغرماء أن يردوا القيمة ويتبع العبد في الدين في غير العتق والتدبير لان تعذر الرد لمراعاة حقهم بسبب العيب الحادث واذا رضوا به فقد زال المانع الا أن يشاء المولى أن لا يطالبهم بالنقصان ويرضي به معيبا وان كان هذا في جارية قد وطئت بشبهة فوجب لها العقد لم يكن للغرماء عليها سبيل من أجل الزيادة المنفصلة لانها تمنع الرد لحق الشرع وردوا نقصان العيب من القيمة لانه تبين أنهم أخذوا ذلك زيادة على حقهم ولو كان المولى باعه وعيبه المشترى فضمن الغرماء المولى ثم وجد المشتري بالعبد عيبا لا يحدث مثله وحدث به عيب آخر فرجع بنقصان القيمة على البائع لم يكن للبائع أن يرجع على الغرماء بالقيمة ولكنه يرجع بحصة العيب من القيمة التى غرمها للغرماء لانه ظهر أن ما بين قيمته معيبا الى قيمته سليما أخذوه منه بغير حق فعليهم رد ذلك عليه

باب بيع المولى عبده المأذون فيجوز

(قال رحمه الله) واذا كان الدين علي المأذون الى أجل فباعه المولي باكثر من قيمته أو باقل فبيعه جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه وتحقيقه أن بسبب التأجيل يتأخر حق الغرماء في المطالبة بقضاء الدين الى حلول الاجل وامتناع نفوذ تصرف المولى في كسبه ورقبته لكونه مشغولا بحق الغرماء وحقهم فى المال استيفاء الدين منه وبسبب التأجيل سقط هذا الحق الى حلول الاجل فلانعدام المانع من نفوذ تصرف المولى فيه ينفذ بيعه فان قيل حق الغرماء فى العبد المديون كحق المرتهن فى المرهون وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين حالا أو مؤجلا كحق الغرماء فى مال المرتهن وذلك يمنع التصرف المبطل لحقهم سواء كان الدين حالا أو مؤجلا أو هو كحق الغرماء فى مال المريض وذلك يمنع التصرف المبطل لحقهم سواء كان الدين حالا أو مؤجلا فهذا مثله قلنا لا كذلك فللمرتهن فى المرهون ملك اليد وذلك قائم مع التأجيل فى الدين وبه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرماء ملك اليد فى المأذون ولا فى كسبه وانما لهم حق المطالبة بقضاء الدين وذلك يتأخر الي ما بعد حلول الاجل وتصرف المريض فى ماله نافذ مادام حيا وبعد موته لا يبقى الاجل ولهذا لا يتصرف الوارث فى تركته ويؤمر بقضاء الدين فى الحال فلما لم يبق الاجل بعد موته كان الدين الحال والمؤجل فى الحكم سواء وانما لم يبق الاجل لان ذمته لم تبق محلا صالحا لوجوب

الدين منه فأما ذمة العبد فمحل صالح لذلك فالدين ثابت فى ذمته والاجل فيه صحيح فلا سبيل للغرماء على منع المولى من التصرف أو مطالبته بشئ حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية ولان المولى كالمتحمل عن العبد لغرمائه مقدار مالية رقبته والدين اذا حل علي الاصيل بمضى الاجل حل على الكفيل فكان لهم أن يضمنوه قيمته بعد حل المال ولا سبيل لهم على الثمن أجازوا البيع أو لم يجيزوا لانه كان جائزا بدون اجازتهم وكان الثمن للمولى سالما كسائر أملاكه فلا يتغير ذلك باجازتهم ولان ضمان القيمة دين لهم فى ذمة المولى ويعتبر محل قضاء الدين الي المديون فلا سبيل للغرماء علي الثمن كما لا سبيل لهم على سائر أملاك المولي بخلاف ما اذا كان البيع بعد حل المال فأجازوه لان نفوذ البيع هناك يكون باجازتهم فيتحول حقهم عن مالية العبد الى بدله وههنا نفوذ البيع كان بدون اجازتهم وكان الثمن سالما للمولى كسائر أملاكه قبل حلول المال فكذلك بعد حله وكذلك لو وهبه لرجل وسلمه فان توى ما على المولى من القيمة لم يكن لهم علي العبد ولا على الموهوب له سبيل لان الملك تجدد للموهوب له فى العبد بتجدد سببه ولا حق لهم فى هذا الملك ولا سبيل لهم الى نقض سببه لان المولى حين باشره لم يكن لهم حق المنع فلا يثبت لهم حق الابطال بعد ذلك ولكن دينهم على العبد يتأخر الي عتقه بمنزلة مريض وهب عبدا لا مال له غيره وعليه دين كثير فباعه الموهوب له أو وهبه وسلمه ثم مات الواهب الاول فلا سبيل لغرمائه علي العبد ولا علي من فى يده وانما لهم القيمة على الموهوب له الاول لانه صار متلفا محل حقهم بتصرفه فان توت تلك القيمة عليه لم يكن لهم على العبد ولا على من هو فى يده سبيل وللمولى أن يستخدم العبد المأذون اذا كان دينه الى أجل لانه مالك رقبته والمنفعة تملك بملك الرقبة ولا سبيل للغرماء عليه فى مطالبته بشئ فى الحال فيتعذر على المولى استخدامه مراعاة لحقهم ولو كان الدين حالا كان لهم أن يمنعوه من ذلك لان لهم حق المطالبة بقضاء الدين والاستسعاء فيه وباستخدام المولي اياه يفوت عليهم ذلك أو يتمكن فيه نقصان فكان لهم أن يمنعوه من ذلك وكذلك لو أراد أن يسافر به لم يكن لهم أن يمنعوه اذا كان الدين مؤجلا لانه لا سبيل لهم على العبد فى مطالبته بشئ فكيف يثبت لهم السبيل علي المولى فى منعه من السفر به ولو كان الدين حالا كان لهم أن يمنعوه من ذلك لانه يحول بينهم وبين حق ثابت لهم وهو المطالبة ببيع الرقبة وقضاء الدين من ثمنه وكذلك له أن يؤاجره

ويرهنه اذا كان الدين مؤجلا لما قلنا فان حل الدين قبل انقضاء مدة الاجارة كان هذا عذرا وللغرماء أن ينقضوا الاجارة لان الاجارة وان كانت من لوازم العقود فانها تنتقض بالعذر والحاجة الى دفع الضرر (ألا ترى) انها تنتقض لدفع الضرر عن المباشر للعقد فلان تنقض لدفع الضرر عن غير المباشر أولى وتنقض للرد بسبب فساد البيع والرد بسبب العيب فى البيع فينقض أيضا لحق الغرماء فى المطالبة ببيع الرقبة بعد حل المال فأما الرهن فهو لازم من جهة الراهن ولا يثبت للغرماء بعد حل الاجل نقض الرهن كما لايثبت لهم حق نقض البيع الذى نفذ من المولى ولكنهم يضمنون المولى قيمته لانه حال بينهم وبين حقهم فى المطالبة بايفاء الدين من مالية الرقبة وبالبيع فيضمن لهم القيمة كما لو أتلف عليهم ذلك بابطال المالية فيه بالاعتاق فاذا أرادوا تضمينه فافتكه من المرتهن ودفعه اليهم برئ من الضمان لان الحيلولة قد ارتفعت وان افتكه بعد ما قضى عليه القاضى بضمان القيمة فالقيمة عليه والعبد له ولا سبيل للغرماء علي العبد لان حقهم تحول بقضاء القاضى الي القيمة والسبب الموجب له كان قائما وقت القضاء فلا يعود حقهم بعد ذلك بانعدام الحيلولة بالفكاك كالمغصوب اذا عاد من اباقه بعد ماقضى القاضي علي الغاصب بقيمته ولو أبى المولى أن يفتكه فقضي الغرماء الدين ليبيعوه في دينهم كان لهم ذلك لان المانع حق المرتهن وحقه يسقط بوصول دينه اليه وانما يقصدون بهذا تخليص محل حقهم فلا يكون للمرتهن أن يأبى ذلك عليهم واذا لم يكن علي المأذون دين فأمره مولاه أن يكفل عن رجل بالف فقال العبد للمكفول له ان لم يعطك فلان مالك عليه وهو ألف فهو عليّ فالضمان جائز لان العبد انما كان محجورا عن الكفالة لحق المولى فاذا رضي المولى بكفالته كان هو والحر سواء وكذلك لو قال ان مات فلان ولم يعطك هذا المال الذى لك عليه فهو جائز على ماقال وقد بينا فى كتاب الكفالة معني صحة تعليق الكفالة بهذه الاسباب فان أخرجه المولى عن ملكه ببيع أو هبة ثم مات المكفول عنه قبل أن يعطى المكفول له حقه فان المكفول له يضمن المولى الاقل من دينه ومن قيمته ولا يبطل بيع المولى فى العبد ولا هبته لان هذا فى معني الدين المؤجل علي العبد حين تصرف المولى من حيث انه لم يكن للموهوب له سبيل على مطالبته بشئ يومئذ وهو دونه لان أصل الوجوب لم يكن ثابتا قبل وجود شرطه وان وجد سببه وهو الكفالة ثم قد بينا ان هناك الغريم لايبطل تصرف المولى فههنا أولي وأما تضمين المكفول له المولي قيمته فلانه

فوت عليه محل حقه بتصرفه وقد كان سبب وجوب المال منعقدا وان كانت المطالبة به متأخرة فيكون المولى ضامنا له قيمته بتفويت المال عليه وكذلك هذا فى ضمان الدرك لو أمر عبده أن يضمن الدرك فى دار باعها المولى ثم ان المولى باعه ثم استحقت الدار فللمشترى أن يضمن المولى الاقل من قيمته ومن الثمن باعتبار انه فوت عليه محل حقه فان لم يخرجه المولى من ملكه حتى لحق العبد دين يحيط برقبته ثم استحقت الدار من يد المشترى فان العبد يلزمه ماضمن مع الدين الذي فى عنقه لان سبب وجوب الضمان للدرك كان صحيحا لكون العبد فارغا عن حق الغرماء عند ذلك وقد تمذر الوجوب بالاستحقاق فيكون هذا دينا لان ماعلي العبد كسائر ديونه فى جميع ذلك ولو حفر العبد التاجر بئرا فى الطريق ثم أخرجه المولى من ملكه ثم وقع في البئر دابة تساوى ألف درهم فعطبت فلا سبيل لصاحبها على العبد ولا على الذى هو فى يده لانه حين أخرجه المولى من ملكه لم يكن العبد مطالبا بشي ولم يوجد من العبد صنع هو جناية فى الملك الذى تجدد للمشترى فلا سبيل له على المشترى ولكنه يضمن مولاه الاقل من قيمته ومن قيمة الدابة لان عند وقوع الدابة فى البئر يصير العبد متلفا له بالحفر السابق وذلك الحفر جناية منه فى ملك المولى يستحق به صاحب الدابة مالية رقبته لو لم يخرجه المولي عن ملكه فباخراجه يكون مفوتا عليه محل حقه فلهذا يضمن له المولى الاقل من قيمته ومن قيمة الدابة فان تويت القيمة عليه لم يتبع عبده بشيء حتى يعتق فيؤخذ بقيمة الدابة حينئذ لان الدين كان واجبا فى ذمته باعتبار جنايته وكان لا يطالب به لحق مولاه الذى حدث له فاذا سقط حقه بالعتق كان مطالبا بقضاء دينه واذا كان على العبد التاجر دين الى أجل فباعه مولاه ثم اشتراه أو رجع اليه باقالة أو عيب بعد القبض بغير حكم ثم حل الدين فلا سبيل للغرماء أما فى الشراء فلا اشكال ان الملك متجدد له بتجدد السبب وكذلك فى الاقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير حكم فانه فى معنى بيع متجدد فى حق غيرهما فكان وجود هذا العود اليه كعدمه وعود هذا العبد اليه كعود عبد آخر فان اختلاف سبب الملك بمنزلة اختلاف العين فلهذا ضمنوا المولي قيمته ولو رجع العبد اليه بعيب بقضاء قاض أو خيار رؤية أو شرط فى أصل البيع ثم حل الدين أخذوا العبد به ولا سبيل لهم على المولى لانه عاد اليه بسبب هو فسخ من الاصل فانما يعود الى قديم ملكه الذى كان مشغولا بحق غرمائه وينعدم به السبب الموجب للضمان على المولى وهو تفويت محل حقهم وان مات فى يد المولى

بعد ما رجع اليه على هذا الوجه قبل أن يحل دينهم ثم حل الدين فلا ضمان لهم على المولى لان البيع حين انفسخ من الاصل صار كان لم يكن ولو مات قبل البيع لم يكن لهم على المولي ضمان اذا حل دينهم وكذلك المولي لو وهبه وسلمه ثم رجع في الهبة بحكم أو بغير حكم فان المولي يبرأ من القيمة لان الرجوع فى الهبة فسخ من الاصل واعادة الى قديم ملكه سواء كان بقضاء أو بغير قضاء عندنا وقد بيناه فى الهبة فاذا عاد محل حقهم صارت الازالة كان لم تكن ولو باعه فمات قبل أن يقبضه المشترى برئ المولي من القيمة لان بمجرد البيع لا يتقرر السبب الموجب للضمان على المولي وانما يكون بالتسليم ولو تقرر السبب بالبيع فبالموت قبل التسليم ينتقض البيع من الاصل ويعود الى ملك المولى مشغولا بحق الغرماء كما كان فهو كما لو انتقض البيع بالرد بخيار الشرط ثم مات وان مات بعد ما قبضه المشترى قبل أن يحل الدين فقد حل عليه بموته لان الاجل حق العبد وقد استغنى عنه بموته ووجوب الدين كان فى ذمته وقد خرجت ذمته من أن تكون محلا صالحا لوجوب الدين فيه فهو وموت الحر سواء وعلى المولى قيمته الى أجل الدين لان الاجل كان ثابتا فى حق المولي ولم يقع له فيه الاستغناء عنه وهو بمنزلة الكفيل فيما لزمه من القيمة والدين المؤجل اذا حل علي الاصيل بموته يبقى الاجل فى حق الكفيل وكذلك لو أعتقه المولي ثم مات العبد حل عليه ولم يوجد المولى القيمة الا الى الاجل فى حق المولى لحاجته الى ذلك وقيام ذمته محلا صالحا لوجوب الحق فيها ولو كان الدين علي العبد ألفي درهم ألف حالة وألف الي أجل فباعه المولي أو وهبه وسلمه فلصاحب الدين الحال أن ينقضه الا أن يقضى المولى دينه لان الدين المؤجل فى حكم نقض تصرف المولى كالمعدوم وقيام صاحب الدين الحال كاف فى نقض تصرف المولى فان قضاه جاز ماصنع المولى من ذلك به لانه وصل اليه جميع حقه ولا سبيل لصاحب الدين المؤجل على العبد فى الحال فينفذ تصرفه فيه فاذا حل الدين الآخر لم يشارك الاول فيما أخذ من المولى لان أصل الدين لم يكن مشتركا بينهما والمقبوض من محل لا شركة بينهما فيه وهو ملك المولي ولكنه يتبع المولى بالاقل من دينه ومن جميع قيمته لان حق الآخر سقط بوصول دينه اليه وكان المولى متطوعا فيما قضاه كاجنبي آخر وصار كان لم يكن عليه الا الدين المؤجل فباعه المولى (ألا ترى) أنه لو لم يبعه حتى حل الدين فان العبد كله يباع للغريم الآخر فى دينه الا أن يفديه المولى فكذلك اذا باعه كان ضامنا لجميع قيمته الا أن يكون الدين أقل منه ولو لم يقض المولى صاحب الدين الحال حقه

فنقض البيع وطلب من القاضي بيعه فان القاضي يبيعه بمطالبته ثم يدفع اليه نصف الثمن لان بيع القاضي يتحول حق الغرماء الي العبد من الثمن وأصل الاستحقاق لصاحب الدين المؤجل ثابت وان كانت المطالبة متأخرة الى حلول الاجل واستحقاق الثمن بثبوت حقه من الدين في ذمته فكان ذلك بائعا سلامة جميع الثمن لصاحب الدين الحال فيدفع اليه نصف الثمن ويدفع النصف الى المولى لانه حق صاحب الدين المؤجل ولكن مطالبته به تتأخر الى حلول الدين (ألا ترى) أن قبل حلول المال لم يكن له سبيل على رقبته وكسبه فكذلك على بدل الرقبة واذا لم يكن له سبيل كان المولى أحق به لانه بدل ملكه وعلى قول زفر رحمه الله لا يتبع القاضي بحل الدين الآخر على العبد ويكون الثمن بينهما نصفين لان الدين يتحول ببيع القاضي الى الثمن والثمن عين لا يقبل الاجل فهو بمنزلة موت الحر ولكنا نقول الدين باق في ذمة العبد حتى اذا عتق كان للغريم أن يطالبه بجميع الدين ان شاء فيبقي الدين ببقاء الاجل في ذمته فاذا حل الدين الآخر أعطاه المولي مافي يده وان هلك ذلك في يد المولى فلا ضمان عليه لان حكم البدل حكم المبدل ولو هلك العبد في يد المولى لم يكن على المولى فيه ضمان ويتبع صاحب الدين الغريم الاول فيأخذ منه نصف ما أخذه لان ثمن العبد كان مشتركا بينهما فانما يسلم له المقبوض بشرط سلامة الباقي للغريم الآخر ولم يسلم له ذلك فلهذا يأخذ منه نصف ما أخذ فان لم يهلك ذلك ولكن هذا الغريم أبرأ من دينه أو وهبه فان الاول يأخذ هذه الخمسمائة من المولى لتمام حقه لانه كان مستحقا لجميع العين بدينه وانما امتنع سلامة النصف له لمزاحمة الآخر وقد زالت مزاحمته بالابراء ولان نصف دين الاول باق على العبد فلا يجوز أن يسلم للمولى شئ من ثمن العبد مع قيام الدين عليه ولو لم يبرئه ولكن المولى نقد غريماله تلك الخمسمائة التى في يده فهو جائز لانها مملوكة له وتصرفه فيها قبل حل الاجل كتصرفه في الرقبة فلا يمتنع نفوذه لحق صاحب الدين المؤجل ولكن اذا حل دينه ضمن المولى له تلك الخمسمائة لانه فوت عليه محل حقه بتصرفه فان تويت عليه رجع على الاول فيما قبض فيشاركه فيه ثم رجعا على الغريم الذى قضاه المولى بالخمسمائة التى اقتضاها لانه حين رجع على الاول بنصف ماقبض ثبت للاول حق الرجوع في نصف مابقي في يد المولى ونقض تصرف المولى فيه ثم يشارك فيه الغريم الآخر فلا يزال هكذا حتى يأتى على جميعه فلهذا كان لهما حق نقض تصرف المولي والرجوع على القابض بالخمسمائة التى قبضها من المولى

ولو لم يبع القاضى العبد للغريم ولكن المولى باعه برضى صاحب الدين الحال فبيعه جائز لان الراضى مسقط حقه فى ابطال البيع ولا حق لصاحب الدين المؤجل فى ابطال البيع ثم يعطى نصف الثمن صاحب الدين الحال ويسلم للمولى نصف الثمن فاذا حل الدين الآخر أخذ صاحبه من المولى نصف القيمة ولا سبيل له على الثمن لان المولى مفوت عليه محل حقه وليس بمحول حقه الى الثمن اذ ليس له ولاية تحويل حقه من محل الى محل بخلاف الاول فهناك انما باعه القاضى وللقاضى ولاية تحويل الحق من الرقبة الى الثمن فلهذا كان المولي ضامنا نصف القيمة للثانى ههنا وما قبض من نصف الثمن فهو مال سالم له فان توى ماعلى المولي من نصف القيمة لم يرجع علي الذى أخذ نصف الثمن بشيء لان أصل الثمن ههنا ما كان مشتركا بينهما ولا شركة بينهما فى أصل الدين * فان قيل لماذا لا يأخذ الاول جميع الثمن من المولى لما لم يكن للثانى شركة من الاول فى الثمن * قلنا لان المولى ضامن للثانى نصف القيمة ولا بد من أن يسلم ما هو عوض من ذلك النصف من الثمن للمولي فلهذا يعطى الاول نصف الثمن ولا يضمن للثانى الا نصف القيمة لان الاول استحق عليه نصف بدل المالية فمنع ذلك ثبوت حق الثانى فى تضمين المولى جميع القيمة وان كان على المأذون ديون الى آجال مختلفة فباعه المولى قبل أن يحل شيء منها ثم حل الدين الاول فان قيمة العبد تقسم علي الدين ما حل منه وما لم يحل فما أصاب الذى حل منها من القيمة أخذه وكذلك كل من حل دينه من غرمائه لما بينا أن المولى ضامن قيمته بتفويته محل حق الغرماء ولكل واحد منهم حصته من ذلك ولكن لا يطالبه به الا بعد حل دينه فان كان الدين ثلاثة آلاف فحل ألف منها فطلب صاحبها من القاضى بيع العبد فانه يبيعه ويعطيه ثلث ثمنه ويضع الثلثين الذى هو حق الآخرين فى يد المولى حتى يحل دينهما فاذا حل دين آخر أعطى صاحبه حصته من ذلك وذلك ثلث الثمن فاذا حل الثالث أعطاه الثلث الباقى فان توى الثلث الباقى على المولى رجع الثالث على الاولين فيأخذ منهما ثلث مافي أيديهما لان الثمن كان مشتركا بينهم أثلاثا حين كان البيع من القاضى وكان شرط سلامة الثلثين للاولين أن يسلم الثلث للثالث فاذا لم يسلم كان التاوي من حقوقهم والباقى مقسوم بينهم على قدر حقهم فرجع على الاولين بثلث مافى أيديهما ليسوى بينهما فى ثمنه فان لقى أحدهما أخذ منه نصف مافى يده لان حقهما فى الثمن سواء ثم يرجعان جميعا على الآخر بثلث مافى يده فيقتسمانه نصفين ليسلم لكل واحد منهما ثلث الثلثين ويستووا فى الضرر

الحاصل بالتوى فان لقي أحدهما الآخر وحده أخذ منه ربع مافي يده لان الباقي في يده نصف الثلث وفي يد من لقيه نصف الثلث وفي يد من لقيه الثلث فيضم مافي يده الى مافي يد صاحبه ويقتسمان ذلك نصفين ليستويا واذا فعل ذلك أخذا منه ربع مافي يده حتى يكون الباقي في يده ثلاثة ارباع الثلث وفي يد هذا الآخر ثلاثة ارباع الثلث أيضا فان لقيهما بعد ذلك الآخر أخذ منهما تسع مافي أيديهما لان المساواة بينهم بذلك تحصل واذا أردت معرفة ذلك جعلت الثمن كله علي اثني عشر فسهام الثلثين ثابتة بينهم اثلاثا لكل واحد منهم سهمان وثلثا سهم والذي في يد هذا الذى لقيهما نصف الثلث سهمان وفي يد الآخر ستة فيأخذ منهما ثاني سهم وثلثا سهم من ستة يكون تسعها فيحصل له سهمان وثلثا سهم وبقي في يد كل واحد منهما سهمان وثلثا سهم واذا قال المأذون بامر مولاه ولا دين عليه لرجل ان مات فلان ولم يعطك ألفك التي عليه فأنا ضامن لها حتى أدفعها اليك ثم لحق العبد دين ألف درهم فباعه القاضي في دينهم بالف فانه يدفعها كلها الي الغريم لانه لامزاحم له في الثمن فان المزاحمة باعتبار وجوب الدين على العبد ولم يجب للمكفول له شئ بعد وجود سببه قبل شرطه وبه فارق الدين المؤجل وتأثير الاجل في المنع في المطالبة لافي نفي أصل الوجوب والمتعلق بالشرط لايكون موجودا قبل الشرط فاذا دفع الثمن الى الغريم استوثق منه بكفيل لان حق المكفول له بعرض اللزوم فان سببه وهو الكفالة مقرر فلتقرر السبب يجب النظر له بالاستيثاق فاذا لزم العبد ضمان ماكفل به أخذ المكفول من الغريم نصف الثمن الذى أخذه لان الوجوب اذا ثبت عند وجود شرطه فانمايحال به علي سببه وهو الكفالة ولهذا لو كانت الكفالة في الصحة كان هذا من جملة ديون الصحة بقدره وهو ان حق المكفول له أخذ سببها من الدين الحادث بعد البيع باعتبار ان الوجوب يكون عند وجود الشرط ومن الدين المؤجل باعتبار أن السبب كان متقررا قبل وجود الشرط فيتوفر حظه عليهما فيقول لشبهه بالدين الحال يدفع الثمن كله الى الغريم الاول قبل أن يجب دين الكفالة بالدين ولشبهه بالدين المؤجل قلنا اذا تحقق لزوم دين الكفالة رجع المكفول له علي الغريم بنصف الثمن الذى أخذه واذا كان علي المأذون دين حال فوهبه مولاه لرجل وسلمه اليه فالهبة باطلة الا أن يجيزها الغرماء لانهم أحق بمالية العبد من المولى وفي الهبة تفويت محل حقهم فلا ينفذ الا باجازتهم فان أجازوها بطل دينهم لا على معنى انه سقط عن ذمة العبد ولكن علي معنى انه لاشئ لهم

على المولى ولا على العبد حتى يعتق لانهم رضوا بصنع المولى والملك للموهوب له حادث بعد الدين فلا يستحق بذلك الدين ولكن يتأخر حقهم فى المطالبة الى مابعد العتق لانعدام محل الاستيفاء فاذا عتق اتبعوه بجميع دينهم ولو كان الدين كله الى أجل جازت الهبة لانه لاحق للغرماء فى المطالبة بشئ قبل حلول الاجل فينفذ تصرف المولى باعتبار ملكه وللغرماء على المولى قيمته اذا حل دينهم لانه فوت عليهم محل حقهم بتصرفه فاذا أخذوا القيمة منه أو قضى بها القاضى عليه ثم رجع فى هبته فلا سبيل لهم على العبد لان حقهم تحول الى القيمة بقضاء القاضى وقد كان السبب قائما عند القضاء فلا يتحول الى العبد بعد ذلك وان عاد اليه قديم ملكه بالرجوع فى الهبة فان أذن له المولى بعد ذلك فى التجارة فلحقه دين بيع فى الدين الآخر خاصة لوجود الرضا من المولى بتعلق هذا الدين بمالية رقبته ولا سبيل الاولين على هذا الثمن لان حقهم تحول الى القيمة دينا فى ذمة المولى فكما لاسبيل للآخرين على القيمة اذا أخذها الاولون فكذلك لاسبيل للاولين على الثمن وان مات المولى قبل أن يباع ولا مال له غيره بيع فبدئ بدين الآخرين لان حق الاولين أيضا فى ذمة العبد حتى يتبعوه بعد العتق لانا بينا ان حقهم تحول الى القيمة فلا يبقى على العبد فى حال رقه فان بقي من ثمنه شئ بعد قضاء دين الآخرين كان للاولين باعتبار انه ملك المولى ودينه بعد موته يقضى من ملكه فان كان على المولى دين سوى ذلك اقتسم هذا الباقى الاولون وأصحاب دين المولى تصرف فيه أصحاب دين المولى بديونهم الاولون بقيمة العبد لان حقهم فى ذمة المولى بقدر قيمة العبد واذا كان على المأذون ألف درهم حالة وألف درهم الى أجل فوهبه مولاه لرجل وسلمه فلصاحب الدين الحال أن يرد الهبة لان توجه المطالبة له علة تامة تمنع نفوذ تصرف المولى فان أجازها جازت لوجود الرضا منه ولا سبيل لصاحب الدين على العبد حتى يحل دينه (ألا ترى) انه لو لم يكن سوى دينه على العبد كانت الهبة صحيحة فان حل دين الآخر ضمن المولى قدر القيمة له حتى يستوفى دينه ولا شئ منه للغريم الاول لان الاول باجازة الهبة أبطل حقه فى حال رق العبد فهو بمنزلة مالو أبرأه عن دينه وقد فوت المولى على الآخر محل حقه فيضمن له جميع القيمة ولو أن صاحب الدين الحال لم يجز الهبة ولم يقدر على العبد فله أن يضمن المولى نصف قيمته لان الدين المؤجل ثابت عليه وان كانت المطالبة به متأخرة والقيمة عند تعذر الوصول الى العبد كالثمن عند بيع القاضى اياه وقد بينا هناك أنه لا يسلم

لصاحب الدين الحال الا حصته من الثمن فهنا أيضا لا يسلم لصاحب الدين الحال الا حصته من القيمة وذلك النصف فان ضمنه ثم حضر العبد فالهبة جائزة لان حقه سقط عن العبد بوصول حصته من الضمان اليه والدين الآخر مؤجل لا يمنع الهبة فاذا حل دين الآخر كان له أن يتبع المولى بنصف القيمة لانه فوت محل حقه بتصرفه فان شاء شارك الأول فيما أخذ لان القيمة وجبت لهما فى ذمة المولى مشتركة بسبب واحد وانما يسلم المقبوض للاول بشرط أن يسلم النصف الباقى للآخر فاذا لم يسلم كان له أن يشارك الاول فيما أخذ ثم يتبعان المولى بنصف القيمة لان المقبوض لما صار مشتركا بينهما كان الباقى مشتركا أيضا ولو لم يحل الدين الثانى حتى رجع المولي فى هبته ثم حل كان لصاحبه أن يتبع نصف العبد بدينه حتي يباع له لان تحول حقه الي نصف القيمة لا يتم الا بالقبض أو بقضاء القاضى له بها ولم يوجد فقد عاد العبد بالرجوع الي قديم ملك المولي فكان له أن يطالب ببيع حصته منه فى الدين وذلك نصفه وان شاء شارك الاول فيما أخذ لما بينا أن وجوب القيمة لهما بسبب واحد فهو بمنزلة العبد المشترك اذا غصبه غاصب فأبق ثم ان كان أحدهما خاصم الغاصب وضمنه نصف القيمة ثم رجع العبد كان للآخر الخيار ان شاء أخذ نصف العبد وان شاء شارك الاول فيما أخذ من نصف القيمة فان شاركه فى ذلك بياع نصف العبد فى دينهما لان المقبوض لما صار مشتركا بينهما كان الباقى كذلك فيباع نصفه فى دينهما لان فى هذا النصف الحق باق فى العبد وان كان العبد اعورّا فى يد الموهوب له قبل أن يرجع فيه الواهب ضمن المولي ربع قيمته وبيع نصفه فى دينه لان العين من الآدمى نصفه ولو عاد الكل اليه بالرجوع فى الهبة كان يباع نصفه فى الدين ولو هلك الكل فى يد الموهوب له كان المولى ضامنا نصف قيمته فالجزء يعتبر بالكل ولفوات النصف ضمن المولي ربع قيمته وبعود النصف الى قديم ملكه بالرجوع يباع نصفه فى دينه ولو اعورّا بعد مارجع الى المولى لم يضمن من عوره شيأ لانه لو هلك العبد بعد الرجوع فى الهبة لم يضمن شيأ فانه بالرجوع عاد الي قديم ملكه فعوره فى هذه الحالة كهلاكه قبل الهبة فكذلك اذا اعور قلنا لا يضمن المو شيأ ولكن يباع نصفه أعور فى دينه واذا كفل المأذون عن رجل بألف درهم بامر مولاه ولا دين عليهم باعه المولى فللمكفول له أن ينقض البيع لانه صار أحق بماليته من المولى (ألا ترى) انه يطالبه بقضاء دين الكفالة ويباع له فيه كما يباع فى سائر ديونه ولو كانت الكفالة بنفس رجل لم يكن

للمكفول له أن ينقض البيع لانه صار أحق بماليته بهذه الكفالة (ألا ترى) انه لا يطالب ببيعه فى هذه الكفالة فكانت المالية خالص حق المولى فلهذا نفذ بيعه وهذا لان صاحب الدين انما ينقض بيع المولى ليستسعيه فى دينه ولا حق لصاحب الكفالة بالنفس فى استسعائه فى شئ ولكن يبيع العبد بكفالته حيث كان لانه استحق عليه المطالبة بتسليم النفس فلا يسقط ذلك ببيع المولى اياه وهذا عيب فيه للمشترى أن يرده به ان شاء لانه يحبس به ويؤمر بطلب المكفول بنفسه ليسلمه وفيه حيلولة بين المشترى و بين مقصوده من الخدمة فيثبت له حق الرد لاجله كما يثبت له حق رد الجارية بعيب النكاح ان شاء فان كانت الكفالة على انه كفيل بنفس المطلوب ان لم يعط المطلوب ما عليه الى كذا وكذا لم يكن للمشترى ان يرده بعيب هذه الكفالة قبل وجود الشرط لانه لا مطالبة بشئ على العبد فى الحال فالتزام تسليم النفس منه كان معلقا بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله فاذا وجب على العبد لوجود شرطه رده المشترى ان لم يكن علم بها حين اشتراه لان الحيلولة وقعت بينه وبين الخدمة بسبب كان سابقا على بيعه فان ثبوت الحكم عند وجود الشرط يكون محالا به على السبب وان كان علم بها حين اشتراه فليس له أن يرده بهذا العيب أبدا لان تمكنه من الرد بالعيب لدفع ضرر لم يرض بالتزامه قال والحكم فى بيع المولى شيأ من رقيق المأذون أو هبته وعليه دين حال أو مؤجل على ما وصفنا فى المأذون بنفسه لان مطالبة صاحب الدين بايفاء الدين من الكسب والرقبة فكما ان فى الرقبة اذا انعدمت المطالبة للتأجيل فى الدين جعل فى حق تصرف المولى كانه لا دين عليه فكذلك فى تصرفه فى كسبه بالبيع والهبة فى حكم النفوذ وحكم تضمين المولى عند حل الدين وفى الاصل اشارة الى مخالف له فى هذا الجواب واستشهد عليه بشواهد قال أرأيت لو أعتق رقيق العبد قبل أن يحل دين العبد لم يجز عتقه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ينبغى لمن زعم أن البيع لا يجوز أن لا يجوّز عتقه فى الرقيق بمنزلة مالو كان الدين حالا وكان محيطا برقبته وما فى يده (أرأيت) لو ان المولى لو حجر عليه والدين عليه مؤجل لم يكن له أن يبيع الرقيق فاذا لم يكن له أن يبيعهم فمن ذا الذى ينفق عليهم فبيع المولى فى هذا كله جائز وهو ضامن للقيمة اذا حل الدين وقيل المخالف أبو يوسف رحمه الله فقد روى عنه انه لا يجوّز بيع المولى كسب العبد وان كان الدين مؤجلا عليه لان بالتأجيل لا ينعدم وجوب أصل الدين وحاجة المأذون الى قضائه وحاجته فى كسبه مقدمة على حق المولى

فكان المولى ممنوعا من اثبات يده عليه ولا يجوز بيعه ولا هبته فيه ويجوز العتق لان تقرر العتق لا يستدعي اليد فأما اذا كان الدين حالا على العبد فان لم يكن محيطا بكسبه ورقبته لا يمنع نفوذ عتق المولى فى رقبته لان المولي يخاف عبده فى كسبه خلافة الوارث المورث والدين على المورث اذا لم يكن محيطا بالتركة لا يمنع ملك الوارث فى التركة ونفوذ عتقه فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاخير وفى قوله الاول يمنع ذلك وقد بينا هذا فى أول الزيادات فكذلك الدين علي العبد فأما اذا كان الدين محيطا بكسبه ورقبته فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله المولي لا يملك شيأ من كسبه ولو أعتقه لا ينفذ عتقه فى كسبه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المولي يملك كسبه حتى ينفذ عتقه فى رقبته كما يملك عتقه لان الكسب بمنزلة الرقبة من حيث ان حق الغريم فيه مقدم على حق المولي وانه لا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ من دين العبد فكما أن قيام الدين عليه لا ينافى ملك المولى فى رقبته فكذلك لا ينافى ملكه فى كسبه وهذا لان الكسب يملك بملك الرقبة وله ملك مطلق فى رقبته فيملك كسبه وهذا بخلاف المكاتب فرقبته مملوكة للمولى من وجه دون وجه لانه بعقد الكتابة صار بمنزلة الحر يدا وقد ملك بدل الرقبة وهو دين الكتابة من وجه فكذلك يمنع بقاء ملكه فى رقبته من هذا الوجه فهذا لا يكون مالكا كسبه فأما رقبة العبد بعد لحوق الدين اياه فمملوكة للمولي من كل وجه (ألا ترى) أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر ولا يملك ابطال حق المكاتب بفسخ الكتابة وهذا بخلاف الدين فى التركة وذلك لان الوارث انما يملك الفاضل عن حاجة الميت (ألا ترى) أن المشغول بالجهاز والكفن لا يكون مملوكا للوارث فكذلك المشغول بالدين وههنا ملك المولى كسب العبد لا يتعلق بفراغه من حاجة العبد وان كانت سلامته له تتعلق بذلك (ألا ترى) أن حاجته الى النفقة والكسوة لا يمنع ملك المولى فى كسبه فكذلك حاجته الي الدين ولان الشرع جعل الميراث بعد الدين فحال قيام الدين كحال حياة المورث فى انه لا يكون أو ان الميراث والحكم لا يسبق أوانه فاما خلافة المولي عبده فى ملك الكسب واعتبار الرق ينافى الاهلية لملك المال والكسب موجب الملك فى المكسوب فاذا لم يكن المكتسب من أهله وقع الملك لمن يخلفه وهذا المعنى قائم حال قيام الدين عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول المولي يخلف عبده فى ملك الكسب خلاف الوارث المورث على معنى أنه يملكه باكسابه وسلامته له متعلقة بفراغه عن حاجة العبد فكما أن

الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى وهذا لان الخلافة فى الموضعين جميعا باعتبار انعدام الاهلية للملك فى المكتسب فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاء والموت ينافى ذلك كالرق بل أظهر فالرق ينافى مالكية المال دون النكاح والموت ينافيهما جميعا ثم لقيام حاجة الميت الى قضاء ديونه يجعل كالمالك حكما حتى لا يملك الوارث كسبه فكذلك العبد لقيام حاجته يجعل كالمالك حكما وهذه الحاجة ليست كالحاجة الى الطعام والكسوة فان الرقيق لا يحتاج الى ذلك لانه يستوجب النفقة على المولى اذا لم يكن له كسب وليس الكسب نظير الرقبة لان المولى ليس بخلفه فى ملك الرقبة بل كان مالكا للرقبة لا بالاكتساب من العبد فبقى ملكه فى الرقبة بعد لحوق الدين وهو نظير المكاتب فالمولى مالك رقبته حتى ينفذ منه العتق فى رقبته وتؤدى به كفارته وبه يتبين أن ملكه فى الرقبة مطلق ومع ذلك لقيام حاجته لا يملك المولي كسبه فكذلك فى العبد المديون لا يملك كسبه وان كان يملك رقبته ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم واذا أقر العبد المحجور عليه باستهلاك ألف درهم لرجل لم يؤخذ به حتى يعتق فاذا عتق أخذ بذلك لانه محجور عن الاقرار لحق المولى فباقراره لا يظهر وجوب الدين فى حق المولى ولكن يظهر فى حق العبد لانه مخاطب لا تهمة فى اقراره فى حقه فيؤاخذ به بعد العتق وان ضمن عنه رجل هذا الدين قبل أن يعتق أخذ به الكفيل حالا لان أصل الدين واجب على العبد وانما تأخرت المطالبة فى حقه لانعدام المحل فاذا ضمنه عنه رجل فقد ضمن دينا واجبا فيؤاخذ به فى الحال بمنزلة الدين على مفلس اذا ضمنه عنه انسان أخذ به فى الحال لهذا المعنى فاذا اشتراه صاحب الدين فأعتقه أو أمسكه بطل دينه عن العبد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولكنه يأخذ الكفيل بالاقل من الثمن ومما ضمنه لان الدين لو كان معروفا على العبد تحول بالبيع الى الثمن سواء بيع من صاحب الدين أو من أجنبي وهذا الدين بمنزلة المعروف فى حق الكفيل فيحول الى الثمن لانه انما يتحول الى الثمن بقدر ما يسلم من الثمن لقضاء الدين منه فبقدر ذلك يكون الكفيل مطالبا وما زاد علي ذلك سقط عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل من كل وجه ولو لم يشتره ولكن صاحبه وهبه منه وسلمه اليه بطل دينه عن العبد وعن الكفيل لان الدين ههنا سقط عن الاصيل والمولي لا يستوجب علي عبده دينا ولم يخلف العبد محلا آخر يمكن تحويل الدين اليه وبراءة الاصيل باى سبب كان توجب براءة

الكفيل فان رجع فى هبته لم يعد الدين أبدا وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبى يوسف رحمه الله يعود الدين برجوعه فى الهبة وأصل الخلاف فى الدين المعروف علي العبد ولم يذكر قول أبي يوسف ههنا انما ذكره فى أول الزيادات وجه قول محمد رحمه الله ان الدين بالهبة سقط عن العبد لاالى بدل فكان كالساقط عنه بالابراء وبعد الابراء لايتصور عود الدين اذا تم السقوط بالقبول وهذا لان الساقط يكون متلاشيا والعود يتصور فى القائم دون المتلاشي بخلاف مااذا اشتري بالدين شيأ أو صالح علي عين فهلك قبل القبض لان الدين هناك لم يسقط وانما تحولت المطالبة الى المشترى والى ماوقع عليه الصلح وكذلك الحوالة فان الدين لايسقط بها ولكن يتحول الى ذمة المحتال عليه ثم يعود بالتوى الى المحيل وأبو يوسف رحمه الله يقول بالرجوع فى الهبة بفسخ العقد من الاصل وتعود العين الى قديم ملكه وسقوط الدين كان بحكم الهبة فاذا انفسخ عاد الدين كما اذا سقط الدين بالشراء أو الصلح بخلاف الابراء فالسبب هناك غير محتمل للفسخ بعد تمامه والدليل عليه أن الدين لو كان لصبي فوهبه صاحب الدين منه وقبضه هو أو وصيه سقط الدين ثم اذا رجع الواهب لو قلنا بانه لا يعود الدين كان فيه الحاق الضرر بالصبي واسقاط دينه مجانا وذلك مملوك للصبى فلا بد من القول بعود الدين لدفع الضرر وقد روى ابن سماعة عن محمد والحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهم انه ليس للواهب أن يرجع فى الهبة بعد سقوط الدين لان ذلك فى معنى زيادة حادثة فى ملك الموهوب له والزيادة المتصلة تمنع الواهب من الرجوع ولكن فى ظاهر الرواية هذه زيادة لا تغير صفة العين فتكون كزيادة السعر فلا يمنع الواهب من الرجوع (ألا ترى) أن المشترى اذا أقر علي العبد بالدين قبل القبض لم يصر قابضا وان كان الدين عينا والمشترى بالتعيب يصير قابضا ولكن هذا التعييب لما لم يؤثر فى العين لم يجعل به قابضا فهذا مثله وقد أملينا فى أول شرح الزيادات هذه الفصول بفروعها ولو كان الدين علي العبد لشريكين وبعضه حال وبعضه مؤجل فوهبه المولي لاحدهما وسلمه اليه فلشريكه أن ينقض الهبة لمكان حقه فى المطالبة بالدين الحال كما لو وهبه لاجنبي آخر فان نقضها بيع العبد فاستوفى الهبة حقه من الثمن وما بقى فهو للمولي ولا شئ للموهوب له علي المولى ولا علي العبد ولا علي الشريك لان الموهوب له حين قبض العبد بحكم الهبة فقد ملكه وان كان النقض مستحقا لحق الآخر كالمريض اذا وهب عبده وسلمه صار ملكا للموهوب له واذا ملكه

سقط دينه ولا يعود بعد ذلك اذن فعلى قول أبي يوسف اذا نقض الآخر الهبة عاد الدين
كله الى العبد كما فى الاول ولو باعه المولى من أحدهما بالف درهم وقيمته ألفا درهم فأبطل
الآخر البيع بعد القبض أو قبله بيع لهما فاقتسما ثمنه ولم يبطل من دين المشتري شئ لان
بالبيع تحول حقه الى الثمن كما لو باعه من أجنبي آخر لا يسقط به دينه ولكن يتحول الى
الثمن بخلاف الهبة فلهذا يباع العبد ههنا فى دينهما بعد نقض البيع واذا كان على المأذون دين
مؤجل فباعه المولى من صاحب الدين بأقل من قيمته أو بأكثر فالثمن للمولى وهو أحق
به حتى يحل الدين فيدفع الثمن الى الغريم وفى قياس قول زفر رحمه الله يحل عليه الدين
بالبيع فيكون الثمن للغريم وقد بينا هذا فى البيع من أجنبي آخر اذا كان القاضى هو الذى
باشره حتى يحوّل به الدين الى الثمن وكذلك اذا باعه المولى من صاحب الدين لانه فى
البيع من صاحب الدين لا يكون جانيا فى حقه ضامنا له شيأ فان توي الثمن فى يد المولى
لم يكن للغريم على المولى سبيل لانه فى البيع وقبض الثمن منه لم يكن جانيا فى حق الغريم
فهلاك الثمن فى يده كهلاك العبد قبل البيع وان كان على العبد دين لآخر مثل دين المشترى
فخل ضمن نصف القيمة لصاحب الدين الذى لم يشتر العبد لانه فى حقه جان بتفويت محل
حقه بالبيع فيضمن له نصف القيمة ثم يسلم له ذلك ولا يشاركه المشتري فيه كان شريكا
فى الدين الذى على العبد أو لم يكن شريكا لان وجوب ضمان القيمة على المولى باعتبار جنايته
وهو غير جان فى حق المشترى حين ساعده على الشراء منه فلا يثبت له حق فى قيمته ولو
شارك الآخر فيما قبض من القيمة لم يسلم له ولكن يأخذه المولى منه ثم يأتى الشريك الآخر
فيأخذ ذلك من المولى فعرفنا انه لا فائدة فى اثبات المشاركة له فى المقبوض ولو أمر المولي
عبده المأذون فكفل لرجل بالف درهم عن رجل على أن الغريم ان مات ولم يدفع المال الي
رب المال فالعبد ضامن للمال فهو جائز لان كفالته باذن المولي اذا لم يكن عليه دين ككفالة
الحر فان باعه المولى من رب المال بالف أو باقل فبيعه جائز ويقبض الثمن فيصنع به مابدا له
لان وجوب دين الكفالة متعلق بالشرط فلا يكون ثابتا قبله فان مات المكفول عنه قبل
أن يؤدى المال كان للذى اشترى العبد من المولي أن يرجع بالثمن على المولى فيأخذه منه
قضاء من دينه لان عند وجود الشرط يثبت المال على العبد مضافا الى سببه ويكون هذا فى
معنى الدين المؤجل فيتحول الى الثمن ببيعه اياه من الطالب وان كان الثمن هلك من المولى

لم يضمن المولى شيأ لانه غير جان فى حق المكفول له حين اشترى منه العبد فاقدامه علي الشراء يكون رضا ببيعه لامحالة وان هلك بعضه أخذ الباقى بدينه والهالك صار كان لم يكن فان هلك الثمن من المولى ثم وجد المشترى بالعبد عيبا رده ان شاء ولم يكن له من الثمن شئ علي المولي لان المولى كان عاملا له فى بيعه وقبض ثمنه (ألا ترى) ان حقه تحول الي الثمن وكان هو أحق به عند وجوب دينه على العبد بوجود شرطه فلو رجع علي المولى بشئ كان للمولي أن يرجع عليه بذلك أيضا وهذا لايكون مفسدا ولكن يباع له العبد المردود حتى يستوفى من ثمنه الثمن الذى نقد البائع فان فضل شيء أخذ هذا الفضل من دينه الاول وان نقص الآخر عن الثمن الاول لم يكن له علي البائع شئ من النقصان لما بينا والله أعلم

باب توكيل العبد المأذون فى الخصومة وغيرها

(قال رحمه الله) توكيل المأذون بالخصومة له وعنه جائز مثل الحر لانه من صنيع التجار ومما لا يجد التاجر منه بدا وانفكاك الحجر فيه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق فكل مايصح منه من هذا الباب بعد العتق فهو صحيح بعد الاذن وكذلك ان كان الوكيل مولاه أو بعض غرمائه أو ابنه أو ابن المدعى أو مكاتبه أو عبد مأذون له لانه صالح للنيابة عنه فى تجاراته واستيفاء حقوقه فيصلح نائبا عنه فى المطالبة بحقوقه والخصومة فيها واقرار وكيله عليه عند القاضي جائز وان أنكر مولاه أو غرماؤه لان الوكيل فيما هو من جواب الخصم قائم مقام الموكل كما فى الحر وقد بينا اختلاف العلماء فيه فى كتاب الوكالة فاقرار وكيل العبد ههنا فى مجلس القاضي كاقرار العبد واقرار العبد صحيح وان كذبه مولاه وغرماؤه فكذلك اقرار وكيله وان أقر عند غير القاضى فقدمه خصمه الى القاضى وادعي اقراره عند غيره سأله عن ذلك فان أقر له بذلك قبل أن يتقدم اليه ألزمه ذلك لان كلامه هذا اقرار مستأنف منه فى مجلس القاضى مع حكايته ما كان منه من الاقرار فى غير مجلسه فاقراره المستأنف ملزم لموكله وما كان منه من الحكاية ساقط الاعتبار وان قال أقررت به قبل أن توكلني وقال الخصم أقر به فى الوكالة ألزمه القاضى ذلك باعتبار انه اقرار مستأنف منه وسواء كان اقراره السابق قبل التوكيل أو بعده فانما يلزمه باعتبار اقراره المستأنف فى مجلسه ثم يدعى هو تاريخا سابقا فى اقراره حين أسنده الى ما قبل التوكيل وخصمه ينكر هذا التاريخ وحقيقة المعنى

فيه انه ينكر صحة التوكيل لانه حين كان مقرا قبل التوكيل لا يصلح نائبا فى الخصومة فى هذه الحالة وقبوله الوكالة اقرار منه بصحتها فاذا ادعى بعد ذلك انها لم تكن صحيحة كان مناقضا وان صدقه خصمه فى انه أقر قبل الوكالة أخرجه القاضي من الوكالة ولم يقض بذلك الاقرار علي الموكل لان المناقض اذا صدقه خصمه كان قوله مقبولا منه وقد تصادقا علي انه لم يصر وكيلا وانشاء الاقرار فى مجلس القاضي ممن هو وكيل يكون ملزما للموكل واذا تصادقا انه لم يصر وكيلا لا يقضى القاضى على الموكل باقراره بشئ وان كان كلامه انشاء الاقرار ولو جحد الوكيل الاقرار لم يستحلف عليه لان الخصم لا يدعى لنفسه بهذا الاقرار شيأ على الوكيل انما يزعم أنه ليس بخصم له لانه أقر فى غير مجلسه وكيف يستحلفه وهو يزعم انه ليس بخصم له فان أقام الخصم البينة على اقراره قبل الوكالة أو بعد ما أخرجه القاضى عن الوكالة لم يجز اقراره على موكله لانه يثبت اقرار من ليس بوكيل وهو بهذه البينة ثبت انه ليس بخصم له وان له المطالبة باحضار الوكيل للخصومة معه فتقبل بينته عليه فيكون الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وانما لا يستحلف على ذلك لانه لو استحلف كان فى معني النيابة عن الموكل والنيابة لا تجزى فى الاستحلاف وتجزى فى قبول البينة ولو كان المدعى على العبد وكل مولى العبد بخصومته وعلى العبد دين أو لا دين عليه كانت وكالته باطلة لانها لو صحت نفذ اقراره على موكله فى مجلس القاضى وفيه براءة لعبده وقول المولي فى ذلك غير مقبول لما فيه من المنفعة أو لان الوكيل بالخصومة يملك القبض فكان هذا بمنزلة التوكيل بالقبض وقد بينا ان الطالب اذا وكل مولى العبد بقبض دينه من العبد لم يجز التوكيل وكذلك لو وكل به غريما من غرمائه لان المنفعة للغريم فيه أظهر ولو كان الوكيل ابن الغريم أو مكاتبه أو عبده كان جائزا واقراره على موكله جائز بمنزلة ما لو أقر موكله بالقبض وهذا لانه لا منفعة فى هذا الاقرار للوكيل فهو كاجنبي آخر فى حق الاقرار به بخلاف المولى والغريم بنفسه واذا قبض المولى ما فى يد المأذون ولا دين عليه ثم ادعي رجل فيه دعوى فوكل العبد بخصومته وكيلا لم يجز توكيله بذلك لان المأخوذ خرج من أن يكون كسبا له وصار كسائر أملاك المولى فلا يكون العبد خصما فيه وتوكيله فيما ليس بخصم فيه باطل وكذلك لو أخذه بعد ما وكل العبد وكيلا بالخصومة قبل أن يقر الوكيل بما ادعى المدعي ثم أقر له فاقراره باطل لان العبد خرج من أن يكون خصما فيه قبل اقرار الوكيل وأكثر ما فى الباب أن يجعل اقرار

الوكيل كاقرار الموكل واقرار الموكل به بعدما أخذه المولى منه باطل فكذلك اقرار الوكيل ولو كان على العبد دين كانت الوكالة صحيحة والاقرار جائزا لان أخذ المولى بمنزلة الغصب لمكان حق الغرماء فلا يخرج المأخوذ به من أن يكون كسب العبد وكما يجوز اقرار العبد به في هذه الحالة فكذلك اقرار وكيله ولو كان المولى حجر عليه وقبض ما في يده ثم ادعى رجل بعض ما في يده فتوكيل العبد في ذلك باطل اذا لم يكن عليه دين لانه خرج من الخصومة فيه بما فعله المولي وتوكيل المولى بالخصومة فيه صحيح واقرار وكيله جائز لان المولي هو الخصم في ذلك ولو ادعى العبد دينا على رجل فوكل بالخصومة بعد ما حجر عليه المولى جاز لانه هو الخصم في بقاء تجاراته فان أقر الوكيل عند القاضي ان العبد قد استوفى دينه كان اقراره به أيضا كاقرار العبد فينفذ في حق المولى والغرماء وان أقر انه لا حق للعبد قبل الخصم فاقراره به أيضا كاقرار العبد به يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله فيما في يده من المال دون رقبته وعندهما لا يجوز في شيء وقد تقدم بيان هذا الفصل واذا وجب للماذون ولشريك له على رجل ألف درهم فجحدها فوكل العبد وشريكه بخصومته مولى العبد وعلى العبد دين أو لا دين عليه فأقر المولى عند القاضي باستيفائهما المال جاز اقراره عليهما لانه لا منفعة له في هذا الاقرار بل فيه ضرر فهو كاجنبي آخر ينفذ اقراره عليهما وان جحداه فان ادعي الشريك على العبد انه قبض نصيبه فان كان العبد لا دين عليه فان الشريك يرجع في رقبة العبد بنصف حصته فيباع في ذلك لان باقرار المولي ثبت وصول نصيب العبد اليه فكانه ثبت ذلك باقرار العبد فكان للشريك أن يرجع عليه بنصفه ولم يثبت باقرار المولي نصيب الشريك اليه في حق العبد لانه كان نائبا عن الشريك في الخصومة مع المطلوب لا مع العبد وصحة اقراره باعتبار انه وكيل في الخصومة ولان في ثبوت وصول نصيب الشريك اليه منفعة العبد من حيث انه يسلم المقبوض أو يثبت للعبد حق الرجوع عليه ان لم يكن هو قبض شيأ واقرار المولى لا يصح بذلك فلهذا كان للشريك أن يرجع في رقبة العبد بنصف حصته وان كان على العبد دين فلا سبيل له عليه ولا على مولاه حتى يقضى دينه لان اقرار المولى على العبد بوصول نصيبه اليه لا يكون صحيحا في حق غرمائه فانه انما ينفذ اقراره عليه بكونه وكيلا في الخصومة وهو كان وكيلا في الخصومة مع المطلوب لا مع الاجنبي فاقراره على العبد الآن كاقراره على الاجنبي واذا استوفى العبد دينه وفضل شيء رجع الاجنبي بحصته في ذلك لان الفاضل

خالص ملك المولى وقد أقر بوصول نصيب العبد اليه وللاجنبي أن يرجع فى ذلك بنصفه بحكم اقراره كما لو لم يكن عليه دين ولو كان الشريك صدق المولى فيما أقر به عليهما وكذبه العبد وعليه دين أو لادين عليه لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ لان بتصديق الشريك ثبت وصول نصيبه اليه وباقرار المولى علي عبده ثبت وصول نصيب العبد اليه أما اذا لم يكن عليه دين فغير مشكل وكذلك ان كان عليه دين فانه يثبت وصول نصيبه اليه في حق المولى ويكون اقرار المولى عليه بذلك كاقرار العبد ثم باقرار العبد ثبت وصول نصيبه اليه في حق غرمائه فكذلك باقرار المولى فلهذا لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء ولو كان الشريك هو الذى وكل العبد بالخصومة فى دينه ولم يوكل المولى بذلك فأقر العبد عند القاضي انه لاحق للشريك قبل الغريم أو أقر انه استوفي من الغريم نصيبه وجحد ذلك الشريك برئ الغريم من حصة الشريك لان اقرار وكيله فى مجلس الحكم كاقراره فيما يرجع الى براءة خصمه ويتبع العبد الغريم بنصف الدين لانه لم يقر فى نصيب نفسه بشئ فاذا أخذه شاركه الغريم فيه كان على العبد دين أو لم يكن لان فى اقرار العبد شيئين ابطال حق الشريك على الغريم وسلامة ما يقبضه له وقوله مقبول فيما يرجع الى ابطال حق الشريك على الغريم لا بتوكله بخصومته فيكون راضيا باقراره بذلك ولكن اقراره غير صحيح فى سلامة المقبوض له لان ذلك دعوى منه فكان المقبوض مشتركا بينهما لانه جزء من دين كان مشتركا بينهما وهو نظير المودع فى مال مشترك اذا ادعي انه رد على أحد الشريكين نصيبه يقبل قوله فى براءته عن الضمان ولا يقبل قوله فى سلامة الباقى للآخر بل يكون مشتركا بينهما ولو كان للعبد ولشريكه على رجل ألف درهم هو مقربها فغاب الغريم وادعي العبد ان شريكه قد قبض حقه وأراد أن يرجع عليه بنصفه فجحد الشريك ووكل مولى العبد بخصومة العبد فى ذلك وعلى العبد دين أو لادين عليه أو وكل الشريك بعض غرماء العبد فاقر الوكيل ان الشريك قد استوفى نصيبه من الغريم فاقراره باطل ولا يكون وكيلا فى ذلك لانه يجر به الي نفسه مالا فانه اذا صح اقراره على الشريك سلم للعبد ما قبضه من الغريم من نصيبه وفيه منفعة لمولاه ولغرمائه فلهذا لا يكون وكيلا فيه به وقد تقدم بيان الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الطعن ولو كان الشريك ادعى علي العبد الاستيفاء فوكل العبد بالخصومة لمولاه أو بعض غرمائه فأقر الوكيل علي العبد بالاستيفاء جاز اقراره عليه لانه لامنفعة للمقر فى هذا الاقرار

بل عليه فيه ضرر وهو كاجنبي آخر فيه واقرار الوكيل عند القاضى كاقرار الموكل ولو أقر العبد بذلك رجع عليه الشريك بنصف ما قبض فهذا كذلك أيضا واذا حضر الغريم وادعى أن العبد قد قبض ما قال الوكيل لم يصدق على ذلك لان العبد انما كان وكيلا بالخصومة مع الشريك لامع الغرماء فاقراره فى حق الغريم لا يكون نافذا على الموكل لان صحة اقرار الوكيل لضرورة أنه من جواب الخصم وذلك فى حق خصمه دون غيره فلهذا كان للعبد أن يرجع على الغريم بجميع دينه الا أن يكون العبد لادين عليه والوكيل هو المولى فيصدق على عبده فى ذلك لان جواز اقراره عليه الآن ليس باعتبار أنه جواب الخصم ولكن باعتبار أنه ملكه وفى ذلك الغريم والخصم سواء (ألا ترى) أن قبل التوكيل لو أقر به عليه فى هذه الحالة جاز اقراره فأما فى غير هذه الحالة فصحة اقراره باعتبار التوكيل بالخصومة كما بينا ثم الغريم قد برئ من نصف حق الشريك لانه قد قبضه من العبد فلا يكون له أن يرجع به على الغريم وذلك خمسمائة ويرجع الشريك بنصف حقه على الغريم وذلك مائتان وخمسون فما أخذ واحد منهما من شئ اقتسماه اثلاثا على قدر حقيهما على الغريم حتى يستوفا منه سبعمائة وخمسين واذا كان لرجلين على المأذون دين ألف فادعى العبد على أحدهما أنه قد استوفى نصيبه وجحد المدعى عليه فوكل المدعى عليه مولى العبد بذلك فالتوكيل باطل واقرار المولى به باطل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لان فى اقراره منفعة المولى وهو براءة ذمة عبده عن نصيبه وسلامة ماليته للمولى بذلك القدر واذا حضر الغريم الآخر فادعى ما أقر به المولى على شريكه فأراد أن يأخذه بنصفه لم يكن له ذلك لان اقرار المولى به كان باطلا لان المولى لم يكن وكيلا بالخصومة فى حق الشريك وكذلك لو كان الوكيل غريما للعبد لان منفعة المولى فى هذا الاقرار أظهر من منفعة المولى لانه يخرج به موكله من مزاحمته فى مالية العبد ولو كان أحد الشريكين وكل صاحبه بخصومة العبد فى ذلك فادعى عند القاضى أن صاحبه قد استوفى من العبد حصته جاز ذلك عليه وعلى شريكه ويبطل من الدين خمسمائة لانه لا منفعة له فى هذا الاقرار ثم ما أخذ الشريك الوكيل من الخمسمائة الباقية أخذ صاحبه منه نصفه لان صحة اقراره فى براءة الغريم لا فى سلامة الباقى له اذ هو متهم فى ذلك ولو كان الوكيل غريما للعبد ليس بينه وبين الوكيل شركة فى المال الذى على العبد لم يجز اقراره فيما فيه المنفعة له وهو دفع مزاحمة الموكل عن نفسه فى مالية العبد واذا وجب لرجلين على عبد ألف درهم فادعى أحدهما على

صاحبه أنه قبض نصيبه من الدين فأنكر شريكه ووكل بذلك مولى العبد أو العبد أو غريما للعبد بخصومته فأقر الوكيل عند القاضي أن موكله قد قبض ما ادعاه شريكه لم يجز توكيله ولا اقراره لان العبد ان كان هو الوكيل فهو بهذا الاقرار يبرئ نفسه والمولى يبرئ به عبده والغريم يزيل به مزاحمة الموكل معه في مالية العبد فلا يجوز اقرارهم بذلك (ألا ترى) أنه لو جاز اقرار المولى أو الغريم بذلك كان للمدعى أن يأخذ نصف ما قبض المدعى عليه ويبرئ العبد من ذلك ولو كان المدعي هو الموكل فأقر وكيله أن المدعى عليه لم يأخذ من الدين شيأ جاز اقراره على المدعى وكان حقهما على العبد بحاله لانه لا منفعة للوكيل في هذا الاقرار وهو فيه كاجنبي آخر والله أعلم

باب شراء المأذون وبيعه

(قال رحمه الله) شراء المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالا كان أو الى أجل سواء كان بيعا بثمن أو مقايضة عرض بعرض أو سلما لانه منفك الحجر عنه فيما هو تجارة وهذه كلها من عقود التجارات والتاجر يحتاج اليها في البيع والشراء بالحال والمؤجل والاسلام الى الغير وقبول السلم من الغير والمحاباة بما يتغابن الناس فيه من صنيع التجار عادة ومالا يقدر التاجر على التحرز عنه في كل تجارة ويحتاج اليه لاظهار المساحة من نفسه في المعاملة وأما تصرفه بما لا يتغابن الناس فيه فجائز في قول أبي حنيفة رحمه الله بيعا كان أو شراء سواء كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك الخلاف في المكاتب والصبي والمعتوه يأذن له أبوه في التجارة فيتصرف بما لا يتغابن الناس فيه وطريقهما ان المحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة (ألا ترى) أن من لا يملك الهبة كالاب والوصى لا يملك التصرف بالمحاباة الفاحشة وانه متى حصل ذلك من المريض كان معتبرا من ثلثه كالهبة ثم هؤلاء لا يملكون الهبة فكذلك لا يملكون التصرف بالمحاباة الفاحشة وهذا لانه ضد لما هو المقصود بالتجارة فالمقصود بالتجارة الاسترباح دون اتلاف المال وانما لم ينفذ هذا العقد من الاب والوصى لدفع الضرر عن الصبي فاذنهما له انما يصح لتوفر المنفعة عليه لا للاضرار به فحاله فيما يلحق الضرر به من التصرفات بعد الاذن كما قبله وأبو حنيفة رحمه الله يقول انفكاك الحجر عنه بالاذن في وجوه التجارات كانفكاك الحجر عنه بالعتق والبلوغ عن عقل وبعد ذلك يملك التصرف

بالغبن الفاحش واليسير فكذلك بعد الاذن وهذا لان التصرف بالغبن الفاحش تجارة فان التجارة مبادلة مال بمال وهذا التصرف فى جميع المحل مبادلة مال بمال (ألا ترى) أنه تجب الشفعة للشفيع فى الكل بخلاف الهبة فانه ليس بتجارة وبخلاف الاب والوصى لانه لم يثبت لها الولاية فى التجارة فى مال الصغير مطلقا بل مقيدا بشرط الاحسن والاصلح ولا يبعد أن لا يصح التصرف من الاب والوصى ثم يصح ذلك من الصبي بعد الاذن كالاقرار بالدين والعقد بالغبن الفاحش من صنيع التجار لانهم لا يجدون من ذلك بدا وربما يقصدون ذلك لاستجلاب قلوب المجاهرين فيسامحون فى التصرف لتحصيل مقصودهم من الربح فى تصرف آخر بعد ذلك فكان هذا والغبن اليسير سواء وبان كان يعتبر فى حق المريض من الثلث لعدم الرضى به من غرمائه وورثته فذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير ثم أبو حنيفة فى تصرف الوكيل فرق بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش وفى تصرف المأذون سوى بينهما لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة وكان الوكيل بالشراء متهما فى أنه كان اشتراه لنفسه فلما ظهر الغبن أراد أن لزمه الآمر وهذا لا يوجد فى تصرف المأذون لانه متصرف لنفسه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء فى حقه سواء وان كانت فى يد المأذون جارية فباعها من رجل لغلام وسلم الجارية ولم يقبض الغلام حتى ذهبت عين الجارية أو شلت يدها ثم مات الغلام فالمأذون بالجارية ان شاء أخذ جاريته ولا يتبع المشترى بنقصانها وان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم قبضها لان البيع قد انتقض بموت الغلام قبل التسليم لفوات القبض المستحق بالعقد فيثبت له حق الرجوع بملكه الا أن المشترى للجارية عجز عن ردها كما قبضها لانها تعيبت فى يده فيثبت للعبد الخيار فان اختار أحدها فليس له على المشترى نقصانها لان المشترى قبضها بحكم عقد صحيح وذلك لا يوجب ضمان الاوصاف والفائت وصف من غير صنع أحد (ألا ترى) أنه لو فات وصف من أوصافها فى يد البائع قبل التسليم يثبت الخيار للمشترى وان اختار الاخذ لم يتبع البائع بشئ من النقصان ولا يسقط شئ من الثمن باعتبار ذلك النقصان فكذلك اذا حدث النقصان عند المشترى لان ضمان الاصل بحكم العقد الصحيح فى الموضعين واذا أبى أن يأخذها فقد عجز المشتري عن ردها مع تقرر السبب الموجب للرد فيرد قيمتها لان القيمة تقوم مقام العين عند تعذر رد العين وانما يعتبر قيمتها حين دخلت فى ضمانه وذلك وقت القبض فيعتبر قيمتها عند ذلك كما فى المغصوبة ولو كان حدث لها ذلك بعد موت

الغلام أخذ المأذون جاريته ونقصانها لان بموت الغلام قبل التسليم بطل البيع فبقيت الجارية مقبوضة بحكم عقد فاسد والاوصاف تضمن فى القبض بحكم العقد الفاسد كما لو كان العقد فاسدا من الاصل وهذا لان الفاسد ضعيف فى نفسه فانما يثبت الضمان به باعتبار القبض والاوصاف تفرد بالقبض والتناول فتفرد بضمان القبض كما فى المغصوبة بخلاف الاول فهناك العقد صحيح وضمان المقبوض بما يقابله انما يكون بحكم العقد دون القبض والاوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمانه فان كان حدث بها عيبان أحدهما قبل هلاك الغلام والآخر بعد هلاكه فان شاء المأذون أخذها ونقصان عيبها الآخر وان شاء أخذ قيمة الجارية يوم دفعها اليه لانه يجعل فى نقصان كل واحد من الثمنين كانه لا عيب سواه ولو لم يحدث ذلك ولكن قطع رجل يدها أو فقأ عينها أو وطئها بشبهة أو ولدت ولدا من غير سيدها ثم هلك الغلام لم يكن للمأذون الا قيمتها يوم دفعها لانه حدث فيها زيادة منفصلة متولدة من عقر أو ارش أو ولد وذلك فى العقد الصحيح بعد القبض فمنع فسخ العقد فيها لمعنى الربا حق للشرع وقد بيناه فى البيوع فلا يتغير ذلك برضا الغير ويكون حقه فى قيمتها لانه تعذر رد عينها مع بقاء السبب الموجب له فيجب قيمتها يوم دفعها وان كان ذلك بعد موت الغلام أخذ المأذون جاريته مع هذه الزيادات لان بموت الغلام بطل العقد وكانت كالمقبوضة بحكم عقد فاسد وهى بمنزلة المغصوبة فى انها ترد بزوائدها المنفصلة والمتصلة وفى أرش العين واليد يتخير العبد ان شاء أخذ به المشترى لفوات ذلك الجزء فى ضمانه وان شاء اتبع به الجانى وقد بينا فى البيوع هذا التفريع فى البيع اذا كان فاسدا من الاصل فهو أيضا فيما اذا فسد العقد قبل الجناية وان كانت الجارية ولدت ثم هلك الغلام فلم يقض له بقيمة الجارية حتى هلك الولد فيقول الولد حين هلك من غير صنع أحد صار كان لم يكن بقي نقصان الولادة فى الجارية فيجعل كما لو انتقصت بعيب حادث فيها من غير صنع أحد قبل هلاك الغلام فيتخير المأذون ان شاء أخذ الجارية ولا شئ له غيرها وان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم دفعها ولو كان مكان الجارية دابة لم يكن له في ذلك خيار اذا هلك الولد وأخذ الام لان الولادة نقصان فى بنى آدم دون الدواب والولد اذا هلك صار كان لم يكن وكان للغلام أن يأخذ الام فقط لان المشترى قادر على ردها كما قبض فان كانت ولدت ولدا فأعتقه المشترى ثم مات الغلام فعلى المشترى قيمة الجارية ولا يرد الجارية لان ملك المشترى قد تقرر فى الولد والعتق منه للملك والنهى يكون متقررا ولهذا يكون

ولاؤه له ومع سلامة الولد له لا يكون متمكنا من رد الجارية وكذلك ان مات الولد بعد العتق قبل أن يقضى على المشترى بقيمة الجارية فأراد المأذون أخذ جاريته لم يكن له ذلك ان كان الولد ترك ولدا آخر وولاؤه للمشترى لان الولد الثانى قائم مقام الاول فان بقاء الاول بعد العتق باعتبار ان ولاءه للمشترى وهذا المعنى موجود عند بقاء ولد الولد وهذا لان الولاء جزء من الملك لانه أثر من آثار الملك وان لم يكن ترك ولدا آخر ولاؤه للمشترى فللعبد أن يأخذ الجارية ان شاء ولا يأخذ نقصانا لان الولد مات ولم يبق له أثر فصار كان لم يكن فان قيل فأين ذهب قولكم ان العتق أنهى للملك قلنا المنهى يكون متقررا الى ان انتهى فلا يكون قائما بعد الانتهاء كعقد الاجارة فانه ينتهى بمضى المدة ولا يكون باقيا بعده والمانع من رد الجارية بقاء شئ من الزيادة للمشترى بعد ردها وذلك يوجد عند بقاء الولاء على الولد ولا يوجد بعد موت الولد لا الى خلف وان كان موته بعد قضاء القاضى بالقيمة على المشترى فلا سبيل للعبد على الجارية لان حقه تحول الى قيمتها بالقضاء ولو كان المشترى حين قبضها قطع يدها أو وطئها وهى بكر أو ثيب أو ولدت ولدا فقتلها المشترى ثم مات العبد فى يد البائع فان شاء المأذون أخذ الجارية ولم يضمن المشترى شيأ من ذلك وان شاء أخذ قيمة الجارية يوم دفعها اليه لان المشترى لم يلزمه ضمان بهذه الافعال فانها حصلت فى ملك صحيح تام فكان حدوث هذه المعانى بفعل المشترى كحدوثها بآفة سماوية وهناك يتخير المأذون وان أراد أخذها لم يضمن المشترى شيأ فهذا كذلك وقد بينا فى البيوع ان وطء الثيب بمنزلة استيفاء جزء من العين فى حكم الرد حتى لا يردها بالعيب بعده الا برضا البائع كما لو كانت بكرا فههنا كذلك ولو كانت بهيمة فولدت فقتل المشترى ولدها ولم تنقصها الولادة شيأ فالمأذون بالخيار ان شاء أخذها ولم يرجع على المشترى بشئ من قيمة ولدها وان شاء أخذ قيمتها يوم دفعها اليه وكان ينبغى أن لا يثبت له الخيار كما لو هلك الولد من غير صنع أحد ولكنه قال المشترى استفاد ههنا بملك الولد البراءة عن الضمان فيعتبر ذلك فى اثبات الخيار للمأذون بخلاف مالو أعتق الولد فهلك فان هناك بملكه ما استفاد البراءة عن الضمان لان اعتاقه فى غير الملك باطل غير موجب للضمان عليه وقتله فى غير الملك موجب للضمان عليه ثم الولد فى حكم جزء من عينها فاتلاف ولدها كاتلاف جزء من عينها وذلك معتبر فى اثبات الخيار للمأذون باعتبار انه حابس لذلك الجزء حكما بالقتل الا انه لا يمنع الرد اذا رضى المأذون

به لان المانع بقاء الزيادة فى ملكه بعـد ردها وذلك غير موجود ههنا ولو كان هـذا كله من المشترى بعد هلاك الغلام فان للعبد أن يأخـذ الجارية وعقرها وارشها وقيمة ولدها اذ قتل الولد لانها بعد هلاك الغلام كالمقبوضة بحكم شراء فاسدوفي ايجاب العقر على المشترى الحر بوطء المشـتراة شراء فاسـدا اختلاف الروايات فى العـقر وقد بيناه فى البيوع ولو كانت الجارية زادت فى بدنهاقبل هلاك الغلام أو بعده أخذها المأذون بزيادتها اما بعد هلاك الغلام فغير مشكل لانها كالمقبوضة بحكم شراء فاسد وأما قبل هلاك الغلام فلانه لا معتبر بالزيادة المتصلة فى باب البيع فى المنع من الرد والفسخ وقد بينا اختلاف الرواية فى ذلك فى البيوع حيث نص على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى أن الزيادة المتصلة فى المنع من الخالف كالزيادة المنفصلة وأصح الروايتين ما ذكره هنا فالزيادة المتصلة تبع من كل وجه وحق المأذون فى استردادها عند هلاك الغلام حق قوى فيثبت ذلك فيما هو تبع من كل وجه وكذلك فى جميع هذه الوجوه لولم يمت العبد ولكن المأذون وجد به عيبا قبل القبض أو بعده فرده بحكم الحاكم أو غير حكم أو رده بخيار رؤية فالرد فى هذا والموت قبل القبض سواء لان العقد ينفسخ فى الغلام بالرد بهذه الاسباب كما ينفسخ بموته قبل التسليم ولو كان المأذون اشترط الخيار ثلاثة أيام فى الغلام الذى اشتراه فقبضه ودفع الجارية فذهب عينها عند المشترى من فعله أو فعل غيره أو من غير فعل أحد أو وطئها هو أو غيره أو ولدت ولدا ثم ان المأذون رد الغلام بخياره فانه يأخذ الجارية وولدها وعقرها ونصف قيمتها ان كانت عينها ذهبت عند المشترى من فعله أو من غير فعل أحد وان ذهبت من فعل غير المشترى أخذها ونصف قيمتها ان شاء من الجانى وان شاء من المشترى ورجع به المشترى على الجانى لان اشتراطه الخيار فيما اشـترى اشتراط فيما باع وخياره فيما باع خيار البائع والمقبوض يتبع فيه خيار البائع ويكون مضمونا بالقيمة بمنزلة المغصوب والمشترى شراء فاسدا فلهذا كان الحكم فيها بهذه الصفة وكذلك لو قتلها غير المشترى وقد ازدادت قيمتها فى يد المشترى فللمأذون ان يضمن المشترى قيمتها يوم قبضها حالة ان شاء ويرجع المشترى على القاتل بقيمتها يوم قتلها على عاقلته فى ثلاث سنين وان شاء المأذون رجع على عاقلة القاتل بقيمتها فى ثلاث سنين وهى بمنزلة المغصوبة ههنا دون المشـتراة شراء فاسدا يملكها المشترى بالقبض ومع خيار الشرط للبائع لا يتملكها بالقبض بل هى باقية على ملك بائعها مضمونة فى يد البائع كالمغصوبة ثم ان

اختار المأذون تضمين المشترى يملكها بالضمان فجناية القاتل حصلت على ملكه فكان له أن يرجع على عاقلته بقيمتها فى ثلاث سنين ويتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ملكه فانها ما كانت مملوكة له عند القتل وسواء فى جميع ذلك ان كان ما وصفنا قبل أن يختار المأذون نقض البيع أو بعده لانها مضمونة بنفسها مملوكة لبائعها فى الوجهين جميعا (ألا ترى) أن المشترى لو أعتق الغلام الذى باع أو أعتق الجارية التى اشترى لم يجز عتقه مادام خيار المأذون باقيا لان خيار المأذون فيما باع خيار البائع فيمنع دخولها فى ملك المشترى وخياره فيما اشترى خيار المشترى فيكون خارجا من ملك البائع ولو قبض لكون البيع مطلقا فى جانبه فلهذا لا ينفذ عتقه فى واحد منهما واذا باع المأذون جارية لرجل بغلام فقبض الرجل الجارية ولم يدفع الغلام حتى هلك فى يده ثم أعتق المشترى الجارية فعتقه جائز لان بهلاك الجارية فسد العقد فى الجارية ولو كان العقد فاسدا فيها فى الابتداء ملكها المشترى بالقبض وينفذ عتقه فيها فكذلك اذا فسد العقد فيها بهلاك الغلام يبقى ملك المشترى لبقاء قبضه فينفذ عتقه ويضمن قيمتها يوم قبضها وكذلك لو قتلها المشترى أو قتلها أجنبي ضمن المشترى قيمتها يوم قبضها ولا سبيل للمأذون على القاتل الاجنبي لان قتله صادف ملك المشترى لا ملك المأذون بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبائع لم يرجع المشترى بالقيمة على عاقلة المشترى لانه قبل ملكه ولو كان المشترى لم يقبض الجارية من المأذون حتى أعتقها فان كان أعتقها قبل موت الغلام جاز عتقه لانها مملوكة له بنفس العقد الصحيح وان أعتقها بعد موته فعتقها باطل لفساد العقد فيها بموت الغلام والمشتراة شراء فاسدا لا تكون مملوكة قبل القبض للمشترى ولو قبض الجارية ولم يدفع الغلام حتى حدث به عيب فرده المأذون على المشترى بعيب بحكم أو بغير حكم ثم أعتق المشترى الجارية فعتقه باطل وكذلك لو رده بخيار الرؤية أو رده بالعيب بعد القبض بحكم أو رده بالاقالة لان فى هذه الوجوه كلها العقد انفسخ فيهما جميعا اما من الاصل أو فى الجارية سواء كان بحكم أو بغير حكم فعادت هى الى ملك المأذون وان كانت فى يد المشترى فلهذا لا ينفذ عتقه فيها بخلاف ما اذا هلك الغلام لان هناك العقد في الجارية قد فسد ولم ينتقض بغير نقض (ألا ترى) أن فى الابتداء لو اشتراها بقيمة العبد الهالك كان العقد فاسدا فيها ويملكها المشترى بالقبض حتى ينفذ عتقه فيها مالم ينتقض البيع بينهما فكذلك اذا مات العبد بقيت هى مملوكة للمشترى مع فساد العقد فيها فتعتق باعتاق المشترى اياها والله أعلم

باب هبة المأذون ثمن ما باعه

(قال رحمه الله) واذا باع المأذون جارية ودفعها ثم وهب الثمن للمشترى أو بعضه قبل القبض أو بعده أو حط عنه فذلك باطل لان الاسقاط بغير عوض تبرع كالتمليك بغير عوض وهو منفك الحجر في التجارات دون التبرعات فان كان وهب بعض الثمن أو حطه قبل القبض أو بعده بعيب طعن به المشترى فهو جائز لان الحط بسبب العيب من صنيع التجار ثم هو بمقابلة هذا الاسقاط عوض وهو اسقاط حق المشترى فى الرد وهذا اسقاط بحصة الجزء الفائت من الثمن وعجزه عن تسليم ذلك الجزء يسقط حقه فى عوضه فكان هذا اسقاطا بعوض ولو حطوا عنه جميع الثمن أو وهبه لم يجز لانا نتيقن أن جميع الثمن لم يكن بمقابلة الجزء الفائت فكان اسقاطا بغير عوض ثم حط جميع الثمن لا يلتحق باصل العقد ولكنه بر مبتدأ وحط بعض الثمن يلتحق بالعقد ويصير كانه عقد بما بقي فيصح من المأذون اذا كان مفيدا ولو اشترى المأذون جارية وقبضها ثم وهب البائع الثمن للعبد فهو جائز لانه تبرع على العبد والمتبرع من أهل التبرع والعبد من أهل التبرع عليه وكذلك لو وهبه للمولى وقبله كان بمنزلة هبته للعبد كان عليه دين أو لم يكن لان المولى يخلف العبد فى كسبه خلافة الوارث المورث وهبة صاحب الدين دينه للوارث بعد موت المورث بمنزلة هبته من المورث سواء كان على المورث دين أو لم يكن فكذلك المولى ههنا وان لم يقبلها المولى فى هذا الوجه ولم يقبلها العبد فى الوجه الاول كانت الهبة باطلة والمال على العبد بحاله لان رد الهبة امتناع عن التملك لا ازالة الملك الثابت له وهذا الامتناع صحيح من المولى والعبد جميعا بخلاف هبة شئ من أكسابه ابتداء فان وهب البائع الثمن للعبد أو لمولاه قبل أن يقبضه ثم وجد العبد بالجارية عيبا لم يكن له أن يردها لانه لو ردها ردها بغير شئ والمقصود بالرد سلامة الثمن له وقد سلم له ذلك بطريق الهبة فلا يستوجب عند الرد شيأ آخر وهذا استحسان وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله يرده بمثل ذلك الثمن وقد بينا نظير هذا فى كتاب الرهن واذا ثبت أنه يردها بغير شئ يتعذر الرد لان اخراج العين عن ملكه لا يصح من العبد بغير عوض وكذلك هذا فى كل ثمن كان بغير عينه وان كان الثمن عرضا بعينه فوهب المأذون العرض للمشترى قبل أن يقبضه فقبضه المشترى فالهبة جائزة لان هبة المعقود عليه قبل القبض فسخ للعقد لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد والمأذون يملك الاقالة اذا ساعده صاحبه عليها بخلاف بيع المبيع

قبل القبض لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال والفسخ ليس بتمليك ولفظ الهبة فيه توسع قد يكون بمعنى التمليك وقد يكون بمعنى الاسقاط فيمكن أن يجعل مجازا عن الفسخ اذا تعذر تصحيحه بطريق التمليك فان لم يقبل المشتري الهبة فالهبة باطلة لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بعد لزوم العقد وان كان المشتري وهب الجارية قبل أن يقبضها العبد فقبلها العبد جاز سواء كان علي العبد دين أولم يكن وكان ذلك فسخا للعقد وان وهبها للمولى فان لم يكن علي العبد دين فهذا نقض صحيح أيضا لان كسب العبد خالص ملك المولى وهو يتمكن من التصرف فيه بطريق النقض كما يتمكن من التصرف فيه بطريق الايجاب وان كان على العبد دين فقبلها المولي وقبضها فهذا ليس بنقض للبيع لان المولى لا يملك انشاء التصرف فى كسب عبده المديون فلا يملك نقض بيعه أيضا ولكن هذه هبة صحيحة من المولى وهو بناء علي أصل محمد رحمه الله فاما عند أبي يوسف رحمه الله فلا يصح وقد بينا المسئلة فى البيوع ان التصرفات التى لا تتم الا بالقبض عند أبي يوسف لا تصح فى المبيع قبل القبض وعند محمد تصح باعتبار انه تسليط على القبض والقابض نائب عن المشترى وهو انما ينفذ تصرفه بعد قبضه ولو تقابضا ثم وهب العبد العرض من المشترى فقبله فالهبة باطلة لان هبة المعقود عليه بعد القبض لا تكون فسخا فان كونه فسخا باعتبار مافيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وذلك لا يوجد بعد القبض فكان هذا ابراء مبتدأ فلا يصح من المأذون ولو وهب المشتري الجارية للمأذون أو لمولاه جازت الهبة على سبيل البر المبتدأ فان وجد المأذون بالعرض عيبا ولا دين عليه فليس له أن يرده بالعيب لانه لو رده بالعيب رده بغير شئ فالجارية التي هى عوض العرض قد عادت بعينها الى ما كانت سواء كانت الهبة من العبد أو من المولي لان كسب العبد خالص حق المولى في هذه الحالة وان كان عليه دين وقد وهب المشترى الجارية للعبد فكذلك لان الجارية عادت كما كانت قبل العقد فلو رد العرض رده بغير شئ وان كان قد وهبها لمولاه فله أن يرد العرض بالعيب ويضمنه قيمة الجارية يوم قبضها لان المولى من كسب عبده المديون كالاجنبي ولو وهبها المشترى لاجنبي كان للعبد أن يرد العرض بالعيب وعند الرد يجب علي بائع العرض رد الجارية وقد تعذر ردها عليه فيغرم قيمتها يوم قبضها ولو باع المأذون جارية بعرض بعينه وتقابضا فحدث فى الجارية عيب عند المشترى من غير فعل أحد أو من فعل المشترى أو من فعل أجنبي أو ولدت ولدا أو وطئت وهى بكرا وثيب ثم وهبها

المشترى للعبد أو لمولاه وعليه دين أو لادين عليه ثم وجد المأذون بالعرض عيبا رده وضمنه قيمتها فى جميع ذلك لان ماهو موجب الرد لم يسلم له ههنا قبل الرد (ألا ترى) انه لو لم يهب الجارية حتى رد العرض عليه بالعيب كان له أن يرجع بقيمة الجارية ولا يسترد الجارية اما للزيادة المنفصلة فى يد مشتريها أو لحدوث العيب فيها فاذا كان حقه ههنا فى استرداد قيمة الجارية لا يبطل بعود الجارية بالهبة ولا يتعذر عليه رد العرض بالعيب ولو اشترى المأذون جارية من رجل بغلام قيمته ألف درهم وبالف درهم وتقابضا ثم وهب البائع بالالف والغلام الغلام للمأذون وسلمها اليه ثم وجد المأذون بالجارية عيبا ليس له أن يردها لان نصفها بمقابلة الغلام وقد عاد اليه الغلام بعينه بالهبة فلو رد ذلك النصف يرده بغير شيء فاذا تعذر الرد فى النصف الاول تعذر فى النصف الثانى لما فيه من الضرر علي البائع بتبعيض الملك عليه والمشترى لا يملك ذلك بالرد بالعيب وكذلك لو كانت الهبة للمولى ولا دين علي العبد وان كان عليه دين والهبة للمولي كان له أن يرد الجارية بالعيب ويأخذ من البائع ألف درهم وقيمة الغلام لان الهبة من المولى فى هذه الحالة كالهبة من أجنبي آخر فان تصرف العبد كان لغرمائه دون مولاه ان أخذ ذلك ثم أبرأه الغرماء من الدين أو وهبوه له أو للمولى أو ورثة المولى من الغريم لم يرد علي البائع شيأ مما أخذ منه لان بما اعترض من السبب لا يتبين أن الاخذ لم يكن بحق وان قيمة الغلام مع الالف لم تكن واجبة له يومئذ والعارض من السبب لا يؤثر فيما انتهى حكمه بالاستيفاء والله تعالى أعلم بالصواب

باب الاقالة

(قال رحمه الله) المأذون فى اقالة البيع كالحر لانه فسخ أو بيع مبتدأ فى حق غيرهما والمأذون يملك كل واحد منهما فان اشترى المأذون جارية فزادت فى يده حتى صار الثمن أقل من قيمتها بما لا يتغابن الناس فى مثله ثم أقاله البيع فيها فهو جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء علي ما تقدم ان المأذون اذا باع شيأ من كسبه أو اشترى شيأ مما لا يتغابن الناس فى مثله فعلى قول أبى حنيفة لما كان يملك ابتداء التصرف بهذه الصفة فكذلك الاقالة وعندهما لا يملك ابتداء التصرف بهذه الصفة لحق المولي أو للغرماء فكذلك لا يملك الاقالة لان الاقالة فى حق غير المتعاقدين بمنزلة

البيع المبتدأ والاقالة من المأذون بعد الحجر المولى عليه باطلة لانه لا يملك ابتداء البيع والشراء بعد الحجر واذا باع المأذون شيأ أو اشترى ثم ان المولى أقال البيع فيه فان كان المأذون لا دين عليه يومئذ فما صنع المولي من ذلك علي عبده فهو جائز لان الكسب خالص حقه والمأذون في حكم العقد كان متصرفا له فتصح الاقالة منه وان كان عليه دين يومئذ فهو باطل لان المولي فى كسبه كاجنبي آخر وانما يعتبر قيام الدين عليه عند الاقالة لا عند ابتداء التصرف لان الاقالة بمنزلة البيع الجديد فاذا كان الدين عليه قائما عند الاقالة لا يصح من المولى هذا التصرف كما لا يصح ابتداء البيع واذا لم يكن الدين قائما يومئذ صح منه لمصادفته محله فان كان عليه دين عند الاقالة فقضي المولى الدين أو أبرأ الغرماء العبد من دينهم قبل أن يفسخ القاضى الاقالة صحت الاقالة بمنزلة ما لو باع شيأ من كسبه ثم سقط دينه بهذا الطريق وان فسخ القاضى الاقالة ثم أبرأه الغرماء من الدين فالفسخ ماض لان السبب الموجب لفسخ الاقالة وهو حق الغرماء كان قائما حين قضى القاضى به فلا يبطل ذلك الفسخ بسقوط الدين بعده كما اذا زال العيب بعد ماقضى القاضى بالفسخ واذا باع عرضا بثمن وتقابضا ثم تقايلا والعرض باق والثمن هالك قبل الاقالة أو بعدها فالاقالة ماضية وان كان الثمن باقيا والعرض هالكا قبل الاقالة أو بعدها فالاقالة باطلة وهذه فصول قد بيناها فى البيوع فى بيع العرض بالثمن وفى بيع العرض بالعرض وفى السلم وفى بيع النقود بعضها ببعض وما فيها من الفروق وقد استقصينا في بيانها فى البيوع فاذا باع المأذون جارية بالف وتقابضا ثم قطع المشترى يدها أو وطئها أو ذهبت عينها من غير فعل أحد ثم تقايلا البيع ولا يعلم العبد بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لانه انما رضى بالاقالة على أن تعود اليه كما خرجت من يده وقد خرجت من يده غير معيبة والآن تعود اليه معيبة فلا يتم رضاه بها فلهذا كان له الخيار وحال البائع عند الاقالة كحال المشترى عند العقد ولو حدث بالمبيع عيب بعد العقد وقبل القبض يخير المشترى فهذا مثله وانما الاشكال اذا وطئها وهى ثيب فان من اشترى جارية ثيبا ثم علم ان البائع كان وطئها قبل العقد لم يكن له أن يردها بذلك وههنا قال للعبد أن يردها اذا علم أن المشترى كان وطئها قبل الاقالة وهذا لان الوطء فى المشتراة بمنزلة التعييب والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين ولهذا لو وجد المشترى بها عيبا بعد الوطء لم يكن له أن يردها الا برضا البائع فكذلك وطء المشترى اياها فى حكم الاقالة بمنزلة التعييب فلهذا يخير

العبد وهذا لانه لا يرضى بأن يطأها المشترى زمانا ثم يقيل العقد فيها بجميع الثمن بخلاف البيع المبتدأ فالمشترى هناك يرغب فيها بالثمن المسمى فى العقد ان كان يعلم أن البائع وطئها قبل العقد ولو كان الواطئ أو القاطع أجنبيا فوجب عليه العقر أو الارش ثم تقايلا البيع والعبد يعلم بذلك أو لا يعلم فالاقالة باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله صحيحة فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما بينا فى كتاب الصلح ان الاقالة عند أبى حنيفة فسخ فى حق المتعاقدين فاذا لم يمكن تصحيحه فسخا كان باطلا وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة قبل القبض كذلك وبعد القبض بمنزلة البيع وفى قول أبى يوسف الاقالة بمنزلة البيع فى المستقبل الا اذا تعذر جعلها بيعا فحينئذ يجعل فسخا وذلك فى المنقول قبل القبض وعند محمد الاقالة بالثمن الاول أو أقل منه تكون فسخا فأما بأكثر من الثمن الاول أو بجنس آخر غير الثمن الاول تكون بيعا مستقبلا والثمن الاول انما يكون فسخا اذا كان المحل قابلا للفسخ فأما اذا لم يكن قابلا لذلك كان بيعا مبتدأ ووجوه هذه الاقاويل بيناها فى كتاب الصلح والآن نقول العقر والارش زيادة منفصلة وهى تمنع الفسخ حقا للشرع فلا تصح الاقالة بعدها عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف الاقالة بمنزلة البيع المستقبل وعند محمد كذلك عند تعذر الفسخ فجوز الاقالة ههنا بطريق البيع المستقبل ولو اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها ولم يدفع الثمن حتى وهب البائع الثمن للعبد ثم تقايلا فالاقالة باطلة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان عند أبى حنيفة الاقالة فسخ ولا يمكن تصحيحها ههنا فسخا فانه بالفسخ يردها بغير شىء وعند محمد كذلك لان المحل قابل للفسخ (ألا ترى) انه لو لم يهب الثمن منه كان الفسخ صحيحا وان كان المشترى حرا كان الفسخ صحيحا فعرفنا ان المحل قابل للفسخ والاقالة بالثمن الاول فلو صحت كان فسخا بغير شيء والعبد ليس من أهل رد الجارية بغير شىء وعند أبى يوسف الاقالة بمنزلة البيع المستقبل فكأنه باعها ابتداء من البائع بالف وذلك صحيح فيأخذ العبد الالف من البائع ويدفع اليه الجارية ولو أقاله البيع بمائة دينار أو بجارية أخرى أو بالفى درهم كانت الاقالة باطلة فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد لانها فسخ عنده وما سمى فيها من الثمن باطل فلو ردها ردها بغير شىء وعند أبى يوسف ومحمد هذا جائز أما عند أبى يوسف فهذا غير مشكل وعند محمد الاقالة بأكثر من الثمن الاول أو بجنس غير جنس الثمن الاول تكون بيعا مبتدأ فكأنه باعها ابتداء بما سمى من الثمن فيكون صحيحا ولو كان المأذون لم يقبض

الجارية حتى وهب البائع ثمنها ثم تقايلا فالاقالة باطلة عندهم جميعا لان قبل القبض لا يمكن تصحيحها بيعا فيكون فسخا فلو صححناها لكان مخرجا اياها من ملكه بغير عوض وكذلك لو أقاله بثمن آخر فى هذه الحالة فان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز بخلاف جنس الثمن الاول ولا بأكثر من الثمن الاول فكان الجواب فى الفصول سواء ولو لم يتقايلا البيع ولكنه رأى بالجارية عيبا قبل أن يقبضها فلم يرض بها أو لم يكن رآها فلما رآها لم يرض بها فنقض البيع وقد كان البائع وهب له الثمن فقبضه بطل لان الرد بخيار الرؤية فسخ من كل وجه وكذلك الرد بالعيب قبل القبض فيكون فى الرد اخراجها من ملكه بغير عوض والمأذون لا يملك ذلك ولو كان حين اشتراها اشترط فيها الخيار ثلاثة أيام ثم وهب له البائع الثمن ثم ردها بالخيار فرده جائز فى قول أبى حنيفة وفى قولهما ليس له أن يردها بناء على ما بينا فى البيوع ان خيار المشترى عنده يمنع دخول المبيع فى ملكه فهو بهذا الرد لا يخرج العين عن ملكه بغير عوض ولكنه يمتنع من تملكه وهو صحيح من العبد كالامتناع من قبول الهبة وعندهما السلعة دخلت فى ملك المشترى فهذا الرد اخراج لها من ملكه بغير عوض والمكاتب فى جميع ماوصفنا كالمأذون لانه ليس من أهل التبرع بكسبه كالمأذون بل أولى فان المكاتب لا يتبرع باذن المولى ومن المأذون يصح ذلك ان لم يكن عليه دين ولو باع المأذون جارية من رجل بألف درهم وتقابضا ثم تقايلا فلم يقبض العبد الجارية حتى قطع رجل يدها أو وطئها فنقصها الوطء كان العبد بالخيار للتغيير الحاصل فيها بعد الاقالة قبل الرد ولو اختار أخذها اتبع الواطئ أو الجانى بالعقر أو الارش لانها عادت الى ملكه ففعل الواطئ أو الجانى حصل فى ملكه فيكون العقر والارش له أو ان نقض الاقالة فالعقر والارش للمشترى لانها تعود الى ملك المشترى على ماكانت قبل الاقالة وصار الحال بعد الاقالة قبل الرد ههنا كالجانى بعد الشراء قبل القبض والمبيعة اذا وطئت بالشبهة ونقصها الوطء أو جنى عليها قبل القبض يخير المشترى ان شاء أخذها واتبع الجانى أو الواطئ بالعقر والارش وان شاء نقض البيع والعقر والارش للبائع فكذلك بعد الاقالة ولو كان مكان الالف عرضا بعينه كان العبد بالخيار ان شاء أخذ الجارية من المشترى واتبع الجانى أو الواطئ بالارش والعقر وان شاء أخذ قيمة الجارية من المشترى يوم قبضها وسلم له الجارية وأرشها وعقرها للمشترى لان الاقالة ههنا لا تبطل وان أبى أن يأخذ الجارية بمنزلة مالو هلكت فان فى بيع المقايضة هلاك أحد العوضين كما لا يمنع

بقاء الاقالة لا يمنع ابتداء الاقالة بخلاف ابتداء البيع واذا بقيت الاقالة وقد تعذر على المشترى رد عين الجارية للتغيير الحاصل فيها فى ضمانه فعليه قيمتها يوم قبضها وكذلك لو كان قتلها الجانى كان العبد بالخيار ان شاء اتبع عاقلة الجانى بقيمتها لان جنايته حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشترى بقيمتها حالة لان الاقالة لم تبطل وقد تعذر على المشترى ردها فيلزمه رد قيمتها وهذه القيمة ضمان العقد فتكون حالة فى ماله ثم يرجع المشترى على عاقلة الجانى بقيمتها فى ثلاث سنين لانها عادت الي أصل ملكه وكذلك لو ماتت الجارية بعد الاقالة كان للعبد أن يأخذ من المشترى قيمتها لما بينا أن هلاك الجارية لا يمنع بقاء الاقالة كما لا يمنع ابتداء الاقالة فعليه رد قيمتها ولو كان حدث بها عيب من فعل المشترى بعد الاقالة يخير العبد فان شاء ضمنه قيمتها يوم قبضها منه لانه تعذر عليه رد عينها كما قبضها وان شاء أخذ الجارية ورجع على المشترى بنقصان العيب لان الجارية بعد الاقالة مضمونة بنفسها حتى لو هلكت يجب ضمان قيمتها فتكون كالمغصوبة فيضمن المشترى نقصان العيب بخلاف المبيعة قبل القبض فانها مضمونة بالثمن فلا يكون للمشترى أن يتبع البائع بنقصان العيب من القيمة اذا أراد أخذها ولكن يسقط حصة ذلك من الثمن لان التعييب حصل بقول البائع والاوصاف بالتناول تصير مقصودة ولو كان العيب أحدثه فيها المشترى قبل الاقالة ثم تقايلا ثم علم العبد بالعيب تخير لمكان التغيير فان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم قبضها لانه تعذر عليه ردها كما قبضها وان شاء أخذها معيبة ولا شئ له غير ذلك لان فعل المشترى حصل فى ملك صحيح له وذلك غير موجب للضمان عليه فهو وما لو تعيبت بغير فعله سواء بخلاف الاول ففعل المشترى هناك لا فى ملك غيره لانها بالاقالة عادت الى العبد وهى مضمونة فى يد المشترى بنفسها على ماقررنا ولو كان العيب أحدثه فيها رجل أجنبي قبل الاقالة ثم تقايلا فالاقالة جائزة ولا سبيل للعبد على الجارية ولكنه يأخذ من المشترى قيمتها يوم قبضها لانه بحدوث الزيادة المنفصلة فيها تعذر الفسخ فكانها ماتت وموتها قبل الاقالة لا يمنع صحة الاقالة ويكون حق العبد فى قيمتها يوم قبضها لتعذر رد العين فى قيام السبب الموجب للرد ولو باع العبد ابريق فضة فيه مائة درهم بعشرة دنانير وتقابضا ثم تقايلا وافترقا قبل القبض فالاقالة منتقضة لان العبد فى حكم الاقالة كالحر وقد بينا فى الصرف ان الاقالة بمنزلة العقد الجديد فى حكم استحقاق القبض فى المجلس لان ذلك من حقوق الشرع والرد بعد القبض بغير قضاء بمنزلة

الاقالة فى ذلك بخلاف الرد بالعيب فان فسخ من الاصل فلا يبطل بترك التقابض فى مجلس الرد ولو باع المأذون جارية من رجل بجارية قيمة كل واحدة منهما ألف وتقابضا ثم تقايلا ولم يتقابضا حتى ولدت كل واحدة منهما ولدا قيمته مثل قيمة أمه فلهما أن يتقابضا الجاريتين وولديهما لان كل واحدة منهما عادت بالاقالة الى ملك من خرجت من ملكه بالعقد ثم ولدت على ملكه فيكون له أن يأخذها مع ولدها كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان لم يتقابضا حتى ماتت الامهات وأرادا أخذ الولدين فان كان واحد منهما يأخذ الولد الذى فى يد صاحبه مع نصف قيمة أمه لان كل واحدة منهما حين ولدت فالاخرى تنقسم على قيمتها وقيمة ولدها وقيمتهما سواء فانقسمت نصفين وقد هلكت الامتان فكان لكل واحد منهما أن يأخذ من صاحبه الولد الذى فى يده مع نصف قيمة أمه اعتبارا للبعض بالكل وان كانت قيمة كل واحد من الولدين خمسمائة والمسئلة بحالها كان لكل واحد منهما أن يأخذ الولد الذى فى يد صاحبه ويرجع على صاحبه بثلث قيمة الام التى هلكت فى يده لان انقسام كل واحد منهما على الام وعلى الولد باعتبار القيمة فيكون أثلاثا فبعد هلاك الامتين انما تبقى الاقالة فيما هو حصة الولدمن كل واحدة منهما وحصة ولد هذه من الاخرى الثلث فعرفنا أن بقاء الاقالة فى ثلث الاخرى فيرجع بثلث قيمتها فأما فى ثلثيها فقد بطلت الاقالة بهلاك العوضين جميعا بخلاف الاول فالانقسام هناك نصفان لاستواء القيمتين فبقي كل واحد من الولدين ببقاء الاقالة فى نصف الام الاخرى حصة هذا الولد فيها فلهذا كان الرجوع بنصف القيمة ولو هلك الولد وبقيت الامتان أخذ كل واحد منهما الجارية التى فى يد صاحبه ولم يتبعه بشيء من قيمة الولد لان الولد حدث من غير صنع أحد ومات كذلك فصار كان لم يكن ولو هلكت الامتان وأخذا الولدين فان الذى فى يده الولد الحى يدفعه الي صاحبه فيأخذ منه ثلث قيمة الام التى هلكت فى يد الآخر لان بقاء الاقالة باعتبار الولد الحى وانما يبقى فيما يخصه من الجارية الاخرى وحصة ثلث الجارية الاخرى فلهذا رجع بثلث قيمتها وفيما سوى ذلك بطلت الاقالة كلها بهلاك العوضين قبل الرد والله أعلم

باب تأخير العبد المأذون الدين

(قال رحمه الله) واذا وجب للعبد المأذون على رجل ألف درهم من ثمن مبيع أو غصب

أو غير ذلك فأخره العبد عنه سنة فهو جائز لان التأجيل من صنيع التجار وهو منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار وهذا لان التأجيل لا يسقط الدين وانما يؤخر المطالبة ولو ترك المطالبة زمانا من غير تأجيل لم يكن به متبرعا عليه بشيء من الدين فكذلك اذا أجله سنة ولو صالحه على أن أخر ثمن بعضه وحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتأخير جائزا اعتبارا للبعض بالكل ولو كان الدين الواجب له قرضا اقرضه فتأجيله غير لازم كما فى الحر وقد بيناه فى كتاب الصرف ولو وجب للمأذون ولوجل على رجل ألف درهم وهما فيه شريكان فأخر العبد نصيبه منه فالتأخير باطل فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا المسئلة فى الحرين فى كتاب الصلح فكذلك فى العبد مع الحر وبينا ان على قولهما الذى لم يؤخر الدين يأخذ حصته فيكون له خاصة فاذا حل الاجل كان العبد بالخيار ان شاء أخذ من شريكه نصف ما أخذ لان المقبوض كان دينا مشتركا بينهما وبالتأجيل لم تبطل الشركة فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز الا أن الاجل كان مانعا من مشاركة القابض فاذا ارتفع هذا المانع كان له أن يشاركه فى المقبوض ثم يتبعان الغريم بالباقى وان شاء سلم له المقبوض واختار اتباع الغريم بنصيبه فى الدين ولو اقتضى العبد شيأ قبل حل الاجل كان لشريكه أن يأخذ منه نصفه لان الاجل سقط فيما اقتضاه العبد فكأنه لم يكن ولان المقبوض من دين مشترك ولا مانع للشريك من مشاركته فى المقبوض لان نصيبه من الدين حال وكذلك ان كان الدين كله مؤجلا فقبض أحدهما شيأ منه قبل حله كان للآخر أن يشاركه فيه لان الاجل حق المطلوب فهو فى مقدار ما أوفى قبل حله أسقط حقه من الاجل فسقط ذلك فى حق الشريكين جميعا والحكم فى هذا الحر بمنزلة ما لو كان الدين كله حالا فللذى لم يقبض أن يشارك القابض فى المقبوض ولو كان الدين حالا فأجله العبد سنة ثم قبض الشريك حصته ثم أبطل الغريم الاجل الذى أجله العبد برضى منه قبل مضيه فقد بطل الاجل لانه حق الغريم وقد أسقطه ولكن لا سبيل للعبد على ما قبض شريكه فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى يحل الاجل لانه ثبت بالتأجيل حكمان أحدهما سقوط حقه عن مشاركة القابض فى المقبوض قبل حل الاجل والآخر سقوط حقه عن مطالبة المديون قبل حل الاجل فاسقاط الغريم الاجل عامل فى حقه وليس بعامل فى حق القابض اذ لا ولاية له عليه فيجعل الاجل فى حقه كالقائم وهو نظير الدين المؤجل اذا كان به كفيل فأسقط الاصيل

الاجل بقى الاجل فى حق الكفيل فاذا حل الاجل شاركه فى المقبوض ان شاء وان لم ينقص الاجل ولكن الغريم مات فحل عليه شارك العبد شريكه فيما قبض لان انتقاض الاجل بالموت ثابت حكما فيظهر فى حق مطالبة الغريم وحق مشاركة القابض فى المقبوض بخلاف الاول فانه كان عن قصد من الغريم وهذا بخلاف مسئلة الكفيل فان الاصيل اذا مات بقى الاجل فى حق الكفيل لان هناك الاجل فى حق كل واحد منهما ثابت مقصود والغريم بالموت قد استغنى عن الاجل والكفيل محتاج اليه فبقي الاجل فى حقه فأما ههنا فالاجل فى حق الغريم خاصة فأما مشاركه القابض فى المقبوض فلا أجل فيه مقصودا لان ذلك عين والعين لاتقبل الاجل وانما كان ذلك بناء على قيام المانع فى حق الذى أجله ولم يبق المانع بعد موت الغريم حقيقة وحكما فأما بعد اسقاط الاجل من الغريم قصدا فالمانع كالقائم فى حق الشريك حكما فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو لم يمت ولكنهما تناقضا الاجل ثم قبض الشريك حقه كان للعبد أن يشاركه لانهما حين تناقضا لم يكن فى هذا الاجل حق سوى الغريم فصحت مناقضته مطلقا فصار الدين حالا فاذا قبض الآخر نصيبه بعد ذلك كان له أن يشاركه بخلاف الاول فهناك حين تناقضا كان حق الشريك ثابتا فى ذلك الاجل من حيث تأخر رجوع الشريك عليه فى المقبوض فلا يعمل انتقاضه فى حقه *يوضحه أن هناك حين قبض مع قيام الاجل لم يثبت للشريك حق المشاركة فى المقبوض الا بعد حل الاجل فلو ثبت بعد ذلك انما يثبت بتصرف الغريم وتصرفه فى حق الغير لا يكون صحيحا وههنا حين قبض بعد مناقضة الاجل حق الشريك ثابت فى المشاركة ومناقضة الاجل لم يكن تصرفا منه فى حق الغير فكان صحيحا ولو كان المال حالا فقبض الشريك حقه ثم ان العبد أخر الغريم حقه وهو يعلم بقبضه أو لا يعلم فتأخيره جائز عندهما ولا سبيل له على ما قبض شريكه حتى يحل الاجل لان كون نصيبه مؤجلا مانع له من الرجوع علي شريكه فى المقبوض قبل حل الاجل ولو كان هذا المانع قائما عند القبض لم يكن له أن يشاركه فكذلك اذا ثبت هذا المانع بالتأجيل بعد قبضه ولان نصيبه فى حصة الغريم علي حاله (ألا ترى) أنه لو سلم للقابض ماقبض واختار اتباع الغريم كان له ذلك فاذا صح تأجيله فى نصيبه لم يكن له أن يشارك صاحبه فى المقبوض حتى يحل الاجل فاذا حل أخذ منه نصف ماقبض ان شاء *فان قيل لماذا لم يجعل تصرفه فى نصيبه من حيث التأجيل مسقطا حقه فى مشاركة القابض *قلنا لانه لامنافاة بين تأجيله فى نصيبه

وبين ثبوت حقه فى المشاركة فى المقبوض بعد حل الاجل وهذا لان حق المشاركة باعتبار الشركة فى أصل الدين وبتأجيله لا ينعدم ذلك ولو كان مالهما الى سنة فقبض الشريك عاجلا ثم ان العبد أخر حقه للغريم سنة أخرى وهو يعلم بقبضه أو لا يعلم فتأخيره جائز عندهما ولا سبيل له على ما قبض شريكه حتى يمضى السنتان جميعا لان الزيادة فى الاجل بعد قبض الشريك بمنزلة أصل التأجيل وقد بينا أن ذلك يمنعه من المشاركة قبل حل الاجل فلا يسقط حقه فى المشاركة بعد حل الاجل فكذلك الزيادة فى الاجل ولو كان المال حالا فأخذ الشريك حقه فسلمه له العبد كان تسليمه جائزا عندهم لانه يسقط حقه فى المشاركة بعوض وهو ما يستوفى من الغريم من نصيبه من الدين وذلك من صنيع التجار فيكون صحيحا من العبد ولا يرجع العبد على القابض بشئ حتى يتوى ما على الغريم فاذا توى ما عليه رجع على شريكه فيشاركه فى المقبوض لانه سلم له المقبوض بشرط أن يسلم له ما فى ذمة الغريم فاذا لم يسلم عاد حقه كما كان كالمحتال عليه اذا مات مفلسا ولو كان المال الى سنة فاشترى العبد من الغريم جارية بحصته فللشريك أن يأخذ العبد بنصف حقه من الدراهم لانه صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة كما هو الاصل فى الشراء بالدين فكانه استوفاه حقيقة وأحد الشريكين اذا استوفى نصيبه قبل حل الاجل كان للآخر أن يشاركه فيه فان أخذ منه نصف نصيبه من الدراهم ثم وجد العبد بالجارية عيبا فردها على البائع بقضاء قاض عاد المال الى أجله لان الرد بقضاء القاضى فسخ من الاصل وسقوط الاجل كان من حكم البيع ووقوع المقاصة بالثمن وقد بطل ذلك بانفساخ العقد من الاصل فعاد المال الى أجله واسترد العبد من شريكه ما أخذه منه لانه أخذه باعتبار أنه استوفى نصيبه بالمقاصة وقد بطل ذلك من الاصل بانفساخ البيع فتبين أنه استوفى منه بغير حق فيلزمه رده ولو كان ردها بغير قضاء أو باقالة لم يرجع على الشريك بشئ مما أعطاه لان هذا السبب بمنزلة العقد المبتدأ فى حق الشريك فلا يتبين به بطلان المقاصة وحكم الاستيفاء من العبد لنصيبه فى حق الشريك فلهذا لا يرجع عليه بشئ ويكون للعبد ولشريكه على الغريم الخمسمائة الباقية الى أجلها وللعبد على الغريم خمسمائة حالة فكان ينبغى أن يكون هذا مؤجلا عليه لان الاقالة والرد بغير قضاء القاضى فسخ فى حقهما والاجل فى هذا المال من حقهما ولكن هذا بناء على الاصل الذى بينا فيما أمليناه من شرح الزيادات ان الاقالة والرد بغير قضاء القاضى فسخ فى حقهما فيما هو من حكم ذلك العقد خاصة فأما فيما ليس من حكم ذلك العقد يكون

بمنزلة البيع المبتدإ وعود الاجل ليس من حكم ذلك العقد فيجعل فى حقه كالبيع المبتدإ فكانه اشتراها بخمسمائة مطلقة فتكون حالة وكذلك لو كان العبد المشترى الجارية من الغريم بجميع الالف الا أن للشريك أن يأخذه بنصف الالف ههنا لانه صار مستوفيا جميع الدين بطريق المقاصة واحد الشركين ان استوفى الدين كان للآخر أن يرجع عليه بنصف ذلك الدين سواء كان الدين حالا أو مؤجلا فان كان حين اقالة البيع أو رده بغير قضاء شرط عليه البائع ان الثمن الى أجله كان الي أجله لان هذا بمنزلة البيع المبتدأ لكن بثمن مؤجل شرطا وهو نظير المشترى بالنسبة اذا ولاه غيره مطلقا يكون الثمن فى حق البائع حالا الا أن يكون اشترط فى التولية أن يكون المال الى أجله فحينئذ يكون مؤجلا كما شرط

باب وكالة العبد المأذون بالبيع

(قال رحمه الله) وللمأذون له أن يتوكل لغيره بالشراء بالنقد استحسانا وفي القياس لا يجوز ذلك لانه يلتزم الثمن فى ذمته بمقابلة ملك يحصل لغيره فيكون فى معنى الكفالة بالمال عن الغير والمأذون ليس من أهله الا أن يكون باذن المولى اذا لم يكن عليه دين ولانه يلتزم العهدة من غير منفعة له فى ذلك فيكون تبرعا منه ولهذا لا يتوكل بالشراء لغيره بالنسيئة * وجه الاستحسان أن الثمن بالشراء كما يجب على المأذون يجب له على الموكل وتكون العين محبوسة فى يده الى أن يصل الثمن اليه فلا يلحقه ضرر فى ذلك بل هو بمنزلة مالو اشتراه لنفسه ثم باعه من غيره بمثل ذلك الثمن بخلاف الكفالة فانه يلتزم المال فى ذمته بالكفالة من غير أن تكون بمقابلته فى يده عين محبوسة وبخلاف الشراء بالنسيئة فانه لا يستوجب حبس العين بالثمن ههنا كما ان البائع لا يستوجب الحبس عليه فيكون ذلك فى معنى الكفالة ثم هذا التوكيل منفعة للمأذون لانه يحتاج فى بعض التصرفات الى الاستعانة بغيره ومن لا يعين غيره لا يعان عند حاجته واذا توكل بالشراء نسيئة صار مشتريا لنفسه لانه لما تعذر تنفيذ شرائه على الموكل وهو يملك الشراء لنفسه بهذه الصفة نفذ العقد عليه كالحر اذا اشترى لغيره بغير أمره وان يتوكل لغيره بالبيع بالنقد والنسيئة لانه فى الموضعين جميعا انما يلتزم تسليم العين ولا يلتزم فى ذمته شيأ من البدل وهو لا يستغنى عن ذلك فى التصرفات ولان التوكيل عن الغير بالشراء أو بالبيع من نوع التجارة فان أعظم الناس تجارة وهم الباعة يتوكلون بالبيع والشراء

للناس وللمأذون أن يوكل بالبيع والشراء غيره كما يفعله الحر لان التوكيل من صنيع التجار ولانه لا يستغني عن ذلك في تجارته فان التجارة نوعان حاضرة وغائبة واذا اشتغل بأحدهما بنفسه يحتاج الي أن يستعين في الآخر بغيره لكن لا يفوته مقصود النوعين واذا باع المأذون جارية رجل بأمره ثم قتلها الآمر قبل التسليم بطل البيع لان البيع من نائبه كبيعه من نفسه والمبيع مضمون على الموكل بالثمن لو هلك فلا يكون مضمونا عليه بالقيمة لما بينهما من المنافاة فاذا لم يجب القيمة بحقوق فوات القبض المستحق بالعقد حين تلف المعقود عليه ولم يخلف بدلا بطل البيع فان قتلها المأذون قيل لمولاه ادفعه بالجناية أو افده كما لو قتلها قبل البيع وهذا لان بالوكالة لا يثبت للمأذون فيها ملك ولا حق ملك فقتله اياها جناية على ملك الغير وجناية المملوك بهذه الصفة توجب علي المولى الدفع أو الفداء فأيهما فعل كان المشترى بالخيار لتغير المعقود عليه قبل التسليم حين تحول البيع الى البدل فان شاء نقض البيع وان شاء أخذ ما قام مقام الجارية وأدى الثمن كما لو كان القاتل عبدا آخر سوي الوكيل ولو كان مولى العبد هو الذى قتلها وعلي العبد دين أولا دين عليه فعلي عاقلته قيمتها الى ثلاث سنين لانه ليس لمولى العبد فيها ملك ولا حق ملك ثم يتخير المشترى فان شاء نقض البيع والقيمة للموكل وان شاء أدي الثمن فاستوفى قيمتها من عاقلة القاتل في ثلاث سنين ولو كان المأذون باع جارية مما في يده من رجل بجارية ثم قتلها العبد قبل أن يسلمها بطل العقد لان العبد في التصرف في كسبه كالحر في التصرف في ملكه فالمبيع في يده مضمون بما يقابله ويستوى ان كان علي العبد دين أولم يكن فيبطل البيع لفوات القبض المستحق بالعقد وكذلك ان قتلها المولى ولا دين على العبد لان كسب العبد خالص ملك المولى والعبد بائع للمولى من وجه (ألا ترى) انها لو هلكت بطل ملك المولى عما يقابلها فكذلك اذا قتلها المولى وان كان علي العبد دين فالمولى ضامن لقيمتها لان كسبه في هذه الحالة لغرمائه ولو قتلها المولى قبل البيع كان ضامنا لقيمتها لغرمائه فبعد البيع أولى وهذه القيمة عليه في ماله لان له حق الملك في كسبه على معنى أنه يسلم له اذا فرغ من دينه والعاقلة لا تتحمل عنه له فتكون القيمة في ماله سواء قتلها عمدا أو خطأ والمشترى بالخيار لتغيير المعقود عليه قبل التسليم فان شاء نقض البيع وكانت القيمة لغرماء العبد وان شاء أخذ القيمة وأدى الثمن وتصدق بالفضل ان كان في القيمة علي الثمن فضل لان ذلك ربح حصل لا علي ضمانه ولو كان

المولى دفع الى عبده جارية له ليست من تجارة العبد وأمره ببيعها فباعها ولم يقبضها المشترى حتى قتلها مولى العبد فالبيع منتقض لان العبد فى هـذا التصرف كان نائبا عن المولى كالحر وهى مضمونة على المولى بالثمن فينتقض البيع لتفويت القبض المستحق بالعقد فيها وان كان العبد هو الذى قتلها فان اختار المولى دفع العبد بالجناية فالمشترى بالخيار لان الجارية صارت مملوكة للمشترى بالعقد والعبد انما جنى على ملك المشترى وذلك يوجب الخيار للمولى بين الدفع والفداء فان اختار الدفع فهناك لا يجب فى ذمته شئ من قيمتها ولكن يلزمه تسليم العبد واذا اختار الدفع قام العبد مقام الجارية ويخير المشترى للتغيير واذا اختار الفداء انتقض البيع لانه حين اختار الفداء فقد صار الضمان دينا فى ذمته واذا صار الضمان عليه بطل الشراء لانه مضمون عليه بالثمن قبل التسليم فلا يكون مضمونا بالقيمة كما لو كان هو الذى قتلها بخلاف ما اذا اختار المشترى امضاء العقد ووجوب تسليم العبد عليه كوجوب تسليم الجارية عليه قبل القتل واذا كان بين المأذون وبين حر جارية فأمره الحر ببيعها فباعها العبـد بألف درهم ثم أقر العبدان شريكه قد قبض جميع الثمن أو نصفه من المشترى وصدقه المشترى وكذبه الشريك فاقرار العبد صحيح في براءة المشترى من نصف الثمن لانه أقر فى النصف بقبض مبرئ وهو قبض الموكل فيكون بمنزلة مالو أقر بانه هو الذى قبضه وهذا لان الاقرار بالقبض علكه المأذون كانشاء القبض فان ذلك من صنيع التجار ثم يحلف العبد بدعوى الشريك لانه يزعم انه أتلف حقه فى الثمن باقراره بالقبض كاذبا ولو أقر العبـد لزمه فاذا أنكره يحلف لرجاء نكوله فان حلف أخذ من المشـترى نصف الثمن فيكون بينهما نصفين لان يمينه حجة له فى براءته عن ضمان ذلك النصف الذى زعم أن الموكل قبضه وليست بحجة فى وصول ذلك الى الشريك حقيقة ولا فى سلامة ما بقى له خالصا فهذا الذى يقبضه جزء من دين مشترك بينهما فيكون بينهما نصفان والنصف الآخر صار كالتاوى وان نكل عن اليمين غرم نصف الثمن للشريك لاقراره أنه أتلف ذلك عليه ويأخذ من المشترى نصف الثمن فيسلم له لانه وصل الى الشريك جميع حقه ولا يمين على المشترى فى شئ من ذلك لانه لادعوى لاحد عليه فالمشـترى لم يعامله بشئ والعبد بالنكول صار مقرا بانه لم يقبض شيأ فلا يسمع منه دعوى القبض لتخلفه ولو كان الشريك هو الذى أقر أن العبد قبض جميع الثمن وصدقه المشتري وكذبه العبد برئ المشتري من نصف الثمن أيضا لان الموكل فى نصيبه من الثمن كما يملك قبضا يوجب براءة المشـترى

يملك الاقرار بقبض مبرئ (ألا ترى) أنه لو أقر أنه قبضه بنفسه كان اقراره مبرئا للمشترى فكذلك اذا أقر أن البائع قبضه ولا يمين على المشتري فى ذلك لانه لا دعوى للعبد عليه فى ذلك النصف بعد اقرار الوكل عليه بقبض مبرئ كما لا دعوى فى ذلك للوكيل بعد ابراء الموكل اياه ويحلف الآمر العبد لانه يدعى عليه أنه قبض الثمن وانه يمتنع من دفع نصيبه اليه ولو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله فان نكل لزمه نصف الثمن للآمر وان حلف برئ من نصيب الآمر وأخذ العبد من المشترى نصف الثمن لا يشاركه فيه الآمر لان الآمر صار متلفا نصيبه باقراره أن العبد قبضه فهو بمنزلة مالو أبرأ المشترى عن نصيبه من الثمن فلا يكون له مشاركة العبد فيما يقبض من نصيبه ولو أقر الآمر أن العبد قبض نصف الثمن برئ المشترى من ربع الثمن لانه نصف ماأقر بعضه نصيب الامر وهو فى نصيبه يملك الاقرار بقبض مبرئ فاذا برئ من ربع الثمن بقي علي المشترى سبعمائة وخمسون درهما فما قبض العبد منهما فللآمر ثلثه وللعبد ثلثاه علي قدر ما بقي من حقهما فى ذمة المشترى فانه بقى حق العبد فى خمسمائة وحق الآمر فى مائتين وخمسين ولو أقر الآمر أن العبد أبرأ المشترى من جميع الثمن أو أنه وهبه له فاقراره باطل والثمن كله على المشترى لان الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ولو عاينا هبة العبد الثمن من المشترى كان باطلا فى الكل لانه تبرع والعبد ليس من أهله فيما باع لنفسه أو لغيره وكذلك لو أقر العبد بذلك على الآمر وأنكره الآمر لان اقرار العبد انما يصح بما يملك انشاءه وهو لا يملك انشاء الهبة والابراء فكذلك لا يملك الاقرار به علي نفسه أو على غيره بخلاف الاقرار بالقبض فانه يملك انشاء القبض فيملك الاقرار به أيضا ولو كان شريك العبد هو الذى ولى البيع بأمر العبد ثم أقر على العبد بقبض الثمن أو بقبض حصته كان ذلك بمنزلة اقرار العبد عليه لو كان العبد هو الذى ولي البيع لان المأذون والحر فى الاقرار بالقبض يستويان كما فى انشاء القبض ولو أقر البائع على العبد بالابراء والهبة كان باطلا كما لو عاينا الابراء والهبة من العبد وكذلك لو أقر العبد على البائع بانه وهب الثمن أو أبرأ المشترى منه لان العبد لا يملك الاقرار بالهبة والابراء على نفسه فلا يملكه على غيره بغير دعوى المشترى على البائع الابراء عن الثمن فيحلف البائع على ذلك فان حلف أخذ جميع الثمن من المشترى وان نكل برئ المشترى من جميع الثمن وللعبد أن يضمن البائع نصف الثمن فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله يبرئ من حصة البائع من الثمن

خاصة وهو بناء على أن الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشترى عن الثمن واذا كانت الجارية بين رجلين حرين فباع أحدهما بأمر صاحبه من العبد المأذون بالف درهم ثم أقر الآمر أن البائع أبرأ المشترى من الثمن أووهبه له وادعاه العبد وجحده البائع فقد برئ من حصة الآمر من الثمن فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه أقر فيه بابراء صحيح فابراء الوكيل عندهما يصح فى براءة المشترى ولا يمين على المشترى فى شئ من ذلك لان العبد لادعوى له فى ذلك بعد اقرار الآمر بما يبرئ المشترى ويأخذ البائع من المشترى نصف الثمن فيسلم له بعد مايحلف على ما ادعاه الامر لان الآمر يدعى عليه أنه ضامن له نصيبه بالابراء والهبة وهو منكر لذلك فيستحلف واذا حلف صار الآمر هو المتلف لنصيبه من الثمن باقراره والنصف الآخر يسلم للبائع وعند أبى يوسف رحمه الله اقرار الآمر باطل وجميع الثمن على المشترى بينهما نصفان لان فى نصيب البائع لا قول له وفى نصيبه ابراء البائع عنده باطل ولو كان البائع أقر أن شريكه أبرأ العبد من حصته أو أنه قبض حصته وجحده الشريك وادعاه العبد فان العبد برىء من نصف الثمن لان البائع أقر بما يوجب براءة المشترى من نصف الثمن وهو القبض أو الابراء من الآمر ولا يمين عليه لانه لا دعوى لاحد عليه بعد ذلك لكن يرجع الآمر على البائع بحصته من الثمن وهو نصفه فيضمنها اياه لان البائع صار متلفا نصيبه من الثمن باقراره ويكون للبائع على المشترى نصف الثمن فى قول أبى حنيفة ومحمد فأما عند أبى يوسف فاقراره على الآمر بالابراء بمنزلة ابرائه اياه عن نصيبه وذلك باطل عنده ولا يمين على البائع فى ذلك ولكن العبد يستحلف الآمر على ما يدعى عليه من الابراء والهبة فان نكل لزمه ماقال البائع وان حلف بقي الثمن كله على المشترى واذا دفع المأذون الى رجل جارية يبيعها فباعها من رجل له على المأذون دين ودفع الجارية اليه فقد صار الثمن قصاصا بدين العبد لان الثمن بالبيع وجب للمأذون حتى اذا قبضه الوكيل يؤمر بالتسليم اليه وللمشترى على المأذون مثل ذلك دينا فيصير قصاصا لانه لافائدة فى القبض وان كان الدين للمشترى على المأمور دون المأذون فكذلك الجواب فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى يوسف رحمه الله لايكون قصاصا بدين الوكيل وهى فرع مسئلة الوكيل اذا أبرأ المشترى عن الثمن وقد بيناها فى البيوع ولو كان للمشترى على العبد ألف وعلى الوكيل ألف كان الثمن قصاصا بدين الموكل دون الوكيل أما عند أبى يوسف فلا اشكال وأما عندهما فلانه لوجعل قصاصا

بدين الموكل لم يجب ضمانه على أحد ولو جعل قصاصا بدين الوكيل كان الوكيل ضامنا مثله للموكل فكانت المقاصة بدين الموكل أقرب الى انقطاع المنازعة والى اظهار فائدة المقاصة ثم الثمن ملك الموكل والمطالبة حق الوكيل وعند المعارضة الملك يكون أقوى من الحق فلهذا ترجح جانب الموكل فيصير قصاصا بدينه

باب البيع الفاسد من المأذون

(قال رحمه الله) واذا باع المأذون جارية بيعا فاسدا من رجل وسلمها اليه جاز للمشترى فيها من العتق وغير ذلك ما يجوز له فى شرائه من الحر لان البيع الفاسد من نوع التجارة والمأذون فيه كالحر والمشترى بالقبض صار مالكا المبيع فى الوجهين فينفذ تصرفه لمصادفته ملكه وكذلك المأذون لو كان هو الذى اشتراه شراء فاسدا وقبضه فانه ينفذ فيه من تصرفاته ما ينفذ فى الشراء الصحيح فيكون ضامنا قيمته للبائع لتعذر رد العين لان التزام ضمان القيمة من العبد بسبب صحيح كالتزام ضمان الثمن فاذا غلت فى يد المشترى غلة ثم باعها المأذون من رجل فالغلة تسلم له سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الغلة حصلت على ملكه وقد تقرر ملكه حين باعها من غيره وان لم يبعها ولكن ردها على البائع فالغلة مردودة على البائع لان الرد بفساد العقد بفسخ البيع من الاصل والمشتراة شراء فاسدا كالمغصوبة فى أنها ترد بزوائدها المنفصلة والمتصلة فترد الغلة أيضا ثم على البائع أن يتصدق بها لان الغلة حصلت لا على ملكه ولا على ضمانه ولو كان العبد هو الذى باع الجارية أو الغلام بيعا فاسدا ثم أغل غلة عند المشترى ثم باعها المشترى فالغلة له لتقرر ملكه فى الاصل وعليه أن يتصدق بها لان الغلة حين حصلت كان ملكه فيها بسبب فاسد والمبيع كالمغصوب فى يده تسترد بزوائدها المنفصلة والمتصلة فيؤمر بالتصدق بالغلة ولو ردها مع الغلة على المأذون لم يتصدق المأذون بشئ من الغلة وكذلك فى المسألة الاولى اذا كان المأذون هو المشترى فلا يتصدق بالغلة لان كسبه لا يحتمل الصدقة والغلة صارت من اكسابه فلا يستحق عليه التصدق بها شرعا لكن ان كان على العبد دين أخذ الغرماء الغلة قضاء من دينهم ولم يتصدقوا بشئ منها لانهم أخذوها بدلا عن دينهم فان لم يكن عليه دين فينبغى للمولى أن يتصدق بها لان كسب العبد خالص حق المولى فى هذه الحالة وانما يملك على سبيل الخلافة عن المأذون ولو كان المأذون من أهل أن يتصدق كان

عليه التصدق بهذه الغلة فكذلك من يخلفه وهو المولى من أهل التصدق فيستحب له أن يتصدق بها واذا باع المأذون جارية من رجل بيعا فاسدا وسلمها فباعها المشترى من المأذون أو من وكيل مولاه بيعا صحيحا وسلمها اليه فان لم يكن على المأذون دين فهو نقض للبيع الفاسد لان بيع المأذون كسبه اذا لم يكن عليه دين يصادف ملك المولى فهو فى حكم النائب عنه من وجه بمنزلة الوكيل فالرد لاجل الفساد مستحق فى هذه العين على المولي كما هو مستحق على العبد ولو باعه من العبد كان ذلك نقضا للبيع الفاسد سواء كان على العبد دين أو لم يكن فاذا باعه من المولى ولا دين عليه يكون نقضا للبيع الفاسد أيضا وبيعه من وكيل المولى كبيعه من المولى وان كان على المأذون دين فهو بيع جائز لان المولي من كسبه فى هذه الحالة كالاجنبي فيكون هذا بمنزلة بيع المشترى اياها من أجنبي آخر فيلزمه القيمة للعبد المأذون ويكون له الثمن على من باعها منه وان باعها من عبد آخر للمولى بأجر وسلمها اليه فان لم يكن على واحد منهما دين فهو نقض للبيع الفاسد لان تصرف العبد الآخر للمولى من وجه لان كسبه مملوك للمولي فهو نظير بيعها من وكيل المولي ولا يبرأ من ضمانها الا بردها على المأذون أو على مولاه لانها صارت مضمونة عليه بالقبض فبقي الضمان بعد انتقاض العقد لبقاء القبض وان كان علي أحدهما دين فهو بيع جائز أما اذا كان الدين على البائع فقد بينا انه لو باعها فى هذه الحالة من المولى كان بيعا جائزا فكذلك من عبده وان كان الدين علي المشترى فهو فى هذا الشراء غير متصرف لمولاه بل لغرمائه فبيعها منه كبيعها من أجنبي آخر فيتقرر ضمان القيمة عليه للمأذون وله الثمن على المشترى منه واذا باعها من مضارب المأذون البائع فهو جائز لان للمضارب فيما يشترى حقا فى الربح وهو بمنزلة المشترى لنفسه من وجه (ألا ترى) أن رب المال لا يملك نهيه عن بيعه وان رب المال لو باع شيأ من ماله من المضارب جاز فكذلك هذا المشترى شراء فاسدا اذا باعها من مضارب البائع جاز بمنزلة بيعها من أجنبي آخر وكذلك ان باعها من مضارب المولي وعلى العبد دين أو لا دين عليه ولو باعها من ابن المولى أو أبيه أو مكاتبه أو باعها من المولى لابن صغير له فى عياله فهو كله سواء لان التصرف الحاصل لهؤلاء فى حق البائع دون تصرف مضارب البائع واذا ثبت صحة الشراء الثانى هناك فههنا أولى وكذلك لو أن أجنبيا وكل المولى بشرائها له فاشترى له أو وكل المأذون بشرائها له فاشتراها له كانت الجارية للآمر وكان الثمن على العبد المشترى ويرجع به العبد على الآمر وللعبد على الآمر قيمة الجارية

فتكون القيمة قصاصا بالثمن ويرجع العبد على الآمر بما أدى عنه من الثمن والحاصل أنه متى كان العقد الثانى موجبا حكما في الملك والضمان غير الحكم الذى كان قبل البيع الفاسد فانه لا يكون ذلك نقضا للبيع الفاسد وان كان لا يوجب حكما آخر سوى ما كان قبل البيع فى حق الملك والضمان فهو نقض للبيع الفاسد ولو كان المأذون البائع هو الذى وكل انسانا بشرائها من المشترى له ففعل وقبضها فهو نقض للبيع الفاسد فكأنه اشتراها بنفسه لان هذا الشراء فى حكم الملك والضمان لا يوجب الا ما كان قبل العقد الفاسد فان بشراء الوكيل يقع الملك للموكل وبقبض الوكيل يدخل فى ضمان الموكل وان كان المولى هو الذى أمر رجلا بشرائها له فهذا وشراء المولى بنفسه سواء فى الفرق بينهما اذا كان على العبد دين أو لا دين عليه واذا قتلها المأذون فى يد المشترى فهو نقض للبيع لانه بالاتلاف صار مستردا لها وزيادة (ألا ترى) ان المشترى بالاتلاف يصير قابضا للمبيع وكذلك لو كان حفر بئرا فى الطريق قبل البيع أو بعده فوقعت الجارية فيها أو حدث بها عيب من ذلك ولم يمنعها المشترى منه حتى ماتت من حفره فهو فسخ للبيع لان العبد بالحفر صار جانيا على الواقع فى بئره عند الوقوع حكما فكأنه حفر بيده والبائع اذا أتلف المعقود عليه أو عيبه فى البيع الفاسد صار مستردا له بمنزلة المشترى فى البيع الصحيح لان الاسترداد ههنا مستحق كالقبض هناك الا أن المشترى لو منعها منه بعد التعييب بطل حكم استرداده فى حكم الضمان بمنع المشترى كما يبطل حكم قبض المشترى بمنع البائع بعد ما عيبها المشترى وان كان المولى هو الذي فعل ذلك ولا دين على العبد فهو كذلك لان المولى متمكن من استردادها لفساد البيع فى هذه الحالة كالعبد وكما لو كان هو البائع بنفسه فان كان عليه دين فالمولي غير متمكن من استردادها فى هذه الحالة فيكون هو كاجنبي آخر فيما فعله فعلى عاقلته قيمتها فى ثلاث سنين لان جنايته حصلت على ملك المشترى فيجب ضمان القيمة على عاقلته اذا حدث الموت من فعله وان كان حدث العيب من فعله والموت من غيره ضمن المشترى قيمتها بسبب القبض وتعذر الرد عليه ويرجع على المولى بنقصان العيب فى ماله حالا لان النقصان حصل بجناية المولى فى ملك المشترى والجناية على المماليك فيما دون النفس حكمه حكم الاموال فى أنه يكون فى مال الجانى حالا وان وقعت فى بئر حفرها المأذون فى دار من تجارته فمات أو فى بئر حفرها المولى فى ملكه لا يكون ذلك نقضا للبيع لان الحافر فى ملك نفسه لا يكون جانيا فانه غير متعد فى هذا التسبب وانما يكون الاتلاف مضافا اليه اذا

كان متعديا فى التسبب فاذا لم يصر مضافا اليه لانعدام التعدى كان هذا وموتها فى يد المشترى سواء يعطى المشترى ضمان قيمتها ولا شئ له على صاحب البئر من ذلك والله أعلم بالصواب

باب قبض المأذون فى البيوع

(قال رحمه الله) وحكم المأذون فى قبض ما اشتراه باليد أو بالجناية عليه كحكم الحر لان القبض يصير مستحقا له بالشراء كما للحر وكذلك ان كانت جارية فوطئها فنقصها الوطء أو لم ينقصها ثم ماتت فى يد المشترى من غير الوطء قبل أن يمنعها المشترى من العبد فعلى العبد جميع الثمن لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كالمستوفى بالجناية ثم الوطء من الحر يجعل قبضا فكذلك من العبد لان العبد لا يفارق الحر فى ذلك الا فى حكم الحل والقبض ليس باعتبار صفة الحل بل باعتبار تمكنه من قبضها والتخلى بها حالة الوطء أو باعتبار انه استيفاء جزء منها حكما وفى هذا الحر والعبد سواء وكذلك ان أقر بالوطء وكذبه المولى لان الوطء منه لما كان قبضا فاقراره بالوطء كاقراره بالقبض واقرار المأذون بقبض ما اشتراه صحيح صدقه المولى فى ذلك أو كذبه واذا اشترى المأذون من رجل كر حنطة يساوى مائة درهم بثمانين درهما فصب العبد فيه ماء قبل أن يقبضه فأفسده فصار يساوى ثمانين درهما ثم ان البائع بعد ذلك صب فيه ماء فأفسده فصار يساوى ستين درهما فالمأذون بالخيار للتغيير الحاصل فيه بفعل البائع فانه بما صنع صار مستردا محدثا للعيب فيه ولم يوجد من العبد الرضا بذلك فكان له الخيار فان اختار أخذ الكر أخذه بأربعة وستين درهما لان البائع صار متلفا خمس المبيع فسقطت حصته من الثمن وذلك الخمس وخمس ثمانين ستة عشر فاذا سقط من المشترى ستة عشر درهما بقي عليه أربعة وستون فان قيل أتلف البائع ربع الباقى لان الثمن حين أفسده البائع كان ثمانين وقد تراجع الى ستين قلنا انما يعتبر ما أتلف البائع من المبيع والمبيع قيمته مائة والجزء الذى أتلفه المشترى تقرر البيع فيه ولم ينتقض فلهذا سقط بفعل البائع خمس الثمن فان تركه المشتري فلا ضمان عليه لما أفسد لان الكر بعينه قد رجع الى البائع فانما بقى الفائت بفعل المشترى مجرد الجودة ولا قيمة للجودة فى الاموال الربوية منفردة عن الاصل وقد صار البائع راضيا بذلك حين استرده بالافساد بعد فعل المشترى ولو ضمن له المشترى النقصان عاد اليه الكر تاما مع زيادة دراهم وذلك ربا (ألا ترى) ان الغاصب

لو أفسد الكر بصب الماء فيه ثم اختار المغصوب منه أخذه لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان فهذا مثله بخلاف ما اذا اختار الاخذ فانا لو أسقطنا عن المشترى حصة ما أتلفه البائع من الثمن لا يؤدى الى الربا بل يسلم الكر للمشترى بأربعة وستين درهما وذلك صحيح كما لو أبرأه البائع عن خمس الثمن ولو كان البائع هو الذى صب فيه الماء أولا ثم المشترى صب فيه الماء فان المشترى يجبر على قبضه لانه صار راضيا بالتعييب الحاصل بفعل البائع حين قبضه بالتعييب بعده ويؤدى أربعة وستين درهما لما قلنا وكذلك هذا الحكم فى كل مكيل أو موزون ولو كان المبيع عرضا أفسده المشتري أولا ثم أفسده البائع فان شاء المشترى أخذه وسقط عنه من الثمن بحساب ما نقصه البائع وان شاء نقض المبيع وأدى من الثمن بحساب ما نقصه المشترى لان المبيع ليس بمال الربا فيكون للوصف منه قيمة منفردا لان الاوصاف بالتناول تصير مقصودة ويقابلها حصة من الثمن سواء تناولها البائع أو المشترى وقد بينا هذا فى البيوع وان كان المشترى أفسده بعد البائع لزمه ذلك وسقط عنه من الثمن بحساب ما نقصه البائع لوجود القبض والرضا من المشترى بعد التعييب الذى كان من البائع واذا اشترى المأذون كر تمر جيد بعينه بكر تمر ردئ بعينه فصب العبد فى الكر الذي اشتراه ماء فأفسده ثم صب البائع فيه ماء فأفسده فهو بالخيار لان البائع عيبه فصار مستردا له بعد تعييب المشترى ولم يوجد من المشترى الرضا بذلك فيتخير لهذا ان شاء أخذه ودفع الكر وان شاء نقض البيع ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بنقصان الكر فى الوجهين جميعا أما اذا رده فظاهر وان اختار أخذه فلانه لو اعتبر جناية البائع ههنا سقط عن المشترى حصته من العوض فيصير بأقل من كر وهو الربا بعينه بخلاف ما تقدم ولو كان المشترى صب فيه الماء بعد البائع لزمه الكر بجميع الثمن الذى اشتراه به لانه صار راضيا به حين عيبه بعد البائع ولا يسقط بتعييب البائع شئ من العوض لاجل الربا وله أن يرده بعيب ان وجده قبل القبض أو بعده بالتعيب الحاصل من المشترى بما صب فيه من الماء واذا اشترى المأذون من رجل عشرة أرطال زيت بدرهم وأمره أن يكيله فى قارورة جاء بها فكال البائع الزيت فى القارورة فلما كال فيها رطلين انكسرت والبائع والمشترى لا يعلمان فكالا بعد ذلك جميع ما باعه من الزيت فيها فسال ذلك لم يلزم العبد من الثمن الا عن الرطل الاول لان القارورة بالانكسار خرجت من أن تكون وعاء فتبين بهذا أنه حين أمره بالصب كانت القارورة صحيحة وعاء صالحا للزيت فيقيد أمره بحال بقائها وعاء لما

عرف من مقصود المشترى اذ مقصوده كان هو الاحراز دون الاتلاف وقد صب الرطل الاول فى القارورة وهى صحيحة فصار المشترى قابضا لذلك الرطل بملكه ثم انكسرت القارورة فسال ذلك الرطل بعد ما صار المشترى قابضا فيلزمه ثمنه ثم بالانكسار خرجت القارورة من أن تكون وعاء فبطل حكم أمر المشترى فصار البائع بصب مابقى فيها متلفا المبيع بغير أمر المشترى فسقط عن المشترى ثمن مابقى لانفساخ البيع فيه باتلاف البائع وان كان الرطل الاول لم يسل كله حين صب البائع الرطل الثانى فيه فالبائع ضامن لما بقى من الرطل الاول فى القارورة لان المبيع لما انفسخ فيما بقى من الوجه الذى قررنا تبين أن البائع خلط مابقى من الرطل الاول فى القارورة بمال نفسه ومن خلط زيت غيره بزيت نفسه يكون ضامنا لصاحبه فلهذا ضمن ما بقى سواء كان نصف الرطل أو ثلثه أو ربعه ولو كانت القارورة مكسورة حين دفعه اليه وأمره أن يكيل فيها ولا يعلمان بذلك فكال البائع فيها عشرة أرطال فسالت كلها فالثمن كله لازم على العبد لانه حين أمره لم تكن القارورة وعاء صالحا لاحراز الدهن فيها فكان ذلك بمنزلة أمره اياه بالاتلاف ومن اشترى شيأ بعينه ثم أمر البائع أن يتلفه ففعل تقرر على المشترى جميع الثمن فكذلك هذا والحر والعبد فى هذا سواء لان اتلاف البائع بامر المشترى كاتلاف المشترى بنفسه وقد بينا أن فى حكم القبض والاتلاف الحر والعبد سواء ولا معتبر بعلم المشترى وجهله بذلك لانا لو اعتبرنا جهله بذلك لدفع الضرر عنه كان فيه اضرارا بالبائع وكما يجب دفع ضرر المشترى يجب دفع ضرر البائع ولانه صرح بالامر بالصب فيه ومع التصريح لامعتبر بجهله كما لو قال لرجل اتلف هذا المال فأتلفه ثم تبين انه كان للآمر ولم يكن عالما به لم يضمن المأمور شيأ وهذا بخلاف الاول فهناك انما صرح بالامر بالاحراز لكون القارورة صحيحة عند الامر بالصب فيها فلا يكون هذا الامر بالاتلاف صريحا فلهذا قيدناه بحال بقاء القارورة صحيحة واذا اشترى المأذون جارية فقبضها بغير اذن البائع قبل نقد الثمن فماتت عنده أو قتلها مولاها ولا دين على العبد أو أعتقها لم يكن للبائع أن يضمن العبد ولا المولى قيمتها لانها صارت مضمونة عليه بالثمن بهذا القبض وضمان القيمة مع ضمان الثمن لا يجتمعان ولكنه يطالب العبد بالثمن فيباع له فيه فان نقص ثمنه عن حقه كان على المولى تمام ذلك من قيمة الجارية التى استهلكها لان الجارية صارت كسبا للعبد وقد أتلفها المولى بالقتل أو الاعتاق فلا يسلم له ذلك الا بشرط الفراغ من دين العبد فاذا لم يف ثمن العبد بثمن الجارية

كان المولى ضامنا الفضل من قيمة الجارية لما بينا ولو كان العبد وكل رجلا بقبضها فقبضها فماتت فى يده ضمن الوكيل قيمتها للبائع لانه جان فى حق البائع حين قبضها بغير أمره قبل نقد الثمن فيضمن له قيمتها كالراهن اذا وكل وكيلا باسترداد المرهون فاسترده بغير رضا المرتهن ثم هذه القيمة تكون فى يد البائع فان أوفى العبد الثمن رجعت القيمة الى الوكيل وان هلكت القيمة من الوكيل سقط الثمن عن العبد لان استرداد القيمة كاسترداد عينها ثم يرجع الوكيل بها على العبد لانه غرم لحقه فى عمل باشره له بأمره فيرجع به عليه سواء كان الثمن أكثر من ذلك أو أقل وكذلك لو كان المشترى حرا فوكل رجلا بقبضها أو أمره بقتلها فقتلها وهذا فصل قد بيناه فى آخر البيوع وبينا الفرق بينه وبين ما اذا أمر غيره بان يعتقها فأعتقها على قول أبى يوسف الآخر وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فالتسوية بينهما على قوله الاول وذلك كله فى البيوع والله أعلم

باب الرد بالعيب على المأذون

(قال رحمه الله) واذا باع المأذون جارية وسلمها الي المشترى ثم ردها عليه المشترى بعيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله بغير قضاء قاض وقبلها العبد فهو جائز بمنزلة الحر فى ذلك لان الرد بغير قضاء قاض اقالة والمأذون يملك الاقالة فسخا كان أو بيعا مبتدأ وكذلك لو ردها عليه بقضاء قاض ببينة قامت أو باباء يمين أو باقرار منه بالعيب فهذا كله فسخ يملكه المأذون فان ردها وأخذ الثمن ثم وجد بها عيبا قد كان حدث عند المشترى ولم يعلم به فهو بالخيار ان شاء ردها علي المشترى وأخذ منه الثمن وان شاء أمسكها لان حال البائع بعد الفسخ كحال المشترى عند العقد والمشترى اذا وجد بها عيبا كان عند البائع ثبت له الخيار فكذلك البائع اذا وجد بها عيبا كان حدث عند المشترى وهذا لانه انما رضى بالفسخ علي أن تعود اليه كما خرجت من يده وكذلك القاضى انما قضي بالفسخ لدفع الضرر عن المشترى فينفذ قضاؤه بدفع الضرر على وجه لا يلحق الضرر بالبائع فاذا ظهر أنه كان حدث بها عيب عند المشترى تضرر البائع بهذا فلهذا ثبت له الخيار فان ردها على المشترى انفسخ ذلك الفسخ وصار كان لم يكن فبقى حق المشترى في المطالبة بالجزء الفائت وقد تعذر ردها فيرجع بحصة العيب من الثمن وان لم يردها العبد حتى حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها لانه

يمكنه من ردها لدفع الضرر عن نفسه فلا يكون له أن يلحق الضرر بالمشترى وفى الرد عليه بعد ماحدث بها عيب عنده اضرار بالمشترى ولكنه يرجع بنقصان العيب الذى حدث عند المشترى من الثمن كما كان يفعله المشترى قبل الفسخ اذا وجد بها عيبا وقد تعيبت عنده فان شاء المشترى أن يأخذها بعيبها الذى حدث عند العبد فله ذلك لان تعذر الرد لمراعاة حق المشترى وربما يكون قبولها مع العيب أنفع له من الرجوع بحصة العيب من الثمن فان أخذها ودفع الثمن الى العبد رجع المشترى على العبد بنقصان العيب الاول من الثمن لان ذلك الفسخ قد انفسخ بردها على المشترى فيكون حقه فى الرجوع بنقصان العيب الاول من الثمن كما كان قبل الفسخ ولم يكن له أن يرجع بنقصان العيب الآخر لانه قد رضى به حين قبلها مع علمه بذلك العيب ويمكنه من أن لا يقبلها وكذلك ان كان العيب الآخر جناية من العبد أو وطئها لان جنايته على كسبه لا تلزمه ارشا والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كالمستوفى بالجناية وان كانت جناية من أجنبي أو وطئها فوجب العقر أو الارش رجع العبد على المشترى بنقصان العيب الحادث عند المشترى من الثمن ولم يكن للمشترى أن يأخذ الجارية لحدوث الزيادة المنفصلة المتولدة فى يد البائع بعد الفسخ وكما أن حدوث هذه الزيادة عند المشترى يمنع فسخ العقد حقا للشرع فكذلك حدوثها عندالبائع بعد الفسخ واذا تعذر ردها تعين حق البائع فى الرجوع بحصة العيب ولو كان المشترى رد الجارية على العبد أولا بالعيب فقبضها العبد ثم وجد المشترى قد قطع يدها أو وطئها فلم يردها عليه بذلك حتى حدث بها عيب عند العبد فالمشترى بالخيار لان المشترى لم يلزمه ارش ولا عقر بما فعله فى ملك صحيح له فهو كحدوث العيب عنده بآفة سماوية وقد حدث بها عيب عند العبد فيخير المشترى ان شاء أخذها وأعطى العبد جميع الثمن ثم يرجع المشترى على العبد بنقصان العيب الاول من الثمن وان شاء دفع الى العبد نقصان العيب الذى حدث عنده من الثمن يعني فى الجناية فى او وطء اذا كانت بكرا حتى نقصها الوطء فى ماليتها فان كان المشترى وطئها وهى ثيب فلم ينقصها الوطء شيأ لم يرجع العبد على المشترى بشيء من الثمن ولم يرد العبد الجارية لان المستوفى بالوطء وان كان فى حكم جزء فهو بمنزلة جزء هو ثمرة (ألا ترى) ان استيفاءه لم يوجب نقصانا فى مالية العين والثمن انما يقابل المالية فما لا يكون مالا لا يقابله شيء من الثمن فلا يتمكن العبد من الرجوع بنقصان العيب عند تعذر ردها عليه * فان قيل أليس انه لو علم بوطء المشترى اياها قبل

الرد يكون له أن يقبلها ويجعل ذلك كالخيار فكذلك اذا علم به بعد الرد وقد تعذر ردها بالعيب الحادث عنده *قلنا امتناع الرد بسبب الوطء ليس لعين الوطء بل لدفع الضرر عن البائع ولان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ العقد من الاصل فتبين ان الوطء كان في غير الملك حتى لو رضي به البائع بالاسترداد ردها لانه حينئذ لا يكون فسخا من الاصل وهذا المعنى لا يوجد في رجوع البائع على المشترى بنقصان العيب عند تعذر ردها عليه وكيف يرجع بنقصان العيب من الثمن ولا ثمن بمقابلة المستوفى بالوطء لان ذلك ليس بمال ولهذا لو علم المشترى ان البائع كان وطئها بعد ما باعها منه وهي ثيب لم يكن له خيار في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يرجع عليه بشئ من الثمن وان كان أجنبي قطع يدها عند المشترى أو وطئها فوجب العقر ثم ردها القاضي على العبد بالعيب الذي كان عنده ولم يعلم صنع الاجنبي ثم حدث بالجارية عيب عند العبد ثم اطلع على ما كان عند المشترى فان الجارية ترد على المشترى لانه تبين بطلان قضاء القاضي بالفسخ للزيادة المنفصلة من العين عند المشترى ويرد عليه معها نقصان العيب الذي حدث عند العبد من قيمتها لانه ظهر أن العبد قبضها بحكم فسخ فاسد والمقبوض بفسخ فاسد كالمقبوض بعقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة بجميع أوصافه تلف بنفسه أو أتلفه البائع ثم يأخذ العبد الثمن من المشترى ان كان قد رده اليه ويرجع المشترى على العبد بنقصان العيب الاول لتعذر ردها بالعيب بسبب الزيادة المنفصلة وان كان العيب الذي حدث بها عند العبد من فعل الاجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ ذلك النقصان من العبد ورجع به العبد على الاجنبي وان شاء أخذه من الاجنبي اعتبارا للمقبوض بفسخ فاسد بالمقبوض بعقد فاسد اذا جنى عليه أجنبي في يدي المشترى فانها ترد على البائع ويتخير البائع في تضمين النقصان الجاني بالجناية أو المشترى بالقبض ثم يرجع المشتري به على الاجنبي فان كان العبد البائع قتلها أو قتلها أجنبي في يد العبد فهو سواء ويأخذ المشترى من العبد قيمتها ولا سبيل له علي الاجنبي لان البائع ملكها بالقبض بفسخ فاسد وجناية الاجنبي انما صادفت ملكه لاملك المشترى ولا سبيل للمشترى على الاجنبي يأخذ قيمتها من البائع لتعذر رد عينها ثم يرجع العبد بالقيمة على الاجنبي لانه أتلف ملكه وهذا بخلاف الجناية فيما دون النفس لان هناك استرداد الاصل لم يتعذر وقد بينا هذا الفرق في المقبوض بحكم شراء فاسد فكذلك المقبوض بحكم فسخ فاسد وان كان العبد باعها بعد ما قبضها

المشترى جاز بيعه لانه ملكها بالقبض وان كان الفسخ فاسدا فينفذ بيعه وعليه قيمتها يوم قبضها من المشترى وقيمتها كاسترداد عينها فيكون له أن يرجع على العبد بنقصان الاول من الثمن وكذلك لو كان المشترى ردها بهذا العيب على البائع بغير قضاء قاض أو كان ذلك بطريق الاقالة فهو فسخ فى قول أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة الرد بالعيب وهذا الحكم كذلك فى البيع والشراء اذا كانا حرين والله أعلم

باب الخيار فى بيع المأذون

(قال رحمه الله) والمأذون مثل الحر فى حكم الخيار المشروط فى البيع لان اشتراط الخيار فى البيع لدفع الغبن وحاجة العبد اليه كحاجة الحر واذا باع المأذون متاعا أو اشتراه واشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام وعلى العبد دين أو لا دين عليه فنقض المولى البيع فى الثلاثة بمحضر من الآخر لم يجز نقضه لانه حجر خاص فى اذن عام فان هذا التصرف من العبد تناوله الاذن فالمولى يفسخ هذا التصرف عليه بحجر عليه من امضائه بالاجازة والحجر الخاص مع قيام الاذن العام باطل كما أن استثناء تصرف من الاذن فى التجارة عند ابتداء الاذن باطل وان أجازه جاز ان لم يكن على العبد دين لان الاجازة اتمام لتصرف العبد فاذا لم يكن على العبد دين فهو فى حكم العقد متصرف للمولى لان كسبه خالص ملك المولى فيعمل اجازة المولى كما يعمل اجازة الموكل لتفرق الوكيل مع خيار الشرط فان كان عليه دين لم يجز اجازة المولى لانه من كسبه كاجنبي آخر وهذا التصرف من العبد لنفسه فان المقصود بتصرفه تصرفه لغرمائه والمولى فى هذه الحالة منه كالاجنبي فلهذا لا تعمل اجازته فان كان الخيار للمشترى مع العبد أو للبائع مع العبد فنقض صاحب الخيار البيع بحضرة المولى وعلى العبد دين أو لا دين عليه فنقضه باطل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أما اذا كان على العبد دين فلا اشكال فيه وان لم يكن عليه دين فلان النقض تصرف فى أصل العقد بالفسخ لا فى حكم العقد والمولى فى أصل السبب كاجنبي آخر وعند أبى حنيفة ومحمد فسخ من له الخيار بغير محضر من عاقده لا ينفذ وان كان بمحضر من الاجنبي بخلاف الاجازة فالاجازة تصرف فى الحكم بالاثبات أو التقرير والمولى فى الحكم ليس كالاجنبي اذا لم يكن على العبد دين بل العبد بمنزلة النائب عنه ولو باع المأذون جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام فأخذ المولى الجارية فباعها

أو وطئها أو قبلها بشهوة أو فقأ عينها بغير محضر من المشترى وذلك بعد ما أخذها فان كان المأذون لادين عليه فهذا نقض للبيع والجارية للمولى وقد خرجت من تجارة العبد لانها بالبيع بشرط الخيار تخرج من أن تكون كسب العبد والمولى مالك لكسبه اذا لم يكن عليه دين فيتمكن من أخذها منه واحداث هذه التصرفات منه يوجب تقرير ملكه ومن ضرورته فسخ ذلك البيع ولهذا لو كان البائع حرا مالكا فتصرف فيه هذه التصرفات بغير محضر من المشترى انفسخ العقد به حكما فكذلك المولى اذا فعله انفسخ العقد حكما ولا يكون هذا من المولى حجرا خاصا فى اذن عام وكذلك لو قبضها المولى ثم قال قد نقضت البيع بمحضر من المشترى فالبيع منتقض لانه بالقبض أخرجها من أن تكون كسبا للعبد فنقضه البيع فيها لا يكون حجرا خاصا فى اذن عام لان الاذن العام له فى التصرف فى كسبه وقد أخرجه من أن يكون كسبا له ولو قبضها ولم ينقض البيع حتى مضت الايام الثلاثة جاز البيع والثمن للعبد على المشترى لان بمجرد أخذها لا يكون فسخا للبيع فالاخذ قد يكون للحفظ والنظر فيها هل تصلح له أم لا واذا لم ينفسخ البيع بالاخذ تم البيع بمضى الايام وتملكها المشترى من وقت العقد فيكون الثمن للعبد على المشترى وان كان على العبد دين فى جميع ماوصفنا فنقض المولى البيع وأخذه الجارية باطل والبيع والخيار فيها على حاله لان المولى ممنوع من أخذها لما كان الدين على العبد فلا يخرج بأخذه اياها من أن تكون كسبا للعبد فيكون نقضه البيع فيها حجرا خاصا فى اذن عام ولو اشترى المأذون جارية واشترط الخيار لمولاه ثلاثة أيام فان نقض البيع المولى أو العبد فهو نقض لان اشتراط الخيار لمولاه اشتراط منه لنفسه فانه يجعل المولى نائبا عنه فى التصرف بحكم الخيار وقد بيناه فى البيوع فيما اذا اشترط الخيار لاجنبى فكذلك لمولاه وكذلك ان أجاز العقد أحدهما فهو جائز فان نقض المولى البيع بمحضر من البائع وأجازه العبد فالسابق منهما أولى نقضا كان أو اجازة لان باجازة أحدهما أو لا يتم البيع فلا ينفرد الآخر بفسخه بعد ذلك وبنقض أحدهما أو لا ينفسخ البيع والمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان ذلك منهما معا فالنقض أولى من الاجازة لان النقض يرد على الاجازة فالبيع التام يمكن نقضه والاجازة لا ترد على النقض فالبيع المنقوض لا تمكن اجازته وعند المعارضة الوارد يترجح على المورود عليه قال (ألا ترى) أن رجلا لو اشترى جارية بعبد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فى الجارية وتقابضا ثم أعتق المشترى الجارية عتقت وجاز البيع لان

خياره فيها خيار المشترى وذلك لا يمنعه من التصرف فيها لانه لما كان يملك تنفيذ العتق في كل واحد منهما على الانفراد نفذ عتقه فيها وان لم يعتقها ولكنه أعتق العبد عتق وهو فسخ منه للبيع لان خياره فيه خيار البائع وذلك لا يمنع من التصرف فيما باع ومن ضرورة نفوذ تصرفه انفساخ البيع ولو أعتقها جاز عتقه فيها أيضا وينتقض البيع باعتبار نفوذ عتقه فيما باع وعليه قيمة الجارية لانه تعذر ردها لما نفذ عتقه فيها وقد انتقض البيع فعليه رد قيمتها ومقصوده من هذا الاستشهاد بيان أن النقض أولى من الاجازة وقد بينا ما في هذه المسئلة من الاختلاف في البيوع وكذلك لو باع المأذون جارية واشترط الخيار لمولاه ثلاثة أيام فنقضه العبد وأجازه المولى معا فالنقض أولى لما بينا ولو اشترى المأذون جارية وقد رآها مولاه ولم يرها العبد وعليه دين أو لا دين عليه فللعبد الخيار اذا رآها لانه هو المشترى والشرع انما أثبت خيار الرؤية للمشترى والعبد في أصل التسبب مباشر لنفسه كالحر وخيار الرؤية يبنى على السبب ثم رؤية المولى لا تكون دليل الرضا منه بها لانه ما كان يعلم أن عبده يشتريها وان كان العبد رآها قبل الشراء ولم يرها المولى لم يكن للمولى أن يردها كان على العبد دين أو لم يكن لان العبد في الشراء متصرف لنفسه ورؤيته قبل العقد دليل الرضا منه بها والفسخ من المولى يكون حجرا خاصا في اذن عام ولو لم يرها واحد منهما قبل الشراء ثم رأياها فالخيار للعبد لان خيار الرؤية يثبت باعتبار السبب والعبد في أصل السبب متصرف لنفسه فان رضيها المولى جازت على العبد ان لم يكن عليه دين لان الرضا تقرير بحكم السبب والعبد فيما يرجع الى الحكم نائب عن المولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فرضا المولى باطل لانه في الحكم أجنبي مابقى من الدين شئ على العبد وان نقض المولى البيع بمحضر من البائع فنقضه باطل كان على العبد دين أو لم يكن لان النقض منه حجر خاص في اذن عام ولو رضيها المولى وردها العبد معا كان رد العبد أولى لما بينا أن النقض يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على النقض وكذلك لو وجد بها عيبا قبل أن يقبضها فالعبد بالخيار ان شاء أخذها وان شاء تركها لان خيار العيب قبل القبض بمنزلة خيار الرؤية (ألا ترى) أن الراد ينفرد به من غير قضاء ولا رضا وانه لا يملك رد أحد العبدين به دون الآخر فان رضيها المولى وعلى العبد دين فرضاه باطل وان لم يكن عليه دين سوى ثمنها جاز رضا المولى عليه كما في خيار الرؤية وان نقض المولى البيع فنقضه باطل كان عليه دين أو لم يكن لانه

خاص قال (ألا ترى) أن رجلا لو اشترى لرجل جارية بامره فلم يقبضها الوكيل حتى وجد بها عيبا فرضيها الآمر جاز وان نقض الآمر البيع لم يجز نقضه وهذا اشارة الى الحرف الذى بينا أن الرضا تصرف فى الحكم وحكم تصرف الوكيل للموكل والنقض تصرف فى السبب والوكيل أصل فى السبب بمنزلة العاقد لنفسه فلم يجز نقض الموكل فيه فكذلك في المأذون مع مولاه ولو اشترى المأذون جاريتين بألف درهم فلم يقبضهما حتى قتلت احداهما صاحبتها فالعبد بالخيار ان شاء أخذ الباقية بجميع الثمن وان شاء نقض البيع ولو ماتت احداهما موتا أخذ الباقية بحصتها من الثمن بخلاف الدابتين فهناك سواء قتلت أختهما صاحبتها أو ماتت أخذ الباقية بحصتها من الثمن وقد بينا هذا الفرق فى كتاب الرهن أن فعل البهيمة هدر شرعا فالتى هلكت فاتت ولم تخلف بدلا فسقطت حصتها من الثمن وفعل الآدمى معتبر شرعا فاذا اختار المشترى أخذ الباقية انفسخ البيع فى التى هلكت وتبين أن ملكه جنى على ملك البائع فوجب اعتباره ودفع القاتل بالمقتول فتبين أنه فات وأخلف بدلا فيبقي العبد ببقاء البدل فلهذا أخذ الباقية بجميع الثمن وثبوت الخيار له لتفرق الصفقة قبل التمام ولو اشترى المأذون جارية واشترط الخيار فى الثمن فذلك اشتراط منه للخيار فى الجارية سواء كان الثمن عينا أو دينا دفع الثمن أو لم يدفع لان الخيار انما يشترط لفسخ العقد أو لا لتنعدم صفة اللزوم به وهذا لا يختص بأحد العوضين فاشتراط الخيار في أحد العوضين يكون اشتراطا فى الآخر ضرورة وتقرير كلامه كانه قال ان رضيت أسلم لك الثمن فيما بينى وبين ثلاثة أيام سلمت وان شئت أخذت الثمن ولم أسلمه لك ولو صرح بهذا كان ذلك منه شرطا الخيار فى العوضين ولو اشترى ثوبين كل ثوب بعشرة على أن يأخذ ايهما شاء ويرد الآخر فهلك أحدهما عند البائع فالمشترى على خياره فى الباقى لان الخيار كان ثابتا للمشتري فيهما والذى هلك عند البائع انفسخ البيع فيه لفوات القبض المستحق بالعقد فيبقي هو على خياره فى الباقى ولو هلك أحدهما عند المشترى لزمه البيع فيه لانه لما اشرف على الهلاك فقد عجز عن رده حكما كما قبضه فيتعين البيع فيه ثم يهلك على ملكه ومن ضرورته تعين الرد فى الآخر ولو حدث بأحدهما عيب عند المشترى لزمه الذى حدث به العيب لانه عجز عن رده كما قبضه بخلاف ما اذا حدث بأحدهما عيب عند البائع أو بهما فالمشترى علي خياره لما بينا ولو باع المأذون من رجل ثوبين علي أن البائع بالخيار يلزمه أيهما شاء بعشرة ويرد الآخر فهذا وخيار المشترى سواء والقياس فيها أن البيع باطل وفى الاستحسان

هو جائز على ما اشترطا وقد بينا ذلك فى البيوع فان قبضها المشترى فهلك أحدهما عنده فهو أمين فيما هلك والبائع بالخيار ان شاء لزمه الباقى بعشرة لانه قبض أحدهما على جهة البيع والآخر لا على جهة البيع فكان أمينا فيما قبضه باذن المالك لا على جهة البيع والبيع ههنا فى الهالك لم يتعين بل تعين فى الباقى ضرورة (ألا ترى) أن البائع ليس له أن يلزمه الهالك لان تعيين البيع فيه كانشاء البيع وانشاء البيع فى الهالك لا يتحقق فكذلك تعين البيع فيه واذا ثبت أن البيع متعين فى الباقى فالبائع فيه بالخيار ثبت بعين الامانة فى الهالك ولو لم يهلك واحد منهما ولكن حدث بأحدهما عيب عند المشترى كان البائع على خياره لانه لا تأثير للعيب الحادث عند المشتري فى اسقاط خيار البائع فالمعيب محل ابتداء العقد كالتسليم بخلاف الهالك فلهذا كان البائع على خياره يلزمه أيهما شاء فان نقض البيع فيهما أخذهما ونصف قيمة المعيب فى القياس لان المعيب كان متردد الحال بين أن يكون مضمونا باعتبار تعين العقد وبين أن يكون أمانة باعتبار تعين البيع فى الآخر وبحدوث العيب فات جزء منه فيتنصف ضمان ذلك الجزء باعتبار التردد فيه (ألا ترى) أن البائع لو ألزم المشترى الصفقة فيه كان فوات ذلك الجزء على المشترى فلو لزمه فى الآخر كان فوات ذلك الجزء على البائع فاذا نقض البيع فيهما كان على المشتري نصف قيمة المعيب ولكن فى الاستحسان لا يأخذ من قيمة المعيب شيأ لان فوات الجزء معتبر بفوات الكل ولو هلك أحدهما فى يد المشترى لم يضمن من قيمته شيأ للبائع وان فسخ البائع العقد فى الآخر فكذلك اذا تعيب فى يده ولو هلك أحد الثوبين عند البائع كان له أن يوجب البيع فى الباقى وان شاء نقضه لان الهالك خرج من العقد فيبقى خيار البائع فى الباقى كما كان ولو لم يهلك وحدث باحدهما عيب عند البائع فهو على خياره فان اختار الزام المشتري الثوب المعيب كان المشترى بالخيار لان البائع لما عين العقد فيه التحق بما لو كان البيع متعينا فيه فى الابتداء وقد تعيب عند البائع فيتخير المشترى بين أن يأخذه أو يتركه واذا رده فليس للبائع أن يلزمه الآخر لان تعيينه العيب فى المبيع يوجب انتفاء العقد عن الآخر ضرورة فكيف يلزمه العقد فى الآخر بعد ما انتفى العقد عنه والله أعلم

﴿ تم الجزء الخامس والعشرون ويليه الجزء السادس والعشرون

أوله باب البيع على انه ان لم ينقد الثمن الخ ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب البيع على أنه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما

(قال رحمه الله) واذا اشترى المأذون جارية بألف درهم على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز منه بمنزلة اشتراط الخيار ثلاثة أيام كما يجوز من الحر وقد بيناه فى كتاب البيوع وبينا أنه لو كان الشرط ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما كان البيع فاسدا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وفى قول محمد رحمه الله هو جائز على ما اشترطا ووقع فى بعض النسخ وقال أبو يوسف هو جائز على ما اشترطا وهو غلط والصحيح أن أبا يوسف فرق بين هذا وبين اشتراط الخيار أربعة أيام وبينا ذلك فى البيوع وكذلك لو اشتراها وقبضها ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن على المشترى ما بينه وبين ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز على ما اشترطا وهو بمنزلة اشتراط الخيار للبائع ولو اشتراها على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فقبضها وباعها نفذ بيعه لان خيار المشترى لا يمنعه من التصرف فيها والبيع تام لازم من جانب البائع فان مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقده الثمن فلا سبيل للبائع على الجارية ولكنه يتبع المشترى بالثمن لان من ضرورة نفوذ بيعه فيها سقوط خياره ولان امتناعه من ايفاء الثمن فى آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع منه وفسخه للبيع فيها بعد ما باعها باطل فاذا جاز البيع والجارية ملك المشترى الثانى علمنا أنه لا سبيل للبائع عليها ولكنه يتبع المشترى منه بالثمن وكذلك لو قتلها المشترى أو ماتت فى يده أو قتلها أجنبي آخر حتى غرم قيمتها فى الايام الثلاثة لان حدوث هذه المعانى فى يد المشترى فى مدة خياره يكون مسقطا خياره لما فيه من فوات محل الفسخ وهذا فى الموت ظاهر وكذلك فى قتل الاجنبي لان القيمة الواجبة على القاتل لا جل ملك المشترى والعقد فيها فلا ينتهى بالقبض فلا يتحول العقد الى ملك القيمة (ألا ترى) أنه يجوز الفسخ بالتحالف والرد بالعيب باعتبار القيمة الواجبة على القاتل بعد قبض المشترى فكذلك الفسخ بخيار الشرط فان كان المشترى

وطئها وهى بكر أو ثيب فى الايام الثلاثة أو جنى عليها جناية أو أصابها عيب من غير فعل أحد ثم مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن فالبائع بالخيار ان شاء أخذها ولا شئ له غيرها وان شاء سلمها للمشتري لان امتناع المشترى من نقض الثمن حتى مضت الايام الثلاثة فسخ منه للبيع ولو فسخ البيع قصدا تخير البائع لحدوث ماحدث فيها عند المشترى فكذلك اذا لم ينقد الثمن حتى مضت الايام ولو كان الواطئ أوالجانى أجنبيا فوجب العقر أو الارش لم يكن للبائع على الجارية سبيل لحدوث الزيادة المنفصلة المتولدة فى يد المشترى فان ذلك يمنع الفسخ بعد تمام البيع فى جانب البائع حق للشرع وانما له الثمن على المشترى ولو كان حدث فيها عيب من فعل الجانى الاجنبي بعد مضى الايام الثلاثة فالبائع بالخيار ان شاء أخذ الجارية واتبع الجانى بموجب ما أحدثه فيها من وطء أو جناية وان شاء سلمها للمشترى بالثمن فان سلمها للمشترى بالثمن كان للمشترى أن يتبع الاجنبي بذلك لان بمضى الايام الثلاثة قبل نقد الثمن انفسخ البيع فبقيت الجارية فى يد المشترى مضمونة بعد الفسخ فيكون بمنزلة الجارية التى فى يد البائع قبل التسليم اذا حدث فيها بفعل الاجنبي شئ من ذلك وهناك يتخير المشترى بين أن يأخذها بالزيادة وبين أن ينقض البيع فيها فكذلك بعد الفسخ يتخير البائع وهذا اذا كان الاجنبي وطئها وهى بكر حتى تمكن نقصان فى ماليتها بالوطء فان كانت ثيبا لم ينقصها الوطء أخذها البائع وأخذ عقرها من الاجنبي ولا خيار له فى تركها لان ثبوت الخيار باعتبار النقصان فى المالية فى ضمان المشترى ولم يوجد وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذا الجواب وقال للبائع أن لا يقبلها لان الوطء كالجناية والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين وقيل فى تخريجه ان قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بناء على أن المشترى لو كان هو الواطئ بعد مضى الايام لم يلزمه شئ ولم يتخير البائع فاذا كان الواطئ أجنبيا فوجب العقر وتمكن البائع من أخذها مع العقد أولى ان لا يثبت له الخيار وأصل المسئلة فى المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم وهى ثيب لم يتخير المشترى عند أبى حنيفة وكذلك ان وطئها أجنبي أخذها المشترى مع عقرها ولم يتخير فكذلك البائع فى هذا الفصل ولو كان المشترى هو الذى قطع يد الجارية أو افتضها وهى بكر بعد مضى الايام الثلاثة فالبائع بالخيار ان شاء سلمها للمشترى بالثمن وان شاء أخذها ونصف ثمنها فى القطع لتغير الجارية فى ضمان المشترى بعد الفسخ والاوصاف تضمن بالتناول مقصودة فيتقرر على المشترى حصة اليد من الثمن وكذلك كل جناية جنى عليها

أخذ نقصانها من الثمن اذا اختار البائع أخذها وان كان افتضها لم ينظر الى عقرها ولكن ينظر الى ما نقصها الوطء من قيمتها فيكون على المشترى حصة ذلك من ثمنها فى قول أبى حنيفة وعندهما ينظر الى الاكثر من عقرها ومما نقص الوطء من قيمتها فيكون على المشترى حصة ذلك من ثمنها وان كان لم ينقصها الوطء شيأ أخذها البائع ولا شئ على المشترى فى الوطء فى قول أبى حنيفة وعندهما يقسم الثمن على قيمتها وعلى عقرها فيأخذها البائع وحصة العقر من ثمنها وأصل المسئلة فى البائع اذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض وقد بينا ذلك فى البيوع فحال المشترى ههنا بعد الفسخ كحال البائع قبل التسليم هناك لانها فى ضمان ملكه حتى لو هلكت قبل الرد كان هلاكها على ملكه كما فى المبيعة قبل القبض فيستوى تخريج الفصلين على الاختلاف الذى بيناولو كانت ولدت ولدا فى الايام الثلاثة ثم مضت الايام وهما حيان ولم ينقد الثمن فالجارية وولدها للمشترى بالثمن ولا خيار للبائع فى ذلك لاجل الزيادة المنفصلة المتولدة فى يده قبل الفسخ ولو لم تلد ولكنها قد ازدادت فى يده كان للبائع أن يأخذها بزيادتها لان الزيادة المتصلة لامعتبر بها فى البيع ولا يمنع الفسخ لاجلها كما فى الفسخ بسبب العيب وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة الزيادة المتصلة هنا كالزيادة المنفصلة وهو نظير ما بينا من اعتبار الزيادة المتصلة فى المنع من الفسخ بسبب التحالف وفى المنع من التصرف فى الصداق بالطلاق ولو كانت ولدت بعد مضي الايام ونقصتها الولادة فالبائع بالخيار للنقصان الحادث فيها من يد المشترى كما لو تعيبت بعيب آخر وهذا لان الزيادة المنفصلة بعد الفسخ لاتمنع من استردادها وتأثير نقصان الولادة فى اثبات الخيار للبائع لا فى تعذر الرد به ولو ماتت بعد مضى الايام الثلاثة ولم تلد فعلى المشترى الثمن لان العقد وان انفسخ فقد تعيب فى ضمان المشترى فاذا هلكت بطل ذلك الفسخ كما اذا هلكت المبيعة قبل القبض بطل البيع ولو كانت ولدت بعد مضى الايام الثلاثة ثم ماتت وبقي ولدها فالبائع بالخيار ان شاء سلم الولد للمشترى وأخذ منه جميع الثمن وان شاء أخذ الولد ورجع على المشترى بحصة الام من الثمن وهو لان الولد لما صار مقصودا بالاسترداد كان له حصة من الثمن وهو بمنزلة المبيعة اذا ولدت قبل القبض ثم ماتت الام وبقى الولد فكما يتخير المشترى هناك يتخير البائع هنا ولو كان اشترى الجارية بعرض بعينه على انه ان لم يعط البائع ذلك الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز بمنزلة شرط الخيار فان حدث بالجارية عيب فى يد المشترى أو فقأ عينها أو وطئها وهى بكر

أو ثيب أو فعل ذلك أجنبي ثم مضت الايام قبل أن يعطيه البائع فهذا وما وصفنا من الدراهم سواء لاستوائهما في المعنى ولو مضت الايام قبل أن يعطى المشترى البائع ماشرطه ثم هلكت الجارية في يد المشترى أو قتلها كان للبائع على المشترى قيمتها ولا سبيل له على ثمنها لان بمضى الايام الثلاثة انفسخ البيع وهلاك أحد العوضين في المقابضة بعد الفسخ لا يمنع بقاء الفسخ ابقاء العوض الآخر واذا بقي الفسخ تعذر علي المشترى رد عينها فيرد قيمتها بخلاف البيع بالدراهم ولو ذهبت عينها أو فقأها المشترى أخذ البائع الجارية ونصف قيمتها ولا سبيل له على الثمن لان العين من الآدمى نصفه ففوات نصفها بعد الفسخ معتبر بفوات كلها ولو كان أجنبي فقأ عينها أو قتلها كان البائع بالخيار ان شاء أخذ قيمتها في القتل من مال المشترى حالا وان شاء رجع بها علي عاقلة القاتل في ثلاث سنين فان أخذها من المشترى رجع بها علي عاقلة القاتل لانها بعد الفسخ مملوكة للبائع مضمونة في يد المشترى بنفسها كالمغصوبة وأما في فقء العين فان البائع يأخذ الجارية ويتبع بارش العين المشترى أو الجانى أيهما شاء حالا كما في المغصوبة اذا فقأ انسان عينها في يد الغاصب فان أخذه من المشترى رجع به المشترى على الجانى ولا سبيل للبائع في شئ من هذه الوجوه على الثمن لانه لا يتمكن من أخذ ذلك الا بفسخ ذلك العقد وبقاء أحد العوضين يمنعه من ذلك بخلاف ما اذا كان حدوث هذه المعانى قبل مضي الثلاثة لان هناك العقد قائم بينهما حين حدث ما حدث ومضى الايام الثلاثة بمنزلة الفسخ من المشترى قصدا وفسخه بعد ماتعيب في يده لا يكون ملزما للبائع فمن هذا الوجه وقع الفرق ولو باع المأذون أو الحر جارية بالف درهم فتقابضا على أن البائع ان رد الثمن على المشترى الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ثم ان المشترى وطئ الجارية أو فقأ عينها في الايام الثلاثة فان رد البائع الثمن على المشترى كان له أن يأخذ جاريته ويضمن المشترى بالوطء عقرها وفي الفقء نصف قيمتها لان هذا الشرط بمنزلة خيار البائع والمبيعة قائمة على ملك البائع في يده على خياره فاذا تقرر ملكه بفسخ البيع ظهر ان جناية المشترى ووطأه حصلا في ملك الغير فعليه العقر والارش وان مضت الايام الثلاثة قبل أن يرد الثمن تم البيع ولا شئ على المشترى من العقر والارش لان خيار البائع اذا سقط ملكها المشترى من وقت العقد بزيادتها فلا يلزمه العقر والأرش لان فعله حصل في ملكه حكما ولو كان أجنبي فعل ذلك ثم رد البائع الثمن في الايام الثلاثة أخذ جاريته ونصف قيمتها في فقء العين

ان شاء من المشترى ويرجع به المشترى على الفاقئ وان شاء من الفاقئ لانها كانت مملوكة للبائع مضمونة بنفسها فى يد المشترى كالمغصوبة وفى الوطء ان كانت بكرا فكذلك الجواب لان الوطء ينقص ماليتها وهى مضمونة فى يد المشترى بنفسها وان كانت ثيبا لم ينقصها الوطء أخذها البائع واتبع الواطئ بعقرها ولا سبيل له على المشترى لان المضمون على المشترى ماليتها ولم يتمكن نقصان فى ماليتها بهذا الوطء وهى كالمغصوبة اذا وطئها أجنبى فى يد الغاصب وهى ثيب ولو لم يرد البائع الثمن حتى مضت الايام الثلاثة تم البيع واتبع المشترى الفاقئ أو الواطئ بالارش والعقر لانه عند سقوط الخيار للبائع ملكها من وقت العقد بزوائدها المنفصلة ولو كان البائع هو الذى وطئها وفقأ عينها فقد انتقض البيع رد الثمن بعد ذلك أولم يرد ويأخذ جاريته لان فعله ذلك تقرير لملكه حين عجز نفسه عن تسليمها كما باعها ولو فعل ذلك بعد مضى الثلاث ولم يرد الثمن فعليه الارش والعقر للمشترى لان بمضى الثلاث تم البيع وتأكد ملك المشترى بكونها فى يده ففعل البائع فيها كفعل أجنبي آخر فيلزمه عقرها وأرشها للمشترى والله أعلم

باب الشفعة فى بيع المأذون وشرائه

(قال رحمه الله) ولا شفعة للمولى فيما باع عبده المأذون أو اشتراه اذا لم يكن عليه دين لانه يبيع ملك المولي له ولا شفعة فى البيع لمن وقع البيع له ولا فائدة فى أخذ ما اشتراه بالشفعة لانه متمكن من أخذه لا بطريق الشفعة فانه مالك لكسبه اذا لم يكن عليه دين والاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراؤه كسب عبده اذا لم يكن عليه دين باطل وكذلك لاشفعة للعبد فيما باع مولاه أواشتراه لانه اذا لم يكن عليه دين فانما يأخذ ماباعه المولي بالشفعة له ولا شفعة للبائع ولا يفيد أخذه بما اشتراه المولى بالشفعة لان المولى متمكن من استرداد مافى يده منه فيكون متمكنا من منعه من اثبات اليد عليه أيضا فان كان على العبد دين فالشفعة واجبة لكل واحد منهما فى جميع هذه الوجوه لان كسبه حق غرمائه والمولى كالاجنبي منه فيكون أخذ كل واحد منهما من صاحبه فى هذه الحالة مفيدا بمنزلة شرائه ابتداء لا فى وجه واحد وهو مااذا باع العبد دارا باقل من قيمتها بما يتغابن الناس أو بغير ذلك لم يكن للمولى فيها الشفعة لانه لو وجبت له الشفعة أخذها من العبد قبل التسليم الى المشترى فيكون متملكا

عليه الدار باقل من قيمتها ولو باع العبد منه بالغبن لم يجز لحق غرمائه ويستوى فى حقهم الغبن اليسير والفاحش كما فى تصرف المريض فى حق غرمائه ولا يمكن الاخذ بمثل القيمة لان مالم يكن ثمنا فى حق المشترى لا يثبت ثمنا في حق الشفيع ولو باع العبد من مولاه دارا ولا دين عليه والاجنبي شفيعها فلا شفعة له لان ما جرى بينهما ليس ببيع حقيقة فالبيع والثمن كلاهما خالص ملك المولى ومبادلة ملكه بملكه لاتجوز وقد كان متمكنا من أخذها بدون هذا البيع فلا يكون هذا البيع مفيدا والاسباب الشرعية تلغو اذا كانت خالية عن فائدة فاذا كان عليه دين وكان البيع بمثل القيمة أو أكثر فله الشفعة لان هذا بيع صحيح بينهما فالدار كانت حقا لغرمائه وكان المولى ممنوعا من أخذه قبل الشراء وبالشراء يصيرهو أحق بها وباعتبار البيع الصحيح تجب الشفعة للشفيع وان باعها بأقل من قيمتها فلا شفعة للشفيع فيها فى قول أبي حنيفة لان عنده بيع المأذون من مولاه بأقل من قيمته باطل كبيع المريض من وارثه وهذا لان المولى يخلفه فى كسبه خلافة الوارث المورث فتتمكن التهمة بينهما فى حق الغرماء والشفعة لا تستحق بالبيع الباطل وعندهما للشفيع أن يأخذها بقيمتها أو يتركها لان من أصلهما ان المحاباة لا تسلم للمولى ولكن لا يبطل أصل البيع بسبب المحاباة بل يتخير المولى بين أن يزيل المحاباة فيأخذها بقيمتها وبين أن يتركها فكذلك الشفيع يتخير فى ذلك وهذا لان الاستحقاق بحكم هذا البيع ثابت للمولى بمثل القيمة اذا رضى به فيثبت ذلك للشفيع لان الشرع قدم الشفيع على المشترى فى الاستحقاق الثابت بالبيع فان تركها الشفيع أخذها المولى بتمام القيمة ان شاء وان كان المولى هو البائع من غيره بمثل قيمته ولا دين عليه فلا شفعة فيها لان ماجرى بينهما ليس ببيع مفيد وان كان عليه دين كان البيع صحيحا لكونه مفيدا والشفعة واجبة للشفيع وان باعها منه بأكثر من قيمتها فعند أبي حنيفة البيع باطل لاجل الزياده وكون العبد متهما فى حق مولاه (ألا ترى) ان اقراره لمولاه لايجوز بشئ اذا كان عليه دين فكذلك المحاباة بالزيادة منه لمولاه واذا بطل البيع لم تجب الشفعة للشفيع وعندهما المولى بالخيار ان شاء سلم الدار للعبد بقدر القيمة وان شاء استردها لان التزام العبد الزيادة لمولاه لم تصح وأما أصل البيع بمثل القيمة فصحيح فثبوت الخيار للمولى لانعدام الرضا منه بذلك فان سلمها له بالقيمة أخذها الشفيع بذلك لان الاستحقاق ثابت بالقيمة عند رضاه بها وان أبى كان للشفيع أن يأخذها من المولى بجميع الثمن ان شاء لان رهنا المولى قد تم بالبيع بجميع الثمن وذلك يكفي

لوجوب الشفعة كما لو أقر ببيعها وأنكر المشترى ثم عهدة الشفيع على المولى لانه تملكها عليه بالاخذ من يده فهو بمنزلة ما لو اشتراها منه ابتداء واذا سلم المأذون شفعته وجبت له وعليه دين أو لادين عليه فتسليمه جائز لانه يملك الاخذ بالشفعة فيملك تسليمها لان كل واحد منهما من صنيع التجار كما أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمها بمنزلة ترك الشراء والاقالة بعد ذلك والمأذون مالك كذلك وان سلمها مولاه جاز تسليمها ان لم يكن عليه دين بمنزلة الاقالة فيما اشتراه العبد لانه لو باعها ابتداء من هذا الرجل أومن غيره بعدما أخذها العبد جاز فكذلك اذا سلم شفيعها له وان كان على العبد دين فتسليم المولى باطل بمنزلة اقالته وبيعه ابتداء وهذا لان كسبه حق غرمائه والمولى جعل كالاجنبي بالتصرف فيه فكذلك فى اسقاط حقه فان لم يأخذه العبد حتى استوفى الغرماء دينهم أو أبرأوا العبد من دينهم سلمت الدار للمشترى بتسليم المولى الشفعة لان تسليم المولى الشفعة بمنزلة سائر تصرفاته فى كسب العبد المديون وذلك كله ينفذ بسقوط حق الغرماء التبرعات والمعاوضات فيه سواء ولو حجر المولى عليه بعد وجوب الشفعة له وفى يده مال وعليه دين أو لادين عليه لم يكن له أن يأخذها بالشفعة كما لا يكون له أن يشتريها ابتداء بما فى يده من المال بعد الحجر عليه وان لم يحجر عليه وأراد المولى الاخذ بالشفعة فله ذلك اذا لم يكن على العبد دين لان العبد انما يأخذ للمولى ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وللمولى أن يشترى بكسب عبده اذا لم يكن عليه دين كما يكون ذلك للعبد فكذلك حكم الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين لم يكن له ذلك الا أن يقضى الغرماء دينهم فان قضاهم ديونهم كان له أن يأخذ بالشفعة لزوال المانع وان كان عليه دين فأراد الغرماء أن يأخذوا بالشفعة لم يكن لهم ذلك لان حق الاخذ بالشفعة باعتبار الجوار وذلك ينبنى على ملك العين والغرماء من ملك عين الدار التى هى كسب العبد كالاجانب حتى لا يكون للغرماء استخلاصها لهم وأما حقهم فى ماليتها فبمنزلة حق المرتهن ولا يستحقون الشفعة بخلاف المولى فانه مالك للعين اذا لم يكن على العبد دين فيكون له أن يأخذها بالشفعة لتقرر السبب فى حقهم ولو حجر عليه بعد وجوب الشفعة ثم أراد المولى أن يأخذها بالشفعة ولا دين على العبد فله أن يأخذها ان سلم العبد بعد الحجر أو لم يسلم لان التسليم انما يصح ممن يملك الاخذ والعبد بعد الاخذ لا يملك الاخذ بالشفعة الا أن يقضى الغرماء دينهم فان فعل ذلك كان له أن يأخذها بالشفعة لزوال المانع سواء سلم العبد الشفعة بعد الحجر أولم يسلم

وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لان عندهما المولى مالك لكسبه مع قيام الدين عليه وان كان هو ممنوعا منه وعند أبي حنيفة وان لم يكن مالكا فهو أحق بكسبه اذا قضى الدين والشفعة تستحق عليه كالتركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب منها كان للوارث أن يأخذها بالشفعة بعد ما قضي الدين واذا اشترى المأذون دارا ولها شفيع يريد أخذها فوكل الشفيع مولى العبد يأخذها له وبالخصومة فيها وعلى العبد دين أو لا دين عليه فالوكالة باطلة لانه لو صح التوكيل ملك الوكيل التسليم فى مجلس الحكم وفى ذلك منفعة للمولى وهذا لا يصلح أن يكون وكيلا فى استيفاء حق الغير من عبده فلهذا النوع من المنفعة له فى ذلك كما لو وكله غريم العبد باستيفاء دينه من العبد فان كان عليه دين فسلمها العبد للمولى بالشفعة صارت الدار للشفيع ولا يجوز قبض المولى الدار من العبد على الشفيع حتى يقبضها الشفيع من المولى والعهدة فيما بين العبد والشفيع ولا عهدة فيما بين المولى وعبده لان الوكالة لما لم تصح صار المولى بمنزلة الرسول للشفيع فاذا سلمها العبد اليه ملكها الشفيع بمنزلة مالو أخذها الشفيع بنفسه وهو نظير مالو وكله بقبض دين له على العبد فانه لا يبرأ العبد بقبض المولى حتى يدفع ذلك الى الغريم فاذا دفعها اليه برئ العبد بمنزلة مالو قبضها الغريم بنفسه وكذلك لو كان الوكيل بعض غرمائه لان منفعة الغريم فى ذلك أظهر من منفعة المولى فان حقه فى كسب العبد مقدم على حق المولى ولو كان العبد هو الشفيع فوكل مولاه ان يأخذه بالشفعة له أو بعض غرمائه جازت الوكالة كان عليه دين أو لم يكن بمنزلة ما لو وكله العبد بقبض دين له على أجنبي وهذا لان فى تسليمه واقراره اضرارا بالمولى والغريم ولا منفعة لهما فيه فان سلم المولى الشفعة للمشترى عند القاضى جاز تسليمه وان سلمها عند غير القاضى جاز ان لم يكن على العبد دين وان كان على العبد دين فتسليمه باطل فى قول أبي حنيفة رحمه الله وليس له أن يأخذ بالشفعة ولكن العبد هو الذى يأخذها وفى قول أبي يوسف الآخر تسليمه جائز عند القاضى وعند غير القاضى وعند محمد تسليمه باطل عند القاضى وعند غير القاضى اذا كان على العبد دين وأصل المسئلة ما بينا فى الشفعة ان عند أبي حنيفة وأبي يوسف من ملك الاخذ بالشفعة ملك تسليمها وان كان نائبا كالاب والوصى وعند محمد لا يملك ثم عند أبي حنيفة رحمه الله اقرار الوكيل على موكله يجوز فى مجلس القاضى ولا يجوز فى غير مجلسه فكذلك تسليمه وفى قول أبي يوسف الآخر كما يجوز اقراره عليه فى غير مجلس القاضى فكذلك

يجوز تسليمه فاذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة اذا سلمها في مجلس القاضي جاز لانه مالك للاخذ واذا سلمها في غير مجلس القاضي فان لم يكن عليه دين جاز باعتبار ان الحق واجب له لا باعتبار الوكالة وان كان عليه دين لا يجوز تسليمه في حق العبد والغرماء ولكن يخرج من الخصومة بمنزلة مالو أقر علي موكله في غير مجلس القاضي واذا خرج من الخصومة كان العبد على حقه يأخذها بالشفعة ان شاء وفي قول أبي يوسف الآخر يصح تسليمه على كل حال لانه بنفس التوكيل قام مقام الموكل في الاخذ فكذلك التسليم وعند محمد هو قائم مقام الموكل في الاخذ بالشفعة والتسليم اسقاط وهو ضد ماوكله به فلا يصح منه الا اذا لم يكن عليه دين فحينئذ يصح باعتبار ملكه ولو كان وكيل العبد بالاخذ بعض غرمائه فتسليمه في مجلس القاضي جائز في قول أبي حنيفة وكذلك في غير مجلس القاضي عند أبي يوسف وفي قول محمد هو باطل وان أقر عند القاضي أن العبد قد سلمها قبل أن يتقدم اليه فاقراره في مجلس القاضي جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله اقراره بذلك جائز في مجلس القاضي وفي غير مجلس القاضي بمنزلة اقرار وكيل المدعي عليه بوجوب الدين واقرار وكيل المدعى بانه مبطل في دعواه وانه قد أبرأه عن الدين * رجل مات وعليه دين فباع الوصى دارا للميت لها شفيع فوكل الشفيع بعض غرماء الميت أن يأخذ له لم يكن وكيلا في ذلك لان الدار انما بيعت له وكما ان من بيعت له لا يأخذها لنفسه فكذلك لا يأخذها لغيره بوكالته وبهذا الطريق قلنا فيما باعه العبد ان المولى أو الغريم لا يكون وكيلا للشفيع في الاخذ لان تصرفه لغرمائه من وجه ولمولاه من وجه ولو كان الميت اشترى في حياته دارا وقبضها ثم مات وعليه دين وطلب الشفيع شفعته ووكل في الخصومة فيها بعض غرماء الميت لم يكن وكيلا لانه لو صح التوكيل ملك التسليم والاقرار على موكله بالتسليم في مجلس الحاكم وفيه منفعة له فان سلمها الوصى بغير خصومة كانت للشفيع ولم يكن للغريم أن يقبضها ولكن الشفيع هو الذى يقبضها وتكون العهدة فيما بينه وبين الوصى لان الوكالة لما بطلت صار هو بمنزلة الرسول للشفيع وكذلك لو وكل وارثا بذلك فان في التسليم أو الاقرار به على الموكل منفعة الوارث بعد سقوط حق الغريم ولو باع المأذون دارا وسلمها ولها شفيع فوكل الشفيع بخصومة المشترى مولى العبد وعليه دين أو لا دين عليه أو وكل بعض غرماء العبد فالوكالة باطلة لان العبد بائع للدار لغرمائه من وجه فان ماليتها حقهم وللمولى من وجه فان كسبه ملك مولاه اذا

فرغ من الدين ومن بيع له لا يأخذ بالشفعة لغيره كما لا يأخذ لنفسه (ألا ترى) ان الوكيل اذا باع دار الرجل بأمره فوكل الشفيع الآمر بخصومة المشترى فى ذلك لم يكن وكيلا لانها بيعت له وكذلك المضارب اذا باع دارا من المضاربة فوكل شفيعها رب المال بالخصومة والاخذ بالشفعة لم يكن وكيلا فى ذلك فان سلمها المشترى له بغير خصومة جاز والشفيع هو الذى قبضها والعهدة بينه وبين المشترى لان رب المال بمنزلة الرسول له حين يطلب الوكالة وعبارة الرسول كعبارة المرسل فكان للشفيع أخذها بنفسه والله أعلم

باب بيع المأذون المكيل أو الموزون من صنفين

(قال رحمه الله) واذا باع المأذون من رجل عشرة أقفزة حنطة وعشرة أقفزة شعير فقال أبيعك هذه العشرة الاقفزة حنطة وهذه العشرة الاقفزة شعير كل قفيز بدرهم فالبيع جائز لان جملة المبيع معلوم والثمن معلوم وكل متى أضيفت الى ما يعلم منتهاه تتناول الجميع فان تقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا ردها بنصف الثمن علي حساب كل قفيز بدرهم لانه كذلك اشترى وعند الرد بالعيب انما يرد المعيب بالثمن المسمى بمقابلته فاذا كان المسمى بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهما ردها بذلك أيضا وكذلك لو قال القفيز بدرهم لان الالف واللام للجنس اذا لم يكن هناك معهود فيتناول كل قفيز من الحنطة وكل قفيز من الشعير بمنزلة قوله كل قفيز ولو قال كل قفيز منهما بدرهم وتقابضا ثم وجد بالحنطة عيبا فانه يردها علي حساب كل قفيز منهما النصف من الحنطة والنصف من الشعير بدرهم وذلك بان يقسم جميع الثمن عشرين درهما على قيمة الحنطة وقيمة الشعير فان كانت قيمة الحنطة عشرين درهما وقيمة الشعير عشرة رد الحنطة بثلثي الثمن لانه أضاف القفيز الذى جعل الدرهم بمقابلته اليهما بقوله منهما ومطلق هذه الاضافة يقتضى التسوية بينهما فيكون نصف كل قفيز بمقابلة الدرهم من الحنطة ونصف من الشعير فلهذا يقسم جملة الثمن علي قيمتهما بخلاف الاول فهناك ذكر القفيز مطلقا واطلاقه يقتضي أن يكون بمقابلة كل قفيز من الحنطة درهم وبمقابلة كل قفيز من الشعير درهم وكذلك لو قال القفيز منهما بدرهم فهذا وقوله كل قفيز منهما بدرهم سواء كما بينا ولو قال أبيعك هذه الحنطة وهذا الشعير ولم يسم كيلهما كل قفيز بدرهم فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان من أصله انه اذا لم تكن الجملة معلومة فان ما يتناول هذا اللفظ قفيزا واحدا وقد بينا له

هذا الاصل فى البيوع ولا يعلم ان ذلك القفيز من الحنطة أو من الشعير ففسد البيع فى ذلك أيضا للجهالة حتى يعلم الكيل كله فان علمه فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز حنطة بدرهم وكل قفيز شعير بدرهم وان شاء ترك وهكذا يكشف الحال عنده اذا صارت جملة الثمن معلومة له الآن فيتخير بين الاخذ والترك وعندهما البيع جائز كل قفيز من الحنطة بدرهم وكل قفيز من الشعير بدرهم لان جهالة الجملة لا تفضي الى تمكن المنازعة ولو قال كل قفيز منهما بدرهم كان البيع واقعا فى قول أبي حنيفة رحمه الله على قفيز واحد نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير بدرهم لان هذا معلوم وثمنه معلوم وفيما زاد على القفيز الواحد اذا علم بكيل ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ كل قفيز منهما بدرهم وان شاء ترك وفى قول أبي يوسف ومحمد البيع لازم له فى جميع ذلك كل قفيز منهما بدرهم نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير ولو قال أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كر فاشتراها على ذلك فوجدها أقل من كر فالبيع جائز لان المعقود عليه صار معلوما بالاشارة اليه ووجده على شرطه الذى سماه فى العقد والثمن معلوم بالتسمية فيجوز العقد وان وجدها كرا أو أكثر من كر فالبيع فاسد لان العقد انما يتناول بعض الموجود وهو أقل من كر كما سمي وذلك مجهول لانه لا يدرى ان المشترى أقل من الكر بقفيزا وقفيزين وهذه الجهالة تقتضي المنازعة وكذلك لو قال على انها أكثر من كر فان وجدها أكثر من كر بقليل أو كثير فالبيع جائز لانه وجدها على شرطه والبيع يتناول جميعها وان وجدها أقل من كرا وكرا فالبيع فاسد لانه لا يدري ماحصة مانقص منها مما شرطه له فانه لا بد من اسقاط حصة النقصان من الثمن وذلك مجهول جهالة تفضى الى المنازعة ولو قال على انها كرا وأقل منه فان وجدها كرا أو أقل منه فهو جائز لانه وجدها على شرطه وان وجدها أكثر من كر لزم المشتري من ذلك كرا وليس للبائع أن ينقصه من ذلك شيأ لانه لو وجدها كرا كان الكل مستحقا للمشترى فان وجدها أكثر أولى أن يكون مقدار الكر مستحقا للمشترى والزيادة على الكر للبائع لان البيع لا يتناولها ولو قال على انها كرا أو أكثر فوجدها كذلك جاز البيع وان وجدها أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن اذا قسم على كر وان شاء ترك لان استحقاقه انما يثبت فى مقدار الكر بدليل انه لو وجدها كرا لزمه جميع الثمن ولا خيار له فاذا كان أنقص من كر فقدر النقصان معلوم وحصته من الثمن معلومة فيسقط ذلك عن المشترى ويتخير لتفرق الصفقة عليه والحاصل ان حرف أو للتخيير

فانما يثبت الاستحقاق عند ذكر حرف أو فى المقدار المعلوم فى نفسه سواء ردد الكلام بين ماهو معلوم فى نفسه والزيادة عليه أو النقصان عنه الا أن فى ذكر النقصان للبائع فائدة وهو أن لا يخاصمه ان وجده أقل فهو بمنزلة البراءة من العيب وفى ذكر الزيادة للمشترى فائدة وهو ان لا يلزمه رد شيء اذا وجده أكثر ولو قال أبيعك هذه الدار على انها أقل من ألف ذراع فوجدها أقل من ذلك أو ألفا أو أكثر فالبيع جائز لان الذرعان فى الدار صفة والثمن بمقابلة العين لا بمقابلة الوصف فان وجدها أزيد مما قال وصفا لا يتغير حكم البيع ولو قال على انها أكثر من ألف ذراع فان وجدها أكثر من ألف بقليل أو كثير فالبيع لازم لانه وجدها على شرطه وان وجدها ألف ذراع أو أقل كان المشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك لانه وجدها أنقص مما سمي البائع له من الوصف فيتخير لذلك فاذا اختار الاخذ لزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الوصف ولو اشترى ثوبا من رجل بعشرة دراهم على انه عشرة أذرع فوجده ثمانية فقال البائع بعتك على انه ثمانية فالقول قول البائع مع يمينه لان المشترى يدعى زيادة وصف شرطه ليثبت له الخيار لنفسه عند فوته فان الذرعان فى الثوب صفة والبائع منكر لذلك والقول قوله مع يمينه وعلى المشترى البينة علي ما ادعاه من الشرط كما لو قال اشتريت العبد علي أنه كاتب أو خباز ولو قال المشترى اشتريته بعشرة على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فوجده ثمانية أذرع فقال البائع بعتك علي أنه ثمانية أذرع بعشرة دراهم ولم أشترط كل ذراع بدرهم تحالفا وترادا لان الاختلاف ههنا بينهما فى مقدار الثمن فانه اذا لم يقل كل ذراع بدرهم كان الثمن عشرة دراهم سواء كان ذرعان الثوب عشرة أو ثمانية فاذا كان كل ذراع بدرهم فالثمن ثمانية اذا كان ذرعان الثوب ثمانية فعرفنا أن الاختلاف بينهما فى مقدار الثمن والحكم فيه التحالف والتراد فأما فى الاول فلم يختلفا فى مقدار الثمن وانما ادعي المشترى اثبات الخيار لنفسه لفوت وصف شرطه فهو بمنزلة مالو ادعى انه شرطه كاتبا أو ادعى شرط الخيار لنفسه ولا تحالف فى ذلك بل يكون القول قول المنكر للشرط والله أعلم

باب عتق المولى عبده المأذون ورقيقه

(قال رحمه الله) واذا أعتق المولي عبده المأذون وعليه دين أكثر من قيمته وهو يعلم أو لا يعلم فعتقه نافذ لبقاء ملكه فى رقبته بعد ما لحقه الدين والمولى ضامن لقيمته بالغة

مابلغت وان كانت قيمته عشرين ألفا أو أكثر لانه أتلف المالية بالاعتاق وهذه المالية حق الغرماء فيضمنها لهم بالغة ما بلغت كالراهن اذا أعتق المرهون والدين مؤجل ولم يكن عليه دين ولكنه قتل حرا أو عبدا خطأ فأعتقه المولى فان كان يعلم بالجناية فهو مختار للفداء والفداء الدية ان كان المقتول حرا وقيمة المقتول ان كان عبدا الا أن يزيد على عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالقتل لا يزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان لم يعلم بالجناية غرم قيمة عبده الا أن تبلغ قيمته عشرة آلاف فينقص منها عشرة لان المستحق بالجناية نفس العبد بطريق الجزاء والمولى مخير بين الدفع والفداء فاذا أعتقه مع العلم بالجناية صار مختارا للفداء بمنع الدفع وان كان لا يعلم بالجناية فهو غير مختار للفداء ولكنه مستهلك للعبد الذى استحقه جزاء على الجناية فيغرم قيمته ولا يزاد قيمته على عشرة آلاف الا عشرة لان هذه قيمة لزمته باعتبار الجناية من المملوك فيقاس بقيمة تلزمه بالجناية على المملوك فاذا كان لا يزاد على عشرة آلاف الا عشرة فكذلك القيمة التى تلزمه بالجناية من المملوك وهذا يخالف فصل الدين من وجهين أحدهما أن هناك علم المولى وعدم علمه سواء لان المستحق مالية الرقبة تبعا فى الدين واعتاق المولى اتلاف لذلك فيلزمه قيمته سواء كان عالما به أو غير عالم به بمنزلة اتلاف مال الغير وفى الجناية المستحق فى حق المولى أحد شيئين وهو مخير بينهما وفى حكم الاختيار يختلف العلم وعدم العلم والثانى أن هناك يغرم قيمته بالغة مابلغت لان استحقاق تلك القيمة عليه باعتبار سبب يستحق به المالية من غصب وشراء فيتقدر بقدر القيمة وهاهنا وجوب القيمة باعتبار الجناية وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة وان كان المقتول عبدا غرم المولى الاقل من قيمة عبده ومن قيمة المقتول الا أن يبلغ عشرة آلاف فينقص منها عشره لان الاقل هو المتيقن به فلا يلزم المولى أكثر منه ولا يزاد الواجب على عشرة آلاف الا عشرة لان الواجب باعتبار الجناية على المملوك فان أعتقه وعليه دين وجنايات أكثر من قيمته وهو لا يعلم بالجناية غرم لاصحاب الدين قيمته بالغة مابلغت لاتلاف المالية التى هى حقهم (ألا ترى) أن قبل العتق كان يدفع بالجنايات ثم يباع بالدين فيسلم المالية للغرماء بكمالها ويغرم لاصحاب الجنايات الاقل من قيمته ومن عشرة آلاف الا عشرة لان المستحق نفسه بالجنايات حر (ألا ترى) أن قبل العتق كان يتخلص المولى من جناياته بدفعه فاذا تعذر الدفع باعتاقه لم يصر مختارا كان عليه قيمته وقيمته بسبب الجناية لا تزيد على عشرة آلاف

الا عشرة ولا شركة بين الغرماء ولا بين أصحاب الجنايات لانعدام المشاركة بينهما فى سبب وجوب حقهما وفى المحل الذى ثبت فيه حق كل واحد منهما (ألا ترى) أن قبل العتق لم يكن بينهما شركة ولكنه كان يدفع بالجنايات كلها أو لا ثم يباع للغرماء فى ديونهم وان أعتقه وهو يعلم بالجنايات صار مختارا للفداء فى الجنايات فيضمنها كلها وصار ضامنا القيمة للغرماء باتلاف المالية ولا شركة لبعضهم مع البعض فى ذلك ولو كان المأذون مدبرا أو أم ولد فأعتقه المولي وعليه دين كبير لم يغرم للمولي شيأ لان حق الغرماء هاهنا ما تعلق بمالية الرقبة بل بالكسب وبالاعتاق لم يثبت شئ من كل حقهم فلا يغرم المولى لهم شيأ لانه ما أفسد عليهم شيأ بخلاف القن وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فأعتق المولى أمة من رقيقه فعتقه باطل فى قول أبي حنيفة الاول وفى قوله الآخر نافذ الا أن يكون الدين محيطا برقبته وبجميع ما فى يده فحينئذ عتقه باطل ما لم يسقط الدين وفى قولهما عتقه نافذ على كل حال كما ينفذ فى رقبته وهذا بناء على اختلافهم في ملك المولى كسب عبده المديون وقد بيناه فيما سبق فان كان فى رقبته وكسبه فضل على دينه حتى جاز عتق المولي لامته فالمولي ضامن قيمة الامة للغرماء لان الدين يشغل كل جزء من أجزاء الكسب والمولى يفسد عليهم مالية المعتقة فيضمن قيمتها لهم فان كان معسرا كانت القيمة دينا على الجارية المعتقة لان المالية التى هى حق الغرماء سلمت لها واحتبست عندها بالعتق فعليها السعاية فى قيمتها ويرجع بذلك على المولي لان السبب الموجب للضمان وجد من المولي وكان الضمان دينا فى ذمة المولي وانما أخرت هى على قضاء دين المولى ويرجع عليه بذلك كما لو أعتق الراهن المرهون وهو معسر والتدبير فى ذلك بمنزلة الاعتاق وذكر فى المأذون الصغير ان المولى اذا أعتق جارية العبد المأذون بعد موت المأذون فهو كاعتاقه اياها فى حياته وهذا ظاهر فى قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف ومحمد عتقه وتدبيره جائز وان كان الدين محيطا والمولي ضامن قيمة الامة باتلاف ماليتها على الغرماء فان كان معسرا فللغرماء أن يضمنوها القيمة ويرجع بذلك على المولى كما هو مذهب أبي حنيفة اذا لم يكن الدين محيطا وكذلك الوارث اذا أعتق جارية من التركة وفيها دين غير مستغرق لها فان الوارث مالك للتركة هاهنا فينفذ عتقه ويكون التخريج فى حكم الضمان على نحو ما بينا فى اعتاق المولى كسب عبده المأذون ولو وطئ المولي أمة المأذون فجاءت بولد فادعى نسبه ثبت نسبه منه عندهم جميعا وصارت الامة أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها لان حق

المولى فى كسب عبده المديون أقوى من الاب فى جارية ابنه (ألا ترى) ان المولى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر والاب لايملك ذلك فى جارية ابنه ثم هناك استيلاده صحيح ويجب عليه ضمان قيمتها دون العقر فكذلك هاهنا وبهذا فرق أبو حنيفة بين الاستيلاد والاعتاق والتدبير وذكر فى المأذون الصغير أن صحة دعوته استحسان يبنى على قول أبى حنيفة وفى القياس لا يصح لانه لايملك كسب عبده المديون اذا كان الدين محيطا كما لا يملك كسب مكاتبه ثم دعواه ولد أمة مكاتبه لا تصح الا بتصديق المكاتب فكذلك دعواه ولد أمة عبده المديون ولكنه استحسن فقال هناك لا يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيعتبر بالاستيلاد كانه استخلصها لنفسه بالتزام قيمتها ولا اشكال على قول أبى حنيفة فى انتفاء العقر عنه لانه ما كان يملكها ما دامت مشغولة بحق الغرماء فيقدم تمليكها منه بضمان القيمة واسقاط حق الغرماء عنها على الاستيلاد ليصح الاستيلاد كما يفعل ذلك فى استيلاد جارية الابن وعلى قولهما انما لايجب العقر لانه يملكها حقيقة والوطء فى ملك نفسه لا يلزمه العقر وانما يكون ضامنا لحق الغرماء وحق الغرماء فى المالية وقد ضمن لهم جميع قيمة المالية والمستوفى بالوطء ليس بمال ولا حق للغرماء فيه فلهذا لا يغرم عقرها وكذلك لو كان الوطء بعد موت المأذون وان أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين يحيط بقيمته وما فى يده ثم قضى الغرماء الدين أو أبرأه الغرماء أو بعضهم حتى صار فى قيمته وفيما فى يده فضل على الدين جاز عتق المولى الجارية لانه حين أعتقها كان سبب الملك له فيها تاما وحق الغرماء كان مانعا فاذا زال المانع بعد العتق كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين نفذ العتق لهذا المعنى ولو أعتق المولى جارية المأذون وعليه دين محيط فبطل العتق فى قول أبى حنيفة ثم وطئها المولى بعد ذلك فجاءت بولد فادعاه فدعواه جائزة وهو ضامن قيمتها للغرماء لما بينا فى الاستيلاد لامته اذا كان قبل الاعتاق ثم الجارية حرة لسقوط حق الغرماء عنها والاستيلاد (ألا ترى) أنه لو سقط حقهم عنها بالابراء من الدين كانت حرة باعتاق المولى اياها فكذلك ههنا وعلى المولى العقر للجارية لان الاعتاق من المولى كان سابقا على الوطء الا أن قيام الدين كان مانعا من نفوذ ذلك العتق فاذا سقط حق الغرماء عنها زال المانع عنها بعد العتق من ذلك الوقت فتبين أنه وطئها بالشبهة وهي حرة فيلزمه العقر لها لان الوطء فى غير الملك لايخلو عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر فاذا ادعى المولى بعض رقيق

المأذون أنه ولده ولم يكن ولد فى ملك المأذون فدعواه باطلة فى قول أبي حنيفة وهى جائزة فى قول صاحبيه ويضمن قيمته للغرماء فان كان معسرا ضمن الولد ورجع به على أبيه لان دعوته دعوة التحرير فان أصل العلوق لم يكن فى ملكه ودعوة التحرير كالاعتاق وقد بينا هذا الحكم فى الاعتاق وقال ابن زياد اذا أعتق المولى أمة من كسب عبده المديون ثم سقط الدين لم ينفذ ذلك العتق وكذلك الوارث فى التركة المستغرقة بالدين لان ملكه حدث بعد الاعتاق وهو بمنزلة المضارب اذا أعتق عبد المضاربة ولا فضل فيه على رأس المال ثم ظهر الفضل فيه لا ينفذ ذلك العتق وكذلك المولى اذا أعتق كسب مكاتبه ثم عجز المكاتب لا ينفذ ذلك العتق ولكنا نقول هناك انما أعتق قبل تمام السبب وهو الملك لان مال المضاربة مملوك لرب المال وانما يملك المضارب حصة من الربح والمكاتب بمنزلة الحر من وجه فيمنع ذلك تمام سبب الملك للمولى فى كسبه فأما سبب الملك فتام للوارث فى التركة بعد موت المورث وللمولى فى كسب العبد فيتوقف عتقه على أن يتم تمام الملك (ألا ترى) أنه لو مات نصرانى وترك ابنين نصرانيين وعليه دين مستغرق فأسلم أحد الابنين ثم سقط الدين كان الميراث للابنين جميعا ولو كان تمام سبب الملك عند سقوط الدين كان الميراث كله للابن النصرانى لان المسلم لا يرث الكافر فبهذا الحرف يظهر الفرق والله أعلم

باب جناية المأذون على عبده والجناية عليه

(قال رحمه الله) واذا جنى المأذون على حر أو عبد جناية خطأ وعليه دين قيل لمولاه ادفعه بالجناية أوافده لانه على ملك مولاه بعد ما لحقه الدين وفي البداءة بالدفع بالجناية مراعاة الحقين وفى البداءة بالبيع بالدين ابطال حق الجناية فيجب المصير الى ما فيه مراعاة الحقين واذا اختار الفداء فقد طهر العبد من الجناية فيبقي حق الغرماء فيه فيباع فى دينهم وان دفعه بالجناية اتبعه الغرماء فى أيدى أصحاب الجناية فباعوه فى دينهم الا أن يفديه أولياء الجناية لان أولياء الجناية انما يستحقون ملك المولى فيه بطريق الجزاء الا أن يثبت لهم فيه سبب متجدد فهم بمنزلة الوارث يخلفونه فى ملكه والعبد المديون اذا مات مولاه اتبعه الغرماء فى ملك الوارث فباعوه فى دينهم الا أن يقضى الوارث دينهم فكذلك يتبعونه فى يد صاحب الجناية فيباع فى دينهم الا أن يقضى صاحب الجناية ديونهم وان كان للمأذون

جارية من تجارته فقتل قتيلا خطأ فان شاء المأذون دفعها وان شاء فداها ان كان عليه دين أو لم يكن لان التدبير في كسبه اليه وهو فى التصرف بمنزلة الحر فى التصرف فى ملكه فيخاطب بالدفع أو الفداء بخلاف جنايته بنفسه فالتدبير فى رقبته ليس اليه (ألا ترى) أنه لا يملك بيع رقبته ويملك بيع كسبه فان كانت الجناية نفسا وقيمة الجارية ألف درهم ففداه المأذون بعشرة آلاف فهو جائز فى قياس قول أبي حنيفة ولا يجوز فى قولهما لان من أصلهما أن المأذون لا يملك الشراء بما لا يتغابن الناس فى مثله وعند أبي حنيفة يملك ذلك فيطهرها من الجناية باختيار الفداء بمنزلة شرائها بما يفديها به على القولين أو بمنزلة ما لو دفعها الى أولياء الجناية ثم اشتراها منهم بمقدار الفداء وان كانت الجناية عمدا فوجب القصاص عليها فصالح المأذون عنها جاز وان كان المأذون هو القاتل فصالح عن نفسه وعليه دين أو ليس عليه دين لم يجز الصلح لما بينا أنه فى التدبير فى كسبه بمنزلة الحر فى ملكه وفى التدبير فى نفسه هو بمنزلة المحجور عليه فلا يجوز صلحه فى حق المولى لانه يلتزم المال بما ليس بمال وهو غير منفك الحجر عنه فى ذلك ولكن التزامه فى حق نفسه صحيح فيسقط القود بهذا الصلح ويجب المال فى ذمته ويؤاخذ به بعد العتق بمنزلة مال التزمه بالكفالة أو بالنكاح ولو كان للمأذون دار من تجارته فوجد فيها قتيل وعليه دين أو لا دين عليه فالدية على عاقلة المولي فى قول أبي يوسف ومحمد لانه مالك لهذه الدار وان كان على عبده دين ودية المقتول الموجود فى الملك على عاقلة صاحب الملك باعتبار أنه بمنزلة القاتل له بيده وعند أبي حنيفة رحمه الله ان لم يكن على العبد دين محيط فكذلك وان كان على العبد دين محيط ففى القياس لا شئ علي عاقلة المولى لانه غير مالك للدار عنده ولكن يخاطب بدفع العبد أو الفداء لان حق العبد فى كسبه فى حكم الجناية كملك المالك فى ملكه فبهذا الطريق يجعل كان العبد قتله بيده ولكنه استحسن وجعل الدية على عاقلة المولى لان العبد ليس من أهل الملك والمولى أحق الناس بملك هذه الدار على معنى أنه يملكها اذا سقط الدين ويملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فيكون بمنزلة القاتل بيده باعتبار اقامة سبب الملك التام له فيها مقام الملك ونظيره التركة المستغرقة بالدين اذا وجد فى دار منها قتيل كانت الدية على عاقلة الوارث وهذا لان المانع من الملك بعد تمام السبب حق الغرماء وفى حكم الجناية الغرماء كالاجانب ويجعل فى القتيل الموجود فيها كأن المولى مالك لها لما تعذر اعتبار جانب الغرماء فى ذلك وعلى هذا لو شهد على المأذون فى حائط من هذه الدار

مائل فلم ينقضه حتى وقع على انسان فقتله فالدية على عاقلة المولى وقالا هـذا بمنزلة القتيل يوجد فى هذه الدار ولم يذكر فيه قول أبى حنيفة وقيل هو كذلك على جواب الاستحسان عند أبى حنيفة لما قلنا وهو بخلاف ما اذا وقع على دابة فقتلها فان قيمتها فى عنق العبد يباع فيها أو يفديه لان حق صاحب الدين يتعلق بالمالية والمولى من ماليته أجنبي لحق غرمائه فلهذا كان ذلك في عنق العبد بمنزلة جنايته على المال بيده وأما حق أولياء الجناية فلا يثبت فى المالية التى هى حق الغرماء ولهذا كان موجب جنايته بيده على مولاه يخاطب بالدفع أو الفداء ففى جناية يترك هدم الحائط المائل أو يترك صيانة داره حتى وجد فيها قتيل يستحق موجبه علي المولى أيضا واذا كان موجب الجناية على المولى صار المولى فيه كالمالك للدار وكان الاشهاد وجد عليه بطريق أن جناية مملوكه كجنايته فتكون الدية على عاقلة المولى ولو كان على المأذون دين فجنى جناية فباعه المولى من أصحاب الدين بدينهم ولا يعلم بالجناية فعليه قيمته لاصحاب الجناية لان حق أولياء الجناية لا يمنع المولى من بيع الجانى فاذا نفذ بيعه كان مفوتا على أولياء الجناية حقهم فان كان عالما بالجناية فعليه الارش وان لم يكن عالما فعليه قيمته كما لو أعتقه ولو لم يبعه من الغرماء ولم يحضروا ولكن حضر أصحاب الجناية فدفعه اليهم بغير قضاء قاض فالقياس فيه أن يضمن قيمته للغرماء لانه صار متلفا على الغرماء محل حقهم باخراجه عن ملكه باختياره فيكون بمنزلة ما لو أعتقه وفى الاستحسان لا ضمان عليه لان حق أولياء الجناية ثابت فى عنقه والمولى فعل بدون قضاء القاضى غير ما يأمر به القاضى ان لو رفع الامر اليه فيستوى فيه القضاء وغير القضاء بمنزلة الرجوع فى الهبة ثم هو ما فوت على الغرماء محل حقهم فان العبد محل للبيع فى الدين فى ملك أولياء الجناية كما لو كان الدفع اليهم بقضاء قاض وانما يضمن القيمة باعتبار تفويت محل حقهم فان جعلنا هذا تسليما لما هو المستحق بالجناية لا يفوت به محل حقهم وان جعلناه تمليكا مبتدأ لا يفوت به محل حقهم أيضا لانهم يتمكنون من بيعه كما لو باعه أو وهبه ثم لا فائدة فى هذا القبض لان بعد القبض يجب دفعه اليهم بالجناية ثم بيعه فى الدين فلهذا لم يضمن المولى شيأ بخلاف ما سبق من بيعه اياه فى الدين ففيه تفويت محل حق أولياء الجناية على معنى أن البيع تمليك مبتدأ ولا سبيل لاولياء الجناية على نقض ذلك ولو لم يدفع بالجناية حتى طالبه الغرماء بدينهم ولم يحضر صاحب الجناية وقد أقر به المولى والغرماء عند القاضى لم يبعه فى الدين حتى يحضر صاحب الجناية فيدفعه اليه المولى او يفديه ثم يبيعه الغرماء لان فى بيعه

فى الدين من القاضى ابطال حق أو لياء الجناية أصلا فانه يفوت به محل حقهم ولا يكون المولى ضامنا شيأ اذا كان القاضى هو الذى يبيعه وفى التأخير الي أن يحضر صاحب الجناية اضرار بالغرماء من حيث تأخر حقهم للانتظار وضرر التأخير دون ضرر الانتظار فلهذا يصير الى الانتظار وان قضى القاضى أن يباع لهم وصاحب الجناية غائب فالبيع جائز لان حق الغريم ثابت فى ماليته وهو طالب بحقه ولا يدرى أن صاحب الجناية هل يحضر فيطالب حقه أو لا يحضر فلا يمتنع نفوذ قضاء القاضى ببيعه لهذا ثم لا شئ لاصحاب الجناية أيضا أما على المولى فلان القاضى هو الذى باعه وبيع القاضي لا يصير المولى مفوتا محل حق صاحب الجناية والقاضي فيما يقضى مجتهد فلا يكون ضامنا شيأ والعبد بعد العتق ليس عليه من موجب جنايته شئ فان باعه القاضى من أصحاب الدين أو من غيرهم باكثر من الدين كان الفضل عن الدين لصاحب الجناية لان الثمن بدل العبد وكان حقهم ثابتا فى العبد فيثبت فى بدله (ألا ترى) أن العبد الجانى اذا قتل ثبت حق أولياء الجناية فى قيمته فكذلك يثبت حقهم فى الثمن الا أنه لا فائدة فى استرداد مقدار الدين من الغرماء لحقهم فيجعل الفضل على ذلك لهم وان كان ذلك الفضل أكثر من قيمة العبد الا أن يكون أكثر من أرش الجناية فحينئذ حق أولياء الجناية فى مقدار الارش وما فضل عن ارش الجناية فهو للمولى لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق الغير وكذلك ان باعه المولي بامر القاضى فهذا وبيع القاضي سواء وان باعه بغير أمر القاضى بخمسة آلاف درهم وهو لا يعلم بالجناية وقيمته ألف درهم ودينه ألف وجنايته قتل رجل خطأ فانه يدفع من الثمن الى صاحب الدين مقدار دينه وهو ألف والي صاحب الجناية مقدار قيمته وهو ألف درهم والباقى للمولى لانه قد أوفى صاحب الدين كمال حقه ولم يلتزم لصاحب الجناية الا قيمة العبد ليفوت محل حقه ببيعه بنفسه اختيارا فاذا دفع اليه مقدار قيمته كان الباقى للمولى فاذا قتل المأذون عمدا وعليه دين أو لا دين عليه فعلي قاتله القصاص للمولى لانه باق على ملكه بعد ما لحقه الدين ووجوب القصاص له باعتبار ملكه ولا شئ للغرماء لان حقهم فى ماليته وقد فات ولم يخلف بدلا فالقصاص ليس ببدل عن المالية وحقهم فى محل تمكن ايفاء الدين منه وايفاء الدين من القصاص غير ممكن فان صالح المولى القاتل من دمه على مال قليل أو كثير جاز وأخذه الغرماء بدينهم ان كان من جنسه وان كان من غير جنسه بيع لهم لان القصاص بدل العبد وقد كانوا أحق به وذلك يوجب كونهم أحق ببدله

الا انه لم يكن البدل محلا صالحا لايفاء حقهم منه فاذا وقع الصلح عنه على مال صار محلا صالحا لذلك فيثبت حقهم فيه بمنزلة الموصي له بالثلث والغريم لا يثبت حقه فى القصاص فان وقع الصلح عنه على مال ثبت حقه فيه ونفذ الصلح من المولى على أى قدر من البدل كان لانه لا ضرر فيه على الغرماء بل فيه توفير المنفعة عليهم بتحصيل محل هو صالح لايفاء حقهم منه ولو لم يقتل المأذون ولكن قتل عبدا له ولا دين على المأذون فعلى القاتل القصاص للمولى دون المأذون لان كسبه خالص ملك المولى وولاية استيفاء القصاص باعتبار الملك ولانه خرج بالقتل من أن يكون كسبا للعبد لان كسبه مما يتمكن هو من التجارة فيه وذلك لا يتحقق فى العبد المقتول ولا فى القصاص الواجب فكان المولى أخذه منه فيكون القصاص للمولى وان كان على المأذون دين كثير أو قليل فلا قصاص على القاتل وان اجتمع على ذلك المولى والغرماء لان المولى ممنوع من استيفاء شئ من كسبه ما بقي الدين عليه قل الدين أو كثر فلا يتمكن هو من استيفاء القصاص بدلا عن كسبه والغرماء لا يتمكنون من ذلك لان حقهم فى المالية والقصاص ليس بمال فلانعدام المستوفى لايجب القصاص واذا لم يجب القصاص باصل القتل لايجب وان اجتمعا على استيفائه وهو نظير عبد المضاربة اذا قتل وفى قيمته فضل على رأس المال لايجب القصاص وان اجتمع المضارب ورب المال علي استيفائه لهذا المعنى وعلى القاتل قيمة المقتول فى ماله فى ثلاث سنين لان القصاص لما لم يجب لاشتباه المستوفى وجب المال ووجوبه بنفس القتل فيكون مؤجلا فى ثلاث سنين ولكنه فى مال الجانى لانه وجب بعمد محض فلا تعقله العاقلة الا أن تبلغ القيمة عشرة آلاف فحينئذ ينقص منها عشرة لان بدل نفس المملوك بالجناية لا يزيد على عشرة آلاف الا عشرة ويكون ذلك لغرماء العبد لانه بدل المقتول وهو محل صالح لايفاء حقهم منه واذا جنى عبد لرجل جناية خطأ فأذن له فى التجارة وهو يعلم بالجناية أو لا يعلم فلحقه دين لم يصر المولى مختارا ويقال له ادفعه أو افده لان بالاذن له فى التجارة ولحوق الدين اياه لا يمنع دفعه بالجناية (ألا ترى) أنه لو أقر أن ذلك بالجناية لم يمنع دفعه بها فكذلك اذا اعترض وانما يصير المولى مختارا للفداء باكتساب سبب يعجزه عن الدفع بالجناية بعد العلم بها ولم يوجد فان دفعه بالجناية اتبعه الغرماء فبيع لهم الا أن يفديه صاحب الجناية بالدين لان ماليته صارت حقا للغرماء فان فداه صاحب الجناية بالدين أو بيع فى الدين رجع صاحب الجناية على المولى بقيمة العبد فسلمت له لانهم استحقوا

بجناياتهم عبـدا فارغا وانما دفع اليهم عبدا هو مستحق الماليـة بالدين فاذا استحق من دينهم بذلك السبب كان لهم حق الرجوع على المولى بقيمته بخلاف ما اذا كانت الجناية من العبد بعد مالحقه الدين فان هناك ما استحقوا العبد الا وهو مشغول بالدين مستحق المالية وقد دفعه اليهم كذلك وهو نظير من اغتصب عبدا مديونا ثم رده على المولي فبيع في الدين لم يرجع على الغاصب ولو غصبه فارغا فلحقه دين عند الغاصب بان أفسدمتاعا ثم رده فبيع فى الدين رجع المولى على الغاصب بقيمته * يوضحه ان استحقاق المالية بالدين كان بسبب باشره المولى بعد تعلق حق أولياء الجناية به وهو الاذن له فى التجارة فصار كانه أتلف عليهم ذلك ولا يقال حق أولياء الجناية فى نفس العبد لا فى ماليتـه فكيف يغرم المولى لهم باعتبار اكتساب سـبب استحقاق المالية وهذا لان استحقاق نفس العبد بالجناية لا يكون الا باعتبار ماليته (ألا ترى) أن الجاني الذى ليس بمال لا يستحق نفسه باعتبار المالية وكذلك اذا كان مدبرا أوأم ولد وانما يسـتحق نفس القن الذى هو محتمل للتمليك باعتبار المالية وكذلك ان كان المولى اذن له في التجارة فلم يلحقه دين حتى جنى جناية ثم لحقه الدين لان استدامة الاذن بعد الجناية من المولى بمنزلة انشـائه وكذلك لو رآه يشـترى ويبيع بعد الجناية فلم ينهه فسكوته عن النهى بمنزلة التصريح بالاذن له فى التجارة وكذلك لو كان الدين لحقه قبل الجناية لم يرجع ولى الجناية على المولى بالقيمة لانه ما استحقه بالجناية الا وهو مشغول بالدين وان كان لحقه ألف درهم قبل الجناية على المولى بالقيمة لانه ما استحقه بالجناية الا وهو مشغول بالدين وان كان لحقه ألف درهم قبل الجناية وألف درهم بعد الجناية وقيمته ألف درهم ثم دفع العبـد بالجناية بيع فى الدينين جميعا فان بيع أو فداه أصحاب الجناية بالدينين فانهم يرجعون علي المولى بنصف القيمة وهو حصة أصحاب الدين على الآخر اعتبارا لكل واحد من الدينين بما لو كان هو وحده وهذا لان نصف الثمن الذى أخذه صاحب الدين الآخر انما أخذه باستدامة الاذن من المولى بعد الجناية لانه كان متمكنا من الحجر عليـه ولو حجر عليه لم يلحقه الدين الآخر فى حال رقه فلهذا صار المولى ضامنا لما وصل الى صاحب الدين الآخر من مالية العبد * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو لم يلحقه الدين الآخر لم يسلم لاولياء الجناية شئ من ماليته أيضا لان الدين الاول محيط بماليته فينبغى أن لا يضمن المولى لهم شيأ * قلنا نعم ولكن ما أخذه أصحاب الدين الآخر لا يسلم لهم الا بعد سقوط حق صاحب الدين الاول عن ذلك وباعتبار سقوط حقه عنه هو

سالم لصاحب الجناية لولا استدامة المولى الاذن له حتى لحقه الدين الآخر فلهذا ضمن المولى ذلك لصاحب الجناية واذا قتل العبد المأذون أو المحجور رجلا خطأ ثم أقر عليه المولى بدين يستغرق رقبته فليس هذا باختيار منه لان اقرار المولى عليه لا يمنعه من الدفع بالجناية فان هذا الدين لا يكون أقوى من الدين الذى يلحقه بتصرفه فان دفعه بيع فى الدين الا أن يفديه ولي الجناية لان الدين ثبت عليه باقرار المولى فاشتغلت ماليته بالدين كما لو رهن عبده الجانى ثم يرجع ولى الجناية على المولى بقيمته لما بينا أنه أتلف عليه ماليته باكتسابه سبب اشتغاله بحق المقر له بعد ما ثبت فيه حق ولى الجناية ولو كان المولى أقر عليه بقتل رجل خطأ ثم أقر عليه بقتل رجل خطأ وكذبه فى ذلك أولياء الجناية الاولى فانه يدفعه بالجنايتين أو يفديه لان اقراره عليه بالجناية بمنزلة التصرف منه فيه وحق ولي الجناية فيه لا يمنع نفوذ تصرف المولى فما ثبت باقراره من الجناية بمنزلة الثابت بالبينة أو بالمعاينة في حقه فيدفعه بالجنايتين فان دفعه اليهما نصفين رجع أولياء الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته لانهم كانوا استحقوا جميع العبد بالجناية حين أقر لهم المولى بذلك ثم صار المولى متلفا عليهم نصف الرقبة باقراره بالجناية الاخرى وقد تم ذلك الاتلاف بدفع النصف الى المقر له فلهذا يغرم له نصف قيمته ولا يغرم للمقر له الثانى شيأ لانه ما ثبت حقه الا فى النصف فانه حين أقر له بالجناية كانت الجناية الاولى ثابتة وهى مزاحمة للأخرى فيمنع ثبوت حق المقر له الثانى فيما زاد على النصف وقد سلم نصف العبد وان كان عليه دين يستغرق رقبته فأقر المولى عليه بجناية لم يجز اقراره لان استغراق رقبته بالدين يمنع المولى من التصرف فيه والاقرار عليه بالجناية تصرف فلا يصح الا أن يفديه من الدين فبزوال المانع به ويصير كالمجدود لاقراره بعد ما سقط الدين فيؤمر بأن يدفعه بالجناية أو يفديه ولو قتل العبد رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى صاحب الجناية منها على رقبة العبد فان صلحه لا ينفذ على صاحب الدين لانه يملك رقبته عوضا عما لا يتعلق به حق صاحب الدين ولو ملكه عوضا عما يتعلق به حقهم لم ينفذ عليهم كالبيع فهذا أولى ولكن ليس لصاحب الدم أن يقتله بعد ذلك لان صلحه كعفوه وأكثر ما فيه ان البدل مستحق لصاحب الدين ولكن استحقاق البدل فى الصلح من دم العمد لا يمنع سقوط القود ثم يباع العبد فى دينه فان بقى من ثمنه شئ بعد الدين كان لاصحاب الجناية لان حكم البدل حكم المبدل وهم قد استحقوا نفس العبد بالصلح متى سقط صاحب الدين عنه (ألا ترى) أنه لو أبرأه عن الدين كان العبد

سالما لاصحاب الجناية فلذلك لم يسلم لهم ما يفرغ من بدله من حق صاحب الدين فان لم يبق من ثمنه شئ فلا شئ لصاحب الجناية على المولى ولا على العبد فى حال رقه ولا بعد العتق لان المولى ما التزم لصاحب الجناية شيأ فى ذمته بالصلح وانما سلم للعبد القصاص بالعقد وهو لا يضمن بالمال عند الاتلاف فكذلك لا يضمنه العبد باحتباسه عنده أو سلامته له ولو لم يصالح ولكن عفا أحد أولياء الدم فان المولى يدفع نصفه الى الآخر أو يفديه لان حق الذى أسقط لم يظهر فى حق الذى لم يعف فهذا وما لو كانت الجناية خطأ فى الابتداء سواء فيدفع المولى اليه نصيبه أو يفديه ثم يباع جميع العبد فى الدين لان حق الغريم لا يسقط عن مالية العبد بدفع جميعه بالجناية فكذلك بدفع نصفه ولو أقر العبد أنه قتل رجلا عمدا وعليه دين كان مصدقا فى ذلك صدقه المولى أو كذبه لان موجب اقراره استحقاقه دمه ودمه خالص حقه فان العبد يبقى فيه على أصل الحرية ثم حق الغريم فى ماليته لا يكون أقوى من ملك مولاه وملك المولى لا يمنع استحقاق دمه باقراره على نفسه بالقود فكذلك حق الغريم وان عفا أحد أولياء الجناية بطلت الجناية كلها لان نصيب العافى قد سقط بالعفو ولو بقى نصيب الذى لم يعف لكان موجبه الدفع بمنزلة جناية الخطأ واقرار العبد بالجناية خطأ باطل اذا كذبه المولى فيه فيباع فى الدين الا أن يفديه المولى بجميع الدين فان فداه وقد صدق العبد بالجناية قيل له ادفع النصف الى الذى لم يعف وان كان كذبه فى ذلك كله فالعبد كله للمولى اذا فداه بالدين لان حق الذى لم يعف غير ثابت فى حق المولى اذا كذب العبد فيه واذا وجد المأذون فى دار مولاه قتيلا ولا دين عليه فدمه هدر وان كان عليه دين كان على المولى فى ماله حالا الاقل من قيمته ومن دينه بمنزلة ما لو قتل المولى القتيل بيده (ألا ترى) أنه لو وجد عند الغير قتيلا فى داره جعل كانه قتله بيده فكذلك اذا وجد عنده قتيلا فيه ولو قتله بيده عمدا أو خطأ كان عليه الاقل من قيمته ومن الدين فى ماله حالا لان وجوب الضمان عليه باعتبار حق الغريم فى المالية ولو وجد عبدا من عبيد المأذون قتيلا فى دار المولى ولا دين على المأذون فدمه هدر لانه مملوك للمولى بمنزلة رقبة المأذون ولانه كالقاتل له بيده وان كان على المأذون دين محيط بقيمته وكسبه فعلى المولى قيمته فى ماله فى ثلاث سنين فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما عليه قيمته حالا وان كان الدين لا يحيط

بجميع ذلك كانت القيمة حالة فى قولهم جميعا بمنزلة مالو قتله المولى بيده وهذا بناء على ماتقدم ان الدين اذا لم يكن محيطا فالمولى مالك لكسبه كما هو مالك لرقبته فيكون الضمان عليه لحق الغريم فى ماليته وان كان الدين محيطا فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة هو لا يملك كسبه فى هذه الحالة فقتله اياه بمنزلة قتله عند الاجنبي فتكون القيمة مؤجلة فى ثلاث سنين لان وجوبها باعتبار القتل ولكنها عليه فى ماله لانه من وجه كالمالك على معنى انه يتمكن من استخلاصه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فلا تعقله العاقلة لذلك وان قتل المولى مكاتبه أو عبد مكاتبه عمدا أو خطأ أو وجد المكاتب قتيلا فى دار مولاه يجب على المولى قيمة القتيل فى ماله فى ثلاث سنين لان وجوب القيمة هاهنا باعتبار القتل فان كسب المكاتب غير مملوك للمولى رقبته من وجه كالزائلة عن ملك المولى على ماعرف ان المكاتب صار بمنزلة الحر يدا فتجب على المولى القيمة بنفس القتل فتكون مؤجلة ولكنها تجب فى ماله لان رقبته مملوكة له من وجه أن له فى كسبه حق الملك على معنى أنه يملكه حقيقة عند عجز المكاتب فلا تعقله العاقلة كذلك وهذا اذا كان فى القيمة وفى تركته وفاء لمكاتبه لانه حينئذ يبقى عقد الكتابة ويؤدى البدل من كسبه وبدل نفسه فيحكم بحريته فان لم يكن وفاء فيهما فلا شئ على المولي فى قتل مكاتبه لان الكتابة انفسخت بموته عاجزا فتبين انه قتل عبده ولا دين عليه ولو وجد المولي قتيلا فى دار العبد المأذون كانت دية المولى على عاقلته فى ثلاث سنين لورثته فى قياس قول أبى حنيفة وفى قولهما دمه هدر لان هذه الدار فى حكم القتيل الموجود فيها بمنزلة دار أخرى للمولى حتى لو وجد فيها أجنبى قتيلا كانت ديته على عاقلة المولى فاذا وجد المولي قتيلا فيها فهذا رجل وجد قتيلا فى دار نفسه وهذا الخلاف معروف فيما اذا وجد قتيلا فى دار نفسه وسنبينه فى كتاب الديات ولو وجد العبد قتيلا فى دار نفسه ولا دين عليه فدمه هدر لان داره مملوكة للمولي فكانه وجد قتيلا فى دار المولى وان كان عليه دين فعلى المولى الاقل من قيمته ومن ديته حالا فى ماله بمنزلة ما لو وجد قتيلا فى دار أخرى للمولي لان دار العبد فى حكم القتيل الموجود فيها بمنزلة دار المولى فكذلك اذا وجد العبد فيها قتيلا وذكر فى المأذون الصغير ان هذا استحسان سواء كان عليه دين أو لم يكن ولو وجد الغريم الذى له الدين قتيلا فى دار العبد المأذون كانت ديته على عاقلة مولاه فى ثلاث سنين لانه فى ملك داره كغيره من الاجانب وانما حقه في دين ذمته متعلق بمالية كسبه

وبذلك لا يختلف حكم جنايته عليه ثم لا يبطل دينه على العبد بمنزلة مالو وجد قتيلا فى دار أخرى للمولى وكذلك لو كان القتيل عبدا للغريم كانت قيمته على عاقلة المولى فى ثلاث سنين عبده فى ذلك كعبد غيره واذا أذن المكاتب لعبده فى التجارة فوجد فى دار المأذون قتيل وعليه دين أو لا دين عليه فعلى المكاتب قيمة رقبته لاولياء القتيل فى ماله حالة بمنزلة مالو وجد قتيلا فى دار أخرى من كسب المكاتب لان المكاتب فى كسبه بمنزلة الحر فى ملكه فيصير كالجانى بيده وجناية المكاتب توجب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية فهذا مثله ولو كان الذى وجد قتيلا فى دار العبد هو المكاتب كان دمه هدرا كما لو وجد قتيلا فى دار أخرى له وهذا لانه يصير كالجانى على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين المكاتب والحر فى ذلك لان موجب جناية الحر على العاقلة وموجب جناية المكاتب على نفسه فلا يستقيم أن يجب له على نفسه وسنقرر هذا الفرق فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى ولو كان المأذون هو الذى وجد قتيلا فى داره كان على المكاتب الاقل من قيمته ومن قيمة المأذون فى ماله حالا لغير المأذون لان هذه الدار فى حكم القتيل الموجود فيها كدار أخرى للمكاتب ولو وجد العبد قتيلا فى دار أخرى للمكاتب كان المكاتب كالجانى عليه بيده فيلزمه أقل القيمتين فى ماله حالا لغرمائه فكذلك اذا وجد فى هذه الدار قتيلا والله أعلم بالصواب

باب ما يجوز للمأذون أن يفعله وما لا يجوز

(قال رحمه الله) وليس للمأذون أن يكاتب عبده لانه منفك الحجر عنه فى التجارة والكتابة ليست بتجارة ولكنها عقد ارفاق يقصد بها الاعتاق والمأذون فيما ليس بتجارة كالمحجور كالتزويج ثم الفك بالكتابة فوق الفك الثابت بالاذن ولا يستفاد بالشئ ما هو فوقه فى محل فيه حق الغير فان كاتبه وأجاز مولاه الكتابة جاز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد له منجز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وبيانه ان كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك فيه الاجازة ثم لا سبيل للعبد على قبض البدل بل كل ذلك الى المولى لان العبد نائب عنه كالوكيل والكتابة من العقود التى يكون العاقد فيها معتبرا فيكون قبض البدل الى من نفذ العقد من جهته وان دفعها المكاتب الى العبد لم يبرأ الا أن يوكله المولى بقبضها لان العبد فى حكم قبض

بدل الكتابة كاجنبي آخر وكذلك ان لحقه دين بعد اجازة المولى الكتابة لان باجازته صار المملوك مكاتبا له وخرج من أن يكون كسبالعبده فالدين الذى يلحق العبد فيه ذلك لا يتعلق برقبته ولا بكسبه كما لو أخذه المولى من يده وكاتبه أو لم يكاتبه ولو كان عليه دين كثير أو قليل فه كتابته باطلةوان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولي من ذلك قل الدين أو كثر كما لو أخذه من يده وعليه دين فان لم يرد الكتابة حتى أداها فان كان المولي لم يجزها لم يعتق ورد رقيقا للمأذون فبيع فى دينه وصرف ماأخذه منه من المكاتبة فى دينه لان الكتابة بدون اجازة المولى لغو وهوموقوف علي اجازته فاداء بدل الكتابة فى حال توقف العتق لا يوجب العتق له والعبد حين قبض البدل منه يصير كالمعتق له واعتاقه لغو والمقبوض من اكسابه يصرف الى دين المأذون مع رقبته بطريق البيع فيه وان كان المولى أجازالمكاتبة وأمر العبد بقبضها وعلى العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده فادي المكاتب المكاتبة فهذا والاول سواء فى قياس قول أبي حنيفة رحمه اللهلان المولى لا يملك كسبه حتى لا ينفذ منه مباشرة الكتابة والاعتاق فيه فلا يعمل اجازته أيضا ولا يعتق بقبض البدل منه كما لو أعتقه قصدا وفى قولهما هو حر لان المولي يملك كسبه وان كان دينه محيطا حتى لو أعتقه ينفذ عتقه فكذلك اذا أجاز مكاتبته وقبض البدل هو أو العبد بأمره يجعل كالمعتق له فيكون حرا والمولي ضامن لقيمته للغرماء لان ماليته كانت حقا لهم وقد أتلفها المولي عليهم وكذلك المكاتبة التي قبضها المولى تؤخذ منه فتصرف الى الغرماء لانه أدي المكاتبة من كسبه والغرماء أحق بكسبه من المولي فلا يسلم ذلك للمولي ما بقى من دينهم ولو كان دين المأذون لا يحيط به وبما له عتق عندهم جميعا لان اجازة المولى الكتابة كمباشرته ولو كاتبه وقبض البدل عتق فان الدين اذا لم يكن محيطا لا يمنع ملكه ولا اعتاقه ثم يضمن قيمته للغرماء ويأخذ الغرماء المكاتبة التى قبضها المولي أو المأذون من دينهم لان حقهم فى كسبه ومالية رقبته مقدمة على حق المولي وقد أتلف المولي مالية رقبته بالاعتاق وليس للمأذون أن يكفل بنفس ولا مال لان الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع والتبرع ضد التجارة وانفكاك الحجر عنه فى التجارة خاصة وهذا بخلاف التوكيل فى الحجر بالشراء لانه ليس بتبرع باعتبار أصل الوضع بل هو من عمل التجارة (ألا ترى) ان التجار لا يتحرزون عن ذلك ويتحرزون عن الكفالة غاية التحرز وكذلك لا يهب ولا

يتصدق بالدرهم والثوب وما أشبه ذلك ولا يعوض ما وهب له بغير شرط لان هذا كله تبرع باعتبار أصل الوضع ولا يقرض لانه تبرع قال عليه السلام قرض مرتين صدقة مرة فان أجاز المولي هذه التبرعات منه فان لم يكن عليه دين فلا بأس به وان كان عليه دين لم يجز شيء من ذلك لان كسبه اذا لم يكن عليه دين فمالية رقبته ومنافعه كلها لمولاه فاجازته كمباشرته وان كان عليه دين لحق الغرماء فى ذلك مقدم على حق المولى فلهذا لا يجوز شيء من ذلك واذا أهدى العبد المأذون هدية أو دعا رجلا الى منزله فغداه أو أعاره دابة يركبها أو ثوبا يلبسه فلا بأس به ولا ضمان فيه على الرجل ان هلك شيء من ذلك عنده كان على العبد دين أولم يكن وفى القياس هذا كله باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله ولكنه استحسن فقال وهذا مما يصنعه التجار ولا يجدون منه بدا فى التجارة فانهم يحتاجون الى استجلاب قلوب المهاجرين الي أنفسهم واعارة موضع الجلوس والوسادة ممن يأتيهم ليعاملهم فلو لم نجوز ذلك من المأذون لادى الى الحرج والحرج مدفوع وأيد هذا الاستحسان ما روينا أن النبي عليه السلام كان يجيب دعوة المملوك وان سلمان رضي الله عنه أهدى الى النبي عليه السلام وهو مملوك فقبله وأكل أصحابه رضى الله عنهم وأتاه بصدقة فأمر أصحابه باكلها ولم يأكل منها وعن عمر رضي الله عنه انه سئل عن العبد يتصدق بشيء فقال بالرغيف ونحوه وبه نأخذ فنقول يتصدق المأذون بالطعام ولا يتصدق بالدراهم والكسوة ونحو ذلك لان أمر الطعام مبني على التوسع ولهذا جاز للمرأة أن تتصدق بمثل ذلك من مال الزوج بدون استطلاع رأى الزوج فان الناس لا يمتنعون من ذلك عادة والمكاتب فى جميع ذلك كالعبد لان الرق الحاجز له عن التبرعات قائم فيه الا أن فى حق المكاتب لا يجوز ذلك الا باذن المولى بخلاف المأذون اذا لم يكن عليه دين لان كسب المأذون خالص ملك المولى والمولى ممنوع من كسب المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن ولو أعتق المأذون أمته على مال لم يجز لان هذا التصرف ليس بتجارة فان أجازه المولي جاز ان لم يكن عليه دين كما لو باشره بنفسه والمال دين للمولى عليها ولا يجوز قبض المأذون له منها لانه فى العقد كان معبرا عن المولي فهو فى قبض البدل كاجنبي آخر وان لحقه دين بعد اجازة المولى لم يكن للغريم فى ذلك المال حق لانه كسب حر فلا يتعلق به حق غرماء المأذون وان كان على المأذون دين لا يحيط برقبته وبما فى يده جاز العتق باجازة المولي أيضا لكونه مالكا فيها وعليه قيمتها للغرماء

لان حقهم فى ماليتها وقد أتلفها المولى بالاجازة ثم المال عليها للمولى لا حق لغرماء المأذون فى ذلك بخلاف ماتقدم من الكتابة لان الامة هاهنا تعتق بنفس القبول وما تكتسب بعد ذلك خالص ملكها فانما يؤدى بدل الكتابة من كسب اكتسبه فى حال رقه وحق الغرماء فيه مقدم على حق المولى وان كان الدين يحيط بالمأذون وبما فى يده فكذلك فى قولهما وفي قول أبي حنيفة لا تعتق لانه لا حق للمولى فى كسب المأذون فى هذه الحالة ولو تزوج المأذون امرأة حرة بغير اذن مولاه ودخل بها يفرق بينهما لان النكاح ليس بتجارة فالمأذون فيه كالمحجور ولكن يلزمه المهر بالدخول بشبهة العقد الا انه لا يؤاخذ بالمهر حتى يعتق لان هذا دين لزمه بسبب عقد هو غير مأذون فيه من جهة المولى فيؤخر الي مابعد العتق كدين الكفالة وقد بينا فى النكاح أن المأذون لا يزوج عبده وان في تزويجه أمته خلافا وللمأذون أن يدفع المال مضاربة بالنصف لان له أن يستأجر أجيرا يعمل فى ماله باجر مضمون فى ذمته والاستئجار للعمل ببعض الربح يكون أنفع له وهو من صنيع التجار وكذلك يأخذ مالا مضاربة بالنصف لانه يشترى بثمن فى ذمته ولا يرجع به على غيره ليستفيد الربح فلان يملك الشراء على وجه يرجع فيه بالعهدة علي غيره ويحصل الربح لنفسه كان أولي واذا اشترك العبد ان المأذون لهما فى التجارة شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد لان فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة فهو بمنزلة ما لو اشتركا شركة مفاوضة فان الشركة بينهما تكون عنانا لا مفاوضة لما فيها من معنى الكفالة فان أذن لهما المولیان فى الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فهو جائز كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أو التوكل بالشراء بالنسيئة واذا اشترى المأذون وعليه دين أو لادين عليه ثوبا بعشرة وباعه من مولاه بخمسة عشر لم يبعه المولى مرابحة الا على عشرة لتمكن تهمة المسامحة فى المعاملة بينه وبين المولي ولو كان المولى اشتراه بعشرة ثم باعه من العبد بخمسة عشر أو باعه من أمة لعبد مأذون لها في التجارة فتهمة المسامحة بينهما متمكنة وكذلك لو كان المأذون اشتراه ثم باعه من مكاتب للمولي أو عبد آخر له أو من عبد لمكاتب المولي أو من مضارب للمولى أو من مضارب المكاتب لم يبعه مرابحة الا على أقل الثمنين ولو باعه من ابن المولي أو أبيه أو امرأته فكذلك فى قول أبى حنيفة لتمكن التهمة بينه وبين من لا تجوز شهادته له وفى قولهما يبيعه مرابحة على خمسة عشر لانه ليس للمولي

فى مال هؤلاء ملك ولا حق ملك وقد بينا هذا فى البيوع والله أعلم

باب الغرور فى العبد المأذون له

(قال رحمه الله) واذا جاء الرجل بالعبد الى السوق فقال هـذا عبدى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة فبايعوه وبايعه أيضا من لم يحضر هـذا القول ولم يعلم فلحقه دين ثم علم انه كان حرا أو استحقه رجل فعلى الذى أمرهم بمبايعته الاقل من قيمته ومن الدين للذين أمرهم بمبايعته ولسائرهم لانه بما صنع صار غارا لهم فان أمره اياهم بالمبايعة معه يكون تنصيصا على انه يصرف ماليتـه الى ديونهم اذا لحقـه دين ويصـير الآمر بمنزلة الكفيـل لهم بذلك (ألاترى) ان العبـد لو كان مملوكا له كما قاله كان حقهم ثابتا فى ماليته وكان المولى كالكفيل لهم عن عبده بقدر مالية الرقبة فاذا تحقق معنى الغرور ثبت لهم حق الرجوع عليه بما وجد فيه الغرور أو الكفالة وهو الاقل من قيمته ومن ديونه ومن خاطبـه بكلامه ولم يحضر مقالته ولم يعلم به فى ذلك سواء لان هذا حكم ينبنى على ثبوت الاذن والاذن اذا كان عاما منتشرا يكون ثابتا فى حق من علم به وفى حق من لا يعلم فكذلك الاذن وما ينبنى عليه من الغرور والكفالة ويستوى ان كان قال فقد أذنت له فى التجارة أو لم يقل لانه لما قال هذا عبـدى فبايعوه فالغرور والكفالة تثبت باضافته الى نفسـه وأمره اياهم بمبايعته فمن ضرورة ذلك الاذن له فى التجارة ولا يضمن لهم شـيأ من مكسوبه لان الكسب لم يكن موجودا عنـد مقالة المولى ولا يدرى أيحصل أم لا يحصل فلا يثبت فيه حكم الكفالة والغرور وان شاؤا رجعوا بدينهم على الذى ولى مبايعتهم ان كان حرا لانه باشر سبب التزام الدين وهو من أهله وان كان عبدا لم يرجعوا عليـه بشئ حتى يعتق لان مولاه لم يرض بتصرفه وتعلق الدين بماليته وان اختاروا ضمان المولى ثم توى ماعليه اتبعوا العبد بجميع دينهم اذا عتق لان التزامه فى ذمته صحيح والمولى كان كفيلا عنـه بقدر مالية الرقبة فاذا لم يصل اليهم من جهة الكفيـل كان لهم أن يرجعوا على الاصيل بجميع دينهم اذا عتق ولو لم يكن هذا ولكن العبد أقام البينة ان مولاه الذى أذن له كان دبره قبـل أن يأذن أو كاتب أمه فان قامت البينـة انها أم ولد له فهذا بمنزلة المستحق لانه تعذر عليهم استيفاء ديونهم من مالية الرقبة لثبوت حق عتقه لهم عند مقالة المولى فنزل ذلك منزلة حق المستحق أو حقيقة الحرية اذا قامت البينة على حريتهم

واذا اختاروا أن يضمنوا المولى قيمة المدبر وأم الولد فلا سبيل لهم عليهما فيما بقى من دينهم حتى يعتقا لان كسبهما ملك المولى وقد غرم المولى لهم مالية الرقبة فلا يبقى لهم سبيل على كسب هو مملوك له ولو جاء به الى السوق فقال عبدى هذا وقد أذنت له فى التجارة ولم يقل بايعوه والمسئلة بحالها لم يكن هذا غرورا ولم يلزم هذا الآذن ضمان شئ لانه أخبرهم بخبر وما أمرهم بمباشرة عقد الضمان معه وحكم الغرور والكفالة لا يثبت بمجر الخبر (ألا ترى) أنه لو أخبر انسانا بحرية امرأة فتزوجها فاستولدها ثم استحقت لم يرجع المغرور على المخبر بشئ ولو زوجها منه على أنها حرة ثم استحقت رجع على المزوج بما غرم من قيمة أولادها فالامر بالمبايعة ههنا فى حكم الغرور نظير التزويج هناك والاخبار بالملك والاذن هاهنا نظير الاخبار بالحرية هناك وان قال هذا عبدى فبايعوه فى البز فان قال قد أذنت له فى التجارة فبايعوه فى غير البز والمسئلة بحالها كان الآمر ضامنا للغرماء الاقل من دينهم ومن قيمة العبد لان التقييد بالبز فى الامر بالمبايعة لغو على ما بينا ان فك الحجر لا يقبل التخصيص بنوع من التجارة فكان هذا والامر بالمبايعة مطلقا سواء بخلاف ما اذا قال لحر ما بايعت به من البز فلانا فهو على فبايعه غيره فى البز لا يجب على الكفيل منه شئ لان الكفالة تقبل التخصيص وفك الحجر الثابت بالامر بالمبايعة مع العبد لا يقبل التخصيص فلهذا كان ضامنا (أرأيت) لو بايعوه فى البز فاستقرض ثمن البز من رجل فقضى به الذين بايعوه أما كان للمقرض أن يرجع بدينه على الذى أمره بالمبايعة وهو مغرور فى ذلك بمنزلة الذين بايعوه فى البز (أرأيت) لو اشترى بزا على أن يضمن الثمن عنه رجل فادى الكفيل الذين بايعوه فى البز أما كان للكفيل أن يرجع عليه بذلك واذا أذن لعبده فى التجارة ولم يأمر بمبايعته ثم ان المولى أمر رجلا بعينه أو قوما باعيانهم بمبايعته فبايعوه مرة أخرى وقد علموا بامر المولى فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا فللذين أمرهم المولى عليه بمبايعته الاقل من حصتهم من قيمة العبد ومن دينهم وأما الآخرون فلا شئ لهم على المولى من ذلك لان الغرور ثبت باعتبار الامر بالمبايعة دون الاذن فى التجارة والامر بالمبايعة كان لخاص فلا يتعدى حكمه الى غيره بخلاف الاول فالامر بالمبايعة هناك عام منتشر وهذا نظير الحجر بعد الاذن العام فانه اذا نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته لا يثبت حكم ذلك النهى فى حق سائر الناس واذا كان النهى عاما منتشرا يثبت حكمه فى حق كل من علم به وفى حق من لم يعلم به اذا ثبت هذا

فنقول انما يغرم الذين أمرهم بمبايعته مقدار ما كان يسلم لهم لو كان ماأخبر به حقا وذلك الاقل من حصتهم من القيمة ومن ديونهم فانما يتحقق الغرور في حقهم في ذلك القدر ولو كان أمر قوما باعيانهم بمبايعته في البز فبايعوه في غيره وفيه فهو سواء والضمان واجب لهم علي الغار لان التقييد في حقهم في البز لغو فان الامر بالمبايعة في حقهم بمنزلة الامر العام في حق الجماعة وقد بينا أن هناك لا يعتبر التقييد بالبز فهذا مثله وان أتى به الى السوق فقال بايعوه ولم يقل هو عبدي فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا أو مدبرا لم يكن على الآمر شئ لان هذه مشورة أشار بها عليهم فلا يثبت بها الغرور وهذا لانه لم يضفه الى نفسه بالملك والغرور والكفالة تنبني على ذلك فانه بالامر بالمبايعة انما يصير ضامنا لهم مالية مملوكة لهم وانما يكون مطمعا لهم في سلامة مالية مملوكة له وذلك لا يتحقق الا باضافته الي نفسه بالملكية ولو كان أتى به الى السوق وقال هذا عبدي فبايعوه ثم دبره ثم لحقه دين لم يضمن المولى شيأ لانه لم يغرهم في شئ فانه كان عبده حقا كما أخبرهم به وبمجرد الاذن لا يتعلق حق أحد بمالية رقبته مالم يجب عليه دين فيكون هو بالتدبير متصرفا في خالص ملكه لاحق لغيره فيه فلا يضمن شيأ ولكن الغلام يسعى في الدين وكذلك لو كان أعتقه بعد الاذن ثم لحقه الدين لان اعتاقه لاقى خالص ملكه ولاحق لاحد فيه ولو باعه بعد الاذن ثم بايعوه فلحقه دين لم يكن على الآمر منه شئ لانه لم يغرهم في شئ ولكن ماأخبر به كان حقا فلا يضمن لاجل الغرور ولا يضمن للتصرف لانه حين تصرف لم يكن حقهم متعلقا بماليته ولو جاء به الى السوق فقال هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجارة فبايعوه ثم استحق أو وجد حرا والذى أمرهم بمبايعته عبد مأذون أو مكاتب أو صبي مأذون له في التجارة فلا ضمان على الآمر في ذلك علم الذين بايعوه بحال الآمر أو لم يعلموا لان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة وهو في هذا الموضع أمين فالآمر يصير كالكفيل للغرماء عنه بقدر مالية الرقبة وكفالة الصبي المأذون له في التجارة لا يلزمه شئ بحال علم المكفول له بحاله أو لم يعلم وكفالة العبد والمكاتب لا تلزمهما شيأ حتى يعتقا فاذا عتقا رجع عليهما غرماء العبد بالاقل من دينهم ومن قيمة الذى بايعهم لان التزامهما بالكفالة صحيح في حقهما قال (ألا ترى) ان الذى اشترى المغرور منه لو كان فيه ربح لم يكن للآمر من ذلك قليل ولا كثير وهذا اشارة الي انه بمنزلة الكفالة في حقه لا بمنزلة

الوكالة بالشراء فان كان الآمر مكاتبا جاء بامته الى السوق فقال هذه أمتى فبايعوها فقد أذنت لها فى التجارة فلحقها دين ثم علم أنها قد ولدت فى مكاتبته قبل أن يأذن لها فللغرماء أن يضمنوا المكاتب الاقل من قيمتها أمة ومن دينهم لانه صار غارا لهم بما أخبرهم به فصار ضامنا لهم عنها بمقدار مالية رقبتها وضمان المكاتب عن أم ولده مالا يكون صحيحا لان كسبها للمكاتب فيجوز ضمانه عنها بخلاف ما اذا استحقت أو وجدت حرة لان المكاتب لا يكون مالكا لكسبها ولا يجوز ضمانه عنها وقد بينا ان ضمان الغرور بمنزلة ضمان الكفالة واذا أتى الرجل بالعبد الى السوق فقال هذا عبدى فبايعوه فقد أذنت له فى التجارة فبايعوه فلحقه دين ثم استحقه رجل وقد كان المستحق أذن له فى التجارة قبل أن يأتى به الآخر الى السوق فانه يباع فى الدين ولا ضمان على الذى أمرهم بمبايعته لان بما ظهر من الاستحقاق لم يمتنع سلامة شئ مما ضمن سلامته لهم فانه انما ضمن لهم سلامة مالية الرقبة وذلك سالم لهم سواء كان مأذونا له فى التجارة من جهة المستحق أو من جهة الآمر ولو كان مدبرا للمستحق مأذونا له فى التجارة ضمن له الغار والاقل من قيمته غير مدبر ومن دينهم لانه لم يسلم لهم ما ضمن الآمر سلامته لهم وهو مالية الرقبة (ألا ترى) انه لو ظهر انه كان مدبرا للآمر يضمن لهم الاقل من قيمته غير مدبر ومن دينهم فاذا ظهر أنه كان مدبرا لغيره أولي ولو كان عبدا محجورا عليه لغيره فأتى به هذا الي السوق وقال هذا عبدى فبايعوه ثم أذن له مولاه فى التجارة فلحقه دين بعد ذلك لم يكن على الغار ضمان لان مالية الرقبة سلمت لهم بالاذن الصادر من المالك بعد الأمر بالمبايعة كما سلم لهم بالاذن الموجود منه وقت الامر بالمبايعة ولو كان لحقه دين ألف درهم قبل اذن مولاه فى التجارة وألف درهم بعد اذنه فان على الغار الاقل من الدين الاول ومن نصف قيمة العبد لان صاحب الدين الاول لا يسلم له شئ من مالية الرقبة بالاذن الصادر من المولي بعد وجوب دينه ولو كان ما أخبر به الغار حقا كان سلم له نصف مالية الرقبة فلهذا كان علي الغار له الاقل من دينه ومن نصف قيمة العبد فاذا أتى الرجل بعبد الى السوق فقال هذا عبد فلان قد وكلنى بان آذن له فى التجارة وان آمركم بمبايعته وقد أذنت له فى التجارة فبايعوه فاشترى وباع فلحقه دين ثم حضر مولاه وأنكر التوكيل فالوكيل ضامن الاقل من الدين ومن القيمة لان الغرور تحقق منه بما أخبرهم به فان فى معنى الغرور عبده وعبد غيره سواء لان ما أخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة فيصير هو بالاخبار

ضامنا لهم سلامة مالية الرقبة ولم يسلم حين أنكر المولى التوكيل وحلف وكان لهم أن يضمنوا المخبر قيمته (ألا ترى) ان مشترى الارض اذا بنى فيها ثم استحقت رجع على البائع بقيمة البناء للغرور سواء باعه لنفسه أو لغيره بوكالته اذا أنكر المالك التوكيل ولو وجد العبد حرا أو استحقه رجل أو كان مدبرا لمولاه فالوكيل ضامن أيضا لانه ضمن لهم سلامة ماليته ولم تسلم ويرجع به على الموكل ان كان أقر بالتوكيل الذي ادعاه لانه كان عاملا للموكل فيما باشره فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وان أنكر التوكيل لم يرجع عليه بشئ الا أن يثبتها بالبينة وان قال هذا عبد ابنى وهو صغير فى عيالى فبايعوه فلحقه دين ثم استحق أو وجد حرا ضمن الاب الاقل من قيمة العبد ومن الدين لانه بما أخبرهم به صار ضامنا لهم سلامة ماليته (ألا ترى) ان ما أخبر به لو كان حقا كان يسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه وكذلك وصى الاب والجد فأما الام والاخ وما أشبههما فان فعلوا شيأ من ذلك لم يكن غرورا ولم يلحقه ضمان لان ما أخبر به لو كان حقا لم تسلم لهم مالية الرقبة باعتبار كلامه فان هؤلاء لا يملكون الاذن لعبد اليتيم فكذلك هو بالاخبار لا يصير ضامنا لهم شيأ واذا أتى الرجل بصبى الى السوق فقال هذا ابن ابنى فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه ابنه فان الدين يبطل عن الصبي أبدا لانه تبين انه كان صبيا محجورا عليه فلا يلزمه دين بالمبايعة أبدا وترجع الغرماء على الذى غرهم بجميع الدين لان ما أخبرهم به لو كان حقا كان لهم حق مطالبة الصبي بجميع دينهم فى الحال أو بعد البلوغ وكان على الصبي أن يقضى ذلك من ملكه فيصير الآمر بمبايعته ضامنا لهم سلامة ديونهم وان أخبرهم بحريته فاذا لم يسلم وارجعوا عليه بذلك كما لو زوج رجلا امرأة على انها حرة وكذلك وصى الاب والجد أب الاب وهذا اذا لم يكن أب ولا وصى أب ولو أتى بعبده الى السوق فقال هذا عبدى وهو مدبر فبايعوه فلحقه دين ثم أقام رجل البينة انه مدبر له بطل عن المدبر الدين حتى يعتق لانه ظهر انه كان محجورا عليه ولا ضمان على الغار من قيمة رقبته ولا من كسبه لانه ما ضمن لهم سلامة مالية الرقبة حين أخبرهم انه مدبر والغرور لا يتحقق فى الكسب لانه لم يكن موجودا حين أخبرهم به ولم يدر أيحصل أولا يحصل ولو قتل المدبر فى يد الذى استحقه ضمن الغار قيمته مدبرا للغرماء لانه باضافته الى نفسه بالملكية ضمن لهم سلامة بدل نفسه مدبرا اذا قتل (ألا ترى) ان ما أخبرهم به لو كان حقا كان يسلم لهم ذلك وحكم البدل حكم الاصل فوجود الاصل عند الامر بالمبايعة

كوجود البدل فلهذا يثبت حكم الغرور فيه بخلاف الكسب ولو أتى بجارية الى السوق فقال هذه أمتي فبايعوها فلحقها دين يحيط برقبتها ثم ولدت ولدا فاستحقها رجل وأخذها وولدها ضمن الغار قيمتها وقيمة ولدها لان الولد جزء متولد من عينها وهو يسلم للغرماء لو كان ما أخبر به حقا كنفسها وهذا بخلاف الكسب فان الكسب غير متولد من عينها فلا يجعل وجودها كوجود الكسب عند الامر بالمبايعة كوجود ما يتولد منها في ثبوت حكم الغرور في ذلك فأما الولد فمتولد من عينها فوجودها عند الامر بالمبايعة كوجود ما يتولد منها في ثبوت حكم الغرور في ذلك (ألا ترى) انها لو كانت مدبرة كان ولدها كنفسها لانه لا يتعلق حق الغرماء بماليته بخلاف كسبها فان كانت قيمتها يوم استحقت أكثر من قيمتها يوم أمرهم بمبايعتها أو أقل ضمن قيمتها يوم استحقت لانه انما امتنع سلامة المالية لهم حين استحقت وقد صار الغار بالامر بالمبايعة ضامنا لهم سلامة ذلك ولو أقام الغار البينة على انه قد أذن لها في التجارة قبل أن يغرهم أو بعد ما غرهم قبل أن يلحقه دين برئ من الضمان لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم (ألا ترى) ان مالية الرقبة تسلم للغرماء في الوجهين فكذلك الضمان ينفي عن الغار في الوجهين والله أعلم

باب الشهادة على المأذون

(قال رحمه الله) وشهادة الشهود على العبد والصبي والمعتوه المأذون بغصب أو ببضاعة مستهلكة أو باقراره بذلك أو ببيع أو شراء جائز وان كان مولاه غائبا ويقضي القاضي عليه بذلك لانه بالاذن صار منفك الحجر عنه في التجارة وتوابعها فالتحق في ذلك بالحر العاقل البالغ فيكون الخصم فيما يدعى أو يدعي قبله هو ولا حاجة الى حضور مولاه الى القضاء بذلك استدلالا بالمكاتب ولو شهدوا على العبد المحجور عليه بغصب أو وديعة مستهلكة والمولى غائب لم يقض على العبد بذلك حتى يحضر المولى لان المستحق به مالية رقبته والمولى هو الخصم في استحقاق مالية الرقبة عليه فلا يقضى ما لم يكن حاضرا في الاول وان كان المستحق مالية رقبته أيضا ولكن المولى بالاذن قد صار راضيا بكونه خصما في استحقاق مالية رقبته بجهة التجارة (ألا ترى) انه مستحق باقراره وبمباشرته التجارة وان كان المولى غائبا فكذلك يستحق ببينة تقوم عليه بالدين بخلاف ما نحن فيه وكما يشترط حضرة المولى ها هنا

يشترط حضرة العبد لان المدعي قبله والمستحق به دين فى ذمته وكان يتملق بمالية رقبته فلا بد من حضوره فاذا حضر قضي على العبد بالقيمة فيباع فيه لان الحجر لايؤثر فى الافعال الموجبة للضمان وأما الوديعة وما أشبهها فلا يقضى عليه بها حتى يعتق وهذا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يقضى عليه بما استهلك من الامانات فى الحال فان كانوا شهدوا عليه باقراره بذلك ومولاه حاضر أو غائب لم يقض على العبد بشئ من ذلك حتى يعتق فاذا عتق لزمه ما شهدوا به عليه لانه محجور عن التزام الدين بالقول لحق مولاه والاقرار الثابت عليه بالبينة كالثابت بالمعاينة فلا نلزمه شيأ ما لم يسقط حق المولى عنه بقبضه ولو شهدوا عليه بقتل رجل عمدا أو قذف أو شرب خمر لم يقم عليه حد حتى يحضر مولاه فى قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يقضى عليه بذلك وان لم يحضر مولاه وكذلك لو شهدوا عليه باقراره بذلك ومولاه غائب ففيما يعمل فيه الرجوع عن الاقرار لاتقبل هذه الشهادة وفيما لايعمل فيه الرجوع عن الاقرار كالقصاص وحد القذف فهو على الخلاف الذى بينا ولا خلاف انه لو أقر به قضى القاضي به عليه فأبو يوسف يقول المستحق بهذه الاسباب هو خالص حقه وهو دمه فان وجوب العقوبات عليه باعتبار معنى النفسية دون المالية وهو فى حكم النفسية مبقى على أصل الحرية ولهذا تقام عليه هذه العقوبات باقراره وان كان المولى غائبا أو مكذبا له ولا يقبل اقرار المولى بشئ من ذلك فلا يشترط حضور المولى لقبول البينة عليه بذلك وهما يقولان فى القضاء بهذه البينة مع غيبة المولى ابطال حقه من أوجه أحدهما انه يستوفى هذه العقوبة فتفوت به مالية المولى أو تنتقص والثانى انه يخرج من يد المولى اذا حضر مجلس الحكم لاقامة الحد عليه بذلك واليد مستحقة للمولى والثالث أن له حق الطعن في الشهود لو كان حاضرا فبالقضاء عليه قبل حضوره يبطل حق الطعن الثابت له وابطال حقه بالقضاء حال غيبته لايجوز بخلاف الاقرار فان الاقرار موجب للحق بنفسه وليس للمولى حق الطعن فى اقراره فلا تفوت به يده ولا حقه فى الطعن ثم لا تهمة فى اقراره على نفسه لان ما يلحقه بالضرر بذلك فوق مايلحق مولاه وقد بينا هذه المعانى فى كتاب الآبق وأما الصبي والمعتوه المأذون لهما فلا يلزمهما شئ من ذلك فى الاقرار ولا فى الشهادة على الفعل لانهما غير مخاطبين والاهلية للعقوبة تنبنى على كون المباشر مخاطبا الا فى القتل خاصة اذا كان أب الصبي أو المعتوه أو وصيهم حاضرا فانه يقضى بالدية على عاقلتهما

وفى حالة غيبـة الولى لايقضى بذلك ولو شهدوا عليهما بالاقرار بالقتـل فالشهادة باطلة لان القتل ليس من التجارة وفيما ليس من التجارة المأذون والمحجور سواء ولا قول له فى ذلك والخصم فى اثبات البينة عليه الولى فبدون حضرة المولى لايقضى بشئ وبعد حضوره الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وانه مما يوجب الدية على العاقلة ولو شهدوا على العبد المأذون بسرقة عشرة دراهم أو أكثر فان كان مولاه حاضرا قطع وان كان غائبا فكذلك عند أبي يوسف وفى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لايقطع ولكن يضمن السرقة لان المسروق منه يدعى المال ولكنه متى ثبت السبب الموجب للعقوبة عند القاضى استوفى العقوبة فى حال غيبة المولى ولا يثبت السبب الموجب للعقوبة عليه بالبينة فتبقى دعوى المال والعبد خصم فيما يدعي قبله من المال كما لو كانت الدعوى بسبب الغصب وشهدوا عليه ولو شهدوا عليه بسرقة أقل من عشرة ضمن السرقة لان فيما دون النصاب الاخـذ بجهة السرقة كالاخـذ بجهة الغصب ولو شهدوا على صبي أو معتوه مأذون لهما بسرقة عشرة دراهم أو أكثر قضى عليـه بالضمان وان كان وليـه غائبا لان جهة السرقة كجهة الغصب فى حقهما اذ لاعقوبة عليهما بسبب السرقة وقد بينا أن المأذون خصم فيما يتهم بذلك عليه من الاخـذ الموجب للضمان وان كان وليه غائبا وان شهدوا على اقرار واحد منهم بذلك قضى القاضى عليه بالضمان حضر مولاه أو وليه أو لم يحضر لان الرجوع عامل في حق العقوبة فاذا كان هو جاحدا والشهود يشهدون على اقراره بذلك كانت هذه شهادة على مايوجب ضمان المال ولو شهدوا على عبـد محجور بسرقة عشرة أو أكثر ومولاه غائب لم يقض عليه بشئ حتى يحضر المولى لان دعوى السرقة عليه كدعوى الغصب وقد بينا انه يشترط حضرة المولى فيما يدعى على المحجور من الغصب فكذلك فيما يدعى قبله من السبب الموجب للعقوبة فان كان مولاه حاضرا قطعت يده لان السبب الموجب للعقوبة ظهر بشهـادته وهو مخاطب وان شهدوا على اقرار العبـد بذلك وهو يجحد فالشهادة باطلة لان اقرار المحجور عليـه في حق المال باطل حتى يعتق وفى حق القطع الاقرار يبطل بالرجوع عنه ثم قد بينا أن اقرار المحجور بسرقة مال مستهلك أو قائم بعينه فى يده وما فى ذلك من الاختـلاف بينـه أصحابنـا فى كتاب السرقة قال واذا أذن المسلم لعبـده الكافر فى التجارة فاشـترى خمرا أو خنزيرا فهو جائز كان عليه دين أو لم يكن لانه يتصرف لنفسـه بفك الحجر عنـه فيراعى حاله فى ذلك ثم المولى انمـا يتملكه عليه بطريق

الخلافة كما يتملك الوارث مال مورثه والمسلم من أهل أن يتملك الخمر بالميراث ولو اشترى ميتة أو دما أو بايع كافرا بربا فهو باطل لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق وتصرف الحر الكافر فى الميتة والدم باطل وهو فى جميع بياعاته بمنزلة المسلم الا فى الخمر والخنزير فكذلك العبد المأذون ولو شهد عليه كافران بغصب أو وديعة مستهلكة أو بيع أو اجارة أو شهدوا علي اقراره بذلك وهو ومولاه ينكران ذلك فشهادتهما جائزة استحسانا ذكره فى كتاب المأذون الصغير وفى القياس لاتقبل هذه الشهادة لان المسلم يتضرر بها فان الكسب ومالية الرقبة انما يستحق على المولى بهذه الشهادة والمولى مسلم وشهادة الكافر فيما يتضرر به المسلم لا تكون حجة * وجه الاستحسان أن المولى فك الحجر عنه بالاذن فيجعل ذلك فى اقامة الحجة عليه بمنزلة فك الحجر عنه بالعتق والمولى وان كان يتضرر به ولكنه قد صار راضيا بالتزام هذا الضرر حين أذن له فى التجارة مع علمه ان شهادة الكفار حجة علي الكافر (ألا ترى) ان العبد الكافر لو أقر بذلك صح اقراره وان كان المولى يتضرر لوجود الرضا منه بذلك فكذلك اذا شهد الشهود عليه بذلك وكذلك الصبى الكافر يأذن له وصيه المسلم أوجده أب أبيه فى التجارة لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالبلوغ فشهادة الكافر تكون حجة عليه وان كان العبد المأذون مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكافرين على العبد بشئ من ذلك وان لم يكن عليه دين لان العبد هو الخصم فيما يشهد به الشهود عليه وهو مسلم جاحد لذلك فلا تقبل شهادة الكفار عليه وان شهد الكافران على العبد المحجور الكافر بغصب ومولاه مسلم فشهادتهما باطلة لان الخصم فيما يدعي على العبد المحجور مولاه (ألا ترى) ان الشهادة عليه لاتقبل الا بحضر من مولاه فاذا كان المولى مسلما لم تكن شهادة الكفار حجة عليه بخلاف المأذون فان كان مولاه كافرا فشهادتهما جائزة قال واذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فشهد عليه كافران بجناية خطأ أو بقتل عمدا أو بشرب خمر أو بقذف أو شهد عليه أربعة من الكفار بالزنا وهو ومولاه منكران لذلك فالشهادة باطلة لان الخصم ها هنا المولى (ألا ترى) ان البينة لا تقبل على العبد بشئ من ذلك الا بحضر من المولى أما فى جناية الخطأ فغير مشكل وفى الاسباب الموجبة للعقوبة كذلك عند أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف المولى يتضرر بذلك ولم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر بالاذن له فى التجارة فلهذا لا تقبل شهادتهم عليه وكذلك لو كان العبد مسلما ومولاه

كافرا لان الثابت بهذه البينة فعل العبد وشهادة الكفار لا تكون حجة فى اثبات فعل المسلمين واذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فشهد عليه كافران بسرقة عشرة دراهم أو أقل قضى عليه بضمان السرقة وان كان المولى حاضرا أو غائبا لم يقطع لان هذه البينة لا تكون حجة فى اثبات العقوبة لاسلام المولى فكانت شهادتهما عليه بالاخذ بجهة السرقة بمنزلة الشهادة بجهة الغصب ولو كان العبد مسلما والمولى كافرا كانت شهادتهما باطلة لانها تقوم لاثبات فعل المسلم فاذا أذن المسلم لعبده الكافر فى التجارة فشهد عليه كافران لكافر أو لمسلم بدين ألف درهم والعبد يجحد وعليه ألف درهم دين لمسلم أو كافر فشهادتهما عليه جائزة وان كان صاحب الدين الاول مسلما لان هذه البينة تقوم لاثبات الدين فى ذمة الكافر وقد بينا ان انفكاك الحجر عنه بالاذن كهو بالعتق والحر الكافر يثبت عليه الدين بشهادة الكافر وان كان له عبد مسلم فهذا مثله فان كان صاحب الدين الاول كافرا بيع في الدينين وان كان مسلما بيع العبد وما فى يده فى الدين الاول حتى يستوفى جميع دينه فان فضل فهو للذى شهد له الكافران الآن لان الاول استحق كسبه ومالية رقبته فلو قبلنا شهادة الكافر في اثبات المزاحمة للثانى معه تضرر المسلم بشهادة الكافر وذلك لا يجوز ☆فان قيل حق الغريم المسلم فى رقبته وكسبه لا يكون أقوى من حق المولى المسلم وقد بينا ان شهادة الكفار عليه مقبولة فى حق مولى المسلم فكذلك فى حق الغريم المسلم ☆قلنا المولى المسلم رضى بالتزام هذا الضرر حين أذن له فى التجارة فاما الغريم المسلم فلم يوجد منه الرضا بالتزام هذا الضرر وفى اثبات هذه المزاحمة عليه ضرر ولو ادعى عليه مسلمان كل واحد منهما ألف درهم فشهد لاحدهما مسلمان وشهد للآخر بدينه كافران فان القاضى يقضى بالدين كله عليه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان فيقضى دينه فان بقى شئ كان للذى شهد له الكافران لان الذى شهد له المسلمان أثبت دينه بما هو حجة علي العبد خاصة وثبوت الحق بحسب السبب فكان دين الذى شهد له المسلمان ثابتا فى حق الذى شهد له الكافران ودين الذى شهد له الكافران غير ثابت في حق الذى شهد له المسلمان فلهذا يبدأ من كسبه وثمنه بقضاء دينه الذى شهد له المسلمان فان بقي شئ فهو للذى شهد له الكافران ولو صدق العبد الذى شهد له الكافران اشتركا فى كسبه وثمن رقبته لان دينه ثبت باقرار العبد والثابت باقرار المأذون من الدين كالثابت بالبينة فيظهر وجوبه فى حق الغريم الذى شهد له المسلمان ويتحاصان فيه ولو كان الذي شهد له الكافران مسلما والذى شهد له المسلمان كافرا

والعبد يجحد ذلك كله بيع العبد واقتسما ثمنه نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى خصمه فاستوى الدينان فى القوة ولو كان الغرماء ثلاثة كل واحد منهم يدعى ألف درهم أحدهم مسلم شهد له كافران والثانى مسلم شهد له مسلمان فانه يقضي عليه بجميع الدين ويباع فيه لان البينات كلها حجة عليه ثم يقسم ثمنه بين المسلم الذى شهد له المسلمان والكافر الذى شهد له المسلمان نصفين لان كل واحد منهما أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين فأما الثالث الذى شهد له كافران فقد أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم الذى شهد له المسلمان فلا يستحق المزاحمة معه فى ثمنه واذا لم تثبت المزاحمة صار كالمعدوم واستوى دين الآخرين فى القوة فالثمن بينهما نصفان سلم للمسلم نصفه والنصف الذي صار للكافر بينه وبين المسلم الذى شهد له الكافران نصفين لانه أثبت دينه بما هو حجة على هذا الكافر وانما كان محجورا لحق المسلم ولم يبق فى هذا النصف للمسلم حق وبينهما مساواة فى قوة دين كل واحد منهما في حق صاحبه فيقسم هذا النصف بينهما نصفين ثم لا يكون للمسلم أن يأخذ من يد هذا الذي شهد له الكافران ما يأخذه من صاحبه لان ذلك لا يفيد شيأ اذا أخذ ذلك أتاه الكافر الذي شهد له المسلمان فاسترد ذلك منه لانه يساويه فى الثمن فلهذا لا يشتغل بذلك ولو كان أحد الغرماء مسلما شهد كافران والآخران كافران شهد لكل واحد منهما كافران بدئ بالمسلم لان دينه ثبت بما هو حجة على خصمه ودينهما ثبت بما ليس بحجة عليه فان بقى بعد دينه كان بين الكافرين لاستوائهما فى ثبوت دين كل واحد منهما فى حق صاحبه ولو كان العبد مسلما والمولي كافرا والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافر شهد له مسلمان والعبد يجحد ذلك فان القاضى يبطل دعوى المسلم الذى شهد له كافران ويباع العبد للآخر فى دينه فيوفيه حقه فان بقى شيء من ثمنه فهو للمولى لان المسلم انما أقام شهودا كفارا على دينه وشهادة الكفار لا تكون حجة على العبد المسلم فما لم يثبت دينه على العبد لا يستحق شيأ من ثمنه فلا يكون لهذا المسلم أن يزاحم الغريم الكافر فيما يأخذه ولا ان يأخذ من المولى شيأ مما بقى من ثمنه فى يده بخلاف ما سبق فهناك الديون كلها تثبت على العبد وكذلك لو كان العبد محجورا عليه فى هذا الفصل لان أصل الدين لا يثبت عليه بشهادة الكفار وان كان محجورا عليه وما لم يثبت عليه أصل الدين فى ذمته لا يتعلق بمالية رقبته ولو كان العبد كافرا محجورا ومولاه مسلما والغرماء رجلين أحدهما مسلم شهد له كافران والآخر كافرا

شهدله مسلمان بانه غصب منه ألف درهم فانه يقضى عليه بدين الكافر ولا يقضى عليه بدين المسلم حتى يعتق لان مولاه مسلم وقد بينا ان شهادة الكفار على العبد الكافر المحجور عليه بالغصب لا تكون حجة فى حق المسلم فما لم يسقط حقه بالعتق لا يقضى عليه بدين المسلم ولكن اذا أخذ الكافر دينه من ثمنه شاركه المسلم لان أصل دين المسلم ثابت على العبد بشهادة الكفار هاهنا (ألا ترى) انه يؤخذ به بعد العتق وانما لا يظهر ذلك فى حق المولى وقد سقط حق المولى عما أخذه الكافر من ثمن العبد وانما بقى المعتبر فيه حق الكافر ودين المسلم ثابت بما هو حجة على الكافر وعلى العبد كدين الكافر ولهذا شاركه فيما أخذه واذا أذن المسلم لعبده الكافر فشهد عليه كافران بدين ألف درهم لمسلم أو كافر باقرار أو غصب وقضى القاضى بذلك فباع العبد بالف درهم فقضاها الغريم ثم ادعى على العبد دينا ألف درهم كانت عليه قبل أن يباع فان أقام على ذلك شاهدين مسلمين فان القاضى يأخذ الالف من الغريم الذى شهد له الكافران فيدفعها الى هذا الغريم الذى شهد له المسلمان ولو كان الثانى كافرا أخذ منه نصف ما أخذه الاول لانه أثبت دينه بتاريخ سابق على البيع فيلتحق بالدين الظاهر عليه بشهادة المسلمين قبل أن يباع ولو قامت البينة قبل البيع كان الحكم فيه ماذكرنا فكذلك هاهنا قال ولو كان الاول كافرا وشاهداه مسلمين والثانى مسلما أو كافرا وشاهداه كافرين فانه يأخذ من الاول نصف ما أخذه لان دين الثانى ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الغريم الاول ودين الاول كذلك فلاستوائهما فى القوة يجعل ثمنه بينهما نصفين (ألا ترى) ان الكافر لو هلك وترك ألف درهم فأسلم وارثه وأقام كافر شاهدين مسلمين على الميت بالف درهم فقضى له القاضي ثم ان مسلما أو كافرا أقام على الميت شاهدين كافرين بدين ألف انه يأخذ من الاول نصف ما أخذ للمعنى الذى بينا واستحقاق تركة الميت بدينه كاستحقاق كسب العبد وثمن رقبته بدينه قال واذا أذن الرجل لعبده الكافر فى التجارة فباع واشترى ثم أسلم فادعى عليه رجلان دينا فجاء أحدهما بشاهدين كافرين عليه بالف درهم دينا كانت عليه فى حالة كفره وجاء الآخر بشاهدين مسلمين عليه بمثل ذلك والمدعيان مسلمان أو كافران والمولى مسلم أو كافر فشهادة المسلمين جائزة ولا شيء للذى شهد له الكافران لان العبد مسلم حين قامت البينة عليه وشهادة الكافر على المسلم لا تقبل سواء أطلق الشهادة أو أرخ بتاريخ سابق على اسلامه ولو كان العبد مسلما ومولاه كافرا أو مسلما فارتد العبد عن الاسلام والعياذ بالله فشهد عليه مسلمان لكافر أو لمسلم

بمال وشهد عليه كافران لمسلم أو كافر بمال فشهادة المسلمين جائزة وشهادة الكافرين باطلة لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام وحكم الاسلام باق فى حقه ولهذا لا ينفذ تصرفه فى الخمر والخنزير فشهادة الكافر لا تكون حجة أصلا واذا أذن الرجل لعبده الكافر فى التجارة ومولاه مسلم أو ذمى فشهد عليه مسلمان لمسلم بدين وشهد عليه ذميان لمسلم بدين وشهد عليه مستأمنان لمسلم بدين فان القاضى يبطل شهادة المستأمنين لان العبد ذمى وشهادة المستأمن لا تكون حجة على الذمى باعتباران الذمى من أهل دارنا ويقضى بشهادة الذميين والمسلمين لانها حجة عليه ثم يبيع العبد فيبدأ بدين الذى شهد له المسلمان لانه أثبت دينه بما هو حجة على العبد وعلى خصمه الآخر انما أثبت دينه بما هو حجة على العبد لا على خصمه فاذا أخذ المسلم حقه وبقي شيء كان للذى شهد له الذميان لان دينه كان ثابتا على العبد ولكن كان محجورا لحق المسلم وقد زال الحجر حين استوفى المسلم حقه فان بقى شيء بعد دينه كان للمولى لان دين الذى شهد له المستأمنان غير ثابت فى حق العبد وكذلك لو كان المولى حربيا لان الدين بشهادة الحربيين لا يثبت على العبد الذمى وما لم يثبت الدين على العبد لا يتعلق بماليته التى هى حق مولاه فلو كان المولى وعبده حربيين والمسئلة بحالها قضى بالدين كله على العبد وبيع فيه فيبدأ بالذى شهد له المسلمان ثم بالذى شهد له الذميان لما قلنا ثم ما فضل يكون للذى شهد له الحربيان لان دينه ثابت فى حق العبد ههنا وانما كان محجورا بحق الآخرين فاذا زال الحجر كان الباقى له فان كان أصحاب الدين كلهم أهل الذمة والمسئلة بحالها يحاص فى ثمنه الذى شهد له المسلمان والذي شهد له الذميان لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين ودين الثالث انما ثبت بما هو حجة على العبد خاصة فلا يزاحمهما فى ثمنه ولكن يقدمان عليه ويتحاصان للمساواة بينهما فى القوة فان فضل شيء فهو للذى شهد له الحربيان ولو كان أصحاب الدين كلهم مستأمنين تحاصوا جميعا فى دينهم لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى الخصمين الآخرين ولو كان المولى مسلما أو ذميا والعبد حربيا دخل بامان فاشتراه هذا المولى وأذن له فى التجارة والمسئلة بحالها لم تجز شهادة الحربيين عليه بشيء لان العبد قد صار ذميا حين دخل فى ملك مسلم أو ذمى فلا تكون شهادة أهل الحرب بالدين عليه حجة واذا دخل الحربى دارنا بامان ومعه عبد له فأذن له فى التجارة جازت شهادة المستأمنين عليه بالدين كما تجوز على مولاه لانه حربى مستأمن (ألا ترى) ان لمولاه أن يعيده الى دار الحرب ولو كان الغرماء ثلاثة

مسلم شهد له حربيان بدين ألف درهم وذمى شهد له ذميان بدين ألف درهم وحربى شهد له مسلمان بدين ألف درهم ثم بيع العبد بالف درهم فانه يقسم الالف بين الذمى الذى شهد له الذميان والحربى الذى شهد له المسلمان نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فأما المسلم فانما يثبت دينه بما ليس بحجة على الذمى وهو شهادة الحربيين فلهذا لا يزاحمهما واذا اقتسما ثمنه نصفين أخذ المسلم من الحربى نصف ما صار له لان دينه ثابت بما هو حجة فى حق الحربى وانما كان ممنوعا لحق الذمى وقد سقط حق الذمى عن هذا النصف فكان بينهما نصفين وقال عيسى بن أبان رحمه الله هذا خطأ وينبغى أن يكون الالف بينهم أثلاثا لان المسلم الذى شهد له الحربيان والذمى الذى شهد له الذميان استويا من حيث ان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد دون صاحبه فليس جعل المسلم محجوبا عن المزاحمة لاجل الذمى باولى من جعل الذمى محجوبا عن المزاحمة لاجل المسلم وقد ثبت دين كل واحد منهما بما هو حجة على الحربى ودين الحربى بما هو حجة عليهما فينبغى أن يكون بينهم أثلاثا وهذا ذكره الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمهما الله وقيل فى تصحيح جواب الكتاب انه وان كان كذلك فشهادة الذمى أقوى من شهادة الحربى لان شهادة أهل الحرب انما تقبل بعقد الامان والامان يثبت للحربى بهذا المسلم أو من يقوم مقامه من المسلمين أما عقد الذمة فليس يثبت من جهة الذمى فكانت شهادة أهل الذمة للذمى أقوى وأبعد عن التهمة من شهادة المستأمنين للمسلم فترجح جانبه لهذا ولو كانت شهود الذمى حربيين وشهود المسلم ذميين والمسئلة بحالها كان الثمن بين المسلم والحربى نصفين لان الذمى انما أثبت دينه بما ليس بحجة على المسلم والمسلم أثبت دينه بما هو حجة على المسلم فكان الذمى محجوبا به بقي المسلم والحربى وقد أثبت كل واحد منهما دينه بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه فكان الثمن بينهما نصفين ثم يأخذ الذمى نصف ما أصاب الحربى لان بينته حجة عليه وانما كان محجوبا عن المسلم وقد سقط حق المسلم عن هذا النصف ولو كان الذي شهد له المسلمان ذميا والذى شهد له الذميان حربيا والذى شهد له الحربيان مسلما فان الثمن بين الحربى والذمى نصفين لان دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على صاحبه ودين المسلم ثبت بما ليس بحجة على الذمى فكان هو محجوبا وليس فى هذا الفصل طعن فان الدين ثبت بما هو حجة على المسلم لان شهود الذمى مسلمون فلهذا كان الثمن بين الحربى والذمى نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذ الحربى لما بينا انه كان محجوبا بالذمى وقد زالت مزاحمته

قال فاذا لحق العبد دين فقال مولاه هو محجور عليه وقال الغرماء هو مأذون له فالقول قول المولى لانه متمسك بالاصل وهو الحجر بسبب الرق ولان الغرماء يدعون عليه بسبب استحقاق كسبه ومالية رقبته والمولى ينكر ذلك فعليهم اثبات هذا السبب بالبينة فان جاؤا بشاهدين على الاذن فشهد أحدهما أن مولاه أذن له فى شراء البز وشهد آخر انه أذن له فى شراء الطعام فشهادتهما جائزة وان كان الدين من غير هذين الصنفين لان المشهود به انما هو أصل الاذن فأما هذا التقيد بالبز والطعام فلغو لان الاذن فى التجارة لايقبل التخصيص وقد اتفقا على ماهو المقصود والمشهود به فان شهد أحدهما انه أذن له فى شراء البز وشهد آخر انه رآه يشترى البز فلم ينهه فشهادتهما باطلة لانهما اختلفا فى المشهود به فان أحدهما شهد بمعاينة فعل والآخر شهد بقول ولو شهد أحدهما انه رآه يشترى البز فلم ينهه وشهد الآخر انه رآه يشترى الطعام فلم ينهه فشهادتهما باطلة لان كل واحد منهما شهد بمعاينة فعل غير الفعل الذى شهد الآخر بمعاينته فلم يثبت بما شهد بمعاينة كل فعل الا شاهد واحد ولو شهدا انه رآه يشترى البز فلم ينهه كان الشراء جائزا وكان العبد مأذونا له فى التجارة لانهما اتفقا على الشهادة بمعاينة فعل واحد والثابت بشهادة شاهدين كالثابت بالمعاينة ولو عاينا المولى رآه يبيع البز فلم ينهه كان مأذونا له فى التجارة فى الاشياء كلها فكذلك اذا شهد عليه الشاهدان بذلك والله أعلم

باب الاختلاف بين المأذون ومولاه

(قال رحمه الله) واذا كان العبد المأذون فى يده مال وعليه دين فقال هو مالى وقال مولاه بل هو مالى فالقول قول العبد لان يده فى كسبه معتبرة لحق الغرماء والمولى ممنوع من أخذ مافى يده لحقهم فيكون المال فى يده ككونه فى يد غرمائه لان انفكاك الحجر عنه بالاذن بمنزلة انفكاك الحجر عنه بالعتق أو بالكتابة الا أن يده قبل أن يلحقه الدين ما كانت لازمة وبلحوق الدين اياه صارت لازمة فالمنازعة بينه وبين المولى فيما فى يده كالمنازعة بين المولى ومكاتبه فيما فى يده وان كان المال فى يد المولى وفى يد العبد فهو بينهما نصفان لان المولى من كسب عبده فى هذه الحالة كاجنبي آخر وقداستويا فى دعوى اليد والمين ظهرت فى يديهما فكان بينهما نصفين فان كان فى يد المولى ويد العبد ويد أجنبي فادعاه كل واحد منهم فهو بينهم أثلاثا لان يد العبد فيه كيد غريمه فتكون معارضة ليد المولى ويد الاجنبي فى

المزاحمة وان كان العبد لا دين عليه فالمال بين المولى والاجنبي نصفان ولا شئ للعبد فيه لان مافي يد العبد ويد مولاه واحد اذا لم يكن عليه دين فان كسبه خالص ملك مولاه ويده فيه كيد مولاه وفي حق الاجنبي لان الحق لايعدوهما فهو بمنزلة مالو تنازع اثنان في شئ وأحدهما ممسك له بيده والآخر بيد واحدة فانه يقضي بذلك نصفان هذا ولو كان ثوب في يد حر وعبد مأذون وكل واحد منهما يدعيه ومعظمه في يد أحدهما والآخر متعلق بطرفه فهو بينهما نصفان لان الاستحقاق باعتبار اليد ويده علي جزء من الثوب كيده علي جميعه (ألا ترى) انه لو كان في يده طرف من الثوب وليس في يد الآخر منه شئ فتنازعا فيه كان ذو اليد أولى بجميعه سواء كان الطرف الذي في يده معظم الثوب أو شيأ يسيرا منه فان كان أحدهما متزرا به أو مرتديا أولابسا والآخر متعلقا به أو كانت دابة أحدهما راكب عليها والآخر متمسك باللجام فهي للراكب واللابس لانه مستعمل للعين واليد بالاستعمال تثبت حقيقة دون التعلق به (ألا ترى) انه لايتمكن من الركوب واللبس في العادة الا صاحب اليد ويتمكن الخارج من التعلق به لان الملبوس تبع اللابس والمركوب تبع للراكب لان قيامه به وكانت يده فيما هو تبع له من وجه أقوى من يد المتعلق به والضعيف لايظهر في مقابلة القوى ولو لم يكن هذا راكبها وكان الآخر متعلقا بها لايستحق الترجيح بتعلقه بها ولو كان هذا راكبها ولم يكن الآخر متعلقا بها كان الراكب أولى فاذا كان لاحدهما سبب يستحق به عند الانفراد وليس للآخر مثله كان هو أولى ولو أن حرا أو مأذونا أجر نفسه من رجل يبيع معه البز أو يخيط معه ثم اختلفا في ثوب في يد الاجير فان كان في حانوت الذي استأجره فهو للمستأجر لان الآخر مع مافي يده في يد المستأجر فان حانوت المستأجر ويده ثابتة عليه فما في الحانوت يكون في يده فالظاهر شاهد للمستأجر فان الاجير لاينقل أمتعته الى حانوت المستأجر عادة خصوصا ما ليس من اداة عمله وان كان في السكة أو في منزل الاجير فهو للاجير لانه لايد للمستأجر على هذا الموضع حقيقة ولا حكما ويد الاجير ثابتة على الثوب حقيقة وبعقد الاجارة لايخرج من أن يكون له يد معتبرة في أمتعته والصغير والكبير في هذا سواء لان كل واحد منهما له يد معتبرة دافعة لاستحقاق الغير ولو أن عبدا محجورا عليه أجره مولاه لرجل وكان مع العبد ثوب فقال المستأجر هو لي وقال مولاه هو لي كان للمستأجر سواء كان في السكة أو في السوق أو في حانوت المستأجر أو كانت المنازعة

فى دابة والعبد راكبها لان مولاه حين آجره فقد حول يده فيه الى المستأجر وصار المستأجر بمنزلة المالك فى ثبوت يده وعلى مامعه لانه صار أحق بالانتفاع به فيكون القول فى جميع ما فى يده قوله بخلاف الحر فان المستأجر وان صار أحق بمنافعه فقد بقيت له يد معتبرة فى أمتعته لانه مالك للامتعة بعد الاجارة كما كان قبله والعبد المحجور عليه مملوك ليست له يد معتبرة فكان هو وما فى يده لمولاه قبل الاجارة وقد حوله بالاجارة الى يد المستأجر ولو كان على العبد قميص أو قباء فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لعبدى فالقول قول المولى لان الظاهر يشهد له لان الظاهر ان العبد لا ينقل الى يد المستأجر عريانا (ألا ترى) انه لو باعه من انسان دخل فى البيع ماعليه من لباسه وان لم يذكر باعتبار الظاهر والعادة ولا يدخل فى البيع متاع آخر فى يده الا ما يذكر فلا ينظر الى قول العبد فى شئ من ذلك لانه محجور عليه وليس للمحجور عليه قول ولا يد معتبرة فيما معه ولو كان العبد فى منزل المولى وفى يده ثوب فقال المستأجر هو لى وقال المولى هو لى فهو للمولى لان المنزل فى يد المولى فما فيه يكون فى يده أيضا لانه ليس للعبد يد معتبرة فى معارضة يد المولى والمستأجر اذا كانت يده لا تظهر فى منزل المولى كان المتاع للمولى ولو كان العبد مأذونا له وعليه دين وهو فى منزل المولى وفى يده ثوب فقال المولى هو لى وقال العبد هو لى فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لان مايكون من تجارته فهو كسبه والحق فى كسبه لغرمائه فيده فيه كيد الغريم وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لانه فى ملك المولى ويده ثابتة على مافى ملكه وحق الغرماء لا يثبت فى شئ من ذلك ما لم يثبت كونه كسبا للعبد ولو كان العبد راكبا على دابة أو لابسا ثوبا فقال العبد هو لى وقال المولى هو لى فهو للعبد يقضى به دينه كان ذلك من تجارته أو لم يكن لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب وحق الغرماء يتعلق بمالية رقبته فيكون متعلقا بما هو تبع له والله أعلم

باب المأذون يأسره العدو أو يرتد

(قال رحمه الله) قد بينا فى السير ان العبد اذا أسره العدو فأحرزوه بدارهم ثم عاد الى قديم ملك المولى فانه يعود ما كان فيه من الدين والجناية وان لم يعد الى قديم ملك المولى فان لم يأخذه من يد من وقع فى سهمه أو من يد المشترى أو أسلم أهل الحرب عليه فان الدين

يعود عليه كما كان والجناية لا تعود لان المستحق بالجناية الملك القائم وقت الجناية (ألا ترى)
ان المولى لو أعتقه بعد الجناية لا يبقى حق ولى الجناية فكذلك اذا زال ذلك الملك ولم يعد اليه
بخلاف الدين فانه ثابت فى ذمته (ألا ترى) أنه يبقى عليه بعد العتق فسواء عاد ذلك الملك أو لم
يعد بقي الدين فى ذمته كما كان والدين فى ذمة العبد لا يجب الا شاغلا مالية رقبته فلهذا بيع فى
الدين فى ملك من كان وان ارتد المأذون وعليه دين أو جناية خطأ ولحق بدار الحرب ثم
أسره المسلمون فمولاه أحق به قبل القسمة وبعدها بغير شئ فى قول أبى حنيفة لانه لم يحرزه
المشركون انما هو أبق اليه فاذا بقى على ملك مولاه بقى الدين والجناية عليه بحالهما يدفع بالجناية
ثم يباع فى الدين قال واذا ادان المسلم دينا ثم ارتد ولحق بدار الحرب ثم أسر فان أبى أن يسلم
فقتل بطل الدين الا أن يؤخذ ماله فى دار الاسلام فيقضى به دينه لان ماله الذى خلفه فى
دار الاسلام مصروف الي حاجته وهو خلف عن ذمته فى وجوب قضاء الدين كما بعد موته
وان لم يكن له مال فى دار الاسلام فقد فات محل الدين حين قتل فبطل دينه وليس هذا بأول
مديون هلك مفلسا ولو كانت مرتدة فسبيت وأسلمت فهى أمة للذى استولدها وقد بطل
الدين عنها لان نفسها تبدلت بالاسر فصارت كالهالكة لا الى خلف فان الحرية حياة والرق تلف
وهذا لان حكم الدين تغير بحدوث الرق فيها لانه حين وجب الدين كان فى ذمتها ولا تعلق
له بمحل آخر وبعد ما صارت أمة فالدين عليها يكون شاغلا مالية رقبتها ان لو بقي وهذه مالية
حادثة لا يمكن شغلها بالدين والدين لا يجب على المملوك الا شاغلا مالية رقبته فيسقط بهذه
المنافاة وكذلك كل حد وقصاص كان عليها فيما دون النفس قبل الردة لتغيير حكمه برقها فالرق
ينصف الحدود وينافى وجوب القصاص فيما دون النفس فأما القصاص فى النفس فهو على حاله
عليها لان ذلك لا يتغير بالرق والامة والحرة فيه سواء وكذلك الرجل الذمى أو المرأة الذمية
ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب وعليه دين يوم يوسر فهو رقيق وقد بطل الدين وكل حد
أو قصاص دون النفس كان عليه يتغير حكمه برقه ويؤخذ بالقصاص فى النفس لان الحر
والرقيق فيه سواء واذا استدان الحر المستأمن فى دار الاسلام ثم رجع الى بلاده ثم عاد الينا
مسلما أو ذميا أو مستأمنا أخذ بذلك الدين لبقاء دينه على رجوعه الى بلاده وبعد عوده الينا
ولم يصر محجورا متمكنا لما في ذمته لان الاحراز فى الدين لا يتحقق ولو لم يرجع الينا حتى أسر
فصار عبدا بطل الدين لتبدل نفسه بالرق ولو دخل المسلم دار الحرب بامان فادان حربيا ثم

أسر المسلمون الحربي فصار عبدا بطل الدين عنه لان نفسه تبدلت بما حدث فيه من الرق وخرج من أن يكون أهلا للمالكية والاسر لم يخلفه فى ملك الدين فسقط عمن عليه لانعدام المطالبة والمستوفى له فان الدين ليس الا مجرد المطالبة هذا اذا كان الدين له على المسلم وان كان للمسلم عليه فقد سقط بفوات محله بتبدل نفسه بالرق فان جاء مستأمنا لم يؤخذ به ان كان الدين عليه ولم يؤخذ به المسلم ان كان الدين على المسلم لان هذه المعاملة جرت بينهما فى دار الحرب وهو بالخروج الينا بامان لم يصر من أهل دار الاسلام فلا تسمع الخصومة فى ذاك الدين بينهما الا أن يسلم أو يصير ذميا فحينئذ يؤخذ بذلك كل واحد منهما لانه التزم أحكام الاسلام وصار منا دارا ودينا والدين ببقاء ذمته على حاله وبقاء الطالب أهلا للمالكية فيؤخذ كل واحد منهما به وقد بينا ما فى هذه الفصول من الخلاف فى كتاب الصلح والله أعلم

باب اقرار المأذون فى مرض مولاه

(قال رحمه الله) واذا أقر المأذون فى مرض مولاه بدين أو غصب أو وديعة قائمة أو مستهلكة أو غير ذلك من ديون التجارات فان كان المولى لا دين عليه ومات من مرضه ذلك فاقرار العبد جائز بمنزلة اقرار المولى به لان الدين على العبد يشغل كسبه ومالية رقبته وذلك حق مولاه وصحة اقراره اعتبار اذن المولى به واستدامة الاذن بعد مرضه بمنزلة انشائه واذا كان صحة اقراره بسبب يضاف الى المولى صار اقراره كاقرار المولى واقرار المولى فى مرضه بدين أو عين للاجنبي صحيح اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فى صحته بدئ بدين الصحة من تركته ومن رقبة العبد وكسبه فان فضل من رقبته وكسبه شئ فهو للذى أقر به العبد لان كسبه ورقبته ملك مولاه فاقراره فيه كاقرار المولى ولو أقر المولى بذلك كان دين الصحة مقدما عليه وكان الباقى بعد قضاء دين الصحة مصروفا اليه فهذا مثله وان كان مال المولى غائبا فقضى القاضى دين المولي من ثمن العبد وما فى يده ثم حضر مال المولى فان القاضى يأخذ منه ثمن العبد وما كان فى يده فيقضى به دين العبد وما أقر به لان حق غريم العبد كان متعلقا به وقد قضي به دين المولى فيقوم غريم العبد مقام غريم المولى فى الرجوع به فى تركته اذا ظهر ماله ليأخذه قضاء من دينه وان كان دين العبد أكثر من ذلك فما زاد على ثمن العبد ومالية كسبه من تركة المولى لوارثه لا حق فيه لغريم العبد لان دينه ما كان ثابتا فى ذمة المولى وانما كان فى

كسب العبد ومالية رقبته وان كان علي المولى دين الصحة وعلي العبد دين الصحة وأقر العبد في مرض المولى كما وصفنا بدئ من كسب العبد ومالية رقبته بدين العبد الذي كان في صحة المولى لان ذلك أسبق تعلقا به في حق غريم المولى وانما يثبت فيه من جهة المولى وقد كان حق غريم العبد فيه مقدما على حق المولى فكذلك يكون مقدما على حق غريم المولى ثم يقضى منه دين المولى الذى كان فى الصحة لان ذلك أسبق تعلقا به مما أقر العبد به فى مرض المولى لما بينا ان اقرار العبد فيه كاقرار المولى فان فضل شئ فهو للذى أقر له العبد فى مرض مولاه ولا يكون للذى أقر له العبد فى مرض المولى مزاحمة غريم العبد فى صحة المولى فيما يستوفيه لان حقه يتأخر عن حق غريم المولى وغريم العبد فى صحة المولي حقه مقدم على حق غريم المولى فكيف يزاحمه من كان حقه متأخرا عن حق غريم المولى وهذا لانه لو زاحمه فاستوفى منه شيأ لم يسلم له ذلك بل يأخذه غريم المولي منه لكونه مقدما عليه فى ذلك ثم يأخذ ذلك منه غريم العبد فى صحة المولى لان حقه مقدم على حقه فاخلوه عن الفائدة لايشتغل به ولو لم يكن على المولى دين يحاص غرماء العبد الاولين والآخرين فيما فى يده لان صحة اقرار العبد فى حق غرمائه بكونه مأذونا له فى التجارة وقد جمع الاقرارين حالة واحدة وهى حالة الاذن فيجعل كل واحد منهما مزاحما لصاحبه فى كسب العبد ورقبته بمنزلة مالو أقر لهما بالدين معا الا أن يكون أقر بشئ بعينه لانسان فانه يبدأ فيسلم للمقر له لان اقراره بذلك صحيح مادام مأذونا له فى التجارة وتبين باقراره أن تلك العين ليست من كسبه وانما يتعلق حق غرمائه بكسبه والحاصل انه اذا لم يكن علي المولى دين فحال مرضه فى أقارير العبد كحال صحته ولو لم يقر العبد بذلك فى مرض مولاه ولكنه التزمه بسبب عاينه الشهود لزمه ذلك مثل مايلزمه فى صحة مولاه لانه مأذون على حاله ولا تهمة فى السبب الذى وجب به الدين (ألا ترى) أن المولى لو باشر هذا الدين كان الدين الواجب به مساويا لدين الصحة فكذلك اذا باشره العبد ودين العبد فى كسبه ومالية رقبته مقدم على دين المولى فما لم يقض ديونه لا يسلم لغريم المولى شئ من ذلك ولو مرض المولى ولا دين على واحد منهما وقيمة العبد ألف درهم فاقر المولى على نفسه بدين ألف درهم ثم مات المولى فان العبد يباع فيتحاص الغريمان فى ثمنه لان ماأقر به العبد على نفسه بمنزلة مالو أقر به المولى على نفسه ولو أقر المولى فى مرضه بدين ثم بدين يحاص الغريمان فيه لان الاقرارين جميعهما حالة واحدة

فهذا مثله ولو كان اقرار العبد أو لا بدئ به لان حق المقر له بنفس الاقرار تعلق بمالية رقبته فكان فى حق المولى بمنزلة الاقرار بالعين ولو أقر المولى فى مرضه بعين ثم بدين كان المقر له أولى بالعين بخلاف ماإذا أقر بدين ثم بعين يتحاصان فيه فاقرار العبد مع اقرار المولى بمنزلة ذلك فى المعنى وهذا لانه اذا سبق اقرار المولى فقد تعلق حق المقر له بمال المولى فلا يصدق العبد على ابطال حق غريم المولى عنه بعد ذلك لان صحة اقراره نادر فكما لا يبطل حق غريم المولى باقرار المولى برقبته لانسان فكذلك لا يبطل باقرار العبد بخلاف ماإذا سبق اقرار العبد لانه حين أقر لم يكن لاحد حق فى مالية رقبته وثبت فيه حق المقر له فلا يصدق المولى بعد ذلك فى اثبات المزاحمة لمن يقر له مع غريم العبد ولو بدأ المولى فاقر بدين ألف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان الغرماء الثلاثة يتحاصون فى ثمنه فيكون الثمن بينهم أثلاثا لان اقرار المولى لما جمعهما حالة واحدة جعلا كأنهما واحد معا ولا حق لغريم العبد حين وجد الاقرار من المولى ثم أقر العبد بعد ذلك وهو مأذون فيكون اقراره كاقرار المولى بالف قدر ماليته فيتحاصون فى ثمنه فكذلك لو كان العبد أقر بالف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ضربوا بجميع ذلك مع غرماء المولى لان أقارير العبد حصلت وهو مأذون له فجعل فى الحكم كاقارير المولى وقد جمع الكل حالة واحدة ولو أقر المولى بدين ألف درهم ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف يتحاصون جميعا لان اقرار المولى لما سبق كان مانعا من سلامة مالية الرقبة للذى أقر له العبد فنزل اقراره بعد اقرار المولى بمنزلة اقرار المولى وقد جمع الاقارير حالة واحدة فيتحاصون فى ثمنه ولو كان العبد أقر بدين ألف قبل اقرار المولى ثم أقر المولى على نفسه بدين ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فان ثمن العبد لغريمه دون غريم المولى لان حق الغريم الاول للعبد لما تعلق بمالية رقبته كان ذلك مانعا صحة اقرار المولى فى حق مالية الرقبة بعد ذلك لانه لا فضل فى قيمته على ماأقر به العبد أولا فكان اقرار المولى فى حق مالية الرقبة وجوده كعدمه وانما بقى الاقرار من العبد وقد جمعهما حالة واحدة فكان ثمن العبد بينهما ولو كانت قيمته ألفى درهم فاقر العبد بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف درهم ثم مات فانه يباع فيوفى غريم العبد حقه وغريم المولى حقه لان فى الثمن المقبوض وفاء بالدين وان نقصت قيمته فبيع بالف درهم فهى لغريم العبد خاصة لان حقه فى ماليته مقدم على حق غريم المولى لتقدم اقراره وانما ثبت حق غريم المولى فى الفضل ولم

يفضل شئ وان بيع بألف وخمسمائة كانت ألف منها لغريم العبد والباقي لغريم المولى لان حقه فى الفاضل وصار هذا نظير حق رب المال مع حق المضارب فان حق رب المال فى رأس المال أصل وحق المضارب فى الربح تبع فانما يثبت فى الفضل فاذا لم يظهر الفضل فلا شئ له فان قل الفضل كان حقه بقدر ذلك ولو كان أقر بدين ألف وقيمته ألفان ثم أقر المولى بدين ألف ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولى فبيع العبد بالدين اقتسمه الغرماء أثلاثا لانه كان فى مالية الرقبة عند اقرار المولى فضلا عن دين العبد بقدر ألف فيثبت حق الغريم فيه ثم الاقرار من العبد صحيح لبقاء الاذن وان اشتغل جميع ماليته بالدين فاذا كانت الديون كلها ثابتة عليه اقتسم الغرماء ثمنه أثلاثا وان بيع بألف وخمسمائة اقتسموه اخماسا لان حق غريم المولى انما ثبت فيه بقدر الفضل وقد ظهر أن الفضل كان بقدر خمسمائة حين أقر المولى بالف درهم فانما يثبت من دين غريمه فى حق مزاحمة غريمي العبد مقدار خمسمائة فاذا ضرب هو بخمسمائة وكل واحد من غريمي العبد بالف كان الثمن بينهم اخماسا لانك تجعل كل خمسمائة سهما وان بيع بالف كانت لغريمي العبد خاصة لان حق غريم المولى ثبت باعتبار الفاضل ولم يفضل من ماليته شئ على الدين الاول الذى أقر به العبد حين بيع بالف وخمسمائة ولو بدأ المولى فأقر عليه بدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان ثم أقر العبد بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف فان الثمن يقسم بين الغرماء بالحصص أثلاثا لان حق غريم المولى الاول ثبت فى ماليته وكذلك حق غريم العبد لان اقراره بعد اقرار المولي كاقرار المولى وكذلك حق الذى أقر له المولى آخرا قد ثبت فيه لان الاقرارين جميعا من المولى جمعهما حالة واحدة فيتحاصون فى ثمنه ولو بدأ العبد فأقر بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين ألف ثم بالف ثم بالف اقرارا متصلا أو منقطعا ثم أقر العبد بدين ألف ثم مات المولي فبيع بالفى درهم ضرب فيه غرماء العبد كل واحد منهما بجميع دينه وضرب فيه غرماء المولي كلهم بالف فقط لان مقدار الالف من ماليته قد اشتغل بدين الذى أقر له العبد أولا ثم الاقراران من المولي جمعهما حالة واحدة فكأنهما وجدا معا والفاضل من المالية عند اقرار المولي مقدار ألف فيثبت حق غرماء المولي فى ذلك المقدار خاصة فلهذا ضرب غرماء المولى بالف درهم وكل واحد من غريمي العبد بجميع دينه ولو بيع بألف وخمسمائة ضرب فيه غرماء العبد بجميع دينهم وغرماء المولي كلهم بخمسمائة لان الفاضل عن أقارير المولي بقدر خمسمائة فيكون

الثمن مقسوما بينهم اخماسا لكل واحد من غريمي العبد خمساه ستمائة ولغريم المولى خمسه ثلثمائة فان اقتسموه على ذلك ثم خرج بعد ذلك دين كان للسيد على الناس فخرج منه ألف أو ألفان وخمسمائة فغرماء المولى أحق بذلك لانه قد بقي من دينهم ذلك القدر وزيادة ولا حق لغرماء العبد فى تركة المولى وهم ماضربوا مع غرماء العبد فى ثمنه بقدر ألفين وخمسمائة فلهذا كانوا أحق بجميع ماخرج منه فان خرج منه ثلاثة آلاف أخذ غرماء المولى من ذلك ألفين وسبعمائة وأخذ غرماء العبد من ذلك ثلثمائة لانه بقى من حق غرماء المولي ألفان وسبعمائة فيأخذون ذلك وقد كان يقضى بقدر ثلثمائة من ثمن العبد دين المولى فيكون ذلك دينا لغرماء العبد فى تركة المولى فيأخذون هذه الثلثمائة بحساب ذلك فان كان الذى خرج من ذلك ألفان وستمائة يأخذ غرماء المولى من ذلك ألفين وخمسمائة وخمسين وأخذ غرماء العبد من ذلك خمسين لان ماتأخر خروجه من دين المولى معتبر بما لو تقدم خروجه على قسمة ثمن العبد ولو تقدم خروج هذا المقدار كان كله لغرماء السيد ثم بقى من دينهم أربعمائة ودين غريمي العبد ألفي درهم فيضرب كل واحد منهم في ثمن العبد وهو ألف وخمسمائة بمقدار دينه واذا ضرب غرماء العبد بالفين وغرماء المولى بما بقى من دينهم وهو أربعمائة كان السبيل أن يجعل كل أربعمائة سهما فيصير حق غريمي العبد خمسة وحق غرماء المولى سهما فتبين أن الذى سلم لهم سدس ثمن العبد وذلك مائتان وخمسون وقد استوفوا ثلثمائة فعليهم رد ماأخذوه زيادة على حقهم وذلك خمسون درهما ولو كان العبد لم يقر بالدين الاول والمسألة بحالها أخذ غرماء السيد ماخرج من دين السيد وهو ألفان وستمائة ثم يباع العبد فان بيع بالف ضرب فيه غرماء المولى بما بقى لهم وغريم العبد بجميع دينه وهو ألف فكان الثمن بينهم اسباعا خمسة اسباعه لغريم العبد وسبعاه لغرماء المولى ولو كانت قيمة العبد ألفى درهم فأقر العبد فى مرض المولى بدين ألف درهم ثم أقر المولى بدين الف ثم اشترى العبد عبدا يساوى ألفا بالف وقبضه بمعاينة الشهود فمات فى يديه ثم مات السيد ولا مال له غير العبد فبيع بالفى درهم اقتسمه غرماء العبد بينهم ولا شئ فيه لغريم المولى لان الذى وجب على العبد بمعاينة الشهود بمنزلة دين الصحة وصاحبه أحق بمالية العبد ممن أقر له المولى فى مرضه وقد أقر له العبد أولا بدين ألف فظهر انه لافضل فى ثمنه على دين المعاينة وعلى الذى أقر به العبد أولا وصحة اقرار المولى باعتبار الفضل فاذا لم يظهر بطل دين المولى فصار كالمعدوم

وكان ثمن العبد بين غرمائه ولو لم يشتر العبد المأذون ولكن المولى هو الذى اشترى عبدا يساوى ألفا وقبضه بمعاينة الشهود فمات فى يده ثم مات المولى من مرضه والمسئلة بحالها وبيع العبد بألف فانه يبدأ بدين البائع لان ما وجب على المولي بمعاينة الشهود فى مرضه بمنزلة دين الصحة وقد بينا ان دين الصحة على المولي مقدم على ما أقر به العبد فى مرض مولاه لان صحة اقرار العبد باستدامة المولى الاذن له فلهذا بدئ بدين البائع وما بقى بعد ذلك فهو بين غرماء العبد ويستوى ان كان الاذن فى صحة المولى أو فى مرضه لان استدامة الاذن بعد المرض كاكتسابه (ألا ترى) انه لو أذن له فى التجارة فى صحته ثم مرض فأقر العبد لبعض ورثة المولى بدين ثم مات المولى أن اقراره باطل سواء كان على المولى دين محيط أو لم يكن لاقرار العبد بقدر ماأذن له فى مرضه واستدامة اذنه فى مرضه بمنزلة اقرار المولي به ثم اقرار المريض لوارثه باطل ولو مات المولى فصار العبد المأذون محجورا عليه بموته ثم أقر بدين لم يجز اقراره لان الملك فيه انتقل الى الوارث فهو بمنزلة مالو انتقل الملك فيه الي غيره فى حياته ببيع أو هبة فان أذن له الوارث فى التجارة جاز اذنه لانه على ملكه فان أقر العبد بعد اذنه بدين جاز اقراره وشارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث فيجعل بمنزلة ملك المورث فى حياته ولو حجر عليه بعد مالحقه ديون ثم أذن له فأقر بدين آخر شارك المقر له أصحاب الدين الاولين لان الاقرار له حصل فى حال انفكاك الحجر عنه بخلاف من أقر له فى حالة الحجر فهذا مثله ولو كان على المولى الميت دين لم يجز اذن الوارث له فى التجارة ولا اقرار العبد بالدين لان دين المولي يمنع ملك الوارث وتصرفه * فان قيل فى هذا الموضع مالية العبد مستحقة لغرماء العبد ولا حق فيه لغرماء المولى فيجعل دين المولى كالمعدوم ودين العبد لا يمنع ملك الوارث فينبغى أن يصح اذنه فى التجارة * قلنا دين المولى لا يظهر فى مزاحمة غرماء العبد فأما فى حق وارث المولى فهذا ظاهر (ألا ترى) انه لو سقط دين العبد كان مالية العبد لغرماء المولي دون ورثته فلهذا لا يصح تصرف الوارث بالاذن فى التجارة فى هذه الحالة والله أعلم

باب بيع المأذون وشرائه واقراره فى مرض المولي

(قال رحمه الله) واذا أذن المولي لعبده فى التجارة ثم مرض المولي فباع العبد بعض

ما كان في يده من تجارته واشترى شيأ لحابى في ذلك ثم مات المولي ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع مافعل من ذلك مما يتغابن الناس فيه أو ما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا في قول أبي حنيفة حتى لو باشره في صحة المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواء فكذلك اذا باشره العبد وفي قول أبي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك فأما محاباته بمالا يتغابن الناس فيه فباطلة وان كان يخرج من ثلث المولى لان العبد عندهما لا يملك هذه المحاباة في الاذن في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وكذلك ان كان على العبد دين لا يحيط برقبته وبجميع ما في يده كان قولهم في امضاء محاباة العبد بعد الدين من ثلث مال المولى على ما بينا لان قيام الدين على العبد لا يغير حكم انفكاك الحجر عنه بالاذن وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرته كمباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها فيتخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان جازت على الغرماء فانما هي من مال المولى ولو كان الذي حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع هذه الوجوه لان مباشرة العبد كمباشرة المولى والمريض لا يملك المحاباة في شيء مع وارثه ولو أن رجلا دفع الى هذا العبد جارية يبيعها له في مرض المولى فباعها من وارث المولى وحاباه فيها جاز ذلك لان هذه المحاباة ليست من مال المولى ولا شيء على ورثة المولى وهذا التصرف من العبد لم يكن نفوذه باذن المولي بل هو ثابت عن الموكل وانما ينفذ بوكالته وكانه باشره بنفسه ولو باع العبد في مرض مولاه شيأ ولم يحاب فيه ولا دين على واحد منهما أو اشترى ولم يحاب فيه ثم أقر بقبض ما اشترى أو بقبض ثمن ما باع ثم مات المولي فاقراره جائز بمنزلة مالو كان المولى هو الذي باشر هذا التصرف وأقر بقبض الثمن وكذلك ان كان على العبد دين كبير ولو كان على المولى دين كثير يحيط برقبته وما في يده لم يصدق على القبض الا بالبينة لان اقراره بالقبض في المعنى اقرار

بالدين فانه يقول وجوبه علي بالقبض مثل ما كان لي عليه ثم صار قصاصا ودين العبد يمنع صحة اقراره علي نفسه بالدين فى مرضه فكذلك يمنع صحة اقراره بالقبض وأما دين المولى فى صحته فيمنع اقرار العبد على نفسه بالدين فى مرضه فكذلك يمنع صحة اقراره بالقبض ويقال للمشترى ان شئت فأد الثمن مرة أخرى وان شئت فانقض البيع لانه لزمه زيادة فى الثمن لم يرض بالتزامها واقرار العبد في اثبات الخيار للمشترى زيادة فى الثمن صحيح وان لم يكن صحيحا فى وصول الثمن اليه لتمكنه من اقالة العقد معه ولو كان الذى بايعه بعض ورثة المولي لم يجز اقرار العبد بالقبض منه كان عليه أو علي المولي دين أو لم يكن كما لا يجوز اقراره له بالدين وكما لا يجوز اقرار المولى بالقبض منه فى مرضه لو كان هو الذى عامله والله أعلم

باب اقرار العبد فى مرضه

(قال رحمه الله) واذا مرض العبد فأقر بوديعة أو بدين أو بشراء شئ أو غيره من وجوه التجارات ثم مات من مرضه ولا دين عليه فى الصحة فاقراره جائز وهو بمنزلة الحر فى ذلك لان انفكاك الحجر عنه بالاذن كانفكاك الحجر عنه بالعتق والمرض لا ينافيه وان كان عليه دين الصحة بدئ بدين الصحة لانه لا يكون انفكاك الحجر عنه بالاذن فوق انفكاك الحجر عنه بالعتق وفى حق الحر دين الصحة مقدم على ما أقر به فى مرضه من دين أو عين فكذلك فى حق العبد * فان قيل فى حق الحر الحكم يتغير بمرضه من حيث تعلق حق الغرماء والورثة بماله وذلك لا يوجد فى حق العبد فان الدين الذى فى صحته كان متعلقا بكسبه ومالية رقبته قبل مرضه والحق فى كسبه ومالية رقبته بعد الدين لمولاه وهو المسلط له على الاقرار فينبغي أن يسوى بين ما أقر به فى الصحة وبين ما أقر به فى المرض قلنا نعم ولكن انفكاك الحجر بالاذن فرع انفكاك الحجر عنه بالعتق والفرع يلتحق بالاصل فى حكمه وان لم توجد فيه علته لانه منع ثبوت الحكم فى البيع بثبوته فى الاصل ثم لو أعتقه المولى بعد ما مرض ثم أقر بدين كان حق غرماء الصحة مقدما فى ماله على ما أقر به فى مرضه بعد العتق فلا يكون مقدما على ما أقر به فى مرضه قبل العتق كان أولى ولو كان الذى لحقه من الدين ببينة شاركوا أصحاب دين الصحة لانتفاء التهمة فيما ثبت عليه بالبينة وهو فى ذلك بمنزلة الحر فى العين والدين جميعا وكذلك فى الاقرار بالدين والوديعة فى تقديم أحدهما على الآخر

وفيما يلحقه من ذلك بينة وعليه دين الصحة هو كالحر وقد بينا هذه الفصول فى الحر فى كتاب الاقرار فكذلك فى العبد واذا لم يكن عليه دين فى الصحة فاقر فى مرضه على نفسه بدين ألف درهم وأقر باستيفاء ألف درهم ثمن مبيع وجب له فى مرضه على رجل لم يصدق على قبضه ولكن يقسم ما كان عليه بينه وبين الغريم الآخر نصفين لان اقراره بالقبض بمنزلة اقراره له بالدين وذلك صحيح منه الا انه قضاه ذلك الدين بماله فى ذمته فكأنه قضاه ذلك بعين فى يده والمريض المأذون لا يملك تخصيص أحد الغريمين بقضاء الدين وهو فى ذلك بمنزلة الحر فلهذا كان ماعلى الغريم بينه وبين الآخر نصفين واذا مرض المأذون وعليه دين الصحة فقضى بعض غرمائه دون بعض لم يجز لانه لو قضى بعضهم فى صحته لم يجز وكان للآخرين حق المشاركة معه لتعلق حق الكل بكسبه فاذا قضاه فى مرضه أولى وهذا لان فى ايثاره بعض الغرماء بقضاء الدين اسقاط حق الباقين عن ذلك المال وهو لا يملك اسقاط حق الغرماء عن شئ من كسبه ولو اشترى فى مرضه شيأ بمعاينة الشهود وقبضه ثم نقد ثمنه وهلك الشئ فى يده ثم مات العبد لم يكن لغرمائه على البائع سبيل فيما قبض من الثمن لانه فى ذلك بمنزلة المولى وهذا التصرف من الحر صحيح مطلقا فمن العبد كذلك (أرأيت) لو استقرض منه ألف درهم ثم ردها عليه بعينها أكان للغرماء على ذلك سبيل فكذلك اذا رد مثلها واذا ثبت هذا فيما اذا فعله العبد فى مرضه فهو أولى فيما اذا فعله فى صحته ولو كان هذا أجر أجيرا أو مهر امرأة فى صحة أو مرض كان للغرماء أن يشاركوا المرأة والاجير فيما قبض وهذا فرق قد بيناه فى الحر انه اذا لم يدخل فى ملك نفسه ظاهرا اما أن يكون مثلا لمال أخرجه من ملكه فى حق الغرماء فلا يسلم للقابض ما قبض لتحقق معنى ايثار بعض الغرماء فيه بخلاف ما اذا دخل فى ملكه مثل ما أخرج من ملكه فيما قبض يتعلق به حق الغرماء قال واذا حابى العبد فى مرضه ولا دين عليه ثم مات فالمحاباة جائزة لان كسبه لمولاه والمولى راض بتصرفه وهو الذى سلطه على هذه المحاباة بخلاف الحر فان ماله لورثته بعد موته ولم يوجد منهم الرضا بمحاباته وكان معتبرا من ثلث ماله وكذلك ان كان عليه دين فوفى ماله فى الدين ولم يف ماله بالدين لم تجز المحاباة لان كسبه حق غرمائه ولم يوجد منهم الرضا بتصرفه ومحاباته فهو فى حقهم بمنزلة الحر المريض واذا مرض المأذون فوجب له على رجل ألف درهم من ثمن بيع أو غيره فاقر باستيفائها لزمته ولا دين على المأذون ولا مال له غير ذلك الدين ثم أقر بعد ذلك على نفسه بدين ألف ثم مات فاقراره بالاستيفاء جائز لانه حين أقر

بالاستيفاء لم يكن لاحد فى تركته حق سوى مولاه والمولي هو المسلط له على هذا الاقرار فيصح اقراره فى حقه وترك ذلك بمنزلة ما لو أقر بدين ثم قضاه وذلك صحيح منه وان أقر بالدين بعد ذلك لان ما قضاه يخرج من أن يكون كسبا له ودينه انما يتعلق بكسبه ولو لم يقر بالدين ولكنه لحقه دين بمعاينة الشهود بطل اقراره بالاستيفاء لان ما وجب عليه بالمعاينة بمنزلة الدين الظاهر عليه حين أقر بالاستيفاء اذ لا تهمة فى شهادة الشهود فلهذا يبطل اقراره بالاستيفاء والله أعلم بالصواب

﴿ ومن كتاب المأذون الصغير ﴾

(قال رحمه الله) ولو أن عبدين تاجرين كل واحد منهما لرجل اشتري كل واحد منهما صاحبه من مولاه فان علم أيهما أول وليس عليه دين فشراء الاول لصاحبه جائز لان المولى مالك لبيعه ولو باعه من أجنبي جاز بيعه فكذلك اذا باعه من عبد مأذون لغيره ثم قد صار هذا المشترى ملكا لمولى المشترى وصار محجورا عليه فشراؤه الثانى من مولاه باطل لكونه محجورا عليه ولانه يشترى عبد مولاه من مولاه ولا دين عليه وهذا الشراء من المأذون لا يصح لكونه غير مفيد وان لم يعلم أى البيعين أول فالبيع مردود كله بمنزلة ما لو حصلا معا ولان الصحيح أحدهما وهو مجهول والبيع فى المجهول لا يصح أبدا وان كان علي واحد منهما دين لم يجز شراء الاول الا أن يجيز ذلك غرماؤه لان بيع مولاه اياه من عبد مأذون كبيعه من حر وذلك لا يجوز بدون اجازة الغرماء لان ماليته حقهم ولو اشترى المأذون أمة فوطئها فولدت له فادعى الولد وأنكر ذلك مولاه صحت دعواه وثبت نسبه منه لان الدعوى تصرف منه وهو فى التصرف فى كسبه بمنزلة الحر وليس من شرط صحة الدعوى وثبوت النسب كون الامة حلالا له (ألا ترى) ان المكاتب لو ادعى نسب ولد جاريته ثبت النسب وكذلك الحر لو ادعي نسب ولد جاريته وهي ممن لا تحل له ثبت نسبه منه فكذلك العبد فان كانت جارية لمولاه من غير تجارة العبد لم يثبت النسب منه بالدعوى لانه لا حق له فى التصرف فيها ودعواه تصرف منه وهو فى سائر أموال المولى كاجنبي آخر فلا تصح دعواه ما لم يصدقه المولى فان أقر انه وطئها ولم تلد ثم استحقها رجل فلا مهر له علي العبد حتى يعتق أما فى جارية المولى فلانه لم يأذن له فى جماعها ففعله بها يكون زنا والزنا لا يوجب المهر

وبالاستحقاق يتقرر معنى الزنا وأما في الجارية التي هي من كسبه فاقراره بوطئها صحيح وذلك ليس بزنا يوجب الحد حتى يتعلق به ثبوت النسب اذا ادعاه فاذا استحقت أخذه بالعقر في الحال بمنزلة مالو باشر وطأها بمعاينة الشهود ولان وجوب المهر هاهنا باعتبار سبب هو تجارة فيؤاخذ به في الحال وقد بينا الفرق بينه وبين النكاح واذا أذن الراهن للعبد المرهون في التجارة فتصرف ولحقه دين فهو مرهون علي حاله لان قيام حق المرتهن يمنع المولي من اكتساب سبب يثبت الدين به عليه في مزاحمة المرتهن فكذلك اذا أذن له في التصرف فلحقه دين فاذا استوفى المرتهن ماله بيع في الدين لان المانع حق المرتهن وقد سقط فان فضل من دينه شيء فلا سبيل للغرماء حتى يعتق كما لو لم يكن العبد مرهونا وان كان العبد تاجرا وله علي رجل ألف درهم ثم ان مولى العبد وهب العبد للغريم وقبضه جازت الهبة والدين لازم عليه لمولى العبد علي حاله لانه وهب العبد دون المال والمال كسب العبد في ذمة المديون فهو نظير مال هو عين في يده فلا تتناوله الهبة ولكنه سالم لمولاه بعد اخراجه العبد من ملكه بالهبة ولو كان علي العبد المأذون دين خمسمائة وقيمته ألف فكفل لرجل عن رجل بالف درهم باذن مولاه ثم استدان ألفا أخرى ثم كفل بالف أخرى ثم بيع العبد بالف فيقول أما الكفالة الاولى فيبطل نصفها ويضرب صاحبها بنصفها في ذمته لان الفارغ عن ماليته عند الكفالة الاولى كان بقدر خمسمائة وكفالته باذن المولى انما تصح فيما هو فارغ عن ماليته عن حق غريمه وقت الكفالة فيثبت من دين المكفول له الاول مقدار خمسمائة درهم والكفالة الثانية باطلة لانه حين كفل بها لم يكن شيء من ماليته فارغا فيضرب صاحب الدين الاول بخمسمائة وصاحب الدين الثاني بجميع دينه وهو ألف وصاحب الكفالة الاولى بخمسمائة فيصير ثمن العبد وهو ألف درهم بينهم ارباعا غير انك تجعل كل خمسمائة سهما بقدر مائتين وخمسين يسلم لصاحب الدين الاول ومثله لصاحب الكفالة الاولى ومقدار خمسمائة لغريم العبد الآخر وعلى هذا جميع الاوجه وقياسه والله أعلم

كتاب الديات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله) اعلم بان القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى

من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الارض فكأنما قتل الناس جميعا وقال النبي عليه السلام الا أن اعتاء الناس ثلاثة رجل قتل غير قاتل أبيه ورجل قتل قبل أن يدخل الجاهلية ورجل قتل فى الحرم وقال فى خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا فى شهري هذا فى مقامى هذا ولما قتل محلم بن جثامة رجلا من أهل الجاهلية قال النبي عليه السلام لا يرحم فدفن بعد موته فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال أما انها تقبل من هو أعظم جرما منه ولكن الله أراكم حرمة القتل وفى قتل النفس افسادا العالم ونقض البنية ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات ومعلوم ان الجانى مأخوذ عن الجناية الا انه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد فى الآخرة ما انزجر الا الأقل القليل فان أكثر الناس انما ينزجرون مخافة العاجلة بالعقوبة وذلك بما يكون متلفا للجاني أو مجحفا به فشرع الله القصاص والدية لتحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد رحمه الله كتاب الديات لان وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص فان الدية تجب فى الخطأ وفى شبه العمد وفي العمد عند تمكن الشبهة وكذلك الدية تتنوع أنواعا والقصاص لا يتنوع فلهذا رجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها واشتقاق الدية من الاداء لانها مال مؤدى فى مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس والارش الواجب فى الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضا وكذلك القيمة الواجبة فى سائر المتلفات الا أن الدية اسم خاص فى بدل النفس لان أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق فى جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف وسمى بدل النفس عقلا أيضا لانهم كانوا اعتادوا ذلك من الابل فكانوا يأتون بالابل ليلا الى فناء أولياء المقتول فيعقلونها فتصبح أولياء القتيل والابل معقولة بفنائهم فلهذا سموه عقلا * ثم بدأ الكتاب فقال قال أبو حنيفة رحمه الله القتل على ثلاثة أوجه عمد وخطأ وشبه العمد والمراد به بيان أنواع القتل بغير حق فيما يتعلق به من الاحكام كان أبو بكر الرازى يقول القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ وما ليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى الخطأ أما العمد فهو ما تعمدت ضربه بسلاح لان العمد هو القتل وقصد ازهاق الحياة وهى غير محسوسة لقصد أخذها فيكون القصد الى ازهاق الحياة بالضرب بالسلاح الذى هو جارح عامل فى الظاهر والباطن جميعا ثم المتعلق بهذا الفعل أحكام منها المأثم وذلك منصوص عليه فى قوله ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا

فيها الآية ومنها القصاص وهو ثابت فى قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وما أخبر الله تعالى أنه كتبه على من قبلنا فهو مكتوب علينا ما لم يقم دليل النسخ فيه وقد نص على أنه مكتوب علينا فقال كتب عليكم القصاص فى القتلى ثم بين وجه الحكمة فيه بقوله ولكم فى القصاص حياة وفيه معنيان أحدهما أنه حياة بطريق الزجر لان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر فى عاقبة أمره انه اذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما والثانى أنه حياة بطريق دفع سبب الهلاك فان القاتل بغير حق يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه والشرع مكنهم من قتله قصاصا لدفع شره عن أنفسهم واحياء الحى فى دفع سبب الهلاك عنه وقال عليه الصلاة والسلام العمد قود أى موجبه القود فان نفس العمد لايكون قودا وقال صلوات الله عليه وسلامه كتاب الله القصاص أى حكم الله والقصاص عبارة عن المساواة وفى حقيقة اللغة هو اتباع الاثر قال الله تعالى وقالت لاخته قصيه واتباع أثر الشئ فى الاتيان بمثله فجعل عبارة عن المساواة لذلك ومن حكمه حرمان الميراث ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لاميراث لقاتل بعد صاحب البقرة وفى رواية لاشئ للقاتل أى من الميراث ومن حكمه وجوب المال به عند التراضى أو عند تعذر ايجاب القصاص للشبهة ثبت ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان أى فمن أعطى له من دم أخيه شئ لان العفو بمعنى الفضل قال الله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو والمراد به اذا رغب القاتل فى اداء الدية فالمولى مندوب الى مساعدته على ذلك وعلى القاتل اداؤه اليه باحسان اذا ساعده الولي وهذه الدية تجب فى مال القاتل اذا كان بطريق الصلح والتراضي فكانه هو الذى التزمه بالعقد وأما اذا كان عند تعذر استيفاء القصاص فلان فى الدية الواجبة عليه معنى الزجر ومعنى الزجر انما يتحقق فيما يكون اداؤه مجحفا به وهو الكثير من ماله ويختلفون فى وجوب الدية بهذا الفضل عند وجوب القصاص به فالمذهب عندنا انه لم تجب الدية بالعمد الموجب للقصاص الا أن يصالح الولى القاتل على الدية وللشافعى رضى الله عنه فيه قولان فى أحد القولين موجب العمد احد شيئين القصاص أو الدية يتعين ذلك باختيار المولى وفى القول الآخر موجبه القصاص الا أن للولى أن يختار أخذ الدية من غير رضا القاتل واحتج فى ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية فهذا تنصيص

على ان كل واحد منهما موجب القتل وان الولى مخير بينهما ولما أتى بالقاتل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه السلام للولى أتعفو فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال القتل فقال نعم ففى هذا بيان أن الولي يستبد بأخذ الدية كما يستبد بالعفو والقتل والمعنى فيه ان هذا اتلاف حيوان متقوم فيكون موجبا ضمان القيمة كاتلاف سائر الحيوانات وقيمة النفس الدية وهذا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال واتلاف المقوم مما لا مثل له يوجب القيمة وقيمة النفس الدية بدليل حالة الخطأ فان الدية انما تجب بالاتلاف لا بصفة الخطأ لانه عذر مسقط والمتلف فى حالة العمد ما هو المتلف فى حالة الخطأ الا أن الشرع أوجب القصاص بمعنى الانتقام وشفاء الصدر للولى ودفع الغيظ عنه فكان ذلك بخلاف القياس لانه اتلاف والاتلاف لا يكون واجبا بمقابلة الاتلاف وهو ليس بمثل (ألا ترى) ان الجماعة يقتلون بالواحد ولا مماثلة بين العشرة والواحد فعرفنا أنه ممنوع بمعنى زيادة النظر للولى وذلك فى أن لا يسقط حقه فى الواجب الاصلى بل يكون متمكنا فيه كما لو قطع يد انسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة باصبع فان القصاص واجب ولصاحب الحق أن يأخذ الارش بغير رضا الجانى لهذا المعنى ولان النفس محترمة بحرمتين وفى اتلافها هتك الحرمتين جميعا حرمة حق الله تعالى وحرمة حق صاحب النفس وجزاء حرمة الله تعالى العقوبة زجرا وجزاء هتك حرمة العبد الغرامة جبرا ولكن تعذر الجمع بينهما ههنا لان كل واحد منهما يوجب حقا للعبد حتى يعمل فيه اسقاطه ويورث عنه ويسقط باذنه ولا يجوز الجمع بين الحقين لمستحق واحد بمقابلة محل واحد فاثبتنا الجمع بينهما على سبيل التخيير وقلنا ان شاء مال الى جانب هتك حرمة حق الله تعالى واستوفى العقوبة وان شاء مال الى جهة حرمة حق العباد فاستوفى الدية ولا خلاف ان أحد الشريكين فى الدم اذا عفا ان الاخر ان يستوفى المال ولو لم يكن المال واجباله بنفس القتل لما وجب بالعفو لان العفو مسقط ولو وجب بالعفو لوجب على العافى وان كان محسنا كضمان الاعتاق يجب على المعتق اذا كان موسرا ولما وجب المال للآخر على القاتل عرفنا انه كان واجبا بنفس القتل ولما ظهر ذلك عند العفو فى حق من لم يعف فكذلك يظهر فى حق العافى اذا عفا عن القصاص فقلنا يتمكن من أخذ المال ولان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا ملق نفسه فى التهلكة فيكون ممنوعا شرعا كالمضطر اذا وجد طعاما يشتريه ومعه ثمنه يفترض عليه شراؤه شرعا لهذا المعنى

فكذا هاهنا * وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فقد أدخل الالف واللام فى العمد وذلك للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس ها هنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد موجب للقود فمن جعل المال واجبا بالعمد مع القود فقد زاد على النص والى هذا أشار ابن عباس رضى الله عنه فى قوله العمد قود ولا مال له فيه وعن على وابن مسعود رضى الله عنهما قالا فى دم عمد بين شريكين عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا فتخصيصهما غير العافى بوجوب المال له دليل على أن العافى لاشئ له فأما ماروى من قوله فأهله بين خيرتين فقد اختلفت الرواية فيه فان فى بعض الروايات ان أحبوا قتلوا وان أحبوا فادوا والمفاداة على ميزان المفاعلة يقتضى وجود الفعل بين اثنين بالتراضى وذلك أخذ الدية بطريق الصلح وتأويل الرواية التى قال وان أحبوا أخذوا الدية من جهتين احداهما انه انما لم يذكر رضا القاتل لان ذلك معلوم ببديهة العقل فان من أشرف على الهلاك اذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه باداء المال لا يمتنع من ذلك الا من سفهت نفسه لان امتناعه لابقاء منفعة المال سفه ولا يتصور ذلك بعد ما تلفت نفسه وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام خذ سلمك أو رأس مالك وهو فى أخذ رأس المال يحتاج الي رضا المسلم اليه ولم يذكره لالانه غير محتاج اليه بل لانه معلوم بطريق الظاهر والثانى ان المراد أن لا يجبر الولى على أخذ الدية شاء أو أبى لاان له أن يجبر غيره على اداء الدية بدليل قصة الحديث فانه روى ان رجلا من خزاعة قتل رجلا من هذيل يوم فتح مكة بعد ماأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكف عن القتل فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أما أنتم يامعاشر خزاعة فقد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقلته فوداه بمائة من الابل من عند نفسه ثم قال فمن قتل له بعد اليوم قتيل فأهله بين خيرتين فقد أجبر الولي على أخذ الدية ثم تبين بهذا اللفظ ان الحكم قد انتسخ وان الولى لايجبر على أخذ الدية بعده وفى الحديث الآخر عرض الدية على الولى وهذا لاينفى كون رضا القاتل مشروطا فيه ولكنه اما أن يكون قصد التبرع باداء الدية من عنده ولم يعتبر رضا القاتل فى هذه الحالة أو أراد أن يعلم رغبة الولى فى أخذ الدية ثم يشتغل باسترضاء القاتل كمن سعى بالصلح بين اثنين يسترضى أحدهما فاذا تم له ذلك حينئذ استرضى الآخر والمعنى فى المسئلة انه أتلف شيأ مضمونا فيتقدر ضمانه بالمثل ماأمكن كاتلاف المال وتفويت حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة والزكاة يكون الواجب فيها

المثل اذا أمكن وهذا لان ضمان المتلفات مقدر بالمثل بالنص قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ولان الزيادة على المثل ظلم على المتعدى وفى النقصان بخس بالمتعدى عليه والشرع انما يأمر بالعدل وذلك بالمثل اذا ثبت هذا فنقول الدية ليست بمال للمتلف والقصاص مثل أما بيان أن الدية ليست بمثل فلان المماثلة بين الشيئين تعرف صورة أو معنى ولا مماثلة بين المال والآدمى صورة ولا معنى والنفس مخلوقة لاماتة الله تعالى والاشتغال بطاعته ليكون خليفة فى الارض والمال مخلوق لاقامة مصالح الآدمى به ليكون مبتذلا فى حوائجه فاما القصاص من حيث الصورة فلانه قتل بازاء قتل وازهاق حياة بازهاق حياة ومن حيث المعنى فالمقصود بالقتل ليس الا الانتقام والثانى فى معنى الانتقام كالاول وبهذا سمى قصاصا ثم المثل واجب بطريق الجبر ولا يحمل جبران الحياة بالمال وانما جبران الحياة بحياة مثلها وذلك فى القصاص فان الله تعالى نص على أن فى القصاص حياة فعلينا أن نعتقد هذا المعنى فى القصاص عقلناه أو لم نعقله ثم هو معقول من الوجه الذى ذكرنا انه حياة بطريق دفع سبب الهلاك ولكن للولى الذى هو قائم مقام المقتول كما ان المال فى الموضع الذى يجب انما ينتفع به الذى هو قائم مقام المقتول ولا حاجة بنا الى اثبات المماثلة فى القصاص لان ذلك واجب بالقصاص وهو محض حق العبد ولا حق للعبد الا فى المثل فاما أجزية الافعال المحرمة فتجب حقا لله تعالى وانما حاجتنا الى أن يثبت ان المال ليس بمثل للنفس وقد أثبتنا ذلك فقلنا لايجب بمقابلة النفس المتلفة قتلا الا فى الموضع الذى يجب بتعذر ايجاب المثل فحينئذ يجب المال بالنص بخلاف القياس وهو فى حالة الخطأ لان المثل نهاية فى العقوبات المعجلة فى الدنيا والخاطئ معذور فتعذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لايسقط جزء منها بعذر الخاطئ فوجب صيانتها عن الهدر فأوجب الشرع المال فى حالة الخطأ لصيانة النفس المحرمة عن الاهدار لا بطريق انه مثل كما أوجب الفدية على الشيخ الفانى عند وقوع اليأس به عن الصوم وذلك لايدل على أن الاطعام مثل الصوم واذا ثبت أن وجوب المال بهذا الطريق ففى الموضع الذى يتمكن فيه من استيفاء مثل حقه لامعنى لايجاب المال وكما ثبت هذا المعنى فى الخطأ قلنا فى كل موضع من مواضع العمد يتحقق هذا المعنى نوجب هذا المال أيضا لان المخصوص من القياس بالنص يلحق به مايكون فى معناه من كل وجه فالاب اذا قتل ابنه عمدا يجب المال لتعذر ايجاب القصاص لحرمة الابوة واذا

عفى أحد الشريكين يجب للآخر المال لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لمعنى فى القاتل وهو انه حقى نفسه بعفو الشريك فكان ذلك فى معنى الخطأ فوجب المال للاخر ولا يجب العافى لانه انما تعذر استيفاء القصاص على العافى باسقاطه من جهته لا بمعنى فى القاتل ثم اقدام العافى على العفو يكون تعيينا منه لحقه فى القصاص لان العفو يعترف فيه بالاسقاط وذلك لا يكون الا بعد تعيين حقه فيه ومع تعيين حقه فى القصاص لا يجب له المال واذا مات من عليه القصاص انما لا نوجب المال لان هذا ليس فى معنى الخاطئ من كل وجه فان تعذر ايجاب استيفاء القصاص بعد موته كان لفوات المحل فلو ألحقنا هذا بالخاطئ لمعنى التعذر كان قياسا والمخصوص من القياس لا يقاس عليه غيره واذا كانت يد القاطع شلاء فالمجنى عليه هاهنا عاجز عن استيفاء مثل حقه بصفته لا لفوات المحل بل لمعنى فى الجانى فان شاء تجوز بدون حقه وان شاء مال الى استيفاء الارش بمنزلة من أتلف على آخر كر حنطة ولم يجد عنده الا كرا رديئا فانه يتخير بين أن يتجوز بدون حقه وبين أن يطالب بالقيمة لتعذر استيفاء المثل بصفته بخلاف ما اذا قطعت يد القاطع ظلما لان تعذر الاستيفاء ها هنا لفوات المحل فلم يكن فى المعنى الاول وهو بخلاف ما اذا قطعت يده في سرقة أو قصاص فانه يجب الارش لان المحل هناك فى معنى القائم حكما حين قضي به حقا مستحقا عليه فيكون كالسالم له حكما فمن هذا الوجه هو فى معنى الخطأ وما قال ان فى النفس حرمتين فنقول فى نفس القاتل حرمتان كما فى نفس المقتول فاذا أوجبنا القصاص يحصل به مراعاة الحرمتين جميعا ثم القصاص لا يجب الا باعتبار الحرمتين جميعا واذا اعتبرناهما لايجاب القصاص لا يبقي حرمة أخرى تعتبر لايجاب المال ولو كان المعنى الذى قاله صحيحا لوجب ان يجمع بينهما استيفاء كمن قتل صيدا مملوكا فى الحرم يجمع بين وجوب الكفالة لحرمة حق الله تعالى ووجوب الضمان لحق المالك وفيما قررنا جواب عما قال ان القصاص واجب بخلاف القياس فانه لما كان المثل صورة ومعنى هو القصاص علم أنه هو الموجب الاصلي والذى قال انه بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه فى التهلكة ضعيف فان القاء النفس فى التهلكة انما كان بالقبيل السابق فأما بالامتناع من اداء الدية يسلم نفسه لايفاء حق مستحق عليه ويمتنع من اداء ما ليس عليه فلا يكون به ملقيا نفسه فى التهلكة وأما شبه العمد فهو ما تعمدت ضربه بالعصاء أو السوط أو الحجر أو اليد فان فى هذا الفعل معنيين العمد باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار

انعدام القصد منه الى القتل لان الآلة التى استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل والعاقل انما يقصد كل فعل بآلته فاستعماله آلة التأديب دليل على انه غير قاصد الى القتل فكان فى ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا الى الضرب والى ارتكاب ماهو محرم عليه وكان مالك رحمه الله يقول لاأدرى ماشبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ وهذا فاسد فان شبه العمد ورد الشرع به على مارواه النعمان بن بشير رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها خلفة فى بطونها أولادها والصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلظة مع اختلافهم فى صفة التغليظ على مانبينه وقال على رضى الله عنه شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم فاما بيان أحكام شبه العمد فنقول انه لاقصاص فيه لتمكن الشبهة والخطأ من حيث انعدام القصد الى القتل والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وهى تعتمد المساواة ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود ثم هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجح المانع على الموجب لان السعى فى ابقاء النفس واجب ماأمكن فان الابقاء حياة حقيقة وفى القصاص حياة حكما فلهذا لا يوجب القود فى شبه العمد واذا تعذر ايجاب القود وجبت الدية وهى مغلظة كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله أربعون خلفة فى بطونها أولادها وهو مروى عن ابن عمر وابن مسعود وأبى موسى الاشعرى والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم أنهم أوجبوا الدية مغلظة فى شبه العمد وهذا التغليظ انما يظهر فى أسنان الابل اذا وجبت الدية منها لا فى شئ آخر وهذه الدية على عاقلة القاتل بمنزلة الدية فى الخطأ وهو قول عامة العلماء وكان أبو بكر الاصم يقول لا تجب الدية على العاقلة بحال لظاهر قوله ولا تزر وازرة وزر أخرى ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لابى رمثة حين دخل عليه مع ابنه أما انه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه أى لا يؤخذ بجنايتك ولا تؤخذ بجنايته ولان ضمان الاتلاف يجب على المتلف دون غيره بمنزلة غرامات الاموال وهذا أولى لان جناية المتلف فى اتلاف النفس أعظم من جنايته فى اتلاف الاموال ولكنا نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عقل جناية كل بطن من الانصار عليهم وفى حديث حمدان بن مالك ابن نابغة قال كنت بين جاريتين لى فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام

لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها عمران بن عويمر الاسامى أيدي من لاصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه تنصيص على ايجاب الدية على القاتل ثم هو معقول المعنى من أوجه أحدها ان مثل هذا الفعل انما يقصده القاتل بزيادة قوة له وذلك انما يكون بالتناصر الظاهر بين الناس ولهذا التناصر أسباب منها مايكون بين أهل الديوان باجتماعهم فى الديوان ومنها ما يكون بين العشائر وأهل المحال وأهل الحرف فانما يكون تمكن الفاعل من مباشرتهم بنصرتهم فيوجب المال عليهم ليكون زجرا لهم عن غاية سفهائهم وبعثا لهم على الاخذ على أيدى سفهائهم لكيلا تقع مثل هذه الحادثة هذا فى شبه العمد وكذلك فى الخطأ لان مثل هذا الامر العظيم قلما يبتلي به المرء من غير قصد الا لضرب استهانة وقلة مبالاة تكون منه وذلك بنصره من ينصره ثم الدية مال عظيم وفى ايجاب الكل على القاتل اجحاف به فأوجب الشرع ذلك على العاقلة دفعا لضرر الاجحاف عن القاتل كما أوجب النفقة على الاقارب بطريق الصلة لدفع ضرر الحاجة ولهذا أوجب عليهم مؤجلا على وجه يقل مايؤديه كل واحد منهم فى كل نجم ليكون الاستيفاء فى نهاية من التيسير عليهم ولان كل واحد منهم يخاف على نفسه أن يبتلى بمثل ذلك فهذا يواسي ذلك اذا ابتلي به وذلك يواسى هذا فيدفع ضرر الاجحاف من كل واحد منهم ويحصل معنى صيانة دم المقتول عن الهدر ومعنى الاعسار لورثته بحسب الامكان وبهذا يتبين أنا لا نجعل وزر أحد على غيره وانما نوجب مانوجبه على العاقلة بطريق الصلة فى المواساة وبهذا لا نوجب ذلك ان كان المتلف مالا لان الواجب قل ما يعظم هناك بل يتقدر بقدر المتلف فلا يؤدى الى الاجحاف بالمتلف ان لو ضمن به وهذا لانوجب القليل من الارش وهو ما دون ارش الموضحة على العاقلة ومن موجب شبه العمد أيضا حرمان الميراث لانه جزاء أصل الفعل وهو مالا يندرئ بالشبهات ومن موجبه الكفارة أيضا باعتبار هذا المعنى لانه جزاء أصل الفعل وهو مما لا يندرى بالشبهات وبهذا ثبت فى الخطأ المحض ففى شبه العمد أولى وأما الخطأ فهو ماأصبت مما كنت تعمدت غيره والخطأ نوعان أحدهما أن يقصد الرمى الى صيد أو هدف أو كافر فيصيب مسلما فهذا خطأ من حيث انه انعدم منه القصد الي المحل الذى أصاب والثانى أن يرى شخصا يظنه حربيا فاذا هو مسلم أويظنه صيدا فاذا هو مسلم فهذا خطأ باعتبار مافى قصده وان كان هو قاصدا الي المحل الذى أصابه وحكم

الخطأ انه لايجب فيه القصاص لان الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فاذا تعذر ايجاب القصاص وجبت الدية بالنص قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وبينا المعنى فيه لصيانة دم المقتول عن الهدر فاستحقاق صيانة نفسه لا يسقط بعذر الخاطئ ومن موجبه الكفارة فانها تثبت بهذا النص أيضا والمعنى فيه ما نقول فان القتل أمر عظيم قل ما يبتلى به المرء من غير قصد مالم يكن به تهاون فى التحرز وعلى كل أحد المبالغة فى التحرز لكيلا يبتلى بمثل هذا الامر العظيم فاذا ترك ذلك كان هو ملتزما بترك التحرز فنوجب عليه الكفارة جزاء على ذلك ولان مثل هذا الامر العظيم لا يبتلى به المرء الا بنوع خذلان وهذا الخذلان لا يكون الا عن ذنوب سبقت منه والحسنة تذهب السيئة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات فنوجب عليه الكفارة لتكون ماحية للذنوب السابقة فلا يبتلي بمثل هذا الامر العظيم بعدها وفى سيئة العمد معنى ايجاب الكفارة أظهر لما يلحقه من المأثم بالقصد الى أصل الفعل وفيه حديث واثلة ابن الاسقع حيث قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب النار بالقتل فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار لا يكون الا بالاقدام على قتل محرم وقد قامت الدلالة على ان الكفارة لاتجب فى العمد المحض فعرفنا ان المراد شبه العمد ثم قال الشافعى المعنى فى وجوب الكفارة بالقتل انه نقص من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمع والجماعات فعليه اقامة نفس مقام ما أتلف ولا يمكنه ذلك احياء فعليه اقامة مقام النفس المتلفة تحريرا لان الحرية حياة والرق تلف وبهذا أوجب الكفارة علي العامد وقلنا نحن انما أوجب الكفارة عليه لان الشرع سلم له نفسه شكرا لله حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ مع تحقق اتلاف النفس منه فعليه اقامة نفس مقام نفسه شكرا لله وذلك فى أن تحرر نفس منه لتشتغل بعبادة الله وان عجز عن ذلك فعليه صوم شهرين متتابعين شكرا لله حيث سلم له نفسه وبهذا لانوجب الكفارة علي العامد لان الشرع أوجب عليه القصاص ونوجبها فى شبه العمد لان الشرع سلم له نفسه تخفيفا عليه وترجيح أحد المعنيين على الآخر يبين في مسئلة كفارة العمد اذا انتهينا اليها ان شاء الله تعالى وليس فى هذه الكفارة اطعام عندنا وفى أحد قولي الشافعى اذا عجز عن الصوم يطعم ستين مسكينا بالقياس على كفارة

الظهار وهو بناء علي أصله ان قياس المنصوص على المنصوص يجوز فان المطلق والمقيد فى حادثتين يحمل أحدهما على الآخر وذلك غير جائز عندنا وموضع بيانه أصول الفقه فاما ما أجرى مجرى الخطأ على ما ذكره الرازي فهو النائم اذا انقلب على انسان فقتله وهذا ليس بعمد ولا خطأ لانه لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فيجرى هذا مجرى الخطأ حتى تجب الدية على عاقلته والكفارة ويثبت به حرمان الميراث ليوهم أن يكون متهاونا ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد الى محل آخر فأما ماليس بعمد ولا خطأ ولا أجرى مجرى الخطأ فهو حافر البئر وواضع الحجر فى الطريق فليس بمباشر للقتل لان مباشرة القتل بايصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض فعرفنا انه ليس بقاتل عمد ولا شبه عمد ولا خطأ ولا ما أجرى مجرى الخطأ بل هو بسبب متعمد فنوجب الدية علي عاقلته للحاجة الى صيانة النفس المتلفة عن الهدر ولا يجب عليه الكفارة ولا يحرم الميراث على ما يأتيك بيانه فى بابه قال وفى النفس الدية معناه بسبب اتلاف النفس فان حرف فى للظرف حقيقة والنفس لا تكون ظرفا للدية بل قتلها سبب لوجوب الدية كما يقال فى النكاح حل وفى الشراء ملك وهذا لقوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقال عليه السلام فى النفس مائة من الابل وقال علي رضى الله عنه فى النفس الدية ومالا يعرف بالرأى والمنقول عنه فيه كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الانف الدية والحاصل ان مالا ثانى له فى البدن من اعضاء أو معان مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس فى انه يجب بها كمال الدية والاعضاء التى هى افراد ثلاثة الانف واللسان والذكر وذلك مروي فى حديث سعيد ابن المسيب ان النبي عليه السلام قال فى الانف الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وهكذا روى عن علي بن أبى طالب ثم قطع الانف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الآدمى من بين سائر الحيوانات فات بهما فتفويتهما فى معنى تفويت النفس فكما تجب الدية بقطع جميع الانف بحيث يقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل وكذلك تفويت المنفعة لان المنفعة فى الانف اجتماع الروائح فى قصبة الانف لنقله منها الى الدماغ وذلك تفويت بقطع المارن والمارن ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه وكذلك فى اللسان الدية لان الآدمى قد امتاز من بين سائر الحيوانات باللسان وقد من الله تعالى به على عباده فقال تعالى خلق الانسان علمه البيان

وذلك يفوت بقطع اللسان ففيه تفويت أعظم المقاصد فى الآدمى وكذلك فى قطع بعض اللسان اذا منع الكلام وان كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر ان فيه حكومة عدل لانه لم يتم تفويت المقصود بهذا القدر وانما تمكن فيه نقصان فيجب باعتباره حكومة عدل وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان الدية تقسم على الحروف فحصة ما يمكنه ان يصححه من الحروف تسقط عنه وحصة مالا يمكنه ان يصححه من الحروف تجب عليه ولكن على هذا القول لا يعتبر فى القسمة الا الحروف التى تكون باللسان فاما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك فى القسمة وفى الكتاب روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى اللسان بالدية وفى الانف بالدية قال وفى الذكر دية لان فى الذكر تفويت منفعة مقصودة من الآدمى وهى منفعة النسل ومنفعة استمساك البول والرمى به عند الحاجة وكذلك فى الحشفة الدية كاملة لان تفويت المقصود يحصل بقطع الحشفة كما يحصل بقطع جميع الذكر ووجوب الدية الكاملة باعتباره والمعانى التى هى افراد فى البدن العقل والسمع والبصر والذوق والشم ففى كل واحد منها دية كاملة هكذا روى عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة كان ضرب على رأسه فأذهب عقله وسمعه وبصره ومنفعة ذكره وكان المعنى فيه ان العقل من أعظم ما يختص به الآدمى وبه ينتفع بنفسه فى الدنيا والآخرة وبه يمتاز من البهائم فالمفوت له كالمبدل لنفسه الملحق له بالبهائم وكذلك منفعة السمع فانها منفعة مقصودة بها ينتفع المرء بنفسه وكذلك منفعة البصر فانها مقصودة (ألا ترى) أن الناس يقولون للذى لا بصر له بمنزلة الميت الذى لم يدفن وكذلك منفعة الشم منفعة مقصودة فى البدن ومنفعة الذوق كذلك فتفويتها من وجه استهلاك باعتبار ان فيه منفعة مقصودة فيوجب كمال الدية وكذلك فى الصلب الدية كاملة اذا منع الجماع لما فيه من تفويت منفعة مقصودة وهى منفعة النسل وكذلك اذا حدث فان فيه تفويت جمال كامل لان الجمال للآدمى فى كونه منتصب القامة قيل فى معنى قوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم منتصب القامة وذلك يفوت اذا حدب والجمال للآدمى مطلوب كالمنفعة فتفويت الجمال الكامل يوجب دية كاملة فان عاد الي حاله ولم ينقصه ذلك شيأ الا أن فيه أثر الضربة ففيه حكومة عدل لانه نفى بعض الشينين ببقاء أثر الضربة فيجب باعتباره حكم عدل ومن هذه الجملة الافضاء فى المرآة اذا كانت بحيث لا تستمسك البول فانه يوجب كمال الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة

لا ثانى لها فى البدن وهى منفعة استمساك البول وذكر المبرد أن النبي عليه السلام قال فى الصعر الدية وفسر المبرد ذلك بتعويج الوجه وفيه تفويت جمال كامل وأما ما يكون زوجا فى البدن ففى قطعهما كمال الدية وفى أحـدهما نصف الدية وأصل ذلك فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قال فى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية وهكذا روى عن علي رضى الله عنه قال الاعضاء التى هى أزواج فى البـدن العينان والاذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والانثيان والرجلان أما فى العينين اذا فقئا الدية كاملة بتفويت الجمال والمنفعة المقصودة وأما فى الاذنين الشاخصتين فالدية كاملة لان فى قطعهما تفويت الجمال الكامل وتفويت المنفعة أيضا فان الاصوات تجتمع فيها وتنفذ الى الدماغ وبهما تقى الاذى عن الدماغ ففيهما الدية وفى احداهما نصف الدية وكذلك فى الحاجبين اذا حلقهما علي وجه أفسد المنبت أو نتفهما فأفسد المنبت لان فيه تفويت جمال كامل فيجب فيهما الدية وفى احداهما نصف الدية عندنا خلافا للشافعى رضى الله عنه على مانبينه فى فصول الشعر ان شاء الله وفى الشفتين معنى الجمال الكامل والمنفعة الكاملة فبقطعهما تجب الدية كاملة وبقطع احداهما نصف الدية والعليا والسفلى فى ذلك سواء وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال فى السفلى ثلثا دية وفى العليا ثلث الدية لان فى العليا جمالا فقط وفى السفلى جمالا ومنفعة وهى استمساك الريق بها وكذلك فى اليدين فان منفعة البطش فى الادمى منفعة مقصودة ففى قطعهما تفويت هذه المنفعة وفى قطع احداهما تنقيصه وكذلك في ثديي المرأة منفعة مقصودة كاملة وهى منفعة رضاع الولد وكما تجب الدية بقطع ثدييها تجب بقطع حلمتيها لان تفويت المنفعة يحصل بقطع الحلمة كما يحصل بقطع جميع الثدى فهو نظير ما ذكرنا فى الحشفة مع الذكر والمارن مع الانف وفى الانثيين منفعة مقصودة وهى منفعة الامناء والنسل ففيهما الدية وفى احداهما نصف الدية وفى الرجلين منفعة مقصودة وهى منفعة المشي وانتفاع المرء بنفسه انما يكون اذا تمكن المرء من المشى فقطع الرجلين بمنزلة استهلاكه حكما وأما ما يكون أرباعا فى البـدن فهو اشفار العينين يجب فى كل شفر ربع الدية ويستوى ان نتف الاهداب فأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها بالاشفار لان تفويت الجمال يتم بذلك وكذلك تفويت المنفعة لان الاهـداب والجفون تقي الاذى عن العينين وتفويت ذلك ينقص من البصر ويكون آخره العمي فيجب فيها كمال الدية وهى ارباع فى البـدن فتوزع الدية عليها

فى كل واحدة منها ربع الدية فأما ما يكون اعشارا فى البدن كالاصابع يعنى أصابع اليدين أو الرجلين فان قطع أصابع اليد يوجب كمال الدية لما فيها من تفويت منفعة البطش والبطش بدون الاصابع لايتحقق وفى كل أصبع عشر الدية هكذا روى فى حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قال وفى كل أصبع عشر من الابل وجميع ماذكرنا مذكور فيما كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم وفيها وفى كل أصبع عشر من الابل وفى كل سن خمس من الابل وهكذا رواه عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضي الله عنه فى الابتداء يقول فى الخنصر ست من الابل وفى البنصر تسع من الابل وفى الوسطى عشر وفى السبابة والابهام خمس وعشرون ثم لما بلغه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجع الى الحديث فقال الاصابع كلها سواء والذى تبيناه فى أصابع اليد كذلك فى أصابع الرجل لان فى قطعها تفويت منفعة المشى ومنفعة المشي كمنفعة البطش والصغير والكبير فى جميع ماذكرنا سواء لان فى اعضائه عرضة لهذه المنافع مالم يصبها آفة ففى تفويتها تفويت المنفعة كما فى حق الكبير وأما مازيد على ذلك في البدن فهى الاسنان يجب فى كل سن نصف عشر الدية لما روينا من الحديث ويستوى فى ذلك الانياب والنواجذ والضواحك والطواحين ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا نأخذ بذلك لان النبي عليه الصلاة والسلام قال فى كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان فى بعضها زيادة منفعة ففى بعضها زيادة جمال والجمال في الادمى كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع أسنانه فعليه ستة عشر ألفا لان الاسنان اثنان وثلاثون سنا فاذا الواجب فى كل نصف عشر الدية خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر ألفا وليس فى البدن جنس يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان فان قلع جميع أسنان الكوسج فعليه أربعة عشر ألفا لان أسنانه ثمانية وعشرون هكذا حكى أن امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فأنت طالق فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال تعد أسنانه فان كانت اثنين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج قال وبلغنا عن على رضى الله عنه قال فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال اذا حلق شعر رأس انسان حتى أفسد المنبت فعليه كمال الدية الرجل والمرأة فى ذلك سواء وقال الشافعى فى شعر الرأس حكومة عدل وكذلك فى اللحية اذا حلقت فلم تنبت كمال الدية عندنا

وقال الشافعي رضي الله عنه حكومة عدل لانه شعر مستمد من البدن بعد كمال الخلقة فلا يتعلق بحلقه كمال الدية كشعر الصدر والساق وهذا لانه ليس فى حلق الشعر تفويت منفعة كاملة انما فيه فقط تفويت بعض الجمال فانه يلحقه نوع شين على الوجه الذى لغير الكوسج بقلة شعره ووجوب كمال الدية يعتبر بتفويت منفعة كاملة والدليل عليه ان ما يوجب فى الحر كمال الدية يوجب فى العبد كمال القيمة وبالاتفاق لو حلق لحية عبد انسان لا يلزمه كمال القيمة وان أفسد المنبت وانما يلزمه النقصان فكذلك فى حق الحر *وحجتنا فى ذلك حديث على رضى الله عنه فان ما نقل عنه فى هذا الباب كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك لا يستدرك بالرأى والمعنى فيه انه فوت عليه جمالا كاملا فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين وبيان ذلك ان فى اللحية جمالا كاملا فى أوانه وكذلك في شعر الرأس جمال كامل (ألا ترى) ان من عدم ذلك خلقة تكلف لستره واخفائه ولا شك ان فى شعر الرأس جمالا كاملا وبعض المنفعة أيضا فما يحصل لها بالجمال من المنفعة أعظم وجوه المنفعة وكذلك فى اللحية والاصل فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب ثم تفويت المنفعة يوجب كمال الدية كما اذا ضرب على ظهره حتى انقطع ماؤه فكذلك تفويت الجمال الكامل يوجب كمال الدية لان الغرض للعقلاء فى الجمال أكثر مما هو فى المنفعة بخلاف شعر الصدر والساق فليس فى حلقه تفويت جمال كامل فلهذا لم يؤثر ذلك فى النقصان فلا يجب شيء فأما فى لحية العبد فروايتان روى الحسن عن أبي حنيفة انه يجب كمال القيمة وفى ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة وهو نظير الروايتين فى قطع الاذنين الشاخصتين من العبد ففى رواية الحسن قال القيمة فى العبد كالدية في الحر فما يجب بتفويته كمال الدية فى الحر يجب بتفويته كمال القيمة في العبد وفى ظاهر الرواية قال الجمال غير مقصود للمولى من عبده وانما المقصود منفعة الاستخدام وبحلق لحيته أو قطع الاذنين الشاخصتين منه لا يفوت هذا المقصود فلهذا لا يجب به كمال القيمة فأما الجمال فمقصود فى الاحرار وبتفويته يجب كمال الدية وتكلموا فى حلق لحية الكوسج والاصح في ذلك ما فصله أبو جعفر الهندوانى رحمه الله ان كان الثابت على ذقنه شعرات معدودة فليس فى حلق ذلك شيء لان وجود ذلك لا يزينه وربما يشينه وان

كان أكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان في هذا بعض الجمال ولكنه ليس بكامل فيجب بتفويته حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته معنى الجمال الكامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لايجب فيه شئ لانه لم يبق لفعل الجانى أثر فهو بمنزلة الضربة التى لا يبقى أثرها فى البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكاب ما لا يحل له وان نبتت بيضاء فقد ذكر فى النوادران عند أبى حنيفة لا يلزمه شئ لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة عدل لان بياض الشعر جمال فى أوانه فأما فى غير أوانه فيشينه فيجب حكومة العدل باعتباره وقد بينا ان فى أحد العينين نصف الدية ويستوى الجواب ان انخسفت أوذهب بصرها وهى قائمة أو أبيضت حتى ذهب البصر لان المنفعة المقصودة من العين تفوت فى هذا كله وقيل ذهاب البصر بمنزلة فوات العين فلا معتبر ببقائها بعد ما ذهب البصر (ألا ترى) أن من خنق انسانا حتى مات عليه كمال الدية وان كانت النفس باقية على حالها وكذلك اليد اذا شلت حتى لا ينتفع بها ففيها أرشها كاملا أما لان الشلل دليل موتها أو لان ماهو المقصود وهو منفعة البطش تحقق فواته بصفة الكمال فهو ومالو قطعت اليد سواء فى ايجاب الارش قال وفى الموضحة نصف عشر الدية والكلام فى معرفة الشجاج ان يقول الشجاج الخارصة وهى التى تشق الجلد ومنه يقال حرص القصار الثوب ثم الدامغة وهى التى يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الدامية وهى التى يخرج منها قدر الدمع من الدم ثم الباضعة وهى التى تبضع بعض اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تقطع أكثر اللحم وروى عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف فى مأخذ الكلام لا فى الحكم فمحمد رحمه الله ذهب الى أن المتلاحمة مأخوذة من قولك التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر والمتلاحمة ماتظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها وفى ظاهر الرواية المتلاحمة ماتعمل فى قطع أكثر اللحم فهى بعد الباضعة ثم السمحاق وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقا ومنه سمى العظم الرقيق سماحيق ثم الموضحة وهى التى توضح العظم حتى يبدو ثم الهاشمة وهى التى تكسر العظم ثم المنقلة وهى التى يخرج منها العظم أو يحول العظم كالنقلة وهى كالحصى ثم الآمة وهى التى تظهر الجلد بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ثم الدامغة وهى التى تجرح الدماغ الا أن محمدا رحمه الله لم يذكر الدامغة لان النفس لاتبقى

بعدها عادة فيكون ذلك قتلا لا شجة ولم يذكر الحارصة والدامية لان الظاهر انه لا يبقى لهما أثر وبدون بقاء الاثر لا يجب شئ فاما بيان الاحكام فنقول أما في الموضحة فيجب نصف عشر الدية هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في الموضحة خمس من الابل وهكذا روى في حديث عمرو بن حزم وفيما يروى سعيد بن المسيب وهذا اذا كانت الموضحة خطأ فان كانت عمدا ففيها القصاص لان اعتبار المساواة فيها ممكن فان عملها في اللحم دون العظم والجنايات فيما دون النفس توجب القصاص اذا أمكن اعتبار المساواة فيها فأما قبل الموضحة من الشجاج ففيها حكومة عدل اذا كانت خطأ وكذلك ان كانت عمدا في رواية الحسن عن أبي حنيفة فانه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه يتعذر اعتبار المساواة فيها من حيث المقدار فربما يبقى من أثر فعل الثاني فوق ما يبقى من أثر فعل الاول وفي ظاهر الرواية يقول فيها القصاص لان عملها في الجلد أعظم والمساواة فيها ممكنة بان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ماقطع وايجاب حكومة العدل في هذه الشجاج مروى عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قالا مادون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش ففيها حكومة عدل وقد جاء في الحديث ان عليا رضي الله عنه قضى في السمحاق باربع من الابل وانما يحمل على ان ذلك كان مقدار حكومة عدل ثم اختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله في معرفة حكومة العدل فقال الطحاوي السبيل في ذلك أن يقوّم لو كان مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين كم هو فان كان بقدر نصف العشر يجب نصف عشر الدية وان كان بقدر ربع العشر يجب ربع عشر الدية وكان الكرخي يقول هذا غير صحيح فربما يكون نقصان القيمة بالشجاج التي قبل الموضحة أكثر من نصف العشر فيؤدي هذا القول الى أن يوجب في هذه الشجاج من الدية فوق ما أوجبه الشرع في الموضحة وذلك لا يجوز ولكن الصحيح ان ينظر كم مقدار هذه الشجة من نصف عشر الدية لان وجوب نصف عشر الدية ثابت بالنص وما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه باعتبار المعنى فيه فاما في الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وتسمى المأمومة أيضا وذلك فيما كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم قال في الهاشمة عشر من الابل وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية والجائفة كالآمة يجب فيها ثلث الدية لان الجائفة واصلة الى أحد الجوفين وهو جوف البطن فتكون كالواصلة

الى جوف الرأس وهى الدماغ وان نفذت الجائفة ففيها ثلث الدية لانها بمنزلة الجائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر فيجب فى كل واحدة منهما ثلث الدية وفى كل مفصل من الاصابع ثلث دية الاصبع اذا كان فيها ثلاثة مفاصل وان كان فيها مفصلان ففى كل مفصل نصف دية الاصبع لان المفاصل للاصبع كالاصابع لليد فكما ان دية اليد تتوزع على الاصابع على التساوى فكذلك دية الاصبع تتوزع على المفاصل على التساوى فالاصبع اذا كانت ذات مفصلين كالابهام فانه يجب فى كل مفصل نصف دية الاصبع واذا كانت ذات ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع وذلك مروى عن على وابن عباس قالا لا يفضل شئ منها على شئ وابن مسعود قال فى دية الخطأ اخماسا عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض والكلام هاهنا فى فصول أحدها انه لاخلاف أن الدية من الابل مائة على ماقال رسول الله عليه السلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل واختلفوا فى أن الدراهم والدنانير فى الدية أصل أم باعتبار قيمة الابل فالمذهب عندنا انهما أصل وفى قول الشافعى يدخلان على وجه قيمة الابل وتتفاوت بتفاوت قيمة الابل ويحكى عن أبى بكر الرازى انه كان يقول أولا وجوبهما على سبيل قيمة الابل ولكنهما قيمة مقدرة شرعا بالنص فلا يزاد عليها ولا ينقص عنها ثم رجع عن ذلك وقال هما أصلان فى الدية واحتج الشافعى رضي الله عنه بحديث الزهرى قال كانت الدية على عهد رسول الله عليه السلام مائة من الابل قيمة كل بعير أوقية ثم غلب الابل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ثم غلبت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين فمازالت تعلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وفى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار وحجتنا في ذلك حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قال دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار وذكر الشعبي عن عبيدة السلماني ان عمر بن الخطاب لما دوّن الدواوين جعل الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وقضاؤه ذلك كان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الاجماع منهم والمعنى فيه ان للقاضى أن يقضى بالدية من الدراهم أو الدنانير مؤجلا فى ثلاث سنين فلو كان الاصل فى الدية الابل وهى دين والدراهم والدنانير بدل عنها كان هذا دينا بدين ونسيئة بنسيئة وذلك حرام شرعا

يوضحه ان الآدمي حيوان مضمون بالقيمة كسائر الحيوانات والاصل في القيمة الدراهم والدنانير الا أن القضاء بالابل كان بطريق التيسير عليهم لانهم كانوا أرباب الابل وكانت النقود تتعسر منهم ولانهم كانوا يستوفون الدية علي أظهر الوجوه ليندفع بها بعض الشر عنهم وذلك في الابل أظهر منه في النقود فكانت بخلاف القياس بهذا المعنى ولكن لا يسقط بها ماهو الاصل في قيمة المتلفات ٭ثم لاخلاف ان الدية في الخطأ من الابل تجب اخماسا كما ذكره ابن مسعود والسن الخامس عندنا ابن مخاض وعند الشافعي ابن لبون فذهبنا مروى عن عمر وزيد وابن مسعود رضى الله عنهم واحتج الشافعي بما روى أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من ابل الصدقة يعنى من الاسنان التي تؤخذ في الصدقة وابن مخاض لامدخل له في الصدقة ولابن اللبون مدخل قال عليه السلام في خمس وعشرين بنت مخاض فان لم يكن فابن لبون وحجتنا في ذلك حديث حذيفة بن مالك الطائي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلي الله عليه وسلم قال دية الخطأ أخماس عشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وقال عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل واسم الابل مطلقا يتناول أدنى ما يكون منه وابن المخاض أدنى من ابن اللبون ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة فايجاب ابن اللبون ههنا في معنى ايجاب أربعين من بنت المخاض وذلك لا يجوز بالاجماع فأما الحديث الذي رواه فالمراد اعطاء الدية من ابل الصدقة على وجه التبرع عن عاقلة القاتل لحاجتهم لا ان يكون المراد من الاسنان التي توجد في الصدقة ثم ابن المخاض يدخل في الصدقة عندنا على الوجه الذي يدخل ابن اللبون لان ابن اللبون عندنا يستوفى باعتبار القيمة فكذلك ابن المخاض وأما في شبه العمد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تجب مائة من الابل ارباعا خمسة وعشرون ابنة مخاض وخمس وعشرون بنت ابن لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود وقال الشافعي ومحمد تجب أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون مابين ثنية الى بازل وكلها خلفة والخلفة هي الحامل وهو قول عمر وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وأبي موسى الأشعري وقال علي رضى الله عنه تجب أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة وقال عثمان رضى الله عنه تجب اثلاثا من هذه الاسنان من كل سن ثلاثة وثلاثون واحتج محمد والشافعي لحديث النعمان بن بشير ان النبي عليه السلام قال في خطبة عام حجة الوداع

ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل أربعون منها فى بطونها أولادها وعن عمر أنه قضى بذلك فى شبه العمد وقضاؤه كان بمحضر من الصحابة وأبو حنيفة وأبو يوسف احتجا بحديث السائب بن يزيد أن النبي عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها فى الخطأ تجب أخماسا فعرفنا أن المراد به شبه العمد وقال فى النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد به أدنى ما يكون منه وما قلناه أدنى والمعنى فيه انه انما تجب الدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز أن تستحق فى شئ من المعاوضات فكذلك لا تستحق فى الدية لوجهين أحدهما أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثانى ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا فى معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من حيث العدد بل من حيث السن ثم الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى عن أخذ الحوامل فى الصدقات لانها كرائم أموال الناس فكذلك فى الديات وهذا لان شبه العمد يجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات فأما الحديث الذى روى فلا يكاد يصح لان ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع كان بمحضر من جماعة من الصحابة ولم يرو هذا الحديث الا النعمان بن بشير وهو فى ذلك الوقت كان فى عداد الصبيان وقد خفى الحديث على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على أقاويل كما بينا ولم تجر المحاجة بينهم بالحديث فلو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولا احتج به بعضهم على بعض ومن أصل أبى حنيفة ان العام المتفق على قبوله أولى بالأخذ به من مثل هذا الخاص ولا خلاف أن صفة التغليظ فى الدية لا تثبت الا فى أسنان الابل وبه يستدل الشافعى على أن الاصل فى الدية الابل فقط ولكنا نقول ما عرفنا صفة التغليظ الا بالنص فان الدية بدل عن المتلف ولا يختلف التلف بالخطأ وشبه العمد وانما تثبت صفة التغليظ بما ورد به الشرع خاصة قال وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جعل الدية على أهل الابل مائة وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الشاة ألفى شاة وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الحلل مائتى حلة والحلة اسم لثوبين وبه نأخذ فنقول الدية من الدراهم تتقدر بعشرة آلاف درهم مما تكون الفضة فيها غالبة على الغش وقد بينا ذلك فى كتاب السرقة وقال مالك والشافعى من الدراهم اثنا عشر ألف درهم لحديث أبى هريرة ان النبي عليه السلام قال من سبح فى كل يوم وليلة مثل ديته اثنى عشر ألف تسبيحة

فكأنما حرر رقبة من ولد اسماعيل وفى كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام جعل الدية من الدراهم اثنى عشر ألفا ولانه لا خلاف انها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام اثنى عشر درهما بيانه فى حديث السرقة فانه قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم بعد ما قال القطع فى ربع دينار وانما يكون ثلاثة دراهم ربع دينار اذا كانت قيمة كل درهم اثنى عشر درهما وحجتنا فى ذلك حديث دحيم ان رجلا قطع يد رجل على عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم فقضى عليه بنصف الدية خمسة آلاف درهم وقضى عمر رضى الله عنه فى تقدير الدية بعشرة آلاف وقد كان بمحضر من الصحابة ولم يحتج عليه أحد منهم بحديث بخلاف ذلك فلو كان فيه حديث صحيح خلاف ما قضى به عمر لماخفى عليهم ولما تركوا المحاجة به ثم المقادير لا تعرف بالرأى فما نقل عن عمر من التقدير بعشرة آلاف درهم ومساعدة الصحابة معه على ذلك بمنزلة اتفاق جماعتهم على روايةهذا المقدار عن صاحب الشرع عليه السلام ولان الدية من الدنانير ألف دينار وقد كانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله عليه السلام عشرة دراهم بدليل النص المروى فى نصاب السرقة حيث قال لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وقال علي رضي الله عنه حين ضجر من أصحابه ليت لى بكل عشرة من أهل العراق واحدا من أهل الشام صرف الدنانير بالدراهم ونصاب الزكاة منهما على أن قيمة كل دينار كانت عشرة دراهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بظاهر حديث عمر وقالا الدية من الاصناف الستة فان عمر رضي الله عنه جعلها من هذه الاصناف وقدر كل صنف منه بمقدار ومعلوم انه ما كان يتفق القضاء بذلك كله فى وقت واحد فعرفنا ان المراد بيان المقدار من كل صنف وأبو حنيفة قال الدية من الابل والدراهم والدنانير وقد اشتهرت الآثار بذلك عن رسول الله عليه السلام وانما أخذ عمر من البقر والغنم والحلل فى الابتداء لانها كانت أموالهم فكان الاداء منها أيسر عليهم وأخذها بطريق التيسير عليهم فظن الراوي ان ذلك كان منه على وجه بيان التقدير للدية فى هذه الاصناف فلما صارت الدواوين والاعطاآت جل أموالهم الدراهم والدنانير والابل فقضي بالدية منها ثم لا مدخل للبقر والغنم فى قيمة المتلفات أصلا فهى بمنزلة الدور والعبيد والجوارى وهكذا كان ينبغى أن لا تدخل الابل الا أن الآثار اشتهرت فيه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فتركنا القياس بذلك فى الابل خاصة وقد ذكرنا فى كتاب المعاقل ما يدل على أن قول أبى حنيفة كقولهما فانه قال لو صالح

الولى من الدية على أكثر من ألفى شاة أو على أكثر من مائتى بقرة أو على أكثر من مائتى حلة لا يجوز الصلح فهذا دليل على أن هذه الاصناف فى الدية أصول مقدرة عنده كما هى عندهما قال وبلغنا عن على أنه قال فى دية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وما دونها وبه نأخذ وقال ابن مسعود هكذا الا فى ارش الموضحة وارش السن فانها تستوى فى ذلك بالرجل وكان زيد بن ثابت يقول انها تعادل الرجل الى ثلث ديتها يعنى اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل وبيانه فيما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعة أصابع منها قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال أأعرابى أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت فقال انه السنة فبهذا أخذ الشافعى وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ويروون حديثا أن النبى عليه السلام قال تعادل المرأة الرجل الى ثلث الدية وحجتنا فى ذلك ما ذكره ربيعة فانه لو وجب بقطع ثلاثة أصابع منها ثلاثون من الابل ما سقط بقطع الاصبع الرابع عشر من الواجب لان تأثير القطع فى ايجاب الارش لا فى اسقاطه فهذا مما يحيله العقل ثم بالاجماع بدل نفسها على النصف من بدل نفس الرجل والاطراف تابعة للنفس وانما تكون تابعة اذا أخذنا حكمها من حكم النفس الا اذا أفردناها بحكم آخر وقول سعيد انه السنة يعنى سنة زيد وقد أفتى كبار الصحابة بخلافه والحديث الذى رووا نادر ومثل هذا الحكم الذى يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وأما ابن مسعود فكان يقول فى التسوية بينهما فى ارش السن والموضحة استدلالا بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجنين فانه قضى بغرة عبد أو أمة قيمتها خمسمائة ويسوى بين الذكر والانثى فى ذلك وبدل الجنين نصف عشر الدية فلهذا سوى بينهما فى مقدار نصف عشر الدية وذلك ارش السن والموضحة ولكنا نقول فى الجنين انما قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يتعذر الوقوف على صفة الذكورة والانوثة فى الجنين خصوصا اذا لم يتم خلقه ولان الوجوب هناك باعتبار قطع السر فقط والذكر والانثى فى ذلك سواء وهاهنا الوجوب باعتبار صفة المالكية وحال

الانثى فيه على النصف من حال الذكر فالذكر أهل لمالكية النكاح والمال جميعا والانثى أهل لمالكية المال دون النكاح على ما نبينه وفى هذا أرش الموضحة وما زاد على ذلك سواء قال وفى ذكر الخصى ولسان الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوروالسن السوداء وذكر العنين حكم عدل بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان ايجاب كمال الارش فى هذه الاعضاء باعتبار تفويت المنفعة الكاملة وذلك لا يوجد لان منافع هذه الاعضاء كانت فائتة قبل جنايته (ألا ترى) ان من ضرب على يد انسان حتى شلت أو على عينه حتى ذهب بصره يجب عليه الارش فلولا تفويت المنفعة لمحل بها لما لزمه كمال الارش فلو أوجبنا بالقطع بعد ذلك ارش كاملا مرة أخرى أدى الى ايجاب ارشين كاملين عن عضو واحد وقال مالك رضى الله عنه يجب فى هذه المواضع الارش كاملا ونقول فى قطعها تفويت الجمل الكامل والجمال مطلوب من الآدمى كالمنفعة بل الجمل يرغب فيه العقلاء فوق رغبتهم في المنفعة ولكنا نقول فى الاعضاء التى يكون فيها المقصود المنفعة والجمال تبع فباعتباره لا تتكامل الجناية فى الارش ثم فى السن القائمة العوراء جمال عند من لا يعرف حقيقة الحال فأما عند من يعرف ذلك فلا فعرفنا أن معنى الحال فى هذه الاعضاء غير كاملة بعد فوات المنفعة فلوجود بعض الجمال فيها أوجبنا حكم عدل فلانعدام الكمال فيها لا يوجب كمال الارش وفى الضلع حكم عدل وفى الساعد اذا كسر أو كسر أحد الزندين حكم عدل وفى الساق اذا انكسرت حكم عدل وفى الترقوة حكم عدل على قدر الجراحة والحاصل انه لا قصاص فى شئ من العظام اذا كسرت الا فى السن خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص فى العظم لان القصاص ينبنى على المساواة ولا تتحقق المساواة فى كسر العظم لانه لا يشكر من الموضع الذى يراد كسره وبدون اعتبار المماثلة لا يجب القصاص فاذا تعذر ايجاب القصاص وليس فيها ارش مقدر كان الواجب فيها حكم عدل فأما فى السن فيجب القصاص وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى فى القصاص فى السن وبين الاطباء كلام في السن انه عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام متى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم وفى سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد هاهنا لانه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك ان كان قلع السن فانه لا يقلع منه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد

به لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن فأما اذا كان خطأ فالواجب فيه الارش كما بينا وهو المعنى فى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس لسائر العظام ارش مقدر وانما يجب القصاص فيما يكون له ارش مقدر شرعا ولهذا قلنا فى أصح الروايتين على ما ذكره الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه لا قصاص فيما دون الموضحة لانه ليس فيه ارش مقدر شرعا ثم ان ضرب على سنه حتى اسودت أو احمرت أو اخضرت فعليه ارش السن كاملا لان الجمال والمنفعة يفوت بذلك وقال السواد فى السن دليل موتها فاذا اصفرت فقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن فيها حكم عدل وذكر هشام فى نوادره عن محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله ان فيها حكم عدل وفى الحر لا شئ وفى المملوك حكم عدل وعن محمد رحمه الله فيها حكم عدل وهو قول أبى يوسف لان الجمال على الكمال فى بياض السن فبالصفرة ينقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب فى المملوك حكم عدل فكذلك فى الحر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الصفرة من ألوان السن فلا يكون دليل موت السن والمطلوب بالسن فى الاحرار المنفعة وهى قائمة بعد ما اصفرت فأما حق المولى فى المملوك فالمالية وقد تنتقص باصفرار السن وعلى هذا لو قلع سن فنبتت صفراء أو نبتت كما كانت فلا شئ عليه فى ظاهر الرواية لان وجوب الارش باعتبار فساد المنبت وحين نبتت كما كانت عرفنا انه ما فسد المنبت ثم وجوب الارش باعتبار بقاء الاثر ولم يبق أثر حين نبتت كما كانت وقد روى عن محمد فى الجراحات التى تندمل على وجه لا يبقي لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الالم وعن أبى يوسف رحمه الله يرجع على الجانى بقدر ما احتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء حتى اندملت وأبو حنيفة رحمه الله قال لا يجب شئ لانه لا قيمة لمجرد الالم (ألا ترى) ان من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شئ لا يجب شئ أرأيت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار ايلام حل فيه قال وفى اليد اذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكم عدل فيما بين الكف الي الساعد وان كان من المرفق كان فى الذراع بعد دية اليد حكم عدل أكثر من ذلك وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجب فيه الا ارش اليد اذا قطعها من نصف الساعد وكذلك روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيما اذا قطعها من المنكب انه لا يجب الا أرش اليد واحتج فى ذلك بقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى أحدهما نصف الدية واليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط وقد روينا فى حديث عمران بن حارثة أن النبي عليه السلام قضي

على قاطع اليد بنصف الدية خمسة آلاف من غير تفصيل وقد روى في بعض الروايات انه قطعها من نصف الساعد ولان الساعد ليس له ارش مقدر فيكون تبعا لما له ارش مقدر كالكف فان بالاجماع يجب نصف الدية بقطع الاصابع ثم لو قطع الكف مع الاصابع لا يلزمه الا نصف الدية ويجعل الكف تبعا للاصابع لهذا المعني فكذلك اذا قطع من نصف الساعد أو المرفق أو المنكب لانه ليس من هذه الاعضاء بدل مقدر سوى الاصابع (ألا ترى) انه لو قطع المارن أو الحشفة يلزمه الدية ولو قطع جميع الانف أو جميع الذكر لا يجب عليه أكثر من دية واحدة وأبو حنيفة ومحمد قالا مازاد علي الكف من الساعد اما أن يجعل تبعا للاصابع أو الكف ولم يمكن جعله تبعا للاصل لان الكف حائل بينه وبين الاصابع والتابع مايكون متصلا بالاصل ولا يمكن جعله تبعا للكف لان الكف فى نفسه تبع للاصابع ولا تبع للتبع فاذا تعذر جعله تبعا ولا يجوز اهداره عرفنا أنه أصل بنفسه وليس فيه ارش مقدر فيجب حكم عدل كما لو قطع يده من المفصل أولا فبرأت ثم عاد فقطع الساعد ولا حجة فى الحديثين لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند بدليل آية السرقة والذى روي أن القطع كان من نصف الساعد شاذ لايعتمد علي مثله فى الاحكام فاذا كسر الانف ففيه حكم عدل لما ان كسر الانف جناية ليس فيها ارش مقدر فيجب فيها حكم عدل ككسر الساعد والساق فان قطع اليد وفيها ثلاثة أصابع فعليه ثلاثة اخماس دية اليد ويدخل ارش الكف فى ارش الاصابع ها هنا بالاتفاق لان أكثر الاصابع لما كانت قائمة جعل كقيام جميعها فيكون الكف تابعا لها واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع فاما اذا كان علي الكف أصبعان أو أصبع فقطع الكف فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه ارش ما كان قائما من الاصابع ويدخل ارش الكف فى ذلك وعند أبي يوسف ومحمد ينظر الى ارش مابقي من الاصابع والى ارش الكف وهو حكومة عدل فايهما كان أكثر يدخل الاقل فيه لان أكثر الاصابع هاهنا فائتة فيجعل ذلك كفوات الكل ولو قطع الكف وليس عليها شئ من الاصابع كان عليه حكم عدل فهذا مثله وهذا لان ببقاء أكثر الاصابع تبقي منفعة البطش وان كان يتمكن فيها نقصان فيعتبر تفويت ذلك فى ايجاب الارش وأما ببقاء أصبع واحد فلايبقى منفعة البطش ولا يمكن اعتبار ذلك فى ايجاب الارش فيجب حكم عدل الا انه لا بد من اعتبار أرش الاصبع المقطوعة بالنص ومن اعتبار حكومة العدل فى الكف لما قلنا ولا

وجه الى الجمع بينهما بالاتلاف فاعتبرنا الا كثر منهما فجعلنا الاقل تابعا للاكثر وهو أصل فى الشرع فى باب الارش وأبو حنيفة يقول ارش الاصبع مقدر شرعا وليس للكف ارش مقدر شرعا وما ليس بمقدر شرعا يجعل تبعا لما هو مقدر شرعا ولهذا جعل الكف تبعا لجميع الاصابع وهذا لمعنيين أحدهما ان المقدر شرعا ثابت بالنص وما ليس فيه تقدير فهو ثابت بالرأى والرأى لا يعارض النص والمصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة والثانى ان المصير الى الرأى والتقويم لاجل الضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب الارش المقدر بالنص وسوى هذا عن أبى يوسف روايتان احداهما انه كان يقول أولا عليه ارش الاصبع وحكومة العدل فى الكف يجمع بينهما لان جعل الكف تبعا للاصابع باعتبار ان معنى البطش يكون بهما وذلك لا يوجد فى الاصبع الواحد ولا يمكن جعل الاصبع تبعا للكف لان للاصبع ارشا مقدرا شرعا فلا يجوز النقصان عن ذلك بالرأى فاذا لم يمكن اتباع أحدهما الآخر كان كل واحد منهما أصلا فيجب ارشهما وعنه فى رواية أخرى انه يلزمه ارش الاصبع القائمة وموضعها من الكف يكون تبعا له ويلزمه حكومة عدل فيما وراء ذلك من الكف لان الاصابع لو كانت قائمة كان موضع كل أصبع من الكف تبعا لذلك الاصبع فعند قيام البعض يعتبر البعض بالكل ثم فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة وان لم يبق الا مفصل من أصبع فانه يجب ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقى شئ من الاصل فان قل فلا حكم للتبع كما اذا بقى واحد من أصحاب الخطة من المحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن عن أبى حنيفة قال اذا كان الباقى دون أصبع فانه يعتبر فيه الاقل والا كثر فيدخل الاقل فى الا كثر لان ارش الاصبع منصوص عليه فأما ارش كل مفصل فغير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه بنوع رأى وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل واحد اعتبرنا فيه الاقل والا كثر لما بينا ولكن الاول أصح قال وفى ندى الرجل حكم عدل ويسمى الثندوة أيضا لانه ليس فيه منفعة مقصودة ولا جمال كامل فانه مستور بالثياب عادة لكن فيه بعض الجمال وفيما يبقى من أثره بعد القطع بعض الشين فيجب بحكم عدل باعتباره وفى الاذن اذا يبست أو انخسفت وربما تقول انخنست حكم عدل لان المنفعة المقصودة لا تفوت به وهو ايصال الصوت الى الصماخ وكذلك لا يفوت به الجمال كله بل يتمكن فيه النقصان لاجله يجب حكم عدل قال وبلغنا عن ابراهيم انه لا تعقل العاقلة

الا خمسمائة درهم فصاعدا وبه نأخذ وكل شيء من الخطأ يبلغ نصف عشر دية الرجل خمسمائة أو نصف عشر دية المرأة مائتين وخمسين فهذا على العاقلة في شبه العمد وما دون ذلك في مال الجاني حالا لحديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة ولان مادون أرش الموضحة في معنى ضمان المال فانه لا يجب الا باعتبار التقويم وهو غير مقدر شرعا وضمان الجناية انما يفارق ضمان المتلفات في كونه مقدرا شرعا وأدنى ذلك ارش الموضحة فما دون ذلك بمنزلة ضمان المتلفات فيكون عليه حالا في ماله وأرش الموضحة فما زاد عليه الى ثلث الدية يكون على العاقلة مؤجلا في سنة واحدة فان زاد على ذلك أخذ الفضل في سنة أخرى الى تمام الثلثين فان زاد على الثلثين أخذ ذلك الفضل في السنة الثالثة الى تمام الدية بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أول من فرض العطاء وجعل الدية في ثلاث سنين الثلث في سنة والنصف في سنتين والثلثين في سنتين وقد ثبت باتفاق العلماء التأجيل في جميع الدية الى ثلاث سنين وانه يستوفى كل ثلث في سنة ولما ثبت التأجيل في ثلث الدية سنة واحدة ثبت في أبعاض ذلك الثلث مما يكون في معناه اعتبارا للبعض بالكل وكذلك الثلث الثاني لما ثبت التأجيل في جميعه السنة الثانية فكذلك في ابعاضه قال ودية أهل الذمة من أهل الكتاب وغيرهم مثل دية المسلمين رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم وكذلك جراحاتهم وجناياتهم بينهم وما دون النفس في ذلك سواء فان كانت لهم معاقل يتعاقلون على عواقلهم وان لم يكن لهم معاقل ففي مال الجاني وهذا لانهم بعقد الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فيثبت فيما بينهم من الحكم ما هو ثابت بين المسلمين وديتهم مثل دية أحرار المسلمين عندنا وقال مالك دية الكتابي على النصف من دية المسلم وهو أحد قولي الشافعي وقال في قول آخر دية الكتابي على الثلث من دية المسلم ودية المجوسي ثمانمائة درهم استدلالا بالآيات الدالة على نفي المساواة بين المسلمين والكفار لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولقوله أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وقال عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم فدل ان دماء غيرهم لا تكافئ دماءهم وفي حديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام قضى في دية الكتابي بثلث دية المسلم وفي رواية بنصف دية المسلم وعن عمر انه قضي في دية المجوسي بثمانمائة درهم ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة واذا كانت الدية تنقص بصفة الانوثة فبالكفر أولى وانما

انتقصت بصفة الانوثة لنقصان دين النساء كما وصفهن به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله انهن ناقصات عقل ودين وتأثير عدم الدين فوق تأثير نقصان الدين يدل عليه ان بدل النفس ينتقص بالرق والرق أثر من آثار الكفر وأثر الشئ دون أصله فلان ينتقص بأصل الكفر كان أولى ويتفاحش النقصان اذا انضم الى كفره عدم الكتاب نسبة فتناهى النقصان نسبة حتى لا يوجب الا ما قضى به عمر رضى الله عنه وهو ثمانمائة درهم * وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمراد منه ماهو المراد من قوله فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله وفى حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ودى العامرى بين اللذين قتلهما عمرو بن أمية الضمرى وكانا مستأمنين عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية حرين مسلمين وقال عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن أبي بكر وعمر رضى الله عنهما انهما قالا دية الذمى مثل دية الحر المسلم وقال على رضي الله عنه انما أعطيناهم الذمة وبذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما نقلوا فيه من الآثار بخلاف هذا لا يكاد يصح فقد روى عن معمر رضى الله عنه قال سألت الزهرى عن دية الذمى فقال مثل دية المسلم فقلت ان سعيدا يروى بخلاف ذلك قال ارجع الى قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله فهذا بيان أن الرواية الشاذة لا تقبل فيما يدل على نسخ الكتاب ثم تأويله انه قضى بثلث الدية فى سنة واحدة فظن الراوى أن ذلك جميع ما قضى به وعند تعارض الاخبار يترجح المثبت للزيادة وقوله المسلمون تتكافأ دماؤهم لا يدل على أن دماء غيرهم لا تكافئهم فتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ماعداه والمراد بالآثار نفى المساواة بينهما فى أحكام الآخرة دون أحكام الدنيا فانا نرى المساواة بيننا وبينهم فى بعض أحكام الدنيا ولا يجوز أن يقع الخلف فى خبر الله تعالى * والكلام من حيث المعنى فى المسألة من وجهين أحدهما ان أهل الذمة يستوون بالمسلمين فى صفة المالكية فيستوون بهم فى الدية كالفساق مع العدول وهذا لان نقصان الدية باعتبار نقصان المالكية ولهذا تنصفت بالانوثة لتنصف المالكية فان المرأة أهل ملك المال دون ملك النكاح وانتقص عن ذلك بصفة الاجتنان فى البطن لانه ليس بأهل للمالكية فى الحال وان كان فيه عرضية أن يصير أهلا فى الثانى وانتقص بنقصان الرق بخروجه من أن يكون أهلا لمالكية المال ومالكية النكاح بنفسه وهذا لان وجوب الدية لاظهار خطر المحل وصيانته عن الهدر وهذا الخطر

باعتبار صفة المالكية وبصفة المملوكية يصير متبدلا اذا ثبت هذا فنقول لا تأثير للكفر وعدم الكتاب فى نقصان المالكية فتستوى دية الكافر بدية المسلم والثانى ان وجوب الدية باعتبار معنى الاحراز والاحراز يكون بالدار لا بالدين والاحراز بالدين من حيث اعتقاد الحرمة وانما ظهر ذلك فى حق من نعتقده دون مالا نعتقد فاما الاحراز بقوة أهل الدار فيظهر فى حق أهل الكتاب وأهل الذمة ساووا المسلمين فى الاحراز بالدار ولهذا يستوى بينهم وبين المسلمين فى قيمة الاموال فكذلك فى قيمة النفوس ولا يدخل عليه الاناث فانهم فى الاحراز يساوين الذكور ولكن تنصف الدية فى حقهن باعتبار نقصان المالكية ولانهن تباع فى معنى الاحراز لان النصرة لا تقوم بهن وقصدنا بالتسوية بين أهل الذمة والمسلمين وقد سوينا فى حق الرجال والنساء جميعا وجنايات الصبي والمعتوه والمجنون عمدها وخطؤها كلها على العاقلة اذا بلغت خمسمائة فان كانت أقل من خمسمائة ففى أموالهم لان مادون الخمسمائة فى معنى ضمان المال والاتلاف الموجب للمال يتحقق من هؤلاء كما يتحقق من العقلاء البالغين فأما الخمسمائة فصاعدا فهى على عاقلتهم العمد والخطأ فى ذلك سواء بلغنا ان مجنونا سعى على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فجعله على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء وهو على أحد قولى الشافعى وفى قوله الثانى قال عمده عمد حتى تجب الدية عليه فى ماله لان العمد لغة القصد لانه ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد الا انه ينبنى على هذا القصد حكمان أحدهما القود والآخر الدية فى ماله حالا والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة لان ذلك ينبنى على الخطاب وهو غير مخاطب وهو من أهل الحكم الآخر وهو وجوب الضمان فى ماله كما فى غرامات الاموال فيلزمه ذلك بمنزلة فعل السرقة يتعلق به حكمان أحدهما عقوبة وهى القطع والصبي ليس بأهل له والآخر غرامة وهو الضمان والصبي أهل لذلك فيسوى بالبالغ *وحجتنا فى ذلك ان العمد فى باب القتل مايكون محظورا محضا ولهذا علق الشرع به ماهو عقوبة محضة لقوله عليه السلام العمد قود وفعل الصبي لا يوصف بذلك لانه ينبنى على الخطاب فلا يتحقق منه العمد شرعا فى باب القتل والثانى ان العمد عبارة عن قصد معتبر فى الاحكام شرعا فأصل القصد يتحقق من البهيمة ولا يوصف فعلها بالعمدية وقصد الصبي كذلك لانه غير صالح لبناء أحكام الشرع عليه فاعتبار قصده شرعا فيما ينفعه لا فيما يضره ولهذا كان عمده بمنزلة الخطأ دون خطأ البالغ لان البالغ انعدم منه القصد مع

قيام الاهلية للقصد المعتبر شرعا وفي حق الصبي والمجنون انعدمت الاهلية لذلك ثم خطأ البالغ انما كان على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف علي القاتل بعذر الخطأ والصبي فى ذلك أقوى من صفة الخطأ ولكون فعل الصبي دون خطأ البالغ فى الحكم قلنا لايلزمه الكفارة بالقتل ولا يحرم الميراث على ماياتيك بيانه واذا ضرب الرجل بطن المرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة يعدل ذلك بخمسمائة والغرة عند بعض أهل اللغة المملوك الابيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذى على جبينه ومنه قوله عليه السلام أمتي غر محجلون يوم القيامة وعند بعضهم الغرة الجيد يقال هو غرة القبيلة أى كبير أهلها ثم القياس فى الجنين أحد شيئين إما ان لا يجب فيه شئ لانه لم تعرف حياته وفعل القتل لا يتحقق الا فى محل هو حى والضمان بالشك لا يجب ولا يقال الظاهر انه حي أو معد للحياة لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق دون الاستحقاق به وبهذا لا يجب فى جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن فيها نقصان وان لم تمكن لا يجب شئ والقياس ان يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث منفعة الحياة فيه فيكون كالمزهق للحياة فيما يلزمه من البدل كولد المغرور فانه حر بالقيمة لهذا المعنى وهو انه منع حدوث الرق فيه ثم الماء فى الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحى فى ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد فى حق المحرم كالصيد فى ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكنا تركنا القياس بالسنة وهو حديث حمل بن مالك كما روينا وروى ان عمر رضى الله عنه خوصم اليه فى املاص المرأة فقال أنشدكم بالله هل سمع أحد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيأ فقدم المغيرة بن شعبة وروى حديث الضرتين فقال عمر من يشهد معك فشهد معه محمد بن سلمة بمثل ذلك فقال عمر رضى الله عنه لقد كدنا أن نقضي مارأينا فيما فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قضى بالغرة وعن عبد الرحمن بن فليح ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال فى الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ثم هذه الآثار دليل لنا على ان الدية تتقدر بعشرة آلاف لان بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية وقد قدر ذلك بخمسمائة فعرفنا أن جميع الدية عشرة آلاف وفيه دليل على ان الحيوان لايثبت دينا فى الذمة ثبوتا صحيحا بل باعتبار صفة المالية لانه كما أوجب فى الجنين عبدا أو أمة نص على مقدار المالية وهو خمسمائة وفيه دليل ان الواجب بدل نفس الجنين وان الاصل فى الابدال المقدرة النفوس وان مايجب فى بدل الجنين بمنزلة مايجب فى بدل المنفصل حيا لانه قضى بذلك على العاقلة

ولهذا قال عامة العلماء ان بدل الجنين يكون موروثا عنه لورثته الا ان الضارب ان كان أباه لم يرث شيأ لانه قاتل وقال الليث بن سعد يكون لامه لانه فى حكم جزء من أجزائها والدليل عليه أنه يكون مؤجلا فى سنة وبدل الطرف هو الذى يتأجل في سنة وأما بدل النفس فيكون في ثلاث سنين قل أو كثر كما لو اشترك عشرون رجلا فى قتل رجل يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام دوه أى أدوا ديته فقد جعله فى حكم النفوس وسمي الواجب فى بدله دية وهو اسم لبدل النفس والدليل عليه أن بدل الجزء لا يجب بدون بقاء النقصان حتى لو قلع سنا فنبت مكانه سن اخرى لم يجب شيء وهاهنا يجب بدل الجنين وان لم يكن فى الام نقصان دل ان وجوبه باعتبار معنى النفسية وبدل النفس يكون موروثا عن صاحبها وهى فى الحقيقة نفس مودعة فى الام حتى تنفصل عنها حية فالجناية عليها قبل الانفصال معتبرة بالجناية عليها بعد الانفصال الا انه من وجه نسبة الجزء فلا يثبت من التأجيل فيه الا القدر المتيقن به وعلى هذا الاصل قلنا لا تجب الكفارة على الضارب الا أن يتبرع بها احتياطا هكذا نقل عن محمد رحمه الله وعند الشافعى تجب الكفارة لانه فى حكم النفوس واتلاف النفس موجب الكفارة ولكنا نقول هو جزء من وجه واعتبار صفة الجزئية يمنع وجوب الكفارة ومع الشك لا تجب الكفارة ولكن اعتبار معنى الجزئية لا يمنع وجوب الضمان فأوجبنا الضمان وألحقناه في ذلك بالنفوس ثم وجوب الكفارة بطريق السكر حيث سلم الشرع نفسه له فلم يلزمه القود بعذر الخطأ كما بينا وذلك لا يوجد هاهنا فاتلاف الجنين لا يوجب القصاص بحال فلهذا لا يلزمه الكفارة ومذهب الشافعى لا يستقر على شيء فى الجنين لانه يجعله فى حكم الكفارة كالنفوس ثم يقول البدل الواجب فيه معتبر بامه لا بنفسه حتى يكون الواجب عشر بدل الام وعندنا هو معتبر بنفسه وانما تبين ذلك فى جنين الامة فالواجب عندنا نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كانت انثى وعند الشافعى الواجب عشر قيمة الام ذكرا كان أو أنثى قال لانه انما يجب البدل باعتبار معنى الجزئية دون النفسية (ألا ترى) انه يتنصف بالانوثة وهذا لان اعتبار النفسية فى الجنين ليس مبنى على سبب معلوم حقيقة فلا يجب المصير اليه عند الضرورة وذلك فى حكم الكفارة لانها لا تجب باعتبار معنى الجزئية فأما فى حكم البدل لا ضرورة فايجابه ممكن باعتبار الجزئية وهى معلومة حقيقة فكان الواجب عشر دية الام اذا ثبت هذا فى جنين الحرة فكذلك فى جنين

الامة لان القيمة فى حق المماليك كالدية فى حق الاحرار وفيما ذهبتم اليه تفضل الانثى على الذكر فى ضمان الجنايات ولكنا نقول الجنين فى حكم البدل بمنزلة النفوس حتى يكون بدله موروثا عنه وذلك يختص ببدل النفس وبدل النفس يعتبر بحال صاحب النفس والدليل عليه ان جنين أم الولد من المولي يجب فيه الغرة ولو كان الوجوب باعتبار صفة الام لم يجب لانها مملوكة وكذلك النصرانية اذا كانت فى بطنها جنين من زوج مسلم فيضرب انسان بطنها يلزمه الغرة ولو كان المعتبر حالها لم يجب على أصله لان دية النصرانية عنده على الثلث من دية المسلم وكذلك لو كانت مجوسية ومافى بطنها مسلم باسلام أبيه فثبت ان المعتبر حاله بنفسه الا انه يسوى بين الذكور والاناث لانه يتعذر فى الجنين التمييز بين الذكر والانثى خصوصا قبل أن يتم خلقه فان وجوب البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة وكما لا يجوز تفضل الانثى على الذكر فى ضمان الجنايات لا تجوز التسوية باعتبار الاصل ثم جازت التسوية هاهنا بالاتفاق فكذلك التفضيل وهذا لان الوجوب قطع التسوية لا باعتبار صفة المالكية لانه لا مالكية فى الجنين والانثى في معنى النشوء يسوى بالذكر وربما يكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب فيها شئ كما فى جنين البهيمة ولكنا نقول وجوب بدل جنين الآدمية لتحقيق معنى الصيانة عن الهدر وجنين الامة فى ذلك كجنين الحرة وهذه المسئلة فى الحقيقة تنبنى على اختلافهم فى ضمان الجناية على المماليك فان عند أبى يوسف هو بمنزلة ضمان المال يجب بالغا ما بلغ وعند أبى حنيفة ومحمد هو بدل عن النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية بحال على ما يأتيك بيانه وان خرج الجنين حيا بعد الضربة ثم مات ففيه الدية كاملة لانه لما انفصل حيا كان نفسا من كل وجه وقتل النفس المؤمنة يوجب الدية والكفارة قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولو قتلت الام ثم خرج الجنين بعد ذلك منها ميتا ففى الام الدية ولا شئ فى الجنين عندنا وعلى قول الشافعى تجب الغرة فى الجنين لان فى اتلاف الجنين لا فرق بين أن ينفصل ميتا وهى حية أو وهى ميتة وقد تبين أن الضارب أتلف بفعله نفسين فيلزمه بدل كل واحد منهما ولكنا انما أوجبنا البدل في الجنين بالنص بخلاف القياس وورود النص به فيما اذا انفصل منها وهى حية لانه

قال فألقت جنينا ميتا وانما أضاف الالقاء اليها اذا كانت حية فبقي ماذا انفصل بعد موتها علي أصل القياس ثم يتمكن الاشتباه في هلاكه اذا انفصل بعد موتها فربما كان ذلك بالضربة وربما كان بانحباس نفسه بهلاكها ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان بخلاف ما اذا كانت حية حين انفصل الجنين ميتا عنها ثم هذا علي أصل أبي حنيفة ظاهر لانه لا يجعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك لا يجعل قتل الام قتلا للجنين والشافعي جعل ذكاة الام ذكاة الجنين فكذلك يجعل قتل الام قتلا للجنين وأبو يوسف ومحمد قالا القياس ماقاله أبو حنيفة ولكنا تركنا ذلك في حكم الذكاة بالسنة ولان الذكاة تنبني على الوسع فبقي القياس معتبرا في حكم القتل فلا يكون قتل الام قتلا للجنين وان كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعد موتها وهما ميتان ففي الذي خرج قبل موتها خمسمائة درهم وليس في الذي خرج بعد موتها شيء اعتبارا لكل واحد منهما بما لو كان وحده وهذا لانه لا سبب لموت الذي خرج قبل موتها سوى الضربة واشتبه السبب في الذي خرج بعد موتها ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان ثم الذي خرج قبل موتها ميتا لا يرث من دية أمه لان شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت المورث ولها ميراثها منه لانها كانت حية بعد ماوجب بدل هذا الجنين بانفصاله ميتا فلها ميراثها منه وان كان الذي خرج بعد موتها خرج حيا ثم مات ففيه الدية أيضا لان الاشتباه زال حين انفصل حيا وقد مات بالضربة بعد ماصار نفسا من كل وجه فتجب فيه الدية كاملة وله ميراثه من دية أمه ومما ورثت أمه من أخيه وان لم يكن لاخيه أب حي فله ميراثه من أخيه أيضا لانه كان حيا بعد موتهما فيكون له الميراث منهما ولا قصاص على الابوين والاجداد والجدات من قبل الآباء والامهات عندنا وقال مالك ان رمى الاب ولده بسيف أو سكين فقتله فلا قصاص عليه وان أخذه فذبحه فعليه القصاص لان وجوب القصاص باعتبار تغليظ الجناية ولهذا اختص بالعمد وجناية الاب أغلظ من جناية الاجنبي لانه انضم الى تعمده القتل بغير حق وارتكابه ماهو محظور مع قطيعة الرحم فاذا وجب القصاص على الاجنبي باعتبار تغليظ جنايته فعلى الاب أولى وهو نظير من زنا بابنته فانه يلزمه من الحد مايلزمه اذا زنا بالاجنبية لتغليظ جنايته هاهنا بكونها محرمة عليه على التأبيد الا أن مع شبهة الخطأ لا يجب القود وعند الرمي يتمكن شبهة الخطأ فالظاهر انه قصد تأديبه لاقتله لان شفقة الابوة تمنعه من ذلك بخلاف الاجنبي فليس هناك بينهما مايدل على الشفقة

فجعلنا الرمى من الاجنبي عمدا محضا فاما اذا أخـذه فذبحه فليس هاهنا شبهة الخطأ بوجه والدليل عليه ان القصاص يجب على الابن بقتل أبيه فكذلك على الاب بقتل ابنه لان فى القصاص معنى المساواة ومن ضرورة كون أحدهما مساويا للآخر أن يكون الآخر مساويا له وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وقضى عمر بن الخطاب رضى الله فى من قتل ابنه عمدا بالدية فى ماله ومنهم من استدل بقوله عليه السلام أنت ومالك لابيك فظاهر هذه الاضافة يوجب كون الولد مملوكا لابيه ثم حقيقة الملك تمنع وجوب القصاص كالمولى اذا قتل عبده فكذلك شبهة الملك باعتبار الظاهر وكان ينبغى باعتبار هذا الظاهر ان لا يلزمه الحد اذا زنا بها ولكن تركنا القياس فى حكم الحد لان الحد محض حق الله تعالي وهو جزاء على ارتـكاب ماهو حرام محض وباضافة الولد الى الوالد تزداد معـنى الحرمة فلا يسقط الحد به ولهـذا سقط الحد عنه اذا وطئ جارية الابن لان اضافة الجارية اليه بالملكية وحقيقة الملك فيها توجب الحل بظاهر الاضافة ويوجب شبهة أيضا فاما حقيقة الملك فى محل الحرمـة لا يورث الحل فلاضافة لا تورث الشبهة☆يوضحه ان الملك كما يبيح الوطء يبيح الاقدام على القتل فان ولى الدم لما ملك نفس من عليه فى حكم القصاص كان له أن يستوفى فالاضافة اليه بالملكية توجب شبهة فى الفصـلين فأما الملك فى محل الحرمـة فلا يوجب حل الوطء فلا يصـير شبهة فى اسـقاط الحـد والمعنى فى المسألة ان القصاص يجب للمقتول أو لوليه على سبيل الخلافة عنه والابن ليس من أهل أن يستوجب ذلك على أبيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وبيان ذلك انه ليس للابن أن يقتل أباه شرعا بحال ابتداء سواء كان مشركا أو مرتدا أو زانيا وهو محصن لان الاب كان سبب ايجاد الولد فلا يجوز للولد أن يكتسب سبب افنائه وفى وجوب القود عليه اتلاف حكما والمقصود منـه الاستيفاء دون الوجوب بعينـه وهـذا لانه مأمور شرعا بالاحسان اليهما قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وعليـه أن يصاحبهما بالمعروف وان كانا مشركين لقوله تعالى وان جاهـداك علي أن تشرك بي وليس القتل من الاحسان والمصاحبة بالمعروف فى شئ فـكل ذلك ثبت للوالد عليـه شرعا ليعرف العاقـل بحق الوالد عظيم حق الله تعالى فان الوالدين كانا سببين لوجوده وتربيته والله تعالى هو الخالق الرازق على الحقيقة فيعرف العاقـل بهذا ان مراعاة حق الله أوجب عليه واذا ثبت انه لا يجب القصاص علي الوالد بقتل الولد ثبت انه لا يجب

على الوالدة لان حقها أوجب فكذلك الاجداد والجدات من قبل الرجال والنساء لمعنى الولادة والحرية بينهم وبين المقتول فان كان بواسطة فالقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فعملت الشبهة فيه عمل الحقيقة بخلاف الولد اذا قتل والده فالولد ما كان سببا لايجاد والده والولد يقابل ما عليه من مراعاة حرمة الوالد بضده فعليه القصاص وهو بمنزلة العبد اذا قتل مولاه يلزمه القصاص والمولى اذا قتل عبده لا يلزمه القصاص وان منع مالك هذا بغير الكلام فيه فنقول لو وجب القصاص انما يجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز أن يجب له على نفسه (ألا ترى) انه لو قتل عبده خطأ لم يجب عليه ضمان لانه لو قتله غيره كان الضمان للمولى فاذا قتله المولى لا يجوز أن يجب له على نفسه ثم على الآباء والاجداد الدية بقتل الابن عمدا فى أموالهم فى ثلاث سنين وقال الشافعي تجب الدية حالة وانما لا يعقله العاقلة لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا يعنى الواجب بالعمد ثم قال الشافعي الاصل ان ضمان المتلف يكون على المتلف فى ماله حالا كسائر المتلفات الا أن التأجيل فى الدية عند الخطأ ثبت للتخفيف على الخاطئ وعلى عاقلته والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالا (ألا ترى) ان الوجوب على العاقلة لما كان للتخفيف على القاتل بخلاف القياس لم يثبت ذلك فى العمد وهذا لان وجوب الضمان بمعنى الجبران وحق صاحب النفس فى نفسه كان ثابتا حالا فلاجبران فى حقه الا ببدل هو حال ولان القود سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كما لو سقط بالصلح على مال وهذا على أصله مستقيم فانه يجعل فعل الاب موجبا للقود على ما نبينه *وحجتنا فى ذلك ان هذا ماوجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما لو وجب بقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا وانما عرفنا تقوم النفس بالمال شرعا والشرع انما قوم النفس بدية مؤجلة فى ثلاث سنين والمؤجل أنقص من الحال (ألا ترى) ان فى العرف يشترى الشئ بالنسيئة با كثر مما يشترى بالنقد فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى وكما لا يجوز باعتبار صفة العمدية الزيادة فى الدية على قدر الحال فكذلك لا يجوز اثبات الزيادة فيه وصفا وبهذا تبين ان التأجيل ليس لمعنى التخفيف على الخاطئ بل لان قيمة النفس شرعا دية مؤجلة بخلاف الايجاب على العاقلة لانه لا فرق فى قيمة النفوس بين أن تكون مستوفاة من العاقلة أو من القاتل فكان الايجاب على العاقلة لمعنى التخفيف على القاتل وهذا بخلاف المال الواجب بالصلح فان ذلك يجب بالعقد

ولهذا لا يتقدر بمقدار شرعا حتى لو وقع الصلح باكثر من الدية قدرا جاز فكذلك اذا التزمه بمطلق العقد يكون ذلك حالا بمنزلة الاعواض فى سائر العقود وان كان الوالد قتل ولده خطأ فالدية على عاقلته وعليه الكفارة فى الخطأ ولا كفارة عليه فى العمد عندنا لان فعله محظور محض كفعل الاجنبي والمحظور المحض لا يصلح سببا لايجاب الكفارة عندنا علي ما نبينه فان قيل فاين ذهب قولكم ان وجوب الكفارة بطريق السكر لما سلم الشرع له نفسه فاسقط القود عنه فقد وجد هذا المعنى ها هنا وقلتم بانه لا تجب الكفارة قلنا اسقاط القود عنه شرعا متى كان بطريق العذر له والتخفيف عليه كان موجبا للكفارة وهاهنا امتناع وجوب القود عليه لانعدام الاهلية فيمن يجب له لا بطريق التخفيف والعذر للاب فبقى فعله حراما محضا لا شبهة فيه فلا يكون موجبا للكفارة وكذلك ان كان المولى قتل مملوكه عمدا وكذلك ان كان الولد مملوكا لانسان فقتله أبوه عمدا فلا قصاص عليه لمولاه لان وجوب القصاص للمولى بطريق الخلافة عن المقتول فانه ينزل من المملوك منزلة وارث الحرمة فاذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن ابراهيم وهذا لان القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجبا للقصاص لان القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطئ والخاطئ والعامد اذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما لانه اختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فقد انزهقت الروح عقيب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدرى انه باى الفعلين أزهق الروح فيمكن الشبهة من هذا الوجه فالقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما نصفان وليس أحدهما باضافة القتل اليه باولي من الآخر ولا يقال ينبغى أن يضاف القتل الى فعل من استعمل السلاح فيه لان السلاح آلة للقتل دون العصا وهذا لان الانسان قد يسلم من الجرح بالحديد ويتلف من الضرب بالعصا فهو بمنزلة مالو جرحه رجلان أحدهما جراحة واحدة والآخر عشرة جراحات فانه يجعل القتل مضافا اليهما على السواء لهذا المعنى ثم كل واحد منهما فيما لزمه من نصف الدية يجعل كالمنفرد به فنصف الدية على صاحب الحديدة فى ماله ونصفها على صاحب العصا علي عاقلته وكذلك لو قتلاه بسلاح وأحدهما صبي أو معتوه فلا قصاص عليهما عندنا وهو أحد قولى الشافعي وفى قوله الآخر يجب القود قياسا علي العاقل البالغ بناء علي قولين فى عمد الصبي على ما بينا فاما الاب مع الاجنبي

أو المولى مع الاجنبي اذا اشتركا فى قتل الولد والمملوك فلا قصاص على واحـد منهما عندنا وقال الشافعى يجب القصاص على الاجنبي لانهما قاتلاه عمدا محضامضمون فيجعل كل واحد منهما كالمنفرد به فى حكم القصاص كالاجنبيين عفا عن أحدهما أو بسقوط القود عن أحدهما لمعنى يخصه لايوجب سقوطه عن الآخر كالاجنبيين اذا عفا عن أحدهما وتفسير العمد من وجهين أحـدهما انه عبارة عن فعل يترتب على قصد صحيح اليـه وبالابوة والملك لا ينعدم القصد الصحيح الى الفعل وهذا لان ضد العمد الخطأ فاذا كان الخطأ مايكون عن غير قصد من الفاعل اليه بعينه عرفنا ان العمد مايكون عن قصد وعلى هذا نقول يجب القصاص على شريك الصبي والمجنون لان للصبي والمجنون قصدا صحيحا فكان فعلهما عمداوللعمدتفسيرآخر فى القتل شرعا وهو أنه محظور محض ليس فيـه شبهة الاباحة لان المتعلق به شرعا العقوبة قال عليه السلام العمد قود ولا تجب العقوبة الاجزاءعلى فعل هومحظور محض وفعل الاب والمولى محظور محض ليس فيه شبهة الاباحة لان فى حق الاب قد انضم الى ارتكاب الفعل المحرم معنى قطيعة الرحم وفى حق المولى انضم الى الفعل المحرم الاتيان بضد ما أمر به من الاحسان الى المماليك والقتل لايحل بملك المالكية بحال فلا تمكن بسببه شبهة فيه بمنزلة من شرب خمر نفسه يلزمه الحد لانه لا أثر للملك فى اباحة شرب الخمر فلا يخرج الفعل باعتباره من أن يكون محظورا محضا وعلى هـذا الطريق لا يجب القـود على شريك الصبي والمعتوه لان فعلهما لا يوصف بانه محظور محض وفى الحقيقة الكلام ينبنى على أن فعل الاب موجب للقود عنده ثم سقط عنه القود بعفو الشرع منه عن الاب فلا يسقط عن الاخر لان عنـد أوان السقوط أحد القاتلين متميز عن الآخر والدليـل على ذلك ان سبب القود شرعا هو العمد وثبوت الحكم بثبوت السبب فاذا كانت الابوة لا توجب نقصانا فى السبب لا يمنع ثبوت الحكم أيضاوانما لايستوفى لكيلا يكون الولدسبب افناء الوالدبعد ان كان الوالد سبب ايجاده وهذا فى حقيقة الاستيفاء دون الوجوب فيثبت الوجوب حكما للسبب ثم يتعذر الاستيفاءلهذا المعنى فيسقط شرعا والدليل عليه ان عندكم لا تجب الكفارة على الوالد ولو لم يكن الفعل موجباللقود لوجبت الكفارة به وان الاب لو قتل ابنه عمدا كان الولد شهيدا لايغسل وانما لايغسل اذا كان القتل غير موجب للمال بنفسه وهذا بخلاف الخاطئ مع العامد لان فعل الخاطئ غـير موجب فاختلط الموجب بغير الموجب فى المحل فيمكن الشبهة لاتحاد المحـل

يقرره ان الخطأ معنى فى الفعل (ألا ترى) انه يوصف الفعل به فيقال قتل خطأ وقد اجتمع الفعلان فى محل واحد فاما الابوة فمعنى فى الفاعل (ألا ترى) ان الفاعل يوصف به فيقال أب قاتل فاحد الفاعلين متميز عن الآخر *وحجتنا فى ذلك ان هذا القتل ثم موجب للدية فلا يكون موجبا للقصاص كالخاطئ مع العامد اذا اشتركا وبيان الوصف أن الواجب على الاب بهذا الفعل الدية لاغير فانه هو الذى يستوفى منه وانما يراد بالوجوب الاستيفاء فاذا كان لا يستوفى منه الا الدية عرفنا انه موجب للدية والدليل على أن وجوب الدية هو الحكم الاصلى فى قتل الاب دون القصاص ان السبب لا ينعقد موجبا لحكمه الا فى محل صالح له وبعد صلاحية المحل لا يكون موجبا للحكم الا باعتبار الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه (ألا ترى) ان الاتلاف كما لا يكون موجبا للضمان بدون محل صالح له وهو المال المتقوم لا يكون موجبا بدون الاهلية فيمن يجب له وفيمن يجب عليه حتى ان المسلم اذا أتلف مال مسلم لا أمان له أو الحربى اذا أتلف مال المسلم لا يجب الضمان والبيع كما لا ينعقد شرعا الا فى محل صالح لا ينعقد الا بعد وجوب الاهلية فيمن يباشره اذا عرفنا هذا فنقول العمد موجب للقود بشرط الاهلية فيمن يجب له وعليه وذلك لا يوجد فى قتل الصبي والمجنون لانعدام الاهلية فيمن تجب عليه العقوبة ولا فى قتل الاب لانعدام الاهلية فيمن تجب له على ما بينا ان الولد لا يكون من أهل أن يجب له القتل على والده لان فى الايجاب استحقاق نفسه شرعا واذا لم يكن هو أهلا لمباشرة اتلافه حقيقة بصفة الاباحة لا يكون أهلا لاستحقاق اتلافه شرعا فلا يكون فعله موجبا للقصاص لانعدام الاهلية ولهذا كان موجبا الدية المغلظة فى ماله لانه خرج من أن يكون موجبا للقود لانعدام الاهلية فيمن يجب له وذلك لا يوجد فى الدية ولهذا لم يكن موجبا للكفارة لان انعدام وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له الشبهة في أصل الفعل فلا يخرج من أن يكون محظورا وفى غسله روايتان فى احدى الروايتين عن أبي يوسف يغسل لان الغسل موجب للمال وفى الرواية الاخرى لا يغسل لان امتناع وجوب القصاص لانعدام الاهلية فيمن تجب له وذلك لا يتعدى الى حكم الغسل فان قيل هذا ممنوع فان الولد يرث القصاص على أبيه حتى يسقط وبدون الاهلية لا يجب الحق للوارث قلنا هذا فاسد لانه انما لم يكن أهلا لايجاب القود على الاب لما فيه من اتلافه حكما وهذا لا يوجد فى الوراثة لان الاتلاف الحكمي كان ثابتا قبل أن يرثه الولد بل فى ثبوت الارث للولد احياء

الاب حقيقة وحكما فانه يسقط القود اذا ورثه الابن ولا يسقط اذا لم يرثه وهو نظير الولد في أنه لا يسترق والده ثم يشتري والده المملوك فيعتق عليه والدليل عليه ان الابوة لو طرأت على قصاص موجب أسقطته واذا اقترنت بالسبب دفعت الوجوب بطريق الاولى لان تأثير الشيء في الحكم مقترنا بالسبب أقوى من تأثيره طارئا على السبب واذا ثبت أن فعل الاب غير موجب عرفنا انه اختلط الموجب بغير الموجب في المحل فكان كالخاطيء مع العامد بخلاف ما اذا عفا عن أحد القاتلين وقوله الابوة معنى في الفاعل لا معتبر به فانه وان كان في الفاعل فقد تعدى الى الفعل حتى أخرجه من أن يكون موجبا فهو نظير الخطأ في الفاعل بان رمى الى انسان يظنه كافرا وهو مسلم فان الخطأ هاهنا باعتبار معنى في الفاعل ولكن لما تعدى الى الفعل صار ذلك شبهة في حق شريكه في الفعل فكذلك هاهنا والدليل عليه أن مسلمين لو رميا الى صيد أحدهما بسهم والآخر ببندقة لم يحل تناول الصيد وكذلك لو رمى مسلم ومجوسي الى الصيد وفي أحد الموضعين الحرمة باعتبار معنى في الفعل وفي الموضع الآخر باعتبار معنى في الفاعل وهو كونه مجوسيا لكن لما تعدى الى الفعل التحق بالمعنى الذي هو في الفعل في ايجاب الحرمة فهذا مثله ولو اشترك عشرة رهط في قتل رجل خطأ كانت الدية على عاقلتهم في ثلاث سنين لان وجوب الدية لصيانة المحل عن الهدر فالمحل واحد وبايجاب دية واحدة عليهم يتم معنى الصيانة ثم الواجب على كل واحد منهم جزء مما هو مؤجل في ثلاث سنين وهو بدل النفس فهو بمنزلة مالو اشترى عشرة نفر شيأ بثمن مؤجل الى ثلاث سنين فانه تثبت تمام الاجل في حق كل واحد منهم وهذا لان كل ثلث من بدل النفس مؤجل في سنة والواجب على كل واحد منهم عشر كل ثلث الا أن يكون الواجب علي بعضهم من الثلث الذي هو مؤجل الى سنة أو من الثلث الثاني خاصة ولو أقر رجل بقتل خطأ أو شبه عمد كانت الدية عليه في ماله في ثلاث سنين لان العاقلة لا تعقل ما يجب بالاعتراف لقوله عليه السلام ولا اعترافا وهذا لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب فانما يحمل على الصدق في حق المقر خاصة لانتفاء التهمة فاما في حق عاقلته فهو محمول على الكذب وله ولاية على نفسه في الالتزام قولا دون عاقلته وكل جناية عمد فيما دون النفس لا يستطاع فيها القصاص أو شبه عمد فالارش في مال الجاني مغلظا أما في العمد فلا يشكل واما في شبه العمد فلان شبه العمد لا يتحقق فيما دون النفس وانما يتحقق في النفس خاصة فان ذلك حكم ثابت بالنص وانما ورد النص به في

حنيفة رحمه الله لايكفى لان ذكر الصناعة ليس بشيء فقد يتحول الانسان من صناعة الى صناعة فان كان قد عرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء فالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه اذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغى أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر مايشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب اليه أن يكتب به الى قاض آخر فعله لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكانه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضى الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثانى لان الخصم قد يهرب الى بلدة أخري قبل قضاء المكتوب اليه بذلك عليه واذا سمع القاضى شهادة الشهود وكتب بها الي قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع اذا استقصى بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجز له أن يقضي بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذى سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بمحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وانما نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رأيه كما اذا شهد الفروع عنده على شهادة الأصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثانى ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للأول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثانى أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ماقضى بشيء (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به الى الثانى وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثانى لاينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضي فى شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرئ بالشبهات

الشرع ما أمرنا بالانتظار اضرارا بالمضروب فلو لم يقبل قوله فيما يظهر فى ذلك المحل انه حادث بتلك الضربة لرجع ذلك الى الاضرار به ولو شج رجلا موضحة فصارت منقلة فقال المضروب صارت منقلة من ذلك وقال الضارب حدثت فيها من غير فعل أحد فالقول قول الضارب بخلاف السن على طريقة الاستحسان لان هاهنا فعل المضارب انما عمل فى اللحم دون العظم والمنقلة ما يكون عاملا فى العظم فالضارب ينكر فعله فى هذا المحل والظاهر يشهد له لان الفعل فى المحل لا يؤثر فعلا آخر الا نادرا فاما فى الاول فانما اسودت السن التى حلت الضربة بها فالظاهر شاهد للمضروب هناك واذا قلع الرجل سن رجل أو صبي ثم نبتت فلاشئ على القالع لانه لم يبق لفعله أثر وعن أبي يوسف رحمه الله قال يلزمه حكومة عدل باعتبار الالم الذى لحقه وكذلك الظفر اذا قلعه فنبت فليس فيه حكومة عدل ولا ارش لانه لم يبق فيه أثر وان نبتت السن سوداء ففيها ارش كامل لان الثابتة قائمة مقام المقلوعة فكان الاولى باقية قد اسودت وان نبت الظفر أغور ومتغيرا ففيه حكومة عدل بمنزلة الاول لو اغور بالضربة أو تغير وهذا لانه ليس فى الظفر منفعة مقصودة وانما يكون فيه مجرد الجمال فاذا اسود أو تغير ينتقص معنى الجمال ولا يكون السواد فى الظفر دليل موت الظفر (ألا ترى) أن فى أنواع بنى آدم من يكون ظفرهم أسود خلقة حتى قالوا اذا كان المضروب من ذلك النوع ينبغى أن لا يجب شيء لانه لا ينتقص فى حقه معنى الجمال قال واذا قلع الرجل سن رجل خطأ فأخذ المقلوع سنه فأثبتها مكانها فثبتت فعلى القالع ارشها لانها وان ثبتت لا تصير كما كانت (ألا ترى) انها لا تتصل بعروقها ولهذا جعل محمد رحمه الله تلك السن كالميتة حتى قال اذا كانت أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته معها وفرق أبو يوسف رحمه الله بين ما اذا أثبت فى موضعها سن نفسه أو سن غيره فى حكم جواز الصلاة وقال بينهما فرق ولا يحضرنى وكذلك الاذن اذا أعادها الى مكانها لانها لا تعود الى ما كانت عليه فى الاصل وان التصقت فأما اذا ابيضت العين من ضربة رجل ثم ذهب البياض منها فأبصر فليس على الضارب شئ لانه عاد الى ما كان عليه في الاصل ولم يبق الا الالم الذى لحقه بالضربة وباعتبارها لا يجب شيء وانما يجب باعتبار الاثر فى المحل ولم يبق ولو شجه موضحة خطأ فسقط منها شعر رأسه كله فلم ينبت فعلى عاقلته الدية تامة لافساد المنبت ويدخل ارش الشجة فى ذلك عندنا وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان الشجة موجبة للضمان بنفسها وكذلك افساد منبت الشعر جناية على حدة ولا

تدخل في ارش الجنايات فيما دون النفس ولكنا نقول وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر دليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى كما كان لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب مادونه باعتباره أيضا فان كان ذهب من الشعر بعضه فعلى الجاني الاكثر من أرش الشعر ومن ارش الشجة ويدخل الاقل في ذلك لان ايجاب الاكثر يتحقق باعتبار السبب معنى كما بينا وكذلك ان كان في الحاجب فان الموضحة في الوجه والرأس سواء والآمة لا تكون الا في الرأس أو الموضع الذي يتصل بالدماغ من الوجه والجائفة لا تكون الا في الظهر والبطن والجنب أو في الموضع الذي يتصل بالجوف حتى لو جرحه بين ذكره ودبره جراحة واصلة الى جوفه تكون جائفة فأما في الفخذ والعضد فلا تتحقق الجائفة وكذلك في العنق وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا وصلت الجراحة الى موضع يحصل الفطر للصائم بوصول المفطر اليه تكون جائفة وان كان لا يحصل له الفطر بوصول المفطر اليه لا تكون جائفة ولو شجه فذهب من ذلك عقله فانه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه ارش الموضحة عندنا وعلى قول الحسن رضى الله عنه لا يدخل لاختلاف محل الجناية فان محل الموضحة غير محل العقل بخلاف الشعر مع الموضحة ولكنا نقول ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولو شجه موضحة فمات من ذلك لزمه كمال الدية ودخل فيه ارش الشجة فأما اذا ذهب من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الاشياء ولا يدخل ارش الشجة في ذلك الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله قال وفي السمع والكلام يدخل ارش الشجة في الدية وفي البصر لا يدخل لان البصر ظاهر كالموضحة فقد يباين المحل حقيقة وحكما فأما السمع والكلام فمعنى باطن بمنزلة العقل فكما يدخل ارش الموضحة في الدية الواجبة باذهاب العقل فكذلك فيما تجب باذهاب السمع والكلام ولكنا نقول محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل الكلام وبتفويتهما لا تتبدل النفس وانما تجب الدية لتفويت منفعة مقصودة منهما فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة فان ذهب بالشجة العقل والسمع والكلام والبصر فانه يجب عليه أربع ديات وقد روينا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على رجل بأربع ديات والمجنى عليه حي * فان قيل كيف يستقيم هذا ولو مات من الشجة لا يلزمه الا دية واحدة وبموته فاتت هذه المنافع ثم لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فاذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا فى ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما اذا خالفوا في ذكره كما اذا ادعي شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود فى العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمى ثم هناك الشهرة تغنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمى فانه لا يزاد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك الى اعلام أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدى عبد فلان بن فلان الفلانى كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكه فالنسبة الى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب الى مالكه (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكه دون أبيه فاذا نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد الى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف فى الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك فى العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما فى القياس سواء وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الآبق مايقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة فى شيء بعينه لا فى العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى لان الاشارة الى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء واذا أتى كتاب القاضى الي القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه اليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان علي ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضي اليه وانما يصير معلوما

المحلان من نفس واحدة فى معنى نفسين فكما أنه اذا قطع يد انسان فأصاب السكين يد آخر فقطع يده يجب الارش للثانى والقصاص للاول فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذه جناية وسرايتها وقد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار أصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان السراية أثر الجناية وهو مع أصل الجناية فى حكم فعل واحد فالدليل على أنه سرايتان أن فعله أثر فى نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن وذلك يتحقق فى نفس واحدة فى موضعين منها كما يتحقق فى الطرف مع أصل النفس اذا مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا تتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه والدليل عليه أن منفعة كل أصبع تتصل بمنفعة الاخرى كما ان منفعة الاصابع تتصل بمنفعة الكف وكذلك هذا فى اليدين من نفس واحدة بخلاف النفسين فلا اتصال لمنفعة احداهما بالاخرى وذكر فى الجامع الصغير أنه لو شجه موضحة عمدا فذهب من ذلك بصره فلا قصاص عليه فى الموضحة عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن عليه الارش فيهما ونقل عن أبى يوسف ومحمد أن عليه القصاص فى الموضحة والدية فى البصر وهو نظير ما بينا وقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله فى هذا الفصل أنه يجب القصاص فيهما لان اذهاب البصر عمدا يوجب القصاص وقد بينا ان سراية الفعل لا تخالف أصل الفعل فى الصفة بخلاف الشلل فان الشلل غير موجب للقصاص فعلى هذه الرواية عن محمد لو قطع أصبعا منه عمدا فقطعت أصبع أخرى يجب القصاص فيها أيضا بخلاف ما اذا شلت أخرى لان فى تفويت أصل الاصبعين عمدا القصاص والسراية بصفة أصل الفعل وليس فى تفويت المنفعة بالشلل قصاص فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسود ما بقى أو قطع الكف فشل الساعد فلا قصاص فى شئ من ذلك لان محل السراية هاهنا متصل بمحل الجناية فكان الفعل واحدا حقيقة وحكما وباعتبار ماله يتعذر ايجاب القصاص اذ لا قصاص فى كسر العظم وسواد السن والشلل وقبل يلزمه الارش فى جميع ذلك واذا شجه منقلة عمدا وهو من أهل الابل غلظ عليه فى الاسنان فجعل عليه عشر من الابل ارباعا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وكذلك على هذا القياس فى الآمة وغيرها اعتبارا للجزء بالكل فان صفة التغليظ

ثابتة في جميع الدية باعتبار صفة العمدية فثبت فى ابعاضها وان كان ذلك خطأ وجب الارش اخماسا اعتبارا للبعض بالكل الا ان فى العمد تجب فى ماله وفى الخطأ يجب على عاقلته اذا بلغ الواجب ارش الموضحة وكذلك ينبغي علي طريقة القياس منها دون ارش الموضحةان يكون على العاقلة وبالقياس أخذ الشافعى رضى الله عنه لانه اعتبر الجزء بالكل واعتبر ضمان اتلاف النفس بضمان اتلاف المال فانه لافرق فيه بين القليل والكثير فى حق من يجب عليه ولكنا استحسنا فجعلنا مادون ارش الموضحة عليه في ماله لما روينا من الاثر فيه واذا كان القاتل خطأ من أهل الابل فصالح علي أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار نقدا أو نسيئة لم يجز أن يعطى أكثر من الدية لان مقدار الواجب من الدية ثابت بالنص فلا تجوز الزيادة عليه لما فى الصلح على الزيادة من معنى الربا وبان كان القاتل من أهل الابل لاتخرج الدراهم والدنانير من أن تكون أصلا فى الدية فى حقه وعند الصلح على الدراهم يجعل كانهما عينا الدراهم أولا ثم صالحه علي أكثر من ذلك فيكون ربا وكذلك لو كان من أهل الورق فصالح علي أكثر من ألف دينار أو أكثر من مائة من الابل فالصلح باطل لان عند الاتفاق على أحد الاصناف يتعين ذلك الصنف الواجب منه مقدر شرعا فالزيادة عليه تكون ربا فأما فى العمد الموجب للقود اذا أوقع الصلح على أكثر من الدية يجوز عندنا وفى أحد قولى الشافعى لايجوز بناء على ما تقدم أن فى أحد قوليه الواجب فى العمد أحد شيئين يتعين ذلك باختيار الولى واذا اختار الدية وهى مقدرة شرعا لا تجوز الزيادة عليها بطريق الصلح وعندنا الواجب هو القود لاغير فالمال الذى يلتزمه يكون عوضا عن القود ولاربا بين ماليس بمال وبين ما هو مال والدليل على جواز هذا الصلح ما روى أن فارسا من فرسان المسلمين قتل رجلا فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فلما خرج ليقتل رأت الصحابة الكراهة فى وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجوا وصالحوا أولياء القتيل علي ديتين دية يعطيها القاتل ودية يتبرع أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم باداثها فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو صالحه فى الخطأ أو العمد علي خمسين من الابل جاز أما فى العمد فلا يشكل وفى الخطأ لانه أسقط بعض الواجب ولو أسقط الكل بالعفو لجاز فكذلك اذا أسقط البعض وكذلك لو صالحه على خمسمائة دينار قبل أن يقضى عليه بالدراهم وقال انما صالحتك عن الدية علي ذلك فهو جائز بطريق الاسقاط كانهما عينا الدنانير ثم أسقط عنه النصف ورضى بالنصف

ويكون الباقى مؤجلا فى ثلاث سنين سواء ذكر الاجل أولم يذكره أما اذا لم يذكر الاجل فلان هذا الصلح ابراء عن البعض وليس فيه تعرض لما بقى فيبقى ما بقى على الوجه الذى كان عليه الكل فى الابتداء وهو أنه مؤجل فى ثلاث سنين وكذلك ان شرط الاجل فيما بقي من ثلاث سنين لان هذا الشرط يقرر مقتضى مطلق العقد ولا يقال هذا فى معنى نسيئة بنسيئة لان ذلك عند تمكن المبادلة ولا مبادلة هاهنا انما هو اسقاط نصف الواجب فقط فأما اذا كان من أهل الابل فقضى عليه بالابل فصالحه من ذلك على شيء من العروض أو الحيوان بعينه بعد أن لا يكون مما فرض عليه الدية كان جائزا وان كان أكثر من الدية أضعافا ويأخذه حالا لان هذا استبدال بدين لا يستحق قبضه فى المجلس ولا هو فى حكم المبيع فيكون ذلك صحيحا وبنفس الاستبدال يملكه عينا والاجل فى العين لا يتحقق وكذلك لو كان من أهل الورق أو الذهب فقضى عليه بشيء من ذلك ثم صالحه على عين من جنس آخر جاز وان جعل لما وقع عليه الصلح أجلا بان صالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لا يجوز لانه بدل عما قضي عليه به من الدراهم أو الدنانير فيكون هذا شراء دين بدين وذلك حرام وكذلك ان قضى عليه بدراهم ثم صالحه على دنانير بعينها أكثر من ألف دينار أو أقل من ألف دينار يجوز بعد أن يقبض ذلك في المجلس وان صالحه على دنانير مؤجلة لا يجوز لانه صرف ولانه دين بدين واذا أقر الرجل أنه قتل رجلا خطأ وادعى وليه العمد فله الدية فى ماله استحسانا وفى القياس لا شيء له وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الولى ادعى عليه القود وهو منكر وهو أقر له بالمال وقد كذبه الولي فى ذلك فلا يجب شيء (ألا ترى) انه لو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ لم يجب شيء فكذلك هاهنا وجه الاستحسان أن الولي تمكن من أخذ المال الذى أقر له به القاتل مع اصراره على دعواه بان يقول حقى فى القصاص ولكنه طاب منى ان آخذ المال عوضا عن القصاص وذلك جائز فعرفنا أنه ماصار مكذبا له فيما أقر به فاما اذا ادعي الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فان الولى لا يمكنه أن يأخذ المال لان القاتل يجحد موجب ذلك ولا يمكنه أن يأخذ القصاص مع اصراره على الدعوى لان استيفاء القصاص عوض عن المال * يوضح الفرق ان الولى حين ادعى العمد فقد ادعى أصل القتل والصفة والمقر بالخطأ صدقه فيما ادعي من أصل القتل وجحد ما ادعى من صفة العمدية فلا يعتبر تصديقه فى أصل القتل بعد ما كذبه فى الصفة لان موجب الاصل الذى صدقه فيه يخالف موجب الاصل بالصفة التى

كذبه فيها وكذلك هذا الحكم فيما دون النفس مما يجب في العمد منه القصاص واذا قتل النائم انسانا بان سقط عليه أو كان بيده شيء فضربه وهو نائم فعلى عاقلته الدية وعليه الكفارة قال وهذا خطأ وقد بينا أنه في معنى الخطأ في الحكم دون الخطأ حقيقة فان النائم ليس من أهل القصد أصلا الا أنه أوجب عليه الكفارة وجعله محروما من الميراث لتوهم ان يكون تناوم ولم يكن نائما حقيقة وهذا معتبر في حرمان الارث واما الكفارة فلتركه التحرز في موضع يتوهم أن يصير قاتلا لانسان في نومه بهذه الطريق وقد بينا ان الكفارة في الخطأ انما وجبت لترك التحرز والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في الديات

(قال رحمه الله) واذا شهد شاهدان على رجل بالقتل خطأ وشهد الآخر على اقرار القاتل بذلك فهذا باطل لانهما اختلفا في المشهود به فان أحدهما شهد بفعل والآخر بقول والقول غير الفعل وواحد منهما لا يثبت عند القاضي الا باتفاق الشاهدين عليه وكذلك لو شهدا على القتل واختلفا في الوقت أو المكان فان الشهادة لا تقبل لان الفعل لا يحتمل التكرار خصوصا القتل في محل واحد فكل واحد منهما يشهد بفعل غير ما يشهد به صاحبه وذلك يمنع قبول الشهادة كشهود الغصب اذا اختلفوا في المكان والزمان ثم ها هنا القاضي يوقن بكذب أحدهما لانه بعد ما قتل في يوم وفي مكان لا يتصور أن يقتله في مكان آخر في يوم آخر وبعد ما تيقن القاضي بكذب الشاهد لا يجوز له أن يقضي بشهادته وكذلك لو اختلفا فيما قتله به فقال أحدهما كان بحجر وقال الآخر بعصا لانهما اختلفا في المشهود به فالقتل بالحجر غير القتل بالعصا حقيقة وان كان حكمهما واحدا وكذلك لو قال أحدهما قتله عمدا وقال الآخر قتله خطأ فقد اختلفا في المشهود به لان الخطأ غير العمد وحكمهما مختلف وكذلك لو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أحفظ الذي كان به القتل لان الذي قال لا أحفظ ضيع بعض شهادته ولانه شاهد بفعل غير الفعل الذي شهد به صاحبه (ألا ترى) أنه تمكن من أن يبين أنه قتله بالسلاح ولا يكون هذا البيان منه مخالفا لاول كلامه ولو قال الآخر مثل ذلك كان مناقضا في كلامه فعرفنا أنه شاهد بفعل غير الفعل الذي شهد به صاحبه فلا تقبل الشهادة وان قالا جميعا لا ندري بم قتله فهو مثل الاول في القياس لانهما أقرا أنهما ضيعا شهادتهما

ولان شرط قبول الشهادة اتفاقهما على فعل واحد ولا يكون ذلك الا بان يتفقا على آلة واحدة لان الفعل بدون الآلة لا يتحقق واتفاقهما على آلة واحدة لا يثبت بدون التنصيص فأما اذا قالا لا ندرى فبهذا اللفظ لا يثبت الاتفاق على آلة واحدة لجواز أنهما اذا بين كل واحد منهما ولم يكن بيانه ذلك مخالفا لاول كلامه والمحتمل لا يثبت الا بحجة ولكنا نستحسن أن نجيز شهادتهما ونوجب عليه الدية فى ماله لان الشرط اتفاقهما فيما صرحا به في شهادتيهما وذلك أصل القتل وقد ثبت بنص لا احتمال فيه وأصل القتل موجب للدية فاتفاقهما عليه يكون اتفاقا على هذا الموجب فأما القصاص فانما يجب باعتبار صفة العمدية ولم يتعرض الشهود لذلك وباختلاف الآلة انما يختلف حكم القصاص فتوهم اختلاف الآلة انما يعتبر فى المنع من الحكم بالقصاص لا فى المنع من الحكم بالمال فانه لا أثر لاختلاف الآلة فى ذلك ولكن الدية هنا فى ماله لان فى تحمل العاقلة عنه معنى الشك والاحتمال فانه اذا كان عمدا لا تتحملها العاقلة ومع الشك يتعذر ايجابها على العاقلة فكانت فى ماله * يوضحه ان الظاهر ان الشاهدين عرفا الآلة وان الفعل كان عمدا بسلاح لانهما شهدا بقتل مطلق والفعل المطلق يكون بآلته وآلة القتل السلاح وكذلك الفعل المطلق يكون من العامد الا انهما ستراذلك لدرء القود وحمل الولى على أن يكتفى بالدية وقد ندبا الى ذلك بالشرع فلا يكون مبطلا شهادتهما بل يقضى بالدية فى مال القاتل كما هو موجب شهادتهما وشهادة امرأتين مع رجل جائزة فى قتل الخطأ وفى كل ما ليس فيه قصاص ولا تجوز فيما فيه قصاص وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضى لان القصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وفى شهادة النساء ضرب شبهة لان الضلالة والنسيان يغلب عليهن وكذلك فى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الي القاضي لانهما بدل وفى البدل القائم مقام الاصل ضرب شبهة فلا يثبت به ما يندرئ بالشبهات ويثبت به ما لا يندرئ بالشبهات وهو المال ثم بهذه الشهادة اذا تعذر القضاء بالقصاص لا يقضي بالمال بخلاف مسئلة الاقرار فان القاتل اذا أقر بالخطأ بعد ما ادعي الولى العمد يقضى بالمال لان هاهنا تعذر القضاء بالقود لمعنى من جهة الولى وهو اشتغاله باقامة حجة فيها شبهة والولى لا ينفرد بأخذ المال بدون رضا القاتل وهناك تعذر القضاء بالقود لمعنى من جهة القاتل وهو اقراره بالخطأ فينزل ذلك منزلة الرضا منه بأخذ المال وللولى أن يأخذ المال مكان القصاص برضا القاتل * يوضحه ان الاقرار موجب للحق بنفسه من غير قضاء القاضى فيتمكن الولى من أخذ ما أقر به القاتل وهو

المال فاما الشهادة فلا توجب شيأ بدون قضاء القاضي والقاضي انما يقضي بما شهد به الشهود وقد تعذر عليه القضاء بذلك هاهنا لمكان الشبهة فلا يقضي بشيء وان شهد عليه رجلان بالعمد حبس حتى يسأل عنهما لانه صار متهما بالدم والسبيل في المتهم أن يحبس لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في التهمة وروى أن عمر رضي الله عنه رأى رجلا يعدو عليه ويقول أجرني ياأمير المؤمنين فقال من ماذا فقال من الدم فقال احبسوه الحديث وقد بينا في أول كتاب الحدود ان أخذ الكفيل في العقوبات غير ممكن لما في ذلك من معنى التوثق والاحتياط وانه يصار فيه الى الحبس فان شهد عليه رجل واحد عدل حبسه أيضا أياما لانه صار متهما بالدم فان خبر الواحد وان كان لايتم بالحجة فتثبت به التهمة خصوصا اذا كان المخبر عدلا ولان للشهادة شرطين العدد والعدالة وقد وجد أحد الشرطين هاهنا وهو العدالة فهو بمنزلة ما لو تم عدد الشهود ولم تظهر عدالتهم فكما يحبس هناك فكذلك يحبس هاهنا فان جاء شاهد آخر والا خلى سبيله والعمد في ذلك والخطأ وشبه العمد سواء وكان ينبغي في القياس أن لا يحبس في الخطأ وشبه العمد لان الواجب فيهما المال وفي الديون التي هي غير المؤجلة لايحبس مالم تتم الحجة لظهور عدالة الشهود ففيما يكون مؤجلا الى العاقلة أولى ولكنه ترك القياس لما ذكرنا ان المتهم بالدم يحبس فان القتل أمر عظيم الى أن يتبين موجبه لظهور عذر القاتل أو انتفاء عذره فاذا ادعى ولي القتل بينة حاضرة في المصر والقتل خطأ أخذ به من المدعى عليه كفيلا الى ثلاثة أيام بخلاف ما اذا زعم ان بينته غيب لان الدعوى دعوى الدين فالخطأ موجب الدية دينا وأخذ الكفيل بالنفس في دعوى الديون صحيح اذا ادعى بينة حاضرة في المصر فاما في العمد فلا يصار الى أخذ الكفيل قبل اقامة البينة ولا بعدها ولكن قبل اقامة البينة يلازمه المدعي وبعد اقامة البينة يحبسه علي سبيل التعزير فان ظهرت عدالة الشهود كان القتل موجبا للقود وقضى عليه بالقود والله أعلم بالصواب

باب القسامة

(قال رحمه الله) واذا وجد الرجل قتيلا في محلة قوم فعليهم أن يقسم منهم خمسون رجلا بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية بلغنا هذا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وفي هذا أحاديث مشهورة منها حديث سهل بن أبي حثمة أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن

ابن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر يتشحط فى دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل ان يتكلم فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة ومحيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ماحلفوا عليه قال عليه السلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة وذكر الزهرى عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتيل من الانصار وجد فى حي ليهود وذكر الحديث الى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة وفى رواية فكتب اليهم اما أن يدوه أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله وذكر الكلبي عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت فى بنى اسرائيل فأنزل الله على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أرانى أن أختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس يعنى بالوحي وروى حنيف عن زياد بن أبى مريم قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى وجدت أخي قتيلا فى بنى فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا قال وليس لى من أخى الا هذا قال نعم ومائة من الابل وفى الحديث ان رجلا وجد بين وادعة وأرحب وكان الى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال حارث بن الاصبع الوادعي ياأمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال حقنتم دماءكم بايمانكم وأغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم فهذه الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة والدية فى القتيل الموجود فى المحلة على أهلها ونوع من المعنى يدل عليه أيضا وهو ان الظاهر ان القاتل منهم لان الانسان قلما يأتى من محلة الى محلة ليقتل مختارا فيها وانما تمكن القاتل منهم من هذا الفعل بقوتهم ونصرتهم فكانوا كالعاقلة فاوجب الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن

الهدر وأوجب القسامة عليهم لرجاء أن يظهر القاتل بهذا الطريق فيتخلص غير الجاني اذا ظهر الجاني ولهذا يستحلفون بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم على أهل كل محلة حفظ محلهم عن مثل هذه الفتنة لان التدبير فى محلتهم اليهم فاذا وقعت هذه الحادثة لتفريط كان منهم فى الحفظ حين تغافلوا عن الاخذ على أيدى السفهاء منهم أو من غيرهم فاوجب الشرع القسامة والدية عليهم لذلك ووجوب القسامة والدية على أهل المحلة مذهب علمائنا وقال مالك رضي الله عنه اذا كان بين أهل القتيل وأهل المحلة عداوة ظاهرة ولوث وتأثيره وكان العهد قريبا بدخوله فى محلتهم الى أن وجد قتيلا يؤمر الولى بان يعين القاتل منهم باعتبار اللوث وتفسير اللوث أن يكون عليه علامة القاتلين أو يكون هو مشهورا بعداوته ثم يحلف الولى خمسين يمينا بالله انه قتله فاذا حلف اقتص له من القاتل وهو قول الشافعى فى القديم وقال فى الجديد فاذا حلف قضى له بالدية فى ماله واذا انعدمت هذه المعانى أو أبى الولى ان يحلف فالحكم فيه ما هو الحكم فى سائر الدعاوى واحتج مالك رضي الله عنه بقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سهل بن أبى حثمة أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم وفى رواية تحلفون وتستحقون وهذا تنصيص على ان اليمين على الولي وانه يستحق القصاص وفى الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقود فى القسامة وقضى به أبو بكر وعمر رضى الله عنهم وعن بعض الصحابة قال قتلنا قاتل ولينا فى القسامة بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن لنا حجة سوى اللوث وفى الحديث المعروف ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من أنكر الا فى القسامة ففى هذا الاستثناء تنصيص على ان فى القسامة اليمين على المدعى فاذا حلف ترجح معنى الصدق فى جانبه فيستحق المدعى وهو القود ثم قال الشافعى رضى الله عنه ترجح جانبه ولكن بحجة فيها ضرب شبهة والقصاص عقوبة يندرئ بالشبهة فيجب المال وهذا لان اليمين حجة من يشهد له الظاهر كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما فى القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة له * وحجتنا ما روينا من الآثار المشهورة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث وقد بينا فى كتاب الدعوى ان اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق مال بها فكيف تكون حجة لاستحقاق نفس خصوصا فى موضع يتيقن بان الحالف مجازف يحلف على مالم يعاينه بحال محتمل فى نفسه وهو اللوث وانما اليمين مشروعة لابقاء ما كان على ما كان فلا

يستحق بها ما لم يكن مستحقا فأما قوله أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا تكاد تصح هذه الزيادة وقد قال جماعة من أهل الحديث أوهم سهل بن أبي حثمة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ولو ثبت فانما قال ذلك على طريق الانكار عليهم لا على طريق الامر لهم بذلك فانه لو كان على سبيل الامر لكان يقول احلفوا فتستحقون دم صاحبكم فأما قوله اتحلفون وتستحقون فعلى سبيل الانكار كقوله تعالى أتأتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم الآية وكذلك قوله تحلفون معناه أتحلفون كقوله تريدون عرض الدنيا معناه أتريدون وكان عليه الصلاة والسلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبو أيمان اليهود وبقولهم لا نرضي بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهة رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد ثم يحتمل أن يكون اليهود ادعوا عليهم بنقل القتيل من محلة أخرى الى محلتهم فصاروا مدعى عليهم فلهذا عرض عليهم اليمين والحديث الآخر لا يكاد يصح لما روي عن أيوب مولي أبي قلابة قال قلت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤساء الناس نخوصم اليه في قتيل وجد في محلة وأبو قلابة جالس عند السرير أو خلف السرير فقال الناس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم فنظر الي أبي قلابة وهو ساكت فقال ما تقول قال عندك رؤساء الناس وأشراف العرب أرأيتم لو شهد ثم رجلان من أهل دمشق على رجل من أهل حمص انه سرق ولم يرياه أكنت تقطعه فقال لا قال أرأيتم لو شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق انه زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال لا فقال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسا بغير نفس الا رجلا كفر بالله بعد ايمانه أو زنا بعد احصانه أو قتل نفسا بغير نفس وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على أهل خيبر في قتيل وجد بين أظهرهم فانقاد عمر بن عبد العزيز لذلك وهذا لان امراء بنى أمية كانوا يقضون بالقود في القسامة على ما روى عن الزهري قال القود في القسامة من أمور الجاهلية أول من قضى به معاوية فلهذا بالغ أبو قلابة في انكار ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام الا في القسامة يعنى الايمان مكررة في القسامة بخلاف سائر الدعاوى معناه لا تنقطع الخصومة باليمين في القسامة بل يقضى بالدية بعدها بخلاف سائر الدعاوى ثم انما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين لان حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ

واذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين فها هنا أولي فان لم يكمل العدد خمسون رجلا كررت عليهم الايمان حتى يكملوا خمسين يمينا لما روى ان الذين جاؤا الى عمر رضى الله عنه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلا منهم فحلفهم ثم اختار منهم واحدا فكرر عليه اليمين وهذا لان عدد اليمين فى القسامة منصوص عليه ولا يجوز الاخلال بالعدد المنصوص عليه ويجوز تكرار اليمين من واحد كما فى كلمات اللعان ولاولياء القتيل ان يختاروا فى القسامة صالحى العشيرة من الذين وجد بين أظهرهم القتيل فيحلفونهم لان النبي عليه الصلاة والسلام قال لاخ القتيل اختر منهم خمسين رجلا فدل أن الخيار اليه وهو حقه يستوفى بطلبه واليه تعيين من يستوفى منه حقه وله أن يختار الشبان والفسقة منهم لان تهمة القتيل عليهم أظهر وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا وفى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان على قول زفر القسامة والدية على عاقلة أهل المحلة قياسا لاحد الموجبين على الآخر وعلى قول أبى يوسف لا قسامة على العاقلة لان التحمل يجري فى الدية ولا يجرى التحمل فى اليمين ولو اختاروا فى القسامة أعمى أو محدودا فى قذف كان ذلك لهم لانهم أسوة غيرهم في الاهلية لليمين والنكول والخيار فيه اليهم دون الامام لان الحق لهم وانما أراد بهذا الفرق بين هذا وبين اللعان فان اللعان شهادة والمحدود فى القذف والاعمى ليس لهما شهادة الاداء فأما هذه فيمين محضة قال فى الاصل وكل مايلزم العاقلة يلزم أهل الديوان والعاقلة من أهل الديوان ولا يلزم النساء والذرية من ذلك شئ ولا يؤخذ من الرجل فى كل سنة الا ثلاثة دراهم أو أربعة لما روى أن عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين وفرض الاعطيات جعل العاقل عليهم فى أعطياتهم على كل رجل فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة وهذا عندنا وعند الشافعى رضى الله عنه العاقلة هم العشيرة على ما كان عليه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (ألا ترى) أنه قال فى حديث الجنين لاولياء الضاربة قوموا فدوه ولكنا نقول ما كانت الدواوين فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين فلما دون عمر رضى الله عنه الدواوين جعل التعاقل بالديوان لانه باعتبار التناصر والتناصر بالديوان دون القبيلة فان أهل الديوان وان كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض وربما تظهر العداوة مع من هو من قبيلته من أهل ديوان آخر أكثر مما تظهر مع غيره على ما

روى أنه فى الجمل وصفين كان يقوم أهل كل قبيلة من أحد الصفين بمقاتلة تلك القبيلة من الصف الآخر ثم الاخذ من العاقلة على وجه لا يؤدى الى الاجحاف بهم وذلك فى أن يؤخذ منهم فى كل سنة القدر الذى سمى فان لم يسع ديوان أولئك القوم ضم اليهم أقرب القبائل اليهم فى النسب حتى لا يقع على كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة ولا يدخل فى ذلك النساء والذراري لانهم أتباع لا تقوم النصرة بهم وتمام بيان هذا الكلام فى هذا الفصل فى كتاب المعاقل والقبائل والذى حلف فى القسامة والذى لم يقبل ولم يشهد فى ذلك كل سواء الدية عليهم على أهل الديوان لانها مأخوذة من أعطياتهم وقد استوى فى الاعطيات من شهد منهم ومن غاب وكذلك فى ظاهر الرواية من كان غائبا ومن كان حاضرا من أهل المحلة فى القسامة سواء وعن أبى يوسف رحمه الله قال من علمت أنه كان غائبا حين وقعت هذه الحادثة لا أدخله فى القسامة لانه ليس عليه من تهمة القتل شيء ولم يكن قائما في حفظ المحلة والتدبير فيها حين وقعت هذه الحادثة ووجه ظاهر الرواية أن السبب كونه من أهل المحلة لا تهمة القتل فان الفقهاء والمشايخ وصالحى أهل المحلة يحلفون وليس عليهم من تهمة القتل شئ وهذا السبب لا ينعدم بكونه غائبا عن المحلة واذا وجد القتيل بين قريتين أو سكتين فالى أيهما كان أقرب كان عليهم القسامة والدية لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن قتيلا وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين أقرب بشبر فقضي عليهم بالقسامة والدية وعن عمر رضى الله عنه فى القتيل الموجود بين وادعة وأرحب أمر بان يقاس بين القبيلتين وكان الى وادعة أقرب فجعلها عليهم ولان من يقرب من موضع فهو أحق بحفظ ذلك الموضع والتدبير فيه ممن يكون أبعد من ذلك الموضع فان نكلوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لان الايمان فى القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم ومن لزمه حق مقصود لا تجرى النيابة فى ايفائه فاذا امتنع منه فانه يحبس ليوفى كما كلمات اللعان واذا وجد القتيل فى قرية أصلها لقوم شتى فيهم المسلم والكافر فالقسامة على أهل القرية المسلم منهم والكافر فيه سواء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب القسامة على أهل خيبر وكانوا من اليهود ثم يعرض عليهم الدية فما أصاب المسلمين من ذلك فعلى عواقلهم وما أصاب أهل الذمة فان كانت لهم معاقل فعليهم والا ففى أموالهم كما لو باشروا بأيديهم القتل خطأ واذا وجد القتيل فى قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم

فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشترين وهذه فصول أحدها أنه ما بقى فى المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشترين من ذلك شئ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلي المشترون فى ذلك كأصحاب الخطة لانهم قاموا مقام البائع ولانهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك كاستحقاق الشفعة (ألا ترى) أن فى القتيل الموجود فى دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشتريا أو صاحب خطة فكذلك فى القتيل الموجود فى المحلة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشترين (ألا ترى) أن المحلة تنسب الى أصحاب الخطة دون المشتريين وان المشتريين قل ما يزاحمون أهل الخطة فى التدبير والقيام بحفظ المحلة فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضا بمنزلة صاحب الدار فى القتيل الموجود فى داره مع أهل المحلة لما كان هو أخص بالتدبير فى داره كان موجب ذلك عليه ثم المشترون اتباع لاصحاب الخطة وما بقى شئ من الاصل يكون الحكم له دون التبع وقيل انما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى زمانه أن أصحاب الخطة فى كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون فى ذلك فاما اذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشترون فهى عليهم وهو قول ابن أبي ليلى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكانا (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه أجلاهم منها الى الشام وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن التدبير فى أهل المحلة الى أصحاب الملك دون السكان لان السكان ينتقلون فى كل وقت من محلة الى محلة دون أصحاب الملك والدليل عليه أن ما ينبنى من الغنم شرعا على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة فكذلك ما يكون من الغرم شرعا ولا حجة فى حديث خيبر فانهم كانوا ملاكا قد أقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه استثنى بقوله أقركم ما أقركم الله فلهذا أجلاهم عمر رضى الله عنه وما وظف عليهم كان بطريق الخراج الا أن يقال يملك عليهم الاراضى وقد بيناه هذا فى المزارعة ومن فروع هذه المسئلة اذا وجد قتيل فى السجن فعند أبى حنيفة ومحمد على بيت المال وعند أبي يوسف رحمه الله على أهل السجن لانهم بمنزلة السكان فى ذلك الموضع وهم الذين يقومون بتدبير ذلك الموضع ما داموا فيه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا أهل السجن مقهورون فى المقام فى ذلك الموضع وهم قل

مايقومون بحفظه والتدبير فيه الا بقدر حاجتهم ثم ذلك الموضع معد لمنفعة المسلمين فدية القتيل
الموجود فيه تكون على المسلمين فى بيت مالهم ولو وجد القتيل فى دار رجل قد اشتراها
وهو من غير أهل الخطة فأهل الخطة برآء من ذلك والقسامة على صاحب الدار وعلى قومه
الدية لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الي المالك دون أصحاب الخطة من أهل المحلة والقتيل
الموجود فى ملك خاص يجعل كان صاحب الملك هو القاتل له فى حكم القسامة والدية فلهذا
كانت القسامة عليه والدية على عاقلته واذا كانت الدار بين رجلين فوجد فيها قتيل وأحدهما
أكثر نصيبا من الآخر فالدية على عواقلهما نصفين لان القيام بحفظ المكان والتدبير فيه
يكون باعتبار أصل الملك لا باعتبار قدر الملك وقد استويا فى أصل الملك (ألا ترى) أنه فى المغنم
المستحق بسبب الملك يعتبر أصل الملك وهو الشفعة فكذلك فى الغرم واذا وجد الرجل
قتيلا فى دار نفسه فعلى عاقلته الدية في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد
لاشئ عليهم لانه لو وجد غيره قتيلا فى هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله فى حكم الدية
فاذا وجد هو قتيلا فيها يجعل كانه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا والدليل
عليه أن المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار من كسبه لا يجب فيه شيء لهذا المعنى وكذا لو ان عبده وجد
قتيلا فيه كان موجبه عليه فاذا وجد هو فيها قتيلا لا يجب له على نفسه شيء فكذلك فى الحر ولا ينظر
الي كون الدار فى الحال لورثته لان الوجوب باعتبار أصل الجناية وعند الجناية كانت الدار مملوكة
(ألا ترى) أنه لا تجب القسامة هاهنا ولو كان المعتبر هو الحال لكانت الدية على عاقلة ورثته
وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا يترك فى الاسلام مفرح أى مهدر
الدم والمعنى فيه أنه وجد قتيلا فى موضع لو وجد غيره قتيلا فى ذلك الموضع كانت الدية عليه
وعلى عواقله فاذا وجد هو قتيلا فيه كانت الدية على عواقله كما لو وجد واحد من أهل المحلة
قتيلا فى المحلة تجب الدية والقسامة على أهل المحلة بهذا المعنى ولهذا لا تجب القسامة هاهنا لانه
لو وجد غيره فيه قتيلا لكانت القسامة عليه دون عاقلته فاذا وجد هو قتيلا فيه يتعذر ايجاب
القسامة بخلاف الدية وحقيقة المعنى فيه ان السبب وجود القتيل فى ذلك المكان كما نص عليه
عمر رضى الله عنه وانما أغرمكم الدية بوجود القتيل بين أظهركم وحين وجد هو قتيلا الدار
مملوكة لورثته لا له لانه ليس من أهل الملك فتكون الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته
بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث تتحد فان كان فى موضع تختلف العاقلة فينبغى

على قياس هـذه الطريقة أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهو الاصح وعلى قياس الطريقة الاولي علي عاقلة القتيل ثم اذا وجد غيره قتيلا فى داره انما يجعل الدية والقسامة عليه باعتبار الظاهر لان الظاهر أن غيره لا تمكن من ذلك في ملكه وهذا لايوجد فيما اذا وجد هو قتيلا فيها فالظاهر أن الانسان لايقتل نفسه فلهذا يجعل كان غيره قتله وعند القتل كان التدبير فى حفظ ذلك الموضع اليه فاذا فرط فى ذلك وجبت الدية على عاقلته لورثته * فان قيل اذا قلتم تجب الدية عـلي عاقلة الورثة فكيف يستقيم أن تعقلوا عنهم * قلنا لان الدية تجب للمقتول حتى انه يقضى منها ديونه وتنفـذ وصاياه ثم يخلفـه الوارث وهو نظير الصبي أو المعتوه اذا قتـل أباه فانه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهـذا بخـلاف المكاتب يوجد قتيلا فى دار نفسه لان هناك اذا وجـد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقاتل له باعتبار عقد الكتابة وعقد الكتابة باق بعـد ما وجد هو فيـه قتيلا فلهذا جعل كانه قتل نفسـه فأما هاهنا اذا وجد غيره قتيلا انما يجعل هو كالقاتل له لقيام ملكه فى الدار حين وجد القتيل وذلك غـير موجود فيما اذا وجد هو قتيلا فيه فان الملك منتقل الى ورثته فلهذا افترقا والقتيل عندنا كل ميت به أثر فان لم يكن به أثر فلا قسامة فيه ولا دية انما هذا ميت لان حكم القسامة ثبت شرعا في المقتول والمقتول انما مات حتف أنفه بالاثر فمن لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا الى صيانة دمه عن الهدر بخلاف من به أثر وهو نظير من وجد فى المعركة وبه أثر يكون شهيدا لا يغسـل فان لم يكن به أثر غسل وكذلك ان كان الدم يخرج من موضع يخرج الدم منـه عادة من غير جرح فى الباطن كالانف فلا قسامة فيه وان كان لايخرج الدم منه عادة الا بجرح فى الباطن كالاذن فهو قتل وقد بينا هذا فى الشهيد وان ادعى أهل القتيل على بعض أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا أو خطأ لم يبطل هذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو أن القاتل واحـد من أهل المحلة ولكنا لا نعلم ذلك حقيقة وكذلك بدعوى الاولياء على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد بهذه الدعوى شيأ لايتغير به الحكم فتبقى القسامة والدية على أهل المحلة كما كان وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله انه أسقط القسامة عن أهل المحلة لان دعوى المولى على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فى قتيل لايعرف قاتله فاذا زعم الولى انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة

وذلك صحيح منه فان أقام الولى شاهدين من غير أهل المحلة على ذلك الرجل فقد أثبت عليه القتل بالحجة فيقضى عليه بموجبه وان أقام شاهدين من أهل المحلة عليه بذلك لاتقبل شهادتهما لان أهل المحلة خصماء فى هذه الحادثة مابقيت القسامة والدية عليهم فكانوا متهمين فى هذه الشهادة وكانوا بمعنى الشاهدين لانفسهم واذا لم تقبل شهادتهما قال أبو يوسف رحمه الله ان اختار الولي الشاهدين من جملة من يستحلفهم يحلفهما بالله ماقتلنا لانهما زعما انهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما علي العلم وانما يستحلفان على البتات بالله ماقتلنا وقال محمد رحمه الله يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمناله قاتلا سوى فلان لان ماهو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز اسقاط اليمين على العلم فى حقهما كما لايجوز فى حق غيرهما وان ادعى الاولياء على غير أهل المحلة فقد أبرؤا أهل المحلة من ذلك حتى لا تسمع دعواهم بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض فان أقاموا شاهدين بذلك على المدعى عليه من أهل المحلة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لاتقبل شهادتهما وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل شهادتهما على القاتل بذلك * وجه قولهما ان أهل المحلة حين وجد القتيل بين أظهرهم بعرض أن يكونوا خصماء لوادعى الولى عليهم فاذا ادعى على غيرهم فقد زالت هذه العرضية وتبين انهم لم يكونوا خصماء فى هذه الحادثة أصلا فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع اذا شهد بالبيع بعد ما سلم الشفعة فانه تقبل شهادته والوكيل بالخصومة اذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهد فى تلك الحادثة تقبل شهادته لهذا المعنى ولان البراءة قد وقعت لاهل المحلة بدعوى الولى على غيرهم على البتات بدليل انهم لايطالبون بشئ بسبب هذه الحادثة بعد هذا الحال فكانوا بمنزلة غيرهم فى الشهادة فيها ولانا انما كنا نحلفهم علي العلم ليظهروا القاتل ان علموا فيستحيل ان يظهروا ذلك حسبة بالشهادة ولا يكون مقبولا منهم بخلاف ماذا كانت الدعوى على واحد منهم لان هناك لايظهرونه حسبة بالشهادة بل يسقطون به القسامة والدية عن أنفسهم فكانوا متهمين فيها وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول أهل المحلة صاروا خصماء في حادثة لاتقبل شهادتهم فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل اذا خاصم فى المجلس يعنى مجلس الحكم ثم عزل فشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عمر رضي الله عنه وانما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى الولي علي غير أهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا خصماء لكون الولي مناقضا فى الدعوى

عليهم بعد ذلك وتأثيره انه يحتمل انهم قصدوا بالشهادة تأكيد تلك البراءة وان الولى قصد بتلك البراءة تصحيح شهادتهم له وكذلك تمكن تهمة المواضعة بينهم وبين الولي فتواضعهم على أن يدعى علي غيرهم ليشهدوا له فاتمكن التهمة من هذا الرجل امتنع قبول الشهادة لانها ترد بالتهمة وان ادعى أهل المحلة علي رجل من عندهم انه هو الذى قتله وأقاموا عليه بينة من غيرهم قبلت بينتهم لانهم يسقطون بهذه البينة الخصومة عن أنفسهم ومن ادعى نفى الخصومة عن نفسه وأثبته بالبينة كان مقبولا منه كما لو أقام ذو اليد البينة ان العين وديعة فى يده لفلان ثم ادعاه الاولياء علي ذلك الرجل أخذوه بالدم وان لم يدعوا عليه ذلك لم يكن عليه ولا علي أهل المحلة شئ لان أهل المحلة خصماء فى اسقاط القسامة والدية عن أنفسهم لا فى اثبات موجب القتل علي غيرهم انما الخصم فى ذلك الولي فلا بد من دعواه ليقضى بموجب القتل علي ذلك الرجل واذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو نصف البدن ومعه الرأس فى محلة فعلي أهلها القسامة والدية لان هذا قتيل وجد فى محلتهم وللاكثر حكم الكمال وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجدت رجله أو يده أو رأسه فلا شئ عليهم فيه لان الموجود ليس بقتيل اذ الاقل لا يجعل بمنزلة الكل ثم هذا يؤدى الى تكرار القسامة والدية فى قتيل واحد فانا لو أوجبنا بوجود النصف فى هذه المحلة القسامة والدية علي أهلها لم نجد بدا من أن نوجب اذا وجدنا النصف الآخر فى محلة أخرى القسامة والدية علي أهلها وتكرار القسامة والدية فى قتيل واحد غير مشروع وهذا نظير ما تقدم فى حكم الصلاة عليه واذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد قتيلا فى محلة وجبت القسامة والقيمة على عاقلتهم فى ثلاث سنين لان القيمة فى المماليك بمنزلة الدية فى الاحرار ولنفس المملوك من الحرمة ووجوب الصيانة عن الهدر ما لنفس الحر بدليل مباشرة القتل وأما الدواب والبهائم والعروض فلا قسامة فيها ولا قيمة لانه مال مبتذل ليس له من الحرمة ما للنفس ولا تجب صيانته عن الاهدار لا محالة وفى الحكم الثابت شرعا بخلاف القياس انما يلحق بالمنصوص ما يكون فى معناه من كل وجه فاما ما ليس فى معناه من كل وجه فلا يلحق به وان وجد فيهم جنين أو سقط فليس عليهم شئ لان هذا بمنزلة الجزء من وجه كاليد والرجل وان كان تاما وبه أثر فهو قتيل وفيه القسامة والدية لان لنفس الصغير من الحرمة ما لنفس الكبير فكان هذا فى معنى المنصوص عليه من كل وجه ولو وجد الحر قتيلا فى دار أبيه أو أمه أو المرأة فى دار زوجها

فقيه القسامة والدية على العاقلة ولا يحرم الميراث لان حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل بصفة الخطر وذلك لم يثبت على صاحب الدار لوجود القتيل فى داره وانما جعل وجود القتيل فى داره بمنزلة مباشرته فى حكم القسامة والدية خاصة للصيانة عن الهدر فهو نظير التسبب الذى قام مقام المباشرة فى حكم الدية خاصة دون حرمان الميراث وان وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فلا شئ فيه لانه ماله فهو بمنزلة ما لو باشر قتله بيده الا أن يكون عليه دين فحينئذ يجب على المولى قيمته حالة فى ماله لغرمائه كما لو قتله بيده لان ماليته حق الغرماء واذا وجد المكاتب قتيلا فى دار مولاه فالقيمة علي مولاه فى ماله كما لو باشر قتله بيده وهذا لان المكاتب مملوك له فبدله من وجه مملوك له والعاقلة لا تتحمل عنه له فيكون فى ماله ولكن تجب القيمة بالقتل فيكون مؤجلا فى ثلاث سنين ثم يستوفى منه ما بقى من مكاتبه ويحكم بحريته ومابقى يكون ميراثا واذا وجد الرجل قتيلا على دابة يسوقها رجل أو يقودها أو هو راكبها فهو على الذى معه لانه هو المختص بتدبير هذه الدابة وباليد عليها (ألا ترى) انها لو وطأت انسانا كان ذلك عليه وكذلك اذا وجد عليها قتيلا فان لم يكن مع الدابة أحد فهو على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة موقوفة فانهم أحق الناس بتدبير تلك البقعة وتدبير مافيها مما لا يعرف فى غيرهم وكذلك الرجل يحمل قتيلا فهو عليه لان يده على نفسه أقوى من يده على داره واذا وجد فى داره قتيلا كانت القسامة والدية عليه فاذا وجد القتيل على ظهره أو على رأسه أولى واذا وجد القتيل فى سفينة فالقسامة على من فى السفينة من الركاب وغيرهم من أهلها من الذين هم فيها والدية عليهم أما عند أبى يوسف رحمه الله فلا يشكل لانه يجعل السكان والملاك فى القتيل الموجود فى المحلة سواء فكذلك فى القتيل الموجود فى السفينة واما عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ففى المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير فى المحلة الى الملاك دون السكان وفى السفينة الظاهر انهم فى تدبيرها سواء اذا حزبهم أمر يوضحه ان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان المعتبر فى القتيل الموجود علي الدابة هو اليد دون الملك فكذلك في القتيل الموجود فى السفينة وهم فى اليد عليها سواء واذا وجد القتيل في نهر عظيم يجرى الماء به فلا شئ فيه لان مثل هذا النهر لا يد لأحد عليه فقهر الماء يمنع قهر غيره عليه فهو كالقتيل الموجود فى المفازة فى موضع لا حق لاحد فيه الا أن

يكون نهرا صغيرا لقوم معروفين فهو عليهم لانه منسوب اليهم (الا ترى) ان التدبير فى كريه واجراء الماء فيه اليهم وهم أحق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لاراضيهم فكان بمنزلة المحلة والفرق بين النهر العظيم والصغير ما بينا فى الشفعة فهو نهر عظيم مثل الفرات وجيحون فان كان الى جانب الشاطئ محبسا فهو علي أقرب القرى اليه والارضين فعليهم القسامة والدية لان الحبس الى جانب الشاطئ كالملقي على الشاطىء والذين هم بقرب ذلك الموضع أخص بالتدبير فيه لانهم يسقون الماء منه ويسوقون دوابهم الى ذلك الموضع للسقى واذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع فان كانوا لا يسمعون ذلك فلا شىء عليهم فيه هكذا فسره الكرخي وان وجد قتيلا فى فلاة فليس فيه شىء قال الكرخى رحمه الله وهذا اذا لم يكن ذلك الموضع قريبا من العمران فان كان قريبا من العمران بحيث يبلغ أعلي صوته أهل العمران فى ذلك الموضع فهو عليهم لانه الموضع الذى ينتهى اليه صوته من العمران وهم أحق بالتدبير فيه لرعى مواشيهم (ألا ترى) أنه ليس لاحد ان يبنى فى ذلك الموضع بغير رضاهم فاما ماوراء ذلك فهو من جملة الموات لا حق لاحد فيه فلا يجب فيه شئ وان وجد فى سوق المسلمين أو مسجد جماعتهم فهو على بيت المال والمراد سوق العامة والمسجد الجامع لان ذلك لجماعة المسلمين وهم فى التدبير فى ذلك الموضع والقيام بحفظه سواء وما يجب على جماعة المسلمين يؤدي من بيت مالهم لان مال بيت المال معد لذلك وليس فيه قسامة لان المقصود بالقسامة نفى تهمة القتل وذلك لا يتحقق فى جماعة من المسلمين فأما اذا كان فى سوق خاص لاهل صنعة ينسب ذلك السوق اليهم فهو بمنزلة المحلة المنسوبة الى قوم مخصوصين وكذلك ان كان فى مسجد محلة فهو على أهل تلك المحلة لانهم أحق الناس بالتدبير فيها من حيث فتح الباب واغلاقه ونصب المؤذن والامام فيه بمنزلة الموجود فى محلتهم وان كان فى دار رجل خاص يملكها في السوق فعلى عاقلته القسامة والدية لان المالك هو المختص بتدبير ملكه وبالامر بحفظ ملكه لكيلا يقع فيه مثل هذه الحادثة وفى هذا المعنى لافرق بين أن يكون ملكه فى السوق أوفى المحلة واذا جرح الرجل فى محلة أو أصابه حجر لا يدرى من رماه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى أهل تلك القبيلة القسامة والدية فان كان صحيحا يجئ ويذهب فلا شئ فيه وعلي قول ابن أبي ليلي لاشئ عليهم فى الوجهين وهو قول أبي يوسف

الآخر لان القسامة والدية فى القتيل الموجود فى المحلة والجريح غير القتيل ولو جعل موته محالا على تلك الجراحة لما افترق الحال بين ما اذا كان صاحب فراش أو كان يذهب ويجئ بعد تلك الجراحة كما لو كان الجارح معلوما وجه قولنا انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض اذا اتصل به الموت يجعل كالميت من أول سببه (ألا ترى) أن فى حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته فكذلك فى حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح فى ذلك الموضع فأما اذا كان صحيحا يذهب ويجئ فهو فى حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك فى حكم القسامة والدية وعلى هذا الجريح اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم أو يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى كان يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجئ فلا شئ على من حمله وفى قول ابن أبى ليلى لاشئ فى الوجهين واذا وجد القتيل في العسكر والعسكر فى أرض فلاة فهو على القبيلة التي وجد فى رحالهم لانهم سكان فى ذلك الموضع مادا موانازلين وأهل كل قبيلة ينزلون فى موضع لاينازعهم غيرهم فى تدبير ذلك الموضع فكانوا كاهل المحلة والموضع الذى لاملك لاحد فيه المعتبر هو اليد وأهل القبيلة الذين وجد القيل فى رحالهم هم المختصون باليد فى ذلك الموضع فان كان العسكر فى ملك رجل فعلى عاقلة صاحب الارض القسامة والدية لان المالك هو المختص بالتدبير فى ملكه وولاية حفظ ملكه اليه وقد بينا أن لامعتبر بالسكان مع الملاك وقيل فى قياس قول أبى يوسف رحمه الله ينبغى أن يكون على النازلين فى ذلك الموضع لان عنده السكان كالملاك وان كان العسكر بفلاة من الارض فوجد القتيل فى فسطاط رجل فعليه القسامة وتكون عليه الأيمان وعلى عاقلته الدية لانه مختص بحفظ الفسطاط والتدبير فيه بمنزلة صاحب الدار فى داره ولم يذكر فى الكتاب فى القتيل الموجود في المحلة اذا كان فيها خمسون رجلا أو أكثر وأراد أن يمين واحدا منهم ليكون عليه اليمين خمسين مرة هل له ذلك أم لا وقد روى عن محمد رحمه الله انه ليس له ذلك لان تكرار اليمين على واحد ليس فيه فائدة وانما يصار اليه عند الضرورة ولا ضرورة هاهنا وانما الضرورة فى القتيل الموجود فى دار رجل أو فسطاطه وان وجد القتيل بين قبيلين من العسكر فعليهما جميعا القسامة والدية اذا كان القتيل اليهما سواء بمنزلة الموجود بين المحلتين اذا كان اليهما سواء وان كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة فى

القتيل ولا دية لان الظاهر انه قتيل الاعداء عندما التقي الصفان للقتال والظاهر أن الانسان بعد اللقاء انما يقتل من يماديه لا من يوازره وانما كنا نوجب القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد انعدم هاهنا فان كان العسكر مختلطا فوجد في طائفة منهم قتيل فهو على أقرب أهل الاخبية اليه على من فى الخباء جميعا لان تدبير ذلك الوضع اليهم وقد بينا أن القرب معتبر فى حكم القسامة والدية واذا وجد القتيل فى قبيلة فانه لا يقبل فى القسامة النساء والصبيان والمماليك من المكاتبين وغيرهم ومعتق البعض فى قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب لان هؤلاء اتباع فى السكنى والظاهر انهم لا يزاحمون أهل القبيلة في التدبير فى قتيلهم ولانهم لا يقومون بحفظها دون الرجال البالغين ثم المعتبر فى القسامة والدية النصرة والنصرة لا تقوم بالنساء والصبيان واذا وجد القتيل فى دار امرأة فى مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فان الايمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد الاول ثم رجع أبو يوسف وقال يضم اليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون وجه قوله الآخر ان المرأة فى حكم القسامة كالصبي بدليل ان فى القتيل الموجود فى المحلة لا يدخل النساء والصبيان ثم اذا وجد القتيل فى دار الصبي فالقسامة والدية على عاقلته فكذلك فى دار المرأة وعاقلتها هم أقرب القبائل اليها لانها ليست من أهل النصرة والديوان ووجه قوله الاول ان وجوب القسامة فى القتيل الموجود فى الملك باعتبار الملك والمرأة فى الملك كالرجل (ألا ترى) انها تختص بالتدبير فى ملكها وان الولاية فى حفظ ملكها اليها فكانت كالرجل فى حكم القسامة بخلاف الصبي لانه لا تدبير له فى ملك نفسه ولا يقوم بحفظ ملكه بنفسه ثم للمرأة قول ملزم فى الجناية كالرجل حتى يصح منها الاقرار بالقتل وليس للصبي قول ملزم فى الجناية والقسامة فى معنى قول ملزم فيثبت ذلك فى حق المرأة دون الصبي بخلاف القتيل الموجود فى المحلة فالمرأة فى المحلة مثل الصبي من حيث انها لا تقوم بحفظ المحلة والدفع عنها والتدبير فيها ثم ظاهر ما يقول فى الكتاب يدل على انه ليس عليها شئ من الدية وانما الدية على أقرب القبائل منها وهو اختيار الطحاوى فى مباشرة القتل أيضا فانه يقول اذا كان القاتل من جملة العاقلة فعليه جزء من الدية فان كان القاتل غيره فلا شئ عليه من الدية والمرأة تدخل فى جملة العاقلة اذا كان القاتل غيرها ومن أصحابنا من يقول هى لا تدخل فى

جملة العاقلة لان النصرة لاتقوم بها فأما اذا كانت هى المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية لان القاتل أحق من العواقل باعتبار مباشرته فانه لما وجب علي غير المباشر فعلى المباشر أولى أن يجب جزء منها فكذلك هاهنا وجوب جزء علي المالك باعتبار ان التدبير فى ملكه اليه وفى هذا الرجل والمرأة سواء وكذلك ان كانت القرية لرجل من أهل الذمة فانه تكرر عليه الأيمان وعليه الدية لانه فى تدبير ملكه كالمسلم ولو كان الذمى نازلا فى قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيلا لم يدخل الذمى فى القسامة ولا فى الغرامة لان أهل الذمة لايزاحمون المسلمين فى التدبير فى القبيلة والمحلة ولكنهم أتباع بمنزلة السكان مع الملاك أو بمنزلة النساء مع الرجال واذا كانت مدينة ليس فيها قبائل معروفة وجد فى بعضها قتيل فعلى أهل المحلة الذين وجد القتيل بين أظهرهم القسامة والدية لانهم مخصوصون بتدبير المحلة والظاهر أن تناصرهم بالمجاورة هاهنا لما لم تجمعهم قبيلة معروفة ولا ديوان والمعتبر هو معنى النصرة فلهذا ألزمناهم الدية والقسامة واذا أبى الذين وجد فيهم القتيل أن يقسموا حبسوا حتى يقسموا لان القسامة عليهم باعتبار تهمة القتيل وقد ازدادت بنكولهم والأيمان مقصودة هاهنا فيحبسون لايفائها واذا وجد القتيل فى دار عبد مأذون له فى التجارة فالقسامة والدية على عاقلة المولى أما اذا لم يكن على العبد دين فالدار مملوكة للمولى وان كان عليه دين فالعبد انما يقوم بالتدبير فى هذه الدار باستدامة المولي الاذن له فى التجارة والمولى أخص بهذه الدار من الغرماء فان له أن يقضى دينهم من مواضع أخر ويستخلص الدار منهم لنفسه وهذا مستحسن قد بيناه فى المأذون ولو وجد فى دار المكاتب فعليه الاقل من قيمته ومن دية القتيل بمنزلة مالو باشر القتل بيده وهذا لان المكاتب فى حكم الجناية كالحر من حيث ان له فيه قولا ملزما بخلاف المأذون فانه ليس له قول ملزم فى الجناية حتى لو أقر على نفسه بالجناية خطأ لم يعتبر اقراره وللمولى عليه قول ملزم فى ذلك فيجعل القتيل الموجود فى داره كالموجود فى دار المولى ولو وجد القتيل فى قرية ليتامى صغار وليس فى تلك البلاد من عشيرتهم أحد فليس على اليتامى قسامة ولا دية ولكن على عاقلتهم الدية والقسامة بمنزلة مالو باشروا القتل بايديهم فان كان أحدهم مدركا فعليه القسامة تكرر عليه اليمين لان له قولا ملزما فى الجناية ثم علي أقرب القبائل منهم الدية فى الوجهين جميعا لانهم عاقلة اليتامى فان اليتامى ليسوا من أهل الديوان والتناصر بالديوان فحالهم فى ذلك كحال النساء والله الموفق للصواب

باب القصاص

(قال رحمه الله) بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف وهذا تنصيص على نفي وجوب القود واستيفاء القود بغير السيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم من هذا اللفظ حتى قال علي رضي الله عنه العمد السلاح وقال أصحاب ابن مسعود رضى الله عنه لا قود الا بالسلاح وانما كني بالسيف عن السلاح لان المعد للقتال على الخصوص بين الاسلحة هو السيف فانه لا يراد به شئ آخر سوى القتال وقد يراد بسائر الاسلحة منفعة أخرى سوى القتل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام بعثت بالسيف بين يدى الساعة يعني السلاح الذى هو آلة القتال فيكون دليلا لابى حنيفة رحمه الله ان القود لا يجب الا بالسلاح حتى اذا قتل انسانا بحجر كبير أو خشبة عظيمة لم يلزمه القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يلزمه القصاص لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل والمراد بالسلطان استيفاء القود بدليل انه عقبه بالنهى عن الاسراف في القتل فالتقييد بكون الآلة جارحة زيادة على النص وفى الحديث ان يهوديا رضخ رأس جارية على أوضاح فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يرضخ رأسه بين حجرين والمعنى فيه انه عمد محض لانه قصد قتله بما لا يقصد به الا القتل ولا يعرف محض العمد الا بهذا والآلة الجارحة اذا حصل القتل بها كان عمدا لان ذلك فعل مزهق للروح وما لا تلبث ولا تطيق النفس احتماله في كونه مرهقا للروح أبلغ من الفعل الجارح لان هذا مزهق للروح بنفسه والفعل الجارح مزهق للروح بواسطة الجراحة والجرح وسيلة يتوسل بها الى ازهاق الروح وما يكون عاملا بنفسه يكون أبلغ مما يكون عاملا بواسطة وكذلك من حيث العرف في قصد الناس الى قتل أعدائهم بالقاء الاسطوانة أو رفع حجر الرحاء عليهم يكون أبلغ من القصد الى ذلك بالجرح في بعض الاعضاء فاذا جعل ذلك موجبا للقصاص فهذا أولى ولابى حنيفة رحمه الله ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شئ خطأ الا السيف وفي كل خطأ الدية وفي حديث الحجاج ابن ارطاة ان رجلا قتل رجلا علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحجارة فقضى عليه بالدية والمعنى فيه ان هذه الآلة لا تجرح ولا تقطع فالقتل بها لا يكون موجبا للقصاص كالقتل بالعصا الصغيرة وتحقيقه من وجهين أحدهما ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد

محض وصفة التمحض أن يباشر القتل بآلته فى محله وآلة القتل هى الآلة الجارحة لان الجرح يعمل فى نقض البنية ظاهرا وباطنا وما سواها يدق بنقض البنية باطنا لا ظاهرا وقوام البنية بالظاهر والباطن جميعا فالقتل الذى هو نقض البنية اذا كان مما يعمل فى الظاهر والباطن يكون قتلا من كل وجه وان كان مما يعمل فى الباطن دون الظاهر يكون قتلا من وجه دون وجه والثابت من وجه دون وجه يكون قاصرا فى نفسه فيصلح أن يجب به ما يثبت مع الشبهات ولا يصلح أن يجب به ما يندرئ بالشبهات وما ادعوا من أن الجرح وسيلة يتوسل به الى ازهاق الروح غلط فان ازهاق الروح بنقض البنية وكمال الجناية مما ينقض البنية من كل وجه ونقض البنية بجرح فى الروح لا يتأتى لانه لا يحس ويفعل فى الجسم ما لا يكون كاملا فانما الكامل منه ما يكون بفعل فى النفس التى بها قوام الآدمى وذلك الفعل الجارح المؤثر فى تسييل والدليل عليه حكم الذكاة فان الحل بالذكاة انما يحصل بفعل جارح مسيل للدم بهذا المعنى ولا يحصل بما يعمل فى الجسم فلا يكون ناقضا للبنية ظاهرا وهو الفعل الذى يدق ولا فرق بينهما لان الحل مبنى على الاحتياط فلا يثبت عند تمكن الشبهة كالقود ويخرج عليه النار فانها تعمل فى الظاهر والباطن جميعا وقيل فى الذكاة أيضا اذا قرب النار من مذبح الشاة حتى انقطع بها الاوداج وسال الدم تحل وان لم يسل لا تحل لان ما هو المقصود بالذكاة وهو تمييز الطاهر من النجس لم يحصل والوجه الاخير ان آلة القتل الحديد قال الله تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والمراد القتل وكذلك خزائن أسلحة الملوك تكون من الحديد فاما الخشب والاحجار فمعدة للابنية والحديد هو المستعمل فى القتال وانما ينصب المنجنيق لتخريب الابنية (ألا ترى) ان الحديد اذا حصل القتل به وجب القصاص صغيرا كان أو كبيرا حتى انه لو غرزه بمسلة أو ابرة فى مقتله يلزمه القصاص وما سوى الحديد الصغير منه لا يوجب القصاص وان تحقق به القتل والفعل لا يتم الا بآلته فبقصور فى الآلة تمكن شبهة النقصان في الفعل وذلك يمنع وجوب القصاص فعلى هذا الطريق يقول القتل بمثقل الحديد يوجب القصاص نحو ما اذا ضربه بعمود حديد أو بصنجات الميزان لان الحديد فى كونه آلة القتل منصوص عليه وفى المنصوص عليه يعتبر عين النص فاما فى غير المنصوص عليه فالحكم يتعلق بالمعنى فيعتبر كونه محددا نحو سن العصا والمروة وليطة القصب ونحو ذلك وعلى الطريق الاول يقول لا يجب القصاص الا بما هو محدد والحديد وغيره فيه سواء وهو رواية الطحاوى

فى كتاب الشروط وتأويل الحديث انه أمر بذلك على طريق السياسة لكونه ساعيا فى الارض بالفساد معروفا بذلك الفعل بيانه فيما روى انهم أدركوها وبها رمق فقيل لها أقتلك فلان فأشارت برأسها لا حتى ذكروا اليهودى فأشارت برأسها أن نعم وانما يعد فى مثل تلك الحالة من يكون متهما بمثل ذلك الفعل معروفا به وعندنا اذا كان بهذه الصفة فللامام أن يقتله بطريق السياسة فأما الدم العصا الصغيرة اذا والى بها فى الضربات حتى مات لم يلزمه القصاص عندنا وعلى قول الشافعى رضى الله عنه يجب عليه القصاص وكذلك الخلاف فيما اذا ضربه جماعة كل واحد منهم بسوط أو عصاوهو يقول القصد بالعصا الصغيرة عند الموالاة القتل فيكون الفعل بها عمدا محضا بمنزلة القتل بالسيف بخلاف العصا الصغيرة اذا ضربه بها مرة أو مرتين لان القصد هناك التأديب والغالب معه السلامة ولا يكون القتل بها الا نادرا فيكون فى معنى الخطأ فأما مع الموالاة فالقصد منه القتل (ألا ترى) ان التهديد بالضرب بالسوط مع الموالاة كالتهديد فالقتل فى حكم الاكراه بخلاف التهديد بضرب سوط واحد ويستوى فى ذلك حصول الضربات من واحد أو من جماعة لان شرط القتل كون النفس معمودة لا التيقن بكون فعل كل واحد منهم مزهقا للروح لان ذلك لا طريق الى معرفته والدليل على الفرق بين الضربة والضربات أن شرب القليل من المثلث لا يكون موجبا للحد فان استكثر منه حتى سكر لزمه الحد باعتبار ان القليل منه ممرئ للطعام والكثير مسكر واذا حصل السكر بالكثير منه لا يميز بعض الفعل عن البعض بل يجعل الكل كفعل واحد حتى يتعلق به ما يندرئ بالشبهات وهو الحد فهذا مثله وأصحابنا رحمهم الله استدلوا بحديث النعمان ابن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيكون نصبا على التفسير وبالرفع قتيل السوط والعصا فيكون خبرا للابتداء وفى كليهما بيان أن قتيل السوط والعصا يكون قتيل خطأ العمد وان الواجب فيه الدية والمعنى فيه ان القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص فكذلك اذا حصل بمجموعها كما لو جرح رجلا جراحات خطأ أو اشترك جماعة فى قتل رجل خطأ وهذا لان كل واحد من هذه الافعال غير موجب للقصاص اذا انفرد فانضمام ما ليس بموجب الى ما ليس بموجب كيف يكون واجبا لما يندرئ بالشبهات ولو انضم ما هو موجب الى ما ليس بموجب كالخاطئ مع العامد لا يجب القصاص فاذا انضم ما هو موجب

الى ما ليس بموجب أولى بخلاف الاقداح فهناك لو حصل السكر بالقدح الاول يجب الحد وانما لم يجب الحد اذا لم يسكر به لانعدام السبب الموجب وهنا لو حصل القتل بالضربة الاولى لا يجب القصاص فعرفنا ان هـذا الفعل فى نفسـه غير موجب فلا يدخل على هذا شهادة الشاهدين بالقتل العمد فانها توجب القصاص وكل واحد منهما بانفراده لا يوجب لان شهادة الشاهدين حجة واحدة وشهادة كل واحد منهما شطر الحجة وشطر الحجة لا يثبت به شيء من الحكم فأما هاهنا فكل فعل صالح لكونه علة تامة وهو على أصله أظهر فان عنده لو حصل من كل واحد من الجماعة ضربة واحدة يجب عليهم القصاص وما لم تتكامل العلة فى حق كل واحد منهم لا يلزمه القصاص وقوله بان الضربة الواحدة يقصد بها التأديب قلنا حقيقة القصـد لا يمكن الوقوف عليها وانما ينبني الحكم على السبب الظاهر (ألا ترى) ان قطع اليد لا يقصد به القتل أيضا ولهذا كان مشروعا فى موضع كان القتل حراما وكذلك الجرح اليسـير مشروع على قصد الاستشفاء كالفصد والحجامة ومع ذلك اذا حصل القتل به وجب القصاص لان حقيقة القصد يتعذر الوقوف عليها فيعتبر السبب الظاهر فكذلك هاهنا كان ينبغي أن يجب القصاص اذا حصل القتل بالضربة والضربتين بالسوط وحيث لم يجب بان ان كل فعل من هذه الافعال بانفراده غير موجب وحقيقة الفقه فيه ما ذكرنا فى المسئلة الاولي ويمكن الاستدلال بهذا الحرف أيضا فيقال العصا الكبير مجموع اجزاء لا يتعلق القصاص بكل جزء منها وان حصل القتل فكذلك بمجموعها فاما بيان نفى استيفاء القود بغير السيف وبها يقول علماؤنا رحمهم الله فان القصاص متى وجب فانه يستوفى بطريق حز الرقبة بالسيف ولا ينظر الى ما به حصل القتـل وقال الشافعي رضى الله عنـه ينظر الى القتل بماذا حصـل فان كان بطريق غـير مشروع بان سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير حتى قتله فكذلك الجواب يقتل بالسيف وان كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل ويمهل مثل تلك المـدة فان مات والا تحز رقبته نحو ما اذا قطع يد انسان عمدا فمات من ذلك واستدل بما روينا ان النبي عليه الصلاة والسـلام أمر برضخ رأس اليهودي بين حجرين وكان ذلك بطريق القصاص (ألا ترى) انه روى فى بعض الروايات فاعترف اليهودى فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص وأمر بان يرضخ رأسـه بين حجرين ولان المعتبر فى القصاص المساواة ولهذا سمى قصاصا مأخوذ من قول القائل التقى الدينان فتقاصا أي تساويا أصـلا ووصفا وما قلناه أقرب الى

المساواة لما فيه من اعتبار المساواة فى الفعل والمقصود بالفعل يجب اعتباره الا اذا تعذر وتعذره أن يكون صورة الفعل بخلاف المشروع بأن يكون حراما أو ان لا يحصل القتل به فحينئذ يجعل مايكون متمما له فيما هو المقصود ويكون الثانى متمما الاول (ألا ترى) أن من قطع يد انسان خطأ ثم قتله لم يلزمه الا دية واحدة وجعل الفعل الثانى تتميما للاول * وحجتنا فى ذلك ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وهو تنصيص على نفى استيفاء القود بغير السيف والمعنى فيه انه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذى يتيقن انه طريق له وحز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فلا يكون طريقا لذلك الا بشرط وهو السراية وذلك لضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة ولا يعرف ذلك عند القتل وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا عن أن يكون مستحقا وصورة الفعل غير مقصودة وانما المقصود ازهاق الروح عرفا لمعنى الانتقام واستحقاق القتل شرعا فيجب مراعاة ذلك المقصود ولا يقال لا يقمع الناس فى الابتداء من أن يكون هذا الفعل مؤثرا فى تحصيل المقصود مالم يبرأ منه لانه وان كان لا يقمع الناس عن ذلك فانه يؤدى الى تأخير تحصيل المقصود وكما لا يجوز ابطال مقصود صاحب الحق لا يجوز تأخيره ثم هذا اعتبار معادلة توقعنا فى الظلم فى الانتهاء لانه اذا تراخت يده نحز رقبته والفعل الثانى بعد البرء لا يكون اتماما للاول بدليل الخطأ فيؤدى الى الزيادة على ما كان منه والى المثلة وذلك حرام فان قيل بأى طريق تسقط حرمة ذبح القاتل ولم يوجد منه فعل فى مذبح المقتول قلنا بالطريق الذى يسقط عندكم حرمة مذبحه اذا تراخت يده وهو استحقاق القتل عليه وذلك موجود قبل قطع اليد وتأويل الحديث ما بينا والذى روي انه قضى بالقصاص شاذ لا يعتمد عليه أو قاله الراوى بناء علي ماوقع عنده انه كان بطريق القصاص وفي الحقيقة انما كان ذلك بطريق السياسة وان اجتمع رهط على قتل رجل بالسلاح فعليهم فيه القصاص بلغنا عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك وهو استحسان والقياس ان لا يلزمهم القصاص وقد ذكر فى كتاب الاقرار لان المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المتعدى ولما فى النقصان من البخس بحق المتعدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد وهذا شئ يعلم ببداهة العقول فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد

وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس واحدة ولكنا تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به ولان شرع القصاص لحكمة الحياة وذلك بطريق الزجر كما قررنا ومعلوم أن القتل بغير حق في العادة لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد فلولم نوجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد لأدى الى سد باب القصاص وابطال الحكمة التي وقعت الاشارة اليها بالنص يوضحه أنه لا مقصود في القتل سوى التشفي والانتقام وذلك حاصل لكل قاتل بكماله كانه ليس معه غيره وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله الواحد اذا قتل جماعة فانه يقتل بهم جميعا على سبيل الكفاءة وقال الشافعي رضي الله عنه ان قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم ويقضي بالديات لمن بعد الاول في تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين واستدل بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فقد جعل الله تعالى النفس بمقابلة النفس قصاصا فلا يجوز أن يجعل النفس بمقابلة النفوس قصاصا بالرأى ولانا قد بينا أنه لا مساواة بينهما الا أنا أوجبنا القصاص على العشرة بقتل الواحد لرد علية القتل بغير حق وهذا لا يوجد في القتل قصاصا لان ذلك يكون بقوة السلطان فلا تقع الحاجة فيه الى التعاون والتغالب ولان في ايجاب القصاص هناك تحقيق معنى الزجر وذلك لا يوجد هنا فانه بعد ما قتل الواحد اذا علم أنه وان قتل جميع أعدائه لا يلزمه القصاص أخذ يتجاسر على قتل الاعداء واذا علم أنه يستوفى الديات من تركته يتحرز من ذلك لابقاء الغناء لورثته فكان معنى الزجر فيما قلنا وحقيقة المعنى في الفرق أن العشرة اذا قتلوا واحدا فكل واحد منهم قتل عشره فوجب عليه القصاص بقدر ما أتلف الا أنه لا يمكن استيفاء ذلك منه الا باسقاط مابقي من حرمة نفسه فيسقط ذلك لضرورة الحاجة الي استيفاء القصاص كما اذا غصب ساحة وبنى عليها سقط حرمة بنائه لوجوب رد الساحة وكذلك عندي في الساحة فأما هاهنا فكل واحد من المقتولين قد استحق على القاتل نفسا كاملة وليس في نفسه وفاء بالنفوس فلا يمكن أن يقتل بهم جميعا ولكن يترجح أولهم بالسبق فان حقه ثبت في محل فارغ واذا قتلهم معا رجح بالقرعة كما هو مذهبي في نظائره والدليل علي أن كل واحد من القاتلين يستوفى الجزاآت في الخطأ يجب على كل واحد منهم جزء من الدية وانه لو كان بعض الفاعلين مخطئا لم يجب القصاص على واحد منهم بخلاف

ما اذا قتل جماعة بعضهم عمدا وبعضهم خطأ فانه يلزمه القصاص لمن قتله عمـدا وان كان واحدا وحجتنا فى ذلك أن العشرة اذا قتلوا واحدا يقتلون به وكانوا مثلا له جزاء لدمه فكذلك اذا قتل واحد يقتل بهم ويكون مثلا لهم لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحـد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ فان من ضرورة كون أحـد الشخصين أخا للآخر أن يكون الآخر أخا له فلا يجوز أن يقال يلزمهم القصاص لرد غلة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة فان الزيادة فى القدر أبلغ من الزيادة فى الوصف واذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن وعلى قوله بالذمى والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة الى رد القتل عليه بغير حق فلأن لا يقتل العشرة بالواحد أولى وكذلك فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يوجب القصاص والحاجة ان رد عليه الجناية هاهنا بغير حق يتحقق هنا ومع ذلك يوهم الزيادة يمنع القصاص فتحقق الزيادة لأن يمنع من ذلك كان أولى فعرفنا أنه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة وبيان ذلك وهو أن القتل مما لا يتجزأ واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزى فاما ان ينعدم أصلا أو يتكامل فى حق كل واحد منهم والدليل عليه أن كل واحد منهم لو حلف أن لا يقتله كان حانثا فى يمينه بهذا الفعل ولا يجب الا بوجوب كمال الشرط وفى الخطأ يجب على كل واحد منهم الكفارة كاملة ولا تجب الكفارة الا بقتل كامل فأما الدية بمقابلة المحل فلصيانته عن الاهدار لا أن يكون ذلك جزاء الفعل والمحل واحد فلا يجب بمقابلته الا دية واحدة والدليل عليه أن القتل يخرج ببعضه زهوق الروح لان الروح لا يمكن أخذه حسا فطريق أثرها فيه قصدا هذا وقد تحقق من كل واحد منهم والحكم اذا حصل عقيب علل يضاف جميعه الى كل علة فيجعل زهوق الروح محالا به على فعل كل واحد منهم فكان كل واحد منهم قاتلا على سبيل الكمال بمنزلة الاولياء فى التزويج يتكامل الولاية لكل واحـد منهم وفى هـذا المعنى القتل الذى هو عدوان والقتل الذى هو جزاء سواء فان الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلا بكماله والدليل عليه ان فيما هو المقصود بالقتل وهو التشفى والانتقام لا فرق بين الجزاء والعدوان وهو يتكامل لكل واحد من الاولياء كما يتكامل لكل واحد من العبدين فعرفنا ان كل واحد منهم مستوف حقه بكماله فلا حاجة الى المصير الى الدية وبه فارق النكاح فان المرأة لو زوجت نفسها من جماعة لا يثبت النكاح لكل واحـد منهـم على هذه المرأة لان المقصود الفراش والنسل وذلك ينعدم بالاشتراك فلا يتكامل لكل واحـد منهم

ثم هناك لما لم يحتمل التجزى فى المحل انعدم أصلا عند الاشتراك وهاهنا لم ينعدم القتل فعرفنا أنه تكامل فى حق كل واحد منهم وما قال بان الواجب على كل منهم عشر القتيل كلام غير معقول لان القصاص فى نفس واحدة كما لا يحتمل التجزى استيفاء لا يحتمل التجزى وجوبا فلا يجوز أن يستحق بعض نفسه قصاصا وكيف يستقيم هذا ولو عفى أحد الاولياء حتي حي جزء من المقتول سقط القصاص كله فاذا كان القصاص الواجب يسقط اذا لم يبق مستحقا فى بعض النفس بعد العفو فلان لا يجب ابتداء فى بعض النفس دون البعض أولي وتبين بهذا التحقيق أنه لا طريق سوى ماقلنا ان العشرة اذا قتلوا واحدا فكل واحد منهم قاتل له على الكمال وكذلك الاولياء اذا اجتمعوا واستوفوا القصاص كان كل واحد منهم قاتلا له على الكمال مقدار حقه ليحيوه بدفع شر قاتل أبيه عن نفسه وكان ليس معه غيره فلا حاجة الى القضاء بالديةولا الى الترجيح بالسبق أو الى القرعة قال واذا قتل الحر المملوك عمدا فعليه القصاص عندنا وقال الشافعى لا قصاص عليه لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومقابلة الحر بالحر يقتضى نفى مقابلة الحر بالعبد وهذا علي وجه التفسير للقصاص المذكور في قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى فيكون بيان أن المساواة التى هى معتبرة انما تكون عند مقابلة الحر بالحر لا عند مقابلة الحر بالعبد وعن ابن عمرو ابن الزبير رضى الله تعالى عنهم قالا السنة أن لا يقتل لعبد بالحر والمعنى فيه أن هذا أحد نوعى القصاص فلا يجب علي الحر بسبب المملوك كالقصاص فى الاطراف بل أولى لان حرمة الطرف دون حرمة النفس فالاطراف تابعة للنفس واذا كان طرف الحر لا يقطع بطرف العبد مع خفة حرمة الطرف فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس كان ذلك أولى وتأثيره أن القصاص ينبنى على المساواة ولا مساواة بين الاحرار والعبيد فان العبد مملوك مالا والحر مالك والمالكية فى نهاية من العز والكمال والمملوكية فى نهاية من الذل والنقصان والدليل عليه أن المملوك قائم من وجه هالك من وجه فان الحرية حياة والرق تلف ولهذا كان المعتق منسوبا بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولا مساواة بين القائم من كل وجه وبين القائم من وجه والهالك من وجه والدليل عليه أن التفاوت ظاهر بينهما فى بدل النفس وهو المال وبه تبين أن الرق أثر فى النفسية ولهذا المعنى لا يجب القصاص على المولى بقتل عبده ولو لم يؤثر الرق فى النفسية لكان المولى كالاجنبي فى قتل العبد فيلزمه القصاص ولان المقتول كان بعرض أن يصير من خول القاتل

بأن يشتريه فيمنع ذلك القصاص المساواة بينهما فى حكم القصاص كالمسلم مع المستأمن * وحجتنا فى ذلك قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى فهذا يقتضي وجوب القصاص بسبب كل قتل الا ماقام عليه الدليل فأما قوله الحر بالحر فهو ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه فلا يجب تخصيص ما بقي (الا ترى) أنه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل على وجوب القصاص على الحرة بقتل الامة وفائدة هذه المقابلة مانقل عن ابن عباس رضي الله عنه قال كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكانت بنو النضير أشرف وكانوا يعدون بني قريظة على النصف منهم فتواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فأنزل الله هذه الآية ردا عليهم وبيانا أن الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا وعن على بن أبى طالب قال يقتل الحر بالعبد وما روى عن ابن عمرو ابن الزبير محمول على السيد اذا قتل عبده فقد كانوا مختلفين فى ذلك فمنهم من كان يوجب القصاص ويستدل بقوله عليه السلام من قتل عبده قتلناه فانما قال ذلك ردا على من يقول منهم لا يقتل السيد بعبده والمعنى فيه أن دم العمد مضمون بالقصاص فيستوى أن يكون قاتله حرا أو عبدا كدم الحر وبيان الوصف أن العبد اذا قتل عبدا يلزمه القصاص والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فيستدعى وجوبها انتفاء الشبهة المبيحة عن الدم وبعد انتفاء الشبهة الحر والعبد فيه سواء وسنقرر هذا الكلام فى مسئلة قتل المسلم الذمى والذى يختص بهذه المسئلة حرفان أحدهما أن وجوب القصاص يعتمد المساواة فى الذمى وقد تحقق ذلك فالرق والمملوكية لا يؤثر فى الدم لان الرق انما يؤثر فيما يتصور ورود القهر عليه وذلك أجزاء الجسم فأما الحياة فلا تدخل تحت القهر والدليل عليه أن العبد فيه يبقى على أصل الحرية حتى لا يملك المولى التصرف فيه اقرارا عليه به ولا استيفاء منه الا أن المولى اذا قتله لا يلزمه القصاص لانعدام المستوفى لانه لو كان القاتل غيره كان هو المستوفى بولاية الملك والقتل لا يحرمه ذلك ولا يكون هو مستوفيا العقوبة من نفسه ونقصان بدل الدم كنقصان صفة المملوكية فى محله لا فى غيره كنقصان بدل الدم بسبب الانوثة انما يكون للمملوكية فى محله فأما الحياة فلا تحلها الانوثة والثاني أن وجوب القصاص يعتمد المساواة فى الاحراز والاحراز انما يكون بالدار أو بالدين والمملوك فى ذلك مساو للحر والحكمة فى شرع القصاص الحياة

وفى ذلك المعنى الحر والمملوك سواء وليست النفوس قياس الاطراف لان وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة فى الجزء المبان ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والرق ثابت فى اجزاء الجسم فتنعدم بسببه المساواة بينهما فى الاطراف مع ان طرف العبد فى حكم المال عندنا ولهذا لا يكون مضمونا بالقصاص على أحد عبدا كان أو حرا بخلاف النفس فالمعتبر فيه المساواة فى الحياة ولهذا لا تقتل النفس الصحيحة بالنفس الزمنة وقد تحققت المساواة هاهنا وعلى هذا لو قتل رجل صبيا فعليه القصاص لوجود المساواة بينهما فى الحياة وكذلك لو قتل رجل امرأة وروى عن على رضى الله عنه يتخير أولياؤها بين أن يستوفوا ديتها وبين أن يعطوا القاتل نصف ديته ثم يقتلونه قصاصا وهذا بعيد لا يصح عن على رضى الله عنه وقد كان أفقه من أن يقول القصاص لم يكن واجبا ثم يجب باعطاء المال وعلى هذا لو قتل العبد الحر عمدا والمرأة الرجل فعليهما القصاص لوجود المساواة بينهما فى الحياة والشافعى لا يخالفنا فى هذا فانه يرى استيفاء الانقص بالاكمل قصاصا وانما يأبى استيفاء الاكمل بالانقص فاذا تبين هذا فى حالة الانفراد فكذلك عند الاشتراك حتى اذا اشترك جماعة من الرجال فى قتل حرة أو أمة فعليهم القصاص كما لو اشتركوا فى قتل رجل حر وكذلك لو قتل المسلم الذمى عمدا فعليه القصاص عندنا وعند الشافعى لا قصاص عليه وأما الذمى اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فعليه القصاص بالاتفاق ويحكى أن أبا يوسف رحمه الله قضى بالقصاص على هاشمى بقتل ذمى فجعل أولياء القاتل يؤذونه بألسنتهم ويقولون ياجائر ياقاتل مؤمن بكافر فشكاهم الى الخليفة فقال ارفق بهم فلما علم مراد الخليفة خرج وأمر باعادتهم اليه ثم قال لاولياء القتيل هاتوا بينة من المسلمين ان صاحبكم كان يؤدى الجزية طوعا فان هؤلاء يدعون أنه كان ممتنعا من اداء الجزية فلهذا قتله ولا تقبل عليهم الا بينة من المسلمين فعجزوا عن ذلك فدرأ القود به ودخل على الخليفة فاخبره بذلك فضحك وقال من يقاومكم يا أصحاب أبى حنيفة واستدل الشافعى بقوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون فالقصاص ينبى على المساواة وبعد ما انتفت المساواة بينهما بالنصوص الظاهرة لا يجب عليه القصاص وقال عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم فهذا دليل على ان دماء غيرهم لا يكافئ دماءهم ثم قال فى آخر الحديث لا يقتل مؤمن بكافر وبالاجماع ليس المراد نفى الاستيفاء فعرفنا ان المراد نفى الوجوب والمعنى فيه ان المقتول منقوص بنقص الكفر فلا يجب القصاص على المسلم بقتله كالمستأمن وهذا لان الكفر من أعظم النقائص فالكافر كالميت من

وجه قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى فلا مساواة بين من هو ميت من وجه وبين من هو حي من كل وجه بخلاف الذمى اذا قتل ذميا فقد وجدت المساواة هناك فوجب القصاص ثم الاسلام بعد ذلك زيادة حصلت على حق الاولياء فلا يمنعهم من الاستيفاء كالمستأمن اذا قتل مستأمنا يلزمه القصاص منصوص عليه فى السير الكبير فى النفس والطرف جميعا ثم لو أسلم القاتل بعد ذلك لا يسقط عنه القصاص ولان الكفر مهدر للدم مؤثر فى الاباحة فاذا وجد ولم يبح يصير شبهة كالملك فانه مبيح فاذا وجد فى الاخت من الرضاعة ولم يبح فيصير شبهة فى درء ماينىدرئ بالشبهات والدليل على ان الكفر مهدر للدم ان من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والذرارى اذا قتلهم انسلن لا يغرم شيأ لوجود المهدر وماذلك الا الكفر والدليل عليه انا أمرنا بقتل الكفار لكفرهم قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة يعنى فتنة الكفر وقال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وهذا الكفر قائم بعد عقد الذمة الا أنه غير عامل فى اباحة الدم بمعنى الدعاء الى الدين باحسن الوجوه على ما أشار الله تعالى اليه فى قوله تعالى فأجره حتى يسمع كلام الله فبقى باعتباره شبهة ينتفى بها المساواة بينه وبين المسلم بمنزلة طهارة المستحاضة مع طهارة الاصحاء فان سيلان الدم الذى هو ناقض للطهارة موجود مع طهارة المستحاضة ولكنه غير عامل فى الوقت ومع هذا لا تكون طهارتها طهارة الاصحاء حتى لا تصلح لامامة الاصحاء وهذا بخلاف المال فانه يجب القطع بسرقة مال الذمى لان المبيح وهو الكفر ليس فى المال وانما هو فى النفس فهو نظير حقيقة الاباحة بسبب القضاء بالرجم فانه لا يكون مؤثرا فى المال حتى يجب القطع بسرقة ماله ولا يجب القصاص على أحد بقتله ولهذا أوجب القطع بسرقة مال المستأمن أيضا * يوضحه أن القطع فى السرقة خالص حق الله تعالى فوجوبه يعتمد الجناية على حق الله تعالى دون المساواة ومعنى الجناية يتحقق فى سرقة مال الذمى والمستأمن بثبوت الامن لهما حقا لله تعالى فما كان القطع الا نظير الكفارة والكفارة تجب بقتل الذمى والمستأمن كما تجب بقتل المسلم * وحجتنا فى ذلك ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام أقاد مسلما بذمى وقال أنا أحق من وفى بذمته وهذا التعليل تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمى واستيفاء القود منه وفى بعض الروايات أن رجلا مسلما قتل ذميا فقضى رسول الله صلي الله عليه وسلم بالقصاص وقال أنا أحق من وفى بذمته وعن عمر رضي الله عنه انه أمر بقتل رجل مسلم برجل من أهل الحيرة

ذمى ثم بلغه انه فارس من فرسان العرب فكتب فيه ان لا يقتل يعنى يسترضوا الاولياء فيصالحوا على الديةوان عبيد الله بن عمر لما قتل هرمزان بتهمة دم أبيهاستقر الامر على عثمان فطلب منه علي رضى الله عنه أن يقتص من عبد الله وكان يدافع فى ذلك أياما ثم قال هذا رجل قتل أبوه بالامس فأنا أستحى أن أقتله اليوم وان هرمزان رجل من أهل الارض أنا وليه أعفوعنه وأؤدى الديةفهذا اتفاق منهما علي وجوب القصاص وقضى على رضى الله عنه بالقصاص على مسلم بقتل ذمى ثم رأى الولي بعدذلك فقال ماذا صنعت قال انى رأيت أن أقتل أباه لا برد أخى وقد أعطونى المال فقال فلعلهم خوفوك فقال لافقال علي رضى الله عنه انما أعطينا كم الدية وتبذلون الجزية لتكون دماؤكم كدمائنا وأموالكم كاموالنا والمعنى فيه ان دم الذمى مضمون بالقصاص حتى اذا كان القاتل ذميا يلزمه القصاص به بالاجماع وذلك دليل علي انتفاء الشبهة المبيحة عن الدم وبعد انتفاء الشبهة يستوى أن يكون القاتل مسلما أو ذميا ولا يدخل عليه الاب اذا قتل ابنه لان امتناع وجوب القود عليه عندنا ليس لقيام الشبهة فى دم الابن بل لان فضيلة الابوة تخرج الولد من أن يكون مستوجبا القود على والده كما يمنعه من قتله شرعا وان كان الاب مباح الدم بان كان مرتدا أو حربيا أو زانيا وهو محصن والدليل على أن الابوة اذا طرأت تمنع استيفاء القصاص والشبهة انما تؤثر اذا اقترنت بالسبب الموجب وحيث كان طريان الابوة مانعا من الاستيفاء عرفنا ان المعنى فيه ماذكرنا فاما المستأمن اذا قتل مستأمنا ففى وجوب القصاص على المسلم بقتل المستأمن قياس أو استحسان فى القياس يلزمه القصاص ذكره فى هذا الكتاب وهو رواية أحمد بن عمران استاذ الطحاوى عن أصحابنا ورواه ابن سماعة عن أبى يوسف فقالوا ماذكره فى السير بناء على جواب القياس ان الشبهة المبيحة عن الدم تنفى بعقد الامان فلا جرم يجب القصاص بقتله على المستأمن والمسلم جميعا فأما على جواب الاستحسان فيقول بقيت الشبهة المبيحة فى دمه وهو كونه حربيا لانه ممكن من الرجوع الي دار الحرب فجعل فى الحكم كانه فى دار الحرب فلا يجب القصاص بقتله على أحد سواء كان القاتل مستأمنا أوذميا أومسلما ولان الذمى محقون الدم علي التأبيد فيجب القصاص بقتله على المسلم كالمسلم وتحقيقه أن القصاص يعتمد المساواة فى الحياة لانه ازهاق الحياة وهو مشروع لحكمة الحياة وانما تتحقق المساواة فى ذلك شرعا لوجود التساوى فى حقن الدم وقد وجد ذلك بين المسلم والذمى فان حقن كل واحد منهما مؤبد بسبب مشروع وهو عقد الذمة

خلف عن الاسلام فى معنى الحقن والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وهذا الحقن والتقوم انما يثبت بالاحراز والاحراز يكون بالدار لا بالدين لان الاحراز بالدين انما يكون فى حق من يعتقده فأما الاحراز بقوة أهل الدار فيكون فى حق الكل والذمى فى الاحراز مساو للمسلم لانه من أهل دارنا حقيقة وحكما والدليل عليه أن الاحراز يؤثر فى المال والنفس جميعا ثم في المال احراز الذمى كاحراز المسلم حتي يجب القطع بسرقة مال الذمى وحد السرقة أقرب الى السقوط عند تمكن الشبهة من القصاص ولا يدخل عليه المقضى عليه بالرجم لانا لا نقول يباح قتله لنقصان فى احراز كل جزء على جريمته فأما الاحراز فقائم فى المال والنفس جميعا وهاهنا ان سلم لنا ان الاحراز فى حق المسلم والذمى سواء يتضح الكلام فانه لا يمكنه أن يدعى بعد ذلك بقاء الشبهة بسبب اصراره علي الكفر لان المبيح كان هو القتال دون الكفر كما قال الله تعالي فان قاتلوكم فاقتلوهم ولما رأى رسول الله صلي الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت والقتال ينعدم بالاحراز فى حق الذمى أصلا كما ينعدم فى حق المسلم وقد قررنا هذا فى السير واذا ثبت انتفاء الشبهة والمساواة فى الاحراز ثبتت المساواة بينهما فى حكم القصاص فلا يجوز أن تكون فضيلة الاسلام فى القاتل مانعا لان طريان هذه الفضيلة لا تمنع الاستيفاء فلو كان اقترانها بالسبب يمنع الوجوب لكان طريانها يمنع الاستيفاء كفضيلة الابوة وفضيلة الاسلام فى المنكوحة فانه لما كان يمنع ابتداء النكاح عليها للكافر يمنع الوطء اذا طرأ بعد النكاح فاما المسلم اذا قتل مستأمنا فلا قصاص عليه على طريق الاستحسان لانعدام المساواة فى الاحراز فالمستأمن غير محرز نفسه بدار الاسلام على التأبيد ولهذا لا يوجب القطع بسرقة ماله لبقاء الشبهة المبيحة وهى المحاربة فانه ممكن من أن يرجع الى دار الحرب فيعود حربا للمسلمين وبهذا الطريق نقول لا يقتل الذمى بالمستأمن أيضا خلافا للشافعى لان الذمى محرز نفسه بدارنا علي التأبيد فلا تتحقق المساواة بينه وبين المستأمن فأما الآيات فى نفى المساواة بين الكفار والمؤمنين فالمراد بها فى أحكام الآخرة وذلك مبين فى آخر كل آية وأما قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم فمن أصلنا أن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه فلا يكون هذا بيان أن دماء غير المسلمين لا تتكافئ دماء المسلمين وأما قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر فهو غير مجري على ظاهره بالاتفاق لان القاتل اذا أسلم يقتل قصاصا وفيه قتل مؤمن بكافر ثم المراد به الحربى يعنى من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان فانه لا يقتل

المؤمنون بهم بدليل قوله ولا ذو عهد فى عهده أي ولا يقتل ذو العهد بالكافر وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى فان قيل هذا ابتداء أى لا يقتل ذو العهد فى مدة عهده قلنا ابتداء الواو حقيقة للعطف خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه فان قيل قد روى ولا بذي عهد فيفهم منه أن المؤمن لا يقتل بذى العهدة قلنا ان ثبتت هذه الرواية فهى محمولة على المستأمن وبه نقول ان المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك لو اجتمع نفر من المسلمين على قتل ذمى قتلوا به لانهم فى حكم القصاص كالمسلمين وكل قطع من مفصل ففيه القصاص فى ذلك الموضع لان المعتبر فى القصاص المساواة وفى القطع من المفاصل يمكن اعتبار المساواة فيجب القصاص فأما كل قطع لا يكون من مفصل بل يكون بكسر العظم فانه لا يجب القصاص فيه عندنا وفي أحد قولى الشافعى يجب القصاص لان القصاص مشروع لمعنى الزجر والجناية بغير حق فى الغالب انما تكون بهذه الصفة وقل ما يكون من المفصل فلو قلنا لا يجب القصاص فى ذلك أدى الى ابطال الحكمة ولكنا نستدل بقوله عليه السلام لا قصاص فى العظم ولانه لا تتأتى مراعاة المساواة فى العظام لانه لا ينكسر فى الموضع الذى برئ كسره وبدون اعتبار المساواة لا يجب القصاص ما خلا السن فالقصاص يجب فيه وقد بيناه ولا تقطع اليسار باليمين ولا اليمين باليسار ولا اليد بالرجل ولا الابهام بغيرها من الاصابع ولا أصبع من يد باصبع من الرجل لانعدام المساواة بين هذه الاعضاء فان فيما هو المقصود بها لا مساواة يعنى مقصود منفعة البطاش فى اليد والعمل بها وبين اليمين واليسرى فى ذلك تفاوت وكذلك فى الخلقة والهيئة يظهر التفاوت بين الابهام وغيرها من الاصابع وبين اليد والرجل وأصابع اليد وأصابع الرجل فيمتنع جريان القصاص بينهما ولا يقتص من عظم ما خلا السن والاصل فى جريان القصاص في الاسنان قوله تعالى والسن بالسن وروى أن الربيع عمة أنس بن مالك كسرت سن جارية فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال أنس بن النضر أو يكسر سن الربيع بسن جارية فرضوا بالارش فقال عليه السلام ان لله عبادا لو أقسموا عليه لابرهم منهم أنس بن النضر والاصل فى جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة فى الفعل وفى المحل اما المأخوذ بالفعل فلان المماثلة فى ضمان العدوان منصوص عليها فيجب اعتبارها فى كل ما يتأتى والمتأتى اعتبار المماثلة فى هذه الاشياء ويعنى بالمماثلة فى المأخوذ بالفعل المساواة فى المنفعة والمساواة فى البدل لان التفاوت فى المنفعة المقصودة دليل اختلاف الجنس وان

اتحد الاصل فلان تنعدم المماثلة أولى ولهذا لا تقطع اليمين باليسار والتفاوت فى البدل دليل ظاهر على انعدام المساواة لان البدل بمقابلة المبدل وهو قيمته فالتفاوت فيه دليل على التفاوت فى المبدل وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله لايجرى القصاص بين الرجال والنساء فى الاطراف وقال ابن أبى ليلى يجرى وهو قول الشافعى ويسلكون فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفس وثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى الاصل فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس فكذلك فى الاطراف ولكنا نقول لامماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة فى المنفعة ولا فى البدل والمماثلة معتبرة فى القصاص فى الاطراف بدليل أن الصحيحة لاتستوفى بالشلاء للتفاوت بينهما فى البدل والمنفعة ولا معنى لقولهم ان الشلاء ميتة لاروح فيها لان استيفاءها فى القصاص جائز وبقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها فعرفنا ان الحياة فيها باقية ولكن التفاوت فى البدل فلاتقطع الصحيحة بها بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة فى الفعل حتى تستوفى النفس الصحيحة بالزمنة * فان قيل التفاوت فى البدل يمنع استيفاء الاكمل بالانقص ولا يمنع استيفاء الانقص بالاكمل حتى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وعندكم فى هذا الموضع لاتقطع يد المرأة بالرجل * قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسى كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلنا فأما اذا كان التفاوت بمعنى حكمى فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما لصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان فى التفاوت اذا كان بنقصان حسى فمن له الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل هو بالبعض حقه مستوفيا لما بقى وذلك جائز ولهذا لايستوفى الاكمل بالانقص وان رضى به القاطع لانه بالرضا يكون باذلا للزيادة ولا يجوز استيفاء الطرف بالبدل فاما اذا كان التفاوت لمعنى حكمى فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء هاهنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البدل وعلى هذا قال الشافعى تقطع يد العبد بيد الحر كما يقتل العبد بالحر وكذلك تقطع يد العبد بيد العبد كما يقتل أحدهما بالآخر قصاصا ولا تقطع يد الحر بيد العبد كما لا يقتل الحر بالعبد عنده وعندنا لايجرى القصاص بين العبيد والاحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة فى البدل أما فيما بين العبيد والاحرار فظاهر وكذلك بين العبيد اذا اختلفت القيم فيهم وكذلك اذا استوت لان طريق معرفة القيمة الحزر والمماثلة المشروطة شرعا لاتثبت بطريق الحزر كالمماثلة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها ولا يقال نصاب السرقة يعرف بالتقويم

وان كان يتعلق به ماينذرئ بالشبهات فكذلك المماثلة في القيمة هاهنا لانا لا ننكر معرفة القيمة بالحزر والظن وانما ننكر ثبوت المساواة بالحزر قطعاوفي باب السرقة الحاجة الى معرفة القيمة لاالى المساواة ولا يقال اذا كانت قيمة كل واحد من العبدين أكثر من عشرة آلاف فهاهنا المساواة بينهمافي البدل ثابتة شرعا ومع ذلك لايجرى القصاص بينهمافي الاطراف لان التقدير فى بدل نفس العبد فاما بدل طرفه فلايدخله التقدير شرعاولكن تجب قيمته بالغة ما بلغت فيتحقق التفاوت بينهمافيه وبهذا تبين ان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال ولا مدخل للقصاص فى الاموال وعلى هذا الاصل قلنا يجري القصاص بين المسلم والذمى فيما دون النفس للمساواة بينهما فى البدل وعندالشافعى يقطع طرف الذمى بطرف المسلم ولايقطع طرف المسلم بطرف الذمى اعتبارابالنفسية على قوله وعلى هذا الاصل لايقطع يدان بيد واحدة عندنا للتفاوت فى البدل والتفاوت فى المقدار وتأثير التفاوت في المقدار فيما يعتبر فيه المماثلة أكثر من تأثير التفاوت فى الصفة (ألا ترى) ان فى الاموال الربوية التفاوت في المقدار يمنع جواز العقد والتفاوت فى الصفة لا يمنع ثم التفاوت فى الصفة هاهنا يمنع استيفاء الا كمل بالانقص كالصحيحة بالشلاء فالتفاوت فى المقدار أولي وعند الشافعى يقطع يدان بيد واحدة اذا وضعا السكين من جانب واحد اعتبارا للقصاص فى الطرف بالقصاص فى النفس الا أن في الاطراف اذا وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب وامرا حتى التقي السكينان يجب القصاص لان القتل ازهاق للحياة وهو لايحتمل الوصف بالتجزى بحال فباختلاف محل الفعل لايثبت التجزى بل كل واحد منهما قاتل على الكمال كما لو اتحد محل فعلهما فاما القطع فانه جزء محسوس وذلك يتنوع نوعين نوع منه يتجزأ وهو عند اختلاف محل الفعل لانه لو لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ونوع منه لا يحتمل الوصف بالتجزى وهوما اتحد محل الفعل لان كل واحد منهماأمرّ السلاح على جميع العضو (ألا ترى) أنه لايمكن أن يشار الى شئ من المحل فيقال القطع بفعل هذا دون فعل ذلك وعنداختلاف محل الفعل يقال هذا الجانب انقطع بفعل هذا والجانب الآخر انقطع بفعل الآخر فاذا كان غير متجزئ كان قياس النفس بجعل كل واحدمنهما قاطعا بجميع اليد حكما فيلزمه القصاص لاعتبار معنى الزجر كما يعتبر ذلك فى النفس والدليل على الفرق ان عند تميز محل الفعل يجب على كل واحد منهما حكومة العدل وعند اتحاد محل الفعل يجب على كل واحد منهما عندكم

نصف دية اليد فى ماله وكذلك قلنا لو أن محرمين قتلا صيدا بضربة واحدة فان على كل واحد منهما قيمته صحيحا ولو جرحه كل واحد منهما فى محل علي حدة ضمن كل واحد منهما قيمته مجروحا بجراحة صاحبه فبه يتضح هذا الفرق ولكنا نقول كل واحد منهما قاطع بعض اليد سواء اختلف محل الفعل أو اتحد لان القطع هو الفعل بين متصلين ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والنبات والجبال ونحن يتيقن ان ماانقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السلاح علي جميع العضو لان امرار السلاح من غير حصول القطع به وجوده كعدمه وما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر هذا شئ يعرفه كل عاقل فعرفنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد ولا يجوز أن يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لان المساواة فى الفعل معتبرة لامحالة والدليل عليه أن القطع فى الجملة مما يحتمل الوصف بالتجزى وما يحتمل الوصف بالتجزى اذا اشترك فيه اثنان يضاف الى كل واحد منهما بعضه وان حصل علي وجه غير متجزى كما لو اشتركا فى تمزيق ثوب أو فى استهلاك درة أو فى جمل حبسه يضاف نصفه الى كل واحد منهما وان حصل على وجه غير متجزى فاما النفس فالقياس فيها هكذا ولكن تركنا القياس بالاثر وهو حديث عمر والمخصوص من القياس بالاثر لا يلحق به الا أن يكون فى معناه من كل وجه لان الفعل فى النفس لا يحتمل الوصف بالتجزى بحال والفعل فى الطرف يحتمل الوصف بالتجزى (ألا ترى) أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقي وفى النفس لا يتحقق ازهاق بعض الحياة دون البعض فلعدم احتمال التجزى هناك يجعل كاملا فى حق كل واحد منهما ولاحتمال التجزى هاهنا يجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض * يوضح الفرق ان الفعل فى النفس يكمل بسراية فعله فانه لو جرح فسرى الى النفس كان مباشرا قتله والفعل فى الطرف لا يكمل بسراية الفعل وانه لو قطع فسرى الى ما بقى حتى سقط لا يلزمه القصاص وسراية فعله أقرب الى فعله من فعل شريكه فاذا لم يجز تكميل فعله بسراية فعله فى حكم القصاص فلان لايجوز تكميله بفعل شريكه أولى ولا معنى لاعتبار الزجر فان معنى الزجر معتبر بعد وجود المماثلة بدليل انه لاتقطع يد الحر بيد العبد ولا الصحيحة بالشلاء لانعدام المماثلة وان وقعت الحاجة الى الزجر ولان المشتركين فى أدنى ما يتعلق به القطع لايلزمهما القطع كما لو اشترك رجلان فى سرقة نصاب واحد لا يقطع واحد منهما وان كان المسروق درة لا تحتمل التجزي وبه فارق النفس فان المشتركين فى أدنى

ما يوجب القتل حقا لله تعالى يلزمهما القتل نحو ما اذا اشتركا في قتل رجل فى قطع الطريق فيعتبر حق العبد بحق الله تعالى فى الفصلين جميعا واذا ثبت أنه لا يجب القصاص عليهما قلنا يجب علي كل واحد منهما نصف دية اليد فى ماله لانا نتيقن أن كل واحد منهما قاطع للنصف والفعل عمد وكذلك اذا وضع كل واحد منهما السكين من جانب فانا ان علمنا أن كل واحد منهما قطع نصف اليد يلزمه نصف الدية وانما يصار الى حكومة العدل اذا لم يعلم أن كل ما قطعه كل واحد منهما قدر النصف ولو قطع رجل يد رجل من نصف الساعد أورجله من نصف الساق عمدا لم يكن عليه فى ذلك قصاص لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فى الفعل والمحل فان فعله كان فى كسر العظم دون القطع من المفصل وفيما يلزمه من الدية وحكومة العدل اختلاف بين أصحابنا وقد تقدم بيانه ولو قطع رجل يدى رجل اليمني واليسرى قطعت يداه بهما وكذلك ان قطعهما من واحد لان المماثلة المشروطة فى الفعل والمحل والمأخوذ بالفعل موجود فان قيل هو ما فوت على كل واحد منهما منفعة الجنس واذا قطعنا يده كان فيه تفويت منفعة الجنس فلا يتحقق المماثلة قلنا فى حق كل واحد منهما يعتبر ما يستوفيه هو وليس فى استيفائه منفعة الجنس ثم هذا المعنى انما يعتبر فى السرقة لان تفويت منفعة الجنس استهلاك حكما والاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذلك الحكمى فأما فى القصاص فالاستهلاك الحقيقى مشروع اذا كانت المماثلة فيه فكذلك الاستهلاك الحكمى ولو قطع رجل يمينى رجلين قطعت يمينه بهما وغرم دية يد منهما عندنا سواء قطعهما معا أو على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاولى منهما وللثانى الارش وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للاخر لانه حين قطع يد أحدهما فقد صارت مشغولة بحقه مستحقة له قصاصا والمشغول لايشغل كمن رهن عينا من انسان وسلمها اليه ثم رهنها من آخر فانه لايصلح الثانى مع بقاء حق الاول وهنا حق الاول باق فمنع ذلك ثبوت حق الثانى فى اليد بخلاف ما اذا عفى الاول لان المانع قد زال اذ لم يبق له حق فى المحل وكذلك اذا بادر الثانى واستوفى لانه لم يبق للاول حق فى المحل لفواته فكان الثانى مستوفيا حقه فاذا حضرا جميعا فحق الاول قائم فيترجح بالسبق والدليل عليه أنه ليس فى عينه وفاء بحقهما بالاتفاق حتى ان عندكم يقضى بارش يد بينهما وان قطعا جميعا ولو كان فى عينه وفاء بحقهما لم يجب لهما شئ آخر بعد استيفائه كما قالم فى النفس اذا ثبت أن فى عينه وفاء بحق أحدهما لم يكن بد

من ترجيح أحدهما على الآخر فرجحنا بالسبق أو بخروج القرعة اذا حصل الفعلان جميعا كما هو أصل ثم فيما قلتم جمع بين القصاص والارش لكل واحد منهما بسبب فعل واحد وذلك لايجوز على أصلكم * وحجتنا في ذلك أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد لان السبب تقرر في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لما لم يمنع تقرر السبب في حق الثاني لا يمنع ثبوت حكمه (ألا ترى) أن ملك المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه وهو القتل والحق دون الملك بخلاف الرهن فان ثبوت السبب هناك بطريق الحكم واشتغال المحل بحق الاول يمنع ثبوت السبب في حق الثاني حكما والدليل عليه أنه لو عفى الاول كان للثاني أن يستوفي القصاص وتأثير العفو في الاسقاط فلو لم يجب له القصاص باصل الفعل لم يجب بالعفو والدليل عليه أن الثاني لو بادر واستوفى كان مستوفيا للقصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد والمساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة والشفيعين في الشقص المشفوع الا أنه اذا قطعت يده بهما فقد صار كل واحد منهما مستوفيا نصف حقه لما بينا أن القطع يقع متجزئا فان القطع الذي هو ظلم يقع من اثنين بصفة التجزى فكذلك القطع الذي هو جزء بخلاف النفس فان ما هو ظلم هناك لا يقع متجزيا فكذلك ما هو جزء واذا صار كل واحد منهما مستوفيا نصف اليد فقد قضى بنصف طرفه حق كل واحد منهما ومن عليه القصاص في الطرف اذا قضى بطرفه حقا مستحقا عليه يقضى لمن له القصاص بالارش كما لو قطعت يده في سرقة وبهذا تبين أن المعنى الذي يجب به نصف الارش لكل واحد منهما غير ما يجب به القصاص فلا يكون هذا جمعا بين القصاص والارش بسبب واحد وبه فارق النفس فان هناك لو قضى بنفسه حقا مستحقا عليه بان قتل رجما لا يقضى لمن له القصاص بشيء اذا عرفنا هذا فنقول لو عفى أحدهما عنه قبل القصاص اقتص منه للباقي ولا شيء للعافي لان المزاحمة بينهما في القطع لثبوت حق كل واحد منهما في المحل وقد انعدم ذلك بعفو أحدهما فكان للآخر القصاص فقط ولو حضر أحدهما دون صاحبه لم ينتظر الغائب ويقتص لهذا الحاضر لان حقه ثابت في جميع اليد ومزاحمة الآخر معه في الاستيفاء موهوم عسى يحضر وعسى لا يحضر فلا يؤخر استيفاء المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب يقضى له بجميع المبيع بالشفعة لهذا المعنى ثم اذا قدم الغائب كان له الدية لانه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه

فيقضى للآخر بالارش بخلاف النفس فان هناك لوحضر أحدهما واستوفى القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشيء لان هناك فى نفسه وفاء بحقهما فانما لم يستوف هذا المعنى من جهته وان لم يحضر وليس فى الطرف الواحد وفاء بحقهما فانما تعذر على الثانى الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه * يوضحه أن فى النفس وان قضى بها حقا مستحقا عليه فلا يمكن جعلها سالمة بعد موته ولا يمكنه تقوم نفسه عليه بعد ما مات فأما فى الطرف فيمكن أن يجعل الطرف كالسالم له حين قضي به حقا مستحقا عليه وان يتقوم عليه ذلك لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضى للثانى بالارش وان اجتمعا فقضى لهما بالقصاص والدية فأخذ الدية ثم عفى أحدهما عن القصاص جاز عفوه ولم يكن للآخر أن يستوفى القصاص وانما له نصف الدية لانهما ملكا الارش بالقبض وبعد تمام ملك كل واحد منهما فى نصف اليد يستحيل أن يبقى حق كل واحد منهما فى جميع القصاص فعرفنا أن حق كل واحد منهما انما بقى فى نصف القصاص والقصاص المشترك بين اثنين اذا سقط نصيب أحدهما بعفوه انقلب نصيب الآخر مالا فأما اذا لم يستوفيا الدية حتى عفى أحدهما بعد ما قضي القاضى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف للآخر أن يستوفى القصاص كما لو عفى أحدهما قبل قضاء القاضي وهو القياس وعند محمد وزفر ليس للآخر أن يستوفى القصاص استحسانا كما لو عفي أحدهما بعد استيفاء الارش وذلك لان قضاء القاضي بالقصاص وبالارش بينهما قد نفذ ومن ضرورته ضرورة القصاص مشتركا بينهما فاذا أسقط أحدهما نصيبه بقى حق الاخر فى نصف القصاص ولا يتصور استيفاء نصف اليد قصاصا والدليل عليه أن الارش بقضاء القاضي صار مملوكا بينهما فهو كما لو ملكا الارش بالاستيفاء بخلاف ما قبل القضاء فانهما لم يملكا الارش بعد فيبقى حق كل واحد منهما فى جميع القصاص والدليل على الفرق بين ماقبل القصاص وبين ما بعده أن أحد الشفيعين لو سلم قبل أن يقضي القاضى لهما بالدار كان للاخر أن يأخذ جميع الدار بالشفعة ولو سلم أحدهما بعد قضاء القاضى لم يكن للاخر أن يأخذ الا النصف وكذلك لو ادعى رجلان كل واحد منهما شراء عين من ذى اليد وأقاما البينة ثم أسقط أحدهما حقه قبل قضاء القاضى فانه يقضى للاخر بالبيع فى جميع العين وبعد ماقضى القاضى لهما لو رد أحدهما البيع فى نصيبه لم يكن للاخر الا النصف وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا القاضى انما قضى بما كان على ما كان فنزل ذلك منزلة الفتوى ولو استفتيا فأفتى لهما القاضى أن القصاص بينكما أو أن الارش

بينكما ثم عفى أحدهما كان للآخر استيفاء القصاص فكذلك اذا قضى به القاضى وهو نظير من مات وترك ابنا وبنتا فقضى القاضى بينهما بالميراث أثلاثا كان هذا كفتوى المفتى ولو تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا فقضى القاضي لها بمهر المثل كان هذا كفتوى المفتى حتى لو طلقها قبل الدخول بها كان لها المتعة وفى تفسير هذا الوصف نوعان من الكلام أحدهما أن حق كل واحد منهما كان فى جميع القصاص على أن يستوفى كل واحد منهما النصف اذا زاحمه الآخر وبقي كذلك بعد قضاء القاضى بدليل أنه لو حضر أحدهما واستوفى كان مستوفيا للقصاص ويكون الارش للآخر بخلاف مابعد استيفاء الارش فان هناك لو حضر أحدهما لا يتمكن من استيفاء القصاص مالم يحضر الآخر وهذا لان القضاء قول من القاضى والقصاص الذى هو غير المشترك لا يصير مشتركا بقول بحال كما لو جعل نصف القصاص لغيره وقضي القاضى بذلك كان ذلك لغوا بخلاف استيفاء الارش فانه فعل وبالفعل يصير القصاص مشتركا والقاضي وان قضي بالارش بينهما فالملك لكل واحد منهما لا يتم بالقضاء قبل الاستيفاء لان الارش فى معنى الصلات فانما يتم الملك فيها بالقبض لا بالقضاء كنفقة الزوجة تصير بالقبض لا بنفس القضاء والدليل عليه أن السبب الموجب للارش لكل واحد منهما قضاؤه بطرفه حقا مستحقا عليه وذلك لا يتم بالقضاء قبل استيفاء القصاص فأما اذا استوفيا الارش فسبب الملك فى المقبوض هو القبض وقد تم ذلك وبهذا فارق فصل الشفعة والبيع فالقاضي بقضائه هناك غير الامر عما كان عليه لانه فسخ بيع كل واحد منهما فى النصف وأبطل حق كل واحد من الشفيعين فى النصف الذى قضى به الآخر والوجه الآخر أن القصاص وجب مشتركا بينهما والارش كذلك أما اذا حصل الفعلان معا فهو ظاهر وكذلك ان حصلا على التعاقب لانه يجعل فى الحكم كانهما كانا معا وهذا لانا لو قلنا ان حق كل واحد منهما فى جميع القصاص لكان القاضى مسقطا حق كل واحد منهما عن نصف القصاص بولاية شرعية والقصاص لا يحتمل الوصف بالتجزى اسقاطا (ألا ترى) أن صاحب الحق لو عفا عن النصف سقط جميع حقه وهاهنا لما نفذ قضاء القاضى بالقصاص بينهما عرفنا أن القصاص كان مشتركا بينهما بشرط مزاحمة كل واحد منهما مع صاحبه فتقرر ذلك بقضاء القاضى ثم بالعفو زالت مزاحمته فيكون حق الاخر فى القصاص لانعدام شرط الشركة كما لو زالت مزاحمته بالعفو قبل قضاء القاضي والطريق الاول أصح ولو لم يكونا أخذا المال وأخذا به كفيلا ثم عفا أحدهما

فالمسئلة على الخلاف أيضا لان تأثير الكفالة فى توجه المطالبة بالارش على الكفيل وذلك لا يكون أقوى من توجه المطالبة لهما بالارش على الاصيل بقضاء القاضى ثم هناك لو عفا أحدهما كان للآخر القصاص فهذا مثله ولو كانا أخذا بالمال رهنا كان هذا بمنزلة قبض المال اذا عفا أحدهما بعد ذلك لم يكن للآخر أن يستوفي القصاص وهذا استحسان وكان ينبغي فى القياس ان لايقع بينهما شركة أبدا مالم يقبضا ولم يذكر غير هذا فى رواية أبى حفص وفى رواية أبى سليمان قال كان ينبغي فى القياس أن لايقع بينهما شركة أبدا سواء قبضا المال أو لم يقبضا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى رواية أبى سليمان أشار الى أن القياس والاستحسان فى فصل استيفاء الارش والارتهان بالارش جميعا وفى رواية أبى حفص أشار الى أن القياس والاستحسان فى فصل الارتهان بالارش وهذا هو الاصح وجه القياس ان الرهن وثيقة بالارش كالكفالة فكما ان عفو أحدهما بعد كفالة الكفيل بالارش لايمنع الآخر من الاستيفاء أى استيفاء القصاص فكذلك بعد الرهن لان بالارتهان لم يتم ملكهما فى الارش ولا فى بدله وجه الاستحسان أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء لهما (ألا ترى) انه يتم استيفاؤهما بهلاك الرهن وانه يعتبر قيمة الرهن وقت القبض فتقام يد الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء فى ايراث الشبهة بخلاف الكفالة فان بالكفالة تزداد المطالبة ولا تثبت يد الاستيفاء فبقى كل حق واحد منهما بعد الكفالة فى جميع القصاص كما كان قبله واذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل من يمناه ثم قطع يمينا أخرى وبدأ باليد ثم قطع الاصبع ثم حضرا جميعا فانه يقطع أصبعه أولا باصبع الآخر ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع مابقي وان شاء أخذ دية يده لان فى البداءة بحق صاحب اليد ايفاء الحقين فانه لايفوت به محل حق صاحب الاصبع فهما أمكن ايفاء الحقين لايجوز ابطال حق أحدهما ثم حق صاحب الاصبع فى الاصبع مقصود وحق صاحب اليد فى الاصبع تبع بدليل انه لو أراد قطع الاصابع أو بعضها وترك الكف منع من ذلك ولا مساواة بين التبع والمقصود فهو نظير مالو قطع يد انسان وقتل آخر فانه يبدأ بحق صاحب اليد فيقتص له أولا ثم يقتل بالآخر واذا قطع صاحب الاصبع أصبعه يخير صاحب اليد بمنزلة مالو كانت يد القاطع ناقصة باصبع ومن قطع يد انسان ويد القاطع ناقصة باصبع يتخير المقطوعة يده لعجزه عن استيفاء حقه بصفة الكمال فان شاء أخذ الارش وان شاء قطع مابقى ولا

شئ له سوى ذلك عندنا وعند الشافعي له أن يقطع مابقي ويضمنه خمس دية اليد لان كل أصبع خمس اليد بدليل ان ارش كل أصبع يكون خمس ارش اليد فهو انما استوفى أربعة اخماس حقه فيقضى له بالارش فيما بقى كمن أتلف على آخر خمسة أقفزة حنطة فوجد عنده أربعة أقفزة واستوفاها كان له أن يستوفى قيمة القفيز الخامس ولكنا نقول استوفى محل حقه بكماله فلا يرجع مع ذلك بشئ من الارش كما لو قطع يدا صحيحة ويد القاطع شلاء فاستوفى القصاص وهذا لان الاصابع صفة لليد (ألا ترى) أن المقصود باليد منفعة البطش وبفوات الاصبع ينتقص معنى البطش ولا ينعدم والدليل عليه انه لو أراد صاحب اليد استيفاء بعض الاصابع لم يكن له بعد ذلك ولكن اما ان يقطع من مفصل اليد أو يترك فعرفنا أن الاصابع فى حقه بمنزلة الوصف ومن تجوز بحقه مع نقصان الصفة لايكون له أن يرجع بشئ آخر كما لو أتلف عليه كرا جيدا فوجد عنده كرا رديئا وقبضه بخلاف القفزان فانه مقدار وليس بصفة (ألا ترى) ان له أن يبرئ عن بعض الاقفزة ويستوفى البعض وهاهنا ليس له أن يعفو عن بعض الاصابع ويستوفى البعض فان جاء صاحب اليد أولا قطعت له اليد لان حقه ثابت معلوم فلا يتأخر استيفاؤه لمكان حق موهوم لغائب لايدرى أيطالب أو يعفو ثم اذا حضر الآخر قضى له بالارش لان من عليه الحق قضي بمحل حقه حقا مستحقا عليه فيكون له الارش فان قيل كيف يستقيم هذا مع قولكم ان الاصبع وصف وتبع قلنا نعم ولكن باعتبار فوات هذا الوصف كان يتخير من له الحق وانما لم يتخير هاهنا لبقاء الاصبع فكان هو من هذا الوجه قاضيا بالاصبع حقا مستحقا عليه بخلاف النفس فان هناك لو حضر من له القصاص فى النفس أولا واستوفى لم يكن لمن له القصاص فى الطرف شئ لان هناك ماقضى بالطرف حقا مستحقا عليه (ألا ترى) ان فوات الطرف لايثبت الخيار لصاحب النفس ولو قطع من أصبع رجل مفصلا ومن أصبع رجل آخر مفصل ذلك الاصبع ومن رجل ثالث الاصبع كلها ثم اجتمعوا عند القاضى فانه يقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لانه ليس فى بداءته بحقه تفويت محل حق الاخرين وبالبداءة باخذ حق الاخرين تفويت محل حقه ولان حقه فى المفصل الاعلى مقصود وحق الاخرين فيه تبع واذا قطع هذا المفصل تخير صاحب المفصلين فان شاء قطع المفصل الاوسط بجميع حقه لانه وجد محل حقه ولكنه مع النقصان وان شاء أخذ ثلثي دية أصبعه من مال القاطع لعجزه عن استيفاء

كمال حقه ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ مابقى من أصبعه لوجود محل حقه وان كان ناقصا وان شاء أخذدية أصبعه من مال القاطع لعجزه عن استيفاء كمال حقه وكذلك لو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف لانه ليس فى البداءة بحقه تفويت محل حق الآخر ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقى بحقه لوجود محل حقه وان شاء أخذ الارش لعجزه عن استيفاء حقه بكماله وفى جميع هذه الوجوه لا يثبت للثانى الخيار قبل استيفاء الاول لان صفة الكمال قائمة فى طرفه ولا تنعدم بثبوت حق الاول فيه وانما ينعدم ذلك باستيفائه فلهذا كان خياره بعد استيفاء الاول واذا شج الرجل الرجل موضحة فاخذت مابين قرنى المشجوج وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج لكبر رأس الشاج فان المشجوج بخير فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له يبدأ من أي الجانبين أحب حتى يبلغ مقدارها فى طولها الى حيث تبلغ ثم يكف وليس له أن يشجه شجة تأخذ ما بين قرنيه وذكر الطحاوى عن الرازى الكبير ان له ذلك ولا خيار له لان فى القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة فى المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر (ألا ترى) ان من قطع يد انسان ويد القاطع أكبر من يد المقطوع انه يجب القصاص فهذا مثله ولكنا نقول الاصل فى الشجاج انه تعتبر المساواة فى المساحة والسبر لان البدل يختلف بحسب الاختلاف فى ذلك والمساواة فى البدل معتبرة فى القصاص فيما دون النفس فهاهنا لو شجه شجة تأخذ ما بين قرنى الشاج كان فى المساحة أكثر من الاول وكذلك فى الالم ولو شجه مثل الاول وفى المساحة كان فى السبر دون الاول لان الشجة الاولى أخذت ما بين قرنيه وذلك القدر لا يأخذ ما بين قرنى الشاج فقد عجز عن استيفاء حقه بكماله فثبت له الخيار ان شاء استوفى الارش وان شاء استوفى القصاص بقدر الاولى فى المساحة وتجوز بدون حقه فى السبر بخلاف اليد فان المعتبر هناك منفعة البطش فلعل هذه المنفعة فى اليد الصغيرة أكثر من اليد الكبيرة (ألا ترى) أن ارش اليد لا يختلف باختلاف اليد فى الصغر والكبر بحال فان لم يأخذ ما بين قرنى المشجوج لكبر رأسه وهى تأخذ ما بين قرنى الشاج وتفضل فانه يخير أيضا لانه ان استوفى مثل حقه فى المساحة كان هذا أزيد فى السبر من الاول وان اقتصر علي مايكون مثل الاول في السبر كان دون حقه فى المساحة فيتخير فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص

له ما بين القرنين من الشاج لا يزاد على ذلك وان كانت الشجة فى طول رأس المشجوج وهى تأخذ من رأس الشاج من جبهته الى قفاه فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له مقدار شجته الي مثل موضعها من رأسه لاأزيد علي ذلك لانه لو شجه مثل شجته فى الطول كان هذا في معنى السبر أزيد من الاول ولا سبيل له الي استيفاء الزيادة وان شجه الى مثل ذلك الموضع من رأسه كان دون حقه في الطول فيخير لذلك وان كانت أخذت من المشجوج ما بين جبهته الى قفاه ولا تبلغ من رأس الشاج الا الى نصف ذلك فان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص له بمقدار شجته الى حيث تبلغ ويبدأ من أى الجانبين أحب لما قلنا وقدمنا فيما سبق حكم القصاص فى الشجاج وما فيها من اختلاف الروايات وانه لايقتص فى شيء من ذلك حتى يبرأ ولا قصاص فى الهاشمة والمنقلة والآمة والجائفة لان هذه الجراحات فى العظم فاعتبار المماثلة فيها غير ممكن وبلغنا عن عمر رضى الله عنه انه قال لاقصاص فى عظم وعن ابن عباس رضى الله عنه انه قال ولاقصاص فى آمة ولاجائفة ولامنقلة ولا عظم يخاف عليه تلف وكل عظم كسر من ساعد أو ساق أو ضلع أو ترقوة أو غير ذلك ففيه حكم عدل ولاقصاص فيه لتعذر اعتبار المساواة فيه وللتفاوت فى الارش فان حكم العدل انما يظهر بتقويم المقومين فلا يكون ذلك متطوعا به واذا قطع رجل يد رجل عمدا ويد القاطع شلاء أو ناقصة أصبعا قيل له اقطع يده ان شئت والا فخذ الارش لانه وجد جنس حقه ولكنه ناقص فى الصفة فيتخير لذلك فان سقطت يده قبل أن يختار من له القصاص شيأ فلا شيء له عندنا وله الارش عند الشافعى وكذلك لو كانت يد القاطع صحيحة فسقطت لا كلة أو قطعت ظلما فلا شيء لمن له القصاص وعند الشافعى له الارش وكذلك فى النفس لو مات من عليه القصاص أو قتل فهو بناء على ما سبق ان عنده الواجب أحد شيئين إما القصاص أو الارش واذا تعذر استيفاء أحدهما لفوات محله تعين الآخر وعندنا الواجب هو القصاص لاغير وقد سقط لفوات محله حقيقة وحكما والحق الثابت فى محل مقصور عليه لايبقي بعد فواته بخلاف ماذا قطعت يده فى سرقة لانه لما قضي بيده حقا مستحقا عليه كان ذلك كالسالم له حكما اذا ثبت هذا فيما اذا كانت يده صحيحة فكذلك اذا كانت يده شلاء لان حقه كان فى القصاص وقد فات محله حين سقطت يده فان قيل هو مخير بين استيفاء القصاص واستيفاء الارش فاذا تعذر عليه استيفاء أحدهما تعين الآخر قلنا لا كذلك بل كان حقه فى القصاص لاغير الا انه كان له أن

يستوفى الارش لعجزه عن استيفاء كمال حقه بدليل انه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص وقد فات محل حقه فلم يبق له شيء ولو قطعت أصبع من أصابع القاطع لغير قصاص لم يكن للمقطوعة يده الا انه يقطع مابقي ولا ارش له بخلاف ما اذا قطعت أصبع من أصابعه فى قصاص لان الاصبع جزء من اليد فيعتبر الجزء بالكل فى الفصلين جميعا واذا اقتص الرجل من الرجل فى عضو أوشجة فمات المقتص منه من ذلك فديته على عاقلة المقتص له فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لاشيء عليه والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم كان عمر وعلى يقولان الحق قتله ولا شيء على أحد وكان ابن مسعود يقول يضمن دية النفس ويسقط من ذلك ارش العضو الذى هو حقه وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عليه الدية وكان يروى فى ذلك حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من استقاد من انسان فمات المستقاد منه وبرئ المستقيد ضمن المستقيد ديته وجه قولهما أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كالامام اذا قطع يد السارق فمات من ذلك وتأثيره أن السراية أثر الفعل فلا تنفصل عن أصل الفعل ولما اتصل أصل الفعل بالخفية فكذلك أثره ثم نفس من عليه القصاص صارت فى حكم نفسه على معنى أن الفعل في محل حقه يكون حقا مباحا وفيما وراء ذلك يكون عدوانا وان محل حقه صار مملوكا له فى حكم الاستيفاء وما وراء ذلك غير مملوك له والفعل فى محل حقه جزاء وفيما سوى ذلك عدوان فاذا تميز أحد المحلين عن الآخر حكما يجعل كالتمييز حسا ولا تنوب السراية من بدن الي بدن فباعتبار هذا المعنى يجعل عقيب القطع كانه تم البرء فلا تعتبر السراية بعد ذلك ولان هذا فعل ماذون فيه فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة كمن قال لغيره اقطع يدى أو قال من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدى قصاصا فقطع وسرى فانه لا يجب شيء وكذلك النزاع والفصاد والحجام والختان لا يضمن واحد منهم بالسراية شيأ لهذا المعنى ولان هذا قطع لو اقتصر لم يكن مضمونا فلا تكون السراية مضمونة كقطع يد المرتد وهذا لان الشرع أثبت له حق قطع اليد وليس فى وسعه التحرز عن السراية فلا يجوز أن يكون مؤاخذا به والسراية انما تكون لعجز الطبيعة عن دفع أثر الجراحة والبرء وبقوة الطبيعة عن دفع أثرها وشيء من ذلك ليس فى وسع المستوفى لحقه * يوضحه ان طرفه كان سالما بلا خطر فلا يتميز الا بمثله وهو طرف يسلم له بالاستيفاء من غير خطر ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ان هذا قتل بغير حق فيكون مضمونا وبيانه

أن القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح وقد وجد ذلك ولا شك ان القطع غير القتل فالقطع اسم لفعل يكون مؤثرا فى إباحة جزء من الجملة والقتل اسم لفعل يكون مؤثرا فى ازهاق الروح وانما يتبين ذلك باعتبار المآل ولهذا يعتبر فى الجنايات مآلها حتى اذا قطع يد امرأة أو يد رجل من نصف الساعد لم يكن عليه القصاص فان سرى الي النفس يجب القصاص فبهذا يتبين ان عند السراية تبين أن أصل الفعل كان قتلا لا ان يقال كان قطعا فصار قتلا لان الفعل لا يتصور أن يكون علي صفة ثم يصير علي صفة أخرى اذ لا بقاء له ولا يتبين أنه كان قتلا فى الاصل وهو بمنزلة تحريك الخشبة ان لم يصب شيأ كان تحريكا وان ألقاها على ما انكسر بها كان كسراً وان ألقاها على حيوان فمات بها كان قتلا وهاهنا لما انزهق الروح بهذا الفعل عرفنا انه كان قتلا من الاصل ولا حق له فى القتل فيكون هذا قتلا بغير حق بمنزلة مالو حز رقبته ولهذا كان القياس أن يلزمه القصاص عند أبى حنيفة الا انه أوجب عليه الدية استحسانا بمنزلة الخطأ فانه ما قصد قتله وانما قصد استيفاء حقه باقامة فعل هو حق فيكون بمنزلة مالو رمى الي صيد أو حربى فأصاب مسلما * يوضحه ان الفعل من حيث الصورة حقه وباعتبار المآل كان غير حقه والحكم وان كان يبنى على ما يظهر فى الحال فنسبة ذلك الفعل لصورته وصفة الحقية فى صورته تكون شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات وما ادعوا من تمييز أحد المحلين حكما كلام لا معنى له لان هذا التمييز فى حكم القطع الذى هو قصاص فقط فأما فيما وراء ذلك فنفس من عليه وأطرافه كشيء واحد وقد بينا ان هذا ليس باستيفاء لحقه وكذلك الفعل انما يكون جزاء اذا كان قطعا لا اذا كان قتلا وطرف من عليه غير مملوك لمن له القصاص حكما حتى اذا قطع كان البدل لمن عليه لا لمن له القصاص ولكن فى حق المتمكن من استيفاء حقه جعل كانه له واستيفاء حقه يكون بفعل هو قطع لا بفعل هو قتل قوله التحرز عن السراية ليس فى وسعه قلنا نعم ولكن العفو والترك فى وسعه وهو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وانما يتقيد بالوسع ما يكون مستحقا عليه فأما ما يكون مباحا له كالمشي فى الطريق والرمى الى الصيد وتعزير الزوج زوجته فمقيد بشرط السلامة وان لم يكن فى وسعه ايجاد ذلك لان ذلك غير مستحق عليه ثم عجزه لا يجوز أن يكون مسقطا حرمة صاحب النفس فى نفسه وأكثر ما فى الباب ان يتقابل حقان حق هذا فى طرف يسلم له بلا خطر وحق الآخر في نفس محترمة متقومة فتترجح حرمة النفس على حرمة الطرف أو يعتبر الحرمتان فلحقه

فى الطرف يتمكن من الاستيفاء ولمراعاة حق الآخر فى النفس يتقيد عليه بشرط السلامة وهو بمنزلة ما لو قلع سن انسان فاستؤنى حولا فلم ينبت فانه يمكن من استيفاء القصاص فان استوفى القصاص ثم نبت السن المقلوع أولا وجب عليه ارش سن القالع لهذا المعنى وهذا بخلاف قطع الامام يد السارق لان ذلك مستحق عليه اقامته فيتقيد بما فى وسعه * يوضحه أن المأمور به هناك قطع مطلق وفعله فى الصورة قطع فيصير به ممتثلا للآمر ويخرج من عهدته فيصير كالمسلم الى من له القصاص عامل لنفسه الحق فاذا مات من ذلك فانما قتله من له الحق بعد ما خرج الامام من عهدة فعله فأما هنا فمن له القصاص عامل لنفسه فلا يخرج من عهدته قبل البرء وانما اذن له فى قطع مقيد بكونه قصاصا والقصاص عبارة عن المساواة فاذا تبين أنه لم يكن قصاصا كان مضمونا عليه ولهذا قلنا فى قوله اقطع يدى فقطع فسرى لايجب شئ لانه أنابه مناب نفسه فى قطع مطلق فكما أن به تحول فعله الى الآمر وخرج القاطع من عهدته وكذلك النزاع والفصاد والحجام انما أمروا بفعل مطلق وكما فرغوا من ذلك خرجوا من عهدتهم وصار مسلما الى من أمرهم بذلك فأما قول من عليه القصاص لمن له القصاص اقطع يدى قصاصا غير معتبر لان من له القصاص عامل لنفسه بعد هذا القول وقبله كيف وقد قيد الامر بقوله اقطع قصاصا فاذا سرى الى النفس فهذا على الخلاف والحرف الآخر لابى حنيفة أن هذه سراية تولدت من قطع مضمون فيكون مضمونا كما لو قطع يد انسان ظلما وبيان ذلك أن القصاص محض حق العباد فيكون واجبا بطريق الجبران وما يستوفى جبرا يكون على المستوفى بما كان استوفى منه فان معنى الجبران لا يتحقق الا به كمن استهلك على انسان مالا فاستوفى منه مثله كان المستوفى مضمونا على المستوفى وهذا مثله فاذا كان أصل الفعل مضمونا والسراية أثره فتكون مضمونة أيضا وعليه يخرج قطع يد السارق لانه أقامه حدا فلا يكون مضمونا على الامام (ألا ترى) أن ذلك قضاء منه وفيما يكون مضمونا عليه لا يكون نافذ القضاء وكذلك اذا قال لغيره اقطع يدى فانه غير مضمون عليه لانه عامل للآمر لامره فى محل مملوك له وكذلك قطع يد المرتد وأما فعل الفصاد والنزاع فانه مضمون ضمان عقد ولكن لا يتولد ضمان الجناية من ضمان العقد وقد قررنا هذا فى مسئلة الاجير المشترك ولو لم يمت المقتص منه ومات المقتص له قتل به المقتص منه لانه لما مات تبين أن الواجب له القصاص فى النفس ومن له القصاص فى النفس اذا قطع يد من عليه القصاص لا يسقط به

حقه فى النفس فلهذا قتل به قصاصا ولو قتل رجل رجلا فدفع الى وليه فقطع يده عمدا أو مثل به فى غير ذلك الموضع لم يكن عليه فى ذلك ارش لانه كانت له نفس واليد من النفس (ألا ترى) أن استيفاء النفس باق على ذلك كله ولكن تعذر لما باشره من المثلة فان المثلة حرام بنهى النبي عليه السلام عن المثلة وما كان يمنع من هذا الفعل فذلك لا يدل على أنه مضمون عليه كما لو حرقه بالنار فانه لا يكون مضمونا عليه وان كان هو ممنوعا منه والاطراف تابعة للنفس فاذا كان فعله فى النفس علي وجه يكون ممنوعا منه لا يوجب الضمان عليه فكذلك فى الطرف ولو أن الولى بعد ما قطع يده عمدا أو خطأ عفا عنه كان عليه دية اليد فى قول أبى حنيفة ولا شئ عليه فى قول أبى يوسف ومحمد لانه استوفى طرفا من نفس لو استوفاها لم يضمن فكذلك اذا استوفى جزأ منها لم يضمن كما لو قطع يد مرتد وهذا لان الاطراف تابعة للنفس فمن ضرورة ثبوت حقه فى النفس ثبوت حقه فى الاطراف لان الحق فى التبع انما يثبت بثبوته فى الاصل ولهذا لم يكن استيفاء الطرف موجبا للضمان عليه قبل العفو فكذلك بعد العفو ولان العفو اسقاط فانما ينصرف الى الباقى لا الى المستوفى كمن قطع يد انسان ثم قطع من له القصاص أصبعا من أصابعه ثم عفا عن اليد لم يضمن ارش الاصبع والاصابع للكف بمنزلة الاطراف للنفس والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلا لم يضمن شيأ وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه فى الطرف فكذلك اذا أعقبه عفوا لانه فى العفو محسن واحسانه لا يكون موجبا عليه الضمان * يوضحه أنه بعد العفو لو سرى الى النفس لم يضمن شيأ والقطع السارى أفحش من المقتصر واذا كان لا يضمن بعد العفو اذا سرى شيأ فاذا اقتصر أولي أن لا يضمن وأبو حنيفة يقول استوفى طرفا لا حق له فى استيفائه من نفس متقومة فيكون مضمونا عليه وبيانه أن نفس من عليه القصاص متقومة فى حق سائر الناس فكذلك فى حق من له القصاص الا أن تقومها سقط فى حق الاستيفاء بما سبق ولا حق لمن له القصاص فى استيفاء الطرف لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا أن حقه فى القتل والقطع غير القتل والدليل عليه أنه يمنع من الاستيفاء مع أن القطع طريق مشروع لاستيفاء القصاص فى النفس فانما يمنع هناك لانه مخطئ فى الطريق وها هنا غير مخطئ فى الطريق ثم يمنع من الاستيفاء فعرفنا أنه لا حق له فى الطرف وهذا لان حقه فى النفس والاطراف تابعة للنفس فانما يثبت له الحق فى استيفائها تبعا لا مقصودا فاذا استوفى الطرف مقصودا كان مستوفيا

ما ليس بحق له الا انه قبل العفو متمكن من أن يجعله تبعا للنفس بان يقتله فيكون كل واحد من الفعلين قتلا ويصير الطرف تبعا للنفس فلا يضمن شيأ فأما بعد العفو فقد سقط حقه فى النفس وبقى الطرف مقصودا بالاستيفاء ولاحق له فيه مقصودا فكان مضمونا عليه والدليل عليه أن من وجب له القصاص على امرأة فزنى بها يلزمه الحد والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين فلو ثبت من له الحق فى اطرافها مقصودا لصار ذلك شبهة فى اسقاط الحد ومن له القصاص على عبد انسان اذا تصرف فى ماليته كان هو في ذلك كاجنبي آخر وان كان حقه ثبت فى ماليته تبعا على معنى ان باستيفاء النفس يصير مستوفيا للمالية والدليل على أن من له القصاص فى النفس لاحق له فى الطرف انه لو كان عليه قصاص فى اطرافه لانسان وفى نفسه لآخر فجاء من له القصاص فى النفس فقطع طرفه لم يضمن من عليه شيأ لصاحب الطرف ولو كان حق من له القصاص فى النفس ثابتا فى الطرف لصار هو قاضيا بطرفه حقا مستحقا عليه فيغرم الارش لصاحب الطرف وهو بخلاف الاصبع مع الكف فان حق من له القصاص ثابت فى الاصابع هناك بدليل ان فوات بعض الاصابع يثبت له الخيار وأن الكف تابعة للاصابع بدليل حكم الارش فأما هنا ففوات الاطراف لايثبت الخيار لصاحب النفس ولا ينقص بدل النفس بفوات الاطراف فعرفنا أن الاطراف تابعة للنفس وقد قيل ان تلك المسئلة مذكورة فى الزيادات والجواب قول محمد خاصة وهذا بخلاف مالو سرى القطع الى النفس بعد العفو لان بالسراية يتبين ان أصل فعله كان قتلا وانه كان مستوفيا حقه وانما أسقط بعد الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا أعقب القطع قتلا لان الفعل الثانى يكون متمما للمقصود بالفعل الاول فيتبين به ان كل واحد منهم قتل والقتل حقه فلا يكون مضمونا عليه ثم اذا قتله فقد تقرر حقه فى النفس وذلك يمنع وجوب ضمان الطرف عليه بخلاف ما اذا عفا ولا معنى لقولهم ان عفوه ينصرف الى ما بقي لانه بقطع اليد ماصار مستوفيا شيأ من القتل حتى يقال ينصرف عفوه الى ما بقي قال وفى العين القصاص وفى السن القصاص اذا قلعت أو كسر بعضها ولم يسود ما بقى وقد بينا حكم القصاص فى السن وانما بقي منه حرف وهو أنه اذا كسر بعض السن فاسود ما بقى لا يجب القصاص فانه عاجز عن فعل مثل الفعل الاول فانه لا يمكنه أن يكسر بعض السن على وجه يسود ما بقى فلهذا لا يلزمه القصاص * يوضحه أن الفعل كله فى محل واحد وآخره موجب للارش فيمنع ذلك وجوب القصاص فى جميعه وفرق أبو يوسف ومحمد بين هذا وبين ما اذا قطع أصبع

انسان فشلت بجنبها أخرى وهذا لان كل أصبع محل على حدة ووجوب الارش بالفعل فى أحد المحلين لا يمنع وجوب القصاص بالفعل فى المحل الآخر وهنا المحل كله واحد فاذا خرج آخره من أن يكون موجبا للقصاص يخرج أوله من أن يكون موجبا فامافى العين اذا ذهب نورها بالضربة ولم تخسف فعليه القصاص وصورته أن تحمى له مرآة ثم تقرب منها حتى يذهب نورها ويربط على عينه الاخرى وعلى وجهه قطن هكذا روى عن علي رضى الله عنه فان هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه فشاور الصحابة فى ذلك فلم يجد عندهم شيأ حتى قضى على رضي الله عنه بالقصاص وبين طريق الاستيفاء بهذه الصفة فاتفقوا على قوله فأما اذا انخسفت أو قامت الحدقة فلا قصاص فيها لانه لا يتأتى اعتبار المماثلة فى السن والمحل فهو بمنزلة كسر العظم وانه لا يتعلق به القصاص واذا أحرق رجل رجلا بالنار فعليه القصاص لان النار تعمل عمل السلاح فى تفريق الاجزاء والتأثير فى الظاهر والباطن ثم يقتله المولى بالسيف عندنا وعند الشافعى يقتله بمثل ما قتله به والدليل على أنه لا يحرقه بالنار قوله عليه السلام لا يعذب بالنار الا ربها وقال لا تعذبوا بعذاب الله أحدا واذا طعنه برمح لا سنان له فاجافه فمات فعليه القصاص لوجود الجرح فى الظاهر والباطن وقد بينا أن غير الحديد اذا كان يعمل عمل الحديد فى القطع والجرح فالفعل به يكون عمدا محضا وكذلك لو شق بطنه بعود أو ذبحه بقصبة فهو بمنزلة السلاح يجب القصاص به وفى مثقل الحديد والنحاس اختلاف الروايات كما بينا والكلام فى القتل بالحجر والعصا قد تقدم واذا غرق رجل رجلا فى ماء فلا قصاص عليه وان كان يعلم انه لا ينقلب منه بلغنا ذلك عن عمر رضى الله عنه ومراده الحديث الذي روينا فى كتاب الاكراه وعلى قول أبى يوسف ومحمد يجب عليه القصاص اذا جاء من ذلك ما يعلم انه لا يعيش من مثله بمنزلة القتل بالحجر الكبير على قولهم ويعتمدون فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ولكن أبو حنيفة قال هذا لا يثبت مرفوعا وانما هذا كلام زياد ذكره فى خطبه ألا ترى انه قال فيه ومن قتل عبده قتلناه وبالاجماع من قتل عبده لا يقتل ثم الماء ليس فى معنى السلاح (ألا ترى) انه لا يؤثر فى تفريق الاجزاء فى الظاهر فهو بمنزلة الحجر والعصا على قولهم يوضحه ان الغريق يجتذب الماء بنفسه فيكون كالمعين على نفسه فيكون ذلك شبهة فى اسقاط القود ولو خنق رجلا فمات أوطرحه فى بئر أو ألقاه على ظهر جبل أو سطح فمات لم يكن فيه قصاص عند أبى حنيفة وعندهما اذا كان

شئ من ذلك يعلم انه لا يعيش من مثله فهو عمد محض يجب به القصاص وان كان خناقا معروفا قد خنق غير واحد فعليه القتل لانه ساع فى الارض بالفساد والامام يقتل الساعى فى الارض بالفساد حدا لا قصاصا وذكر فى النوادر انه لو حبسه فى البيت فطبق عليه الباب حتى مات لم يضمن شيأ عند أبى حنيفة ولكن يعزر على ما صنع وعندهما يضمن ديته لانه مسبب لاتلافه على وجه متعد فيه فيكون بمنزلة حافر البئر فى الطريق وأبو حنيفة يقول حبسه وتطبيق الباب عليه لا يوجب اتلافه وانما يتلفه معنى آخر وهو الجوع الذى هاج من طبعه وبعد الطعام عنه ولا صنع للجانى فى ذلك فلو ضمن انما يضمن بجنايته عليه بتأخير حبسه والحر لا يضمن باليد ولو سقي رجلا سما أو أوجره ايجارا فقتله لم يكن عليه قصاص والدية على عاقلته وفى بعض النسخ قال سقاه سما أو أوجره ايجارا فقد صار متلفا له وهذا هو الاصح لانه اذا دفعه اليه حتى شرب بنفسه لم يضمن شيأ لان الشارب مختار به فى شربه فيكون قاتلا نفسه ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس والاصل فيه ان اليهودية حين أتت بالشاة المسمومة هدية الي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل من ذلك بشر بن البراء فمات ثم لم يضمنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ديته لان تناوله باختياره فاما اذا أوجره ايجارا فقد صار متلفا له فيكون ضامنا ديته وقيل هذا اذا كان سما قد يقتل وقد لا يقتل فيكون ذلك بمنزلة الخطأ فأما اذا كان سما ذعافا يعلم انه يقتله لا محالة فانه يجب عليه القصاص عند أبى يوسف ومحمد بمنزلة ما تقدم من الفعل الذى لا يلبث واذا جرح الرجل الرجل عمدا بالسيف فاشهد المجروح علي نفسه أن فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك فلا شئ علي فلان ولا تقبل البينة عليه بالجناية لان قبول البينة يبنى على دعوى صحيحة والوارث فى الدعوى قائم مقام المورث فكما لا تصح الدعوي من المورث بعد اقراره انه لم يجرح فكذلك لا تصح من الوارث لانه نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفى القتل ولو لم يقر المجروح بذلك ولكنه عفى عن الجارح قبل موته ثم مات ففى القياس عفوه باطل لان القصاص فى النفس انما يجب بعد موته ويكون للوارث لا للمورث فالوارث هو الذي ينتفع به دون المورث فيكون المورث بعفوه مسقطا حق الغير ومسقطا للحق قبل الوجوب وذلك باطل والدليل عليه ان عفو الوارث قبل موت المورث عن القصاص صحيح ولو كان القصاص يجب للمورث لا يصح عفو الوارث كالابراء عن الدين وجه الاستحسان ان الوراثة خلافة وانما يجب القصاص للوارث

على وجه الخلافة عن المورث لا ابتداء ولهذا لو انقلب مالا يقضى منه دين المورث وتنفذ وصاياه فأصل الحق كأنه ثابت للمورث فيصح بعد ماوجد سبب وجوب الحق وان لم يجب بعد كما يجوز التكفير بعد الجرح قبل زهوق الروح ثم عفوه فى الانتهاء كاذنه في الابتداء واذنه فى الابتداء مسقط للقود عن الجانى حتى اذا قال اقطع يدى فقطعه فسري لا يجب شئ كذلك عفوه فى الانتهاء ولو عفا الولى قبل موت المجروح ففى القياس لا يصح عفوه أيضا لانه لم يأن حقه بعد فان ثبوت حقه بطريق الخلافة وذلك بعد موت المورث واذا أسقط حقه قبل أوانه كان باطلا كما اذا أبرأ عن دين واجب لمورثه فى حياته وجه الاستحسان أن السبب يجعل قائما مقام حقيقة وجوب الحق فى صحة العفو وهذا السبب انعقد موجبا للقصاص للوارث وان كان بطريق الخلافة عن المورث فيقام مقام حقيقة وجوب الحق فى تصحيح عفوه يوضحه أن باعتبار أصل السبب الحق للمورث لان السبب جناية على حقه وهو من أهل أن يجب له الحق بعد هذا السبب وباعتبار نفس الواجب الحق للوارث لان القصاص فى النفس لم يجب الا بعد الموت وبعد الموت المورث ليس بأهل أن يجب له الحق فيجب للوارث وكل واحد من الجانبين مراعى فلمراعاة السبب صححنا عفو المورث استحسانا ولمراعاة الواجب بالسبب صححنا عفو الوارث استحسانا وهذا لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وقال فمن تصدق به فهو كفارة له فيجب تصحيحه ما أمكن والله أعلم

باب العفو عن القصاص

(قال رحمه الله) العفو عن القطع والضربة والشجة والجراحة يكون عفوا عن السراية وبيانه أن من قطع يد انسان أو شجه موضحة فقال المجنى عليه عفوت عن القطع أو عن الشجة فان اقتصر جاز العفو بالاتفاق وان سرى الى النفس فالعفو باطل فى قول أبى حنيفة وفى القياس يلزمه النقصان وفى الاستحسان تلزمه الدية فى ماله وقال أبو يوسف ومحمد العفو صحيح ولا شئ عليه وأما اذا قال عفوتك عن الجناية أو الشجة وما يحدث منها أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو بالاتفاق وهما يقولان عفى عن حقه لانا قد بينا أن بعد السراية الحق ثابت فى الطرف فقبل السراية أولى والدليل عليه أن العفو فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء بدليل أنه لو اقتصر فيهما جميعا لم يضمن شيأ ثم الاذن فى الابتداء بهذه الالفاظ

يسقط ضمان السراية فكذلك العفو فى الانتهاء وهو بمنزلة مالو كان العفو بلفظ الجناية والدليل عليه هو أن سبب ثبوت الحق الشجة ولولاه لما صح العفو عن الجناية أو عن الجراحة وما يحدث منها فاذا عفى عن الشجة صار أصل السبب هدرا فالسراية التى تنبنى عليه تكون هدرا أيضا والدليل عليه أن معنى قوله عفوتك عن الشجة أي عن موجب هذه الشجة وموجبها القصاص فى الشجة اذا اقتصر وفى النفس اذا سرى فيصرف العفو اليهما كما لو قال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب بالغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذلك المشترى اذا أبرأ البائع عن العيب يكون ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد والدليل عليه ما قال في الجامع الصغير لو أن عبدا قطع يد انسان فصالح مولاه عن القطع على أن يدفع العبد اليه فأعتقه المجنى عليه ثم مات قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية فاذا كان الصلح على القطع صلحا عن السراية فكذلك العفو وقال فى الزيادات لو ادعى رجل شجة مع السراية وشهد له شاهدان أحدهما بالشجة والآخر بها وبالسراية تقبل شهادتهما على الشجة ولو لم تكن الشجة حقه بعد السراية لما قبلت الشهادة لاختلاف الشاهدين فى المشهود به وأبو حنيفة يقول عفا عن غير حقه فلا يصح لان العفو اسقاط الحق فاذا صادف ما ليس بحقه كان باطلا وبيانه أنه عفا عن اليد وحقه فى النفس لما بينا أن بالسراية يتبين أن أصل الفعل كان قتلا وموجب القتل القصاص فى النفس دون اليد والدليل عليه ان المعتبر فى الجنايات مآلها لا حالها (ألا ترى) ان أصل الفعل قد يكون موجبا للقصاص وبالسراية يتبين انه كان غير موجب كما لو قطع يده من المفصل فسرى الى نصف الساعد فباعتبار المآل هاهنا يتبين انه لم يكن حقه فى اليد قصاصا (ألا ترى) انه بعد السراية لو قال الولي عفوتك عن اليد لم يصح فكذلك قبل السراية ولو قال المجنى عليه عفوتك عن القتل ثم اقتصر لم يصح فكذلك اذا قال عفوتك عن اليد فسرى ولا معنى لما قال انه عفا عن موجب اليد لانه لما قال عفوتك عن القطع فمعناه عن قطع واجب مقابل هذا القطع لا عن هذا القطع الذى تحقق لان العفو عنه لا يتحقق وقد تبين انه لم يكن قطع واجب بمقابلة هذا القطع وقوله بان هذا القطع سبب حقه قلنا القطع سبب حقه فى اليد لا سبب حقه فى النفس بل حقه فى النفس القتل لان القطع السارى لا يقول انه قطع ثم قتل أو قطع يصير قتلا بمنزلة قنص يصير صيدا ولكنه يتبين أنه

كان قتلا فى الاصل لان القتل فعل مزهق للروح وانما ازهق هذا الروح عقيب هذا الفعل فعرفنا انه قتل ولهذا صح العفو بلفظ الجناية لان اسم الجناية يتناول القتل وما دونه (ألا ترى) انه لو قال لاجناية فى قتل فلان ثم ادعى عليه النفس أو مادون النفس لم تسمع بخلاف القطع فهو اسم حائز لما دون النفس حتى لو قال لاقطع لى قبل فلان ثم ادعى عليه النفس صحت الدعوى وكذلك اذا قال عفوتك عن القطع وما يحدث منه لان ذلك عبارة عن النفس وقد تبين أن حقه كان فى النفس فصح العفو وهذا بخلاف المأذون فى الابتداء لان الاذن صادف محلا هو حقه فيصير المأذون قائما مقام الاذن فى اقامة الفعل فيه فكانه فعل بنفسه وبخلاف مالو اقتصر لانه تبين هناك ان فعله كان قطعا وان حقه فى قطع واجب بمقابلة هذا القطع فاما اذا دفع العبد باليد فالصلح هناك باطل عند أبى حنيفة اذا سرى قبل أن يعتقه الا ان عتقه انما ينفذ لانه مقبوض بحكم صلح فاسد فيصير مملوكا فينفذ فيه العتق ثم من حيث الظاهر انما دفع العبد باليد ومن حيث المعنى قصد المولى دفعه بالجناية فاذا لم يتصل به مالا يمكن فسخه وهو العتق اعتبرنا الظاهر وقلنا اذا سرى فالصلح باطل واذا اتصل به مالا يمكن فسخه اعتبرنا المقصود وهو الدفع بالجناية فقلنا العتق نافذ والعبد صلح بالجناية * يوضحه ان هناك نفذ العتق لكونه مملوكا له وان كان بسبب فاسد ويضمن قيمته لمولاه ثم المجنى عليه يستوجب القيمة على المولى أيضا لانه دفعه على وجه لم يصر به مختارا فكان مستهلكا فيلزمه قيمته فتقع المقاصة بين القيمتين فلهذا قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية وأما مسئلة الجامع فقيل انه قول محمد ثم انما يتبين ان الحق فى النفس اذا ثبتت السراية ولم تثبت لان الشاهد بها واحد وبدون السراية الحق فى الشجة وقد اتفق الشاهدان عليه ولا يقال المدعى يتبرأ من الشجة لانه انما يتبرأ منها اذا ثبت حقه فى النفس ولم يثبت فهو بمنزلة ما لو ادعى بيع عين من انسان بثمن وأنكر المشترى وحلف بنفى العين عن ملك المدعي لانه انما يتبرأ من ملك العين اذا ثبت حقه فى اليمين ولم يثبت ثم فى القياس يجب القصاص عند أبى حنيفة لان العفو لما حصل من غير حقه كان وجوده كعدمه ولكن فى الاستحسان قال حقه فى الصورة عند العفو ماأضاف اليه العفو وان تبين في الاخيرة أنه غيره وكذلك ماأضاف اليه العفو هو السبب لثبوت حقه فى النفس ظاهرا ليصير ذلك شبهة فى رد القود وقد قال فى مسأله الجامع الصغير لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب عند أبى حنيفة قيل ماذكر هذا حق بسبب

القياس وقيل بل أبو حنيفة يفرق فيقول هناك الصلح مضاف الي العبد والعبد ليس بسبب لثبوت حقه فى النفس فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القود ثم بنى على هذا الفصل مسئلة التزويج على الجراحة بالجناية وقد تقدم بيانها فى كتاب الصلح والعفو عن دم العمد جائز فى المرض من جميع المال لان دم العمد ليس بمال وبالمرض انما يلحقه الحجر عن التصرف فى ماله لحق ورثته فقيما ليس بمال المرض والصحة فيه سواء والقاتل وغير القاتل فيه سواء (ألا ترى) أنه لو أعان انسانا بيديه لا يعتبر ذلك من ثلث ماله وان كان ذلك الرجل قاتلا له وعلى قول الشافعي عفوه فى القصاص صحيح ولكن فى حق المال باطل لان العمد عنده موجب للمال ولا وصية للقاتل والعفو عن أحد القاتلين لا يبطل القود عن الآخر وكذلك الصلح مع أحدهما لان القصاص لزمهما بالقتل ثم سقط أحدهما بالعفو ودم أحدهما متميز عن دم الآخر فسقوطه عن أحدهما لا يورث شبهة في حق الآخر بخلاف مالم اذا لم يجب القصاص على أحد القاتلين لان هناك الفعلان اجتمعا في محل واحد وأحدهما موجب والآخر غير موجب ودم المقتول لا يتميز بعضه عن بعض قال ولكل وارث فى دم العمد نصيب بميراثه يجوز فيه عفوه وصلحه أما الدية اذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا وقال مالك لا يرث الزوج الزوجة من الدية شيأ لان وجوبها بعد الموت والزوجية تنقطع بالموت * وحجتنا فى ذلك حديث الضحاك بن سفيان الكلابى انه أتاه كتاب رسول الله صلي الله عليه وسلم فامره أن يورث امرأة أشيم الضبابى من عقل زوجها أشيم وقد كان عمر يقول لا ميراث للزوج والزوجة من الدية ثم رجع الى هذا الحديث وعن على رضى الله عنه انه كان يقسم الدية علي من أحرز الميراث وعنه قال اذا أوصى الرجل بثلثه دخلت ديته فى تلك الوصية ولان بدل نفسه كسائر أمواله حتى يقضي منه دينه فيرث منه جميع ورثته كسائر الاموال وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة فى القصاص عندنا وعلى قول ابن أبى ليلي لا يثبت حقهما فى القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد (ألا ترى) ان حق الموصي له لا يثبت فى القصاص وهذا لان المقصود فى القصاص التشفى والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا * وحجتنا فى ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والقصاص حقه لانه بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع ورثته كالدية والدليل عليه أن استحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد وبه

فارق الوصية وبهذا تبين ان الاستحقاق ليس بالعقد. واذا كان دم العمد بين رجلين فعفى أحدهما فلا قود على القاتل لما روي أن هذه الحادثة وقعت فى زمن عمر رضى الله عنه فشاور فيها ابن مسعود فقال أرى هذا قد أحيا بعض نفسه فليس للآخر أن يتلفه فأمضي عمر رضى الله عنه القضاء على رأيه وهو المعنى فان العافى أسقط حقه وهو من أهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه حق بعض نفس القاتل والآخر يعجز عن استيفاء حقه لان القتل لا يحتمل التجزى فى نفس واحدة استيفاء ثم القصاص فى نفس واحدة كما لا يتجزأ وجوبا لا يتجزأ سقوطا واذا ثبت أن الآخر تعذر عليه استيفاء حقه قلنا انما تعذر استيفاؤه لمعنى فى القاتل وهو مراعاة الحرمة لبعض نفسه فكان فى معنى الخطأ فيجب المال للآخر ولا يجب للعافى شئ لان تعذر استيفاء القصاص فى حقه كان باسقاطه ثم للآخر نصف الدية فى مال القاتل لان سببه العمد المحض ويكون فى ثلاث سنين عندنا وقال زفر فى سنتين لانه ما وجب للآخر الا نصف الدية ونصف الدية يكون مؤجلا فى سنتين كما لو قطع يد انسان ولكنا نقول حقهما فى بدل النفس وبدل النفس مؤجل فى ثلاث سنين اذا وجب بالقتل كالاب اذا قتل ابنه عمدا والذى وجب للآخر جزء من بدل النفس فكل جزء منه كذلك واذا كان دم العمد بين اثنين فشهد أحدهما علي الآخر أنه قد عفى فهذا على أربعة أوجه ان صدقه فى ذلك القاتل والمشهود عليه فللشاهد نصف الدية لان ثبوت العفو من الآخر بتصادقهما عليه كثبوته بالمعاينة وان كذباه فى ذلك فللمشهود عليه نصف الدية ولا شى للشاهد لانه تعذر على المشهود عليه استيفاء نصيبه من القود لا لمعنى من جهته بل بشهادة الشريك عليه بالعفو وهو فيما يشهد به عليه متهم فيكون كاذبا فى حقه ويجعل ذلك بمنزلة انشاء العفو من الشاهد فيسقط حق الشاهد ويجب نصف الدية للمشهود عليه وان صدقه القاتل وكذبه المشهود عليه فلكل واحد منهما نصف الدية في مال القاتل اما المشهود عليه نصف الدية لما قلنا فان القاتل والشاهد لا يصدقان عليه فى اسقاط حقه وأما الشاهد فقد زعم أن نصيبه انقلب مالا بعفو شريكه وصدقه القاتل بذلك وأما اذا كذبه القاتل وصدقه المشهود عليه ففى القياس لا شئ لواحد منهما على القاتل لان حق الشاهد قد سقط بغير عوض فان شهادته بالعفو فى حق من كذبه وهو القاتل بمنزلة انشاء العفو وأما المشهود عليه فلانه قد أقر بالعفو المسقط

لحقه وفى الاستحسان يجب نصف الدية للشاهد لانه لما كذب القاتل الشاهد فقد وجب نصف الدية على القاتل للمشهود عليه بدليل ان المشهود عليه لو لم يصدق الشاهد كان له من المشهود عليه على القاتل نصف الدية فالمشهود عليه بهذا التصديق حول ذلك النصف الى الشاهد وزعم ان نصف الدية للشاهد على القاتل لاله ومن أقر لانسان بشئ فأقر المقر له لغيره به لايصير رد الاقرار الاول ولكن يحول الحق الى الثانى باقراره أو كان شهد معه آخر لان الشاهد من الوليين بشهادته على العفو متهم فانه يقصد بشهادته أن يحول نصيبه الى المال فلم يكن مقبول الشهادة وبشهادة الواحد لا يثبت العفو على الشريك ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه انه قد عفا والقاتل لا يدعى ذلك ولا ينكره فان شهدا على التعاقب فالذى شهد أول مرة قد بطل حقه لان شهادته بمنزلة عفوه ووجب لصاحبه نصف الدية فلا يبطل ذلك بشهادته بعد ذلك على شريكه بالعفو وان شهدا معا فلا شئ لواحد منهما فى هذا الفصل لان كل واحد منهما بمنزلة العافى فيسقط حقهما منه بغير عوض وكذلك لو كذبهما القاتل وان صدق القاتل أحدهما وكذب الآخر أعطي الذى صدق نصف الدية وبطل حق الآخر لان كل واحد منهما يدعي لنفسه نصف الدية عليه وقد صدق أحدهما فيلزمه نصف الدية له وكذب الآخر وهو قد صار فى حقه كالعافى وان صدقهما انهما قد عفوا ينبغي في قياس هذا القول أن يضمن الدية لهما لانه صار يقر لكل واحد منهما بنصف الدية على نفسه كما اذا صدق أحدهما ولكن في الاستحسان لا ضمان عليه لواحد منهما لان فى تصديقه اياهما تكذيبهما فكل واحد منهما يزعم أنه ما عفا وانما عفا شريكه وهو اذا زعم أنهما عفوا فقد صار مكذبا لكل واحد منهما وقد يثبتان انه لو كذبهما جميعا لم يكن لكل واحد منهما عليه شئ من الدية ولو كان الدم بين ثلاثه نفر فشهد اثنان على الثالث أنه قد عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بشهادتهما فان نصيبهما من القصاص ينقلب مالا بها وقد سقط القود لاقرارهما بذلك فان كذبهما القاتل أعطى المشهود عليه ثلث الدية ولم يكن للشاهدين شئ لما بين ان شهادتهما كانشاء العفو منهما وان صدقهما أعطاهما الدية اثلاثا لاقراره للشاهدين بما ادعيا عليه من ثلثى الدية وان لم يصدق ولم يكذب فهو بمنزلة التكذيب والشهادة على الصلح بذلك كالشهادة على العفو فان كان معهم شريك رابع لم يشهد ولم يشهد عليه فله حصته من الدية لانه تعذر عليه استيفاء القود لا بمعنى من جهته مع بقاء المحل ثم العفو عن القود مما يثبت مع الشهادة فيثبت بالابدال مع الحجج كالمال

وان ادعى القاتل العفو على الورثة ولا بينة له حلف الوارث على ذلك لانه يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فان حلف أخذ بالقصاص لا يحلف بل بالقتل السابق ولكن يحلفه كما انتفى ما ادعاه من العفو وان نكل عن اليمين بطل حقه لان نكوله كاقراره ولشركائه حصتهم من الدية كما لو أقر الناكل العفو وأن شهد شاهدان للقاتل أنه صالح على الدية وانهما كفلا عنه بعد ذلك في غير صلح والولى منكر لذلك لم تجز شهادتهما اذ ذكرا أن الكفالة كانت في الصلح لان الصلح المشروط فيه كفالة الكفيل بعينه لا يتم الا بقبوله فانما يشهد ان على عقد تم بهما وهو الصلح الذي تم بكفالتهما فيكون هذا شهادة على فعل أنفسهما فلا تقبل وان ذكرا أنها بعد الصلح فشهادتهما على الصلح جائزة لانهما أجنبيان لا تهمة في شهادتهما ويؤخذان بالكفالة باقرارهما على أنفسهما ولا يرجعان بذلك على الذي كفلا عنه الا أن يكون أمرهما بذلك لان الكفيل بغير الامر متبرع فيما يلزم ويؤدى وان ادعى الولى شهادتهما وجحد ذلك القاتل جازت شهادتهما على أنفسهما لان القود قد سقط بدعوى الولي الصلح وقد أقر بوجوب المال عليهما وعلى القاتل ويلزمهما ما أقرا به على أنفسهما ولا يرجعان على القاتل بشيء لان اقرارهما ليس بحجة عليه واذا شهد شاهدان على العفو وقضى القاضي ثم رجعا فلا ضمان عليهما لان القود ليس بمال والشاهد عند الرجوع انما يضمن ما أتلف من المال بشهادته فأما ما ليس بمال فيما هو مبتذل لا يكون مضمونا بالمال عند الاتلاف وقد بينا هذا في الرجوع عن الشهادات وان لم يقض القاضي بشهادتهما حتى رجعا فالقصاص كما هو على حاله لان الشهادة لا توجب شيأ ما لم يتصل بها القضاء فاذا لم يقض القاضي هاهنا لم يسقط القود فانعدم المانع من استيفاء القود واختلاف شهود العفو في الوقت والمكان لا يمنع قبول الشهادة لان العفو قول يعاد ويكرر فيكون الثاني هو الاول ولو شهدا على أحد الورثة بالعفو ولم يعرفوا انه هو فشهادتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول وجهالته تمنع القاضي من القضاء بالشهادة فيبقي القصاص كما كان ولو شهد أحدهما أنه عفا على ألف درهم وشهد الآخر انه عفا على غير جعل فالشهادة باطلة لاختلافهما في المشهود به وهو نظير الطلاق والعتاق اذا اختلف الشاهدان فيه بهذه الصفة وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح بألف والآخر بخمسمائة لان القاتل لا بد أن يدعي شهادة أحدهما وهو الذي شهد بخمسمائة فيكون مكذبا شهادة الآخر وهو شهادة من شهد بالف وان لم يدعه القاتل وادعاه ولى الدم فقد جاز العفو باقرار الولى بسقوط حقه في القود ثم لا يقضي بشيء من المال

عند أبي حنيفة لما ذكرنا ان المدعى مكذب أحد الشاهدين وعندهما يقبل فى الاقل لان مدعى ألف مدع بخمسمائة ضرورة فهذا بمنزلة اختلافهم فى دعوى المال مطلقا وكذلك ان شهد أحدهما بالصلح على عبد والآخر بالصلح على ألف درهم لان كل واحد منهما شهد بعقد آخر والمدعي لا بد أن يدعى أحد العقدين فيكون مكذبا شهادة الآخر وعفو الاب والوصي عن قصاص واجب للصغير باطل لانه فوض اليهما استيفاء حقه شرعا لا اسقاطه واسقاطه القصاص كاسقاطه دينا واجبا للصبي فاما استيفاء القصاص فيؤل للاب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير فى النفس وما دون النفس عندنا وقال الشافعى ليس له ذلك لان من أصله أن الابن يتخير بين استيفاء القصاص واستيفاء الدية والاب بهذا الاستيفاء يقطع عليه خياره وذلك لا يصلح منه ثم المقصود من القصاص التشفى والانتقام وذلك لا يحصل للصغير باستيفاء أبيه والدليل عليه أن الصغير اذا بلغ ربما يميل الى العفو فلو استوفاه الاب كان ذلك استيفاء مع شبهة العفو وأصحابنا رحمهم الله يقولون ولاية الاب على ولده الصغير فى استيفاء حقوقه كولايته على نفسه (ألا ترى) انه يجمع المال والنفس جميعا وانما تثبت له هذه الولاية نظرا للصبي وفى استيفاء القود نظر له لانه ربما يفوت بموت القاتل أو بهربه فالظاهر انه اذا لم يستوف القصاص على فور القتل فعل ما لا يتمكن من استيفائه بعد ذلك ثم المقصود يحصل للصبي باستيفاء أبيه اذا بلغ لانه اذا لم ير قاتل وليه بعد البلوغ وعلم انه قتل قصاصا حصل التشفى نظير ما لو زوجه الاب فانه يصح وان كان المقصود يحصل له بعد البلوغ على أن المقصود أن يندفع عنه شر القتل وذلك يحصل باستيفاء أبيه فى الحال وشبهة عفو بتوهم وجوده فى الحال تمنع استيفاء القود فاما شبهة عفو بتوهم اعتراضه فى الثانى فلا يمنع لانه مامن ولى الا ويتوهم أن يبدو له فيعفو ولا معنى لما قال ان فيه قطع خياره لان للاب أن يبيع مال ولده ولو بلغ الصبي قبل البيع كان مخيرا بين استيفاء العين وبين ازالته بالبيع ثم لم يكن بيعه قطعا لخياره فهذا مثله وليس للوصي أن يستوفى القصاص فى النفس لان تصرف الولى مقصور على المال والقصاص فى النفس ليس بمال وفى استيفاء الوصى القصاص فى الطرف روايتان أظهرهما ان له أن يستوفى لان الطرف يسلك به مسلك الاموال بدليل أنه يعتبر فيه التساوى فى البدل وفى الرواية الاخرى ليس له أن يستوفى لان القصاص فى الطرف ليس بمال كالقصاص فى النفس فان صالح الاب على ابنه جاز صلحه لانه يملك الاستيفاء وهو فى ذلك كالقصاص

الواجب له فكذلك الصلح على الدية وان حط من الدية لم يجز حطه واليسير والفاحش في ذلك سواء بخلاف البيع لان البدل هناك غير مقدر شرعا وهنا مقدر وهو الدية فالنقصان عنه يكون اسقاطا فلا يصح منه قل أو كثر وصلح الوصى عن النقصان فى النفس على الدية يجوز فى رواية هذا الكتاب ولا يجوز فى رواية الصلح وقد بينا الروايتين واذا لم يكن للمقتول ولى سوى السلطان فقد بينا الكلام فيه فى اللقيط وان كان للدم وليان أحدهما غائب فادعى القاتل ان الغائب عفا عنه وأقام البينة على ذلك وأبى قتله وأجيز العفو من الغائب لان الحاضر خصم عن الغائب فانتصب هنا الحاضر خصما عن الغائب واذا قضى بالعفو ثم حضر الغائب لم يعد عليه لان القضاء اتصل بالبينة علي من هو خصم ويكون للحاضر حصته من الدية واذا ادعي عفو الغائب ولم يكن له بينة فأراد أن يستحلف فانه يؤخر حتى يقدم الغائب فيحلف لانه لو استحلف الحاضر علي ذلك كان بطريق النيابة والنيابة لا تجرى فى الأيمان وليس للحاضر استيفاء القود مالم يقدم الغائب قبل دعوى العفو فبعد دعوى العفو أولى فاذا قدم فحلف اقتص منه فان ادعى بينة حاضرة على العفو أجله الحاكم ثلاثة أيام لانه لا يتمكن من اقامة الحجة الا بمهلة وانما لم يحضر شهوده فى المجلس الاول على ظن أن الخصم لا ينكر العفو فلا بد من امهاله الى المجلس الثانى وقد كان القاضى فيهم يجلس بنفسه فى كل ثلاثة أيام اذ الثلاثة مدة حسنة لابلاء الاعذار كما فى شرط الخيار فان مضت الثلاثة ولم يأت بهم وادعى بينة غائبة فهما سواء فى القياس وينبغى فى قياس قولنا أن يمضى القضاء عليه بالقصاص كما فى المال اذا ادعى بينة غائبة على الابراء وهذا لان السبب المطلق لاستيفاء القصاص قد ظهر والمانع موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق فليس كل غائب يؤوب قال ولكنى أستعظم ولا أعجل فيه بالقصاص حتى أتبت فيه واستأنى به ولا أعجله لان استيفاء القصاص اذا وقع الغلط فيه لا يمكن التدارك والتلافى وعلي الامام أن يتثبت فى مثله ثم القصاص لا يستوفى مع الشبهة فباعتبار توهم حضور شهوده يتأنى فيه القاضي حتى لا يكون مستوفيا مع الشبهة بخلاف المال واذا شهد شاهدان على أحد الورثة بعينه بالعفو أو بانه أقر ان فلانا لم يقتل فالشهادة جائزة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عايناه عفا أو أقر بذلك سقط القصاص سواء أقر بذلك فى صحته أو مرضه لان العفو عن القود ليس بمال واذا كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتله الآخر عمدا فان لم يعلم بعفو الشريك أو علم بذلك ولم يعلم

ان يعفو أحدهما يسقط القود فعليه الدية كاملة فى ماله عندنا وقال زفر عليه القصاص وان كان فقيها يعلم أن القود يسقط بعفو أحد الشريكين فعليه القصاص أما زفر فيقول القود سقط بعفو أحدهما علم الآخر أو لم يعلم اشتبه عليه حاله أو لم يشتبه فانما بقى مجرد الظن فى حق الآخر والظن غير مانع من وجوب القصاص بعد ما تقرر سببه كما لو قتل رجلا على ظن أنه قتل وليه ثم جاء وليه حيا كان عليه القصاص * وحجتنا فى ذلك أنه قد علم وجوب القصاص وما علم ثبوته فالاصل بقاؤه ما لم يعرف المسقط فاذا لم يعلم العفو كان القصاص واجبا فى حقه ظاهرا والظاهر يصير شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات وكذلك اذا علم بالعفو ولم يعلم أن القود سقط به لان الظاهر أن تصرف الغير فى حقهم غير نافذ وسقوط القود عند عفو أحدهما باعتبار معنى خفى وهو ان القصاص لا يحتمل التجزى فانما اشتبه عليه حكم قد يشتبه فيصير ذلك بمنزلة الظاهر فى ايراث الشبهة بخلاف ما اذا علم بالعفو فان هناك قد ظهر المسقط عنده وأقدم على القتل مع العلم بالحرمة وقد يجوز أن يسقط القود باعتبار ظنه كما لو رمى الى شخص ظنه كافرا فاذا هو مسلم واذا سقط القود عنه بالشبهة لزمه الدية فى ماله لان فعله عمد ثم يحسب له منها نصف الدية لان بعفو الشريك وجب له نصف الدية على هذا الذى قتله فيكون نصف الدية قصاصا بنصف الدية ويؤدى ما بقى واذا وجب القصاص على رجل فقتله ولى الدم بسيف أو عصا أو وقع فى بئر حفرها فى الطريق أو عثر بحجر وضعه فى الطريق لم يكن عليه فى ذلك شئ لان دم من عليه القصاص فى حق من له القصاص كالمباح فان الدم لا يملك وانما يتمكن من استيفاء القصاص بطريق الاباحة وذلك يمنع وجوب الضمان عليه اذا صار قاتلا له بالمباشرة أو بالسبب يوضحه أن هذا بمنزلة استيفاء القصاص منه وان لم يكن بطريقه لان استيفاء القصاص بفعل يتصل به زهوق الروح وقد وجد ذلك منه بطريق التسبب أو بطريق المباشرة فان كان له وليان فعفا أحدهما ثم أصابه هذا الآخر بعد العفو فعلى عاقلته الدية فى جميع ذلك الا بالسيف فانها فى ماله لان القود سقط بعفو أحدهما وصار فى حكم القتل الموجب للمال عليه كان ماسبق لم يكن فاذا أخذ الدية أولياء القتيل خطأ رجع هذا القاتل خطأ بنصف الدية التى أخذها أولياء المقتول خطأ لانه بعفو شريكه انقلب نصيبه مالا وكان ذلك فى ذمة القاتل وبدل نفسه بمنزلة تركته فيستوفى منه ما كان واجبا له فى ذمته ولا مقاصة هاهنا لاختلاف المحل فان بدل نفسه على عاقلة ولى الدم

الذى لم يعف ولو قتله غير الولى بغير أمر الولى عمدا أو خطأ بطل دم الاول ولا شئ لوليه ويكون على القاتل الآخر القصاص فى العمد والدية على عاقلته فى الخطأ لان حرمة نفسه فى حق غير الولي قائمة كما كانت وسقط حق المولى لفوات محله وقد بينا ان الثابت فى حقه اباحة الاستيفاء أو الملك فى حق الاستيفاء خاصة وذلك لا يتحول الى البدل كملك الزوج فى زوجته لا يثبت فيه البدل اذا وطئت بالشبهة واذا قتله فقال الولى أنا كنت أمرته فان أقام بينة على هذا فلا شئ على القاتل الثانى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فان لم يكن له بينة فعليه القصاص فى العمد والدية علي عاقلته فى الخطأ لانه أقر بما لا يملك استيفاءه لان حقه قد سقط لفوات المحل فهو فيما يدعى بعد ذلك كاجنبي آخر وبدل نفس المقتول الثانى واجب لورثته ولا قول لولى الاول فى اسقاط حقهم قصاصا كان أو مالا والله أعلم بالصواب

باب العفو فى الخطأ وغير ذلك

(قال رحمه الله) رجل قتل رجلا خطا فالدية بين جميع الورثة والموصي له بالثلث كسائر التركة لان الدية مال هو بدل نفسه فيكون تركة له بعد موته كسائر أمواله وقد بينا الاختلاف فى الزوج والزوجة وقد كان فى السلف من يقول لا شئ للاخوة للأم من الدية وانما الدية للعصبات خاصة وقيل هو قول عمر رضي الله عنه الاول ولهذا ذكر فى الاصل عن علي رضى الله عنه انه كان ينسب عمر رضى الله عنه الى الظلم مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وفى رواية أينما دار الحق فعمر معه وقد صح رجوع عمر عن هذا حيث روى له الضحاك بن سفيان الكلابى الحديث كما روينا ولا حق للموصي له بالثلث فى دم العمد لان موجبه القصاص وليس بمال ولا يحتمل التمليك بالعقد وكما لا يثبت له حق الشركة فى الاستيفاء فكذلك لا يعتبر عفوه فيه فان صولح القاتل علي مال دخل فيه الموصي له لانه الواجب بدل نفسه فيكون تركة له يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه بمنزلة الواجب فى قتل الخطأ ثم هو شريك الورثة فى التركة فيجوز عفوه بعد الصلح فى نصيبه كما يجوز عفو الوارث وليس للغرماء عفو فى عمد ولا خطأ أما العمد فلان موجبه ليس بمال ولا حق للغرماء فيه وأما الخطأ فلانه ليس فى عفوهم عن الدية اسقاط شئ من دينهم وانما ولاية التصرف لهم فى محل حقهم فاذا لم يلاق هذا التصرف منهم محل حقهم كان باطلا واذا عفا الرجل عن دمه وهو

خطأ ثلثه في مرضه الذى مات فيه جاز عفوه من ثلثه لان الواجب الدية على عاقلته فيكون عفوه وصية منه للعاقلة وذلك صحيح من ثلثه وما فيه من الاشكال بيناه فى الوصايا فان كان أوصى مع ذلك بوصايا تحاص أهل الوصايا والعاقلة في ثلثه فسقط عن العاقلة حصتهم وما سوى ذلك من نصيب أصحاب الوصايا والورثة يكون مؤجلا على العاقلة فى ثلاث سنين اعتبارا للبعض بالكل وهذا تبيان ان الواجب على العاقلة لانه لو كان على القاتل لكان الاجل سقط بموته فان أعتق عبدا بدئ به من الثلث لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا ومن العفو فانه اسقاط للرق بمنزلة الابراء عن دين آخر وان لم يعف الميت ولكن عفا بعض الورثة بطلت حصة العافى الا أن يكون علي الميت دين مستغرق وهو بمنزلة الابراء عن دين آخر اذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته والقتل خطأ فشهادتهما جائزة لانهما لا يجران الى أنفسهما شيأ بشهادتهما بخلاف العمد فهناك ينقلان حقهما من القصاص الى الدية بشهادتهما ولو كان الشاهدان أخذا طائفة من الدية ثم شهدا بذلك لم تجز شهادتهما لانهما يدفعان حق الثالث عن أنفسهما وقد كان للوارث الآخر حق المشاركة معهما فيما أخذا وانما يسقطان ذلك بشهادتهما لانهما ولو لم يأخذا شيأ حتى شهدا على الثالث انه أخذ مالا وصالح عليه لم تجز شهادتهما لانهما يجران بها الي أنفسهما مغنما فانه يثبت لهما حق المشاركة مع القابض فى المقبوض وشهادة جار المغنم أو دافع المغرم لا تقبل وان شهد وارثان علي المقتول أنه عفا عند موته عن القاتل فشهادتهما جائزة والعفو من ثلثه فانه لا تهمة فى شهادتهما فاذا شهد شاهدان علي عفو الورثة وهم كبار فاجازه القاضى وأبرأ القاتل ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الدية لان الواجب كان هو المال للورثة وقد أتلفا ذلك عليهم بشهادتهما فيضمنان عند الرجوع كما لو شهدا بالابراء عن دين آخر ولو شهد شاهدان فى دم العمد على أحد الورثة بعينه أنه أخر القاتل اليوم الى الليل علي ألف درهم لم يكن ذلك عفوا ولا مال له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وليس فى هذا التأخير اسقاط شئ من القود والقود الواجب له فى حكم العين فالتأجيل فيه يكون باطلا ولا مال له لان القاتل لم يستفد شيأ بهذا التأخير وان شهدا أنه أخذ منه ألف درهم على أن يعفو عنه يوما الى الليل فهذا عفو وهو صلح جائز لان العفو اسقاط للقود وهو لا يقبل التوقيت فيلغو التوقيت منه ويصح العفو بالمال المسمي بمنزلة الطلاق وذكر عن زيد بن وهب قال وجد رجل مع امرأته رجلا فقتلها بالسيف فاستحيا بعض اخوتها

مما فعلت فعفا عنه فجعل عمر رضي الله عنه للذى لم يعف حصته من الدية واوان رجلا أخذ السكين فوجأبه رأس انسان فأوضحه ثم جر السكين قبل أن يرفعها حتى شجه أخرى فهذه موضحة واحدة وعليه فيها القصاص ان كانت عمدا وأرش موضحة واحدة ان كانت خطأ لان الفعل واحد لاتحاد محله فالتوسع مبالغة منه فى ذلك الفعل فلا يعطى له حكم فعل آخر ولو رفع السكين ثم وجأ الي جهة أخرى اتصل أو لم يتصل فهذه موضحة أخرى اقتص منه فى العمد وعليه ارش موضحتين فى الخطأ لانهما فعلان مختلفان باختلاف المحل واختلاف المباشرة فكأنهما حصلا من اثنين ثم اتصال احداهما بالاخرى على وجهين فان كان ذلك بفعله فلا شك أن عليه القصاص فيهما وان كان ذلك بان تأ كل ما بينهما حتى اتصلت احداهما بالاخرى فعلى قول أبي حنيفة لا قصاص فيهما وعلى قول محمد يجب القصاص وهو بناء على ما سبق فمن أصل أبي حنيفة ان باعتبار السراية فيما دون النفس يمتنع وجوب القصاص فى محل واحد وفى مجلس لان العمد المحض فيما دون النفس لا يتحقق بالسراية وعلى قول محمد اذا كانت السراية بحيث يمكن ايجاب القصاص فيها لم يمتنع استيفاء القصاص بسببها وقد بينا ذلك فيما اذا قطع أصبعا فشلت الي جنبها أخرى أو سقطت واذا فقأ الرجل عين الرجل وفى عين الفاقئ فالمفقوءة عينه بالخيار لان نقصان البصر فى العين بمنزلة الشلل أو فوات الاصبع فى اليد وقد بينا أن هناك ان كان النقصان فى جانب الجانى فالمجنى عليه بالخيار بين استيفاء القصاص وبين استيفاء الدية وان كان النقصان فى جانب المجنى عليه لم يجب القصاص فهذا مثله واذا لم يجب القصاص كان الواجب فيها حكم عدل لان كمال الارش باعتبار تفويت البصر الكامل ولم يوجد والقدر الباقى من البصر مع النقصان غير معلوم فيكون الواجب فيها حكم عدل كمن قطع يد اشلاء ولو قطع يد رجل وفيها ظفر مسود لو خرج لا ينقصها فعليه القصاص لان ماحدث فى يده لم ينقص من منفعة البطش شيأ ومثله لا يمكن نقصانا فى بدله كالصفر وسواد اليد أصلا واذا ثبتت المساواة فى الارش ثبت وجوب القصاص واذا قطع الرجل من كف الرجل أظفار يده ففيها حكم عدل لان هذه الجناية لا تفوت منفعة البطش ولكن تمكن فيها نقصان فيجب باعتباره حكم عدل واذا علم أن الواجب حكم العدل ظهر أنه لاقصاص فيها لان القصاص ينبنى على معرفة المساواة فى البدل حقيقة ولو قطع من كف رجل أصبعا زائدة ففيها حكم عدل لان الاصبع الزائدة نقصان معنى فتفويتها

لا يمكن نقصانا فى البطش وانما يلحق به ألما وشينا فى الظاهر باعتبار الأثر فيجب حكم عدل باعتباره ولا قصاص فيها وان كان للقاطع مثل تلك الاصبع لانعدام المساواة فى البدل فبدل اليد ينقسم علي الاصابع الخمس أخماسا ولا ينقسم على الاصبع الزائدة وانما الاصبع الزائدة كالثؤلول وان قطع الكف كله فان كانت تلك الاصبع توهى الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وفيها حكم عدل لان هذا نوع شالل من حيث انه يمكن نقصانا فى منفعة البطش وان كان لا ينقصها ولا يوهيها ففيها القصاص وفى الخطأ الارش كاملا لان ما لا يمكن نقصانا فى منفعة البطش فهو بمنزلة الصغر والضعف بسبب المرض واذا قطع الرجل يد الرجل من المفصل وبرأت واقتص وبرأ المقتص منه ثم قطع أحدهما ذراع صاحبه من تلك اليد فلا قصاص فيه وان كانا سواء الا فى رواية عن أبي يوسف قال اذا استويا يجب القصاص لانه قطع من المفصل فيمكن اعتبار المساواة فيه ولكنا نقول الواجب فى الذراع بعد قطع الكف حكم عدل فطريق معرفته التقويم فلا يعلم به حقيقة المساواة بينهما فى البدل وبدون ذلك لا يجب القصاص والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى القصاص

(قال رحمه الله) اذا شهد رجلان على رجل انه ضرب رجلا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص بلغنا ذلك عن ابراهيم وهذا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فقد ظهر بموته هذا السبب ولم يعارضه سبب آخر فيجب اضافة الحكم اليه والروح لا يمكن أخذه مشاهدة وانما طريق الوصول الي ازهاق الروح هذا وهو أن يجرحه فيموت قبل أن يبرأ * يوضحه انه لا طريق لنا الي حقيقة معرفة كون الموت من الضربة وما لا طريق لنا الى معرفته لا تبنى عليه الاحكام وانما يبنى على الظاهر المعروف وهو انه يضربه ويكون صاحب فراش بعده حتى يموت ولا ينبغى للقاضي أن يسأل الشهود هل مات من ذلك أم لا لا فى العمد ولا فى الخطأ لانه لا طريق لهم الى معرفة ذلك ولو شهدوا بذلك كانوا قد شهدوا بما يعلم القاضى أنهم فيه كذبة فكيف يحملهم علي الكذب بالسؤال عن ذلك ولكنهم ان شهدوا أنه مات من ذلك لم تبطل شهادتهم وجازت ان كانوا عدولا لانهم اعتمدوا فى ذلك دليلا شرعيا وهو الظاهر كما قررنا وان كان بهذا الطريق يحصل علم القضاء للقاضى ويحصل له أيضا علم الشهادة الا

أنه لا حاجة بالقاضى أن يسألهم عن ذلك لانه يعرف ذلك بدون شهادتهم فلا يسألهم عنه ولو شهدوا به لم يبطل شهادتهم لان المشهود به الكلام الاول فهذه الزيادة لا تكون قدحا فيها بمنزلة شهادة الشهود على أن هذا ابنه ووارثه لا وارث له غيره واذا شهدوا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على ذلك فهذا عمد لان كل فاعل يكون قاصدا الى فعله فى المحل الذى باشر الفعل فيه الا أن القاضى اذا سألهما أتعمد ذلك فهو أوثق لان صفة العمدية وان ثبتت بأول كلامهما من حيث الظاهر ولكن لم ينقطع احتمال الخطأ (ألا ترى) أن الشهود لو بينوا أن ذلك كان خطأ كان ذلك بيانا موافقا لاول الكلام فسؤالهما عن العمدية لازالة هذا الاحتمال يكون أوثق وهكذا يوثق فيما اذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه والقاضى مندوب اليه وكذلك ان شهدا أنه طعنه برمح أو رماه بسهم أو نشابة فهذا كله عمد (أرأيت) لو شهدا انه ذبحه أو شق بطنه بالسكين حتى مات أما كان ذلك عمدا فكذلك ما سبق لان الاساحة فى كونها آلة القتل سواء وان شهد أحدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح أو انه ذبحه بالسكين أو شهد أحدهما انه رماه بسهم والآخر انه رماه بنشابة أو اختلفا فى مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة والمحل والوقت والمكان فانه لا يحتمل التكرار ولم يوجد على كل فعل الا شهادة شاهد واحد ولو شهد شاهدان انه قطع يده عمدا من مفصله وشهد شاهد انه قطع رجله من المفصل ثم شهدوا جميعا انه لم يزل صاحب فراش حتى مات والولى يدعى ذلك كله عمدا فانى اقضى على القاتل بنصف الدية فى ماله لان قطع الرجل لم يثبت عند القاضى فان الشاهد به واحد وقد ثبت قطع اليد من المفصل عند القاضى بشهادة الشاهدين ولكن قد أقر الولى انه مات من ذلك الفعل ومن فعل آخر لم يعلم فاعله فيكون ذلك شبهه فى اسقاط القود ويتوزع بدل النفس نصفين فيلزمه نصف الدية فى ماله لان فعله كان عمدا فلا يعقله العاقلة واقرار الولى حجة عليه فى حقه وكذلك لو شهد على الرجل شاهدان فلم يزكيا لان الحجة فى الرجل لا تتم بدون عدالة الشهود فهما وما لو كان الشاهد به واحدا سواء ولو زكى أحد شاهدى اليد واحد شاهدى الرجل لم يؤخذ القاتل بشئ لان واحدا من الفعلين لم تثبت عند القاضى فان العدل من الشهود بكل فعل واحد ولا يقال قد اتفق العدلان على الحكم وهو القصاص فينبغى أن يقضى به لانه لا يمكن القضاء بالحكم الا بعد القضاء بالسبب وقد تعذر القضاء بذلك (ألا ترى)

انه لو شهد عليه رجل انه قطع أصبعا له وشهد الآخر انه استهلك له ألف درهم لم يقض القاضي عليه بشئ فان اتفقا على وجوب الالف له في ماله فان نكلوا جميعا قضيت عليه بالقصاص لان الفعلين ظهرا بالحجر عند القاضي فاذ طالب الولي أن يقتص من اليد والرجل لم يكن له ذلك لانه لما اتصلت بفعله السراية كان ذلك قتلا فيكون حقه في القصاص في النفس مقصودا دون الاطراف وقد بينا خلاف الشافعي في هذا ولو شهد الشاهدان عليه انه قطع يده من المفصل عمدا ثم قتله عمدا كان لوارثه أن يقتص من يده ثم يقتله فان قال القاضي له اقتله ولا تقتص من يده فذلك حسن أيضا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يأمره بقتله ولا يجعل له القصاص في يده لان الجنايتين توالتا من واحد وهما من جنس واحد فيكونان كجناية واحدة (ألا ترى) ان في الخطأ لو قطع يده ثم قتله قبل البرء لا تجب الا دية واحدة لهذا المعنى وهذا لان قبل البرء الجناية الاولى كانت موقوفة في حق الحكم على السراية فالفعل الثاني يكون اتماما لما توقف عليه الجناية الاولى فيجعلان كجناية واحدة بخلاف ما اذا تخلل بين الجنايتين برء فان هناك الاولى قد انتهت واستقر حكمها بالبرء فتكون الثانية جناية أخرى بمنزلة ما لو جعلت على نفس أخرى وبخلاف ما اذا كان الجاني اثنين لان الفعل من الاول ما توقف على أن يصير بالسراية قتلا مضافا الى شخص آخر فلا يمكن جعل الثاني اتماما للاول وبخلاف ما اذا كان أحد الفعلين عمدا والآخر خطأ لان باختلاف صفة الفعل يختلف الموجب فلا يمكن جعل الثاني اتماما للاول كما اذا اختلف الفاعل أو محل الفعل *وايضاح جميع ما ذكرنا في فصل الخطأ انه لو قطع يده ثم قتله قبل البرء لا تجب الا دية واحدة كذا هنا وأبو حنيفة يقول ان القصاص يبنى على المساواة في الفعل والمقصود بالفعل في القتل والقطع جميعا مراعاة المساواة في صورة الفعل جميعا فيتخير الولي بينهما الى أن يقطع الامام عليه هذا الخيار بأن يأمره باعتبار المقصود وهو القتل وأن يترك الاستيفاء بمراعاة الصورة وهذا منه اجتهاد في موضعه فعليه أمره به وبه فارق الخطأ فالمعتبر هناك صيانة المحل عن الاهدار لا صورة الفعل لان الخطأ موضوع عنا رحمة من الشرع علينا ثم مبنى العمد على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفيه مراعاة صورة الفعل مع التغليظ أيضا فيجوز اعتبار ذلك في العمد بخلاف الخطأ فانه مبنى على التخفيف (ألا ترى) ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين وفي العمد المقصود هو التشفي والانتقام وفي التمكن من القطع والقتل جميعا زيادة تحقيق في هذا

المقصود وكما أن القتل بعد القطع يكون اتماما للفعل الاول من وجه فقد يكون قطعا لموجب الفعل الاول بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا تصور للسراية بعد فوت المحل فيجعل كالبرء من هذا الوجه فللاحتمال أثبتنا الجناية للاول تغليظا لحكم العمد ولا يعتبر ذلك فى الخطأ لانه مبنى على التخفيف ولو كانت احدى الجنايتين خطأ والاخرى عمدا أخذ بهما جميعا فان كانت الاولى خطأ فانه يجب دية اليد على عاقلته ويقتل قصاصا وان كانت الثانية خطأ فعليه القصاص فى اليد والدية على عاقلته فى النفس لانه لا احتمال لجعل الثانى اتماما للاول عند اختلاف صفة الفعل وموجبه فيجعل بمنزلة مالو تخلل بالجنايتين برء ولو كان لكل واحدة من الجنايتين جان على حدة وهما جميعا عمد أو خطأ أو احداهما عمد والاخرى خطأ أخذ كل واحد منهما بجنايته لما بينا أن الفعل الثانى من غير الفاعل الاول لا يمكن أن يجعل اتماما للاول فكانه تخلل بين الفعلين برء فيؤخذ كل واحد منهما بجنايته ولو شهد شاهدان ان هذا قطع يده من مفصل الكف وشهد آخر على آخر أنه قطع تلك اليد من المرفق ثم مات من ذلك كله والقطع عمد فعلى قاطع الكف القصاص فى اليد وعلى الآخر القصاص فى النفس عندنا وقال زفر والشافعى القصاص فى النفس عليهما جميعا لانه صار مقتولا بفعلين كل واحد منهما عمد محض فيلزمهما القصاص كما لو قطع أحدهما يده عمدا والآخر رجله ومات من ذلك وهذا لان بقطع يده حدث فى البدن آلام وبقطع الآخر اليد من المرفق لا تنعدم تلك الآلام بل تزداد وانما حصلت السراية لضعف الطبيعة عن دفع الآلام التى توالت عليه وفى هذا لا فرق بين ان يقطع الثانى تلك اليد أو يقطع عضوا آخر وأصحابنا قالوا فعل الثانى بمنزلة البرء فى حق الاول تنقطع به سراية الفعل الاول فكانه انقطع بالبرء وانما قلنا ذلك لان السراية أثر الفعل ولا يتصور بقاؤها بدون بقاء محل الفعل اذ الاثر لا يقوم بنفسه وبفعل الثانى فات محل الفعل الاول وانقطاع السراية بفوات المحل أقوى من انقطاعها بالبرء لان البرء يحتمل النقص وفوات المحل لا يحتمل النقص وبه فارق ما اذا كان فعل كل واحد منهما فى محل آخر لان الفعل من الثانى فى محل آخر لا يفوت محل الفعل الاول فلا يمكن أن يجعل كالبرء فى حق الاول وكذلك لو كان الفعلان خطأ كانت دية اليد على الاول ودية النفس على الثانى عندنا والعمد والخطأ فى هذا سواء بمنزلة البرء وكذلك على هذا الخلاف لو قطع أحدهما يده عمدا ثم حز الآخر رقبته بالسيف يجب القصاص فى النفس على الثانى والقصاص فى اليد على الاول

من الجراحات فى كونه هدرا يجعل فى حكم فعل واحد لان حكم الكل واحد وهو الاهدار واذا صار بعض النفس هدرا امتنع وجوب القصاص في شيء منه فيجب فيما هو معتبر حصته من الدية وعلى هذا يخرج ماذكرنا من المسائل وكذلك لو قطع رجل يد رجل خطأ وجرحه سبع وجرحه عبد له وجرح نفسه فمات من ذلك فعلى قاطع اليد ربع دية اليد لان النفس تلفت من أفعال أربعة مختلفة الحكم فان جراحة السبع هدر غير معتبرة فى حق الاثم والحكم جميعا وجرحه نفسه معتبر فى حق الاثم غير معتبر فى حق الحكم لانه ليس بسبب الحكم وجرح عبده له معتبر فى الاثم والحكم جميعا اذا كان عمدا حتى يجب القصاص فلهذا توزع بدل نفسه ارباعا فيكون ربعه علي قاطع اليد خطأ ولو جرحه سبع وخرجت به قرحة ونهشته حية وقطع رجل يده وآخر رجله فمات من ذلك كله فعلي الرجلين ثلثا الدية لان فعل السبع والحية وما خرج به من القرحه كشيء واحد فكل ذلك هدر فى حق الاثم والحكم وانما تتوزع النفس أثلاثا فيهدر الثلث من ذلك وعلى الرجلين ثلث الدية وكذلك لو أصابه حجر وضعه رجل أو حائط تقدم الى أهله فيه مع جراحة الرجل والسبع فعلي الرجل ثلث الدية وعلي صاحب الحجر ثلث الدية والثلث هدر لان النفس تلفت بمعان ثلاثة جراحة الرجل وحكمه معتبر واصابة الحجر أو الحائط وحكم ذلك معتبر أيضا وفعل السبع وهو هدر فيتوزع بدل النفس علي ذلك أثلاثا والله أعلم

باب الوكالة فى الدم

(قال رحمه الله) وتقبل الوكالة فى اثبات دم العمد من جانب المدعي والمدعى عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف الآخر لا تقبل وقول محمد رحمه الله مضطرب فيه ذكره مع أبى يوسف رحمه الله هاهنا وفى بعض المواضع مع أبى حنيفة وجه قول أبي يوسف ان الوكيل نائب عن الموكل ولا مدخل للنايب فى اثبات دم العمد حتى لا يثبت بكتاب القاضى الي القاضى والشهادة علي الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والدليل عليه ان المقصود هو الاستيفاء ثم التوكيل بما هو المقصود لا يجوز هنا مع انه يجزى فيه النساء فكذلك لا يصح التوكيل انما يتوصل به الي المقصود وأبو حنيفة يقول هذا أحد بدلى النفس فيجوز التوكيل باثباته كالدية وهذا لان كل واحد منهما محض حق العباد والنساء تجزى بين العباد

وعند زفر والشافعي يجب عليهما القصاص فى النفس لان الروح ازهقت عقيب فعلهما فيكون مضافا الى فعل كل واحد كل واحدمنهما ولا معتبر بالتفاوت فى صفة الفعل ولا في مقداره كما لو قطع أحدهما أصبعا من أصابعه وجرحه الآخر عشر جراحات نحو قطع اليد والرجل وما أشبه ذلك فانه يجب القصاص عليهما اذا مات من ذلك للمعنى الذى قلنا وأصحابنا قالوا حز الرقبة قتل بيقين لانه لاتوهم للحياة معه فاما قطع اليدفقيل يشترط أن تتصل السراية به (ألا ترى) ان الغالب فيه السلامة فان القطع مشروع فى موضع كان القتل حراما وهو القصاص والتعارض لا يقع بين فعلين بهذه الصفة فيجعل القتل مضافا الى ماهو مشروع له بيقين وهو حزالرقبة ويكون هذا فى حق اليد بمنزلة البرء لتفويت المحل به فلهذا كان القصاص فى اليد على الاول والقصاص فى النفس على الثانى وكذلك لو كان الاول خطأ والثانى عمدا كان على الاول دية اليد وعلي الثانى القصاص ولوشهدا على رجلين أنهما قتلا رجلا أحدهما بسيف والآخر بعصا ولا يدريان أيهما صاحب العصا لم تجز شهادتهما لانهما لم يثبتا بشهادتهما سببا يمكن القاضي من القضاء به (ألا ترى) ان على صاحب العصا نصف الدية على عاقلته وعلى صاحب السيف نصف الدية فى ماله فلا يتمكن القاضي من القضاء بشئ على واحد منهما بعينه فى ماله أو على عاقلته وكذلك لو شهدا على رجل واحد بقطع أصبع وعلى آخر بقطع أخرى من تلك اليد ولا يميز ان قاطع هذه الاصبع من قاطع الاخرى لان القاضى لا يتمكن من القضاء بفعل معين على واحد منهما فان ذلك لا يكون بدون تعيين محل فعله وكذلك لو شهدا عليهما بالخطأ لا يتمكن القاضى من القضاء بالحكم بدون السبب ولو شهدا على رجل انه قطع ابهام هذا عمدا وشهدا على صاحب الابهام أنه قطع كف القاطع ذلك عمدا ثم برأ فانه يخير صاحب الكف فان شاء قطع مابقى من يد القاطع بيده وان شاء أخذ دية يده وبطلت الاصبع أما بطلان الاصبع فلفوات محلها بالفعل الثانى وأما ثبوت الخيار للثانى فلان مقطوع الابهام قطع يده الصحيحة ويد المقطوعة الابهام ناقصة باصبع وفى هذا يثبت له الخيار للمقطوعة يده ولو شهدا على رجل انه قطع يد رجل من المفصل وشهد آخران انه جرحه سبع أو سبعان أوجرح نفسه أو جرحه عبد له أو عثر فانكسرت رجله فمات من ذلك كله فلا قصاص على قاطع اليد وعليه نصف دية اليد والاصل أن النفس توزع على عدد الجناة لا على عدد الجنايات لان الانسان قد يتلف بجراحة واحدة وقد يسلم من جراحات ثم ما اتحد حكمه

فى حقوقهم لحاجة صاحب الحق الى ذلك فقد يكون عاجزا عن اثبات حقه بنفسه والغلط متى وقع فى الاثبات أمكن تداركه سواء كان الثابت القصاص أو المال وبه فارق الاستيفاء فان هناك اذا وقع الغلط فيه لا يمكن تداركه وتلافيه ولهذا لم يجز التوكيل فيه حال غيبة الموكل فأما اذا وكل باستيفاء القود فليس للوكيل أن يستوفى الا بمحضر من الموكل عندنا وقال الشافعى له أن يستوفى بغير محضر منه لانه محض حقه ويدخله النيابة فى الاستيفاء فيكون بمنزلة المال ولكنا نقول القصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فلا يجوز استيفاؤها مع الشبهة ويجوز فى استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل وقد تمكن شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل عفا والوكيل لا يعلمه بذلك ومتى وقع الغلط فى الاستيفاء لا يمكن تداركه فاما اذا كان الموكل حاضرا فشبهة العفو تنعدم بحضوره وقد تمس الحاجة الى ذلك فمن الناس من لا يهتدى الي القتل ومنهم من لا يتجاسر عليه فللحاجة جوزنا التوكيل بالاستيفاء عند حضرة الموكل والقصاص فيما دون النفس كالقصاص فى النفس فى ذلك واذا أقر وكيل الطالب عند القاضى ان صاحبه يطلب باطلا أو انه قد عفا صح اقراره بانه قد عفا لان الوكيل فى مجلس الحكم قام مقام الموكل في الاقرار بمد صحة الوكالة وكذلك وكيل المطلوب لو أقر بوجوب القصاص علي صاحبه ففى القياس يصح اقراره لقيامه مقام موكله فى الاقرار فى مجلس الحكم ولكنا نستحسن فلا نوجب القود على الموكل باقرار الوكيل لان الاقرار فى الحقيقة ضد الخصومة ونحن وان حملنا مطلق التوكيل على الجواب الذى هو خصومته مجازا فتبقي الحقيقة شبهة والقصاص يسقط به ففى اقرار وكيل الطالب اسقاط القود وذلك لا يندرئ بالشبهات وفى اقرار وكيل المطلوب ايجاب القود وذلك يندرئ بالشبهات ولا ينبغى للقاضى أن يمضى القضاء بالقود الا بحضرة الورثة كلهم اذا كانوا بالغين لتمكن شبهة العفو والصلح لمن هو غائب منهم فان مات أحد الورثة والقاتل وارثه بطل القود عنه لانه تحول اليه نصيب مورثه من القود فيسقط عنه اذ الانسان كما لا يجب له القصاص على نفسه لا يبقى وعليه حصة سائر الورثة من الدية لانه تعذر عليهم استيفاء حقهم لمعنى فى القاتل وهو أنه حي بعض نفسه فهو كما لو عفا أحد الشركاء وان كان ورثه ابن القاتل بطل القود أيضا لان الابن كما لا يستوجب القصاص على أبيه ابتداء لا يبقى له علي أبيه قصاص لانه لا يتمكن من استيفائه بحال ولكن عليه الدية لجميع الورثة فان نصيب الابن هاهنا يتحول الي الدية كنصيب سائر الورثة لانه من أهل أن يستوجب المال على أبيه ويستوفيه والوكالة فى

دم الخطأ وفى العمد من الجراح التى لاقصاص فيها بمنزلة الوكالة بالمال لان المستحق هاهنا هو المال وهو مما يثبت مع الشبهة واذا وقع فيه الغلط أمكن تداركه والاسباب مطلوبة لاحكامها وعند اعتبار الحكم هذا دين كسائر الديون فيجوز التوكيل باثباته واستيفائه ويكون اقرار الوكيل به فى مجلس الحكم نافذا علي موكله واذا قتل الرجل عمدا وله ورثة صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل قصاصا فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال ابن أبى ليلي ليس لهم أن يقتلوه حتى يكبر الصغار وهو قول أبى يوسف ومحمد والشافعى وقول مالك كقول أبى حنيفة بناء علي مذهبه وهو أن استيفاء القصاص باعتبار الولاية دون الوراثة والولاية للكبير دون الصغير ولهذا لم يجعل للزوج والزوجة والاخوة لام حق استيفاء القصاص فأما عند أصحابنا فاستيفاء القصاص بطريق الخلافة ارثا ثم وجه قولهم ان القصاص أحد بدلى الدم فلا ينفرد الكبير باستيفائه كالدية بل أولى لان المال يجرى فيه من المساهلة في الاثبات والاستيفاء مالا يجرى في العقوبات ولان هذا قصاص مشترك بين الكبير والصغير ولا ولاية للكبير على الصغير فلا يملك استيفاءه كما لو قتل عبدا مشتركا بينهما والدليل عليه انهما لو كانا كبيرين وأحدهما غائب لم يكن للحاضر أن ينفرد بالاستيفاء لانعدام ولايته على الغائب فكذلك ان كان أحدهما صغيرا وهذا لان الواجب قصاص واحد فان المقتول نفس واحدة فيجب بمقابلتها قصاص واحد ويكون ذلك واجبا للمقتول بمنزلة الدية ولهذا اذا انقلب مالا فانه يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه فى استيفاء ما وجب له فكل واحد منهم فى ذلك بمنزلة الشطر للعلة أو كل واحد منهما انما يرث جزأ منه لان استحقاق الميراث سهام منصوص عليها يسقط كالنصف والثلث والربع وبملك بعض القصاص لا يتمكن من استيفاء الكل والدليل عليه أنه لو عفا أحدهم يسقط القصاص ولو كان الواجب لكل واحد منهم قصاصا كاملا لما تعذر الاستيفاء على أحدهم بعد عفو الآخر وبالعفو ينقلب نصيب الآخر مالا وهذا الكلام يصح فيما اذا كان القصاص واجبا للمورث فمات وورثه جماعة والخلاف ثابت فى الفصلين ولا اشكال ان هاهنا انما يرث كل واحد بعض القصاص وأبو حنيفة استدل بما روى أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضى الله عنه قتله الحسن رضى الله عنه به قصاصا وقد كان فى أولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وانما فعل ذلك بأمر على رضى الله عنه على ما روى أنه لما بلغه ان ابن ملجم أخذ قال للحسن ان عشت رأيت فيه رأيي وان مت فاقتله

ان شئت وقال واضربه ضربة كما ضربني وفى رواية وإياك والمثلة فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولا يقال انما قتله لانه كان مريدا مستحلا لقتله امام المسلمين على ماروى أنه قتله وهو يتلو قوله تعالى ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله لانه وان كان امام المسلمين وكان قتله ذنبا عظيما فلا يصير به القاتل مرتدا انما ذلك للانبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فانه كان من جملة أهل البغى وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم (ألا ترى) أنه علقه عتبة فقال اقتله ان شئت وأخره الى مابعد موته ولو كان مرتدا لما أخر على قتله ولا يقال قتله حد السعيه فى الارض بالفساد حتى قتل امام المسلمين لان الساعى بالفساد بقتل الامام لا يقتل قصاصا (ألا ترى) أنه اعتبر المماثلة بقوله فاضربه ضربة كما ضربنى وقد ذكر المزنى عن الشافعي قال قتل ابن ملجم عليا متا ولا فاقيد به فدل أنه قتل قصاصا ولا يقال قتله بغير رضا الكبار من ورثته فقد قال له الحسين لا تقتله بيننا فانا لا نجعله سواء بيننا وبالاتفاق عند إباء بعض الكبار وليس للبعض حق الاستيفاء وروى أنه مثل به مع نهى على اياه عن المثلة فبه تبين أنه ماقتله قصاصا وهذا لان الحسين رضى الله عنه انما قال ما قال على وجه الاهانة والاستخفاف به لا على وجه كراهة قتله قصاصا والمثلة ما كانت عن قصد من الحسن ولكنه لما رفع السيف ليضربه أبقاه بيده فأصاب السيف أصابعه وبهذا لايخرج من أن يكون قتله اياه استيفاء للقصاص والمعنى فيه أن حق الكبير ثابت فى استيفاء جميع القصاص وليس فى استيفائه شبهة عفو متحقق فيتمكن منه كما لو كان الوارث واحدا وانما قلنا ذلك لان القصاص يجب للورثة على سبيل الخلافة عن المورث فان وجوبه بعد موت المقتول وقد خرج المقتول من أن يكون أهلا لوجوب الحق له بعد موته الا ان مايحصل فيه مقصوده من قضاء الدين وتنفيذ الوصية يجعل كالواجب له حكما وهو الدية فأما مالم يحصل به مقصود المقتول فيجعل واجبا للوارث الذى هو قائم مقامه والمقصود بالقود تشفى الغيظ ودفع سبب الهلاك عن نفسه وذلك يحصل للوارث فعرفنا أنه يجب له ولكن على سبيل الخلافة لان السبب انعقد على حق الميت وقد خرج عن ثبوت الحكم من أن يكون أهلا للوجوب له فيجب للولى القائم مقامه كما يثبت الملك للمولى فى كسب العبد ابتداء على سبيل الخلافة عن العبد ولهذا قلنا اذا انقلب مالا ثبت فيه حق الميت لان قضاء حوائجه يحصل به وهو بمنزلة الموصي له بالثلث لا حق له فى القصاص فاذا انقلب مالا يثبت حقه فيه

وأيد ما قلنا قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا بين أن القصاص للولى القائم مقام المقتول اذا ثبت هذا فنقول القصاص لا يحتمل التجزى وقد ثبت سبب لا يحتمل التجزى فاما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعدم لانه لا يمكن اثباته متجزئا ولم ينعدم باتفاق فعرفنا أنه تكامل فيه حق كل واحد منهم لا على أنه تعدد القصاص فى المحل ولكن بطريق أنه يجعل كل واحد منهم كانه ليس معه غيره بمنزلة الاولياء فى النكاح ينفرد كل واحد منهم بالتزويج كانه ليس معه غيره والدليل عليه انه لو استوفى من أحدهم القصاص فانه لم يضمن للباقين شيأ ولا للقاتل ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل وهذا بخلاف ما اذا عفا أحدهم لان الواجب بعد العفو المال للباقين والمال يحتمل التجزئ فيظهر حكم التجزئ عند وجوب المال وهذا لانا لو أثبتنا القصاص لاحدهما بعد عفو الآخر كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب فى المحل وهو غير متعدد فى المحل فاما قبل العفو لو قلنا كل واحد منهم يكون متمكنا من استيفائه لا يكون من ضرورته مقدر القصاص فى المحل وهذا بخلاف ما اذا كان أحدهما غائبا لان هناك جميع القصاص واجب للحاضر ولكن فى استيفائه شبهة عفو موجود لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به وعفو الغائب صحيح سواء علم بوجوبه أو لم يعلم ويحتمل أن يكون الغائب مات وورثه القاتل لسبب بينهما وان كنا لا نعرفه فلاجل الشبهة يمتنع الاستيفاء وهذا المعنى لا يوجد عند صغر بعض الورثة لان الصغير ليس من أهل العفو فانما يتوهم عفوه بعد مايبلغ وشبهة عفوه بتوهم اعتراضه لا تمنع استيفاء القصاص وهذا بخلاف ما اذا قتل عبدا مشتركا بين الصغير والكبير لان السبب هناك الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فان ملك الرقبة يحتمل التجزئ ولهذا لم يكن لاحد الموليين فى الامة ولاية تزوجها بانفراده بخلاف ما نحن فيه فالسبب هناك القرابة وهو مما لا يحتمل التجزئ وكذلك هذا فى قصاص كان واجبا للمورث لان كل واحد استحق جزءه منه بعد موته بالنص وذكر الجزء فيما لا يحتمل الوصف بالتجزئ كذكر الكل فيثبت لكل واحد منهم الكل باعتبار ان السبب لكل واحد منهم وهو القرابة كامل وهذا بخلاف المال فانه لا يحتمل الوصف بالتجزى (ألا ترى) ان الكبير هناك يملك استيفاء نصيبه خاصة وفى هذا الموضع لا يتمكن من استيفاء بعض القصاص ثم عندهما الامام هو الولي فى نصيب الصغير لانه لا ولاية للاخ الكبير علي الصغير فى نصيبه من المال فكذلك فى القصاص وانما الولاية

للامام فان شاء صالح على الدية وان شاء انتظر وليس له أن يقتص وقد بيناهذا في وصي الاب فكذلك في حق القاضي ولو كان مكان الصغير معتوه أو مجنون فهو على الخلاف أيضا بخلاف ما اذا كان مغمى عليه لان المغمى عليه بمنزلة الغائب وهو من أهل العفو ولو كان الوصي وصي الاب كان له أن يأخذ في حق الصغير مع الكبار في القول الاول أراد به قول أبي حنيفة لان عنده للكبير أن يقتص وان لم يكن معه وصي فان كان معه وصي فهو أولى أما على قولهما فليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل بلوغ الصغير اذا لم يكن له وصي فكذلك مع الوصي لانه ليس للوصي حق استيفاء القصاص في النفس وان قطعت يد الصغير عمدا كان للوصي أن يقتص وان يصالح على أرش اليد وليس له أن يعفو ولو كان القصاص في النفس ليس له أن يقتص في الروايات كلها ولا ان يعفو وفي الصلح روايتان وكذا لو قتل عبد الصغير لم يكن للوصي أن يقتص وأما الاب فان له أن يستوفي القصاص الثابت للصغير في النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح وليس له أن يعفو ولو صالح علي أقل من قيمته لم يجز وكان للصبي أن يرجع بتمام القيمة لانه أمر بقربان ماله بالتي هي أحسن ولهذا لا يجوز بيع الاب ماله باقل من قيمته لان الاب استوفى بعض القيمة فكان له أن يستوفي تمام القيمة بعد البلوغ حتى يصل اليه تمام حقه وقد ذكرناه في كتاب الصلح فاذا قتل الرجل عمدا فاقام أخوه البينة انه وارثه لا وارث له غيره وأقام القاتل البينة ان له ابنا فاني لا أعجل بقتله حتى أنظر فيما جاء به القاتل وأبلو فيه عذرا لا علم مصداقه لان القصاص أمر مستعظم اذا نفذ لا يمكن تداركه فان أقام القاتل البينة ان له ابنا وانه صالحه على الدية وانه قبضها منه درأت القصاص حتى أنظر فيما قال لانه ادعى الصلح وأقام البينة فتقبل بينته في حق سقوط القصاص لان الاخ نفى القصاص وأنكر ان له ابنا فيقبل في حق سقوط القصاص فان جاء الابن وأنكر الصلح كلفت القاتل اقامة البينة علي الصلح ولا أجبر البينة التي قامت علي الاخ لان الاخ ليس بخصم عن الابن في حق الصلح فلم تقبل في حق الصلح وقبلت في حق سقوط القصاص وبمثله لو كانا أخوين فاقام القاتل البينة على أحدهما انه قد صالح أخاه الغائب علي خمسمائة درهم أجزت ذلك ولا أكلفه اعادة البينة لان كل واحد منهما خصم في اثبات القصاص فالبينة قامت على خصم حاضر فيتضمن النفاذ علي الغائب وللغائب نصف الدية لان الصلح لم يثبت في حقه أما الاخ فلانه ليس بخصم مع قيام الابن. واذا ادعى بعض الورثة دم أبيه علي رجل

وأخوه غائب وأقام البينة انه قتل أباه عمدا فانى أقبل ذلك وأحبس القاتل فاذا قدم أخوه كلفهم جميعا أن يعيدوا البينة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكلفهم اعادة البينة ولو كان هذا فى دم خطأ لم يكلفوا اعادة البينة فى قولهم جميعا وأجمعوا أن الحاضر لا يستوفى القصاص لتوهم العفو منه لهما اذ كل واحد منهما من الورثة خصم عن نفسه وعن أصحابه فيما يدعي للميت ويدعى عليه كما فى الخطأ وغيره من الحقوق ولان القصاص حق الميت بدليل انه لو عفا عن الجارح صح وانقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه ولهذا لو أقام القاتل البينة على صلح الغائب أو عفوه تقبل بينته ولو لم يكن الحق للميت لما قبلت لما فيه من القضاء على الغائب واذا كان حق الميت فاقام الواحد مقام الجميع فكانت البينة قائمة على الخصم فلا يكلف اعادتها ولابى حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ولو كان كله حق الورثة يكلف اعادة البينة لان بعض الورثة لا يقوم مقام الكل فيما هو من خالص حقهم ولو كان حق الميت من كل وجه لا يكلف اعادة البينة فلما كان لكل واحد منهما حق كان المصير الى الاحتياط استعظاما لامر الدم واجبا ولان القصاص معدول به عن سائر الاحكام للاستقصاء (ألا ترى) ان القاتل اذا ادعى العفو وقال لى بينة على ذلك وأجله القاضى أياما ولم يقدر على اقامتها فانه لا يعجل بالقصاص ويتأنى بعد ذلك أياما هكذا ذكره محمد رحمه الله فى الاصل بخلاف سائر الحقوق ولهذا لا يجوز اقرار وكيل القاتل على موكله بالقصاص بخلاف سائر المواضع والاحتياط أن يلحق هذا بالحقوق التى هى للورثة حتى انه يؤمر باقامة البينة فربما يعجز عن اقامتها فيسقط القصاص وانما قلنا انه يشبه حق الميت لما ذكر وبيان انه يشبه حق الورثة انهم لو عفوا عن الجارح فى حياة المورث جاز عفوهم ولو لم يكن لهم حق لا يجوز كما لو أبرأ عن الدين فى حياته بخلاف الصلح والعفو لانه يثبت مع الشبهات والقصاص من وجه كالمورث لان ثبوته للوارث على سبيل الخلافة ومن وجه هو ثابت للوارث ابتداء وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما ففيما يثبت مع الشبهات يجعله كالموروث وفيما يندرئ بالشبهات نجعله كالواجب لكل واحد منهما ابتداء فلا يكون أحد منهما خصما عن الآخر فى اقامة البينة عليه وهذا بخلاف الخطأ فان موجبه المال وهو موروث للورثة عن الميت بعد ما تفرغ عن حاجته فكان بمنزلة سائر الورثة ينتصب كل وارث خصما عن الميت وعن سائر الورثة فى اثباته على ان الخطأ ليس مبناه على التغليظ بدليل قبول شهادة النساء مع الرجال

والشهادة على الشهادة ولو حضر الورثة جميعا وأقاموا البينة بالقتل العمد على رجلين أحدهما غائب قبلت البينة على الحاضر وقضيت عليه بالقود فاذا حضر الغائب كلفهم اعادة البينة عليه لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب وليس من ضرورة ثبوت القتل عليه ثبوته على الغائب وان امتنع القضاء به على الغائب فذلك لا يمنع استيفاء القود من الحاضر كما لو عفا الورثة عن أحد القاتلين أو صالحوه على مال كان لهم أن يقتلوا الحاضر وهذا لان القاتلين يهربون عادة فقل ما يظفر بهم جميعا فلو قلنا بانه يمتنع استيفاء القصاص من واحد منهم بسبب غيبة من غاب أدى ذلك الى سد باب القصاص والاضرار بصاحب الحق (أرأيت) لو مات الغائب أو فقد فلم يوقف على أثره أكان يمتنع استيفاء القصاص من هذا الحاضر ولا يقال فى هذا استيفاء مع الشبهة لجواز أن يكون للغائب حجة يدرأ بها القتل عن نفسه وعن صاحبه لانه ما من حجة تقبل من الغائب اذا حضر الا وهى مقبولة من الحاضر لو أقامها ولو ان أخوين أقاما شاهدين على رجل انه قتل اباهما عمدا فقضى القاضى بذلك وقتلاه ثم ان أحدهما قال قد شهدت الشهود بالزور وأبونا حى غرمته نصف الدية وهذا عندنا وقال الشافعى عليه القصاص لانهما أقرا أنهما تعمدا قتلا بغير حق واقرارهما حجة عليهما فيلزمهما القصاص بذلك وكذلك اذا أقر به أحدهما لان المقر يعامل فى حقه كانما أقر به حق وان كان لا يصدق على غيره فلا يجوز أن يجعل قضاء القاضى شبهة فى اسقاط القود عنهما لان قضاء القاضى انما يكون شبهة فى حق من لا يعلم الامر بخلاف ما قضي به فأما فى حق من يعلم ذلك فلا يعتبر قضاء القاضى كما لو رجع أحد شهود الزنا بعد ما رجم المشهود عليه فانه يلزمه حد القذف ولا يصير قضاء القاضى بالرجم شبهة فى حقه لهذا المعنى وأصحابنا قالوا انهما قتلاه بشبهة والقتل بشبهة يوجب المال دون القصاص وبيان ذلك انهما قتلاه بناء على قضاء القاضي لهما بالقود وهذا قضاء لو كان حقا لكان مبيحا لهما القتل فظاهره يوجب شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات كالنكاح الفاسد يكون مسقطا للحد لانه لو كان صحيحا كان مبيحا للوطئ فظاهره يورث شبهة وهذا الظاهر يورث شبهة فى حق من يعلم حقيقة الامر وفى حق من لا يعلم كما فى النكاح الفاسد وهذا لان القضاء لما كان حقيقة مبيحا فظاهره يمكن شبهة فى المحل والشبهة فى المحل تؤثر فى حق من يعلم وفى حق من لا يعلم كمن وطئ جارية أبيه لا يلزمه الحد وان كان يعلم حرمتها عليه وهذا بخلاف حد القذف فان حقيقة القضاء بالزنا هناك لا تبيح شبهة من غير فائدة فكذلك ظاهره

لا يورث شبهة ثم الفرق ما بيناه فى كتاب الصوم ان هناك انما يلزمه الحد بسبب سابق
على القضاء وهو الشهادة على الزنا لانه نسبه الى الزنا لما انتزع معنى الشهادة من كلامه
برجوعه وقد كان ذلك سابقا على القضاء هناك فأما هنافالسبب الموجب للقودمباشرة القتل
وذلك وجد منهما بعد القضاء فيكون صورة القضاء شبهة ويتضح كلامنا فيما اذا أقر بذلك أحد
الاثنين وجحد الآخر لانهما باشر القتل والجاحد منهما محق حتى لا يلزمه قصاص ولا دية
فيكون هذا أقوى فى التأثير من الخاطئ اذا شارك العامد فى القتل وهناك لايجب القود علي
واحد منهما فهنا أولى واذا سقط القود وجب علي الراجع منهما نصف الدية فى ماله لاقراره
بالقتل بغير حق وما يجب بالاقرار لاتحمله العاقلة ولو كان أحد الاخوين قتل القاتل
قبل القضاء لهما عليه بالقتل أو قبل أن تقوم لهما بينة علي ذلك ثم أقر هو أنه قتله بغير حق وأن
الاب حي فعليه القصاص لانه لم يقترن بالسبب الموجب للقصاص عليه شبهة قضاء مانع وان
لم يقل هو شيأ ولكن الآخر قال قد كنت عفوت أو كنت أريد أن أعفو أو كنت صالحت
ولا بينة له علي ذلك فانه لا يصدق علي أخيه لان اقراره بذلك حينئذ متمثل بين الصدق
والكذب فيجعل فى حق غيره كذبا اذ لا ولاية له علي غيره فى انه يلزمه شيأ بقول قاله ولا
شئ علي أخيه وان كان أخذ غير حقه من قبل الشركة يعني انه اذا كان هذا بعد ما قامت
البينة لهما علي القتل وقضي القاضى بذلك ثم هو ظاهر علي أصل أبى حنيفة لان عنده قد
وجب حق كل واحد منهما فى جميع القود كأنه ليس معه غيره فيكون مستوفيا حقه وعندهما
الواجب لكل واحد منهما بعض القود الا انه لايلزمه شئ لاجل الشركة وهو انه لا يتمكن
من استيفاء نصيبه الا باستيفاء مابقي وفعله فى نصيبه استيفاء غير موجب للضمان عليه فاذا
خرج بعض فعله من أن يكون واجبا موجبا للضمان عليه خرج جميعه من أن يكون موجبا
للضمان عليه لانه لا يحتمل الوصف بالتجزى و بعد ما لم يكن أصل فعله موجبا للضمان عليه
لايصير موجبا باقرار أخيه فان أقام ورثة المقتول بينة على هذا انه قد كان صالح على كذا قبل
أن يقتل الآخر أو كان عفا أجزت ذلك لان الثابت بالبينة التى يقيمها من هو خصم كالثابت
باتفاق الخصوم ثم القاتل يكون ضامنا للدية لانه تبين انه باشر القتل بغير الحق وقد سقط القود
عنه للشبهة حين لم يكن عالما بصلح أخيه وعفوه ويجب له من ذلك نصف الدية لان بعفو
أخيه انقلب نصيبه مالا على القاتل وقد استوجب القاتل عليه كمال الدية فى ماله أيضا فيكون

النصف قصاصا فان كان قتل بعد عفو أخيه أو صلحه وبعد ما علم بان الدم قد حرم عليه فعليه القصاص لانتفاء الشبهة وله نصف الدية فى مال القاتل لان نصيبه كان انقلب مالا لو مات القاتل فيستوفى من تركته فكذلك اذا قتله والله أعلم

باب رجوع الشهود عن القتل

(قال رحمه الله) واذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمدا وقبلت شهادتهما ثم رجعا فعليهما الدية فى مالهما فى قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعى عليهما القصاص وكذلك اذا رجع أحدهما واحتج الشافعى بحديث على رضى الله عنه حيث قال لشاهدى السرقة حين رجعا لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما والمعنى فيه أنهما باشرا قتلا بغير حق لانهما ألجآ القاضي الى القضاء بالقتل فانه يخاف العقوبة اذا امتنع من ذلك والملجىء مباشر حكما فى وجوب القود عليه كالمكره والدليل عليه أن الدية تجب مغلظة فى مالهما عندكم وذلك لا يكون الا بمباشرة القتل * وحجتنا فى ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لانه يعتبر فى القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة . وبيان الوصف أن المباشر هو الولى وهو طائع مختار فى هذه المباشرة فعرفنا أن الشاهد غير مباشر حقيقة ولا حكما ولا ممنوع لما ذكره من الالجاء لان القاضى انما يخاف العقوبة فى الآخرة وبه لا يصير ملجأ الى ذلك بل هو مندوب الى العفو شرعا ولا نسلم ان الدية تجب مغلظة على الشهود فكل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها ولا يصير به مكرها ثم ان وجد هذا الالجاء فى حق القاضى فبمجرد القضاء ما صار المقضى عليه مقتولا وانما صار مقتولا باستيفاء الولى وهو غير ملجأ الى ذلك بل هو مندوب الى العفو شرعا ولا يسلم أن الدية تجب مغلظة على الشهود بل انما تجب مخففة بمنزلة الواجب على حافر البئر الا أنها تجب على الحافر البئر فى ماله لانها وجبت باقراره واقراره غير مقبول فى حق العاقلة ولم يثبت لهم ان الشاهد مباشر حكما فقد بينا ان المباشر حقيقة ها هنا لا يلزمه القصاص وهو الولي لشبهة قضاء القاضي فالمباشر حكما أولي أن لا يلزمه شئ من ذلك وانما قال على رضى الله عنه ذلك على سبيل التهديد فقد صح من مذهب على ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وقد تقدم بيان هذا فى كتاب الرجوع فاذا لم يجب القود عليهما كان عليهما الدية ان رجعا وان رجع أحدهما فعليه نصف الدية لان

كل واحد منهما سبب لاتلاف نصف النفس فان رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فلولى المقتول الخيار بين أن يضمن الشاهدين الدية وبين أن يضمن القاتل لان القاتل متلف للنفس حقيقة والشهود متلفون له حكما والاتلاف الحكمى فى حكم الضمان كالاتلاف الحقيقي فكان له أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الولى الدية لم يرجع على الشاهدين بشئ لانه يضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولى أيضا فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ثبت لهما حق الرجوع على الولى بما ضمنا لانهما ضمنا بشهادتهما وقد كانا عاملين فيه للولى فيرجعان عليه بما يلحقهما من الضمان كما لو شهدا بالقتل الخطأ أو بالمال فقضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعوا جميعا وضمن المشهود عليه الشاهدين كان لهما أن يرجعا على المشهود له ولا يقال هناك قد ملك المقبوض بالضمان وها هنا لم يملكاه لان القصاص لا يملك بالضمان والمشهود به هو القصاص وهذا لانهما وان لم يملكا بعد فقد قام مقام من ضمنهما فى الرجوع على القاتل بمنزلة من غصب مدبرا فغصبه آخر منه ثم ضمن المالك الغاصب الاول فانه يرجع بالضمان على الثانى وان لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه وهذا لان القصاص مما يملك فى الجملة وله بدل متقوم محتمل التمليك فيكون السبب معتبرا على أن يعمل فى بدله عندنا لتعذر اعماله فى الاصل كاليمين على أن تعمل فى بلده حتى يرجع بالضمان من أن يكون متعقدا فى ايجاب الكفارة التى هى خلف عن البر لما كان الاصل وهو البر متوهم الوجود فى الجملة وعلى هذا غاصب المدبر فان المدبر متقوم مملوك فى الجملة فينعقد السبب للغاصب الاول فيه على أن يعمل فى بدله حتى يرجع بالضمان على الغاصب الثانى وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنهم الولى القيمة كان له أن يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابة ولم يملكوا رقبة المكاتب ولكن لما كان المكاتب مملوكا رقبة للمكاتب انعقد السبب فى حقهم على أن يكون عاملا فى بدل وهو بدل الكتابة بذلك وان لم يملكوا رقبة المكاتب فهذا مثله وأبو حنيفة يقول الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامنين مع مباشرة الاتلاف لان مجرد السبب يسقط اعتباره فى مقابلة المباشرة (ألا ترى) أنه لو وقع انسان فى بئر حفرها غيره فى الطريق كان الضمان على الحافر ولو دفعه غيره حتى وقع فيه كان الضمان على الدافع دون الحافر وهاهنا لما ضمن الشهود عرفنا انهم جناة متلفون للنفس حكما وان كان تمام ذلك الاتلاف عند استيفاء

الولى فان استيفاء الولى بمنزلة شرط بقدر جنايته ومن ضمن بجنايته على النفس لا يرجع على غيره فاما فى الخطأ فانما رجع لانه ملك المقبوض وهو الدية وقد أتلفه المستوفى بصرفه الى حاجته وهذا سبب آخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك الشاهد بالمال قولهما ان فى هذا الموضع يجعل هو قائما مقام من ضمنه قلنا هذا أن لو بقي حق من ضمنه قبل الولي واختياره فتضمين الشاهد ابراء منه للولي فكيف يقوم الشاهد مقامه فى الرجوع عليه وقوله بأنه ينعقد السبب موجبا للملك له أن يعمل فى بدله قلنا هذا ان لو كنا فى الاصل نتوهم الملك فى الضمان وليس فى القصاص توهم الملك بالضمان بحال فلا ينعقد السبب باعتبار الحلف كيمين الغموس ثم لو كان القصاص مالكا لهما لم يضمنه المتلف عليهما كما اذا شهدا على الولى بالعفو وقتل من عليه القصاص انسان آخر فليس له القصاص قبل الضمان وانعقاد السبب لا يكون أقوى من ثبوت الملك حقيقة واذا كان المتلف للقصاص لا يضمنه للمالك فكيف يضمنه لمن انعقد له السبب وبه فارق مسألة غصب المدبر والكتابة فان هناك لو كان مالكا حقيقة لم يضمنه المتلف عليه فكذلك اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك ولو رجع الشاهدان دون الولى فقال الولى أنا أجئ بشاهدين آخرين يشهدان على ذلك وقد قتل القاتل لم التفت الى ذلك لان الولى لا يثبت لنفسه شيئا بهذه البينة فانه قد استوفى القصاص ولا سبيل لاحد عليه اذا كان مصرا على دعواه ولم يظهر القتيل فلو قبلت هذه البينة انما تقبل لاسقاط ضمان الدية علي الراجعين وهما لا يدعيان ذلك بل يكذبان الشاهدين ويقران على أنفسهما بالدية لنسبتهم للقتل بغير حق فلا فائدة فى قبول هذه البينة ولو شهد أحد شاهدى الدم مع آخر على صاحبه انه كان محدودا فى قذف أو عبدا فشهادتهما باطلة لان هذه الشهادة تقوم لابطال قضاء القاضى لا لاثبات ملك أو حق لاحد بعينه والشهادة على ابطال قضاء القاضى لا تقبل ولا شئ علي واحد منهما لان الشاهد بهذا لا يصير راجعا فقد يكون هو محقا في شهادته وان كان صاحبه عبدا أو محدودا فى قذف وأما المشهود عليه فهو ثابت على شهادته منكر لما شهد به صاحبه عليه ولو شهد أنه عبد لهذا المدعي فيصير به عبداله لان هذه البينة تقوم لاثبات الملك للمدعى فاذا قبلت تبين بطلان القضاء الاول وأن القاضى أخطأ فى قضائه بغير حجة فيكون ضمان ذلك على من وقع الضمان له وهو الولى وتجب الدية على عاقلته لانه ظهر انه كان مخطئا فى القتل وانما ظهر بما هو حجة عليه وعلي عاقلته وبهذا الفصل تبين

انه اذا لم يرجع الشهود والولي ولكن جاء المشهود بقتله حيا فان الدية تجب على عاقلة الولى والشهود ويتخير ولي القتيل فى ذلك وهكذا ذكره الطحاوى عن أبى حنيفة وانما تجب فى مالهم اذا رجعوا لان وجوب ذلك بالاعتراف واذا قضى القاضي بالدم بشهادة الشاهدين فلم يقتل حتى رجعا استحسنت ان ادرأ القصاص عنه وهو قول أبى حنيفة الآخر وكان يقول أولا يستو فى القصاص وهو القياس لان القصاص محض حق العبد فيتم القضاء بنفسه والرجوع بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء كالمال والنكاح فان القاضي اذا قضى بالنكاح ثم رجع الشهود لا يمنع استيفاء الوطء على الزوج وان كان فى القصاص يحتاط فى الاستيفاء فكذلك فى الوطء وجه قوله الآخر ان القصاص عقوبة تندرئ بالشبهات والغلط فيه لا يمكن تداركه فيكون بمنزلة الحدود فكما أن فى الحدود لا يتم القضاء بنفسه ويجعل رجوع الشهود مع القضاء قبل الاستيفاء بمنزلة الرجوع قبل القضاء فكذلك فى القصاص بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهات وبخلاف النكاح لان العقد هناك ينعقد بقضاء القاضى ظاهرا وباطنا وهاهنا ما لم يكن واجبا من القصاص لا يصير واجبا بقضاء القاضى ولا بد من قيام الحجة عند الاستيفاء وأصل شهادة الشهود فاذا لم يبق حجة بعد رجوعهم يمتنع الاستيفاء وكل دية وجبت بغير صلح فهى فى ثلاث سنين لانها وجبت بالقتل وتقوم الدم بالمال ثابت شرعا بخلاف القياس وانما قومه الشرع بمال مؤجل فكما لا يزاد فى قدر ذلك بحال فكذلك لا يزاد فى صفته بأن يجعل حالا واذا شهد شاهدان بالدم فاقتص من القاتل ثم قالا أخطأنا انما القاتل هذا لم يصدقا على الثانى لانهما شهدا على أنفسهما بالقتل وغرما الدية للاول لانهما رجعا عن الشهادة عليه ونحو ذلك مروى عن على بن ابراهيم يعنى فى السرقة ولو شهدا بدم على رجلين فقتلا بشهادتهما ثم رجع أحدهما فى أحد الرجلين فعليه نصف دية هذا الرجل الواحد فى ثلاث سنين ولا يضمن من دية الآخر شيئا لانه لم يرجع عن شهادته فيه وقد بقى على الشهادة فى حق الآخر من يقوم به نصف الحق فيجب على الراجع نصف ديته ولو لم يرجع وادعى عليه أولياء المقتص منه انه رجع وسألوا يمينه على ذلك فليس عليه يمين لانهم لو أقاموا البينة عليه بالرجوع لم تقبل فكيف يستحلف عليه وهذا لان الرجوع فى غير مجلس الحكم لا يتعلق به حكم فكانت هذه دعوى باطلة منهم وان رجع الشاهد فلزمه نصف الدية فى ماله فى ثلاث سنين فمات أخذ ذلك من ماله حالا لوقوع الاستغناء له عن الاجل بالموت وان

كان الرجوع منه فى المرض وعليه دين فى الصحة بين بدىء بدين الصحة لان رجوعه اقرار على نفسه بالدية والمريض اذا أقر على نفسه وعليه دين فى صحته بدئ بدين الصحة ولو شهد شاهد ان على دم محمد ولهما على المقتول دين أجزت شهادتهما لانهما يثبتان القود بشهادتهما ولا منفعة لهما فى ذلك الدم فان رجعا عن شهادتهما بعد القتل ضمنا الدية ويقبضان دينهما من الثلث فان كان على الميت دين سوى ذلك خاصهم فيه قال الحاكم رحمه الله ولا تصح هذه المسئلة أن يحمل على ان الدين على المقتول قصاصا وهو كما قال فان الدين اذا كان لهما على الاول والدية عند الرجوع تجب عليهما للمقتول قصاصا فكيف يستوفيان دينهما من هذه الدية وان كان دينهما على المقتول قصاصا فبدل نفسه واجب عليهما عند الرجوع ودينه يقضى من بدل نفسه والله أعلم بالصواب

باب جناية الصبي والمعتوه

(قال رحمه الله) واذا أمر الصبي الحر الصبي الحر ان يقتل انسانا فقتله فالدية على عاقلة القاتل وليس على الآمر شئ لان قول الصبى هدر فيما يلزمه الغرم فيكون وجوده كعدمه فبقي مباشرة القتل من الصبي القاتل ولو أمر رجل صبيا فقتل رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي كمباشرته القتل باختياره يرجعون بها على عاقلة الآمر لان الآمر جان فى استعماله الصبي وأمره اياه بالقتل وهو الذى تسبب لوجوب الضمان على عاقلة الصبي فثبت لهم حق الرجوع بها على عاقلته فان قيل أمره قول وما يجب على المرء بقوله من ضمان الجناية لا تتحمله العاقلة قلت متمثلا نعم اذا كان ذلك القول خبرا محتملا الصدق والكذب ليكون محمولا على الكذب فى حق العاقلة فأما اذا كان ذلك أمرا فلا تردد فى كونه تسببا واستعمالا واذا ثبت السبب فى حق العاقلة ثبت الحكم واذا أعطي الرجل صبيا عصا أو سلاحا يمسكه له ولم يأمره فيه بشئ فعطب الصبي بذلك بان سقط من يده فوقع على رجله فمات فضمانه على عاقلة الرجل لانه جان فى استعمال الصبي فى امساك ما دفع اليه وهو سبب لهلاكه متعد فى ذلك السبب وان قتل الصبي نفسه بذلك أو قتل رجلا لم يضمن الدافع شيأ لانه أمره بامساكه لا باستعماله وانما وجب الضمان على عاقلته لاستعماله وهو مختار فى ذلك غير مأمور به من جهة الدافع فكذلك اذا قتل به نفسه فانما تلف باستعماله لا بامساكه بخلاف ما اذا وقع على رجله لانه ثمة

حصل الهلاك لا بمباشرته بل بامساكه الذى هو حكم دفع الدافع وهو متعمد فى الدفع فيضمن بخلاف ما اذا حصل التلف بمباشرته وحدث من جهة الصبي باختياره لانه طرأت المباشرة على التسبيب فينقطع حكم التسبيب وهذه المباشرة ليست حكم ذلك التسبيب فلا يثبت الرجوع بخلاف ما اذا أمره بالقتل حكما واذا غصب الرجل الصبي الحر فذهب به فهو ضامن له ان قتل أو أصابه حجرا وأكله سبع أو تردى من حائط عندنا استحسانا وفى القياس لا شئ عليه وهو قول زفر والشافعي ووجه القياس أن ضمان الغصب يختص بما هو مال متقوم والصبي الحر ليس بمال متقوم فلا يضمن بالغصب كالميتة والدم والدليل عليه أنه لو مات حتف أنفه أو أصابته حمى فمات أو مرض فمات أو خرجت به قرحة فمات لم يضمن الغاصب شيأ بالاتفاق والدليل عليه انه لو غصب مكاتبا صغيرا فمات فى يده ببعض هذه الاسباب لم يضمن الغاصب شيأ فالحر أولى وكذلك لا يضمن أم الولد بالغصب وان تلفت بهذه الاسباب لانه لم يبق لرقها قيمة فلان لا يضمن الحر بهذه الاسباب كان أولى * وحجتنا فى ذلك انه سبب لاتلافه بغير حق والمسبب اذا كان متعديا فى سبب فهو ضامن والدية على عاقلته كحافر البئر وواضع الحجر فى الطريق وبيان الوصف أنه أزال يد حافظه عنه فى حال حاجته الى الحفظ ولم يقم بحفظه بنفسه فكان مسببا لاتلافه وهو متعد فى ذلك لانه ممنوع شرعا من ازالة يد حافظه ومعنى قولنا ان لم يقم بحفظه بنفسه لانه تلف بامر يمكن التحرز عنه بخلاف ما اذا مات لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فلا يكون دليلا على تركه الحفظ أو على انه كان سببا لازالة حافظه عنه فأما التردى من الحائط ونهش الحية واصابة الحجر فانه يمكن التحرز عنه فى الجملة وبهذا تبين أن هذا الضمان ضمان جناية لا ضمان غصب والحر يضمن بالجناية تسبيبا كان أو مباشرة وهذا بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا فهو بفعله ما حال بينه وبين نفسه وبخلاف أم الولد فانها تقوم بحفظ نفسها فلا يكون هو جانيا بازالة الحفظ عنها فلهذا لا يضمن نقصها ولو قتل الصبي فى يد الغاصب رجلا فليس على الغاصب فى ذلك شئ لانه لم يأمره بالقتل ولكنه أنشأ القتل باختياره فلو ثبت للعاقلة حق الرجوع على الغاصب كان ذلك باعتبار يده على الصبي والحر لا يضمن باليد وكذلك لو قتل الصبي نفسه فى يد الغاصب فلا شئ على الغاصب كما لو قتل غيره وعلى قول أبى يوسف تجب ديته على عاقلة الغاصب لانه تلف بسبب يمكن حفظه من ذلك السبب عادة فهو كما لو نهشته حية واذا حمل

الرجل الصبي الحر على دابة فقال له امسكها لي وليس بيده حبل فسقط عن الدابة فمات فالدية على عاقلة الرجل لانه سبب لاتلافه حين حمله على الدابة فكان متعديا فى تسبيبه فاذا تلف بذلك السبب كان ضامنا لديته ويستوي ان كان الصبي ممن يركب أو لا يركب فان سار الصبي على الدابة فأوطأ انسانا فقتله فان كان هو ممن يستمسك عليها فديته علي عاقلة الصبي لانه متلف للرجل بدابته حين أوطأها اياه ولا شيء على عاقلة الذى حمله عليها لانه أحدث السير باختياره فهو كما لو قتل رجلا فى يد الغاصب باختياره وان كان مما لا يسير على الدابة لصغره ولا يستمسك عليها فدم القتيل هدر لان هذه الدابة بمنزلة المنفلتة فانها سارت من غير أن يسيرها أحد والدابة المنفلتة اذا وطأت انسانا فدمه هدر وهذا الذى حمل الصبي علي الدابة لم يسيرها فلا يكون هو قائد الدابة ولا سائقا والصبي الذى لا يستمسك على الدابة بمنزلة متاع موضوع عليها فلا يكون هو مسيرا للدابة بخلاف ما اذا كان يستمسك عليها واذا حمل الرجل معه الصبي على الدابة ومثله لا يصرفها ولا يستمسك عليها فوطئت الدابة انسانا فقتلته فالدية على عاقلة الرجل خاصة لانه هو المسير للدابة والصبي الذى لا يستمسك بمنزلة المتاع معه على الدابة فالدية على عاقلته وعليه الكفارة لان الراكب يجعل متلفا لما أوطأ بدابته مباشرة فانه انما تلف بفعله والكفارة جزاء مباشرة القتل وسيأتي بيان هذا فى الباب الذى يلي هذا ولو كان الصبي يصرف الدابة ويسير عليها فالدية على عاقلتهما جميعا لان كل واحد منهما مسير للدابة ها هنا فكانا جانيين على الرجل فتجب الدية علي عاقلتهما ولا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل بشئ لان هذا بمنزلة جناية الصبي بيده والرجل لم يأمره بذلك ولو سقط الصبي فمات فديته على عاقلة الرجل لانه هو الذى حمله عليها وقد بينا ان حامل الصبي على الدابة ضامن لديته اذا سقط سواء كان سقوطه بعد ما سير الدابة أو قبل أن يسيرها وكان هو ممن يستمسك عليها أو لا يستمسك عليها واذا حمل العبد صبيا حرا على دابة فوقع الصبي عنها فمات فديته فى عنق العبد يدفع به أو يفدى لانه صار مسببا لهلاكه والعبد يضمن بالجناية تسببا كان أو مباشرة وموجب جناية العبد الدفع أو الفداء وان كان معه على الدابة فسارا عليها فوطئت انسانا فمات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفى عنق العبد نصفها يدفع به أو يفدى لانهما جانيان علي المقتول فعلى كل واحد منهما موجب جنايته ويجعل فى ذلك الحكم كانه تفرد به واذا حمل الحر الكبير العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فأوطأ انسانا فذلك

فى عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه بمنزلة جنايته بيده ويرجع مولاه بالاقل من قيمته ومن الارش على الغاصب لانه حين حمله على دابته فقد صار غاصبا له ويبقى حكم غصبه ما بقي على الدابة والعبد المغصوب اذا جنى فى يد الغاصب كان للمولى أن يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لانه غصبه فارغا ورده مشغولا بالجناية بخلاف ماتقدم فالمحمول علي الدابة هناك حر والحر لايضمن بالغصب ولو حمله عليها وهو لايصرف الدابة ولايستمسك عليهما فسارت الدابة فاوطأت انسانا فدمه هدر لان الذى حمله عليها ليس بقائد للدابة ولا سائق لها وانما هذه دابة منفلتة وان كانت واقفة حيث أوقفها ولم تسر حتى ضربت رجلا بيدها أو رجلها أو بذنبها أو كدمته فلا شئ علي الصبي لان الصبي بمنزلة المتاع حين كان لا يستمسك علي الدابة وعلي الذى أوقفها الضمان علي عاقلته لانه متعد فى هذا التسبب فانه ممنوع من ايقاف الدابة فى الطريق الا أن يكون أوقفها فى ملكه فحينئذ لاضمان عليه لانه غير متعد فى ايقافها فى ملكه والمتسبب اذا لم يكن متعديا فى تسببه لا يضمن شيأ كمن حفر بئرا أو وضع حجرا فى ملكه والله أعلم

باب جناية الراكب

(قال رحمه الله) واذا سار الرجل علي دابة أى الدواب كانت فى طريق المسلمين فوطئت انسانا بيد أو رجل وهى تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب والاصل فى هذا ان السير على الدابة فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى فان الحق فى الطريق لجماعة المسلمين وما يكون حقا للجماعة يباح لكل واحد استيفاؤه بشرط السلامة لان حقه فى ذلك يمكنه من الاستيفاء ودفع الضرر عن الغير واجب عليه فيقيد بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يشترط عليه هذا القيد فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن التحرز عنه لان ما يستحق على المرء شرعا يعتبر فيه الوسع ولانا لو شرطنا عليه السلامة عما لايمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه لايمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لايمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع عنه لو شرطنا عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط فى الاستيفاء اذا عرفنا هذا فنقول التحرز عن الوطء على شئ فى وسع الراكب اذا أمعن النظر فى ذلك فاذا لم يسلم كان جانيا وهذه جناية منه بطريق

المباشرة لان القتل انما حصل بفعله حين كان هو على الدابة التى وطئت فتجب عليه الكفارة وعلى عاقلته الدية وان نفحته برجلها وهى تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام الرجل جبار أي هدر والمراد نفحة الدابة بالرجل وهى تسير وهذا لانه ليس فى وسعه التحرز من ذلك لان وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها وكذلك النفحة بالذنب ليس فى وسعه التحرز عن ذلك وقال ابن أبى ليلى هو ضامن لجميع ذلك وقاس الذى يسير على الدابة بالذى أوقف دابته فى الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما ان هناك يجب ضمان الدية على عاقلته فكذلك هنا ولكنا نقول فى الفرق بينهما هو ممنوع من ايقاف الدابة على الطريق لان ذلك مضر بالمارة ولان الطريق ما أعد لايقاف الدواب فيه فيكون هو فى شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدى فى التسبب يكون ضامنا فلهذا يسوى فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين مالا يمكن وهذا لانه ان كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكنه التحرز عن ايقاف الدابة بخلاف الاول فان السير على الدابة فى الطريق مباح له لان الطريق معد لذلك ولانه لا يضر بغيره وهو محتاج الى ذلك فربما لا يقدر على المشى فيستعين بالسير على الدابة واذا لم يكن نفس السير جناية قلنا لا يلزمه ضمان مالا يستطاع الامتناع منه (ألا ترى) ان الماشي فى الطريق لا يكون ضامنا لما ليس فى وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم فى الطريق ولو كدمت أو صدمت أو خبطت أو ضربت بيدها انسانا وهو يسير عليها فذلك كله مما يمكن التحرز عنه فيكون موجبا للدية على عاقلته بمنزلة ما لو وطئت الا أن هذه الاسباب لا تلزمه الكفارة عندنا لان الكفارة جزاء مباشرة القتل فلا تجب بالتسبب علي ما نبينه وان ضربت بحافرها حصاة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك فأصاب انسانا وهي تسير فلا ضمان عليه لان هذا لا يمكن التحرز عنه فهو بمنزلة التراب والغبار المنبعث من سنابكها اذا فقأ عين انسان الا أن يكون حجرا كبيرا فيضمن لان ذلك مما يستطاع الامتناع منه وانما ينبعث الحجر الكبير بخرق منه في السير ولو راثت أو بالت فى السير فعطب انسان بذلك لم يكن عليه ضمان لانه لا يمكنه التحرز عن ذلك قالوا وكذلك اذا وقفت لتبول أو لتروث لان من الدواب ما لا يفعل ذلك حتى يقف فهذا مما لا يستطاع الامتناع عنه وكذلك اللعاب يخرج من فيها ولو وقع سرجها أو لجامها أو شئ محمول عليها من اداتها أو متاع الرجل الذى معه يحمله فأصاب انسانا فى السير كان ضامنا لان هذا مما يمكن التحرز عنه وانما سقط

لانه لم يشهد عليها أو لم يحكم ذلك فكأنه ألقاه بيده على الطريق وكذلك من عطب به بعد ما وقع علي الارض فان عثر به أو تعقل فهو ضامن له بمنزلة ما لو وضعه بيده على الطريق والراكب والرديف والسائق والقائد فى الضمان سواء لان الدابة فى أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا وذلك مروى عن شريح رحمه الله الا أنه لا كفارة على السائق والقائد فيما وطئت لانهما مسببان للقتل والكفارة جزاء مباشرة القتل فأما الراكب والمرتدف فمباشر ان القتل بفعلهما فعليهما الكفارة كالنائم اذا انقلب على انسان فقتله واذا أوقف دابته فى طريق المسلمين أو فى دار لا يملكها بغير اذن أهلها فما أصابت بيد أو رجل أو ذنب أو كدمت أو سال من عرقها أو لعابها علي الطريق فزلق به انسان فضمان ذلك على عاقلته لانه متعد فى هذا التسبيب فانه ممنوع من ايقاف الدابة فى ملك غيره بغير اذنه وكذلك فى طريق المسلمين هو ممنوع من ايقاف الدابة خصوصا اذا كان يضربا لمار ولكن لا كفارة عليه لانعدام مباشرة القتل منه واذا أرسل الرجل دابته فى الطريق فما أصابت فى وجهها فهو ضامن له كما يضمن الذى سار به ولا كفارة عليه لانه سائق لها مادامت تسير على سنن ارساله فاذا عدت يمينا أو شمالا فلا ضمان عليه لانها تغيرت عن حالتها أنشأت سيرا آخر باختيارها فكانت كالمنفلتة الا أن لا يكون لها طريق غير الذى أحدثت فيه فحينئذ يكون ضامنا على حاله لانه انما سيرها فى الطريق الذى يمكنه أن يسير فيه وانما سارت فى ذلك الطريق فكان هو سائقا لها ووقفت ثم سارت فيه برىء الرجل من الضمان اذا لانها لما وقفت فقد انقطع حكم ارساله ثم انشأت بعد ذلك سيرا باختيارها فهى كالمنفلتة فان ردها فالذي ردها ضامن لما أصابت فى فورها ذلك لانه سائق لها فى الطريق الذى ردها فيه واذا حل عنها وأوقفها ثم سارت هي فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انقطع بما أنشأت من السير باختيارها قال واذا اصطدم الفارسان فوقعا جميعا فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه عندنا استحسانا وفى القياس على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو قول زفر والشافعي وجه القياس ان كل واحد منهما انما مات بفعله وفعل صاحبه لان الاصطدام فعل منهما جميعا فانما وقع كل واحد منهما بقوته وقوة صاحبه فيكون هذا بمنزلة ما لو جرح نفسه وجرحه غيره ولكنا استحسنا لما روى عن على رضى الله عنه انه جعل دية كل واحد من المصطدمين علي عاقلة صاحبه والمعنى فيه ان كل واحد منهما موقع لصاحبه فكانه أوقعه عن الدابة بيده وهذا

لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لاتلافه في الحكم فاما قوة المصطدم فلا تصلح أن تكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر وكذلك لو دفع انسان غيره في بئر حفرها رجل في الطريق فالضمان علي الدافع دون الحافر وان كان لولا حفره لذلك الموضع لما أتلفه بدفعه وعلى هذا الاصل قالوا لو أن رجلين تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا جميعا فان مات كل واحد منهما بفعل صاحبه بأن وقع على وجهه فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه لانه انما وقع علي وجهه بجذب صاحبه اياه وان وقع كل واحد منهما علي قفاه فلا شئ على واحد منهما لان سقوطه على قفاه بقوة نفسه لا بجذب صاحبه اياه وان سقط واحد منهما على وجهه والآخر على قفاه فدية الساقط على وجهه على عاقلة صاحبه ولو قطع انسان الحبل بينهما فسقط كل واحد منهما على قفاه ومات فديتهما علي عاقلة القاطع للحبل لانه كالدافع لكل واحد منهما ولو كان الصبي في يد أبيه فجذبه رجل من يده فمات فديته على عاقلة الجاذب لان الاب محق في امساكه والجاذب متعد في تسبيبه وكذلك لو تجاذبا صبيا يدعي أحدهما انه ابنه والآخر يدعي انه عبده فالدية علي عاقلة الذى يدعى انه عبده لان الشرع جعل القول قول من يدعيه ابنه فيكون هو محقا في امساكه والآخر متعديا في جذبه ولو جذب ثوبا من يد انسان وهو يدعى انه ملكه فتخرق الثوب من جذبهما ثم أقام المدعى البينة انه كان له فله نصف قيمة الثوب على صاحبه لانه كان يكفيه الامساك باليد وما كان يحتاج الي الجذب فيجعل التخريق محالا به علي فعلهما جميعا ولو عض ذراع انسان فنزع ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض فهو هدر ولو انقطع لحم صاحب الذراع فارش ذلك علي العاض لانه محتاج الى جذب الذراع من فيه فان العض يؤلمه وهو انما قصد دفع الالم عن نفسه فيكون محقا في الجذب والآخر متعديا في العض ولو أخذ بيد انسان فجذب صاحب اليد يده فعطبت يده فان كان أخذ بيده ليصافحه فلا ضمان على الذى أخذ لان الجاذب ما كان يحتاج الى ما صنع فيكون هو الجاني على يد نفسه وان كان أخذ يده ليعصره فالضمان على الآخذ لان الجاذب محتاج الى الجذب لدفع الالم عن نفسه ولو جلس على ثوب انسان فقام صاحبه فتخرق الثوب من جذبه فالضمان على الجالس عليه لانه متعد في الجلوس على ذيل الغير بغير اذنه والذى بينا في اصطدام الفارسين فكذلك الجواب في اصطدام الماشيين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فقيمة العبد على

عاقلة الحر ثم يأخذها ورثة الحر لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم ان تلف العبد الجانى وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه وهو الحر واذا أوقف الرجل دابته فى ملكه فما أصابت بيد أو رجل أو غير ذلك فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى ايقافها فى ملكه وكذلك ان كان الملك له ولغيره لان لكل واحد من الشريكين أن يوقف دابته فى الملك المشترك ويستوى ان قل نصيبه فيها أو كثر (أرأيت) لو قعد فى الملك المشترك أو توضأ فعطب انسان بوضوئه أكنت أضمنه ذلك لا أضمنه شيأ من هذا واذا سار الرجل على دابته فضربها أو كبحها باللجام فنفحت برجلها أو بذيلها لم يكن عليه شيء لانه يحتاج الى ضربها أو كبحها باللجام في تسييرها ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب ولو خبطت بيد أو رجل أو كدمت أو صدمت فقتلت انسانا فالضمان على الراكب سواء كان يملكها أو لا يملكها لان التحرز عن هذا كله ممكن ولو سقط عنها ثم ذهبت على وجهها فقتلت انسانا لم يكن عليه شيء لانها منفلتة فالذى سقط منها ليس براكب ولا قائد ولا سائق والمنفلتة جرحها جبار لانها عجماء بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العجماء جبار وهى المنفلتة عندنا ذكره فى الاصل والله أعلم

﴿ تم الجزء السادس والعشرون من كتاب المبسوط السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

(ويليه الجزء السابع والعشرون وأوله كتاب الناخس)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الناخس

(قال رحمه الله) واذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل أوضربها فنفحت برجلها رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لان نخسه جناية فما تولد منه كان مضمونا عليه وانما تكون النفحة بالرجل جبارا اذا كان يسير فى الطريق قال بلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لان ذلك تولد من نخسه فصار كانه هو الذى جنى على نفسه ولو ألقت الراكب من تلك النخسة فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه تولد ذلك من نخسه وجنايته وكذلك لو وثبت من نخسه علي رجل فقتلته أو وطئت رجلا فقتلته لان ذلك تولد من جنايته والواقفة فى ذلك والتى تسير سواء لان ذلك تولد من نخسه فكان الضمان علي عاقلته قال ولو نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه فى نفحتها وهى تسير لان النفحة فى حال السير هدر لقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها هذا باذن الراكب كانت الدية عليهما جميعا اذا كان فى فورها الذى نخسها فيه لانه لما نخس باذن الراكب صار بمنزلة السائق والراكب سائقا وراكبا كان الضمان عليهما نصفين وهذا اذا كان فى ذلك الفور الذى نخسها فيه فاما اذا انقطع ذلك الفور كما اذا سارت ساعة وتركهامن السوق فالضمان علي الراكب خاصة لان فعل الناخس قد انقطع وبقى فعل الراكب قال واذا نخس الرجل الدابة ولها سائق بغير اذن السائق فنفحت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس وكذلك لو كان لها قائد لان ذلك تولد من نخسه وان نخس باذن السائق أو باذن القائد فنفحت رجلا فقتلته فلا ضمان عليه ولا عليهما لان الناخس صار سائقا والنفحة بالرجل جبار فى هذه الحالة قال واذا قاد الرجل الدابة فنخسها رجل آخر فانفلتت من القائد ثم

أصابت فى فورها ذلك فضمان ذلك على الناخس لان حكم قوده قد انقطع وصار الناخس جانيا فضمان ذلك عليه قال وان كان الناخس عبدا فجناية الدابة فى رقبة العبد يدفع بها أو يفدي لانه بمنزلة جنايته بيده وان كان الناخس صبيا فهو كالرجل فى ان ضمان الدية يجب علي عاقلته وان مرت الدابة بشيء نصب فى ذلك الطريق فنخسها ذلك الشيء فنفحت انسانا فقتلته فهو علي الذي نصب ذلك لانه متعد فى نصب ذلك الشيء فى الطريق فكان نخس ذلك الشيء للدابة بمنزلة نخس الذي نصبه وان كان الرجل يسير فى الطريق فأمر عبدا لغيره فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على أحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا فان وطئت فى فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفعها مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع علي الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار للعبد غاصبا باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له وكذلك لو أمره بالسوق أو بقود الدابة ولو كان الراكب عبدا فأمر عبدا آخر فساق دابته فأوطأت انسانا فقتلته فالدية فى اعناقهما نصفين يدفعان بها أو يفديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شيء علي الراكب لمولى العبد المأمور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق واذا عتق كان عليه قيمة المأمور وان كان تاجرا أو مكاتبا فهو دين فى عنقه لانه لا يؤاخذ بضمان القول فكذلك السائق فى الحال واذا أقاد الرجل قطارا فى طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره فالقائد ضامن له وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان القائد مقرب ماأصاب بالصدمة أو غير ذلك وكذلك السائق مقرب من ذلك ومشترك فى الضمان لاستوائهما فى السبب وهذا لان السوق والقود فى الطريق مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة الركوب فكما ان الراكب يجعل ضامنا بما تلف بسبب يمكن التحرز عنه فكذلك السائق والقائد والمعنى فى الكل ان الدابة فى يده فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه فى صرف الدابة بسوقه أو بقوده وان كان معها سائق الابل وسط القطار فالضمان فى جميع ذلك عليهم أثلاثا لان الذي هو فى وسط القطار سائق لما بين يديه فعليه أن يتحرز عما يمكن التحرز عنه من الابل قائدا لما خلفه والسائق والقائد فى حكم الضمان سواء وكذلك ان كان يكون أحيانا وسطها وأحيانا يتقدم

واحيانا يتأخر لانه فى جميع هذه الاحوال سائق للقطار أو قائد ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيأ لم يضمن شيأ مما تصيب الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه فان ثقل السوق فى الزجر علي الابل والضرب ولم يوجد منه شيء من ذلك وهو معهم فى الضمان فيما أصاب البعير الذى هو عليه وما خلفه أما فى البعير الذى هو عليه فلانه راكب والراكب شريك السائق والقائد فى الضمان وأما ماخلفه فلانه قائد لما خلفه لان ما خلفه زمامه مربوط ببعيره ومشي البعير الذى هو عليه يضاف الى الراكب فيجعل هو بهذا المعنى كالقائد لما خلفه وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه يقوده بيده وأما اذا كان هو نائما على بعيره أو قاعدا لا يفعل شيأ لا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه فى ذلك وهو فى حق ماخلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعيره واذا أتى الرجل ببعير فربطه الي القطار والقائد لا يعلم وليس معها سائق فاصاب ذلك البعير انسانا ضمن القائد لانه قائد لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع تحقق سبب الضمان لا يسقط الضمان لجهله ثم يرجع القائد على الذى ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذى ألزمه ذلك الضمان حين ربط البعير بقطاره وهو متعمد فيما صنع فيكون له أن يرجع عليه بما يلحقه من الضمان ولو كان البعير واقفا حين ربطه بالقطار ثم قاد فأصاب ذلك البعير شيأ فالضمان علي القائد ولا يرجع علي الذى ربط البعير بذلك الضمان لانه هو الذى ربط البعير بقطاره كان هو السبب لما يلحقه من الضمان فيثبت له حق الرجوع به عليه وفى الوجهين جميعا ان علم صاحب القطار وقاد القطار على حاله لم يكن له أن يرجع على الرابط بشيء من الضمان لانه بعد ما علم لما قاد القطار فقد صار ضامنا بفعله فيجعل كانه ربط بامره ولو سقط شيء مما يحمل الابل على انسان فقتله أو سقط بالطريق فعثر فمات كان الضمان فى ذلك على الذى يقود الابل وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان هذا مما يمكن التحرز عنه بان يشد الحمل على البعير على وجه لا يسقط وانما يسقط لتقصير كان من القائد والسائق فى الشد فكانه أسقط ذلك بيده فيكون ضامنا لما تلف بسقوطه عليه ولمن يعثر به بعد ماسقط فى الطريق لانه شيء أحدثه فى طريق المسلمين واذا سار الرجل على دابته فى الطريق فعثر بحجر وضعه رجل أو بدكان قد بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت علي انسان فمات فالضمان على الذى أحدث ذلك فى الطريق لانه ممنوع من احداث شيء من ذلك فى طريق المسلمين فان الطريق معد لمرور الناس فيه فيما يضر بالمارة

أو يحول بينهم وبين المرور فيه يكون هو ممنوعا من احداث ذلك وبهذا الطريق يصير المحدث كالدافع للدابة على ما سقطت عليه فيكون الضمان عليه دون الراكب قالوا هذا اذا لم يعلم الراكب بما أحدث فى الطريق فان علم بذلك وسير الدابة على ذلك الموضع قصدا فالضمان عليه لانه طرأ على فعل الذى أحدث فعل آخر ممن هو مختار فيفسخ به حكم فعل الاول ويكون الضمان على الثانى بمنزلة من وضع حجرا على الطريق فزحزحه رجل آخر الى جانب آخر من الطريق ثم عثر به انسان كان الضمان على الثانى دون الاول ولو سار على دابته فى ملكه فأوطأت انسانا بيد أو رجل فقتلته فعليه الدية والكفارة جميعا لان الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته والمباشرة فى ملكه وفى غير ملكه سواء فى ايجاب الضمان عليه كالرمى فان رمى فى ملكه فأصاب انسانا كان عليه ضمانه وان كان سائقا أو قائدا فلا ضمان عليه فى ذلك لانه تسبب بتقريب الدابة من محل الجناية والمتسبب انما يكون ضامنا اذا كان متعديا بسببه وهو فى ملك نفسه لا يكون متعديا فى سوق الدابة ولا قودها فهو نظير القاعد فى ملكه اذا تعثر به انسان والدليل على الفرق ان السائق والقائد فى الطريق لا تلزمه الكفارة لانعدام مباشرة القتل منه والراكب تلزمه الكفارة ولو أوقفها فى ملكه فاصابت انسانا من أهله أو أجنبيا دخل باذنه أو بغير اذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى ايقافها فى ملكه وكذلك الكلب العقور فى دار مخلى عنه أو مربوطا لان صاحب الكلب غير متعدى فى امساكه فى ملكه ولو ربط دابته فى الطريق فجالت فى رباطها من غير أن يحلها أحد فما أصابت فهو على الذى ربطها لانه متعد فى ربطها فى الطريق وفى أى موضع وقفت بعد أن تكون مربوطة فذلك يكون مضافا الى من ربطها لان الرابط يعلم حين ربطها انه تحول فى رباطها بهذا القدر فلا يكون تغييرها عن حالها مبطلا الضمان عنه بعد أن يكون الضمان بالرباط كما هى الا أن يحل الرباط وتذهب فحينئذ تكون فى معنى المنفلتة وكذلك كل بهيمة من سبع أو غيره اذا أوقفه رجل على الطريق فهو متعد فى هذا التسبب حكما ضامن لما يتلف به ما لم يتغير عن حاله وكذلك لو طرح بعض الهوام على رجل فلدغه ذلك فهو ضامن له لانه متعد فى هذا التسبب ولا يقال قد طرأ على تسببه مباشرة وهو اللدغ من العقرب أو الحية لان ذلك غير صالح لبناء الحكم عليه فلا يقطع به حكم التسبب الموجود ممن ألقاه عليه

بمنزلة مشي الماشي وفعله في نفسه في مسئلة حفر البئر فانه لايكون ناسخا للسبب الموجود من الحافر في حكم الضمان والله أعلم

باب مايحدث الرجل في الطريق

(قال رحمه الله) واذا وضع الرجل في الطريق حجرا أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة في الطريق أو أشرع كنيفا أو حياضا أوميزابا أو وضع في الطريق جذعا فهو ضامن لما أصاب من ذلك لانه مسبب لهلاك ماتلف بما أحدثه وهو متعد في هذا التسبب فانه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور في الطريق الذى هو حقهم ووجوب الضمان لصيانة دم المتلف عن الهدر فاذا أمكن ايجابه على المسبب لكونه متعديا في تسببيه نوجبه عليه وان لم يكن قاتلا في الحقيقة حتى لا تلزمه الكفارة عندنا ولا يحرم الميراث وقال الشافعي لما جعل التسبب كالمباشرة في حكم الضمان فكذلك في حكم الكفارة وحرمان الميراث ولكنا نقول الكفارة وحرمان الميراث جزاء قتل محظور ولا يوجد ذلك في التسبب لانه لا يتمكن أن يجعل قاتلا باحداث ذلك ولا مقتول عند احداثه ولا يمكن أن يجعل قاتلا عند الاصابة فلعل المحدث ميت عند الاصابة وكيف يكون الميت قاتلا والدليل عليه أن القتل لايكون الا بفعل القاتل والقتل نوعان عمد وخطأ ففي كل مايتصور العمد في جنسه يتصور الخطأ أيضا والقتل العمد بهذا الطريق لا يتحقق فكذلك الخطأ وحرمان الميراث باعتبار توهم القصد الي استعجال الميراث وذلك في العمد لا يشكل وفي الخطأ يحتمل أن يكون الخطأ أظهر من نفسه وهو قاصد الي ذلك وهذا لا يتحقق في هذه المواضع وعلى هذا الاصل قال علماؤنا رحمهم الله الكفارة وحرمان الميراث لا يثبت في حق الصبي والمجنون بالقتل لانه جزاء قتل محظور وفعل الصبي لا يوصف بذلك فالخطأ شرعا يبنى علي الخطاب وعند الشافعي يثبت الكفارة وحرمان الميراث في حقهما كما تثبت الدية وعلي هذا قلنا اذا قضي القاضي على مورثه بالقصاص لم يحرم الميراث وان رجعوا لا تلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء فعل محظور والقاضى بقضائه لايصير قاتلا وكذلك شهود القصاص لايحرمون الميراث وان رجعوا لاتلزمهم الكفارة لان ذلك جزاء قتل محظور وهم بالشهادة ماصاروا قاتلين مباشرة فان عثر بما احدثه في الطريق رجل فوقع علي آخر فماتا فالضمان علي الذي أحدثه في الطريق لانه بمنزلة الدافع لمن يعثر بما أحدثه فكانه دفعه بيده على غيره فلا ضمان علي الذى عثر به لانه مدفوع

فى هذه الحالة والمدفوع كالا له واذا نحى رجل شيأ من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان علي الذى نحاه وقد خرج الاول من الضمان لان حكم فعله قد انفسخ بفراغ الموضع الذى شغله بما أحدث فيه وانما شغل بفعل الثانى فى موضع آخر فهو كالمحدث لذلك فى ذلك الموضع والقاء التراب فى الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة القاء الحجر والخشبة ولو أن رجلا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن لانه لم يحدث فى الطريق شيأ انما كنس الطريق لكيلا يتضرر به المارة ولا يؤذيهم التراب فلا يكون هذا متعديا فى هذا السبب ولو رش الطريق أو توضأ فى الطريق فعطب بذلك الموضع انسان فهو ضامن لان ما أحدث فى الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم وهذا كله فى طريق هو للعامة فان كان فى سكة غير نافذة والذى فعل ذلك من أهل السكة لم يضمن لان ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة وقد بينا أن أحد الشركاء اذا أحدث من ذلك فى الملك المشترك لم يكن ضامنا واذا أشرع الرجل جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان علي البائع لانه كان جانيا بوضع الجناح فان سواء الطريق كرقبة الطريق فمن احدث فيه شيأ يكون جانيا وبالبيع لم ينسخ حكم فعله لانه لم ينزع الموضع الذى شغله بما أحدثه فبقى ضامنا علي حاله (الا ترى) انه لو وضع الجناح فى غير ملكه كان ضامنا لما تلف به فلما كان عدم الملك لا يمنع انعقاد سبب الضمان فكذلك لا يمنع بقاءه ولا شئ علي المشترى لانه ما أحدث فى الطريق شيأ وكذلك الميزاب فان سقط الميزاب يصرفان فان أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان فيه علي أحد لانه انما وضع ذلك الطرف من الميزاب فى ملكه واحداث شئ فى ملكه لا يكون تعديا وان أصابه ما كان خارجا منه من الحائط فالضمان على الذى وضعه لانه متعد فى ذلك الطرف فانه شغل به هواء الطريق فان لم يعلم أيهما أصابه ففى القياس لا شئ عليه لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لم يضمن شيأ وان أصابه الطرف الخارج فهو ضامن والضمان بالشك لا يجب لان فراغ ذمته ثابت يقينا وفى الاشغال شك وفى الاستحسان هو ضامن للنصف لانه فى حال هو ضامن للكل وفى حال لا شئ عليه فيتوزع الضمان على الاحوال ليتحقق به معنى النظر من الجانبين واذا استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا فان سقط من عملهم قبل أن يفرغوا منه فالضمان عليهم دون رب الدار لانه انما سقط لتقصيرهم فى الامساك فكانهم ألقوا ذلك

فيكونون قاتلين مباشرة فيلزمهم الدية والكفارة ويحرمون الميراث وان سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان فيه على رب الدار استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر فيما أمره في ماله أن يفعله بنفسه ولكنه استحسن لحديث شريح فانه قضى بالضمان على مثله على رب الدار والمعنى فيه انهم يعملون له ولهذا يستوجبون الاجر عليه وقد صار عملهم مسلما اليه بالفراغ منه فكأنه عمل ذلك بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فان عملهم لم يصر مسلما اليه بعد وهذا لانه انما يحدث ذلك في فنائه ويباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره ولكن لكون الفناء غير مملوك لم يتقيد بشرط السلامة فبهذا اعتبر أمره في ذلك وجعل هو كالقاتل لنفسه ولو وضع ساجة في الطريق أو خشبة باعها من رجل وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على الذى وضعها لانه كان متعديا في وضعها فما بقيت في ذلك المكان بقي حكم فعله وكما أن انعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكذلك زوال ملكه بالبيع وان كان جميع ما ذكرنا في ملك قوم أشرعوه في ملكهم فلا ضمان في شيء من ذلك وان كان أشرعه بعضهم دون بعض فعليه الضمان يرفع عنه بحصة ما ملكه من ذلك لان أحد الشركاء لا يملك البناء في الملك المشترك بغير رضا شركائه فهو جان باعتبار ارضائهم غير جان باعتبار نصيبه فيتوزع الضمان على ذلك بمنزلة أحد الشركاء في الجارية اذا وطئها يلزمه العقر ويرفع عنه من ذلك حصته وذلك بخلاف ما لو توضأ فيه أو صب فيه ماء أو وضع متاعا لان ذلك يتمكن من فعله كل واحد من الشركاء شرعا فيستحسن أن لا يجعله ضامنا به بخلاف البناء واذا وضع في الطريق جمرا فاحرق شيأ فهو ضامن له لانه متعد في احداث النار في الطريق فان حركته الريح فذهب به الى موضع آخر ثم أحرق شيأ فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انتسخ بالتحول من ذلك الموضع الى موضع آخر قال وهذا اذا لم يكن اليوم يوم ريح فان كان ريحا فهو ضامن لانه كان عالما حين ألقاه أن الريح يذهب به من موضع الى موضع فلا ينسخ حكم فعله بذلك بمنزلة الدابة التى جالت برباطها والله أعلم

باب الحائط المائل

(قال رحمه الله) واذا مال حائط الرجل أووهى فوقع على الطريق الاعظم فقتل انسانا فلا

ضمان على صاحبه لانه لم يوجد منه صنع هو تعد فانه وضع البناء فى ملكه فلا يكون متعديا فى الوضع ولا صنع له فى مثل الحائط ولكن هذا اذا كان بناء الحائط مستويا فان كان بناه فى الاصل مائلا الى الطريق فهو ضامن لمن يسقط عليه لانه متعد فى شغل هواء الطريق ببنائه وهواء الطريق كاصل الطريق حق المارة فمن أحدث فيه شيأ كان متعديا ضامنا فأما اذا بناه مستويا فانما شغل ببنائه هواء ملكه وذلك لا يكون تعديا منه فلو أشهد عليه فى هذا الحائط المائل فلم يهدمه حتى سقط وأصاب انسانا ففى القياس لا ضمان عليه أيضا وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد والاشهاد فعل غيره فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه لكن استحسن علماؤنا رحمهم الله ايجاب الضمان روى ذلك عن على رضى الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين وهذا لان هواء الطريق قد اشتغل بحائطه وحين قد أشهد عليه فقد طولب بالتفريغ والرد فاذا امتنع من ذلك بعد ما تمكن منه كان ضامنا بمنزلة ما لو هبت الريح بثوب القته فى حجر فطالبه صاحبه بالرد عليه فلم يفعل حتى هلك بخلاف ما قبل الاشهاد ولانه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب اذا هلك فى حجره قبل أن يطالبه صاحبه بالرد ثم لا معتبر بالاشهاد وانما المعتبر التقدم اليه فى هدم الحائط فالمطالبة تتحقق وينعدم به معنى العذر فى حقه وهو الجهل بميل الحائط الا أنه ذكر الاشهاد احتياطا حتى اذا جحد صاحب الحائط التقدم اليه فى ذلك أمكن اثباته عليه بالبينة بمنزلة الشفيع فالمعتبر فى حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالاشهاد على ذلك احتياطا لهذا المعنى وهذا التقدم اليه يصح من كل واحد من الناس مسلما أو ذميا رجلا كان أو امرأة لان الناس فى المرور فى الطريق شركاء والتقدم اليه صحيح عند السلطان وعند غير السلطان لانه مطالبة بالتفريغ وغير مطالبة في الطريق ولكل أحد حق في الطريق فينفرد بالمطالبة بتفريغه وصورته أن يقول له ان حائطك هذا مائل فاهدمه وذكر عن الشعبي انه كان يمشى ومعه رجل فقال الرجل ان هذا الحائط لمائل وهو لعامر ولا يعلموا الرجل انه عامر فقال عامر ما أنت بالذى يفارقنى حتى أنقضه فبعث الي الفعلة فنقضه فعرفنا أن الاشهاد بهذا اللفظ يتم وبعد الاشهاد ان تلف بالحائط مال فالضمان فى ماله وان تلف به نفس فضمان ديته على عاقلته لان هذا دون الخطأ ولا كفارة عليه فيه لانعدام مباشرة القتل منه ويستوي ان شهد عليه رجلان أو رجل وامرأتان فى التقدم اليه لان الثابت بهذا التقدم ما لا يندرئ بالشبهات وهو المال

واذا باع الحائط بعد ما أشهد عليه برىء من ضمانه لانه انما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه منه وبالبيع زال تمكنه من هدم الحائط فيخرج من أن يكون جانيا فيه بخلاف الجناح فهناك كان جانيا باصل الوضع * يوضحه أن ابتداء الاشهاد عليه لا يصح اذا لم يكن هو مالكا للحائط. فكذلك لا يبقى حكم الاشهاد بعد زوال ملكه بخلاف الجناح ولا ضمان على المشترى فى الحائط لانه لم يتقدم اليه فى هدمه فحاله كحاله قبل أن يتقدم اليه فيه فان شهد المشترى فى الحائط فانه لا يتقدم اليه فى هدمه فحاله كحال البائع قبل أن يتقدم اليه فيه فان أشهد على المشترى بعد شرائه فهو ضامن لتركه تفريغ الطريق بعد ما طولب به مع تمكنه من ذلك ولو كان الحائط رهنا فتقدم الى المرتهن فيه لم يضمنه المرتهن ولا الراهن لان المرتهن غير متمكن من هدمه فلا يصح التقدم فيه اليه ولم يتقدم الى الراهن فيه وان تقدم فيه الى الراهن كان ضامنا لانه متمكن من أن يقضي الدين ويسترد الحائط فيهدمه فيصح التقدم اليه فيه وان تقدم الى ساكن الدار فى بعض الحائط المائل فليس ذلك بشيء سواء كان ساكنا باجر أو بغير أجر لانه غير متمكن من النقض وان تقدم الى رب الدار فعليه الضمان لانه متمكن من هدمه فاذا تقدم الى أب الصبي أو الوصى فى ذلك فلم ينقضه حتى سقط. فاصاب شيأ فضمانه على الصبي لان الاب والوصى يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط. فيصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما واذا تقدم فى الحائط الى بعض الورثة فالقياس ان لا ضمان على أحد منهم لان أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن من بنائه ولم يوجد التقدم الى الباقين فلا يصح هذا الاشهاد ولا يكون هو متعديا فى تركه التفريغ بعد هذا ولكنا نستحسن فنضمن هذا الذي أشهد عليه بحصة نصيبه مما أصاب الحائط لانه كان متمكنا من أن يطلب شركاءه ليجتمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعته يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى الي الضرر والضرر مدفوع والرجل والمرأة والمسلم والذمى والحر والمكاتب فى هذا الاشهاد سواء لانهم فى التطرق فى هذا الطريق سواء واذا تقدم الي العبد التاجر فى الحائط. فأصاب انسانا وعليه دين أولا دين عليه فهو على عاقلة مولاه لان العبد متمكن من هدم الحائط فيصح التقدم اليه ثم الحائط. ملك المولي ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فالمولى أحق باستخلاصه لنفسه فيجعل فى حكم الجناية كان المولي هو المالك على ما بينا فيما

اذا وجد القتيل فى دار العبد فلهذا كان ضمان الدية على عاقلة المولى وان أصاب مالا فضمانه فى عنق العبد يباع فيه وينبغى فى القياس أن يكون على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد بالتزام ضمان المال كالحر فانه منفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك وفى التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى واذا وضع الرجل على حائطه شيأ فوقع ذلك الشئ فأصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه على ملكه فهو لا يكون متعديا فيما يحدثه فى ملكه ويستوى ان كان الحائط مائلا أو غير مائل لانه فى الموضعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه واذا تقدم الى رجل فى حائط من داره فى يده فلم يهدمه حتى سقط على رجل فقتله فأنكرت العاقلة أن تكون الدار له أو قالوا لا ندرى هى له أو لغيره فلا شئ عليهم حتى تقوم البينة على أن الدار له لان ثبوت الملك له باعتبار اليد من حيث الظاهر وذلك لا يصلح حجة لاستحقاق الدية على العاقلة فهو نظير المشترى للدار اذا أنكر أن يكون مافى يد الشفيع ملكه كان على الشفيع اثبات ملكه بالبينة ليتمكن من الاخذ بالشفعة والحاصل انه يحتاج الى اثبات ثلاثة أشياء بالبينة أحدها أن تكون الدار له والثانى أن يتقدم اليه فى هدم الحائط والثالث أن المقتول انما مات بسقوط الحائط عليه فاذا ثبتت هذه الاشياء بالبينة فحينئذ يقضي بالدية على العاقلة فان أقر ذو اليد ان الدار له لم يصدق على العاقلة ولا ضمان على المقر أيضا فى القياس لانه انما أقر بوجوب الدية على العاقلة والمقر على الغير اذا صار مكذبا فى اقراره لم يضمن شيأ ولكنا نستحسن أن نضمنه الدية لاقراره على نفسه بالتعدى وهو ترك هدم الحائط بعد ما تمكن منه وانما هذا بمنزلة جناح أخرجه فى دار فى يده الى الطريق فوقع على انسان فقتله فقالت العاقلة ليست الدار له وانما أخرج الجناح بامر رب الدار وأقر ذو اليد ان الدار له فانه يكون ضامنا الدية فى ماله فهذا مثله واذا كان الرجل على حائط له مائل أو غير مائل سقط به الحائط فاصاب من غير عمله انسانا فقتله فهو ضامن فى الحائط المائل اذا كان قد تقدم اليه فيه ولا ضمان عليه فيما سواه لانه مدفوع بالحائط حين سقط الحائط وسقوطه على انسان بمنزلة سقوط الحائط عليه فى حكم الضمان ولو كان هو سقط من الحائط من غير ان سقط الحائط فقتل انسانا كان هو ضامنا لانه غير مدفوع هنا بالحائط فان الحائط على حاله لم يسقط ولكنه بمنزلة النائم انقلب على انسان فقتله يكون ضامنا له ولو

مات الساقط بطرق الاسفل فان كان يمشى فى الطريق فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى مشيه في الطريق ولا يمكنه أن يتحرز عن سقوط غيره عليه وان كان واقفا فى الطريق أو قاعدا أو نائما فهو ضامن لدية الساقط عليه لانه متعد بالوقوف والقعود والنوم فيكون ضامنا لما يتلف به وان كان الاسفل في ملكه فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى الوقوف فى ملكه وعلى الاعلى ضمان الاسفل فى هذه الحالات لان الاعلى مباشر بقتل من سقط عليه وفى المباشرة الملك وغير الملك سواء وكذلك ان تعقل فسقط أو نام فانقلب فهو ضامن لما أصاب الاسفل لانه تلف بثقله فكانه قتله بيده وعليه الكفارة فى ذلك وكذلك لو تردى من جبل الى رجل فقتله فعليه ضمانه وملكه وغير ملكه فى ذلك سواء وكذلك لو سقط فى بئر احتفرها فى ملكه وفيها انسان فقتل ذلك الانسان كان ضامنا للانسان بمنزلة مالو قتله بيده وان كان البئر فى الطريق كان الضمان على رب البئر فيما أصاب الساقط والمسقوط عليه لان الحافر للبئر اذا كان متعديا فهو بمنزلة الدافع لمن سقط فى البئر والساقط بمنزلة المدفوع واذا شهد على رجل فى حائط مائل شاهدان فاصاب الحائط أحد الشاهدين أو أباه أو عبدا له أو مكاتبا له ولا شاهد على رب الحائط غيرهما لم تجز شهادة هذا الذى يجر الى نفسه أو الى أحد ممن تجوز شهادته له نفعا لان الموجب للضمان على صاحب الحائط التقدم اليه فى الهدم وهو منكر لذلك فشهادة الشهود عليه بهذا السبب كشهادتهم عليه بوجوب الضمان بسبب آخر ولو شهد عبدان أو صبيان أو كافران ثم عتق العبد وأسلم الكافر وأدرك الصبيان ثم وقع الحائط فاصاب انسانا فهو ضامن لذلك وكذلك ان كان السقوط قبل أن يعتقا أو يسلما أو يدركا ثم كان ذلك قبل اداء الشهادة لما بينا أن المعتبر هو التقدم اليه والاشهاد عند ذلك محض تحمل فيكون صحيحا من هؤلاء وهم أهل للشهادة عند الاداء فوجب قبول شهادتهم واذا شهد علي اللقيط فى حائطه ثم سقط فقتل رجلا فديته على بيت المال لانه متمكن من هدم حائطه فاذا لم يفعل حتى سقط كان بمنزلة جنايته بيده فتكون على بيت المال اذا لم يوال أحدا وكذلك الكافر يسلم ولم يوال أحدا فهو كاللقيط يعقل عنهما جنايتهما بيت المال وميراثهما لبيت المال واذا مال الحائط على دار قوم فاشهدوا عليه فهو ضامن لما أصاب عليه الحائط منهم أو من غيرهم لانه بميل الحائط شغل هواء ملكهم فتكون المطالبة بالتفريغ اليهم فاذا تقدموا اليه أو أحدهم صح التقدم ويكون هو فى تركه التفريغ بعد ذلك جانيا وكذلك

العلو اذا وهى فتقدم أهل السفل فيه الى أهل العلو وكذلك الحائط يكون أعلاه لرجل وأسفله لآخر والفرق بينهما اذا مال الحائط الى ملك انسان وبين ما اذا مال الى الطريق فى موضعين أحدهما التقدم اليه ها هنا لا يصح الا من المالك لانه أشغل بالحائط هواء ملكه بخلاف الاول والثانى ان صاحب الملك بعد ما تقدم اليه لو أخره أياما أو أبرأه من ذلك صح لانه يتصرف فى ملك نفسه بالاسقاط والتأخير وفى الطريق لو أخره الذى تقدم اليه فيه أو أبرأه هو أو غيره لم يصح ذلك لان الواحد ينوب عن العامة فى المطالبة بحقهم لا فى اسقاط حقهم وقد صحت المطالبة منه فلا معتبر باسقاطه بعد ذلك ولا بتأخيره واذا مال الحائط المشترك بين اثنين الى الطريق فتقدموا فيه الى أحدهما ثم سقط فأصاب انسانا فانما يضمن الذى تقدم اليه النصف من ذلك اذا كان الحائط هو الذى أصابه كله وكذلك العلو والسفل اذا وهيا أو مالا الى الطريق فتقدم الى أحدهما فيه وهذا على القياس والاستحسان الذى ذكرنا فى الورثة اذا مال حائط الرجل بعضه على الطريق وبعضه على دار قوم فتقدم اليه أهل الدار فيه فسقط ما فى الطريق منه فهو ضامن له وكذلك لو تقدم أهل الطريق اليه فسقط المائل الى الدار على أهل الدار فهو ضامن له لانه حائط واحد فاذا أشهد على بعضه فقد أشهد على جميعه واذا كان المتقدم اليه من أهل الدار فتقدمه اليه صحيح فى جميع الحائط فيما مال الى الدار باعتبار أنه المالك وفيما مال الى الطريق باعتبار انه واحد من الناس فاذا كان الذى تقدم اليه من غير أهل الدار فتقدمه صحيح فيما مال منه الى الطريق فاذا صح فى بعضه صح فى كله واذا وهى بعض الحائط وما بقي منه صحيح غير واه فتقدم اليه فيه فسقط ماوهى وما لم يه فقتل انسانا فهو ضامن له لانه حائط واحد فاذا وهى بعضه وهى كله الا أن يكون حائطا طويلا بحيث لو وهى بعضه لم يه مابقى منه وتفرق ذلك فحينئذ يضمن ما أصاب الواهى منه ولا يضمن ما أصاب الذى لم يه منه لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة حائطين والتقدم اليه انما يصح فى الحائط المائل أو الواهى دون الحائط الصحيح فاذا أصاب الذي لم يه منه شيأ لم يكن به عليه ضمان لانه لم تتوجه عليه المطالبة بالهدم فيه قال واذا كان سفل الحائط لرجل وعلوه لآخر وقد وهى فتقدم فيه اليهما ثم سقط العلو فقتل انسانا فالضمان على صاحب العلو لان العلو غير مدفوع بالسفل ولكنه ساقط بنفسه وقد صح التقدم فيه الي صاحبه فيجعل صاحبه كالمتلف لما سقط عليه العلو قال واذا استأجر الرجل اجراء

يهدمون له حائطا فقتل الهدم من فعلهم رجلا منهم أو من غيرهم فالضمان عليهم والكفارة دون رب الدار لانهم مباشرون اتلاف من سقط عليه شئ من أيديهم فى حالة العمل واذا تقدم الى المشترى للدار فى حائط منها مائل وهو فى خيار الشراء ثلاثة أيام ثم رد الدار بالخيار بطل الاشهاد لانه أزال الملك بفسخ البيع فكانه أزاله بالبيع ولو استوجب البيع لم يبطل الاشهاد لان التقدم اليه حين تقدم صحيح امالانه مالك أو لانه متمكن من هدم الحائط وقد تقرر ذلك باسقاط الخيار ولو كان أشهد على البائع فى تلك الحالة لم يضمن لان البائع غير متمكن من هدم الحائط بعد ما أوجبنا البيع فيه مطلقا ولو كان الخيار للبائع فتقدم اليه فيه فان نقض البيع فالاشهاد صحيح لانه كان مالكا متمكنا من نقض الحائط وقد تقرر ذلك حين فسخ البيع وان أوجبه بطل الاشهاد لانه زال الحائط عن ملكه ولو تقدم الى المشترى فى تلك الحالة لم يصح التقدم لانه ماكان متمكنا من هدم الحائط يومئذ حتى ان البائع وان أوجب له البيع لم يكن على واحد منهما فيه ضمان ولو تقدم الى رجل فى حائط مائل له عليه جناح شارع قد أشرعه الذى باع الدار فسقط الحائط والجناح فان كان الحائط هو الذى طرح الجناح كان صاحب الحائط ضامنا لما أصاب ذلك لان الجناح مدفوع ها هنا والحائط بمنزلة الدافع له وقد صح التقدم في الحائط الى صاحبه ولو كان الجناح هو الساقط وحده كان الضمان على البائع الذى أشرعه لان البائع كان متعديا فى وضع الجناح وشغل هواء الطريق به والجناح الآن هو الساقط مقصودا فكان ضمان ماتلف به على الذى وضع الجناح والله أعلم بالصواب

باب البئر وما يحدث منها

(قال رحمه الله) واذا احتفر الرجل بئرا فى طريق المسلمين فى غير فنائه فوقع فيها حرا وعبد فمات فضمان ذلك علي عاقلة الحافر لحديث شريح فان عمرو بن الحارث حفر بئرا عند درب اسامة فوقعت فيها بغلة فضمنه شريح قيمتها وكان قضاؤه بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك ولان الحافر بمنزلة الدافع للواقع فى مهواة فانه بفعله ازال المسكة عن الارض والآدمى لايستمسك الا بمسكة فازالة ما به كان مستمسكا ايجاد شرط الوقوع والحكم يضاف الى الشرط مجازا عند تعذر اضافته الى السبب والسبب هاهنا ثقل الماشى في

نفسه ولا يمكن اضافة الحكم اليه اذ لاصنع لاحد من العباد فيه فيصير مضافا الى الشرط ولان الحافر سبب لوقوعه وهو متعد فى هذا السبب لانه أحدث فى الطريق مايتضرر به المارة ويخرج به ذلك الموضع من أن يكون ممرا لهم ثم الضمان على عاقلته لانه دون المخطئ وفعل المخطئ اتصل بالمتلف وفعل الحافر اتصل بالارض فما يجب على العاقلة من فعل المخطئ يجب على العاقلة ها هنا بطريق الاولى ولا كفارة عليه عندنا لمابينا انه ليس بقاتل مباشرة وقد يكون الحافر مبنيا على وقوع الواقع فى البئر فلا تلزمه الكفارة فى ذلك وفى ظاهر الرواية أوجب الضمان على الحافر مطلقا وقال في النوادر هذا اذا مات من وقوعه فى البئر فان سلم من ذلك فمات جوعا أو غما فلا شئ على الحافر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها فأبو حنيفة يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحافر اذاهلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع له فاما اذا طرأ عليه سبب آخر لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه أو الغم الذى أثر فى قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه وأبو يوسف لما سبب للغم سوى الوقوع فى البئر فاما الجوع فله سبب آخر وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حتى لم يبق فيها شئ من مواد الطعام ومحمد يقول كل ذلك انما حدث بسبب الوقوع فى البئر لولاه لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد فى ذلك السبب والحكم تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة فكذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة فان كان استأجر عليها اجراء لحفروها له فذلك على المستأجر ولاشئ على الآجر ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه لان عمرو بن الحرث كان من جملة الرؤساء ومعلوم أنه ما باشر الحفر بنفسه وانما استأجر الاجراء لذلك ثم ضمنه شريح وهذا لان الاجراء يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا مغرورين من جهته حين لم يعلمهم ان ذلك الموضع ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور انتقل فعلهم الى الآمر فيصير كانه حفر بنفسه وان كانوا يعلمون أنها من غير فنائه فالضمان عليهم لانهم جناة فى الحفر وأمره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر بنفسه فى هذا الموضع وانما يعتبر أمره لاثبات صفة الحل به ولدفع الغرور عن الحافر به وقد انعدما جميعا فى هذا الموضع فسقط اعتبار أمره فكان الضمان على الذين باشروا الحفر وان كان فى فنائه فهو على الآمر دون الاجراء علموا أولم

يعلموا لان أمره في فنائه معتبر فان عند أبي يوسف ومحمد له أن يحفر في فنائه اذا كان لا يضر بالمارة وليس لاحد أن يمنعه من ذلك وعند أبي حنيفة يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه مالم يمنعه مانع وهذا لان الفناء اسم لموضع اختص صاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف الدواب والقاء الكناسة فيه فكان أمره معتبرا في الحل وانتقل فعل الآمر اليه بهذا الامر فيصير كانه فعل ذلك بنفسه وان سقطت فيه دابة فعطبت فضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال وانما تعقل العاقلة النفوس من الاحرار والمماليك بدليل حالة الخطأ واذا وقع فيها انسان متعمدا للسقوط فيها فلا ضمان علي الحافر لانه أوقع نفسه فيها ولو أوقعه غيره لم يكن على الحافر شيء وهذا لان وضعه القدم على ذلك الموضع مع علمه تعمد منه ومباشرة فعل القاء النفس في المهلكه وانما يضاف الحكم الى الشرط اذا تعذر اضافته الى السبب فأما مع امكان الاضافة الى السبب فلا يضاف الى الشرط قال واذا استأجر الرجل أربعة رهط يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فقتلت واحدا منهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقين ربع ديته وسقط الربع وكذلك لو كانوا أعوانا له لانه انما سقط عليهم ماسقط بفعلهم فكانوا مباشرين لسبب الاتلاف والقتيل أحد المباشرين فتوزع الدية عليهم ويسقط منه حصة القتيل بجنايته على نفسه ويبقى حصة الثلاثة بجنايتهم عليه والاصل فيه ماروى ان عشرة نفر مدوا الحلة فسقطت علي أحدهم فقتلته فقضى على رضى الله عنه على كل واحد من التسعة بعشر الدية وأسقط العشر حصة المقتول وعن الشعبي أن عليا رضى الله عنه قضى في القارصة والواقصة والقامصة بالدية أثلاثا وتفسير ذلك ان ثلاث جوار كن يلعبن فركبت احداهن صاحبتها فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت المركوبة ووقعت الراكبة فاندقت عنقها فقضى علي رضى الله عنه بثلث الدية على القارصة وبالثلث علي القامصة واسقط الثلث حصة الواقصة وان كان الذى يحفر بئرا في فنائه فضمان مايقع فيها علي الحافر ولو كان في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد يدفع به أو يفدى ولم يفصل هاهنا بين أن يكون العبد عالما بذلك أو غير عالم بخلاف الحر والفرق هناك لمعنى الغرور ولا غرور بين العبد وسيده فان قرار الضمان في الفصلين علي السيد فلهذا جعل فعل عبده بامره كفعله بنفسه واذا حفر بئرا في الطريق ثم جاء آخر فحفر منها طائفة في أسفلها ثم وقع فيها انسان فمات فانه ينبغي في القياس أن يضمن الاول كانه الدافع وبه يأخذ محمد لان الاول بما حفر من وجه الارض يصير كالدافع لمن سقط في

القعر الذى حفره صاحبه ولم يبين جواب الاستحسان فيه والاستحسان الضمان عليهما لان هلاكه كان بسبب فعلهما فان الواقع فى البئر انما يهلك عند عمق البئر واتمام ذلك بفعل الثانى وقد انضم فعله الى فعل الاول فى اتمام شرط الاتلاف فيكون الضمان عليهما ولكنه أخذ بالقياس لان وجه القياس أقوى فان التعدى فى التسبيب من حين ازالة المسكة عن وجه الارض واخراج ذلك الموضع من أن يكون ممرا وانما حصل ذلك بفعل الاول ولو وسع أحد رأسها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان عليهما نصفين وتأويل هذا أن الثانى وسع ورأسها قليلا على وجه يعلم ان الساقط انما وضع قدمه فى موضع بعضه من حفر الاول بعضه من فعل الثانى فاما اذا وسع رأسها كثيرا على وجه يعلم انه انما وضع قدمه فى الموضع الذى حفره الثانى فالضمان على الثانى لان الثانى كالدافع للواقع بما حفر فى البئر الذى حفرها الاول والضمان على الدافع وان علم أن الواقع انما وضع قدمه فيما حفر الاول خاصة فالضمان على الاول لانه هو الذى أوجد شرط وقوعه حين أزال المسكة عن الموضع الذى وضع فيه قدمه ولو حفر بئرا فى الطريق ثم سدها بطين أو تراب أو جص فجاء آخر فاحتفرها فوقع فيها انسان فمات كان الضمان على الثانى لان الاول نسخ فعله لانه طمها بما تطم به الآبار فعاد ذلك الموضع أرضا كما كان وانما الثانى هو الحافر للبئر فى هذا الموضع ولو سد الاول رأسها واستوثق منها فجاء الآخر فنقض ذلك كان الضمان على الاول لان فعل الاول ما انتسخ فانها بئر وان سد رأسها الا أنه استتر بما فعل والثانى انما أظهر فعل الاول فيبقى الضمان على الاول وهذا لان مافعله الثانى من فتح رأس البئر غير موجب لهلاكه لولا البئر فى ذلك الموضع بخلاف الاول فما فعله الثانى هناك موجب هلاك الواقع فى البئر وان لم يوجد الفعل من الاول أصلا وكذلك اذا جعل فيها طعاما أو متاعا أو ما أشبه ذلك مما لاتسد به الآبار فجاء انسان واحتمل ذلك ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول لان حكم فعله لم ينسخ بما صنع فان ذلك الموضع بئر وان جعل فيها الطعام وفعل الاول كان حفر البئر وما بقي اسم البئر فى ذلك الموضع بقي حكم فعله فكان الضمان عليه ولو تعقل بحجر فسقط فى البئر كان الضمان على واضع الحجر لانه متعد فى احداث الحجر فى الطريق فيصير به كالدافع لمن وقع فى البئر بمنزلة ما لو دفعه بيده فان لم يكن وضع الحجر أحد فان كان شئ آخر من شفير البئر أو جاء به سيل فالضمان على حافر البئر لان التعقل بالحجر ها هنا غير صالح لاضافة الحكم اليه حين لم

يكن بصنع أحد من العباد فبقي الحكم مضافا الى البئر ولو وضع رجل فى هذه البئر حجرا أو حديدا فوقع فيها انسان فقتله الحجر أو الحديد كان الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع للواقع على الحجر أو الحديد وانما يضاف الاتلاف الى الدافع واذا حفر انسان بئرا فى الطريق فوقع فيها رجل فقطعت يده ثم خرج منها فشجه رجلان فمرض من ذلك ثم مات فالدية عليهم أثلاثا لان ما حصل من الجراحة بالوقوع فى البئر مضاف الى الحافر فكانه فعل ذلك بيده والمعتبر عدد الجناة لاعدد الجنايات (ألا ترى) أنه لو قطع يديه رجلان وشجه رجل آخر فمات من ذلك كانت الدية عليهم أثلاثا وكذلك لو أن اللذين قطعا يديه شجه أحدهما شجة أخرى لان المعتبر عدد الجناة فقد يتلف المرء من جراحة واحدة ويسلم من عشر جراحات ولو كان أحدهم جرحه جرحين أو ثلاثة وجرحه الآخر جراحة صغيرة كانت الدية على عدد الرجال ولا يكون على عظم الجراحة ولا على صغرها ولا على عدد جراحها لان كل جراحة علة تامة للاتلاف وبكثرة العلل فى حق الواحد لا يزداد معنى باضافة الحكم اليها واذا وقع الرجل فى بئر فى الطريق فتعلق بآخر وتعلق الآخر بآخر فوقعوا جميعا فماتوا ولم يقع بعضهم على بعض فدية الاول على الذى حفر البئر ودية الثانى على الاول المتعلق به ودية الثالث على الثانى والحاصل ان المسئلة على وجهين * أحدهما ان يعلم انهم كيف ماتوا بان خرجوا من البئر أحياء واخبروا بذلك فنقول فى هذا الوجه موت الاول على سبعة أوجه أحدها أن يكون مات بوقوعه فى البئر فديته على عاقلة الحافر لانه كالدافع له فى مهواة والثانى أن يموت من وقوع الثانى عليه فدمه هدر لانه هو الذى جر الثانى على نفسه فيكون متلفا نفسه والثالث أن يموت من وقوع الثالث عليه فتكون ديته على الثانى لانه هو الذى جر الثالث والرابع أن يموت من وقوعه فى البئر ووقوع الثانى عليه فيجب نصف ديته عليه ويهدر نصفها لانه جنى على نفسه وجنى عليه الحافر والخامس أن يموت بوقوعه فى البئر ووقوع الثالث عليه فتكون ديته على الحافر وعلى الثانى نصفين لان الثانى جان عليه بجر الثالث والحافر جان بالحفر والسادس أن يموت من وقوع الثانى والثالث عليه فيهدر نصف دمه ويجب نصف ديته على الثانى لانه جنى على نفسه وجنى عليه الثانى والسابع أن يموت من وقوعه فى البئر ومن وقوع الثانى والثالث عليه فيجب ثلث ديته على الحافر وثلثها على الثانى بجر الثالث عليه ويهدر ثلثها لانه بجنايته على نفسه بجره الثانى عليه وأما الثانى فلموته وجوه ثلاثة أحدها أن يكون مات بسبب الوقوع فتكون ديته على

عاقلة الاول لانه هو الذى جره الي مهواة فيكون بمنزلة الدافع له والثاني أن يموت من وقوع الثالث عليه فيكون دمه هدرا لانه هو الذى جر الثالث علي نفسه والثالث أن يموت من الوقوع فى البئر ووقوع الثالث عليه فيجب نصف ديته على الاول ويهدر نصف ديته بجنايته على نفسه وأما الثالث فلموته سبب واحد وهو أن يموت بوقوعه فى البئر فتكون ديته علي عاقلة الثانى لانه هو الذى جره فى مهواة * وأما الوجه الثانى وهو انه اذا ماتوا فى البئر ولا يعلم كيف ماتوا فان لم يقع بعضهم علي بعض فدية الاول على الذى احتفر البئر لانه لا سبب لموته سوى الوقوع فى البئر والاول هو الذى أوقعه حين جره الى مهواة وان وجد بعضهم علي بعض موتى ولا يعلم كيف كان حالهم فالقياس وهو قول محمد ان صاحب البئر يضمن الاول ويضمن الاول الثاني ويضمن الثانى الثالث علي عواقلهم لان وقوع الاول فى البئر سبب لهلاكه وهو أسبق الاسباب وقد ظهر الحكم عقيبه فيكون مضافا اليه ولا يعتبر احتمال موته من وقوع الثانى أو الثالث عليه لان هذا الاحتمال ترجح بالسبق والسابق وقوعه فى البئر وكذلك فى حق الثانى أسبق الاسباب الوقوع فى البئر وهو مضاف الى الاول وفى حق الثالث لا سبب لموته سوى الوقوع فى البئر وهو مضاف الى الاول فضمانه علي الثانى وقال وفيها قول آخر ولم يبين من قائل هذا القول وقيل هو قول أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة أيضا ان دية الاول أثلاث فثلثها علي الحافر وثلثها على الثانى وثلثها هدر لانه ظهر بموته أسباب ثلاثة وقوعه فى البئر ووقوع الثانى والثالث عليه وليست الاضافة الي البعض باولي من البعض فالترجيح فى هذا لا يقع بالسبق كما فى الجراحات فيكون ثلث ديته على الحافر وثلثه علي الثانى لانه جر الثالث اليه وثلثه هدر لانه هو الذى جر الثانى عليه ودية الثانى نصفين نصفه هدر ونصفه علي الاول لانه ظهر لموته سببان فيضاف اليهما ودية الثالث على الثانى كلها لانه لا سبب لموته سوى جر الثانى اياه الى نفسه قال فاذا لم يعرف من أى ذلك ماتوا يبطل نصف ذلك ويؤخذ بالنصف قيل ليس مراده حقيقة المناصفة بل مراده التبعيض والانقسام فى حق الاول أثلاثا فان كان مراده المناصفة فانما أراد به فى حق الثانى خاصة لانه لاشك ان جميع دية الثالث واجب علي الثانى فى الاحوال كلها قال فى الزوائد وبهذا القول نأخذ واذا دفع رجل رجلا فى بئر فى ملكه أو فى الطريق فالضمان على الدافع لانه مباشر لاتلافه ومباشرة

القتل لا تختلف في الملك وغير الملك كالدم واذا سقط الرجل فى بئر فى الطريق فقال الحافر ألقى نفسه فيها عمدا وقال ورثة الرجل كذب فالقول قول الحافر وهذا قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وكان يقول أولا القول قول الورثة لان الظاهر يشهد لهم فالانسان لا يلقى نفسه فى البئر عمدا فى العادة فعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ثم رجع فقال الضمان بالشك لا يجب والظاهر انما يكون حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وحاجة الورثة هاهنا الى الاستحقاق وهو استحقاق الدية على عاقلة الحافر فلا يكفيهم الظاهر لذلك بل يحتاجون الى اقامة البينة على انه وقع فيها بغير عمد وهذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وهو ان الظاهر ان البصير يرى البئر امامه فى ممشاه فيتقابل الظاهران ويبقى الاحتمال في سبب وجوب الضمان فلا نوجبه بالشك واذا أمر المولى عبده أن يحفر بئرا فى الطريق ليس عند داره فحفرها كان ماوقع فيها فى رقبة العبد يدفعه به المولى أو يفديه وقد بينا الفرق بين هذا وبين الحر من حيث ان الغرور لا يتمكن بين المولى وبين عبده ولو استأجر عبدا محجورا عليه وحرا ومكاتبا يحفرون له بئرا فحفروها فوقعت عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر فى الحر والمكاتب وهو ضامن لقيمة العبد المحجور عليه يؤديها الى مولاه لانه صار غاصبا للعبد بالاستعمال والعبد المحجور يضمن بالغصب بخلاف الحر والمكاتب فهو ضامن فاذا ماتوا فى حالة ما كان مستعملا لهم كان عليه ضمان قيمة العبد ثم هذه القيمة بدل عن العبد والعبد الجانى اذا أخلف بدلا يتعلق حق أولياء الجناية بذلك البدل فنقول فى بيان حكم الجناية ان موتهم حصل من فعلهم فكل واحد منهم يكون جانيا على نفسه وعلى صاحبه فينقسم فعل كل واحد منهم أثلاثا فالعبد المحجور أتلف ثلث الحر فيرجع وليه بثلث دية الحر فى قيمة العبد وأتلف ثلث المكاتب فيرجع ولي المكاتب بثلث قيمة المكاتب فى تلك القيمة فيقسمون القيمة التى أخذها مولاه على ذلك الا أن تكون القيمة أكثر فيكون الفضل للمولي لان كل واحد منهما استوفى كمال حقه ثم يرجع المولي علي المستأجر بما أخذوا منه من القيمة لانه كان غصب العبد فارغا وقد رد عليه القيمة مشغولا بجناية كانت من العبد فى يده فاذا استحقت بذلك الشغل كان له أن يرجع بها مرة أخرى لتسلم له قيمة عبده فارغا ثم المستأجر قد ملك العبد حين تقرر عليه ضمانه من وقت الغصب وقد تلف ثلث نفسه بجنايته على نفسه فيكون هدرا وثلثه بجناية الحر عليه فيرجع المستأجر علي عاقلة الحر بثلث قيمة العبد وكذلك أولياء

المكاتب يرجعون على عاقلة الحر بثلث قيمة المكاتب لان ثلث نفسه تلف بجناية الحر فيجمع ما أخذ أولياء المكاتب الي ما تركه فينظر قيمته من ذلك فيقرر فيخرج ويضرب فيها أولياء الحر بثلث دية الحر والمستأجر بثلث قيمه العبد لان المكاتب جنى على ثلث الحر وعلي ثلث العبد ولكن جناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمة نفسه ومن الارش فاذا كانت قيمة نفسه أقل كان المستوفى من تركته قيمته يضرب كل واحد منهما فيها بجميع حقه ولو استأجر حرا وعبدا يحفران له بئرا فوقعت عليهما فماتا وللعبد موليان قد أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ضمان على المستأجر فى الحر ولا فى نصيب الآذن من العبد وهو ضامن لنصف قيمة العبد نصيب الذى لم يأذن له لان الغصب بالاستعمال انما يتحقق فى هذا النصف ثم يرجع فيه ورثة الحر بربع دية الحر لان العبد كله متلف لنصف الحر فان موت كل واحد منهما حصل بفعلهما جميعا فهذا النصف من العبد انما جنى على ربع الحر وقد مات وأخلف بدلا فترجع ورثة الحر فى ذلك البدل بربع دية الحر ويرجع المولى الذى لم يأذن له بما أخذ منه من ذلك النصف علي المستأجر لانه أعطاه نصف القيمة مشغولا فاذا استحق بذلك بشغل صار كانه لم يعطه شيأ فرجع به مرة أخرى ليسلم له نصف قيمة العبد فارغا ثم المستأجر قد ملك هذا النصف بالضمان وقد تلف نصف هذا النصف بجناية الحر فيرجع المستأجر علي عاقلة الحر بربع قيمة العبد فيسلم له ذلك ويرجع الآذن للعبد على عاقلته الحر بربع قيمة العبد ثم هذا النصف من العبد كان جني على ربع الحر وقد فات وأخلف بدلا فيرجع ورثة الحر فى ذلك الربع بربع دية الحر ولو كان العبد مأذونا له فى التجارة كان على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان معنى الغصب هاهنا قد انعدم وانما يبقي حكم الجناية وقد جنى كل واحد منهما على نصف صاحبه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد ثم يرجع بذلك ورثة الحر على مولي العبد فيأخذونه بنصف الدية فان العبد قد جنى على نصف الحر وقد فات وأخلف هذا البدل ولا شئ على المستأجر لانه كان يضمن فيما سبق باعتبار الغصب وقد انعدم ذلك حين كان العبد مأذونا له ولو استأجر عبدين أحدهما مأذون له والآخر محجور عليه لحفرا بئرا فوقعت عليهما فماتا فان المستأجر يضمن قيمة المحجور عليه لمواليه لانه غاصب له باستعماله ثم يرجع مولي المأذون له بنصف قيمته فى تلك القيمة لان المحجور كان جنى على نصف المأذون وقد مات وأخلف قيمة فيرجع مولي المأذون فى تلك القيمة بنصف قيمة المأذون ثم يضمن المستأجر لمولي المحجور عليه ما أخذ منه فى ذلك لان

لان المأخوذ استحق بسبب الجناية التى كانت من العبد فى يده ثم المستأجر ملك العبد المحجور عليه بالضمان وقد جنى المأذون علي نصفه ثم مات المأذون وأخلف نصف القيمة فيرجع المستأجر عليه بنصف قيمة المحجور عليه فيما أخذه مولى المأذون حتى يسلم له نصف قيمة المحجور عليه وإذا احتفر الرجل بئرا فى دار لا يملكها بغير اذن أهلها فهو ضامن لما وقع فيها لانه متعد بالحفر فى ملك الغير كما هو متعد بالحفر فى الطريق فان أقر رب الدار انه أمره بذلك لم يصدق فى القياس لان الضمان قد وجب علي عاقلة الحر وهو بقوله يريد اسقاط ذلك الضمان ولا ولاية له على أولياء المقتول فى اسقاط حقهم وفى الاستحسان القول قوله ولا ضمان علي أحد لان رب الدار أقر بما يملك انشاءه فانه لو أذن له بالحفر الآن فى ملكه صح اذنه ومن أقر بما يملك انشاءه يكون مصدقا فى ذلك فكان الثابت من الاذن باقراره كالثابت بالبينة والحافر يخرج به من أن يكون متعديا فاذا احتفر الرجل بئرا في طريق مكة أو فى غير ذلك من الفيافى فلا ضمان عليه فى ذلك لانه غير متعد بالحفر فى ذلك الموضع اذ لا يتضرر به أحد ولهذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يملك بالحفر موضع بئره وما حوله من الحريم وعند أبى حنيفة رحمه الله كذلك اذا كان حفر باذن الامام فعرفنا انه غير متعد فى هذا الحفر فهو كالحافر فى ملكه (ألا ترى) انه لو ضرب هناك فسطاطا أو اتخذ تنورا يخبز فيه أو ربط هناك دابته لم يضمن ما أصاب من ذلك بمنزلة ما لو فعله فى ملكه وهذا اذا كان فى غير المحجة فاما اذا احتفر فى محجة الطريق فهو ضامن لما يقع فيه لان الحق فى ذلك الموضع للعامة فالتصرف فيه بمنزلة التصرف فى الامصار والله أعلم

باب النهر

(قال رحمه الله) واذا احتفر الرجل نهرا فى ملكه أو جعل عليه جسرا أو قنطرة فى أرضه فعطب به انسان فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيما أحدثه فى ملكه والمسبب اذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا واذا حفر البئر فى أرض غيره فهو بمنزلة البئر فيكون ضامنا لكونه متعديا فى السبب وكذلك لو جعل عليه جسرا أو قنطرة فى غير ملكه والجسر اسم لما يوضع ويرفع فلا يرجع والقنطرة ما يحكم بناؤه وعن أبى يوسف انه لا يكون ضامنا فى هذا وان أحدثه فى غير ملكه اذا كان بحيث لا يتضرر به غيره لانه محتسب فيما صنع فان الناس ينتفعون بما أحدثه

فلا يكون هو متعديا فيه ولكنا نقول انما يكون محتسبا اذا جعله باذن الامام بمنزلة حفر البئر فانه محتسب فيه أيضا فى الموضع الذى يحتاج اليه الناس ومع ذلك اذا فعله بغير اذن الامام كان ضامنا لما يعطب به فان مشى علي جسره انسان متعمدا لذلك فانخسف به فلا ضمان عليه لان هذا تعمد المشي عليه فيعتبر وقوعه مضافا الى فعله لاالى تسبب من اتخذ الجسر ولو حفر نهرا فى غير ملكه فانشق من ذلك النهر ماء ففرّق أرضا أو قرية كان ضامنا لذلك لانه أسال الماء فى غير ملكه فاما أن يقال هو متعد فيه أو يقال هو مباح له ولكنه مقيد بشرط السلامة والتلف بهذا مما يمكن التحرز عنه فكان ضامنا كالمشى والسير علي الدابة فى الطريق ولو كان فى ملكه لم يضمن شيأ لان ذلك مباح له مطلق وكذلك لو سقى أرضه فخرج الماء منها الى غيرها لم يضمن لان سقى أرضه تصرف فى ملكه وذلك مباح له مطلقا وكذلك لو أحرق حشيشا في أرضه أو حصائد أو أجمة فخرجت النار الي أرض غيره وأحرقت شيأ فلا ضمان عليه لان هذا التصرف فى ملكه مباح له مطلقا قال بعض المتأخرين هذا اذا كانت الرياح ساكنة حين أوقد النار فأما اذا كان اليوم ريحا على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار الى أرض جاره فهو ضامن استحسانا بمنزلة من صب الماء فى ميزاب له وتحت الميزاب متاع لانسان يفسد به قال هو ضامن فكذلك النار يوقدها الرجل فى داره أو تنوره فلا ضمان عليه فيما احترق لان هذا التصرف فى ملكه مباح له مطلقا وكذلك لو حفر نهرا أو بئرا فى داره فنزت من ذلك أرض جاره لم يضمن بهذا السبب شيأ ولا يؤمر بان يحول ذلك عن موضعه لانه أحدثه فى ملكه الا انه بقى فيما بينه وبين ربه ان يكف عما يؤذى جاره فأما الحكم فانه لا يؤمر أن يحوله الا أن يشاء ولو صب الماء فى ملكه فخرج من صبه ذلك الي ملك غيره فأفسده كان هذا والاول فى القياس سواء الا ان صب الماء فى ملكه مباح له مطلقا غير أن الاخذ بالقياس هاهنا يقبح لان الماء سيال بطبعه فاذا كان عند صب الماء يعلم انه يسيل الى ملك جاره يكون ضامنا لما يفسد به استحسانا (ألا ترى) انه لو صبه فى ميزاب له فأفسد متاعا له تحته يكون ضامنا ويعد ذلك من جنايته بمنزلة مباشرته بيده وكذلك الجواب فيما يشبهه والله أعلم

باب ما يحدث فى المسجد والسوق

(قال رحمه الله) واذا احتفر أهل المسجد فيه بئرا لماء المطر أو وضعوا فيه حبا فصب

فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصى أو ركبوا فيه بابا أو علقوا فيه قناديل أو ظللوه فلا ضمان عليهم فيما عطب بذلك لان هذا النوع من التصرف مباح لاهل المسجد فى مسجدهم مطلقا فان حق التدبير فى المسجد فيما يرجع الى الاصلاح اليهم على الوجه الذى يكون للمالك فى ملكه فكما ان المالك لا يكون جانيا باحداث شيء من هذا فى ملكه فكذلك أهل المسجد فى مسجدهم وكذلك ان فعله غيرهم باذنهم لا يكون فعل المأذون من جهتهم كفعلهم وان فعل بغير أمرهم فهو ضامن فى قول أبى حنيفة وهو القياس وفى قول أبى يوسف ومحمد اذا كان مسجدا للعامة فلا ضمان عليه فيه استحسانا الا البناء والحفر وجه قولهما ان هذا مما يرجع الى اصلاح المسجد وعمارة المسجد مما ندب الله اليها كل مسلم قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله الآية ثم بتعليق القنديل وبسط الحصر يتمكن الناس من اقامة الصلاة فى المسجد وغير أهل المسجد سواء فى اقامة الصلاة فيه فكذلك فيما يرجع الى التمكن منه الا أن أهل المسجد أخص بالتدبير فهم فى ذلك كالملاك وغيرهم كالسكان نحو المستعير والمستأجر فى الدار ثم المستعير لا يكون جانيا فى وضع الامتعة وصب الماء ونصب القنديل فى الدار ويكون جانيا في البناء وحفر البئر بغير اذن صاحب الدار فكذلك غير أهل المسجد في المسجد وهذا لان المسجد معد للصلاة فيه والبناء والحفر يخرج ذلك الموضع من أن يكون مصلى فيكون ذلك من باب التدبير لا من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيختص به أهل المسجد دون غيرهم فيكون جانيا اذا فعله بغير أمرهم واذنهم فاما بسط الحصير ونصب القنديل فمن باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فغير أهل المسجد فيه كاهل المسجد وأبو حنيفة يقول اختص أهل المسجد بالتدبير فى هذه البقعة فغيرهم اذا أراد شيأ من ذلك يباح له فعله ولكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي والسير علي الدابة فى الطريق والدليل علي اختصاص أهل المسجد به أن التدبير فى فتح الباب واغلاقه ونصب الامام والمؤذن والمتولى يكون الى أهل المسجد دون غيرهم فانه لو وجد فى مسجدهم قتيل كان ذلك عليهم خاصة دون غيرهم والدليل عليه البناء والحفر فان أهل المسجد هم المختصون بذلك واذا فعله غيرهم وكان فيه اصلاح للمسجد كان مباحا لهم ولكنه مقيد بشرط السلامة ولا يبعد أن يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيه سواء ثم مع ذلك يختص أهله بالتدبير فيه كالكعبة فالناس فيما هو المقصود وهو الطواف سواء وقد اختص بنو شيبة بالتدبير فيها حتى ان النبي عليه الصلاة والسلام لما أخذ المفتاح منهم يوم الفتح نزل عليه الوحى بأمره بالرد قال الله

تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا قعد الرجل فى مسجد لحديث أو نام فيه فى غير صلاة أو مر فيه فهو ضامن لما أصاب كما يضمن فى الطريق الاعظم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه فيه لانه لو كان مصليا فى هذه البقعة لم يضمن ما يعطب به فكذلك اذا كان جالسا فيه لغير الصلاة بمنزلة الجالس فى ملكه وهذا لان الاعتكاف فى المسجد قربة كالصلاة والمعتكف يتحدث وينام فى المسجد والجلوس لانتظار الصلاة مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة فى الصلاة مادام ينتظرها وندب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الجلوس فى المسجد بعد طلوع الفجر الى طلوع الشمس وبعد صلاة العصر الى غروب الشمس وكذلك الجلوس فى المسجد لتعليم العلم وتعلمه مندوب اليه فيكون ذلك مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يكون سببا لوجوب الضمان على الحر وأبو حنيفة يقول المسجد معد للصلاة والقعود والنوم فيه لغير الصلاة مقيد بشرط السلامة كالطريق فانه معد للمشى فيه فالجلوس أو النوم فيه وان كان لا يضر بالمارة يتقيد بشرط السلامة والدليل عليه أن من يجلس فى المسجد للصلاة اذا احتاج من يصلى فى ذلك الموضع الى ازعاجه ليصلى كان له ذلك شرعا وليس لغير المصلى أن يزعج المصلى عن مكانه فعرفنا انه معد للصلاة فيه فشغله بغير ذلك يتقيد بشرط السلامة وان كان ذلك مباحا أو مندوبا اليه ولا يكون هذا أقوى من الرمى الى الكافر أو العبد فانه مباح أو مندوب اليه ومع ذلك اذا أصاب مسلما كان ضامنا له ولا خلاف انه اذا مشي فى المسجد فأوطأ انسانا أو نام فيه فانقلب على انسان فهو ضامن له لاتلافه وبمثل هذا السبب يضمن فى ملكه ففى المسجد أولي واذا احتفر الرجل فى سوق العامة بئرا أو بنى فيها دكانا بغير أمر السلطان فهو ضامن لما عطب به من شئ لانه متعد فى هذا السبب فالحق بالطريق العامة وما يكون حقا لعامة المسلمين فالتدبير فيه الى الامام فاذا أحدثه بغير اذن الامام كان متعديا واذا فعله بامر السلطان لا يكون متعديا فى هذا التسبب فلا يكون ضامنا بمنزلة ما لو فعله بملكه واذا أوقف دابة فى السوق فما أصابت دابته فهو ضامن له ولانه متعد بايقافها فى الطريق فان ذلك يحول بين المارة والمرور فى ذلك الموضع وان كان موقفا تقف فيه الدواب للبيع وقد أذن له السلطان في ذلك فاوقف فيه الدابة لم يكن ضامنا فيما أصابت الدابة وان لم يكن السلطان أذن فيه فهو ضامن لان باذن السلطان يصير ذلك الموضع معدا لايقاف الدواب فيه فيكون ايقافها فيه بمنزلة ايقافها فى ملكه فاما

بدون اذن السلطان فهو ممر وليس بموضع لايقاف الدابة فاذا أوقف فيه دابته أو أرسلها فيه كان ضامنا لما تلف به وان لم يكن هو أوقفها ولا أرسلها فيه فلا ضمان عليه لانها دابة منفلتة فجرحها هدر والقول فى ذلك قوله مع يمينه مع انه ينكر وجوب الضمان عليه فى الموضع المعد لايقاف الدواب اذا سار على دابته فيه لم يكن ضامنا للنفحة بالرجل والذنب لان هذا جزء من الطريق كسائر أجزاء الطريق فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه دون ما لا يمكن فاذا أنكر أن يكون أرسلها فهو ينكر وجوب الضمان عليه والمدعى يدعى ذلك فكان القول فيه قوله مع يمينه والله أعلم

باب جناية العبد

(قال رحمه الله) واذا جنى العبد جناية خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه بها وان شاء فداه بالارش عندنا وعند الشافعى جنايته تكون دينا في رقبته يباع فيه الا أن يقضى المولى دينه ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال يخير المولى فى خطأ عبده بين الدفع والفداء ومذهبه مروى عن عمر وعلي رضى الله عنهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجناياتهم فى قيمهم وانما أراد بالقيمة الثمن وجه قوله ان هذا فعل موجب للضمان فاذا تحقق من العبد كان الضمان الواجب به دينا فى رقبته يباع فيه بمنزلة استهلاك الاموال وهذا لان العبد لاعاقلة له وضمان الجناية فى حق من لاعاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا فى ذمة العبد ويكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا أن يقضى المولى دينه * وحجتنا فى ذلك أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن (ألا ترى) ان فى جناية العمد المستحق نفس الجانى قصاصا حرا أو عبدا فكذلك فى الخطأ الا أن استحقاق النفس نوعان أحدهما بطريق الاتلاف عقوبة والآخر بطريق التملك على وجه الجبران والحر من أهل أن يستحق فيه بطريق العقوبة لا بطريق التمليك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر فى حالة العمد ويكون مفارقا له فى حالة الخطأ لان عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تمليكا والسبب يوجب الحكم فى محله وفى حق الحر لم يصادف محله وفى حق العبد السبب صادف محله فيكون مقيدا حكمه وهو ان نفسه صارت مستحقة للمجنى عليه تمليكا ليتحقق معنى الصيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لا مقصود المجنى عليه يحصل به وبدل المتلف يصل

اليه بكماله بخلاف اتلاف المال فالمستحق به بدل المتلف دينا فى ذمة المتلف ولا يستحق به بدل المتلف دينا فى ذمة المتلف ولا يستحق به نفس المتلف بحال والطريق الثاني ان موجب جناية الخطأ يتباعد عن الجانى لكونه معذورا فى ذلك ويكون الخطأ موضوعا شرعا ويتعلق باقرب الناس لاظهار صيانة المحل المحترم والتخفيف على المخطئ (ألا ترى) ان فى حق الحر تجب على عاقلته لهذا المعنى فكذلك في حق العبد الا أن عاقلة العبد مولاه لان الحر مستنصر بعاقلته ومزاد قوة وجرأة بهم كما أن المملوك يستنصر بمولاه فيجب ضمان جنايته علي المولى الا أن للمولى أن يقول انما لحقنى هذا البلاء بسبب ملكى فيه فلي ان أتخلص عنه بنقل ملكى فيه الى المجنى عليه فأدفعه بالجناية فاذا دفعه صار كان المجني عليه هو المالك فلا يجب شئ آخر عليه بالجناية واذا لم يدفعه كان الرد عليه بخلاف ضمان المال فانه يجب فى ذمة المتلف ولا يخاطب غيره كما فى حق الحر اذا عرفنا هذا فنقول لا شئ على المولى فى ذلك حتى يظهر حال المجنى عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا أن هذا يتأتى فى جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدم السراية فلا يصير ذلك معلوما قبل الاستيفاء والقضاء بالمجهول غير ممكن ثم الواجب ها هنا الدفع أو الفداء والمولى يخير فى ذلك واختلافه بالبرء والسراية والخطأ والعمد فى ذلك سواء مالم يبلغ النفس لما بينا أنه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيكون موجب جنايته فيما دون النفس المال بكل حال فلهذا كان العمد والخطأ فيه سواء فاذا بلغ النفس وهو عمد ففيه القصاص ووجوب القصاص باعتبار انه نفس مخاطبة والمملوك فى ذلك كالحر والمستحق بالقصاص دمه والمملوك فى حكم الدم مبقي علي الحرية ولهذا استحق المولى عليه القصاص اذا تقرر سببه كما يستحق غيره والصغير من الجراحات فى ذلك والكبير سواء على الحر والمملوك والذكر والانثى بمنزلة الموجود من الحر فكما أن هناك لا يتلف موجب الجناية بهذه الاسباب فكذلك بجناية العبد ولا تعقل العاقلة شيأ من جناية العبد والمدبر وأم الولد لان المستحق بالجناية نفسه ونفسه غير مملوكة للعاقلة والمولى ولان المولى فى كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل غير العاقلة عواقلهم فكذلك لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه بل سبب وجوب ذلك على المولى ملكه رقبته وكسبه وهو مختص بذلك دون عواقله ولهذا لم يكن علي المولى موجب جناية المكاتب لانه لا يملك كسبه بل المكاتب أحق بمكاسبه فيكون موجب جنايته عليه دون مولاه والمستسعي فى بعض قيمته

عند أبي حنيفة كالمكاتب فاما جناية العبد علي الحيوان والعروض فتكون دينا في عنقه تقضي من كسبه أو يباع فيها وكذلك لو وطئ امرأة مكرهة فذلك دين في عنقه يباع فيه لان المستوفى بالوطء مما يملك بالعقد سواء كان في حكم المنفعة أو في حكم العين فيكون بمنزلة المال (ألا ترى) انه لو كان التزم بذلك حرا كان عليه في ماله دون عواقله بان وطئ امرأة بشبهة أو مستكرهة وسقط الحد للشبهة فكذلك العبد اذا فعل ذلك يكون دينا في ذمته والدين عليه يكون شاغلا لمالية رقبته ولا تعقل العاقلة كما لو جنى على المماليك خطأ فيما دون النفس وان كان الجاني حرا لان المملوك فيما دون النفس بمنزلة المال (ألا تري) انه لا يتعلق به القصاص بحال لان فيما دون النفس المتلف جزء من الجسم والجسم يدخل تحت القهر والاستيلاء فيصير مملوكا مالا فيكون اتلافه في حكم اتلاف المال فيجب فيه الضمان على المتلف بالغا ما بلغ ويكون ذلك حالا في ماله ولا تعقله العاقلة بمنزلة اتلاف سائر الاموال فاذا بلغ النفس عقلته العاقلة في ثلاث سنين كما هو أصله وقد اعتبره في حكم القصاص على ما بينا وقد روى عن أبي يوسف ومحمد ان العاقلة لا تعقل نفس العبد وهو قول ابن أبي ليلي واستدل فيه بقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لان العبد محل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان باتلافه يكون على المتلف في ماله كسائر الاموال *وحجتنا في ذلك القيمة الواجبة باتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة باتلاف نفس الحر وذلك على العاقلة مؤجلا في ثلاث سنين فهذا مثله وهذا لان معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة الحر (ألا ترى) انه يتعلق القصاص بقتله عمدا كما يتعلق بقتل الحر وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الاموال فعرفنا ان المال واجب هاهنا بالنص بخلاف القياس لان المال لا يكون مثلا لما ليس بمال وما لا يكون مملوكا من الآدمى لا يكون مالا وانما وجوب المال بقوله ودية مسلمة الى أهله الا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الابل كما بينه الشرع والدية تجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ وبهذا المعنى خالف النفس مادون النفس لان مادون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الاحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد علي نفس العبد وبه نقول ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته قلت قيمته أو كثرت غير انها لا تزاد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف الا عشرة دراهم اذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم

وفي قول الشافعي تجب قيمته بالغة مابلغت وهو قول أبي يوسف الذي رجع اليه وان كان المقتول أمة فانها لا تزاد قيمتها على خمسة آلاف وينقص من ذلك عشرة دراهم في الروايتين وفي بعض الروايات خمسة دراهم فأما في قطع طرف العبد فيجب نصف قيمته بالغة مابلغت في الصحيح من الجواب الا رواية عن محمد أنه يجب في قطع يد العبد خمسة آلاف الا خمسة ذكره في بعض نسخ الوكالة وجه قول الشافعي ماروي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم انهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة مابلغت ولان المتلف مال فيجب ضمان قيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال وهذا لان ضمان المال يجب بطريق الجبران وانما يحصل الجبران بما يكون مثلا له في صفة المالية ولهذا يضمن المملوك عند الغصب بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الاموال فكذلك عند القتل وانما قلنا انه مال لان الضمان يجب للمولى وملكه في عبده ملك مال والضمان الواجب له يكون ضمان المال اذا أمكن ولا يدخل عليه القصاص في حالة العمد لان على هذا الطريق يقول القصاص يكون بدلا عن المالية أيضا الا أن المالية ترقب بهذا المحل فتصير مضمونة بالنقصان وان لم يكن المال في غير هذا المحل مضمونا بالقصاص بمنزلة الصيد في الحرم يكون مضمونا باعتبار حرمة المحل بما لا يضمن به في غير هذا المحل وهذا لان القصاص يعتمد العمد والتكافؤ وذلك تمكن مراعاته في هذا المال دون سائر الاموال فكان هذا المال مضمونا بالقصاص دون سائر الاموال والدليل عليه انه يرجع الى تقويم المقومين في الاسواق ليوجب به حين ينفذ السوق وهذا يختص بضمان الاموال فاما في غير الاموال فانما تجب الابل ولا مدخل للابل ها هنا والدليل عليه أنه باختلاف أوصاف المتلف في الجنس والجمال والمالية تختلف هذه الاوصاف فانه ينقص عن الدية نقصانا غير معتبر فعرفنا انه ضمان مال أو يكون المتلف عبد فتجب قيمته بالغة مابلغت كما لو كان قليل القيمة وهذا لان في العبد معنيين معنى النفسية والمالية فيكون الواجب بدلا عن المالية والدليل على ترجيح معنى المالية صيرورته محلا قابلا للتصرفات كسائر الاموال وخروجه من أن يكون أهلا للولايات التي اختصت بها النفوس المحترمة على انا نعتبر كلا الوصفين فنقول متى كان الواجب باتلافه ماليس بمال وهو القصاص يترجح معنى النفسية ولهذا لايختلف بقلة المالية وكثرة المالية وهذا لان ضمان المال بالمال أصل وضمان ماليس بمال يكون على خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس فلا معنى للمصير الى ايجابه بخلاف القياس

والدليل عليه ان المبيع قبل القبض اذا قبض فالبيع يبقى ببقاء القيمة وانما يبقى البيع اذا فات المعقود عليه وأخلف فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقى العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية والراهن اذا قتل المرهون يضمن قيمته بحق المرتهن ولا حق للمرتهن الا في المالية ولهذا لا يجب عليه القصاص بحال لان القصاص بدل عن النفسية فلو كانت القيمة كذلك لما وجب على الراهن أن يجمع بينهما فى الاعتبار فنقول اذا كان العبد كبير القيمة يجب مقدار الدية لاعتبار معنى النفسيه وما زاد على ذلك الى تمام القيمة لاعتبار معنى المالية بمنزلة من قتل حرا ومزق عليه ثيابه وهذا مروي عن أبي يوسف فقد روى ابن سماعة رحمه الله عنه أن مقدار الدية من قيمة العبد تتحمله العاقلة وما زاد على ذلك الي تمام القيمة يكون في مال الجانى لهذا المعنى *وحجتنا في ذلك قول ابن مسعود رضى الله عنه لا تبلغ قيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها التوقيف والسماع من صاحب الوحي والمعنى فيه ان هذا ضمان وجب بقتل الآدمى فلا يزاد على الديات كما لو وجب بقتل الحر وهذا لان زيادة البدل تكون بزيادة الفضيلة وما من فضل فى العبيد الا ويوجد ذلك فى الاحرار وزيادة ثم الحر مع انه مجمع القصاص لا يزاد بدله على أعلى الديات فالعبد أولى وانما قلنا ان الضمان وجب بالقتل ها هنا لان القتل سبب تضمن به النفس بالدية وهو حكم ثابت بالنص قال الله تعالي ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ونفس العبد فى هذا داخلة كنفس الحر (ألا ترى) انها تضمن بالكفارة كنفس الحر فكذلك بالدية والدية بمقابلة النفس مقدرة بالنص لا تجوز الزيادة عليها بالرأى فلا يجوز اسقاطها بالرأي فهذا دليل واضح على أن الضمان يجب هاهنا باعتبار النفسية وان الواجب الدية لانا لو لم نجعله واجبا باعتبار النفسية كنا قد أسقطنا بالرأى ماهو ثابت بالنص والدليل عليه أن ضمان النفس بالدية لاظهار حرمة المحل وصيانته عن الاهدار ونفس العبد محترمة كنفس الحر فلا يجوز اهدارها ما أمكن والدليل عليه أن صفة المالية فى هذا المحل تبع للنفسية لان قوام المالية ببقاء النفسية وهذا هو علامة التبع مع المتبوع ولا يجوز اهدار الاصل بحال لمراعاة التبع لان فى اعتبار الاصل اعتبار التبع وليس فى اعتبار التبع اعتبار الاصل واذا جعلنا الضمان واجبا باعتبار النفسية كنا اعتبرنا ما هو الاصل وباعتباره يحصل اعتبار التبع فكان ذلك أولى من أن يجعل بمقابلة المالية ويهدر معني النفسية

ولان أكثر ما فى الباب ان تثبت المساواة بين النفسية والمالية ولكن مع المساواة تترجح النفسية باعتبار السبب وهو القتل لان القتل سبب لا يقصد به الاموال عادة وانما يقصد به النفوس لمعنى التشفي والانتقام فاما الاموال فانما تقصد بالغصب فلا جرم ضمان الغصب يكون ضمان مال يجب بالغة ما بلغت ولا يثبت فى حق الاحرار وضمان القتل يكون باعتبار النفسية سواء بقتل الحر أو وجب بقتل العبد الا انه لا يجب على المولى بقتل عبده لخلوه عن الفائدة فان ما يجب بمقابلة نفس العبد يكون لمولاه على سبيل الخلافة عنه والخلافة بسبب الملك لا تنعدم حكما بالقتل فلو وجب وجب له على نفسه والدليل على هذا فصل القصاص فان القصاص يجب باعتبار معنى النفسية ثم لا يجب على المولى اذا قتل عبده لانه غير مفيد فكذلك المال ومن يقول القصاص واجب باعتبار المالية فهو لغو من الكلام لان المال لا يضمن بالقصاص بحال فكيف يضمن بالقصاص والمقصود بالمال التمول والادخار لوقت الحاجة وليس فى القصاص شئ من ذلك ولهذا يتبين ترجيح معنى النفسية على معنى المالية لان المتلف فى حال الخطأ ما هو المتلف فى حالة العمد فاذا جعل المضمون منه فى حالة العمد معنى النفسية فكذلك فى حالة الخطأ ومن يقول يجمع بينهما فذلك فضل من الكلام لانه لو كان ها هنا طريق الى الجمع بينهما لكان ينبغى ان يضمن الدية مع كمال القيمة ويستوفى فى حالة العمد القصاص باعتبار النفسية والقيمة باعتبار الماليه وأحد لا يقول ذلك فعرفنا انه لا وجه الى الجمع بينهما لما بين الوصفين من المغايرة على سبيل التضاد فاما النقصان فنقول بدل النفس قد ينقص عن أعلى الديات باعتبار معنى موجب للنقصان فى المحل (ألا ترى) انه ينقص بالانوثة وبالكفر عن أصل الخدم وبالاجتنان فى البطن بالاتفاق فان بدل الجنين دون بدل المنفصل وان كان الوجوب باعتبار النفسية هناك اذ لا مالية فى الجنين حرا كان أو مملوكا فكذلك يجوز أن ينقص عن أعلى الديات باعتبار صفة المملوكية وهذا لان تكميل الدية باعتبار كمال صفة المالكية (ألا ترى) أن بدل الانثى على النصف من بدل الذكر لان الذكر أهل لمالكية المال والنكاح والانثى أهل لمالكية المال دون مالكية النكاح فانها مملوكة نكاحا فيتنصف بدلها بذلك والجنين ليس بأهل للمالكية فى الحال ولكن فيه عرضة الاهلية لذلك اذا انفصل حيا فباعتباره ينقص بدله غاية النقصان اذا عرفنا هذا فنقول بسبب الرق تنتقص صفة المالكية لانه صار مملوكا مالا ولم يبق مالكا للنكاح بنفسه الا أن هذا النقصان عارض على شرف الزوال بان يعتق فيجوز ان يزاد بدل الرقيق على بدل الانثى لهذا

ويجوز أن ينقص باعتبار الحال وهو انه دون الانثى في صفة المالكية ثم صفة المملوكية وان كانت لا تختلف فى الرقيق ولكن ينبنى على هذا الوصف مايختلف فى نفسه وهو المالية فان أمكن اظهار النقصان باعتبار صفة المالكية بان كان قليل القيمة يعتبر ذلك لاظهار النقصان وان لم يمكن بان كان كثير القيمة فحينئذ يصار فى النقصان الى معنى شرعى وبهذا يتبين فساد قول من يقول ان النقصان اذا كان فباعتبار المالكية وانما النقصان باعتبار المملوكية وذلك لا يزاد بزيادة المالية وانما اعتبار المالية لاظهار مقدار النقصان اذا أمكن لا لثبوت أصل النقصان على أن بزيادة المالية يزداد النقصان وعند قلة المالية ينتقص الواجب عن الدية لا عن القيمة وعند كثرة المالية ينتقص الواجب عن القيمة وعن الدية جميعا وانما قررنا النقصان بعشرة لحديث ابن مسعود رضى الله عنه ولان صفة المملوكية تظهر التفاوت بينهما فيما يتقدر بالعشرة وهو المستوفى بالوطء فانه لا يحل استيفاء ذلك من الحر الا بعقد يتقدر البدل فيه بعشرة ويجوز استيفاء ذلك من الامة بعقد متمحض عن البدل وهو الهبة فان الجارية الموهوبة يباح وطؤها فاذا ظهر باعتبار صفة المملوكية التفاوت بينهما فيما هو مقدر بالعشرة نصا قدرنا النقصان بالعشرة لهذا ولهذا قلنا فى أصح الروايتين سواء كان المقتول عبدا أو أمة فالنقصان عن الدية يتقدر بعشرة والرجوع الي تقويم المقومين قد يكون فيما يجب بمقابلة النفسية كحكومة العدل والوجوب للمولى لانه يخلفه خلاف الوارث المورث ولانه مالك لمالكية قوامها باعتبار هذا المحل فما يجب بمقابلة المحل فى حقه يجعل كالواجب بمقابلة المالية ولهذا قلنا البيع يبقي اذا قتل المبيع قبل القبض لان صحة البيع باعتبار بقاء معنى المالية التى تملك بالبيع باعتبار هذا المحل فيجعل بدل المحل بمنزلة بدل المالية فى بقاء البيع باعتباره ولهذا لو كان القتل عمدا حتى وجب القصاص بقي البيع أيضا عند أبى حنيفة وهذا بخلاف العبد المرهون اذا قتله الراهن فان ايجاب الضمان هناك باعتبار معنى النفسية غير ممكن لما قررنا فى المولى اذا قتل عبده فجعلنا الواجب باعتبار المالية ولهذا لا يتعلق به القصاص بحال فتجب فيه المالية بالغة مابلغت فأما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية فقط (ألا ترى) انه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا قال كان الواجب فيه القيمة بالغة مابلغت الا ان محمدا رحمه الله قال فى بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بان تكون قيمته بلغت ألفا فيجب بقطع طرفه خمسة عشر ألفا أو عشرة آلاف الا عشرة وهذا قبيح جدا فلهذا قال لا يزاد على نصف

بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة ولو قتل العبد قتيلا وله وليان فعفى أحدهما دفع المولى الى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية لان النصيب الذى لم يعف انقلب مالا عند عفو الشريك فيكون هذا فى نصيبه كالجناية الموجبة للمال فى الاصل وهو الخطأ ولو قتل قتيلا خطأ وفقأ عين آخر دفعه المولى اليهما أو فداه فان اختار الفداء فداه بالارش وذلك دية النفس عشرة آلاف وأرش العين خمسة آلاف واذا اختار الدفع كان العبد بينهما أثلاثا لان كل واحد منهما تصرف فيه بجميع حقه وحق ولى القتيل عشرة آلاف وحق المفقوء عينه خمسة آلاف فان أعتقه المولى وهو يعلم بالجنايتين فهو مختار وعليه خمسة عشر ألفا فى ماله لانه فوت محل الدفع بالاعتاق وبعد العلم بالجناية كان هو مخيرا بين الدفع والفداء فتفويته محل الدفع يكون اختيار الفداء دلالة التصرف فهو كالتصريح بالاختيار وكذلك لو دبره أو باعه أو كاتبه فانه يتعذر عليه دفعه بما أنشأ من التصرف فيتضمن الذى اختار الفداء منه وكذلك لو كانت أمة فاستولدها فان جامعها ولم تلد فليس هذا باختيار وله أن يدفعها بعد ذلك الا فى رواية عن أبى يوسف فانه يقول الوطء دليل الاختيار بدليل ان البائع اذا كان بالخيار فوطىء المبيعة كان ذلك منه اختيارا للفسخ وهذا لان الوطء دليل تقرير ملكه فيها ولان الوطء فى حكم الجناية ولو جنى عليها كان للفداء وجه وظاهر الرواية أن الوطء لا يمكن نقصانا فى عينها اذا كانت ثيبا ولا يعجزه عن دفعها فيكون اقدامه عليه دليل الاختيار كالاستخدام وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان هناك لو لم يجعله فاسخا للعقد بالوطء لكان اذا أجاز العقد ملكها المشترى من وقت العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين به أن الوطء حصل فى غير ملكه فللتحرز عن هذا جعلناه فاسخا وهاهنا اذا دفعها بالجناية ملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شىء من زوائدها الا يتبين به أن الوطء كان فى غير ملكه والوطء وان كان كالجناية لكن الجناية لا يبقى لها أثر فى العين فلا يكون اختيارا وكذا الوطء بهذه الصفة وكذلك لو زوجها لان التزويج كالاستخدام من حيث انه لا يمكن نقصانا فى عينها ولا يعجزه عن دفعها بالجناية وكذلك لو أجرها أو رهنها فى ظاهر الرواية وفى بعض نسخ الديات يقول الاجارة والرهن يكون اختيارا منه بمنزلة الكتابة لان البدل بهذين العقدين يصير مستحقا عليه وذلك يمنعه من دفعها بالجناية فيجعل اختيار الفداء كالكتابة وجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقض بالعذر فيكون قيام حق ولي الجناية فيها عذرا فى نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين

واسترداد الرهن متى شاء ولم يتحقق عجزه عن دفعها بهذين العقدين فلا يجعل ذلك اختيارا بخلاف الكتابة فان بعقد الكتابة ثبت له استحقاق لا يملك الولى ابطاله وذلك يمنعه من دفعها وان ضرب العبد ضربا لزمه منه عيب فاحش أو جرحه أو قتله وهو يعلم فختار لان حق ولي الجناية يثبت فى كل جزء منه وقد فوت جزء فامتنع الدفع فى ذلك الجزء وهو لا يتحمل التجزى فى الدفع بالجناية فتفويت جزء منها كتفويت كله ولو دفع العبد في بئر حفرها المولى فى الطريق أو أصابه جناح أشرعه المولي فليس هذا باختيار لان المولى ان كان فعل هذا قبل جناية العبد ولم يوجد منه صنع بعد جنايته اذ لا صنع له فى وقوع العبد فى البئر وان كان الحفر منه بعد جنايته فهو عند الحفر ما كان يعلم ان عبده يقع به ولا قصد ذلك بحفره وقد بينا ان حافر البئر يصير قاتلا ولهذا لا يجب عليه الكفارة والاختيار انما يحصل بمباشرة فعل من المولي يكون مقويا له محل الدفع وكذلك كل ما لا يجب على المولى فيه الكفارة فليس ذلك باختيار منه ولكن على المولي القيمة ان مات العبد من ذلك بينهما أثلاثا لان المولى سبب لهلاكه وهو متعد فى ذلك التسبب ولو أتلفه مباشرة على وجه لم يصر مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك اذا أتلفه بطريق التسبيب ولو أوطأه المولي وهو يسير على دابته أو وقع عليه فقتله وهو يعلم بجناية العبد ولم يتعمد الوطء ولا الوقوع فهذا اختيار وعليه الارش لانه مباشر قتله بهذا الطريق ولهذا يلزمه الكفارة ومباشرة القتل بتفويت محل الدفع فاذا كان بعد العلم بالجناية يجعل اختيارا ولا معتبر بتعمده الوطء والوقوع عليه لان ذلك من باطنه لا يمكن الوقوف عليه وان أعتقه أو باعه أو وهبه أو كاتبه وهو لا يعلم بجنايته فعليه قيمته لانه منع الدفع بما أحدث من التصرف ولكنه لم يصر مختارا للفداء حين لم يكن عالما بالجناية فيكون مستهلكا محل الدفع وذلك يوجب عليه القيمة لمولى ولي الجناية كالراهن اذا استهلك المرهون يغرم قيمته لحق المرتهن وان كان علم باحدى الجنايتين ولم يعلم بالاخرى فهو مختار للذى علم بها وعليه الارش وللاخرى حصتها من قيمة العبد لانه يجعل تصرفه فى حق كل واحد من الجنايتين كانه لا جناية سواها ففيما كان عالما بها يجعل مختارا لوجود دليل الاختيار وفيما لم يكن عالما بها مستهلكا محل الدفع فعليه حصتها من قيمة العبد واذا جنى العبد جناية لم تبلغ النفس فاعتقه المولي وهو يعلم بها قبل البرء ثم انتقضت الجراحة فمات وهو مختار فعليه الدية لان السبب الموجب لتخير المولي جناية العبد وانما وجد الاعتاق بعد العلم بها فيكون

ذلك منه اختيارا للارش بمنزلة مالو أعتقه بعد الموت (ألا ترى) ان أداء الكفارة بعد الجرح قبل زهوق الروح جائز بمنزلة أدائها بعد الموت وهـذا لانه لما أعتقه مع علمه ان الجناية قد برئت فقد صار مختارا لما يجب من الارش برأت أو سرت ولو قال لعبده ان ضربت فلانا بالسيف أو بالعصا أو بسوط أو بيدك أو شججته أو جرحته فأنت حر ففعل به ذلك فمات منه عتق والمولى مختار للدية لان المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولان المولى لما علق عتقه بشرط هو سـبب لوجوب الارش وتخيره بين الدفع والفداء فقد صار راضيا بالتزام الفداء بمنزلة الصحيح اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا اذا مرضت فمرض ومات يصير فارّا من ميراثها فان كانت جناية العبد مما يتعلق بها القصاص فلا شئ على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولى الجناية فلهذا لا يلزمه شئ واذا جرح العبد رجلا فخوصم فيه المولى فاختار العبد وأعطى الارش ثم انتقضت الجراحة فمات المجروح فالقياس فيه أن يكون المولى مختارا للفداء وهو قول أبي يوسف الآخر وفى الاستحسان يخير المولي خيارا مستقبلا وهو قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد ورجع أبو يوسف من الاستحسان الي القياس وأخذ محمد رحمه الله بالاستحسان وقد بينا فيما تقدم أن بهذه الصورة فى الكتب ثلاث مسائل هذه ومسئلة تكرار تلاوة السجدة فى الركعة الثانية وجه القياس ان المولى اختار الارش بعد ماتقرر السبب فنزل ذلك منزلة اختياره بعد موت المجروح وهذا لانه أقدم على الاختيار مع علمه انه قد يبرأ وقد ينتقض فيسرى الى النفس * يوضحه ان الاختيار قد يكون منه حكما وقد يكون قصدا فقد صار مختارا لما يجب بها ثم الاختيار بطريق الحكم يسوى فيه بين ماقبل البرء وما بعده وهو الاعتاق باعتبار انه اختيار لموجب الفعل فكذلك فى الاختيار قصـدا وجه الاستحسان أن المولى اختار الارش على حسبان أن البرء قد تم وان الواجب ارش الطرف فلا يكون ذلك منـه دليل اختياره الدية فالانسان قد يختار الشئ اذا كان قليـلا ولا يختاره اذا كان كثيرا فاذا تبين أن الواجب كان هو الدية قلنا يخير خيارا مستقبلا بمنزلة الشفيع اذا أخبر بثمن قليل فطلب الشفعة وقضى له بها ثم تبين أن الثمن كان أكثر من ذلك كان على خياره ولو أخبر أن الثمن كثير فسلم الشفعة ثم تبين انه كان أقل من ذلك كان هو على حقه بخلاف الاعتاق فانه تفويت لمحل الدفع ولا يمكن ابقاء خياره بعده قائما وعند الاختيار قصدا لا يفوت محل الدفع فلهذا كان على خياره الا انه

روى عن أبي يوسف انه فرق بين ما اذا أعطى الارش بغير قضاء وبين ما اذا أعطاه بقضاء القاضي قال اذا أعطاه بقضاء القاضي فان المجروح يخير خيارا مستقبلا بخلاف ما اذا أعطاه بغير قضاء القاضي فان ذلك اختيارمنه للدية طوعا بمنزلة من اشترى دارا بعبد فاخذها الشفيع بقيمة العبد ثم استحق العبد فان أخذها بقضاء القاضي بطلت شفعته ووجب عليه ردها وان أخذها بغير قضاء القاضي جعل ذلك كالشراء المبتدإ وعن زفر انه قال في الوجهين جميعا يصير مختارا لان القاضي انما قضي بالارش بناء على اختياره قال واذا جنى العبد جناية فاختار المولى إمساك عبده وليس عنده ما يؤدى وكان ذلك عند قاض أو عند غير قاض فالعبد عبده والارش دين عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان أدى الدية مكانه والا دفع العبد الا أن يرضي الاولياء أن يتبعوه بالدية علي ما قال فان رضوا بذلك لم يكن لهم بعد ذلك أن يرجعوا في العبد وجه قولهما أن نفس صاحب العبد صار حقا لمولى الجناية الا أن المولى يتمكن من تحويل حقهم من العبد الى الارش باختياره الفداء فاذا أعطاهم الارش كان هذا تحويلا لحقهم من محل الى محل فيه وفاء بحقهم فيكون صحيحا منه واذا كان مفلسا كان هذا منه ابطالا لحقهم لا تحويلا من محل الي محل يعدله فيكون ذلك باطلا من المولي وهذا لان ثبوت الخيار للمولى كان علي وجه النظر من الشرع وانما يثبت علي وجه لا يتضرر به صاحب الحق فاذا آل الامر الى الضرر كان باطلا بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل لانه حول حقه من ذمته الي ذمة المحتال عليه بشرط أن يسلم له فاذا لم يسلم عاد كما كان وفي بيع المعاوضة اذا هلك أحد العوضين قبل القبض بطل العقد في الآخر لان صاحبه حول حقه الي العوض الآخر بشرط أن يسلم له فاذا لم يسلم عاد كما كان وكذلك في البيع والآخر بالشفعة ان سلم الثمن كان له أن يأخذ الدار وان عجز عن ذلك لم يكن له أن يأخذها الا أن يرضي البائع والمشترى في فصل الشفعة بالتسليم فهاهنا أيضا ان رضي الولى كان مسقطا حقه في العبد وان أبى كان له أن يأخذ العبد وأبو حنيفة يقول بجناية العبد يخير المولي بين الدفع والفداء والمخير بين اثنين اذا اختار أحدهما تعين ذلك واجبا من الاصل كالمكفر اذا اختار أحد الانواع الثلاثة فهاهنا باختياره تبين أن الواجب هو الدية في ذمة المولى من الاصل وان العبد فارغ من الجناية فلا يكون لاولياء الجناية عليه سبيل * يوضحه ان من ثبت له الخيار شرعا يستبد بالخيار من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه ولو

رضى الاولياء أن يتبعوا بالدية لم يبق لهم حق فى العبد فكذلك اذا اختار المولى ذلك فى حال ماثبت له الخيار شرعا وقيل ان هذه المسئلة فى الحقيقة تبنى علي اختلافهم فى التفليس وعند أبى حنيفة التفليس ليس بشئ والمال غاد ورائح وهذا التصرف من المولي يكون تحويلا لحق الاولياء الي ذمته لا ابطالا وعندهما التفليس معتبر والمال فى ذمة المفلس يكون تاويا فيكون هذا الاختيار من المولى ابطالا لحق الاولياء وقد روى عن أبى يوسف ان اختيار المولى ها هنا معتبر حتى لا يكون لاولياء الجناية حق تملك العبد بالاخذ بعد هذا الاختيار ولكن يباع العبد فيه فيدفع ثمنه الى الاولياء من حساب الدية التى على المولى وهو بناء على مذهب أبى يوسف فى الحجر بسبب الدين فانه يقول القاضي يحجر على المديون ويبيع عليه ماله وعند أبى حنيفة لا يفعل ذلك وقد بينا هذا فى كتاب الحجر قال واذا جنى العبد جناية خطأ ثم أقر المجنى عليه انه حر قبل الدفع اليه فلا حق له فى رقبة العبد ولا على المولى لانه يزعم انه حر وان جنايته على عاقلته لا يستحق بها رقبته وزعمه معتبر فى حقه فلا سبيل له على العبد بعد هذا الاقرار ولا شئ له علي المولى لانه لم يدع علي المولى بعد الجناية حتى يصير به مختارا أو مستهلكا ولو كان اقرار المجنى عليه بعد مادفع اليه العبد فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر بحريته فيعتق باقراره ويكون موقوف الولاء بمنزلة من اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان أعتقه قال واذا جنت الامة جناية ثم ولدت ولدا أو اكتسبت كسبا فان مولاها يدفعها بالجناية ولا يدفع ولدها ولا كسبها لان استحقاق نفسها بالجناية الخطأ كاستحقاق نفسها بالعمد قصاصا وذلك لا يسرى الى الكسب والولد وهذا لان حق ولى الجناية غير متأكد فى عينها (ألا ترى) ان المولى مخير بين أن يدفعها أو يفديها بالارش وانما يسري الى الولد ما يكون متأكدا فى الاصل حين انفصل الولد عنها وأما الكسب فانما يملك بملك الاصل وعند الاكتساب كان ملك الاصل للمولى دون المجنى عليه فان جنى عليها فأخذ المولى لذلك ارشا فانه يدفع الارش معها لان الارش عوض عن الجزء الفائت منها بالجناية وحق ولي الجناية كان ثابتا فيها بجميع أجزائها فيثبت فى بدل جزء منها أيضا والجزء معتبر بالكل ولو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفع تلك القيمة الى ولي الجناية فكذلك اذا أخذ أرش جزء منها بخلاف الولد فانه حر وهو زيادة حادثة بعد الجناية وحق الولى انما يثبت فى الاجزاء الموجودة عند الجناية وان كان جني عليها قبل جنايتها لم يدفع المولي ذلك الارش معها لان الجزء الفائت بتلك الجناية

لم يكن موجودا عند جنايتها فلا يثبت حق ولي الجناية فيه ولا فى بدله بخلاف الفائت بعد جنايتها وان لم يعلم ان الجناية عليها كان قبل جنايتها أو بعده فالقول فيه قول المولى لان الارش المقبوض فى يد المولى فأولياء الجناية يدعون استحقاق ذلك على المولى وهو ينكر ولانهم يستحقونها بالجناية على المولى فالقول قول المولى فى بيان صفتها حين ثبت الاستحقاق لهم وان كان وجب الارش بعد جنايتها فأمسكها المولي وفداها فله أن يستعين بذلك الارش فى الفداء لانه ملكه كسائر أمواله وان لم يختر الفداء حتى استهلك أو وهبه الجانى عليها لم يكن مختارا وله أن يدفعها لان الارش منفصل عنها فتصرفه فى الارش لا يكون تصرفا فيها ولا يتعذر دفعها فكان له أن يدفعها بمنزلة مالو حدثت الجناية من امتين فاستهلك احداهما كان له أن يدفع الاخرى بجنايتها ثم عليه أن يغرم مثل ما استهلك فيدفعه معها لان حق ولى الجناية ثبت فى ذلك الارش وقد أتلفه المولى بتصرفه وهذا بخلاف ما اذا أتلف المولى جزأ منها بجنايته لان هناك المولى تصرف فيه بالجناية والجزء الذى أتلفه بجنايته كان متصلا بها ولهذا صار المولى به مختارا وان كان الجانى عليها عبدا فدفعه المولى كان عليه أن يدفعهما جميعا أو يفديهما بالدية لان العبد المدفوع قائم مقام الجزء الفائت منها فان أعتق العبد المدفوع اليه فهذا اختيار منه للامة وعليه الدية وكذلك ان أعتق الامة فانه لا يستطيع أن يدفع واحدا منهما دون صاحبه لان العبد قائم مقام الجزء الفائت وحكم الدفع فيها لا يتجزأ بل اذا تعذر دفع بعضها بتصرف المولى يتعذر دفع كلها فكذلك حال العبد المدفوع مكان الجزء الفائت منها وهذا بخلاف الارش المستوفى من الجانى اذا كان جزأ لان الارش دراهم وفى الدراهم لا يثبت للمولى الخيار بين الدفع والفداء واقدامه على التصرف انما يكون دليل الاختيار اذا صادف محلا ثبت له فيه الخيار فأما هنا فالخيار ثابت له فى العبد والامة لان كل واحد منهما يفيد التخير فيه بين الدفع والفداء فاعتاقه أحدهما يكون تصرفا فى المحل الذى ثبت له فيه الخيار فيجعل ذلك اختيارا وهذا الاختيار يثبت له فيهما باعتبار جناية واحدة فيكون اختياره أحدهما اختيارا لهما جميعا بخلاف الامتين اذا جنت كل واحدة منهما لان ثبوت الخيار له فى كل واحدة منها باعتبار جناية على حدة فلا يكون اختياره احدى الجنايتين دليل الاختيار منه فى الاخرى فان أعتق العبد وهو لا يعلم بالجناية ثم اختار دفع الامة دفع معها قيمة العبد لان العبد لو كان قائما بعينه كان عليه دفعه معها وقد صار مستهلكا له بالاعتاق حين لم يكن عالما بالجناية فكان عليه قيمته (ألا ترى)

انه لو أعتق الامة وهو لا يعلم بالجناية كان عليه قيمتها ولو كان هذا العبد فقأ عين الامة فدفع بها وأخذت الجارية فان العبد يصير مكانها يدفعه المولي أو يفديه بالدية لانه قائم مقامها حين دفع بها وكذلك لو قتلها عبد فدفع بها ولو قتلها حر خطأ فأخذ المولي قيمتها لم يقل للمولي ادفعها أو افدها ولكنه يدفع قيمتها لان القيمة دراهم أو دنانير والارش كذلك ولا معني للتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد وانما يؤمر بدفع القيمة التي قبضها الى ولى الجناية بخلاف ماتقدم فالمدفوع هناك عبد وللناس في الاعيان أغراض فتخييره بين دفع العبد وبين الفداء بالقيمة يكون مفيدا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم قتلت جارية المولى العبد خطأ قيل للمولى ادفعها أو افدها بقيمة العبد لان العبد الجاني صار مستحقا لولى الجناية فجناية جارية المولى عليه بمنزلة جنايتها على عبد مملوك لولى الجناية ولو قتلت عبدا أو مملوكا له كان على المولى أن يدفعها أو يفديها بقيمة العبد فكذلك هاهنا لا يجوز أن يلزمه أكثر من ذلك وهذا لان اعطاءه قيمة العبد بمنزلة اعطائه العبدان لو كان قائما ولو أعطاهم العبد لم يلزمه شي آخر فكذلك اذا أعطاهم قيمته بعد ماقتلته أمته قال واذا قتل العبد رجلا خطأ وقتلت الامة رجلا وهما لرجل واحد ثم ان العبد قتل الامة خطأ واختار المولي دفعه فانه يقسم على قيمة الامة ودية الحر لان الامة كانت مستحقة لاولياء جنايتها وقد جنى العبد عليها فثبت حق أولياء جنايتها في مقدار قيمتها وحق أولياء الحر في الدية ومولاه يتخير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع ضرب فيه أولياء الحر بدية الحر وأولياء الامة بقيمتها فيقسم العبد بينهما على ذلك وان اختار الفداء فداه بدية الحر وبقيمة الامة لاولياء جنايتها قال واذا جنى العبد جناية ففداه المولي منها ثم جنى جناية أخرى قيل له ادفعه بها أو افده لانه لما فداه من الاولى فقد طهره منها فكأنه ما وجد منه الا الجناية الاخرى فيخاطب بالدفع أو الفداء فان كان لم يقض من الاولى شيئا حتى جنى الثانية دفعه بهما أو فداه لان الجنايتين اجتمعتا في رقبته وللمولى أن يتخلص بدفعه ويقول انما لحقني هذا الشغل بسبب ملكي رقبة العبد وانا أتخلص بدفعه فيدفعه بالجنايتين أو يفديه بارشهما واذا أعتق العبد ثم أقر انه كان جنى في حال رقه جناية عمدا أو خطأ لم يلزمه شيء منها الا القود في النفس لانه لو أقر بها قبل العتق لم يصح اقراره الا بالجناية الموجبة للقود فكذلك بعد العتق وهذا لانه في الوجهين جميعا انما يقر على غيره فان جناية العبد فيما يوجب المال يكون على المولى لا شيء منه على العبد قبل عتقه ولا بعد عتقه واقراره على غيره لا يكون حجة في الحالين

فاما ما يكون موجبا للقود فاقراره يكون علي نفسه ولو جنت أمة جناية فقال المولي كنت أعتقتها قبل الجناية أو دبرتها أو كانت أم ولدى فانه لا يصدق من أجل الجناية وهو مختار للفداء ان قال هـذا بعد العلم بالجناية وان قاله قبل العلم بالجناية فعليه القيمة لانه متهم فى حق أولياء الجناية فيجعل اقراره بمنزلة الانشاء فى حقهم وأن انشأ العتق أو التدبير كان الحكم فيه مابينا فكذلك اذا أقر مستندا الى ما قبل الجناية لان هذا الاسناد لايثبت بقوله حين لم يصـدقه أولياء الجناية فيه واذا جنى العبـد جناية فاخبر ولي الجناية ولى العبد فاعتقه فقال لم أصدقه فيما اخبر به فهو مختار للفداء لان ولى الجناية فى اختياره يطالب بحقه فعلي المولي أن ينظر فى خبره (ألا ترى) انه لو أخبر القاضي بذلك وطالبه باحضار المولى وتكليفه الجواب اجابه القاضى الى ذلك فكذلك اذا أخبر المولى بذلك كان عليه أن ينظر الي خبره فاذا لم يفعل وأعتق العبد كان هذا بمنزلة الاعتاق بعد العلم بالجناية فيكون مختارا وكذلك ان أخبره رسول ولى الجناية فاسقا كان الرسول أو عدلا لان عبارة الرسول كعبارة المرسل فاما اذا أخـبره بذلك فضولى فان صدقه فيما أخبره به ثم أعتق العبد فهو مختار للفداء أيضا وان كذبه فى ذلك أو لم يصدقه ولم يكذبه حتى أعتق العبد فان كان المخبر عدلا فكذلك الجواب لان خبر العدل مقبول فيما يكون ملزما وان كان المخبر فاسقا فى قول أبى حنيفة لا يكون مختارا للفداء ولكن عليه قيمته باستهلاكه اياه وعند أبى يوسف ومحمد هو مختار للفداء وهذا من الجنس الذى بيناه فى المأذون أن عندهما خبر الواحد فى المعاملات مقبول عدلا كان أو فاسقا وعند أبى حنيفة فيما يتعلق به اللزوم لا يعتبر خبر الفاسق وهذا خبر الملزم فى حق المولى لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يلزمـه الفـداء فلا يعتبر فيه خبر الفاسق اذا كان فضوليا وان أخبره به فاسق ففى احـدى الروايتـين كذلك وفى الرواية الاخرى يكون مختارا للفـداء لانه تم احدى شطرى الحجة وهو العدد فيعتبر بما لو وجد الشطر الآخر وهو العدالة فى حق المخبر الواحد ولو جنى عبده جناية فقال المولى كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان أو قال هو له لم يكن لي قط وصدقه فلان قيل لفلان ادفعه أو افده لان المولى ما أتلف علي ولى الجناية شيئا حين أخرجه الي ملك رجل يخاطب بدفعه أو الفداء كما كان هو يخاطب به فان كذبه فلان قيـل للمولى ادفعـه أنت أو افده لان الملك ثابت له فيه باعتبار يده والاقرار بطل بتكذيب المقر له فصار كأنه لم يكن فيخاطب ذو اليـد بالدفع أو الفداء ولو أن عبدا فى يد

رجل جنى جناية فقال ولى الجناية هو عبدك فقال الرجل هو وديعة عندى لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام علي ذلك بينة أخر الامر فيه حتى يقدم الغائب فان لم يقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفر هو مختار للفداء بمجرد قوله لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مقوما للدفع مختارا للفداء كما لو أعتقه ولكنا نقول هو بكلامه يزعم انه ليس بخصم فى هذه الجناية أصلا واختياره يبنى على كونه خصما فاذا ثبت بالبينة انه ليس بخصم فيه صار اثبات ذلك بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء ولا معنى لجعله مختارا مع بقاء تمكنه من الدفع بالجناية فان فداه ثم قدم الغائب أخذ عبده بغير شئ لان ذا اليد أقر بالملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذو اليد متبرعا فى هذا الفداء فانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشئ منه على المقر له وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك ويتبين انه كان له الخيار فان أمضى دفعه كان ذلك بمنزلة اختيار الدفع منه ابتداء وان اختار الارش فله أن يأخذ عبده وان أنكر الغائب أن يكون العبد له فما صنع الاول فيه من شئ فهو جائز لان الاقرار بطل بتكذيب المقر له ٠ واذا كان عبد فى يدي رجل وهو مقر بانه عبده أو لم يقر ولم ينكر فاقر عليه بجناية خطأ ثم أقر انه لرجل آخر وانه لم يملكه قط وصدقه الرجل فالعبد له لان الجناية الثابتة عليه باقرار المولى لا تكون أقوى من الثابتة بالمعاينة وذلك لا يمنع المولى من التصرف فيه والاقرار بالملك لغيره ثم ان كذبه المقر له فى الجناية فهو مختار للارش لان الجناية ثبتت على العبد باقرار ذى اليد عليه بها ثم صار متلفا العبد باقراره بالملك فيه لغيره فيجعل ذلك بمنزلة تمليكه منه بالبيع وذلك اختيار منه للفداء فهذا مثله اذا كان ذو اليد اقر انه عبده قبل اقراره بالجناية عليه أو بعد ذلك قبل اقراره لهذا الرجل وان لم يكن ادعاه لنفسه قبل اقراره لهذا الرجل فلا شئ عليه ولا على العبد من الجناية لان المقر ما أتلف شيأ على أحد وانما أقر على ملك غيره بالجناية واقراره على ملك الغير لا يلزمه شيأ وهذا بخلاف ما اذا ثبتت الجناية عليه ببينة لان هناك ذو اليد قد صار مخاطبا بالدفع وثبتت الجناية على العبد بما هو حجة فى حق الكل فاذا حوله باقراره الى المقر له خوطب بما كان يخاطب به المقر وها هنا باقرار ذي اليد ما ثبتت به الجناية على العبد فى حق المقر له فلهذا لا يخاطب بشئ قال واذا جنى العبد

جناية ثم أصابه عيب سماوى فان المولى يخاطب بدفعه أو الفداء ولا شئ عليه بسبب ذلك العيب لانه ما كان مضمونا عليه (ألا ترى) انه لو مات فى يده لم يلزمه شئ فاذا فات جزء منه بغير صنعه أولى أن لا يلزمه شئ وكذلك لو بعثه المولى فى حاجة فعطب فيها أو استخدمه فلا ضمان عليه فيما لحقه بذلك لان للمولى حق الاستخدام فى العبد مالم يدفعه فلا يكون فعله ذلك تعديا فلو أذن له فى التجارة بعد جنايته فاستغرق رقبته فهو ضامن قيمته لاهل الجناية تعديا ولو أذن له لان الاذن له فى التجارة لا يمنعه من الدفع فى الجناية فلا يصير به مختارا ولكن استحقاق ماليته فى الدين يثبت بذلك الاذن فيصير المتلف به كالمتلف للمالية على أهل الجناية لانه تعذر الدفع اليهم بالجناية حين يباع فى الدين لان حقهم كان ثابتا فى عبد غير مشغول المالية فلهذا لا يضمن المولي قيمته قال واذا قتل العبد قتيلا خطأ ثم فقأ رجل عينه ثم قتل آخر خطأ ثم اختار المولى دفعه فانه يدفع ارش العين الى الاول لانه جنى على الاول وعينه كانت صحيحة فيثبت فيها حق المجنى عليه ثم فاتت وأخلفت بدلا فيكون البدل له ولا مزاحمة للثانى معه فيه لانه جنى على الثانى وهو أعور فلم يثبت حق الثانى فى هذه العين أصلا ثم يكون العبد بينهما يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ من ارش العين ويضرب فيه الآخر بالدية حتى اذا كانت قيمته ألف درهم وكان ارش العين خمسمائة فان العبد يقسم بينهما على تسعة وثلاثين سهما لان الاول انما بقى من حقه تسعة آلاف وخمسمائة فيضرب بذلك فى العبد والثانى انما يضرب بعشرة آلاف كمال الدية فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كان العبد بينهما على تسعة وثلاثين سهما وكذلك لو كان الذى فقأ عينه عبدا فدفع به كان ولى الاول أحق به ثم يضرب مع الآخر بالدية الا قيمة العبد الذى أخذه لانه وصل اليه ذلك القدر من حقه واذا قتل العبد قتيلا خطأ وللمقتول وليان فدفعه المولى الى أحدهما بقضاء قاض ثم قتل عنده آخر ثم جاء ولى الآخر والشريك فى الجناية الاولى فانه يقال للمدفوع اليه الاول ادفع نصفك الى الاول أو افده بنصف الدية لان نصف العبد صار مملوكا بالدفع اليه بقضاء القاضى فانما جنى على ملكه فيخاطب بان يدفع ذلك النصف أو يفديه بنصف الدية فان دفعه برئ من نصف الدية ويرد النصف الباقى على المولى لانه أخذه بغير حق فيرده على من أخذه منه ثم يقال للمولى ادفعه أو افده بعشرة آلاف خمسة آلاف للآخر وخمسة آلاف لولى الاول الذي لم يأخذ شيأ فان دفعه ضرب كل واحد منهما فى هذا النصف بخمسة آلاف فيكون بينهما نصفين فحصل ثلاثة ارباع العبد

لولي الجناية الآخرة وربعه للذى لم يكن قبض من ولى الجناية الاولى ثم يضمن المولى الذى كانت الجناية الثانية فى يده ربع قيمته للمولى فيدفعه الى الاوسط لان هذا الربع استحقه ولى الجناية الآخرة بجناية كانت منه عند المدفوع اليه وقد كان مضمونا فى يده فيرجع عليه بربع القيمة لذلك ويدفعه الى الاوسط لان حقه كان ثابتا فى هذا الربع وقد فات وأخلف بدلا فيجمع له ربع العبد وربع القيمة ولا يكون ذلك موجبا للضمان عليه حتى لو كان دفعه اليه بغير قضاء القاضى كان للاوسط الخيار ان شاء ضمن المولى هذا الربع باعتبار دفعه الي صاحبه بغير قضاء قاض وان شاء ضمنه فان ضمن المولى رجع به المولى علي المدفوع اليه الاول لما قلنا .

قال واذا قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحدهما بغير قضاء القاضي فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمعوا واختاروا الدفع فان المدفوع اليه الاول يقال له ادفع نصف العبد الى الآخر لان حقه كان فى نصف العبد وقد تم ملكه في ذلك النصف بالدفع اليه ثم كانت الجناية الاخيرة من هذا النصف علي ملكه وقد اختار الدفع فيؤمر بدفع نصف العبد اليه ويرد النصف الباقى على المولى لانه أخذه بغير حق ثم يدفعه المولى الى الاوسط والآخر يضرب فيه الآخر بخمسة آلاف لانه وصل اليه نصف حقه ويضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه فيكون هذا النصف بينهما أثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للآخر ثم يضمن المولى سدس قيمة العبد للاوسط وهو ما سلم من هذا النصف لولى الجناية الاخيرة لان حق الاوسط كان ثابتا فى جميع هذا النصف وكان قد دفعه الى غيره بغير قضاء القاضى فلهذا يضمن له سدس القيمة ويرجع به على الاول الذى كان فى يده لان استحقاق هذا السدس بجناية كانت فى يده وان شاء الاوسط ضمن هذا السدس الذى كان فى يده هكذا يقوله العراقيون من مشايخنا والصحيح عندى انه ليس له ذلك ها هنا ولا فى الفصل الاول لانه ما كان مالكا لهذا النصف قبل أن يدفع اليه حين يكون قبض الاول جناية على حقه فيكون ضامنا له ولو كان الدفع بقضاء قاض كان مثله هذا أيضا لان المولى لا يضمن شيأ للاوسط ولكنه يرجع بسدس القيمة على المدفوع اليه الاول لما قلنا واذا قبض ذلك منه دفعه الى الاوسط وعلى ما يقوله العراقيون الاوسط هو الذى يرجع بسدس القيمة على المدفوع اليه.

قال واذا قتل العبد قتيلا خطأ وفقأ عين آخر فدفعه المولى الى المفقوء عينه فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فاختاروا دفعه فان صاحب العين يدفع ثلثه الي الآخر لانه ملك الثلث والجناية

الاخيرة من هذا الثلث حصلت على ملكه فيدفعه بها ويرد الثلثين على المولى فيدفعه المولى الى ولى القتيلين يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والآخر بثلثي الدية لانه قد وصل اليه ثلث حقه فيكون هذا مقسوما بينهما أخماسا ثلاثة اخماسه للاول وخمساه للآخر ثم يضمن المولى للاول ستة أجزاء وثلثي جزء من ستة عشر جزأ وثلثي جزء من ثلثي قيمة العبد وذلك فى الحاصل خمسا بدل ما سلم للآخر من هذا الثلثين الا انه اذا بنى الجواب على القسمة التى كانت بينهما فان الاول ضرب فيه بعشرة آلاف والآخر بستة آلاف وثلثي الف ولهذا قال ما قال وفى الحقيقة رجوعه على المولى بخمسي ثلثي قيمته لان المولى أتلف ذلك عليه حين دفعه الى صاحب العين بغير قضاء قاض واستحق بالجناية التى كانت عنده ثم يرجع به المولى على صاحب العين لما قلنا ان الاستحقاق بسبب جناية كانت فى ضمانه . قال واذا قتلت الامة قتيلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم قتلت البنت رجلا خطأ ثم ان البنت قتلت الام فاختار المولى دفعها ضرب أولياء قتيل الامة فيها بقيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية لان البنت فى هذا الحكم كجارية أخرى للمولى فان حق ولى جناية الام لا يثبت فى البنت ثم قد وجد من البنت جنايتان احداهما على الحر والأخرى على الام وهى مقدرة بحق أولياء جناية الام فان دفعها المولى ضرب كل واحد منهما فيها بمقدار حق أولياء الام بقيمة الام وولى الحر بالدية فتقسم البنت بينهما على ذلك وان اختار المولى فداء البنت دفع قيمتها الى وليها وقيمة الام الى ولى الام لانه انما أقر بها بما يثبت فيها من الحق باعتبار جنايتها ولو كانت البنت فقأت عين الام فهذه المسئلة على أربعة أوجه ان اختار المولى دفعها دفع الام بجنايتها ودفع البنت يضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها على غير الامة وقد ثبت فيها حق أولياء الام والعين من الآدمى نصفه فلهذا ضربوا فيها بنصف قيمة الام وان اختار الفداء فيهما فدى كل واحد منهما بعشرة آلاف أرش جنايتها وقد خلطن بحق فيهما للمولي ولا تعتبر جناية البنت على الام وان اختار الدفع فى الام والفداء فى البنت دفع الام الى أولياء جنايتها وفدى البنت بالدية الى أولياء قتيلها وبنصف قيمة الام لاولياء قتيل الام لانها أتلفت نصف الام بجنايتها وهى جناية معتبرة بحق أولياء جناية الام وان اختار الدفع فى البنت والفداء فى الام فدى الام بعشرة آلاف ودفع البنت الى أولياء جنايتها لانه حين فدى الام صارت هى مخالفة له فجناية البنت عليها غير معتبرة لحق المولى فلهذا دفع البنت الى أولياء جنايتها ولو فقأت الام عين البنت

بعد ما فقأت البنت عينها فاختار المولى دفعهما فانه يدفع البنت وانما يبدأ بها لانها هي التي ابتدأت بالجناية على الام فيضرب فيها أولياء قتيلها بالدية وولى قتيل الام بنصف قيمة الام ثم يكون ذلك المقدار من البنت مع الام ويدفع الام وما أصابها بارش عينها من البنت فيكون ما دفع بها من البنت لولى قتيل الام خاصة لان الام حين ثبتت الجناية الاولى كانت عينها صحيحة فيثبت حق المولى فى بدل تلك العين ولا مزاحمة فيه لاولياء جناية البنت وهى عوراء فلا يثبت حقهم فى بدل عينها ثم يضرب ولى قتيل الام فى الام بما بقى من الدية ويضرب فيها ولى جناية البنت بنصف قيمة البنت فتكون القسمة بينهما على ذلك وقد طعنوا فى هذا الجواب فقالوا ينبغى أن يضرب أولياء قتيل البنت فى البنت بالدية الا مقدار مايصل اليهم من الام باعتبار جنايتها على نصف البنت لان المعتبر هو المال وباعتبار المال سلم له هذا ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان عند دفع البنت لم يصل الى أولياء قتيلها شئ بعد فيضربون بجميع الدية ولا معتبر بما يكون بعد ذلك (ألا ترى) ان رجلا لو مات وترك ألف درهم ولرجل عليه ألف درهم ولآخر عليه ألف درهم فاقتسما الالف بينهما اثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبرأه عن الالف لا يتغير بهذا الابراء حكم تلك القسمة لهذا المعنى وان اختار الولى الفداء فيهما فداهما بديتين وأمسكهما جميعا لانه يفدى كل واحدة منهما بدية قتيلها وقد خلصتا للمولى ولا يعتبر جناية كل واحدة منهما على صاحبتها قال واذا قتلت الامة رجلا خطأ ثم ولدت بنتا ثم ان ابنتها قتلتها فانه يقال لمولاها ادفعها أوافدها بقيمة الام لان البنت فى هذا الحكم كجارية أخرى للمولى ولو جنت الامة وهى حامل ثم ولدت ولدا قبل أن يدفعها فالولد للمولى لان الولد زيادة انفصلت عنها قبل تقرر حق ولى الجناية فيها واذا ولدت آخر بعد الدفع فهو للمدفوع اليه لانه ملكها بالدفع اليه والولد يتبع الام فى الملك ولو جنت الامة جناية خطأ ثم ولدت ولدها فقطع الولد يدها فالمولى بالخيار ان شاء دفع الام ونصف قيمتها الى أهل الجناية وان شاء دفعها وولدها وان شاء أمسكها وأعطى الارش لان الولد بمنزلة مملوك آخر للمولى اذا لم يتعلق به حق أولياء جنايتها وقد أتلف الولد نصف الام فتعتبر جنايته عليها بحق أولياء جنايتها فلهذا خير المولى على ما بينا سواء كان ارش الجناية أقل من نصف قيمتها أو مثل نصف قيمتها ولو جنى عليها عبد لغيره فاخذ الارش أعطى من ذلك أرش جنايتها وأمسك الباقى لان جناية عبد الغير عليها معتبرة لحق المولى فاذا قبض الارش التحق ذلك بسائر أملاكه

فيكون له أن يعطى من ذلك ارش جنايتها ويمسك ما بقي معها كما لو كان له أن يعطى ارش جنايتها من سائر أملاكه بخلاف ما سبق لجناية الولد عليها هناك غير معتبرة لحق الام وانما كانت معتبرة لحق ولي جنايتها واذا اختلف المولى وولي جنايتها فقال الولى جنت وهى صحيحة ثم فقأ رجل عينها فالارش لي وقال المولى جنت بعد الفقء فالقول قول المولى لما بينا أن الولي يدعى استحقاق مال فى يدالمولى ويدعى تاريخا فى جنايته سابقا على وجوب الارش بالجناية عليها فلا يصدق فى ذلك الا بحجة وكذلك لو كان الذى جنى عليها القتيل نفسه أو وليه ثم اختلف فالقول فى ذلك قول المولى لما بينا انه ينكر سبق تاريخ يدعيه المولى فالقول قوله مع يمينه وعلي المولي اثبات مايدعيه بالبينة والله أعلم

باب جناية العبد فى البئر

(قال رحمه الله) واذا حفر العبد بئرا فى طريق بغير اذن مولاه ثم أعتقه مولاه ثم علم بما حفر ثم وقع فيها رجل فمات فعلى المولي قيمة العبد لان الحافر عند الوقوع يصير جانيا بسبب الحفر السابق فان ذلك الحفر كان تعديا منه الا انه اتصل بالمجنى عليه عندالوقوع فيصير جانيا عليه بذلك الحفر كالمعلق للطلاق والعتاق بالشرط فعند وجود المشروط يصير مطلقا ومعتقا بالكلام السابق وذلك الفعل كان منه فى ملك المولى وموجب جناية العبد واستحقاق نفسه على المولى وقد أتلفه المولى بالاعتاق على وجه لم يصر مختارا اما لانه لم يكن عالما بالحفر أو لانه لم يكن عالما بان يقع فيها انسان فكان مستهلكا للعبد فعليه قيمة العبد لولى الجناية فان وقع فيها آخر اشتركا فى تلك القيمة لانه صار جانيا على الثانى بالسبب الذي به صار جانيا علي الاول وهو الحفر فيستويان فى الاستحقاق الثابت بذلك السبب والمولي بالاعتاق ما استهلك الا رقبة واحدة فلا يلزمه أكثر من قيمة واحدة ولكن تلك القيمة بينهما نصفان فان وقع فيها العبد فهو وارثه تركة فى تلك القيمة أيضا لان العبد بعد ما عتق فقد طهر من تلك الجناية والتحق هو بغيره من الاجانب وروي عن محمد بن الحسن ان دمه هدر وأصل هذه المسئلة فيما اذا حفر العبد بئرا فى الطريق ثم أعتقه المولى ثم وقع العبد فيها فمات فدمه هدر في قول محمد لانه كالجانى على نفسه بذلك الحفر السابق وفى ظاهر الرواية على المولى قيمته لورثته لانه حين أعتق فقد خرج من أن يكون جانيا حكما ويصير كان الجانى بالحفر هو المولى حتى ان عند

وقوع الواقع فيها يكون موجب الجناية على المولى ولا شئ فيه على المعتق فيكون وقوع المعتق فيها كوقوع أجنبي آخر فيغرم المولي قيمته لورثته ولو كان أعتقه المولي بعد ما وقع فيها رجل فان كان المولي لا يعلم بوقوع الرجل فيها فعليه قيمة العبد لانه صار بالاعتاق مستهلكا لا مختارا وان علم بموت الرجل فيها فعليه الدية لانه صار مختارا بالاعتاق فقد صار متخيرا بموت الرجل فيها وعلمه بذلك بخلاف ما اذا كان اعتاقه قبل أن يقع في البئر أحد لانه ما صار متخيرا قبل وقوع الواقع فيها فلا يمكن أن يجعل اعتاقه اختيارا فان وقع آخر فيها فمات فانه تقاسم صاحب الدية فيضرب الآخر بقيمة العبد والاول بالدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على المولى نصف قيمة أخرى لولي القتيل الآخر ولا يشرك الاول فى الدية لان اعتاق المولي اياه اختيار الدية فى حق الاول فكأنه لم يعتقه ولكنه أمسكه وأدى الدية ولو فعل ذلك ثم وقع فى البئر آخر كان عليه أن يدفع نصفه الى الآخر أو يفديه بالدية فكذلك هاهنا يصير هو بالاعتاق فى حق الثانى مستهلكا للعبد فيغرم له نصف قيمته وأبو حنيفة يقول دفعه الدية الي الاول بسبب اعتاقه بعد العلم بالجناية بمنزلة دفعه القيمة اليه اذا لم يكن عالما بالجناية ثم هناك المولي لا يغرم شيأ آخر اذا وقع فيها انسان آخر ولكن الثاني شارك الاول فيما قبض فكذلك هاهنا وهذا لان المولي قد غرم جميع موجب جناية العبد فلا يلزمه شئ آخر بعد ذلك لانه لا يثبت بوقوع الثانى فيه فى حق المولي تجدد الجناية فانه حر حين وقع فيه الثانى وبه فارق ما اذا أمسكه وأدى الدية لان العبد عند وقوع الثاني فيه صار جانيا باعتبار الحفر السابق وهذا على ملك المولى فى هذه الحالة فيخاطب المولي بموجب هذه الجناية فيدفع اليه النصف أو يفديه واذا ثبت أن المولي لا يغرم شيأ اخر قلنا ولي الثانى يضرب مع الاول فيما قبضه بقيمة العبد لانه صار جانيا عليه لا بالحفر السابق والمولى فى حقه يصير مختارا فيكون حقه فى قيمة العبد وحق الاول فى الدية فقد صار المولي مختارا فى حقه فيضرب كل واحد منهما في المقبوض بمقدار حقه ولو وقع فيها رجل فمات ثم وقع فيها آخر فذهبت عينه والعبد قائم دفعه المولى اليهما فيكون بينهما أثلاثا على مقدار حقيهما وان اختار الفداء فداه بخمسة عشر ألفا عشرة آلاف لصاحب النفس وخمسة آلاف لصاحب العين وان أعتقه قبل أن يعلم بهما فعليه قيمتها بينهما أثلاثا لانه صار مستهلكا للعبد عليهما بالاعتاق وان كان يعلم بالقتل ولا يعلم بالعين فعليه عشرة آلاف لولى القتيل لانه مختار لذلك وعليه ثلث قيمته

لصاحب العين لانه صار مستهلكا فى حقه حين لم يكن عالما بالجناية فيغرم له حصته من القيمة وهو الثلث ولو باع العبد قبل أن يقع فيها أحد ثم وقع فيها انسان فمات فعلى البائع قيمته لان ازالته العبد عن ملكه بالبيع بمنزلة ازالته بالعتق وكذلك لو وقع فيها العبد فى ظاهر الرواية على البائع قيمته للمشترى وفى رواية محمد دمه هدر كما بينا فى العتق قال واذا حفر العبد بئرا فى طريق المسلمين فوقع فيها رجل فقال المولى انا كنت أمرته بذلك لم يضمن عاقلته ولم يصدق على ذلك الا ببينة لان الجناية باعتبار الظاهر تعلقت برقبة العبد وصار المولى مخاطبا بالدفع أو الفداء فلا يقبل قوله فى ايجاب موجب الجناية على العاقلة الا بالبينة ولا فى تفريغ العبد عن موجب هذه الجناية اذا كذبه ولي الجناية وان صدقه ولى الجناية برئ العبد من الجناية بتصادقهما على ذلك والحق لا يعدوهما فتكون الدية فى مال المولى لان اقراره بالحفر كان من العبد بأمره بمنزلة اقراره بانه حفر بنفسه ولو وقع انسان فى بئر فى الطريق فأقر رجل بانه هو الذى حفر البئر كان مصدقا على نفسه دون عواقله وتكون الدية فى ماله فى ثلاث سنين واذا استأجر الرجل عبدا محجورا عليه وحرا يحفران له بئرا فوقعت عليهما فماتا فعلى المستأجر قيمة العبد للمولى لانه صار غاصبا العبد باستعماله وقد تلف فى عمله ثم تلك القيمة تكون لورثة الحر ان كان أقل من نصف الدية لان العبد صار جانيا على نصف الحر وقد فات وأخلف بدلا فيستوفى وليه ذلك البدل بحقه ثم يرجع بها المولى على المستأجر لان المقبوض استحق من يده بجناية كانت من العبد وفى ضمانه ثم المستأجر قد ملك العبد بالضمان وقد صار الحر جانيا على نصفه فيكون على عاقلة الحر نصف قيمة العبد المستأجر ولو كان العبد مأذونا له فى العمل لم يكن على المستأجر شيء لانه ليس بغاصب له وكان على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان الحر صار جانيا على نصف العبد ثم يكون ذلك لورثة الحر باعتبار جناية العبد على نصف الحر واذا حفر العبد بئرا فى الطريق بغير اذن مولاه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه مولاه الى ولي القتيل ثم وقع فى البئر انسان فمات فان ولى القتيل بالخيار ان شاء دفع نصفه وان شاء فداه بالدية لان العبد صار جانيا على الواقع فى البئر بالحفر السابق وباعتبار تلك الجناية يكون نصف قيمة حق ولى الواقع فى البئر (ألا ترى) أنه لو كان وقوع الواقع فى البئر قبل أن يدفع بجنايته كان العبد بينهما نصفين ولان المدفوع اليه بالجناية قد ملك جميعه لانه حين دفعه اليه العبد ما كان لاحد سواه حق فى العبد وبوقوع الواقع فى البئر لا يتبين أن حق وليه كان تاما يومئذ وانما

يثبت مقصورا على الحال ولكن بذلك السبب فلا يبطل به ملك المدفوع اليه العبد بذلك في شيء من العبد ولكنه في الخيار يقوم مقام المولى باعتبار ملكه فان شاء دفع اليه نصفه وان شاء فداه بالدية ولو وقع في البئر أولا انسان فمات فدفعه ثم قتل قتيلا خطأ فدفعه المدفوع اليه ثم وقع في البئر آخر فان ولي القتيل يدفع ثلثه الى الواقع في البئر آخرا أو يفديه بالدية لان العبد في الحاصل قاتل ثلاثة نفر اثنان في البئر وواحد بيده وقد صار حصة صاحب البئر الاول للذي قتله بيده مع حصته وذلك ثلثان من العبد والثلث منه حق ولي الواقع في البئر آخرا وقد قام المدفوع اليه مقام المالك فيه فيتخير بين أن يدفع الثلث أو يفديه بالدية . واذا حفر المدبر أو أم الولد بئرا في الطريق وقيمته ألف درهم فوقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جنايته بالحفر عند اتصال الوقوع به كجنايته بيده وجناية المدبر وأم الولد توجب القيمة على المولى به قضى أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه حين كان أميرا بالشام وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد وهذا لان المولى بالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة بالجناية على وجه لم يصر مختارا فيكون ضامنا قيمته لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم بها فان وقع فيها واحد بعد واحد فماتوا وقد تغيرت قيمته فيما بين ذلك الى زيادة أو نقصان لم يكن على المولى الا قيمة ألف درهم يوم حفر بينهم جميعا بالسوية لانه ما منع الا رقبة واحدة فلا يغرم الا قيمة واحدة والجناية من المدبر سببها كان هو الحفر فيعتبر قيمته عند ذلك (ألا ترى) ان في الجناية بيده يعتبر قيمته حين جني وكذلك لو مات المدبر قبل ان يقع فيها انسان أو أعتقه أو كاتبه أو فعل شيأ من ذلك بعد ما وقع فيها بعضهم ثم وقع فيها انسان فمات فعلى المولى قيمته لان جناية المدبر لا تتعلق برقبته فانه ليس بمحل الدفع وانما تجب القيمة على المولى ابتداء فموت المدبر وحياته وعتقه في ذلك سواء وكذلك لو جنى جناية بيده شارك أهلها في تلك القيمة لان المولي ما منع الا رقبة واحدة الا انه اذا كانت قيمته يوم جنى بيده ألفين فعلى المولي ألف درهم لهذا خاصة لان على المولي قيمته وقت جنايته فانه عند ذلك صار مانعا دفعه بالتدبير السابق وهذه الجناية الثانية وجدت منه الآن فعليه لصاحبها قيمته ألفان وقد غرم مرة ألفا فيغرم لهذا ألفا أخرى ثم يضرب هو في القيمة الاولى مع أهلها بتسعة آلاف لانه وصل اليه مقدار ألف فينتقص من حقه ذلك القدر ويضرب كل واحد من أصحاب البئر بعشرة آلاف فتكون القيمة بينهم على ذلك قال واذا استأجر أربعة رهط مدبرا ومكاتبا وعبدا وحرا يحفرون له بئرا

فوقعت عليهم من حفرهم فماتوا ولم يؤذن للمدبر ولا للعبد فى العمل فيقول كل واحد منهم تالف بفعله وفعل أصحابه فيهدر ربع نفسه وتعتبر جناية أصحابه عليه فى ثلاثة أرباع نفسه ثم على المستأجر قيمة العبد والمدبر لمولاه لانه صار غاصبا لهما بالاستعمال والمدبر يضمن بالغصب كالقن ثم لورثة الحر ربع دية الحر فى رقبة كل انسان منهم ولولى المكاتب ربع قيمة المكاتب فى رقبة كل منهما فيضرب فى هاتين القيمتين ودية الحر بنصف دية الحر وورثة المكاتب بنصف المكاتب فيقسمان ذلك على هذا ثم يرجع مولاهما بذلك على المستأجر لان المقبوض استحق بجناية قيمة كانت منهما فى يد المستأجر فيثبت لهما حق الرجوع عليه فى رقبة العبد ثم للمستأجر على عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما لانه ملك العبد بالضمان وقد صار بمنزلة المالك للمدبر باستحقاق بدل نفسه بعد ما ضمن قيمته فلهذا رجع على عاقلة الحر بربع قيمة كل واحد منهما وله فى رقبة المكاتب ربع قيمة كل واحد منهما وقد كان للمكاتب فى رقبة كل واحد منهما ربع قيمته من القيمة التي أخذها كل واحد منهما فيكون بعضه قصاصا من بعض ويترادان الفضل ولو مع قيمة المكاتب على عاقلة الحر لان الحر أتلف ربع المكاتب ثم يأخذ ذلك ورثة الحر باعتبار جناية المكاتب على ربع الحر الا أن يكون لهم أكثر من ربع الدية فيأخذون ربع الدية ويردون الفضل على مولى المكاتب ولكن هذا انما يستقيم على قول من يقول قيمة المملوك في الجناية بالغة ما بلغت ولكل واحد من العبدين يعنى المدبر والعبد ربع قيمته فى قيمة الآخر ولكن ذلك على المستأجر له فلا يفيد اعتباره فان كان العبد ان مأذونا لهما فى العمل فلا ضمان على المستأجر لانعدام الغصب وربع قيمة كل واحد منهما على عاقلة الحر وكذلك ربع قيمة المكاتب على عاقلة الحر وثلاثة أرباع دية الحر فى أعناقهم فى عنق كل واحد منهم ربع فاذا عقلت عاقلة الحر ربع قيمة كل واحد منهما وأخذ ذلك كل واحد منهم قلنا يؤخذ من مولي المدبر قيمة كاملة لانه صار مانعا بالتدبير السابق فيكون موجب جنايات المدبر القيمة عليه بعد أن يكون القيمة مثل ما عليه من ذلك أو أقل فيقسم ذلك بينهم يضرب فيه ورثة الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولي المكاتب بربع القيمة وان كان المكاتب ترك وفاء أخذ من تركته تمام قيمته ان كانت قيمته أقل مما عليه من ذلك لان جنايات المكاتب اذا اجتمعت لا توجب الا قيمة واحدة فى كسبه ثم يضرب فيها ولي الحر بربع الدية ومولى العبد بربع القيمة ومولي المدبر بربع القيمة ثم يؤخذ من مولى العبد جميع ما أخذ من ذلك

لان المأخوذ بدل عبده وأولياء جناية العبد أحق بذلك من مولاه فيضرب فى ذلك ورثة الحر بربع دية الحر ومولي المدبر بربع قيمة المدبر ومولى المكاتب بربع قيمة المكاتب لان العبد كان جنى على ربع كل واحد منهم فلهذا كانت قيمة بدله بينهم

باب الجنايات بالكنيف والميزاب

(قال رحمه الله) واذا أخرج الرجل كنيفا شارعا من داره علي الطريق أو ميزابا أو مصبا أو صلاية من حائط فما أصاب من ذلك انسانا فقتله فعلى عاقلة الذى أخرجه ديته لانه متعد فى تسببه حتى شغل طريق المسلمين بما أحدثه فيه اما فى رقبة الطريق أو فى هواه فكل واحد منهما يحول بين المارة وبين المرور فى الطريق وفى الميزاب اذا أصاب الذى فى الحائط لا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى وضع هذا الطرف فى ملكه وقد بينا تفصيل هذه المسئلة ولو وضع خشبة على الطريق فتعقل به رجل فهو ضامن له لانه شغل رقبة الطريق بالخشبة التى وضعها فيه فهو بمنزلة ما لو بنى فى الطريق دكانا أو جلس فيه بنفسه أو وضع ظله على الطريق فان وطىء المار على الخشبة ووقع فمات كان ضامنا له بعد أن لا يتعمد الزاق قال وهذا اذا كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها فان كانت صغيرة لا يوطأ على مثلها فلا ضمان على الذى وضعها لان وطأه على مثل هذه الخشبة بمنزلة تعمد الزلق أو بمنزلة التعقل بالحجر الموضوع على الطريق عمدا وذلك لا يوجب الضمان على واضع الحجر فطريان المباشرة على التسبيب بمنزلة ما لو حفر بئرا فى الطريق فألقى انسان نفسه فيها عمدا فان قال واضع الحجر ذلك انه تعمد التعقل به وكذبه الولي فهو على الخلاف الذى بيناه فى البئر وفى قول أبى يوسف الاول القول قول الولي وفى قوله الآخر وهو قول محمد القول قول الواضع وهذا بخلاف واضع الجارح اذا ادعى أن المجروح مات بسبب آخر لان الجرح علة موجبة للضمان فبعد وجود العلة لا تقبل دعوى العارض المسقط وها هنا الواضع والحافر يدعي صلاحية العلة لاضافة الحكم اليه فانما يضاف الحكم الى الشرط عند عدم صلاحية العلة لذلك والاصل هو الصلاحية فكان هو متمسكا بالاصل معنى منكر السبب الضمان فلهذا كان القول قوله واذا تعقل الرجل بحجر فوقع على حجر ومات فان الضمان علي واضع الحجر الاول لانه دافع له بحجره على الحجر الثانى فكانه دفعه بيده وان لم يكن له واضع فهو على واضع الحجر لان وضع الحجر الثانى سبب وهو التعدى

واذا تعذر اضافة القتل الي ما دفعه عليه يجعل مضافا الى الحجر الثاني وأحد من هؤلاء يلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث لانه سبب الكفارة وحرمان الميراث مباشرة قتل محظور

باب الغصب في الرقيق مع الجناية

قال رحمه الله واذا غصب الرجل من رجل عبدا فقتل العبد عنده قتيلا خطأ ثم اختصموا فان العبد يرد الى مولاه لان الغصب حرام مستحق الفسخ وفسخه بالرد على مولاه ولان موجب الجناية تخيير المالك بين الدفع والفداء والمالك هو المغصوب منه فهو المتمكن من دفعه بها دون الغاصب فيردها اليه ثم يقال له ادفعه أو افده أيّ ذلك فعل يرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما فداه به لان الرد لم يسلم له حين استحق من يده بجناية عند الغاصب فكأنه هلك في يد الغاصب ولان فسخ فعل الغاصب انما يحصل برده كما قبضه ولم يوجد لانه قبضه فارغا ورده مشغولا بالجناية فاذا لم ينفسخ حكم فعله كان ضامنا قيمته لمولاه الا أنه يعتبر الاقل لان المولي يتخلص بالاقل منهما فهو في التزام الزيادة مختار لحق الرجوع انما يثبت له بما تتحقق فيه الضرورة دون ما هو مختار له وذلك في مقدار الاقل واذا كانت قيمة العبد أقل فانما يرجع بقيمته يوم غصبه حتى ان كان زاد عنده خيرا فليس عليه من الزيادة شيء لان الرد لما لم يسلم له جعل كالهالك في يد الغاصب فانما يضمن قيمته يوم غصبه وان حدث فيه عيب قبل الجناية فهو ضامن ذلك للمولى لانه فات جزء منه وحق ولى الجناية في العبد على ما هو عليه عند الجناية فما وجب من الضمان على الغاصب قبل الجناية يسلم للمولي لفراغه عن حق ولي الجناية وان كانت عينه ذهبت عند الغاصب بعد الجناية واختار دفعه بالجناية فدفعه رجع على الغاصب بقيمته يوم غصبه ويدفع نصفها الى ولى الجناية لان حق ولى الجناية كان في العين الذي ذهبت عند الغاصب والعين من الآدمي نصفه فلهذا دفع اليه نصف القيمة والنصف الآخر للمولى ويرجع المولى على الغاصب بالنصف الذي دفعه الى ولي الجناية لان ذلك استحق من يده بالجناية التي كانت عند الغاصب وان كان أعور قبل الجناية كان نصف القيمة للمولى لان حق ولي الجناية لم يثبت في هذه العين ويرجع المولى علي الغاصب بقيمته أعور لانه دفع العبد بالجناية التي كانت عند الغاصب وهو أعور فيرجع بتلك القيمة علي الغاصب واذا غصب الرجل عبدا فهو ضامن له ولما جنى عبده من جناية أو لحقه من دين ما بينه وبين قيمته ولا يضمن

أكثر من ذلك لان نفسه وماليته استحقت بما حدث عند الغاصب ولكن هذا الاستحقاق انما يتقدر فى مقدار قيمته ولان المولى كان يمنعه من هذه الاسباب لو كان العبد فى يده قائما يمكن منه بأن لم يمنعه الغاصب من ذلك فلهذا كان الضمان علي الغاصب واذا غصب عبدا فقتل عده قتيلا ثم مات العبد فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر رد عينه بالهلاك فى يده ثم يدفع المولى هذه القيمة الى ولى الجناية لان بنيته كانت مستحقة لولى الجناية وقد فاتت وأخلفت هذا البدل وحكم البدل حكم الاصل ثم يرجع المولى بقيمة أخرى على الغاصب لان القيمة الاولى استحقت بجناية كانت عند الغاصب ولو استحق عين العبد من يده بتلك الجناية رجع على الغاصب بقيمته فكذلك اذا استحقت القيمة يرجع على الغاصب بقيمة أخرى حتى تخلص له قيمته قائمة مقام عبده ولو لم يمت العبد ولكن ذهبت عينه فدفعه الي المولى أعور فقتل عنده قتيلا آخر ثم اجتمعوا فدفعه المولى بجنايته فانه يأخذ نصف قيمته من الغاصب باعتبار عينه التى فاتت عنده فيدفعها الى الاول لان حق الاول كان ثبت فى حق العين لقيامها عند جنايته وحق الثانى ما ثبت فى تلك العين فاذا سلم نصف القيمة للاول ضرب هو فى العبد المدفوع بالدية الا ما أخذ لان القدر المأخوذ سالم له فلا يضرب به وانما يضرب بما بقى من حقه ويضرب الآخر بالدية ثم يرجع المولى علي الغاصب بنصف القيمة التى أخذت منه لان ذلك استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب ويرجع عليه أيضا بما أصاب الاول من قيمة العبد أعور لان استحقاق ذلك القدر من العبد بجناية كانت عند الغاصب ولا يرجع عليه بقيمة ما أصاب الباقي لان الجناية الثانية من العبد كانت عند المولى ثم يرجع أولياء الاول فيما أخذ المولى من ذلك بتمام قيمة العبد الى ما فى يده لان حقه ثبت فى عبد صحيح فارغ فما لم يسلم له كمال حقه لا يسلم شئ من بدل العبد للمولي وهذا ينبغى أن يكون على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة على ما نبينه فى المسئلة الثانية ثم يرجع المولى علي الغاصب بمثل ما أخذ منه لان الذى أخذه منه الاول استحقه بجناية كانت عند الغاصب فيكون قرار ذلك على الغاصب ولو غصب عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ بأمره أو بغير أمره ثم رده الي المولي فقتل عنده آخر خطأ فاختار المولي دفعه بهما فانه يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما فى رقبته ثم أخذ المولى من الغاصب نصف قيمة العبد استحق قبل الجناية الاولى بجناية كانت من العبد عند الغاصب ثم يدفع هذا النصف الى ولى قتيل الاول ويرجع بمثله أيضا علي الغاصب فيكون للمولى وهذا

قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر يأخذ المولى نصف القيمة من الغاصب فيسلم له ولا يدفعه الى الاول والقياس هذا لانه انما يرجع على الغاصب بقيمة نصف المدفوع الى ولى الجناية الاولى فلو أمر بدفع ذلك النصف اليه اجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد وذلك لا يجوز هذا ولان المصير الى القيمة عند عدم سلامة العين لتقوم القيمة مقام العين وذلك النصف سالم لولى الجناية الاولى فلا حق له فى بدلها والنصف الذى أخذه ولى الجناية الثانية فات ولم يخلف بدلا لان استحقاق ذلك النصف بجناية كانت عند المولى فلا يكون لولى الجناية الاولى أن يرجع على المولى بشئ وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا حق ولى الجناية الاولى ثبت في جميع العبد فارغا وانما سلم له نصف العبد فلا يجوز أن يسلم للمولى شئ من قيمة العبد مع بقاء نصف حق ولى الجناية الاولى ولكن يدفع اليه هذا النصف من القيمة حتى يسلم له كمال حقه نصف العبد ونصف قيمته بمنزلة مالو كانت الجناية الاولى عند المولى والجناية الثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانه يرجع بنصف القيمة على الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاتفاق الا أن محمدا رحمه الله يفرق بما ذكرنا أن رجوع الولي هناك بقيمة نصف المدفوع الى ولي الجناية الثانية لان تلك الجناية كانت عند الغاصب وقد كان حق ولى الجناية الاولي ثابتا فيه وها هنا رجوعه بقيمة النصف المدفوع الي ولي الجناية الاولى ولكنهما يقولان هذا فى ما بين الغاصب والمولي بدل عن النصف المدفوع الى ولي الجناية الاولي فاما فى حق ولى الجناية الاولي فلا يكون بدلا عن ذلك ولكنه يجعل بدلا عن النصف المدفوع الى ولى الجناية الثانية لان ذلك لم يسلم له بعد ما ثبت حقه فيه أو ما يأخذه ولى الجناية الاولى من القيمة لا يستحقه باعتبار انه بدل عن النصف الاول أو عن النصف الثانى وانما يستحقه باعتبار الجناية الحاصلة من العبد على وليه حال فراغه عن كل حق وصيرورته مقدما على المولي فى استحقاق جميع العبد به وهو بمنزلة الذمى يبيع خمرا يقضى بالثمن دين المسلم فان المقبوض يطيب للمسلم لانه فى حق البائع المقبوض ثمن الخمر وفى حق المسلم انما يأخذ ما يأخذه باعتبار دينه لا باعتبار انه بدل الخمر فيطيب له ذلك ثم ذكر الفصل الثانى ان العبد لو كان جنى الجناية الاولى عند المولي والثانية عند الغاصب فدفعه المولى بهما فانهما يقتسمان العبد نصفين ثم يرجع المولي على الغاصب بنصف القيمة وهو بدل ما استحقه ولي الجناية الثانية فيدفعه الى الاول ثم لا يرجع المولي بشئ من ذلك علي الغاصب لان استحقاق هذا النصف من القيمة كان بجناية

من العبد عند المولى والغاصب غصب العبد مشغولا بالجناية الاولى ثم رد نصف القيمة كذلك مشغولا بالجناية ولو رد جميع القيمة فاستحقها ولي الجناية الاولي بعد ما هلك العبد عنده لم يرجع المولي عليه بشيء وكذلك اذا رد نصف القيمة فاستحقه ولي الجناية الاولي ثم بنى المسائل الى آخر الباب بعد هذا علي فصل مختلف فيه وهو ان جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله معتبرة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه هدر وأما جنايته على الغاصب أو على مال الغاصب فهدر في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما معتبر وجه قولهما ان العبد بعد الغصب باق علي ملك المغصوب منه والغاصب منه كالاجنبي بدليل أن التصرفات المختصة بالملك تنفذ فيه من المولى دون الغاصب وكذلك في حكم الجناية حتى لو جنى على أجنبي كان المولي هو المخاطب بالدفع أو الفداء دون الغاصب ثم رجوع المولى على الغاصب يكون بسبب الغصب لا بسبب الجناية وذلك انه يقرر ملك المولى اذا ثبت هذا فنقول جناية المملوك علي مال مالكه أو على نفسه فيما يكون خطأ هدرا مالان المستحق بهذه الجناية من مملوك له على نفسه في نفسه أو ماليته والمالك لا يستحق ملكه لنفسه على نفسه أولان جناية المملوك فيما يكون موجبا للمال كجناية المالك وجنايته على نفسه وعلى مال نفسه هدر فكذلك جناية مملوكه عليه يدل عليه ان بسبب الملك تهدر جناية المولى على مملوكه وجناية المملوك علي مولاه فيما يكون موجبا للمال ثم في أحد الحكمين المغصوب كغيره حتى ان المغصوب منه اذا قتل العبد المغصوب كان ذلك هدرا واذا قتله الغاصب كان معتبرا فكذلك في الحكم الآخر قلنا تهدر جناية العبد علي المغصوب منه فتعتبر جنايته على الغاصب لان الغاصب من ملك الرقبة كاجنبي فلهذا تعتبر جنايته علي العبد وكذلك تعتبر جناية العبد عليه بمنزلة مالو كان العبد في جنايته وديعة أو عارية وبان كان مغصوبا على الغاصب فكذلك لا يدل اعتبار جنايته علي مولاه كالعبد المرهون اذا جنى علي الراهن لا تعتبر جنايته وان كان مضمونا علي المرتهن بالقبض * يوضحه أن في اعتبار جنايته علي الغاصب فائدة وهو ان يتملك الغاصب رقبته على المولى بسبب الجناية وما ثبت له هذا الحق بسبب الغصب بل كان عليه رد العين وللانسان في ملك الغير غرض فينبغي أن تعتبر جنايته عليه ليتملك به العبد وان كان المولى يرجع عليه بقيمته اذا دفعه اليه بالجناية وأبو حنيفة رحمه الله يقول الغاصب في حكم جناية المغصوب كالمالك باعتبار المال والمغصوب منه بمنزلة الاجنبي * الدليل عليه أنه لو جني علي أجنبي آخر كان قرار ضمان الجناية على الغاصب

واستحقاق ضمان جناية العبد على مالكه فلما كان قرار ضمان جنايته على الغاصب هاهنا عرفنا انه صار كالمالك فى حكم ضمان الجناية والمولى كالاجنبي * يوضحه ان اهدار جناية المملوك على المالك ليس لعين الملك بل لان اعتبارها غير مفيد (ألا ترى) انه لو قتل مولاه عمدا فانه تعتبر جنايته عليه فى حكم القصاص لانه مفيد فاذا عرفنا هذا فنقول هاهنا لو اعتبرنا جنايته على مولاه أو على مال مولاه كان مفيدا لانه ثبت للمولى حق الرجوع على الغاصب باعتباره بعد ما أخذ العبد كما لو جنى على غيره فلكونه مفيدا وجب اعتباره بمنزلة جناية المولى على عبده المديون فانه يكون معتبرا لحق الغرماء لان ذلك مفيد لا فائدة فى اعتبار جنايته على مال الغاصب لانه يستحق به ماليته ثم يرجع المولى بتلك المالية فأى فائدة تكون فى اعتبار هذه الجناية فى جنايته على نفس الغاصب قال بعض مشايخنا رحمهم الله فى قول أبى حنيفة رحمه الله لاستحقاق ملك العبد بها على قياس مسئلة أطلق جوابها فى آخر الباب كما بيناه والاصح ان الخلاف فيهما جميعا وهذا لان المجنى عليه لا يستحق رقبة العبد الا باختيار المولى الدفع اليه والمولى مخير بين الدفع وبين الفداء فانما يكون المستحق به المالية فقط ولهذا لو أعتقه المولى قبل العلم بالجناية نفذ عتقه ولم يغرم الا قيمته فهو من هذا الوجه بمنزلة الجناية على ماله وقد بينا الفرق بين هذا وبين جناية المرهون على الراهن فى كتاب الرهن ان اعتبار جناية المرهون لحق المرتهن ولا فائدة للمرتهن فى اعتبار جنايته على الراهن * يوضح الفرق ان ضمان الرهن ليس بضمان مال فانه وان تقرر لا يوجب الملك للمرتهن فلو اعتبرنا جنايته وجعلنا قرار ذلك المرتهن لا يتبين به أن العبد مملوك للمرتهن وهاهنا ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب من وقت الغصب فيتبين ان جنايته على المغصوب منه جناية على غير المالك فلهذا اعتبرنا ذلك وان جنايته على العبد المغصوب جناية على المالك فلهذا لا يعتبر فوضح كلام أبى حنيفة بما استشهد به فى الكتاب ان العبد المغصوب لو قتل نفسه جعل الغاصب ضامنا لقيمته وكذلك اذا قتل عبدا آخر للمغصوب منه بل أولى فان جنايته على غيره أقرب الى الاعتبار من جنايته على نفسه ثم لما اعتبرنا جنايته على نفسه هاهنا وجب الضمان على الغاصب وان كان هو ملكا للمغصوب منه فكذلك جنايته على عبد آخر للمغصوب منه فان قيل نحن لا نعتبر جنايته على نفسه ولكنا نجعل قتله نفسه كموته فى يد الغاصب فكذلك قتله عبدا آخر المغصوب منه يجعل كموت ذلك العبد قلنا لا كذلك فانا لو لم نعتبر جنايته فى ايجاب الضمان على الغاصب لزمنا جعل

جنايته كجناية مالكه على ماقالا ان جناية المملوك فى حكم الضمان كجناية المالك فلو قتله المغصوب منه لم يجب شيء فكان ينبغي اذا قتل المغصوب نفسه ان لا يجب شيء على الغاصب أيضا واستدلالهما بهذا الفصل ساقط لأن المغصوب منه بقتل العبد يصير مستردا له فينعدم به الضمان الذى باعتباره كان هو كالاجنبي والغاصب كالمالك وذلك لا ينعدم بجناية المغصوب على أحدهما فلهذا افترقا قال الشيخ الامام اذا عرفنا هذا احتجنا الى بيان المسائل فنقول لو غصب عبدا وجارية فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده الغاصب الى المولى فاختار دفعه فانه يضرب فيه أولياء قتيله بالدية وأولياء قتيلها بقيمتها لانه جنى عليها وهى مشغولة بحق أولياء قتيلها فكذلك يعتبر جنايته عليهم ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد وقيمة الجارية لان الجارية كانت مضمونة عليه ولم يوجد الرد فيها أصلا والرد فى العبد لم يسلم حين استحق بجنايته عند الغاصب فاذا استوفى قيمته من قيمة الجارية الى أولياء قتيلها لانها ماتت وأخلفت عوضا وقد كانت نفسها مستحقة لاولياء قتيلها فيكون لهم أن يأخذوا ما بقي من حقهم من قيمتها ثم يرجع به المولى على الغاصب لان ذلك استحق من يده بجناية كانت جنتها عند الغاصب ويأخذ أولياء قتيل العبد من قيمة العبد تمام قيمة العبد لان حقهم كان قد ثبت فى جميع العبد فارغا ولم يسلم لهم الا البعض وقد أخلف العبد عوضا فيستوفى ما بقى لهم من قيمة العبد ويرجع بذلك المولى على الغاصب ولو اختار المولى الفداء وأدى دية قتيل العبد وأدى قيمة الجارية الى ولى قتيل الجارية لان فداء العبد انما يكون بارش جنايته وجنايته كانت على الحر وعلى الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة العبد والجارية لانعدام الرد فى الجارية وانعدام سلامة الرد فى العبد بدون الارش وتأويل ماذكر فى هذه المسئلة فيما اذا كان الغاصب بعيدا أو كان غائبا فاذا كان حاضرا وتمكن المولى أخذها منه فتخرج المسئلة على وجه آخر كما ذكره بعد هذا وهذه المسئلة انما ذكرها فى نسخ أبى حفص رحمه الله فاما فى نسخ أبى سليمان رحمه الله فانما ذكر المسئلة الطويلة وبين التقسيم فى الجواب فقال اذا اغتصب عبدا وجارية وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل كل واحد منهما عنده قتيلا ثم قتل العبد الجارية ثم رده على المولى فانه يرد معه قيمة الجارية لتعذر ردها بالهلاك ثم يدفع المولى هذه القيمة الى ولي قتيل الجارية لانها كانت مستحقة له وقد ماتت وأخلفت قيمة فهو أحق بقيمتها ثم يرجع بها على الغاصب لان استحقاق قيمتها من يده بجنايتها عند الغاصب كاستحقاق عينها فيرجع بقيمتها مرة أخرى

لتقوم مقام الجارية للمولى فارغة كما غصبها ثم يخير المولى فى العبد بين الدفع والفداء فان اختار الفداء أفداه بالدية ورجع بقيمته على الغاصب وهذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فأما علي قولهما ان اختار الفداء أفداه بالدية لولى قتيل الغلام ولا يرجع بقيمته على الغاصب وان اختار الدفع دفعه الى ولي قتيل الغلام والى الغاصب على أحد عشر سهما لان قيمة الجارية لما تقررت علي الغاصب فقد ملكها بالضمان فظهر ان العبد المغصوب جنى علي أمة الغاصب وهو هدر فى قول أبي حنيفة رحمه الله وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو معتبر فاذا اختار الفداء وفداء العبد بالدية فقد استوجب هو الرجوع بقيمة العبد على الغاصب واستوجب الغاصب الرجوع عليه بقيمة الامة لاختياره الفداء أو اعتباره جناية العبد على الامة فيقع المقاصة لاستواء القيمتين فلهذا لا يرجع علي الغاصب بشئ وان اختار الدفع فقد اجتمع فى العبد جنايتان معتبرتان جناية علي الحر فيضرب ولى الحر فيه بالدية وجناية على الامة فيضرب الغاصب فيه بقيمتها وهو ألف درهم فاذا جعلت كل ألف سهما كان العبد بينهما على أحد عشر سهما عشرة لولي قتيل الغلام وجزء للغاصب ثم يرجع المولي على الغاصب بقيمة الغلام لان الغلام استحق من يده بجنايته عند الغاصب فيدفع منها جزأ من أحد عشر جزأ الي ولي قتيل الغلام لان حقه كان يثبت فى جميع العبد فارغا عشرة وانما سلم منه جزاء وقد فات الجزء الواحد وأخلف بدلا فاذا دفع ذلك اليه رجع به علي الغاصب أيضا لانه استحق بجنايته عند الغاصب فاذا رجع به صار فى يد المولي قيمة الغلام تامة وقيمة الجارية صار فى يد ولي قتيل الغلام عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من العبد وجزأ من أحد عشر من قيمته وصار فى يد الغاصب من الغلام جزء من أحد عشر جزأ وصار فى يد ولى قتيل الجارية قيمة الجارية فان كان الغاصب معسرا ولم يقدر عليه ليؤخذ منه قيمة الجارية واختار المولى الدفع فان قال ولي قتيل الجارية لا أضرب بقيمة الجارية فى الغلام ولكني أنظر فان خرجت قيمة الجارية أخذتها كان له ذلك لان لحقه محلين فله أن يختار أيهما ثم فى قياس قول أبى حنيفة يدفع الغلام كله الي ولي قتيل الغلام لان جنايته على الام غير معتبرة عنده كما بينا فانها باعتبار المال للغاصب فاذا دفعه الي ولي قتيله رجع على الغاصب بقيمته وبقيمة الجارية فيدفع قيمة الجارية الى ولى قتيلها ثم يرجع به عليه فيصير فى يده قيمتان فاما فى قياس قول أبي يوسف ومحمد يدفع من العبد عشرة اجزاء من أحد عشر جزأ الى ولي قتيل الغلام ويترك الجزء فى يديه لان جنايته على الامة جناية معتبرة

وهذا الجزء الفائت في حقه ولكنهما لم يؤد قيمتها لا تتمكن من قبض هذا الجزء فيترك في يد المولى حتى اذا خرجت قيمة الجارية أخذها المولى فيدفعها الى ولى قتيلها ثم يرجع بها على الغاصب ثم يقال للمولى ادفع هذا الجزء الى الغاصب أو افده بقيمة الجارية فان دفعه رجع عليه بقيمة الغلام فيدفع منها الى ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ بدل مالم يسلم له من العبد ويرجع به علي الغاصب وان فداه فانما يفديه بقيمة الجارية ولكنه يرجع بقيمة الغلام على الغاصب والقيمتان سواء فيكون أحدهما قصاصا بالاخرى ويدفع مكان ذلك الجزء الى ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ من قيمته لانه بطريق المقاصة صار مستوفيا لقيمته كانه استوفاه حقيقة ثم يرجع بقيمته علي الغاصب لان استحقاق ذلك من يده كان بجناية العبد عند الغاصب وان قال ولى قتيل الجارية أنا أضرب في الغلام بقيمتها دفع اليهما فيضرب فيه ولى قتيل الجارية بقيمتها وولى قتيل الغلام بالدية فيكون بينهما على أحد عشر كما بينا فان قدر الغاصب أو أيسر أدى الي المولى قيمة الغلام وقيمة الجارية لانعدام الرد في الجارية أصلا ولانعدام سلامة الرد في الغلام فيدفع من قيمة الغلام الي ولي قتيل الغلام جزأ من أحد عشر جزأ من قيمته بدل مالم يسلم له من العبد ويرجع به على الغاصب وقال وليس لولي قتيل الجارية الا ماأصابه من الغلام ولا يعطى من قيمة الجارية شئ وقد ذكر قبل هذا في المسئلة القصيرة انه يعطي من قيمة الجارية الى أولياء قتيلها تمام قيمتها ففي هذا الجواب روايتان وقد بينا وجه تلك الرواية ان حقهم كان ثابتا في جميعها فيعطون من بدلها كمال حقهم وجه هذه الرواية ان ما استوفى ولى قتيل الجارية من العبد كان بمقابلة الجارية فيكون استيفاؤه ذلك الجزء بمنزلة استيفائه جميع قيمتها فلا يكون له أن يرجع بشئ آخر بعد ذلك وهذا لانه كان مخيرا بين شيئين فاذا اختار أحدهما يعين ذلك له ولا يبقى له في المحل الآخر حق كالمغصوب منه اذا اختار تضمين الغاصب الاول أو الثانى وان اختار المولى الفداء فداه بعشرة آلاف وبقيمة الجارية ثم يرجع على الغاصب بقيمة الغلام وبقيمتين في الجارية قيمة مكان القيمة التى أداها الى أولياء جنايتها وقيمة أخرى بالغصب ليسلم له مكان الجارية وهذا قول أبي حنيفة فاما علي قياس قولهما اذا أدى الغاصب قيمة الغلام وقيمة الجارية صار كأن الجارية كانت له لتقرر ضمانها عليه فيقال للمولى ادفع جزأ من أحد عشر جزأ من العبد اليه أو افده بقيمة الجارية وأي ذلك فعل لم يرجع علي الغاصب بشئ لما بينا من حكم المقاصة فيما يرجع كل واحد منهما على

صاحبه هذا تمام بيان هذه المسئلة قال ولو غصب عبدا ثم أمره أن يقتل رجلا فقتله ثم رده الى مولاه فقتل عنده آخر ثم عفا ولى قتيل الاول عن الدية كان على المولى أن يدفع نصفه الى ولي قتيل الآخر أو يفديه بالدية لان حقه ما ثبت فى العبد الا وهو مشغول بالجناية الاولى فلم يستحق من العبد الا نصفه ثم بعفو الاول لا يزداد حق الثانى وسواء دفعه أوفداه لم يرجع علي الغاصب بشئ لان الرد قد سلم فى حق الغاصب فان لم يستحق شيء من العبد بالجناية التى كانت عند الغاصب أو قد فرغ من تلك الجناية فهو كما كان مريضا فرده ثم برأ ولو دفعه اليهما قبل العفو ثم عفا الاول عما بقى له رجع المولي على الغاصب بنصف قيمته وهو بدل ما أخذه ولى الجناية الاولى لانه استحق ذلك بجنايته عند الغاصب والعفو انما ينصرف الي ما بقى لا الى ما استوفى فاذا أخذ نصف القيمة لم يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه أسقط ما بقى من حقه بالعفو واذا سلم ذلك للمولى لم يرجع به علي الغاصب مرة أخرى قال واذا اغتصب الرجل عبدا واستودع مولى العبد الغاصب أمة فقتل العبد قتيلا عند الغاصب ثم قتل الامة فانه يكون على الغاصب قيمة العبد لهلاكه عند الغاصب فاذا أخذها المولى دفعها الى أولياء القتيل لان العبد قد مات وأخلف القيمة وقد كانت نفسه مستحقة لاولياء القتيل ثم يدفع الغاصب قيمة أخرى الى المولى ليسلم له مكان العبد ثم يقال للمولى ادفع مثل الوديعة الى الغاصب أوافدها بقيمة العبد لان العبد بالضمان صار مملوكا للغاصب وجناية الامة الوديعة على عبد المودع معتبرة فيخير مولاها بين الدفع أو الفداء ولو كان العبد هو الذى قتل الامة مع قتله الحر فاختار المولى الدفع قسم العبد على دية القتيل وقيمة الامة فى قول أبى حنيفة فيأخذ أولياء القتيل من ذلك ما أصاب الدية ويأخذ المولى ما أصاب قيمة الامة ويضمن له الغاصب تمام قيمة الامة ويرجع المولى على الغاصب من قيمة العبد بمثل ما أخذ أولياء القتيل لان العبد المغصوب جنى على أمة المغصوب منه ومن أصل أبى حنيفة ان جنايته على المغصوب منه وعلى ماله معتبرة فأما على قول أبى يوسف ومحمد لا يضرب المولى بشئ من قيمة أمته فى العبد لان عندهما جناية المغصوب على مال المغصوب منه هدر وكون الامة أمانة للمغصوب منه فى يد الغاصب ككونها فى يد المغصوب منه فانما يدفع المولى العبد كله الى أولياء الجناية ويرجع بقيمته على الغاصب قال ولو غصب فانما يدفع المولي العبد كله الى أولياء الحر ثم يرجع بها على الغاصب فيكون له ثم يقول ادفع الولد الى الغاصب أوافده بقيمة الامة لان الولد كان أمانة

للمغصوب منه في يده وقد ملك الامة بالضمان وقد بينا أن جناية الامانة علي مال الامين معتبرة فيخير المولى بين الدفع أو الفداء لذلك قال ولو غصب رجلان عبدا فقتل في يدهما قتيلا ثم قتل أحدهما قيل للمولى ادفعه الى أولياء القتيلين نصفين فمن قال من أصحابنا رحمهم الله ان على قول أبي حنيفة رحمه الله جناية المغصوب علي الغاصب معتبرة وانما لا يعتبر جنايته على مال الغاصب بما يستدل به في هذه المسألة فانه جعل جنايته على أحد الغاصبين كجنايته على الاجنبي حيث قال العبد بينهما نصفان ومن يقول جنايته على الغاصب هدر عنده يقول هذا الجواب قولهما فاما في قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يسلم ثلاثة أرباع العبد للاجنبي وربعه لولي الغاصب المقتول لان الجناية عليه انما تعتبر من النصف الذي هو غير مضمون عليه أما من النصف الذي هو مضمون عليه لا تعتبر عنده لان ضمان الغصب بمنزلة الملك فهو كجناية العبد المشترك على أحد الشريكين خطأ ثم اذا دفع العبد الى أولياء القتيلين رجع علي الغاصبين بقيمته لان الرد لم يسلم فيدفع نصفها الى ولي قتيل الاول لانه استحق جميع العبد فارغا ولم يسلم له الا النصف وقد فات النصف الآخر وأخاف بدلا ثم يرجع به على الغاصب الاول يعني الحي منهما وفي مال الغاصب المقتول لان ذلك استحق بيده بجناية كانت عندهما فيكون ذلك له ولا يرجع فيها واحد من الغاصبين بشئ لان حق الغاصب المقتول ما يثبت الا في النصف العبد فانه جني عليه وهو مشغول بالجناية الاولى وقد سلموا له نصفه والله أعلم

باب جناية المكاتب

(قال رحمه الله) واذا جنى المكاتب جناية خطأ فعليه أن يسعى في الاقل من ارشها ومن قيمتها يوم جنى لان المكاتب أحق بمكاسبه بمنزلة الحر ولا عاقلة له وهذا بخلاف المدبر وأم الولد فان بجنايتهما تجب القيمة على المولى لان الحق في كسبهما للمولى هناك يوضح الفرق ان المولى صار مانعا دفع الرقبة هناك بالتدبير السابق وها هنا المكاتب صار مانعا دفع رقبته بقبول عقد الكتابة فيكون عليه موجب الجناية فان قيل لا بل المولى صار مانعا دفع رقبته بايجاب الكتابة قلنا لا كذلك فانه لا يتعذر دفع الرقبة بايجابه ها هنا وانما يتعذر بقبول المكاتب ثم لا يتعذر الدفع بمجرد عقد الكتابة بل باستبراء أمته لانه بعد الفسخ يمكن دفعه بالجناية واستبراء أمة المكاتب دون المولى فان للمكاتب أن يعجز نفسه فيفسخ العقد وليس للمولى

ذلك فهذا كان موجب الجناية على المكاتب ثم ان كان الارش أقل فبأدائه قد وصل الى المستحق كمال حقه وان كانت قيمته أقل فهو ما منع الا رقبته فلا يلزمه أكثر من قيمته يوم جنى لانه لو كان بمحل الدفع استحق ولى القتيل نفسه حين جنى فاذا كان الدفع متعذرا يعتبر قيمته يوم جنى ثم الاصل عندنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وعند زفر موجب جنايته القيمة دينا فى ذمته ابتداء وانما يتيسر هذا فى فصول أحدها اذا عجز قبل قضاء القاضى يسعى عندنا ويدفع بالجناية أو يفدى وعند زفر يباع فى قيمته كما يباع فى دين آخر لو كان عليه لان دفعه بالجناية ممتنع عند الجناية لحقه فيكون موجب الجناية القيمة ابتداء كما فى المدبر وأم الولد وعندنا الدفع وان كان متعذرا فى الحال ولكن لم يقع اليأس عنه بعد العجز فلتوهم الدفع تعلقت الجناية برقبته فاذا عجز تقررت الجناية فى رقبته فيدفع بها أو يفدى بخلاف المدبر وأم الولد وفى الحقيقة انما تنبنى هذه المسئلة على أن مجرد الكتابة هل يوجب حق العتق للمكاتب عند زفر يوجب ولهذا لا يجوز اعتاقه عن الكفارة وعندنا لا يوجب ولهذا جوزنا اعتاقه عن الكفارة فتتعلق الجناية برقبته وانما يتحول الى القيمة عندنا باحدى معان ثلاثة اما قضاء القاضى بالقيمة لان بقضائه يتحقق معنى تعذر الدفع فيتحول الحق الى القيمة كما اذا قضى القاضى بالقيمة فى المغصوب الآبق أو بعتق المكاتب لانه يتحقق اليأس عن الدفع بالعين أو بموته عن وفاء لانه يؤدى كتابته ويحكم بعتقه فى حال حياته فيتحقق اليأس عن الدفع ويتقرر حق ولى الجناية فى القيمة فاذا عرفنا هذا فنقول اذا جنى المكاتب ثم جنى فان كان القاضى قضى للاول بالقيمة قبل الجناية الثانية فعليه أن يسعى لولى الجناية الثانية فى الاقل من ارشها ومن قيمتها لان بقضاء القاضى تحول حق الاول الى القيمة دينا فى ذمته وفرغت الرقبة منه فيثبت فيها حق ولى الجناية الثانية وكذلك فى كل جناية يجنيها بعد القضاء بما قبلها وان لم يكن القاضى قضى فى الاول بشئ فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجنايتين عندنا لان حق الوليين فى الرقبة معتبر حتى لو عجز دفع اليهما فلا يلزمه الا قيمة واحدة بجميع الرقبة وعند زفر هذا وما بعد القضاء سواء لان حق كل واحد منهما ثبت فى القيمة فى ذمته ابتداء وفى الذمة سعة فان كانت الجناية نفسا وقيمته أكثر من عشرة آلاف سعى فى عشرة الا عشرة دراهم لان قيمة المملوك بسبب الجناية لا تزيد على هذا المقدار فكذلك فى الجناية منه لان فى الموضعين وجوب القيمة بسبب الجناية فان قتل المكاتب رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم

قتل آخر خطأ وقيمته ألفان فانه يقضي عليه أن يسعى في ألفين ألف منها للآخر خاصة لان المعتبر قيمته حين جنى وقد جنى على الاول وقيمته ألف وجنى على الثاني وقيمته ألفان فالالف الثانية يختص بها ولي الجناية الثانية اذ لا حق فيها لولي الجناية الاولى وفي مقدار ألف يثبت حقهما فيقسم بينهما على تسعة عشر سهما قال واذا قتل المكاتب قتيلين خطأ فقضي عليه بنصف الدية لاحدهما والآخر غائب ثم قتل آخر ثم عجز فاختار المولى الدفع فانه يدفع نصفه الى الثالث ويتبعه الاول بنصف القيمة فيباع ذلك النصف فيه لان في النصف تحولت الجناية بقضاء القاضي الى القيمة دينا في ذمته ثم جنى الجناية الثالثة يتعلق حق وليها بهذا النصف وقد اجتمع في هذا النصف جناية ودين فيدفع بالجناية أولا ثم يباع في الدين لابقاء الحقين ويدفع النصف الآخر الى الثالث والاوسط لان حقهما جميعا يتعلق بذلك النصف فاذا دفع اليهما ضرب فيه الاوسط بعشرة آلاف لانه ما استوفى شيئا من حقه وضرب فيه الثالث بخمسة آلاف لان باستيفائه نصف العبد قد صار مستوفيا نصف حقه وانما بقي من حقه النصف فاذا ضرب بخمسة آلاف كان هذا النصف بينهما أثلاثا قال واذا جنى المكاتب جناية ثم مات ولم يترك الا مائة درهم ومكاتبته أكثر من ذلك ولم يقض عليه بالجناية فالمائة لمولاه لانه مات عاجزا وقد انفسخت الكتابة وكانت الجناية في رقبته فيبطل حق ولي الجناية بموته لفوات محل حقه والمائة كسبه فهي لمولاه وهي على قول زفر المائة لولي الجناية لان جنايته كانت دينا والدين يقضى من كسبه بعد وفاته ولو ترك وفاء بالجناية والمكاتبة كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان عقد الكتابة يبقى هاهنا فيستوفى المولى المكاتبة ويحكم بحريته بحياته فتصير جنايته دينا في ذمته بخلاف الاول ولو كان عليه دين مع ذلك بدئ بالدين لان الدين أقوى فانه مطلوب به قبل العجز وبعده مستوفيا من تركته سواء مات عن وفاء أو عن عجز بخلاف الجناية وعند الاجتماع يبدأ بالاقوى وروى عن قتادة انه قال قلت لسعيد ابن المسيب أخطأ شريح وان كان قاضيا وانما القضاء ما قضى به ويبدأ به في تركة المكاتب بدينه قال نعم فاذا قضى الدين بقيت الجناية وبدل الكتابة وفيما بقي وفاؤهما فيكون الحكم ما بينا في الفصل الاول وان كانت الجناية قد قضى بها حاص وليها صاحب الدين بالتركة لانه صار دينا متأكدا بقضاء القاضي كسائر الديون فالحاصل ان الدين أقوى الحقوق والكتابة أضعف الحقوق عليه من حيث انه لا يحبس به في حال حياته والجناية تتوسط بينهما من حيث

انه يقضى بها عليه فى حياته ويحبس لاجلها ولا تقضى من تركته بعد موته فلهذا بدأنا بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة الا أن تتأكد الجناية بقضاء القاضي فحينئذ هى كالدين وهذا بخلاف حال حياة المكاتب فانه اذا قضى بكسبه بدل الكتابة كان ذلك سالما للمولى لان الحقوق فى ذمته وذمته تتقوى بعتقه فكان التدبير اليه فى تقديم ما بينا من ذلك فاما بعد الموت الحقوق فى ماله فيبدأ بالاقوى لهذا ولو مات المكاتب وترك ولدا قد ولد له فى مكاتبته من أمته وعليه دين وجناية قد قضى بها أو لم يقض بها سعى الولد فى الدين والجناية والمكاتبة لان عقد الكتابة يبقى ببقاء من يؤدى وما يبقي ببقاء مايؤدى به يصير الجناية مالا ثم لا يجبر على أن يبدأ من ذلك بشئ لانه خلف عن أبيه فكان بقاؤه كبقاء الاب وللاب في حال حياته أن يبدأ بأى ذلك شاء لانه بالبداءة بالكتابة يحصل العين لنفسه وتتقوى ذمته وهذا المعنى موجود فى حق الولد بخلاف المال فهناك القاضى هو الذى يؤدى الحقوق من تركته فعليه أن يبدأ بالاقوى لهذا اذا عجز الولد ورد فى الرق بعد ما قضى عليه بالجناية بيع وكان ثمنه بين الغرماء وأصحاب الجناية بالحصص وان عجز قبل القضاء بالجناية بطلت الجناية لان الولد قائم مقام أبيه وانفساخ الكتابة بعجزه كانفساخها بعجز الاب فى حياته الا أن هناك الجناية متعلقة قبل القضاء فيدفع بها ثم يباع فى الدين وههنا الجناية غير متعلقة برقبة الولد ولكن فات محل الجناية بموت الجانى حين ظهر العجز فلهذا بيع الولد فى الدين خاصة فان كانت أم الولد حية حين مات المكاتب ولا دين على المكاتب وقد قضى عليه بالجناية أو لم يقض فان على الام والولد السعاية فى الاقل من قيمة المكاتب ومن ارش الجناية مع بدل الكتابة لانهما يستفيدان العتق بالاداء فيقومان مقامه بالسعاية فيما عليه فان قضي عليهما بها أو لم يقض حتى قتل أحدهما قتيلا خطأ قضى عليه بقيمته لولى القتيل لان كل واحد منهما بمنزلة المكاتب حين كان يسعى فى بدل الكتابة ليعتق فيقضى عليه بقيمته فى جنايته وهذا لا يشكل ان كان قضى عليهما بجناية المكاتب وكذلك ان لم يقض عليهما لان حق ولى الجناية المكاتب لا يتعلق برقبتهما حتى لو عجزا لم يدفع واحد منهما بتلك الجناية فلهذا قضى على الجانى منهما بقيمته لولى القتيل سوى ما عليهما لولي جناية المكاتب فان عجز بعد ذلك بيع كل واحد منهما فى جنايته خاصة فان فضل من ثمنه شئ فالفضل لولي جناية المكاتب لان دين نفسه فى تعلقه بماليته أقوى من دين الغير فلهذا كانت البداءة بما وجب علي كل واحد منهما بسبب جنايته فلو ماتت المكاتبة وتركت مائة

درهم وابنا ولدته في مكاتبتها وعليها دين وقد قتلت قتيلا خطأ فقضي بها أولم يقض فانه يقضي علي الابن أن يسعى في المكاتبة والدين والجناية ثم تلك المائة بين أهل الجناية والدين بالحصص لان المكاتبة غير عاجزة مادام لها ابن يسعى في المكاتبة فتكون جنايتها دينا في هذه الحالة يقضى من كسبها كسائر الديون وان استدان الابن دينا وجني جناية فقضى عليه بذلك مع ما قضى عليه من دين أمه وجنايتها فعليه أن يسعي في ذلك كله لانه بمنزلة المكاتب فان عجز بيع في دينه وجنايته خاصة فان فضل من ثمنه شيء كان في دين أمه وجنايتها بالحصص لان دين نفسه في ثمنه مقدم على دين امه وان كان انما عجز قبل أن يقضى عليه بجنايته دفعه مولاه بها أو فداه لان حق ولى جنايته في رقبته فيخير المولى بعد عجزه واذا دفعه تبعه دينه خاصة فيبيع فيه دون دين أمه وجنايتها فان فضل من ثمنه شيء لم يكن لصاحب دين الام وجنايتها عليه سبيل لانه ما تبعها شيء من ذلك في ملك المدفوع اليه بالجناية فان جنايته مقدمة في رقبته علي الدين الذى لحقه من قبل امه بخلاف دين نفسه فانه يتبعه في ملك المدفوع اليه لان حق ولى الجناية في ماليته غير مقدم علي حق غريمه ولو فداه المولي فقد ظهر بالفداء من جنايته فيباع في دينه فان فضل من ثمنه شيء كان في دين أمه وجنايتها لان هذا الفضل باق على ملك المولى وفي ملك المولى دين الام وجنايتها يقضى من مالية الولد واذا جنى المكاتب ثم مات قبل أن يقضى عليه بها وقد ترك وفاء بالمكاتبة فقد بينا في المكاتبة ان الجناية في هذه الحالة تصير مالا فيستوفى صاحب الجناية من تركته حقه قبل الكتابة ثم يؤدى بدل الكتابة مما بقي منه وان مات المكاتب وعليه دين وترك عبدا تاجرا عليه دين آخر بيع العبد في دينه خاصة لان دين نفسه في ماليته مقدم فان حق غريمه أسبق تعلقا بماليته من حق غريم المكاتب فان بقي من ثمنه شيء كان في دين المكاتب لانه في كسبه وان لم يكن على العبد دين ولكنه كان جنى جناية وليس للمكاتب مال غيره فانه يخير المولى فان شاء دفعه هو وجميع الغرماء بالجناية ولا حق للغرماء فيه لما بينا ان حق ولي جنايته في نفسه مقدم على حق غرماء المكاتب فاذا دفع الجناية برضاهم لم يبق لهم عليه سبيل وان شاؤا فدوه بالدية ثم يباع في دين الغرماء لانه ظهر من الجناية الى الفداء فان كان عليه دين أيضا فانه يخير مولاه فان شاء دفعه وأتبعه دينه فبيع فيه ولا شيء لغرماء المكاتب وان شاء فداه ثم بيع في دينه خاصة فان فضل شيء كان لغرماء المكاتب لان المولي متطوع في الفداء وقد ظهر العبد به من الجناية فكأنه لم يكن في رقبته

جناية ثم فى الفصل الاول شرط فى الدفع رضاء غرماءِ المكاتب وفى الفصل الثانى لم يشترط رضاءهم لان فى هذا الفصل بامتناع الدفع لا يظهر حق غرماء المكاتب فى ماليته لانه انما يباع فى دين نفسه فلهذا لا يشترط رضاؤهم وفى الفصل الاول بامتناع الدفع يظهر حق غرماء المكاتب فى ماليته لانه يباع فى دينهم اذ لا دين على العبد فلهذا المعنى اعتبر رضاؤهم فى الدفع والله أعلم

باب جناية المكاتب بين اثنين

قال رحمه الله واذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما نصيبه بغير أمر صاحبه ثم جنى جناية ثم أدى يعتق فالمسألة تشتمل على حكمين حكم الكتابة وحكم الجناية أما بيان حكم الكتابة فى هذا الجنس قد تقدم حكمه فى كتاب العتاق والمكاتب وانما نبين حكم الجناية فنقول يقضي على المكاتب بالاقل من نصف قيمته ونصف ارش الجناية لان النصف منه مكاتب حين جنى والبعض معتبر بالكل وقد تأكد حكم الكتابة بالاداء والعتق بالجناية وجناية المكاتب تلزمه بعد العتق الاقل من قيمته ومن ارش الجناية فكذلك فى هذا النصف والذى لم يكاتب ان اختار تضمين الشريك واستسعاه فى قيمة نصيبه وقبض هو ضامن للاول من نصف قيمة المكاتب ومن نصف ارش الجناية لان الجناية فى نصيبه كانت متعلقة بالرقبة وقد فاتت وأخلف بدلا وهو ما قبض من نصف القيمة فيلزمه دفع ذلك الى ولي الجناية الا أن يكون نصف الارش أقل منه وكذلك ان أعتقه لانه صار متلفا بالاعتاق الا انه لم يصر مختارا لان الدفع كان متعذرا بما يفديه من العتق فكان ضامنا للاقل من نصف قيمته ومن نصف ارش الجناية وكذلك لو كاتبه باذن الشريك فهذا والاول فى حكم الجناية سواء وانما يفترقان فى حكم الضمان واثبات حق الفسخ وذلك من حكم الكتابة دون الجناية ولو خوصم المكاتب فى الجناية قبل أن يعتق وقضى القاضى عليه بالاقل من نصف قيمته ونصف الارش ثم عجز عن المكاتبة فانه يباع نصيب المكاتب منه فيما قضى به عليه لانه صار دينا فى ذمته بقضاء القاضي ويقال للآخر ادفع نصيبك بنصف الجناية أو افده بنصف ارشها لان الجناية فى نصيبه متعلقة بالرقبة فان القاضى لم يقض فيها بشيء فيخير المولي بين الدفع والفداء واذا كاتب أحدهما نصيبه ثم اشترى المكاتب عبدا فجنى جناية ثم أدى المكاتبة فعتق فانه يخير المكاتب والذى لم يكاتب فان شاآ دفعا وان شاآ فدياه بالدية لان العبد مشترك بين الذى لم يكاتب وبين المكاتب نصفين باعتبار ما يكاتب

منه وقد تقرر ملك المكاتب في نصيبه بالعتق وجناية العبد المشترك توجب للمولين الخيار بين الدفع والفداء فان كان هذا العبد الجانى ابن المكاتب وولد عنده من أمة له كان عليه أن يسعى فى الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجناية لان النصف منه كان مكاتبا مع ابنه وقد عتق باداء الاب فيلزمه فى هذا النصف ما كان يلزم الاب لو جنى بنفسه وليس علي الذى لم يكاتب شئ حتى يعتق أو يستسعى ثم يضمن الاقل من نصف قيمته ومن ارش الجناية لانه ان أعتق نصيبه فقد صار مستهلكا على وجه ثم يصير مختارا وان استسعاه فقد استوفى بدل نصيبه وحق ولي الجناية فى نصيبه كان مقدما على حقه ولو كان هذا الابن جنى على أبيه ثم أدي الاب فعتق فعلى الابن نصف قيمة نفسه فيسعي فيه للذى لم يكاتب ولا ضمان علي المكاتب فى ذلك بخلاف الام فالمكاتب ضامن لنصف قيمتها للذى لم يكاتب لانه صار متملكا نصيب الذى لم يكاتب منها حين صارت أم ولده فيلزمه نصف قيمتها ولا سعاية علي أم الولد بحال وهو لم يصر متملكا نصيب الذى لم يكاتب من الولد وانما احتبس نصيبه عند الولد فللذى لم يكاتب الخيار بين أن يعتق نصيبه منه أو يستسعيه في قيمة نصيبه وأما جناية الابن على الاب فقد جنى حين جنى ونصفه مكاتب مع أبيه ونصفه رقيق والاب كذلك فما كان فى الاب من حصة الذى لم يكاتب فهو فى عتق الابن يأخذه المولى من الابن يعنى النصف الذى هو مكاتب من الابن حيث جنى على نصيب الذى لم يكاتب وما كان من جناية نصيب الذى لم يكاتب من الابن على النصف الذى هو مكاتب يوجب على الذى لم يكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع قيمة المكاتب فقد وجب لكل واحد منهم على صاحبه مثل مالصاحبه عليه فيكون قصاصا ولا يكون لاحد على أحد شئ واذا كانت أمة بين رجلين كاتب أحدهما حصته منها ثم ولدت ولدا ثم ازدادت خيرا أو انتقصت بعيب ثم أدت فعتقت فاختار الشريك تضمين المكاتب ضمنه نصف قيمتها يوم عتقت لان ملكه انما تلف بالعتق (ألاترى) ان قبل الاداء كان متمكنا من فسخ الكتابة واستيفاء حقه وان لم يضمن ما اكتسب قبل أن يعتق ونصف ارش ما جنى عليها ولو كان الضمان وجب بنفس الكتابة لم يكن له من ذلك شئ وللذى لم يكاتب أن يستسعى الابن فى قيمة نصيبه لانه لما عتق نصيب المكاتب من الابن فقد احتبس نصيب الشريك عند الولد فيستسعيه فى قيمة نصيبه منها ولو كاتب أحدهما نصيبه منها ثم ولدت ولدا فكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد علي الامة أوجنت عليه جناية لا تبلغ النفس

ثم أديا فعتق والموليان موسران فللذي كاتب الولدان يضمن الذي كاتب الام نصف قيمتها ان شاء استسعاها وان شاء اعتقها لانه أفسد نصيب الشريك منها بما صنع ولم يوجد من الشريك دلالة الرضاء فى ذلك لان كتابة الولد لا تكون رضى منه بكتابة الام ولا ضمان عليه للذي كاتب الام على شريكه فى الولد لان نصيب الذى كاتب الام من الولد ما أفسد على شريكه نصيبه من الولد وجناية كل واحد منهما علي صاحبه على ما وصفت لك فى العبد وأبيه من حكم المقاصة لان الجناية على نصف الولد الذى كاتبه المولي لا يبطل منها شئ بالكتابة فكان وجود ذلك كعدمه فلهذا كان قصاصا ولا شيء لواحد منهما علي صاحبه قال واذا كان العبد بين اثنين ففقأ عين أحدهما وقيمته ألف ثم ان الذى فقئت عينه كاتب نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر ثم أدى فعتق ثم مات المولى بالجنايتين فنقول فى بيان حكم الجناية ان علي الحى منهما أن يدفع نصف قيمة العبد الى ورثة الميت بجنايته سواء استوفى الضمان من شركة شريكه أو استسعى العبد أو أعتقه لان نصيبه جنى عليه جنايتين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعده وحكمهما سواء فى حقه وهو انه صار مستهلكا لنصيبه على وجه لم يصر مختارا فيلزمه نصف قيمته وعلي العبد أن يسعى فى الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت لان النصف الذى هو نصيب المجنى عليه جنى جنايتين احداهما قبل الكتابة وهى هدر والاخرى بعدها وهى توجب موجبها على المكاتب بمنزلة جنايته على أجنبي آخر فلهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لورثة الميت من قبل الجناية قال واذا كان العبد بين رجلين فجنى على أحدهما ففقأ عينه أو قطع يده ثم ان الآخر باع نصف نصيبه من شريكه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه العبد أيضا جناية أخرى ثم ان الذي باع ربعه اشترى ذلك الربع ثم كاتبه المجنى عليه على نصيبه منه ثم جنى عليه جناية أخرى ثم أدى فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لان النصف الذى هو مكاتب منه جنى على مولاه ثلاث جنايات جنايتين قبل الكتابة وحكمهما سواء فى أنه هدر وجناية بعد الكتابة وهى معتبرة ولهذا كان عليه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية وعلي الذي لم يكاتب سدس وربع سدس دية صاحبه والاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولا يؤدى هذا النصف حتى يعتق أو يستسعى أو يضمن وقد بطل نصف سدس لانه قد جري فى نصف نصيبه البيع والشراء ولم يجر فى النصف الاخير فلا بد من اعتبار

ذلك فنقول أما نصف نصيبه الذى جرى فيه البيع والشراء فقد أتلف ربع النفس بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد صار المولى مختارا لذلك البيع وجناية بعد البيع وذلك هدر لان جناية المملوك على المالك وجناية بعد الشراء وهى معتبرة فمن هذا الوجه يبطل ثلث الربع وهو نصف سدس الدية وأما النصف الذى لم يجر فيه البيع والشراء جنى على ربع النفس أيضا ثلاث جنايات احداهما قبل البيع وقد صار مختارا بذلك لان بيع البعض باختيار الفداء كبيع الكل ويتبين بعد البيع وحكمهما سواء فى حق التعلق بالرقبة فيتوزع هذا نصفان فلهذا قال على الذى لم يكاتب سدس الدية وربع سدس الدية مقدار ما صار مختارا له ببيع نصف نصيبه ومثل ذلك متعلق بنصيبه وقد تعذر الدفع بكتابة شريكه على وجه لم يصر مختارا فيلزمه الاقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية ولكن هذا الاستهلاك انما يتحقق اذا أعتق أو استسعى أوضمن فلهذا لا يلزمه هذا النصف مالم يوجد أحد هذه المعانى قال واذا كان العبد بين اثنين فقطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه منه فقطع يد آخر وفقأ عين الاول ثم ماتا من ذلك قيل لشريك المشترى ادفع نصفك الى أولياء القتيلين نصفين أو افده بعشرة آلاف لان الجنايتين تعلقتا بنصيبه الذى كان له فى الاصل ولم يوجد فى ذلك النصف مايكون دليل اختيار فيخير بين دفعه اليهما وبين أن يفدى كل واحد منهما بنصف الدية ويقال للبائع ادفع ألفين وخمسمائة الى ولى قتيل الاول لان نصيبه جنى على القتيل الاول جنايتين احداهما قبل البيع والاخرى بعد الشراء فيصير مختارا لما كان قبل البيع حين باعه وهو يعلم بجنايته فلهذا يلزمه أن يدفع اليه الفين وخمسمائة ثم يخير بعد ذلك بين أن يدفع نصيبه اليهما أو يفديهما لولى القتيل الآخر بخمسة آلاف ولولى القتيل الاول ألفين وخمسمائة باعتبار جنايته عليهما بعد الشراء فاذا اختار الدفع كان هذا النصف مقسوما بينهما أثلاثا ثلاثة لولى قتيل الاول وثلثاه لولي قتيل الآخر على مقدار ما بقى من حق كل واحد منهما قال واذا كان العبد بين رجلين فجرح رجلا جرحا خطأ فكاتبه أحد الشريكين وهو يعلم بذلك ثم جرحه أيضا ثم مات الرجل من ذلك كله فعلى الذى كاتب أو لا ربع الدية لان نصيبه من العبد حين جنى ثلاث جنايات على نصف النفس احداها قبل الكتابة واثنان بعد الكتابة وحكمهما سواء فانقسم هذا النصف نصفين وذلك قد صار مختارا له بالكتابة فعليه ربع الدية و نصف ذلك يكون على المكاتب وأما الذى كاتب آخر فنصيبه أيضا حين جنى ثلاث جنايات جنايتين قبل الكتابة

وحكمهما سواء في حقه وجناية بعد الكتابة فيوزع أيضا هذا النصف نصفين نصفه على الذى كاتب آخرا فيلزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية لان بكتابة نصيبه صار مستهلكا لا مختارا فقد كان الدفع متعذرا قبل هذا بكتابة شريكه فلهذا لزمه الاقل من نصف القيمة ومن ربع الدية وعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن نصف الدية لان كل نصف منه جنى بعد الكتابة وموجب ذلك عليه وانما تلف نصف النفس بالجنايات الموجودة منه بعد الكتابة فلهذا كان عليه الاقل من قيمته ومن نصف الدية وهذا كله قياس قول أبى حنيفة بناء على أن الكتابة تتجزأ والله أعلم

باب جناية المدبر

(قال رحمه الله) قد بينا ان جناية المدبر لا تتعلق برقبته ولا تكون على عاقلة مولاه لانه مملوك وانما توجب على المولى قيمته يوم جنى المدبر لانه بالتدبير السابق صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر مختارا بذلك التدبير لانه عند التدبير ما كان يعلم انه جنى فيكون مستهلكا ضامنا القيمة ولا يلزمه الا قيمة واحدة وان كثرت الجناية من المدبر لانه ما منع الا رقبة واحدة ولكن تلك القيمة مشتركة بين أولياء الجنايتين سواء قربت المدة فيما بينهما أو بعدت لانها قائمة مقام الرقبة فى تعلق حق أولياء الجنايات بها فان قتل المدبر رجلا خطأ وفقأ عين آخر فعلى مولاه قيمته لاصحاب الجنايتين اثلاثا لانه لو كان محل الدفع كان يدفع اليهما أثلاثا فكذلك القيمة فى المدبر والمعنى ان كل واحد منهما يضرب بجميع حقه وحق ولى القتيل فى الدية وحق الآخر فى ارش العين فان اكتسب كسبا أو وهب له هبة لم يكن لاهل الجناية من ذلك شئ لان حقهم فى القيمة دينا فى الذمة فكما لا يكون لهم حق فى كسب المولى فكذلك فى كسب المدبر ولو قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم ذهبت عينه فعلى المولي قيمته يوم جنى لان بذهاب العين فات نصفه ولو مات بعد الجناية لم يسقط شئ من قيمته عن المولى فكذلك اذا ذهبت عينه وكذلك لو ازدادت قيمته لان حق أولياء الجناية لا يثبت فى تلك الزيادة فان الجناية ما تعلقت برقبته أصلا فان دفع المولي قيمته الى ولى الجناية ولم يحدث به عيب ثم قتل رجلا آخر خطأ فان كان دفع الى الاول بقضاء قاض فلا سبيل للثانى على المولى لانه ما ألزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته ودفعها الى الاول بقضاء قاض كدفع القاضى بنفسه فلا سبيل للثانى على المولى ولكنه يتبع الاول فيأخذ منه نصف القيمة وان قد كان دفعها

بغير قضاء قاض على قول أبي يوسف ومحمد الجواب كذلك وعند أبي حنيفة للثاني الخيار ان شاء اتبع الاول بنصف القيمة وان شاء اتبع المولى بذلك فاذا أخذه منه رجع المولى به على الاول وجه قولهما في المسئلة ان المولى حين دفع القيمة الى الاول فقد فعل بنفسه غير ما يأمره القاضي به لو رفع الامر اليه فيكون القضاء وغير القضاء سواء كما في الرجوع بالهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها وهذا لانه حين دفع ماكان لاحد في القيمة حق سوى الاول لان السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد بعد والحكم لا يسبق السبب فلا يكون بهذا الدفع جانيا في حق الثاني فلا يضمن له شيأ وكيف يكون جانيا في حقه ولو أراد ان يمنع بعض القيمة من الاول لمكان حق الثاني ما كان يتمكن من ذلك وأبو حنيفة يقول القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنايتين جميعا سواء فيجعل في حق أولياء الجنايتين كان دفع القيمة من المولى كان بعد وجوب الجنايتين جميعا وهناك ان دفع الى أحدهما جميع القيمة بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيأ وان دفع بغير قضاء القاضي كان للثاني الخيار فهذا مثله والدليل على أن المعتبر هذا ان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك القيمة ولا يكون ذلك الا باعتبار ما بينا وهو أن يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة يوضحه ان بذلك التدبير انعقد سبب ثبوت حق ولى الجناية في القيمة دينا في ذمة المولى عند جنايته فهو يدفع القيمة نحو ذلك الحق من ذمته الى المدفوع فان كان ذلك بقضاء القاضي تم التحويل لان للقاضي هذه الولاية وان كان بدون قضاء القاضي لم يتم التحويل لانه ليس للمولي هذه الولاية فيبقى الخيار لولى الجناية الثانية ان شاء رضى بهذا التحويل واتبع الاول بنصف القيمة وان شاء لم يرض بهذا واتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وهو نظير الوصي اذا قضى دين أحد الغريمين من التركة ولم يعلم بالدين الآخر أو قضى دين الغريم ثم أحدث آخر بسبب كان وجد من الميت في حياته فان كان دفعه بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيأ ولكن الثاني يتبع الاول بنصيبه وان كان الدفع بغير قضاء قاض كان للثاني الخيار بين أن يتبع الاول بنصيبه وبين أن يضمن الوصي ثم يرجع الوصي به على الاول وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ماذكرنا لان دفعها بالجناية تعذر بسبب لا يحتمل الفسخ فتكون كالمدبر في حكم الجناية لان المولى أحق بكسبهما قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم ازدادت قيمته

الى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته الي خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفادرهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولي ضامنا قيمته الفين ثم ألف من هذا لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما ثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الالف الثانى فيسلم ذلك المولى قتيل الاوسط وخمسمائة منها بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لاحق فى هذه الخمسمائة لولى قتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جني على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيه الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه شئ ويضرب فيه الاول بعشرة آلاف الا ماأخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك قال ولو قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم فدفعه المولى بقضاء قاض ثم رجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر فان خمسمائة مما أخذ الاول للاول خاصة لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته عند الجناية على وليه وهى خمسمائة فبقيت الخمسمائة الاخرى سالمة للاول بلا منازعة والخمسمائة الباقية بينهما يضرب فيها الاول بعشرة آلاف الا خمسمائة والآخر بعشرة آلاف فتكون ذلك مقسومة بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانه يجعل كل خمسمائة منها سهما قال واذا اجتمع مدبر وأم ولد وعبد ومكاتب فقتلوا رجلا فكل واحد منهم أتلف ربع النفس فيقال لمولى العبد ادفعه أوافده بربع الدية ويسعى المكاتب فى الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولي المدبر الاقل من قيمته ومن ربع الدية وعلى مولى أم الولد الاقل من قيمتها ومن ربع الدية اعتبارا بما لو انفرد كل واحد منهم بجنايته ولو قتل المدبر قتيلا خطأ واستهلك مالا فعلي المولى قيمته لاولياء القتيل وعلي المدبر أن يسعى فيما استهلك من المال لان مايستهلكه المدبر من المال يكون دينا فى ذمته يقضى من كسبه ولا يكون المولى ضامنا بسببه شيأ من قبل أن محل قضاء الدين وذلك لايتغير بالتدبير ومحل موجب الجناية الرقبة وبالتدبير يتعذر دفعها فيجب على المولى القيمة لذلك (ألا ترى) ان المملوك يدفع بالجناية أو يفدى وانه يباع فى الدين اذا لم يكن له كسب فبه يظهر الفرق ثم لايشارك أحد الفريقين الآخر فيما يأخذ لان حقهما ماجتمع فى محل واحد فان حق أولياء القتيل فى ذمة المولي وحق أصحاب الدين فى كسب المدبر فمن أى وجه تثبت الشركة

بينهما فان مات المولى قبل أن يقضي شيأ من ذلك ولا مال للمولى غيره فان المدبر يسعى فى قيمته فيكون أصحاب ديته أحق بها لان أصل الجنايه كان دينا فى ذمة المولى وذلك يمنع سلامة شئ من الرقبة للمدبر لان التدبير وصية والوصية بعد الدين فيلزمه السعاية فى قيمته لرد الوصية ثم أصحاب ديته أحق بهذه القيمة من أصحاب جنايته لان دينهم فى ذمته والسعاية بدل ماليته وحق غرمائه فى ماليته مقدم على حق المولى وعلى حق غرماء المولى لان حق غرماء المولى انما يثبت فى هذه المالية من جهة المولى فاذا استغرق دينه هذه المالية لم يكن للمولي فيها حق فكذلك لا يكون لغريم المولي فيها حق وان كان دينه أكثر من قيمته فعليه السعاية فى الفضل أيضا لان بالعتق يتقرر مابقى من الدين فى ذمته وان كان الدين عليه أقل من قيمته فالفضل من القيمة على مقدار دينه يكون لاصحاب الجناية باعتبار ان ذلك الفضل حق المولى فيقضى به منه دين المولى ولا شئ لهم عليه أكثر من ذلك لان حقهم انما يثبت من جهة المولى وكذلك لو كان القاضى قضى على المولى بالقيمة لاولياء الجنايه وعلى المدبر بالسعاية فى الدين قبل موت المولي فهذا تقرير منه للحكم الذى كان ثابتا فلا يتقرر به الجواب وأما أم الولد فلا تسعى لايجاب الجناية فى شئ لان عتقها ليس بوصية ولا يمتنع لمكان دين المولى وجناية المدبر وأم الولد على المولي فى نفس أو مادونها خطأ وعلى مماليكه هدر لانه لا فائدة فى اعتبارها فانها لو اعتبرت أوجبت على المولى القيمة له الا ان المدبر يسعى فى قيمته اذا قتل مولاه لانه لا وصية له فانه قاتل والقاتل عن الوصية والميراث محروم فعليه رد رقبته وقد تعذر ردها فلزمه السعاية فى قيمته قال ولو قتل المدبر مولاه عمدا فعليه أن يسعى فى قيمته لرد الوصية وعليه القصاص للقتل العمد وللورثة الخيار ان شاؤا قتلوا قصاصا في الحال وقد قوى حقهم فى السعاية الا انهم رضوا بذلك وان شاؤا استسعوه في القيمة أولا فاذا استوفوا ذلك منه قتلوه قصاصا لان كل واحد منهم خالص حق الورثة فالتدبير فى التقديم والتأخير فى الاستسعاء اليهم وان كان له ابنان فعفا أحدهما عنه فعلى المدبر أن يسعى فى نصف قيمته للذى لم يعف لانه لزمه السعاية فى جميع قيمته لرد الوصية فيكون بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين وعند عفو أحدهما انما ينقلب نصيب الآخر مالا فى الحال وهو فى الحال مكاتب أو حر من أهل أن يجب عليه المال لمولاه ولمن يخلفه من الورثة الا أن الوجوب بسبب جناية كانت منه فى حال الرق فيكون الواجب

من القيمة دون الدية فلهذا يسعى فى نصف قيمته للذي لم يعف مع السعاية فى جميع القيمة لهما باعتبار رد الوصية فان كان على المولي دين بدئ بالدين من جميع ذلك لان ماوجب للمولى باعتبار انه بدل نفسه أو بدل ملكه فيقضي دينه من جميع ذلك والباقى بين الوارثين أثلاثا لان الباقى يقسم بينهما على ما كان يقسم عليه الكل لولا الدين ولولا الدين لكان للذى لم يعف قيمة كاملة وللآخر نصف القيمة فكذلك ما بقي يقسم بينهما على ذلك اثلاثا ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا ولا ولد لها منه فعليها القصاص ولا سعاية عليها لان عتقها ليس بوصية فلا يمنع سبب القتل وان كان لها منه ولد فلا قصاص عليها لان الولد ورث جزأ من القصاص على أبيه وذلك مسقط للقصاص عليها وعليها أن تسعى فى القيمة من قبل الجناية لان القصاص كان وجب فانه مالم يجب لا يصير ميراثا لولدها وما لم يصر ميراثا لولدها لا يسقط فاما تعذر استيفاء القصاص باعتبار الولادة وهى حرة حين سقط القصاص فيجب أن يلحق المال لمولاها ولمن يخلف مولاها الا أن وجوب المال بسبب جنايتها فى حالة الرق فلهذا يلزمها القيمة دون الدية وكما كان نصيب سائر الورثة انقلب مالا فكذلك نصيب الولد لانه تعذر عليه استيفاء القصاص لا بمعنى من جهته مع بقاء المحل قال واذا قتل العبد مولاه عمدا فعليه القصاص لان العبد فى حكم الدم مبقى على الحرية والمولى من دمه كاجنبي آخر فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالمال فان كان له وليان فعفا أحدهما عنه بطل الدم كله وهو عندهما وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف على الذى عفا أن يدفع نصيبه الى الذى لم يعف أو يفديه بربع الدية لانه صار مشتركا بينهما بالارث نصفين وبعفو أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا عند العفو وعند العفو نصفه للعافى ونصفه للذى لم يعف ويجوز أن يستحق الذى لم يعف نصيب صاحبه بالجناية ولا يجوز أن يستحق نصيب نفسه فحين انقلب مالا كان نصف ذلك فى نصيبه فيهدر ونصفه فى نصيب صاحبه فيثبت ويخاطب بالدفع أو الفداء كما بينا فى المدبر وأم الولد اذا انقلب القصاص الذى عليهما مالا بعد موت المولى وهما يقولان العبد بعد الموت مبقى على حكم ملك الميت ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ولو انقلب نصيب الآخر مالا بعد عفو أحدهما كان ذلك للميت أيضا حتى يقضى منه ديونه فانما يكون هذا ايجاب المال للميت بالجناية فى ملكه وذلك لا يجوز كما لو قتل العبد مولاه خطأ فان هناك لا يجب شئ وان كان لو وجب انما يجب بعد الموت وبعد الموت الملك للوارث ولكن قيل هو كالباقى على ملك

الميت حكما لانه يبقى للوارث الملك الذى كان ثابتا للمورث أو الوارث قائم مقام المورث فكما لا يجوز ان يجب للمورث بسبب هذه الجناية مال على العبد لا يجوز ان يجب للوارث بخلاف المدبر وأم الولد فقد عتقا بالموت وصار الكسب لهما على الخلوص فلو أوجبنا المال عند تعذر استيفاء القصاص لا يكون ذلك واجبا للمالك فى حكم ملكه وانما يكون واجبا له على معتقه وذلك مستقيم ولو قتل المدبر مولاه عمدا وله وليان أحدهما ابن المدبر فعلى المدبر أن يسعى فى قيمتين قيمة لرد الوصية وقيمة بالجناية لان ابنه قد ورث بعض القصاص عليه فتعذر استيفاؤه وينقلب كله مالا وهو فى هذه الحالة حرا أو مكاتبا وقد بينا نظيره فى أم الولد ولو حفر المدبر بئرا فى الطريق فوقع فيها المولى فمات فلا شئ على المدبر لان هذا لا يكون أعلى مما اذا قتله خطأ وهناك لا يجب على المدبر بالجناية شئ فهاهنا لا يحرم الوصية لانه مسبب وكما لا يحرم المسبب الميراث فكذلك لا يحرم الوصية فلهذا أعتق من الثلث قال واذا قتل المدبر رجلا وقيمته ألف درهم ثم فقأ رجل عين المدبر يغرم خمسمائة درهم ثم قتل المدبر رجلا آخر فان الخمسمائة ارش العين للمولى لا حق لاولياء الجناية فيه لان الجناية لم تتعلق برقبته وعلى المولى ألف درهم قيمته يوم جنى على الاول خمسمائة منها للاول خاصة لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته يوم جنى على وليه وقد كانت قيمته خمسمائة فلهذا أسلمت الخمسمائة للاول والخمسمائة الباقية يضرب فيها الثانى بالدية والاول بالدية الا الخمسمائة لانه قد استوفى ذلك ولو كان الباقى عبدا فدفع به كان للمولى أيضا لان حق ولى الجناية انما يثبت فى رقبته فلا يثبت فيما يكون بدل جزء منه (ألا ترى) ان المولى لو لم يأخذ العبد فى الجناية أصلا أو أخذه وباعه أو وهبه لم يضمن لاصحاب الجناية بذلك شيأ وكان عليه قيمة المدبر صحيحا ولو استهلك المدبر لرجل ألف درهم فاعتقه مولاه لم يضمن لصاحب الدين شيأ لان حق صاحب الدين فى كسبه وسعايته ولم يتعين ذلك باعتاقه اياه فى ابائه ولو لم يعتقه ولكن رجلا قتل المدبر فغرم قيمته وقد جنى المدبر ثم مات المولى ولا مال له غير ذلك فصاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية لان بدل رقبته بمنزلة كسبه فى وجوب صرفه الى الدين ولان دين نفسه مقدم على دين مولاه فى مالية رقبته وحق صاحب الجناية على مولاه فلهذا كان صاحب الدين أحق بالقيمة من صاحب الجناية سواء كان المولى حيا أو ميتا قال واذا قتل المدبر رجلين أحدهما عمدا والآخر خطأ فعليه القصاص وعلى المولى قيمته لاصحاب الخطأ فان عفا أحد ولي العمد فالقيمة بين الذى لم يعف

وبين ولى الخطأ يقسم علي طريق العول اثلاثا فى قول أبى حنيفة وفي قولهما على طريق المنازعة ارباعا وكذلك لو كان القاتل قنادفعه المولى وقد بينا نظير هـذه المسـئلة فى المأذون وجميعها واضدادها ونظيرها فى كتاب الدعوى فهما يقولان حق الذى لم يعف ثابت فى النصف دون النصف فيسلم لولى الخطأ النصف الذى هو حصة العافى لفراغ ذلك النصف عن حق الذى لم يعف والنصف الآخر حقهما فيه سواء فيكون بينهما نصفان وهذا بخلاف ما اذا قتل العبد أو المدبر رجـلا خطأ وفقأ عين آخر لان هناك حق صاحب العين ثابت فى الكل بدليل انه لو انفرد كان المولى مخاطبا بدفع جميع العبـد اليه أو الفداء وكذلك فى الدين يدفع اليه جميع القيمة الا أن يكون الارش أقل من ذلك وها هنا حق الذى لم يعف فى النصف دون النصف بدليل حالة الانفراد وأبو حنيفة يقول أصل كل واحد منهما فى الارش وحق ولى الخطأ عشرة آلاف وحق الذى لم يعف من ولي الدم خمسة آلاف وانما وجب قسم ألفين بينهما بسبب حق الدين فى الذمة فيضرب كل واحد منهما بحقه بمنزلة الغرماء فى التركة وبمنزلة صاحب النفس من صاحب العين وعلى هذا الخلاف لو قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فعلى المولي القيمة وقسمتها بينهما على الخلاف الذى بينا وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف رحمهما الله ان لولى القتيل نصف القيمة وللذى لم يعف من ولي العمد ربع القيمة ويسقط ربع القيمة عن المولى بعفو العافى وهو قول زفر وهو القياس وقد بينا الخلاف فيما اذا جنى العبد المغصوب عند الغاصب وعند مولاه ففى المدبر الحكم على ذلك التفصيل أيضا لان القيمة فى جناية المدبر بمنزلة الرقبة فى جناية القن يقول فان غصب رجل مدبرا فقتل عنده قتيلا واستهلك لرجل مالا ثم رده علي المولى فقتـل عنده رجلين خطأ فعلى المولى قيمته بين أصحاب الجنايات اثلاثا ثم يرجع المولى على الغاصب بثلث القيمة وهو ما استحقه ولى القتيل الاول بجنايته عند الغاصب فيدفع ذلك الى الاول ثم يرجع بثلث القيمة أيضا فيدفعه الى الاول حتى يسلم له قيمة تامة كما استحقه ثم يرجع بمثله على الغاصب فيدفع نصفه الي الثانى لان حق الثانى ثبت فى نصف القيمة وقد سلم له الثلث فيدفع اليه نصف الثلث ولا يرجع به علي الغاصب لان هـذا استحق بجنايته عند المولي وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بثلث القيمة فيسلم له ويسعى المدبر لصاحب الدين فى دينه فاذا قضاه يرجع المولى بالاقل من قيمتـه ومن الدين علي الغاصب لانه انمـا قضى الدين من كسب مملوك للمولي

وكان استحقاق ذلك كان منه عند الغاصب فيرجع المولى به على الغاصب الا أن تكون قيمته أقل من ذلك فحينئذ لا يرجع الا بقدر القيمة لان الغاصب انما يصير ضامنا باعتبار ان الرد لم يسلم فيجعل كالهالك فى يده قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ ثم غصبه رجل فقتل عنده رجلا عمدا ثم رده الى المولى فانه يقتل قصاصا وعلى المولى قيمته لصاحب الخطأ بالجناية التى كانت منه عند المولي ويرجع علي الغاصب بقيمته لانه قتل بجناية كانت منه عند الغاصب فلم يسلم الرد للمولى فان عفا أحد ولي العمد كانت القيمة بينهم ارباعا فى قول أبي يوسف ومحمد واثلاثا فى قول أبى حنيفة ثم يرجع على الغاصب بما أخذه صاحب العمد منه لان ذلك القدر استحق بجنايته عند الغاصب ثم يدفع ذلك الى صاحب الخطأ لان حقه كان يثبت فى جميع القيمة فلا يسلم للمولى شيء من قيمته مالم يصل اليه كمال حقه ولو قتل عند الغاصب أولا رجلا عمدا ثم رده الي المولى فقتل عنده رجلا خطأ بعد ما عفا أحد ولي الدم فعلى المولى قيمته كما بينا ثم يرجع على الغاصب بما أخذه الذى لم يعف من ولي العمد فيدفعه الى صاحب العمد الذى لم يعف الى تمام نصف القيمة لان حقه لما ثبت فى نصف القيمة فعليه أن يدفع اليه ما يأخذه من قيمته حتى يصل اليه كمال حقه فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ثم يرجع بمثله على الغاصب لان قبضه ينتقض فيما يستحق من يده بجنايته عند المولي أو عند الغاصب واذا غصب رجل مدبرا فأقر عنده بقتل رجل عمدا وزعم ان ذلك كان عند المولى أو عند الغاصب فهو سواء واذا قتل بذلك بعد الرد فعلي الغاصب قيمته لانه مصدق فى الاقرار غير مصدق فى الاسناد وانما استحق نفسه بسبب كان منه عند الغاصب وهو الاقرار فيظهر به ان الرد لم يسلم للمولى ولو عفا أحد الوليين فلا شيء للآخر لان الآخر لو استحق المال انما يستحقه باقراره واقرار المدبر والقن فى الجناية التى توجب الارش باطل لان ذلك اقرار منه على مولاه ولو كان أقر عند الغاصب بسرقة أو ارتد عن الاسلام ثم انه رده فقتل فى الردة فعلى الغاصب قيمته أو قطع فى السرقة فعلى الغاصب نصف قيمته لان استحقاق ذلك باقرار كان منه عند الغاصب بمنزلة استحقاقه بمباشرة سببه عند الغاصب قال وقياس هذا عندى البيع لو باع عبدا مرتدا فقتل عند المشترى يرجع بجميع الثمن وكذلك لو باعه وقد أقر بقتل عمدا فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد فى البيع خاصة يقوم مرتدا أو غير مرتد وسارقا أو غير سارق فيرجع بحصة ذلك من الثمن وقد بينا الفرق لهما بين الغصب والبيع فى كتاب البيوع ولو قتل المدبر عند

الغاصب رجلا خطأ أو أفسد متاعا ثم قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته لصاحب الدين لان بدل رقبته اذا قتل بمنزلة كسبه وعلى المولى قيمته لولى القتيل بسبب جنايته ويرجع بذلك كله على الغاصب لان استحقاق كل واحدة من الجنايتين بسبب كان منه عند الغاصب قال ولو غصب عبدا أو مدبرا فاستهلك عنده مالا ثم رده على المولى فمات عنده فلا شئ لاصحاب الدين لفوات محل حقهم من ذلك الكسب أو مالية الرقبة ولا للمولى على الغاصب لان الرد قد سلم للمولى حين لم يستحق من يده بسبب كان عند الغاصب وانما هلك بسبب حادث عنده ولو مات عند الغاصب قبل أن يرده فعلى الغاصب قيمته لانه تعذر عليه رد عينه فاذا أخذها المولى دفعها الى الغرماء لانه فات وأخلف بدلا ثم يرجع المولى على الغاصب بمثل ذلك لاستحقاق المقبوض من يده بسبب كان منه عند الغاصب ولو كان قتل عند المولى خطأ فقيمته لاصحاب الدين على عاقلة القاتل يقبضها المولى ويدفعها اليهم ثم يرجع بها على الغاصب لانها استحقت من يده بسبب كان من المدبر فى ضمان الغاصب ولو استهلك المدبر مالا عند المولى ثم غصبه رجل فحفر عنده بئرا فى الطريق ثم رده الى المولى فقتله رجل خطأ فغرم قيمته للمولى وأخذها أصحاب الدين ثم وقع فى البئر دابة فعطبت شارك صاحبها أصحاب الدين الذين أخذوا القيمة فى تلك القيمة بالحصة لان عند وقوع الدابة فيها صار متلفا لها بالحفر السابق وصارت قيمتها دينا فى ذمته بمنزلة الدين الآخر فتكون قيمة نفسه بين غرمائه بالحصص ثم يرجع المولى بذلك على الغاصب فيدفعه الى صاحب الدين الاول لان حقه كان ثابتا فى جميع القيمة فان وقع فى البئر انسان آخر فمات فعلى المولى قيمة المدبر لانه صار جانيا عليه بالحفر السابق وجناية المدبر على النفوس توجب القيمة على المولى سواء كان بطريق السبب أو المباشرة ثم يرجع بها على المولى ثم يرجع بها على الغاصب لان هذه القيمة لزمته لسبب كان فى ضمان الغاصب والله أعلم

باب جناية المدبر بين اثنين

قال رحمه الله واذا كان المدبر بين رجلين فقتل أحد موليه ورجلا خطأ بدئ بالرجل قبل المولى فعلى المولى الباقى نصف قيمته وفى مال المقتول نصف قيمته ثم يكون لولى المقتول ربع القيمة وللآخر ثلاثة أرباعها وهذا ظاهر عندهما وكذلك عند أبى حنيفة لان مولى القتيل

لاحق له فيما ضمن فان جناية المدبر على مولاه خطأ هدر فكذلك النصف من القيمة يسلم لولى الاجنبي ولصاحبه فى النصف الآخر فيضرب هو فيه بخمسة آلاف والآخر بخمسة الاف فكان ذلك النصف بينهما نصفان وعلى المدبر أن يسعى فى قيمته نصفها لورثة المقتول لانه قاتل ولا وصية له ونصفها للمولى الحى لانه لما عتق بسبب المقتول كان حق المولى الحى باستسعائه فى نصف قيمته ولو كان قتل المولى عمدا والمسئلة بحالها فعلى المولى الباقى وفى مال المقتول قيمته تامة لولى الخطأ لان حق ولى العمد فى القود فلا مزاحمة له مع ولي الخطأ فى القيمة ويسعى المدبر فى قيمته بين الموليين لما قلنا ويقتل بالعمد فان عفا أحد ولي العمد سعى المدبر للذى لم يعف فى نصف قيمته لانه حين انقلب نصيب الآخر مالا كان بمنزلة المكاتب والحر فانما يجب له نصف القيمة عليه فيستسعيه فى ذلك ولا مزاحمة له فى ولى الخطأ فى القيمة الاولى قال واذا قتل المدبر رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل أحد مولييه خطأ فعلى المولي الباقى نصف قيمته فيكون نصف ذلك النصف لولي القتيل والنصف الباقى من ذلك النصف بينه وبين الذى لم يعف من أصحاب العمد نصفين وفى مال القتيل ربع قيمة المدبر للذى لم يعف لان نصيب الذي لم يعف انقلب مالا وذلك نصف القيمة على الموليين فلهذا كان فى مال الميت ربع القيمة للذى لم يعف وقد وجب للمولى الحى نصف قيمته بالجنايتين الا أنه لاحق للذى لم يعف فى نصف ذلك النصف فيسلم لولى مولى القتيل وحقهما فى النصف سواء فكان بينهما نصفين ويسعى المدبر فى قيمته تامة للحى ولورثة الميت لما قلنا قال واذا قتل المدبر مولييه معا خطأ سعى فى قيمتهما لورثتهما لرد الوصية ولا شئ لواحد منهما على صاحبه لان جنايته على كل واحد منهما فى نصفه هدر وفى نصف صاحبه موجب بنصف القيمة عليه ولكن نصف القيمة قصاص ولو غصب المدبر أحد مولييه فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده فقتل رجلا عمدا له وليان فعفا أحدهما فعليهما قيمة تامة لصاحب الخطأ ثلاثة أرباعها وللذى لم يعف من ولي الدم ربعها وهذا على نحو ما بينا ثم يرجع المولى للذى لم يعف على الغاصب بثلاثة أرباع نصف قيمة المدبر وهو مقدار ما غرم هو لولى الخطأ لانه انما غرم ذلك بجناية كانت عند المدبر فى حال كون الشريك غاصبا له ضامنا ثم يرد على صاحب الخطأ من ذلك من قيمة العبد لان صاحب الخطأ استحق عليه نصف قيمته فارغا وانما سلم له من جهته ثلاثة أرباع ذلك النصف وقد أخلف نصيبه عوضا فيرجع فى العوض بما بقي من حقه وذلك من الجميع وهو

ربع نصف القيمة ثم يرجع هو بذلك على الغاصب لانه استحق من يده بجناية كانت عند الغاصب قال واذا قطع رجل يد المدبر وقيمته ألف درهم فبرئ وزاد حتى صارت قيمته ألفين ثم فقأ عينه آخر ثم انتقض البرء فمات منهما والمدبر بين اثنين فعفا أحدهما عن اليد وما حدث منها وعفى الآخر عن العين وما حدث منها فللذى عفا عن اليد على صاحب العين سمائة وخمسون درهما على عاقلته ان كان خطأ وفى ماله ان كان عمدا وللذى عفا عن العين على صاحب اليد ثلثمائة واثنا عشر ونصف في ماله ان كان عمدا وعلى عاقلته ان كان خطأ لان القاطع قطع يده وقيمته ألف فكان عليه نصف قيمته خمسمائة ثم فقأ الاخر عينه وقيمته ألفان فكان عليه نصف قيمته ألف فلما مات منهما صار صاحب اليد ضامنا لمائة وخمسة وعشرين من قيمته مع الخمسمائة التى عليه لانه لا معتبر بالزيادة فى حقه فكان الفاقى فقء عينه وقيمته خمسمائة فصار به متلفا نصف ما بقى وانما الباقى مائتان وخمسون وقد تف بالجنايتين فنصفه وهو مائة وخمسة وعشرون تلف بفعل صاحبه فلهذا صار هو ضامنا سمائة وخمسة وعشرين ونصف ذلك للعافى فيسقط ونصفه للذى لم يعف وهو ثلثمائة واثنا عشر ونصف وأما العافى صار ضامنا بجنايته ألف وبسراية جنايته نصف ما بقى وذلك خمسمائة بين المولين نصفين وقد سقط حق أحدهما بالعفو إذ للذى لم يعف منهما عليه نصيبه سبعمائة وخمسون وام الولد فى حكم الجناية بمنزلة المدبر على ما ذكرنا قال ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا ولا ولد لها فعفا أحد ابنى المولي عنها سعت للآخر فى نصف قيمتها لانها حرة حين انقلب نصيب الآخر مالا الا ان اصل الجناية كان منها فى حالة الرق فعليها نصف القيمة للآخر وكذلك عبد قتل رجلا عمدا فاعتقه المولى ثم عفا أحد وليي الدم وهذا لان المولي بالاعتاق لا يصير ضامنا شيئا لان حقهما كان فى القصاص ولا يختلف ذلك بالرق والحرية قال واذا كاتب الرجل أم ولده أو مدبره ثم قتلت مولاها خطأ سعت فى قيمتها من قبل الجناية لانها جنت وهى مكاتبة وجناية المكاتبة علي مولاها كجنايتها على غيره لا موجب جنايتها فى كسبها وهى أحق بكسبها ثم قد بطلت عنها الكتابة لانها عتقت بموت المولي فان عتق أم الولد ليس بوصية فلا يمتنع بسبب القتل قال (ألا ترى) أنها لو استقرضت منه مالا ثم مات المولى بطلت عنها الكتابة ولزمها الدين وانما استشهد بهذا لسبب انه وان ألزمها القيمة بسبب الجناية فان ذلك دين عليها كسائر الديون فلا يمتنع بطلان الكتابة عنها بسبب العتق وأما المدبرة فعليها أن تسعى فى قيمتها من قبل الجناية وتسعى

فى قيمة أخرى لرد الوصية فان كانت مكاتبتها أقل من قيمتها سعت فى مكاتبتها بمنزلة ما لو كانت مدبرته ثم مات وعليه دين يحيط بماله فانها تسعى فى الاقل من مكاتبتها ومن قيمتها لان حق المولى فى الاقل واذا أسلمت أم ولد النصرانى فاستسعاها فى قيمتها فقتلته خطأ وهى تسعى فعليها قيمتها من قبل الجناية لانها بمنزلة المكاتبة ويبطل عنها سراية الرق ولانها عتقت بموت المولى فان كان القتل عمدا فعليها القصاص وان كان لها منه ولد صغير فلا شئ لولدها من ذلك لان الولد مسلم مع أبيه والمسلم لا يرث الكافر ولهذا كان عليها القصاص لورثة الاب واذا قتلت أم الولد مولاها عمدا وهى حبلى منه ولا ولد لها فلا قصاص عليها من قبل أن ما فى بطنها من جملة ورثته ومن قبل أن الحبلى لا تقتل بالقصاص حتى تضع فان ولدته حيا وجبت القيمة عليها لجميع الورثة لان جزأ من القصاص صار ميراثا لولدها وان ولدته ميتا كان عليها القصاص لورثة الاب لان الذى ينفصل ميتا ليس من جملة الورثة فان ضرب انسان بطنها والقته ميتا ففيه غرة لان الجنين الذي في بطنها كان حرا والواجب فى الجنين الحر الغرة ولها ميراثها من تلك الغرة لانها عتقت بموت المولى فهى وارثة حين وجبت الغرة بالضربة وتقتل هى بالمولى لان الجنين انفصل ميتا فلا تكون من جملة الورثة سواء كان انفصاله بالضربة أو بغير الضربة وايجاب الغرة لا يكون حكما بكون الجنين حيا فى ذلك الوقت فان وجوبها بسبب قطع السر ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى ثم نصيبها من الغرة ميراث لبنى مولاها لانهم عتقاء ولا يحرمون الميراث لانهم قتلوها بحق والله أعلم

باب جناية المكاتب فى الخطا

(قال رحمه الله) واذا قتل المكاتب رجلا خطأ وله وارثان فقضى عليه القاضى لاحدهما بنصف القيمة ولم يقض للآخر بشئ ثم قتل الآخر فجاء الآخر فخاصم الى القاضى وهو مكاتب بعد وفائه فانه يقضى له بثلاثة أرباع القيمة لان النصف المقضى فيه للاول قد فرغ من الجناية الاولى فيتعلق به حق الآخر فيقضى له عليه بنصف القيمة لذلك والنصف الباقى يقضى له بنصفه لانه اجتمع فيه حقه وحق الذى لم يقض له من ولى الجناية الاولى فان عجز المكاتب وجاء الاوسط فانه يدفع اليه ربع العبد أو يفديه مولاه بنصف الدية لان حقه فى نصف الدية والجناية فى حقه باقية فى ربع الرقبة لانعدام المحول الى القيمة وهو قضاء القاضى فلهذا

يدفع اليه ربع العبد بعد العجز ويفديه مولاه بنصف الدية قال فلو قتل المكاتب رجلا خطأ ثم أعورّ ثم قتل آخر فعليه قيمته صحيحا للاول نصفها لان حق الثانى انما يثبت فى قيمته عند الجناية عليه وهو أعور فى هذه الحالة فلهذا كان نصف قيمته صحيحا للاول خاصة والنصف الآخر يضرب فيه الاول بالدية الا ما أخذ والآخر بكمال الدية فيكون بينهما على ذلك وكذلك لو فقأ عينه انسان أو نقصت قيمته من سعرا أو عيب لان المعتبر فى حق كل واحد منهما قيمته حين جنى عليه قال ولو قتل رجلا خطأ وحفر بئرا في الطريق فوقع فيها انسان فمات أو أحدث فى الطريق شيأ فقضى عليه بالقيمة للذى وقع فى البئر ولولى القتيل وسعى فيها بينهما ثم عطب مما أحدث فى الطريق انسان فمات فانه يشاركهم فى تلك القيمة للذي وقع فى البئر ولولى القتيل وسعى فيها لانه أحدثه فى الطريق قبل أن يقضي عليه بالقيمة وانما صار جانيا بذلك التسبب وجنايات التسبب والمباشرة لا تلزمه الا قيمة واحدة ما لم يقض عليه بها وكذلك لو وقع فى البئر انسان آخر فمات ولو حفر بئرا أخرى فى الطريق بعد ما قضي عليه بالقيمة فوقع فيها انسان فمات قضى القاضى بقيمة أخرى لان جنايته بالتسبيب ابتداء بعد القضاء بالقيمة فى الجناية الاولى بمنزلة جنايته بالمباشرة فيلزمه باعتبارها قيمة أخري لان الرقبة قد فرغت من قبل قضاء القاضى بالقيمة فيشغل بالجناية المبتدأة بعد ذلك فيلزمه القيمة لاجلها ولو وقع فى البئر الاول فرس فعطب كان عليه قيمته دينا يسعى فيه بالغا ما بلغ ولا يشاركه أهل الجناية ولا يشاركونه لان الواجب لصاحب الفرس ضمان مال وقد بينا أنه لا مشاركة بين ضمان المال وضمان النفس ولا مشابهة بينهما فى الحكم (ألا ترى) أنه لو قتل انسانا خطأ فاستهلك مالا قضى عليه بالقيمة فى القتل وبالمال بالغا ما بلغ وكل من يكاتب على المكاتب فهو فى حكم الجناية بمنزلة المكاتب فيما يلزمه من السعاية وكذلك أم ولده التى ولدت منه فى المكاتبة لان دفعها بالجناية متعذر بسبب الكتابة فهى بمنزلة المكاتبة فيما يلزمها بالجناية ولو جنى عبده خوطب المكاتب فيه بالدفع أو الفداء وهو بمنزلة الحر فالتدبير فى كسبه ولهذا لو كان القتل من العبد عمدا فصالح المكاتب علي مال جاز صلحه لانه قصد به تخليص ملكه قال واذا أقر المكاتب بقتل عمدا ثم انه عفا أحد الوليين عنه قضى عليه بنصف القيمة للآخر فان عجز قبل أن يؤدى بطل ذلك عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد اذا قضى عليه قبل أن يعجز صار دينا عليه يباع فيه وكذلك لو قتل المكاتب رجلا عمدا ثم صالح عن نفسه

على مال فهو جائز ويلزمه المال مالم يعجز فاذا عجز قبل أداء المال بطل عنه المال فى قول أبى حنيفة وفى قول أبي يوسف و محمد هو لازم يباع فيه لان هذا دين لزمه فى حال الكتابة فيكون بمنزلة سائر ديونه يباع فيه بعد العجز الا أن يقضي المولى عنه وأبو حنيفة يقول لا تأثير لعقد الكتابة فى اطلاق الحجر عنه فى الجناية والصلح عن دم العمد فكان هو فى حق المولى بمنزلة العبد المحجور عليه الا أن فى حال قيامه بالكتابة المال انما يؤدى من كسبه وهو أحق بكسبه فكان اقراره معتبرا فى حقه وكذلك قبوله بسبب الصلح فاذا عجز صار الحق لمولاه واقراره فى حق المولي باطل وكذلك قبوله المال بالصلح عن دم العمد لانه ملتزم مالا لا بازاء مال وذلك غير صحيح فى حق المولى فلا يطالب بشئ منه ولا يباع فيه بخلاف سائر الديون فان ذلك لزمه بسبب صار هو بعقد الكتابة منفك الحجر فكذلك السبب فى حق المولي قال واذا قتل المكاتب رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما يسعى للآخر فى نصف القيمة فان وقع رجل فى بئر حفرها المكاتب فى الطريق قبل القتل فعليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر لانه قد غرم نصف القيمة وجناياته لا تلزمه الا قيمة واحدة فكان عليه نصف قيمة أخرى لصاحب البئر وشاول صاحب البئر صاحب القتيل فيأخذ منه نصف ما أخذ فى قول أبي يوسف ومحمد وفى قول أبي حنيفة قسمت القيمة بينهما اثلاثا كما بينا واذا قتل ابن المكاتب رجلا خطأ ثم ان المكاتب قتل ابنه وهو عبد وقتل آخر خطأ فعليه القيمة يضرب فيها أولياء القتيل الآخر بالدية وأولياء قتيل الابن بقيمة الابن لان الجنايتين اذا حصلتا من المكاتب قبل قضاء القاضي لا يلزمه الا قيمة واحدة وانما يضرب كل واحد منهما فى تلك القيمة بمقدار حقه وحق أولياء الحر فى الدية وحق أولياء قتيل الابن كان فى الدية ولكن بجناية الابن فأما بجناية المكاتب فلا حق لهم قبله الا فى قيمة الابن لان المكاتب ما جنى علي وليهم انما جنى على الابن الذى كان مستحقا لهم بجنايته فلهذا ضربوا فى قيمته بقيمة الدين قال واذا جنى المكاتب جناية ثم اختلف المكاتب وولى الجناية فى قيمة المكاتب وقد علم انها ازدادت أو نقصت فالقول فى القيمة قول المكاتب لانكاره الزيادة وعلى المولي اثبات الزيادة بالبينة وانما شرط العلم بأنها زادت أو نقصت لانه اذا لم يعلم ذلك ففى قول أبى يوسف الاول يحكم بقيمته فى الحال على قياس المدبر كما بينه فى أول الجنايات وكذلك لو فقئت عين المكاتب فقال المكاتب جنيت بعد ما فقئت عينى فالقول قوله لان المولي يدعي سبق تاريخ فى جنايته الى ما قبل فقء العين وهو منكر ولان

الولي يدعي ثبوت حقه في العين المفقوءة والمكاتب منكر لذلك والقول قول المنكر مع يمينه وعلى المولى اثبات مايدعيه بالبينة والله أعلم بالصواب

كتاب الجنايات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله) ورضي عنه وعن أسلافه اعلم بان الجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال أو نفس ولكن في لسان الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس والاطراف فانهم خصوا الفعل في المال باسم وهو الغصب والعرف غيره في سائر الاسامي ثم الجناية على النفوس نهايتها ما يكون عمدا محضا فانها من أعظم المحرمات بعد الاشراك بالله تعالى قال الله تعالى من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعا فقد جعل قتل نفس واحدة كتخريب العالم ان لو كان ذلك في وسع البشر وانما جعله كذلك لان الواحد يقوم مقام الجماعة في الدعاء الى الدين وفي الاعانة لكل من يستعان به فان التعاون بين الناس ظاهر فالذي يقتل الواحد يكون قاطعا لهذه المنفعة وأيد هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وقال عليه السلام سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لايمانه فظاهره يدل على عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنه لا يرى التوبة القاتل العمد ولم يؤخذ بقوله حتى روى ان رجلا سأله فقال ما تقول في من يقتل مؤمنا متعمدا فقال جزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما فقال الا من تاب وعمل صالحا ثم اهتدى فقال وأنى يكون له الهدى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يؤتى بقاتل العمد يوم القيامة عند عرش الرحمن والمقتول متعلق به ويقول يارب سل هذا فيم قتلني وفي ذلك نزل قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا وما نسخها شيء بعد نبيكم ولعظم الجناية في قتل العمد لم ير علماؤنا الكفارة على قاتل العمد لان الوعيد المنصوص عليه لا يرتفع بالكفارة والذنب فيه أعظم من أن ترفعه الكفارة ويستوى فيه ان كان عمدا يجب فيه القصاص أولا يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا والرجل اذا قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا عمدا والشافعي يوجب الكفارة باعتبار القتل ولكن لا يقول انما يلحقه من المأثم يرتفع بالكفارة وكيف يقول ذلك والوعيد منصوص عنده عليه واستدل لايجاب الكفارة

بالقتل بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة والمراد ايجاب الكفارة بالقتل لا بصفة الخطأ لانه عذر مسقط وربما يقول المراد بالخطأ ما يضاد الصواب قال الله تعالى ان قتلهم كان خطأ كبيرا أى ضد الصواب ويقال فلان أخطأ فى مسئلة كذا اذا لم يصب والعمد ضد الصواب فتتناوله الاية والدليل عليه قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم الاية وانما يقتل المرء عدوه عمدا فعرفنا ان المراد ايجاب الكفارة بقتل العمد وفى حديث واثلة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلي الله عليه وسلم بصاحب لنا أوجب القتل بالنار فقال عليه السلام اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالي بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بقتل العمد والمعنى فيه انه قتل آدمى مضمون فيكون موجبا للكفارة كالخطأ وشبه العمد وهذا على أصله صحيح لان اثبات الكفارة بالقياس جائز والزيادة على النص بالقياس جائزة عنده وقياس المنصوص علي المنصوص مستقيم عنده وشيء من ذلك لا يجوز عندنا صحيح علينا نفصل الخطأ علي طريق الاستدلال وهو أن الكفارة انما وجبت على الخاطئ لانه نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم ممن كان يحضر الجمعة والجماعات فعليه اقامة نفس مقامها وليس فى وسعه ذلك بطريق الاحياء فالزمه الشرع ذلك بطريق التحرير لان الحرية حياة والرق تلف في حق أحكام الدنيا وفى هذا المعنى العامد والمخطئ سواء وحجتنا فى ذلك قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع أجزائه ولو أوجبنا عليه الكفارة لكان المذكور بعض جزئه فيكون نسخا لهذا الحكم ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور فى الآية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء لرده وتبين بهذه الآية ان المراد بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ الخطأ الذى هو ضد القصد لانه عطف عليه العمد ولا يعطف الشيء على نفسه ولانه قابله بالعمد ومتى قوبل الخطأ بالعمد فالمراد ما يضاد القصد قال الله تعالي وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولانه استثنى الخطأ من التحريم بقوله الا خطأ والاستثناء من التحريم أباحة فلو حمل هذا على ضد الصواب أدى الى أن يكون القتل الصواب هو المحرم وهذا محال فعرفنا أن المراد الخطأ الذى هو ضد القصد فان أصل ذلك الفعل غير محرم لكونه رمى الى قصد الصيد أو الحربى لكنه باتصاله بالمحل المحترم يصير محرما ولكن لا يلحقه اثم نفس الفعل لكونه موضوعا عنه كما قال تعالى ولا جناح عليكم فيما أخطأتم به وانما يلحقه به نوع مأثم بسبب ترك التحرز والكفارة

تلزمه لمحو ذلك الاثم والاثم فى حق قاتل العمد ليس من ذلك الجنس حتى تمحوه الكفارة
ثم ان الله تعالى ذكر أنواع قتل الخطأ ما يكون منه بين المسلمين وما يكون فى دار الحرب
لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم أى فى قوم عدو لكم وما يكون فى حق أهل الذمة
لقوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ونص على ايجاب الكفارة فى كل نوع ففيه أشاره
الا أنه لا مدخل للقياس فيه اذ لو كان للقياس مدخل لنص علي الكفارة فى نوع من الخطأ
ليقاس عليه سائر الانواع وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ومن جملتها قتل
نفس بغير حق والمشهور من حديث واثلة أتينا رسول الله صلي الله عليه وسلم بصاحب لنا قد
أوجب النار فيحتمل أن ذلك بسبب آخر غير القتل ولان صح قوله بالقتل فهو محمول على
القتل بالحجر والعصا الكبير ثم مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم التطوع بالاعتاق عنه
(ألا ترى) أنه خاطب به غير القاتل والكفارة لا تجب على غير القاتل والمعنى فيه أن هذا
محظور محض فلا يكون سببا لايجاب الكفارة كالزنا والسرقة وتفسير الوصف انه حرام
ليس فيه شبهة الاباحة وتأثيره أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فسببهما ما يكون دائرا
بين الحظر والاباحة فكما أن المباح المحض وهو القتل بحق لا يصلح سببا للكفارة فكذلك
المحظور المحض وانما السبب القتل الخطأ لانه باعتبار أصل الفعل مباح وباعتبار المحل الذى
أصابه محظور فكان جائزا وشبه العمد كذلك فان القصد به التأديب والتأديب مباح
والقتل بالحجر الكبير عند أبى حنيفة ليس بمحظور محض أيضا من حيث أن الالة باعتبار
جنسها ليس بآلة القتل فتتمكن فيه الشبهة ولهذا لم يجعله موجبا للقود ولا يدخل علي هذا
قتل الاب ابنه عمدا فانه محظور محض وانما لم يكن موجبا للقصاص لانعدام الاهلية فيمن
يجب عليه وكذلك قتل المسلم الذي لم يهاجر الينا محظور محض وانما لا يكون موجبا للضمان
لانعدام الاحراز بالدار وبه لا تخرج الفعل من أن يكون محظورا محضا وكذلك المسلم يقتل
المستأمن عمدا فان الفعل محظور محض وانما لم يجب القصاص به لانعدام تمام الاحراز ثم قد
بينا أنه لا مدخل للقياس فى هذه المسئلة عندنا من الوجوه الذي بيناها وكلامه على طريق
الاستدلال ممنوع فان الكفارة وجبت عندنا بطريق الشكر لان الشرع لما عذره بالخطأ
وسلم له نفسه فلم يلزمه القصاص مع تحقق الفعل منه كان عليه أن يقيم نفسا مقام نفسه شكرا
لله تعالى وذلك فى أن يحرر شبحا ليتفرغ لعبادة الله تعالى فاذا عجز عن ذلك شغل نفسه بعبادة

الله فصام شهرين متتابعين وهذا المعنى لا يوجب فى حق العامد فان الشرع ألزمه القصاص وما سلم له نفسه والدليل على أن المعنى ليس ما قلتم انه لو قتل مستأمنا أو ذميا خطأ يلزمه الكفارة أيضا وما نقص بفعله من عدد المسلمين أحدهم يوضحه ان فى نفس المقتول حرمتان والمال فى الخطأ وجب باعتبار حرمة صاحب النفس فقط فتجب الكفارة باعتبار حرمة حق الله تعالى فاما فى العمد الواجب هو العقوبة ولا تجب العقوبة الا باعتبار الحرمتين جميعا لان الفعل ما لم يكن موجبا للعقوبة انما يكون حراما لعينه لمجموع الحرمتين فلا يمكن اثبات الكفارة مع ذلك فى أحكام الدنيا اذا عرفنا هذا فنقول جناية القتل أنواع ثلاثة عمد وخطأ وشبه عمد وقد يكون ذلك من الاحرار وقد يكون من المماليك وكذلك يكون على الاحرار تارة وعلى المماليك تارة وقد ذكرنا فى كتاب الديات عامة أحكام هذه الانواع الا انه ذكر فى هذا الكتاب بعض ما لم يذكر هناك من الاحكام وفرع علي بعض ماذكرنا من الاصول هناك فبدأ الكتاب بجناية المدبر وروى عن معاذ بن جبل ان أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما جعل جناية المدبر على سيده وعن عمر بن عبد العزيز انه جعل جناية المدبر على مولاه وعن ابراهيم وعن عامر رضى الله عنهما قالا جناية المدبر على مولاه والمراد به ما يكون موجبا للمال من جنايته كالخطأ والعمد فيما دون النفس فأما مايكون موجبا للقصاص فعلى الجانى خاصة ليس على المولي منه شئ والمراد بايجاب القيمة علي المولى بجناية المدبر لا بايجاب الدية على المدبر لان المدبر مملوك والمستحق بجناية المملوك نفسه يدفع بها الا أنه بالتدبير السابق منع دفعه على وجه لم يصر مختارا الانه ما كان يعلم انه يجنى ولو منعه بالتدبير بعد الجناية على وجه لم يصر مختارا بان لم يكن عالما بالجناية كان عليه قيمته فكذلك ان منعه بتدبير قبل الجناية وهذه القيمة فى مال المولي لا تعقله العاقلة لان وجوبها بجناية مملوكه ووصلة الملك بين المملوك والمالك وهذه القيمة فى ذمة المولي لا في ذمة المدبر لان جناية القن لا تتعلق بذمته فكذلك جناية المدبر وعند كثرة قيمة المدبر لا يجب علي المولى أكثر من عشرة آلاف الا عشرة لان قيمته بعد الجناية عليه لا تزيد على هذا المقدار فكذلك قيمته عند الجناية منه ويستوى جنايته على النفس وما دونها لان فيما دون النفس الواجب على المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه لو كان ما كان الواجب دفعه أو فداه بارش الجناية فالقيمة هنا بمنزلة الدفع هناك الا أن التخيير بين القليل والكثير فى الجنسين مستقيم وفى جنس واحد لا يستقيم عليه لخلوه عن

الفائدة فأوجبنا الاول لهذا فان مات المدبر بعد الجناية فعلى المولى قيمته فى ماله لان جنايته ماتعلقت بنفسه ولا بذمته وانما أوجبت القيمة دينا علي المولى فبقاء المدبر وموته فى ذلك سواء وان اختلفوا فى مقدار قيمته بعد موته فالقول قول المولى لانكاره الزيادة وعلى ولي الجناية اثبات مايدعيه بالبينة واذا اختلفوا فى قيمته وقت جنايته وهو حي وقيمته ألف فقال المولى لم تزل هذه قيمته منذ حنى وقال المولى كانت قيمته يوم الجناية أقل من هذه ولا يعلم متى كانت الجناية لم يصدق واحد منهما وأخذ بالقيمة على ما وجد عليه اليوم على قول أبي يوسف الاول وقال محمد اذا أقر المجنى عليه ان الجناية وقعت قبل اليوم فى وقت لا يدرى كم كانت قيمته فيه فالقول قول السيد وهو قول أبي يوسف الآخر ولو لم يعلم وقت الجناية عليه تجب قيمته للحال اضافة للحادث الي أقرب الاوقات ولو علم وقت الجناية وعلم انها كانت سابقة فعلى قول أبي يوسف الاول يحكم بقيمته فى الحال ولا يصدق المولى في النقصان ولا فى قيمته وفى قوله الآخر وهو قول محمد اذا أقر المجنى عليه ان الجناية كانت قبل اليوم فى وقت لا يدرى كم كانت قيمته يومئذ فالقول قول المولي وجه قوله الاول ان قيمته للحال معلوم وفيما مضى مسببه فيرد المسبب الي المعلوم ويجعل فى الحال شاهدا علي مامضي باعتبار الظاهر فيكون القول قول من شهد له الظاهر كما اذا اختلف رب الماء مع المستأجر فى انقطاع الماء فى المدة فانه يحكم الحال فيه (ألا ترى) انه لو كان عجل الدفع كان مدفوعا بالجناية فى الحال فكذلك اذا لم يكن عجل الدفع كان الواجب علي المولى قيمته فى الحال الا أن يعلم ان قيمته وقت الجناية كانت دون هذا وجه قوله الآخر ان جنايته لا تتعلق برقبته وانما يقوّم فى الحال ليتبين به حكم متعلق برقبته ولكن موجب جنايته قيمته فى ذمة المولي وقت الجناية وقيمته فى الحال لا يكون دليلا على قيمته وقت الجناية اذ القيمة تزداد تارة وتنقص الاخرى فان بقي بينهم الدعوى والانكار فالمولى يدعى الزيادة فيما هو دين له فى ذمة المولى والمولى ينكر ذلك فكان القول قول المولى كما فى سائر الدعاوى ثم ذكر فى الاصل فى الدعاوى الجناية علي طرف العبد وقد بينا هذا فى الزيادات فزاد ها هنا رواية عن أبي يوسف اذا قطع يد عبد كثير القيمة فصالح على عشرة آلاف فانى أردمن الصلح أحدعشر درهما وقال محمد لا يزاد بدل يد العبد على خمسة آلاف الا خمسة وكان أبو يوسف يقول لما تعذر بدل نفسه بعشرة آلاف الا عشرة فلا بد من أن ينقص بدل طرفه عن بدل نفسه ولا نص فى مقدار هذا النقصان فقدره بدرهم واحد اعتبارا

للآدمي ومحمد جعل بدل طرفه النصف من بدل نفسه كما في الحر وسوى هذا رواية عن محمد
ان الواجب في بدل طرف المملوك نقصان القيمة فقط وهو رواية عن أبي يوسف أيضا
وعلى قول أبي حنيفة بدل طرف المملوك يتقدر بنصف بدل نفسه اذا لم يتجاوز الدية الاان
في رواية الحسن عن أبي حنيفة عم جميع الاطراف في ذلك وفي رواية أبي يوسف عن أبي
حنيفة استثنى الاذن والشعر كالحاجب وشعر الرأس واللحية فقال أستقبح اعتبار المملوك
بالحر في هذا وأوجب نقصان القيمة وجه قول محمد ان طرف المملوك في حكم المال بدليل انه
لا يجري فيه القصاص بحال ويتحمله العاقلة بالجناية عليه بمنزلة الجناية على سائر الاموال في أنها
توجب نقصان المالية بدلا مقدرا وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الاطراف تابعة
للنفس المملوك والحر في ذلك سواء فكما أن موجب الجناية علي طرف الحر نصف بدل نفسه
فكذلك موجب الجناية على طرف العبد وجه رواية أبي يوسف ان البدل المقدر في الحر تارة
يجب لتفويت الزينة وتارة يجب لتفويت المنفعة ومعنى الزينة في المملوك غير المطلوب وانما المطلوب
المنفعة ففي كل طرف يجب بدله باعتبار تفويت المنفعة كان العبد فيه كالحر وفي كل ما يجب
في الحر باعتبار تفويت الزينة والجمال كالشعر وقطع الاذن المملوك فيه لا يلحق بالحر ولكن
يلحق بالمال فيجب النقصان وهذا لان المملوك يشبه الحر من وجه والمال من وجه والسبيل
فيما يردد بين أصلين أن يوفر عليه حظهما واذا حفر المدبر بئرا في الطريق فوقع فيها رجل فمات
فعلى المولي قيمته لانه بالحفر السابق جان على من وقع في البئر بطريق التسبب فان دفع المولى
قيمته الي وليه بقضاء قاض فوهب الولى نصف القيمة للمولي ثم وقع فيها آخر قال يدفع الولى
النصف الذى في يده كله الى الآخر لانه تبين أن القيمة المقبوضة كانت مشتركة بينهما نصفين
فهبة المولى النصف ينصرف الى نصيبه خاصة دون نصيب شريكه فما بقي في يده كله نصيب
شريكه ولانه صار مستهلكا كالقائم من القيمة اذ لا فرق بين أن يهب ذلك من المولى وبين أن
يهب من أجنبي آخر وما استهلكه كالقائم في يده حكما فعليه أن يدفع نصف قيمته الى شريكه
فان وقع فيها ثالث وقد غرم الواهب نصف القيمة للثانى بأمر القاضى فعلى الواهب لولي
الثالث سدس القيمة لانه تبين أن القيمة الواجبة كانت بينهم اثلاثا وان حق الثالث في ثلث
القيمة الا ان نصف ذلك في النصف الذى هو في يد الثانى ولا ضمان على الاول فيه لانه دفعه
بقضاء قاض فيرجع به على الثانى ويأخذ منه ثلث ما في يده ونصف حقه وهو سدس القيمة كان

في النصف الذي وهبه الاول وهو مستهلك لذلك فلهذا يغرم له سدس القيمة ولا سبيل له علي المولى لان المولى قد أدى ما عليه من القيمة وانما يملك الموهوب بتملك صحيح من الواهب ولا سبيل لاحد عليه وان حفر المدبر بئرا فى الطريق فوقع فيها رجل فمات ثم كاتب المولى المدبر ثم وقع فيها رجل آخر فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ولا شئ على المكاتب لانه انما صار جانيا بالحفر السابق وقد كانت تلك الجناية قبل الكتابة فلهذا لا يجب على المكاتب شئ (ألا ترى) أنه لو أعتقه مولاه أو أدى بدل الكتابة فعتق ثم وقع فيها رجل كان على المولي قيمته ولا شئ علي المعتق ولا على عاقلته وعلى هذا يعتبر قيمته يوم الحفر لانه صار جانيا بذلك الحفر (ألا ترى) ان عند الوقوع قد يكون المدبر ميتا ولا تتحقق الجناية من الميت وعلي هذا لو أعتقه المولى بعد الحفر ثم وقع المولى فى البئر فمات كان دمه هدرا لانه صار جانيا بالحفر وهو كان مملوكا للمولى عند ذلك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر وكذلك لو وقع فيها عبد للمولي عند ذلك والمولى وارثه أو ابنه أو بعض من لا يرثه الا المولى فدمه هدر لانه لو اعتبر كان موجبا للمولى على نفسه الا المكاتب فان علي المولى الاقل من قيمة المكاتب يوم وقع فيها ومن قيمة المدبر يوم حفر البئر يؤدى من ذلك مكاتبته ومابقي فهو ميراث لان المكاتب اذا ترك وفاء فهو في حكم الاجنبي عن المولي فتعتبر الجناية عليه فى ايجاب الاقل من قيمته يوم وقع فى البئر ومن قيمة المدبر يوم حفر ليؤدي منه المكاتبة فتحصل له الحرية ثم مابقي ميراث فان كان للمكاتب ولد حر فهو ميراث له والا فهو للمولى بالولاء ويستوى ان كان حفر المدبر البئر قبل أن يكاتب المولي هذا العبد أو بعده لان جنايته فيما اتصلت به حين وقع فى البئر وهو مكاتب فى هذه الحالة وان كان الواقع فيها ابن المولي وله وارث غير المولي فهو ضامن حصة من يرث معه من قيمة العبد ويسقط حصته بمنزلة دين آخر واجب للابن علي الاب ثم مات الابن فانه يسقط حصته من ذلك ويؤدى حصة الابن الآخر ولو حفر المدبر البئر ثم أعتقه المولى ثم مات المولي ثم وقع فى البئر انسان فمات كانت قيمة المدبر فى مال المولي لان الحفر كان جناية منه فى حال كونه مملوكا للمولى وكان موجبه القيمة علي المولي اذا اتصل الوقوع به فيكون هذا نظير ما لو حفر المولى بنفسه ثم وقع فيها دابة بعد موته فكما ان هناك قيمة الدابة تكون فى تركة المولي فيها هنا قيمة المدبر كذلك وان لم يترك المولى شيأ فلا شئ علي ورثته ولا على المعتق لما بينا ان موجب هذه

الجناية الدين فى ذمة المولى وليس على الوارث قضاء دين المورث من مال نفسه ولا على المعتق شئ من دين المعتق مدبر قتل دابة رجل وأحرق ثوب آخر فعليه السعاية فى قيمة ذلك كله لان جنايته على المال توجب الضمان دينا فى ذمته يقضى من كسبه وسعايته ولكن يصير بهذا مأذونا له فى التجارة حتى لا ينفذ سائر تصرفاته لان انفكاك الحجر منه يعتمد الرضا له من المولى به صريحا أو دلالة ولم يوجد وحاله ها هنا كحال العبد المحجور عليه يلزمه دين بالاستهلاك فلا يصير به مأذونا ولكنه لو اكتسب كسبا أو وهبت له هبة فذلك كله مصروف الى دينه فان قضى به دين أحدهما كان للاخر أن يشاركه فيه لان القاضى لما قضى لهما موجبا الدين فى ذمته فقد تعلق حقهما بكسبه فلا يملك تخصيص أحدهما بقضاء دينه وابطال حق الآخر بمنزلة العبد المحجور عليه يخص بعض غرمائه بقضاء الدين من كسبه وهناك حق الباقين حق المشاركة معه ولو ان رجلا أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره أو له مال غيره يخرج العبد من ثلثه ثم ان العبد قتل سيده خطأ فعليه أن يسعى فى قيمتين فى قول أبى حنيفة احداهما رد الوصية فان العتق فى المرض وصية ولا وصية للقاتل والاخرى لاجل الجناية لان المستسعى فى قيمة عبده مكاتب وجناية المكاتب على مولاه خطأ كجناية الاجنبي فيلزمه قيمته كذلك وعند أبى يوسف ومحمد عليه قيمة واحدة لرد الوصية والدية على عاقلته لان المستسعى عندهما حر عليه دين لجنايته خطأ تكون على عاقلته ولو أن عبدا جرح مولاه فاعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة فان كان المولى صاحب فراش سعى العبد فى قيمته لورثته وان كان المولى يجيء ويذهب فالعبد حر لا سبيل عليه لانه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والاعتاق منه بمنزلة الوصية ولا وصيه لقاتل واذا كان يذهب ويجئ فهو بمنزلة الصحيح ينفذ اعتاقه لا بطريق الوصية (ألا ترى) ان رجلا لو جرح رجلا جراحة وأقر له بدين وهو يجيء ويذهب جاز وان كان صاحب فراش لم يجز وحصل ذلك بمنزلة الوصية منه للقاتل ولو ان مدبرة قتلت مولاها خطأ وهى حبلى ثم ولدت بعد موته فلا سعاية على ولدها فى شئ من قيمته لانه وجب عليها السعاية فى قيمتها لرد الوصية فكانت كالمكاتبة عند أبى حنيفة والمكاتبة اذا ولدت ولدا فالولد يدخل فى كتابتها ويعتق بعتقها وليس عليه شئ من بدل الكتابة وعندهما هى حرة والولد ينفصل عنها حرا ولو جرحت مولاها ثم ولدت ثم مات المولى من تلك الجراحة فعليها السعاية فى قيمتها لرد الوصية ويعتق الولد من الثلث لان الولد انفصل عنها وهى مدبرة فان المولى حى حين ولدت وهى انما

تعتق بموت المولى وولد المدبرة مدبر ولم يوجد من الولد مايحرمه من الوصية فكان هـذا من الثلث مدبر تاجر عليه دين قتل مولاه خطأ فعليه أن يسعى فى قيمة رقبته لغرمائه وما بقى من الدين عليه على حاله أما وجوب السعاية عليه فى قيمة رقبته فلرد الوصية حين قتل مولاه ثم غرماؤه أحق بهذه القيمة من المولى لان المولى صار ضامنا لهم شيأ فان حقهم كان فى كسبه (ألا ترى) ان المولى لو أعتقه فى حياته لم يغرم لهم شيأ فكذلك اذا أعتق بموته ولكن هذه القيمة بدل ماليته وغرماؤه أحق بمكاتبته من مولاه (ألا ترى) انه لو قتل فى حياة مولاه كانت قيمته لغرمائه دون مولاه وأما وجوب ما بقى من الدين عليه فلان فى حال حياة المولى كان الدين واجبا بمعاملته فبقى بعد موت المولى على حاله وكذلك لو كان عبدا مأذونا عليه دين جرح مولاه ثم أعتقه المولى وهو صاحب فراش ثم مات من جراحه ولا مال له غيره لانه أعتقه وهو مريض فيكون ذلك بمنزلة الوصية ولا وصية لقاتل وان أعتقه وهو يجيء ويذهب فان كان ترك مالا فغرماء العبد بالخيار ان شاؤا أخذوا قيمة العبد من تركته لان المولى أتلف عليهم مالية رقبته بالاعتاق ويأخذون قيمته من تركته ويتبعون العبد ببقية دينهم وان شاؤا باعوا العبد بجميع دينهم لكن الدين واجب بمعاملته فى ذمته ولا سعاية على العبد لورثة المولى لان المولى أعتقه فى صحته مدبر ضرب مولاه ورجلا أجنبيا خطأ بدىء باحدهما قبل الآخر الا ان كان الاجنبي مات قبل المولى فلورثة الاجنبي قيمة المدبر فى مال المولى لانه صار قاتلا له وهو مـدبر فيجب قيمتـه دينا فى ذمة المولى ويستوفى من تركته بعد موته ويسعى المدبر فى قيمته لورثتـه لانه صار قاتلا لمولاه فصار محروما من الوصية فعليه رد قيمته للورثة لبطلان الوصية وكذلك لو مات المولى قبل الاجنبي لان المدبر انما صار قاتلا للاجنبي بالضربة وقد وجدت منه في حال حياة المولى فيكون موجبها القيمة على المولى (ألا ترى) ان مدبرا لو جرح رجلا ثم مات المولى بعد ذلك كانت القيمة فى مال المولى وكذلك ان لم يعلم انهما ماتا أولا لان قد علمنا ان الجناية من المدبر لان قيمته كانت دينا لهم على المولى وما يسعى فيه المدبر ملك المولى وحق غرمائه فى ملكه مقدم على حق ورثته وان كان لرجلين مدبران لكل واحـد منهما مدبر فقطع كل واحد منهما يد صاحبه فبرئا جميعا فان سيد كل واحـد منهما يضمن نصف قيمة مدبر صاحبه يوم جنى عليه مدبره الا أن يكون قيمة مدبره أقل من ذلك لان موجب جناية المـدبر الاقل من قيمته مدبرا ومن ارش الجناية فان ماتا جميعا ضمن كل واحد منهم قيمة مدبره الا أن يكون قيمة

مدبر صاحبه أقل فحينئذ يلزمه ذلك لان كل منهما صار قاتلا لصاحبه بفعل كان منه فى حياته فوته بعد ذلك لا يمنع وجوب القيمة على المولى وان مات أحدهما دون الاخر فعلى مولى الباقى الاقل من قيمة مدبره ومن قيمة المقتول وعلى مولى المقتول الاقل من قيمة الميت ومن نصف قيمة الحى لان ارش الجناية عليه هذا المقدار وان أعتقهما مولاهما بعد الجناية كان على كل واحد منهما الاقل من قيمة مدبره وارش جنايته على صاحبه الى يوم أعتق الآخر سيده ولا يضمن الفضل الذى حدث فى الجناية بعد العتق لان اعتاق المجنى عليه بمنزلة البرء فى انقطاع السراية به لمعنى يبدل المستحق وقد بيناه فى الديات مدبر بين رجلين أثلاثا جنا جناية فعليهما قيمته على قدر حصتهما فيه لان وجوب القيمة على المولي لمنعه دفع الرقبة بالتدبير السابق وانما منع كل واحد منهم بقدر ملكه فيلزمه من القيمة بقدر ذلك وكذلك لو كان أحدهما دبر نصيبه منه واختار الآخر تركه على حاله فى قول أبى حنيفة لان التدبير عنده يتجزأ الا أن الآخر لا يخاطب بالدفع أو الفداء فى نصيبه لان مدبر البعض لا يحتمل التمليك كمعتق البعض فتيعذر عليه دفع نصيبه كما يتعذر عليه نصيبه مدبر بين رجلين على أحدهما جناية فعلى الآخر نصف قيمته له لان قيمته نصيب المجنى عليه فما يكون موجبا للمال عليه هدر وجناية نصيب صاحبه عليه معتبرة (ألا ترى) أنه لو كان محل الدفع كان يخاطب صاحبه بدفع نصيبه اليه فكذلك يخاطب بدفع نصف القيمة اليه اذا كان نصيبه مدبرا فان أعطى ذلك بامر القاضى ثم جنى المدبر على أجنبي فعلي المولي المجنى عليه نصف قيمة المدبر للاجنبى لان الجناية الاولي لم تثبت فى نصيبه فكانه لم يوجد من نصيبه الا هذه الجناية على الاجنبي فيغرم نصف قيمته له فيكون النصف الباقى فيما أخذه المولي المجنى عليه من صاحبه يقتسمانه علي مقدار انصاف جنايتهما لانه اجتمع فى ذلك النصف جنايتان والمولى لا يغرم بجنايات المدبر وان كثرت الا قيمة واحدة وقد غرم قيمة نصيبه للمجنى عليه مرة فلا يغرم شيأ آخر ولكن ما غرم يكون مشتركا بينهما لان الاجنبي قد وصل اليه نصف حقه فان ما بقى نصف حقه والمولى المجنى عليه ما ثبت من الجناية عليه الا نصفه فكان هذا النصف بينهما نصفان فان جنى المدبر بعد ذلك جناية مالية لم يكن على الموليين بسبب هذه الجناية شئ آخر لان كل واحد منهما غرم قيمة نصيبه مرة ولكن الآخر يتبع المولي المجنى عليه الاول فيكون ما أخذه المولى والاول بينهما وبين هذا الآخر يضرب فيه كل واحد منهم بنصف حقه ويكون ما أخذ الاول أيضا من المولى المجنى عليه بينه وبين هذا الاخر

يضرب كل واحد منهما فيه بنصف الجناية لاستواء حقهما فيه وكذلك ان جنى بعد ذلك جناية أخرى فهو على هذا القياس والمعنى الذى بينا يعم الفصول كلها واذا جنى المدبر على أحد موليبه جناية تزيد على قيمته فغرم شريكه له نصف قيمته بامر القاضي ثم جنى المدبر على الاخر فغرم شريكه له نصف قيمته بامر القاضى ثم جنى علي اجنبي جناية فانه يضرب مع كل واحد من المولبين فيما في يده بنصف الجناية لان كل واحد من المولبين غرم قيمة نصيبه بجناية المدبر مرة فلا يغرم شيأ آخر ثم حق الاخر استوى بحق كل واحد من المولبين فى النصف الذى وصل اليه من القيمة فكذلك يقسم كل نصف بينه وبين من فى يده نصفان رجل مات وترك مدبرا لا مال له غيره فجنى المدبر جناية فعليه أن يسعى فى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ويسعى المدبر فى ثلثى قيمته فى قول أبي حنيفة لان بموت المولى عتق ثلثه بالتدبير ولزمه السعاية فى ثلثي قيمته والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده وجناية المكاتب توجب عليه فى كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية وعلى قولهما حر عليه دين فجنايته تكون على عاقلته وعاقلته عاقلة مولاه ثم عند أبي حنيفة حكمه فى الجناية حكم المكاتب حتى اذا جنى جنايتين قبل أن يقضى القاضي عليه بشئ فليس عليه الا قيمة واحدة الا أن يكون القاضي قضي عليه للاول بالقيمة ثم جنى جناية أخرى فحينئذ تلزمه القيمة للثانى وعلى قول زفر لافرق بين ماقبل القضاء وبين ما بعده وهو قول أبي يوسف الاول وقد بيناهذا فى الديات وفيه اشكال ها هنا فان فى المكاتب جعلنا جنايته فى رقبته لتوهم دفعه بالجناية بعد العجز وهذا لا يتحقق فى معتق البعض فكان ينبغي أن يكون موجب جنايته القيمة فى ذمته ابتداء سواء قضي بها القاضي أو لم يقض ولكنا نقول الدفع هاهنا متوهم أيضا فان من العلماء من يقول معتق البعض يستدام فيه الرق فيما بقي منه ويكون محتملا للتمليك والتملك فان اجتهد القاضي هذا القول حكم به عند عجزه عن الاداء بعد حكمه فلهذا تتعلق جنايته برقبته كما تتعلق بجناية المكاتب الا أنهما يفترقان فى فصل وهو أن هذا المدبر لو مات بعد جنايته قبل أن يسعى فى ثلثى قيمته للورثة وعليه دين فان ماتركه بين أصحاب الجناية وأصحاب الدين الذين لهم عليه بالحصص بخلاف المكاتب فقد بينا أن هناك اذا لم يقض القاضى بالجناية على المكاتب حتى مات وعليه دين كان صاحب الدين مقدما على صاحب الجناية لان هناك بموته عاجزا تنفسخ الكتابة ويبطل حق ولى الجناية فكان صاحب الدين أقوى من هذا الوجه وهذا المعنى لا يوجد هنا فان بموته لا ينفسخ السبب الموجب للسعاية

عليه ولكن يتحول حق ولى الجناية الي القيمة باعتبار الناس عن الدفع سواء كان قضى القاضى بالدفع أولم يقض فلهذا كان مساويا لصاحب الدين ولو ترك ولدا له من ابنه ولم يترك مالا يسعى الولد فيما على أبيه لانه بمنزلة ولدا لمكاتبة وقد بينا أن الولد هناك بعد موت أبيه يسعى فى بدل الكتابة وفيما كان على ابنه لاصحـاب الدين والجناية فان كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضى عليه بالجناية حتى مات الاب يسعى فى ثلثى قيمة أبيه لان هذا بمنزلة بدل الكتابة وفيما على أبيـه لاصحاب الدين والجناية فان كان المدبر قد سعى فيما قد كان للورثة ولم يقض القاضى عليه بالجناية حتى مات الاب لم يسع الابن فى شئ لان الاب عتق باداء ثلثى قيمته الى ورثته والولد عتق بعتقه وانما كان يجب عليه السعاية لتنفيذ العتق بالاداء فاذا عتق بالاول فى حياته لم يطالب بشئ من دين أبيه كما لا يطالب به سائر ورثة أبيه رجل أوصي بعتق عبد له يخرج من ثلثه ثم مات الموصى فجني العبد جناية بعد موته قال يدفعه الي الورثة وتبطل الوصية أو يفدونه متطوعين من أموالهم ويعتقونه عن الميت لان الوصية بالعتق لا تصير منفذة بدون التنفيذ فجنى بعد موت المولى قبل أن يعتق كان هو بمحل الدفع وهو مبقي علي محل ملك المولى فيخاطب من يخلف المولى بالدفع واذا دفعه بطلت الوصية لفوات محلها فاذا اختار فداه فهو متطوع فى ذلك فى غير محله عليه فهو كما لو تبرع أجنبي بالفـداء عنه واذا ظهر عن الجناية يعتق عن الميت كما كان يعتق قبل الجناية فان لم يكن له مال غيره وفدوه أعتق واستسعي فى ثلثى قيمته لان الوصية بالعتق انما تنفذ من ثلثه وجناية المدبر الذمى بمنزلة جناية مدبر المسـلم لانه مانع دفع الرقبة بالتدبير السابق كالمسلم فان الذمى ملزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فليس له أن يتبع مدبره كما ليس له أن يتبع أم ولده وسواء ما جني قبل اسلامه وما جني بعد اسلامه ما لم يقض عليه بالسعاية لمولاه الذمى من أجل اسلام المدبر لان نفس الاسلام لا يضر مالم يقض عليه بالسعاية (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بقي مدبرا له علي حاله فيكون موجب جنايته على مولاه فان قضي القاضى عليه بالسعاية فى قيمته ثم جني كان عليـه فى كسبه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه صار بمنزلة المكاتب بقضاء القاضي (ألا ترى) ان مولاه لو أسلم بعد هذا بقي هو فى حكم المكاتب يعتق باداء القيمة الا ان يعجز عنها فيكون هو فى جنايته كالمكاتب وهذا بالاجماع أما عند أبي حنيفة فلان المستسعى بمنزلة المكاتب بقضاء القاضى وأما عندهما فلانه انما يسـعى ليعتق بخلاف معتق البعض وأما مدبر

العبد الحربي المستأمن فان كان دبره فى دار الحرب ثم جنى العبد فى دار الاسلام قيل للحربى ادفعه أوافده لان التدبير فى دار الحرب باطل بمنزلة الاعتاق فان الحربى اذا أعتق عبده فى دارالحرب كان عتقه باطلا واذا أخرجه الى دار الاسلام كان له أن يتبعه فكذا اذا دبره فى دار الحرب كان له أن يتبعه فى دار الاسلام وان كان بمحل التبع يخاطب مولاه فى جنايته بالدفع أوالفداء وان كان دبره فى دار الاسلام فهو بمنزلة مدبر الذمى لان تدبيره فى دار الاسلام صحيح كاعتاقه فيتعذر به دفع الرقبة ويلزمه القيمة بجنايته دينا عليه فان دبره فى دار الاسلام ثم لحق الحربى بدار الحرب والعبد فى دار الاسلام ثم جنى جناية لم يكن على العبد منها شئ لان موجب جناية المدبر القيمة دينا فى ذمة مولاه والدين فى ذمة الحربى لا تعلق له بمدبره فان رجع الحربى بامان أو مسلما أو أسلم أهل داره أخذه بقيمته كما يؤخذ بسائر الديون الواجبة عليه فان سبي الحربى فالمدبر حر لان نفسه تبدلت بالسبي من صفة المالكية الى صفة المملوكية وذلك كموته حكما فيعتق به مدبره لان الحرية حياة والرق تلف ولانه بالرق خرج من أن يكون أهلا للملك فلا يبقي المدبر على ملكه ولا يحتمل النقل الى غيره فيعتق لهذا والجناية تبطل لانها كانت دينا عليه والحربى اذا سبي عليه دين يبطل وقد بينا هذا فى المأذون وان قتل المولى ولم يسب أو مات فالمدبر حر وليس عليه شئ من السعاية للمسلمين ولا لورثة الحربى لان حكم الامان باق فى هذا المدبر ولا حرمة لحق ورثته من أهل الحرب فلا يجب على المدبر السعاية لحقهم ولكنه مدبر مات مولاه لا وارث له فيعتق كله من غير سعاية واذا فقأ الحر عين مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو قطع يديه أو أذنيه أو رجليه كان عليه نقصان ذلك لان ايجاب جميع القيمة على الجانى غير ممكن ها هنا فان شرط وجوب جميع قيمة الدية دفع الجثة بدليل انه لو كان قنا فغرم الجانى جميع القيمة بهذه الجناية سلمت له الجثة واتخاذ هذا الشرط متعذر فى هؤلاء فيكون الواجب نقصان المالية بمنزلة مالو جنى على المملوك جناية ليس لها ارش مقدر فانه يجب نقصان ولو فعل ذلك بعبد بأن فقأ عينه أو قطع يديه كان عليه قيمته كاملة فاذا أخذها المولى دفع اليه الجثة عندنا وقال الشافعى ليس عليه دفع الجثة الى الجانى ولكن يأخذ منه القيمة ويسلم له الجثة لان القيمة بدل عن الفائت خاصة فان الجناية على المماليك بمنزلة الجناية على الاحرار ولهذا يقدر بدل طرفه بكمال بدل نفسه كما فى الحريم الواجب فى حق الحر يكون بدلا عن الفائت دون القائم فكذا منه فى حق العبد وهذا على أصله مستقيم فانه يجعل

طرف العبد مضمونا بالقصاص بطرف الحر ولا أجمعنا على أنه لو قطع أحدى اليدين من العبد يغرم نصف القيمة ولا يملك به شيأ من الجثة بل يكون ذلك بدلا عن الفائت خاصة فكذلك اذا قطع اليدين اعتبارا للكل بالبعض وأصحابنا يقولون يوفر على المولى كمال بدل ملكه وملكه محتمل للنقل فلا يحتمل للبدل على نفسه على ملكه كالغاصب اذا أخذ منه المغصوب القيمة بطريق الصلح بالاتفاق أو بقضاء القاضى عندنا وهذا لان البدل والمبدل لايجتمعان فى ملك رجل والضمان انما يجب جبرا للفائت فمع بقاء أصل ملكه فى العين لا يملك ايجاب الضمان بطريق الجبران ثم الدليل على أن الواجب هاهنا بدل عن جميع العبد لان الواجب يقدر بمالية العبد وان العبد صار فى حكم المستهلك لفوات منفعة الجنس منه ولو كان مستهلكا حقيقة كان الواجب من القيمة بدلا عنه فكذلك اذا صار مستهلكا حكما واذا ثبت أن الواجب بدل عن الكل فيملك به ما يحتمل التمليك دون مالا يحتمله والجثة وان كانت مستهلكة حكما فهى محل التمليك بخلاف ما اذا كانت مستهلكة حقيقة فأما فى الحر لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجثة اذلا قيمة للحربى الحر لان جعل القيمة بمقابلة الجثة انما يجعل ليتملك والحر لايحتمل ذلك فلو جعلنا الدية بمقابلة الجثة انما يجعل ليتمكن من اتلافه الجثة وهذا لا وجه له فأما اذا قطع احدى اليدين من العبد فهناك الجثة قائمة حقيقة وحكما لبقاء منفعتها فيجعل الواجب بمقابلة المتلف خاصة وهذا لان الواجب جزء من مالية المعتق والفائت جزء من العين فيمكن جعل الجزء بمقابلة الجزء وها هنا الواجب جميع مالية العين والفائت جزء من العين حقيقة وجميع المالية لا يمكن أن يجعل بمقابلة الجزء فلهذا جعلنا القيمة بمقابلة الكل يوضحه أنه اذا غرم نصف القيمة بقطع احدى اليدين فأما ان ملك نصفا معينا من جانب اليد المقطوعة والحيوان لايحتمل ذلك أو نصفا شائعا من جميع العبد فيكون ذلك ثلاثة ارباعه معنى لان اليد من الآدمى نصفه وقد فات النصف وملك نصف مابقى فذلك ثلاثة أرباع ولا يجوز أن يسلم ثلاثة أرباعه بضمان نصف القيمة فأما هاهنا الواجب جميع مالية العين ولا يسلم له الا جميع مالية العين تمليكا واتلافا فان أبى المولى ان يدفع الجثة لم يكن له أن يرجع بشئ على الجانى فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يرجع بنقصان المالية وفى ظاهر المذهب عندنا الخيار ثبت للمولى بين أن يدفع الجثة ويأخذ القيمة وبين أن يمسك ويأخذ النقصان وكان أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول الخيار للجانى بين أن يأخذ الجثة ويغرم القيمة وبين أن يغرم النقصان

ولا يأخذ الجثة لان الضمان عليه فالخيار فى مقدار مايلزمه من الضمان اليه والاصح هو الاول ووجه قولهما أن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يتعلق القصاص بالجناية على أطرافه بحال ولا تتحمله العاقلة وتجب بالغة ما بلغت فعرفنا انه بمنزلة المال وفى الجناية على الاموال يثبت الخيار للمالك بمنزلة ما لو خرق ثوب انسان خرقا فاحشا أو قطع بعض قوائم دابة الغير كان لصاحبها الخيار بين أن يضمنه جميع القيمة ويسلم العين اليه وبين أن يضمنه النقصان فهذا مثله وهذا بخلاف الجناية على الحر لانه لا يمكن النقصان في بدل نفسه بالجناية على طرفه وهاهنا يمكن النقصان من بدل نفسه بالجناية على طرفه فيعتبر النقصان هاهنا (ألا ترى) أن فى الجناية على المدبر يعتبر نقصان المالية لتعذر الدفع فكذلك فى الجناية على القن فاذا امتنع دفع الرقبة التحق بما لو كان الدفع متعذرا والدليل عليه أن البائع لو قطع يدى المبيع قبل القبض واختار المشترى امضاء العقد فانه يسقط عنه من الثمن حصة نقصان المالية لهذا المعنى ان يقطع اليدين النقصان فى بدل نفسه فيعتبر ذلك النقصان من قيمة الثمن فكذلك ها هنا وأبو حنيفة يقول الجناية على بنى آدم ان أوجبت كمال بدل النفس لا يكون موجب النقصان كما في الجناية على الاحرار وهذا لان كمال بدل النفس وجوبه بالنص والنقصان انما يكون بطريق الاجتهاد والحذر والاجتهاد فى غير موضع النص فمع وجود النص لا معنى لاعتبار النقصان وبه فارق المدبر لان ما وجب هناك جميع بدل النفس بالجناية على أطرافه (ألا ترى) انه ليس للمولى أن يأخذ القيمة فوجب اعتبار النقصان بطريق المصير الى الاجتهاد في غير موضع النص وكذلك في جناية البائع لان مع امضاء المشترى العقد لا يجب جميع بدل النفس بجناية البائع فاعتبرنا منها النقصان لذلك وحقيقة المعنى فيه وهو ان الجناية على اطراف المماليك من وجه بمنزلة الجناية على الاموال ومن وجه بمنزلة الجناية على الاحرار (ألا ترى) انه يجب جميع بدل النفس بقطع الطرف وان الاطراف تابعة للنفس فاذا كان معنى النفسية معتبرا فى الجناية على نفس المملوك فكذلك فى الجناية على أطرافه وما تردد بين أصلين توفر حظه عليهما فلشبهه بالجناية على الاموال قلنا اذا لم يكن محل الدفع يجب النقصان ولشبهه بجناية الاحرار قلنا اذا وجب كمال بدل النفس لا يعتبر النقصان فاذا ثبت ان الواجب ها هنا هو القيمة دون النقصان عن شرط استيفاء جميع القيمة تسلم الجثة فاذا منع المولى هذا الشرط باختياره لم يكن له أن يرجع بشئ كما لو كسر قلب فضة لانسان فان لصاحب القلب أن يضمنه

قيمة القلب مصوغا من الذهب ويسلم اليه المكسور واذا أمسك المكسور لم يكن له أن يرجع عليه بشيء لانه منع ايجاد شرط سلامة القيمة له فيكون كالمبريء له عن ضمان القيمة فكذلك هاهنا رجل غصب مدبر رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم رده على المولى فعلى المولى قيمته ويرجع به على الغاصب لان ذلك لزمه بجناية كانت عنده (ألا ترى) ان المغصوب لو كان عبدا فدفعه المولى بالجناية رجع بقيمته على الغاصب وكذلك لو كانت جنايته على نفس عمدا فقتله عند المولى رجع على الغاصب بقيمته قنا كان أو مدبرا لانه تلف بسبب كان عنده فان غصب المدبر رجل آخر فقتل عنده قتيلا آخر خطأ فليس على المولى شيء لانه غرم القيمة بسبب جنايته مرة ولكن ولى الجناية الثانية يتبع ولى الجناية الاولى فيأخذ منه نصف تلك القيمة ثم يرجع المولى على الغاصب الآخر بنصف القيمة وهو ما أخذه ولى الجناية الثانية فيدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الاول استحق جميع القيمة فارغا ولان الثانى انما يستحق نصف الجناية على الاول بجناية المدبر عند الغاصب الثانى الا أن الرجوع بسبب الغصب وقد كان بين المولى والغاصب الثانى فهو الذى يرجع بنصف القيمة ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ولو غصب مدبرا فقتل المدبر الغاصب أو عبده أو رجلا هو وارثه لم يكن على المولى المدبر من ذلك شيء فى قول أبى حنيفة لان المدبر يضمن بالغصب وقد بينا فى كتاب الديات ان جناية العبد المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عند أبى حنيفة لان اعتبارها لا يفيد شيأ فقرار الضمان يكون على الغاصب فكذلك المدبر ولو جني المدبر عند الغاصب على مولاه جناية ففى قول أبى حنيفة يعتبر جنايته فيجب الضمان على الغاصب وفى قول أبى يوسف ومحمد جنايته على مولاه وعلى مال مولاه هدر وقد بينا ذلك فى الديات فى العبد فكذلك فى المدبر وكلامهما فيه أوضح فالمدبر بالضمان لا يصير مملوكا للغاصب وأم الولد فى جناياتها والجناية عليها بمنزلة المدبر لانه يتعذر دفعها بالجناية بسبب لم يصر المولى به مختارا وفى وجوب ضمان أم الولد بالغصب اختلاف معروف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وكذلك فى وجوب السعاية عليها بعد ما عتق نصيب أحد الشريكين منها ولو أن أمة بين رجلين دبرها أحدهما ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه الواطيء ثبت نسبه منه فى قول أبى حنيفة لان التدبير عنده يتجزأ فنصيب المستولد باق على ملكه وذلك كاف لثبوت نسب الولد منه بالدعوة وعليه نصف قيمة الولد ونصف قيمة عقر الام لانه وطئها وهى مشتركة ولم تملك نصيب شريكه منها لاجل التدبير فيصير الولد مقصودا

بالاتلاف ولهذا يضمن نصف قيمة الولد مع نصف العقر لشريكه وجنايتها عليهما أو على غيرهما بمنزلة جناية مدبر هو بين اثنين فى الحكم فان مات الواطىء منهما عتق نصيبه منها ويسعى للاخر فى نصف قيمتها مدبرة لان الاستيلاد لم يثبت فى نصيب الشريك فان مات المدبر منهما عتق نصيبه اذا كان يخرج من ثلثه ولا سعاية عليها للمستولد لان نصيبه أم ولد ولا سعاية على أم الولد لمولاها عنده وفى قول أبي يوسف ومحمد هى مدبرة كلها للاول لان التدبير عندهما لا يتجزأ وعليه نصف قيمتها للواطىء لانه يملك نصيبها منه بالتدبير وجنايتها عليه وولدها له لم يثبت نسبه من الواطىء لانه انما استولد مدبرة الغير الا أن الحد يسقط عنه للشبهة فيلزمه العقر للمدبر ولا يثبت نسب الولد من الواطىء واذا جنى المكاتب جنايات ثم أعتقه سيده فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن ارش الجناية دينا فى ذمته لان جناياته كانت متعلقة برقبته وقد تحولت الي ذمته لوقوع الناس عن دفعه بسبب العتق الا أن المولى لا يصير ضامنا شيأ لانه ما أتلف علي أولياء الجناية شيأ فانهم قبل العتق كانوا يطالبون المكاتب بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية فى كسبه وذلك باق لهم بعد العتق فان قضى عليه بذلك فرضى بعضهم جاز ما فعل ولم يشركهم الآخرون فى ذلك لان دين كل واحد منهم فى ذمته وهو حر والحر يملك تخصيص الغرماء بقضاء دينه وهو كدين آخر على المكاتب لاناس وكذلك لو فعل ذلك وهو مكاتب لان حق كل واحد منهم فى ذمته وهو قضاء ديونه من اكسابه بمنزلة الحر ولو لم يقض عليه بالجناية حتى عجز فأعتقه المولى وهو يعلم بها كان مختارا لانه بعد العجز كان مخيرا بين الدفع والفداء فاذا منع أحدهما صار مختارا للآخر اذا كان عالما بها وان لم يكن عالما فقد صار مستهلكا للرقبة فعليه قيمته وكذلك لو جنى وهو مكاتب ثم عجز قبل القضاء فجنى جناية أخرى فهما سواء فيه لان جنايته متعلقة برقبته فيخلص المولى بدفع الرقبة اليهما قبل الاعتاق ويدفع القيمة بعد الاعتاق ان كان لا يعلم بالجناية وان كان يعلم بها فهو مختار للارش فيها مكاتبة جنت جناية ثم جنى عليها بعد ذلك ثم عجزت قبل أن يقضى عليها وليها فالمولي بالخيار ان شاء دفعها وان شاء فداها فان فداها فقد ظهرها عن الجناية فيتبع الجانى عليهما بالارش ان كان ذلك لم يأت على جميع قيمتها وان أتى علي جميع قيمتها من نحو فقء العينين أو قطع اليدين أو جدع الانف وقد برأت من ذلك فالمولي بالخيار ان شاء دفعها الى الجانى وأخذ منه قيمتها وان شاء أمسكها ولا شئ عليه فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يرجع عليه بنقصان قيمتها وقد بينا هذا

وان اختار دفعها الى المجنى عليه قام المجنى عليه فى الجناية عليها مقام المالك فيتبع الجانى بارش الجناية ان كان لا يأتى على جميع قيمتها وان كان يأتى على جميع ذلك فهو بالخيار ان شاء دفعها اليه وان شاء أخذ قيمتها وان شاء أمسكها ولا شيء له بمنزلة عبد جنى على رجل جناية ثم جنى عليه جناية ثم دفعه المولى بجنايته كانت الجناية على العبد المدفوع اليه العبد فكذلك فى المكاتب والارش مخالف للولد فان المكاتبة لو ولدت بعد الجناية ثم عجزت فدفعها المولى كان الولد للمولى وارش الجناية يكون للمجنى عليه لان الارش بدل جزء وكان تعلق حق المجنى عليه به وحكم البدل حكم المبدل والولد ليس ببدل عن شئ تعلق به حق المجنى عليه ولكنه زيادة تولدت على ملك المولى فيكون سالما للمولى واذا جنى المكاتب جناية فقضي عليه بها ثم جنى أخرى فلم يقض عليه بها حتى عجز أو جناها بعد العجز وعليه دين فان المولى يدفعه بهذه الجناية ويتبعه صاحب الدين والجناية المقضى بها فيباع فيهما لان جنايته متعلقة برقبته مالم يتصل به القضاء وقد صارت الاولى دينا فى ذمته بالقضاء فقد اجتمع بعد العجز دين وجناية فيبدأ بالدفع بالجناية ثم يباع في الدين لمراعاة الحقين وجناية المكاتب على مولاه وعلى الاجنبي سواء ما لم يعجز لان موجب جنايته فى كسبه والمولي فى كسبه كأجنبي آخر قبل العجز فاذا عجز بطلت جنايته على المولى لان المولى صار أحق بكسبه فلا يجوز أن يجب له الحق فى كسبه بسبب الجناية (ألا ترى) انه لو جنى عليه بعد العجز كان هدرا فكذلك اذا جنى قبل العجز ثم عجز فان كان قد قضي عليه بجناية المولى والاجنبي وهما سواء ثم عجز بيع نصفه فى جناية الاجنبي العبد لان حق كل واحد منهما كان فى نصف القيمة دينا عليه وبالعجز يسقط نصيب المولى لان المولي لا يستوجب على عبده دينا ولكن لا يزداد به حق الاجنبي فيباع نصفه فى دين الاجنبي لهذا لا أن يقضى المولي عنه نصف القيمة وان كان قضى بجناية المولى عليه ثم جنى على الاجنبي فقضى بها أيضا ثم عجز بيعت رقبته كلها فى جناية الاجنبي لان كل واحد منهما استوجب جميع القيمة دينا فى ذمته وبالعجز يسقط دين المولى ويبقى دين الاجنبي فيباع فيه الا أن يقضى المولى عنه رجل قطع يد مكاتبه فقضى عليه بذلك والمكاتبة الى أجل ثم جنى المكاتب جناية على رجل فقضى عليه بها ثم عجز فرد فى الرق قال لا تبطل جناية المولى على المكاتب ويباع المكاتب فى جناية الاجنبى فان لم يف ثمنه أو قطع بها رجع فيما على المولي لان نصف القيمه كان دينا له على المولي بمنزلة كسبه وكسبه بعد العجز لا يسلم للمولي ما بقي عليه

دين والقيمة لولي جنايته دين عليه فيباع فيه فاذا لم يف ثمنه بالقيمة رجع بمابقي على المولى وهو بمنزلة مكاتب استهلك له مولاه ألف درهم وعليه دين أوليس عليه دين ثم استدان بعد ذلك دينا ومكاتبته الى أجل ثم عجز أو مات اتبع المولى بذلك فكان بين سائر غرمائه بالحصص لان كسبه لا يسلم لمولاه ما لم يفرغ من دينه فان كان المكاتب جنى على أجنبي وقضى عليه بذلك ثم جنى عليه المولى جناية فقضى عليه بها ثم عجز بيع العبد فى دين الاجنبي فان وفى والا نظر الى ما نقص من قيمة العبد يوم جنى المكاتب فيضمن المولى للاجنبي الاقل منه ومن ارش جنايته لان المولى بجنايته أتلف جزأ قد تعلق به حق ولي الجناية وبقضاء القاضي صارت القيمة دينا فى ذمته لولى الجناية فيقضى من ثمنه وكسبه وما وجب على المولى بمنزلة كسبه فاذا لم يف ثمنه بدينه ضمن المولى ذلك لولى الجناية (ألا ترى) ان عبدا لو جنى جناية ثم جنى عليه المولى وهو لا يعلم بجنايته ثم اختار دفعه ضمن ما جنى عليه واستوضح هذا كله بمكاتب عليه دين ألف درهم واستهلك له مولاه ألف درهم ثم استدان بعد ذلك القائم مات ولم يترك مالا غير الدين الذي على مولاه أتبع الغرماء جميعا الاولون والآخرون المولى بتلك الالف حتى يأخذونها فيقسمونها ولو كان الدين يبطل فيما سبق عن المولى لم يكن على المولى فى هذه الفصول شيأ الا للغرماء الاولين فهذا يوضح لك جميع ما سبق رجل جنى على مكاتبه جناية ثم مات المكاتب وترك ولدا ولد فى المكاتبة ولم يدع شيأ فانه يرجع على الابن من المكاتبة بقدر ارش الجناية لان ذلك كان دينا على المولى للمكاتب وقد بقيت الكتابة لما خلف ولدا فيصير المولى مستوفيا ذلك القدر من بدل الكتابة بطريق المقاصة لان فى حال حياة المكاتب انما كان لا تقع المقاصة لمكان الاجل في بدل الكتابة وبموته سقط الاجل فى المال الذي خلفه كما لو ترك وفاء واذا صار المولى مستوفيا ذلك كان على الولد ان يسعى فيما بقي من بدل الكتابة فان كان على المكاتب دين يقضى على المولى بالارش فيؤخذ منه ويؤدى الى غريم المكاتب لان ما على المولى بمنزلة كسب المكاتب والدين فى كسبه مقدم على بدل الكتابة بعد موته فيمنع ذلك وقوع المقاصة ولكن يأخذه الغريم من المولى ويسعى الولد فيما بقي من الدين والمكاتبة لانه قائم مقام أبيه فيما كان واجبا على أبيه ولو جنى المكاتب على مولاه جناية فقضى عليه بقيمته والجناية أكثر من القيمة ثم أعتق المولى نصفه فهذا وما لو أعتق كله سواء ولو أعتق كله بعد القضاء عليه بالجناية بقي ذلك دينا عليه يسعى فيه لمولاه لانه قبل العتق كان يسعى فيه فلا يزيده العتق الا

وكادة فكذلك اذا أعتق نصفه ويسعى فى قول أبى حنيفة مع ذلك فى الاقل من نصف القيمة ومن نصف المكاتبة لان العتق عنده يتجزأ فيجب اخراج الباقى الى الحرية بالسعاية وانما يلزمه الاقل لانه هو المتيقن به واذا قتل العبد رجلا خطأ ثم كاتبه المولى فالكتابة جائزة ان علم المولي بالجناية أولم يعلم لانه باق على ملكه بعد الجناية والمولى متمكن من التصرف فيه (ألا ترى) انه لو وهبه أو باعه بعد ذلك منه لم تكن الجناية بعضها فكذلك اذا كاتبه فان كان المكاتب يعلم بالجناية فهو ضامن للارش لانه منع بالكتابة دفع الرقبة فيصير به مختارا الارش ويستوى ان عجز المكاتب أولم يعجز وعن أبى يوسف قال ان لم يخاصم فى الارش حتى عجز كان للمولى أن يدفعه بالجناية بخلاف ما اذا خوصم وقضى القاضى بالارش لان الكتابة لا تزيل ملك المولي وهو يعرض الفسخ ففيه لا يكون اختيارا للارش وانما يتم به الاختيار اذا تأكد بقضاء القاضى لان المنع من دفع الرقبة انما يتحقق بعد المطالبة فاذا عجز قبل القضاء صارت الكتابة كان لم تكن والكتابة كانت تمنعه من دفعه بالجناية واقدامه عليه مع علمه بالجناية يكون اختيارا للفداء لبيعه رقبته من انسان فانه وان فسخ البيع بقضاء القاضى لم يسقط الارش عن المولي وان كان كاتبه وهو لا يعلم بجنايته فعجز قبل الخصومة فى الجناية خير المولى بين الدفع والفداء لان المولى ما صار مختارا شيأ هاهنا وانما يغرم القيمة لاستهلاك الرقبة فاذا ارتفع المانع من الدفع قبل قضاء القاضى فقد انقدم الاستهلاك فيخير بين الدفع والفداء بمنزلة مالو باعه وهو لا يعلم بالجناية ثم فسخ البيع بسبب هو فسخ من كل وجه قبل أن يخاصم فى الجناية فانه يخير بين الدفع والفداء وان كاتبه بعد ما قضى به لاصحاب الجناية قبل أن يقبضوه كان باطلا لان بقضاء القاضى تحول الى ملك ولى الجناية فانما كاتب ما لا يملك (ألا ترى) انه لو أعتقه أو باعه فى هذه الحالة كان باطلا فكذلك اذا كاتبه ولو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية فلم يقض بها حتى مات المكاتب ولم يدع شيأ فلا ضمان على المولى لانه لما أشرف على الموت تحقق عجزه عن اداء بدل الكتابة فانفسخت الكتابة فزال المانع من الدفع فخرج المولى من أن يكون مستهلكا وصار بمنزلة ما لو عجز فى حال حياته ثم مات بعد ذلك فيبطل حق ولي الجناية لفوات محل حقه ولو مات عن وفاء كانت عليه القيمة لان عقد الكتابة يبقي بعد موته فيتحقق من المولى استحقاق الرقبة بعقد الكتابة فيلزمه القيمة لهذا وكذلك ان ترك ولدا يسعى فى الكتابة لان عقد الكتابة يبقي ببقاء الولد كما يبقي باعتبار مال خلفه فان عجز فرد فى الرق لم

تبطل القيمة عن السيد قال لاني الزمتها اياه ومراده اذا عجز بعد ما قضى القاضى بالقيمة على الولد فأما اذا عجز قبل قضاء القاضى بالقيمة فقد بطلت الجناية لان الولد قائم مقام أبيه وقد بينا أن الاب او مات عاجزا قبل قضاء القاضى بالقيمة يبطل حق ولى الجناية بخلاف ما اذا مات بعد القضاء فكذلك اذا عجز الولد وليس فى عنق الولد شئ من حق ولى الجناية لما بينا أن حق ولي الجناية لا يسرى الى الولد واذا كان العبد بين رجلين فجنى جناية فكاتبه أحدهما بغير اذن شريكه فأدى اليه المكاتبة ثم جاء أصحاب الجناية فان كان علم بالجناية فهو ضامن لنصف الارش ولو لم يعلم فهو ضامن نصف قيمة العبد لانه فى نصيبه كان مخيرا بين الدفع والفداء وكتابته فى نصيبه تنفذ فى حق ولي الجناية ويتأكد باداء البدل فهو وما لو كان العبد كله سواء وأما الذى لم يكاتب فلا شئ عليه لانه ما أحدث بعد جنايته شيئا يصير به مختارا ولكنه يرجع على شريكه بنصف ما قبض من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ويضمنه قيمة نصيبه أيضا ان كان موسرا ويسعى العبد فيه ان كان معسرا ثم يدفع ذلك الى أصحاب الجناية لان نصيبه من العبد فات وأخلف بدلا فيدفع الي ولي الجناية الا أن يكون الارش أقل من ذلك وان أعتق نصيبه ضمن نصف القيمة لاصحاب الجناية لانه صار ذلك متلفا عليهم باعتاقه ولا سبيل لاصحاب الجناية علي ما أخذه من المكاتب من نصف ما قبض من بدل الكتابة لان ذلك كسب نصيبه وليس لولى الجناية على كسب الجانى سبيل وان كاتب كل واحد منهما وهما يعلمان بالجناية أو كاتبه أحدهما باذن شريكه وهما يعلمان بالجناية فكذلك الجواب عند أبى يوسف ومحمد لان الكتابة عندهما لا تتجزأ وعند أبى حنيفة المكاتب يصير مختارا لنصيبه فأما الآذن لا يصير مختارا لان الكتابة عنده تتجزأ فى نصيبه فكان هذا فى حكم الجناية وما لو كاتبه بغير اذن شريكه سواء رجل كاتب عبدا وقد جنى جناية ولم يعلم بها ثم جنى جناية أخرى فقضي عليه بها ثم عجز ثم حضر أصحاب الجناية الاولي قال يدفعه المولي اليهم ويتبعه صاحب الجناية الثانية المقضى بها فيباع له فيها لان الجناية الاولي باقية في رقبته بعد عقد الكتابة فان المولى لم يكن عالما بها (ألا ترى) انه لو عجز قبل القضاء دفع بها فكان وجود تلك الجناية قبل الكتابة وبعده سواء وقد تحول حق ولي الجناية الثانية لان القيمة بقضاء القاضي فحين عجز كان عبدا قد اجتمع فى رقبته دين وجناية فيدفع بالجناية أو لانم يباع فى الدين لمراعاة الحقين وان لم يقض القاضي بشئ حتى عجز خير المولى بين أن يدفعه

بالجنايتين أو يفديه بالارش منهما واذا قتل المكاتب رجلا خطأ ثم قتل رجلا آخر خطأ ثم جاء ولي أحدهما فقضى له بقيمة العبد ولم يعلم بالجناية الاخرى ثم عجز المكاتب فان نصف قيمة العبد دين للمقضى له فى نصف العبد وجميع الجناية الاخرى فى النصف الباقى فان شاء مولاه فداه وان شاء دفعه لان الجنايتين اجتمعتا عليه فى حالة الكتابة فيكون حق كل واحد منهما في نصف القيمة وانما قضى القاضى للاول بجميع القيمة لجهله بالجناية الثانية فحين علم بها تبين ان قضاءه فيما زاد على النصف للمقضي له كان باطلا فكانه ما قضى له الا بنصف القيمة فاذا عجز كان نصف القيمة دينا له فى نصف العبد يباع فيه وحق ولى الجناية الثانية فى النصف الثانى لانعدام المحول الى القيمة وهو قضاء القاضي فيخير المولى فيه بين الدفع والفداء ولو لم يعجز وأخذ المقضى له فيه جميع القيمة ثم حضر الآخر فانه يقضي للآخر على المكاتب بنصف القيمة ويرجع المكاتب على الاول بنصف القيمة لانه تبين انه استوفى منه فوق حقه فان حقه كان فى نصف القيمة والنصف الآخر للثانى بخلاف ما اذا كانت احدى الجنايتين قبل الكتابة وقد غرم المكاتب ما كان منه قبل الكتابة لان هناك موجب الجناية الاولى على مولاه وموجب الجناية الثانية على المكاتب فلم يجتمعا فى حق المكاتب ولهذا كان قضاء القاضي للثانى بجميع القيمة صحيحا وها هنا موجب الجنايتين على المكاتب والمكاتب لا يلزمه بجناياته الا الاقل من قيمته ومن أرش الجناية * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم قتل رجلا آخر خطأ فقضي عليه باحدى الجنايتين ثم قتل آخر خطأ فانه يكون للمقضى له نصف القيمة التى قضى له بها لان عند القضاء كان الموجود منه جنايتين فحق كل واحد من الموليين فى نصف القيمة وقد تحول حق المقضي له الى نصف القيمة بقضاء القاضي ثم قضى للثالث بنصف قيمة العبد خاصة لان نصف القيمة فرغ من الجناية بتحويل القاضى حق الثانى الي نصف القيمة فيتعلق حق ولي الجناية الثانية بذلك النصف فلهذا يقضى له بنصف القيمة ويقضى أيضا بنصف القيمة للذى لم يقض له بشئ بينه وبين الثالث اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث لان فى هذا النصف اجتمع حق الاوسط وحق الثالث فان المحول لم يوجد وفى حق كل واحد منهما جنى الا أن يقضى لهما بنصف القيمة الا أن الثالث قد وصل اليه نصف حقه فلا يضرب فى هذا النصف الا بما بقى له والاوسط ما وصل اليه شئ من حقه فهو يضرب بجميع حقه فى هذا النصف فلهذا كان النصف بينهما أثلاثا ولو عجز قبل القضاء بالجناية الثالثة فاختار دفعه كان

نصفه بين الثالث والاوسط اثلاثا ثلثاه للاوسط وثلثه للثالث ويكون النصف الباقى للثالث خاصة ويكون حق المقضى له دينا فى هـذا النصف لان حق الاول تحول الي ذمته فى هذا النصف فتعلق به حق الثالث فعند العجز اجتمع فى هذا النصف دين وجناية فيدفع بالجناية ثم يباع بالدين فى النصف الآخر فقد اجتمع فى هـذا نصف وحق الاوسـط فيدفع اليهما ويضرب فيه الاوسط بجميع حقه والثالث بنصف حقه لانه قد وصل اليه نصف حقه فلهذا كان النصف بينهما أثلاثا * مكاتب قتل رجلا خطأ ثم فقأ عين رجل نقضى للمفقوءة عينه بثلث القيمة عليه ثم عجز قال يباع الثلث فى دين المفقوءة عينه ويدفعه المولى الى ولى النفس أو يفديه بجميع الدية لان حقهما كان تعلق به أثلاثا فان حق المفقوءة عينه فى خمسة آلاف وحق ولي النفس فى عشرة آلاف (ألا ترى) انه لو كان بمحل الدفع كان يدفع اليهما أثلاثا فكذلك القيمة فى المكاتب يكون بينهما اثلاثا ثم المحول وهو القضاء وجد فى حق المفقوءة عينه فيصير ثلث القيمة دينا له فى مالية ثلث الرقبة يباع فيه بعد العجز والثلثان حق مولى النفس ولم يوجد المحول فيه حتى عجز فيخاطب المولى بان يدفع اليه ثلثيه أو يفديه بجميع الدية فان لم يعجز حتى قتل رجلا خطأ ثم عجز فاختار دفعه فاما المقضى له فله ثلث القيمة دينا فى ثلث العبد وقد تعلق حق ولى الثالث بذلك الثلث فاجتمع فى ذلك الثلث دين وجناية فيدفع فى الجناية ثم يباع فى الدين وأما الثلثان فقد اجتمع فيهما حق ولى الاول وحق ولى الآخر ولم يوجد المحول فى حق واحد منهما فيدفع اليهما ثم يضرب فيه الاول بالدية والآخر بثلثى الدية لانه قد وصل اليه ثلث حقه فانما يقسم ثلثا الرقبة بينهما أخماسا على قدر حقهما ولو جنى المكاتب جنايتين فقضى لاحدهما بنصف القيمة فاداها اليه المكاتب ثم قضى للآخر وسلم ما استوفى لا شركة للثانى مع الاول فيما قبض لان حق أحدهما تميز عن حق الآخر (ألا ترى) انه تحول حق القيمة الى القيمة وحق الآخر فى نصف العبد حتى لو عجز قبل القضاء يدفع اليه نصفه فلا يكون له حق مشاركة المستوفى فيما استوفى سواء مات المكاتب أو لم يمت عجز أو لم يعجز * مكاتبة قتلت رجلا خطأ ثم فقأت عين آخر ثم ولدت ولدا فقضى عليها للمفقوءة عينه بثلث قيمتها ثم عجزت فان حق ولى النفس فى ثلثى رقبة الام يدفع أو يفدى لان المحول وهو القضاء لم يوجد فى حقه ويباع الثلث فى دين المقضي له فان لم يف الثلث بحقه بيع ثلث الولد فيه أيضا لان حق الغريم حق قوى فى الام فيسرى الى الولد (ألا ترى) ان أمة مديونة لو ولدت بيع ولدها معها فى

الدين بخلاف حق ولي الجناية وحق المفقوءة عينه صار دينا بقضاء القاضى فى الثلث فيثبت فى ثلث الولد أيضا فهو نظير مكاتبة عجزت وعليها دين وقد ولدت فى مكاتبتها فبيعت فى دينها فلم يف ثمنها به بيع ولدها فيه أيضا بخلاف حق ولى النفس *والذى يوضح الفرق أن حق صاحب الدين يثبت فى الكسب فكذلك يثبت فى الولد بخلاف حق ولى الجناية وان كان انما قضى لولى المقتول على المكاتبة بالسعاية فى ثلثى قيمتها ثم عجزت وقد ولدت فى مكاتبتها فحق المفقوءة عينه فى ثلث رقبتها ان شاء دفعه وان شاء فداه ولا سبيل له على شئ من ولدها ويباع ثلثها للمقضي له فان وفى والا بيع ثلثا الولد لان حق صاحب الولد صار دينا بقضاء القاضى والدين يسرى الي الولد وحق صاحب العين فى الجناية لم يصر دينا بعد فلا يسرى الى الولد *مكاتب قتل رجلا خطأ فقضى عليه بها ثم جني جنايتين فقضى عليه باحداهما ثم عجز والجنايات مستوية وكل واحدة منها تأتى على قيمته فان القيمة للمقضى له دين فى جميع الرقبة لانه حين تحول حق الاول الى القيمة بقضاء القاضى لم يكن فى رقبته جناية سواها فيثبت حقه فى جميع القيمة دينا فى جميع الرقبة ثم لا يتغير ذلك الحكم بما يكون له من الجناية ونصف القيمة للمقضى له الآخر دين فى نصف الرقبة لان الجنايتين الاخريين تعلقتا برقبته فيكون حق كل واحد من الموليين فى النصف وقد تحول حق المقضي له الي نصف القيمة بقضاء القاضى وبقي حق الآخر فى نصف العبد فيخاطب المولى بدفعه الى من لم يقض له أو الفداء فان فداه طهر هذا النصف عن حق الثالث وانما بقي فيه حق الاول فى نصف قيمته فيباع هذا النصف له خاصة وأما النصف الآخر فقد وجب فيه دينان دين المقضى له الاول ودين المقضي له الثانى فيباع هذا النصف ويقسم الثمن بين الاول والثانى أثلاثا لان الاول يضرب فيه بخمسة آلاف فقد وصل اليه نصف حقه والثانى يضرب فيه بعشرة آلاف فانه لم يصل اليه شئ هكذا ذكره الحاكم رحمه الله فى المختصر قال والاوضح عندى ان هذا النصف بينهما نصفان لان حق كل واحد منهما بقضاء القاضى حول الى نصف القيمة فى هذا النصف فكانا مستويين فى ذلك فيكون ثمن هذا النصف بينهما نصفين وان دفع المولى نصفه بالجناية بيع النصف المدفوع فى دين الاول خاصة لانه اجتمع فى هذا النصف دين وجناية فيدفع أولا بالجناية ثم يباع فى الدين وبيع النصف الباقى للآخرين نصفين لما بينا أن حقهما فى هذا النصف تحول الى القيمة وهما مستويان فيه وبهذا تبين ان ما ذكره الحاكم فى الفصل الاول من القيمة بينهما أثلاثا غلط ولو كان قضي

للآخرين أيضا بقيمة العبد ثم عجز بيع العبد فكان نصفه ثمنه للاول ونصفه للآخرين لان حق الاول ثبت في جميع القيمة وحق الآخرين بقضاء القاضي انما ثبت في قيمة واحدة أيضا، مكاتب قتل ثلاثة أنفس خطأ فقضى لاحدهم بثلث قيمته ثم ان أحد الآخرين وهب جنايته للمكاتب ثم عجز المكاتب قال يباع ثلثه في دين المقضي له لان حقه بقضاء القاضي تحول الي ثلث القيمة دينا في ثلث المالية ثم يباع الثلث في دينه بعد العجز ويدفع المولي ثلثه الى الثالث ويبقى ثلثه للمولي لا حق لهما فيه لان القاضي حين قضى لاحدهم بثلث القيمة فقد قضى بالقيمة بينهم أثلاثا الا أن حق الثاني لم يتحول الى القيمة بعد فان عجز دفع المولى اليه من العبد بمقدار حقه وهو الثلث والثلث منه كان حق الواهب وقد اسقطه بالهبة فيبقى للمولى (ألا ترى) أن عبد الوجنى جنايتين فعفا أحدهما عن جنايته كان نصفه للسيد لهذا المعنى اذ حق كل واحد منهما في نصفه فحصة العافى تسلم للمولى وفي حصة الآخر يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وكذلك ان كان المكاتب جنى جنايتين فعفا أحدهما عنه وقضى للاخر بحقه ثم عجز بيع للآخر نصفه في دينه منه ويبقى العبد سالما للمولي وهو حصة العافى وكذلك ان كان في يد المكاتب مال يفي بدين المقضي له قضى دينه ويبقى سالما للمولي ان كان الآخر قد عفا وان لم يكن عفا خوطب المولى بدفع نصيبه اليه أو الفداء وان كان ما في يده لا يفي بحق المقضي له بذلك ثم بيع بقدر نصيبه ثلثا كان أو نصفا فيما بقي له من الدين فان كان عليه دين سوى ذلك تحاصا في هذا المال لاستواء حقهما فيه ثم يباع ما بقى من العبد في دين صاحب الدين لان دينه تعلق بجميع الرقبة فلا يسلم شئ من الرقبة للمولى ما لم يصل الى الغريم كمال حقه واذا ولد للمكاتب في كتابته من أمة له ولد فقتله رجل خطأ كانت قيمته للمكاتب لان من دخل في كتابته صار بماله (ألا ترى) أنه أحق بكسبه يأخذه فيقضى به من دين الكتابة فكذلك هو أحق ببدل رقبته واذا كان للمكاتبة ولد ولدته في المكاتبة فجني الولد جناية قضى عليه بالجناية ولم يلحق الام منها شئ لان الولد لما دخل في كتابتها صار مكاتبا للمولى لانه لو أعتقه ينفذ عتقه فيه وجناية المكاتب توجب عليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يقال ان الام أحق بكسبه فينبغي أن يكون موجب جنايته عليها لانها انما كانت أحق بكسبه لتؤدى منه بدل الكتابة فتجعل العتق لنفسها وله حتى ان ما وراء ذلك من الكسب يكون للولد بمنزلة مكاتب آخر للمولى وضمان المكاتبة دينا على المكاتب باطل في رقها فان عتقت جاز ذلك الضمان

بمنزلة العبد اذا ضمن مالا عن انسان ثم عتق أخذ بذلك الضمان وكذلك ان ضمنت دينا آخر علي الولد منه لم يصح ضمانها في حال رقها فان عتقت كان ضمانها صحيحا لزوال المانع وهو الرق واذا كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت ولدا ثم قتله الاب فعليه قيمته للام لان الولد دخل في كتابتها فانه جزء منها يتبعها في الرق والحرية فكذلك بدل الرقبة وكذلك في الكتابة وجناية الاب علي الولد كجناية أجنبي آخر ولو قتله أجنبي آخر كان عليه قيمته للام لان بدل الرقبة بمنزلة الكسب وكسب الولد للام دون الاب فكذلك بدل الرقبة وكذلك لو أديا فعتقا فانه لا يسقط عنه شئ من ذلك لانه واجب عليه لها وبالعتق يتأكد حقها قبله وكذلك لو قتل الابن أباه كان الضمان في قيمته لانه صار مكاتبا للمولى تبعا لامه لجنايته على أبيه كجناية مكاتب آخر فيلزمه السعاية في قيمته وليس على الام من ذلك شئ وليس عليه من بدل الكتابة شئ لانه تبع للام في الكتابة فان أدت الام عتقوا جميعا وكانت القيمة الواجبة عليه ميراثا عن الاب بمنزلة سائر أكسابه ولو لم يقتل الولد الاب ولكن الام قتلت الولد لم يلزمها شئ لان الولد جزء منها ولو قتله غيرها كانت القيمة واجبة لها فاذا كانت هي الذي قتلته لو وجبت القيمة وجبت لنفسها على نفسها وذلك لا يجوز وكذلك لو قتل الولد الام فليس عليه بسبب الجناية شئ لانه جزء منها لجنايته عليها كجنايته على نفسه الا أنه يلزمه الكتابة بمنزلة مالو كانت الام باقية ولانه قائم مقامها فان الكتابة تبقى بموتها حتى يؤدي البدل فعليه أن يسعى فيما كانت الام تسعى فيه وان قتل الاب الولد كان عليه الاقل من قيمته ومن قيمة أبيه بسبب جنايته وليس عليه من بدل الكتابة شئ لانه ما كان داخلا في كتابة أبيه فلا يقوم مقامه بعد موته والام حية تسعى في الكتابة فلا حاجة للولد الي السعاية فيما على أبيه فان أدت الام جميع الكتابة عتقا جميعا والسعاية الواجبة علي الولد بجنايته على الاب تكون ميراثا عنه تأخذ الام حصتها فما أدت عنه بمنزلة كسب آخر يخلفه الاب وما بقي هو ميراث لورثة الاب ليس لهذا الولد منه شئ لانه قاتل الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا يحرم الميراث بقتله عندنا وقد بيناه هذا في الديات وأن حرمان الميراث بسبب القتل انما يثبت في حق من ينسب الى تقصير في التحرز وذلك لا يتحقق في حق الصبي والمجنون ولان حرمان الميراث جزاء الفعل المحظور وذلك ينبني على الخطاب فلا يثبت في حق الصبي وعند الشافعي الصبي بمنزلة البالغ في حرمان الميراث بسبب القتل كما هو بمنزلة البالغ في الكفارة علي مذهبه ولو أن رجلا كاتب عبدين مكاتبة واحدة

فولد لاحدهما ولد من أمته ثم جنى الاب على ولده أو جنى عليه فالجناية باطلة لانه دخل في كتابة أبيه فكان ماناله لجناية كل واحد منهما على صاحبه بمنزلة جنايته على نفسه لانهما كشخص واحد فى حكم الكتابة فلو اعتبرنا جناية أحدهما على صاحبه بمنزلة جنايته على آخر كانت القيمة واجبة على واحد منهما وذلك لا يجوز ولو جنى المكاتب الآخر على الولد لزمته الجناية للاب لان المكاتب الآخر من هذا الولد كاجنبي آخر ولان المكاتب الآخر او جنى على الاب كانت جنايته معتبرة فكذلك ان جنى على الولد الذى لم يسع له فى الكتابة واذا ولدت المكاتبة ولدا ثم أقرت عليه بجناية أو دين لم تصدق عليه لان الولد صار بمنزلة المكاتب للمولى حين دخل فى كتابتها واقرارها على مكاتب المولى بالدين والجناية باطل وكذلك ان أدت فعتقت لان الولد ازداد بعد اعتقها فان مات الولد قبل أن تؤدى من ماله أخذت باقرارها من ذلك المال لانها أحق بالمال الذى خلفه الولد وقد أقرت أن ذلك المال مشغول بحق صاحب الدين والجناية وان حقهما مقدم على حقها فتؤاخذ باقرارها وتجعل كانها جددت الاقرار بدين بعد موت الولد كمن أقر على مورثه بدين فى حياته ثم مات فصار المال ميراثا له وكذلك لو قتل الولد فاخذت قيمته لان قيمة نفسه بمنزلة كسبه فى انه يسلم لها اذا فرغ من دينه وجنايته فيكون اقرارها صحيحا فيه اذا خلص الحق لها (ألا ترى) ان الدين لو كان ثابتا على الولد بالبينة كان الغريم أحق بكسبه وقيمته اذا قتل ولو أقر الولد على الام بجناية أو دين لم يصدق لانه لو جاز كان على الام دونه ولا ولاية له على أمه فى أنه يلزمها دينا فان ماتت الام عن مال بدئ بالكتابة فقضيت لان اقرار الام كما لا يصح فى حق الولد لا يصح فى حق المولى وحق استيفاء بدل الكتابة من تركتها بعد موتها فاذا قضت الكتابة وحكم بعتقها كان الباقى ميراثا منها للابن فيؤاخذ باقراره فيما ورثه كما لو جدد الاقرار عليها بذلك بعد ما صار المال ميراثا له وان لم تدع الام شيأ فقضى على الولد أن يسعى فيما على أمه من الكتابة وهو مقر اليوم بالجناية التى كان أقر بها على الام فانه يقضي عليها بالسعاية فيها أيضا لان المقر يعامل فى حق نفسه كأن ما أقر به حق والثابت بالاقرار فى حق المقر كالثابت بالمعاينة ولو ثبت فى الكسب القائم فى يده، ولو ثبتت الجناية بالبينة كان على الولد السعاية بعد موتها فى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية مع بدل الكتابة فان عجز وقد أدى بعض الكتابة لم يسترد ما أدى ويبطل ما بقى لان بالعجز صار كسبه ورقبته حقا للمولى واقراره فى حق المولى غير صحيح الا أنه لا يسترد من القابض ما أدي

لان حق المولى عند عجزه انما ثبت فى الكسب القائم فى يده وذلك خرج من ملكه الى ملك القابض بسبب صحيح فلا يثبت فيه حق المولى ولو أقرت المكاتبة علي ولدها بدين وعلى الولد دين ببينة وفى يده مال قدا كتسبه فصاحب البينة أحق بماله لان دينه ثابت بحجة هى حجة فى حق الكل ودين الآخر انما ثبت باقرار المكاتبة واقرارها ليس بحجة على غيرها فان قضى صاحب البينة وفضل شئ كان للذى أقرت له الام لان الولد بمنزلة عبدها من حيث انها أحق بكسبه اذا فرغ من دينه وقد أقرت بان حق المقر له فيه مقدم على حقها فان عجزت أوعتقت لم يلزم رقبة الولد من اقرارها شيء لان بالعجز صار الولد عبدا للسيد فلا يجوز اقرارها عليه وبالعتق صار الولد حرا ولم يبق لها حق فى كسبه فلا يجوز اقرارها عليه فى ذمته ولا فى كسبه ولو قتل الولد وهى مكاتبة وأخذت قيمته صرفت فى الدين بمنزلة كسب خلفه الولد لانها أحق بجميع ذلك فان صرفت فى الدين ثم عجزت لم يسترد من ذلك شئ من المقر له لما بينا أن حق المولى انما ثبت بعد عجزها فيما بقى فى يدها فأما المصروف الى الدين فقد خرج من ملكها الى ملك المقر له ولا يثبت حق المولى فى شئ منه *ولو غصب المكاتب عبدا فهلك عنده ضمن قيمته بالغة ما بلغت وكذلك سائر الاموال لان ضمان الغصب بمنزلة ضمان العقد من حيث انه يوجب الملك في المضمون والمكاتب فى ذلك بمنزلة الحر بخلاف ضمان الجناية فانه لا يجب علي المكاتب بسبب الجناية الا الاقل من قيمته ومن أرش الجناية اعتبارا للمكاتب بالقن وضمان المال بسبب الغصب والاستهلاك يجب على القن فى ذمته بالغا ما بلغ وضمان الجناية لا يوجب على المولى الا دفع الرقبة بها فكذلك فى حق المكاتب فان غصب المكاتب عبدا قيمته ألف درهم فصارت قيمته فى يده ألفين ثم قتله وقتل آخر خطأ فولي العبد بالخيار لانه وجد من المكاتب فى عبده سببان موجبان للضمان الغصب والقتل فكان له أن يضمنه باى السببين شاء فان اختار تضمينه بالقتل قضى علي المكاتب بقيمته واقتسم المولى العبد المغصوب وولى الحر يضرب فيه المولى بالفى درهم قيمته وقت القتل وولى الحر بالدية لانه لما اختار تضمينه بالقتل فقد أبرأه عن ضمان الغصب فيجعل كما لو قتله فى يد مولاه وان أراد المولى أن يضمنه بالغصب ضمنه قيمته يوم غصبه ألف درهم وقضى عليه لولى الحر بقيمة المكاتب بسبب جنايته علي الحر ولا يشتركان فى ذلك لان ماوجب بسبب الغصب يكون دينا فى ذمته وما وجب بسبب القتل يكون فى رقبته فلا تتحقق المشاركة بينهما فيه بخلاف

الاول فهناك الواجب عليه لهما بسبب الجناية فيشتركان فى القيمة الواجبة على المكاتبة بقدر حقهما وكذلك او كانت قيمته يوم غصب أكثر القيمتين فهذا والاول فى التخريج سواء ❊رجل كاتب نصف عبد له فاستهلك العبد مالا لرجل فذلك دين فى عنقه يسعى فيه ولا يباع شئ منه فى الدين لان عندهما صار الكل مكاتبا وعند أبى حنيفة رحمه الله النصف منه مكاتب ومكاتب النصف لا يحتمل البيع كمكاتب الجميع فيكون عليه ولو ان مكاتبا قتل عمدا وله وارث فى كسبه غير المولى أو ليس له وارث غيره ولم يترك وفاء فى قيمته ولا وفاء بالمكاتبة فلا قصاص فيه لان فى ايجاب القصاص ضررا على المكاتب وفى ايجاب القيمة توفر المنفعة عليه لانه يؤدى عنه كتابته فيحكم بحريته وحق المقتول فى بدل نفسه مقدم على حق غيره فايجاب ما ينتفع به المقتول أولى من ايجاب القصاص الذى لا منفعة فيه للمقتول ولا لمن له القصاص بسببه اذا ترك وارثا غير المولى واشتباه من له القصاص يمنع وجوب القصاص وان ترك وفاء وله ولد حر فلا قصاص فيه أيضا وان اجتمع فى طلبه الولى والولد لاشتباه المستوفى كان على قول على وابن مسعود رضى الله عنه يؤدى كتابته فيحكم بحريته والقصاص لولده وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله عنه يموت عبدا فيكون القصاص لمولاه واختلاف الصحابة يورث الشبهة ولان المولى يأخذ بدل الكتابة من تركته فيحكم بحريته فباعتبار ابتداء القتل القصاص للمولى لانه جناية على ملكه وباعتبار المآل القصاص للوارث لانه يحكم بموته حرا فلاشتباه المستوفى كذلك وكذلك ان اجتمعا على استيفاء القصاص لان أصل الفعل لم يكن موجبا للقصاص فباجتماعهما لا يصير موجبا وان لم يدع المكاتب شيأ فلا قصاص فى هذا الوجه للمولى ومراده من هذا الفصل اذا لم يكن فى قيمته وفاء بالكتابة أما اذا كان فى قيمته وفاء بها فقد ذكر قبل هذا أنه لا يجب القصاص أيضا وان ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فللمولى القصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه متعين للاستيفاء مات حرا أو عبدا وفى قول محمد رحمه الله لا قصاص فيه لاشتباه السبب وقد بينا المسئلة فى كتاب المكاتب ❊رجل قطع يد مكاتب ثم جنى المكاتب على القاطع جناية ثم عجز فعلى الحر أرش الجناية للمولى ويدفع المولى عبده مقطوعا أو يفديه لان ما وجب على الحر بجنايته بمنزلة كسب المكاتب وكسبه للمولى بعد العجز ثم حق المجنى عليه تعلق بالعبد مقطوعا لان الجناية وجدت منه وهو أقطع اليد فيخاطب مولاه بالدفع لذلك بعد العجز أو الفداء وان كانت جناية المكاتب على الحر قبل

جنايته عليه قيل للمولى ادفعه أو افده فان دفعه بطلت جناية الحر عليه لانه جنى على الحر ويده صحيحة فيتلاقى حق ولي الجناية بيده ثم يحول الى بدله بالجناية عليه فاذا اختار المولى دفعه كان عليه ان يدفع ارش اليد معه لو كان الجانى أجنبيا آخر فاذا كان هو المجنى عليه فقد ملك ما عليه من ارش اليد فيسقط ذلك عنه وان فداه أخذ المولى من الحر أرش جنايته على العبد لانه وصل الى المجنى عليه كمال حقه وطهر العبد من الجناية فيكون ارش يده خالص حق المولى * رجل كاتب نصف عبده ثم قطع رجل يديه فعليه ضمان النقصان لان مكاتب النصف مكاتب الكل فى أنه يتعذر تسليم الجثة الى الجاني وقد بينا فى الديات ان ذلك يمنع وجوب ضمان جميع القيمة على الجانى فانما يلزمه ضمان النقصان ثم نصف ذلك للمولى ونصفه للمكاتب لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى غير مكاتب فى قول أبى حنيفة وضمان النقصان بمنزلة كسب اكتسبه المكاتب فيكون نصفه لمولاه ونصفه للمكاتب واذا قتل عبد المكاتب رجلا خطأ فاختار المكاتب فداءه بالدية وقضى عليه بها فهو دين فى عنق المكاتب لان المكاتب فى عبده بمنزلة الحر وفى اختيار الفداء منفعة له وهو استخلاص عبده عن الجناية فيكون هو فيه كالحر وتكون الدية عليه دينا بقضاء القاضى بمنزلة سائر ديونه ويطالبه به فى حال الكتابة وان عجز بيع فيه الا أن يؤديه المولي عنه وعلي هذا لو أقر المكاتب على عبده بجناية جاز اقراره عليه ويخير المكاتب فيه بين الدفع والفداء بمنزلة الحر يقر علي عبده بذلك وكذلك لو صالح من جناية على عبده فهو فى ذلك بمنزلة الحر وقد بينا حكم هذا فيما اذا عجز وأدى فى الديات * رجل كاتب نصف عبده ثم جنى المكاتب جناية ضمن المولي نصفها وسعى المكاتب فى نصفها لأن المكاتب أحق بنصف كسبه فيكون موجب الجناية عليه فى ذلك النصف والمولى أحق بنصف كسبه باعتبار ملكه فيكون موجب الجناية عليه فى ذلك النصف وانما يلزمه الاقل من نصف القيمة ومن نصف الارش لانه صار مانعا دفع هذا النصف بالكتابة السابقة ولم يصر مختارا بذلك فيكون مستهلكا ضامنا للقيمة كما فى جناية المدبر وأم الولد فان قضى بذلك عليهما ثم عجز بيع نصفه فى النصف الذي قضى به عليه وكان النصف الآخر دينا على المولي لان الحق بقضاء القاضى تحول من نصف نفسه الى نصف القيمة دينا فى ذمته فيباع ذلك النصف فيه بعد عجزه فاما النصف الآخر فانما قضى به دينا فى ذمة المولى فلا يتغير ذلك بعجزه لانه حين قضى به كان السبب القضاء وهو تعذر الدفع قائما فان لم يعجز ولكن قتل آخر خطأ فانه

يقضى على المكاتب بنصف قيمة أخرى لانه فى النصف هو مكاتب فيه وقد تحول حق الاول الى القيمة بالقضاء فيتعلق حق الثانى بهذا النصف فيقضى عليه بنصف قيمة لهذا ويدخل الثانى مع الاول فى نصف القيمة الذى قضى به على المولى لان المولى ما منع بالكتابة السابقة الا نصف الرقبة فلا يغرم باعتباره الا نصف القيمة وقد أدى ذلك النصف الى الاول فليس عليه شئ آخر ولكن الثانى يشارك الاول فيما قبض من المولى من نصف القيمة وان عجز قبل أن يقضى للثانى قيل للمولى ادفعه الى الثانى أو افده لان الجناية الثانية تعلقت برقبته باعتبار توهم الدفع بعد العجز فان دفعه تبعه الاول بنصف القيمة دينا فى ذمته لان حق الاول تحول الى نصف القيمة بقضاء القاضى فاجتمع فى ذلك النصف دين وجناية فيدفع بالجناية ثم يباع فى الدين ويكون للاول على المولى نصف القيمة لقضاء القاضى له بذلك *رجل كاتب نصف أمته ثم ولدت ولدا فجنى الولد جناية فانه يسعى فى نصف جنايته ويكون نصفها على المولى لان الولد بمنزلة الام نصفه مكاتب ونصفه مملوك للمولى ففى النصف الذى هو مكاتب موجب جنايته عليه وفى النصف الآخر موجب جنايته على المولى الا أن الدفع للمولى متعذر بسبب الكتابة السابقة فعليه نصف قيمته فان أعتق السيد الام بعد ما جنى الولد عتق نصف الولد وسعى فى نصف قيمته للمولى لان نصف الولد كان مكاتبا تبعا لامه فيعتق بعتقها والنصف الآخر كان مملوكا للمولى وقد تعذر استيفاء الملك له بسبب عتق النصف فعليه السعاية فى نصف القيمة للمولى ونصف الجناية على الولد باعتبار أن نصفه كان مكاتبا وقد تأكد ذلك بالعتق وكذلك حكم الجناية اذا أعتق المولى الولد الا أن هناك لا سعاية على الولد لانه انما عتق باعتاق المولى اياه وفى الاول انما عتق بحكم السعاية فى الكتابة وذلك كان فى النصف منه دون النصف ولو لم يعتق أحد منهما ولم يجنيا على الاجنبي ولكن جنى أحدهما على الآخر لزم كل واحد منهما من جنايته الاقل من قيمته ومن نصف الجناية باعتبار الكتابة فى النصف ثم نصف ذلك على المولى باعتبار أن النصف مملوك له وهو مستهلك بالكتابة السابقة ونصفه على الجانى للمولى باعتبار أن المجنى عليه نصفه مملوك للمولى غير مكاتب فيصير بعضه بالبعض قصاصا لانه وجب لكل واحد منهما على صاحبه مثل مال صاحبه ولو جنت الام ثم ماتت قبل أن يقضى عليها ولم تدع شيأ فولدها بمنزلتها يسعى فى نصف الجناية والكتابة لان نصف الولد مكاتب معها ولو كان الكل تبعا لها كان يقوم مقامها فى السعاية فيما عليها من بدل الكتابة وموجب الجناية

فكذلك اذا كان دينا في ذمة المولى ابتداء فلا يسقط ذلك بموتها لجناية المدبر ويستوى ان كان قضى عليها بالجناية أو لم يقض أما في النصف الذى هو على المولى فغير مشكل وفى النصف الذى هو عليها فلان الكتابة بقيت ببقاء من يؤدي البدل وتصير جنايتها دينا بموتها عمن يؤدى كما تصير دينا بموتها عمن يؤدي له بدل الكتابة فكان القضاء وغير القضاء فيه سواء فان جنى الولد بعد ذلك جناية ثم عجز وقد كان قضى عليه بجناية أمه فان الذي قضى به عليه من جناية أمه دين فى نفسه غير أن للمولى ان يدفعه بجنايته لان حق ولى جنايته تعلق برقبته وزال المانع من دفعه بعجزه قبل القضاء فيكون للمولي أن يدفعه بجنايته وان شاء فداه فان فداه بيع نصفه في الدين الذي على أمه وان دفعه لم يتبعه فى هذا الدين لانه دين أمه وحق ولى جنايته مقدم على حق صاحب دين أمه فلهذا لم يتبعه المقضى له بنصف القيمة فى ملك المدفوع اليه * رجل كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقى فجنى جناية أخرى ولم يكن قضي للاول فان علي الاول نصف الجناية الاول ويقضى على المكاتب بقيمته لانه حين جني على الاول كان النصف منه مملوكا للمولى غير مكاتب فكان الدفع منه متعذرا فوجب على المولى نصف قيمته لولي تلك الجناية دينا ذمته ثم جنى على الثانى وهو مكاتب كله فيقضى عليه بقيمته وتكون نصف هذه القيمة لولى الجناية الثانية خاصة لان الذى كوتب منه آخرا ماثبت فيه الا حق ولى الجناية الثانية فقيمة هذا النصف عند قضاء القاضي تكون له خاصة والنصف الآخر وهو الذى كوتب منه أو لا قد تعلق به الجنايتان جميعا فقيمة ذلك النصف اذا قضى به القاضي يكون بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه فقد وصل الى كل واحد منهما نصف حقه وانما بقي له نصف حقه فان عجز قبل قضاء القاضى دفعه اليهما أو فداه فان كان قضى عليه بالجناية الاولى قبل أن يجنى الثانية ثم عجز فان للمقضى له نصف ماقضي له على المولى ونصفه دين فى نصف العبد ويدفع العبد الي الثانى أو يفديه لانه حين جنى على الثانى كانت الرقبة فارغة عن الجناية الاولى فيتعلق حق ولي الجناية الثانية به فيدفع اليه بعد العجز أو يفدى بالدية فاذ دفعه تبعه الاول فيباع له فى نصف قيمته لما قلنا ان نصف القيمة صار دينا في ذمته بقضاء القاضى فيتبعه ذلك فى ملك المدفوع اليه ويباع فيه الا أن يقضيه عنه ولو كاتب نصف عبده فجنى جناية ثم كاتب النصف الباقي فجنى جناية ثم عجز عن المكاتبة الاولى يرد ذلك النصف الى الرق لان كل نصف بمنزلة شخص على حدة فالعجز فى النصف الاول لايوجب العجز

فى النصف الثانى وانما تنفسخ الكتابة فيما تقرر فيه سببه ثم يقضى على المولى للاول خاصة بنصف جنايته ونصفها بينه وبين الثانى يضرب كل واحد منهما فيه بنصف جنايته لان الجناية الاولى كان قد أوجب على المولى نصف القيمة لانه حين جنى تلك الجناية كان النصف منه للمولى ملكا فلا يتغير ذلك الحكم لعجزه وفى النصف الآخر كانت الجناية على الاول متعلقة بنصف الرقبة وقد تعلق أيضا جنايته على الثانى بذلك النصف وكان على المولى دفع ذلك النصف بالجنايتين بعد عجزه عن المكاتبة الاولى لولا الكتابة الثانية وهو بالكتابة الثانية صار مانعا دفع ذلك النصف على وجه لم يصر مختارا فعليه نصف القيمة بين ولى الجنايتين نصفين وعلى المكاتب نصف القيمة أيضا لولى الجناية الثانية لانه جنى عليه والنصف الباقى مكاتب فوجب جنايته عليه فى هذا النصف مابقيت الكتابة وهى باقية وان عجز عن المكاتبة الثانية خاصة ولم يعجز عن الاولى فعلى المولى هنا الاقل من نصف قيمته ونصف الجناية الاولى وهو للاول خاصة ونصف الجناية الاخيرة فيضرب كل واحد منهما بنصف جنايته ويقضى على المكاتب فى النصف الذى كوتب أخيرا بالاقل من نصف قيمته ومن انصاف جنايتهما وهذا كله على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فاما عندهما اذا كاتب الرجل نصف عبده فهو مكاتب كله والحكم فى جنايته كالحكم فى جناية المكاتب على ماسبق * رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة ثم جنى أحدهما جناية سعى فى الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولم يلزم صاحبه منها شئ ان عاش هذا أو مات لان كل واحد منهما مقصود بعقد الكتابة بمقابلة بعض البدل فاتحاد العقد واختلاف العقد فيما يلزم كل واحد منهما بالجناية والدين سواء ولو كوتب كل واحد منهما بعقد على حدة لم يلزم أحدهما شيئا على صاحبه من جناية أو دين فكذلك اذا كوتبا بعقد واحد وانما صار كل واحد منهما مطالبا بجميع بدل الكتابة لاجل الضمان ولانه لا يتوصل الى العتق الا باداء جميع البدل وهذا المعنى غير موجود فى الدين والجناية وعلى هذا لو قتل أحدهما صاحبه خطأ وقيمتهما سواء فعليه قيمة المقتول بمنزلة مالو كانا مكاتبين فى عقدين ثم الحى منهما يسعى فى جميع الكتابة وتبقى الكتابة فى حق الميت لانه مات عمن يؤدى البدل ولان العقد واحد فلا يمكن فسخه فى حق الميت مع ابقائه فى حق الحى ولا بد من ابقاء العقد فى حق الحى وهذا لا يتوصل الى الحرية الا باداء جميع البدل واذا أداها عتق واستوجب الرجوع على صاحبه بما يؤدى عنه من حصته فيصير ذلك قصاصا بما لصاحبه عليه من القيمة

ويؤدى فضلا ان بقى عليه ويرجع بفضل ان كان بقي له ولو كاتب أمتين له مكاتبة واحدة فولدت احداهما ولدا ثم جنى الولد على الاخرى فادت أمه المكاتبة عتقوا فان الام ترجع على صاحبتها بحصتها من المكاتبة لانها أدت ذلك عنها بحكم صحيح بامرها ويسعى الولد فى الجناية لان الولد كان مكاتبا وجناية المكاتب تلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ويتقرر ذلك عليه بالعتق لوقوع الناس عن الدفع به فان كان فى يد الولد مال حين عتق كان ذلك للام ان لم يكن قضى بالجناية على الولد لان جناية المكاتب قبل العتق لاتصير دينا الا بقضاء القاضى لتوهم الدفع بعد العجز وكسب الولد المولود فى الكتابة سالم لها بشرط الفراغ عن دينه لما قلنا ان فى حكم الكسب ولدها بمنزلة عبدها والجناية انما صارت دينا عليه بعد العتق فلا يكون ذلك مانعا من سلامة الكسب لها الا أن يكون قضى عليه بها قبل العتق فحينئذ موجب الجناية من قيمة أو أرش بمنزلة دين آخر على الولد ودينه فى كسبه مقدم على حق أمه بمنزلة دين العبد فيؤخذ الدين أولا من ذلك المال فان فضل شئ فهو للام ولو كانت الاخرى جنت على الولد كان أرش ذلك عليها للام لان ارش الجناية عليها بمنزلة كسبه والمعنى فيهما أن الولد انما يجعل ملكا للمولى ضرورة التبعية في الكتابة كما يكون خارجا من حكم الكتابة لا تتحقق فيه هذه الضرورة فجعل ذلك لها وارش طرفه خارج من الكتابة وكذلك كسبه فيسلم ذلك كله للام بمنزلة كسبها وارش طرفها فان أدت فى الكتابة صار ماأدت عن صاحبتها قصاصا بالارش ويترا جعان بالفضل لانه استوجب الرجوع على صاحبتها بارش الجناية وصاحبتها استوجبت الرجوع عليها بما أدت عنها من بدل الكتابة فتقع المقاصة كذلك عبدين رجلين جنى جناية فكاتبه أحدهما وهو لا يعلم والآخر يعلم فبلغ المولى الذى لم يكاتب كتابة صاحبه فاجازها لم يكن مختارا بالاجازة وهو لا يعلم بالجناية فلا يصير به مختارا وأما المجيز فقد كان الدفع متعذرا فى نصيبه قبل الاجازة لما بينا ان عقد الكتابة فى النصف كعقد الكتابة فى الكل فى المنع عن الدفع بالجناية فان قيل لا كذلك فالمجيز قبل الاجازة كان متمكنا من فسخ الكتابة ودفع نصيبه بالجناية وانما يتعذر ذلك باجازته الكتابة فينبغى أن يصير ذلك مختارا للارش *قلنا هو بالاجازة أسقط حقه فى الفسخ فلا يتصرف فى المحل المستحق بالجناية والاختيار انما يحصل بتصرفه فى المحل المستحق بالجناية على معنى انه مخير بين شيئين فاذافوت أحدهما تعين الآخر وهذا غيرموجود هنا فانه ماتصرف فى نصيب نفسه بشئ وانما أسقط حقه فى فسخ

كتابة صاحبه فى نصيبه وما كان دفع نصيب صاحبه مستحقا عليه فلهذا لايجعل بهذه الاجازة مختارا للفداء ولكن يكون عليهما الاقل من قيمته ومن ارش الجناية بمنزلة مالو كاتباه وهما لايعلمان بالجناية ☆ عبد جنى على حر بقطع يده ثم قطع يد العبد رجل حر ولا يعلم أى الجنايتين قبل فقال الحر كانت جناية العبد على قبل الجناية عليه وقال المولى بل كان ذلك بعد الجناية عليه فالقول قول المولى فى ذلك لان سبب استحقاق المولى ارش يد العبد ظاهر وهو ملكه رقبته والمجنى عليه يدعى استحقاق ذلك عليه بدعواه سبق جناية العبد عليه فعليه اثبات ما يدعي بالبينة وان لم يكن له بينة فعلى المولى اليمين لان الحر يدعى تاريخا سابقا فى جناية العبد عليه وهذا التاريخ لايثبت الا ببينة فاذا لم يكن له بينة وحلف المولى خير فان شاء دفع العبد الى المجنى عليه وان شاء فداه بجميع الارش قال (ألا ترى) ان عبدا لو قطع يد حر وجرح المولى عبده فقال المولى فعلت ذلك قبل جناية عبدى عليه وقال المجنى عليه بل فعلته بعد ذلك كان القول قول المولى لان المجنى عليه يدعى اختيار الفداء والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه فكذلك ماسبق وان التقى عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرئا جميعا ولا يدرى أيهما بدأ بالضربة فقال المولى للحر أنت بدأت بالضربة وقال الحر بل العبد بدأ بها فالقول قول المولى لما بينا من المعنيين ان الحر يدعى سبق تاريخ فى جناية العبد عليه ويدعي استحقاق ارش الجناية على العبد فاذا حلف المولى كان على الحر نصف عشر قيمة العبد للمولى أرش الموضحة ويدفع المولى عبده بجنايته أو يفديه وكذلك ان كان مع العبد سيف فمات العبد وبرأ الحر لانه لا قصاص على العبد ها هنا فانه لاقصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس والحر انما جنى على العبد بالقصاص فلا يجب عليه القصاص فان مات العبد من ذلك فكان الواجب الارش كما في المسئلة الاولى واذا ثبت أن القول قول المولى فى انكار التاريخ كان على عاقلة الحر جميع قيمة العبد لان نفس العبد تحمله العاقلة فيكون مقدار ما تقتضيه ضربة الحر فى قيمته الى الوقت الذى ضرب العبد الحر وهو الوقت الذى يفديه المولى ذلك يكون للمولى ويكون فى الباقى أرش جنايته على الحر لان الحر استحق نفسه بجنايته عليه وقد مات وأخلف بدلا فيقوم البدل مقامه ويؤمر المولى بدفع ذلك القدر الى الحر الا أن يكون أرش جنايته عليه أقل من ذلك فحينئذ يدفع اليه مقدار ارش جنايته والباقى للمولى وان كان السيف مع الحر والعصا مع العبد وقد مات العبد وأرش جراحة الحر

أكثر من قيمة العبد فقال المولى أنت بدات فضربت عبدى وقال الحر بل العبد بدأ فضربنى فالقول قول المولى لانه منكر سبق التاريخ فى جناية عبده عن الحر يكون له أن يقتل الحر قصاصا لانه قتل عبده بالسيف وبطل حق الحر لان المستحق له بجناية العبد نفس العبد وقد مات ولم يخلف بدلا يمكن استيفاء حقه منه لانه انما أخلف القصاص وابقاء موجب جناية العبد على الحر فيما دون النفس من القصاص غير ممكن * فان قيل كان ينبغى أن لايجب القصاص على الحر لانه ان كان الحر جنى على العبد أولا فقد استحق نفسه بجنايته ثم أقدم على قتل نفس هى مستحقة له بالجناية فصير ذلك شبهة فى اسقاط القود عنه فى الوجهين * قلنا لا كذلك فان عبد الو جنى على الحر ثم جنى الحر عليه وقتله يجب عليه القصاص لان موجب جناية العبد على مولاه على مابينا أن جناية الخطأ تتباعد عن الجانى وتتعلق باقرب الناس اليه وأقرب الناس الى العبد مولاه ولهذا خير المولى بين الدفع وبين الفداء وحق المجنى عليه فى العبد حق ضعيف حتى لايمنع بقود شيء من تصرفات المولى فيه ومثل هذا الحق الضعيف لايعتبر شبهة فى اسقاط القود فان أقام الحر البينة على العبد انه بدأ فضربه فهذا مثل الاول لما بينا أن حقه فى العبد بسبب جنايته حق ضعيف فلا يمنع ذلك وجوب القصاص عليه بقتله اياه وقد فات محل حق الحر فبطل حقه *ولو التقى عبد وحر ومع كل واحد منهما عصا فاضطربا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرآ منها واتفق المولى والحر انهما لا يدريان أيهما بدأ فان المولى يدفع المولى أو يفديه لان جناية العبد على الحر معلومة وهى تثبت الخيار للمولى فان دفعه رجع على الحر بنصف أرش جناية الحر عليه لان جناية الحر عليه ان سبقت فللمولى الارش وان تأخرت فليس للمولى عليه شيء لان الارش مدفوع مع العبد بجنايته فلاعتبار الاحوال قلنا يرجع على الحر بنصف أرش جنايته على العبد وان فداه رجع على الحر بجميع ارش جنايته على العبد لانه بالفداء طهره عن جنايته وارش جناية الحر عليه سالم له بعد الفداء وان تقدمت جناية العبد على الحر *ولو كانا عبدين فشج كل واحد منهما صاحبه معا او برآ خير مولى كل واحد منهما فان شاء دفعه وان شاء فداه بجناية مملوكه على مملوك صاحبه فان اختار الدفع صار عبد كل واحد منهما للآخر فلا يتراجعان بشيء سوى ذلك لان كل واحد منهما وصل الى ما كان مستحقا له وان اختار الفداء أدى كل واحد منهما أرش جناية الآخر تاما وان سبق أحدهما بالضربة قيل لمولى البادى بالضربة ادفعه أوافده لان عبده سبق بالجناية فيخير هو أولا فان دفعه صار العبد

للمدفوع اليه ولا يرجع الدافع عليه بشئ لانه لو رجع بشئ لزمه دفع ذلك اليه مع عبده عن الجناية فتبقي جناية عبد الآخر عليه معتبرة فان مات البادى من الضربة وبرئ الآخر وقيمة كل واحد منهما خمسة آلاف فان قيمة الميت في عنق الحي يدفع بها أو يفدى فان فداه بقيمة الميت رجع فى تلك القيمة بارش جناية عبده لان حقه كان ثابتا فى رقبة الميت باعتبار جنايته على ملكه وقد مات وأخلف بدلا فيكون له أن يرجع في ذلك البدل بارش جراحة عبده وان دفعه رجع بارش شجة عبده فى عنقه ويخير المدفوع اليه بين الدفع والفداء لان الجناية من عبده كانت بعد الشجة فلا يتعلق حق مولى المجنى عليه بارش تلك الشجة وقد كان قبل جنايته مولي المجني عليه مخيرا بين الدفع والفداء فكذلك بعد جنايته (ألا ترى) أن عبدا لوشج عبدا موضحة ثم جاء عبد آخر فقتل الشاج خطأ خير مولاه بين الدفع والفداء فان فداه كان أرش جراحة المشجوج فى ذلك الفداء وان دفعه خير مولي العبد الميت فان شاء دفعه على ما سبق وقد أعاد جواب هذا السؤال بعد هذا باسطر وقال مولى الميت بالخيار ان شاء دفع ارش جناية الحي مكان قيمة عبده فى عنق الباقى ويخير مولاه فان شاء دفعه وان شاء فداه وان أبى أن يدفع المولي ارش جناية الحي فلا شئ له فى عنق الحي لان عبده هو البادي بالجناية فلا يكون له فى عنق الحي شيء حتى يؤدى ارش جنايته (ألا ترى) أن عبده لو كان حيا بدى به فقيل له ادفعه أو افده فكذلك اذا كان ميتا ولو برأ الاول ومات الاخر من الجناية خير مولي الاول بين الدفع والفداء لان عبده هو الذى بدأ بالجناية فان فدى عبده كان ارش جناية عبده فى الفداء بعد ما يدفع منه أرش موضحة العبد الآخر لان العبد الآخر جنى على عبده وهو مشجوح فلا يتعلق به حقه بارش الشجة وانما كان حقه فى العبد مشجوجا وقد مات وأخلف عوضا وان دفع عبده فلا شي له عليه لان حقه بالدفع يسقط عن ارش جناية العبد الآخر على عبده فاذا استوفى ذلك لزمه دفعه مع عبده فلا يكون استيفاؤه مفيدا شيأ ولو تضارب العبدء بالعصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة فبرآ والبادىء معروف ثم ان عبد الرجل قتل البادىء منهما خطأ قيل لمولاه ادفعه أو افده فان فداه بقيمته أدى مولاه من تلك القيمة أرش جراحة العبد الباقى والفضل له من قبل أن مولى البادى هو المخاطب أولا وحكم جناية مملوكه انما يتبين باختيار مولى العبد الثالث الدفع أو الفداء فلهذا بدئ به ولما اختار الفداء فقد اختلف البادى قيمته فلمولى العبد الباقى فى تلك القيمة ارش الجناية على عبده والفضل لمولى

البادى ثم يرجع مولى البادى بارش جراحة عبده فى عتق العبد الباقى فيدفع بها أو يفدي لانه قد وصل الي مولى العبد الباقى كمال حقه وان دفع مولى القاتل عبده قام المدفوع مقام المقتول وقد بينا ان المقتول لو كان الباقى كان يخير مولاه أولا فان دفعه لم يكن له على المولي المدفوع اليه من ارش جراحة عبده شيء وان فداه رجع فى عنق صاحبه بارش جراحة عبده فكذا هنا ولو كان العبد الثالث قتل الآخر منهما فدفعه مولاه قام المدفوع مقام المقتول فان فداه بقيمته خير مولى البادى بين الدفع والفداء فان دفعه اليه شيء له علي مولى المقتول ولا فى قيمته لان عند اختياره الدفع يكون حق مولى المقتول ثابتا فى ارش الجناية على العبد البادى فلا يفيد رجوع مولاه عليه شيأ لان ماقبضه منه يلزمه رده عليه وان فداه فقد طهر عبده من الجناية وقد فات المقتول وأخلف قيمة فيرجع فى تلك القيمة بارش جراحة عبده وان مات العبد القاتل خير مولي العبد البادئ فان شاء دفع ارش شجة المقتول وان شاء دفع نفسه وأيهما فعل فقد بطل حقه لان حقه كان فى المقتول مشجوجا وقد فات ولم يخلف عوضا لان عوضه كان العبد القاتل وقد فات وصار كان لم يكن ولو مات البادئ بالضربة من شيء آخر وبقى الآخر فان مولى البادئ بالخيار ان شاء دفع الى مولى الثانى ارش جناية عبده ويتبع عبده بارش جناية عبده لان بالفداء طهر عبده عن الجناية وقد جنى العبد الآخر على عبده فيتبعه بارش ذلك ويخير مولى العبد بين أن يدفع عبده بذلك أو يفديه وان أبى أن يدفع الارش فلا شيء له فى عنق العبد الحى لما بينا أنه كان هو المخاطب ابتداء لبداءة عبده بالجناية وشرط وجوب الجناية بوجه الخطاب له على مولى الباقى أن يدفع ارش جناية عبده عليه فاذا انعدم هذا الشرط باباءه لم يكن له أن يرجع عليه بشيء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فى مولي المفقوءة عيناه اذا دفع الشجة لم يكن له أن يرجع علي الباقى بشيء *ولو أن عبدين التقيا ومع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وأحدهما بدأ بالضربة وهو معلوم فمات الضارب الاول منهما من ضربة صاحبه وبرأ الآخر فمولي العبد الميت بالخيار ان شاء دفع ارش جناية الحى فكانت قيمة عبده فى عنق الحى وخير مولاه بين أن يدفعه أو يفديه لانه بالفداء طهر عبده وان شاء قتل العبد الباقى ويخير مولاه بين الدفع والفداء ولا يتعلق حقه بذلك لان العبد الباقى انما قتل الضارب الاول وهو مشجوج وان أبى مولى الميت أن يدفع أرش جناية الحى فلا شيء له فى عنق الحى لتفويته شرطه كما بينا ولو كانا برئا من الموضحتين ثم ان

البادى منهما قتل الآخر خطأ خير مولاه فان شاء دفعه وان شاء فداه بارش الموضحة وبالقيمة لانه تخلل بين الجنايتين برء فتكون جنايته الثانية على المجنى عليه الاول بمنزلة جنايته على غيره فاذا فداه فلا شئ له لان عند اختيار الدفع يلزمه أن يدفع ارش الجناية على عبده معه فلا يكون استيفاؤه مفيدا شيأ وان فداه كان أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون ارش شجة الحى فى هذه القيمة المقبوضة يأخذه مولاه منها لان حقه كان ثابتا في المقتول وقد فات وأخلف قيمة فيثبت حقه في تلك القيمة وذلك بقدر ارش شجة الحى وان كان الآخر هو الذى قتل البادى خطأ فانه يخير مولي المقتول فان شاء أبطل جنايته ولا شئ لواحد منهما علي صاحبه وان شاء فداه بارش موضحة الحى ثم يخير مولي الحى بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول وهذا نظير ماسبق علي معنى أن مولي البادى هو المخاطب أولا وشرط ثبوت حق الرجوع له ان يفدى عبده بموضحة العبد الحى فان وجد منه هذا الشرط يكون له أن يطالب مولي الحى بموجب جناية عبده على عبده فان أبي ايجاد هذا الشرط كان مبطلا حقه فلا شئ لواحد منهما على صاحبه وان اختار مولي العبد الآخر دفع عبده فدفعه فان ارش الشجة التى شجها الاول فى عنقه فان شاء المدفوع اليه فداه وان شاء دفعه المولى الى المدفوع فهو قائم مقام المقتول وسواء دفعه أو فداه لم يكن للاول شئ لان الجناية من الآخر على الاول كانت وهو مشجوج فلا يتعلق حق مولى الاول ببدل تلك الشجة قال الحاكم رحمه الله أراد أن الآخر يسبق الى الدفع قبل أن يختار الاول شيأ فالحكم ما بينه أولا وان كان لا يعرف البادئ من العبدين بالضربة ثم قتل أحدهما صاحبه بعد مابرئا فانه يخير مولى القاتل فان شاء دفع عبده وان شاء فداه بقيمة المقتول المشجوج صحيحا لانا تيقنا جناية القاتل على المقتول وكنا قد علمنا أن المقتول كان صحيحا واشتبه حاله وقت القتل فيجب التمسك بما كان معلوما فلهذا يفديه بقيمة صحيحا ان اختار الفداء فان دفعه كان له نصف ارش شجته فى عنقه باعتبار الاحوال كما بينا فان شاء فداه المدفوع اليه بذلك وان شاء دفع منه حصة قيمة العبد مشجوجا من العبد الذى دفعه أو يفديه فان فداه بقيمته رجع عليه بارش الشجة فى الفداء الذى دفعه بعد ما يدفع العبد المقتول نصف ارش شجته لان ذلك القدر لا يتعلق به حق الذي فدى عبده بقيمته باعتبار الاحوال فيه فيسلم ذلك لمولى العبد المقتول من الفداء أو يرجع فيما بقي منه بارش شجة عبده * ولو التقى عبدان وتضاربا فقطع كل واحد منهما يد صاحبه معا

فبرئا فانه يخير مولي كل واحد منهما فان شاء دفع عبده وأخذ عبد صاحبه وان شاء أمسك عبده ولا شئ له فى قول أبى حنيفة وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى الحر اذا كان هو القاطع ليد العبد فكذلك فى العبدين*ولو أن أمة قطعت يد رجل ثم ولدت ولدا فقتلها ولدها خطأ فان المولى بالخيار ان شاء دفع الولد الى المقطوعة يده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولي المقطوعة يده بين دفع الاقل من دية العبد ومن قيمة الام لان حق المقطوعة يده كان ثابتا فى الام والولد ما انفصل عنها بمنزلة عبد آخر جنى عليها فتعتبر جنايته لحق صاحب اليد ويخير كما بينا ولو أن عبدا قتل رجلا خطأ ثم ان عبد الرجل قطع يد هذا العبد خطأ فبرآ فمولي القاطع بالخيار ان شاء دفع عبده وان شاء فداه وأيهما فعل خير مولي المقطوعة يده فان شاء دفع عبده وما أخذ بجنايته معه وان شاء فداه لان عبده كان صحيحا حين قتل الرجل فحق وليه كان ثابتا فى الجزء الفائت منه بقطع العبد يده الى بدل فيثبت حقه في بدله أيضا فاذا اختار دفعه فعليه دفع بدل ذلك ولم يكن هذا اختيارا للآخر لان نفس كل واحد منهما انما استحقت بجنايته وأحدهما منفصل عن الآخر فكان هذا وما لو كانت جنايتهما علي شخصين سواء فلا يكون اعتاقه أحدهما اختيارا فى حق الآخر لانه لا يتعذر دفع الآخر بجنايته بسبب هذا الاعتاق وهذا بخلاف ما سبق فان المولى لو أعتق العبد المدفوع باليد المقطوعة كان ذلك منه اختيارا للفداء لان دفعهما كان باعتبار جناية واحدة وفى الجناية الواحدة اختياره فى البعض يكون اختيارا فى الكل * ولو أن رجلا قطع يد رجل فأعتقه مولاه قبل أن يبرأ وهو يعلم بذلك أولا يعلم فلا شئ له فى قول أبى حنيفة وله أن يرجع بنقصان قيمة عبده فى قولهما وهذا بناء على ما سبق فانه بالاعتاق فوت تسليم الجثة ولو منع ذلك عند أبى حنيفة لم يرجع بشئ فكذلك اذا فوته وعندهما له أن يمتنع عن تسليم الجثة ويرجع بنقصان القيمة فكذلك اذا فوت ذلك بالعتق * أم ولد بين رجلين كاتباها فقتلت أحد المولين خطأ فعليها الاقل من القيمة ومن الدية لان جناية المكاتبة على مولاها كجنايتها على أجنبي آخر وقد جنت وهى مكاتبة فعليها الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية فان قتلت الآخر بعده فعلي عاقلتها الدية لانها عتقت حين قتلت الاول منهما على اختلاف الاصلين لان عندهما وان لزمها السعاية فى نصيب الآخر فالمستسعى حر وعند أبى حنيفة لا سعاية على أم الولد لمولاها فعرفنا أنها قتلت الآخر منهما وهى حرة فعليها الدية وعليها كفارتان لان الكفارة بالقتل تجب على المملوكة كما

تجب على الحر وان قتلتهما معا فعليها قيمتهما لانها جنت على كل واحد وهى مكاتبة وانما عتقت بعد ذلك ولو جنت على أجنبيين ثم عتقت كان عليها قيمتها لهما فكذلك ان جنت على موليها واذا قطع الرجل يد عبد قيمته ألف درهم فلم يبرأ حتى زادت قيمته فصارت ألفى درهم ثم قطع آخر رجله من خلاف ثم مات منهما جميعا قال على الاول ستمائة وخمسة وعشرون درهما وعلى الآخر سبعمائة وخمسون درهما قال الحاكم رحمه الله وفى جواب هذه المسئلة نظر وانما قال ذلك لانه أجاب فى نظير هذه المسئلة فى كتاب الديات بخلاف هذا وقد بينا تمامه *قال الشيخ الامام الاجل الزاهدى رحمه الله وعندى ماذكر هاهنا صحيح وتأويله أن قيمته صارت ألفى درهم صحيحا لامقطوع اليد فعلى هذا التأويل الجواب ماذكره فى الكتاب من قبل أن الاول حين قطع يده وقيمته ألف لزمه بالقطع خمسمائة ثم الثانى بقطع الرجل أتلف نصف مابقى فيلزمه أيضا خمسمائة لانه اذا كان قيمته صحيحا ألفى درهم فقيمته مقطوع اليد ألف درهم وقد أتلف نصفه بقطع الرجل وهو مقطوع اليد فيلزمه خمسمائة فحين مات منهما فقد صار كل واحد منهما متلفا نصف ما بقى منه بسراية جنايته الا أن فى حق الاول لا معتبر بزيادة القيمة فيكون عليه نصف هذا من القيمة الاولى والقيمة الاولى كانت ألف درهم وربع تلك القيمة مائتان وخمسون فعليه بالسراية نصف ذلك الربع وهو مائة وخمسة وعشرون فاذا ضممت ذلك الى خمسمائة يكون ستمائة وخمسة وعشرين وقد أوجب على الاول هذا المقدار والآخر منهما لزمه بالسراية قيمة ماتلف بسراية فعله وذلك معتبر من قيمته وقت جنايته ألفى درهم وربع تلك القيمة خمسمائة فنصف الربع مائتان وخمسون وقد وجب عليه باصل الجناية خمسمائة وبالسراية مائتان وخمسون فذلك سبعمائة وخمسون درهما والله أعلم بالصواب

كتاب المعاقل

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن سهل السرخسى رحمه الله املاء يوم الاربعاء الرابع عشر من شهر ربيع الآخر سنة ست وستين واربعمائة الاصل فى ايجاب الدية على العاقلة فى الخطأ وشبه العمد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى فى حديث حمل بن مالك أن النبي عليه السلام قال لاولياء الضاربة قوموا فدوه قال أخوها

عمرن بن عويمر الاسلمى أندى من لا عقل ولا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان أو قال دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه فقال ان لها بيتا هم سراة الحى وهم أحق بها منى فقال بل أنت أحق بها قم فده وشئ من المعقول يدل عليه وهو أن الخاطئ معذور وعذره لا يهدم حرمة نفس المقتول ولكن يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر وفى ايجاب الكل علي القاتل اجحاف به واستئصال فيكون بمنزلة العقوبة وقد سقطت العقوبة عنه للعذر فضم الشرع اليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه وكذلك فى شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب ولم يكن فعله محظورا محضا ولهذا لا يجب عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه فى ماله لدفع معنى العقوبة عنه ولكن الشرع أوجب الدية هاهنا مغلظة ليظهر تأثير معنى العمد وأوجبها على العاقلة لدفع منع العقوبة عن القاتل ثم هذا الفصل لا يحصل الا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير فى التحرز وانما يكون ذلك بقوة يجدها المرء فى نفسه وذلك بكثرة أعوانه وأنصاره وانما ينصره عاقلته فضموا اليه فى إيجاب الدية عليهم وان لم يجب لهذا المعنى وكل أحد لا يأمن علي نفسه أن يبتلى بمثله وعند ذلك يحتاج الى اعانة غيره فينبغي أن يعين من ابتلى ليعينه غيره اذا ابتلى بمثله كما هو العادة بين الناس فى التعاون والتوادد فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين علي البر والتقوى وبه أمر الله تعالى الامة هذه ثم كانت للعرب فى الجاهلية أسباب للتناصر منها القرابة ومنها الولاء ومنها الحلف ومنها ممالحة العدو وقد بقى ذلك الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونوا حلفاء له كما كانوا حلفاء لجده عبد المطلب ودخل بنو بكر فى عهد قريش ليكونوا حلفاء لهم الحديث فكانوا يعقلون عن حليفهم وعديدهم ويعقل عنهم حليفهم وعديدهم ومولاهم باعتبار التناصر كما يعقلون عن أنفسهم باعتبار التناصر فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه ودون الدواوين صار التناصر بينهم بالديوان فكان أهل ديوان واحد ينصر بعضهم بعضا وان كانوا من قبائل شتى فجعل عمر العاقلة أهل الديوان بيانه فى الحديث الذى بدأ به الكتاب فقال بلغنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض العقل علي أهل الديوان لانه أول من وضع الديوان فجعل العقل فيه وكان قبل ذلك علي عشيرة الرجل فى أموالهم وبهذا أخذ علماؤنا رحمهم الله فقالوا العقل على أهل الديوان من العاقلة وأبى الشافعى ذلك فقال هو علي العشيرة فقد كان عليهم فى عهد رسول الله صلى الله عليه

وسلم ولا نسخ بعد رسول الله ولكنا نقول قد قضى به عمر رضي الله عنه على أهل الديوان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم * فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم * قلنا هذا اجماع علي وفاق ماقضى به رسول الله صلي الله عليه وسلم فانهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته ثم لما دون عمر رضى الله عنه الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فقد كان المرء يقاتل قبيلته عن ديوانه على ماروى عن على رضى الله عنه أن يوم الجمل وصفين جعل بازاء كل قبيلة من كان من أهل تلك القبيلة ليكونوا هم الذين يقاتلون قومهم فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان ثم الشافعي يقول الزام الدية العاقلة بطريق الصلة والصلة المالية مستحقة بوصلة القرابة دون الديوان كالنفقة والميراث ونحن نقول الوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال وايجابه فيما هو صلة أولي وأهل ديوان واحد فيما يخرج من الصلة لهم بمعين العطاء كنفس واحدة وايجاب هذه الصلة فيما يصل اليهم بطريق الصلة أولي فى ايجابه من أصول أموالهم ثم لا شك ان المعتبر النصرة ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصرة وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان فان كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذلك هو المعتبر لان المعنى متى عقل فى الحكم الشرعى تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفروع ثم القاتل أحد العواقل يلزمه من الدية مثل ما يلزم أحد العاقلة عندنا وعند الشافعي ليس على القاتل شئ من الدية لان الخطأ مرفوع قال الله تعالي وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقال عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وانما يتحقق ذلك اذا لم يكن عليه شئ من الدية ثم هذا الجزء كسائر الاجزاء فبالمعنى الذى نوجب سائر الاجزاء على العاقلة من نصرة أوصلة نوجب هذا الجزء عليهم أيضا ولكنا نقول الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف والاستئصال عن القاتل والتخفيف عليه وذلك فى الكل لا فى الجزء ثم الوجوب عليهم باعتبار النصرة ولا شك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره وكما انه معذور غير مؤاخذ شرعا فالعاقلة لا يؤاخذون بفعله أيضا قال الله تعالى ولا تزروا زرة وزر أخرى ومن لم يجن فهو أبعد من المؤاخذة من الجانى المعذور فاذا أوجبنا علي كل واحد من العاقلة جزأ من الدية فلأن نوجب عليه مثل ذلك أولى وهذا لان محل أداء الواجب العطاء الذى يخرج لهم بطريق الصلة وهم فى ذلك كنفس واحدة فكما يخرج العطاء لغير القاتل يخرج للقاتل وذكر عن المرور بن سويد قال

فرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه الدية تؤخذ فى ثلاث سنين فالنصف فى سنتين ومادون الثلث فى سنة وبه نأخذ فنقول جميع الدية متى وجبت بنفس القتل كانت مؤجلة في ثلاث سنين سواء كانت على العاقلة أو فى مال القاتل كالاب يقتل ابنه عمدا وقد بيناهذا فى الديات واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منه فى سنة ومتى كان الواجب بالقتل ثلث بدل النفس أو أقل من ذلك كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وهذا لان تقوم النفس بالمال غير معقول وانما عرف ذلك شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية مؤجلة فى ثلاث سنين فعلينا اتباع ذلك واتباع الاجزاء بالجملة فى مقدار ما يثبت فيها من الاجل والشافعى يجعل التأجيل لمعنى التخفيف كالايجاب على العاقلة معنى التخفيف معقول فأما فى التأجيل فمعنى نقصان المالية لان المؤجل فى المالية أنقص من الحال وبسبب صفة العمدية يخرج من أن يكون مستحقا للتخفيف ولكن ليس لهذه الصفة تأثير فى ايجاب زيادة على قيمة المتلف ولو أوجبنا الدية عليه حالا كان ذلك زيادة * فان قيل أليس فى شبه العمد أن الدية تجب مغلظة وفيه ايجاب زيادة المالية باعتبار صفة العمد * قلنا نعم ولكنا انما ننكر ايجاب الزيادة بالرأى فيما لا مدخل للرأى فيه وتلك الزيادة انما أوجبناها بالنص كاصل المال بمقابلة النفس أوجبناه بالنص بخلاف القياس وعن ابراهيم قال فى دية الخطأ وشبه العمد فى النفس على العاقلة على أهل الديوان فى ثلاثة أعوام فى كل عام الثلث وما كان من جراحات الخطأ فعلى العاقلة على أهل الديوان اذا بلغت الجراحة ثلثى الدية ففى عامين وان كان النصف فكذلك وان كان الثلث ففى سنة واحدة وذلك كله على أهل الديوان وبه نقول فان الواجب من الارش متى بلغ نصف عشر بدل النفس فى حق الرجل أوفى حق المرأة يكون ذلك على العاقلة وما دون ذلك بمنزلة ضمان المال يكون على الجانى والشافعى يسوى بين القليل والكثير والقياس فيه أحد السببين أما التسوية فكما ذهب اليه الشافعى فى ايجاب الكل على العاقلة والتسوية فى أن لا يوجب شئ على العاقلة كما فى ضمان المال ولكنا تركنا القياس بالسنة وانما جاءت السنة فى أرش الجنين بالايجاب على عاقلته وارش الجنين نصف عشر بدل الرجل فيقضى بذلك على العاقلة وفيما دونه يؤخذ بالقياس وفى حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة

وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ففيما دونه يؤخذ بالقياس وهذا لان الايجاب على العاقلة كان لمعنى دفع الاجحاف عن الجانى وذلك فى الكثير دون القليل فلهذا أوجبنا الكثير على العاقلة دون القليل والفاصل بينهما يكون مقدرا وأدنى ذلك ارش الموضحة قال وليس على النساء والذرية ممن كان له عطاء فى الديوان عقل لانه بلغنا عن عمر رضى الله عنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة وانما جعل الفضل فيما يؤدى والله أعلم على عشيرة الرجل ولم يجيؤا على وجه العون لصاحبهم لانهم أهل يد واحدة ونصرة واحدة على غيرهم وهذه النصرة انما تقوم بالرجال دون النساء فبنية المرأة لا تصلح لهذه النصرة وكذلك النصرة لا تقوم بالصبيان (ألا ترى) ان الشرع نهى عن قتل النساء والصبيان من أهل الحرب لانهم يقاتلون لدفع من يقاتلهم وتناصرهم فيما بينهم وذلك لا يحصل بالنساء والصبيان وكذلك الجزية التى خلت عن النصرة لم توجب على النساء والصبيان فكذلك تحمل العقل وعلى هذا لو كانت المرأة هى القاتلة أو الصبي لم يكن عليهما شيء من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء على القاتل باعتبار انه أحد العواقل وهو لا يوجد فى النساء والصبيان ولا ينظر الي مالهم من فرض العطاء فى الديوان لان ذلك ليس باعتبار النصرة بل باعتبار المؤنة كما فرض عمر رضى الله عنه لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم العطاء فى الديوان فكان يوصله لهن فى كل سنة * واذا قتل الرجل خطأ فلم يرفع الى القاضى حتى مضت سنون ثم رفع اليه فانه يقضى بالدية على عاقلته فى ثلاث سنين من يوم يقضى لان ثبوت الاجل يبنى علي وجوب المال والمال انما يجب بقضاء القاضى فاما قبل القضاء فالمال ليس بواجب لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس نفس الا انه اذا رفع الى القاضي فيتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وتحول الحق بقضائه الي المال كما فى ولد المغرور فان قيمته انما تجب علي المغرور بقضاء القاضى وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن فى الحكم جعل الواجب رد العين الى أن يحوله القاضى الى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيأ واعتبر قيمة الولد يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل فى حق العين فانه لا يعتبر ما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي فكذلك هاهنا ابتداء التأجيل يكون من وقت قضاء القاضى فان كانوا أهل ديوان قضى بذلك فى اعطياتهم فيجعل الثلث فى أول عطاء يخرج لهم بعد قضائه وان لم يكن بين القتل وقضائه وبين خروج

أعطياتهم الاشهر أو أقل من ذلك لان التأجيل فى حق العاقلة كان لمعنى تأخر خروج العطاء ومحل قضاء الدية منه العطاء فانما يعتبر خروج العطاء بعد القضاء (ألا ترى) انه لو لم يخرج سنين لم يطالبوا بشئ فكذلك اذا خرج بعد قضاء القاضى بشهر أو أقل يؤخذ منه ثلث الدية والثلث الثانى فى العطاء الآخر اذا خرج ان أبطأ بعد الحول أو عجل قبل السنة وكذلك الثلث الثالث فان عجل للقوم العطاء فخرجت لهم ثلاثة أعطية مرة وهى أعطية استحقوها بعد قضاء القاضي بالدية فان الدية كلها تؤخذ من تلك الاعطية الثلاثة لوصول محل اداء الدية منه الى يد العاقلة قال ولا يقضى بالدية على القوم حتى يصيب الرجل فى عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة أو أقل من ذلك عندنا وقال الشافعى ما يقضي به علي كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكاة وأدنى ما يجب فى الزكاة نصف دينار أو خمسة دراهم فقد كان ذلك بمعنى نصف دينار فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنا نقول الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وانما يجب على وجه لا يتعسر ذلك عليهم وذلك فى ايجاب القليل دون الكثير ثم هذه صلة يؤمرون بادائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة بل ينقص من ذلك (ألا ترى) انه لا تجب هذه الصلة فى أصول أموالهم وانما تجب فيما هو صلة لهم وهو العطاء فعرفنا أنه مبنى علي التخفيف من كل وجه وقد ظن بعض أصحابنا رحمهم الله ان التقدير بثلاثة دراهم فيما يؤخذ منهم فى كل سنة وذلك غلط فقد فسرها هنا فقال حتى يصيب الرجل فى عطائه من الدية كلها أربعة دراهم أو ثلاثة دراهم فعرفنا انه لا يؤخذ فى كل سنة من كل واحد منهم الا درهم أو درهم وثلث فان قلت العاقلة فكان يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة ضم اليهم أقرب القبائل فى النسب من أهل الديوان حتى يصيب الرجل فى عطائه ما وصفنا وهذا لان ايجاب الزيادة عليهم اجحاف بهم فلا يجوز فلذلك ضم اليهم أقرب القبائل كما ضممنا العاقلة الى القبائل للتحرز عن الاجحاف بهم ولانه متى حزبهم أمر ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فاذا كانوا فى بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فكذلك يضمون اليهم فى تحمل العقل عند الحاجة قال ولا يستحقون العطاء عندنا الا بآخر السنة فلذلك قلنا اذا خرج العطاء بعد القضاء بشهر أو أقل أخذ منه ثلث الدية ومعنى هذا أن العطاء انما يخرج لهم فى العادة فى كل سنة واستحقاق ذلك عند تمام السنة لانهم يستحقون

ذلك بطريق الصلة والتبرع الي آخر المدة فى حكم المعاوضات دون الصلات وانما يكون استحقاق الصلة عند تمام المدة ولا يثبت الملك فيها الا بالقبض بمنزلة الجزية ولهذا قلنا ان من مات من أهل الذمة أو أسلم لم يكن عليه شئ من الجزية وفى حق أهل الديوان ان من مات منهم قبل خروج العطاء وقبل تمام السنة لم يصر عطاؤه ميراثا لورثته فعرفنا ان وجوبه باعتبار آخر السنة فمتى كان يجئ ذلك الوقت بعد القضاء كان العطاء الواجب باعتبار ذلك الوقت محلا لاخذ الدية منه واذا لم يقض عليهم بالدية حتى مضت سنون ثم قضى بها ولم يخرج للناس أعطياتهم الماضية لم يكن فيها من الدية شئ لان وجوب هذه الاعطية باعتبار مدة مضت قبل قضاء القاضي وقد بينا أن وجوب الدية بقضاء القاضى فمحل الاداء الاعطيات التى تجب بعد القضاء فلهذا لا يستوفى من الاعطيات الماضية شيء من الدية ويستقبل بصاحب الدية الاعطية المستقبلة بعد القضاء ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب رزق يأخذونه فى كل شهر قضى عليهم بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم قائم مقام العطاء فان العطاء انما كان محلا لقضاء الدية منه لانه صلة يخرج لهم من بيت المال ولاجله اجتمعوا واثبتوا أسماءهم فى الديوان وهذا موجود فى الرزق اذا كانوا أصحاب رزق ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث وان كان يخرج فى كل شهر فمقدار نصف سدس الثلث يؤخذ من كل رزق حتى يكون المستوفي فى كل سنة مقدار الثلث يؤخذ من كل رزق وان خرج الرزق بعد قضاء القاضى بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر كما بينا فان كانوا يأخذون الارزاق فى كل ستة أشهر تخرج لهم رزق ستة أشهر بعد القضاء أخذ منهم سدس الدية وان كانت لهم أرزاق فى كل شهر ولهم أعطية فى كل سنة فرضت عليهم الدية فى أعطياتهم دون أرزاقهم لان الارزاق انما كانت خلفا عن الاعطيات ولا يعتبر الخلف مع وجود الاصل وهذا لان الارزاق لهم لكفاية الوقت فاخذ شئ من ذلك منهم يؤدى الى اضرار بهم وبعيالاتهم فيشق ذلك عليهم عادة فأما الاعطيات فليست لكفاية الوقت ولكن لتألفهم حتى يكونوا مجتمعين فى الديوان يقومون بالنصرة فلا يشق عليهم الاداء من الاعطيات فلهذا قلنا عند الاجتماع بفرض الدية من الاعطيات دون الارزاق ومن جنى عليهم من أهل البادية وأهل اليمن الذين لاديوان لهم فرضت الدية علي عواقلهم فى أموالهم فى ثلاث سنين علي الاقرب فالاقرب منهم يوم يقضي القاضى بالدية لان تناصرهم

بالقرب وانما يعتبر ذلك عند القضاء بالدية كما فى حق أهل الديوان ويضم اليه أقرب القبائل فى النسب حتى يصيب الرجل من الدية فى السنين الثلاثة ثلاثة دراهم أوأربعة دراهم لتحقق معنى التخفيف عليهم وهذا المعنى هنا أولي بالاعتبار منه فى حق أهل الديوان لان المأخوذ من أموالهم هاهنا والاداء من الاعطيات يكون أيسر من الاداء من أصول الاموال ومن أقر بقتل خطأ ولم يرتفعوا الى القاضى سنين ثم ارتفعوا قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى لان ماثبت بالاعتراف لاتتحمله العاقلة لقوله عليه السلام ولا صلحا ولا اعترافا وهذا لان اقراره فى حقه محمول علي الصدق وفى حق عاقلته محمول على الكذب لكونه متهما فى حقهم ثم موجب الجناية فى الاصل على الجانى ثم تحمل العاقلة للتخفيف عليه فاذا لم يثبت التسبب فى حق العاقلة فنى الواجب عليه باعتبار الاصل والتأجيل فيه من وقت القضاء لامن وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار من القتل لايكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفى القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضى فيها أولا ولو أقر انه قتل ولى هذا الرجل وأقر أنه خاصمه الى قاضي بلد كذا فقامت بذلك البينة فقضى به القاضى على عاقلته من أهل ديوان الكوفة وصدقه ولى الجناية فى ذلك وكذبه العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة علي العاقلة ولم يكن عليه شئ فى ماله لانهما تصادقا على أن الواجب بقضاء القاضى تقرر على العاقلة وبعد تقرره علي العاقلة لايبقي عليه وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية علي العاقلة هو قضاء القاضى ولم يوجد أصلا فيقضى بها فى مال المقر قال الا أن يكون له عطاء معهم فتكون عليه حصته من ذلك لانه فى مقدار حصته يقر على نفسه وفى حصة عواقلهم يقر عليهم فيؤخذ بما أقر به على نفسه وهذا يبين أن القاتل انما يكون أحد العواقل عندنا اذا كان له عطاء فى الديوان فأما اذا لم يكن فليس عليه من الدية شئ لان الدية تؤخذ من الاعطيات * فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضى فاذا توى ذلك على العاقلة بجحودهم ينبغى أن يقضي بالكل عليهم كما اذا توى الدين على المحال عليه بجحوده عاد الدين الى ذمة المحيل * قلنا هذا مستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا أيضا لم يكن دينا عليه وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر وبعد ماتقرر علي العاقلة بقضاء القاضى لايتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف والعمد الذى لاقود فيه يقضي بالدية من مال القاتل فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي لقوله

عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولان ذلك للتخفيف ودفع الاجحاف عن القاتل والعامد لا يستحق ذلك ولو قتل عشرة رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين لان مايجب على كل واحد منهم بدل النفس وبدل النفس يكون مؤجلا فى ثلاث سنين فيعتبر الجزء منه بالكل ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر وانما يريد به اذا كان لاهل مصر ديوان على حدة أو كان تناصرهم باعتبار القرب فى السكنى وأهل مصر أقرب اليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوقهم وقراهم لانهم اتباع لاهل المصر فاذا حزبهم أمر استنصروا بهم فأهل مصر يعقلون عنهم باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانها بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه انما استنصر باهل ديوانه لا بجيرانه (ألا ترى) أن القرب فى السكنى لا يكون أقوى من قرب القرابة * ولو أن اخوين لاب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه فكذلك ما سبق ولو أن قوما من أهل خراسان أهل ديوان واحد مختلفين فى انسابهم منهم من له ولاء ومنهم القربى ومنهم من لا ولاء له جنى بعضهم جناية عقل عنه أهل رايته وأهل فنائه وان كان غيره أقرب اليه فى النسب لان استنصاره باهل رايته أظهر ومن كان من أهل الديوان لا يرجع فى استنصاره الى عشيرته عادة ولان عطاء أهل راية واحدة انما يخرج من بيت المال جملة واحدة فهم فى ذلك كنفس واحدة وان كان عدد أهل رايته قليلا ضم اليهم الامام من رأى من أهل الديوان حتى يجعلهم عاقلة واحدة لدفع الاجحاف عن أهل رايته وانما يضم اليهم الامام من يكون أقرب اليهم فى معنى النصرة اذا حزبهم أمر في ذلك وانما يعرف ذلك الامام فجعل مفوضا الي رأيه لهذا ومن لا ديوان له من أهل البادية ونحوهم تعاقلوا على الانساب وان تباعدت منازلهم واختلفت الباديتان لان تناصرهم بالانساب ولان حالهم فى معنى الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا أنه قضي بالعقل على الاقارب ولا يعقل أهل البادية عن أهل الامصار الذين عواقلهم فى العطاء لان أهل الامصار انما يقوم بنصرتهم والذب عنهم أهل العطاء من أهل ديوانهم لا أهل اخوة البادية وهم انما يتقوون بأهل العطاء وكذلك لا يعقل أهل العطاء عن أهل البادية لانهم يتقوون بهم ولا ينصر بعضهم بعضا وان كانوا اخوة لاب وأم وانما ينصر كل واحد منهم أهل العطاء ومن جنى جناية علي أهل المصر وليس فى عطاء وأهل البادية

أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر لانهم من الذين يقومون بنصرة أهل المصر والدفع عنهم ولا يخصون بذلك من كان له في المصر عطاء دون من لا عطاء له فلهذا كانوا عاقلة لجميع أهل المصر وكذلك لا يعقل عن صاحب العطاء أهل البادية وان كان فيهم نازلا وأصحاب الارزاق الذين لا اعطيات لهم بمنزلة أهل العطاء في جميع ذلك لكون الارزاق خلفا عن الاعطيات في حقهم * وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا خطأ فديته على عواقلهم بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذي يبنى عليه العقل يوجد في حقهم كما يوجد في حق المسلمين وان لم يكن لهم عاقلة معروفة يتعاقلون بها فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه لما بينا أن أصل الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة اذا وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب قتل مسلما خطأ وهما أجنبيان منها فانه يقضى بالدية عليه في ماله لان من يكون في دار الحرب فأهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا الفعل لم يكن بنصرتهم ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان التعاقل ينبنى على الموالاة والتناصر وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض وقال والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا فلما انقطعت الموالاة بين من هاجر ومن لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة كان ذلك قطعا للموالاة بين الكفار والمسلمين وحكم الميراث والنفقة يؤيد ما ذكرنا * ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فلم يقض بالدية على عاقلته حتى جعل ديوانه الى البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف أيضا لان الموجب للمال الجناية عند قضاء القاضي وقد تحققت منه وعاقلته أهل ديوان الكوفة وبعد ما تحول الي ديوان البصرة لم يوجد منه جناية وانما تعقل العاقلة عند جنايته (ألا ترى) ان القاضي لو قضي بالبينة على عاقلته بالكوفة ثم تحول الى ديوان البصرة قبل استيفاء شيء كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة فكذلك قبل قضاء القاضي لوجهين . أحدهما ان وجوب الدية في القتل الخطأ ثابت بالنص فيستوى فيه القضاء وغير القضاء . والثاني على أن الدية * العاقلة بطريق الصلة والصلات لا تصير دينا بقضاء القاضي قبل الاستيفاء كنفقة الاقارب . وجه قولنا ان المال لا يجب بنفس القتل وانما يجب بقضاء

القاضي على ماقررنا ان العجز عن استيفاء المثل انما يتقرر بقضاء القاضى ثم أصل الوجوب على القاتل وبعد ماوجب عليه تتحمل عنه عاقلته (ألا ترى) انه لو أقر بقتل خطأ كانت الدية عليه خاصة ولو كان الوجوب علي العاقلة ابتداء وجبت عليه بذلك عند الاقرار فاذا ثبت ان الوجوب عليه عند قضاء القاضى فانما تتحمل عنه من يكون عاقلة له عند القضاء وهم أهل ديوان البصرة بخلاف ماذا قضي بها علي عاقلته بالكوفة لان هناك قد تقرر الوجوب عليهم فلا يتحول الي غيرهم بعد ذلك ثم اذا تحول بعد قضاء القاضى تؤخذ منه فى عطائه بالبصرة حصته لان فى مقدار حصته محل الاداء وعطاؤه من ديوان البصرة عند الاداء فيؤخذ ذلك القدر منه وفيما زاد على ذلك محل الاداء عطاء أهل الكوفة لان ذلك التقدير عليهم بقضاء القاضي ولو قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وتعذر الاخذ منهم ضم اليهم أقرب القبائل في النسب حتى يعقلوا معهم لدفع الاجحاف عنهم ولا يشبه قلة العاقلة بعد القضاء تحول الرجل بعطائه من بلد الى بلد لان الذين يضافون اليهم عاقلة واحدة وهذه عاقلة مستقلة يعني ان الذين يضمون اليهم يكونون بمنزلة الاتباع لهم فلا تتبدل العاقلة باعتبارهم * يوضحه ان الضم لدفع الاجحاف عنهم وذلك عند الاداء فيصار فيه الى وقت الاداء وأما القضاء علي العاقلة ففى حكم وجوب الدية وذلك يثبت بقضاء القاضى فيعتبر فيه وقت القضاء ولو كان رجل مسكنه بالكوفة فقتل رجلا خطأ فلم يقض عليه حتى تحول عن الكوفة واستوطن البصرة فانه يقضى بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها بالبصرة على عاقلته بالكوفة ولم ينتقل عنهم لان من لا عطاء له اذا كان يسكن مصرا فعاقلته أهل ديوان ذلك المصر بمنزلة من له عطاء وكذلك البدوى اذا التحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضى فانه يقضي بالدية على أهل الديوان وان كان ذلك بعد القضاء على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم لان الجناية لم تجنها العاقلة وانما جناها الرجل فانما يكون على عاقلته اذا قضى بها عليهم (ألا ترى) ان التأجيل فى الدية يعتبر من وقت قضاء القاضي ولو قلنا تتحول بتحويله الى ديوان آخر بعد القضاء لكان اذا تحول بعد مضى سنة يؤخذ الثلث من الديوان الذى انتقل اليهم حالا وذلك ممتنع وفي اعتبار الاجل من وقت قضاء القاضى دليل ظاهر على أن الجناية انما توجب المال بقضاء القاضي ولو أن قوما من أهل البادية قضى عليهم بالدية فى أموالهم فى ثلاث سنين فأدوا الثلث أو الثلثين أو لم يؤدوا شيئا حتى جعلهم الامام فى العطاء صارت الدية عليهم فى أعطياتهم وان كان قد قضى بها أول مرة

فى أموالهم لان العطاء من أموالهم فليس فى أخذ ذلك من العطاء يعتبر القضاء الاول لان العطاء محل الاداء فيكون المعتبر فيه وقت الاداء لا وقت القضاء والاخذمن العطاء بمعنى التيسير عليهم فهو بمنزلة أقرب من القبائل اليهم عندقلتهم فانه يعتبر فيه وقت الاداء لا وقت قضاء القاضي ولكنه يقضى عليهم فى اعطياتهم بما كان قضى عليهم بالبادية حتى ان كان قضى بالابل لم يتحول عن ذلك لان فى القضاء بشيء آخر ابطال القضاء الاول وذلك لا يجوز وليس فى القضاء به فى اعطياتهم ابطال القضاء الاول *واذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب وثبت نسبه منه فرجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم قضى القاضي لعاقلة الام علي عاقلة الاب بها لان النسب كان ثابتا منه بالفراش وقد انقطعت النسبة عنه بقضاء القاضى ولكن بقي أصل النسب موقوفا علي حقه حتى اذا ادعاه غيره لم يثبت منه واذا ادعاه هو ثبت النسب منه مع كونه مناقضا وان كذبته الام فى ذلك وانما يثبت النسب من وقت العلوق لا من وقت الدعوى فتبين انه عقل جناية كانت على عاقلة أبيه وعاقلة الام ما كانوا متبرعين فيما أدوا بل أجبروا عليه بقضاء القاضى فيثبت لهم حق الرجوع على عاقلة الاب ويصير حالهم مع عاقلة الام كحال ولى الجناية وقد بينا ان ولي الجناية لو كان هو المقضى له بالدية عليهم كان التأجيل فيه معتبرا من وقت قضاء القاضي لا من وقت الجناية فكذلك اذا قضى به لعاقلة الام عليهم يعتبر التأجيل فيه من وقت قضاء القاضى لا من وقت دعوى الاب وهذا لان التأجيل لتأخر المطالبة وذلك بعد تقرر الوجوب عليهم وانما يتقرر بقضاء القاضى وكذلك اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد الكتابة حتى جنى ابنه وابنه من امرأة حرة مولاه لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أدى الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا علي عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حياته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جني وان موجب جنايته على موالي أبيه وموالي أمه ما كانوا متبرعين عنه فى الاداء فيرجعون بالمؤدى على موالي الاب * وكذلك رجل أمر صبيا أن يقتل رجلا فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر لان الآمر متسبب متعد فانه استعمل الصبي فى أمر لحقه فيه تبعة فيثبت لعاقلته حق الرجوع بما أدوا على الآمر غير انه ان كان الآمر يثبت الامر بالبينة فرجوعهم علي عاقلة الآمر لان التسبب فى الجناية لا يكون فوق المباشرة وان

كان الآمر ثبت باقراره فانهم يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر أو علي عاقلته فان اقراره ليس بحجة علي العاقلة وان كانوا اجتمعوا في أول الامر وقضى القاضي بها لولي الجناية على عاقلة الصبي ولعاقلة الصبي علي عاقلة الآمر لان القضاء باعتبار السبب والسبب هو الجناية وذلك قد وجد من الصبي فيقضي للمولى على عاقلة الصبي ثم الرجوع على عاقلة الآمر بسبب الامر وذلك بين الآمر والصبي فيقضي لعاقلة الصبي علي عاقلة الآمر مثل ذلك فكلما أخذ ولي الجناية من عاقلة الصبي شيأ أخذت عاقلة الصبي من عاقلة الآمر بمثل ذلك لان الرجوع لدفع الغرم عن عاقلة الصبي وانما يتحقق الغرم بالاداء فيرجعون بقدر ما أدوا بمنزلة رجوع الكفيل علي الاصيل اذا كان كفل عنه بامره * ولو أن ابن الملاعنة قتل رجلا خطأ فقضى القاضي بالدية علي عاقلة الام فأدوا الثلث ثم ادعاه الاب وحضروا جميعا فانه يقضي لعاقلة الام بالثلث الذى أدوا علي عاقلة الاب لانهم ما كانوا متبرعين في اداء ذلك ويبدأ بهم في سنة مستقبلة قبل أهل الجناية ويبطل الفضل عن عاقلة الام ويقضى بالثلثين الباقيين على عاقلة الاب في السنتين بعد السنة الاولى ولا يسترد من ولي الجناية ما أخذ من عاقلة الام لانه ملك ذلك بسبب صحيح فان القاضى قضى بذلك علي عاقلة الام فكان قضاؤه ذلك حقا يومئذ وانما يبطل الفضل عن عاقلة الام لانه تبين بالقضاء بثبوت نسبه من أبيه أن جنايته على عاقلة أبيه لا عاقلة أمه ولا فائدة في استيفاء ما بقي من عاقلة الام ثم القضاء بالرجوع لهم على عاقلة الاب بل يستوفى ما بقي من عاقلة الاب بخلاف ما تقدم في مسئلة الآمر مع الصبي فان هناك السبب بين ولي الجناية وبين الآمر وهنا السبب بين ولى الجناية وعاقله الاب قد ظهر بدعوى السبب فلهذا قضي بالباقي عليهم ثم في السنة الاولي بعد القضاء ليس لولي الجناية أن يستوفى منهم شيأ لانه قد ثبت لعاقلة الام حق الرجوع عليهم بما أدوا في هذه السنة وحقهم مقدم فانهم يرجعون بما استوفاه ولي الجناية فلو قلنا بأن ولى الجناية يستوفى منهم في هذه السنة أيضا شيأ أدى الى أن يستوفى منهم ثلثي دية واحدة في سنة واحدة وفيه اجحاف بهم وعلي هذا ابن المكاتب الذى وصفناه لانه بمنزلة ابن الملاعنة حين استندت حرية ابنه الى حياة أبيه واذا كانت المرأة حرة ومولاه لبنى تميم تحت عبد لرجل من همدان فولدت غلاما فعاقله الابن عاقلة أمه لانه لا ولاء له من جهة أبيه فانه عبد والولاء كالنسب فيتبع الولد فيه أمه اذا انعدم من قبل الاب كما في النسب فان جنى جناية فلم يقض بها القاضي

على عاقلة الام حتى عتق الاب فان القاضي يحول ولاءه الى موالى أبيه لانه ظهر له ولاء فى جانب الاب وهو الاصل كما فى النسب ثم يقضى القاضى بالجناية التى قد جناها على عاقلة أمه ولا يحولها عنهم * وكذلك لو كان حفر بئرا قبل عتق أبيه ثم سقط فيها انسان بعد عتق أبيه وما خاصم فى ذلك حتى قضى بالدية علي عاقلة الام ان كان بالغا وان كان صغيرا فأبوه لان مباشرة السبب كانت منه فهو الخصم بالقضاء بالسبب عليه والحكم يبنى على السبب ثم انما يقضى هاهنا على عاقلة الام بخلاف ماتقدم فى ابن الملاعنة وابن المكاتب لان هذا ولاء حادث حدث بعد الجناية ولم يستند الى وقت سابق فلم يتبين به انه عند جنايته لم تكن علي عاقلة موالى أمه وفى مسئلة النسب لم يثبت من وقت الدعوى وانما ثبت من وقت العلوق وكذلك عتق المكاتب الميت عند أداء بدل الكتابة لا يثبت مقصورا علي حالة الاداء بل يستند الى حال حياته فلهذا كان القضاء هناك علي عاقلة أبيه وهاهنا على عاقلة الام وكذلك فى مسئلة حفر البئر لان عند الوقوع انما يصير جانيا بالحفر السابق وقد كانت عاقلته فى الوقت قوم أمه * ولو ان امرأة مسلمة مولاة لبنى تميم جنت جناية أو حفرت بئرا فلم يقض بالجناية حتى ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأعتقها رجل من همدان ثم وقع فى البئر رجل فمات قضي بتلك الجناية على بنى تميم لانه انما حدث لها ولاء بسبب الاعتاق بعد الجناية أو الحفر فلا أثر لهذا الولاء فى الجناية التى كانت منها قبل ذلك كما فى المسئلة المتقدمة وعلل فى الكتاب فقال لان الحالة الثانية غير الحالة الاولى يعنى ان حالها تبدل بالسبي والعتق فكانت فى حكم شخص آخر وانما يقضى بالجناية الاولى على عاقلة الجانيـة وعاقلة الجانية بنو تميم فاما همدان فعاقلة امرأة أخرى في الحكم لانها تبدل حالها حين صارت فى حكم امرأة أخرى * حربى أسلم ووالى مسلما فى دار الاسـلام ثم جنى جناية عقلت عنه عاقلة الذي والاه فان ولاء الموالاة عنـدنا بمنزلة ولاء العتق فى حكم عقل الجناية وقد بينا هذا فى كتاب الولاء ثم لايكون له أن يتحول بولائه بعد الجناية لانها تأكدت بفعل الجناية فان عقلوا عنه أولم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل وأعتقه جر ولاء ابنه لان ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فبعد ماظهر لابيه ولاء عتق لا يبقي ولاء الموالاة فى حقه بل يلغى حكما وتأكده لا يمنع من ذلك بمنزلة الولد الثابت ولاؤه لموالى أمه عليه ثم لا ترجع عاقلة الذى كان والاه علي عاقلة موالى الاب بشئ فلا تزول تلك الجناية عنهم وان لم يكن قضى بها عليهم لان هذا ولاء حادث بسبب

جديد وهو اعتاق الاب فلا يظهر أثره فى الجناية الثانية وكذلك لو حفر بئرا قبل أن يؤسر أبوه ثم وقع فيها انسان بعد عتق الاب فان ذلك على عاقلة الذى والاه دون عاقلة أبيه والخصومة فى سببه مع الجانى لان مباشرة السبب كانت منه * ذمى أسلم ولم يوال أحدا حتى قتل قتيلا خطأ فلم يقض به حتى والى رجلا من بنى تميم ثم جنى جناية أخرى فانه يقضى بالجنايتين على بيت المال ويجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وتبطل موالاته مع الذى والاه لان الذى أسلم ولم يوال أحدا فولاؤه لبيت المال حتى يكون ميراثه لو مات لبيت المال فاذا جنى جناية تعقل وجب على بيت المال وتأكد به حكم ذلك الولاء ولا يصح منه عقد الموالاة بعد ذلك مع أحد فلهذا كان موجب جنايته على بيت المال * وكذلك لو رمى بسهم أو حجر خطأ قبل أن يوالى أحدا فلم تقع الرمية حتى والى رجلا ثم وقعت فقتلت رجلا كانت موالاته باطلة لانه بالرمى جان (ألا ترى) ان المعتبر حالة الرمى حتى لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد فأصابه السهم حل تناوله واذا كان بالرمى جانيا وذلك حصل منه قبل الموالاة تأكد به الولاء لبيت المال * ولو حفر بئرا فى الطريق فلم يقع فيها أحد حتى والى رجلا ثم وقع فيها رجل فمات فان دية القتيل عليه فى ماله وولاء الذى والاه صحيح ولا يشبه هذا مامضى قبله من الرمية والجناية لان مجرد الحفر ليس بجناية يجب بها أرش حتى يعطب فيها انسان فقد والى وليس فى عنقه جناية فصحت الموالاة والرمية كانت جناية منه فانما والاه وفى عنقه جناية وبيان هذا الفرق أن الرامى مباشر ولا تتحقق المباشرة الا باعتبار فعله (ألا ترى) انه بالرمى ملتزم القود اذا كان عمدا والكفارة اذا كان خطأ فعرفنا انه جان حين رمى وأما الحافر فليس بمباشر للقتل ولهذا لا تلزمه الكفارة ولا يحرم الميراث ولكنه متسبب وانما يتم هذا السبب عند وقوع الواقع فى البئر فقد والى وليس فى عنقه جناية فصحت الموالاة ثم دية هذا الواقع فى البئر لا تكون على من والاه لانه عند الوقوع صار جانيا عليه بالحفر السابق وقد كان ذلك قبل الموالاة ومن والاه لم يتحمل عنه موجب أفعاله قبل الموالاة ولا يعقل عنه بيت المال لانه ان جعل ذلك على بيت المال بطل ولاؤه ولا وجه لابطال الولاء المحكوم بصحته فلنا ان نوجب عليه دية القتيل فى ماله بمنزلة من لاعاقلة له وكذلك الرجل يسلم ويوالى رجلا ثم يجنى أو يرمى أو يحفر بئرا ثم ينتقل بولائه فهو بمنزلة ماتقدم لان الاول فى المعنى تحول بالولاء فانه كان مولى لبيت المال فلا فرق بين أن يتحول بولاء كان ثابتا عليه لبيت المال وبين أن يتحول بولاء

كان ثابتا عليه لانسان بعقده (ألا ترى) أن حافر البئر لو لم يقع فى البئر أحد حتى تحوّل ولائه الى رجل فوالاه وعاقده ثم جنى جنايات كثيرة كان عقلها علي عاقلة المولي الآخر علم بالحفر أو لم يعلم لانه لم يدر انه يقع فى البئر انسان أولا يقع فيكون ولاؤه مع الثانى صحيحا وعقل جنايته عليه فبعد ماعقلوا اذا وقع فى البئر رجل لو قلنا بان ديته علي عاقلة المولى الاول أو علي بيت المال بطل هذا كله وذلك لا يستقيم ثم اشتغل فى الكتاب بالكلام مع زفر رحمه الله فقال ان قال قائل فكيف لم يشتبه الولاء المنتقل بعتق الاب قبل القضاء للعاقلتين اللتين تكون احداهما عاقلة ثم لا يتحول الى العاقلة الاخرى وقد قلت اذا تحول من ديوان الي ديوان قبل قضاء القاضى انه يقضي بالدية على أهل الديوان الذى انتقل اليهم ثم أشار الي الفرق فقال اذا انتقل من ولاء الى ولاء صارت الحالة الثانية فى حقه غير الحالة الاولى فيكون ذلك بمنزلة نفسه ونظيره مابينا فى المرأة الجانية اذا ارتدت نسبيت وأعتقت وصاحب العاقلتين لم يتحول حاله بل حاله واحدة وان تحولت عاقلته بتحوله من ديوان الى ديوان فلهذا كان المعتبر عاقلته وقت القضاء واستوضح هذا بما بينا ان نفس القتل الواجب عليه النفس فانما يتحول الى الدية بقضاء القاضى وعند القضاء العاقلة يتحملون عنه فمن ضرورته أن يكون الوجوب عليه أولا والدليل عليه ماذكرنا من الاقرار بقتل الخطأ ثم استوضح هذا بمسئلة مبتدأة فقال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لو أن رجلا قتل رجلا خطأ فلم يقض عليه بالدية حتى صالحه على عشرين ألف درهم أو على ألفى دينار أوعلى مائتى بعير أو ثلاثة آلاف شاه أو ثلثمائة بقرة لم يجز ذلك ورد الى الدية ولو قضى القاضي عليه بالف دينار فصالح على عشرين ألف درهم أو على مائتى بعير باعيانها كان جائزا فبهذا يتبين ان النفس انما تصير ما لا بقضاء القاضى فالقضاء ما يقع عليه الصلح بدل النفس وبدل النفس شرعا مقدر بعشرة آلاف درهم أو مائة من الابل فالصلح علي أكثر من ذلك باطل وبعد قضاء القاضى بالدنانير قد وجبت الدنانير فانما يقع الصلح بعد ذلك من الدنانير على الدراهم أو الابل ثم هذه المسئلة لا يستقيم جوابها علي أصل أبى حنيفة فان عنده البقر والغنم ليسا بأصل فى الدية ولا يدخلهما التقدير فينبغى أن يجوز الصلح عنده على أى مقدار كان منها وقيل بل هو مستقيم لان عنده القاضى لو قضى فى الدية بالبقر والغنم كان قضاؤه نافذا فيما يقضي بالفى شاة ومائتى بقرة لان ذلك مجتهد فيه فينفذ قضاء القاضى به وكذلك اذا اصطلح الخصمان لان صلحهما فى حقهما كقضاء القاضى به ولو قضى القاضي فى الدية بثلاثة

آلاف شاة أو ثمانمائة بقرة لم يجز قضاؤه فكذلك اذا اصطلح الخصمان على ذلك * ولو أقر رجل بقتل رجل خطأ عند القاضى وأقام ولى الجناية عليه البينة قضى بالدية على العاقلة لان الولى محتاج الى هذه البينة فوجب قبولها وبه يتبين ان المال لايجب بدون القضاء لان الاقرار موجب بنفسه فلو وجب المال به عليه لا يستقيم قبول البينة من الولى بعده والقضاء به على العاقلة فان قال الولى بعد الاقرار به لاأعلم لي بينة فاقض لي بها عليه فى ماله فقضي القاضي بها فى مال المقر ثم وجد ولي الجناية بينة فاراد أن يحول ذلك الى العاقلة لم يكن له ذلك لان المال قد وجب عليه بقضاء القاضي فلا يكون للولى أن يبطل قضاءه ببينته فتحول ذلك الي العاقلة ولو قال الولي لاتعجل بالقضاء في ماله لعلى أجد بينه فاخره القاضى ثم وجد بينة قضي له على العاقلة لما بينا * ولو أن رجلا من أهل البادية حفر بئرا فى الطريق ثم ان الامام نقل أهل البادية الي الامصار فتفرقوا فيها وصاروا أصحاب أعطية ثم وقع فى تلك البئر انسان كانت الدية على عاقلته يوم وقع الرجل في البئر لان عند الوقوع فى البئر يصير جانيا بالحفر السابق وأورد هذا النوع لايضاح ماسبق من الفرق بين هذا الحفر وغيره * قال وكذلك لو حفر وهو من أهل العطاء ثم أبطل الامام عطاءهم وردهم الى انسابهم فتعاقلوا عليها زمانا طويلا ثم مات انسان فى البئر كان عليه اليوم الذى وجب المال فيه لما بينا ان الرجل لم يخرج من نسبه وان أثبت له فى الديوان عطاء ولم يتحول الى حالة أخرى وانما انتقلت عاقلته فلا تتبدل به نفسه * ولو ان أهل عطاء الكوفة جنى رجل منهم جناية وقضى بها علي عاقلته ثم ألحق بقوم من قومه من أهل البادية أو من أهل المصر لم يكن لهم ديوان وجعلوا مع قومهم عقلوا معهم ودخلوا فيما قضى به من الجناية ولم يدخلوا فيما أدوا قبل ذلك وهذا بمنزلة ما لو قلت العاقلة حتى ضم الامام اليهم أقرب القبائل فى النسب والاصل فى هذا كله أن حال الجانى اذا تبدل حكما وانتقل من ولاء الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى كان قضي بها أو لم يقض وان ظهرت حالة حقيقية مثل دعوى الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم تختلف حالة الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك الوقت بالقضاء فان كان قضى على الاولى لم ينتقل الي الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه * ولو أن رجلا من أهل البادية من أهل الابل جنى جناية فلم يقض

بها حتى نقله الامام وقومه فجعلهم أهل عطاء وجعل عطاءهم الدنانير ثم رفع الي القاضي قضي عليهم بالدنانير دون الابل لان وجوب المال بقضاء القاضي وعند قضاء القاضي مالهم عطاء فيقضي بالدية من جنس ذلك ولو كان قضي عليهم بمائة من الابل ثم نقله الامام وقومه الى العطاء وجعل عطاءهم الدنانير أخذوا بالابل أو بقيمتها وان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم قلت القيمة أو كثرت لان الابل تعينت دية بقضاء القاضي والحيوان لا يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا يتغير حكم ذلك القضاء بصيرورتهم من أهل العطاء ولكنهم يؤخذون بما قضي به عليهم في أموالهم فان لم يكن لهم مال غير العطاء أخذت قيمة الابل من اعطياتهم لان ذلك مالهم وقد ذكر قبل هذا اذا قضي عليهم بالدية ثم جعلهم الامام أهل العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم ومن أصحابنا رحمهم الله من بين في هذه المسئلة روايتين كلتاهما في هذا الكتاب ومنهم من وفق فقال هناك أبهم الجواب انه يؤخذ من اعطياتهم للتيسير عليهم ولم يبين ماذا يؤخذ ثم فسر ذلك هاهنا فقال تؤخذ قيمة الابل من أعطياتهم وتأويل ماذكر هناك انه قضي من جنس العطاء عليهم بالدية ولم يعين جنسا منها بقضائه حتى صاروا أهل عطاء وانما يعين عليهم بعد ذلك ماهو من جنس العطاء ويأخذه من العطاء وهاهنا عين الجنس عند قضائه وقضي عليهم بمائة من الابل والعطاء ليس من جنس الابل فيكون الرأى اليهم ان شاؤا أدوا الابل من أموالهم وان شاؤا القيمة فاذا لم يكن لهم مال غير العطاء تؤخذ القيمة من أعطياتهم *ولو أن ذميا أسلم ووالي رجلا ثم جنى جناية خطأ فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشئ حتى أبرأ أولياء المجنى عليه الجانى من الجناية فللجانى أن يتحول بولائه عن الذى والاه لان بابرائه سقط موجب الجناية ولم يجب شئ على الذى والاه لان الوجوب عليه بقضاء القاضي ولو كان الابراء بعد ما قضى القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه لان بقضاء القاضي وجبت الدية علي العاقلة لتأكد الولاية ثم بسقوطه عن العاقلة بالابراء وسقوطه بالاستيفاء سواء ومعنى هذا الفرق أن موجب الجناية قبل القضاء علي الجانى فالابراء يكون اسقاطا عن العاقلة وهذا بخلاف ما تقدم اذ لم يوجد الابراء ولا القضاء حتى تحول بولائه الى غيره لان هناك موجب الجناية الاولي الباقية فانما يقضي القاضي به على عاقلة الاولى فلا يمكن أن يتحول حتى لو كان أقر الجانى بالجناية كان له أن يتحول سواء قضى بها عليه في ماله أو لم يقض لان موجب الجناية الثانية باقراره يكون عليه

لا على عاقلته فلم يوجد فى حق العاقلة ما يتأ كد به الولاء ولو لم يجن ولكنه التحق معهم فى ديوانهم فجنى بعضهم فعقل عنه معهم لم يكن له أن يتحول بولائه عنهم لان الذى والاه ليس له أن يحوله اذا عقل عنهم فكذلك لا يكون له أن يتحول عنهم (ألا ترى) ان المولى بعد ما عقل عنه لم يكن له أن يبرأ من ولائه كما ليس له أن يتحول بالولاء عنه وقد كان قبل العقل لكل واحد منهما ذلك فاذا لم يكن لاحدهما أن يتحول بعد عقل الجناية لم يكن للآخر أن يحوله أيضا ولو أخذ معهم العطاء ولم يعقل عنهم كان له أن يتحول عنهم لان بأخذ العطاء لا يتأكد حكم الولاء بينه وبينهم انما يتأكد ذلك بعقل الجناية اعتبارا لولاء الموالاة فان ذلك انما يتأكد بعقل الجناية حتى ان عقل عقل الجناية لكل واحد منهما أن يتحول بولائه وليس له ذلك بعد عقل الجناية من جانب واحد أو من جانبين والله أعلم بالصواب

كتاب الوصايا

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمة الله عليه إعلم بان الوصية عقد مندوب اليه مرغوب فيه ليس بفرض ولا واجب عند جمهور العلماء وقال بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثونه فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على أحد ممن لم يرثوه واستدلوا بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه وحجتنا فى ذلك أن الوصية مشروعة لنا لا علينا قال عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو قال حيث أحببتم والمشروع لنا مالا يكون فرضا ولا واجبا علينا بل يكون مندوبا اليه بمنزلة النوافل من العبادات ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع فى حالة الحياة وذلك احسان مندوب اليه وكذلك التبرع بالوصية بعد الموت وأما الآية فقد اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان فى الابتداء قبل أن ينزل آية المواريث ثم انتسخ وتكلموا فى ناسخه وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول انما انتسخ بقوله من بعد وصية يوصى بها أو دين فانه نص على الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية

لذكر الارث بعد الوصية المعرفة لان تلك وصية معهودة وهذا قول الشافعي أيضا بناء على مذهبه أنه لا يجوز نسخ الكتاب بالسنة والرازى كان لا يجوز نسخ الكتاب الا بالخبر المتواتر وأكثر مشايخنا رحمهم الله يقولون انما انتسخ هذا الحكم بقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ونسخ الكتاب جائز بمثله عندنا لان ماتلقته العلماء بالقبول والعمل به كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو سمعناه يقول لا تعملوا بهذه الاية فان حكمها منسوخ لم يجز العمل بها ولاجل شهرة هذا الحديث بدأ الكتاب به ورواه عن أبي قلابة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث وفى بعض الرواية قال الا أن يجيزه الورثة وفى هذه الزيادة بيان ان المراد نفى الجواز لا نفى التحقيق ومن ضرورة نفى الجواز نفى الفرضية والوجوب والحديث مرسل بالطريق الذى رواه ولكن المراسيل حجة عندنا كالمسانيد أو أقوى من المسانيد لان الراوى اذا سمع الحديث من واحد لا يشق عليه حفظ اسمه فيرويه مسندا واذا سمعه من جماعة يشق عليه حفظ الرواية فيرسل الحديث فكان الارسال من الراوى المعروف دليل شهرة الحديث فاما الحديث الذي رواه فهو شاذ فيما تعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول علي ما كان ابتداء قبل نزول آية المواريث أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق لقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعانا وجاره طاوالى جنبه والمراد مابينا ثم الوصية تتقدر بقدر الثلث من المال وهى مأخوذة من الدين لحديث على رضى الله عنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية وهكذا نقل عن ابن عباس رضى الله عنهما فهذا منهما اشارة الى معنى التقديم والتأخير فى الآية ثم قضاء الدين من أصول حوائج المرء لانه تفرغ به ذمته والوصية ليست من أصول حوائجه وحاجته مقدمة فى تركته (ألا ترى) انه يقدم جهازه وكفنه لحاجته الى ذلك فكذلك قضاء الدين ثم زعم بعض أصحابنا أن الوصية بعد الدين تقدم علي الميراث لظاهر الآية وأكثرهم قالوا التقديم لا يظهر فى الوصية بل الوارث يستحق الثلثين ارثا في الوقت الذى يستحق الموصى له الثلث بالوصية والمراد من الآية تقديم الوصية علي الميراث فى الثلث لانه محل للارث اذا لم يوص فيه بشئ فاذا أوصى كانت الوصية فى الثلث مقدمة علي الميراث والدليل على أن محل الوصية النافذة شرعا ثلث

المال مارواه من حديث سعدبن مالك قال يارسول الله أوصى بمالى كله فقال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس وفى رواية يتكففون وأصل هذا الحديث ماروى أن سعدا رضى الله عنه مرض بمكة عام حجة الوداع فدخل عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم يعوده فقال يارسول الله أخلف عن دار الهجرة فأموت بمكة فقال انى لارجو أن يبقيك الله ينتفع بك أقوام ويضربك آخرون لكن البائس سعدبن خولة يرثى له ان مات بمكة قيل هذا من النبى عليه السلام اشارة الى ماجرى من الفتوح على يد سعد فى زمن عمر رضى الله عنه ثم قال يارسول انى لا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بمالى كله الحديث وفيه دليل على انه لا ينبغى للمرء أن يوصى باكثر من ثلثه لان النبي عليه السلام ذم المعتدين فى الوصية والتعدى فى الوصية مجاوزة حدها قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون وفى الحديث الحيف فى الوصية أكبر الكبائر والحيف هو الظلم والميل وذلك بمجاوزة الحد المحدود شرعا بان يوصى لبعض ورثته أو يوصى بأكثر من ثلث ماله على قصد الاضرار بورثته والدليل على ان محل الوصية الثلث ماروينا من قوله ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ثم بين المعنى بقوله انك ان تدع عيالك أغنياء معناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال خير لك من الوصية فيه وفى هذا دليل أن التقليل فى الوصية أفضل وذلك مروى عن أبى بكر وعمر وقال لان يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث وعن علي رضى الله عنه مثل ذلك وزاد وقال من أوصى بالثلث فلم يترك شيأ يعنى لم يترك شيأ مما جعل له الشرع حق الوصية فيه فعرفنا ان القليل فى الوصية أفضل لان ذلك أبعد عن وحشة الورثة فانه اذا أوصى بجميع الثلث قال الوارث لا منة له على فانه ماترك الوصية بما زاد على الثلث الا لعجزه عن تنفيذه شرعا وحق الوارث ثبت فى ماله شرعا قال عليه السلام ان أفضل الصدقة أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل العيش وتخشى الفقر حتى اذا بلغ هذا وأشار الى التراقى قلت لفلان كذا ولفلان كذا كان ذلك وان لم يقل وانما تحل الوصية بالثلث شرعا لمن يترك مالا كثيرا يستغنى ورثته بثلثيه اما لكثرة المال أو لقلة الورثة هكذا روى ان عليا استأذنه رجل فى الوصية لمن يترك خيرا يريد قوله تعالى ان ترك خيرا ثم يستدل بظاهر هذا الحديث من يقول بان الغنى الشاكر أفضل من الفقير الصابر فان النبي عليه السلام قدم صفة الغنى لوارثة سعد فقال

انك ان تدع عيالك أغنياء ولكنا نقول قدم صفة الغنى لهم واختار الفقر لنفسه والافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه ثم انما قدم الغنى على الفقير الذى يسأل كما قال من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس أى يلحون فى السؤال ونحن انما نقدم الفقير الصابر دون الذى يسأل كما وصفهم الله بقوله تعالى يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا وهذا لان الفقر مع الصبر أسلم للمرء وأزين للمؤمن قال عليه السلام الفقر أزين للمؤمن من العذار الجيد علي جلد الفرس فأما الغنى فسبب للطغيان والفتنة قال الله تعالى كلا ان الانسان ليطغى أن رآه استغنى وروى أن حمزة بن عبد المطلب أوصي الى زيد بن حارثة يوم أحد وان عليا رضى الله عنه أوصي الي الحسن رضى الله عنهم وفيه دليل ان للمرء أن يوصى الي غيره فى القيام بحوائجه بعد وفاته وهذا من نظر الشرع له أيضا فقد يفرط فى بعض حوائجه فى حياته أو تخترمه المنية فيحتاج الي من يقوم مقامه فى القيام بحوائجه بعد موته والايصاء الى الغير كان مشهورا بين الصحابة رضى الله عنهم فان أبابكر رضى الله عنه استخلف عمر وأوصى الى عائشة رضي الله عنها فى حوائجه وعمر أوصى الى حفصة وتكلم الناس فى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هل أوصى الى أحد والصحيح عندنا انه لم يوص الى أحد بشئ انما أمر أبا بكر أن يصلى بالناس وبه استدلوا على خلافته فقالوا ما اختاره لأمر ديننا الا وهو رضي به لامر دنيانا وينبغى أن يوصى الى من هو أقرب اليه اذا كان أهلا لذلك كما أوصى على الى ولده الحسن رضى الله عنه وأوصى حمزة الي زيد بن حارثة وكان رسول الله صلي الله عليه وسلم قد آخى بينهما حين قدم المدينة وذكر عن ابن مسعود انه سئل عن انسان أوصى بسهم من ماله فقال هو السدس وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالي فقال مطلق لفظ السهم فى الوصية والاقرار ينصرف الى السدس وهو مروى عن جماعة من أهل اللغة منهم اياس بن معاوية قالوا السهم السدس وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا للموصى له سهم مثل أخس سهام الورثة وروى ذلك فى الكتاب عن شريح لان ماله يصير سهاما بين ورثته فذكر السهم ينصرف الى ذلك وأخس السهام متيقن فيه الا أن يجاوز السهم فحينئذ لا تنفذ الوصية فيما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة وأبو حنيفة يقول هذا ان لو ذكر السهم معرفا وقد ذكره منكرا بقوله أوصيت لكم بسهم من مالي فينصرف الى ما فسر أهل اللغة السهم به * وبيان المسئلة يأتى فى موضعه وعن عمر رضى الله عنه قال اذا أوصى الرجل بوصيتين فالأخيرة منهما أملك وبظاهره

أخذ الشافعى فقال الوصية الثانية بالثلث أو بالعتق للذى أوصى به لغيره يكون دليل الرجوع عن الوصية الاولى ولكنا نقول المراد وصيتان بينهما منافاة بان يوصي ببيع عبده من انسان ثم يوصى بعتقه أو على عكس ذلك فان بين هاتين الوصيتين فى محل واحد منافاة فالثانية منهما دليل الرجوع عن الاولي فأما اذ أوصى الى انسان بعبد بعينه ثم أوصى لآخر بذلك العبد فلا منافاة بين الوصيتين فى المحل ومراده ان يكون كله لاحدهما ان لم يقبل الآخر الوصية أو لم يبق الى ما بعد موت الموصى وان لم يكن مشتركا بينهما ان قبلا جميعا الوصية فلا تكون الثانية منهما دليل الرجوع عن الاولي وان لم يستحق الموصى له الاول الترجيح بالسبق فلا أقل من أن يزاحم الموصي له الثانى وعن ابراهيم في الرجل يموت ولم يحج قال ان أوصى أن يحج عنه فمن الثلث وان لم يوص فلا شئ وبهذا نأخذ وقد بينا المسئلة فى كتاب المناسك فنقول فيما يجب حقا لله تعالى خالصا كالزكاة والحج لا يصير دينا فى التركة بعد الموت مقدما علي الميراث ولكنه ينفذ من الثلث ان أوصي به كما ينفذ بسائر التبرعات وان لم يوص به فهو يسقط بالموت فى أحكام الدنيا وان كان مؤاخذا فى الآخرة بالتفريط فى الاداء بعد التمكن منه وعلي قول الشافعى يصير ذلك دينا فى تركته مقدما علي الميراث أوصى به أو لم يوص وقد بينا المسئلة فى كتاب المناسك والزكاة وعن ابراهيم فى الرجل يوصى بثلث ماله يحج به عنه أو يعتق به رقبة فلم تتم الحجة ولا الرقبة قال يتصدق عنه ولسنا نأخذ بهذا فان تنفذ الوصية تجب على ما أوجبه الموصي بحسب الامكان والتحرز عن التبديل واجب بالنص قال تعالي فمن بدله بعد ما سمعه الآية وانما يحج بثلثه من حيث يبلغ وان كان الثلث لقلته بحيث لا يمكن أن يحج به عنه فهو لورثته وكان ابراهيم ذهب فى ذلك الى ان مقصود الموصي التقرب الى الله تعالى بثلث ماله ونيل الثواب فى ذلك القدر من المال فيجب تحصيل مقصوده بحسب الامكان وذلك فى التصدق به ولكنا نقول اعتبار التعبير فى ألفاظ الشرع يجب لانها لا تخلو عن حكمة حميدة فاما فى أوامر العباد فيعتبر اللفظ (ألا ترى) انه لو أمر انسانا بان يطلق امرأته للسنة فطلقها بغير السنة لم يقع والشرع أمر بايقاع الطلاق للسنة ومن طلق امرأته لغير السنة كان طلاقه واقعا وعن ابراهيم قال لا بأس بأن يوصي المسلم للنصرانى أو النصرانى للمسلم فيما بينه وبين الثلث وهكذا عن شريح وبه نأخذ فان الوصية تبرع بعد الوفاة بعقد مباشرة فيعتبر بالتبرع فى حياته ولا بأس بعقد الهبة بين المسلم والذمى فى حال الحياة والاصل فيه قوله

تعالى لا ينهاكم الله الى قوله ان تبروهم وتقسطوا اليهم وان أراد بهذا بيان الفرق بين الوصية والميراث فان الارث لا يجرى مع اختلاف الدين لان الارث طريقه طريق الولاية والخلافة على معنى أنه يبقى للوارث المال الذى كان للمورث واختلاف الدين يقطع الولاية فاما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث وعن ابراهيم فى الرجل يستأذن ورثته فى الوصية فيأذنون له ثم يرجعون بعد موته قال لهم ذلك ان شاؤا رجعوا وبه نأخذ فان الاجازة من الورثة معتبرة فى الوصية بما زاد علي الثلث أوفى الوصية للوارث وانما تعتبر اجازتهم بعد موت الموصى فأما فى حياته فلا تعتبر لان الاجازة اما أن تكون بمنزلة التمليك منهم أو بمنزلة اسقاط الحق وانما ثبت ذلك كله لهم بعد موت الموصى فتمليكهم قبل أن يملكوا أواسقاطهم لحقهم قبل أن يتقرر وجوب الحق لهم يكون لغوا ثم اجازتهم فى حالة الحياة لا تكون دليل الرضى منهم بهذا بل الظاهر انهم كارهون له الا أنهم احتشموا المورث فلم يجاهروه بالاباء فلو لزمهم حكم الاجازة فى حالة الحياة تضرروا بخلاف ما بعد الموت فاجازتهم بعد الموت دليل الرضى منهم وعن ابراهيم فى رجل أوصى لغير وارث بدين أو أقر به قال هو جائز ولو أحاط بماله ومراده الاقرار بالدين لا الوصية وانما سماه وصية لذكره اياه فيما بين الوصايا وفى موضع الوصية وبهذا نأخذ فنقول الاقرار لغير الوارث بالدين صحيح وان أحاط بماله وهو مروى عن ابن عمر رضى الله عنه وقد روى مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيناه فى كتاب الاقرار وعن الشعبي انه سئل عن رجل له ثلاث بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم قال له الربع وبه نأخذ لان مثل الشئ غيره فهو جعل نصيب أحد البنين معيارا لما أوجب الوصية فيه وجعل وصيته بمثل ذلك فاما أن يقال يصير الموصى له بالايجاب كابن آخر له مع البنين الثلاثة فله الربع أو يقال ينظر فى نصيب أحد البنين فيزاد على أصل السهام مثل ذلك للموصى له والمال بين البنين الثلاثة علي ثلاثة أسهم لكل واحد منهم سهم فاذا زدنا للموصى له سهما على الثلاثة كانت السهام أربعة ثم نعطيه ذلك السهم فيكون له الربع ولا يجوز له أن يعطى الثلث بهذا الايجاب لان ذلك حينئذ ينفذ الوصية له فى نصيب أحد البنين لا فى مثل نصيب أحدهم وهو انما أوصى له بمثل نصيب أحدهم وعن ابراهيم والشعبي قالا فى رجل أوصى لرجلين بالنصف والثلث فردوا الى الثلث أن الثلث بينهم على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب

الثلث اثنان وهذا قول أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالثلث بينهما نصفان والاصل عند أبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة تبطل فى حق الضرب بها فى الثلث وبيانه اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فلم تجز الورثة أو أوصي لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله فلم تجز الورثة فعند أبي حنيفة الثلث بينهما نصفان فى الفصلين جميعا وعندهما فى الفصل الاول يكون الثلث بينهما ارباعا على أن يضرب الموصى له بالجميع بالثلث فى سهام جميع المال الثلاثة والموصى له بالثلث بسهم واحد وفى الفصل الثانى يكون الثلث بينهما أثلاثا على أن يضرب الموصى له بالجميع بسهمين والموصى له بالنصف بسهم فهما يقولان ما يوجبه الموصى بعد موته معتبر بما أوجبه الله تعالى من السهام للورثة بعد الموت والله تعالى أوجب للزوج النصف وللاخت النصف وللأم الثلث فكان موجب استحقاق كل واحد منهم بما أوجب له عند الانفراد والضرب بجميع ما سمى له بالوصية فى محل الميراث عند المزاحمة فكذلك فيما أوجب الموصي المقصود استحقاق كل واحد منهما لما أوجبه له عند الانفراد واجازة الورثة * يوضحه ان الموصي قصد سلامة ما سمى لكل واحد منهما بكماله وتفضيل أحدهما على الآخر ففى أحد الحكمين تعذر تحصيل مقصوده عند عدم اجازة الورثة وفى الحكم الآخر ماتعذر تحصيل مقصوده فيجب تحصيله كما لو قال أوصيت بهذه الالف لفلان منها بستمائة ولفلان منها بسبعمائة تعتبر تسميته لكل واحد منهما وفى القدر الذى سمي التفضيل بينهما وان تعذر اعتباره فى استحقاق جميع المسمي لكل واحد منهما لضيق المحل ثم وصيته بالنصف والثلث ينصرف كل واحد منهما الى جزء شائع فى جميع ماله وفيما ذهب اليه أبو حنيفة تنفذ وصية أحدهما بجميع الثلث الذى له أن يوصى به وجعل الزيادة فيما أوصي لاحدهما بثلث ماله للآخر خاصة حتى يبطل بعدم اجازة الورثة وذلك خلاف ما أوجبه الموصى (ألا ترى) انه لو أوصي لاحدهما بثلث ماله ولآخر بسدس ماله ولاحدهما بالثلث وللآخر بالربع ان لكل واحد منهما أن يضرب بجميع ما أوصى به له فى الثلث وكذلك لو أوصى لاحدهما بالف درهم وللآخر بالفين وثلث ماله ألف ضرب كل واحد منهما فى الثلث بجميع ما سمى له وكذلك لو أعتق فى مرضه عبدا قيمته ألف وعبدا قيمته ألفان وثلث ماله ألف أو باع من انسان عبدا وحاباه بالف وباع من أحد شيأ وحاباه بالفين ضرب كل واحد منهما فى الثلث بجميع ماحاباه وان كان أكثر من ثلث

ماله فكذلك فيما سبق ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة مفسوخة بتغيير الوصية المفسوخة كالمرجوع فلا يستحق الضرب بها كالوصية بمال الجار وانما قلنا ذلك لانها كانت موقوفة على اجازة الورثة فتنفسخ بردهم كالبيع الموقوف على اجازة المالك ينفسخ برده وتأثيره ان حق الضرب فيه بناء على صحة الايجاب وقد بطل ذلك بالانفساخ فلا معنى للضرب به فى مزاحمة وصية الايجاب فيها صحيح ولهذا فارق المواريث فان ما أوجبه الله تعالى لكل وارث صحيح قطعا ويقينا فعرفنا ان المراد المضاربة بها عند ضيق المحل لعلمنا ان المال الواحد لايكون له نصفان وثلث وبه فارق الوصية بالثلث والسدس لان كل واحد منهما ايجاب صحيح لا ينفسخ برد الوارث فان كل واحد منهما ايجاب بتسمية يوجد ذلك فيما هو محل الوصية وهو الثلث فاما هذا فايجاب بتسمية لاتوجد تلك التسمية الا فيماهو حق الورثة فيبطل بردهم الايجاب فيما يتناول حقهم وكذلك الوصية بالالف والالفين فانها ماوقعت فى حق الورثة بهذه التسمية لان حق الورثة فى أعيان التركة دون الالف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ جميع هذه الوصية على ماسمي الموصى من غير اجازة الورثة بان يكثر مال المورث فكذلك فى مسئلة العتق فان ذلك وصية بالبراءة عن السعاية والسعاية بمنزلة الالوف المرسلة (ألا ترى) انه يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما بدون اجازة الورثة بان يكثر مال الميت وكذلك فى مسئلة المحاباة فالوصية بالمحاباة تكون من الثمن وذلك بمنزلة المال المرسل حتى يتصور تنفيذه لكل واحد منهما بدون اجازة الورثة عند كثرة المال * فان قيل هذا فاسد فان الخلاف ثابت فيما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان قيمته ألفان ولا مال له سواهما وهنا يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما فى جميع ماسمي له بغير اجازة الورثة بان يكثر مال الميت فيخرج العبدان من الثلث * قلنا نعم ولكن وصيتهما بعين التركة حق الورثة فكانت تلك الوصية واقعة فى حق الورثة (ألا ترى) انها لاتصح الا بعد قيام ملكه فى العين عند الوصية بخلاف الوصية بالالف المرسلة فانها صحيحة ان لم يكن فى ملكه مال عند الوصية والطريق الآخر لابى حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وصية ضعيفة حتى لايجب تنفيذها الا باجازة الورثة والوصية بالارث وصية قوية ولا مزاحمة بين الضعيف والقوى فى الاستحقاق ولكن الضعيف فى مقابلة القوى كالمعدوم بمنزلة الوصية للوارث مع الوصية للاجنبي فانه لا تثبت المزاحمة بينهما والمضاربة عند

عدم اجازة الورثة وبه فارق المواريث فقد استوت السهام فى القوة وكذلك الوصايا فى الثلث فقد استوت فى القوة لمصادفة كل واحد منهما محل الوصية وكذلك التركة اذا كانت ألفا وفيها دين ألف ودين ألفان لان الدينين استويا فى القوة وكذلك الوصايا فى الالوف المرسلة والعتق والمحاباة فانها استوت فى القوة حين لم تصح فى حق الورثة على مابينا وقول الموصي قصدتين فلنا التفصيل بناء على صحة الايجاب فى حق الاستحقاق وقد بطل ذلك بالرد على الطريق الاول وهو ضعيف على الطريق الثانى فلايزاحم القوى وبه فارق مسئلة الالف لان مطلق الاضافة اليهما يعقبه تفسير وهو ماسمي من الستمائة لاحدهما والسبعمائة للآخر فيكون الحكم لذلك التفسير استواء الايجاب فى القوة وما قالوا ان الايجاب ينصرف الى جزء شائع هاهنا فاسد فانه اذا أوصي بثلث ماله لابنه استحق الموصى له جميع الثلث ولو انصرف الايجاب الى ثلث شائع فى جميع المال صارله ثلث الثلث لان ذلك القدر صادف محل الوصية وحيث استحق جميع الثلث عرفنا ان تسمية الثلث مطلقا تنفيذ محل الوصية لتصحيح ايجابه في جميعه كالعبد المشترك بين اثنين يبيع أحدهما نصفا مطلقا فانه ينصرف البيع الى نصيبه خاصة فهذا مثله وعن أبى عاصم الثقفى قال سألنى ابراهيم عن رجل أوصي بنصف ماله وثلثه وربعه فأجازوا قلت لاعلم لي بها قال لى خذ مالا له نصف وثلث وربع وذلك اثنا عشر فخذ نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ذلك وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة رحمه الله بخلاف ذلك ولم يزد على ذلك حتى اختلفوا فى تخريج المسئلة علي قول أبي حنيفة وهذه مسئلة معروفة تدعى الثقفية وربما يمتحن من يدعى التحرز فى المقدرات من أصحابنا فأما تخريج قولهما فظاهر لان القسمة عندهما علي طريق العول والمضاربة فالموصى له بالنصف يضرب بنصف المال ستة من اثني عشر والموصى له بالثلث يضرب باربعة من اثني عشر والموصى له بالربع يضرب بثلاثة فبلغ هذه السهام ثلاثة عشر فحينئذ اجازه الورثة يقسم جميع المال بينهم على ذلك وعند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهم علي ذلك وأما عند أبي حنيفة فقسمة المال بينهم عند اجازة الورثة علي طريق المنازعة فخرج أبو يوسف رحمه الله قوله علي طريق ومحمد رحمه الله على طريق آخر والحسن رحمه الله علي طريق آخر وكل واحد منهما روى طريقه عنه وطريق الحسن أوجه فأما طريق أبي يوسف فهو ان الموصي له بالنصف فضل الموصى له بالثلث بسهمين لان تفاوت ما بين النصف والثلث سهمان ولا منازعة فى هذين السهمين لصاحب الثلث والربع فيأخذهما صاحب

النصف ثم لا منازعة لصاحب الربع فيما زاد على الربع الى تمام الثلث وهو سهم وصاحب الثلث والنصف كل واحد منهما يدعى ذلك وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما سهما ففى ثمانية استوت منازعتهم فيها يكون بينهم أثلاثا فانكسر بالاثلاث فيضرب أصل المال اثنا عشر فى ثلاثة فيكون ستة وثلاثين صاحب النصف أخذ مرة سهمين ومرة سهما وقد ضربنا ذلك فى الثلاثة وهى تسعة وصاحب الثلث أخذ سهما وذلك ثلاثة والباقى أربعة وعشرون بينهم لكل واحد منهم ثمانية فحصل لصاحب الربع ثمانية من ستة وثلاثين ولصاحب الثلث أحد عشر ولصاحب النصف سبعة عشر وأما تخريج محمد لقول أبى حنيفة فقريب من هذا ولكنه قال لما أخذ صاحب النصف سهمين بلا منازعة تراجع حقه الى الثلث فوصاياهم جميعا بعد ذلك اجتمعت فى الثلث ومن أصل أبى حنيفة أن الوصايا متى وقعت فى الثلث فالقسمة بين أربابها على طريق العول فيضرب صاحب النصف بما بقى من حقه وهو أربعة من اثنى عشر وصاحب الثلث باربعة أيضا وصاحب الربع بثلاثة فيكون بينهم على أحد عشر فالسبيل ان تضرب أصل المال أثنى عشر فى احدى عشر فيكون مائة واثنين وثلاثين كان قد أخذ صاحب النصف سهمين وضربناسهما فى أحد عشر وذلك اثنان وعشرون بقى بعد ذلك مائة وعشرة لصاحب الربع من ذلك ثلاثون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب النصف كذلك فجملة ما حصل لصاحب النصف اثنان وستون ولصاحب الثلث أربعون ولصاحب الربع ثلاثون فاما تخريج الحسن رحمه الله لقوله فهو انه اجتمع هاهنا وصيتان وصية فى الثلث ووصية فيما زاد على الثلث وأبو حنيفة يرى القسمة على طريق العول فى الوصايا فى الثلث والقسمة على طريق المنازعة فى الوصايا فيما زاد على الثلث فيعتبر كل واحد منهما ويبدأ بقسمة الثلث لان القسمة على طريق العول تكون عن موافقة فهو أقوى مما ينبنى على المنازعة ولان الوصية فى محلها أقوى مما اذا جاوزت محلها فنقول يضرب صاحب النصف فى الثلث بجميع الثلث وهى أربعة وصاحب الثلث بمثله وصاحب الربع بينهم فيضرب الثلث بينهم على أحد عشر فيكون جميع المال على ثلاثة وثلاثين ثم يأتى الى القسمة بطريق المنازعة فنقول صاحب النصف حقه فى النصف من جميع المال وذلك ستة عشر ونصف وقد وصل اليه أربعة بقى له من حقه اثنا عشر ونصف وصاحب الثلث كان حقه فى أحد عشر وصل اليه أربعة بقى له سبعة فما زاد على سبعة الى تمام اثنى عشر ونصف لا منازعة فيه لصاحب الثلث فيأخذه صاحب النصف وذلك خمسة ونصف ثم صاحب

الربع كان حقه في الربع وذلك ثمانية وربع وصل اليه ثلاثة بقى له خمسة وربع فما زاد على خمسة وربع الى تمام سبعة لا منازعة فيه لصاحب الربع فصاحب الثلث والنصف كل واحد منهما يدعيه وفي المال سبعة فيأخذ كل واحد منهما سهما وثلاثة ارباع بلا منازعة فجملة ما أخذا من اثنين وعشرين وهو ثلثا المال تسعة مرة خمسة ونصف ومرتين سهم وثلاثة ارباع وذلك ثلاثة ونصف والباقي ثلاثة ثلاثة عشر استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم اثلاثا فانكسر بالاثلاث وكان قد انكسر بالانصاف والارباع الا أن الربع يجزئ عن النصف لان النصف يخرج من مخرج الربع فالسبيل أن يضرب ثلاثة في أربعة فيكون اثني عشر ثم يضرب أصل المال وذلك ثلاثة وثلاثون في اثني عشر فيكون ثلثمائة وستة وتسعين الثلث من ذلك مائة واثنان وثلاثون كان لصاحب النصف من ذلك أربعة مضروبة في اثني عشر وذلك ثمانية وأربعون ولصاحب الثلث مثل ذلك ولصاحب الربع ثلاثة مضروبة في اثني عشر وذلك ستة وثلاثون وكان ما أخذ صاحب النصف من الثلاثين بلا منازعة خمسة ونصف مضروبة في اثني عشر فذلك ستة وستون وما أخذه صاحب النصف وصاحب الثلث ثلاثة ونصف مضروبة في اثني عشر وذلك اثنان وأربعون بينهما نصفان لكل واحد منهما أحد وعشرون وكان الذي لا يستقيم بينهم ثلاثة عشر مضروبة في اثني عشر فيكون ذلك مائة وستة وخمسين بينهم لكل واحد منهم اثنان وخمسون فصاحب الربع ما وصل اليه من الثلثين الا اثنان وخمسون وصاحب الثلث أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحدا وعشرين وذلك ثلاثة وسبعون وصاحب النصف أخذ مرة اثنين وخمسين ومرة أحدا وعشرين ومرة ستة وستين فيكون ذلك مائة وتسعة وستين فاذا جمعت بين هذه السهام بلغت سهام ثلثي المال مائتين وأربعة وستين فاذا ضممته الى الثلث الذي اقتسموه على طريق العول كانت الجملة ثلثمائة وستة وتسعين فاستقام التخريج وعن ابراهيم رحمه الله قال اذا أوصي الرجل وأعتق بدىء بالعتق وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عمر رضى الله عنه وهذا لان العتق أقوى سببا من سائر الوصايا فانه لا يحتمل الفسخ وهو اسقاط للرق والمسقط يكون متلاشيا وسائر الوصايا يتحمل الفسخ والرجوع عنها وثبوت الحكم بحسب السبب ولا مزاحمة للضعيف مع القوي ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بظاهر هذا الحديث فقدما العتق على المحاباة المتقدمة وأبو حنيفة رحمه الله خص المحاباة من سائر الوصايا باعتبار انها أقوى سببا فسببها عقد الضمان وعقد الضمان أقوى من التبرع وقوة العتق باعتبار حكم السبب

فعند البداءة بالمحاباة يترجح بالسبق وبقوة السبب فقال يبدأ بها وعند البداءة بالعتق يستويان من حيث ان للعتق قوة السبق وقوة الحكم وللمحاباة قوة السبب والمعتبر أولا السبب فان الحكم يبتنى على السبب فيتحاصان وسيأتى بيان المسئلة فى موضعها وعن ابراهيم فى رجل يوصى الى رجل فيموت الموصى اليه فيوصى الى رجل آخر فان وصيتهما جميعا صحيحة وبه نأخذ فان الوصى بعد موت الموصى قائم مقام الموصي فى ولايته فى المال وقد كانت ولايته فى ماله ومال الموصي الاول فيخلفه وصيه فى التصرف فى المالين لان بعد قبول الوصية التصرف فى مال الموصى الاول من حوائج الوصى كالتصرف فى مال نفسه وانما يقيم الموصى مقامه فيما هو من حاجته وعن ابراهيم فى الرجل يوصي لام ولده فى حياته وصحته فيموت قال هو ميراث وان أوصي عند موته لها بوصية فهو لها من الثلث والمراد بوصيته لها فى صحته الاقرار والهبة لا الوصية المضافة الى ما بعد الموت لان حالة الصحة وحالة المرض فى ذلك سواء وبه نأخذ فنقول الهبة لام الولد والاقرار لها بالدين باطل من المولى لانها باقيـة على ملكه وكسبها له بمنزلة القنة فأما وصيتـه لها مضافة الى ما بعد الموت فصحيحة لانها تعتق بالموت ووجوب الوصية يكون بعد الموت فالوصية لها بمنزلة الوصية لجارية أجنبية وعن ابن عمر رضى الله عنه قال اذا أقر الرجل عند موته بدين لوارث فانه لايجوز الا ببينة وان أقر لغير وارث بالدين جاز ولو أحاط بجميع ماله وبه نأخذ فى الفصلين وقد روى فى بعض الروايات مرفوعا الى رسول الله صلي الله عليه وسلم وقد بينا ذلك في الاقرار وعن ابراهيم فى المرأة يضربها الطلق قال هى بمنزلة المريض فى الوصية والتبرع والطلق اسم لوجع الولادة ويسمي ذلك مخاضا أيضا قال الله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة ومتى أخذها وجع الولادة فهى بمنزلة المريض لانها أشرفت علي الهلاك الا أنه قد يأخذها الوجع ثم يسكن فباعتبار ذلك الوجع لا تصير فى التبرعات كالمريضة بمنزلة مرض يعقبه برء وانما تصير كالمريضة اذا أخذها الوجع الذى يكون آخره انفصال الولد عنها من سلامتها به أو موتها لان المعتبر مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله لم يجز فى الفضل علي الثلث الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان حقهم تعلق بماله بمرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلا لوصية الموصى ليتدارك به مافرط فى حياته فما زاد على ذلك اذا أوصى به فقد قصد الاضرار بورثته باسقاط حقهم عما تعلق حقهم به وايثار الاجنبي علي من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يردعليه

قصده بأن يأبى الاجازة ولا معتبر باجازته فى حياة الموصى عندنا وقال ابن أبى ليلى تصح اجازته فى حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته لانه سقط حقه بالاجازة وبالمرض قد تعلق حقه بماله فيصح اسقاطه وفقه هذا أن حق الوارث انما يثبت فى ماله بالموت ولكن سبب موته المرض فلما أقيم هذا السبب مقام حقيقة الموت فى منع المورث من التصرف المبطل لحق الوارث فكذلك قام مقامه فى صحة اسقاط الحق من الوارث بالاجازة ولكنا نقول اسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت لا يكون سببا وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا اسقاط الحق قبل تقرر السبب ثم الاجازة من الوارث انما تعمل لوجود دليل الرضى منه بتصرف المريض واجازته فى حياة الموصى لاتدل على ذلك بل الظاهر انه احتشم المورث فلم يجاهره بالرد من غير أن يكون راضيا بوصيته بخلاف ما اذا أجازه بعد الموت وفى الاجازة بعد الموت ان لم يكن الوارث من أهله بان كان صغيرا فهو باطل أيضا لانه اسقاط الحق بطريق التبرع فأما اذا كان كبيرا فاجازته صحيحة ويسلم المال للموصى له بطريق الوصية من الموصى عندنا وعند الشافعى صحيحة بطريق التمليك من الوارث ابتداء منه حتى لا يتم الا بالقبض على قوله وعندنا يتم من غير قبض الموصى له والشيوع لا يمنع صحة الاجازة وليس للوارث أن يرجع فيه . وجه قوله أن بنفس الموت قد صار قدر الثلثين من المال ملكا للوارث لان الميراث يثبت من غير قبول الوارث ولا يرتد بالرد فاجازته تكون اخراجا للمال عن ملكه بغير عوض وهذا فيه لا يتم الا بالقبض كما لو أوصى بمال جاره فاجازه الجار بعد موته ولكنا نقول تصرف الموصى صادف ملكه وامتنع نفوذه بقيام حق الغير فيه اجازة من له الحق تكون اسقاطا كاجازة المرتهن بيع الراهن وكذلك ان أجازوا وصية الوارث ولو أوصى بالف درهم من مال رجل أو بعبد أو ثوب فاجاز ذلك الرجل قبل موته أو بعده فله أن يرجع عنه مالم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان وصيته من مال غيره بمنزلة الهبة كانه وهب مال غيره فلا يصح الا بالتسليم والقبض كما لو وهب مال نفسه بخلاف الوصية من مال نفسه بأكثر من الثلث لانه أوصى بمال نفسه الا أنه لم ينفذ لحق الورثة فاذا أجازوا فقد أبطلوا حقهم وجاز من قبل الوصى جواز الوصية فلم يكن التسليم من شرط صحتها وجوازها واذا أوصى الرجل لرجل بعبد ولآخر بثوب ولآخر بدار والثلث يبلغ الف درهم والوصية تبلغ

ألفا وخمسمائة أصاب كل واحد منهم ثلثي وصيته وبطل الثلث لانه لابد من ابطال الفضل على الثلث وليس أحدهم بابطالها أولى من الآخر وقد استووا فى استحقاق الثلث فكذا فى ابطاله فينقص من وصية كل واحد منهما ثلثها ووجه ذلك ان ينظر الى مبلغ الوصايا والى ثلث ماله فان كانت الزيادة مقدار الثلث ينقص من نصيب كل واحد منهما الثلث وان كان نصفا النصف وتفسيره اذا أوصي لرجل بعبد قيمته ألف درهم ولآخر بثوب قيمته ثلثمائة درهم ولآخر بدار قيمتها مائتان فذلك كله ألف وخمسمائة وثلث ماله ألف فالزيادة مقدار الثلث فينقص من وصية كل واحد منهم مقدار الثلث فلصاحب العبد ثلثا العبد ولصاحب الدار ثلثا الدراهم ولصاحب الثوب ثلثا الثوب فاستقام الثلث والثلثان واذا أوصي لذوي قرابته بالثلث فان ذوي قرابته كل ذي رحم محرم منه * قال رضي الله عنه هنا خمسة ألفاظ اما ان يوصى لذوي قرابته أو لاقاربه أو لانسابه أو لارحامه أو لذوي أرحامه فأبو حنيفة يعتبر خمسة أشياء ذا رحم محرم واثنين فصاعدا ما سوى الوالد والولد ومن لا يرث والاقرب فالاقرب وفى قول أبي يوسف الاول يدخل فيها جميع ذوي رحم محرم منه الاقرب والابعد فى ذلك سواء ثم رجع فقال كل من يجمعه وأباه أقصى أب فى الاسلام ويدخل فى الوصية ذو الرحم وغير ذي الرحم المحرم كلهم سواء وهو قول محمد والاختلاف فى موضعين أحدهما أنه يصرف الى ذوي الرحم المحرم ولا يصرف الى غيرهم عند أبي حنيفة وعندهما ذو الرحم المحرم وغيره سواء والثاني انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عنده وعندهما يستوى فيه الاقرب والابعد واتفقوا انه لا يدخل فيها الوصية لوارث لقوله عليه السلام لا وصية لوارث وكذلك يعتبر الاثنان بالاتفاق لان ذوي لفظ جمع وأقل الجمع اثنان فى الميراث (ألا ترى) ان الاخوين ينقلان الام من الثلث الى السدس فكذلك فى الوصية اذ هى أخت الميراث فلذلك لا يصرف الى الولد لانهما يسميان قرابة لقوله تعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين من بينهما فتبين ان الوالدين غير القرابة فاذا خرج الاب من أن يكون قريبا للابن خرج الابن من أن يكون قريبا للاب وهل يدخل فيها الجدود وولد الولد ففى الزيادات انه يدخل ولم يذكر فيه خلافا وروي الحسن عن أبي حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخلان فى الوصية وكذا روى عن أبي يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد وانما اعتبر أبو حنيفة ذا الرحم المحرم لان الموصى قصد بالوصية صلة الرحم لانه مأمور بها قال الله تعالى ان الله يأمر بالعدل

والاحسان وايتاء ذى القربى وقال جل وعلا وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله فلما كان مأمورا بصلة القرابة وانما تجب الصلة ممن كان ذا رحم محرم منه فانصرفت الوصية اليه دون غيره لان القرابة المطلقة قرابة ذى الرحم المحرم لاختصاصها باحكام مخصوصة من عدم جواز المناكحة والعتق عند الملك وعدم الرجوع فى الهبة ووجوب النفقة عند العشرة فانصرفت الوصية اليه وانما اعتبر الاقرب فالاقرب لان كل من كان أقرب اليه فهو أشبه بهذا اللفظ فكان أولى كما فى العصبات وذوى الارحام فى الميراث والاقرب فى الشفعة . وجه قول أبى يوسف الاول انه ينصرف الى كل ذى رحم محرم منه الاقرب والابعد منه سواء لانهم فى استحقاق الاسم سواء (ألا ترى) انه لو أوصى لاخوته وله اخوة بعضهم لاب وأم وبعضهم لاب وبعضهم لام أنهم فى الوصية سواء ولا يعتبر الاقرب . وجه قوله الآخر وهو قول محمد انه يدخل فيه ذوو الرحم المحرم وغير ذى الرحم المحرم ويصرف الى كل من يجمعه وأباه أقصى أب فى الاسلام ان هذا اللفظ فى الابعدين أكثر استعمالا من الاقربين (ألا ترى) انه لا يقال للاخ أو العم هذا قريبي فيدخلون كلهم فى الوصية (ألا ترى) الى ماروى في الخبر لما نزل قوله تعالى وأنذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم أقرباءه سبعين نفسا وقال لهم انى نذير لكم بين يدى عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيره فثبت ان كلهم فى الوصية سواء الا أنه لا يمكن أن يدخل فيه جميع أولاد آدم عليه السلام فيجعل الحد فيه من يجمعه واياهم أقصى أب فى الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بأهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية وهما انما قالا ذلك فى زمانهما لان فى ذلك الوقت ربما يبلغ الى ثلاثة آباء أو أربعة آباء ولا يجاوز ذلك فتتبين أقرباؤه أما فى زماننا فلا يمكن أن يعتبر ذلك لان النسبة قد طالت فتقع الوصية لقوم مجهولين فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثة فعند أبى حنيفة الوصية للعمين دون الخالين لان العم أقرب من الخال لانه من قبل الاب بدليل الولاية وعندهما الثلث بينهم بالسوية ولو كان له عم واحد وخالان كان للعم النصف والنصف للخالين عنده لانه أوصى بلفظ الجمع وهو قوله ذوي وأقل الجمع فى الوصية اثنان ويصرف النصف الى الخالين لانهما يستحقان اسم القرابة فاذا خرج العم من الوسط صار كانه لم يترك الا الخالين قال محمد رحمه الله اذا أوصى بثلث ماله لقبيلة دخل الموالي فيه لانهم ينسبون الى تلك القبيلة وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال مولي القوم منهم هذا اذا كانوا يحصون

فان كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لان المقصود من هذه الوصية الصلة (ألا ترى) انه يستوى فيه الغنى والفقير فاذا كانوا لا يحصون صاروا مجهولين فبطلت وجه الاحصاء ذكرناه فى الشرب والشفعة ولا خلاف فى المسئلة الا انه نص على قول محمد وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أوصى لفقراء أهل بيته فلكل من ينسب الى أقصى جد فى الاسلام من قبل الرجال وكذا لمحتاجى أهل بيته أي اذا أوصى لاهل بيته فان كان الموصى من أولاد العباس فكل من كان نسبه الى العباس من قبل الاب دخل فيه سواء كان هو بنفسه ذكرا أو أنثى بعد أن يكونا منسوبين اليه من قبل الآباء ومن كان نسبه اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى من أهل بيته وانما يسمى من أهل بيت آخرين وكذلك الوصية لجنس فلان أو لمحتاجى جنسه لان الجنس وأهل البيت سواء وسواء كانوا يحصون أو لا يحصون لان هذا سبيل الصدقة لانه حصر الفقراء والمحتاجين وجهالة المتصدق عليه لا تمنع الصحة فان قابض الصدقة هو الله تعالى وهذا عندهم الا أن عند أبى حنيفة يعتبر الاقرب فالاقرب ولا يعطى غير ذي الرحم المحرم وعندهما تصرف الى الكل * ولو أوصي بثلث ماله لاخوته وله ستة اخوة متفرقين وله ولد يحوز ميراثه فالثلث بين اخوته سواء لان الاستحقاق بالاسم وهم فى استحقاق الاسم سواء بخلاف مالو أوصي لاقرباء فلان عند أبى حنيفة لانه يصح أن يقال هذا أقرب من فلان ولا يصح أن يقال هذا أكثر اخوة من فلان بل كلهم فى استحقاق الاسم سواء هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا وصية للوارث وللأخوين لاب ثلث ذلك لانهما لا يرثان * فان قيل وجب ان يصرف جميع الثلث اليهما اذا لم تصح الوصية لهم كما لو أوصى لحى وميت * قلنا الاضافة كانت صحيحة الى الاخوين لاب وأمين ولاخوين لام (ألا ترى) انه لو أجازت الورثة جازت الا أنهم خرجوا بعد الدخول فى الوصية فلا يزداد حق الاخ لاب (ألا ترى) انه لو أوصي لثلاثة نفر فمات اثنان قبل موته كان للباقى ثلث الثلث لصحة الاضافة (ألا ترى) أنه لو قال الثلث الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لوارثه فانه يكون رجوعا بخلاف مالو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت لان الميت ليس بمحل بوجه ما فلا يدخل تحت اللفظ (ألا ترى) انه لو قال الثلث الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان الميت لا يكون رجوعا واذا أوصى بثلثه لبنى فلان فهذا لا يخلو اما أن يكون الاب هو قبيلة مثل تميم وكليب ووائل أولا يكون قبيلة بل أب خاص فان كانت قبيلة خاصة دخل

فيه الذكور والاناث لان المراد النسبة والمرأة تقول أنا من بنى فلان كما يقول الرجل لانه لا حقيقة لهذه النسبة وانما ينسب اليها مجازا فيتناول جنس من ينسب اليها حقيقة كان أو مجازا (ألا ترى) أنه لو يدخل فيه الحليف والخليل واذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون فهى باطلة لان فى القبيلة أغنياء وفقراء والوصية للاغنياء صلة والصلة للمجهول باطلة أما اذا كان فلان أب صلب فان كانوا ذكورا دخلوا فى الوصية لان لفظ البنين للذكور حقيقة فينصرف اليه ما أمكن وان كنّ اناثا لا يدخل فيه ذكور واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن وان كانوا ذكورا واناثا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف الوصية للذكور دون الاناث وعند محمد يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمين لابي يوسف وأبي حنيفة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان البنين جمع لابن يقع علي الذكور لانه حقيقة (ألا ترى) أنهم لو كانوا كلهم اناثا لم يدخلوا فى الوصية ومحمد يقول البنين اذا ذكروا مطلقا يقع علي الذكور والاناث عند اشتراكهم قال الله تعالى يابنى آدم ولم يقصر اللفظ علي الذكر خاصة لان النسب الى الجد بمنزلة النسب الى الاب فى الحقيقة لان أكثر الناس ينسب الي الجد ليعرف دون الاب (ألا ترى) ان ابن أبي ليلي ينسب الى جده وكذلك أبو نصر بن سلامة ينسب الى جده لان سلامة جده لا أبوه واذا كان ينسب الي الجد صار الحكم أن الصلب والجد سواء ولو أوصى بثلثه لولد فلان وله بنون وبنات كان الثلث بينهم سواء لان الولد اسم لجنس المولود ذكرا كان أو أنثى واحدا كان أو أكثر ولو كانت له امرأة حامل دخل مافى بطنها فى الوصية لانه دخل تحت تسمية الولد (ألا ترى) أنه يرث فيدخل تحت الوصية أيضا فان كانت له بنات وبنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان لفظ الولد يتناول ابنه حقيقة ويتناول أولاد الابن مجازا فمها أمكن صرفه الى حقيقته لا يصرف الى مجازه ولا يدخل أولاد البنات لانهم من قوم آخرين وليسوا من أولاده لان النسب الآباء ولو كان له ولد واحد ذكر أو أنثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق للاسم على الحقيقة فلا يصرف الي مجازه والولد اسم جنس يتناول الواحد فصاعدا واذا أوصى لفخذ فلان أو لبطن فلان فالجواب فيه مثل الجواب فى قوله لقبيلة فلان يدخل فيه البنون والبنات وهذا اذا كانوا يحصون فأما اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لانه للمجهول الا اذا قال لفقرائهم فحينئذ يجوز لان المقصود به التقرب الي الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الي جميعهم لانه بمنزلة التسمية لهم وان كانوا

لا يحصون يجوز أن يدفع الي بعضهم دون بعض غير أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز صرفه كله الى فقير واحد وعند محمد لا يجوز الا أن يصرف الى اثنين لان الوصية أخت الميراث والجمع في باب الميراث اثنان فصاعدا ولهما ان الفقر اسم جنس والجنس يتناول الواحد فصاعدا دل عليه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية ولو دفع الى فقير واحد جاز ولهذا لو قال ان تزوجت النساء فعبدي حر فتزوج امرأة واحدة يعتق * ولو أوصى بثلثه لفلان وفلان أو بني فلان وفلان ثم مات الموصي فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يموت أحدهما قبل موت الموصى أو بعد موته أو كان ميتا وقت الوصية أما اذا مات بعد موته فانه يكون الثلث بين الحي والميت نصفين ولان الموصى لما مات أولا فقد وجبت الوصية لهما فاذا مات أحدهما صار نصيبه لورثته وان مات أحدهما قبل موته صار نصف الثلث للحي ونصفه مردودا الى ورثة الموصي لانه مات قبل وجوب الوصية له لان الوصية تملك بعد الموت وقد مات قبل الملك وانما يكون للحي نصف الثلث لان الاضافة اليهما كانت صحيحة وكان لكل واحد منهما نصف الثلث فلا يزاد حقه بموت الآخر فكان لورثة الموصى وأما اذا كان أحدهما ميتا وقت الوصية فان كان الموصى قال بني فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شئ لورثة الميت لان كلمة بين كلمة تقسيم وتجزئة فصار كانه أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث واذا بطل نصيب الميت رجع الى ورثة الموصى ولا يكون للحي الا النصف ولو قال لفلان وفلان وأحدهما ميت فالوصية كلها للحي سواء علم بموته أو لم يعلم ويروى عن أبي يوسف أنه قال ان كان الموصى علم بموته فالثلث كله للحي وان لم يعلم فللحي نصفه لانه اذا لم يعلم بموته كان قصده تمليك نصف الثلث لكل واحد منهما فلا يثبت الا ذلك بخلاف ما اذا علم بموته لانه قصد صلة الحي منهما وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الوصية الي اثنين أحدهما تصلح الاضافة اليه والآخر لا تصلح فبطلت الاضافة الى من لا تصلح اليه الاضافة وتثبت الى من تصلح الاضافة اليه (ألا ترى) انه لو قال ثلث مالي لفلان ولهذه الاسراء ولهذه الاسطوانة كان الثلث كله لفلان ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه فالثلث كله لفلان لان الاضافة الى العقب فاسدة لان عقبه من يعقبه فاذا كان هو حيا لا يكون له عقب واذا بطلت الاضافة الى العقب ثبت ثلث المال اليه ولو قال ثلث مالى لفلان وللمساكين كان نصفه لفلان ونصفه للمساكين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين بناء على ماذكرنا أن عنده

المساكين اسم جمع فيتناول الاثنين وعندهما اسم جنس فيقع على الادنى وكذا لو قال ثلث مالى لفلان وللحج كان نصفه لفلان ونصفه للحج لان الوصية للحج وصية لله تعالى فصار كانه أوصى لاثنين واذا قال حجوا عنى حجة وأعتقوا عنى نسمة ينفذ من الثلث لان الوصية نفاذها من الثلث فاذا كان لا يسعها ينظر ان كانت الحجة حجة الاسلام بدئ بها وان أخره الميت لان حجة الاسلام أقوى من نسمة التطوع ويعلم أن اسقاط الفرض أهم اليه من غيره الا أنه أخره ليقبل قلبه وان كان حجه تطوعا وليس أحدهما باولى من الآخر فيبدأ بما بدأ به الميت لانه أهم عنده هذا اذا أوصى بعتق نسمة منه بغير عينها اما اذا كانت النسمة بعينها فانهما يتحاصان فى الثلث لان الوصية بالعتق وصية للعبد اذا كان معينا والوصية بالحج وصية لله تعالى فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين فيتحاصان بخلاف ما اذا كانت النسمة بغير عينها لانهما وصيتان لله تعالى واذا أوصى بالثلث لبنى فلان وهم أربعة فمات منهم اثنان وولد للاب ولد آخر ثم مات الوصي فالثلث لولده يوم يموت الموصى لان الوصية تمليك بعد الموت فانصرف الى الموجودين بعد الموت (ألا ترى) انه يعتبر ماله يوم الموت لا يوم الوصية وكذا لو قال ثلث مالي لموالي فلان وفلان العربى ثم مات منهم ميت وأعتق فلان منهم عبدا ثم مات الموصى فالثلث لمواليه يوم مات لما ذكرنا ولو كان لفلان موالى أعتقهم وموالى أعتقوه فان لم يكن من العرب ولم يبين لاى الفريقين أوصى فالوصية باطلة لان الموصي له مجهول لان المولى يذكر ويراد به المولى الاسفل ويذكر ويراد به الاعلى ولا يمكن الجمع بينهما لاختلاف المقصود لان المقصود من الوصية للاسفل زيادة انعام ومن الوصية للاعلى الشكر على النعمة وهما متضادان لا يمكن الجمع بينهما وروى عن أبى حنيفة أن الثلث للمولى الاسفل لان قصده بالوصية البر والناس يقصدون بالبر المولى الاسفل دون الاعلى (ألا ترى) انه لو وقف على مواليه كان للاسفل دون الاعلى كذلك هنا وروى عنه أيضا ان الثلث بين الفريقين نصفان لان الاستحقاق بالاسم وهم فى استحقاقه سواء (ألا ترى) انه لو أوصى لاخوته وله أخ لاب وأم وأخ لاب وأخ لام ان الثلث بينهم لاستحقاق الاسم كذلك ها هنا ولو أوصى بثلث ماله لفلان وله مال فهلك ذلك المال أو لم يكن له مال ثم اكتسب مالا فله ثلث ماله يوم يموت لان الوصية تمليك عند الموت ولان الرجل لا يكون ماله أبدا على حالة واحدة فربما يستفيد وربما يهلك فلما أوصى بثلث ماله مرسلا ولم يقيده صار كانه قال لفلان ثلث مالي الذى

يكون وقت الموت (ألا ترى) أنه لو ربح فى المال ربحا أو زاد فى المال شيأ ان له ثلث جميع المال*ولو أوصى له بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فالوصية باطلة وكذا العروض كلها لان الوصية تعلقت به فالهلاك يبطلها وكذلك ان لم يكن موجودا فاستفاد لانه علقه بالعين وأنها غير موجودة وكذا لو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة اذا لم يكن له فى الاصل غنم ولا حنطة ومثله لو قال شاة من مالي أو قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فالوصية جائزة ويعطى له قيمة شاة لانه أضافها الى ماله فالمال اسم للجنس يتناول الدراهم والدنانير والعروض ونحوها والشاة ليست من أجزاء هذا المال فعلم أنه أراد قيمة شاة من ماله*ولو أوصى له بشاة ولم يقل من غنمي ولا من مالي فمات وليس له غنم لم تذكر فى هذا الكتاب وينبغى أن يعطى له شاة أو قيمة شاة وقد ذكر فى السير الكبير مسئلة تدل على هذه الحالة قال اذا قال الامام من قتل قتيلا فله جارية من السبي فان كان فى السبايا جارية فانه يعطى له وان لم يكن فانه لا يعطى له ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من السبي فانه يعطى جارية على كل حال كذلك هنا* ولو أوصى لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا فهذا لا يخلو اما أن يغيره عن جنسه أو يزيد فيه أو ينقصه أما اذا غيره عن جنسه كان رجوعا كما اذا أوصى له بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو أوصى له بقطن ثم غزله أو بغزل ثم نسجه أو بحديدة ثم صاغ منها اناء أو سيفا أو بفضة ثم صاغ منها خاتما أو غيره كان رجوعا لانه لما غيره عن حاله استدل به أنه أراد الرجوع اذ لو كان من قصده البقاء على الوصية لما كان يغيره عن حاله فالذى أوصي به لم يوجد والذى وجد لم يوص به لانه صار شيأ آخر وأما اذا زاد فيه فان كانت زيادة لها قيمة مثل الثوب اذا صبغه والسويق اذا لته بالسمن أو أوصى له بدار وليس فيها بناء فبنى فيها كان ذلك رجوعا لان الموصي له لا يتوصل اليه الا ببذل وقد جعل وصيته بغير بذل فلما لم يتوصل اليه الا ببذل يستدل به أنه أبطل الوصية وأما اذا زاد شيأ يتوصل به اليه بغير بذل كما اذا أوصى بدار ثم جصصها أو طينها فذلك لا يكون رجوعا لان ذلك تحسين وتزيين ويتوصل اليه بغير بذل فلم يكن رجوعا وكان ذلك دليل البقاء على الوصية*وكذلك لو أوصى له بثوب ثم غسله لم يكن رجوعا لانه ليس بزيادة وانما ذلك لازالة الدرن والوسخ وأما اذا نقصه فان كان نقصانا يبقى الغير مع ذلك النقصان لا يكون رجوعا كما اذا أوصى له بثوب ثم قطعه ولم يخطه لان الشئ لم يتغير عن

حاله لكن انتقص وان كان لا يبقي مع ذلك النقصان كان رجوعا كما اذا أوصى له بشاة ثم ذبحها لان اللحم لا يبقي الي وقت الموت والانسان وان مرض مرضا شديدا فانه لا ينقضي أجله فلما كان عنده أن اللحم لا يبقى الى وقت موته فقد قصد الرجوع عن الوصية * ولو أوصي له بقطن ثم حشا به قباء أو ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها ثوبا فذلك رجوع لان هذا يعد استهلاكا من طريق الحكم (ألا ترى) أن الغاصب لو فعل هذا انقطع حق المالك فالاستهلاك يدل علي الرجوع * ولو أوصى له بعبد أو بثوب ثم باعه ثم اشتراه فبيعه رجوع عن الوصية لانه لما باعه صار بحال لو أوصي به فى هذه الحالة لا يصح لانه وصية بملك الغير فكان بيعه دليلا على الرجوع * ولو أوصي لرجل بعبد لا يملكه ان يشترى له ثم تملكه الموصى بهبة أو ميراث أو وصية ثم مات فهو جائز من ثلثه لانه أوصي بشراء ذلك العبد وبدفعه الي فلان فاذا ملكه بوجه من أسباب الملك دفع بموته الشراء عن الورثة وليس هذا كما اذا قال أوصيت بهذا العبد لفلان والعبد لغيره ثم ملكه أنه لا تنفذ وصيته لانه لو لم يشتر فى تلك المسئلة لا يجب على الورثة شراؤه فان ذلك بمنزلة هبة عبد الغير ان أجاز صاحبه جازوا لا فلا أما فى مسئلتنا فلو لم يشتر بنفسه يجب على الورثة شراؤه ان قدروا عليه ودفعه اليه فلما اشترى بنفسه أو ملكه بوجه آخر وجب عليهم نصفين لانه أوصى لكل واحد منهما بجميع العبد الا انه لما تضايق عن حقهما يقضى بينهما لاستوائهما هذا كدار بيعت ولها شفيعان ثبت حق الشفعة لكل واحد منهما علي الكمال الا انه يقضي بينهما لضيق المحل كذلك هنا قال فى الاصل انه متى سمى الوصية الاولى وأوصى بها للثانى كان رجوعا عن الوصية الاولى ومتى سمى الوصية به ولم يسم الوصية الاولي لم يكن رجوعا وكان ذلك بينهما * وبيانه اذا أوصى بعبده لرجل ثم قال العبد الذى أوصيت به لفلان أوصيت به لفلان آخر كان رجوعا لانه سمي الوصية الاولي واستأنف الوصية للثانى فكان رجوعا واستئنافا للوصية للثاني وكذلك لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو لفلان آخر وكذا لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان آخر لانه سمى الوصية الاولى واستأنف الوصية للثانى بحرف قد لانه للايقاع والابلاغ فى الاستئناف فكان رجوعا وكذا لو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان آخر ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان وقد أوصيت به لفلان كان بينهما نصفين ولم يكن رجوعا لان الواو للعطف والجمع فقد جمع بينهما فى الوصية ولم يستأنف الوصية للثانى أما اذا سمي الموصى

به ولم يسم الوصية الاولي لم يكن رجوعا ولكن كان بينهما كما اذا أوصى بعبده لرجل ثم أوصي به لآخر لما ذكرنا ولو لم يوص به لاحد ولكنه جحد وصية الاول وقال لم أوص له فهذا رجوع هكذا ذكر هنا وذكر في الجامع اذا قال اشهدوا أني لم أوص له لا يكون رجوعا وهذه المسئلة علي قياس تلك المسئلة ينبغي أن لا يكون رجوعا وبعضهم فرق لاختلاف الوضع أما من جعل في المسئلة روايتين فوجه من قال انه رجوع أن الوصية تحتمل الرد والنقص فكان الجحود رجوعا كما اذا جحد الموكل الوكالة كان حجرا علي الوكيل والمتبايعين اذا جحدا البيع كان اقالة منهما ووجه الرواية التي لا تكون رجوعا أن الوصية وجوبها بالموت بدليل انه يعتبر القبول والرد بعد الوفاة فاذا قال لم أوص له بشئ فهو صادق فى مقالته على معنى انه لم يوجب له الوصية بعد فلا يكون رجوعا ومن فرق لاختلاف الوضع قال هنا جحد الوصية فكان رجوعا وفى الجامع لم يجحد ولكن قال اشهدوا انى لم أوص له بشئ فقد أمر الشهود أن يكذبوا عليه فلا يكون رجوعا والاصح ماذكره المعلى فى نوادره أن على قول أبي يوسف الجحود يكون رجوعا عن الوصية وعلى قول محمد لا يكون رجوعا فما ذكر هنا قول أبي يوسف وما ذكر فى الجامع قول محمد . وجه قوله أن الرجوع فسخ ورفع للعقد الثابت وجحود أصل العقد لا يكون تصرفا فيه بالرفع كما ان جحود النكاح من الزوج لا يكون رفعا له بالطلاق . وجه قول أبي يوسف انه بالجحود ينفي العقد فى الماضي ومن ضرورته نفي العقد فى الحال والثابت بضرورة النص كالثابت بالنص وهو يملك نفي العقد فى الحال ان كان لا يملك نفيه فى الماضي وبه فارق النكاح لان نفي النكاح من الاصل يقتضي نفي وقوع الطلاق عن المحل الا انه يقتضي ايقاع الطلاق علي المحل فى الحال *

ولو أوصي له بثلث غنمه أو ابله أو طعامه أو شئ مما يكال أو يوزن من صنف واحد فاستحق الثلثان من ذلك أو هلك وبقى الثلث وله مال كثير يخرج الباقي من ثلثه فللموصي له جميع ما بقي وقال زفر فى الاستحقاق كذلك وفى الهلاك للموصى له ثلث ما بقي لانه بالاستحقاق تبين أنه عند الوصية ما كان يملك الا الثلث وأن تصرفه تناول ذلك الثلث لان وصيته بالعين لا تصح الا باعتبار ملكه فى المحل فأما بالهلاك فلا يتبين ان الهالك لم يكن علي ملكه وقت الايجاب وانما وجب له الثلث شائعا فما هلك يهلك علي الشركة وما لم يبق يبقى على الشركة ولكنا نقول ان تنفيذ الوصية بعد الموت وعند ذلك محل الوصية هو الباقي فى الفصلين

جميعا فيستحق جميع ما بقي وهذا لان الموصي جعل حاجته في هذه العين مقدمة على حق ورثته بقدر ما سمى للموصي له فكان حق الورثة فيه كالتبع وانما يجعل الهالك من التبع لا من الاصل وهذا بخلاف ما اذا أوصي له بثلث ثلاثة أجناس من المال فاستحق جنسان أو هلك جنسان قبل موت الموصى فان للموصى له ثلث ما بقي لان هنالك الموصى له لا يستحق جميع ما بقي بما أوجبه له بحال (ألا ترى) انه لو بقيت الاجناس لم يكن له أن يجبر الورثة على أن يقسم الكل قسمة واحدة فيعطونه أحد الاجناس وفى الجنس الواحد هو مستحق لجميع ما بقى بما أوجبه حتى اذا لم يهلك منه شئ كان له أن يجبر الورثة على القسمة ليأخذ الثلث والباقى هو الثلث * ولو أوصي له بثلث ثلاثة وبثلاثة من الرقيق واستحق البعض أو هلك لم يكن للموصى له الا ثلث الباقى ومن أصحابنا من يقول هو عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يرى قسمة الجبر فى الدور والرقيق فهى عنده كالاجناس المختلفة فاما عندهما فينبغى أن يكون للموصى له جميع ما بقى لانها بمنزلة جنس واحد عندهما فى أنها تقسم قسمة واحدة والاصح قولهم جميعا لانهما لا يقولان بقسمة الجبر فى الدور الا أن يرى القاضى المصلحة فى ذلك فلا يكون الموصى له مستحقا للدار الباقية بما أوجب له الموصى وكذلك لا يريان قسمة الجبر فى الرقيق الا عند التساوي فى المالية ولا يكون ذلك الا نادرا فالتفاوت فى بنى آدم كثير فى الظاهر فلهذا لا يكون للموصى له الا ثلث ما بقى ولو أوصى لرجل بعبد قيمته خمسمائة ولآخر بثوب قيمته مائة ولآخر بسيف قيمته مائتان وله سوى ذلك ألف درهم أو عروض بقيمة ألف فان الورثة ان لم يجيزوا فلكل واحد منهم ثلاثة ارباع وصيته لان مبلغ الوصايا ثمانمائة درهم وثلث مال الرجل ستمائة فكان الثلث من مبلغ الوصايا بقدر ثلاثة ارباعه فعند عدم الاجازة يبطل من وصية كل واحد منهم الربع فيسلم لصاحب العبد ثلاثة ارباع العبد وقيمته ثلثمائة وخمسة وسبعون ولصاحب الثوب ثلاثة ارباع الثوب وقيمته خمسة وسبعون ولصاحب السيف ثلاثة أرباع السيف وقيمته مائة وخمسون لجملة ما نفذت فيه الوصية ستمائة وحصل للورثة ألف درهم وربع العبد قيمته مائة وخمسة وعشرون وربع الثوب قيمته خمسون ذلك ألف ومائتان فاستقام الثلث والثلثان *ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة ولآخر بسدس ماله وله خمسمائة درهم سوى السيف كان لصاحب السيف أحد عشر سهما من اثنى عشر سهما من السيف فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه اجتمع فى السيف وصيتان وصية بجميعه ووصية بسدسه والقسمة فى هذا عند أبى حنيفة

على طريق المنازعة فخمسة أسداس السيف تسلم لصاحب السيف بلا منازعة وقد استوت منازعتهما فى السدس فكان بينهما نصفين وتبين أن سهام السيف صارت على اثنى عشر لحاجتنا الى سدس ينقسم نصفين وقيمة السيف مائة فكل مائة من الخمسمائة يكون على اثنى عشر أيضا فذلك ستون سهما للموصى له بالسدس سدس ذلك لانه أوصى له بسدس ماله فيستحق به السدس من كل مال وذلك عشرة فتبين أن للموصى له بالسدس أحدعشر سهما عشرة من الخمسمائة وسهم من السيف ولصاحب السيف أحد عشر فقد بلغت سهام الوصايا اثنين وعشرين وذلك دون الثلث لان سهام المال اثنان وسبعون والسالم للورثة خمسون فكان التخريج مستقيما وفى قول أبى حنيفة ومحمد قسمة السيف بين الموصى لهما على طريق العول فيضرب فيه صاحب السيف بستة وصاحب السدس بسهم فيكون السيف بينهما على سبعة أسهم والخمسمائة الأخرى تجعل كل مائة على سبعة أيضا فذلك خمسة وثلاثون للموصى له بالسدس سدس ذلك وذلك خمسة وخمسة أسداس سهم فقد نفذت الوصية له فى هذا القدر من الخمسمائة وفى سهم من السيف وذلك ستة وخمسة أسداس ولصاحب السيف ستة من السيف كلها فذلك اثنا عشر وخمسة اسداس وجملة سهام المال اثنان وأربعون فكانت الوصية بأقل من الثلث فلا حاجة الى اجازة الورثة ولو كان أوصى مع هذا أيضا بالثلث كان الثلث بينهم يضرب فيه صاحب السدس بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السدس بثلث خمسمائة وخمسة أسداس سدس السيف وصاحب السيف بخمسة اسداس السيف الا سدس سدس السيف فما أصاب صاحب السيف كان فى السيف وما أصاب صاحب الثلث كان فى الدراهم وفيما بقي من السيف وكذلك ما أصاب صاحب السدس فى قياس قول أبى حنيفة وهذا لانه اجتمع فى السيف ثلاث وصايا وصية بجميعه ووصية بثلثه ووصية بسدسه فتكون القسمة على طريق المنازعة وفى الحاصل تصير سهام السيف على ستة وثلاثين لحاجتنا الى سدس ينقسم أثلاثا فلصاحب الجميع ثلثاه بلا منازعة أربعة وعشرون وسدس وهو ستة لامنازعة فيه لصاحب السدس فهو بين صاحب الثلث والجميع نصفان لكل واحد منهما ثلاثة وقداستوت منازعتهم في السدس فيكون بينهم ستين أثلاثا لكل واحد منهما سهمان فحصل للموصى له بالسيف بلا منازعة أربعة وعشرون وبالمنازعة خمسة فذلك تسعة وعشرون وهو خمسة أسداس السيف الا سدس سدسه لان كل سدس منه ستة وحصل لصاحب الثلث بالمنازعتين

خمسة وذلك خمسة أسداس سدس السيف وحصل لصاحب السدس سهمان وهو ثلث سدس السيف كما قال فى الكتاب ثم المال الآخر وهو خمسمائة تجعل كل مائة منه على ستة وثلاثين فيصير جملته مائة وثمانين للموصى له بالثلث ثلث ذلك وهو ستون وللموصى له بالسدس سدس ذلك ثلاثون فكان لهما تسعون وظهر ان مبلغ سهام الوصايا مائة وستة وعشرون وهو أكثر من الثلث فالسبيل فيه أن يجعل ثلث المال بينهم على هذه السهام والثلثان ضعف ذلك لجملة المال ثلثمائة وثمانية وسبعون السيف من ذلك سدسه وذلك ثلاثة وستون يأخذ صاحب السيف من ذلك تسعة وعشرين مقدار حقه وصاحب الثلث خمسة وصاحب السدس سهمين ويبقى للورثة من السيف سبعة وعشرون ثم يأخذ صاحب الثلث من سهام الخمسمائة مقدار حقه ستين وصاحب السدس ثلاثين لجملة ما نفذت فيه الوصية لهم مائة وستة وعشرون وحصل للورثة ضعف ذلك مائتان واثنان وخمسون مائتان وخمسة وعشرون من الخمسمائة وسبعة وعشرون من سهام السيف فاستقام الثلث والثلثان ولم يذكر تخريج قولهما فى الكتاب وعندهما القسمة على طريق العول فيضرب صاحب السيف فى السيف بستة وصاحب الثلث بسهمين وصاحب السدس بسهم فكان السيف بينهم على تسعة وكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على تسعة أيضا فذلك خمسة وأربعون للموصى له بالثلث ثلث ذلك خمسة عشر وللموصى له بالسدس سدس ذلك سبعة ونصف فكان جملة سهام الوصايا احد وثلاثون ونصف وذلك فوق الثلث فيجعل الثلث بينهم على احد وثلاثين ونصف والثلثان ضعف ذلك فيكون جملته أربعة وتسعين ونصف السيف من ذلك السدس وذلك خمسة عشر وثلاثة أرباع للموصى له بالسيف ستة كله من السيف وللموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالسدس سهم وبقي للورثة من سهام السيف ستة وثلاثة أرباع يأخذ الموصي له بالثلث مما بقي خمسة عشر والموصى له بالسدس سبعة ونصف فاذا جمعت بين ذلك حصل تنفيذ الوصية لهم فى احد وثلاثين ونصف وحصل للورثة ضعف ذلك ثلاثة وستون فاستقام الثلث والثلثان فاذا أردت ازالة الكسر فلا طريق فيه سوى التضعيف *قال رحمه الله وقد خرج شيخنا الامام الحلوانى رحمه الله قولهما علي طريق آخر وهو أن السيف لما صار بين الموصي لهم على تسعة باعتبار العول فكل مائة من الخمسمائة الباقية تكون على ستة لانه لا عول فى الخمسمائة الباقية فسهام الخمسمائة الباقية اذن ثلاثون للموصى له بالثلث عشرة وللموصي له

بالسدس خمسة فذلك خمسة عشر فاذا ضممت ذلك الى سهام السيف تسعة كان أربعة وعشرين فيجعل الثلث بينهم على أربعة وعشرين وجميع المال اثنان وسبعون السيف من ذلك اثنا عشر لصاحب السيف ستة ولصاحب الثلث منه سهمان ولصاحب السدس منه سهم يبقى ثلاثة من تسعة للورثة وسهام الخمسمائة ستون للموصي له بالثلث عشرة وللموصى له بالسدس خمسة يبقى للورثة من ذلك خمسة وأربعون فجملة ما سلم للورثة من المال ثمانية وأربعون وقد نفذت الوصية فى أربعة وعشرين فاستقام الثلث * قلت هذا واضح ولكنه غير مستقيم على طريق أهل الحساب لان القسمة الواحدة مع تفاوت مقدار السهام لا تكون فاذا كان السيف وقيمته مائة على تسعة أسهم ثم تجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة أسهم بين السهام تفاوت فى المقدار فكيف تستقيم قسمة الكل بينهم بهذا الطريق قال هو كذلك ولكن صاحب المذهب نص على هذا الطريق وعليه خرج المسائل الى آخر الباب تأمل فى ذلك تأملته فوجدته كما قال ومن تلك المسائل قال لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بعبد قيمته الف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فان صاحب الثلث يضرب فيه بثلث الالفين وسدس العبد ويضرب صاحب العبد بخمسة أسداس العبد فما أصاب صاحب العبد فهو في العبد وهو النصف وما أصاب الثلث فهو فيما بقى من العبد والمال فيكون له خمس مابقى من العبد وخمس المال فى قول أبى حنيفة لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه وبثلثه فيسلم ثلثاه لصاحب الجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان لاستواء منازعتهما فيه واذا صار العبد على ستة فكل ألف من الالفين كذلك فهما اثنا عشر للموصي له بالثلث أربعة فبلغت سهام الوصايا عشرة فيجعل ذلك ثلث المال وجميع المال ثلاثون العبد من ذلك عشرة هو للموصي له بالعبد خمسة وهي نصف العبد وللموصى له بالثلث خمسة أسهم سهم من العبد وهو خمس مابقى منه وأربعة أسهم من سهام الالفين وذلك خمس العشرين وحصل للورثة من الالفين ستة عشر سهما ومن العبد أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان وفى قول أبى حنيفه ومحمد يكون لصاحب الثلث مابقى من العبد وهو سدس العبد وسدس الالفين وانما يستقيم هذا الجواب عندهما على الطريق الثانى لان الموصى له بالعبد يضرب فى العبد بستة والموصى له بالثلث من ذلك بسهمين فسهام العبد ثمانية وكل واحد من الالفين على ستة باعتبار الاصل للموصى له بالثلث من ذلك أربعة فبلغت سهام الوصايا اثنى عشر وذلك الثلث وجميع المال ستة وثلاثون العبد منه اثنا عشر

للموصي له بالعبد ستة نصف العبد وللموصى له بالثلث من العبد سهمان وهو ثلث ما بقى منه وسدس جميع العبد وله من الالفين أربعة من أربعة وعشرين وهو السدس فاستقام التخريج على هذا الطريق ثم قال فى الاصل فأى هذين القولين قلت فهو حسن وهو اشارة الى أن بين الطريقين فى المعنى تفاوتا وبهذا اللفظ يستدل من يزعم أن مذهب المتقدمين من أصحابنا ان كل مجتهد مصيب وليس كما زعموا لانه أراد به أن كل واحد من الطريقين طريق حسن فى التخريج عند أهل الحساب لا أن يكون كل واحد من المجتهدين مصيبا للحكم باجتهاده حقيقة ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبجميع المال لآخر فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بينا هذا وان أجازوا فجميع المال بينهما اسداسا فى قول أبى حنيفة على مارواه أبو يوسف ومحمد باعتبار طريق المنازعة لانه يسلم الثلثان لصاحب الجميع وقد استوت منازعتهما فى الثلث فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال ولصاحب الثلث سدس المال وعندهما القسمة بطريق العول فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع المال ولصاحب الثلث ربع المال قال الحسن وهو الصحيح عند أبى حنيفة أيضا على طريق المنازعة لا كما روى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يبدأ بقسمة الثلث بينهما وقد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين ثم يأتى الي الثلاثين وقد بقي من حق صاحب الثلث السدس فما زاد على ذلك وهو نصف المال يسلم لصاحب الجميع وفى مقدار السدس استوت منازعتهما فكان بينهما نصفين فحصل لصاحب الثلث مرة السدس ومرة نصف السدس فذلك ربع المال والدليل علي فساد ماذهب اليه من تخريج قوله انه يؤدى ذلك الى أن يكون ما يسلم للموصى له بالثلث عند الاجازة وعدم الاجازة سواء والاجازة كما تؤثر فى الزيادة فى حق صاحب الجميع فكذلك فى حق صاحب الثلث ويؤدى ذلك أيضا الى أن يكون نصيب صاحب القليل عند عدم الاجازة فوق نصيبه عند الاجازة لانه اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بسدس ماله فعند عدم الاجازة الثلث يكون بينهما أثلاثا فيصيب صاحب الثلث تسع المال وعند وجود الاجازة يأخذ صاحب الجميع خمسة أسداس المال بلا منازعة ثم السدس بينهما نصفان فنصيبه نصف سدس المال وذلك دون تسع المال ومن المحال أن يسلم له عند عدم الاجازة أكثر مما يسلم له عند الاجازة فظهر أن تخريج الحسن لقول أبى حنيفة رحمه الله أصح * ولو أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بجميع ماله ولآخر بثلث ماله فأجاز ذلك

الورثة فالنصف لصاحب الجميع وصاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد القسمة على طريق العول بينهم على أحد عشر سهما لصاحب الجميع ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وهو قياس ما تقدم *ولو كان له عبدان قيمتهما سواء ولا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث ثلاثة فى العبدين جميعا اثنان فى الذى لا وصية فيه للآخر وواحد فى الذى فيه الوصية للآخر ولصاحب العبد أربعة أسهم فى قول أبى حنيفة لانه اجتمع فى العبد الموصى بعينه وصيتان بجميعه وبثلثه فللموصى له بالجميع خمسة اسداس على طريق المنازعة وللموصى له بالثلث سدسه والعبد الآخر يصير على ستة أيضا للموصي له بالثلث منه سهمان فكان جملة سهام الوصايا ثمانية الا أن وصية الموصي له بالعبد زادت على الثلث لان جميع المال اثنا عشر والثلث منه أربعة ووصيته خمسة فما زاد على الثلث تبطل وصيته فيه عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا كما هو أصل أبى حنيفة فى الوصية بالعين فيبقى حقه فى أربعة وحق صاحب الثلث فى ثلاثة سهم منه فى العبد الموصى بعينه وسهمان فى العبد الآخر فلهذا قال يقسم الثلث بينهما على سبعة وعلى قول أبى يوسف ومحمد الثلث بينهما على خمسة أسهم وهذا انما يستقيم على الطريقة الثانية لهما فان العبد الموصى بعينه يضرب الموصى له بجميعه بثلاثة فيه والموصي له بالثلث بسهم فيكون بينهما على أربعة والعبد الآخر على ثلاثة أسهم لانه لا عول فيه للموصى له بالثلث سهم فحصل له سهمان فى العبدين ولصاحبه ثلاثة كلها فى العبد الموصى بعينه فلهذا كان الثلث بينهما على خمسة أسهم * ولو أوصى لرجل بعبد وبثلث ماله لآخر وبعبده ذلك أيضا لآخر وبسدس ماله لآخر وقيمة العبد ألف درهم وله ألفان سوى ذلك فان الثلث يقسم بينهم على اثنين وسبعين سهما يضرب فيه صاحبا العبد بأحد وثلاثين سهما وصاحب الثلث بسبعة وعشرين ونصف وصاحب الثلث بثلاثة عشر ونصف فى قول أبى حنيفة لانه اجتمع فى العبد أربع وصايا والقسمة عنده على طريق المنازعة فيه فثلثا العبد بين صاحبي العبد نصفان وسدس بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الباقى بينهما أرباعا فعند تصحيح هذه السهام ينتهى الحساب الى اثنين وسبعين سهما لحاجتنا الى حساب ينقسم سدسه أثلاثا وأرباعا فيسلم للموصى لهما بالعبد الثلثان ثمانية وأربعون والسدس وهو اثنا عشر بينهما وبين صاحب الثلث أثلاثا والسدس الآخر بينهم أرباعا لكل واحد منهم ثلاثة يحصل لكل

واحد من صاحبي العبد أحد وثلاثون ولصاحب الثلث سبعة ولصاحب السدس ثلاثة ثم صار كل ألف من الالفين على اثنين وسبعين فالالفان مائة وأربعة وأربعون سهما لصاحب الثلث من ذلك الثلث ثمانية وأربعون ولصاحب السدس أربعة وعشرون فاذا جمعت ذلك كله بلغت سهام الوصايا مائة وأربعة وأربعين فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فجملة المال أربعمائة واثنان وثلاثون العبد من ذلك مائة وأربعة وأربعون لكل واحد من صاحبي العبد من ذلك مقدار حقه واحد وثلاثون كلها في العبد ولصاحب الثلث من العبد سبعة ومن الالفين ثمانية وأربعون فذلك خمسة وخمسون ولصاحب السدس من العبد ثلاثة ومن الالف أربعة وعشرون وذلك سبعة وعشرون * وفى الكتاب خرجه على النصف من ذلك لانه جوز الكسر بالانصاف وجعل الثلث اثنين وسبعين وحصل لصاحبي العبد أحد وثلاثون لكل واحد منهما خمسة عشر ونصف ولصاحب الثلث سبعة وعشرون ونصف ولصاحب السدس ثلاثة عشر ونصف فاستقام التخريج على ماقلنا* وفى قول أبي يوسف ومحمد الثلث بينهم على أحد وعشرين سهما لان العبد الموصي بعينه يضرب كل واحد منهما فيه بسهام جميعه ستة والموصى له بالثلث يضرب فيه بسهمين والموصي له بالسدس يضرب فيه بسهم فيكون بينهم على خمسة عشر وكل واحد من الالفين يكون علي ستة باعتبار الاصل فللموصى له من الالفين الثلث أربعة من اثني عشر وللموصى له بالسدس سهمان وان ضمنها هذه الستة الى سهام العبد خمسة عشر كان الكل أحدا وعشرين فلهذا كان الثلث بينهم على أحد وعشرين* ولو أوصي لرجل بعبده ولآخر بنصفه ولآخر بثلث ماله والعبد يساوى ألفا وله ألفان سوى ذلك ولم يجيزوا قسم الثلث بينهم على ثلاثين سهما لصاحب العبد اثنا عشر ونصف فى العبد ولصاحب النصف ثلاثة ونصف فيه ولصاحب الثلث أربعة عشر فيما بقي من العبد والمال فى قول أبي حنيفة لان نصف العبد يسلم لصاحب العبد بلا منازعة والسدس بينه وبين صاحب النصف نصفان والثلث بينهم أثلاثا فبلغت سهام العبد ستة وثلاثين للموصى له بالعبد مرة ثمانية عشر ومرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك خمسة وعشرون وللموصى له بالنصف مرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك سبعة وللموصى له بالثلث أربعة ثم كل ألف من الالفين يصير على ستة وثلاثين أيضا فسهام الالفين اثنان وسبعون ولصاحب الثلث ثلث ذلك وهو أربعة وعشرون فبلغت سهام الوصايا ستين فيجعل الثلث بينهم على ذلك والثلثان ضعف ذلك وجملة المال مائة وثمانون* وفى الكتاب خرجه على

النصف من ذلك فقال يقسم الثلث بينهم على ثلاثين لصاحب العبد اثنا عشر ونصف ماأعطيناه وهو خمسة وعشرون ولصاحب النصف ثلاثة ونصف نصف ماجعلناه له وهو سبعة كلها فى العبدولصاحب الثلث أربعة عشر نصف ما أعطيناه وهو ثمانية وعشرون وهذه الاربعة عشر له فيما بقي من العبد والمال سدس ذلك فى العبد والباقى فى المال *قال عيسى رحمه الله هذان الحرفان الاخيران خطأ وانما ينبغى أن يجمع مابقى من العبد والمال فيقسم ذلك بين الموصي له بالثلث والورثة على أربعة وسبعين سهما فما أصاب أربعة عشر ذلك فهو للموصي له بالثلث وما أصاب ستين سهما فهو للورثة لان الموصى له بالثلث شريك الورثة فى التركة فيضرب هو فيما بقي من التركة بسهام حقه والورثة بسهام حقهم وان اعتبرنا الاصل فينبغى أن يكون للموصى له بالثلث مما بقى من العبد سبع حقه لاسدسه لانه كان له من العبد سهمان ومن الالفين اثنا عشر فاذا جمعت الكل كان ماله من العبد سبع حقه *ولوأوصى لرجل بعبدقيمته أكثر من الثلث ولآخر بعبدقيمته أقل من الثلث ضرب صاحب الاقل بقيمة عبده وضرب الآخر بمقدار الثلث من قيمة عبده فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يضرب كل واحد منهما بجميع قيمة عبده وهو بناء على اختلافهم فى بطلان الوصية فيما زادعلى الثلث عند عدم الاجازة فى حق الضرب * ولو أوصى لرجل بمائة درهم بعينها ثم وهبها لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها ومات فالوصية باطلة لانها تعلقت بعين المائة وقدأخرجها عن ملكه بالهبة والتسليم فصار به راجعا والوصية متى بطلت بالرجوع لاتعود الا بالتجديد ولو كان غصبهاغاصب ثم رجعت اليه بعينها لم تبطل الوصية لانها باقية على ملك الموصى وان كانت في يد الغاصب واستهلكها الغاصب فقضي عليه بمثلها بطلت الوصية لانها كانت مقصورة علي العين فلا يجوز تنفيذها من محل آخر بخلاف ماذا استهلكها مستهلك بعد موت الموصى لان حق الموصى له تأكدفيها بالموت فيثبت فى بدلها وما كان حقه متأكدا فيها قبل موته يبطل بفوات العين ولا يتحول الى البدل كالموهوب قبل التسليم اذا أتلفه انسان يبطل حق الموهوب له فيه بخلاف مابعد التسليم ولو كان اشترى بها عبدا فاستحق العبد ورجعت اليه المائة بعينها فالوصية باطلة لانها خرجت عن ملكه فان بدل المستحق مملوك بالقبض فصارت المائة مملوكة لبائع العبد وان استحق العبد ولهذا كان عينا بعدتصرفه فيه بعد الاستحقاق والوصية بعد ما بطلت لاتعود الا بالتجديد والله تعالى أعلم بالصواب

باب الوصية فى الحج

(قال رحمه الله) واذا أوصى الرجل أن يحج عنه بمائة درهم وثلثه أقل من مائة فانه يحج عنه بالثلث من حيث يبلغ لان محل الوصية الثلث وللموصى له الوارث المنفعة وهو قصد بهذه الوصية صرف المائة من ماله الى هذا النوع من القربة فيجب تحصيل مقصوده بحسب الامكان كما لو أوصى أن يتصدق بمائة من ماله وثلثه أقل من مائة يتصدق عنه بقدر الثلث* ولو أوصى أن يحج عنه حجة بمائة درهم وهى ثلثه فاحج الوصى بها فبقى من نفقة الحاج وكسوته واطعامه شئ كان ذلك لورثة الميت لان الحاج عن الغير له أن ينفق على نفسه من ماله فى الذهاب والرجوع ولا حق له فيما يفضل من ذلك على ما بينا فى المناسك ان الاستئجار على الحج لا يجوز فما يفضل بعد رجوعه فهو من مال الميت وقد فرغ عن وصيته فيكون لورثته فان جامع فقسد حجه فعليه الكفارة ورد ما بقى من النفقة والكسوة ويضمن ما أنفق لانه أذن له فى الانفاق بشرط أن يؤدى بسفره حجة صحيحة وقد فوت هذا الشرط بالافساد فعليه رد ما بقى وهو ضامن لما انفق لانه تبين انه اتفق بغير رضى الموصى ثم ذكر ما لو اعتمر قبل الحج أو قرن أو اعتمر عن آخر وقد تقدم بيان هذه الفصول فى المناسك ولو استأجروا رجلا ليحج عنه فحج كان عليه أن يرد ما يفضل فى يده من النفقة لان الاستئجار لم يصادف محله فكان باطلا ومتى بطلت الاجارة بقى مجرد الاذن كما فى استئجار النخيل لترك الثمار عليها الى وقت الادراك فعليه أن يرد ما فضل فى يده وليس عليه شئ مما أنفق لانه أنفق باذن صحيح وان عجزت النفقة عنه كان عليهم أن يكملوا له نفقة مثله وما لا بد منه له وتجزى الحجة عن الميت بمنزلة ما لو أمروه بان يحج عن الميت من غير استئجار* واذا أوصى أن يحج عنه فالافضل أن يحج من قد حج لانه أقدر على أداء الافعال وأبصر بذلك وهو أبعد عن خلاف العلماء واشتباه الآثار وان حج عنه صرورة جاز عندنا خلافا للشافعى وقد بيناه فى المناسك وان أحجوا عنه امرأة فانه يجزيهم ذلك لان الخثعمية حين استأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أن تحج عن أبيها أذن لها فى ذلك واستحسن ذلك منها فدل على أنه يجوز احجاج المرأة عن الرجل وقد أساؤا فى ذلك لنقصان حال النساء فى باب الاحرام حتى أن المرأة تلبس المخيط فى احرامها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل فى الطواف ولا تسعى فى بطن الوادى وتترك طواف الصدر بعذر الحيض ولا ضرورة لهم فى احجاجها عن الميت لان فيمن يحج عن الرجال كثرة وان كانت المرأة هى الموصية فأحجوا عنها رجلا أجزأها لان

الظاهر أن ذلك مجزئ كان مقصودها أولم يكن مقصودها واذا أوصى بالحج فانه يحج عنه من بلده لانه لو عزم على الخروج بنفسه للحج كان يخرج من بلده ويتجهز لسفر الحج من بلده فكذلك اذا أوصى به بعد موته فالظاهر ان مقصوده تجهيز من يحج عنه من بلده وان مات فى الطريق فان كان خرج للتجارة فانه يحج عنه من بلده أيضا وان خرج هو يريد الحج فمات فى الطريق يحج عنه من حيث مات وفى الجامع ذكر القياس والاستحسان فى المسئلة ففى القياس يحج عنه من بلده وفى الاستحسان وهو قولهما يحج عنه من حيث مات . وجه الاستحسان أنه باشر بعض العمل بنفسه ولم ينقطع ذلك بموته فيبنى عليه كما اذا وصى باتمامه وبيان هذا أن خروجه على قصد الحج قربة وطاعة قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله الآية ولم ينقطع ذلك بموته لما روى ان النبي عليه السلام قال من مات فى طريق الحج كتب له حجة مبرورة فى كل سنة وهذا بخلاف ما اذا خرج للتجارة فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فلا يصير به مؤديا شيأ من الاعمال وبخلاف ما اذا مات بعد ما أحرم لان احرامه انقطع بالموت ولهذا يخمر وجهه ورأسه ولا يمكن البناء على المنقطع * يوضحه ان فى اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده وفى الاخذ بالقياس تفويت مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت فيحتاج الى أن يحج آخر من بلده أيضا حتى يفنى فى ذلك ماله قبل أن يحصل مقصوده. وجه قول أبى حنيفة ان عمله قد انقطع بموته ولا بناء على المنقطع كما لو أحرم ثم مات وأوصي أن يحج عنه وبيان هذا من وجهين أحدهما ان النبي عليه السلام قال كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من هذه الثلاثة فينقطع بالموت ثم خروجه انما يكون قربة بطريق موصل الى اداء الحج وقد تبين أن هذا الخروج ما كان يوصله الى ذلك والدليل عليه انه ظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج لما روى ان النبي عليه السلام قال اذا أراد الله تعالى قبض روح عبد بارض جعل له اليها حاجة فكان هذا فى المعنى وخروجه للتجارة سواء ثم هناك يحج عنه من بلده فهنا كذلك وان كان له أوطان مختلفة فمات وهو مسافر وأوصى بالحج عنه فانه يحج عنه من أقرب الاوطان الى مكة لانه هو المتيقن به ومطلق اللفظ لا يثبت الا بالتيقن بما هو كامل فى نفسه لان الاطلاق يقتضى الكمال فان لم يكن له وطن فمن حيث مات لانه لو تجهز بنفسه للحج انما يتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصي وهذا لان من لا وطن له

فوطنه حيث حل وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب الى مكة فهم ضامنون وان كان بعد فلا ضمان عليهم لان في الاول لم يحصل مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وان أوصى أن يحجوا عنه فأحجوا رجلا فسرقت نفقته في بعض الطريق فرجع عليهم أن يحجوا آخر من ثلث ما بقي في أيديهم من حيث أوصى الميت في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ان بقي من ثلث ماله ما يمكن أن يحج به من حيث أوصى فكذلك الجواب في قول محمد ان لم يبق شئ من ثلث عزل للحج تبطل الوصية وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عني نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث ما بقي في أيديهم وفي قول محمد بطلت الوصية لان الوصي قائم مقام الموصي والورثة كذلك يقومون مقام المورث في تنفيذ وصيته فكان تعيين الموصي والورثة بعض المال لوصيته كتعيين الموصي ولو عينه بنفسه فهلك ذلك المال بطلت الوصية فكذلك الوصي اذا عين ذلك المال لوصيته وقاسم الورثة ثم هلك بطلت الوصية والدليل عليه ان مقاسمة الوصي مع الموصى له على الورثة يصح فلان تصح مقاسمته مع الورثة عن الموصى كان أولى لان الموصى أقامه مقام نفسه باختياره والورثة ما أقاموه مقامهم باختيارهم وأبو يوسف يقول محل الوصية الثلث فمقاسمة الموصى مع الورثة في تمييز محل الميراث من محل الوصية تصح فأما مقاسمته في تمييز محل الوصية عن البعض لا يجوز فما بقي من الثلث شئ فقد بقي محل الوصية فيجب تنفيذ الوصية باعتبار ما بقي وهو نظير مقاسمة الوصي عن الصغير مع الكبير تصح ومقاسمته بين الصغار لتمييز نصيب بعضهم عن بعض لا تصح وأبو حنيفة يقول مقصود الموصى لم يكن المقاسمة وانما كان لتحصيل القربة له بالعتق ويجعل الهالك على التركة كان لم يكن فتنفذ الوصية في هذه القسمة من ثلث ما بقي وفيه جواب عما قاله محمد رحمه الله أن الوصي انما يقوم مقام الموصي فيما فيه تحصيل مقصوده خاصه وهذا بخلاف مقاسمته مع الموصي له لان فيه تحصيل مقصوده فان مقصوده تنفيذ الوصية وفي هذه القسمة تنفيذ الوصية وهذه المسئلة في الحقيقة نظير الاولى في المعنى فان السفر كان مقصوده فيدور مع ذلك المقصود جعل ذلك أبو حنيفة وجوده كعدمه وها هنا التعيين والقسمة لمقصود فاذا لم يحصل ذلك المقصود كان وجود القسمة كعدمها ولو كان الموصي له بالثلث غائبا فقاسم الموصي الورثة على الموصى له لم تجز قسمته عليه حتى اذا هلك في يده ما عزله للموصى له

كان له أن يرجع علي الورثة بثلث ما أخذوه بخلاف ما اذا قاسم علي الورثة مع الموصى له لان الورثة يخلفون المورث فى العين يبقى لهم الملك الذى كان للمورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه والوصى قائم مقام الموصى فيكون قائما مقام من يخلفه فى ملكه وأما الموصى له فيثبت الملك له بايجاب مبتدأ حتى لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى فلا يقوم الموصى مقامه فى تعيين محل حقه ولكن ما هلك مما عزله يهلك على الشركة ومابقى يبقى علي الشركة والعزل انما يصح بشرط أن يسلم المعزول للموصى له واذا أوصى أن يحجوا عنه وارثا لم يجز الا أن يجيزه الورثة لان فيه ايثاره بشئ من ماله لنفقته علي نفسه وكما انه لايجوز ايثاره بشئ من المال تمليكا منه بدون اجازة الورثة فكذلك اباحته له لنفقته على نفسه *ولو أوصي بان يحج عنه بمائة درهم وأوصى بما بقى من ثلثه لفلان وأوصي بالثلث من ماله لآخر والثلث بمائة درهم فنصف الثلث للحج ونصفه لصاحب الثلث لاستواء الوصيتين فى القوة والمقدار ولا شئ لصاحب مابقى لانه لم يبق من الثلث شئ والايجاب بهذا اللفظ يتناول ما بقى واذا لم يبق من الثلث شئ بطل الايجاب لانعدام المحل وهو بمنزلة العصبة مع أصحاب الفرائض فان للعصبة ما بقى بعد حق أصحاب الفرائض واذا لم يبق شئ لم يكن له شئ يقول فان مات الموصى له بالثلث قبل موت الموصى فما بقى من الثلث للموصى له بما بقى لان وصية الموصى له بالثلث بطلت بموته قبل موت الموصى فكأنها لم تكن ولكن لايصح هذا الجواب علي ماوضعه عليه فى الابتداء ان الثلث مائة درهم لانه أوصى أن يحج عنه بمائة فيجب تنفيذ هذه الوصية أولا ثم لا يبقى من الثلث شئ لان ذلك لايكون له بما بقى الا أن يكون الثلث أكثر من مائة فحينئذ يحج عنه بالمائة والفضل للموصى له بما بقى واذا كانت الوصايا لله تعالى لا يسعها الثلث مثل الحجة والنسمة والبدنة بدئ بالذى بدأبه ما خلا حجة الاسلام أو الزكاة أو شيأ واجبا عليه فانه يبدأ بالواجب وان كان الميت أخره استحسن ذلك ودع القياس فيه وقد تقدم فى ترتيب الوصايا من البيان ماهو كاف والله أعلم بالصواب

باب الوصية للوارث والاجنبي والقاتل

(قال رحمه الله) قد بينا أن الوصية للوارث لا تجوز بدون اجازة الورثة لقوله عليه السلام لاوصية لوارث الى ان يجيزه الورثة فان أوصى لبعض ورثته ولاجنبي جازت حصة

الاجنبي وبطلت حصة الوارث لان الايجاب تناولهما بدليل ان عند اجازة الورثة ثم الاستحقاق لهما فبطلانه فى حصة الوارث بعدم الاجازة لا يبطل حصة الاجنبي ولا يزيد فى نصيبه بخلاف الوصية لحي وميت فالايجاب فى حق الميت غير صحيح أصلا وهذا بخلاف الاقرار لوارثه ولاجنبي لان الاقرار اخبار عن واجب سابق وقد أقر بالمال مشتركا بينهما ولا يمكن اثباته بهذه الصفة لما فيه من منفعة الوارث والوصية ايجاب مبتدأ وانما يتناول ايجابه نصف الثلث فى حق كل واحد منهما فأمكن تصحيحه فى نصيب الاجنبي كما أوجبه الموصي له وعلى هذا الوصية للقاتل وللاجنبي مع الاقرار لهما لان صفة القتل فى المنع عن الوصية والاقرار كصفة الوراثة على ما نبينه ولو أوصى له بشيء وهو وارث يوم أوصي ثم صار غير وارث أو كان غير وارث يوم الوصية ثم صار وارثا ومات الموصي انما ينظر الى يوم يموت الموصى فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن وارثه جازت الوصية لان الوصية عقد مضاف الي ما بعد الموت وانما تحقق الوجوب له عند الموت ولان المانع صفة الوراثة ولا يعرف ذلك الا عند الموت لان صفة الوراثة لا تكون الا بعد بقاء الوارث حيا بعد موت المورث وكذلك الهبة فى المرض والكفالة فان ذلك فى حكم الوصية حتى تعتبر من الثلث فى حق الاجنبي ولا يصح للوارث أصلا وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاقرار فى كتاب الاقرار ان هناك ان صار وارثا بسبب تجدد الاقرار كان الاقرار صحيحا وان ورثه بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار * واذا أوصى لمكاتب وارثه أو لعبد وارثه فهو باطل من أجل أن ذلك ينتفع به الوارث فان المولى يملك كسب عبده وله حق الملك فى كسب مكاتبه * ولو أوصى لمكاتبه وقد كاتبه فى مرضه أو فى صحته جازت الوصية لانه ليس فى هذا منفعة لبعض الورثة دون البعض فانه ان عتق فالوصية سالمة له وهو أجنبي وان عجز فرقبته وكسبه يكون ميراثا بين جميع الورثة قال وبلغنا عن على بن أبي طالب رضى الله عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثا وعن عمر رضى الله عنه مثله وعن عبيدة السلماني رضى الله عنه قال لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة والوصية عندنا بمنزلة ذلك ولا وصية لقاتل أما الكلام في نفي الارث للقاتل فقد بيناه فى الديات وأما الوصية للقاتل فلا تصح عندنا سواء أوصى له قبل الجراحة أو بعدها وقال مالك تصح الوصية له فى الوجهين وقال الشافعي ان أوصي له قبل أن يجرحه بطلت الوصية بقتله اياه وان أوصى بعد ما جرحه صحت الوصية وجه قول مالك ان هذا تمليك المال بالعقد فالقتل

لا يبطله كالتمليك بالبيع والهبة وبان كان يبطل الارث لا يستدل على انه يبطل الوصية كالرق واختلاف الدين فانه ينفي التوريث ولا يمنع الوصية والفرق للشافعي من وجهين أحدهما انه ان كان الجرح بعد الوصية فالظاهر أن الموصي نادم على وصيته راجع عنها واذا كانت الوصية بعد الجرح فلم يوجد بعد الوصية مايدل على الرجوع عنها بل الظاهر انه قصد الانتداب الى ماندب اليه وهو مقابلة السيئة بالاحسان والثاني انه اذا جرحه بعد الوصية فالموصى له قصد الاستعجال بفعل محظور فيعاقب بالحرمان كالميراث فأما اذا أوصى له بعد الجراحة فلم يتوهم قصد الاستعجال في تلك الجراحة ولا بعد الوصية فبقيت الوصية على حالها وجه قولنا ظاهر قوله عليه السلام ليس لقاتل شيء ويدخل الوصية والميراث جميعا في عموم هذا اللفظ وقال ولا وصية لقاتل ولان الملك بالوصية يثبت بعد الموت فيكون معتبرا بالملك الثابت بالميراث ولا فرق بينهما في المعنى لان بطلان الوصية للوارث لدفع المغايظة عن سائر الورثة وبطلان الوصية للقاتل لهذا المعنى أيضا فانه يغيظهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم تركة أبيهم بسبب الارث أو بسبب الوصية وفي هذا المعنى لافرق بين أن تتقدم الوصية على الجرح أو تتأخر عنه وبه فارق الرق والكفر فان الحرمان بهما لانعدام الاهلية للولاية لا لدفع المغايظة عن سائر الورثة ولا معتبر بالاهلية للولاية في الوصية وبخلاف سائر عقود التمليكات لانها لا تشابه الارث صورة ولا معنى وكذلك لو كان القاتل وارثا فأوصى له لم تجز الوصية وهذا تجوز في العبارة فان القاتل لا يكون وارثا وان كان وارثا كالصبي والمعتوه والوصية لمثل هذا القاتل تصح ثم الوجه فيه انه اجتمع فيه وصفان كل واحد منهما بانفراده يجزئ الوصية فاجتماعهما أولى فان أجازت الورثة الوصية للقاتل جازت في قول أبي حنيفة ومحمد ولم تجز في قول أبي يوسف ذكر قوله في الزيادات لان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل وان أوصى به الورثة فكذلك الوصية وهذا لان الحرمان كان بطريق العقوبة حقا للشرع فلا يتغير ذلك بوجود الرضى من الورثة والدليل عليه انه لو أوصى لحربي في دار الحرب لم تجز الوصية لتباين الدارين وان أجازت الورثة وانما امتنعت الوصية للحربي لكونه محاربا حكما والقاتل محارب له حقيقة فلأن لا تنفذ الوصية له باجازة الورثة كان أولى وجه قولهما ان الوصية للقاتل أقرب الى الجواز من الوصية للوارث لان الامر في نفس الوصية للوارث مشهور وفي نفي الوصية للقاتل مسبور والعلماء اتفقوا على أن لا وصية للوارث واختلفوا في جواز الوصية للقاتل ثم باجازة الورثة تنفيذ الوصية

للوارث فكذلك للقاتل والمعنى فيهما واحد وهو ان المغايظة تنعدم عند وجود الرضى من الوارث بالاجازة فى الوضعين جميعا بخلاف ميراث القاتل فان ثبوت الملك بالميراث بطريق الحكم حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد والاجازة انما تعمل فيما يعتمد القبول ويرتد بالرد وبخلاف الوصية للحربى فى دار الحرب لان بطلانها لانعدام الاهلية فى جانب الموصى له فان من فى دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولهذا تنقطع العصمة بتباين الدارين حقيقة وحكما والميت لا يكون أهلا للوصية له ولا تأثير للاجازة فى اثبات الاهلية لمن ليس باهل وكذلك الوصية لعبد القاتل أو لمكاتبه فانها كالوصية للقاتل لما يثبت له من حقيقة الملك أوحق الملك فى الموصى به وقال فى الاصل اذا كانت الوصية لمولاه أو لعبده أبطلناها وقال الحاكم تأويله عندنا اذا كان المولى هو القاتل فأوصى له أو لعبده فأما اذا كان العبد هو القاتل فالوصية لمولاه وصية صحيحة (ألا ترى) ان عبد الوارث اذا قتل المورث لايحرم المولي ميراثه وهذا لانه لاحق للعبد فى ملك مولاه وليس فى حق المولى مايحرمه الارث والوصية لابن القاتل وأبويه وغيرهم من قرابته جائزة وكذلك لمماليك هؤلاء من عبيدهم ومكاتبيهم ومدبريهم وأمهات أولادهم على قياس الارث فان ابن القاتل وأبويه يرثون المقتول وان لم يرثه القاتل وهذا لانه ليس للقاتل فى ملك هؤلاء حق الملك ولا حقيقة الملك واذا أقر لقاتله بدين فان كان مريضا صاحب فراش حتى مات لم يجز وان كان يذهب ويجئ فهو جائز لان الجرح وان كان سبب الهلاك ولكن لا يصير به فى حكم المريض مالم يصر صاحب فراش فان المريض انما يباين الصحيح بهذا لان الانسان لا يخلو عن نوع مرض وان كان صحيحا فاذا لم يصر صاحب فراش كان هو فى حكم الصحيح واذا كان صاحب فراش فهو مريض وان تكلف لمشيه الى بعض حوائجه وكذلك الهبة اذا قبضها القاتل وهو مريض فان تصرف المريض كالمضاف الى مابعد الموت فأما اذا كان يذهب ويجئ فهو صحيح ينفذ تصرفه فى الحال مع القاتل كما ينفذ مع غيره وهكذا الجواب فى الاقرار للوارث والهبة له واذا ضربت المرأة الرجل بحديدة أو بغير حديدة فأوصى لها ثم تزوجها فلا ميراث لها ولا وصية وانما لها مقدار صداق مثلها من المسمى وما زاد على ذلك فى معنى الوصية فيبطل بالقتل ولو اشترك عشرة فى قتل رجل أحدهم عبده وأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده فالوصية باطلة لان كل واحد منهم قاتل له على الكمال (ألا ترى) انه يلزمهم القصاص اذا كان عمدا

والكفارة اذا كان خطأ كما لو تفرد به وان كل واحد منهم يحرم عن الميراث فكذلك الوصية الا أن العتق بعد ما تعذر لا يمكن رده فيكون الرد بايجاب السعاية عليه فى قيمته والعفو على القاتل فى دم العمد جائز لان الواجب القصاص والقصاص ليس بمال (ألا ترى) ان متلفه بالشهادة باطلة والاكراه على العفو لا يكون ضامنا وانه لا يعتبر من الثلث بحال فيكون صحيحا للقاتل وجعل العفو فى الانتهاء بمنزلة الاذن فى الابتداء أو أقوى منه ولو كان خطأ فعفا عنه كان هذا منه وصية لعاقلته فيجوز من الثلث لان الواجب فى الخطأ الدية على العاقلة وهو مال قلنا أصل الوجوب على القاتل والعاقلة يتحملون عنه فتكون هذه وصية للقاتل قلنا باعتبار المال الوصية تكون للعاقلة وهم المنتفعون بهذه الوصية فان قيل جزؤ من الدية على القاتل ففى ذلك الجزء الوصية منه تكون للقاتل قلنا نعم ولكن تتعذر الوصية فى ذلك الجزء لان كل جزء من بدل النفس يتقرر وجوبه على القاتل ففى ذلك الجزء الوصية تتحمله العاقلة كما لو اشترك ألف نفس فى قتل رجل فالجزء الواجب على كل واحد منهم مع قلته يتحمله العاقلة وكذلك ان كان القاتل عبدا لان الوصية بالعفو تقع لمولاه فان موجب جناية العبد على المولى وهو الذى يخاطب بدفعه أو فدائه (ألا ترى) ان بمد عتق العبد لا يطالب بشئ واذا أوصى لعبده بثلث ماله صحت الوصية لان رقبته من جملة ماله فيكون موصيا له بجزء منها فان قتله العبد فوصيته باطلة غير انه يعتق ويسعى فى قيمته لانه تعذر رد العتق فيكون الرد بايجاب السعاية وعلى هذا المدبر اذا قتل مولاه عمدا أو خطأ فعليه أن يسعى فى قيمته لرد الوصية وعليه فى العمد القصاص فان كان للمقتول وليان فعفى أحدهما عنه انقلب نصيب الآخر مالا فعليه أن يسعى فى نصف قيمته للآخر لانها انما صارت مالا بعد ما عتق وصار أحق بمكاسبه الا أن الواجب بسبب جناية كانت منه فى حال رقه فيكون الوجوب عليه من القيمة دون الدية بخلاف ما اذا قتل مولاه خطأ لانه حين وجب المال بسبب الجناية كان المولى أحق بكسبه وموجب جنايته على غيره يكون على المولى فلا يجب بجنايته على مولاه شئ من ذلك لانه لو وجب وجب على نفسه وأم الولد اذا قتلت سيدها خطأ فليس عليها سعاية فى شئ لان عتقها ليس بوصية وموجب جنايتها على غير المولى يكون على المولى فلا يلزمه بالجناية على مولاها خطأ شئ وان قتلته عمدا وليس لها منه ولد كان عليها القصاص فان عفى أحد الوارثين سعت للآخر فى نصف قيمتها لان نصيب الآخر انما انقلب مالا بعد ما عتقت وصارت أحق بكسبها وان كان لها منه

ولد بطل عنها القصاص لصيرورة جزء منه لولدها وعليها أن تسعى فى قيمتهالان القصاص انما انقلب مالا بعد موت المولى حين ورث ولدها جزأ منه واذا أوصى لقاتله بالثلث وأجاز ذلك الورثة بعد موته جازوان اجازته قبل موته فهو باطل بمنزلة الوصية للوارث وقدتقدم بيانه ولو أوصى لرجل بوصية فقامت البينة عليه انه قاتل وصدقهم بذلك بعض الورثة وكذبهم بعضهم فانه يبرأ من حصة الذين كذبوا من الدية وتجوز وصيته فى حصتهم من الثلث ويلزمه حصة الذين صدقوا من الدين وتبطل وصيته فى حصتهم من الثلث لان فى حق كل فريق يجعل كأن الفريق الآخر فى مثل حاله اذ لا ولاية لبعضهم على البعض واذا قامت عليه بينة بالقتل وأبرأه الميت فابراؤه عفو منه فيصح من الثلث ان كان القتل خطأ ولا وصية له بعد ذلك لان القتل ثبت عليه بالبينة فان فى حق الذين كذبوهم حتى لو كذب الورثة الشهود جازت الوصية له بعد واذا جرح الرجل فى مرضه جراحة عمدا أو خطأ فقال المجروح لم يجرحنى فلان ثم مات من ذلك كان القول قوله ولا سبيل للورثة على القاتل لانهم يخلفونه وبعد ماقال لم يجرحنى لا سبيل له عليه فى دعوى القتل فكذلك لورثته وان أقام ورثته البينة على القتل لم تقبل بينتهم لان قبول البينة ينبنى على صحة الدعوى منهم وبعد قول المجروح لم يجرحنى فلان لا يصح كما لا يصح الدعوى منه قبل موته بخلاف ما اذا قال لا جراحة لى قبل فلان ثم ادعى عليه القتل وأثبته بالبينة جازت لانه نفى موجب الجرح ودعواه موجب النفس لا تنافى ماأبقاه من موجب الجرح وفى الاول نفى أصل الجرح ومن ضرورته نفى القتل اذ القتل بدون الجرح لا تصور له اما ظاهرا أو باطنا واذا أوصي الرجل لرجلين بوصية وأقام كل واحد من ورثته البينة على أحد الموصى لهما انه قتل صاحبهما خطأ كان على كل واحد منهما خمسة آلاف للذى أقام عليه البينة ولا وصية له فى حصة الذى أقام عليه البينة بالقتل وتجوز له الوصية فى حصة الاخر بالحساب لان كل واحد منهما يثبت الحق على المشهود عليه لنفسه ولصاحبه وصاحبه مكذب لشهوده فيخرج كل واحد منهما من ان يكون قاتلا فى حق من كذب المشهود عليه ويبقى قاتلا فى حق الآخر فى حكم الدية والوصية جميعا واذا أوصى الرجل لرجلين لكل واحد منهما بالثلث وأوصى لآخر بعبد فشهد الموصي لهما بالثلث على الموصى له بالعبد انه قاتل فشهادتهما باطلة لانهما يجزآن الثلث الى أنفسهما ويسقطان مزاحمة الموصى له بالعبد معهما في الثلث ويلزمه الدية أيضا ولهما من ذلك الثلث فكانا شاهدين لانفسهما والموصى له بالثلث شريك الوارث

فى التركة فهذه الشهادة لاتقبل من الورثة للتهمة فكذلك من الموصى له وكذلك لو شهدا على وارث أو على أجنبي انه قتله خطأ لان المعنى فى الكل سواء واذا أعتق الرجل فى مرضه صبيا صغيرا لا مال له غيره ثم قتل الصبي مولاه عمدا فعليه أن يسعى فى قيمتين يدفع له من ذلك الثلث وصية له ويسعى فيما بقى لان الصبي لايحرم الارث بسبب القتل فكذلك لايحرم الوصية ومحل الوصية الثلث فيلزمه السعاية فيما زاد على الثلث والمعتق فى المرض ما دام عليه شيء من السعاية فهو بمنزلة المكاتب فلهذا ألزمه السعاية فى قيمته بسبب الجناية وفى قيمته بسبب العتق فى المرض بعد أن يسلم له من ذلك الثلث ولو كان كبيرا فقتل مولاه خطأ سعى فى قيمتين للورثة ولا وصية له لانه قاتل وهذا أقوى وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله فأما عندهما عليه السعاية فى قيمته لرد الوصية والدية على العاقلة لان المستسعى حر عندهما ولو قتل غير مولاه خطأ كانت الدية على عاقلته وكذلك اذا قتل مولاه وعند أبى حنيفة هو بمنزلة المكاتب فعليه السعاية فى قيمته لاجل الجناية وكذلك قولهما فى الصبي أن الدية تجب على عاقلته كما لو قتل غير مولاه لانه حر فان كان عليه السعاية لم يحسب له قيمته من الثلث بطريق الوصية لان الصبي لايحرم الوصية وان كان قاتلا والله أعلم

باب الوصية بالغلة والخدمة

(قال رحمه الله) والوصية بخدمة العبد أو غلته أو سكنى الدار وغلتها تجوز عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت لان الموصى يملك له بايجابه وذلك لايصح منه فيما ليس بمملوك له والمنفعة والغلة التى تحدث بعد موته ليست بمملوكة له وبايجابه لا يتناول المنفعة والغلة التى تحدث في حال حياته فيبطل وصيته بها ولكنا نقول المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل فى حال الحياة فيجعل التمليك بعد الموت أيضا وهذا لان الموصي تبقي العين على ملكه حتى يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما تحدث المنفعة على ملكه فاذا ثبت هذا فى المنفعة فكذلك فى الغلة لانها بدل المنفعة والوصية بخلاف الميراث فالارث لايجرى فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لايتصور الا فيما يبقي وقتين والمنفعة لاتبقي وقتين فاما الوصية ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة فيما أبقي فان أوصي بخدمة عبده سنة

وليس له مال غيره فان العبد يخدم الورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة لان الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث وفى زمان الخدمة تكون يد الورثة مقصورة عن العبد فلا يمكن قصر يدهم عن جميع المال بسبب الوصية والعبد لا يحتمل القسمة فى نفسه فتكون القسمة بطريق المهايأة فى الخدمة وحق الورثة فى سهمين وحق الموصى له فى سهم فيخدمهم يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له سنة وصارت الوصية بالخدمة ما لم يستوف الموصى له كمال حقه بمنزلة الوصية بالرقبة ولو أوصى بسكنى دار سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة أقرب الى المعادلة لان كل واحد منهما يستوفى نصيبه من السكنى فى الوقت الذى يستوفيه صاحبه بخلاف ما اذا تهايآ عن الزمان فان هناك يسبق أحدهما بالاستيفاء فلا يصار اليه الا عند تعذر قسمة السكنى بالاجزاء ولكن ليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار الا فى رواية عن أبى يوسف يقول ان ذلك حقهم على الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت فى سكنى جميعها بدليل أنه لو ظهر للميت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ولو خرب ما فى يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما فى أيديهم وفى البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين من ذلك ولو أوصي له بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان له ثلث غلته تلك السنة لان الغلة عين مال تحتمل القسمة فانما تنفذ الوصية فى مقدار الثلث من الغلة فى سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتمل القسمة بالاجزاء فللموصي له أن يستوفى الخدمة بطريق المهايأة الى أن يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة كما أوصى لزيد وكذلك ان أوصي له به وكذلك ان أوصي له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة فى الموضعين جميعا تحتمل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة فى سنة واحدة وان أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن أبى يوسف فانه يقول الموصى بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان للشريك أن يطالب بالقسمة ليكون هو الذى يستغل نصيبه فكذلك الموصى له بالغلة هاهنا ولكنا نقول القسمة تبني علي ثبوت حق الموصي له فيما تلاقيه القسمة ولا حق له فى عين الدار انما حقه فى الغلة وقسمة الدار لا تكون قسمة للغلة فلا يكون له أن يطالب بها وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد ان يؤاجرهما عندنا وقال الشافعى

له ذلك لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى مابعد الموت كتمليك المنفعة فى حال الحياة ولو تملك
المنفعة بالاستئجار فى حال الحياة ملك الاجارة من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد
الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين والعين سواء تملكها ببدل أو بغير بدل تملك الاعتياض
عنه مع غيره فكذلك المنفعة بخلاف المستعير فانه لا تملك المنفعة عندى ولكن الاعارة فى حكم
الاباحة ولهذا قلت المستعير لا يعير من غيره والدليل على الفرق ان الاعارة لا يتعلق بها اللزوم
والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحجتنا فى ذلك أن الموصى له يملك المنفعة
يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين وحجتنا فى ذلك أن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا
يملك تمليكها من الغير بعوض كالمستعير وهذا لان المستعير مالك للمنفعة فان التمليك فى حال
الحياة أقرب الى الجواز منه بعد الموت واذا كانت المنفعة تحتمل التمليك بعد الموت بغير عوض
فلان تحتمل ذلك فى حال الحياة أولى وتصح بلفظ التمليك حتي لو قال ملكتك منفعة هذه الدار
كانت عارية صحيحة وانما لا يتعلق بهذا اللفظ اللزوم لكونها متعرية عن البدل وكذلك الوصية
الا أن غير الموصى لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصى والموصى مات فلا يتصور رجوعه
فيه وهذا لان المنفعه ليست بمال وفى تمليكها بمال احداث معنى المالية فيها فانما تثبت هذه الولاية
فيها لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها
فأما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما يملك معنى وليس
له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه الى أهله
للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على مايعرف من مقصود الموصى فاذا
كان الموصي وأهله فى موضع آخر عرفنا أن المقصود له أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم
واذا كانوا فى بصرة فمقصوده الى تمكنه من خدمة العبد من غير ان يلزمه مشقة السفر فلا يكون
له ان يخرجه من بلدته وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الصلح وما فيها من اختلاف الروايات
ولو أوصى له بخدمة عبده وللاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة
والخدمة كلها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما وما أوجبه لكل
واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فبعطف احدى الوصيتين على الاخرى لا يتحقق بينهما
مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى
الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذلك اذا أوصي بالرقبة

لانسان آخر لان الوصية قياس الميراث من حيث ان الملك يثبت بها بعد الموت (ألا ترى) أنه لو أوصى بأمة لرجل وبما فى بطنها لآخر وهو يخرج من الثلث كان ذلك كما أوصي ولا شئ لصاحب الامة فى الولد ولو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الخاتم من الفص ولو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى فأما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فى هذه المسئلة فعلى قول أبى يوسف الجواب كذلك وعلى قول محمد تكون الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك الخاتم والفص والقوصرة والتمر ، وجه قول أبي يوسف ان بايجابه فى الكلام الثانى يبين أن مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزمه شيأ فى حال فيكون حالة البيان الموصول فيه والمفصول سواء كما فى الوصية بالرقبة والخدمة فان هناك المفصول والموصول سواء فى الحكم ومحمد يقول اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا فاسم الجارية يتناولها وما فى بطنها وفى القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام موجبه ثبوت الحكم فى كل ما يتناوله على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فاجتمع فى الفص الوصية لكل واحد منهما بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية للثانى فيه دليل الرجوع عن الاول كما لو أوصي بالخاتم للثانى بخلاف الخدمة مع الرقبة فاسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن الموصى له بالرقبة انما يستخدمها لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك بمنزلة دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص فاذا جنى العبد الموصى له بخدمته ورقبته جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان فيما هو المقصود بالعبد وهو الاستخدام هو المختص به كالمالك وبالفداء تسلم الخدمة له ولا يسلم لصاحب الرقبة شئ فى الحال فاذا فداه خدمه على حاله لانه طهره عن الجناية وان مات صاحب الخدمة انتقضت الوصية لان الحق للموصي له في الخدمة لا يحتمل التوريث لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث ثم للوارث فتبطل الوصية بموته عندنا خلافا للشافعى فانه يرى توريث المنفعة وقد بينا هذا فى الاجارات ثم يقال لصاحب الرقبة اد الى ورثته ذلك الفداء لانه ظهر أن صاحب الرقبة هو المنتفع بذلك الفداء فان خدمة العبد تسلم له وقد كان الموصى له مضطرا الى ذلك الفداء فلا يكون متبرعا فيه فان أبى أن يرد الفداء

علي ورثته بيع فيه العبد وكان بمنزلة الدين فى عتقه لانه انما جنى العبد بذلك الفداء ولولاه لكانت نفسه مستحقة بالجناية واذا أبى صاحب الخدمة في أول الامر أن يفدى لم يجز على ذلك لانه لا يملك شيأ من الرقبة وقد رضي ببطلان حقه فى الخدمة حين أبى أن يفدى ويقال لصاحب الرقبة ادفعه أوافده فأيهما صنع بطلت وصية صاحب الخدمة لانه ان دفعه فقد فات محل وصيته وان فداه فانما يفديه بما أسلم له من خدمته والموصي له حين أبى أن يفديه فقد رضى بصيرورة العبد مستهلكا فيما لحقه من الجناية والغرم ولو قتل رجل العبد خطأ ولم يجن العبد فعلى عاقلة القاتل قيمته يشترى بها عند عدم صاحب الخدمة لان القيمة قائمة مقام الرقبة وقد كانت الرقبة للموصى له بها مشغولة بحق الموصى له بالخدمة فيها فكذلك ما يقوم مقامها ولا يقال حق الموصى له بالخدمة في المنفعة والمنفعة لا تتقوم بالاتلاف لان الوصية بالخدمة وان تعلقت بالمنفعة فالاستحقاق بها يتعدى الى العين ولهذا يعتبر خروج العين من الثلث والقيمة بدل العين فيشترى بها ما يقوم مقام العين الاولى ويثبت فيه حق صاحب الخدمة كما كان ثابتا فى الاولى وان كان القتل عمدا فلا قصاص فيه الا أن يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة أما صاحب الرقبة فلانه هو المالك للعبد وولاية استيفاء القصاص تثبت بملك الرقبة وأما صاحب الخدمة فلان فى استيفاء القصاص ابطال حقه فى الخدمة وهو حق لازم له فلا يجوز ابطاله بغير رضاه فان اختلفا فيه تعذر استيفاء القصاص فوجب قيمته فى مال القاتل يشترى بها عبدا فيخدمه مكانه لان فى استيفاء المال مراعاة الحقين ولو فقأ رجل عينيه أو قطع يده دفع العبد وأخذت قيمته صحيحا لان هذه الجناية استهلاك له حكما فيعتبر باستهلاكه حقيقة فيوجب قيمته صحيحا من الجانى بعد تسليم الجثة اليه ويشترى بها عبدا مكانه ولو قطعت يده أو فقئت عينه أو شج موضحة فادى القاتل ارش ذلك فان كانت الجناية تنقص الخدمة اشترى بالارش عبدا آخر يخدم صاحب الخدمة مع العبد الاول لان الارش بدل الفائت بالجناية وقد كان حق الموصي له بالخدمة ثابتا في ذلك الجزء ولما كان فواته ينقص الخدمة فيثبت فى بدله أيضا أو يباع العبد فيضم ثمنه أيضا الى ذلك الارش ويشترى بهما عبد ليكون قائما مقام الاول ولكن هذا اذا اتفقا عليه فان اختلفا فى ذلك لم يبع العبد لان رقبته لاحدهما وخدمته للآخر فلا يجوز بيعه الا برضاهما ولكن يشترى بالارش عبد يخدمه معه فان لم يوجد بالارش عبد وقف الارش حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا

على أن يقتسماه نصفين أجزت ذلك بينهما لان الحق لايعدوهما فاذا تراضيا فيه على شيء كان لهما ذلك ولا يكون ما يستوفيه الموصي له بالخدمة من نصف الارش بدلا عن نقصان الخدمة لانه لا يملك الا الاعتياض عن الخدمة ولكن يكون اسقاطا لحقه ذلك بالمال الذى يستوفيه بمنزلة ما لو كان العبد قائما على حاله فصالح الموصى له بالرقبة على مال يستوفيه منه ليسلم العبد اليه فان كانت الجناية لاتنقص الخدمة فالارش لصاحب الرقبة لانه بدل جزء فات من ملكه وظهر أنه لم يكن لصاحب الخدمة حق فى ذلك الجزء حين لم تنقص الخدمة بفواته وكل مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان الكسب يملك بملك الرقبة وهو المختص بملك الرقبة ولو كان مكان العبد أمة كان ماولدت من ولد لصاحب الرقبة لانه تولد من عينها وعينها ملك صاحب الرقبة ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه اذا أنفق عليه فان العبد لايقوى على الخدمة الا بذلك وهو أحق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان أبى أن ينفق رده على صاحبه فيلزمه نفقته فهذا كذلك أيضا فان كان أوصى بخدمة عبد صغير وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة لان بالنفقة عليه في حالة الصغر تنمو العين والمنفعة فى ذلك لصاحب الرقبة واذا صار بحيث يخدم فهو بالنفقة يتقوى على الخدمة والمنفعة فى ذلك لصاحب الخدمة فلهذا كانت النفقة عليه ثم نفقة المملوك على المالك باعتبار الاصل الا أن يصير معدا لانتفاع الغير به فحينئذ تكون النفقة على المنتفع كالمولى اذا زوج أمته ولم يبوِّها بيتا كانت نفقتها على المولى فان بوأها مع الزوج بيتا كانت نفقتها على الزوج ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها ومنفعتها لآخر كانت مثل العبد سواء لاستوائهما فى المعنى واذا كان لرجل ثلاثة أعبد فاوصى برقبة أحدهم لرجل وبخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الموصى بخدمته خمسمائة درهم وقيمة الموصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقى ألف فالثلث بينهما على ثمانية أسهم خمسة لصاحب الخدمة فى خدمة العبد الموصي بخدمته فيكون له من خدمته ثلاثة أيام وللورثة يوم ويكون للآخر من رقبة عبده مائتان وخمسة وعشرون لان الوصية بالخدمة فى الاعتبار من الثلث والمضاربة بها بمنزلة الوصية بالرقبة وجملة المال ألف وثمانمائة فوصية كل واحد منهما كانت بأقل من الثلث فيضرب كل واحد منهما بجميع وصيته وقيمة العبد الموصى بخدمته خمسمائة درهم فيضرب

صاحبها فى الثلث بذلك وصاحب الرقبة بثلث ماله فاذا جعلت كل مائة سهما كان الثلث بينهما على ثمانية ثم ثلث المال بقدر ثلاثة ارباع الوصيتين لان ثلث المال ستمائة ومبلغ الوصيتين ثمانمائة ويقدر لكل واحد منهما ثلاثة ارباع وصيته فى الحال فيجتمع فى العبد الموصى بخدمته حق الورثة وحق الموصى له بخدمته حقه فى ثلاثة ارباعه وحق الورثة فى الربع فلهذا قال يخدم الموصى له بخدمته ثلاثة أيام والورثة يوما ولصاحب الرقبة ثلاثة ارباع رقبة عبده وذلك مائتان وخمسة وعشرون فاذا مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان الوصية بالخدمة قد بطلت وجميع العبد للآخر خارج من الثلث وزيادة وكذلك ان مات العبد الذى كان يخدم لان بموته بطلت الوصية بالخدمة وصار الميت كان لم يكن فيبقى السالم للورثة عند التساوى ألف درهم فيمكن تنفيذ الوصية فى عبد يساوي ثلثمائة درهم لان ذلك دون الثلث ولو كانت قيمة العبد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الاخر لان حقهما فى الثلث سواء والثلث بقدر رقبة واحدة فينفذ لكل واحد منهما الوصية فى نصف الثلث مما أوصى له ولو أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بقيمة الاخر فيكون هذا كالباب الذى قبله وهو قول أبى حنيفة بناء على أن الوصية بالعين فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة من الورثة تبطل ضربا واستحقاقا ولو كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصي له به من الرقاب ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لاتساع محل الوصية ويجتمع فى العبد الواحد الوصية برقبته وبخدمته فاذا مات صاحب الخدمة رجع ذلك الى صاحب الرقبة ولو لم يكن له مال غيرهم فأوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم بعينه لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث فى خدمة ذلك العبد وللآخر خمسا الثلث فى العبدين الباقيين فى كل واحد منهم خمس رقبة لان حق الموصى له بالخدمة فى العبد الموصي بخدمته تقدم على حق الآخر (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر لاتثبت المزاحمة لصاحب الرقبة مع صاحب الخدمة فيه فكذلك هاهنا الموصى له بثلث كل عبد لايزاحم الموصى له بالخدمة فى الثلث بشئ من وصيته فى هذا العبد وانما يزاحمه وصيته فى العبدين الآخرين وقد أوصي له بثلث كل واحد منهما فاذا جعلنا كل ثلث سهما كان حقه فى سهمين وحق الموصي له بالخدمة فى ثلاثة

فلهذا كان الثلث بينهم على خمسة والثلث بقدر رقبة واحدة فللموصى له بالخدمة ثلاثة أخماس ذلك كله فى العبد الموصى بخدمته واجتمع فيه حقه وحق الورثة وذلك فى خمسة فلهذا كانت المهاياة فى الخدمة على خمسة أيام يخدم الورثة يومين والموصى له ثلاثة أيام ويكون للآخر خمسا الثلث فى العبدين الباقين فيسلم له من كل واحد منهما خمس الرقبة ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة أحدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال له غيرهم قسم الثلث بينهما نصفين لان الموصى له بثلث مال يزاحم الموصى له بالخدمة فى الثلث بوصيته فى العبد الموصى بخدمته (ألا ترى) انه لو كان العبد واحدا فأوصى بخدمته لانسان وبثلث ماله لآخر تثبت المزاحمة بينهما فى العبد بوصيتهما وهذا لان الخدمة تتناولها الوصية بثلث المال كما تتناول الرقبة لان ذلك من ماله بخلاف الاول فان الوصية بالرقبة لا تتناول الخدمة بحال لان الخدمة غير الرقبة اذا ثبت هـذا فنقول حقهم فى الثلث على السواء فيقسم الثلث بينهما نصفين فما أصاب صاحب الخدمة فهو فى العبد الموصى بخدمته وذلك نصفه وما أصاب صاحب الثلث وهو نصف العبد كان له والعبيد الثلاثة فى كل عبد ثلث ذلك الثلث فيكون دون الخدمة فى العبد الموصى بخدمته فى كل ستة أيام يخدم الموصى له بالخدمة ثلاثة والورثة يومين والموصى له بالثلث يوما حتى يموت صاحب الخدمة فاذا مات بطلت وصيته فزالت مزاحمته فيكون الموصى له بثلث المال جميع وصيته وهو ثلث كل عبد من العبيد الثلاثة واذا أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلته لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا ويغل على صاحب الغلة شهرا لاستواء حقهما فيه الا انه فى الخدمة جعل المناوبة بالايام لتيسر ذلك وفى الاستغلال جعل النوبة بالشهور لان استغلال العبد لا يكون عادة فيما دون الشهر ويتعذر استغلاله فى كل نوبة اذا جعلت بالايام وفى كل شهر طعامه على من له منفعتـه لان الغرم مقـابل بالغنم وبالنفقة يتوصل الى الخدمة والعمل وكسوته عليهما نصفان لاستواء حقهما فيه وتعذر تجديد الكسوة فى كل نوبة وان جنى العبد جناية قيل لهما أفدياه لان تمليكهما من استيفاء حقهما يكون بالفداء فان أبيا ففداه الوارث بطلت وصيتهما لانهما حين أبيا الفداء فقد رضيا بدفعه وصار فى حكم المستهلك فى حقهما بمنزلة ما لو دفع بجنايته ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وللآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فثلث العبـد بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان الوصية بغلة العبد كالوصية برقبته فى الاعتبار من الثلث فالموصى له بالغلة موصى له بجميع

المال ومن أصل أبي حنيفة ان الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الاجازة تبطل في حق الضرب فلهذا قال الثلث بينهما نصفان فما أصاب صاحب الثلث فهو له وما أصاب صاحب الغلة استغل بحسب غلته وينفق عليه منها كل شهر درهم كما لو أوصى وانما يحبس جميع تلك الغلة لجواز أن يمرض أو يتعطل فلا يعمل في بعض الشهور ويحتاج الى الانفاق عليه مما هو محبوس لحقه فان مات وقد بقي منها شئ رد على صاحب الثلث ويرجع عليه أيضا مما يحبس على صاحب الغلة من رقبة العبد لان وصيته بطلت بموته فان حقه في بدل المنفعة وهي الغلة وقد بينا ان وارثه لا يخلفه فيما له من الحق في المنفعة فكذلك في بدلها وهذا لانه لم يصر مملوكا له ولكن ثبت له حق يستحق ان لو بقي حيا ومثل هذا لا يورث واذا بطلت وصيته وزالت مزاحمته سلم جميع الثلث لصاحب الثلث والمحبوس من الغلة بدل منفعة جزء من الثلث فيكون للموصى له بالثلث ولو أوصى لرجل بغلة داره ولا مال له غيرها فاحتاجت الورثة الي سكناها قسمت الدار اثلاثا ويكون للورثة ثلثاها واستغل ثلثها صاحب الغلة لان الدار تحتمل القسمة وثلثاها خالص حق الورثة فيجب تمكينهم من صرف نصيبهم الى حاجتهم وهو السكنى وانما يكون ذلك بالقسمة ولو أوصي لرجل بغلة داره ولآخر بعبد ولآخر بثوب فان ثلث مال الميت يقسم بينهم يضرب فيه كل واحد بما سمي له فما أصاب صاحب الدار كان له غلة ذلك لان الموصى أوجبه له فيصرف اليه الى أن يموت صاحب الغلة فحينئذ تبطل وصيته ويقسم الثلث بينهم وبين من بقي من أهل الوصية لزوال مزاحمته الا أن ها هنا ان كان حصل من الغلة شئ قبل موته فهو لورثته لانه صار مالكا لما حصل من الغلة حتى يتمكن من استيفائها في الحال وهو عين فيخلفه وارثه فيها ولو أوصي بغلة داره وعبده في المساكين جاز ولا يجوز ذلك في السكنى والخدمة الا لانسان معلوم لان الغلة عين مال يتصدق به وهذا وصية بالتصدق على المساكين فأما السكنى والخدمة لا يتصدق بهما بل تعار العين لاجلهما والاعارة لا تكون الا من انسان معلوم ثم المساكين محتاجون الى ما يسد خلتهم ويحصل ذلك لهم بالغلة وقل ما يحتاجون الى الخدمة والسكنى وقيل ينبغي أن يجوزا على قياس من يجيز الوقف فان هذا في معنى وقف على المساكين ومن أوصى بظهر دابته لانسان معلوم يركبها في حاجته ما عاش فهو جائز لانه وصية بالاعارة منه ولو أوصى بظهرها للمساكين أو في سبيل الله تعالى كان باطلا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو جائز وهذا لان من أصل أبي حنيفة ان

الوقف لا يتعلق به اللزوم وان وقف المنقول لا يجوز وان كان مضافا الى ما بعد الموت وهو قول أبي يوسف فأما عند محمد وقف المنقول جائز فيما هو متعارف بين ذلك فى السير الكبير وروى فيه ان ابن عمر رضي الله عنه مات عن ثلثمائة فرس و نيف ومائتى بعير مكتوب على افخاذها حبس لله تعالى فجوز ذلك استحسانا ولو لم يوص به لانسان بعينه وهما أبطلا ذلك الا أن يوصى به لانسان بعينه فيجوز حينئذ لحاجته ولو قال فى صحته غلة دارى هذه أو عبدى هذا صدقة فى المساكين فان ردت بعد موتى فهى وصية من ثلثى تباع ويتصدق بثمنها جاز ذلك لانا قد بينا أن ابن أبي ليلى لا يجوز الوصية بالغلة أصلا فلا يأمن الموصي من أن يرفع ورثته الى قاض يعتقد قوله فيبطل وصيته فيحرز عن ذلك بما ذكر من الوصية الثانية وعلقها برد الاولى والوصية تحتمل التعليق وهذا التعليق فيه فائدة ابقاء الاولى لان الورثة لا يحتالون فى ابطال الاولى اذا علموا انهم لا يستفيدون بذلك شيأ ثم المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فاذا ردت الاولى وجب تنفيذ الوصية الثانية فيباع اذا كان يخرج من ثلثه ويتصدق بثمنه ولو أوصى بداره أو بارضه فجعلها حبسا على الآخر والآخر من ورثته لا يباع أبطلت ذلك وجعلتها ميراثا للحديث لا حبس عن فرائض الله تعالى ولان هذا فى معنى الوصية للوارث ولانه أن جعل فى معنى الوقف فالوقف على بعض ورثته بعد موته لا يجوز والتأبيد من شرط الوقف ولم يوجد ذلك ولو أوصى بغلة داره لانسان وبسكناها لآخر وبرقبتها لآخر وهى الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصي غرم قيمة ماهدم من بنائها وتبنى مساكن كما كانت فتؤجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان حقه كان تعلق بالبناء الاول فيحول الى البدل وهو القيمة وطريق ابقاء حقهما منه أن تبنى مساكن كما كانت ليكون الثانى قائما مقام الاول وكذلك البستان اذا أوصى بغلته فقطع رجل نخله أو شجره والحاصل أن الوصية بغلة البستان تتناول الثمار بغلة الدار والعبد يتناول الاجرة وكذلك بغلة الارض تتناول الاجرة والحصة من الخارج اذا وقعت مزارعة وبغلة الامة يتناول الاجرة دون الولد حتي انها لو ولدت لا يكون الولد للموصى له بالغلة وان ما تولد من عينها كالثمار ولكن يستحق بمطلق الاسم ما يطلق عليه اسم الغلة فى كل شئ عادة واسم الغلة يطلق على الثمار ولا يطلق على أولادها ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة داره وقيمة الدار ألف وله ألفان سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار لانه موصى له بالثلث معنى كالموصي له الآخر بالثلث بينهما

نصفان نصفه لصاحب الغلة كله فى الدار فلهذا كان له نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار ان شئت قلت خمس ذلك فى الدار وأربعة أخماسه فى المال لانه شريك الورثة فيقاسم الورثة بحسب المال والمال المقسوم بينه وبين الورثة نصف الدار وقيمته خمسمائة وألفان فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كانت أخماسا وان شئت قلت ثلثا ذلك فى المال وثلثه فى الدار لان مزاحمة الموصى له بالغلة قد انعدمت فى نصف الدار وحق الموصي له بالثلث فى ثلث الدار بدليل أنه لولا وصية الآخر لكان يسلم له ثلث الدار فاذا فرغ من حق الآخر مقدار حقه وزيادة أخذ جميع حصته من الدار وهو الثلث مما يستوفيه فاذا مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لان وصية صاحب الغلة قد بطلت فان استحقت الدار بطلت وصية صاحب الغلة لانها كانت وصية بالعين فلا تبقى بعد استحقاق العين وان لم تستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك منها ويبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم ليتمكن كل واحد منهم من الامتناع بنصيبهم وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك ولم يمنع الآخر من أن يبنى مايصيبه من ذلك ويؤاجره ويسكنه لان الابى منهما قصد الاضرار بنفسه وبغيره وله أن يلزم الضرر في حق نفسه وليس له أن يلزم الضرر غيره ولو أوصى لرجل بسكنى داره أو بغلتها فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى انه أقر أنها للميت لم تجز شهادته لانه يجر الي نفسه بذلك نفعا وهو أنه يشهد محل حقه وكذلك لو شهد للميت بدين أو بمال أو بقتل خطأ فشهادته باطلة لانه له فى مال الميت نصيبا وهو متهم فى هذه الشهادة فان مال الميت كلما كثر كان خيرا له وفى وصيته (ألا ترى) أنه لو ظهر على الميت دين كان يقضى من المشهود به ويسلم له وصيته فلهذا لا تقبل شهادته والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء السابع والعشرون من كتاب المبسوط ﴾

(ويليه الجزء الثامن والعشرون وأوله باب الوصية بغلة الارض والبستان)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الوصية بغلة الارض والبستان

(قال رحمه الله) واذا أوصى لرجل بغلة بستانه ولآخر برقبته وهو ثلث ماله فالرقبة لصاحب الرقبة والغلة لصاحب الغلة مابقى لان الوصية بالغلة فى البستان كالوصية بالخدمة فى العبد والسكني فى الدار وقد بينا هنالك أن يقدم حق صاحب الخدمة والسكنى على حق صاحب الرقبة وان لكل واحد منهما ما أوصي له به فهذا مثله وكذلك ان قال ثمرته لفلان ثم مات ولا ثمرة فيه فالحاصل أن الوصية بالبغلة تنصرف الى الموجود والى مايحدث سواء قال أبدا أولم يقل لان اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعا فأما الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول الحادث الا مجازا فاذا أوصى له بثمرة بستانه ولم يقل أبدا فان كان فى البستان ثمرة حين يموت الموصى فانما يستحق الموصي له تلك الثمرة ولاحق له فيما يحدث بعد ذلك لان اللفظ اذا صار مستعملا فى حقيقته ينتفى المجاز عنه واذا لم يكن فى البستان ثمرة عند موت الموصى فلم يستعمل اللفظ فى حقيقته فيجب استعماله فى المجاز ويكون له ما يحدث من الثمار ماعاش بمنزلة الغلة فان كان قال أبدا فله الموجود والحادث أبدا جميعا فى الفصلين لانه فى التنصيص على التأبيد عم الايجاب الحادث والموجود والسقى والخراج ومايصلحه وعلاج ما يصلحه علي صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان ولو أوصي له بصوف غنمه أو بالبانها أو بسمنها أو باولادها أبدا لم يجز الا ماعلي ظهورها من الصوف وما فى ضروعها من اللبن ومن السمن الذى فى اللبن الذي فى الضرع ومن الولد الذى فى البطن يوم يموت الموصي وما حدث بعد ذلك فلا وصية له فيه وهذا والغلة والثمرة فى القياس سواء ولكنى أدع القياس فيه واستحسن ذلك قيل مراده ان القياس فى الثمرة والغلة أن لايستحق الا الموجود فيه

عند موته كما في الاولاد لانه انما يملك بالوصية ما هو مملوك للموصي والعين الحادث بعد موته لاتكون مملوكة له فلا يستحقها الموصي له ولكنه استحسن فقال الثمار التي تحدث يجوز أن تستحق بايجابه بعقد من العقود كالمعاوضة على قول من يجيزها فكذلك يجوز استحقاقها بالوصية عند التنصيص على التأبيد لان الوصية أوسع العقود جوازا بخلاف ما في البطن فان مايحدث مما ليس بموجود في الحال لايجوز استحقاقه بشيء من العقود والوصية نوع من العقود وقيل بل مراده ان القياس في مسئلة الصوف واللبن والولد أن يستحق الموجود والحادث عند التنصيص على التأبيد لان المحل الذي يحدث منه هذه الزوائد يجعل مبقى على ملك الميت حكما لاشتغاله بوصيته والوصية فيما يحدث منها تصير كالمضاف الى حالة الحدوث فيصح ذلك كما في الثمار ولكنه استحسن فقال مافي بطون الحيوان ليس في وسع البشر ايجاد ما ليس بموجود منه فلا يصح ايجابه للغير بشيء من العقود بخلاف الثمار فان لصنع العباد تأثيرا في ايجاده ولهذا جاز عقد المعاوضة وهو شركة في الخارج فيصح ايجاب الوصية فيما يحدث منه عند التنصيص على التأبيد والدليل على الفرق أنه لو أوصى بيد عبده لانسان أو لرجل حياته لاتصح الوصية ولو أوصي بقوائم الخلاف أوسعف النخل صحت الوصية فكان الفرق هذا ان سعف النخل وان كان وصفا للنخل فانه يحتمل التمليك ببعض العقود بخلاف اطراف الحيوان فاذا ظهر هذا الفرق فيما هو موجود منهما فكذلك فيما يحدث وكذلك لو أوصى له بولد جاريته أبدا فانه لايستحق الا الموجود في البطن عند موته حتى اذا ولدت لاقل من ستة أشهر بعد موته فهو له من الثلث واذا ولدته لاكثر من ستة أشهر لم يكن للموصى له فيه حق ولا فيما تلد بعده لانه لا يتيقن بوجوده عند الموت وفي الوصية بالثمرة اذا استحق الحادث ثم مات الموصي له فان مات قبل أن تحدث الثمرة بطلت وصيته لان الثابت له حق الاستحقاق وذلك لا يورث عنه وان كان موته بعد ما أثمر البستان فتلك الثمرة لورثته لان تلك العين صارت مملوكة له فيخلفه وارثه فيها (ألا ترى) انه لو كان باعه في حياته وأخذ ثمنه جاز بيعه وكان الثمن لورثته بعد موته واذا أوصى بغلة نخله أبدا لرجل ولآخر برقبتها ولم يدرك ولم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة لان بهذه النفقة ينمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النفقة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لان منفعة ذلك ترجع اليه فان الثمرة به تحصل فان حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيأ فالنفقة على صاحب الغلة لان منفعة ذلك

لصاحب الغلة فالاشجار التي من عادتها أن تحمل فى سنة ولا تحمل فى سنة يكون ثمارها فى السنة التي تحمل فيها وجود وأكثر منها اذا كانت تحمل فى كل عام وهو نظير نفقة الموصى بخدمته فانه على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وان كان هو ينام بالليل ولا يخدم لانه اذا استراح بالنوم بالليل كان أقوى على الخدمة بالنهار فان لم يفعل وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فانه يستوفى نفقته من ذلك لانه كان محتاجا الى الانفاق لكيلا يتلف ملكه فلا يكون متبرعا فيه ولكنه يستوفى النفقة من الثمار وما بقى من ذلك فهو لصاحب الغلة ولو أوصى لرجل بثلث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسمهم البستان فأغل أحد النصيبين ولم يغل الآخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان القسمة فى ذلك باطلة فان الموصى له بالغلة لا يملك شيأ من رقبة البستان والقسمة لتمييز ملك أحدهما من ملك الآخر وذلك لا يتحقق هاهنا فتبطل القسمة وما حصل من الغلة يكون مشتركا بينهم بالحصة وللورثة أن يبيعوا ثلثى البستان لانه لاحق للموصى له بثلث الغلة فى ثلثى البستان فاذا نفذ بيعهم قام المشترى مقامهم فيكون شريك صاحب الغلة ولو أوصى بغلة بستانه الذى فيه لرجل وأوصى بغلته أبدا له أيضا ثم مات الموصي ولا مال له غيره وفى البستان غلة تساوى مائة والبستان يساوى ثلثمائة فللموصى له ثلث الغلة التى فيه وثلث مايخرج من الغلة فيما يستقبل أبدا لان الوصية تنفذ من الثلث وطريق تنفيذها من الثلث هو أن يعطى ثلث الغلة الموجودة وثلثاها للورثة ثم يصير كانه أوصي له بغلته وليس فيه غلة فيكون له ثلث ما يحدث من الغلة أبدا ولو أوصي بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فاغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة كل سنة يحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما ماعاش هكذا أوجبه الموصى وربما لاتحصل الغلة فى بعض السنين فلهذا يحبس ثلث الغلة على حقه وكذا لو أوصي بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر من ماله فانه يحبس جميع الثلث لينفق عليه منه كل شهر خمسة كما أوجبه الموصي وعن أبى يوسف انه قال يحبس مقدار ماينفق عليه فى مدة يتوهم أن يعيش اليها فى العادة فأما مازاد علي ذلك فلا يشتغل بحبسه لان الظاهر انه يموت قبل ذلك وشرط استحقاقه بقاؤه حيا فانما يثبت هذا الشرط بطريق الظاهر لما تعذر الوقوف على حقيقته فأما فى ظاهر الرواية قال يتوهم أن تطول حياته الى أن ينفق عليه جميع الثلث أو يهلك بعض الثلث قبل أن ينفق فيحتاج الى مابقي منه للانفاق عليه فلهذا يحبس جميع الثلث ويستوى ان أمر بان ينفق عليه فى كل شهر منه

درهما أو عشرة دراهم ولو أوصى أن ينفق عليه كل شهر أربعة من ماله وعلي آخر كل شهر خمسة من غلة البستان ولا مال له غير البستان فثلث البستان بينهما نصفان لاستواء حقهما فيه (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع الثلث بوصيته ثم يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة ان لم يكن له وصي وينفق على كل واحد منهما من نصيبه ماسمى له فى كل شهر فان ماتا جميعا وقد بقي من ذلك شئ رد على ورثة الموصي لبطلان وصيته بالموت وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين فى النفقة لانهما كشخص واحد فيما أوجب لهما ولو أوصي بغلة بستانه لرجل وبنصف غلته لآخر وهو جميع ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفان عند أبي حنيفة فى كل سنة لان وصية كل واحد منهما فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا فان كان البستان يخرج من ثلثه كان لصاحب الجميع ثلاثة ارباع غلته كل سنة وللآخر ربعها القسمة على طريق المنازعة كما هو مذهبه وعندهما القسمة على طريق العول فان لم يكن له مال سواه فثلثه بينهما اثلاثا وان كان يخرج من ثلثه فالكل بينهما اثلاثا على أن يضرب صاحب الجميع بالجميع والآخر بالنصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمته ألف ولآخر بغلة عبده وقيمته خمسمائة وله سوي ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهما فى قول أبي حنيفة لان جميع ماله ألف وثمانمائة فثلثه ستمائة والموصى له بغلة البستان تبطل وصيته فيما زاد على الثلث ضربا واستحقاقا فانما يضرب هو بستمائة والآخر بخمسمائة وقيمة العبد فاذا جعلت كل مائة سهما كان الثلث على أحد عشر سهما بينهما لصاحب العبد خمسة أسهم فى العبد ولصاحب البستان ستة فى غلته ولو أوصي لرجل بغلة أرضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانه تؤاجر فيكون له ثلث الغلة وان كان فيه شجر أعطى ثلث مايخرج منها لانه يستحق بمطلق التسمية فى كل موضع مايتناوله الاسم عرفا واذا أوصى أن تؤاجر أرضه من رجل سنين مسماة كل سنة بكذا ولا مال له غيرها فان كان سمى أجرة مثلها جازله وان كان أقل منه حسب ذلك من الثلث لان المحاباة فى الأجرة بمنزلة المحاباة فى الثمن فيكون من ثلثه وهذا لان المنفعة تأخذ حكم المالية بالعقد بدليل انه لو أجر أرضه ولم يسم الاجر كان له أجر مثل ما استوفى المستأجر من المنفعة كما في البيع اذا لم يذكر الثمن ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولآخر برقبتها وهي تخرج من

الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة البيع جاز وبطلت وصيته ولا حق له فى الثمن لان الملك لصاحب الرقبة وحق صاحب الغلة فى المنفعة فاجازته البيع تكون ابطالا لحقه فى المنفعة ويسلم الثمن لصاحب الرقبة كما لو باع الآخر العين المستأجرة ورضى به المستأجر ولو أوصى له بغلة بستانه فاغل البستان سنين قبل موت الموصي ثم مات الموصي لم يكن للموصى له من تلك الغلة شئ الا مايكون فى البستان حين يموت أو مايحدث بعد ذلك لان وجوب الوصية بالموت وانما يضاف الى البستان من الغلة عند الموت مايكون موجودا فيه أو مايحدث بعد ذلك فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت وصيته كما لو باعوه من غيره برضاه وكذلك لو أعطوه شيأ على أن يبرأ من الغلة فكذلك جائز لانه أسقط حقه بما استوفى منهم من العوض ولو أسقط حقه بغير عوض جاز فذلك بالعوض وكذلك فى سكنى الدار وخدمة العبد اذا صالحوه منه على شئ معلوم فهو جائز لانه أسقط حقه بعوض واسقاط الحق عن المنفعة يجوز بالعوض وغير العوض وان كان لايحتمل التمليك بعوض اذا ملكه أو بغير عوض علي ماسبق بيانه والله أعلم

باب الوصية فى العتق

(قال رحمه الله) واذا أوصى بعتق عبده بعد موته أو قال أعتقوه أو قال هو حر بعد موتى بيوم وأوصي لانسان بألف درهم تحاصا فى الثلث وليس هذا من العتق الذى يبدأ به وانما يبدأ به اذا قال هو حر بعد موتى عنهما أو أعتقه فى مرضه ألبتة أو قال ان حدث لى حدث من مرضى هذا فهو حر فهذا يبدأ به قبل الوصية وكذلك كل عتق يقع بعد الموت بغير وقت فانه يبدأ به قبل الوصية بلغنا عن ابن عمر وابراهيم قالا اذا كان وصية وعتق فانه يبدأ بالعتق وكان المعنى فيه ان العتق الذى يقع بنفس الموت سببه يلزم فى حالة الحياة على وجه لايحتمل الرجوع عنه بخلاف الوصية بالعتق فانه يحتمل الرجوع عنه ولكن هذا لايستقيم فى قوله ان حدث لى حدث من مرضى هذا فان هذا يحتمل الفسخ ببيع الرقبة ولو قال هو حر بعد موتى بيوم فان سببه لايحتمل الفسخ بالرجوع عنه ومع ذلك لايكون مقدما على سائر الوصايا ولكن الحرف الصحيح ان يقول مايكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو فى المعنى أسبق مما يحتاج الي تنفيذه بعد الموت لان هذا بنفس

الموت يتم والآخر لا يتم الا بتنفيذ من الموصي بعد موت الموصى والترجيح يقع بالسبق * يوضحه أن العتق المنفذ بعد الموت مستحق استحقاق الديون فان صاحب الحق ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وههنا يصير مستوفيا حقه بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فالعتق الذى هو فى معنى الدين يقدم أيضا فأما مايحتاج الى تنفيذه بعد الموت فهو ليس فى معنى الدين فيكون بمنزلة سائر الوصايا ولو أعتق أمته فى مرضه فولدت بعد العتق قبل أن يموت الرجل أو بعد مامات لم يدخل ولدها فى الوصية لانها ولدت وهى حرة وهذا التعليل مستقيم على أصلهما لان المستسعاة عندهما حرة عليها دين والعتق فى المرض نافذ عندهما كسائر التصرفات وكذلك عند أبى حنيفة ان كانت تخرج من ثلثه وان كان الثلث أكثر من قيمتها فعليها السعاية فيما زاد على الثلث وتكون بمنزلة المكاتبة ما دامت تسعى وحق الغرماء والورثة لا يثبت فى ولد المكاتبة لان الثلث والثلثين لا يعتبر من رقبتها انما يعتبر من بدل الكتابة فلا يثبت حق المولى فى ولدها حتى يعتبر خروج الولد من الثلث فان ماتت قبل ان تؤدى ما عليها من السعاية كان على ولدها أن يسعى فيما على أمه فى قياس قول أبى حنيفة بمنزلة ولد المكاتبة وعندهما لاشئ على الولد لانه حر فلا يلزمه السعاية فى دين أمه بعد موتها ولو دبر عبدا له وقال ان حدث لى حدث من مرضى هذا فانت حر ثم مات من مرضه تحاصا فى الثلث لانهما استويا فى معنى الاستحقاق بعد الموت على معني ان كل واحد منهما فى مرض موته فيتحاصان فى الثلث ولو أوصى لعبده بدراهم مسماة أو بشئ من ماله مسمي لم تجز كما لو وهب له فى حال حياته وهذا لان الكسب يملك الرقبة ففى حياته الملك له فى الموصى به والموصى له بعد موته الملك لورثته فى جميع ذلك فهذه الوصية لا تفيد شيأ والعقود الشرعية لا تنعقد خالية عن فائدة قال ولو أوصى له ببعض رقبته عتق ذلك المقدار وسعى فى الباقى فى قول أبى حنيفة بمنزلة مالو وهب له بعض رقبته فى حياته لان العتق عند أبى حنيفة يتجزأ ولو أوصى له برقبته كلها عتق من الثلث وكذلك لو وهب له رقبته أو تصدق بها عليه فى مرضه عتق من الثلث ولو أوصى له بثلث ماله جاز لان هذه الوصية تتناول ثلث رقبته فان رقبته من ماله فيعتق ذلك القدر منه بالموت ويصير عندهما حرا وعند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب فتصح الوصية له بالمال فاذا بقى له من الثلث شئ أكمل له ذلك من رقبته وأعطى مافضل على ذلك ان كان فى المال وان كان فى قيمته فضل على الثلث سعى فيه للورثة بعد موته

ولو أوصى بعبده لرجل ثم أوصى بذلك العبد أن يعتق أو يدبر فهذا رجوع عن الوصية الاولى لان بين الوصيتين فى محل واحد منافاة يعنى التمليك والعتق بعد موته فالاقدام على الثانية منه دليل الرجوع عن الاولى ولانه صرفه بالوصية الثانية الى حاجته واستثنى ولاء لنفسه ولو صرفه الى حاجته فى حياته كان به راجعا عن الوصية الاولى أرأيت لو لم يكن راجعا فأعتق الوصى نصفه عن الميت كان يضمن للموصى له النصف الباقى من تركة الميت أو يستسعى الغلام فيه أو يكون شريكا فى الغلام هذا كله مستبعد قال ولو أوصي بعبده لرجل ثم أوصى أن يباع من آخر بثمن سمى حط عنه الثلث ولا مال له غيره فللموصى له بالبيع أن يشترى خمسة أسداس العبد بثلثي قيمته ان شاء أو يدع لان الوصية بالمحاباة بمنزلة سائر الوصايا وقد استوت الوصيتان من حيث استغراق كل واحد منهما الثلث بينهما نصفان لصاحب البيع نصفه وهو السدس وللآخر نصف الثلث وهو سدس الرقبه ولا يقال ينبغى أن يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس قيمته لان الوصية بالرقبة وصية بالعين فلا يمكن تنفيذها من محل آخر بسوى العين وان أبى الموصي له بالبيع ان يشتريها كان للموصى له بالعين ثلث الرقبة لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن البيع وقد بطلت الوصية بالبيع حين ردها الموصي له فيسلم الثلث للموصى من ذلك له بالرقبة ولو أوصى بعتقه ثم أوصي له أن يباع وعلى عكس هذا قال آخر بالآخر لان هاتين الوصيتين لا يجتمعان فى محل واحد والثانية منهما دليل الرجوع عن الاولى فهو كالتصريح بالرجوع واذا أوصى بعبده ان يباع ولم يزد علي ذلك أو أوصي بان يباع بقيمته فهو باطل لانه ليس فى هذه الوصية معنى القربة فيجب تنفيذها بحق الموصى ولا حق فيها للعبد أيضا لان صفة المملوكية فيه لا تختلف بالبيع انما يتغير النسبة من حيث أنه ينسب الي المشترى بالملك بعد ما كان منسوبا الى البائع ولا يمكن تنفيذها لحق الموصي له وهو المشترى لانه مجهول جهالة نسبة ولو أوصي أن يباع نسيئة صحت الوصية بنسبة البيع للعتق بان يحسن العبد خدمة مولاه فيرغب فى اعتاقه ولا يتمكن من ذلك لقلة ماله فيبيعه نسيئة ويحط من ثمنه ممن يعتقه ليحصل به ماهو مقصود وهو تخليص العبد عن ذل الرق وهو معنى قوله عليه السلام لبعض أصحابه فك الرقبة وأعتق النسمة الحديث في تنفيذ هذه الوصية حق الموصي وحق العبد فيجب تنفيذها لذلك ثم يباع كما أوصى ويحط من ثمنه مقدار الثلث ان لم يجد من يزيدهم علي ذلك ولان معدن الوصية الثلث وفى تنفيذ هذه الوصية حق الموصى فيجب

تنفيذها من معدن هو خالص حقه وهو الثلث ولو أوصى أن يباع من رجل بعينه ولم يسم ثمنا فانه يباع منه بقيمته لا ينقص منه شئ لان تنفيذ هذه الوصية لحق المشترى وهو معلوم وانما أوصى له بالعين بعوض يعد له فكان تنفيذ هذه الوصية ببيعه منه بمثل القيمة فان شاء أخذ وان شاء ترك ولو أوصى بان يعتق عبده وأبى العبد ان يقبل ذلك فانه يعتق من الثلث لان تنفيذ هذه الوصية لحق الموصى فانه استبقى ولاءه لنفسه ولو أوجب العتق له لم يرتد برده مراعاة لحق المولى فى الولاء فكذلك اذا أوصي بعتقه ولو أوصى بعتق عبده وأوصي بأن يباع عبدا آخر من فلان بكذا وحط من قيمته مقدار الثلث فالثلث بينهما نصفان لانهما استويا فى القوة من حيث ان كل واحد منهما يحتمل الرجوع عنه ويحتاج الى تنفيذه بعد الموت فان كان أعتق العبد بنفسه فابى عتقه ثم باع العبد الآخر وحط عنه الثلث من جميع المال قيل للمشترى يحط عنك نصف الثلث وادّ مابقي ان شئت ويسعى المعتق فى نصف قيمته وان بدأ بالبيع ثم أعتق سلمت المحاباة للمشترى وعلي العبد السعاية فى قيمته وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله فانه يقول اذا بدأ بالمحاباة ثم بالعتق تقدم المحاباة واذا بدأ بالعتق تحاصا وان كانتا محاباتين أو عتقين تحاصا وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يبدأ بالعتق فى الوجوه كلها ولا يحط شئ من القيمة عن المشترى الا أن يفضل شئ من الثلث وفى قول زفر رحمه الله ان ما بدأ به منهما يبدأ به لان لكل واحد منهما نوع قوة وقوة المحاباة من حيث ان سببه تجارة وهو غير محجور عن التجارة بسبب المرض وقوة العتق من حيث انه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه فلما استويا فى القوة يبدأ بما بدأ به منهما بمنزلة واجبين أو تطوعين وأبو يوسف ومحمد قالا المحاباة بمنزلة الهبة حتى لا تصح ممن لا تصح منه الهبة كالاب والوصى والعتق مقدم على الهبة وان أجره فكذلك المحاباة وهذا لان المحاباة إما أن تكون تمليك العين بغير عوض أو اسقاطا للعوض فان كان اسقاطا فهو كالابراء عن الدين وان كان تمليكا فهو كالهبة والعتق مقدم على كل واحد منهما لان المعنى الذى لاجله قدمنا العتق علي الهبة ان الاستحقاق به يثبت بنفسه وانه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه بخلاف الهبة وهذا المعنى موجود فى المحاباة لانه يحتمل الفسخ كالهبة يوضحه ان الوصية بالمحاباة ثابتة بطريق البيع ولهذا لو فسخ البيع لا تبقى الوصية بالمحاباة وما يكون مقصودا بنفسه فهو أقوى مما يكون ثابتا تبعا وأبو حنيفة يقول المحاباة أقوى سببا من العتق لان بسبب المحاباة التجارة فان البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع

الشفعة فى الكل والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات ولهذا قلت ان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة فاما العتق تبرع محض وبالمرض يصير محجورا عن التبرعات فمن هذا الوجه المحاباة أقوى ومن حيث الحكم العتق أقوى لانه لا يحتمل الفسخ غير ان السبب يسبق الحكم لان الحكم يثبت بالسبب فلهذا بدأ بالمحاباة قلنا يبدأ بها ابداية الموصى ولقوة السبب فاذا بدأ بالعتق فالعتق يقدم سببه على المحاباة حسا وسبب المحاباة أقوى حكما فيقع التعارض بينهما فى قوة السبب فقلنا بأنهما يتحاصان وانما يبدأ بما بدأ به الموصي اذا كانا لمستحق واحد فاما اذا كانا لمستحقين فلا كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصي بثلثه لآخر ولا يستدل عليهم الائمة قالوا ان الوصية بالمحاباة بيع فان ما يثبت ضمنا للشئ يعتبر حكمه بذلك الشئ كالبيع الذى يثبت ضمنا للعتق يجعل بمنزلة العتق حتى لا يتوقف على القبول وهذا لما ثبت ضمنا للتجارة يجعل بمنزلة التجارة وانما لا يحتمل العتق الفسخ لفوات المحل فان المسقط يكون متلاشيأ وتعذر الفسخ عند فوات المحل ثابت فى البيع والهبة أيضا يوضح ماقلنا ان المحاباة تستحق استحقاق الديون لان استحقاقها بعقد ضمان فمن هذا الوجه هى كالديون ومن حيث انه لا يقابله بدل مقصود كان بمنزلة التبرع فيوفر حظه عليهما فالشبهه بالتبرع يعتبر من الثلث والشبهه بالديون يكون مقدما على ما هو تبرع محض اذا حصلت البداية بها فان بدأ بالبيع وحابى بالثلث ثم أعتق عبدا وهو الثلث ثم باع وحابى بالثلث فللبائع الاول نصف الثلث ونصف الثلث بين المعتق والمشترى الآخر لانه لا مزاحمة للعتق مع المحاباة الاولى فيجعل فى حقها كالمعدوم ويقسم الثلث بين المحاباتين نصفين ثم النصف الذى يصيب المشترى الاخر يزاحمه فيه المعتق لان المعتق مقدم عليه وانما كان المعتق محجورا لحق صاحب المحاباة الاولى وقد خرج الوسط حين استوفى حقه ففيما بقى يعتبر حق صاحب العتق وصاحب المحاباة الاخرى فلهذا كان الباقي بينهما نصفين قال واذا اشترى الرجل ابنه فى مرضه بالف درهم وذلك قيمته وله ألف درهم سوى ذلك فانه ابنه يعتق ولا سعاية عليه ويرثه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يسعى فى جميع قيمته ويقاص بها من ميراثه لان العتق فى المرض وصية ولا وصية لوارث والابن وارث هاهنا بالاتفاق فيلزمه رد رقبته لبطلان الوصية له وقد تعذر رده فيلزمه السعاية فى قيمته وهو بناء على أصلهما ان المستسعى حر عليه دين فبوجوب السعاية عليه لا يخرج من أن يكون وارثا وأبو حنيفة يقول

لو أوجبنا عليه السعاية فى قيمته كان مكاتبا لان المستسعى فى بدل رقبته عنده مكاتب والمكاتب لا يرث فيجب تنفيذ الوصية له واذا أنفذنا الوصية له وأسقطنا عنه السعاية صار وارثا لا يزال يدور هكذا وقطع الدور واجب فيجمع له بين الميراث والوصية لضرورة الدور لان ثبوت الوصية للوارث أسهل من ابطال ميراثه (ألا ترى) ان الميراث لا يرتد برد أحد فانه واجب بايجاب الله تعالى والوصية للوارث تصح عند اجازة الورثة فلهذه الضرورة جمعنا له بين الوصية والميراث وهو نظير جواز تنفيذ الوصية فيما زاد على الثلث لضرورة الدور وقد بينا ذلك فى كتاب الهبة انه قد تنفذ الهبة فى ثلث المال لضرورة الدور والوصية للوارث بمنزلة الوصية للاجنبي بما زاد على الثلث ولو اشترى ابنه بالف درهم وقيمته خمسمائة وأعتق عبدا له آخر يساوي خمسمائة ولا مال له غيرهما ففى قول أبى حنيفة المحاباة تقدم لانه بدأ بها وقد استغرقت الثلث فيجب على كل واحد من العبدين السعاية فى قيمته ولا يرث الابن شيأ لما عليه من السعاية وعندهما العتق مقدم الا أن الابن وارث فلا وصية له ولكن يعتق العبد الآخر محاباة ويسعى الابن فى قيمته ويطالب البائع بالرد فيما زاد على قيمته من الثمن فيكون ميراثا بينهم على فرائض الله تعالى ولو كان قيمة الابن ألفا فاشتراه بالف وأعتق عبدا آخر يساوى ألفا على قول أبى حنيفة يتحاصان فى الثلث ويسعى الابن فيما زاد على حصته ولا ميراث له لانه مستسعى فى بعض قيمته فلا يكون وارثا وعند أبى يوسف ومحمد الابن وارث فعليه أن يسعى فى جميع قيمته ويقاص بها من ميراثه قال واذا أعتق الرجل أمته ثم تزوجها وهو مريض ثم دخل بها وقيمتها ألف درهم ومهر مثلها مائة فان كانت قيمتها ومهر مثلها يخرج من الثلث جعلت لها الميراث والمهر وأجزت النكاح وان كانت قيمتها ومهر مثلها لا يخرج من الثلث دفع لها مهر مثلها والثلث مما بقى بعد المهر ثم سعت فيما بقى من قيمتها ولا ميراث لها وهذا قول أبى حنيفة وقد طعن عيسى رحمه الله في اشتراطه خروج القيمة ومهر المثل من الثلث قال كيف يستقيم هذا والمهر دين يعتبر من جميع المال والقيمة وصية تعتبر من الثلث ولكن نقول مراده من ذلك خروج القيمة من الثلث بعد دفع مهر المثل من المال لان مهر المثل دين فيعتبر فيبدأ به ثم اذا كانت القيمة تخرج من ثلث ما بقى فقد عرفنا نفوذ العتق وصحة النكاح وثبوت الميراث لها ولكن يجمع على أصله لها بين الميراث والوصية لضرورة الدور وان كانت قيمتها ومهر مثلها لا يخرج من الثلث فقد علمنا بوجوب السعاية عليها فى بعض قيمتها وانها كالمكاتبة والمولى اذا

تزوج مكاتبته لا يصح النكاح ولكنه لما دخل بها يلزمه مهر مثلها للشبهة فيأخذ مهر مثلها أولا ثم لها الثلث مما بقى بطريق الوصية ويسعى فيما بقى من قيمتها وفى قول أبي يوسف ومحمد النكاح جائز على كل حال لان المستسعاة عندهما حرة عليها دين فيكون لها مهر مثلها والميراث وعليها السعاية فى قيمتها لانها حين ورثت لم يكن لها وصية فيحاسب بالقيمة التي عليها من مهرها وميراثها لانه لا فائدة فى قبض ذلك منها حين وجب ردها عليها فان بقي شئ اداه الي الورثة وان كان زادها شيأ على مهر مثلها بطلت الزيادة لانها وارثة له ولو أعتق أمته وقيمتها ألف ثم استدان منها مائة درهم ثم تزوجها ثم مات ولم يدخل بها وترك ألفين سوى ذلك عندهما هذا والاول سواء والنكاح جائز وترث ولها مهرها لانتهاء النكاح بالموت ولها دينها الذى استدان منها لكون ببينة معاينة وعليها السعاية فى قيمتها لانها لا وصية لها وعند أبي حنيفة النكاح باطل لانها تستوفى دينها من المال ثم لها ثلث ما بقى بطريق الوصية وقيمتها ومهر مثلها يزيد على الثلث فلذلك بطل النكاح ولو أعتقها وليس له مال غيرها ثم تزوجها فاستدان منها مائتى درهم فانفقها على نفسه وذلك فى مرضه ثم مات فالنكاح باطل فى قول أبي حنيفة ولا ميراث لها ولا مهر اذا لم يكن دخل بها وعليها السعاية فى ثلث ما بقي بعد الدين ولو أعتقها فى مرضه ثم تزوجها وليس له مال غيرها ثم اكتسب مالا تخرج هى ومهرها من ثلثه فان النكاح جائز ولها المهر والميراث ولا سعاية عليها لان المعتبر عند الموت فان وجوبه الوصية يكون عند موته وعند ذلك رقبتها تخرج من الثلث بعد المهر فلا تسعى فى شئ وتبين ان النكاح كان صحيحا بينهما بالموت فلها المهر والميراث ويجمع لها بين الميراث والوصية لضرورة الدور واذا أشهد الرجل على وصيته فى كتاب شهودا ولم يقرأها عليهم ولم يكتبها بين أيديهم فان ذلك لا يجوز لانهم لم يعرفوا ما فى الكتاب والشهادة على ما قال فى الكتاب لا على الكتاب وبدون علم الشاهد المشهود به لا يصح الاشهاد وان قرأها عليهم فقالوا نشهد عليك بذلك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق فهذا باطل لانهم لم يسمعوا اقراره وتحريك الرأس من الناطق لا يكون اقرارا اذ هو محتمل فى نفسه يجوز ان يكون لاستبعاد الشئ ويجوز أن يكون للرضي به وان كتبها بين أيديهم وقال اشهدوا انها وصية أو قرأها عليهم فقال اشهدوا ان هذا وصية فهو جائز لانهم سمعوا اقراره وعلموا بما كتبه بين أيديهم أو قرأه عليهم وكذلك لو قالوا نشهد ان هذه وصيتك قال نعم فهو جائز لانه أخرج كلامه مخرج الجواب فيصير ما تقدم

كالمعاد فيه قال تعالى فهل وجدتم ماوعد ربكم حقا قالوا نعم واذا شهد الشاهدان انه أعتق أحد عبديه فى وصيته وقالا سماه لنا فنسيناه لم تجز شهادتهم لانهم لم أثبتوا الشهادة وقد أقروا على أنفسهم بالغفلة وبأنهم ضيعوا الشهادة وان شهدوا انه أعتق أحد عبيده الاربعة بغير عينه فهذا والاول سواء فى القياس ولكنى استحسن هذا وأجيزه فيعتق من كل واحد منهم ربعه ان كانت قيمتهم سواء ويسعى كل واحد فى ثلاثة ارباع قيمته وقد تقدم بيان هذا فى العتاق فان كانت قيمتهم مختلفة أخذا قلهم قيمة وأكثرهم قيمة فجمعنا قيمتهما ثم أخذنا نصف ذلك وقسمناه بينهم على قدر قيمتهم حتى اذا كان قيمة أحدهم ألفا وقيمة الثانى ألفين وقيمة الثالث ثلاثة آلاف وقيمة الرابع أربعة آلاف فانه يجمع بين أقلهم قيمة وأكثرهم قيمة وذلك خمسة آلاف ثم يؤخذ نصف ذلك وهو ألفان وخمسمائة فيضرب أحدهم فيه بألف والآخر بالفين والآخر بثلاثة آلاف والآخر بأربعة آلاف فاذا جعلت كل ألف سهما بلغت السهام عشرة فللاول عشر ألفين وخمسمائة وذلك مائتان وخمسون ربع قيمته وللثانى عشران وذلك خمسمائة ربع قيمته وللثالث ثلاثة اعشار وذلك سبعمائة وخمسون ربع قيمته فان قيمته ثلاثة آلاف وللآخر أربعة اعشار وهو ألف درهم ربع قيمته فان كان له عبدان فشهد الشاهدان انه قال هذا حر وهذا فانه يعتق من كل واحد منهما ثلثه ان لم يكن له مال غيرهما فان كان له مال غيرهما يخرج من ثلثه عتق من كل واحد منهما نصفه وليس للورثة أن يعتقوا أحدهما ويمسكوا الآخر لان العتق بالموت يشيع فيهما وانما ينفذ من ثلث ماله ولو شهدوا انه قال لفلان عبدى هذا أو عبدى هذا للآخر وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة أن يعطوه أيهما شاؤا لان المستحق واحد وهو الموصى له والاقل متيقن به فللورثة أن لا يعطوه الزيادة على ذلك بخلاف العتق وهناك العتق شاع فيهما بالموت لان المستحق مختلف وليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر ولو شهدوا انه أعتق عبده هذا وهو يخرج من الثلث ثم شهد آخران من الورثة انه أعتق عبدا آخر سواه فشهادتهما جائزة ويتحاصان فى الثلث لانه لا تهمة فى شهادة الورثة فان فيه ابطال ملكهم عن العبد وتأخير حقهم الى خروج السعاية فكانوا فى هذه الشهادة كالاجانب وقد ثبت حق كل واحد منهما بمثل ماثبت به حق الآخر فيتحاصان فى الثلث ولو شهد الاجنبيان انه أوصى لفلان بالثلث واجازه القاضى ثم شهد الوارثان انه أعتق عبده هذا فى مرضه وهو الثلث جاز اعتاقه من الثلث وبطلت الوصية بالثلث لان

ثبوتهما بالبينة كثبوتهما بالمعاينة والعتق المنفذ فى الثلث مقدم على سائر الوصايا وذكر فى الزيادات ان شهادة الوارثين لاتقبل هاهنا لان الموصى له بالثلث استحق الثلث عليهما بقضاء القاضي فهما بهذه الشهادة يبطلان استحقاقه وماقضى به القاضي عليهما بهذه الشهادة فلا يقبل ولكن يعتق العبد لاقرارهما بفساد رقه وعليه السعاية فى قيمته لان العتق فى المرض نفذ من الثلث وقد بينا ان الثلث كله مستحق للموصى له بقضاء القاضى ولو شهد الاجنبيان انه أوصى ان يعتق عبده سالم وهو الثلث وشهدا وارثان انه رجع عن ذلك وأوصى بعتق عبده زياد وهو الثلث جازت شهادتهما لانه لا منفعة فى هذه الشهادة للورثة اذ لا فرق فى حقهم بين أن يكون الاول هو المستحق للثلث عليهم أو الآخر ولانهما يشهدان للآخر على الاول فهو بمنزلة مالو أوصي لرجل بالثلث فشهدوارثان انه قدرجع عنه وجعله لهذا الآخر أو انه أشركه معه فيه ولو كانت قيمة العبد الثانى أقل من الثلث أجزت شهادتهما للآخر فأعتقه ولا أصدقهما على الفصل الذى فى الاول لانهما بشهادتهما على الرجوع عن وصيته يجران الي أنفسهما منفعة ولا تقبل شهادتهما على ذلك ولكن يثبت عتق الآخر بشهادتهما لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ولا تهمة فى هذا فينفذ العتق للعبدين من الثلث بالحصص ولو شهد شاهدان انه أعتق عبديه هذين فى مرضه وقيمة أحدهما ألف وقيمة الاخر خمسمائة ولا مال له غيرهما فالثلث بينهما اثلاثا لان الوصية لكل واحد منهما بالبراءة عن السعاية فيضرب بجميع ماأوصى له به فى الثلث وان كان أكثر من الثلث ولو كان أوصي بأحدهما لرجل وبالآخر لآخر فكذلك عند أبى يوسف ومحمد الجواب وعند أبى حنيفة الثلث بينهما نصفان لان الموصي له بالعين تبطل وصيته فيما زاد علي الثلث عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا واذا قال الرجل فى مرضه لعبد له ومدبر أحدكما حر ثم مات ولا مال له غيرهما وقيمتهما سواء فللمدبر ثلثا الثلث وللآخر ثلثه لان قوله أحدكما حر يتخيرا العتق وهو معتبر فى حق المدبر لحاجته الى ذلك فيجب له حرية رقبته ويشيع فيهما بالموت قبل البيان فكان ألقن موصى له بنصف رقبته والمدبر موصى له بجميع رقبته لا يزاد علي ذلك شئ مما أصابه من العتق فى المرض لان العتق فى المرض وصية كالتدبير فيضرب المدبر في الثلث بجميع رقبته والقن بنصف رقبته فكان الثلث بينهما اثلاثا ولو كان قال فى الصحة سعى المدبر فى سدس قيمته والآخر فى نصف قيمته لان العتق فى الصحة من جمع المال فاذا فات البيان بالموت عتق من كل واحد منهما نصفه من جميع المال

وانما مال الميت رقبة واحدة والمدبر موصى له بالنصف الباقى من رقبته فتنفذ وصيته من الثلث فيسلم له بالعتق البات نصف الرقبة وبالتدبير ثلث الرقبة ويسعى فى سدس القيمة وانما يسلم للقن نصف رقبته بالعتق البات فيسعى فى قيمته ولو شهد شاهدان انه دبر عبده فلانا ان قتل وانه قد قتل وشهد شاهدان انه مات موتا فانى أجيز العتق من الثلث لان فى احدى الشهادتين اثبات العتق والقتل وفى الاخرى نفيهما والمثبت من البينتين أولى وكذلك لو شهدا انه أعتقه ان حدث به حدث فى مرضه أو سفره هذا وانه قد مات فى ذلك السفر أو المرض وشهد آخران انه رجع من ذلك السفر ومات فى أهله فانى أجيز شهادة شهود العتق لان فى شهادتهما اثبات العتق واثبات تاريخ سابق فى موته وان شهد هذان الآخران انه قال ان رجعت من سفرى هذا فمت فى أهلى ففلان حر وانه قد رجع فمات فى أهله وجاؤا جميعا الى القاضى فانى لا أجيز شهادة اللذين شهدا على الرجوع وأجيز شهادة اللذين شهدا انه مات فى أهله ذلك لانهما أثبتا موته بتاريخ سابق ولا بد من القضاء بموته فى ذلك الوقت لانعدام المعارض ثم الموت لا يتكرر عادة فيبطل شهادة الآخرين جميعا ضرورة (ألا ترى) ان الرجل لو قال ان مت فى جمادى الآخر ففلان حر وان مت فى رجب ففلان حر لعبد آخر فشهد شاهدان انه مات فى جمادى الآخر وشهد آخران انه مات فى رجب أخذنا بقول الشاهدين على الموت الاول لهذا المعنى ولو شهدا انه قال ان مت من مرضى هذا ففلان حر وقالا لا ندرى مات أم لا فقال الغلام مات منه وقال الوارث صح منه ثم مات فالقول قول الوارث مع يمينه لان الغلام يدعى شرط العتق والوارث منكر لذلك فالظاهر وان كان يشهد للغلام ولكن ثبوت الشرط ظاهرا لا يكفى لثبوت الحرية لان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولا يثبت به الاستحقاق وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة العبد لانه هو المثبت للشرط والعتق وان قال ان مت من مرضى هذا ففلان حر وان برأت منه ففلان آخر حر فقال العبد قد مات منه وقال الوارث قد برأ فالقول قول الوارث لما بينا فان أقام الآخر البينة على ما يدعى اعتقته أيضا لانه يثبت العتق ببينة لنفسه وان قامت البينتان لهما أخذت ببينة الذين شهدوا على الوقت الاول انه مات من مرضه وأبطلت الاخرى لانه لا يموت مرتين واذا أمته فى الاول بطل الآخر ضرورة لان الميت لا يموت والله أعلم

باب عتق النسمة عن الميت

(قال رحمه الله) واذا اشترى الوصى نسمة ليعتقها عن الميت كتب هـذا ما اشترى فلان بن فلان وصي فلان بن فلان بن فلان اشترى مملوكا يقال له فلان الفلانى وهو رجل قد اجتمع بكذا درهما نسمة كان فلان بن فلان أوصي أن يشتريه بها له فيعتقها عنه ثم يكتب التقابض وما بعده على الرسم والحاصل ان الصك حكاية ما جرى والمقصود التوثيق فينبغى أن يكتب على أحوط الوجوه فالنسمة هى الرقبة التى تشرى للعتق وينبغى للوصى اذا لم يعين الموصي رقبة أن يشترى رجلا مجتمعا لان معنى التقرب انما يتم باعتاق مثله فان الصغير والمجنون عاجزان عن الكسب والانثى كذلك فيصير بعد العتق عيالا على غيره واذا كان رجلا قد اجتمع يتخلص من ذلك الرق ويتفرغ للعبادة والتكسب للانفاق على نفسه فانما يتم معنى الرقبة فى أعتاق مثله وقصد الموصى التقرب وصفة الاطلاق تقتضى الكمال واذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يعتق عنه بالثلث رقبة ما بلغت لان وجوب تنفيذ هذه الوصية لحق الموصى وهو قصده التقرب ولهذا صحت وصيته من غير تعيين النسمة فيجب تنفيذ وصيته من محلها ويحصل مقصوده بقدر الامكان كما لو أوصي أن يحج عنه بمائة درهم فلم يبلغ الثلث الا خمسين درهما يحج عنه من حيث يبلغ بالثلث وكذلك لو أوصى أن يصدق له من ماله بمائة وأبو حنيفة يقول تنفيذ الوصية لغير من أوجبها له الموصى لايجوز وهو انما أوجب الوصية بنسمة قيمتها مائة درهم والتي قيمتها خمسون غير التى قيمتها مائة فلو قلنا بأنه يشترى بثلث ما يوجد كان هذا تنفيذ الوصية لغير من أوجب له الموصى ثم للموصى فى تقدير الثمن غرض صحيح وهو التحرز عن اعتاق الخديث والتقرب باعتاق أفضل الرقاب على ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أفضل الرقاب فقال أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها والانسان قد يرغب فى ولاء عبد كثير القيمة ويتحرز عن ولاء قليل القيمة ففى تنفيذ هـذه الوصية من الثلث ابطال مقصود الموصى والزام ولاء لم يرض بالتزامه وبهذين الحرفين يتضح الفرق بين هـذا وبين الصدقة والحج وانما نظير هذا من مسئلة الحج لو أن صحيحا أمر رجلا أن يحج عنه رجلا بمائة درهم فأحج عنه رجلا بخمسين درهما وهناك يصير مخالفا ضامنا فكذلك هاهنا وعلي

هذا الخلاف لو أوصى أن يعتق نسمة بجميع ماله فلم يجز الورثة ذلك فالوصية تبطل فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يشترى له بالثلث نسمة فتعتق عنه واستكثر من الشواهد لهما في الاصل قال أرأيت لو أوصي أن يعتق عنه نسمة بمائتى درهم مائة من ماله ومائة من مال فلان لرجل أجنبي أكنت أبطل وصيته من أجل انه سمى مال الاجنبي أرأيت لو أوصى أن يشترى له نسمة بمائة درهم أو بخمر أو خنزير أو بانسان حر أو يزاد مع هذه المائة شيء لا يصلح من ماله أكنت أبطل الوصية لا أبطلها وهى جائزة من ثلثه. أرأيت لو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم بعينها فاذا فيها درهم ستوقة أو أكثر لا ينفق أما كنت آمره أن يشترى بما بقى أرأيت لو تجوز بهذا البائع أما كنت آمره أن يشترى بها أرأيت لو استحق منها درهم أو هلك منها درهم أكنا نبطل الوصية قيل هذا كله على الخلاف ومن عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام وقيل بل أبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذه الفصول فيقول اذا أوصى أن يشترى نسمة بجميع ماله فلو أجازت الورثة لكان المشترى كله والعتق يكون من جهته وولاؤه له واذا لم يجيزوا لو قلنا يشترى بثلثه كنا نلزمه ولو لم يرض بالتزامه وأما فى مسئلة ماله ومال غيره لو أجاز الغير هناك لا يكون المشترى كله له ولا ينفذ العتق فى جميعه من جهته فليس فى تنفيذ وصيته فى ماله الزام شيء لم يرض بالتزامه واذا أوصى أن يعتق عنه نسمة وأوصي لآخر بالثلث فثلث ماله يقسم على الثلث وعلي أدنى مايكون من قيمة النسمة لان بمطلق التسمية لا يثبت الا الادنى فانه هو المتيقن به وانما يجب قسمة الثلث على مقدار ما يثبت من كل وصيته فما أصاب قيمة النسمة يعتق به النسمة وما أصاب الثلث فهو للموصى له بالثلث ولو أوصى أن يشترى عبد فلان فيعتق عنه فانه يشترى من ثلثه لان تنفيذ الوصية محلها الثلث واذا امتنع صاحبه من البيع بالثلث أوقف الثلث حتى يبيعه صاحبه لانه مشغول بالوصية فما دام فيه رجاء التنفيذ يجب أن يوقف الثلث عليه فان مات العبد فقد انقطع رجاء تنفيذ هذه الوصية لفوات محلها فيرجع الي الوارث ذلك ان كان سمى مايشترى به من الثلث ولو أوصي الى رجل أن يشترى له نسمة بهذه المائة بعينها فيعتقها من الثلث عنه فان اشترى بها نسمة فأعتقها عنه ثم استحق رجل تلك المائة أو بعضها أو لحقه دين والمائة أكثر من ثلثه فالوصى ضامن لتلك المائة لانه هو المشترى فالثمن مضمون فى ذمته حتى يسلمها للمشترى ثم بما ظهر تبين ان الوصى مخالف لانه اشترى باكثر من ثلث مال الميت

ولا يمكن تنفيذ وصيته فى أكثر من ثلثه فصار مخالفا مشتريا لنفسه فالثمن دين عليه وانما قضى بمال الميت دينا عليه فيضمن مثلها ويكون العتق عن نفسه لانه أعتق ملك نفسه فان خرج للميت مال لم يعلم به من دين أو عين يكون ثمن النسمة الثلث من ذلك برئ الوصى من الضمان لان بما ظهر من المال تبين ان الوصى غير مخالف وانه نفذ الوصية فى محلها فلا يلحقه عهدولا ضمان وإذا أوصي أن يباع عبده ويشترى بثمنه نسمة فتعتق عنه فباع الوصي العبد واشترى بثمنه نسمة فأعتقها وهو الثلث ثم رد العبد من عيب بعد ذلك ضمن الوصى الثمن لانه هو المشترى فتتعلق حقوق العقد به وذلك رد الثمن عند رد المبيع عليه بالعيب ثم يقال بع العبد فان بلغ ذلك الثمن فالعتق جائز عن الميت كما كان لانه تبين انه غير مخالف فى شراء النسمة والعتق عن الميت بل هو منفذ الوصية فى محلها وان نقص عنه أو زاد عليه فالعتق عن الوصى لانه مخالف فى الوجهين أما اذا نقص ثمن العبد عما اشترى به النسمة فظاهر وكذلك اذا زاد عليه لانه انما أمره أن يعتق عنه نسمة يشتريها بثمن العبد وهذه نسمة اشتراها ببعض الثمن فكان غير ما تتناوله الوصية فلهذا كان مشتريا لنفسه فى الوجهين والعتق عنه ويشترى بالثمن نسمة أخرى فيعتقها عن الميت ولو لم يرد العبد بالعيب ولكن استحق رجع المشترى على الوصى بالثمن لانه هو الذى قبض منه بحكم البيع الثمن فكان العتق عن الوصى نفسه لانه تبين بطلان الوصية وان اشترى الوصى النسمة لا يمكن تنفيذها عن الميت فكان مشتريا لنفسه على ماهو الاصل انه متى تعذر تنفيذ الشراء على من اشترى له ينفذ على العاقد وكان العتق عن الوصى نفسه ولا يرجع على الورثة فى نصيبهم بشئ من المال لان الميت لم يوص فى ذلك المال بشئ فكيف يرجع الوصى به . أرأيت لو اشترى شيأ لليتيم من ميراثه أو باع له فلحقه غرم وليس لليتيم مال أكان يرجع فى حصة غيره من الورثة ولو أوصى بأن يشترى من ثلث ماله نسمة تعتق عنه وماله ثلثمائة فاشترى الوصى بمائة نسمة فأعتقها وأعطى الورثة مائتين فاستحقت النسمة وردت فى الرق وقبض الوصى المائة ليشترى بها نسمة أخرى فتلفت منه مائة يرجع على الورثة بثلث ماأخذوا ليشترى به فى قول أبى حنيفة وما تقدم من المقاسمة باطل ما لم يحصل مقصود الموصى وفى قولهما مقاسمة الوصى الورثة جائزة ولا يرجع فيما أصاب الورثة بشئ وقد بطلت الوصية وهذا نظير ماتقدم بيانه فى الحج ولو أوصى أن يشترى له نسمة بعينها فتعتق عنه فاشتراها الوصى ثم ماتت فقد بطلت الوصية لانها وقعت لشخص بعينه فلا يمكن تنفيذها لشخص آخر وقد فات محل الوصية

فتبطل الوصية وكذلك لو جنت جناية قبل أن تعتق فدفعت بها بطلت الوصية لفوات محلها وهو ملك الموصى ولو فداها الورثة كانوا متطوعين فى الفداء وتعتق عن الميت لانها طهرت عن الجناية وبقيت على ملكه محلا لوصيته والورثة ما كانوا مجبورين علي الفداء فكانوا متبرعين فيه لان النسمة باقية على ملك الموصي حكما فكانهم فدوها من الجناية فى حياة الموصى ولو أوصي بعتق أمة له تخرج من ثلثه كان حالها كذلك فان ولدت النسمة أو الامة قبل أن تعتق فالولد رقيق للورثة لان الوصية بالعتق لاتسرى الي الولد فان فيه الزام الميت الولاء وانما التزم الميت ولاء الامة لاولاء ولدها والامة قبل أن تعتق مبقاة على حكم ملك الميت فيفصل منها الولد لذلك الا أن الورثة لا يملكونها لكونها مشغولة بوصية الميت وذلك غير موجود فى الولد فكان الولد للورثة وان كانت النسمة والام ذات رحم محرم من الورثة لم تعتق بذلك حتى تعتق عن الميت لان اشتغالها بالوصية يمنع انتقالها الي الوارث بل هى مبقاة على حكم ملك الميت ولهذا كان ولاؤها له اذا عتقت عنه ولو أعتقها بعض الورثة عن نفسه كان العتق عن الميت لان العتق فى هذه العين مستحق عن الميت وما يكون مستحقا على المرء فى عين بجهة فعلي أى وجه أتى به يقع عن الوجه المستحق وتصريحه بخلافه باطل وكذلك لو قال أنت حرة ان دخلت الدار أو قال بعد موتى لم تكن مدبرة ولكنها تعتق عن الميت ان دخلت الدار ومات القائل لان الوارث فى حكم المالك لها بدليل انه يملك بدلها وزوائدها وكسبها الا انه لا يجعل مالكا فيما فيه ابطال وصية الموصى فأما فيما فيه تنفيذ وصيته فيجعل الوارث كالمالك فيصح منه تعليق عتقها بموته أو بشرط آخر وعند وجود الشرط يجعل كالمنجز لعتقها فيعتق عن الميت وبه فارق الوصى فانه اذا علق عتقها بالشرط لم يصح التعليق لان الوصي غير مالك لها وانما يتصرف بحكم التفويض والمفوض اليه ينجز العتق والمأمور بالتنجيز اذا علق العتق بالشرط كان ذلك منه باطلا ولو قال لها الوارث أنت حرة علي ألف درهم ان قبلت فقبلت فهى حرة بغير شئ لانها لاتعتق لوجود الشرط وانما تعتق بجهة الوصية عن الميت وكان ذلك بغير جعل ولو أوصى أن تعتق نسمة عن شئ واجب عليه من ظهار أو غيره فانما تعتق من ثلثه لانه لايجب الاعتاق عنه بعد موته بغير وصية فاذا أوصى كان معتبرا من ثلثه كالتطوعات وكذلك الزكاة وحجة الاسلام وقد بينا هذا فيما سبق ولو أوصى بعتق نسمة فاشتريت له أو بعتق أمة له تخرج من الثلث فجنى عليها جناية فالارش للورثة لان الارش بمنزلة الولد فى كونه

فارغا عن الوصية فالوارث بمنزلة المالك لها فيما هو فارغ عن وصية الميت فكان كسبها للورثة لهذا المعنى ولو زوجوها لم يجز لان ولاية التزويج تثبت لملك الرقبة وهم لا يملكون رقبتها لكونها مشغولة بالوصية فان دخل بها الزوج سقط الحد للشبهة ووجب المهر وكان ذلك بمنزلة ولد ولدته فيكون للورثة ولو أوصي الي رجل ببيع عبده هذا ويتصدق بثمنه علي المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فهلك عنده ثم استحق العبد كان أبو حنيفة مرة يقول يضمن الوصى ولا يرجع على أحد بشيء لان الوصية قد بطلت باستحقاق العبد والوصى هو الذى قبض الثمن فيضمن مثله للمشترى ولا يرجع على الورثة بشيء لان الميت ما أوصى بشيء مما وصل الى الورثة ثم رجع وقال يرجع الوصى بما يضمن من الثمن فى مال الميت وهو قولهما لان الوصي فى هذا البيع كان عاملا للميت فما يلحقه من العهدة بسبب عمله يرجع به علي الميت ويكون ذلك بمنزلة الدين له يستوفيه من جميع ماله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه يرجع بقدر ثلث ماله مما يغرم لانه انما لحقه هذا الغرم باعتبار وصية الميت ومحل الوصية الثلث فلهذا يقتصر رجوعه على ثلث مال الميت والله أعلم

باب الوصي والوصية

(قال رحمه الله) ويكتب فى كتاب وصيته تركته لان الكتاب للتوثق والرجوع اليه عند المنازعة وأكثر ما تقع فيه المنازعة التركة التى تصير فى يد الموصى فينبغى أن يذكرها فى الكتاب ان كتب فيه انه يعمل كذا ان مات من مرضه هذا أو فى سفره هذا فرجع من ذلك السفر وبرأ من ذلك المرض بطلت تلك الوصية لانه علقها بشرط وقد فات والوصية الي الغير اثبات الخلافة أو الاطلاق وهو يحتمل التعليق بالشرط كالوكالة أو هى اثبات الولاية بمنزلة تقليد القضاء فيحتمل التعليق بالشرط واذا أوصى الى رجلين فمات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر والكلام ها هنا في فصول ثلاثة * أحدها أن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله الا فى أشياء معدودة استحسانا وفى قول أبى يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف وجه قوله ان الوصايا تثبت الولاية للوصى فى التصرف وكل واحد من الوليين يتصرف بانفراده كانه ليس معه غيره كالاخوين فى النكاح والابوين وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزى وبتكامل السبب في حق كل واحد منهما

بانفراده يثبت الحكم بخلاف الوكيلين فان الوكالة انابة وانما جعلهما نائبين عنه فى التصرف فلا تثبت الانابة لكل واحد منهما بانفراده وبيان ان ثبوت حق التصرف الفرق الموصى لا يكون الا بعد زوال ولاية الموصى والانابة تستدعى قيام ولاية المنوب عنه وتبطل بسقوط ولايته كالوكالة وأما الولاية بطريق الخلافة فتستدعى سقوط ولاية من هو أصل ليصير الخلف قائما مقامه كالجد مع الاب وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة سبب التفويض وانما فوض اليهما حق التصرف وكل واحد منهما فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة وشطر العلة لا يثبت شيأ من الحكم بخلاف الاخوين فالسبب هناك الاخوة وهى متكاملة فى حق كل واحد منهما * يوضحه ان ولاية التصرف للوصى بعد موت الموصى باعتبار اختيار الموصى ورضاه به وهو انما رضي برأى المثنى فرأى الواحد لا يكون كرأى المثنى ومقصوده توفير المنفعة عليه وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رأيهما أظهر فأشبهت من هذا الوجه الوكالة فأما الاشياء المعدودة فهو تجهيز الميت وشراء مالا بد منه للصغير وقضاء الدين ورد الوديعة وتنفيذ الوصية فى العين وقبول الهبة والخصومة والقياس فى هذه الاشياء ان لا ينفرد أحدهما به لما قلنا ولكنا استحسنا لان التجهيز لا يمكن تأخيره وربما يكون أحدهما غائبا ففى اشتراط اجتماعهما الحاق الضرر لا توفير المنفعة عليه وكذلك شراء مالا بد للصبي منه فان ذلك لحاجته فلا يحتمل التأخير والظاهر ان الموصى رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد فيه عند تحقق الحاجة وأما قضاء الدين فلان صاحب الدين يستبد باستيفائه من غير حاجة فيه الى فعل أو رأى من الوصي فرد الوديعة كذلك والوصية بالعين اذا كانت تخرج من الثلث كذلك فالوصي له أن يأخذه فكذلك لاحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم والخصومة مما لا يتحقق اجتماعهما عليه (ألا ترى) انهما وان حضرا لم يتكلم الا أحدهما لانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضى كلام كل واحد منهما ولهذا ملك أحد الوكيلين الخصومة والتفرد بها اما قبول الهبة والصدقة فانه لا يستدعى الولاية (ألا ترى) ان الصبي يقبل بنفسه ومن يعوله وان كان أجنبيا له ان يقبل الهبة له فأحد الوصيين بذلك أولى فاما اقتضاء الدين واسترداد الوديعة فهو على الخلاف لان هذا يقبل التأخير ويتحقق اجتماعهما عليه وفيه توفير المنفعة لان حفظ الواحد لا يكون كحفظ المثنى وانما رضى الموصى بحفظهما ولم يذكر فى الكتاب فأما اذا أوصي الى كل واحد منهما على الانفراد وقد قال كثير من مشايخنا ان هاهنا ينفرد كل واحد منهما

بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل واحد منهما على الانفراد ولكن الاصح ان الخلاف فى الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت وعند الموت انما تثبت الوصية لهما معا بخلاف الوكالة وهذا لان بالايصاء الى الثانى يقصد اشراكه مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك الثانى معه وقد يوصي الانسان الى غيره على ظن أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم له غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثانى الى الاول وانما كان قصده انابة كل واحد منهما منابه بانفراده فان مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عند أبي حنيفة ومحمد فلان الآخر عاجز عن التفرد بالتصرف والقاضي قائم مقام الميت فى النظر فيعجزه بنفسه عن النظر فيضم اليه وصيا آخر وعند أبي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فانما كان الموصى قصد أن يخلف متصرفين فى حقوقه وتحصيل مقصوده بنصب وصى آخر هاهنا لان رأى الميت منهما باق حكما برأى من نصبه وروى الحسن عن أبي يوسف ان الحى لا ينفرد بالتصرف هاهنا لان الموصى ما رضى برأيه وحده ولا يكون للوصى أن يرضى بما يعلم ان الموصى لم يرض به بخلاف ما اذا أوصي الى غيره واذا مات وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول بحال وقال ابن أبي ليلى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول الا أن يوصي اليه بوصية الاول وجه قول الشافعى ان الوصى بمنزلة الوكيل لانه مفوض اليه بوصية الاول التصرف بعد الموت بعقد فهو كالمفوض اليه التصرف فى حالة الحياة بالعقد وهو الوكيل ثم الوكالة تنقطع بموت الموكل ولا يملك الوكيل أن يوكل به غيره فكذلك الوصى اذا مات ولا معنى للفرق لان حق التصرف للوصي انما يثبت بعد سقوط ولاية وصي لان حق التصرف انما يثبت له فى الوقت الذي فوض اليه التصرف فى الوجهين جميعا وانما تصح الوصية باعتبار قيام ولاية الموصى حكما كما تصح الوصية له بالمال بعد موته باعتبار قيام ملكه فيه حكما وفقه ما بينا ان الموصى رضى برأيه والناس فى الرأي يتفاوتون فلا يكون ذلك منه رضا برأي غيره ولهذا لا يوكل الوصي أيضا عندى وحجتنا فى ذلك الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى الغير كالجد وتقريره ان الولايه التى كانت ثابتة للموصى تنتقل فى المال الى الوصى فى النفس والى الجد في النفس ثم

الجد فيما ينتقل اليه قائم مقام الاب فكذلك الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل ومن شرط ثبوت الخلافة اعدام الاصل * يوضحه ان مقصود الموصى ان يتدارك برأيه مافرط فيه بنفسه ولما استعان به فى ذلك مع علمه انه قد تخترمه المنية قبل تتميم مقصوده فقد صار راضيا بايصائه الى الغير فى ذلك لما فيه من تحصيل مقصوده وبه فارق الوكيل لان الموكل هناك قائم يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يضمن لوكيله الرضا بوكيل غيره أو الايصاء الى غيره عند موته فأما ابن أبي ليلى فيقول هو بمطلق الايصاء يجعل الوصى خلفا عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التي فرط فيها وهذا مقصور على تركته فاما التصرف فى تركة الموصى فليس من حوائجه فى شئ فلا يملك الوصى ذلك الا بالتنصيص عليه ولكنا نقول بعد قبوله الوصية وموت الموصى صار التصرف فى تركة الاول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف فى تركة نفسه * يوضحه انه جعل الثانى خلفا عنه قائما مقامه فى كل مكان يملكه بنفسه مما يقبل النقل الى الغير بعد موته وقد كان ملك التصرف فى التركتين جميعا فى حال حياته فيخلفه الوصى الثانى فيهما جميعا بمطلق الايصاء وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك الى أن يخص تركته عند الايصاء الى الثانى فحينئذ يعمل تخصيصه لانه نظر لنفسه فى هذا التخصيص وهو انه لا يتحمل وبال التصرف فى ملك الغير حيا وميتا واذا قبل الوصى الوصية فى حياة الموصي ثم أراد الخروج منها بعد موته فليس له ذلك والوصية له لازمة لان المقصود توفير المنفعة على الموصى ودفع الضرر عنه وبعد ما قبل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت تضرر به الموصى لانه ترك النظر والايصاء الى الغير اعتمادا على قبوله ويصير هذا الوصى بالقبول كالغار له والغرور حرام والضرر مدفوع بخلاف الوصية بالمال فان هناك وان قبله فى حياته فله أن يرده بعد موته لان المقصود هناك توفير المنفعة على الموصي له وليس فى رده معنى الضرر والغرور حق الموصى لانه اذا رده لا يضيع المال بل يصير الي وارثه وذلك خير للموصي شرعا فأما اذا لم يقبل الوصي حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبله وان شاء رده لانه متبرع بالتصرف فى حق الغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة وليس فى رده هنا غرور من جهته وانما الموصى هو الذى اغتر حين لم يعرف عن حاله أنه يقبل الوصية أم لا فان رده فى وجه الموصى فقال الموصي ما كان ظنى بك هذا فمن يقبل وصيتى اذا أمكث حتى

مات الموصى ثم قبل لم تكن وصية لان برده فى وجهه بطلت الوصاية فلا يمكن قبولها بعد ذلك ولو أنه ردها فى غير وجه الموصي ثم قبلها بأن سمع كلام الناس فى ذلك فانه لا يكون وصيا عندنا وقال زفر رحمه الله يكون وصيا لان رده فى غير وجه الموصي انما يتم اذا بلغ الموصى فاذا لم يبلغه حتى قبل صار كأن الرد لم يوجد ولكنا نقول قبل القبول هو ينفرد بالرد فى وجه الموصى وفى حال غيبته فيبطل العقد برده ولا يعتبر القبول بعد ذلك ولو قبلها بعد موته ولم يكن ردها فى حياته فقد لزمته الوصية بمنزلة ما لو قبلها فى وجهه بل أولى لان أوان ولايته بعد الموت فالقبول فى هذه الحالة يكون ألزم منه قبل أوانه ثم دليل القبول كصريح القبول حتى لو باع بعض تركة الميت أو اشترى للورثة بعض ما يحتاجون اليه أو اقتضى مالا أو قضاه لزمته الوصية لوجود دليل القبول والرضى به كالمشروط له الخيار اذا وجد منه ما يدل على الاجازة أو الفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح بذلك والاصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لبريرة ان وطئك الزوج فلا خيار لك واذا اشتكى الورثة أو بعضهم الوصي الى القاضى فانه لا ينبغى له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة لان الموصي اختاره ورضى به والشاكى قد يكون ظالما فى شكواه فما لم يتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى النيابة عن الميت فى النظر له والاستبدال به فان علم منه خيانة عزله عن الوصية لان الموصى اعتمد في اختياره أمانته والظاهر أنه لو علم بخيانته عزله والقاضى بعد موته قائم مقامه نظرا منه للميت وان كان الوصي هو الذى شكى الى القاضي عجزه عن التصرف فعلى القاضى أن ينظر فى ذلك فان علم عدالته وعجزه عن الاستبداد ضم اليه غيره لانه لولم يفعل ذلك فاما أن يتصرف الوصى بالعجز عن التصرف فى حقوق نفسه أو يترك التصرف فى حوائج الموصى فيتمكن الخلل فى مقصوده ويرتفع هذا الخلل بضم غيره اليه وان ظهر عنده عجزه عن القيام بالوصية استبدل به لانه مأمور بالنظر من الجانبين ولو ظهر عند الموصى فى حياته عجزه استبدل به فكذلك من قام مقامه فى النظر وهو القاضى واذا أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه لان الوصية ولاية والرق ينفى ولايته على نفسه فيمنع ولايته على غيره ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصى لان منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته على غيره لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف وكذلك ان أوصى الى عبده والورثة كبار أو فيهم كبير فللكبير أن يمنعه من

التصرف وله أن يبيع نصيبه منه فيمنعه المشتري من التصرف فان كانت الورثة صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد وهو القياس لان الرق الذي ينفي الولاية قائم في عبده كما هو في عبد غيره ولانه صار مملوكا للورثة واثبات الولاية للمملوك على المالك من أبعد ما يكون كما لو كان فيهم كبير وأبو حنيفة يقول أوصى الى مخاطب مطلق فيجوز كما لو أوصى الى مكاتبه أو مكاتب غيره ومعنى قولنا مطلق أي مستبد بالتصرف في حوائج الموصى على وجه لا يملك أحد منعه عن ذلك ولا اكتساب سبب يمنعه ولو كان الرق يمنع الايصاء اليه لم تجز الوصية الي المكاتب لقيام الرق فيه الا أنهما يقولان المكاتب لا يصير مملوكا للوارث فلا يؤدي الى اثبات الولاية للمملوك على المالك وأبو حنيفة يقول الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة العبد فلا يملكون التصرف عليه فيجوز اثبات ولاية التصرف له في حقوقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير وانما استحسن أبو حنيفة هذا لما رأى فيه من توفر المنفعة على الميت وعلى ورثته فان من ربى عبده وأحسن اليه فالظاهر أن شفقته على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الاجنبي ولهذا اختاره للوصية فلتوفير المنفعة عليه جوز الوصاية اليه استحسانا كالوصية الى مكاتبه فان عجز المكاتب عن المكاتبة عادقنا فيكون الجواب فيه كالجواب في العبد واذا أوصى المسلم الى ذمي أو الى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل لان في الوصية اثبات الولاية للوصي على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي ولا للحربي على المسلم ثم الوصي يخلف الموصي في التصرف كما أن الوارث يخلف المورث في الملك بالتصرف ثم الكافر لا يرث المسلم فكذلك لا يكون وصيا للمسلم وكذلك ان أوصى الذمي الى الحربي لم تجز لهذا المعنى ولو أوصى الذمي الى الذمي فهو جائز لانه يثبت لبعضهم على البعض ولاية بالقرابة فكذلك بالتفويض وأحدهما يرث صاحبه فيجوز أن يكون وصيا له أيضا ولو أوصى الي رجل مسلم أو الى امرأة أو أعمى أو محدود في قذف فهو جائز لان هؤلاء من أهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا ولو أوصى الى فاسق منهم متخوف على ماله فالوصية باطلة لان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الي الفاسق لا يتم معنى النظر ولم يرد بقوله الوصية اليه باطلة أنه لا يصير وصيا بل يصير وصيا لكون الفاسق من أهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه ولكن القاضي يخرجه من الوصية ويجعل مكانه وصيا آخر لانه لم

يحصل نظر الموصي لنفسه وكان عليه أن يتدارك ذلك واذا لم يفعل حتى عجز عن النظر لنفسه بالموت أناب القاضي منابه في نصب وصي آخر له بمنزلة ما لو أوصى مكانه وصيا آخر لهذا واذا أوصى الى رجل بماله فهو وصي في ماله وولده وسائر أسبابه عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا الا فيما جعله وصيا فيه لانه تفويض التصرف الى الغير فيختص بما خصه به المفوض كالتوكيل ولئن سلمنا أن الوصي تثبت له الولاية فيثبت هذه الولاية ايجاب الموصي وقيل يقبل التخصيص كولاية القضاء لما كان سبب التقليد كان قابلا للتخصيص وهذا لان الايصاء الى الغير مشروع بحاجة الموصي وهو اعلم بحاجته فربما يكون التفريط منه في نوع دون نوع فنجعله وصيا فيما فرط فيه وربما يؤتمن هذا الوصي على نوع دون نوع أو يعرف هدايته في نوع من التصرف دون نوع وربما يعرف شفقة الام على الاولاد ولا يأتمنها على ما لهم فيجعل الغير وصيا على المال دون الاولاد للحاجة الى ذلك فكان هذا تخصيصا مقيدا فيجب اعتباره ووجه قولنا انه يتصرف بولاية منتقلة اليه فيكون كالجد وكما أن تصرف الجد لا يختص بنوع دون نوع لانه قائم مقام الاب عند عدمه فكذلك تصرف الوصي فيما يقبل النقل اليه ودليل صحة هذه القاعدة أن الايصاء يتم بقوله أوصيت اليك مطلقا ولو كان طريقه طريق الانابة لم يصح الا بالتنصيص على ما هو المقصود كالتوكيل فانه لو قال وكلتك بمالي لا يملك التصرف وكذلك لو قال جعلتك حا كما لا يملك تنفيذ القضاء مالم يتبين له ذلك وههنا لما صح الايصاء اليه مطلقا عرفنا أنه اثبات للولاية بطريق الخلافة والدليل عليه أن ولايته بعد زوال ولاية الموصي بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة ولئن سلمنا أن الايصاء تفويض ولكن لما كان هذا التفويض انما يعمل بعد زوال ولاية الموصي وعجزه عن النظر كان جوازه لحاجته والحاجة تتجدد في كل وقت فهو عند الايصاء لا يعرف حقيقة ما يحتاجون فيه الي النائب بعده فلو لم يثبت للوصي حق التصرف في جميع الانواع تضرر به الموصي والظاهر أنه بهذا التخصيص لم يقصد تنفيذ ولايته بما سمي وانما سمى نوعا لان ذلك كان أهم عنده والانسان في مثل هذا يذكر الاهم وهذا بخلاف الوكالة لان رأى الموكل قائم عند تصرف الوكيل فاذا تجددت الحاجة أمكنه أن ينظر فيه بنفسه أو بتفويضه اليه أو الى غيره وكذلك في التقليد فان رأى المقلد قائم فيمكنه أن يفصل بنفسه أو يفوض ذلك اليه أو الى غيره عند الحاجة ولو أوصي بماله المعين الى رجل وبتقاضى الدين الي آخر

فهما وصيان فى العين والدين جميعا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كل واحد منهما وصى فيما سمي له خاصة وهو رواية عن أبى يوسف أيضا وجه قوله أن الموصى أحسن النظر لنفسه ههنا حين اختار التصرف فى العين من يكون أمينا قادرا على التصرف فيه واختار لتقاضى الدين من يكون مهتديا الي ذلك وفى الفصل الاول انما قلنا تتعدى الوصاية من نوع الى نوع لان به تمام النظر للميت وتمام النظر ههنا فى أن يختص كل واحد منهما بما سمى له فانما يختار ليتقاضى الى الناس وللتصرف فى العين أمين الناس* يوضحه أن هنالك التصرف فى بعض الانواع للوصى منصوص عليه وفى البعض مسكوت عنه فيلحق بالمنصوص عليه وههنا التصرف لكل واحد منهما فيما سمي له منصوص عليه فلا يلحق غير المنصوص بالمنصوص وفى اثبات الشركة بينهما قصر ولاية كل واحد منهما عما سمى له لانه لا ينفرد بالتصرف عند أبى حنيفة إذا ثبتت الشركة بينهما وأبو حنيفة يقول الايصاء الى الغير مملوك للموصى شرعا والتقييد بنوع دون نوع غير مملوك له بدليل أنه لو قيد تصرفه بنوع ونهاه عن التصرف فى سائر الانواع ولكن لم يوص الى غيره فى ذلك كان له أن يتصرف فى الكل عرفنا أن التقييد غير مملوك له فانما يعتبر من كلامه ما يكون مملوكا له وذلك الايصاء اليهما *يوضحه أن فى حق كل واحد منهما أحد النوعين منصوص عليه والآخر مسكوت عنه وقد بينا فى الواحد اذا نص له على نوع تتعدى ولايته الي سائر الانواع فكذلك ههنا والدليل عليه أنه لو ذكر لكل واحد منهما نوعا خاصا ولم يتعرض لسائر الانواع يثبت لهما ولاية التصرف فى سائر الانواع على سبيل الشركة فكذلك فى النوع الذى سمي لكل واحد منهما لان الولاية بطريق الوصية لا تقبل التميز فى الانواع على أن يكون نائبه فى بعضها علي وجه الاختصاص وفى بعضها على وجه الشركة ولو قال فلان وصي حتى يقدم فلان ثم الوصية الي فلان فهو كما قال لانه قد يحتاج الى هذا لكون من يختاره لوصيته غائبا فيحتاج الى نصب غيره لكيلا يضيع ماله الى أن يقدم الغائب ثم اذا قدم فهو المختار للوصية وهذا لان الوصية الخاصة الي الوصى الاول قد انتهت بقدوم الثانى فهو كالمنتهى ببلوغ الولد وقد جعل الوصية للثانى معلقة بقدومه والوصية تقبل التعليق ثم بهذا الفصل يستدل محمد رحمه الله فيقول التقييد تارة يكون من حيث الزمان وتارة يكون من حيث النوع ثم لما صح النوع له أن تقيد بصرف كل واحد منهما بزمان فكذلك يصح تقييده بالنوع بخلاف ما اذا سمى نوعا ولم يذكر سائر

الانواع لانه لو سمى جزأ من الزمان كالوصية اليه شهرا أو سنة كان وصيا بعد ذلك الوقت الى أن يدرك الولد ثم اذا نص لكل واحد منهما على جزء من الزمان كان الامر على ما نص عليه ولكن قد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال اذا قدم فلان فهما وصيان فعلى هذا يندفع السؤال لان الوصية فى حق الثانى تضاف الى ما بعد قدومه وفى حق الآخر مطلقة فيتصرف الاول الي أن يقدم فلان لان المضاف الى وقت أو المعلق بالشرط لا يكون موجودا قبله فاذا وجد الشرط صار الثانى وصيا والاول وصى فيشتركان فى التصرف ولو سلمناه فالفرق ماذكرنا من حيث ان ههنا لا تثبت الشركة بينهما بحال فان العقد فى حق أحدهما مطلق وفى الآخر معلق فاماههنا فتثبت الشركة بينهما فيما سوى النوعين اللذين نص عليهما والعقد فى كل واحد منهما مطلق ولان ثبوت الخلافة لهما واحد وهو عند موت الموصى فلهذا تثبت الوصية لكل واحد منهما فى النوعين جميعا وكذلك لو أوصي ببعض ولده وميراثهم الي رجل وبقية ولده وميراثهم الى آخر فهما وصيان فى جميع المال والولد استحسانا فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان ولاية الموصى كانت ثابتة فى الكل وهى مما تقبل النقل الى الغير بالايصاء فيقومان مقامه بعد موته فى جميع ذلك واذا اختلف الوصيان فى المال عند من يكون فانه يكون عند كل واحد منهما نصفه وان اختلفا استودعاه رجلا وان أحبا كان عندهما لان حفظ المال اليهما ويتعذر اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار لانهما ينقطعان بذلك عن أشغالهما فيكون لكل واحد منهما أن يحفظ نصفه كالمودعين فيما يحتمل القسمة وان أحبا استودعاه رجلا لان الوصى لو كان واحدا كان له أن يودع المال من غيره لانه قائم مقام الموصى فيما له من ولاية التصرف فى المال والايداع يدخل فى هذا وقد يعجز الوصى عن الحفظ بنفسه لكثرة أشغاله فاذا جاز للوصى الواحد أن يودع المال جاز للوصيين ذلك وان أحبا أن يكون عندهما جاز لانهما لما جاز لهما أن يودعاه غيرهما فلأن يجوز لهما أن يودعاه أحدهما وهو أقرب الي موافقة رأى الموصى كان أولى قال وللوصي أن يتجر بنفسه بمال اليتيم ويدفعه مضاربة ويشارك به لهم وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله ليس له أن يفعل شيئا من ذلك سوى التجارة فى ماله بنفسه لان الموصى جعله قائما مقامه فى التصرف فى المال ليكون المال محفوظا عنده وانما يحصل هذا المقصود اذا كان هو الذى يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه الى غيره للتصرف كالوكيل ولكنا نقول هو قائم مقام الموصى فى ولايته فى

مال الولد وقد كان للموصى أن يفعل هذا كله فى ماله فكذلك الوصى وهذا لان المأمور به ما يكون أصلح لليتيم وأحسن قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى أحسن وقال تعالى ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وقد يكون الاحسن فى تفويض التصرف فى ماله الى غيره ببعض هذه الاسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه اما لكثرة أشغاله أو لقلة هدايته وقال محمد اذا لم يشهد الوصي على نفسه أنه يعمل بالمال مضاربة كان ما اشترى للورثة وهذا قولهم جميعا لان الوصى فى التصرف في مالهم قائم مقامهم ولو تصرفوا بأنفسهم كان الربح لهم لانه نماء ملكهم فكذلك الوصى اذا تصرف ثم هو كتب أعمل فيه مضاربة يريد أن يتملك عليهم بعض الربح الحاصل وهو ليس بأمين فى ذلك الا أن يشهد قبل العمل أنه يعمل بالمال مضاربة لانه بهذا الاشهاد لا يملك شيأ من مالهم عليهم بل يبقى بعض ما يحصل بعمله على ملكه ويجعل بعض ذلك لهم باعتبار مالهم فلا تتمكن التهمة في تصرفه فلهذا يجوز ولو أوصي بالثلث والورثة صغار فقاسم الوصي أهل الوصية فأعطاهم الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهو جائز لانه قائم مقام الورثة فان الموصى أثبت له هذه الخلافة لحاجة ورثته الى ذلك وليكون قائما مقامه فى النظر لهم الى أن يتمكنوا من النظر لانفسهم فجازت مقاسمته مع أصحاب الوصية كما تجوز مقاسمة الورثة معهم أن لو كانوا بالغين فان هلكت حصة الورثة فى يد الوصي لم يرجعوا على أهل الوصية بشئ لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون على من وقع الهلاك في قسمه فان كان الوارث كبيرا وصاحب الوصية صغيرا فاعطى الوصى الوارث الثلثين وأمسك الثلث لصاحب الوصية لم تصح هذه القسمة على الموصى له حتى اذا هلك الثلث فى يد الوصى كان لصاحب الوصية أن يرجع على الوارث بثلث ما بقى فى يده وهذا لان الوصى لا ولاية له على الموصى له فلا يقوم مقامه فى المقاسمة مع الورثة ثم الموصى له يتملك المال ابتداء بالعقد الا أن يبقى له ما كان من الملك للميت فى القاسمة ولا ولاية للوصى فى تميز الملك الثابت له بقبوله بعقد جديد فاما الوارث فيخلف المورث فى ملكه ويبقى له ما كان ثابتا للمورث ولهذا يرد بالعيب فيقوم الوصى مقامه فى تمييز ذلك الملك باعتبار أنه خلف عن الميت واذا ثبت أن القسمة لم تصح ههنا فما هلك من المال يهلك على الشركة وما يبقى يبقي على الشركة ولو كانت الورثة صغارا فقال الوصى أنفقت عليهم كذا درهما فان كان ذلك نفقة مثلهم فى تلك المدة أو زيادة شئ قليل فهو مصدق فيه وعليه اليمين ان اتهموه لانه أمين فالقول قوله فى المحتمل مع اليمين

ثم هو مسلط على الانفاق عليهم بالمعروف وبالقليل من الزيادة لا يخرج انفاقه من أن يكون بالمعروف لان التحرز عن ذلك القدر غير ممكن والمسلط على الشئ اذا أخبر فيما سلط عليه بما لا يكذبه الظاهر فيه يجب قبول قوله كالمودع يدعى رد الوديعة وان اتهموه فغايته اليمين لدفع التهمة واذا كان فى الورثة صغير وكبير فقاسم الوصى الكبير وأعطاه حصته وأمسك حصة الصغير فهو جائز لانه قائم مقام الصغير فى التصرف فى ماله والمقاسمة مع الكبير من التصرف فى ماله لانه تميز به ملكه عن ملك غيره فيكون فعله كفعل الصغير بعد بلوغه واذا كانت الورثة صغارا فقال الوصى أنفقت على هذا كذا وعلى هذا كذا وكانت نفقة أحدهما أكثر فهو مصدق فيما يعرف من ذلك لان النفقة للحاجة وربما تكون حاجة أحدهما أكثر لان كان أكبر سنا أو لان الناس يتفاوتون فى الاكل فباختياره مع التفاوت لا يزول احتمال الصدق فى كلامه ولا يخرج الظاهر من أن يكون شاهدا له فيقبل قوله فى ذلك واذا قال الوصى للوارثين وهما كبيران قد أعطيتكما ألف درهم وهو الميراث فقال أحدهما صدقت وقال الآخر كذبت فان الذى صدقه ضامن لمائتين وخمسين درهما يؤديها الى شريكه بعد ما يحلف شريكه ما قبض الخمسمائة ولاضمان على الوصى فى ذلك لانه أمين أخبر باداء الامانة وقد أقر الذي صدقه بقبض خمسمائة وأنكر الآخر أن يكون قبض وقول الوصى غير مقبول عليه فى وصول الخمسمائة اليه وان كان مقبولا فى براءته عن الضمان وانما بقي من التركة الخمسمائة التى أقر المصدق بقبضها فيلزمه أن يدفع نصفها الى شريكه بعد أن يحلف شريكه ما قبض شيئا لان المصدق يدعى الاختصاص بهذه الخمسمائة والوصى يشهد له بذلك ولا يثبت الاختصاص بقولهما وما زاد على هذه الخمسمائة من التركة كالبادى واذا قسم الوصى التركة بين الورثة وهم صغار وعزل لكل انسان نصيبه أو كانوا صغارا وكبارا وذلك منه بغير محضر من الكبار لم يجز وما هلك يهلك منهم جميعا لان القسمة لتمييز الانصباء والواحد لا ينفرد بذلك ثم الوصى لا ينفرد بالتصرف فى مال اليتامى مع نفسه الا لمنفعة ظاهرة تكون لهم وبالقسمة لا يحصل ذلك لكل واحد منهم فكانت قسمته باطلة وما هلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة واذا قضى الوصى دينا على الميت بشهود فلا ضمان عليه وان كان قضى ذلك بغير أمر القاضى لانه قائم مقام الموصى فى حوائجه وتفريغ الذمة بقضاء الدين من حوائجه وقد كان لصاحب الدين أن يأخذ دينه اذا ظفر بجنس حقه من التركة فللوصى أن

يعطيه ذلك أيضا وان لم يأمره به القاضي وان لحق الميت دين بعد ذلك فهو ضامن لحصة الغريم الآخر لانه خص بعض الغرماء بقضاء دينه وليس للوصي ذلك فان حق الغرماء تعلق بالتركة وفي التخصيص ابطال حق بعضهم ولا ولاية للوصي على واحد منهم في ابطال حقه فيكون دفعه جناية في حق الغريم الآخر وان كان أعطى الاول بأمر القاضي فلا ضمان عليه لان دفعه بأمر القاضي كدفع القاضي ولكن الغريم يتبع القابض والقاضي بهذا لا يصير ضامنا شيئا فالمأمور من جهته بالدفع كذلك ولكن الغريم يتبع القابض بحصته لانه ظهر أن المقبوض كان مشغولا بحقيهما ثم ليس في الدفع بأمر القاضي ابطال حق الآخر عن المدفوع لانه اذا كان ذلك معلوما للقاضي فالقابض لا يتمكن من الجحود وأما اذا دفع بغير أمر القاضي فذلك منه ابطال لحق الآخر أو بغير نص كذلك لان القابض ربما يجحد القبض فيكون القول قوله في ذلك فلا يتمكن الغريم الآخر من اتباعه قال ولو كان أوصى الى رجلين فدفعا الى رجل دينا وشهدا أنه له على الميت ثم لحق الميت دين بعد ذلك بشهادة غيرهما فهما ضامنان لجميع ما دفعا لان شهادتهما بالدين على الميت غير مقبولة في هذه الحالة لتمكن التهمة فيها فقد صارا ضامنين لما دفعا الى الطالب من غير حجة وانما قصدا بشهادتهما اسقاط الضمان عن أنفسهما فاذا بطلت شهادتهما بذلك بقي دفعهما المال المدعى جناية في حق من أثبت دينه بشهادة غيرهما فكانا ضامنين لجميع ما دفعا ولو لم يكونا دفعا حتى شهدا عند القاضي فقضى القاضي بالدين الاول فهما في ذلك كغيرهما من الاجانب وانما دفعا بعد ثبوت الدين بشهادتهما وأمرهما بالدفع ثم قامت بينة على دين بعد ذلك لم يكن عليهما ضمان لانه لا تهمة في شهادتهما بالدين الاول فهما في ذلك كغيرهما من الاجانب وانما دفعا بعد ثبوت الدين بأمر القاضي فلا ضمان عليهما ولكن الغريم يتبع المقضي حتى يأخذ منه حصته لانه تبين أن المقبوض كان مشغولا بحقهما قال ولو شهد وارثان بدين على الميت جازت شهادتهما وهي كشهادة غيرهما لانه لا منفعة لهما في هذه الشهادة بل عليهما فيها ضرر والوصي مصدق في كفن الميت فيما يكفن به مثله لانه مسلط على ذلك أمين منصوب له ولو اشترى الوصي الكفن من ماله ونقد له الثمن كان له أن يرجع في مال الميت لانه كفن ومعنى هذا أن الكفن لا يمكن تأخيره وقد لا يكون مال الميت حاضرا يتيسر الاداء منه في الحال فيحتاج الوصي الي أن يؤدي ذلك من مال نفسه ليرجع به من مال الميت وكذلك الوارث قد يحتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا فيما أداه من مال

نفسه وكذلك لو قضى الوصي أو لوارث من ماله دينا كان على الميت بشهود فله أن يرجع به في مال الميت لانه هو المأخوذ وهو الذي يخاصم في دين الميت معناه قد ثبت عليه الدين في حال لا يتيسر عليه أداؤه من مال الميت فيحتاج الى الاداء من مال نفسه ليرجع به في مال الميت ولا فرق في حق الميت بين ادائه من ماله وبين ادائه من مال نفسه ليرجع به في ماله وكذلك الوصي يشترى لليتيم الطعام والكسوة من ماله بشهادة الشهود أو يؤدى من مال نفسه خراجهم بشهود فله أن يرجع بذلك في مال الميت لان شراء ما يحتاج اليه الصبي لا يقبل التأخير وفي الخراج بعد ما طولب بالاداء لا يتمكن من التأخير فيؤدى من مال نفسه لعدم تيسر الاداء من مال الميت في ذلك الوقت فلا يصدق على اداء الخراج ولا شراء شئ من ماله الا بشهادة شهود على ذلك لانه يدعى لنفسه دينا في مال الميت وهو لم يجعل أمينا في ذلك وان كان للميت عنده مال فقال أديت منه وانفقت منه عليه فهو مصدق على ذلك بالمعروف لانه أمين فيما في يده من المال فهو ينفي الضمان عن نفسه بما يخبر به مما هو محتمل فيقبل قوله في ذلك وهو نظير المودع اذا أمره المودع بقضاء دينه من الوديعة فزعم انه قد قضى صاحب الدين دينه كان القول قوله مع اليمين في براءة نفسه عن الضمان بخلاف ما اذا أمره بقضاء دينه من مال نفسه فقال قد قضيت لا يقبل قوله في اثبات حق الرجوع له عليه الا ببينة واذا قبض الوصي دينا كان للميت على انسان كتب له البراءة بما قبض ولم يكتب البراءة من كل قليل أو كثير لانه لا يدرى لعل للميت مالا سوى ذلك فيكون بما يكتب عليه البراءة من كل قليل وكثير مبطلا لحق الميت ولانه أمين فيما يقبضه فانما يكتب له البراءة عما هو أمين فيه وهو ما وصلت اليه يده ولو أقر الوصي أن هذا جميع ماله عليه لم يصدق على الورثة لانه مجازف في هذا الاقرار لا طريق له الى معرفة كون المقبوض جميع ماله للميت عليه بخلاف ما اذا أقر الموصى بذلك لانه عالم بما أقر به ولانه مسقط لما وراء ذلك من جهته وهو يملك الاسقاط فاما الوصي فلا يملك اسقاط شئ من حق الورثة وانما يملك الاستيفاء ثم هذا من الوصي اقرار على الغير ومن الموصى اقرار على نفسه وكذلك ابراء الوصي الغريم لا يجوز الا أن يقول برئت الآن من المال الذي كان عليك فحينئذ هو اقرار بالقبض لانه ببراءته بفعل من المطلوب متصل بالطالب وذلك ايفاء المال وفي قوله برئت كذلك الجواب عند أبي يوسف وعند محمد هو لفظ ابراء كما بيناه في الكفالة واذا أخذ الصبي مال الورثة

الى رجل لم يجز عليهم وان كانوا صغارا وكذلك ان حط شيأ عن الغريم لان هذا اسقاط فى الدين الواجب لا بعقد هو ثابت فى الاستيفاء فيكون فى الاسقاط كاجنبي آخر والتأخير اسقاط المطالبة الى مدة فهو بمنزلة الابراء فاذا احتال به على انسان أملأ من الغريم فهو جائز لانه ليس فيه اسقاط حقهم بل فيه تصرف على وجه النظر لهم لان الدين فى ذمة الملىء يكون أقوى منه فى ذمة المفلس فهو بمنزلة ما لو اشترى لهم عينا وان كان الذى احتال عليه مفلسا والغريم مليأ فالحوالة باطلة والمال على الاول على حاله لانه لا منفعة لهم فى هذا التصرف بل فيه ضرر عليهم وهو مأمور بقربان مالهم على الاصلح والاحسن وكذلك اذا صالح على حق اليتيم فان كان الصلح خيرا له يوم صالح فهو جائز وان كان شرا له لم يجز معناه اذا كان الدين لليتيم ولا حجة له على ذلك فصالح الوصى على مال يستوفيه لليتيم خير له من يمين المدعى عليه وان كان لليتيم بينة فالصلح شر له لما فيه من اسقاط بعض حقه مع تمكنه من اثباته فان مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق وكذلك ان ابتاع لنفسه من متاعهم شيأ فان كان ذلك خيرا لهم فان ابتاع بأكثر من ثمن مثله جاز وان كان ثمن المثل أو دون ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو قول محمد وزفر رحمه الله لا يجوز بحال وكذلك الخلاف فيما اذا باع مال نفسه من مال اليتيم فان كان بمثل قيمته أو أكثر لم يجز وان كان أقل من قيمته فهو على الخلاف فأما الاب اذا فعل هذا مع نفسه يجوز في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله بمثل قيمته أو بغبن يسير وفى قول زفر لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفى العقد من الجانبين فى البيع والشراء كالوكيل وهذا لانه يؤدى الى تضاد الاحكام لانه يكون مستزيدا مستنقصا مسلما متسلما طالبا مطالبا ثم فى حق نفسه هو متهم وليس للاب والوصى أن يتصرف فى مال اليتيم على وجه يؤدى الى التهمة (ألا ترى) انه لا يعامل الاجنبى بغبن فاحش لاجل التهمة فكذلك لا يعامل نفسه فى ذلك * وجه الاستحسان أن الاب غير متهم فى حق ولده لان له من الشفقة عليه ما يؤثره على نفسه ويكون تصرفه مع نفسه وتصرفه مع أجنبي آخر سواء فى انتفاء التهمة ثم فى هذا التصرف يكون نائبا محضا في جانب الصغير ولهذا لو بلغ الصغير كانت العهدة عليه لان الاب يمكنه التزام سبب الزام العهدة اياه بأن يأذن له فى التجارة فاذا صار نائبا فى جانبه لا يؤدى الى تضاد الاحكام بخلاف الوكيل وأما وجه قول محمد فى الوصيين انما تركنا القياس فى الاب لمعنى وفور شفقته وذلك لا يوجد فى حق الوصى فيؤخذ فيه بالقياس

(ألا ترى) أنه لا يملك التصرف مع نفسه بمثل قيمته لهذا ولو كان هو مالكا للتصرف مع نفسه لملك مثل قيمته كما يملك ذلك مع الاجنبي وأبو حنيفة وأبو يوسف استحسنا اذا كان للصبي في تصرفه منفعة ظاهرة لانه قد ظهر منه ما يدل علي وفور الشفقة وايثاره الصبي علي نفسه فيما هو المقصود بالتصرف لانه لا مقصود فيه سوى المالية فباعتبار هذا المعنى يلتحق بمن هو وافر الشفقة وهذا لانه يمكن أن يجعل نائبا في جانب الصبي لانه يملك أن يلزمه العهدة بالاذن له في التجارة كالاب بخلاف ما اذا كان تصرفه بمثل القيمة لانه لم يظهر منه ما ينفي التهمة عنه ولا ما يكون جائزا لنقصان تفويت المقصود بالعين على الصبي واذا نفذ الوصى أمور الميت وسلم الباقي الى الوارث وأراد أن يكتب على الوارث كتاب براءة للوصى من كل قليل أو كثير فللوارث أن يمتنع من ذلك لانه لا يدرى انما سلم اليه جميع حقه فلعله أخفى بعض ذلك أو أتلفه فان الخيانة من الاوصياء ظاهرة واداء الامانة منهم نادر فلا يجب على الوارث أن يكتب له البراءة الا عما أخذ منه بعينه فهذا هو العدل بينهما لان على طريقة القياس من استوفى حق نفسه لا يلزمه أن يكتب البراءة لغيره ولكن لاجل النظر للوصى يأمره أن يكتب له البراءة وانما يكتب علي وجه لا يتضرر هو به وذلك في أن يكتب البراءة مما أخذ منه بعينه قال واذا أعطى الوصى أحد الورثة وهو كبير نصيبه مما وصل اليه من الميراث وهو ألف درهم ثم جحد وقال لم يكن عندى غير هذا فهو ضامن لألف أخرى حصة الصغير لانه قد تقدم منه الاقرار بوصول الالفين اليه لأن من ضرورة دفعه ألفا الي أحدهما اقراره ان المدفوع نصيبه اقرار بان عنده مثل ذلك للصغير فالثابت بضرورة النص كالثابت بالنص فكان في الجحود بعد ذلك مناقضا فلا يقبل قوله ويضمن للصغير ألفا أخرى واذا كان في الورثة صغير كان للوصى أن يبيع العقار وسائر الميراث وكذلك لو كان علي الميت دين أو أوصى بوصية وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ليس له أن يبيع حصة الكبار من العقار وانما يبيع حصة الصغار خاصة وكذلك لا يبيع الا بقدر الدين من العقار وهو قول ابن أبي ليلي والقياس هذا لان ولايته على نصيب الصغير دون نصيب الكبير اعتبارا لحالة الاختلاط بحالة الانفراد وكذلك ولايته باعتبار الدين فيتقدر بقدر الدين وفيما زاد على ذلك يجعل كأنه لا دين علي الميت ولا صغير في ولايته فلا يكون له أن يبيع العقار وأبو حنيفة استحسن فقال لما ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل لان الولاية بسبب الوصاية لا تحتمل التجزى

وهـذا لان في بيع البعض اضرارا بالصـغير والـكبير جميعا لانه يثبت به نصيب الـكبير والاشقاص لايشترى بما يشـترى به الجل فكان فى بيع الكل توفر المنفعة عليهم وللوصى ولاية فى نصيب الكبير فيما يرجع الى توفير المنفعة عليـه (ألا ترى) أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له * قال واذا أوصى بالثلث في أشياء يشترى به ويتصدق بها والورثة كلهم كبار فللوصي أن يبيع العقار كله فى قول أبى حنيفة لما فيه من توفير المنفعة علي الورثة وعندهما ليس له أن يبيع من العقار غير الثلث لان ثبوت الولاية له بسبب الوصية فيقتصر على معدن الوصية وهو الثلث فان كانت الورثة كبارا كلهم وليس عليه دين ولم يوص بشئ فان كانت الـكبار غيبا أو بعضهم كان للوصى أن يبيع الحيوان والعروض لانه يملك حفظ التركة الى أن يحضروا فيقتسموا وبيع الحيوان والعروض من الحفظ لانه يخشى عليها التلف وحفظ الثمن أيسر وليس له ولاية بيع العقار لانها محتصة بنفسها فبيعها ليس من الحفظ وان كانوا حضورا لم يكن له أن يبيع شـيأ من ذلك ولـكن يسـلم الـكل اليهم لينظروا فيـه لانفسهم بالبيع أو القسمة بينهم لانهم يتمـكنون من النظر لانفسهم اذا كانوا حضورا فلا حاجة الى نظر الوصى لهم وان كانوا غيبا فأجر الوصي عبدا أودابة فهو جائز لان هذا من باب النظر والحفظ فان المنفعة أقرب الى الهلاك من العين لانها لاتبقي وقتين ففى استبدال ذلك بما يبقى لهم وهى الاجرة توفر المنفعة عليهم وما اشترى الوصي للرقيق من الـكسوة فلا ضمان على الوصي فيه لانه أمين حافظ لهم بحق فهلاكه فى يده كهلاكه فى أيديهم واذا قسم الوصى المال بينهم وهم كبار فأعطى نصيب الحضور منهم وأمسك نصيب الغائب فهو جائز لانه فى العروض يملك البيع فى نصيب الغائب فيملك القسمة أيضا وهذا لان فى قسمته معنى الحفظ فى حق الغائب لانه يتميز بالقسمة ملـكه من ملك غيره واذا قسم الوصيان مال الورثة وأخذ كل واحد منهما طائفة فقال أحدهما الذى عندى لفلان خاصة والذى عندك لفلان فقسمتهما باطلة لان الوصيين فى التصرف كوصى واحـد والوصي الواحد لو قاسم نفسه لم تجز القسمة فـكذلك الوصيان وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ظاهر لان كل واحد منهما لايستبد بالتصرف عندهما وأما عند أبى يوسف فيستبد كل واحد منهما بالتصرف مع الاجنبي فاذا اجتمعا فى تصرف كانا فى ذلك كشخص واحـد وقد اجتمعا فى هـذه القسمة فهما فيه كوصى واحـد ولو غاب أحد الوصيين فقاسم الآخر الورثة وأعطى الـكبار حصتهم وأمسك حصة الصغير فان

ذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد حتى اذا ضاعت حصة الصغير كان له أن يرجع فيما قبض الكبار بحصته وفي قول أبي يوسف تجوز هذه القسمة وهذا بناء على ماسبق من بيع أحد الوصيين وشرائه لليتيم بدون رضا صاحبه واذا كان للميت وديعة عند رجل فامره الوصي أن يقرضها أو يهبها أو يسلفها فأمره باطل لانه لا يملك مباشرة هذه التصرفات بنفسه فلا يعتبر أمره به ويكون الضمان على الذي فعل ذلك لانه هو المستهلك للمال بدفعه الى الغير على وجه التمليك منه وان أمره أن يدفعها الى رجل فدفعها اليه جاز وبرئ منها لان الوصي بهذا يصير موكلا للقابض بالقبض وهو يملك القبض بنفسه فيملك أن يوكل غيره * يوضحه أنه لو قبض بنفسه ودفعه الى هذا الرجل وديعة كان ذلك صحيحا منه فكذلك اذا أمر من في يده بان يدفعه اليه ولو أمره الوصي بان يعمل بالمال مضاربة أو يشتري به متاعا كان ذلك جائزا لان هذا تصرف يملك الوصي مباشرته بنفسه فيعتبر أمره فيه ويكون بمنزلة شراء الصبي بعد بلوغه والله أعلم

باب اقرار الوارث

(قال رحمه الله) واذا أقر الوارث أن أباه أوصي بالثلث لفلان وشهدت الشهود ان أباه أوصى بالثلث لآخر فانه يؤخذ بشهادة الشهود ولا شئ للذى أقر له الوارث لان الشهادة حجة في حق الكل والاقرار حجة في حق المقر خاصة فوصية المشهود له ثابتة في حق المقر له ووصية المقر له ليست بثابتة في حق المشهود له ومحل الوصية الثلث واذا صار الثلث مستحقا للمشهود له بقضاء القاضي لم يبق للمقر له شئ لان الوارث انما أقر له بالثلث وصية والاستحقاق بالوصية لا يكون الا في محلها قال ولو أقر الوارث ان أباه أوصى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل أوصي به لفلان أو قال أوصي به لفلان لا بل لفلان فهو للاول في الوجهين جميعا ولا شئ للآخر لان الاول استحق الثلث باقرار الوارث له على وجه لا يملك الوارث ابطال استحقاقه بالرجوع عنه وقوله لا بل لاستدراك الغلط بالرجوع عن الاول واقامة الثاني مقامه ولم يصح رجوعه وما بقي الثلث مستحقا للاول لا يملك المقر ايجابه لغيره فاقراره للثاني صادف محلا هو مستحق لغيره فكان الاول أحق به * قال ولو أقر اقرارا متصلا فقال أوصى بالثلث لفلان وأوصي به لفلان جعلت الثلث بينهما نصفين لانه أشرك الثاني مع الاول في الثلث

والعطف للاشراك وهو صحيح منه لان الكلام المتصل بعضه ببعض اذا كان فى آخره مايغير موجب أوله يتوقف أوله على آخره ويصير هذا بمنزلة مالو أقر لهما معا بخلاف ما اذا لم يكن كلامه متصلا لان البيان المغير له بمنزلة الاستثناء يصح موصولا لا مفصولا وقد بيناه فى الاقرار * قال واذا أقر أنه أوصى به لفلان ودفعه اليه ثم قال لا بل لفلان فهو ضامن له حتى يدفع مثله الى الثاني ولا يصدق على الاول لانه بالكلام الثانى أقر أن الثلث كان مستحقا للثانى دون الاول وقد دفعه الي الاول باختياره فصار مستهلكا للمدفوع ويجعل ذلك كالقائم فى حقه فيلزمه دفع مثله الى الثانى ولا يقبل قوله فى الرجوع عن الاستحقاق الذي أقر به للاول ولو كان دفعه الى الاول بقضاء القاضى لم يضمن للثانى شيأ لانه ما استهلك شيئا من المال فان الدفع كان بقضاء القاضي ومحل الوصية تعين فيما قضى به القاضى للاول فيكون هو شاهدا للثانى على الاول والشاهد اذا ردت شهادته لم يغرم شيئا بخلاف الاول فهناك هو الذى دفع بنفسه فكان مستهلكا وتعيينه فى حق الثانى غير صحيح فيجعل فى حق الثانى كان محل الوصية فى يده على حاله ولو أقر لرجل بوصية ألف بعينها وهو الثلث ثم أقر لآخر بعد ذلك بالثلث ثم رفع الى القاضى فانه ينفذ الالف للاول لانه أقر له والمال فارغ عن حق الغير وبقضاء القاضى يتعين المدفوع الى الاول محلا للوصية ولا يكون للثانى على الوارث شئ لانه لم يبق شئ من محل الوصية فى يده ويتبين أن الوارث فى الكلام الثانى كان شاهدا للثانى على الاول لا مقرا له على نفسه وشهادة الورثة على الوصية جائزة كما تجوز شهادة غير الوارث لانه لا منفعة له فى هذه الشهادة بل عليه فيها ضرر * قال واذا شهد وارثان أن الميت أوصى لفلان بالثلث فدفعا ذلك اليه ثم شهدا انما كان أوصى به لآخر وقالا أخطأنا فانهما لا يصدقان على الاول لانهما رجعا عن شهادتهما بعد تمام الاستحقاق للاول فلا يعمل رجوعهما فى حقه وهما ضامنان للثلث يدفعانه الى الآخر لان اقرارهما علي أنفسهما صحيح وقد أقرا أنهما استهلكا محل حق الثانى بالدفع الى الاول فكانا ضامنين له ولو لم يكونا دفعا شيئا أجزت شهادتهما للآخر وأبطلت وصية الاول لانهما يشهدان للاول على الآخر فان محل الوصية ما ثبت مستحقا للاول وقد شهدا ان استحقاق ذلك المحل للثانى دون الاول فوجب قبول شهادتهما لانتفاء التهمة عنهما خلاف الاول فقد صارا ضامنين هناك لانهما متهمان فى حق الاول من حيث انهما قصدا بشهادتهما للثانى اسقاط الضمان عن أنفسهما * قال واذا كانت الورثة ثلاثة والمال ثلاثة آلاف

فأخذ كل انسان ألفا ثم أقر أحدهم أن أباه أوصى بالثلث لفلان وجحد الآخران ذلك فانه يعطيه ثلث ما في يده استحسانا وفي القياس يعطيه في الفصل الثاني نصف ما في يده وفي الفصل الاول ثلاثة أخماس ما في يده وجه القياس أن المقر في حق نفسه كان ما أقر به حق ولا يصدق في حق غيره فاذا كانا اثنين فالمقر يزعم أن حقه في التركة وحق المقر له سواء لانه يقول له الثلث وصية والثلثان بيني وبين آخر نصفان واذا كان يزعم أن حقهما سواء يقسم ما في يده بينهما نصفين كما لو أقرا بأخ آخر وهذا لانهما يزعمان أن حق الجاحد في ثلث المال وقد أخذ نصف المال فما أخذه زيادة علي حقه كالتاوي فلا يكون ضرر ذلك علي أحدهما دون الآخر وكذلك في الفصل الاول المقر يزعم أن للمقر له الثلث والثلثان بيننا أثلاثا وحقه في ثلاثة من تسعة وحقي في سهمين فيجعل ما في يده بينهما أخماسا باعتبار زعمه وجه الاستحسان أن الجاحد مع ما أخذ يجعل كالمعدوم وكأن جميع التركة ما في يد المقر وهو الوارث فانما يلزمه أن يدفع الثلث الى المقر له بطريق الوصية * يوضحه أنا لو أخذنا بالقياس فأمرناه أن يدفع اليه نصف ما في يده ثم أقر الابن الآخر بالوصية بالثلث الآخر فانه يدفع اليه نصف ما في يده أيضا فيؤدي الى تنفيذ الوصية في نصف المال والوصية لا تنفذ في أكثر من ثلث المال فلهذا أخذنا بالقياس ولو كان المال ألفا عينا وألفا دينا علي أحدهما فأقر الذي ليس عليه دين أن أباهما أوصى لهذا بالثلث أخذ من هذه الالف ثلثها وكان للمقر ثلثاها لان في زعم المقر أن حق المقر له في ثلث كل ألف وكان منعه الابن المديون حقه في الدين لا يلزمه أن يدفع اليه من العين زيادة علي حقه فلهذا يعطيه ثلث العين الذي في يده وفي القياس يعطيه نصف ذلك لاقراره أن حقهما في التركة سواء ولو كان المال كله عينا فأخذ كل واحد منهما ألفا ثم أقر كل واحد منهما علي حياله الرجل غير الذي أقر له صاحبه أن الميت أوصى له بالثلث فان كل واحد منهما يأخذ ثلث ما في يد الذي أقر به وهذا يدلك علي أن ترك القياس أحسن من القياس وأن القياس في هذا فاحش قبيح يعني أن القول به يؤدي الي تنفيذ الوصية في نصف المال (ألا ترى) أن الميت لو ترك امرأة وابنا فأخذت المرأة الثمن ثم أقرت أن الميت أوصى لهذا بالثلث فان المقر له يأخذ ثلث ما في يدها ولو أخذنا بالقياس لكان يأخذ أربعة أخماس ما في يدها لانها تزعم أن حق الموصي له في أربعة من اثني عشر وحقها في واحد وهو ثمن ما بقي فبهذا ونحوه تبين أن الأخذ بالقياس ههنا قبيح * قال ولو ترك اثنين

وعشرين درهما فاقتسماها نصفين ثم غاب أحدهما فأقام رجل البينة على الحاضر بوصية بالثلث أخذ منه نصف ما في يده لانه أثبت بالبينة أن حقهما في التركة على السواء فأخذنا بالقياس ههنا بخلاف مسئلة الاقرار لان ههنا وصية المشهود له ثبتت في حق الحاضر والغائب حتى اذا رجع الغائب كان لهما أن يرجعا عليه بما أخذاه زيادة على حقه فلا يجعل هو مع ما في يده كالمعدوم بخلاف مسئلة الاقرار * يوضحه أن ههنا لو أقام آخر البينة على الوصية بالثلث أيضا على الغائب ثم اجتمعا لم يكن لهما الا الثلث بينهما نصفين فلا يؤدي هذا الي تنفيذ الوصية في أكثر من الثلث بخلاف الاقرار على ما بينا * واذا أقر الوارث بوصية لرجل تخرج من الثلث أو بعتق ثم أقر بدين بعد ذلك لم يصدق على ابطال الوصية والعتق وكان الدين عليه في نصيبه لان محل الدين جميع التركة وقد بقي في يده جزء من التركة فيؤمر بقضاء الدين منه باقراره وأصل هذا الفرق فيما اذا أقر أحد الابنين بدين على الميت فانه يؤمر بقضاء جميع الدين من نصيبه بخلاف الوصية وقد أوضحنا هو ذا في كتاب الاقرار فان أقر الوارث بدين ثم أقر بدين يبدأ بالاول لان صحة اقراره على الميت بالدين باعتبار ما في يده من التركة وقد صار ذلك مستحقا للاول وهو فارغ حين الاقرار له وانما أقر للثاني والمحل مشغول بحق غيره فلا يصح اقراره ما لم يفرغ المحل من حق الاول كالراهن اذا أقر بالمرهون لانسان فان أقر لهما في كلام متصل استويا لان في آخر كلامه ما يغير موجب أوله واذا قال الوارث لفلان كذا من الدين ولفلان كذا من الوديعة والوديعة بعينها وهو جميع ما ترك الميت فانهما يتحاصان فيها لانه حين أقر بالوديعة فقد أقر هناك بدين شاغل لما في يده من التركة فيكون هذا بمعني اقراره بوديعة مستهلكة فكأنه استهلكها بتقديم الاقرار بالدين عليها والاقرار بوديعة مستهلكة اقرار بالدين وكانه أقر بدينين في كلام موصول وان بدأ بالوديعة ثم بالدين بدئ بالوديعة لانه أقر بها ولا دين هناك فصارت عينها مستحقة للمقر له ثم الاقرار بالدين انما يصح في تركة الميت لا فيما تبين أنه ليس من تركته واذا أقر بوديعة بعينها ثم بوديعة أخرى بكلام متصل بدئ بالاول لان الاول استحق ذلك العين بنفسه بنفس الاقرار والاقرار الثاني لا يصح في المحل الذى استحقه الاول وهذا بخلاف الدينين لان موجب ثبوت الدينين الشركة بينهما في التركة فكان في آخر كلامه ما يغير موجب أوله وههنا ليس موجب ثبوت الوديعة بأعيانهما الشركة بين المقر لهما في شئ بل كل واحد منهما يستحق ما أقر له به بعينه فليس في آخر كلامه ما يغير موجب أوله

فلهذا كان المتصل والمنقطع فى هذا سواء حتى انه اذا أقر بوديعتين بغير أعيانهما فهو والاقرار بدينين سواء * قال واذا أقر أحد الورثة بدين وأنكر ذلك بقيتهم لزمه فى نصيبه جميع الدين عندنا بخلاف الوصية وفى الحقيقة لا فرق فانا نجعل فى موضعين الجاحد مع ما فى يده كالمعدوم وكان الوارث هو المقر والتركة ما فى يده ولو كان كذلك لكان يؤمر بقضاء جميع الدين مما فى يده اذا كان بفى بذلك ولا يؤمر بأن يدفع اليه بالوصية الا الثلث وهذا لان الموصى له شريك الوارث والدين مقدم على الميراث من حيث انه لا ميراث له الا بعد قضاء جميع الدين ولو كان الوارث واحدا فقال هذه الوديعة لفلان لا بل لفلان أو قال هى لفلان ثم قال بعد ما سكت ولفلان معه فانها للاول دون الثانى لان الاول استحقها على وجه لا يملك الوارث الرجوع عنه ولا الاشراك لغيره فيه ولو قال هى وديعة لفلان ودفعها اليه ثم أقر أنها كانت لهذا الآخر وأنه قد أخطأ فهو ضامن للثانى مثلها لانه قد استهلكها بالدفع الى الاول بزعمه واذا لم يدفع فهو غير مستهلك شيئا وانما هو شاهد للثانى على الاول وعلى الميت وقد ردت شهادته فلا يكون ضامنا شيئا * قال ولو قال أوصى الى هذا بالثلث ولهذا على أبى دين ألف درهم فى كلام متصل والدين يستغرق جميع المال أجزت الدين وأبطلت الوصية لان الدين مقدم على الوصية وفى آخر كلامه ما يغير موجب أوله لان موجب أول كلامه استحقاق المقر له ثلث التركة فى الوصية مطلقا وموجب آخر كلامه أن يكون استحقاق الوصية مؤخرا عن الدين والبيان معتبر صحيح اذا كان موصولا (ألا ترى) أنه لو قال أوصى الى فلان بالثلث وأعتق هذا العبد وهو الثلث صدقته فى العتق وأبطلت الوصية لانها بيان معتبر فالعتق المنفذ مقدم فى الثلث على سائر الوصايا وان فصل من الاقرارين أجزت الثلث الاول لان البيان بمنزلة الاستثناء لا يصح مفصولا فيبقى محل الوصية مستحقا للاول وقد فسد رق العبد باقراره فعليه ان يسعى فى جميع قيمته لان سقوط السعاية عنه باعتبار الوصية ولم يبق شىء من محل الوصية فعليه السعاية فى قيمته ولو أقر الوارث ان أباه أوصى لفلان باكثر من الثلث وانه قد أجازه بعد موت أبيه ثم مات الوارث قبل أن يقضيه الموصى له وعليه دين فان الوصية يبدأ بها من مال أبيه قبل دين الوارث لان ما أقر به الوارث من الوصية والاجازة كالمعاينة فانه غير متهم فى ذلك حين أقر فى صحته واستحقاق الموصى له عند اجازة الوارث يكون بطريق الوصية من جهة المورث فتم استحقاقه بنفس الاقرار به ثم اقراره بالدين انما يشغل

تركته لا ما كان مستحقا بعينه لغيره فان كان الوارث قد استهلك مال أبيه فهو دين فيما ترك الوارث يحاص صاحبه صاحب دين الوارث لان اقراره بذلك بعد ما استهلكه اقرار بالدين على نفسه ومن أقر بدين ثم بدين ثم مات تحاص الغرماء فى تركته ❊قال واذا شهد وارثان على الوصية جازت وشهادتهما على جميع الورثة لانه لا تهمة فى شهادتهما فان كانا غير عدلين أو أقرا ولم يشهدا بالحصة فشهادتهما فى نصيبهما لان اقرارهما ليس بحجة على غيرهما وكذلك شهادتهما بدون صفة العدالة لا تكون حجة على غيرهما وانما هى حجة عليهما ولا يقال اذا شهدا فى الابتداء وهما عدلان فهما متهمان فى اخراج الكلام مخرج الشهادة لانهما لو لم يذكرا لفظة الشهادة لزمهما فى نصيبهما خاصة وهذا لان فى الوصية لا يتأتى هذا الاشكال فانهما لو شهدا أو أقرا لم يلزمهما الا مقدار حصتهما وانما هذا الاشكال فى الدين ومع هذا تقبل شهادتهما لانه لم يلزمهما قبل الشهادة قضاء شيء من نصيبه لتمكن التهمة في اخراجهما الكلام مخرج الشهادة ولو شهدا وهما عدلان على الوصية وعلى بقية الورثة أنهم أجازوها بعد الموت جازت شهادتهما لانهما لم يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما شيئا ولو شهد شاهدان أنه أوصى بالثلث لهذا الرجل وشهد وارثان أنه رجع عن الوصية بالثلث لهذا وجعله لهذا الآخر جازت شهادتهما لانهما يشهدان للثانى على الاول ولا يجران الى أنفسهما شيئا ولو لم يشهدا على الرجوع ولكن شهدا بالثلث للآخر تحاصا فى الثلث لانه لا تهمة فى شهادتهما فانه لا فرق فى حقهما بين ان يكون المستحق للثلث عليهما واحدا أو مثنى ولو شهد شاهدان أنه أوصى لهذا الاجنبي وشهد وارثان أنه أوصى بالثلث لهذا الوارث وأجازت الورثة فالثلث للاجنبي لان استحقاق الاجنبي الثلث سببه أقوى من حيث انه غير محتاج الى اجازة الورثة ولانه لما ثبت استحقاق الثلث للاجنبي ثبت أنه لا حق للوارث فيه فشهادتهما على اجازة الورثة ليست بشيء وبدون الاجازة لا مزاحمة للوارث مع الاجنبي فى محل الوصية ❊قال ولو شهد وارثان أنه رجع عن وصيته للاجنبي وجعلها لهذا الوارث وأنهما مع جميع الورثة قد سلموا له ذلك بعد الموت كان ذلك جائزا فى قول أبى يوسف رحمه الله الاول وفى قوله الآخر لا تقبل شهادة الوارثين على ذلك وهو قول محمد رحمه الله وجه قوله الاول ان الورثة بالاجازة قد أخرجوا الثلث من حق أنفسهم فهذه شهادة بالاستحقاق للثانى على الاول فلا تتمكن فيه التهمة كما لو شهدا بذلك للاجنبي وجه قوله الآخر أن الاجنبي استحق الثلث عليهما فهما يبطلان ذلك الاستحقاق

بشهادتهما على الرجوع فيتهمان فى ذلك وهذا لانهما يوجبان للثانى مع ذلك الاستحقاق حتى يكون تحويلا من الاول الى الثانى لان الاستحقاق للاول ثابت من غير اجازتهم والاستحقاق للثانى لا يثبت الا باجازتهم ولان الاستحقاق للثانى مع اجازتهم مختلف فيه فمن العلماء من يقول لا وصية للوارث وان اجازت الورثة ولو قضى القاضى بذلك معتمدا علي ظاهر الخبر ينفذ قضاؤه فمن هذا الوجه يجران الى أنفسهما شيئا بخلاف ما اذا شهدا بها لاجنبي آخر

باب اقرار الوارث بالعتق

(قال رحمه الله) واذا مات رجل وترك وارثا واحدا وثلاثة أعبد قيمتهم سواء لا مال له غيرهم فقال ذلك الوارث أعتق أبى هذا فى مرضه ثم قال بعد ذلك لا بل هذا ثم قال لا بل هذا فانهم يعتقون جميعا لانه حين أقر للاول عتق كله اذ ليس فى قيمته فضل على الثلث ثم بالكلام الثانى رجع عن الاقرار الاول وأقر للثانى ورجوعه باطل ولكنه زعم أنه استهلك الاول باقراره فيجعل ذلك كالقائم فى حقه فيعتق الثانى كله باقراره وكذلك الثالث وانما هذا بمنزلة اقراره بالثلث لفلان وصية ودفعه اليه ثم أقر به للاجنبي لان العتق لا يحتاج فيه الي التسليم فنفس الاقرار به بمنزلة التسليم فى المال ولو قال فى كلام متصل أعتق أبى هذا وهذا وهذا سعى كل واحد منهم فى ثلثي قيمته لان فى آخر كلامه مايغير موجب أوله فيتوقف أوله علي آخر ويصير كانه أقر لهم فى كلام واحد فقال اعتقهم الميت فيعتق ثلث كل واحد منهم ويسعى فى ثلثي قيمته * ولو قال أعتق أبى هذا ثم سكت ثم قال وهذا ثم سكت ثم قال وهذا عتق الاول كله ونصف الثانى وثلث الثالث لانه أقر بالثلث للاول فى الكلام الاول فيعتق كله ثم فى الكلام الثانى أقر أن الثلث بينه وبين الاول نصفان فيكون اقراره للثانى بنصف الثلث صحيحا فيعتق نصفه وابطاله استحقاق الاول فى النصف غير صحيح بل يجعل هو فى حق الثانى كالمستهلك لذلك النصف ثم أقر فى الكلام للثالث أن الثلث بينهم أثلاث فيصح ايجاب الثلث للثالث ولا يصح رجوعه عن شيء عما أوجبه للاولين بل يجعل هو كالمستهلك لما زاد على مقدار حق الاولين فى حق الثالث ولو أقر أن أباه أعتق هذا فى مرضه وهو الثلث وشهد الشهود أنه أعتق هذا الآخر وهو الثلث فالذى أقام البينة حر ويسعى الذى أقر له الوارث فى قيمته لان الوارث انما أقر له بطريق الوصية وقد صار محل الوصية

كله للذى أقام البينة ولو أقر الوارث أن أباه دبر هـذا العبد فى مرضه ثم سكت ثم قال وأعتق هذا الآخر فى مرضه فان المدبر يعتق كله من الثلث ويعتق من الآخر نصف الثلث لان اقراره بالتدبير له واقراره بالعتق فى مرضه سواء فانه يعتق من الثلث بعـد موته فى الوجهين وقد بينا فى كتاب العتق أن الاول يعتق كله وأنه يعتق من الثانى نصفه وكذلك لو شهد الشهود على اقرار الوارث فى حياة أبيه أو بعد موته أن أباه أعتق عبده هـذا وهو ينكر أخذ بذلك لان الثابت من اقراره بالبينـة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره بذلك كان مؤاخذا به سواء أقر بذلك قبل موت أبيه أو بعده وكذلك لو شهد أحد الشاهدين أنه أقر بذلك قبـل موت أبيه وشهد الآخر أنه أقر له بعد موت أبيه فالشهادة جائزة لانه اقرار كله يعنى أن الاقرار قول والقول فيما يعاد ويكرر وحكم الاقرار قبل الموت وبعـد الموت واحد فى حقه فهو بمنزلة شاهدي الاقرار اذا اختلفا فى المكان أو الزمان وذلك لا يمنع قبول الشهادة فهذا قياسه

باب الوصية بالعتق على مال أو خدمة

(قال رحمه الله) واذا أوصى الرجل لعبده بأن يؤدى كذا وكذا ويعتق فهو جائز علي ما قال ان كان الذى شرط عليه أداؤه أكثر من قيمتها أو مثلها أو دونها بمقدار ثلث ماله فان كان النقصان عن القيمة أكثر من ثلث ماله حط عنه ثلث المال ويسعى فيما بقى اعتبارا لما أوصى به بمال نقده فى مرضه وهذا لان هذا فى معنى الوصية ببيعه من غـيره ولو أوصى ببيعه من معلوم بثمن مسمي وجب تنفيذ وصيته فان حط شيئا من الثمن فى قيمته يجعل ذلك من ثلث ماله وكذلك اذا أوصي بأن يباع من نفسه بل أولى لان في هذه الوصية منفعة الموصى أيضا من حيث الولاء وانما جعلنا هذا فى معنى البيع لانه شرط عليه اداء ما يقوم مقام مالية رقبة في توفر المنفعة على الورثة ودفع الضرر عنهم فان حقهم فى المالية وذلك يسلم لهم بهذا الطريق فان أعتق مع هذا عبدا على غير جعل بدئ بالعتق من غير جعل ثم أعتقنا هذا الآخر بما بقي من الثلث على ما بينا لان ما نفذ من العتق فى حال حياته مقدم على ما أوصى به بعد موته عتقا كان أو غيره فان ما بعده صار بحيث لا يحتمل الفسخ ولا يحتاج فيه الى التنفيذ وما أوصي به ليس بهذه الصفة فلهذا قدمنا العتق المنفذ فى ثلثه واذا أوصى أن يخدم عبده بعد موته ورثته سنة ثم يعتق لم يجز

الا أن يجيزه الورثة لان الوصية بخدمة العبد لبعض ورثته بمنزلة الوصية بالرقبة وذلك باطل الا أن يجيزه الورثة ثم الوصية بالعتق للعبد مرتبة على الوصية بالخدمة متأخرة عنها فاذا بطلت الاولى لعدم اجازة الورثة تبطل الثانية لفوات شرطها فاذا صحت الاولى باجازة الورثة بعد الموت وهم كبار يجب تنفيذ الاخرى جزما على خدمة العبد سنة كما أوصى به ولو أوصى بأن يخدم جميع الورثة سنة ثم هو حر فهذا جائز لانه ليس فى هذه الوصية ايثار بعض الورثة ولكنه ايفاء ما كان من استخدام الورثة اياه سنة بعد موته ثم أوصى بعتقه بعد ذلك فيجب تنفيذ وصيته من الثلث فان كره ذلك بعضهم أجبر عليه لان سلامة خدمته لهم بطريق الارث لا بطريق الوصية والارث لا يرد لكراهة الورثة فان قيل الخدمة لا تورث قلنا نعم مقصودا ولكنها تورث تبعا لملك الرقبة ولما لم يجب تنفيذ الوصية بالعتق فى الحال صارت الرقبة مع الخدمة مملوكة لهم ارثا على أن يعاد الى الميت حكما عند الاعتاق وهو بعد مضى السنة لتسليم الولاء له ثم مقصود من كره منهم ابطال الوصية بالعتق والوارث لا يملك ذلك فى محل الوصية وهو الثلث فان أوصى أن يخدم فلانا سنة ثم هو حر وفلان غير وارث فهو جائز من الثلث لانه جمع بين وصيتين تصح كل واحدة منهما منفردة فيصح ترتب احداهما على الاخرى أيضا فان أبى أن يقبل الخدمة لم يجبر على ذلك لان الخدمة ههنا تسلم للموصى له بالوصية وللموصى له حق الرد فى الموصى به على ما نبينه فى الوصية بالرقبة بعد هذا واذا بطلت الوصية الاولى برده بطلت الثانية حكما لانه أوجبها مرتبة على الاولى وقد فات شرطها حين رد الوصية بالخدمة وكذلك لو قتل ثم مات قبل سنة لان الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له فان الارث لا يجرى فى مجرد المنفعة فوارث الموصى له لا يخلفه فى ذلك وكذلك لو قال اذا خدم فلانا سنة أو ان خدم سنة فهو حر فان الشرط يفوت بموت فلان قبل مضى السنة فتبطل الوصية بالعتق لفوات الشرط فان كان فلان غائبا فقدم بعد موته بسنة فالخدمة تكون له من يوم قدم لان الموصى ذكر سنة منكرة ولا حاجة الى تعيين السنة التى تعقب موته لان الجهالة فى الموصى به لا تمنع صحة الوصية ولو قال يخدم فلانا هذه السنة ثم هو حر فلم يقدم حتى مضت السنة بطلت الوصية بالخدمة لفوات محلها فانه عين الوصية للمنافع التى تحدث فى السنة التى عينها وذلك يفوت بمضيها ويبطل العتق أيضا لفوات شرطه ولو قال يخدم فلانا سنة ثم هو حر ولا مال له غيره فانه يخدم فلانا يوما والورثة يومين فاذا مضت ثلاث سنين عتق لان

الوصية تنفذ من الثلث وفي تسليم العبد الي الموصى له ليخدمه في جميع السنة قصر يد الوارث عن جميع التركة لمكان الوصية وذلك لا يجوز وحق الورثة ضعف حق الموصى له فقلنا يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي ثلاث سنين فيصير مستوفيا كمال حقه في الوصية بالخدمة ويتم به شرط الوصية بالعتق فيعتق ثلثه وعليه السعاية في ثلثي قيمته للورثة ولو أوصى أن يخدم ورثته سنة ثم هو حر فصالحوه من الخدمة على دراهم وعجلوا عتقه جاز لان الخدمة مستحقة لهم بالميراث فيجوز الاعتياض عنه بالمال ويجعل وصول البدل اليهم كوصول المبدل بأن يخدمهم سنة فيعتق منه ثلثه ثم هم أسقطوا حقهم عن الخدمة بعوض ولو أسقطوه بغير عوض وعجلوا العتق جاز لان الميت صار راضيا بالتزام ولائه فكذلك اذا أسقطوه بعوض ولو أوصى أن يعتق عنه هذه الجارية بعد موته بسنة فولدت ولدا وأغلت عليه قبل السنة أو بعدها فذلك للورثة وتعتق هي من الثلث وقد بينا فيما سبق أن الوصية بالعتق لا تسرى الى الولد ولا الى الكسب والغلة والورثة بمنزلة الملاك لها فيما هو فارغ عن الوصية لان سبب الملك لهم فيها قد تقرر والباقي لملك الميت كذلك الا أنا نجعلها كالباقية على ملك الميت حكما لضرورة الحاجة الى تنفيذ وصيتها وفيما وراء ذلك هي مملوكة للورثة وان جنت جناية فذلك الى الوارث ان شاء دفعها بالجناية وأبطل العتق وان شاء فداها بالارش وأعتقها عن الميت لانه بمنزلة المالك لها في حكم الجناية فان اختار دفعها دفع به محل الوصية بالعتق وهو ملك الميت وان اختار الفداء فقد طهرت عن الجناية وبقيت محلا للعتق عن الميت كما كانت والوارث متبرع في الفداء لانه غير مجبور علي ذلك واذا أعتقها أحد الورثة عن نفسه قبل مضى السنة فهو حر عن الميت لان الوارث بمنزلة المالك فلا بد من تنفيذ عتقه ثم عتقها مستحق عن الميت وما استحق في عين بجهة فعلى أى وجه أتى به يقع عن المستحق عليه وعليه حصة من بقي من الورثة من قيمة الخدمة لاحتباس ذلك عنده حتى نفذ العتق فيه من بعض الورثة وذلك متقوم فيما هو بينه وبين الورثة على ما بينا واذا كان أعتقه بعد مضى السنة فلا شيء على أحد اذا كان يخرج قيمتها من الثلث لان هذا تنفيذ للوصية وأحد الورثة بمنزلة جماعتهم في تنفيذ جميع وصية الموصى في العتق بعد موته وان دبرها وارث عن نفسه ثم مات فهي حرة عن الميت بمنزلة ما لو علق عتقها بشرط آخر وقد يوجد الشرط وان لم يمت فتدبيره باطل لانه لا يملك اعتاقها عن نفسه فلا يملك تدبيرها عن نفسه أيضا وليس في التدبير تنفيذ وصية الميت

وكذلك لو قال الوصي لانسان بعد مضي السنة اعتقها عن الميت فأعتقها أو احتضر الوصي فأوصى الى آخر أن يعتقها عن الميت جاز ذلك بخلاف المأمور بالعتق فى حالة الحياة اذا أمر غيره به لان المأمور نائب محض والآمر ما أنابه مناب نفسه فى الوصية الى الغير وللوصي ولاية تحصيل المقصود بنفسه وفى أمره غيره بذلك وايصائه اليه بعد موته تحصيل مقصود الموصى فيصح ذلك من الوصى واذا أوصى بعتق ما فى بطن جاريته بعد موته بشهر فهو جائز لان ما فى البطن كالمنفصل فى حكم مقصود المعتق فيه فان أعتق الام بعض الورثة فهى حرة عنه وما فى بطنها حر عن الميت لان الجنين تابع للام فى العتق الذى أوجبه المعتق فيها ولو أعتق الجنين أحدهما عتق عن الميت فكذلك اذا أعتق الام أحدهم وقد صارت الام مشتركة بينهم بالميراث لانها فارغة عن الوصية فاذا أعتقها أحدهم يخير شركاؤه كما هو قول أبى حنيفة فى عتق أحد الشركاء المملوك المشترك وان دبرها قبل أن تلد فتدبيره جائز لانه يملك نصيبه منها ومن ضرورة نفوذ التدبير منه فى نصيبه منها نفوذه فى نصيبه من الولد لان الجنين لا ينفصل عنها فى حكم التدبير كما لا ينفصل فى حكم العتق فانه بمنزلة جزء منها وتبطل وصية الميت فى الجنين لفوات محله وهو أن يكون المملوك باقيا على ملك الموصي حكما ليعتق عنه فيكون ولاؤه له وينفذ التدبير من الذى دبر فى بعض الجنين عن نفسه بتقرر ملكه ويستحق ولاءه ضرورة فيفوت به محل الوصية ولو أوصى أن يعتق عنه جاريته فلانة بعد موته بسنة وهى الثلث فباعها الورثة فبيعهم باطل لانها باقية على ملك الميت حكما مشغولة بحاجته فبيعهم اياها فى هذه الحالة كبيعهم اياها قبل موت الموصى أو كبيع الورثة التركة المستغرقة بالدين وذلك باطل فهذا أيضا كذلك بل أولى لان فى البيع ابطال الوصية بالعتق أصلا فان ولدت من المشترى فالولد ولده والمشترى مغرور من جهة الورثة حيث لم يعلم بالوصية حين اشتراها وولد المغرور حر بالقيمة الا أن ههنا لا قيمة لها لانها لو وجبت وجبت للورثة وللمشترى أن يرجع بها عليهم لاجل الغرور فلا فائدة فى ايجابها وعليه العقر لهم لانه وطئها بشبهة وايجاب العقر مفيد فان المشترى لا يرجع بما يغرم من العقر على البائع بسبب الغرور ويردون عليه لبطلان البيع وتؤخذ الجارية وتعتق عن الميت بعد سنة كما أوصي ولو أوصى بعتق جاريته وقيمتها ألف وله ألفان فهلكت الالفان قبل أن يعتقها الوصى فان الجارية يعتق ثلثها وتسعى فى ثلثي قيمتها لان ما هلك من المال قبل استيفاء الورثة صار كأن لم يكن وهو والهالك قبل

موت الموصي سواء فلم يبق الا الجارية فلا تنفذ الوصية فى أكثر من الثلث فيعتق ثلثها وتسعى فى ثلثي قيمتها والله أعلم

باب الوصية اذا لم يقبلها الموصى له

(قال رحمه الله) قد بينا أنه لا حكم لقبول الموصى له ورده فى حياة الموصى لان أوان وجوب الوصية ما بعد موته ولا معتبر بالقبول والرد قبل أوانه فاذا مات الموصى فان قبل الموصى له الوصية فالملك له فى الموصي به قبضه أو لم يقبضه لان بمجرد القبول يلزم العقد على وجه لا يملك أحد ابطاله فيثبت حكمه وهو الملك بخلاف الهبة بعد القبول قبل القبض وان رد الموصى له الوصية بطلت برده عندنا وفى قول الشافعي لا تبطل وهو احدى الروايتين عن زفر لان الملك بالوصية بمنزلة الملك بالارث على معني أنه عقب الموت ثم الارث لا يرتد برد الوارث فكذلك الوصية وهذا لان الملك ها هنا يثبت بطريق الخلافة وهو أن الموصى له صار خلفا عن الموصى فى ملك الموصى به كالوارث فى التركة وجه قول علمائنا رحمهم الله أن هذا تمليك المال بالعقد فلا يثبت الا بالقبول أو بما يقوم مقامه كالتمليك لسائر العقود وهذا لان الملك يثبت للموصى له ابتداء ولهذا لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى والملك المتجدد يستدعى شيئا مبتدأ واحد لا يملك تتميم سبب الملك لغيره بغير رضاه بخلاف الميراث فانه يبقى للوارث الملك الذى كان ثابتا للمورث حتى يرده بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه المورث والبقاء لا يستدعى سببا مبتدأ أو لان أحدا لا يثبت له على غيره ولاية ادخال الشئ فى ملكه قصدا من غير اختياره وفى الميراث الملك ثبت من غير اختيار من المورث (ألا ترى) انه لو أراد أن يمنعه لا يتمكن من ذلك وللشرع هذه الولاية فأما ما هنا فان الملك يثبت بايجاب الموصى بدليل أن له أن يمنعه من ذلك بالرجوع عن الوصية قبل موته ولا يثبت الا بالقبول من الموصى له لانعدام ولاية الموصى عليه ولان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله تضرر به فانه لو أوصى له بعبد أعمى تجب عليه نفقته اذا أثبت الملك له ولو أوصى بدنان مسكرة أو بزبل اجتمعت فى داره ولو ثبت الملك له بغير قبوله وجب عليه نقلها شاء أو أبى وفى هذه من الضرر عليه مالا يخفى وكذلك لو أوصى له بآنية أو بمملوك له ذى رحم محرم منه أو مملوك قد حلف بعتقه ان ملكه لو دخل فى ملكه

من غير قبوله لكان يعتق عليه ويلزمه ولاؤه وليس لاحد أن يلزمه الولاء من غير اختياره ولو أوصى له بزوجته أو ملكها بدون قبوله نفذ نكاحه وليس للموصى ولاية افساد نكاحه فلهذا قلنا بانه لا يثبت له الملك مالم يقبل وكذلك ان أوصى بأم ولده فما لم يقبلها لا تصير أم ولدله فان لم يعلم الموصى له بالوصية بعد موت الموصى حتى مات ففى القياس ورثته بمنزلته لا يجبرون على القبول وهو احدى الراويتين عن زفر رحمه الله لان الورثة انما يخلفونه بالقيام فى الملك الذى كان ثابتاله فى حياته وهاهنا الملك ما كان ثابتا له فى حياته قبل قبول الوصية وانما كان الثابت له حق القبول وهو حق متأكد لا يملك غيره ابطاله فيقوم وارثه فيه مقامه فلا يثبت الملك مالم يقبل الوارث وهذا لان موت الموصى له مناف للوصية لا متمم لها (ألا ترى) أنه لو مات في حياة الموصى بطلت الوصية وهاهنا الوصية ما كانت تامة قبل موته ويستحيل أن يكون الموت الذى هو المنافى متمما للوصية ولكنا ندع القياس فى هذا ونجعلها من مال الموصى له استحسانا حتى اذا كانت أم ولده تعتق واذا كانت غير أم ولده تصير مملوكة لورثته لان سبب الملك قديم من جهة الموصى على وجه لا يتمكن هو ولا من يقوم مقامه من ابطاله وانما بقي حق الرد للموصى له وذلك يبطل بموته كالمشترى اذا شرط الخيار لنفسه ثم مات فى مدة الخيار تم الملك لان الثابت له حق الرد ولم يبق بعد موته فيتم الملك فهذا مثله وهذا لان حق الرد انما كان ثابتا له لحاجته الى دفع الضرر عن نفسه وقد انتهت حاجته بموته ولو كان الموصى له حيا لم يعلم بالوصية وكان يطؤها بالنكاح حتى ولدت له أولادا ثم علم بالوصية فهو بالخيار لان اقدامه على وطئها قبل العلم بالوصية لا يكون دليل القبول والرضا منه بالوصية والنكاح كان قائما بينهما قبل القبول وحل الوطء ثابت له بحكم النكاح فلهذا بقى خياره فى القبول اذا علم بالوصية فان قبلها كانت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وأولاده أحرار ان كانوا يخرجون من الثلث لانهم حدثوا بعد تمام الوصية من جهة الموصى وبعد تمام السبب الموجب للملك قبل ثبوت الملك فكانوا بمنزلة الولد الحادث فى مدة الخيار اذا تم الملك للمشترى وان رد الوصية فهى وأولادها للورثة والنكاح بينه وبينها قائم ونسب الاولاد منه ثابت ولو أوصى رجل لرجلين بثلثه فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية اذا قبل لان فى حق الراد منهما بطلت الوصية برده ولو بطلت بسبب آخر بان كان وارثا جاز فى حصة الآخر فكذلك اذا بطلت برده وهذا لان الشيوع لا يمنع صحة الوصية بخلاف الهبة

فان القسمة مشروطة فى الهبة ليتم القبض والقبض ليس بشرط لوقوع الملك فى الوصية واذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته ثم ردها على الورثة فرده جائز اذا قبلوا ذلك لان الرد عليهم فسخ للوصية وهم قائمون مقام الميت ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحا اذا قبله فكذلك اذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه وهذا لان فسخ العقد معتبر بالعقد فاذا كان أصل هذا العقد يتم بالايجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضى وبهذا فارق الصدقة والهبة فان ذلك ابتداء التمليك والشيوع فيما يحتمل القسمة مع صحته وهذا فسخ الوصية والشيوع لا يؤثر فى فسخ الوصية كما لا يؤثر فى أصل الوصية وان ردها على بعض الورثة دون البعض ففى القياس هذا باطل لان هذا تمليك منه لمن ردها عليه فيكون التملك بلفظ الهبة والاعطاء ولكنا نستحسن فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم وكان بينهم على فرائض الله تعالى لان أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد فيجوز بينه وبين الموصى أيضا وأحد الورثة يقوم مقام الورثة فى حقوقهم كجماعتهم فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم أوهذا فسخ لقبوله وهو ينفرد بفسخ القبول فى حق نفسه وانما كان لا يثبت فى حق الورثة اذا أبوا ذلك دفعا للضرر عنهم وعن مورثهم فاذا رضوا بذلك أو رضى به أحدهم وهو قائم مقامهم فى فسخ القبول منهم وصار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثا للورثة وكذلك لو كان على الميت دين فوهبه الطالب للورثة أو لبعضهم فهو هبة لهم كلهم كأنه وهبه للميت لان أصل المنفعة بهذه الهبة للميت وانه يبرئ ذمته لها وأحد الورثة يقوم مقامه فيما هو من حقه ولو أوصى له بخادم ثم مات الموصى فوهب انسان للخادم ألف درهم والخادم هى الثلث ثم قبل الموصى له الوصية فله الخادم وثلث الالف لان السبب من جهة الموصى قديم لكن لم يثبت الملك للموصى له لانعدام القبول منه والكسب الحادث بعد تمام السبب يثبت فيه حكم السبب فاذا قبل فله الخادم وثلث الالف لانه لو خرج جميع الالف من الثلث سلمت له فكذلك يسلم له ثلثها وكذلك لو ولدت ولدا فان هلك بعض المال فله الخادم من الثلث فان بقى شئ من الثلث فله ذلك من الولد والهبة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد الثلث من الخادم وولدها وما وهب لها بالحصة لا يقدم شئ من ذلك على شئ لان حدوث ذلك بعد تمام السبب وقبل تمام الملك بمنزلة المقترن باصل السبب (ألا ترى) أن المبيعة قبل القبض اذا ولدت جعل الولد كالموجود عند العقد فى اقتسام الثمن عند القبض

فكذلك هاهنا ولو كان جميع ذلك موجودا عند العقد وأوصى بالكل كان يسلم للموصى له بالثلث من الكل بالحصة والدليل عليه أن التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم الميت وكذلك الموصى به بعد الموت وقبل القبول ثبوت حكم الوصية في الولد والكسب ليس بطريق التبعية لان حكم التبعية لا يبقى بعد الانفصال ولا تعتبر السراية لان السراية الى غير متولد من الاصل لا تكون والكسب غير متولد من الاصل فعرفنا أن ثبوت الحكم في الولد والكسب باعتبار أنه يجعل كالموجود ويصير كأن الوصية تناولته قصدا وأبو حنيفة يقول الجارية هي المقصودة بالوصية والكسب والولد تبع فانما يبدأ من محل الوصية ماهو المقصود بالوصية لان استقرار الحكم يكون في محله فيكون هو فيما هو المقصود وبيان ذلك أن وجوب الوصية بالموت وعند الموت الموجود أم فقط والموجب انما أوجب الوصية فيها ثم يثبت حكم الوصية فيما يحدث من الكسب والولد بعد ذلك بطريق التبعية والانفصال لا ينافي التبعية (ألا ترى) أن ولد المبيعة قبل القبض يكون مملوكا تبعا ولهذا لا يمنع رد الاصل بالعيب والدليل عليه ان حكم الوصية لا يثبت في الكسب والولد الحادث قبل موته لان ثبوت الحكم بطريق التبعية لا يكون الا بعد ثبوته في الاصل فاذا ثبت هذا فنقول الوصية فيما زاد على الثلث أضعف من الوصية بالثلث وما يثبت حكم الوصية فيه تبعا يكون أضعف مما يثبت حكم الوصية فيه مقصودا فيتعين للقوى محل أقوى وللضعيف محل يليق به * يوضحه انا لو أخذنا بما قال أبو يوسف ومحمد أدى الى أن تبطل الوصية في الاصل لمكان البيع فانه اذا كان الثلث بقدر قيمتها قبل أن تلد يجب تنفيذ الوصية في جميعها ثم اذا ولدت ولدا قيمته مثل قيمتها تنفذ الوصية في نصف الام ونصف الولد أو في ثلثي الام وثلثي الولد فيؤدي الى أن تبطل الوصية في بعض الاصل لاجل تنفيذ الوصية في التبع ولا يجوز أن يكون التبع مبطلا للحكم الثابت في الاصل بحال والله أعلم

باب الوصية بمثل نصيب أحدهم

(قال رحمه الله) واذا كان للرجل خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وثلث ما بقي من الثلث فالفريضة من أحد وخمسين سهما لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقي ثلاثة ولكل ابن ثمانية فتخريج المسئلة على طريق الكتاب أن نقول السبيل

أن يأخذ كل واحد من الخمسة البنين ثمانية وتزيد على ذلك سهما ثمانية لانه أوصى له بمثل نصيب أحدهم ومثل الشئ غيره ثم يضرب بعد ذلك فى ثلاثة لاجل وصيته له بثلث مابقى من الثلث فيكون ثمانية عشر ثم تطرح السهم الذى زدته بقي سبعة عشر فهو الثلث والثلثان ضعف ذلك فيكون جميع المال أحدا وخمسين وانما طرحنا هذا السهم الزائد لتبيين مقدار الثلث والثلثين ولا وصية فى الثلثين فلا يمكن اعتبار السهم الزائد فيه فلهذا طرحناه فاذا عرفت أن ثلث المال سبعة عشر فطريق معرفة النصيب من ذلك أن تأخذ النصيب وهو واحد وتضربه فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فيكون تسعة ثم تطرح من ذلك سهما كما طرحت فى الابتداء يبقى ثمانية فهو النصيب فاذا رفعت ذلك من سبعة عشر يبقي تسعة فللموصى له ثلث ما يبقى وثلث ذلك ثلاثة يبقي ستة نضيفها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فيكون أربعين بين خمسة بنين لكل ابن ثمانية مثل النصيب فاستقام والعامة يسمون هذا طريق الحشو على معنى أن محمدا رحمه الله حشا به كتبه والحساب يسمونه طريق اليتم واليتم هو الاصل ولكن كل مايعتمدونه فى كتب الحساب لكثرة مايقع فيه من الاختلاف ويحتاج الى تغيير بعض الشرط فى كل نوع فزعموا أن الطريق الذى أحكم فيه شرط واحد يخرج عليه أنواع المسائل أولى بالتأمل وأرادوا بذلك الطريق الجبر فاما المتقدمون من أصحابنا فاختاروا هذا الطريق لانه أليق بكلام الفقهاء وطريق الدينار والدرهم يعتمده أهل الحساب وهو فى المعنى مثل طريق الجبر ولكنه أقرب الى فهم من يكون مبتدئا في علم الحساب وبيان تخريج المسئلة عليه أن يجعل ثلث المال دينارا أو ثلاثة دراهم لحاجتك الى الحساب اذا رفعت منه النصيب يكون لما بقى ثلث صحيح فيعطى بالوصية بالنصيب دينار وبالوصية بثلث مايبقى درهما يبقى من الثلاثة درهمان يضم ذلك الي ثلثى المال وهو دينار أو ستة دراهم فحصل فى يدك ديناران وثلاثة دراهم وحاجتك الى خمسة دنانير لانك جعلت النصيب دينارا فينبغى أن يكون لكل ابن دينار فتجعل الدنانير مثلهما قصاصا يبقى فى يدك ثمانية دراهم تعدل بعدل ثلاثة دنانير فاقلب الفضة فاجعل آخر الدراهم آخر الدنانير وآخر الدنانير آخر الدراهم فصار كل دينار بمعنى ثمانية وكل درهم بمعنى ثلاثة ثم عد الى الاصل وقل قد جعلت الثلث دينارا وذلك ثمانية وثلاثة دراهم فجملته سبعة عشر أعطينا بالنصيب دينارا وهو ثمانية وثلث فثلث يبقى درهم وهو ثلاثة وحصل فى يد الورثة ديناران كل دينار ثمانية فذلك ستة عشر وثمانية دراهم كل درهم بثلاثة فذلك أربعة وعشرون اذا جمعت بينهما يكون الكل أربعين بين خمسة بنين لكل

ابن ثمانية مثل النصيب * وأما طريق الجبر والمقابلة وهو الذى يعتمده الحساب فهى أن تأخذ ثلث مال مجهول فتعطى بالوصية بالنصيب شيئا يبقى معك ثلث مال الا شئ فتعطى بالوصية بثلث مايبقى ثلث ذلك وذلك تسع مال الا ثلث شئ يبقى من الثلث فى يدك تسعا مال الا ثلثا شىء يضم ذلك الى ثلثى المال فيصير ثمانية اتساع مال الا ثلثى شئ وذلك يعدل خمسة أشياء لانا جعلنا النصيب شيئا فينبغى أن يكون لكل ابن شئ فاجبر ثمانية اتساع مال بثلثى شئ وزد على مايقابله وهو خمسة أشياء ثلثى شىء فصار معنا ثمانية اتساع مال يعدل خمسة أشياء وثلث شئ غير أن المال ناقص تسعه وهو ثمن مامعنا فزيد عليه مثل ثمنه ونزيد على خمسة أشياء وثلثى شئ مثل ثمنه أيضا وليس لذلك ثمن صحيح فانكسر بالاثمان فاضرب خمسة أشياء وثلثى شئ فى ثمانية فيكون خمسة وأربعين وثلثا لان خمسة فى ثمانية باربعين وثلثين فى ثمانية بخمسة وثلث زد على ذلك مثل ثمنه وذلك خمسة وثلثان فيكون أحدا وخمسين فظهر أن المال الكامل أحد وخمسون فالثلث من ذلك سبعة عشر ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شئ فى ثمانية فتبين أن النصيب ثمانية اذا رفعتها من سبعة عشر بقي تسعة للموصى له بثلث ما يبقي ثلاثة بقى ستة تضمها الي ثلثى المال أربعة وثلاثين فيكون أربعين بين خمسة بنين لكل ابن ثمانية مثل النصيب * فأما بيان طريق الخطائين وتسمى طريق التقدير أيضا أن يجعل الثلث أربعة اسم ويعطي بالوصية بالنصيب سهما وبالوصية بثلث ما يبقي سهما يبقي سهمان يضمهما الى ثلثى المال ثمانية يكون عشرة وحاجة البنين الى خمسة لانا جعلنا النصيب سهما فظهر الخطأ بالزيادة خمسا فعد الى الاصل واجعل الثلث خمسة أسهم ثم أعط بالنصيب سهمين وبثلث مايبقي سهما يبقي من الثلث سهمان ضمهما الي ثلثي المال عشرة كان اثنى عشر وحاجتنا الى عشرة الا أنا جعلنا النصيب سهمين فظهر الخطأ الثانى بزيادة سهمين وكان الخطأ الاول بالزيادة خمسا فلما زدنا سهما أذهب الخطأ بثلثه وبقي من الخطأ سهمان وقد علمنا ان كل سهم يؤثر فى ثلثه فالسبيل أن يزيد مايذهب الخطأ سهمين وذلك ثلثا سهم فيجعل الثلث خمسة وثلاثين يعطي بالنصيب سهمين وثلثين وثلث مايبقي سهم ويضم السهمين الباقيين الى ثلثي المال وهو أحد عشر وثلث فيصير ثلاثة عشر وثلث بين خمسة بنين لكل ابن سهمان وثلثان مثل النصيب فان أردت تصحيح الحساب قلت قد انكسر بالاثلاث والسبيل أن يضرب خمسة وثلاثين فى ثلثه فيصير سبعة عشر فهو الثلث وقد كان النصيب سهمين وثلثين ضربت ذلك فى ثلثه فهو

ثمانية وكان المقسوم بين البنين الخمسة ثلاثة عشر وثلثا ضربت ذلك فى ثلاثة فيكون أربعة بين خمسة بنين لكل ابن ثمانية مثل النصيب وطريق الجامع الاصغر وهو من فروع الخطأين وهو انه لما ظهر أن الخطأ الاول كان بزيادة خمسة والخطأ الثانى كان بزيادة سهمين فأضرب المال الاول وهو أربعة فى الخطأ الثانى وهو سهمان فذلك ثمانية واضرب المال الثانى وذلك خمسة فى الخطأ الاول وهو خمسة فيكون خمسة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت ثمانية من خمسة وعشرين بقي سبعة عشر فهو ثلث المال * ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب الاول وهو واحد ويضربه فى الخطأ الثانى فيكون اثنين ويأخذ النصيب الثانى وذلك اثنان يضربهما فى الخطأ الاول وهو خمسة يكون عشرة ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقي ثمانية وهو النصيب والتخريج الخ كما بينا * وطريق الجامع الاكبر وهو من فروع الخطأين أيضا انه لما ظهر أن الخطأ الاول كان بزيادة خمسة فالسبيل أن تضعف المال سوى النصيب فيكون الثلث سبعة أعط بالنصيب سهما يبقي ستة للموصى له بثلث مايبقى ثلث ذلك سهمان يبقى أربعة يضم ذلك الى ثلثي المال أربعة عشر فيكون ثمانية عشر وحاجتنا الى خمسة لانا جعلنا النصيب سهما فظهر الخطأ الثانى بزيادة ثلاثة عشر فيضرب المال الاول وهو الاربعة فى الخطأ الثانى وهو ثلاثة عشر فيكون اثنين وخمسين فيضرب المال الثانى وهو سبعة فى الخطأ الاول وخمسة فيكون خمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت خمسة وثلاثين من اثنين وخمسين يبقي سبعة عشر فهو ثلث المال * ومعرفة النصيب أن يطرح أقل الخطأين من أكثرهما بلا ضرب وأقل الخطأين خمسة وأكثرهما ثلاثة عشر فاذا طرحت خمسة من ثلاثة عشر بقي ثمانية فهو النصيب والتخريج الى آخره كما ذكرنا * وطريق السطوح وهو برهان الجبر بعمل المهندسين أن تأخذ مربعا مستوى الاضلاع والزوايا فتخط فى طوله خطين فيصير ثلاثة سطوح ثم فى عرضه ثلاثة خطوط فيصير فى كل سطح أربعة ثم تبدأ بالسطح الذى علي يمينك وتدفع البيت الاول من النصيب وتم ذلك وتدفع البيت الثانى منه بثلث مايبقي وسم ذلك قطعة بقي من هذا السطح بيتان هما قطعتان وتجمعهما الي السطحين الآخريين فيكون ذلك نصيبين وثمان قطاع وحاجتنا الى خمسة أنصباء فيعطي نصيبين الى اثنين ويبقي ثمان قطاع بين ثلاثة بنين لكل ابن قطعتان وثلثا قطعة فظهر أن النصيب بمعنى قطعتين وثلثي قطعة وانا حين أعطينا الموصى له النصيب بيتا كان ذلك بمعنى قطعتين وثلثي قطعة وان الذى

حصل فى يد الورثة نصيبان كل نصيب قطعتان وثلثاقطعة فذلك خمسة قطاع مع ثمان قطاع فيكون ثلاثة عشر قطعة وثلث قطعة بين خمسة بنين لكل ابن قطعتان وثلثا قطعة مثل ما أعطينا بالنصيب فاستقام وهذا صورته

نصيب	نصيب	نصيب
قطعة	قطعة	قطعة
قطعة	قطعة	قطعة
قطعة	قطعة	قطعة

ثم الحاصل بعد هذا أن تخرجها على طريق الكتاب وعلى طريق الجبر وهو الاصل عند أهل الحساب وتدع ما سوى ذلك للتحرز عن التطول والاشتغال بما ليس فيه كبير فائدة*ولو كان أوصى بمثل نصيب أحدهم وبربع مايبقي من الثلث الآخر فالفريضة من تسعة وستين لصاحب النصيب أحد عشر ولصاحب ربع مابقي ثلاثة ولكل ابن أحد عشر وبيانه على طريق الكتاب أن تأخذ عدد البنين وهم خمسة فتزيد عليه سهما بالوصية بالنصيب ثم تضرب ذلك فى أربعة لمكان الوصية بربع مايبقى فيصير أربعة وعشرين ثم تطرح منه سهما يبقى ثلاثة وعشرون فهو الثلث والثلثان ضعف ذلك فتكون الجملة تسعة وستين فهو المال والثلث ثلاثة وعشرون*ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وهو واحد وتضربه فى أربعة ثم فى ثلاثة فيصير اثنى عشر ثم تطرح منه واحدا يبقى أحدعشر فهو النصيب فاذا رفعت من ثلاثة وعشرين أحدعشر بقى اثنا عشر للموصى له بربع ما يبقي ثلاثة يبقى تسعة تضم ذلك الى ثلثى المال ستة عشر وأربعين فيكون خمسة وخمسين بين خمسة بنين لكل ابن أحدعشر مثل النصيب*وطريق الجبر فى ذلك أن تأخذ ثلث مال مجهول وتعطى بالوصية بالنصيب شيأ وبالوصية بربع ما يبقى ربع ما بقي وهو ربع الثلث الا ربع شئ بقى معك ثلاثة أرباع الثلث الا ثلاثة ارباع شيء فتضم ذلك الى ثلثى المال فيصير أحد عشر جزأ من اثنى عشر جزأ من مال الا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل خمسة أشياء فاجبر بثلاثة أرباع شيء وزد علي ما يقابله ثلاثة أرباع شيء فيصير أحد عشر جزأ من اثنى عشر جزأ من مال يعدل خمسة أشياء وثلاثة أرباع شيء فالمال ناقص فأكمله بأن تزيد عليه جزأ من أحد عشر وزد علي ما يقابله مثل ذلك وليس لخمسة أشياء وثلاثة أرباع جزء من أحد عشر جزء صحيح فاضرب خمسة وثلاثة أرباع فى أحد عشر فيكون ثلاثة وستين وربع فان خمسة فى أحد عشر خمسة وخمسون وثلاثة أرباع فى أحد عشر ثمانية وربع ثم زد عليه مثل جزء من أحد عشر جزأ منه وذلك خمسة وثلاثة أرباع فيكون

تسعة وستين وهو المال الكامل *ومعرفة النصيب انا جعلنا النصيب شيأ وضربناه فى أحد عشر فتبين ان النصيب أحد عشر والتخريج الى آخره كما بينا * ولو كان أوصى له بمثل نصيب أحدهم والآخر بخمس ما يبقى من الثلث فالفريضة من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر وللآخر ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر فأما تخريجه على طريق الكتاب فأن تزيد على عدد البنين واحدا للوصية بالنصيب فيكون ستة ثم تضرب ذلك فى خمسة لوصيته بخمس ما بقي فيكون ثلثين ثم تطرح مازدت وهو واحد يبقى تسعة وعشرون والثلثان ثمانية وخمسون فيكون جملة المال سبعة وثمانين ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك واحد وتضربه فى خمسة ثم فى ثلاثة فيكون خمسة عشر ثم تطرح منها واحدا يبقي أربعة عشر فهو النصيب فاذا رفعت ذلك من الثلث تسعة وعشرين يبقي خمسة عشر للموصي له بخمس ما بقي خمس ذلك ثلاثة يبقى اثناعشر تضمه الى ثلثي المال ثمانية وخمسين فيصير سبعين بين خمسة بنين لكل ابن أربعة عشر مثل النصيب وطريق الجبر فى ذلك أن يأخذ ثلث مال مجهول وتعطى بالوصية بالنصيب شيأ يبقي ثلث مال الا شيء ويعطي بالوصية الاخرى خمس ذلك وهو خمس الثلث الا خمس شيء بقى أربعة أخماس الثلث الا أربعة أخماس شيء ويضم ذلك الي ثلثى المال فتصير الجملة أربعة عشر جزأ من خمسة عشر جزأ من المال الا أربعة أخماس شيء وذلك يعدل خمسة أشياء فاجبره بأربعة أخماس شيء وزد على ما يعدله مثله فيصير أربعة عشر جزأ من خمسة عشر جزأ ثم زد على ما يعدله مثل ذلك وليس لخمسة وأربعة أخماس جزء من أربعة جزء صحيح فتضرب خمسة وأربعة أخماس فى أربعة عشر فيكون ذلك أحد وثمانين وخمسا لان خمسة فى أربعة عشر سبعون وأربعة أخماس فى أربعة عشر أحد عشر وخمس ثم زد عليه جزأ من أربعة عشر جزء منه وذلك خمسة وأربعة أخماس فيكون سبعة وثمانين فهو المال الكامل الثلث منه تسعة وعشرون* ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا فى كل شيء أربعة عشر فتبين أن النصيب أربعة عشر ثم التخريج الى آخره كما بينا* ولو أوصي بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من سبعة وخمسين النصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة *وتخريجه على طريق الكتاب أن تأخذ عدد البنين خمسة فتزيد عليها سهما بالوصية بالنصيب ثم تضرب ذلك فى ثلاثة فيكون ثمانية عشر ثم تزيد عليها سهما مثل ما زدت أولا فيكون تسعة عشر فهو ثلث المال وثلثان ثمانية وثلاثون فالجملة سبعة وخمسون ومعرفة

النصيب أن تأخذ النصيب وهو واحد وتضربه فى ثلاثة فيكون تسعة ثم تزيد عليه سهما كما فعلته فى أصل المال فيكون عشرة وهو النصيب الكامل اذا رفعته من تسعة عشر بقي تسعة استرجع بالاستثناء من النصيب مثل ثلث ما بقي وهو ثلاثة وضم ذلك الى تسعة فيكون اثنى عشر ثم تضم ذلك الى ثلثي المال ثمانية وثلاثين فيكون خمسين بين خمسة بنين لكل ابن عشرة مثل كامل *وطريق الجبر فيه أن تأخذ مثل ثلث مال مجهول فتعطي بالوصية بالنصيب شيأ ثم تسترجع بالاستثناء مثل ثلث ما بقي وذلك ثلث الثلث الا ثلث شيء فيصير معك أربعة أتساع مال الاشيا وثلث شيء تضمه الي ثلثي المال فيكون الجملة مالا وتسع مال الاشيأ وثلث شي وذلك يعدل خمسة أشياء فاجبره بشيء وثلث شيء وزد على ما يعدله مثله فصار مالا وتسع مال يعدل ستة أشياء وثلث شيء والمال زائد بعشرة فاطرح منه عشرا واطرح مما يعدله العشر أيضا وليس لستة وثلث عشر صحيح فاضرب ستة وثلثا فى عشرة فيكون ثلاثة وستين وثلث اطرح منه عشره وهو ستة وثلث بقي سبعة وخمسون فظهر أن المال الكامل سبعة وخمسون *ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شيء فى عشرة فتبين أن النصيب الكامل عشرة والتخريج كما بينا ولو قال الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب كانت الفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء بثلاثة *وتخريجه على طريق الكتاب أن تزيد علي عدد البنين سهما للموصى له بالنصيب ثم تضرب ذلك فى أربعة الوصية بربع ما يبقى فيكون أربعة وعشرين ثم تزيد عليه سهما فذلك خمسة وعشرون وهو ثلث المال والثلثان خمسون فالمال كله خمسة وسبعون *ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب وهو سهم من أربعة فى ثلاثة فيكون اثنى عشر ثم تزيد عليه سهما فالنصيب الكامل ثلاثة عشر اذا رفعتها من خمسة وعشرين مع اثنى عشر فتسترجع بالاستثناء مثل ربع ما بقي وهو ثلاثة فتضم ذلك الى اثنى عشر فيكون خمسة عشر ثم تضم ذلك ثلثى المال وهو خمسون فيكون خمسة وستين بين خمسة بنين لكل ابن ثلاثة عشر مثل نصيب كامل *وطريق الجبر فيه أن تأخذ ثلث المال وتعطى بالوصية بالنصيب شيأ ثم تسترجع بالاستثناء مثل ربع مابقى فيصير معك خمسة أجزاء من اثنى عشر جزأ من مال الاشيا وربع شيء تضمه الى ثلثى المال فتكون الجملة مالا واثنى عشر جزأ من مال الاشيا وربع شيء وذلك يعدل خمسة أشياء فاجبره بشيء وربع شيء وزد على ما يعدله مثله فصار مالا وجزأ من اثنى عشر يعدل ستة أشياء وربع المال زائد فاطرح من الجملة جزأ

من ثلاثة عشر لتبيين المال الكامل واطرح مما يعدله مثل ذلك وليس لستة وربع جزء من ثلاثة عشر صحيح فاضرب ستة وربعا فى ثلاثة عشر فيكون ذلك أحدا وثمانين وربعا ثم اطرح منه جزأ من ثلاثة عشر وهو ستة وربع يبقى خمسة وسبعون فهو المال ومعرفة النصيب انا جعلنا النصيب شيأ فضربنا كل شىء فى ثلاثة عشر فتبين ان النصيب الكامل ثلاثة عشر والتخريج كما بينا *واذا مات الرجل وترك ابنتين وأما وامرأة وعصبة وأوصى بمثل نصيب احدى ابنتيه وثلث ما بقى من الثلث فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث ما بقى اثنان والسبيل فى تخريج المسئلة أن نصحح الفريضة الاولى بدون الوصية فنقول أصل الفريضة من ستة للابنتين الثلثان أربعة وللام السدس سهم وللمرأة ثمن ثلاثة أرباع سهم والباقي للعصبة فتكون القسمة من أربعة وعشرين لمكان الكسر باعتبار نصيب المرأة الا ان فى معرفة حكم نصيب المرأة لا حاجة لنا فى ذلك فيجعل أصل الفريضة من ستة ثم نزيد عليها مثل نصيب احدى الابنتين وذلك سهمان لوصيته بالنصيب فيكون ثمانية ثم تضرب ذلك فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرين ثم تطرح مازدت وذلك سهم بقى اثنان وعشرون فهو الثلث والثلثان أربعة وأربعون والمال ستة وستون ومعرفة النصيب ان تأخذ سهمين وتضرب ذلك فى ثلاثة يكون ستة ثم فى ثلاثة فيكون ثمانية عشر ثم تطرح منها سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب اذا رفعت ذلك من الثلث اثنين وعشرين يبقى ستة للموصى له بثلث ما بقي ثلث ذلك اثنان بقى أربعة تضمها الى ثلثي المال أربعة وأربعين فيكون ثمانية وأربعين للابنتين الثلثان اثنان وثلاثون لكل واحدة منهما ستة عشر مثل النصيب وللام السدس ثمانية وللمرأة الثمن ستة والباقى وهو سهمان للعصبة *وعلى طريق الجبر فالسبيل أن تأخذ ثلث مال وتعطى بالوصية بالنصيب شيأ وبالوصية بثلث ما يبقي ثلث المال الباقى يبقى معك تسعا مال الا ثلثي شيء تضمه الى ثلثى المال فيكون ثمانية أتساع مال الا ثلثى شىء الباقى وذلك يعدل ثلاثة أشياء لانا جعلنا النصيب شيأ ونصيب احدى الابنتين ثلث المال فيظهر أن حاجتنا الى ثلاثة أشياء فاجبر ثمانية أتساع مال بثلث شىء وزد على ما يعدله ثلاثة مثل ذلك وليس لثلاثة وثلاثة أشياء جزء صحيح والمال ناقص فزد عليه مثل ثمنه وزد عليه ما يعدله مثل ذلك وليس لثلاثة وثلاثين ثمن صحيح فاضرب ثلاثة أشياء وثلثى شىء فى ثمانية فيصير تسعة وعشرين وثلثا ثم زد عليه مثل ثمنه وهو ثلاثة وثلثان فيكون ثلاثة وثلاثين فهو المال الكامل الثلث من ذلك أحد عشر *ومعرفة النصيب انا جعلنا النصيب شيأ

وضربنا كل شيء في ثمانية فتبين أن النصيب ثمانية اذا رفعته من أحد عشر يبقى ثلاثة للموصى له بثلث ما بقى سهم ثم يضم ما بقي وهو سهمان الى ثلثى المال وهو اثنان وعشرون فيكون أربعة وعشرين بين الورثة للابنتين الثلثان ستة عشر لكل واحدة منهما ثمانية مثل النصيب وللام السدس أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة والباقى للعصبة فخرج على هذا الطريق مستقيما على النصف مما أخرجه محمد رحمه الله ولو أوصى بمثل نصيب احدى الابنتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من ستمائة وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقى ستة عشر فقد طول محمد رحمه الله الحساب فى هذه المسئلة ليخرج ميراث المرأة مستقيما ولا حاجة بنا الى ذلك فى معرفة الوصية والمسئلة تخرج من دون هذا الاصل الذي ذكرنا أن الفريضة من ستة ثم تزيد للموصى له بالنصيب مثل نصيب احدى الابنتين سهمين فيكون ثمانية ثم تضرب ذلك فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرين ثم تزيد عليه سهمين كما هو الاصل فى مسائل الاستثناء فيكون ستة وعشرين فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك اثنين وخمسين فيكون جملة المال ثمانية وسبعين ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب سهمين وتضرب ذلك فى ثلاثة فيكون ستة ثم فى ثلاثة فيكون ثمانية عشر ثم تزيد عليه سهمين فيكون عشرين فهو النصيب الكامل اذا رفعته من الثلث يبقى ستة فتسترجع بالاستثناء مثل ثلث ما يبقى وذلك سهمان فيصير معك من الثلث ثمانية تضمها الى ثلثى المال اثنين وخمسين فيكون ذلك ستين بين الورثة للابنتين الثلثان أربعون لكل واحدة منهما عشرون مثل النصيب الكامل وللام السدس عشرة وللمرأة الثمن الا أنه ليس للستين ثمن صحيح فلهذا ضرب محمد رحمه الله أصل الحساب ثمانية وسبعين فى ثمانية فيكون ستمائة وأربعة وعشرين وخرج المسئلة من ذلك لاجلها*وطريق الجبر فيه أن تأخذ ثلث مال فتعطى بالنصيب شيأ وتسترجع بالاستثناء مثل ثلث ما يبقى من ذلك ثلث الثلث الا ثلث شئ فيكون معك أربعة اتساع مال الاشيا وثلث شئ تضمه الي ثلثى المال فتصير الجملة مالا وتسع مال الاشيا وثلث شيء وذلك ثلاثة أشياء لانا جعلنا النصيب شيأ ونصيب احدى الابنتين ثلث المال وجبره بشيء وثلث شئ وزد على ما يعدله مثله فكان مالا وتسع مال يعدل أربعة أشياء وثلث شيء والمال زائد فاطرح الزيادة وهو عشر الجملة واطرح ما يعدله مثل ذلك أيضا وليس لاربعة وثلاثة عشر صحيح فاضرب أربعة أشياء وثلثا فى عشرة فيكون ذلك ثلاثة وأربعين وثلثا ثم اطرح منه عشره وذلك أربعة وثلث يبقى تسعة

وثلاثون فهو المال الكامل الثلث منه ثلاثة عشر * ومعرفة النصيب انا جعلنا النصيب شيأ فضربنا كل شيء في عشرة فتبين ان النصيب الكامل عشرة اذا رفعتها من ثلاثة عشر يبقى ثلاثة فتسترجع بالاستثناء مثل ثلث ما بقي سهما فيصير معك من الثلث أربعة تضمها الى ثلثي المال ستة وعشرين فيصير ذلك ثلاثين مقسومة بين الورثة للابنتين الثلثان عشرون لكل واحدة عشرة مثل النصيب الكامل وللام السدس خمسة وللمرأة الثمن وذلك ثلاثة وثلاثة ارباع للعصبة فاستقام التخريج من نصف ماأخرجنا على طريق الكتاب ولو كان أوصى بمثل نصيب المرأة وثلث ما بقي من الثلث فالفريضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر والتخريج على طريق الكتاب أن تصحيح الفريضة هاهنا من أربعة وعشرين لانه أوصى بمثل نصيب المرأة فلا بد من معرفة نصيب المرأة مستقيما فتجعل الفريضة من أربعة وعشرين للابنتين الثلثان ستة عشر وللام السدس أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة والباقي وهو سهم للعصبة ثم تزيد على ذلك مثل نصيب المرأة ثلاثة لوصيته بمثل نصيبها فيكون سبعة وعشرين تضرب ذلك في ثلاثة لوصيته بثلث ما بقي فيكون احدى وثمانين ثم تطرح ما زدنا وهو ثلاثة بقي ثمانية وسبعون فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك مائة وستة وخمسون فيكون جملة المال مائتين وأربعة وثلاثين ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وهو ثلاثة وتضربها في ثلاثة فيكون تسعة ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين ثم تطرح ثلاثة يبقى أربعة وعشرون فهو النصيب اذا رفعت ذلك من الثلث ثمانية وسبعين يبقي أربعة وخمسون للموصى له بثلث ما بقي ثلث ذلك وذلك ثمانية عشر يبقى ستة وثلاثون تضمها الى ثلثي المال مائة وستة وخمسون فيكون جملته مائة واثنين وتسعين للمرأة ثمن ذلك وذلك أربعة وعشرون مثل ما أعطينا الموصى له بنصيبهما وقسمة الباقي بين الورثة معلومة كما بينا * وطريق الجبر فيه أن تأخذ ثلث مال وتعطي بالوصية بالنصيب شيأ وبالوصية الاخرى ثلث ما بقي يبقى معك تسعا مال الا ثلثي شيء تضمه الي ثلثي المال فيكون ثمانية أتساع مال الا ثلث شيء وذلك يعدل ثمانية أشياء لانا جعلنا النصيب شيأ ونصيب المرأة الثمن فعرفنا ان حاجة الورثة الي ثمانية أشياء فاجبر ثمانية أتساع مال بثلثي شيء وزد علي ما يعدله مثله فيصير ثمانية اتساع مال يعدل ثمانية أشياء وثلثي شيء والمال ناقص فزد عليه مثل ثمنه وزد علي مايعدله مثله وليس لثمانية وثلاثين ثمن صحيح فاضرب ثمانية أشياء وثلثي شيء في ثمانية فيكون سبعة وستين وثلثا ثم زد عليه مثل ثمنه

وذلك ثمانية وثلاثون فيصير المال ثمانية وسبعين فهو المال الكامل الثلث من ذلك ستة وعشرون ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شيء فى ثمانية فعرفنا أن النصيب ثمانية اذا رفعتها من ستة وعشرين بقيت ثمانية عشر للموصى له بثلث مابقى ذلك بقى اثنا عشر يضم ذلك الى ثلثى المال اثنين وخمسين للمرأة الثمن ثمانية مثل النصيب والتخريج فى الميراث كما بينا *ولو كان لرجل خمس بنين فأوصى لاحدهم بكمال الربع بنصيبه وبثلث مابقي من الثلث لآخر فأجازوا فالفريضة من اثنى عشر النصيب اثنان ويكمله الربع واحد وثلث ما بقي من الثلث واحد *وتخريج المسئلة على طريق الكتاب أن نقول المال لولا الوصية بين البنين الخمسة على خمسة لكل واحد منهم سهم فاذا أوصى لاحدهم بكمال الربع بنصيبه فهذه وصية منه للوارث ولا يصح ذلك الا باجازة الورثة فاذا أجازوا فالسبيل أن يطرح نصيب الابن الموصى له وهو سهم يبقى أربعة ثم يضرب ذلك فى ثلاثة لوصيته بثلث مايبقى من الثلث فيكون اثنى عشر فهو المال الثلث من ذلك أربعة والربع ثلاثة *ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وهو واحد فتضربه فى ثلاثة فيكون ثلاثة ثم تطرح منه واحدا يبقى اثنان فهو النصيب فاذا دفعت الى الابن الموصى له كمال الربع وهو ثلاثة واسترجعت منه مقدار النصف وذلك اثنان بقى واحد فعرفنا أن وصيته بتكملة الربع واحد فاذا رفعت ذلك السهم من ثلث المال أربعة بقي ثلاثة للموصى له بثلث مايبقى ثلث ذلك وهو سهم يبقي سهمان يضمهما الى ثلثى المال ثمانية فيكون عشرة بين خمسة بنين لكل ابن سهمان مثل النصيب فاذا ضم الابن الموصى له هذين السهمين الى السهم الذى أخذه بالوصية حصل له ثلاثة وذلك كمال ربع المال بنصيبه وطريق الجبر فى ذلك أن تأخذ ثلث مال فتعطى الابن الموصى له ثلاثة أرباعه لانه أوصى له بكمال الربع بنصيبه ونحن نعلم أن الربع ثلاثة أرباع الثلث فلهذا تعطيه ثلاثة ارباع الثلث ثم تسترجع منه بالنصيب شيأ فتضمه الى مايبقي من الثلث وتعطي الموصي له الآخر ثلث ما يبقى وهو ثلث شيء وثلث ربع الثلث بقي معنا ثلثا ربع الثلث وثلثا شيء فتضم ذلك الى ثلثى المال فيصير ثمانية اجزاء وثلث جزء من اثنى عشر جزأ من مال وثلثى شيء وذلك يعدل خمسة أشياء لانا جعلنا النصف شيأ فقلنا شيء قصاص بمثله يبقي ثمانية معنا أجزاء وثلثا جزء من اثنى عشر جزأ من مال يعدل ذلك أربعة أشياء وثلثا وأربعة وثلث مثل نصف ثمانية وثلاثين فيتبين أن كل جزء بمعنى شيء واحد وأنا فى الابتداء أعطينا الابن ثلاثة أجزاء ثم استرجعنا منه بالنصيب شيأ وذلك بمعنى جزء يبقي له بالوصية بالتكملة

جزء واحد فكان الباقى من الثلث ثلاثة اجزاء أعطينا الموصي له بثلث ما يبقى جزأ واحدا يبقى جزء وان ضممنا ذلك الى ثلثى المال ثمانية أجزاء فيكون عشرة بين خمسة بنين لكل ابن جزآن مثل النصيب الذى جعلناه مستثنى وهو الشيء والله أعلم

باب العين بالدين

(قال رحمه الله) واذا مات الرجل وترك ابنين له على أحدهما دين عشرة دراهم وترك عشرة عينا ولا مال له غير ذلك ولا وارث له غيرهما وأوصى بالثلث فان الفريضة من ثلاثة الثلث واحد ولكل واحد من الابنين واحد فاطرح نصيب الذى عليه الدين واقسم العين على سهمين للموصى له خمسة وللابن خمسة وفى تخريج المسئلة طريقان أحدهما أن حق الموصى له بالثلث فى سهم من ثلاثة وحق كل ابن فى سهم والابن المديون مستوف حقه مما عليه وزيادة فهو لا يزاحم الآخرين فى قسمة العين ولكن العشرة العين بين الموصى له وبين الابن الذى لا دين عليه نصفان لاستواء حقيهما فى التركة فاذا أخذ الابن الذي لا دين عليه خمسة تبين أن الابن المديون صار مستوفيا مثل ذلك مما عليه خمسة وأن المتعين من التركة خمسة عشر أعطينا الموصي له بالثلث ثلث ذلك خمسة فاستقام الى أن يتيسر خروج ما بقي من الدين فاذا تيسر ذلك أمسك الابن المديون تمام نصيبه مما عليه وذلك ستة وثلثان وأدى ثلاثة وثلثا فكان ذلك بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصى له نصفين كما كانت العشرة العين فاخذ الموصى له مرة خمسة ومرة درهما وثلثين وذلك ستة وثلثان ثلث العشرين وسلم لكل ابن ستة وثلثان *وطريق آخر أن الدين فى حكم التاوى ما لم يخرج فلا يعتبر فى القسمة ولكن العشرة العين تقسم أثلاثا فيأخذ الموصى له ثلثها ثلاثة وثلثا والابن الذى لا دين عليه مثل ذلك ويبقى ثلاثة وثلث نصيب الابن المديون الا أنه لا يعطى له ذلك فان لهما عليه هذا المقدار وزيادة وصاحب الدين متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه فهما يأخذان ذلك بهذا الطريق فيقتسمانه نصفين لاستواء حقيهما فى ذمته فحصل لكل واحد منهما خمسة الا أن يتيسر خروج ما بقى من الدين ثم القسمة كما بينا *وطريق الجبر فيه أن جزأ من الدين قد تعين باعتبار أنه نصيب الابن المديون وحاجتنا الى معرفة مقدار ذلك فالسبيل أن تجعل الخارج من الدين شيأ وتضمه الى العشرة العين فتقسم ذلك أثلاثا للموصي له الثلث وذلك ثلاثة دراهم

وثلث ثلث شيء ولكل واحد من الاثنين مثل ذلك وحاجتنا الي شيئين لانا جعلنا الخارج من الدين شيأ وهو نصيب أحد الاثنين فكان حاجتنا الى ستين وثلثي شيء قصاص بمثله يبقى في يد الاثنين ستة وثلثان وذلك يعدل شيأ وثلث شيء واذا كانت ستة وثلثين يعدل شيأ وثلث شيء عرفنا أن الذي يعدل الشيء من الدراهم خمسة وانا حين جعلنا الخارج من الدين شيأ كان ذلك بمعنى خمسة دراهم ثم أعطينا الموصى له ثلث العشرة وثلث شيء وذلك خمسة دراهم ثم التخريج الى آخره كما بينا وكذلك لو كانت الوصية بثلث العين والدين لان المتعين من الدين قدر الثلث وزيادة فيجب تنفيذ وصية الموصى له باعتبار ماتعين من الدين فكان هذا والوصية بثلث المال سواء ولولم يوص له بالثلث ولكنه أوصي له بربع ماله فالعين بين الموصى له وبين الابن الذى لادين عليه على خمسة لان أصل الفريضة من ثمانية لحاجتنا الى الحساب اذا رفعنا منه الربع يقسم ما بقى نصفين وذلك ثمانية للموصى له سهمان ولكل ابن ثلاثة ثم على أحد الطريقين تطرح سهام الابن المديون وتقسم العين بين الموصى له والابن الا خر على مقدار حقهما فيضرب الابن فيها بثلاثة والموصى له بسهمين فكانت القسمة على خمسة للموصى له خمسا العشرة وهو أربعة دراهم وللابن ثلاثة اخماسها ستة وظهر أن المتعين من الدين ستة باعتبار نصيب الابن المديون فيكون المتعين فى الحاصل ستة عشر وقد نفذنا الوصية فى ربعها أربعة الى أن يتيسر خروج ما بقى فيمسك الابن المديون تمام نصيبه مما عليه وذلك سبعة ونصف ويؤدى درهمين ونصفا فيقسم ذلك بين الموصى له والابن الا خر على خمسة خمسها وهو درهم للموصى له فقد أخذ أربعة مرة ومرة درهما وذلك خمسة كمال ربع العشرين وحصل للابن الآخر مرة ستة ومرة درهم ونصف وذلك سبعة ونصف وسلم للابن المديون مما عليه مثل ذلك فاستقام * وعلى الطريق الآخر لا يعتبر الدين فى القسمة وتقسم العين بينهم علي ثمانية للموصى له ربعها وذلك درهمان ونصف وللابن الذى لا دين عليه ثلاثة أثمانها وثلاثة أرباعها وللابن المديون مثل ذلك الا أنه لا يعطى له ذلك لان عليه لهما فوق ذلك فيستوفيان ذلك من حقهما ويقتسمانه أخماسا على مقدار حقهما فى ذمته خمسا ذلك وهو درهم ونصف للموصى له فحصل له أربعة وثلاثة أخماسه درهمان ونصف وربع للابن الذى لادين عليه يحصل له ستة الى أن يتيسر خروج بقية الدين ثم القسمة كما بينا * وعلى طريق الجبر يجعل الخارج من الدين شيأ ويضم العشرة الي العين فيقسم بينهم للموصى له ربعها درهمان ونصف وربع شيء وللابنين مابقي وحاجة

الابنين الى شيئين لانا جعلنا الخارج من الدين شيأ وفى يدهما ثلاثة أرباع شيء فيجعل ذلك قصاصا بمثله يبقى فى يدهما سبعة دراهم ونصف يعدل شيأ وربع شيء فظهر أن الدين يعدل من الدراهم ستة وانا حين جعلنا الخارج من الدين شيأ كل ذلك بمعنى ستة دراهم ثم التخريج كما بينا ولو كان أوصى له بالخمس كان له ثلث العين وللابن ثلثاه لان أصل الفريضة من خمسة لحاجتنا الى حساب له خمس صحيح وأقل ذلك خمسة للموصى له سهم والباقى وهو أربعة بين الاثنين نصفين فعلى احدى الطريقين يطرح نصيب الابن المديون ويقسم العين بين الموصي له والابن الآخر فيضرب الابن فيها بسهمين والموصي له بسهم فله ثلث العشرة العين وللابن ثلثاها فظهر أن المتعين من الدين ثلثاها أيضا ستة وثلثان وأن جملة العين ستة عشر وثلثان أخذ الموصى له خمس ذلك ثلاثة وثلثا الى أن يتيسر خروج بقية الدين فيمسك الابن المديون حصته مما عليه وذلك ثمانية دراهم ويؤدى درهمين فيكون بين الآخرين على ثلاثة للموصى له الثلث وهو ثلثا درهم فقد أخذ مرة ثلاثة وثلثا ومرة ثلثي درهم فذلك أربعة خمس العشرين والباقى وهو ستة عشر بين الاثنين نصفان لكل واحد منهما ثمانية وقد أخذ الابن مرة ستة وثلثين ومرة درهما وثلثا وذلك ثمانية كمال حقه وعلى الطريق الآخر الدين تاو فتقسم العين بينهما أخماسا يأخذ الموصى له خمسها درهمين والابن خمسها أربعة دراهم وذلك مثل نصيب الابن المديون الا أنه لا يعطي ذلك ولكنهما يأخذ انها قصاصا مما لهما عليه فيقتسمان ذلك أثلاثا على مقدار حقيهما فله ثلث ذلك وهو درهم وثلث للموصي له فقد أخذ مرة درهمين ومرة درهما وثلث ذلك ثلاثة وثلث وأخذ الابن مرة أربعة ومرة درهمين وثلثين وذلك ستة وثلثان ثم التخريج كما بيناه وعلى طريق الجبر يجعل الخارج من الدين شيأ فنضمه الى العشرة العين وتعطي الموصى له خمس ذلك درهمين وخمس يبقى فى يد الاثنين ثمانية دراهم وأربعة اخماس وحاجتنا الى شيئين وأربعة اخماس شيء فيجعل أربعة اخماس شيء قصاصا بمثلها يبقى فى يدهما ثمانية دراهم يعدل شيأ وخمس شيء فظهر أن الدين يعدل الشيء ستة وثلثان وانا حين جعلنا للمتعين من الدين شيأ كان ذلك ستة وثلثين ثم التخريج كما ذكرنا ولو كان أوصى له بدرهم أو باكثر الى خمسة دراهم أخذ وصيته كلها من العين لان الوصية بالدراهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدما على حق الوارث وقد بينا أن ثلث ما تعين من المال خمسة لان جميع المتعين خمسة عشر واذا كانت الوصية بخمسة دراهم أو أقل أمكن تنفيذها فى الحال من ثلث

العين فكذلك وجب تنفيذها بخلاف الاول فالموصي له بالثلث شريك الوارث فى التركة (ألا ترى) ان هناك يزداد حقه بزيادة التركة وينتقص بنقصانها فلهذا كانت القسمة كما بينا ولو أوصي بالثلث وبالربع كان للابن نصف العين ونصف العين بين صاحبي الوصية على سبعة لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة لان الوصيين حازا الثلث ولكن الوصية لا تنفذ فى أكثر من الثلث المتعين من المال وقد بينا أن الثلث المتعين خمسة دراهم نصف العين فيعزل ذلك لتنفيذ الوصيتين ثم يضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر فثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاذا ضرب كل واحد منهما بحقه كانت القسمة بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة * ولو أوصى لرجل بثلث العين ولآخر بربع العين والدين كان نصف العين بين صاحبي الوصية يضرب فيها صاحب العين بثلاثة وثلث وصاحب ربع العين والدين بخمسة لانه قد تعين من الدين مقدار خمسه فالموصى له بربع العين والدين يضرب فى محل الوصية بجميع حقه وذلك خمسة دراهم والموصى له بثلث العين يضرب بجميع وصيته وذلك ثلاثة دراهم وثلث فيقسم محل الوصية وهو نصف العين بينهما على ثمانية وثلث ثم يحتسب الابن المديون نصيبه مما عليه ستة وثلثان ويؤدى ما بقي فيأخذ الابن نصفه وصاحب الوصية نصفه فيقتسمان ذلك بينهما على ثمانية وثلث كما فعلاه فى القسمة الاولى ولو أوصى بربع العين لرجل وثلث العين والدين لآخر فان لاهل الوصية نصف الدين يضرب فيها صاحب ربع العين بجميع وصيته درهمين ونصف وصاحب ثلث العين والدين بجميع وصيته ستة وثلاثين لان المتعين من الدين فوق ثلثها فيكون محل الوصية بينهما على تسعة وسدس الى أن يتيسر خروج ما بقي من الدين ثم التخريج كما بينا ولو لم يوص بهذا ولكنه أوصى بنصف المال كله الدين والعين وأجاز الابن المديون ولم يجز الاخر فان العين بين الابن وصاحب الوصية نصفان لانه لا معتبر باجازة الابن المديون فى قسمة العين والابن الآخر لم يجز الوصية فكان الموصى له بالنصف فى المقاسمة معه كالموصى له بالثلث فلهذا يقتسمان العين نصفين الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ يحتسب للابن المديون نصيبه مما عليه خمسة لانه مجيز للوصية فيجعل فى حقه كأنهما أجازا ولو أجازا كان للموصى له نصف المال عشرة وكل ابن خمسة فلهذا يحتسب الابن المديون خمسة ويؤدى مما بقي وهو خمسة فيأخذ الابن منها درهما وثلثين لانه لم يجز الوصية فيجعل فى حقه كأنهما لم يجيزا

وتمام حقه ستة وثلثان وقد وصل اليه خمسة فيأخذ الاب درهما وثلثين كمال حقه ويأخذ صاحب الوصية ثلاثة وثلثا فحصل للموصي له ثمانية وثلث سبعة وثلثان بلا منة أحد لانه ثلث جميع المال ودرهم وثلثان حصة المجيز فضل ما بين الثلث والنصف لان ذلك الفضل ثلاثة وثلث فحصة المجيز نصفها درهم وثلثان * ولو ترك ابنا وامرأة وعشرة دراهم عينا وعشرة على امرأته دينا وأوصى لرجل بدرهمين ولآخر بما بقي من الثلث ولآخر بالربع فأبوا أن يجيزوا فان الفريضة من اثنى عشر الثلث أربعة وللمرأة الثمن بعد الثلث وذلك سهم فاطرح نصيبها لان عليها فوقها واقسم العين على أحد عشر سهما سبعة للابن والاربعة لاهل الوصية فاذا تبين محل الوصية بهذه القسمة يضرب فيها صاحب الدين بدرهمين وصاحب الربع بما أصاب ثلاثة ولم يرد بقوله يضرب صاحب الربع ثم ما أصاب ثلاثة دراهم وانما راد به ثلاثة أسهم من سهام الفريضة فقد سمي له الربع وذلك ثلاثة أسهم من اثني عشر وقد فسره في كتاب العين والدين كذلك الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ المرأة يحسب نصيبها مما عليها وذلك درهم وخمسة أثمان وثلث لان الوصايا قد استغرقت الثلث فان ميراثها ثمن الثلثين وثلثا المال ثلاثة عشر وثلث وثمن ذلك درهم وخمسة أثمان وثلث ثمن أو ثمن ثلث درهم فهما سواء ويؤدي ما بقي فيكون بين الابن وصاحب الوصية بالربع وصاحب الوصية بالدرهمين مقسوما على نحو ما بينا في العشرة العين ولا شيء لصاحب الوصية مما بقي لانه لم يبق من الثلث بعد الوصيتين شيء فثلث المال ستة وثلثان واحدى الوصيتين درهمان والاخرى الربع خمسة فذلك سبعة فعرفنا أن الوصيتين جاوزتا الثلث فلا يكون لصاحب ما بقي شيء * ولو ترك ابنين وعشرة عينا وعشرة على أحد ابنيه دينا وأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بربع الدين فان العين تقسم أثلاثا فيأخذ صاحب ثلث العين ثلثها والابن الذي لا دين عليه ثلثها ويبقي ثلثها نصيب الابن المديون فلا يعطى ذلك بل يضرب فيها الابن بما بقي له وصاحب الوصية بالدين بربع الدين لانه قد تعين من الدين ربعها وزيادة فيضرب هو بجميع وصيته ويقسم نصيب الابن المديون وذلك ثلاثة وثلث بينهما على هذا ولا شيء للموصى له بثلث العين من هذا لانه قد استوفى كمال حقه فاذا تيسر خروج الدين أمسك الابن المديون نصيبه مما عليه وذلك سبعة وقيراط لانه أوصى بثلث العين وهو ثلاثة وثلث وربع الدين وذلك درهمان ونصف فيكون خمسة وخمسة أسداس وذلك دون جميع المال فيعطى كل واحد منهما كمال حقه يبقى أربعة عشر درهما وسدس بين الابنين نصفين

لكل واحد منهما سبعة وقيراط والقيراط نصف السدس فلهذا قال يمسك للابن المديون نصيبه مما عليه سبعة وقيراط ويؤدي ما بقي فيقتسمه صاحب ربع الدين والابن الذى لادين عليه علي ما بقي لكل واحد منهما كما كانا اقتسما ثلث العين بينهما على مقدار حق كل واحد منهما فقد خرج جواب هذه المسائل فى كتاب العين والدين بخلاف هذا وما ذكرنا هناك ادق نبين ذلك اذا انتهينا اليه ان شاء الله *ولو ترك ابنين له على أحدهما عشرة دراهم دينا وترك عشرة عينا وترك رجلين غريمين على كل واحد منهما عشرة دراهم فاوصى لكل واحد من الغريمين بما على صاحبه وأوصى لآخر بثلث العين فجاء أحد الغريمين بما عليه فاداه والآخر لا شئ له فان هذه العشرة العين والعشرة التى علي الابن عين كلها تقسم على ستين سهما فيأخذ أهل الوصية ماأصاب ثلاثة عشر وثلثا ويأخذ الابنان ما أصابا ستة وأربعين وثلثين لكل ابن ثلاثة وعشرون وثلث . والوجه فى تخريج المسئلة أن نقول وصيته لكل واحد من الغريمين بما علي صاحبه ووصيته لكل واحد منهما بما عليه سواء لانه لا فائدة فى أن يأخذ كل واحد منهما من صاحبه مثل مايعطيه فلان حق كل واحد منهما دين فى ذمة صاحبه وقد ظفر كل واحد منهما بجنس حقه مما هو لصاحبه وهو ما فى ذمته ولو كان فى يده كان له أن يأخذه قضاء من حقه فاذا كان فى ذمته يملكه أيضا قضاء لحقه اذا عرفنا هذا فنقول حين أدى أحدهما ماعليه فقد صار المال العين عشرين فتبين أن جميع الدين الذى علي الابن الآخر قد تعين لان الوصية لاتنفذ فى أكثر من الثلث واذا ضممنا ماعلي الابن الى العين كان ثلث الجملة عشرة ونحن نتيقن ان مقدار الثلث يسلم للابن المديون فلهذا تعين جميع ماعليه ثم حق الموصى له بثلث العين فى ثلاثة وثلث حق كل واحد من الغريمين فى عشرة وذلك ثلاثة وعشرون وثلث واذا صار الثلث بين أصحاب الوصايا علي ثلاثة وعشرين وثلث فالثلثان ستة وأربعون وثلثان فالجملة سبعون الا أنه يطرح نصيب الغريم المفلس لان عليه فوق حقه وزيادة فلهذا جعلت القسمة فيما بقي وهو ستة وأربعون وثلثان بين الابنين نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وعشرون وثلث فيحسب للابن المديون مما عليه ويستوفى الفضل من العين ويحسب للغريم المقدم نصيبه مما عليه فيحصل تنفيذ الوصية فى ثلاثة وعشرين وثلث والاختصار وجه بان يجعل كل ثلاثة وثلث سهما فيكون حق أصحاب الوصايا سبعة أسهم والجملة على أحد وعشرين وثلثين ثم يطرح نصيب المقدم ثلاثة وتقسم الثلثان على ثمانية عشر سهما فيكون كل سهم من

ذلك درهما وثلثين فيحصل للموصى له ثلث العين درهم وثلثان وللموصى له المؤدى خمسة دراهم ولكل واحد من الابنين أحد عشر فيستوفى الابن الذى لادين عليه أحد عشر وثلثين فيستوفى المديون درهما وثلثين فيسلم له ماعليه وهو عشرة ويحسب للموصى له المقدم كما عليه خمسة أيضا فيحصل تنفيذ الوصية فى أحد عشر وثلثين ويسلم للابنين ضعف ذلك الى أن يتيسر خروج ما بقي من الدين فحينئذ يقسم الكل على أحد وعشرين سهما فيمسك الغريم المديون نصيبه مما عليه ويؤدى ما بقي فيقتسمه أهل الوصية والورثة على ما اقتسموا عليه قبل ذلك * ولو ترك ابنين وعشرة دينا على أحدهما وعشرة عينا وأوصى لرجل بثلثى الدين فنصيب العين للابن الذى لا دين عليه والنصف الآخر هو نصيب الذى عليه الدين فكانه خرج عليه مما عليه فيبدأ بصاحب الوصية ويأخذ الخمسة كلها لان الوصية فى محل غير مقدم في التنفيذ على حق الورثة اذا كان يخرج من الثلث وها هنا مقدار الخمسة يخرج من الثلث فباعتبار ماتعين من الدين وهو نصيب الابن المديون فيأخذ الموصى له ذلك اذ لا فائدة فى أن يدفع ذلك الى المديون ثم يسترده باعتبار دينه قبله فاذا تيسر خروج ما علي المديون يحسب الذى عليه الدين نصيبه مما عليه ستة وثلاثين فيؤدى الفضل ثلاثة وثلثا ويقتسمانه نصفين كما اقتسما العشرة العين فيحصل للموصى له ستة وثلثان مقدار ثلثى الدين وهو ثلث جميع المال ويسلم لكل ابن ستة وثلثان ولو أوصى مع هذا بثلث العين لآخر فان نصف العين بين صاحبي الوصية لان الوصية انما تنفذ من الثلث وباعتبار ماتعين من الدين ثلث المال نصف العين ثم يضرب فيه صاحب ثلث العين بثلاثة وثلث وصاحب ثلثي المال بثلاثة وثلث فيقتسمانه نصفين ويجب للذى عليه الدين نصيبه مما عليه ستة وثلثان ويؤدى ثلاثة وثلثا فيأخذ الابن نصفها وصاحب الوصية نصفها بينهما نصفان قال الحاكم الجليل رحمه الله وهذا الجواب على هذا السؤال غلط لانه أوصى لاحدهما بثلثي الدين فاما أن يضرب بجميع وصيته ستة وثلاثين أو بما تعين من الدين خمسة فاما أن يضرب بثلاثة وثلث كما يضرب به صاحب ثلث العين فهذا لا معنى له وقد أجاب بمثله فى كتاب العين والدين واذا كانت الوصية بثلث الدين وهو صواب لان ثلث الدين وثلث العين سواء لكن مشايخنا رحمهم الله علي تصويب الحاكم فيما ذكر * قال رحمه الله ولما ذكره فى الكتاب وجه صحيح أيضا فان نصف الدين صار فى حكم المتعين ولو تعين جميعه لكان الموصى له بثلثي الدين يضرب فى محل الوصية

بستة وثلاثين فاذا تعين نصفه فانما يضرب بثلاثة وثلثين * يوضحه أن المتعين من الدين فى حق
وصية صاحب الدين لا يزيد على ستة وثلث لان وصية الموصى له بثلث العين فى ثلث العين
مقدم وانما يبقي للابنين ثلثا العين بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وثلث والمتعين من
الدين فى حق الموصى له بالدين قدر نصيب الابن المديون من العين وذلك ثلاثة وثلث فلهذا
قال يضرب بثلاثة وثلث فى محل الوصية كما يضرب الموصى له بثلث العين ولكن هذا مستقيم
قبل أن يخرج مابقي من الدين فبعد خروج الدين لا وجه للقسمة بينهما مناصفة الا أن تكون
المسئلة على ماذكره في كتاب العين والدين * أوصى لاحدهما بثلث الدين ولآخر بثلث العين
ولو ترك مع هذا ثوبا قيمته خمسة دراهم فاوصى لرجل بثلث ماله وأوصى لآخر بالثوب فان
نصيب الثوب من الثوب أربعة غير ربع ونصيب صاحب الثلث أربعة غير ربع ويكون ثلث
ذلك فى الثوب وثلثاه فى العشرة ويأخذ الابن الذى لادين عليه سبعة ونصفا ويأخذ مابقي
من الثوب وتمام سبعة ونصف مما بقى من العشرة ويحسب للذى عليه الدين نصيبه ثمانية وثلثا
الي آخره ووجه تخريج المسئلة ان نقول اجتمع فى الثوب وصيتان وصية بجميعه وبثلثه فتكون
القسمة علي طريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله ويكون الثوب بينهما على ستة خمسة للموصى
له بالثوب وسهم للموصى له بالثلث ثم كل خمسة من العشرة العين تكون على ستة وذلك
اثنا عشر للموصى له بالثلث من ذلك أربعة تبلغ سهام الوصايا عشرة وحق الورثة فى ضعف
ذلك عشرين الا أنه يطرح سهام الابن المديون فى الحال ويقسم العين وهو خمسة عشر درهما
فى الحاصل سبعة ونصف للابن الذى لادين عليه والثوب مع درهمين ونصف بين الموصى
لهما نصفان نصف ذلك وهو ثلاثة وثلث وثلاثة ارباع للموصى له بالثوب كله فى الثوب ونصفه
وهو ثلاثة وثلث وثلاثة أرباع للموصي له بثلث المال ثلث ذلك فى الثوب وثلثاه فى العشرة على
حساب أصل حقه فى الثوب والعشرة فيسلم له من العشرة درهمان ونصف ومن الثوب قدر
درهم وربع الي أن يتيسر خروج الدين هذا كله مستقيم الا حرفا وقع فيه الغلط من جهة
الكتاب وهو أنه قال يأخذ الابن الذى لادين عليه مابقى من الثوب وتمام سبعة ونصف مما
بقى من العشرة ولم يبق من الثوب شئ لان ثلاثة أرباع الثوب أخذه الموصى له بالثوب
وربعه أخذه الموصى له بثلث المال على مابينا من تخريج قول أبى حنيفة وكذلك عندهما لو قسمنا
الثوب علي طريق العول يكون الثوب بينهما هكذا فاى شئ بقي من الثوب حتى يأخذه

الابن فعرفنا ان الصحيح انه يأخـذ سبعة ونصفا من العشرة العين فاذا تيسر خروج الدين فنقول جملة المال خمسة وعشرون وانما تنفذ الوصية فى ثلثها وذلك ثمانية وثلث ويكون نصيب كل ابن ثمانية وثلثاأيضا فيحسب للابن المديون نصيبه مما عليه ويؤدى درهما وثلثين ثم يستقبل القسمة فى الثلث وهو ثمانية وثلث بين صاحبي الوصية ويضرب معه فيها صاحب الثوب بخمسة اسداس الثوب وذلك أربعة دراهم وثلث ويضرب معه الآخر بسبعة ونصف وذلك ثلث العشرين ستة وثلثان وسدس الثوب خمسة اسداس الثوب فيكون سبعة ونصفا فما أصاب صاحب الثوب كان فى الثوب وما أصاب الآخر كان فى الثوب له من ذلك خمس مابقى منه والباقى من نصيبه فى الدراهم لان حقه فى الاصل كان فى الثوب فى ثلاثة مقدار ذلك درهم وثلثان وفى المال ستة وثلثان فاذا جعلت كل درهم وثلثين سهما يكون ذلك أربعة فعرفنا ان أصل حقه فى المحلين أربعة أخماس خمس نصيبه فى الثوب وأربعة اخماسه فى الدراهم وان شئت قلت يأخذ من الثوب مثل ثلث ماأصاب صاحب الثوب ويأخذ ما بقى من الدراهم وهذا والاول فى المعنى سواء اذا تأملت وان مثل ثلث ما أخذه صاحب الثوب خمس حق صاحب ثلث المال واذا ترك ابنين ومائتى درهم عينا وثلثمائة درهم على أحد ابنيه دينا وسيفا قيمته مائة فأوصي لرجل بالسيف ولآخر بثلث العين فلاهل الوصية نصف العين يضرب فيه صاحب السيف بخمسة أسداس السيف وصاحب الثلث بسدس السيف وثلث المائتين الى آخره لان قسمة السيف بينهما علي طريق المنازعة عند أبى حنيفة وقيمة السيف على ستة خمسة اسداسه لصاحب السيف وسدسه لصاحب ثلث العين ثم صار كل مائة من العين على ستة أيضا فذلك اثنا عشر للموصى له بالثلث ثلث ذلك أربعة فتكون سهام الوصيتين عشرة واذا صار الثلث عشرة فالثلثان عشرون ثم يطرح سهام الابن المديون لان عليه فوق حقه وتقسم العين بين الابن الذى لادين عليه وبين الموصى لهما نصفين للموصى لهما بالسيف وقدر الخمسين من المائتين وللابن الذى لا دين له قدر مائة وخمسين من العين ويحسب للمديون مثله مما عليه فيستقيم الثلث والثلثان ثم المعزول لتنفيذ الوصية بين الموصى لهما نصفان لاستواء حقهما نصف ذلك وذلك خمسة وسبعون للموصى لهما بالسيف كله فى السيف وذلك ثلاثة أرباع السيف ونصف ذلك للموصى له بثلث العين ثلث ذلك فى السيف وذلك خمسة وعشرون وثلثاه فى المائتين وذلك خمسون على مقـدار أصـل حقه فى المحلين الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ يحسب للابن

المديون نصيبه مما عليه مائتا درهم لان جملة المال خمسمائة والسيف وقيمته مائة وذلك ستمائة تنفذ الوصية فى ثلثها ويسلم لكل ابن ثلثها وذلك مائتا درهم ويؤدى مائة فاذا أداها اقتسموا الثلث بينهم فيضرب فيه صاحب السيف بخمسة اسداس السيف وصاحب الثلث بسدس السيف وثلث خمسمائة فما أصاب صاحب السيف كان فى السيف وما أصاب صاحب الثلث كان فى السيف أو نقول الابن الآخر يأخذ من هذه المائة ما بقي من حقه وذلك خمسون درهما لانه وصل اليه مائة وخمسون وحقه فى مائتين لم يستقبل قسمة الثلث بين صاحبي الوصية على نحو ما ذكره * قال الحاكم الجليل رحمه الله قوله يضرب بثلث خمسمائة خطأ بين لانه انما أوصى له بثلث العين فكيف يضرب بثلث العين والدين وقوله يضرب بسدس السيف أيضا غير سديد لان الوصية بثلث العين لا تقع على العروض وانما تقع على النقد خاصة وقد ذكر نحو هذه المسئلة فى كتاب العين والدين فقال لو أوصى له بثلث العين وبثلث كذا وسمي تلك العروض واذا حمل على ذلك وجب تنفيذ وصيتهما اذا خرج من الدين ثلاثة وثلاثون وثلث لان وصيتهما تخرج الآن من ثلث مايعين من المال أما طعنه فى اللفظ الاول فهو على ماقاله وأما طعنه فى اللفظ الثانى ففيه نظر لان اسم العين فيما هو متعين بمنزلة اسم المال فيما هو متمول واسم المال فى الوصية يقع على كل مايتمول مال الزكاة وغيره فيه سواء وان كان فى بعض المواضع يختص بمال الزكاة فكذلك اسم العين فى الوصية يقع على كل متعين النقد والنسيئة فيه سواء وكانه بالغ فى البيان فى كتاب العين والدين فسمي ذلك العروض لازالة هذا الابهام وأما قوله اذا خرج من الدين ثلاثة وثلاثون وثلث فقد وجب تنفيذ وصيتهما فهو مستقيم وبيانه أن جملة العين من المال ثلثمائة درهم وثلاثة وثلاثون وثلث وانما يعزل ذلك لتنفيذ الوصيتين اللتين كانتا بالسيف وقيمته مائة وبثلث المائتين وذلك ستة وستون وثلثان فعرفنا أن بخروج ثلاثة وثلاثين وثلث من الدين يجب تنفيذ الوصيتين وأنه يتعين مما بقي من الدين مثل نصف العين بسبب الابن المديون * ولو ترك ابنين وامرأة وعلى امرأته عشرة دينا وعلى أحد ابنيه دين عشرة وترك ثوبا يساوى خمسة وأوصى بالثوب لرجل فان الثوب يقسم بين الموصى له والابن الذى لادين عليه على خمسة عشر سهما لصاحب الوصية ثمانية وللابن سبعة لان الفريضة انما تستقيم من أربعة وعشرين للموصي له ثمانية وللمرأة ثمن مابقي سهمان ولكل ابن سبعة ثم تطرح سهام الابن وسهام المرأة لان عليها فوق ذلك يبقى الثوب فيضرب

فيه الابن الذى لادين عليه بمقدار حقه وهو سبعة والموصى له بثمانية فيكون بينهما على خمسة عشر سهما ويحسب للابن المديون نصيبه مما عليه وكذلك للمرأة نصيبها مما عليها فتستقيم القسمة الى تيسر خروج الدينين فحينئذ يسلم لصاحب الثوب جميع الثوب لانه موصى له بالعين وقيمته دون الثلث فيكون حقه فيه مقدما على حق الوارث ويبقى المال عشرين درهما للمرأة الثمن درهمان ونصف بمسك ذلك مما عليها ويؤدى سبعة ونصفا ولكل ابن ثمانية وثلاثة أرباع فيمسك الابن المديون مما عليه نصيبه ويؤدى درهما وربعا فيحصل فى يد الابن الذى لا دين عليه ثمانية وثلاثة أرباع مثل ما حبسه المديون فاستقام *ولو مات وترك ابنين وامرأتين على احداهما مائة درهم وعلى أحد ابنيه مائة درهم وترك خادما تساوي مائة درهم فأعتقها عند الموت فان الخادم تسعى فى نصف قيمتها لان العتق فى مرض الموت وصية فتنفذ من الثلث وثلث ماله نصف العين وهو نصف رقبتها فيسلم لها ذلك وتسعى فى نصف قيمتها للمرأة من ذلك ثمنه وللابن سبعة أثمانه فتصير المرأة المديونة مستوفية مما عليها مثل ما وصل الى المرأة الاخرى والابن المديون مستوف مما عليه مثل ما وصل الى الابن الآخر فيستقيم الثلث والثلثان الى أن يتيسر خروج الدينين فحينئذ يرد على الخادم ما أخذ منها من السعاية لانه تبين أن جميع المال ثلثمائة وقيمتها مائة فهى خارجة من الثلث فيرد عليها ما أخذ منها والمال المقسوم بين الورثة مائتا درهم ثمن ذلك للمرأتين وذلك خمسة وعشرون لكل واحدة منهما اثنا عشر ونصف فتمسك المديونة مما عليها مقدار حقها وتؤدى سبعة وثمانين ونصفا الى الابن الذى لادين عليه ويمسك الابن المديون نصيبه مما عليه سبعة وثمانين ونصفا ويؤدى ما بقى اثنا عشر ونصف الي المرأة التي لا دين عليها فقد وصل الى كل واحد منهما كمال حقه * قال واذا ترك ابنين على كل واحد عشرة وترك رجلين على كل واحد منهما عشرة وأوصى لكل واحد من الرجلين بما على صاحبه وأوصى لآخر بالثلث ثم أدى أحد الرجلين فان هذه العشرة والعشرين التى على الابنين يجمع كله فيقسم بين الورثة وبين صاحب الثلث والذى أدى العشرة على ثلاثة وأربعين سهما لان وصيته لكل واحد منهما بما على صاحبه ووصيته بما عليه سواء وباداء أحدهما صار ما على الابنين فى حكم المتعين أما من حيث الظاهر فلان الوصية تنفذ من الثلث والثلثان يسلم لهما وذلك مقدار ما عليهما فمن حيث الحقيقة نصيب كل واحد منهما بالقسمة أكثر مما عليه وبيان ذلك أن العشرة التى أدى أحد الغريمين صارت بين الموصى له

بالثلث وبين المؤدى أسداسا فباعتبار القسمة على طريق المنازعة عند أبى حنيفة له السدس وللمؤدى خمسة وللآخر مما عليه مثل ذلك خمسة للموصى له بالثلث سهم وكذلك ما كان على كل ابن يصير ستة فذلك اثنا عشر للموصى له بالسدس أربعة لجملة ما للموصى له بالثلث ستة ولكل واحد من الأخوين خمسة فذلك ستة عشر هذا مبلغ سهام الثلث والثلثان ضعف ذلك اثنان وثلاثون الا أن نصيب الغريم الذى لم يؤد يطرح وذلك خمسة يبقى للاخوين أحد عشر سهما وللورثة اثنان وثلاثون وذلك ثلاثة وأربعون سهما أحد عشر من ذلك لاصحاب الوصيتين لصاحب الوصية بالثلث ستة ولصاحب العشرة خمسة وللورثة اثنان وثلاثون ونحن نعلم أن اثنين وثلاثين من ثلاثة وأربعين أكثر من ثلاثة فتبين أن نصيب كل واحد منهما فوق ما عليه فلهذا جعل ما عليهما كالمتعين فى القسمة فاذا قدر الآخر علي الاداء يحسب له نصيبه مما عليه وذلك أن يقسم المال أربعين درهما على ثمانية وأربعين سهما فيمسك نصيبه مما عليه خمسة ويؤدى ما بقى فيقسم بينهم علي ثلاثة وأربعين سهما كما بينافى القسمة الاولى * ولو مات وترك ابنين وامرأة وخادما يساوى مائة درهم وترك على رجل مائة درهم وأوصى للرجل بما عليه وأوصى أن يعتق الخادم فان الخادم يعتق منها خمسها وتسعى فى أربعة أخماسها للورثة لان الوصية بالعتق تقدم بالتنفيذ على سائر الوصايا فوصية الخادم مثل وصية الرجل الآخر لان قيمتها مثل ما أوصى به للآخر فكان الثلث بينهما على سهمين والثلثان أربعة الا أنه يطرح سهم المديون لان عليه فوق نصيبه ويبقى الخادم فتضرب هى بسهم فيها والورثة بأربعة فلهذا يعتق خمسها وتسعى للورثة وتسعى فى أربعة أخماس قيمتها فاذا أدى المديون ما عليه يحسب له نصيبه مما عليه وذلك فى الحاصل ثلث ما عليه نصف ثلث جميع المال ويؤدى ما عليه ويدفع من ذلك الى الخادم تمام الثلث من قيمتها ويأخذ الورثة الفضل فحصل للورثة من جهة كل واحد منهما ستة وثلاثون وثلثان ونفذ بالوصية لهما فى ستة وستين وثلثين لكل واحد منهما وثلاثة وثلاثون وثلث هذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فأما قول أبى حنيفة رحمه الله فبخلاف هذا ذكره فى كتاب العين والدين فقال ان الخادم يسعى فى عشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزأ من قيمتها لان من أصله أن الموصى له بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة لا يضرب بما زاد على الثلث من وصيته والموصى له بالعتق يضرب بجميع وصيته فى الثلث وههنا أوصى لكل واحد منهما بنصف المال والمديون انما يضرب فى الثلث

بمقدار ثلث المال وذلك ستة وستون وثلثان والخادم تضرب بجميع قيمتها وهو مائة فاذا جعلت كل ثلاثة وثلاثين وثلث سهما صار ذلك خمسة أسهم للخادم ثلاثة وللمديون سهمان والثلثان عشرة ثم يطرح نصيب المديون ويضرب الورثة فى الخادم بعشرة والخادم بثلاثة فلهذا قال تسعى فى عشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزأ من قيمتها الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ تكون القسمة بينهم على خمسة عشر فاذا قسمت الديون يصيبه مما عليه ستة وعشرون وثلثان لان له سهمين من خمسة عشر فاذا قسمت المائتين على خمسة عشر كان كل سهم من ذلك ثلاثة عشر وثلثا فلهذا يمسك ستة وعشرين وثلثين ويؤدى مابقى فاذا أداه رد على الخادم الى تمام أربعين درهما لان حقه فى خمس المال فى الحاصل وذلك ثلاثة من خمسة عشر وخمس المائتين أربعون فقد نفذنا الوصية لهما فى ستة وستين وثلثين وأخذ الورثة من الخادم ستين درهما ومن المديون ثلاثة وسبعين وثلثا فذلك مائة وثلاثة عشر وثلث ضعف ما نفذنا فيه الوصية فاستقام *ولو ترك ابنين والفين عينا وألفا دينا على رجل وأوصى لصاحب الدين بما عليه وأوصى لآخر بألف من العين فانه يأخذ الموصى له بالعين أربعمائة لان الثلث بينه وبين الموصى له المديون على سهمين فتكون الفريضة من ستة يطرح سهم المديون وتقسم العين بين الاثنين والموصى له بالعين على خمسة للموصى له بالعين خمسها وخمس العين أربعمائة فاذا خرج الدين فالموصى له المديون يحبس مما عليه مقدار حقه وذلك خمسمائة درهم نصف الثلث ويؤدى ما بقى فيقسم بينه وبين الورثة على خمسة له الخمس منه حتى يصير مستوفيا الخمسمائة كمال حقه ويحصل تنفيذ الوصية لهما فى ألف ويسلم للورثة ألفان ولو كان أحد الالفين دينا على أحد الابنين كان لصاحب الوصية من الالف العين ثلثها لان الابن المديون مستوف حقه مما عليه فيطرح نصيبه وذلك سهمان يبقى للابن الآخر سهمان وللموصى له بثلث العين سهم فكانت القسمة فى الالف العين بينهما على ثلاثة ثلثها الى أن يتيسر خروج الدينين فحينئذ يحسب للابن المديون نصيبه مما عليه وهو ثمانمائة درهم ويؤدى ما يبقى فيكون بينهما على ثلاثة فيأخذ الموصى له نصيبه من ذلك والموصى له الآخر يمسك نصيبه مما عليه خمسمائة ويؤدى ما بقى فيكون بينهم على خمسة للابنين أربعة وللموصى له بثلث العين واحد فيسلم فى الحاصل لكل واحد من الابنين ألف درهم وقد نفذنا الوصية لهما فى ألف لكل واحد منهما خمسمائة وانما جعل نصيب الابن المديون مما عليه ثمانمائة قبل أداء الموصى له المديون لان ماعليه يضم الى الالف

العين ثم يقسم بين الموصى له بالثلث وبين الابنين على خمسة فللابن المديون خمسا ذلك وذلك ثمانمائة فلهذا قال يحسب له ثمانمائة ويؤدي مائتين والله أعلم بالصواب

باب الدعوى من بعض الورثة للوارث

(قال رحمه الله) واذا مات الرجل وترك ابنين فادعى أحدهما أختا يعني بنتا للميت وكذبه الآخر فان الاخت تأخذ من المقر بها ثلث مافي يده عندنا وقال ابن أبي ليلى خمس مافي يده لانها انما تأخذ منه الفاضل على نصيبه بزعمه بما في يده وأصل التركة بزعمه على خمسة لكل ابن سهمان وللاخت سهم وفي يده نصف المال سهمان ونصف فالفاضل على نصيبه بزعمه نصف سهم من سهمين ونصف وذلك خمس مافي يده يوضحه أنه أقر لها بسهم من جميع التركة نصف ذلك السهم في يده ونصفه في يد أخيه والاخ يظلمها بالجحود فليس لها أن تأخذ شيأ مما لها في يد الجاحد وانما تأخذ من المقر مقدار مالها من الحق في يده وذلك نصف سهم خمس ما في يده* وجه قولنا ان الذي في يد المقر جزء من التركة وفي زعمها ان حقها في التركة في سهم وحق المقر في سهمين وزعمه معتبر في حقه فيضرب كل واحد منهما فيما في يده بحصته فيكون بينهما أثلاثا وهذا لان الجاحد استوفى زيادة على حقه فيجعل ذلك في حقه بمنزلة ما لو غصبه غاصب فلا يكون ضرره على بعض الورثة دون البعض والحاصل انه يجعل الجاحد مع مافي يده في حق المقر كالمعدوم فكأن جميع التركة مافي يد المقر وهو الوارث خاصة فيقسم ذلك بينه وبين أخته *أثلاثا ولو لم يقر باخت وأقر بزوجة لابيه أعطاها سبعي مافي يده لانه زعم أن الميت ترك ابنين وامرأة فتكون الفريضة من ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة فتضرب هي فيما في يده بسهمين وهو بسبعة فيعطيها سبعي مافي يده وعند ابن أبي ليلى ما فضل نصيبه مما في يده وذلك نصف الثمن ولو كانت له امرأة معروفة سواها فان المقر يعطي هذه التي أقر بها تسعي مافي يده لان بزعمه الفريضة من ستة عشر لكل امرأة سهم ولكل ابن سبعة فهو يضرب فيما هو في يده بسبعة والمقر لها بسهم فيعطيها ثمن مافي يده *ولو ترك ابنا وبنتا وزوجة فادعت الابنة أختا لها أعطتها نصف مافي يدها لانها تزعم أن حقهما في التركة سواء فان كانت أقرت باخ لها أعطت ثلثي مافي يدها لانها تزعم أن حقه في التركة ضعف حقها ولو تركت زوجا وأما وأختا فادعت الاخت أخا وأقر بذلك الزوج وجحدت

الام فالفريضة من عشرين لان الفريضة بزعم الام تستقيم على ثمانية وأصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث سهمان وللاخت النصف ثلاثة فتكون القسمة من ثمانية لها سهمان وهو الربع وعلى زعم الزوج والاخت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم والباقي بين الاخ والاخت أثلاثا لا يستقيم فانكسرت بالاثلاث فاضرب ستة فى ثلاثة فتكون ثمانية عشر للام ثلاثة وللزوج تسعة وللاخ أربعة وللاخت سهمان فاقرار الاخ والاخت لا يكون معتبرا فى حق الام وجحودها لا يكون معتبرا فى حقها فتجعل فى حق المقرين القسمة على الفريضة الثانية فحقها خمسة عشر وفى حق الام تجعل القسمة على الفريضة الاولى وحقها ربع المال فالسبيل أن يضم الى خمسة عشر مثل ثلاثة حتي لا يكون المضموم ربع المبلغ وهو نصيب الام ومثل ثلاثة خمسة فاذا ضممت خمسة الى خمسة عشر كان عشرين للام خمسة فاذا أخذت نصيبها قسم ما بقى وهو خمسة عشر على مااتفقوا عليه للزوج سبعة وللاخ أربعة وللاخت سهمان * ولو تركت زوجا وأختا فاقر الزوج أن لها أخا وجحدت الاخت فان الزوج يعطيه خمسى مافى يده لان بزعمه الفريضة من ستة له ثلاثة وللاخ سهمان فيقسم مافى يده بينهما باعتبار زعمه فلهذا يأخذ خمسى مافى يده وكذلك لو أقر باخت مثل الاخت المعروفة لاب وأم أولاب أعطاها خمس مافى يده وكذلك لو أقر باخت مثل الاخت المعروفة لاب وأم أولاب فالفريضة من ستة للزوج ثلاثة وللاختين الثلثان أربعة يعول بسهم وهو يزعم أن حقها فى سهمين وحقه فى ثلاثة فيعطيها خمس مافى يده * ولو تركت زوجا وأختا لاب وأم فأقر الزوج باخت لاب أعطاها ربع مافى يده لانها خلفت بزعمه زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب فللزوج النصف ثلاثة وللاخت لاب وأم ثلاثة وللاخت لاب السدس تكملة الثلثين سهم فهى تضرب فيما فى يده بسهم وهو بثلاثة فلهذا يعطيها ربع ما فى يده وكذلك لو أقر باخ أوأخت لام لان نصيب المقر له سهم بزعمه وهو السدس وان أقر بهما الام أعطاها خمسى مافى يده لانه يقول تركت زوجا وأختا لاب وأم وأخا واختا لام فيكون لهما الثلث سهمان من ستة ويعول بسهمين فحقهما بزعمه فى سهمين وحقه فى ثلاثة فلهذا يعطيهما خمسى مافى يده ولو تركت زوجا وأختا لاب فاقر الزوج بام فانه يعطيها خمسي مافى يده لان حقهما بزعمه الثلث سهمان من ستة وحقه فى ثلاثة * ولو تركت زوجا وأختا لاب فاقر الزوج باخت لاب وأم أعطاها نصف مافى يده لانه يزعم أن حقها في التركة سواء لكل واحد منهما

ثلاثة من سبعة*ولو ترك ابنين وامرأة فاقر أحد الابنين بامرأتين أعطاهما أربعة من خمسة وعشرين سهما مما في يده لانه يزعم انه خلف ثلاث نسوة وابنين فللنسوة الثمن بينهن أثلاثا لا يستقيم وللابن سبعة بينهما نصفان لا يستقيم فيضرب ثلاثة في اثنين فيكون ستة ثم يضرب ثمانية في ستة فيكون ثمانية وأربعين منه تصح القسمة لكل امرأة سهمان ولكل ابن أحد وعشرون فهو يزعم أن حقها في أربعة أسهم يضربان بذلك فيما في يده وهو واحد وعشرون فلهذا أعطاهما أربعة من خمسة وعشرين مما في يده*ولو ترك ابنين وأبوين فأقرت احدى الابنتين بامرأة أعطتها ثلاثة من أحد عشر مما في يدها لان الفريضة بزعمها من أربعة وعشرين للابنتين الثلثان ستة عشر وللابوين السدسان ثمانية وللمرأة الثمن ثلاثة فتعول الى سبعة وعشرين وهي المنبرية التي أجاب فيها علي رضى الله عنه علي المنبر على البديهة فقال انقلب ثمنها تسعا فاذا هي تزعم أن حق المرأة ثلاثة وحقها في ثمانية فيقسم ما في يدها بينهما على ذلك*ولو ترك امرأة وابنة وأبوين فأقرت المرأة بامرأة أخرى أعطتها نصف ما في يدها لان نصيب النساء من التركة في يدها وقد زعمت أن حقها في التركة في ذلك سواء فان أقرت لها احدى الابنتين أيضا فانها تأخذ نصف ما في يد المرأة ولا تأخذ من الابنة شيأ لان ميراث النساء الثمن واحدة كانت أو اثنتين وذلك الثمن في يد المرأة وهي مقرة للاخرى بنصيبها من ذلك فلا تأخذ من الابنة شيأ لذلك* ولو ترك ابنتين وأبوين فأقرت احدى الابنتين بامرأة وصدقتها الام فالفريضة من تسعين سهما للابنتين ستون وللابوين ثلاثون نخذ نصيب الام خمسة عشر ونصيب الابنة ثلاثين وذلك نصف المال من الحاصل واعط المرأة من ذلك تسعة وللابنة أربعة وعشرين وللام اثني عشر وقد طول هذه المسئلة وهي تخرج من خمسة عشر لانهما يزعمان ان المرأة لها ثلاثة وللابنة ثمانية وللام أربعة مما في أيديهما وهو نصف المال تقسم بينهما على ذلك تضرب فيه المرأة بثلاثة والام باربعة والابنة بثمانية فتستقيم من خمسة عشر*ولو جحدت الام ولم تقر قسمت ما في يد الابنة علي ثلاثة وثلاثين وهو تطويل غير محتاج اليه أيضا فقد بينا أن القسمة تستقيم من أحد عشر ولو لم تقر الابنة بالمرأة وأقرت الام قسمنا ما في يدها على أحد وعشرين للام اثنا عشر وللمرأة تسعة وهذا أيضا تطويل فان القسمة تستقيم من سبعة لانها تضرب فيما في يدها بحقها أربعة والمرأة ثلاثة فيكون بينهما على سبعة*ولو تركت زوجا وأخا فادعى الزوج ابنة كبيرة لها من غيره قاسمها ما في يده على أربعة ونصف للزوج سهم ونصف وللابنة ثلاثة

لانه يزعم أن حقه الربع سهم ونصف من ستة فيقسم مافي يده علي اثني عشر وفي الحاصل تعطيه ثلثي ما في يدها لانه يزعم أن حقه في ثمانية وحقها في أربعة فيعطيها ثلثي ما في يدها واذا كان الورثة اثنين فأقر أحدهما علي ابنة للابن بشركة أو بوديعة بعينها أو مجهولة وكذبه الآخر فانه يستوفيه كله من نصيب المقر عندنا وقال ابن أبي ليلى يأخذ منه بقدر حصته وهو قول الشافعي ومذهبنا مذهب علي رضي الله عنه وقد تقدم بيان المسئلة في الاقرار * قال ولو أقر بشركة كانت بينه وبين ابنه فان كان أقر بشركة النصف أخذ من حصته الثلثين لانه يزعم ان المال علي أربعة أسهم للمقر له سهمان ولكل ابن سهم فهو يضرب فيما في يده بسهم والمقر له بسهمين فيعطي ثلثي ما في يده وان كان أقر بالثلث أخذ منه النصف لانه يزعم ان المال علي ثلاثة أسهم للمقر له سهم ولكل ابن سهم فحقه فيما في يده مثل حق المقر له بزعمه فلهذا أخذ منه نصف ما في يده قال واذا كان للميت ابنان وعبدان لا مال له غيرهما قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة فأقر أحد الابنين ان أباهما أعتق هذا بعينه في مرضه وأقر الآخر أنه أعتق أحدهما لا يدرى أيهما هو فان الذى أقر له بعينه يعتق منه ثلثا نصيبه ويسعى له في الثلث الآخر في نصف قيمته ويعتق من نصيب الآخر الثلث منهما جميعا ويسعيان له في ثلثي نصيبه لان كل واحد من العبدين صار مشتركا بينهما نصفين والعتق في المرض وصية فالذى أقر بالعتق لاحدهما بعينه فقد أقر أنه عتق منه بقدر الثلث من مال الميت وذلك ثلثا رقبته واقراره نافذ في نصيبه غير نافذ في نصيب شريكه فيعتق ثلثا نصيب ويسعى له في ثلث نصيبه والنصف من الآخر مملوك له وقد تعذر عليه استدامة الرق باقرار شريكه فيسعى له الآخر في نصف قيمته وقد أقر الآخر بالثلث مبهما لان العتق المبهم بالموت يشيع فيهما فينفذ اقراره في نصيبه مبهما فيعتق ثلث نصيبه من كل واحد منهما ويسعى كل واحد منهما له في ثلثي نصيبه وان أقر أحدهما أنه أعتق هذا بعينه وأقر الآخر أنه أعتق هذا بعينه سعى كل واحد منهما للذى أقر له في ثلث نصيبه منه وللذى أنكر عتقه في جميع نصيبه منه لان اقراره حجة عليه دون صاحبه وقد تعذر استدامة الرق في نصيبه من الآخر باقرار صاحبه ولو قال أحدهما أعتق أحدهما في مرضه ولا يدرى أيهما هو وأنكر الآخر عتق من نصيب المقر من كل واحد منهما ثلث نصيبه لاقراره والثلث لهما ويسعى كل واحد منهما للآخر في نصيبه كاملا لانكاره عتقهما جميعا ولو شهدا أنه أعتق هذا بعينه وقال أحدهما أعتق هذا الآخر أيضا

عتق ثلثا الذى شهدا له ويسعى الآخر فى جميع قيمته لهما لان الذى شهدا له أولى بالثلث منا لآخر فان شهادتهما له حجة بمنزلة شهادة غيرهما ولو شهد أجنبيان بالعتق لاحدهما كان هو أولى بالثلث من الذي أقر له الوارث لان رق الآخر يفسد باقرار أحدهما بعتقه ولم يبق من الثلث شئ فتلزمه السعاية فى جميع قيمته لهما ولو شهد أحدهما انه أعتق هذا بعينه فى صحته وشهد الآخر أنه أعتق هذا الآخر فى مرضه عتق نصيب الشاهد من الذى شهد له فى الصحة لان العتق فى الصحة من جميع المال فهو مقر بحريته واقراره حجة عليه فى نصيبه ويسعى الآخر فى نصف قيمته لانكاره عتقه ويعتق ثلثا نصيب الذى شهد له فى المرض من الذي شهد له ويسعى له فى ثلث نصيبه ولاخيه فى جميع نصيبه لانه أقر بالثلث لهذا الآخر واقراره في نصيبه صحيح وفى زعمه أن شريكه صار متلفا لنصيبه من الآخر فيكون ذلك محسوبا عليه وان مال الميت رقبتان فالثلث منه ثلثا رقبة فلهذا يعتق ثلثا نصيبه والله أعلم بالصواب

باب اقرار المريض وأفعاله

(قال رحمه الله) واذا كان على المريض دين فى الصحة فغصب فى مرضه من انسان شيأ ثم قضاه فهو جائز لانه لو رد عين المغصوب لم يكن لغرماء الصحة عليه سبيل فكذلك اذا رد عليه مثله أو قيمته لان ذلك يحكى عينه وهذا بدل مال وصل الى المريض فهو بمنزلة ما لو اشترى شيأ بمثل قيمته ونقد ثمنه فلا يكون لغرماء الصحة على البائع سبيل لان المريض ما أتلف عليهم شيأ حين وصل اليه ما تكون ماليته مثل مالية ما أدى وكذلك ما أخذه فأنفقه على نفسه في كسوته وطعامه ودوائه ثم قضاه فانه قد وصل اليه ما تكون ماليته مثل مالية ما أدى ثم حاجته في ماله تقدم على حق غرمائه * ولو استأجر أجيرا أو تزوج امرأة وأعطاهما ذلك لم يجز وكانا أسوة غرماء الصحة فيه لانه لم يصل اليه مثل ما يكون ما أدى فى صفة المالية فكان هذا ابطالا منه لحق غرماء الصحة عن ذلك المال وتخصيص بعض غرمائه بقضاء الدين والمريض ممنوع عن ذلك الا أن الدين وجب لهما بسبب لا تهمة فيه فكان أسوة غرماء الصحة فى ماله ولو أقر المريض أن دينه الذى على هذا الرجل لفلان فان ذلك لا يجوز حتى يستوفي غرماء الصحة دينهم لان اقراره فى المرض بدين له على الغير كاقراره بعين له فى يده أو فى يد غيره وذلك غير صحيح منه فى حق غرماء الصحة وهذا بخلاف ما اذا أقر باستيفاء

الدين من غريمه وهو غير وارث وقد كان الدين فى الصحة لانه مسلط علي الاستيفاء وقد ثبت للغريم حق براءة ذمته عند اقراره بالاستيفاء منه فلا يتغير ذلك بمرضه وهو غير مسلط علي الاقرار بالدين الواجب له أو لغيره بل هو ممنوع من ذلك لحق غرماء الصحة كما هو ممنوع من تمليكه منه بالهبة وقد ذكرنا فى كتاب الشفعة بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة وغير المحاباة وما يجب فيه من الشفعة للوارث وغير الوارث وما ذلك من اختلاف الروايات وأن بيعه من وارثه غير صحيح أصلا عند أبي حنيفة وعندهما وابن أبي ليلي اذا باع بالقيمة أو باكثر جاز قال ولو أوصى رجل الى رجل بثلثه يضعه حيث أحب أو يجعله حيث أحب فهما سواء وله أن يجعله لنفسه ولمن أحب من ولده لانه قائم مقام الموصى فى الوضع والجعل والموصى له وضعه فيه أو فى ولده أو جعله له جاز ذلك فكذلك الوصى اذا فعل ذلك لان الوضع والجعل يتحقق منه فى نفسه كما يتحقق في غيره وليس له أن يجعله لاحد من ورثة الميت لانه قائم مقام الموصى فان جعله لبعض ورثته فهو باطل ويرد علي جميع الورثة وليس له أن يعطيه بعد ذلك أحدا لانه ممتثل أمر الموصى فينتهي به ما فوض اليه ويصير فعله كفعل الموصى ولو فعله الموصى لبعض ورثته كان ذلك باطلا وكان مردودا على جميع الورثة فهذا مثله ولو أوصى بثلثه اليه أن يعطيه من شاء فليس له أن يعطيه نفسه لانه مأمور بالاعطاء من جهة الموصى وهو لا يكون معطيا نفسه كما يكون جاعلا لها واضعا عندها ألا ترى أن من عليه الزكاة أو صدقة الفطر ليس له أن يضعه فى نفسه لانه مأمور بالايتاء والاداء ولا يحصل ذلك بالصرف الي نفسه ومن وجد ركازا له أن يضع الخمس فى نفسه اذا كان مصرفا له لان الواجب جعل الخمس لمصارف الخمس ووضعها فيهم وقد جعل ذلك ولو أوصى الي رجل فقال قد جعلت ثلثي لرجل سميته فصدقوه فقال الوصى هو هذا وخالفه الورثة لم يصدق الوصى على ذلك لانه أوصى بما هو خلاف حكم الشرع وهو اثبات الاستحقاق بشهادة شاهد واحد لان الوصى هاهنا بمنزلة الشاهد وشهادة الواحد لا تكون حجة بخلاف الاول فان هناك أوصى اليه بالوضع والواضع يكون متسببا بالتصرف علي وجه النيابة لا شاهدا فلم يكن ذلك وصية بما يخالف الشرع وعلى هذا لو قال للوصى اعتق أى عبيدى شئت كان له أن يعتق أيهم شاء ولو قال قد أعتقت عبدى فسميته للوصى فصدقوه فى ذلك لم يصدق ولو أوصى الى رجلين أن يضعا ثلثه حيث شاء أو يعطياه من شاء أو اختلفا فقال أحدهما أعطيه فلانا وقال الآخر لا بل فلانا لم يكن لواحد من الرجلين شيء لان الوصيين

لم يجمعا على واحد منهما وانما فوض الموصى الرأى فى الوضع اليهما وهذا شيء يحتاج فيه الى الرأى لاختيار المصرف ورأى الواحد لا يكون كرأي المثنى ولو قال قد أوصيت بثلثي لفلان وقد سميته للوصيين فصدقوهما فقال هو هذا وشهدا له بذلك جازت شهادتهما لخلوها عن التهمة وشهادة المثنى حجة تامة وان اختلفا فى ذلك أبطلت قولهما لان كل واحد منهما يشهد بغير ما شهد به صاحبه ولو أوصى بعبده أن يعتق ثم أوصى له أن يباع أو على عكس ذلك فهذا رجوع عن الوصية الاولي للمنافاة بين التصرفين فى محل واحد وكذلك لو أوصى بان يعتق نصفه بعد ما اوصى ببيعه من رجل أو على عكس ذلك كانت الثانية رجوعا عن الاولى فى جميع العبد وان أضاف الثانية الى نصفه لان بين التصرفين فى المقدار الواحد منافاة وان أوصى به لرجل ثم أوصى به أن يباع لرجل آخر تحاصا فيه وكذلك ان بدأ بالبيع ثم بالوصية لان كل واحد منهما تمليك احدهما بعوض والآخر بغير عوض والجمع بينهما في عبد واحد صحيح فلا يكون اقدامه على الثانية دليل الرجوع عن الاولى واذا شهد شاهد ان بعد موته أنه قال فى حياته لعبديه احدكما حر جازت الشهادة اما عندهما فلان الدعوى ليست بشرط فى عتق العبد وعند أبي حنيفة العتق المبهم يشيع فيهما بالموت فتتحقق الدعوى منهما ويجعل الثابت من اقراره بشهادتهما كالثابت بالمعاينة ولو سمعا ذلك منه ثم مات عتق من كل واحد منهما نصفه فهذا مثله والله اعلم بالصواب

باب الشهادة فى الوصية وغيرها

(قال رحمه الله) واذا شهد الوصيان أنه أوصى الى هذا معهما فان كذبهما ذلك الرجل فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وأنهما يثبتان بشهادتهما من يعينهما على التصرف وان ادعاها الرجل جازت شهادتهما استحسانا وفى القياس لا تجوز لاجل التهمة ولكنه استحسن فقال لو سألا من القاضى أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما والرجل راغب فى ذلك كان على القياس للقاضى أن يجيبهما الى ذلك فلا يتهمان فى اخراج الكلام مخرج الشهادة فى هذه الحالة فأما اذا كان الرجل مكذبا لهما فهما متهمان فى اخراج الكلام مخرج الشهادة لانهما لو سألا ذلك من القاضى لم يجبهما اذا لم يكن الرجل راغبا فيه ثم اذا كذبهما الرجل أدخلت معهما آخر لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من

التصرف بعد ذلك بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وكذلك لو صدقهما وقال لا أقبل الوصية كان له ذلك لانه لم يسبق منه القبول ولكن يتعذر على الوصيين التصرف بدون رأى الثالث فيدخل القاضى معهما وصيا ثالثا وهذا القياس والاستحسان فى فصول أربعة. أحدها ما بينا. والثانى اذا شهد ابنا الميت ان أباهما أوصى الى هذا ففى القياس لا تقبل شهادتهما لانهما ينصبان نائبا عن أبيهما ومن يتصرف لهما ولو شهدا أن اباهما وكل هذا الرجل فى حياته والاب غائب لم تقبل الشهادة فكذلك اذا شهدا بالوصية وفى الاستحسان اذا كان الرجل مدعيا للوصية تقبل شهادتهما لخلوها عن التهمة فانهما لو سألا من القاضى أن يجعل هذا الرجل وصيا والرجل راغب فيه أجابهما القاضى الى ذلك بخلاف ما اذا لم يكن الرجل مدعيا للوصية وبخلاف الوكالة فانهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لم يفعل ذلك وهذا لانه ليس للقاضى ولاية فى مال أبيهما. والثالث الموصى لهما اذا شهدا أن الموصى أوصى الى هذا فهو القياس والاستحسان لان الموصى له بالثلث شريك الوارث فهو فى هذه الشهادة كالوارث. والرابع غريمان لهما على الميت دين لو شهدا أنه أوصى الى هذا الرجل فى القياس لا تقبل الشهادة بمنزلة ما لو شهدا فى حياته أنه وكل هذا الرجل بقضاء ديونه وهذا لان فى هذه الشهادة منفعة لهما فانهما يطالبانه بقضاء دينهما وفى الاستحسان اذا كان الرجل مدعيا للوصية قبلت الشهادة لان القاضى أن ينصب وصيا بالتماسهما من غير شهادة فلا يتهمان فى اخراج الكلام مخرج الشهادة * ولو أن غريمين للميت عليهما دين شهدا أن الميت أوصى الى هذا جازت شهادتهما قياسا واستحسانا لخلوها عن التهمة فانهما ينصبان بشهادتهما من يطالبهما بقضاء الدين فتقبل الشهادة لخلوها عن التهمة ولو شهدا بنا الميت الوصى أو أبوه ورجل آخر أن الميت أوصى اليه أبطلته لانه يشهد للوصى بثبوت ولاية التصرف له والولادة تمنع قبول شهادة أحدهما للآخر * وكذلك لو شهد ابنا أحد الوصيين أن الميت أوصى الى أبيهما والى هذا الآخر فشهادتهما باطلة لانهما يشهدان لابيهما والمشهود به كلام واحد فاذا بطل فى حق أبيهما بطل فى حق الآخر وشهادة ابنى الوصيين على أن الوصى عزله وأوصى الى رجل آخر جائزة لانهما يشهدان على أبيهما بالعزل ويشهدان للاجنبى بولاية التصرف * وكذلك شهادة ابنى الغريمين أو غريميه على أنه عزل هذا وأوصى بولاية التصرف الى الآخر جائزة لانهما يشهدان بثبوت الولاية للثانى وبنقل ولاية التصرف من الاول الى الثانى فلا تمكن التهمة فيهما واختلاف الشاهدين

علي أنه أوصى اليه فى الوقت والمكان لا تفسد الشهادة لان الايصاء الى العين قول تكرر فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى المكان والزمان* ولو شهد أنه قال هو وكيلى فيما تركت بعد موتى جعله وصيا له لان النائب بعد الموت وصي سواء شهد بلفظة الوصاية أو بلفظة الوكالة قال ولا تجوز شهادة الوصى للموصى للميت لانه متهم فى شهادته باثبات حق القبض لنفسه وكذلك لو شهد الوصي للميت شهادة بعد أن يدرك ورثته ويقبضوا مالهم لم أجز شهادته لانه لو قبض ذلك جاز قبضه عليهم فكان هو الخصم فى ذلك فلا شهادة له فيما كان خصما فيه ولو شهد الوصي لوارث كبير أو صغير على الميت بدين لم تجز شهادته له فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما وابن أبى ليلى رحمهم الله تجوز شهادته للكبير ولا تجوز شهادته للصغير لانه اذا شهد للصغير فهو الذى يقبض واذا شهد للكبير فليس له حق القبض فيما للكبير الحاضر فلا تتمكن التهمة فى شهادته وأبو حنيفة يقول كان هو الخصم فيما شهد به حين كان هذا الكبير صغيرا فلا يكون شاهدا فيه * وقد بينا المسئلة فى الشهادات وأما فيما ليس من الميراث فان شهادة الوصى للصغير لا تقبل على الصغير لانه هو القابض وتجوز للكبير لانه أجنبي فى ذلك فانه انما صار خصما بقبوله الوصاية فيما هو من جملة ميراث الميت فاما فيما للوارث الكبير على الاجنبي لا بطريق الارث فهو أجنبي * واذا شهد شاهدان لرجل على الميت بدين وشهد رجلان للشاهدين على الميت بدين فهو جائز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف تبطل شهادتهم وهذه ثلاثة فصول أحدها لا تقبل الشهادة بالاتفاق وهو أن يشهد رجلان لرجلين بوصية الميت لهما بالثلث ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بالثلث وهذا لان الثلث مشترك بين الموصي لهم فشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا بين الشاهد والمشهود له وفي الوجه الثانى الشهادة مقبولة بالاتفاق وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهما بهذا العبد ويشهد الآخر أن الميت أوصى للشاهدين بهذه الجارية فالشهادة تقبل لان كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود عليهما فى محل لا شركة لهما فى ذلك المحل والفصل الثالث على الخلاف وهو فصل الدين فأبو يوسف يقول حق الغرماء بعد الموت يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك للوارث ولا ينفذ تصرفه فيه اذا كان الدين محيطا بها فشهادة كل فريق تلاقى محلا مشتركا فهو نظير مسئلة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة وباعتبار المقصود تتحقق الشركة بينهم فيه وأبو حنيفة ومحمد قالا كل

فريق انما يشهد للفريق الآخر بالدين فى ذمة الميت ولو شهدا بذلك فى حياته كانت الشهادة مقبولة فكذلك اذا شهدوا به بعد موته وهذا لان الدين بالموت لا يتحول من الذمة الى التركة (ألا ترى) أن التركة لو هلكت لا يسقط شئ من الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة لنفسه بقضاء الدين من محل اخر فلا تتمكن الشركة بينهم ههنا بخلاف الوصية بالثلث فان حق الموصى له ثبت فى عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة * ولو أراد الوارث أن يستخلص التركة لنفسه ويقضى حق الموصى له من محل آخر لم يكن له ذلك فكانت الشركة بينهم ثابتة فى التركة باعتبار شهادتهما وكذلك لو شهد بذلك ابنا هذين لهذين وابنا هذين لهذين فهذا والاول فى الفصول الثلاثة سواء لان الشركة كما تمنع قبول شهادة الشريك لنفسه تمنع قبول شهادة ابنه له ولو شهد الميت أو غيرهما بدين لرجلين علي الميت ثم شهد هذان الرجلان بدين لآخر على الميت فهو جائز لانهما يضران أنفسهما فان دينهما قد ثبت فيهاو بشهادتهما يثبتان من يزاحمهما فى التركة وهذا بخلاف الاول على قول أبي يوسف لان هناك تتمكن تهمة المواضعة بين الفريقين لنفع كل واحد منهما صاحبه بشهادته ولا تتمكن مثل ذلك ههنا واذا شهد الوصيان بدين على الميت أو بوصية فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فان دفعا ذلك قبل أن يشهدا به ثم شهد فشهادتهما باطلة لانهما صارا ضامنين لما دفعا بغير حجة فهما بشهادتهما يدفعان الضمان عن أنفسهما وكذلك شهادة ابنيهما أو أبويهما لا تقبل بعد الدفع لانهما يدفعان الضمان بشهادتهما عن أبيهما أو ابنيهما والله أعلم

باب الاستثناء

(قال رحمه الله) واذا أوصى رجل لرجل بدينارا لا درهما أو بمائة درهم الا دينارا فهو كما قال يعطى من ثلثه دينار الا درهما وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف فأما عند محمد يعطى ماسمى له أولا والاستثناء باطل وقد بينا المسئلة فى الاقرار أن الاستثناء بخلاف الجنس لغو عند محمد رحمه الله لان الاستثناء لاخراج ماوراءه ولولاه لكان الكلام متناولا له ولا يتحقق ذلك مع اختلاف الجنس فلا يكون هذا استثناء على الحقيقة بل يكون استثناء منقطعا بمعنى لكن فمعناه أوصيت له بالدينار ولكن لم أوص له بدرهم فلا يكون رجوعا على شئ وهما يقولان المجانسة فى المقدار ثابتة معنى من حيث انها ثبتت فى الذمة ثبوتا صحيحا وانما كان الاستثناء عبارة

عما وراء المستثنى بطريق المعنى دون الصورة فكان اعتبار المعنى فيه مرجحا فلهذا صح استثناء المقدر من المقدر وان لم يكن من جنسه صورة فعلى هذا لو قال كر حنطة الا درهما أو كر شعير الا مختوم حنطة نقص من الشعير قيمة ذلك وكذلك لو قال له داري هذه أو عبدي هذا الا مائة درهم فعندهما يبطل من ذلك قيمة مائة درهم ويجوز له ما بقي من الثلث وهذا مشكل فان الدار والعبد ليسا بمقدورين ولكنهما يشترطان أن يكون المستثنى مقدرا والمستثنى هنا مقدر وكانهما يعتبران الاستثناء فاعتبار المالية في المقدرات يعرف بالتسمية فيصح استثناء القدر من خلاف جنسه مقدرا كان أو غير مقدر أو يقول هذا في معنى وصية ببيع الدار والعبد منه بمائة فكانه يقول جعلت ملك هذه الدار وماليتها محاباة الا بقدر مائة درهم فاني لا أخلفها له بعوض ولو كانت الدار قيمتها ألفا فأوصى ببيعها منه بمائة جازت المحاباة من الثلث فهاهنا كذلك الا أن هناك التمليك مضاف الى جميع الدار وههنا الى ماوراء المستثنى معنى وقيمة مائة درهم من الدار يكون للورثة والباقي للموصى له * ولو قال أوصيت له بما بين العشرة والعشرين أو من العشرة الى العشرين أو ما بين العشرة الى العشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما في قول أبي حنيفة وعندهما له تمام العشرين استحسانا وروى زفر عن أبي حنيفة أن له ثمانية عشر وهو قول زفر وكذلك لو قال بما بين المائة الي المائتين فعند أبي يوسف ومحمد يدخل الغايتان استحسانا فله المائتان وفي رواية زفر لا يدخل الغايتان فله تسعة وتسعون وفي قول أبي حنيفة تدخل الغاية الاولى للضرورة ولا تدخل الغاية الثانية فله مائة وتسعة وتسعون وقد بينا المسئلة في الاقرار *ولو أوصى له بعشرة دراهم في عشرة فله عشرة وعلى قول زفر عشرون باعتبار أن حرف في بمعنى حرف الواو أو بمعنى حرف مع وعند الحسن بن زياد له مائة بطريق الحساب فانك اذا سألت واحدا من الحساب كم عشرة في عشرة يقول مائة ولكنا نقول له عشرة لان حرف في للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا للعشرة فيلغو آخر كلامه ويجعل بمعنى الواو ومع مجازا وبالمجاز لا يثبت تمليك المال كما لا يثبت بالسك والضرب من حيث الحساب تكثر السهام لا أصل المال فعشرة دراهم وان ضربتها في عشرة أو في مائة تكثر السهام فيها ولا يزداد وزنها * ولو قال بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره أو أرضه جعلت له مائة ذراع مكسرة لان لذوى المساحات طولا وعرضا فقوله فيها عشرة في عشرة لبيان الطول والعرض وذلك لا يتناول الا مائة ذراع مكسرة بخلاف الدراهم فليس فيها لا طول ولا عرض وانما يعرف

مقدارها بالوزن و بأول كلامه صار مقدار الوزن معلوما فيكون آخر كلامه خاليا عن الفائدة * ولو أوصى له بثوب سبع في أربع جعلت له ذلك كما قال لان للثوب طولا وعرضا فانما مراده بهذا اللفظ فيه بيان الطول والعرض على أن يكون الاكثر لبيان طوله والاقل لبيان العرض وهذا لان اسم الثوب لا يتغير بزيادة الطول والعرض ونقصانهما وانما يتغير الوصف فكان قوله سبعا في أربع بيانا لصفة ما أوصى له به من الثوب بخلاف الدراهم فبزيادة المقدار يتبدل الاسم لانه لا يقال للمائة عشرة دراهم بحال وكذلك لا يقال لها عشر مرات عشرة في العادة فلم يبق الا الغاء آخر الكلام فيه * ولو أوصى له بحنطة في جوالق أعطيته الحنطة دون الجوالق لانه أوجب له مظروفا في ظرف فانما يستحق المظروف خاصة وذكر الجوالق لتعيين محل الجوالق وهذا لان حرف في للظرف وانما يقال أوصى له بكذا ولا يقال أوصى له في كذا فانما يتناول الوصية بهذا اللفظ ما اتصل به حرف الباء وهو الحنطة دون ما اتصل به حرف في وهو الجوالق ولو أوصى له بهذا الجراب الهروى أعطيته الجراب وما فيه لانه أوصل حرف الباء بالجراب والجراب الهروى اسم للجراب المملوء بيانا دون الجراب فارغا * ولو أوصى له بهذا الدن الخل أعطيته الدن وما فيه كأنه قال بهذا الدن والخل فيكون حرف الباء متصلا بهما جميعا معنى ولانه وصل هذا الحرف بالدن وسمي الدن الخل وانما يسمى به حقيقة اذا كان مملوأ خلا * وكذلك لو أوصي له بقوصرة تمر ولو أوصى له بسيف أعطيته السيف بجفنه وحمائله لان اسم السيف عند الاطلاق يتناول الكل ولو أوصى له بسرج أعطيته السرج وما حمل من متاعه ولو أوصى له بقبة أعطيته عيدان القبة من غير كسوة لان الاسم للعيدان (ألا ترى) أن في العادة لا يكون مع القبة كسوة ولكن كل مالك يتخذ كسوة القبة لنفسه على حسب ما يريده بخلاف السرج والسيف ولو أوصى بقبة تركية أعطيته القبة بالكنود لان الاسم يطلق على الكل عادة (ألا ترى) أنه لا يتخذ كل مالك للعيدان الا كنودا آخر عادة وان أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العود لان اسم الحجلة يتناول الكسوة بدون العيدان والعيدان بدون الكسوة لها اسم آخر وهي القبة فلهذا لا يستحق باسم القبة الكسوة ولا باسم الحجلة العيدان * ولو أوصى له بسلة زعفران أعطيته الزعفران دون السلة وكان ينبغي على قياس ما تقدم أن يستحق السلة لانه وصل حرف الباء بالسلة ولكنه ترك القياس لعرف الناس فانهم اذا قالوا سلة زعفران فانما يريدون به بيان مقدار الزعفران لا حقيقة السلة كما يقال كيل حنطة

وكيل شعير * وكذلك لو أوصى له بهذا العسل وهو فى زق أعطيته العسل دون الزق وكذلك لو قال بهذا السمن أو الزيت وما أشبه ذلك لانه سمى فى وصيته له المظروف وبتسمية المظروف لا يستحق الظرف فلهذا لم يكن له من الوعاء شيء والله اعلم بالصواب

باب الوصية بما فى البطن

(قال رحمه الله) واذا أوصى رجل لرجل بما فى بطن هذه الجارية ثم ولدت بعد موته لستة أشهر أو أكثر فلا وصية له لانه أوصى بالمعدوم ولم يعلم وجوده عند موت الموصى حقيقة ولا حكما ووجوب الوصية بالموت فما لم تكن العين معلومة الوجود عند وجوب الوصية لا تكون الوصية به صحيحة وبيان ذلك أن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فيحتمل أن يكون هذا الولد من علوق حادث بعد موته وقد بينا أن الوصية بما فى بطن الحيوان لا تصح قبل الوجود واسناد العلوق الي وقت سابق يكون لضرورة الحاجة الي اثبات نسبه وذلك لا يوجد ههنا وان جاءت به لاقل من ستة اشهر وجبت الوصية به من الثلث لانا تيقنا بوجوده عند وجوب الوصية وهو حالة الموت *ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية الف وان كان فى بطنها غلام فله وصية الفين فولدت جارية لستة أشهر الا يوما ثم ولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلها جميعا الوصية لانا حكمنا بوجود الذى انفصل قبل تمام ستة أشهر عند موت الموصى وهما توأمان خلقا من ماء واحد فمن ضرورة الحكم بوجود احدهما فى وقت الحكم بوجود الآخر فيه والوصية أخت الميراث وفى الميراث الجنين فى البطن والمولود فى الحكم سواء اذا انفصل حيا فكذلك فى الوصية ثم شرط الوصية بالالف وجود الجارية في بطنها وقد وجد الشرطان وان ولدت غلامين أو جاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شاؤا أو أى الجاريتين شاؤا لانه أوجب الوصية لاحدهما ومثل هذه الجهالة اليسيرة المستدركة لا تمنع صحة الوصية كما لو أوصى بثلاثة لفلان أو فلان والبيان الى الورثة لانهم قائمون مقام مورثهم * ولو قال ان كان الذى في بطنك غلام فله ألفان وان كانت جارية فلها الف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شيء لان اللفظ المذكور يتناول جميع ما في بطنها بمنزلة قوله ان كان ما في بطنك أو جميع ما في بطنك ولم يكن جميع ما فى بطنها على احدى الوصيتين اللذين بهما علق استحقاق الوصية * وكذلك لو قال ان كان حملك فهو اسم جميع المذكور لجميع

المجهول قال الله تعالى واولات الاحمال اجلهن أن يضعن حملهن ثم العدة لا تنقضي الا بوضع جميع ما في البطن واذا ترك امراة حبلى فأوصى رجل لمافي بطنها وصية ثم وضعت الولد لاقل من ستة وجبت له الوصية لانا نسند العلوق الى حال حياته لضرورة الحاجة الى اثبات نسب الولد منه واذا اسندنا فقد حكمنا بكون الولد موجودا في البطن حين أوجب له الوصية فكان ذلك بمنزلة علمنا حقيقة وان ولدت ميتا فلا وصية له لانه لا يستحق الوصية الا باعتبار صفة الحياة فيه بعد موت الوصي ولا يعلم ذلك حين انفصل ميتا بخلاف مااذا انفصل حيا ثم مات (ألا ترى) أن في حكم الميراث الذى انفصل ميتا لا يجعل ولدا فى حكم الاستحقاق فكذلك في الوصية وان ولدت ولدين أحدهما حي والآخر ميت فالوصية للحي منهما بخلاف ما اذا ولدتهما حيين لانه تم استحقاق الوصية لهما فبموت أحدهما بعد ذلك يصير نصيبه لورثته وأما اذا انفصل أحدهما ميتا فلم تعلم حياته بعد موت الموصى فلا يصح ضمه الى الحي فكانت الوصية كلها للحي بمنزلة ما لو أوصى لحي وميت وهما منفصلان والله أعلم بالصواب

باب الوصية بالجزء والسهم

(قال رحمه الله) واذا أوصي لرجل بسهم من ماله فله أحسن سهام ورثته سهام يزاد ذلك على الفريضة الا أن يكون أحسن السهام أكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى موضع آخر قال له السدس فيتناوله فيما اذا لم يكن فى سهام ورثته أقل من ذلك وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله يزاد على الفريضة للموصي له بسهم كسهم أحدهم قل ذلك أو كثر الا أنه اذا زاد علي الثلث رد الى الثلث ان لم يجز الورثة لا لان السهم لا يتناول ذلك بل لان الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث بدون الاجازة * وجه قولهما أن التركة بموته تصير سهاما بين ورثته لكل واحد منهم سهم فتسمية السهم للموصي له فى هذه الحالة انما تتناول أحد تلك السهام ولا يثبت الا أقلها لان فى كون الاقل مرادا تيقن وفيما زاد على ذلك شك وأبو حنيفة اعتبر السدس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حين سئل عمن أوصى لرجل بسهم من ماله فقال له السدس وهكذا نقل عن اياس بن معوية وجماعة من أهل اللغة قالوا السهم السدس والدليل عليه أن لفظة السهم انما تتناول سهم من يكون من جملة ورثته باعتبار الاصل لا باعتبار سبب عارض وذلك القرابة دون الزوجية فما يكون عارضا فى مزاحمة ماهو

أصلي كالمعدوم وسهام من يستحق بالقرابة السدس أو الثلث أو النصف فاما الربع والثمن انما يستحق بالزوجية فيتناول اللفظ أدنى ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس حتى لا يزاد على ذلك ولكن ينقص عنه اذا كان في سهم ورثته أقل من ذلك لانه انما يوجب له مثل سهم أحد ورثته فلا يستحق الا المتيقن به وهو الاقل وهذا لانه لما ذكر السهم دون الثلث عرفنا أنه مالك أداء الثلث لا النصف لانه ليس له أن يوصي بالنصف فيتعين السدس مرادا له * يوضحه أن أعدل الاعداد في خروج سهام الفرائض منه الستة فانها تشتمل على ما يستحق من السهام بالقرابة الاصلية كالسدس والنصف والثلث والثلثين (ألا ترى) ان الدراهم تجرى على الاسداس فيجعل للسدس سبيلا على حدة ولا يجعل ذلك للثمن ولا للربع فعرفنا ان السدس عدل في هذا الباب فيستحق ذلك بالتسمية الا أن يكون أحسن سهام ورثته دون ذلك ثم يزاد ذلك القدر على سهام الفريضة لانه يجعل الموصى له شريك ورثته بسهم وقد علمنا أنه لم يرد تحويل سهم أحد ورثته اليه لانه لا سبيل الى ذلك فعرفنا أن المراد ايجاب مثل أحد السهام له ومثل الشئ غيره ولو أوصى له بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو بطائفة من ماله أو ببعض ماله أو بشقص من ماله أعطاه الورثة ماشاؤا لانه سمى له شيأ مجهولا وليس لنا عبارة من جنس ماسمي ليصرف مقدار المسمى بالرجوع الى عبارة وجهالة الموصى به لا تمنع صحة الوصية والوارث في البيان يقام مقام المورث بخلاف السهم فقد وجدنا هنالك عيارا من جنس ماسمى عند وجوب الوصية يمكن أن يعلم به مقدار الوصية وذلك سهام ورثته بعد موته * ولو أوصى له بالثلث الا شيأ أو الا قليلا أو الا يسيرا أو زهاء ألف أو بعامة هذه الالف أو جل هذه الالف أو بعظم هذه الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وما زاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ماشاؤا لانه ليس فيه أكثر من مستثنى مجهول وأن جهالته توجب جهالة المستثنى منه ولكن الوصية في المجهول صحيحة ثم في العادة المستثنى بهذه الالفاظ يكون دون المستثنى منه والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء ذلك المستثنى فيجعل كانه أوصى بنصف الالف وزيادة فيكون القول في مقدار بيان الزيادة الى الورثة ثم عاد الى بيان قول أبي حنيفة قال اذا أوصى بسهم من ماله وله ابنتان وامرأة وأبوان فله ثلاثة من ثلاثين سهما عندهم جميعا لان هذه الفريضة من سبعة وعشرين بعد العول وأخس السهام نصيب المرأة فيزاد للموصى له مثل نصيبها فيكون له ثلاثة من ثلاثين وكان له عشرة بنين وعشرة بنات فله سهم من أحد وثلاثين لان

المال بين أولاده على ثلاثين سهما وأخس السهام سهم بنت فيزاد ذلك على سهام الفريضة للموصى له* ولو كانت امرأة لها أبوان وابنتان وزوج فللموصى له سهم من ثمانية أسهم ونصف لان أصل هذه الفريضة من بعد العول من سبعة ونصف للابنتين الثلثان أربعة وللزوج الربع سهم ونصف وللابوين السدسان فزدنا على ذلك مثل أخس السهام وذلك سهم* ولو تركت المرأة أختين لاب وأم وأختين لام وأما وزوجا جعلت له سهما من أحد عشر سهما لان هذه الفريضة بعد العول من عشرة للاختين لاب وأم أربعة وللاختين لام سهمان وللام سهم وللزوج ثلاثة فيزاد على ذلك سهم للموصى له* ولو تركت زوجا وأخوين وأوصت بسهم من مالها ففى قول أبى حنيفة له السدس لان سهم أحد الورثة زائد على السدس فله السدس ولانه ليس للاخوين فريضة معلومة وانما الفريضة من ستة باعتبار أنها أعدل الاعداد كما بينا وفى قولهما له الخمس لان أخس الانصباء الربع وهو نصيب أحد الاخوين فيزاد على أربعة للموصى له سهم وهو الخمس* ولو ترك الرجل امرأة وأما وأختين لاب وأم وأختين لام فأوصى بسهم من ماله جعلت لصاحب الوصية سهما من تسعة أسهم ونصف لان أصل الفريضة من ثمانية ونصف بعد العول للاختين لاب وأم أربعة وللاختين لام سهمان وللام سهم وللمرأة سهم ونصف فذلك ثمانية ونصف ثم يزاد للموصى له مثل أخس السهام سهما فلهذا كان له سهم من تسعة ونصف والله أعلم بالصواب

باب الوصية على الشرط

(قال رحمه الله) واذا أوصى الرجل لامته أن تعتق على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج فانها تعتق من ثلثه لان الشرط قبولها الامتناع من التزوج وقد قبلت (ألا ترى) أنه لو أعتقها على مال عتقت بنفس القبول فكذلك اذا أوصى بعتقها على أن لا تتزوج تجب الوصية لها بنفس القبول فتعتق من ثلثه* يوضحه أنه لم يقصد المولى بهذا اللفظ انعدام التزوج منها أبدا فان ذلك لا يتم الا بموتها وبعد موتها لا يتصور عتقها فعرفنا أن مراده انعدام التزوج عقيب موته وقد وجد ذلك حين قبلت أن لا تتزوج فتعتق ثم الامتناع من التزوج لا يصير دينا فى الذمة لاحد على أحد فان تزوجت بعد ذلك جاز نكاحها ولم تبطل وصيتها لانها قد عتقت والعتق بعد ما نفذ لا يمكن رده ولم يكن للمولى فى هذا الشرط منفعة ظاهرة ولا لورثته

ففواته لا يوجب عليها السعاية كما لو كان شرط عليها أن تصوم أو تصلي تطوعا *يوضحه أن القدر المشروط امتناعها من الزواج عقيب موته ولم يعقب ذلك وان تزوجت بعد ذلك * وكذلك لو قال هي حرة ان ثبتت علي الاسلام أو علي أن لا ترجع عن الاسلام فان أقامت علي الاسلام ساعة بعد موته فهي حرة من ثلثه لانه لم يكن الشرط ثباتها علي الاسلام الى وقت موتها فان الجزاء وهو العتق لا يترك فيها بعد ذلك واللفظ اذا تعذر فيه اعتبار الاقصى يعتبر الادنى وذلك فى أن تثبت علي الاسلام ساعة بعد موته ثم ظاهر ما قال يدل علي أن العتق يتنجز فيها من غير تنجيز وتأويله أنه لم يضف ذلك الي مابعد الموت فأما اذا أضافه الى مابعد الموت فانها لا تعتق حتى تعتق لان العتق اذا لم يتنجز بنفس الموت فلا بد من التنفيذ بعد ذلك وقد بينا ما في هذا من الكلام فى كتاب العتاق فى قوله أنت حر بعد موتي بيوم * ولو أوصى لام ولده بألف درهم علي أن لا تتزوج أو قال ان لم تتزوج أو علي أن تثبت مع ولدى فقبلت وفعلت ما شرط عليها بعد موته يوما أو أقل أو أكثر فلها الوصية لان المعتبر وجود أدنى ما يتناوله اللفظ لعلمنا انه لم يرد به الاقصى فيتم استحقاقها بقبولها لوجود ذلك الادنى منها ثم لو تزوجت بعد ذلك لم تبطل وصيتها *ولو أوصى لخادمة أن تقيم مع أبيه أو مع ابنيه حتى يستغنيا ثم هي حرة ولا وارث له غيرهما وهي تخرج من ثلثه فان كانا كبيرين خدمتهما حتى تتزوج الجارية ويصيب الغلام خادما أو ما لا يبلغ خادما يستغني به عن خدمتها وان كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا فاذا أدركا عتقت لان مطلق اللفظ محمول على مايتفاهم الناس فى مخاطباتهم وهو شرط عليها الخدمة الى غاية وهو استغناؤهما عن خدمتها فلا بد من اعتبار تلك الغاية وهي استغناء الكبير عن خدمتها فاذا كان صغيرين فاستغناؤهما يكون بالادراك لانهما عند ذلك يتمكنان من القيام بخدمتهما فاذا وجدت تلك الغاية فقد وجد ما شرط عليها فيجب اعتاقها من ثلثه حتى اذا لم يكن له مال غيرها أعتقت وسعت فى ثلثي قيمتها للورثة فان مات أحدهما أو ماتا قبل أن يستغنيا بطلت وصيته بالعتق لفوات الشرط * واذا أوصى النصراني بخادم له بالعتق ان ثبتت على النصرانية بعد موته أو على الاسلام فثبتت علي ذلك بعد موته ساعة أو أكثر فانها تعتق من ثلثه فان تغيرت بعد ذلك لم تبطل وصيتها وعتقها ماض وان أسلمت عقيب موته بلا فصل ولم تثبت علي النصرانية فانها لا تعتق لان المعتبر أدنى مايتناوله اللفظ وشرط ثبوت الوصية ثباتها علي ماشرط عليها وهو أن تثبت عليه بعد موته فان ثبتت على ذلك ساعة

فقد تم الشرط وان لم تثبت فقد بطلت الوصية لفوات الشرط* ولو أوصى لام ولده بالف درهم ان لم تتزوج أبدا أو وقت لذلك وقتا فهو كما قال لانه لا وجه لحمل اللفظ على أدنى ما يتناوله بعد تصريحه بالتأبيد أو بعد التوقيت نصا بل ما نص عليه أولى بالاعتبار فان تزوجت قبل ذلك الوقت فوصيتها باطلة لفوات الشرط *وكذلك لو قال لامته أعتقوها ان لم تخرج من عند ولدى الى شهر أوقال هي حرة ان لم تتزوج شهرا فاذا تزوجت قبل الشهر أو خرجت من عند ولده بطلت وصيته لها لفوات الشرط* ولو أوصى لها بالعتق على أن لا تتزوج فلانا بعينه فقبلت ذاك عتقت من ثلثه فان تزوجت بعد ذلك لم يضرها ذلك لانه ذكر الشرط مطلقا فيتناول الادنى ويتم بوجود ذلك منها بعد موته ساعة فيجب اعتاقها وبعد ما عتقت لا يمكن ردها الى الرق * ولو أوصى لها بالعتق على أن لا تتزوج فلانا بعينه أبدا فقبلت ذلك فانها تعتق من ثلثه فان تزوجته بعد ذلك أو لم تتزوج فلا شيء عليها لانا علمنا أن المولى لم يقصد تأخير عتقها امتناعها عن التزوج أبدا اذ لا يتصور العتق بعد ذلك بانه شرط وانما شرط قبولها ذلك وامتناعها من التزوج بعد موته ساعة وقد وجد ذلك ثم لا منفعة للمولى فى هذا الشرط ففواته لا يوجب عليها السعاية فى شيء بعد ما عتقت وان كان فلان ذلك وارثه لا وارث له غيره وقد أعتقها على أن تتزوجه فأبت أن تزوجه نفسها فانها تسعى فى قيمتها لان فى التزوج به منفعة الوارث واشتراط منفعة لوارثه عليها كاشتراطه منفعة لنفسه ولو أعتقها فى حياته على أن تتزوج به فأبت كانت عليها السعاية فى قيمتها لان الشرط الذى فيه منفعة موجبه المطالبة به والامتناع منها يلزمها رد ما بمقابلته والعتق بعد ما نفذ لا يمكن رده فكان الرد بايجاب السعاية عليها *ولو أوصى بعتق عبد له على أن لا يفارق ولده أبدا وعليه دين يحيط بماله بطلت وصيته ويباع فى الدين لان الدين مقدم على الوصية والميراث فان أعتقه الورثة لم يجز عتقهم لكون الدين محيطا بالتركة فكذلك بعد وصية الاب فان كان فيه فضل على الدين جاز عتق الورثة لان الدين الذى هو عين محيط لا يمنع ملك الوارث فى جميع التركة فى قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر واذا نفذ العتق منهم ضمنوا الدين للغرماء لان حقهم تعلق بمالية رقبته وقد أتلفوا ذلك عليهم بالاعتاق والله أعلم بالصواب

باب وصية الصبي والوارث

(قال رحمه الله) واذا أوصى الصبي بوصية فوصيته باطلة سواء مات قبل الادراك

أو بعده عندنا وقال الشافعي وصيته بما يرجع الى الخير ويكون مستحسنا عند أهل الصلاح صحيحة يجب تنفيذها وكذلك الخلاف في المجنون واستدل في ذلك بحديث عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية غلام يفاع أو قال يافع وهو الذي قارب البلوغ ولم يبلغ بعد وهذا لان أوان وجوب الوصية ما بعد الموت وبالموت يستغني هو عن المال وانما لا يصح تصرفه في حياته لمعنى النظر له حتى يبقى له المال فيصرفه الى حوائجه بعد البلوغ ومعنى النظر له في تنفيذ وصيته اذا مات في ذلك لانه يكتسب الزلفى والدرجة بعد ما استغنى عن المال بنفسه والدليل عليه أن الوصية أخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد الموت مساو للبالغ فكذلك في الوصية قال ولا يلزمني على قولي هذا أن اسلامه لا يصح بنفسه وأن قبول الهبة والصدقة لا يصح لان ما فيه منفعة للصبي اذا أمكن تحصيله له بوليه لا يعتبر فيه عقله ورشده واذا لم يمكن تحصيله بوليه يعتبر فيه عقله ورشده توفيرا للمنفعة عليه والاسلام يحصل له بغيره وكذلك قبول الهبة والصدقة فاما اكتساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره فلابد من اعتبار عقله فيه وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذا تمليك المال بطريق التبرع ولا يصح من الصبي والمجنون كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره (ألا ترى) أنه لم يعتبر عقله في حق الطلاق والعتاق لان ذلك يضره باعتبار أصل الوضع فكذلك تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار أصل الوضع وان تصور في الوصية منفعة فذلك باعتبار الحال وفي التصرفات يعتبر أصل الوضع لا الاحوال (ألا ترى) أن الطلاق قد ينفعه في بعض الاحوال بأن يطلق امرأته الفقيرة ويتزوج باختها الموسرة ولم يعتبر هذا فهذا مثله وكما أن منفعة الوصية لا يمكن تحصيلها له بوليه فمنفعة الهبة والصدقة من حيث الاجر وصلة الرحم لا يمكن تحصيلها بوليه وهذا لا يدل على أنه كان يملك ذلك بنفسه وتأويل حديث عمر رضي الله عنه أنه كان الغلام بالغا ولكنه كان قريب العهد بالبلوغ ومثله يسمي يافعا بطريق المجاز (ألا ترى) أنه لم يستفسر وصيته كانت بعمل القربة أو بغيره وكذلك لو قال الصبي اذا أدركت ثم مت فثلثي لفلان فهو باطل لان قول الصبي هدر في التبرعات كما هو هدر في الطلاق والعتاق ثم لا يصح منه اضافة الطلاق والعتاق الى ما بعد البلوغ كما لا يصح منه غيرهما فكذلك اضافة التبرع وهذا بخلاف المكاتب اذا قال اذا أعتقت فثلث مالي وصية لفلان لان المكاتب مخاطب له قول ملزم في حق نفسه فيصح اضافة التبرع الى حالة حقيقة ملكه فاما الصبي فغير مخاطب

وليس له قول ملزم فى التبرعات أصلا فأما المكاتب اذا أوصى بثلث ماله ثم أدى فعتق ثم مات فعند أبي حنيفة الوصية باطلة وعند أبي يوسف هى صحيحة وهذا نظير ما سبق فى كتاب العتاق اذا قال المكاتب كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك مملوكا واذا أوصى الحربى المستأمن بماله لمسلم أو ذمى فهو جائز من قبل أن حكمنا لا يجرى على ورثته ومعنى هذا أن امتناع نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث لحق الورثة بدليل أنهم اذا أجازوا كان نافذا وليس لورثته حق مرعى عندنا لان من فى دار الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولان ثبوت الحرمة فى هذا بسبب الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ومن حقه تنفيذ وصيته لا ابطالها وان أوصى بأقل من ذلك القدر أجزت وصيته ورددت الباقى على ورثته لان ذلك مراعاة لحق المستأمن أيضا لا لحق ورثته ومن حقه تسليم ماله الى ورثته اذا فرغ عن حاجته وتصرفه والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك * وكذلك لو أعتق عبدا له عند الموت أو دبر عبدا له في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث وان شهد على وصيته أهل الذمة أجزت ذلك وان كانوا على غير ملته لان الكفر كله ملة واحدة وشهادة أهل الذمة على المستأمن مقبولة ولو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز ذلك لانه مادام فى دارنا فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى بدليل عقود التمليكات فى حالة الحياة وذكر فى الامالى أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمى للمستأمن لانه وان كان فى دارنا صورة فهو من أهل دار الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يتمكن من اطالة المقام فى دار الاسلام ووصية من هو من أهل دار الاسلام لمن هو من أهل دار الحرب باطلة لان لتباين الدارين تأثيرا فى قطع العصمة والموالاة ومحمد قال الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت فتعتبر بالتبرع فى حالة الحياة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستأمن فكذلك هذا وان أوصى الحربى فى دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار وصاروا ذمة ثم اختصموا فى تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلتها من قبل أنى لا آخذ أهل الحرب بما اغتصب بعضهم من بعض فالمستهلك قبل الاسلام بمنزلة المغصوب والمستهلك لا ضمان فيه على المستهلك وما كان قائما بعينه فالاسلام الموجود منه بعد العقد قبل حصول المقصود بمنزلة المقترن بالعقد فيجب تنفيذها ولا تجوز وصية الذمى بأكثر من الثلث لان أهل الذمة التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع

الى المعاملات فكما أن الوصية فيما زاد على الوصية والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته فكذلك لا تجوز من الذمى وان أوصى لغير أهل ملته فهو جائز لانهم أهل ملة واحدة فى حكم الارث فكذلك فى حكم الوصية وان أوصى لحربى فى دار الحرب لم تجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما ولهذا لا يجرى التوارث بينهما وان أوصى الذمى للبيعة أو للكنيسة أن ينفق عليها فى اصلاحها أو أوصى أن يبنى بماله بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت نارهم ذبيحة جاز فى قول أبى حنيفة ولم يجز شئ منه في قول أبي يوسف ومحمد * ووصايا أهل الذمة على ثلاثة أوجه * منها أن يوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية بالصدقة والعتق والاسراج فى البيت المقدس فهذا يجب تنفيذه من ثلثه بالاتفاق كما يجب تنفيذه اذا كان الموصى مسلما فانهم يتقربون الى الله تعالى بذلك بزعمهم وان كانوا لا يثابون على ذلك * ووجه منها أن يوصي بما هو قربة عندنا معصية عندهم كالوصية بالحج والغزو الى الروم اذا كان الموصى منهم فهذه الوصية تبطل لانه لا يعتقد القربة فيه وانما أمرنا أن نبنى الاحكام على ما يعتقدون الا أن يوصى بشئ من ماله لاقوام معينين يصرفونه الى هذه الجهة فحينئذ تنفذ الوصية لاعيانهم لا لمعنى القربة وهو نظير المسلم يوصى بشئ من ماله للمغنيات أو للنائحات فان كانوا أقواما بعينهم يحصون جازت الوصية لهم والا بطلت * ووجه منها أن يوصي بما هو قربة عندهم معصية عندنا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله بمنزلة الوجه الاول يجب تنفيذها وعندهما بمنزلة الوجه الثانى لانه ليس فى هذه الوصية معنى القربة حتى يقال انها وقعت لله تعالى فاذا لم يكن لقوم معينين كان الموصى له مجهولا جهالة مستتهمة فلا تصح الوصية وان كان لاقوام معينين فهذه وصية منه لهم فيجب تنفيذها كما فى الوجه الثانى وأبو حنيفة يقول الموصى فى هذه الوصية قصد التقرب الى ربه فيجب تنفيذ وصيته وان كان لا يثاب عليه أو كان معصية فى الحقيقة كما فى الوجه الاول فان اصراره على الكفر واشتغاله بالوصية معصية منه وهو غير مثاب على ما يوصى به من الصدقة ومع ذلك يجب تنفيذ وصيته وهذا لانا أمرنا بان نبنى احكامهم على ما يعتقدون (ألا ترى) انا نجوز التصرف منهم فى الخمر والخنزير بناء على اعتقادهم وانما نعتبر ما يظهرون من غير أن نعتبر حقيقة ما يضمرون فى ذلك ولهذا يحلفون بالله فى الخصومات والدليل عليه ان فيما تبطل الوصية بغير اعتقادهم لا لاعتقاد المسلمين فكذلك فيما تصح الوصية وان بنى فى حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار ثم

مات كان ميراثا أما عندهما فلان هـذه معصية وعند أبى حنيفة هذا بمنزلة الوقف والوقف عنده لا يلزم فى حالة الحياة ولا يمنع الارث بخلاف ما اذا كان مضافا الى مابعدالموت وهذا بخلاف بناء المسجد من المسلم فان ذلك تقرب بتحرير تلك البقعة وجعلها لله تعالى خالصا (ألا ترى) انه يعدها لعباد الله تعالى فاما بقعة البيع فانما يعدها للتبرك وعبادة الشياطين فلا تتحرر به عن ملكه فلهذا تصير ميراثا لورثته ووصية الذمى بالخمر والخنزير جائزة لانها مال متقوم فى حقهم بمنزلة الشاة والعصير فى حقنا ولو أوصى الذمى الى المسلم فذلك جائز عندنا والشافعى لا يجوز ذلك لان الوصى يخلف الموصى وكما أن اختلاف الدين يمنع الخلافة بسبب الارث فى الملك والتصرف فكذلك يمنع الخلافة فى التصرف بجهة الايصاء اليه ولكنا نقول تفويض التصرف بجهة الايصاء اليه بعد موته بالوصية كتفويض التصرف اليه فى الوكالة فى حياته الا انه اذا كان فى التركة خمر أو خنزير فينبغى للمسلم أن يوكل ببيع ذلك من يثق بأمانته من أهل الذمة ولا يباشره بنفسه لانه ممنوع من التصرف فى الخمر والخنزير شرعا ومنهى عنه واذا شهد قوم من أهل الذمة بدين على الذمى والوصى مسلم فالشهادة جائزة لان الدين بهذه الشهادة لا يثبت فى ذمة الوصى انما يثبت فى ذمة الميت فيكون القضاء به على الميت وعلى ورثته وهى حجة عليهم (ألا ترى) أن ذميا لو وكل بخصومته مسلما فشهد عليه شهود من أهل الذمة جازت الشهادة قال ولا تجوز شهادتهم بما تولاه الوصى من عقوده لان مباشرته العقد لغيره بمنزلة مباشرته لنفسه وانما يجب الدين فى ذمته فلا يثبت الا بشهادة هى حجة فى حقه * ولو أوصى الذمى للمسلم أو المسلم للذمى بوصية جاز ذلك عندنا اعتبارا للتبرع بالتمليك بعد الوفاة بالتبرع حالة الحياة * ولو اوصى المسلم ببيت له يبني مسجدا فهو جائز من ثلثه لانه تقرب بتلك البقعة الى الله تعالى حين جعلها معدة لاقامة الطاعة فيها ولو فعل ذلك فى حياته جاز فكذلك اذا أوصى بعد موته * ولو أوصى بان يرم مسجد مبنى أو يلقى فيه حصى أو يجصص أو يعلق عليه أبواب فهو جائز من ثلثه لوجود معنى القربة فيما أوصى به ولم يذكر فى الكتاب اذا أوصى بشئ من ماله للمسجد وذكر فى نوادر هشام أن ذلك لا يجوز عند أبى يوسف الا أن يبين فيقول لمرمة المسجد أو لعمارته أو لمصالحه فان مطلق قوله للمسجد يوجب التمليك من المسجد كقوله لفلان والمسجد ليس من أهل الملك وعلى قول محمد هذه الوصية جائزة من ثلثه لان العرف يقيد مطلق لفظه وفى العرف انما يفهم من هذا اللفظ مرمة المسجد أو عمارته وان جعل

السفل مسجدا والعلو مسكنا أو على عكس ذلك فهو ميراث يباع لان الاصل فى المساجد الكعبة وتلك البقعة جعلت لله تعالى وتحررت عن حقوق العباد فكل ما يكون فى معنى ذلك فهو نافذ وما لم يكن فى معناه فليس بمسجد وعلى قول الحسن ان جعل السفل مسجدا دون العلو جاز وان جعل العلو مسجدا دون السفل لايجوز لان المسجد ماله قرار وتأبيد وعن أبى يوسف أنه جوز ذلك كله حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل باهلها وقد بينا هذا الحبس فى كتاب الوقف واذا أوصى المسلم ببيعة أو كنيسة فوصيته باطلة لان المسلم لايتقرب الى الله تعالى بمثل هذه الوصية وهو لم يقع لانسان بعينه *ولو أوصى المسلم بغلة جارية تكون فى نفقة المسجد ومرمته فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شئ أنفق عليه ذلك فى بنائه لان وصيته بهذا اللفظ تقع لمصالح المسجد ومن المصالح بناء المسجد بعد الانهدام ولو انهدم المسجد وليس بيده غلة مجتمعة فانى أبنى المسجد ثانيا وأنفق عليه من غلتها يعنى بطريق الاستقراض فيقضى ذلك من غلتها فى المستقبل وان شاء أجمعوا على بناء المسجد من غير ذلك لان التدبير فيه الى أهل المسجد والله أعلم بالصواب

باب الوصية بسدس داره

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل فى مرضه ثلثى لفلان أو سدسى لفلان ثم مات قبل أن يقبض فهو فى القياس باطل لانه مجهول غير معروف وحكمهما مختلف وهذا التعليل لانه لم يبين أن مراده الهبة فى حياته أو الوصية بعد موته وحكمهما مختلف وقيل معناه ان مطلق هذا اللفظ يتناول الهبة والموهوب مجهول غير مقبوض وذلك دون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وقيل معناه ان حقيقة هذا اللفظ يتناول اللفظ نفسه لانه قال ثلثى وسدسى ونفسه لاتحتمل الايجاب للغير ولا يمكن حمله على ماله لانه مجهول فانه لايدرى أله مال أم لا وأى مقدار ماله ومن أى جنس ماله ولكنه استحسن بجعل ذلك وصية من جميع تركته كما سمي لان حقيقته تسقط اعتباره بدليل العرف كمن حلف لا يشترى بنفسجا ينصرف الى الدين دون الورق بدليل العرف والعرف الظاهر أنهم لا يريدون باطلاق هذا اللفظ فى المرض ايجاب الوصية فى ثلث المال فكأنه أوصى له بثلث ماله ومعنى قوله بثلثى أى بالثلث الذى جعل لى الشرع حق التصرف فيه بالوصية بعد موتى على ما قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم الحديث * واذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان فان ذلك جائز وليس هذا باقرار لانه أضاف ما جعله لفلان الى نفسه أولا فيه تبين أن المراد ايجابه له لا الاخبار أنه كان له وبذكر هذا اللفظ فى حالة الوصية يستدل على أن مراده الوصية دون الهبة والشيوع لا يمنع صحة الهبة لان القسمة تتمة القبض وأصل القبض ليس بشرط فى معنى الوصية فكذلك القسمة بخلاف الهبة * ولو قال له السدس فى دارى فهذا اقرار لان اللام لاثبات الملك فقد أخبر بملكه فى سدس منكر وجعل داره ظرفا لذلك السدس فلا يصير هو باضافة الظرف الى نفسه مضيف ملك السدس الى نفسه حتى يكون ذلك تمليكا منه ابتداء فهو بمنزلة قوله ذرة فى كمى لفلان أو نواة فى كمى لفلان * ولو قال له ألف درهم من مالى لم يكن هـذا اقرارا وهو وصـية اذا كان ذكر فى وصيته بخلاف قوله له ألف درهم فى مالى لان حرف فى للظرف وحرف من للتبعيض فاذا جعل الالف بعضا من ماله كان مضيفا الالف الى نفسه ثم موجبا لفلان * وان قال عبدى هذا لفلان أو دارى هذه لفلان فهذا مثل قوله سدس دارى لفلان فى القياس ان لم يقبضها فى حياته فهو باطل بخلاف قوله سدس دارى لفلان لان حقيقة هذا اللفظ للتمليك فى الحال ففى العبد والدار يمكن تحصيل مقصوده مع اعتبار حقيقة اللفظ لان اللفظ فيها يصح وفى قوله سدس دارى لا يمكن تحصيل مقصوده مع مراعاة حقيقة اللفظ فلهذا حملنا ذلك على الوصية * ولو قال درهم من دراهمي لفلان فليس هذا باقرار لان من للتبعيض فقد جعل ما أوجبه لفلان من بعض ملكه وكذلك لو قال بيت من دارى لفلان فليس هذا باقرار بخلاف قوله بيت فى دارى * ولو قال سدس دارى لفلان ولم يقل بعد موتى ولم يقل ذلك فى حالة الوصية فهذه هبة لانه لا يمكن حمل لفظه على الوصية من غير دليل وليس فى لفظه ما يدل ولا فى حاله ما يدل على ذلك فتكون هذه هبة غير مقسومة ولا مقبوضة ولو قال أوصيت بان يوهب لفلان سدس دارى بعد موتى وصية أو يتصدق به عليه وصية أجزت ذلك وكذلك لو قال سدس دارى لفلان بعد موتى هبة أو صدقة جاز ذلك لانه لما قال بعد موتى فقد صرح بالوصية فانه أضاف التصرف الى ما بعد الموت والتصرف المضاف الى ما بعد الموت يكون وصية فيجب تنفيذها من الثلث والله أعلم بالصواب

باب الوصية بالكمال

(قال رحمه الله) رجل ترك خمس بنين وبنتا فأوصى لاحد بنيه بكمال الربع بنصيبه فأجازوا فالقسمة من ستة وثلاثين الربع من ذلك تسعة ونصيبه من ذلك ستة وكمال الربع ثلاثة والباقي بين الآخرين لكل ابن ستة وللابنة ثلاثة فتخريجه على طريق الكتاب أن تقول أصل الفريضة لو لم يكن فيها وصية من أحد عشر لكل ابن سهمان وللابنة سهم فاطرح نصيب الموصى له وذلك سهمان واضرب مابقي وهو تسعة فى أربعة لاجل الوصية بكمال الربع فيكون ستة وثلاثين سهما فهو المال * ومعرفة النصيب أن تأخذ ماطرحت وذلك سهمان فتضربهما فى أربعة فيكون ثمانية ثم اطرح من ذلك اثنين يبقى ستة فاذا ظهر المال والنصيب يأخذ الموصى له ربع المال تسعة ستة من ذلك ميراثه بلا منة الاجازة وثلاثة الوصية فاذا تبين أن وصيته ثلاثة أسهم يرفع ذلك من رأس المال قبل قسمة الميراث فاذا رفعت ثلاثة من ستة وثلاثين يبقى ثلاثة وثلاثون بين خمسة بنين وبنت لكل ابن ستة مثل النصيب وللابنة ثلاثة * وطريق الدينار والدرهم فى ذلك أن يجعل المال أربعة دراهم وأربعة دنانير لحاجتك الى حساب له ربع صحيح ثم يدفع الى الموصى له الربع وذلك دينار ودرهم ويسترد منه بالنصيب دينار فيصير فى يد الورثة أربعة دنانير وثلاثة دراهم وحاجتهم الى خمسة دنانير ونصف لانا جعلنا نصيب الابن دينارا فأربعة دنانير التى فى أيديهم قصاص بمثلها يبقي له ثلاثة دراهم يعدل دينارا ونصفا فانكسر فاذا ضوعف يكون ستة دراهم تعدل ثلاثة دنانير ثم اقلب القضية فيصير كل دينار بمعنى ستة فذلك أربعة وعشرون وأربعة دراهم كل درهم بمعنى ثلاثة فتكون الجملة ستة وثلاثين ثم أعطينا الموصى له دينارا ودرهما وذلك تسعة واسترجعنا منه بالنصيب دينارا وذلك ستة فظهر التخريج كما بينا * وطريق الجبر فيه أن يأخذ مالا فيعطى الموصى له ربعه ثم يسترد بالنصيب شيأ فيكون فى يدل ثلاثة ارباع مال وشئ وحاجة الورثة الى خمسة أشياء ونصف شئ لانا جعلنا النصيب شيأ فاجعل الشئ بالشئ قصاصا يبقى فى يدك ثلاثة ارباع مال يعدل أربعة أشياء ونصف شئ فزد على ما يعدله مثل ذلك وذلك شئ ونصف شئ فاذا زدت على أربعة أشياء ونصف شيأ ونصف شئ يصير ستة أشياء فظهر أن المال الكامل يعدل ستة أشياء فاذا أردت تصحيحه على وجه لا ينكسر فاضرب ستة فى ستة فيكون ستة

وثلاثين فهو المال الربع منه تسعة * ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شيء في ستة فتبين أن النصيب ستة وطريق الخطأين فيه أن يجعل ثلث المال أربعة ويعطى الموصى له ثلاثة كمال الربع ويسترد منه بالنصيب سهما فيضم ذلك الى ما في يد الورثة فيصير عشرة وحاجتهم الى خمسة ونصف لانا جعلنا نصيب الموصى له سهما فظهر الخطأ بزيادة أربعة ونصف فعد الى الاصل وزد في النصيب نصف سهم فتبين أن النصيب سهم ونصف وحاجتهم الى ثمانية وربع لانا جعلنا نصيب الابن سهما ونصفا فيكون لخمسة بنين سبعة ونصف وللابنة ثلاثة أرباع فذلك ثمانية وربع فظهر الخطأ الثاني بزيادة سهمين وربع وكان الخطأ الاول بزيادة أربعة ونصف فلما زدنا في النصيب نصف سهم أذهب نصف الخطأ فالسبيل أن تزيد سهما كاملا ليذهب جميع الخطأ فيسترد بالنصيب من الموصى له سهمين يضمه الى ما بقي من الثلث فيكون ثلاثة ثم يضم ذلك الى ما في يد الورثة وهو ثمانية فتصير أحد عشر مقسوما بين خمسة بنين والابنة لكل ابن سهمان وللابنة سهم فاستقام التخريج فاذا عرفت طريق الخطأ فطريق الجابرين تخرج عليه مستقيما أيضا * ولو ترك ثلاثة بنين وابنة وأوصى للابنة بالربع بنصيبها وأوصى بثلثي ما بقي من الثلث فأجازوا فالفريضة من ثمانية وأربعين نصيب الابنة من ذلك خمسة وتمام الربع سبعة وثلثا ما بقي من الثلث ستة ولكل ابن عشرة * أما على طريق الكتاب فنقول أصل الفريضة بدون الوصية على سبعة لكل ابن سهمان وللابنة سهم فاطرح نصيب الموصى لها وذلك واحد ثم اضرب ما بقي وهو ستة في ثلاثة لوصيته بثلثي ما بقي من الثلث فيكون ثمانية عشر ثم زد على ذلك سهمين لانه لو كان أوصى بثلث ما بقي من الثلث كنا نزيد سهما واحدا واذا أوصى بثلثي ما بقي من الثلث تزيد سهمين فيكون ذلك عشرين ثم يضرب ذلك في أربعة لمكان وصيته بكمال الربع فيكون ثمانين فهو ثلث المال وجملة المال مائتان وأربعون الربع من ذلك ستون * ومعرفة النصيب أن تأخذ ما طرحت وهو واحد فتضرب ذلك في أربعة ثم تطرح واحدا ثم تضرب ذلك في ثلاثة فيصير تسعة ثم في ثلاثة فيكون سبعة وعشرين ثم تطرح من ذلك سهمين لما بينا أنه لو كان أوصى له بثلث ما بقي من الثلث كنا نطرح من مبلغ عدد النصيب سهما فاذا أوصى بثلثي ما بقي من الثلث نطرح لاجل ذلك سهمين يبقى خمسة وعشرون وهو النصيب فاذا أخذت الابنة ربع المال ستين واسترد منها بالنصيب فاذا أخذت خمسة وعشرين يبقي لها خمسة وعشرون مقدار وصيتها ثم يرفع ذلك من ثلث المال وهو ثمانون يبقى خمسة وأربعون للموصي له

بثاثي ما بقي ثلثا ذلك وذلك ثلاثون يبقى خمسة عشر يضم ذلك الى ثلثي المال مائة وستين فيكون مائة وخمسة وسبعين بين ثلاثة بنين وابنة لكل ابن خمسون وللابنة خمسة وعشرون مثل نصيبها فاستقام التخريج *وطريق الجبر في ذلك أن يأخذ ثلث مال مجهول فيعطي الموصى له بالربع ثلاثة أرباع ذلك لان ثلاثة أرباع الثلث ربع الجميع ثم يسترد منها بالنصيب شيأ فيكون الباقي من الثلث سهما من أربعة وشيء فللموصى له بثلث ما يبقى سهم وثلثا شيء يضم ذلك الى ثلثي المال وذلك ثمانية أسهم وثلث سهم وثلث شيء وذلك يعدل سبعة أشياء لانا جعلنا نصيب الابنة شيأ فيجعل ذلك ثلث شيء قصاصا يبقي ثمانية أسهم وثلث يعدل ذلك ستة أشياء وثلث شيء فزد عليه بقدر ثلاثة أسهم وثلثي سهم ليتم المال وزد على ما يعدله وهو ستة أشياء وثلثا شيء مثل ذلك ولا طريق لمعرفة ذلك الا بأن تضرب ستة في ثمانية يكون ثمانية وأربعين وثلثين في ثمانية يكون خمسة وثلثا وستة في ثلث اثنان وثلثان في ثلث تسعان فذلك خمسة وخمسة اتساع ثم تزيد عليه ثلاث مرات ستة وثلثين فذلك عشرون وثلثا ستة وثلاثين وذلك أربعة وأربعة اتساع فيكون أربعة وعشرين وأربعة اتساع اذا زدت ذلك على خمسة وخمسين وخمسة اتساع كان ذلك ثمانين فتبين أن المال الكامل ثمانون وليس له ثلث صحيح فيضرب ذلك في ثلاثة فيصير مائتين وأربعين فهو جميع المال الثلث ثمانون والربع ستون ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وقد ضربنا كل شيء في ثمانية وثلث ثم يضرب ذلك في ثلاثة كما ضربنا أصل المال فيكون ذلك خمسة وعشرين فظهر أن النصيب خمسة وعشرون ثم التخريج كما بينا في الطريق الاول قال ثم بين هذه الاجزاء موافقة بالخمس فيختصر على الخمس من كل واحد وخمس مائتين وأربعين ثمانية وأربعون وخمس خمسة وعشرين خمسة فهو النصيب وخمس خمسة وثلاثين سبعة وخمس خمسين الذى هو نصيب كل ابن عشرة فاستقام قال رحمه الله رجل أوصى بداره تباع لرجل بألف درهم وأوصى لرجل بقرض ألف درهم سنة فاستهلك الوارث المال بعد موت أبيه وقد كان أبوه ترك ألفي درهم ودارا قيمتها ألف درهم فانه تباع الدار من الذى أوصى له ببيع الدار بألف درهم ويستوفى منه الالف فيدفع ذلك الي الموصى له بالقرض سنة ثم يؤخذ منه ذلك فهو للوارث لانه ليس في البيع محاباة وانما تنفذ الوصية للموصى له بالقرض في جميع الثلث والثلث ثمن الدار فيقرض ذلك منه سنة ولا يقال الاجل لا يلزم في القرض لان هذا في حالة الحياة فاما بعد الموت فالاجل يلزم في القرض

لان القرض بمنزلة العارية ولو أوصى بأن تعار داره من فلان سنة كان يجب الوفاء بذلك فكذلك اذا أوصى بأن يقرض الالف منه سنة فاذا مضت السنة فقد فرغ الالف من الوصية فيرد على الوارث * رجل مات وترك أربعة بنين وأوصى لاحدهم بالثلث بنصيبه وبربع مايبقى من الثلث الآخر فاجازوا قال هى من تسعة وثلاثين سهما النصيب ثمانية وتكملة الثلث خمسة وربع مابقي من الثلث سهمان * وتخريجه على طريق الكتاب أن تقول أصل الفريضة من أربعة لكل ابن سهم فيطرح نصيب الموصى له يبقى ثلاثة ثم تضرب ذلك فى أربعة لوصيته بربع ما يبقى فيكون اثنى عشر ثم تزيد عليه سهما فيكون ثلاثة عشر ثم تضرب ذلك فى ثلاثة لوصيته بتكملة الثلث فيكون تسعة وثلاثين سهما فهو المال الثلث منه ثلاثة عشر * ومعرفة النصيب أن تأخذ واحدا وتضربه فى ثلاثة فيكون ثلاثة ثم تطرح منه سهما لمكان وصيته بربع مابقي ثلاثة عشر واسترجعت منه بالنصيب ثمانية بقي خمسة فهو مقدار الوصية له فاذا رفعت ذلك من الثلث بقي ثمانية للموصى له بربع مابقي ربع ذلك سهمان بقي ستة فتضم ذلك الى ثلثي المال ستة وعشرين فيكون ذلك اثنين وثلاثين بين أربعة بنين لكل ابن ثمانية * وطريق الجبر فيه أن تأخذ ثلث مال مجهول فتعطيه الموصى له بتكملة الثلث ثم تسترده منه بالنصيب شيأ فتعطى الموصى له بربع مابقي ربع ذلك الشئ يبقى من الثلث ثلاثة أرباع شئ تعدل أربعة أشياء لانا جعلنا النصيب شيأ فثلاثة ارباع شئ قصاص بمثله يبقى ثلثا المال يعدل ثلاثة أشياء وربع شىء فيكمل المال بان يزيد عليه بمثل نصفه ثم يزيد على ما يعدله مثل نصفه وذلك شئ وستة أثمان شئ وقد انكسر بالاثمان فيضرب ثلاثة وربع فى ثمانية فيكون ذلك ستة وعشرين يزيد عليه مثل نصفه وذلك ثلاثة عشر فيكون تسعة وثلاثين فظهر أن المال الكامل يعدل تسعة وثلاثين ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شئ فى ثمانية فاذا ظهر أن النصيب ثمانية والثلث ثلاثة عشر استقام التخريج كما بينا فان ترك أبويه وامرأته وثلاث بنات فأوصى لاحداهن بالثلث من جميع المال بنصيبها والاخرى بالخمس بنصيبها فأجازوا ذلك قال هى من مائة سهم وخمسة أسهم والوصية من ذلك أربعة وعشرون بقى واحد وثمانون للمرأة منها تسعة وللابوين أربعة وعشرون ولكل واحد من البنات ستة عشر فاعط صاحبة الثلث مع نصيبها تسعة عشر وصاحبة الخمس مع نصيبها خمسة والتخريج على طريق الكتاب أن تصحح الفريضة فيكون أصلها من أربعة وعشرين لحاجتنا الي ثمن وسدس وثلثين ويعول بثلاثة فيكون من

سبعة وعشرين حظ البنات ستة عشر بينهن أثلاثا لا يستقيم فتضرب سبعة وعشرين فى ثلاثة فيكون احدا وثمانين يستقيم منها للمرأة تسعة ولكل واحد من الابوين اثنا عشر ولكل ابنة ستة عشر ثم يحتاج لمعرفة الوصية الى حساب له ثلث وخمس وذلك بان يضرب ثلاثة فى خمسة فيكون خمسة عشر ثم يطرح نصيب الابنتين الموصى لهما من أحد وثمانين وذلك اثنان وثلاثون يبقى تسعة وأربعون فاضرب تسعة وأربعين فى خمسة عشر فيكون ذلك سبعمائة وخمسة وثلاثين فهو مبلغ المال * ومعرفة النصيب أن تأخذ نصيب واحدة منهما وذلك ستة عشر فيضرب ذلك فى خمسة عشر بعد ما يطرح منه الثلث والخمس والثلث خمسة والخمس ثلاثة فاذا طرحتهما بقى سبعة فاضرب ستة عشر فى سبعة فيكون ذلك مائة واثني عشر هذا نصيب كل واحدة منهما ثم بين المال وبين النصيب موافقة بالسبع فيختصر على السبع من واحدة منهما وسبع سبعمائة وخمسة وثلاثين مائة وخمسة وسبع مائة واثنى عشر ستة عشر فعند الاختصار المال مائة وخمسة والنصيب ستة عشر وثلث جميع المال خمسة وثلاثون فيعطى الموصى لهما بالثلث خمسة وثلاثون ويسترد منهما بالنصيب ستة عشر يبقى وصيتهما تسعة عشر وخمس جميع المال أحد وعشرون فيعطى ذلك الموصي لهما بالخمس نصيبها من ذلك ستة عشر ووصيتهما خمسة فاذا ظهر مقدار وصيتهما وذلك أربعة وعشرون يرفع ذلك من أصل المال ويبقى واحد وثمانون مقسوما بينهم بالميراث للمرأة تسعة وللابوين الاربعة وعشرون وللبنات ثمانية وأربعون بينهن لكل واحدة منهن ستة عشر مثل نصيبها وطريق الجبر فيه أن تأخذ مالا مجهولا فتعطي ثلثه احداهما وخمسا للاخرى وقد انكسر المال بالاثلاث والاخماس فظهر فيه عدد السهام خمسة عشر بطريق الضرورة فلصاحبة الثلث خمسة ولصاحبة الخمس ثلاثة ثم تسترجع بالنصيب من كل واحدة منهما شيأ فتضم ذلك الى ما فى يدك فيصير معك سبعة أجزاء من خمسة عشر جزأ من مائة وستين وحاجتك الى خمسة أشياء ونصف ثمن شىء لانا جعلنا نصيب كل ابنة شيأ فلهن ثلاثة أشياء وذلك ستة عشر بقى وراء ذلك أحد عشر نصيب الابوين والام واذا كان ستة عشر ثلاثة أشياء فأحد عشر يكون شيئين وثلث سهم نصف ثمن شيء فاذا عرفت هذا قلت الشيئان بمثلهما قصاص يبقي سبعة اجزاء من خمسة عشر جزأ من مال يعدل ثلاثة أشياء ونصف ثمن والمال ناقص فيزيد عليه مثله ومثل سبعه وهو ثمانية أجزاء حتى يتم المال ثم يزيد على ما يعدله مثل ذلك وليس لثلاثة أشياء ونصف ثمن سبع صحيح

فالسبيل أن يضرب ثلاثة أشياء ونصف ثمن في مخرج نصف الثمن وهو ستة عشر فيكون ذلك تسعة وأربعين يضم اليه مثله فيكون ثمانية وتسعين ومثل سبعه وهو سبعة فيكون مائة وخمسة فتبين أن المال الكامل يعدل مائة وخمسة ومعرفة النصيب أنا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شيء فى تسعة عشر فظهر أن النصيب ستة عشر ثم التخريج الى آخره كما بينا * وان ترك ثلاثة بنين وامرأة فاوصي لاحد بنيه بثلاثة أرباع الثلث بنصيبه ولرجل أجنبي بربع الثلث قال هى من مائتين وثمانية وثمانين للاجنبي من ذلك أربعة وعشرون والباقى بينهم بالميراث وليس للابن وصية ههنا لان ميراثه أكثر من ثلاثة أرباع الثلث وانما يتبين لك هذا اذا صححت الفريضة فتقول للمرأة الثمن سهم من ثمانية والباقي وهو سبعة بين البنين الثلاثة ثلاثا لا يستقيم فتضرب ثمانية فى ثلاثة فتكون أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ولكل ابن سبعة فعرفنا أنه ماأوصي للابن بشيء وطلب منه أن يتجوز بدون حقه فيسقط اعتبار وصيته للابن وتبقى وصيته للاجنبي بربع الثلث فالسبيل أن نضرب أصل الفريضة فى حساب له ثلث وربع وأقل ذلك له اثنا عشر فاذا ضربت أربعة وعشرين فى اثنى عشر يكون ذلك مائتين وثمانية وثمانين الثلث من ذلك ستة وتسعون وانما أوصي للاجنبي بربع الثلث وربع ستة وتسعين أربعة وعشرون فيأخذ الموصى له ذاك المقدار واذا رفعت من مائتين وثمانية وثمانين أربعة وعشرين يبقى مائتان وأربعة وستون للمرأة ثمن ذلك وذلك ثلاثة وثلاثون يبقى مائتان واحدى وثلاثون بين البنين الثلاثة لكل ابن سبعة وسبعون فاستقام التخريج فاذا ترك امرأة وثلاث أخوات وجدا فأوصي لاحد أخواته بالثلث بنصيبها وللاخرى خمسة اسداس الوصية فأجازوا قال هى من مائتين واحدى وستين سهما الوصية من ذلك مائة واحد وعشرون لاحدى الاختين وصيتها ستة وستون وللاخرى خمسة اسداس الوصية خمسة وخمسون بقى بعد ذلك مائة وأربعون بين الورثة للمرأة الربع والباقى بين الاخوات والجد فى قول زيد للجد اثنان وأربعون ولكل واحد عشرون فأما التخريج على طريق الكتاب فأن تصحح أصل الفريضة وهى من أربعة للمرأة الربع والباقى بين الاخوات والجد بالمقاسمة لان ذلك خير للجد من السدس ومن ثلث مابقي وعلى أصل زيد ينظر فى الجد الى المقاسمة والى السدس والى ثلث ما بقى فأى ذلك كان خيرا له أعطي ذلك والمقاسمة هاهنا خير ثم قسمة ثلاثة على خمسة لا تستقيم فتضرب أربعة في خمسة فيكون عشرين للمرأة خمسة وللجد ستة ولكل أخت ثلاثة ثم يحتاج فى معرفة

الوصية الي حساب له ثلث ولثلثه خمسة اسداس وأقل ذلك ثمانية عشر بان تضرب ثلاثة في ستة ثم تطرح من أصل الفريضة نصيب احدى الاختين وهو ثلاثة وخمسة اسداس نصيب الاخرى وهو سهمان ونصف يبقى أربعة عشر ونصف في ثمانية عشر فيكون المبلغ مائتي سهم واحدى وستين سهما ومعرفة النصيب أن نأخذ نصيب احدى الاخوات وذلك ثلاثة فنضرب ذلك في ثمانية عشر وهو أن نطرح منها الثلث وخمسة أسداس الثلث وذلك أحد عشر يبقى سبعة وثلاثة في سبعة يكون أحدا وعشرون فهو النصيب الكامل وثلث المال سبعة وثمانون فنعطي الموصى لها بالثلث سبعة وثمانين وتسترد منها بالنصيب أحدا وعشرين يبقى ستة وستون فاذا تبينت وصيتها تبينت وصية الاخرى وهو خمسة اسداس هذا المقدار خمسة وخمسون فيكون جملة الوصية لهما مائة واحدا وعشرين اذا رفعت ذلك من مائتين واحدى وستين يبقى مائة وأربعون للمرأة الربع من ذلك وذلك خمسة وثلاثون يبقي مائة وخمسة بين الجد والاخوة بالمقاسمة للجد اثنان وأربعون ولكل أخت واحد وعشرون مثلا النصيب فاستقام التخريج وطريق الجبر فيه أن نأخذ مالا مجهولا فنعطي الثلث احدى الاخوات وخمسه اسداس الثلث للاخرى فيظهر في المال عدد ثمانية عشر سهما من السهام بطريق الضرورة وأعطينا احداهما ستة والاخرى خمسة ثم استرجعنا من احداهما شيأ ومن الاخرى خمسة اسداس شيء فيصير معنا سبعة أسهم من ثمانية عشر جزأ من مال وشيء وخمسة اسداس وشيء وحاجتنا الى ستة أشياء وثلثي شيء فقد جعلنا نصيب الاخت وهو ثلاثة من عشرين شيأ كما بينا فعرفنا أن حاجتنا الى ستة أشياء وثلثي شيء فشيء وخمسة اسداس شيء بمثله قصاص يبقي أربعة أشياء وخمسة اسداس بعد ذلك سبعة أجزاء من ثمانية عشر جزأ من مال والمال ناقص فاكماله بان تزيد عليه مثله ومثل أربعة اسباعه واذا زدت علي المال هذا فزد على مايعدله وهو أربعة أشياء وخمسة أسداس شيء مثله ومثل أربعة اسباعه وليس ذلك بصحيح فالسبيل أن تضرب ثلاثة في سبعة فيكون أحدا وعشرين وانما فعلنا ذلك لانا ضممنا الى أربعة وخمسة أسداس مثله فيكون الكسر على الاثلاث ثم تضرب أربعة وخمسة اسداس في أحد وعشرين فيكون ذلك مائة سهم وسهمين ونصفا يضم اليه مثله فذلك مائتان وثلاثة أسهم ومثل أربعة أسباعه فلكل سبعة من مائة واحد ونصف يكون أربعة عشر ونصفا فاربعة أسباعه يكون ثمانية وخمسين اذا ضممت ذلك الى مائتين وثلاثة يكون مائة واحدى

وستين وتبين أن المال الكامل مائتان واحد وستون * ومعرفة النصيب انا جعلنا النصيب شيأ وضربنا كل شيء في أحد وعشرين فتبين أن النصيب أحدوعشرون ثم التخريج كما بينا أما قول أبي حنيفة وهو مذهب أبي بكر رضي الله عنه الاخوات كالاجانب لا يرثن مع الجد فجازت الوصية كانه أوصى لصاحبة الثلث بكمال الثلث بنصيبها ان كانت وارثة وان لم تكن وارثة فبالثلث وللاخرى خمسة أسداس الثلث فاحتجنا الى حساب له ثلث وخمسة أسداس وأقله ثمانية عشر فاضربه في أصل الفريضة وذلك أربعة فيصير اثنين وسبعين فثلثه أربعة وعشرون وخمسة أسداس الثلث عشرون فكانت وصية احداهما أربعة وعشرين ووصية الاخرى عشرين ومبلغهما أربعة وأربعون يبقى ثمانية وعشرون للمرأة ربعه سبعة والباقي وهو أحد وعشرون للجد هذا اذا أجزن وان لم يجزن جعلت الثلث على سهام الوصايا ووصية احداهما الثلث ستة من ثمانية عشر ووصية الاخرى بخمسة أسداس الثلث خمسة فمبلغهما أحد عشر والثلثان ضعفه اثنان وعشرون والجميع ثلاثة وثلاثون والثلث لاصحاب الوصايا بينهما على قدر حقهما يبقى اثنان وعشرون ربعه للمرأة خمسة ونصف والباقي للجد * فان ترك ابنين وخمس بنات فأوصى لابنه بخمسة أسداس الثلث بنصيبه وأوصى لاحدى البنات بالخمس من جميع المال بنصيبها فأجازوا فهي من ثلثمائةوستين سهما الوصية منها أحد وثلاثون سهما للابن من ذلك ستة أسهم وللابنة خمسة وعشرون والباقي ميراث بينهم * وتخريجه على طريق الكتاب أن تصحح الفريضة فيكون ذلك من سبعة للابن سهمان ولكل ابنة سهم ثم يحتاج في معرفة الوصية الى حساب له خمس وسدس وثلث وذلك بأن يضرب المخارج بعضها في بعض خمسة وستة وثلاثة وثلاثون في ثلاثة يكون تسعين ثم تطرح من أصل الفريضة نصيب الموصى لهما وذلك ثلاثة يبقى أربعة فتضرب أربعة في تسعين يكون ذلك ثلثمائة وستين فهو مبلغ المال ومعرفة النصيب أن تأخذ نصيب الابن وذلك سهمان فتضرب ذلك في تسعين بعد ماتطرح منها الخمس وخمسة أسداس الثلث خمسة وعشرون والخمس ثمانية عشر وذلك ثلاثة وأربعون اذا طرحت من تسعين ثلاثة وأربعين يبقى سبعة وأربعون فاذا ضربت نصيب الابن وذلك سهمان في سبعة وأربعين يكون ذلك أربعة وتسعين واذا تبين نصيب الابن تبين نصيب الابنة لان نصيبها نصف نصيبه وذلك سبعة وأربعون ثم ثلث المال مائة وعشرون فخمسة أسداس الثلث مائة ونصيب الابن أربعة وتسعون

فتبين أن نصيب الوصية له كانت بستة أسهم تمام خمسة أسداس الثلث وخمس ثلثمائة وستين اثنان وسبعون نصيب الابنة من ذلك سبعة وأربعون فظهر أن الوصية لهما خمسة وعشرون واذا رفعت مقدار وصيتهما وذلك أحدوثلاثون من أصل المال ثلثمائة وستين يبقى ثلثمائة وتسعةوعشرون بين الابن والبنات للذكرمثل حظ الانثيين فللابن أربعة وتسعون مثل نصيبه ولكل ابنة سبعةوأربعون مثل نصيب الابنة فاستقام وطريق الجبر يتيسر تخريجه فى هذه المسئلة بالقياس على ما سبق اذا تأملت في ذلك فلا يكون فى الاشتغال به الا مجرد التطويل من غير فائدة فان ترك امرأتيه وأبويه وثلاث بنات فأوصى لاحدى امرأتيه بنصيبها بالخمس وللاخرى بالسدس بنصيبها وبربع ما بقي من الثلث فأجازوا قال هى من خمسمائة وأربعين سهما الوصية منها مائة واثنان وستون بينهما لصاحبة الخمس من ذلك سبعة وثمانون وميراثها أحد وعشرون فذلك مائة وثمانية خمس جميع المال ولصاحبة الثلث تسعة وستون وميراثها أحدوعشرون فذلك تسعون سدس جميع المال ولصاحبة ربع مابقي ستة أسهم ☆ وأما تخريجه على طريق الكتاب فان نقول أصل الفريضة من ستة للابوين السدسان وللبنات الثلثان وللمرأتين ثلاثة أرباع سهم فتعول بثلاثة أرباع فتكون القسمة من ستة وثلاثين فاذا أردت معرفة الوصية احتجت الى حساب له خمس وسدس وثلث فتضرب خمسة فى ستة فتكون ثلاثين ثم تطرح المرأتين وذلك ثلاثة أرباع من أصل الفريضة يبقى ستة فتضرب ذلك فى تسعين فيكون خمسمائة وأربعين سهما الخمس من ذلك مائة وثمانية والسدس من ذلك تسعون ومعرفة نصيب المرأتين أن تأخذ نصيبهما وذلك ثلاثة أرباع فيضرب فى تسعين بعد مايطرح من ذلك الخمس والسدس وخمس تسعين ثمانية عشر والسدس خمسة عشر فاذا طرحتهما من تسعين يبقى سبعة وخمسون فاذا ضربت ثلاثة أرباع فى سبعة وخمسين يكون ذلك اثنين وأربعين وثلاثة أرباع فاطرح منه ثلاثة أرباع مقدار ما أخذت فى الابتداء يبقي اثنان وأربعون لكل واحدة منهما أحد وعشرون فاذا أعطينا احداهما مائة وثمانية واسترجعنا منها بالنصيب أحدا وعشرين يبقي سبعة وثمانون فهذه وصيتها وأعطينا الاخرى تسعين فاسترجعنا منها أحدا وعشرين يبقي تسعة وستون فهذه وصيتها فاذا ضممت تسعة وستين الى سبعة وثمانين يكون ذلك مائة وستة وخمسين يبقى أربعة وعشرون للموصي له بربع مايبقى من الثلث ربع ذلك ستة ويضم

مابقى وهو ثمانية عشر الى ثاثي المال ثلثمائة وستين فيكون ثلثمائة وثمانية وسبعين مقسوما بينهم بالميراث للمرأتين من ذلك اثنان وأربعون قسمتها بينهم مع العول لكل واحدة أحد وعشرون مثل نصيبها وللابوين مائة واثنا عشر سهما لكل واحد ستة وخمسون وللبنات مائة وأربعةوعشرون لكل ابنة أربع وعشرون وثلثان فاستقام التخريج فان ترك خمس بنات وأبوين وأوصى لاحدى بناته بالثلث بنصيبها وبثلاثة أرباع الوصية لآخر فأقر الاب بابن وأنكر البنات وأجازوا كلهم الوصية فالفريضة من ثمانمائة وثمانية وعشرين الوصية منها ثلثمائة وثمانيةوسبعون لصاحب الثلث من ذلك مائتان وستة عشر وميراثها ستون فذلك تمام الثلث وللاخرى مائة واثنان وستون فذلك ثلاثة ارباع وصية الاول ويدخل الابن مع الاب فى نصيبه وهو خمسة وسبعون فيأخذ منها أربعين أولا نقول اقرار أحد الورثة بوارث آخر صحيح فى حقه على أن يشارك المقر له فى نصيبه لان المقر يعامل فى اقراره كأن ماأقر به حق ثم تصحيح الفريضة بدون هذا الاقرار فنقول أصلها من ستة للابوين السدسان وللبنات أربعة وعلى ماأقر به الاب للابوين السدسان والباقى بين الاولاد للذكر مثل حظ الانثيين أسباعا فنضرب ستة فى سبعة فيكون اثنين وأربعين للاب من ذلك سبعة وهو السدس وللام كذلك يبقي ثمانية وعشرون بين الابن والبنات للابن ثمانية ولكل ابنة أربعة فتبين أن نصيب الابن بزعم الاب ثمانية ونصيب الاب سبعة فالسدس الذى هو نصيب الاب يضرب كل واحد منهما فيه بجميع حقه فيصير علي خمسة عشر واذا صار السدس على خمسة عشر كان جميع المال تسعين هذا وجه تصحيح سهام الفريضة واذا أردت معرفة الوصية احتجت الي حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثم تطرح من أصل الفريضة نصيب احدى البنات وثلاثة أرباع نصيب الاخرى على حسب وصيته لهما ونصيب احدى البنات اثنا عشر وثلاثة أرباع نصيب الاخرى تسعة فذلك احد وعشرون اذا طرحت ذلك من تسعين يبقى تسعة وستون فاذا ضربت تسعة وستين فى اثنى عشر يكون ذلك تمام مائة وثمانية وعشرين فهو مبلغ المال الثلث من ذلك مائتان وستة وسبعون فتأخذ احدى المرأتين ذلك وتسترد منها نصيبها وطريق معرفة ذلك أن تأخذ نصيبها اثنى عشر وتضرب ذلك فى اثني عشر بعد ماتطرح منها ثلثها وثلاثة أرباع الثلث ثلثها أربعة وثلاثة أرباع الثلث ثلاثة فذلك سبعة اذا طرحت سبعة من اثنى عشر تبقى خمسة تضرب اثنى عشر فى خمسة فيكون ستين

فهو نصيبها اذا رفعت ذلك من مائتين وستة وسبعين يبقى مائتان وستة عشر فهو وصيتها ووصية الاخرى ثلاثة أرباع ذلك مائة واثنان وستون فاذا ضممت ذلك الى مائتين وستة عشر يكون ثلاثمائة وثمانية وسبعين اذا رفعت ذلك من أصل المال يبقي هناك أربعمائة وخمسون مقسومة بينهم للابوين السدسان مائة وخمسون لكل واحد منهما خمسة وسبعون وللبنات ثلثمائة بينهن اخماسا لكل واحدة منهن ستون مثل النصيب ثم ما أخذ الاب يقسم بينه وبين المقر له على خمسة عشر فيكون كل جزء من ذلك خمسة فثمانية أجزاء من ذلك للابن وذلك أربعون سهما وسبعة للاب وذلك خمسة وثلاثون سهما فاستقام التخريج * ولو ترك ابنين وعشرة دراهم عينا وعشرة دينا على أحدهما وأوصى بخمس ماله الا الا درهما فانك ترفع من العين درهمين للموصى له وذلك خمس المال ثم تسترجع منه بالاستثناء درهما فترد ذلك على الابنين فتصير العين فى أيديهما تسعة نصف ذلك للابن الذى لادين عليه ونصفه نصيب الابن المديون فلا يعطي ذلك لان عليه فوق حقه ولكن يقسم ذلك بين الابن الذي لادين عليه والموصى له أثلاثا لان حق الموصي له فى خمس الدين الذى على المديون وحق الابن الذي لادين عليه في خمس ذلك فما تعين لهما من ذلك يقسم بينهما أثلاثا ثلثه وهو درهم ونصف للموصى له وثلثاه وهو ثلاثة للابن فقد وصل الى الابن مرة أربعة ونصف ومرة ثلاثة وذلك سبعة ونصف وقد تعين من الدين مثل ذلك للابن المديون فكان جملة المال العين سبعة عشر درهما ونصفا خمس ذلك ثلاثة ونصف وقد نفذنا الوصية فى الدفعتين فى ذلك فاسترجعنا درهما بالاستثناء فبقي له درهمان ونصف والمقسوم بين الابنين خمسة عشر لكل واحد منهما سبعة ونصف ولو كان أوصى بالخمس الا درهمين فالسبيل أن يعطى للموصى له خمس العشرة وذلك درهمان ثم استرجعهما بالاستثناء فيصير فى يدك عشرة دراهم بين الابنين نصفين فيأخذ الابن الذي لا دين عليه خمسة والخمسة التى هي نصيب الابن المديون تقسم بين الموصى له والابن الذى لادين عليه أثلاثا كما بينا فى الفصل الاول فيسلم للموصى له درهم وثلثا درهم وللابن فى المرتين ثمانية وثلث فظهر أن المتعين من الدين ثمانية وثلث وأن جملة المال ثمانية عشر وثلث خمس ذلك ثلاثة وثلثان وقد نفذنا الوصية فى هذا المقدار فى الدفعتين واسترجعنا بالاستثناء درهمين بقى له درهم وثلثا درهم * ولو أوصى بخمس ماله لرجل الا درهما منه لآخر فانك تأخذ ثلث العشرة العين فتعطى صاحب

الدرهم درهما ويبقي في يد الموصي له بالخمس الا درهمادرهمان وثلث لان الموصى له بالمستثنى حقه فى الثلث مقدم فان الموصى له بالخمس شريك الوارث فى التركة والموصى له بالثلث بشيء مسمى حقه مقدم على حق الوارث فلهذا يعطي صاحب الدرهم من الثلث درهماويبقي للآخر من الثلث درهمان وثلث ويسلم للابن الذى لا دين عليه ستة وثلثان الى أن يتيسر خروج ما بقي من الدين فحينئذ القسمة واضحة على ماتقدم فى بابه * ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم لرجل وبثلث ماله لآخر فأجازوا فالفريضة من ستة لصاحب الثلث اثنان وللموصى له بمثل نصيب أحدهم واحد ولكل واحد من الاثنين سهم لان الموصي له بمثل النصيب عند الاجازة كابن آخر فكأنه ترك أربع بنين وأوصى بثلث ماله فالفريضة من ستة للموصى له بالثلث سهمان ولكل واحد من الابنين سهم فيأخذ الموصى له بمثل النصيب سهما من أربعة من الثلثين وان لم يجيزوا فالفريضة من تسعة فالثلث من ذلك بين الموصى له بالثلث وبين صاحب النصيب سهمان من ذلك لصاحب الثلث وسهم للموصى له بالنصيب على اعتبار أحوالهما عند الاجازة فانهم لو أجازوا كان حق الموصى له بالثلث ضعف حق الموصي له بالنصيب فكذلك عند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهما على مقدار حقهما أثلاثا وهذا قول أبي يوسف رحمه الله بناء على أصله أن الوصية الواقعة فى حق الورثة تبطل عند عدم الاستحقاق ولا تبطل فى حق الضرر بها في الثلث فأما على قول محمد رحمه الله فالثلث بينهما على خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وللموصى له بالنصيب سهمان لان أصل الفريضة من تسعة لحاجتنا الي حساب ينقسم ثلثاه أثلاثا للموصى له بالثلث ثلاثة ولكل ابن ثلث الثلثين وذلك سهمان وفى حال عدم الاجازة الموصى له بمثل النصيب لا يستحق من الثلثين شيأ وانما جعل الموصى نصيب أحد ورثته عيارا لما أوجبه له بالوصية ونصيب أحد البنين سهمان فعرفنا أنه أوجب للموصى له بمثل النصيب سهمين وللموصى له بالثلث ثلاثة فيقسم ذلك الثلث بينهما على مقدار حقهما فتكون الوصية على خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان ﴿مسئلة﴾ قالها محمد رحمه الله فى وصي الام فيما تركت من الميراث ووصى الاخ والعم وابن العم وجميع من يورث من الصغار والكبار والغائب من الورثة بمنزلة وصي الاب ووصى الجد أب الاب اذا لم يكن له أب ولا وصى أب فى الكبير الغائب فكل شيء جائز لوصى الاب على الوارث الكبير الغائب فهو جائز لوصى من ذكرناه ومالا فلا ومعنى هذا الكلام أن لوصي من سميناه حق

الحفظ ومنع مايخشي عليه التلف لان ذلك من الحفظ وحفظ الدين أيسر من حفظ العين كما اذا أوصى الاب فى حق الكبير الغائب ولانه الحفظ وهذا لوجهين أحدهما أن الحفظ من حق الميت ربما يظهر عليه دين يحتاج الي قضائه من تركته والوصى قائم مقامه فيما هو من حقه والثانى أن وصى الام بمنزلة الام وللام ولاية الحفظ على ولدها الصغير فى ماله كما أن لها ولاية حفظ نفسه فكذلك لوصى الام ذلك ولو أن وصى الاب باع رقيقا أو شيأ من الميراث على الكبير الغائب جاز بيعه فيما سوى العقار ولا يجوز فى العقار فكذلك وصى الام فى حق الصغير ومن ذكرنا من الصغير والكبير الغائب ولا يتجر وصى الاب على الكبير الغائب لان التجارة تصرف دون الحفظ وليس له سوي الحفظ في حق الكبير الغائب فكذلك وصى الام فى حق الصغير وكل شىء ورثه الكبير الغائب من غير ابنه فليس لوصى أبيه عليه سبيل لان ثبوت حق الحفظ له فى الموروث عن الاب لحق الاب وذلك لا يوجد فيما ورثه الكبير من غير الاب فكذلك وصي الام وأما وصى الاب على الولد الصغير فأمره عليه جائز فيما باع واشترى فى جميع ذلك لانه قائم مقام الاب وللاب ولاية مطلقة فى التصرف فى مال ولده الصغير فيثبت تلك الولاية لوصيه الذى هو قائم مقامه بعد موته والله أعلم بالصواب

كتاب العين والدين

(قال) الامام الاجل الزاهد شمس الائمة رضي الله عنه وعن والديه * إعلم أن جميع مسائل هذا الكتاب وترتيبها من عمل محمد بن الحسن رحمه الله فأما أصل التخريج والتفريع فمن صنعة الحسن بن زياد وقد كان له من البراعة فى علم الحساب مالم يكن لغيره من أصحاب أبى حنيفة رحمه الله ولكنه كان شكس الخلق فكان لا يؤلف معه لصغره وكان يخلو فيصنف ثم عثر محمد رحمه الله علي تصنيفاته سرا فانتسخ من ذلك ماظهر فى بعض أبواب الجامع وأكثر كتب الحساب من تلك الجملة خصوصا هذا الكتاب وفيه من دقائق الفقه والحساب مالم يوجد مثله فى غيره ثم بدأ الكتاب بوصية الرجل بثلث ماله لان محل الوصية الثلث شرعا قال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالي تصدق عليكم بثلث أموالكم الحديث وذكر الطحاوى فى مشكل الآثار أن من الناس من أنكر صحة هذا اللفظ عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم لان فى لفظ التصدق ماينبئ عن التقرب فلا يستقيم أن يقال ان الله تعالى يتقرب الى عباده قال وليس كما ظنوا ومراده صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم لتكتسبوا به لانفسكم فى حال حاجتكم الى ذلك ولفظ التصدق مستعار لهذا المعنى وهو كقوله تعالى من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا والاستقراض يكون للحاجة ولا يجوز أن يقال ان الله تعالى يحتاج الى عباده فيستقرض منهم ولكن لفظ القرض على وجه المجاز والاستعارة مع أنه لا يبعد أن يقال ان الله تعالى يتقرب الى عباده قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما يأثره عن ربه لا أزال أتقرب الى عبدي وهو يتباعد عني وقال من تقرب الي شبرا تقربت اليه ذراعا ثم نقول الموصى له بالثلث شريك الوارث فى التركة ولهذا يزاد حقه بزيادة التركة وينتقص بنقصان التركة ولا يقدم تنفيذ الوصية له على تسليم الميراث الى الوارث لوجهين أحدهما أن الاستحقاق ثبت له بمثل ماثبت به الاستحقاق للوارث وهو السهم السابع المذكور ممن يملك الايجاب له فالميراث للورثة مذكور فى كتاب الله تعالى بذكر السهام والسدس والربع والثلث فالوصية بالثلث والربع والسدس تكون مثل ذلك والثانى أن الايجاب في الابتداء كان الى الموصى للاقارب والاجانب جميعا ثم بين الله تعالى نصيب الاقارب فى آية المواريث فبقي الايجاب للاجانب فى محل الوصية على ما كان الى الموصى وهو بهذا الايجاب يجعل الموصي خليفة نفسه فيما سمى له لان الوارث خليفته شرعا (ألا ترى) أن الوصية بثلث المال صحيحة فيمن لا مال له فى الحال فعرفنا أنه اثبت له الخلافة ثم ملك المال من ثمرات تلك الخلافة ولهذا كان وجوبها بالموت بمنزلة الوراثة * اذا عرفنا هذا فنقول اذا أوصى الرجل بثلث ماله لرجل وله ثلاثون دينارا قيمتها ثلثمائة درهم لا مال له غيرها كان له ثلث الدنانير أو ثلث الدراهم لان ماله عند موته الجنسان وقد أوجب له الوصية بثلث ماله وليس صرف هذا الايجاب الى أحد الجنسين بأولي من الآخر فيستحق ثلث كل جنس وهو شريك الوارث فكما أن حق الوارث يثبت فى ثلثي كل جنس فكذلك حق الموصى له فى ثلث كل جنس فان هلك منها عشرون دينارا بعد موت الموصى أو قبله كان للموصى له ثلث العشرة الباقية أو ثلث ثلثمائة درهم لان ماهلك قبل موت الموصى صار كأن لم يكن فان وجوب الوصية بالموت وانما يتناول ثلث ماله عند الموت وكذلك ما هلك بعد موت الموصى قبل القسمة لان التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك المورث ولهذا لو ظهر فيها زيادة يقضى

من الزيادة دينه وتنفذ وصيته فكان الهالك بعد موته بمنزلة الهالك قبل موته وانما يكون للموصى له ثلث المال يوم تقع القسمة والثانى أن المال بالموت صار مشتركا بين الوارث والموصى له والاصل فى المال المشترك اذا توى منه شيء أن التاوي يكون من نصيب الشركاء بالحصة والباقى كذلك لانه ليس بعضهم بادخال الضرر عليه بالتوى بأولى من البعض الآخر وكذلك لو كان أوصى له بسدس ماله فانما له سدس الباقى من الدنانير والدراهم ولو كان أوصى له بثلث الدنانير أو ثلث الدراهم ثم مات ولم يترك شيأ غيرها كان للموصى له ثلث كل جنس الا أن فى هذا الفصل يقدم تنفيذ وصيته على حق الورثة لانه استحق عند الموت مالا يسمي فيكون هو فى معنى الغريم فى أنه تقدم حجته فى محله علي حق الوارث (ألا ترى) أنه لو كان له أموال سوى الدراهم والدنانير لم يكن للموصى له من ذلك شيء والدراهم والدنانير لو هلكت قبل موت الموصى أو بعده بطلت الوصية وأنه لا بد من تمام ملكه فيهما وقت الايصاء لتصحيح الوصية فبهذا تبين أنه يستحق العين بهذا الايجاب فلا يكون بينه وبين الوارث شركة بل يكون حقه مقدما على حق الوارث فى العين الذي ثبت استحقاقه له فيعطى له ثلث الدنانير وثلث الدراهم وما بقى بعد ذلك فهو للوارث فان هلك عشرون دينارا قبل موته أو بعد موته فان كان للميت سواهما مال فان الموصى له يستحق الدنانير العشرة مع ثلث الدراهم اذا كان يخرج ثلث ذلك من ثلث ماله لان حق الموصى له فى هذين الجنسين مقدم على حق الوارث فكان حقه كالاصل وحق الوارث فيهما كالتبع والاصل أن المال الذي يشتمل علي أصل وتبع اذا هلك منه نجعل الهالك من التابع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيها ربح فعرفنا أن بهلاك بعض المال لا يقوم شيء من محل الوصية فيجب تنفيذ جميع وصيته مما بقى اذا وجد شرطه وهو كونه خارجا من ثلثه وان لم يكن له مال سواهما فله ثلث مابقي من المال نصفه فيما بقى من الدنانير ونصفه فيمابقي من الدراهم لان بهلاك بعض الدنانير لم يبطل شيء من وصيته فقد تبقى من الدنانير مقدار ما أوصى له بمقداره وببقاء ذلك يبقي جميع وصيته فيها الا أنه لا يجوز تنفيذ الوصية فى أكثر من الثلث بدون اجازة الورثة وانما يتقرر استحقاقه فى ثلث الباقى من المال وذلك فى المالين على السواء فيكون نصف حقه من الدنانير ونصفه من الدراهم وبيان ذلك بأن تجعل مابقي من الدنانير كأنه دراهم فيكون ماله أربعمائة للموصي له ثلث ذلك وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث نصف ذلك من

الدراهم وذلك ستة وستون وثلثان ونصف ذلك من الدنانير وذلك ستة وثلثا دينار أو نجعل الدراهم دنانير فيكون الكل بمعنى أربعين دينارا والتخريج كما بينا بخلاف مالو أوصى له بثلث ماله فان هناك حقه مختلط بحق الوارث فبعد هلاك بعض المال انما يبقى من وصيته في كل مال بقدر مايبقى منه فلهذا كان له ثلث ما بقي من الدنانير وثلث الدراهم * ولو كان أوصى له بسدس الدنانير وسدس الدراهم ثم هلك من الدنانير عشرون دينارا أخذ السدس كله من الباقى لان جميع وصيته باق بعد هلاك بعض الدنانير وهو خارج من ثلث ما بقي من المال فان جميع وصيته خمسة دنانير وخمسين درهما وقد بقى من المال ما يزاد ثلثه على هذا المقدار فيأخذ جميع وصيته (ألا ترى) أنه لو ظهر في المالين زيادة لم يكن للموصى له الا مقدار ماسمي له فكذلك اذا هلك بعض المال قلنا لا يبطل شئ من وصيته لكون حقه مقدما على حق الوارث في المحل الذى غير الوصية فيه * ولو هلك من الدراهم أيضا مائتا درهم وقد كان أوصى له بسدس ماله فانه يأخذ سدس المائة الباقية وسدس العشرة الدنانير لان ما هلك صار كأن لم يكن فهو شريك الوارث في الباقى بسهم شائع سماه له الموصى فيأخذ ذلك السهم من المالين فان كان أوصى له بسدس الدراهم وسدس الدنانير كان له من الدنانير الباقية ثلثها ومن الدراهم الباقية كذلك لان جميع وصيته باق ببقاء ثلث كل نوع لانه لا تنفذ له الوصية الا في ثلث مابقى من المال وثلثه بقدر ستة وستين وثلثين اذا جعلت العشرة دنانير بمعنى مائة درهم فيأخذ ذلك من المالين نصفين نصفه مما بقى من الدنانير وذلك ثلاثة وثلث ونصفه مما بقى من الدراهم وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث بل هذا مال له ثلث مابقي من المالين * واذا ترك الرجل ألف درهم ومائة شاة قيمتها ألف درهم وأوصى لرجل بسدس ماله فاستحق نصف القيمة أخذ الموصى له سدس الباقي من القيمة وسدس الدراهم لان الموصى له شريك الوارث حكما اذا الهالك يكون من نصيب الشركاء بالحصص فكذلك المستحق اذا استحق تبين انه لم يكن مالا له وانما أوجب له الموصى سدس ماله وماله نصف القيمة وجميع الدراهم فيستحق سدس كل واحد منهما وكذلك لو استحق نصف الدراهم أيضا وكذلك لو كان أوصى له بالثلث فانه يأخذ ثلث مابقي من كل مال باعتبار ان المستحق صار كان لم يكن * ولو كان أوصي بسدس الغنم وسدس الدراهم ثم استحق نصف المالين أخذ ثلث ما بقى كله نصفه في الغنم ونصفه في الدراهم لان حقه هاهنا مقدم على حق الوارث فقد أوجب الوصية له في عين فيتعين

جميع وصيته باعتبار مابقي من المالين وبالاستحقاق لا يبطل شئ من وصيته كما اذا هلك بعض المالين ٠ وزفر رحمه الله يقول فى هذا الموضع للموصى له سدس ما بقى منهما الان بالاستحقاق تبين أن المستحق لم يكن مملوكا له وصحت هذه الوصية باعتبار قيام ملكه وفيه الايصاء فلا يستحق الا سدس ما كان مملوكا فاما بالهلاك فلا يتبين ان الكل لم يكن مملوكا له وقت الايصاء فاستحق هو سدس الجميع ثم تبقى وصيته ببقاء محلها وقد بينا هذه المسئلة في الوصايا وأصلها فيما ذكر فى الجامع الصغير اذا أوصى بثلث ثلاثة دراهم فاستحق منها درهمان فللموصى له جميع الدرهم الباقى اذا كان يخرج من ثلثه عندنا وعند زفر له ثلث الدرهم الباقى ولو كان هلك منها درهمان كان للموصى له جميع الدرهم الباقى بالاتفاق وكذلك لو كان مكان الغنم ابل أو بقر أو ثياب من صنف واحد أو شيء مما يكال أو يوزن فاما اذا ترك ألف درهم وثلاثة أعبد وأوصي لرجل بسدس الاعبد وسدس الدراهم أو أوصى له بسدس ماله ثم هلك عبد كان له فى الوجهين سدس العبد الباقى وسدس الدراهم وكذلك الاستحقاق أما فى الوصية بسدس المال فالجواب واضح وفى الوصية بسدس الاعبد والدراهم قيل هذا الجواب قول أبى حنيفة فاما عند أبى يوسف ومحمد رحمهم الله فهذا وما سبق سواء ويكون له نصف العبد الباقى مع سدس الدراهم لان عندهما الرقيق يقسم قسمة واحدة بمنزلة سائر الحيوانات من جنس واحد (ألا ترى) انها تثبت فى الذمة بمطلق التسمية فى العقود المبنية على التوسع كسائر الحيوانات فكانت الوصية بسدس الرقيق كالوصية بسدس الغنم وسدس الابل وعند أبى حنيفة الرقيق لا يقسم قسمة واحدة على وجه الجبر لان المقصود بالقسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة فى المنفعة للاجبار على القسمة وذلك فى العبيد متعذر لما فيها من التفاوت العظيم فى المنفعة وذلك فى العبد باعتبار التفاوت فى المعانى الباطنة فتكون العبيد بمنزلة أجناس مختلفة * ولو أوصي له بسدس ثلاثة أشياء من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم واستحق جنسان أو هلكا لم يكن له الا سدس الباقى فكذلك اذا كان أوصى له بسدس الاعبد الثلاثة فاستحق عبدان أو هلكا لم يأخذ الا سدس العبد الباقى (ألا ترى) انه لو بقى الكل له يستحق بتلك التسمية نصف العبد الباقي بطريق الاجبار على القسمة فكذلك بعد هلاك العبدين بخلاف صنف واحد مما توجد فيه القسمة بطريق الاجبار وقيل هذا الجواب قولهم جميعا كما أطلق فى الكتاب لان الرقيق عندهما وان كان يقسم قسمة واحدة فقيل القسمة هنا بمنزلة الاجناس

المختلفة (ألا ترى) أن مال المضاربة اذا كان ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين كل عبد يساوى ألفا لم يملك المضارب شيأ منهما ويجعل كل واحد منهما مشغولا برأس المال بمنزلة الجنسين بخلاف ما اذا اشترى بها مائة شاة تساوى ألفين فان المضارب يملك حصته من الربح فذلك فى حكم الوصية يفصل بين الموضعين ولو كان مكان العبيد دار فاستحق نصفها مقسوما أو غير مقسوم فهما سواء فان كان أوصى له بسدس ماله فله سدس الباقى وان أوصى له بسدس الدار وسدس الدراهم أخذ ثلث ما بقي من الدار وسدس الدراهم لان الدار الواحدة تقسم قسمة واحدة واستحقاق نصفها لا يبطل شيأ من وصيته (ألا ترى) أنه لو لم يستحق منها شىء كان يأخذ ثلث نصفها بتلك التسمية عند القسمة فكذلك بعد استحقاق النصف ولم يذكر الهلاك فى الدار لان ذلك لا يتحقق فان كان مكان الدار ثلاثة دور متفرقة أو مجتمعة الا أن كل دار منها عليها حائط على حدة فأوصى له بسدس ماله أو بسدس الدور والدراهم فاستحق داران منها فله سدس الدراهم وسدس الدار الباقية فى الوجهين أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان الدور كالاجناس المختلفة من حيث انها لا تقسم قسمة واحدة وانما تقسم كل دار على حدة وكذلك عندهما لانهما لا يطلقان القول فى الدور انها تقسم قسمة واحدة ولكنهما يقولان ان رأى الامام النظر فى قسمة الدور له أن يفعل ذلك قبل أن يرى النظر فى حكم أجناس مختلفة فلذلك قلنا لا يكون للموصى له الا سدس الباقى * ولو أوصى لرجل بسدس ماله وقد ترك ألف درهم وثلاثة أثواب أحدها هروى والآخر مروى والآخر قوهي فهلك ثوبان منها فله سدس الباقى وكذلك لو كان أوصى له بسدس الثياب وسدس الدراهم لان الثياب أجناس مختلفة ههنا (ألا ترى) أن مطلق التسمية لا يثبت دينا فى الذمة فى شىء من العقود والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة وانما استحق الموصى له سدس كل ثوب بما أوجب له الموصى فبعد هلاك الثوبين لا يستحق من الثوب الباقى الا سدسه ولو هلك نصف الدراهم أيضا فان كان أوصى له بسدس ماله فله سدس الباقى وان كان أوصى له بسدس الدراهم وسدس الثياب كان له سدس الباقى وثلث الدراهم الباقية لان فى الدراهم وصيته تبقى ببقاء ما بقي منها وقد كان أوصى له منها بسدس وذلك ثلث الدراهم الباقية فيأخذها كلها وهو ما استحق من الثوب الباقى الا سدسه بما أوجب له الموصي فلهذا لا يأخذ من الثوب الباقى الا سدسه واذا ترك ثلثمائة درهم وعدلا زطيا يساوى ثلثمائة وقد أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث

العدل وثلث الدراهم فان الموصي يقتسمان الثلث بينهما نصفين لاستواء حقيهما فان ثلث العدل وثلث الدراهم ثلث جميع المال اذ لا مال له سوى هذين النوعين فيكون الثلث بين الموصى لهما نصفين نصف ذلك يأخذه الموصى له بثلث العدل وثلث الدراهم من المالين أولا لان الموصى له بالثلث شريك الوارث فكما أن حق الموصي له بمال معين مقدم على حق الوارث فى التنفيذ فى محله فكذلك هو مقدم على حق الموصى له بثلث المال فاذا أخذ هو سدس العدل وسدس الدراهم خرج من البين ثم يقسم ما بقى بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة أخماسا لان الموصى له يضرب في الباقى بسهم والورثة بحقهم وهو أربعة أسهم فان ضاع نصف الدراهم قبل موت الموصى أو بعده اقتسما ثلث ما بقى يضرب فيه صاحب ثلث المال بثلاثة أسهم والآخر بأربعة أسهم فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بما هلك من الدراهم يبطل من وصية الموصى له بثلث المال بعض وصيته ولا يبطل من وصية الموصى له بثلث العين شيء وقد بقى من العين مقدار ما أوصى له به وزيادة فاذا حق الموصى له بثلث المال فى ثلث المال يوم تقع القسمة وذلك مائة وخمسون والموصي له بثلث العين فى المائتين مائة فما بقى من الدراهم ومائة ثلث العدل فيجعل كل خمسين سهما فيكون حقه أربعة أسهم وحق الموصى له بثلث المال ثلاثة أسهم والثلث بينهما علي سبعة والثلثان أربعة عشر فيكون جملته أحدا وعشرين للموصى له بثلث العين من ذلك أربعة أسهم يأخذه مقدما من المالين نصفين لان حقه فيهما سواء ثم يقسم ما بقى من المالين بين الوارث وبين الموصي له بثلث المال على سبعة عشر سهما يضرب الوارث فى ذلك بجميع حقه أربعة عشر والموصي له بالثلث فى ثلاث فأما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فالثلث بينهما نصفان لان من أصله أن الموصي له بالعين تبطل وصيته فيما زاد على الثلث ضربا واستحقاقا عند عدم اجازة الوراثة فانما يضرب هو فى الثلث بثلث ما بقى من العين وذلك مائة وخمسون وكذلك الموصى له بثلث المال ولهذا كان الثلث بينهما نصفين * قال واذا ترك الرجل ثلثمائة درهم وجراب هروى يساوى ستمائة درهم وأوصي لاحد رجلين بثلث ماله وللآخر بسدس الجراب وثلث الدراهم فان الموصى له بثلث المال يضرب فى الثلث بثلاثة أسهم ويضرب الموصى له الاخر بسهمين فما أصاب الموصى له بسدس الجراب وثلث الدراهم كان له نصف ذلك فى الجراب ونصفه فى الدراهم لان وصيته بقدر مائتى درهم سدس الجراب وثلث الدراهم ووصية الآخر بثلث جميع المال وذلك ثلثمائة فاذا

جعلت كل مائة سهما كان حق الموصي له بثلث المال فى ثلاثة أسهم وحق الآخر فى سهمين فيكون الثلث بينهما على خمسة والثلثان عشرة حق الورثة فيكون الجملة على خمسة عشر سهمان من ذلك حق الموصى له بالعين بأحدهما أولا من المالين نصفين لان حقه فى المالين على السواء ثم يقسم ما بقى بين الموصى له بالثلث وبين الورثة يضرب فيه الورثة بعشرة والموصي له بالثلث بالثلاثة فتكون القسمة بينهما على ثلاثة عشر سهما فان لم يقتسموا شيأ حتى هلك نصف الجراب لم يبطل شيء من وصية الموصى له بالعين فهو يضرب فى الثلث بثمانين والموصى له بثلث المال فكذلك يضرب بثمانين وهو ثلث المال حتى تقع القسمة فلهذا كان الثلث بينهما نصفين نصف الثلث للموصى له بالعين يأخذ ذلك من المالين نصفين ثم يقسم الباقى بين الورثة والموصى له بالثلث على خمسة أسهم فان ضاع كأن ضاع من الدراهم ولم يضع من الجراب شيء ضرب الموصى له بالعين فى الثلث بأربعة أسهم وضرب الآخر فيه بخمسة لان وصيته باقية كلها فهو يضرب بثمانين والموصى له بالثلث انما يضرب بثلث الباقي من المال والباقى سبعمائة وخمسون والجراب ونصف الدراهم فثلث ذلك مائتان وخمسون اذا جعلت كل خمسين سهما يكون له خمسة وللآخر أربعة فكان الثلث بينهما على تسعة وجملة المال على سبعة وعشرين للموصى له بالعين من ذلك أربعة أسهم يأخذها أولا من المالين نصفين ثم يقسم ما بقى من المال بين الورثة والموصى له بالثلث على ثلاثة وعشرين سهما لان الورثة يضربون بجميع حقهم وذلك ثمانية عشر سهما والموصى له بخمسة * قال ولو ترك ثلثمائة درهم وسيفا يساوى مائة درهم وأوصى لرجل بربع ماله وأوصى لآخر بسدس السيف وثلث الدراهم فالثلث بينهما على خمسة أسهم للموصى له بالعين سهمان وللموصى له بالربع ثلاثة أسهم لان جملة المال أربعمائة فوصية الموصى له بالربع مائة درهم ووصية الآخر بسدس السيف وذلك ستة عشر وثلثان وسدس الدراهم وذلك خمسون درهما فيكون ذلك ستة وستين فاذا جعلت تفاوت ما بين الاول والاكثر وهو ثلاثة وثلاثون وثلث بينهما يكون للموصى له بالعين سهما فلذا كان الثلث بينهما علي خمسة وجملة المال على خمسون عشر للموصى له بالعين من ذلك سهمان ربع ذلك فى السيف وثلاثة أرباعه فى الدراهم بحسب وصيته فى كل المال ثم الباقى بين الورثة والموصى له بالربع علي ثلاثة عشر سهما لان كل واحد منهما يضرب فى الباقى بجميع حقه فان لم يقتسموا حتى ضاع مائة درهم كان الثلث بين صاحبي الوصية على سبعة عشر سهما لان هلاك

بعض الدراهم لا يبطل من وصية الموصى له بالعين شيأ فهو يضرب فى الثلث بستة وثلاثين والموصى له بالربع انما يضرب بربع ما بقي وذلك خمسة وسبعون درهما فاجعل تفاوت ما بين الاقل والاكثر وذلك ثمانية وثلث بينهما فيكون حق الموصى له بالعين ثمانية أسهم وحق الموصى له بالربع تسعة وان شئت قلت قد انكسرت المائة بالاثلاث والارباع فتجعل المائة على اثنى عشر سهما للموصى له بالعين ثلثا ذلك ثمانية أسهم وللموصى له بربع المال ثلاثة أرباع ذلك تسعة فاذا جمعت بينهما كان تسعة عشر سهما وهو الثلث وجملة المال أحد وخمسون سهما للموصى له بالعين منها ثمانية أسهم ربع ذلك فى السيف وثلاثة أرباعه فيما بقى من الدراهم والباقي مقسوم بين الموصى له بالربع وبين الورثة على ثلاثة وأربعين سهما لان الورثة يضربون بجميع حقهم وذلك أربعة وثلاثون والموصى له بالربع يضرب بتسعة فان هلك من الدراهم مائة أخرى قبل القسمة فالثلث بين الموصى لهما على سبعة أسهم لان الموصى له بالعين يضرب بستة وستين وثلثين على حاله والاخر انما يضرب بربع الباقي وذلك خمسون فاذا جعلت تفاوت ما بين الاول والآخر انما يضرب والاكثر وذلك ستة عشر وثلثان للموصى له بالربع ثلاثة وللآخر أربعة فلهذا كان الثلث بينهما على سبعة وجملة المال أحد وعشرون للموصى له بالعين أربعة ربع ذلك فى السيف وثلاثة أرباعه فيما بقي من الدراهم والباقى مقسوم بين الآخر والورثة على سبعة عشر سهما لان الوارث يضرب فى الباقي بأربعة عشر والموصى له بالربع بثلاثة * واذا ترك عبدا يساوى ألف درهم وترك ألفى درهم سواه فأوصى بالعبد لرجل وبثلث ماله لآخر فالثلث بينهما نصفان لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن القسمة فى العبد بينهما على طريق المنازعة فيكون على ستة أيضا خمسة للموصى له بالعبد وسهم للآخر وكل ألف من الالفين يكون على ستة أيضا فللموصى له بالثلث ثلث ذلك أربعة فحصل لكل واحد منهما خمسة فلهذا كان الثلث بينهما نصفين وعندهما تقسم العبد على طريق العول أرباعا للموصى له بالعبد ثلاثة وللموصى له بالثلث سهم من العبد ثم يجعل كل ألف على ثلاثة باعتبار الاصل اذ ليس فيها عول فيكون للموصى له بالثلث سهمان من الالفين وسهم من العبد فله ثلاثة أيضا فلهذا كان الثلث بينهما نصفين فقد اتفق الجواب مع اختلاف التخريج وقد تقدم بيان هذا فى الوصايا فان لم يقتسموا حتى هلك ألف درهم فالثلث بينهما فى قول أبى حنيفة على سبعة أسهم لان العبد صار على ستة والالف الباقية كذلك على ستة للموصى له بالثلث منها سهمان وله من العبد سهم

فهو يضرب فى الثلث بثلاثة والموصى له بالعبد باربعة لان حقه وان كان فى خمسة الا أنه انما يضرب بقدر الثلث وثلث الباقى أربعة فوصيته فيما زاد على أربعة تبطل ضربا واستحقاقا كما هوأصل أبى حنيفة رحمه الله فلهذا يضرب هو باربعة أسهم والثلث بينهما على سبعة وجملة المال أحد وعشرون للموصى له من ذلك أربعة أسهم كله فى العبد فيأخذه وما بقى من العبد يضم الي الالف الباقية فيقسم بين الورثة وصاحب الثلث على سبعة عشر سهما يضرب الوارث باربعة عشر والموصى له بالثلث بثلاثة وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فالثلث بينهما على خمسة لان العبد يصير على أربعة أسهم باعتبار الاصل للموصى له بالثلث سهم ثم الالف الباقية تكون على ثلاثة أسهم باعتبار الاصل للموصى له بالثلث سهم فكان حقه فى سهمين وحق الآخر فى ثلاثة فلهذا كان الثلث بينهما على خمسة وجملة المال على خمسة عشر للموصى له بالعبد ثلاثة أسهم كله فى العبد ثم يقسم مابقى بين الورثة والموصى له بالثلث على اثنى عشر سهما للموصي له بالثلث سهمان وذلك سدس ما بقي فى الحاصل يأخذه من المالين وخمسة اسداس ما بقي للورثة *واذا ترك عبدا يساوى ألف درهم وترك ألف درهم فأوصى بعتق العبد وأوصى لرجل بثلث الالف فالثلث بينهما يقسم أخماسا للعبد ثلاثة اخماسه يعتق منه ذلك ويسعى فيما بقي لان الوصية بالعتق غير مقدمة على الوصية الاخرى انما ذلك فى العتق المنفذ باعتبار انه لا يحتمل الرجوع عنه فأما الوصية بالعتق فى احتمال الرجوع عنه كغيره فيضرب العبد فى الثلث بقيمته وهو ألف درهم والآخر بثلث الالفين فيكون التفاوت مابين الاقل والاكثر وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث سهم فيكون للعبد ثلاثة أسهم وللموصى له بثلث الالف سهمان فاذا صار الثلث بينهما على خمسة كان جميع المال على خمسة عشر والمال ثلاثة ألف فكل آلاف على خمسة ثم يسلم للعبد ثلاثة اخماس رقبته وذلك ستمائة ويسعى للورثة فى أربعمائة ويأخذ الموصى له بثلث الالفين خمسى الالف وذلك أربعمائة فيبقى للورثة من الالفين ألف وستمائة وقد استوفوا من العبد أربعمائة فيسلم لهم ألفان وقد نفذنا الوصية فى ألف هذا ان أدى العبد السعاية وان كان مفلسا لا يقدر على أداء ماعليه قسمت الالفان بين الموصى له بثلث الالفين وبين الورثة على ستة لان مافى ذمة العبد تاو فيعول هو بوصيته ويبقى حق الموصي له بثلث الالفين فى أربعمائة وحق الورثة فى الفين فيجعل كل أربعمائة بينهما فيكون حق الورثة خمسة أسهم وحق الموصى له سهما فيأخذ سدس الالفين وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وتبين ان السالم

للعبد من رقبته مثل هـذا ومثل نصفه وذلك خمسمائة فالمتعين من المال ألفان وخمسمائة وقد نفذنا الوصية لهما فى ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وسلم للورثة ضعف ذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان فاستقام التخريج الي أن يؤدى العبد السعاية فاذا قدر علي ذلك أمسك مقدار وصيته وذلك ستمائة فادى أربعمائة فيأخـذ الموصى له بثلث الالفين من ذلك ستة وستين وثلثين حتى يتم له أربعمائة كمال حقه وتأخـذ الورثة ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا حتى يسلم كمال الالفين وفى الـكتاب يقول ماخرج من السعاية أخذ الموصى له من الورثة مثل سدس الخارج وهـذا موافق لما بينا اذا تأملت * واذا ترك عبدا يساوى ألف درهم وأوصى بعتقه وترك أيضا ألف درهم وأوصى لرجل بثلث ماله وللاخر بسدس الالفين بعينهما فالثلث بينهما على أحد عشر سهما لان وصية العبد بقيمته وهى ألف فيضرب فى الثلث بجميعها وان كانت أكثر من الثلث لانه وصية بالبراءة عن السعاية فيكون بمنزلة الوصية بالالف المرسلة يستحق الضرب بجميعها وان جاوزت الثلث وصاحب ثلث المال وصيته ستمائة وستة وستون وثلثان وصاحب ثلث الالف وصيته مائة وستة وستون وثلثان فيجعل هذا سهما فيكون حقه فى سهم واحـد وحق صاحب الثلث فى أربعة أسهم وحق العبد فى ستة أسهم فاذا جمعت بين هذه السهام كانت أحـد عشر وهو الثلث والجملة ثلاثة وثلاثون للعبد من ذلك ستة عشر ونصف يسلم له من ذلك ستة ويسعى فى عشرة ونصف والموصى له بسدس الالف يأخـذ سهما من ستة عشر ونصف من الالف ويجمع مابقي فيقسم بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة على ستة وعشرين سهما للورثة من ذلك اثنان وعشرون وللموصى له بالثلث أربعة هذا اذا أدى العبد ماعليه من السعاية فان لم يقتسموا حتى ضاع نصف الدراهم واستحق نصف العبد قسمت الثلث على ستة أسهم لان وصية العبد ترجع الى نصف رقبته وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث ترجع الى سهمين لان ثلث المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولم ينتقص من وصية صاحب السدس الالف شئ فيكون الثلث بينهم على ستة والمال ثمانية عشر نصف العبد الباقى تسعة يسلم من ذلك ثلاثة وهو ثلث النصف ويسـعى فى ثلثى النصف ويأخـذ الموصى له بسدس الالف من الخمسمائة الي السعاية فيكون مقسوما بين الورثة والموصى له بالثلث على أربعـة عشر سهما للورثة من ذلك اثنا عشر وللموصى له سهمان علي قدر سبعة للموصى له بالثلث سبع ذلك ولا فرق بين سهم من سبعة وبين سهمين من أربعة عشر . وقال

محمد فى جميع هـذه المسائل اذا أوصى لرجل بشئ بعينه ولآخر بثلث ماله مرسلا قسم الثلث على وصاياهما فيأخـذ الموصى له بشئ بعينه حصته من الثلث فيما أوصى له ثم يعطى صاحب الثلث من الذى أوصى به بعينه للرجل مثل ثلث ماأخـذ ذلك الرجل وما بقى من حصته جعل فيما بقى من المال لان وصيته شائعة فى المالين جميعا فيجب تنفيذها من كل مال بحصته والله أعلم بالصواب

باب الوصية بأكثر من الثلث

(قال رحمه الله) واذا أوصى لرجـل بثلث ماله ولآخر بجميع ماله فأجاز ذلك الورثة فعلى قول أبى حنيفة رحمـه الله يقسم المال بينهما على طريق المنازعة *وبيان ذلك أنه لامنازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيسـلم ذلك لصاحب الجميع وهو ثلثا المال فقـد استوت منازعتهمافى الثلث فيكون بينهما نصفين فحصل لصاحب الجميع خمسة أسداس المال ولصاحب سدس الثلث المال قال الحسن رحمه الله وهذا خطأ بل على قول أبى حنيفة يقسم المال بينهم أرباعا بطريق المنازعة *وبيان ذلك أنه يبـدأ بقسمة الثلث فان حقهما فيه على السواء فيكون بينهما نصفين ثم يأتى الى الثلثين فيقول كان لصاحب الثلث سهمان من ستة ووصل اليه سهم فانما بقى من حقه سهم واحد فلا منازعة فيه له فيما زاد على سهم واحد من الثلثين وذلك ثلاثة فيسلم ذلك لصاحب الجميع ويبقى سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفان فحصل لصاحب الثلث سهم ونصف من ذلك وذلك الربع وحصل لصاحب الجميع أربعة ونصف وذلك ثلاثة أرباع المال وتخريج الحسن رحمه الله أصح فان على ماذكره محمد رحمه الله يؤدى الى أن لا ينتفع صاحب الثلث بالاجازة أصلا لانه لو لم تجز الوصية لهما كان الثلث بينهما نصفين ثم يأخـذ صاحب الثلث سدسا آخر من الورثة بالاجازة ليسلم له كمال حقه فكذلك عنـد الاجتماع ينبغى أن ينتفع كل واحد منهما بالاجازة وذلك فيما قلنا وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة على طريق العول فيضرب صاحب الجميع بثلاث وصاحب الثلث بسهم فيكون المال بينهم أرباعا وان لم تجز الورثة ذلك فعنـدهما يقسم الثلث بينهما أرباعا وعنـد أبى حنيفة رحمه الله نصفين لان وصية صاحب الجميع فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا * قال ولو أوصى لرجـل بثلث ماله ولآخر بثلثى ماله ولآخر بجميع ماله فأجازوا ففى قياس قول

أبي حنيفة على ما ذكره محمد رحمه الله ما زاد على الثلثين لا منازعة فيه لصاحب الثلثين ولا لصاحب الثلث فيسلم لصاحب الجميع ثم مازاد على الثلث الي تمام الثلاثين لامنازعة لصاحب الثلث وصاحب الجميع وصاحب الثلثين يدعيانه فيكون بينهما نصفين وقد استوت منازعتهم فى الثلث فيكون بينهم اثلاثا يحتاج الى حساب له ثلث ينقسم اثلاثاوينقسم نصفين وذلك ثمانية عشر يسلم لصاحب الجميع مرة ستة ومرة ثلاثة ومرة سهمين فذلك أحد عشر ولصاحب الثلثين مرة ثلاثة ومرة سهمين فذلك خمسة عشر ولصاحب الثلث سهمين وأما على تخريج الحسن فيقول يقسم الثلث أولا بينهم اثلاثا بالتسوية فيكون المال من تسعة ثم حق صاحب الثلثين فى تسعة وصل اليه سهم يبقى له خمسة فما زاد على خمسة من الثلثين وهو سهم واحد لامنازعة فيه لصاحب الثلثين فيأخذه صاحب الجميع وحق صاحب الثلث كان فى ثلاثة وصل اليه سهم بقي له سهمان فما زاد على السهمين الى تمام خمسة وذلك ثلاثة لا منازعة فيها فيكون بين الاخوين نصفين وقد استوت منازعتهم فى سهمين فيكون بينهم أثلاثا فقد انكسر بالأثلاث والانصاف فتضرب ثلاثة فى اثنين فيكون ستة ثم ستة فى تسعة أصل المال فيكون أربعة وخمسين منه تصح المسئلة. وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله القسمة على طريق العول يضرب فيه صاحب الجميع بثلاثة وصاحب الثلثين بسهمين والثلث بسهم فيكون على ستة أسهم وان لم تجز الورثة فالثلث بينهما كذلك عندهما يقسم على ستة وعند أبي حنيفة رحمه الله تقسم الثلث بينهما أثلاثا * قال ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بنصفه فأجازوا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يأخذ صاحبا النصف كل واحد منهما سدس المال لانه لامنازعة لصاحب الثلث معهما فيمازاد على الثلث وكل واحد منهما يدعى الزيادة الى تمام النصف وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما ذلك القدر ثلاثة استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم اثلاثا فحصل لصاحب الثلث تسعة ولكل واحد من الآخرين ثلاثة أتساع ونصف تسع وان لم تجز الورثة فالثلث بينهم أثلاثا وعند أبي حنيفة هما ان أجازت الورثة فجميعه مقسوم بينهما على ثمانية بطريق العول يضرب فيه صاحب النصف كل واحد منهما بثلاثة وصاحب الثلث بسهمين وان لم يجيزوا فالثلث بينهم على ثمانية فلو أوصى بثلث ماله وبنصف ماله وبثلثي ماله وبخمسة أسداس ماله فأجازوا أما قياس قول أبي حنيفة علي ماذكره محمد رحمه الله فانما زاد على ثلثي المال الى خمسة أسداس لا يدعيه

أحد منهم الا صاحب خمسة أسداس فيأخذ ذلك بلا منازعة وهو سدس المال ثم زاد علي النصف الى الثلثين لا يدعيه الا صاحب الثلثين وصاحب خمسة أسداس وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما سدسا آخر ثم ما زاد على الثلث الى تمام النصف وذلك سدس واحد لا يدعيه صاحب الثلث ويدعيه الباقون فيكون بينهم أثلاثا والثلث الباقى استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم أرباعا فقد انكسر بالاثلاث والارباع فاضرب ثلاثة فى أربعة فيكون اثنى عشر ثم اثنى عشر فى ستة فيكون اثنين وسبعين فصاحب خمسة أسداس يأخذ مرة اثني عشر ومرة أربعة فذلك ثمانية وعشرون ومرة ستة فذلك أربعة وثلاثون وصاحب الثلثين أخذ مرة اثنى عشر ومرة أربعة ومرة ستة فذلك اثنان وعشرون وصاحب النصف أخذ مرة أربعة ومرة ستة فذلك عشرة وصاحب الثلث ما أخذ الا ستة فتكون القسمة بينهم على هذا * وعلى تخريج الحسن يقسم الثلث أولا بينهم أرباعا بالسوية فيكون من اثنى عشر ثم صاحب خمسة أسداس حقه في عشرة وصاحب الثلث حقه فى ثمانية ويأخذ كل واحد منهما سهما فما زاد على سبعة الى ثمانية وهو سهم واحد يأخذه صاحب خمسة أسداس بلا منازعة وصاحب النصف حقه فى ستة وصل اليه واحد بقي له خمسة فما زاد على ذلك الى تمام سبعة وذلك سهمان هو لا ينازع فيه وكل واحد من الآخرين يدعيه فيكون بينهما نصفين وما زاد علي ثلاثة الى تمام خمسة وذلك سهمان لا يدعيه صاحب الثلث فيكون بين الثلاثة أثلاثا والباقي وهو ثلاثة استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم أرباعا وقد انكسر بالاثلاث والارباع فاضرب ثلاثة فى أربعة فيكون اثنى عشر ثم اثني عشر فى اثنى عشر فيكون مائة وأربعة وأربعين منه تصح المسئلة وان لم تجز الورثة فالثلث بينهم أرباعا كما بينا فان كان أوصى مع هذا أيضا بجميع ماله فعلي تخريج محمد نقول ما زاد علي خمسة أسداس لا يدعيه أحد سوى صاحب الجميع فيأخذه بلا منازعة وفيما زاد على الثلثين الي خمسة أسداس لامنازعة لصاحب الثلثين فيكون بين صاحب خمسة أسداس وصاحب الجميع نصفين وما زاد علي النصف الي تمام الثلثين وذلك سدس آخر لايدعيه صاحب النصف فيكون بين الثلثين وصاحب خمسة أسداس وصاحب الجميع أثلاثا وما زاد على الثلث الى تمام النصف وهو سدس آخر بينهم وبين صاحب النصف أرباعا وقداستوت منازعتهم فى الثلث فيكون بينهم أخماسا فقد انكسر بالاخماس والاثلاث والانصاف فالسبيل أن تضرب هذه المخارج

بعضها فى بعض الا أن الاربعة تجزى عن اثنين فيضرب خمسة فى أربعة فتكون عشرين ثم فى ثلاثة فتكون ستين ثم يضرب أصل الفريضة وهو ستة فى ستين فيكون ثلثمائة وستين منه يصح التخريج فى قول أبى حنيفة وعلى تخريج الحسن الثلث يقسم بينهم أخماسا أولا فيكون المال من خمسة عشر ثم صاحب خمسة أسداس حقه فى اثنى عشر ونصف وصل اليه سهم بقي له أحد عشر ونصف وقد انكسر بالانصاف فاضعفه فيكون المال من ثلاثين وصل الي كل واحد منهم سهمان وحق صاحب الثلثين فى عشرين وصل اليه سهمان بقى له ثمانية عشر فما زاد على ذلك الى عشرين وذلك سهمان بين صاحب الجميع والخمسة أسداس نصفين ثم مازاد على ثلاثة عشر الى ثمانية عشر وذلك خمسة بينهما و بين صاحب الثلثين أثلاثا ثم مازاد على ثمانية الى ثلاثة عشر وذلك خمسة بينهم وبين صاحب النصف أرباعا ثم الباقي وهو ثمانية بينهم أخماسا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى القسمة عولية عند الاجازة فى جميع المال فيكون على عشرين سهما لان صاحب الجميع يضرب بستة وصاحب خمسة الاسداس بخمسة وصاحب الثلثين بأربعة وصاحب النصف بثلاثة وصاحب الثلث بسهمين وعند عدم الاجازة يكون الثلث بينهم على عشرين سهما * قال ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله فأجازت الورثة الوصية أخذ كل واحد منهم وصيته كاملة لان المال وفى بما أوجبه لكل واحد منهم وزيادة وان لم يجيزوا ضرب كل واحد منهم فى الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق لان الوصايا كلها وقعت فى الثلث واستوت فى القوة فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه فان كان أوصى مع هذا بجميع ماله وبنصف ماله وأجازت الورثة فان أبا يوسف رحمه الله ذكر أن قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك أن لصاحب الجميع نصف المال وسدس المال بينه وبين صاحب الثلث أثلاثا ونصف سدس بينهم وبين صاحب الربع أرباعا والباقى بينهم وبين صاحب السدس أخماسا قال لانه لا بد من اعتبار القسمة بطريق المنازعة فبعض الوصايا قد جاوزت الثلث واذا وجب باعتبار القسمة بطريق المنازعة سقط اعتبار القسمة بطريق العول لان بينهما تضادا عند القسمة بطريق المنازعة فيكون التخريج ما قال ان كل جزء فرغ من منازعة بعضهم فيدعى ذلك بعضهم فيقسم ذلك بين الذين يدعونه بالسوية * قال محمد رحمه الله وليس هذا بقياس قول أبى حنيفة فى الوصايا التي لم تجاوز الثلث ان كل انسان يضرب فى الثلث بوصيته ولا نجعل لبعضهم شيأ دون بعض ولكن قياس

قول أبي حنيفة أن كل شيء زاد على الثلث فكان الى الورثة اجازته ورده فانه يقسم على ماوصفه أبو يوسف وأما الثلث الذى ليس الى الورثة اجازته ولا رده فانه يقسم على الوجه الذي كان يقسم عليه لولم يجز الورثة وقد وجد هاهنا محل القسمة بطريق العول ومحل القسمة بطريق المنازعة فلا بد من اعتبارهما جميعا فيكون القول فى هذه المسئلة أن النصف لصاحب الجميع خالصا والسدس بينه وبين صاحب النصف نصفان ثم يبقى الثلث الذى لا اجازة فيه للورثة فهو بين أصحاب الوصايا كلهم يقتسمونه كما كانوا يقتسمونه لو لم يجز الورثة يضرب فيه صاحب الجميع وصاحب النصف وصاحب الثلث كل واحد منهم بالثلث وذلك أربعة من اثنى عشر وصاحب الربع بثلاث وصاحب السدس بسهمين فاذا جمعت بين هذه السهام بلغت سبعة عشر واذا صار سهام الثلث سبعة عشر فسهام جميع المال أحد وخمسون ثم اذا أخذ الموصى له بالجميع نصف ذلك خمسة وعشرين ونصفا فقد انكسر بالانصاف فاضعفه فيكون سهام المال مائة واثنين منه تصح المسئلة * قال ولو كان قوله على التفصيل الاول الذى قاله أبو يوسف لكانت الاجازة ببعض وصية بعضهم ومعلوم أنه ليس للوارث على الموصى له هذه الولاية أن ينقص نصيبه بالاجازة وبيان ذلك فيما اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بسدس ماله فأجازوا ففى قياس القول الاول لصاحب الجميع ثلث المال وسدسه بينه وبين صاحب الثلث نصفين والثلث الباقى بينهما وبين صاحب السدس أثلاثا فنصيب صاحب السدس عند الاجازة ثلث سدس وهو سهم من ثمانية عشر وان لم يجيزوا كان له خمس الثلث لانه يضرب فى الثلث بالسدس بسهم ويضرب الآخران كل واحد منهما بالثلث سهمين فيكون الثلث بينهم خمسة وسهام المال خمسة عشر فعند عدم الاجازة يسلم له سهم من ثمانية عشر فينتقص حقه بالاجازة وهذا لا يستقيم فعرفنا أن الطريق ما قلنا وهو أن صاحب الجميع يأخذ ثلثى المال ثم يقسم الثلث بينهم على طريق العول فيكون أخماسا * قال الحسن رحمه الله وهذا الذى قاله محمد غير صحيح أيضا فان على ما ذهب اليه يؤدى الى أن لا ينتفع صاحب السدس وصاحب الثلث بالاجازة أصلا بل يسلم لكل واحد منهما عند وجود الاجازة ما يسلم له عند عدم الاجازة ومعلوم أن كل واحد منهما ينتفع اذا انفرد به فكذلك عند الجميع ينبغى أن ينتفع كل واحد منهم بالاجازة وانما يتحقق ذلك على ماذهبت اليه من البداءة بقسم الثلث وهذا لان القسمة بطريق العول تكون عن موافقة فهذا

أقوى من القسم بطريق المنازعة وانما يبدأ بالاقوى فيقسم الثلث بينهم فى المسئلة المذكورة آخرا على خمسة ويكون المال على خمسة عشر ثم صاحب الثلث كان حقه فى خمسة وصل اليه سهمان بقي له ثلاثة فما زاد على ثلاثة وهو سبعة وهو لا يدعيه فيسلم لصاحب الجميع وصاحب السدس كان حقه فى سهمين ونصف وصل اليه سهم بقى له سهم ونصف فمازاد على سهم ونصف الى تمام ثلاثة يكون بين صاحب الجميع وصاحب الثلث نصفين يبقى سهم ونصف استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم أثلاثا فحصل لصاحب السدس عند الاجازة سهم ونصف وعند عدم الاجازة كان لا يسلم له الاسهم واحد فقد انتفع بالاجازة وحصل لصاحب الثلث مرة سهمان ومرة ثلاثة أرباع سهم ومرة نصف سهم فيكون ثلاثة وربع وعند عدم الاجازة ما كان يسلم الا سهمان فقد انتفع بالاجازة وسلم له بها سهم وربع فعرفت أن الصحيح من الطريق ما ذهب اليه الحسن ثم تخريج المسئلة الاصلية على تخريج الحسن أن يبدأ بثلث المال فيضرب فيه صاحب النصف والثلث والجميع كل واحد منهم بالثلث وهو أربعة ويضرب فيه صاحب الربع بثلاثة وصاحب السدس بسهمين فيكون بينهم على سبعة عشر واذا صار الثلث على ستة عشر كان جميع المال أحدا وخمسين فاذا اقتسموا الثلث على سبعة عشر فتقول صاحب الثلث كان حقه فى خمسة وعشرين ونصف وصل اليه أربعة بقى حقه فى أحد وعشرين ونصف ما زاد على ذلك الي تمام ثلثى المال وذلك اثنا عشر ونصف يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وصاحب الثلث كان حقه فى سبعة عشر وصل اليه أربعة بقي له ثلاثة عشر فما زاد على ذلك الى أحد وعشرين ونصف وذلك ثمانية ونصف بين صاحب الجميع وصاحب النصف نصفان لكل واحد منهما أربعة وربع وصاحب الربع كان حقه فى سبعة عشر وثلاثة أرباع وصل اليه ثلاثة بقي حقه فى تسعة وثلاثة أرباع فما زاد على تسعة وثلاثة أرباع الى تمام ثلاثة عشر لا منازعة له فيه فتكون القسمة بين صاحب الثلث والنصف والجميع أثلاثا لكل واحد منهما سهم وثلث وحق صاحب السدس كان فى ثمانية ونصف وصل اليه سهمان بقي حقه فى ستة ونصف فما زاد على ذلك الي تسعة وثلاثة أرباع وهو ثلث وربع يكون بين الاربعة الباقين أرباعا فيبقي ستة ونصف وقد استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم أخماسا * ثم طريق التصحيح يضرب المخارج بعضها فى بعض واذا خرجت المسئلة بهذه الصفة ظهر أن كل واحد منهم ينتفع بالاجازة كما بينا * قال ولو أوصي لرجل بنصف ماله ولآخر بسدس

ماله فأجازت الورثة فان صاحبي النصفين يأخذان ما زاد على الثلث دون المال وذلك الثلثان لكل واحد منهما الثلث فيضرب صاحبا السدس بثلث المال وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما ثلث المال ثم يبقى لكل واحد منهم الوصية بسدس المال فيقتسمون الثلث بينهم على ثلاثة فتكون القسمة من تسعة * قال فى الاصل لان صاحبي النصفين لم يبق لهما من وصيتهما الا سدس السدس وهذا غلط وانما الباقى لكل واحد منهما السدس لاسدس السدس الا أن يقال الالف واللام زيادة من الكاتب والصحيح انه لم يبق لهم من وصيتهم الاسدس سدس أى لكل واحد منهما سدس وهذا فى بعض النسخ العتيقة وعند عدم الاجازة كل واحد منهما يضرب فى الثلث بالثلث وصاحبا السدس بالسدس فيقتسمون الثلث على خمسة أسهم والله تعالى أعلم

باب الوصية بالعتق والمال يفضل فيه أحد الورثة صاحبه

(قال رضى الله عنه) واذا أعتق عبدا له فى مرضه قيمته ألف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجل المولى عمدا وله ابنان فعفا أحدهما فان حصة الذى لم يعف على القاتل خمسة آلاف درهم فاذا أداها عتق العبد كله ولا شئ عليه لان المؤدى مال الميت فانه بدل نفسه ولو وجب بالخطأ كان له بمنزلة الدية فيقسم الكل قسمة واحدة وهاهنا العبد ليس من جنس الدية فكذلك اذا وجب بالعمد بعد عتق أحد الوليين وقد ظهر خروج قيمته من الثلث فيعتق كله ثم يقسم كل الخمسة آلاف بين الاثنين على اثني عشر سهما للعافى منهما سهم وللآخر أحد عشر سهما لانه ظهر ان التركة ستة آلاف ألف قيمة العبد ونصف الدية ولو لم يوص بشئ لكانت تقسم على اثنى عشر لان العبد بينهما نصفان ونصف الدية للذى لم يعف فيكون حق العافى خمسمائة وحق الآخر خمسة آلاف وخمسمائة بينهما يكون ذلك اثنى عشر سهما فكذلك بعد تنفيذ الوصية لا يختص به بعض الورثة بل يكون عليهم بالحصة فان المستحق بالوصية فى حق الورثة كالتاوى وما يتوى من المال المشترك يكون على الشركاء بالحصة فهذا مثله وانما يكون الضرر عليهم بالحصة فاذا قسمنا الباقى على اثني عشر سهما كما كان يقسم الكل لو لم يكن هناك وصية * فان قيل كيف يستوفى العافى شيأ من الدية وقد أسقط نصيبه بعفوه * قلنا ما يستوفيه فى حقه ليس بدية بل هو عوض عما تلف من نصيبه بالعبد باعتبار

حصة شريكه لان الاعتاق فى حكم الوصية بالعتق للعبد فيقدم فى الثلث على حق الورثة فيكون ضرره على الورثة بالحصة فيأخذ هو جزأ مما فى يد صاحبه من المال عوضا عما سلم للعبد من نصيبه فما لم يكن مستحقا عليه فى نصيبه * فان قيل حقه كان فى ثلث العبد بدليل انه لو لم يعف لكان العبد يسعى فى ثلثى قيمته بينهما فكيف يضرب بنصف العبد وحقه فى ثلثى العبد * قلنا نعم كان حقه فى ثلث العبد لضيق المحل وقد اتسع المحل بظهور خمسة آلاف للميت وهذا لان ضرر تنفيذ الوصية على الوارثين بالحصة (ألا ترى) انه لو ترك ابنا وامرأة وأوصى بعين ماله فانه تقسم التركة وتنفذ الوصية بينهما على ثمانية فيكون ضرر تنفيذ الوصية عليهما بحسب ميراثهما فهاهنا كذلك فان حق الذى لم يعف فى التركة اضعاف حق العافى فينبغى أن تكون صورة تنفيذ الوصية عليهما بحسب ذلك والوصية بقدر الالف فجزء من اثنى عشر جزأ منه حصة العافى وذلك ثمانية وثمانون وثلث بقى له فى العبد أربعمائة وستة عشر وثلثان وقد تلف ذلك بتنفيذ الوصية فى جميع العبد فيأخذ ذلك القدر مما في يد صاحبه واذا قسمنا خمسة آلاف على اثني عشر كان كل سهم من ذلك أربعمائة وستة عشر وثلثين ولو كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف درهم سعى العبد فى ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث جملة مال الميت ثمانية آلاف فانما يسلم للعبد الثلث من ذلك والثلث ألفان وثلث ألف يسلم ذلك القدر من رقبته ويسعى فيما بقي وهو ثلث ألف فاذا أدى السعاية جمع ذلك الى خمسة آلاف واقتسمها الابنان على ستة عشر سهما ثلاثة للعافى والباقي للآخر لانه لو لم يكن ها هنا وصية لكانت قيمة جميع التركة بينهما على هذه السهام لان حق العافى فى نصف العبد ألف وخمسمائة وحق الآخر فى نصف العبد ونصف الدية وذلك ستة آلاف وخمسمائة فاذا جعلت كل خمسمائة سهما كان حق الذي لم يعف ثلاثة عشر سهما وحق العافى ثلاثة أسهم فكذلك بعد تنفيذ الوصية تكون قسمة مابقى من التركة بينهما على هذه السهام والباقي من التركة خمسة آلاف وثلثمائة وثلاثين وثلثا فاذا قسمت على ستة عشر كان كل سهم من ذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فيكون للعافى فى الحاصل ألف درهم وللذى لم يعف مابقى فان كان العبد مات قبل أن يؤدى ما عليه من السعاية كان للعافى سدس الخمسة والباقى للآخر لان العبد حين هلك علمنا ان وصيته مثل نصف الباقي من المال وهو خمسة آلاف فان الوصية تنفذ فى الثلث والثلث مثل نصف ما يسلم للورثة فاذا كان السالم للورثة من التركة خمسة آلاف

عرفنا أن الوصية للعبد تنفذ فى نصفه ألفين وخمسمائة وأن جملة التركة سبعة آلاف وخمسمائة حق العافى من ذلك ألف ومائتان وخمسون فاذا جعلت كل ألف ومائتين وخمسين سهما يكون حق العافى فى سهم وحق الآخر فى خمسة وانما تقسم التركة بعد تنفيذ الوصية على ما كانت تقسم عليه لو لم يكن هناك وصية فيكون حق العافى سدس الخمسة آلاف والباقى كله للذي لم يعف *ولو كان على الميت مع ذلك دين ألف درهم قضوا الدين من هذه الخمسة آلاف لان الدين يقدم فى التركة على الميراث والوصية ثم يقسم الباقى بين الابنين على سبعة للعافى سهم وللآخر ستة لانه لما قضى الدين كله بالف درهم كان الباقي فى يد الورثة أربعة آلاف وانما تنفذ الوصية للعبد فى نصف ذلك وذلك ألفان فهو الذى جبي من العبد فاذا ضممته الى نصف الدية يكون سبعة آلاف فلو لم يكن هاهنا دين ولا وصية لكان حق العافى فى ألف درهم نصف ما جبي من العبد وحق الآخر فى ستة آلاف فكذلك يقسم ما بقي بعد قضاء الدين وتنفيذ الوصية ليكون ضرر الدين والوصية عليهما بالحصة واذا جعلت كل ألف سهما يكون ذلك على سبعة أسهم ينقسم الباقى وهو سبعة آلاف بينهما على سبعة سبعه للعافى وستة أسباعه للآخر * واذا كان لرجل عبدان يساوى كل واحد منهما ألفى درهم فأعتقهما فى مرضه ثم قتل عمدا وله ابنان فعفا أحدهما وغرم الآخر خمسة آلاف فانه يسعى كل واحد من العبدين فى خمس ثلثه لان جملة التركة تسعة آلاف وانما تنفذ الوصية لهما فى ثلثه وذلك ثلاثة آلاف لكل واحد منهما ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته ويسعى كل واحد منهما فى ربع قيمته فاذا أديا ذلك ضم الى الخمسة آلاف فيقسمه الابنان على تسعة أسهم سهمان للعافى وسبعه للآخر لانه لو لم يكن ههنا وصية لكان حق العافى فى الفين وحقه فى سبعة آلاف فكذلك بعد تنفيذ الوصية يقسم الباقى على مقدار حقيهما وتجعل كل ألف سهما فان مات أحد العبدين قبل أن يؤدى شيأ يسعى الباقي فى ستمائة لان الباقي قيمته ألفان فاذا ضممته الى نصف الدية يكون سبعة آلاف يقسم ذلك بينه وبين الابنين أخماسا لان حقه فى نصف الثلث سهم من ستة وحق الورثة فى أربعة وخمس سبعة آلاف ألف وأربعمائة وظهر أن السالم له من قيمته ألف وأربعمائة ويسعى فى ستمائة وظهر ان السالم للآخر أيضا ألف وأربعمائة وان جملة المال ثمانية آلاف وأربعمائة نفذنا الوصية لهما فى ألفين وثمانمائة وحصل فى يد الورثة خمسة آلاف وستمائة فاستقام الثلث والثلثان ثم ما فى يد الاثنين يقسم بينهما اثنين وأربعين سهما فما أصاب ثلاثة وثلاثين ونصفا فهو للذى

لم يعف وماأصاب ثمانية ونصفا فهو للعافى لان جملة المال فى الحاصل ثمانية آلاف وأربعمائة ولو لم يكن هناك وصية لكان للعافى من ذلك ألف وسبعمائة وللذى لم يعف ستة آلاف وسبعمائة فالسبيل أن نجعل كل مائة سهمافيكون حق العافى سبعة عشر سهما وحق الذى لم يعف سبعة وستون سهماجملته أربعة وثمانون فكذلك بعد تنفيذ الوصيتين يقسم على أربعة وثمانين سهما سبعة عشر للعافى والباقى للآخر الا أنه خرجه فى الكتاب من نصف ذلك الى اثنين وأربعين ولايجوز لانه انكسر بالانصاف فجعل للعافى ثمانية ونصف وهو نصف سبعة عشر وللذى لم يعف ثلاثة وثلاثون ونصف نصف سبعة وستين فان كان للميت ألف درهم سوى العبدين فان لكل واحد من العبدين ألفا وستمائة درهم وصية فيسعى العافى منهما فى أربعمائة وقداستحق من الميت ألفا وستمائة وما بقى منه تاو فجملة التركة تسعة آلاف وستمائة وانما كان كذلك لان الباقى فى يد الورثة ستة آلاف فاذاضممته الى قيمة العبد الباقى يكون ثمانية آلاف خمس ذلك للعبد الباقى بطريق الوصية وذلك ألف وستمائة فاذا تبين وصية العبد الباقى تبين أن السالم للميت من رقبته مثل ذلك وأنه استحق منه بقدر ألف وستمائة فيكون جملة المال تسعة آلاف وستمائة وقد نفذنا الوصية لهما فى ثلث ذلك ثلاثة آلاف ومائتين دخل يد الورثة ستة آلاف وأربعمائة ثم يقسم بين الابنين على ثمانية وأربعين سهما فما أصاب ستة وثلاثين ونصفا فهو للذى لم يعف وما أصاب أحد عشر سهما ونصفا فهو للعافى لانه لو لم يكن هناك وصية فان نصف الدية للذى لم يعف خاصة والباقى وهو أربعة آلاف وستمائة بينهما نصفان لكل واحد منهما ألفان وثلثمائة فيكون حق العافى فى ألفين وثلثمائة واذا جعلت كل مائة سهما يكون ثلاثة وعشرين وحق الذى لم يعف فى سبعة آلاف وثلثمائة واذا جعلت كل مائة سهما يكون ذلك ثلاثة وسبعين وجملة السهام ستة وتسعون فكذلك بعد تنفيذ الوصية يقسم الباقى بينهما على هذه السهام ليكون ضرر تنفيذ الوصية عليهما بالحصة ولان الكتاب خرج المسئلة من ذلك على ثمانية وأربعين لانه لايجوز الكسر بالانصاف * قال واذا ترك الرجل عبدين يساوى كل واحد منهما ألفى درهم وقد أعتقهما فى مرضه ولا مال له غيرهما ثم قتل عمدا وله ثلاثة بنين فعفا أحدهم عن الجناية فعلى القاتل ثلثا الدية والعتيق من العبدين ثلاثة عشر ألفا وستمائة وستة وثلاثون لان جملة مال الميت هذا المقدار وهو رقبتهما مع ثلثى الدية فيسلم لهما الثلث بطريق الوصية وذلك ثلثمائة وخمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع فعليهما السعاية

فيما بقى من قيمتهما وذلك أربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة أتساع فاذا أديا ضم ذلك الي ثلثى الدية ويقسم ذلك على اثنين وثلاثين سهما أربعة منها للعافى والباقى للآخرين لانه لو يكن هاهنا وصية لكان جميع التركة بينهم علي هذه السهام فان مقدار أربعة آلاف وهو قيمة العبدين بينهم أثلاثا لكل واحد منهم ألف وثلث ألف فاذا جعلت كل ألف على ثلاثة أسهم كان ذلك بينهم على اثنى عشر سهما وثلثى الدية اذا جعلت كل ألف علي ثلاثة يكون عشرين سهما فيكون حق العافى أربعة أسهم وحق كل واحد من الآخرين أربعة عشر سهما فكذلك بعد تنفيذ الوصية يضرب كل واحد منهم فى الباقى بجميع حقه فتكون القسمة على اثنين وثلاثين سهما للعافى أربعة ولكل واحد من الآخرين أربعة عشر فاذا مات أحد العبدين قبل أن يؤدى شيأ عتق من رقبة الباقي منهما خمس ثمانية آلاف وثلثا ألف فيسعى فيما بقي لان الميت منهم مستوف لوصيته وقد توى ما عليه من السعاية فانما يعتبر فى الحال رقبة الباقى مع ثلثى الدية وحق الباقى منهما فى نصف الثلث وحق الورثة فى الثلثين فيكون ذلك بينهم علي خمسة أسهم خمسة للعافى وأربعة للورثة فقد انكسر الالف بالاثلاث والاخماس فتضرب ثلاثة فى خمسة فيكون خمسة عشر ثم تضرب ثمانية وثلاثين فى خمسة عشر فيكون مائة وثلاثين للباقي خمس ذلك وذلك ستة وعشرون واذا سلم له بالوصية هذا المقدار تبين أن السالم للميت مثل ذلك وأن جميع المال مائة وستة وخمسون نفذنا الوصية للعبدين فى اثنين وخمسين لكل واحد منهما في ستة وعشرين وحصل للورثة مائة وأربعة فاستقام الثلث والثلثان ثم تقسم الديون من السعاية وثلثى الدية على اثنين وخمسين سهما للعافى منهم ستة أسهم والباقى للآخرين فهذا طريق الاختصار واعتبره محمد رحمه الله فأما على طريق البسط الذى بينا فنقول لو لم يكن هاهنا وصية لكان جملة المال مائة وستة وخمسون مقسوم بينهم فأما مائة سهم من ذلك فهو بينهما وثلثا الدية بين الذين لم يعفوا ستة وخمسين هذا للعبد الباقي وما جني من العبد الميت فيكون بينهم أثلاثا لكل واحد منهم ثمانية عشر وثلثان انكسر بالاثلاث فاضرب ستة وخمسين فى ثلاثة فيصير مائة وثمانية وستين وسهام ثلثى الورثة فيصير ثلثمائة فتكون جملته أربعمائة وثمانية وستين للذى عفا ستة وخمسون وللآخرين لكل واحد منهما مائتا سهم وستة أسهم فكذلك بعد تنفيذ الوصية تكون القسمة بينهم على هذا ولكنه اعتبر طريق الايجاز فقال الموجب قسمة ثمانية آلاف وثلثى ألفين بين الباقي والورثة على خمسة تضرب ثمانية وثلاثين فى خمسة فتكون

خمسة وأربعين وثلث الباقي خمس ذلك وهو ثمانية وثلثان ويسلم للميت مثل ذلك من رقبته اذا ضممته الى هذا تكون الجملة اثنين وخمسين فلو لم يكن هاهنا وصية لكان مقدار ثلثي الدية وذلك ستة وثلثان ضربته فى خمسة فتكون ثلاثة وثلاثين وثلثا بين الذين لم يعفوا نصفين وما بقي وذلك ثمانية عشر وثلثان بينهم أثلاثا لكل واحد منهم ستة وتسعون فكذلك بعد تنفيذ الوصية يقسم ما بقي بينهم على هذه السهام حق العافى فى ستة أسهم ويسعى في سهم وحق الآخرين فى خمسة وأربعين سهما وسبعة أتساع سهم بينهما نصفان فتكون القسمة على هذا ومعرفة ذلك من حيث الدراهم سهل اذا تأملته * قال واذا أوصى الرجل لرجل بعبد بعينه يساوى أربعة آلاف لا مال له غيره ثم قتل رجل الموصى عمدا وله ابنان فعفا أحدهما فللموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربع العبد الى الخمسة آلاف التى تؤخذ من القاتل فيقتسمها الابنان على أربعة وخمسين سهما للعافى منهما اثنا عشر لان جملة مال الميت تسعة آلاف فتنفذ الوصية فى ثلثه وذلك ثلاثة آلاف وثلاثة آلاف قيمة ثلاثة أرباع العبد ثم لو لم يكن ههنا وصية لكان المائتان بين الابنين اتساعا للعافى تسعا ذلك وهو نصف قيمة العبد والباقى للآخر فكذلك بعد تنفيذ الوصية ما بقي يقسم بينهم على هذه السهام الا أن مايصيب العافى يكون بعض ذلك فى العبد وبعضه فى الدية فلا بد من بيان ما يسلم له من العبد ومن الدية * فالسبيل فى معرفة ذلك أن تضرب تسعة في ستة فيكون ذلك أربعة وخمسين كان حق العافى من ذلك فى سهمين ضربتهما فى ستة فيكون اثنى عشر سهما فيأخذ نصف مابقي من العبد والباقى من العبد ربعه مقدار ذلك بالسهام تسعة فنصفه أربعة ونصف ويكون مابقى له من هذه الاثنى عشر سهما وذلك سبعة ونصف فى نصف الدية ويكون للذى لم يعف اثنين وأربعين سهما نصف ما بقي من العبد وهو أربعة ونصف ما بقي له من المال بعد ذلك لان الضرر فى تنفيذ الوصية يكون عليهما على قدر ميراثهما وقد كان العبد بينهما قبل الوصية فكذلك بعد تنفيذ الوصية فجعل ما بقي بينهما نصفين وانما فعل هذا فى هذه المسئلة بخلاف ما بعده لان هناك الباقى سعى به وهو دراهم من جنس الدية فقسم الكل قسمة واحدة وههنا العبد ليس من جنس الدية فلا بد من قسمة ما بقى من العبد بينهما نصفين كما كان جميع العبد قبل الوصية ثم يعطى العافى من الدية مقدار ما بقي من حقه مما نفذنا منه الوصية باعتبار نصيب الابن الآخر فلهذا كانت القسمة على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب الوصية بالعتق والمحاباة

(قال رحمه الله) واذا باع الرجل فى مرضه عبدا من رجل بألف درهم وقيمته ألفان ثم أعتق عبدا له آخر يساوى ألف درهم ولا مال له غيره فالمحاباة أولى من العتق فى قول أبى حنيفة وقد بينا هذه المسئلة في الوصايا وعند أبى حنيفة رحمه الله للمحاباة قوة من حيث السبب وهو أن سببه عقد الضمان وللعتق قوة من حيث الحكم وهو أنه لا يحتمل الرد فاذا بدا بالمحاباة كانت مقدمة فى الثلث واذا بدأ بالعتق تحاصا فيه وعند أبي يوسف ومحمد العتق أولى علي كل حال فعندهما يعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث فيخير المشترى فان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة فى الثمن ولم يرض به وان شاء نقض العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفى درهم وعند أبي حنيفة المحاباة أولى لانه بدأ بها فيسلم العبد للمشترى بالالف ولم يبق من الثلث شئ لان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد فى قيمته للورثة فان كان قيمة المعتق ألفا وخمسمائة فعلى قول أبى حنيفة يبدأ بالمحاباة كما بينا ثم يسلم للمعتق باقى الثلث من قيمته وهو مائة وستة وستون وثلثان لان جملة المال ثلاثة آلاف وخمسمائة وقد سلم للمشترى بالمحاباة مقدار ذلك ألف فيسلم للعبد ما بقي من الثلث وعندهما العتق مقدم فيسلم للعبد مقدار الثلث ويسعى فيما بقي وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ويخير المشترى كما بينا فان مات العبد قبل أن يؤدى شيأ فالمشترى بالخيار فى قول أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أخذ العبد بألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وان شاء نقض البيع لان العبد ما كان يسلم له من الوصية شئ قبل سلامة المحاباة للمشترى وقد هلك فصار كأن لم يكن وانما المال فى الحاصل ألف درهم فيسلم للمشترى من المحاباة بقدر ثلث المال وثلث الالفين ثلثا ألف فعليه أن يؤدى ما زاد على ذلك ويتخير لانه لزمه زيادة فى الثمن ولم يرض بالالتزام وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العتق مقدم فالعبد فيما مر مستوف لوصيته ويتخير المشترى بين أن يغرم كمال قيمة العبد المعتق ألف درهم وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يتحاصان فى الثلث والمحاباة مثل قيمة العبد فيكون الثلث بينهما نصفين فيعتق نصف العبد ويسعى فى نصف قيمته ويأخذ المشترى عبده بألف وخمسمائة لان السالم له من المحاباة بقدر نصف الثلث ويخير المشترى لما لزمه من الزيادة فى الثمن فان اختار فسخ البيع عتق العبد كله وبطلت عنه السعاية لان الوصية بالمحاباه كانت فى ضمن البيع فتبطل ببطلان البيع وببطلانها ينعدم مزاحمة المشترى مع العبد فى الثلث فيعتق العبد كله من الثلث وان اختار المشتري أخذ العبد بألف وخمسمائة ثم مات

العبد المعتق قبل أن يؤدى شيأ فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ العبد بألف وستمائة وان شاء تركه لان العبد مات مستوفيا لوصيته وتوى ما عليه من السعاية وذلك خمسمائة فيكون ضرر التوى على المشترى وعلى الورثة بعد حقهما خمسه على المشترى وذلك مائة درهم ونصف وان شئت قلت الباقى وهو ألفا درهم مقسوم بين المشترى والورثة أخماسا لان المشترى يضرب فيه بنصف الثلث والورثة بالثلثين فانما يسلم للمشترى بالمحاباة خمس ذلك وهو أربعمائة فعليه أن يؤدى ألفا وستمائة وقد تبين أن السالم للعبد الميت مثل ذلك وهو أربعمائة فيكون جملة ذلك ألفين وأربعمائة نفذنا الوصية لهما فى ثلث ذلك وهو ثمانمائة لكل واحد منهما فى أربعمائة ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق تحاص المعتق الاول والمشترى فى الثلث لان المعتق الثانى انفرد عن المحاباة فلا يزاحمهما والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمهما فى الثلث ثم ما أصاب المعتق الاول يشاركه فيه المعتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما واذا كان الثانى محجوبا بصاحب المحاباة فاذا استوفى هو حقه خرج من البين *فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الي صاحب المحاباة كمال حقه فما يأخذه صاحب العتق الثانى يسترده منه صاحب المحاباة لان حقه مقدم على حقه *قلنا لا كذلك فانه لو استرد ذلك منه المعتق الاول لكان حقهما في الثلث سواء ثم يؤدى الى وقت لا ينقطع والسبيل في الدوران تقطع فان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتق نصفين لاستواء حقهما فان عند المجانسة المتقدم والمتأخر سواء لانهما قد جمعهما حالة واحدة وهى حالة المرض * ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق ثم حابى فالثلث بين المعتق الاول وبين صاحبي المحاباة أثلاثا لان المحابين من جنس واحد وسبب كل واحد منهما عقد الضمان فاستويا والمعتق الاول مقدم عليهما فيزاحمهما في الثلث واذا قسم الثلث بينهم أثلاثا وصل المعتق الآخر فما أصاب المعتق فيهما أصاب صاحب المحاباة الآخر فيقتسمون ذلك كله بينهم أثلاثا أما مزاحمته مع المعتق الاول فللمجانسة ومع صاحب الآخر لان عتقه كان مقدما على هذه المحاباة الا أنه كان محجوبا بحق صاحب المحاباة الاول وقد استوفي هو حصته وخرج من البين فيقسم مابقي بين الثلاثة أثلاثا بالسوية ولو حابى ثم أعتق ثم حابى فالثلث بين صاحبي المحاباة لاستوائهما فى السبب والمجانسة بينهما ولا مزاحمة للعتيق مع صاحب المحاباة الاول فاذا سلم نصف الثلث لصاحب المحاباة الاول دخل المعتق في النصف الذى أصاب صاحب المحاباة الآخر فيتحاصان فيه لان عتقه كان مقدما على المحاباة

الاخيرة فهو مزاحم له فيما يخصه * ولو حابى ثم أعتق ثم حابى ثم أعتق فالثلث بين صاحبي المحاباة نصفان للمساواة بينهما فى السبب ولا مزاحمة لواحد من المعتقين مع المحاباة فيما أصابه لان عتقه كان مقدما على المحاباة الاخيرة فيكون هو مزاحما له فى حصته ثم يشارك المعتق الآخر المعتق الاول فيما أصابه للمساواة والمجانسة بينهما وانما كان المعتق الآخر محجوبا لصاحبي المحاباة وقد خرجا من البين قال وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله المحاباة وسائر الوصايا سوى العتق البات أو التدبير أو العتق الذى يقع بعد الموت بغير أجل سواء يتحاصان في الثلث لان المحاباة بمنزلة الهبة وهي لا تحتمل الفسخ كالهبة وقد ثبت بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن العتق المنفذ مقدم على سائر الوصايا فكذلك على سائر المحاباة وثبت بطريق المعنى المحاباة وسائر الوصايا فيتحاصان فى الثلث * قال واذا تصدق الرجل فى مرضه على رجل بالف درهم فقبضها ووهبها الذى رحم محرم منه وقبضها وهو غير وارث ثم أعتق عبدا ثم مات بدئ بالعتق فى قولهم جميعا لان سبب هذه الوصايا استوى فى القوة وهو أن يجعل ذلك تبرع وهذا دليل لابى حنيفة رحمه الله فى أنه ينظر الى السبب دون الحكم فان الهبة لذى الرحم المحرم والصدقة لا رجوع فيها بخلاف سائر الوصايا ثم مع ذلك يسوي بينهما وبين سائر الوصايا الا أنهما يقولان التصدق والهبة تمليك فيكون محتملا للرجوع فيه الا أن حصول المقصود به وهو نيل الثواب وصلة الرحم لا يرجع فيه لا أنه غير محتمل للفسخ بخلاف العتق فانه اسقاط للرق والمسقط يتلاشى ما يتصور فلا يتصور الرجوع فيه ولو لم يعتق مع الهبة والصدقة ولكنه حابى فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يبدأ بالمحاباة على كل حال لان سببه عقد الضمان فيكون مقدما على التبرع وان كان من أصله تقديم المحاباة على العتق اذا بدأ بها فلان يقدم على سائر الوصايا أولي وعندهما يتحاصان صاحب المحاباة وصاحب الهبة والصدقة لان المحاباة عندهما كغيرها من الوصايا سوى العتق وقد استوت فى الحكم فان الموصى لا ينفرد بفسخ الهبة والصدقة كما لا ينفرد بفسخ البيع الذى فيه المحاباة فيتحاصون فى الثلث والله أعلم بالصواب

باب الوصية فى العتق والدين على الاجنبي

(قال رحمه الله) كان لرجل مائة درهم عين ومائة درهم علي آخر دين فأوصى لرجل بثلث ماله فانه يأخذ ثلث العين لانه سمي له ثلث المال ومطلق اسم المال يتناول العين دون

الدين (ألا ترى) أن من حلف لا مال له وله ديون على الناس لم يحنث ثم ما خرج من الدين بعد ذلك أخذ منه ثلثه حتى خرج الدين كله لانه يعين الخارج مالا له فيلتحق بما كان عينا فى الابتداء ولا يقال لما لم يثبت حقه فى الدين قبل أن يخرج فكيف يثبت حقه فيه اذا خرج فان مثل هذا غير ممتنع (ألا ترى) أن الموصى له بثلث المال لا يثبت حقه في القصاص فاذا انقلب مالا ثبت حقه فيه وهذا لان الموصى له بثلث المال شريك الوارث فى التركة الا أن الملك فى الدين يثبت بالارث ولا يثبت بالوصية كالملك فى القصاص واذا تعين الدين والموصى له شريك الوارث فى مال الميت وهذا المتعين مال الميت جعلناه مشتركا بينهما حتى يكون السالم للموصى له قدر الثلث من مال الميت وكذلك لو كان أوصى له بثلث المائة العين وثلث الدين وفى الحقيقة مسائل هذا الباب نظير مسائل الباب المتقدم فى الفرق بين الوصية بالمال المرسل والوصية بالمال العين الا أن هناك التفريع على نقصان المال بالهلاك والاستحقاق وهاهنا التفريع على نقصان زيادة المال بخروج الدين والمعنى جامع للفصلين فنقول اذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث المائة العين اقتسما ثلث المائة العين نصفين لان حقهما قبل خروج الدين سواء فكل واحد منهما لو انفرد استحق ثلث المائة العين فاذا اجتمعا قسم ثلث العين بينهما نصفين فان خرج من الدين خمسون درهما ضمت الى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة لان حق الموصى له بثلث العين فى ثلاثة وثلاثين وثلث وحق الموصى له بثلث المال فى خمسين ثلث ما بقى من المال فيجعل تفاوت ما بين الاقل والاكثر بينهما فانما يضرب الموصى له بالثلث ثلاثة والموصى له بثلث العين بسهمين فيكون العين الثلث بينهما على خمسة والثلثان عشرة ثم صاحب ثلث العين حقه مقدم فيأخذ خمس الثلث وذلك عشرون درهما وذلك كله من العين ويقسم الباقى بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلاثة عشر سهما لان الموصى له بثلث المال شريك الوارث فى التركة * قال ولو كان أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين والدين لآخر ولم يخرج من الدين شئ اقتسما ثلث العين فكان لصاحبي الوصية ثلث ذلك خمسون درهما بينهما أثلاثا فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الثلث لصاحبى الوصية فى العين والثلثان للآخر لانه لما تعين من الدين خمسون فقد ظهر جميع ماهو محل حق صاحب الوصية بثلث العين والدين على ما بينا أن حقه فى الحال المحل المضاف اليه وصيته مقدم على حق الوارث فيضرب هو في الثلث بجميع وصيته وذلك ستة وستون وثلثان والآخر انما يضرب بثلث

العين فيكون الثلث بينهما أثلاثا لهذا بخلاف الاول فان الموصي له بثلث المال شريك الوارث وانما يضرب هو بثلث ما تعين من المال فذلك خمسون درهما وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالثلث بينهما في هذه المسئلة على خمسة أيضا لان حق صاحب الثلث في العين والدين وان كان ستة وستين وثلثين الا أنه لا يضرب في الثلث بأكثر من خمسين لان الثلث المتعين من المال هذا المقدار ووصيته فيما زاد على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا عند أبي حنيفة فانما يضرب هو بثلاثة أسهم والآخر بسهمين فكان الثلث بينهما مقسوما على خمسة * ولو كان الدين مائتي درهم فأوصى لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الدين فثلث العين للموصى له بثلث العين خاصة لان وصية كل واحد منهما مضافة الى محل عين وانه انما يستحق وصيته من ذلك المحل خاصة فلهذا لا يزاحم الموصى له بثلث الدين صاحب العين في شيء من العين فان خرج من العين خمسون درهما ضممته الى المائة وأخذ صاحب الوصية من ذلك الثلث واقتسماه على خمسة أسهم لان صاحب ثلث الدين يضرب في الثلثين بجميع ما تعين من الدين فان حقه فيه مقدم على حق الوارث فهو يضرب بخمسين وثلث وصاحب العين بثلاثة وثلاثين وثلث وكانت القسمة على خمسة فما أصاب صاحب وصية العين وهو عشرون درهما كان له في العين وما أصاب الآخر وهو ثلاثون درهما كان له في الخارج والدين * قال ولو كان أوصى بثلث ماله لرجل وبثلث الدين لآخر وقد خرج من الدين خمسون درهما اقتسم صاحب الوصية الثلث نصفين لان العين من المال مائة وخمسون فانما يضرب صاحبا ثلث المال بخمسين وكذلك صاحب ثلث الدين يضرب بما تعين من الدين وذلك خمسون فكان الثلث بينهما نصفين ولكن يصير الموصى له بثلث الدين وذلك خمسة وعشرون درهما يأخذ من الخارج من الدين ثم ما بقى منه مع المائة العين يقسم بين الموصى له بثلث المال وبين الوارث أخماسا لان الموصى له بثلث المال شريك الوارث * ولو كان أوصي بثلث العين والدين لرجل وبثلث الدين لآخر ثم خرج من الدين خمسون درهما ضمت الي العين وكان ثلث ذلك بين صاحبي الوصية على ثمانية أسهم ثلاثة لصاحب الوصية في الدين في الخارج منه وخمسة منها للآخر سهمان في العين وثلاثة أسهم في الخارج من الدين في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان المتعين من الدين حقهما فيه على السواء وذلك خمسون درهما فصاحب ثلث الدين انما يضرب في الثلث بخمسين وصاحب ثلث العين والدين انما يضرب بثلاثة وثمانين وثلث العين

قدر الخارج من الدين فيجعل كل ستة عشر وثلثين سهما فيكون حق صاحب ثلث الدين فى ثلاثة أسهم وحق الآخر في خمسة فيقسم الثلث بينهما علي ثمانية وما أصاب صاحب الدين يأخذ جميعه من الخارج من الدين وما أصاب الآخر يأخذ خمسة من العين وثلاثة أخماسه من الدين على مقدار وصيته فى المحلين وأما فى قياس قول أبى حنيفة فالثلث بينهما أثلاثا ثلاثة لصاحب ثلث العين والدين وثلاثة لصاحب ثلث الدين وهذا بناء على أصلين له أحدهما اعتبار القسمة بطريق المنازعة عند اجتماع الحقين فى محل هو عين والآخر بطلان الوصية فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا فيقول منازعتهما فى الخارج من الدين سواء فيكون بينهما نصفين ولصاحب ثلث العين والدين من العين ثلاثة فيكون جميع حقه ثمانية وخمسين وثلثا الا أن ذلك فوق ثلث المتعين من المال فتطرح الزيادة على الثلث من حقه وذلك ثمانية وثلث فانما يضرب هو فى الثلث بخمسين درهما وصاحب ثلث العين بخمسة وعشرين فيكون الثلث بينهما أثلاثا ثلث ذلك وذلك ستة عشر وثلثان للموصى له بثلث الدين كله فى الخارج من الدين وثلثا ذلك للموصى له بثلث العين والدين ثلاثة أسباعه من الخارج من الدين وأربعة أسباعه من المال العين لان وصيته فى المالين كانت بهذا المقدار خمسة وعشرين من الدين وثلاثة وثلاثين وثلث من العين وما طرحنا من أحد المحلين لا يكون خاصة بل يكون منهما بالحصة فلهذا استوفى ما أصابه من المحلين بحسب حقه فيهما *ولو أوصى لرجل آخر معهما بثلث العين ولم يخرج من الدين شئ كان ثلث العين بين الموصي له بثلث العين وبين الموصى له بثلث العين والدين نصفين لاستواء حقهما فى العين فان خرج من الدين خمسون درهما كان ثلث جميع ذلك بين أصحاب الوصايا علي عشرة ثلاثة منها لصاحب ثلث الدين وسهمان لصاحب ثلث العين وخمسة للثالث فى قول أبي يوسف ومحمد لان صاحب ثلث الدين يضرب بخمسين وصاحب ثلث العين يضرب بثلاثة وثلاثين وثلث وصاحب ثلث العين والدين يضرب بثلاثة وثمانين وثلث فاذا جعل كل ستة عشر وثلثين سهما يصير حق صاحب ثلث العين سهمين وحق صاحب ثلث الدين ثلاثة وحق الآخر خمسة فيكون الثلث بينهم على عشرة ويستوفى كل واحد منهم ما أصابه فى محل حقه فاما قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فالثلث بينهم على ثلاثة عشر سهما لصاحب ثلث العين والدين ستة ولصاحب ثلث العين أربعة ولصاحب ثلث الدين ثلاثة لان على أصله الخارج من الدين مقسوم بين الدين لهم وصية في الدين نصفين

لكل واحد منهما خمسة وعشرون فصاحب ثلث العين انما يضرب بثلاثة وثلث وصاحب ثلث الدين يضرب بخمسة وعشرين وحق صاحب ثلث العين والدين فى ثمانية وخمسين وثلث الا أنه لا يضرب بما زاد على الخمسين لما بينا فاذا جعلنا كل ثمانية وثلث سهما نصف الخمسين ستة أسهم وخمسة وعشرون وثلاثة وثلاثون وثلث أربعة فتكون جملة السهام ثلاثة كله فى الخارج من الدين ولصاحب ثلث العين أربعة كله فى العين والثالث ستة فى العين والدين جميعا على مقدار حقه منهما أسباعا كما بينا فان قيل لماذا اعتبر أبو حنيفة رحمه الله القسمة بطريق المنازعة فى الخارج من الدين وفى العين اعتبر القسمة بطريق العول وفى كل واحد من الموضعين انما أوصى بالثلث قلنا نعم ولكن وصيتهما فى الخارج من الدين ضعيفة من حيث انه لا تمكن تنفيذها الا باعتبار مال آخر وهو مالم يخرج من الدين وفى الوصية الضعيفة عند القسمة باعتبار المنازعة كما فى الوصية التى جاوزت الثلث فأما وصية كل واحد منهما فى العين فوصيته قوية لان تنفيذها يمكن من غير اعتبار مال آخر فاعتبر العول فيه لهذا ولو لم يكن هذا أوصى لاحدهم بثلث العين والدين ولكنه أوصى له بثلث ماله مرسلا فقبل أن يخرج شيء من الدين ثلث العين بين صاحب ثلث المال وثلث العين أن يخرج شيء من الدين ثلث العين بين صاحب ثلث المال وثلث العين نصفين لاستواء حقهما فى العين ولا شيء لصاحب ثلث الدين منه لانه لم يتعين شيء من محل حقه فان خرج شيء من الدين خمسون درهما فالثلث بينهم على ثمانية سهمان منها لصاحب وصية العين وثلاثة لصاحب ثلث المال فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان صاحب ثلث العين يضرب فى الثلث بثلاثة وثلاثين وصاحب ثلث الدين يضرب بجميع ما خرج من الدين العين ثم يقسم بين الورثة والموصى له بثلث العين وربع الدين والمؤدى على ستمائة وستة وتسعين سهما لانه يحتسب بسهام صاحب الربع هاهنا وذلك خمسة عشر فيكون ثلث المال مائتين وثمانية وستين والثلثان ضعف ذلك خمسمائة وستة وثلاثون ثم تطرح سهام من لم يؤد من الثلث وذلك مائة وثمانية يبقى من الثلث مائة وستون اذا ضممته الى ثلثى المال يصير ستمائة وستة وتسعين لصاحب الثلث منها أربعون كلها من المائة العين وللمؤدى مائة وخمسة كله مما أدى ولصاحب الربع خمسة عشر كله من المؤدى أيضا والباقى للورثة ولو خرجت المائة الاخرى قسم المال كله على ثمانمائة وأربعين لانه يحتسب بسهام حق صاحب الخمس أيضا فقد تعين محل حقه فيكون سهام الثلث على مائتين وثمانين والثلثان ضعف ذلك خمسمائة وستون

فتكون الجملة ثمانمائة وأربعين لصاحب ثلث العين أربعون ولصاحب الربع خمسة عشر وللاكبر مائة وخمسة ولصاحب الخمس اثنا عشر وللاصغر مائة وثمانية يستوفى كل واحد منهم حقه فى محله والباقي للورثة * وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم يخرج من الدين شئ فالمائة العين بين الورثة والموصي له بثلث العين على ثلثمائة سهم لصاحب ثلث العين منها عشرون والباقي للورثة وهذا تطويل غير محتاج اليه فانه يستقيم من جزء من عشرين جزأ من ثلثمائة وهو خمسة عشر * وبيان ذلك أن القسمة عندهما بطريق العول وقد انكسرت المائة بالاثلاث والارباع والاخماس فصارت كل مائة على ستين سهما الا أنه لا يحتسب بسهام حق صاحب الربع والخمس ما لم يتعين محل حقهما فانما يضرب كل واحد من الغريمين في الثلث بستين وصاحب ثلث العين بعشرين فتكون الثلاثمائة أربعين سهما والثلثان مائتين وثمانين ثم تطرح سهام حق الغريمين يبقي حق صاحب ثلث العين فى عشرين وحق الورثة فى مائتين وثمانين فتكون القسمة على ثلثمائة وعلى ما قلنا من الاختصار لما بين أنه لا يحتسب بنصيب صاحب الربع والخمس فانما يصير كل غريم فى الثلث بمائة درهم وصاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث فاذا جعلت الاقل سهما كان سهام الثلث سبعة والثلثان أربعة عشر ثم يطرح سهام الغريمين يبقي حق ثلث العين في سهم وحق الورثة فى أربعة عشر فتكون القسمة بينهم على خمسة عشر فان خرجت المائة التى أوصى بربعها ضمت الى المائة العين ثم كانت القسمة على أربعمائة سهم وخمسة وعشرين سهما لانه تعين محل حق صاحب الربع والقسمة بينهما بطريق العول فكان حق الاكثر فى ستين وحق صاحب الربع فى خمسة عشر فيكون خمسة وسبعين وحق الاصغر فى ستين وذلك مائة وخمسة وستون وثلثان وحق صاحب ثلث العين في عشرين فيكون ذلك مائة وخمسة وخمسين هذا ثلث المال والثلثان ثلثمائة وعشرة الا أن يطرح نصيب من عليه الدين وذلك ستون يبقي من الثلث خمسة وتسعون فاذا ضممته الي ثلثمائة وعشرة يكون أربعمائة وخمسة فتقسم العين بينهم على ذلك وعلى ما قلنا من الاختصار صاحب الربع يضرب بخمسة وعشرين وكل غريم يضرب بمائة وصاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث فيجعل كل مائة على اثني عشر للكسر بالاثلاث والارباع فصاحب ثلث العين يضرب بأربعة وكل واحد من الغريمين باثنى عشر وصاحب الربع بثلاثة فيكون الثلث بينهم على أحد وثلاثين والثلثان اثنان وستون ثم يطرح نصيب

المديون يبقى من الثلث تسعة عشر فاذا ضممته الي اثنين وستين يكون أحدا وثمانين فتقسم العين بينهم على هذا لصاحب الربع ثلاثة ولصاحب الثلث أربعة والغريم المؤدى اثنا عشر والباقى للورثة وفى الكتاب خرجه من خمسة أمثاله فان خرجت المائة الاخرى اقتسموا جميع المال على خمسمائةسهم وسهم وهو علي الطريق المطول لانه يحتسب حق صاحب الربع والخمس هاهنا فقد تعين محل حقهما فيضرب كل واحد من الغريمين بستين وصاحب الخمس باثني عشر وصاحب الربع بخمسة عشر وصاحب ثلث العين بعشرين فتكون جملة سهام الوصايا مائة وسبعة وستين فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك وذلك ثلثمائة وأربعة وثلاثون فاذا ضممت اليه الثلث فيكون خمسمائة سهم وسهم فتقسم المال بينهم على ذلك عشرون لصاحب الثلث وخمسة عشر لصاحب الربع واثنا عشر لصاحب الخمس ولكل غريم ستون يأخذ كل واحدمنهم ذلك من محل حقه والباقى للورثة * ولو كان أوصى لكل واحد من الغريمين بما عليه ولرجل بثلث ماله ولآخر بربع المائتين الدين قسمت المائة العين بين الورثة والموصى له بثلث المال فى قياس قول أبى حنيفة على خمسمائة وسبعين سهما للموصى له بالثلث من ذلك تسعون سهما وما بقى فللورثة لانه اجتمع فى كل مائة من الدين ثلاثة وصاياوصية بجميعها وبثلثها وبربعها والقسمة عنده على طريق المنازعة وقد صار كل مائة على أربعة وعشرين سهما فى الحاصل لحاجتنا الي حساب له ثلث وربع وينقسم نصف سدسه نصفين ثم قلنا ما على الاكثر وهو ستة عشر يسلم له بلا منازعة ويفاوت ما بين الثلث والربع وذلك سهم لا منازعة فيه لصاحب الربع فيكون بين الآخرين نصفين وقد استوت منازعتهم فى الربع وهو ستة فيكون بينهم أثلاثا فحصل لكل غريم مماعليه تسعة عشر سهما وللموصى له بالربع مما علي كل واحد منهما سهمان وللموصى بالثلث مما على كل واحد منهما ثلاثة وله من المائة ربع الثلث ثمانية أسهم فجملة حقه أحد عشر سهما الا أنه لا يحتسب بنصف صاحب الربع لانه لم يتعين شيء من محل حقه فانما يضرب كل غريم بتسعة عشر سهما والموصى له بالثلث بأربعة عشر سهما فجملة هذه السهام اثنان وخمسون فهو ثلث المال والثلثان مائة وأربعة الا أنه يطرح نصيب الغريمين وذلك ثمانية وثلاثون يبقى حق الورثة فى مائة وأربعة وحق الموصى له بالثلث فى أربعة عشر فيقسم المائة العين بينهم على مائة وثمانية عشر سهما أربعة عشر لصاحب ثلث العين والباقى للورثة * وفى الكتاب قد خرجه

من خمسة أمثال ماذكرنا وهو تطويل غير محتاج اليه وكانه بناه على ماسبق من جمل كأنه مائة على ستين سهما ولكن لاحاجة الى ذلك هاهنا لانعدام الوصية بالخمس * فان قيل هذا الجواب لا يستقيم فانكم قلتم لايحتسب بسهام حق صاحب الثلث فى الدين ولم يتعين محل حقه أيضا فينبغي أن لا يحتسب بنصيبه من الدين وانما يحتسبه بنصيبه من المائة العين فقط * قلنا قد بينا أن الموصى له بثلث المال شريك الورثة وقد وجب الاحتساب بسهام حق الغريمين وحق الورثة فى ذلك الدين لدفع الضرر عن الورثة فمن ضرورة الاحتساب بحقهم الاحتساب بحق صاحب الثلث أيضا ولا ضرورة فى حق الموصى له بربع الدين فلهذا كانت القسمة على مابينا فان خرجت احدى المائتين ضمت الى العين ثم قسمت بين الورثة وصاحب الثلث وصاحب الربع والمؤدى على سبعمائة وخمسة عشر وهو يخرج مستقيما من خمس ذلك على مابينا أنه يحتسب فى القسمة هاهنا بسهام صاحب الربع فى المؤدى وذلك سهمان وحق المؤدى فى تسعة عشر فيكون ذلك أحدا وعشرين وحق الغريم الآخر فى تسعة عشر فيكون ذلك أربعين وحق الموصى له بالثلث فى أربعة عشر فيكون أربعة وخمسين هو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك مائة وثمانية الا أنه يطرح نصيب من لم يؤد من الثلث وذلك تسعة عشر يبقي خمسة وثلاثون اذا ضممته الى مائة وثمانية يكون ذلك مائة وثلاثة وأربعين فيقسم مائتين بينهم على هذا لصاحب الربع سهمان وللمؤدى تسعة عشر ولصاحب الثلث أربعة عشر والباقى للورثة * وفى الكتاب خرجه من خمسة أمثال ما ذكرنا فان خرجت المائة الاخرى فهو على قياس ما بينا يعتبر سهام صاحب الربع فى المائة الاخرى أيضا يكون الثلث ستة وخمسين ولثلث المائة اثنا عشر فيكون جملة المال على مائة وثمانية وستين لصاحب الربع أربعة عشر والباقى للورثة * وفى الكتاب خرجه من خمسة أمثال ما ذكرنا فجمل القسمة من ثمانمائة والعين سهما وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم يخرج من العين شيء اقتسم الورثة والموصى له بثلث المائة العين على سبعة أسهم لانه لايحتسب بوصية صاحب الربع اذا لم يتعين شيء من محل حقه ولكن كل غريم يضرب فى الثلث ثمانية وصاحب ثلث المال يضرب بثلث المال وذلك مائة أيضا فيكون الثلث بينهم أثلاثا واذا صار الثلث على ثلاثة فالثلثان ستة ثم يطرح نصيب الغريمين ويبقي حق الموصي له بالثلث فى سهم وحق الورثة فى ستة فيقسم المائة العين بينهما أسباعا فان خرجت احدى المائتين

ضمت الى العين وقسم بينهم على مائة وخمسة لانه وجب اعتبار وصية صاحب الربع فى المائة التى خرجت وقد انكسر كل مائة بالاثلاث والارباع ويجعل كل مائة على اثنى عشر فانما يضرب كل غريم باثنى عشر والموصى له بالثلث كذلك والموصي له بالربع بثلاثة فيكون الثلث بينهم على تسعة وثلاثين والثلثان ثمانية وسبعون الا أنه يطرح نصيب الذي لم يؤد وذلك اثنا عشر يبقى من الثلث سبعة وعشرون اذا ضممت ذلك الى ثمانية وسبعين يصير ذلك كله مائة وخمسة فلهذا كانت قسمة العين بينهم على هذا فان خرجت المائة الباقية قسم جميع المال بينهم على اثنين وأربعين سهما لان الموصى له بالربع انما يضرب بربع المائتين وذلك خمسون وكل غريم يضرب بمائة والموصى له بثلث المال يضرب بمائة أيضا فاذا جعلت كل خمسين سهما تصير سهام الوصايا سبعة أسهم فهو الثلث والثلثان ضعف ذلك فتكون الجملة احدى وعشرين للموصي له بالربع سهم الا أن هذا السهم نصفه بما أدى كل غريم فلذلك ضعف الحساب فجعل القسم من اثنين وأربعين للموصي له بالربع سهمان ولكل غريم أربعة ويأخذ ذلك من محل حقه ثم يقسم مابقى بين الورثة وصاحب الثلث علي ثمانية أسهم لان حق الورثة فى ثمانية وعشرين وحق صاحب الثلث فى أربعة فان جعلت كل أربعة أسهم سهما يكون حق الورثة سبعة أسهم وحق صاحب الثلث سهما فلهذا قال القسمة بينهم علي ثمانية *قال واذا كان الرجل مائة درهم عينا ومائتان على رجلين دينا كل واحد منهما مائة فاوصى لرجل بثلث ماله ولكل واحد من صاحبي الدين بما على صاحبه فلصاحب الثلث ثلث العين وللورثة ثلثاها لانه لا يحتسب بوصية الغريمين هاهنا فان محل حق كل واحد منهما فى ذمة الآخر فما لم يتعين شئ منه بالاداء لا يحتسب بوصيته فيه كما لو كانت الوصية لاجنبي آخر فتبقى المائة العين مقسومة بين الورثة والموصى له بثلث المال أثلاثا فان خرجت احدى المائتين ضمت الى العين وقسمنا على قول أبي حنيفة على سبعة وثلاثين سهما بين الورثة ولصاحب الثلث والموصى له بالمائة التى لم تخرج لانه لما تعين احدى المائتين وجب الاحتساب بوصية الموصى له بها فى هذه المائة ومن ضرورته الاحتساب بوصية الموصى له بالمائة الاخرى أيضا لان الذى لم يوجد لا يتمكن من استيفاء نصيبه وقد بقي عليه فوق حقه فلا بد من أن يجعل مستوفيا حقه مما عليه اذا عرفنا هذا فنقول كل مائة من الدين صار على ستة أسهم للموصى له بالثلث سهم منها بطريق المنازعة وخمسة لمن أوصى له بها وللموصى له بالثلث من المائة العين سهمان فيكون جملة سهام الوصايا أربعة عشر هو

الثلث والثلثان ثمانية وعشرون فتكون الجملة على اثنين وأربعين سهما الا أنه يطرح نصيب الذى لم يؤدوهو خمسة أسهم فيبقى تسعة وثلاثون سهما فتقسم العين للموصى له المؤدى من ذلك خمسة أسهم يأخذه عوضا عما يسلم لصاحبه من حقه وانما يأخذ ذلك من المائة التي أداها والباقى من المال بين الورثة والموصى له بالثلث على ثمانية لان حق الورثة فى ثمانية وعشرين وحق الموصى له بالثلث فى أربعة فاذا جعلت كل أربعة سهما تكون القسمة بينهم على ثمانية وان لم يخرج من الدين غير خمسين درهما من احدى المائتين ضممت الخمسين الى المائة العين ثم اقتسمتها الورثة وصاحب الثلث أثلاثا لانه لايحتسب هاهنا بشيء من وصية صاحبي الدين فقد بقى على كل واحد منهما مقدار حقه وزيادة فلا يسلم لواحد منهما شيء من العين وانما كان لوصيتهما لضرورة تعين شيء لحق أحدهما ولم يوجد ذلك هاهنا فاذا ثبت أنه لايحتسب بوصيتهما والموصى له بثلث المال شريك للوارث فيقسم ماتعين بينهم أثلاثا الي أن يؤدى أحدهما مما عليه مقدار الزيادة على نصيبه من المائة فاذا لم يبق عليه الا بقدر نصيبه وصار هو مستوفيا لنصيبه جعل هذا وما لو أدى جميع المائة سواء فحينئذ تكون القسمة على سبعة وثلاثين سهما كما بينا وقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى هذا كقول أبي حنيفة رحمه الله الا فى فصل وهو أنه اذا خرج الدين على أحدهما فحينئذ يقسم ماتعين عندهما على ثمانية أسهم للمؤدى سهم من ذلك لان كل غريم يضرب بمائة درهم وصاحب الثلث كذلك فيكون الثلث بينهم على ثلاثة والثلثان ستة الا أنه يطرح السهم الذى هو نصيب من لم يؤد وتقسم العين بين من بقى منهم على ثمانية أسهم للمؤدى سهم من ذلك يأخذه مما أدى على سبيل العرض عما له فى ذمة صاحبه ان كان أدى جميع المائة وان بقي عليه شيء من ذلك يقاص ذلك الذى بقي عليه اذا لم يكن ذلك فوق حقه ثم يقسم مابقى بين صاحبي الثلث والورثة على مقدار حقهما أسباعا لصاحب الثلث سبعة وللورثة ستة أسباعه والله أعلم بالصواب

باب الوصية فى العين والدين على بعض الورثة

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل مائة درهم عينا ومائة درهم دينا على أحد ابنيه فأوصى لرجل بثلث ثم مات ولم يدع وارثا غير ابنيه ولا مالا غير هاتين المائتين وللموصى له بثلث المال نصف المائة العين وفى تخريج المسئلة طريقان أحدهما أن الموصي له بالثلث شريك

الوارث وحقه في سهم وحق الابنين في سهمين الا أن المديون مستوف حقه مما عليه فيطرح سهم لان عليه مثل حقه والزيادة ويبقى في العين حق الذي لادين عليه وحق الموصى له بالثلث وحق كل واحد منهما في سهم فلهذا تقسم العين بينهما نصفين والثاني أن الدين في حكم التاوى فلا يعتبر في القسمة ولكن تقسم العين بين الابنين والموصى له بالثلث أثلاثا الا أن نصيب الابن المديون لا يسلم له لان عليه للآخرين هذا القدر وزيادة ويستوفيان هذا القدر قضاء مما لهما عليه فان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه من مال المديون أخذه وحقهما سواء قبله فيقتسمان هذا الثلث بينهما نصفين فعلى الطريقين يسلم للآخرين الذي لادين عليه خمسه وتبين أن السالم للمديون مما عليه مثل هذا لان ذلك القدر تعين من الدين فاذا ضممته الى العين صار المال خمسة عشر درهما وقد نفذنا الوصية في مثلها خمسه * وقد ذكرنا بعض طريق الحساب في هذه المسئلة في كتاب الوصايا ولا نشتغل باعادة تلك الطريق هاهنا فان من سلك طريق الورع من أصحابنا لا يستحسن الاشتغال بتلك الطريق وقد أشرنا الى بعض ذلك في حساب الوصايا * ولو كان أوصى بربع ماله كان للموصى له المائة العين أما على طريق الاول فلانك تحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباعه نصفين وأقل ذلك ثمانية للموصي له سهمان ولكل ابن ثلاثة ثم يطرح نصيب الابن المديون ويضرب الابن الآخر في العين بثلاثة والموصي له بسهمين فكانت القسمة بينهما على خمسة وعلى الطريق الآخر الموصى له بالربع يسلم له ربع العين وثلاثة أرباعه بين الابنين نصفين نصيب الابن المديون من العين سبعة وثلاثون ونصف ولكن لا يسلم له بل يستوفيان قضاء مما لهما قبله وحقهما قبله أخماسا فيستوفيان هذا القدر بينهما أخماسا ففي الحاصل يسلم للموصي خمسا العين أربعون درهما وللابن ستون ويتعين من الدين مثل ذلك فيكون جملة المال مائة وستين وقد نفذنا الوصية في ربعها أربعين الى أن ينسب خروج ما بقى من الدين فيمسك الابن المديون بمقدار حصته وذلك خمسة وستون فيؤدى خمسة وعشرين فيقسم بين الموصى له والابن الآخر أخماسا خمساه للموصى له وذلك عشرة فاذا ضمه الى أربعين يسلم له خمسون كمال الربع ويسلم لكل ابن خمسة وسبعون * ولو كان أوصى بخمس ماله فالمائة العين بين الابن الذى لادين عليه والموصى له أثلاثا لان أصل الحساب من خمسة للموصى له سهم وهو الخمس ولكل ابن سهمان ثم يطرح نصيب الابن المديون فيضرب كل واحد من الآخرين في العين بسهام حقه

فيكون بينهما أثلاثا لهذا وعلى الطريق الآخر يأخذ الموصى له خمس العين وذلك عشرون ولكل ابن نصف ما بقي وذلك أربعون الا أنه لا يسلم للمديون نصيبه ولكن الآخرين يأخذان ذلك قضاء مما لهما قبله وحقهما قبله أثلاثا فيقسمان هذه الاربعين بينهما للموصى له بثلاثة عشر وثلث اذا ضمه الى العشرين يكون ثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثلث المائة وللابن ستة وستون وثلثان وقد نفذنا الوصية فى خمس ذلك ثلاثة وثلاثين وثلث فاذا تيسر خروج مابقي من الدين أمسك المديون كمال حقه مما عليه من الدين وذلك ثمانون فأدى عشرين فاقتسمه الموصى له والابن الآخر أثلاثا للموصى له من ذلك ستة وثلثان فاذا ضمه الى ماكان أخذه كانت الجملة أربعين درهما وذلك خمس المائتين وعلى هذا لو أوصى بثلث العين وثلث الدين فهى بمنزلة الوصية بثلث المال فى التخريج الا أن ما يسلم للموصى له هاهنا يكون مقدما فى التنفيذ باعتبار أنه يوصى بالعين وفيما تقدم هو شريك الوارث باعتبار أن الوصية له كانت بثلث المال مرسلا وقد بينا هذا الفرق * وكذلك لو أوصى بربع العين والدين فهو نظير ما تقدم فى التخريج الا أن هاهنا الموصى له يأخذ نصف العين بخلاف ماإذا كان أوصى له بربع المال لانا نعلم أنه تعين من الدين قدر الربع وزيادة وحق الموصى له مقدم هاهنا فى التنفيذ من ثلث المال بجميع وصيته هاهنا تخرج من ثلث المتعين من المال لان وصيته بقدر خمسين درهما ربع المالين وقد تعين من الدين هذا المقدار باعتبار أن الابن المديون يصير مستوفيا بقدر حصته مما عليه فاذا أخذ الموصى له نصف العين وسلم الابن الذى لادين عليه نصف العين ظهر أن المتعين من الدين مثل ذلك فان حق الاثنين فى التركة سواء فان ظهر أن المتعين من الدين مقدار خمسين تبين أن وصية الموصى له ما جاوز من الثلث فلهذا يعطى جميع حقه مقدما علي حق الوارث بخلاف ماتقدم فهناك انما أوصي له بربع المال فهو بهذه الوصية يكون شريك الوارث بربع المال فلهذا لا ينفذ جميع وصيته من القدر المتعين من المال واستوضح هذا الفرق بما لو كان الدين علي رجل آخر فأوصى بربعه لانسان ثم خرج من الدين عشرة أو عشرون فان ذلك كله يسلم له للموصي له بربع الدين ويكون حقه فى ذلك مقدما علي حق الوارث بخلاف ماإذا كانت الوصية له بربع المال وعلى هذا لو كانت الوصية بخمس العين والدين استوفى الموصى له جميع حقه من العين وذلك أربعون درهما لانه قد تعين من دينه مقدار حقه والزيادة وحقه فيما تعين مقدم على حق الورثة وجميع وصيته دون ثلثي ماتعين فلهذا يأخذ جميع حقه من

المال العين *ولو كان أوصى بثلث ماله لرجل وبربع ماله لآخر فالقول ان الوصيتين جاوزتا الثلث فيعزل لتنفيذهما ثلث المتعين من المال وذلك خمسون درهما نصف العين ثم يقسم ذلك بين الموصى لهما على سبعة أسهم لان الموصى له بالثلث يضرب بثلث ما تعين وذلك خمسون والموصى له بالربع يضرب بما تعين وذلك سبعة وثلاثون ونصف فاذا جعلت تفاوت ما بين الاكثر والاقل وهو اثنا عشر درهما ونصف بينهما يكون حق صاحب الثلث أربعة أسهم وحق صاحب الربع ثلاثة فلهذا قسم نصف العين بينهما على سبعة الا أن يتيسر خروج ما بقى من الدين فحينئذ يمسك المديون كمال حقه وذلك ستة وستون وثلثان ويؤدى ثلاثة وثلاثين وثلثا فيأخذ الابن الذى لا دين عليه نصفها ويقسم نصفها بين الموصى لهما على سبعة أسهم كما ذكرنا فى القسمة الاولى وان قسمته على طريق السهام قلت قد انكسرت المائة بالاثلاث والارباع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو أربعة والموصى له بالربع يضرب بثلاثة فتكون القسمة على ما يسلم لهما بينهما على سبعة * ولو كان أوصى بثلث ماله وخمسه كان نصف العين بين الموصى لهما على ثمانية لان حق صاحب الثلث فى كل عشرة دراهم سهم يكون حق صاحب الثلث فى خمسين خمسة أسهم وحق صاحب الخمس ثلاثة فلهذا يقسم محل الوصية بينهما على ثمانية وعلى الطريق الآخر يحتاج الى حساب له خمس فخمسه ثلاثة فتكون القسمة بينهما على ثمانية * ولو كان أوصى بثلث ماله وربعه وخمسه كان نصف العين بينهم على خمسة وأربعين سهما عشرين منها لصاحب الثلث وخمسة عشر لصاحب الربع واثنا عشر لصاحب الخمس لان صاحب الثلث يضرب بخمسين وصاحب الربع خمسة عشر سهما وحق صاحب الخمس اثنا عشر سهما فيضرب كل واحد منهم فى محل الوصية بسهام حقه وعلى طريق السهام يحتاج الى حساب له ثلث وربع وخمس وذلك بأن نضرب ثلاثة فى أربعة ثم فى خمسة فتكون ستين للموصى له بالثلث ثلاثة وعشرون وللموصى له بالربع ربعه خمسة عشر وللموصى له بالخمس خمسه اثنا عشر فاذا جمعت بين هذه السهام كانت سبعة وأربعين سهما* ولو أوصى بثلث العين والدين وبخمس ماله كان بمنزلة من وصى بثلث ماله وخمس ماله لان الوصيتين جاوزتا الثلث وقد بينا أن عند مجاوزة الثلث لا فرق بين الوصيتين بالعين وبين الوصية بالمال مرسلا فى أنه تنفذ الوصية لهما فى نصف العين فأما فى القسمة بينهما فقال أبو حنيفة هذا والاول أيضا سواء لان حق الموصي له بثلث

العين والدين فى ستة وستين وثلثين فقد تعين من الدين مقدار حقه فيها وزيادة وحق الموصى له بخمس المال فى خمس ما تعين وذلك ثلاثون درهما الا أن من أصله أن الموصي له بالزيادة على ثلث المتعين من المال تبطل وصيته فى الزيادة ضربا واستحقاقا فانما يضرب هو بخمس الآخر بثلاثين فتكون القسمة بينهما ثمانية أسهم كما فى الفصل المتقدم فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فالموصى له بثلث العين والدين يضرب فيه بجميع حقه وذلك ستة وستون وثلثان فالسبيل أن يجعل كل عشرة على ثلاثة أسهم فيكون حق صاحب الخمس فى تسعة أسهم وحق صاحب الثلث فى عشرين سهما فيقسم نصف العين بينهما على تسعة وعشرين سهما وقد فسره بعد هذا ونص على الخلاف بهذه الصفة * ولو كان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع العين والدين اقتسما نصف العين نصفين لان الموصى له بثلث المال حقه فى خمسين ثلث المتعين من المال وكذلك حق الموصى له بربع العين والدين فقد تعين من الدين والعين مقدار حقه فيهما وزيادة وحقه فيهما مقدم على حق الورثة فلهذا ضرب هو بخمس كما ضرب صاحب الثلث فكان قسمة نصف العين بينهما نصفين * ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع العين والدين اقتسما نصف العين نصفين لان المتعين من الدين نصفه وفيه وفاء بوصية صاحب الدين وزيادة فهو يضرب بجميع وصيته وذلك خمسون وصاحب ثلث المال يضرب بخمسين أيضا ثلث المتعين من المال فكان محل الوصية بينهما نصفين * ولو كانت الوصية بثلث ماله وبخمس العين والدين كان نصف العين بين الموصى لهما أتساعا لصاحب الثلث خمسة ولصاحب الخمس أربعة لان صاحب الخمس يضرب بجميع حقه وذلك أربعون درهما فقد تعين من الدين مقدار حقه وزيادة وصاحب الثلث يضرب بخمس فاذا جعلت كل عشرة سهما كان لصاحب الثلثين خمسة ولصاحب الخمس أربعة فلهذا كانت القسمة بينهما أتساعا * ولو كانت الوصية بثلث العين والدين وبربع ماله كان نصف العين بينهما على خمسة وعشرين سهما تسعة منها لصاحب الربع وستة عشر لصاحب الثلث فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فهو بينهما على سبعة أسهم وقد ذكر هذه المسئلة قبل هذا وأجاب فيها بجواب مبهم فقال هذا بمنزلة وصيته بثلث المال وبربع المال وقد تبين بما ذكر هاهنا أن مراده هناك المساواة بينهما فى أن تنفيذهما من نصف العين خاصة أو المساواة بينهما فى التخريج على قول أبى حنيفة رحمه الله خاصة دون قولهما ثم بيان التخريج على قولهما

أن صاحب ثلث العين والدين يضرب فى محل الوصية بثلث العين وثلث الدين جميعا فقد تعين من الدين فوق ثلث وثلث الدين ستة وستون وثلثان وصاحب ربع المال انما يضرب بسبعة وثلاثين ونصف ربع مائتين من المال فقد انكسر العشر بالاثلاث والارباع فالسبيل أن تجعل كل عشرة على اثنى عشر مكان حق صاحب الربع خمسة وأربعين وحق صاحب ثلث العين والدين فى ثمانين ولكن بينهما موافقة بالخمس فيقتصر بالخمسة من خمسة وأربعين على خمسها وذلك تسعة ومن ثمانين على خمسها وذلك ستة عشر فصاحب الربع يضرب بتسعة وصاحب الثلث بستة عشر فكانت القسمة بينهما على خمسة وعشرين سهما وأما على قول أبي حنيفة فصاحب ثلث العين والدين انما يضرب بخمسين لان ما زاد على ذلك الى تمام ستة وستين وثلثين جاوز الثلث فبطلت وصيته فى ذلك ضربا واستحقاقا وصاحب الربع انما يضرب بسبعة وثلاثين ونصف فاذا جعلت كل اثنى عشر ونصف سهما يكون حق صاحب الثلث أربعة أسهم وحق صاحب الربع ثلاثة فلهذا كانت القسمة بينهما على سبعة أسهم *ولو كانت الوصية بربع ماله وبخمس العين والدين اقتسما نصف العين على أحد وثلاثين سهما خمسة عشر سهما لصاحب الربع وستة عشر لصاحب الخمس لان صاحب الخمس انما يضرب بالف درهم وصاحب ربع المال انما يضرب بسبعة وثلاثين ونصف فيكون كل عشرة على أربعة أسهم لحق صاحب الخمس ستة عشر وحق صاحب الربع خمسة عشر * ولو أوصى مع هذا بثلث ماله اقتسم أصحاب الوصايا نصف العين على أحد وخمسين سهما لان صاحب الثلث انما يضرب بثلث ما تعين وذلك خمسون وقد جعلنا كل عشرة على أربعة أسهم فيصير حقه فى عشرين سهما اذا ضممت ذلك الى أحد يكون أحدا وثلاثين وخمسين فيقسم محل الوصية وهو نصف العين بينهم على هذا لصاحب الثلث عشرين ولصاحب الربع خمسة عشر ولصاحب الخمس ستة عشر* ولو لم يكن أوصي بثلث ماله ولكنه أوصى بثلث العين والدين اقتسم أصحاب الوصايا نصف العين على سبعة وخمسين سهما وثلثى سهم لصاحب الخمس منهما ستة عشر ولصاحب الربع خمسة عشر والباقى لصاحب الثلث فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان صاحب ثلث العين والدين انما يضرب بستة وستين درهما وثلثين وصاحب الخمس باربعين وصاحب ربع المال بسبعة وثلاثين ونصف فيجعل كل عشرة على اثنى عشر سهما فيكون لصاحب الربع خمسة وأربعون ولصاحب الخمس ثمانية وأربعون فذلك ثلاثة وتسعون

ولصاحب ثلث العين والدين ثمانون فجملته تكون مائة وثلاثين وسبعين * وفى الكتاب اقتصر على الثلث من ذلك لانه يجوز بالكسر بالاثلاث فجعل محل الوصية بينهم على سبعة وخمسين وثلثي سهم وجعل لصاحب الخمس ستة عشر وهو ثلث ثمانية وأربعين ولصاحب الربع خمسة عشر وهو ثلث خمسة وأربعين ولصاحب الثلث ستة وعشرون وثلثان وهو ثلث ثمانين فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله بالتخريج على الاصلين المعروفين له أن في الوصايا فى العين تكون القسمة على طريق المنازعة وأن الوصية بما زاد على الثلث تبطل عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا فنقول قد تعين من الدين خمسون واجتمع فيها ثلاث وصايا وصية بثلاثة وثلاثين وثلث لصاحب ثلث الدين وبعشرين لصاحب خمس الدين وباثنى عشر ونصف لصاحب ربع المال فما زاد على عشرين الى تمام ثلاثة وثلاثين وثلث لا منازعة فيه لصاحب الخمس والربع فيسلم لصاحب الثلث وذلك ثلاثة عشر وثلث ثم ما زاد على اثنى عشر ونصف الى تمام عشرين لا منازعة فيه لصاحب الربع وكل واحد من الآخرين يدعى ذلك وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهم سبعة ونصفا فاذا قد رجعنا من الخمسين ثمانية وعشرين وثلثا يبقى أحد وعشرون وثلثان استوت منازعتهم فيه فيكون بينهم أثلاثا لكل واحد منهم سبعة وتسعون ثم تخريجه من حيث السهام فذلك أيسر فنقول قد انكسرت العشرة بالاثلاث والارباع فيجعل كل عشرة على اثني عشر فيصير الخمسون الدين على ستين سهما حق صاحب الخمس فى أربعة وعشرين وحق صاحب الربع فى خمسة عشر فما زاد على ذلك الي أربعة وعشرين وهو تسعة لا منازعة فيه لصاحب الربع وكل واحد من الآخرين يدعيه وفى المال سعة فيأخذ كل واحد منهما تسعة ويبقى هناك ستة وعشرون استوت منازعتهم فيه فانكسر بالاثلاث فتضرب ستين فى ثلاثة فيكون مائة وثمانين كان ما أخذ صاحب الثلث خمسة وعشرين ضربت فى ثلاثة فذلك خمسة وسبعون وما أخذ صاحب الخمس تسعة ضربته فى ثلاثة فذلك سبعة وعشرون وثمانية وسبعون بينهم لكل واحد منهم ستة وعشرون فحصل لصاحب ثلث العين والدين من الدين مائة وواحد ولصاحب الخمس ثلاثة وخمسون ولصاحب الربع ستة وعشرون ثم المائة العين تصير على ثلثمائة وستين كل خمسين على مائة وثمانين لصاحب الثلثين من ذلك مائة وعشرون فجملة ماله مائتان وأحد وعشرون الا أن ثلث المتعين من المال مائة وثمانون فما زاد على ذلك من وصيته يبطل ضربا واستحقاقا فهو انما يضرب بمائة وثمانين وصاحب الخمس حقه من العين اثنان وسبعون

ومن الدين ثلاثة وخمسون فيكون جملة ذلك مائة وستة عشر فاذا جمعت بين هذه السهام كانت الجملة أربعمائة وأحد عشر سهما فيقسم نصف العين بينهم على ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لصاحب الربع مائة وستة عشر ولصاحب الخمس مائة وخمسة وعشرون ولصاحب الثلث مائة وثمانون * ولو أوصي لرجل بربع ماله ولآخر بربع العين ولآخر بربع العين والدين كان نصف العين بينهما على سبعة لان صاحب ربع العين والدين يضرب بخمسين كمال حقه وصاحب ربع العين يضرب بسبعة وثلاثين ونصف ربع ما تعين من المال فيجعل كل اثنى عشر ونصف سهما فيصير حقه فى ثلاثة وحق الآخر فى أربعة فلهذا كان تضرب العين بينهم على سبعة* ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبثلث العين والدين فعلي قولهما نصف العين بينهما على سبعة لان صاحب العين والدين يضرب بستة وستين وثلثين وصاحب ثلث المال يضرب بخمسين فاذا جعلت كل ستة عشر وثلثا سهما كانت القسمة بينهما على سبعة وفى قول أبي حنيفة رحمه الله الثلث بينهم نصفان لان صاحب العين لا يضرب بما زاد على الخمسين فيستوى هو بصاحب ثلث المال* ولو أوصى بخمس ماله لرجل وبخمس العين والدين لآخر فنصف العين بينهما على سبعة لان صاحب خمس العين والدين انما يضرب باربعين وصاحب خمس المال انما يضرب بثلاثين خمس العين والمال فاذا جعلت كل عشرة سهما صار حق أحدهما فى أربعة أسهم وحق الآخر فى ثلاثة فلهذا كانت القسمة بينهما على سبعة* ولو أوصي لرجل بثلث العين ولآخر بثلث الدين كان نصف الدين بينهما نصفين لانه قد تعين من الدين مقدار وصية صاحب الدين وزيادة فهو يضرب بجميع وصيته فى محل الوصيه وهو نصف العين كما يضرب صاحب العين بجميع وصيته فللمساواة كان نصف العين بينهما نصفين* وكذلك لو أوصى بربع العين لرجل وربع الدين لآخر الا أن هاهنا اذا اقتسما نصف العين بينهما نصفين فقد وصل الى كل واحد منهما كمال حقه فما يخرج من الدين بعد ذلك يكون للابن خاصة وفى الاول ما وصل اليهما كمال حقهما فاذا خرج الدين أمسك المديون كمال حقه وأدى الفضل وهو ثلاثة وثلاثون وثلث فكان نصف ذلك للابن الذى لادين عليه ونصفه بين صاحبي الوصية نصفان* ولو كان أوصى بخمس العين لرجل وبخمس الدين لآخر أخذه جميع وصيتهما بقدر أربعين درهما لان وصيتهما دون نصف العين فان وصيتهما بقدر أربعين درهما ونصف العين خمسون فيأخذ كل واحد منهما كمال حقه يبقي من العين ستون فهى للابن الذى لادين عليه وقد سلم للمديون

مثل ذلك مما عليه الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ يمسك المديون كمال حقه وذلك ثمانون ويؤدى الى أخيه عشرين *ولو أوصى بثلث العين لرجل وبربع الدين لآخر كان نصف العين بينهما على سبعة لصاحب الربع ثلاثة وللآخر أربعة لان وصيتهما فوق نصف العين هاهنا فانما نقول نصف العين لتنفيذ الوصيتين باعتبار أنه ثلث المتعين من المال ثم يضرب فيه صاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث وصاحب ربع الدين بخمسة وعشرين فاذا جعلت تفاوت ما بين الاقل والاكثر وهو ثمانية وثلث سهما يكون لهذا ثلاثة وللآخر أربعة وما خرج من الدين أخذ نصفه الى أن يستوفيا وصيتهما ثم مايخرج بعد ذلك يكون للابن الذي لادين عليه لان الباقى من وصيتهما ثمانية وثلث فاذا خرج ستة عشر وثلثان وأخذا نصفه فاقتسماه بينهما على سبعة فقد استوفى كل واحد منهما كمال وصيته فما يخرج بعد ذلك يكون للابن الذى لا دين عليه *ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبثلث العين لآخر وبربع الدين لآخر كان نصف العين بينهم على ثلاثة عشر سهما لان صاحب ثلث المال يضرب بخمسين ثلث المتعين من المال وصاحب ثلث العين يضرب بثلاثة وثلاثين وثلث وصاحب ربع الدين يضرب بخمسة وعشرين فاذا جعلت كل ثمانية وثلث سهما يصير حق صاحب ثلث المال ستة أسهم وحق صاحب ربع الدين ثلاثة فلهذا قسم محل الوصية بينهم على ثلاثة عشر سهما *ولو كان أوصى بثلث العين والدين مكان وصيته بثلث المال مرسلا فنصف العين بينهم على خمسة عشر فى قول أبى يوسف ومحمد لان صاحب ثلث العين والدين يضرب بستة وستين وثلثين فاذا جعلت كل ثمانية وثلث سهما يكون حقه فى ثمانية أسهم فلهذا كانت قسمته العين بينهم على خمسة عشر لصاحب ثلث العين والدين ثمانية ولصاحب ثلث العين أربعة ولصاحب ربع الدين ثلاثة فاما فى قياس قول أبى حنيفة نصف العين بينهم على خمسة وعشرين للاصلين المعروفين له على مابينا* ووجه التخريج أنه يتعين من الدين خمسون وفيه وصيتان لصاحب ثلث العين والدين بثلاثة وثلاثين وثلث ولصاحب ربع الدين بخمسة وعشرين بمقدار ثمانية وثلث تفاوت مابين الحقين يسلم لصاحب الثلث بلا منازعة يبقى أحد وأربعون وثلثان وقد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين لكل واحد منهما عشرون وخمسة أسداس فكان لصاحب ربع الدين عشرون وخمسة أسداس وللآخر تسعة وعشرون وسدس قبله من العين ثلاثة وثلاثون وثلث فيكون جملة حقه اثنين وستين وأربعة أسداس فالسبيل أن تجعل كل أربعة

وسدس سهما فيكون حق صاحب ربع الدين خمسة أسهم وحق صاحب ثلث العين ثمانية أسهم فكان حق صاحب ثلث العين والدين اثنين وستين وأربعة اتساع الا انه لا يضرب بما زاد على الخمسين لان وصيته فى الزيادة على الثلث تبطل ضربا واستحقاقا فانما يضرب هو بخمسين فاذا جعلت كل أربعة وسدس سهما يكون ذلك اثني عشر سهما فهو يضرب باثنى عشر وصاحب ثلث الدين بثمانية وصاحب ربع الدين بخمسة فتكون الجملة خمسة وعشرين سهما فيقسم نصف سهم على ذلك * واذا كان لرجل مائة درهم عينا ومائتا درهم على أحد ابنيه فأوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث العين ولآخر بخمس الدين فنصف العين بين أصحاب الوصايا على مائة وثلاثة وثلاثين فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان صاحب ربع المال انما يضرب بسبعة وثلاثين ونصف وصاحب ثلث الدين يضرب بثلاثة وثلاثين وثلث وصاحب خمس الدين يضرب باربعين لانه قد تعين من الدين خمسون وذلك فوق حقه فقد انكسر على عشرة بالاثلاث والارباع فيجعل كل عشرة على اثنى عشر فكان حق صاحب خمس الدين فى ثمانية وأربعين وحق صاحب ربع المال فى خمسة وأربعين وحق صاحب ثلث العين فى أربعين فاذا جمعت بين هذه السهام كانت الجملة مائة وثلاثة وثلاثين سهما فلهذا قسم نصف العين بينهم على ذلك وأما على قياس قول أبي حنيفة فنصف العين بين أصحاب الوصايا على مائتين وستين لانه اجتمع مما تعين من الدين وصيتان وصية باربعين منها لصاحب الخمس وباثنى عشر ونصف لصاحب ربع المال فقدر سبعة وعشرين ونصف خرج عن منازعة صاحب الربع فيسلم لصاحب الخمس يبقي اثنان وعشرون ونصف استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين لكل واحد منهما أحد وعشرون عشر وربع فقد انكسر الدرهم بالارباع ولصاحب ثلث العين من العين ثلاثة وثلاثون وثلث ولصاحب ربع المال من ذلك خمسة وعشرون فجملة ما أصاب الربع ستة وثلاثون وربع ولصاحب الخمس ثمانية وثلاثون وثلاثة ارباع فقد انكسر بالاثلاث والارباع فالسبيل أن نجعل كل درهم على اثنى عشر سهما فيصير ما تعين من الدين وذلك خمسون ستمائة والمائة العين ألف ومائتان ولكنك تجعل الموافقة بينهما بالخمس فاختصر من ستمائة على خمسها وهو مائة وعشرون والمائة العين على مائتين وأربعين ثم نعود الي الاصل فنقول حق صاحب خمس الدين فى أربعة وتسعين وحق صاحب الربع فى ثلاثين مقدار ستة وستين تسلم لصاحب الخمس بلا منازعة يبقى أربعة وخمسون استوت منازعتهما فيه فكان

بينهما نصفين فحصل لصاحب ربع المال من الدين سبعة وعشرون ولصاحب خمس الدين مرة ستة وستون ومرة سبعة وعشرون فذلك ثلاثة وتسعون ولصاحب الربع من المائة العين ستون سهما فاذا ضممت اليه سبعة وعشرين يكون سبعة وثمانين لصاحب ثلث العين ثمانون ثلث مائتين وأربعين فاذا جمعت بين هذه السهام كانت الجملة مائتين وستين وان ثلاثة وتسعين مع سبعة وثمانين يكون مائة وثمانين اذا ضممت الى ذلك ثمانين يكون مائتين وستين وكانت القسمة بينهم على ذلك عند أبي حنيفة * ولو لم يكن أوصى بربع ماله ولكنه أوصى بربع العين والدين كان نصف العين على تسعة وثمانين سهما في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان صاحب خمس الدين يضرب باربعين وصاحب ربع العين والدين انما يضرب بخمسة وسبعين لانه تعين من الدين مقدار الربع فهو يضرب بجميع وصيته فيها وصاحب العين بثلاثة وثلاثين وثلث فتجعل كل عشرة على ستة لانه انكسر كل عشرة بالاثلاث والانصاف فتضرب اثنين في ثلاثة فيكون ستة واذا صار كل عشرة على ستة فسهام مائتين من الدين ثلاثون وسهام المائة العين ستون ثم صاحب خمس الدين انما يضرب باربعة وعشرين وذلك أربعة اخماس مائتين من الدين وصاحب ربع العين والدين انما يضرب بخمسة وأربعين ثلاثون بسهام ما تعين من الدين خمسة عشر سهام ربع المائة العين وأربعة وعشرون اذا ضممته الى خمسة وأربعين يكون تسعة وستين وصاحب ثلث العين يضرب بعشرين سهام ثلث العين فيكون ذلك تسعة وثمانين فلهذا كانت قسمة نصف العين بينهم على تسعة وثمانين سهما وهـذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يذكر قول أبي حنيفة * قال رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يقول انما لم يذكره لانه مل من ذلك ويمكن تخريجه على الاصلين اللذين بيناهما له فنقول اجتمع فيما تعين من الدين وصيتان لصاحب الخمس باربعين ولصاحب الربع بخمسين الا أن القسمة عنده على طريق المنازعة فالعشرة تسلم لصاحب الربع بلا منازعة ونصف الباقي بالمنازعة له ثلاثون ولصاحب الخمس عشرون ولصاحب الربع من العين خمسة وعشرون فيجتمع له خمسة وخمسون الا أن فيما زاد على الخمسين تبطل وصيته ضربا واستحقاقا فانما يضرب هو بخمسين وصاحب الخمس بعشرين وصاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث فيجعل كل عشرة على ثلاثة أسهم لانكسار العشرة بالاثلاث فيكون حق صاحب ثلث العين عشرة وحق صاحب ربع العين والدين خمسة عشر لان حقه كان في خمسين وقد جعلنا كل عشرة على ثلاثة فتكون خمسة

عشر وحق صاحب ربع الدين كان فى عشرين فيكون ستة فاذا جمعت بين هذه السهام كان أحدا وثلاثين سهما فيقسم نصف العين بينهم على أحد وثلاثين سهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله بهذا * واذا كان للرجل مائتا درهم عينا ومائة على أحد ابنيه دينا فأوصي لرجل بثلث ماله ولآخر بربع الدين ولآخر بخمس العين فالمال كله عين لان نصف العين محل لتنفيذ الوصية ونصفه للابن الذى لا دين عليه وهو مائة درهم ويسلم للمديون منه مثل ذلك وذلك جميع ما عليه فظهر أن المال قد تعين كله فيعول لمائة وهو ثلث المال لتنفيذ الوصايا فيضرب فيه الموصى له بربع الدين بخمسة وعشرين والموصى له بخمس العين بأربعين والموصى له بثلث المال بمائة فالسبيل أن يجعل كل عشرة على سهمين فيكون لصاحب الثلث عشرون ولصاحب ربع الدين خمسة ولصاحب خمس العين ثمانية فاذا جمعت بين هذه السهام كان ثلاثة وثلاثين والثلثان ضعف ذلك فيكون جملة المال بينهم على تسعة وتسعين سهما عندهم جميعا * واذا كان للرجل مائة درهم عينا ومائة على امرأته دينا ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى لرجل بثلث ماله فالمائة العين بين الابن والموصى له على أحد عشر سهما فالسبيل فى هذا أن يصحح الفريضة فيخرجها من ثمانية للمرأة الثمن سهم وللابن سبعة ثم يزيد الموصى له مثل نصف الفريضة لان الوصية بثلث المال وبكل عدد زدت عليه مثل نصفه تكون الزيادة ثلث الجملة فاذا زدت أربعة على ثمانية صار اثنى عشر ثم يطرح نصيب المرأة لانها مستوفية لحقها بما عليها فيضرب الابن فى العين بسبعة والموصى له بأربعة فيكون بينهما على أحد عشر ولو كانت الوصية بربع ماله كانت المائة العين بينهما على تسعة وعشرين للموصى له ثمانية وللابن أحد وعشرون لا بل يزيد على ثمانية مثل ثلثه وليس له ثلث صحيح فاضرب ثمانية فى ثلاثة فيكون أربعة وعشرين يزيد عليه مثل ثلثه ثمانية فيكون اثنين وثلاثين يطرح من ذلك نصيب المرأة وهو ثلاثة ويضرب الابن بأحد وعشرين والموصى له بثمانية ولو كانت الوصية بخمس ماله فالمائة العين بينهما على تسعة أسهم لانك تزيد على ثمانية مثل ربعها وذلك سهمان ثم تطرح نصيب المرأة سهما يبقى تسعة تقسم العين على ذلك للموصي له سهمان وللابن سبعة فان كان مكان الابن أخ لاب وأم وقد أوصي بثلث ماله فالعين بين الاخ والموصى له بالثلث على خمسة لان أصل الفريضة من أربعة فتزيد عليه للموصى له مثل نصفه سهمين فيكون ستة ثم يطرح نصيب المرأة فيبقي حق الابن فى ثلاثة وحق الموصى له فى سهمين فعلي ذلك تقسم العين بينهما * ولو ترك مائة عينا ومائة على

امرأته دينا ومائة على ابنه دينا وترك مع ذلك بنتا وقد أوصى لرجل بثلث ماله فالمائة العين بين البنت والموصى له على تسعة عشر لان أصل الفريضة من ثمانية والقسمة من أربعة وعشرين للموصى له ثلاثة وللابن أربعة عشر وللابنة سبعة فيزاد للموصي له بالثلث مثل نصفه اثنا عشر ثم يطرح نصيب الابن والمرأة فكل واحد منهما مستوف حقه مما عليه وانما تقسم العين بين الابنة والموصى له على تسعة عشر للابنة سبعة وللموصى له اثنا عشر فان أدت المرأة ما عليها صار المال كله عينا مقسوما على ستة وثلاثين سهما لانها اذا أدت ما عليها فقد صار نصيب الابن أكثر مما عليه وبيان ذلك أن جملة المال ثلثمائة اقسمها على ستة وثلاثين سهما يكون كل مائة اثني عشر ونصيب الابن أربعة عشر فعرفنا أن نصيبه أكثر من مائة فيجب له ماعليه وللمرأة نصيبها بما عليها ثلاثة أسهم ويؤدي ما بقي فيكون ذلك مع المائة العين مقسوما بين الابنة والموصى له والابن على أحد وعشرين سهما لانه قد وصل الى الابن اثنا عشر بما عليه من الدين يبقى حقه في سهمين وحقهما في تسعة عشر كما بينا * ولو كانت الوصية بخمس ماله ولم تؤد المرأة شيأ فالمال الذي على الابن عين لان نصيبه أكثر من مائة وبيان ذلك أنه يطرح نصيب المرأة ويقسم المائة العين مع ما على الابن بينهم على سبعة وعشرين لان الفريضة كانت من أربعة وعشرين وزدنا الموصى له بالخمس مثل ربعها ستة فيكون ثلاثين ثم يطرح نصيب المرأة ثلاثة يبقى سبعة وعشرون فيكون كل مائة على ثلاثة عشر ونصف وحق الابن أربعة عشر فعرفنا أن نصيبه أكثر من المائة فلهذا قسمنا المائتين على سبعة وعشرين للموصى له بالخمس ستة وللابنة سبعة وللابن أربعة عشر ثلاثة عشر ونصف قد كان مستوفيا له ويستوفي نصف سهم مما بقي * قال واذا كان للرجل مائة درهم عينا ومائة على ابنته دينا ثم مات وترك من الورثة امرأته وابنته وابنه لاوارث له غيرهم وأوصى لرجل بثلث ماله فالمائة العين بين الابن والمرأة والموصى له على تسعة وعشرين سهما للموصى له من ذلك اثنا عشر وللابن أربعة عشر وللمرأة ثلاثة لان القسمة بين الورثة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللابن أربعة عشر وللابنة سبعة ثم تزاد الوصية بثلث المال مثل نصفه اثني عشر فيكون ستة وثلاثين ثم يطرح من ذلك نصيب الابنة لانها مستوفية حقها مما عليها فيبقي تسعة وعشرون فلهذا تقسم العين بينهم على تسعة وعشرين كما بينا * واذا كان للمرأة مائة درهم عينا ومائة على زوجها دينا من صداقها فأوصت لرجل بربع مالها ثم ماتت وتركت من الورثة زوجها وأمها وأختيها لابيها

وأمها وأختين لامها فالمائة العين تقسم بين الام والاخوات والموصى له على أحد وثلاثين لانا نصحح قبل الوصية فنقول للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم وللاختين للام الثلث سهمان وللاختين لاب وأم الثلثان أربعة فتكون القسمة من عشرة وهى مسئلة أم الفروج ثم تزاد الوصية بالربع مثل ثلاثة وليس للعشرة ثلث صحيح فاضرب ثلاثة فى عشرة فيكون ثلاثين ثم يزاد للموصي له مثل ثلثها عشرة ثم يطرح نصيب الزوج لان عليه فوق حقه ونصيبه كان ثلاثة ضربناها فى ثلاثة فتكون تسعة فاذا طرحت ذلك من أربعين يبقى أحد وثلاثون فتقسم العين بينهم على هذا للموصي له عشرة وقد كان للام سهم ضربناه فى ثلاثة فهو ثلاثة وللاختين للام سهمان ضربناهما فى ثلاثة فتكون ستة وللاختين لاب وأم أربعة ضربناها فى ثلاثة فتكون اثنى عشر * قال واذا كان للرجل على امرأته مائة درهم دينا فمات وترك مائة عينا وأوصى لرجل بخمس ماله وترك من الورثة امرأته وابنيه وأبويه فالمائة العين بين الموصي له وبين الابنين والابوين على مائة وثلاثة عشر سهما لان هذه الفريضة اذا صححتها كانت من سبعة وعشرين فانها مسئلة المنبرية ثم يزاد للموصى له ربع ذلك لانه أوصى له بمثل سبعة وعشرين فتكون مائة وخمسة وثلاثين الا أنه يطرح نصيب المرأة لانها استوفت حقها مما عليها وقد كان نصيبها ثلاثة ضربناها فى أربعة فتكون اثنى عشر يبقى ثلاثة ومائة وعشرون فتقسم العين بينهم على هذا للموصى له سبعة وعشرون وللابنين أربعة وستون وقد كان لهما ستة عشر وضربنا ذلك فى أربعة ويحسب للمرأة نصيبها مما عليه سبعة عشر درهما وسبعة اتساع فيؤدى مابقى فيقتسمونه على ماوصفنا * قال واذا كان للرجل عشرة دراهم عينا وعشرة على أحد ابنيه دينا فأوصى لرجل بخمس ماله الا درهما فان الموصى له يأخذ من العشرة العين درهمين ونصفا ويأخذ الابن الذى لا دين عليه مابقي * وطريق التخريج لهذه المسئلة من أوجه أحدها انا لا نعتبر الاستثناء فى الابتداء ولكن يعطى الموصى له بالخمس خمس العين وذلك درهمان ثم يسترجع بالاستثناء أحدهما فيكون فى يد الورثة تسعة بين اثنين لكل واحد منهما أربعة ونصف ولكن لا يعطى الابن المديون نصيبه فان عليه فوق حقه بل يقسم ذلك بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصي له على مقدار حقهما قبله وحقهما قبله أثلاثا فان درهمين من الدين للموصى له لانه خمس العشرة الدين ولكل ابن أربعة فاذا اقتسما أربعة ونصفا بينهما أثلاثا يكون للموصى له درهم ونصف وللابن ثلاثة فقد أخذ الموصى له مرة سهما قدره درهم

ونصف وأخذ الابن مرة أربعة ونصفا ومرة ثلاثة فيكون ذلك تسعة وقد تعين من الدين مثل ذلك فتبين ان العين تسعة عشر ونصف خمس ذلك ثلاثة ونصف وقد نفذنا الوصية فى ثلاثة ونصف واسترجعنا بالاستثناء درهما الي أن يؤدى الابن المديون ما عليه فحينئذ يمسك من ذلك كمال حقه ثمانية ونصفا ويؤدى ما بقي وهو درهم ونصف فيقسم بين الابن والموصى له على مقدار حقهما أثلاثا فيحصل للموصى له ثلاثة ولكل ابن ثمانية ونصف * والطريق الثانى أن تجعل العشرة العين مقسومة بين الابن الذى لادين عليه وبين الموصى له على مقدار حقهما أثلاثا لان المديون استوفى حقه مما عليه فتطرح سهامه فاذا طرحت قسمنا العشرة أثلاثا وكان للموصى له ثلاثة وثلث ثم منه بالاستثناء خمسة اسداس درهم لان المستثنى درهم من خمس جميع المال وهو أربعة وهو ربع مايسلم للموصى له وربع ثلاثة وثلث خمسة اسداس فيبقى للموصى له درهمان ونصف ويسلم للابن سبعة ونصف والتخريج كما بينا وعلى طريق الدينار والدرهم تقول السبيل أن يجعل الخارج من الدين دينار ويضمه الي العشرة العين فيكون للموصى له عشرة خمس ذلك وذلك درهم وخمس دينار ثم يسترجع بالاستثناء درهما فيضمه الى الباقي فيكون بين الاثنين نصفين ولكل واحد منهما أربعة دراهم ونصف وخمسا دينار وحاجتنا الى دينارين فانا جعلنا الخارج من الدين وهو نصيب الابن المديون دينارا فأربعة اخماس دينار قصاص بمثلها يبقى فى يد الورثة تسعة دراهم يعدل دينارا أو خمسا فتبين ان قيمة الدينار سبعة ونصف وانا حين جعلنا الخارج من الدين دينارا كان ذلك بجزى سبعة ونصفا وأعطينا الموصى له درهمين وخمس دينار قيمته درهم ونصف فكانت ثلاثة ونصفا استرجعنا منه درهما يبقي له درهمان ونصف فاستقام وطريق الجبر فيه أن تجعل الخارج من الدين شيأ وتضمه الى العشرة العين ويعطى الموصي له خمس ذلك درهمين وخمس شئ فيسترجع بالاستثناء درهما ويحصل فى يد الورثة تسعة دراهم وأربعة اخماس شئ فى يد الورثة قصاصا بمثلها يبقي فى أيديهم تسعة دراهم تعدل شيأ وخمس شئ فأكمل ذلك شيئين بأن تزيد على ذلك مثل ثلثيه وزد مايعدله أيضا مثل مثليه وذلك ستة فيكون خمسة عشر فاذا تبين أن الشيئين يعدلان خمسة عشر عرفنا أن الشيء الواحد يعدل تسعة دراهم ونصفا فاما حين جعلنا الخارج من الدين شيأ كان ذلك بمعنى سبعة ونصف وطريق الخطائين فى ذلك ان تجعل الخارج من الدين درهما فيكون عدل أحد عشر ثم يعطى الموصى له خمس ذلك درهمين وخمسا ويسترجع بالاستثناء

درهما فيكون في يد الورثة تسعة دراهم وأربعة اخماس وحاجة الورثة الي درهمين ظهر الخطأ بزيادة سبعة وأربعة اخماس فعد الي الاصل واجعل الخارج من الدين درهمين فاعط الموصى له خمس ذلك درهمين وخمس درهم واسترجع بالاستثناء درهما فيكون في يد الورثة عشرة وثلاثة أخماس وحاجته الي أربعة ظهر الخطأ بزيادة ستة وثلاثة اخماس وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة وأربعة أخماس فلما زدنا في النصيب درهمين ثبت خطأ درهم وخمس وبقي خطأ ستة وثلاثة اخماس فعرفنا ان كل درهم يؤثر في درهم وخمس وبقي خطأ ستة وخمس فالسبيل أن نزيد ما يذهب خطأ ما بقي وذلك خمسة دراهم ونصف فان خمسة دراهم يذهب خطأ ثلاثة أخماس درهم اذا كان ما بين كل درهم خمسن فاذا زدنا هذا في الخارج من الدين ظهر أن الخارج من الدين سبعة ونصف والتخريج الخ كما بينا وعند معرفة طريق الخطائين يتيسر التخريج علي طريق الجامعين * قال ولو كان أوصى له بخمس ماله الا ثلاثة دراهم أخذ الموصى له من العشرة والعين خمسة اسداس درهم يكون للذى لا دين عليه منها تسعة دراهم وسدس أما على الطريق الاول فنقول لا يعتبر الدين في الابتداء لانه تاو ولا الاستثناء ولكن يعطى الموصى له خمس العين وذلك درهمان ثم يسترجع منه بالاستثناء ثلاثة دراهم وفي يده درهمان فالدرهم الثالث يكون دينا عليه ويسمى هذا ومالا عليه على المال فاذا استرجعنا منه بالاستثناء ثلاثة صار معنا أحد عشر فيقسم ذلك بين الاثنين نصفين لكل واحد منهما خمسة ونصف الا أن نصيب الابن المديون يأخذه الابن الذى لا دين عليه والموصى له قصاصا بحقهما وحقهما قبله أثلاثا فان للموصى له من تلك العشرة درهمين وللابن أربعة فيقسم بين الاثنين هذه الخمسة ونصف بينهما اثلاثا ثلث ذلك درهم وخمسة اسداس للموصي له فاذا أخذ ذلك قضي ما عليه بدرهم وتبقى له خمسة اسداس والباقي للابن وهو تسعة دراهم وسدس ويسلم للمديون مثل ذلك مما عليه الى أن يتيسر خروج ما بقي من الدين فحينئذ يمسك المديون مما عليه كمال حقه تسعة دراهم ونصف لان خمس المال أربعة والمستثنى ثلاثة فانما يبقي للموصى له درهم والباقي بين الاثنين وذلك تسعة عشر لكل واحد منهما تسعة ونصف فيؤدى المديون نصف درهم ثم يقسم ذلك بين الموصى له والابن الذى لا دين عليه اثلاثا على مقدار حقهما فيكون كل واحد منهما مستوفيا كمال حقه وعلي الطريق الثاني السبيل أن تقسم العين بين الابن الذى لا دين عليه والموصى له علي مقدار حقهما أثلاثا ويحصل للموصى له ثلاثة وثلث ثم يسترجع

منه بالاستثناء ثلاثة ارباع ماسلم له كان مقدار ذلك درهمين ونصفا فتبقى خمسة اسداس درهم ثم التخريج الى آخره كما بينا وتخريجه على طريق الحساب على نحو ما قلنا فى المسئلة الاولى *
قال ولو أوصى لرجل بدرهم من ماله أو بدرهمين ثم مات ولم يترك غير ابنه فان الموصي له يأخذ جميع وصيته من العشرة العين لان ما سمى له أقل من ثلث العين والموصى له بقدر سهمين من المال وحقه مقدم على حق الورثة فى الثلث فلهذا قلنا يأخذ جميع وصيته سواء أوصى له بثلاثة أو أربعة أو خمسة وان كان أوصى له بستة فحينئذ لا يأخذ الا خمسة لان ثلث المتعين من المال خمسة فانه قد تعين من الدين نصيب الابن المديون وذلك خمسة دراهم مثل نصف العين فان السالم للابن الآخر نصف العين فلهذا يأخذ الموصي له نصف العين فان خرج من الدين شئ كان الخارج بين الابن والموصى له بمنزلة العين الى أن يصل الى الموصي له كمال حقه وهو ستة دراهم ثم يسلم مابقي بعد ذلك للابن الذى لادين عليه قال فان أوصى لرجل بدرهم ولآخر بخمس ماله فان الموصى له بالدرهم يأخذ من العين درهما ويأخذ الموصى له بالخمس من العين ثلاثة دراهم وسدسا والباقى للابن الذى لادين عليه وذلك لان الموصى له بخمس المال شريك الوارث فكما ان حق الموصى له بمال مسمى يكون مقدما على حق الوارث فكذلك يكون مقدما على حق من هو شريك الوارث فيبدأ بالموصى له بالخمس بالدرهم فيعطي درهما يبقى تسعة دراهم فيأخذ الموصى له بالخمس خمس العين درهمين يبقى سبعة بين الابنين نصفين ولكن الابن المديون لا يعطى نصيبه بل يكون نصيبه للموصى له بالخمس وللابن الآخر مكان مالهما عليه وحقهما قبله اثلاث لان حق الموصى له فى الدرهمين مما عليه وحق الابن فى أربعة فيقتسمان نصيبه وهو ثلاثة ونصف بينهما أثلاثا للموصي له درهم وسدس فقد أخذ مرة درهمين فصار له ثلاثة وسدس وللابن خمسة أسداس وقد تعين من الدين مثل ذلك المتعين خمسة عشر درهما وخمسة اسداس وقد نفذنا الوصية فى خمس ذلك ثلاثة وسدس الى أن يتيسر خروج مابقى من الدين فيمسك المديون نصيبه مما عليه سبعة ونصفا ويؤدى درهمين ونصفا فيقسم بين الموصي له والابن الآخر اثلاثا حتى يحصل للموصى له كمال حقه أربعة دراهم وللابن سبعة ونصف وعلى الطريق الآخر يجعل كان المال كله عين فلا يعتبر فى الابتداء وصية الموصي له بالدرهم فى مقاسمة الورثة فيكون حق صاحب الخمس فى أربعة دراهم وحق الابن الذى لادين عليه فى ثمانية فتقسم العين بينهما على مقدار حقهما

أثلاثا لان الابن المديون يستوفى حقه مما عليه فيحصل للموصى له ثلاثة وثلث ثم نقول وصية صاحب الدرهم مثل ربع وصية صاحب الخمس فيسترد من الابن الذى لادين عليه مثل ربع ما أخذ منه الموصى له بالخمس وذلك خمسة اسداس درهم فيضم الى ما فى يده فيصير أربعة دراهم وسدسا ثم حق الموصى له بالدرهم مقدم فيعطى درهما من هذه الجملة ويبقي للموصى له بالخمس ثلاثة دراهم وسدس والتخريج كما بينا *ولو كان المال اثنى عشر درهما عينا واثنى عشر على أحد ابنيه دينا وأوصى لرجل بسدس المال يأخذ من العين ثلاثة دراهم وسبع درهم لان وصيته لاحدهما بدرهمين من العين وهو مقدم كما بينا فيأخذ درهمين والموصى له بسدس المال يأخذ من العين درهمين فسدس المال بينه وبين الابن الآخر على مقدار حقهما قبله أسباعا فان حق الموصى له قبله فى الدرهمين وحق الابن فى خمسة فسبعاه درهم فيكون للموصى له سبعا هذه الاربعة وللابن خمسة أسباعه وكل سبع أربعة أتساع فسبعاه درهم وسبع اذا ضم ذلك الى الدرهمين كان ثلاثة وسبعا يبقي فى يد الابن ستة وستة أسباع وقد نفذنا الوصية فى سدس ذلك ثلاثة وسبع الى أن يثبت خروج الدين فيمسك الابن المديون حصته وذلك تسعة دراهم ويؤدي ثلاثة فيقتسمها الابن وصاحب سدس المال أسباعا سبعاه للموصى له وذلك تسع درهم اذا ضمه الى ما أخذ يحصل له أربعة سدس المال ويبقى للاب درهمان وسبع اذا ضمه الى ما أخذ كان ذلك له تسعة دراهم كمال حقه * وعلى الطريق الآخر يجعل المال كله كأنه عين ولا تعتبر الوصية بسدس العين فى الابتداء فيكون للموصى له بسدس المال وللابن الآخر على مقدار حقهما أسباعا سبعاه للموصى له وذلك ثلاثة دراهم وثلاثة أسباع ثم وصية الموصى له بسدس العين مثل نصف وصية الموصى له بسدس المال فيسترد من الابن مثل نصف ما أخذه الموصى له وذلك درهم وخمسة أسباع فاذا ضم ذلك الى ثلاثة وثلاثة أسباع يكون خمسة دراهم وسبع يأخذه الموصى له وذلك درهم وخمسة أسباع فاذا ضم ذلك الى ثلاثة وثلاثة أسباع يكون خمسة دراهم وسبع يأخذ الموصي بسدس العين من ذلك درهمين لان حقه مقدم ويبقى للموصي له بسدس المال ثلاثة دراهم وسبع والتخريج كما بينا * واذا كان للرجل مائة درهم عينا ومائة على أحد ابنيه دينا فأوصى لرجل بنصف العين أخذ الموصى له نصفها لان وصيته مازادت على ثلث المتعين من المال فقد تعين من الدين مثل نصف العين وهو نصيب الابن المديون فلهذا ينفذ للموصى له مثل جميع وصيته *فلو أوصى له بثلثى العين أخذ أيضا نصفها لان وصيته زادت

على الثلث والمتعين من الدين يكون مثل نصيب الابن الذى لا دين عليه فلو نفذنا الوصية فى ثلث العين كان السالم للابن ثلاثة وثلثا ويتعين من الدين مثل ذلك فيحصل تنفيذ الوصية فى نصف المال وذلك لا يجوز فلهذا يسلم له نصف العين* ولو أوصى لرجل بنصف ماله وأجاز الابنان الوصية له ولم يجز كل واحد منهما ما أجاز صاحبه فاجازة الابن الذى عليه الدين باطلة فى المال أما قوله ولم يجز كل واحد منهما ما أجاز صاحبه فانما تظهر فائدة هذا فى المسئلة الثانية وأما قوله ان اجازة الابن المديون باطلة فلان المديون لا يسلم له شىء من العين وأما من الاجازة فى سلامة شىء من المال منها للموصى له فانما تعمل اجازة من يكون متمكنا من استيفاء شىء من العين دون من لا يكون متمكنا (ألا ترى) أن الابن الذى أجاز وصية أبيه لو لم يكن وارثا بأن كان قاتلا كانت اجازته باطلة فهذا مثله ثم يأخذ الموصى له نصف العين وذلك خمسون درهما بلا منة لأحد ويكون للابن الذى لا دين عليه النصف الباقى وقد أجاز للموصى له وصيته فيعطيه من هذا النصف اثنى عشر ونصفا فيؤمر بدفع ذلك القدر الي الموصى له وعلى الطريق الاخر بجمل كأن المال عين فيكون للموصى له الثلث ستة وستون وثلثان بلامنة الاجازة يبقي من حقه ثلاثة وثلاثون وثلث نصف ذلك فى حصة كل واحد من الاثنين وذلك ستة عشر وثلثان فيعطى له من العين الثلث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث يبقى ستة وستون وثلثان بين الاثنين نصفين ثم لا يعطى المديون نفسه بل يقسمه الآخران علي مقدار حقهما قبله وحقهما قبله سواء فيأخذ الموصى له ستة عشر وثلثين فيحصل له خمسون درهما ثم ان الموصى له يأخذ من الابن الذى لا دين عليه مثل ربع نصيبه الاصلى وذلك ثمانية وثلث فيصير له ثمانية وخمسون وثلث ويأخذ أيضا مثل ربع ما أخذه فى المرة الثانية وهو فى أربعة دراهم وسدس فيكون ذلك اثنين وستين ونصفا وانما يأخذ مثل أربعة لما بينا أنه انما أجاز له الوصية فيما زاد على الثلث الى تمام النصف وما زاد على الثلث الي تمام النصف يكون ربع الثلثين فعرفنا أن كل واحد منهما انما أجاز له الوصية فى ربع ما يسلم له الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ الابن المديون يمسك ميراثه وذلك ستة وستون وثلثان ويؤدى ثلاثة وثلاثين ونصفا فيقسم بين الآخرين لكل واحد منهما ستة عشر وثلثان ثم يستوفى الموصى له من الابن الذى لا دين عليه ربع ما أخذ باعتبار اجازته وذلك أربعة وسدس فيسلم له ستة وستون وثلثان ويأخذ من الابن الذى عليه الدين ما أجاز الوصية فيه

لانه لما تعين الدين عملت اجازته وذلك ستة عشر وثلثان فيصير له ثلاثة وثلاثون وثلث وقد كان السالم له بلا منة خمسون وظهر الآن أن ثلث المال ستة وستون وثلثان فيأخذ من كل واحد منهما أيضا ثمانية وثلثا حتى يسلم له كمال مائة درهم ويبقى لكل واحد منهما خمسون درهما فان قال الابن الذى لا دين عليه قد أجزت له جميع وصيته وجميع ماأجاز له أخي من ذلك كله أخذ الموصي له من المائة العين ثلثها لان اجازة المديون فى العين انما تصح بحق الابن الذى لادين عليه وقد أجاز هو اجازته فكما أن وصية الموصى تنفذ باجازته فى حقه واذا نفذت اجازتهما قلنا المائة العين تقسم بين الابن والموصي له على مقدار حقهما وحق الموصى له مائة فى درهم وحق كل ابن فى خمسين فتقسم المائة العين بينهما أثلاثا ثلثاها للموصى له وذلك ستة وستون وثلثان وثلثها للابن وقد تعين من الدين مثل ذلك فظهر أن المتعين من المال مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وانما نفذنا الوصية فى نصفها فاذا تيسر خروج الدين أمسك المديون حصته وذلك خمسون درهما وأدى خمسين فاقتسمها الابن والموصي له أثلاثا للموصى له ثلثاها وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيصل اليه كمال حقه مائة درهم ويسلم لكل ابن خمسون درهما * ولو كان أوصي له بنصف العين ونصف الدين فأجاز الوارثان ذلك فاجازة الذى عليه الدين باطلة ويأخذ الموصي له ثلثى المال العين لانه قد تعين من الدين نصفه باعتبار نصيب الابن المديون وقد بينا أن الموصى له بالمال العين حقه مقدم على حق الوارث وقد أجاز الابن الذى لادين عليه وصيته واجازته صحيحة فى حقه فيضرب الموصى له بنصف العين ونصف الدين وذلك مائة درهم والابن انما يضرب فلهذا كانت العين بينهما أثلاثا للموصى له ثلثاها والابن ثلثها * فان قيل فاذا سلم للابن ثلثها وظهر أن المتعين من الدين ثلثها * قلنا السالم للابن ثلث العين فى الصورة وفي الحكم نصف العين لان الموصي له انما استحق تلك الزيادة عليه باعتبار اجازته فيكون كالسالم له فى حكم وبهذا يتبين أن المتعين من الدين فى الحكم خمسون درهما * ولو أجاز له الابن الذى لادين عليه وصيته وأجاز أيضا ماأجاز له أخوه أخذ الموصى له من المال العين خمسة وسبعين درهما والابن الذى لادين عليه خمسة وعشرين درهما لانه انما يستحق باجازة كل واحد منهما ستة عشر درهما وثلثى درهم نصف ذلك فى الدين ونصفه فى العين وقد بينا أن اجازة الابن المديون فى العين غير صحيح بحق الذي لادين عليه ولو لم يجز الابن الآخر اجازته لكان الموصى له يأخذ ستة وستين وثلثين فاذا أجاز اجازته أخذ مع ذلك ثمانية

وثلثا حصته من الاجازة فى المائة العين فتكون خمسة وسبعين درهما وعلى الطريق الآخر تقسم المائة العين أثلاثا ثم الموصى له يأخذ من الابن الذي لادين عليه حصة اجازته فى المائة العين وذلك ثمانية وثلث ويقسم نصيب الابن المديون وهو ثلث المائة بينهما نصفين فيسلم له أيضا ستة عشر وثلثان فيكون ذلك ثمانية وخمسين وثلثا والنصف الذى أخذه الابن الذى لادين عليه يأخذه أيضا بالاجازة لان ذلك قد تعين من الدين وانما يسلم له عوضا عن حصته من الدين وقد أجاز وصيته فيه فيكون حق الموصى له فيه مقدما على حقه فاذا ضم ذلك الى ما أخذه كان له خمس وسبعون فاذا ثبت خروج مابقى من الدين أمسك المديون من ذلك خمسين ودفع من ذلك اليهما خمسين فيكون بينهما نصفين لان حصة الاجازة فى الدين قد وصلت اليه فبقى حقهما فيمابقي من الدين سواء فاذا اقتسما هذه الخمسين نصفين سلم للموصى له مائة درهم كمال حقه ولكل ابن خمسون * ولو كان أوصى له بثلث ماله أجاز أو لم يجز فهو سواء ويأخذ الموصى له نصف العين لان الموصى له يستغنى عن اجازة الورثة فى استحقاق ثلث المال بالوصية وهو شريك الورثة بالثلث فيما يتعين من المال وما يتوى منه ولو كان أوصى بثلث العين وبثلث الدين لرجل فأجاز أخذ من العين مائة وخمسين وثلثا * قال رضى الله عنه واعلم بأن اجازتهما هاهنا فى الابتداء معتبرة وفى الانتهاء غير معتبرة ثم نصف العين وهو خمسون سالم للموصى له بلا منة الاجازة يبقى الى تمام حقه ستة عشر وثلثان فانه قد تعين من الدين مقدار حقه والزيادة فيه وحقه مقدم وما يسلم له بالاجازة يكون من جهة الابنين نصفين الا أن اجازة الابن المديون غير معتبرة فى العين واجازة الابن الآخر معتبرة فيأخذ حصته ثمانية وثلثا فلهذا كان له ثمانية وخمسون وثلث فان أجاز الابن الآخر ما أجاز له لابن المديون أيضا أخذ الموصى له من المائة العين ستة وستين وثلثين لان حصة المديون انما كانت لا تسلم للموصى له بالاجازة لدفع الضرر عن الابن الآخر فاذا رضى به الابن الآخر أخذ كمال حقه فقد تعين من الدين مقدار حقه وقد صحت الاجازة منهما جميعا وحقه فيما تعين يقدم علي حق الورثة * قال رضى الله عنه طعن عيسى فى هذا الفصل وقال انه أعطى الموصى له جميع وصيته قبل خروج مابقى من الدين ولم يفعل مثل هذا فيما تقدم لا فى الوصية بثلث المال ولا فى الوصية بثلث العين والدين ومن حيث المعنى لافرق بين هذا وبين ماسبق ولكنا نقول انما فعل ذلك استحسانا لاظهار تأثير الاجازة فان اجازتهما بعد خروج الدين

لغو فلو لم يحصل له جميع وصيته قبل خروج مابقي من الدين صارت منة الاجازة لغوا أصلا وهى معتبرة بخلاف ماسبق فهناك الاجازة مؤثرة بعد خروج ما بقى من الدين لان الوصية بنصف المال فمن هـذا الوجه يقع الفرق بينهما ثم اذا خرج ما بقي من الدين بطلت الاجازة وأمسك الابن المديون ستة وستين وثلثين كمال حقه وأعطى ثلاثة وثلاثين الى أخيه وقد سلم للموصى له كمال حقه * ولو كان أوصى بنصف ماله فأجاز الابن الذى عليـه الدين ولم يجز الآخر فاجازته باطلة لان المديون لا يتمكن من أخذ شئ من العين ولا تتعين اجازته فيه ولانه مستوف جميع ميراثه ولـكن الموصى له يأخذ نصف العين فاذاخرج مابقى من الدين وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث اقتسماه نصفين حتى يستوفى الذى لادين عليه ستة وستين وثلثين كمال حقه ثم يرجع الموصى له على الابن المديون بستة عشر وثلثين لانه لما تعين المال كله عملت اجازته فى حصته وذلك ستة عشر درهما وثلثا درهم فيأخذ ذلك منه ويبقى للابن المديون خمسون درهما لانه فى حقه يجعل كانهما أجازا وقد سلم الابن الآخر ستة وستين وثلثين لانه فى حقه يجعل كانهما لم يجيزا * واذا ترك الرجل ابنين وله على أحدهما ألف درهم وترك دارا تساوي ألف درهم فأوصى لرجـل بماله فللموصى له ثلث الدار وللابن الذى لادين عليه ثلث الدار في يد الوارث والموصى له حتى يرفع الى القاضى الامر بخلاف ماسبق فان هناك المال العين من جنس الدين فنصيب المديون منه يأخذه الموصى له والابن الآخر قضاء بمالهما عليه لان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه يكون له أن يأخذه وها هنا نصيبه من الدار ليس من جنس ماعليه من الدين فلا يبقي وصاحب الدين يأخذه لمافى أخذه من معنى البيع وذلك لايتم لصاحب الدين وحده ولـكنه يوقف فى أيديهما لما له من الدين عليـه بمنزلة المرهون فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع محبوس بالقبض والابن محبوس بالجعل وهذا لانه لو سلم ذلك الى الابن المديون ازداد نصيبه على نصيب الابن الآخر من التركة وذلك لايجوز ثم يرفع الامر الي القاضي فيقول القاضى للابن المديون أد ثلثى الالف التى لهما عليك والا بعنا ثلث الدار الذى صار لك وأوفيناهؤلاء حقوقهم لان القاضى نصب للنظر ودفع الضرر عن الجانبين وذلك فيما قلنافان أدى اليهما ثلثى الالف أخذ ثلث الدار لانه وصل اليهما كمال حقهما ويصل اليه كمال حقه أيضا وان لم يفعل باعه القاضى فأخذا ثمنه نصفين قيل هذا قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يبيع القاضى نصيبه من الدار لان لهما عليه دينا ومن أصل أبى حنيفة رحمه

الا أن القاضى لا يبيع على المديون ماله وقيل بل هو قولهم جميعا لان نصيبه من الدار تركة الميت وللقاضى فى التركة ولاية البيع لمكان الدين فيبيع نصيبه ويدفع الثمن اليهما نصفين لان حقهما فيما عليه سواء ثم يرجعان عليه بما بقي لهم وكذلك كل مال تركه الميت سوى الدراهم فهو والدار سواء لان نصيب الابن المديون من هذا المال ليس من جنس ماعليه وكذلك المال لو كان دنانير الا على قول ابن أبى ليلى فانه يقول يأخذون ذلك قضاء مما لهما عليه وهذا مذهبه أيضا فى صاحب الدين اذا ظفر بشئ من مال المديون يأخذ النقدين ودينه من النقد الآخر وهو اختيار بعض مشايخنا أيضا لان الدراهم والدنانير فى كثير من الاحكام كجنس واحد وأما فى ظاهر الرواية فأخذ الدنانير مكان الدراهم يكون مبادلة فلا ينفرد به صاحب الدين وكذلك ان كانت الدراهم التى عليه نبهرجة وما تركه الميت أجود منها لانهما لو استوفيا نصيبه مكان ما عليه باعتبار الوزن كان فيه ابطال حق المديون فى الجودة ولو استوفيا باعتبار القيمة التى فى الدار فان كان ما عليه أجود مما خلفه الميت من الدراهم فرضيا بأخذ نصيب المديون قصاصا فلهما ذلك لانهما تجوزا بدون حقهما وأسقطا حقهما في الجودة وان لم يرضيا بذلك كانت كجنس آخر من الدنانير وغيرها لانهما لا يتمكنان من استيفاء ذلك باعتبار القيمة لما فيه من معنى الربا وقد انعدم الرضا منهما باستيفاء ذلك قضاء من حقهما باعتبار الوزن فيكون فى معنى خلاف جنس الدين فيرفع الى القاضى حتى يبيعه لهم فيوفيهم حقهم * ولو كان للميت على أحد ابنيه ألف درهم دينا وترك عبدا يساوى ألف درهم ودارا تساوى ألف درهم ولم يوص بشئ فالابن الذى لادين عليه يستوفى حصته من العين ويمنع المديون من حصته حتى يستوفى منه ماعليه من الدين لانه لا يتمكن من استيفاء نصيبه مكان ماعليه من الدين لانعدام المجانسة ولا يتمكن المديون من أخذه لانه حينئذ يسلم له من التركة أكثر مما يسلم لاخيه فيبقي نصيبه موقوفا الى أن يعطى نصف ماعليه من الدين الى أخيه فان أعتق الابن المديون العبد نفذ العتق من نصيبه لانه مالك لنصيبه وان كان ممنوعا عنه لحق أخيه فينفذ عتقه فيه كالمشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض ومولى الابق اذا أعتقه قبل اداء الجعل فاذا أنفذ العتق فى نصيبه كان الشريك بالخيار فى نصيبه كما هو الحكم فى عبد بين شريكين يعتقه أحدهما ولا شئ على العبد من الدين الذى على الابن الآخر لان ذلك الدين ماتعلق بماليته وان كان هو محبوسا فى يده بمنزلة الابق والمبيع بخلاف المرهون اذا

أعتقه الراهن وهو معتبر فان على العبد السعاية فى الدين وكان متعلقا بماليته وتلك المالية سلمت للعبد فللابن الذى لادين عليه أن يحبس نصيب أخيه من التركة حتى يستوفى منه نصف الدين لان قبل اعتاق العبد كان حق الحبس ثابتا له فى هذا النصف من الدار فلا يبطل ذلك باعتاق العبد وان أعطاه نصف الدار لسكنه ولو بأجرة ثم بدا له أن يأخذه حتى يعطيه نصف الدين لم يكن له ذلك لانه بالتسليم اليه على أى وجه صار مسقطا حقه فى الحبس والساقط يكون متلاشيا فلا يحتمل الاعادة كالبائع اذا سلم المبيع الى المشترى باعارة أو اجارة * واذا ترك الرجل ثلثمائة درهم دينا على أحد ابنيه وهو معسر وأعتق عبدا فى مرضه يساوى ثلثمائة سعى العبد فى نصف قيمته للابن الذى لادين عليه لان حقهما فى سعايته سواء الا أن الابن المديون يستوفى جميع حقه مما عليه فلا يكون له أن يرجع على العبد بشئ من السعاية ولكن نصف قيمته يسلم للابن الذى لادين عليه * يوضحه أن المعتق فى المرض وصية فالعبد موصى له بنصف المال وقد بينا أن المال المعين يقسم بين الموصى له والابن الذى لا دين عليه نصفين وسعايته بمنزلة مال العين فيكون بينهما نصفين الى أن يتيسر خروج الدين فحينئذ يمسك المديون نصيبه وذلك مائة درهم ويؤدى مائة درهم فيكون بين الابن المعتق نصفين حتى يسلم للابن الذى لا دين عليه مائتا درهم وقد نفذنا الوصية للعبد فى مائتين فاستقام الثلث والثلثان * ولو كان الغلام قيمته مائة درهم يسعى العبد أيضا فى نصف قيمته لما بينا أن سعايته فى حكم المتعين من المال والدين تاو فيسعى فى نصف القيمة للابن الذى لادين عليه فاذا تيسر خروج الدين أمسك المديون كمال حقه مائة وخمسين فادى مائة وخمسين فيقسم مائة من ذلك بين الابن الذى لادين عليه والعبد نصفين وما بقي للابن الذى عليه دين لانه لما خرج العين تبين أن رقبة العبد كان ربع مال الميت فينفذ عتقه فى جميعه مجازا ويكون لكل ابن نصف ثلثمائة وذلك مائة وخمسون وقد أخذ من العبد خمسين درهما فيرد ذلك عليه ويسلم للابن الذى لادين عليه فى الحاصل مائة وخمسون وقد أمسك المديون مثل ذلك مما عليه فاستقام التخريج * واذا مات الرجل وترك ابنا وامرأة وترك مائة دينا على امرأته ومائة عينا وقد أوصى من ماله بعشرين درهما لرجل ولآخر بما بقى من ثلثه ولآخر بربع ماله فان الوصية بما بقى من الثلث تبطل لان الموصى له بالباقى بمنزلة العصبة فانما يستحق ما يفضل عن حق ذوى السهام ولم يفضل شئ لاستغراق الوصيتين

الاخيرتين ثم العين بين الموصى له بالربع والموصي له بالدراهم على أحـد عشر سهما أربعة من ذلك للموصى له بالدراهم وللموصى له بالربع لانا نصحح السهام قبل الوصية فللمرأة الثمن سهم من ثمانية والباقي للابن ثم يزاد للوصيتين مثل نصفه أربعة ثم يطرح نصيب المرأة لانها مستوفية حقها مما عليها يبقى أحدعشر سهما واذا قسمت المائة العين على أحدعشر كان كل سهم من ذلك تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم فيكون للموصى لهما ستة وثلاثون درهما وأربعة أجزاء من أحدعشر جزأ من درهم وللابن مابقي وقد ظهر أن المتعين من الدين تسعة دراهم وجزأ من أحـد عشر جزأ من درهم اذا ضممت ذلك الى مائة كان ثلثه ستة وثلاثين درهما وأربعة أجزاء من أحد عشر ثم يضرب الموصى له بالربع بربع ذلك وذلك تسعة وعشرون درهما وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم فقـد انكسر بجزء من أحد عشر جزأ فالسبيل أن يضرب سبعة وعشرين وثلاثة أجزاء في أحدعشر فيكون ثلثمائة والموصى له بالدراهم يضرب بعشرين درهما اذا ضربت ذلك في أحـد عشر يكون مائتين وعشرين ثم بين هـذه الاجزاء موافقة بنصف العشر فاذا اقتصرت من ثلثمائة على نصف عشرها يكون ذلك أحد عشر فيقسم الثلث بينهما على ستة وعشرين سهما واذا صار الثلث على هذا فالثلثان اثنان وخمسون نصيب المرأة يطرح وذلك ستة ونصف ويأخذ الموصي له بالدراهم أحد عشر فيقسم ما بقي بين الموصى له بالربع وبين الابن يضرب فيه الابن بحقه والموصى له بخمسة عشر تكون القسمة بينهما على هذا الى أن يتيسر خروج مابقي من الدين فيجب للمرأة نصيبها مما عليها ويؤدى ما بقى ثم تنفذ الوصيتان في ثلث المال يضرب فيه الموصى له بالعشرين بعشرين والموصى له بالربع بالخمس فيقتسمان الثلث بينهما على سبعة هـذا هو الصحيح من الجواب وقد ذكر في كتاب الوصايا أن القسمة تكون بينهما على خمسة وبينا أن ذلك غلط والصحيح ماذكرناه هاهنا مفسرا * واذا مات الرجل وترك ابنين له على أحدهما مائة درهم دينا وترك مائة درهم عينا وعلى أجنبيين على كل واحد منهما مائة دينا فأوصى لكل واحد من الاجنبيين بما عليه وأوصى لآخر بثلث المائة العين فأدى أحد الاجنبيين ماعليه والآخر مفلس فان هـذه المائة العين والمائة التي على الابن تقسم على ثمانية عشر سهما ثلاثة للمؤدى وسهم للموصى له بثلث العين والباقي بين الاثنين نصفين لانه لما أدى أحد الغريمين صار ما على الابن عينا فانه يسلم للابن الآخر نصف الدين وذلك مائة ويسلم للمديون مثل ذلك

وهو جميع ما عليه ثم يقول كل واحد من الغريمين الموصى له بمائة والذى لم يؤد مستوف وصيته مما عليه فلابد من أن تغير سهامه فيجعل كل مائة على ثلاثة يضرب الموصى له بثلث العين فيسلم وكل غريم بثلاثة فيكون الثلث بينهم على سبعة والثلثان أربعة عشر فذلك أحد وعشرون ثم يطرح نصيب الغريم الذى لم يؤد يبقى ثمانيـة عشر فلهذا كانت القسمة ثلاثمائة بينهم على ثمانية عشر كل مائة على ستة فيكون كل سهم ستة عشر وثلثان يسلم للموصى له بثلث العين ستة عشر وثلثان وللغريم المؤدى خمسين وللآخر مما عليه مثل ذلك فظهر أن المتعين من المال ثلثمائة وخمسون واذا نفـذنا الوصية لهم فى ثلث ذلك مائة وستة عشر استقام * ولو لم يكن أوصى لكل واحد من الغريمين بما عليه ولكنه أوصي لكل واحد منهما بما على صاحبه فلم يؤد واحد منهما شيأ فالمائة العين بين الموصى له بثلث العين والابن على ثلاثة أسهم لان الغريمين لا يقع لهما وصية ما لم يتعين محل حقهما بالاداء فان كان كل واحد منهما موصي له بما على صاحبه وان أدى أحـدهما ما عليه فهذا والفصل الاول فى التخريج سواء لان محل احـدى الوصيتين تعين بالاداء فيتعين له محل الوصية الاخرى أيضا من قبل أن للموصى على صاحبه مثل ما لصاحبه فيما أدى فيأخذه قصاصا به وبطريق المقاصة يتعين ما على الآخر فلا فرق بين هذا وبين وصيته لكل واحد منهما بما عليه * واذا ترك الرجل على أحد ابنيه مائة دينا وترك ثوبا يساوى مائة درهم فأوصى لرجل بثلث ماله فثلث الثوب للموصى له وثلث للابن الذي لا دين عليه وثلث موقوف الي أن يؤدى المديون ما عليه وقد تقدم بيان نظير هذا أن عند اختلاف الجنس لا تمكنان من أخذ نصيب الابن المديون فصالحهما *ولو ترك مع الثوب مائة عينا والثوب يساوى خمسين درهما وأوصي لرجل بثلث ماله ولآخر بالثوب فان فى قياس قول أبى حنيفة يقسم العين والثوب بين الابن الذى لا دين عليه وبين أصحاب الوصايا على ستة وعشرين سهما وهذه من أدق المسائل من هذا الجنس لاجتماع قستمين فان العين يحتاج الي قسمة على حـدة لوجود المجانسة والثوب يحتاج الى قسمة على حدة وقد اجتمع فى الثوب وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلثه والقسمة عنده فى مثـل هذا على طريق المنازعة فيكون الثوب على ستة أسهم ثم المائة العين تكون اثنى عشر سهما كل خمسـين منها سـتة للموصى له بالثلث أربعة فيحصل لكل واحد من الموصي لهما خمسة واذا كان المال المتعين مائة وخمسين ظهر أن المتعين من الدين مثل نصفه وذلك خمسة وسبعون فيكون تسعة أسهم ولصاحب الثوب خمسة فيجعل

الثلث بينهما على ثلاثة عشر والثلثان ستة وعشرون ثم يطرح نصيب المديون ويضرب الابن الذى لا دين عليه بثلاثة عشر والموصى لهما بثلاثة عشر فتكون قسمة العين بينهم على ستة وعشرين والثوب ثلث العين فاذا صار الكل على ستة وعشرين كان الثوب من ذلك ثمانية وثلاثين للموصى له بالثلث من الثوب خمسة أسهم من ثمانية وثلاثين يأخذ ذلك يبقى من الثوب ثلاثة وثلثان يضم ذلك الى المائة العين فيقسم بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصى له فاما المائة فتقسم بينهما على أحد وعشرين سهما يضرب الابن بثلاثة عشر والموصى له بثمانية وأما ما بقى من الثوب فيقسم على أربعة وثلاثين يضرب فيه الموصى له بالثلث بثمانية والاثنان بستة وعشرين وهذا لانه لا مجانسة بين الثوب وبين الدراهم فلا بد من اعتبار نصيب الابن المديون من الثوب على أن يوقف ذلك فى يد الابن الذى لا دين عليه الى أن يؤدى ماعليه من الدين أو يبيعه القاضى لحق الموصى لهما فان قيل فلهذا تبين أن المتعين من الدين مقدار خمسة وسبعين قلنا لا كذلك فان القدر الذى يوقف من الثوب لما لم يكن سالما للمديون فى الحال كان السالم له فى العين عوضه مما عليه باعتبار المالية فبهذا الطريق يتبين أن المتعين من الدين ماذكرنا فان أدى المديون والا بيع نصيبه من الثوب فيقسم ثمنه بينهما على أحد وسبعين سهما باعتبار حقهما فيما فى ذمته فان لم يبع ذلك حتى أدى الابن ماعليه فان القسمة الاولى تنتقض ويقسم المال كله على اثنين وأربعين بينهما لان الثوب يكون بين الموصى لهما على ستة بطريق المنازعة والمائتان على أربعة وعشرين كل خمسين على ستة فيكون للموصى له بالثلث ثمانية وله من الثوب سهم فذلك تسعة وللموصى له بالثوب خمسة فيكون الثلث بينهما على أربعة أسهم والثلثان ثمانية وعشرون فتكون القسمة على اثنين وأربعين سهما خمسة من ذلك للموصى له بالثوب كله من الثوب ثم يضم ما بقى من الثوب الى المائتين فيقسمهما الاثنان وصاحب الثلث على سبعة وثلاثين تسعة من ذلك للموصى له بالثلث تسع ذلك فيما بقى من الثوب وثمانية أتساعه فى الدراهم والباقى بينهما نصفين فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا لم يؤد الابن ما عليه قسمت المائة العين والثوب على عشرة أسهم لانه اجتمع فى الثوب وصيتان والقسمة عندهما بطريق العول فيكون الثوب على ستة ويستقيم فى الابتداء أن يجعل على ثلاثة ولكن فى الانتهاء ينكسر بالانصاف فجعلناه على ستة لهذا يضرب صاحب الثوب فى الثوب بستة وصاحب الثلث بسهمين فتكون سهام الثوب ثمانية وقد بينا أن المتعين من الدين خمسة

وسبعون فتجعل كل خمس على ستة فتكون سهام المائة العين اثنى عشر وسهام خمسة وسبعين تسعة فذلك أحد وعشرون للموصى له بالثلث ثلث ذلك تسعة اذا ضممته الى ثمانية يكون خمسة عشر فهو سهام الثلث والثلثان ضعف ذلك وذلك ثلاثون الا أنه يطرح نصيب المديون مما عليه وتقسم العين بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصى لهما على ثلاثين والثوب من ذلك مقدار الثلث فتكون عشرة للموصى له بالثوب من ذلك ستة يضم ما بقى من الثوب الى المائة العين للقسمة بين الابن الذى لا دين عليه وبين الموصى له بالثلث فأما المائة العين والموصى له بالثلث فيضرب فى ذلك بتسعة والابن بخمسة عشر فتكون القسمة بينهما على أربعة وعشرين سهما وأما ما بقى من الثوب فيكون مقسوما بينهما على تسعة وثلاثين لانه يضرب الورثة فى ذلك بثلاثين والموصى له بتسعة فتكون القسمة بينهم على تسعة وثلاثين يوقف نصيب الابن المديون مما عليه لهما وان خرجت المائة الدين فقد انتقضت القسمة الاولى ويجب اعادة القسمة على أربعة وعشرين سهما لان الثوب يكون على أربعة ثلاثة للموصى له بالثوب وكل خمسين من المائتين على ثلاثة لانه لا عول فيها فيكون ذلك اثنى عشر للموصى له بالثلث ثلث ذلك أربعة فيحصل له خمسة وللآخر ثلاثة فيجعل الثلث بينهما على ثمانية والثلثان ستة عشر فيكون المال على أربعة وعشرين سهما ثلاثة لصاحب الثوب كله فى الثوب ثم يضم ما بقى من الثوب الى المائتين فيقسم بين الاثنين والموصى له بالثلث على أحد وعشرين سهما للموصى له بالثلث خمسة خمس ذلك فيما بقى من الثوب وأربعة أخماسه فى المائتين والباقى بين الاثنين نصفين واذا ترك الرجل مائتى درهم عينا وثلثمائة على أحد ابنيه دينا وترك كر حنطة يساوى مائة درهم فأوصى لرجل بالكر ولآخر بثلث المائتين العين وثلث الكر فان قول أبى حنيفة رحمه الله فيه أن المائتين والكر يقسم على أربعة أسهم لانه اجتمع فى الكر وصيتان بجميعه وثلثه والقسمة على طريق المنازعة عنده كان الكر على ستة وكل مائة من العين كذلك للموصى له بثلث المائتين العين أربعة أسهم منها وسهمان من الكر فذلك خمسة وللموصى له بالكر خمسة فيكون الثلث بينهما على عشرة ولا يعتبر فى حق الموصي له بغير شيء من الدين لان وصيته فى العين خاصة فاذا صار الثلث بينهما على عشرة والثلثان عشرون يطرح نصيب المديون وهو عشرة وتقسم العين بين الابن والموصي لهما على عشرين سهما خمسة أسهم من ذلك وهو الربع للموصي له بالكر كله فى الكر والربع ثلثمائة خمسة وسبعون وهو ثلاثة أرباع الكل فى الحاصل ثم يضم

ما بقي الى الكر الى المائتين العين فيقسم بين الموصى له بالثلث والابن الذى لادين عليه على خمسة عشر سهما فما أصاب خمسة أسهم فهو للموصى له بثلث العين خمس ذلك في الكر وأربعة اخماسه فى المائتين العين على مقدار حقه فيهما وخمس ذلك خمسة عشر درهما فيكون له من الكر ثلاثة أخماس الربع الباقى ومن المائتين ستون درهما ويكون للابن بينه وبين الابن المديون نصفين فتوقف حصة المديون من الكر فى يد أخيه حتى يبيعه القاضى أو يؤدى ما عليه فاذا أدى ما عليه انتقضت القسمة الاولى وصار المال كله عينا فيأخذ الموصى له بالكر خمسة أسداس الكر والآخر سدس الكر وثلث المائتين العين وذلك ستة وستون وثلثان لان الوصيتين دون ثلث المال فيجب تنفيذهما وقسمة ما بقي بين الاثنين نصفين فاما على قولهما فالقسمة فى الكر بطريق العول فتكون على أربعة وثلث المائتين العين سهمان لانا نجعل كل مائة علي ثلاثة فيكون للموصي له بالثلث ثلاثة وللموصى له بالكر كذلك فاذا صار الثلث على ستة كان الثلثان اثنى عشر ثم يطرح نصيب المديون ويقسم مابقى بين الابن الذي لادين عليه والموصى لهما على اثنى عشر وبين هذه الاجزاء موافقة بالثلث فيقتصر على الثلث وهو أربعة للموصى لهما سهمان وللابن سهمان وفى الحاصل للوصى له بالكر ثلثمائة وهو ثلاثة أرباع الكر كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله وللموصى له بالثلث ربع ذلك أيضا من الكر والمائتين أثلاثا فيصير مستوفيا الربع الباقى من الكر بحصته ويسلم للابن الذى لادين عليه مائة وخمسون الى أن يتيسر خروج الدين فيمسك الابن المديون مقدار حقه ويؤدى ما بقى فيأخذ الموصى له بالثلث ذلك ما بقى من حقه وهو ستة عشر وثلثان وما بقى يكون للابن * واذا مات الرجل وترك امرأة وابنين وترك على امرأته عشرة دينا وعلى أحد ابنيه عشرة دينا وترك سيفا يساوي خمسة دراهم فأوصى لرجل بالسيف فالسيف يقسم بين الابن الذى لادين عليه والموصى له علي خمسة عشر سهما لان أصل الفريضة من ثمانية والقسم من ستة عشر ثم يزداد بنصف الموصى له مثل نصف ذلك ثمانية ثم يطرح نصيب الابن المديون ونصيب المرأة لان على كل واحد منهما فوق نصيبه ويضرب الموصى له فى السيف بثمانية والابن الذى الذى لادين عليه بسبعة فيكون بينهما على خمسة عشر ثمانية للموصى له وسبعة للابن الذى لادين عليه ويحسب للمرأة نصيبها مما عليها اثنين ونصف وتؤدى ما بقى ويحسب للابن الآخر نصيبه مما عليه ثمانية وثلاثة

أرباع فيؤدى درهما وربما يأخذ الابن ذلك كله ويأخذ صاحب السيف جميع السيف قال عيسى وهذا غلط فان السيف ليس من جنس ما على المرأة والابن من الدين فكيف يأخذ الابن من الدين نصيبهما من السيف قضاء عما له عليهما ولكن ينبغى أن يعتبر فى قسمة السيف سهامهم جميعا ثم يوقف نصيب المديون من ذلك على قياس ما ذكرنا ومن أصحابنا من يقول ماذكره صحيح لان السيف كله مشغول بالوصية ليس للورثة منه شيء واذا خرج الدين فانما يعتبر فيه حق الابن الذى لادين عليه خاصة قبل خروج الدين ولا يعتبر فيه حق الآخرين ولكن هذا المعنى موجود فيما سبق من مسئلة الكر وقد قال هناك يوقف نصيب الابن المديون من الكر الى أن يبيعه القاضى فلا بد من أن يكون أحد الجوابين غلطا هذا ماتقدم ولكنه ذكر فى الاصل وما أصاب سبعة أسهم فهو للابن الذى لادين عليه على ماوصفت لك فكأنه بهذا اللفظ يشير الى التوقف ويريد أن حصته تسلم له وحصة الآخرين تكون موقوفة فى يده * واذا ترك ابنين وامرأتين وترك على أحد امرأتيه مائة درهم وعلى أحد ابنيه مائة وترك خادما يساوى مائة فأعتقها عند الموت فانها تنصف قيمتها للمرأة والابن الذى لادين عليه لان القسمة من ستة عشر ثم تزاد فى الوصية مثل نصفه ثمانية ويطرح نصيب الغريمين مما عليهما يبقى حق الخادم فى ثمانية وحق اللذين لادين عليهما فلهذا يسلم للخادم نصف قيمتها للمرأة من ذلك الثمن والابن سبعة أثمان ولا يوقف شيء مما يتعين للغريمين هاهنا لان الواجب على الخادم السعاية والسعاية من جنس ما عليها من الدين فيأخذ اللذان لادين عليهما نصيب الآخرين من ذلك قصاصا بما لهما عليه بخلاف ماسبق فاذا تيسر خروج الدينين رد على الخادم ما أخذمنها من السعاية لانها خرجت من الثلث وتمسك المرأة المديونة حصتها مما عليها اثنى عشر ونصفا وتؤدى سبعة وثمانين ونصفا للابن الذى لادين عليه ويمسك الابن المديون مما عليه حصته وذلك سبعة وثمانون ونصف ويؤدي اثني عشر ونصفا الى المرأة التى لادين عليها فقد وصل الى كل ذى حق حقه * واذا ترك ابنين على كل واحد منهما مائة درهم دينا وترك على رجلين على كل واحد منهما مائة فأوصى لكل واحد من الرجلين بما على صاحبه وأوصى لآخر بثلث ماله ثم أدى أحد الرجلين ما عليه فان هذه المائة والمائتين العين التى على الاثنين تجمع فيقسم ذلك كله بين الوارثين والموصى له بالثلث والذي أدى المائة فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على ثلاثة وأربعين * سهما والحاصل أن المال كله صار فى حكم العين باداء أحد

الغريمين ما عليه لان الوصايا لاتنفذ فى أكثر من الثلث فنحن نعلم بالقسمة أن نصيب كل واحد من الابنين المائة عليه وأكثر فيصير ماعلى الابنين عينا بهذا الطريق ثم المؤدى يأخذ نصيب الغريم الآخر بما أدى قضاء مما عليه قبله فيتعين ذلك القدر مما عليه ويثبت عليه حق الموصى له بالثلث فبقدر مايجعل للموصى له بالثلث من ذلك ينتقص فيه استيفاء ماعليه فيصير مستوفيا مثله مما بقي ولا يزال كذلك حتى يصير جميع ماعليه فى حكم العين فلهذا جعلناه كله عينا وقداجتمع فى كل مائة مما علي الابنين يصير على ستة أنصباء للموصى له بالثلث من ذلك أربعة فكان له فى الحاصل ستة أسهم ولكل غريم خمسة فيكون الثلث بينهم على ستة عشر والثلثان ضعف ذلك فتكون سهام الجملة ثمانية وأربعين فتطرح من ذلك سهام الغريم الذى لم يؤد خمسة أسهم ويقسم ثلثمائة على ذلك ثلاثة وأربعين خمسة من ذلك للمؤدى فى المائة التى أداها صاحبه وثمانية وثلاثين للابن وللموصى له بالثلث للموصى له من ستة يستوفيه من المائة العين ويحسب للابنين ماعليهما بنصيبهما ويأخذان مابقى ويؤدى الذى عليه المائة مابقي عليه من المائة وهو ثمانية وخمسون وثلث فيستوفى كل واحد منهما حصته علي مابينا *ولو ترك ابنين وامرأة وترك خادما يساوى مائة درهم وعلى رجل مائة فأوصي للرجل بما عليه وأوصى بأن يعتق الخادم فانه يعتق من الخادم خمسها وتسعي فى أربعة أخماسها للورثة فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان الوصية بالعتق لاتكون مقدمة على الوصية الاخرى فالثلث بينهما و بين الموصى له الآخر نصفين على سهمين والثلثان أربعة ثم يطرح نصيب الموصي له لان عليه فوق حقه فيضرب الخادم فيه بسهمه والورثة باربعة فلهذا سعت فى أربعة أخماس قيمتها حتي يؤدى الوجل ما عليه فحينئذ يمسك مقدار حقه وهو ثلث ماعليه من المائة ويؤدى الثلثين فيدفع الى الخادم من ذلك تمام الثلث من قيمتها وهو ثلاثة عشر وثلث وما بقى فهو للورثة وأما فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله فان الخادم تسعى فى عشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزأ من قيمتها لان من أصله أن الموصي له بالسعاية يضرب بجميع وصيته وان كان أكثر من الثلث والموصى له بالعين لايضرب بما زاد على الثلث والثلث هاهنا ستة وستون وثلثان والموصى له بالدين يضرب بهذا القدر والخادم يضرب بجميع قيمتها فاذاجعلت المائة على ثلاثة يكون الثلث بينهم علي خمسة ثم يطرح نصيب الغريم ثم يبقى حق الخادم فى سهمين وحق الورثة فى عشرة فلهذا قال انها تسعى فى عشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزأ من قيمتها

فاذا تيسر خروج الدين يحسب المديون نصيبه مما عليه فذلك ستة وعشرون وثلثان ويؤدى ما بقى فيرد على الخادم من ذلك الي تمام أربعين درهما وذلك خمس المال لان حقها فى ثلاثة أخماس الثلث هو خمس المال والله تعالى أعلم

باب العتق فى المرض والصحة

(قال رحمه الله) واذا قال الرجل فى مرضه لجارية لامال له غيرها هذه أم ولدي ثم مات فان صدقه الورثة فهى حرة لاسبيل عليها وان كذبوه سعت فى ثلث قيمتها فالحاصل أن هذه المقالة من المولي اما أن يكون معها ولد أولا يكون معها ولد واما أن تكون ولدت الولد فى ملكه أو اشتراها فى صحته أو مرضه واما أن يصدقه الورثة فى ذلك أو يكذبوه فان صدقوه فى ذلك فهى حرة مع ولدها ولا سعاية عليها لان الثابت بتصادقهم فى حقهم كالثابت بالبينة وان كذبه الورثة فى ذلك فان كان معها ولد ولدته فى ملكه فهى حرة مع ولدها سواء كان قال فى صحته أو مرضه لان ثبوت نسب الولد يكون شاهدا لها ويكون ذلك كاقامة البينة فى اثبات حريتها وحرية الولد وانما قلنا بقول المولى فى حق النسب لان ذلك من حوائجه وان لم يكن معها ولد فان كان قال هذا القول فى صحته فهى حرة من جميع المال لانه يملك اعتاقها فى صحته فلا تتمكن التهمة فى اقراره بامية الولد لها * فان قيل هذا المعني موجود فيما اذا أقر لها بالتدبير فى صحته * قلنا نعم ولكن بسبب انتفاء التهمة يصير ماأقر به كانه أنشأه ولو اسند الاستيلاد فى صحته اعتبرت من جميع المال ولو أنشأ التدبير كان معتبرا من الثلث وهذا لان التدبير مضاف الى مابعد الموت بخلاف الاستيلاد وان كان قال فى مرضه ولم يكن معها ولد فانها تسعى فى ثلثى قيمتها لانه صار متهما فى اقراره فانه لو أعتقها فى هذه الحالة كانت من ثلثه فلعله أخرج الكلام مخرج الاقرار لابطال حق الورثة عنها فلهذا لاتصدق فيما زاد على الثلث وتسعى فى ثلثى قيمتها وان كان معها ولد قد اشتراهما فان كان اشتراهما فى صحته عتقا من جميع المال لانه يسند اقراره لهما الى وقت الشراء وقد كان ذلك منه بالصحة وان كان اشتراهما فى مرضه فان الولد يسعى فى ثلثى قيمته لان دعوته دعوة التخديم فيكون بمنزلة الاعتاق وانما عتق عليه من حين ملكه وذلك فى مرضه فيسعى فى ثلثى قيمته فيرث ذلك أقرب الناس من الميت بعد هذا الولد عند أبى حنيفة رحمه الله لان المستسعى عنده

مكاتب فلا يرث شيأ وعندهما المستسعى حر فيرثه مع سائر الورثة واذا كان وارثا عندهما لم يكن وصية وكان عليه السعاية في جميع القيمة وهي لا تسعى فى شئ لان ثبوت نسب الولد شاهد لها فى حق أمية الولد فينزل ذلك منزلة اقامة البينة فلهذا لا يلزمها السعاية فى شئ *ولو قال فى صحته هذه أم ولدي أو مدبرتى ثم مات ولا مال له غيرها فانها تعتق وتسعى فى ثلث قيمتها لانه خير نفسه بين الجانبين التدبير وأمية الولد وحكمهما مختلف فكان البيان اليه مادام حيا وبموته فات البيان وليس أحدهما بأولى من الآخر فيثبت حكم كل واحد من الكلامين في نصفه فيعتق نصفها من جميع المال باقراره بالاستيلاد فى صحته والنصف الآخر منها انما يعتق بالتدبير فيكون من الثلث وماله نصف رقبتها فيعتق ثلث ذلك النصف وتسعى في ثلثيه وذلك ثلث قيمتها فى الحاصل * ولو قال هذه أم ولدى أو حرة أو مدبرة فهذا والاول سواء تعتق وتسعى فى ثلث قيمتها لان العتق فى المرض معتبر من الثلث كالتدبير فكان قوله أو حرة أو مدبرة كـكلام واحد لان حكمهما واحد وانما اعتبار الكلام بحكمه لا بصورته فلهذا كان هذا الفصل والاول في التخريج سواء* ولو أن رجلا له جارية ولها ابنة ولابنتها ابنة وله عبد وجميع هؤلاء يولد مثلهم لمثله فقال في صحته أحد هؤلاء ولدى ثم مات ولم يثبت نسب أحدهم لان المقر له بالنسب منهم مجهول والنسب فى المجهول فى حكم العين كالمتعلق بخطر البيان والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يصح ايجابه فى المجهول واذا لم يثبت النسب به كما لو قال لمعروف النسب هذا ابنى ثم يعتق من الغلام ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته لانه يعتق فى الحال وهو أن يكون هو المقصود ويرث في ثلاثة أحوال وتسعى الجارية في ثلثى قيمتها لانها تعتق في حالين لانها ان كانت هى المقصودة فهى حرة وان كان المقصود ولدها فهى حرة بالاستيلاد أيضا ولكن أحوال الاصابة كحالة واحدة في أصح الروايات يعتق ثلثها وتسعى فى ثلثي قيمتها ويسعى كل واحد من الاثنين في نصف قيمتها لان العليا منهما تعتق في ثلاثة أحوال بأن تكون هى المقصودة وابنتها أو أمها وأحوال الاصابة حالة واحدة فكانها تعتق في حال دون حال وكذلك الصغرى ان كانت هى المقصودة أو أمها أوجدتها فهى حرة وان كان المقصود هو الغلام فهى أمة فيعتق نصفها وان كان هـذا منه فى مرضه اقتسموا الثلث على ذلك يضرب فيه الغلام بربع قيمته والجارية بثلث ذلك وواحد من الولدين بالنصف فيحتاج الى حساب له ثلث وربع ونصف وذلك اثنا عشر ونصف ثم الطريق فى التخريج معلوم *ولو قال

في صحته لامة له حامل أنت حرة أو ما فى بطنك ثم مات قبل أن يبين فالابنة حرة لا سبيل عليها لانا قلنا بحريتها فان الام ان كانت هى المقصودة فهى حرة ويعتق من الام نصفها لانها تعتق في حال دون حال فتسعى في نصف قيمتها * وان كان قال ذلك فى مرضه وقيمة كل واحد منهما ثلثمائة درهم ولا مال له غيرهما سعت الام في ثلاثة أرباع قيمتها والابنة في ربع قيمتها لان النصيب من الابنة يعتق بطريق التبعية وفى حال لائمة لا يعتبر الخروج من الثلث فى هذا الوصف لانا لو اعتبرنا ذلك جعلناه مقصودا وفيما هو تبع فيه لا يكون مقصودا ولان بطريق التبعية انما يعتق حال كونه تخلق فى البطن وهو ليس بمال متقوم عند ذلك فاذا ثبت أنه لا يجعل هذا النصف مالا للمولى يبقي مال المولى فيه ونصف الثلث من ذلك وذلك نصف رقبة بينهما نصفان لان كل واحد منهما يضرب فى الثلث بنصف رقبته من الولد النصف بطريق التبعية والربع من الثلث فلهذا كان عليه السعاية فى ربع قيمته * ولو أعتق من الام ربعها فتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فان ماتت الام قبل موت السيد ثم مات السيد سعت الابنة فى ثلثي قيمتها لان الام حين ماتت قبل موت السيد وقد خرجت من أن تكون مستحقة لشئ من هذه الحرية وانما كان يستحق الولد بطريق التبعية سعيا بناء على استحقاقها فاذا بطل ذلك فى حقها بقي الولد كله مالا للمولى وقد أعتقه فى مرضه ولا مال له سواه فيعتق ثلثه ويسعى فى ثلثي قيمته * ولو قال المولى قبل الموت قد أوقعت العتق علي الابنة سعت الابنة فى ثلث قيمتها وتكون بالامانة لان بتعين المولى خرجت الام من أن تكون مستحقة لشئ من الحرية فلا يكون شئ من الولد تبعا لها أيضا وكان مال المولى رقبتها وقد عتقت الابنة فى مرضه فينفذ العتق من ثلثه وثلث ماله ثلثان فيه للابنة وان لم يوقع ولكن الابنة ماتت قبل السيد سعت الام فى ثلثي قيمتها لان الابنة بموتها خرجت من أن تكون محلا أو مزاحما للام فيتعين العتق فى الام ولا مال له سواها جعلتها السعاية فى ثلثي قيمتها فان قال المولى في مرضه وهما حيان قد أوقعت العتق على الام عتقت الابنة كلها بغير سعاية لان ببيانه تعين العتق فيها من حين أوقع والابنة كانت فى بطنها عند ذلك فتعتق كلها بطريق التبعية وعلى الام أن تسعى فى ثلثي قيمتها لانه لا مال للمولى سوى رقبة الام ولو لم يوقع العتق علي واحد منهما حتى مات ثم ماتت الام سعت الابنة فى قول أبي حنيفة رحمه الله فى جميع ما كان علي الام من السعاية لان المستسعى عندهما حر عليه دين من السعاية وهى ثلاثة أرباع قيمتها لان نصف الولد الذى هو تبع الام لا يعتق الا بعتق الام والام

لا تعتق الا باداء السعاية وهى قبل الاداء بمنزلة المكاتبة وولد المكاتبة بعد موت الام يسعى فيما عليه لانه لا ينال العتق الا بذلك وعليه أن يسعى فى ربع قيمته أيضا مع ثلاثة أرباع قيمة أمه لان النصف الذى هو مقصود منه لا يعتق الا باداء السعاية وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يسعى الولد فى شئ مما كان على الام لان المستسعى عندهما حر عليه دين وليس على ولد الحرة السعاية فى دين الام بعد موتها ولكنها تسعى فى خمسي قيمتها لان نصفها عتق بغير وصية والوصية فى النصف الباقى وقد ماتت الام مستوفية ولوصيتها وهى نصف الثلث ويؤدى ماعليها من السعاية فانما مال الميت نصف الولد يضرب فيه الولد بسهم والورثة بأربعة فيكون عليه السعاية فى أربعة أخماس نصف قيمته وذلك خمسا جميع قيمته ولو لم تجب الامومات الولد سعت الام فى أربعة أخماس قيمتها لان الولد مستوف لوصيته وقد توى ما عليه من السعاية فانما تضرب الام فى رقبتها بنصف الثلث وذلك سهم والورثة بأربعة * ولو أن رجلا قال لامة لا مال له غيرها فى صحته أنت حرة الساعة أو اذا مت سعت فى ثلثى قيمتها لانه أدخل حرف أو بين كلامين مختلفين الحرية والتدبير وقد فات البيان لموته فانما يثبت من كل واحد منهما نصفه فقد عتق نصفها بالحرية الثابتة فى صحته فلا يكون ذلك معتبرا من الثلث والنصف الباقى يعتق بالتدبير من الثلث فانما يسلم لها ثلث ذلك النصف وعليها السعاية فى ثلثى قيمتها * ولو قال أنت حرة الساعة أو اذا مرضت فانها تعتق اذا مرض ولا يعتق منها فى الصحة شئ فاذا مات من مرضه سعت فى ثلثى قيمتها لا صل قد بيناه فى الزيادات أنه من ذكر وقتين وأضاف الحرية الى أحدهما بحرف أو فانما يقع فى آخر الوقتين ومتى عتق بأحد فعلين فانما يقع عند وجود أولهما فاذا جمع بين وقت وفعل لا يقع الطلاق والعتاق ما لم يوجد الفعل لانه ان وجد الفعل أولا جعل فى حق الموجود كأن الآخر مثله وان وجد الوقت أولا يجعل فى حق الموجود كأن الآخر مثله فهنا اما أن نقول هو منصف العتق الى اخر الوقتين فان زمان المرض وقت كزمان الصحة فلا يقع الا في زمان المرض أو جمع بين وقت وفعل بقوله واذا مرضت فانما يقع عند وجود المرض وعتق المرض يكون معتبرا من الثلث بخلاف قوله اذا مت فان ذلك تدبير لا تعليق بمنزلة قوله في الصحة أنت حرة أو مدبرة والتدبير واقع فى الحال بعتق البيان ولهذا يمنع به البيع * قال رضى الله عنه طعن أبو حازم فى هذه المسئلة وقال فى المسئلة الاولى أيضا ينبغى أن لا يعتق منها فى الصحة لان قوله واذا مت تعليق بالشرط في الظاهر والحقيقة جميعا ولا

يترك شيء من العتق الا بعد الموت بخلاف قوله أنت حرة أو مدبرة فان ذلك ليس بتعليق واللفظ معتبر في التعليق (ألا ترى) أنه لو قال أنت مدبرة ان دخلت الدار كان ذلك باطلا وما كان الا باعتبار لفظة التعليق فى أحد الفصلين دون الآخر * ولو قال ان شئت فأنت طالق غدا تعتبر المشيئة في الحال وما كان الا باعتبار لفظه فكذلك هاهنا ولكنا نقول ما ذكره محمد رحمه الله أصح لان قوله واذا مت وان كان تعليقا في الصورة فقد غلب عليه معنى التدبير (ألا ترى) أنه يمنع له البيع فى الحال وبعد ما غلب على صورة اللفظ معنى يسقط اعتبار تلك الصورة كما لو قال لامرأته أنت طالق ان شئت فانه يكون هذا تفويضا حتى يقتصر على المجلس ولا يكون يمينا وان وجدت صورة الشرط لانه غلب عليه معنى آخر فهذا كذلك بخلاف قوله ان مت فأنت حرة ان دخلت الدار لان هناك علق بالموت عتقا معلقا بالدخول وذلك باطل حتى لو قال ههنا أنت حرة الساعة واذا مت فى سفري هذا فانه لا يعتق شيء من هذا الا بعد موته لانه لم يغلب على صورة الشرط معنى التدبير فانه لا يمتنع البيع بذلك الكلام فيبقى التعليق معتبرا * وكذلك لو قال أنت حرة الساعة أو اذا مت من مرضى هذا فاذا مات من هذا المرض عتقت من ثلثه بتا ولو قال لعبدين له في صحته أنتما حران أو أحدكما مدبر وقيمتها سواء ثم مات ولا مال له غيرهما فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه بغير وصية ويكون لكل واحد منهما سدس قيمته من وصيته ويسعى فى ثلث قيمته لانه خير نفسه بين حرية وتدبير فكان الخيار اليه وقد انقطع خياره بموته فيثبت نصف كل واحد منهما وذلك حرية رقبة واحدة وتدبير نصف رقبة وليس أحدهما بأولى من الآخر فتشيع الحرية فيهما ويعتق كل واحد منهما نصفه وكذلك تدبير نصف رقبه يشيع فيهما الا أن العتق بالتدبير يكون من الثلث وماله رقبة واحدة فيسلم لهما بالتدبير ثلث رقبة لكل واحد منهما السدس ويسعى كل الا واحد منهما في ثلث قيمته * وكذلك لو قال أنتما حران أو مدبران لانه لا يسلم لهما بالتدبير ثلث رقبة بل ما أوجب لهما من التدبير أو أكثر * ولو قال فى صحته أنتما حران أو أحدكما حر ثم مات ولا مال له غيرهما سعى كل واحد منهما فى نصف قيمته لانه خير نفسه بين تدبير رقبتين وحرية رقبة فانما يثبت بعد موته نصف كل واحد منهما فيعتق نصف رقبته بالعتق الثابت بينهما لكل واحد منهما الربع ويكون مال الميت رقبة ونصفا فانما يعتق بالتدبير نصف رقبة بينهما نصفان فنى الحاصل يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته

وكذلك لو قال أحـد كما حر أو مدبر فان الثابت بعد موته حرية نصف رقبة وتدبير نصف رقبة ويتبع كل واحد منهما فيهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته ولو قال لعبـد ومدبر فى صحته وقيمتهما سواء ولا مال له غيرهما أحدكما حر ثم مات سعى العبد فى نصف قيمته والمدبر فى سـدس قيمته ولانه أوجب عتق رقبة لاحـدهما فبموته وتشييع فيهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه ثم ما بقي من المدبر يعتق من ثلث ماله وماله رقبـة واحدة فانما يسلم له بالتدبير ثلث رقبة ويلزمه السعاية فى سدس قيمته وانما يعتق من العبد نصف رقبته ويسعى فى نصف قيمته فان مات العبد بعد موت السيد قبل أن يؤدي شيأ سعى المدبر فى ثلث قيمته لان نصف العبد قد توى بموته وخرج من أن يكون محسوبا من مال المولى فانما ماله نصف رقبة المدبر فيعتق بالسدس ثلث ذلك النصف مع النصف الذى عتق منه بالعتق الثابت فيلزمه السعاية في ثلث قيمته * ولو مات المدبر وبقي العبد سعى فى نصف قيمته على حاله لانه لاحظ للعبد من الوصية فموته فى حقه وبقاؤه سواء ولو كان هذا القول فى المرض من المولى ولم يمت واحـد منهما ومات السيد كان للعبد ثلث الثلث وللمدبر ثلثا الثلث لان العتق فى المرض وصية فالعبد يوصى له بنصف رقبته والعبد يوصى له بجميع رقبته ولا تزاد وصيته بالعتق فى المرض فكان الثلث بينهما أثلاثا فان قيل لما لم يكن للمدبر فى العتق فى المرض نصيب ينبغى أن يسلم ذلك كله للقن فيكون هو موصى له بجميع رقبته قلنا انه لا تظهر فائدة اعتبار العتق فى حق المدبر بعد موته فاما فى حال حياته فهو مفيد فلا بد من اعتبار مزاحمته مع القن فى العتق الثابت فلهذا جعلنا العتق موصى له بنصف رقبته فان مات المدبر بعد موت السيد قبل أن يؤدى شيأ سعى العبد فى ستة أسباع قيمته لان المدبر مات مستوفيا لوصيته ويؤدى ما عليه من السعاية فانما بقى من مال المولى رقبة العبد يضرب فيه العبد بحقه وهو سهم والورثة بستة مقدار حقهم ولو كان العبد مات سعى المدبر فى ثلاثة أرباع قيمته لان العبد مات مستوفيا لوصيته وانما مال الميت رقبة المدبر خاصة فيضرب فيه المدبر بحقه سهمين والورثة بستة فيسلم له الربع ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته ولو قال لعبد ومدبر فى صحته أو مرضه أحد كما حر أو مدبر ثم مات عتق بالتدبير والآخر رقيق لانه خير نفسه بين كلامين فهو صادق فى أحدهما فان كان أحـدهما مدبرا فيكون كلامه اخبارا لا ايجابا كما لو قال أحـدهما حر أو عبـد وجمع بين حر وعبـد وقال هـذا الكلام ان صيغة كلامه اخبار

فى الوجوه كلها وانما جعلناه ايجابا وبالضرورة يصحح الخبر فاذا كان المخبر به سابقا فلاحاجة بنا الى أن نجعل كلامه ايجابا بل يكون اخبارا عن مال المدبر كما هو صيغة كلامه * ولو قال لمدبرين له وعبد فى صحته أحدكم حر وقيمة كل واحد ثلثمائة ثم مات ولا مال له غيرهم سعى العبد فى ثلثى قيمته وكل واحد من المدبرين يعتق من ثلث ماله وماله رقبتان فلهم الثلث من ذلك وهو ثلثان فيه يعتق من كل واحد منهما ثلثه العتق الثابت فى ثلثه بالتدبير ويسعى فى ثلثى قيمته فان مات أحد المدبرين قبل أن يؤدى شيأ سعى العبد فى ثلثى قيمته على حاله والمدبر فى خمسى قيمته لان المدبر وان كان مستوفيا لوصيته توى ما عليه من السعاية ولا حظ للعبد فى الوصية فهو يسعى فى ثلثى قيمته على حاله ومال الميت ثلثا رقبة كل واحد من الباقين فيضرب المدبر الباقى فى ذلك بسهم والورثة باربعة فيكون بينهم على خمسة وانما يسلم للمدبر خمس الباقى وقيمة الباقى أربعمائة فخمسه ثمانون فقد سلم للمدبر بالعتق الثابت الثلث وذلك مائة وبالتدبير ثمانون وانما بقي عليه السعاية فى مائة وعشرين ومائة وعشرون من ثلثمائة خمساه* ولو مات العبد أيضا سعى العبد في أربعة أخماس ثلثى قيمته لانه لم يبق من مال الميت الاثلثا رقبته فهو يضرب فى ذلك بسهم والورثة باربعة فلهذا سعى فى أربعة أخماس ثلثى قيمته* ولو قال المولى ذلك فى مرضه ثم مات كان الثلث بينهم أسباعا لان القن أصابه من هذا الايجاب ثلث رقبة فهو موصى له بثلث رقبة ولا يزاد حقهما بالايجاب الذى كان فى المرض فاذا جعلنا كل ثلث رقبة سهما يكون لكل واحد منهما ثلثه وللقن سهم واذا صار الثلث على سبعة فالثلثان أربعة عشر والمال كله أحد وعشرون كل رقبة سبعة ويسلم للقن سهم وهو السبع من رقبته ويسعى فى ستة أسباع قيمته ويسعى فى خمسة أسباع قيمته فاذا مات العبد قبل أن يؤدى شيأ سعى كل واحد من المدبرين فى سبعة أعشار قيمته لان العبد مات مستوفيا لوصيته وتوى ماعليه من السعاية فان مال الميت رقبة المدبرين وهما يضربان فى ذلك بستة والورثة باربعة عشر فيكون ذلك عشرين كل رقبة عشرة يسلم لكل واحد منهما ثلاثة ويسعى فى سبعة* ولو كان الميت أحد المدبرين يسعى المدبر الباقى فى ثلثى قيمته والقن فى ثمانية أتساع قيمته لان الباقى من مال الميت رقبتهما يضرب فيه القن بسهم والمدبر بثلاثة والورثة باربعة عشر فيكون ثمانية عشر لكل رقبة تسعة يسلم للمدبر ثلاثة وذلك ثلث رقبته والقن سهم وذلك تسع رقبته ويسعى فى ثمانية أتساع قيمته وان مات العبد أيضا سعى المدبر الباقى فى أربعة عشر جزأ من سبعة

عشر جزأ من رقبته لان الباقى فى الحاصل من مال الميت رقبته خاصة فيضرب الورثة بحقهم
وذلك أربعة عشر والمدبر بحقه ثلاثة فتكون رقبته على سبعة عشر وقد مات كل من الآخرين
مستوفيا لوصيته اذا ضممت ذلك القدر الى ما يسلم للباقى استقام الثلث والثلثان واذا كان
للرجل خمسة أعبد قيمة كل واحد منهم أربعمائة فقال فى مرضه أحدكم حر فمات أحدهم
قبل موت السيد ثم مات السيد وقع العتق على الاربعة الباقين لان الذي مات خرج من
أن يكون مزاحما للباقين فى الحرية المتهمة بين الاربعة الباقين بعد موت المولى لكل واحد
منهم ربعه ويسعى كل واحد منهم فى ثلاثة أرباع قيمته فان مات أحدهم قبل أن يؤدى شيأ
لم ينتقص من حق الباقين شئ لان الذى مات مستوف لوصيته وتوى ماعليه من السعاية الا
انه قد بقي ثلاثة فان بوصية كل واحد منهم اذا جمعتها كان دون الثلث من مال الميت فلهذا
لا ينتقص حقهم بما توى من السعاية على الميت وان مات أحد الباقين أيضا يسعى الباقيان كل
واحد منهما فى أربعة أخماس قيمته لان الميتين قد استوفيا وصيتهما وتوى ماعليهما من السعاية
وانما مال الميت رقبة الباقين وهما يضربان بحقهما كل واحد منهما بسهم والورثة بحقهم وذلك ثمانية
فان الثلث بينهم على أربعة فتكون السهام عشرة كل رقبة خمسة فلهذا يسعى كل واحد منهما
فى أربعة أخماس قيمته واذا قال الرجل فى مرضه لامة ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو
حر وان كان أول ولد تلدينه جارية فانت حرة فولدت غلاما وجارية لاتدرى أيهما أول ثم
مات من مرضه ولا مال له غيرهم وقيمة كل واحد منهم ثلثمائة فالابنة رقيق ويعتق الغلام
نصفه من الثلث ونصفه بعتق الام لانا تيقنا برق الابنة كمال الشرط ثم الغلام يعتق على كل
حال لانها ان ولدت الغلام أولا فالغلام حر وان ولدت الجارية أولا فالغلام حر أيضا تبعا للام
فلهذا يعتق كله والجارية تعتق فى حال دون حال لانها ان ولدت الغلام أولا فهى أمة وان
ولدت الجارية أولا فهى حرة فيعتق نصفها طعن عيسى فى هذا الجواب وقال ينبغى أن لا يعتق
شئ من الام لانه وقع الشك فى شرط عتقها فان شرط عتقها ولادة الجارية أولا وهذا
مشكوك فيه وما لم يقع الشرط لا يترك شئ من الجزء (ألا ترى) أنه لو قال ان لم أدخل
الدار اليوم فعبده حر فمضى اليوم ومات المولى ولا يدري أدخل أو لم يدخل لم يعتق العبد
للشك فيما هو شرط وان كان الظاهر أنه لم يدخل ولكنا نقول ماذكره فى الكتاب صحيح فان
شرط عتقها ولادة الجارية وقد وجد ذلك ولكن كون ولادة الغلام سابقا مانع وهذا المانع

مشكوك فيه فانما هذا اعتبار الاحوال فى المانع لا فى الشرط فان ولادة الجارية صارت وما لم يكن موجودا أو أعلم وجوده كان أولا مالم يعلم تقدم غيره عليه فاذا كانت هذه المقالة فى مرضه يسعى الغلام فى نصف سدس قيمته وتسعي الام فى ثلاثة أسداس ونصف سدس قيمتها لان نصف رقبة الغلام لا يعد مالا للمولى فان العتق فيه تبع الام فانما مال الميت رقبتان ونصف ثم الغلام بنصف رقبة وكذلك الام تضرب بنصف رقبتها فان وصية كل واحد منهما هذا المقدار فكان الثلث بينهما على سهمين والثلثان أربعة فيكون جملته ستة والمال رقبتان ونصف فقد انكسر بالانصاف فاضعفه فيكون خمسة ثم ستة على خمسة لا يستقيم فتضرب ستة فى خمسة فتكون ثلاثين فصارت كل رقبة على اثنى عشر ونصف الرقبة ستة فأما العبد فقد عتق منه نصفه تبعا للام ويسلم له فى النصف الباقى خمسة لانه كان حقه في سهم وقد ضربناه فى خمسة فانما يبقى عليه السعاية فى سهم بالاثنى عشر وذلك نصف سدس قيمته والام صارت رقبتها على اثنى عشر سهم لها من ذلك خمسة وذلك سدسان ونصف سدس فعليها السعاية فى ثلاثة أسداس ونصف سدس فان مات الغلام قبل أن يؤدى شيأ سعت الام فى ثلاثة أخماس قيمتها لان الغلام مات مستوفيا لوصيته وتوى ما عليه من السعاية فانما مال الميت رقبة الام والابنة يضرب الورثة فى ذلك باربعة والام بسهم فيكون أخماسا ولكن اذا قسمت خمسة على رقبتين كان كل رقبة سهمين ونصفا فاضعف فيكون كل رقبة على خمسة فانما يسلم الام من رقبتين سهمان من خمسة وتسعى فى ثلاثة أخماس قيمتها ولو ماتت الام وبقى الغلام سعى الغلام فى قول أبى حنيفة رحمه الله فى جميع ما كان على أمه وعليه بمنزلة العبد مالم يؤد جميع ذلك لان المستسعى عنده بمنزلة المكاتب فالنصف الذى هو تبع الام من الغلام لا يعتق الا بعتق الام فهو محتاج الى اداء سعاية الام ليستند العتق فى ذلك النصف فلهذا فى جميع ما على أمه كولد المكاتب بعد موت الام وعلى قولهما ليس عليه أن يسعى فيما على أمه لان المستسعى عندهما حر عليه دين وليس علي ولد الحرة سعاية فى دين أمه ولكن عليه أن يسعى فى خمسى نصف قيمة نفسه لان الام ماتت مستوفية لوصيتها ويعاد ما عليها من السعاية وانما مال الميت نصف رقبة الغلام مع رقبة الابنة يضرب الورثة فى ذلك بأربعة والغلام بسهم فيكون خمسة وقسمه رقبة ونصف على خمسة لا تستقيم فالسبيل أن يضعف رقبة ونصفا فيكون ثلاثة ثم تضرب ذلك فى خمسة فتكون خمسة عشر للابنة من ذلك عشرة ونصف رقبة الغلام خمسة يسلم له

من ذلك ثلاثة لانه كان حقه في سهم ضربناه في ثلاثة فانما يجب عليه السعاية في خمسي نصف رقبته واذا كان لرجل ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم في ثلثمائة فقال في مرضه أحدكم حر على مائة درهم وقبلوا ذلك جميعا ثم مات السيد قبل البيان ولا مال له غيرهم فانه يعتق ثلث كل واحد منهم بثلث المائة لان العتق بعوض يصح ايجابه في المجهول كالعتق بغير عوض فان الايجاب في المجهول كالمعلق بالشرط والعتق بعوض يحتمل التعليق بالشرط كالعتق بغير عوض ولما قبلوا جميعا فقد وجد القبول ممن يتناوله الايجاب فيعتق أحدهم وكان للمولي الخيار في البيان وقد انقطع خياره بموته فيشيع العتق فيهم جميعا ويكون على كل واحد منهم ثلث المائة بحصة ما يسلم له من العتق لان المال هاهنا تبع العتق وثبوت التبع يثبت المتبوع ثم انما حصلت الوصية لهم بقدر المائتين وذلك دون الثلث فيسلم لكل واحد منهما مقدار ثلث المائتين ويسعى كل واحد منهما في ثلثي قيمته فهو دية مع ثلث المائة هي عوض * ولو لم يكن الا عبدان قيمة أحدهما مائة درهم وقيمة الآخر ثلثمائة فقال في مرضه أحدكما حر على مائة درهم فقبلا ثم مات السيد فانه يعتق من كل واحد منهما نصف بنصف المائة لما بينا والغلام الذي قيمته مائة يسعى في نصف قيمته ولا وصية له الا أنه يسلم له نصف رقبته بخمسين درهما وذلك مثل قيمة نصفه فعرفنا أنه لا وصية له ويسعى الآخر في نصف قيمته أيضا مع الخمسين فله من قيمته مائة درهم وصية لانه سلم له نصف رقبته بخمسين وقيمة نصف رقبته مائة وخمسون فعرفنا أنه أوصى له بمائة وهذا لانه ان كان هو المراد بالايجاب ففي هذا الايجاب وصية له بمائة درهم وان كان المراد صاحبه فلا وصية في هذا الايجاب لاحد فباعتبار الاحوال ثبتت الوصية بقدر المائة ويكون ذلك كله للارفع فانه لا وصية للاوكس * ولو كان له ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم ثلثمائة فقال في صحته أحدكم حر على مائة درهم والآخران حران بغير شيء فقبلوا ذلك فهم أحرار لانه أوجب الحرية لاحدهم بعوض في قبولهم فقبلوا وقول من يتناوله الايجاب ونزول العتق بعوض باعتبار القبول وقد وجد وأعتق الآخرين بغير شيء فقد تيقنا بحريتهم ولا خيار للمولي في الايقاع لان ايقاع العتق المبهم بالبيان انما يصح ممن يملك الايجاب وبعد ما عتقوا لا يملك المولي ايجاب الدين فيهم ابتداء فلا خيار له في الايقاع ولا شيء عليهم لان الذي يرث المال منهم مجهول والقضاء بالمال على المجهول غير ممكن (ألا ترى) أن ثلاثة نفر لو قالوا لرجل لك على أحدنا ألف درهم لم يجب على أحدهم شيء

وهذا بخلاف ما سبق فان هناك للمولى حق البيان فى العتق فيكون المال عليهم وههنا ليس للمولى فى العتق حق البيان فيبقي مقصودا بالوجوب ولا يمكن ايجابه علي المجهول مقصودا * ولو قال أحدكم حر علي مائة درهم والآخر على مائتى درهم والثالث على ثلثمائة فقبلوا جميعا فهم أحرار لان كل واحد منهم حر قبل مطلقا فقد قبل ما يتناوله من الايجاب فيعتقون جميعا وعلى كل واحد منهم مائة درهم لانه لا يجب من المال على كل واحد منهم الا المتيقن به والمتيقن فى حق كل واحد منهم مقدار المائة فقط وهو بمنزلة ثلاثة نفر أقروا أن لرجل على أحدهم مائة وعلى الآخر مائتين وعلى الثالث ثلثمائة فليس له أن يأخذ من كل واحد منهم الا مائة * فلو قال لعبدين له في مرضه قيمة كل واحد منهما ثلثمائة أحدكما حر بمائة درهم والآخر بمائتى درهم فقبلا ذلك ثم مات السيد سعى كل واحد منهما فى ثلثى قيمته لانه أوصى لهما بنصف قيمته ولا يمكن تنفيذ وصيته الا فى مقدار الثلث فيسلم لكل واحد منهما ثلث قيمته بالوصية ويسعى فى ثلثى قيمته *ولو أن رجلا قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر وان أديت الى ألفين فأنت حر فكل واحد من الكلامين صحيح لان تعليق العتق بالشرط صحيح من المولى ما لم يترك العتق مرة كان أو مرات كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا فأنت حر فأى الشرطين وجد عتق العبد فهاهنا ان أدى الالفين عتق بالكلام الثانى لوجود الشرط فان وجد المولى احدى الالفين ستوقة عتق العبد بالالف الخيار خاصة وليس له على العبد بدل الستوقة لان الستوقة ليس من جنس الدراهم فتبين أن العبد انما أدى الى المولى ألف درهم وأنه انما أعتق بالكلام الاول لوجود الشرط وهو اداء الالف ستوقة للمولى ان كانت من كسب العبد ولا دين عليه وان كانت الستوقة دينا على العبد ردها علي الغرماء لانهم أحق بكسبه من مولاه وكذلك لو وجد فى الالفين درهما ستوقا أو وجدها تنقص من وزن ألفى درهم شيأ لانه تبين أن باداثه تم الشرط الاول ولم يتم الشرط الثانى فانما يعتق بالكلام الاول وان وجد الالف زيوفا أو نبهرجة واستحقت فعلى العبد بدلها لانه انما عتق بالكلام الثانى هاهنا فان الزيف من جنس الدراهم والمستحق كذلك فيكون العبد مؤديا الالفين ثم المال المقبوض باعتبار هذا الشرط فى حكم العرض فاذا وجده زيوفا استبدله به فاذا استحقت رجع بمثله بمنزلة بدل الكتابة فان قيل القبض فى المستحق ينتقض من الاصل بالاستحقاق وكذلك فى الزيوف بالرد ولهذا بطل

الصرف والسلم عند أبي حنيفة رحمه الله اذا وجد الكسر زيوفا فرده فكان ينبغي أن يعتق بالكلام الاول لان قبض المولي انما تم في الالف درهم قلنا نعم بالرد ينتقض القبض ولكن لا يتبين أن القبض لم يكن قائما فينتقض بانتقاض القبض ما يحتمل النقض ودن مالا يحتمله والعتق اواقع لا يحتمله النقض فبالرد والاستحقاق لا يتبين من نزول العتق مالم يكن باعتبار أداء الالفين وكذلك لو كان هذا في المرض ثم مات السيد فوجد الورثة الامر على ما وصفت لك الا ان السيد ان كان حابى الغلام من قيمته شيأ وكان هذا الغلام أقل من قيمته كان الفضل له من الثلث وقد بينا أصل هذه المسئلة في كتاب العتاق أن القدر المؤدى من المال في حكم العوض استحسانا ولهذا يجبر المولى على القبول اذا حابى العبد فلا يعتبر معنى الوصية في قدر المؤدى لوجود العوض وفيما زاد على ذلك تعتبر الوصية فيكون ذلك من ثلث ماله وكذلك لو قال لعبده ان أديت الي ألفا فأنت حر وان أديت الي مائة دينار فأنت حر فأداهما جميعا فانه يعتق بهما لوجود الشرطين جميعا والعتق يصير مضافا الى العلة ثبوتا فكان يستقيم اضافة الحكم الى علتين الى كل واحد منهما بكماله فكذلك يصح اضافته الى شرطين فان وجد الالف ستوقة أو نبهرجة أو ناقصة أو استحقت فعلى ما وصفنا في الالفين يعني أن في الستوق يكون العتق واقعا باداء المائة الدينار خاصة وفي الزيوف والمستحق يكون العتق واقعا بادائهما فيستبدل بالزيوف المستحق والله أعلم بالصواب

باب اقرار الوارث لوارث معه فيصدقه صاحبه أو يكذبه

(قال) الشيخ الامام الاجل شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله ﴿واذا مات الرجل وترك ابنا لا وارث له غيره وترك مالا فأقر الابن لرجل أنه أخوه لابيه فانه لا يصدق على النسب حتى لا يثبت نسبه من الميت لا في رواية عن أبي يوسف قال اذا كان الابن واحدا يثبت النسب باقراره بابن آخر لانه قائم مقام أبيه فاقراره كاقرار الاب والاصل فيه ماروى أن عبد الله بن ربيعة وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما لما تنازعا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد وليدة زمعة قال عبد الله ولد أبي ولد على فراش أبي وقال سعد ابن أخي عهد الي فيه أخي فقال عليه السلام هو لك ياعبد الله الولد للفراش وللعاهر الحجر فقد أثبت النسب من زمعة باقرار عبد الله لانه كان هذا الوارث دون أخيه

سودة فقد كانت مسلمة عند موت الاب وزمعة قتل كافرا وعبد كان على دينه يومئذ فكان هو الوارث خاصة وجه ظاهر الرواية أنه يحمل هذا النسب على غيره باقراره واقراره لا يكون حجة على الغير وبيانه أن الاخوة لا تثبت بينهما الا بواسطة الاب فما لم يثبت نسبه من أبيه لا يكون أخا له فعرفنا أنه يحمل نسبه على أبيه وانما يقوم هو مقام الاب فيما يخلفه فيه من المال وفي النسب لا يخلفه فلا يكون قائما مقامه في الاقرار ولا حجة في حديث عبد بن زمعة لان قوله عليه السلام هو لك قضاء بالملك لعبد في ذلك الولد فانه كان ولد أمة أبيه وقوله الولد للفراش لتحقيق نفي النسب من عتبة بن أبي وقاص فقد كان عاهرا لا فراش له على أنه روى أن تلك الوليدة كانت أم ولد لزمعة وليست ولد أم الولد بسبب من غير دعوة وفي بعض الروايات قال عند أبي ولد على فراش أبي أقر به أبي فانما أقامه مقام أبيه في اظهار اقراره بقوله ثم ثبوت النسب كان باقرار معه لا باقرار عبد ثم نقول المقر له يشارك المقر في الميراث فيأخذ منه نصف

١٠ ورث من الاب لان في كلامه اقرارا بشيئين بالنسب وبالشركة في الميراث والنسب انما يقر به على غيره فلم يصح والشركة في الميراث انما يقر بها على نفسه لانه صار أحق بجميع الميراث فصح اقراره بذلك ولا يبعد أن يثبت له الشركة في الميراث وان لم يثبت النسب كما لو قال لعبده وهو معروف النسب من غيره هذا ابني فانه يعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه فان دفع النصف اليه ثم أقر بابن آخر لابيه وكذبه الاول فيه وكذبه الآخر في الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضاء القاضي أخذ الآخر نصف مابقي في يده لانه بالكلام الثاني أقر أن حقه وحق الثاني في الشركة سواء واقراره حجة في حقه فيدفع اليه نصف مابقي في يده ولا يغرم له شيأ مما دفعه الى الاول لانه انما دفع ذلك بقضاء القاضي فلا يصير ضامنا شيأ من ذلك المدفوع لاحد ويجعل ماأخذه الاول زيادة على حقه كالتاوى فيكون ضرر ذلك عليهما جميعا وان كان دفعه الى الاول بدون قضاء القاضي أخذ الآخر ثلثي مابقي في يده وهو ثلث جميع المال لاقرار حق كل واحد منهم في ثلث المال وأنه دفع الى الاول قدر السدس زيادة على حقه وانما دفعه بعد قضاء فيكون ذلك محسوبا من نصيبه فيدفع الى الآخر مما بقي في يده كمال حقه وهو ثلث جميع المال أو مادفع الى الاول زيادة على حقه كالقائم في يده حكما ويجعل كأن الباقي في يده ثلثا التركة فيدفع الى الثاني نصف ذلك وهو ثلث جميع التركة والدليل على صحة الفرق بين الدفع بقضاء وغير قضاء أن الوصي اذا قضى دين بعض الغرماء من التركة

بقضاء القاضى لم يكن ضامنا لسائر الغرماء شيأ ولو دفع بغير قضاء القاضى كان ضامنا حصة سائر الغرماء * وكذلك لو كان اوارث هو الذى قضى بعض الغرماء دينهم وعلى هذا فى جناية المدبر اذا دفع المولى القيمة ثم جنى جناية أخرى يفصل الدفع بقضاء وبغير قضاء فى قول أبى حنيفة رحمه الله على ما بينا فى الديات وهما يستويان هناك بين الدفع بقضاء وبغير قضاء والفرق لهم بحرف وهو أنه متى دفع الى الاول وليس هناك حق واجب لغيره لم يكن ضامنا سواء دفع بقضاء أو بغير قضاء لانه فعل بنفسه عين ما يأمر القاضى به لورفع الامر اليه ومتى كان حق الثانى ثابتا عند الدفع الى الاول يفصل بين الدفع بقضاء وبغير قضاء * بيانه فيما قال فى كتاب العتق فى المرض رجل زوج أمته واستوفى صداقها ثم أعتقها فى صحته ثم مات ولم يدخل الزوج بها فيضرب الوارث فى التركة ثم اختارت هى نفسها حتى صار الصداق دينا على المولى وهو مستغرق للتركة فان تصرف الوارث فى التركة لم ينفذ تصرفه لان فى الفصل الاول الدين لم يكن واجبا حين تصرف وفى الفصل الثانى واجبا حين تصرف وقد سبق نظائره فى كتاب الرهن فهاهنا قد تبين باقراره أن حق الثانى كان ثابتا حين دفع الى الاول ففصل بين الدفع بقضاء وبغير قضاء وفى مسئلة الجناية لم يتبين أن حق الثانى كان ثابتا حين دفع القيمة الى الاول فلا يغرم الثانى شيأ سواء دفع بقضاء أو بغير قضاء وان كان المقر دفع النصف الى الاول بقضاء قاض ودفع الربع الى الثانى بغير قضاء قاض ثم أقر بابن آخر وأنكر الاولان وأنكرهما الثالث أيضا فان الثالث يأخذ منه ثلثى ما بقى فى يده وهو سدس جميع الميراث لانه لا يغرم له شيأ مما دفعه الى الاول فانه دفع ذلك بقضاء القاضى فيجعل ذلك كالتاوى يبقى نصف التركة فى يده وقد أقر أن حقه وحق الثالث والثانى فى هذا النصف سواء لكل واحد منهم ثلثه وهو سدس جميع الميراث لانه لا يغرم له شيأ مما دفعه الى الاول فانه دفع ذلك بقضاء القاضى فى المال وقد دفع الى الثانى زيادة على حقه بغير قضاء القاضى فيكون ذلك محسوبا عليه من نصيبه فيدفع الى الثالث كمال حقه وهو سدس جميع المال ثلثى ما بقى فى يده وثلث المدفوع الى الثانى لما كان محسوبا عليه جعل كالقائم فى يده فكان الباقى فى يده ثلثي النصف فيدفع الى الثالث نصف ذلك وهو سدس جميع المال * ولو كان دفع النصف الى الاول بغير قضاء القاضي ودفع الثلث الى الثانى بقضاء القاضى ثم أقر بالثالث فصدقه فيه الاول وكذبه الثانى وكذبا جميعا للثانى فان الثالث يأخذ منه نصف ما بقى فى يد الابن المعروف

فيضمه الى ما فى يد المقر به الاول فيقتسمانه نصفين * قال فى بعض النسخ وهذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول محمد فيأخذ منه ثلث ما بقى فى يده فيضمه الى ما فى يدى الاول فيقتسمانه نصفين وزعم كل واحد منهما أن تخريجه على قياس قول أبى حنيفة وذكر الخصاف طريقا آخر لتخريج جنس هذه المسائل وزعم أنه هو الصحيح على أصل أبى حنيفة رحمه الله وأجاب فى هذه المسئلة أن الثالث يأخذ منه خمسى ما بقى فى يده فيضمه الي ما فى يدى المقر به الاول فيقتسمانه نصفين وهذه المسئلة تنبنى على ما بينا فى كتاب الاقرار * رجل مات وترك ابنين فأقر أحدهما بابنين آخرين للميت وصدقه الآخر فان المتفق عليه يأخذ من المقر ربع ما فى يده فى قول أبى يوسف رحمه الله فيضمه الى ما فى يد المصدق فيقتسمانه نصفين وما بقى فى يد المقر بينه وبين المجحود نصفان ووجه البناء عليه أن المقر به الاول هاهنا بمنزلة التصديق لانه لما أقر له فى وقت لم يكن له بشئ صار كالابن المعروف والثالث بمنزلة المتفق عليه لان المعروف قد أقر به وصدقه الاول به ثم بيان تخريج أبي يوسف أن المقر قد أقر بان الثالث مساو له في تركة الميت فانه دافع أربعة والتركة بينهم أرباعا الا أنه لا يغرم له شيأ مما دفعه الى الثانى لانه دفعه بقضاء القاضى ولا يغرم له شيأ مما دفعه الى الاول وان دفعه بغير قضاء قاض لان الاول مصدق به فيسلم له نصيبه فى المدفوع الاول من جهته فيبقى ما بقى في يد المقر له وقد أقر أن حقهما فيه على السواء فيأخذ منه نصف ما بقي فى يده لهذا ثم يضمه الى ما فى يد الاول فيقتسمانه نصفين لانهما تصادقا أن حقهما فى التركة سواء * ووجه تخريج محمد رحمه الله أن المقر يقول للثالث انا قد أقررت بان حقى فى سهم وحقك فى سهم وحق الباقى في سهم الا أن السهم الذى فيه حقك نصفه فى يدى ونصفه فى يد الاول وذلك يصل اليك من جهته لانه أقر بك ولا غرم على فى شئ مما دفعته الي الثانى لانى دفعته بقضاء القاضى فبقى ما فى يدى وحقك فيه فى نصف سهم وحقي فى سهم فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيكون ما فى يده بينهما أثلاثا لهذا وجه تخريج الخصاف أن المقر يقول للثالث أنا قد أقررت بانك رابع أربعة ولا غرم لك علي فى شئ مما دفعته الى الاول لان حقك فى ذلك النصف يصل اليك من جهته يبقى حقك فى سهم من أربعة من النصف الذى هو فى يدك والباقى وهو ثلاثة بينى وبين الثانى نصفين لكل واحد منها سهم ونصف وما دفعت اليه زيادة على حقه انما دفعته بقضاء القاضى فلا يكون مضموما على فانا اضرب فيما فى يدى بحقى وهو سهم ونصف وأنت تضرب بحقك

وهو سهم فانكسر بالانصاف فتضعفه فيكون للثالث سهمين وللمقر ثلاثة فصار مافى يده على خمسة فلهذا يأخذ منه خمسى ما فى يده فيضمه الى مافى يد الاول فيقتسمانه نصفين * ولو كان المقر به الاول وأنكر الثانى والثالث وأقر الثانى بالثالث وأنكرا جميعا الاول فان الثالث يأخذ مما فى يد المعروف سدس جميع المال وهو جميع مابقى فى يده فيضمه الى مافى يد الثانى فيقتسمانه نصفين لانه أقر أن المال بينهم أرباعا وأن حق الاول كان فى ربع المال وقد دفع اليه النصف بغير قضاء القاضى فالربع الذى دفعه اليه زيادة على حقه يكون من نصيبه خاصة أو يجعل ذلك كالقائم فى يده فكان فى يده ثلاثة أرباع المال فيلزمه أن يدفع الى الثانى والثالث كمال حقهما وهو نصف المال وقد دفع الى الثانى ثلث المال فيدفع الى الثالث السدس حتى يجتمع فى يدهما نصف المال فيقتسمانه نصفين لتصادقهما ويصير كل واحد منهما مستوفيا كمال حقه بزعمه *ولو لم يصدق كل واحد منهما بالثالث والمسئلة بحالها فانه يدفع الى الثالث ما بقى فى يده وهو سدس المال ويغرم له أيضا ثلث سدس جميع المال لانه أقر أن المال بينهما أرباعا الا أنه دفع الى الثانى ثلث المال بقضاء القاضى فلا يغرم شيأ من ذلك للثالث وقد دفع الى الاول النصف بغير قضاء القاضى فيكون ضامنا للثالث مادفعه الى الاول زيادة على حقه ويجعل ذلك كالقائم فى يده ثلثا التركة فعليه أن يدفع الى الثالث ثلث الثلثين وثلث الثلثين سدس وثلث سدس والباقى فى يده السدس فيدفع اليه ذلك ويغرم له ثلث سدس من ماله حتى يصير هو مستوفيا كمال حقه بزعمه *ولو أن رجلا مات وترك ابنين وألفى درهم فأخذ كل واحد منهما الفا ثم أقر أحدهما باخ من أبيه وأنكره صاحبه فانه يأخذ من المقر نصف مافى يده لانه أقر أن حقهما فى التركة سواء واقراره حجة فيما فى يده وان لم يكن حجة فيما فى يد أخيه فيدفع اليه نصف مافى يد أخيه فان أعطاه ذلك ثم أقر باخ آخر من أبيه وصدقه فيه الاخ المعروف وأنكره المقر به الاول فان كان الابن المعروف دفع نصف ما فى يده الى الاول بقضاء القاضى أخذ منه المقر به الثانى خمس مافى يده فيضمه الى ما فى يد الابن الآخر المعروف فيقتسمانه نصفين فان كان دفع النصف الى الاول بغير قضاء قاض أخذ منه المقر به الثانى خمس ما فى يده فيضمه الى ما فى يد الابن الآخر المعروف فيقتسمانه نصفين فى قول أبى يوسف وقال محمد رحمه الله ان كان دفع النصف الى الاول بقضاء القاضى أخذ الباقى منه ثلث مافى يده وان كان دفعه بغير قضاء أخذ منه خمس جميع ما كان فى يده فيضمه الى مافى يد

الابن المعروف فيقتسمانه نصفين وهـذا بناء على مسئلة الاقرار التى بيناها وجه تخريج أبى يوسف أن المقر لو أقر بهما جميعا وصدقه المعروف فى أحدهما لكان المتفق عليه يأخذ منه ربع ما فى يده فى قول أبى يوسف رحمه الله لانه يقول له أنا قد أقررت بان حقك فى ربع التركه ونصف التركة فى يد أخى وهو مقر بنصيبك فانما يبقى حقك فيما فى يدى فى الربع وهو سهم من أربعة وما بقى وهو ثلاثة بيني وبين المجحود نصفان فاذا أقررت به أولا ودفعت اليه نصف ما فى يدى فما دفعته زيادة على حقه لا يكون مضمونا على لانى دفعته بقضاء القاضى فيبقى حقك فيما فى يدى فى سهم وحقى فى سهم ونصف فلهذا يعطيه خمس ما فى يده وان كان دفع النصف الى الاول بغير قضاء القاضى فما دفعه زيادة على حقه يكون محسوبا عليه ويجعل القائم فى يده فيدفع الى الثانى جميع حقه اذ لو أقر بهما معا وذلك ربع النصف ثمن جميع المال فيضمه الى ما فى يد الابن المعروف فيقتسمانه نصفين لانهما تصادقا أن حقهما فى التركه سواء * وجه تخريج محمد رحمه الله أنه لو أقر بهما معا لكان المتفق عليه يأخذ من المقر خمس ما فى يده لانه يقول حقك فى سهم وحقي فى سهم وحق المجحود فى سهم الا أن السهم الذى هو حقك نصفه فى يدي ونصفه فى يد شريكى وهو مقر لك بذلك وانما تضرب فيما فى يدي بنصف سهم وأنا بسهم والمجحود بسهم فلهذا يأخذ خمس ما فى يده فاذا أقر بالمجحود أولا ودفع اليه نصف ما فى يده بقضاء القاضى لم يكن ذلك مضمونا فانما يضرب هو فيما بقي فى يده بسهم والمتفق عليه بنصف سهم فلهذا يأخذ ثلث ما فى يده وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فما دفعه زيادة على حقه محسوب عليه فيدفع الى المتفق عليه جميع ما كان يدفع أن لو أقر بهما معا وذلك خمس نصف المال فيضمه الى ما فى يد المعروف فيقتسمانه نصفين * ولو تصادق المقر بهما فيما بينهما أخذ الثانى من الابن المعروف الذى أقر به خاصة لانه يحتاج الى قسمة ما يأخذ مع الآخرين أيضا فيما بينهم ثم يأخذ منه ثلث ما فى يده لانه أقر له بثلث التركه نصف فى يده ونصف فى يد أخيه وهو يقر له بذلك فلا يأخذ منه الا ما أقر له به مما فى يده وذلك الثلث بمنزلة ابن للميت أقر بابنته فانها تأخذ منه ثلث ما فى يده فاذا أخذ كل ضمه الى ما فى يد الاول والمعروف لذى أقر بهما لانهم تصادقا أن حقهم فى التركة سواء فما يصل اليهم يقسم بينهم أثلاثا باعتبار تصادقهم وانما يتوى باخذ الابن الآخر زيادة على حقه ويكون عليهم بالحصة وما يبقى يبقى لهم بالحصة كما هو الحكم فى المال المشترك * ولو أن رجلا مات وترك ثلاثة اخوة له من أبيه وأمه

فاقتسموا المال بينهم أثلاثا ثم أقر أحدهم باخ للميت من أبيه وأمه فدفع اليه نصف مافي يده ثم أقر باخ آخر وصدقه فيه أحد اخوته المعروفين وتكاذب المقر بهما فيما بينهما فاذا كان دفع نصف ما في يده الى الاول بقضاء قاض أخذ منه الآخر خمس ما بقي في يده فضمه الى الذي أقر به خاصة فاقتسماه نصفين وان كان دفع النصف الى الاول بغير قضاء قاض دفع الي الثاني ربع ثلث جميع المال يضمه الى ما في يد الذي أقر به فاقتسماه نصفين في قول أبي يوسف وقال محمد ان كان دفع الى الاول بقضاء قاض دفع الى الثاني ثلث ما في يديه وان كان دفعه بغير قضاء قاض أخذ منه الآخر خمس ما بقي في يده فضمه الى الذي أقر به خاصة فاقتسماه نصفين وان كان دفع النصف الى الاول بغير قضاء قاض دفع الى الثاني ربع ثلث جميع المال فضمه الى ما في يده الذي أقر به فاقتسماه نصفين في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله ان كان دفع الى الاول بقضاء قاض دفع الى الثاني ثلث مافي يديه وان كان دفعه بغير قضاء قاض دفع الى الثاني خمس جميع المال فضمه الى مافي يد الذي أقر به فاقتسماه نصفين وجه تخريج أبي يوسف أن المقر زعم أن حق الثاني في خمس المال الا أن أحد اخوته المعروفين كذبه وصار هو مع ما أخذ كالمعدوم وانما نعتبر القسمة بين الباقين فمن حجته أن يقول للثاني انما أقررت بان لك ربع ما في أيدينا والذي في يد المصدق بك يصل اليك من جهته يبقي حقك فيما في يدي في سهم من أربعة وذلك ربع ثلث المال والباقي وهو ثلاثة بيني وبين المقر له الاول نصفان الا أني دفعت الى الاول زيادة على حقه بقضاء القاضي فلا يكون محسوبا على وانما يبقي ما في يده فانت تضرب بسهم وأنا بسهم ونصف فانكسر بالانصاف فأضعفه فيكون لي ثلاثة ولك سهمان فلهذا يأخذ منه خمسي ما في يده وان كان دفعه بغير قضاء فما دفع اليه زيادة علي حقه هو محسوب علي الدافع فيدفع الى الثاني جميع ما أقر له به وذلك ربع ثلث جميع المال ثم يضم ذلك الي ما في يد المصدق به فيقتسمانه نصفين لتصادقهما على أن حقهما في التركة سواء ووجه تخريج محمد أن المقر يقول للمقر له حقك في سهم ولكن نصف ذلك السهم في يدي ونصفه في يد المصدق لك وهو يصل اليك من جهته فأنت تضرب فيما في يدي بنصف سهم وأنا بسهم والمقر له الاول بسهم فيكون الثلث الذي في يدي بيننا أخماسا لك منه الخمس فان كان دفع الى الاول زيادة علي حقه بقضاء القاضي لم يكن ذلك محسوبا عليه وانما يبقى ما في يده يضرب فيه الثاني بسهم والمقر بسهمين فلهذا يأخذ ثلث ما بقي في يده

وان كان دفعه بغير قضاء كان ذلك محسوبا عليه فيدفع الي الثاني كمال حقه مما في يده وهو خمس جميع المال فيضمه الي ما في يد المصدق به فيقتسمانه نصفين لتصادقهما علي أن حقهما سواء وانما خرجا هذه المسئلة علي أن الذي كذب بهما مع ما أخذ صار في حكم المعدوم وهذا لانه انما أخذ ما أخذ بنسبه المعروف فلا يكون ذلك مضمونا علي أحد سواء كان أخذه بقضاء قاض أم لا ولو كان المقر به الآخر أقر به الاخوة المعروفون جميعا فان كان المقر بهما دفع النصف الى الاول بقضاء قاض دفع الي الثاني ثلث ما بقي في يده وان كان دفعه اليه بغير قضاء قاض دفع اليه خمس ثلث جميع المال فضمه الى ما في يد الاخوين المعروفين فاقتسموها أثلاثا لان المقر يقول للثاني حقك في خمس جميع المال والذي في يد أخوي لك بيني وبين الاول لي سهمان وله كذلك فان دفعك بغير قضاء فما دفعه زيادة علي حقه محسوب عليه فيدفع الى الثاني كمال حقه مما في يده وهو خمس ثلث جميع المال فيضمه الي ما في يد الاخوين المعروفين لانهم تصادقوا على أن حقهم سواء فيقتسمون ذلك أثلاثا ولم يذكر قول محمد الا في بعض النسخ فانه قال علي مذهبه التخريج بطريق السهام فالمقر له يقول للثاني حقك في سهم وحقي في سهم وحق الاول في سهم الا أن السهم الذى حقك ثلثه في يدي وثلثاه في يد كل واحد من الآخرين وهما مقران بك فانما تضرب فيما في يدى بثلث سهم وأنا بسهم والاول بسهم فاذا جعلت كل ثلث سهما كانت القسمة أسباعا للثاني سبع ما في يده فاذا كان دفع الى الاول بقضاء لم يغرم شيأ من ذلك فالمقر يضرب فيما في يده بثلاثة والثاني بسهم فيقسم ما في يده بينهما أرباعا وان كان دفعه بغير قضاء كان ذلك محسوبا عليه فيأخذ الثاني منه مقدار حقه مما في يده وهو ثلث جميع المال فيضمه الي ما في يد المعروفين فيقتسمونه بينهم أثلاثا ﻫ ولو أن رجلا مات وترك ابنا وابنة فأقرت الابنة بأخ لها وأنكره أخوها فانه يأخذ ثلثي ما في يد الابنة لانها أقرت أن حقه ضعف حقها فانها زعمت أن الميت خلف ابنين وابنة وأن المال بينهم علي خمسة لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم الا أن الابن المعروف أخذ زيادة علي حقه بنسبه المعروف فلا يكون شئ من ذلك مضمونا عليهما ولكن يجعل ذلك كالتاوى فيقسم ما في يده بينهما علي مقدار حقهما أثلاثا فان أعطته ذلك ثم أقرت بأخت من أبيها وصدقها فيها الابن المعروف المقر به الاول وصدقت هي به أيضا فانها تأخذ من الابن المعروف ربع ما في يده فتضمه الى ما في يد الابنة والمقر به الاول فيقتسمونه للذكر مثل حظ الانثيين لان الابن المعروف يزعم

أن الميت خلف ابنا وابنتين وأن المال بينهم أرباعا حق هذه فى ربع المال وبعض المال في يد الابنة والمقر له وحقها فى ذلك يصل اليها لاقرارهما به فاعا يأخذ مما فى يد الابن مقدار حقه مما فى يده وذلك ربع ما فى يده فيضمه الي ما فى يد الابنة والمقر به الاول فيقتسمونه للذكر مثل حظ الانثيين لتصادقهم فيما بينهم * ولو كانت المقر بها كذبت بالاول أخذت من الابنة المعروفة ثلاثة أثمان ما بقى فى يدها ان كانت أعطت الاول بقضاء قاض وان كانت أعطته بغير قضاء أخذت هذه الاخيرة منها سدس ثلث جميع المال فضمته الى ما فى يد الابن المعروف فيقتسمانه أثلاثا فى قول أبى يوسف وقال محمد رحمهما الله اذا أعطت الاول بقضاء قاض أخذت الثانية ربع ما فى يدها فضمته الى مافى يد الآخر فيقتسمانه على ثلاثة * وجه تخريج أبي يوسف أن الابنة زعمت أن حق الثانية فى سدس المال لانها تقول الميت ترك ابنين وابنتين فتكون القسمة من ستة لكل ابن سهمان ولكل ابنة سهم فاعا حق الثانية فى سهم من ستة من كل جزء من المال ونصيبها فى يد الابن المعروف يسلم لها من جهته يبقي حقها فى سهم مما فى يدها وما بقي وهو خمسة بينها وبين المقر به الاول أثلاثا للمقر به الاول ثلاثة وثلث وللمقرة سهم وثلثان فما دفعت الى الاول زيادة على حقه انما دفعت بقضاء قاض ولا يغرم شيأ من ذلك ولكن الثانية تضرب فيما بقى فى يدها بسهم وهى بسهم وثلثين فاذا جعلت كل ثلث سهما يصير حق المقرة خمسة وحق الثانية ثلاثة فلهذا أخذت منها ثلاثة أثمان ما بقى فى يدها وان كان الدفع بغير قضاء كان ذلك محسوبا عليها وانما تأخذ الثانية كمال حقها مما فى يدها وذلك سدس ثلث جميع المال فضمت ذلك الى ما فى يد الابن المعروف وقاسمته أثلاثا لتصادقهما فيما بينهما * ووجه تخريج محمد رحمه الله أن المقرة زعمت أن حق الثانية فى سهم ولكن ثلثا ذلك السهم فى يد الابن المعروف وهو مقر بها فاعا تضرب هى فيما فى يد المقرة بثلث سهم والمقرة بسهم والمقر به الاول بسهمين فاذا جعلت كل ثلث سهما كان ذلك عشرة أسهم لها عشر ما فى يدها وهو الثلث فان دفعت الى الاول زيادة على حقه بقضاء قاض لم يكن ذلك محسوبا عليها فلهذا أخذت ربع ما فى يدها وان كان الدفع بغير قضاء كان ذلك محسوبا عليها فتأخذ الثانية كمال حقها مما فى يدها وذلك عشر ثلث جميع المال * واذا ترك الرجل ابنين ومالا فاقتسماه نصفين ثم ان أحدهما أقر بأخوين له من أبيه معا فصدقه أحدهما فى أحدهما وتكاذب المقر بهما فيما بينهما فالذي أقرا به جميعا يأخذ من يد المقر بالاخوين ربع ما فى يده فيضمه الى ما فى يد الذى

أقر به خاصة فيقتسمانه نصفين في قول أبي يوسف وقال محمد يأخذ منه خمس ما في يده فيضمه الى ما في يد المقر خاصة فيقتسمانه نصفين وما بقي في يد الابن المقر بهما اقتسمه هو والابن الذى أنكره أخوه نصفين وأبو يوسف رحمه الله يقول ولو صدقه فيهما لكان يأخذ كل واحد منهما ربع ما في يد المقر بهما فكذلك اذا صدقه فى أحدهما يأخذ المتفق عليه ربع ما فى يد المقر اعتبار الحال تصديقه به خاصة بحال تصديقه بهما لان تكذيبه بالآخر لا يغير نصيبه فيما فى يده ومحمد يعتبر السهام فيقول فى زعم المقر أن حق المتفق عليه فى سهم ولكن نصف ذلك السهم فى يد المصدق وهو يصل اليه من جهته فانما يضرب المتفق عليه فيما في يد المقر بنصف سهم والمقر بسهم فلهذا يأخذ خمس ما فى يده وهذه المسئلة أصل هذه المسائل وكان من حقه أن يقدمها ولكنه قد ذكر هذه المسئلة فى كتاب الاقرار فلهذا بدأ بالتفريعات عليه هاهنا ثم أعاد المسئلة أيضا لتكون أوضح فى البيان فان تصادق المقر بهما فيما بينهما بدأ المتفق عليه بالذي أقر به خاصة لتصادقهما فيما بينهم ثم يأخذ منه ثلث ما فى يده لانه يزعم أن الميت ترك ثلاث بنين وأن حقه فى ثلث ما فى يده وثلث ما فى يد أخيه وانما يأخذ منه مقدار ما أقر له به مما فى يده فيضمه الى ما فى يد المقر بالاخوين فيقتسمونه لانهم تصادقوا أن حقهم فى التركة سواء * واذا ترك الرجل ابنا وامرأة فاقتسما المال ثم أقرت المرأة بابنين للمرأة معا وصدقها الابن فى أحدهما وتكاذب المقر بهما فيما فى يدهما فان الابن الذى أقر به الابن المعروف يأخذ مما فى يد المرأة وهو سبعة أجزاء من أربعة وعشرين جزأ فيضمه الي ما فى يد الابن المعروف فيقاسمه نصفين ورجع محمد رحمه الله عليه عن هذا وقال لا نأخذ مما فى يد المرأة شيأ وفى بعض النسخ ذكر رجوع أبي يوسف مكان رجوع محمد وقال ما فى يد المرأة بينها وبين الابن المجحود على عشرة أسهم له سبعة ولها ثلاثة وفى بعض النسخ قال ذلك بينهما على ثمانية لها سهم وللمجحود سبعة * فوجه ظاهر الرواية أن الذى أقر به الابن المعروف يأخذ مما فى يد المرأة سبعة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ولكل ابن سبعة فهى تزعم أن حق كل واحد من المقر بهما فى سبعة أسهم من أربعة وعشرين من التركة والذى فى يدها جزء من التركة فيدفع الى الذي أقر به الابن المعروف مقدار حقه مما فى يدها وذلك سبعة من أربعة وعشرين فيضمه الى ما فى يد الابن المعروف فيقاسمه نصفين لتصادقهما على أن حقهما سواء * ووجه رجوعهما عن هذا القول أن حق المرأة فى ثمن المال سواء كان للميت ابن أو ثلاث بنين وليس فى يدها

الا مقدار نصيبها وهو الثمن فهى انما أقرت للمتفق عليه بأن نصيبه فى يد الابن المعروف وذلك يصل اليه من جهته فلا يأخذ شيأ مما فى يدها (ألا ترى) أن الابن المعروف لو صدقها فيهما لم يأخذ واحد منهما شيأ مما فى يدها فكذلك اذا صدقها فى أحدهما ولكن المعاملة له مع الابن المعروف فيقاسمه فيما فى يده نصفين وتبقى معاملة المجحود مع المرأة في بعض النسخ بنى الجواب علي زعمها وهى زعمت أن حق المجحود فى سبعة من أربعة وعشرين وحقها فى ثلث فيضرب كل واحد منهما فيما فى يدها بحقه فلهذا كانت القسمة علي عشرة وفى بعض النسخ بنى على زعم الابن المجحود وفي زعمه أن الميت خلف ابنين وامرأة وأن القسمة من ستة عشر لها سهمان ولكل ابن سبعة فيضرب هو بسبعة وهى بسهمين فكانت القسمة بينهما على تسعة وفى بعض النسخ قال الابن المعروف لما كذب المجحود صار هو مع مافى يده فى حق المجحود كالمعدوم فيجعل كأن جميع التركة مافى يد المرأة وهى الوارثة مع المجحود فتكون القسمة بينهما على ثمانية لها الثمن وللمجحود سبعة أثمانه ولو تصادق المقر بهما فيما بينهما أخذ الابن المتفق عليه من الابن المعروف سبعة أسهم من ستة عشر سهما مما فى يده وانما بدأ به لحاجته الى مقاسمة ما يأخذ مع المقر به الآخر ثم فى زعم الابن الآخر المعروف أن الميت خلف ابنين وامرأة وأن القسمة على ستة عشر للمتفق عليه سبعة أسهم من ستة عشر سهما من جميع التركة والذى فى بعض التركة فيعطيه نصيبه من ذلك وهو سبعة أسهم من ستة عشر ثم يجمع الى مافي يد المرأة فيقسم بين المقر بهما والمرأة على سبعة من ستة عشر ثم يجمع الى ما فى يد المرأة فيقسم بين المقر بهما والمرأة على سبعة عشر سهما لانهم تصادقوا أن الميت خلف امرأة وثلاث بنين وأن القسمة من أربعة وعشرين لها ثلاثة ولكل ابن سبعة فيقسم ما وصل اليهم باعتبار زعمهم تضرب فيه المرأة وكل واحد من المقر بهما بسبعة فتكون القسمة بينهم على سبعة عشر سهما * واذا ترك الرجل ثلاثة بنين فاقتسموا المال ثم أقر أحدهم بثلاثة اخوة معا وصدقه أحد اخوته فى ابنين منهما وصدقه الآخر فى واحد من هذين وتكاذب الثلاثة فيما بينهم فانما يسمي كل واحد منهم ليكون أوضح فى البيان فالذى أقر به بالثلاثة نسميه الاكبر والذى صدقه فى الاثنين نسميه الاوسط والذى صدقه فى واحد نسميه الاصغر ثم نسمى الذى أقروا به جميعا متفقا عليه والذى أقر به اثنان مختلفا فيه والذى أقر به الاكبر خاصة نسميه مجحودا ثم نقول المتفق عليه يأخذ من الاكبر سدس ما فى يده ومن الاوسط خمس ما فى يده فيضمه الى ما فى يد

الاصغر ويقاسمه نصفين لان الا كبر زعم أن الميت ترك ستة بنين وان حق المتفق عليه فى سدس كل جزء من التركة والذي فى يده جزء من التركة فأخذ المتفق عليه منه سدس مافى يده لهذا والاوسط زعم أن الميت ترك خمسة بنين وأن حق المتفق عليه فى خمس التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيه خمس ما فى يده ثم يضم ذلك كله الى ما فى يد الاصغر فيقتسمانه نصفين لتصادقهما أن حقهما فى التركة سواء ثم يأخذ المختلف فيه من الا كبر خمس مافى يده لان الاصغر قد كذب به فهو مع مافى يده فى حقه كالمعدوم فانما تبقى المعاملة بين خمسة فالا كبر يزعم ان حقه فى خمس التركة وأن التركة فى حقه مافى يده وما فى يد الاوسط والاوسط مصدق به فانما يأخذ هو مما فى يد الا كبر خمس مافى يده لهذا ثم يضم ذلك الى ما فى يد الاوسط فيقاسمه نصفين وما بقى فى يد الا كبر بينه وبين المجحود نصفين لانهما تصادقا فيما بينهما فقد انكسر الحساب بالاخماس والاسداس فالسبيل أن يضرب خمسة فى ستة فتكون ثلاثين ثم تضعف ذلك للحاجة الى المقاسمة بالانصاف فمنه تخرج المسئلة وان كان الاصغر انما أقر بالذى أنكره الاوسط والمسئلة بحالها فان اللذين أقر بهما الاوسط يأخذان من الا كبر خمس مافى يده لان الاصغر يكذب بهما فيجعل هو كالمعدوم فى حقهما وانما يبقى المعتبر فى حقهما الا كبر والاوسط مع مافى يدهما ففى زعم الا كبر أن حق كل واحد منهما فى الخمس وأن مالهما فى يد الاوسط واصل اليهما من جهته فانما يأخذان مما فى يد الا كبر ماأقر لهما به وذلك خمسا مافي يده فيضمانه الى مافي يد الاوسط ويقتسمانه أثلاثا لتصادقهم فيما بينهم ويأخذ الابن الذى أقر به الثالث ثلث ما فى يد الا كبر لان الا كبر زعم أن حقه في سهم وحقي فى سهم الا أن السهم الذى هو حقه نصفه فى يدى ونصفه فى يد الاصغر فان الاوسط فى حقه كالمعدوم لانه مكذب به فانما يضرب هو فيما فى يده بنصف سهم والا كبر بسهم فلهذا يأخذ ثلث ما فى يده فيضمه الى ما فى يد الثالث ويقاسمه نصفين لتصادقهما فيما بينهما فان قيل كيف يستقيم مقاسمة الاولين مع الاوسط أثلاثا وهما مكذبان فيما بينهما قلنا نعم ولكن الاوسط مقر بهما والذى فى يد كل واحد منهما مثل مافى يد صاحبه وانما حاجتهما الى المقاسمة مع الاوسط وذلك لايختلف بتكاذبهما فيما بينهما وبتصادقهما فان كان الثلاثة المقر بهم صدق بعضهم ببعض والذى أقر به الثالث هو أحد الابنين اللذين أقر بهما الاوسط فان المتفق عليه ها هنا يبدأ بالاصغر لحاجته الى مقاسمة صاحبه بتصديقه بهما

فيأخذ من الاصغر ربع ما في يده لان الاصغر يزعم أن الميت ترك أربعة بنين وأن حق المتفق
عليه في ربع ما في يد الآخرين وذلك يصل اليه من جهتهما فلهذا يأخذ منه ربع ما في يده
ويأخذ الاوسط خمس ما في يده لان الاوسط يزعم أن الميت خلف ابنين لان حقه في
خمس كل جزء وفي يده جزء من التركة فيعطيه خمس ما في يده ويأخذ المختلف فيه من
الاوسط في حقه لان له ربع ما في يده وربع ما في يد الا كبر والا كبر مصدق به فلهذا
يأخذ ربع ما في يده ثم يجمعان ذلك كله الى ما في يد الابن المعروف وهو الا كبر فيقتسمون
ذلك مع المجحود على أربعة أسهم بينهم بالسوية لتصادقهم أن حقهم في التركة سواء ولو كان
الذي أقر به الثالث يأخذ منه ثلث ما في يده لان الثالث وهو الاصغر مقر له بثلث ما في يده
فان الاوسط في حقه كالمعدوم لانه مكذب له واذا صار هو كالمعدوم ففي زعمه أن الابن
للميت هو الا كبر وهذا الذي هو أقر به فلهذا يأخذ منه ثلث ما في يده ويأخذ اللذان أقر
بهما الاوسط نصف ما في يد الاوسط لان الاصغر في حقهما كالمعدوم فانه مكذب بهما يبقي
البنون أربعة في زعم الاوسط هو والا كبر وعلى هذا فلكل من واحد من هذين ربع التركة
باعتبار زعمه وفي يده جزء من التركة فاذا أخذ كل واحد منهما ربع ما في يده بزعمه عرفنا أنهما
أخذا مما في يده النصف ثم يجمعون ذلك كله الى ما في يد الا كبر فيقتسمونه على أربعة أسهم
لتصادقهم فيما بينهم * ولو أن رجلا ترك ابنين وامرأة فاقتسموا ماله ثم أقر الابنان جميعا
بامرأة للميت وكذبتهما المرأة فانها تأخذ من الابنين سهما من خمسة عشر لانهما أقرا أن
الميت ترك ابنين وامرأتين فتكون القسمة من ستة عشر لكل امرأة سهم ولكل ابن
سبعة وما أخذته المعروفة زيادة علي حقها فانما أخذت ذلك المعروف ولا يغرم الابنان شيأ
من ذلك ولكن يقسم ما في يدهما بينهما وبين المقر لهذا هي تضرب بسهم وكل واحد منهما
بسبعة فلهذا أخذت منهما سهما من خمسة عشر بينهم * ولو لم يترك الا ابنين فاقتسما المال ثم
أقر أحد الابنين بامرأة وأنكرها الآخر أخذت تسعى مافي يده لانه يزعم أن الميت خلف
امرأة وابنين وأن لها سهمين من ستة عشر ولكل ابن سبعة فهي تضرب فيما في يده بسهمين
وهو بسبعة فلهذا أخذت تسعى ما في يده فان وقع ذلك اليها بقضاء قاض ثم أقر بامرأة أخرى
وصدقه فيها أخوه وتكاذبت المرأتان فيما بينهما فانهما يأخذان مما في يد المقر بهما جزأ من

أربعة عشر جزأ وثمن جزء مما فى يده فيجمع ذلك الى ما فى يد الابن الآخر ويقاسمه علي تسعة أسهم لها سهمان وله سبعة فى قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله عليهما أخذ منه جزأ من خمسة عشر جزأ مما فى يده فيضمه الى ما فى يد الابن الآخر ويقاسمه أتساعا فاما تخريج قول أبي يوسف وهو أن فى زعم المقر أن حق الثانية فى نصف ثمن ما فى يديه وذلك سهم من ستة عشر جزأ وحق الاول في مثل ذلك الا أن مادفع الى الاول زيادة على حقها كان بقضاء القاضي ولا يكون مضمونا عليه فاذا أخذت الثانية سهما من ستةعشر يبقى هناك خمسة عشر بين المقر وبين الاولى للمقر سبعة وللاولي سهم فظهر أنحق الاول كان في ثمن خمسة عشر سهما وسبعة أثمان فان ثمن ثمانية واحد وثمن سبعة سبعة أثمان فاذارفعت من خمسة عشر سهما وسبعة أثمان يبقى عشر وثمن هذا حق المقر فيضرب فيما بقى فى يده بثلاثة عشر وثمن والثانية بسهم واحد فيصير ما بقى فى يده بينهما على أربعة عشر جزأ وثمن جزء وقد انكسر بالاثمان فالسبيل أن يضرب أربعةعشر وثمنا فى ثمانية فيكون ذلك مائةوثلاثة عشر كان حق الثانية فى سهم ضربته فى ثمانية فذلك ثمانية فهو لها فاذا أخذت ذلك ضمت الى ما فى يد الابن الآخر وتقاسمه علي تسعة أسهم لان الابن الآخر يزعم أن الميت خلف ابنين وامرأة فيكون لها سهمان من ستة عشر ولكل ابن سبعة فلهذا يقسم ما فى يده علي تسعة أسهم لها سهمان وله سبعة وأما على قول محمد رحمه الله يأخذ منهجزأ من خمسة عشر جزأ مما فى يده فيضمه الى ما فى يد الآخر فيقاسمه أتساعا لانه لو أقر مما فى يد شريكي وهو يقربك فاىما تضرب فيما فى يدى بنصف سهم وأنا بسبعة فانكسر بالانصاف فيضعفه فيصير حقها سهما وحق المقر أربعة عشر فلهذا أخذت منه جزأ من خمسة عشر جزأ فضمت الي ما فى يد الابن فيقاسمه أتساعا * ولو كان دفع الى الاول نصيبه بغير قضاء خذت الاخرى منه نصف ثمن نصيبه لانه قد أقر أن حقها فى نصف ثمن المال وفى يده جزء من المال وما دفع الى الاخرى زيادة علي حقه انما دفع بغير قضاء فيكون محسوبا عليه ويجعل كالقائم فى يده فيعطى الثانية كمال حقها مما فى يده وذلك نصف الثمن فيضمه الى الآخر ويقاسمه أتساعا لما بينا ولو تصادقت المرأتان فيما بينهما أخذت المرأة المجمع عليها من الابن الذي أقر بها وحدها ثمن ما فى يده لانه أقر أن حقهافى ثمن المال وفى يده جزء من

المال فيدفع ثمن ذلك اليها بحكم اقراره ثم يضمه الى ما فى يد المقر بهما ويقسم ذلك بينه وبين المرأتين على تسعة أسهم للمرأتين سهمان وللابن سبعة لانهم اتفقوا فيما بينهم على أن الميت خلف ابنين وامرأتين والقسمة من ستة عشر للمرأتين سهمان ولكل ابن سبعة فيجعل ما فى أيديهم مقسوما بينهم على هذا للابن سبعة ولكل امرأة سهم * ولو أن رجلا هلك وترك أخوين فأقر أحدهما بامرأة للميت وأنكرها الآخر أخذت من الذى أقر بها خمس ما فى يديه لان فى زعمه أن قسمة التركة من ثمانية للمرأة الربع سهمان ولكل أخ ثلاثة فزعمه معتبر فى حقه فهو يضرب فيما فى يديه بثلاثة والمرأة بسهمين فلهذا أخذت منه خمس ما فى يديه فاذا دفع اليها ثم أقر بأخ لهما وللميت وصدقه أخوه فيه وأنكر المقر به المرأة فان كان دفع للمرأة نصيبها بقضاء قاض أخذ منه الاخ خمسى ما بقى فى يده فيجمعه الى ما فى يد الاخ ومقاسمة نصف فى قول أبى يوسف يأخذ ثلث ما فى يده *وجه قول أبى يوسف أن المقر يزعم أن حق الباقى فى ربع المال لانه يقول الميت خلف امرأة وثلاثة اخوة فيكون للمرأة الربع ولكل أخ مثل ذلك وهو يقول للمقر له أما لو أقررت بك وبالمرأة معا كيف تأخذ منى ربع ما فى يدى سهما من أربعة يبقى ثلاثة بينى وبين المرأة نصفين لكل واحد سهم ونصف وقد أخذت هى زيادة على حقها وانما أخذت بقضاء القاضى فلا يكون ذلك محسوبا على فأنت تضرب فيما بيدى بسهم وأنا بسهم ونصف فبهذا الطريق يعطيه سهما من سهمين ونصف مما بقى فى يده وذلك خمسا ما فى يده لانه وقع الكسر بالانصاف فاذا أضعفته يكون خمسة وأما محمد رحمه الله فيقول المقر يقول للمقر له أنا قد أقررت بأن حقك فى سهم وحقى فى سهم وحق المرأة فى سهم ولكن السهم الذى هو حقك نصفه فى يدى ونصفه فى يد شريكى وهو مقر بك وما دفعته الى المرأة بقضاء القاضى لا يكون محسوبا على فانت تضرب فيما فى يدى بنصف سهم وأنا بسهم فلهذا يعطيه ثلث ما فى يده ويضمه الى ما فى يد الآخر فيقاسمه نصفين لانهما تصادقا على أن حقهما فى التركة سواء وان كان دفع الى المرأة نصيبها بغير قضاء أخذ منه المقر به جميع نصيبه لانه أقر أن حقه فى ربع كل شئ وما دفعه الى المرأة بغير قضاء القاضى محسوب عليه ويجعل كالقائم فى يده فلهذا يعطيه ربع جميع نصيبه فيضمه الى ما فى يد الآخر فيقسم نصفين وان كان الاخ المقر به قد صدق بالمرأة فانه يأخذ من الاخ الذى أقر به وحده ثلث ما فى يده لان الذي أقر به وحده زعم أن الميت انما خلف ثلاث

اخوة وأن المال بينهم أثلاثا فهو مقر لهذا الاخ بثلث ما في يده فيأخذ ذلك منه ويضمه الى ما في يد المرأة والآخ المقر بهما فيقتسموه أثلاثا لانهم يتصادقون فيما بينهم أن حقهم في الذكر سواء وأن لكل واحد منهم ربع التركة فما يصل الى يدهم يقسم بينهم باعتبار تصادقهم

* ولو هلك وترك ابنين فاقر أحدهما بامرأتين معا وصدقه أخوه في احداهما وكذبه في الاخرى وتكاذبت المرأتان فيما بينهما فان المرأة التي أقر بها الاثنان تأخذ من الابن الذي أقر بهما نصف ثمن نصيبه لانه يزعم أن الميت خلف ابنين وامرأتين وأن حق كل امرأة في نصف الثمن سهم من ستة عشر وفي يده جزؤ من التركة فتأخذ منه نصف ثمن ذلك وتضمه الي ما في يد الابن الآخر وتقاسمه أتساعا لان الابن الآخر يزعم أن الميت خلف ابنين وامرأة وأن للمرأة سهمان من ستة عشر ولكل ابن سبعة فما تحصل في يدهما من التركة يقسم بينهما علي زعمهما يضرب فيه الابن بسبعة والمرأة بسهمين ويقاسم الابن المقر بهما المرأة الباقية مافي يديه علي ثمانية لان في زعمه حقها في سهم وحقه في سبعة فما بقي في يده يقسم بينهما على ذلك فان أقر الاثنان بعد ذلك باخ لهما من أبيهما وأنكرت المرأتان وأنكرهما هو أيضا وقد كان الاثنان دفعا الى المرأتين نصيبهما بغير قضاء قاض أخذ من كل واحد من الابنين الثلث من جميع نصيبه بعد الثمن لانهما زعما أن للمرأة الثمن وأن الباقي بينهما أثلاثا وقد دفعا الى المرأتين زيادة على حقهما بغير قضاء قاض فيجعل ذلك محسوبا عليهما فانما يدفعان الى المقر له الثلث مما أصاب كل واحد منهما بعد الثمن باعتبار زعمه وان كان الدفع بقضاء القاضي أخذ كل واحد منهما ثلث ما بقي في يده لان ما دفعا الى المرأتين زيادة على حقهما كان بقضاء فلا يكون مضموما عليهما فلهذا يدفع كل منهما الى المقر له ثلث مابقي في يده ولم يذكر في هذا الفصل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي المختصر في بعض نسخ الاصل ذكر أن المرأة التي اجتمع عليها ابنان تأخذ من الذي أقر بهما جميعا على قول محمد رحمه الله سهما من سبعة عشر سهما مما في يده فيضمه الى مافي يد المقر بهما خاصة فيقتسمانه على تسعة وهو صحيح على أصل محمد رحمه الله في اعتبار السهام لانه يقول أنا قد أقررت لك بان حقك في سهم وحق الاخرى في سهم وحقي في سبعة ولكن السهم الذي هو حقك نصفه في يد أخي وهو مصدق بك فانك تضربين فيما في يدي بنصف سهم والاخرى بسهم وأنا بسبعة فتكون القسمة على ثمانية ونصف انكسر بالانصاف فأضعفه فيكون سبعة عشر فهذا الطريق تأخذ منه سهمان

من سبعة عشر سهما * ولو هلك وترك ثلاث بنين فأقر أحدهم بثلاث نسوة لابيه وصدقه أحد الابنين فى امرأتين منهن وصدقه الثالث فى احدى هاتين وتكاذب النسوة فيما بينهن فانما نسمى المرأة التي أقر بها البنون مجمعا عليها والتى أقر بها اثنان مختلفا فيها والثالثة مجحودة والابن الذى أقر بثلاث نسوة الاكبر والذى أقر بامرأتين الاوسط والذي أقر بواحدة الاصغر ثم نقول المجموع عليها تأخذ من الاكبر ثلث ثمن نصيبه ومن الاوسط نصف ثمن نصيبه فتضمه فيهامن الاكبر جزأ من سبعة عشر جزأ من نصيبه فتضمه الى ما فى يد الاكبر بينه وبين المجحودة على ثمانية أسهم لها سهم وله سبعة فى قول أبى يوسف *ووجه تخريجه أن الاكبر أقر أن الميت خلف ثلاث نسوة وثلاث بنين وأن القسمة من أربعة وعشرين لكل امرأة سهم وذلك ثلث الثمن فالمجمع عليها تأخذ مما فى يد الاكبر مقدار ما أقر لها به فى يده وذلك ثلث ثمن نصيبه جزأ من أربعة وعشرين وتأخذ من الاوسط نصف ثمن نصيبه لان الاوسط يزعم أن الميت خلف امرأتين وأن لكل واحدة منهما نصف الثمن فالمجمع عليها تأخذ مما فى يده نصف الثمن باعتبار اقراره ثم يضم جميع ما أخذت الى ما فى يد الاصغر فيقاسمه على عشرة أسهم لانهما يتصادقان فيما بينهما أن الميت خلف ثلاث بنين وامرأة واحدة وأن لها ثلاثة من أربعة وعشرين ولكل ابن سبعة مما فى أيديهما يقسم باعتبار تصادقهما يضرب فيه الابن بسبعة والمرأة بثلاثة والمختلف فيها تأخذ من الاكبر جزأ من سبعة عشر من نصيبه من قبل أن الاصغر يكذب بها ولا تعتبر سهامه فى حقها يبقى حق الاكبر فى سبعة وحق الاوسط فى سبعة وحق النسوة فى ثلاثة فاذا جمعت هذه السهام كانت سبعة عشر فانما أقر لها بسهم من سبعة فلهذا أخذت ممافى يده جزأ من سبعة عشر جزأ يضم ذلك الي مافى يد الاوسط ويقاسمه على سبعة عشر سهما للمرأة ثلاثة وللاوسط أربعة عشر لان فى زعم الاوسط أن الثمن بين المرأتين نصفان وذلك ثلاثة من أربعة عشر لكل واحد سهم ونصف ولكل ابن سبعة فيضرب هو فيما حصل فى أيديهما بسبعة والمختلف فيها بسهم ونصف انكسر بالانصاف فأضعفه فيكون سبعة عشر لها ثلاثة وله أربعة عشر ثم المجحودة تقاسم الاكبر مابقى فى يده على ثمانية لان فى زعم الاكبر أن حقها فى سهم وحقه فى سبعة فما بقى فى يده يقسم بينهما على هذا فيكون على ثمانية لها سهم وله سبعة * وأما فى قول محمد فالمجمع عليها تأخذ من الاكبر سهما من ستة وعشرين سهما ونصف سهم فتضمه الى ما فى يد الاوسط والاصغر فيجعل كل واحد منهما

نصف ذلك وانما أخذت من الاكبر هذا المقدار لان الاكبر يزعم أن حقها فى ثلث الثمن وحق المختلف فيها فى نصف ثمن وحق المجحودة فى ثمن وحقه فى سبعة أثمان وثلث الثمن سهم من أربعة وعشرين ونصف الثمن سهم ونصف والثمن ثلاثة فخذه فى أحد وعشرين وهو سبعة أثمان وحق المجحودة فى ثلث وحق المختلف فيها فى سهم ونصف وحق المجمع عليها فى سهم فاذا جمعت هذه السهام كانت ستة وعشرين ونصفا فلهذا أخذت مما فى يده سهما من ستة وعشرين ونصف ثم يضم ذلك الى ما فى يد الآخرين نصفين ليتيسر معاملتهما فى المقاسمة معها وتأخذ المختلف فيها مما فى يد الاكبر سهما ونصفا من ستة وعشرين ونصف سهم لما أن حقهما فيما يده هذا المقدار لان الاصغر مكذب بها فاذا أخذت ذلك ضمت الى ما فى يدى الاوسط ثم تأخذ المجمع عليها من الاوسط سهما ونصفا من ثمانية عشر سهما نصف الثمن وأن حق المختلف فيها فى ثلاثة وحقه فى أربعة عشر وهو سبعة أثمان فاذا جمعت هذه السهام كانت ثمانية عشر ونصفا فيأخذ منه سهما ونصفا من ثمانية عشر ونصف لهذا ويضمه الى ما فى يد الاصغر فيقاسمه علي عشرة أسهم لها ثلاثة وله سبعة لانهما تصادقا علي أن حقهما فى ثمن المال ثلاثة من أربعة وعشرين وأن حقه فى سبعة فيقتسم مافى يده بينهما علي هذا ثم يقاسم الاوسط مع المختلف فيها ما بقي فى يده على سبعة عشر سهما لتصادقهما علي أن حق الاوسط فى أربعة عشر وحقها فى ثلاثة فيقاسم الاكبر المجحودة ما بقي على ثمانية لتصادقهما أن حقها فى سهم وحقه فى سبعة * ولو كانت المرأة التى أقر بها الاصغر هى التي أنكرها الاوسط والمسئلة بحالها أخذت تلك المرأة من الاكبر جزأ من نصيبه لان الاوسط مكذب بها فيسقط اعتبار سهامه فى حقها وذلك سبعة من أربعة وعشرين يبقي سبعة عشر فلهذا أخذت منه سهما من سبعة عشر مما فى يده وضمت ذلك الى ما فى يد الاصغر فيقاسمه على عشرة لها ثلاثة وله سبعة لتصادقهما علي هذا واللتان أقر بهما الاوسط تأخذان من الاكبر جزئين من سبعة عشر جزأ من نصيبه لان الاصغر مكذب بهما فلا تعتبر سهامه فى حقهما وذلك سبعة يبقى سبعة عشر فلهذا أخذنا منه سهمين من سبعة عشر ثم يضمان ذلك الي مافى يد الاوسط ويقاسمهما على عشرة أسهم للمرأتين ثلاثة وللاوسط سبعة لان الاوسط مقربان حقهما فى ثلاثة من أربعة وعشرين وهو الثمن وحقه فى سبعة فان تصادق النسوة فيما بينهن والتى أقر بها الآخر احدى المرأتين اللتين أقر بهما الاوسط فان المجحودة تأخذت من

الاصغر ثمن نصيبه لانه أقر لها بثمن جميع التركة وفي يده جزأ من التركة فتأخذ منه ثمن ما في يده وتأخذ من الاوسط نصف ثمن نصيبه لان الاوسط أقر بان الثمن بينها وبين الاخرى نصفان لها نصف ثمن التركة وفي يده جزأ من التركة فيعطيها نصف ثمن ذلك وتأخذ المختلف فيها من الاوسط جزأ ونصفا من سبعة عشر جزأ من نصيبه لان الاصغر مكذب بها فتطرح سهامه وذلك سبعة من أربعة وعشرين يبقى سبعة عشر وقد أقر لها بنصف الثمن وهو سهم ونصف فلهذا أخذت مما في يده سهما ونصفا من سبعة عشر سهما ثم يجمع ما في يد النسوة الى ما في يد الاكبر فيقتسمون ذلك على عشرة أسهم للنسوة ثلاثة ولكل ابن سبعة فما يجمع في أيديهم يقسم بينهم على ما تصادقوا * ولو كان الاصغر انما أقر بالتي أنكرها الاوسط والمسئلة على حالها أخذت تلك من الاصغر ثلاثة أجزاء من سبعة عشر جزأ من نصيبه لان الاوسط مكذب بها فيسقط اعتبار نصيبها في حقه وقد أقر الاصغر لهذه بثمن كامل فلهذا تأخذ منه ثلاثة أسهم من سبعة عشر سهما من نصيبه لان الاصغر يكذب بهما فيسقط اعتبار سهامه في حقهما والاوسط أقر لهاتين بثمن كامل فلهذا تأخذان منه ثلاثة أسهم من سبعة عشر من نصيبه ثم يجمع ما في يد النساء الى ما في يد الاكبر ويقسم ذلك بينه وبينهن على عشرة له سبعة ولكل امرأة سهم لانهم تصادقوا فيما بينهم على أن القسمة من أربعة وعشرين وأن لكل ابن سبعة ولكل امرأة سهم فما يجمع في أيديهم يكون مقسوما بينهم على ما تصادقوا عليه * واذا تركت المرأة زوجها وأبويها فأقر الزوج بثلاث بنين للمرأة من غيره وصدقته الام في اثنين منهم وصدقه الاب في الثالث وتكاذب البنون فيما بينهم فان الابنين اللذين أقرت بهما الام يأخذان من الزوج الثلث من نصيبه وثلث خمس نصيبه فيضمانه الي نصيب الام ويقتسمونه على أربعة عشر سهما للام أربعة ولكل ابن خمسة ويأخذ الابن الذى أقر به الاب من الزوج السدس من نصيبه فيجمعه الي نصيب الاب ويقاسمه على سبعة للابن خمسة وللاب سهمان وفي رواية أبي حفص رحمه الله قال يأخذ الابنان اللذان صدقت بهما الام من الزوج خمس نصيبه وثلث خمس نصيبه أما أصل الفريضة قبل الاقرار فمن ستة للزوج النصف ثلاثة وللام ثلث ما بقي وهو سهم والباقي للاب فاذا اقتسموا بهذه الصفة ثم وجد الاقرار كما بينا فيبدأ بالابن الذى أقر به الاب فنقول يأخذ من الزوج السدس من نصيبه في الروايتين جميعا لان الزوج يزعم أن الميت ترك ثلاث بنين وزوجا وأبوين أصله

من اثنى عشر للزوج الربع ثلاثة وللابوين السدسان أربعة والباقى وهو خمسة بين البنين لا ينقسم أثلاثا فيضرب اثنى عشر فى ثلاثة فيكون ستة وثلاثين للزوج تسعة وللابوين اثنا عشر لكل واحد منهما ستة والباقى وهو خمسة عشر بين البنين الثلاث لكل واحد منهم خمسة ثم يطرح نصيب الام فى حق هذا الابن لانها كذبت به فلذا طرحنا من ستة وثلاثين الثلث فلهذا أخذ من الزوج سدس ما فى يده فيضمه الى ما في يد الاب ويقاسمه على سبعة باعتبار زعمهما لانهما يقولان الورثة زوج وأبوان وابن والقسمة من اثنى عشر للزوج الربع وللابوين السدسان والباقى وهو خمسة للابن والابن يضرب فيما وصل اليهما بخمسة والاب بسهمين فتكون القسمة على سبعة فأما الابنان اللذان صدقت بهما الام فقد قال فى رواية أبى حفص يأخذان من الزوج خمس نصيبه وثلث خمس نصيبه وثلث خمس نصيبه وهذا غلط من الكاتب والصحيح ثلثى خمس نصيبه لان حقهما يطرح من نصيب الابن فى المقاسمة مع الزوج لانه كذب بهما وفى زعم الزوج أن حقهما فى عشرة أسهم وهما يأخذان عشرة من ثلاثين مما فى يده وذلك خمس نصيبه وثلثا خمس نصيبه صار على خمس لخمسة ستة وثلثا خمسه أربعة فذلك عشرة وفى رواية أبى سليمان رحمه الله قال يأخذان منه ثلث نصيبه وثلث خمس نصيبه لانهما يقولان له لو أخذنا منك عشرة فقط كنت على جميع حقك لانه يبقى لك خمسة عشر وفي يدك نصف المال فقد صار على ثلاثين لجميع المال يكون ستين الربع منه خمسة عشر وقد وافقنا علي أن الاب أخذ فوق حقه لان حقه السدس وقد أخذ الثلث فلا يجوز ضرر الزيادة علينا خاصة بل يكون علينا وحقك على ما زعمت فى تسعة فادفع أنت تسعة ونحن ندفع عشرة ويبقى فى يدك ستة لان ما فى يدك صار على ثلاثين وقد دفعت الى الابن الذى أقر به الاب خمسة والينا عشرة ودفعت أنت تسعة يبقى ستة فهذه الستة تقسم بيننا و بينك على اعتبار أصل حقنا وحقك فى خمسة عشر وحقنا فى عشرة الا أن الزوج يقول لهما وحق الابن الا خر مع حق لانى مقر له وقد أخذ هو منى فيصير حقنا فى الاصل عشرين وحقكما عشرة فتقسم هذه الستة بينهم أثلاثا للابنين من ذلك سهمان فتبين أن جميع ما أخذ من الزوج اثنا عشر سهما من ثلاثين وذلك ثلث نصيبه وثلث خمس نصيبه لان ثلث نصيبه عشرة وثلث خمس نصيبه سهم ثم يضمان ذلك الى نصيب الام ويقتسمونه على أربعة عشر سهما لان بزعمهم أن الميت خاف زوجا وأبوين والابنين وأن القسمة من أربعة وعشرين للزوج ستة وللام أربعة

وللاب كذلك والباقي وهو عشرة بين الابنين نصفان فيضرب كل واحد منهما فيما اجتمع فى أيديهم بخمسة والام بأربعة فتكون القسمة بينهم على أربعة عشر سهما فان تصادق البنون فيما بينهم فان الذى أقر به الاب يأخذ منه نصف نصيبه ويأخذ الآخران من الام نصف نصيبها فيقسم جميع ذلك مع ما فى يد الزوج على أربعة وعشرين سهما أما الذى أقر به الاب يأخذ منه نصف نصيبه لان فى يد الاب ثلث التركة وقدم أن حقه السدس وأن مازاد على السدس مما فى يده نصيب الابن فعليه أن يدفع ذلك اليه وذلك نصف نصيبه واللذان أقرت بهما الام قال فى رواية أبى سليمان يأخذان منها نصف نصيبها أيضا لان حقها مثل حق الاب وقد أقرت هى أيضا بابنين للميت كما أقر الاب بابن فكما أن الذى أقر به الاب يأخذ منه نصف نصيبه فكذلك يأخذان هذان من الام نصف نصيبها ليكون الباقى لها مثل نصف ما بقى للاب *وفى رواية أبى حفص قال لا يأخذ ورثة الام شيأ وهو الصواب لان فى يد الام سدس التركة ولا ينقص نصيبها عن السدس مع البنين كيف يأخذان منها شيأ وبين جميع الورثة اتفاق أن حقها السدس وانما يفضل الاب على الام عند عدم الولد فاما بعد وجود الولد فحقها مثل حقه وقد بقي فى يد الاب سدس التركة فينبغى أن يسلم لها من التركة السدس ونصيب هذان يصل اليهما من محله لوجود الاقرار من الزوج والابن الثالث لهما فلهذا لا يأخذان منها شيأ ولكن يقسم ما اجتمع فى يد الزوج والبنين بينهم على أربعة وعشرين لاعتبار زعمهم وقد زعموا أن القسمة من ستة وثلاثين وأن للزوج تسعة وللبنين خمسة عشر فاذا جمعت ذلك كان أربعة وعشرين * ولو لم يتصادقوا فيما بينهم ولكن اللذان أقرت الام بهما صدق الام أحدهما بالذى أقر به الاب وكذبا جميعا بالباقى وكذبا بهما فان اللذين تصادقا فيما بينهما يأخذان من الزوج ثلث نصيبه فيجمعانه الى مافى يد الاب فيقسمونه على أربعة عشر أربعة للاب وعشرة للابنين نصفان هكذا ذكر فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص زيادة وهو الصواب فانه قال الذى أقرت به الام من هذين اللذين تصادقا يأخذ سهما أولا ربع ما فى يدها لان الام تزعم أن القسمة من أربعة وعشرين وأن حق هذا فى جميعه الا أن الاب قد كذب به فيطرح نصيب الاب في حقه وذلك أربعة يبقى عشرون فحقه فى خمسة من ذلك وخمسة من عشرين هو الربع فلهذا أخذ منها ربع ما في يدها ثم يأخذان من الزوج ثلث نصيبه لان بزعم الزوج القسمة من ستة وثلاثين الا أنه يطرح من ذلك ستة لان الاب يكذب بأحدهما والاخ

بالآخر فلابد من أن يطرح نصيب أحدهما في مقاسمة الزوج مع هذين فاذا طرحنا ستة يبقى ثلاثون فيأخذان منه عشرة من ثلاثين وهو الثلث ويجمعان ذلك الى ما فى يد الاب فيقسمونه على أربعة عشر لان بزعمهما القسمة من أربعة وعشرين للاب أربعة ولكل واحد منهما خمسة فلهذا يسهم بينهم على أربعة عشر * فان قيل كيف يستقيم هذا والاب يكذب باحدهما * قلنا نعم ولكن لو اعتبرنا المقاسمة بين الاب وبين الذى صدق به خاصة أدى الى الدور لان ما يأخذه الذي صدق به الاب لا يسلم له ولكنه يقاسم الآخر لتصادقهما فيما بينهما ثم يرجع على الاب فيقاسمه للتصادق فيما بينهما فلا يزال يدور هكذا فلضرورة الدور قلنا بان الاب يقاسمهما خمسا وهذا لان نصيب الاب لا يختلف بعدد البنين سواء كان الابن واحدا أو أكثر كان للاب السدس فلهذا جعلنا تصديقه في أحدهما كتصديقه فيهما فى المقاسمة اذا تصادقا بينهما ثم يأخذ الابن الباقى ستة أجزاء ونصف جزأ من ثلاثين جزأ من نصيب الزوج لان الاب يكذب به فيطرح نصيبه فى المقاسمة بينه وبين الزوج فتكون القسمة من ثلاثين الا أنه يقول للزوج قد دفعت الى أب الاخوين عشرة فلو دفعت الى خمسة فقط تبقى خمسة عشر وذلك ربع جميع التركة فلا يدخل عليك من ضرب النقصان شئ وقد دفعت عشرين فادفع أنت تسعة تبقي ستة فهذه الستة تقسم بيننا وبينك على مقدار حقنا وحقك وانما حقك فى التركة خمسة عشر وصل اليك ثلاثة أخماس حقك يبقي حقك فى خمسين وذلك ستة وحقنا فى جميع التركة بزعمك خمسة وعشرون وصل الينا خمسة عشر يبقي عشرة وذلك خمسا نصيبنا وقد أخذ الابنان حقهما وزيادة تبقي قسمة هذه الستة بيني وبينك فانا أضرب بخمسى حقى وذلك سهمان وأنت تضرب بستة فتكون قسمة هذه الستة بيننا أرباعا لى ربعه وربع ستة سهم ونصف فاذا أخذت منه سهما ونصفا مع الخمسة يكون ستة ونصفا فلهذا قال يأخذ ستة ونصفا من ثلاثين من نصيب الزوج * قال الحاكم غلط فى هذا الجواب فى نصف سهم والصواب أنه يأخذ منه ستة أجزاء فقط هكذا قاله ابن منصور لانه يصل اليه بعض نصيبه من جهة الام فانها مصدقة فلا يضرب فى الستة الباقية معه بسهمين ولكن انما يضرب بسهم وخمس والزوج يضرب بستة فتكون قسمة هذه الستة بينهما أسداسا للابن منه سهم وقد أخذ منه خمسة فظهر أنه انما يأخذ منه ستة فقط فيضمه الى نصيب الام ويقاسمها على تسعة للام أربعة وللابن خمسة لانهما تصادقا على أن القسمة من أربعة وعشرين

وأن نصيب الام أربعة ونصيب الابن خمسة فما يجتمع فى أيديهما يقسم بينهما على ذلك * واذا مات الرجل وترك ابنا فأقر الابن باخ له من أبيه فاعطاه نصف مافي يده ثم ان الابن المقر له أقر باخ لهما وقال المقر به للآخر أنا ابن الميت وأما أنت فلست له بابن فقد كذب الاخ الابن المعروف فيك لم يلتفت الى قوله ولا يأخذ مما فى يد هذا المقر الا نصف ما فى يده وذكر فى كتاب الفرائض اذا أقر بامرأة ودفع اليها نصيبها ثم أقرت المرأة بابن فقال المقر به أنا ابن الميت وأما أنت فلست بامرأة له فانه يأخذ منها جميع ما فى يدها وكذلك لو كان الميت امرأة فأقر ابنها بزوج ودفع اليه نصيبه ثم أقر الزوج بابن فقال المقر به أنا ابن لها وأنت لست بزوج لها فانه يأخذ منه جميع ما في يده * وقال زفر رحمه الله فى الفصلين جميعا يأخذ المقر به الآخر من المقر جميع ما فى يده وهو القياس لانهما تصادقا على نسب المقر به الآخر ولم يوجد التصادق فى حق المقر به الاول فمن تصادقا عليه يكون أولى بالمال بمنزلة ما لو مات رجل وله ابنان قد كانا عبدين فقال أحدهما لصاحبه عتقنا جميعا قبل موت الاب وقال الآخر أما أنا فعتقت قبل موته وأما أنت فانما عتقت بعد موته فانه يكون المال كله للذى اتفق أنه عتق قبل موته وعن أبى يوسف قال فى الفصلين لا يأخذ المقر به الاخر الا مقدار حصته مما فى يد الاول على ما أقر له به ولا يعتبر تكذيبه به فان الاول يقول استحقاقك انما يثبت باعتبار اقرارى فاذا كنت غير وارث كما زعمت لا يثبت لك باقرارى شئ وأنت تأخذ شيأ من التركة فمن ضرورة أخذك الشئ من التركة باعتبار اقرارى الحكم بقرابتى ونفذ الحكم بذلك ولا يعتبر تكذيبك فى * وأما وجه ظاهر الرواية فى الفرق بين الفصلين أن الزوج والمرأة انما يأخذان الميراث بسبب ليس بقائم فى الحال فان النكاح يرتفع بالموت وانما يأخذان بنكاح قد كان فى حالة الحياة فليس من ضرورة الحكم به فى حق الاول الحكم به فى حق الثانى وقد كذب الثانى بهما فلا تكون لهما المزاحمة معه فى استحقاق التركة فاما ذو القرابة فانما يستحق التركة بسبب قائم فى الحال وهو سبب لا يحتمل الرفع بعد ثبوت وقد جرى الحكم به حين أخذ شيأ من التركة من الابن المعروف فلا يعتبر تكذيب الثانى فى حقه فلهذا لا يأخذ من المقر به الاول الا نصف مافى يده وكذلك لو لم يقر الابن المعروف باخ ولكنه أقر أن لهذا الرجل على الميت ألف درهم وأنكر صاحب الالفين لا يأخذ من الالفين الا الثلثين لان تكذيبه بعد ماجرى الحكم فى الدين بالدين الاول غير معتبر (ألا ترى) أنا لو أبطلنا حق صاحب

الالف بهذا التكذيب فاقر صاحب الالفين بالف لآخر وكذبه المقر له بدين صاحب الالفين نأخذ منه خمسي الالف حتى تناسخ ذلك عشرة ثم ان العاشر أقر للاول الذى أقر له الوارث فانه يأخذ هو الالف منه ثم يأخذون منه حتى يدور عليهم جميعا ولا يزال يدور كذلك فهذا لا يستقيم ولكن الحكم فيه ما بينا أن تكذيبه لا يعتبر بعد ما حكمنا بدفعه * واذا ترك الرجل ثلاثة بنين فأقر أحدهم بابنين وصدقه الآخران فى أحدهما وتكاذب الاثنان فيما بينهما فان المتفق عليه يأخذ من الذى أقر بهما خمس ما فى يده فى قول أبي يوسف وفى قول محمد سبع ما فى يده لان المقر بهما يزعم أن الميت ترك خمسة بنين وان حق المتفق عليه فى خمس التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيه خمس ما فى يده (ألا ترى) أن الآخرين لو صدقاه فيهما كان يأخذ كل واحد منهما منه خمس ما فى يده فتكذيبهما بالآخر لا يغير الحكم فيما بينهما ومحمد رحمه الله يقول المقر يقول للمتفق عليه حقى فى سهم وحق المجحود فى سهم وحقك فى سهم الأن ثلثى سهمك فى يد الآخرين وقد صدقا بك متحملا علي ثلثى ما بيدك فأنت تضرب فيما فى يدى بثلث سهم وأنا بسهم والمجحود بسهم فجعلنا كل ثلاثة سهما فلهذا نأخذ سبع ما فى يده فنضمه الى ما فى يد الآخرين ويقتسمون ذلك أثلاثا لتصادقهم علي أن حقهم فى التركة سواء * ولو أقر أحدهم بابنين فصدقه أحد اخوته فى أحدهما وكذبه الثالث فيهما وتكاذبا فيما بينهما أخذ الابن الذى أقر به الاثنان من المقر بهما ربع ما فى يده فى قول أبي يوسف لان الذي كذب بهما لا يعتبر فى المقاسمة بين المقر والمقر به واذا سقط اعتباره يجعل كأن المعروف اثنان والتركة ما فى أيديهما فأقر أحدهما بابنين وصدقه الآخر فى أحدهما وقد بينا فى هذا بعينه أن على قول أبي يوسف يأخذ المتفق عليه من المقر ربع ما فى يده وعلي قول محمد خمس ما فى يده فكذلك فى هذا الفصل وفائدة هذه الاعادة بيان أنه لا يتقيد بالذي أنكرهما جميعا ولا يدخل نصيبه فى شئ من فريضتهما فيكون ايضاحا لجميع ما سبق واذا تركت المرأة زوجها وأختها وأمها فأقرت الاخت بأخ لها وصدقها في ذلك الزوج وكذبتها الام فان الفريضة من عشرين سهما والحاصل أن هاهنا فريضتان فريضة معروفة بدون اعتبار الاقرار وفريضة مجهولة باعتبار الاقرار فالمقاسمة بين المقرة وسائر الورثة علي الفريضة المعروفة وبين المقرة والمصدق والمقر به علي الفريضة المجهولة فأما الفريضة المعروفة فهى عولية من ثمانية لان للزوج النصف ثلاثة من ستة وللاخت النصف ثلاثة وللام الثلث سهمان فتكون القسمة من ثمانية للام سهمان وهو الربع والفريضة

المجهولة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام السدس سهم والباقي بين الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين أثلاثا لا يستقيم فيضرب ستة فى ثلاثة فيكون ثمانية عشر للزوج تسعة وللام ثلاثة والباقي بين الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين فما فى يد الزوج والاخت وهو ثلاثة أرباع التركة تكون مقسومة على الفريضة المجهولة من خمسة عشر سهما واذا صار ثلاثة أرباع المال على خمسة عشر كان جميع المال على عشرين سهما للام من ذلك الربع خمسة باعتبار الفريضة المعروفة وللزوج من الباقي تسعة وما بقي هو ستة بين الاخ والاخت للاخ أربعة وللاخت سهمان فان أنكر الزوج أيضا فان الاخت قد أقرت للزوج بأمر هو أكثر لنصيبه لو صدقها فاذا لم يصدقها فالفريضة من أربعين سهما وبيان هذا الكلام أن باعتبار الفريضة المعروفة للزوج ثلاثة أثمان المال وباعتبار الفريضة المجهولة على ما أقرت الاخت به للزوج نصف المال كاملا فعرفنا أنها أقرت للزوج بالزيادة فاذا كذبها الزوج فى ذلك كانت الفريضة من أربعين لان الفريضة المجهولة من ستة والفريضة المعروفة عولية من ثمانية وقد صارت القسمة من عشرين كما بينا فالزوج يدعى أن حقه فى ثلاثة أثمان وذلك سبعة ونصف والاخت تقر له بتسعة من ثمانية عشر فما زاد على سبعة ونصف الى تمام تسعة وهو سهم ونصف قد أقرت الاخت به للزوج وكذبها الزوج فى ذلك وقد انكسر بالانصاف فاضعف الحساب فيكون من أربعين سهما للام كمال الربع وهو عشرة يبقى ثلاثون فالاخت تزعم أن للزوج فى ذلك ثمانية عشر والزوج يدعى أن له من ذلك خمسة عشر فيأخذ خمسة عشر ويأخذ الاخ والاخت اثنى عشر فيقسمان ذلك للذكر مثل حظ الانثيين ويبقى ثلاثة أسهم قد أقر الاخ والاخت بها للزوج والزوج كذبهما فتكون موقوفة فى يد الاخت حتى يصدقها الزوج فيأخذ ما أقرت به وليس للاخ والام على ذلك سبيل لان الام استوفت كمال حقها والاخ كذلك استوفى كمال حقه بزعمه * واذا ترك الرجل امرأته وأبويه فأقرت المرأة بابنين للميت وصدقها الاب فى أحدهما وكذبتهما الام فيهما وتكاذبا فيما بينهما أخذ الابن الذى أقر به الاب من المرأة ثلاثة عشر سهما من أربعين سهما من نصيبها فى قول أبي يوسف وفى قول محمد يأخذ من المرأة أربعة أسهم وثلث سهم من ثلاثة وعشرين سهما وثلث سهم لان الفريضة المعروفة من اثنى عشر للمرأة الربع ثلاثة وللام ثلث ما بقي وهو ثلاثة والباقي للاب والفريضة المجهولة على ما أقرت به المرأة من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة وللابوين السدسان ثمانية

لكل واحد منهما أربعة والباقي بين الابنين نصفان وذلك ثلاثة عشر فانكسر بالانصاف فأضعفه فيكون من ثمانية وأربعين للمرأة ستة ولكل ابن ثلاثة عشر وللابوين لكل واحد منهما ثمانية ثم يطرح نصيب الام في مقاسمة الابن الذي صدق به الاب مع المرأة لانها قد كذبت به فاذا طرحنا ثمانيـة من ثمانية وأربعين يبقى أربعون فقد أقرت المرأة أن حق هذا الابن في ثلاثة عشر سهما من أربعـين من التركة وفي يدها جزء من التركة فيعطيها مقـدار حقها من ذلك وذلك ثلاثة عشر سهما من أربعين فيضمه الى نصيب الاب ويقاسمه على سبعة عشر سهما للاب من ذلك أربعـة وله ما بقي لانهما تصادقا على أن الفريضـة من أربعة وعشرين لان الميت خلف ابنا واحدا وأن للاب أربعة وللابن ثلاثة عشر فمايصل اليهما يقسم بينهما على اعتبار زعمهما ويقاسم الابن الباقي المرأة ما بقي في يدها على تسعة عشر سهما لها ستة وله الباقي لانهما تصادقا على أن القسمة من ثمانية وأربعين وأن للمرأة ستة وللابن الباقي ثلاثة عشر فما بقي في يدها يقسم بينهما على ذلك وجه قول محمد رحمه الله أن الابن الذى أقر به الاب يأخذ من يدي المرأة أربعة أسهم وثلث سهم من ثلاثة وعشرين سهما وثلث لانها زعمت أن حق هذا الابن في ثلاثة عشر ولكن ثلث ذلك في يدها وثلثا ذلك في يد الاب لان في يدها ربع التركة على الفريضة المعروفة وفي يد الاب نصف التركة وقد صدق الاب بهذا الابن فيكون متحملا عنها ثلثي نصيبه وذلك ثمانيـة وثلثان فانما يبقى حقه فيما في يدها في أربعة وثلث وحق الابن الآخر في ثلاثة عشر وحق المرأة في ستة فاذا جمعت هذه السهام كانت ثلاثة وعشرين وثلثا فلهذا يأخذ منها أربعة وثلثا من ثلاثة وعشرين وثلث ثم يقاسمه كل واحد منهما مع من أقر به كما بينا في تخريج قول أبي يوسف ولو تصادق الابنان فيما بينهما أخذ الابن الذى أقر به الاب منه ثلاثة عشر سهما من عشرين سهما من نصيبه لانه يزعم الاب أن الفريضة من أربعـة وعشرين الا أنه يطرح نصيب الام وهو أربعـة لانها مكذبة به يبقي عشرون ففي زعم الاب ان للابن ثلاثة عشر سهما من عشرين سهما من نصيبه فتأخـذ منه هـذا المقدار ونضمه الى نصيب المرأة فيقتسمونه على اثنين وثلاثين سهما لانهم تصادقوا على أن القسمة من ثمانية وأربعين وان نصيب المرأة ستة ونصيب كل ابن ثلاثة عشر فما تحصل في أيديهم يقسم بينهم على ذلك يضرب فيه كل ابن بثلاثة عشر والمرأة بستة فتكون القسمة من اثنين وثلاثين سهما وقيـل هـذا الجواب غلط والصحيح أن الابن انما يأخـذ من الاب ثلاثة

عشر سهما وثلث سهم من عشرين سهما لان الاب لا يدعى الزيادة على سدس التركة فانه أقر أن الميت ترك ابنا وفى يده نصف التركة وقد صار على عشرين فيكون جميع التركة أربعين سهما السدس من ذلك ستة وثلثان فاذا كان الاب لا يدعى أكثر من ستة وثلاثين كان عليه أن يدفع ما زاد على ذلك الى الابن لانه يدعى جميع ذلك وذلك ثلاثة عشر وثلث * وحكى الحاكم هذا الطعن عن السرى * وقال صوابه أن يأخذ أربعة عشر سهما من عشرين سهما وهو غلط من الكاتب انما الصواب أن يأخذ ثلاثة عشر سهما وثلثا كما بينا * واذا ترك الرجل ابنين وعبدين وقيمتهما سواء فأخذ كل واحد منهما عبدا ثم أقر أحد الابنين بأخت له من أبيه وأنكرها صاحبه أخذت من العبد الذى فى يده خمسة لانه أقر أن الميت خلف ابنين وابنة وأن حقها فى خمس كل عبد فيعطيها خمس العبد الذى فى يده ويضمن لها المقر سدس قيمة العبد الذى فى يد أخيه لان ذلك العبد كان فى يدهما فلا ضمان على المقر له فى النصف الذي كان منه فى يد الجاحد فى الاصل وهو ضامن لنصيبها من النصف الذى كان فى يده لانه أعطاه الى الجاحد باختياره ونصيبها من ذلك الثلث لان ذلك النصف لو كان فى يده لكان يعطيها ثلث ذلك باعتبار اقراره فيضمن لها ثلث النصف باعتبار اخراجه من يده وذلك سدس جميع قيمته * ولو ترك دارين وابنا وابنة فاقتسما كل واحد منهما دارا ثم أقرت الابنة باخ لها من أبيها وكذبها فيه أخوها فانه يأخذ منها خمسى الدار التى فى يدها لانها زعمت أن الميت خلف ابنين وابنة وأن القسمة من خمسة لكل ابن سهمان فنعطيه خمسى الدار التى فى يدها لهذا وتضمن له خمسي قيمة الدار التي فى يد أخيها لان ثلث ذلك الدار باعتبار الاصل كان فى يدها وقد دفعت الي أخيها باختيارها فكانت ضامنة للمقر له نصيبه من ذلك بزعمها ونصيبه ثلثا تلك الثلث فانه لو كان ذلك فى يدها أمرت بدفع ثلثيه الى الاخ فلهذا ضمنت له خمسى قيمة تلك الدار * واذا ترك الرجل ابلا وبقرا وابنين فاقتسما فأخذ أحدهما الابل بنصيبه والآخر البقر بنصيبه ثم أقر أحدهما باخ وأخت معا وصدقه أخوه فى الاخت وكذبه فى الاخ وتكاذب المقر بهما فيما بينهما فان الابنة تأخذ من المقر بها سبع ما فى يده فيسلم لها لانها تزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وابنة فتكون القسمة من سبعة ونصيبها السبع فلهذا يعطيها سبع ما فى يده ولا يضمن لها شيأ مما دفعه الى الابن الآخر لان الابن الآخر يصدق بها فيصل اليها نصيبها من ذلك ثم يرجع علي أخيها الذى أقر بها خاصة بخمس ما صار له لانه يزعم أن الميت خلف ابنين وابنة

وان نصيبها الخمس فلهذا يعطيها خمس ما صار له ويضمن لها أيضا ثلث سبع قيمة ما صار لاخيه وهو المقر بها وقيل هذا غلط والصواب أن يضمن لها ثلثي سبع قيمة ما صار لاخيه المقر بها لانه قد دفع نصف ذلك اليه باختياره ولو كان ذلك في يده لكان يلزمه أن يدفع اليها ثلث ذلك النصف فيكون غارما لها قيمة ذلك الا انه قد وصل اليها سبع ذلك من جهة الاخ فيحتاج الى حساب له سبع وثلث وأقل ذلك أحد وعشرون فسبعه ثلاثة وثلثه سبعه فاذا صار النصف على أحد وعشرين كان جميع ذلك اثنين وأربعين لحقها بزعمه في ثلث النصف وذلك سبعة من اثنين وأربعين وقد وصل اليها السبع وذلك ستة نصف ذلك وهو ثلاثة مما كان في الاصل في يد أخيه ونصف ذلك من النصف الذي دفعه الى أخيه فانما يسقط عن الدافع ضمان هذه الثلاثة ويبقى عليه ضمان أربعة أسهم وسبع الكل ستة فأربعة تكون ثلثي السبع فلهذا يضمن لها ثلثي سبع قيمة ما صار لاخيه ويأخذ الاخ المقر به مما صار للمقر سبعيه لان للميت بزعمه ثلاثة بنين وابنة والقسمة من سبعة للاخ من ذلك سهمان فلهذا نعطيه سبعي ما صار له فان قيل الاخ الآخر مكذب له فلماذا لا يطرح نصيبه في المقاسمة معه على قياس المسائل المتقدمة قلنا لانه ضامن له من حصته مما دفع الى أخيه باعتبار اختلاف جنس المال فلا حاجة الى أن يطرح نصيبه من ذلك قال ويضمن له خمس ما صار لاخيه لانه دفع النصف الى أخيه باختياره ولو كان ذلك في يده لكان يعطيه خمس ذلك النصف لان بزعمه أن للاخت من ذلك سهما والباقي منه بينه وبين الاخ نصفان لكل واحد منهما سهمان وخمسا النصف خمس الجميع فلهذا يضمن له خمس ما صار لاخيه قال الحاكم هذا الحرف غلط وصوابه انه يضمن له ثلاثة أسهم من أربعة عشر سهما مما صار في يد أخيه هكذا ذكره أبو عصمة عن المقبرى عن عيسى ابن أبان لانه لو لم يكن دفع اليه لكان يعطي الاخت سبع ذلك على ما بينا والباقي وهو ستة اسباع بينهما نصفان لكل واحد منهما ثلاثة واذا صار النصف على سبعة كان الجميع أربعة عشر فعرفنا ان حصته من ذلك بزعمه ثلاثة أسهم من أربعة عشر سهما فانما يضمن ذلك القدر لصاحبه بدفعه الى أخيه باختياره والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثامن والعشرون من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه الجزء التاسع والعشرون * وأوله باب الوصية باكثر من الثلث ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الوصية باكثر من الثلث لوارث فيجيز ذلك بعض الورثة

(قال رحمه الله) واذا ترك الرجل ابنين فأوصى لاحدهما بنصف ماله فأجاز ذلك له أخوه أخذ نصف المال بالوصية والباقي بينهما نصفان لان الوصية بما زاد على الثلث والوصية للوارث انما تمتنع بقوله لحق الورثة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاوصية لوارث الى أن يجيزه الورثة فاذا وجدت الاجازة فقد زال المانع فيأخذ الموصى له نصف المال بطريق الوصية والارث ينبني عن المستحق بالوصية يبقي ماله النصف الباقي فيكون بين الاثنين نصفين بالميراث فان قيل لماذا لم يجعل الميراث مقدما على الوصية للوارث حتى يأخذ نصف المال بالميراث والنصف الباقي بالوصية لاجازة كما قال في الزيادات في امرأة لاوارث لها الا زوجها فاوصت له بنصف مالها فانه يأخذ النصف بالميراث ثم النصف الباقي بالوصية قلنا لان هناك بعض المال فارغ عن الميراث فايجابها بالوصية ينصرف الى ذلك الفاضل وهاهنا جميع المال مشغول بالميراث فليس البعض يصرف الايجاب بالوصية اليه باولى من البعض فلهذا أخذ نصف المال بالوصية أولا ولو كان أوصى مع هذا بنصف ماله لاجنى فأجاز ذلك كله الوارثان فان الاجنبي يأخذ نصف المال ويأخذ الموصى له من الوارثين نصف المال ولا ميراث لهما لان المانع من تنفيذ الوصية قد زال باجازة الوارثين وما أوجبه بالوصية شامل لجميع المال فلهذا يأخذ كل واحد منهما جميع المال بالوصية ثم الموصى له الاجنبي يأخذ ثلث المال بلا زمة الاجازة وهو أربعة من اثنى عشر يبقى في يد الابنين ثمانية في يد كل واحد منهما أربعة وقد بقى الى تمام حق الاجنبي سهمان في يد كل واحد منهما سهم فيأخذ ذلك من يد كل واحد منهما حتى يسلم له نصف المال بقى في يد الموصى له من الابنين ثلاثة فيأخذ ذلك بطريق

الوصية ويأخذ بفضل مافى يد أخيـه وهو ثلاثة لانه أجازله الوصية وقد بقى الى تمام حقه ثلاثة فيأخذ ذلك من أخيـه ولم يبق شئ من المال ليكون ميراثا لهما ولو كان الابن الذي لم يوص أجاز جميع وصية أبيه ولم يجز الآخر وصية الاجنبي يأخذ ثلث المال بغير اجازة لان الثلث محل الوصية ووصية الاجنبي أقوى من الوصية للوارث والضعيف لايزاحم القوى فلهذا أخذ الثلث وهو أربعة من اثنى عشر ويبقى لكل واحد من الابنين أربعة وقد بقى الى تمام حقه سهمان فى يد كل واحـد منهما سهم فيأخذ من المجيز سـهما واحـدا ويسلم للابن الموصى له وصيته كلها لان فى يده أربعة أسهم والباقى الى تمام وصيته سهمان يأخذهما من أخيـه المجيز يبقى فى يد المجيزسهم واحـد فيأخذ ذلك أيضا ليكون بمقابلة ما سلمه المجيز الى الاجنبي باجازته أو يمسك من الاربعة التى فى يده سهما بمقابلة ماسلمه المجيز الى الاجنبي يبقى فى يده ثلاثة وفى يد المجيز ثلاثة فيأخـذ جميع ذلك منه باعتبار انه أجاز له الوصية ويخرج المجيز من الميراث * ولو ترك ابنين فأوصى لاجنبي بنصف ماله وأوصى لاحدابنيه بكمال النصف مع نصيبه فأجاز ذلك الوارثان أخذ الاجنبي أربعة بغير اجازة ثم يأخذ الاجنبي ما بقي فى يد كل واحد منهما سهما سهما بالاجازة حتى يسلم له نصف المال ويأخذ الابن الموصى له من أخيه سهمين بكمال النصف بنصيبه لانه كان فى يده أربعة أسهم الى تمام النصف سهمان فيأخذهما من أخيـه باعتبار اجازته وصيته فان قيـل لماذا لم يعتبر ما بقى فى يده وهو ثلاثة أسهم حتى يأخذ من أخيـه ثلاثة قلنا لانه قد سـلم سهما للاجنبي باجازة وصيته وما سلم اليه من ذلك محسوب عليـك ميراثه فلهذا أخذ من أخيه سهمين فيجعل له كمال النصف بنصيبه فيسـلم للاجنبي ستة وللابن الموصى خمسة ويبقى للابن الآخر سهم ولو أجاز الابن الذى لم يوص له الاجنبي ولم يجز لاخيه ولم يجز أخوه للاجنبي أخذ الاجنبي ثلث المال بغير الاجازة منه وأخذ من الذى أجاز له سهم واحد لان المستحق له بالاجازة من نصيبه هذا المقدار فيأخذه ولا يأخذ بالنصيب الآخر شيأ لانه لم يجز له الوصية فيصير في يده خمسة وفى يد الابن المجيز للاجنبي ثلاثة وفى يد الابن الموصى له أربعة نصيبه من الميراث واذا ترك ثلاثة بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لآخر بثلث ماله فهذا على وجهين اما أن يجيز ذلك الورثة أولا يجيزونه فان أجازوا فالقسمة من ستة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بمثل نصيب أحدهم سهم وما بقى فبين الورثة اثلاثا لانا نأخذ عدد البنين وهم ثلاثة فنزيد عليه للموصى

له بمثل النصيب سهما لانه جعله فى الاستحقاق كابن بالغ له ثم الوصية بثلث المال تزيد على ما فى يدنا وهو أربعة مثل نصفه وذلك سهمان فتكون ستة أسهم للموصي له بالثلث سهمان وللموصى له بمثل النصيب سهم والباقى وهو ثلاثة بين البنين اثلاثا فان لم يجيزوا فالقسمة من تسعة فى قول أبى يوسف والثلث من ذلك ثلاثة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بمثل النصيب سهم اعتبارا بحال الاجازة أولا فرق بين الحالتين فى حق الموصى لهما وفى حال الاجازة كان للموصى له بالثلث ضعف ما للموصى له بمثل النصيب فكذلك عند عدم الاجازة فيكون الثلث بينهما اثلاثا لكل واحد منهم سهمان ووصية الموصى له بمثل النصيب مثل نصيب البنين فعرفنا ان نصيبه سهمان ووصية الموصى له بالثلث ثلاثة من تسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع وصيته فلهذا كان الثلث بينهم على خمسة والمال كله على خمسة عشر ولو ترك ابنا واحدا فأوصى لرجل بمثل نصيبه وأوصى لآخر أيضا بمثل نصيبه فان أجاز الوارث لهما جميعا فالمال بينهما وبين الابن اثلاثا لكل واحد منهم ثلث المال لانه جعل كل واحد منهما بما أوجب له بالوصية كالو أحد وقد أجاز ذلك الابن المعروف فكانوا بمنزلة ثلاثين بنين فيكون المال بينهم اثلاثا ولو أجاز لاحدهما ثم أجاز للآخر بعد ذلك كان للاول سدسا جميع المال وللآخر سدس المال وثلاثة ارباع سدس المال لانهما استحقا ثلث المال بينهما نصفين قبل الاجازة وبقى فى يد الابن ثلثا المال أربعة من ستة فحين أجاز لاحدهما فقد سواه بنفسه فيضم ما فى يده وهو سهم الى ما فى يد ابنه وهو أربعة فيكون بينهما نصفين لكل واحد منهما سهمان ونصف فنصف المال انكسر بالانصاف فيكون المال من اثنى عشر فى يد كل واحد من الموصي له سهمان وفى يد الابن ثمانية فاذا ضممنا ما فى يد الذى أجاز له الى ما فى يد الابن يكون ذلك عشرة بينهما نصفان لكل واحد منهما خمسة ثم لما أجاز صحت اجازته فيما بقى فى يده لا فى ابطال شئ مما صار مستحقا للاول وهو بهذه الاجازة سوى الثانى بنفسه فيضم ما فى يده وهو سهمان الى ما فى يد الابن فيكون سبعة بينهما نصفان لكل واحد منهما ثلاثة ونصف فيضعفه للبناء بالانصاف فتكون أربعة وعشرين الاول من ذلك عشرة وهو سدسان ونصف سدس كل سدس أربعة وللثانى سبعة وهو سدس وثلاثة ارباع سدس ويبقي للابن مثل ذلك ولو كان أحدهما قابلا للموصى له فاختار الوارث لهما معا وأجاز للقابل أولا فهو سواء والمال بينهم اثلاثا لان الوصية للقابل انما لا تجوز لحق الوارث فيزول المانع باجازة الوارث لهما معا

أو للقابل أولا وهذا لان الموصى له الآخر قد استحق الثلث من غير مزاحمة القابل فيه واجازته لهما أوللقابل فى الحقيقة تكون اجازة للقابل وان أجاز لذى لم يقبل أولا ثم أجاز للقابل أخذالاول نصف المال لانه قد استحق ثلث المال من غير أن يزاحمه القابل فيه فان الضعيف لايزاحم القوى وحين أجاز وصيته له فقد سواه بنفسه فى استحقاق المال فصار هو استحقاالنصف المال كاملا ثم اجازته للقابل تعمل فىحقه لافى حق الاول وقد سواه بنفسه فيما بقى والباقى نصف المال فهو بينهما نصفان لكل واحد منهما الربع * ولو ترك ابنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهما فأجاز أحدالابنين لاحدهماثم أجازا جميعا بعد ذلك للباقى فانالفريضةمن أربعة وخمسين سهما للموصى له الذى أجاز له أحدهما اثنا عشر سهما تسعة منها بغير اجازة وثلاثة من نصيب الذي أجاز له خاصة وسهمان من نصيب الذى أجاز لصاحبه قبله لانهما لو أجازا لهما الوصيتين كان المال بينهما أرباعا ولو لم يجيزا كان للموصى لهما ثلث المال فثلث المال سالم لهما بغير اجازة والثلثان بين الاثنين نصفان فيكون أصل المسئلة من سبعة ثم حين أجاز أحد الابنين لاحدهما فقبول اجازته لاحدهما معتبرة باجازتهما له ولو أجازا لهلكان يضم نصيبه وهو سهم الى نصيبهما وهوأربعة فيكون مقسوما بينهم أثلاثا لا يستقيم فيضرب ستة فى ثلاثة فتكون ثمانية عشر فى يد كل واحد من الابنين ستة وفى يد كل واحد من الموصى لهما ثلاثة ثم يضم ما فى يده منهم خمسة فحين أجاز الآخر ضممنا ما فى يده وهو ثلاثة الى ما فى أيديهما وهو عشر فيكون ثلاثة عشر بينهم أثلاثا لا يستقيم فيضرت ثمانية عشر فى ثلاثة فتكون أربعة وخمسين ومنه تصح المسئلة فى يد الموصى لهما الثلث وهوثمانية عشر فى يد كل واحد منهما تسعة وفى يد كل ابن ثمانية عشر فحين أجاز أحدهما لاحد الموصىلهما يعتبراجازته باجازتهما ولو أجاز كان يأخذ مما فى يد كل واحد منهما ثلاثة حتى يصير له خمسة ويبقى لكل واحد منهما خمسة عشر فاذا أجاز أحدهماأخذ بما فى يده ثلاثةحصته من الاجازة فتكون لهاثنا عشر ثم لما أجاز الآخر فانه يأخذ من الذى أجاز له خاصة ثلاثة أسهم مثل ما أخذه صاحبه من الاول لان هذا أول مجيز فى حقه ويأخذ من الآخر سهمين لانهما لو كانا أجازا للاول ثم أجاز للآخر لكان يضم ما فى يده وهو تسعةالى ما فى أيديهما وهو ثلاثون فيكون بينهم أثلاثا لكل واحد منهم ثلاثة عشر فعرفنا أن الذي يسلم له أربعة أسهم بهذه الاجازة فى يد كل واحد منهما سهمان فيجعل فيما

يأخذ هو من الذي أجازا للاول ثم أجازا له فاذا أخذ منه سهمين كان له أربعة عشر سهما تسعة بغير اجازة وثلاثة من الذي أجاز له خاصة وسهمان مما أخذه من الآخر ولو ترك ثلاث بنين وأوصى لرجل بربع ماله ولآخر بمثل نصيب أحدهم فأجازوا فالفريضة من ستة عشر سهما لانا نجعل أصل الحساب من أربعة لمكان الوصية بالربع فيعطى الموصي له بالربع سهمان بطريق الاعتبار والباقي بين البنين الثلاثة لكل ابن سهم فزيد على ذلك مثل النصيب سهم فيكون أربعة وقسمة الثلاث على أربعة لا يستقيم فيضرب أربعة فى أربعة فتكون ستة عشر للموصى له بالربع أربعة والموصي له بمثل النصيب ربع ما بقي وهو ثلاثة وما بقي وهو تسعة بين البنين الثلاثة لكل ابن ثلاثة وان لم يجيزوا فالثلث بينهما على سبعة أسهم فى قول أبي يوسف لانه يعتبر حال عدم الاجازة بحالة الاجازة على معنى أن كل ما واحد منهما يضرب فى الثلث بسهام حقه غير الاجازة وحق صاحب الربع أربعة وحق صاحب النصف ثلاثة فيكون بينهما على سبعة وعند محمد رحمه الله الثلث بينهما نصفان لان كل واحد منهما لو انفرد استحق ربع المال فان من ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له ربع المال فعرفنا أن حقهما فيما أوجب بهذه الوصية سواء فيكون الثلث بينهما نصفين * ولو ترك خمسة بنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بنصف نصيب أحدهم فأجازوا فالفريضة من اثني عشر لان الوصية الموصى له بنصف المال يأخذ النصف والنصف الآخر بين البنين والموصى له بمثل النصيب على ستة لانك تأخذ عدد البنين وتزيد عليه لصاحب النصف سهما فاذا صار النصف على ستة كان الكل اثني عشر للموصى له بالنصف ستة وللموصى له بمثل النصيب سهم وان لم يجيزوا ففي المسئلة ثلاثة أقاويل فى قول أبي حنيفة الثلث بينهما على أربعة لصاحب النصف ثلاثة لان من أصله أن الوصية بما زاد على الثلث تبطل عند عدم الاجازة ضربا واستحقاقا فيتراجع حق صاحب النصف الى الثلث والباقي وهو الثلثان بين البنين والموصى له بالنصيب فى ثلاثة يضرب بذلك فى الثلث وحق الموصى له بالنصف فى سهم يضرب به فى الثلث فيكون الثلث بينهما على أربعة وفى قول أبي يوسف الثلث بينهما على أحد عشر لان سهام المال تسعة كما قاله أبو حنيفة فانا نجعل للموصى له بالنصف لابتداء الثلث بطريق الاعتبار لتبيين نصيب الآخر بقسمة الثلثين النصف عند أبي يوسف فى الثلث وذلك أربعة ونصف والموصى له بالنصيب يضرب بسهم فيكون الثلث بينهما على خمسة ونصف فاضعفه

للكسر بالانصاف فيكون أحد عشر للموصى له بالنصف تسعة وللآخر سهمان وفى قول محمد الثلث بينهما على تسعة ونصف لان الموصى له بالنصف يأخذ الثلث بطريق الاعتبار والباقى وهو الثلثان مقسوم بين البنين أخماسا فاذا صار الثلثان على خمسة كان جميع المال سبعة ونصفا فانكسر فاضعفه فيكون خمسة عشر الثلث من ذلك خمسة والباقى وهو عشرة بين البنين لكل واحد منهم سهمان ووصية صاحب النصيب مثل نصيب أحدهم وذلك سهمان ثم الموصى له بالنصف يضرب فى الثلث بنصف المال وهو سبعة ونصف لان سهام المال خمسة عشر والموصى له بالنصيب يضرب بسهمين فيكون الثلث بينهما على تسعة أسهم ونصف لصاحب النصف سبعة ونصف وللآخر سهمان ولو ترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد ابنيه فاجازوا فلصاحب النصف ثلاثة من ستة ولصاحب المثل سهم لان صاحب النصف يأخذ النصف ثم يقسم النصف الباقي بين الابنين وصاحب النصف علي ثلاثة لانا نزيد على عدد البنين واحدا للموصى له بالنصف فاذا صار النصف ثلاثة كان الكل ستة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب المثل سهم والباقي بين الابنين وان لم يجيزوا فالثلث بينهما اخماس فى قياس قول أبى يوسف لان صاحب النصف عند عدم الاجازة يتراجع الى الثلث فيأخذ الثلث ويقسم الثلثان علي ثلاثة بنين نصيب الموصى له بالنصيب واذا صار ثلاثة كان المال أربعة ونصفا فأضعفه للكسر فيكون تسعة فانما يضرب الموصى له بالنصف فى الثلث بثلاثة أسهم والموصى له بالنصيب بسهمين فيكون الثلث بينهما على خمسة والمال كله خمسة عشر سهما وفى قول أبى يوسف الثلث بينهما علي ثلاثة عشر لان الموصى له بالنصف يعزل له الثلث بطريق الاعتبار ويقسم ما بقي بينهم اثلاثا لتبين وصية الآخر فيكون المال على أربعة ونصف وبعد التضعيف يكون تسعة ثم الموصى له بالنصف انما يضرب باربعة ونصف وهو نصف المال والموصى له بمثل النصيب انما يضرب بسهمين وهو ثلث الثلثين فيكون الثلث بينهما على ستة ونصف فاذا أضعفته كان ثلاثة عشر لصاحب النصف تسعة وللاخر أربعة فى قول محمد رحمه الله الثلث بينهما على خمسة كما هو قول أبى حنيفة رحمه الله لانك اذا عزلت ثلث المال وقسمت الثلثين بين الابنين نصفين كان جميع المال علي ثلاثة فانما يضرب الموصى له بالنصف بنصف ذلك وهو سهم ونصف والآخر انما يضرب بنصيب أحد الابنين وهو سهم فيكون الثلث بينهما بعد التضعيف على خمسة للموصى له بالنصف ثلاثة وللموصى له بالمثل سهمان ولو ترك

ابنين فأوصى لرجل بثلثي ماله ولآخر بمثل نصيب أحدهما فأجازوا فان الموصي له بالمثل فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله يأخذ سهمين من خمسة عشر من جميع المال لان الورثة لو لم يجيزوا كان نصيبه هذا المقدار فلا يجوز أن ينقص حقه باجازة الورثة لان اجازتهم انما تعتبر فى حقه لتوفير المنفعة عليه لا الاضرار وانما قلنا ان نصيبه عند عدم الاجازة هذا لان وصية صاحب الثلثين فيما زاد على الثلث عند عدم الاجازة تبطل ضربا واستحقاقا وانما يضرب هو بثلاثة من تسعة والموصى له بالمثل بسهمين فيكون الثلث بينهما على خمسة كما فى المسئلة المتقدمة فعرفنا ان له عند عدم الاجازة سهمين من خمسة عشر فلو اعتبرنا الاجازة فى حقه لكان له سهم من تسعة للموصى له بالثلثين ستة ولصاحب المثل سهم لانه بمنزلة ابن ثالث والباقى بين الابنين والاجازة فى قوله خير لهما لانهم لو لم يجيزوا كانت الفريضة على قوله من أربعة وعشرين بالطريق الذى قلنا انه يقول الثلث ويقسم الثلثان بين الابنين ويزاد لصاحب المثل سهم فيصير على ثلاثة والمال أربعة ونصف وبعد التضعيف يكون تسعة ثم صاحب الثلثين يضرب فى الثلث بجميع وصيته وذلك ستة وصاحب النصيب بوصيته وذلك سهمان فيكون الثلث بينهما على ثمانية واذا صار الثلث على ثمانية كان المال كله أربعة وعشرين فظهر ان فى الاجازة منفعة لهما ولو كان فيه ضرر فذلك انما يثبت حكما فاما الوارث ماقصد بالاجازة الا توفير المنفعة عليهما فلا يكون هذا الاضرار مضافا الى اجازة الوارث وفى قول محمد رحمه الله فى حالة الاجازة مذهبه كمذهب أبى يوسف كما فى المسائل المتقدمة وعند عدم الاجازة الثلث بينهما اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلثين وثلثه لصاحب المثل لان عنده المال على ثلاثة أسهم وانا نقول الثلث ونجعل الباقى بين الابنين نصفين فتبين ان وصية صاحب المثل سهم ثم صاحب الثلثين يضرب بسهمين فى الثلث وصاحب المثل يضرب بسهم فيكون الثلث بينهما اثلاثا ولو ترك ابنين فأوصى لرجل بمثل نصيب الثالث لو كان فيه ربع المال لان مثل الشئ غيره ومثل نصيب الثالث بان نزيد على الثالث سهما فيكون أربعة فعرفنا انه ربع المال ولو كان أوصى له بمثل نصيب الخامس ثم الباقى وهو الخمسة بين الابنين نصفين فيزيد عليه للموصى له بمثل نصيب أحدهما سهمين ونصف مثل نصيب أحدهما فاذا زدت على خمسة مرة سهما ومرة سهمين ونصفا فيكون ذلك ثمانية ونصفا تضعفه فيكون سبعة عشر كان للموصى له بمثل نصيب خامس سهم أضعفه فيكون له سهمان وكان للموصى له بمثل نصيب أحدهما نصفا سهمين ونصفا

أضعفه فيكون خمسة والباقى وهو عشر بين الابنين نصفان وأخذ منهما خمسة مثل ما أخذ الموصى له بمثل نصيب أحدهما ولو قسمت هذه العشرة بين خمسة بنين كان لكل واحد منهم سهمان مثل ما أخذه الموصى له بمثل نصيب الخامس ولو كان أوصى له بمثل رابع لو كان ولآخر بمثل نصيب خامس لو كان فأجازوا كان للموصى له بمثل نصيب الخامس أربعة أجزاء من تسعة وعشرين جزأ من جميع المال وللآخر خمس الباقى لانه اجتمع هاهنا وصيتان بمثل نصيب رابع وبمثل نصيب خامس فيضرب مخرج الربع فى مخرج الخمس وذلك أربعة فى خمسة فيكون عشرين ثم يزيدان عليه للموصى له بمثل نصيب رابع وذلك خمسة فللموصى له بمثل نصيب خامس الخمس وذلك أربعة فتكون تسعة فظهر أن المال على تسعة وعشرين سهما يأخذ الموصى له بمثل نصيب الرابع من ذلك خمسة والآخر أربعة والباقى بين الابنين نصفان وان قسمت الباقى بين أربعة كان لكل واحد منهم أربعة وان لم يجيزوا فكذلك الجواب فى هذا الفصل لان الوصية أقل من الثلث فلا تختلف بالاجازة وعدم الاجازة وفى الفصل الاول اذا لم يجيزوا كان الثلث بينهما على سبعة لان كل واحد منهما عند عدم الاجازة يضرب فى الثلث بحقه وحق الموصى له بمثل نصيب خامس سهمان وحق الآخر خمسة فيكون الثلث بينهما أسباعا لهذا * ولو ترك ابنين فأوصى لرجل بمثل نصيب خامس لو كان فأجازوا فالقسمة من تسعة وثلاثين جزأ وهذا بناء على الفصل المتقدم فقد جعلناهناك المال على تسعة وعشرين وكان المقسوم بين الابنين عشرين لكل واحد منهما عشرة فى هذا الفصل والوصية بمثل نصيب أحدهما تزيد على المال مثل نصيب أحدهما وهو عشرة فيكون على تسعة وثلاثين للموصى له بمثل نصيب أحدهما أثلاثا وان لم يجيزوا كان الثلث بينهم على تسعة عشر لان كل واحد منهم يضرب فى الثلث بسهام حقه أحدهم بعشرة والآخر بخمسة والآخر بأربعة فلهذا كان الثلث بينهم على تسعة عشر * ولو ترك ابنين فأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب رابع ومثل نصيب الرابع سبع ما بقي من المال والباقى بين الابنين والموصي له بمثل نصيب أحدهما أثلاث والفريضة من أحد وعشرين لان الموصى له بالثلث يأخذ الثلث ثم يوجد عدد الاربعة فيزاد عليه واحد لتبيين نصيب الموصي له بمثل نصيب الرابع فيكون خمسة للموصي له نصف الرابع سهم والباقى وهو أربعة بين الابنين نصفان لكل واحد منهما سهمان فيزاد للموصى له بمثل نصيب أحدهما سهمان فاذا قدرنا على

ثلثي المال وهو أربعة للموصى له بمثل نصيب الرابع سهم وللموصى له بمثل نصيب أحدهما سهمان فيصير سبعة أسهم للموصى له بمثل نصيب الرابع من ذلك سهم وهو سبع ما بقى من المال والباقى بين الابنين والموصي له بمثل نصيب أحدهما اثلاثا فاذا صار ثلثاى المال على سبعة كان الكل عشرة ونصفا تضعفه للكسر فيكون أحدا وعشرين للموصى له بالثلث سبعة ولصاحب نصيب الرابع سهمان وللثالث أربعة وان لم يجيزوا كان الثلث بينهم على ثلاثة عشر لان كل واحد منهم يضرب فى الثلث بسهام حقه أحدهم بسبعة والآخر بأربعة والاخر بسهمين فيكون جملة ذلك ثلاثة عشر * ولو كان أوصى لرجل بمثل نصيب سادس لو كان ولآخر بمثل نصيب أم لو كانت فان الموصى له بمثل نصيب السادس يأخذ خمسة أسهم من أربعين سهما وهذا تطويل غير محتاج اليه فان نصيب الام من هذه التركة السدس ومثل الشئ غيره فالوصية بمثل نصيب السادس والوصية بمثل نصيب الام لو كانت سواء فى المقدار فانما يزاد لكل واحد منهما سهم على ستة فتكون القسمة على ثمانية لكل واحد من الموصي لهما سهم والباقى وهو ستة بين الابنين قال رضى الله عنه فى الكتاب خرجه من خمسة أمثال وذلك أربعون سهما وأعطى كل واحد منهما خمسة ولا فرق بين خمسة من أربعين و بين سهم من ثمانية * ولو ترك ابنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما الا ثلث جميع المال فانه رد على الوارثين فالفريضة من سبعة للموصى له بمثل نصيب أحدهما أربعة ويرد منها ثلث المال على الورثة وذلك ثلاثة لانك تأخذ عدد الابنين نتزيد على ذلك للموصى له بمثل النصيب سهمان فيكون ثلاثة ثم تضرب ذلك فى ثلاثة لمكان الاستثناء وهو قوله الا الثلث فيكون تسعة فهذا هو المال ومعرفة النصيب بأن تأخذ النصيب وهو سهم فتضربه فى ثلاثة فيكون ثلاثة ثم تزيد عليه سهمين لمكان الاستثناء لان بسبب المستثنى يزداد مال الوارث وكلما ازداد مال الوارث ازداد النصيب فظهر أن النصيب أربعة فاذا دفعت الي الموصى له بالنصيب أربعة ففي يد الورثة خمسة ثم يسترجع بالاستثناء منه ثلث جميع المال وهو ثلاثة فتضمه الى ما فى يد الوارث فيصير ثمانية بين الابنين لكل واحد منهما أربعة مثل النصيب وعلى طريق الدينار والدرهم تجعل المال دينارا أودرهما فتعطى بالنصيب دينارا وتسترجع بالاستثناء ثلث دينار وثلث درهم فيصير معك درهم وثلث دينار وحاجة الورثة الي دينارين لانا جعلنا النصيب دينارا بمثله قصاصا يبقى فى يدك درهم وثلث يعدل دينارا وثلثي دينار فتضرب كل واحد منهما في ثلاثة للكسر فتصير الدنانير خمسة

والدراهم أربعة ثم نقلت الفضة ونجعل آخر الدراهم آخر الدنانير وآخر الدنانير آخر الدراهم فصار كل دينار بمعنى أربعة وكل درهم بمعنى خمسة ثم نعود الى الاصل فنكون كأنا جعلنا المال دينارا و درهما فذلك تسعة وأعطينا بالنصيب دينارا وذلك أربعة فتبين أن النصيب أربعة من تسعة ثم التخريج كما بينا * ولو ترك خمسة بنين وأوصى لاحدهم بكمال الثلث مع نفسه وأوصى لاجنبي بثلث ما بقي من الثلث فان الاجنبي يأخذ سبع جميع المال لانه لا مزاحمة للوصية للوارث مع الوصية للاجنبي فيأخذ الاجنبي كمال حقه كأنه لم يوص لاحد غيره وثلث ما بقي من الثلث هو الثلث الثلث اذا لم يكن هناك وصية أخرى (ألا ترى) انه لو أوصى له بما بقي له من الثلث ولم يوص لغيره بشئ استحق جميع الثلث فكذلك ها هنا يستحق ثلث المال ثم ان أجازوا فالوارث الموصى له يأخذ مما بقي كمال حقه الثلث مع نصيبه بين جميع المال وذلك ثلاثة أسهم من تسعة فاذا أخذ هو ثلاثة وللاجنبي سهم يبقى خمسة فتقسم بين البنين بالسوية أرباعا انكسر بالارباع فاضرب تسعة فى أربعة فتكون ستة وثلاثين للاجنبي أربعة وللوارث اثنا عشر يبقى عشرون بين البنين الاربعة لكل واحد منهم خمسة فتبين أن الميراث الابن الموصى له خمسة والوصية له سبعة وقد استحق ذلك باجازة الورثة * ولو أوصى لاحدهم بمثل نصيب أحدهم ولاجنبي بثلث ما بقى من الثلث فان الاجنبي يأخذ ثلث المال وهو سهم من تسعة كما بينا ويقسم ما بقي بين الورثة وبين الموصى له بمثل نصيب أحدهم على ستة لان مثل الشئ غيره فلابد من أن يزيد على عدد الورثة وذلك خمسة بينهما لتبيين مثل نصيب أحدهم فيجعل للموصى له بمثل النصيب سهمان سهم بميراثه وسهم بوصيته والباقي وهو أربعة بين البنين أرباعا واذا أردت تصحيح الحساب احتجت الى ضرب تسعة فى ستة فيكون أربعة وخمسين للاجنبي ستة وللابن الموصى له ستة عشر ثمانية بالميراث وثمانية بالوصية والباقى وهو اثنان وثلاثون بين أربعة بنين لكل واحد منهم ثمانية ولو أوصي لاحد ورثته بثلث ماله ولاجنبي بما بقى من ثلثه فأجازت الورثة أو لم يجيزوا أخذ الاجنبي ثلث جميع المال لان الوصية للوارث غير معتبرة فى مزاحمة الاجنبي فكانه أوصى للاجنبي بما بقى من ثلثه وهو بهذا اللفظ يستحق جميع الثلث كما يستحق العصبة جميع المال اذا لم يكن هناك صاحب فرض ثم الباقى بينهم على الميراث ان لم يجيزوا فاذا أجازوا أخذ الوارث الموصى له ثلث جميع المال من الباقى باعتبار اجازتهم والباقى بينهم على الميراث * ولو ترك ابنين وأوصى لاجنبي بما بقى من

ثلاثة ولم يوص بغير ذلك كان له ثلث جميع المال لان جميع الثلث باقي اذا لم يوص بشيء آخر ولو ترك ثلثمائة وأوصى لاحد ابنيه بمائة من ماله ولاجنبي بما بقى من ثلاثة فأجازوا أخذ الاجنبي ثلث جميع المال لانه لا مزاحمة للوارث معه وأخذ الوارث مائة درهم لاجازة الورثة وصيته والباقى ميراث * ولو ترك ستمائة وأوصي لاجنبي بمائة من ماله ولآخر بما بقي من ثلثه أخذ صاحب المال مائة والآخر ما بقى من الثلث لان كل واحد منهما له وصية ثابتة فى حق الآخر وصاحب المال المسمى من الثلث مقدم على صاحب ما بقى كما أن صاحب الفريضة فى الميراث مقدم على صاحب ما بقي كما أن صاحب الفريضة فى الميراث مقدم على العصبة فلهذا يأخذ صاحب المائة من الثلث مائة ثم اصاحب ما بقي قدر الباقى فان رد الموصى له بالوصية وصيته أو مات قبل موت الموصي حين بطلت وصيته أخذ الآخر جميع الثلث لان جميع الثلث باقى وهو بمنزلة ما لم يوص لغيره بشيء ولو هلك نصف المال قبل القسمة كان لصاحب المائة مائة ولا شيء لصاحب ما بقي لانه لم يبق من الثلث شيء ولو كان أوصى مع ذلك بثلث ماله ولم يبق شيء من المال كان الثلث بين صاحب الثلث وصاحب المائة أثلاثا لان صاحب الثلث يضرب فى الثلث وهو مقدار الثلث والآخر يضرب بمائة فيكون الثلث بينهما أثلاثا ولا شيء لصاحب ما بقى لانه لم يبق من الثلث شيء * ولو ترك ابنين فأوصي لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله فأجاز ذلك أحد الابنين كان الثلث بينهم أسباعا بغير اجازة ويكون نصف ربع المال من نصيب الابن الذى أجاز صاحبي الوصية على سبعة أسهم وأصل هذه الفريضة من أربعة وثمانين سهما لانهما يغلقان الذى أجاز لهما الوصية على حسب ما يغلقانه ان لو أجازا جميعا ويقابلان الذى لم يجز وصيتهما على حسب مايقابلانه ان لم يجز فنقول لو أجازا الوصيتين جميعا لكان الموصى له بالثلث يأخذ الثلث والموصى له بالربع يأخذ الربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر فثلثه أربعة وربعه ثلاثة ولو لم يجيزا لكان الثلث بينهما على هذا فاذا صار الثلث علي سبعة كان جميع المال أحدا وعشرين ثم عند اجازتهما الموصى له بالثلث والموصي له بالربع يأخذ الربع وليس لاحد وعشرين ربع صحيح فيضرب أحد وعشرون فى أربعة فيكون أربعة وثمانين فاما ثلث المال وذلك ثمانية وعشرون يأخذانه بلامنة الاجازة فيقتسمانه أسباعا علي مقدار حقهما للموصي له بالثلث أربعة أسباعه وهو ستة عشر وللموصى له بالربع ثلاثة أسباعه وذلك اثنا عشر ثم نقول قد بقي الى تمام حق الموصى

له بالثلث اثنا عشر فلو أجازا له الوصية لكان يأخذ من كل واحد من الابنين نصف ذلك وهو ستة وقد بقي الى تمام حق الموصى له بالربع تسعة فلو أجازا له الوصية لكان من كل واحد منهما نصف ذلك وهو أربعة ونصف فاذا أجاز أحدهما الوصية لهما جميعا ولم يجز الآخر فانهما يأخذان من نصيب المجيز وهو ثمانية وعشرون مقدار حقهما ان لو أجازا وذلك عشرة ونصف فيقتسمان ذلك أسباعا فلكل سبع منه سهم ونصف فلصاحب الربع ثلاثة أسباعه أربعة ونصف ولصاحب الثلث أربعة أسباعه وهو ستة ولو كان الابنان أجازا وصية صاحب الربع ولم يجيزا وصية صاحب الثلث فان الثلث بينهما اسباعا كما بينا ثم يأخذ صاحب الربع ما بقي من حقه وهو سبعة أسهم من نصيب الابنين لانهما قد أجازا له الوصية فيسلم له أحد وعشرون كمال الربع من أربعة وثمانين ويسلم لصاحب الثلث أربعة اسباع الثلث وذلك ستة عشر ولو أجاز أحدهما لصاحب الثلث والآخر لصاحب الربع فالثلث بينهما اسباع كما بينا ثم يأخذ صاحب الثلث من نصيب الذى أجاز له نصف مابقى من الثلث والباقي الى تمام الثلث اثنا عشر فيأخذ نصف ذلك منه وهو ستة لانهما لو أجازا جميعا له أخذ من كل واحد منهما ستة فكذلك اذا أجاز له أحدهما ويأخذ صاحب الربع من نصيب الذى أجاز نصف ما بقي الى الربع والباقي من حقه الى تمام الربع تسعة فيأخذ منه نصف ذلك وهو أربعة بمنزلة مالو أجازا له الوصية والله أعلم

باب الوصية فى المال ينقص أو يزيد بعد موت الموصى

(قال رحمه الله) واذا كان الرجل ثلاث جوارى قيمة كل واحدة ثلثمائة فاوصى لرجل بجارية منهن بعينها ثم مات فلم يقسم الورثة والموصى له حتى زادت تلك الجارية فصارت ستمائة أو ولدت ولدا يساوي مائة أو وطئها رجل بشبهة غرم عقرها مائة أو اكتسبت مائة فهذا كله من مال الميت لان التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت فهذه الزيادة تجعل على حكم ملكه أيضا ويكون حصولها قبل الموت وحصولها بعد الموت سواء فان كانت الزيادة فى بدنها فللموصي له تمام ثلث مال الميت منها وماله صار ألفا ومائتين فللموصى له مقدار الثلث أربعمائة وذلك ثلثا الجارية التى أوصى له بها وثلثها له مع الجاريتين الاخرتين وان كانا ضامنالها فانه يسلم له الجارية كلها وتمام الثلث من تلك الزيادة حتى تقع القسمة

فى قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله للموصى له الثلث من الجارية ومن الزيادة لا يبدأ بشئ من ذلك قبل وقد تقدم بيان المسئلة فى الوصايا والمقصود هاهنا بيان انه يعتبر مال الميت حتى تقع القسمة لا حين يوصى ولا حين يموت لان حق الموصى له فى الثلث بمنزلة حق الورثة فى الثلثين وانما يتم سلامة الثلثين للورثة عند القسمة فكذلك سلامة الثلث للموصى له (ألا ترى) انه لو ظهر دين قبل القسمة وجب تنفيذه من الاصل والزيادة جميعا واذا كان للرجل أمة تساوى ثلثمائة لا مال له غيرها فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له نفذ بيعها فى ثلثيها لان الموصى له صار أحق بثلثها والوارث أحق بثلثيها فاذا كانت ولدت عند المشترى ولدا يساوي ثلثمائة ثم أحضر الموصي له مائة يأخذ ثلث الجارية ويكون للمشترى ثلثاها وثلثا الولد ويكون للموصى له التسع من الولد ويرد التسعين الى الوارث لان ملك المشترى يفوت فى ثلثيها فيقرر فى ثلثى الولد أيضا ولا يكون ذلك محسوبا من مال الميت لانه حدث على ملك المشترى وانما مال الميت الجارية وثلث الولد فيأخذ الموصي له بثلث الجارية ويكون له ثلث الولد وذلك تسع الولد لانه لا يسلم له بالوصية أكثر من ثلث مال الميت ويرد التسعين الى الوارث لانه زائد على الثلث بما تناولته الوصية فيكون مردودا علي الوارث وكذلك المهر والكسب فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهذا لانه يبدأ بالجارية فى تنفيذ الوصية ثم بالولد ولو كانت الجارية زادت فى بدنها حتى صارت تساوى ستمائة صار كان الميت ترك من المال أربعمائة لان فى ثلثى الجارية يعتبر القسمة وقت البيع من الوارث فان بيعه من الوارث بمنزلة الاستهلاك لانه ملكه من غيره فيخرج به من أن يكون مبقى على حكم الميت فالزيادة الحاصلة فى ثلثيها لا تكون محسوبة من مال الميت يبقي مال الميت ثلثها وقيمة ذلك مائتا درهم فيكون للموصي له الثلث من ذلك وهو ثلثا ثلث الجارية قيمة ذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وللوارث ثلث ثلثيها قيمة ذلك ستة وستون وثلثان فاذا ضممته الى المائتين استقام الثلث والثلثان ولو لم تزد الجارية ولكنها نقصت حتى صارت تساوى مائة درهم أخذ الموصى له ثلثها ورجع علي الوارث من قيمتها بأربعة وأربعين وأربعة اتساع درهم لان مال الميت ما صار للوارث مستهلكا له وقيمة ذلك مائتا درهم وثلث الجارية قيمته ثلاثة وثلاثون وثلث فان نقصان السعر لا يكون مضمونا على المشترى فللموصى له ثلث مائتى درهم وثلث ومقدار ذلك ما قال فى الكتاب فيأخذ ثلث الجارية لانها هى الاصل ويرجع على الوارث باربعة وأربعين وأربعة اتساع

درهم حتى يكون السالم له ثلث مال الميت * واذا كان للرجل ثلاثة أعبد قيمة كل واحد منهم ثلثمائة لا مال له غيرهم فأوصى بعبد منهم بعينه لرجل ثم مات الموصى فأعتق الوارث العبدين الآخرين ثم صارت قيمة كل واحد منهم ستمائة ثم جاء الموصى له فطلب حقه فانه يأخذ من العبد الموصى له به ثلثيه لان الوارث بالاعتاق صار مستهلكا للعبدين الباقيين فانما تعتبر قيمتهم يومئذ وذلك ستمائة فيكون للموصي له بقدر ثلث مال الميت وذلك ثلثا هذا العبد قيمته أربعمائة وثلثه للورثة قيمته مائتان من الستمائة مع الثمانمائة ولو كان الوارث لم يعتقهما ولكن الموصى له أعتق العبد الموصى به ثم نقصت قيمة العبيد حتى صار كل واحد منهم يساوى مائة فانه يأخذ الوارث العبدين الباقيين ويضمن له مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا لان الموصى له صار مستهلكا بالاعتاق العبد الموصى له به فتعتبر قيمته يومئذ وقيمة العبدين الباقيين عند القسمة فيكون مال الميت خمسمائة يسلم للموصى له ثلث ذلك مائتان وستة وستون وثلثان ويقوم للوارث مازاد على ذلك الى تمام ثلثمائة فيأخذه الوارث مع العبدين الباقيين حتى يسلم له ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث * واذا كان للرجل عبد يساوى ثلثمائة فأوصى به لرجل ثم مات ولا مال له غيره وله ابن صغير فكاتب الوصى العبد على ألف درهم فأداها الى الوصى ثم جاء الموصي له يطلب حقه فيكون الوصى فى الكتابة قائما مقام الصغير وحين تنفذ منه الكتابة فى ثلثيه صار ذلك مستهلكا وانما أدى الالف من كسب اكتسبه بعد الكتابة قلنا الكسب لا يكون محسوبا من مال الميت وانما مال الميت العبد وثلث الكسب فيكون جملة ذلك ستمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا يسلم للموصي له ثلث ذلك وهو مائتا درهم واحد عشر وتسع يأخذها من مال الابن ان كان له مال بثلث قيمة العبد وان شاء أعتق ويرجع الموصي على العبد فيستسعيه الابن فى ثلث قيمته لانه عتق بقدر الثلثين منه فيخرج الباقى الى الحرية بالسعاية فان تمكنت السعاية فى يد الموصى قبل أن يحضر الموصى له ثم حضر فانه يتبع مال الابن ان كان له مال بثلث قيمة العبد وان شاء أعتق وان شاء استسعاه لان الصبي معتق باستيفاء الوصى بدل الكتابة وقد كان العبد مشتركا بينه وبين الموصى له فكان للموصى له أن يضمنه قيمة نصيبه ان كان موسرا وقد بينا فى العتاق ان الصبا لا يمنع وجوب ضمان العين والموصى له لا يكون ضامنا من ماله شيأ لانه غير مخالف فى نصيب الصغير بالكتابة فيكون فعله كفعل الصبي فان كانت قيمة العبد زادت بعد ادائه المكاتبة لم ينظر الى الزيادة ولا الى النقصان بعد الاداء لانه لما عتق بعضه

وقد خرج من أن يكون مثبتا على ملك الميت ولو كان العبد زاد قبل أن يؤدى المكاتبة حتى صار يساوى ستمائة ثم أدى المكاتبة فضاع فى يد الموصى فلا ضمان على الوصى فيما قبض من المكاتبة لانه غير مخالف فى تصرفه بالكتابة وقبض البدل وللموصى له أن يتبع مال الابن ان كان له مال بثلث أربعمائة لان مال الميت قيمة ثلثى العبد وقت الكتابة وذلك مائتادرهم وقيمة ثلثه وقت الاداء وذلك مائتا درهم فيكون أربعمائة فيسلم للموصى له ثلث ذلك وله الخيار بين التضمين والاعتاق والاستسعاء وان رجع ذلك فى مال الصبي رجع الوصي على العبد بقيمة ثلثه عند الاداء وذلك مائتا درهم فيسعى للصبي فى ذلك * واذا كان للرجل عبدان قيمة كل واحد منهما ألف درهم فكاتبهما فى مرضه كتابة واحدة بالف درهم فمات أحدهما وأدى الباقى المكاتبة الى السيد ثم مات السيد بعد ذلك ولم يستهلك المكاتبة فان الورثة يرجعون على الحى بمائتى درهم وذلك تمام ثلثى المال لان المريض حاباهما بقدر ألف فذلك وصية لهما تنفذ من ثلثه وبموت أحدهما قبل موت المريض لا تبطل وصيته لان هذه الوصية فى ضمن الكتابة والكتابة قائمة ببقاء من يؤدى البدل وهو المكاتب الآخر ولان هذه الوصية تلزم بنفسها فتكون بمنزلة العتق المقدم فى مرضه فلا تبطل بموته فانما مال الميت عند موته بدل الكتابة وهو ألف درهم ونصف رقبة الباقى قيمته خمسمائة والذى مات مستوفيا لوصيته ويؤدى بموته نصف رقبته فانما يقسم الباقى بين الوارث والعبد القائم على خمسة لان للعبد نصف الثلث سهم من سهمين وللوارث أربعة فاذا قسمنا ألفا وخمسمائة بينهم اخماسا للعبد من رقبته بقدر ثلثمائة ويسعى فيما بقي وذلك مائتادرهم فحصل للورثة ألف ومائتا درهم وقد سلم للموصى بالعبد القائم ثلثمائة والميت صار مستوفيا مثل ذلك بالوصية فيقتسم الثلث والثلثان وكذلك لو كان أحد المكاتبين مات بعد موت المولي وبقي الآخر فأدى المكاتبة واذا كان للرجل ألفا درهم وعبد يساوي ألف درهم فأوصي ان يباع العبد من فلان بمائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله فان العبد يباع تسعة اعشاره من الموصى له بالبيع بأربعمائة وخمسين درهما لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بالبيع وهو مثل الوصية بالرقبة فى القسمة ووصية بالثلث فتكون القسمة على طريق المنازعة للموصى له بالبيع خمسة أسداسه وللآخر سدسه واذا صار العبد على ستة فكل ألف من الالفين يكون على ستة أيضا للموصى له بالثلث ثلث ذلك وهو أربعة فمبلغ سهام الوصايا عشرة فذلك ثلث المال وجملة سهام المال ثلاثون العبد من ذلك عشرة

أسهم وهو العشر للموصى له بالثلث وخمسة وهو نصف العبد يباع من الموصى له بخمسين درهما كما أمر به الموصى وأربعة أعشاره حق الورثة فانما يباع من الموصى له بالبيع بمثل قيمته أن رغب فيه لانه لم يبق من الثلث شئ لتنفذ له المحاباة فيه وقيمة أربعة أعشاره أربعمائة فلهذا يباع تسعة أعشار العبد من الموصى له باربعمائة وخمسين فيكون للموصي له بالثلث خمس الالفين أيضا وذلك أربعمائة ويكون للموصى له من الثمن خمسون درهما وهو حصة نصف العبد الذى نفذنا فيه الوصية بالبيع مع المحاباة لان ثمن ذلك خمسون وقد فرغ من وصية صاحب البيع فيسلم لصاحب الثلث فاذا قد سلم للموصى له بالثلث فى الحاصل خمسمائة وخمسين ونفذنا للموصى له بالمحاباة الوصية بقدر أربعمائة وخمسين فذلك ألف درهم وحصل للورثة ألف درهم فقد حصل لهم من الثمن أربعمائة وأربعة أخماس الالفين فيستقيم الثلث والثلثان واذا كان للرجل عبد يساوى ألف درهم لا مال له غيره فباعه من رجل فى مرضه بثلاثة ألف درهم بسنه سنة وأوصى لرجل آخر بثلث ماله ثم مات وأبى الورثة أن يجيزوا فتخريج هذه المسئلة ينبني على فصلين فيهما الخلاف أحدهما أن عند أبى حنيفة المحاباة المتقدمة تقدم على سائر الوصايا فى الثلث والثانى ان من باع فى مرضه عبدا يساوى قيمته ألف درهم بثلاثة ألف سنة فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر انما يصح التأجيل فى ثلث الثمن وفى قوله الاول وهو قول محمد التأجيل صحيح فيما زاد على ثلثى قيمة العبد من الثمن وقد تقدم بيان الفصلين ثم التخريج على قياس قول أبى حنيفة أن نقول يتخير المشترى فان شاء نقض البيع وان شاء أدى ألفي درهم حالة وسلم له التأجيل فى مقدار ألف لان المحاباة تقدم على الوصية بالثلث أصلا فان نقض البيع بطلت وصيته ويبقي صاحب الثلث فيأخذ ثلث العبد وان أوصى بالبيع فأدى ألفي درهم حالة الى الورثة ثم خاف الألف الباقية فانها تؤخذ منه وتعطى الموصى له بالثلث لان هذه الالف التى من مال الميت وقد فرغت من وصية صاحب المحاباة بمضى الاجل فيسلم للموصى له بالثلث وأما على قول أبى يوسف فان اختار المشتري أمضاء البيع فالتأجيل صحيح له فى ربع الثمن ويؤدي ما بقى فيسلم للوارث من ذلك ألفان وللموصى له بالثلث ما بقي لان الثمن ثلاثة ألف فربعه سبعمائة وخمسون وانما لم يصح تأجيله الا فى هذا القدر لان الموصي له بالثلث يضرب بالثلث والموصى له بالبيع يضرب بالجميع فيكون الثلث بينهما على أربعة والمال اثنى عشر فانما يسلم له التأجيل فى مقدار ثلاثة أسهم من اثنى عشر وهو الربع ويؤدي ألفين ومائتين وخمسين

فيكون للورثة منها ألفان ولصاحب الثلث مائتان وخمسون واذاحل الاجل كان الباقي وهو سبعمائة وخمسون كله لصاحب الثلث لانه من جملة الثلث وقد فرغ من وصية صاحب المحاباة فيسلم لصاحب الثلث وفى قول محمد التأجيل صحيح فى مقدار الالفين وفى ثلاثة أرباع ثلث الالف الثالثة باعتبار أن محل الوصية ثلث هذه الالف فيضرب فيه الموصى له بالثلث بسهم والموصى له بالربع بثلاثة فيؤدى ربع هذا الثلث مع ثلثى القيمة ربع هذا الثلث للموصي له بالثلث وثلثا القيمة للورثة واذا حل الاجل أدى ما بقى من الثمن فيكون للموصى له بالثلث من ذلك تمام الالف مع استوفا والباقى للورثة وانما يتحقق الخلاف قبل حلول الاجل فاما بعد حلول الاجل يرتفع الخلاف والله أعلم بالصواب

باب الرجل يموت وليس له وارث فيقر لورث له أو لوصي بمال

(قال رحمه الله) واذا حضر الرجل الموت وليس له وارث فأوصى رجل بماله كله لرجل فهو جائز عندنا بلغنا عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال يا معشر همدان انه ليس من قبيلة أحرى أن يموت الرجل منها لا يعرف له وارث منكم فاذا كان ذلك فليضع ماله حيث أحب وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الوصايا فان كان هذا الميت أسلم على يد رجل ووالاه أوكان له أحد من ذوي الارحام كان للموصى له الثلث لان من سمينا وارث له فعقد الموالاة عند تسبب الارث وذوى الارحام من جملة الورثة فلا تنفذ وصيته مع وجود أحد من هؤلاء الا فى مقدار الثلث من ماله واذا أقر فى مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابن ابن له ثم مات وله عمة أوخالة أو ولي موالاة فالميراث للعمة أو الخالة وقد تقدم بيان هذا فى كتاب الدعوى فلا يستحق المقر به شيأ مع وارث معروف له ولو لم يكن له وارث من القرابة وغيرهم كان ماله لهذا المقر به لانه أقر له بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو فى النسب مقر على غيره وفى استحقاق المال انما يقر به على نفسه فيعتبر اقراره فى ذلك وهذا لانه غير متهم فى هذا الاقرار فيما يرجع الى المال لانه يملك ايجابه له بطريق الوصية ابتداء فلهذا يعتبر اقراره باستحقاق المال ولو أوصى بماله كله لرجل مع ذلك كان لصاحب الوصية ثلث المال لان التهمة لما انتفت عن اقراره التحق المقر به بالوارث المعروف فيكون للموصي له ثلث المال معه وقد بينا فى كتاب الدعوى من يصح اقراره به للرجل والمرأة ومن لا يصح اقراره ولو أقر فى مرضه بابن

ابن أو باخ وصدقه المقر به فى ذلك ثم أنكره المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصي بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصي اه ولا شئ للمقر به لان النسب لم يثبت باقراره وكان اقراره بمنزلة ايجاب المال له بالوصية ورجوعه عن ذلك صحيح فان أنكره صار بمنزلة الراجع عما أوجبه له فلهذا سلم المال كله له ولو لم يوص بماله لاحد كان ماله لبيت المال دون المقر به لان حق المقر به قد بطل بجحوده فان قيل كلامه بمنزلة الاقرار بالمال فكيف يصح رجوعه عنه قلنا لا كذلك بل هو بمنزلة ايجاب المال له بطريق الخلافة وهو الوصية (ألا ترى) ان ما أقر به لو كان ظاهرا لم يستحق المال الا بهذه الصفة ولو لم يقر المريض بشئ من ذلك ولكن له عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولي النعمة بأخ للميت من أبيه وأمه أو بعم أو بابن عم ثم أنكره ثم مات المريض أخذ المقر به الميراث كله لان الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله واقراره حجة على نفسه ولو جدد الاقرار به بعد موت المريض كان جميع المال للمقر به فكذلك اذا أقر به قبل موته وان أقرت المرأة بزوج وابنة لها من غير هذا الزوج فصدقها كل واحد منهما بما أقرت به له خاصة وجحد صاحبه ثم مات ولا وارث لها فللزوج نصف المال لان اقرارها بالزوجية صحيح واقرارها بالابنة غير صحيح فى حق الزوج فيأخذ الزوج النصف ثم لما لم يوجد مايستحق لما بقى من الورثة فيعتبر اقرارها بالابنة فيما بقى فيكون لها النصف الباقى ولو صدقها الزوج فيما أقرت به من نسب الابنة وجحدت الابنة الزوج كان للزوج ربع المال لان اقراره حجة فى حقه فالتحقت بالابنة المعروفة عند تصديقه فى حقه فيكون له ربع المال والباقى للابنة ولو أقرت فى مرضها او صحتها بزوج وابنة وأم وأخت لاب فصدقها كل واحد فيما أقرت به له خاصة فللزوج نصف المال لان اقرارها بالزوجية صحيح ولمن سمى الزوج من جميع من سمينا غير صحيح فى حق الزوج فيأخذ الزوج نصف المال ثم الباقى يقسم بين من بقى على تسعة لانهم استووا فى أن اقرارها لهم بالنسب لا يصح فيجعل فيما بينهم كأن كل واحد منهم معروف بالنسب الذى أقر له به ولو كانوا معروفين كانت القسمة من اثنى عشر للزوج الربع ثلاثة وللبنت النصف ستة وللام السدس سهمان والباقى وهو سهم للاخت وقد أخذ الزوج كمال حقه فيطرح سهاما ويقسم ما بقي بينهم على تسعة للابنة ستة وللام سهمان وللاخت سهم فان كان المقر بهم لم يصدقوها ولم يكذبوها حتى ماتت ثم صدقوها بعد موتها على ما بينا ففى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما

الله الجواب كذلك وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا شئ للزوج فى هذه المسئلة فى الاقرار عند أبى حنيفة تصديق الزوج بعد موتها باطل فلا شئ له ويقسم الميراث كله علي ستة لانه يصير فى الحكم كأنه ما أقر الا بالثلاثة سوى الزوج فيكون للابنة نصف ثلاثة من ستة وللام السدس سهم والباقي للاخت وهو سهمان وقع فى بعض النسخ وللاخت ثلاثة وهو غلط فان الاخوات مع البنات عصبة فيكون للاخت ما بقى وهو سهمان ولو كانوا أقروا بذلك فى حياتها وتكاذبوا فيما بينهم الا الزوج فانه أقر بالام كان للزوج النصف والباقي علي تسعة أسهم كما بينا ثم يضم للام نصيبها الى نصيب الزوج فيقتسمان ذلك على خمسة أسهم للزوج ثلاثة وللام سهمان لان الزوج قد صدق بها فالتحقت فى حقه بام معروفة فما يحصل فى أيديهما يقسم بينهما على مقدار حقهما فيكون على خمسة للزوج ثلاثة وللام سهمان وفى هذا بعض الشبهة لان بوجوب الام لا يتحول نصيب الزوج الى الربع فينبغى أن يضرب هو بالنصف ستة ولكن نقول الزوج انما يضرب بثلاثة علي أن تكون المرأة تركت زوجا وأما فتكون القسمة من ستة للزوج ثلاثة * فان قيل فعلى هذا ينبغى أن يكون ما فى أيديهما بينهما نصفين لان الام أخذ النصف الباقي مع الزوج قلنا هى بالامية تستحق الثلث ثم الباقي يرد عليها ولا يعتبر الرد فى المزاحمة عند ضعف المال فلذا كانت القسمة بينهما على خمسة * ولو أقر فى مرضه فصدقه الاخ فى ذلك ثم أوصى بماله لرجل آخر ثم مات فقال الاخ لست له بأخ وكان اقراره لي باطلا فالمال كله للموصى له وان لم يوص بماله لاحد فالمال كله لبيت المال لان الاخ صار رادا لما أوجبه له حين أنكر الاخوة ولو أقر رجل بامرأة وابنة وأم وأخت لاب فصدقته كل واحدة منهن فى نفسها وكذبته فى البقية ثم مات فللمرأة الثمن والباقى للابنة خاصة لان اقرار الرجل بالمرأة والابنة صحيح فالتحقتا بالمعروفتين فللمرأة الثمن والباقى للابنة بالفرض والرد ولا شئ للام والاخت لان الابنة بعد ثبوت نسبها مستحقة لجميع المال واذا أقر بابن ابن أو بأخ له من أبيه وأمه ثم قتل عمدا فليس للمقر به فى القود قول ولكنه الى الامام لان المقر له بمنزلة الموصى له والموصى له بالمال لا حق له فى القود ولان اقراره انما يعتبر فيما يملك الانشاء به وهو لا يملك الانشاء فى القصاص (ألا ترى) أنه لو أو فى بذمة لرجل لم يكن له أن يقبض منه فكذلك اذا أقر له بنسب لا يثبت ذلك النسب باقراره ولكن الرأى الى الامام فان شاء استوفى القصاص وان شاء صالح القاتل على الدية فان صالحه على

ذلك فالدية للمقر به لان حق الموصى له يثبت فى الذمة كما يثبت فى سائر الاقوادفكذلك فى حق المقر به ولو كان المقتول أقر ببعض من يثبت نسبه منه باقراره كان القود للمقر به اذا صدقه بنسبه فى حياته أو بعد موته لان النسب الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة ولو كان أقر بامرأة ثم مات فالقود اليها والى الامام لان اقراره بالزوجية صحيح فتلتحق بامرأة معروفة فيكون لها ربع القود والباقى للامام ان شاء استوفيا وان شاء صالحا على الذمة أو أكثر منها فان صالحا على أقل من الذمة كان ربع ذلك لها لان صلحها صحيح فى نصيبها وأما الثلاثة ارباع فيصالح الامام فيه على أقل من ثلاثة ارباع الدية واذا مات الرجل وترك أخا لاب وأم فاقر الاخ فى حياته أو بعد موته بابنة ابن الميت ثم أنكرها فى حياته أو بعد موته فهو سواء فيأخذ منه نصف المال لانه أقر لها بنصف ميراثه وذلك ملزم اياه ولا يعتبر انكاره بعد ذلك فان أعطاها نصف المال ثم أقر بابنة ابن للميت فان دفع الى الاولى بغير قضاء دفع الى هذه نصف جميع المال لانه أقر انها مستحقة لنصف المال دون الاولى وما دفعه بغير قضاء محسوب عليه من نصيبه فيجعل كالقائم فى يده ولو كان دفع الى تلك بقضاء دفع الى هذه ثلاثة اخماس ما بقى فى يده لان الميت بزعمه خلف ابنة ابن وابنة ابن ابن وأخا فلابنة الابن النصف ثلاثة وللاخرى السدس والباقى وهو سهمان للاخ وما دفعه الى الاولى زيادة على حقها بقضاء قاض لا يكون محسوبا عليه فيجعل ذلك كالتاوي فتضرب الثانية فيما بقى بثلثه وهو سهمان فلهذا يعطيها ثلاثة اخماس ما بقى فى يده لانه زعم انها هى المستحقة للنصف وان للاخ ما بقي بعد السدس واذا قتل الرجل عمدا وله أخ لاب وأم فاقر الاخ بابنة للمقتول فانه هو الخصم فى الدية يقبل منه البينة ويحضر معه الابنة التى أقر بها فاذا قضى القاضى بالدم تركا جميعا القتل أو أمرا من يقتل بحضرتهما ولا يقتل حتى يحضرا لان العفو من كل واحد منهما صحيح فى نصيبه باعتبار زعم صاحبه فلا يقتل الا بحضرتهما فأما الاثبات بالبينة صحيح من الاخ وان لم يحضر البينة الا على قول أبى يوسف وهو بناء على التوكيل باثبات القود وقد تقدم بيان الخلاف فيه فى كتاب الوكالة ولو كان الاخ أقر بابن للميت فان القاضى لا يقبل أيضا البينة حتى يحضر الابن والاخ جميعا لان الاخ هو المستحق للدم فى الحكم وقد زعم الاخ ان المستحق هو الابن فلا بد من أن يحضرا جميعا لاثبات القود بالبينة ثم اما ان يتوليا قتله أو بامر أحدهما صاحبه فيقتله بحضرة الآخر واذا مات الرجل وترك أخاه لابيه

وأخاه لامه فادعى رجل انه أخو الميت لابيه وأمه وصدقه الاخ من الام بانه أخوه من أمه وصدقه الاخ من الاب بانه أخوه لابيه فانه يدخل مع الاخ لاب فيقاسمه ما فى يده نصفين ولا يدخل مع الاخ لام لان فى يد الاخ الام السدس وهو لا ينقص من السدس وان كثرت الاخوة من الاب وقد زعم الاخ لاب انه مساو له فيأخذ منه نصف مافى يده وهو سدسان ونصف وانما أقر الاخ لام بان له من التركة السدس وقد وصل اليه أكثر من ذلك فلا يزاحمه فى شئ مما فى يده واذا هلكت المرأة وتركت زوجها وأخاها لابيها فادعى رجل انه أخوها لابيها وأمها وصدقه الزوج بذلك وصدقه الاخ بانه أخوها لابيها فللزوج النصف لا ينقص منه والنصف الباقى بين الاخوين نصفان لان فرض الزوج لا يتغير بالاخ من الاب وانما أقر الزوج له بما يستحق بالعصوبة فى يد الاخ لاب وهو مصدق بالعصوبة له مكذب له فيما يدعى من الترجيح عليه فلهذا كان الباقى بينهما نصفين وكذلك لو صدقه الزوج انه أخوها لامها لان الزوج انما يقر له بالسدس بالفريضة ويصل اليه سدس ونصف سدس باقرار الاخ لاب وان كان الاخ من الاب أقر بانه أخ لام وأقر الزوج بانه أخ لاب أخذ المقر به من الاخ ثلث مافى يده لانه زعم ان الميت خلف أخا لام وأخا لاب وزوجا فيكون للزوج النصف ثلاثة وللاخ لام السدس سهم والباقى وهو سهمان للاخ لاب ففى هذا اقرار بان حقه فى التركة مثل نصف حق المقر فلهذا يعطيه ثلث ما فى يده فيضمه الى نصيب الزوج فيقتسمانه اثلاثا للزوج ثلثاه وللمقر به ثلثه لان للميت بزعم الزوج أخوين لاب وزوجا فالفريضة من أربعة للزوج سهمان ولكل أخ سهم فعلى هذا يقسم مافى يده بينهما اثلاثا فالمراد ينبغى على قياس هذا الجواب فى المسئلة الاولى وهو ما اذا أقر الزوج بانه أخ لام أن يأخذ هو نصف ما فى يد الاخ لاب ويضمه الى ما فى يد الزوج ويقتسمانه نصفين لان لها بزعم الزوج أخ لاب وأم وأخ لاب وزوج فيكون المال بين الاخ لاب وأم والزوج نصفين على سهمين فما يصل اليهما يقسم بينهما على اعتبار زعمهما والله أعلم بالصواب

كتاب العتق فى المرض

(قال الشيخ الامام الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله املاء بدأ الكتاب بما ذكر عن ابراهيم النخعى رحمه الله فى الرجل يعتق

عبده عنـد الموت وعليه دين قال يستسعى فى قيمته وبه نأخذ لان العتق فى مرض الموت
وصيةوالدين مقدم على الوصية فاذا كان الدين مثل قيمته أو أكثر ولا مال له سواه فقد بطلت
الوصية ووجب على العبد رد رقبته ولكن العتق بعد نفوذه لا يحتمل النقض والرد فيكون
رده بايجاب السعاية عليه ولا يلزمه السعاية فى أكثر من قيمته لانه لا يسلم له أكثر من مالية
رقبته وان كان الدين على المولى أقل من قيمته سعى فى مقدار الدين من قيمته للغرماء وفى ثلثى
ما بقى للورثة لان مال الميت ما بقى بعد قضاء الدين فانما سلم له بالوصية ثلث ما بقي وعليه
السعاية فى ثلثى قيمته للورثة واذا أعتق الرجل فى مرضه عبدا قيمته ثلثمائة ولا مال للمولى
سواه ولا دين عليه فعلى العبد السعاية فى مائتى درهم للورثة لان الثلث يسلم له بطريق الوصية
فان عجل العبد من السعاية لمولاه مائتى درهم فانفقها المولى على نفسه ثم مات المولى ولا مال
له غيره فانه يعتق من العبـد ثلث المائة الباقية ويسعى فى ثلثيها لان معنى المعاوضة تظهر فيما
أدى وهو قدر الثلثين منه فيخرج ذلك القدر من أن يكون معتبرا من ثلثه (ألا ترى) انه
لو أعتقه بمثل قيمته فاداها الى المولى لم يعتـبر خروجه من الثلث فكذلك اذا أدى ثلثى قيمته
الى المولى وما أنفقه المولى على نفسه لا يكون معتبرا لان المولى غير ممنوع من انفاق المال
على نفسه فان حاجته مقدمة على حاجة ورثته وما أنفقه ليس بقائم عند موته فلا يحتسب من
ماله فانما يبقى من ماله ثلث العبد وقد أوصى له بذلك فيسلم له بالوصية ثلث هذا الثلث ويسعى فى
ثلثيه وهو معنى تعليل محمد رحمه الله لان المولي لم يترك الا مائة درهم ولو كان عجل له قيمته
كلها ثم مات المولى وهى عنده رد على العبـد منها مائة درهم لانه موصى له بثلثمائة ومال
المولى عند موته ثلثمائة وهو ما استوفاه من العبد لان باعتبار المعاوضة تخرج رقبته من أن
تكون محسوبة من ماله فتنفذ وصيته فى ثلث ماله عند موته وذلك مائة درهم وهذا لان ما
أداه العبد انما أداه من كسب هو أحق به فانه بمعنى مكاتب أو حر عليه دين فيكون أحق
بكسبه *ولو أن المولى أنفق منها مائة درهم أو أكثر فقدر ما أنفقه لا يكون محسوبا من ماله
وانما ماله مابقى فيرد ثلثه على العبد بطريق الوصية ولو أنفقها كلها ثم مات لم يكن للعبد وصية
لان المولي لم يترك شيأ فحاجته فى النفقة مقدمة على حق الوارث والموصى له وهو حر لا سعاية
عليه لان الحرية سلمت له بعوض فيه وفاء وهو ما اذا أداه من قيمته فهو قد أدى ذلك من
كسب هو خالص حقه وهو نظير ما لو باعه من غيره بمثل قيمته وقبض الثمن فانفقه على نفسه

ثم مات *ولو ترك المولي مالا أو اكتسبه قبل موته ثم مات وهو عبد كان للعبد الثلث من ذلك الا أن يزيده على الثلثمائة ولا يزاد عليها لانه أوصى له برقبته وقيمة رقبته ثلثمائة فتنفذ الوصية من ثلث مال الميت عند موته ولا يستحق أكثر من ثلثمائة لانه لا سبب له في استحقاق الزيادة على ذلك ولو كان على المولى دين كان الدين في ذلك المال يبدأ به لكونه مقدما على الوصية ثم يكون للعبد ثلث الباقي بعد الدين الا أن يزيد ذلك على ثلثمائة فحينئذ لا يستحق أكثر من ثلاثمائة واذا أعتق الرجل عبدا في مرضه وقيمته ثلثمائة ولا مال له غيره فاكتسب العبد ألف درهم ثم مات العبد قبل السيد وترك ابنة ثم مات السيد ولا مال له غيره سوى ماله قبل العبد من السعاية والميراث فان للمولى من الالف خمسمائة درهم وعشرين درهما سعاية العبد من ذلك أربعون درهما وميراثه أربعمائة درهم وثمانون والباقي للابنة وهذه المسئلة تنبني على أصول منها ان الوصية بالعتق المنفذ في المرض لا تبطل بموت العبد قبل المولى لانه حصل مسلما الى العبد بنفسه ولزم على وجه لا يصح الرجوع عنه فهو بمنزلة هبة أو صدقة في المرض مقبوضة لا تبطل بموت المتصدق عليه قبل موت المتصدق بخلاف ما اذا أوصى برقبته لانسان ثم مات الموصي له قبل موت الموصى لان وجوب تلك الوصية بالموت فيشترط بقاء الموصى له عند موت الموصى له ومنها ان كلما ظهر زيادة في مال الميت يزداد حق الموصى له لانه شريك الوارث فيزداد حقه بزيادة مال الميت كما يزداد الوارث ومنها ان الموصى به يكون محسوبا من مال الموصى له ويكون مقسوما بين ورثته بعد موته كسائر أمواله ومنها ان مولي العتاقة آخر العصبات يرث ما بقى بعد أصحاب الفرائض ومنها ان سهم الدور ساقط لانه ساعى بالفساد فالسبيل طرحه وانما يطرح من قبل خروج الدور من قبله ثم في تخريج المسئلة طريقان أحدهما اعتبار الدور في مال المولى والباقي اعتباره في مال العبد فيبدأ بالتخريج علي اعتبار الدور من جانب المولى فنقول أما علي قول أبي حنيفة رحمه الله يرتفع من الالف مقدار قيمته للمولى بطريق السعاية وذلك ثلثمائة لان المستسعى عنده مكاتب فلا يرث ولا يورث عنه ما لم يحكم بحريته والحكم بحريته بعد اداء السعاية من ماله ويتوهم أن يكون عليه السعاية في جميع قيمته بان يظهر علي الميت دين محيط بماله فلهذا يعزل للمولى بجهة السعاية ثلثمائة يبقى سبعمائة فهو مال العبد ميراث بين الابنة والمولى نصفين فيصير مال المولى ستمائة وخمسين تنفذ الوصية في ثلث ذلك وهو سهم من ثلاثة ثم هذا السهم يكون مال العبد

مقسوما بين الابنة والمولى نصفين فانكسر بالانصاف فاضعفه فيكون ستة سهمان للعبد بالوصية ويعود أحدهما الى المولى بالميراث فيصير للورثة خمسة وحقهم فى أربعة فهذا السهم الخامس هو السهم الدائر لانه يجب تنفيذ الوصية فى ثلاثة ثم يعود بالميراث الى المولى نصف ما يحصل للعبد بالوصية فلا يزال يدور هكذا فيطرح السهم من أصل حق الورثة وذلك أربعة يبقي ثلاثة أسهم وللعبد سهمان ثم يعود الى المولى بالميراث أحدهما فيسلم للورثة أربعة وقد نفذنا الوصية فى سهمين فيستقيم الثلث والثلثان وتبين أن مال المولى وهو ستمائة وخمسون صار على خمسة كل سهم مائة وثلاثون ووصية العبد خمسا ذلك وذلك مائتان وستون كان عليه السعاية بقدر أربعين درهما فيأخذ المولى من الالف مقدار أربعين يبقى تسعمائة وستون بين الابنة والمولى نصفان لكل واحد منهما أربعمائة وثمانون فحصل لورثة المولى خمسمائة وعشرون وقد نفذنا الوصية فى مائتين وستين فيستقيم الثلث والثلثان وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المستسعى حر عليه دين فيبدأ من تركة العبد بدينه وذلك مائتا درهم ثلثا قيمته بطريق السعاية فيأخذ ذلك ورثة المولى يبقي ثمانمائة فيستقيم ذلك بين المولي والابنة نصفان للمولى أربعمائة ثم تنفذ الوصية للعبد فى ثلث ذلك وهو سهم من ثلاثة ثم ذلك السهم بين الابنة والمولى نصفان بالميراث فيكون الاربعمائة فى الابتداء على ستة أسهم للعبد منه سهمان بالوصية ثم يعود الى المولي أحدهما بالميراث وهو السهم الدائر فباعتباره يزداد مال المولى على ما بينا فى تخريج قول أبي حنيفة فيطرح هذا السهم من حق ورثة المولى يبقى فى ثلاثة وحق العبد فى سهمين فذلك خمسة ثم يعود أحد السهمين بالميراث الى ورثة المولى فيسلم لهم أربعة وقد نفذنا الوصية فى سهمين فيستقيم وتبين أن السالم للعبد بالوصية خمسا هذه الاربعمائة وذلك مائة وستون وقد سلم له بالوصية قبل هذا مائة فذلك مائتان وستون فانما عليه السعاية فى مقدار أربعين درهما ثم التخريج كما بينا فى قول أبي حنيفة وطريق الدينار والدرهم علي هذا الوجه أن نجعل مال المولى علي ستمائة وخمسين دينارا ودرهما تنفذ الوصية للعبد فى دينار ثم يعود نصف ذلك بالميراث الي المولى فيصير فى يد وارث المولى درهم ونصف دينار وحاجته الى دينارين لانا نفذنا الوصية فى دينار فنصف دينار بمثله قصاص يبقي فى يده درهم يعدل دينارا ونصفا فاضعفه للكسر فيصير درهمين تعدل ثلاثة دنانير ثم اقلب الفضة واجعل آخرا الدراهم آخر الدنانير وآخر الدنانير آخر الدراهم فيصير كل دينار بمعنى اثنين

وكل درهم بمنى ثلاثة ثم عد الى الاصل فقل كنا جعلنا المال دينارا وذلك اثنان ودرهما وهو ثلاثة فتكون خمسة ثم نفذنا الوصية فى دينار وذلك خمسا مال المولى وحصل فى يد الورثة درهم وهو ثلاثة ونصف دينار وهو واحد فيكون أربعة ضعف ما نفذنا فيه الوصية وعلى طريق الجبر السبيل أن تأخذ مالا مجهولا فتصح الوصية للعبد فى شئ منه ثم يعود نصف ذلك الشئ الى المولى بالميراث فيصير فى يد وارث المولى مال الا نصف شئ يعدل شيئين وهو حق الورثة غير أن المال ناقص نصف شئ فاجبره بأن تزيد عليه نصف شئ وزد على ما يقابله نصف شئ فتبين ان المال الكامل شيئان ونصف وقد نفذنا الوصية فى شئ وشئ من شيئين ونصف خمساه فظهر أن الوصية للعبد انما تنفذ فى خمسى مال المولى ثم التخريج كما بينا* وطريق الخطأين فيه أن نجعل مال المولى خمسة أسهم وننفذ الوصية فى سهم ثم نصف ذلك السهم يعود بالميراث الى المولى فيصير فى يد وارث المولى أربعة أسهم ونصف وحاجته الى سهمين لانا نفذنا الوصية فى سهم فظهر الخطأ بزيادة سهمين ونصف فعد الى الاصل ونفذ الوصية فى سهم ونصف ثم يعود بالميراث الى المولى نصف ذلك وهو ثلاثة أرباع سهم فيصير فى يد وارث المولى أربعة أسهم وربع وحاجته الى ثلاثة لانا نفذنا الوصية فى سهم ونصف فظهر الخطأ بزيادة سهم وربع وكان الخطأ الاول بزيادة سهمين ونصف فلما زدنا فى الوصية نصف سهم ذهب نصف الخطأ فالذى يذهب مابقى نصف سهم آخر فتنفذ الوصية فى سهمين من خمسة ثم يعود أحدهما بالميراث الى المولى فيصير فى يد وارث المولى أربعة وقد نفذنا الوصية فى سهمين فيستقيم الثلث والثلثان وان شئت قلت مال المولى على ثلاثة أسهم تنفذ الوصية فى سهم منه ثم يعود نصفه بالميراث اليه فحصل فى يد وارثه سهمان ونصف وحاجته الى سهمين فظهر الخطأ بزيادة نصف سهم فيعود الى الاصل وتنفذ الوصية فى سهم ونصف فقد ظهر الخطأ الثانى بنقصان ثلاثة أرباع وكان الخطأ الاول بزيادة نصف سهم فلما زدنا فى الوصية نصف سهم أذهب ذلك الخطأ وجلب خطأ ثلاثة أرباع سهم فانما يزيد فى الوصية ما يذهب ذلك الخطأ ولا يجلب خطأ آخر وذلك خمسا النصف وهو سهم فتنفذ الوصية فى سهم وخمس سهم وخمس من ثلاثة خمساه واذا أردت ازالة الكسر فاضربه فى خمسة فيكون خمسة عشر خمساه ستة نفذنا فيه الوصية ثم يعود بالميراث الى المولى ثلاثة فيحصل فى يد وارث المولى اثنا عشر وقد نفذنا الوصية فى ستة فيستقيم الثلث والثلثان وأما الطريق الآخر الذى يكون

الدور فيه من جانب مال العبد بيانه انه دفع من الالف بالسعاية مائتى درهم للمولى يبقى ثمانمائة فهو مال العبد نصفه للمولى بطريق الميراث ثم يعود ثلث ذلك النصف بالوصية الى العبد فيتبين ان ماله يكون على ستة أسهم لحاجتنا الى نصف ينقسم اثلاثا واذا عاد سهم بالوصية الى العبد يثبت فيه حق المولى بالميراث وهذا هو السهم الدائر وانما ظهر هذا الدور بزيادة هذا السهم فى نصيب الابنة فنطرح من أصل حقها سهما يبقى حقها فى سهمين وحق المولي فى ثلاثة ثم نعود بالوصية سهما الى الابنة فيسلم لها ثلاثة مما أخذه المولى بطريق الميراث فتبين ان الذى يبقي فى يد وارث المولى خمسا ثمانمائة وذلك ثلثمائة وعشرون كل خمس مائة وستون فاذا ضممت ثلثمائة وعشرين الى مائتين الذى أخذه المولى فى الابتداء كان خمسمائة وعشرين فهو السالم لوارث المولى وطريق الدينار والدرهم على هذا الوجه أن نجعل مال العبد دينارا ودرهما ثم نعطى المولى بالميراث دينارا ويعود بالوصية الي الابنة ثلث ذلك فيصير فى يدها درهم وثلث دينار وحاجتها الى دينار مثل ماسلم للمولى فثلث دينار بمثله قصاص يبقي معها درهم يعدل ثلثى دينار فانكسر بالاثلاث فاضربه فى ثلاثة فيكون فى ثلاثة دراهم تعدل دينارين ثم اقلب الفضة وعد الى الاصل فنقول كنا جعلنا ماله دينارا وذلك بمعنى ثلاثة ودرهما وذلك بمعنى اثنين فيكون خمسة ثم أعطينا المولى بالميراث دينارا فاسترجعنا منه بالوصية ثلث دينار فيصير فى يد الابنة ثلث دينار وهو بمعنى واحد ودرهم وهو بمعنى اثنين فذلك مثل ماأعطينا المولى بالميراث شيأ ويسترجع منه بالوصية ثلث ذلك فيصير مع الابنة مال الا ثلثى شيء يعدل شيأ لانا أعطينا المولى بالميراث شيأ فأخذ المولى بثلثى شيء ورد على ما يقابله ثلثى شيء فظهر ان المال الكامل شيء وثلثا شيء وكنا قد أعطينا المولي شيأ فذلك ثلاثة اخماس مال العبد والتخريج كما بينا وطريق الخطأ من فيه أن نجعل مال العبد سهمين ثم نعطى المولى بالميراث أحدهما ونسترجع منه بالوصية ثلث سهم فيصير فى يد الابنة سهم وثلث وحاجتها الي سهم مثل ماسلم للمولى فظهر ان الخطأ بزيادة ثلث سهم فنعود الي الاصل ونعطى المولى سهما وثلثا ثم نسترجع منه بالوصية ثلث ذلك وذلك أربعة اتساع سهم فيصير فى يد الابنة سهم وتسع وحاجتها الى سهم وثلث فظهر الخطأ الثانى بنقصان تسعى سهم وكان الخطأ الاول بزيادة ثلث سهم فلما زدنا فى نصيب المولى ثلث سهم أذهب ذلك الخطأ وجلب الينا خطأ تسعى سهم فالسبيل أن نزيد ما يذهب ذلك الخطأ ولا يجلب خطأ آخر وذلك ثلاثة اخماس الثلث فانما نعطى المولى

بالميراث سهما وثلاثة اخماس ثلث سهم وذلك ثلاثة من خمسة عشر فان أردت ازالة الكسر فاضرب سهمين فى خمسة عشر فيكون ذلك ثلاثين أعطينا المولى بالميراث ثمانية عشر فاسترجعنا منه بالوصية ستة فيحصل للابنة ثمانية عشر مثل ما كنا أعطينا المولى وانما يسلم لوارث المولى اثنا عشر واثنا عشر من ثلاثين خمساه فاستقام التخريج ومن اختار التطويل من أصحابنا رحمهم الله يخرج كل مسئلة على هذا الطريق ولكن لا فائدة فى هـذا التطويل فيقتصر فى تخريج المسائل بعد * هذا على بيان طريق الدور من جانب المولى ومن جانب العبد وربما يذكر فى بعضها طريق الجبر للايضاح أيضا * واذا أعتق المريض عبدا قيمته ثلثمائة درهم ولا مال له غـيره فاداها الى المولى وأنفقها المولى على نفسه ثم مات العبد وترك ألف درهم وترك ابنته ومولاه ثم مات المولى من ذلك المرض فلابنة العبد من تلك الالف سـتمائة ولورثة المولى أربعمائة ولا خلاف بينهم فى طريق تخريج هـذه المسئلة لان العبد أدى السعاية وعتق وما أنفقه المولى لا يكون محسوبا من ماله فاما مال المولى ما ورثه من العبد فقط * وعلى طريق الذى يعتبر الدور فى جانب المولى نقول العبد ترك ألف درهم نصفه وهو خمسمائة ميراثه للمولى ثم ننفذ وصية العبد فى ثلاثة أسهم من ثلثه ونقسم ذلك السهم نصفين فيصير مال المولى على سـتة تنفذ وصيته فى سهمين ويعود أحـدهما بالميراث اليه فيزداد حق ورثته بسهم وهو السهم الدائر فيطرح من أصل حق ورثته يبقى سهم ويبقى لهم ثلاثة وللعبد سهمان فيكون ماله على خمسـة تنفذ الوصية للعبد فى خمسة وذلك مائتا درهم ثم يعود مائة بالميراث اليه فيسلم لورثته أربعمائة وقد نفذنا وصيته فى مائتين واذا تبين وصية العبد بقدر مائتين يضم ذلك الى ماله وهو ألف درهم فيكون ألفا ومائتين بين المولى والابنة نصفين للمولى سـتمائة ثم يرد مائتين لانه وصية العبد يبقى له أربعمائة ويسلم للابنة ستمائة مثل ما يسلم للمولى فان اعتبرت الميراث فقد استوت وان اعتبرت الوصـية فقد نفذت وصية المولى فى مائتين وسلم لورثته أربعمائة فكان مستقيما * وعلى طريق الجبر نجعل للمولى مالا وننفذ وصيته فى شئ ثم يعود نصف ذلك بالميراث اليه فيكون الحاصل فى يد وارثه مالا الا نصف شئ يعدل شيئين وبعد الجبر والمقابلة المال الكامل يعـدل شيئين ونصف شئ وقد نفذنا الوصية فى شئ وشئ من شيئين ونصف خمساه فظهر أن تنفيذ الوصية فى خمسى مال المولى وهو مائتا درهم وان اعتبرت سهم الدور من جانب العبد فالطريق فيه أن نقول لما لم يبق على العبد شئ من السعاية فماله

ألف درهم وهو مقسوم بين الابنة والمولى نصفين ثم النصف الذى للمولى يكون على ثلاثة أسهم لحاجتنا الى تنفيذ الوصية فى ثلاثة فيكون الكامل ستة ثم يعود بالوصية سهم الي الابنة فيزداد نصيبها بسهم فنطرح من أصل حقها سهما ونجعل الالف على خمسة أسهم ثلاثة أخماسه للمولى وذلك ستمائة ثم يعود بالوصية ثلث ذلك وهو مائتان فيسلم للابنة ستمائة ولوارث المولى أربعمائة نصف ما نفذت فيه وصيته وعلى طريق الجبر نقول قد وجب علي المولى رد شئ مما أخذ لعلمنا أن له مالا لا يجب تنفيذ وصيته منه فنأمر الورثة باستقراض ذلك في الابتداء لنضمه الي مال العبد وذلك المستقرض نجعله شيأ فيكون مال العبد ألف درهم وشيأ بين الابنة والمولى نصفين للمولى خمسمائة ونصف شئ ثم يقضي دينه منه بشئ يبقي خمسمائة الا نصف شئ وهو يعدل شيئين فاجبره بنصف شئ وزد على ما يعدله مثله فصارت الخمسمائة تعدل شيئين ونصف شئ فالشئ منه يكون مائتين فظهر أن وصية العبد كانت بقدر مائتين واذا أعتق المريض عبده وقيمته ثلثمائة ثم مات العبد وترك ثلثمائة وترك ابنته وامرأته ومولاه ثم مات المولى فلورثة المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون درهما وأربعة أتساع درهم وللابنة سبعة وخمسون درهما وتسع درهم وللمرأة أربعة عشر درهما وتسعا درهم أما على قول أبى حنيفة فلان الثلثمائة كلها مال المولى في الظاهر لجواز أن يظهر عليه دين فيكون على العبد السعاية فى جميع القيمة وما ترك الا مقدار قيمته فهو بمنزلة المكاتب لا يورث عنه قبل أداء السعاية ثم هذه الثلثمائة تجعل على ثلاثة تنفذ وصية العبد فى سهم منها ثم يكون ذلك السهم ميراثا عنه بين ورثته على ثمانية للمرأة سهم وللابنة أربعة وللمولي ثلاثة واذا صار الثلث علي ثمانية فالثلثان ستة عشر تعود الثلاثة الى المولى فيزداد ماله بثلاثة أسهم وهى السهام الدائرة وبطرحها من أصل حق المولي يبقى حقه فى ثلاثة عشر وحق العبد فى ثمانية فذلك أحد وعشرون تنفذ الوصية فى ثمانية ويعود بالميراث الى المولى ثلاثة فيسلم لورثة المولى ستة عشر وقد نفذنا الوصية فى ثمانية فيستقيم الثلث والثلثان فظهر أن السالم لورثة المولى ستة عشر سهما من أحد وعشرين سهما من ثلثمائة مقدار ذلك بالدراهم مائتان وثمانية وعشرون وأربعة أتساع لان أربعة عشر تكون مائتى درهم فانه ثلثا أحد وعشرين وسبع المائة أربعة عشر درهما وسبعا درهم وسبعاه ثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وللمرأة واحد وهو أربعة عشر درهما وسبعا درهم وللابنة أربعة أسباع المائة وذلك سبعة وخمسون درهما وسبع

درهم ثم قال لجميع المال الذى ترك العبد ثلثمائة واثنان وأربعون درهما وستة أسباع يريد به انا نفذنا الوصية له فى ثلاثة أسباع المائة والموصي به محسوب من جميع ماله وثلاثة أسباع المائة اثنان وأربعون درهما وستة أسباع وطريق الجبر نقول تنفذ الوصية للعبد فى شئ ثم يقسم ذلك الشئ بين ورثته على ثمانية فيعود الي المولى ثلاثة أثمان شئ فيصير فى يد ورثته مال الا خمسة أثمان شئ يعدل ذلك شيئين وبعد الجبر والمقابلة الثلمائة تعدل شيئين وخمسة أثمان شئ انكسر بالاثمان فاضرب شيئين وخمسة أثمان فى ثمانية فيكون احدى وعشرين فتبين أن الثلمائة تكون على أحد وعشرين ومعرفة الوصية انا نفذنا الوصية فى شئ وضربنا كل شئ فى ثمانيــة فظهر أن تنفيذ الوصية كان فى ثمانية من أحد وعشرين والتخريج كما بينا وعلي قول أبى يوسف ومحمد يدفع الى المولي من تركة العبد مائتا درهم بقدر السعاية ويبقى له مائة ثم هذه المائة تقسم بين ورثته على ثمانية ثلاثة من ذلك للمولى ثم تنفذ الوصية فى سهم من هذه الثلاثة ثم ذلك السهم يصير ميراثا بين العبد وبين ورثته علي ثمانية فيعود ثلاثة الى المولى وهو الدائر فيطرح ذلك من حق ورثة المولى يبقى حقهم فى ثلاثة عشر وحق العبـد فى ثمانية ثم يعود بالميراث اليهم ثلاثة فيسلم لهم ستة عشر وقد نفذنا الوصية فى ثمانية فيستقيم فانما كان العمل عندهما فى ثلاثة أثمان المائة علي نحو ما ذكرنا من العمل فى جميع المال على أصل أبى حنيفة واذا تأملت تبين لك أن الجواب متفق مع اختلاف التخريج وان اعتبرت سهم الدور من جانب العبد قلت السبيل أن يؤدى سعايته مائتى درهم يبقى له مائة درهم ثم هذه المائة تجعل بين ورثته على ثمانية ثلاثة من ذلك للمولى ثم يعود سهم من هذه الثلاثة بالوصية الي الابنة والمرأة وهذا هو السهم الدائر فنطرح من أصل حقهما سهما يبقي حقهما فى أربعة ثم يعود اليهما بالوصية فيصير لهما خمسة وهو مقدار حقهما من الميراث أربعـة للابنة وسهم للمرأة فتبين أن هذه المائة صارت على سبعة أسهم والمائتان على أربعة عشر فيكون الجملة أحدا وعشرين وصل الى ورثة المولي مرة أربعة عشر ومرة سهمين فذلك ستة عشر مقدار حقهما من الدراهم مائتان وثمانية وعشرون درهما وأربعـة أسباع درهم وعلى طريق الجبر يجعل للمولى من هذه المائة ثلاثة أشياء ثم تنفذ الوصية فى ثلثه وهو شئ يبقى مائة الا شيئين يعدل ذلك خمسة أشياء لان حاجتهما الى خمسة أشياء لما سلم للمولى بالميراث ثلاثة أشياء فأجبر المائة بشيئين وزد علي ما يعـدله شيئين فتبين أن المائة التى هى مال يعدل سـبعة أشياء وان السالم

للمولى من هذا المال الحاصل شيآن وذلك سبعاه مع المائتين فيكون مائتين وثمانية وعشرين درهما وأربعة أسباع * ولو كان العبد ترك ابنتين وامرأة ومولاه والمسئلة بحالها فالثلثمائة مقسومة على سبعة وستين سهما للمولي من ذلك ثلاثة وأربعون سهما وخمسة أسهم مما بقي بميراثه وللابنتين ستة عشر سهما وللمرأة ثلاثة أسهم أما على أصل أبي حنيفة فلان الثلثمائة كلها مال المولي من حيث الاعتبار فيكون للعبد ثلاثة بطريق الوصية ثم هذا الثلث ينقسم على أربعة وعشرين سهما بين ورثة العبد للابنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة وللمولى خمسة فاذا صار الثلث على أربعة وعشرين يكون الثلثان ثمانية وأربعين ثم يعود خمسة بالميراث الى المولي فيزداد ماله بهذه الخمسة وهى الدائرة فنطرحها من أصل حقه يبقي حقه فى ثلاثة وأربعين وحق العبد فى أربعة وعشرين فذلك سبعة وستون ثم يعود خمسة الى ورثة المولى فيسلم لهم ثمانية وأربعون وقد نفذنا الوصية فى أربعة وعشرين فاستقام الثلث والثلثان وطريق الجبر السبيل أن نأخذ مالا مجهولا وتنفذ الوصية فى شيء ثم يعود بالميراث من ذلك الشيء الى المولى خمسة أسهم من أربعة وعشرين فى يد ورثة المولى مالا الا تسعة عشر جزأ من أربعة وعشرين جزأ من شيء يعدل ذلك شيئين وبعد الجبر والمقابلة المال يعدل شيئين وتسعة عشر جزأ من أربعة وعشرين جزأ من شيء فقد انكسر بجزء من أربعة وعشرين جزأ فالسبيل أن نضرب شيئين وتسعة عشر جزأ فى أربعة وعشرين فيكون ذلك سبعة وستين فظهر أن المال صار على سبعة وستين سهما ومعرفة الوصية انا نفذنا الوصية فى شيء وضربنا كل شيء فى أربعة وعشرين فظهر أن تنفيذ الوصية كان فى أربعة وعشرين من سبعة وستين وان جعلت السهم الدائر من جهة العبد فالسبيل فيه أن يؤدى من الثلثمائة سعاية العبد مائتى درهم يبقى مائة فهو مال العبد وميراث فيما بين ورثته على أربعة وعشرين سهما للمولى خمسة أسهم بالميراث ثم يرجع الى العبد بثلث ذلك بالوصية وهو سهم وثلثا سهم فيطرح ذلك من حق العبد فيصير مال العبد وهو مائة درهم على اثنين وعشرين وثلث سهم والمائتان اثنان للمولي ضعف ذلك وذلك أربعة وأربعون وثلثان فالكل اذا سبعة وستون ثم أدفع الى المولى من ذلك من مال العبد خمسة أسهم ثم يرجع من هذه الخمسة سهم وثلثان الى العبد بالوصية فيصير تسعة عشر للمرأة ثلاثة أسهم وللابنتين ستة عشر وللمولى ثمانية وأربعون مثلا ما كان للعبد وصية وعلى طريق الجبر نقول السبيل فيه أن نجعل للعبد مالا ثم ندفع الى المولي منه بالميراث خمسة

أشياء ثم يرجع بالوصية شيء وثلثا شيء فيصير للعبدمال الا ثلاثة أشياء وثلث شيء وذلك يعدل تسعة عشر شيأ لانا قدجعلنا للمولى خمسة أشياء لحاجة الابنتين والمرأة الي تسعة عشر فاجبر ذلك بثلاثةأشياء وثلث شيء وزد علي ما يعدله مثله فظهر ان المال الكامل يعدل اثنين وعشرين وثلثا فقد انكسر بالثلاث فاضربه فى ثلاثة فيكون سبعة وستين فلما صار المال اثنين وعشرين وثلثا وقد جعلنا الميراث للمولى خمسة ثم يسترجع بالوصية سهم وثلثا سهم صارت تسعة عشر للمرأة ثلاثة وللابنتين ستة عشر فكان مستقيما * واذا أعتق الرجل عبده عند الموت ولا مال له غيره وقيمته ثلثمائة درهم فادى العبد مائة الى المولى فاكلها ثم مات العبد وترك ثلثمائة وترك ابنته ومولاه فللمولي من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث وانما صار هكذا لان مائتي درهم من مال العبد مدفوع الى المولى فان العبد قدأدى مائة درهم وانما بقي عليه من سعايته ماتتان فاذا أدينا الى المولى مائتين بقي مال العبد مائة بين المولى والابنة نصفان للمولي نصف ذلك فيكون حاصل مال المولى مائتين وخمسين فاجعل ذلك على ستة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة تنقسم نصفين ثم تنفذ الوصية فى سهمين ويرجع الى المولي بالميراث سهم فيزداد ماله سهم وهو السهم الدائر فيطرح من أصل حق ورثة المولى سهما فيصير ماله على خمسة للعبد سهمان ثم يرجع سهم بالميراث الي المولى فيسلم لورثة المولى أربعة وقد نفذنا الوصية فى سهمين فاستقام الثلث والثلثان فظهر ان وصية العبد خمساماثتين وخمسين وذلك مائة درهم فاذا نفذنا الوصية له فى مائة وخمسين ثم يرجع اليه بالميراث خمسون فيصير لورثته ماثتان مثل ما نفذنا فيه الوصية ويبقي للابنة مائة وعلى طريق الجبر السبيل أن تجبر الوصية فى شيء ثم يرجع الى المولى نصفه بالميراث فيصير للمولى مالا الا نصف شيء يعدل شيئين وبعدالجبر مالا يعدل شيئين ونصفا فاضعفه للكسر بالنصف فيصير خمسة والشيء يصير شيئين فظهر انا نفذنا الوصية فى خمسى مال المولى وذلك مائتان وخمسون كمابينا وان أردت أن تطرح سهم الدور من مال العبد فالسبيل أن تقول يدفع الي المولى من الثلثمائة ثلث المائتين وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان العبد قد أدى المائة وانما بقيت الوصية فى رقبته بقدر مائتين فيدفع الي المولي ثلثا ذلك ويبقي مال العبد مائة وستة وستون فيكون ذلك نصفين بين الابنة والمولىفاجعل كل نصف على ثلاثةأسهم ثم أطرح من نصيب العبد سهما فيصير مال العبد خمسة للمولى ثلاثة ولابنة العبد سهمان

ثم يرجع اليها سهم بالوصية فيكون ثلاثة مثل ما كان للمولى بالميراث ويخرج مستقيما على طريق الجبر أيضا اذا تأملت ولو كان العبد أعطى المولى مائتى درهم والمسئلة بحالها فا كلها المولى فللمولى من هذه الثلثمائة عشرون درهما بالسعاية ومائة وأربعون بالميراث لانا نجعل مال المولى ومال المولى مائة يأخذه بطريق السعاية ونصف مابقي من مال العبد بالميراث وذلك مائتان ثم نجعل ذلك على ستة لحاجتنا الى ثلاثة تنقسم نصفين ثم نطرح من نصيب المولى سهما كما ذكرنا فيصير مال المولى على خمسة خمسا ذلك للعبد بطريق الوصية وخمسا المائتين ثمانون درهما فظهر ان وصيته ثمانون وان الباقى عليه من السعاية بقدر عشرين درهما ندفع من الثلثمائة عشرين درهما الى ورثة المولى بالسعاية يبقى مائتان بين المولى والابنة نصفين فيحصل لورثة المولى بالميراث مائة وأربعون وبالسعاية عشرون فذلك مائة وستون وقد نفذنا الوصية فى ثمانين فيستقيم الثلث والثلثان وان جعلت السهم الساقط من مال العبد قلت قد أدى العبد مائتين فانما تثبت الوصية فى رقبته بقدر مائة فيدفع الى المولى ثلثا المائة وذلك ستة وستون وثلثان يبقى مال العبد مائتان وثلاثة وثلاثون وثلث فاجعل ذلك على ستة ثم أطرح من نصيب العبد سهما واقسم على خمسة ثلاثة للمولى وسهمان للابنة ثم يعود اليها سهم بالوصية فيسلم لها ثلاثة مثل ما سلم للمولى بالميراث ولو كان العبد أعطى مولاه ثلثمائة درهم فا كلها ثم مات وترك ثلثمائة وابنته ومولاه فلا سعاية له على العبد ولا يحتسب بشئ مما أكل المولى وانما مال المولى ما يرثه من العبد وذلك مائة وخمسون فاجعل ذلك على خمسة بعد طرح السهم الدائر فللعبد خمسا ذلك بطريق الوصية وذلك ستون درهما ثم يعود الى المولى نصف ذلك بالميراث وهو ثلاثون فانما يسلم لورثة المولى مائة وعشرون درهما وذلك خمسا الثلثمائة فى الحاصل ويسلم للابنة مائة وثمانون وقد سلم للمولى مثل ذلك لانا نفذنا وصيته فى شيئين وقد سلم لورثته مائة وعشرون فاستقامت القسمة ولو كان العبد أدى الى المولى خمسمائة فانفقها المولى على نفسه ثم مات العبد وترك خمسمائة وابنته ومولاه ثم مات المولى فللمولى من ذلك مائة وعشرون درهما وللابنة ما بقى لان المولى فى الحاصل لم يترك شيأ سوى ما ورث من العبد وميراثه منه مائتان وخمسون الا أنه يقضى من ماله دينه أولا وذلك مائتا درهم لان حقه قبل العبد فى ثلثمائة وقد استوفى منه خمسمائة فالمائتان دين عليه فان قضى الدين بقى للمولى خمسون وقد ظهر للعبد زيادة مال وهو مائتا درهم الذى استوفاه بالدين فيكون نصف ذلك للمولى بالميراث وهو مائة

درهم فصار مال المولي فى الحاصل مائة وخمسين ثم نجعل ذلك علي ستة أسهم وبعد طرح السهم الدائر علي خمسة للعبد خمسا ذلك بطريق الوصية وخمسا مائة وخمسين يكون شيئين فظهر ان وصية العبد ستون ثم يرجع الى المولى بالميراث نصف ذلك وهو ثلاثون فيصير فى يد وارث المولي مائة وعشرون وقد نفذنا الوصية فى شيئين فكان مستقيما وان اعتبرت الميراث قلت انه قد ورث فى الميراث ثلثمائة وثمانين مرة مائتين وخمسين ومرة مائة ومرة ثلاثين فذلك ثلثمائة وثمانون وللابنة مثل ذلك فكان العبد مات فى الحاصل عن سبعمائة وستين لانه مات وفى يده خمسمائة وقد سلم له مائتان باقتضاء الدين وستون بالوصية فذلك سبعمائة وستون بين الابنة والمولى نصفين لكل واحد منهم ثلثمائة وثمانون ولو أعتقه عند موته وقيمته ثلثمائة درهم ثم مات العبد وترك ألف درهم وابنا يحرز ميراثه ثم مات ابن العبد وترك ابنة ثم مات المولى فللمولى من الالف أربعون درهما بالسعاية ونصف ما بقي بالميراث فيجتمع له خمسمائة وعشرون درهما وقد نفذنا الوصية للعبد فى مائتين وستين لان العبد لما مات عن ابن فلا شيء للمولى من ميراثه ثم مات الابن عن ابنة فيكون ميراثه بين الابنة والمولى نصفين وحكم هذه المسئلة حكم ما تقدم فيما اذا مات العبد وترك ألف درهم وابنة سواء لان نصف المال يرجع الى المولي فى الفصلين والله أعلم

باب عتق أحد العبدين

(قال رحمه الله) واذا أعتق عبدين له عند الموت قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى ثم مات المولى وبقي العبد الآخر ولم يسع بشيء فعليه سعاية فى أربعين درهما وميراثه تسعمائة وستون لان مال المولى رقبة الحي وهى ثلثمائة وتركة الميت هى ألف فانه ان مات حرا فلا وارث له غير المولى وان مات عبدا فكسبه للمولى ولان بعض هذا المال للمولى بطريق اقتضاء دين السعاية وبعضه بطريق الميراث ثم نجعل ذلك كله علي ستة لحاجتنا الى ثلث ينقسم نصفين بين العبدين ثم السهم الذى هو للميت يعود الى المولى بالميراث فيزداد حقه بسهم وهو الدائر فيطرح ذلك من أصل حقه وهو أربعة فتتراجع السهام الى خمسة للعبدين سهمان لكل واحد منهما سهم وخمس الالف وثلثمائة مائتان وستون فيسلم للحى من رقبته هذا المقدار

ويسعى في أربعين درهما فيصير في يد وارث المولى ألف وأربعون درهما وقد سلم للميت بالوصية أيضا مائتان وستون فحصل تنفيذ الوصية لهما في خمسمائة وعشرين وسلم لورثة المولى ضعف ذلك فكان مستقيما * وطريقة أخرى فيه أن أصل الفريضة من ستة لكل عبد سهم ولورثة المولى أربعة ثم مات أحد العبدين مستوفيا لوصيته فاطرح سهمه يبقى خمسة للعبد الباقي سهم واحد وللورثة أربعة فصار المال ألفا وثلثمائة فاذا قسمتها على خمسة كان للحي سهم واحد وهو مائتان وستون وللورثة أربعة وقد تبين ان الميت كان مستوفيا لوصيته مائتين وستين فيكون جميع مال المولى ألفا وخمسمائة وستين بان تضم مائتين وستين الى الثلثمائة الباقية تنفذ الوصية لهما في ثلث ذلك خمسمائة وعشرون ويسلم لورثة المولى ألف وأربعون ولو أعتق عبدين عند الموت قيمة كل واحد منهما ثلثمائة فمات أحدهما وترك مائة درهم وترك ابنته ومولاه ثم مات المولى فالمائة كلها للمولى بالسعاية ويسعى الحي في مائتين وعشرين درهما لان مال المولى هنا أربعمائة فان رقبة الباقي ثلثمائة والمائة التي تركها الميت كلها مال المولى باعتبار السعاية لان ثلثه فوق هذا المقدار والدين مقدم على الميراث ثم هذه الاربعمائة تقسم على خمسة لما بينا ان أصل الفريضة من ستة يطرح نصيب الميت ويبقى خمسة فاما للعبد الباقي خمس أربعمائة وذلك ثمانون درهما وقد تبين ان الآخر مستوف بالوصية مثل ذلك فيكون جملة ماله أربعمائة وثمانين الثلث من ذلك مائة وستون بين العبدين لكل واحد منهما ثمانون والثلثان ثلثمائة وعشرون وقد أخذ وارث المولى مائة درهم فيسعى الحي لهم في مائتين وعشرين درهما حتى يصل الى كل واحد منهما كمال حقه ولو كان العبد الميت ترك مائة وخمسين درهما أخذ المولى مائة منها بالسعاية ومائة وخمسة وتسعين درهما وخمسة اجزاء من أحد عشر جزأ من درهم ونصف الباقي سبعة وعشرون درهما وثلاثة أجزاء بالميراث ويسعى الحي في مائة وخمسة وتسعين جزأ وخمسة اجزاء من أحد عشر جزأ من درهم لان الميت لو ترك زيادة على قيمته كان نصف تلك الزيادة للابنة ونصفه للميت بالميراث فاذا كان فيما ترك نقصان عن قيمته نجعل ذلك النقصان عليهما أيضا والنقصان بقدر خمسين فخمسة وعشرون من ذلك على الابنة فيكون مال الميت في الحاصل خمسمائة وخمسة وسبعين ثلثمائة قيمة الحي ومائتان وخمسون تركه الميت يستوفيه بطريق السعاية الى أن تتبين وصيته وخمسة وعشرون مما يسلم للابنة اذ نفذنا الوصية لان ذلك القدر محسوب عليها فاذا عرفنا مقدار ماله قلنا السبيل

ان يكون ماله على ستة الا أن السهم الذى هو نصيب الميت يعود نصفه الى المولي بالميراث فينكسر بالانصاف فنجعله علي اثنى عشر ثمانية من ذلك لورثة المولى ولكل واحد من العبدين سهمان ثم أحد السهمين من نصيب الميت يعود الى المولى وهو السهم الدائر فنطرح ذلك من أصل حق الورثة يبقي أحد عشر لورثة المولى سبعة ولكل عبد سهمان ثم يعود سهم من نصيب الميت الى ورثة المولى فيسلم لهم ثمانية وقد نفذنا الوصية فى أربعة فكان مستقيما فتبين أن نصيب الحى سهمان من أحد عشر من مال المولى وماله خمسمائة وسبعون فاذا قسمت ذلك على أحد عشر كان كل سهم من ذلك اثنين وخمسين وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم وقد سلم للميت بالوصية مثل ذلك فاذا جمعت بين ما سلم لهما بالوصية وبين ما وصل الى الورثة بالسعاية والميراث استقام الثلث والثلثان واذا تبين أنه كان علي الميت السعاية فى مائة وخمسة وتسعين وخمسة أجزاء يأخذ المولى ذلك من تركته يبقى من تركته أربعة وخمسون وستة أجزاء نصف ذلك للابنة ونصفه للمولى بالميراث وذلك سبعة وعشرون درهما وثلاثة أجزاء فان قيل لايجوز أن يعتبر نقصان تركته عن قيمته بالزيادة لان فى الزيادة حقا للمولى والابنة جميعا لو وجدت وضررا بانعدامها يكون عليهما فاما الى تمام القيمة حق المولى اذا وجد لما بينا أنه تعتبر السعاية فى كمال قيمته فلا يجوز أن يجعل شئ من نقصان ذلك على الابنة بل يكون كله على المولى فانما يبقى ماله خمسمائة وخمسين قلنا هو فى الصورة كذلك فأما فى الحقيقة هذا النقصان من حقهما لانا نعلم أنا نسلم الميت بالوصية هذا القدر وزيادة وما يسلم له بالوصية يكون ميراثا بين الابنة والمولي نصفين فلهذا جعلنا الجبران بذلك النقصان عليهما ولو ترك العبد ثلثمائة درهم وترك ابنته ومولاه فان قيمة الحى والميت تقسم على أحد عشر سهما لان مال المولى هنا ستمائة فان الميت خلف ثلثمائة وذلك كأنه للمولى بسعايته لجواز أن يظهر عليه دين محيط وقيمة الحى أيضا ثلثمائة فذلك ستمائة وهى مقسومة علي أحد عشر سهما لما بينا أنه يطرح السهم الدائر من اثنى عشر وهو الذي يعود الى المولى بالميراث من نصيب السعاية اذا قسمنا على أحد عشر سهما قلنا يسلم للحي سهمان من أحد عشر سهما من ستمائة فيسعى فيما بقى ويسلم للميت مثل ذلك بالوصية من تركته ويأخذ ما وراء ذلك ورثة المولى بالسعاية ثم يعود اليهم نصف ما سلم للميت بالوصية فيحصل لهم ثمانية أسهم وقد نفذنا الوصية فى أربعة فاستقام الثلث والثلثان فاذا ظهر التخريج من حيث السهام

فالتخريج من حيث الدراهم سهل * وعلى طريق الجبر نقول يسلم لكل واحد من العبدين بالوصية ثلثي الذي كان وصية للميت يعود نصفه بالميراث الى ورثة المولى فتصير فى أيديهم ستمائة الاشياء ونصف شئ ثم يعدل ذلك أربعة أشياء فاجبر بشئ ونصف شئ وزد على ما تقول مثله فظهر أن الستمائة تعدل خمسة أشياء ونصفا وقد انكسر بالانصاف فاضعفه فيكون أحد عشر فظهر أن الستمائة الذى هو مال المولي يعدل أحد عشر وان الوصية لكل عبد من ذلك سهمان كما بينا واذا كان للرجل ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم اثنان منهم مدبران فأعتق أحدهم فى صحته ثم مات أحد المدبرين قبل السعاية فانه يعتق من المدبر الباق الثلث وخمس ما بقي ويسعى فى أربعة أعشار قيمته ويسعى الآخر فى ثلثي قيمته لان العتق المنفذ فى صحته يشيع فيهم جميعا بالموت فيعتق من كل واحد سهم ومال المولى عند الموت ثلثا رقبة كل واحد منهم فيسلم للمدبر ثلث ماله بالوصية بينهما نصفان فيكون ماله على ستة وقد مات أحد المدبرين مستوفيا لوصيته وتوى ما عليه من السعاية فانما يضرب المدبر الآخر فيما بقي بسهم والورثة بأربعة فيكون مقسوما بينهم على خمسة فقد وقع الكسر مرة بالاثلاث ومرة بالاخماس فالسبيل أن نضرب ثلاثة فى خمسة فيكون خمسة عشر فنجعل كل رقبة على خمسة عشر ثم قد سلم لكل واحد منهم بالعتق البات خمسة وبعد موت أحد المدبرين يبقي مال المولى عشرون عشرة من رقبة المدبر القائم وعشرة من رقبة القن فانما يسلم للمدبر الباقي خمس ذلك وهو أربعة فاذا سلم له مرة خمسة ومرة أربعة يبقى من رقبته ستة فانما يسعى هو فى ستة أسهم من خمسة عشر سهما من قيمته فان شئت سميت ذلك خمسي قيمته وان شئت سميته أربعة أعشار قيمته ويسعى الآخر فى عشرة لانه لا وصية له فيسلم للورثة ستة عشر سهما وقد نفذنا الوصية للمدبر القائم فى أربعة فظهر أن الميت صار مستوفيا مثل ذلك فحصل تنفيذ الوصية لهما فى ثمانية مثل نصف ما سلم للورثة ولو كان العتق البات فى مرضه سعى المدبر فى ثلثي قيمته وسعى الآخر فى ثمانية أتساع قيمته لان العتق فى المرض وصية بالموت قبل البيان شاع فيهم فانما يسلم لكل واحد من العبدين ثلثه ولا يزداد حق المدبر بهذا لانه موصي له بجميع رقبته فبعد موت المولى يضرب المدبر فى الثلث بجميع رقبته والقن بثلث رقبته فاذا جعلت كل ثلث سهما كان الثلث بينهم على سبعة والثلثان أربعة عشر فذلك أحد وعشرون وقد مات أحد المدبرين مستوفيا لوصيته وتوي ما عليه من السعاية فيضرب كل واحد منهم فيما بقى

بسهام حقه الورثة بأربعة عشر والمدبر الباقي بثلاثة والقن بسهم فيكون جملته ثمانية عشر سهما والمال رقبتان كل رقبة علي تسعة فقد سلم للمدبر ثلاثة وهو الثلث من رقبته ويسعى فى ثلثي قيمته ويسلم للقن سهم وهو تسع رقبته ويسعى فى ثمانية أتساع قيمته وتبين أن السالم للمدبر الميت مثل ما سلم للحي فيستقيم الثلث والثلثان * ولو كان لرجل عبدان فاعتق أحدهما عند الموت ألبتة ثم مات أحدهما قبل السيد ثم مات السيد فان الباقي منهما يعتق من الثلث لان الذى مات قبل المولى يخرج من أن يكون مزاحما للآخر فى العتق المبهم علي ما عرف أن العتق المبهم والطلاق المبهم انما يتعين في القائم بعد موت أحدهما ولو مات السيد أولا ثم مات أحدهما يسعى الباقي فى أربعة أخماس قيمته لان العتق المبهم يشيع فيهما بموت المولى ويكون من الثلث فصار الثلث بينهما نصفين على سهمين ثم مات أحدهما مستوفيا لوصيته وتوى ما عليه من السعاية فانما يضرب الآخر فى رقبته بسهم والورثة فلهذا يسلم له خمس رقبته ويسعى فى أربعة أخماس قيمته والله أعلم بالصواب

باب السلم فى المرض

(قال رحمه الله) الاصل فى مسائل هذا الباب أن تبرع المريض بالاجل يكون معتبرا من ثلثه بمنزلة تبرعه بأصل المال بالهبة أو الابراء وهذا لان الحيلولة تقع بين الورثة وبين المال عند موت المريض بسبب الاجل كما تقع الحيلولة بسبب الهبة والابراء ولان ما زاد علي الثلث حق الورثة وتصرفه فى حق الغير بالتأجيل باطل كتصرفه بالاسقاط وأصل اجرائه اذا جمع فى تبرعه بين المال والاجل فانه يقدم فى ثلث ماله التبرع بأصل المال حتى اذا استغرق الثلث لم يصح تأجيله فى شئ لان التأجيل تبرع من حيث تأخير المطالبة مع بقاء أصل المال والمحاباة تبرع بأصل المال ولا شك أن التبرع بأصل المال أقوى ولا مزاحمة بين الضعيف والقوى فى الثلث اذا عرفنا هذا فنقول اذا سلم المريض مائة درهم فى عشرة أكرار حنطة الى رجل بأجل معلوم ونقد الدراهم ولا مال له غيرها ثم مات قبل حل الاجل والطعام يساوى مائة فالمسلم اليه بالخيار ان شاء عجل ثلثي الطعام فكان الثلث عليه الى أجله وان شاء رد عليهم رأس المال الا ان شاء الورثة أن يؤخروا عنه الطعام الى أجله لان تبرع المريض كان بالاجل فانما صح فى ثلث ماله وعلى المسلم اليه أن يعجل ثلثي الطعام الا أنه يثبت له الخيار

لانه تغير عليه شرط عقده فانه ما رضى بأنه يطالب بحكم هذا العقد بشئ من الطعام قبل حل الاجل فاذا توجهت المطالبة عليه به فقد تغير عليه شرط عقده وذلك يثبت الخيار لانعدام تمام الرضى فله أن يفسخ العقد ويرد عليهم رأس المال الا أن يشاء الورثة أن يؤخروا عنه الطعام الى أجل لانهم اذا نفذوا التأجيل فى جميع الطعام فقد سلم له شرط عقده فلا خيار له فى الفسخ وان لم يتغير شيأ حتى مات حل الاجل وبطل الخيار لانه لم يتغير موجب العقد هنا فان الاجل يحل بموت المسلم اليه وتتوجه المطالبة بحكم العقد اما لوقوع الاستغناء له عن الاجل أو لان الدين لما صار فى معنى التحول الى التركة كان بمنزلة العين والعين لا تقبل الاجل وان كان بموت رب السلم فقد حل الاجل فالطعام حال على المسلم اليه ولا خيار له فيه لانه لم يتغير عليه شرط عقده *وان كان السلم يساوى خمسين درهما فمات رب السلم والمسلم اليه حى فهو بالخيار ان شاء رد على الورثة رأس المال كله وأبطل السلم وان شاء رد عليهم سدس رأس المال وادى الطعام كله فى الحال لانه جمع فى تبرعه هنا بين الاجل والمال وتبرعه بالمال استغرق الثلث وزاد عليه فلا يصح تبرعه بالاجل فى شئ ويسلم للمسلم اليه ثلث المال ثلاثة وثلاثون وثلث يبقى ستة وستون وثلثان فعليه أن يؤدى الطعام فى الحال وقيمته خمسون رأس المال ستة عشر وثلثان حتى يسلم للورثة ثلثى المال فى الحال وانما يثبت له الخيار لانه تغير عليه شرط عقده فاذا اختار الفسخ كان عليه رد جميع رأس المال لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن العقد فلا تبقى بعد انفساخ العقد ولا يقال كان ينبغى أن ينفذ تبرعه فى الاجل والمال كل واحد منهما فى نصف الثلث فيعطى ثلثى الطعام فى الحال وثلث الطعام عليه الى أجله وتسلم له ثلث الخمسين ويرد ثلث رأس المال فى الحال وهو ثلاثة وثلاثون وثلث وهذا لما بينا ان التوزع عليهما بعد ثبوت المساواة بينهما ولا مساواة بين أصل المال والاجل ثم لو جعلنا هكذا فاذا حل الاجل ووجب قضاء ما بقى من الطعام وجب رد نصف المقبوض من رأس المال عليه لانهم لو لم يردوا ذلك حصل للورثة أكثر من الثلث وذلك ممتنع فان عقد السلم ينتقض فى المردود من رأس المال لفوات القبض فلا يتصور أن يعود العقد فيه بدون التجديد وعلى هذا لو كان المسلم اليه رجلين فان الطريق فى التخريج واحد ولو أسلم المريض ثلاثين درهما فى كر يساوى عشرة ثم مات قبل حل الاجل فالمسلم اليه بالخيار ان شاء نقض السلم وان شاء رد ثلث رأس المال وأدى الكر كله لما بينا ان تبرعه بأصل المال فى الثلث مقدم

واذا تبرع بقدر عشرين درهما وثلث ماله عشرة فاذا أدي المسلم اليه الطعام فى الحال وقيمته عشرة ورد ثلث رأس المال وهو عشرة حصل للورثة عشرون وقد نفذنا له الوصية فى عشرة وان اختار فسخ العقد لتغير شرطه رد جميع رأس المال لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن العقد ولو كان رأس المال أربعين درهما أدى الكر كله ورد من رأس المال ستة عشر درهما وثلثى درهم حتى يسلم للورثة ثلثا مال الميت ستة وعشرون درهما وثلثا درهم وقد نفذنا الوصية فى ثلاثة عشر وثلث لانه استوفى أربعين ثم رد ستة عشر وثلثين وكرا قيمته عشرة فيبقى السالم له بالوصية ثلاثة عشر وثلث وان كان رأس المال خمسين درهما رد عليه ثلاثة وعشرين درهما وثلثا يسلم للورثة كر قيمته عشرة وثلاثة وعشرون وثلث فذلك ثلثا مال الميت وقد نفذنا المحاباة له فى ستة عشر وثلثين لانه سلم له ستة وعشرون وثلثان بكر قيمته عشرة وان كان رأس المال مائة درهم رد ستة وخمسين درهما وثلثى درهم فيسلم للورثة هذا مع كر قيمته عشرة فيكون ستة وستين وثلثين وهو ثلثاه مال الميت ويسلم للمسلم اليه ثلاثة وأربعون بكر قيمته عشرة فيكون السالم له من المحاباة ثلاثة وثلاثون وثلث وهو ثلث مال الميت والله أعلم

باب هبة أحد الزوجين لصاحبه

(قال رحمه الله) واذا وهب المريض لامرأته مائة درهم ولا مال له غيرها فدفعها اليها ثم مات فالهبة باطلة لانها بمنزلة الوصية ولا وصية للوارث وهي وارثه ولو ماتت المرأة قبله ولها عصبة ولا مال للمرأة غير هذه المائة فانه يرد منها الى ورثة الزوج ستين درهما لبطلان الهبة وعشرين درهما بالميراث لانها حين ماتت قبله فقد خرجت من ان تكون وارثه له فصح هبته لها من ثلث ماله فان قيل الهبة فى المرض وصية وموت الموصى له قبل الموصى مبطل لوصية صحيحة فكيف يكون مصححا لوصية باطلة قلنا الهبة بمنزلة الوصية فى أنه تبرع معتبر من الثلث فأما الملك به يحصل بنفس القبض وموت الموصى له قبل الموصى انما يبطل وصيته لكون التمليك فيها مضافا الى ما بعد الموت فاما هذه هبة منفذة فى الحال فلا تبطل بموتها قبله ثم وجه تخريج المسئلة ان مال الزوج فى الاصل مائة درهم وهبته لها صحيح فى ثلثها ثم نصف ذلك الثلث يعود بالميراث الى الزوج فالسبيل أن يجعل المائة على ستة تنفذ

الهبة فى سهمين ثم يعود بالميراث أحدهما الى الزوج فيزداد ماله وهذا هو السهم الدائر فنطرح من أصل حق الورثة سهما يبقى لوارث الزوج ثلاثة وللمرأة سهمان فتكون المائة على خمسة ثم يعود سهم بالميراث الى وارث الزوج فيسلم له أربعة وقد نفذنا الوصية فى سهمين فاستقام فتبين ان بطلان الهبة فى ثلاثة اخماس المائة وذلك ستون درهما وتنفيذ الهبة فى خمس المائة وذلك أربعون ثم يعود نصفه الى وارث الزوج وهو عشرون فيحصل له ثمانون درهما وقد نفذنا الهبة فى أربعين وتبقى لعصبتها عشرون درهما؛ فان اعتبرت طرح سهم الدور من جانب المرأة فالطريق فى ذلك أن تقول مالها ما نفذت الهبة فيه وهو ثلث المائة نصف ذلك بالميراث يكون للزوج ثم تنفذلها الوصية فى ثلث ذلك لان ما وصل اليه بالميراث من جملة ماله وفى الثلث والثلثين يعتبر ماله عند موته فصار هذا النصف على هذا ثلاثة والنصف الذي لعصبتها أيضا على ثلاثة ثم يعود سهم من نصيب الزوج الى عصبتها فيزداد مالها بذلك وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من حق عصبتها يبقى حق عصبتها فى سهمين وحق الزوج فى ثلاثة فذلك خمسة ثم يعود سهم الى العصبة فيسلم له ثلاثة مثل ما سلم للزوج بالميراث فتبين ان ثلث المائة صار على خمسة والسالم للزوج خمساه وهو ثلاثة عشر وثلث اذا ضممته الى ثلثى المال يكون مائتين والسالم للعصبة ثلاثة اخماس ثلث المال وذلك عشرون درهما كل خمس ستة وثلثان ولو كان وهب لها مائتى درهم والمسئلة بحالها رجع الى ورثة الزوج مائة وعشرون درهما ببطلان الهبة وأربعون بالميراث ووجه التخريج على الطريق الاول ان المائتين مال الزوج وبعد طرح سهم الزوج يكون على خمسة أسهم كما بينا فى المسئلة الاولى فتنفذ الهبة فى خمسها وذلك ثمانون درهما ويرد على ورثة الزوج ببطلان الهبة ثلاثه اخماسها وذلك مائة وعشرون وبميراث الزوج منها أربعين فيسلم لورثة الزوج مائة وستون وقد نفذنا الهبة فى ثمانين فاستقام وعلى الطريق الآخر مالها ثلث المائتين وينقسم هذا الثلث بعد طرح سهم الدور من نصيب عصبتها على خمسة فالذى يسلم لعصبتها فى الحاصل ثلاثه اخماس ذلك وثلث المائتين ستة وستون وثلثان كل خمس منه ثلاثة عشر وثلث وثلاثة اخماسها أربعون هو لعصبة المرأة وخمساها ستة وعشرون وثلثان لورثة الزوج مع ثلثى المائتين فتكون الجملة مائة وستين ولو كان وهب لها ثلثمائة وهى جميع ماله أخذ ورثة الزوج مائة وثمانين ببطلان الهبة وستين بالميراث عنها لان ماله بعد طرح سهم الدور ينقسم اخماسا فانما تبطل الهبة فى ثلاثة

اخماس ثلثمائة وثلاثة اخماس ثلثمائة مائة وثمانون التخريج كما بيناو كذلك على الطريق الآخر يخرج مستقيما * ولو كان وهب لها خمسمائة ومات قبله كان لورثة الزوج ثلثمائة ببطلان الهبة ومائة بالميراث وتخريجه على الطريقين واضح أيضا وكذلك لو وهب لها ألف درهم والمسئلة بحالها فالسالم لورثة الزوج ببطلان الهبة ستمائة وبميراث الزوج منها مائتان وطريق التخريج أن يقسم مال الزوج على خمسة ان طرحت السهم الدائر من جانبه وان يقسم مال المرأة وهو ثلث الموهوب على خمسة ان طرحت السهم الدائر من جانبها *واذا وهب المريض لامرأته ألف درهم وله مائة أخرى ولا مال للمرأة غيرها ثم ماتت قبله ولها عصبة ثم مات الزوج فانه يرد الى ورثة الزوج عشرين درهما ببطلان الهبة وأربعين درهما بالميراث لان جميع مال الزوج مائتا درهم فانما تنفذ هبته فى ثلث جميع ماله لان ثلث الموهوب خاصة وبعد طرح سهم الدور على الوجه الذى بينا فى المسئلة الاولى قسمة المائتين على خمسة فانما تنفذ الهبة لها فى خمسي المائتين وذلك ثمانون فعرفنا ان بطلان الهبة فى عشرين درهما من المائة الموهوبة لها وان مالها ثمانون درهما نصفه للزوج بالميراث وهو أربعون درهما ونصفه لعصبتها فجملة مايسلم لوارث الزوج مائة وستون وقد نفذنا الهبة فى ثمانين فاستقام الثلث والثلثان ولو ترك الزوج مائة وخمسين درهما سوى المائة الموهوبة لها جازت الهبة فى المائة كلها ويرجع بالميراث الى الزوج خمسون لان مال الزوج مائتان وخمسون وبعد طرح سهم الدور يكون على خمسة أسهم فانما تجوز الهبة فى الخمسين وذلك مائة درهم مقدار ما وهب ثم يعود الى الزوج نصفه بالميراث وذلك خمسون فيسلم لورثة الزوج مائتا درهم وقد نفذنا الهبة فى مائة فاستقام وكذلك لو ترك أكثر من خمسين ومائة لانك تنظر الى خمسى ماترك مع ماوهب فان كانت الهبة تخرج من خمسى ذلك سلمت لها الهبة لانها لم تجاوز ثلث مال الزوج فى الحاصل واذا وهب المريض لامرأته مائة درهم لامال له غيرها وللمرأة مائة درهم سوى ذلك ثم ماتت المرأة قبله ثم مات الزوج فان الهبة تجوز فى ستين درهما لان مال الزوج مائة وخمسون المائة الموهوبة ونصف المائة الاخرى له بالميراث عنها ثم هذه المائة والخمسون تكون مقسومة على خمسة بعد طرح سهم الدور من جانبه فانما تجوز الهبة فى خمسى ذلك وذلك ستون كل خمس ثلاثون ثم يعود الى الزوج بالميراث ثلاثون فيسلم لورثة الزوج مرة تسعون ومرة ثلاثون فذلك مائة وعشرون وقد نفذنا الهبة فى ستين فاستقام وان اعتبرت

طرح سهم الدور من جانب المرأة قلت مالها مائة وثلاثه وثلاثون وثلث لان الهبة صحيحة في مقدار الثلث من المائة التي للزوج ثم يقسم مالها بعد طرح سهم الدورمن جانبها على خمسة للزوج ثلاثة ولعصبتها سهمان ثم يعود بالوصية الي العصبة سهم فيسلم له ثلاثة مثل ما سلم للزوج بالميراث نظهر أن السالم للعصبة ثلاثة أخماس مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانون درهما ولوارث الزوج خمسا ذلك ثلاثة وخمسون وثلث فاذا ضممت ذلك الى ثلثي المائة ستة وستين وثلثين تكون مائة وعشرين فيستقيم التخريج كما بينا في الكتاب ولو كان لها مائتا درهم سوى ذلك جازت الهبة في ثمانين درهما لان مال الزوج مائتا درهم فانه ورث عنها نصف مالها ثم هذه المائتان بعد طرح سهم الدور من جانبه على خمسة فانما تجوز الهبة في خمسي ذلك وذلك ثمانون ثم يعود نصفه بالميراث اليه وذلك أربعون فيسلم لورثة الزوج مائة وستون وقد نفذنا الهبة في ثمانين فاستقام ولو كانت للمرأة ثلثمائة سلمت الهبة لها في جميع المائة لان الزوج يرث عنها نصف الثلثمائة مائة وخمسين وقد بينا أنه اذا كان له سوى المائة الموهوبة مائة وخمسون جازت الهبة في جميع الهبة بخروجها من الثلث * واذا وهب الرجل لامرأته في مرضه مائة درهم لا مال له غيرها وعليه دين خمسون درهما ولا مال للمرأة غيرها ثم ماتت قبله فانما تجوز الهبة لها في عشرين درهما لان الدين مقدم على الهبة في المرض فيسترد من المائة خمسين لقضاء الدين بها أولا ويخرج ذلك من أن يكون محسوبا من مال الزوج في حكم الهبة يبقي ماله خمسون درهما وبعد طرح سهم الدور من جانبه تقسم هذه الخمسون أخماسا فتجوز الهبة في خمسها وذلك عشرون ثم يعود نصف العشرين بالميراث الى الزوج فيسلم لورثته أربعون وقد نفذنا الهبة في عشرين فاستقام ولو وهب لها ثمانين درهما لا مال له غيرها ولا دين عليه وعلي المرأة دين عشرة دراهم ثم ماتت قبله ولا مال له غيرها ثم مات الزوج جازت الهبة في ثلاثين درهما لان مال الزوج خمسة وسبعون درهما فانه لو لم يكن عليها دين كان مال الزوج جميع الثمانين فاذا كان عليها دين عشرة ينتقص من مال الزوج بقدر نصف دينها وهو خمسة وانما كان كذلك لان مالها بالميراث يكون نصفين بين الزوج وعصبتها وانما يقضى دينها من مالها ولو لم يكن عليها دين عشرة كان نصف هذه العشرة للزوج بالميراث واذا كان عليها دين عشرة عرفنا أنه ينتقص من مال الزوج بقدر نصف العشرة وهو خمسة ثم هذه الخمسة والسبعون بطرح سهم الدور من جانبه تكون على خمسة أسهم وانما تنفذ الهبة

لها فى خمس ذلك وكل خمس خمسة عشر فخمساها وثلاثون فعرفنا أن الهبة تجوز فى ثلاثين درهما وتبطل الهبة فى خمسين ثم يقضى بعشرة من الثلاثين دينها يبقي عشرون بين الزوج وعصبتها نصفين بالميراث فيسلم لورثة الزوج ستون درهما وقد نفذنا الهبة فى ثلاثين فاستقام واذا وهب المريض لامرأته مائة درهم لا مال له غيرها وأوصى لرجل بثلث ماله ثم ماتت المرأة وقد قبضت المائة ثم مات الزوج قسمت المائة على أحد عشر سهما للمرأة منها سهمان وللموصى له سهمان فى قياس قول أبى حنيفة لان من أصله أن الوصية بما زاد على الثلث تبطل عند عدم اجازة الورثة ضربا واستحقاقا فهو ان وهب لها جميع ماله فانما تضرب هى فى الثلث بقدر الثلث وكذلك الموصى له يضرب بالثلث فيكون الثلث بينهما على سهمين ثم السهم الذى لها ينقسم نصفين فيعود نصفه بالميراث الى الزوج فانكسر بالانصاف فاضعفه فيكون الثلث أربعة والثلثان ثمانية فذلك اثنا عشر لانه يعود بالميراث الى الزوج أحد سهميها وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من أصل حق ورثة الزوج فيعود حقهم الى سبعة وحق الموصى لهما أربعة فذلك أحد عشر سهما سلم للموصى له بالثلث سهمان وللمرأة سهمان ثم يعود بالميراث أحد السهمين منها الى الزوج فيسلم لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصية لها فى أربعة فاستقام التخريج * وأما على قول أبى يوسف ومحمد قسمة المائة على أحد وعشرين سهما لصاحب الثلث سهمان ولورثة المرأة ستة ثم يرجع ثلاثة منها الى الزوج بالميراث لان عندهما الموصى له بالمال يضرب فى الثلث بجميع ما أوصى له به فهى تضرب بجميع المال مائة والآخر بثلثها فيكون الثلث بينهما على أربعة أسهم لها ثلاثة وللموصى له بالثلث سهم والثلثان ثمانية فيكون سهام المال اثنى عشر ثم نصف نصيبها وذلك سهم ونصف يعود بالميراث الى الزوج فيزداد ماله بثلاثة أسهم وهى السهام الدائرة فنطرحها من أصل حق الورثة وذلك ستة عشر فيتراجع حقهم الى ثلاثة عشر وحق الموصى لهما فى ثمانية فذلك أحد وعشرون فلهذا كانت قسمة المائة على أحد وعشرين سهما لها ستة ويعود نصف ذلك وهو ثلاثة الى الزوج بالميراث فيسلم لورثة الزوج ستة عشر وقد نفذنا الوصية فى ثمانية فاستقام الثلث والثلثان ولو كانت المرأة هى التى أوصت بثلث مالها لرجل جازت الهبة لها فى ثلاثة أسهم من ثمانية لان مال الزوج وهو مائة درهم يجعل على تسعة أسهم هنا فى الاصل لانه تنفذ الهبة لها فى ثلث ذلك ثم ثلث ذلك الثلث تنفذ فيه وصيتها فى سهم من الثلاثة فيبقى سهمان فيعود أحد السهمين الى الزوج بالميراث

ويزداد ماله بهذا السهم وهو الدائر فنطرح من أصل حق ورثته سهما يبقى حقهم فى خمسة وحق المرأة فى ثلاثة عشر ونصف ثم تجوز الهبة فى ثلاثة أثمانه وذلك سبعة وثلاثون ونصف وتبطل الهبة فى خمسة أثمانه وذلك اثنان وستون ونصف ثم تنفذ وصيتها فى ثلث مالها اثنى عشر ونصف ويبقى خمسة وعشرون للزوج منها بالميراث نصف ذلك اثنا عشر فيسلم لورثة الزوج خمسة وسبعون وقد نفذنا الهبة فى سبعة وثلاثين ونصف فاستقام * واذا وهب الرجل لامرأته مائة درهم وهو مريض لا مال له غيرها ولا مال لها غيرها ثم ماتت المرأة قبله وتركت ابنها وزوجها ثم مات الزوج فان الهبة تجوز لها فى أربعة أسهم من أحد عشر سهما لان تنفيذ الهبة لها فى ثلث مال الزوج ثم يصير بين ذلك الزوج والابن على الاربعة فيحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباعا وأقل ذلك اثنا عشر فانما ننفذ الهبة لها فى أربعة ثم يعود سهم من أربعة الى الزوج بالميراث وهو السهم الدائر فنطرح ذلك من نصيب ورثة الزوج وهو ثمانية فيبقى حقهم فى سبعة وحقها فى أربعة فذلك على أحد عشر ثم يعود سهم بالميراث الى الزوج فيسلم لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الهبة فى أربعة فاستقام وتبين ان صحة الهبة فى أربعة أسهم من أحد عشر سهما من المائة * ولو تركت زوجها وأختيها قسمت المائة على ثمانية عشر سهما لان نصيبها وهو الثلث يكون مقسوما بين الزوج والاختين على سبعة للزوج ثلاثة وللاختين أربعة فاصل الفريضة من ستة وتعول بسهم فاذا صار الثلث على سبعة كان الكل على أحد وعشرين ثم ثلاثة من هذه السبعة نعود بالميراث الى الزوج وهى السهام الدائرة فنطرحها من أصل حق ورثة الزوج أربعة عشر يبقى لهم أحد عشر ولها سبعة فذلك ثمانية عشر فعرفنا ان المائة تنقسم على ثمانية عشر وان الهبة انما تجوز فى سبعة ثم يعود الى ورثة الزوج ثلاثة فيسلم لهم أربعة عشر * ولو كانت تركت أختيها وأمها وزوجها قسمت المائة على أحد وعشرين لان نصيبها وهو الثلث بين ورثتها على ثمانية للزوج ثلاثة وللاختين أربعة وللام سهم واذا صار الثلث على ثمانية كان الكل على أربعة وعشرين ثم نعود ثلاثة الى الزوج بالميراث وهى السهام الدائرة فنطرحه من أصل حق ورثته فيتراجع الحساب الى أحد وعشرين وعلى هذا القياس ما تركت من الورثة فذكر فى الاصل انها تركت أختين لاب وأم وأختين لام وزوج والقسمة فى هذا الفصل على أربعة وعشرين ولو تركت أختين لاب وأم وأختين لام وزوج وأم فالقسمة من سبعة وعشرين والحاصل انك تصحح فريضتها فتجعل الثلث على سهام فريضتها

والثلثان ضعف ذلك ثم تطرح من نصيب ورثة الزوج ما يعود الى الزوج بالميراث منها وتستقيم القسمة على مابقي *ولو تركت ابنتها وأبويها وزوجها قسمت المائة على اثنين وأربعين سهما لان نصيبها وهو الثلث يكون مقسوما على خمسة عشر سهما والثلثان ثلاثون ثم يعود الى الزوج بالميراث منها ثلاثة فيطرح من أصل حق ورثته ثلاثة أسهم يبقي لهم سبعة وعشرون ولها خمسة عشر فذلك اثنان وأربعون منه يستقيم التخريج * ولو وهبت المرأة لزوجها مائة درهم وهى مريضة ولا مال لهما غيرها ثم مات قبلها وهى وارثته مع عصبته ثم ماتت فانه يجوز له الهبة فى أربعة أسهم من أحد عشر سهما من المائة لانه لما مات قبلها فقد خرج من أن يكون وارثا لها فجازت هبتها له فى الثلث ثم هـذا الثلث يكون ميراثا بينها وبين عصبة الزوج ارباعا فعرفت ان أصل المائة على اثنى عشر سهما لحاجتك الي ثلث ينقسم ارباعا ثم سهم من نصيب الزوج يعود اليها بالميراث وهو الدائر فيطرح ذلك من سهام ورثتها يبقي حقهم فى سبعة وحق الزوج فى أربعة فذلك أحد عشر فانما نفذنا الهبة للزوج فى أربعة من أحد عشر ثم يعود اليها من الميراث سهم من ذلك فيسلم لورثتها ثمانية وقد نفذنا الهبة فى أربعة فاستقام * ولو كان له دار قسمت المائة على ثمانية وعشرين فتجوز الهبة للزوج فى ثمانية أسهم من ذلك لان الثلث الذى هو نصيب الزوج يكون بينها وبين ولد الزوج على ثمانية لها من ذلك الثمن فاذا صار الثلث على ثمانية كان الكل على أربعة وعشرين ثم يعود من الثمانية بالميراث اليها سهم واحد وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من سهام ورثتها وهو ستة عشر يبقي لهم خمسة عشر وللزوج ثمانية فذلك ثلاثة وعشرون فتبين ان الهبة انما صحت للزوج فى ثمانية من ثلاثة وعشرين ثم يعود اليها بالميراث سهم فيكون السالم لورثتها ستة عشر ضعف ما نفذنا فيه الهبة * واذا مرض الزوج وامرأته ولكل واحد منهما مائة درهم فوهب كل واحد منهما مائة لصاحبه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجـه اما أن تموت المرأة أولا ثم الزوج أو الزوج أولا ثم المرأة أو ماتا معا فان كانت المرأة هى التى ماتت أولا ولا ولد لها جازت الهبـة لها من مائة الزوج فى ستين درهما ولم يجز للزوج من مائتها شئ لان الزوج ورثها حين ماتت قبله فانما وهبت لوارثها فى مرضها وذلك باطل واما المرأة فهى لا ترث من الزوج شيأ حيث ماتت قبله فجازت الهبـة لها فى ثلث مال الزوج ثم الزوج يرث عنها نصف مائتها فيكون ماله فى الحاصل مائة وخمسين درهما وبعد طرح سهم الدائر من جانبه تقسم هـذه المائة والخمسون

علي خمسة أسهم وانما تجوز الهبة لها فى خمسى ذلك وذلك ستون درهما ثم يعود بالميراث نصفه
الى الزوج فيسلم لورثته مائة وعشرون وقد نفذنا الهبة فى ستين فاستقام ولو كان الزوج
مات أولا لم يجز للمرأة من مائته شيأ لانها وارثته وجازله من مائة المرأة خمسة وأربعون
وخمسة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم لان مالها مائتها وربع مائة الزوج يسلم لها
بالميراث فذلك مائة وخمسة وعشرون ثم تنفذ الهبة فى ثلث ذلك وينقسم ذلك الثلث بينها
وبين عصبة الزوج أرباعا فتبين أن مالها فى الاصل اثنا عشر سهما تنفذ الهبة في أربعة ثم يعود
سهم اليها وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من أصل حق ورثتها يبقى لهم سبعة وللزوج أربعة
فذلك أحد عشر فانما ينقسم مالها على أحد عشر سهما فكل سهم من ذلك يكون أحد عشر
وأربعة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم كما قال فى الكتاب ولو ماتا معا جازلها نصف مائته
وجازله نصف مائتها لان كل واحد منهما لا يرث من صاحبه شيأ حين ماتا معا فتصح الهبة
من كل واحد منهما لصاحبه فى مقدار الثلث فيكون مال كل واحد منهما فى الاصل ثلاثة الا
أن سهما من ثلاثة يعود الى كل واحد منهما من جهة صاحبه بطريق الوصية وهو الدائر
فنطرح من أصل حق وارث كل واحد منهما سهما فيبقى حق وارث كل واحد منهما فى سهم
وحق الموهوب له فى سهم فلهذ قسمنا كل مائة علي سهمين فيسلم لوارث كل واحد منهما مائة
درهم نصفه ببطلان الهبة ونصفه بالوصية من جهة الآخر وقد نفذنا الهبة فى حق كل واحد
منهما فى خمسين درهما فيستقيم الثلث والثلثان * واذا تزوج المريض امرأة على مائة لا مال له
غيرها ومهر مثلها خمسون ثم ماتت المراة ولها عصبة ثم مات الزوج فان المحاباة لها تجوز في
ثلاثين درهما وتبطل فى عشرين درهما لان ما زاد على مقدار مهر المثل محاباة وذلك خمسون
درهما فتكون وصية لها من ثلث مال الزوج حيث ماتت قبله ومال الزوج خمسة وسبعون
مقدار المحاباة وذلك خمسون ونصف مهر مثلها بميراثه عنها ثم هذه الخمسة وسبعون تجعل على
خمسة أسهم بعد طرح سهم الدور من جانب الزوج فانما تجوز المحاباة لها فى خمسى ذلك ثلاثين
فيسلم لورثة الزوج خمسة وأربعون ويعود اليهم نصف الثلاثين خمسة عشر بالميراث فيكون
جملة ما يسلم لهم ستون وقد عرفنا المحاباة فى ثلاثين فاستقام * وان جعلت طرح سهم الدور
من قبل المرأة قلت مالها مهر مثلها وذلك خمسون وثلث الخمسين الاخرى بالوصية فيكون
ستة وستين وثلثين بين عصبتها وزوجها نصفين ثم نصيب الزوج يكون على ثلاثة لان الثلث

من ذلك وصية لها ونصيب العصبة أيضا على ثلاثة ثم يعود سهم من نصيب الزوج الى العصبة فيزداد نصيبه فالسبيل أن نطرح من أصل العصبة سهما فيتراجع الى خمسة ثلاثة أخماسها للزوج وذلك أربعون درهما وخمساه للعصبة وذلك ستة وعشرون وثلثان ثم يعود الى العصبة ثلاثة عشر وثلث فيسلم للعصبة أربعون مثل ما سلم للزوج بالميراث وقد نفذنا الوصية لهما مرة في ستة عشر وثلثين ومرة في ثلاثة عشر وثلث فذلك ثلاثون * واذا وهب المريض لامرأته مائة درهم فماتت المرأة قبله عن عصبة وعليها دين فان كان عليها من الدين مثل ثلث المائة أو أكثر فلها من المائة الموهوبة الثلث يقضى منه دينها لانه لا يعود شئ من ذلك الى الزوج بالميراث فان الدين مقدم على الميراث فلا يقع فيه الدور وان كان عليها من الدين عشرة دراهم كانت وصيتها ثمانية وثلاثين درهما ونرد على ورثة الزوج بنقض الهبة اثنين وستين درهما لان مال الزوج خمسة وتسعون فانه لو لم يكن عليها دين كان جميع المائة مال الزوج وقد بينا أن الدين الذى عليها نصفه مقضى من نصيب العصبة ونصفه من نصيب الزوج فيجعل نصف العشرة كأنه على الزوج ثم هذه الخمسة والتسعون تجعل على خمسة أسهم بعد طرح سهم الدور من جانب الزوج فانما تجوز الهبة فى خمسه وذلك ثمانية وثلاثون يقضى بعشرة من ذلك دينها ويبقى ثمانية وعشرون بين الزوج والعصبة نصفين فيعود الى ورثة الزوج أربعة عشر وقد كان وصل اليهم بنقض الهبة اثنان وستون فيكون ذلك ستة وسبعين مثل ما نفذنا فيه الهبة وان كان عليها دين عشرون درهما كانت الوصية ستة وثلاثين ونرد على ورثة الزوج أربعة وستين لان نصف الدين وهو عشرة فى المعنى كأنه على الزوج فيبقى ماله تسعون درهما وانما تنفذ الهبة فى خمسى ذلك بعد طرح سهم الدور وذلك ستة وثلاثون ثم يقضى بعشرين من ذلك دينها يبقى ستة عشر للزوج نصف ذلك وهو ثمانية وقد عاد اليه بنقض الهبة أربعة وستون فذلك اثنان وسبعون مثل ما نفذنا فيه الهبة والله أعلم بالصواب

باب الرجل يهب العبد فى مرضه فيجنى على سيده أو غيره

(قال رحمه الله) واذا وهب المريض عبدا لرجل لا مال له غيره وقيمته ألف درهم فقتل العبد رجلا خطأ ثم مات المولى فانه يرد ثلثيه الى ورثة المولى لان الهبة فى المرض بمنزلة الوصية فلا تنفذ فى أكثر من الثلث وبعد رد الثلثين الى ورثة المولى بقى العبد كله مشغولا بالجناية

فيقال لهم وللموهوب له ادفعوه أو افدوه أيّ ذلك فعلوا رجع ورثة المولى على الموهوب له بثلثي قيمته لان ثلثي العبد استحق من يدهم بجناية كانت عند الموهوب له وقد كان الموهوب له قبضه لنفسه على وجه التملك فكان مضمونا عليه فاذا لم يسلم الرد جعل كأنه هلك فى يده فترجع ورثة المولي عليه بثلثي قيمته وقد كانوا يستفيدون البراة بدفعه فكانوا مختارين فى التزامه الزيادة باختيار الفداء فلا يرجعون الا بالاقل بمنزلة العبد المغصوب يجنى ثم يرده الغاصب على المغصوب منه فيدفعه بالجناية أو يفديه ولو أعتقه الموهوب له قبل أن يرد ثلثيه الي الورثة نفذ عتقه لانه تملك العبد كله بالقبض فبقي ملكه ما بقي القبض وأن وجوب رد الثلثين علي الورثة لفساد الهبة فيه واشتغاله بحق ولى الجناية لا يمنع نفوذ عتق المولى فيه ثم ان كان يعلم بالجناية فعليه كمال الدية لولي الجناية وثلثا قيمته لورثة المولي لان رد الثلثين عليهم كان مستحقا على الموهوب له وقد تعذر الرد باعتاقه فعليه رد ثلثي قيمته وان لم يعلم بالجناية فعليه قيمته لولى الجناية لان ملكه تقرر فى جميعه وقد صار مستهلكا رقبته علي رد الجناية علي وجه لم يصر مختارا فيجب عليه قيمته لولى الجناية وثلثا قيمته لورثة المولى لما بينا * ولو كان العبد قتل الواهب قيل للموهوب له ادفعه الى ورثة المولى أو افده فان اختار الدفع دفعه كله فيكون نصفه بالجناية ونصفه لهم بنقض الهبة لان الهبة انما تصح فى ثلث العبد ثم يدفع ذلك الثلث بالجناية فيزداد مل الواهب بسهم فنطرح من أصل حق ورثة الواهب سهما يبقى له سهم وللموهوب له سهم فكان العبد سهمين تجوز الهبة فى أحدهما ثم يدفع ذلك بالجناية فيسلم لورثة الواهب سهمان وقد نفذنا الوصية فى سهم فاستقام الثلث والثلثان وظهر بهذا أن الميت انما ترك عبدا ونصف عبد فى الحكم فثلث ذلك يكون نصف عبد فلهذا جوزنا الهبة فى نصف عبد وهى مسئلة كتاب الهبة * وان اختار الفداء جازت الهبة فى جميع العبد لانه يفديه بالدية عشرة آلاف فيكون مال الواهب أحد عشر ألفا وقيمة العبد ألف درهم وهو دون الثلث فلهذا جازت الهبة فى جميعه فان أعتقه بعد ما قتل المولى فان كان يعلم بالجناية كان مختارا للفداء فيغرم عشرة آلاف وتبين أن الهبة صحت فى جميعه وان لم يعلم فعليه قيمته وثلث قيمته للورثة لان ملكه تقرر فيه بالاعتاق فكان عليه قيمته باستهلاك العبد الموهوب وقيمته بالجناية لانه صار مستهلكا رقبته على ولي الجناية فتبين أن مال الميت قيمتان فانما تجوز الهبة فى ثلث ذلك فيسلم له ثلثا قيمته وثلث قيمته للورثة فان قيل لما غرم قيمته بالاستهلاك قامت القيمة مقام العين

وقد بينا أن العبد لو كان باقيا كان يدفعه النصف بالجناية والنصف بنقض الهبة ولا شئ عليه سوى ذلك بعد الاعتاق وهذا لانه لما كان لا يسلم لورثة الواهب بالجناية الا نصف العبد فهو بالاعتاق ما أتلف عليهم الا ذلك النصف فيكون الواجب عليه قيمة ونصف يسلم له بالهبة ثلث ذلك ويغرم قيمة واحدة قلنا عند قيام العبد ما يرد منه بنقض الهبة يعود الي ملك الواهب فيبطل حكم الجناية فيه لان جناية المملوك على مالكه هدر وهذا المعنى لا يوجد بعد الاعتاق لان برد القيمة لا يعود شئ من العبد الي ملك الواهب فلا يتبين أن الجناية كانت من المملوك على مالكه فى شئ من العبد فوجب اعتبار الجناية كلها وتبين أن حق الاولياء فى قيمة كاملة بسبب الجناية فلهذا كان التخريج كما بيناه ولو قتل الواهب ولم يعتقه الموهوب له وقيمته أكثر من ألف فان اختار الدفع فالجواب على ما بينا أنه يدفع العبد كله نصفه بالجناية ونصفه بنقض الهبة وحكم الدفع لا يختلف بقلة قيمته وكثرة قيمته اذا لم يجاوز عشرة آلاف درهم وان اختار الفداء فان كانت قيمته خمسة آلاف فداه بالدية وجازت الهبة فى جميعه لان مال الواهب عند اختيار الفداء خمسة عشر ألفا العبد وقيمته خمسة آلاف والدية وهى عشرة آلاف فتبين أن العبد خارج من ثلث ماله فلهذا جازت الهبة فى جميعه فان كانت قيمته ستة آلاف واختاره الموهوب له رد الى ورثة الواهب ربعه وجازت الهبة فى ثلاثة أرباعه يفديه بثلاثة أرباع الدية لان العبد فى الاصل يكون على ثلاثة أسهم تنفذ الهبة فى سهم ثم يفدى ذلك السهم بمثله ومثل ثلثه لان الدية من قيمة العبد مثله ومثل ثلثه فانما يفدى كل سهم من العبد بمثله ومثل ثلثه ويزداد مال الواهب بذلك القدر فيطرح من أصل حق ورثة الواهب بسهم وثلثى سهم يبقى لهم ثلث سهم وللموهوب له سهم فاجعل كل ثلاثة سهما فيصير العبد على أربعة ثلاثة للموهوب له وسهم لورثة الواهب بنقض الهبة ثم يفدي الموهوب له هذه الثلاثة بمثله ومثل ثلثه وذلك خمسة أسهم فيسلم لورثة الواهب ستة وقد نفذنا الهبة فى ثلاثة فيستقيم الثلث والثلثان ومحمد رحمه الله يذكر طريقة أخرى بعد هذا فيقول السبيل أن يجعل كل ألف على ثلاثة أسهم فقيمة العبد تكون ثمانية عشر سهما والدية ثلاثون سهما ثم تجوز الهبة فى ثلث العبد فيفديه بثلث الدية وذلك عشرة زيادة تظهر فى جانب ورثة الواهب فتطرح من أصل نصيبهم فى العبد وهو اثنا عشر عشرة يبقي حقهم فى سهمين وحق الموهوب له فى ستة فتبين أن العبد كان على ثمانية فان الهبة انما تجوز فى ستة من ثمانية وهو ثلاثة أرباعه تخريجه من حيث الدراهم

أن قيمة ثلاثة أرباع العبد أربعة آلاف درهم وخمسمائة فاذا جوزنا الهبة فى ثلاثة أرباعه وفداه بثلاثة أرباع الدية فذلك سبعة آلاف وخمسمائة يسلم لورثة الواهب مع هذا ربع العبد وقيمته ألف وخمسمائة فيكون جملة ما يسلم لهم تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة فى أربعة آلاف وخمسمائة فاستقام وقع فى بعض النسخ وقيل للموهوب له ادفع ثلاثة أرباعه أوافده بثلاثة أرباع الدية وهذا غلط والصحيح انه عند الدفع يدفع العبد كله نصفه بالجناية ونصفه ببعض الهبة هكذا ذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب وفى كتاب الدور أيضا فان كانت قيمته ثمانية آلاف واختار الموهوب له الفداء رد ثلاثة اسباعه الى الورثة ويفدى أربعة اسباعه باربعة اسباع الدية لانا نجوز الهبة فى ثلث العبد سهما من ثلاثة ثم يفدى ذلك بسهم وربع لان الدية من القيمة كذلك فيزداد مال الواهب بهذا القدر فيطرح من أصل حق ورثته سهم وربع يبقى لهم ثلاثة ارباع سهم وللموهوب له سهم فقد انكسر بالارباع فنضرب سهما وثلاثة ارباع فى أربعة فيكون سبعة للموهوب له أربعة ولورثة الواهب ثلاثة فتبين ان الهبة تبطل فى ثلاثة اسباع العبد وتكون فى أربعة اسباعه ثم يفدى ذلك بمثله ومثل ربعه وهو خمسة أسهم فيحصل لورثة الواهب ثمانية أسهم وقد نفذنا الهبة فى أربعة فاستقام وعلى طريق الثانى يخرج مستقيما على نحو ما بينا وكذلك طريق الحساب فان على طريق الدينار والدرهم يفدى ما يجوز فيه الهبة وهو الدينار بمثله ومثل ربعه وعلى طريق الجبر يفدى الشئ الذى تجوز فيه الهبة بشئ وربع شئ ثم التخريج واضح عند التأمل وان كانت قيمته عشرة آلاف فلا فرق هنا بين اختيار الدفع والفداء لان القيمة مثل الدية فيرد نصفه الى الورثة بنقض الهبة ويدفع نصفه بالجناية أو يفديه بنصف الدية وان كانت قيمته خمسة عشر ألفا رد أربعة اسباعه الى الورثة وقيل له ادفع ثلاثة اسباعه أو افدها بثلاثة اسباع الدية أما عند اختيار الفداء فالجواب صحيح لانا نجوز الهبة فى سهم من ثلاثة ثم نفدى ذلك السهم بثلثى سهم لان الدية من القيمة مثل ثلثيه فيزداد مال الواهب بذلك القدر فنطرح من أصل حق الورثة ثلثى سهم يبقى لهم سهم وثلث وللموهوب له سهم فقد انكسر بالاثلاث فنضرب سهمين وثلثا فى ثلاثة فيكون سبعة حق الورثة فى أربعة وحق الموهوب له فى ثلاثة ثم نفدى هذه الثلاثة بسهمين من الدية فيسلم لورثة الواهب ستة وقد نفذنا الهبة فى ثلاثة فكان مستقيما وأما عند اختيار الدفع فما ذكره فى المختصر غلط والصحيح ما ذكره فى بعض نسخ الاصل قال تدفعه على ما فسرت لك يعنى ان حكم الدفع

لا يختلف بقلة القيمة و كثرة القيمة فيدفع العبد كله نصفه بنقض الهبة ونصفه بالدفع بالجناية وان كانت قيمته عشرين ألفا واختار الفداء رد ثلاثة اخماسه الى الورثة وفدى خمسة بخمس الدية لان الهبة تجوز فى سهم من ثلاثة ثم يفدى ذلك بنصف سهم لان الدية من القيمة هكذا فيزداد مال الواهب بنصف سهم فيطرح من أصل حق ورثته نصف سهم يبقى لهم سهم ونصف للموهوب له سهم فأضعفه بالكسر بالنصف فيكون خمسة تبطل الهبة فى ثلاثة اخماسه وقيمة ذلك اثنا عشر ألفا وتجوز فى خمسى قيمته ثمانية آلاف ثم يفديه بخمسى الدية وهو أربعة آلاف يسلم لورثة الواهب ستة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى ثمانية آلاف فان كانت قيمته ثلاثين ألفا رد خمسة اثمان العبد على الورثة وفدى ثلاثة أثمانه بثلاثة أثمان الدية لان الهبة تجوز فى سهم من ثلاثة ثم يفدى ذلك السهم بثلث سهم لان الدية من القيمة هكذا فيزداد مال الواهب بثلث سهم فاذا طرحنا ذلك من حق الورثة يتراجع العبد الى ثلثين وسهمين فيضرب ذلك فى ثلاثة فيكون ثمانية للموهوب له ثلاثة ولورثة الواهب خمسة ثم يفدى هذه الثلاثة بمثل ثلاثة وهو سهم له واحد فيسلم لورثة الواهب ستة وقد نفذنا الهبة فى ثلاثة وان كانت قيمته خمسين ألفا رد على الورثة أربعة اسباع ونصف سبع وتجوز الهبة فى سبعين ونصف فيفدي ذلك بسبعى الدية ونصف سبع لانا جوزنا الهبة فى سهم من ثلاثة ثم يفدى ذلك بخمس سهم فيزداد مال الواهب بهذا القدر فاذا طرحنا ذلك من حق الورثة يتراجع العبد الى سهمين وأربعة اخماس فيضرب ذلك فى خمسة فيكون أربعة عشر حق الورثة فى تسعة وحق الموهوب له فى ستة وخمسة من أربعة عشر سبعان ونصف سبع ثم يفدى ذلك بمثل خمسة وهو سهم واحد فيسلم للورثة عشرة وقد نفذنا الهبة فى خمسة * وان كانت قيمته مائة ألف رد على الورثة تسعة عشر جزأ من العبد ونفدى الباقى وهو عشرة أجزاء بعشرة أجزاء من تسعة وعشرين من الدية لان الهبة انما تجوز فى سهم من ثلاثة ثم نفدى ذلك السهم بعشرة لان الدية من القيمة مثل عشرة فاذا طرحنا عشر سهم من أصل حق الورثة يتراجع العبد الي سهمين وتسعة اعشار فيضرب ذلك فى عشرة فيكون تسعة وعشرين حق الورثة تسعة عشر وحق الموهوب له عشرة ثم تفدى هذه العشرة أسهم بسهم واحد فيسلم للورثة عشرون وقد نفذنا الهبة فى عشرة فيستقيم الثلث والثلثان فان كانت قيمة العبد ستة آلاف فاعتقه الموهوب له بعد ماقتل الواهب فان كان لا يعلم بالجناية فعليه قيمة وثلث لما بينا ان مال الواهب قيمتان فى الحاصل فيسلم له

الثلث بالوصية وان كان يعلم بالجناية فهو مختار للدية ضامن لقيمة العبد بحكم الهبة فتضم الدية الى القيمة فتكون ستة عشر ألفا هو مال ابواهب فيسلم له من ذلك الثلث وهو خمسة آلاف وثلث ألف ويؤدى الى ورثة الواهب عشرة آلاف وثلثي ألف واذا كانت قيمته تسعة آلاف فاعتقه وهو يعلم غرم ثلثي الدية وثلثي القيمة وهو ما بينا انه يضم الديه الى قيمة العبد فيكون تسعة عشرة ألفا يسلم له من ذلك الثلث وهو ستة آلاف وثلث ألف ويغرم اثنى عشر ألفا وثلث ألف وذلك ثلث القيمة ستة آلاف وثلث ألف وثلث الديه ستة آلاف وثلث ألف وان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر فأعتقه وهو يعلم أولا يعلم فهو سواء وهو ضامن لثلثي الدية وثلثي القيمة كما بينا الا انه ان كان لا يعلم رفعنا عنه ثلثي عشرة دراهم من ثلثي الدية لان قيمة العبد بسبب الجناية مقدرة بعشرة آلاف الا عشرة (ألا ترى) انه لو كان مجنيا عليه كانت هذه قيمته فى الجناية فكذلك اذا كان جانيا واذا وهب المريض عبده لرجل وقيمته عشرة آلاف ولا مال له غيره ثم ان العبد والموهوب له قتلا المولى فان الهبة تبطل ويرد العبد الى ورثة المولى لان الموهوب له قاتل ولا وصية للقاتل فيرد العبد كله بنقض الهبة ويغرم الموهوب له خمسة آلاف درهم لانه جنى على نصفه فيغرم نصف الدية ولو كان العبد وأجنبي قتلا المولى فعلى الاجنبي خمسة آلاف لانه جنى على نصفه وتجوز الهبة فى ثلاثة اخماس العبد فيرد الموهوب له خمسي العبد بنقض الهبة ويفدى ثلاثة اخماسه بثلاثة اخماس نصف الدية اذا اختار الفداء لان مال المولى خمسة عشر ألفا فان قيمة العبد عشرة آلاف والدية الواجبة على الاجنبي خمسة آلاف فذلك خمسة عشر ألفا بعد طرح سهم الدور من جانب المولى هذه الخمسة عشر ألفا تكون على خمسة أسهم فانما تجوز الهبة فى جميعها وهو ستة آلاف مقدارها من العبد ثلاثة اخماسه فعرفنا ان الهبة تجوز فى ثلاثة اخماس العبد ويرد الخمس بنقض الهبة قيمة ذلك أربعة آلاف ويفدى بثلاثة اخماسه نصف الدية لان العبد انما جنى على نصف النفس وثلاثة اخماس الدية ثلاثة آلاف فاذا جمعت ما وصل الى ورثة الواهب كان اثنى عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى ستة آلاف فيستقيم الثلث والثلثان وان اختار الدفع رد ربعه بنقض الهبة وتجوز الهبة فى ثلاثة ارباعه لان مال الميت خمسة عشر ألفا كما بينا وعند اختيار الدفع انما تجوز الهبة فى نصف ذلك على ما بينا ان الهبة تجوز فى سهم من ثلاثة ثم يدفع ذلك السهم بالجناية فيزداد مال الواهب بسهم فنطرح من أصل حق الورثة سهما

يبقى لهم سهم وللموهوب له سهم فعرفنا ان الهبة انما تصح فى نصف ماله وذلك سبعة آلاف وخمسمائة وذلك من العبد ثلاثة ارباعه فيرد ربع العبد بنقض الهبة وقيمته ألفان وخمسمائة ويدفع ثلاثة ارباعه بالجناية فيحصل فى يد الورثة العبد وقيمته عشرة آلاف ونصف الدية التى أخذوها من الاجنبي وذلك خمسة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى سبعة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان والله أعلم بالصواب

باب السلم فى المرض وبيع المكيل بمثله من المكيل ووزنه بمحاباه

(قال رحمه الله) اعلم أن بناء هذا الباب على الاصل الذى بينا ان المحاباة فى الاصل بمنزلة المحاباة فى المال فى الاعتبار من الثلث فان المال مقدم على الاصل فى تنفيذ المحاباة فيه من الثلث فنقول اذا أسلم المريض ثوبا يساوى عشرة دراهم فى كر حنطة يساوى عشرة الي أجل ودفع اليه الثوب ثم مات قبل أن يحل السلم ولا مال له غيره ذلك فان شاء المسلم اليه عجل ثلثي الكر وان شاء نقض السلم لانه حاباه بالاجل فى جميع ماله وثبوت الخيار له لتغير شرط العقد عليه فان كان الثوب يساوى عشرين درهما ان شاء نقض السلم وان شاء أدي الكر ورد سدس الثوب لان المحاباة بالمال هنا جاوزت الثلث فلا يظهر حكم المحاباة بالاجل وانما يسلم له من المحاباة بقدر ثلث ماله وذلك ستون وثلثان فيرد الكر حالا ويرد سدس الثوب حتى يسلم للوارث ثلاثة عشر وثلث وقد نفذنا المحاباة فى مثل نصفه تصفه وما يرد من الثوب يكون حظا من رأس المال وذلك مستقيم فى السلم وان كان قيمة الثوب ثلاثين درهما رد ثلث الثوب لانه حاباه بقدر العشرين وثلث ماله عشرة فيرد مازاد على ذلك من الثوب حتى يسلم للورثة كرا يساوى عشرة وثلث الثوب وقيمته عشرة مثل ما نفذنا فيه المحاباة ولو اسلم عشرة دراهم وثوبا يساوي عشرة فى كر حنطة يساوي عشرة ثم مات ولا مال له غير ذلك فان شاء المسلم اليه نقض السلم وان شاء أدى الكر ورد سدس الثوب وسدس العشرة فذلك القدر مما زاد على الثلث وليس تنفيذ المحاباة له من أحد المالين باولى من الآخر فانما يرد السدس منهما من الكر حتى يسلم للوارث ثلاثة عشر وثلث وقد نفذنا المحاباة له فى ستة وثلاثين * ولو كان أسلم ثوبا يساوى عشرين درهما وعشرة دراهم فى كر حنطة يساوي عشرة دراهم رد ثلث الثوب وثلث العشرة لانه حاباه بقدر عشرين وثلث ماله عشرة فيسلم له ذلك منهما ويرد

ما زاد على الثلث سهما ولو أسلم ثوبين قيمة أحدهما ثلاثون وقيمة الآخر خمسة عشر فى كر يساوى خمسة عشر درهما أدى الكر كله ورد ثلث الثوبين لانه حاباه بقدر ثلاثين درهما فانما يسلم له بقدر ثلث ماله وذلك خمسة عشر من الثوبين جميعا ويرد مازاد على الثلث من الثوبين وان شاء نقض السلم وأصل ذلك أن ينظر الى قيمة الثوبين والى قيمة السلم فيعطى المسلم اليه قيمة السلم وثلث ما ترك الميت محاباة له ويرد ما بقي من السلم وكذلك سائر مايسلم فيه وكذلك الصرف فى جميع ذلك الا فى الجنس بجنسه فانه شيأ من هذا وفى الاصل استكثر من هذا الجنس من المسائل والكل يخرج على ما بينا والله أعلم

باب الاقالة فى السلم والبيع فى المرض

(قال رحمه الله) واذا أسلم المريض عشرة دراهم فى كر حنطة يساوي عشرة ثم أقاله السلم وقبض منه الدراهم فهو جائز لانه ماحاباه بشئ فانه أعاد الكر بالاقالة واسترد منه العشرة التى بمقابلته وهما فى المالية سواء والاقالة بمنزلة البيع وكما أن البيع الذى لا محاباة فيه نافذ من المريض فكذلك الاقالة *ولو كانت قيمة الكر ثلاثين درهما ولا مال له غير ذلك ثم مات فان كان له مال يكون ثلثه بقدر عشرين أو أكثر جازت الاقالة لان المحاباة تخرج من ثلث ماله وان لم يكن له مال سواه جازت الاقالة فى نصف الكر ويقال للمسلم اليه أد الى الورثة نصف الكر ورد عليهم نصف رأس المال لانه حاباه بقدر العشرين درهما فانه أخرج بالاقالة من ملكه جزأ يساوى ثلاثين بعشرة دراهم والاقالة فى هذا كالبيع فلا يمكن تصحيح المحاباة له فيما زاد على الثلث ولا يمكن أن يؤمر باداء ما زاد على الثلث من المحاباة لان الاقالة قبل القبض فسخ فلا يمكن أن يثبت فيه ما لم يكن ثابتا فى أصل العقد لان الفسخ رفع العقد وانما يرفع الشئ من المحل الوارد عليه لا من محل آخر ولا يمكن ابطال فى الكل لانها نفذت من المريض فى مقدار الخارج من الثلث واقالة السلم لا تحتمل الفسخ لان بالاقالة يسقط طعام السلم والمسقط يكون متلاشيا وفسخ الاقالة انما يصح فى القائم دون المتلاشى فعرفنا أن الاقالة جازت فى البعض دون البعض فاحتجنا الى معرفة مقدار ما جازت الاقالة فيه فنقول المحاباة بقدر عشرين وثلث ماله عشره ولو كانت ثلث ماله نصف المحاباة قلنا تجوز الاقالة فى نصف الكر ويسلم للوارث نصف كر قيمته خمسة عشر ونصف رأس المال وهو خمسة دراهم فذلك

عشرون فيسلم للمسلم اليه نصف كر قيمته خمسة عشر بخمسة فتسلم له المحاباة بقدر العشرة وعلى طريق الجبر تجوز الاقالة فى شئ من الكر بثلث شئ لان رأس المال بقدر الثلث من السلم فيبقى للورثة كر الا ثلثى شئ يعدل ذلك شيأ وثلثا لانا نفذنا المحاباة فى ثلثى شئ فحاجة الورثة الى ضعف ذلك فاجبر الكر بثلث شئ وزد على ما يعدله مثله فظهر أن الكر يعدل شيئين وقد جوزنا الاقالة فى شئ وذلك نصف الكر فى المعنى ولو أسلم عشرين درهما فى كر يساوي ثلاثين درهما ثم أقاله فى شئ وذلك نصف الكر فى المعنى ولو أسلم عشرين درهما فى كر يساوى ثلاثين فى مرضه ومات فالاقالة جائزة لان المحاباة بقدر عشرة وهو مقدار الثلث من ماله * ولو أسلم عشرة فى كر يساوى عشرين درهما ثم أقاله فى مرضه ومات فالاقالة جائزة لان المحاباة بقدر عشرة وهو مقدار الثلث من ماله ولو أسلم عشرة فى كر يساوى عشرين درهما ثم أقاله فى مرضه ثم مات جازت الاقالة فى ثلثى الكر ويقال للمسلم اليه اد ثلث الكر ورد عليهم ثلثى رأس المال لانه حاباه بقدر عشرة دراهم وثلث ماله ستة وثلثان لان جميع ماله عشرون فانما تجوز الاقالة فى مقدار الثلث وذلك قدر ثلثي المحاباة فلهذا جازت الاقالة في ثلثى الكر ويرد على الورثة ثلثى رأس المال ستة وثلثين وثلث كر قيمته ستة وثلثان ويسلم للوارث ثلاثة عشر وثلث وسلم للمسلم اليه ثلثا كر قيمته ثلاثة عشر وثلث بستة دراهم وثلاثين فعرفنا أنه سلم من المحاباة بقدر ثلث المال وعلى طريق الجبر تجوز الاقالة فى شئ من الكر بنصف شئ لان رأس المال من المسلم فيه مثل نصفه فيحصل فى يد الورثة كر الا نصف شئ وحاجتهم الى شئ فيجبر الكر بنصف شئ ويزيد علي ما يقابله مثله فظهر أن الكر يعدله شئ ونصف شئ وانا حين جوزنا الاقالة فى ذلك كان ذلك بمعنى ثلثى الكر * ولو أسلم عشرة دراهم فى كر يساوى ثلاثين درهما ثم أقاله فى مرضه وقبض منه العشرة فاستهلكها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الاقالة فى ثلثى الكر ويقال للمسلم اليه أد الى الورثة ثلثى الكر وارجع عليهم بثلثي العشرة التى كنت أعطيتها الميت لانه حاباه فى الاقالة بقدر عشرين وماله عند لموت عشرون فان ما استهلكه لا يكون محسوبا من ماله بل ذلك فى حكم الدين عليه اذا لم يجز الاقالة فثلث ماله ستة وثلثان والمحاباة انما تجوز بقدر ثلث ماله وذلك الثلث من جملة ما حاباه فباعتباره جازت الاقالة فى ثلث الكر ويؤدى المسلم اليه الى الورثة ثلثى كر قيمته عشرون درهما ويرجع عليهم بثلثى العشرة حصة ما بطلت فيه الاقالة فيعطونه ذلك مما أخذوا من الطعام يبقى لهم ثلاثة

عشر وثلث وقد سلم للمسلم اليه ثلث كر قيمته عشرة بثلاثة دراهم وثلث فعرفنا انه قد سلم له من المحاباة بقدر ثلث ماله *وعلى طريق الجبر فيه نقول الاقالة تصح فى شيء من الكر ثم على الوارث أن يقضي المسلم اليه بثلث ذلك وهو حصته من رأس المال فيدفع ثلث كر الاثلث شيء يبقى فى يد الوارث ثلثا شيء وذلك يعدل شيأ وثلثا فاجبر ثلثى كر بثلثي شيء وزد على ما يعدله مثله فظهر أن ثلثى الكر يعدل شيئين فالكر الكامل يعدل ثلاثة أشياء وقد جوزنا الاقالة فى شيء من ذلك فذلك بمعنى ثلثى الكر ثم التخريج كما بينا * ولو أسلم عشرين درهما فى كر يساوى خمسين درهما ثم أقاله المسلم وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره جازت الاقالة فى خمسة أتساع الكر ويقال للمسلم اليه أد الى الورثة أربعة أتساع الكر وخمسة أتساع رأس المال لانه حاباه بقدر ثلاثين درهما وثلث ماله ستة عشر وثلثان لان جميع المال خمسون فننظر الى ثلث ماله كم هو من مقدار المحاباة وطريق معرفته أن تجعل كل ثلاثة وثلث درهم سهما وجملة المحاباة تسعة دراهم وستة عشر وثلثان تكون خمسة فعرفنا أن ثلث ماله من جملة المحاباة خمسة أتساع وصحة الاقالة باعتبار خروجه من الثلث فانما تصح الاقالة فى خمسة أتساع الكر ويقال للمسلم اليه أد الى الورثة أربعة أتساع الكر وقيمة ذلك اثنان وعشرون وتسعان وخمسة أتساع رأس المال مقدار ذلك أحد عشر وتسع فيسلم للورثة ثلاثة وثلاثون وثلث مقدار ثلثى المال ويكون فى يد المسلم اليه خمسة أتساع الكر قيمته سبعة وعشرون وسبعة أتساع درهم يأخذ أحد عشر درهما وتسع الذى أعطى الورثة من رأس المال فيبقي ستة عشر وثلثان محاباة له وهو ثلث ما ترك الميت *وعلى طريق الجبر تصح الاقالة فى شيء من الكر بخمسي شيء لان رأس المال من قيمة الكر كذلك فيبقى فى يد الوارث كر الاثلاثة أخماس شيء وذلك يعدل شيأ وخمس شيء فأجبر الكر بثلاثة أخماس شيء وزد على ما يعدله مثله فظهر أن الكر يعدل شيأ وأربعة أخماس شيء وقد جوزنا الاقالة فى شيء وشيء من شيء وأربعة أخماس شيء يكون خمسة أتساع فظهر أن الاقالة انما جازت فى خمسة أتساع الكر وهذا كله اذا كانت الاقالة قبل قبض الكر فان كانت الاقالة بعد قبض الكر فالعمل فيه كما وصفنا فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاقالة عندهما بعد القبض فسخ كما قبله فلا تجوز بأكثر من رأس المال وأما فى قول أبى يوسف رحمه الله فالاقالة بعد القبض بمنزلة البيع المستقبل فان كان رأس المال عشرة دراهم وقيمة الكر ثلاثون وتقابضا ثم أقاله اياه فى مرضه وقبض منه الدراهم ودفع اليه الكر قيل للمسلم اليه

أنت بالخيار فان شئت أدى الى الورثة عشرة دراهم أخرى وان شئت فرد الكر وخذ دراهمك لان الاقالة عنده لما كانت بمنزلة البيع أمكن اثبات الزيادة فى البدل منه فيكون هذا وأما او باع المريض كرا يساوى ثلاثين درهما بعشرة سواه فهناك يخير المشترى بين أن يؤدى عشرة أخرى حتى تسلم له المحاباة بقدر ثلث المال وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع فهنا أيضا يخير المسلم اليه بين أن يرد الكر ويأخذ دراهمه وبين أن يؤدى ما زاد على الثلث من المحاباة وانما ننظر الى قيمة السلم اذا كانت فيه محاباة فى جميع ذلك يوم يختصمون وقول أبى يوسف رحمه الله مفسرا بهذه الصفة لم يذكره فى الكتب سوى في هذا الموضع * واذا اشترى الرجل عبدا بخمسين درهما وقيمته مائة درهم فلم ينقد الثمن ولم يقبض العبد وليس له مال غير خمسين ثم مرض المشترى فاقاله البائع ثم مات فانه يخير البائع فان شاء سلم العبد وأخذ خمسين وان شاء سلم ثلثى العبد وأخذ منه ستة عشر درهما وثلثى درهم لان المشترى حاباه بقدر نصف ماله فلا يسلم له من المحاباة الا مقدار الثلث غير ان اقالة البيع محتملة للفسخ بخلاف اقالة السلم لان المبيع قائم بعد الاقالة ولهذا اذا اختلفا فى رأس المال بعد الاقالة تحالفا فى البيع وترادا الاقالة وفى السلم لا يتحالفان فتكون الاقالة بعرض الفسخ هنا أثبتنا الخيار للبائع لانه تعين عليه شرط الاقالة فان شاء سلم العبد وأخذ الخمسين بطريق فسخ الاقالة وان شاء سلم ثلثى العبد وتصح الاقالة فى ثلث العبد فيأخذ منهم ثلث الثمن ستة عشر وثلثين ويحصل فى يد الورثة من الثمن ثلاثة وثلاثون وثلث وقيمته مثل ذلك فذلك ستة وستون وثلثان وقد سلم للبائع ثلث العبد قيمته ستة وستون وثلثان بثلاثة وثلاثين وثلث فيكون السالم له من المحاباة بقدر ثلاثة وثلاثين وثلث مثل نصف ما سلم للورثة والله أعلم بالصواب

باب السلم فى المرض وله على الناس ديون

(قال رحمه الله) واذا أسلم الرجل فى مرضه ثلاثين درهما فى كر يساوى عشرة دراهم وقبض ولا مال له من العين غيرها وله على الناس دين كثير ثم مات فالمسلم اليه بالخيار ان شاء رد الثلاثين درهما ونقض السلم وان شاء أدى الكر ورد من رأس المال عشرة دراهم لان عقد السلم يحتمل الفسخ فيثبت الخيار هنا للمسلم اليه لتعين شرط العقد عليه فان شاء فسخ السلم ورد المقبوض من رأس المال لان الوصية بالمحاباة كانت فى ضمن البيع فلا تبقى

بعد فسخ البيع وان شاء أمضى العقد وأدى الكر فى الحال لان المحاباة بالثلث بالمال جاوزت الثلث فلا يسلم له شئ من الاجل ولكن يؤدى الكر كله ويرد من رأس المال ما زاد على ثلث ماله من المحاباة وذلك عشرة دراهم ويكون هذا بمنزلة حط بعض رأس المال وعقد السلم يحتمل ذلك فان اقتضوا الدين بعد ما اختصموا وقضى القاضى بينهم بهذا وفسخ السلم لم يرد على المسلم اليه شئ لان الدين الذى للميت على الناس لا يكون محسوبا من ماله ما لم يخرج فان بدا الوارث لا يصل اليه واذا لم يحتسب به بعد قضاء القاضى بينهم يفسخ السلم ان اختار المسلم اليه ذلك وفسخ السلم لا يحتمل النقض فلهذا لا يعاد بخروج الدين وكذلك ان اختار رد عشرة من رأس المال لان ذلك القدر يخرج من أن يكون رأس المال وينتقض القبض فيه من الاصل فلا يعود بعد ذلك وان اقتضوا الدين قبل أن يختصموا أسلم للمسلم اليه الى أجله وجازت له المحاباة لان المحاباة بالمال والاجل تخرج من الثلث حين وصل الى يد الوارث ضعف ذلك من مال الميت ولو أسلم عشرين درهما فى مرضه فى كر يساوي عشرة ونقد الدراهم ثم مات وله علي الناس دين فاقتضي الورثة بعد موته عشرة دراهم قبل أن يختصموا فالسلم جائز لانه حاباه من المال بقدر عشرة وهى تخرج من ثلاثة فيقال للمسلم اليه أد الى الورثة الكر وقيمته عشرة فيكون فى أيديهم عشرون وهى ثلثا ما ترك الميت من العين فيكون فى يد المسلم اليه عشرون درهما عشرة قيمة الكر الذى أدى وعشرة محاباة ولو كان رأس المال ثلاثين درهما والمقبوض من الدين بعد موته عشرون درهما فالمسلم اليه بالخيار ان شاء نقض السلم ورد الدراهم وان شاء أدي الكر حالا ورد من رأس المال ثلاثة دراهم وثلثا لانه حاباه بقدر عشرين درهما وثلث ما تعين من المال ستة وعشرون وثلثان وانما يسلم له من المحاباة ذلك القدر ورد مازاد علي ذلك وهو ثلاثة دراهم وثلث وان شاء نقض السلم لانه تغير عليه شرط عقده واذا اختار النقض بطلت الوصية بالمحاباة فيرد جميع ما قبض من الدراهم والله أعلم بالثواب

باب بيع المكيل بمثله من المكيل

(قال رحمه الله) واذا باع الرجل فى مرضه كر تمر فادي قيمته ثلاثين درهما بكرد قل قيمته عشرة دراهم ثم مات البائع وليس له مال غيره فالمشترى بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذ

كره لتغير شرط العقد عليه حين لم تخرج المحاباة من ثلث ماله وان شاء أخذ نصف الكر الفارسي بنصف الدقل ورد نصف الكر الفارسي لان المحاباة حصلت بقدر ثلثي ماله ولا يمكن ازالة المحاباة بزيادة الدراهم لان ذلك ربما كان في بيع المكيل بمكيل من جنسه والفضل ربا فينظر الي ثلث ماله كم هو من جملة المحاباة فيجوز في البيع بقدره لانه لو كانت المحاباة بقدر الثلث جاز البيع في الكل وهنا الثلث مثل نصف المحاباة فيجوز البيع في نصف الكر فيرد علي الوارث نصف كر قيمته خمسة عشر ونصف كر دقل قيمته خمسة ويسلم للمشتري نصف كر فارسي قيمته خمسة عشر بنصف كر دقل قيمته خمسة فيحصل تنفيذ الوصية له في ثلث ماله وان باعه كرا قيمته ستون بكر حشف قيمته عشرة دراهم فان البيع يجوز في خمس الكر لانه حاباه بقدر خمسين وثلث ماله عشرون فكان الثلث بقدر خمسي المحاباة فيرد على الورثة ثلاثة اخماس الفارسي وقيمته ستة وثلاثون وخمسا الحشف وقيمته أربعة فذلك ثلثا تركة الميت ولو باعه كرا قيمته خمسون بكر قيمته عشرون جاز البيع في خمسة اتساع الكر لانه حاباه بقدر ثلاثين وثلث ماله ستة عشر وثلثان وذلك خمسة اتساع الكر لانه حاباه كل ثلاثة وثلث سهما فيرد على الورثة أربعة اتساع الكر الجيد وخمسة اتساع الكر الردئ فان اعتبرت قيمتهما فهي ثلثا تركة الميت يسلم لورثته ويحصل تنفيذ الوصية في ثلث ماله وهذا بمنزلة اقالة السلم في جميع ماذكرنا والله أعلم بالصواب

باب العفو عن الجناية في المرض

(قال رحمه الله) واذا جرح العبد رجلا حرا خطأ فمات الحر منها وقد عفى عن هذا الدم في مرضه وليس له مال وقيمة العبد ألف درهم قيل لمولاه أتدفع أو تفدى فان اختار الدفع دفع ثلثه لان العبد صار مستحقا بجنايته ولا مال للعافي غيره والعفو وصية منه لمولاه لان الاستحقاق مال على المولى فيجوز في ثلاثة وان اختار الفداء جاز العفو في خمسة اسداس العبد ويفدى سدسه بسدس الدية لانه يمكن تصحيح العفو في جميعه فانه لا يسلم لورثته شئ من المال اذا صححنا العفو في جميعه ولا يمكن ابطاله في الكل لانه يفديه حينئذ بعشرة آلاف فيكون للعبد خارجا من ثلثه وزيادة فعرفنا ان صحة العفو هنا في البعض وطريق معرفة ذلك انه لو كان للميت ألفا درهم ضعف قيمة ذلك العبد لكان العفو يجوز في جميعه فالسبيل أن

نضم نصف القيمة الى الدية ثم نبطل من العفو حصة ضعف القيمة من الجملة لان بطلان العفو باعتبار انا لم نجد ذلك القدر وضعف القيمة ألفا درهم فاذا ضممته الي الدية كان اثنا عشر ألفا ضعف القيمة من الجملة هو السدس فلهذا جازت الهبة فى خمسة اسداس العبد وبطلت فى السدس فيفديه بسدس الدية وذلك ألف وثلثا ألف فيسلم ذلك للورثة وقد نفذنا العفو فى نصف ذلك وهو خمسة اسداس العبد قيمته ثمانمائة درهم وثلاثة وثلاثون وثلث *وعلى طريق الجبر يجوز العفو فى شئ من العبد ثم يفدى مابقى منه وهو عبد الاشئ بعشرة أمثاله لان الدية من القيمة هكذا فيصير فى يد الوارث عشرة أموال الا عشرة أشياء تعدل شيئين لانا جوزنا العفو فى شئ وحاجة الورثة الى شيئين فتجبر الاموال بعشرة أشياء ويزيد على مانفذ مثلها فكانت عشرة أموال تعدل اثنى عشر شيأ فالمال الواحد يعدل شيأ وخمسا فانكسر بالاخماس فاضرب شيأ وخمسا فى خمسة فيكون ستة فظهر ان المال الكامل ستة وقد جوزنا العفو فى شئ فضربنا كل شئ فى خمسة فتبين ان العفو انما جاز فى خمسة اسداس العبد وان كانت قيمته ألفين واختار الفداء فدى سبعة بسبعي الدية لانا نأخذ ضعف قيمة العبد وهى أربعة آلاف فنضمه الي الدية فيكون أربعة عشر ألفا ثم ننظر الى ضعف القيمة كم هو من الجملة فنبطل الهبة بقدره وذلك سبعاه فتجوز الهبة فى خمسة اسباع العبد وتبطل فى السبعين فنفديه بسبعى الدية مقداره ألفان وثمانمائة وسبعة وسبعون وسبع وقد نفذنا الهبة فى خمسة اسباع العبد قيمته ألف وأربعة وثمانية وعشرون وثلاثة اسباع مثل نصف ما سلم للورثة وعلى طريق الجبر تأخذ مالا مجهولا فيجوز العفو فى شئ منه ويبطل فى مال الا شيأ ثم تفديه بخمسة امثاله فيحصل فى يد الورثة خمسة أموال الا خمسة أشياء يعدل ذلك شيئين فاجبره بخمسة أشياء وزد على مايعدله مثله فصار خمسة أموال تعدل سبعة أشياء والمال الواحد يعدل شيأ وخمسى شئ فاضرب ذلك فى خمسة حتى يتبين ان المال الكامل يعدل سبعة أشياء وقد جوزنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى خمسة فذلك خمسة اسباع العبد فان كان قيمة العبد ألفا وعلي المقتول دين ألف فالسبيل فيه اذا اختار الفداء ان يضم نصف القيمة الى الدية فيكون اثني عشر ألفا ثم يبطل العفو بحصة نصف القيمة وحصة الدين وذلك ثلاثة من اثنى عشر فعرفنا ان العفو انما بطل فى الربع فنفديه بربع الدية الفين وخمسمائة فنقضى به الدين ألف درهم وشئ للورثة ألف وخمسمائه وقد أجزنا العفو فى ثلاثة ارباع العبد قيمته

سبعمائه وخمسون فاستقام الثلث والثلثان وعلى طريق الجبر نجوز العفو فى شئ ونبطله فى عبد الا شئ ثم نفدى ذلك بعشرة أمثاله وذلك عشرة أموال الا عشرة أشياء ثم يقضى الدين بمال كامل لان الدين ألف درهم وقد جعلنا العبد وقيمته ألف مالا كاملا فيبقى فى يد الورثة تسعة أموال الا عشرة أشياء يعدل ذلك شيئين وبعد الجبر والمقابلة تكون تسعة أموال تعدل اثنى عشر شيأ فالمال الواحد يعدل شيأ وثلثا فقد انكسر بالاثلاث فاضرب شيأ وثلثا فى ثلاثة فيكون أربعة وقد جوزنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى ثلاثة وثلاثة من أربعة بثلاثة ارباعه فصح ان العفو انما صح فى ثلاثة ارباع العبد ولو لم يكن على الميت دين وكان له ألف درهم موضوعة فدى نصف سدس العبد بنصف سدس الدية لانك تأخذ نصف القيمة فتضمه الى الدية فيجوز العفو بحصة الدية وخمسة اسداس وبحصة الالف الموضوع وذلك نصف سدس فانما تبطل الهبة فى نصف سدس العبد فيفديه بنصف سدس الدية وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فحصل للورثة هذا مع الالف وقد نفذنا الهبة فى خمسة اسداس العبد نصف سدسه قيمة ذلك تسعمائة وستة عشر وثلثان فاستقام الثلث والثلثان وعلى طريق الجبر نجوز العفو فى شئ ونبطله فى عبدا لا شئ فنفديه بعشرة أمثاله وذلك عشرة أموال الا عشرة أشياء تعدل شيئين وبعد الجبر والمقابلة أحدعشر مالا يعدل اثنى عشر شيأ فالمال الواحد يعدل شيأ وجزأ من أحد عشر جزأ من شئ فاضربه فى أحد عشر فظهر ان المال الكامل يعدل اثنى عشر وقد جوزنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى أحدعشر فتبين ان العفو انما جاز فى أحد عشر جزأ من اثنى عشر جزأ من العبد وذلك خمسة اسداسه ونصف سدسه والله أعلم بالصواب

باب قتل العبد الموهوب له والواهب أو غيره

(قال رحمه الله) رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما عشرة آلاف فوهب أحدهما لرجل فى مرضه وقبضه ولا مال له غيرهما ثم ان العبد الموهوب قتل الواهب فالهبة جائزة فى جميع العبد ويقال له ادفعه كله أو افده لان العبد كله يخرج من ثلثه فان ماله فى الاصل على ثلاثة تجوز الهبة فى سهم ثم يدفع ذلك أو يفديه بمثله لان الدية والقيمة سواء فيزداد فى نصيب الورثة سهم وهو الدائر فنطرحه من أصل حق الورثة فيبقى لهم سهم وللموهوب له سهم فعرفنا ان الهبة انما تجوز فى سهم من سهمين وهو العبد الموهوب كله فان قيمة العبدين سواء

ثم يدفعه بالجناية أو يفديه بعشرة آلاف فيسلم للورثة عشرون ألفا وقد نفذنا الهبة فى عشرة آلاف فاستقام الثلث والثلثان وصار فى المعنى كأن الميت ترك ثلاثة أعبد لان المدفوع بالجناية من جملة تركته فتبين ان الموهوب خارج من ثلثه فان كان وهب الآخر لرجل آخر أيضا فانه يرد ثلاثه اخماس العبد القاتل الى الورثة وهو ثلاثة اخماس العبد الآخر نقضا للهبة ويقال لمولى القاتل ادفع خمسة أو افده بخمسى الدية لان الثلث بين الموهوب لهما نصفان على سهمين والثلثان أربعة ثم ان مولى القاتل يدفع سهمه أو يفديه بمثله فيحصل فى يد الورثة خمسة فيطرح السهم الدائر من أصل حقهم يبقي حقهم فى ثلاثة وحق الموهوب لهما فى سهمين فذلك خمسة ثم يدفع مولى القاتل نصيبه أو يفديه بسهم فيسلم للورثة أربعة وقد نفذنا الهبة فى سهمين فاستقام فتبين ان الهبة انما جازت لكل واحد منهما فى خمسى عبده وذلك أربعة آلاف ويطلت فى ثلاثة اخماس كل واحد منهما فيكون ذلك اثني عشر ألفا ثم دفع الموهوب له نصيبه أو فداه بخمسى الدية فيصير فى يد الورثة ستة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة لهما فى ثمانية آلاف وعلي طريق الجبر تأخذ مالا مجهولا فتجوز الهبة لهما فى شئ ثم ان مولى القاتل يدفع نصيبه أو يفديه بمثله وذلك نصف شئ فيحصل فى يد الورثة مال الا نصف شئ يعدل شيئين وبعد الجبر والمقابلة يعدل شيئين ونصفا انما جوزنا الهبة فى شئ وشئ من شيئين ونصف خمساه فعرفنا أن الهبة انما جازت لكل واحد منهما فى خمسي عبده * ولو كان أحد العبدين وأجنبي قتلا الواهب غرم الاجنبي خمسة آلاف لانه أتلف نصف النفس بجنايته ويقال لمولى العبد القاتل أتدفع أم تفدى فان اختار الفداء كان لكل واحد منهما خمسة أجزاء من أحد عشر جزأ من العبد الذى فى يده ورد البقية بنقض الهبة ويقال لمولي القاتل افد ما جاز لك فيه الهبة بخمسة اجزاء من أحد عشر جزأ من نصف الدية لان مال الميت خمسة وعشرون ألفا العبدان ونصف الدية وانما تجوز الهبة لهما فى ثلثه وذلك الثلث بينهما نصفان على سهمين ثم ان مولى القاتل يفدى سهمه بنصف سهم لان عبده انما جنى على نصف النفس فحصته من الدية مثل نصف قيمته فالسبيل أن نضعفه للكسر بالانصاف فيصير على اثنى عشر سهما لكل واحد من الموهوب لهما سهمان وللورثة ثمانية ثم يفدى الموهوب له سهمه بسهم من الدية وهذا السهم هو الدائر فنطرحه من أصل حق الورثة يبقي حقهم فى سبعة وحق الموهوب لهما فى أربعة فذلك أحد عشر ثم مولى القاتل يفدى بسهم فيحصل فى يد الورثة ثمانية وقد نفذنا الهبة لهما فى أربعة فاستقام الثلث والثلثان *

اذا عرفنا هذا فنقول السبيل أن نضرب أحد عشر فى خمسة وعشرين فيكون مائتين وخمسة وسبعين وانما جوزنا الهبة لكل واحد منهما فى سهمين من أحد عشر وقد ضربنا ذلك فى خمسة وعشرين فعرفنا أن الهبة انما جازت لكل واحد منهما فى خمسين وذلك خمسة أجزاء من أحد عشر جزأ من عبده لان جملة ماله لما صار على مائتين وخمسة وسبعين فكل عبد يكون مائة وعشرين ونصف الدية خمسة وخمسون من مائة وعشرة يكون خمسة أجزاء من أحد عشر جزأ فتبين تخريج المسئلة * وان اختار الدفع جازت الهبة لكل واحد منهما فى نصف العبد ورد النصف بنقض الهبة ويدفع مولى الجانى النصف بالجناية لما بينا أن جملة ماله خمسة وعشرون ألفا وقد انقسم ذلك بعد طرح سهم الدور بين الورثة والموهوب لهما على خمسة لكل واحد من الموهوب لهما خمس ذلك وذلك خمسة آلاف وهو قيمة نصف العبد الذى وهب له فتبين أن الهبة تبطل فى نصف قيمة كل عبد فيحصل فى يد الورثة خمسة عشر ألفا ثم يدفع مولى القاتل نصف العبد بالجناية فيسلم للورثة عشرون ألفا وقد نفذنا الهبة لهما فى عشرة آلاف فاستقام الثلث والثلثان فاذا كان لرجل عبد قيمته عشرة آلاف درهم وله خمسة آلاف درهم فوهب العبد فى مرضه لرجل وقبضه ثم قتل العبد الواهب فانه يرد ربع العبد نقضا للهبة ويدفع ثلاثة أرباعه أو يفديها بثلاثة أرباع الدية لان مال الميت خمسة عشر ألفا وبعد طرح سهم الدور انما تنفذ الهبة فى نصف ذلك وهو سبعة آلاف وخمسمائة قيمة ثلاثة أرباع العبد فعرفنا أن الهبة انما جازت فى ثلاثة أرباعه فيرد عليهما ربع العبد وقيمته ألفان وخمسمائة ثم يدفع ثلاثة أرباعه أو يفدى بثلاثة أرباع الدية فيجتمع فى يد الورثة خمسة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى سبعة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان * واذا وهب المريض عبدا له يساوى عشرة آلاف درهم لا مال له غيره وعليه دين عشرة آلاف درهم أو أكثر وقبضه الموهوب له ثم قتل العبد الواهب فان الهبة تبطل لان الهبة فى المرض وصية فتتأخر عن الدين والدين محيط بالتركة فتبطل الهبة فى جميع العبد لهذا وتبطل الجناية أيضا لان ببطلان الهبة تبين أن العبد جنى على مولاه وجناية الخطأ من العبد على مولاه هدر فيكون هذا وما لو مات حتف أنفه سواء فيباع العبد فى الدين * ولو أعتقه الموهوب له قبل أن يرفعوا الى القاضى وهو لا يعلم بالجناية نفذ عتقه لانه ملكه بالقبض بحكم فلا يبطل ملكه بفساد السبب ما لم يسترد منه والعتق متى صادف ملكه نفذ سواء كان سببه فاسدا أم صحيحا وبنفوذ العتق

تقرر ملكه فيجب اعتبار الجناية الا أن المولى اذا أعتقه وهو لا يعلم بالجناية يصير مستهلكا للعبد فان كان الدين عشرين ألفا أو أكثر غرم الموهوب له قيمتين قيمة كاملة وهى عشرة آلاف بالاستهلاك لانه وجب عليه رده بانتقاض الهبة وقد تعذر رده بالاستهلاك فيغرم قيمته وعليه عشرة آلاف الا عشرة بالجناية لانه فى حكم الجناية صار مستهلكا له حين أعتقه وهو لا يعلم بالجناية ولكن قيمة العبد بالجناية لا تزاد على عشرة آلاف الا عشرة وان كان الدين عشرة آلاف كان على الموهوب له عشرة آلاف لحق الغرماء ثم يغرم ثلثى ما بقي من القيمة فى الجناية للورثة لان ذلك الباقى مال الميت فى الحاصل فيسلم له الثلث بحكم الوصية ويغرم للورثة ثلثى ذلك وان كان الدين خمسة آلاف ولم يعتقه الموهوب له رد على الورثة ثلاثة ارباعه ويقال للموهوب له ادفع الربع أو افده بربع الدية لان الهبة تبطل فى نصف العبد لمكان الدين يبقى نصف العبد فيجعل ذلك النصف بمنزلة عبد كامل فى حال ما اذا لم يكن على الواهب دين وقد بينا فى العبد الكامل انه اذا كان قيمة العبد والدية سواء فانما تجوز الهبة في نصف العبد ويدفع النصف بالجناية أو يفديه بنصف الدية فهنا أيضا تجوز الهبة فى ذلك النصف وتبطل فى نصف فعرفنا أن الهبة انما بطلت فى ثلاثة أرباع العبد وجازت فى ربعه قيمته ألفان وخمسمائة فاذا دفع الموهوب له أو فداه حصل فى يد الوارثة عشرة آلاف فيقضون الدين خمسة آلاف لقتل العبد المريض فانه يقال للموهوب له أتدفع أم تفدى فان اختار الدفع جازت الهبة فى ثلاثة أثمان العبد ورد خمسة أثمانه نقضا للهبة ويصير فى الحكم كأن الميت ترك عبدا وثلاثة أثمان العبد لان المدفوع بالجناية ماله وطريق التخريج فيه عند اختيار الدفع أن الهبة تبطل فى مقدار الدين وهى خمسة آلاف قيمة ربع العبد ويبقى ثلاثة أرباعه فيجعل هذه الثلاثة الارباع بمنزلة عبد كامل فى حال ما لو لم يكن على الميت دين وفى العبد الكامل بعد طرح سهم الدور انما تجوز الهبة فى نصفه فهنا أيضا تجوز الهبة فى نصف ثلاثة أرباع العبد ونصف ثلاثة أرباع العبد ثلاثة أثمانه فيحصل للورثة خمسة أثمان العبد ويدفع اليهم ثلاثة أثمانه بالجناية فيحصل لهم العبد فيقضون منه الدين خمسة آلاف يبقى لهم ثلاثة أرباع العبد وقيمته خمسة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى ثلاثه أثمان العبد وقيمته سبعة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان وان اختار الفداء جازت الهبة فى ثلاثة أعشار العبد ورد سبعة أعشار العبد الى الورثة نقضا للهبة ثم يفديه بثلاثة أعشار الدية * وطريق التخريج فيه أن الهبة تبطل فى ربع

العبد باعتبار الدين يبقى ثلاثة أرباعه فيجعل ذلك كعبد كامل ثم كل سهم تفدي فيه الهبة يفديه بمثل نصفه لان الدية مثل نصف القيمة فاذا جعلنا ثلاثة على ثلاثة وجوزنا الهبة فى سهم فداه بنصف سهم فيظهر فى يد الورثة زيادة نصف سهم وهو الدائر فيطرح هذا من أصل حقهم ويكون ثلاثة أرباع العبد على سهمين ونصف انكسر بالانصاف فأضعفه فيكون خمسة فتجوز الهبة له فى سهمين من خمسة ثم يفدى ذلك بسهم واحد فيحصل للورثة اربعة أسهم وقد نفذنا الهبـة فى سهمين فكان مستقيما فاذا صار ثلاثة أرباع العبد على خمسة كان ربعه سهما وثلثين وجميعه ستة وثلثان فاضربه فى ثلاثة للكسر فيكون عشرين وانما جوزنا الهبة فى سهمين وقد ضربنا هما فى ثلاثة وذلك ستة وستة من عشرين ثلاثة أعشار فلهذا قال يفدى ثلاثة أعشاره بثلاثة أعشار الدية ووقع فى بعض النسخ قيل للموهوب له ادفع ثلاثة أعشاره أو افده بثلاثة أعشار الدية وهو غلط فى حق الدفع بل الصحيح عند اختيار الدفع ما بينا أن الهبة تجوز فى ثلاثة أثمانه * ولو كان له عبد يساوي عشرة آلاف درهم لا مال له غيره ولا دين عليه فوهبه لرجل فى مرضه وقبضه ثم قتل العبد الواهب وأجنبيا معه ثم أعتقه الموهوب له وهو يعلم بالجناية فهو ضامن عشرة آلاف درهم لورثة الاجنبي ويضمن ثلثى الدية وثلثى القيمة لورثة الواهب لان ملكه يتقرر بالاعتاق وهو بالاعتاق مع العلم بالجناية يصير مختارا للجنايتين فيضمن للاجنبي كمال الدية ولورثة الواهب الدية بسبب الجناية والقيمة بسبب الاستهلاك فظهر أن مال الميت الدية والقيمة فيسلم له الثلث منها بطريق الوصية فيضمن للورثة ثلثى كل واحد منهما وان أعتقه وهو لا يعلم بالجناية صار فى حكم الجنايتين مستهلكا رقبة العبد فيغرم قيمته وقيمته فى الجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة فيغرم نصف ذلك وهو خمسة آلاف الا خمسة لورثة الاجنبي ويغرم لورثة الواهب ثلثى قيمته وثلثى خمسة آلاف الا خمسة لان ماله قيمة كاملة وهى الواجبـة باستهلاك الموهوب ونصف القيمة بسبب الجناية وذلك خمسة آلاف الا خمسة فتنفذ وصيته فى ثلث ذلك ويغرم للورثة الثلثين وان كان الموهوب له لم يعتقه واختار الفداء فانه يرد نصفه الى ورثة الواهب نقضا للهبة وتجوز الهبة فى نصفه ثم يفدى ذلك النصف بنصف الدية لورثة الاجنبي وبنصف الدية لورثة الواهب لان عند اختيار الفداء يظهر أن مال الواهب خمسة عشر ألفا وأن الهبة تصح فى مقدار الثلث وهو نصف العبد قيمته خمسة آلاف باعتبار ان العبد فى الاصل على ثلاثة وبعد طرح سهم الدور على سهمين

فتجوز الهبة فى أحد السهمين ويفدى ذلك بسهم فيسلم للورثة سهمان وقد نفذنا الهبة فى سهم ثم يقال لورثة الواهب ادفعوا النصف الذى رد عليكم الى ورثة الاجنبي أو افدوه بخمسة آلاف لان بانتقاض الهبة عاد ذلك النصف الى قديم ملك الواهب وقد جنى على الاجنبي فيقوم وارثه مقامه باختياره الدفع أو الفداء ثم يرجعون بنصف القيمة على الموهوب له لانه قبض النصف فارغا ورده مشغولا بالجناية وقد استحق بها وان اختار الدفع رد ثلاثة أخماس العبد الى ورثة الواهب نقضا للهبة ويدفع الخمسين بالجناية الى ورثة الواهب وورثة الاجنبي بينهما نصفين لان العبد فى الاصل على ستة فان الثلث الذى تجوز فيه الهبة مدفوع بالجنايتين نصفين فتجوز الهبة فى سهمين ثم يدفع أحد السهمين الى ورثة الواهب وهو السهم الدائر فيطرح من أصل حقهم وانما نجعل العبد على خمسة فتجوز الهبة في الخمسين ثم يدفع أحد الخمسين الى ورثة الواهب فيسلم لهم أربعة اخماسه وقد نفذنا الهبة فى خمسين فاستقام * وقع فى بعض النسخ يقال للموهوب له ادفع نصفك أو افده بنصف الدية وهو غلط عند اختيار الدفع والصحيح ما بينا وبه أجاب فى بعض النسخ هنا وفى كتاب الدور ثم يقال لورثة الواهب ادفعوا الثلاثة الاخماس التى ردت اليكم الى ورثة الاجنبي أو افدوه بثلاثة اخماس الدية وارجعوا بقيمة ذلك علي الموهوب له لانه كان قبضه فارغا ورده عليهم مشغولا بالجناية وقد استحق ذلك وان كان لرجل عبدا يساوى خمسة آلاف فوهبه لرجل فى مرضه ولا مال له غيره ثم ان الموهوب له وهبه لآخر ثم قتل العبد الواهب الاول فانه يقال للموهوب له الثانى ادفعه بالجناية أو افده لان الملك له فى الحال فان دفعه بالجناية جازت الهبة من الواهب الاول للموهوب له فى ثلثى العبد ورجع ورثة المقتول علي الموهوب له الاول بثلث قيمته لان بالدفع تبين ان ملك الواهب الاول فى الحكم عبدان فتجوز الهبة فى ثلث ذلك للموهوب له الاول وهو ثلثا عبد ويلزمه رد ثلث العبد المقبوض وقد تعذر رده حين وهبه لغيره فيغرم ثلث قيمته حتى يسلم لورثة الواهب عبد وثلث عبد وقد نفذنا الهبة فى ثلثي عبد فان فداه بجميع الدية فلا شئ على الموهوب له الاول لان ملك الواهب الاول الدية والعبد وذلك خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من الثلث فتجوز الهبة فى جميعه ولو كانت قيمته خمسة عشر ألفا فوهبه لرجل فى مرضه وقبضه ثم ان الموهوب له وهبه لآخر وهو مريض وقبضه الآخر ثم ان العبد قتل الموهوب له الاول ومات الواهب من

مرضه فانه يسلم للموهوب له الآخر سبع العبد ويرد ستة اسباعه الى ورثة الموهوب له الاول ويجيء ورثة الواهب الاول فيأخذون من ذلك ثلثي العبد ويقال للموهوب له الآخر ادفع السبع الذى فى يدك أو افده بسبع الدية هكذا ذكره فى بعض النسخ وهو صواب عند اختيار الفداء فأما عند اختيار الدفع تجوز له الهبة فى السدس وهو الصحيح وهكذا ذكره فى بعض النسخ أما عند اختيار الفداء يجعل العبد فى الاصل على تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث والثلاثة ثلث فانما تجوز الهبة للموهوب له الاول فى ثلاثة ثم تجوز الهبة من الاول للثانى فى سهم من هذه الثلاثة ويفدى هذا السهم بمثل ثلاثة من هذه الدية لان الدية مثل ثلثى القيمة فيظهر فى حق ورثة الموهوب له الاول زيادة بثلثى سهم فيطرح ذلك من أصل حقهم يبقي حقهم فى سهم وثلث وحق الموهوب له الثانى فى سهم فذلك سهمان وثلث فعرفنا ان ثلث العبد صار علي سهمين وثلث فيكون جميع العبد على سبعة فانما تصح الهبة للموهوب له الثانى فى سهم من سبعة فيفدى ذلك بسبع الدية ويرد ثلثى العبد على ورثة الواهب الاول لانه لاتظهر الزيادة فى مال مورثهم فانما تجوز الهبة منه فى ثلث العبد وأما عند اختيار الدفع الثلث الذى جازت الهبة فيه للموهوب له الاول يكون علي ثلاثة أسهم فتجوز الهبة فى سهم منه ثم يدفع الموهوب له الثانى ذلك السهم فيزداد حق ورثة الموهوب له الاول بسهم فيطرح ذلك من أصل حقهم ويجعل الثلث على سهمين فتجوز الهبة بالثانى فى أحدهما ثم يدفعه بالجناية فيحصل لورثة الموهوب له الاول سهمان وقد نفذنا الهبة فى سهم فاستقام واذا صار الثلث علي سهمين كان جميعه ستة فعرفنا ان الهبة انما تصح فى سدس العبد فيدفع الموهوب له ذلك السدس بالجناية ويرد الى ورثة الواهب الاول ثلثى العبد ولو كان العبد قتل الواهب الاول والمسئلة بحالها وقيمة العبد عشرة آلاف ومات الموهوب له الاول من مرضه جازت الهبة للموهوب له الآخر فى سدسه ورد خمسة اسداسه الى الموهوب له الاول ويجيء ورثة الواهب الاول فيأخذون من هذه الخمسة الاسداس ثلاثة اسداس وهو نصف العبد ويبقي فى يد ورثة الثانى ثلث العبد لانا نحتاج الى حساب له ثلث والثلاثة ثلث ذلك تسعة فتصح الهبة من الاول للثانى فى ثلاثة ثم يعود ذلك اليهم بالدفع بالجناية أو الفداء بمثله فيطرح ذلك من أصل حق ورثة الواهب الاول لمكان الدور يبقى حقهم فى ثلاثة وحق الموهوب له فى ثلاثة فيكون العبد على ستة ثلاثة اسداسه وهو نصف العبد لورثة الواهب الاول بنقض

الاول وسدسان وهو ثلث العبد لورثة الموهوب له الاول وسدسه للموهوب له الآخر ثم يقال لورثة الموهوب له الاول وللموهوب له الآخر ادفعوا ما في أيديكم الى ورثة المقتول أو افدوه بمثله لان القيمة والدية سواء وأي ذلك فعلوا فقد حصل لورثة الواهب ستة وقد نفذنا الهبة في ثلاثة فكان مستقيما ثم يرجع ورثة الواهب الآخر على الموهوب له الآخر بثلث قيمة العبد لانه قبضه فارغا ورده عليهم مشغولا بالجناية وقد استحق من يدهم بذلك السبب فلهذا رجعوا عليه بمثل قيمته سواء اختاروا الدفع أو الفداء ولو قتل العبد الواهب الاول والآخر جميعا وهما مريضان فهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يختار الموهوب له الآخر وورثة الموهوب له الاول الدفع أو يختاروا جميعا الفداء أو يختار ورثة الموهوب له الاول الدفع والموهوب له الآخر الفداء أو يختار ورثة الموهوب له الاول الفداء والموهوب له الآخر الدفع فان اختاروا جميعا الفداء قيل للموهوب له الآخر رد ستة أثمان العبد على ورثة الواهب الآخر نقضا للهبة ويبقى في يدك ثمناه ثم يجيء ورثة الواهب الاول الى ورثة الموهوب له الاول فيأخذون منهم أربعة أثمان العبد ويبقى في أيديهم ثمنان ويأخذون منهم فداء الثمنين ربع الدية وانما قلنا ذلك لان العبد في الاصل على تسعة ستة من ذلك لورثة الواهب الاول وهو فارغ عن الجنايتين وسهمان لورثة الموهوب له الاول وفيهما جناية واحدة وهي الجناية على الواهب الاول لان جناية هذين السهمين على الموهوب له الاول هدر فانه جناية المملوك على مالكه وسهم حق الموهوب له الآخر وفيه جنايتان فعند اختيار الفداء يفدي الموهوب له الآخر نصيبه بسهم لورثة الموهوب له الاول فيزداد نصيبهم بهذا السهم فنطرح من أصل حقهم سهما فيتراجع العبد الى ثمانية لورثة الموهوب له الاول سهم وللموهوب له الآخر سهم ثم يفدي سهمه بسهم من الدية لورثة الموهوب له الاول فيحصل لهم سهمان وقد نفذنا الهبة في سهم فاستقام ثم يقال للموهوب له الآخر افد ما في يدك وذلك ثمنان لورثة الواهب الاول بسهمين وكذلك ورثة الموهوب له الاول يفدون ما كان في أيديهم وذلك ثمنان لورثة الواهب الاول بسهمين فيزداد في حقهم أربعة اسهم فيطرح ذلك من أصل حقهم واذا طرحنا أربعة من ثمانية يبقي أربعة أسهم فتبين ان العبد في الحاصل يكون على أربعة أسهم سهمان لورثة الواهب الاول وسهم لورثة الواهب الثاني وسهم للموهوب له الاول الآخر ثم يفدي الموهوب له الآخر الواهب الاول سهمه بربع الدية وكذلك

الموهوب له الاول فيحصل لورثة الواهب الاول عشرة آلاف وقد نفذنا الهبة فى خمسة
آلاف ثم يفدى الموهوب له الآخر لورثة الموهوب له الاول بربع الدية أيضا فيسلم لهم
خمسة آلاف وقد نفذنا الهبة فى ألفين وخمسمائة ثم يرجع ورثة الواهب الاخر على الموهوب
له الآخر بقيمة ربع العبد لان الموهوب له الآخر قبضه فارغا ورده مشغولا ولم يسلم لهم
الا بالفداء وان اختاروا جميعا الدفع قيل للموهوب له الآخر رد تسعة أجزاء من أحدعشر
جزأ من العبد على ورثة الواهب الآخر فيأخذ ورثة الاول منهم ستة أجزاء من أحد عشر
جزأ ويبقى فى يدى ورثة الثانى ثلاثة اجزاء فيدفعونها بالجناية اليهم أيضا ويرجعون بقيمتها
على الموهوب له الآخر ويقال للموهوب له الآخر ادفع الجزأين اللذين بقيا فى يدك أحدهما
الى ورثة الواهب الاول والآخر الى ورثة الواهب الاخر لان العبد يكون على تسعة لما
بينا ثم السهم الذي للموهوب له الآخر يدفع بالجنايتين نصفين فيكسر بالانصاف فيجعله على
ثمانية عشر لورثة الواهب الاول اثنا عشر ولورثة الواهب الثانى أربعة وللموهوب له الآخر
سهمان يدفعهما بالجنايتين فيحصل لورثة الواهب الثانى خمسة وحقهم فى أربعة فيطرح السهم
الدائر من أصل حقهم يبقى حقهم فى ثلاثة وحق الموهوب له الآخر فى سهمين فذلك خمسة
واذا صار ثلث العبد على خمسة كان الكل على خمسة عشر ثم الموهوب له الآخر يدفع سهما من
نصيبه الى ورثة الواهب الاول وورثة الموهوب له الاول يدفعون ثلاثة أسهم وهو ماعاد
اليهم بنقض الهبة الى ورثة الواهب الاول فيزداد حق ورثة الواهب الاول باربعة أسهم
فيطرح من أصل حقهم أربعة يبقى حقهم فى ستة وحق الآخرين فى خمسة فذلك أحد عشر
فتبين ان العبد صار على أحد عشر وان الموهوب له الآخر يرد تسعة على ورثة الواهب
الآخر بحكم نقض الهبة فيأخذ ورثة الواهب الاول من ذلك ستة فى يد ورثة الواهب الآخر
ثلاثة ويدفع الموهوب له الآخر اليهم سهما فيحصل لهم أربعة وتفذنا هبة مورثهم فى سهمين
فاستقام ثم يدفع الموهوب له الآخر الى ورثة الواهب الاول سهما وورثة الواهب الثانى
يدفعون اليهم ثلاثة فيحصل لهم عشرة وقد نفذنا هبة مورثهم فى خمسة فاستقام الثلث والثلثان
ويرجع ورثة الواهب الثانى بقيمة الثلاثة الاسهم التى دفعوا الي ورثة الواهب الاول على
الموهوب له الآخر لان الموهوب له الاخر قبض ذلك من مورثهم فارغا ورده مشغولا
بالجناية وقد استحق تلك الجناية وان اختار الاوسط الدفع والاخر الفداء فهذا وما لو اختار

الفـداء سواء وان اختار الاوسط الفـداء ولآخر الدفع فهذا وما لو صار الدفع سواء لانه ليس فى نصيب ورثة الواهب الثانى الا جناية واحـدة فلا يتغير الحكم باختيارهم الدفع أو الفداء وفى نصيب الموهوب له الآخر جنايتان فيتغير الحكم باختياره الدفع أو الفـداء لانه عند اختيار الدفع يدفع نصيبه اليهما نصفين وعند اختيار الفداء يفدى كل واحد منهما بكمال نصيبه فلهذا يغير الحكم باختياره والله أعلم بالصواب

باب العتق فى المرض

(قال رحمه الله) واذا أعتق الرجل عبدين له فى مرضه ولا مال له غـيرهما وقيمة كل واحد منهما ثلثمائة فمات أحدهما بعد موت المولى فان الثانى يسعى فى أربعة أخماس قيمته لان الميت منهما مستوفى لوصيته وقد توى ما عليه من السعاية فانما يضرب كل واحـد منهما فى الباقى بحقه فيقول قد كان الثلث بين العبـدين نصفين على سهمين وللورثة أربعة أسهم فبعد موت أحدهما الباقى في رقبة الآخر فهو يضرب فى رقبته بسهم والورثة بأربعة فتكون رقبته علي خمسة يسلم له الخمس ويسعى فى أربعة أخماس قيمته فان كان العبد الميت ترك مائة درهم أضيف المائة الى قيمة الباقى ثم يجعل له الخمس من ذلك لان علي الميت من السعاية فوق ما تركه فيجعل ما ترك مال المولى فيكون ماله أربعمائة فيضرب فيه الورثة بأربعة والعبد الباقى فيسلم له الخمس من ذلك وذلك ثمانون ويسعى فى مائتين وعشرين من قيمته فيحصل للورثة ثلثمائة وعشرون وقد نفذنا الوصية للحى فى ثمانين وللميت فى مثله فيحصل تنفيذ الوصية لهما فى مائة وستين ولو لم يمت واحد من العبدين حتى سعى أحدهما فى مائة درهم ثم مات أو أبق أو عجز عن السعاية ضم ما سـعى فيـه الى رقبـة الآخر ثم جعـل للباقى خمس ذلك للتخريج الذى بينا ولو عجلا للمريض ثلثى قيمتهما فاستهلكها ثم مات كان عليهما أن يسعيا فى ثلثى الثلث لان مال الميت عند الموت ثلث رقبة كل واحد منهما وقد وصل اليه عوض الثلثين وما استهلك الا بعـد جملة ماله فانما ننفذ الوصـية لهما فى ثلث الثلث وعلي كل واحد منهما أن يسعى فى ثلثى ثلث قيمته ولو كان أحدهما عجل له ثلثى قيمته فاستهلكها ثم مات ضم ما بقي من قيمته الى رقبـة الآخر فيصير أربعمائة وهو جميع تركة المولي فثلث ذلك بينهما نصفان وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث لكل واحد منهما ستة وستون وثلثان ويسعى الذى لم يعجل

شيأ فى مائتين وثلاثة وثلاثين وثلث ويسعى الآخر فى ثلاثه وثلاثين وثلث فيحصل للورثة مائتان وستة وستون وثلثان وقد نفذنا الوصية لهما فى مائةوثلاثة وثلاثين وثلث فان قيل لماذا لا يضرب كل واحد منهما بما بقي من رقبة الذي عجل بسهم والذى لم يعجل بثلاثه قلنا لان كل واحد منهما موصى له بجميع رقبته فانما يضرب فى الثلث بوصيتهفلا بدمن أن يجعل الثلث بينهما نصفان ثم يحتسب للذى عجل ما أدى ولو عجل أحدهما جميع قيمته للمولى فاستهلكهاثم مات سعى الآخر فى ثلثى قيمته للورثة وفى سدس قيمتهللعبد الذى عجل القيمة لان مال المولى عند موته ثلثمائة وهى رقبة الذىلم يعجل شيأ فتنفذ الوصية فى ثلثه وهو مائة درهم بينهما نصفين لكل واحد منهما خمسون فالذى لم يعجل يسلم له خمسين ويسعى فى مائتين وخمسين والذى عجل ثلثمائة وقد تبين أنه كان السالم له بالوصية خمسين وقداستوفى ذلك المولي منه فكان دينا له فى تركته فيأخذ خمسين من هذه السعاية بحساب دينه ويبقى للورثة مائتان وقد نفذنا الوصية فى مائة ولو عجل أحدهما جميع قيمته وعجل الآخر نصف قيمته فاستهلك المولى جميع ذلك ثم مات سعى الذي عجل النصف فى ثلث القيمة للورثةوفى نصف سدس القيمة للعبد الآخر لان ماله عند الموت مائة وخمسون فانما يسلم لهما بالوصية ثلث ذلك بينهما نصفين فيسلم للذى عجل النصف خمسة وعشرين مما بقى من رقبته ويسعى فى مائة وخمسة وعشرين يأخذ العبد الآخر بحساب دينه لان المولى قد استوفى منه جميع القيمة وقد ظهر أنه كان سلم له بالوصية خمسة وعشرين فيرد عليه ذلك القدر ولو كان عجل أحدهما للمولى خمسين درهما وعجل له الآخر مائتين وخمسين فاستهلك المولىجميع ذلك ثم مات يسعى العبد الذي عجل خمسين درهما فى مائتى درهم للورثة فقط لان ماله عند الموت ثلثمائة فيسلم لهما بالوصية ثلاثة لكل واحد منهماخمسين وقدعجل أحدهما مائتين وخمسين وهو مقدار ما عليه من السعاية وعجل الآخر خمسين فيسعى للورثة فى مائتى درهم حتى يصير مؤديا جميع ما عليهمن السعاية فيسلم للورثة مائتي درهم وقد نفذنا الوصية لهما في مائة واذا أعتق عبدا له فى مرضه لا مال له غيره وقيمته ثلثمائة ثممات المولي ثم مات العبد وله ورثة أحرار وترك خمسمائة درهم كان لورثة المولى من ذلك مائتا درهم والباقى لورثه العبد لان عند موت المولى يسلم للعبد ثلث رقبته بالوصية وتلزمه السعاية فى ثلثى رقبته فلما مات عن ورثة أحرار فانما يبدأ بقضاء الدين من تركته وذلك مائتا درهم والباقي لورثته وكذلك

او مات العبد قبل المولى وله ورثة يحوذون ميراثه لان شيأ من ماله لا يعود الى السيد بالميراث فلا يقع الدور وكذلك لو مات العبد قبل السيد وترك خمسمائة ثم مات المولى وله أولاد رجال ونساء ولا وارث للعبد غير السيد فالمائتان من الخمسمائة بين ورثة المولى للذكر مثل حظ الانثيين لان ذلك للمولى من تركة العبد بحساب دينه وثلثمائة الباقية من تركة العبد تكون للذكر من أولاد المولى بسبب الولاء هذا اذا كان موت العبد بعد المولى فان كان موت العبد قبل موت المولى فالخمسمائة كلها بين ورثة المولى للذكر مثل حظ الانثيين لان جميع ذلك صار للمولى بعضه بحساب الدين وبعضه بحساب الميراث فتكون الخمسمائة كلها تركة المولى ولو أن العبد مات بعد موت المولى وترك ابنته كانت المائتان من الخمسمائة لورثة المولي بحساب دين السعاية وكانت الثلثمائة بين ابنة العبد والذكور من أولاد المولى نصفين لان تركة العبد فى الحاصل هذا فيكون نصفه لابنته ونصفه لعصبة المولى ولو مات العبد قبل السيد وترك خمسمائة وترك ابنته ومولاه كانت وصية العبد مائة وستين درهما لان مال المولى فى الحاصل أربعمائة قيمة العبد ثلثمائة والباقي وهو مائتان بين الابنة والمولي نصفان ثم تنفذ الوصية للعبد فى خمسي هذه الاربعمائة باعتبار طرح سهم الدور من نصيب المولى كما بينا فاذا ظهر أن وصيته خمسا أربعمائة وذلك مائة وستون يبقي عليه من السعاية مائة وأربعون فيأخذها ورثة المولى من الخمسمائة ويبقى من تركة العبد ثلثمائة وستون بين المولي والابنة نصفان فيسلم للابنة مائة وثمانون ولورثة المولى فى الحاصل ثلثمائة وعشرون وعلى الطريق الآخر وهو أن يجعل طرح سهم الدور من نصيب العبد واليه أشار فى الكتاب هنا السبيل أن نرفع من تركة العبد ثلثى قيمته بالسعاية يبقى ثلثمائة بين الابنة والمولى نصفان ثم نصيب المولى يكون على ثلاثة أسهم لحاجتنا الى تنفيذ الوصية للعبد فى ثلث ذلك فيكون هذه الثلثمائة على ستة أسهم ثلاثة للمولى ثم يعود سهم من ذلك بالوصية الى الابنة فيطرح ذلك من أصل نصيبها يبقى لها سهمان وللمولى ثلاثة فذلك خمسة فهذه تكون أخماسا خمساها مائة وعشرون ثم يعود اليها بالوصية خمس آخر وذلك ستون فيسلم لها مائة وثمانون وقد كنا أعطينا المولى بالميراث مثل هذا فاستقام التخريج ولو مات العبد قبل السيد وترك سبعمائة درهم والمسئلة بحالها فوصية العبد مائتا درهم أما على الطريق الاول فان مال المولى خمسمائة وقيمة العبد مع نصف ما بقي ثم بعد طرح سهم الدور من جانبه وهذه الخمسمائة تكون أخماسا للعبد خمساها بالوصية وذلك مائتا

درهم فاذا تبين أن وصيته مائتا درهم يبقى عليه السعاية فى مائة درهم فيأخذ المولى ذلك من تركته مع نصف ما بقي فيسلم لورثته أربعمائة وقد نفذنا وصيته فى مائتين وعلى الطريق الآخر ترفع ثلثي قيمته من تركته بقى تركة العبد خمسمائة وتقسم هذه الخمسمائة بعد طرح سهم الدور من نصيب الابنة على خمسة أسهم ثلثمائة للمولي ومائتان للابنة ثم تعود مائة بالوصية فيسلم لها ثلاثمائة مثل ما سلم للمولى وقد نفذنا الوصية فى المرتين فى مائتى درهم * ولو ترك العبد مائتى درهم أو أقل منها كان ذلك كله لورثة السيد لان علي العبد السعاية فى المائتين وقد تبين أن دينه محيط بتركته فلا ميراث لورثته ولو ترك ثلثمائة كانت وصيته عشرين ومائة لان هذه الثلثمائة كلها مال المولى وبعد طرح سهم الدور من جانبه تقسم أخماسا للعبد خمساها بطريق الوصية وذلك مائة وعشرون يبقي عليه من السعاية بقدر مائة وثمانين فيأخذ المولى ذلك أولا ثم يسلم له نصف المائة والعشرين بالميراث فيسلم لورثته مائتان وأربعون وقد نفذنا الوصية في مائة وعشرين * وعلى الطريق الآخر يرفع ثلثا قيمته يبقى تركة العبد مائة فيقسم ذلك بين الابنة والمولي أخماسا للمولى ثلاثة أخماسه ستون ثم يعود اليها بالوصية ثلث ذلك عشرون فيسلم لها ستون مثل ما سلم للمولى بالميراث وقد نفذنا الوصية مرة فى مائة ومرة فى عشرين فاستقام * وعلى هذا القياس لو ترك العبد أكثر من ذلك ما ثلثه بين ألف ومائتين الا شيء فان التخريج فيه كما بينا * ولو ترك ألف درهم ومائتي درهم أو أكثر فلا سعاية عليه وهو كله ميراث لان نصف تركته يكون للمولى بطريق الميراث وذلك ستمائة فتبين أن جميع رقبته خارج من ثلث مال المولى فلهذا لا سعاية عليه ولو ترك العبد ابنتين وثلثمائة درهم كانت وصيته فى ثلث ذلك ثم ذلك الثلث بين الابنتين والمولى أثلاثا فالسبيل أن تجعل أصله من تسعة ثم يعود سهم الى المولى بالميراث وهو الدائر فتطرحه من أصل حقه وتجعل الثلثمائة على ثمانية فانما تنفذ الوصية فى ثلاثة أثمان هذه الثلثمائة وثمن الثلثمائة سبعة وثلاثون ونصف فثلاثة أثمانه تكون مائة واثنى عشر ونصفا فتبين أن السالم له بالوصية هذا المقدار فيأخذ المولى من تركته ما بقي عليه من السعاية وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف ويعود اليه بالميراث سبعة وثلاثون ونصف فذلك مائتان وخمسة وعشرون وقد نفذنا الوصية فى مائة واثنى عشر ونصف على الطريق الآخر يرفع ثلثا قيمته من تركته يبقي مائة فهذه المائة تقسم بين الابنتين والمولى أثلاثا ثم الثلث الذى للمولى يكون على ثلاثة لحاجتنا الى تنفيذ الوصية فى ثلث ذلك

فتكون هذه المائة على تسعة وبعد طرح سهم الدور من جانب الابنتين تكون على ثمانية يسلم للمولى بالميراث ثلاثة ثم يعود الى الابنتين بالوصية سهم فيكون لهما ستة وذلك الثلثان من تركة العبد وللمولى الثلث واذا قسمت ذلك بالدراهم ظهر أن تنفيذ الوصية فى مائة واثنى عشر ونصف لانا نفذنا الوصية مرة فى مائة ومرة فى ثمن المائة وذلك اثنا عشر ونصف وكذلك على هذا القياس يخرج لو ترك أكثر من ذلك الى ألف وثمانمائة درهم فان كانت تركه العبد ألف درهم وثمان مائة أو أكثر فلا سعاية عليه لان لابنتيه من تركته الثلثين والباقى للمولى وذلك ستمائة فتبين أن رقبته تخرج من ثلث ماله فلهذا لا يجب عليه السعاية ولو كان العبد ترك ابنتيه وأمه والمولى فان كانت تركته قدر ثلثى قيمته أو أقل فهو لورثة المولى كله بحساب دين السعاية وان كانت تركته أكثر من ذلك نظرت الى ما بقى فتقسمه على أربعة عشر سهما ثم نظرت الى سهم من سبعة عشر فاضفته الى ثلث رقبة العبد فذلك ثلث تركة المولى فهو الوصية من قبل أن أصل الفريضة من ثمانية عشر للابنتين الثلثان اثنا عشر وللام السدس الثلاثة وما بقى وهو الثلاثة فهو للسيد يعود ثلث ذلك وهو سهم بالوصية الى ورثة العبد فاطرح ذلك من أصل حقهم فيبقى لهم أربعة عشر وهذه الثلاثة التى بقيت ميراث المولى فذلك سبعة عشر فلهذا صار الباقى بعد المائتين مقسوما على سبعة عشر الوصية من ذلك سهم واحد ولو ترك العبد وابنه وامرأة ومولاه رفعت من تركته ثلثى القيمة ثم نظرت الى ما بقى فأخذت سبعة فاضفته الى ثلث قيمة العبد فجملته لوصيته لان أصل الفريضة من ثمانية للمرأة سهم وللابنة أربعة والباقى وهو ثلاثة للمولى ثم يعود سهم من هذه الثلاثة بالوصية الى ورثة العبد فيطرح هذا السهم من أصل حقهم وتجعل قسمة الباقى على سبعة ولو ترك العبد ابنة وأما وامرأة والمسئلة بحالها قسم ما بقى من التركة بعد رفع ثلثى القيمة على سبعة وستين سهما فنظرت الى خمسة أسهم من هذه السبعة والستين فاضفتها الى ثلث قيمة العبد وجعلت ذلك الوصية لان الفريضة من أربعة وعشرين للابنة اثنى عشر وللام أربعة وللمرأة ثلاثة يبقى خمسة فهى للمولى بالعصوبة ثم تنفذ الوصية فى ثلث ذلك وليس للخمسة ثلث صحيح فيضرب أصل الفريضة فى ثلاثة فصار اثنين وسبعين للمولى من ذلك خمسة عشر ثم يعود ثلث ذلك وهو خمسة الى ورثة العبد بالوصية فيطرح ذلك من أصل حقهم واذا طرحت من اثنين وسبعين خمسة يبقى سبعة وستون الوصية من ذلك سبعة أخرى مع ثلث القيمة كما بينا

ولو كان العبد ترك ابنين وأما وامرأة كانت وصيته جزأ من أحد وسبعين مع ثلث رقبته لان أصل الفريضة من أربع وعشرين للابنتين الثلثان ستة عشر وللام أربعة وللمرأة ثلاثة وبقي سهم واحد فهو للمولى ثم ثلث ذلك العبد وصية فالسبيل أن تضرب أربعة وعشرين في ثلاثة فيكون اثنين وسبعين للمولى بالميراث من ذلك ثلاثة ويعود الى ورثة العبد سهم منه بالوصية فيطرح من أصل حقهم سهم يبقى أحد وسبعون فتبين ان الوصية له بثلث رقبته وبجزء من أحد وسبعين مما بقى من تركته بعد رفع ثلثي قيمته * ولو مات العبد قبل المولي وترك ثلاث مائة درهم ثم مات المولى وعليه دين مائة درهم فوصية العبد من ذلك ثمانون درهما والسعاية مائتان وعشرون لان القدر المشغول بالدين من ثلاثمائة لا يعد مالا للمولى في حكم الوصية يبقي ماله مائتادرهم وبعد طرح سهم الدور من قبل المولى يقسم على خمسة أسهم خمساه للعبد بالوصية وذلك ثمانون درهما وثلاثة اخماسه للمولى ثم يعود نصف الثمانين بالميراث الي المولى فيسلم لورثته مائة وستون وقد نفذنا الوصية للعبد في ثمانين فاستقام وعلى الطريق الآخر يجعل طرح سهم الدور من قبل العبد قال يرفع مقدار الدين وهو مائة وثلثا مابقى فانما يكون للعبد ثلث مابقي وذلك ستة وستون وثلثان فذلك بين الابنة والمولي نصفان ثم نصيب المولى يكون علي ثلاثة أسهم لتنفيذ الوصية للعبد في ثلاثة فيطرح سهم من قبل الابنة لان ذلك يعود اليها بالوصية ويقسم هذا الباقي على خمسة خمساها للابنة وثلاثة اخماسها للمولى ثم يعود خمس بالوصية اليها فيسلم اليها مثل ما سلم للمولى وقد حصل تنفيذ الوصية مرة في ستة وستين وثلثين ومرة في ثلاثة عشر وثلث فذلك ثمانون ثم التخريج كما بينا وكذلك ان كان الدين أقل من ذلك أو أكثر فهو على هذا القياس وكذلك لو كان مع الابنة امرأة أوأم أو كلاهما فهو يخرج مستقيما اذا تأملت على الطريق الذي قلنا ولو لم يكن على المولى دين وترك المولى أيضا ثلثمائة فوصية العبد مائتان وأربعون درهما لانا نضم ماترك المولي الي ماتركه العبد فانه ليس فيه فضل على قيمته فيجعل ذلك كله مال المولى ثم بعد طرح سهم الدور من جانب المولى ننفذ الوصية للعبد في خمسي ذلك وخمسا ستمائة مائتان وأربعون يبقي من تركة العبد ستون يأخذه بطريق السعاية ويأخذ نصف المائتين وأربعين بطريق الميراث فيسلم لورثته أربعمائة وثمانون وقد نفذنا الوصية في مائتين وأربعين وعلى الطريق الآخر يقول وصية العبد من ثلاث مائة فاذا ترك ثلاث مائة والوصية للعبد من كل ثلاث مائة عرفنا ان

له مائتين فيأخذ المولى مائة درهم من تركة العبد بطريق السعاية ونصف المائتين بطريق الميراث ثم ثلث ذلك للعبد وصية فتكون هذه المائتان بعد طرح سهم الدور اخماسا وانما تنفذ الوصية فى خمسها وخمس المائتين أربعون فظهر انا نفذنا الوصية له مرة فى مائتين ومرة فى أربعين فذلك مائتان وأربعون وكذلك ان ترك أكثر من ذلك من المال فعلى هذا القياس يخرج ولو أعتق المريض عبدا قيمته ثلثمائة فتعجل المولى من العبد جميع القيمة فأكلها ثم مات العبد وترك خمسمائة درهم ولا وارث له غير ابنته ومولاه فالوصية من ذلك مائة درهم لان ما ترك العبد صار ميراثا بين الابنة والمولى نصفين فمال المولى عند موته مائتان وخمسون وبعد طرح سهم الدور يقسم ذلك اخماسا الوصية للعبد خمسا ذلك وذلك مائة درهم فتبين أن المولى أخذ من العبد مائة زيادة على حقه فيكون ذلك دينا عليه فيضم ذلك الى تركة العبد وهو خمسمائة فيصير ستمائة بين الاخت والمولى نصفين لكل واحد منهما ثلاثمائة فيحسب للمولى ما عليه وذلك مائة ويأخذ ورثته مائتين من الابنة فيسلم للابنة ثلاث مائة ولو كان المولى تعجل من العبد ثلثى قيمته فأكلها ثم مات العبد وترك خمسمائة فالوصية هنا عشرون ومائة لانه يدفع للمولى مائة درهم من هذه الخمسمائة ونصف مابقى بطريق الميراث فيكون مال المولى ثلاث مائة وبعد طرح سهم الدور من هذه الثلاثمائة تكون اخماسا الوصية للعبد خمساها وذلك مائة وعشرون فتبين ان السعاية على العبد كانت مائة وثمانين وقد أخذ المولى مائتين فمقدار عشرين من ذلك دين عليه يضم الى الخمسمائة ويجعل ذلك بين الابنة والمولى نصفان لكل واحد منهما مائتان وستون فيحتسب للمولى ما عليه وذلك عشرون ويأخذ من الخمسمائة مابقي وأربعين ويسلم للابنة مائتان وستون ولوكان عجل مائة درهم فاستهلكها كانت الوصية أربعين ومائة لانه يدفع للمولى من الخمسمائة مابقى من قيمة العبد وذلك مائتان ونصف ما بقى بالميراث فيكون ثلاث مائة وخمسين الوصية للعبد خمسا ذلك باعتبار طرح سهم الدور وذلك مائة وأربعون فظهر ان السعاية عليه مائة وستون وقد أخذ مائة درهم يبقى علي العبد من السعاية ستون درهما فيأخذ المولى ذلك من الخمسمائة ونصف مابقى بالميراث وذلك مائتان وعشرون فيسلم لورثته مائتان وثمانون وقد نفذنا الوصية فى ثمانية وأربعين فاستقام ولو لم يؤد العبد شيأ من السعاية حتى مات وترك خمسمائة كانت الوصية ستين ومائة درهم لان المولى يرفع قيمة العبد من تركته وذلك ثلثمائة ونصف مابقى بالميراث فيكون

ماله أربعمائة خمساها للعبد بطريق الوصية وذلك مائة وستون درهما فظهر ان السعاية على العبد مائة وأربعون فيأخذها ورثة المولى من الخمسمائة يبقى ثلاث مائة وستون بين الابنة والمولى نصفان للمولى من ذلك مائه وثمانون فيصير فى أيديهم ثلاث مائة وعشرون وقد نفذنا وصية العبد فى مائة وستين فاستقام الثلث والثلثان والله أعلم بالصواب

باب السلم فى المرض

(قال رحمه الله) واذا أسلم المريض عشرة دراهم فى كر يساوى عشرة الى أجل معلوم وقبض الدراهم ثم مات رب السلم وعليه دين محيط بماله ولم يحل السلم فالمسلم اليه بالخيار ان شاء رد الدراهم ونقض السلم وان شاء أدى الكر كله حالا لان المريض حابى بالاجل فقد بينا ان الوصية بالاجل بمنزلة الوصية بالمال فى الاعتبار من الثلث بعد الدين والدين محيط بتركة الميت هنا فلا يمكن تنفيذ الاجل للمسلم اليه وقد تغير عليه شرط عقده بذلك فثبت له الخيار وان كان الكر قد حل قبل موت رب السلم أومات المسلم اليه قبل موت رب السلم حتى حل الاجل بموته فلا خيار له ولا لورثته هنا ولكن يجبرون على اداء الكر لانه لم يتغير موجب العقد هنا ولو كان أسلم عشرين درهما فى كر يساوي عشره وعليه دين عشرة فالمسلم اليه بالخيار ان شاء رد الدراهم ونقض السلم وان شاء أدى الكر ورد من رأس ماله ستة وثلاثين لان المحاباة هنا حصلت بالمال والاجل جميعا فتعتبر من الثلث بعد الدين والثلث بعد الدين ثلاثة دراهم وثلث فذلك القدر سلم للمسلم اليه بالوصية ويثبت له الخيار لتغير شرط العقد عليه فاذا اختار الامضاء أدى الكر حالا لان وصيته نفذناها من ثلث المال فلا يسلم له شئ من الاجل فيؤدى الكر حالا ويرد من رأس المال ستة وثلاثين حتى يقضى الدين بعشرة ويسلم للورثة ستة وثلثان وقد نفذنا الوصية فى ثلاثة وثلث ولا حاجة الى نقض العقد هنا فى شئ لما أمكن رد بعض رأس المال من غير أن يؤدى الى الربا بخلاف الاقالة وبيع الكر بالكر على ما بينا فلو كان أسلم خمسين درهما فى كر يساوى ثلاثين وعليه دين عشرون فان شاء المسلم اليه نقض السلم وان شار رد الكر وأدى عشرة دراهم من رأس المال لانه حاباه بقدر عشرين من رأس المال فيسلم له من ذلك قدر الثلث بعد الدين وذلك عشرة وثبت الخيار له لتغير شرط العقد عليه فاذا اختار امضاء العقد أدى الكر ورد عشرة دراهم من رأس المال فيقضى دينه

عشرون درهما ويبقى للورثة عشرون وقد نفذنا الوصية فى عشر فاستقام ولو كان السلم مائة درهم فى كر يساوى خمسين وعليه دين أربعون فان شاء المسلم اليه نقض السلم وان شاء أدى الكر ورد ثلاثين رأس المال لانه يسلم له بالوصية الثلث بعد الدين وذلك عشرون ويثبت له الخيار لتغير شرط العقد فاذا اختار امضاء العقد أدى الكر ورد ثلاثين من رأس المال حتى يقضى دينه بأربعين ويسلم للورثة أربعون وقد نفذنا الوصية فى عشرين وفى الحاصل يسلم للمسلم اليه قيمة كره وثلث تركة الميت بعد الدين ورد ما زاد على ذلك من رأس المال واذا أسلم المريض عشرة دراهم الى رجلين فى كر حنطة يساوى عشرة الى أجل وقضى الدراهم ثم مات أحدهما ثم مات رب السلم قبل حل الاجل فانه يخير ورثة الميت على أن يؤدوا نصفه لان طعام السلم حل بموته فى نصيبه فلم يتغير موجب العقد على ورثته والحى بالخيار ان شاء نقض السلم فى حقه لتغير موجب العقد عليه وان شاء أدى ثلث ما عليه لانه موصى له بالاجل فى نصيبه فانما تنفذ الوصية له فى ثلث مال الميت وذلك ثلثا ماعليه فقد سلم للورثة ثلثى كر قيمته ستة وثلثان وبقى ثلث الكر عليه مؤجلا وقيمته ثلاثة وثلث ولو كان رأس المال عشرين درهما وقد مات أحدهما قبله أو بعده قبل أن يختصموا فالحى وورثة الميت منهما بالخيار لانه حاباهما بقدر نصف ماله ولا يسلم المحاباة لهما الا بقدر الثلث فقد تغير على كل واحد منهما شرط العقد فلهذا ثبت لهم الخيار فان اختاروا امضاء العقد أدوا الكر وردوا ثلاثة دراهم وثلثا من رأس المال لانه انما يسلم لهم من المحاباة مقدار ثلث المال وذلك ستة وثلثان فيؤدى الكر حالا وقيمته عشرة وثلاثة دراهم وثلث من رأس المال حتى يسلم للورثة ثلاثة عشر وثلث وقد نفذنا الوصية فى ستة وثلاثين فيكون السالم لهما قيمة الكر من رأس المال وثلث مال الميت بالوصية فان كان الميت منهما مات معسرا فالآخر بالخيار ان شاء رد حصته من الدراهم ونقض السلم وان شاء رد نصف الكر وثلاثة دراهم من رأس المال لان الميت منهما مات مستوفيا لوصيته ويؤدى ما عليه وقد كان الثلث بينهما نصفين فيكون حق كل واحد منهما فى سهم وحق الورثة فى أربعة فنصيب الحى يجعل على خمسة يسلم له من الخمس بطريق الوصية ويؤدى أربعة أخماسه وذلك نصف كر قيمته خمسة دراهم وثلاثة دراهم من رأس المال فيسلم للورثة ثمانية وقد نفذنا الوصية للحى فى درهمين وللميت فى مثله فاستقام ولو كان رأس المال ثلاثين درهما ولم يمت واحد منهما ولكن غاب أحدهما وقالت ورثة رب السلم لانجيز هذا السلم

فالمسلم اليه بالخيار ان شاء نقض السلم في حصته ورد حصته من الدراهم وان شاء أدى نصف الكر ورد من رأس المال سبعة على ما بينا ان الثلث بينهما نصفان فانما يضرب الحاضر في نصيبه بسهم وورثة رب السلم باربعة فيسلم له الخمس مما عليه وذلك ثلاثة دراهم بالوصية فيرد الى الورثة نصف كر قيمته خمسة وسبعة دراهم من رأس المال فيكون ذلك اثني عشر وقد نفذنا الوصية للحاضر في ثلاثة وللغائب في مثله فاستقام فان حضر الغائب بعد ماقضى القاضي بينهم بهذا فانه يكون بالخيار ان شاء رد الدراهم على الورثة في نقض السلم لتغير شرط العقد عليه وان شاء أدى نصف الكر ورد ثلاثه من رأس المال لانه قد سلم للورثة اثني عشر فانما يبقى الى تمام حقهم ثمانية فاذا أعطاهم نصف الكر قيمته خمسة رد عليهم من رأس المال ثلاثة فقد سلم لهم عشرون درهما وقد نفذنا الوصية لاحدهما في ثلاثة وللآخر في سبعة فاستقام التخريج ولا يرد على الاول بشئ لان حكم السلم قد انتقض فيما رد ومن رأس المال بانتقاض قبضه من الاصل فلا يعود بعد ذلك حكم العقد في شئ منه واذا أسلم الرجل في مرضه ستين درهما الى ثلاثة نفر في كر قيمته ثلاثون وقبض الدراهم ثم مات رب السلم ولا مال له غيرها فأخذ الورثة أحدهم ولم يظفروا بالآخرين فهو بالخيار لتغير شرط العقد عليه فان اختار امضاء العقد أدى ثلث الكر ورد من رأس المال سبعة دراهم وسبعا لان الثلث بينهم اثلاث فالحاضر انما يضرب في نصيبه بسهم والورثة بستة فيسلم له السبع من نصيبه ونصيبه عشرون درهما فسبعه يكون درهما وستة اتساع فعليه أن يرد على الورثة مازاد على ذلك وهو ثلث كر قيمته عشرة ومن رأس المال سبعة دراهم وسبعا فان ظفروا باحد الغائبين بعد ماقضى القاضي بينهم بهذا وفسخ السلم فيما بينهم وبين الاول فهذا الثاني أيضا بالخيار ان شاء نقض السلم في حصته وان شاء أدى ثلث الكر ورد من رأس المال ثلاثة دراهم الا تسعا لان في يد الورثة سبعة عشر درهما وسبعا فاذا أعطاهم ما بينا يسلم للورثة ثلاثون درهما وذلك ثلاثة ارباع ما كان أسلم اليهما ويكون في يد المسلم اليه الثاني عشرة دراهم وسبعا فاذا أعطاهم عشرة قيمة ما أدى من الطعام وسبعة وسبعا محاباة فذلك كمال ربع ما أسلم اليهما بما أخذ الاول من المحاباة ولا يرد الثاني على الاول شيأ لان الاول قد فسخ القاضي حصته من رأس مال السلم فيما رده عليه فلا يعود الحق فيه بعد وذلك لهذا فان فعلوا ذلك ثم ظفروا بالثالث جاز السلم في حصته وجازت له حصته من المحاباة لانها كمال الثلث سواء فيؤدي الى الورثة حصته وذلك ثلاثة عشر قيمته

عشرة حتى يسلم للورثة تمام أربعين درهما وهى ثلث تركة الميت ويكون فى يد المسلم اليه الثالث عشرون درهما عشرة قيمة ما أدي وعشرة محاباة وهى تمام ثلث تركة الميت بما أخذ الاولان والاصل فى ذلك انهم حين ظفروا بالاول كانت القسمة بينه وبينهم اسباعا كما بينا فحين ظفروا بالثانى كانت القسمة بينهم وبين الاول والثانى على ثمانية لان الثالث مستوفى لسهمه بقى حق الورثة فى ستة وحقهما فى سهمين فعرفنا انه سلم لهما الربع مما عليهما وقد أخذ الاول حصته كما بينا فيسلم للثانى ما بقي من الربع ثم اذا ظفروا بالثالث فحق الورثة فى الثلثين وحق الموصى لهم فى الثلث وقد أخذ الاولان حقهما على وجه يتعذر ايصال شئ آخر اليهما فيسلم ما بقي من الثلث كله للثالث واذا أسلم المريض عشرين درهما فى كر يساوى عشرين الى أجل وأخذ به رهنا قيمته عشرة فضاع ثم مات قبل أن يحل السلم فقد ذهب الرهن بنصف الكر لان فى قيمته وفاء بنصف الكر وبهلاك الرهن انما يصير مستوفيا بمقدار قيمة الرهن ويقال للمسلم اليه أنت بالخيار فان شئت أد ثلثى ما بقى عليك من الكر ويكون مابقي عليك الى أجله وان شئت فرد الدراهم وخذ من الورثة نصف الكر لان المحاباة بالاجل لاتتعذر الا فى مقدار الثلث وماله عند الموت نصف الكر فانما يسلم له الاجل فى ثلث ذلك ويثبت له الخيار لتغير شرط العقد فاذا اختار فسخ العقد رد الدراهم وأخذ من الورثة نصف الكر لان الرهن حين ضاع فى يده صار هو به مستوفيا نصف الكر فكانه أداه اليه واذا فسخ العقد وجب على الورثة رد ذلك اليه الا أن تجيز له الورثة مابقى عليه الى أجله فيكون لهم ذلك حينئذ ويسقط به خيار المسلم اليه لانه ماتغير عليه موجب العقد فان موجب العقد وجوب تسليم مابقي عليه بعد حل الاجل وقد سلم له ذلك حين رضى الورثة بالاجل فيما بقي ولو أسلم المريض عشرين درهما فى كر قيمته عشرة دراهم وأخذ منه رهنا قيمته تساوى عشرة فضاع ثم مات المريض فان شاء المسلم اليه رد الدراهم كلها وأخذ من الورثة كرا مثل كره وان شاء رد من رأس المال ستة دراهم وثلثين لانه حاباه بنصف المال ولا يسلم له من المحاباة الا مقدار الثلث فيثبت له الخيار لتغير شرط العقد عليه واذا اختار فسخ العقد رد رأس المال واسترد كرا مثل كره لانه صار مستوفيا الكر بهلاك الرهن فكانه استوفاه حقيقة فيلزمه رده عند فسخ السلم واذا اختار امضاء العقد فمال الميت عند موته عشرة دراهم لان الكر صار مستهلكا فيسلم له بالمحاباة ثلاثة وثلث ويرد ستة دراهم وثلثين ولو أسلم اليه خمسين درهما فى كر قيمته

عشرون وأخذ منه رهنا يساوى ثلاثين فضاع الرهن ثم مات المريض فالمسلم اليه بالخيار كما قلنا ان شاء رد الدراهم وأخذ كرا مثل كره لانه بهلاك الرهن صار مستوفيا للكر وهو أمين فى الزيادة فعند انفساخ العقد يرد كرا مثل كره وان شاء رد من رأس المال الى الورثة عشرين درهما لان ماله عند الموت ثلاثون درهما فان الكر مستهلك فلا يحتسب من تركته فانما يسلم له بالوصية عشرة ويرد من رأس المال عشرين درهما وذلك ثلثا تركة الميت ولو أسلم عشرة دراهم فى كر قيمته عشرة وأخذ منه رهنا قيمته عشرة ثم مات المريض وقد حل الكر وقيمته خمسة فليس للورثة الا عين الكر لانه لم يحابه بشئ من المال حين أسلم وانما مات بعد حل الاجل فاذا لم يكن فى العقد محاباة كان مباشرته فى الصحة والمرض سواء ولو أسلم ثلاثين درهما فى مرضه فى كر حنطة قيمته يومئذ عشرون ثم مات المريض وقيمة الكر يوم مات عشرة فلم تجز الورثة فالمسلم اليه بالخيار لتغير شرط العقد وعند امضاء العقد يؤدى الكر ويرد من رأس المال عشرة لانه قد يمكن فى أصل العقد هنا محاباة وانما يسلم المحاباة له بطريق الوصية فينظر الى قيمة الكر وقت الخصومة وقيمته وقت الخصومة عشرة وحق الورثة فى عشرين فعليه أن يرد مع الكر من رأس المال عشرة بخلاف الاول فهناك لا محاباة فى أصل العقد حين وقع السلم فكانت مباشرته فى المرض ومباشرته فى الصحة سواء اذا لم يكن فيه وصية فان أعطاه الكر رهنا ففى حكم الرهن ينظر الى قيمة الكر يوم الرهن لان بدء الاستيفاء انما يثبت بقبض الرهن فيعتبر قيمته عند ذلك وتفسير ذلك مريض أسلم ثلاثين درهما فى كر قيمته عشرون وأخذ منه رهنا بالكر قيمته عشرون ثم مات رب السلم فصار قيمة الكر عشرة دراهم وقد ضاع الرهن فان الرهن يذهب بالكر على قيمته يومئذ لانه كان فى قيمته وفاء بالكر فينعقد به الاستيفاء بقبض الرهن ويتم بهلاكه ثم يكون المسلم اليه بالخيار ان شاء رد الدراهم وأخذ كرا مثل كره لان استيفاء الكر بهلاك الرهن بمنزلة استيفائه حقيقة وان شاء رد من رأس المال الى الورثة ستة دراهم وثلثين لان الكر مستهلك فاذا رفعت قيمته من رأس المال يوم يقع السلم بقى عشرة دراهم فذلك مال الميت فيسلم لصاحب المحاباة ثلث ذلك ويرد على الورثة ثلثيها وذلك ستة وثلثان ولو أسلم خمسين درهما فى كر يساوى عشرين وأخذ منه رهنا قيمته عشرون فزادت قيمة الكر حتى صارت ثلاثين ثم مات رب السلم وقد ضاع الرهن فان الرهن يذهب بقيمة الكر يومئذ لان بقبض الرهن يثبت له بدء الاستيفاء فى جميع الكر فان فى

قيمته وفاء بالكر فيتم الاستيفاء بهلاك الرهن ولا ينظر الى زيادة قيمة الكر بعد ذلك والمسلم اليه بالخيار ان شاء رد الدراهم وأخذ كرا مثل كره وان شاء رد من رأس المال عشرين درهما وهو ثلثا تركة الميت بعد الذى ذهب به الرهن لان الكر مستهلك وقيمته وقت العقد كان عشرين فان كانت المحاباة بقدر ثلاثين ومال الميت منه مقدار المحاباة فقط فانما يسلم له من ذلك الثلث وهو عشرة دراهم فيرد على الورثة مقدار عشرين درهما حتى يستقيم الثلث والثلثان والله أعلم بالصواب

باب السلم فى مرض المسلم اليه

(قال رحمه الله) واذا أسلم الرجل عشرة دراهم فى كر موصوف قيمته أربعون درهما الى مريض وقبض المريض الدراهم ثم مات المسلم اليه ولا مال له غير الكر فرب السلم بالخيار لان المسلم اليه حاباه بثلاثين درهما وذلك فوق ثلث ماله وانما يسلم له المحاباة بقدر ثلث ماله فيتخير حين لم يسلم له شرط عقده فان شاء نقض السلم ورجع على الورثة بدراهمه وان شاء أخذ نصف الكر وكان للورثة نصف الكر فيكون السالم لرب السلم نصف كر قيمته عشرون درهما عشرة منها بالعشرة التى أسلمها وعشرة بالمحاباة وهى ثلث ماترك الميت ويسلم للورثة نصف كر قيمته عشرون وذلك ثلثا تركة الميت * وذكر الحاكم فى المختصر ان شاء أخذ الكر وأعطى الورثة عشرين درهما وانما أراد به أن يرد من المحاباة ما جاوز الثلث بطريق الزيادة فى رأس المال على قياس بيع العين وهذا غلط لان الزيادة فى رأس المال بعد موت المسلم اليه لا تجوز فانه لو لم يقبض رأس المال حتى مات المسلم اليه لم يجز قبضه بعد الموت فلم تثبت الزيادة التى التحقت بأصل العقد وانما قبضت بعد موت المسلم اليه وذلك لا يجوز فان قيل كيف يستقيم القول بسلامة نصف الكر للورثة من غير أن يجب عليهم رد شئ من رأس المال لان سلامة نصف الكر لهم لا يكون الا بطريق انتقاض العقد فى نصف الكر وانتقاض العقد فى نصف المعقود عليه لا تجوز بغير بدل قلنا انما يسلم للورثة نصف الكر بطريق الحط وهو أن رب السلم حين اختار امضا العقد فكأنه حط نصف الكر وقد بينا فى جانب رأس المال أنه يرد بعض رأس المال على ورثة رب السلم بطريق الحط وكما يجوز الحط فى رأس المال يجوز فى المسلم فيه لان الابراء عن المسلم فيه قبل القبض صحيح فحط بعضه يجوز أيضا فان كان على

الميت دين محيط بتركته لم تجز المحاباة لانها وصية ويحاص رب السلم الغرماء برأس ماله فى التركة لانه تعذر تسليم الكر لمكان حق الغرماء فيجب رد رأس المال وقد استهلكه المسلم اليه فيكون دينا عليه كسائر الديون فلهذا يتحاصون فى التركة بقدر ديونهم فان كان رب السلم قد أخذ منه رهنا بالسلم وعلى ذلك بينة ثم مات المسلم اليه ولا مال له غير الرهن وعليه ديون استوفى رب السلم رأس المال من الرهن ورد ما بقي على الغرماء لان تعلق حق السلم بالرهن أسبق من تعلق حق سائر الغرماء فيستوفى رأس ماله ويرد ما بقى على الغرماء لان الدين مقدم على الوصية * واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى مريض فى كر قيمته مائة وقبض الدراهم فاستهلكها ثم مات وقد أوصى الرجل بثلث ماله ولا مال له غير الكر فان شاء صاحب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه لانه لم يسلم له شرط عقده واذا نقض العقد بطلت وصيته بالمحاباة فيجوز للآخر وصيته فى ثلث مال الميت وان شاء أخذ خمسى الكر وأعطى الورثة منه ثلاثة أخماسه بطريق الحط فيسلم له خمسى كر قيمته أربعون درهما بعشرة دراهم فالوصية له من ذلك ثلاثون ويسلم للورثة ثلاثة أخماس الكر وقيمته ستون درهما فيستقيم الثلث والثلثان * والحاكم رحمه الله يقول ان شاء أخذ الكر وأعطي الورثة ستين درهما وهذا غلط لما بينا ولا شئ لصاحب الوصية فى قول أبى حنيفة لان المحاباة على أصله مقدمة على سائر الوصايا والمحاباة هنا بقدر سبعين فهو أكثر من ثلث ماله فانما يسلم الثلث لصاحب المحاباة ولا شئ للآخر وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يتحاصان في الثلث فيضرب صاحب المحاباة بجميع المال وصاحب الثلث بالثلث فيصير الثلث بينهم على أربعة والثلثان ثمانية فاذا اختار رب السلم امضاء العقد كان له من الكر قدر اثنين وثلاثين ونصف ورد على الورثة قدر سبعة وستين ونصف من الكر بطريق الحط فيكون لصاحب الوصية من ذلك سبعة ونصف وهو ربع ثلث ماترك الميت لان التركة بقدر سبعين فمقدار العشرة من الكر مستحق بعوضه وهو رأس المال ولهذا قلنا ان صاحب المحاباة يضرب بجميع المال لان جميع ذلك محاباة له ويسلم للورثة ما يساوى ستين وذلك ثلثا التركة ولرب السلم من الكر ما يساوي اثنين وثلاثين ونصف عشرة منها بازاء دراهمه واثنان وعشرون ونصف محاباة وهى ثلاثة أرباع ثلث التركة فان كان له عبد فأعتقه فى مرضه فعلى قول أبي يوسف ومحمد العتق أولى ويرجع صاحب السلم برأس ماله ولا شئ له غير ذلك وعند أبي حنيفة رحمه الله ان بدأ بالمحاباة فهى مقدمة على العتق وان بدأ بالعتق فهو والمحاباة سواء وقد تقدم بيان هذه المسئلة

في العين والدين * واذا اشترى الرجل بعشرة دراهم كر حنطة قيمته ثلاثون درهما من مريض ثم مات البائع ولا مال له غير الكر وقد باعه من انسان آخر بعشرة أيضا فالاول أولى بالبيع والمحاباة له دون الآخر لان الوصية بالمحاباة في ضمن البيع والبيع من الثاني باطل فان كان له كر آخر فباعه في مرضه من انسان آخر وحاباه فيه ثم مات تحاصا في الثلث فما أصاب كل واحد منهما كان في الكر الذي اشترى ويردون ما بقي من قيمة الكرين دراهم على الورثة لان في بيع العين يمكن ازالة المحاباة بالزيادة في الثمن بعد موت البائع فان قبض الثمن قبل موته ليس بشرط بخلاف السلم على ما بينا والله أعلم بالصواب

باب هبة المريض العبد يقتله خطأ ويعفو عنه

(قال رحمه الله) واذا وهب المريض في مرضه الذي مات فيه عبدا لرجل قيمته ألف درهم وقبضه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب خطأ فعفا عنه الواهب قبل موته فانه يقال للموهوب له ادفعه أوافده فان اختار الدفع دفع أربعة أخماسه وجاز له الخمس لانه جمع بين الهبة والعفو وكل واحد منهما وصية تجوز من الثلث فحق الموهوب له باعتبار الهبة في سهم ثم لولا العفو لكان يدفع ذلك السهم فيسلم له ذلك السهم بالعفو فحق الورثة في أربعة لما نفذنا الوصية له في سهمين سهم بالعفو وسهم بالهبة فلهذا يكون العبد على خمسة تجوز الهبة في سهم ثم يجوز العفو في ذلك السهم فيكون ذلك السهم بمعنى سهمين ويصير كأن الميت انما ترك عبدا وخمسي عبد فيسلم للورثة أربعة أخماس عبد ويسلم للموصى له خمسا عبد في الحكم فيستقيم الثلث والثلثان * وعلى طريق الجبر يجعل العبد مالا وتجوز الهبة في شئ ثم يجوز العفو في ذلك الشئ يبقى في يد الورثة مال الا شئ وذلك يعدل أربعة أشياء لانا جوزنا الهبة في شئ والعفو في شيء فحاجة الورثة الى ضعف ذلك وهو أربعة أشياء فأجبر المال بشئ وزد على ما يعدله مثله فظهر أن المال الكامل يعدل خمسة أشياء وانا حين جوزنا الهبة في شئ كان ذلك بمعنى خمس العبد وجوزنا العفو فيه أيضا وان اختار الفداء فدى ثلثه بثلث الدية ويسلم له العبد كله لانه لو كان العفو دون الهبة لكان يفدى سدس العبد بالطريق الذي قلنا أنه لو كان للميت ألفا درهم جاز العفو في جميع العبد فيضم الالفين الى الدية ثم يجوز العفو في مقدار الدية ويبطل العفو في حصة الالفين وذلك سدس الجملة فيفديه بسدس الدية فاذا اجتمعت الهبة والعفو يتضاعف

ما يلزمه الفداء فيه فانما يفدى ثلث العبد بثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلث ألف ويسلم له العبد كله بالهبة وثلثا العفو وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان لان موجب الجناية أحد شيئين القيمة أو الدية وانما يعتبر الاقل وهو القيمة لانه المتيقن به فيكون السالم للموهوب له في الحاصل ألف وستمائة وستة وستون وثلثان وقد سلم للورثة ضعف ذلك من الدية فكان مستقيما فان كانت قيمته ألفي درهم فاختار الدفع دفع أربعة أخماسه كما بينا وان اختار الفداء فدى أربعة أسباعه بأربعة أسباع الدية ويسلم له العبد كله لانا نضم ضعف قيمة العبد وهو أربعة آلاف الى الدية ثم نوجب عليه الفداء بحصة ما عدمنا وذلك سبعان لو لم يكن هناهبة فبعد وجود الهبة يتضاعف الفداء فيفدى أربعة أسباعه بأربعة أسباع الدية وذلك خمسة آلاف وخمسة أسباع ألف ويسلم للموهوب له العبد بالهبة وقيمته ألفان وثلاثة اسباعه بالعفو وذلك ستة اسباع الف فيكون له ألفان وستة اسباع ألف فذلك ثلث تركة الميت ولو كانت قيمته ثلاثة آلاف فدى ثلاثة ارباعه بثلاثة ارباع الدية لانا نضم الى الدية ضعف القيمة وذلك ستة آلاف فيكون ستة عشر ألفا فلو كان العفو خاصة لكان يفدى بحساب المضموم وذلك ثلاثة أثمان الدية فعند اجتماع الهبة مع العفو يتضاعف الفداء فيفدي ثلاثة ارباعه بثلاثة ارباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة فيسلم له العبد بطريق الهبة وقيمته ثلاثة آلاف ربعه بالعفو قيمته سبعمائة وخمسون فذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون نفذنا فيه الوصية وقد سلم للورثة ضعف ذلك ولو كانت قيمته أربعة آلاف فدى ثمانية اتساع بثمانية اتساع الدية لانا نضم ضعف القيمة وهو ثمانية آلاف الي الدية فلو لم يكن الا العفو لكان يفدى بحصة المضموم وذلك أربعة اتساعه فاذا اجتمعت الهبة والعفو يتضاعف الفداء فلهذا يفدى ثمانية اتساعه بثمانية اتساع الدية ولو كانت قيمته خمسة آلاف فداه كله بجميع الدية ويسلم له العبد بالهبة لانا نضم ضعف القيمة الى الدية فيكون عشرين ألفا فلو كان العفو دون الهبة لكان يفدى بحصة المضموم وذلك نصف العبد فاذا اجتمعت الهبة مع العفو يتضاعف الفداء عليه فيفدي جميعه بجميع الدية وذلك عشرة آلاف ويسلم له العبد بالهبة وقيمته خمسة آلاف فيستقيم الثلث والثلثان وهذا لانا نصحح الهبة له في جميع العبد أولا فان بتصحيح الهبة في جميع العبد يزداد الفداء عليه وبزيادة الفداء يزداد مال الميت فلا بد من تصحيح الهبة في جميع العبد ثم ان بقى من الثلث شئ يصح العفو بقدر مابقي من العبد ويفدى مازاد على ذلك كما في المسائل

المتقدمة وان لم يبق من الثلث شئ لا يصح العفو فى شئ كما فى هذه المسئلة فانه اذا كانت قيمته خمسة آلاف وقد نفذنا الهبة فى جميع ذلك العبد لا يبقى من ثلث مال الميت شئ ولهذا يبطل العفو ويفدى جميع العبد بجميع الدية واذا وهب المريض عبدا لرجل لا مال له غيره وقيمته ألف درهم وقبضه ثم وهب الموهوب له الآخر وقبضه ثم جرح العبد المريض جراحة خطأ فمات منها وعفا عن الجناية فانه يخير الموهوب له الثانى فى الدفع والفداء لان الملك فى العبد له فان اختار دفعه دفع ثلثين وأمسك الثلث وضمن الموهوب له الاول ثلثى قيمة العبد لورثة المقتول لان مال الواهب فى الحكم عبدان عبد يستحق له بالجناية وعبد كان على ملكه فوهبه فتصح وصيته فى ثلثه وذلك ثلثا عبد نصف ذلك للموهوب له الاول بالهبة ونصفه الثانى بالعفو فيكون السالم للموهوب له الاول ثلث العبد وقد وجب عليه رد الثلثين وقد تعذر رده بالاستهلاك فيضمن ثلثى قيمته لورثة المقتول ويسلم للثانى ثلث العبد بالعفو ويدفع ثلثيه الى ورثة المقتول فيسلم لهم عبد وثلثا عبد وقد نفذنا الوصية لهما فى ثلثى عبد فاستقام فان كان الموهوب له الاول معسرا دفع الموهوب له الثانى أربعة أخماس العبد وأمسك الخمس لان الموهوب له الاول مستوف لوصيته وما عليه تاوي فانما يعتبر ماهو قائم وهو رقبة العبد بالجناية يضرب فيه الورثة بسهام حقهم وهو أربعة والموهوب له الثانى بسهم فيكون العبد على خمسة يسلم له الخمس ويدفع الى ولي المقتول أربعة أخماسه فاذا تيسر استقاما علي الموهوب له الاول وذلك ثلثا قيمة العبد رد على الموهوب له الثانى الى تمام ثلث العبد لان ذلك حقه بالوصية وان اختار فداء العبد فدى بسبعه وخمسى تسعه بتسعى الدية وخمسى تسعها ويؤخذ من الاول تسعا قيمة العبد وخمسا تسعه والطريق فى ذلك أن يأخذ ضعف القيمة لاجل العفو وذلك ألفان وضعف القيمة لاجل الهبة فيضم ذلك الى العبد فيكون خمسة آلاف ثم يضم ذلك الى الدية فيكون خمسة عشر ألفا ثم ينظر الى المضموم كم هو من الجملة فيجد العبد والدية أربعة أسهم من خمسة عشر سهما من الجملة فيجوز العفو فيما زاد على ذلك وهو أحد عشر سهما من خمسة عشر سهما ويفدى أربعة أسهم من خمسة عشر بعشرة أمثاله من الدية لان الدية من القيمة عشرة أمثاله فيكون ذلك أربعون وتجوز الهبة للموهوب له الاول فى أحد عشر سهما من خمسة عشر فانما يضمن قيمة أربعة أسهم من خمسة عشر سهما للورثة فيسلم للورثة أربعة وأربعون سهما وقد نفذنا الوصية لهما فى اثنين وعشرين سهما فاستقام الثلث والثلثان واذا

أردت معرفة ما قال في الكتاب أنه يفدي بتسعه وخمسي تسعه بتسعى الدية وخمسى تسعها فالسبيل أن تضرب خمسة عشر في ثلاثة فيكون خمسة وأربعين وانما لزمه الفداء في أربعة من ذلك فيضرب تلك الاربعة في ثلاثة فتكون اثني عشر واثنا عشر من خمسة وأربعين يكون تسعاه خمسا تسعه فان كل تسع يكون خمسة وتسعاه عشرة وخمسا تسعه سهمان فظهر انه انما يفدى بتسعه وخمسى تسعه وكذلك الموهوب له الاول انما ضمن أربعة من خمسة عشر وقد ضربنا ذلك في ثلاثة فهو اثنا عشر فعرفنا أنه يضمن تسعى قيمة العبد وخمسي تسعه فان كانت قيمته ألفا فدى خمس العبد بخمسى الدية لانا نأخذ ضعف القيمة لاجل العفو ومثله لاجل الهبة فيكون ثمانية آلاف اذا ضممت ذلك الى الدية مع قيمة العبد يكون عشرين ألفا ثم يبطل العفو بحصة المضموم والمضموم كان ثمانية آلاف فحصته خمسا الجملة فلهذا يفدى خمسي العبد بخمسى الدية وذلك أربعة آلاف ويضمن الموهوب له الاول خمسى قيمة العبد وذلك ثمانمائة ويسلم له بالهبة ثلاثة أخماس العبد قيمته ألف ومائتان وقد نفذنا العفو للموهوب له الثاني في مثل ذلك فحصل تنفيذ الوصيتين في ألفين وأربعمائة وقد سلم للورثة أربعة آلاف وثمانمائة فاستقام الثلث والثلثان وان كانت قيمته ثلاثة آلاف فدى أربعة أعشاره وأربعة أخماس عشره بالطريق الذى قلنا أنه يؤخذ ضعف القيمة مرتين وذلك اثنا عشر ألفا فيضم الى الدية مع القيمة فيكون الجملة خمسة وعشرين ألفا ثم يفدى حصة المضموم والمضموم من الجملة أربعة أعشاره وأربعة أخماس عشره لان المضموم اثنا عشر واثنا عشر من خمس وعشرين يكون أربعة أعشاره وأربعة أخماس عشره وان أردت معرفة ذلك فاضرب خمسة وعشرين في عشرة فيكون مائتين وخمسين ثم اضرب اثني عشرة في عشرة فتكون مائتين وعشرين وعشر مائتين وخمسين خمسة وعشرون فمائة تكون أربعة أعشاره وعشرون تكون أربعة أخماس عشر ثم التخريج الخ كما بينا وعلى هذا الطريق يخرج ما اذا كانت قيمته خمسة آلاف أو أكثر فانه اذا كانت قيمته خمسة آلاف فدى أربعة أسباعه وان كانت ستة آلاف فدى ثلاثة أخماسه وان كانت سبعة آلاف فدى ثلاثة اخماسه وتسع خمسه وان كانت ثمانية آلاف فدى ثلاثة أخماسه وخمس خمسه وان كانت تسعة آلاف فدى منه ستة وثلاثين سهما من خمسة وخمسين سهما وكل ذلك يخرج مستقيما على الطريق الذى قلنا فان كانت قيمته عشرة آلاف فدى ثلثيه لانا نضم ضعف القيمة مرتين وذلك أربعون ألفا الى الدية والقيمة

فيكون ستين ألفا يبطل العفو والهبة فى حصة المضموم وذلك ثلثا الجملة فاذا بطل العفو فى ثلثى العبد فداه بثلثى الدية وكذلك الهبة تبطل فى ثلثى العبد فيضمن الموهوب له الاول ثلثى قيمته فيسلم لورثة الواهب ثلاثة عشر ألفا وثلث ألف وقد نفذنا الهبة والعفو لهما فى ستة آلاف وثلثى ألف فكان مستقيما ولو كانت قيمته عشرين ألفا فدى ثلثيه بثلثى الدية ويرد الموهوب له الاول ثلثى القيمة لانا نعتبر فى العفو هنا الدية دون القيمة فان الدية أقل من القيمة والمتيقن به هو الاقل واذا اعتبرنا الدية كان هذا وما لو كانت قيمته عشرة آلاف سواء من حيث أنه يجوز العفو فى الثلث وذلك ثلاثة آلاف وثلث ألف ويؤدى ثلثى الدية ويرد الموهوب له الاول ثلثى القيمة وذلك ثلاثة عشر ألفا وثلث ألف فيسلم للورثة عشرون ألفا وقد نفذنا الهبة فى عشرة آلاف للموهوب له الاول فى ثلث عبد قيمته ستة آلاف وثلثا الف وللموهوب له الثانى فى ثلث الدية فيكون ذلك عشرة آلاف وكذلك لو كانت قيمته خمسة عشر ألفا لانا نعتبر فى العفو الدية فيسلم له الثلث بالعفو ويؤدى ثلث الدية ويغرم الموهوب له الاول ثلثى قيمته وذلك عشرة آلاف فيسلم للورثة ستة عشر ألفا وثلثا ألف وقد نفذنا الوصية للموهوب له الاول فى خمسة آلاف ثلث العبد وللموهوب له الثانى فى ثلث الدية فذلك ثمانية آلاف وثلث ألف مثل نصف ما سلم للورثة فكان مستقيما وان أراد الدفع دفع خمسة أثمانه وضمن له الموهوب له الاول خمسة أثمان قيمته لان الوصية بالهبة كانت فى خمسة عشر ألفا وبالعفو فى عشرة آلاف وهو الدية لانه أقل الواجبين فيكون ذلك خمسة وعشرين ألفا وحاجة الورثة الى ضعف ذلك وذلك خمسون ألفا فالسبيل أن تضم خمسين ألفا الى نصف قيمة العبد وذلك ثلاثون ألفا فيكون جملة ذلك ثمانين الفا ثم تبطل من الهبة والعفو بحساب ما عدمنا وذلك خمسة أثمان الجملة فاذا بطل العفو فى خمسة أثمانه دفع قيمة ذلك تسعة آلاف وثلثمائة وخمسة وسبعين ويغرم الموهوب له خمسة أثمان قيمته وهو هذا المقدار أيضا فتكون الجملة ثمانية عشر ألفا وسبعمائة وخمسين وسلم للموهوب له الاول ثلاثة أثمان العبد وللموهوب له الثانى ثلاثة أثمان الدية بالعفو فاذا جمعت بينهما من حيث الدراهم كان مثل نصف ما سلم للورثة فيستقيم الثلث والثلثان * مسئلة من اقالة السلم واذا كان للمريض كر حنطة على رجلين يساوى ثلاثين درهما ورأس ماله فيه عشرة دراهم فأقالها ولا مال له غيره ثم مات وأحدهما غائب قيل للحاضر رد ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم وأد سبعة أعشار نصف الكر

وذلك يساوى عشرة ونصفا وانما كان كذلك لانه بالاقالة حاباهما بقدر عشرين درهما وانما تجوز المحاباة لهما فى الثلث فيكون لكل واحد منهما نصف الثلث وأحدهما غائب مستوف لوصيته فانما يعتبر حصة الحاضر خاصة وذلك خمسة عشر فهو يضرب بسهم والورثة بأربعة فيكون ذلك خمسة فانما نسلم له خمس هذا النصف وذلك ثلاثة ثم المحاباة لهما كانت بقدر عشرين فيكون لكل واحد منهما عشرة وثلاثة من عشرة تكون ثلاثة أعشاره والاصل فى الاقالة ما قدمنا أنه انما تصح الاقالة فى مقدار ما يخرج من الثلث من المحاباة (ألا ترى) أن فى هذه المسئلة لو كانا حاضرين كانت الاقالة تجوز لهما فى النصف لان الثلث من جملة المحاباة مثل نصفه فكذلك هنا انما تجوز الاقالة للحاضر فى مقدار نصيبه من المحاباة وذلك ثلاثة أعشار نصف رأس المال ونصف رأس المال خمسة دراهم فثلاثة أعشاره درهم ونصف ويؤدى سبعة أعشار نصف الكر قيمة ذلك عشرة ونصف فيكون جملته اثنى عشر هو السالم للورثة وقد سلم للحاضر بالوصية ثلاثة دراهم وللغائب مثل ذلك فيستقيم الثلث والثلثان الى أن يقدم الغائب فاذا قدم رد نصف رأس مال حصته ونصف كر ويرد الورثة على الاول من الطعام بقيمة ثلاثة من عشرة ونصف ويأخذون منه درهما من رأس المال حتى تسلم الاقالة لهما فى نصف الكر وقيمته خمسة عشر بخمسه فتكون الوصية لهما فى عشرة ويسلم للورثة نصف كر قيمته خمسة عشر درهما فاستقام الثلث والثلثان وانما كان هذا بخلاف ما تقدم من مسائل السلم الى رجلين لان قضاء القاضى هناك على الحاضر عند غيبة أحدهما يكون فسخا لعقد السلم فيما أمره بالرد وفسخ السلم لا يحتمل النقض فلا يعود حقه بحضور الثانى فاما فى هذه المواضع هذا اقالة السلم فكأنه فسخ الاقالة أو منع صحتها فى النقص عند غيبة أحدهما فاذا حضر وأمكن اعماله وجب اعماله فلهذا كان الراجع فيما بينهما حتى يستويا فى الوصية وفيما وجب لكل واحد منهما بالاقالة * واذا وهب المريض لرجل صحيح عبدا يساوى ثلاث مائة فقبضه ثم باعه من المريض بمائة درهم وقبضه المريض ثم مات ولا مال له غير العبد فان العبد يسلم لورثة المريض ويرجعون أيضا على الموهوب له بثلاثة وثلاثين وثلث وانما يسلم لهم الهبة فى ثلثى العبد وثلثى ثلثه لان مال المريض فى الحاصل خمسمائة العبد الموهوب والعبد المشترى وهو فى كعبد آخر الا أن عليه مائة درهم دين وهو ثمنه فاذا رفعنا المائة من ستمائة يبقى خمسمائة فانما تجوز الهبة فى ثلث ذلك وذلك مائة وستة وستون وثلثان وعليه رد مائة وثلاثة وثلاثين

وثلث باعتبار نقض الهبة لانه صار مستهلكا للعبد بالبيع الا أن مقدار المائة دين له على الميت وهو ثمن العبد فتقع المقاصة بقدره ويؤدى ثلاثة وثلاثين وثلثا فيسلم للورثة العبد وقيمته ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد نفذنا الهبة فى مائة وستة وستين وثلثين مثل نصف ما سلم للورثة فاستقام الثلث والثلثان والله أعلم

كتاب الدور

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي رحمه الله) املاء فى كتاب الدور * قال واذا جرح العبد رجلا فعفا عنه المجروح فى صحته أو فى مرضه ثم مات من ذلك المرض ولم يترك مالا فان كانت الجراحة عمدا فالعفو صحيح من غير أن يعتبر من الثلث لان الواجب هو القصاص والقصاص ليس بمال واسقاط المريض حقه فيما ليس بمال لا يكون معتبرا من الثلث وهذا استحسان قد بيناه فى الديات وان كانت الجراحة خطأ فان لم يكن صاحب فراش حين عفا جاز العفو فى الكل أيضا لانه فى حكم الصحيح مالم يصر صاحب فراش فى التصرفات والتبرعات وهذا تصرف بعده فى الحال فانما يعتبر حاله حين نفذ التصرف وان كان صاحب فراش حين عفا جاز العفو من ثلثه لان الواجب في الجناية الخطأ الدفع أو الفداء فعفوه يكون اسقاطا بطريق التبرع وذلك معتبر من الثلث اذا باشره فى مرضه وبعد ماصار صاحب فراش فهو فى حكم المريض فيكون عفوه من الثلث ثم المسئلة علي ثلاثة أوجه اما أن يكون قيمة العبد مثل الدية عشرة آلاف أو أقل من الدية أو أكثر من الدية فان كانت قيمته مثل الدية فالعفو صحيح فى ثلثه ويخير بين أن يدفع ثلثه وبين أن يفديه بثلثى الدية ولا يقع الدور هنا سواء اختار الدفع أو الفداء وان كانت قيمته أقل من عشرة آلاف لم يقع الدور عند اختيار الدفع ويقع الدور عند اختيار الفداء لان وقوع الدور بزيادة مال الميت وانما يحسب مال الميت فى الابتداء ماهو الاقل لان مولى العبد الجانى يتخلص بدفع الاقل فانما يتبين بذلك القدر انه مال الميت وما زاد عليه انما يظهر باختياره الدفع فاذا كانت قيمته أقل من عشرة الاف درهم فظهور الزيادة عند اختياره الفداء لا عند اختياره الدفع وان كانت قيمته أكثر من عشرة آلاف فظهور الزيادة عند اختيار الدفع لا عند اختيار الفداء ثم جملة هذا النوع من المسائل ان قيمة العبد اما ان تكون ألفا أو ألفين

أو ثلاثة آلاف أو أربعة آلاف أو خمسة آلاف أو ستة آلاف أو سبعة آلاف أو ثمانية آلاف أو تسعة آلاف أو عشرة آلاف أو خمسة عشرة ألفا أو عشرين ألفا أو ثلاثين ألفا وأربعين ألفا أو خمسين ألفا أو مائة ألف وفى الاصل انما بدأ بما كانت قيمته خمسة آلاف وفى المختصر ذكر بعض المسائل ولم يذكر البعض والاولى أن نخرج جميع هذه المسائل على الترتيب ليكون أوضح فى البيان وأقرب الى الفهم فنقول أما اذا كانت قيمته ألف درهم فان اختار الدفع لا تدور المسئلة ولكنه يدفع ثلثي العبد ويجوز العفو فى الثلث فان اختار الفداء فانه يقع الدور هنا لانه يتعذر تصحيح العفو فى جميع العبد فانه لايجب شيء من الدية عند ذلك ولا يظهر للميت مال آخر فتبين انا صححنا تبرعه فى جميع ماله وذلك لايجوز ولا يمكن ابطال العفو فى جميعه لانه حينئذ يفديه بعشرة آلاف درهم فتبين ان للميت عشرة آلاف وان العبد خارج من الثلث وزيادة فعرفنا انه يجب تصحيح العفو فى بعضه ثم طريق معرفة ذلك البعض ما أشار اليه محمد رحمه الله فى الاصل انه لو كان معنا مال آخر ضعف قيمة العبد لكان يصح العفو فى الكل لان مال الميت هو أقل وذلك ألف درهم قيمة العبد فاذا جاز العفو فى الكل وسلم للورثة ألف درهم استقام الثلث والثلثان ولا معتبر بالدية هنا لانها لاتجب عند صحة العفو فانما وجب الاعتراض على هذا العفو لانا عدمنا ألفي درهم فالسبيل أن يضم ذلك القدر الي الدية وهو عشرة آلاف درهم ثم ينظر الى المضموم كم هو من الجملة فيبطل العفو بقدر ذلك المضموم واذا ضممت الى عشرة آلاف ألفي درهم كان اثنى عشر ألفا وكان المضموم من هذه الجملة السدس فعرفنا ان العفو يصح فى خمسة اسداس العبد مقدار ذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ويبطل فى السدس فيفديه بسدس الدية وذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان فيحصل للورثة هذا القدر وما نفذنا فيه العفو مثل نصفه فيستقيم الثلث والثلثان وطريق الدينار والدرهم فيه أن تجعل العبد دينارا أو درهما وتجيز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم فيفديه بعشرة أمثاله لان الدية عشرة أمثال قيمة العبد فكل جزء بطل فيه العفو فداه بعشرة أمثاله فيصير فى يد الوارث عشرة دراهم وحاجتهم الى دينارين فاقلب الفضة فيكون كل دينار بمعني عشرة وكل درهم بمعنى اثنين ثم عد الى الاصل فقل قد جعلنا العبد دينارا ودرهما الدينار عشرة والدرهم اثنان فذلك اثنا عشر وقد نفذنا العفو فى الدينار وذلك خمسة اسداس العبد * أو نقول لما كان عشرة دراهم تعدل دينارين عرفنا أن كل دينار يعدل خمسة فتقلب الفضة وتجعل

الدينار بمعنى خمسة والدرهم بمعنى واحد ثم تعود الى الاصل فتقول قد كان العبد دينارا ودرهما فالدينار بمعنى خمسة والدرهم بمعنى واحد ثم صححنا العفو فى الدينار وذلك خمسة أسداس العبد وبطل فى السدس فيفديه بسدس الدية والتخريج كما بينا وعلى طريق الجبر نقول السبيل أن تأخذ مالا مجهولا يصح العفو فى شئ منه ويبطل فى مال الا شئ فتفديه بعشرة أمثاله وهو عشرة أموال الا عشرة أشياء وحاجة الورثة الى شيئين فالسبيل أن تجبر عشرة أموال بعشرة أشياء وتزيد على مايعدله مثل ذلك فصار عشرة أموال تعدل اثنى عشر شيأ فالمال الواحد يعدل شيأ وخمس شئ فقد انكسر بالاخماس فتضرب شيأ وخمس شئ فى خمسة فيكون سبعة وقد نفذنا العفو فى شئ فضربنا كل شئ فى خمسة فتبين انا نفذنا العفو فى خمسة اسداس العبد وأبطلناه فى السدس فنفديه بسدس الدية كما بينا وعلى طريق الخطأين السبيل أن تجعل على العبد ثلاثة اسهم فتجيز العفو فى سهم وتبطله فى سهمين فتفدى هذين السهمين بعشرة أمثالهما وذلك عشرون وحاجة الورثة الى سهمين فظهر الخطأ بزيادة ثمانية عشر فتعود الى الاصل وتجيز العفو فى سهمين وتبطله فى سهم فيفديه بعشرة أمثاله فيحصل فى يد الورثة عشرة وحاجتهم الى أربعة فظهر الخطأ بزيادة ستة وكان الخطأ الاول بزيادة ثمانية عشر فلما زدنا سهما فى العفو ذهب خطأ اثنى عشر فعرفنا أن الذى يذهب مابقي من الخطأ وذلك ستة ونصف سهم فنجوز العفو فى سهمين ونصف ونبطله فى نصف سهم ثم نفدي ذلك بعشرة أمثاله وذلك خمسة أسهم ونسلم للورثة خمسة وقد نفذنا العفو فى سهمين ونصف فيستقيم وسهمان ونصف من ثلاثة تكون خمسة أسداس فظهر ان العفو انما يصح فى خمسة أسداس العبد واذا عرفنا طريق الخطأين تيسر طريق الجامعين على ذلك وقد بينا فى وجه تخريجه فيما تقدم من كتب الحساب فان أعتقه مولاه أو باعه وهو يعلم فهو مختار للفداء لانه فوت الدفع بتصرفه وعليه سدس الدية بمنزلة ما لو اختار الفداء وان لم يعلمهما بالجناية كان مستهلكا للعبد فعليه ثلثا القيمة بمنزلة ما لو اختار الدفع فان كان قيمة العبد ألفي درهم واختار الفداء فداه بسبعى الدية * والطريق فى ذلك أن تقول لو كان هنا مال آخر ضعف قيمة العبد وهو أربعة آلاف لكان العفو يصح فى جميع العبد فيضم ماعدمنا وهو أربعة آلاف الى الدية فيكون أربعة عشر ألفا ثم ننظر الي المضموم كم هو من الجملة فتجده سبعى الجملة فنبطل العفو فى سبعى العبد باعتبار ماعدمنا ونجوز فى خمسة اسباع العبد مقدار ذلك من الدراهم ألف وأربعمائة وعشرون وأربعة اسباع

وما أبطلنا فيه العفو وذلك سبعا العبد فنفدي بسبعي الدية مقدار ذلك ألفان وثلاثمائة وسبعة وخمسون وسبع يسلم للورثة ضعف مانفذنا فيه العفو فاستقام الثلث والثلثان وعلي طريق الدينار والدرهم نجعل العبد دينارا ودرهما ونجيز العفو فى الدينار ونبطله فى الدرهم فنفديه بخمسة أمثاله لان الدية خمسة أمثال قيمة العبد فيحصل فى يد الورثة خمسة دراهم وحاجتهم الى دينارين فاذا قلبت الفضة كان كل دينار بمعنى خمسة وكل درهم بمعنى اثنين ثم نعود الى الاصل فنقول قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار خمسة والدراهم اثنان فذلك سبعه وقد صححنا العفو فى الدينار وذلك خمسة اسباع العبد فتبين أن العفو انما بطل فى سبعة والتخريج كما بينا * وعلى طريق الجبر نصحح العفو فى شئ ونبطله فى مال الا شئ فنفديه بخمسة أمثاله فيحصل فى يد الورثة خمسة أموال الاخمسة أشياء وذلك شيئان فأجبره بخمسة أشياء فيكون خمسة أموال تعدل سبعة أشياء فعرفنا أن كل مال يعدل شيأ وخمسي شئ فانكسر بالاخماس فنضرب شيأ وخمسي شئ فى خمسة فيكون سبعة فظهر أن المال الكامل سبعة وقد كنا صححنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى خمسة فتبين انا صححنا العفو فى خمسة أسباع العبد والتخريج كما بينا وعلي طريق الخطأين نجعل العبد على ثلاثة أسهم ونصحح العفو فى شئ ونبطله فى سهمين فنفديهما بخمسة أمثالهما وذلك عشرة وحاجة الورثة الى سهمين فظهر الخطأ بزيادة ثمانية فنعود الى الاصل ونصحح العفو فى سهمين ونبطله فى سهم فنفديه بخمسة أمثاله فيحصل فى يد الورثة خمسة وحاجتهم الى أربعة فظهر الخطأ بزيادة سهم وكان الخطأ الاول بزيادة ثمانية فلما زدنا سهما اذهب سبعة فنزيد فى العفو ما يذهب خطأ السهم الباقى وذلك سبع سهم ونصحح العفو في سهمين وسبع ونبطله فى ستة اسباع سهم فنفدي ذلك بخمسة أمثاله وذلك أربعة وسبعان فيسلم للورثة هذا المقدار وقد نفذنا العفو فى سهمين وسبع فيستقيم الثلث والثلثان وستة أسباع من ثلاثة سبعاه فى الحاصل فظهر أنا أبطلنا العفو فى سبعى العبد وجوزناه فى خمسة أسباعه ولو كان قيمة العبد ثلاثة آلاف واختار الفداء فداه بثلاثة أثمان الدية لانا ننظر الى ضعف قيمة العبد وذلك ستة آلاف فنضمه الى الدية فيكون ستة عشر ألفا ثم ننظر الى المضموم كم هو من الجملة فاذا هو ثلاثة أثمانه فنبطل العفو باعتباره فى ثلاثة اثمان العبد ونصححه فى خمسة أثمانه مقدار ذلك من الدراهم ألف وثمانمائة وخمسة وسبعون ونفدى بثلاثة أثمان الدية وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون فان كل ثمن من الدية ألف ومائتان وخمسون فيستقيم الثلث

والثلثان *وعلى طريق الدينار والدرهم تجعل العبد دينارا ودرهما فتجوز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم ثم تفدى ذلك بثلاثة أمثاله وثلث لان الدية مثل ثلاثة أمثال قيمة العبد ومثل ثلثه فيحصل فى يد الورثة ثلاثة دراهم وثلث وحاجتهم الى دينارين فقد وقع الكسر بالاثلاث فتضرب كل شئ فى ثلاثة فصارت الدراهم عشرة والدنانير ستة ثم تقلب الفضة وتعود الى الاصل فتقول قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار عشرة والدرهم ستة فذلك ستة عشر ثم صححنا العفو فى الدينار وذلك خمسة أثمان العبد وأبطلنا فى الدرهم وذلك ثلاثة أثمان العبد وهو ستة فتفديه بثلاثة أمثال وثلث وذلك عشرون فيسلم للورثة عشرون وقد صححنا العفو فى عشرة فيستقيم الثلث والثلثان *وعلى طريق الجبر تصحح العفو فى شئ منه وتبطله فى مال الا شيأ منه فتفديه بثلاثة أمثاله ومثل ثلثه فيحصل فى يد الورثة ثلاثة أموال وثلث الا ثلاثة أشياء وثلثا تعدل خمسة أشياء وثلثا انكسر بالاثلاث فتضرب خمسة وثلثا فى ثلاثة فيكون ستة عشر وتضرب ثلاثة أموال وثلث فى ثلاثة فيكون عشرة فظهر ان كل مال يعدل شيأ وستة اعشار شئ وهو ثلاثة اخماس فتضرب شيأ وثلاثة اخماس فى خمسة فيكون ثمانية وتبين ان المال الكامل ثمانية وقد نفذنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى خمسة فتبين انا نفذنا العفو فى خمسة أثمان العبد وأبطلناه فى ثلاثة أثمانه وطريق الخطأين فيه على نحو مابينا يخرج مستقيما اذا تأملت فتركته للتحرز عن التطويل *ولو كان قيمة العبد أربعة آلاف فداه باربعة اسباع الدية لانا نأخذ ضعف قيمة العبد وذلك ثمانية آلاف فنضمه الى مقدار الدية فيكون ثمانية عشر ألفا ثم ننظر الى المضموم كم هو من الجملة فنجد ذلك أربعة اتساع الجملة فنبطل العفو بقدره ونصحح العفو فى خمسة اتساع العبد مقدار ذلك من الدراهم ألفان ومائتان وعشرون وتسعان ونفدى أربعة اتساع العبد بأربعة أتساع الدية وذلك أربعة آلاف وأربعمائة وأربعة وأربعون وأربعة اتساع فيستقيم الثلث والثلثان * وعلى طريق الدينار والدرهم نجعل العبد دينارا ودرهما ونصحح العفو فى الدينار ونبطله فى الدراهم فنفدى ذلك بمثله ومثل نصفه وذلك درهمان ونصف ثم درهمان ونصف يعدل دينارين وقد وقع الكسر فيه بالانصاف فاضعفه فيصير أربعة دنانير تعدل خمسة دراهم ثم اقلب الفضة وعد الى الاصل فتقول كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار بمعنى خمسة والدرهم بمعنى أربعة فذلك تسعة وصححنا العفو فى الدينار وذلك خمسة وأبطلناه فى الدرهم وهو أربعة فنفدى ذلك بمثله ومثل نصفه وذلك عشرة فيحصل للورثة

عشرة وقد نفـذنا العفو فى خمسـة فيستقيم الثلث والثلثان * وطريق الجبر فيـه ان تصحح العفو فى شئ وتبطله فى مال الا شئ فتفديه بمثله ومثـل نصفه فيحصل فى يد الورثة مالان ونصف الا شيئين ونصف شيأ وحاجتهم الى شيئين فاجبر مالين ونصفا بشئ ونصف شئ وزد على ما يعدله شيئين ونصف شئ فيصير مالين ونصفا يعدل أربعة أشياء ونصفا فانكسر بالانصاف فاضعفه فيكون خمسة أموال يعدل تسعة أشياء فالمال الكامل يعدل شيأ فتضربه فى أربعة اخماس فتضربه فى خمسة وشئ وأربعة اخماس اذا ضربته فى خمسة يكون تسعة وقد صححنا العفو فى شئ وضربنا كل شئ فى خمسة فتبين انا جوزنا العفو فى خمسة اتساع العبد والتخريج كما بينا فان كان قيمة العبـد خمسة آلاف فانه يفدى نصفه بنصف الدية لانا نأخذ ضعف قيمة العبد وهو عشرة آلاف فنضمه الى الدية فيكون ذلك عشرين ألفا ثم ننظر الي المضموم وكم هو من الجملة فاذا هو نصف الجملة فنبطل العفو باعتباره فى العبد ونجوز فى نصف العبد مقدار ذلك ألفان وخمسمائة ثم نفـدى ما أبطلنا فيـه العفو بنصف الدية وذلك خمسة آلاف فيحصل للورثة خمسـة آلاف وقد نفذنا العفو فى ألفين وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان *وعلى طريق الدينار والدرهم نجعل العبد دينارا ودرهما فنصحح العفو فى الدينار ونبطله فى الدرهم فنفدى ذلك بضعفه لان الدية ضعف قيمة العبد فيصير فى يد الورثة درهمان تعدل دينارين وتبين ان قيمة الدينار والدرهم سواء وانا صححنا العفو فى الدينار وذلك نصف العبد وأبطلناه فى الدرهم وقد فدى المولى ذلك بضعفه فيحصـل للورثة ضعف ما نفـذنا فيـه العفو وعلى طريق الجبر نصحح العفو فى شئ ونبطله فى مال الا شـيأ فنفدى ذلك بضعفه وذلك مالان الا شيئين وحاجة الورثة الى شيئين فاجبر مالين بشيئين وزد على ما يعـدلهما مثل ذلك فيكون مالين يعدل أربعـة أشياء كل مال يعدل شيئين وقد نفذنا العفو في شئ وشئ من شيئين يكون نصف شيئين فتبين انا صححنا العفو فى نصف العبـد والتخريج كما بينا وان كانت قيمته ستة آلاف فالطريق فيه أن تأخذ ضعف قيمة العبد وذلك اثنا عشر ألفا فتضمه الي الدية فتكون الجملة اثنان وعشرون ألفا ثم تنظر الى المضموم كم هو من الجملة فتجد ذلك ستة أجزاء من أحد عشر جزأ فتبطل العفو فى ستة أجزاء من أحد عشر جزأ من العبد وتفدي ذلك بستة أجزاء من أحـد عشر جزأ من الدية فيستقيم الثلث والثلثان اذا تأملت وعلى طريق الدينار والدرهم تجوز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم فتفديه بمثله وبمثل ثلثه

لان الدية من القيمة مثلها ومثل ثشيها ثم التخريج كما بينا وعلى هذا يخرج فيما اذا كانت قيمته سبعة آلاف أوثمانية آلاف أو تسعة آلاف فان كانت قيمته عشرة آلاف فالعفو هنا صحيح في ثلث العبد ولا دور فى المسئلة لان الدية مثل قيمة العبد فلا يمكن زيادة فى مال الميت سواء اختار الدفع أو الفداء فان كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف فالاصل فيه أن تأخذ ضعف الدية وتضمه الي القيمة ثم تدفع حصة الضعف من العبد لانه لو كان العبد ضعف الدية لكان يجوز العفو فى جميع العبد لان مال المولى هو مقدار الدية هنا فله ثلث المالين وانما تتبين الزيادة عند اختيار الدفع وصارت الدية في هذا النوع كالعبد فى النوع الاول ولهذا لواختار الفداء هنا لايقع الدور لانه لا يظهر زيادة فى مال الميت وانما يقع الدور عند اختيار الدفع فنقول اذا كانت قيمته عشرون ألفا صح العفو فى النصف لانك تأخذ ضعف الدية وذلك عشرون ألفا فتضمه الي القيمة فيصير أربعين ألفا ثم يدفع حصة الضعف من العبد وذلك نصف العبد فيجوزله العفو فى النصف مقدار ذلك من الدية خمسة آلاف ويدفع الى الورثة نصف العبد وقيمته عشرة آلاف فيستقيم الثلث والثلثان وسائر الطرق تخرج على هذا فانك تجعل العمل فى الدية هنا على طريق بمنزلة العمل فى العبد فيما سبق * ولو كانت قيمته ثلاثين ألفا نأخذ ضعف الدية وضمه الى القيمة فيصير خمسين ألفا ثم تدفع حصة الضعف وذلك خمسا العبد ويجوز العفو فى ثلاثة اخماسه مقدار ذلك من الدية ستة آلاف ويسلم للورثة خمسا العبد وقيمته اثنا عشر ألفا فيستقيم الثلث والثلثان * ولو كانت قيمته أربعين ألفا نأخذ ضعف الدية وضمه الى القيمة فيصير ستين ألفا ثم تدفع العبد ما أصاب حصة الضعف وذلك ثلث العبد ويجوز العفو فى الثلثين مقدار ذلك من الدية ستة آلاف وثلثان ويسلم للورثة ثلث العبد وثلاثة عشر ألفا وثلث ألف فيستقيم الثلث والثلثان وان كانت قيمته خمسة عشر ألفا واختار الدفع فالعفو جائز فى ثلاثة اسباع العبد ويدفع أربعة اسباعه لانك تأخذ ضعف الدية فتضمه على القيمة فيصير خمسة وثلاثين ثم تدفع حصة النصف من العبد وذلك أربعة اسباع العبد ويجوز العفو فى ثلاثة اسباعه مقداره من الدية أربعة آلاف ومائتان وخمسة وثمانون وخمسة اسباع ويسلم للورثة أربعة أسباع العبد قيمته بنصف هذا المقدار اذا تأملت فيستقيم الثلث والثلثان * ولو كانت قيمة العبد مائة درهم فان اختار الدفع دفع ثلثى العبد لما بينا ان قيمته اذا كانت أقل من عشرة آلاف فان الدور لا يقع فى الدفع وانما يقع فى الفداء ولو

اختار الفداء فانه يفدى بجزأين من مائة جزء وجزئين من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة وذلك مائتان فتضمه الى الدية وهى عشرة آلاف فاذا جعلت كل مائة سهما تصير الدية مائة سهم والضعف سهمين فذلك مائة وجزآن ثم تفدى مائتى الضعف من العبد وذلك جزآن من مائة جزء ومن جزأين من الدية وهو يخرج مستقيما على طريق الحساب باعتبار ان كل جزء تفديه انما يفدى بمائة أمثاله لان الدية من القيمة مائة أمثاله ولو أن عبدا جرح رجلا خطأ فعفا عنه المجروح فى مرضه ثم مات وترك ألف درهم وقيمة العبد ألف درهم فالاصل فى هذه المسائل أن تأخذ ضعف القيمة وتضمها الى الدية ثم تقسم العبد على الدية وعلى الضعف فيجوز العفو بحصة الدية وبحصة التركة ويبطل بحصة الضعف وبيان ذلك أن ضعف القيمة هنا ألفا درهم فاذا ضممته الى الدية يصير اثنى عشر ألفا ثم اذا قسمت العبد على اثنى عشر فالعفو صحيح بحصة الدية وذلك عشرة بحصة التركة وهو سهم لان التركة سوى العبد ألف فتبين أن العفو انما يجوز فى أحد عشر جزأ من اثني عشر جزأ من العبد وذلك خمسة أسداسه ونصف سدسه ويبطل فى سهم واحد وذلك نصف سدس العبد فتفديه بنصف سدس الدية وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيصير للورثة ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وجاز العفو فى خمسة أسداس العبد ونصف سدسه مقدار ذلك تسعمائة وستة عشر وثلثان * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل أن تجعل العبد دينارا ودرهما وتجيز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم فتفديه بعشرة أمثاله وقد كان للورثة ألف درهم مثل قيمة العبد فذلك دينار ودرهم أيضا فيصير للورثة أحد عشر درهما ودينارا يعدل دينارين فالدينار قصاص وبقي أحد عشر درهما تعدل دينارا فاقلب الفضة وعد الى الاصل فتقول قد كنا جعلنا العبد دينارا وذلك أحد عشر درهما ودرهما فذلك اثنا عشر ثم جوزنا العفو فى الدينار وذلك خمسة أسداس العبد ونصف سدسه ثم التخريج الى آخره كما بينا * وعلى طريق الجبر والمقابلة السبيل أن تجيز العفو فى شئ وتبطله فى مال الا شيأ فتفدى ذلك بعشرة أمثاله فيصير فى يد الورثة عشرة أموال الا عشرة أشياء وقد كان عندهم مال كامل وهى الالف التى هى مثل قيمة العبد صار عندهم أحد عشر مالا الا عشرة أشياء تعدل شيئين فاجبره بعشرة أشياء وزد على ما يقابله مثله فصار أحد عشر مالا يعدل اثنى عشر شيأ كل مال يعدل شيأ وجزأ من أحد عشر جزأ من شئ فقد انكسر بجزء من أحد عشر جزأ فاضرب شيأ وجزأ من أحد عشر جزأ فى

أحدعشر جزأ فيصير ذلك اثنى عشر جزأ وقد جوزنا العفو فى شئ وجعلنا كل شئ أحد عشر فتبين أن العفو انما صح فى أحد عشر جزأ من اثنى عشر جزأ من العبد ولو كانت قيمة العبد خمسة آلاف وقد ترك الميت ألف درهم واختار الفداء فانما يفدى بتسعة أجزاء من عشرين جزأ من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة وذلك عشرة آلاف فضمه الى الدية فيكون عشرين ألفا ثم تقسم العبد على الدية وعلى النصف فيجوز العفو بازاء الدية وذلك عشرة أسهم وبازاء التركة وذلك سهم واحد فذلك أحد عشر سهما من عشرين سهما وتبطل فى تسعة أجزاء من عشرين * وطريق الدينار والدرهم أن تجعل العبد دينارا ودرهما فتجيز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم فتفدى الدرهم بضعفه لان الدية ضعف قيمة العبد فيصير للورثة درهمان وقد كان عندهم ألف درهم فذلك خمس دينار وخمس درهم فصار فى يد الورثة درهمان وخمس دينار وخمس درهم يعدل دينارين فخمس دينار بمثله قصاص يبقى درهمان وخمس درهم يعدل دينارا وأربعة أخماس دينار فاجعل كل خمس دينارا فيصير الدينار تسعة والدرهم أحد عشر ثم اقلب الفضة وعد الى الاصل فقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار أحد عشر والدرهم تسعة فذلك عشرون وقد أجزنا العفو فى الدينار وذلك أحد عشر وأبطلناه فى الدرهم وذلك تسعة ثم فدى الدرهم بمثليه وذلك ثمانية عشر وقد كان عندهم خمس دينار وخمس درهم وذلك أربعة فاذا جمعت الكل كان اثنين وعشرين ضعف ما نفذنا فيه الوصية فاستقام * وطريق الجبر فيه أن تجيز العفو فى شئ وتبطله فى مال الا شيأ فتفديه بمثله وذلك مالان الا شيئين وعند الورثة أيضا خمس مال فصار عندهم مالان وخمس مال الا شيئين يعدل شيئين فأجبر بشيئين وبعد الجبر والمقابلة يصير مالين وخمس مال يعدل أربعة أشياء فاجعل كل خمس سهما فيصير المالان والخمس أحد عشر والاشياء عشرين لانا متى ضربنا مالين وخمس مال لاجل الكسر فى خمسة فقد ضربنا أربعة أشياء فى خمسة أيضا والاربعة متى ضربت فى الخمسة تصير عشرين واذا تأملت كان كل شئ أحد عشر وكل مال عشرين وقد جوزنا العفو فى شئ وذلك أحد عشر وأبطلناه فى مال الا شيأ وذلك تسعة أجزاء من عشرين جزأ وقد جعلنا العبد مالا فذلك عشرون وجوزنا العفو فى شئ وذلك أحد عشر جزأ من عشرين جزأ * ولو كان الميت ترك ألفى درهم والمسئلة بحالها فانه يفدي بثمانية أجزاء من عشرين جزأ من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة وذلك عشرة آلاف وتضمه الى الدية فيصير عشرين ألفا ثم تجيز العفو بازاء الضعف وهو عشره وبازاء

التركة وهو ألفان فذلك اثنا عشر وتبطل فى ثمانية فتفديه بثمانية أجزاء من عشرين جزأ من الدية * وان ترك الميت ثلاثة آلاف درهم فداه بسبعة آلاف من عشرين جزأ من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة وذلك عشرة آلاف فتضمه الى الدية فيكون عشرين ألفا ثم تجيز العفو بحصة الدية وذلك عشرة أسهم وبحصة التركة وذلك ثلاثة يبقى سبعة أسهم فتفديه بسبعة أجزاء من عشرين جزأ من الدية ولو كانت قيمة العبد خمسة آلاف وقد ترك الميت ألف درهم فاختار الدفع فانه لا يقع فيه الدور لانه يتبين فى مال الميت هنا زيادة ولكنه يدفع ثلاثة أخماس العبد ويسلم له خمساه لان مال الميت ستة آلاف فيجوز العفو فى ثلث ماله وذلك ألفا درهم واذا جاز العفو فى العين مقداره من العبد خمساه كان عليه أن يدفع ما بقي من العبد وذلك ثلاثة أخماسه * ولو كان مال الميت ألفى درهم دفع خمسى العبد وثلثى خمسه لان مال الميت سبعة آلاف فيجوز العفو فى ثلثه وذلك ألفان وثلث ألف ويدفع ما بقى من العبد وذلك ألفان وثلثا ألف وكل ألف خمس العبد فذلك خمساه وثلثا خمسه وان كان الميت ترك ألف درهم دفع خمسى العبد وثلث خمسه لان مال الميت ثمانية آلاف فيجوز العفو فى ثلثه وذلك ألفان وثلثا ألف ويدفع ما بقى وذلك ألفان وثلث ألف وان كان الميت ترك أربعة آلاف فانه يدفع خمسي العبد لان مال الميت تسعة آلاف فيجوز العفو فى ثلثه وذلك ثلاثة آلاف ويبقى له من العبد ألفان وخمسمائة وان كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف فالدور هنا يقع فى الدفع ولا يقع فى الفداء والاصل فيه أن تأخذ ضعف الدية وتضمه الى القيمة ثم تطرح من الضعف مقدار تركة الميت وتدفع الباقى وبيان هذا ان قيمة العبد لو كانت عشرين ألفا وقد ترك الميت عشرة آلاف نأخذ ضعف الدية وذلك عشرون فتضمه الى القيمة فيصير أربعين فلو لم يترك الميت شيأ لكان يدفع مقدار النصف وهو نصف العبد فلما ترك عشرة آلاف وجب أن يطرح منها مقدار عشرة فيبقى من الضعف عشرة وهو الربع فيدفع ربع العبد مقداره خمسة آلاف ويبقى للمولى ثلاثة أرباع العبد فانما سلمت له بالوصية ثلاثة أرباعه مقداره من الدية سبعة آلاف وخمسمائة وقد سلم للورثة من العبد خمسة آلاف ومن التركة عشرة آلاف فذلك خمسة عشر * ولو ترك الميت عشرين ألفا أو أكثر سلم العبد كله للمولى وجاز العفو فى الكل لان الدية مقدار عشرة آلاف وانما تنفذ الوصية من الدية هنا لانها أقل وقد ترك الميت ألفا مثل ما نفذنا فيه الوصية ولو لم يترك الميت مالا ولكن عليه دين وقيمة العبد

أكثر من عشرة آلاف فالاصل فيه أن تقول لو ترك الميت مقدار الدين وضعف القيمة به مع ذلك كان يصح العفو فى الكل واذا لم يترك شيأ من ذلك يجب أن يرفع من العبد مقدار الدين فيجعل كأن ذلك المقدار لم يكن ويجعل الباقي من العبد كأنه عبد على حدة * ثم التخريج على قياس ما ذكرنا فى العبد الكامل وبيانه أن العبد اذا كانت قيمته عشرين ألفا والدين عشرة آلاف دفع ثلاثة أرباع العبد لانه لو لم يكن عليه دين لكان يدفع نصف العبد فاذا كان عليه دين يدفع ربعه أيضا لمكان الدين فيصير فى يد الورثة ثلاثة أرباع العبد قيمته خمسة عشر ألفا ويصح العفو فى الربع مقداره من الدية ألفان وخمسمائة ثم الوارث يقضى الدين بعشرة آلاف ويبقى له خمسة آلاف ضعف ما نفذنا فيه الوصية أو تقول مقدار عشرة آلاف من العبد يجعل كأن ليس لانه مشغول بالدين ويبقي نصف العبد فاجعل كأن هذا النصف عبد على حده ثم أخذ ضعف ما فيه من الدية وذلك عشرة آلاف وضمه الى قيمته فيصير عشرين ألفا ثم يجوز العفو فى نصفه ويبطل فى نصفه فقد بطل نصف هذا الباقى مع النصف الاول فذلك ثلاثة أرباع ولو كانت قيمته خمسة آلاف وعلى الميت ألف درهم فاختار الدفع فانه لا يقع الدور هنا ولكن تقول مال الميت بعد قضاء الدين أربعة آلاف فيجوز العفو فى ثلث ذلك وهو ألف وثلث ألف مقداره من العبد خمسه وثلث خمسه ويدفع ما بقى وهو ثلاثة أخماس العبد وثلثا خمسه فيقضى منه الدين بخمس العبد ويبقى للورثة خمسان وثلثا خمس ضعف ما نفذنا فيه الوصية وان كان الدين ألفا درهم فمال الميت بعد قضاء الدين ثلاثة آلاف فانما يجوز العفو فى ثلثه وهو ألف درهم وذلك خمس العبد ويدفع أربعة أخماس العبد فيقضى الدين بخمسيه ويبقي لورثة خمسه ضعف ما نفذنا فيه الوصية وان كان ثلاثة آلاف فماله بعد قضاء الدين ألفا درهم فيجوز العفو فى ثلثه وذلك ثلثا ألف يدفع ما بقى من العبد وهو أربعة أخماسه وثلث خمسه فيقضى الدين بثلاثة أخماسه ويسلم للورثة خمسا وثلث خمس ضعف ما نفذنا فيه الوصية وان كان الدين أربعة آلاف فانه يدفع أربعة أخماسه وثلثى خمسه لان ماله بعد قضاء الدين ألف درهم فيجوز العفو فى ثلث ذلك وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ويدفع ما بقى وذلك أربعة أخماس العبد وثلثا خمسه وان كان الدين خمسة آلاف فالعفو كله باطل لان العبد كله مشغول بالدين ومع الدين المستغرق بالتركة لا تنفذ الوصية فى شئ ولو اختار الفداء وقيمته خمسة آلاف وعليه دين عشرة آلاف أو أكثر فانه يفديه كله

لانه اذا فداه بعشرة آلاف فانه يقضى بجميعه الدين ولا يبقى للميت مال فلهذا بطل العفو ولو كان عليه دين ألف درهم فاختار الفداء فانه يفديه بأحد عشر جزأ من عشرين جزأ من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة فتضمه الى الدية فيصير عشرين ألفا ثم تبطل العفو بحصة الضعف وذلك عشرون وبحصة الدين وذلك سهم فذلك أحد عشر فيجوز العفو فى تسعة اجزاء من عشرين جزأ * وعلى طريق الدينار والدرهم تجعل العبد دينارا ودرهما فتجيز العفو فى الدينار وتبطله فى الدرهم فتفدي الدرهم بمثليه فيصير مع الورثة درهمان يقضى من ذلك الدين ومقدار الدين خمس دينار وخمس درهم فيبقى درهم وأربعة اخماس درهم الا خمس دينار يعدل دينارين فالدرهم وأربعة اخماس درهم الا خمس دينار يعدل دينارين وخمسا فقد وقع الكسر بالخمس فاجعل كل خمس سهما فيصير الدرهم تسعة والدينار أحد عشر ثم اقلب الفضة وعد الى الاصل فقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار تسعة والدرهم أحد عشر فذلك عشرون وقد أجزنا العفو فى الدينار وذلك تسعة وأبطلناه فى الدرهم وذلك أحد عشر وقد فداه بمثل ضعفه وذلك اثنان وعشرون فيقضى الدين بخمس دينار وخمس درهم وذلك أربعة فيبقى للورثة ثمانية عشر ضعف ما نفذنا فيه الوصية وانما قلنا ان الدين يقضى باربعة لان مبلغ الدينار والدرهم عشرون ودينه مقدار خمس ذلك وطريق الجبر فيه أن تجعل العبد ما لا فتجيز العفو فى شئ يفدى ما بقى بمثليه فيصير مع اورثة ما لان الا شيئين ثم يقضى الدين بخمس مال فيبقي مع الورثة مال وأربعة اخماس مال الا شيئين يعدل شيئين وبعد الجبر والمقابلة يعدل أربعة أشياء فاجعل كل خمس سهما فيصير أربعة أشياء عشرين والمال وأربعة اخماس تسعة وبعد الضرب يكون المال وهو العبد عشرون ويجوز العفو فى شئ منه وذلك تسعة وتبطله فيما بقى وذلك أحد عشر * ولو كان الدين ألفى درهم فان العفو يجوز فى ثمانية أجزاء من عشرين لانك تأخذ ضعف القيمة فتضمه الى الدية فيصير عشرين ثم تفدى حصة الضعف وذلك عشرة وحصة الدين وذلك سهمان فذلك اثنا عشر وهو فى الاصل ثلاثة اخماس العبد فانما تفديه بثلاثة أخماس الدية وذلك ستة آلاف تقضى الدين بالفين وتسلم للورثة أربعة آلاف وقد صححنا العفو فى خمسى العبد وذلك ألفان فاستقام الثلث والثلثان ولو كان الدين خمسة آلاف فانه يفدى بخمسة عشر جزأ من عشرين جزأ ويجوز العفو في خمسة أجزاء لانك تضم ضعف القيمة الى الدية فيصير عشرين ثم تفدي مابازاء الضعف

وذلك عشرة ومابازاء الدين فذلك خمسة فيكون خمسة عشر وذلك خمسة أرباع العبد فانما تفديه بثلاثة ارباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة يقضي الدين بخمسة آلاف ويسلم للورثة ألفان وخمسمائة وقد جوزنا العفو فى ربع العبد ومقداره ألف ومائتان وخمسون فاستقام الثلث والثلثان ولو أن عبدالرجل جرح رجلا ثم جرح آخر فعفا عنه الاول وهو مريض ثم مات من ذلك فأنه ينظر الى نصف العبد كم قيمته فيعمل فيه كما وصفنا فى العبد اذا جرح رجلا واحدا فعفا عنه يعنى انه ان كان قيمة النصف عشرة آلاف لايقع الدور فى الدفع ولا يقع فى الفداء وان كان قيمة النصف أقل من عشرة آلاف لايقع الدور فى الدفع ويقع فى الفداء وان كانت قيمته أكثر من عشرة آلاف فان الدور يقع فى الدفع ولا يقع فى الفداء لان نصف العبد مدفوع بالجناية الثانية مستحق بها والنصف كان مستحقا بالجناية التى وقع العفو عنها وموجب تلك الجناية عشرة آلاف فصار حكم هذا النصف وحكم عبد جنى جناية سواء فيما بينا ولو أن عبدين لرجل جرحا رجلا فعفا عنهما المجروح فى مرضه ثم مات وقيمتهما سواء عشرة آلاف أو أكثر قيل لسيدهما ادفع ثلثيهما أو افده ذلك بثلثى الدية وهذا صحيح فيما اذ كانت قيمتهما عشرة آلاف فأما اذا كانت قيمتهما أكثر من عشرة آلاف فانما يصح الجواب فى الفداء ولا يصح فى الدفع لان العبدين اذا كانا لواحد وجرحا رجلا واحدا كان حكمهما حكم عبد واحد جرح رجلا فان كانت قيمته عشرة آلاف لايقع الدور في الدفع ولا فى الفداء ولكن يدفع ثلثيه أو يفدي ثلثيه بثلثى الدية وان كانت قيمته أكثر يقع الدور فى الدفع فكذلك في العبدين ولو كانت قيمة أحدهما عشرة آلاف وقيمة الآخر خمسة آلاف فمات الذى قيمته عشرة آلاف واختار الدفع فانه يدفع أربعة أخماس الباقى أو يفديه بأربعة اخماس نصف الدية والسبيل ان تبين الجواب قبل موت أحدهما ثم تبنى عليه الجواب بعد موت أحدهما فتقول العبد ان هنا فى الحكم كعبد واحد لانهما لرجل واحد جنيا على واحد فصارا كعبد واحد قيمته خمسة عشر ألفا ثم السبيل أن تأخذ ضعف الدية فتضمه الى القيمة فيصير خمسة وثلاثين ألفا ويجب الدفع فيما بازاء الضعف وذلك أربعة اسباعه ويصح العفو فى ثلاثة اسباع العبد وذلك في الحكم بمنزلة سبعين لان الدية مثل ثلثي القيمة فانما يعتبر تنفيذ الوصية من الاصل فاذا سلم للمولي ثلاثة أسهم وذلك فى معنى سهمين ودفع الى الورثة أربعة أسهم من العبد استقام الثلث والثلثان ثم لما مات أحدهما فقد صار المولى

مستوفيا الوصية فيه فانما يقسم الباقي على حق الورثة وعلى مابقي من حق المولى فتقول حين
مات الذى قيمته عشرة آلاف فانما يضرب الوارث فى الباقي بأربعة أسهم والمولى بسهم لان
وصيته بالعفو كانت تجوز في سهم واحد من العبد الاوكس فيصير هذا العبد على خمسة أسهم
يدفع أربعة اخماسه الي الورثة ويبقى له من هذا العبد سهم وتبين انه صار مستوفيا من العبد
الآخر سهما فيحصل تنفيذ الوصية فى سهمين ويسلم للوارث أربعة وكذلك ان اختار الفداء
لان قيمة العبد والدية سواء فان قيمة العبد خمسة آلاف وقيمته من الدية خمسة آلاف *ولو
مات الذى قيمته خمسة آلاف وبقي الآخر فان اختار المولي الدفع دفع ثلثيه لان الذى مات قد
صار المولى مستوفيا لوصيته فانما يضرب الورثة فى الباقي باربعة والمولى بسهمين لان له وصية
فى هذا العبد سهمين فيكون على ستة أسهم سهمين للمولي من هذا العبد وهو فى الحكم كانه
السهم لان المعتبر مافيه من الدية وهو خمسة آلاف قيمته وذلك نصف لحصل للورثة من هذا
العبد أربعة وللمولى فى الحكم سهم وله من العبد الآخر سهم فيستقيم الثلث والثلثان ومن حيث
الدراهم سلم للورثة ثلثى هذا العبد وقيمته ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان للمولى
بالوصية من هذا العبد ثلث نصف الدية ومن العبد الآخر ثلث نصف الدية أيضا فيكون ذلك
ثلاثة آلاف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيستقيم الثلث والثلثان ولو أن عبدين لرجلين
لكل واحد منهما عبد جرحا رجلا وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر عشرون ألفا فعفا عن الذى
قيمته ألف جاز عفوه ويدفع الآخر عبده أو يفديه بنصف الدية لانا نتيقن بخروج الوصية
من الثلث فان مولى الآخر ان اختارا لدفع يسلم للورثة عشرين ألفا وان اختار الفداء يسلم
للورثة خمسة آلاف ففي الوجهين جميعا هو خارج من الثلث وان لم يعف عن هذا ولكن عفا
عن الذي قيمته عشرون ألفا فانه يجبر المولي الذى قيمة عبده ألف حتى ينظر أختار الدفع أم
الفداء حتى يتبين مال الميت فان اختار الدفع فدفعه كان هذا بمنزلة مال خلفه الميت فكان
المجروح ترك الف درهم فيقال لمولى العبد الارفع تختار الدفع أو الفداء فان اختار الدفع دفع
من عبده مايساوى ستة آلاف وهو خمس العبد ونصف خمسه وصار العفو فيما بقي وذلك من
الدية ثلاثة آلاف وخمسمائة لان فيه نصف الدية فحصة ماجاز فيه العفو ثلاثة اخماس نصف
الدية ونصف خمسه وهذا لانك تأخذ ضعف الدية وهو عشرة آلاف فان فى هذا العبد
من الدية خمسة آلاف فيضم ضعفه الى القيمة فيصير ثلاثين ألفا فما أصاب حصة الضعف

من العبد وهو خمس العبد ونصف خمسه لان كل خمس من الثلاثين يكون ستة ونصف الخمس ثلاثة ثم انظر الى العبد كم يكون قيمة خمسه ونصف خمسه وقيمة العبد عشرون ألفا فخمسه أربعة آلاف ونصف خمسه ألفان فيكون جملة ذلك ستة آلاف فيدفع ذلك القدر الى الورثة وقد سلم الالف لهم فذلك سبعة آلاف وقد نفذنا الوصية فى ثلاثة أخماس نصف الدية ونصف خمسه مقدار ذلك ثلاثة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان * وان اختار الفداء فدى منه قدر ثلاثة أخماسه بثلاثة اخماس الدية وهو ثلاثة آلاف فيصير فى يد الورثة مع العبد الآخر أربعة آلاف وقد نفذنا الوصية له فى خمسى نصف الدية وذلك ألفان فيستقيم الثلث والثلثان وفى الحاصل هذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يختار صاحب العبد الاوكس الدفع أو الفداء واما أن يختار صاحب العبد الارفع الدفع أو الفداء وفى الكتاب ذكر ما اذا اختار صاحب الاوكس الدفع ثم اختار صاحب الارفع الدفع أو الفداء ولم يذكر ما اذا اختار صاحب الاوكس الفداء واوجه فى ذلك أن تقول اذا اختار الفداء فانما يفدى عبده بخمسة آلاف ويصير كأن الميت ترك خمسة آلاف فان اختار الآخر الدفع قسم على الضعف وعلى القيمة فخذ ضعف الدية عشرة آلاف ضمه الى القيمة فيصير ثلاثين ألفا فما أصاب صاحب حصة الضعف دفعه الا مقدار خمسة آلاف فان ذلك المقدار سقط عنه باعتبار وجوده فى يد الورثة ويكون الذى يدفع منه خمسة أجزاء من ثلاثين جزأ وهو سدس العبد قيمته ثلاثة آلاف وثلث ألف فيصير فى يد الورثة ثمانية آلاف وثلث ألف وقد جوزنا العفو فى خمسة اسداس الارفع مقداره خمسة اسداس نصف الدية أربعة آلاف وسدس ألف فيستقيم الثلث والثلثان وان اختار صاحب الارفع الفداء كان مال الموصى الدية عشرة آلاف فتجوز وصيته فى ثلث ذلك وهو ثلاثة آلاف وثلث ألف ويدفع ما بقى الى تمام خمسة آلاف وذلك ألف وثلثا ألف فيصير للورثة ستة آلاف وثلثا ألف وهذا لانه لا يظهر زيادة فى مال الميت هنا باختيارهما جميعا الفداء وهو أقل المالين ولا يقع الدور فيه والله أعلم بالصواب

باب العفو والوصية

(قال رحمه الله) ولو أن عبدا جرح رجلا خطأ فعفا عنه المجروح فى مرضه وأوصى لرجل بثلث ماله وقيمة العبد عشرة آلاف فاختار المولى الدفع دفع خمسة أسداسه لانه أوصى

لمولى الجارح بجميع عبده حيث عفا عنه والعفو لا يجوز فيما زاد على الثلث فى مرضه فيصير كأنه أوصى للمولى بالثلث وللآخر بالثلث فيكون ثلث ماله بينهما نصفين لكل واحد منهما سدس العبد ودفع خمسة أسداسه فيأخذ الموصى له بالثلث سدسه ويسلم للورثة أربعة أسداسه فيستقيم الثلث والثلثان وهذا الجواب على أصل أبى حنيفة رحمه الله خاصة لان من أصله أن الموصى له بجميع المال لا يضرب الا بالثلث فيكون الثلث بينهما نصفين وأما عندهما ينبغى أن يضرب الموصى له بسهم واحد ويضرب المولى بثلاثة أسهم وهو جميع المال فيصير الثلث بينهما على أربعة فصار العبد كله اثنى عشر فانما يدفع ثلاثة أرباع العبد وهو تسعة ويسلم للمولي ثلاثة ويأخذ صاحب الثلث من التسعة سهما واحـدا ويبقى للورثة ثمانية أسهم وكذلك اذا اختار الفداء لان ماله فى حال الدفع والفداء واحد لا يختلف وقد جرى هذا الباب الى آخره على نحو هذا وقال فى آخره وعلى هذا جميع هذا الوجه على قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله ولا وجه لذلك الا أن يقال هذا يكون رواية عنهما مثـل قول أبى حنيفة أن الموصى له بالجميع عنـد عدم الاجازة لا يضرب بما زاد على الثلث ولو كانت قيمته خمسة آلاف فان اختار الدفع فالجواب كذلك لانه لا يقع الدور عند اختيار الدفع اذا كانت قيمته أقل من عشرة آلاف فان اختار الفداء فدي خمسة أسباعه بخمسة أسباع الدية أربعة للورثة وسهم للموصى له لانه لو لم يكن من العافى وصية سوى العفو كان الطريق عند اختيار الفداء أن يضم ضعف القيمة الى الدية فيصير عشرين ألفا ثم يفدى ما بازاء الضعف وذلك نصف الدية فلما كان للآخر وصية من مثل وصيته وجب أن يزاد مثل وصيته لمكان حق الموصى له وذلك خمسة آلاف ويزاد ضعف ذلك لمكان حق الورثة لانه اذا أراد الوصية يزاد ضعف ذلك فيصير كله خمسة وثلاثين ألفا ثم يفدى حصة الضعفين وحصة الوصية فذلك خمسة وعشرون وهو خمسة أسباع العبد فان كل سبع من خمسة وثلاثين خمسة فيأخذ الموصى له بثلث المال سبع الدية والورثة أربعة أسباعه وقد جاز له العفو فى سبعى العبد فيستقيم الثلث والثلثان وأشار فى الاصل الى طريق آخر فقال السبيل ان تنظر الى الدية فتزيد عليها مثل مالو ترك المجروح من المال لكان يجوز العفو و لوصية كلاهما ثم تفدى ذلك القدر لان بانعدامه امتنع تنفيذ كلا العفو والوصية وذلك خمسة وعشرون ألفا لان الميت لو كان له خمسة وعشرون ألفا جازت الوصية والعفو لانه يسلم للمولى العبد وقيمته خمسة الاف ويأخذ صاحب الثلث خمسة آلاف ويبقي للورثة

عشرون ألفا فلما كان بوجود خمسة وعشرين ألفا يكون امكان تنفيذ الوصيتين فيجب أن يضم ذلك المقدار على الدية ثم يضم على ذلك * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل أن تجعل العبد دينارا ودرهما فتجيز العفو فى الدينار وتفدي الدرهم بمثله ويصير فى يد الورثة درهمان تعدل خمسة دنانير لان حاجة الورثة الى أربعة دنانير وحاجة الموصى له بالثلث الى دينار فاقلب الفضة وعد الى الاصل فقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما الدرهم خمسة والدينار اثنان فذلك سبعة أجزنا العفو فى الدينار وذلك سهمان وفدى الدرهم وذلك خمسة أسهم بمثله وذلك عشرة ثم يسلم للموصى له بالثلث سهمان وثمانية للورثة * وطريق الجبر فيه أن تجعل العبد مالا وتجيز العفو في شئ وتبطله فى مال الا شيأ فتفديه بمثله وذلك مالان الا شيئين يعدل خمسة أشياء وبعد الجبر مالان يعدل سبعة أشياء فالمال الواحد يعدل ثلاثة أشياء ونصفا وقد جوزنا العفو فى شئ منه وشئ من ثلاثة ونصف سبعاه فعرفنا ان العفو انما جاز فى السبعين وطريق الخطأين فيه أن تجعل العبد على سبعة وتجيز العفو فى أربعة وتبطله فى ثلاثة ثم تفدى ذلك بمثليه فيصير فى يد الورثة ستة وانما حقهم مع حق الموصى له فى عشرين أربعة للموصى له وستة عشر للورثة فقد ظهر الخطأ بنقصان أربعة عشر فعد الى الاصل وأجز العفو فى ثلاثة أسباعه وأبطله فى أربعة أسباعه فيفدى ذلك بثمانية وحاجة الورثة مع الموصى له الى خمسة عشر فيكون للموصى له ثلاثة وللورثة اثنا عشر فقد ظهر الخطأ الثانى بنقصان سبعة وكان الخطأ الاول بنقصان أربعة عشر فلما نقصنا سهما ارتفع من الخطأ سبعة يجب أن تنقص سهما آخر ليرتفع جميع الخطأ فتجيز العفو فى السبعين وتبطله فى خمسة أسباعه فيفدى ذلك بمثليه وهو عشرة أسهم للموصى له من ذلك سهمان وللورثة ثمانية فقد نفذنا الوصية فى أربعة أسهم وسلم للورثة ثلاثة أسهم فاستقام الثلث والثلثان * ولو كانت قيمة العبد ستة آلاف فانه يفدى ثلاثة أرباعه بثلاثة ارباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة ستة آلاف منها للورثة وألف وخمسمائة للموصى له لانه لو لم يكن هنا وصية سوى العفو لكان يؤخذ ضعف القيمة ويضم الى الدية فيصير اثنين وعشرين ألفا ثم تفدى حصة الضعف وذلك ستة أسهم من أحد عشر فلما كان هنا وصية مثل العفو وجب أن يزداد على اثنين وعشرين ألفا مثل القيمة لمكان الوصية وذلك ستة آلاف ومثلى ذلك لمكان حق الورثة فتصير الجملة مائة وأربعين ألفا فيجب عليه أن يفدى حصة الضعفين وحصة الوصية وذلك ثلاثون من أربعين فيكون ثلاثة ارباع العبد

وقيمته أربعة آلاف وخمسمائة يفديه بمثله ومثل ثلثيه لان الدية من القيمة هكذا فذلك سبعة آلاف وخمسمائة ويسلم للمولى بالعفو ربع العبد قيمته ألف وخمسمائة ويأخذ الموصى له بالثلث مثل ذلك ألفا وخمسمائة فحصل تنفيذ الوصيتين فى ثلاثة آلاف ويسلم للورثة ستة آلاف فيستقيم الثلث والثلثان وهو يخرج مستقيما على الطريق الآخر الذى أشار اليه محمد رحمه الله فى الاصل وعلى طريق الحساب على النحو الذى ذكرنا فى الفصل الاول ولو كانت قيمته ألف درهم فانه يفدى ثلث العبد بثلث الدية ويأخذ الموصى له من ذلك ستمائة وستة وستين وثلثين ويسلم للورثة ألفان وستمائة وستون وثلثان لانه لو لم يكن هنا وصية لكان يؤخذ ضعف القيمة ألفان فيضم الى الدية فيكون اثنى عشر ألفا ثم يفدى حصة الضعف وهو السدس فلما أوصى بثلث ماله وجب أن يؤخذ مثل القيمة لمكان الموصى له وهو ألف ويؤخذ ضعف ذلك لحق الورثة ويزيد كله على الدية فيصير خمسة عشر ألفا ثم يفدى حصة الضعفين وحصة الوصية وذلك خمسة من خمسة عشر وهو الثلث فصار للمولى بالعفو ثلثا العبد قيمته ستمائة وستة وستون وثلثان وقد فدى ثلاثة بثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلث ألف فيأخذ الموصى له بالثلث ثلث الالف ويبقى للورثة ألفان وثلثا ألف وقد نفذنا الوصيتين فى ألف وثلث ألف فاستقام الثلث والثلثان ولو كانت قيمة العبد ألف درهم وأوصى لرجل بربع فدى أربعة أجزاء وربع جزء من أربعة عشر جزأ وربع جزء من العبد بحصة ذلك من الدية لانك تأخذ ضعف القيمة وذلك ألفان وتأخذ ثلاثة ارباع القيمة لاجل الموصى له لان الوصية مثل ثلاثة ارباع وصية صاحب العفو فانه أوصى له بربع المال والربع مثل ثلاثة ارباع الثلث فخذ ثلاثة ارباع الالف لاجل الموصى له وضعف ذلك لاجل الورثة فذلك كله ألفان وربع الالف ضم هذا كله الى الدية مع ضعف القيمة فتكون الجملة أربعة عشر ألفا وربع ألف ثم يفدى ما بازاء الضعفين ومابازاء وصية صاحب الربع وذلك جزء وربع جزء من أربعة عشر جزأ وربعا بحصته من الدية فيحصل للورثة ثلاثة أجزاء ونصف من أربعة عشر وربع وللموصى له ثلاثة ارباع سهم من أربعة عشر وربع من الدية أو تقول بطل العفو فى أربعة وربع من أربعة عشر وربع من العبد ويفديه بعشرة أمثاله وذلك اثنان وأربعون ونصف فيكون للموصي له سبعة ونصف وللورثة خمسة وثلاثون وقد أجزنا العفو فى عشرة وأعطينا للموصى له ثلاثة ارباع ذلك وهو سبعة ونصف فقد نفذنا الوصية له فى سبعة عشر ونصف وسلم للورثة خمسة

وثلاثون فاستقام الثلث والثلثان ولو أوصى بالسدس وقيمة العبد ألفان فدي سبعة أجزاء من سبعة عشر جزأ من العبد بحصته من الدية فيكون للموصى له جزء وللورثة سبعة أجزاء لانك تزيد على الدية ضعف القيمة وذلك أربعة الاف لمكان العفو وتزيد عليه مثل نصف القيمة لحق الموصى له بالسدس لان حقه مثل نصف حق صاحب العفو تزيد عليه ضعف ذلك لحق الورثة وذلك ألفان فبلغ الضعفين والوصية سبعة آلاف فاذا ضممت ذلك الى الدية يصير سبعة عشر ألفا فيفدى من ذلك حصة الضعفين والوصية وذلك سبعة أجزاء من سبعة عشر جزأ من العبد بخمسة أمثالها لان الدية خمسة أمثال القيمة وخمسة أمثال السبعة يكون خمسة وثلاثين فيأخذ الموصى له بالسدس من ذلك خمسة وقد سلم له صاحب العفو عشرة فحصل تنفيذ الوصيتين في خمسة عشر وقد سلم للورثة ثلاثون * وعلى طريق الدينار والدرهم تجعل العبد دينارا ودرهما وتجيز العفو فى الدينار ثم تفدى الدرهم بخمسة أمثاله فذلك خمسة دراهم فصار فى يد الورثة خمسة دراهم تعدل ثلاثة دنانير ونصفا وللورثة ثلاثة دنانير وللموصى له بالسدس نصف دينار اضعفه لمكان الكسر فيصير عشرة دراهم تعدل سبعة دنانير ثم عد الى الاصل وقد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فذلك سبعة عشر الدينار عشرة والدرهم سبعة ثم صححنا العفو فى الدينار وذلك عشرة وأبطلناه فى الدرهم وهو سبعة فنفديه بخمسة أمثاله وذلك خمسة وثلاثون فيكون للموصى له خمسة وللورثة ثلاثون * وعلى طريق الجبر السبيل أن تجيز العفو فى شئ وتبطله فى مال الا شيأ فتفديه بخمسة أمثاله فيصير فى يد الورثة خمسة أموال الا خمسة أشياء تعدل ثلاثة أشياء ونصف شئ وبعد الجبر خمسة أموال تعدل ثمانية أشياء ونصف شئ وفيه كسر فاضعف فيصير عشرة أموال يعدل سبعة عشر شيأ والمال الواحد يعدل شيأ وسبعة أجزاء من عشرة من شئ فقد انكسر بالاعشار فاضربه فى عشرة فتبين أن العفو انما صح فى عشرة أسهم من سبعة عشر من العبد وانه يفدى سبعة أجزاء بخمسة أمثاله من الدية والتخريج كما بينا * رجل وهب عبد الرجل فى مرضه ثم ان العبد قتل الواهب خطأ ولا مال للواهب غير ذلك فان الموهوب له يخير بين الدفع والفداء لانه مالك العبد وتصرف المريض فيما يحتمل النقص يكون نافذا قبل موته فان اختار الدفع دفع العبد كله نصفه بحكم نقص الهبة ونصفه بالجناية لان الهبة فى ثلث العبد جائزة فى ثلث العبد ثم يدفع الموهوب له ذلك الثلث بالجناية فيزداد مال الواهب وهو السهم الدائر فتطرح من أصل نصيب الورثة سهما وتجعل العبد على

سهمين فتصح الهبة فى أحدهما فتدفعه بالجناية فيحصل للورثه سهمان وقد نفذنا الهبة فى سهم فاستقام ويستوى ان قلت قيمته أو كثرت عند اختيار الدفع وان اختار الفداء فان كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل فالهبة جائزة فى جميع العبد لأنه اذا فداه بعشرة آلاف كان العبد خارجا من الثلث * وان كانت قيمته ستة آلاف جازت الهبة فى ثلاثة أرباع العبد لانا نجعل العبد فى الاصل ثلاثة أسهم ونجيز الهبة فى سهم ثم نفدى ذلك السهم بمثله ومثل ثلثيه لان الدية من القيمة هكذا فيزداد فى مال الواهب سهم وثلثان فالسبيل أن تطرح من نصيب الواهب سهما وثلثين فيبقى ثلث سهم ونصيب الموهوب له سهم فاذا جعلت كل ثلث سهما صار العبد على أربعة نصيب الموهوب له ثلاثة فتجوز الهبة فى ثلاثه أسهم من أربعة ثم تفدى ذلك بمثلها ومثل ثلثيها وذلك خمسة فيصير لورثة الواهب ستة أسهم لانا نفذنا فيه الوصية* وعلى الطريق الآخر الذى تقدم بيانه تقول لو كان للميت ألفان سوى العبد لكانت تجوز الهبة فى جميع العبد لانه يفديه بالدية الكاملة عشرة آلاف فيسلم للورثة اثنى عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى ستة آلاف فيبطل من الهبة بحساب ما عدمناه وهو ربع الجملة اذا ضممت الالفين الى القيمة فنفذنا الهبة فى ثلاثة أرباع قيمته أربعة آلاف وخمسمائة ثم نفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وهو سبعة آلاف وخمسمائة فاذا ضممت اليه ربع العبد وقيمته ألف وخمسمائة كان تسعة آلاف ضعف ما نفذنا فيه الهبة ولو كانت قيمته عشرة آلاف واختار الفداء جازت الهبة فى النصف لان الدية مثل العبد فحكم الدفع والفداء فيه سواء ولو كانت قيمته عشرين ألفا جازت الهبة فى خمس العبد لانا نجعل العبد على ثلاثة ونجوز الهبة فى سهم ثم نفدي ذلك السهم بمثل نصفه لان الدية مثل نصف العبد فانما يزداد مال الواهب بنصف سهم فيطرح من نصيب الواهب نصف سهم يبقى سهم ونصف سهم ونصيب الموهوب له سهم فاذا ضعفت الكسر بالانصاف صار العبد على خمسة وانما تجوز الهبة فى خمسه مقدار ذلك ثمانية آلاف وتبطل فى ثلاثة أخماسه مقدار ذلك اثنا عشر ألفا ثم تفدى الخمسين بخمسى الدية اربعة آلاف فاذا ضممت ذلك الى ثلاثة أخماس العبد يسلم للورثة ستة عشر ألفا وقد نفذنا الهبة فى ثمانية آلاف فاستقام* ولو كانت قيمته ثلاثين ألفا جازت الهبة فى ثلاثة أثمانه لانا نجعل العبد على ثلاثة ونجيز الهبة فى سهم ثم نفدى ذلك بثلث سهم فاطرح من نصيب الواهب ثلث سهم يبقى له سهم وثلثا سهم وللموهوب له سهم فاذا جعلت كل ثلث سهما صار نصيب وارث الواهب خمسة ونصيب الموهوب له

ثلاثة فيكون العبد على ثمانية ثم يفدى الموهوب له الثلاثة بسهم فيصير للورثة ستة وقد نفذنا الهبة فى ثلاثة * ولو أن رجلا وهب لرجل عبدا فى مرضه وقيمة العبد عشرة آلاف ثم ان العبد قتل الواهب خطأ وعلى الواهب دين فان كان عشرة آلاف أو أكثر فالهبة باطلة لان العبد كله مشغول بالدين وبطلت بالجناية أيضا لانه جنى على مولاه فان كان الدين خمسة آلاف رد ثلاثة أرباعه لان نصف العبد مشغول بالدين فلا تجوز الهبة فيه ونصفه فارغ فاجعل ذلك النصف كعبد على حدة فتجوز الهبة فى نصف ذلك النصف كما فى الفصل الاول * ولو كان عليه من الدين ستة آلاف جازت الهبة فى خمس العبد ونفديه بخمس الدية لان الهبة تبطل بحصة الدين وذلك ثلاثة أخماس العبد بقي من العبد خمساه قيمته أربعة آلاف فاذا جعل ذلك القدر كأنه عبد على حدة نرد نصف ذلك بحكم نقض الهبة ونجوز الهبة فى نصفه وهو ألفا درهم فنفديه بذلك القدر من الدية لان الدية هنا مثل القيمة فيستوى حكم الدفع والفداء والاصل فيه أن ننظر الى حصة الدين فنبطل الهبة بقدره ثم نجوز الهبة فى نصف الباقى سواء اختار الدفع أو الفداء لانهما سواء * وان كان الواهب ترك مالا فان التركة تضم الى قيمة العبد ثم تنفذ الهبة من جملة ذلك وبيانه أنه لو ترك الواهب خمسة آلاف فان الهبة تجوز فى ثلاثة أرباعه لان مال الميت خمسة عشر ألفا فاجعلها على ثلاثة أسهم فاجز الهبة فى سهم وأبطلها فى سهمين ثم تدفع ذلك السهم فيزداد مال الواهب فنطرح من نصيب الواهب سهما فصار المال كله على سهمين ثم تجوز الهبة فى سهم وماله خمسة عشر ألفا فانما تجوز الهبة فى نصف ذلك وهو ثلاثة أرباع العبد قيمته سبعة آلاف وخمسمائة * ولو كان ترك الواهب عشرة آلاف جازت الهبة فى جميع العبد لانك تجعل مال الميت بعد طرح سهم الدور على سهمين فيكون نصف ماله مثل العبد فلهذا جازت الهبة فى جميع العبد لانك تجعل مال الميت بعده فيسلم للورثة عشرون ألفا وقد نفذنا الهبة فى عشرة آلاف فاستقام * ولو أن مريضا وهب عبده لرجل وقيمته ألف درهم ثم قتله العبد ثم أعتقه الموهوب له أو باعه فان كان يعلم بالجناية فهو ضامن للدية وان لم يعلم فعليه القيمة لانه اذا كان عالما فهو مختار الدية واذا لم يكن عالما فهو مستهلك للعبد فى الموضع الذى كان مختارا للعبد خارجا من الثلث لان مال الميت أحد عشر ألفا وفى الموضع الذى كان مستهلكا يغرم قيمته وثلث قيمته لانه وجب عليه القيمة بسبب الجناية فيصير مال الميت ألفى درهم فتجوز الهبة فى ثلث ذلك وهو ثلثا العبد فيغرم ثلث القيمة

لعذر بعض الهبة فى ثلث العبد تصرفه وجميع القيمة بسبب الجناية وان كانت قيمة العبد خمسة آلاف فكذلك الجواب على ما خرجنا فان كانت قيمته أكثر من خمسة آلاف فان كان يعلم بالجناية تضم الدية الى الرقبة فتجوز الهبة له فى ثلث ذلك وبيانه ان كانت قيمته عشرين ألفا فان الدية تضم الى الرقبة فيصير مال الواهب ثلاثين ألفا تجوز الهبة للموهوب له فى ثلث ذلك وهو عشرة آلاف ويغرم ما بقي الى تمام قيمة العبد وهو عشرة آلاف فيسلم لورثه الواهب مع الدية عشرين ألفا وان كان لم يعلم بالجناية فانه يغرم عشرة آلاف درهم لان قيمة العبد فى الجناية لا تكون أكثر من ذلك كما لو كان مجنيا عليه فيصير مال الواهب ثلاثين ألفا غير عشرة فيسقط عن الموهوب له ثلث ذلك ولو مات العبد فى يد الموهوب له والقتل عمدا أو خطأ فهو سواء وجنايته هدر لان جنايته متعلقة برقبته فبالموت يبطل حكم الجناية ويبقى حكم الهبة فعلى الموهوب له أن يغرم ثلثي قيمته ولو أنه قتل الموهوب له ولم يقتل الواهب فان جنايته هدر لانه جنى على مالكه وكذلك لو قتل الواهب والموهوب له جميعا فجنايته على الموهوب له هدر وعلى الواهب معتبرة وصار كأنه لم يجن الا على الواهب فيخير ورثة الموهوب له بين الدفع والفداء كما لو كان يخير الموهوب له لو كان حيا ولو أن مريضا وهب عبده وقيمته ألف درهم فقتل العبد الواهب ورجلا أجنبيا قيل للموهوب له ادفع العبد اليهما أو افده فان اختار الدفع رد ثلاثة اخماسه على الورثة بنقض الهبة وتجوز الهبة فى خمسه ثم يقال له ادفع الخمسين الى ورثة الواهب وورثة الاجنبي بالجناية لان الهبة تجوز فى ثلث العبد وهو سهم من ثلاثة ثم يدفع ذلك السهم بالجناية اليهما فيقع فيه الكسر فيجعل على العبد ستة وتجوز الهبة فى سهمين ثم يدفع الى كل واحد منهما سهما بالجناية فيزداد مال الواهب بسهم فتطرح من نصيب ورثة الواهب سهما فيصير على خمسة ثم تجوز الهبة فى سهمين وتبطله فى ثلاثة ثم تدفع الى كل واحد منهما سهما فيصير للورثه أربعة مثلا ما نفذنا فيه الوصية ثم يقال للورثة ادفعوا الثلاثة الاسهم الى الاجنبي بالجناية لان الهبة لما فسخت فى تلك الثلاثة صارت جنايته على الواهب هدرا وعلى الاجنبي معتبرة فاذا دفع الورثة تلك الثلاثة أو فدوا رجعوا على الموهوب له بقيمة ذلك لان تلك الثلاثة الاسهم قد تلفت بسبب كان عند الموهوب له وفى ضمانه فصارت كأنها تلفت فى يده فان اختار الفداء فانه يفدى لكل واحد منهما بعشرة آلاف وكذلك ان اختار الفداء للواهب والدفع الى الآخر وان قال أنا أدفع الى

ورثة الواهب وأفدى لورثة الاجنبي فان الهبة تجوز فى خمسة وتبطل فى ثلاثة اخماسه وصارت المسئلة فى الحاصل على أربعة أوجه اما أن يختار الفداء اليهما أو الفداء للواهب والدفع الى الاجنبي أو كان على العكس فان اختار الدفع اليهما أو الى الاجنبي أو الى الواهب خاصة جازت الهبة فى خمسيه فان اختار الفداء اليهما وللواهب جازت الهبة فى الكل لان باختياره الفداء تظهر الزيادة فى مال الواهب على وجه تخريج العبد من الثلث فان اختار الفداء لهما وقيمته ستة آلاف فانه يرد ربع العبد ثم يفدى لكل واحد منهما ثلاثة ارباع الدية لانه لو قتل الواهب ولم يقتل الاجنبي جازت الهبة فى ثلاثة ارباعه عند اختيار الفداء فكذلك اذا قتل الاجنبي معه لان بحكم جناية الاجنبي لا يتغير مالم يتعين مقدار ماجازت الهبة فيه فاذا جازت الهبة على ثلاثة ارباعه فدى لكل واحد منهما بثلاثة ارباع الدية ويرد الهبة في ربع العبد فيقال لوارث الواهب ادفع الربع الي وارث الاجنبي أو افده بربع الدية لان حكم جنايته علي الواهب يقابل ذلك الربع لانه جنى على مولاه ولم يبق فى ذلك الربع الا جناية الاجنبي فيدفع الوارث أو يفديه ثم يرجع بالاقل على الموهوب له لانه تلف بسبب كان فى ضمانه ولو وهب عبده فى مرضه من رجل وقيمته خمسة آلاف أو أقل ثم ان العبد ورجلا أجنبيا قتلا الواهب خطأ فعلى الاجنبي خمسة آلاف لانه أتلف نصف النفس بجنايته ويقال للموهوب له ادفعه أو افده فان اختار الدفع دفعه كله بالجناية لان الهبة تجوز فى جميع العبد لان مال الولي هنا عشرة آلاف لان العبد قيمته خمسة آلاف ونصف الدية التى أخذت من الاجنبي خمسة آلاف فذلك عشرة آلاف فيحتاج أن يجعل مال الميت على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة فى سهم ثم يدفع ذلك بالجناية فيزداد مال الميت بسهم واحد فيطرح من نصيبه سهم فيصير ماله سهمين وتجوز الهبة فى سهم وهو نصف المال وماله عشرة آلاف فنصفه خمسة آلاف فتبين ان الوصية تجوز فى خمسة آلاف وهو العبد كله ثم يدفعه بالجناية فيصير للورثة عشرة آلاف مثلا ما نفذنا فيه الوصية فان اختار الفداء جازت الهبة فى جميع العبد لانه يفديه بخمسة آلاف وان اختار الدفع جازت الهبة فى جميع العبد أيضا لانه يفديه بخمسة آلاف فان العبد أتلف بجنايته نصف النفس فيصير مال الميت سوى العبد عشرة آلاف وتبين خروج العبد من الثلث ولو كانت قيمة العبد عشرة آلاف فاختار دفعه رد الربع بنقص الهبة ودفع ثلاثة ارباعه بالجناية لان مال الميت خمسة عشر ألفا العبد وقيمته عشرة آلاف ونصف الدية التى

أخذت من الاجنبي فذلك خمسة عشر ألفا اجعلها على ثلاثة أسهم واجبر الهبة في سهم ثم ادفعه بالجناية فيزداد مال الميت فاطرح من نصيب الميت سهما فيصير ماله على سهمين وتجوز الهبة في نصفه وذلك سبعة آلاف وخمسمائة وهو ثلاثة ارباع العبد ثم يدفع بالجناية فيصير للورثة خمسة عشر ألفا وان اختار الفداء فدي ثلاثة اخماسه بثلاثة آلاف ورد خمسه بنقص الهبة لانا نجعل المال كله وهو خمسة عشر على ثلاثة أسهم ثم نجيز الهبة في سهم ثم نفدي ذلك السهم بمثل نصيبه فيصير في يد الورثة سهمان ونصفا فاطرح من نصيبهم نصف سهم فبقي للورثة سهم ونصف وللموهوب له سهم واحد فذلك سهمان ونصف فقد وقع فيه كسر فاضعفه فيصير خمسة ثم جازت الهبة في خمس ذلك وهو ستة آلاف لان ماله خمسة عشر ألفا كل خمس ثلاثة آلاف وخمساه ستة آلاف وذلك ثلاثة أخماس العبد لان قيمة العبد عشرة آلاف فثلاثة أخماسه ستة آلاف ثم تفديه بمثل نصفه وذلك ثلاثه آلاف فيصير للورثة اثنى عشر ألفا مثلى ما نفذنا فيه الوصيه ويتيسر تخرجه على سائر الطرق أيضا وقد تركناه كراهية التطويل ولو وهب في مرضه عبدا لرجل وقبضه الموهوب له ثم جني على الواهب جناية خطأ فعفا عنها ثم مات منها وقيمة العبد ألف فاختار الموهوب له دفعه فانه تجوز الهبة في خمسه ويدفع أربعة اخماسه واعلم بانه جمع في هذا الفصل بين الهبة والعفو عن الجناية بعد ما ذكر فصولا في العفو عن الجناية خاصة ثم فصولا في الهبة من غير عفو عن الجناية فنقول اذا كانت الجراحة عمدا فالعفو صحيح لانه أبطل القصاص والقصاص ليس بمال وانما بقى حكم الهبة فيجوز في الثلث ويبطل في الثلثين فاما اذا كانت الجناية خطأ فانما تجوز الهبة للموهوب له في سهم ثم يجوز العفو في ذلك السهم أيضا فتصير وصيته سهمين فلا بد من أن يكون للورثة أربعة أسهم والسبيل أن نجعل العبد على خمسة فتصير الهبة في سهم ثم نجيز العفو في ذلك السهم أيضا ونبطل الهبة في أربعة فقد بطلت الجناية في تلك الاربعة فصار للورثة أربعة أسهم وللموهوب له سهما واحدا وهو في الحكم سهمان فيستقيم الثلث والثلثان * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل أن نجعل العبد دينارا ودرهما ونجيز الهبة في الدينار ثم نجيز العفو في ذلك الدينار ونبطل الهبة في الدرهم فيصير للورثة درهمان تعدل أربعة دنانير لانا نفذنا الوصية في الدينارين فاقلب الفضة وعد الى الاصل وقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما والدرهم أربعة والدينار واحدا وذلك خمسة ثم أجزنا الهبة في الدينار وذلك خمس العبد على ما بينا * وعلى طريق الجبر السبيل

أن نجيز الهبة فى شىء ثم نجيز العفو فى ذلك الشىء ونبطله فى مال الا شيأ فصار للورثة مال الا شىء يعدل أربعة أشياء وبعد الجبر يعدل خمسة أشياء وانما جوزنا الهبة فى شىء من خمسة وهو خمسه ويدفع أربعة اخماسه وان اختار الفداء فان الهبة تجوز فى جميع العبد ويفدى ثلاثة بثلث الدية لانه لو لم تكن هنا الهبة وكان العبد للموهوب له فجنى على المريض وعفا عنه فانه يجب عليه أن يفديه بسدس الدية للمعنى الذى بيناه انه يؤخذ ضعف القيمة فيضم الى الدية فيصير اثنى عشر ألفا ثم يفدى مابازاء الضعف وذلك السدس بسدس الدية فهنا لما كانت الهبة والعفو جميعا فقد اجتمعت الوصيتان فيجب أن يفديه بضعف ذلك السدس لمكان الهبة وسدس لمكان العفو فذلك ثلث الدية فيسلم للورثة ثلاثة آلاف وثلث ألف وقد نفذنا الوصية فى ألف وثلثى ألف ألف بالهبة وثلثا ألف بالعفو فيستقيم الثلث والثلثان ولو كانت قيمته أكثر من عشرة آلاف واختار الدفع فان كانت قيمته عشرين ألفا جاز العفو فى ربعه ودفع ثلاثة ارباعه لانه لو لم يكن هنا هبة كان يؤخذ ضعف الدية ويضم الى القيمة فيصير أربعين ألفا ثم يدفع مابازاء الضعف وهو نصف العبد فلما وجدت الهبة هنافالسبيل أن يوضع مثلاقيمةالعبد وهو أربعون ألفا على ذلك فيصير ثمانين ألفا ثم يدفع حصة ضعف القيمة وحصة ضعف الدية وهو ثلاثة ارباع العبد فيحصل فى يد الورثة ثلاثة ارباع العبد وقيمته خمسة عشر ألفا ويحصل فى يد الموهوب له ربع العبد بالهبة وذلك خمسة آلاف وفيه من الجناية التى جاز فيه العفو ألفان وخمسمائة فذلك سبعة آلاف وخمسمائة * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل فيه أن تجعل العبد دينارا ودرهما فتجيز الهبة فى الدينار ثم العفو فى نصف ذلك الدينار لان الجناية مثل نصف العبد وتبطل الهبةفى الدرهم فيصير مع الورثة درهم يعدل ثلاثة دنانيرلان تنفيذ الوصية كان فى الدينار ونصف الدينار للهبة والنصف للعفو فاقلب الفضة وعد الى الاصل وقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما فالدينار واحد والدرهم ثلاثة ثم أجزنا العفو فى الدينار وهو ربع العبد * وعلى طريق الجبر تجيز الهبة فى شىء ثم العفو فى نصف ذلك الشىء وتبطل الهبة فى مال الا شيأ وذلك يعدل ثلاثة أشياء وبعد الجبر المال يعدل أربعة أشياء وقد أجزنا الهبة فى شىء فذلك ربع العبد *ولو كانت قيمته ثلاثين ألفا فاختار الدفع دفع منه ثمانيةأجزاء من أحدعشر جزأ والوجه فيه ان تضعف الدية وهى عشرون ألفا والقيمةوهي ستون ألفا تضمها الى القيمة أيضا فتصير مائة ألف وعشرة فما أصاب حصة ضعف القيمة وضعف الدية يدفعه

وذلك ثمانون ألفا فيكون ثمانية اجزاء من أحد عشر جزأ من العبد وسلم له مابقي وان كانت قيمته أربعين ألفا فانه يدفع خمسة اسباع العبد وتجوز الهبة فى سبعه لانا نأخذ ضعف الدية فنضمه الى القيمة فيصير ستين ألفا ثم نزيد عليه مثل القيمة مائة ألف وأربعين ألفا فما أصاب حصة ضعف القيمة وضعف الدية وذلك مائة ألف يدفعه وذلك خمسة اسباع العبد كل سبع عشرون ألفا ثم نجيز الهبة فى سبعين والعفو فى نصف سبع فيحصل تنفيذ الوصية فى سهمين ونصف ويسلم للورثة خمسة * ولو كانت قيمته ألفا واختار الفداء فنقول لو لم يكن هنا العفو لجازت الهبة فى جميع العبد لانه يفديه بعشرة آلاف ويخرج العبد من الثلث ولو لم تكن الهبة وكان العفو بانفراده فكان يؤخذ ضعف القيمة ويضم الى الدية ثم يفدى حصة الضعف وهو السدس فاذا اجتمعا فلا بد من أن يفدى الهبة بسدس العبد فيصير الفداء كله فى الثلث لان الهبة مثل الوصية بالعفو فاذا فداه بالثلث حصل للورثة ثلث الدية وحصل للموهوب له ثلث العبد بالهبة وثلثاه بالعفو وهو نصف ماحصل للورثة فيستقيم الثلث والثلثان * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل أن تجعل العبد دينارا ودرهما ثم تجيز الهبة فى الدينار والدرهم لان العفو لا يتبين مالم تجز الهبة فى الكل ثم تجيز العفو فى الدينار وتبطله في الدرهم فتفدى الدرهم بعشرة أمثاله فيصير للورثة عشرة دراهم تعدل أربعة دنانير فاقلب الفضة وعد الى الاصل وقل قد كنا جعلنا العبد دينارا ودرهما والدرهم أربعة والدينار ثمانية فذلك اثنا عشر وقد أجزنا الهبة فى الدرهم وذلك أربعة ثم فداه بعشرة أمثاله وذلك أربعون فيستقيم الثلث والثلثان وهذا التخريج مادامت قيمة العبد أقل من خمسة آلاف * وان كانت قيمته خمسة آلاف أو أكثر فانا نجعل العفو كان لم يكن ونعتبر الهبة خاصة فنقول لو لم يكن العفو جازت الهبة فى الكل لانه يخرج من الثلث فلو أجزنا شيأ من العفو ينقص الفداء وباعتباره تنتقص الهبة واذا انتقصت الهبة انتقص ماله فلهذا أبطلنا حكم العفو عن الجناية * أو نقول لو لم يكن هنالك هبة لكان يفديه بنصف الدية للمعنى الذى قلنا انه يفدى بمقدار الضعف وهو النصف فاذا كان هنا هبة فلا بد من أن يفدى بمثله أيضا وذلك جميع الدية ولو وهب عبده فى مرضه لرجل فقتل العبد الواهب عمدا وله وليان فعفا أحدهما قيل للموهوب له ادفعه أو افده فان اختار دفعه رد ثلاثة اخماسه بنقض الهبة ويدفع أحد الخمسين الباقيين الى الذى لم يعف ويسلم له الخمس ويقتسم الاثنان الاربعة الاخماس بينهما على اثنى عشر سهما يضرب فيها الذى لم يعف

بسبعة والذى عفا بخمسة وفى المسئلة حكمان حكم بين الموهوب له وبين الوارثين وحكم فيما بين الوارثين فأما الحكم بينهما و بين الموهوب له فالسبيل أن يجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجيز الهبة فى سهم وتبطلها فى سهمين ثم يدفع نصف ذلك السهم بالجناية فوقع فيه كسر فضعفه فيصير ستة ثم تجيز الهبة فى سهمين وتبطلها فى أربعة ثم تدفع سهما واحدا بالجناية لانه عفا أحدهما وبقى حق الذي لم يعف فاذا دفع ذلك السهم بالجناية زاد مال الميت فتطرح من نصيب الورثة سهما فيصير العبد على خمسة ثم تجيز الهبة فى سهمين وتبطلها فى ثلاثة ثم تدفع سهما بالجناية فيصير للورثة أربعة مثلا ما نفذنا فيه الوصية وأما الحكم بين الوارثين فنقول التركة تقسم بعد تنفيذ الوصية على ما تقسم ان لو لم يكن هناك وصية ولو لم يكن هنا وصية لكان العبد بينهما نصفين لكل واحد منهما سهمان ونصف ثم السهم المدفوع بالجناية للذى لم يعف خاصة لان ذلك السهم بمنزلة مال على حدة فيصير للذى لم يعف ثلاثة أسهم ونصف وللذى عفا سهمان ونصف فضعفه فيصير نصيب الذى لم يعف سبعة أسهم ونصيب الذى عفا خمسة فذلك اثناعشر فتستقيم الاربعة الاخماس على ذلك وهذه المسئلة بعينها قد أوردها فى الاقرار وقد بيناها ثمة وان اختار الفداء فان كانت قيمة العبد ألف درهم فانه يفدى بخمسة آلاف درهم وتجوز الهبة فى الكل لان مال الميت صار ستة آلاف فيخرج العبد كله من الثلث ويقسم الخمسة آلاف بين الاثنين على اثني عشر سهما للذى لم يعف أحد عشر وللعافى سهم لانه لولم يكن هنا وصية لكانت الخمسة للذى لم يعف خاصة والعبد بينهما نصفان فبعد تنفيذ الوصية يضرب الذى لم يعف فى الباقى بخمسة آلاف وخمسمائة والعافى بخمسمائة فاذا جعلت كل خمسمائة سهما يصير ذلك اثنى عشر سهما وكذلك ان كانت قيمته ألفى درهم أو ألفين وخمسمائة جازت الهبة فى الكل لانه اذا فداه بخمسة آلاف صار مال الميت سبعة آلاف وخمسمائة فيكون ألفان وخمسمائة مقدار ثلث ماله فيخرج العبد من ثلثه ويقتسم الاثنان الخمسة آلاف يضرب فيها الذي لم يعف بنصف الدية وبنصف قيمة العبد والعافى بنصف قيمة العبد فيكون مقسوما بينهما على ذلك * وان كانت قيمته ثلاثة آلاف رد ربع العبد وصارت الهبة في ثلاثة أرباعه فيفديه بثلاثة أرباع نصف الدية لانا نجعل العبد على ثلاثة ونجيز الهبة فى سهم ثم نفدى ذلك السهم بمثله ومثل ثلثيه لان القيمة من نصف الدية هكذا فمقدار ما تجوز الهبة فيه منه ينبغى أن يفديه بذلك المقدار فيزداد مال الميت بسهم وثلثى سهم فاطرح من نصيب الورثة سهما وثلثى سهم فيبقى من نصيبهم ثلث سهم

ومن نصيب الموهوب له سهم فاذا جعلت كل ثلث سهما صار ذلك أربعة أسهم وقد جازت الهبة فى ثلثه مقدار ذلك ألفان ومائتان وخمسون وبطلت فى سهم فيفدى تلك الثلاثة بمثلها ومثل ثلثيها فيصير للورثة ستة مثل ما نفذنا فيه اوصية ثم تقسم ذلك الاثنان بينهما فيضرب فيه الذى عفا بنصف قيمة العبد والآخر بثلاثة أرباع نصف الدية ونصف قيمة العبد و نجعل ربع العبد سهما فى هذه القسمة نصفين يحتسب كل واحد منهما ما أصابه من ذلك مقدار حقه لان جنس المالين يختلف فلا يتأتى قسمة الكل دفعة واحدة فلا بد من أن يجعل ما بقي من العبد بينهما نصفان كما كان أصل العبد بينهما نصفين لو لم يكن هنا هبة وأجاز محمد رحمه الله فى الكتاب طريقا آخر قال السبيل أن يجعل كل ألف على ثلاثة أسهم فيصير نصف الدية خمسة عشر سهما ويصير العبد تسعة أسهم ثم نجيز الهبة فى ثلث العبد وهو ثلاثة أسهم ثم نفدي تلك الثلاثة بمثلها ومثل ثلثيها وذلك خمسة فتظهر الزيادة فى نصيب الورثة بخمسة أسهم فالسبيل أن نطرح من نصيبهم خمسة فيصير العبد أربعة أسهم للورثة سهم واحد وللموهوب له ثلاثة ثم نفدي تلك الثلاثة بمثلها ومثل ثلثيها وهو خمسة فيصير ستة مثلي ما نفذنا فيه الوصية فيستقيم الثلث والثلثان * ولو أن رجلا وهب فى مرضه عبدا من رجل ثم ان العبد قتل الواهب خطأ وله وليان فعفا عنه الوليان فان الموهوب له يرد نصف العبد ويجوز له النصف * والسبيل فيه أن ينظر انه لو لم يعف كان كم يدفع بالجناية وكم يدفع بحكم نقض الهبة فمقدار ما كان يدفع بحكم نقض الهبة يرد بعض العفو ومقدار ما كان يدفع بالجناية يسلم له لانهما لما عفوا فقد بطل حكم الجناية وانما بقى حكم الهبة فنقول لو لم يكن العفو لكان يدفع جميع العبد نصفه بحكم نقض الهبة فلما بطل حكم الجناية بالعفو رد النصف بحكم نقض الهبة ويسلم للموهوب له النصف وصار فى الحكم كأنه مات عن عبد ونصف ويسلم للموهوب له نصف العبد وللورثة نصف عبد فى الظاهر وفى الحكم عبد كامل لانهم استهلكوا نصفه بالعفو * ولو وهب عبده لرجل فى مرضه ثم ان العبد قتل عبدا للموهوب له وقيمتهما سواء فعفا عنه الاولياء فان الموهوب له يرد ثلثي العبد ويجوز له الثلث والجناية على عبده باطلة لانه جنى على عبد مالكه وجناية العبد علي مال مالكه خطأ تكون هدرا * ولو كان الميت ترك عبدين أحدهما الذى جنى والآخر الذى وهب فان عفو الاولياء بمنزلة قبضهم موجب الجناية ويرد الموهوب له نصف العبد ويسلم له النصف هكذا قال فى بعض النسخ وفى بعض النسخ

قال يرد ثلث العبد وسلم له الثلثان وهذا هو الاصح * وتفسير المسئلة أنه لو وهب لرجل عبدا فى مرضه ثم ان عبدا آخر للموهوب له جنى على الواهب ثم عفا الاولياء عنه فانه يجعل فى الحكم كأن الميت ترك عبدين لان الموهوب له كان مخاطبا بالدفع أو الفداء فلما عفا الاولياء صار فى الحكم كأنهم استوفوا وحصل للميت عبدين فنجوز الهبة فى الثلث وهو ثلثا عبد فتبطل فى ثلث عبد فيرد الثلث ويجعل للورثة ثلثا هذا العبد والعبد الآخر الذى سلم لهم بحكم الجناية فيسلم لهم عبد وثلث مثلا ما نفذنا فيه الوصية * فظهر أن الصحيح ما ذكره فى بعض النسخ أنه يرد ثلث العبد وهذا كله اذا كانت قيمته عشرة آلاف فان كانت قيمته عشرين ألفا وقد قتل العبد الواهب ولا مال له غيره فينبغى أن يعرف أنه لو لم يكن العفو كيف يكون حكمه حتى يبنى عليه عندالعفو فنقول لو لم يكن العفو لكان يسلم له الخمسان ثم يفدى ذلك بخمسى الدية لانا نجيز الهبة فى الثلث ثم نفدى ذلك بخمسى الدية لانا نجيز الهبة فى الثلث ثم نفدى ذلك الثلث بمثل نصفه فيكون العبد على ستة أسهم نجيز الهبة فى سهمين ونفديه بسهم فيصير للورثة خمسة فاطرح من نصيبهم سهما ويبقى للورثة ثلاثة وللموهوب له سهمان فصار العبد على خمسة وقد جازت الهبة فى خمسة ثم يفدى ذلك بسهم واحد فصير للورثة أربعة أسهم وهو يخرج مستقيما أيضا على الطريق الذى ذكره محمد رحمه الله فى المسئلة المتقدمة بأن نجعل كل ألف ثلاثة أسهم فصارت القيمة ستين والدية ثلاثين ثم نجيز الهبة فى الثلث وهو عشرون سهما ثم نفدى ذلك بعشرة وهو الدائر فيطرح من نصيب الورثة عشرة فصار العبد خمسين سهما وقد أجزنا الوصية فى عشرين وذلك خمسا العبد واذا أردت أن تعرف مقداره بالدرهم فقل قد أجزنا الهبة فى خمسى العبد وذلك ثمانية آلاف وبقى للورثة اثنا عشر ألفا ثم تفدى الورثة ذلك بخمسى الدية وذلك أربعة آلاف فيصير للورثة ستة عشر ألفا وهو مثلا ما نفذنا فيه الوصية فاذا عفوا لا يختلف الجواب لان أربعة آلاف من الفداء كأنها فى أيديهم اذا ضممت ذلك الى ما قبضوا يتبين ان السالم لهم ستة عشر ألفا * واذا وهب عبدا فى مرضه لرجل ثم ان العبد قتل الواهب خطأ وله وليان فعفا عنه أحدهما فانه يقال للموهوب له ادفع نصفه الى الذى لم يعف أو افده فان اختار الدفع دفع الى الذى لم يعف نصفه والى العافى ربعه ويبقى له الربع لانهما لو لم يعفوا كان يدفع جميع العبد اليهما نصفه بالجناية ونصفه بنقص الهبة ولو عفوا لكان يدفع اليهما نصفه بنقص الهبة ولا يدفع بالجناية شيأ فلما عفا أحدهما

وجب عليه أن يدفع الي الذى لم يعف نصفه ربعه بالجناية وربعه بنقص الهبة بمنزلة مالو لم يعفوا ويدفع الى العافى ربعه بنقص الهبة بمنزلة ما لو عفوا فان اختار الفداء فداه للذى لم يعف بخمسة آلاف وسلم له العبد كله اذا كانت قيمته قدر ثلث الدية أو أقل لانهما لو لم يعفوا لكان عند اختيار الفداء يسلم له كله بالهبة فلما عفا أحدهما بطل حقه فى الجناية وبقى حق الآخر فيفديه بنصف الدية وهو خارج من الثلث لان قيمته اذا كانت قدر ثلث الدية فمال الميت فى الحاصل عشرة آلاف فان الفداء خمسة آلاف وقيمة العبد ثلاثة وثلث ألف وقد استهلك العافى نصف موجب الجناية وذلك ألف وثلثا ألف فكأنه فى يده فيصير فى يد الموهوب له عبد قيمته ثلاثة آلاف وثلث وفى يد الورثة ستة آلاف وثلثان فلهذا سلم العبد للموهوب له وأما حكم القسمة فيما بين الاثنين أن تقول يضرب الذي لم يعف بالفداء وبنصف قيمة العبد والعافى يضرب بنصف قيمة العبد و بنصف قيمته أيضا لمكان العفو لانا جعلنا مال الميت الفداء وهو للذى لم يعف وعبدا بالهبة وهو بينهما ونصف عبد قد استهلكه الآخر بالعفو فيضرب هو به كما يضرب الآخر بالفداء وبيان ذلك أنه لو كانت قيمته ألفى درهم وقد اختار الفداء بخمسة آلاف فاجعل فى الحكم كأن الآخر استوفى نصف العبد وهو ألف درهم فيجمع الى نصف الدية فيصير ستة آلاف فيقسم بينهما على حساب ما لو لم يكن هناك وصية وذلك عبد بالميراث ونصف عبد ونصف الدية بالجناية فيضرب الذى لم يعف بنصف الدية و بنصف العبد وذلك ستة آلاف فاجعل كل ألف سهما والآخر يضرب بنصفي عبد وذلك ألفان فيكون الكل ثمانية نصيب العافى من ذلك ربع ستة آلاف وذلك ألف وخمسمائة وقد وصل اليه نصف العبد وهو ألف درهم بالعفو بقى حقه فى خمسمائة فيأخذ من الفداء خمسمائة ولو كانت قيمة العبد خمسة آلاف واختار الفداء بطلت الهبة فى ثلاثة ويرد ثلث العبد الى الوارثين ثم يفدي للذى لم يعف بثلث الدية لان العبد هنا لا يخرج كله من الثلث فانه حين كانت قيمته ثلاثة آلاف وثلث ألف استوي الثلث والثلثان فيما ذكرنا من الفداء فاذا جاوزت قيمته ذلك لم يخرج العبد كله من الثلث فلا بد من اعتبار معنى الآخر فيه والطريق فيه أن نجعل العبد على ثلاثة أسهم تجوز الهبة فى سهم وتبطل فى سهمين ويفدى السهم الذى جازت الهبة فيه بمثليه لان الدية ضعف قيمة العبد وقد جاز العفو فى نصف ذلك السهم فيفدى النصف الآخر بمثله وانما نجعل العبد على ستة لان الثلث انقسم على نصفين ثم نجيز الهبة فى سهمين و نفدى

أحدهما بمثليه فيصير فى يد الورثة ستة أسهم أربعة من العبد وسهمان من الدية وفى الحكم كأنه سبعة فان العافى قد استهلك سهما واحدا وهو محسوب عليه بمنزلة القائم فى يده فقد ازداد مال الميت بثلاثة أسهم لان حاجتهم الى أربعة لما نفذنا الهبة فى سهمين فهذه الثلاثة هى السهام الدائرة فنطرحها من نصيبهم يبقى فى أيديهم سهم من العبد وسهمان من الدية وسهم قد استهلكه العافى فذلك أربعة وقد نفذنا الهبة فى سهمين فيستقيم الثلث والثلثان وتبين بهذا ان العبد صار على ثلاثة أسهم وان الهبة انما بطلت فى ثلثه وصحت فى ثلثيه مقدار ذلك ثلاثة آلاف وثلث ألف ويفدى الثلث بثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلث ألف ويحصل للورثة ثلث العبد أيضا وقيمته ألف وثلثا ألف وقد استهلك العافى ثلثى ألف فذلك كله ستة آلاف وثلثا ألف فيستقيم الثلث والثلثان وأما بيان الحكم فيما بين الوارثين وهو أن يقسم ثلث الدية وثلث العبد بين الاثنين يضرب فيه العافى بنصف القيمة وثلث القيمة أيضا ويضرب الذى لم يعف بنصف القيمة وثلث الدية لان حق العافى فى مال الميت هو العبد الذى تركه الميت ونصف العبد الذى وصل اليه بالجناية فان الدية انما وجبت للذى لم يعف ولم يجب للعافى شئ من الدية فلهذا لم يضرب هو بشئ من الدية وانما الآخر هو الذى يضرب بنصف الدية وعلى الطريق الذى يشير اليه محمد رحمه الله فى الكتاب السبيل أن تجعل نصف الدية خمسة عشر سهما كل ألف على ثلاثة ونصف العبد الذى استهلكه العافى تسعة ونصفا ثم تجيز الهبة فى ثلث العبد وذلك خمسة أسهم لان العبد كله صار خمسة عشر سهما فاذا جازت الهبة فى خمسة يفدى ذلك بعشرة لان الدية ضعف القيمة فيزداد مال الورثة بخمسة أسهم وقد استهلك العافى نصف ذلك بالعفو وهو سهمان ونصف فاطرح من نصيب الورثة وهو عشرة سبعة أسهم ونصفا يبقى من نصيبهم سهمان ونصف ونصيب الموهوب له خمسة فاذا جعلت كل سهمين ونصف سهما يصير العبد على ثلاثة وانما تجوز الهبة فى ثلثه وتبطل فى ثلثيه ثم التخريج كما بينا ولو أن عبد الرجل قتل رجلا خطأ وله وليان فدفع نصفه الى أحدهما والآخر غائب ثم مات العبد ثم حضر الغائب ولا مال للمولى رجع الغائب على القابض بربع قيمة العبد لانه قبض نصفه لنفسه فكان مضمونا عليه وانما يسلم ذلك النصف له اذا سلم النصف الآخر لشريكه ولم يسلم ولا ضمان على المولى للغائب لان الحق فى النصف الباقى كان فى رقبة العبد وقد مات العبد فتبطل لفوات محله وحكم ضمان المولى لم يذكره فى الكتاب والاصح أن

يقال ان كان المولى دفع بقضاء القاضي فلا ضمان عليه وان كان دفع بغير قضاء القاضي فللغائب أن يضمن أيهما شاء ربع قيمة العبد فان شاء المولى بالتسليم وان شاء القابض بالقبض ولو كان المولى فدى النصف من الشاهد بنصف الدية والآخر غائب ثم مات العبد فانهما يقتسمان نصف الدية بينهما نصفين ثم يأخذان من المولى نصف الدية أيضا فيقتسمانه نصفين لانه اذا اختاره من أحدهما فهو اختيار من الآخر لان النفس واحدة فايهما حضر فهو خصم عن جميع الورثة ويجعل اختيار المولي الفداء بحضرة أحدهما بمنزلة اختياره الفداء بحضرتهما وهذا لان بالفداء يتحول الحق من الرقبة الى ذمة المولى ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد فأخذ السيد قيمته فانه يدفع نصف القيمة الى الغائب ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء قال رضي الله عنه واعلم بأن هذا الجواب في الظاهر متناقض لانه ذكر أولا ان اختياره الفداء من أحدهما اختيار من الآخر وتجب لهما جميع الدية ثم قال اذا قتل العبد بعد مافداه من أحدهما فانه يدفع نصف القيمة الي الغائب فينبغي على قياس الجواب الاول ان يدفع نصف الدية فأما أن تحمل المسئلة على روايتين كما هو في اختياره الدفع فان اختياره الدفع في حق أحدهما هل يكون اختيارا في حق الآخر فيه روايتان بيناهما في الصلح والجامع أو يقال فرق بين قتل العبد وموته كانه اذا مات فلم يوجد هنا شيء يقوم مقامه فيجعل حقهما متحولا الى الدية فأما اذا قتل فقد وجبت القيمة علي القاتل وهو قائم مقام العبد فيتحول من الآخر الى القيمة ويكون حقه في نصف القيمة وحق الاول في نصف الدية أو يقال يحتمل أن موضع المسئلة فيما اذا كانت قيمة العبد مثل الدية أو أكثر فلو دفع المولى نصف العبد الى أحدهما واختار الفداء في النصف الآخر فقد ذكر في الجامع ان اختيار دفع النصف الى أحدهما يكون اختيارا في حق الآخر وفي كتاب الصلح ذكر ان اختياره دفع ثلث العبد الى أحدهما بطريق الصلح لا يكون اختيارا في حق الآخر وقد وفق بعض مشايخنا رحمهم الله بين الروايتين فقالوا ماذكر في كتاب الصلح ان المصالحة تجوز بدون حقه وانما اختيار الدفع اليه بناء على هذا فاما اذا اختار دفع نصف العبد اليه يكون اختيارا في حق الآخر كما ذكره في الجامع ولكن يتبين بما ذكر هنا ان الجواب سواء وأن اختيار دفع النصف الى أحدهما لا يكون اختيارا للدفع في حق الآخر لانه يقول دفع النصف الى أحدهما اختيار الفداء في النصف الآخر فصارت المسئلة علي روايتين وجه تلك الرواية ان الاولياء يقومون مقام الميت والحق في الحاصل للميت فهم

جميعا كشخص واحد فى حق ذلك فيكون اختياره فى حق البعض اختيارا فى حق الكل
ووجه هذه الرواية هو أن الحق قد تفرق بين الوليين فصار لكل واحد منهما نصفه ويجعل
هذا فى الحكم كجناية العبد على شخصين فلا يكون اختيار الدفع فى نصيب أحدهما
اختيارا للدفع فى نصيب الآخر فاذا اختار الفداء فى نصيب الآخر وهو معسر لا يقدر على
شئ فانه يرجع على صاحبه بربع الدية الا أن يشاء صاحبه أن يعطيه نصف قيمة العبدان كان
مستهلكا وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا أن مذهبهما اذا كان معسرا كان اختياره
باطلا ويجبر على دفع العبد بالجناية فيصير الآخر ضامنا له نصف ما قبضه على وجه التملك
وهو ربع قيمة العبد الا أن يشاء أن يعطيه ربع الدية وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله اختياره
صحيح وان كان معسرا وقد بينا المسئلة فى الديات وانما حق الآخر فى ذمة المولى يطالبه به
اذا أيسر ولا سبيل على شريكه ولو وهب المريض عبده لرجل بثلث ماله وقيمته ألف درهم
فان اختار المولى الدفع دفعه كله خمسه بالجناية وأربعة اخماسه بنقض الهبة لان الهبة انما تجوز
فى سدس العبد ووصية الآخر بالسدس أيضا فان الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما فيه
وللورثة أربعة أسهم ثم يدفع السهم الذى جازت الهبة فيه بالجناية فيصير للورثة خمسة وحاجتهم
الى أربعة فظهرت الزيادة فى نصيبهم سهم وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من أصل حقهم
يبقي حقهم فى ثلاثة وحق الموصى له فى سهم وحق الموهوب له فى سهم فيكون العبد على خمسة
ثم يدفع الموهوب له خمسة بالجناية فيصير للورثة أربعة مثلا مانفذنا فيه الوصية ويصير فى الحكم
كان المريض مات عن عبد وخمس عبد على قياس ماتقدم من المسائل ثم هذا الجواب مبنى
على قول أبى حنيفة فأما عندهما ينبغى أن يضرب الموصى له بثلث العبد وبثلث خمس العبد
لان الميت فى الحكم انما ترك عبدا وخمسا فالموصى له بالثلث يضرب فى الثلث بجميع ذلك
والموهوب له يضرب بالثلث بجميع العبد كما هو مذهبهما ان الموصى له عند عدم اجازة الورثة
يضرب بجميع وصيته وان كان أكثر من الثلث وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يضرب الا
بمقدار الثلث فانما تتحقق المساواة بينهما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فعرفنا أن الجواب بناء
على مذهبه وان اختار الفداء فداه بجميع الهبة فان الهبة تصح بجميع العبد فان ماله فى الحاصل
أحد عشر ألفا الدية والعبد فيكون نصيب الموهوب له من الثلث مقدار قيمة العبد فلهذا
جازت الهبة فى جميعه فيفديه بعشرة آلاف ثم يعطى الموصى له بالثلث من الدية الى تمام الثلث

وثلث ماله ثلاثة آلاف وثلثا ألف وقد سلم للموهوب له مقدار ألف فيأخذ الموصي له من الدية ألفين وثلثي ألف ويسلم للورثة سبعة آلاف وثلث ألف وقد نفذنا الوصية فى ثلاثة آلاف وثلثى ألف فاستقام الثلث والثلثان وان كانت قيمته ألفى درهم فان اختار الدفع فالجواب كما بينا وان اختار الفداء فانه يفديه بجميع الدية لانه يصير مال الميت اثنى عشر ألفا فيكون ثلثه أربعة آلاف وللموهوب له نصف الثلث فعرفنا أن قيمة العبد لم تزد على مقدار حقه فلهذا جازت الهبة فى جميع العبد ويسلم للموصى له مابقى من الثلث وذلك ألفا درهم وللورثة ثمانية آلاف فيستقيم الثلث فان قيل هذا الجواب يحتمل أن أحدهما موصى له بثلث المال وذلك أربعة آلاف والآخر موصى له بالعبد وقيمته ألفان فكيف يجعل الثلث بينهما نصفين وحق أحدهما ضعف حق الآخر بل ينبغى أن يجعل الثلث بينهما اثلاثا قلنا هو كذلك فى الحقيقة وانما جعل الثلث بينهما نصفين للضرورة لانه لم لونقص حق الموهوب له احتاج الى نقص الهبة فى بعض الهبة وبقدر ذلك ينقص من الدية لانه انما يلزمه من الفداء بقدر ماتجوز فيه الهبة فاماماتنقص فيه الهبة من العبد لايجب على الموهوب له أن يفديه واذا انتقص الفداء انتقص حق الموصى له بالثلث فلم يبق هنا وجه سوى تصحيح الهبة فى جميع العبد ليفديه بجميع الدية فان فى ذلك توفير المنفعة على الموصى له بالثلث وحكى أن ابن جماعة رحمه الله كتب الى محمد رحمه الله حين كان بالرقة ان هذه المسئلة لا تخرج على الاصول المعروفة فكتب اليه محمد رحمه الله هو كما قلت وانما لم نعرف حسابا يتبين لنا به قدر مال الميت فانا كلما نقصنا الهبة فى شئ انتقص مال الميت بقدره فان كان عندك ذلك الحساب فمن علينا به وان كانت قيمته أكثر من الفين فان اختار الدفع رد أربعة أخماسه بنقص الهبة ويدفع الخمس بالجناية ويكون للموصى له خمس العبد لما بينا فى الفصل الاول فان الطريق عند اختيار الدفع لا يختلف وان قال انا افدى وقيمة العبد ثلاثة آلاف رد خمسة أثمانه بنقص الهبة وفدى ثلاثة أثمانه بثلاثة أثمان الدية ويعطى الموصي له بالثلث من الدية مثل ثلاثة أثمان العبد وما بقي فهو للورثة لان تجويز الهبة فى جميع العبد هنا غير ممكن فانه لا نفديه بأكثر من عشرة آلاف فصار مال الميت ثلاثة عشر ألفا فثلث ماله أربعة آلاف وثلث ألف فاذا جوزنا الهبة فى جميع العبد لم يبق للموصى له من الثلث الا ألف وثلث ولا يجوز أن تكون وصيته أقل من وصية العبد فاذا تعذر تنفيذ الهبة فى جميعه قلنا السبيل فى معرفة مقدار ما تجوز فيه الهبة أن تقول الهبة يكون على ستة أسهم

وانما تجوز الهبة فى سهم منه وهو نصف الثلث ثم يفدى ذلك السهم بثلاثة أمثاله ومثل ثلثه لان الدية من القيمة هكذا فان القيمة بثلاثة آلاف والدية عشرة آلاف فاذا فداه بذلك ازداد مال الميت بثلاثة أسهم وثلث * فالسبيل أن يطرح من أصل حقهم ثلاثة أسهم وثلث يبقى العبد على سهمين وثلثى سهم فانكسر بالاثلاث فاضربه فى ثلاثة فيكون ثمانية وحق الورثة فى سهمين وحق الموصى له فى ثلاثة وحق الموهوب له فى ثلاثة فلهذا جازت الهبة له فى ثلاثة أثمانه ثم يفدى ذلك بثلاثة أثمان الدية وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون ومن حيث السهام انما يفدى هذه الثلاثة بعشرة أسهم ثلاثة أمثاله ومثل ثلثه فيصير للورثة اثنا عشر وقد نفذنا الهبة لكل واحد منهما فى ثلثه فيستقيم الثلث والثلثان * وعلى الطريق الآخر تقول يجعل كل ألف على ثلاثة أسهم فتكون الدية ثلثين والعبد تسعة ثم يجوز للموهوب له الهبة فى سدس العبد فيفديه بسدس الدية وهو خمسة فيزداد نصيب الورثة والموصى له بهذه الخمسة * فالسبيل أن يطرح من نصيبهما خمسة يبقى لهما سهمان ونصف لان سهام العبد تسعة للموصى له سهم ونصف وللورثة ستة فذلك سبعة ونصف اذا طرحت منه خمسة يبقى سهمان ونصف فاضعفه فيصير حقهما خمسة وحق الموهوب له ثلاثة فلهذا صار العبد على ثمانية أسهم وانما تجوز الهبة فى ثلاثة أثمانه مقدار ذلك من الدراهم ألف ومائة وخمسة وعشرون ثم يفدى ذلك بثلاثة أثمان الدية وهو ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون فيأخذ الوصى له من ذلك ألفا وخمسمائة وخمسة وعشرين مثل ما سلم للموهوب له يبقى للورثة من الدية ألفان وستمائة وخمسة وعشرون ومن العبد خمسة أثمانه مقدار ذلك ألف وثمانمائة وخمسة وسبعون فاذا جمعت بينهما تصير أربعة آلاف وخمسمائة وذلك مثلا ما نفذنا فيه الهبة والوصية فاستقام الثلث والثلثان وكذلك ان كانت قيمته أكثر من ذلك الى عشرة آلاف وطريق التخريج فيه كما بينا فان أوصى فى هذه المسئلة بالسدس من ماله وقيمة العبد ألف درهم فان اختار الدفع دفع العبد كله خمسة أسباعه بنقص الهبة وسبعية بالدفع بالجناية لان وصية الموهوب له مثلا وصية صاحب السدس فانه أوصى له بالعبد كله بالهبة وان لم تجز فى جميع العبد تجوز فى ثلثه فوصية الموهوب له مقدار الثلث ووصية الآخر السدس فاجعل ثلث المال بينهم أثلاثا واذا صار ثلث المال على ثلاثة فالمال كله تسعة ستة للورثة وسهمان للموهوب له ثم يدفع الموهوب له سهمه بالجناية فيزداد نصيب الورثة فيطرح من نصيبهم سهمان فيجعل العبد على سبعة للموهوب له سهمان

وللموصى له سهم وللورثة أربعة ثم يدفع الموهوب له سهميه بالجناية فيصير للورثة ستة مثلا ما نفذنا فيه الوصية فان اختار الفداء فان كانت قيمته ألف درهم جازت الهبة فى الكل لان مال الميت أحد عشر ألفا وحق الموهوب له فى ثلثى الثلث وقيمة العبد أقل من ثلثى الثلث فيسلم له العبد كله ويسلم للآخر سدس المال وذلك ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فحصل تنفيذ الوصيتين فى ألفين وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وان كانت قيمة العبد ألفى درهم فعند اختيار الفداء مال الميت يصير اثنى عشر ألفا وثلثه أربعة آلاف فتجوز الهبة فى جميع العبد وللموصى له الآخر سدس المال وذلك ألفان وهو تمام ثلث المال وكذلك ان كانت قيمة العبد أكثر من ألفين فالجواب كذلك الا أن تكون قيمة العبد مقدار سبعى الدية أو أقل فان زاد على ذلك حينئذ لا يخرج العبد من الثلث وانما تتبين هذه المسئلة بمسئلة أول الباب فقد ذكرنا هناك أن عند اختيار الدفع تجوز الهبة فى الخمس وعند اختيار الفداء تجوز الهبة فى الكل اذا كانت قيمته مثل خمس الدية أو أقل فان زادت على ذلك لا يخرج العبد كله من الثلث فهنا لما جازت الهبة عند الدفع فى سبعى الدية فعند الفداء تجوز الهبة فى الكل اذا كانت القيمة مثل سبعى الدية أو أقل وكذلك فى المسائل التى بعد هذا ينظر الى حال الدفع فمقدار ما تجوز فيه الهبة عند الدفع فعند الفداء اذا كان قيمة العبد مثل ذلك الجزء من الدية أو أقل تجوز فى الكل حتى اذا كان عند الدفع يدفع سدس العبد بالجناية فعند الفداء اذا كان العبد مثل سدس الدية أو أقل جازت الهبة فى الكل ولو كان أوصى بربع ماله فان اختار الدفع وقيمة العبد ألف درهم فهو على سبعة عشر سهما لان الموهوب له عند أبى حنيفة رحمه الله انما يضرب بقدر الثلث والآخر يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر ثلثه أربعة وربعه ثلاثة فيصير ثلث المال بينهم على سبعة والثلثان أربعة عشر والمال كله أحد وعشرون للموهوب له أربعة ولصاحب الربع ثلاثة وللورثة أربعة عشر ثم يدفع الى الموهوب له الاربعة بالجناية فيزداد مال الميت فالسبيل أن يطرح من نصيب الورثة أربعة فيصير نصيب الورثة عشرة وللموصى لهما سبعة فيكون العبد على سبعة عشر ثم يدفع الاربعة بالجناية فيصير للورثة أربعة عشر مثلا ما نفذنا فيه الوصية وينبغى فى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أن يضرب الموهوب له فى الثلث بجميع العبد وهو أربعة والآخر بالربع وهو سهم واحد فيصير الثلث على خمسة أسهم والمال خمسة عشر الا أن فى الكتاب خرج المسئلة على

قول أبي حنيفة رحمه الله * وان اختار الفداء وكان قيمة العبد مثل أربعة أجزاء من سبعة عشر جزأ من الدية أو أقل فان الهبة تجوز في الكل ويفديه بجميع الدية ويعطي الموصى له بالربع الاقل من ربع جميع العبد كله بالهبة لانه لو جازت الهبة في كله صار نصيبه فيجب أن يقسم الثلث بينهما على الحساب الذي قلنا اذا كانت الهبة أربعة آلاف جازت الهبة في أربعة أجزاء من أحد عشر جزأ من العبد لانه يفدي ذلك بمثله ومثل نصفه فالدية من القيمة كذلك ثم التخريج على قياس ما بينا * ولو أن رجلا وهب في مرضه عبدا من رجل وقبضه فأعتقه ثم ان العبد قتل الواهب عمدا وله وليان فعفا عنه أحدهما فلا شئ على الموهوب له ويأخذ الذي لم يعف من المعتق نصف الدية * واعلم بأن هذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يكون أعتقه قبل القتل أو بعد القتل وقبل عفو أحدهما أو بعد القتل والعفو وكل وجه على وجهين اما أن يكون القتل عمدا أو خطأ وفي كل فصل حكمان حكم بين الموهوب له وبين الورثة وحكم فيما بين الوارثين فأما اذا كان القتل عمدا والعتق قبل القتل فلا شئ على الموهوب له لانه لما عفا أحدهما صار نصيب الآخر مالا وانما قتله وهو حر فيجب على العبد للذي لم يعف خمسة آلاف والعبد خارج من الثلث لان قيمته ألف درهم ومال الميت ستة آلاف ثم يقسم نصف الدية بين الاثنين على اثنى عشر سهما للذي لم يعف أحد عشر وللعافي سهم لان مال الميت يقسم بينهما بعد تنفيذ الوصية على ما يقسم ان لو لم يكن وصية ولو كان القتل خطأ لم يكن على الموهوب له شئ أيضا لان التركة أحد عشر ألفا فالالف خارج من الثلث ويجب على القاتل خمسة آلاف للذي لم يعف خاصة لانه قد وجب لكل واحد منهما خمسة آلاف بالقتل فلما عفا أحدهما صار مستهلكا نصيبه فيكون بمنزلة المستوفي بخلاف قتل العمد فان هناك بالعفو لا يصير مستهلكا ولا مستوفيا شيأ من المال فلهذا لا يسلم نصف الدية للذي لم يعف ولو كان القتل قبل الاعتاق والمسئلة بحالها فاذا كان القتل عمدا فعلى العبد أن يسعى في نصف قيمته للذي لم يعف لان نصيبه صار مالا بعد ما صار حرا ولكن أصل الجناية منه كان في حالة الرق فيكون الواجب من القيمة فلهذا يستسعيه الآخر في نصف قيمته واذا استسعاه في ذلك تبين أن مال الميت عبد ونصف فيجوز للموهوب له من ذلك الثلث وهو نصف القيمة ويضمن نصف القيمة فاذا وصل ذلك الى الورثة كان او اصل اليهم تمام قيمة العبد وهو مثلا ما نفذنا فيه الهبة ثم يقتسم الاثنان هذه القيمة فيضرب الذي لم يعف

بقيمة واحـدة لان نصف القيمة وجب له بالميراث ونصف القيمة وجب بالجناية ويضرب العافى بنصف القيمة لانه أبطل حقه فى الجناية بالعفو فتقسم القيمة بينهما اثلاثا ولو كان القتل خطأ فعلى الموهوب له قيمة وثلث لان القتل الخطأ يوجب المال وقد كان الموهوب له يخير بين الدفع والفـداء وقد استهلكه بالعتق وهو لا يعلم بالجناية فوجب عليه القيمة وصار كان الميت ترك عبدين لان الواجب قيمتان قيمة باعتبار القبض بحكم الهبة وقيمة بسبب الجناية ثم يسلم للموهوب له ثلث ذلك وهو ثلث القيمة ويدفع قيمة وثلثا الى الورثة حتى يصير للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة الا أنه لما عفا أحدهما فقد أبطل حقه فى النصف فسقط عن الموهوب له نصف القيمة وبقى عليه خمسة اسداس القيمة لانا اذا أسقطنا عن قيمة وثلث نصف قيمة يبقي خمسـة اسداس القيمة نصف القيمة من ذلك للذي لم يعف وثلث القيمة بينهما نصفان للذى لم يعف فى الحاصل ثلثا القيمة وللعافى سـدس القيمة ولو كان العتق بعد القتل والعفو فان كان الموهوب له لا يعلم بالجناية فعليـه قيمة واحدة لان تركة الميت قيمة بالهبة ونصف قيمة بالجناية فيسلم للموهوب له ثلث ذلك وهو نصف القيمة وعليه قيمة واحدة بين الاثنين اثلاثا لان حق أحدهما فى جميع القيمة وحق الآخر فى نصف القيمة فانما يقتسمانه بعد تنفيذ الوصية كما يقتسمانه ان لو لم يكن وصـية ولو كان القتل خطأ كان القتل على الموهوب نصف القيمة اذا لم يعلم بالجناية لان موجب الخطأ المال فلما عفا أحـدهما صار كانه استوفى نصف القيمة لما بينا انه فى حكم القابض ثم المتلف ووجب عليـه للآخر نصف القيمة ويكون ذلك النصف كله للذي لم يعف وعلى الموهوب له أيضا ثلث القيمة بينهما نصفان لان مال الميت فى الاصل قيمتان فيجوز للموهوب له من ذلك الثلث ويجب عليه قيمة وثلث الا أنه لما عفا أحدهما فقد أسقط نصف القيمة فانما يبقى خمسة اسداس القيمة ولو كان الموهوب له دبر العبد ثم ان العبد قتل الواهب عمدا ثم عفا أحد الاثنين فهذا مثل الاول لان مال المولى قيمة ونصف القيمة من جهة الهبة والنصف من جهة الجناية وجميع ذلك على المولى فان موجب جناية المدبر على مولاه فيجوز للموهوب له من ذلك الثلث وهو نصف القيمة وعليه قيمة واحدة يقتسمها الاثنان اثلاثا ولو كاتبه الموهوب له فالجواب كذلك الا نصف القيمة يجب على المكاتب والقيمة على الموهوب له فصار ماله قيمة ونصفا فيسقط عن الموهوب له نصف القيمة بالوصية ويؤدى نصف القيمة ويسعى العبـد فى نصف القيمة فيقتسمها الاثنان اثلاثا

وكذلك لو وهبه الموهوب له من غيره فدبره الثانى أو كاتبه فهو على ما وصفنا ولو كاتب الموهوب له الاول ثم انه قتل الواهب خطأ وله وليان فعفا أحدهما فعلى الموهوب له ثلث قيمته بينهما نصفين وفى بعض النسخ قال فعلى الموهوب له ثلثا القيمة والاول أصح لان مال المولى فى الاصل قيمتان قيمة بالهبة وقيمة بالجناية عن المكاتب فيسقط عن الموهوب له ثلث ذلك وهو ثلثا القيمة ويبقى عليه ثلث القيمة بينهما نصفين وقد صار العافى بمنزلة المستوفى لنصف القيمة من المكاتب فيبقى على المكاتب نصف القيمة للذي لم يعف ولو كان الموهوب له وهبه من رجل آخر ثم قتل العبد الواهب خطأ فالموهوب له الثانى بالخيار فان اختار الدفع تبين ان مال الميت قيمتان فيجوز للموهوب له الثلث وهو ثلثا القيمة ويضمن ثلث القيمة فيكون ذلك مع العبدين بين الاثنين نصفين لانه لم يعف واحد منهما فان اختار الفداء فالعبد خارج من الثلث اذا كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل فانه يفديه بجميع الدية فيصير مال الميت خمسة عشر ألفا وان كانت قيمته أكثر من خمسة آلاف ضمت القيمة الى الدية حتى يتبين مال الميت كم هو فيسقط عن الموهوب له ثلث ذلك ويغرم ماوراء ذلك الى تمام القيمة وبيانه اذا كانت قيمته ستة آلاف فان مال الميت ستة عشر ألفا فيسلم للموهوب له ثلثه وهو خمسة آلاف وثلث ألف وانما يغرم ثلثى ألف وكذلك ما زادت قيمته فهو على هذا الحساب فان عفا أحد الاثنين فانه يقال للموهوب له الآخر ادفعه أو افده فان اختار الدفع دفع نصف العبد وتبين ان مال الميت عبد ونصف والعافى صار مستوفيا للنصف بالعفو فجازت الهبة فى ثلثى القيمة وهو ثلث المال وعلى الموهوب له الاول ثلث القيمة بينهما نصفين ونصف العبد للموهوب له الآخر ونصفه للذى لم يعف وان اختار الفداء فدى نصفه بخمسة آلاف وجازت الهبة فى جميع العبد اذا كانت قيمته مثل ثلث الدية أو أقل لان مال المولى هنا قيمة ونصف الدية لان فى نصيب الذى عفا يعتبر أقل المالين فالزيادة على ذلك انما تظهر بالاختيار والاختيار فيما جاز فيه العفو فيجب أن يعتبر فى نصيب الذى عفا نصف القيمة وفى نصيب الذى لم يعف نصف الدية ونصف القيمة ثم يجوز للموهوب له ثلث ذلك واذا أردت معرفة ذلك فاجعل كل قيمة العبد ألفى درهم فيكون مال الميت ثمانية آلاف أما خمسة آلاف فهو نصف الدية وألفان قيمة العبد وألف استهلكه العافى فتبين أن العبد خارج من الثلث ويقتسم الاثنان الخمسة آلاف ونصف القيمة الذى هو محسوب على العافى فيضرب فيه العافى بنصف قيمته من

قبل الميراث ونصف قيمته من قبل الجناية ويضرب فيه الذي لم يعف بنصف نصف الدية وبنصف القيمة الذي كان على الموهوب له فما أصاب العافي حسب عليه من ذلك نصف القيمة الذي أتلف ويأخذ الفضل وما أصاب الذي لم يعف يسلم له فان كانت قيمته أكثر من ثلث القيمة أوأقل من جميع الدية فانه لا يخرج العبد من الثلث فالسبيل أن يضم مال الميت بعضه الى بعض وهو قيمة ونصف قيمة ونصف الدية فيجوز للموهوب له الثلث من ذلك ويضمن الفضل ثم يقتسم الاثنان فيضرب قيمة الذى لم يعف بنصف القيمة ونصف الدية والعافي بنصف القيمة من جهة الهبة ونصف القيمة الذى استهلكه بالجناية فيكون بينهما على ذلك وان كانت قيمته عشرة آلاف سلم نصف الدية للذى لم يعف وعلى الموهوب له ثلث الدية أيضا بينهما نصفين لان مال الميت عشرون ألفا فى الحاصل عشرة آلاف قيمة العبد وخمسة آلاف نصف الدية للذى لم يعف ومثله قد استهلكه العافي بالعفو فتصح الهبة فى ثلث ذلك وذلك ثلثا قيمة العبد ويغرم الموهوب له ثلثى القيمة فيكون بينهما نصفان لاستواء حقهما فى العبد قبل الهبة وبعدها وان كانت قيمته أكثر من عشرة آلاف وقد اختار الفداء من الذى لم يعف فالسبيل أن يضم جميع الدية الي جميع القيمة لان العافي استهلك بالعفو نصف الدية فكانه استوفى ذلك ثم أتلفه وقد وجب للذى لم يعف نصف الدية فتضم الدية الي القيمة ثم يسلم للموهوب له ثلث جميع ذلك بطريق الوصية ويؤدى الفضل فيقتسمه الاثنان نصفين حتى اذا كانت قيمته عشرين ألفا فاذا ضممت الدية الى القيمة كانت الجملة ثلاثين ألفا فيسلم للموهوب له من ذلك عشرة آلاف وهو نصف قيمة العبد ويغرم نصف القيمة فيكون ذلك بين الاثنين نصفين ونصف الدية للذى لم يعف خاصة ولو أن رجلا وهب فى مرضه عبدا من رجل ثم ان العبد قتل الواهب عمدا فعفا الوليان عنه جاز العفو وللموهوب له ثلث ذلك العبد وللورثة ثلثاه لان حكم الجناية بطل بعفوهما فكانه مات حتف انفه ولا مال له سوى العبد فتجوز هبته فى ثلثه فلو عفا أحد الولين واختار الموهوب له الدفع فانه يدفع ثلاثة اخماس العبد فيكون بينهما نصفين ويدفع الخمس الى الذى لم يعف ويبقى للموهوب له الخمس لان الهبة فى الابتداء تجوز فى الثلث فلما عفا أحدهما وجب دفع نصف ذلك الثلث فيصير العبد على ستة وتجوز الهبة فى سهمين ثم يدفع سهما بالجناية وهو الدائر فنطرح من نصيب الورثة سهما ويجعل العبد على خمسة فيرد ثلاثة اخماسه بنقص الهبة وخمسة بالجناية ثم يقتسم الاثنان هذه الاربعة فيضرب الذى عفا

بنصف قيمة العبد والذى لم يعف بنصف الرقبة وخمس العبد وأورد المسئلة بعينها فى الاقرار الا أنه اعتبر اللفظ هنا وقال هناك للذى لم يعف ثلاثة أسهم ونصف وللعافى سهم ونصف ولو عفا أحدهما ثم عفا الآخر بعده دفع اليهما ثلاثة أخماس العبد بنقص الهبة ويسلم له الخمسان لانهما لما عفوا فقد جعل الذى عفا منهما آخر بمنزلة المستوفى خمس ذلك العبد بالاتلاف فاذا سلم لهما ثلاثة اخماس العبد مع ذلك استقام الثلث والثلثان ثم يقتسم الاثنان هذه الثلاثة أخماس فيضرب فيه الذى عفا أولا بنصف القيمة والذى عفا آخرا بنصف القيمة وبخمسه الا أنه يحسب عليه بالخمس الذى أتلفه لانه انما عفا بعد ما صار مالا والاول منهما عفا وقد كان الواجب هو القصاص ولو أعتقه الموهوب له ثم عفوا مما ضمن الموهوب له ثلثى قيمة العبد لان عفوهما معا يبطل حكم الجناية ولم يظهر للميت مال سوى ذلك العبد فيسلم له الثلث بالهبة ويضمن الثلثين لانه أتلفه بالعتق ولو عفا أحدهما قبل صاحبه بعد العتق فعلى الموهوب له نصف قيمة العبد وعلى المعتق نصف قيمته لان مال الميت هنا قيمة ونصف قيمة ونصف القيمة من جهة الهبة ونصف القيمة بالجناية وانما صار مالا بعد عتق العبد فيكون ذلك النصف عليه ثم يقسم القيمة بين الاثنين فيضرب فيه العافى أولا بنصف القيمة والعافى آخرا بقيمة كاملة فتكون القيمة بينهما اثلاثا ثلثاها للذى عفا آخرا ويحسب عليه نصف القيمة الذي أتلفه بالعفو ويبقى له سدس القيمة الذى أتلفه بالعفو ويبقى له سدس القيمة وفى الكتاب يقول يضرب الآخر بثلثى قيمته وهذا الجواب غلط وقع من جهة الكاتب والصحيح أنه يضرب بقيمة كاملة للمعنى الذى قلنا الا أن يعنى به أنه يحصل له ثلثا القيمة ولو كان الموهوب له أعتقه ثم ان العبد قتل الواهب عمدا فعفا الاثنان عنه معا فالموهوب له ضامن ثلثى قيمة العبد لان حكم الجناية قد بطل بعفوهما فلا يتبين للميت مال سوى العبد ولو عفا أحدهما جازت الهبة فى الكل ان كانت قيمته ما بينه وبين الفين وخمسمائة لانه وجب على المعتق نصف الدية للذى لم يعف فانه قتله وهو حر ونصف الدية خمسة آلاف فاذا ضممت اليه ألفين وخمسمائة يكون سبعة آلاف وخمسمائة فيتبين أن العبد خارج من الثلث فيكون سالما للموهوب له الاول ثم يقتسم الاثنان بينهما هذه الخمسة آلاف يضرب فيه الذى لم يعف بنصف الدية ونصف القيمة والعافى بنصف القيمة على ما كان يضرب فيه لو لم يكن هناك وصية ولا يضرب بحصة الجناية لان نصيبه لم يصر مالا فتكون القيمة بينهما على اثنى عشر ولو عفا أحدهما ثم الآخر فعفو الاول جائز

ولا شيء على الموهوب له لما قلنا فلما عفا الآخر يجوز عفوه فى نصيب نفسه ويبطل عن العبد مقدار حصته من نصف الدية وذلك أحد عشر سهما من اثني عشر ويكون على العبد الذي عفا أول مرة حصته من ذلك وهو سهم من اثنى عشر لان اسقاط الثانى انما يصح فى نصيبه لافى نصيب شريكه ولا يضمن ذلك العافى آخرا للذى عفا أولا لانه بالعفو مسقط لا مستوفى وان كانت قيمته خمسة آلاف وقد عفا أحدهما فان مال الميت قيمة العبد ونصف الدية وذلك عشرة آلاف فانما تجوز الهبة فى ذلك وهو ثلاثة آلاف وثلث ألف مقدار ثلثى العبد ويغرم الزيادة الى تمام خمسة آلاف فيقتسم الاثنان ذلك يضرب فيه الذى عفا بنصف القيمة فقط لان نصيبه لم يصر مالا ويضرب الذى لم يعف بنصف الدية لان ذلك وجب له بالجناية وبنصف القيمة فيقتسمانه وعلى ذلك مريض وهب عبده من مريض وقبضه ثم ان الموهوب له وهبه لصحيح ثم ان العبد قتل الواهب الاول ومات الثانى من مرضه ولا مال لواحد منهما سواه فانه يقال للثالث ادفعه أو افده لانه هو المالك عند جنايته فان اختار الدفع لورثة الثانى انتقصت الهبة فى نصف العبد منهما جميعا لانك تحتاج الى حساب له ثلث وربع ولثلثه ثلث وذلك تسعة فأجز الهبة للاول فى ثلاثة وللثانى فى سهم وقد بطلت الجناية فى الستة التى عادت الى الواهب الاول بنقض الهبة لان الهبة لما بطلت فى تلك الستة صارت جنايته على مولاه وجناية المملوك على مولاه خطأ تكون هدرا فانما تبقى الجناية فى ثلاثة أسهم سهمين فى يد الموهوب له الاول وسهم فى يد الموهوب له الثانى ويدفعان تلك الثلاثة بالجناية فيزداد مال الاول بقدر ثلاثة أسهم وهى السهام الدائرة فاطرح ثلاثة أسهم من نصيب الواهب الاول ويصير العبد على ستة أسهم ثلاثة للواهب الاول بنقض الهبة وثلاثة بالدفع بالجناية ويسلم لورثته ستة أسهم مثلا ما نفذنا فيه الوصية ثم يغرم الموهوب له الثانى لورثة الموهوب له الاول ثلث قيمة العبد الا أن يكون ثلثا الدية أقل لانه قد أخذ العبد فارغا ثم رد السهمين عليهم مشغولا بالجناية وقد استحق بذلك الشغل فكأنه تلف عنده الا أن الورثة كانوا يتمكنون من اختيار الاقل وهو الدفع أو الفداء فلا يضمن لهم الا الاقل ولو أنهم اختاروا الفداء فان كانت قيمة العبد خمسة آلاف أو أقل يرد الثالث على ورثة الثانى بثلثيه ثم فدوه بعشرة آلاف الثالث بثلث الدية وورثة الثانى بثلثى الدية فيصير كأن الاول ترك خمسة عشر ألفا فتجوز الهبة فى جميع العبد ثم يضمن الثالث لورثة الثانى ثلثى قيمته لانه أخذ عبدا فارغا على طريق التملك ورده مشغولا

وقد استحق بذلك الشغل وان كانت قيمته أكثر من خمسة آلاف وكانت ستة آلاف
فان الهبة تجوز فى ثلاثة أرباع العبد لانا نجيز الهبة من الاول في ثلث العبد فيفدون ذلك بمثله
ومثل ثلثه فيزداد مال الاول سهما وثلثين فاطرح من نصيب الاول سهما وثلثى سهم يبقى
لورثة الواهب الاول ثلث سهم وجازت الهبة فى سهم فاذا جعلت كل ثلث سهما جازت الهبة
له فى ثلاثة أرباعه ثم تجوز الهبة للثانى فى سهم من الثلاثة ثم يفديان تلك الثلاثة بمثلها ومثل ثلثيها
وذلك خمسة فيصير للاول ستة مثلا ما نفذنا فيه الوصية ثم يرجع الموهوب له الاول على الثانى
بقيمة سهمين وهو نصف العبد فى الحاصل لانه استحق بسبب كان فى ضمانه فان كانت قيمته
عشرين ألفا فان الهبة تجوز فى خمسى العبد لان الهبة من الاول تجوز فى الاصل فى سهم من
ثلاثة ثم يفديان ذلك بمثل نصفه فان الدية مثل نصف القيمة فانما يطرح من نصيب الاول
نصف سهم فيصير العبد على سهمين ونصف أضعفه للكسر فيكون خمسة ثم تجوز الهبة فى
سهمين وتبطل فى ثلاثة فيفديان ذلك بسهم واحد فيصير للاول أربعة مثلا ما نفذنا فيه الوصية
ثم رجع ورثة الثانى بما أدوا من ذلك على الثالث لان ما أدوا هو الاقل وانما لزمهم ذلك بجناية
كانت من العبد فى ضمان الثالث وان اختار الثالث الفداء وورثة الثانى الدفع وقيمته خمسة
آلاف فانه تجوز الهبة للثانى فى ثلاثة أخماس العبد ومن الثانى للثالث فى خمس العبد لانك تجعل
العبد على تسعة لحاجتك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث فيجوز للاول ثلاثة وللثانى من ذلك
واحد ثم يدفع الاول السهمين ويفدى الثانى سهمه بسهمين لان الدية بنصف القيمة فيرجع
الى الواهب الاول أربعة ويزداد ماله بذلك فالسبيل أن يطرح أربعة من ورثته يبقى لهم سهمان
وصار العبد كله خمسة للواهب الاول سهمان وللاوسط سهمان وللثالث سهم ثم يدفع الاوسط
سهميه ويفدى الثالث سهمه بسهمين من الدية فيصير للورثة ستة أسهم مثلا ما نفذنا فيه الوصية
ثم يرجع ورثة الموهوب له الاول على الثانى بقيمة الخمسين لانه استحق ذلك من أيديهم
بجناية كانت فى ضمانه * وعلى طريق الدينار والدرهم السبيل أن تجعل العبد درهما ودنانير
فتجوز هبة الاول فى ثلاثة دنانير وهبة الثانى فى دينارين ثم يدفع ورثة الثانى الدينارين ويفدى
الثالث ديناره بدينارين فيصير للواهب الاول درهم فاربعة دنانير تعدل ستة دنانير لانا
جوزنا هبة الاول فى ثلاثة دنانير فاربعة دنانير بمثلها قصاص فى درهم يعدل دينارين فاقلب
الفضة وعد الى الاصل وقل قد كنا جعلنا العبد درهما وثلاثة دنانير الدرهم اثنان وكل دينار

واحـد فذلك خمسة ثم أجزنا الهبة فى ثلاثة دنانير وهو ثلاثة أخماس العبـد كما بينا * وعلي طريق الجبر تجعل العبد مالا ثم تجيز الهبة للاول فى ثلاثة أشياء وللثانى فى شئ ثم يدفع ورثة الاول شيئين ويفدى الثالث شيأ بشيئين فيصير للواهب الاول مال وشئ يعدل ستة أشياء فالشئ بمثله قصاص وبقى مال كامل يعدل خمسة أشياء وقد أجزنا الهبة فى ثلاثة أشياء فذلك ثلاثة أخماس العبد وان اختار الثالث الدفع واختار ورثة الثانى الفداء جازت الهبة للثانى فى ثلاثة أرباع العبد وللثالث فى ربعه ويرجع ربعه الي ورثة المقتول بانتقاص الهبة وربعه يدفع للثالث ويفدي ورثة الثانى بنصف الدية لانك تجعل العبـد علي تسعة ثم يدفع الثالث سهمه ويفدى الثانى سهميه بأربعـة فيزداد مال الواهب الاول بخمسـة فيطرح من نصيب ورثته يبقي لهم سهم وللثانى وللثالث ثلاثة فصار العبد كله أربعة فتجوز الهبة فى ثلاثة أرباعه للاوسط من ذلك سهمان والثالث سهم ثم يدفع الثالث سهمه ويفدى الاوسط سهميه بأربعة فيصير لورثة الاول ستة مثلا ما نفذنا فيه الوصية ويرجع ورثة الثانى علي الثالث بنصف قيمة العبد كما بينا * ولو كان العبد قتل المريض الآخر ولم يقتل الاول فان الهبة تنتقض فى الثلثين فيرد ذلك الى ورثة المقتول فيردونه الى ورثة الواهب الاول ولا شئ فيه من الجناية اما لانه جنى علي سيده أو لانه ان اعتبر حكم الجناية فيه لم يكن مفيدا وانما الحق لورثة الواهب الاول فى ذلك فيرجعون به فى تركة الموهوب له ويبقى ثلث العبد فان اختار الثالث دفعه فعلى الثالث أن يدفع ذلك الثلث نصفه بنقص الهبة ونصفه بالدفع بالجناية لان ذلك الثلث فيما بين الموهوب له الاول والموهوب له الآخر بمنزلة عبد تام وهبه من رجل فى مرضه ثم قتل العبد الواهب وقد بينا فى العبـد التام ان الموهوب له اذا اختار الدفع رد نصفه بنقص الهبـة ودفع نصفه بالجناية فكذلك الثلث فان اختاروا الفـداء فداه بثلث الدية وتجوز الهبة فى ذلك الثلث اذا كانت قيمته خمسة أو أقل يعنى اذا كانت قيمة العبد خمسة آلاف أو أن قيمته ثلاثة آلاف وثلثا ألف فاذا فداه بثلث الدية وهو ثلاثة آلاف وثلث يسلم لورثة الاوسط ضعف ما نفذنا فيه هبة الاوسط فيستقيم الثلث والثلثان * وان كانت قيمته أكثر من خمسة آلاف عملت فى هذا الثلث بعد أن تجعل فى هذا الثلث ثلث النفس فيجعل كعبد كامل جنى على ثلث النفس ولو كان العبد قتل الاول والثانى جميعا واختار الثالث وورثة الثانى الدفع فانه تجوز الهبة من الاول للثانى فى خمسة أسهم من أحـد عشر سهما ومن الثانى للثالث فى سهمين لانك تجعل

العبد على تسعة ستة للاول لا جناية فيها وسهمان للاوسط فيهما جناية واحدة وهى الجناية علي الاول وسهم للآخر فيه جنايتان جناية على الاول وجناية علي الاوسط فاجعل ذلك السهم على سهمين واضعف الحساب للكسر بالانصاف فيكون ثمانية عشر للاول اثنا عشر وللاوسط أربعة وللآخر سهمان ثم يدفع الآخر الى الاوسط سهما واحدا فيزداد نصيبه بسهم فاطرح من نصيبه سهما يبقى نصيبه ثلاثة ونصيب الثالث سهمين فيصير ثلث العبد على خمسة فيكون كله خمسة عشر ثم يدفع الثالث الى الاوسط سهما واحدا فيصير له أربعة مثلا مانفذنا فيه الوصية ثم يدفع الآخر سهمه الثانى الي الاول ويدفع الاوسط ثلاثة أسهم أيضا الى الاول فيزداد نصيبه باربعة وهى السهام الدائرة فيطرح من نصيبه أربعة وقد كان سهامه عشرة يبقى ستة ويصير العبد كله أحد عشر ثم يدفع الاوسط والآخر الى الاول أربعة فيصير لورثته عشرة مثلا ما نفذنا فيه الوصية ثم يرجع ورثة الواهب الثانى على الثالث بقيمة ثلاثة أسهم من أحد عشر سهما كما بينا وان اختاروا جميعا الفداء وقيمته خمسة آلاف أو أقل فالفداء كله على الثالث يسلم له العبد ويؤدى الديتين لانه يفدى الاول بعشرة آلاف والاوسط بعشرة آلاف فيكون العبد خارجا من ثلث كل واحد منهما وكذلك ان اختار الثالث الفداء من الثانى خاصة لانه يزداد مال الواهب الثانى فان ماله يصير خمسة عشر ألفا فتجوز الهبة فى جميع العبد ويزداد أيضا مال الواهب الاول لان الآخر يدفع نصف العبد الى الاول ويغرم الاوسط ثلثي قيمة العبد للاول لانه أتلفه بالهبة من الثانى قالوا وهذا الجواب غير صحيح لان مال الاوسط اذا صار خمسة عشر ألفا فانما يبدأ بقضاء دينه وذلك ثلثا قيمة الواهب الاول فلا يخرج العبد من ثلث ماله بعد قضاء الدين لتصحيح الهبة من الثانى فى جميع العبد الا أن يحمل علي انه كان قيمته ألف درهم فحينئذ يكون الجواب صحيحا ولو كانت عشرة آلاف واختار الفداء بطل هبة الاول فى نصف العبد وهبة الثانى فى نصف النصف والحاصل ان الهبة عند اختيارهما الفداء تجعل على تسعة أسهم للاول ستة وللاوسط سهمان وللآخر سهم ثم ان الآخر فدي الاوسط بسهم فان الدية مثل القيمة فيطرح من نصيب الاوسط سهم فيصير ثلث العبد علي سهمين والعبد كله ستة للاول أربعة وللاوسط سهم وللثالث سهم ثم يفدى الثالث الاوسط بسهم فيصير للاوسط سهمان مثلا ما نفذنا فيه الوصية ثم يفدى الثالث للاول بسهم ويفديه الاوسط أيضا بسهم فتظهر الزيادة فى مال الاول بسهمين ونطرح من نصيب الاول سهمين

فيصير العبد كله أربعة أسهم للاول سهمان وللاوسط سهم وللثالث سهم ثم يدفعان السهمين الى الاول فيصير للاول أربعة مثلا ما نفذنا فيه الوصية فكان مستقيما على ما بينا من حاصل الجواب والله أعلم بالصواب

كتاب الفرائض

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن الفرائض من أهم العلوم بعد معرفة أركان الدين حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على تعليمها وتعلمها كما رواه ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعلموا القرآن وعلموه الناس وتعلموا الفرائض وعلموها الناس فانى أمرؤ مقبوض وسيقبض هذا العلم من بعدي حتى يتنازع الرجلان فى فريضة فلا يجدان من يفصل بينهما وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول لاصحابه عند رواية هذا الحديث تعلموا الفرائض ولا يكونن أحدكم كرجل لقيه اعرابى فقال امها جر أنت قال فان انسانا من أهلى مات فكيف يقسم ميراثه قال لا أدرى قال فما فضلكم علينا تقرؤن القرآن ولا تعلمون الفرائض وفى حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال تعلموا العلم وعلموه الناس وتعلموا الفرائض فانها نصف العلم وهى أول ما ينزع من بين امتى وقد كان أكثر مذاكرة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم اذا اجتمعوا فى علم الفرائض ومدحوا على ذلك حتى قال عليه السلام اقرؤكم لكتاب الله أبى بن كعب وأقضاكم على وأفرضكم زيد وأعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل رضى الله عنهم أجمعين فقدنوه بذكر زيد فى علم الفرائض ثم طرق الفرضيين قد اختلفت فى شرح هذا الكتاب فمن بين مطول أمل ومن بين موجز أخل فالسبيل أن نجري القصد وندع التطويل بذكر مالا يحتاج اليه والاخلال بترك نص ما يحتاج اليه فان خير الامور أوسطها فنقول اذا مات ابن آدم يبدأ من تركته بالاقوى فالاقوى من الحقوق عرف ذلك بقضية المعقول وشواهد الاصول فاول مايبدأ به تجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف كما روي ان ابن عمر رضى الله عنه لما استشهد يوم أحد لم يوجد له الا نمرة فكان اذا غطى بها رأسه بدى رجلاه واذا غطى بها رجلاه بدى رأسه فامر صلى الله عليه وسلم أن يغطى بها رأسه ويجعل على رجليه من الاذخر وقد نقل

ذلك فى حال حمزة رضى الله عنه أيضا ولم يسأل عن الدين عليهما فلو كان الدين مقدما على الكفن لسأل عن ذلك كما سأل عن الدين حتى كان لا يصلى على من مات وعليه دين فقال هل على صاحبكم دين ثم الكفن لباسه بعد وفاته فيعتبر بلباسه فى حياته ولباسه فى حياته مقدم على دينه حتى لا يباع على المديون ماعليه من ثيابه فكذلك لباسه بعد موته ومن مات ولا شئ له يجب على المسلمين تكفينه فيكفن من مال بيت المال وماله يكون أقرب اليه من مال بيت المال وبهذا يتبين أن الكفن أقوى من الدين فانه لا يجب على المسلمين قضاء دينه من بيت المال ثم بعد الكفن يقدم الدين على الوصية والميراث لحديث على رضى الله عنه قال انكم تقرون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية وقيل لابن عباس رضى الله عنه انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تعالى بالحج فقال وأتموا الحج والعمرة لله فقال كيف تقرؤون آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال بماذا يبدأ فقالوا بالدين قال هو ذلك ولان قضاء الدين من أصول حوائجه فانه يفك به رهانه وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه ثم قضاء الدين مستحق عليه والوصية لم تكن مستحقة عليه وصاحب الدين ليس يتملك مايأخذ عليه ابتداء ولكنه فى الحكم يأخذ ما كان له ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه والموصى له يتملك ابتداء بطريق التبرع وأيد هذا كله ماروى ان رجلا أعتق عبدا فى مرضه وعليه دين فاستسعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قيمته وانما فعل ذلك لانه قدم الدين على الوصية وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله الدين اذا كان محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة وان لم يكن محيطا فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لانه يخلف المورث فى المال والمال كان مملوكا للميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون فكذلك يكون ملكا للوارث وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين والحكم لا يسبق أوانه فيكون حال الدين كحال حياة المورث فى المعنى ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه واذا كان الدين محيطا بتركته فالمال مشغول بحاجته وقيام الاصل يمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بغير مالك ولكن تبقى مالكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته وأصل هذه المسئلة فيما بيناه فى النكاح ان المكاتب لا يعتبر ميراثا للوارث بموت المولى عندنا لبقاء حاجته الى ولاية وعند الشافعى رحمه

الله يصير ميراثا ثم بعد قضاء الدين تقدم الوصية فى محلها علي الميراث ومحل الوصية الثلث قال عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فنى مقدار الثلث تقدم الوصية على الميراث لان الله تعالي جعل الميراث بعد الوصية ولان تنفيذ الوصية من حوائج الميت أيضا فاما ما زاد عن الثلث لا يظهر فيه تقديم الوصية لان حق الوارث فيه يمنع الوصية الا أن يجيز الوارث وبعد تنفيذ الوصية يقسم الميراث*فنقول الاسباب التي بها يتوارث ثلاثة الرحم والنكاح والولاء والولاء نوعان ولاء نعمة وولاء موالاة وكل واحد منهما سبب الارث عندنا على ترتيب بينهما وبينه والاسباب التي بها يحرم الميراث ثلاثة الرق واختلاف الدين ومباشرة القتل بغير حق فى حق من يتحقق منه التقصير شرعا والوارثون أصناف ثلاثة أصحاب الفرائض والعصبات وذووا الارحام وأصحاب الفرائض هم الذين لهم سهام مقدرة ثابتة بالكتاب والسنة أو الاجماع والعصبات أصناف ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره فالعصبة بنفسه الذكر الذى لا يفارقه الذكور فى نسبته الى الميت والعصبة بغيره الانثى التى تصير عصبة بمن فى درجتها من الذكر كالبنات بالبنين والاخوات بالاخوة والعصبة مع غيره كالاخوات يصرن عصبة مع البنات وفرق فيما بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره انه لا يكون عصبة بغيره الا وان يكون ذلك الغير عصبة والعصبة مع غيره أن لا يكون ذلك الغير عصبة فى نفسه كالاخوات مع البنات فالبنت ليست عصبة بنفسها والاخت تصير عصبة معها وذووا الارحام ماعدا هذين الصنفين من القرابة ثم أقوى أسباب الارث العصوبة فانه يستحق بها جميع المال ولا يستحق بالفريضة جميع المال والعصوبة فى كونها سببا للارث مجمع عليها بخلاف الرحم فكانت العصوبة أقوى الاسباب ثم ان محمدا رحمه الله بدأ الكتاب ببيان ميراث الاباء وقد استحسن مشايخنا رحمهم الله البداءة ببيان ميراث الاولاد اقتداء بكتاب الله فقد قال الله عز وجل يوصيكم الله فى أولادكم ولان الابن مقدم فى العصوبة على الاب وقد بينا ان أقوى الاسباب العصوبة فقدمنا بيان ميراث الاولاد لهذا والله أعلم بالصواب

باب الاولاد

(قال رحمه الله) اعلم ان الابن الواحد يحرز جميع المال ثبت ذلك باشارة النص فان الله تعالى قال للذكر مثل حظ الانثيين ثم جعل للبنت الواحدة النصف بقوله تعالى وان

كانت واحدة فلها النصف وثبت أن للذكر ضعف هذا وضعف النصف الجميع * وثبت ذلك استدلالا بآية الاخوة فان الله تعالى قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد أى يرثها جميع المال واذا ثبت بالنص ان للاخ جميع المال ثبت للابن بدلالة النص لان الاخ ولد أبيها وولدها أقرب اليها من ولد أبيها والميراث ينبنى على الاقرب * قال الله تعالى مما ترك الوالدان والاقربون وزيادة القرب تدل على قوة الاستحقاق الا أن الله تعالى لم ينص على جميع المال للبنين لان ذلك كان معروفا فيما بين العرب فقد كانوا فى الجاهلية لا يورثون الا البنين ومنهم من كان لايورث الا الكبار من البنين الذين يحملون السلاح ويوثون العشيرة فانما بين مالم يكن معلوما لهم فان اجتمع البنون فالمال بينهم بالسوية لاستوائهم فى سبب الاستحقاق وللبنت الواحدة اذا انفردت النصف ثبت ذلك بالنص وهو قوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف واستدلالا أيضا بميراث الاخت فقد قال الله تعالى وله أخت فلها نصف ما ترك والبنت أقرب اليه من الاخت فان كن ثلاثا فصاعدا فلهن الثلثان بالنص وهو قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك فهذا تنصيص على أنه لا يزاد للبنات على الثلثين عند الانفراد وان كثرن فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان فى قول عامة الصحابة رضوان الله عليهم وهو قول جمهور الفقهاء وكان ابن عباس يقول للبنتين النصف ويستدل بظاهر الآية فان الله تعالى شرط فى استحقاق البنات الثلثين أن يكن فوق اثنتين والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وقد تجاذب البنتين حالتان اما أن تعتبرهما بالثلاث أو بالواحدة واعتبارهما بالواحدة أولى لان فى اعتبارهما بالثلاث ابطال شرط منصوص والقياس لابطال النص باطل وفى أول الآية ما يدل على أن للابنتين النصف لان الله تعالى قال للذكر مثل حظ الانثيين ومن ترك ابنا وابنتين فللابن النصف وهذا اشارة الى أن حظ الانثيين النصف وفى قوله تعالى فلهن دليل أيضا على ذلك لان هذا لفظ الجمع والجمع المتفق عليه ثلاثة فاهل اللغة جعلوا الكلام على ثلاثة أوجه الفرد والتثنية والجمع فكان اتفاقا منهم على أن التثنية غير الجمع وللواحد عندهم ابنية مختلفة وكذلك للجمع وليس للتثنية الا بناء واحدا ومن حيث المعقول فى المعنى يعارض الفردين فلا يظهر ترجيح أحد الجانبين وفى الثلاث تتعارض البنات مع الفرد فيترجح جانب الجمع على جانب الفرد واذا ثبت أن اسم الجمع لا يتناول مادون الثلاث فقد ظهر الحاق البنتين بالواحدة هذا بيان أصل ابن عباس رضى الله عنه فى هذا وفى الاخوة فى حكم الحجب وحجتنا فى ذلك

قوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين فقد جعل للذكر حالة الاختلاط مثل نصيب الابنتين وأدنى الاختلاط أن يجمع ابن وبنت وللابن هنا الثلثان بالاتفاق فعرفنا ان حظ الانثيين الثلثان ولما صار نصيب البنتين معلوما بهذه الاشارة لم يذكر الله تعالى نصيب البنتين أيضا وذكر نصيب ما فوق البنتين بقوله عز وجل فان كن نساء فوق اثنتين والدليل على صحة ماقلنا سبب نزول الآية فان سعد بن الربيع رضى الله عنه لما استشهد يوم بدر وكان خلف بنتين وامرأة فاستولى الاخ على ماله فجاءت امرأته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان سعدا قتل معك وخلف ابنتين وقد غلب عمهما على مالهما ولا يرغب فى النساء الا بمال فقال رسول الله صلى عليه وسلم لم ينزل الله فى ذلك شيأ ثم ظهر أثر الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما سرى عنه قال النبي عليه السلام تقفوا مال سعد فقد أنزل الله تعالى فى ذلك ما ان بينه لى بينته لكم وتلا عليهم قوله تعالى للرجال نصيب الآية ثم نزل قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أخاسعد وأمره أن يعطى البنتين الثلثين وللمرأة الثمن وله ما بقي وفى الحديث المعروف أن أبا موسى الاشعرى رضى الله عنه سئل عن فريضة فيها بنت وابنة ابن وأخ فجعل للابنة النصف وللاخ مابقى فبلغ ذلك ابن مسعود رضى الله عنه فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين والباقى للاخ فهذا دليل على استحقاق البنتين الثلثين بطريق الاولى لان حال البنتين أقوى من حالة الابنة وابنة الابن والدليل عليه أن حالة التثنية فى معنى حالة الجمع لوجود الاجتماع وانضمام أحد الفردين الى الآخر ولا معنى فى الجمع سوى هذا ومن حيث الحكم الامام يتقدم على المثني كما يتقدم على الجماعة واليه اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله الاثنان فما فوقهما جماعة * وقيل فى تأويل قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين أى اثنتين فما فوقهما وكلمة فوق صلة فيه كما فى قوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق يعنى مع الاعناق مع انا قد سلمنا أن فى هذا اللفظ بيان نصيب الثالث والتعليق بالشرط عندنا لا يوجب نفى الحكم عند عدم الشرط بل يجوز أن يثبت الحكم بدليل آخر وقد أثبتنا باشارة النص أن للبنتين الثلثين كما قررنا فان اختلط الذكور بالاناث من الاولاد فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين بالنص واستدلالا بميراث الاخوة فقد قال الله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين والاولاد أقرب

من الاخوة وأولاد الابن يقومون مقام أولاد الصلب عند عدم أولاد الصلب فى جميع ما ذكرنا لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم واسم الاولاد يتناول أولاد الابن مجازا قال الله تعالى يا بنى آدم وعند نزول الاية لم يكن بقي أحد من صلب آدم عليه السلام وقال ابن عباس رضى الله عنه لرجل أى أب لك أ كبر فتحير الرجل ولم يفهم ما قال له فتلا ابن عباس قوله عزوجل يا بنى آدم وجعل يقول من كنت ابنه فهو أبوك فان اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فان كان فى أولاد الصلب ذكر فلاشيء لاولاد الابن ذكورا كانوا أو أناثا أومختلطين لان الذكر من أولاد الصلب مستحق لجميع المال باعتبار حقيقة الاسم وعند العمل بالحقيقة يسقط اعتبار المجاز فان الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد فى حالة واحدة متعذر والدليل على أن الاسم يتناول أولاد الابن مجازا انه يستقيم نفيه عنه بإثبات غيره فيقال ليسوا بنيه ولكنهم بنوا ابنه وهذا حد المجاز مع الحقيقة لانه لا يمكن نفى الحقيقة ويمكن نفى المجاز بإثبات غيره والدليل عليه ان أولاد الابن يدلون بالابن ويرثون بمثل نسبه فيحجبون به كالاجداد بالاب والجدات بالام بخلاف الاخوة لام فانهم يرثون مع الام وان كانوا يدلون بها لانهم لا يرثون بمثل نسبها فانها ترث بالامومة وهم بالاخوة وأيد ما ذكرنا قوله عليه السلام ما أبقت الفرائض فلاولى رجل ذكر واولى رجل ذكر الابن دون أولاد الابن فان لم يكن فى أولاد الصلب ذكر ولا فى ولاد الابن ذكر فان كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين واحدة كانت أو أكثر من ذلك لحديث ابن مسعود رضى الله عنه وان كانت ابنة الصلب بنتين فلهما الثلثان ولاشيء لبنات الابن لان حظ البنات الثلثان وقد استحق البنتان جميع ذلك فلم يبق من حق البنات شيء لبنات الابن وان لم يكن فى أولاد الصلب ذكر وكان فى أولاد الابن ذكر فان انفرد الذكور من أولاد الابن فالباقى بعد نصيب البنات لهم نصفا كان أو ثلثا لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر ولا يقال بأن هذا جمع بين الحقيقة والمجاز لان الاسم يتناول أولاد الصلب حقيقة وأولاد الابن مجازا وهذا لان ما يعتبر فيه الحقيقة لا يعتبر فيه المجاز وهو ما استحقه بنات الصلب فاما ما زاد على ذلك فالحقيقة غير معمول بها فى استحقاق ذلك وانما يعمل بالمجاز فى استحقاق مالم يثبت فيه الاستحقاق باعتبار الحقيقة فلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز فان اختلط الذكور بالاناث من أولاد الابن * فنقول ان كان بنات الصلب بنتين فصاعدا فلهن الثلثان والباقى بين

أولاد الابن للذكر مثل حظ الانثيين عند علي وزيد رضي الله عنهما وهو قول جمهور العلماء وكان ابن مسعود يقول الباقي لبني الابن خاصة ولا شيء لبنات الابن فان كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الانثيين عند علي وزيد وعند عبدالله بن مسعود ينظر الى المقاسمة والسدس لبنات الابن فأي ذلك كان شرا لهن فلهن ذلك والباقي لبني الابن ويسمى هذا الجنس مسائل الاضرار على قول ابن مسعود واحتج في ذلك بالآية فان الله تعالى اعتبر في ميراث الاولاد أحد الحكمين أما الثلثان للبنات بقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واما القسمة فللذكر مثل حظ الانثيين بقوله عزوجل للذكر مثل حظ الانثيين وقد وجد أحد الحكمين هنا وهو اعطاء البنات الثلثين فلا يجوز اعتبار الحكم الآخر في هذه الحادثة لان الجمع بينهما متعذر بالاجماع فلا يبقى لاولاد الابن استحقاق بحكم هذه الآية بعد ما أخذت البنات الثلثين فانما يثبت الاستحقاق للذكور منهم بقوله عليه السلام فلاولى رجل ذكر وان كانت ابنة الصلب واحدة قد بقي السدس مما يستحقه البنات ولكن ذلك لهن عند الانفراد لا عند الاختلاط فلا يعطين الا الاقل لانه المتيقن به فلهذا ينظر الى المقاسمة والى السدس فيما يعطى بنات الابن ولان بنات الابن لو انفردن مع الابنتين لم يكن لهن شيء ومع الواحدة من البنات لا يكون لهن الا السدس ومعلوم أن حالة الانفراد في حكم الاستحقاق أقوى من حالة الاجتماع وانما تصير الانثى عصبة بالذكر اذا كانت صاحبة فرض عند الانفراد كالبنات والاخوات فاما اذا لم تكن مستحقة شيأ عند الانفراد لم تصر عصبة بالذكر كبنات الاخوة مع بني الاخوة وبنات العم مع بني العم وحجتنا في ذلك أن الذكر مع أولاد الابن يعصب الاناث في درجته في استحقاق جميع المال بالاتفاق وهو ما اذا لم يكن هناك ولد للميت لصلبه فكل ذكر يعصب الانثى في استحقاق جميع المال بالاتفاق يعصبها في استحقاق ما بقي كالاخ مع الاخوات في درجة واحدة والبنات مع البنين وهذا لان بنات الصلب لما أخذن نصيبهن خرجن من البين وصار فيما بقي كأنه ليس هناك ابنة ويكون الحكم فيما بقي هو الحكم في الجميع اذا لم يكن هناك بنات الصلب وبهذا يتبين أنا لا نجمع بين الحكمين في محل واحد وانما نثبت في كل محل أحد الحكمين ففي الثلثين عملنا بقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين وفيما وراء ذلك عملنا بقوله تعالى للذكر مثل حظ

الانثيين يوضحه أن الذكر من أولاد الابن يعصب الانثى فى درجته فى حكم الحرمان وبيانه اذا اجتمع مع الزوج والابوين ابنة وابنة ابن فان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين فان كان مع ابنة الابن ابن الابن فى هذه الصورة لم يكن لها شئ لانها تصير عصبة به ولم يبق من أصحاب الفرائض شئ فلما كان يعصبها فى حكم الحرمان فلان يعصبها فى حكم الاستحقاق كان أولى لان التعصيب فى الاصل للاستحقاق لا للحرمان فان كان الذكر من أولاد الابن دون الانثى بدرجة فان اجتمع مع ابنتى الصلب بنت ابن وابن ابن ابن فظاهر المذهب عندنا أن الباقى بينهما للذكر مثل حظ الانثيين * وقال بعض المتأخرين أن الباقى للذكر خاصة هنا لان الانثى انما تصير عصبة بذكر فى درجتها لا بذكر هو دونها فى الدرجة (ألا ترى) أن البنت لا تصير عصبة بابن الابن فى ابنة واحدة صلبية وابنة ابن وابن ابن ابن فانه لا تصير ابنة الابن عصبة بابن الابن فكذلك مع البنتين لمعنى وهو أن الذكر اذا كان أبعد بدرجة فلو جعل للانثى التى هى أقرب منه بدرجة عصبة كان الذكر محروما فى نفسه لان فى ميراث العصبات الاقرب يقدم على الابعد ذكرا كان أو أنثى (ألا ترى) أن الاخت لما صارت عصبة مع البنت كان الباقى لها دون ابن الاخ والعم واذا صار محروما لا يعصب أحدا وجه قولنا ان هذه الانثى لو كانت فى درجة الذكر كانت عصبة به مستحقة معه فاذا كانت أقرب منه بدرجة كان أولى لان تأثير القرب فى قوة سبب الاستحقاق لا فى الحرمان وفى هذا بيان أن التعصيب كان لمعنى النظر للانثى ولا يتحقق ذلك فى ابنة مع ابن الابن لان بالتعصيب هناك ينتقص حقها لانه يصير المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فنصيب البنت الثلث فلهذا جعلناها عصبة بابن الابن وحقها بدون التعصيب النصف وكذلك فى حق ابنة الابن مع ابنة واحدة للصلب فان بالتعصيب هناك بابن ابن الابن لا يزداد نصيبها بحال وقد يؤدى الى حرمانها فى بعض الاحوال لانه اذا كانت البنت الصلبية واحدة فحق ابنة الابن معها السدس دون التعصيب ولو عصبنا بنت الابن بابن ابن الابن لا يزداد نصيبها على السدس فان الباقى من النصف وهو النصف يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين سهم لبنت الابن وسهمان لابن ابن الابن كما فى غير حالة التعصيب فأما فى التعصيب هنا توفير المنفعة على ابنة الابن باعتبار زيادة القرب * يوضحه ان من كانت فى درجة الذكر هنا تستحق شيأ فالقول بأن الابعد من البنات يستحق والاقرب يصير محروما بنسبة المحال فلا يصار اليه * فصل ثم جملة

من يرث مع الاولاد ستة نفر الاب والجد لاب وان علا والام والجدة أم الام أو أم الاب والزوجة ولا يرث غير هؤلاء مع الابن بالفريضة لا بالعصوبة ولا يكون غير هؤلاء صاحب فرض مع الابنة وان كان قد يرث بالعصوبة فأما الاب فله فى الميراث ثلاثة أحوال فرض وعصوبة وكلاهما فالفرض مع وجود الابن وابن الابن وان سفل والعصوبة عند عدم الولد وولد الابن ذكرا كان أو أنثى وكلاهما مع البنت وبنت الابن وفريضته السدس لا ينقص من ذلك الا عند العول ولا يزاد عليه بالفريضة بحال وذلك منصوص عليه فى كتاب الله تعالى قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فهو تنصيص على أنه صاحب فرض مع الولد وان فريضته السدس * قال الله عز وجل فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث معناه وللاب ما بقى كما هو الاصل أن المال متى أضيف الى اثنين وبين نصيب أحدهما منه كان للآخر ما بقى فذلك تنصيص على أنه عصبة حال عدم الولد وأما مع البنت فهو صاحب فرض يأخذ السدس بالفرضية والبنت تأخذ النصف ثم للاب مابقى بالسنة وهو قوله عليه السلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلاولي رجل ذكر وهو أولى رجل ذكر فيكون عصبة فيما بقي والجد أب الاب عند عدم الاب يقوم مقامه باعتبار أنه يدلى به وأنه يتناوله اسم الاب مجازا الا فى فصل وهو فى زوج وأبوين وامرأة وأبوين فان للام ثلث ما بقى والباقى للاب فان كان مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال والباقى للجد على ما نبينه وأما الام فانها صاحبة فرض ولها فى الميراث حالان اما السدس واما الثلث لا تنقص من السدس الا عند العول ولا تزاد على الثلث الا عند الرد أما السدس لها مع الولد ثبت ذلك بقوله تعالى ولابوية لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد والثلث بقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث والسدس لها مع وجود الاخوة بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولا خلاف ان فرضيتها السدس مع الولد ذكرا كان أو أنثى لان اسم الولد حقيقة لهما فاما مع الاخوة فقد اختلفوا فى فصول بعد ما اتفقوا ان الذكور والاناث فى هذا الحكم سواء عند الاختلاط وعند الانفراد حتى ان فرضها السدس مع الاخوات المفردات كما فى الذكور المفردين وكما مع الذكور مع الاناث عند الاختلاط وانما الاختلاط فى المثني من الاخوة والاخوات فعلى قول أكثر الصحابة رضى الله عنهم وهو قول جمهور العلماء الفقهاء فريضتها السدس معهما وعلى قول ابن عباس فريضتها الثلث معهما الا أن يكونوا ثلاثا لظاهر قوله تعالى فان كان له

اخوة وذلك اسم جمع وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة والحجب لايثبت الا بعد التيقن بشرطه ولكنا نقول قد ثبت بالنص ان المثنى من الاخوات كالثلاث فى الاستحقاق قال الله تعالى فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك فكذلك المثنى كالثلاث فى الحجب وقد بينا فى البنات ان المثنى حكم الجمع فى الحجب والاستحقاق جميعا وهذا وان كان نوعا من المجاز فقد حملنا اللفظ عليه بدليل النص وذلك مستقيم على قول جمهور العلماء الاخوة لام كغيرها من الاخوة فى حجب الام من الثلث وعلى قول الزيدية الحجب انما يثبت بالاخوة لاب وأم أو لاب ولا يثبت بالاخوة لام قالوا لان هذا الحجب بمعنى معقول وهو انه عند وجود الاخوة لاب وأم أو لاب يكثر عيال الاب فيحتاج الى زيادة مال للانفاق عليهم والام لاتحتاج الي ذلك اذ ليس عليها شئ من النفقة وهذا المعنى لايوجد فى الاخوة لام لان نفقتهم ليست على الاب وانما ذلك على الام فهي التى تحتاج الى زيادة مال لاجلهم فلا تحجب من الثلث الى السدس باعتبارهم وحجتنا ظاهر الآية فان اسم الاخوة حقيقة للاصناف الثلاثة لان الاخ من جاور غيره فى صلب أو رحم وهذا حكم ثابت بالنص وقولهم غير معقول المعني فان الاخوة يحجبون الام الى السدس بعد موت الاب ولا نفقة هنا على الاب ويحجبون اذا كانوا كبارا وليس على الاب من نفقتهم شئ ثم السدس الذى يحجب عنه الاخوة لام يكون للاب فى قول عامة الصحابة وهو مذهبنا وعن ابن عباس رضى الله عنه فى رواية شاذة ان ذلك للاخوة بيانه فمن مات وترك أبوين وأخوة عندنا الام السدس والباقى للاب وعنده الام السدس والسدس للاخوة والباقى للاب واستدل بحديث رواه طاووس أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الاخوة السدس مع الابوين ولان من لايرث لايحجب (ألا ترى) ان الاخوة لو كانوا كفارا أو أرقاء لا يحجبون فلما حجبوا الام مع وجود الاب عرفنا انهم ورثة مع الاب ولا يرثون شيأ من نصيب الاب لانهم يدلون به ولان الاب أقرب منهم فانه يتصل بالميت من غير واسطة فلم يبق لهم من الميراث الامقدار ما نقصوا من نصيب الام وذلك سدس وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس معناه وللاب مابقى لانه معطوف على قوله عز وجل وورثه أبواه فلامه الثلث ثم هناك المراد وللاب ما بقى وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه * يوضحه انه بين فى أول الآية حالا يكون الوارث فيه الابوان فقط بقوله تعالى وورثه أبواه فبين نصيب الام ثم عطف عليه بغير نصيبها بوجود الغير فيبقي ماسوى ذلك على ما كان وهو

ان الوارث هم الابوان فقط وأما الحديث فقد روى عن طاووس لقيت ابن رجل من الاخوة الذين أعطاهم رسول الله السدس مع الابوين فسألته عن ذلك فقال كان ذلك وصية فعلى هذا يصير الحديث دليلا لنا لان الوارث لا يستحق الوصية فلما أعطي رسول الله صلى الله عليه وسلم الاخوة بالوصية مع الابوين عرفنا انهم لا يرثون والمعنى الذى قال هو كما قال ان من لا يرث لا يحجب غير ان الشرط أن يكون وارثا فى حق من يحجبه والاخ وارث فى حق الام وانما يحجب الام بخلاف الرقيق والكافر ثم هو محجوب بالاب لان حال الاخوة مع وجود الام لا يكون أقوى من حاله عند عدم الام وهم لا يرثون مع الاب شيأ عند عدم الام لان الله تعالى شرط فى توريث الاخوة أن يكون الميت كلالة والكلالة من ليس له ولد ولا والد وهذا لا يتغير بوجود الام فلهذا لا يرث الاخ شيأ مع الاب والاصح ان هذه الرواية عن ابن عباس لا تثبت فان مذهبه فى الجد مع الاخوة كمذهب الصديق رضى الله عنه انهم لا يرثون شيأ فكيف يرثون مع الاب ويختلفون أيضا فى زوج وأبوين فعلي قول عمر وعلي وابن مسعود وزيد رضى الله عنهم للزوج النصف وللام ثلث ما بقى والباقى للاب وهو قول جمهور الفقهاء وعلى قول ابن عباس للام ثلث جميع المال والباقى للاب وكذلك فى امرأة وأبوين للام ثلث ما بقى عند من سمينا وعند ابن عباس ثلث جميع المال * وحكى أن ابن عباس لقي زيدا رضى الله عنهما فقال نشدتك الله هل تجد فى كتاب الله ثلث ما بقى فقال لا ولكنني قلت ذلك برأيي فقال كتاب الله أحق أن يؤخذ به من رأيك وحجته ظاهر الآية فان الله تعالى قال فلامه الثلث يعنى ثلث التركة لانه معطوف على قوله تعالى فلهن ثلثا ما ترك وعلي قوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف يعنى نصف ما ترك فكذلك قوله عز وجل فلامه الثلث ثم لا يجوز أن ينتقص نصيب الام بالزوج لان سبب وراثة الام أقوى من سبب الزوج فان سبب وراثتها لا يحتمل النقض والدفع فهو قائم عند الوراثة وقد ترث جميع المال فى بعض الاحوال بخلاف الزوج ولو جاز أن ينتقص نصيب أحدهما لمكان الزوج لكان الاولى به الاب * وقد ينتقص نصيب الاب لوجود الزوج فان المرأة اذا تركت أباها وحده كان له جميع المال وان كان مع الاب زوجها فله نصف المال * ولا ينتقص نصيب الام لمكان الزوج بحال فادخال ضرر النقصان على الاب أولي منه علي الام وهذا المعنى فقهى وهو أن الاب عصبة فى هذه الحالة ولا مزاحمة بين العصبات وأصحاب الفرائض ولكن أصحاب الفرائض

مقدمون فيعطون فريضتهم ثم مابقي للعصبة قل أو أكثر واعتبار الثلث والثلثين بين الاب والام عند وجود المزاحمة ويقاس بما لو كان مكان الاب جدا فى هذين الفصلين وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث معناه فلامه ثلث ما ورثه أبواه اذ لو لم يحمل على هذا صار قوله وورثه أبواه فصلا خاليا عن الفائدة وقد كان يحصل البيان بقوله فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث كما قال تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف فلما قال هنا وورثه أبواه عرفنا أنه انما جعل لها ميراث الابوين وميراث الابوين ما بقي بعد نصيب الزوج والزوجة يوضحه انه علق إيجاب الثلث لها بشرطين أحدهما عدم الولد والآخر أن يكون الوارث أبوين فقط لان قوله تعالى فان لم يكن له ولد شرط وقوله تعالى وورثه أبواه عطف على شرط والمعطوف على الشرط شرط والمتعلق بشرطين كما ينعدم بانعدامهما ينعدم بانعدام أحدهما فبهذا يتبين أن ثلث جميع التركة لها غير منصوص فى هذه الحالة فوجب المصير الى هذا المعنى المعقول وهو أن الابوين فى الاصول كالابن والبنت فى الفروع لان سبب وراثة الذكر والانثى واحد وكل واحد منهما متصل بالميت بغير واسطة ثم لا يجوز تفضيل البنت على الابن ولا التسوية بينهما فى الفروع بل يكون للانثى مثل نصف نصيب الذكر فكذلك فى الاصول ويقاس ما بقى بعد نصيب الزوج والزوجة بجميع المال عند عدم الزوج والزوجة فأما اذا كان مكان الاب جد فيقول تفضيل الانثى على الذكر أو التسوية انما تجوز عند المساواة فى القرب ولا مساواة فالام متصلة بالميت من غير واسطة والجد لا يتصل به الا بواسطة (ألا ترى) ان الجد قد يحرم الميراث بمن هو أقرب منه وهو الاب والام لا تحرم بمن هو أقرب منها بحال بمنزلة الاب فلهذا أعطيناها مع الجد ثلث جميع المال ومع الاب ثلث ما بقي وكان يقول أبو بكر الاصم لها ثلث ما بقى مع الزوج وثلث جميع المال مع الزوجة ويروى ذلك عن معاذ رضى الله عنه لان مع الزوج لو أعطيناها ثلث جميع المال لم يكن للاب الا السدس فيكون فيه تفضيل الانثى على الذكر ولا الى التسوية بينهما فاما الجدة فهى صاحبة فرض فريضتها السدس لحديث أبى سعيد الخدري أعطى الجدة السدس ويستوى فى ذلك أم الام وأم الاب فان اجتمعتا فالسدس بينهما ثبت ذلك باتفاق الصحابة رضي الله عنهم على ماروى أن أم الام جاءت الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه وقالت أعطنى ميراث ولد ابنتى فقال لا أجد لك فى كتاب الله تعالى نصيبا ولم أسمع من

رسول الله صلى الله عليه وسلم فيك شيأ ولكني أشاور أصحابي فجمعهم وسألهم عن ذلك فشهد
محمد بن سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى الجدة السدس ثم جاءت أم الاب بعد ذلك
الي أبي بكر فقالت أعطني ميراث ولد ابني فقال لا أجد لك في كتاب الله نصيبا ولم أسمع من
رسول الله صلي الله عليه وسلم فيك شيأ ولكني أرى ان ذلك السدس بينكما اذا اجتمعتا
وهو لمن انفرد منكما ثم لا يزداد نصيب الجدات علي السدس وان كثرن الا عند الرد ولا
ينقص الا عند العول فأما الزوج فهو صاحب فرض وله حالان النصف عند عدم الولد وولد
الابن ذكرا كان أو أنثى والربع عند وجوده ثبت ذلك بقوله تعالي ولكم نصف ماترك
أزواجكم الاية ولا يزداد الزوج علي النصف بذلك بحال ولا ينقص عن الربع الا عند العول
وأما الزوجة فهي صاحبة فرض ولها حالان الربع عند عدم الولد وولد الابن ذكرا كان
أو أنثي والثمن عند وجوده ثبت ذلك بقوله تعالي ولهن الربع مما تركتم الاية ونصيب الزوجات
بينهن بالسوية اثنتين أو ثلاثا أو أربعا لا يزاد لهن علي الربع بحال ولا ينقص عن الثمن الا عند
العول ولا يحجب الزوج والزوجة عن الميراث باحد ولا سبب الا بقتل أو كفر أو رق
والحاصل ان الحجب نوعان حجب حرمان وحجب نقصان فحجب الحرمان نحو حجب
لاجداد بالاب والجدات بالام وحجب النقصان نحو حجب الزوج والزوجة ولا خلاف
في أن حجب الحرمان لا يثبت بمن هو غير وارث بسبب القتل أو الرق أو اختلاف
الدين وكذلك حجب النقصان في أكثر قول الصحابة رضي الله عنهم وهو مذهبنا وقال ابن
مسعود رضي الله عنه يثبت حجب النقصان بمن لا يكون وارثا واستدل في ذلك فقال هذا
الحجب بالنص ثابت بالولد وبالاخوة وبسبب الرق والقتل والكفر لا يقيد هذا الاسم
فالتقييد بكون الاخ والولد وارثا يكون زيادة علي النص وهذا بخلاف حجب الحرمان لان
حجب الحرمان باعتبار تقديم الاقرب علي الابعد وانما يتحقق ذلك اذا كان الاقرب مستحقا
فاما حجب النقصان باعتبار أن السبب مع وجود الولد والاخوة لا يوجب له الا أقل النصيبين
وفي هذا المعنى لا فرق بين أن يكون الولد والاخ وارثا أولا يكون وارثا وحجتنا في ذلك
ان من ليس بوارث جعل في استحقاق الميراث كالميت فكذلك في الحجب هو كالميت وكما
انه مع الرق لا يخرج من أن يكون ولدا فبالموت لا يخرج من أن يكون ولدا ثم شرطنا كونه ولدا
حيا للحجب بالاتفاق فكذلك يشترط كونه وارثا حرا للحجب ونفس حجب النقصان علي

حجب الحرمان فى المعنى لا فرق بينهما لان فى حجب الحرمان تقديم الاقرب فى الكل وفى حجب النقصان تقديم الحاجب على المحجوب فى البعض فاذا شرط هناك صفة الوراثة فى الحاجب فكذلك يشترط هنا والله أعلم بالصواب

باب التشبيه فى ميراث الاولاد

(قال رضى الله عنه) ويسمى هذا باب التفويض وباب ترتيب الانساب واعلم بأن الصحابة رضى الله عنهم لم يتكلموا فى جنس مسائل هذا الباب وانما ذكر المتأخرون رحمهم الله فى ذلك لتسجيد الخواطر فنقول انك تسأل عن ثلاثة بنات ابن بعضهن أسفل من بعض فالاصل فى تخريج الجواب ما قدمنا ان ابنة الابن تقوم مقام ابنة الصلب عند عدمها وابنة ابن الابن تقوم مقام ابنة الابن عند عدمها ثم صورة هذه المسئلة ان العليا منهن ابنة الابن والوسطى ابنة ابن الابن والسفلى ابنة ابن ابن الابن فيكون للعليا النصف لانها قائمة مقام ابنة الصلب والوسطى السدس تكملة الثلثين ولا شئ للسفلى فان كان مع واحدة منهن غلام قلت ان كان الغلام مع العليا فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان كان مع الوسطى فللعليا النصف والباقى بين الغلام والوسطى للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للسفلى لان الذكر لا يعصب من دونه بدرجة وان كان الغلام مع السفلى فللعليا النصف وللوسطى السدس تكملة الثلثين والباقى بين السفلى والغلام للذكر مثل حظ الانثيين فان كان مع العليا جدها أب أبيها فقل هذا الميت ذكر أم أنثى فان كان الميت ذكراً فالسؤال محال لان أب الاب أب أب العليا وهو الميت نفسه وان كان الميت امرأة فالسؤال صحيح وهذه امرأة ماتت وتركت زوجها وثلاث بنات ابن فيكون للزوج الربع وللعليا النصف وللوسطى السدس فان قيل لم يذكر فى السؤال قيام الزوجية بينهما عند الموت فكيف يورثه قلنا قد ذكر ذلك اشارة بذكره اياه فى جملة الورثة مع انا عرفنا ان الزوجية بينهما وما عرف ثبوته فالاصل بقاؤه حتى يقوم دليل الزوال فان كان مع العليا جدتها أم أبيها قلنا ان كان الميت امرأة فالسؤال محال لان أم أب العليا هى الميتة نفسها وان كان الميت ذكرا فالسؤال مستقيم وأم أب العليا زوجة الميت فيكون لها الثمن ولابنة الابن النصف ولابنة ابن الابن السدس تكملة الثلثين وان كان مع العليا عمها فنقول عم العليا ابن الميت فالمال كله له وان كان مع العليا عمتها فعمة العليا ابنة الميت

فلها النصف وللعليا السدس وان كان مع العليا عم ابنها فعم أبنها أخ الميت فيكون للعليا النصف وللوسطى السدس والباقى للاخ وان كان مع العليا عمة ابنها فعمة ابنها أخت الميت فللعليا النصف وللوسطى السدس والباقى للاخت فان الاخوات مع البنات عصبة فان كان مع العليا ثلاثة أعمام متفرقين فنقول ان كان الميت ذكرا فالمال بين عم العليا لاب وأم وعمها لاب نصفان ولا شئ لعمها لامها لان عمها الام ابن امرأة الميت وان كان الميت امرأة فالمال بين عم العليا لاب وأم وعمها لام نصفان لانهما ابنا الميت ولا شئ لعمهما لاب لانه ابن زوج الميت وان كان مع العليا ثلاث عمات متفرقات فهو كذلك ان كان الميت رجلا فعمة العليا لاب وأم وعمتها لام ابنتا الميت فلهما الثلثان وان كان مع العليا ثلاث اخوة متفرقين فالمال بينها وبين أختها لاب وأم وأختها لاب للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ لاختها لام لانها ابنة امرأة ابن الميت وان كان مع العليا ثلاث أخوات متفرقات فاخوتها لابيها وأمها وأختها لابيها فى درجتها فيكون لهم الثلثان ولا شئ لاختها لامها لانها ابنة ابن امرأة ابن الميت ويستوي فى هذا الفصل ان كان الميت ذكرا أو أنثى فان كان ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض فنقول العليا من الفريق الثانى فى درجة الوسطى من الفريق الاول والوسطى من الفريق الثانى فى درجة السفلى من الفريق الاول فيكون للعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى من الفريق الاول والعليا من الفريق الثانى السدس تكملة الثلثين ولا شئ لمن سواهن فان كان مع الوسطى من الفريق الثانى غلام فالباقى بين السفلى من الفريق الاول والوسطى من الفريق الثانى والغلام للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للسفلى من الفريق الثانى وان كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى فالباقى بين الغلام وبين من بقي منهن للذكر مثل حظ الانثيين لما بينا أن الغلام كما يعصب من فى درجته يعصب من هو فوقه بدرجة اذا لم يستحق شيأ بالفريضة وان كان الغلام مع العليا من الفريق الثانى فللعليا من الفريق الاول النصف والباقي بين الوسطي من الفريق الاول والعليا من الفريق الثانى والغلام للذكر مثل حظ الانثيين فان كان الغلام مع العليا من الفريق الاول فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين * وان ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض ومع العليا ثلاث بنى أعمام متفرقين فالمال بين العليا وبين ابن عمها لاب وأم وبين ابن عمها لاب للذكر مثل حظ الانثيين لان ابن عمها فى درجة ابن ابن الميت رجلا كان

أو امرأة فان كان مع العليا ثلاث بنات أعمام متفرقين فللعليا وما يكون من هذا الجنس فطريق تخريجه ما بينا * ويتصل بهذا الباب مسائل المعاياة ومتشابه الانساب * ولكن أورد محمد رحمه الله لذلك بابا فى آخر الكتاب * فيؤخر البيان الى ذلك الموضع ليكون أسهل والله أعلم بالصواب

باب الاخوة والاخوات

(قال رحمه الله) الاصل فى توريثهم آيتان من كتاب الله تعالى احداهما قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة وله أخ أو أخت معناه أخ أو أخت لام هكذا فى قراءة سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه وتسمى هذه الآية آية النساء لانها فى النساء نزلت والثانية قوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة الى آخر السورة والمراد الاخوة والاخوات لاب وأم أو لاب هكذا فانه الصديق رضى الله عنه على منبر رسول الله صلي الله عليه وسلم وتسمي هذه الآية آية الصيف لان نزولها كان فى الصيف ثم اختلفت الصحابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم فى معنى اللفظ المذكور فى الآيتين وهو الكلالة أنه عبارة عما خلا عن الولد والوالد وفى آية النساء الكلام مبهم جدا وفى آية الصيف زيادة بيان بقوله عز وجل ان امرؤ هلك ليس له ولد وكان عمر رضى الله عنه أحرص الناس على السؤال عن الكلالة حتى أنه روى لما ألح على رسول الله صلي الله عليه وسلم فى السؤال عنه وضع فى صدره فقال أما يكفيك آية الصيف وانما أحاله على الآية ليجتهد فى طلب معناها فينال ثواب المجتهدين * وروى أن ابن عمر رضي الله عنه قال لحفصة رضى الله عنها متى وجدت من رسول الله صلى الله عليه وسلم طيبة نفس فسليه عن الكلالة فلبس رسول الله صلى الله عليه وسلم ثيابه يوما ليخرج فقالت حفصة اخبرنى عن الكلالة يارسول الله فقال عليه السلام أبوك أمرك بذلك ما أراه يعرف الكلالة فكان عمر رضى الله عنه يقول ما أرانى أعرف الكلالة بعد ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما قال وكان عمر رضى الله عنه يقول قبض رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل أن يبين لنا ثلاثا ولو علمتها لكان أحب الي من الدنيا وما فيها الكلالة والخلافة والربا وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه انى رأيت فى الكلالة رأيا فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمني ومن الشيطان أري الكلالة ما خلي عن الولد والوالد فاتبعه عمر رضي الله عنه على رأيه وقال لا أرضى

من نفسي أني أنسب الى مخالفة أبي بكر رضي الله عنه وأثبت ذلك في كتف فلما طمن وأيس من نفسه دعا بالكتف ومحاه وقال اشهدوا أني أتقي الله تعالى ولا قول لي في الكلالة ثم اتفق أكثر الصحابة أبو بكر وعلي وزيد وابن مسعود رضي الله عنهم أن الكلالة ماعدى الولد والوالد وهو قول جمهور العلماء وقد روى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه وقد صح عنه في زوج وأبوين أن للام ثلث جميع المال ولا يظن به أنه يسقط الاب بالاخ ولا أنه ينتقص نصيبه من السدس بسبب الاخ ولم يبق السدس يعني أن الله تعالى أثبت للاخ لام السدس اذا كانت المرأة كلالة وأما اذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين وأخ لام فعلى قول ابن عباس للزوج النصف والام ثلث جميع المال ولم يبق الا السدس فلو كانت المسئلة كلالة مع قيام الاب عنده لصار ذلك السدس للاخ لام فيصير الاب محجوبا بسبب الاخ لام ولا يظن به هذا فعرفنا أن الصحيح من مذهبه أن الكلالة ما خلا الولد والوالد وأظهر الروايتين عنه أن الكلالة ماخلا الولد فان كان هناك والد فقلت انهم يقولون ما عدا الوالد والولد فغضب فقال أنتم أعلم أم الله قال الله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة ان أمرؤ هلك ليس ولد يعني الكلالة هالك ليس له ولد وعامة الصحابة والعلماء استدلوا بحديث رواه أبو سلمة بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الكلالة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ليس له ولد ولا والد وأما الآية فقد قيل المراد بقوله ليس له ولد وهو يشمل الولد والوالد جميعا فان اسم الولد مشتق من الولادة ويطلق ذلك على الوالد لتولد الولد منه وعلى الولد لتولده من الوالد كاسم الذرية يتناول الاولاد والآباء قال الله تعالى وآية لهم أنا حملنا ذريتهم في الفلك المشحون يعني آباءهم فسمى الاب بهذا الاسم لان الولد ذرى منه وسمى به الولد لانه ذرى من الاب والمراد بقوله عز وجل ليس له ولد الولد ومن يقوم مقام الولد (ألا ترى) أن من له ولد ابن لا يكون كلالة لوجود من يقوم مقام الولد فكذلك من له أب لا يكون كلالة لوجود من يقوم مقام الولد ومن حيث معنى اللغة والاشتقاق الحجة فيه لعامة العلماء رحمهم الله أن النسب نوعان سرد وكلالة فالسرد لا يتبع فردا فردا قال الله تعالى وقدر في السرد ومنه قول القائل

نسب توارث كابر عن كابر كالرمح أنبوبا على أنبوب

وهذا المعنى فى الاباء والاولاد لانه يتبع فردا فردا فعرفنا ان الكلالة ما سوى ذلك ومن حيث الاشتقاق لاهل اللغة ولان أحدهما ان اشتقاق الكلالة من قولهم تكلله النسب أى أحاط به ومنه يقال تكلل الغمام السماء أى أحاط به من كل جانب ومنه الاكليل فانه يحيط بجوانب الرأس ومنه الكل والمراد به الجمع والاحاطة وذلك لا يتحقق فى الآباء والاولاد لان اتصال كل واحد منهما بصاحبه من جانب وأحد وانما يتحقق هذا فيما سوى الآباء والاولاد فان الاتصال يحيط من الجانبين ومن ذلك قول الفرزدق

ورثتم قناة المجد لاعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

وقيل اشتقاق الكلالة من قولهم حمل فلان على فلان ثم كل عنه أى بعد ومنه الكل وهو اسم لما تباعد عن المقصود ومعنى التباعد انما يتحقق فيما عدا الوالد والولد لكون الاتصال بواسطة أو واسطتين أو واسطات والدليل عليه قول القائل

وان أب المرء حمالة * ومولى الكلالة لا يغضب

فقد أخرج الاب من الكلالة ثم اختلفوا فى ان الكلالة اسم للميت أو للورثة فقال أبو عبيدة معمر بن المثنى هو اسم لميت ليس له ولد ولا والد وهو اختيار أهل البصرة * وقال أهل الكوفة وأهل المدينة هو اسم لورثة ليس فيهم ولد ولا والد وحجة القول الاول قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أى يورث فى حال ما يكون كلالة فهو نصب على الحال * كما يقال ضرب زيدا قائما وانما يورث الميت فعرفنا ان الكلالة صفة له وحجة القول الثانى قوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة أى يستفتونك عن الكلالة وانما يستقيم الاستفتاء عن ورثة ليس فيهم ولد ولا والد فاما اذا سئل عن ميت ليس له ولد ولا والد لا يفهم بهذا السؤال شئ والآية قرئت بالنصب يورث وبالكسر يورث والقراءة بالكسر دليل على أن الكلالة اسم للورثة وتأويل القراءة بالنصب ما أشرنا اليه ان اسم الكلالة يتناول الورثة ويتناول الميت كاسم الاخ يتناول كل واحد منهما ثم قد ثبت بالسنة ان المراد بالكلالة اورثة قال عليه السلام ومن ترك كلا وعيالا فعلي نفقته يعنى كلالة اذا عرفنا هذا فنقول الاخوة والاخوات أصناف ثلاثة بنو الاعيان وهم الاخوة والاخوات لاب وأم سموا بذلك لان عين الشئ أتم مايكون منه وتمام الاتصال من الجانبين فى حقهم وبنو العلات وهم الاخوة والاخوات لاب قال القائل

ويوسف اذ دلاه أولاد علة * فاصبح فى قعر الركية ثاويا

وبنو الاخياف وهم الاخوة والاخوات لام سموا بذلك من قولهم فرس اخيف اذا كانت احدى عينيه زرقا والاخرى كحلا * فنسب باحدى عينيه الى شئ وبأخرى الى شئ آخر * فحال الاخوة والاخوات لام كذلك ثم نبدأ ببيان ميراث بنى الاخياف اقتداء بكتاب الله تعالى فقد ذكر الله تعالى فى أول السورة ميراثهم بقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت أى لام وهكذا فى قراءة سعد رضى الله عنه وهم أصحاب الفريضة للواحد منهم السدس ذكرا كان أو انثى وللمثنى فصاعدا منهم الثلث بين الذكر والانثى بالسوية لا يزاد لهم على الثلث وان كثروا الا عند الرد فلا ينتقص الفرد منهم عن السدس الا عند العول وهذا حكم ثابت بالنص قال الله تعالى لكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث ولفظ الشركة يقتضى التسوية فهو دليل على انه سوى بين ذكورهم واناثهم والمعنى يدل عليه فانهم يدلون بالام * فيعتبر ميراثهم بميراث المدلى به وللام فى الميراث حالان فالفرد منهم يعتبر حاله باسوإ حالى الام فله السدس والجماعة منهم يعتبرون بأخس حالى الام لتقوى حالهم بالعدد وفى معنى الادلاء بالام الذكور والاناث سواء ويفضل الذكر على الانثى باعتبار العصوبة ولا حظ له فى العصوبة ثم هم لا يرثون مع أربعة نفر بالاتفاق مع الولد وولد الابن ذكرا كان أو أنثى ومع الاب والجد فان الله تعالى شرط فى توريثهم الكلالة وقد بينا ان الكلالة ما خلا الوالد والولد واتفقوا انهم لا يسقطون بنى الاعيان ولا بنى العلات ولا ينقص نصيبهم بنى العلات وانما يختلفون فى انه هل ينقص نصيبهم بنى الاعيان أم لا وبيان هذا الاختلاف فى امرأة ماتت وتركت زوجا وأما وأخوين لام أو أختين أو أخا وأختا وأخوين لاب وأم فالمذهب عند علي وأبى موسى الاشعرى وأبى بن كعب رضى الله عنهم ان للزوج النصف وللام السدس وللاخوة لام الثلث ولا شئ للاخوة لاب وأم وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله * وقال عثمان وزيد رضى الله عنهما الثلث مقسوم بين الاخوة لام وبين الاخوة لاب وأم بالسوية وهو مذهب شريح والثوري ومالك والشافعى وهذه المسئلة المشركة وكان عمر رضى الله عنه ينفى التشريك ثم رجع الى التشريك وعن ابن عباس رضى الله عنه روايتان أظهرهما التشريك وعن ابن مسعود رضى الله عنه روايتان أظهرهما نفى التشريك وتسمى هذه المسئلة مسئلة التشريك والحمارية وذلك لانه روى ان الاخوة لاب وأم سألوا عمر رضى الله عنه عن هذه المسئلة فافتى بنفى التشريك كما كان يقوله أولا فقالوا هب

ان أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة فقال عمر رضي الله عنه صدقتم ورجع الى القول بالتشريك وهو المعنى الفقهي فان استحقاق الميراث باعتبار القرب والادلاء وقد استووا في الادلاء الى الميت بالام ويرجح الاخوة لاب وام بالادلاء اليه بالاب فان كانوا لا يتقدمون بهذه الزيادة فلا أقل من يستووا بهم* وانما لم يتقدموا لان الادلاء بالاب بسبب العصوبة واستحقاق العصبات متأخر عن استحقاق أصحاب الفرائض فلا يبقي هنا شيء من أصحاب الفرائض فيسقط اعتبار الادلاء بقرابة الاب في حقهم وانما يبقي الادلاء بقرابة الام وهم في ذلك سواء واحتجاجنا على القوم الذين قالوا هب ان ابانا كان حمارا انا اذا جعلنا اباكم حمارا فانا نجعل امكم أتانا فلا يستحق بالادلاء بها شيء ومعنى هذا الكلام وهو أن الادلاء بقرابة الاب سبب لاستحقاق العصوبة وبعد ما وجد هذا السبب لا تكون قرابة الام علة الاستحقاق بل تكون علة للترجيح فلهذا يرجح الاخ لاب وأم على الاخ لاب* وما يكون علة للاستحقاق بانفراده لا يقع به الترجيح وانما يقع الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق فلهذا يتبين أن قرابة الام في حقهم ليست بسبب للاستحقاق ثم العصوبة أقوى أسباب الارث والضعيف لا يظهر مع وجود القوي فلا يظهر الاستحقاق بالفرضية في حق الاخوة والاخوات لاب وأم واذا لم يظهر ذلك وجب الحاق الفرائض بأهلها فان بقي سهم فهو للعصبة وان لم يبق فلا شيء لهم واذا اعتبر التسوية بينهم في قرابة الام لترجح قرابة الاب فينبغي أن يكون الثلث كله لهم كما يرجح الاخوة لاب وام على الاخوة لاب بقرابة الام والدليل عليه لو كان هناك أخ واحد لام وعشرة لاب وأم فللاخ لام السدس والباقي بين الاخوة لاب وأم ولا أحد يقول بالتسوية بينهم هنا فلو كان معنى الاستواء في قرابة الام معتبرا لوجب أن يعتبر ذلك ويبقى تفضيل الاخ لام على الاخ لاب وأم اذ عرفنا هذا فنقول لو كان مكان الاخوين لاب وأم اختين لاب وأم لا تكون المسئلة مشركة لان للاختين لاب وأم الثلثين بالفريضة وتكون المسئلة عولية وكذلك لو كان مكانهما أخوين لاب لا تكون المسئلة مشركة لان من يقول بالتشريك انما يقول به لوجود المساواة في الادلاء بالام وذلك لا يوجد في الاخوة لاب وكذلك اذا كان الاخ لام واحدا لا تكون مشتركة لانه يبقى بعد نصيب أصحاب الفرائض * فاما بيان ميراث بني الاعيان فنقول انهم يقومون مقام أولاد الصلب عند عدمهم في التوريث ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم حتى ان الانثي منهم اذا كانت واحدة

فلها النصف وللمثني فصاعدا الثلثان وذلك يتلى فى القرآن قال الله تعالى وله أخت فلها نصف ماترك ثم قال عز وجل فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك كما فى ميراث البنات اذا كن فوق اثنتين ولم يذكر ذلك هنا ونص على ميراث البنتين هنا ولم ينص عليه ثمة ليستدل باحدهما على الاخر وللفرد منهم اذا كان ذكرا جميع المال ثبت بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد أي يرثها جميع المال وان كثروا فالمال بينهم بالسوية اعتبارا بالابناء وعند اختلاط الذكور بالاناث يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ثبت بقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين كما هو فى ميراث الاولاد وشئ من المعقول يدل عليه فالارث خلافة مشروعة لمن يقوم مقام الميت عند استحقاقه عما يخلفه من المال بعد موته والخلافة اما بالمناسبة أو بالمواصلة أو بالقرابة وميراث بنى العلات كميراث أولاد الابن على معنى أنهم عند عدم بنى الاعيان يقوم ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم كاولاد الابن عند عدم أولاد الصلب فانهم لا يرثون مع الذكر من بنى الاعيان شيأ كما لا يرث أولاد الابن مع الابن حتى أن الاخت لاب لا ترث مع الاخ لاب وأم ولا تصير عصبة مع البنت اذا كان معها أخ لاب وأم بل يكون النصف للبنت والباقى للاخ لاب وام ولا شئ للاخت لاب وان كان بنو الاعيان اناثا مفردات فان كانت واحدة فلها النصف ولبنى العلات اذا كن اناثا مفردات السدس تكملة الثلثين وان كانوا مختلطين فالباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول ابن مسعود رضى الله عنه ينظر للاناث منهم الى المقاسمة والى السدس فلهن شرهما وان كان بنو الاعيان بنتين من الاناث فصاعدا فلهما الثلثان ولا شئ للاخوات الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقى وعلى قول ابن مسعود الباقى للذكر خاصة وهو نظير ما ذكرنا من مسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضى الله عنه فى أولاد الابن مع بنات الصلب ولا خلاف أنهم لا يرثون مع الاب شيأ الا فى رواية شاذة عن ابن عباس وقد بينا فى توريثهم مع الجد اختلافا ظاهرا نبينه فى موضعه ولا خلاف أنهم لا يرثون مع الابن شيأ لان شرط توريثهم أن يكون الميت هالكا قال الله تعالى ان امرؤ هلك ومن له ابن فليس بهالك وانما يختلفون فى توريثهم مع البنات وهذا الاختلاف فى الاناث المفردات منهم دون الذكور حتى ان من مات وترك ابنة أو ابنتين وأخا لاب وأم أو لاب فللاخ مابقى نصفا كان أو ثلثا وذلك ثابت بالسنة فقد قال عليه السلام الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى رجل ذكر وأقرب رجل ذكر هو

الاخ فاما اذا كان مع الابنة أو الابنتين أخت لاب وأم أو لاب فعلى قول عمر وعلى وزيد وابن مسعود ما بقي للاخت نصفا كان أو ثلثا وعلى قول ابن عباس لا شيء للاخت فى هذه الحالة وأصله أن الاخوات يصرن عصبة مع البنات عند أكثر الصحابة وهو قول جمهور الفقهاء وعند ابن عباس رضى الله عنه لا يصرن عصبة واختلفت الرواية عنه فيما اذا اختلط الذكور بالاناث من الاخوة فروى عنه أن الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو الاصح من مذهبه وروى عنه أن الباقى كله للذكر فالاخت تصير عصبة مع البنت سواء كانت لاب وأم أو لاب الا أنه اذا كان مع الاخت لاب أخ لاب وأم بأن ترك بنتا وأخا لاب وأم وأختا لاب فللبنت النصف والباقى للاخ لاب وأم ولا شيء للاخت لاب وكذلك ان كان هناك ابنة وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب فقد روى عنه أن الباقى كله للذكر والاظهر من مذهبه أن الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وعندنا الباقى كله للاخت لاب وأم وحجته ما روى معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن رضي الله عنه قال سألت ابن عباس رضي الله عنه عن فريضة فيها ابنة وأخت فقال للابنة النصف ولا شيء للاخت فقلت قد كان عمر رضي الله عنه يقول الابنة النصف وللاخت ما بقى فغضب وقال أنتم أعلم أم الله قال الله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت قال الزهرى فلم أفهم مراد ابن عباس حتى سألت عنه عطاء فقال مراده ان الله تعالى انما جعل للاخت النصف بشرط عدم الولد ولم يجعل لها النصف مع الولد فان اسم الولد حقيقة للذكر والانثى جميعا (ألا ترى) أن الله تعالى لما حجب الام من الثلث الى السدس بالولد استوى فيه الذكر والانثى ولما حجب الزوج عن النصف الى الربع والمرأة الى الثمن من الربع بالولد استوى فيه الذكر والانثى فكذلك هنا شرط عدم الولد لتوريث الاخت فيستوى فيه الذكر والانثى والدليل عليه أن الباقى بعد نصيب صاحب الفريضة يستحقه العصبة بالنسبة والاخ عصبة فأما الاخت فليست بعصبة لانها عند الانفراد لا تكون عصبة فعرفنا أنها ليست بعصبة فى نفسها وانما تعتبر عصبة بغيرها اذا كان ذلك الغير عصبة والابنة ليست بعصبة فلا يجوز أن يجعل عصبة معها ولو صار عصبة معها لشاركها فى الميراث وبالاجماع لا يشاركها فى نصيبها فعرفنا أنها ليست بعصبة أصلا الا أن يخالطها ذكر فحينئذ تصير عصبة بالذكر * وحجتنا فى ذلك قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد ومعناه ابن بدليل ما عطف عليه بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان معناه بالاتفاق

ان لم يكن لها ابن حتى ان الاخ يرث مع الابنة فان قيل هما شرطان ذكر كل واحد منهما في حادثة على حدة فان قام الدليل على أن المراد بأحدهما الذكر لا يتبين ان المراد بالثاني الذكر قلنا لا كذلك بل الكل شرط واحد لانه ذكرا ولا اذا كان الاخ هو الميت يجعل للميت النصف ثم قلت المسئلة بجعل الاخت هي الميت والاخ هو الوارث وجعل له جميع المال فبهذا يتبين أن الشرط واحد وهو عدم الولد ثم المراد في أحد الموضعين الذكر دون الانثى فكذلك المراد في الموضع الآخر والسنة تدل على ذلك فقد روى أن أبا موسى الاشعرى سئل عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للابنة النصف وللاخت ما بقي فسئل عن ذلك ابن مسعود رضي عنه فقال قد ضللت اذا وما أنا من المهتدين سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين والباقي للاخت ففي هذا تنصيص على أن الاخت عصبة مع البنت والمعنى فيه أن حالة الانفراد حال الاخت أقوى من حال الاختلاط بالاخوة لان حالة الاختلاط حال مزاحمة وحال الانفراد حال عدم المزاحمة فاذا كانت هي لا تحجب عن الميراث في حالة الاختلاط بالاخوة فلأن لا تحجب في حالة الانفراد كان أولى وبهذا يتبين أن وجود عين الولد ليس بموجب حرمان الاخوة والاخوات وانما يحجبون بفريضة الابنة (ألا ترى) أن للاخوات المفردات لابوين السدس مع الابنة الواحدة ولو لم يكن حجب الاخوات بفريضة البنات لكانت تثبت المزاحمة بينهن وبين الابنة الواحدة في فريضة البنات كبنات الابن فانهن يزاحمن الابنة الواحدة في فريضة البنات فيكون لهن السدس واذا ثبت أن حجب الاخوات بفريضة البنات فيما وراء فريضة الابنة انعدم الحجب فيثبت الاستحقاق لهن بخلاف بنات الابن مع الابنتين لان حجبهن بوجود البنات لا بفريضة البنات يدل عليه أن استحقاق البنات الميراث ينبنى على القرب وذلك يكون بالولادة فولد الرجل أقرب اليه من ولد ابنه وولد ابنه أقرب من ولد جده كما أن الاب أقرب اليه من الجد والاخوات ولد الاب والعصوبة تستحق بالولادة لا بالاب في الجملة فعند الحاجة يثبت حكم العصوبة لولد الاب ذكرا كان أو أنثى وقد تحققت الحاجة الى ذلك في حق الاخوات مع البنات لانهن صرن محجوبات عن فريضة البنات فاذا كان هناك ذكر معهن فجعلهن عصبة بالذكر أولي واذا لم يكن يجعلهن عصبة في استحقاق ما وراء فريضة البنات بخلاف فريضة بنات الابن فالحاجة لا تتحقق الى ذلك في حقهن فانهن لا يحجبهن عن فريضة

البنات بخلاف الاخوات لام لانهن يدلين بالام ولا تأثير لقرابتها فى العصوبة (ألا ترى) أن الذكر هو الذى يدلى بقرابتها * يوضحه أن الله تعالى شرط كلالة مبهمة لتوريث أولاد الابن ومن له ابنة فليس بكلالة مطلقا وشرط توريث أولاد الاب كلالة مقيدة بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له أى ولد ذكر بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فالشرط هناك عدم ولد ذكر بالاتفاق ولم يذكر الشرط هناك نصا بل هو معطوف على ما فى أول الآية والدليل عليه أن من له ابنة فهو كلالة معنى وليس بكلالة صورة فان الكلالة من يكون منقطع النسب ولا نسب لاحدهم فان الاخوة لا ينسبون الى أخيهم وأولاد البنت لا ينسبون الى أب أمهم وانما ينسبون الى أب أبيهم فلكونه كلالة معنى قلنا يرثه الاخوات لاب وأم أو لاب ولكونه غير كلالة صورة قلنا لا يرثه الاخوات لام اذا عرفنا هذا فنقول الاخوة والاخوات وان كانوا ينزلون منزلة الاولاد فى الارث فلا ينزلون منزلتهم فى الحجب حتى انهم لا يحجبون الزوج والزوجة والواحد منهم لا يحجب الام من الثلث الى السدس بخلاف الاولاد لان الحجب ثابت بالنص من غير أن يعقل فيه المعنى فانما يثبت فى مورد النص وانما ورد النص به فى الاولاد خاصة بخلاف الارث فانه معقول المعنى وهو القرب على ما قررنا (فصل) فى ميراث الاخوة والاخوات فان سئلت عن ثلاث اخوة متفرقين مع كل واحد منهم ثلاث اخوة متفرقون فقل هذا ميت ترك أخوين لاب وأم وأربع أخوات لاب وأربع اخوة لام لان أخ أخيه لاب وأم مثله أخ للميت لاب وأم وأخوة لاب للميت كذلك وأخوة لام للميت كذلك فأما أخ الاخ لاب وأم وأخوه هما أخوا الميت لاب وأخوه لام أجنبي عن الميت فحصل للميت أخوان لاب وأم وأربع اخوة لاب وأربع اخوة لام فللاخوة لام الثلث والباقي للاخوين لاب وأم ولا شئ للاخوة لاب فان قال ترك ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحدة منهن ثلاث اخوات متفرقات فهو فى الحاصل ترك أختين لاب وأم وأربع أخوات لاب وأربع أخوات لام على التفصيل الذى قلنا فللاخوات لام الثلث وللاختين لاب وأم الثلثان * فان قال ترك ثلاث اخوة متفرقين وثلاث أخوات متفرقات مع كل أخ ثلاث اخوة متفرقين ومع كل أخت ثلاث أخوات متفرقات فهذا فى الحاصل ترك أخوين وأختين لاب وأم وأربع أخوات لام وأربع اخوة وأربع أخوات لاب على التفسير الذى قلنا فيكون للاخوة والاخوات لام الثلث بينهم

بالسوية والباقى بين الاخوة والاخوات لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين وعن ابن عباس رضى الله عنه فى رواية شاذة ان الثلث الذى هو نصيب الاخوة والاخوات لام بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قال لانهم يدلون بالام فيكون قسمة هذا الميراث بينهم على نحو قسمة ميراث الام بينهم وميراث الام يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فكذلك ميراث الذى يستحقونه بقرابة الام ولكنا نستدل بقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث والشركة تقتضى التسوية ثم يفضل الذكر على الانثى فى حالة الاختلاط من حكم العصوبة ولا تأثير لقرابة الام فى استحقاق العصوبة بها وانما يستحقون الميراث بالادلاء بالام والانثى قد استوت بالذكر فى ذلك فيستويان فى الاستحقاق كما لو أعتق رجل وامرأة عبدا بينهما ثم مات العبد استويا فى الميراث عنه لاستوائهما فى السبب فان قال ترك ابن أخ لاب معه ثلاثة اعمام متفرقين فنقول أما عمه لاب وأم فهو أخ الميت لاب لانه مثل أبيه وأبوه أخ للميت لاب وأما عمه لام فهو أجنبي عن الميت وأما عمه لاب فان كانت أمه أم الميت فهو أخ الميت لاب وأم وان كانت أمه امرأة أخرى غير أم الميت فهو أخ الميت لاب ففى حال ترك الاخوين لاب وابن أخ فالمال كله للاخوين وفى حال ترك أخ لاب وأم وأخت لاب فالمال كله للاخ لاب وأم فان قال ترك ابن الاخ لاب معه ثلاث بني أعمام متفرقين قلنا ابن عمه لابيه وأمه مثله ابن أخ الميت لاب وابن عمه لامه أجنبى عن الميت وابن عمه لابيه يجوز أن يكون ابن الميت لان الميت عمه لامه فان قال السائل وليس للميت فقل حينئذ ابن عمه لابيه ان كان أبوه من أم الميت فهو ابن أخ الميت لاب وأم فيكون أولى بالميراث فان كان من امرأة أخرى غير أم الميت فانما ترك ثلاث بنى أخ لاب فالميراث بينهم بالسوية وما كان من هذا الجنس فعلى هذا القياس يخرج والله أعلم بالصواب

باب العول

(قال رضى الله عنه) اعلم أن الفرائض ثلاثة فريضة عادلة وفريضة قاصرة وفريضة عائلة فالفريضة العادلة هى أن تستوى سهام أصحاب الفرائض بسهام المال بأن ترك أختين لاب وأم وأختين لام فللاختين لام الثلث وللاختين لاب وأم الثلثان وكذلك ان كان سهام أصحاب الفرائض دون سهام المال وهناك عصبة فان الباقى من أصحاب الفرائض يكون

للعصبة فهو فريضة عادلة وأما الفريضة القاصرة أن يكون سهام أصحاب الفرائض دون سهام المال وليس هناك عصبة بأن ترك أختين لاب وأم وأما فللاختين لاب وأم الثلثان وللام السدس ولا عصبة فى الورثة ليأخذ مابقي فالحكم فيه الرد على ما نبينه فى بابه والفريضة العائلة أن يكون سهام أصحاب الفرائض أكثر من سهام المال بان كان هناك ثلثين ونصفا كالزوج مع الاختين لاب وأم أو نصفين وثلثا كالزوج مع الاخت الواحدة لاب وأم ومع الام فالحكم فى هـذا العول فى قول أكثر الصحابة عمر وعثمان وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وهو مذهب الفقهاء وكان ابن عباس رضى الله عنه ينكر العول فى الفرائض أصلا وأخذ بقوله محمد بن الحنفية وعلى بن الحسين وزين العابدين وأول من قال بالعول العباس ابن المطلب فانه قال لعمر رضى الله عنه حين وقعت هـذه الحادثة أعيلوا الفرائض وقيل لابن عباس رضي الله عنـه من أول من أعال الفرائض فقال ذلك عمر بن الخطاب ثم أتى بفريضـة فيها ثلثان ونصف أو نصفان وثلث فقال لا أدرى من قدمـه الله فأقدمه ولا من أخره الله فأؤخره وأعال الفريضة وأيم الله لو قدم من قدمه الله تعالي وأخر من أخره الله تعالى ماعالت فريضة قط فقيل ومن الذى قدمه الله ياابن عباس فقال من نقله الله من فرض مقدر الى فرض مقدر فهو الذى قدمه الله تعالى ومن نقله الله تعالى من فرض مقـدر الى غير فرض مقـدر فهو الذى أخره الله تعالى *وعن عطاء رحمه الله ان رجلا سأل ابن عباس رضى الله عنه فقال كيف بصنع فى الفريضـة العائلة فقال أدخل الضرر على من هو أسوأ حالا فقيل ومن الذى هو أسوأ حالا فقال البنات والاخوات فقال عطاء رحمه الله ولا يغنى رأيك شيأ ولو مت لقسم ميراثك بين ورثتك على غير رأيك فغضب فقال قل لهؤلاء الذين يقولون بالعول حتى نجمع ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ان الذى أحصى رمل عالج عددا لم يجعل فى مال نصفين وثلثا فاذا ذهب هذا بالنصف وهذا بالنصف فأين موضع الثلث فقال لم تقل هذا فى زمن عمر رضى الله عنه فقال كان رجلا مهيبا فهبت حتى قال الزهرى رحمه الله لولا انه تقدم فى العول قضاء امام عادل ورع لما اختلف اثنان على ابن عباس رضى الله عنه فى قوله فى مسئلة المباهلة يعنى مسئلة العول *ثم اشتبه مذهب ابن عباس رضى الله عنه فى فصول فمنها اذا تركت زوجا وأما وابنة وابنة ابن ففي قول عامة الصحابة للزوج الربع ثلاثة من اثنى عشر وللام السدس سهمان وللابنة النصف ستة ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين فتعول بسهم فتكون القسمة

من ثلاثة عشر واختلفوا على قول ابن عباس رضى الله عنه فيمن يدخل عليه ضرر النقصان منهم فقال سفيان وهو مذهب أهل الكوفة على مذهبه انما يدخل الضرر على ابنة الابن خاصة فتأخذ الابنة فريضتها ستة وللام السدس سهم والباقى وهو ثلاثة ونصف مقسومة بين الابنة وابنة الابن ارباعا ثلاثة ارباعه للابنة وربعه لابنة الابن لان كل واحد منهما ينتقل من فرض مقدر الى غير فرض مقدر فضرر النقصان يدخل عليهما فان صح هذا عن ابن عباس رضي الله عنه فهو قول بالعول لان العول ليس الا هذا فان ثلاثة ونصفا لا يسع لاربعة فتضرب كل واحدة منهما فيها بجميع حصتها فيقسم بينهما ارباعا وهذا هو العول *ومن هذه الفصول اذا تركت زوجا وأما وأختين لاب وأم وأختين لام فعلى قول عامة الصحابة للزوج النصف ثلاثة من ستة وللام السدس سهم وللاختين لام الثلث سهمان وللاختين لاب وأم الثلثان أربعة فتعول باربعة والقسمة من عشرة واختلفوا على قول ابن عباس فقال سفيان رحمه الله على قوله للزوج النصف وللام السدس وللاختين لام الثلث ولا شئ للاختين لام وأب لانه يتغير ضرر الحرمان بضرر النقصان فكما ان ضرر النقصان على قوله على الاختين لاب وأم دون الاختين لام فكذلك ضرر الحرمان وقال طاوس على قول ابن عباس رضى الله عنه الثلث الباقى بين الاختين لام والاختين لاب وأم بالسوية ليدخل الضرر عليهما جميعا وهذا يرجع الى القول بالتشريك ثم حجة ابن عباس الكلام الذي ذكرناه عنه فانه لا يدخل فى وهم أحد من العقلاء يوهم نصفين وثلثا أو ثلثين ونصفا فى مال واحد فكان تقرير ذلك من المحال وانما يحتاج هو الى بيان من يكون أولى بادخال الضرر عليه فقال أصحاب الفرائض يقدمون على العصبات كما قال عليه السلام *ألحقوا الفرائض بأهلها الحديث فهو ينتقل من فرض مقدر الى غير فرض مقدر فهو صاحب فرض من وجه عصبة من وجه فيكون ادخال ضرر النقصان عليه أولى وعلى الحرف الآخر قال يدخل الضرر على من يكون أسوأ حالا وهم الاخوات والبنات أما الاخوات فلا يشكل لانهن يسقطن بالاب والجد على الاختلاف وبالابن ويصرن عصبة اذا خالطهن ذكر والزوج والزوجة والام لا يسقطون بحال وكذلك البنات فانهن يصرن عصبة اذا خالطهن ذكر والعصبة مؤخر عن صاحب الفريضة فاذا كن أسوأ حالا كان ادخال الضرر والنقصان عليهن أولي * وحجتنا فى ذلك أنهم استووا فى سبب الاستحقاق فى ذلك وذلك يوجب المساواة فى الاستحقاق فيأخذ كل واحد منهم جميع حقه ان اتسع المحل ويضرب كل

واحد منهم بجميع حقه عند ضيق المحل كالغرماء فى التركة * وبيان المساواة ان كل واحد منهم يستحق فريضة ثابتة له بالنص * يوضحه ان ايجاب الله تعالى يكون أقوى من ايجاب العبد ومن أوصى لانسان بالثلث ولآخر بالربع ولآخر بالسدس ضرب كل واحد منهم فى الثلث بجميع حقه ومراد الموصى أن يأخذ كل واحد منهم ماسمي له عند سعة المحل باجازة الورثة ويضرب كل واحد منهم بما سمى له عند ضيق المحل لعدم الاجازة فكذلك لما أوجب الله تعالى فى الفريضة نصفين وثلثا عرفنا ان المراد أخذ كل واحد منهم ما سمي له عند سعة المحل والضرب به عند ضيق المحل وفيما قلناه عمل بالنصوص كلها بحسب الامكان وفيما قاله عمل ببعض النصوص وابطال للبعض وهذا لاوجه له الا أن من يذب عنه يقول فيما قاله ابن عباس رضى الله عنه التعيين فى بعض النصوص دون البعض والتعيين فيما قلتم فى جميع النصوص فنقول الطريق الذى ذهب اليه ابن عباس فى ادخال النقصان على بعض المستحقين بما اعتمده من المعنى غير صحيح فانه يعتبر التفاوت بينهم فى حالة أخرى سوى حالة الاستحقاق وهذا غير معتبر (ألا ترى) ان رجلا لو أثبت دينه فى التركة بشهادة رجلين وأثبت آخر دينه بشهادة رجل واحد وامرأتين استويا فى الاستحقاق وان كان فى غير هذه الحالة شهادة الرجل أقوى من شهادة النساء مع الرجال ثم العصوبة أقوى أسباب الارث فكيف يثبت الحرمان والنقصان لاعتبار معنى العصوبة فى بعض الاحوال ولو جاز ادخال النقصان على بعضهم لكان الاولى به الزوج والزوجة لان سبب توريثهما ليس بقائم عند التوريث وهو يحتمل الرفع فيكون أضعف مما لا يحتمل الرفع والعجب أنه يدخل على الاخوات لاب وأم دون الاخوات لام وهن أسوأ حالا (ألا ترى) أنهن يسقطن بالبنات وبالجد بالاتفاق بخلاف الاخوات لاب وأم * فعرفنا أن الطريق ما أخذ به جمهور الفقهاء رحمهم الله * ثم بيان الفريضة العائلة أن نقول أصل ما يخرج به منه هذه الفريضة ستة ثم تعول مرة بنصف سهم ومرة بثلاثة أرباع سهم ومرة بسهم ومرة بسهم ونصف * ومرة بسهمين ومرة بسهمين ونصف ومرة بثلاثة ومرة بأربعة فالتى تعول بنصف سهم صورتها امرأة ماتت وتركت زوجا وابنة وأبوين فللابوين السدسان سهمان وللابنة النصف ثلاثة وللزوج الربع سهم ونصف فتعول بنصف سهم والتى تعول بثلاثة أرباع سهم صورتها رجل مات وترك امرأة وابنتين وأبوين فللابوين السدسان سهمان وللابنتين الثلثان أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة ارباع

سهم فتعول بثلاثة ارباع واذا أردت تصحيحها ضربت ستة وثلاثة ارباع فى أربعة فيكون سبعة وعشرين وهذه هى المنبرية فان عليا رضى الله عنه سئل عنها على المنبر فاجاب على البديهة وقال انقلب ثمنها تسعا يعنى ان لها ثلاثة من سبعة وعشرين وهو تسع المال والتى تعول بسهم صورتها اذا ترك اختين لاب وأم وأختين لام وأما فللاختين لاب وأم الثلثان أربعة وللاختين لام الثلث سهمان وللام السدس سهم فتعول بسهم والتى تعول بسهم ونصف بان ترك الرجل أختين لاب وأم وامرأة وأختين لام فللمرأة الربع سهم ونصف وللاختين لاب وأم الثلثان أربعة وللاختين لام الثلث سهمان فتعول بسهم ونصف والتى تعول بسهمين صورتها فيما اذا تركت زوجا وأختا لاب وأم وأختين لام فللزوج النصف ثلاثة وللاخت لاب وأم النصف ثلاثة وللاختين لام الثلث سهمان فتعول بسهمين والتى تعول بسهمين ونصف بان ترك أختين لاب وأم وأختين لام وأما وامرأة فللمرأة الربع سهم ونصف وللام السدس سهم وللاختين لاب وأم الثلثان أربعة وللاختين لام الثلث سهمان فتعول بسهمين ونصف والتى تعول بثلاثة بان تركت زوجا وأختين لاب وأم وأختين لام فللزوج النصف ثلاثة وبها تعول والتى تعول باربعة صورتها فيما قدمنا اذ تركت أختين لاب وأم وأختين لام وأما وزوجا فانها تعول بنصيب الام وبنصيب الزوج ثلاثة فعرفنا انها تعول باربعة ولا تعول الفرائض بأكثر من هذا وتسمى هذه المسئلة أم الفراخ لكثرة العول فيها وتسمى الشريحية لانها رفعت الى شريح رحمه الله فقضى بهذا فجعل الزوج يسأل الفقهاء بالعراق فيقول امرأة ماتت وتركت زوجا ولم تترك ولدا فماذا يكون للزوج فقالوا النصف فقال والله ماأعطيت نصفا ولا ثلثا فبلغ مقالته الى شريح فدعاه وقال للرسول قل له قد بقي لك عندنا شئ فلما أتاه عزره وقال أنت تشنع على القاضي وتنسب القاضي بالحق الى الفاحشة فقال الرجل هذا الذى كان بقي لى عندك

وحق الله ان الظلم لؤم * فما زال المسيء هو الظلوم

الى ديان يوم الدين نمضى * وعند الله يجتمع الخصوم

فقال شريح ما أخوفني من هذا القضاء لولا انه سبقني به امام عادل ورع يعنى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ثم المسائل على ما ذكرنا من الاصل بكثرة تعدادها ولكنا بينا لكل فريضة صورة فذلك يكفى لمن له فهم يقيس عليه ما يشاء من ذلك والذى بقى فى الباب مسئلة الالتزام وهى امرأة تركت زوجا وأما وأختين لام فمذهبنا فيه ظاهر للزوج النصف

وللام السدس وللاختين الثلث وهى فريضة عادلة ويتعذر على ابن عباس رضى الله عنه تخريج هذه المسئلة على أصله فان من مذهبه أن الاختين لا ينقلان الام من الثلث الى السدس فان قال للزوج النصف والام الثلث والاختين الثلث لزمه القول بالعول وان قال للزوج النصف وللام السدس كان تاركا مذهبه فى أن الاختين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس ولا يمكنه ادخال النقصان هنا على واحد منهن لان الام صاحبة فرض محض والاخوات لام كذلك فانهن لا يصرن عصبة بحال فان قال الاخوات لام اسوأ حالا من الام فقد يسقطن بمن لا تسقط الام به قلنا هذا اعتبار التفاوت فى غير حالة الاستحقاق وقد بينا أن التفاوت انما يعتبر فى حالة الاستحقاق وقد أدخل هو الضرر على البنات والاخوات لاب وأم دون الاخوات لام وفى غير حالة الاستحقاق الاخوات لام أسوأ حالا فبهذا يتبين أن قول ابن عباس رضى الله عنه لا يتمشى فى الفصول وأن الصحيح ما قالت به عامة الصحابة رضى الله عنهم والفقهاء والله أعلم بالصواب.

باب الجدات

(قال رضي الله عنه) اعلم بأن الجدة صاحبة فرض وفريضتها وان كان لا تتلى فى القرآن فهى ثابتة بالسنة المشهورة واجماع الصحابة والسلف والخلف وكفى باجماعهم حجة * ثم الكلام فى فصول أربعة أحدها فى بيان من يرث من الجدات والثانى فى مقدار نصيب الجدات * والثالث فى ترتيب بعض الجدات على البعض فى الميراث والرابع فى حجب الجدات فاما فى الفصل الاول فالمذهب عند على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ان كل جدة تدلى بعصبة أو صاحبة فريضة فهى وارثة وكل جدة تدلى بمن ليس بعصبة ولا صاحبة فريضة فهى غير وارثة وبه أخذ علماؤنا وهو معنى قول الفقهاء كل جدة دخل فى نسبها الى الميت أب بين أمين فانها لا ترث لان أب الام ليس بعصبة ولا صاحب فرض هكذا روى عن عمر رضى الله عنه فقد ذكر الشعبي رحمه الله أن عمر رضى الله عنه سئل عن أربع جدات متحاذيات أم أم الام وأم أم الاب وأم أب الاب وأم أب الام فورثهن الا هذه الواحدة لان فى نسبها الى الميت أب بين أمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه روايتان احداهما هكذا والثانية أن الجدات وارثات كلهن والقربى والبعدى منهن سواء على تفصيل نبينه وعن ابن عباس رضى الله عنه ثلاث روايات ثنتان كما روينا عن ابن مسعود والثالثة أنها لا ترث من

الجدات الا واحدة وهى أم الام وتقوم هى مقام الام عند عدم الام فى فريضة الام اما السدس أو الثلث وبه أخذ ابن سيرين وأما سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فالمروى عنه أنه لا يرث الا جدتان حتى روى أن ابن مسعود رضى الله عنه لما عابه فى الوتر بركعة قال سعد يعيبنى ان أوتر بركعة وهو يورث ثلاث جدات الا أن أبان ذكر أن مراد سعد من هذا الاخذ عليه فى توريث البعدى مع القربى لا فى توريث ثلاث جدات فى الاصل (ألا ترى) أنه روى فى بعض الروايات أن سعدا لما بلغه قول ابن مسعود رضى الله عنه قال هلا يورث حواء. وأما مالك وأبو ثور حملا قول سعد على ظاهره وأخذا به فقالا لا يرث من الجدات الا اثنتان قال أبو ثور وهو قول الشافعى فأما ابراهيم النخعى والاوزاعى رحمهما الله فقد روى عنهما توريث ثلاث جدات حتى ذكر سفيان عن منصور عن ابراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات قال سفيان فقلت لابراهيم وما هن فقال أم الام وأم الاب وام أم الاب ولكن ذكر جرير عن منصور عن ابراهيم هذا الحديث وذكر فيه عن ابراهيم فقال هي أم أم الام وأم أم الاب وأم أب الاب فيكون موافقا لمذهبنا والرواية الاخرى لا تكاد تصح لما فيها من توريث البعدى مع القربى والمشهور عن العلماء رحمهم الله بخلاف ذلك وحجتنا فى ذلك أن الجدات كما يرثن فى الاصول بالولاء فيعتبر حالهن بحال من يرث من الفروع بالولاء وهم ذووا الارحام من أولاد البنين والبنات وهناك عند التساوى فى الدرجة الميراث لمن هو ولد عصبة أو ولد صاحب فرض فكذلك هنا الميراث لمن هى والدة عصبة أو صاحب فرض يوضحه أن أم أب الام تدلى بأب الاب وأب الام ليس بوارث مع أحد من أصحاب الفرائض والعصبات كان تدلي به أولى ان لا يرث معهم ولان المدلي لا يكون أقل حالا من المدلى به والدليل عليه أنه اذا اجتمع أم أب الام وأم أم الام مع أب الام فاما أن يقال الميراث لاب الام دونهما وهذا بعيد لان أب الام اذا انفرد عن أمه لا يستحق شيأ فكيف يستحق مع أمه ولا جائز أن يكون الميراث للجد دون أب الاب لان أم الاب تدلى بأب الام وهو لا يستحق مع أم أم الام شيأ فأمه التى هى أبعد كيف تستحق فلم يبق الا أن يكون الميراث لام أم الام واذا ثبت هذا فى حال حياة أب الام فكذلك بعد موته فأما ابن مسعود رضى الله عنه قد كان يقول توريث الجدات ليس باعتبار الادلاء لان أم الام تدلى بالام كما أن أب الام يدلى بالام والادلاء بالانثى اذ كان لا يوجب استحقاق الميراث للذكر لا يوجب

استحقاق الميراث للانثى كالادلاء بالابنة فان بنت البنت كابن البنت فى حكم الفريضة والعصوبة وكذلك بنت الاخت كابن الاخت فعرفنا أن استحقاق الجدات انما ثبت شرعا بمجرد الاسم وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم الجدة السدس فهذه طعمة أطعم رسول الله الجدات بهذا الاسم والقربى والبعدي ومن يدخل فى نسبتها أب بين ابنين ومن لا يدخل فى ذلك سواء * ولكنا نقول مجرد الاسم يثبت بالرضاع كما يثبت بالنسب ولا يتعلق به استحقاق الميراث * فعرفنا أنه لابد من اعتبار معنى القرب والادلاء ومن يدلى منهن بعصبة أو صاحبة فرض يكون سببه أقوى ممن يدلي بمن ليس بعصبة ولا صاحبة فرض وبهذا الادلاء تثبت الفريضة وفى حق الام انما تثبت العصوبة دون الفريضة وبالادلاء بالانثى لا تثبت العصوبة فأما ابن عباس رضى الله عنه يقول أم الام تدلى بالام وترث بمثل سببها وهى الامومة فتقوم مقامها عند عدمها كالجد أب الاب فانه يقوم مقام الاب عند عدمه وابن الابن يقوم مقام الابن عند عدمه واذا كانت الام ترث فى بعض الاحوال الثلث وفى بعضها السدس فكذلك أم الام بخلاف الاخ لام فانه وان كان يدلى بالام فلا يرث بمثل سببها ثم كما لا يزاحم أحد من الجدات الام فكذلك لا يزاحم أم الام شئ من الجدات فى فريضة الام يوضحه أن حال المدلى مع المدلي به كحال المدلى به مع الميت والمدلى أم المدلي به وصاحبة فرض كما أن المدلى به أم للميت وصاحبة فرض فكما أن ميراث المدلي من الميت الثلث فكذلك ميراث المدلى به ولكنا نستدل بحديث قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم الجدة السدس وهكذا روى عن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم أعطى الجدة السدس وقد روينا فى حديث أبى بكر رضى الله عنه أن محمد بن مسلمة رضي الله عنه شهد عنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعم الجدة السدس فأعطاها أبو بكر رضى الله عنه ذلك وروى فى بعض الروايات أنها كانت أم الام ثم جاءت أم الاب الى عمر رضي الله عنه فى خلافته وقالت ما لى من ميراث ابن ابنتى فقال عمر رضى الله عنه لا أجد لك فى كتاب الله تعالى شيأ ولم أسمع من رسول الله صلي الله عليه وسلم فيك شيأ وأراك غير الجدة التى أعطاها أبو بكر ولست برائيك فى كتاب الله ولكنى أرى ان ذلك السدس بينكما وانه لمن انفرد منكما فتبين بهذه الآثار انه لا يزاد فى فريضة الجدات على السدس فالجدتان فى استحقاق السدس سواء وهذا لان الادلاء بالانثى لا يكون سببا لاستحقاق فريضة المدلى به بحال

كبنات الاخوات وبنات البنات الا انا تركنا هذا القياس فى حق الجدات بالسنة فانا نعتبر ما ورد به السنة وليس فى شئ من الآثار زيادة على السدس لواحدة من الجدات فلهذا كان لهن السدس هذا بيان الفصل الثانى * والفصل الثالث فى الترتيب فالمذهب عند علي ان القربى من الجدات أولى بالسدس من البعدي سواء كانت من جانب الام أو من جانب الاب وهكذا يرويه العراقيون عن زيد بن ثابت وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله فاما أهل المدينة يروون عن زيد بن ثابت رضى الله عنه ان القربى ان كانت من قبل الام والبعدى من قبل الاب فكذلك الجواب وان كانت البعدى من قبل الام والقربى من قبل الاب فهما سواء وهو قول الشافعى فاما ابن مسعود رضى الله عنه فنه روايتان احداهما ان القربى والبعدى سواء الا أن تكون البعدى أم القربى أو جدة القربى فحينئذ لا ترث معها والأخرى القربى والبعدى سواء الا أن يكونا من جانب واحد فحينئذ القربى أولى وان لم تكن القربى أم القربى ولا جدتها أما هو أمر على أصله ان الاستحقاق باسم الجدودة شرعا والقربى والبعدى فى هذا الاسم سواء الا أن البعدى اذا كانت أم القربى أو جدتها فانما تدلى بها وترث بمثل نسبها فتكون محجوبة بها كالجد مع الاب وفى الرواية الاخرى قال اذا كانت الجهة واحدة فسواء كانت تدلى بها أو لا تدلى بها كانت محجوبة بها لمعنى اتحاد السبب كاولاد الابن مع الابن فانهم لا يرثون شيأ لاتحاد السبب وان كانوا لا يدلون بهذا الابن وانما يدلون بابن آخر فهذا مثله* وجه قول زيد رضى الله عنه ان الجدة انما تستحق الميراث بالامومة ومعنى الامومة فى التى من قبل الام أظهر لانها أم فى نفسها تدلي بالام والاخرى أم تدلى بالاب فاذا كانت القربى من قبل الام فقد ظهر الترجيح فى جانبها من وجهين زيادة القرب وزيادة ظهور صفة الامومة فى جانبها فهى أولي وان كانت القربى من قبل الاب فلها ترجيح من وجه وهو زيادة القرب وللتى من قبل الام ترجيح من وجه وهو زيادة ظهور صفة الامومة فاستويا فيكون الميراث بينهما كما هو مذهب زيد فى الجد مع الاخ ان للاخ زيادة قرب وللجد زيادة قوة من حيث الابوة فيستويان فى الميراث ولكنا نأخذ بقول علي فنقول الجدة ترث باعتبار الامومة والامومة هى الاصل ومعنى الاصلية فى القربى أظهر منه فى البعدى من أي جانب كانت القربى لانها أصل الميت والاخرى أصل أصل أصل الميت فاذا كان معنى الاصلية فى القربى أظهر تقدمت على البعدى كما لو كانت القربى من قبل الام (ألا ترى) ان أم الام

وأم الاب اذا اجتمعتا كان الميراث بينهما ولو كان كما قاله زيد من زيادة قوة الامومة لوجب أن يكون الميراث لام الام دون أم الاب * وأما الفصل الرابع وهو الكلام فى الحجب فنقول الام تحجب الجدات أجمع بالاتفاق سواء كانت من قبلها أو من قبل الاب لما روي أن النبي عليه السلام أطعم الجدة السدس حين لم يكن هناك أم ففى هذا اشارة الى أنها لا ترث مع الام وفى رواية بلال بن الحارث رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس حين لم يكن هناك أم دونها فهذا يفيد ما أفاده الاول وزيادة وهو ان البعدي لا ترث مع القربى فان قوله أم دونها اشارة الى ذلك والمعنى فيه ان الجدة ترث بالامومة وفرض الامهات معلوم بالنص وقد استحقت الام ذلك فلا يبقي لاحد من الجدات شئ من فرض الامهات ولا تثبت المزاحمة بين شئ من الجدات وبين الام لان الجدة التي من قبلها تدلى بها وترث بمثل سببها فلا تزاحمها كما لا يزاحم الجد الاب والتي من قبل الاب وان كانت لا تدلى بها فهى لا تزاحمها فى فريضتها لكونها أقرب الى الميت منها وهى بمنزلة ابنة الابن مع الابنتين فان فرض البنات لما صار مستحقا للابنتين لم يكن لابنة الابن معهما مزاحمة ولا شئ من الميراث بالفريضة وان كانت لا تدلي بهما انما تدلى بالابن * واختلفوا فى حجب الجدة بالاب بعد ما اتفقوا أن الجدة من قبل الام لا تصير محجوبة بالاب لانها تدلى به ولا ترث بمثل نسبه فهى ترث بالامومة وهو بالابوة والعصوبة واختلفوا فى الجدة التي من قبله فقال علي وزيد وأبى ابن كعب وسعد بن أبى وقاص رضى الله عنهم لا ترث أم الاب مع الاب شيأ وهو اختيار الشعبي وطاووس وهو مذهب علمائنا رحمهم الله وقال عمر وابن مسعود وأبو موسى الاشعرى وعمر بن الحصين ترث أم الاب مع الاب وهو اختيار شريح وابن سيرين وبه أخذ مالك والشافعي واحتجوا بحديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة السدس وابنها حيّ وروى أن النبي صلي الله عليه وسلم أعطى أم حسكة رضى الله عنها السدس من أبي حسكة وحسكة حيّ والمعنى فيه ما بينا ان ارث الجدات ليس باعتبار الادلاء فالادلاء بالانثى لا يؤثر فى استحقاق شئ من فريضتها ولا فى القيام مقامها فى التوريث بمثل سببها كالبنات والاخوات ولكن الاستحقاق باسم الجدة فى هذا الاسم أم الام وأم الاب سواء فاذا كان الاب لا يحجب أم الام فكذلك لا يحجب أم الاب اذ لا فرق بينهما الا فى معنى الادلاء والاستحقاق ليس بالادلاء ولو كان الاب ممن يحجب شيأ من الجدات لاستوى فى

ذلك من يكون فى جانبه ومن لا يكون فى جانبه كالام * وجه قولنا ان استحقاق الميراث لا بد فيه من اعتبار الادلاء ما بينا أن مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الادلاء فهنا معينان أحدهما ايجاد السبب والآخر الادلاء ولكل واحد منهما تأثير فى الحجب ثم ايجاد السبب وان انفرد عن الادلاء تعلق به حكم الحجب كما فى حق بنات الابن مع الابنتين فانهن يحجبن بايجاد السبب ولا يدلين الى الميت بالبنات فكذلك الادلاء وان انفرد عن ايجاد السبب يتعلق به حكم الحجب اذا تقرر هذا قلنا الجدة التى من قبل الاب تدلي بالاب ولا ترث معه لوجود الادلاء وان انعدم معنى ايجاد السبب والجدة التى من قبل الام ترث مع الاب لانعدام الادلاء وايجاد السبب جميعا فأما الام تحجب الجدة التى من قبلها لوجود الادلاء وايجاد السبب وتحجب الجدة التى من قبل الاب لايجاد السبب وان انعدم الادلاء وبه فارق الاخ لام فكان وارثا معها * يوضحه ان معني الادلاء الموجود فى جانب الاب يحجب الذكر هنا فان أب الاب يحجبه الاب لانه يدلى به فاذا كان الاب يحجب من يدلى به اذا كان ذكرا فكذلك يحجب من يدلى به اذا كان انثى (ألا ترى) ان الاب كما يحجب الاخوة يحجب الاخوات وبه فارق الام مع الاخوة لام لان هناك الذكر من الاخوة لا يصير محجوبا بها وان كان يدلي بها فكذلك الانثى فأما تأويل الحديث يحتمل ان ابنها كان رقيقا أو كافرا على انه قال ورث جدة وابنها حى ولم يتبين ان ابنها أب الميت فيحتمل ان ابنها الحى غير أب الميت والحديث حكاية حال وحديث حسكة لا يثبت مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما هو عن عمر رضى الله عنه وقد بينا مذهب عمر * واختلف الفرضيون علي قول علي رضي الله عنه فى فصل وهو انه اذا اجتمع أم الاب مع الاب وأم أم الام فقال الحسن بن زياد علي قياس قول على رضى الله عنه أن ميراث الجدة لام أم الام وان كانت أبعد من أم الاب لان على قول علي القربى انما تحجب البعدى اذا كانت وارثه وهنا القربى ليست بوارثة مع ابنها فهى بمنزلة الكافرة والرقيقة فيكون فرض الجدات للبعدى وأكثرهم على أن المال كله للاب هنا لان القربى هنا وارثة فى حق البعدى ولكنها محجوبة بالاب حتى اذا لم يكن هناك أب كان الميراث للقربى فصارت البعدى محجوبة بالقربى ثم صارت القربى محجوبة بابنها فيكون المال كله للاب ونظيره ما تقدم فى الاخوين مع الاب لانهما يحجبان الام من الثلث الى السدس وان كانا لا يرثان شيأ مع الاب

﴿ فصل ﴾ فان اجتمع جدة لها قرابتان أو ثلاث قرابات مع جـدة لها قرابة واحدة وصورة المسئلة امرأة لها بنت ولابنتها بنت ولها ابن ولابنها ابن فتزوج ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد فهذه الجدة أم أم أم هذا الولد وأم أب أب هذا الولد فاذا مات هذا الولد وله مع هذه الجدة جدة أخرى وهى أم أم أب هذا الولد فعلى قول زفر ومحمد والحسن بن زياد ميراث الجدتين بينهما اثلاثا ثلثان للتى لها قرابتان وثلث للتى لها قرابة واحدة وعند سفيان وأبى يوسف الميراث بينهما نصفان ولا رواية فيه عن أبى حنيفة وكذلك امرأة لها ابنتان لاحدى ابنتيها ابنة وللاخرى ابن فتزوج ابن ابنتها ابنة ابنها وولد منهاولدا فهى لهذا الولد أم أم الاب فان مات هذا الولد وله معها جـدة أخرى وهى أم أب الاب فهى على الخلاف الذى بينا وصورة ما اذا كان لها ثلاث قرابات أن يكون لهذه المرأة ابنة ابن ابنة أخرى وهذا الولد ذكر فتزوج الابنة السفلى فولد بينهما ولد فهذه الجدة من هذا الولد ثلاث قرابات لانها أم أم أم أمه وأم أم أم الاب وأم أم أب الاب فان اجتمع معها لهذا الولد جدة أخرى محاذية لها وهى أم أب أب ابنـه فعلى قول محمد ميراث الجدة بينهما ارباعا ثلاثة ارباعه للتى لها ثلاث قرابات وربعه للتى لها قرابة واحدة وعند أبى يوسف الميراث بينهما نصفان ثم على قول محمد رحمه الله فى حق التى لها جهات اذا فسـد بعض تلك الجهات بأن دخل فى تلك النسبة أب بين أمين لا تعتبر تلك الجهة وان كان بعض الجهات أقرب من بعض فانما يعتبر فى حقها أقرب الجهات خاصة ثم ينظر الى الاخرى فان كانت تساويها فى أقرب الجهات فالميراث بينهما نصفان وان كانت أبعد منها فى هذه الجهة فالميراث كله لها بناء على أن القربى تحجب البعدى * وجـه قول محمد رحمه الله ان الاستحقاق باعتبار الاسـباب لا باعتبار الاشخاص (ألا ترى) ان الرقيق والكافر لا يخرج من أن يكون شخصا ولكن لما انعدم فى حقه سبب الاستحقاق وهو الفريضة أو العصوبة جعل كالمعدوم فدل ان الاستحقاق باعتبار السبب فمن اجتمع فى حقه سببان فهو فى الصورة شخص واحد ولكنه فى الحكم باعتبار تعـدد السبب متعدد فيثبت له الاستحقاق باعتبار كل سبب بمنزلة ما لو وجـد كل سبب فى شخص على حدة وهو نظير ما لو ترك ابنى عم أحدهما أخ لام فان لابن العم الذى هو أخ لام السدس بالفريضة والباقى بينهما نصفان وكذلك المجوسى اذا ترك أمه وهى أخته لابيه فانها ترث بالسببين لهذا المعنى وهذا بخلاف الاخ لاب وأم فانه يرث بالسببين لان السبب هناك واحد وهو

الاخوة ثم الاخوة لام اعتبرناها فى الترجيح ويقوى السبب بها حتى يتقدم الاخ لاب فلم يكن معتبرا فى حق الاستحقاق بها بخلاف ما نحن فيه *وجه قول أبي يوسف ان استحقاق الميراث للجدات ليس باعتبار الادلاء لما قررنا أن الادلاء بالاناث لا يؤثر فى استحقاق الفرضية بمثل سبب المدلى به ولكن الاستحقاق باسم الجدة وبتعدد الجهة لا يتعدد الاسم فى التى لها قرابة واحدة والمساواة فى سبب الاستحقاق يوجب المساواة فى الاستحقاق وكل واحدة من هذه الجهات علة تامة للاستحقاق وبتعدد العلة لا يزداد الاستحقاق كما لو أقام رجل شاهدين على ملك عين وأقام الآخر عشرة من الشهود فانه يسوي بينهما ومن جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات من ذلك فالدية بينهما نصفان ولا معني لقول من يقول فقد اعتبرنا الادلاء فى حكم الحجب كما قررنا فى الفصل الرابع وهذا لان حكم الحجب غير حكم الاستحقاق والاستدلال بحكم علي حكم انما يجوز اذا عرفت المساواة بينهما فبان ان اعتبار الادلاء فى حكم الحجب يدل علي أنه يعتبر فى الاستحقاق وهذا بخلاف ما استشهد به فكل واحد من السببين هناك معتبر فى الاستحقاق يعني الاخوة لام مع العصوبة بالامومة والزوجية مع العصوبة والاختية مع الامومة فى حق المجوسى فاذا كان كل واحد من السببين هناك معتبرا فى الاستحقاق جعلنا الاستحقاق مبنيا على السبب بخلاف ما نحن فيه على ما قررنا

﴿ فصل ﴾ التثبيت فى الجدات قال رضى الله عنه الجدات فى الاصل ستة جدتاك وجدتا أبيك وجدتا أمك وهى الاصول فى الجدات اذ لم يتفرع بعضهن من بعض وما سواهن من الجدات فى المعنى كالفروع لهذه الجدات لتفرع بعضهن من بعض فان سئلت عن عدد من الجدات متحاذيات هن وارثات كيف صورتهن فالطريق فى ذلك عند أهل البصرة انهم يذكرون بعددهن أمهات ثم فى المرة الثانية بعددهن أمهات الا الآخرة وفى الثالثة الا الآخرة والتى تليها هكذا الا أن تبقي أم واحدة وأهل المدينة يذكرون بعددهن أبناء الا الاولي وفى المرة الثانية الا الاولي والتى تليها وهكذا فى كل مرة وأهل الكوفة يذكرون الجدات بقراباتهن وبيانه اذا قيل خمس جدات متحاذيات وارثات كيف صورتهن فعلي قول أهل البصرة تقول احداهن أم أم أم أم الام والثانية أم أم أم أم الاب والثالثة أم أم أب الاب والرابعة أم أم أب أب الاب والخامسة أم أب أب أب الاب وعلي طريق أهل المدينة على عكس ذلك وعلى طريق أهل الكوفة تقول احداهن أم جدة جدات الميت والثانية أم

جدة أم أب الميت والثالثة جدة جدة أب الميت والرابعة جدة جدات الميت والخامسة أم جد جد الميت فان سئلت عن قول ابن مسعود عن جدتين متحاذيتين على أدنى مايكون وثلاث جدات متحاذيات على أدنى ما يكون وأربع جدات متحاذيات على أدنى ما يكون وخمس جدات متحاذيات على أدنى مايكون كم الوارثات منهن فقل خمسة الجدتان المتحاذيتان احداهما أم الام والاخرى أم الاب فهما وارثتان ومن الثلاث الواحدة وارثة لان الثلاث منهن على أدنى ما يكون أم أم الام وأم أم الاب وهما غير وارثين هنا لانهما يدليان باللتين هما وارثتان والثالثة أم أب الاب فهي الوارثة من الفريق الثاني وكذلك من الفريق الثالث الوارثة واحدة وهي أم أب أب الاب فاما الثلاث غير وارثات لان من يدلين بها وارثات وكذلك من الفريق الرابع الوارثة واحدة فعلى هذه الصورة اذا تأملت تجد الوارثات منهن الخمسة عند ابن مسعود رضي الله عنه على مذهبه في توريث القربى مع البعدى اذا لم تكن البعدى أم القربى أو جدتها فان سئلت عن عدد من الجدات متحاذيات وارثات كم الساقطات بازائهن فالسبيل في معرفة ذلك أن تحفظ العدد المذكور بيمينك ثم تطرح اثنتين من ذلك وتحفظهما بيسارك ثم تضعف ما بيسارك بعدد ما بقي بيمينك فما بلغ فهو مبلغ جملة العدد والوارثات من ذلك عدد معلوم اذا رفعت ذلك من الجملة فما بقي عدد الساقطات بيانه اذا قيل ثلاث جدات متحاذيات وارثات كم الساقطات بازائهن فالسبيل أن تحفظ الثلاث بيمينك ثم تطرح من ذلك اثنتين فتحفظهما ثم تضعف ما بيسارك بعدد ما بقي في يمينك وهو الواحدة فاذا أضعفت الاثنتين مرة تكون أربعة فكان عدد الجملة أربعا ثلاث منهن وارثات والساقطة واحدة فالوارثات أم أم الام وأم أم الاب وأم أب الاب والساقطة أم أب الام فان قيل أربع جدات وارثات متحاذيات كم بازائهن من الساقطات فالسبيل أن تأخذ الاربع بيمينك ثم تطرح من ذلك اثنتين وتأخذهما بيسارك ثم تضعف ما بيسارك بعدد ما في يمينك فاذا ضعفت الاثنتين مرتين يكون ثمانية فاذا كان الوارثات منهن أربعا عرفت أن الساقط باذائهن أربعا فان قال خمس جدات وارثات متحاذيات كم بازائهن من الساقطات فهو على نحو ذلك فأنك تضعف الاثنتين ثلاث مرات فيكون خمس منهن وارثات والبواقي ساقطات * فان قال ست جدات متحاذيات وارثات فهو على هذا القياس أيضا تضعف الاثنتين أربع مرات فيكون ذلك اثنين وثلاثين فهو عدد الجملة ستة عشر منهن من قبل الام وستة عشر من قبل الاب * وليس في اللاتي

من قبل الام الوارثات الا واحدة وهى أم أم الام الى أن تذ كر ستة عشر مرة وفى اللاتى من قبل الاب الوارثات خمسة وهن من لا يدخـل فى نسبهن الى الميت أب بين أمين ومن سواهن ساقطات وما كان من هذا النحو فطريق تخريجه ما بينا والله أعلم بالصواب

باب أصحاب المواريث

(قال رضى الله عنه) أصحاب المواريث بالاتفاق صنفان أصحاب الفرائض والعصبات فأصحاب الفرائض اثنا عشر نفرا أربعة من الرجال وثمانية من النساء * فالرجال الاب والجد والزوج والاخ لام * والنساء الام والجدة والبنت وبنت الابن والاخت لاب وأم والاخت لاب والاخت لام والزوجة فستة من هؤلاء صاحب فرض فى عموم الاحوال وهم الزوج والاخ لام والام والجدة والاخت لام والزوجة وستة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم الاب والجد والبنت وبنت الابن والاخت لاب وأم والاخت لاب وأما العصبات لا يحصون عددا ولكن يحصون جنسا وهم أصناف ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره فاما العصبة بغيره والعصبة مع غيره فقد تقدم بيانهما وهذا الباب لبيان من هو عصبة بنفسه وهو الذ كر الذى لا يفارقه الذ كور فى نسبة الى الميت فأقرب العصبات الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب ثم الجد أب الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ثم عم الاب لام ثم عم الاب لاب ثم ابن عم الاب لاب وأم ثم ابن عم الاب لاب ثم عم الجد هكذا والاصـل فيه قوله عليه الصلاة والسلام ما أبقت الفرائض فلاولى رجل ذ كر معناه فلاقرب رجـل ذ كر والابن أقرب الى الميت من الاب لان الابن تفرع من الميت فالميت أصله والاب تفرع منه الميت فهو أصل له واتصال الفرع بالاصـل أظهر من اتصال الاصل بالفرع (ألا ترى) أن الفرع يتبع الاصـل فيصير مذ كورا بذ كر الاصل والاصل لا يصير مذ كورا بذ كر الفرع فان البناء والاشجار يدخل فى البيع باعتبار الاتصال بالاصل فاذا تبين أن اتصال الفرع بالاصل أظهر عرفنا أن الفرع الى الاصل أقرب وأيد هذا المعنى قوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد معناه وللولد ما بقى فعرفنا أن الابن أقرب فى العصوبة من الاب ثم ابن الاب لان سببه البنوة وقد بينا

أن الاعتبار بالسبب دون الشخص ثم بعده الاب فهو أقرب فى العصوبة من الجد والاخوة لانه يتصل الى الميت بغير واسطة ثم بعده الجد أب الاب لان سببه الابوة وفيه خلاف معروف نبينه فى بابه ثم بعده الاخ فانه أقرب اليه من العم لان الاخ ولد ابنه والعم ولد جده * فاذا أردت معرفة القرب فى الفروع فاعتبر كل فرع بأصله فاتصال الاخ بأخيه بواسطة واحدة واتصال العم به بواسطتين فعرفنا أن الاخ أقرب ثم الاخ لاب وأم أقرب من الاخ لاب وهو مقدم فى العصوبة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية وبالميراث لبنى الاعيان دون بني العلات ولان الاخوة عبارة عن المجاورة فى صلب أو رحم والقرب بينهما باعتبار ذلك والاخ لاب وأم جاوره فى الصلب والرحم جميعا والاخ لاب جاوره فى الصلب خاصة فما يحصل به القرب فى جانب الاخ لاب وأم أظهر فهو أقرب حكما ثم الاخ لاب مقدم على ابن الاخ لاب وأم لانه أمس قربا فانه يتصل بالميت بواسطة واحدة وابن الاخ يتصل به بواسطتين فصار الحاصل فى هذا أنهما اذا استويا فى الدرجة فمن يكون أظهرهما قربا يكون أولى واذا تفاوتا فى الدرجة فمن يكون أمسهما قربا أولي ثم من بعدهم العم ثم عم الاب علي هذا القياس وانما يختلفون فى مولى العتاقة فقال علي وزيد رضى الله عنهما مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام وهو قول علمائنا رحمهم الله وقال ابن مسعود ومولى العتاقة مؤخر عن ذوى الارحام وكذلك الخلاف فيما اذا كان هناك صاحب فرض مع مولي العتاقة فعندنا وهو قول على وزيد مولى العتاقة مقدم علي الرد وعند ابن مسعود رضى الله عنه مؤخر عن ذلك بيانه فيما اذا ترك ابنة ومولي العتاقة فعندنا للابنة النصف والباقى لمولى العتاقة وعن ابن مسعود الباقى رد عليها ولا شئ لمولي العتاقة واستدل فى ذلك بقوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله أى بعضهم أقرب الى بعض ممن ليس له رحم والميراث يبنى على القرب وروينا فى أول العتاق أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه الحديث الى أن قال وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته فقد شرط فى توريث مولى العتاقة أن لا يدع المعتق وارثا وذووا الارحام من جملة الورثة والمعنى فيه هو أن هذا نوع ولا يستحق به الميراث فيعتبر بولاء الموالاة وتحقيقه هو أن الاصل فى التوريث القرابة وبالولاء لا تثبت القرابة ولكن الولاء شبيه بالقرابة شرعا قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وما تشبه بالشئ لا يكون معارضا لحقيقته فكيف يترجح على حقيقته بل انما يعتبر مايشبه الشئ

فى الحكم عند انعدام حقيقة ذلك الشئ والدليل علي ان الولاء أضعف انه يحتمل الرفع فى الجملة (ألا ترى) أنه اذا كان الولد مولى لمولى الام فظهر له ولاء فى جانب الاب إنعدم به الولاء الذى كان لعموم الام والقرابة لاتحتمل الرفع بحال وكذلك يستحق الارث بالقرابة من الجانبين وبالولاء لا يستحق من الجانبين فالمعتق لا يرث من المعتق شيأ وعليه يخرج الزوجية فانها وان كانت تحتمل الرفع فالارث بها من الجانبين وهذا لان الزوجية أصل فان القرابات تتفرع منها فحكم الفرع يثبت للاصل وان انعدم فيه معناه كما يعطى لبيض الصيد حكم الصيد فى حق المحرم وان انعدم فيه معنى الصيد ثم اذا ادعيناهذا فيما ينبنى على القرب وهو العصوبة فالزوجية لاتستحق العصوبة فتخرج علي ما ذكر *وحجتنا فى ذلك ما روى ان ابنه حمزة أعتقت عبدا ثم مات العبد وترك ابنة فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والباقى لابنة حمزة فهو نص فى أن مولى العتاقة مقدم علي الرد ودليل على أنه مقدم على ذوى الارحام فمن ضرورة كون المعتق مقدما على الرد أن يكون مقدما علي ذوي الارحام وبهذا يتبين أن معنى قوله عليه الصلاة والسلام وان مات ولم يدع وارثا هو عصبة وقد أشار الى ذلك بقوله كنت أنت عصبته ولم يقل كنت وارثه وفى هذا التنصيص على أن مولى العتاقة عصبة والعصبة مقدم على ذوي الارحام فأما قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولي ببعض فسبب نزوله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة آخا بين الانصار والمهاجرين فكانوا يتوارثون بذلك فنسخ الله تعالى ذلك الحكم بهذه الاية وبين أن الرحم مقدم على المؤاخاة والولاء وبه نقول وهذا لان مولى الموالاة بمنزلة الموصى له بجميع المال فالاستحقاق لا يثبت له بعقد يحتمل الرفع والفسخ فيكون ضعيفا جدا والمعنى فى المسئلة أن ولاء العتاقة بمنزلة الابوة صورة ومعنى أما من حيث الصورة فلان المعتق ينسب الى معتقه بالولاء كما ينسب الابن الى أبيه بالولادة وأما من حيث المعنى فلان الوالد كان سبب ايجاد ولده والمعتق سبب احياء المعتق من حيث ان الرق تلف والحرية حياة الانسان بصورته ومعناه فالمعتق سبب لايجاد معنى الانسانية فى المعتق وهو صفة المالكية وبه باين الانسان سائر الحيوانات فعرفنا انه فى المعنى بمنزلة الوالد (ألا ترى) هذا المعنى يوجد من الاعلى خاصة دون الاسفل بخلاف الولادة فحقيقة العصبة هناك تشمل الجانبين فلهذا يثبت هناك الارث من الجانبين وهنا يثبت من الجانب الاعلى ثم أقوى ما يستحق بالولاء العصوبة فاذا انعدمت يقام الولاء مقامها فى استحقاق العصوبة

به واذا تبين بهذا المعنى ان المستحق بالولاء العصوبة قلنا تقديم العصوبة على ذوى الارحام ثابت بالنص والاجماع واختلفوا فى ابنى عم أحدهما لاخ لام فنبين صورة المسئلة أولا ثم نذكر حكمه فنقول اخوان للاكبر منهما امرأة ولد بينهما ابن ثم مات الاكبر فتزوجها الاصغر وولد بينهما ابن ثم مات الاصغر وله ابن من امرأة أخرى ثم مات ابن الاكبر فقد ترك ابني عم وهما ابنا الاصغر أحدهما أخوه لامه فأما بيان الحكم فنقول على قول علي وزيد للاخ لام السدس والباقي بينهما نصفان بالعصوبة وهو قول علمائنا وقال ابن مسعود المال كله لابن العم الذى هو أخ لام وعن عمر فيه روايتان أظهرهما كما هو قول ابن مسعود رضي الله عنه * وجه قوله أن ابن العم الذى هو أخ لام أظهرهما قربا فيكون هو أحق بجميع المال كما لو ترك أخوين أحدهما لاب وأم والآخر لاب وبيان هذا لوصف القرب باعتبار الاتصال فابن العم الذى هو أخوه لامه يتصل به من الجانبين من جانب الاب ومن جانب الام واتصال الاخر به من جانب واحد فعرفنا انه أظهرهما قربا والدليل عليه ان العمومة والاخوة فى المعنى سواء (ألا ترى) ان فى كل واحد منهما يترجح الذى لاب وأم على الذى لاب فاذا استويا كان لابن العم الذي هو أخ لام سببان للميراث الفريضة بالاخوة لام والعصوبة بالعمومة ويرث بكل واحد من السببين ويجعل اجتماع السببين فى شخص واحد كوجودهما فى شخصين فيستحق السدس بالفريضة ثم يزاحم الآخر فيما بقى بالعصوبة وهذا لان الترجيح بما لا يصلح علة الاستحقاق بانفراده فاما مايصلح علة الاستحقاق بانفراده لايقع به الترجيح وقد بينا ذلك فى الجراحات والشهادات ولذلك يترجح أحد الجانبين على الآخر بزيادة وصف وهو معنى القوة فى التأثير ولا يترجح قياسان علي قياس واحد اذا عرفنا هذا فنقول كل واحد من السببين هنا معتبر فى الاستحقاق بانفراده فلا يقع الترجيح بأحدهما بخلاف الاخوة والسبب هناك واحد وهو الاخوة والاخوة لام فى معنى زيادة الوصف فى الاخوة لاب فيجوز أن يحصل به الترجيح فاما هنا الاخوة لام لا يمكن أن تجعل زيادة فى وصف العمومة فلا بد من أن تجعل سببا للاستحقاق بانفراده فلا يقع به الترجيح وبيان ذلك ان العمومة باعتبار المجاورة فى صلب الجد وباعتبار المجاورة فى رحم الجدة لا تستحق الفريضة فلا يمكن أن تجعل المجاورة فى رحم الام موجبا زيادة وصف فى معنى المجاورة فى صلب الجد فاما الاخوة مجاورة فى صلب الاب فيمكن أن تجعل المجاورة فى رحم الام موجبا

لتلك المجاورة زائدا فى وصفها فلهذا يرجح الاخ لاب وأم على الاخ لاب ولو ترك أخوين لام وأخا لاب فان للاخوين لام الثلث بينهما نصفان والباقى كله للاخ لاب ولا يرجح الاخ لاب هنا على الآخرين بخلاف ماسبق لان بالاخوة لام تستحق الفرضية واستحقاق الفرضية ليس ينبنى على القرب ولا مزاحمة بين العصبة وصاحب فرض بل صاحب الفرض مقدم على العصبة كما قال عليه السلام ألحقوا الفرائض باهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر فلهذا لا يجعل الاخ لاب وأم مرجحا على الاخ لام بل يعطى الاخ لام فرضه وهو السدس فاما الاخوة لاب يستحق بها العصوبة وفى العصبات الاقرب يترجح فجعلنا الاخوة لام فى معنى زيادة وصف ورجحنا به الاخ لاب وأم على الاخ لاب ولو ترك أخوين لام أحدهما ابن عم وصورته ماذكرنا الا أن لتلك المرأة ولد آخر من غير الاخوين فاذا مات ولد الاصغر فقد ترك أخوين لام أحدهما ابن عمه فللاخوين لام الثلث بينهما نصفان وما بقى كله للذى هو ابن عم اما على قول علي وزيد فظاهر وعلي قول ابن مسعود رضى الله عنه فلانه يجعل العمومة كالاخوة وقد بينا ان الاخوين لام اذا كان أحدهما أخا لاب لا يستحق الترجيح لجميع المال فكذلك لاخوان الام اذا كان أحدهما ابن عم ولو ترك ابني عم أحدهما أخ لام وأخوين لام أحدهما ابن عم وصورته فيما ذكرنا فعلى قول علي وزيد رضى الله عنهم الثلث بين الاخوين لام نصفين والباقى بين ابني العم بالسوية نصفين فتكون القسمة من ستة وعلى قول ابن مسعود للاخ لام الذي ليس بابن عم السدس والباقى كله لابن العم الذى هو أخ لام ولا شئ لابن العم الآخر ولو ترك ثلاثة بنى عم أحدهم أخ لام وثلاثة اخوة لام أحدهما ابن عم وصورته فيماذكرنا فعلى قول علي وزيد رضى الله عنهما للاخوة للام الثلث بينهم بالسوية * والباقي بين بنى الاعمام اثلاثا بالسوية فتكون القسمة من تسعة وعلي قول ابن مسعود رضى الله عنه الثلث للاخوين للام اللذين ليسا بابن عم بينهما نصفان والباقى كله لابن العم الذي هو أخ لام ولا شئ للآخرين واختلف الفرضيون رحمهم الله على قول ابن مسعود رضى الله عنه فى فصلين أحدهما اذا ترك ابن عم لاب وأم وابن عم لاب هو أخ لام فقال يحيي بن آدم على قياس قول ابن مسعود رضى الله عنه المال كله لابن العم الذي هو أخ لام لانه يجعل العمومة كالاخوة وابن العم الذى هو أخ لام عنده فى معنى الاخ لاب وأم فيكون مقدما فى العصوبة على ابن العم لاب وأم وقال الحسن بن زياد على قياس قول ابن مسعود رضى الله عنه للاخ للام السدس هنا والباقى كله

لابن العم لاب وأم كما هو مذهب علي وزيد رضي الله عنهما لانه انما يترجح العمومة بالاخوة لام عند الاستواء في معنى العمومة وما استويا هنا فان العم لاب وأم في العصوبة مقدم علي ابن العم لاب وعنده العمومة قياس الاخوة وفي الاخوة بقرابة الام انما يقع الترجيح عند المساواة في الاخوة من جانب الاب لا عند التفاوت فكذلك في العمومة * الفصل الثاني اذا ترك ابنة وابني عم أحدهما أخ لام فعلى قول علي وزيد رضي الله عنهما للابنة النصف والباقي بين ابني العم نصفين لان الاخوة لام لا يستحق بها شيء مع الابنة فوجودها كعدمها فأما علي قول ابن مسعود رضي الله عنه فقد قال بعضهم الجواب هكذا لان الترجيح بالاخوة لام عنده انما يقع في موضع يستحق بالاخوة لام عند الانفراد ومع البنت لا يستحق الاخوة لام شيأ فلا يصح بها الترجيح وقال محمد بن نصر المروزي على قياس قول ابن مسعود للابنة النصف والباقي كله لابن العم الذي هو أخ لام لان الابنة لما أخذت فريضتها فقد خرجت من الوسط فيجعل الباقي في حق الاخوين بمنزلة جميع التركة لو لم يكن هناك ابنة وعنده في جميع التركة ابن العم الذي هو الاخ لام مقدم على الآخر فكذلك في الباقي هنا وروى عن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة على قول ابن مسعود للابنة النصف ولا شيء للاخ لام بل الباقي كله للاخ الذي هو ابن عم قال عطاء رضي الله عنه وهذا غلط لا وجه له لان أكبر ما في الباب أن يسقط أخوته لام باعتبار الابنة فبقي مساويا للآخر في انه ابن عم ولو تركت المرأة ابني عم أحدهما زوجها فللزوج النصف والباقي بينهما نصفان بالعصوبة أما علي قول زيد فلا يشكل وكذلك عند ابن مسعود لان الزوجية لا تصلح مرجحة للقرابة اذ لا مجانسة بينهما صورة ولا معنى ولو تركت المرأة ثلاثة بني عم أحدهم زوجها والآخر أخوها لامها فعلى قول علي وزيد للزوج النصف وللاخ لام السدس والباقي بينهم اثلاثا بالسوية * وعلي قول عبد الله للزوج النصف والباقي كله لابن العم الذي هو أخ لام لانه بمنزلة الاخ لاب وأم عنده فيرجح بالعصوبة على الاخوين والله أعلم بالصواب

باب فرائض الجد

(قال رحمه الله) قال أبو بكر الصديق وعائشة وعبد الله بن عباس وأبي بن كعب وأبو موسى الاشعري وعمران بن الحصين وأبو الدرداء وعبد الله بن الزبير * ومعاذ بن جبل

رضوان الله عليهم أجمعين الجد عند عدم الاب يقوم مقام الاب فى الارث والحجب حتى يحجب الاخوة والاخوات من أى جانب كانوا وهو قول شريح وعطا وعبد الله بن عتبة وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله الا فى فصلين زوج وأم وجد وامرأة وأم وجد فللام فيهما ثلث جميع المال * ولو كان مكان الجد أبا كان لها ثلث ما بقى وذكر أصحاب الاملاء عن أبى يوسف أن على قول أبى بكر الصديق رضى الله عنه الام فى هذين الموضعين ثلث مابقي أيضا وهكذا روى أهل الكوفة رضى الله عنهم عن ابن مسعود رضى الله عنه للام فى زوج وأم وجد أن للام ثلث ما بقى أو سدس جميع المال * وروى أهل البصرة عن عبد الله بن عباس أن للزوج النصف والباقى بين الجد والام نصفان وهى احدى مربعات عبد الله وروى عن زيد بن هارون عن عبد الله فى امرأة وأم وجد أن للمرأة الربع والباقى بين الام والجد نصفين والرواة كلهم غلطوا زيدا فى هذه الرواية فقالوا انما قال عبد الله هذا فى زوج وأم وجد كيلا يكون فى ذلك تفضيلا للام على الجد وهذا لا يوجد فى جانب المرأه فان الام وان أخذت ثلث المال كاملا يبقى للجد خمسة من اثنى عشر فلا يؤدى الى تفضيل الانثى على الذكر ولا الى التسوية بينهما * وقال على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود الجد يقوم مقام الاب فى الارث مع الاولاد ويقوم مقام الاب فى حجب الاخوة والاخوات لام فأما فى حجب الاخوة والاخوات لاب وأم فلا ولكن يقاسمهم ويجعل هو كاحد الذكور منهم وبه أخذ سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى رحمهم الله الا أن زيدا كان يقول يقاسمهم ما دامت المقاسمة خيرا له من ثلث جميع المال فاذا كان الثلث خيرا له أخذ الثلث وكان مابقى بين الاخوة والاخوات وقال على رضى الله عنه يقاسمهم مادامت المقاسمة خيرا له من سدس المال واذا كان السدس خيرا له أخذ السدس وعن ابن مسعود روايتان أشهرهما كقول زيد وروى عنه أيضا كقول على وعن عمر بن الخطاب كقول أبى بكر الصديق فى الجد وعنه كقول زيد الا فى الاكدرية خاصة وعن عثمان بن عفان كقول على رضى الله عنه وعنه كقول زيد الا فى مسئلة الخرقاء على مانبينها والصحيح ان مذهب عمر رضى الله لم يستقر على شئ فى الجد وروى عن عبيدة السلمانى اجتمعوا فى الجد على قول فسقطت حية من سقف البيت فتفرقوا فقال عمر رضي الله عنه أبى الله تعالى أن يجتمعوا فى الجد على شئ ولما طعن عمر رضى الله عنه وايس من نفسه قال اشهدوا انه لاقول لى فى الجد ولا فى الكلالة

وانى لم استخلف أحدا وقال علي من أراد أن يتقحم فى جراثيم جهنم فليقض فى الجد وكان الشعبي اذا أراد أحد أن يسأله عن شئ من الفرائض قال هات ان لم يكن أحدا لا حياه الله ولا بياه ليعلم أنهم كانوا يتحرزون عن الكلام فى الجد لكثرة الاختلاف فيه اما حجة من ورث الاخوة مع الجد ماروى عن علي انه شبه الاخوين بشجرة أنبتت غصنين والجد مع النافلة بشجرة نبت منها غصن فالقرب بين غصنى الشجرة أظهر من القرب بين أصل الشجرة والغصن النابت من غصنها لان بين الغصنين مجاورة بغير واسطة وبين الغصن الثانى وأصل الشجرة مجاورة بواسطة الغصن الاول فعلى هذا ينبغى أن يقدم الاخ على الجد لان العصوبة تنبني على القرب الا أن فى جانب الجد معنى آخر وهو الولاد يتأيد بذلك المعنى اتصاله بالنافلة وبالولاد يستحق الفرضية من له اسم الابوة وبهذه الفرضية انما يستحق السدس قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس فلا ينقص نصيب الجد عن السدس باعتبار الولاد بحال وتأيد بهذا الولاد قرابته من الميت فيكون مزاحما للاخوة ويقاسمهم اذا كانت المقاسمة خيرا له من السدس * يوضحه ان الولد فى حكم الحجب أقوى من الاخوة بدليل حجب الزوج والزوجة بالولد دون الاخوة وحجب الام الى السدس بالولد الواحد دون الاخ ثم الولد لا ينقص نصيب الجد عن السدس بحال كان أولي والمروى عن زيد ابن ثابت انه شبه الاخوين بواد تشعب منه نهران والجد مع النافلة بواد تشعب منه نهر ثم تشعب من النهر جدول فالقرب بين النهرين يكون أظهر منه بين الجدول وأصل الوادى وهذا يوجب تقديم الاخوة على الجد الا أن فى جانب الجد معنى الولاد وبه يسمى أبا ولكنه أبعد من الاب الاول بدرجة فيجعل هو فيما يستحق فى الولاد بمنزلة الام من حيث انه يقام البعد بدرجة مقام نقصان الانوثة فى الام والام عند عدم الولد تستحق ثلث جميع المال فكذلك الجد بالولاد يستحق ثلث جميع المال اذ الجد مع الجدة بمنزلة الاب مع الام فكما ان نصيب الام عند عدم الولد ضعف نصيب الام وذلك الثلثان فكذلك نصيب الجد عند عدم الولد ضعف نصيب الجدة ونصيب الجدة السدس لا ينقص عن ذلك فنصيب الجد الثلث لا ينقص عن ذلك وحجتهم من حيث المعنى أن الجد والاخ استويا فى الادلاء فكل واحد منهم يدلى للميت بواسطة الاب ثم للاخ زيادة ترجيح من وجه وهو انه يدلى بواسطة الاب بالبنوة والجدودية تدلى الى الميت بواسطة الاب بالابوة والبنوة فى العصوبة مقدم على الابوة (ألا ترى) أن من ترك أبا وابنا كانت

العصوبة للابن دون الاب ولكن فى جانب الاب ترجيح من وجه آخر وهو الولاد مقدم فى الاستحقاق حتى يستحق به الفريضة وصاحب الفريضة يتقدم على العصبة فقلنا فى الفرض المستحق بالولاد يجعل الجد مقدما واذا آل الامر الى العصوبة يعتبر الادلاء وهما مستويان فى ذلك ولكل واحد منهما ترجيح من وجه فيقع التعارض ويكون المال بينهما بالمقاسمة بمنزلة الاخوين لاب وأم أو لاب ولهذا لا تثبت المزاحمة لاولاد الام مع الجد لان ادلاءهم بالام ولا تأثير لقرابة الام فى استحقاق العصوبة بها والمساواة باعتبار التساوى فى الادلاء قال الشافعى ولهذا قلت اذا مات المعتق وترك أخا المعتق لابيه وأمه وجده فالمال بينهما نصفان لانه معتبر بالفرضية فى الميراث بالولاء وقد استويا فى معنى العصوبة فيستويان فى الاستحقاق على كل حال قل الباقى لهما أو كثر فأما أبو حنيفة احتج بما نقل عن ابن عباس أنه كان يقول ألا يتق الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أبا ومعنى هذا الكلام أن الاتصال بالقرب من الجانبين يكون بصفة واحدة لا يتصور التفاوت بينهما بمنزلة المماثلة بين مثلين والاخوة بين الاخوين فاذا كان فى الموضع الذى كان الجد ميتا يجعل ابن الابن قائما مقام الابن فى حجب الاخوة من أى جانب كانوا وكان معنى القربى والاتصال فى جانبه مرجحا فكذلك اذا كان ابن ابن الميت ميتا يكون الجد قائما مقام الاب فى حجب جميع الاخوة ويكون اتصاله وقربه الى الميت بالميت مرجحا لان الاتصال واحد لا يعقل التفاوت بين الجانبين بوجه والدليل عليه أن الجد عند عدم الاب يستحق اسم الابوة قال الله تعالى يابني آدم ومن كنت ابنه فهو أبوك وقال جل جلاله قالوا نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم وكان ابراهيم جدا وقال عز وجل واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحاق وكانا جدين له وكذلك أيضا فى الحكم فالجد له من الولاية عند عدم الاب ما للاب حتى أن ولايته تعم المال والنفس جميعا بخلاف الاخوة والخلافة فى الارث نوع ولاية وكذلك الجد فى استحقاق النفقة مع اختلاف الدين بمنزلة الاب بخلاف الاخوة والنفقة صلة كالميراث وكذلك الجد فى حكم حرمة وضع الزكاة وحرمة قبول الشهادة وحرمة حليلته كالنافلة والمنع من وجوب القصاص عليه بقتل النافلة وثبوت حق التملك له بالاستيلاد قائم مقام الاب بخلاف الاخوة فاذا جعل هو فى جميع الاحكام بمنزلة الاب فكذلك فى حجب الاخوة وبعد ما تقرر هذا المعنى فلا معتبر بالقرب لان استحقاق المال بالعصوبة وهى لا تبنى على القرب فابنة الابنة أقرب من ابن العم

ومن مولى العتاقة ثم الميراث بالعصوبة لابن العم ومولى العتاقة دون ابنة الابنة فكذلك هنا
اذا عرفنا هذا رجعنا الى بيان مذهب الذين قالوا بتوريث الاخوة والاخوات مع الجد فقد
فرغنا من بيان قول أبي بكر الصديق رضى الله عنه ومن قال بقوله فنقول أما على مذهب زيد
الجد يقاسم الاخوة والاخوات ما دامت المقاسمة خيرا له من ثلث جميع المال أو كانا سواء
فان كان الثلث خيرا له فانه يعطى الثلث ثم الباقى بين الاخوة والاخوات * ومن مذهبه
أن يعتد بالاخوة والاخوات لاب مع الاخوة والاخوات لاب وأم فى مقاسمة الجد فاذا
أخذ الجد نصيبه رد الاخوة والاخوات لاب على الاخوة والاخوات لاب وأم جميع ما
أصابوا ان كان أولاد الاب والام ذكورا أو مختلطين فان كانوا اناثا فانهم يردون على البنتين
الى تمام الثلثين وعلى الواحدة الى تمام النصف وينبنى على هذا مسئلة العشرية وصورتها أخت
لاب وأم وأخ لاب وأم وأخ لاب وجد فعلى قول زيد بن ثابت المال بينهم بالمقاسمة لان
بالمقاسمة نصيب الجد خمسا المال وهو خير له من الثلث فيكون أصل الفريضة من خمسة للجد
سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم ثم الاخ لاب يرد على الاخت لاب وأم الى تمام النصف
وذلك سهم ونصف ما أصابه فانكسر بالانصاف فاضعفه فيكون عشرة للجد أربعة وللاخت
لاب وأم بعد الرد خمسة والباقى للاخ لاب سهم واحد وهذا السهم الواحد هو عشر المال فلهذا
سميت المسئلة عشرية زيد ومن مذهبه أنه اذا اجتمع مع الجد والاخوة أصحاب الفرائض
يوفر على أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر للجد الى المقاسمة والى ثلث ما بقي والى سدس
جميع المال فأى ذلك خيرا للجد أعطي ذلك والباقى للاخوة والاخوات ومن مذهبه أن
الاخوات المفردات لا يكن من أصحاب الفرائض مع الجد ولكن يصرن عصبة بالجد
ويكون الحكم المقاسمة بينهن وبين الجد الا فى مسئلة الاكدرية خاصة فان جعل الاخت فيها
صاحبة فرض لاجل الضرورة وصورتها امرأة ماتت وتركت زوجا وأما وأختا لاب وأم
وجدا فللزوج النصف ثلاثة من ستة وللام الثلث سهمان وللجد السدس سهم وللاخت
النصف ثلاثة تعول بثلاثة وانما جعل الاخت هنا صاحبة فرض لاجل الضرورة فانه لم يبق
بعد نصيب أصحاب الفرائض الا السدس فان جعل ذلك للجد صارت الاخت محجوبة بالجد
وهذا خلاف أصله وان جعل ذلك بينهما بالمقاسمة انتقص نصيب الجد عن السدس ومن
مذهبه أنه لا ينقص نصيبه عن السدس باعتبار الولاء بحال واسقاط الاخت بالجد متعذر

أيضا لانها صاحبة فرض عند عدم الولد بالنص وفريضتها النصف فلهذه الفريضة جعلها صاحبة فرض هنا ثم ينضم نصيب الاخت مع نصيب الجد وهو أربعة من تسعة فيكون مقسوما بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فانكسر بالاثلاث فاضربه تسعة فى ثلاثة فيكون سبعة وعشرين كان للزوج ثلاثة مضروبة فى ثلاثة فتكون تسعة وكان للام سهمان مضروبان فى ثلاثة فيكون ستة وكان نصيب الاخت والجد أربعة مضروبة فى ثلاثة فيكون اثني عشر للجد ثمانية وللاخت أربعة وانما جعله كذلك لان أصحاب الفرائض لما خرجوا من الوسط صار الباقي فى حقهما بمنزلة جميع التركة فانا انما جعلنا الاخت صاحبة فرض لاجل الضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وقد انعدمت الضرورة فيما أصابهما فيبقى المعتبر المقاسمة فيما بينهما ولو كان مكان الاخت أخا لم تكن المسئلة أكدرية بل سدس الباقى كله للجد ولا شئ للاخ لان استحقاق الاخ بالعصوبة فقط وللعصبة ما يبقى من أصحاب الفرائض فاذا لم يبق شئ كان الاخ محروما لانعدام محل حقه بخلاف الاخت وكذلك ان كان مكان الاخت الواحدة أختين أو أخا وأختا لم تكن المسئلة أكدرية لانهما يحجبان الأم من الثلث الى السدس فيكون الباقى الثلث فان كان مع الجد أختان فالمقاسمة والسدس للجد سواء وان كان أخا وأختا فالسدس خير له فيأخذ السدس والباقي بين الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وانما لقيت هذه المسئلة بالاكدرية لانه تكدر فيها مذهب زيد فاضطر الى ترك أصله وقيل ان عبد الملك بن مروان ألقاها على فقيه كان يلقب بالاكدر فأخطأ فيها على قول زيد وقيل لان الميت الذى وقعت هذه الحادثة فى تركته كان يلقب بالاكدر ومن مذهب زيد أن البنات مع الجد كغيرهن من أصحاب الفرائض والجد يكون عصبة معهن ومن مذهبه أن يجوز تفضيل الام على الجد وبهذا كله أخذ سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وعليه الفتوى الا أن بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله استحسنوا فى مسائل الجد الفتوى بالصلح فى مواضع الخلاف وقالوا اذا كنا نفتى بالصلح فى تضمين الاخير المشترك لاختلاف الصحابة فالاختلاف هنا أظهر فالفتوي بالصلح فيه أولى فأما بيان مذهب على رضى الله عنه فنقول انه يقاسم الاخوة والاخوات ما دامت المقاسمة خيرا له من السدس أو كانا سواء فاذا كان السدس خيرا له أخذ السدس ثم الباقي بين الاخوة والاخوات ومن مذهبه أنه لا يعتد بالاخوة والاخوات لاب مع الاخوة والاخوات لاب وأم فى مقاسمة

الجد ولكن يعتد بهم اذا انفردوا عن الاخوة والاخوات لاب وأم ويجعل الجد كأحد الذكور منهم فى حكم المقاسمة ومن مذهبه أنه اذا اجتمع مع الجد والاخوة أصحاب الفرائض سوى البنات فانه يوفر عليهم فرائضهم ثم ينظر الى ما بقي فان كان السدس يعطى للجد وان كان أقل يكمل له السدس وان كان أكثر من السدس ينظر للجد الى المقاسمة والى سدس جميع المال فأيما كان خيرا له ذلك والباقى للاخوة ومن مذهبه أن الاخوات المفردات أصحاب الفرائض مع الجد وفريضة الواحدة منهن النصف وفريضة المثني فصاعدا الثلثان ومن مذهبه أن مع الابنة الجد صاحب فرض له السدس ولا يكون عصبة بحال ومن مذهبه أنه يجوز تفضيل الام على الجد وبهذا كله أخذ ابن أبي ليلي وسوى هذا روايتان عن على رضى الله عنه أحدهما كقول الصديق رضي الله عنه والاخرى أن المال بين الجد والاخوة بالمقاسمة وان كان نصيب الجد دون السدس فقد روى أن ابن عباس كتب اليه يسأله عن جد وست اخوة فكتب في جوابه اجعل المال بينهم على سبعة ومزق كتابي هذا ان وصل اليك فكأنه لم يستقر على هذا الفتوى حين أمره أن يمزقه فأما بيان مذهب عبد الله بن مسعود فمن مذهبه أن الجد تقاسم الاخوة ما دامت القسمة خيرا له من الثلث وافق فى هذا زيدا ومن مذهبه أنه لا يعتد بأولاد الاب مع الاولاد لاب وأم فى مقاسمة الجد فوافق فيه عليا وقال يعتد بهم اذا انفردوا عن أولاد الاب والام كما هو مذهب علي رضي الله عنه فان اجتمع مع الجد والاخوة أصحاب الفرائض فاهل الحجاز يروون عن عبد الله أنه يعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر للجد الي ثلاثة أشياء كما هو مذهب زيد فأهل العراق يروون عنه أنه ينظر للجد الي المقاسمة والى السدس كما هو مذهب علي ومن مذهبه أن الاخوات المفردات أصحاب الفرائض مع الجد وافق فيه عليا ومما تفرد به ابن مسعود ابنة وجد وأخت للابنة النصف والباقى بين الجد والاخت نصفان فهذه من مربعات عبد الله ومما تفرد به زوج وأم وجد للزوج النصف والباقى بين الجد والام نصفان فكان لا يفضل أما علي جد فهذه من مربعاته أيضا ومما تفرد به أن الاخوات لاب وأم اذا كانوا أصحاب الفرائض مع الجد فلاشئ للاخوة والاخوات لاب سواء كانوا ذكورا أواناثا أومختلطين ولا يعتد بهم فى هذه الحالة وبهذا كله أخذ فقهاء الكوفة علقمة والاسود وابراهيم النخعى فصار الاختلاف بينهم فى الحاصل فى ثمان فصول فالسبيل أن نذكر كل فصل على الانفراد أما الفصل الاول أن على قول زيد وعبد الله تعتبر

المقاسمة ما دامت خيرا له من ثلث المال وعند علي تعتبر المقاسمة ما دامت خيرا له من سدس المال وجه قوله أن الجد انما امتاز من الاخوه بمعنى الولاء واسم الابوة وبهذا الاسم والمعنى يختص باستحقاق الفريضة وفريضة الاب بالنص السدس قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس ثم الجد مع الاخوة بمنزلة الاب مع الاولاد لان الاخ ولد من يدلى به الجد وهو الاب ثم فريضة الاب مع الولد السدس لا ينقص عنه فكذلك فريضة الجد مع الاخوة السدس لا ينقص عن ذلك بحال واعتبار العصوبة لتوفر المنفعة عليه فاذا كانت الفريضة أنفع له قلنا بأنه يعطى فريضته وذلك السدس * وجه قول عبد الله وزيد حديث عمران بن الحصين أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان ابن ابي مات فمالى من ميراثه فقال عليه السلام لك السدس فلما أدبر الرجل دعاه فقال لك سدس آخر وانما يحمل هذا على أنه كان وقع عنده فى الابتداء أن للميت ولدا فجعل له السدس ثم علم أنه لا ولد للميت فجعل له الثلث وروى أن عمر بن الخطاب جمع الصحابة وقال هل سمع منكم أحد من النبي عليه السلام فى الجد شيأ فقام رجل وقال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي للجد بالثلث فقال مع من كان فقال لا أدري فقال لا دريت فقام رجل آخر وقال شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى للجد بالثلث فقال مع من كان فقال لا أدري شيأ فقال لا دريت وانما يحمل هذا على أنه جعل له السدس مع الولد والثلث عند عدم الولد والمعنى فيه أن الجد مع الجدة بمنزلة الاب مع الام ثم عند عدم الولد للام الثلث وكان للجدة نصف نصيب الام وهو السدس وللاب الثلثان فينبغي أن يكون للجد نصف نصيب الاب وهو الثلث بالولاء كما هو الاصل فى جعل حظ الذكر ضعف حظ الانثى والدليل عليه أن الجد يحجب أخوين لام عن فرضهما وفرضهما الثلث عند عدم الولد وكل وارث يحجب آخر عن فرضه فانه يستحق ذلك لا محالة فان معنى حجبه فى أنه يكون مقدما عليه فى فرضه كالولد فى حق الزوج والزوجة بخلاف الاخوين مع الاب فانهما يحجبان الام من الثلث الى السدس ولا حظ لهما فى ذلك لانهما غير وارثين مع الاب وكلامنا فيمن يحجب غيره وهو وارث * والفصل الثانى أن على قول زيد بن ثابت رضى الله عنه لا يعتد بهم * وجه قول زيد أنه يعتد بهم فى مقاسمة الجد عند الانفراد بالاتفاق وانما يعتد بهم لانهم يدلون بالاب كما يدلى الجد وهذا المعنى قائم عند وجود الاخوة والاخوات لاب وأم فان بوجودهم لا يزداد معنى الادلاء فى الجد ولا

ينتقص فى جانب الاخوة لاب وتحقيق هـذا الكلام أن قرابة الام فى حق الاخوة والاخوات لاب وأم معتبر للترجيح لا للاستحقاق والترجيح عند اتحاد الجهة لا عند اختلاف الجهة ففى حق الجد مع الاخوة الجهة مختلفة لان الابوة غير الاخوة فلا معتبر بقرابة الام فى الترجيح مع الجد ولكن يجعلا فى المقاسمة كأنهما جميعا اخوة لاب حتى يأخـذ الجد نصيبه فيخرج من الوسط ثم صارت الجهة واحدة فيما بين الاخوة لاب وأم والاخوة لاب فيظهر الترجيح عند ذلك بقرابة الام فيرد الاخوة لاب على الاخوة لاب وأم ما أخذوا لهذا المعنى بمنزلة الابوين مع الاخوين فالاخوان يحجبان الام من الثلث الي السدس ثم الاب يستحق عليهما ذلك وأما وجه قول علىّ وعبـد الله أن الجد مع الاخوة لاب وأم يجعل بمنزلة الاخ لاب وأم لا بمنزلة الاخ لاب لانه لو جعل كالاخ لاب لكان الاخ لاب وأم مقدما عليه واذا جعل هو كالاخ لاب وأم والاخ لاب وأم يحجب الاخوة لاب فالاخوان لاب وأم لان يحجبان الاخوة لاب كان أولى وهذا بخلاف ما اذا انفرد الاخوة لاب مع الجد لان هناك الجـد يجعـل بمنزلة الاخ لاب بمعـنى وهو أن الولاء الذى اختص به الجد معتبر عند الحاجة ولا يعتبر عنـد عدم الحاجة (ألا ترى) أن نصيبه اذا كان بالمقاسمة دون الثلث يعتـبر الولاء لكن لا ينتقص حقه عن السدس واذا كانت المقاسمة خيرا له لا يعتبر الولاء ولكن يعتبر الادلاء بالاب فهنا مع الاخوة لاب لا حاجة الي اعتبار الولاء فى جانب الجد فلا يعتبر وجود الاخوة لاب وأم ولما قضت الحاجة الي ذلك ليقوم معنى الولاء فى جانبه مقام قرابة الام فى جانب الاخ لاب وأم فكان معتـبرا وجعـل الجد كالاخ لاب وأم يوضحه أن لو قلنا بأنه يعتـد بهم فى مقاسمة الجد ثم يردون ما أصابهم على الاخ لاب وأم يؤدى الي تفضـيل الاخ لاب وأم على الجد وهـذا ساقط بالاجماع فان الجد لا ينتقص نصيبه عن السدس بحال وقد ينقص نصيب الاخ عن السدس فكيف يجوز تفضـيل الاخ على الجد فى الميراث * والفصل الثالث أن الاخوات المفردات أصحاب الفرائض مع الجد عند على وعبد الله وعند زيد رضى الله عنه عصبات الا فى الا كدرية * ووجه قولهما ان الانثى انما تصير عصبة للذكر عنـد اتحاد السبب فأما عند اختلاف السبب فلا فالسبب فى حق الجد غـير السبب فى حق الاخت فلا تصيرن عصـبة به بخلاف الاخ فالسبب واحـد فى حق الاخ والاخت فتصير الاخت عصبة بالاخ يوضحه أن الجد لا يعصب من فى درجته من الاناث

كالجدة فكذلك لا يعصب غيرها بمنزلة ابن الام ولان الاخت مع الجد بمنزلة الابنة من الاب ثم الابنة لا تصير عصبة بالاب فكذلك الاخت لا تصير عصبة بالجد وجه قول زيد أن الجد كأحد الذكور من الاخوة ومعلوم أن الاخت تصير عصبة بالاخ لا باسم الاخوة فذلك موجود فى الاخ لام ولا يجعلها عصبة ولكن انما تصير بالاخ لكون الاخ عصبة والجد فى العصوبة مساو للاخ فتصير الاخت عصبة الا فى الاكدرية فانها تجعل صاحب فرض لاجل الضرورة كما بينا مع أن الجد فى تلك المسئلة صاحب فرض فان له السدس فيكون فى تلك المسئلة هو بمنزلة الاخ لام والاخت لا تصير عصبة بالاخ لام * والفصل الرابع بين علىّ وعبد الله أنه اذا كان هناك أخت لاب وأم وأخ وأخت لاب وجد عند علىّ للاخت لاب وأم النصف والباقى بين الجد والاخ والاخت لاب بالمقاسمة وعند عبد الله الباقى كله للجد ولا شئ للاخ والاخت لاب لان استحقاق الباقى باعتبار العصوبة فيقدم الاقرب والجد هو أقوى سببا من أولاد الاب لان جانبه زائد بالولاء وقد اعتبر الولاء هنا لمكان الاخت لاب وأم فان قرابة الام اعتبرناها فى جانبها حين جعلناها صاحبة فرض اذ لو لم يعتبر قرابة الام لكانت هى عصبة بالاخ لاب واذا اعتبر قرابة الام فى جانبها يعتبر الولاء فى جانب الجد فيكون سببه فى العصوبة أقوى ويحجب به أولاد الاب بمنزلة الاخ لاب وأم بخلاف ما اذا انفرد أولاد الاب مع الجد لان هناك يعتبر الولاء فى جانب الجد فيكون سببه مثل سبب أولاد الاب * وجه قول علىّ أن الاخوة والاخوات لاب يقاسمون الجد فى جميع المال فيقاسمونه فيما بقي بعد صاحب الفريضة كالاخ والاخت لاب وأم وهذا لان الولاء فى الجد غير معتبر هنا لانه لا حاجة الى اعتباره فى اثبات العصوبة للجد مع أولاد الاب فهو وما انفردوا معه سواء * والفصل الخامس أنه اذا اجتمع أصحاب الفرائض مع الاخوة والجد فعلى قول زيد يوفر على أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر للجد الي ثلث ما بقى والى المقاسمة والى سدس المال وهو بناء على أصله فانه يعتبر للجد ثلث جميع المال اذا لم يكن هناك صاحب فرض فما بقى هنا كجميع المال هناك فاعتبر المقاسمة وثلث ما بقى الا أن يكون السدس خيرا له فحينئذ لا ينقص الجد عن السدس لانه يثبت استحقاق السدس باسم الابوة بالنص وذلك يتناول الجد وأما عند علىّ ينظر الى المقاسمة والى سدس جميع المال بناء على أصله اذا لم يكن هناك صاحب فرض فانه يعتبر للجد المقاسمة والسدس ولا يعتبر ثلث جميع المال فكذلك هنا وأهل الحجاز

يروون عن عبد الله مثل قول زيد أنه يعتبر ثلث ما بقي كما هو أصله اذا لم يكن هناك صاحب فرض فانه يعتبر للجد ثلث جميع المال وأهل العراق يروون عن عبد الله السدس والمقاسمة هنا كما هو قول علي رضي الله عنه فهو يحتاج الى الفرق بين هذا و بين ما اذا لم يكن هناك صاحب فرض ووجه الفرق أن هناك انما جعلنا للجد الثلث باعتبار أنه نصف نصيب الاب مع الام وضعف نصيب الجدة وقد تغير ذلك بوجود أصحاب الفرائض ومتى وقع التغيير فى فريضة فالاصل فيها المناصفة كما فى فريضة الزوج والزوجة وفريضة الام بالاخوة فلهذا اعتبرنا له السدس والمقاسمة* يوضحه أن ثلث ما بقي غير منصوص عليه فى الفرائض واثبات مقدار الفريضة لا يكون بالرأى بخلاف زوج وأبوين وامرأة فانا اذا جعلنا للام ثلث ما بقى فى زوج وأبوين كان ذلك سدس جميع المال وفى فريضة السدس نص واذا جعلنا لها ثلث مابقي بامرأة وأبوين كان ذلك ربع جميع المال وفى فريضة الربع نص فاما لو جعلنا للجد ثلث مابقى بعد أصحاب الفرائض لا يكون ذلك موافقا لفرض منصوص على كل حال فيكون اثبات فريضة بالرأى*والفصل السادس فى الابنة مع الجد والاخوة والاخوات فان على قول على الجد صاحب فريضة هنا وفريضته السدس وعند عبد الله ابن مسعود وزيد رضى الله عنهما يكون هو عصبة يقاسم الاخوة والاخوات مابقى بعد نصيب الابنة فهما يقولان الابنة صاحبة فرض فتكون كغيرها من أصحاب الفرائض والجد عصبة مع سائر أصحاب الفرائض ويقاسم الاخوة والاخوات مابقي فكذلك مع الابنة *وجه قول على ان الجد أب والاب صاحب فرض مع الولد بالنص قال الله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس الا انا جعلنا الاب الادنى مع الابنة عصبة فيما بقى بعد ماجعلناه صاحب فرض فلو أعطينا للجد حكم العصوبة كنا قد سويناه بالاب فحجب الاخوة ولا يزاحمهم وذلك لا يستقيم فلا نجعل له حظا من العصوبة هنا * والفصل السابع بين زيد وعبد الله فيما اذا ترك ابنة وجدا وأختا فعلى قول زيد للابنة النصف والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول عبد الله الباقى بينهما نصفان لان كل واحد منهما لو انفرد مع الابنة استحق مابقى بطريق العصوبة فالاخت مع الابنة عصبة وكذلك الجد فعند الاجتماع الاخت لا تصير عصبة بالجد وانما يفضل الذكر على الانثى فى العصبة اذا صارت المرأة عصبة بالذكر فاما بدون ذلك فلا وصار هذا كما لو أعتق رجل وامرأة عبدا كان ميراثه بالولاء بينهما نصفين وهذا بخلاف

الاخ والاخت لان الاخت عند وجود الاخ انما تصير عصبة بالاخ (ألا ترى) انه لو لم يكن ابنة كانت عصبة بالاخ فكذلك مع وجود الابنة وهنا لو لم توجد الابنة ماكانت الاخت عصبة بالجد فكذلك مع الابنة *والفصل الثامن اذا تركت زوجا وأما وجدا فعلى قول زيد وعلي للام ثلث جميع المال لان ثلث المال للام عند عدم الولد ثابت بالنص قال الله تعالى فلامه الثلث والنقصان عما هو منصوص عليه بالرأى لايجوز ثم الام أقرب من الجد بدرجة والاقرب وان كان أنثى يجوز تفضيله على الابعد فى الاستحقاق يوضحه ان النقصان دون الحرمان ويجوز حرمان الجد فى موضع ترث الام فيه الثلث وهو حال حياة الاب فلان يجوز نقصان نصيب الجد عن نصيب الام كان أولى وأما عبد الله ففى احدى الروايتين عنه للام ثلث مابقي وهو سدس جميع المال لان اسم الاب ثابت للجد ولا يجوز تفضيل الام على الاب ولا التسوية بينهما فى الميراث وفى الرواية الاخرى قال النصف الباقي بين الام والجد نصفان لان الممتنع تفضيل الانثى على الذكر بسبب الولاء فأما بعد التسوية بينهما غير ممتنع كما فى حق الابوين مع الابن يوضحه أن فى جانب الجد فضيلة الابوة والبعد بدرجة وفى جانب الام فضيلة القرب بدرجة ونقصان الابوة فاستويا فيكون الباقى بينهما نصفان ثم اعلم أن حاصل الكلام فى مسائل الجد يدور على ستة مسائل فمن أحكم أقاويل الصحابة فيها يتيسر عليه تخريج ما سواها والمسائل الست ذكرها محمد رحمه الله فى كتاب الفرائض ورواها عن السدى عن اسماعيل عن الشعبي احداها مسئلة الخرقاء وصورتها أخت لاب وأم أو لاب وجد وأم فالصحابة رضي الله عنهم اختلفوا فيها على ست أقاويل على قول أبى بكر الصديق للام الثلث والباقى للجد ولا شئ للاخت وعلى قول على للام الثلث وللاخت النصف بالفرضية وللجد السدس وعلي قول زيد للام الثلث والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول عبد الله للاخت النصف وللام السدس فى رواية والباقى للجد لانه يجعل نصيب الجد ضعف نصيب الام كما هو مذهبه فى زوج وأم وجد وفى الرواية الاخرى للزوج النصف والباقى بين الجد والام نصفان لانه لا يرى تفضيل الام على الجد ويرى التسوية بينهما والسادس قول عثمان رضى الله عنه أن المال بين ثلاثتهم اثلاثا وجواب هذه المسئلة بهذه الصفة محفوظ عن عثمان ووجهه أن الام تستحق الثلث بالنص ولو لم يكن هناك أم لكان للاخت النصف بالفريضة والنصف الآخر للجد

فاذا استحقت الام الثلث عليهما كان ذلك من نصيبهما جميعهما ويبقى حقهما في الباقي سواء فكان المال بين ثلاثتهم اثلاثا وتسمى هذه المسئلة الخرقاء لكثرة اختلاف الصحبة فيها وتسمى عثمانية لان قديما جوابها محفوظ عن عثمان وتسمى مثلثة لجعل عثمان المال بينهم اثلاثا وتسمى حجاجية لان الحجاج ألقاها على الشعبي على ما حكى أن الحجاج لما قدم العراق أتى بالشعبي موثقا بحديد فنظر اليه بشبه المغضب وقال أنت ممن خرج علينا ياشعبي فقال أصلح الله الامير لقد أجدب الجناب وضاق المسلك واكتحلنا السهر واستحلسنا الحزن ووقعنا في فتنة لم يكن فيها تروية أتينا ولا فجرية أقويا قال صدق خذوا عنه مايقول في أم وأخت وجد فقال قد قال فيها خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ومن هم قال عثمان وعلى وزيد وابن مسعود وابن عباس فقال ما قال فيها الحبر يعنى عبد الله بن عباس قال جعل الجد أبا ولم يعط الاخت شيأ قال وماقال فيها ابن مسعود قال جعل للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفان قال وما قال فيها زيد قال جعل للام الثلث والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين فقال وما قال فيها أمير المؤمنين يعنى عثمان قال جعل المال بينهم اثلاثا فقال لله در هذا العلم فرده بجميل والمسئلة الثانية ملقبة بالاكدرية وصورتها أم وجد وزوج وأخت لاب وأم أو لاب وفيها خمسة أقاويل قول زيد كما بينا وقول الصديق ان للزوج النصف وللام الثلث على ما رواه محمد بن الحسن والباقى للجد على ما رواه أبو يوسف وأبو ثور للام ثلث مابقى والباقى للجد والقول الرابع قول عبد الله ان للزوج النصف وللاخت النصف وللجد السدس وللام السدس كيلا يؤدى الى تفضيل الام على الجد فتعول بسهمين والقسمة من ثمانية وعلى قول على رضى الله عنه للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وللجد السدس فتعول بثلاثة فتكون القسمة من تسعة وهذا قريب من قول زيد الا ان على مذهب زيد ان ما يصيب الجد والاخت يجعل بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فتكون القسمة من سبعة وعشرين وعند على لايجعل كذلك بل لكل واحد منهما ماأصابه والمسئلة الثالثة امرأة وأخت وأم وجد وفيها أربعة أقاويل قولان للصديق رضى الله عنه أحدهما ان للمرأة الربع وللام ثلث مابقى والباقى للجد والآخر ان للمرأة الربع وللام ثلث جميع المال والباقى للجد والثالث قول علي وزيد ان للمرأة الربع وللام الثلث والباقى بين الجد والاخت بالمقاسمة والرابع قول عبد الله ان للمرأة الربع وللاخت النصف والباقى بين الجد والام

نصفان والمسئلة الرابعة امرأة تركت زوجا وأما وجدا وأخا لاب وأم أو لاب وفيها ثلاثة أقاويل قولان للصديق رضى الله عنه أحدهما للام ثلث جميع المال وفى الآخر لها ثلث ما بقي والباقى للجد والثالث قول على وعبـد الله وزيد أن للزوج النصف والام ثلث جميع المال والباقى للجد و لاشئ للاخ فيكون هذا موافقا لاحد قولى أبى بكر والقول الآخر فيه لعبد الله أن للزوج النصف والباقى بين الام والجد نصفان ولاشئ للاخ والمسئلة الخامسة امرأة وأم وجد وأخ لاب وأم أو لاب وفيها خمسـة أقاويل قولان للصديق كما ذكرنا والثالث قول عليّ وزيد أن للمرأة الربع وللام ثلث جميع المال والباقى بين الجد والاخ نصفان لان المقاسمة خير له من السـدس فالمقاسمة له سهمان ونصف من اثنى عشر والسـدس سهمان والقول الرابع لعبد الله أن للمرأة الربع والام ثلث ما بقي والباقى بين الجد والاخ نصفان والخامس قول عبد الله أيضا أن للمرأة الربع والباقى بين الجد والام والاخ اثلاثا كيلا يؤدى الي تفضيل الام على الجد فتكون هذه من مربعاته على هذه الرواية والمسئلة السادسة ابنة وأخت وجـد وفيها خمسة أقاويل قول الصـديق أن للابنة النصف والباقى للجد بالفرض والعصوبة وقول زيد أن للابنة النصف والباقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وعلي قول عليّ رضي الله عنه للابنة النصف وللجد السدس والباقى للاخت وقولان لعبد الله أحدهما ان للابنة النصف والباقى بين الاخت والجد نصفان والقول الاخر ان للابنة النصف وللجد ثلث مابقى وهو والسدس فى المعنى سواء والباقى للاخت فهذا بيان المسائل الستة وما سواها من مسائل الجد يتيسر تخريجها على قياس هذه المسائل والله أعلم بالصواب

باب الرد

(قال على بن أبى طالب رضى الله عنـه اذا فضل المال عن حقوق أصحاب الفرائض وليس هناك عصبة من جهة النسب ولا من جهة السبب فانه يرد مابقى عليهم علي قدر انصبائهم الا الزوج والزوجة وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه يرد علي الزوج والزوجة أيضا كما يرد علي غيرهم من أصحاب الفرائض وهو قول جابر بن يزيد وقال عبـد الله بن مسعود الرد على أصحاب الفرائض الا علي ستة نفر الزوج والزوجة وابنـة الابن مع ابنة الصلب والاخت لاب مع الاخت لاب وأم وأولاد الام مع الام

والجدة مع ذى سهم أيا كان وهو قول أحمد بن حنبل وقال زيد بن ثابت لا يرد على أحد من أصحاب الفرائض شئ بعد ما أخذوا فرائضهم ولكن نصيب الباقى لبيت المال وهو رواية عن ابن عباس وبه أخذ الشافعى وعن ابن عباس فى رواية قال يرد على أصحاب الفرائض لا على ثلاثة نفر الزوج والزوجة والجدة ثم الرد على قول علي وهو مذهبنا يكون بطريقين أحدهما بان يعطون فرائضهم أولا ثم يرد الباقى عليهم بقدر فرائضهم فتكون القسمة مرتين والاخرى أنه ينظر الى مقدار فرائضهم فيقسم جميع المال بينهم على ذلك قسمة واحدة وهذا هو الاصح لانه أبعد عن التطويل وبيانه فيما اذا ترك أختا لاب وأم وأما فعلى الطريق الاول القسمة الاولى من ستة على مقدار فريضتهما فتكون على خمسة وستة علي خمسة لا يستقيم فيضرب ستة فى خمسة فتكون ثلاثين منه تصح وعلى الآخر يقسم المال كله بينهما على خمسة ثلاثة اخماسه للاخت وخمساه للام وهذا اذا لم يخالطهم من لا يرد عليه فان خالطهم من لا يرد عليه فحينئذ لا بد من اعتبار القسمتين وبيانه اذا تركت امرأة زوجا وأما وابنة فللزوج الربع وللابنة النصف وللام السدس بقى سهم من اثنى عشر وهو نصف سدس فيرد على الابنة والام دون الزوج وانما يرد عليهما ارباعا فيحتاج الى أن تضرب اثنى عشر فى أربعة فيكون ثمانية وأربعين للزوج الربع وذلك اثنا عشر ثم الباقي وهو ستة وثلاثون بين الام والابنة للابنة ثلاثة ارباعها وذلك سبعة وعشرون وللام ربعها وذلك تسعة وعلى الطريق الآخر يطلب حساب له ربع ولثلاثة ارباعه ربع وأقل ذلك ستة عشر فيعطي الزوج الربع وذلك أربعة يبقى اثنا عشر للابنة ثلاثة ارباعها تسعة وللام ربعها ثلاثة فمن أصحابنا رحمهم الله من جعل هذه المسئلة بناء على مسئلة ذوى الارحام فان الرد يكون باعتبار الرحم ولهذا لا يرد على من لا رحم له وهو الزوج والزوجة ومن أصلنا أن الميراث يستحق بالرحم وان ذوى الارحام يقدمون على بيت المال فكذلك أصحاب الفرائض فيما بقى يقدمون على بيت المال بالرحم وعلي قول الشافعى ذووا الارحام لا يستحقون شيأ ولكن يصرف المال لبيت المال اذا لم يكن هناك صاحب فرض ولا عصبة فكذلك اذا فضل عن حقوق أصحاب الفرائض وليس هنك عصبة قلنا بانه يجعل ما بقى فى بيت المال فالحجة لمن أبى الرد آية المواريث فان الله تعالى بين نصيب كل واحد من أصحاب الفرائض والتقدير الثابت بالنص يمنع الزيادة عليه لان فى الزيادة مجاوزة الحد الشرعى وقد قال الله تعالى بعد آية المواريث ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده الآية

فقد ألحق الوعيد بمن جاوز الحد المشروع وفى الرد عليهم زيادة على ما قدر لكل واحد منهم ثم الرد انما يكون باعتبار الفريضة أو العصوبة أو الرحم لا يجوز أن يكون باعتبار الفريضة لانه وصل الى كل واحد منهم مقدار ما فرض له ولانه لا يرد على الزوج والزوجة والفريضة لهما ثابتة بالنص ولا يجوز أن يكون باعتبار العصوبة لان باعتبار العصوبة يقدم الاقرب فالاقرب وفى الرد لا يقدم الاقرب وكذلك الاستحقاق بالرحم فى معنى الاستحقاق بالعصوبة يقدم فيه الاقرب فاذا بطلت الوجوه صح ان القول بالرد باطل وان مازاد على حق أصحاب الفرائض لا يستحق له من الورثة فيصرف الى بيت المال ولا يقال ان المسلمين يستحقون ذلك بالاسلام فاصحاب الفرائض ساووا المسلمين فى الاسلام ويرجحوا بالقرابة لان وصلة الاسلام بانفراده بناء على الاستحقاق كوصلة القرابة والترجيح لا يصلح بكثرة العلة وأما ابن مسعود قال الرد باعتبار الرحم والاستحقاق بالرحم انما يكون بمعنى العصوبة فيعتبر ذلك بالاستحقاق الثابت بحقيقة العصوبة فلا يثبت ذلك للزوج والزوجة لان العصوبة باعتبار القرابة أو مايشبه القرابة فى كونه باقيا عند استحقاق الميراث كالولاء والزوجية ليست بهذه الصفة لانها ترتفع بموت أحدهما الا أن استحقاق الفرضية بها كان بالنص ففيما وراء المنصوص لا يثبت الاستحقاق لانعدام السبب عند الاستحقاق وكذلك لا يرد على ابنة الابنة مع الابنة لانهما فى الرد بمنزلة الابن وابن الابن فيكون الاقرب مقدما وكذلك لا يرد على الاخت لاب مع الاخت لاب وأم لانهما بمنزلة الاخ لاب مع الاخ لاب وأم وكذلك لا يرد على أولاد الام مع الام كما لا تثبت العصوبة لاولاد الاب مع الاب ولا يرد على الجدة مع ذى سهم لانها تدلى بالانثى والادلاء بالانثى ليس بسبب لاستحقاق العصوبة بحال وقد بينا ان سبب الاستحقاق فى حق الجدة ضعيف فلا تثبت المزاحمة بينها وبين من كان سببه قويا فى المستحق بالرد فأما علماؤنا رحمهم الله احتجوا بقوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله معناه بعضهم أولى بميراث بعض بسبب الرحم فهذه الآية توجب استحقاق جميع الميراث لكل واحد منهم بوصلة الرحم والآية التى فيها ذكر الفريضة توجب استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهما بالوصف المذكور فيعمل بالآيتين ويجعل لكل واحد منهم فريضة باحدى الآيتين ثم يجعل ما بقى مستحقا لهم بسبب الرحم بالآية الاخرى ولهذا لا يرد على الزوج والزوجة لانعدام الرحم فى حقهما فلا يكون هذا مجاوزة ولئن كان فهو زيادة على النص وذلك جائز ثم كما لا تجوز الزيادة

على الحد المحدود شرعا لايجوز النقصان عنه وبالاجماع ينتقص حق كل واحد منهم عما سمي له عند العول وكان ذلك جائزا لان فيه عملا بالنصوص بحسب الامكان وكذلك الرد ولما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على سعد بن أبي وقاص يعوده قال اما انه لا يرثني الا ابنة لي فاوصي بجميع مالي الحديث الى أن قال عليه السلام الثلث والثلث كثير فقد اعتقد سعد أن الابنة تكون وارثة في جميع المال ولم ينكر ذلك عليه رسول الله ثم منعه عن الوصية بما زاد على الثلث مع أنه لا وارث له الا ابنة واحدة فلو كانت لا تستحق الزيادة على النصف بالرد لجوز له الوصية بنصف المال وفى حديث عمرو بن شعيب عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الملاعنة من أمها أى ورثها جميع المال ولا يكون ذلك الا بطريق الرد وفى حديث واثلة بن الاسقع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال تحوز المرأة ميراث لقيطها وعتيقها والابن الذى لو عنت به والمعنى فيه أن استحقاق الميراث بطريق الولاية لان الولاية خلافة والوارث يخلف المورث ملكا وتصرفا حتى أن ما يقطع الولاية كالرق واختلاف الدين يمنع التوارث ولهذا يرث المسلم الكافر بالسبب العام دون السبب الخاص لان الولاية تثبت للمسلم على الكافر بالسبب العام دون السبب الخاص ولا يرث الكافر المسلم بحال لان الولاية لا تثبت للكافر على المسلم بحال ولا يدخل عليه استحقاق الصبي والمجنون الارث وان لم يكونا من أهل الولاية لانه انما انعدم في حق الصبي والمجنون الاهلية للمباشرة والتصرف وما انعدمت الاهلية للملك والوراثة خلافة في الملك ثم وليهما يقوم مقامهما فى التصرف فلا تمكن بسبب الصغر والجنون خلل فيما به تثبت ولاية الارث اذا ثبت أن الاستحقاق بطريق الولاية قلنا الاقارب ساووا المسلمين فى الاسلام وترجحوا بالقرابة لان استحقاقهم باعتبار معنى العصوبة ومجرد القرابة فى حق أصحاب الفرائض لا تكون علة للعصوبة فثبت بها الترجيح بمنزلة قرابة الام فى حق الاخ لاب وأم فان الترجيح يحصل به لانه لا يستحق به العصوبة بانفراده واذا ترجحوا بقوة السبب فى حقهم كانوا أولى بما بقى من سائر المسلمين الا أن هذا الترجيح بالسبب الذى هو به استحقوا الفريضة فيكون سببا على تلك الفريضة فكما أن أصل الفريضة يسقط باعتبار الاقرب فالاقرب من السبب فكذلك فى الاستحقاق بالرد فيسقط اعتبار ذلك فيرد على أهل القرابة جميعا على قدر انصبائهم ثم الحاصل أن الرد به على سبعة نفر الابنة وابنة الابن والام والجدة والاخت لاب وأم والاخت لاب وولد الام ذكرا كان أو أنثى وقد يكون الرد على واحد منهم وقد

يكون على اثنين وقد يكون على ثلاثة وقد يكون علي أربعة الا أن فى الاربعة واحد مما لا يرد عليه لا محالة أما الرد علي الواحد فصورته فيما اذا مات وترك ابنة ولا عصبة له فالنصف لها بالفرضية والباقى رد عليها وكذلك اذا ترك أما فالثلث لها بالفرضية والباقي رد عليها وصورة الرد على اثنين أن يترك أما وابنة فلام السدس وللابنة النصف والباقي رد عليها فعلى احدى الطريقين المال بينهما ارباعا وعلي الطريق الآخر تأخذ الام سهما من ستة والابنة ثلاثة والباقي وهو سهمان رد عليهما ارباعا فانكسر بالارباع ولكن بين الاثنين والاربعة موافقة بالنصف فاقتصر على النصف من أحدهما وهو أربعة وذلك اثنان ثم اضرب أصل الفريضة ستة فى اثنين فيكون اثني عشر للابنة النصف ستة وللام السدس سهمان والباقى وهو أربعة عليهما ارباعا ثلاثة أرباعه للابنة وربعه للام ولو ترك ابنة وعشر بنات ابن فللابنة النصف ولبنات الابن السدس والباقى رد عليهن فعلى الطريق الاول ثلاثة أرباع المال للابنة والربع لبنات الابن بينهن على عشرة ولا يستقيم فيضرب أربعة فى عشرة فيكون أربعين منه تصح المسئلة وعلي الطريق الثانى للابنة النصف ثلاثة من ستة ولبنات الابن سهم بينهن على عشرة لا يستقيم وما بقي رد عليهن ارباعا لا يستقيم فقد انكسر بالاعشار والارباع ولكن بينهما موافقة بالنصف فتقتصر على النصف من أحدهما ثم نضربه فى جميع الآخر وذلك خمسة فى أربعة أو اثنان فى عشرة فيكون عشرين ثم اضرب أصل الفريضة وهو ستة فى عشرين فيكون مائة وعشرين وان شئت اقتصرت علي النصف من أحدهما لوجود الموافقة بالانصاف فتضرب عشرة فى ستة فيكون ستين منه تصح المسئلة ولكن هذا يقع فيه الكسر بالانصاف واذا خرجته من مائة وعشرين لا يقع الكسر فان الابنة تأخذ النصف ستين وبنات الابن السدس عشرين ثم الباقى رد عليهن ارباعا فيحصل لبنات الابن ثلاثون لكل واحد منهن ثلاثة وعلي قول ابن مسعود الباقى رد على الابنة خاصة فيكون من ستة لبنات الابن السدس سهم بينهن على عشرة لا يستقيم فتضرب ستة فى عشرة فيكون ستين منه تصح القسمة ولو تركت ثلاث جدات وعشر اخوات لاب وأم فللجدات السدس وللاخوات الثلثان والباقي رد عليهن فعلى الطريق الاول خمس المال للجدات اثلاثا لا يستقيم وأربعة أخماسه للاخوات بينهن على عشرة لا يستقيم فتضرب ثلاثة فى عشرة فيكون ثلاثين ثم تضرب أصل الفريضة وهو خمسة فى ثلاثين فيكون مائة وخمسين منه تصح المسئلة وعلى الطريق الثانى أن تجعل أصل المسئلة على ستة

للجدات السدس بينهن اثلاثا وللاخوات الثلثان بينهن علي عشرة لا يستقيم والباقي رد عليهن اخماسا لا يستقيم ولا موافقة في شيء فتضرب ثلاثة في عشرة فيكون ثلاثين ثم ثلاثين في خمسة فتكون مائة وخمسين ثم تضرب أصل الفريضة وذلك ستة في مائة وخمسين الا أن الاقتصار هنا اوجها فان بينهما موافقة بالسدس فيقتصر على السدس من مبلغ الرؤوس فذلك خمسة وعشرون ثم تضرب ستة في خمسة وعشرين فيكون مائة وخمسين كان للجدات السدس خمسة وعشرون وللاخوات الثلثان مائة والباقي وهو خمسة وعشرون رد عليهن اخماسا فيحصل للجدات ثلاثون بينهن اثلاثا والباقي وهو خمسة بين الاخوات على عشرة لا يستقيم فتضرب ثلاثة في عشرة وللاخوات مائة وعشرون بينهن لكل واحدة منهن اثنا عشر وعلي قول ابن مسعود الباقي رد على الاخوات دون الجدات فيكون للجدات السدس بينهن اثلاثا والباقي وهو خمسة بين الاخوات على عشرة لا يستقيم فتضرب ثلاثة في عشرة فيكون ثلاثين ثم ستة في ثلاثين فيكون مائة وثمانين للجدات السدس وذلك ثلاثون بينهن لكل واحدة عشرة والباقي وهو مائة وخمسون بين الاخوات لكل واحدة خمسة عشر وصورة الرد علي ثلاثة فيما اذا ترك ثلاث أخوات متفرقات فللاخت لاب وأم النصف وللاخت لاب السدس وللاخت لام السدس والباقي رد عليهن فعلى الطريق الاول المال مقسوم بينهن اخماسا وعلي الطريق الثاني أصل المسئلة من ستة والسهم الباقي مردود عليهن اخماسا فالسبيل أن تضرب خمسة في ستة فيكون ثلاثين منه تصح المسئلة وعلى قول ابن مسعود الباقي رد على الاخت لاب وأم والاخت لام ارباعا فالسبيل أن تضرب ستة في أربعة فيكون أربعة وعشرين منه تصح المسئلة وصورة الرد في فريضة فيها أربعة نفر أن يترك امرأة وأما وابنة وابنة ابن للمرأة الثمن وللابنة النصف ولابنة الابن السدس أصله من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة وللابنة النصف اثناعشر ولابنة الابن السدس أربعة وللام السدس أربعة والباقي وهو سهم واحد رد عليهن الا علي المرأة فعلى الطريق الاول تأخذ المرأة ثلاثة من أربعة وعشرين ثم ما بقي يكون مقسوما بينهن على عشرين للام أربعة وللابنة اثنا عشر ولابنة الابن أربعة وعلى الطريق الآخر الباقي وهو سهم واحد رد علي الثلاثة على مقدار حقهم اخماسا فالسبيل أن تضرب أربعة وعشرين في خمسة فيكون مائة وعشرين منه تصح المسئلة وعلى قول ابن مسعود الباقي رد

على الابنة والام ارباعا فانما تضرب أربعة وعشرين فى أربعة فيكون ستة وتسعين منه تصح المسئلة وما يكون من هذا النحو فهذا الطريق لتخريجه والله أعلم بالصواب

باب ولد الملاعنة

(قال رضى الله عنه) كان علي بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت يقولان ولد الملاعنة بمنزلة من لا قرابة له من قبل أبيه وله قرابة من قبل أمه وهو قول الزهرى وسليمان ابن يسار وبه أخذ علماؤنا والشافعي وكان ابن مسعود وابن عمر يقولان عصبة ولد الملاعنة عصبة ولد أمه وبه أخذ عطاء ومجاهد والشعبي والنخعى حتى قال النخعى اذا أردت أن تعرف عصبة ولد الملاعنة فأمت أمه وانظر من يكون عصبتها فهو عصبة ولد الملاعنة وعن ابن مسعود فى رواية أخرى عصبة أمه وهى له بمنزلة الاب والام وهو قول الحكم بن عيينة واحتج لذلك بما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال تحرز المرأة ميراث لقيطها وعتيقها والولد الذي لوعنت به ثم هى عصبة لعتيقها فكذلك لولدها الذى لو عنت به وفى حديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال أم ولد الملاعنة أبوه أمه لانها ترث جميع ماله اذا لم يكن غيره واستحقاق جميع المال يكون بالعصوبة فعرفنا أنها عصبته والحجة لقول ابراهيم ما روى عن داود بن أبى هند قال كتبت الى صديق لى بالمدينة ان سل من بقي من أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم عن ولد الملاعنة من عصبته فكتب فى جوابه أنهم ذكروا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عصبته عصبة أمه ولان الولد مخلوق من المائين وماء الفحل يصير مستهلكا بحضنتها فى الرحم ولهذا يتبعها الولد فى الملك والرق والحرية وكان ينبغى أن تقدم هى فى العصوبة لان كون الولد مخلوقا من مائها أظهر الا أن الشرع بنى العصوبة على النسبة والنسبة الى الآباء دون الامهات الا اذا انعدمت النسبة فى جانب الاب فحينئذ تكون النسبة الى الام ألا ترى أن الله تعالى نسب عيسى عليه السلام الى أمه لما لم يكن له أب فكذلك حكم العصوبة المبنى على النسب يثبت لقوم الام اذا انعدم فى جانب الاب وهو نظير ولاء العتق فالاصل فيه قوم الاب فاذا لم يكن له ولا من قبل أبيه صار منسوبا الى قوم أمه فهذا كذلك وجه قولنا ان فى اثبات العصوبة لقوم الام ابطال الحكم الثابت بالنص وذلك ان الله تعالى شرط لتوريث الاخ لام أن يكون الميت كلالة مطلقة فعلى ما قالوا اذا مات ولد الملاعنة

وترك ابنة وأخا لام يكون النصف للابنة والباقي للاخ لام بالعصوبة وتوريث الاخ لام بدون أن يكون الميت كلالة خلاف النص ولان العصوبة أقوى أسباب الارث والادلاء بالاناث أقوى أسباب الادلاء فلا يجوز أن يستحق به أقوى أسباب الارث وهو العصوبة وهذا بخلاف الولاء فان استحقاق الولاء باعتبار الاعتاق والانثى والذكر فيه سواء ثم الولاء بمنزلة النسب والذى قالوا ان قوم الام فى العصوبة ينزلون منزلة قوم الاب عند عدمهم هذا باطل فانه اذا لم يكن له أحد من قوم أبيه لا تجعل عصبته قوم أمه بالاتفاق وما ذكروا موجود هنا فاما الجدات فنحن نقول به وهو انها تحرز ميراثه ولكن بالفرضية والرد وليس فى الحديث بيان انها تحرز ميراثه بالعصوبة والمراد بالحديث الآخر انها فى وجوب الاكرام والبر والاكرام فى حقه بمنزلة الاب والام على ما قيل انه ينبغى للمرء أن يجعل ثلاثة ارباع الاكرام والبر لامه والربع لابيه وفى ولد الملاعنة يجعل البر والاكرام كله لامه وحديث داوود بن أبى هند قلنا المراد ان عصبته قوم أبيه فى استحقاق الميراث بمعنى العصوبة وهو الرحم لا فى اثبات حقيقة العصوبة لهم فكيف تثبت لهم حقيقة العصوبة وانما يدلون بمن ليس بعصبة ثم لا خلاف فى الولد من الزنا اذا كانا توأما انهما بمنزلة الاخوين لام فى الميراث بمنزلة ما لو كانا غير توأم واختلفوا فى ولد الملاعنة اذا كانا توأما قال علماؤنا والشافعى رحمهم الله كالاخوين لام وقال مالك كالاخوين لاب وأم لان نسبهما كان ثابتا باعتبار الفراش وانما خلقا من ماء واحد ثم انقطع نسبهما باللعان لحاجة الولد الى أن يدفع عن نفسه نسبا ليس منه والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهذه الضرورة فى قطع النسبة عنه فأما فيما وراء ذلك بقي الامر على ما كان وهو انما خلقا من ماء فحل واحد فكانا أخوين لاب وأم ولانه انما يقطع بقضاء القاضى فيما كان محتملا للقطع وهو النسبة الى الاب فاما ما لا يكون محتملا لذلك وهو كونهما مخلوقين من ماء واحد فالحكم فيه بعد القضاء كما كان قبله وهذا بخلاف ولد الزنا لان النسب هناك لم يكن ثابتا لانعدام الفراش ولهذا لا يثبت من الزانى وان ادعاه بخلاف ولد الملاعنة ولانهما يتصادقان على أن نسبهما ثابت من الاب وانتفى باللعان وانه فى اللعان ونفى النسب ظالم لهما ولامهما فتصادقهما حجة فى حقهما فكانا فى الميراث بمنزلة الاخوين لاب وأم وحجتنا فى ذلك ان الاخوة لاب لا تثبت الا بواسطة الاب ولا أب لهما فكيف تثبت بينهما الاخوة لاب وهو نظير ولد الزنا فان هناك يتيقن انهما خلقا من ماء واحد اذا

كانا توأما وسقط اعتبار ذلك لانعدام ثبوت النسب من الاب قوله بان القاضي هنا قطع النسب فلا كذلك لان النسب بعد موته لا يحتمل القطع فتبين بقضائه ان النسب لم يكن ثابتا من الملاعن لا ان يقال كان ثابتا فقطع وقوله بان قضاء القاضي انما يؤثر في نفي النسب عن الاب قلنا يؤثر في هذا وفيما هو من ضرورته وهو نفي الاخوة بينهما لان الاخوة لاب لا تتصور بدون الاب كما أن الاخوة لام لا تتصور بدون الام وقوله انهما تصادقا على الاخوة لاب وأم قلنا نعم ولكنهما صارا مكذبين في ذلك بحكم الحاكم والمقر بالشئ اذا صار مكذبا فيه بقضاء القاضي سقط اعتبار اقراره اذا عرفنا هذا فنقول اذا مات ابن الملاعنة وخلف ابنة وأما فللابنة النصف وللام السدس والباقي رد عليهما ارباعا عند علي رضي الله عنه وهو مذهبنا وعند زيد الباقي لبيت المال وفي احدى الروايتين عن ابن مسعود الباقي للام بالعصوبة وفي الرواية الاخرى وهو قول ابراهيم الباقي لاقرب عصبته لامه ولو خلف ابنة وأما وأخا توأما فعندنا هذا والاول سواء لان التوأم أخوه لامه فلا يرث مع الابنة شيأ وعلى قول مالك الباقي للتوأم بالعصوبة لانه بمنزلة أخيه لابيه وعلى قول ابراهيم الباقي لاخيه توأما كان أو غير توأم لانه أقرب عصبة لامه فانه ابنها وأقرب عصبة الام عنده يكون عصبة لولد الملاعنة ولو مات ابن ابن الملاعنة وخلف ابنة وأما وعما فعندنا هذا والاول سواء الباقي يكون ردا على الام والابنة ارباعا لان عمه يكون عما لام والعم لام لا يكون عصبة وعلى قول ابراهيم الباقي يكون للعم لانه أقرب عصبة للام وعلى قول مالك ان كان العم توأما مع ابنة فالباقي له لانه بمنزلة العم لاب وأم وما كان من هذا النحو فهذا طريق تخريجه والله أعلم بالصواب

باب أصول المقاسمة

اعلم بأن الفرائض المذكورة في القرآن ستة الثلثان والثلث والسدس والنصف والربع والثمن فبعض الفرضيين جعلوا ذلك جنسين الثلثان ونصفه وهو الثلث ونصف نصفه وهو السدس والنصف ونصفه وهو الربع ونصف نصفه وهو الثمن وبعضهم جعلوا الكل جنسا واحدا وقالوا نسبة الثمن من السدس كنسبة الربع من الثلث لان الثمن ثلاثة ارباع السدس والربع ثلاثة ارباع الثلث والنصف ثلاثة ارباع الثلثين فكان الكل جنسا واحدا بهذا الطريق ومن جعلها جنسين قال الثلثان والثلث والسدس لا يكون فريضة الا في فريضة الاقارب

والربع والثمن لايكون الا فى فريضة الازواج والنصف يكون فيهما جميعا فأما الثلثان فقد ذكرهما الله تعالى فى موضعين فى فريضة الاختين بقوله فلهما الثلثان مما ترك وفى فريضة البنات اذا كن فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وأما الثلث ذكره الله تعالى فى موضعين فى فريضة الام عند عدم الولد والاخوة بقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث وفى فريضة أولاد الام بقوله فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث وأما السدس فقد ذكره الله تعالى فى ثلاثة مواضع فى فريضة الابوين مع الولد بقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس وفى فريضة الام مع الاخوة بقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وفى فريضة الفرد من أولاد الام بقوله جل جلاله وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس وهو فى النسبة فى أربعة مواضع فى فريضة ابنة الابن مع الابنة وفى فريضة الاخت لاب مع الاخت لاب وأم وفى فريضة الجدة وفى فريضة الجد مع الولد وأما النصف فقد ذكره الله تعالى فى ثلاثة مواضع فى فريضة الابنة الواحدة بقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف وفى فريضة الاخت الواحدة بقوله عز وجل وله أخت فلها نصف ما ترك وفى فريضة الزوج عند عدم الولد بقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وأما الربع فقد ذكره الله تعالى فى موضعين فى فريضة الزوج مع الولد بقوله ولكم الربع مما تركن وفى فريضة المرأة عند عدم الولد بقوله ولهن الربع مما تركتم والثمن ذكره الله تعالى فى موضع واحد وهو فى فريضة المرأة مع الولد بقوله تعالى فلهن الثمن مما تركتم * ثم أصل ماتخرج عليه المسائل الصحاح دون الكسور من الحساب لمعنى التيسير متى كان يخرج مستقيما من أقل الاعداد فتخريجه من الزيادة على ذلك يعد خطأ لما فيه من الاشتغال بما لا فائدة فيه * ثم جملة ماتخرج منه هذه الفرائض أصول سبعة فان هذه الفرائض نوعان مفردات ومركبات فالمفردات تخرج من أصول خمسة اثنين وثلاثة وأربعة وستة وثمانية ويزاد للمركبات أصلان اثنا عشر وأربعة وعشرون وهذا لان أقل عدد تخرج منه المقاسمة مستقيما اثنان وأقل عدد يخرج منه الثلث مستقيما ثلاثة فنقول كل فريضة فيها نصف وما بقي أو نصفان فهى تخرج من اثنين وكل فريضة فيها ثلث وما بقى أو ثلثان وما بقى أو ثلث وثلثان فهى تخرج من ثلاثة وكل فريضة فيها ربع وما بقى أو ربع ونصف أو ربع وثلث وما بقى فهى تخرج من أربعة وكل فريضة فيها سدس وما بقى أو سدسان وما بقي أو سدس ونصف أو سدسان ونصف أو سدس وثلث أو سدس ونصف وسدسان

أو نصف وثلث وما بقي فهي تخرج من ستة وكل فريضة فيهاثمن أو ثمن ونصف فهي تخرج من ثمانية ولو تصور اجتماع الثمن مع الربع لكانت تخرج من ثمانية أيضا ولكن لا يتصور ذلك فالربع فريضة الزوج مع الولد والثمن فريضة المرأة مع الولد ولا يتصور اجتماع المرأة والزوج فى الميراث من واحد وكل فريضة فيها ربع وسدس أو ربع وسدسان أو ربع وثلث ونصف أو ربع وثلثان ونصف فهي تخرج من اثنى عشر وكل فريضة فيها ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن ونصف وسدس أو ثمن وثلثان وسدسان فهي تخرج من أربعة وعشرين * وقع فى بعض نسخ كتاب الفرائض أو ثمن وثلث فطعنوا فى هذه وقالوا لا يجتمع فى الفريضة الثمن والثلث فالثلث فريضة الام عند عدم الولد وفريضة أولاد الام عند عدم الولد والثمن فريضة المرأة مع الولد فكيف يتصور اجتماعهما وقيل يتصور هذا على أصل ابن مسعود فان عنده من لا يرث لكفر أو رق يحجب حجب النقصان ولا يحجب حجب الحرمان فاذا ترك امرأة وأخوين لام وابنا رقيقا فهذا الابن يحجب المرأة من الربع الى الثمن ولا يحجب الاخوين لام فيجتمع الثمن والثلث فى هذه الفريضة ثم أربعة من هذه الاصول لا تعول وهى اثنان وثلاثة وأربعة وثمانية وثلاثة منها تعول وهى ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون فاما الستة تعول بسدسها وثلثها ونصفها وثلثيها ولا تعول أكثر من ذلك وانما تعول بثلثيها فى مسئلة أم الفروخ وهذا معنى قول الفرضيين انها تعول وترا وشفعا وأما اثنا عشر فانها تعول بنصف سدسها وبربعها وربعها وسدسها وهو معنى قولهم تعول وترا لا شفعا فتعول بواحدة وبثلاثة وخمسة ولا تعول أكثر من ذلك * فبيان العول بواحدة منها اذا ترك امرأة وأختين لاب وأم وأما فللمرأة الربع ثلاثة وللاختين الثلثان ثمانية وللام السدس سهمان وبيان العول بثلاثة فى امرأة وأختين لاب وأم وأختين لام فانها تعول بثلاثة للمرأة الربع ثلاثة وللاختين لاب وأم الثلثان ثمانية وللاختين لام الثلث أربعة وبيان العول بخمسة فى امرأة وأختين لاب وأم وأختين لام وأما فانها تعول الى سبعة عشر اذا اجتمعت السهام فاما أربعة وعشرون فانها تعول عولة واحدة بثلاثة فتكون من سبعة وعشرين وهى مسئلة المنبرية ترك امرأة وابنتين وأبوين لا تعول أكثر من ذلك الا فى قول ابن مسعود رضى الله عنه فانه يقول انها تعول الى أحد وثلاثين فى امرأة وأختين لاب وأم وأختين لام وأم وابن رقيق فان الابن عنده يحجب المرأة من الربع الى الثمن ولا يحجب الاخوة فللاختين لاب وأم الثلثان ستة

عشر وللاختين لام الثلث ثمانية وللمرأة الثمن ثلاثة وللام السدس أربعة فتكون القسمة من احدى وثلاثين وبعض الفرضيين زاد أصلين علي قول زيد ثمانية عشر وستة وثلاثين لان على أصله قد يجتمع فى الفريضة السدس وثلث ما بقى بأن ترك جدة وجدا واخوة وأخوات فيكون للجدة السدس وللجد ثلث ما بقى اذا كان ذلك خيرا له من المقاسمة والثلث وسدس ما بقى انما يخرج مستقيما من ثمانية عشر وقد يجتمع على أصله السدس والربع وثلث ما بقي بيانه فى امرأة وجد وأم واخوة وأخوات للمرأة الربع وللام السدس وللجد ثلث ما بقى اذا كان ذلك خيرا له من المقاسمة لكثرة الاخوة وأقل حساب يخرج منه هذه الفرائض مستقيما ستة وثلاثون سدسها ستة وربعها تسعة يبقى أحد وعشرون فثلث مابقي يكون سبعة فردوا هذين الاصلين علي مذهبه لهذا ثم بيان هذه الاصول أن نقول أما اثنان فعدد فرض غير مركب لانك لا تجد عددا اذا ضربته فى مثله يكون اثنين ليكون مركبا من ذلك العدد فعرفت أنه فرد فيكون أصلا لما ينسب اليه وهو النصف لان الواحد اذا ضعفته يكون ثلاثة فلهذا كان أصلا لفريضة فيها ثلث وثلثان وأما أربعة فهو عدد مركب بجهة واحدة لانك متى ضربت اثنين فى اثنين يكون أربعة فعرفنا أنه مركب منه وهو فرد أيضا فكان أصلا لما ينسب اليه وهو الربع ولما ينسب الى العدد الذي ركب منه وهو النصف فلهذا قلنا كل فريضة فيها ربع أو ربع ونصف فانها تخرج من أربعة وأما ستة فانه عدد مركب بجهة واحدة فانك اذا ضربت اثنين فى ثلاثة يكون ستة وهو فرد أيضا فيكون أصلا لما ينسب اليه وهو السدس ولما ينسب أجزاء العددين اللذين ركب منهما ستة وهو الثلث والنصف وأما ثمانية فهو عدد مركب من عددين بجهة واحدة لانك متى ضربت اثنين فى أربعة كان ثمانية وهو فرد أيضا فكان أصلا لما ينسب اليه وهو الثمن ولما ينسب الى أجزاء العددين اللذين ركب منهما ثمانية وهو النصف والربع لو تصور ذلك وأما اثنا عشر فهو ليس بعدد فرد ولكنه مركب من أعداد أربعة بجهتين فانك متى ضربت اثنين فى ستة يكون اثني عشر ومتى ضربت ثلاثة فى أربعة تكون اثني عشر فلهذا كان أصلا لما ينسب الى أجزاء الاعداد التي يتركب منها اثنا عشر وذلك الربع والثلث والنصف والسدس وأما أربعة وعشرون فليس بعدد فرد ولكنه مركب من ستة أعداد بثلاث جهات فانك متى ضربت اثنين فى اثني عشر أو ثلاثة فى ثمانية أو أربعة فى ستة يكون أربعة وعشرين فلهذا كان أصلا لما ينسب الى أجزاء هذه الاعداد ولهذا قيل لو تصور

اجتماع جميع الفرائض فى حادثة واحدة لكانت تخرج من أربعة وعشرين فان منها الثلثان والثلث والسدس والنصف والربع وكل الفرائض هذه* ثم اعلم بأن الاعداد أربعة متساوية ومتداخلة ومتفقة ومتباينة فاما المتساوية نحو ثلاثة وثلاثة وأربعة وأربعة فأحد العددين يجزئ عن الآخر ويكتفى بالواحد منهما وأما المتداخلة فهى أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر والاقل جزأ من الاكثر نحو ثلاثة وتسعة وأربعة واثناعشر* ومعرفة كون الاقل جزأ من الاكثر باحدى ثلاث علامات أنك اذا نقصت عن الاكثر أمثال الاقل يفنى به الاكثر واذا زدت على الاقل أمثاله يبلغ عدد الاكثر واذا قسمت الاكثر على الاقل يكون مستقيما لا كسر فيه وأما المتفقة فهى أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر ولكن الاقل ليس بجزء من الاكثر الا أن بينهما موافقة بجزء واحد أو بأجزاء فبيان الموافقة بجزء واحد كستة مع خمسة عشر فان الاقل ليس بجزء من الاكثر ولكن بينهما موافقة بالثلث فكانا متفقين من هذا الوجه وبيان الموافقة فى أجزاء كستة مع اثنى عشر فانهما غير متداخلين فانك اذا زدت على الاقل أمثاله يزيد على الاكثر ولكن بينهما موافقة بالسدس والثلث والنصف ففى المتداخلة يجزء فى الاكثر من الاقل وفى المتفقتين يقتصر من أحدهما على الجزء الموافق ويضرب فى مبلغ الاخر وان كانت الموافقة فى أجزاء يقتصر من أحدهما على الادنى من ذلك ثم يضرب فى مبلغ الآخر لانه يخرج مستقيما اذا اقتصرت على أدنى الاجزاء ومتى كانت المسئلة تخرج من حساب قليل فتخريجها من الزيادة على ذلك يكون خطأ وأما المتباينة فهى أن يكون أحد العددين أقل من الآخر ولا يتفقان فى شئ كسبعة مع سبعة عشر فحينئذ يضرب أحد العددين فى الآخر فما بلغ فمنه يستقيم الحساب ثم الاعداد نوعان مطلقة ومقيدة الا أن الفرائض كلها أجزاء الاعداد المطلقة يعنى الثلث والسدس والنصف والربع والثمن فعرفنا أنه ليس فى الفرائض أجزاء الاعداد المقيدة كاثنى عشر وانما يقع ذلك فى عدد السهام والانصباء * فصل فى بيان تصحيح الحساب اعلم بأن الورثة اما أن يكونوا كلهم أصحاب فرائض أو كلهم عصبات أو اختلط أحد الفريقين بالآخر فان كان كلهم أصحاب فرائض فقسمة المال بينهم على الانصباء وان كانوا عصبات فقسمة المال بينهم على عدد الرؤوس وان كانوا ذكورا كلهم وان اختلط الفريقان فى حق أصحاب الفرائض على الانصباء وفى حق العصبات على عدد الرؤس فاما أن يكونوا ذكورا كلهم أو اناثا أو مختلطين وعند الاختلاط

نحسب كل ذكر رأسين وكل أنثي رأسا واحدا فتكون القسمة علي هذا فاما أن يستقيم علي
هـذا الاعتبار من غير كسر أو بكسر وصورة المستقيم من غير كسر امرأة وثلاث بنين
وابنة فللمرأة الثمن والباقى بين الاولاد بالعصوبة فنحسب لكل ذكر رأسين وللانثى رأسا
فتكون سبعة فتخرج المسئلة مستقيمة من غير كسر من ثمانية للمرأة سهم ولكل ابن سهمان
وللابنة سهم فأما اذا انكسر فقد يكون الكسر من جنس واحد يعنى فى موضع واحد وقد
يكون من جنسين وقد يكون من ثلاثة أجناس وقد يكون من أربعة أجناس فان كان
الكسر من جنس واحد فالسبيل فى ذلك أن تطلب الموافقة أولا بين أصل الفريضة وبين
عدد من انكسر عليه فان كان بينهما موافقة بجزء فتضرب على ذلك الجزء من عدد رؤوس
من انكسر عليهم وتضرب أصل الفريضة ان لم تكن عائلة ومع عولها ان كانت عائلة فى ذلك
الجزء الموافق فما بلغ فمنه يستقيم التخريج وان لم يكن بينهما موافقة بجزء ضربت أصل
الفريضة مع عولها ان كانت عائلة فى عدد رؤس من انكسر عليهم فما بلغ فمنه تصح المسئلة
وان كان الكسر من جنسين نظرت فان كانا متساويين بجزئ أحدهما عن الآخر فالسبيل
أن تضرب أصل الفريضة فى أحدهما وان كانا متداخلين فالاكثر يجزئ عن الاقل فتضرب
أصل الفريضة فى مبلغ الاكثر وان كانا متفقين فتضرب على الجزء الموافق من أحدهما ثم
ضربت فى مبلغ الآخر فما بلغ ضربت فيه أصل الفريضة ان لم تكن عائلة ومع عولها ان
كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح المسئلة وان لم يكونا متفقين فالسبيل أن تضرب أعداد الرؤس
بعضها فى بعض ثم تضرب أصل الفريضة فى مبلغ ذلك فما بلغ فمنه تصح المسئلة وان كان الكسر
من ثلاثة أجناس أو أربعة أجناس فان كان بين الاعداد موافقة بجزء فالسبيل أن تقتصر على
أجزاء الموافقة من أعداد الرؤس الا واحدة منها ثم تضرب الاجزاء بعضها فى بعض فما بلغ
يضرب ذلك فى جميع العدد الذى لم تقتصر منه على شئ فما بلغ يضرب منه أصل الفريضة فما بلغ
تصح منه المسألة وان لم يكن بين الاجزاء موافقة بشئ فالسبيل أن تضرب أعداد الرؤوس بعضها
فى بعض فان كان الكسر بين ثلاثة أجناس فالموافقة بين عددين منها فتقتصر من أحدهما على
الجزء وتضربه فى مبلغ الآخر فما بلغ ضربته فى العدد الذى لا موافقة له فما بلغ ضربت فيه أصل
الفريضة وان كان الكسر بين أربعة أجناس والموافقة بين اثنين منها فالسبيل أن تضرب الجزء
الموافق من أحدهما فى الجزء الموافق من الآخر ثم تضرب أحد العددين اللذين لا موافقة

لهما فى جميع الآخر ثم تضرب مبلغ أحد العددين فى مبلغ الآخر فما بلغ تضرب فيه أصل الفريضة ان لم تكن عائلة وبعولها ان كانت عائلة فما بلغ منه تصح المسئلة *واختلف أهل البصرة وأهل الكوفة رحمهم الله فيما اذا كان بين أعداد الرؤس موافقة بجزء ولا موافقة بينهما وبين الانصباء فقال أهل البصرة توقف أحد الاعداد ثم تضرب الاجزاء الموافقة من الاعداد الآخر بعضها فى بعض ثم تضرب مبلغه فى العدد الموقوف فما بلغ فهو مبلغ عدد الرؤس تضرب فيه أصل الفريضة وقال أهل الكوفة يوقف أحد الاعداد ويضرب الاجزاء الموافقة من الاعداد الاخر بعضها فى بعض فما بلغ يطلب الموافقة بينه وبين العدد الموقوف اذ لا بد أن يتفقا بجزء فيقسم على الجزء الموافق منه ثم يضرب فى عدد الموقوف وأما اذا كانت الموافقة بين أعداد الرؤس ولانصباء فان كان الكسر من جنسين يقتصر على الجزء الموافق من كل جنس ثم يضرب أحدهما فى الآخر فما بلغ يضرب فيه أصل الفريضة وان كانت الموافقة لاحد الجنسين بين النصيب وعدد الرؤس يقتصر على الجزء الموافق من النصيب فى المبلغ فمنه تصح المسألة وان كان الكسر من ثلاثة أجناس أو أربعة ومن الانصباء وأعداد الرؤس موافقة فانه يقتصر على الجزء الموافق من كل عدد ثم يضرب بعضها فى بعض فما بلغ يضرب فيه أصل الفريضة وان كانت الموافقة لاحد الاجناس بين عدد الرؤس والانصباء يقتصر على الجزء الموافق منه ثم يضرب فى العددين الآخرين بعد ضرب أحدهما فى الآخر ثم يضرب المبلغ فى أصل الفريضة فمنه تصح المسئلة وبيان طلب الموافقة بين الاقل والاكثر من الاعداد أن يطرح عن الاكثر أمثال الاقل فان كان فنى به عرفت أن بينهما موافقة بآحاد الاقل وان بقي واحد عرفت أنه لا موافقة بينهما فى شئ وان بقى اثنان يطرح عن الاقل أمثال ما بقي من الاكثر فان فنى فيه عرفت أن بينهما موافقة باتحاد ما بقى من الاكثر وان بقى واحد عرفت أن لا موافقة بينهما فى شئ وبيان هذا أنك اذا أردت معرفة الموافقة بين ثمانية واثنين وثلاثين فالسبيل أن يطرح من الاكثر أمثال الاقل فيفنى به فبه عرفت أن بينهما موافقة باتحاد الاقل وهو الثمن وان طلبت الموافقة بين ثمانية وثلاثة وثلاثين فاذا طرحت عن الاكثر أمثال الاقل فيبقى اثنان فيطرح عن الاقل أمثال ما بقي من الاكثر فيفنى به عرفت أن بينهما موافقة بآحاد ما بقي من الاكثر وهو النصف وهذا الاصل يمشى فى عددين مطلقين أو أحدهما مطلق والآخر مقيد فأما اذا كانا مقيدين لا يمشي فيه هذا

الاصل وبيانه اذا أردت معرفة الموافقة بين اثنين وعشرين وثلاثة وسبعين فتطرح عن الاكثر أمثال الاقل يبقى سبعة ثم تطرح عن الاقل أمثال ما بقي من الاكثر فبقي واحد فذلك يدل على أنه لا موافقة بينهما فى شئ فاذا أردت معرفة الموافقة بين ثلاثة وعشرين وبين ثلاثة وسبعين تطرح عن الاكثر أمثال الاقل فبقى أربعة ثم تطرح عن الاقل أمثال ما بقى من الاكثر فيبقى ثلاثةوهو لا يدل على أن بين ثلاثة وسبعين وثلاثة وعشرين موافقة بالربع والثلث فعرفت ان هذا الاصل لا يتمشى فى الاعداد المقيدة ولكن مبنى أصول الفرائض على الاعداد المطلقة والمقيدة من جانب أوالمطلقة من جانب واما بيان معرفة نصيب كل فريق أن تأخذ نصيب ذلك الفريق وتضربه فيما ضربت فيه أصل الفريضة سواء كان الكسر من جنسين أو ثلاثة أو أربعة فأما بيان معرفة نصيب كل واحد من اتحاد الفريقين فان كان الكسر من جنس واحد ولا موافقة بين عدد الرؤس والنصيب فى شئ فنصيب كل واحد منهم مثل مالم يكن مستقيما بينهم وان كان بينهما موافقة بجزء فنصيب كل واحد منهم مثل الجزء الموافق من نصيبهم وان كان الكسر من جنسين فان لم يكن هناك موافقة فنصيب كل واحد منهم مثل ما لم يكن مستقيما بينهم بعد ما ضربت ذلك فى عدد رؤس الفريق الآخر وان كان هناك موافقة بجزء فنصيب كل واحد منهم هو الجزء الموافق من نصيبهم بعد ماضربت فى جزء موافق عدد رؤس الفريق الآخر ثم يضرب هذا الجزء فيها فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم وان كانت الموافقة لاحد الجنسين بين عدد الرؤس والنصيب فمعرفة نصيب كل واحد من أحاد الفريق الدين لهم الموافقة أن يضرب الجزء الموافق من نصيبهم فى جميع عدد رؤس الفريق الآخر ومعرفة نصيب كل واحد من الفريق الذي لاموافقة لهم أن يضرب جميع نصيبهم فى الجزء الموافق من عدد رؤس الفريق الآخر فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم وان كان الكسر من ثلاثة أجناس فعند عدم الموافقة معرفة نصيب كل واحدمنهم أن يضرب نصيبهم فى مبلغ رؤس الفريق الآخر بعد ضرب أحدهما فى الآخر وان كان للكل موافقة بين عدد الرؤس والنصيب يضرب الجزء الموافق من نصيبهم فى الجزء الموافق من نصيب الفريقين الآخرين بعد ضرب أحدهما فى الاخر فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم وان كانت الموافقة لاحدهم فطريق معرفة نصيب كل واحد منهم من الفريق الذى لاموافقة لهم أن يضرب الجزءالموافق من نصيبهم فى مبلغ عدد رؤوس

الآخرين بعد ضرب أحدهما فى الآخر ومعرفة نصيب كل واحد من آحاد الفريقين الآخرين أن يضرب جميع نصيبهم فى مبلغ رؤس الفريقين الآخرين بعد ما ضربت جميع أحدهما فى الجزء الموافق من الآخر وعلى هذا النحو اذا كان الكسر من أربعة أجناس فاما اذا لم تكن الموافقة بين اعداد الرؤس والانصباء وانما كانت الموافقة بين اعداد الرؤس فان كانت متساوية فالواحدة منها تجرى على الكل ومعرفة نصيب كل فريق أن تضرب نصيبه فى العدد الذى ضربت فيه أصل الفريضة ومعرفة نصيب كل واحد منهم تظهر من غير ضرب لانك لا تجد شيأ تضرب فيه فانك لم تضرب اعداد الرؤس بعضها فى بعض ولكن اكتفيت بالواحد منها فعرفنا ان نصيب كل واحد منهم مثل ذلك العدد من غير ضرب * اذا عرفنا هذه الاصول جئنا الى تخريج المسائل عليها فنقول اما اذا كان الكسر من جنس واحد ولا موافقة بين عدد الرؤس والنصيب فصورته من ترك امرأة وسبع بنات وخمس بنين فاصل الفريضة من ثمانية للمرأة الثمن سهم والباقى بين الاولاد للذكر مثل حظ الانثيين يحسب لكل ذكر رأسان ولكل انثى رأس فيكون سبعة عشر وقسمة سبعة على سبعة عشر لا تستقيم ولا موافقة فى شئ فالسبيل أن تضرب ثمانية فى سبعة عشر فيكون ذلك مائة وستة وثلاثين كان للمرأة سهم ضربته فى سبعة عشر فهو لها ومعرفة نصيب الاولاد أن تضرب نصيبهم فى سبعة عشر فيكون ذلك مائة وتسعة عشر ومعرفة نصيب كل واحد منهم أن نصيب كل واحد مثل مالم يكن يستقيم بينهم وذلك سبعة فظهر ان لكل ابن أربعة عشر فللبنين الخمسة سبعون ولكل ابنة سبعة فيكون ذلك تسعة وأربعين فاستقام التخريج وأما اذا كان بين عدد الرؤس والنصيب موافقة بجزء فصورته فيما اذا كان ترك امرأة وعشر بنات وابنين فللمرأة الثمن والباقى سبعة بين عشر بنات وابنين على أربعة عشر لا يستقيم ولكن بين عدد الرؤس والنصيب موافقة بالسبع فيقتصر على السبع من عدد الرؤس وذلك اثنان ثم تضرب أصل الفريضة وهو ثمانية فى اثنين فيكون ستة عشر للمرأة الثمن سهمان ومعرفة نصيب كل واحد من آحاد الاولاد أن نصيب كل واحد هو الجزء الموافق من نصيبهم والجزء الموافق من نصيبهم سهم واحد فعرفنا ان لكل بنت سهما ولكل ابن سهمين فان الكسر من جنسين ولا موافقة بين النصيب وعدد الرؤس فصورته فيما اذا ترك خمس بنات وابن ابن وتبين أن أصل الفريضة من ثلاثة للبنات الثلثان بينهن اخماسا لا يستقيم والباقى

وهو سهم بين أولاد الابن ارباعا لا يستقيم ولا موافقة بين خمسة واثنين وخمسة وأربعة فالسبيل أن تضرب خمسة فى أربعة فيكون ذلك عشرين ثم تضرب أصل الفريضة وهو ثلاثة فى عشرين فتكون ستين منه تصح المسألة ومعرفة نصيب البنات أن تضرب نصيبهن وذلك اثنان فيما ضربت فيه أصل الفريضة وذلك عشرون فذلك أربعون ومعرفة نصيب كل واحد منهم أن تضرب نصيبهن فى عدد رؤوس الفريق الآخر وذلك اثنان فى أربعة فيكون ثمانية واذا قسمت أربعين علي خمسة كان كل نصيب ثمانيــة ومعرفة نصيب أولاد الابن أن تأخذ مالهم وهو سهم فتضرب ذلك فيما ضربت فيه أصل الفريضة وهو عشرون فيكون عشرين ومعرفة نصيب كل واحــد منهم أن تضرب نصيبهم فى عدد رؤوس الفريق الآخر وهو واحد فى خمسة فيكون خمسة فتبين ان للذكر عشرة ولكل ابنة خمسة فاما اذا كان بين عدد الرؤس والنصيب موافقة بجزء والكسر من جنسين فصورته فيما اذا ترك ثمان بنات وابن ابن وابنتى ابن فللبنات الثلثان بينهن على ثمانية لا يستقيم ولكن بين ثمانية وبين سهمين موافقة بالنصف فيقتصر من عدد رؤسهم علي النصف وهو أربعة وسهم واحد لاولاد الابن علي أربعة لا يستقيم ولكن استوى العددان وقد بينا ان عند التساوى يجزئ أحد العددين عن الآخر فالسبيل أن تضرب ثلاثة في أربعة فيكون اثنى عشر منه تصح المسئلة ومعرفة نصيب البنات أن تضرب نصيبين وذلك اثنان فيما ضربت فيه أصل الفريضة وذلك أربعة فيكون ثمانية ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن نصيب كل واحدة من البنات مثل الجزء الموافق من نصيبهم وهو الواحــد من غير ضرب ومعرفة نصيب أولاد الابن أن تضرب نصيبهم وهو واحد فيما ضربت فيه أصل الفريضة وهو أربعة فيكون أربعــة ونصيب كل واحد منهم مثل ما لم يكن فيستقيم بينهم من غير ضرب وهو واحد فيكون للابن سهمان ولكل ابنة سهم فاما اذا كان الكسر من ثلاثة أجناس ولا موافقــة فى شئ فصورته فيما اذا ترك ثلاث جدات وخمس بنات وابن ابن وابنتى ابن فأصل الفريضة من ستة للجدات سهم بينهم اثلاثا لا يستقيم وللبنات الثلثان أربعة بينهن اخماسا لا يستقيم وأولاد الابن سهم بينهم ارباعا لا يستقيم ولا موافقة فى شئ فالسبيل أن تضرب ثلاثة فى خمسة فيكون خمسة عشر ثم خمسة عشر فى أربعة فيكون ستين ثم تضرب أصل الفريضة وهو ستة فى ستين فيكون ثلثمائة وستين ومعرفة نصيب الجدات انه كان لهن سهم مضروب فى ستين فذلك ستون

ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن تضرب عدد رؤس الفريقين الآخرين أحدهما فى الآخر وذلك خمسة فى أربعة فيكون عشرين ثم تضرب نصيبهن وذلك واحد فى عشرين فيكون عشرين فهو نصيب كل واحدة منهن ومعرفة نصيب البنات أن تضرب مالهن وهو أربعة فى ستين فيكون مائتين وأربعين ومعرفة نصيب كل واحـدة منهن أن تضرب عدد رؤس الفريقين الآخرين أحـدهما فى الآخر وذلك أربعة فى ثلاثة فيكون اثنى عشر ثم تضرب نصيبهن وهو أربعة فى اثنى عشر فيكون ثمانية وأربعين فهو نصيب كل واحدة منهن ومعرفة نصيب أولاد الابن أن تضرب مالهم وهو واحـد فى ستين ومعرفة نصيب كل واحد منهم أن تضرب عد رؤس الفريقين الاخرين أحدهما فى الاخر وذلك خمسة فى ثلاثة فيكون خمسة عشر ثم تضرب نصيبهن وهو واحد فى خمسة عشر فهو نصيب كل اثنى ونصيب الذكر ضعف ذلك وهو ثلاثون فان كان الكسر من ثلاثة أجناس وبين عدد الرؤس والنصيب موافقة فصورته فيما اذا ترك ثلاث جـدات واثني عشر بنتا وابن ابن وابنتى ابن فاصل الفريضة من ستة للجدات سهم بينهن أثلاثا لا يستقيم وللبنات أربعـة بينهن على اثني عشر لايستقيم ولكن بين عدد الرؤوس والنصيب موافقة بالربع فيقتصر علي الجزء الموافق من عدد رؤسهن وهو ثلاثة فيستوى برؤس الجدات وعند تساوى العددين يجزئ أحدهما عن الآخر ولاولاد الابن سهم بينهم ارباعا لا يستقيم فالسبيل أن تضرب أربعة فى ثلاثة فيكون اثنى عشر ثم تضرب أصل الفريضة وذلك ستة فى اثنى عشر فيكون اثنين وسبعين ومعرفة نصيب الجدات أن تضرب مالهن وهو سهم فى اثنى عشر فيكون اثنى عشر ومعرفة نصيب كل واحـدة منهن أن تضرب ما كان لهن وهو واحـد فى أربعة عدد رؤس أولاد الابن لوجود المساواة بين الجزء الموافق بين عدد رؤس البنات وبين عدد رؤس الجدات وقد بينا ان عنـد المساواة لا فرق وانما يضرب نصيبهن فى أربعة فيكون أربعة فهو نصيب كل واحدة منهن ومعرفة نصيب البنات أن تضرب مالهن وهو أربعة فى اثني عشر فيكون ثمانية وأربعين ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن تأخذ الجزء الموافق من نصيبهن وهو واحد فتضرب ذلك فى عدد رؤس أولاد الابن وهو أربعـة فيكون أربعة ومعرفة نصيب أولاد الابن أن تضرب نصيبهم وهو واحـد فيما ضربت فيـه أصـل الفريضة وهو اثنى عشر فيكون اثنى عشر ومعرفة نصيب كل واحد منهم ان تضرب نصيبهم وهو واحد فى

ثلاثة فيكون لكل أنثى ثلاثة وللذكر ستة وأما اذا كان الكثير من أجناس أربعة ولا موافقة بين عدد الرؤس والانصباء فصورة ذلك فى امرأتين وثلاث جدات وخمس أخوات لام وأخوين وثلاث أخوات لاب وأم فأصل الفريضة من اثني عشر للمرأتين الربع ثلاثة بينهما نصفان لا يستقيم وللجدات السدس سهمان بينهن اثلاثا لا يستقيم وللاخوات لام الثلث بينهن أخماسا لا يستقيم والباقى وهو ثلاثة بين الاخوات لاب وأم اسباعا لا يستقيم ولا موافقة فى شئ فالسبيل أن تضرب أعداد الرؤس بعضها فى بعض اثنين فى ثلاثة فتكون ستة فى خمسة فيكون ثلاثين ثم فى سبعة فيكون مائتين وعشرة ثم تضرب أصل الفريضة اثنى عشر فى مائتين وعشرة فيكون ألفين وخمسمائة وعشرين ومعرفة نصيب المرأتين أن تضرب مالهن وذلك ثلاثة فى مائتين وعشرة فيكون ستمائة وثلاثين ومعرفة نصيب كل واحدة منهما أن تضرب نصيبها فى عدد رؤس الفريق الآخر بعد ضرب بعضها فى بعض فثلاثة فى خمسة خمسة عشر وخمسة عشر فى سبعة تكون مائة وخمسة فاذا ضربت ثلاثة فى مائة وخمسة تكون ثلثمائة وخمسة عشر فهذا نصيب كل واحدة منها ومعرفة نصيب الجدات أن تضرب مالهن وذلك سهمان فى مائتين وعشرة فيكون أربعمائة وعشرين ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن تضرب مالهن فى عدد رؤس الفريق الآخر بعد ضرب بعضها فى بعض وخمسة فى اثنين تكون عشرة ثم عشرة فى سبعة تكون سبعين وسبعين فى اثنين تكون مائة وأربعين فتبين ان نصيب كل واحدة مائة وأربعون ومعرفة نصيب الاخوات لام أن تضرب مالهن وهو أربعة فى مائتين وعشرة فتكون ثمانمائة وأربعين ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن تضرب مالهن فى عدد رؤس الفريق الآخر بعد ضرب بعضها فى بعض وثلاثة فى اثنين تكون ستة ثم ستة فى سبعة فتكون اثنين وأربعين فاذا ضربت أربعة فى اثنين وأربعين يكون مائة وثمانية وستين فهو نصيب كل واحدة منهن ومعرفة نصيب الاخوة والاخوات لاب وأم أن تضرب مالهم وذلك ثلاثة فى مائتين وعشرة فتكون ستمائة وثلاثين ومعرفة نصيب كل واحد منهم أن تضرب مالهم فى عدد رؤس الفريق الآخر بعد ضرب بعضها فى بعض وذلك اثنان فى ثلاثة فتكون ستة ثم فى خمسة فتكون ثلاثين فاذا ضربت ثلاثة فى ثلاثين يكون تسعين هذا نصيب كل أخت ونصيب كل أخ ضعف ذلك فاستقام فان كان الكسر من أربعة أجناس وبين عدد رؤس الانصباء موافقة فصورة ذلك فى أربعة أربع نسوة

وثمان جدات وستة عشر أختا وأربعة اخوة وأربع أخوات لاب وأم فأصل المسئلة من اثنى عشر للنسوة الربع ثلاثة بينهن ارباعا لا يستقيم وللجدات السدس سهمان بينهن علي ثمانية لا يستقيم ولكن بين عدد رؤس الجدات ونصيبهن موافقة بالنصف فاقتصر علي النصف من عدد رؤسهن وهو أربعة فاستوى عدد رؤس النسوة والاخوات لام أربعة بينهن علي ستة عشر لا يستقيم لكن بين عدد رؤسهن ونصيبهن موافقة بالربع فاقتصر علي الربع من عدد رؤسهن وهو أربعة فاستوى بعدد رؤس الفريقين الآخرين والباقي وهو ثلاثة بين الاخوة والاخوات لاب وأم علي اثنى عشر لا يستقيم ولكن بين عدد رؤسهم ونصيبهم موافقة بالثلث فاقتصر من عدد رؤسهم علي الثلث وهو أربعة فاستوى بعدد رؤس الفريق الآخر وقد بينا ان عند تساوى العدد الواحد بجزئ عن الكل فتضرب اثني عشر فى أربعة فيكون ثمانية وأربعين منه تصح المسئلة ومعرفة نصيب النسوة أن تضرب مالهن وهو ثلاثة فى أربعة فيكون اثنى عشر ومعرفة نصيب كل واحدة منهن أن تقول نصيب كل واحدة منهن مثل مالم يكن يستقيم بينهن وهو ثلاثة لان عند تساوى العدد لاتجد شيأ تضرب فيه أصل الفريضة لتعرف به نصيب كل واحدة منهن ومعرفة نصيب الجدات أن تضرب مالهن وذلك اثنان فى أربعة فتكون ثمانية ونصيب كل واحدة منهن مثل الجزء الموافق من نصيبهن وذلك واحد ومعرفة نصيب الاخوات لام أن تضرب مالهن وهو أربعة فى أربعة فتكون ستة عشر ونصيب كل واحدة منهن مثل الجزء الموافق من نصيبهن وذلك واحد ومعرفة الاخوة والاخوات لاب وأم أن تضرب مالهن وهو ثلاثة فى أربعة فتكون اثنى عشر ومعرفة نصيب كل واحد منهم أنه يقدر الجزء الموافق من نصيبهم وذلك واحد فلكل انثي سهم ولكل ذكر سهمان واذا عرفت لكل فصل صورة كما بينا يتيسر عليك تخريج نظائرها على الاصول التى ذكرناها والتخريج على هذا الاصل من المسائل ما يكثر تعدادها وفيما ذكرنا كفاية لمن يفهم الاصول التى قد بيناها والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء التاسع والعشرون من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه الجزء الثلاثون * وأوله باب ميراث ذوى الارحام ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم

باب ميراث ذوى الارحام

(قال رضى الله عنه) اعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذا الباب قبل باب الولاء وزعم بعض الفرضيين انه كان ينبغي له أن يقدم باب الولاء لان مولى النعمة عصبة مقدم على ذوى الارحام لكنا نقول انه أراد أن يبين أحكام الميراث بالقرابة ثم يرتب عليه بيان الميراث بما أقيم مقام القرابة أولما بين باب الرد وكان الرد بسبب الرحم أعقب ذلك بباب ميراث ذوى الارحام لان الاستحقاق هنا بالرحم كما أن هناك بالرحم والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة وولاء الموالاة يتأخر عن ذوى الارحام فلهذا قدم هذا الباب ثم فى توريث ذوى الارحام اختلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء بعدهم فمن قال بتوريثهم من الصحابة رضوان الله عليهم علي وابن مسعود وابن عباس فى أشهر الروايات عنه ومعاذ بن جبل وأبو الدرداء وأبو عبيدة ابن الجراح ومن قال بأنهم لا يرثون زيد بن ثابت وابن عباس فى رواية عنه ومنهم من روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان ولكن هذا غير صحيح فانه حكى ان المعتضد سال أبا حازم القاضى عن هذه المسئلة فقال اجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم غير زيد بن ثابت على توريث ذوى الارحام ولا يعتد بقوله بمقابلة اجماعهم وقال المعتضد أليس انه يروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان فقال كلا وقد كذب من روى ذلك عنهم وأمر المعتضد برد ما كان فى بيت المال مما أخذ من تركة من كان ورثه من ذوى الارحام وقد صدق أبو حازم فيما قال وقد روى عن أبى بكر أنه قال لا أتأسف على شئ كتأسفى على انى لم أسل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلاث عن هذا الامر أهو فينا فنتمسك به أم فى غيرنا فنسلم اليه وعن الانصار هل لهم من هذا الامر شئ وعن توريث ذوى الارحام فانى لم أسمع فيه من رسول الله صلى عليه وسلم شيأ ولكنى ورثتهم برأيى وأما الاختلاف بين التابعين فمن قال بتوريثهم شريح

والحسن وابن سيرين وعطاء ومجاهد وممن قال انهم لا يرثون سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضى الله عنهم وأما الفقهاء فمن قال بتوريثهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وعيسى ابن أبان وأهل التنزيل رحمهم الله وممن قال لا يرثون سفيان الثورى ومالك والشافعى اما من نفى توريثهم استدل بآيات المواريث فقد نص الله تعالى فيها على بيان سبب أصحاب الفرائض والعصبات ولم يذكر لذوى الارحام شيأ وما كان ربك نسيا وأدنى ما فى الباب أن يكون توريث ذوي الارحام زيادة على كتاب الله وذلك لا يثبت بخبر الواحد والقياس وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ميراث العمة والخالة قال نزل جبريل عليه السلام وأخبرنى أن لا ميراث للعمة والخالة وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى قباء يستخير الله تعالى فى ميراث العمة والخالة فنزل عليه الوحى ان لا ميراث لهما ومن قال بتوريثهم استدل بقوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله معناه بعضهم أولى من بعض وقد بينا ان هذا اثبات الاستحقاق بالوصف العام وانه لا منافات بين الاستحقاق بالوصف العام والاستحقاق بالوصف الخاص ففى حق من ينعدم فيه الوصف الخاص يثبت الاستحقاق بالوصف العام فلا يكون ذلك زيادة على كتاب الله وقال النبي صلى الله عليه وسلم الله ورسوله ولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وفى حديث آخر قال عليه السلام الخال وارث من لا وارث له يرثه ويعقل عنه ولما مات ثابت بن الدحداح رضى الله عنه قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لقيس بن عاصم المنقري هل تعرفون له فيكم شيأ فقال انه كان فينا ميتا فلا نعرف له فينا الا ابن أخت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته أى لخاله بن عبد الله المنذر وتأويل ماروى من نفى ميراث العمة والخالة فى حال وجود صاحب فرض أو عصبة والكلام فى هذه المسئلة من حيث المعنى للفريقين مثل الكلام فى مسئلة الرد وقد بينا ثم ذوى الارحام الاقارب الذين لا يستحقون شيأ بالفريضة والعصوبة من الذكور والاناث واختلفت الروايات فيمن يكون مقدما منهم فروى عيسى بن أبان عن محمد عن أبي حنيفة أن الجد أبا الاب مقدم علي أولاد البنات وفى ظاهر الرواية ذكر أن أولاد البنات يقدمون علي الجد أب الام فى قول أبي حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد وجه ظاهر الرواية أن استحقاق الميراث لذوى الارحام بالرحم فى معنى الاستحقاق بالعصوبة ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ويستحق الاقرب جميع المال وفى الحقيقة العصوبة

بالبنوة مقدمة على الابوة وابن الابن أولى من الجد فكذلك في معنى العصوبة يقدم أولاد البنات على الجدأب الام وجه الرواية الاخرى عن أبي حنيفة ان الجد أب الاب أقوى سببا من أولاد البنات (ألا ترى) أن الانثى في درجته تكون صاحبة فرض وهي أم الام بخلاف الانثي في درجة ابن البنت ولان من الناس من يجعل الانثي التي تدلي بالجد أب الام صاحبة فرض وهي أم أب الام ولا يوجد مثل ذلك في حق أولاد البنات ثم الجد أب الام مقدم على بنات الاخوة وأولاد الاخوات في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقدم بنات الاخوة وأولاد الاخوات على الجد أب الام وهذا لان من أصل أبي حنيفة ان في حقيقة العصوبة الجد يقدم على الاخوة فكذلك في معنى العصوبة يقدم الجد على بنات الاخوة وأولاد الاخوات وعندهما يسوي في حقيقة العصوبة بين الجد والاخوة الا أن هنا قدموا بنات الاخوة وأولاد الاخوات لان هناك كل واحد منهما يدلي بالاب والجد أب الام يدلي بالام ففي حقيقة العصوبة يعتبر الادلاء بالذكر دون الانثي ففي معنى العصوبة يقدم الادلاء بالاب على الادلاء بالام ثم الذين يورثون ذوى الارحام أصناف ثلاثة صنف منهم يسمون أهل القرابة وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وعيسى بن أبان وانما سموا بذلك لانهم يقدمون الاقرب فالاقرب وصنف منهم يسمون أهل التنزيل وهم علقمة والشعبي ومسروق ونعيم بن حماد وأبو نعيم وأبو عبيده القاسم بن سلام وشريك والحسن بن زياد رحمهم الله سموا بذلك لانهم ينزلون المدلى منزلة المدلى به في الاستحقاق وبيان ذلك فيما اذا ترك ابنة ابنة وابنة أخت على قول أهل القرابة المال لابنة البنت لانها أقرب وعلى قول أهل التنزيل المال بينهما نصفان بمنزلة مالو ترك ابنة وأختا * والصنف الثالث يسمون أهل الرحم منهم حسن ابن ميسر ونوح بن ذراح سموا بذلك لانهم سووا بين الاقرب والابعد في الاستحقاق وثبتوا الاستحقاق بأصل الرحم ثم كل فريق يزعم أن مذهبه موافق لما نقل في الباب عن الصحابة رضى الله عنهم والمنقول عن الصحابة في هذا الباب ثلاث مسائل احداها ماذكره ابراهيم النخعي عن على بن عبد الله فيمن مات وترك عمة وخالة أن المال بينهما أثلاثا الثلثان للعمة والثلث للخالة فزعم أهل التنزيل أن ذلك موافق لمذهبنا لان العمة تدلي بالاب فأنزلها منزلة الاب والخالة تدلي بالام فأنزلها منزلة الام قال أهل القرابة بل هو موافق لمذهبنا من اعتبار القرب فان العمة قرابتها قرابة الاب والابوة تستحق بالفرضية وبالعصوبة

جميعا والخالة قرابتها قرابة الام وبالامومة تستحق الفرضية دون العصوبة فلهذا جعلنا المستحق بقرابة الاب ضعف المستحق بقرابة الام ومن ذلك ما روى الشعبي عن ابن مسعود رضى الله عنه فى ابنة ابنة وابنة أخت أن المال بينهما نصفان فذلك دليل على أن مذهبه مثل مذهب أهل التنزيل وروى الشعبي عن علىّ رضى الله عنه أن ابنة الابنة أولى من ابنة الاخت فهو دليل على أن مذهبه كمذهب أهل القرابة وجه قول أهل التنزيل أن سبب الاستحقاق لا يمكن اثباته بالرأى ولا نص هنا من الكتاب أو السنة أو الاجماع على أن سبب الاستحقاق لهم فلا طريق سوى اقامة المدلي مقام المدلى به فى الاستحقاق ليثبت به الاستحقاق بالسبب الذى كان ثابتا للمدلي به (ألا ترى) ان من كان منهم ولد عصبة أو صاحب فرض فانه يقدم على من ليس بعصبة ولا صاحب فرض وما كان ذلك الا باعتبار المدلى به وأما أهل الرحم يقولان الاستحقاق لهم بالوصف العام ثابت بقوله تعالى وأولوا الارحام وفى هذا الوصف وهو الرحم الاقرب والابعد سواء وأما وجه قول أهل القرابة أن استحقاقهم باعتبار معنى العصوبة ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ويستحق الواحد جميع المال ثم فى حقيقة العصوبة تارة تكون زيادة القرب نقصان درجة يعنى أن يكون أقرب بدرجة وتارة بقوة السبب ولهذا قدمت البنوة فى العصوبة على الابوة فكذلك فى معنى العصوبة يثبت التقديم كما يثبت بقرب الدرجة وولد الابنة أقوى سببا من ولد الاخت فلهذا كان مقدما عليه ثم القول بما قال به أهل التنزيل يؤدى الى قول فاحش وهو حرمان المدلى يكون المدلى به رقيقا أو كافرا فان الانسان لا يجوز أن يكون محروما عن الميراث بمعنى غيره ولو كان رق المدلى به يوجب حرمانه لكان موت المدلى به موجبا حرمانه أيضا واذا ثبت أن فى الحجب والحرمان لا يعتبر المدلى به فكذلك فى الزيادة والنقصان لا يعتبر المدلى به وانما يكون استحقاقه باعتبار وصف فيه وهو القرابة ولكن يقدم الاقرب لاعتبار معنى العصوبة كما قال الله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ثم لا خلاف أن الرد على أصحاب الفرائض مقدم على توريث بعض الارحام الا شئ يروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قدم ذوى الارحام على الرد لانه لما اعتبر فى حق أصحاب الفرائض الوصف الخاص سقط اعتبار الوصف العام فى مقابلة من يستحق بالوصف وهم ذووا الارحام ولكنا نقول الوصف العام قد استوى فيه الفريقان ويرجح أصحاب الفرائض باعتبار قوة السبب فى حقهم بالوصف الخاص

فيقدمون علي ذوى الارحام ثم ذوى الارحام فى الحاصل سبعة أصناف صنف منهم أولاد البنات والصنف الثانى بنات الاخوة وأولاد الاخوات والصنف الثالث الاجداد الفواسد والجدات الفاسدات والصنف الرابع العم لام والعمة لاب وأم أو لاب أو لام والخال والخالات والصنف الخامس أولاد هؤلاء والصنف السادس أعمام الاب لام وعمات الاب وأخوال الاب وخالات الاب والصنف السابع أولاد هؤلاء وفى كل ذلك عند التساوى فى الدرجة اذا كان أحدهما ولد صاحب فرض أو ولد عصبة والآخر ليس كذلك فولد صاحب الفرض والعصبة أولي بيان ذلك فى ابنة ابنة ابن مع ابنة ابنة ابنة فقد استويا فى الدرجة ولكن ابنة ابنة الابن ولد صاحب فرض فهى أولي وكذلك لو ترك ابنة ابنة أخ وابنة ابن أخ فابنة ابن الاخ أولى لانها ولد من هو عصبة دون الاخرى ولو كان أحدهما ولد صاحب فرض والآخر ولد عصبة فهما سواء كابنة الاخ مع ابنة الاخت فان احداهما لا تصير محجوبة بالاخرى وأما اذا كانت احداهما أقرب فالاقرب أولى وان كانت الابعد ولد عصبة أو صاحبة فرض كابنة ابنة الابنة مع ابنة ابنة ابن الابن فان ابنة ابنة الابنة أقرب بدرجة فهى أولي اعتبارا بحقيقة العصوبة وكذلك ابنة ابنة الاخت تقدم على ابنة ابن ابن الاخ لانها أقرب بدرجة وفى حقيقة العصوبة عند المساواة فى الدرجة يقدم من هو أقوى سببا كالاخ لاب وأم مع الاخ لاب وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاقرب كابن الاخ لاب وأم مع الاخ لاب فكذلك فى معنى العصوبة ثم اختلفوا بعد ذلك فى كيفية قسمة الميراث بين ذوى الارحام من أولاد الاولاد فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يعتبر فى القسمة أول من يقع فيه الخلاف اذا اتفقت الآباء والاجداد واختلفت الابدان فالقسمة على الابدان للذكر مثل حظ الانثيين وان اتفقت الاجداد واختلفت الآباء فالقسمة على الآباء ثم ينقل نصيب كل ذكر من الآباء الى ولده ذكرا كان أو أنثى ونصيب كل أنثي الى ولدها ذكرا كان أو أنثي وان اختلفت الاجداد يقسم أولا علي الاجداد ثم يجمع ماخص الذكور منهم فيقسم علي أولادهم للذكر مثل حظ الانثيين وان اختلفت صفاتهم فى الذكورة والانوثة يجمع ماخص الاناث فيقسم بين أولادهن كذلك وهكذا يفعل فى الاباء مع الابدان وهذا قول محمد وهو الظاهر من مذهب أبى حنيفة ثم رجع أبو يوسف فقال يعتبر فى القسمة أبدانهم علي كل حال وهو رواية شاذة عن أبى حنيفة والرواية

الاولى أشهر فقد ذكرت فى الفرائض فى الكتاب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك وجه قول محمد ان الصحابة رضى الله عنهم اتفقوا فى العمة والخالة على ان للعمة الثلثين وللخالة الثلث ولو كان المعتبر فى القسمة الابدان لكان المال بينهما نصفين وفى اتفاقهم على أن المال بينهما اثلاثا دليل على ان المعتبر فى القسمة المدلى به وهو الاب والام ولانا أجمعنا على انه لو كان أحدهما ولد عصبة أو صاحب فرض كان أولى من الآخر وانما يرجح بمعنى فى المدلى به فاذا كان فى الحرمان يعتبر المدلى به ففى النقصان أولى فبهذا يتبين أن المعتبر أول من يقع به الخلاف لان فى هذه المسئلة قد استويا فى الاب وهو المنسوب الى الميت وفى الابدان وانما وقع الاختلاف فيما بين ذلك ثم اعتبرنا من وقع به الخلاف فى ترجيح أحدهما على الآخر وهذا بخلاف العدد فان المعتبر فيه أبدانهم دون المدلي به فانه واحد وهذا لان علة الاستحقاق كاملة فى حق كل واحد منهم وهو القرابة والعلة تحتمل العدد فيجعل الاصل كالمتعدد حكما بتعدد الفرع وكمال العلة بكل واحد منهم بمنزلة جماعة قتلوا رجلا عمدا يجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال والمقتول وان كان واحدا يجعل متعددا حكما لتكامل العلة فى حق كل واحد منهم بخلاف صفة الذكورة والأنوثة فالموجود من ذلك فى الفرع لا يمكن أن يجعل كالموجود فى الاصل مع تحقق ضده فيه لانه لا احتمال لذلك فيعتبر ما فى الاصول من الصفة لان الاستحقاق للفروع بناء على ذلك وأبو يوسف يقول قد استويا فى سبب الاستحقاق فان الاستحقاق للمرء فى الاصل انما يكون بمعنى فيه لا بمعني فى غيره والاستحقاق عندنا باعتبار القرابة وذلك معنى فى أبدانهم وقد اتحدت الجهة أيضا وهي الولاء فثبتت المساواة بينهم فى الاستحقاق وان اختلفت الصفة فى المدلى به (ألا ترى) انه لو كان فى بعضهم صفة الرق أو الكفر لم يعتبر ذلك واعتبر حالة الابدان فى هذه الصفة فكذلك فى صفة الذكورة والانوثة فالدليل عليه العدد فان اعتبار الذكورة والانوثة فى معني اعتبار العدد لان كل ذكر بمعنى اثنين فكل انثى بمعنى واحد فاذا كان فى العدد يعتبر الابدان فكذلك فى صفة الذكورة والانوثة وهذا بخلاف العمة والخالة فالجهة هناك قد اختلفت لان الابوة غير الامومة والاستحقاق بالسبب فباختلاف الجهة يختلف السبب معنى فاما عند اتحاد الجهة يكون السبب واحدا فيعتبر فى الصفة الابدان خاصة وكذلك اذا كان بعضهم ولد صاحب فرض أو عصبة فالفرضية والعصوبة سبب الاستحقاق

وعنـد التفاوت بالسبب يعتبر المدلى به فلا تعتبر المساواة فى أصل النسبة الى الميت لان فى الانساب اذا أمكن اعتبار الابدان تعتبر الابدان خاصة فيما بين الاولاد فاذا تعـذر اعتبار ذلك يعتبر من هو أقرب الى الابدان اذا عرفنا هذا فنقول أما اذا اختلفت الابدان واتفقت الآباء فصورته فيما اذا ترك ابنة بنت وابن بنت أخرى فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بالاتفاق وذكر الطحاوى أن علي قول محمد رحمه الله المال بينهما نصفان باعتبار المدلى به وهذا غلط وانما هو قول أهل التنزيل علي ما نبينه أما عند أصحابنا المعتبر الابدان هنا لان أول من وقع به الخلاف الابدان فاما اذا اختلفت أبدانهم واختلفت آباؤهم واتفقت أجدادهم فصورته فيما اذا ترك ابنـة ابنة ابنة وابن ابنة ابنة وابنة ابن بنت وابن ابن بنت ففى قول أبى يوسف الآخر المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين على ستة عشر لكل ابن سهمان ولكل ابنة سهم وأما علي قول محمد القسمة أولا على الآباء واثنان منهم ذكران يعنى ابنة ابن الابنة وابن ابن الابنة واثنان منهم انثيان فقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين على ستة أربعة من ذلك للبنتين يدليان بالذكر ثم يقسم بينهما على الابدان للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا فانكسر بالاثلاث وسهمان للتين تدليان بالانثى ثم يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا فقد وقع الكسر بالاثلاث فى موضعين ولكن أحدهما يجزئ عن الآخر فتضرب ستة فى ثلاثة فيكون ثمانية عشر كان للتين تدليان بذكر ثلثان اثنا عشر سهما ثمانية لابن ابن البنت وأربعـة لابنة ابن البنت وكان للآخرين الثلث ستة بينهما اثلاثا أربعة لابن ابنة الابنة وسهمان لابنة ابنة البنت وبين هذه السهام موافقة بالنصف فاقتصر علي النصف فيعود الى تسعة فالتخريج كما بينا فاما اذا اختلفت أبدانهم وآباؤهم وأجـدادهم فصورته فيما اذا ترك ابنة ابنة ابنة وابنة ابن ابن ابنة وابن ابنة ابن ابنة فعلى قول أبي يوسف الجواب ظاهر كما بينا وعنـد محمد يعتبر فى القسمة الاجـداد أولا واثنان منهم ذكران يعنى ان ابنة ابن ابن الابنة وابن ابنة ابن ابنة والآخران انثيان فتكون القسمة للذكر مثل حظ الانثيين علي ستة الثلثان وهو أربعة لهذين والثلث للآخرين ثم ما أصاب الابنتين يقسم علي أبائهما للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا وأما نصيب الآخرين يقسم على الآباء للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا فيقتصر علي تسعة بعد الاقتصار كما بينا ثم يجمع ما أصاب من اتفقت أباؤهم واختلفت أبدانهم فيقسم ذلك بينهـم على الابدان للذكر مثـل حظ الانثيين فيتيسر التخريج بالقياس علي الفصل المتقدم كما بينا وان اختلفت

الآباء دون الاجداد والاجداد دون الابدان فصورة ذلك فيما اذا ترك ابنة ابنة ابنة ابنة وابنى ابن ابنة وابنة ابن ابن ابنة وابنة ابنة ابن بنت فعند أبي يوسف القسمة على الابدان * فيكون المال بينهم ارباعا بالسوية وعند محمد يعتبر أولاد الاجداد فان أول من وقع به الخلاف الاجداد واثنان منهم اجدادهما ذكر يعني ابنة ابن ابن ابنة وابنة ابنة ابن بنت والاخريان اجدادهما انثى فتكون القسمة للذكر مثل حظ الانثيين على ستة أربعة للبنين أجدادهما ذكر وسهمان للآخرين ثم ما أصاب اللتين أجدادهما ذكر يقسم بينهما على الاباء اثلاثا فنصيب ابنة ابن ابن الابنة ثلثي الثلاثين والاخرى ثلث الثلاثين وذلك الثلث يقسم بين الآخرين على الآباء للذكر مثل حظ الانثيين فنصيب ابنةابنة ابنة الابنة ثلث الثلث والاخرى ثلثا الثلث ثم ما يصيب كل أب فهو متقول الى ولده فان بين الابدان موافقة ولا حاجة الى قسمة أخرى * مسئلة من هذا الجنس هي ألطف مسائل الباب فاعتبرها وهي ثمانية نفر أربعة اجدادهم انثى وأربعة أجداهم ذكر فالاربعة الاولى ابنة ابنة ابنة ابنة وابن ابنة ابنة ابنة وابنة ابن ابنة ابنة وابن ابن ابنة ابنة والاربعة الذين أجدادهم ذكر ابن ابن ابن ابنة وابنة ابن ابن ابنة وابنة ابنة ابن بنت وابن ابنة ابن ابنة فعلى قول أبي يوسف الآخر المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين على اثنى عشر سهما باعتبار الابدان وأما على قول محمد فالعبرة للاجداد أولا في القسمة فيكون المال علي اثنى عشر سهما ثمانية من ذلك نصيب الاربعة الذين أجدادهم ذكر وأربعة نصيب الاربعة الذين أجدادهم انثى ثم هذه الاربعة تقسم بينهم علي الآباء واثنان من الآباء ذكر يعني ابنة ابن الابنة وابن ابن ابنة الابنة وابن ابن ابنة الابنة واثنان انثى فيقسم هذا الثلث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ثلثاه وهو تسعا المال للذين أبوهما ذكر وتسع المال للاخرتين ثم هذا التسع يقسم بين ابنة ابنة ابنة الابنة وابن ابنة ابنة الابنة للذكر مثل حظ الانثيين علي أبدانهما فيكون للاولى ثلث التسع وللابن ثلثا القسم وأما التسعان فبين ابنة ابن ابنه الابنة وابن ابن ابنة الابنة للذكر مثل حظ الانثيين على الابدان للابن ثلثا التسعين وللابنة الثلث ثم تجيء الى ثلثى المال فتقسم ذلك بين الاربعة الذين أجدادهم ذكر على الآباء واثنان منهم ذكران يعني ابن ابن ابن الابنة وابنة ابن ابن الابنة والآخرين يدليان بانثى يعني ابنة ابنة ابن الابنة وابن ابنة ابن الابنة فيقسم الثلثان للذكر مثل حظ الانثيين على الابدان ثلثا ذلك الثلثين للذين اجدادهما ذكر وثلث الثلثين للذين أجدادهما انثى ثم يقسم ثلث الثلثين

على الابدان للذكر مثل حظ الانثيين ثلثاذلك الثلث لابن ابنة ابن الابنة وثلثه لابنة ابنة ابن الابنة والثلثان تقسم كذلك أيضا فاذا ضرب بعض هذا فى بعض بلغ الحساب مائة وثمانية وبين الانصباء موافقة بالربع فيقتصر على الربع وذلك سبعة وعشرون تسعة من ذلك للذين أجدادهم انثى ثم ستة من هذه التسعة للذين أبوهما ذكر وثلاثة للذين أبوهما انثى ثم تقسم هذه الثلاثة بينهما على الابدان اثلاثا للذكر سهمان وللانثى سهم وكذلك الستة تقسم بين الآخرين على الابدان للذكر أربعة وللانثى سهمان وثمانية عشر للذين أجدادهم ذكر تقسم على الآباء اثلاثا ستة للذين يدليان بالانثى ثم تقسم بينهما اثلاثا على الابدان للانثى سهمان وللذكر أربعة واثناعشر حصة الالذين أبوهما ذكر تقسم بينهما اثلاثا على الابدان للذكر منهما ثمانية وللانثى أربعة فما يكون من هذا النحو تخريجه هذا فان كان مع الثمانية ابنة ابنة ابن الابن فالمال كله لها لانها ولد صاحبة فرض فان ابنة ابن الابنة صاحبة فرض وعند المساواة فى الدرجة ولد صاحب الفرض أولى وان كان معهن ابنة ابن ابن الابن فلا شئ لها لانها وان كانت ولد صاحب فرض فهى أبعد بدرجة والبعدى محجوبة بالقربى وان كانت ولد صاحبة فرض أو عصبة وان كان مع الكل ابنة ابنة ابنة فهى أولى بجميع المال لانها أقرب بدرجة من جميع من سميناوان كان معها ذكر يعني ابن ابنة الابنة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ لمن سواهما وان كان معهم من هو أقرب بدرجة وهو ابنة الابنة فالمال كله لها وان كان معها ذكر فى درجتها وهو ابن الابنة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين هذا كله بيان أهل القرابة فاما بيان قول أهل التنزيل نقول اذا ترك ابنة ابنة وابن ابنة ابنة فعلى قول أبى عبيد واسحق بن راهويه المال بينهما نصفان سواء كانا من أم واحدة أو من أمين مختلفين وعلى قول أبى نعيم وشريك والحسن ابن زياد ان كانا من أمين كذلك وان كانا من أم واحدة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا لان عند اختلاف الاصول كل فرع يقوم مقام أصله فكأنهما ابنتان للميت فالمال بينهما نصفان وأما اذا اتحد الاصل فلا يمكن القسمة باعتبار الاصل لان الواحد لا يقاسم نفسه فلا بد من اعتبار الفرعين فى القسمة فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وجه قول عبيد ان كل فرع قائم مقام أصله فتتحقق المساواة بينهما سواء كان من أم واحدة أو من أمين فباعتبار تحقق المساواة تكون القسمة بينهما نصفان وهذا لان سبب الاستحقاق فى كل واحد منهما ما فى المدلى به وهو التبنية وفى هذا لا فرق بين أن يكونا من أمين أو من

أم واحدة ولو ترك ابنة ابنة وابني ابنة أخرى فعلى قول أهل القرابة المال بينهن اثلاثاوعلى قول أهل التنزيل القسمة نصفان نصف لابنة الابنة ونصف لابنى الابنة نصفين بمنزلة الابنتين للميت ثم ينتقل الى فرع كل أصل نصيب ذلك الاصل وكذلك لو ترك ابنة ابنة وعشر بنات ابنة ابنة فعلى قول أهل القرابة المال بينهن على أحد عشر سهما وعلى قول أهل التنزيل على عشرين سهما لبنات الابنة عشرة لكل واحدة منهن سهما فان ترك ابنة ابنة وبنتى ابنة أخرى وثلاث بنات ابنة أخرى فعندنا المال بينهن اسداسا بالسوية وعند أهل التنزيل المال بينهن اثلاثا ثلث لابنة الابنة وثلثان لابنتى الابنة نصفان وثلث بين ثلاث بنات الابنة اثلاثا بالسوية فان ترك ثلاثة بنى ابن ابن ابنة وابن ابن ابنة أخرى وابن ابن أخرى لهذه الابنة فعلى قول أهل القرابة المال بينهم بالسوية اسداسا وعلى قول أهل التنزيل نصف المال لثلاثة بني ابن البنت والنصف الآخر بين ابني ابن الابنة الاخرى وابن ابنها نصفين بمنزلة مالو كان للميت ابنان فيكون المال بينهما نصفين ثم ينتقل نصيب كل منهما الى أولادهما فالنصف للثلاثة والنصف للفريقين الآخرين نصف ذلك لابني ابنها ونصفه لابن ابنها لان كل واحد منهما يقوم مقام من يدلى به اليهافى نصيبهامن الميراث فان ترك ابنةابنة ابنة وابنة ابنةأخرى فعلى قول أهل القرابة المال كله لابنة الابنة وأما على قول أهل التنزيل فقد ذكر محمد بن سالم عن أبى نعيم أن المال بينهما نصفان لان الاقرب انما يترجح عند اختلاف الجهة فاما عند اتحاد الجهة الاقرب والابعد عندهم سواء وقد اتحدت الجهة هناوهى اولاء وهذا القول أقرب من قول أهل الرحم فان ترك ابنة ابنةوابنة ابنة ابن فعلى قول أهل القرابة المال كله لابنة الابنةوعلى قول أهل التنزيل وقد ذكره محمد بن سالم عن أبى نعيم أن المال بينهما ارباعاثلاثة أرباعه لابنة الابنة والربع لابنة الاخرى على قياس قول على في الرد وعلى قياس قول ابن مسعود فى الرد المال كله بينهماأسداسا لان كل واحدة منهماتنزل منزلة المدلى بهمن صاحب فريضة واحداهما ولد الابنة فتنزل منزلتهاوالاخرى ولدابنةالابن فتنزل منزلتهاولو ترك ابنة وابنة ابن كان المال بينهما ارباعا علي قياس قول على فى الرد واسداسا على قياس قول ابن مسعود ثم ينتقل الي ولد كل واحدة منهما حصتها من ذلك أو يقام المدلي مقام المدلي بهفان ترك ابنة ابن وابن ابنة أمهما واحدة وترك أيضا ابنة ابنة ابن وابن ابنة ابن أمهما واحدة فعلى قول أهل القرابةالمال بين ابنةابنةالابن وابن ابنة الابن للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا لانهماأقرب بدرجة

وعلى قول أهل التنزيل يكون المال بين هاتين وبين الآخرين أرباعا على قياس قول علىّ فى الرد وأسداسا على قياس قول ابن مسعود فى الرد كما بينا ثم ثلاثة أرباع المال الذي هو نصيب ولدي الابنة على قول أبى عبيد بينهما نصفان وعلي قول أبى نعيم بينهما أثلاثا على ما بينا أن الام اذا كانت واحدة عند أبى نعيم يعتبر فى القسمة الابدان وعند أبى عبيد لا فرق بين أن يكونا لام واحدة أولا يكونا فى أن القسمة على المدلى به وكذلك الربع الذى أصاب الآخرين على قول أبى نعيم بينهما نصفان للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول أبى عبيد بينهما نصفين فان ترك ثلاثة بنى ابن بنت وابن ابن ابنة وابني ابنة ابنة فنقول أما على قول أبى يوسف الآخر المال بينهما بالسوية أسداسا وأما على قول محمد يقسم على الآباء أولا لابنى ابنة الابنة سهمان وللاربعة ثمانية أسهم فان أبا كل واحد منهم ذكر ولكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم فيكون لابنى ابنة الابنة فى الحاصل خمس المال بينهما نصفين فتكون القسمة بين عشرة وأما على قول أهل التنزيل فالظاهر من مذهبهم أن المال بين الفرق أثلاثا ثلثه لبنى ابن الابنة بينهم أثلاثا وثلثه لابنى ابنة الابنة وثلثه لابن ابن الابنة اعتبار بالمدلي به وهو بمنزلة ما لو ترك ثلاث بنات وقد قال بعضهم المال بين الفريقين الاولين نصفين ولا شئ لابنى ابنة الابنة لان بنى ابن الابنة هم ورثة الجدة (ألا ترى) أنها لو كانت هى الميتة كانوا يرثونها بالعصبة فأما ابنتا ابنة الابنة فليستا بوارثتين للجدة حتى لا يرثا بانها العصوبة فكما أن الفريقين الآخرين يحجبان ابني ابنة الابنة عن ميراث الجدة فكذلك عن ميراث من يستحق ميراثه بالادلاء بالجدة ثم يكون المال عندهم على ستة ثلاثة لابن ابن الابنة وثلاثة لبني ابن الابنة لكل واحد منهم سهم لان كل فريق يقوم مقام المدلى به فكأنهما اثنان يقسم المال بينهما نصفان ثم ينتقل نصيب كل ابن الى ولده واحدا كان أو أكثر فان ترك ابنة ابنة ابن وابن ابن ابنة فعلى قول أهل القرابة المال كله لابنة ابنة الابن لانها ولد صاحب فريضة وعند المساواة فى الدرجة ولد صاحب الفريضة أولى وعلي قول بعض أهل التنزيل المال كله لابن ابن الابنة فانه وارث الجدة دون من سواها وقد بينا أن عندهم يقع الترجيح بهذا وعند بعضهم المال بين ابنة ابنة الابن وابن ابن الابنة أرباعا على قياس قول علىّ فى الرد وأسداسا على قياس قول ابن مسعود فى الرد لان ابنة ابنة الابنة وابن ابنة الابنة صارا محجوبين بابن ابن الابنة على ما بينا أنه وارث الجدة دونهما بقى ابنة ابنة الابن وابن ابن الابنة فكل واحد منهما يقوم

مقام من يدلى به من صاحب فريضة وابن ابن الابنة بمنزلة الابنة وابنة ابنة الابن بمنزلة ابنة الابن فيكون المال بينهما أرباعا علي قياس قول علي فى الرد وأسداسا على قياس قول ابن مسعود فى الرد وهذا طريق التخريج فى هذا الجنس من المسائل والله أعلم بالصواب

باب ميراث أولاد الاخوة والاخوات من ذوى الارحام

(قال رضى الله عنه) اعلم بان ذوى الارحام من هذا الصنف فرق أربعة اما أن يكونوا كلهم لاب وأم أو لاب أو لام أو مختلطين ثم لا يخلوا ما أن يكون بعضهم أقرب من بعض أو يكونوا متساويين فى الدرجة فان كان بعضهم أقرب فهو بالميراث أحق وان كانوا متساويين فى الدرجة ان كان بعضهم ولد صاحب فريضة أو عصبة فهو أولى ممن ليس بولد عصبة ولا صاحب فريضة لان ولد العصبة وصاحب الفرض أقرب حكما والترجيح بالقرب حقيقة ان وجد وان لم يوجد فبالقرب حكما فأما اذا استووا فى ذلك أيضا فان انفردوا فكانوا الاب وأم أو لاب فعلي قول أبي يوسف الآخر القسمة بينهم على الابدان وعلي قوله الاول وهو قول محمد على الآباء حتى اذا ترك ابن أخت وابنة أخ وهما لاب وأم أو لاب فعند أبي يوسف الثلثان لابن الاخت والثلث لابنة الاخ وعند محمد علي عكس هذا الثلثان لابنة الاخ والثلث لابن الاخت بمنزلة الاخ والاخت ثم ينتقل ميراث كل واحد منهما الي ولده وان كانا جميعا لام ففى ظاهر الرواية المال بينهما نصفان وقد روى فى رواية شاذة عن أبي يوسف أن المال بينهما أثلاثا ووجهه بان الاصل فى المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما تركنا هذا الاصل فى الاخوة والاخوات لام لخصوص القياس بالنص وهو قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وأولاد الاخوة لام ليس فى معنى الآباء لانهم لا يرثون بالفرضية شيأ فيعتبر فيهم الاصل ثم توريث ذوى الارحام بمعنى العصوبة وفى حقيقة العصوبة يفضل الذكر على الانثى وجه ظاهر الرواية أن قرابة كل واحد منهما قرابة الام والاستحقاق بهذه القرابة اذ لا سبب بين الميت وبينهم سوى هذا وباعتبار قرابة الام لا يفضل الذكر على الانثى بحال وربما يفضل الانثى فان أم الام صاحبة فرض دون أب الام فان لم تفضل هنا الانثى فينبغى أن يسوى بينهما اعتبارا بالمدلى به وأما اذا كانا مختلطين بأن ترك ثلاث بنات اخوة متفرقين فعلي قول أبي يوسف المال كله

لابنة الاخ لاب وأم وهو الظاهر من قول أبي حنيفة وعلي قول محمد لابنة الاخ لام السدس والباقي لابنة الاخ لاب وأم ولا شئ لابنة الاخ لاب رواية عن أبي حنيفة لان محمدا يعتبر المدلي به فكانه ترك ثلاث اخوة متفرقين ثم نصيب كل أخ ينتقل الى ولده وجه قول أبي يوسف ان الاستحقاق بمعنى العصوبة وفي حقيقة العصوبة يترجح من هو أقوى سببا فكذلك في معنى العصوبة والذى له اخوة من الجانبين يكون أقوى سببا من الذى تكون أخوته من جانب فلهذا يقدم ابنة الاخ لاب وأم على ابنة الاخ لاب * يوضحه أنه لو كان أحدهما أقرب بدرجة كان هو أولى وكذلك لو كان أحدهما ولد صاحب فرض أو عصبة كان هو أولى فكذلك اذا كان أحدهما أقوى سببا ولو ترك ثلاث بنات أخوات متفرقات فعلى قول أبي يوسف وهو الظاهر من قول أبي حنيفة المال كله لابنة الاخت لاب وأم وعلى قول محمد المال بينهم أخماسا على قياس قول علي في الرد وأسداسا على قياس قول ابن مسعود في الرد اعتبارا بالمدلى به فكأنه ترك ثلاث اخوات متفرقات ثم ينتقل ميراث كل أخت الي ولدها فان ترك ابنة أخت لاب وأم وابن أخت لاب وأم فعلى قول أهل القرابة المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول أهل التنزيل المال بينهما نصفان وعلى قول أبي عبيد ومن تابعه سواء كانا من أم واحدة أو من أمين وعلي قول أبي نعيم ومن تابعه ان كانا من أمين فكذلك وان كانا من أم واحدة فالمال بينهما أثلاثا وقد بينا نظيره في أولاد البنات فهو كذلك في أولاد الاخوات * فان ترك ابنة ابنة أخت وابنة ابنة ابن أخ فالمال كله لابنة ابنة الاخت لانها أقرب درجة وعلى قول أهل التنزيل المال بينهما نصفان لانهم يعتبرون المدلي به ممن هو وارث في حق أحدهما هو الاخت وفي حق الآخر ابن الاخ فكأنه ترك أختا وابن أخ فيكون المال بينهما نصفين ثم ينتقل الى المدلي ميراث المدلي به فان ترك ابنة أخت وابنة أخ وابن أخ لاب وأم أو لاب فالمال كله لابن الاخ لانه عصبة ثم الانثى في درجته لا تجعل به عصبة هنا بخلاف الاخوات والاولاد لان الانثى متى كانت صاحبة فريضة عند الانفراد تصير عصبة بذكر في درجتها لكن لا يؤدى الى تفضيل الانثى على الذكر أو المساواة بينهما وهذا موجود في البنات والاخوات فأما هنا الانثى بانفرادها لا تكون صاحبة فرض وهي ابنة الاخ فلا تصير عصبة بذكر في درجتها أيضا ولكن المال كله للذكر باعتبار حقيقة العصوبة * فان ترك ثلاث بنات اخوة متفرقين وثلاث بنات اخوات متفرقات

فعلى قول أبي يوسف المال كله بين ابنة الاخت لاب وأم وابنة الاخ لاب وأم نصفين باعتبار الابدان وعلى قول محمد لابنة الاخت لام مع ابنة الاخ لام الثلث بينهما نصفين والباقى كله لابنة الاخت والاخ لاب وأم بينهما أثلاثا باعتبار الآباء ثلثاه لابنة الاخ وثلثه لابنة الاخت ولا شئ للذين هما لاب باعتبار المدلى به

﴿ فصل ﴾ فى بيان من له قرابتان من البنات والاخوات * قال رضى الله عنه اعلم أنه يجتمع للواحد قرابتان من أولاد البنات والاخوات فصورة ذلك فى أولاد البنات أن يترك ابنة ابنة ابنة وهى أيضا ابنة ابن ابنة بأن كان لرجل ابنتان لاحداهما ابنة وللاخرى ابن فتزوج الابن بالابنة فولد بينهما ابنة فهى ابنة ابنة ابنة الجد وهى أيضا ابنة ابن ابنته فلا شك على قول محمد أنها ترثه بالقرابتين جميعا أما على قياس قول أبي حنيفة فالفرضيون من أهل العراق يقولون عند أبي يوسف لا ترث هذه الا بجهة واحدة لان الجهة اتحدت وهى الولاء فهى نظير الجدات على قوله وقد بينا من مذهبه فى الجدات أن التى هى جدة من جانب واحد والتى هى جدة من الجانبين سواء فهذا كذلك فأما الفرضيون من أهل ما وراء النهر يقولون هذه ترث بالجهتين جميعا عنده وهذا هو الصحيح والفرق له بين هذا وبين الجدات أن الاستحقاق هناك بالفرضية وبتعدد الجدات لا تزداد فريضتهن فاذا كانت الواحدة منهن والعدد سواء فلا يعتبر اجتماع الجهتين لواحدة فاما هنا الاستحقاق بمعنى العصوبة فيعتبر الاستحقاق بحقيقة العصوبة وهو فى حقيقة العصوبة يعتبر الجهتان جميعا للترجيح تارة وللاستحقاق أخرى فللترجيح كالاخوة لاب وأم مع الاخوة لاب وللاستحقاق كالاخ لام اذا كان ابن عم فانه يعتبر السببان فى جهة الاستحقاق وكذلك ابن العم اذا كان زوجا يعتبر السببان فى حقه للاستحقاق فهنا أيضا يعتبر السببان جميعا * اذا عرفنا هذا فنقول اذا اجتمع مع هذه ابنة ابنة ابنة أخرى قرابتهما من جهة واحدة فعلى قول أبي يوسف المال بينهما أثلاثا للتى لها قرابتان ثلثا المال لانها فى معنى شخصين فكأنه ترك ابنة ابنة ابنة وابنة ابنة ابنة أخرى وابنة ابن ابنة وعند محمد القسمة على الآباء فيكون ثلاثة أرباع المال للتى لها قرابتان وربعه للتى لها قرابة واحدة بمنزلة ما لو ترك ابن ابنة ابنة وابنة ابنة وابنة ابنة أخرى فيكون المال على أربعة ثم سهمان من هذه الاربعة للتى لها قرابتان باعتبار أنها ولد الابنة وسهم باعتبار أنها ولد ابنة الابنة فان كان مع التى لها قرابتان ابن ابنة ابنة فعلى قول أبي يوسف المال بينهما نصفان لانه يعتبر الابدان والتى

لها قرابتان بمنزلة اثنين فيكون المال علي أربعة للذكر سهمان ولكل انثى سهم وعلي قول محمد للتي لها قرابتان ثلاثة أرباع المال باعتبار المدلى به على ما بينا ثم ميراث كل واحد ممن هو مدل به يكون لولده فما نجده ذا قرابتين فباعتبار قرابة الاب وهو سهمان من أربعة يسلم له وما كان باعتبار قرابة الام بضمه الي ما أخذ الآخر فيقسم بينهما أثلاثا فتكون القسمة من اثنى عشر نضرب ثلاثة فى أربعة وبعد الاقتصار علي النصف للموافقة تكون القسمة من ستة فان كان معها ابنة ابن ابنة أخرى فعلى قول أبي يوسف للتي لها قرابتان ثلثا المال على ما بينا وعند محمد تكون القسمة على خمسة باعتبار الآباء فان هذا بمنزلة ابني ابنة وابنة ابنة فيكون المال بينهم أخماسا للذكر مثل حظ الانثيين ثم خمسا المال للتي لها قرابتان باعتبار أنها ولد ابن الابنة وخمس المال باعتبار أنها ولد ابنة الابنة وللاخرى خمسا المال فان كان معها ابن ابن بنت فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان باعتبار الابدان وعند محمد المال بينهما فى الابتداء أخماسا باعتبار الاباء ثم التى لها قرابتان تأخذ خمس المال باعتبار قرابة الام ويضم خمسا المال للتى تأخذه باعتبار قرابة الاب الى مافى يد الآخر فيكون بينهما أثلاثا لاستواء الآباء فى هذا المقدار واختلاف الابدان فانكسر بالاثلاث فاذا ضربت ثلاثة فى خمسة تكون خمسة عشر للتى لها قرابتان بقرابة الام ثلاثة وبجهة الاخرى أربعة فتكون لها سبعة ولابن ابن الابنة ثمانية فان كان معها ابنة ابنة ابنة وابن ابنة ابنة فيكون لهاسبعة ولابن ابنة الابنة ثمانية فعند أبي يوسف القسمة على الابدان ويكون المال بينهم اخماسا التى لها قرابتان ثلاثة اخماس المال خمس باعتبار قرابة الام وخمسان باعتبار قرابة الاب ثم ما أخذت باعتبار قرابة الاب سلم لها وما أخذت باعتبار قرابة الام يضم الى مافى يد الاخوين فيكون بينهما على الابدان ارباعا لاستواء الآباء فيضرب خمسة فى أربعة فيكون عشرين لها باعتبار قرابة الاب ثمانية وباعتبار قرابة الام ربع الباقى وهو ثلاثة فيكون لها احدعشر للابن سبعة وللابنة الاخرى الباقى فان كان معها ابنة ابن ابنة وابن ابن ابنة فعند أبي يوسف هذا وما تقدم سواء وعند محمد رحمه الله القسمة فى الابتداء على الآباء فتكون علي سبعة للتى لها قرابتان ثلاثة أسهم باعتبار قرابة الام يسلم لها وسهمان باعتبار قرابة الاب تضمه الى مافى يد الآخرين فيقسم بينهم على الابدان ارباعا لاستواء الآباء واختلاف الابدان فيضرب أربعة فى سبعة فتكون ثمانية وعشرين للتى لها قرابتان السبع أربعة باعتبار قرابة الام ويكون لها مما بقي الربع باعتبار قرابة الاب فيكون لها عشرة ولابنة ابن الابنة ستة ولابن ابن الابنة

اثنا عشر فان كان معها ابنة ابنة ابنة وابن ابنة ابنة وابنة ابن ابنة وابن ابن ابنة فعند أبي يوسف القسمة على الابدان على ثمانية اسهم للتي لها قرابتان سهمان وعند محمد القسمة فى الابتداء على الآباء على تسعة للتي لها قرابتان ثلاثة أسهم باعتبار قرابة الام سهم فيضم ذلك الى مافى يد ابنة ابنة الابنة وابن ابنة الابنة فيكون مقسوما بينهم باعتبار الابدان أرباعا لاستواء الآباء واختلاف الابدان وما اتحد من جهتين باعتبار قرابة الاب تضمه الى ما فى يد ابنة ابن الابنة وابن ابن الابنة فيكون مقسوما بينهم ارباعا على الابدان لاستواء الآباء فقد وقع الكسر بالارباع فى موضعين ولكن أحدهما يجزي عن الآخر فتضرب تسعة فى أربعة فتكون ستة وثلاثين منه تصح المسئلة الثلث من ذلك اثنا عشر بين التى لها قرابتان وبين الاولين ارباعالها ثلاثة وللابنة الاخرى ثلاثة وللابن ستة والثلثان بين التى لها قرابتان وبين ابنة ابن الابنة ارباعا لابن ابن الابنة اثنا عشر ولابنة ابن الابنة ستة وللتي لها قرابتان ستة فيحصل لها بالجهتين تسعة هذا طريق التخريج فى هذا الجنس والله أعلم

فصل فى بيان ذى القرابتين من بنات الاخوة وأولاد الاخوات

(قال رحمه الله) فان مات وترك ابنة أخت لام وهى ابنة أخ لاب وصورته أن يكون لرجل أخت لام وأخ لاب فيزوج أخاه لابيه أخته لامه فيكون صحيحا لانه لاقرابة بين الزوجين فاذا ولدت ابنة كانت هذه له ابنة أخت لام وهى ابنة أخ لاب فان مات وترك مع هذه ابنة أخت لاب فعلي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد لذي القرابتين سهم من ستة باعتبار قرابة الام والباقى بينهما اثلاثا باعتبار قرابة الاب فينكسر بالاثلاث فتكون القسمة من ثمانية عشر فانه يعتبر المدلى به فكانه ترك أختا لام واختا وأخا لاب وعلى قول أبي يوسف الآخر المال كله لذي القرابتين لان الاستحقاق باعتبار معنى العصوبة وقد اجتمع في جانبها قرابة الام وقرابة الاب فتترجح على الاخرى في جميع المال كما فى حقيقة العصوبة وهذا لانه على القول الآخر يعتبر الابدان فان كان معها ابنة أخ لاب فعلى قوله الآخر المال كله لذى القرابتين وفى قوله الاول وهو قول محمد السدس لذى القرابتين باعتبار قرابة الام والباقى بينهما نصفان بمنزلة أخت لام وأخوين لاب فان كانت المسئلة علي عكس هذا فكانت التى لها قرابتان ابنة أخت لاب وهى ابنة أخ لام ومعها ابن أخ لام فعلى قوله الآخر هذا وما سبق سواء

فكذلك ان كان معها ابنة أخت لاب فى قوله الاول وهو قول محمدان كان معها ابنة أخ لام فلهما الثلث بينهما نصفان باعتبار قرابة الام ولذى القرابتين النصف باعتبار الاب والباقى رد عليهما فيكون المال فى الحاصل بينهما أخماسا بمنزلة ما لو ترك أختا لاب وأخوين لام ولو كان معها ابنة أخت لاب فللتى لها قرابتان السدس باعتبار قرابة الام ولها الثلثان باعتبار قرابة الاب بينهما نصفان والباقى رد عليهما بمنزلة اختين لاب وأخ لام فتكون القسمة اخماسا للتى لها قرابتان ثلاثة وللاخرى سهمان فان كان معها ابنة أخت لاب وأم فالمال بينهما نصفان لانه وجد فى حق كل واحد منهما قرابة الاب وقرابة الام فاستويا عند أبى يوسف وكذلك عند محمد لانه لا فائدة فى تمييز احدى القرابتين عن الاخرى هنا فان ما يسلم لهما باعتبار كل قرابة بينهما نصفان وانما الاشكال على قول محمد فيما اذا كان معها ابنة أخ لاب وأم فان تمييز احدى القرابتين عن الاخرى مفيد هنا فقد مال مشايخنا أيضا الى التمييز فيكون الثلث بينهما نصفين باعتبار قرابة الام والباقى بينهما اثلاثا باعتبار قرابة الاب بمنزلة مالو ترك أخوين لام وأخا وأختا لاب والاصح أنه لا يشتغل بهذا التمييز بل يكون المال بينهما نصفين لاستوائهما فى الادلاء بقرابة الاب والام جميعا وثبوت الاستحقاق لها باعتبار معنى العصوبة والله أعلم بالصواب

باب ميراث العمات والاخوال والخالات

قال رضى الله عنه اعلم بان العمة بمنزلة العم عندنا والخالة بمنزلة الام وقال بشر المدينى العمة بمنزلة الام وقال أهل التنزيل العمة بمنزلة لاب والخالة بمنزلة الام وقال أبو عبيد القاسم بن سلامة العمة مع بنات الاخوة بمنزلة الجدات لاب وهى مع الخالة بمنزلة الاب والخالة بمنزلة الام وبها تتصل بالميت والخالة ولد الجدة لام وبها تتصل بالميت فالاولى أن يجعل كل واحدة منهما قائمة مقام المدلي به وهى الواسطة التى تتصل للميت بها للميت فيكون المال كله للعمة ولا شئ للخالة بمنزلة أب الاب مع أب الام وأما أهل التنزيل فانهم قالوا اتفقت الصحابة رضى الله عنهم على ان للعمة الثلثان وللخالة الثلث اذا اجتمعا ولا وجه لذلك الا بان تجعل العمة كالاب باعتبار ان قرابتها قرابة الاب والخالة كالام باعتبار ان قرابتها قرابة الام وأما أبو عبيد فكان يقول العمة مع ابنة الاخ بمنزلة الجد لان ابنة الاخ تتصل بالميت بقرابة الاب وتنزل منزلة ابنها وهو الاخ والعمة أيضا تتصل بقرابة الاب ولو نزلناها منزلة الاب كانت ابنة

الاخ محجوب بهـا لان الاخ محجوب بالاب فجعلناها بمنزلة الاب لهذا المعنى فاما مع الخالة فقـد جعلنا الخالة بمنزلة الام الادنى لان قرابتها قرابة الام فتجعـل العمة معها بمنزلة الاب الادنى لان قرابتها قرابة الاب فاما أهل الحديث قالوا العمة ولد الجد وبه تتصل بالميت فتقوم مقام الجد أب الاب والخالة ولد الجد أب الام والجدة أم الام ولو جعلناها كالجد أب الام لم ترث شيأ ولو جعلناها كالجدة أم الام كانت وارثة مع العمة فبهذا الطريق جعلناها كالجدة أم الام وجه قول علمائنا رحمهم الله ان الاصل ان الانثى متى أقيمت مقام ذكر فانها تقوم مقام ذكر فى درجتها ولا تقام مقام ذكر هو أبعد منها بدرجة أو أقرب والذكر الذى فى درجة العمة العم وهو وارث فتجعل العمة بمنزلة العم لهذا فاما أب الاب فهو أبعـد منها بدرجة فلا يمكن اقامتها مقام واحد منهم والخالة لو أقمناها مقام ذكر فى درجتها وهو الخال لم ترث مع العمة فلهذه الضرورة أقمناها مقام واحد منهم والخالة لو أقمناها مقام ذكر فى درجتها وهو الخال لم ترث الثلثين وللخالة الثلث بهذا الطريق بمنزلة مالو ترك أما وعما يدل عليه ان العمة لو جعلت كالجد أب الاب لكان العم كذلك فان قرابتهما سواء فينبغي أن يكون العم مزاحما للاخوة كالجد واذا سقط اعتبار هذا المعنى فى حقيقة العصوبة فكذلك فى معنى العصوبة اذا عرفنا هذا فنقول اذا ترك عما وعمة فاما أن يكونا لاب وأم أو لاب أو لام فاذا كانا لاب وأم أو لاب فالمال كله للعم لانه عصبة ولا ميراث لاحد من ذوى الارحام مع العصبة وكذلك ان كان العم لاب والعمة لاب وأم أو لاب أو لام فأما اذا كانا جميعا لام فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وروى محمـد بن سماعة عن أبي يوسف أن المال بينهما نصفان لاستوائهما فى القرابة فان قرابتهما قرابة الام وباعتبار قرابة الام لا يفضل الذكر على الانثى كالاخ والاخت لام وجه ظاهر الرواية أن توريثهما باعتبار معنى العصوبة وفى العصوبة للذكر مثل ما للانثى اذا تساويا فى الدرجة وهذا بخلاف الاخ والاخت لام لان توريثهما بالفرضية وفى الاستحقاق بالفرضية لا يفضل الذكر على الانثى قال الله تعالى ولابويه لكل واحـد منهما السدس مما ترك الآية وكذلك هذا فى الاعمام والعمات اذا كثروا فان اجتمع عمات بعضهن لاب وأم وبعضهن لاب وبعضهن لام فالمال كله للعمة لاب وأم لقوة السبب فى حقها باجتماع القرابتين وعلى هذا أولاد العمات اذا كان بعضهن أقرب فله المال كله وعند الاستواء فى الدرجة يترجح ذو القرابتين على ذى قرابة واحدة وعلي هـذا ميراث الاخوال والخالات حتى اذا ترك

خالا وخالة فالمال بينهما أثلاثا وفى رواية أبي يوسف المال بينهما نصفان وهـذا لان الذكر هنا ليس بعصـبة وتوريثهما باعتبار قرابة الام وقد استويا فى ذلك وفى ظاهر الرواية الاستحقاق بمعنى العصوبة فيكون للذكر مثل ماللانثى فان كان بعضهم لاب وأم وبعضهم لاب وبعضهم لام فذلك كله لذى القرابتين ذكرا كان أو أنثى لقوة السبب فى جانبه باجتماع القرابتين وان اختلط العمات بالخالات والاخوال فللعمات الثلثان وللاخوال والخالات الثلث اعتبارا للعمات بالعم والاخوال والخالات بالام ويستوى فى هذا ان استوت الاعداد أو اختلفت حتى اذا ترك عمة واحدة وعشرة من الاخوال والخالات فللعمة الثلثان والثلث بين الاخوال والخالات للذكر مثل حظ الانثيين لان استحقاقهم بقرابة الام والامومة لاتحتمل التعدد فهم بمنزلة أم واحدة وكذلك ان ترك خالة واحدة وعشرة من العمات فللخالة الثلث وللعمات الثلثان بينهن فان ترك عمة لاب وأم وخالة أو خالا لام فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن المال كله للتى لها قرابتان من أى جانب كانت بمنزلة مالو اتحدت الجهة كالعمين أو الخالين فأما فى ظاهر الرواية ذو القرابتين انما يترجح على ذى قرابة واحدة اذا كانت من جهتهما فأما اذا كانت من جهة أخرى فلا لان الخالة كالام سواء كانت لاب وأم أو لاب أو لام والعمة كالعم فلهذا كان المال بينهما أثلاثا

فصل فى ميراث أولاد العمات والاخوال والخالات

(قال رضى الله عنه) اعلم بأن الاقرب من هؤلاء مقدم على الابعد فى الاستحقاق سواء اتحدت الجهـة أو اختلفت والتفاوت بالقرب بالتفاوت فى البطون فمن يكون منهم ذا بطن واحد فهو أقرب ممن يكون ذا بطنين وذو البطنين أقرب من ذى ثلاث بطون لانه يتصل بالميت قبل أن يتصل الابعد به فعرفنا أنه أقرب وميراث ذوى الارحام يبنى على القرب وبيانه فيما اذا ترك ابنة خالة وابنة ابنة خالة أو ابنة ابن خالة أو ابن ابن خالة فالميراث لابنة الخالة لانها أقرب بدرجة وكذلك ان ترك ابنة عمـة وابنة ابنـة خالة فابنة العمة أولى بالمال لانها أقرب بدرجة وان كانا من جهتين مختلفتين وان ترك بنات العمة مع ابن خالة واحدة فلبنات العمة الثلثان ولابنة الخالة الثلث وان كان بعض هؤلاء ذا قرابتين وبعضهم ذا قرابة واحدة فعند اختلاف الجهة لا يقع الترجيح بهذا وعند اتحاد الجهة الذى لاب أولى من الذى لام ذكرا

كان أو أنثى بيانه فيما اذا ترك ثلاث بنات عمات متفرقات فالمال كله لابنة العمة لاب وأم وكذلك ثلاث بنات خالات متفرقات فان ترك ابنة خالة لاب وأم وابنة عمة لاب وأم أو لاب فلابنة العمة الثلثان ولابنة الخالة الثلث وهذا لان المساواة فى الدرجة بينهما موجودة حقيقة يعنى الاتصال الي الميت ولكن ذو القرابتين أقوى سببا فعند اتحاد السبب يجعل الاقوى فى معنى الاقرب وذلك ينعدم عند اختلاف السبب وكذلك توريث ذوى الارحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الاب فى ذلك مقدمة علي قرابة الام فجعل قوة السبب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة فأما عند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى وكذلك ان كان أحدهما ولد عصبة أو ولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم ولد العصبة وصاحب الفرض وعند اختلاف الجهة لا يقع الترجيح بهذا بل يعتبر المساواة فى الاتصال بالميت لان فى جانب ولد العصبة وصاحب الفرض قوة السبب باعتبار المدلى به وقد بينا أن قوة السبب انما تعتبر عند اتحاد الجهة لا عند اختلاف الجهة بيانه فيما اذا ترك ابنة عم لاب وأم أو لاب وابنة عمة فالمال كله لابنة العم لانها ولد عصبة ولو ترك ابنة عم وابنة خال أو خالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال أو الخالة الثلث لان الجهة مختلفة هنا فلا يترجح أحدهما بكونه ولد عصبة وهذا فى رواية ابن عمران عن أبى يوسف فأما فى ظاهر المذهب ولد العصبة أولي سواء اختلفت الجهة أو اتحدت لان ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت فكان أقرب اتصالا بالميت فان قيل فعلى هذا ينبغى أن العمة تكون أحق بجميع المال من الخالة لان العمة ولد العصبة وهو أب الاب والخالة ليست بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض لانها ولد أب الام قلنا لا كذلك فان الخالة ولد أم الام وهى صاحبة فرض فمن هذا الوجه تتحقق المساواة بينهما فى الاتصال بوارث الميت الا أن اتصال الخالة بوارث هو أم فتستحق فريضة الام واتصال العمة بوارث هو أب فتستحق نصيب الاب فلهذا كان المال بينهما أثلاثا فان كان قوم من هؤلاء من قبل الام من بنات الاخوال أو الخالات وقوم من قبل الاب من بنات الاعمام أو العمات لام فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثا سواء كان من كل جانب ذو قرابتين أو من أحد الجانبين ذو قرابة واحدة ثم ما أصاب كل فريق فيما بينهم يترجح جهة ذى القرابتين على ذى قرابة واحدة وكذلك يترجح فيه من كان قرابته لاب على من كان قرابته لام لان فى نصيب كل فريق الاستحقاق لهم بجهة واحدة وكل واحد منهم اذا انفرد استحق جميع

ذلك فعند الاجماع يراعى قوة السبب بينهم فى ذلك المقدار فان استووا فى القرابة فالقسمة بينهم علي الابدان فى قول أبي يوسف الآخر وعلي أول من يقع الخلاف فيه من الآباء فى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بيانه فيما اذا ترك ابنة خالة وابن خالة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان لان الاباء قد اتفقت فان ترك ابنة خال وابن خالة فعلي قول أبي يوسف الآخر لابن الخالة الثلثان ولابنة الخال الثلث وعلي قول محمد علي عكس هذا لاختلاف الاباء فيكون لابن الخالة الثلث ولابنة الخال الثلثان ولو ترك ابن عمة وابنة عمة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين علي الابدان ولو ترك ابن عمة وابنة عم فان كانت ابنة عم لاب وأم أو لاب فهي أولى لانها ولد عصبة وابن العمة ليس بولد عصبة وان كانت بنت عم لام فعلي قول أبي يوسف الآخر المال بينهم اثلاثا على الابدان لابن العمة الثلثان ولابنة العم الثلث وعند محمد على عكس ذلك باعتبار الاباء وهذا اذا كان ابن العمة لام فاما اذا كان ابن عمة لاب وأم فهو أولى بجميع المال لانه ذو قرابتين وكذلك اذا كان ابن عمة لاب لان الادلاء بقرابة الاب وفى استحقاق بعض العصوبة يقدم قرابة الاب على قرابة الام فان ترك ثلاث بنات أخوال متفرقات أو ثلاث بنات خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات فالثلثان لبنات العمات ثم يترجح فى استحقاق ذلك ابنة العمة لاب وأم على الآخرين لما قلنا والثلث لبنات الخالات ثم يترجح فى استحقاق ذلك ابن الخالة لاب وأم وابنة الخال لاب وأم فتكون المقاسمة بينهما اثلاثا فى قول أبي يوسف الآخر على الابدان لابن الخالة الثلثان ولابنة الخال الثلث وعلى قول محمد على عكس ذلك فان كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقات فالمال كله لابنة العم لاب وأم لانها ولد عصبة فان لم تكن فلابنة العم لاب لانها عصبة فان لم تكن فحينئذ الثلثان لقوم الاب ويستحق ذلك ابنة العمة لاب وأم خاصة لان ابنة العمة لام وابنة العم لام سواء فى أن كل واحدة منهما ليست بولد عصبة ولا صاحبة فريضة فكما تترجح ابنة العمة لاب وأم على ابنة العمة لام فكذلك علي ابنة العم لام ولا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر لان الاستحقاق بالمدلى به وهو الاب والام وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرة العدد وهو سؤال أبي يوسف على محمد فى أولاد البنات فان هناك لو كان المدلى به هو المعتبر لما اختلفت القسمة بكثرة العدد وقلة العدد كما فى هذا الموضع الا أن الفرق بينهما لمحمد ان هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلي به حكما وهنا لا يتعدد

المدلى به حكما لانه انما يتعدد الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والعدد فى الاولاد من البنين والبنات يتحقق فيثبت التعدد فيهم حكما بتعدد الفروع فاما فى الاب والام لايتصور التعدد حقيقة فلا يثبت التعدد حكما بتعدد القرابات والله أعلم

فصل فى ميراث أعمام الام وعماتها وأخوال الام وخالاتها

(قال رحمه الله) فان ترك الميت خالة لام أو خالا لام فالميراث له ان لم يكن معه غيره لان الام وارثة له فخالها وخالتها بمنزلة خاله وخالته فى استحقاق الميراث وان تركهما جميعا فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا باعتبار الابدان لاستواء المدلى به فان ترك خالة الام وعمة الام فقد ذكر أبو سليمان من أصحابنا ان المال بينهم اثلاثا ثلثاه للعمة والثلث للخالة وذكر عيسى ابن أبان ان المال كله لعمة الام وذكر يحيى بن آدم ان المال كله لخالة الام فوجه رواية أبى سليمان ان فى توريث هذا النوع المدلى به أقيم مقام الميت فعمة الام بمنزلة عمة الميت وكذلك خالة الام بمنزلة خالة الميت فيكون للعمة الثلثان وللخالة الثلث ووجه قول عيسى أن عمة الام قرابتها من الام قرابة الاب وخالة الام قرابتها من الام قرابة الام والتوريث هنا لمعنى العصوبة فترجح قرابة الاب على قرابة الام وهكذا كان القياس فى عمة الميت وخالته وانما تركنا ذلك لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس فى معنى هذا فان هناك احداهما ولد عصبة والاخرى ولد صاحب فريضة وذلك لايوجد هنا فرجحنا قرابة الاب اعتبار الحقيقة العصوبة ووجه ما قال يحيى بن آدم ان خالة الام ولد صاحب فرض لانها ولد أم الام وهى صاحبة فرض وعمة الام ليست بولد صاحب فريضة ولا عصبة لانها ولد أب الام فلهذا كانت خالة الام أولى من عمة الام وعلي هذا لو ترك خال الام وخالة الام مع عمة الام ثم علي ظاهر الرواية يستوى أن يكون لهما قرابتان أو لاحداهما قرابتان وللاخرى قرابة واحدة لان اختلاف الجهة بينهما فى حق الام كاختلاف الجهة فى حق الميت فان ترك عمة الاب وعم الاب فالمال كله لعمة الاب ان كان لاب وأم أو لاب لانه عصبة وان كان لام فالمال بينهما اثلاثا على الابدان فى قول أبى يوسف الآخر وعلى المدلى به فى قوله الاول وهو قول محمد وان كان هناك عمة الاب وخالة الاب فعلى رواية أبى سليمان المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وعلى قول عيسى ويحيى المال كله لعمة الاب لانها ولد العصبة وهو أب الاب ولانها تدلى

بقرابة الاب وقرابة الاب فى معنى العصوبة مقدمة على قرابة الام فان اجتمع الفريقان يعنى عمة الاب وخالة الاب وعمة الام وخالة الام فلقوم الاباء الثلثان ولقوم الام الثلث ثم قسمة كل فريق بين كل فريق فى هـذا الفصـل كقسمة جميع المال فيما تقدم ولا يختلف الجواب فيكون أحدهما ذا قرابتين والآخر ذا قرابة واحدة فى القسمة عند اختلاف الجهة ولكن فى نصيب كل فريق يترجح ذو القرابتين على نحو ما بينا فى الفصل المتقدم والكلام فى أولاد هؤلاء بمنزلة الكلام فى آبائهم وانها تم ولكن عند انعدام الاصول فاما عند وجود أحد من الاصول فلا شئ للاولاد كما لا شئ لاحد من أولاد العمات والخالات عنـد بقاء عمة أو خالة للميت ويتصور فى هذا الجنس شخص له قرابتان بيانه فى امرأة لها أخ لام وأخت لاب فتزوج أخوها لام أختها لابيها فولد بينهما ولد ثم مات هذا الولد فهذه المرأة خالته لاب وهى أيضا عمتها لام ثم هذا الجواب فى هذا الفصل على الاختلاف الذى بيناه ذو قرابتين من بنات الاخوة وأولاد الاخوات والله تعالى أعلم بالصواب

باب الفاسد من الاجداد والجدات

(قال رضى الله عنه) إعلم بان الجد الفاسد من يتصل الى الميت بام والجدة الفاسدة من يدخل فى نسبتها الى الميت أب بين أمين والكلام فى هذا الباب فى فصلين أحدهما فى ترتيب التوريث بين هؤلاء والباقى فى ترتيب التوريث بينهم وبين غيرهم من ذوى الارحام فاما بيان الترتيب فيما بينهم فنقول من يكون أقرب منهم فهو أولى بالميراث والقرب بالبطن فمن يتصل الى الميت ببطن واحد فهو أقرب ممن يتصل ببطنين ومن يتصل ببطنين فهو أقرب ممن يتصل ببطون ثلاثة والجد الذى يتصل الى الميت ببطن واحد لا يكون الا واحدا وهو أب الام والذى يتصل ببطنين ثلاثة وهو أب أم الام وأب أب الام وأب أم الاب ولهم من الجدات الفاسدات واحدة وهى أم أب الام ثم لم يذكر محمد رحمه الله فى الفرائض من هذا الجنس الا مسئلة واحدة وهى أب أم الام وأب أم الاب وقال الميراث بينهما اثلاثا لاب أم الاب الثلثان ولاب أم الام الثلث وتقدم مسئلة أخرى فيها اختلاف وهى ما اذا ترك أب أم الام وأب أب الام فعلى قول أهل التنزيل على قياس قول علي وعبـد الله المال كله لاب أم الام لانه أقرب أيضا الا لصاحب العصبة لانك اذا أسقطت من نسبه بطنا يبقى أم الام وهى

صاحبة فرض واذا أسقطت من نسب الآخر بطنا يبقى أب الام وهو جد فاسد فلهذا كان الميراث كله لاب أم الام وعلى قول عيسى المال كله لاب أب الام لانه عصبة الام وهى صاحبة فرض فى حقه فانها أم أمه وهو ابن ابنها والآخر ليس بعصبة للام بل هو ابن ابنها والمعتبر هنا معنى العصوبة فاذا كان يترجح أحدهما بمعنى العصوبة فى نسبته الى أم الميت كان هو أولى باعتبار اقامة المدلى به مقام الميت وذكر أبو سليمان ان المال بينهما اثلاثا ثلثاه لاب أب الام وثلثه لاب أم الام لانا نعتبر فى القسمة أول من يقع به الخلاف ثم ينقل نصيب كل واحد منهما الى من يدلى به فاما اذا ترك أب أم الام وأب أم الاب فقد بينا ان فى ظاهر الرواية المال بينهما اثلاثا اعتبارا بالمدلى به فان أب أم الاب يدلى بالاب والاخرى تدلي بالام فكانه ترك أبا وأما وعلى قول أهل التنزيل المال بينهما نصفان لانهما استويا فى الاتصال بصاحب الفريضة فانك اذا أسقطت بطنا من أب أم الاب تبقى أم الاب واذا أسقطت بطنا من نسب الآخر تبقى أم الام وبينهما مساواة فى الفرضية وعلى قول عيسى المال كله لاب أم الاب لان اتصاله بقرابة الاب واتصال الآخر بقرابة الام والاستحقاق بطريق العصوبة والعصوبة انما تثبت بقرابة الاب دون قرابة الام وان ترك أب أب الام وأب أم الاب فعلى قياس قول محمد رحمه الله المال بينهما اثلاثا لان أب أب الام يدلى بالام وأب أم الاب تدلى بالاب وعلى قول أهل التنزيل المال كله لاب أم الاب لانه أقرب اتصالا بصاحب الفريضة فانك اذا أسقطت من نسبه بطنا تبقى أم الاب وهى جدة صحيحة وفى حق الآخر يبقى أب الام وهو جد فاسد واختلفت المشايخ على قول عيسى فمنهم من يقول المال كله لاب أب الام لانه عصبة الام وهى صاحبة فريضة فى حقه ولا يوجد ذلك فى حق الآخر والاصح ان عنده المال كله لاب أم الاب لان اتصاله بالميت بقرابة الاب وفى استحقاق العصوبة لامزاحمة بين قرابة الام وبين قرابة الاب وانما تعتبر الام في العصوبة فى النسبة الى الميت لانه يتعذر اعتبار معنى العصوبة فى النسبة الى الميت فأما هنا اختلفت الجهة فانما تعتبر العصوبة فى النسبة الى الميت فكان من يدلى اليه بقرابة الام أولى بالمال فان ترك أب أم الام وأب أب الام فقد ذكر أبو سليمان ان المال يقسم بينهم اثلاثا الثلثان لاب أم الاب لانه يدلى بالاب والآخران يدليان بالام فقاما مقام الام ثم الثلث الذى أصاب اللذين يدليان بالام يقسم بينهما اثلاثا ثلث ذلك لاب أب الام وثلث ذلك لاب أم الام وهذا صحيح على أصل محمد فى اعتبار

أول من يقع به الخلاف فى القسمة فاما على قول أهل التنزيل فاب أب الام ساقط لانه يسقط مع أحد الابوين كما بينا فهما أولى ويكون المال بين أب أم الاب وأب أم الام نصفين وعلى قول عيسي أب أم الام ساقط لانه سقط باب أب الام اذا انفرد فاذا كان معه غيره أولى فاذا سقط هو يبقى أب أب الام وأب أم الاب وفيه اختلاف المشايخ كما بينا فان ترك مع هؤلاء الثلاثة جدة فاسدة كجدتهم أم أب الام فعلى قول أهل التنزيل وقول عيسى هذا وماسبق سواء وهذه الجدة تسقط فاما على ماذكره أبو سليمان عن محمد رحمه الله فلاب أم الاب الثلثان ومن الثلث الباقى ثلثه لاب أم الام وثلثاه بين أب أب الام وبين أب أم الاب اثلاثا لان المدلى بهما فى حقهما الاب وانما اختلفت أبدانهما فتقسم تلك الحصة بينهما على الابدان اثلاثا فان ترك أب أم الاب وأب أم أب الاب فعلى قول أهل القرابة المال كله لاب أم الاب لانه أقرب بدرجة وعلى قول أهل التنزيل على قياس قول على رضى الله عنه الجواب كذلك فاما على قياس قول عبد الله المال بينهما نصفان لان مذهبه ان البعدى من الجدات الصحيحات تستوى بالقربى اذا لم تكن البعدى أم القربى فكذلك فى الفاسد من الاجداد والجدات فاذا أسقطت من نسب كل واحدة منهما بطنا يبقى صاحبة فرض وهى أم الاب وأم أب الاب بينهما فى الفرضية مساواة عند عبد الله فكذلك هنا فان ترك أم أب أم الام وأم أم أب الام فعلى قول أهل التنزيل المال كله لام أب أم الام لانها أقرب اتصالا بصاحب الفريضة فانك اذا أسقطت من نسبها بطنين يبقى أم الام فاذا أسقطت من نسب الاخرى بطنين يبقى بطنان وهو جد فاسد وعلى قول عيسى المال كله لام أم أب الام اقامة للام مقام الميت فيكون اتصال هذه بالام باعتبار قرابة الاب واتصال الاخرى بالام بقرابة الام واستحقاق العصوبة بالاب فلهذا كان المال لها فان ترك أب أم أب الاب وأب أب أم الاب فعلى قول أهل التنزيل المال كله لاب أم أب الاب لانك اذا أسقطت من نسبه بطنا يبقى أم أب الاب وهى صاحبة فرض واذا أسقطت من نسب الآخر بطنا يبقى أب أم الاب وهو جد فاسد وكذلك على قول عيسى لانه يقيم الاب المدلى به مقام الميت ثم اتصال أب أم الاب بقرابة الاب واتصال الاخر به بقرابة الام فيكون هو أحق بجميع المال وعلى قياس قول محمد ينبغى أن يكون المال بينهما اثلاثا ثلثاه لاب أم أب الاب وثلثه لاب أب أم الاب اعتبارا لاول من يقع به الخلاف وفى المسئلة الاولى كذلك الثلثان لام أم أب الام والثلث لام أب أم الام

فاما بيان الترتيب بين هؤلاء وغيرهم من ذوى الارحام فنقول اذا ترك أب الام ومعه أولاد البنات فقد بينا اختلاف الروايات فيه وان كان معه أولاد الاخوات وبنات الاخوة فقد بينا الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فان كان معه الخال والخالة فالمال كله لاب الام بالاتفاق بين أهل القرابة لان أب الام اتصاله بالام بالابوة واتصال الخالة بالام بالاختية واتصال الخال بالاخوة والابوة تقدم فى الاستحقاق على الاخوة ولان الخالة أو الخال يتصلان بالميت بأب الام وقد بينا ان من يتصل الى الميت بغيره لا يزاحمه فى الاستحقاق بطريق العصوبة وكذلك ان كان مع أب الام العم فهو أولى من العمة فى درجة الخالة وقد بينا ان أب الام مقدم على الخالة فكذلك على العمة ولان الفاسد معتبر بالصحيح لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا والجد أب الاب مقدم علي العم فى حقيقة العصوبة فكذلك الجد أب الام يكون مقدما على العمة فان ترك أب أب الام ومعه عمة أو خالة فعندنا العمة والخالة أولى بالميراث لانها أقرب وذكر أبو عبيد ان علي قول أهل التنزيل اذا كان مع أب أب الام العمة فالعمة أولى وان كان معه الخالة فعلى قياس قول أبي بكر أب أب الام أولى بمنزلة الجد والاخت لانهما يدليان بأب الام وعلي قياس قول على وعبد الله وزيد المال بينهما اثلاثا بمنزلة الجد مع الاخت وقال عيسى العمة أولى من أب أب الام لانها أقرب ولان قرابتها قرابة الاب وفى العصوبة تقدم قرابة الاب فاما الخالة ان كانت مع أب أب الام فاب أب الام أولى لانا نقيم الام مقام الميت فان اتصالهما جميعا بالميت بالام ثم أب الاب فى العصوبة مقدم علي الاخت والاستحقاق بمعنى العصوبة فلهذا قدم أب أب الام علي الخالة والله أعلم بالصواب .

باب الحرق والغرق

(قال رحمه الله) اتفق أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فى الغرق والحرق اذا لم يعلم أيهم مات أولا انه لا يرث بعضهم من بعض وانما يجعل ميراث كل واحد منهم لورثته الاحياء به قضى زيد فى قتلي اليمامة حين بعثه أبو بكر لقسمة ميراثهم وبه قضى زيد فى الذين هلكوا فى طاعون عمواس حين بعثه عمر رضى الله عنه لقسمة ميراثهم وبه قضي زيد فى قتلى الحرة وهكذا نقل عن على رضي الله عنه انه قضى به فى قتلي الجمل وصفين وهو قول عمر بن عبد العزيز وبه أخذ جمهور الفقهاء وقد روى عن على وعبد الله بن مسعود

رضي الله عنـه في رواية أخرى أن بعضهم يرث من بعض الا فيما ورث كل واحد منهم من صاحبه ولم يأخذ بهذه الرواية أحد من الفقهاء وجه هذه الرواية أن سبب استحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه معلوم وسبب الحرمان مشكوك فيه لان سبب الاستحقاق حياته بعد موت صاحبه وقد عرفنا حياته بيقين فيجب التمسك به حتى يأتى بيقين آخر وسبب الحرمان موته قبل موته وذلك مشكوك فيه فلا يثبت الحرمان بالشك الا فيما ورث كل واحد منهما من صاحبه لاجـل الضرورة لانا حين أعطينا أحدهما ميراث صاحبه فقد حكمنا بحياته فيما ورث من صاحبه ومن ضرورته الحكم بموت صاحبه قبله ولكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وانما تحققت هذه الضرورة فيما ورث كل واحـد منهما من صاحبه ففيما سوى ذلك يتمسك بالاصل فان هذا أصل كثير في الفقه أن اليقين لا يزال بالشك كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو عكس ذلك فأما وجه القول الآخر ان سبب استحقاق كل واحد منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينا والاستحقاق ينبني على السبب فما لم يتيقن السبب لا يثبت الاستحقاق لان في الفقه أصـل كثير ان الاستحقاق بالشك لا يثبت وبيانه ان سبب الاستحقاق بقاؤه حيا بعد موت مورثه ولا يعلم هذا يقينا وانما نعرفه بطريق الظاهر واستصحاب الحال لان ما عرف ثبوته فالظاهر بقاؤه ولكن هـذا البقاء لانعدام دليل المزيل لا لوجود المبقي فانما يعتبر في بقاء ما كان على ما كان لا في استحقاق ما لم يكن كحياة المفقود يجعـل ثابتا في نفي التوريث عنه ولا يجعل ثابتا في استحقاق الميراث عن مورثه وبهذا الطريق لا يرث كل واحـد منهما من صاحبه ما يرثه عنه فكذلك سائر الاموال وهذا لان الارث يثبت بسبب لا يحتمل التحرى فاذا تعذر اثباته في البعض يتعذر اثباته في الكل ولا وجه لاعتبار الاحوال هنا لان ذلك انما يكون عند التيقن بسبب الاستحقاق وسبب الحرمان والتردد فيما بين الاشخاص كطلاق المتهم في احدى نسائه اذا لم يدخل بهن فان سبب الارث لبعضهن معلوم وهو النكاح وسبب الحرمان لبعضهن معلوم وهو عدم النكاح فتعتبر الاحوال للتردد بينهن بعـد التيقن بأصل السبب ولا تيقن هنا بسبب الاستحقاق فلا معنى لاعتبار الاحوال * يوضحه أن المقضى له والمقضى عليه هنا مجهول واعتبار الاحوال انما يكون اذا كانت الجهالة في احدى الجانبين اما في جانب المقضى له أو في جانب المقضى عليه فأما عند وقوع الجهالة فيهما لا يجوز القضاء أصـلا ثم يجعل كأنهما ماتا جميعا لان اسناد موت كل

واحد منهما الي الوقت الذي يمكن اضافة موت الآخر اليه ولا وجه لاثبات تاريخ بين المورثين من غير دليل وكذلك اذا علم أن أحدهما مات أو لا ولا يدرى أيهما لتحقق التعارض بينهما فيجعل كأنهما ماتا معا اذا عرفنا هذا فنقول اخوان لاب وأم أو لاب غرقا وترك كل واحد منهما ابنة فميراث كل واحد منهما لابنته بالفرض والرد فان مات الاب والابن تحت هدم أو غرقا أو احترقا أو ترك الاب أبا وابنة وامرأة ولم يترك الابن أحدا غير هؤلاء فنقول أما ميراث الاب فلزوجته منه الثمن ولابنته النصف والباقي للاب وأما ميراث الابن فان كانت امرأة الاب أم هذا الابن فانما ترك الابن أما وجدا وأختا وهي مسئلة الحرقى وقد بيناها في باب الجد وان لم تكن المرأة أم الابن فانما ترك الابن جدا وأختا فعلى قول الصديق ميراثه للجد وعند علي وعبد الله وزيد بين الجد والاخت بالمقاسمة أثلاثا فان ترك الابن بنتا فنقول أما ميراث الاب فالاب انما ترك في الحاصل امرأة وابنة وابنة ابن وأبا فللمرأة الثمن وللابنة النصف ولابنة الابن السدس والباقي للاب بالفرض والعصوبة وأما ميراث الابن فان كانت امرأة الاب أم الابن فانما ترك ابنة وأما وجدا وأختا فللام السدس وللابنة النصف والباقي للجد في قول الصديق وفي قول علي للجد السدس والباقي للاخت وفي قول زيد الباقي بين الجد والاخت بالمقاسمة أثلاثا وفي قول عبد الله الباقي بين الجد والاخت نصفين فان غرق رجل وابنته وترك الرجل أبا وأختا وامرأة وتركت الابنة زوجا فنقول أما ميراث الاب فلامرأته الثمن وللابنة النصف والباقي للاب وأما ميراث الابنة فان كانت امرأة الاب أمها فانما تركت زوجا وأما وجدا وأختا وهي مسئلة الاكدرية وقد بيناها وان لم تكن أمها فانما تركت زوجا وأختا وجدا فللزوج النصف والباقي للجد في قول الصديق وفي قول علي وعبد الله وزيد الباقي بينهما بالمقاسمة أثلاثا وأما بيان الرواية الاخرى عن عليّ في مسئلة الحرقى والغرقى فنقول اخوان غرقا وترك كل واحد منهما أما وابنة ومولى وترك كل واحد منهما تسعين دينارا فتركة الاكبر منهما للام السدس منها خمسة عشر دينارا وللابنة خمسة وأربعون دينارا ولاخيه ما بقي وذلك ثلاثون وكذلك يقسم تركة الاصغر ثم بقي من تركة كل واحد منهما ثلاثون دينارا وهو ما ورث كل واحد منهما من صاحبه فلامه من ذلك السدس خمسة دنانير ولابنته النصف خمسة عشر دينارا والباقي للمولى بالعصوبة لان كل واحد منهما لا يرث من صاحبه مما ورث صاحبه منه وهذا بيان التخريج والله أعلم بالصواب

باب مواريث أهل الكفر

(قال رضي الله عنه) اعلم بأن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالاسباب التى يتوارث بمثلها المسلمون فيما بينهم وقد يتحقق فيما بينهم جهات للارث لا يرث بها المسلمون من نسب أو سبب أو نكاح ولا خلاف أنهم لا يتوارثون بالانكحة التى لا تصح فيما بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بنسب أو رضاع ونكاح المطلقة ثلاثا قبل زوج آخر ويختلفون فى التوارث بحكم النكاح فى العدة والنكاح بغير شهود فقال زفر لا يتوارثون بهما وقال أبو حنيفة رحمه الله يتوارثون بهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يتوارثون بالنكاح بغير شهود ولا يتوارثون بالنكاح فى العدة وهو بناء على اختلافهم فى تقريرهم على هذه الانكحة اذا أسلموا وقد بينا ذلك فى كتاب النكاح ثم لا خلاف ان الكافر لا يرث المسلم بحال وكذلك لا يرث المسلم الكافر فى قول أكثر الصحابة وهو مذهب الفقهاء وروى عن معاذ ومعاوية رضى الله عنهما قالا يرث المسلم الكافر لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلي وفى الارث نوع ولاية للوارث على المورث فلعلو حال الاسلام لا تثبت هذه الولاية للكافر على المسلم وتثبت للمسلم على الكافر ولان الارث يستحق بالسبب العام تارة وبالسبب الخاص أخرى ثم بالسبب العام يرث المسلم الكافر فان الذمى الذى لا وارث له فى دار الاسلام يرثه المسلمون ولا يرث المسلم الكافر بالسبب العام بحال فكذلك بالسبب الخاص والدليل عليه المرتد فانه يرثه المسلم ولا يرث المرتد من المسلم بحال والمرتد كافر فيعتبر به غيره من الكفار وقال عليه السلام الاسلام يزيد ولا ينقص يعنى يزيد فى حق من أسلم ولا ينقص شيأ من حقه وقد كان مستحقا للارث من قريبه الكافر قبل أن يسلم فلو صار بعد اسلامه محروما من ذلك لنقص اسلامه من حقه وذلك لا يجوز وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام لا يتوارث أهل ملتين بشئ لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم والكلام من حيث الاستدلال أن الله تعالى قال والذين كفروا بعضهم أولياء بعض هذا بيان نفى الولاية من الكفار والمسلمين فان كان المراد به الارث فهو اشارة الى أنه لا يرث المسلم الكافر وان كان المراد به مطلق الولاية فقد بينا أن فى الارث معنى الولاية لانه يخلف المورث فى ماله ملكا ويدا وتصرفا ومع اختلاف الدين لا تثبت الولاية لاحدهما على الآخر ألا ترى أنه تبقى الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر حتى كانت الهجرة فريضة فقال والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا

فدل ذلك على نفي الولاية بين الكفار والمسلمين بطريق الاولى وهو الكلام من حيث المعنى فان الارث نوع ولاية فالسبب الخاص كما لا يوجب الولاية للكافر على المسلم لا يثبت للمسلم على الكافر يعني ولاية التزويج بسبب القرابة وولاية التصرف فى المال وبه فارق التوريث بالسبب العام فان الاولوية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة والسلطنة ولا تثبت للكافر على المسلم بحال فكذلك التوريث وهذا بخلاف المرتد فالارث للمسلم منه يستند الى حال اسلامه ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه انه يورث عنه كسب اسلامه ولا يورث عنه كسب الردة ولهذا لا يرث هو من المسلم لانه لا يتحقق معنى الاستناد فى جانبه أولا يرث هو عقوبة له على ردته كما لا يرث القاتل بغير حق من المقتول شيأ ثم المرتد غير مقر على ما اعتقده بل هو مجبر على العود الى الاسلام فيبقى حكم الاسلام فى حقه فيرثه وارثه المسلم باعتبار هذا المعنى ولا يرث هو من أحد شيأ لان حكم الاسلام انما يعتبر فى حقه فيما لا ينتفع هو به دون ماينتفع به والمراد بقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى العلو من حيث الحجة أو من حيث القهر والغلبة فيكون المراد ان النصرة فى العاقبة للمؤمنين وأما الحديث الآخر قلنا عندنا نفي التوريث يكون محالا به على كفر الكافر لانه خبيث ليس من أهل أن يجعل المسلم خلفا له فلا يكون هذا النقصان محالا به على اسلام المسلم كالزوج اذا أسلم وامرأته مجوسية يفرق بينهما لانها خبيثة ليست من أهل أن يستفرشها المسلم الا أن يكون اسلامه مبطلا ملكه ثم أهل الكفر يتوارثون فيما بينهم وان اختلفت مللهم فاليهودى يرث من النصرانى والنصرانى من المجوسى والمجوسي منهما عندنا وهكذا ذكر المزنى فى المختصر عن الشافعى وروى بعض أصحاب الشافعى انهم لا يتوارثون الا عند اتفاق الاعتقاد وهكذا رواه ابن القاسم عن مالك وقال ابن أبى ليلي اليهود والنصارى يتوارثون بينهم ولا يرثهما المجوسى ولا يرثان من المجوسى شيأ فمن قال لا يتوارثون استدل بقوله عليه السلام لا يتوارث أهل ملتين بشئ وهم أهل ملل مختلفة بدليل قوله تعالى والذين هادوا والنصارى وانما يعطف الشئ على غيره لا على بعضه فكما ان عطف اليهود على المسلمين دليل على انهم أهل ملتين فكذلك عطف النصارى على اليهود قال الله تعالى ولن ترضي عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم ومعلوم ان اليهود لا ترضى الا بان يتبع اليهودية معهم والنصارى كذلك فعرفنا ان لكل واحد من الفريقين ملة على حدة ولان النصارى يقرون بنبوة عيسى عليه السلام والانجيل واليهود يجحدون ذلك فكان ملة كل

واحد منهما غير ملة الآخر كالمسلمين مع النصارى فان المسلمين يقرون برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وبالقرآن فكانت ملتهم غير ملة النصارى وبه فارقوا أهل الاهواء لانهم يتفقون على الاقرار بالرسل والكتب وانما الاختلاف بينهم فى تأويل الكتاب والسنة فلا يوجب ذلك اختلافا فى الملة فيما بينهم وقد يوجد مثل ذلك فيما بين النصارى كالنسطورية والملكانية واليعقوبية وفيما بين اليهود أيضا كالفرعية والسامرية وغير ذلك وأما ابن أبى ليلى فقال ان اليهود والنصارى اتفقوا على دعوى التوحيد وانما اختلفت نحلهم فى ذلك واتفقوا على الاقرار بنبوة موسى عليه السلام والتوراة بخلاف المجوس فانهم لايدعون التوحيد وانما يدعون الاثنين يزدان وأهرمن ولا يقرون بنبوة موسى ولا بكتاب منزل ولا يوافقهم اليهود والنصارى على ذلك فكانوا أهل ملتين والدليل عليه حل الذبيحة والمناكحة فان اليهود والنصاري فى ذلك كشيء واحد بخلاف المجوس وحجتنا فى ذلك ان الله تعالي جعل الدين دينين الحق والباطل فقال الله عز وجل لكم دينكم ولى دين وجعل الناس فريقين فقال فريق فى الجنة وهم المؤمنون وفريق فى السعير وهم الكفار باجمعهم وجعل الخصم خصمين فقال جل جلاله هذان خصمان اختصموا فى ربهم يعنى الكفار أجمع مع المؤمنين والدليل عليه انا نسلم انهم فيما بينهم أهل ملل فيما يعتقدون ولكن عند مقابلتهم بالمسلمين أهل ملة واحدة لان المسلمين يقرون برسالة محمد صلي الله عليه وسلم وبالقرآن وهم ينكرون ذلك باجمعهم وبه كفروا فكانوا فى حق المسلمين أهل ملة واحدة فى الشرك وان اختلفت نحلهم فيما بينهم وكذلك من يعبد منهم صنما ومن يعبد صنما آخر ويكفر كل واحد منهم صاحبه فهم أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم فكذلك الكفار باجمعهم وكانوا فى هذا كأهل الاهواء من المسلمين وفى قوله عليه السلام لايتوارث أهل ملتين اشارة الى ما بينا فانه فسر الملتين بقوله لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ففى تنصيصه على الوصف العام فى موضع التفسير بيان انهم فى حكم التوريث أهل ملة واحدة وحل الذبيحة والمناكحة لايقوى الاستدلال بها فان المسلمين مع اليهود والنصارى استووا فى حكم حل الذبيحة والمناكحة ثم لم يكن دليل على اتفاق الملة بينهم فكذلك اختلاف المجوس مع أهل الكتاب فى حل الذبيحة والمناكحة لايكون دليلا علي اختلاف الملة فيما بينهم وكان المعنى فيه ان شرط حل الذبيحة تسمية الله تعالى على الخلوص والكتابى من أهل ذلك لانهم يظهرون دعوى التوحيد وان كانوا يضمرون فى ذلك بعض الشرك فلتحقق وجود الشرط

فى حقهم حلت ذبائحهم بخلاف المجوس فانهم لا يدعون التوحيد فلا تصح منهم تسمية الله تعالي علي الخلوص وهو شرط الحل ثم ينقطع التوارث فيما بينهم بسبب اختلاف الدار حقيقة وحكما حتى أن الذمى اذا مات لا يرثه قرابته من أهـل الحرب وكذلك لا يرث هو قريبه الحربى لان الذمى من أهل دار الاسلام وبتباين الدار تنقطع العصمة (ألا ترى) أن عصمة النكاح تنقطع بتباين الدارين حقيقة وحكما فكذلك تنقطع الولاية فينقطع التوارث أيضا باعتبار أن من مات فى دار الحرب يجعل فى حق من هو من أهـل دار الاسـلام كالميت وكذلك المستأمن فى دار الاسلام لا يجري التوارث بينه وبين الذمى لانه وان كان وارثا حقيقة فهو من أهل الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يترك ليستديم المقام في دار الاسلام ولهذا لا تبين منه زوجته التى فى دار الحرب ويجرى التوارث بين هذا المستأمن وبين أقاربه من أهل دار الحرب لهذا المعنى حتي اذا مات يوقف ماله حتى يأتى دارنا فيأخذه لانا أعطيناه الامان فى ماله ونفسه فبعد موته يبقي حكم الامان فى ماله لحقه لا لحق ورثته التى فى دار الحرب لانا اتصال ماله الي ورثته من حقه فيمنع ذلك صرف ماله الى بيت المال بخلاف الذمي اذا مات ولا وارث له من أهل الذمة فان أهل الحرب لا يرثونه شيأ ومال الميت الذى لا وراث له يصرف الى بيت المال كالمسلم الذى لا وارث له اذا مات وأهل الحرب فيما بينهم لا يتوارثون اذا اختلفت منعتهم وملكهم بخلاف المسلمين فان أهـل العدل مع أهل العدل يتوارثون فيما بينهم لان دار الاسلام دار أحكام فباختلاف المنعة والملك لا تتباين الدار فيما بين المسلمين لان حكم الاسلام يجمعهم فاما دار الحرب ليست بدار أحكام ولكن دار قهر فباختلاف المنعة والملك تختلف الدار فيما بينهم وبتباين الدار ينقطع التوارث وكذلك اذا خرجوا الينا بامان لانهم من أهل دار الحرب وان كانوا مستأمنين فينا فيجعل كل واحد فى الحكم كانه فى منعة ملكه الذى خرج منها بامان بخلاف ما اذا صاروا ذمة فانهم صاروا من أهل دار الاسلام فيتوارثون فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا فانه يجوز التوارث بينهم وان اختلفت منعتهم فى حالة الكفر والله أعلم بالصواب

فصل فى ميراث المجوس

(قال عمر وعلى رضى الله عنهما) فى المجوسى اذا كان له قرابتان فانه يستحق الميراث

بهما ويكون اجتماع القرابتين فى شخص واحد كافتراقهما فى شخصين وهو قول علمائنا رحمهم الله وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول لا يرث الواحد بالقرابتين وانما يرث بالاقرب منهما وهكذا يرويه بعض الرواة عن زيد فان خارجة بن زيد يروي عن أبيه مثل هذا والفرضيون اتفقوا على أن هذه الرواية لا تصح عن زيد وقد حفظت الرواية عنه فى ثلاثة أعمام أحدهم أخ لام أن الاخ لام السدس بالاخوة والباقى بينهم اثلاثا بالعمومة وانما يتصور هذا فى حق المجوسى بان يكون للمجوسى ثلاثة بنين للابن الاكبر منهم امرأة فولدله منها ولد ثم مات الاكبر فتزوجها المجوسي فولد له منها ولد ثم مات المجوسى ثم مات الولد الاكبر فقد ترك ثلاثة أعمام أحدهم أخ لام وقد ورثه زيد رضى الله عنه بالسببين جميعا فعرفنا ان مذهبه كمذهب عمر وعلى رضى الله عنهم ومن العلماء من قال انما يرث أوفر النصيبين ومنهم من قال انما يرث بالسبب الذى يتحقق مثله فيما بين المسلمين دون السبب الذى لا يتحقق مثله فيما بين المسلمين وجه قول من اختار قول ابن مسعود ان توريثه بالسببين يؤدى الى أن يستحق شخص واحد فرضين مختلفين وذلك لا يجوز (ألا ترى) ان الاخت لاب وأم مع الاخت لاب لا ترث فرضين بالاختية لام وبالاختية لاب وكذلك الجدة لا ترث فرضين ان كانت جدة من جهتين على ما بينا من أصل أبي يوسف فاذا كان هذا لا يثبت فيما بين المسلمين مع تحقق السببين فكذلك فيما بينهم بخلاف ابن العم الذى هو أخ لام أو زوج لان هناك انما يجمع له بين الفرضية والعصوبة وذلك لا يستقيم كالاب مع الابنة يكون صاحب فرض وعصبة وانما لا يجوز الجمع بين الفرضين لان الله تعالى بين نصيب كل صاحب فريضة ففى الجمع بين الفرضين زيادة على ذلك بالسبب الذى ثبت به فريضته نصا وذلك لا يجوز ثم هذا يؤدى الى أن يكون المرء حاجبا نفسه وذلك ممتنع فانه اذا تزوج المجوسى ابنته فولد له ولد وللمجوسى ابنة أخرى ثم مات المجوسى ثم مات هذا الولد فقد مات عن أم هى أخته لابيه وعن أخت أخرى لاب فلو اعتبرنا السببين فى حق شخص واحد لكان للام السدس بالفريضة فتكون حاجبة نفسها من الثلث الي السدس وذلك لا يجوز * اذا عرفنا هذا فنقول لما تعذر توريثه بالسببين رجحنا الاقرب منهما لان الارث ينبنى على القرب فيقدم الاقرب من الاسباب على أبعدها ومن قال يرث أوفر النصيبين قال الاقل يدخل فى الاكثر ومن قال يرث بالسبب الذي يتحقق به التوارث بين المسلمين قال ان هذا السبب ثابت على

الاطلاق فى حقهم وفى حق المسلمين فلا يعارضه السبب الذى لا يكون ثابتا فيما بين أهل الاسلام (ألا ترى) انهم لا يتوارثون بالانكحة التى لا تتحقق فيما بين المسلمين كنكاح المحارم وان كان لتلك الانكحة فيما بينهم حكم الصحة حتى يتعلق بها استحقاق النفقة ولا يسقط الاحصان باعتبارها وحجتنا فى ذلك قوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف وقال عز وجل وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس والله تعالى جعل سبب الاستحقاق الوصف الذى نص عليه من البنتية والاختية وقد تحقق اجتماع هذين الوصفين فى شخص واحد حقيقة وحكما فيثبت له الاستحقاق بهما بمنزلة مالو تفرق ذلك فى شخصين (ألا ترى) ان ابن العم اذا كان زوجا وأخا لام فانه يرث بالسببين جميعا ولا معنى للفرق الذى قالوا فان الاستحقاق بالعصوبة يزيد فى فريضة شخص هو صاحب فرض كما ان الاستحقاق بالفرضية يزيد فى ذلك ثم لما جاز أن يستحق بالفرضية والعصوبة لاجتماع السببين فى حقه فكذلك يجوز أن يستحق بالفرضية باعتبار السببين لما اجتمعا فى حقه بخلاف الاخت لاب وأم مع الاخت لاب فهناك ما اجتمع سببان لان السبب الاختية وبقرابة الام يتقوى هذا السبب ولا يتعدد وكذلك الجدة فالاستحقاق بهذا الاسم وهو انها جدة لا يزداد ذلك فى حق من كانت جدة من جهتين فاما هنا الاستحقاق بالبنتية والاختية والامية وهذه الاسباب مختلفة سواء اجتمعت فى شخص واحد أو افترقت فى أشخاص ولا أثر لكونه شخصا فى الاستحقاق باتحاد الشخص لاختلاف الاشخاص فى الاستحقاق بهذه الاسباب فاما الانكحة فنقول ان تلك الانكحة ليست بثابتة فى حكم الاسلام على الاطلاق (ألا ترى) انه لا بقاء لها بعد الاسلام بحال بخلاف الانساب فانها ثابتة بحكم الاسلام حتى انها تبقى بعد الاسلام ولا تنقطع والدليل عليه ان استحقاق الارث لا يكون بنفس النكاح بل بنكاح صحيح مطلقا ينتهى بالموت ونكاح ذوات المحارم فيما بينهم ليس بهذه الصفة فأما النسب يستحق بها الميراث سواء كان نسبه فى الاصل حراما أو حلالا (ألا ترى) ان النسب اذا ثبت بنكاح فاسد أو وطء بشبهة يستحق به التوارث يوضحه ان لتلك الانكحة حكم الصحة باعتبار اعتقادهم واعتقادهم معتبر فيما يكون دافعا عنهم لا فيما يكون ملزما بغيرهم وفى الارث الاستحقاق يثبت ابتداء بطريق الصلة فاعتقادهم لا يصلح حجة فى ذلك بخلاف بقاء الاحصان والنفقة فكان ذلك فى معنى الدفع عنهم وقد قررنا هذا الفرق فى كتاب النكاح اذا عرفنا هذا جئنا الى بيان المسائل فنقول مجوسى

مات عن أم وابنة هي أخته لام وصورته فيما اذا تزوج المجوسى أمه فولدت له بنتا ثم مات المجوسى فقد مات عن أم هي زوجته وعن بنت هي أخته لامه فلا ترث الام بالزوجية شيأ ولا الابنة بالاختية لام لان الاخت للام لا ترث مع الابنة ولكن للام السدس باعتبار الامومة وللابنة النصف والباقى للعصبة فان لم يكن له عصبة فالباقى رد عليهما ارباعا ولو ان مجوسيا تزوج أمه فولدت ابنا وابنة ثم فارقها فتزوجها ابنه فولدت له بنتا ثم مات المجوسى فقد مات عن أم وعن ابن وابنة وابنة ابن فيكون للام السدس باعتبار الامية والباقى بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ لابنة الابن فان مات الابن فانما مات الابن عن زوجة هي جدته أم ابنه وهي أمه وعن ابنة هي أخته لامه وعن أخت لاب وأم فلا شئ للام بالزوجية ولا بكونها جدة لان الجدة لا ترث مع الام ولكن لها السدس بالامية وللابنة النصف بالبنتية ولا شئ لها بالاختية لام وللاخت ما بقى بالعصوبة فان لم يمت الابن ولكن ماتت الابنة الكبرى فقد ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن أخ لاب وأم وعن ابنة أخ هي أختها لامها فللام السدس بالامية لان معها أخ لاب وأم وأخت لام وهما يردان الام من الثلث الى السدس ولابنة الاخ السدس بالاختية لام والباقى للاخ لاب وأم بالعصوبة وان كانت الابنة الصغرى هي التى ماتت فانما ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن عمة هي أختها لامها وعن أب هو أخوها لامها فللام السدس لان معها أخ وأخت لام والباقى للاب لان الاخوة والاخوات لا يرثون شيأ مع الاب ولا شئ للابن بالزوجية ولكن المال بين الابن والبنتين للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للذكر باعتبار انه ابن الابن ولا للانثى باعتبار انها ابنة الابن * مجوسى تزوج أمه فولدت له ابنتين فتزوج احدى ابنتيه فولدت له ابنة ثم مات المجوسى فقد مات عن أم هي زوجته وعن ثلاثة بنات احداهن زوجته وابنتان هما أختاه لامه واحداهن ابنة ابنته فلا شئ للام بالزوجية ولها السدس بالامية وللبنات الثلثان بالبنتية ولا شئ للزوجة منهن بالزوجية ولا للاختين بالاختية ولا للثالثة بكونها ابنة ابنته ولكن الباقى للعصبة فان لم تكن فهو رد على الام والبنات على مقدار حقهن فان ماتت الام بعد ذلك فقد ماتت عن ابنتى صلب وابنة ابن فيكون المال للابنتين بالفرض والرد فان ماتت بعدها الابنة التى هي زوجته فقد ماتت عن ابنة وأخت لاب وأم فللابنة النصف والباقى للاخت بالعصوبة وان لم تمت هذه ولكن ماتت الابنة السفلى فانها ماتت عن أم هي أختها لابيها

وعن أخت لاب أيضا فيكون للام السدس بالامية وللاختين الثلثان بالاختية والباقى للعصبة
• مجوسى تزوج ابنته فولدت له ابنتين فمات المجوسى ثم ماتت احدى الابنتين فانما ماتت عن أم هى أخت لاب وعن أخت لاب وأم أيضا فذكر فى بعض النسخ أن للام السدس بالامية وللاخت لاب وأم النصف وللام السدس بالاختية لانا لما اعتبرنا الاختية لاب التى وجدت فى الام لاستحقاق السدس بها صار ذلك كالموجود فى شخص آخر فانما تركت أختين وهما يحجبان الام من الثلث الى السدس وفى بعض النسخ قال للام الثلث بالاختية وللاخت لاب وأم النصف وللام السدس بالاختية لاب لان صفة الاختية لاب موجودة فى الام وهى لا تكون حاجبة نفسها فانما تعتبر القرابة التي فيها للاستحقاق لا للحجب واذا لم يعتبر ذلك فانما بقي أخت لاب وأم والاخت الواحدة لا تحجب الام من الثلث الى السدس والاول أصح لما بينا أن صفة الاختية الموجودة فيها لما اعتبرت للاستحقاق كانت معتبرة للحجب أيضا بمنزلة الموجود فى شخص آخر وما كان من هذا الجنس فطريق تخريجه ما بينا

﴿ فصل ﴾ فى ميراث المرتد المرتد اذا قتل أو مات أولحق بدار الحرب فما اكتسبه فى حال اسلامه فهو ميراث لورثته المسلمين ترث زوجته من ذلك اذا كانت مسلمة ومات المرتد وهى فى العدة فأما اذا انقضت عدتها قبل موت المرتد أو لم يكن دخل بها فلا ميراث لها منه بمنزلة امرأة الفار انما ترث اذا مات الزوج وهى فى العدة وان كانت قد ارتدت معه لم يكن لها منه ميراث كما لا يرثه أقاربه من المرتدين لما بينا أن المرتد ليس من أهل الولاية فلا يرث أحدا ولانه جان بالردة وهذه صلة شرعية فالجانى على حق الشرع يحرم هذه الصلة عقوبة عليه كالقاتل بغير حق فان ارتد الزوجان معا ثم ولدت منه ثم مات المرتد فلا ميراث لها منه وان بقي النكاح بينهما وأما الولد فانه ان ولدته لاقل من ستة أشهر منذ يوم ارتد فله الميراث لانا تيقنا أنه كان موجودا فى البطن حين كانا مسلمين فكان محكوما له بالاسلام ثم لا يصير مرتدا بردة الابوين ما بقي فى دار الاسلام فان حكم الاسلام يثبت ابتداء بطريق تبعيته الدار فلأن يبقي أولى واذا بقي الولد مسلما كان من جملة الورثة فأما اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر منذ يوم ارتد فلا ميراث ولان النكاح قائم بينهما وانما يستند العلوق الى أقرب الاوقات وأقرب الاوقات ما بعد ردتهما واذا علق الولد من ماء المرتد ابتداء يكون مرتدا معهما لانه انما يعتبر تبعية الدار فى بقاء حكم الاسلام فأما فى الابتداء فى

الدار لا يعارض الابوين (ألا ترى) ان الحربى اذا سبي ومعه الولد الصغير فانه لا يحكم بالاسلام ابتداء ولا يكون الدار معارضا للاب فى الابتداء حكم الاسلام للولد فكذلك هنا واذا كان هذا الولد مرتدا لم يكن من ورثته ثم على قول أبى حنيفة انما يورث منه ما اكتسبه فى حال الاسلام فأما ما اكتسبه فى حالة الردة يكون فيأ يوضع فى بيت المال وعند أبى يوسف ومحمد كسب الردة يورث عنه ككسب الاسلام وعند الشافعى نصيب كل واحد من الكسبين لبيت المال فى أحد القولين بطريق أنه فئ وفى القول الآخر بطريق أنه مال ضائع وقد بينا مسئلته فى السير الكبير والله أعلم بالصواب

باب الولاء

(قال رضى الله عنه) اعلم بأن الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة فصورة ولاء العتاقة أن يعتق الرجل عبدا أو أمة فيصير المعتق منسوبا الى المعتق بالولاء ويسمي هذا ولاء النعمة وولاء العتاقة وبهذا الولاء يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى شيأ ويستوى ان كان أعتقه لوجه الله تعالى أو لوجه السلطان أو أعتقه سائبة أو بشرط أن لا ولاء عليه ويستوى ان أعتقه بجعل أو بغير جعل أو بطريق الكتابة * وقال مالك ان أعتقه لا لوجه الله تعالى أو بشرط أن لا ولاء له عليه فلا لان هذه صلة شرعية يعنى ميراث المعتق من المعتق فانما يستحق هذه الصلة من يعتق لوجه الله تعالى فأما المعتق لوجه السلطان جان فى قصده فيحرم هذه الصلة والذى يصرح بنفى الولاية يكون مراده لهذه الصلة فلا يكون مستحقا لها ونظيره الرجعة عقيب الطلاق لما كان ثبوته شرعا بطريق النظر لم يثبت عنده التصريح بالحرمة والبينونة فهذا مثله وحجتنا فى ذلك أن السبب متحقق مع قصده وشرطه وهذا الاعتاق والحكم يتبع السبب والدليل على أن السبب الاعتاق قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ومر رسول الله صلي الله عليه وسلم بعبد فساومه ولم يشتره ثم مر بآخر فساومه فاشتراه وأعتقه فقال عليه السلام هو أخوك ومولاك ولم يستفسره انه أعتقه لوجه الله تعالى أو أعتقه سائبة ولان المعنى الذى لاجله يثبت الولاء يختلف بهذه الاسباب وهو أن المعتق مسبب لاحياء المعتق لان الحرية حياة والرق تلف فان الحرية تثبت صفة المالكية التى بها امتاز الآدمى من سائر الحيوانات فكان المعتق سببا لاحياء المعتق كما ان الاب سبب لايجاد

الولد فكما ان الولد يصير منسوبا الى أبيه بالنسب فالمعتق يصير منسوبا الى معتقه بالولاء وهذا معنى قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب واليه أشار الله تعالى فى قوله واذ يقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه الآية أى أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فان الكافر فى معنى الميت قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه فبالاسلام يحيا حكما والرقيق فى حكم الهالك فبالعتق يحيا حكما فالمسبب لاحيائه يكون منعما عليه واذا ثبت أن المعنى الذي لاجله ثبت الولاء لا يختلف باعتبار هذه المعانى قلنا لا يختلف الحكم أيضا ثم الولاء بمنزلة النسب لا يورث عنه ولكن يورث به عندنا وكان ابراهيم النخعي يقول الولاء جزء من الملك يورث عنه كسائر أجزاء الملك قال لانه ليس للمولى على مملوكه شئ سوى الملك والاعتاق ابطال للملك فلا يجوز أن يكون مثبتا شيأ آخر سواه ولكن يجوز أن يكون مبطلا بعض الملك غير مبطل للبعض فما يبقى يكون جزأ من الملك ولكنا نستدل بقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يورث عنه وانما يورث به ثم الاعتاق ابطال للملك ومع ابطال الملك لا يجوز أن يبقى شئ من الملك ولكنه احداث القوة المالكية وذلك بمنزلة احيائه حكما فيعقب ذلك المعنى الولاء بمنزلة النسب ثم المروى عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد انهم قالوا الولاء للكبر وزعم بعض العلماء بظاهر هذا اللفظ ان الولاء لا كبر بنى المعتق بعده وقال الا كبر قائم مقام الاب فى الذب عن العشيرة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قدم الا كبر بقوله الكبر الكبر فيقدم أكبر البنين فى استحقاق الولاء لهذا والمذهب عندنا ان المراد بالا كبر الاقرب يعنى ان أقرب البنين أولى باستحقاق الميراث بالولاء حتى اذا مات المعتق عن ابن وابن ابن فالولاء للابن خاصة دون ابنه فى قول وكذلك ان مات عن ابن ابن وابن ابن ابن فالميراث بالولاء لابن الابن خاصة لانه أقرب فان مات المعتق عن أب وابن فميراثه لابن المعتق خاصة دون أبيه فى قول زيد وسعيد ابن المسيب وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الاول وفى قول ابراهيم للاب السدس والباقى للابن وهو قول أبي يوسف الآخر لان استحقاق الولاء بالعصوبة والاب فى حكم العصوبة كالابن فانه ذكر يتصل بالميت بغير واسطة كالابن الا ان الابن مقدم عليه شرعا فى ميراثه لان الاب لا يصير محروما عن ميراثه لو قدمنا الابن بالعصوبة فانه يستحق بالفرضية فاولى الوجوه أن يجعل ميراث المعتق كميراث المعتق ويجعل كان المعتق الذى استحق ذلك ثم يخلفه فى ذلك أبوه وابنه فيكون مقسوما

بينهما اسداسا وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان البنوة في العصوبة مقدمة على الابوة فما كان الاب مع الابن في حكم العصوبة الا نظير الاخ مع الاب فان الاخوة لما كانت دون الابوة في العصبة لم يكن للاخ من الميراث بالولاء شئ مع الاب وكذلك الاخوة لاب وأم لما كانت مقدمة في العصوبة على الاخ لاب لم يكن للاخ لاب شئ من الميراث بالولاء مع الاخ لاب وأم فاما ميراث المعتق فانما استحق الاب السدس منه بالفرضية وبالفرضية يستحق الميراث بالولاء (ألا ترى) ان المعتق اذا مات عن ابن وابنة لا يكون للابنة من ميراث المعتق شئ لانها صاحبة فرض وانما تصير عصبة تبعا للابن ولا تثبت المزاحمة للتبع مع الاصل فيما يستحق بغلبة الاصل فان أعتقت المرأة عبدا فهي في استحقاق ميراثه بالولاء كالرجل لان السبب وهو الاعتاق قد تحقق منها وبعد تحقق السبب الرجل والمرأة في الاستحقاق سواء فان أعتق معتقها عبدا أو أمة فهي تستحق من معتق معتقها ما يستحق الرجل لان الثاني صار منسوبا اليها بالولاء كالاول على معنى ان الثاني منسوب بالولاء الى الاول والاول منسوب بالولاء اليها فلاتحاد سبب الاضافة جعل الثاني كالاول بخلاف ما اذا أعتق أبوها عبدا لان المعتق منسوب الى أبيها بالولاء وهي تنسب الى الاب بالعصوبة لا بالولاء فلما اختلف السبب لم يكن مولي الاب مضافا اليها فلا تكون عصبة له والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث بالولاء من النساء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جر ولاء معتق معتقهن * اذا عرفنا هذا جئنا الى بيان المسائل فنقول امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنا هو من غير قومها وابن عم لها ثم مات المعتق فان ميراثه لابنها لانه أقرب عصبة لها ولو جنى جناية كان عقل جنايته على ابن العم دون الابن به قضى عمر رضى الله عنه فان صفية بنت عبد الملك أعتقت عبدا ثم ماتت فاختصم في ولاء معتقها علي والزبير الى عمر فقال علي أنا أعقل جنايته على ميراثه وقال الزبير مولى أمي فلي ميراثه فقضى عمر بالميراث للزبير وجعل عقل الجناية على علي رضى الله عنهم وكان المعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن مقدم في ذلك على ابن العم فاما عقل الجناية فبالتناصر (ألا ترى) ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر انما يكون لها ولمولاها بقوم أبيها لا بأبيها فلهذا كان عقل الجناية عليهم ولو أن امرأة اشترت عبدا فاعتقته ثم مات المعتق عن ابنة فلها النصف والباقي للمعتقة بالعصوبة لما روي أن ابنة حمزة رضى الله عنها أعتقت عبدا ثم مات

المعتق عن ابنة فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه نصفين نصفا لابنته ونصفا لابنة حمزة وفيه دليل على ان مولى العتاقة عصبة مقدم على الرد وعلى ذوى الارحام وقد بينا خلاف ابن مسعود فى هذا فان اشترت المرأة أباها فعتق عليها استحقت ولاءه لانها صارت معتقة له بالشراء فان شراء القريب اعتاق فان مات الاب بعد ذلك كان لها المال نصفه بالفرضية ونصفه بالعصوبة بالولاء وانما تبين هذا فيما اذا كان معها ابنة أخرى فانه يكون لهما الثلثان والباقى للمشترية بالعصوبة خاصة ولو جن الاب جنونا مطبقا كان للمشترية أن تزوجه بولاية الولاء وهذه من أعجب المسائل أن يثبت للابنة على ابنها ولاية التزويج * ولو ان مملوكا له ابنتان اشتريا الاب فعتق عليهما ثم ان أحديهما مع الاب اشتريا ابنا للاب فعتق عليهما ثم مات الاب فانما مات عن ابن وابنتين فالميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولا شئ للولاء فان مات الابن بعد ذلك فانما مات عن أختين وعن ولاء ثابت عليه لشخصين أحدهما ميت وهو الاب والآخر حي فللاختين الثلثان والثلث الباقى يكون نصفين نصفه للمشترية مع الاب ونصفه للاب بالولاء فيكون بين الابنتين نصفان للولاء الثابت لهما على الاب فان المرأة ترث معتق معتقها بالولاء كما ترث معتقها فيكون أصل الفريضة من ثلاثة ثم يكسر بالانصاف مرتين فاذا أضعف ثلاثة مرتين يكون اثنى عشر فمنه تصح المسئلة لهما ثمانية بالاختية وللابنة المشترية سهمان بولاء نفسها وسهمان بولاء الاب بينهما نصفان فان كن ثلاث بنات اشترى بنتان منهما أباهما ثم ان الاب مع الثالثة التى لم تشتر الاب اشتريا ابنا له ثم مات الاب فقد مات عن ابن وثلاث بنات فيكون المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين فان مات الاخ بعد ذلك فانما مات عن ثلاث أخوات وعن ولاء ثابت عليه لشخصين أحدهما ميت وهو الاب والآخر حى فيكون لهن الثلثان بينهن اثلاثا لا يستقيم والباقى وهو سهم بين الولاء نصفين لا يستقيم ثم نصيب الاب بين الابنتين بالولاء لا يستقيم فتضرب ثلاثة فى ثلاثة فتكون تسعة ثم تضعف تسعة مرتين فتكون ستة وثلاثين منه تصح المسئلة للبنات الثلثان أربعة وعشرون لكل ابنة ثمانية وللمشترية نصف الباقى بولاء نفسها وذلك ستة وللتين اشتريا الاب النصف الباقى وهو ستة بينهما نصفان فحصل لكل واحدة منهما أحد عشر وللاخرى أربعة عشر فاستقام فان اشترى الاب مع احدى الابنتين المشتريتين له ومع الابنة الثالثة الاخ فعتق عليهم جميعا ثم مات الاب ثم مات الاخ بعده فانما مات عن ثلاث أخوات وعن ولاء ثابت

عليه لاشخاص ثلاثة اثنان منهم حيان والثالث وهو الاب ميت فيكون لهن الثلثان بالاخية والثلث الباقي يقسم اثلاثا لكل واحدة من اللتين اشتريا الاخ ثلث هذا الباقي بولاء نفسها وثلث هذا الثلث بين المشتريتين للاب نصفين بولاء الاب فتصح القسمة من ستة وثلاثين أيضا لهن الثلثان والباقي وهو اثنا عشر بينهن اثلاثا فقلت الذي هو نصيب الاب بين المشتريتين له لكل واحدة سهمان فان اشترى الابنتان أباهما ثم أب الاب مع أحديهما والاخرى التي لم تشتر الاب اشتروا أخا لهما ثم أربعتهن جميعا مع الاب والأخ اشتروا أمهم وهي امرأة الاب ثم مات الابن فانما مات عن ابن وثلاث بنات فيكون الميراث بينهم للذكر مثل حظ الانثيين (فان قيل) فقد مات عن امرأة أيضا قلت لا كذلك فالنكاح قد فسد حين ملك الاب جزء أمها فان مات الأخ بعد ذلك فانما مات عن أم وثلاث أخوات وولاء ثابت عليه لثلاثة نفر اثنان منهم حيان وواحد ميت فيكون للام السدس وللاخوات الثلثان والباقي وهو السدس يكون بالولاء اثلاثا لكل ابنة ثلثا ذلك بين المشتريتين للاخ والثلث الآخر حصة ولاء الاب من المشتريتين وتستقيم المسئلة من ستة وثلاثين أيضا لان الباقي يقسم اثلاثا وثلثه ينقسم نصفين فيستقيم التخريج منه فان ماتت الام بعد ذلك فانما ماتت عن ثلاث بنات وعن ولاء ثابت عليها لخمسة نفر ثلاثة منهم أحياء واثنان ميتان الاب والابن فيكون للبنات الثلثان وما بقي ينقسم بالولاء اخماسا فانكسر بالاثلاث والاخماس فالسبيل أن تضرب خمسة في ثلاثة فتكون خمسة عشر ثم خمس الثلث الذي هو نصيب الابن ينكسر اثلاثا بالولاء الذي عليه فتضرب خمسة عشر في ثلاثة فتكون خمسة وأربعين منه تصح المسئلة للبنات الثلثان ثلاثون وما بقي وهو خمسة عشر ينقسم بالولاء اخماسا لكل بنت ثلاثة باعتبار ولاء نفسهما وثلاثة باعتبار ولاء الابن فيكون مقسوما اثلاثا للمشتريتين للابن مع الاب لكل واحدة سهم وسهم للاب بولاء الابن وثلاثة أسهم له بولاء الام ثم هذه الاربعة بين المشتريتين للاب نصفين بولائهما عليه لكل واحدة سهمان فحصل لكل واحدة من هاتين مرة عشرة ومرة ثلاثة ومر سهمان فذلك خمسة عشر وللتي اشترت الابن مع هذا سهم آخر فذلك ستة عشر وللتي لم تشتر الاب عشرة بالنسب وثلاثة بولاء نفسها وسهم بولاء الابن فذلك أربعة عشر فاذا جمعت بين هذه السهام كانت خمسة وأربعين فاستقام التخرج والله أعلم

فصل في ولاء الموالاة

(قال رضي الله عنه) اعلم ان عقد الموالاة جائز يستحق به الميراث اذا لم يكن هناك أحد من القرابات ولا مولى العتاقة عندنا وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم أجمعين وعلى قول الشافعي هو باطل لا يستحق به الميراث وهو مذهب زيد وزعم بعضهم انه قول علي رضى الله عنه أيضا فان رجلا أتاه يسأله ان يعاقده عقد الموالاة فأبى فأتى الرجل ابن عباس وولاه ولكن ابناؤه لا يدل على انه لا يرى جواز هذا العقد وانما تنبني هذه المسئلة على مسئلتين احداهما الوصية بجميع المال ممن لا وارث له صحيح عندنا خلافا له ووجه البناء أن من لا وارث له فانما يصرف ماله الى بيت مال المسلمين والموصى له ساواهم فى الاسلام وترجح بايجاب الموصى له فكان هو أولى عندنا فكذلك الذى عاقده عقد الموالاة وعند الشافعي وارث من لا وارث له جماعة المسلمين فكما لا يملك ابطال حق الورثة بالوصية بجميع المال لا يملك ابطال حق جماعة المسلمين والثانى أن أهل الديوان يتعاقلون بينهم عندنا خلافا له فلما كان اثبات الاسم فى الديوان سببا لتحمل العقل فكذلك عقد الموالاة يكون سببا لتحمل العقل واذا كان يتحمل به العقل يورث به أيضا لان الغرم مقابل بالغنم وعلى سبيل الابتداء الشافعي احتج فقال ان الملك بطريق الوراثة ليس يثبت ابتداء وانما يثبت على سبيل الخلافة فيبقى للوارث ما كان ثابتا للمورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه وبالعقد يثبت الملك ابتداء بسبب مقصودا لا ان يبقى ما كان من الملك الاول فلا يمكن اثبات ملكه بطريق الخلافة هنا بعقد الموالاة لانه عقد باشراه ابتداء ولا يمكن اثبات الملك ابتداء لان ذلك لا يكون وراثة وهذا بخلاف الوصية فان ملك الموصى له لا يكون خلفا عن ملك الموصى بل هو ملك ثبت ابتداء ولهذا لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى ولان أسباب الارث معلومة شرعا وعقد الموالاة ليس من تلك الاسباب وحجتنا فى ذلك قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم يعنى نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة بدليل ماسبق من قوله عز وجل ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون فكما ان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق ارثا على سبيل البر والمعونة ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله تعالى عاقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة باليمين فان العادة

أن المتعاقدين يأخـذ كل واحـد منهما يمين صاحبه اذا عاقده ويسمي العقد صفقة لهذا وفى حديث تميم الدارى رضي الله عنـه انه سأل رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ان الرجل ليأتيني فيسلم علي يدى ويواليني فقال عليه السـلام هو أخوك ومولاك فانت أحق به محياه ومماته يعنى محياه فى تحمل عقل الجناية عنه ومماته فى الارث عنه والمعنى فى المسئلة ان خلافة الوارث الموروث فى ملكه انما كانت على سبيل النظر للمالك فان الظاهر ان الانسان يؤثر قرابته على الاجانب فى هذه الخلافة ولهذا قدمنا الاقرب على الابعد لانه يؤثر الاقرب علي الابعد عادة فما دام هناك أحد من قرابته فقد وجد النظر من الشرع له فوقع الاستغناء عن نظره لنفسه واذا لم يكن هناك أحد من القرابة فقد وقعت الحاجة الى نظره لنفسه فاذا فعل ذلك وعقد عقد الموالاة مع انسان كان ذلك منه تصرفا فى خالص حقه علي سبيل النظر منه لنفسه فيكون صحيحا بمنزلة الوصية بثلث ماله (ألا ترى) ان مثل هذا النظر منه لنفسه فى حال حياته صحيح بتمليك المال من غيره بعوض وبغير عوض فكذلك فى اثبات الخلافة لغيره بعد موته والحاصل ان كلام الخصم يرجع كله الى عدم الدليل فان اثبات هذه الخلافة بطريق العقد قصدا مشروع بالاتفاق وهو عقد النكاح فكانه يقول لم يقم الدليل علي أن بعقد الموالاة تثبت الوراثة ونحن نقول بجعل هذا العقد قائما مقام ماورد به الشرع من الاسباب لاثبات الخلافة بالدليل الذى قلنا ثم بمجرد الاسلام عل يدى غيره لا يصير مولى له مالم يعاقده عقد الموالاة عندنا وقال بعضهم يصير مولى له وان لم يعاقده لقوله عليه السلام من أسلم على يد غيره فهو أخوه ومولاه وفى رواية فهو أحق به في حياته ومماته ولان فى الاسـلام معنى الحياة حكما كما فى العتق فكما ان المعتق يثبت له الولاء علي المعتق باكتساب سبب احيائه فكذلك الذى دعاه الى الاسـلام تثبت له الولاية عليه باكتساب سبب احيائه ولكنا نقول فى الحديث المروى زيادة فانه قال عليه السـلام من أسلم على يد غيره ووالاه فهذه الزيادة تبين أن بمجرد الاسلام على يده لا يصـير مولى له والدليـل عليه حديث تميم الدارى فانه قال ان الرجل ليأتيني فيسلم علي يدى ويوالينى فدل انه كان معروفا بينهم ان بمجرد الاسلام على يده لا تثبت الولاية عليه وهـذا بخلاف ولاء العتق فان سببه الاعتاق وانما وجـد ذلك من المعتق وهنا سبب حياته الاسـلام وهو الذى أسلم بنفسه فلم يكن هذا الذى عرض عليه الاسـلام هو المكسب سبب الحياة له فلا يثبت له عليه الولاء ما لم يعاقده اذا عرفنا هـذا فنقول ولاء

الموالاة يخالف ولاء العتق فى فصول أحدها ان فى ولاء العتاقة يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى وولاء الموالاة انما يكون على ما يتفقان عليه حتى اذا اتفقا على توريث كل واحد منهما من صاحبه يثبت الحكم من الجانبين والفرق ان ولاء العتاقة سبب الاحياء وذلك انما يوجد من الاعلى فى حق الاسفل ولم يوجد من الاسفل فى حق الاعلى وهنا السبب العقد والشرط فعلى الوجه الذى وجد الشرط يثبت الحكم والثانى ان ولاء العتق لا يحتمل النقض والفسخ وولاء الموالاة يحتمل ذلك لان السبب هناك الاعتاق والاعتاق لا يحتمل النقض بعد ثبوته وثبوت الحكم على وفق السبب وهنا السبب الايجاب بطريق التبرع وهو محتمل للنقض الا انه ينفرد بالفسخ مالم يعقل عنه وبعد ماعقل عنه الجناية لا تنفرد بالفسخ لانه مالم يعقل جنايته فالعقد تبرع والمتبرع يملك الفسخ قبل حصول المقصود بغير رضاء الآخر فاما اذا تحمل عنه جنايته صار العقد معاوضة وأحد المتعاوضين لا ينفرد بفسخ المعاوضة من غير رضا الآخر وكما يملك أن يفسخ العقد يملك أن يتحول بولايه الى غيره بأن يعاقد غيره عقد الولاء فيفسخ العقد بينه وبين الاول وبعد ما عقل جنايته لا يملك ذلك وكذلك الذى لم يوال أحدا اذا جنى جناية وعقل بيت المال جنايته فانه لا يملك عقد الموالاة مع أحد بعد ذلك لانه صار ولاؤه لبيت المال وتأكد ذلك بعقل الجناية فلا يملك ابطاله بخلاف ما قبل أن يعقل بيت المال جنايته ومن وجه آخر الفرق بين هذا وبين ولاء العتاقة أن مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوى الارحام لان الشرع أثبت العصوبة لمولى العتاقة بقوله عليه السلام كنت أنت عصبته والعصبة مقدمة على ذوي الارحام وهنا الموت هو الذى أوجب هذه الصلة له بعقده فيكون بمنزلة الوصية بجميع ماله وذلك يمتنع لحق ذوى الارحام كما يمتنع لحق العصبات فكذلك الميراث بهذا الولاء فقلنا مادام هناك أحد من ذوى الارحام فلا شئ لمولى الموالاة ولو أنه والى رجلا وعاقده ثم أقر بأخ أو ابن عم ثم مات فميراثه لمولى الموالاة لان اقراره بالاخوة والعمومة باطل فانه يحمل به النسب على غيره واقراره ليس بحجة على غيره وأما عقد الموالاة تصرف منه فى حق نفسه وهو من أهل التصرف فى حق نفسه ابتداء والسبب الباطل لا يزاحم السبب الصحيح وحكم الولد بين رجلين فى ميراثه من كل واحد منهما حكم ولد كامل له خاصة يعنى أن الجارية بين رجلين اذا جاءت بولد فادعياه حتى ثبت النسب منهما فانه يرث من كل واحد

منهما ميراث ابن كامل ويزاحم سائر أولاد كل واحد منهما لانه ابن كامل له لقول عمر وعلى رضى الله عنهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه ولان البنوة لاتحتمل التجزى فاما أن يمتنع ثبوته عند المعارضة أو يتكامل ولم يمتنع ثبوته هنا فعرفنا أنه تكامل فى حق كل واحد منهما ولو مات هذا الولد فلهما منه جميعا ميراث أب واحد عندنا بينهما نصفان وقال زفر لكل واحد منهما ميراث أب كامل لان الابوة لا تحتمل التجزى كالبنوة ومن ضرورة كونه ابنا كاملا لكل واحد منهما أن يكون كل واحد منهما أبا كاملا ولكنا نستدل بقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس والمراد ههنا الاب والام فهذا تنصيص على أنه يستحق السدس بالابوة مع الابن فالقول باستحقاق السدس بالابوة مع الابن يكون بخلاف هذا النص ولان الاب فى الحقيقة أحدهما وهو المخلوق من مائه منهما فانا نتيقن أنه غير مخلوق من المائين ولكن لاجل المعارضة والمساواة جعلناه منسوبا اليهما واذا علمنا أن الاب أحدهما قلنا لا يستحق من ماله بالابوة الا ميراث أب واحد وهذا بخلاف الابن لان المعارضة فى جانبه لا تتحقق وانما تتحقق فى جانبهما حتى اذا انعدمت المعارضة فى جانبهما بأن مات أحدهما ثم مات الابن كان الباقى منه ميراث أب كامل وهو معنى قول عمر وعلى رضى الله عنهما وهو للباقى منهما وهذا لان المزاحمة لم تبق بعد موت أحدهما فيرثه الآخر ميراث ابن كامل * رجل وعم له ادعيا ابنة جارية بينهما ثم مات العم وترك أباه فللابنة النصف والباقى للاب بالفرض والعصوبة وان مات الابن وترك هذه الابنة فلها النصف والباقى للجد فى قول أبى حنيفة وان مات الجد وترك هذه المدعاة وعصبته فلها النصف والباقى للعصبة لانها ابنة ابنة من وجه وابنة ابن ابنة من وجه ولكن الثابت أحد الامرين لا كلاهما فاما أن نقول بنت الاقرب أو نقول هى لا تستحق الا النصف سواء كان الثابت أقرب الجهتين أو أبعدهما وانما أوردنا هذا لبيان أنها ليست تثبت لكل واحد منهما بكماله فانها لو كانت كذلك لااستحقت الثلثين النصف بكونها ابنة ابن والسدس بكونها ابنة ابن ابنة فقد بينا فيما سبق أن عند اجتماع السببين فى شخص يستحق الميراث بكل واحد منهما وهنا لا يكون لها الا النصف فعرفنا أن الثابت فى الحقيقة أحد السببين وان الاب أحدهما والله أعلم بالصواب

باب ميراث القاتل

(قال رضى الله عنه) اعلم بأن القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيأ عندنا سواء قتله

عمدا أو خطأ وقال مالك ان قتله خطأ فله الميراث لا من الدية وأما فى العمد لا ميراث له لما روى أن النبي صلي الله عليه وسلم قضى بأن لا ميراث للقاتل وعن عمر رضى الله عنه قال لا ميراث لقاتل وعن عبيدة السلمانى رضى الله عنه لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة يعنى بقرة بنى اسرائيل وهو الاشارة الى المعنى فذلك القاتل قصد استعجال الميراث فصار أصلا ان كل قاتل قصد استعجال الميراث ولو توهم فى القتل العمد ذلك منه فانه يحرم الميراث عقوبة له أورد القصده عليه فهذا المعنى موجود فى القاتل العمد فأما فى الخطأ قال مالك لم يوجد منه القصد الى قتل مورثه واستعجال الميراث ينبنى على ذلك ثم الخاطئ معذور فلا يستحق العقوبة والخطأ موضوع رحمة من الشرع فلا يثبت به حرمان الميراث الا أنه لا يرث من الدية لان عاقلته يتحملون عنه الدية فلو ورث من ذلك لتحملوا عنه وذلك لا يجوز وحجتنا فى ذلك أن الحرمان جزاء القتل المحظور شرعا والقتل من الخاطئ محظور لان ضد المحظور المباح والمحل غير قابل للقتل المباح الاجزاء على جريمة وكما لا يتصور الفعل فى غير محل لا يتصور المباح فى غير محل الاباحة فقلنا ان هذا القتل محظور ولهذا تتعلق به الكفارة وهى ساترة للذنب ومع كونه موضوعا شرعا لما جاز أن يؤاخذ بالكفارة فكذلك جاز أن يؤاخذ بحرمان الميراث وهذا لان تهمة القصد الي الاستعجال قائمة فمن الجائز أنه كان قاصدا الى ذلك وأظهر الخطأ من نفسه فيجعل هذا التوهم كالمتحقق فى حرمان الميراث وكذلك كل قاتل هو فى معنى الخاطئ كالنائم اذا انقلب علي مورثه لتوهم أنه كان يتناوم وقصد استعجال الميراث وكذلك ان سقط من سطح على مورثه فقتله أو وطأ بدابته مورثه وهو راكبها لانه مباشر للقتل فانما مات المقتول بفعله ويتوهم قصده الى الاستعجال فكان القاضي الجليل رحمه الله يقول الدابة فى يد راكبها يسيرها كيف يشاء فهى بمنزلة حجر فى يده وخرجه على مورثه فقتله فأما القاتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى الطريق ومن أخرج ظلة أو جناحا فسقط على مورثه فقتله فانه لا يحرم من الميراث عندنا وعلى قول الشافعى يحرم الميراث لانه قاتل بغير حق ودليل كونه قاتلا وجوب الدية على عاقلته بمنزلة الخاطئ ولكنا نقول ليس هنا يوهم القصد الى الاستعجال لانه بما أحدث من السبب لم يقصد قتل مورثه ولا يدرى أن مورثه يمر فى ذلك الموضع ويقع فى البئر أو يسقط عليه الجناح ثم حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور وهذا المسبب ليس بقاتل (ألا ترى) أنه لو فعل هذا فى ملكه لم يكن مؤاخذا

بشيء والقاتل مؤاخذ بفعله سواء كان فى ملكه أو فى غير ملكه كالرامى ولان القتل لا يتم الا بمقتول وقد انعدم المقتول عند الحفر فلا يصير هو بالحفر قاتلا ولا يجوز أن يصير قاتلا عند الوقوع لان الحافر قد يكون ميتا عند وقوع الواقع فى البئر فكيف يكون الميت قاتلا واذا ثبت أنه ليس بقاتل لم يكن عليه جزاء القتل من حرمان الميراث والكفارة ووجوب الدية عليه لصيانة دم المقتول عن الهدر وذلك لا يدل على أنه قاتل كما أن الدية تجب على العاقلة ولا تدل على أن العاقلة قاتلون وأما الصبي والمجنون اذا قتل مورثه لم يحرم الميراث عندنا وعند الشافعى يحرم الميراث لوجود القتل بغير حق وأكثر ما فى الباب أن يكون فعلهما كفعل الخاطئ والخاطئ يحرم الميراث فكذلك الصبي والمجنون ولكنا نقول هذا جزاء القتل المحظور وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعا لان الفعل المحظور ما يجب الامتناع عنه بخطاب الشرع وذلك لا يثبت فى حقهما ثم حرمان الميراث باعتبار توهم القصد الى الاستعجال ولا يعتبر بقصد الصبي والمجنون شرعا اذ حرمان الميراث انما يكون باعتبار تقصير منه فى التحرز وذلك يتحقق من الخاطئ لانه من أهل أن ينسب الى التقصير ولا يتحقق من الصبي والمجنون فانهما لا ينسبان الى التقصير شرعا فاما الاب اذا ختن ولده أو حجمه أو بط قرحة به فمات من ذلك لم يحرم الميراث لان هذا فعل مباح له شرعا وحرمان الميراث جزاء القتل المحظور فهو وما لو قتل مورثه بحق سواء ولو أدب ولده بالضرب فمات من ذلك فعلى قول أبى حنيفة يضمن ديته ويحرم الميراث وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يضمن شيأ ولا يحرم عن الميراث ولو ان المعلم هو الذى ضربه باذن الاب فمات لم يضمن شيأ بالاتفاق قال رحمه الله وهذا عند أبى حنيفة ترك لقوله قبل هذا من دعوى المناقضة على قول أبى حنيفة وقيل بل هو استدلال على رجوعه عن جوابه فى الفصل الاول وهذا هو الاصح فان المعلم لو أدبه بغير اذن أبيه فمات كان ضامنا فاذا أدبه باذنه لم يضمن فلما كان لامره تأثير فى اسقاط الضمان عن المعلم عرفنا انه لا يجب عليه الضمان اذا ضربه بنفسه وهذا لان التأديب يباح له شرعا كالختان والحجامة ومن حمل المسئلة على الاختلاف فوجه قولهما هذا ووجه قول أبى حنيفة لان الاب انما يؤدب ولده لمنفعة نفسه وما يباح للمرء شرعا لمنفعة نفسه يتقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته والرمى الى الصيد والمشى فى الطريق وبيان الوصف أن الاب لا يعزر بسوء أدب ولده وانما يزجره عن ذلك لدفع العار واللوم عن نفسه وبه فارق المعلم فانه لا يؤدب الصبي لمنفعة نفسه فاذا

صار مباحا له شرعا لم يتقيد عليه بشرط السلامة وبه فارق الختان والحجام لان ذلك لمنفعة الولد فان الطهرة به تحصل للولد لا للاب فلهذا لا يتقيد بشرط السلامة بل يجعل فعل الآمر به كفعله بنفسه يوضحه ان الاب يغيظه سوء أدب ولده وربما يحمله الغيظ على المبالغة فى تأديبه وترك الاحتياط فلهذا يتقيد بشرط السلامة وهذا المعنى لا يوجد فى الختان والحجامة ولا فى المعلم اذ أدبه باذن الاب ثم دية المقتول تكون ميراثا عنه لجميع ورثته كسائر أمواله عندنا ومن الناس من قال ليس للزوج والزوجة من الدية نصيب لان وجوب الدية بعد الموت والزوجية ترتفع بالموت بخلاف القرابة ولكنا نستدل بحديث الضحاك ان شيبان الكلابى رضى الله عنه قال أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أورث امرأة اشيم الضبابى من عقل زوجها اشيم ولان الدية مال الميت حتى تقضى بها ديونه وتنفذ منها وصاياه فيرثها عنه من يرث سائر أمواله وانما استحقاق الميراث باعتبار زوجية قائمة الى وقت الموت منتهية بالموت لا باعتبار زوجية قائمة فى الحال وفى هذا المعنى الدية بمنزلة سائر الاموال اذا عرفنا هذا فنقول ثلاثة اخوة قتل أحدهم أباه عمدا فللباقيين أن يقتلاه لان السبب الموجب للقود وهو العمد قد تحقق منه ولا نصيب له فى ذلك لان القاتل محروم عن الميراث فان مات أحد الاخوين الباقيين لم يكن للباقى أن يقتله لان نصيب الميت من القصاص صار ميراثا بين اخوته والقاتل يرث أخاه لانه ليس بقاتل له فلا يحرم الميراث عنه واذا ورث جزأ من القصاص الواجب عليه سقط ذلك وانقلب نصيب الآخر مالا فعليه ثلاثة ارباع الدية فى ماله للاخ الباقى فى ثلاث سنين (ألا ترى) انه لو عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا فكذلك اذا سقط جزء من القصاص عن القاتل باعتبار انه ملكه بالميراث ولو ان أخوين وأختا لاب وأم قتل أحد الاخوين الام عمدا والزوج وارث معهم وهو أبوهم فللاخ الباقى والاخت والزوج أن يقتلوا القاتل لان القاتل محروم عن ميراث أمه بالقتل وان لم يقتلوه حتى مات الاخ الباقى فللاخت والزوج أن يقتلا القاتل لان الاخ الباقى مات عن أخت وأخ وأب فيكون نصيبه للاب والاخت ولا شئ للاخ من نصيبه فلا يرث القاتل شيأ من القصاص بموت أخيه فان مات الاب بعد ذلك لم يكن للاخت أن تقتله لان نصيب الاب من القصاص صار ميراثا بين القاتل وأخته فلا يكون محروما عن ميراثه ويكون لهما عليه نصف الدية لان الاب كان ورث من امرأته الربع وهو ثلاثة من اثنى عشر وما بقى وهو تسعة بين الاخ والاخت اثلاثا للاخ

ثلثاه ستة وللاخت ثلاثة فلما مات الاخ صار نصيبه للاب فانما مات الاب عن تسعة فيكون ذلك بين الابن والابنة اثلاثا للابن ستة وللابنة ثلاثة فعرفنا انه اجتمع للاخت ستة من اثنى عشر وذلك النصف فلهذا كان لها عليه نصف الدية ولو ان أخوين وأختا قتل أحد الاخوين أباهم وقتل الآخر أمهم فان قاتل الام يقتل قاتل الاب مع الاخت ولا يقتله قاتل الاب لانه كان مستوجبا للقصاص وللام من ذلك نصيب فلما قتل الآخر الام صار بعض ذلك ميراثا منها لقاتل الاب لانه ليس بقاتل للام فلهذا سقط عنه القصاص وقاتل الام قد لزمه القصاص ولم يسقط عنه شيء من ذلك بملكه فيقتل قصاصا ويغرم قاتل الاب للاخت ثمانية وثلاثين سهما من اثنين وسبعين سهما من الدية لان الاب خلف امرأة وابنا وابنة فتكون القسمة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللابن أربعة عشر وللابنة تسعة فحين قتل الآخر الام فنصيبها ميراث بين قاتل الاب والابنة اثلاثا فحصل للابنة ثمانية ثم لما قتل قاتل الام قصاصا صار نصيبه وهو أربعة عشر ميراثا بين الاخ والاخت اثلاثا وهو لا يستقيم فتضرب أربعة وعشرين فى ثلاثة فتكون اثنين وسبعين وكان للابنة ثمانية مضروبة فى ثلاثة فذلك أربعة وعشرون وكان الذى لا يستقيم بينها وبين الابن أربعة عشر مضروبة فى ثلاثة فتكون اثنين وأربعين لها من ذلك الثلث أربعة عشر فاذا ضممت أربعة عشر الى أربعة وعشرين تكون ثمانية وثلاثين فلهذا قال يغرم لها ثمانية وثلاثين سهما من اثنين وسبعين سهما من الدية ويبطل عنه ماسوى ذلك ستة بالميراث عن أمه وثمانية وعشرون بالميراث عن أخيه والله أعلم بالصواب

باب ميراث الحمل

(قال رضى الله عنه) اعلم بان الحمل من جملة الورثة اذا علم بأنه كان موجودا فى البطن عند موت المورث وانفصل حيا وانما يعلم وجوده فى البطن اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ مات المورث لان أدنى مدة الحمل ستة أشهر وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلا ميراث له اذا كان النكاح قائما بين الزوجين وان كانت معتدة فحينئذ اذا جاءت به لاقل من سنتين منذ وقعت الفرقة بموت أو طلاق فهو من جملة الورثة وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر منذ مات المورث فانما يرث اذا انفصل حيا وطريق معرفة ذلك أن يستهل صارخا أو يسمع منه عطاس أو يتحرك بعض أعضائه بعد الانفصال فان خرج بعضه فتحرك قلنا ان

خرج أكثره فتحرك عضو من أعضائه دليل على انه حي وان خرج أقله فكذلك لا يكون دليل كونه حيا وانما شرطنا وجوده في البطن عند موت المورث لان الوراثة خلافة والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفا عن أحد فادنى درجات الخلافة الوجود (فان قيل) الخلافة لا تتحقق الا باعتبار صفة الخلافة لان الميت لا يكون خلفا عن الميت وأنتم لا تعتبرون ذلك بل تقولون وان كان نطفة في الرحم عند موت المورث فانه يكون من جملة الورثة ولا حياة في النطفة قلنا نعم تلك النطفة في الرحم ما لم تفسد فهي معدة للحياة ولان يكون منها شخص حي فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل كما يعطى للبيض حكم الصيد في وجوب الجزاء على المحرم اذا كسره وان لم يكن فيه معنى الصيدية ولهذا قلنا بان اعتاق ما في البطن صحيح والوصية له صحيحة وان كانت نطفة في الرحم باعتبار الحال ولكن يعتبر المآل فكذلك هنا يعتبر المآل فكذلك يكون من جملة الورثة ولما جعلنا الجنين في البطن كالمنفصل في منفعة المالكية بالارث اعتبارا لمآله فكذلك النطفة تجعل كالنفس الحية باعتبار المآل ثم الاصل ان العلوق يستند الى أقرب الاوقات الا في موضع الضرورة لان المتيقن به ذلك وفي حال قيام النكاح لا ضرورة فاستندنا الي أقرب الاوقات وذلك ستة أشهر فأما بعد ارتفاع النكاح بنا حاجة الى اسناد العلوق الى أقرب الاوقات لاثبات النسب واذا أسندنا الى ذلك الوقت فقد حكمنا بانه كان موجودا في البطن عند موت المورث وعلى هذا الاصل لو قال لامة لها زوج أنت حرة فجاءت بولد لستة أشهر أو أقل فان ولاء الولد لمولى الام لانه كان موجودا عند اعتاق الام فصار مقصودا بالعتق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالى الاب لانه لو لم يكن موجودا عند اعتاق الام بتيقن فيكون هو في حكم الولاء تبعا ولو كان الزوج طلقها تطليقتين ثم أعتقها مولاها فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق فان الولد يكون مولي لموالى الام لانا حكمنا بكونه وقت الاعتاق حين أثبتنا نسبه من الزوج فيصير الولد مقصودا بالعتق وانما شرطنا في التوريث انفصال الولد حيا لان حاله عند موت المورث لا يمكن معرفته حقيقة ولكن اذا انفصل حيا كان ذلك دليلا للحياة يومئذ وتحركه في البطن غير معتبر لكون تحرك البطن محتملا قد يكون من الريح وقد يكون من الولد أما اذا انفصل واستهل فهو دليل حياته وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا استهل الصبي ورث وصلى عليه وكذلك روى عن علي رضى الله عنه والعطاس دليل حياته بمنزلة الاستهلال وتحرك بعض الاعضاء

كذلك واذا كان الخارج بعضه فنقول ان كان الخارج هو الاكثر فحكم الاكثر حكم الكل وكانه خرج كله ثم خرج بعض أعضائه وان كان الخارج أقله فكانه لم يخرج منه شئ بعد اذ الاقل تبع للاكثر بدليل حكم النفاس ثم اختلفت الروايات فى مقدار ما يوقف للحمل من الميراث فروى ابن المبارك عن أبى حنيفة انه يوقف للحمل نصيب أربع بنين وروى هشام عن أبى يوسف انه يوقف للحمل ميراث ابنين وهو قول محمد وذكر الخصاف عن أبى يوسف انه يوقف له ميراث ابن واحد وهذا هو الاصح وعليه الفتوى وفى رواية ابن المبارك لااعتبار بمايتوهم لان قسمة الميراث لا تكون الا باعتبار المتيقن ولم ينقل عن المتقدمين ان امرأة ولدت أكثر من أربع بنين وفى رواية هشام قال ولادة المرأة أربع بنين فى بطن واحد اندر ما يكون فلا ينبنى الحكم عليه وانما ينبنى على مايكون فى العادة وهو ولادة اثنين فى بطن واحد وفى رواية الخصاف فان النادر لا يعارض الظاهر والعام الغالب ان المرأة لاتلد فى بطن واحد الا ولدا واحدا فعلى ذلك ينبنى الحكم مالم يعلم خلافه اذا عرفنا هذا فنقول رجل مات وترك ابنا وأم ولد حامل فعلى رواية ابن المبارك انما يدفع الى الابن خمس المال ويجعل كان الحمل أربع بنين وعلى رواية هشام يدفع الى الابن ثلث المال ويجعل كان الحمل اثنان وعلى رواية الخصاف يدفع الى الابن نصف المال ويجعل كان الحمل ابن واحد ثم سائر الورثة مع الحمل لايخلو حالهم اما أن يكون الوارث مع الحمل ممن لاتتغير فريضته بالحمل أو ممن تتغير فريضته بالحمل ولا يخلو اما أن يكون ممن يسقط فى بعض الاحوال أو ممن لايسقط فان كان ممن لاتتغير فريضته بالحمل فانه يعطى فريضته حتى اذا ترك امرأة حاملا وجدة فللجدة السدس لانها لا تتغير فريضتها بهذا الحمل وكذلك اذا ترك امرأة حاملا فانه تعطى المرأة الثمن لانها لا تتغير فريضتها بهذا الحمل ولو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الاخ والعم شيأ لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم ولا يعطى من يرث مع الحمل الا القدر المتيقن به لان التوريث فى موضع الشك لايجوز فاذا كان ممن تتغير فريضته بالحمل فالمتيقن له أقل النصيبين فلا يعطى الا ذلك واذا كان ممن يسقط بحال فاصل الاستحقاق له مشكوك فلهذا لا يعطي شيأ ثم ان كان الاقل كنصيب سائر الورثة ان يجعل الحمل ذكرا يجعل ذكرا وان كان الاقل كنصيب سائر الورثة ان يجعل الحمل انثي يجعل انثي فانما يوقف للحمل أوفر النصيبين ولا يعطى سائر الورثة الا الاقل احتياطا * بيان ذلك فى امرأة ماتت وتركت زوجا وأما

وهي حامل من أبيها فان الحمل يجعل انثى على الروايات كلها لانا لو جعلنا الحمل ذكرا كان للزوج النصف كاملا ثلاثة من ستة وللام الثلث سهمان والباقي وهو سهم للاخ واذا جعلنا الحمل انثى فعلى رواية ابن المبارك الحمل بمنزلة أربع أخوات وعلى رواية هشام الحمل بمنزلة أختين فيكون لهما الثلثان وتعول المسئلة بسهمين للزوج ثلاثة وللام السدس وللاختين أربعة ولا شك ان ثلاثة من ثمانية دون ثلاثة من ستة وكذلك على رواية الخصاف لانا اذا جعلنا الحمل انثى فالقسمة من ثمانية للزوج ثلاثة وللام سهمان فان الاخت الواحدة لا تحجب الام من ثلث الى السدس وللاخت ثلاثة فتكون القسمة من ثمانية فلهذا جعلنا الحمل انثى ويوقف لها ثلاثة من ثمانية فان ولدت ابنة فالموقوف يكون لها وتبين صحة القسمة وان ولدت ابنا فقد بطلت القسمة الاولى وان ولدت ابنتين انتقضت القسمة ويسترد من الام أحد السهمين فيكون للاختين وانما يقسم المال من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث سهمان والباقي وهو سهم للاخ بالعصوبة *فان ترك ابنا وامرأة حاملا فولدت الحامل ولدين أحدهما ذكر والآخر أنثى واستهل أحدهما ولم يستهل الآخر أولا يدرى أيهما استهل بان كان ليلا أو لكثرة الزحمة لم يعلم من استهل منهما والتخريج فى هذه المسئلة أن نقول هنا حالتان فان كان الذي استهل منهما الابن فانما ترك الرجل ابنين وامرأة فتكون القسمة من ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة ثم مات أحد الاخوة الاثنين عن أخ وأم فللام الثلث والباقي للاخ وقسمة سبعة أثلاثا لا يستقيم فتضرب ستة عشر فى ثلاثة فيكون ثمانية وأربعين للام ستة بالميراث من الزوج ولكل ابن أحد وعشرون ثم لها سبعة من ابنها فيكون لها ثلاثة عشر وللابن خمسة وثلاثون وان كان الذى استهل الابنة فانما مات الرجل عن ابن وابنة وامرأة فتكون القسمة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللابنة سبعة ثم ماتت الابنة عن أم وأخ وقسمة سبعة بينهما أثلاثا لا تستقيم فنضرب أربعة وعشرين فى ثلاثة فتكون اثنين وسبعين للمرأة تسعة وللابنة أحد وعشرون وللابن اثنان وأربعون ثم قد ورثت الام من الابنة سبعة فيكون لها فى الحاصل ستة عشر وللابن ستة وخمسون الا أن بين ستة عشر وستة وخمسين موافقة بالنصف فيقتصر على الثمن من كل واحد منهما وثمن ستة عشر اثنان وثمن ستة وخمسين سبعة فذلك تسعة فتكون القسمة بينهما فى هذه الحالة على تسعة وفى الحالة الاولى للام ثلاثة عشر وللابن خمسة وثلاثون ولا موافقة بينهما فى شئ الا أن بين

تسعة وبين ثمانية وأربعين وهو جملة السهام فى الحالة الاولى موافقة بالثلث فيقتصر علي الثلث من أحدهما ويضرب فى جميع الآخر وذلك اما ستة عشر فى تسعة أو ثلاثة في ثمانية وأربعين فيكون ذلك مائة وأربعة وأربعين ثم ضعف ذلك لان الحالة حالتان فيكون مائتين وثمانية وثمانين منه تصح القسمة كان للام سهمان من تسعة ضربناها فى ستة عشر فيكون اثنين وثلاثين ثم أضعفنا فيكون أربعة وستين فهو نصيب الام وكان للابن سبعة ضربنا ذلك فى ستة عشر فتكون مائة واثنا عشر ثم أضعفنا ذلك فيكون أربعة وعشرين فهو نصيب الابن فاستقام التخريج ومتى انفصل الحمل ميتا لا يرث اذا انفصل بنفسه فأما اذا انفصل بسبب فهو من جملة الورثة وبيانه اذا ضرب انسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة لان الشرع أوجب على الضارب الغرم ووجوب الضمان بالجناية علي الحى دون الميت فاذا حكمنا بحياته كان له الميراث ويعد عنه نصيبه كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة والله أعلم بالصواب

فصل فى ميراث المفقود

(قال رضى الله عنه وانما ألحقنا هذا الفصل بما سبق لاستواء حالهما فالمفقود متردد الحال بين الحياة والموت كالجنين فى البطن ثم الاصل فيه أن المفقود يجعل حيا في ماله ميتا فى مال غيره حتي لا يورث عنه ماله ولا يقسم بين ورثته مالم يعلم موته ولا يعطى له ميراث أحد من قرابته اذا مات قبل أن يتبين حاله ولكن يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل لان حياته كانت معلومة وما علم ثبوته فالاصل بقاؤه الا أن الحكم بحياته باعتبار استصحاب الحال فهو حجة فى ابقاء ما كان علي ما كان وليس بحجة فى اثبات ما لم يكن ثابتا لان ثبوته لانعدام الدليل المزيل لا لوجود الدليل المنفى فنقول فى مال نفسه يجعل حيا لابقاء ما كان علي ما كان وفى مال غيره لا تثبت حياته لان الحاجة الى استحقاق الميراث لدفع استصحاب الحال لا يكفى لذلك ثم اختلفت الروايات أنه متى يحكم بموته فعلي ظاهر الرواية قال اذا لم يبق أحد من أقرانه وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة اذا مضى من مولده مائة وعشرون سنة وفى رواية أخرى مائة سنة وقد بينا هذا فى كتاب المفقود ثم اذا وقف نصيبه من ميراث غيره فان ظهر حيا أخذ ذلك وان لم يظهر حاله حتى حكم بموته لم يستحق شيأ مما وقف له بمنزلة الحمل اذا انفصل حيا استحق الميراث وان انفصل ميتا لم يستحق شيأ فاذا مضت مدة يعلم أنه لا يعيش

الى تلك المدة فانه يحكم بموته ويقسم ميراثه بين ورثته وانما يعتبر من ورثته من يكون باقيا فى هذه الحالة ولا يرثه أحـد ممن مات قبل هذا شيأ لانه انما يحكم بموته فى هذه الحالة وشرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت المورث فلهذا لا يرثه الا من كان باقيا من ورثته حين حكم بموته والله أعلم بالصواب

باب المناسخة

(قال رحمه الله) واذا مات الرجل ولم تقسم تركته بين ورثته حتى مات بعض ورثته فالحال لا يخلو اما أن يكون ورثة الميت الثانى ورثة الميت الاول فقط أو يكون فى ورثة الميت الثانى من لم يكن وارثا للميت الاول ثم لا يخلو اما أن تكون قسمة التركة الثانية وقسمة التركة الاولى سواء أو تكون قسمة التركة الثانية غير الوجه الذى هو قسمة التركة الاولى ثم لا يخلو اما أن تستقيم قسمة نصيب الميت الثانى من تركة الميت الاول بين ورثته من غير كسر أو بكسر فان كانت ورثة الميت الثانى هم ورثة الميت الاول ولا تغيير فى القسمة فانه تقسم قسمة واحدة لانه لا فائدة فى تكرار القسمة بيانه اذا مات وترك بنين وبنات ثم مات أحد البنين أو احدى البنات ولا وارث له سوى الاخوة والاخوات فان قسمة التركة بين الباقين على صفة واحـدة للذكر مثل حظ الانثيين فيكتفى بقسمة واحدة بينهم وأما اذا كان فى ورثة الميت الثانى من لم يكن وارثا للميت فانه تقسم تركة الميت الاول أولا ليتبين نصيب الثانى ثم تقسم تركة الميت الثانى بين ورثته فان كان يستقيم قسم نصيبه بين ورثته من غير كسر فلا حاجة الى الضرب وبيانه فيما اذا ترك ابنا وابنة فلم تقسم التركة بينهما حتى مات الابن وخلف ابنة وأختا فان تركة الميت الاول تقسم أثلاثا ثم مات الابن عن سهمين وترك ابنـة وأختا فللابنة النصف والباقى للاخت بالعصوبة مستقيم ولا ينكسر وان كان لا يستقيم قسمة نصيب الثانى بين ورثتـه فاما أن يكون بين سهام فريضته موافقة بجزء أو لا يكون بينهما موافقة فان كان بينهما موافقة بجزء فانه يقتصر على الجزء الموافق من سهام فريضته ثم يضرب سهام فريضة الاول فى ذلك الجزء فتصح المسئلة من المبلغ ومعرفة نصيب كل واحـد من ورثة الميت الاول أن تضرب نصيبه فى الجزء الموافق من فريضة الميت الثانى ومعرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الثانى أن تضرب نصيبه فى الجزء الموافق من نصيب الميت الثانى

من تركه الميت الاول فما بلغ فهو نصيبه وان لم يكن بينهما موافقة بشئ فالسبيل أن تضرب سهام فريضة الميت الاول فى سهام فريضة الميت الثانى فتصح المسئلة من المبلغ ومعرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الاول أن تضرب نصيبه فى فريضة الميت الثانى فما بلغ فهو نصيبه * ومعرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الثانى أن تضرب نصيبه فى نصيب الميت الثانى من تركة الميت الاول فما بلغ فهو نصيبه وبيانه عند الموافقة أن يخلف الرجل ابنا وابنة ولم تقسم تركته حتى مات الابن عن ابنة وامرأة وثلاثة بنى ابن ففريضة الميت الاول من ثلاثة ثم مات الابن عن سهمين وخلف امرأة وابنة وثلاثة بنى ابن فتكون فريضته من ثمانية للمرأة الثمن سهم وللابنة النصف أربعة والباقى وهو ثلاثة بين بنى الابن الا أن قسمة سهمين على ثمانية لا تستقيم ولكن بين سهمين وثمانية موافقة بالنصف فيقتصر من فريضة الميت الثانى على النصف وهو أربعة ثم تضرب فريضة الميت الاول وهو ثلاثة فى فريضة الميت الثانى وهو أربعة فيكون اثنى عشر منه تصح المسئلة ومعرفة نصيب الابن من فريضة الميت الاول أن تضرب نصيبه وذلك سهمان فى الجزء الموافق من فريضة الميت الثانى وهو أربعة فتكون ثمانية ومعرفة نصيب الابنة من فريضة الميت الثانى أن تضرب نصيبها وهو أربعة فى الجزء الموافق من نصيب الميت الثانى من تركة الميت الاول وهو سهم فيكون أربعة ومعرفة نصيب المرأة أن تضرب نصيبها وهو سهم فى هذا الجزء الموافق أيضا وهو سهم فيكون لها سهما واحدا والباق وهو ثلاثة بين بني الابن لكل واحد منهم سهم وبيان المسئلة عند عدم الموافقة أن نقول رجل مات عن ابن وابنة ولم تقسم تركته حتى مات الابن عن ابن وابنة ففريضة الميت الاول ثلاثة ثم مات الابن عن سهمين وفريضته أيضا ثلاثة وقسمة سهمين على ثلاثة لا تستقيم ولا موافقة فى شئ فتضرب الفريضة الاولى فى الفريضة الثانية وذلك ثلاثة فى ثلاثة فتكون تسعة ومعرفة نصيب الابن انه كان نصيبه من تركة الاول سهمين تضربهما فى الفريضة الثانية وهو ثلاثة فيكون ستة ومعرفة نصيب ابن الميت الثانى أن تضرب نصيبه وذلك سهمان فى نصيب الميت الثانى من تركة الميت الاول وذلك سهمان أيضا فتكون أربعة ومعرفة نصيب ابنة الميت الثانى أن تضرب نصيبها وذلك سهم فى نصيب الميت الثانى من تركة الميت الاول وذلك سهمان فيكون لها سهمين وللابن أربعة فكذلك ان مات بعض ورثة الميت الثانى قبل قسمة التركة على ورثته فهو على التقسيمات التى بينا وان كان فى ورثة الميت الثالث من لم يكن

وارثا للاولين فالسبيل أن تجعل فريضة الاولين كفريضة واحدة بالطريق الذى قلنا ثم تنظر الى نصيب الميت الثالث من تركة الاولين فان كان يستقيم قسمته بين ورثته من غير كسر قسمته بينهم وان كان لا يستقيم نظرت فان كان بين نصيبه من التركتين و بين فريضته موافقة بجزء فتقتصر على الجزء الموافق من فريضته ثم تضرب فريضته الاولى والثانية فى ذلك الجزء فتصح المسئلة من المبلغ ومعرفة نصيب الميت الثانى من تركة الاولين أن تضرب نصيبه فى الجزء الموافق من سهام فريضته فما بلغ فهو نصيبه ومعرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الثالث أن تضرب نصيبه فى الجزء الموافق من نصيب الميت الثالث من تركة الاولين فما بلغ فهو نصيبه وان لم يكن بينهما موافقة بشئ ضربت مبلغ الفريضتين فى سهام الفريضة الثالثة فتصح المسئلة من المبلغ ومعرفة نصيب الميت الثالث أن تضرب نصيبه فى نصيب فريضته فما بلغ فهو نصيبه من التركتين ومعرفة نصيب كل واحد من ورثته ان تضرب نصيبه فى نصيب الميت الثالث من التركتين فما بلغ فهو نصيبه وبيان هذا ان تقول رجل مات وترك ابنين فلم تقسم تركته حتى مات أحدهما عن ابنة وعن تركة الميت الاول وهو أخ ثم ماتت الابنة عن زوج وأم وعن تركة الميت الاول وهو عمها ففريضة الميت الاول من سهمين فانما مات أحد الابنين عن سهمين وفريضته من سهمين أيضا للابنة النصف والباقى للاخ وقسمة سهم على سهمين لا تستقيم فتضرب اثنين فى اثنين فتكون أربعة ثم ماتت الابنة عن زوج وام وعم فتكون فريضتها من ستة للزوج النصف وللام الثلث سهمان والباقى للعم وقسمة سهم على ستة لا تستقيم ولا موافقة فى شئ فتضرب أربعة فى ستة فتكون أربعة وعشرين منه تصح المسئلة نصيب الابن من الميت الاول اثنا عشر ومن الميت الثانى ستة فيكون ثمانية عشر ونصيب الابنة ستة يضرب نصيبها وهو سهم فى فريضتها وهو ستة ومعرفة نصيب الزوج أن يضرب نصيبه وهو ثلاثة فى نصيب الميت الثالث من الفريضة الاولى وذلك سهم فيكون ثلاثة أسهم فللام سهمان وما بقي وهو سهم فهو للعم وأما عند وجود الموافقة فصورته فيما اذا ترك امرأة وأما وثلاث أخوات متفرقات فماتت الام وتركت زوجا وعما ومن تركه الميت الاول وهما الابنتان فاخت الاول لاب وأم وأخته لام ابنا الميت الثانى وأخته لابيه أجنبية عنها ثم لم تقسم التركة حتى ماتت الاخت لاب وأم وتركت زوجا وابنة ومن تركه الميت الاول والثانى وهما الاخت لاب وأم والاخت لام فالسبيل ان تصحح فريضة الميت الاول

فيكون أصله من اثني عشر للمرأة الربع ثلاثة وللام السدس سهمان وللاخت لاب وأم النصف ستة وللاخت لاب السدس سهمان وللاخت لام السدس سهمان فتعول بثلاثة فتكون القسمة من خمسة عشر ثم ماتت الام عن سهمين وتركت زوجا وعما وابنتين ففريضتها من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة وللبنتين الثلثان ثمانية والباقي للعم وهو سهم واحد وقسمة سهمين على اثني عشر لا تستقيم ولكن بينهما موافقة بالنصف فيقتصر على الجزء الموافق وذلك ستة ثم تضرب الفريضة الاولى وهي خمسة عشر في ستة فتكون تسعين ومعرفة نصيب الام انه كان نصيبها سهمين يضرب ذلك في ستة فيكون اثنى عشر بين ورثتها مستقيم ثم ماتت الاخت لاب وأم وتركت زوجا وابنة وأختا لام وأختا لاب ففريضتها من أربعة للزوج الربع سهم وللابنة النصف سهمان وللاخت لاب الباقي سهم فتكون القسمة من أربعة ثم ننظر الى نصيبها من التركتين فنقول كان لها من التركة الاولى ستة ضربناها في ستة فتكون ستة وثلاثين وكان لها من التركة الثانية أربعة ضربناها في الجزء الموافق من نصيب الام من تركة الاولى وهو سهم فكان أربعة فيكون نصيبها من التركتين أربعين وقسمة أربعة على أربعين تستقيم ولو مات وترك ابنين وأبوين فمات أحد الابنين عن ابنة ومن تركه الميت الاول وهو أخ وجد وجدة فنقول فريضة الميت الاول من ستة للابوين السدسان والباقي وهو أربعة بين الابنين ثم مات أحد الابنين عن سهمين وخلف ابنا وجدا وجدة وأخا فالفريضة من ستة للابنة النصف ثلاثة وللجدة السدس سهم والباقي وهو سهمان بين الجد والاخ فالمقاسمة نصفان في قول زيد وقسمة السهمين على ستة لا تستقيم ولكن بينهما موافقة بالنصف فيقتصر على النصف وهو ثلاثة ثم تضرب الفريضة الاولى وذلك ستة في ثلاثة فتكون ثمانية عشر منه تصح المسئلة ومعرفة نصيب الميت الثاني أن تأخذ نصيبه من تركه الاول وذلك سهم تضربه في الجزء الموافق من فريضته وذلك ستة فتكون ستة ومعرفة نصيب ابنته أن تضرب نصيبها وهو ثلاثة في الجزء الموافق من نصيب الميت الثاني وذلك سهم فيكون ذلك ثلاثة فهو لها وللجدة سهم والباقي بين الاخ والجد نصفان بالمقاسمة * رجل مات وترك امرأة وابنتين له منها وأبوين فماتت احدى الابنتين عن زوج ومن تركه الميت الاول وهو جدها أب أبيها وجدتها أم أبيها وأختها لاب وأم ففريضة الميت الاول أصلها من أربعة وعشرين وقسمتها من سبعة وعشرين وهي المنبرية ثم ماتت احدى الابنتين عن ثمانية أسهم وانما تقسم فريضتها

من ستة فى الاصل للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث سهمان وللجد السدس سهم وللاخت النصف ثلاثة تعول بثلاثة فتكون من تسعة ثم ما أصاب الجد والاخت يقسم بينهما اثلاثا فتضرب تسعة فى ثلاثة فتكون سبعة وعشرين منه تصح المسئلة ولا موافقة بين سبعة وعشرين وبين ثمانية فى شيء فالسبيل أن تضرب الفريضة الاولى فى الفريضة الثانية فتصح المسئلة من المبلغ والطريق فى التخريج ما بينا * رجل مات وترك امرأة وأبوين وثلاث أخوات متفرقات فلم تقسم تركته حتى ماتت الام وخلفت من خلف الميت الاول فلم تقسم التركة حتى مات الاب وخلف امرأة ومن خلف الميت الاول فلم تقسم التركة حتى ماتت الاخت لاب وأم وخلفت زوجا ومن خلفه الاولون فلم تقسم التركة حتى ماتت الاخت لاب وخلفت زوجا وابنتين ومن خلفه الاولون فلم تقسم التركة حتى ماتت الاخت لام وخلفت زوجا وثلاث بنات وأبوين فنقول قوله خلفت الاخت لام زوجا وثلاث بنات وأبوين غلط وقع من الكاتب لانه ذكر فى وضع المسئلة ان الام ماتت أولا فكيف يستقيم قوله بعد ذلك خلفت أبوين وانما الصحيح خلفت أبا وزوجا وثلاث بنات ثم وجه التخريج ان فريضة الميت الاول من اثنى عشر سهما للمرأة الربع ثلاثة وللام السدس سهمان والباقى وهو سبعة أسهم للاب ولا شيء للاخوات ثم ان الام ماتت عن زوج وابنتين فان الاخت لاب وأم والاخت لام ابنتاها فلهما الثلثان والربع للزوج وأصله من اثنى عشر الا ان بين نصيبها وهو سهمان وبين سهام فريضتها موافقة بالنصف فيقتصر على النصف وهو ستة ثم تضرب اثنى عشر فى ستة فيكون اثنين وسبعين وكان لها سهمان ضربناه فى ستة فيكون اثني عشر للزوج ثلاثة وكان له من الفريضة الاولى سبعة ضربناها فى ستة فيكون اثنين وأربعين فحصل له من التركتين خمسة وأربعون ثم مات الاب عن امرأة وابنتين وهما الاخت لاب وأم والاخت لاب فتكون فريضته من أربعة وعشرين لا يستقيم ولكن بينهما موافقة بالثلث فيقتصر على الثلث وهو ثمانية ثم تضرب اثنين وسبعين فى ثمانية فيكون خمسمائة وستة وسبعين وهكذا تغييره فى تركة كل ميت فيعتبر الاقتصاد والضرب الى أن ينتهى الحساب الى تسعة وثلاثين ألفا وثلثمائة واثنى عشر فمن ذلك تصح المسئلة والله أعلم بالصواب

باب طلاق المريض

(قال رضي الله عنه) وانما تنبني مسائل هذا الباب على من طلق امرأته ثلاثا في مرضه ثم مات وهي في العدة فانها ترث بحكم الفرار وقد تقدم بيان هذه المسائل في كتاب الطلاق والذى زاد هنا ان الفرقة متى وقعت بسبب باشره ابن المريض بأن قبلها بشهوة أو جامعها وهي مكرهة ثم مات المريض وهي في العدة فانها ترثه لانه اذا وقعت الفرقة بايقاع الطلاق جعلنا النكاح كالقائم بينهما في حكم الميراث باعتبار ان الزوج قصد ابطال حقها عن ميراثه فرد عليه قصده ويكون لها الميراث اذا مات الزوج قبل انقضاء العدة فان مات بعد انقضاء العدة أو كان ذلك قبل الدخول فلا ميراث لها بمنزلة مالو كان الزوج هو الذى طلقها ولو كان للاب امرأة أخرى والمسئلة بحالها لم ترث هذه المبانة شيأ لانه لايتحقق هنا قصد من جهة الابن فان ميراث النساء يستوى في استحقاقه المرأة الواحدة والثنتان فيبقى جميع ذلك مستحقا عليه للمرأة الاخرى وان اكتسب سبب الفرقة بين الاب وبين هذه فاذا انتفت التهمة لم تجعل العدة قائمة مقام النكاح في بقاء ميراثها كما لو كان فعل ذلك في صحة الاب وان كان من المرأتين جميعا عن شهوة معا بغير رضاهما فلهما الميراث اذا مات الاب قبل انقضاء عدتها لان تهمة القصد هنا موجودة ولو وطئ احداهما ثم الاخرى مكرهتين فلا ميراث للاولى وللثانية الميراث لان القصد منه الى ابطال ميراث النساء غير موجود حين وطئ الاولى وهو موجود وحين وطئ الثانية ولو وطئها ابن ابنه وهي مكرهة حين وقعت الفرقة بينهما فان كان ابنه حيا فلا ميراث للمرأة لان ابن الابن ليس بوارث الجد في هذه الحالة فلا تتحقق منه تهمة القصد وان كان أبوه ميتا وكان ابن الابن وارثا فحينئذ لها الميراث لوجود تهمة القصد وكذلك لو كان الابن فعل ذلك وهو غير وارث بان كان كافرا أو رقيقا لم يكن لها الميراث لان تهمة القصد هنا لم تتحقق فان كان وطئها وهو غير وارث ثم صار وارثا بالسبب الذى كان قائما وقت الوطء بان كان رقيقا فعتق أو كافرا فاسلم أو فعله ابن الابن والابن حي ثم مات الابن فانها ترثه لان تهمة القصد باعتبار كون المكتسب لسبب الفرقة وارثا والميراث انما يثبت عند الموت فيعتبر حالة الموت وان كان الابن فعل ذلك وهو مجنون أو صبي لم يكن لها الميراث لان حكم الفرار باعتبار تهمة القصد وذلك ينبني على قصد معتبر شرعا وليس للصبي والمجنون قصدا

معتبرا شرعا فلا يثبت حكم الفرار بفعلهما كما لا يثبت حكم حرمان الميراث بقتل باشره الصبي والمجنون والله أعلم بالصواب

باب ما يسأل عنه من المتشابه في غير ولاء مجوسي

(قال رضي الله عنه) ولو أن رجلا سئل عن رجل مات وترك خال ابن عمته وعمة ابن خاله فالسبيل لك أن تقول له خال ابن عمة أخرى وعمة ابن خال آخر غير هذا الاول فان قال لم يكن له عمة ولا خال غير هذا فقل الميراث بينهما اثلاثا فان خال ابن عمته أبوه وعمة ابن خاله أمه لان خال ابن عمته هو أخو عمته وأخو عمته أبوه وعمة ابن خاله هي أخت أخي أمه فهي أمه اذا لم يكن سواهما فلهذا كان للاب الثلثان وللام الثلث فان سئل عن خال وعم فورث الخال دون العم فقل ورث الخال لانه خال أم بسبب آخر فان قال لانه خال فهذا لا يتصور الا أن يكون في العم ما يحرمه من رق أو كفر وان قال لا أبين فقل ان الخال هو ابن أخ الميت وكانت صورة هذه المسئلة في أخوين لاب تزوج أحدهما أم أم أخته والنكاح صحيح لانه لا قرابة بين هذين فان ولدت له ابنا فهذا الابن ابن أخ الآخر وخاله لانه أخ أمه فانه ابن جدته ولكنه ابن أخي الميت وابن الاخ في الميراث بالعصوبة مقدم على العم فان سئلت عن رجل ورثه سبعة اخوة وأخت المال بالسوية فهذا رجل تزوج امرأة وتزوج أمها ابنه فولدت منه سبع بنين فصار بنوه اخوة امرأة أبيه ثم مات الرجل وبقي أبوه حيا ثم مات الاب فانما مات عن امرأة وسبع بني ابن فللمرأة الثمن والباقي بين بني الابن بالسوية وهم اخوتها لامها فقد ورث لكل واحد منهم ثمن المال بهذا الطريق فان سئلت عن أخوين لاب وأم ورث أحدهما المال من رجل دون الآخر فقل لعل في الآخر مانعا من رق أو كفر فان قال لا مانع فقل ان الميت ابن أحدهما أو زوجة أحدهما فهو الذي يرثه دون أخيه فان سئلت عن أخوين لاب وأم ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال والآخر الربع فقل هذه امرأة لها ابني عم تزوجها أحدهما ثم ماتت فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين فحصل للزوج منها ثلاثة أرباع المال وللآخر الربع فان قال ورث أحدهما الثلثين والآخر الثلث فقل هذه امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لامها والآخر زوجها فللاخ لام السدس وللزوج النصف والباقي بينهما نصفان فتكون القسمة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللاخ لام السدس سهم والباقي

وهو سهمان بينهما نصفان فحصل لاحدهما ثلث المال وللآخر الثلثان فان قالوا كانوا ثلاث اخوة فورث أحدهم الثلثين وورث اثنان منهم سدسا فقل هذه امرأة لها ثلاث بنى عم وهم اخوة فتزوجها أحدهم ثم ماتت فصار للزوج النصف وما بقي فبينه وبين الاخوة أثلاثا فصار له الثلثان ولكل واحد منهما السدس * فان سئلت عن رجل وأخوين ورثوا المال للرجل الثلث ولاحد الاخوين النصف والآخر السدس فقل هذه امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لامها والآخر الذى ليس أخاها لامها له أخ لام وليس بابن عم لها وهو زوجها فماتت فصار لزوجها النصف ولابن العم الذى هو أخوها لامها السدس وما بقي فبين ابنى عميها اللذين أحدهما أخوها لامها نصفين فحصل لاختها لامها الثلث ولابن عمها الآخر السدس وهو أخ هذه الابنة ولزوجها النصف وهو أخ هذا أيضا لامه فان سئلت عن رجل وأخته ورثا المال فصار للرجل سبعة أثمان المال ولاخته الثمن فقل هذا رجل تزوج أم امرأة أبيه فولدت منه غلاما ثم مات الرجل ثم مات أبوه فصار لامرأته الثمن ومابقي فللغلام لانه ابن ابنه وهو أخ المرأة لامها * فان سئلت عن رجل وابنة ورثا المال نصفين فقل هذه امرأة تزوجها ابن عمها وعمها حى ثم ماتت فصار لزوجها النصف وما بقي لاب الزوج وهو العم * فان سئلت عن رجل وابنته ورثا المال نصفين فقل هذه امرأة تزوجت ابن عمها فولدت منه ابنة ثم ماتت المرأة فصار لابنتها النصف ولزوجها الربع وما بقي فللزوج أيضا لانه عصبتها * فان سئلت عن رجل وأمه ورثا المال نصفين فهذا رجل زوج ابنته من ابن أخيه فهو عصبته * فان سئلت عن رجل وامرأتيه ورثوا المال أثلاثا فقل هذا رجل زوج ابنتى ابنيه ابن أخيه ثم مات ولا وارث له غيرهم فصار لابنتى الابنين الثلثان وما بقى فلابن أخيه وهو زوجهما * فان سئلت عن رجل ورثه ثلاث نسوة المال أثلاثا احداهن أم الاخرى فقل هذا رجل زوج ابن ابنه ابنة ابن ابن آخر له فولدت له بنتا ثم مات ابن ابنه فهاتان الابنتان احداهما أم الاخرى ثم مات الرجل وله أخت فصار لهما الثلثان والباقى للاخت بالعصوبة * فان سئلت عن امرأة وابنها وابن ابنها ورثوا المال ثلاثا فقل هذا رجل زوج ابنة ابنه ابن ابن له آخر فولدت له ابنتان ثم مات ابن الابن فهاتان الابنتان احداهما أم الاخرى ثم تزوج ابن أخ له ابنة ابن ابن الميت فولدت له ابنا ثم مات ابن أخيه ثم مات الرجل وترك ابنتى ابنيه فلهما الثلثان واحداهما أم الاخرى وما بقي فلابن الابنة لانه ابن ابن أخيه وهو عصبته * فان سئلت عن رجل ورثه

سبعة عشر امرأة ماله بالسوية فقل هذا رجل مات وترك ثمان اخوات لاب وأم وأربع أخوات لام وثلاث نسوة وجدتان فللاخوات لاب وأم الثلثان ثمانية من اثنى عشر وللاخوات لام الثلث وهو أربعة وللنسوة الربع وهو ثلاثة وللجدتين السدس سهمان فتعول بخمسة فتكون القسمة من سبعة عشر لكل واحدة منهن سهم * فان سئلت عن رجل ترك عشرين دينارا فورثه امرأة من ذلك دينارا واحدا فقل هذا رجل ترك أختين لاب وأم وأختين لام وأربع نسوة فللاختين لاب وأم الثلثان ثمانية من اثنى عشر وللاختين لام الثلث أربعة وللنسوة الربع ثلاثة فتكون القسمة من خمسة عشر للنسوة من ذلك ثلاثة فلا يستقيم بين أربعة فاضرب خمسة عشر فى أربعة فتكون ستين للنسوة من ذلك اثنا عشر لكل واحدة منهن ثلاثة واثنا عشر من ستين فهو الخمس فى الحاصل وخمس عشرين دينارا أربعة دنانير بينهن لكل واحدة منهن دينار * فان سئلت عن امرأة ورثت أربعة أزواج لها واحدا بعد آخر صار لها نصف أموالهم جميعا وصار للعصبة النصف فقل هذه امرأة تزوجها أربع اخوة واحدا بعد واحد وبعضهم ورثة بعض معها وكان جميع مالهم ثمانية عشر دينارا لاولهم تزوجها بها ثمانية دنانير وللثانى ستة دنانير وللثالث ثلاثة وللرابع دينار فاما مات زوجها الاول عن ثمانية دنانير فلها الربع وذلك ديناران وما بقى من اخوته وهم ثلاثة لكل واحد دينار فصار لصاحب الستة ثمانية ولصاحب الثلاثة خمسة ولصاحب الدينار ثلاثة ثم تزوجها الثانى فمات عنها فيكون لها الربع ثلاثة وعن أخوين فيكون لها الربع من تركته وذلك ديناران وما بقى وهو ستة بين أخويه لكل واحد ثلاثة فصار للذى كان له خمسة ثمانية وللذى كان له ثلاثة ستة ثم تزوجها الثالث فمات عنها وعن أخ فورثته الربع وهو ديناران وصار ما بقى لاخته وهو ستة فحصل للاخ اثنا عشر دينارا ثم تزوجها الرابع فمات عنها فيكون لها الربع ثلاثة والباقى وهو تسعة للعصبة فقد ورثت هى من الثلاثة ستة دنانير من كل واحد دينارين ومن الرابع ثلاثة فصار لها تسعة وهو نصف مالهم وللعصبة النصف ولو ان رجلا جاء الى قوم وهم يقتسمون ميراثا فقال لهم لا تعجلوا بقسمة هذا الميراث فان لى امرأة غائبة فان كانت حية ورثت ولم أرث وان كانت ميتة ورثت ولم ترث فهذه امرأة ماتت وتركت أختين لاب وأم وأما وأخا لاب وهو متزوج باخت لها لامها فصار للاختين الثلثان وللام السدس فان كانت الاخت من الام حية فلها السدس الباقى ولا شئ للاخ لاب لانه عصبة ولم يبق من

أصحاب الفرائض شيء وان كانت ميتة فالسدس الباقي للاخ لاب لانه عصبة وهذا الذي جاء اليهم فقال ماقال فان قال ان كانت امرأتي حية ورثت ولم ترث وان كانت ميته لم أرث أنا ولا هي فهذه امرأة ماتت وتركت جدها أب أبيها وزوجها وأمها وأخا لها لامها وهو متزوج أختها لامها فصار للزوج النصف فان كانت الاخت من الام حية كان للام السدس والثلث الباقي بين الجد والاخ نصفين بالمقاسمة فيرث في هـذه الحالة وان كانت الاخت من الام ميتة كان للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وسقط الاخ فلا يرث في هذه الحالة شيأ لانه لا ينقص الجد عن السدس * فان جاءت امرأة وقالت لا تعجلوا بقسمة هذا الميراث فاني حبلى فان ولدت ولدا حيا ورث معكم غلاما كان أو جارية فان هـذا رجل مات أبوه قبله ولابيه سرية فمات الرجل بعد ابنه وله امرأة وابنة وعم فقالت سريته لا تعجلوا فأني ان ولدت غلاما كان أخا للميت وكان عصبته فكان الباقي له دون العم وكذلك ان ولدت جارية لانها أخت الميت لاب والاخت مع الابنة عصبة فكان الباقي لها دون العم فان قالت ان ولدت غلاما ورث وان ولدت جارية لم ترث فهذا رجل مات أخوه وله سرية حبلى ثم مات هو وترك ابنتين وعما فقالت سريته لهم ذلك فهي ان ولدت غـلاما كان ابن أخ الميت فهو أولى بالعصوبة من العم وان ولدت جارية كانت ابنة أخ الميت فلا ترث شـيأ والباقي للعم بالعصوبة فان قالت ان ولدت غلاما لم يرث وان ولدت جارية ورثت فهـذه امرأة ماتت عن زوج وأم وأختين لام وسرية ابنها حبلى وهي التي قالت له ذلك فان ولدت جارية كانت أختا لاب فيكون لها النصف وان ولدت غلاما لم يرث شيأ لانه عصبة ولم يبق من أصحاب الفرائض شيء فلا شيء له فان قالت ان ولدت غلاما لم يرث وان ولدت جارية لم ترث وان ولدتهما جميعا ورثا فهذا رجل مات أبوه وله سرية حبلى ثم مات الرجل وترك أمه وأختا لاب وأم وجد فسرية أبيه ان ولدت غلاما كان أخا للابن فكان للام السدس ومابقي بين الجد والاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين ثم يرد الاخ من الاب على الاخت من الاب والام ما في يديه حتى يستكمل النصف ولا يبقي له شيء فان الفريضة من ستة للام السدس سهم وللجد اثنان وللاخ من الاب اثنان وللاخت من الاب والام واحد ثم يرد الاخ ما في يده على الاخت حتى يسلم لها النصف ثلاثة ويخرج بغير شيء وان ولدت جارية كان للام السدس وما بقي بين الجد والاخت من الاب والام والاخ من الاب للذكر مثل حظ الانثيين ثم ردت الاخت

من الاب على الاخت من الاب والام ما في يدها ولم ترث شيأ وان كانت هى ولدت غلاما وجارية كانت الفريضة من ثمانية عشر سهما للام السدس ثلاثة وللجد ثلث ما بقي خمسة فان ذلك خير له من المقاسمة وبقي عشرة للاخت لاب وأم منها كمال النصف تسعة والباقى وهو سهم بين الاخ والاخت من الاب للذكر مثل حظ الانثيين اثلاثا فيرثان جميعا فى هذه الحالة وهذا قول زيد رضى الله عنه فان قالت الحبلى ان ولدت غلاما ورث وورثت وان ولدت جارية لم أرث ولم ترث فهذا رجل زوج ابن ابنة ابنه ابنة ابن ابن له آخر ثم مات ابن ابنةابنه وابنة ابن ابنه حبلى من ابن ابنةابنه ثم مات الرجل وترك ابنه وعصبته فجاءت ابنة ابن ابنه هذه فقالت ماقالت فهى ان ولدت جارية لم يكن لها ولا للجارية شئ لان ابنتى الميت قد أحرزتا الثلثين فريضة البنات فلا شئ لمن دونهما من البنات ولكن الباقى للعصبة وان ولدت غلاما ورثت هى وهو لانها ابنة ابن ابن الميت وابنها ابن ابن ابن الميت فتصير هى عصبة به وكان الباقى بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قالت هذه الحبلى ان ولدت جارية ورثت أنا وهي وان ولدت غلاما لم أرث أنا ولا هو فهذه امرأة تزوج ابن ابنها ابنة ابن ابنها ثم مات ابن ابنها وابنة ابن ابنها حبلى ثم ماتت المرأة وتركت زوجها وابنتها وأبويها فجاءت الحبلي وقالت ماقالت فهى ان ولدت غلاما لم يرث هو ولا هى لان لابنة الميت النصف ولابويها السدس وللزوج الربع فقد عالت الفريضة ولم يبق لهما شئ فانها صارت عصبة بالذكر فى درجتها فان لم يبق من أصحاب الفرائض شئ فلا شئ للعصبة وان ولدت جارية كان لابنة الميت النصف ولهذه مع ابنتها السدس تكملة الثلثين لانهما ابنتا ابن ابن وللابوين السدسان وللزوج الربع فكانت الفريضة من خمسة عشر سهما فان قالت لا تعجلوا فانى حبلى فان ولدت غلاما حيا وجارية ميتة ورثت أنا والغلام وان ولدت جارية حية وغلاما ميتا لم يرث واحد منا فهذا رجل له ابنتان وابنة ابن ابن قد تزوجها ابن ابن له آخر ثم مات ابن ابنه ثم مات الرجل وترك ابنتيه وابنة ابنه وهى حبلى من ابن ابنه فهى ان ولدت غلاما حيا وجارية ميتة صارت هى عصبة بالغلام فورث الغلام وهى مابقى للذكر مثل حظ الانثيين وان ولدت جارية حية وغلاما ميتا لم يرث واحد منهما شيأ لان الابنتين قد أحرزتا فريضة البنات وكان الباقى للعصبة والله أعلم بالصواب

باب السؤال فى بنات الابن والاخوة

(قال رضى الله عنه) قد بينا أكثر مسائل هذا الباب فى العويص فى ميراث الاولاد والاخوة والجدات فلا نعيدهها شيأ مما ذكرنا وانما نذكر مالم نذكره ثمة فنقول رجل ترك ثلاثة بنات ابن بعضهن أسفل من بعض مع كل واحدة منهن عمة أو عمة عمها قال رضي الله عنه اعلم بان أهل الكوفة يجيبون فى هذه المسائل باكثر مما يكون من العدد وأقرب مايكون من النسب وأهل المدينة يجيبون فيها باقل مما يكون من العدد وأقرب ما يكون من النسب وما ذهب اليه أهل الكوفة رحمهم الله أولى لان فيه تصحيح كلام السائل باصله ووصفه وفيما ذهب اليه أهل المدينة الغابعض كلام السائل لان ذلك يؤدى الي العبارة عن شخص واحد بعبارات وذلك تكرار محض لا فائدة فيه وفيما ذهب اليه أهل الكوفة الغاصفة كلامه وهو صفة الوراثة لبعضهم فانه اذا حمل على أبعد مايكون من النسب لم يكن وارثا فلهذا اخترنا طريق أهل الكوفة في ذلك فنقول عمة العليا ابنة الميت وعمة عمتها أخت الميت وعمة الوسطى درجة العليا وعمة عمتها ابنة الميت أيضا فانما ترك الميت ابنتين وأختا فللابنتين الثلثان والباقي للاخت بالعصوبة وعلي ماذهب اليه أهل المدينة عمة الوسطى هى العليا وعمة عمتها هى عمه العليا فانما ترك الميت ابنة وابنة ابن وأخت فللابنة النصف ولابنة الابن السدس والباقى للاخت فان كان مع كل واحدة منهن عمها فعم العليا ابن الميت فيكون المال كله له وان كان مع كل واحدة منهن عمتها وعمة عمتها وأختها وابنة أختها وجدتها وأمها فلعمة العليا وعمة الوسطى الثلثان لانهما ابنتا الميت ولجدة العليا الثمن لانها امرأة الميت وما بقى فللعليا ولاختها ولابن أختها ولابنة أختها وللوسطى وللاختها ولعمتها ولعمة السفلي وعمة عمتها بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لاختلاط الذكور بالاناث فى درجة الذكور أو فوقهم فيكونون عصبة فيما بقي ولو ان رجلا مات وترك ابن ابنته وابنة ابنه مع كل واحدة منهما خال وعم فخال ابن الابنة هو ابن الميت وكذلك عم ابنة الابن هو ابن الميت فيكون المال بينهما نصفان فان كان مع كل واحد منهما خالته وعمته فخالة ابن الابنة ابنة الميت وعمة ابنة الابن كذلك ابنة الميت فلهما الثلثان والباقى للعصبة فان ترك ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحدة منهن ثلاثة عمومة متفرقين فللاخوات فرضهن للاخت لاب وأم النصف وللاخت لاب السدس تكملة الثلثين

وللأخت لام السدس والباقى لعم الاخت من الاب والام لاب وأم ولعم الاخت من الاب لاب وأم فانهما عمتا الميت لابيه وأمه اذا حمل ذلك على أقرب ما يكون من النسب كما هو اختيار أهل الكوفة فان كان مع كل واحدة أبوها وأخوها فانه يحصل فى هذا السؤال ان أبا الميت حى فهو يحرز الميراث دون الاخوة والاخوات فان كان مع كل واحدة منهن جدها فانه يحصل فى هذا السؤال أن أب أب الميت حى وقد سبق الكلام فى توريث الاخوة والاخوات مع الجد فان ترك ثلاث عمات متفرقات مع كل واحدة منهن ثلاثة بني اخوة متفرقين وثلاثة عمومة متفرقين فالمال لابن أخى العمة لاب وأم لابنها وأمها لانه ابن عم الميت لابيه وأمه فهو أقرب العصبات فان ترك أخوين لاب أحدهما الام فالذى لام أخ لاب وأم فيكون الميراث له دون الآخر فان ترك أخوين لام أحدهما لاب فالذى لاب أخ لاب فالميراث كله له ولو ان امرأة ماتت وتركت ابني عمها أحدهما أخوها لامها وتركت أخوين لام أحدهما ابن عمها فثلاثة منهم اخوة لام فالثلث بينهم اثلاثا والباقى بين اللذين هما ابنا عم من هؤلاء الثلاثة وبين الرابع الذى ليس هو أخ لام اثلاثا فى قول على وزيد رضى الله عنهما وقد بينا خلاف ابن مسعود فى هذه المسئلة فان تركت ابنى عمتها احداهما أختها لامها وأختين لام احداهما ابنة عم فانما تركت ثلاث أخوات لام فلهن الثلث والباقى للعصبة ولا شي لبنات العم فان ترك ابنتى عمه احداهما امرأته والاخرى أخته لابيه وثلاثة اخوة لام أحدهم ابن عم فانما ترك الميت فى الحاصل أختا وثلاثة اخوة لام فلهم الثلث بينهم بالسوية وترك امرأته فلها الربع وترك ابنة عم وهو أخوه لامه فله ما بقى فان ترك ابن أخ لام وهو ابن أخت لاب وخالة وابن عم فالمال لابن الاخ من الام الذى هو ابن الاخت لاب فى قول يعقوب ومحمد قاساه على قول على بن أبى طالب رضى الله عنه يريد به فى توريث ذوى الارحام باعتبار القرابة وتقديم الاقرب وقد بينا هذا فى باب ذوي الارحام وما ذكره بعده من الجدتين من جهتين أو الجدة قد بيناه فى باب الجدات والله أعلم بالصواب

باب من متشابه النسب

(قال رضي الله عنه) ولو أن رجلين ليست بينهما قرابة تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدت كل واحدة منهما غلاما فقرابة مابين الغلامين ان كل واحد منهما عم الآخر

لامه ولا يرث واحد منهما من صاحبه شيأ ان مات وله عصبة وان تزوج كل واحد منهما ابنة الآخر والمسئلة بحالها فقرابة ما بين الغلامين ان كل واحد منهما ابن خال الآخر فلا يرث مع أحد من العصبات فان تزوج أحدهما أم الآخر وتزوج الآخر ابنته فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة مابينهما ان ابن المتزوج بالام خال ابن الذى تزوج الابنة وعمه وابن الذي تزوج الابنة ابن أخت الذى تزوج الام وابن أخيه لامه فلا يرث واحد منهما من صاحبه شيأ لان العم لام وابن الاخ لام من جملة ذوى الارحام فلا يرثون مع أحد من العصبات ولو أن رجلا تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الغلامين ان أب الذى تزوج الام عم ابن الابن الذي تزوج الابنة وخاله وابن الابن ابن أخ الاب وابن أخته فأيهما مات ورث صاحبه هنا من قبل العم من الاب عصبته وكذلك ابن الاخ لاب عصبة فاذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثا له فان تزوج الاب الابنة وتزوج الابن الام فولدت كل واحدة منهما غلاما فقرابة ما بين الولدين ان ابن الاب عم ابن الابن وابن أخته وابن الابن خال ابن الاب وابن أخته فأيهما مات ورثه صاحبه بالعصوبة وفيه حكاية عبد الملك بن مروان رحمه الله فانه جلس يوما للمظالم فقام رجل فقال انى تزوجت امرأة وزوجت أمها ابني فمر بعطائى فقال لو كان على عكس هذا كان أولى وانى أسألك عن مسئلة فان أحسنت جوابها امرت بعطائك وان لم تحسن جوابها لا أعطيك شيا فقال هات فقال ان ولد لك غلام ولابنك غلام فأى قرابة تكون بين الغلامين فلم يحسن الرجل الجواب وقال سل القاضى الذى وليته ما وراء مجلسك فان أحسن الجواب فاصرف عطائى اليه والا فاعذرنى فلم يحسن القاضى ولا أحد من القوم الا رجل فى أخريات الناس فقام فقال ان أجبت فأحسنت هل تقضى حاجتى قال نعم فأجاب كما ذكرنا فاستحسن جوابه وقال لله در هذا العالم ما حاجتك فقال ان عاملك أسقط حرفا من كلام الله تعالى قال وما ذاك قال ان الله تعالى يقول خذ من أموالهم صدقة فهو يسقط حرف من فيأخذ أموالنا قال هذا أحسن من الاول وعزل ذلك العامل والله أعلم بالصواب

فصل فيما يسأل عنه من المحال الذى لايكون

(قال رضى الله عنه) ولو أن رجلا سأل عن رجل مات وترك والديه وما ولدا فهذا

لايكون لانما ولدا هو الميت فكيف يترك الميت نفسه الا أن يقول وما ولدا سواه فان سئل عن أم وأبوين فهو محال لان الام أحد الابوين فان سئل عن امرأة وأبوين وزوج فهذا محال لان الميت اما رجل له امرأة أو امرأة لها زوج ولا يتصور ميت ترك زوجا وامرأة فان سئل عن ابني عم أحدهما أخ لاب فهذا لايكون لان ابن عم الرجل لايكون أخاه لابيه فان سئل عن ابني عم أحدهما ابن أخ لاب أو لاب وأم فهذا لايكون أيضا لان ابن العم لايكون ابن الاخ بحال فان سئل عمن ترك ابنته وأبوى ابنته فهذا محال لان الميت أحد أبوى البنت فان سئل عن عم لاب هو أخ لاب فهذا لايكون لان العم هو جد الميت فليس له أن يتزوج امرأة ابن أبيه فان سئل عمن مات وترك عم ابن أخيه ولم يكن لابن أخيه عم فهذا لايكون لان الميت هو ابن أخ عمه وما ذكرناه يهديك الى ما يكون من هذا الجنس والله أعلم بالصواب

باب اقرار الرجل بالنسب

(قال رضي الله عنه) واذا كان الرجل ذا قرابة أو وارث معروف لم يجز اقراره الا باربعة نفر الولد والوالد والمرأة ومولى العتاقة ولا يجوز اقرار المرأة الا بثلاث الزوج والوالد والمولى لان اقرار المرأة على نفسها حجة وعلى غيرها ليس بحجة فالرجل بالاقرار بالاب يلزم نفسه بالانتساب اليه لانه يجب على الولد ان ينسب الى أبيه شرعا قال عليه السلام من انتسب الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا وكذلك ان أقر بمولى العتاقة فانما يقر على نفسه بوجوب الانتساب الى المولى وكذلك اذا أقر بالمرأة فانه يقر لها على نفسه بحقوق النكاح وكذلك اذا أقر بابن فانما يقر على نفسه لان الاب يحمل نسب الولد على نفسه وكذلك اذا أقر بمولى العتاقة الاسفل لان الولاء بمنزلة النسب فاذا كان يحمله على نفسه كان مقبول القول فى ذلك اذا صدقه صاحبه فى جميع هذه الفصول الا فى الولد اذا كان صغيرا فى يده أو كان مملوكا لا يحتاج الى التصديق والمرأة فى الاقرار بالاب والزوج ومولى العتاقة انما تقر على نفسها أيضا والابوية لا تمنع صحة اقرارها فاذا أقرت بابن فانما أقرت به على غيرها لان نسب الولد يثبت باعتبار الفراش فانما يثبت من صاحب الفراش أولا وهو الزوج واقرارها ليس بحجة على الزوج يوضحه انه مع قيام النكاح بينها وبين هذا الزوج

لايتحق بسبب صحيح بينها وبين غيره يثبت به نسب ولدها من ذلك الغير دون هذا الزوج وفي جانب الرجل يتحقق بسبب صحيح للنسب بينه وبين امرأة أخرى سوي المعروفة بالنكاح أو الملك يوضحه ان النسب يثبت من الرجل باعتبار الاعلاق حقيقة وذلك لا يقف عليه غيره فلا بد من قوله في ذلك وأما النسب من المرأة انما يثبت باعتبار الولادة وهو ظاهر يقف عليه غيرها وهي القابلة فلا يجعل مجرد قولها في ذلك حجة وسواء كان هذا الاقرار في صحة أو مرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة فان كان للمقر أب معروف أو مولى عتاقة معروف لم يجز اقراره بأب آخر ولا بمولي آخر لثبوت حق الاول ولانه مكذب في هذا الاقرار شرعا فلا يكون ذلك دون تكذيب المقر له وكذلك لا يجوز اقرار المرأة بزوج ولها زوج معروف لان المقر له حق الغير وانها مكذبة في هذا الاقرار شرعا بخلاف الرجل يقر بامرأة وله امرأة معروفة فانه غير مكذب في هذا الاقرار شرعا ولانه لا حق له فيما أقر به (ألا ترى) انها لا تملك ذلك بطريق الانشاء ولا يجوز اقرار واحد منهما بمن سوى هؤلاء من ابن ابن أو جد أو أخ لانه يقر على الغير فان نسب النافلة لا يثبت منه الا بواسطة الاب فكان هذا اقرارا منه على أبيه وكذلك أحد الاخوين لا ينسب الى صاحبه الا بواسطة الاب فكان اقرارا منه علي ابنه وكذلك الجد فان جمع في الاقرار بين من يجوز اقراره به ومن لا يجوز اقراره به كان المال لمن جاز اقراره به ان كان ممن يرث جميع المال في حال انفراده نحو ما اذا أقر بابن وابنة ابن فالمال كله للابن بالفرض والفرد لان اقراره بنسبه صحيح فيكون ثبوت نسبه باقراره كثبوته بالبينة وان كان ممن لا يرث جميعه مثل الزوج والزوجة كان له حظه كاملا والباقي بين الاخوين اللذين لا يثبت نسبهما باقراره علي حسابهما لو كانا معروفين ولم يترك لهما الا باقي المال * بيانه فيما اذا أقر بامرأة وابنة ابن وأخت فللمرأة الربع كاملا والباقي بين ابنة الابن والاخت على سبعة لابنة الابن أربعة وللاخت ثلاثة لان اقرار فريضتهما من ثمانية الا أنه لم يصدق في ادخال النقصان على المرأة فأخذت الربع كاملا وهو مصدق في حق الآخرين فتضرب ابنة الابن بنصيبها أربعة والاخت بثلاثة * ولو أقر بابنتي ابن والمسئلة بحالها فالباقي بين ابنتي الابن والاخت على أحد وعشرين سهما لان في زعمه

أن الفريضة على أربعة وعشرين لابنتى الابن الثلثان ستة عشر وللمرأة الثمن ثلاثة وللاخت ما بقي وهو خمسة فلم يصدق فى حق المرأة وأخذت الربع كاملا فتضرب ابنتا الابن فى الباقى بستة عشر سهما والاخت وان تصادق بعضهم فيما بينهم يجمع نصيب المتصادقين فاقتسموها على حساب ما تصادقوا عليه لان الثابت فيما بينهم بتصادقهم كالثابت بالبينة أو أقوى منه فاذا مات الرجل وأقر بعض ورثته بوارث وأنكره الآخرون دخل معه فى نصيبه فاقتسماه على سهامهما نحو ما اذا ترك ابنا فأقر بأخ له فانه لا يثبت نسبه ولكنه يأخذ نصف ما فى يد المقر الا فى رواية عن أبي يوسف أنه يثبت نسبه وقد بينا المسئلة فى العين والدين فلو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ له فانه يعطيه نصف ما فى يده لاقراره ان حقهما فى التركة سواء وان لم يقر بأخ ولكنه أقر بابنة لابيه فانه يعطيها ثلث ما فى يده لاقراره أن حقها مثل نصف حقه فان لم يقر بذلك ولكنه أقر بامرأة لابيه فانه يقاسمها ما فى يديه على تسعة لها سهمان وله سبعة لانه يزعم أن الفريضة من ستة عشر سهما للمرأة سهمان وله سبعة ولاخيه سبعة وكذا لو أقر مقر منهم بوارث آخر فانه يجمع جميع ما فى أيدى المقرين فيقسم بينهم وبين المقرين له على مقدار حقهم وذلك بأن تصحح الفريضة لو كان المقر به ثابتا فى الاصل ثم يضرب كل واحد منهم بنصيبه بيانه فيما اذا ترك ابنين وابنتين فأقر أحد الابنين بأخ فانهما يقاسمانه جميعا ما فى أيديهما على خمسة للاخ المقر سهمان وللاخت المقرة سهم وللاخ المقر به سهمان لانهما زعما أن الفريضة من ثمانية لكل أخ سهمان ولكل أخت سهم فما وصل اليهما يقسم بينهما وبين المقر به باعتبار زعمهم وفى المسائل التى تخرج على الاصول التى بيناها كثرة ولكن بالقدر الذى بينا يتيسر تخريج الكل عند التأمل والله أعلم بالصواب

باب اقرار الورثة بوارث بعد وارث

(قال رضى الله عنه) واذا أقر بوارث معه وأعطاه نصيبه بقضاء قاض ثم أقر بوارث آخر ولم يصدق الاول قاسمه ما بقى فى يديه على حساب نصيبهما الا أن يصدقه الاول لان الاول قد استحق نصيبه بالاقرار السابق منه فكما لا يملك ابطال حقه بالرجوع عن الاقرار فكذلك لا يملك اثبات الشركة للغير معه فيما صار مستحقا له ويجعل ثبوت الاستحقاق للاول باقراره فى حقه كثبوته بالبينة أو يكون نسبه معروفا ولا يكون اقراره للغير بعد ذلك

حجة عليه الا باعتبار تصديق يكون منه ولا ضمان عليه فى شئ مما دفعه الى الاول لانه بمجرد الاقرار للاول ما أتلف على الثانى شيأ والدفع كان بقضاء القاضى فلا يكون موجبا للضمان عليه ولكن يجعل ذلك القدر فى حكم التاوى فكان جميع المال مقدار ما بقى فى يده فيقاسمه المقر له الآخر على حساب نصيبهما وبيانه لو أن رجلا مات وترك ابنين ثم أقر أحدهما بأخ فانه يعطيه نصف ما بقي فى يديه أيضا بخلاف مالو أقر أحد الابنين بأخوين معا أو واحد بعد واحد بكلام متصل فانهما يأخذان ثلثى ما فى يده لانه اذا أقر بهما فقد زعم أن حق كل واحد منهما مثل حقه وكذلك ان أقر أحدهما بعد الاخر فى كلام موصول لان فى آخر كلامه ما يغير حكم أوله فيتوقف أوله على آخره فاما اذا فصل بين الكلامين فقد استحق الاول نصف ما فى يده بتقدم الاقرار له فلا يكون اقراره بعد ذلك حجة على الاول فى ادخال شئ من النقصان عليه فان أقر بهما معا فأعطاهما ثلثى ما فى يديه بقضاء ثم أقر بأخ أعطاه نصف ما بقى فى يديه لان ما أخذه الاولان فى حكم التاوى كما بينا ولو ترك ابنين وأقر أحدهما بأخ وأعطاه نصف ما فى يديه بقضاء قاض ثم أقر بامرأة أعطاها عشر ما بقى فى يده لانه يزعم أن الميت ترك امرأة وثلاثة بنين فتكون القسمة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ولكل ابن سبعة والاصل فى جميع هذه المسائل أن المقر به أولا يجعل معتبرا فى المقاسمة مع المقر به آخرا أو المقر به آخرا لا يعتبر فى المقاسمة مع المقر به أولا لانه حين أقر بالثانى فحق المقر به الاول ثابت بتقديم الاقرار له فيكون ذلك كالثابت بالبينة وحين أقر بالاول لم يكن حق المقر به الثانى ثابتا فلا يكون هو معتبرا فى المقاسمة مع الاول * ولو ترك ابنة وعصبة فأقرت الابنة بامرأة فانها تعطيها خمس ما فى يدها لانها زعمت أن الفريضة من ثمانية لها سهم وللابنة أربعة فكل واحد منهما يضرب فيما فى يد الابنة بحقها فلهذا أخذت خمس ما فى يدها فان أعطتها ذلك بقضاء قاض ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهما من تسعة أسهم مما بقى فى يدها لانها زعمت أن للميت امرأتين وان القسمة من ستة عشر للمرأتين سهمان لكل واحدة سهم ولها ثمانية فتعطيها سهما من تسعة فان أعطت ذلك بقضاء قاض ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهما من ثلاثة عشر سهما مما بقي فى يدها لانها زعمت أن للميت ثلاث نسوة وان القسمة من أربعة وعشرين للنسوة ثلاثة لكل واحدة سهم ولها اثنا عشر فتعطيها سهما من ثلاثة عشر بهذا الطريق فان أعطتها ذلك بقضاء قاض ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهما من سبعة عشر

سهما مما بقي في يدها لانها زعمت أن للميت أربع نسوة وان القسمة من اثنين وثلاثين للنسوة الثمن أربعة لكل واحدة سهم ولها النصف ستة عشر فهي تضرب فيما بقي في يدها بستة عشر والمرأة بسهم فلهذا أعطتها سهما من سبعة عشر * ولو ترك أخا فأقر الاخ بابنة للميت أعطاها نصف ما في يده لانه زعم أن الميت خلف ابنة وأخا فيكون المال بينهما نصفين فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بابنة أخرى أعطاها نصف ما في يده أيضا لانه يزعم أن الميت خلف ابنتين وأخا فيكون للابنتين الثلثان وللاخ ما بقي لحق الثانية بزعمه مثل حقه فلهذا يعطيها نصف ما في يده فان أعطاها مثل ذلك ثم أقر بابنة أخرى أعطاها خمسي ما في يده لان للميت بزعمه ثلاث بنات وأخا فتكون القسمة من تسعة للبنات الثلثان ستة بينهن لكل واحدة سهمان والباقي وهو ثلاثة للاخ فيضرب الاخ فيما بقي في يده بثلاثة وهي بسهمين فلهذا يعطيها خمسي ما في يده فان أعطى ذلك بقضاء ثم أقر بابنة أخرى أعطاها ثلث مافي يده لان للميت بزعمه أربع بنات وأخا فللبنات الثلثان أربعة من ستة لكل واحدة سهم والباقي للاخ فهو يضرب في الباقي بسهم والاخ بسهمين فلهذا يعطيها ثلث مافي يده ولو أقر الاخ أولا بابنة وأعطاها نصف مافي يده بقضاء ثم أقر بابنة ابن فانه يعطيها ثلث مافي يده لان للميت بزعمه ابنة وابنة ابن وأخا فللابنة النصف ثلاثة ولابنة الابن سهم والباقي وهو سهمان للاخ فبهذا الطريق يعطيها ثلث ما بقي فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بابنة ابن أسفل منها فلا شئ لها لانه ما أقر لها بشئ من المال فان مع الابنة وابن الابن لا ترث ابنة ابن الابن شيأ والثابت باقراره لا يكون أقوى من الثابت بالبينة ولو أقر الاخ أولا بابنة ابن ابن فاعطاها نصف مافي يده بقضاء ثم أقر بابنة ابن أعطاها ثلاثة اخماس مابقي في يده لانه يزعم ان الميت ترك ابنة ابن وابنة ابن ابن وأخا فلابنة الابن النصف ثلاثة ولابنة ابن الابن السدس والباقي وهو سهمان للاخ فتضرب هي في فيما بقي بيدها بثلاثة وهو بسهمين فلهذا يعطيها ثلاثة اخماس مابقي في يده فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بابنة للميت أعطاها أيضا ثلاثة أخماس مابقي في يده لانه زعم ان لها النصف ثلاثة ولابنة الابن السدس والباقي للاخ فبهذا الطريق يعطيها ثلاثة اخماس مابقي في يده ولو لم يقر من ذلك بشي ولكنه أقر بابن ابن فانه يعطيه جميع مافي يده لان الميت بزعمه ترك ابن ابن وأخا فالمال كله لابن الابن وزعمه معتبر فيما في يده فان أعطاها ذلك بقضاء القاضي ثم أقر بابن للميت فلا ضمان على الاخ لانه دفعه بقضاء القاضي ولا يدخل الابن مع

ابن الابن فيما فى يده لان اقرار الاخ ليس حجة عليه ولو أقر الاخ بامرأة للميت فدفع اليها ربع مافى يده بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى أخذت سبع مافى يده لان الميت بزعمه خلف امرأتين وأخا فتكون القسمة من ثمانية لكل امرأة سهم وللاخ ستة فلهذا يعطيها سبع مافى يده فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى أعطاها عشر ما فى يده لان للميت بزعمه ثلاث نسوة والقسمة من اثنى عشر لكل واحدة سهم وللاخ تسعة فان أعطاها العشر بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى فانها تأخذ منه سهما من ثلاثة عشر مما بقى فى يده لان للميت بزعمه أربع نسوة والقسمة من ستة عشر للنسوة الربع أربعة لكل واحدة سهم والباقى وهو اثنا عشر للاخ ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بامرأة للميت وأعطاها تسعى مافى يده بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى فانه يعطيها ثمن ما بقى فى يده لان للميت بزعمه ابنين وامرأتين فتكون القسمة من ستة عشر لكل امرأة سهم ولكل ابن سبعة فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى أعطاها سهمين من ثلاثة وعشرين سهما مما بقى فى يده لانه يزعم ان للميت ابنين وثلاث نسوة فيكون أصل الفريضة من ثمانية للنسوة سهم بينهن اثلاثا لا يستقيم والباقى وهو سبعة بين الابنين لا يستقيم فيضرب ثلاثة فى اثنين فيكون ستة ثم يضرب ثمانية فى ستة فيكون ثمانية وأربعين للنسوة ستة بينهن لكل واحدة سهمان ولكل ابن أحد وعشرون فبهذا الطريق يعطيها مما بقى فى يده سهمين من ثلاثة وعشرين فان أعطاها ذلك بقضاء ثم أقر بامرأة أخرى أعطاها جزأ من خمسة عشر جزأ مما فى يده لان للميت بزعمه أربع نسوة والثمن بينهن ارباعا لا يستقيم والباقى وهو تسعة بين الابنين لا يستقيم الا أن أربعة تجزى عن سهمين فيضرب ثمانية فى أربعة فيكون اثنين وثلاثين للنسوة الثمن أربعة لكل واحدة سهم ولكل ابن أربعة عشر فبهذا الطريق يعطيها مما بقى فى يده جزأ من خمسة عشر جزأ واذا دفع الي المقر به الاول بغير قضاء قاض ثم أقر بوارث آخر ضمن له جميع نصيبه من الاصل من حصته دون حصة الباقين من الورثة لان فيما أخذه سائر الورثة لم يوجد منه صنع يوجب الضمان وفيما دفعه الى المقر به بغير قضاء القاضى قد وجد منه الصنع الموجب للضمان وهو الدفع باختياره وهو باقراره الثانى زعم انه استهلك ذلك بالدفع الى الاول باختياره فيجعل محسوبا عليه فى حق الثانى ويكون بمنزلة القائم فى يده وبيانه لو ترك ابنا فاقر بابن آخر فاعطاه نصف ما فى يديه بغير قضاء ثم أقر بآخر فانه يعطيه ثلثى ما بقي فى يده لانه زعم ان حق الثانى فى

ثلث جميع التركة والباقى فى يده نصف التركة فيعطيه ثلثى ذلك النصف وهو جميع نصيبه بزعمه فان أعطاه بغير قضاء ثم أقر بابن آخر فانه يعطيه ربع جميع المال لان فى زعمه ان للميت أربع بنين والباقى فى يده سدس المال فيعطيه ذلك ويغرم له نصف السدس من مال نفسه فان دفع اليه بغير قضاء ثم أقر با خر فانه يغرم له خمس جميع المال من مال نفسه باعتبار زعمه ولو ترك ابنين فاقر أحدهما باخ وأعطاه نصف ما فى يده بغير قضاء ثم أقر بآخر أعطاه ثلث جميع ما كان فى يده لانه غير ضامن شيأ مما أخذه الابن المعروف لانه أخذه بنسب له معروف وهو ضامن فى حق الثانى مادفعه الى الاول زيادة على حقه بزعمه لانه دفعه بغير قضاء فيجعل ذلك كالقائم فى يده فيغرم للآخر جميع نصيبه مما كان فى يده بزعمه وهو ثلث مافى يده فان أعطاه ذلك بغير قضاء ثم أقر باخ آخر فانه يعطيه ربع جميع ما كان فى يده وهو ثمن جميع المال لما بينا ان مادفع الى الاول والثانى بغير قضاء زيادة على حقهما يجعل كالقائم فى يده ولو ترك أخا فاقر باخ آخر وأعطاه نصف مافى يده بغير قضاء ثم أقر بابن للميت فانه يعطيه جميع ما بقي فى يده ويغرم له أيضا جميع ماأعطى الاخ لانه زعم ان جميع المال للابن وانه مستهلك بعض المال بدفعه الى الاخ باختياره ولو ترك عما فاقر العم باخ للميت وأعطاه المال بغير قضاء ثم أقر بابن للميت غرم له مثل جميع المال لانه زعم انه أعطى للاول ماليس له فان أعطاه ذلك بغير قضاء ثم أقر بابن ابن لم يغرم له شيأ لانه بعد الاقرار بالابن لايكون هو مقرا بشئ من المال لابن الابن بمنزلة مالو كانا معروفين ولو ترك أخا فاقر الاخ بابن ابن وأعطاه جميع مافى يده بغير قضاء ثم أقر بابن وغرم له مثل جميع المال ودفع ذلك بغير قضاء ثم أقر بابن آخر فانه يغرم للابن الثانى مثل نصف جميع المال فانه مستهلك عليه نصف المال بالدفع الى الابن الاول باختياره فان دفع ذلك بغير قضاء ثم أقر بامرأة للميت فانه يغرم مثل ثمن جميع المال باعتبار زعمه فى حقه فان أعطاها بغير قضاء ثم أقر بام للميت فانه يعطيها مثل سدس جميع المال باعتبار اقراره ان ذلك حقها وانه دفعه الى غيرها باختياره ولو ترك أخا فأقر الاخ باخ آخر وأعطاه نصف مافى يده بغير قضاء ثم أقر باخ آخر وأعطاه ثلث جميع المال بقضاء ثم أقر باخ آخر فانه يعطيه سدس المال وثلث سدس المال لان مادفع الى الثانى بقضا القاضى وهو ثلث المال لا يكون ذلك مضمونا عليه فيجعل ذلك كالتاوى يبقى ثلثا المال وفى زعمه ان ذلك بينه وبين الاول والثانى اثلاثا وانه دفع الى الاول زيادة على حقه بغير قضاء فيجعل ذلك كالقائم

فى يده فيعطى الثالث كمال حقه وذلك سدس وثلث سدس وفى يده سدس فيعطيه ذلك ويغرم له ثلث سدس ذلك من ماله فان أعطاه ذلك بقضاء ثم أقر بابن للميت فانه يغرم له نصف المال الذى دفع الى الاول بغير قضاء قاض لانه دفع ذلك باختياره وزعم انه دفع الى من ليس له ولا يغرم النصف الآخر لانه دفعه الى الثانى والثالث بقضاء القاضى واذا أقر بعض الورثة بوارثين فصدقه واحد من الورثة فى أحدهما فان أبا يوسف رحمه الله قال ينظر فى نصيب الذى اجتمعا عليه من حصة المقر بهما لو كان أقر بهما فيعطى ذلك مما فى يد المقر بهما فيضمه الى مافى يد الذى صدق به ويقتسمانه على قدر نصيبهما فى الاصل ويقسم الباقى فى يد المقر بهما بينه وبين الآخر على حساب نصيبهما فى الاصل لو كانا معروفين وزعم ان هذا الاصل هو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله باعتبار ان حق المقر بهما بجعل كأنّ الآخر صدقه فيهما وفى حق المجحود بجعل كأنّ الآخر كذبه فيهما وبيان هذا الاصل من المسائل ان رجلا مات وترك فأقر أحدهما بأخوين معا وصدقه الآخر فى أحدهما فان المتفق عليه يأخذ من المقر بهما ربع مافى يدهما لان الآخر لو صدقه فيهما لكان يأخذ منه ربع مافى يده فان زعم ان حق كل واحد منهما فى ربع التركة وفى يده جزء من التركة فاذا أخذ منه ذلك ضمه الى ما فى يد المصدق فيقتسمانه نصفين وما بقى فى يد المقر بهما بينه وبين المجحود نصفين باعتبار زعمهما وأما عند محمد فالمتفق عليه يأخذ من المقر بهما خمس مافى يدهما لانه يقول أنا قد أقررت بان حقك فى سهم وحقي فى سهم وحق المجحود فى سهم الا ان أخى حين صدق بك فقد بحمل عنى نصف مؤونته فانما بقى حقك فيما فى يدي فى نصف سهم وحق المجحود فى سهم فيضعفه للكسر بالانصاف فلهذا يأخذ منه خمس ما فى يده ثم التخريج بعد ذلك كما قاله أبو يوسف وقد قدم هذه المسئلة فى كتاب الاقرار وأعادها ليبنى عليها أخواتها فقال لو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ وأخت معا وصدقه الآخر فى الاخت وكذبه فى الاخ فان الاخت تأخذ من المقر بهما سبع مافى يده فى قول أبى يوسف لانه يزعم ان الميت خلف ثلاث بنين وابنة وأن القسمة من سبعة للاخت السبع من التركة فيعطيها سبع ما فى يده فيضمه الى ما فى يد المصدق بها ويقاسمه للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار تصادقهما وما بقى فى يد المقر بهما بينه وبين المجحود نصفان وقال محمد الاخت تأخذ تسع ١٠ فى يد المقر بهما لانه يزعم ان الميت خلف ثلاث بنين وابنة وان حق الابنة فى سهم وحقه فى سهمين وحق المجحود فى

سهمين الا أن السهم الذي هو لها نصفه في يد المصدق وقد أقر بها فذلك يصل اليها من جهته فانما تضرب هي فيما في يده بنصف سهم وهما باربعة فانكسر بالانصاف فأضعف الحساب فيكون تسعة فلهذا أخذت تسع مافي يده ثم التخريج كما قال أبو يوسف ولو أقر أحدهما باخ فلم يعطه شيأ حتى أقر بابن آخر وصدقه الابن المعروف في الآخر أخذ المقر به الاول نصف مافي يده لما بينا أن اقراره للثاني في كلام مفصول غير معتبر في حق الاول فيأخذ منه نصف مافي يده لهذا ويأخذ الآخر خمس ما في يده لانه أقر له بسهم أيضا لكن الابن الآخر حين صدقه فيه فقد يحمل عنه نصف مؤنته فانما يضرب هو فيما في يده بنصف سهم فلهذا يأخذ الآخر منه خمس مافي يده ويضمه الى مافي يد المصدق فيقتسمانه نصفين ولو كان الاخ صدقه في المقر به الاول وكذبه في الآخر فان المقر به الاول يأخذ من المقر ثلث ما في يده لان في زعمه حين أقر به أولا أن حقه في ثلث التركة ولكن بعض التركة في يد الآخر وهو مصدق به فذلك يصل اليه من جهته فلهذا يأخذ مما في يده مقدار ما أقر له به وهو الثلث فيضمه الى مافي يد المصدق به فيقتسمانه نصفين لتصادقهما وما بقي في يد المقر بهما بينه وبين الآخر لاعتبار اقراره في حقه * ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ وأعطاه نصف مافي يده بقضاء قاض ثم أقر بعد ذلك بأخت فان الاخت تأخذ ربع ما في يد المقر بالاول لان المقر بالاول انما أقر لها بسبع المال فان للميت بزعمه ثلاث بنين وابنة فتكون القسمة من سبعة لها سبع التركة وفي يده جزء من التركة فلها سبع ذلك والباقي بين المقر والمقر به الاول نصفان لكل واحد منهما ثلاثة وقد أخذ الاول زيادة على حقه بقضاء القاضي فيجعل ذلك كالتاوى فتضرب الاخت فيما في يد المقر بسهم والمقر بثلاثة فلهذا أخذت ربع ما في يده وضمته الى مافي يد الذي صدق بها فاقتسماه للذكر مثل حظ الانثيين لتصادقهما على أن حقهما في التركة مثل نصف حقه ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بامرأتين لابيه معا وصدقه الاخر في احديهما فان المتفق عليها تأخذ من المقر بهما نصف ثمن ما في يده لان حقها بزعمه في نصف ثمن التركة وفي يده جزء من التركة فيعطيها نصف ثمنه فيضمه الى ما في يد الآخر فيقتسمانه على تسعة لان بزعم الآخر أن الميت خلف ابنين وامرأة وان القسمة من ستة عشر للمرأة سهمان وله سبعة يقسم ما في يدها على ذلك باعتبار تصادقهما ثم يقاسم المقر المرأة المجحودة وما بقي في يده على ثمانية لان بزعمه أن القسمة من ستة عشر وان لها سهم وله سبعة فيقسم مافي يده

بينهما على ذلك ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بامرأة وأعطاها تسعى ما في يده بقضاء قاض ثم أقر بامرأتين معاوصدقه أخوه في أحديهما فان المتفق عليها تأخذ من المقر بهن جزأ من عشرين جزأ وخمس جزء وثلاثة أخماس جزء مما بقي فى يده لان الفريضة بزعمه من ثمانية وأربعين فانه يزعم أن الميت خلف ابنين وثلاث نسوة فللنسوة الثمن بينهن أثلاثا لا يستقيم والباقى وهو سبعة بين الابنين لا يستقيم فيضرب اثنان فى ثلاثة فتكون ستة ثم ثمانيه فى ستة فتكون ثمانية وأربعين للنسوة الثمن من ذلك ستة لكل واحدة سهمان ولكل ابن أحدوعشرون الا أنه دفع الي الاولي تسعى ما فى يده والذي فى يده كان أربعة وعشرين وتسعاه خمسة وثلث سهمان من ذلك حقها بزعمه وثلاثه وثلث أعطاها زيادة على حقها وما أعطاها زيادة من حق الاخرتين لا يكون مضمونا عليه لانه دفع ذلك بقضاء القاضى ولكنه ما أعطاها من حقه يكون محسوبا من نصيبه فاذا تأملت ذلك كان ما أعطى من نصيبه سهما وثلاثة أخماس سهم وخمسى خمس سهم وقد كان نصيبه أحدا وعشرين اذا انتقص منه هذا القدر من حقه بقي تسعة عشر سهما وخمس وثلاثة أخماس خمس وحق المتفق عليها سهمان ولكن أحدهما في يد الابن الآخر وهو مصدق بها فانما تضرب هى بسهم فيما بقي فى يد المقر وهو مقدار حقه فتكون الجملة عشرين سهما وخمس سهم وثلاثة أخماس خمس سهم فلهذا أخذت سهما من ذلك قال الحاكم رحمه الله وهذا الجواب غير سديد علي الاصل المذكور فى هذا الباب لانه حذف فى هذه القسمة نصيب امرأتين وكان صوابه أن يحذف نصيب المرأة التي أخذت نصيبها بقضاء القاضي ويقسم مابقى فى يده علي نصيبه ونصيب المرأتين الباقيتين فيعطى المجمع عليها سهما من اثنين وعشرين سهما وأربعة أخماس خمس سهم وقد خصت فى أصل التخريج والاصل جميعا ولم يتضح لى ذلك بالتأمل وعسى يتضح اذا تيسر وصولى الى كتبي أو أصب وقت فراغ خاطرى فاذا أخذت ذلك من المقر بهن فضممته الي مافى يد الذى صدقه بها فاقتسماه على تسعة أسهم لان بزعمه أن الميت خلف ابنين وامرأة وأن القسمة من ستة عشر للمرأة سهم ولكل ابن سبعة فيقسم ما في أيديهما بينهما على تسعة باعتبار زعمهما ويقاسم المقر بهن المرأة المجحودة ما بقى فى يده على ثلاثة وعشرين سهما لان باعتبار زعمهما أن القسمة من ثمانية وأربعين وان لها سهمان وله أحد وعشرون سهما فيقسم ما بقي فى يده على اعتبار زعمهما علي ثلاثة وعشرين لها سهمان وله أحد وعشرون سهما وفي هذا أيضا بعض شبهة باعتبار ماذكرنا ان مادفع الى الاول من نصيبه محسوب عليه حتى ينتقص ذلك

القدر من نصيبه ولم يعتبر ذلك بالقسمة مع المجحودة ولو ترك أخوين فأقر أحدهما بابنتين للميت وصدقه أخوه فى احديهما فان المتفق عليها منهما تأخذ من المقر بها ثلث مافى يده لان بزعمه أن الميت خلف ابنتين وأخوين فللابنتين الثلثان والباقى بين الاخوين نصفين فاما أن يقول هو قد أقر لهذه بثلث التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيها نصف ذلك أو يقول قد أقر أن حقه مثل نصف حقها لانه يقول حقها ثلث التركة ويبقى نصف الثلث فلهذا أخذت ثلث ما في يده ثم ضم ذلك الى مافى يد الآخر واقتسماه أثلاثا لان الآخر يزعم أن الميت خلف بنتا وأخوين فلها النصف والباقى بين الاخوين نصفين لكل واحد منهما الربع فحقه مثل نصف حقها فلهذا اقتسما ما وصل اليهما أثلاثا لها سهمان وله سهم وتقاسم الاخرى المقر بهما مابقي فى يده أثلاثا لانه زعم أن لها الثلث وله السدس فيقسم ما بقى بينهما على هذا لها سهمان وله سهم ولو كان أقر بثلاث بنات وصدقه أخوه فى واحدة منهن فان المتفق عليها تأخذ من المقر بهن تسعى ما فى يده لان بزعمه أن الميت خلف ثلاث بنات وأخوين فيكون للبنات الثلثان بينهن اثلاثا والباقى بين الاخوين نصفين فيحتاج الى حساب ينقسم ثلثاه أثلاثا وثلثه نصفين وأقل ذلك ثمانية عشر للبنات اثنا عشر لكل واحدة منهن أربعة فهو انما أقر للمتفق عليها بأربعة من ثمانية عشر وذلك تسعا التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيها تسعى ما فى يده لهذا فيضمه الى ما في يد المصدق بها ويقاسمه أثلاثا لان بزعمه ان لها نصف التركة وله الربع ثم يقاسم المقر بهن الباقيتين مابقى فى يده على أحد عشر سهما لها ثمانية وله ثلاثة لان بزعمه القسمة من ثمانية عشر ولكل واحدة منهما أربعة وله ثلاثة فيقسم ما فى يده بينهم على أحد عشر سهما لهذا قال فى الاصل وهذا كله اذا كان قد دفع الى الاول شيأ أو لم يدفع حتى اختصموا ثم دفع بقضاء وكان ذلك اقرارا من الورثة ولم تكن شهادة لانه اذا شهد شاهدان من الورثة لآخر انه وارث ثبت نسبه وصار وارثا ودخل علي القوم جميعا اذا لم يكونوا دفعوا شيأ حتى شهدوا لانه لا تهمة فى شهادتهم بل عليهم ضرر فى ذلك وان كانا قد دفعا من حصتهما نصيب الوارث ثم جاآ بشاهدين لا تقبل شهادتهما لتمكن الشبهة فيهما فأما فى حق الواحد الاقرار والشهادة سواء لان الحجة لا تتم بشهادة الواحد * ولو ترك ابنين وامرأة فأقر أحد الابنين بامرأة أخرى وكذبه الاخ فيها والمرأة المعروفة فانه يقاسمها ما فى يده على ثمانية لان القسمة بزعمه من ستة عشر لكل امرأة سهم ولكل ابن سبعة فان دفع ثمن ما فى

يده اليها بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر بامرأة أخرى فصدقته المرأة المعروفة بذلك فان المقر بها أخيرا تأخذ نصف ما فى يد المرأة المعروفة ولا تدخل فى نصيب الابن لان ميراث النساء فى يد المعروفة والابن انما أقر أن حصتها فى يد المعروفة وهى قد صدقته فى ذلك فلهذا لا تأخذ مما بقى فى يد الابن شيأ بخلاف الاولى فان المعروفة هناك كذبت بها فلا يصل اليها نصيبها مما فى يد المعروفة فلا بد أن تدخل مع المقر فيما فى يده لان ما فى يده جزء من التركة وكان حقها فى التركة * وعلى هذا لو ترك ابنا وامرأة ثم أقر الابن بامرأة وصدقته المعروفة فانها تأخذ نصف ما فى يد المعروفة ولا سبيل لها على ما فى يد الابن * ولو ترك ابنين وامرأة فأقر أحد الابنين بامرأتين معا وصدقته المعروفة فى احديهما وكذبته فى الاخرى فان المعروفة تقاسم التى أقرت بها ما فى يدها نصفين لان ميراث النساء فى يدها وقد صدقت بهذه وزعمت أن حقهما سواء ويقاسم الابن المرأة الباقية ما فى يده على ثلاثة وعشرين سهما لان القسمة بزعمه من ثمانية وأربعين لكل امرأة سهمان ولكل ابن أحد وعشرون فهو يضرب فى الباقى بأحد وعشرين وهى بسهمين فيكون بينهما على ثلاثة وعشرين سهما لها من ذلك سهمان وله أحد وعشرون ولو ترك ابنا وامرأة فأقرت المرأة بابن وصدقها الابن المعروف فى ذلك فان المقر به يقاسم المعروف ما فى يده نصفين لان ميراث البنين فى يده والذى فى يد المرأة ميراث النساء ولا حظ للبنين فى ذلك وان أقرت بابنين وصدقها المعروف فى أحدهما فان المتفق عليه لا يدخل فى نصيب المرأة لما بينا والابن الآخر يقاسم المرأة ما فى يدها على عشرة لان القسمة بزعمها من أربعة وعشرين لها ثلاثة لكل ابن سبعة ولو ترك ابنا وامرأة فأقر الابن بثلاث نسوة وصدقته المعروفة فى امرأتين منهن كان المعروفة تقاسم هاتين ما فى يدها أثلاثا لان ميراث النساء فى يدها وقد أقرت بهاتين بالزوجية فان حقهما مثل حقها ويقاسم الابن المرأة الباقية ما فى يده على تسعة وعشرين سهما لان القسمة بزعمه من اثنين وثلاثين للنسوة الثمن أربعة ولكل واحدة منهن سهم وللابن ثمانية وعشرون فهى تدخل معه فيما فى يده فتضرب بسهم وهو بثمانية وعشرين فان تصادق النسوة كلهن فيما بينهن فانهن يدخلان مع المعروفة فيما فى يدها فيقسم ذلك بينهن ارباعا لان ميراث النساء فى يدها وقد أقرت لهن بالزوجية ولو كانت المرأة هى التى أقرت بثلاثة بنين فصدقها الابن فى أحدهم فالذى صدق الابن به يقاسمه ما فى يده نصفين ويقسم ما فى يد المرأة على ثمانية عشر لها أربعة ولكل ابن سبعة

لان القسمة بزعمها من اثنين وثلاثين فان الميت خلف أربعة بنين وامرأة فيكون للمرأة الثمن أربعة ولكل ابن سبعة فما فى يدها يقسم بينها وبين الابنين المجحودين على مقدار حقهم ولو صدقها الابن فيهم جميعا دخلوا معه فى نصيبه فيقتسمون ذلك ارباعا ولم يأخذوا من المرأة شيأ لان نصيب الاولاد فى يد الابن المعروف وقد صدقهم فهم بمنزلة أولاد معروفين للميت وان أقر أحد الورثة بوارث ثم أنكره ثم أقر باخر لم يصدق على الذى أقر به أولا فى ابطال حقه لان رجوعه عن اقراره بعد صحة الاقرار لا يصح فان المقر لا يملك الرجوع بعد الاقرار ويكون الآخر على حقه فيما بقى فى يده على ما وصفنا ان لو لم يكن أنكر الاول وبيان هذا الاصل رجل مات وترك ابنين فاقر أحدهما باخ ثم أنكره ثم أقر باخ فان الاول يأخذ نصف مافى يده لان بالكلام الاول أقر بان حقهما فى التركة على السواء فيضم ما فى يده فيقتسمانه بينهما نصفين ثم يأخذ الآخر نصف ما فى يده لانه بالكلام الاخر أقر ان حقهما فى التركة سواء فما بقى فى يده يقسم بينهما نصفان فان قيل لماذا لم يجعل انكاره حجة عليه حتى يكون هو مستهلكا نصف ما فى يده كما لو لم يكن أنكر حقه بعد الاقرار ويأخذ الاخر نصف ما فى يده عند الاقرار للاول وهو جميع ما بقى فى يده لان ذلك يكون محسوبا عليه من نصيبه قلنا لانه بالاقرار ما صار مستهلكا شيأ وانما يكون الاستهلاك بالدفع وهو يجبر على ذلك بالحكم فلا يكون ذلك محسوبا ولو ترك الميت أخاه فاقر بان للميت ابنا ثم أنكره ثم قال لا بل فلان ابنه فان الاول يأخذ جميع ما فى يده ولا شئ للآخر لانه صار مقرا للاول بجميع ما فى يده ثم انكاره رجوع فيكون باطلا ولا شئ للآخر لانه دفع الى الاول جميع ما فى يده بقضاء القاضى فلا يصير ضامنا للآخر شيأ ولو كان الاقرار منه بعد الدفع بغير قضاء قاض كان ضامنا للثانى جميع ما دفع الى الاول لانه دفعه باختياره وحين أنكره فقد زعم انه لم يكن له فى التركة حق وانما كانت التركة للباقى وقد استهلكها عليه بالدفع الى غير المستحق باختياره ٭رجل مات وترك دارا وابنا ثم مات الابن وترك ابنين فأقر أحدهما بابن للميت الاول أعطاه ثلثى ما فى يده لانه زعم ان الميت الاول خلف ابنين وان نصف تركته للمقر به والنصف الآخر بينه وبين أخيه نصفين بالميراث من أبيهما فحقه مثل نصف حق المقر به بزعمه فلهذا يعطيه ثلثى ما فى يده وان كان الابن حين مات ترك ابنتين فاقرت احداهما بابن للميت الاول أعطته أربعة اخماس ما فى يدها لانها زعمت ان للمقر به النصف بالميراث من أبيه

وان النصف الباقي قد صار اثلاثا بموت أبيها للابنتين الثلثان وللاخ ما بقي فاذا بزعمها لها سدس الدار وللمقر به أربعة اسداس فيقسم ما في يدها بينهما على ذلك اخماسا ولو ترك ابنين من أم ولد له وترك دارا ثم مات أحدهما وترك ابنا وترك عبدا سوى نصيبه من الدار ثم ان عم الجارية أقر باخ لاب فانه يعطيه نصف ما وصل اليه من الدار ولا يعطيه مما ورث من العبد شيأ أما لا يعطيه من العبد شيأ لان حصته من العبد ميراث من أخيه وبزعمه ان أخاه مات عن ابنه وأخ لاب وأم وأخ لاب ولا شئ للاخ لاب مع الاخ لاب وأم وأما الدار فهي ميراث من ابنه وهو يزعم ان المقر به مساو له فيما ورث من أبيه فلهذا يعطيه نصف ماوصل اليه من الدار قالوا وهذا غير صحيح لان الواصل اليه في الحاصل ثلاثة ارباع الدار نصفه بالميراث من أبيه والربع بالميراث من أخيه وحق المقر به بزعمه في ثلث الدار فلا معنى لقوله يعطيه نصف ماوصل اليه من الدار الا أن يكون مراده نصف ماوصل اليه بالميراث من أبيه وهو محتمل أيضا لان بعض ما وصل اليه بالميراث من أخيه وذلك سدس الدار فهو يزعم أن رد ذلك كان مستحقا على أخيه وانه أخذه بذلك الطريق فيثبت حق المقر به في ذلك الجزء فلا وجه سوى أن يقال موضوع المسئلة فيما اذا خلف أحد الابنين ابنتين فحينئذ العائد الى الاخ ثلث النصف فيجتمع في يده ثلث الدار فيؤمر بتسليم نصف ذلك الى المقر به لاقراره ان ثلث الدار له ارث عن أبيه ولو أقر باخ لاب وأم قاسمه ماوصل اليه من الدار والعبد نصفين لان بزعمه ان المقر به مساو له في التركتين جميعا فما وصل اليه من التركتين يكون بينهما نصفين ولو مات وترك ابنين ثم مات أحدهما وترك ابنة فاقر الثاني بامرأة للميت وانها أمهما وأنكرت الابنة ذلك فانه يعطيها مما في يده تسعة عشر سهما من خمسة وسبعين لان فريضة الاول بزعمه من ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة ثم مات أحد الابنين وترك أما وابنة وأخا فتكون هذه الفريضة من ستة ونصيبه من التركة الاولى سبعة وقسمة سبعة على ستة لا يستقيم فيضرب ستة عشر في ستة فيكون ستة وتسعين كان للام من التركة الاولى سهمان ضربتهما في ستة فذلك اثنى عشر ولكل ابن اثنان وأربعون ثم للام من التركة الثانية السدس وهو سبعة فاذا ضممت سبعة الى اثنى عشر تكون تسعة عشر وللمقر من التركة الاولى اثنان وأربعون ومن التركة الثانية أربعة عشر فيكون ذلك ستة وخمسين فاذا جمعت بينهما كان خمسة وسبعين فلهذا يعطيها مما في يدها تسعة عشر سهما

من خمسة وسبعين * رجل مات وترك ابنين وألفي درهم فأخذ كل واحد منهما ألفا ثم مات أحدهما وترك مائة درهم والاخ وارثه وهما اخوان لاب وأم ثم ان الثانى أقر بأخ لاب فانه يقاسمه هذه الالف ومائة درهم نصفين لانه زعم أن حق الميت الثانى كان فى ثلثى الالف وان ما أخذه زيادة على حقه كان مستحق الرد عليه وانما استوفى ذلك من تركته قضاء مما كان مستحقا عليه فيكون ذلك كله تركه للميت الاول وقد زعم أن هذا المقر به مساو له فى تركته فلهذا قاسمه ما فى يده نصفين وكذلك لو كان ترك أكثر من مائة درهم الي ثلاثة آلاف فان كان ترك أكثر من ثلاثة آلاف أخذ من ذلك ثلث الالف وأخذ من المقر ثلث الالف الذي كان فى يده ولا حق له فيما بقي لان المقر زعم أن حق المقر به فى ثلث كل ألف وان ذلك دين له على الميت الثانى فيأخذ ذلك القدر من تركته ثم ما بقى من ميراث الميت الثانى وقد ترك أخا لاب وأم وأخا لاب فيكون الميراث كله للاخ لاب وأم * ولو أن رجلا فى يده ألف درهم ورثها عن أبيه وهو مجهول النسب فأقر بأخ له من أبيه فقال المقر به أقررت ان هذا الالف تركها أبي وانك تزعم انك ابنه ولست ابنه فادفعها الى فالقول قول الذى فى يده الالف وللمقر به نصفها لانه كان مستحقا لما بيده وانما أقر للمقر به بنصفها ولا يأخذ أكثر من ذلك الا أن يقيم البينة على نسبه فحينئذ يأخذ الجميع لانه أثبت سبب استحقاقه بالبينة وليس للاخر سبب مثله فلا يزاحمه وفى الاول سبب استحقاقه باقرار ذى اليد وهو ما أقر له الا بالنصف وصحة اقرار ذى اليد باعتبار كونه وارثا للميت قال وكذلك كل وارث ما خلا الزوج والمرأة اذا أقر أحدهما بوارث من جهة القرابة وأنكره المقر له أخذ جميع ما فى يده الا أن يقيم البينة علي الزوجية وقد بينا هذا الفرق وما فى المسئلة من اختلاف الروايات فى كتاب العين والدين * رجل مات وترك أخاه لابيه وأخاه لامه فاقتسما المال ثم ادعي رجل أنه أخو الميت لابيه وأمه فقال الاخ من الاب أنت أخى لابى وأمى وقال الاخ من الام أنت أخى لابى وأمى فان المقر به يقاسم الاخ من الاب بما فى يده نصفين لانه أقر انه أخو الميت لاب مساو له فى التركة والمقر له صدقه فى ذلك وادعى زيادة عليه فيقاسمه ما فى يده نصفين وفي يده خمسة أسداس التركة فقد وصل الى المقر به سدسان ونصف سدس ولا يدخل في نصيب الاخ من الام لان الاخ من الام يزعم انه مثله أخ لام وان نصيبه من التركة السدس وقد وصل اليه أكثر من ذلك فلهذا لا يزاحمه بشئ مما فى يده ولو قال الاخ

من الام أنت أخى لابى وأمى وأنكره الاخ من الاب فانه يقاسم الاخ من الام ما فى يده نصفين لاقراره أنه مساو له فى تركة الميت ولم يصل اليه شئ من التركة فيعطيه المقر نصف ما في يده ولو قال الاخ من الام أنت أخو الميت لابيه وأمه كما قلت وقال الاخ لاب أنت أخى لابى وأمى فان المقر به يقاسم الاخ لاب ما فى يده نصفين لما قلنا ثم يضم ذلك النصف الى ما فى يد الاخ من الام فيقتسمان ذلك على ستة للاخ من الام سهم والمقر به خمسة لان فى زعم الاخ من الام ان الميت خلف ثلاثة اخوة متفرقين فيكون للاخ لام السدس والباقى للاخ لاب وأم ولا شئ للاخ لاب فانما أخذ هو ما أخذ ظلما فيجعل ذلك كالتاوى وانما حاصل التركة ما فى أيديهما فيقسم بينهما أسداسا باعتبار زعمهما ولو كان صدقه الاخ من الاب فانه يأخذ جميع ما فى يد الاخ لاب لان المستحق بالعصوبة ما فى يده وقد أقر أنه مقدم عليه فى الاستحقاق بالعصوبة ولا يدخل في نصيب الاخ من الام سواء أقر له بذلك أو أنكره لان ما ادعى من الاخوة لو كان ظاهرا كان السدس سالما بالفرضية للاخ لام وليس في يده أكثر من ذلك ولو قال الاخ لام انت أخو الميت لابيه وكذبه الاخ لاب فانه يقسم ما فى يد الاخ لام على سبعة لان بزعمه ان الميت خلف أخا لام وأخوين لاب فتكون القسمة من اثنى عشر للاخ لام سهمان وللاخ من الاب خمسة فيضرب المقر به فيما فى يده بخمسة والمقر بسهمين فيكون ذلك بينهما اسباعا ولو ادعى رجلان أنهما أخو الميت لابيه وأمه فقال الاخ لاب لاحدهما أنت أخى لابى وأمى وكذب الآخر وقال الاخ لام للآخر أنت أخى لابى وأمى وكذب المقر بهما فيما بينهما فالذى أقر به الاخ لاب يأخذ منه نصف ما فى يده لاقراره انه مساو له فى التركة والذى أقر به الاخ لام يأخذ أيضا منه نصف ما فى يده لاقراره انه مساويه فى التركة ولا يرجع أحدهما علي الآخر بشئ لان كل واحد منهما مكذب لصاحبه الى أن يتصادق المقر بهما فحينئذ يقتسمان ما أخذ بينهما نصفين باعتبار تصادقهما ولو قال الاخ لاب لاحدهما أنت أخ الميت لابيه وأمه كما قلت وكذب الآخر وقال الاخ لام للآخر أنت أخ الميت لابيه كما قلت وكذب بالذى أقر به الاخ لاب وكذب المقر بهما فيما بينهما فان الذى أقر به الاخ من الاب يأخذ منه جميع ما فى يده لاقراره انه مقدم عليه فيما هو مستحق بالعصوبة ويقاسم الذى أقر به الاخ من الام ما فى يد الاخ من الام على ستة لاقراره ان له خمسة اسداس التركة وللمقر السدس وفى يده جزء من التركة فيقاسمه

ما فى يده اسداسا وان تصادق المقر بهما بعضهما ببعض أخذ الذى أقر به الاخ لاب منه جميع ما فى يده وقاسم ذلك الآخر نصفين ولا يرجع فى نصيب الاخ لام بشئ لانه قد استوفى جميع حصته من الميراث بزعمه (ألا ترى) انهالو قامت بينة بذلك أخذا جميعا مافى يد الاخ لاب ولو لم يكن لهما سبيل على مافى يد الاخ لام ولو قال الاخ لاب لاحدهما أنت أخى لابى وأمى وقال الآخر أنت أخى لام وخرج الكلام منهما معا وصدقه الاخ لام فى الذى أقر انه أخ لام فالذى أقر به الاخ من الام يأخذ من الاخ لاب السدس من جميع المال لانه يزعم ان الميت خلف أخوين لام وأخوين لاب فيكون للاخوين لام الثلث لكل واحد منهما السدس وقد أخذ المعروف منهما السدس فيأخذ هذا المقر به سدسا آخر ولا يدخل فى نصيب الاخ من الام بشئ ثم ما بقي فى يد الاخ لاب يقسم بينه وبين الآخر الذى أقر له بالاخوة لاب نصفين ولو كان الاخ لاب أقر باخ من أبيه فدفع اليه نصف ما فى يده بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر باخ لام وصدقه فيه الاخ لام فان كان دفع النصف الي الاول بقضاء قاض فان المقر به الآخر يأخذ ثلث مابقى فى يده لانه يزعم ان لهذا المقر به سدس التركة وان له ثلث التركة وللمقر به الاول الثلث وقد دفع الي الاول زيادة على حقه بقضاء القاضى فلا يكون ضامنا لذلك ولكن يقسم ما بقي فى يده بينه وبين المقر به على مقدار حقهما فاذا أخذ ثلث مافى يده ضمه الى مافى يد الاخ لام فيقتسمان ذلك نصفين لان تصادقهما ان حقهما فى التركة سواء وان كان دفع الى الاول بغير قضاء أخذ منه خمس مافى يده وهو سدس جميع المال ولا يدخل فى نصيب الاخ لام لان الاخ لاب قد أقر له بسدس كامل وما دفعه الى الاول بغير قضاء محسوب عليه من نصيبه فيجعل ذلك كالقائم فى يده فلهذا يعطيه كمال نصيبه بزعمه وان ترك الرجل أخا لام وأختا لاب وعما فاقتسموا التركة وأخذت الاخت لاب النصف والاخت لام السدس والعم مابقي فادعت امرأة انها أخت الميت لاب وأم فقالت الاخت من الام أنت أختى لابى وأمى وقالت الاخت لاب أنت أختى لابى وأمى وكذبهما العم فالمقر بها تأخذ نصف مافى يد الاخت لاب ولا يدخل فى نصيب الاخت لام لان الاخت لاب أقرت انها تساويها في تركة الميت فتأخذ نصف ما فى يدها والاخت لام زعمت ان نصيبها سدس التركة وقد وصل اليها الربع فكيف يدخل فى نصيبها سدس التركة ولو كذبتها الاخت من الاب مع العم قسم مافى يد الاخت من الام

بينهما نصفان لاقرارها انها تساويها فى سبب الاستحقاق ولم يصل اليها شئ من التركة ولو قالت الاخت من الام أنت أخت الميت لابيه وأمـه وكذبت الاخرتان بها قسم ما فى يد الاخت لام على أربعة لانها تزعم ان لها النصف من التركة ثلاثة من ستة فتضرب هى فيما فى يد الاخت لاب بثلاثة والاخت لام بسهم فان صدقت الاخت من الاب بما قالت الاخت من الام قسم ما فى يد الاخت من الاب وما فى يد الاخت من الام على خمسة ثلاثة أسهم للمقر بها وسهم للاخت من الاب وسهم للاخت من الام لانهم تصادقوا فيما بينهم على أن نصيب كل واحدة منهن من التركة هذا المقدار ولو لم يقر بها واحدة منهما ولكن العم أقر باخت للميت لاب وأم قسم مافى يد العم على أربعة لان العم يزعم ان حقها فى نصف التركة ثلاثة وحقه فى سهم فانما تضرب هى بثلاثة والعم بسهم ولو ترك أباه وأمه فاقرت الام باخوين للميت وكذبها الاب فى ذلك فالفريضة من ستة للام السدس وللاب الثلثان ويوقف السدس الباقي فى يد الام لانها أقرت ان هذا السدس للاب دونها فان الاخوين يحجبانها من الثلث الي السدس والاب كذبها فى هذا الاقرار وزعم ان الثلث لها فيبقى موقوفا فى يدها الي أن يصدقها الاب ولا شئ للاخوين لانهما لو كانا معروفين ما استحقا شيأ مع الاب وكذلك ان صدقها الاب فى أحدهما لم تأخذ السدس حتى يصدقها فيهما لان الاخ الواحد لايحجب الام من الثلث الى السدس فاذا صدقها فيهما أخذ سدس الباقى لانها أقرت له بذلك بسبب لايحتمل الفسخ فلا يبطل بتكذيبه وتصديقه اياها فى الانتهاء كتصديقه اياها فى الابتداء ولو ترك ابنته وأخاه لابيه وأمه وامرأته فاقرت الابنة بامرأة للميت فان صدقتها المعروفة فى ذلك فالمقر بها تقاسم المعروفة ما فى يدها نصفين ولا تدخل فى نصيب الابنة لان ميراث النساء فى يد المعروفة وقد أقرت بها وان كذبتها المعروفة قسم ما فى يد الابنـة على سبعة وعشرين سهما لان بزعم الابنة ان الفريضة من ثمانية للمرأتين الثمن بينهما نصفين لايستقيم فتكون القسمة من ستة عشر للابنة من ذلك ثمانية ولكل امرأة سهم فالابنة تضرب فيما فى يدها بثمانية والمقر بها بسهم فتكون القسمة على تسعة وفى الكتاب خرجه من ثلاثة أمثاله فاعطى المقر بها ثلاثة من سبعة وعشرين ولا فرق بين سهم من تسعة وبين ثلاثة من سبعة وعشرين ولو كانت المرأة المعروفة هى التى أقرت بابنة للميت فصدقتها الابنـة المعروفة جمع ما فى يد الابنة وما فى يد المرأة المعروفة فاقتسموا ذلك على تسعة عشر سهما لانهما اتفقا على

أن القسمة من أربعة وعشرين للابنتين الثلثان ستة عشر وللمرأة الثمن ثلاثة فيقسم مافى أيديهما على ما اتفقا عليه ولا يقال عند تصديق الابنة ينبغى أن لا تدخل المقر بها فى نصيب المرأة كما فى المسئلة الاولى وهذا لان جميع ميراث النساء هناك كان فى يد المعروفة وهنا لم يحصل فى يد الابنة المعروفة ميراث الابنتين لان فى يدها النصف وميراث الابنتين الثلثان ولو كذبتها الابنة المعروفة قسم ما فى يد المرأة على أحد عشر سهما لانها تضرب بثلاثة والمقر بها بثمانية كما أقرت لها به وان صدقها الاخ جمع ما فى يد الاخ وما فى يد المرأة فيقتسمون ذلك على ستة عشر سهما لان بزعمها ان للمرأة ثلاثة وللمقر بهما ثمانية وللاخ خمسة فيقسم مافى يديهما على هذا باعتبار زعمهما فلو لم تقر المرأة بها ولكن الاخ أقر بها فانه يقسم ما فى يد الاخ على ثلاثة عشر سهما لان بزعم الاخ لها ثمانية وله خمسة ولو ترك ابنا فاقر باخ ودفع اليه نصف مافى يده ثم ان المقر به أقر باخ وكذبه الابن المعروف فى ذلك فان المقر به يأخذ نصف مافى يد المقر به الاول لانه صار أحق بما وصل اليه باقرار الابن المعروف وقد زعم ان المقر به الثانى مساو له فى ذلك فان دفع اليه بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر باخ له آخر وصدقه فيه الابن المعروف وكذب المقر بهما بعضهما بعضا فان كان الاخ المقر دفع نصف مافى يده الى الاول بقضاء أخذ المقر به الآخر منه خمس ما بقي فى يده لانه لاضمان عليه في شئ مما دفعه الى الاول بقضاء القاضي يبقى ما فى يده وهو يزعم ان حقه فى سهم من أربعة ونصف ذلك فى يده ونصفه فى يد أخيه وهو مقر له بذلك والباقى وهو ثلاثة بين المقر بهما الاولين نصفين لكل واحد منهما سهم ونصف فانكسر بالانصاف فأضعفه فيكون خمسة فلهذا يأخذ ثلثى ما بقي فانما يضرب هو فيما فى يده بسهم من أربعة والمقر بسهم ونصف فانكسر بالانصاف فاضعفه فيكون خمسة فلهذا يأخذ خمسى ما بقي فى يده فيضمه الى ما فى يد الابن المعروف فيقتسمان ذلك نصفين لتصادقهما على ان حقهما فى التركة سواء وان كان دفع بغير قضاء أخذ منه المقر به الآخر ربع ما كان فى يده لانه أقر ان له الربع من كل جزء من التركة فان الميت بزعمه خلف أربعة بنين وما دفعه بغير قضاء محسوب عليه فيجعل كالقائم فى يده فيدفع الى المقر به الآخر جميع حقه وهو ربع ما كان فى يده فيضمه الي ما فى يد الابن المعروف فيقتسمان ذلك نصفين فان تصادق المقر بهما فيما بينهما أخذ المقر به الآخر ثلث مابقي فى يد الابن المعروف لانه يزعم ان الميت خلف ثلاثة بنين وان حق هذا المقر به الآخر في ثلث التركة وفى يده جزء من

التركة فيدفع ثلث ذلك فيضمه الى ما فى يد المقر به الاول فيقتسمونه اثلاثا لتصادقهم على ان حقهم فى التركة سواء والله أعلم

باب الاقرار بعد قسم الميراث

(قال رضى الله عنه) واذا مات الرجل وترك ابنين وترك عبدين أو عبدا ودارا وأخذ كل واحد منهما أحدهما ثم أقر أحدهما بأخ آخر وكذبه الاخر فانه يعطيه ثلث ما في يده وربع قيمة ماصار لصاحبه لان المقر يزعم ان الميت خلف ثلاثة بنين وان حق المقر به فى ثلث التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيه ثلث ذلك وما أخذه أخوه كان فى يدهما فى الاصل نصفه فى يد الآخر فلا يضمن المقر شيأ من ذلك للمقر به ونصفه كان في يده سلمه لاخيه فيغرم للمقر به حصته من ذلك وحصته نصف ذلك النصف ليستوي به فى التركة بزعمه فلهذا يغرم له ربع قيمة ماصار لاخيه ولو أقر أحدهما باخت وكذبه الآخر أعطاها خمس مافى يده وخمس قيمة ما صار لصاحبه لان للميت بزعمه ابنين وابنة فحقها فى خمس التركة فيعطيها خمس ما فى يده لان النصف الذى دفعه الي أخيه لو كان فى يده كان حقها فى ثلث ذلك لان حق المقر ضعف حق المقر به وانما يغرم لها ثلث النصف وذلك سدس الكل ولو أقر باخ وأخت وكذبه الآخر فيهما وتكاذب فيما بينهما فانه يعطى الاخت سبع مابقى بيده وعشر قيمة ماصار لصاحبه لان للميت بزعمه ثلاثة بنين وابنة فيكون نصيب الابنة سهما من سبعة فيعطيها سبع ما فى يده وعشر قيمة ما صار لصاحبه لان النصف الذي دفعه لصاحبه من ذلك لو كان فى يده كان يعطيها خمس ذلك النصف فان ذلك النصف يقسم بين المقر والاخ المقر به والاخت للذكر مثل حظ الانثيين فيكون حقها فى خمس ذلك وخمس النصف عشر الجميع ويعطى الاخ مثل ذلك لان نصيب الاخ بزعمه سهمين من سبعة فيعطيه سبعى مافى يده وخمس قيمة ما صار لاخيه لان حقه بزعمه فى خمس نصف ذلك ولو كان أقر باختين معا فانه يعطى كل واحدة منهما سدس مافى يده لان للميت بزعمه ابنين وابنتين فنصيب كل واحدة من الابنتين سدس التركة فيعطى لكل واحدة منهما سدس مافى يده وثمن قيمة ماصار لصاحبه لان النصف الذى سلمه الى صاحبه لو كان فى يده كان يعطى كل واحدة منهما ربع ذلك فان ذلك النصف بين المقر والمقر بهما للذكر مثل حظ الانثيين فانما يغرم لكل واحدة منهما ربع مافى يده

فى الحكم وذلك النصف وربع النصف ثمن الكل ولو أقر باخوين معا فانه يعطي لكل واحد منهما ربع ما فى يده لان النصف الذى كان فى يده من ذلك لو لم يدفعه الى صاحبه لكان يقسم ذلك بينهم اثلاثا لاستواء حقهم فى التركة فانما يغرم لكل واحد منهما ثلث النصف وهو سدس الجميع ولو ترك ابنين وابنة وعبدين ودارا فاقتسموا فاخذت الابنة عبدا وأخذ أحد الابنين عبدا والآخر الدار فاقرت الابنة باخ أعطته سبعى ما فى يدها وقيمة جزء من خمسة عشر جزأ مما صار لكل واحد من الاخوين لان للميت بزعمها ثلاثة بنين وابنة فتكون القسمة بينهم علي سبعة لكل ابن سهمان فلهذا أعطته سبعي مافى يدها وقد كان فى يدها مما وصل الى كل واحد من الاخوين الخمس باعتبار نصيبهم فى التركة فذلك الخمس لو كان فى يدها لكان بينها وبين المقر به اثلاثا وظهران حق المقر به فى ثلثي خمس ماصار لكل واحد منهما وذلك جزآن من خمسة عشر جزأ فان خمس خمسة عشر جزأ ثلاثة وثلثاه جزآن فلهذا تغرم للمقر به جزئين من خمسة عشر مما صار فى يد كل واحد من الاخوين ولو كانت أقرت باخت أعطتها سدس ما فى يدها وعشر قيمة ما صار لكل واحد من الاخوين لان للميت بزعمها ابنين وابنتين فتكون القسمة من ستة لكل ابن سهمان ولكل ابنة سهم فلهذا أعطتها ثلث مافى يدها وكان فى يدها مما وصل الي كل واحد من الاخوين الخمس وكان ذلك بينها وبين الاخت المقر بها نصفين وخمس النصف عشر الجميع فلهذا تغرم لها عشر ما صار لكل واحد منهما ولو أقرت باخ وأخت فانها تعطى الاخ ربع مافى يدها وعشر قيمة ماصار لكل واحد من الاخوين لانه كان فى يدها خمس ما صار لكل واحد من الاخوين فكان مقسوما بينها وبين المقر بهما ارباعا نصف ذلك للاخ والربع لكل أخت ونصف الخمس عشر الجميع فلهذا تغرم عشر قيمة ماصار للاخوين وتعطي الاخت مثل نصف ذلك لان حقها مثل نصف الاخ ولو أقرت باخوين معا أعطت كل واحد منهما تسعى مافى يدها لان للميت بزعمها أربعة بنين وابنة فتكون القسمة من تسعة لكل ابن سهمان فلهذا تعطى كل واحد منهما تسعى مافى يدها وقيمة جزئين من خمسة وعشرين جزأ مما صار للاخوين لانه كان فى يدها خمس ما صار لكل واحد منهما ولو بقى ذلك فى يدها لكان مقسوما بينها وبين المقر بهما اخماسا فانما تغرم لكل واحد منهما خمس الخمس فاحتجنا الي حساب له خمس ولخمسه خمس وأقل ذلك خمسة وعشرون خمسه خمسة وخمسا خمسة سهمان فلهذا غرمت لكل واحد منهما جزئين

من خمسة وعشرين جزأ مما صار للاخوين ولو كانت أقرت باختين أعطت كل واحدة منهما سبع ما فى يدها لان للميت بزعمها ثلاث بنات وابنين فتكون القسمة من سبعة فلهذا أعطت كل واحدة سبع ما فى يدها وقيمة جزء من خمسة عشر جزأ مما صار للاخوين لان ما كان فى يدها وهو الخمس مما صار للاخوين لولم تدفعه الى الاخوين لكان مقسوما بينها وبين المقر بهما اثلاثا فحق كل واحدة منهما فى ثلث ذلك الخمس وهو جزء من خمسة عشر من الكل ولو كان أحد الابنين أقر باخ وأخت وكذبه الاخران فيهما فانه يعطى للاخت ثمن ما فى يده لان للميت بزعمه ثلاثة بنين وبنتين فتكون القسمة من ثمانية فلهذا أعطى الاخت ثمن ما فى يده وقيمة جزء من خمسة وعشرين جزأ مما صار للاخوين فانه كان فى يده باعتبار الاصل خمسا ما صار لكل واحد من الاخوين فلو كان ذلك فى يده لكان يقسم بينه وبين المقر بهما اخماسا للاخت خمسا ذلك وخمسا خمسة وعشرين عشرة نخمس ذلك سهمان فلهذا يغرم للاخت قيمة جزئين من خمسة وعشرين جزأ مما صار للاخوين ويعطي الاخ مثل ذلك لان حقه فى التركة سواء ضعف حق الاخت ولو كان أقر باخوين معا فانه يعطى كل واحد منهما تسعى مافى يده لان للميت بزعمه أربعة بنين وابنة فتكون القسمة من تسعة ونصيب كل ابن سهمان فيعطى كل واحد منهما تسعى ما فى يده لهذا ويغرم لكل واحد منهما جزئين من خمسة عشر جزأ مما صار للاخوين لانه كان فى يده باعتبار الاصل خمسا ما فى يد كل واحد من الاخوين ولو بقي ذلك فى يده لكان مقسوما بينه وبين المقر بهما اثلاثا فانما يغرم لكل واحد منهما ثلثى الخمس لان ثلثى الخمس جزآن من خمسة عشر جزأ ولو ترك ابنا وابنتين وعبدين وأمة فاقتسموا فاخذ الابن الامة وكل ابنة عبدا ثم أقرت احدى الابنتين باختين أعطت كل واحدة منهما سدس ما فى يدها لان للميت بزعمها ابن وأربع بنات فتكون القسمة من ستة لكل ابنة سهم فهذا تعطى كل واحدة منهما سدس ما فى يدها وقيمة جزء من اثنى عشر جزأ مما صار للاختين لانه كان فى يدها باعتبار الاصل ربع مافي يد كل واحدة منهما ولو بقى ذلك فى يدها لكان مقسوما بينها وبين المقر بهما اثلاثا بالسوية فانما تغرم لكل واحدة منهما ثلث الربع وهو جزء من اثنى عشر لان ربع اثنى عشر ثلاثة ولو كانت أقرت باخوين وأخت معا أعطت الاخت تسع ما فى يدها لان للميت بزعمها ثلاثة بنين وثلاث بنات فتكون القسمة من تسعة ونصيب الاخت سهم فتعطيها تسع مافى يدها وقيمة جزء من أربعة وعشرين جزأ مما صار

للاخوين لانه كان في يدها ربع ماصار لكل واحد منهما ولو بقي ذلك في يدها لكان مقسوما بينها وبين المقر بهما اسداسا للاخت سدس ذلك وسدس الربع جزء من أربعة وعشرين لان ربع أربعة وعشرين ستة وسدسه جزء واحد وتعطي للاخ مثلي ذلك لان نصيبه ضعف نصيبها ولو كان الابن أقر بثلاث أخوات متفرقات معا وكذبته الاختان في ذلك أعطي كل واحدة منهن سبع ما في يده لان للميت بزعمه ابنا وخمس بنات فتكون القسمة من سبعة لكل ابنة سهم ويغرم لكل واحدة منهن قيمة جزئين من عشرين جزأ مما صار للاختين لانه كان في يده باعتبار الاصل نصف ماصار لكل واحدة منهما فلو بقي ذلك في يده يكون مقسوما بينه وبين المقر بهن اخماسا فانما يغرم لكل واحدة منهن خمس النصف وخمس النصف عشر الجميع فكان ينبغي أن يقول جزأ من عشرة أجزاء ولكنه بني هذا على ماتقدم من القسمة بالارباع حين كانت المقرة بالابنة فجعل في يد الابن جزئين من أربعة فذكر انه يغرم لكل واحدة منهن جزأين من عشرين لهذا ولو كان أقر باخوين وأختين معا فأعطى كل أخ خمس ما في يده لان للميت بزعمه ثلاث بنين وأربع بنات فتكون القسمة من عشرة لكل ابن سهمان وسهمان من عشرة الخمس فلهذا يعطى الاخ خمس ما في يده وثمن ما صار للاختين معا لان ما في يده باعتبار الاصل نصف ذلك ولو بقي ذلك في يده لكان مقسوما بينه وبين المقر بهم على ثمانية لكل أخ سهمان ولكل أخت سهم فانما يغرم للاخ ربع النصف مما صار لكل أخت وربع النصف ثمن الجميع فلهذا قال يغرم للاخ ثمن ما صار للاختين ثم يعطى كل أخت مثل نصف ذلك لان نصيب الاخ مثل نصيب الاختين فيكون نصيب كل أخت مثل نصف نصيب الاخ وعلى هذا جميع هذا الوجه وقياسه والله أعلم بالصواب

كتاب فرائض الخنثى

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله) اعلم بان الله تعالي خلق بني آدم ذكورا واناثا كما قال الله تعالي وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور ثم بين حكم الذكور وحكم الاناث في كتابه ولم يبين حكم شخص هو ذكر وأنثى فعرفنا بذلك انه لا يجمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مغايرة على سبيل المضادة

وجعل علامة التمييز عند الولادة الآلة الى أن يتبين سائر العلامات بمضى الزمان ثم قد يقع الاشتباه عند الولادة من وجهين أحدهما بالمعارضة بان يوجد فى المولود الآلتان جميعا فيقع الاشتباه الى أن تترجح احداهما بخروج البول منه والوجه الثانى أن تنعدم آلة التمييز أصلا بان لا يكون للمولود آلة الرجال ولا آلة النساء وهذا أبلغ جهات الاشتباه ولهذا بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي رحمه الله انه سئل عن مولود ولد وليس بذكر ولا أنثي وليس له ما للانثى وليس له ماللذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال عمر رضى الله عنه له نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد رحمه الله وهذا عندنا والخنثى المشكل فى أمره سواء والمراد اذا مات قبل أن يدرك فيتبين حاله بنبات اللحية أو بنبات الثديين * اختلف العلماء رحمهم الله فى حكم الخنثى المشكل فى الميراث فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله يجعل هو فى الميراث بمنزلة الانثى الا أن يكون أسوأ حاله أن يجعل ذكرا فحينئذ يجعل ذكرا وفى الحاصل يكون له شر الحالين وأقل النصيبين وفى قول أبي يوسف الآخر له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو أقرب من قول الشعبي على مانبينه أما بيان الحالة التى تكون الذكورة فيه شرا له بان تركت المرأة زوجا وأختا لاب وأم وشخصا لاب هو بهذه الصفة مشكل فان جعل ذكرا لم يرث شيأ لان نصف الميراث للزوج والنصف للاخت لاب وأم فلم يبق للاخ لاب شئ ولو جعل انثى كان للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف وللاخت لاب السدس تكملة الثلثين فتعول بسهم والقسمة من سبعة فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يجعل ذكرا فى هذه الحالة ولا شئ له وفى قول أبي يوسف الآخر له سهم من أربعة عشر نصف ميراثها ان لو كانت أنثى وكذلك لو تركت زوجا وأما وأخا لام وشخصا هو مشكل لاب وأم فان جعل هذا المشكل ذكرا فللزوج النصف والام السدس وللاخ لام الثلث ولم يبق للاخ لاب وأم شئ وان كانت انثى فلها النصف ثلاثة لانها أخت لاب وأم وتعول فريضة المسئلة بثلاثة فعندهما يجعل ذكرا ولا شئ له وفى قياس قول أبي يوسف الآخر لها ثلاثة من ثمانية عشر نصف ميراثها ان لو كانت أنثى وبيان الحال الذى تكون الانوثة فيه شرا لها ظاهر فانه لو ترك ابنة وعصبته وولدا هو مشكل فان كان هذا المشكل ذكرا فله الثلثان وان كان أنثى فله الثلث فيجعل انثى فى قول أبي حنيفة ومحمد وفى قول أبي يوسف الآخر نصف فى كل حالة نصف الثلثين ونصف

الثلث فيكون له فى الحال نصف المال وللابنة الثلث والباقى وهو السدس للعصبة وجه قول أبي يوسف ان حاله متردد والاصل فى المسائل اعتبار الاحوال عند التردد ويتوزع المستحق على الاحوال كما فى الطلاق المبهم والعتاق المبهم اذا طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ثم مات يسقط نصف صداقها ويتوزع عليهن باعتبار الاحوال وكذلك الميراث بينهن باعتبار الاحوال فكذلك هنا يعتبر الاحوال بل أولى لان الاشتباه هنا أكثر والحاجة الى اعتبار الاحوال بمعنى الاشتباه * ووجه قولهما هو أن اعتبار الاحوال ينبنى على التيقن بالسبب وسبب استحقاق الميراث الفرضية والعصوبة ولا يتيقن بواحد من السببين بهذا المشكل وبدون التيقن بالسبب لا يعتبر الاحوال لكن لا يعطى الا القدر الذى يتيقن بأنه مستحق له بخلاف الطلاق والعتاق فقد تيقنا بالسبب المسقط لنصف الصداق هناك وبالسبب الموجب لعتق رقبته وانما وقع الشك فى المستحق كذلك فبعد التيقن بالسبب يصار فيه الى اعتبار الاحوال ولو مات وترك ولدا خنثى وعصبة ثم مات الولد قبل أن يستبين أمره ومن الاستبانه البول فان كان يبول من احدى المبالين فالحكم لذلك وان كان يبول منهما فمن أيهما أسبق فان خرجا معا ففيه اختلاف يأتيك بيان هذا فى كتاب الخنثى وانما الكلام هنا فى الميراث فعلى قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أولا لا يعطى الا ميراث جارية وذلك نصف المال والباقى للعصبة وفى قول أبي يوسف الآخر له ثلاثة أرباع المال اما لانه يستحق الكل فى حال والنصف فى حال فيعطى نصف الكل ونصف النصف أو لان النصف ثابت والنصف الآخر يثبت فى حال دون حال فيتنصف فله ثلاثة أرباع المال والباقى للعصبة فان كان للميت مع ذلك ابن معروف فعلى قول أبي حنيفة ومحمد للذكر مثل حظ الانثيين لان أسوأ الحال للخنثى أن يكون أنثى وتكلموا فيما اذا كان الخنثى حيا بعد توهم أن يتبين أمره فى الثانى أنه كيف يقسم المال بينهما فمنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس كما فى الحمل والمفقود فانه يوقف نصيبهما الى أن يتبين حالهما وأكثرهم على أنه يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلوم فانما ينتقص من حقه لمزاحمة الغير والخنثى ما زاحمه الا فى الثلث فما وراء ذلك يبقى مستحقا له * يوضحه انا حكمنا بكون الخنثى انثي حين أعطيناه الثلث مع الابن وبعد ما حكمنا بالانوثة فى حقه يعطي الذكر ضعف ما يعطى الانثى وبه فارق الحمل والمفقود فانا لم نحكم فيهما بشئ من موت أو حياة فلهذا يوقف نصيبهما

واذا دفع الثلثين الى الابن هل يوجد منه الكفيل قال بعض مشايخنا رحمهم الله على الخلاف المعروف فان القاضى اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا فى قول أبى حنيفة وعندهما يحتاط فى أخذ الكفيل منه وقيل بل هنا يحتاط فى أخذ الكفيل عندهم جميعا لانه ان تبين علامة الذكورة فى الخنثى كان هو المستحق لما زاد على النصف مما أخذه الابن فيحتاط لحقه بأخذ الكفيل من الابن وانما لم يجوز أبو حنيفة أخذ الكفيل للمجهول وهنا انما يؤخذ الكفيل لمعلوم فهو طريق مستقيم يصون به القاضى قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين انه أنثي فالمقبوض سالم للابن وأما فى قياس قول الشعبي فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى القسمة بين الخنثى والابن المعروف قال أبو يوسف رحمه الله قياس قوله أن يكون المال بينهما على اثني عشر سهما للابن المعروف سبعة وللخنثى خمسة * أما بيان قول محمد فظاهر لان الخنثى ان كان ذكرا فالمال بينهما نصفين فان كان أنثي فالمال بينهما أثلاثا فيعطيه نصف كل حالة فاحتجنا الى حساب ينقسم نصفه نصفين وثلثه نصفين وأقل ذلك اثنا عشر فان كان الخنثى ذكرا فله الستة من اثني عشر وان كان أنثي فله أربعة واما أن تقول له نصف أربعة وهو سهمان ونصف ستة وهو ثلاثة وذلك خمسة وللابن نصف ثمانية وهو أربعة ونصف ستة وهو ثلاثة فيكون سبعة أو تقول الثلث متيقن به للخنثى وهو أربعة وما زاد على ذلك الى تمام النصف وذلك سهمان يثبت فى حال دون حال فينتصف فيكون له خمسة والباقى وهو سبعة للابن فقد فسر محمد قول الشعبي بهذا ولم يأخذ به وأما بيان قول أبى يوسف لقول الشعبي أن يقول الخنثى فى حال ابن وفى حال ابنة فالابنة فى الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون ثلاثة أرباع ابن فكأنه اجتمع ابن وثلاثة أرباع ابن فيجعل لكل ربع من الابن سهما فللابن الكامل أربعة أسهم ولثلاثة أرباع ابن ثلاثة فذلك سبعة أو يقول ان الله تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين فكأن الذكر بمنزلة الانثيين واحدى الانثيين فى حق الخنثى معلوم والانثي الاخرى ثابتة فى حال دون حال فينتصف فيكون الخنثى بمنزلة أنثى ونصف ولو تصور اجتماع ابنة ونصف مع ابنة فانه يكون المال على سبعة أسهم للابن أربعة وللابنة ونصف ثلاثة فهاهنا أيضا يقسم المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللابنة ونصف ثلاثة وأشار فى الاصل الى رجوع أبى يوسف الى التفسير الذي ذكره محمد رحمه

الله لقول الشعبي قالوا وهذا غلط والصحيح ان رجوع الى التفسير الذي ذكره أبي يوسف فانه رجع الى قول الشعبي رحمه الله ثم فسر قوله بما ذكرنا عنه قال ولو كان مع الخنثى ابنة معروفة فللابنة ثلث المال وللخنثى نصف المال والباقي يكون للعصبة في قياس قول الشعبي لان الخنثى ان كان ذكرا فله ثلث المال وان كان أنثى فلها الثلث فيعطى نصف كل حالة فيكون له نصف المال والباقي للعصبة لانه في حال يستحق ثلث المال وهو أن يكون الخنثى أنثى وفي حال لاشئ له فيكون له نصف الثلث وهو السدس فان لم يكن للميت عصبة رد الفضل عليها على قدر ما أخذ معناه يجعل المال في الحاصل بينهما على خمسة سهمان للابنة المعروفة وثلاثة للخنثى لانه ليس أحدهما بالرد عليه باولى من الآخر فيكون المردود بينهما على مقدار أصل حقهما قال فان كان مع الخنثى أب للميت فللخنثى ثلث المال وللاب ثلثه في قياس قول الشعبي لان الخنثى ان كان ذكرا فللاب السدس والباقي للابن فله في هذه الحالة خمسة وان كان أنثى فلها النصف والباقي كله للاب بالفرضية والعصوبة فاما أن يقول للخنثى نصف كل حالة ونصف ثلاثة سهم ونصف ونصف خمسة سهمان ونصف فذلك أربعة وهو ثلثا المال أو يقول مقدار ثلثه للخنثى بيقين وما زاد الى تمام خمسة يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون له أربعة والسدس للاب بيقين وما زاد عليه الى تمام النصف وذلك سهمان يثبت في حال دون حال فيتنصف فيكون للاب سهمان وهو الثلث وللخنثى أربعة وذلك ثلثان وان ترك ابنة خنثى وابنة ابن خنثى وعصبة ففي قياس قول الشعبي الفريضة من ستة وثلاثين سهما للخنثى الاعلى خمسة وعشرون سهما وللاسفل سبعة أسهم وللعصبة أربعة أسهم فان لم يكن له عصبة فثلاثة ارباع المال للاعلى وربعه لولد الابن لانه ينظر الى أقل مايصيب كل واحد منهما والى أكثره فيأخذ نصف ذلك ولا ينظر الى مابين ذلك لان في اعتبار الاقل والاكثر اعتبار ما بين ذلك فيقول النصف للعليا متيقن به ذكرا كان أو انثى والسدس لايدعيه العصبة لان العصبة تقول هما ابنتان فلهما الثلثان والعليا والسفلى كل واحدة منهما تدعى ذلك فيكون ذلك بينهما نصفان ولا ينظر الى تفاوت مابينهما في جهة الدعوى فالاعلى يدعى ذلك من وجه واحد وهو نصف الذكورة لنفسه والاسفل من وجهين اما لانه ذكر والعليا أنثى أو لانهما ابنتان وهذا لان المستحق من وجه يكون مستحقا من كل وجه فلا فرق بين أن يكون استحقاقه لهذا السدس من وجه أو من وجهين والثلث الباقي تدعيه العصبة ان كان الخنثيان أنثيين

وتدعيه ابنة الابن ان كانت هي ذكرا والعليا هي انثي وتدعيه العليا ان كانت ذكرا فلا يفضل فيه البعض علي البعض لان المعتبر في حقهم الاكثر والاقل فيكون بينهم اثلاثا كان أصل الفريضة من ستة وقد انكسر السدس بالانصاف فصار اثني عشر ثم انكسر الثلث بالاثلاث فاضرب اثني عشر في ثلاثة فيكون ستة وثلاثين أخذت العليا مرة ثمانية عشر ومرة نصف السدس ثلاثة ومرة ثلث الثلث أربعة فذلك خمسة وعشرون وأخذت السفلي مرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك سبعة وانما يسلم للعصبة أربعة أسهم وان لم يكن له عصبة فالنصف وهو ستة من اثني عشر للعليا ثلث والثلث بينهما نصفان لما بينا والثلث الباقي ان كانا ذكرين فهو للاعلي وكذلك ان كان الاعلي ذكرا فان كانا أنثيين فللعليا ثلاثة ارباعه بالرد وان كان الاسفل ذكرا والاعلي أنثي فالثلث للاسفل وقد بينا انه يؤخذ بالاكثر والاقل فيكون هذا الثلث بين الاعلي والاسفل نصفين فقد أخذ الاعلي مرة ستة ومرة سهما ومرة سهمين فذلك تسعة من اثني عشر وهو ثلاثة ارباع المال وأخذ الاسفل مرة سهما ومرة سهمين وذلك ربع المال ٭ابنة أخ خنثي وابنة ابن أخ خنثي وابن ابن ابن أخ معروف فعلي قول أصحابنا رحمهم الله المال بينهم اثلاثا لان العليا ان كان ذكرا فله الميراث كله وان كانت أنثي فلا شئ لها والثانية ان كانت أنثي فلا شئ لها وان كان ذكرا والعليا أنثي فالميراث له وان كانتا انثيين جميعا فالميراث للاسفل وانما يؤخذ في هذا باكثره وأقله فالذي يسقط من وجه ويرث من وجهين والذي يسقط من وجهين ويرث من وجه سواء في قياس مذهبه واذا كان كل واحد منهم استحق جميع المال من وجه فقد استووا في الاستحقاق فالمال بينهم اثلاثا فان لم يكن للميت وارث غير هذين الخنثيين فالمال كله للعليا في قولنا لانهما ابنتان وابنة الاخ مقدمة في الميراث علي ابنة ابن الاخ وفي قياس قول الشعبي المال بينهما نصفان لان الذي يرث من وجوه والذي يرث من وجه واحد عنده سواء فالمال كله للاعلي ان كانا ذكرين أو كان هو ذكرا أو كانا أنثيين وان كانت العليا أنثي والآخر ذكرا فالمال كله له فلهذا جعل المال بينهما نصفين ٭فان ترك ثلاث بنات أخ خناثي بعضهن أسفل من بعض وأسفل من السفلي ابن أخ ففي قياس قول الشعبي المال بينهم ارباعا لكل واحد منهم الربع لان العليا ان كان ذكرا ورث دونهم وان كانت أنثي والثانية ذكرا ورث دونهم وان كانت أنثي والثالثة ذكرا ورث دونهم وان كن أناثا جميعا ورث ابن الاخ الاسفل فكل واحد منهم يستحق جميع المال من وجه وذلك يكفي

للمزاحمة فكان بينهم ارباعا فان لم يكن أسفل منهن ذكر ولم يكن للميت عصبة فالمال بينهم اثلاثا لان كل واحد منهم يرث جميع المال من وجه وانما يوجد في هذا الاقل والا كثر فكان المال بينهم اثلاثا فان ترك بنتا خنثى وأختا خنثى ومات قبل أن يستبين أمرهما فللابنة النصف والباقي للاخت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول ومحمد رحمهم الله لانها ابنة والاخت مع الابنة تكون عصبة وفي قياس قول الشعبي للابنة ثلاثة ارباع المال وللاخت الربع لان النصف للابنة بلا شك والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما والابنة ان كانت ذكرا كان هذا النصف له وان كانت أنثى فهذا النصف للاخت ذكرا كان أو أنثى فجعل بينهما نصفان فيجعل للابنة ثلاثة ارباع المال وللاخت ربعه وان ترك أختا خنثى وابنة أخ خنثى ففي قولنا للاخت النصف وللعصبة النصف لان الخنثيين انثيان فللاخت النصف والباقي للعصبة ولا شيء لابنة الاخ وان لم يكن للميت عصبة فالمال كله للاخت بالفرض والرد فانه لا شيء لذوي الارحام مع وجود ذي السهم وابنة الاخ من ذوي الارحام وفي قول الشعبي للاخت الثلثان ولابنة الاخ السدس وللعصبة السدس لان الاخت لها النصف بلا شك وهي تزاحم الاخرى في النصف الباقي فانه ان كان ذكرا فله الباقي وان كانت هي أنثى والاخ ذكر فالنصف الباقي له وان كانتا انثيين فالنصف الباقي للعصبة فكان هذا النصف بينهما اثلاثا وان لم يكن للميت عصبة فللاخت ثلاثة ارباع المال ولابنة الاخ ربع المال لان النصف للعليا بلا شك والنصف الآخر للعليا ان كانا ذكرين أو أنثيين وان كانت العليا أنثي والسفلى ذكرا فالنصف الباقي له والذي يسقط من وجه واحد والذي يسقط من وجهين عنده سواء فيكون هذا النصف بينهما نصفين وكذلك لو ترك ابنة خنثى وابنة أخ خنثى ولا عصبة له فالجواب على ماوصفنا في الاخت علي القولين جميعا فان ترك ابنة خنثي وابنة ابن خنثى وابنة ابن ابن خنثي وعصبة فعلى قولنا الخناثى أناث فللعليا النصف وللوسطى السدس تكملة الثلثين والباقي للعصبة ولا شيء للسفلي وان لم يكن للميت عصبة فالباقي يرد على العليا والوسطى ارباعا على قدر مواريثهما وفي قول الشعبي للعليا ثمانية أسهم من اثنى عشر وللوسطى سهمان وللسفلى سهم وللعصبة سهم لان النصف للعليا بلا شك والسدس بينهما وبين الوسطى نصفين لان العليا ان كان ذكرا فهذا السدس له وان كانت أنثي فهذا السدس للوسطى ذكرا كان أو أنثى فكان بينهما نصفين وبقي ثلث المال كل واحدة منهن تدعيه وتقول انا ذكر والثلثان لي والعصبة أناث جميعا تقول

هذا الثلث لنا فباعتبار هـذا المعني كان الثلث بينهم ارباعا فقد أخـذت العليامرة ستة ومرة سهما ومرة سهما فذلك ثمانية ثلثا المال والوسطى أخذت مرة سهمين ومرة سهمين فذلك الثلث وانما أخـذت السفلى سهما والعصبة كذلك وذلك نصف السدس وان لم يكن للميت عصبة فللعليا النصف بلا شـك والسـدس بينهما و بين الوسطى نصفين لما بينا والثلث بينهن اثلاثا فتكون القسمة من ستة وثلاثين للعليا مرة ثمانية عشر ومرة ثلاثة ومرة أربعة وللوسطى مرة ثلاثة ومره أربعة وللسـفلى أربعة فان ترك ابنة وثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض خناثى كلهن وعصبة فعندنا للابنة النصف وللعليا السدس والباقى للعصبة لان الخناثى اناث ما لم يستبن حالهن وان لم يكن له عصبة فالباقى رد على الابنة وابنة الابن على قدر ميراثهما ارباعا وفى قياس قول الشعبي الفريضـة من مائة وثمانين سهما للابنة مائة وثمانية عشر سهما وللعليا ثمانية وعشرون سهما وللوسطى ثمانية عشر سهما وللسفلى ثمانية أسهم وللعصبة ثلاثة عشر سهما لان للابنة النصف من غير شك والسدس بينهما و بين العليا من بنات الابن نصفين لما بينا وثلث الثلث الباقى بين الابنة والعليا والوسطى وللعصبة ارباعا لان السفلى لا تدعى من ذلك الثلث الا بثلثه فانها تقول أنا ذكر والبواقي اناث والثلث بيني و بين الوسطي اثلاثا لان الذكر يعصب من فوقه بدرجة ممن لم يأخذ شيأ كما يعصب من هو فى درجته فيخرج ثلث هذا الثلث عن منازعته وكل واحدة من البواقي تدعى ذلك لنفسها بدعواها الذكورة والعصبة تدعي ذلك لنفسها أيضا بدعواها انهن اناث وأما ثلثا الثلث بينهم جميعا اخماسا لان كل واحدة منهن تدعي ذلك لنفسها بدعواها صفة الذكورة والعصبة كذلك فقد انكسر الثلث بالاثلاث والارباع والاخماس فيضرب ثلاثة فى خمسة فتكون خمسة عشر ثم خمسـة عشر فى أربعة فتكون ستين ثم فى أصـل المال ثلاثة فيكون مائة وثمانين فاما الابنة فقد أخذت النصف تسعين وجعلنا السدس بينها و بين العليا نصفين وذلك ثلاثون لكل واحدة خمسة عشر وجعلنا ثلث الثلث وذلك عشرون بين الاربعة سوى السفلى ارباعا لكل واحدة خمسة وجعلنا ثلثى الثلث وذلك أربعون بين الخمسة اخماسا لكل واحدة ثمانية فحصل للابنة مرة تسعين ومرة خمسـة عشر ومرة خمسة ومرة ثمانية فذلك مائة وثمانية عشر ولابنة الابن مرة خمسة عشر ومرة خمسة ومرة ثمانية فذلك ثمانية وعشرون وللوسطى مرة خمسة ومرة ثمانيـة فذلك ثلاثة عشر وكذلك للعصبة ولم يسلم للسفلى الا ثمانية أسهم فاستقام التخريج فان كان أسفل

منهن غلام معروف فعندنا للابنة النصف وللعليا من بنات الابن السدس تكملة الثلثين والباقي بين الذكر الاسفل وبين الوسطى والسفلى للذكر مثل حظ الانثيين لانهما بنتان والذكر من أولاد الابن يعصب من فوقه من الاناث ممن لم يأخذ شيأ بالفرضية وفي قول الشعبي نصف المال للابنة والسدس بينها وبين العليا نصفين وثلثا سدس المال بين الابنة والعليا والوسطى اثلاثا وثلث سدس المال بينهن وبين السفلى ارباعا وسدس المال الباقي بينهن وبين الغلام اخماسا من قبل أن الغلام يدعى انهن اناث وان له نصف ثلث الباقي في الحاصل فنصف الثلث وهو السدس خارج عن دعواه والسفلي تدعي انه ذكر وان الثلث الباقي بينه وبين الوسطى اثلاثا فثلثا السدس بزعمه للوسطى وهو ثلث الثلث وقد استوت منازعة الابنة العليا والوسطي في هذا الجزء وهو ثلثا السدس كل واحدة منهما تدعى ذلك لنفسها بدعواها صفة الذكورة فيكون بينهما اثلاثا وثلث السدس هما مع السفلي يدعونه فيكون بينهم ارباعا والسدس الباقي هم جميعا مع الغلام يدعونه فيكون ذلك بينهم اخماسا فقد انكسر الثلث بالارباع والاخماس والاثلاث فاذا ضربت المخارج بعضها في بعض كان ذلك ستين ثم في أصل المال وهو ستة فيكون ذلك ثلثمائة وستين فقد أخذت الابنة مرة النصف مائة وثمانين ومرة نصف الثلث وذلك ثلاثون فهو مائتان وعشرة ومرة ثلث ثلثي السدس أربعين وهو ثلاثة عشر وثلث ومرة ربع ثلث السدس وذلك خمسة ومرة خمس السدس وذلك اثنا عشر فاذا جمعت ذلك كله كان ذلك مائتين وأربعين وثلثا وابنة الابن أخذت مرة ثلاثين ومرة ثلاثة عشر وثلثا ومرة خمسة ومرة اثني عشر فذلك ستون وثلث والوسطى أخذت مرة ثلاثة عشر وثلثا ومرة خمسة ومرة اثني عشر فذلك ثلاثون وثلث والسفلى أخذت مرة خمسة ومرة اثني عشر وما أخذ الغلام الا اثني عشر فاستقام التخريج فان كانت الوسطى أو السفلي معروفتان أيهما ابنتان والمسئلة بحالها ففي قول الشعبي للابنة النصف والسدس بينها وبين العليا نصفين ومن الثلث الباقي للابنة ثلاثة وللعليا ثلاثة والثلث بين الوسطى والسفلى والغلام للذكر مثل حظ الانثيين فصار هذا الثلث مقسوما على اثني عشر سهما فحاجتنا الى حساب ينقسم ثلثه ارباعا فيكون جملة المال على ستة وثلاثين سهما نصف ذلك ثمانية عشر للابنة الصلبية بغير شك والسدس وهو ستة بينها وبين العليا نصفين لان كل واحدة منهما تدعى ذلك بدعواها صفة الذكورة ولا ينازعهما في ذلك الوسطى والسفلى والغلام لانهم يزعمون انهما ابنتان وان الثلثين لهما فلهذا

قسم هذا السدس بينهما نصفين وأما الثلث الباقى فالوسطى والسفلى لا يدعيان شيأ من ذلك لانفسهما الا بالغلام الذى دونهما لانهما ابنتان معروفتان حالهما فيعصبهما الغلام الذي هو دونهما فى الباقى فقد استوى فى هذا الثلث دعوى الغلام ودعوى العليا وابنة الصلب فيكون ثلاثة لابنة الصلب وثلاثة للعليا باعتبار ان كل واحدة منهما تدعى جميع ذلك لنفسها بدعوى صفة الذكورة يبقى الثلث فهو بين الغلام والوسطى والسفلى للذكر مثل حظ الانثيين فحصل لابنة الصلب مرة ثمانية عشر ومرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك خمسة وعشرون وحصل للعليا مرة ثلاثة ومرة أربعة فذلك سبعة وحصل للغلام سهمان وللوسطى والسفلى لكل واحدة سهم وان كانت السفلي هى المعروفة انها ابنة والباقون خناثى فعلى قياس قول الشعبي للابنة النصف والسدس بين الابنة والعليا نصفين ونصف السدس بين الابنة والعليا والوسطى اثلاثا والباقى بينهم جميعا ارباعا للابنة ربعه وللعليا ربعه وللوسطى ربعه وربعه بين السفلى والغلام للذكر مثل حظ الانثيين فيحتاج الي حساب ينقسم ثلثه اسداسا وارباعا واثلاثا وذلك بان تضرب ستة فى أربعة فيكون أربعة وعشرين ثم فى ثلاثة فيكون اثنين وسبعين ثم فى ثلاثة فيكون مائتين وستة عشر النصف من ذلك مائة وثمانية للابنة بغير شك والسدس ستة وثلاثون بين الابنة والعليا نصفين لكل واحدة ثمانية عشر لانه لا ينازعهما فى الثلثين أحد والثلث نصفان لان لكل واحدة ثمانية عشر لانه لا ينازعهما فى الثلثين أحد والثلث الباقى وذلك اثنان وسبعون فربعه وهو نصف السدس بين الابنة والعليا والوسطي اثلاثا لان السفلى انما تدعي هذا الثلث بالغلام والغلام يزعم ان الوسطى انثي وان الثلث الباقى بينه وبين الوسطي والسفلى للذكر مثل حظ الانثيين ارباعا فربع هذا الثلث لا يدعيه الغلام والسفلى وقد استوى فيه دعوى العليا والوسطى والابنة كل واحدة تزعم انها ذكر فيكون بينهم اثلاثا لكل واحدة ستة والباقى وهو ثلاثة ارباع الثلث وذلك أربعة وخمسون سهما استوى فيه دعوى الابنة والعليا والوسطى والغلام فيكون ارباعا ربعه للابنة وربعه للعليا وربعه للوسطي وربعه بين الغلام والسفلى للذكر مثل حظ الانثيين لان الغلام مقر أن ما يصيبه من هذا الميراث بينه وبين السفلى للذكر مثل حظ الانثيين واقراره حجة فى حقه وربعه ثلاثة عشر ونصف فاذا جعل بينهما اثلاثا كان للغلام تسعة وللسفلى أربعة ونصف وان أردت دفع الكسر بالانصاف فاضعف الحساب * امرأة تركت زوجها وأمها وأختا لاب وأم خنثى فماتت قبل أن يستبين

أمرها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى لانهم يجعلون للخنثى أسوأ حالة وأسوأ الاحوال هنا أن يكون ذكرا وفى الحقيقة لا يحكم بانه ذكر ولا أنثي وكيف يحكم بذلك من غير دليل ولكن يعطيه أقل النصيبين لانه هو المتيقن به وأقل النصيبين هنا نصف الذكر لانه اذا جعل انثي يستحق النصف وتعول الفريضة بسببها واثبات العول بدون التيقن لا يجوز ولهذا جعلنا للاخ ما بقي وفى قياس قول الشعبي الفريضة من ثمانية وأربعين سهما لان الخنثى ان كان ذكرا فالفريضة من ستة وان كانت أنثي فالفريضة من ثمانية للزوج ثلاثة وللام سهمان وللاخت ثلاثة فتعول بسهمين فالسبيل أن يضرب ستة فى ثمانية فيكون ثمانية وأربعين ثلاثة أثمان ذلك وهو ثمانية عشر للزوج يعنى وما زاد على ذلك الى تمام النصف وهو ستة يستحقه فى حال وهو أن يكون الخنثى ذكرا ولا يستحقه فى حال فيعطيه نصف ذلك فيكون للزوج أحد وعشرون والام لها اثنا عشر يعنى وما زاد على ذلك الى تمام الثلث وهو أربعة يستحقه فى حال دون حال فيكون لها نصف ذلك فلها أربعة عشر والخنثى لها ثمانية يعنى وما زاد على ذلك الى تمام ثمانية عشر يستحق فى حال دون حال فلها نصف ذلك فحصل لها ثلاثة عشر وللام أربعة عشر فذلك سبعة وعشرون وللزوج أحد وعشرون فذلك ثمانية وأربعون وان كان مع ذلك أخ لام فللخنثى والزوج مثل ما كان لهما فى الوجه الاول فى قياس قول الشعبي وللام والاخ لام مثل ما كان للام فى الفريضة الاولى بينهما نصفين لان فى الفريضة الاولي للام سهمان من ستة أو من ثمانية وهنا للام سهم وللاخ لام سهم من ستة أو من ثمانية فعرفنا أن نصيبهما هنا مثل نصيب الام هناك وان حالهما فيه على السواء فيقسم أربعة عشر بينهما نصفين وعلى قولنا هذا والاول سواء لان نصيب الاخ لام مع الخنثى يحول نصيب الام الى السدس ويكون السدس للاخ لام فانما يجعل للخنثي ما بقى وهو السدس باعتبار أنه أقل النصيبين له * رجل مات وترك امرأته وأخوين لامه وأختا لاب وأم هى خنثى فعندنا للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث وما بقي فهو للاخت الخنثى لان أقل النصيبين له نصيب الذكر فانه يأخذ خمسة من اثنى عشر ولو جعلت أنثي كان لها ستة من ثلاثة عشر فلهذا جعلنا له الباقى وأما فى قياس قول الشعبي الفريضة من مائة وستة وخمسين سهما لان الخنثي ان كان ذكرا فالفريضة من اثني عشر وان كان أنثي فالفريضة من ثلاثة عشر للمرأة سبعة وثلاثون ونصف لان ثلاثة أجزاء

من ثلاثة عشر جزأ وذلك ستة وثلاثون لها يعني والربع تسعة وثلاثون فما زاد على ذلك الى تمام الربع لها في حال دون حال فلها سبعة وثلاثون ونصف وللاخوين خمسون لان مقدار ثمانية وأربعين لهما بيقين ومازاد على ذلك الى تمام الثلث وهو أربعة يثبت في حال دون حال فينتصف وللخنثى ثمانية وستون ونصف لان خمسة اجزاء ذلك ستون له بيقين وما زاد على ذلك الى تمام سبعة وسبعين وذلك سبعة عشر لها في حال دون حال فينتصف فيكون لها ثمانية وستون ونصف فان كان ترك مع ذلك أما ففي قولنا للام السدس سهمان من اثني عشر وللمرأة الربع ثلاثة وللاخوين لام أربعة وللخنثي ما بقى لان أقل النصيبين نصيب الذكر هناك وفي قول الشعبي الفريضة من مائة وعشرين سهما لان الخنثى ان كان ذكرا فالفريضة من اثنى عشر وان كانت أنثى فلها ستة وللام السدس سهمان وللاخوين لام أربعة وللمرأة ثلاثة تعول بثلاثة فتكون من خمسة عشر الا أن بين خمسة عشر وبين اثنى عشر موافقة بالثلث فيقتصر على الثلث من أحدهما وذلك أربعة ثم تضربه في خمسة فيكون ذلك ستين منه تصح المسئلة وان خرج كما في بعض النسخ من ضعف ذلك وهو مائة وعشرون فقد يخرج مستقيما من ستين فأما مقدار اثنى عشر يعني وما زاد على ذلك الى تمام الربع خمسة عشر وذلك ثلاثة لها في حال دون حال فيكون لها ثلاثة عشر ونصف قلنا وانما ان مقدار اثنى عشر لها بيقين لان أقل النصيبين لها ثلاثة من خمسة عشر وهو الخمس وخمس ستين اثنا عشر فللام ثمانية بيقين ومازاد على ذلك الى تمام السدس سهمان وهو عشرة لها في حال دون حال فيكون لها تسعة وللاخوين لام ستة عشر بيقين وما زاد على ذلك الى تمام عشرين في حال دون حال فيكون لها ثمانية عشر بيقين وما زاد على ذلك الى تمام أربعة وعشرين لها في حال دون حال فيكون تسعة عشر ونصفا وانما خرجه في بعض النسخ من مائة وعشرين للتحرز عن الكسر بالانصاف فان ترك ابنة وثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض خناثى كلهن ولا عصبة له ففي قياس قول الشعبي الفريضة من مائة وثمانية أسهم من قبل أن النصف للابنة ثابت بغير شك والسدس سهمان بينهما وبين العليا نصفين لان الوسطى والسفلي لا يدعيان ذلك فانهما يزعمان انهما ابنتان وان الثلثين لهما ثم السفلي تزعم أنها ذكر وان الوسطى انثى والثلث الباقي بينهما للذكر مثل حظ الانثيين فهو لا يدعى ثلث هذا الثلث والوسطي والعليا والابنة كل واحدة تدعي ذلك لنفسها بدعواها صفة الذكورة فيكون بينهم أثلاثا يبقي ثلثا الثلث استوت فيه منازعتهن كل واحدة

تدعى ذلك لنفسها فيكون بينهن أرباعا فيحتاج الي حساب ينقسم ثلثه أثلاثا وأرباعا فالسبيل أن يضرب أربعة فى ثلاثة فيكون اثني عشر ثم اثنى عشر فى ثلاثة فيكون ستة وثلاثين ثم ستة وثلاثين فى أصل المال وهو ثلاثة فيكون مائة وثمانية للابنة مرة أربعة وخمسون وهو النصف ومرة نصف السدس تسعة فذلك ثلاثة وستون ومرة أربعة وهو ثلث ثلث الثلث ومرة ربع ثلثى الثلث وذلك ستة فستة وأربعة يكون عشرة اذا ضممت ذلك الى ثلاثة وستين يكون ثلاثة وسبعين وللعليا مرة تسعة ومرة أربعة ومرة ستة فذلك تسعة عشر وليس للسفلي الا ستة عشر فاذا جمعت بين هـذه السهام كانت مائة وثمانية فاستقام التخريج والله أعلم بالصواب

كتاب الخنثي

(قال رضى الله عنه) ذكر عن أبى يوسف عن الكلبي عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن مولود ولد فى قوم له ما للمرأة وما للرجل كيف يرث فقال النبي صلي الله عليه وسلم من حيث يبول وهكذا روى عن علي رضى الله عنه وهكذا نقل عن جابر بن زيد وعن قتادة وعن سعد بن المسيب رضى الله عنه انه يرث من حيث يبول وهذا حكم كان عليه العرب فى الجاهلية على مايحكى ان قاضيا فيهم رفعت اليه هذه الحادثة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فى الاستراحة فجعل يتقلب علي فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره فى هذه الحالة وكانت له بنية فغمزت رجليه فسألته عن تفكره فاخبرها بذلك وقالت دع الحال واتبع المبال فخرج الى قومه وحكم بذلك فاستحسنوا ذلك منه فعرفنا ان حكمه كان فى الجاهلية قرره رسول الله صلي الله عليه وسلم وسيجيء من المعني مايدل عليه فان مايقع به الفصل بين الذكر والانثي عند الولادة الآلة وذلك فى الآدمى وفى سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة خروج البول منها وما سوي ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية فى الآلة انها المبال فاذا كان يبول من مبال الرجل عرفنا ان آلة الفصل فى حقه هذا وان الآخر زيادة خرق فى البدن فاذا كان يبول من مبال النساء عرفنا ان الآلة هـذا وان هذا بمنزلة مبالين فى البدن فان كان يبول منهما جميعا فالحكم لاسبقهما خروجا للبول منه لان الترجيح

بالسبق عند المعارضة والمساواة أصل فى الشرع ولانه كما خرج البول من أحدهما فقد حكم باعتبار انه على تلك الصفة (ألا ترى) انه لو لم يخرج من المبال الآخر بعد ذلك كان ما خرج علامة تمام الفصل وبعد ما حكم له بأحد الوصفين لا يتغير ذلك بخروج ذلك البول من الآلة الاخرى فهو بمنزلة رجل أقام بينة على نكاح امرأة وقضى له بها ثم أقام الآخر البينة لا يلتفت للبينة الثانية وكذلك لو ادعى نسب مولود وأقام البينة وقضى له به ثم ادعاه آخر وأقام البينة لا يلتفت الى ذلك وان كان يبول منهما جميعا مما قال أبو حنيفة رحمه الله لا علم لى بذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يورث با كثرهما بولا لان الترجيح عند المعارضة بزيادة القوة وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسبق اذ لا مزاحمة بين القليل والكثير كما لا مزاحمة بين اللاحق والسابق فالظاهر ان الذي يخرج منه البول أكثر هو المبال فالحكم للمبال وأبو حنيفة أبى ذلك لوجهين أحدهما ان كثرة البول تدل على سعة المخرج ولا معتبر لذلك فمخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال والثانى ان الكثرة والقلة تظهر فى البول لا فى المبال والآلة الفصل المبال دون البول وباعتبار السبق يأخذ السابق اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم وأما اذا خرج منهما جميعا فقد أخذا اسم المبال فى وقت واحد على صفة واحدة لان هذا الاسم لا يختلف بكثرة ما يخرج منه البول وقلته ثم ان أبا حنيفة رحمه الله استقبح الترجيح بالكثرة علي ما يحكى عنه ان أبا يوسف رحمه الله لما قال بين يديه يورث من أكثرهما بولا قال يا أبا يوسف وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالاوانى فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف فى الجواب لانه لا طريق للتمييز بالرجوع الى المعقول ولم يجد فيه نصا فتوقف وقال لا أدرى وهذا من علامة فقه الرجل وورعه ان لا يخبط فى الجواب على ما حكى ان ابن عمر رضى الله عنه سئل عن مسألة فقال لا أدرى ثم قال بخ بخ لابن عمر سئل عما لا يدرى فقال لا أدرى وكذلك أبو يوسف ومحمد قالا اذا استويا فى المقدار لا علم لنا بذلك ولم ينقل عن أحد منهم انه علم ذلك أو وقف فيه على دليل ليكون قول أبى حنيفة وأصحابه لا علم لنا به بقضايا فيهم والله أعلم وهذا الذى هو مشكل لا يخلو اذا بلغ هذه المعالم وانما لا يبقى الاشكال فيه بعد البلوغ فلا بد أن يزول الإشكال بظهور علامة فيه فانه اذا جامع بذكره أو خرجت له لحية أو احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وقوله فى ذلك مقبول لانه أمر فى باطنه لا يعلمه غيره وقول الانسان شرعا مقبول فيما يخبر عما فى باطنه مما لا يعلمه غيره وان

كان له ثديان مثل ثدي المرأة أو رآى حيضا كما ترى النساء أو كان يجامع المرأة أو ظهر به حبل أو نزل فى ثديه لبن فهو امرأة لان هذه علامات الفصل للبلوغ ولا بد أن يظهر عليه بعضها عند بلوغه فانه لا يخلو اذا بلغ عن هذه المعالم قلنا لا يبقى الاشكال فيه بعد البلوغ وانما يكون ذلك فى صغره اذا مات قبل أن يبلغ وقد بينا اختلاف العلماء فى ميراثه قبل أن يستبين أمره فيما سبق وان مات قبل أن يستبين أمره وقد راهق لم يغسله رجل ولا امرأة ولكن ييمم الصعيد لان الاصل ان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا أن نظر هذا الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر عورته فاذا كان هو مشكلا لا يوجد له جنس أو لا يعرف جنسه انه من الرجال أو من النساء فيتعذر عليه لانعدام من يغسله وهو بمنزلة ما لو تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم الصعيد وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة فانها تيمم الصعيد فهذا مثله فان كان من ييممه من النساء يممته بغير خرقة وكذلك ان كان من الرجال من ذوى الرحم المحرم له وان كان أجنبيا عنه يممه بخرقة ولا بأس بأن ينظر الى وجهه ويعرض بوجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة وفى هذا أخذ بالاحتياط فيما بنى أمره على الاحتياط وهو السن والنظر الى العورة وان سجى دبره فهو أحب الى لان فيه نوع احتياط فلعله امرأة ومبنى حالها على الستر ولا بأس بان يسجى دبر الرجل عند العذر كالحر والبرد والمطر واشتباه حاله فى العذر أبلغ من ذلك وان حمل على السرير مقلوبا فهو أحب الى لان الرجل يحمل على السرير مستويا بغير نعش والمرأة تحت نعش فان حمل على السرير بغير نعش وهو امرأة كان فيه تشبيه النساء بالرجال وان جعل علي سريره النعش كان فيه تشبيه الرجال بالنساء اذا كان رجلا فأولي الوجهين أن يحمل على سريره مقلوبا وان جعل على السرير النعش فيه المرأة فهو جائز أيضا لانه أقرب الى الستر والستر مندوب اليه عند اشتباه الامر ويدخله قبره ذو رحم محرم منه لقوله تعالي وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض ولانه اذا كان أنثي فينبغي أن يرمسه من هو ذو رحم محرم منه وان كان ذكرا فلا بأس بأن يرمسه محرمه عند الادخال فى قبره فكان هذا أحوط الوجهين ويكفن كما تكفن الجارية فهو أحب الى لانه أقرب الى الستر ولان الزيادة فى كفن الرجل عند الحاجة جائزة واشتباه أمره من أقوى أسباب العذر فلهذا يكفن كما تكفن الجارية (ألا ترى) ان فى حالة الحياة يؤمر بالستر وينهى عن الكشف

فكذلك بعد الموت ماكان أقرب الى الستر فى حقه فهو أولى والاصل فيه قوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال وأكره فى حياته لبس الحلي والحرير لان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الذهب بيمينه والحرير بشماله وقال هذان حرامان على ذكور أمتى حل لاناثها فانما أباح اللبس بشرط أنوثة اللابس وهذا الشرط غير معلوم فى الخنثى ثم ما يتردد بين الحظر والاباحة يترجح معنى الحظر فيه لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير لا يريبه ولبسه يريبه يوضحه ان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح ليس بفرض فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير لكيلا يكون مواقعا للحرام ان كان رجلا وان قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه حتى يستبين أمره لانه ان كان أنثى فتقبيله بعد ما راهق يثبت حرمة المصاهرة فتكون أمه حراما عليه من هذا الوجه وترك نكاح امرأة تحل له أولى من نكاح امرأة هى محرمة عليه وان زوجه أبوه رجلا أو امرأة فلا علم لى بنكاحه وهو موقوف الى أن يبلغ لان الذكر يدخل فى النكاح دخول المالكين والانثى تصير مملوكة بالنكاح ولا يمكن اثبات واحد من الوصفين فى حقه من غير دليل ولا وجه لابطال انكاح الولي فى حال قيام ولايته مالم يعلم انه لم يصادف محله فيكون موقوفا الى أن يبلغ فان ظهرت فيه علامة الرجال وقد زوجه أبوه امرأة حكم بصحة النكاح من حين عقد الاب لانه تبين أن تصرفه صادف محله وان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين وان كان زوجه أبوه من رجل ثم ظهر به علامة الرجال فقد تبين ان هذا التصرف لم يصادف محله فكان باطلا وان أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لى بلباسه لان الرجل فى احرامه يحرم عليه لبس المخيط والمرأة فى احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لى بلباسه وقال محمد يلبس لباس المرأة لانه أقرب الي الستر ومبنى حاله على الستر كما فى غير حالة الاحرام ولان لبس المخيط للرجل فى احرامه جائز عند العذر واشتباه أمره من أبلغ الاعذار ولا شئ عليه فى ذلك لانه لم يبلغ وكفارة الاحرام بارتكاب المحظور لا تجب على غير البالغ عندنا ويصلى بقناع أحب الى لانه أقرب الى الستر ولانه ان كان رجلا فالتقنع لا يمنع جواز صلاته وان كان أنثى فانها تؤمر بالتقنع فى صلاتها اذا كان مراهقة فعند الاشتباه يترجح هذا الجانب ويجلس فى صلاته

كجلوس المرأة معناه يخرج رجليه من جانب ويفضي باليتيه الى الارض لانه أقرب الى الستر ولان الرجل لا بأس بان يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال أبين الاعذار ويكون فى الجماعة خلف صف الرجال وامام صف النساء لان تمام الاحتياط فيه فانه ان كان رجلا فوقوفه فى صف النساء يفسد صلاته وان كانت امرأة فوقوفها يفسد صلاة من عن يمينها وعن يسارها ومن خلفها من الرجال بحذائها لان المراهقة فى هذا كالبالغة استحسانا فاذا وقف فى صف الرجال امام صف النساء نتيقن بجواز صلاته وصلاة جميع القوم فان وقف فى صف النساء فاحب الي أن يعيد الصلاة لان سبب وجوب الصلاة عليه معلوم والسقوط بهذا الاداء مشتبه والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات أحب الى الا انه لم يلزمه الاعادة قطعا لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة المرأة الرجل فى صلاة مشتركة موهوم فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة وان أقام فى صف الرجال فصلاته تامة لانا نتيقن بجواز صلاته ذكرا كان أو أنثي ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره ومن خلفه سجدات صلاتهم والمراد على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتهم لهذا وان مات هذا الخنثى المشكل فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه مما يلى القبلة والمرأة خلف الخنثى اعتبارا بحالة الحياة فان صف الرجال أقرب الى الامام من صف الخناثى لقوله عليه السلام ليلينى منكم أولو الاحلام والنهى ثم الذين يلونهم فقد أمر بأن يقرب منه من هو أفضل والاصل فيه قوله تعالى ويؤتى كل ذى فضل فضله وللرجال زيادة درجة على النساء فينبغى ان تكون جنازة الرجل أقرب الى الامام من جنازة النساء والخنثى المشكل لتردد الحال فيه تجعل جنازته خلف جنازة الرجل وامام جنازة المرأة فان دفنوا فى قبر واحد من عذر فلا بأس بذلك لان النبي صلي الله عليه وسلم أمر يوم أحد أن يدفن جماعة من الشهداء فى قبر واحد وأن يجعل بين كل ميتين حاجز من التراب فيفعل كذلك هنا ويوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة لان جهة القبلة أشرف فيكون الرجل بالقرب منه أحق (ألا ترى) فى حديث أحد روى أن النبي صلي الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن الى جانب القبلة ويجعل بين كل ميتين حاجز من الصعيد فيصير ذلك فى حكم قبرين وان قذف رجلا بعد ما بلغ قبل أن يستبين أمره أو سرق منه أقيم الحد عليه لانه صار بالبلوغ مخاطبا وحد القذف

والسرقة لا يختلف بالذكورة والانوثة واشتباه حاله لا يمنع بتحقق قذفه موجبا للحد عليه ولا تحقق سرقته والسرقة منه موجب القطع وان قذفه رجل فلا حد على قاذفه بمنزلة المجنون والرتقاء اذا قذفها رجل وهذا لان القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل الى فعل يباشره ونسبة المرأة الى التمكين من فعل يباشره غيرها ومع اشتباه أمره لا يتقدر السبب ولا يدري ان قاذفه الى أى فعل نسبه فان كان نسبه الى مباشرة الفعل وهو امرأة كان قد نسبه الي محال فيكون بمنزلة قاذف الرتقاء والمجنون وان كان قد نسبه الى التمكين وهو رجل كان قد نسبه الى ماهو قاصر فى حقه غير موجب للحد عليه وعند الاشتباه الامر لا يمكن اقامة الحد على القاذف واذا قطع رجل يده أو امرأة قبل أن يستبين أمره فلا قصاص على القاطع لان حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والانوثة لا يجرى القصاص بين الرجال والنساء وفى الاطراف فان كان القاطع رجلا لم يجب القصاص اذا كانت هى امرأة وان كان القاطع امرأة لم يجب القصاص اذا كان هو رجلا فعند الاشتباه تمكن فيه الشبهة والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبه فارق القصاص فى النفس فانه لا يختلف بالذكورة والانوثة سواء قتله رجل أو امرأة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه وتقرر سببه ولو قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة أو قتله لم يكن عليه قصاص ولكن الدية علي عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطؤه سواء ولو صلى بغير قناع قبل أن يدرك لم آمره بالاعادة لان أسوأ أحواله أن يكون أنثي والمراهقة اذا صلت بغير قناع لا تؤمر بالاعادة استحسانا زاد فى بعض النسخ وان كان بالغا فصلي بغير قناع أمرته أن يعيد وهذا بطريق الاحتياط ولكن لا يتصور بقاؤه مشكلا بعد البلوغ وان تصور يحكم بهذا وأكره له أن ينكشف قدام الرجال وقدام النساء اذا كان قد راهق حتى يستبين أمره لتوهم أن يكون امرأة والمرأة عورة مستورة وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف من النساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثي أيضا ولكن المراد أن يكونا فى ازار واحد وفى هذا الفصل روايتان بيناهما فى الاستحسان وأكره أن يخلو به من ليس بمحرم له من رجل أو امرأة لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان واذا خلي الخنثى برجل فمن الجائز انه امرأة فتكون هذه خلوة رجل بامرأة أجنبية

واذا خلا بامرأة فمن الجائز انه ذكر خلا باجنبية والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة وكذلك يكره ان تسافر معه امرأة محرما كانت أو غير محرم لان من الجائز ان الخنثى أنثي فتكون هذه مسافرة امرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام ويكره أن يسافر الخنثى الامع محرم من الرجال ثلاثة أيام فصاعدا لان من الجائز انه أنثى ولا يجوز شهادته حتى يدرك لان الصغير يعدم أهلية الشهادة وأكره له أن يلبس الحلى والذهب حتى يستبين أمره لجواز أن يكون ذكرا ولو كان لرجل ولدان خنثيان فمات أبوهما أحرزا ميراثه كله في قول الشعبي لان عنده يرث كل واحد منهما نصف ميراث رجل ونصف ميراث أنثي وعندنا مازاد على نصيب الابنتين موقوف حتى يستبين أمرهما وقد بينا هذا في فرائض الخنثى ولا يرث الخنثى بولاء الغير ما لم يستبن أمره لانه في حكم الميراث انثي ولو أوصى رجل لما في بطن امرأة بالف درهم ان كان غلاما وبخمسمائة ان كانت جارية فولدت هذا الخنثى قال يوقف الخمسمائة الفاضلة في قوله حتى يتبين أمره لان الوصية أخت الميراث وقد جعلناه في الميراث كالانثي مالم يتبين أمره وهذا لانا لا نعطيه الا بالمتيقن به والمتيقن به هو الاقل وفي قياس قول الشعبي ينبغي ان يكون له سبعمائة لانه يجعل الخنثى في الميراث بمنزلة نصف رجل ونصف امرأة فكذلك في الوصية وهذا لان اعتبار الاحوال عند الاشتباه أصل معتبر في الشرع ولو قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق أو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه جارية فانت حرة فولدت الحرة والامة هذا الخنثى المشكل لم يقع الطلاق ولا العتاق حتى يتبين أمره لان المتعلق بالشرط لا ينجز مالم يوجد الشرط حقيقة ومع الاشكال لا يتبين وجود الشرط فهذا نظير ما لو قال ان لم أدخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولا يعلم أدخل أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى فكذلك هنا فان فرض لهذا الخنثى في الغنيمة لم يجز حتى يستبين أمره وان شهد الوقعة وصح له بسهم لانه صغير ما دام مشكل الحال وقد بينا ان الاشكال لا يبقى بعد البلوغ ولانه متردد الحال فلا يثبت في حقه الا أدنى الامرين وكذلك الرضخ دون السهم وان أخذ الخنثى أسيرا من الكفار أو ارتد بعد الاسلام لم يقتل لان القتل عقوبة يندرئ بالشبهات فاما أن يكون هذا في حال الصغر والصغير لا يستوجب العقوبة أو بعد البلوغ فيتوهم كونه أنثى وان كان الخنثى من أهل الذمة لم يوضع عليه خراج رأسه لهذين المعنيين وكذلك لا يدخل الخنثى في القسامة مع العقلاء ولتوهم الانوثة ولو قال رجل

كل عبد لى حر أوقال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره وان قال القولين جميعا عتق لانه عند يتيقن الجمع ان الايجاب يتناوله بأحد اللفظين وعند الانفراد بأحد اللفظين لا يتيقن ذلك والرق فيه يقين وكذلك ان قال ان ملكت عبدا فامرأته طالق فاشترى الخنثى لم تطلق وكذلك ان قال القولين جميعا طلقت بشراء الخنثى لتيقننا بوجود الشرط وان قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله ان كان قد علم انه مشكل لانه يخارف عما يخبر به عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره ويكره أن تجسسه رجل وامرأة حتى يبلغ ويستبين أمره لان المراهق بمنزلة البالغ فى وجوب ستر عورته ونظر الجنس الي خلاف الجنس لا يباح فى حالة الاختيار فسواء جسسه رجل أو امرأة يتوهم نظر خلاف الجنس ولكن يشترى له جاريه عالمة بذلك من ماله تجسسه لانه يملكها بالشراء حقيقة فان كان الخنثي امرأة فهذا نظر الجنس الي الجنس فان كان رجلا فهذا نظرا لمملوكة الى مالكها قال محمد رحمه الله ان كان معسرا اشترى له الامام جارية بمال بيت المال فتجسسه ثم باعها وجعل ثمنها فى بيت المال وأبو حنيفة وأبو يوسف لايخالفان محمدا رحمه الله فى هذا ولكنه خص قوله لانه لم يحفظ جوابهما ثم مال بيت المال معد لمصالح المسلمين وهذا من جملتها وفيه اقامة ماهو ظهره بمنزلة المستحقة شرعا فيكون للامام أن يحصل ذلك بمال بيت المال ولم يذكر فى الكتاب انه يزوج امرأة خنانة وكان الشيخ الامام رحمه الله يقول انما لم يذكر ذلك لانه لم يتيقن بصحة نكاحه مالم يتبين أمره ولكن لو فعل مع هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان رجلا فهذا نظر المنكوحة الى زوجها وان زوجه أبوه قبل أن يبلغ رجلا أو زوجه امرأة فان ذلك موقوف لانجيزه ولا نبطله ولا يتوارث حتى يستبين أمره أما لانبطله لان العاقد ولى ولا نجيزه لانا لا نعلم بمصادفة هذا العقد محله ولا يتوارث لان التوارث من حكم انتهاء العقد الصحيح بالموت وان قتل خطأ قبل أن يستبين أمره فعلى قول الشعبي على القاتل نصف دية المرأة ونصف دية الرجل باعتبار الاحوال وعندنا القول قول القاتل وعلى أولياء القتيل البينة لان القاتل منكر للزيادة فكان القول قوله مع يمينه وعلى مدعى الزيادة اثباتها بالبينة * رجل مات وترك ابنا وامرأة وولد من هذه المرأة خنثى فمات الخنثى بعد أبيه فادعت أمه انه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام وادعى الابن انه كان يبول من حيث

تبول الجارية فالقول قول الابن لانها تدعي الزيادة فى ميراثها منه والابن منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه علي علمه لانه يستحلف علي فعل الغير والبينة بينة الام سواء أقامت هى وحدها أو أقاما جميع البينة لانها تثبت الزيادة فى حقها والابن ينفى بينة تلك الزيادة ولو أقامت الام بينة على ذلك وأقام رجل البينة ان الميت زوجه هذه الصبية على ألف درهم وانها كانت تبول من حيث تبول النساء وطلب ميراثه منها قال فالبينة بينة الزوج لان فى بينته زيادة اثبات فانه يثبت صحة النكاح والميراث لنفسه فكانت بينته أولي بالقبول ثم للام نصيبها من الصداق وغيره ولا يقال هى تنكر وجوب الصداق فكيف تأخذ نصيبها منه لانها صارت مكذبة فيما زعمت فى الحكم وقد بينا ان زعم الزاعم يسقط اعتباره اذا جرى الحكم بخلافه وكذلك ان أقام كل واحد منهما البينة انه كان يبول من المبال الذي ادعاه ولم يكن يبول من المبال الآخر لان قوله ولم يكن يبول نفى والشهادة بلفظ النفى لاتكون مقبولة فوجود هذه الزيادة كعدمها ولو أقامت امرأة البينة ان أباها زوجها اياه فى حال حياته وأمهرها عنه ألف درهم وانه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام خاصة وأقامت الام البينة انه كان يبول من حيث تبول النساء فالبينة بينة المرأة لما فيها من اثبات الزيادة وهو أصل النكاح والمهر والميراث وكذلك لو صدقتها الام فيما ادعت وأقام الابن البينة انه كان جارية فالبينة بينة المرأة لما بينا ولو أقامت هذه المرأة البينة على ماوصفنا وأقام الزوج البينة على ما وصفنا فى المسئلة الاولى فالبينة بينة المرأة وهو اثبات الصداق فتترجح بذلك لان البينتين تعارضتا فى اثبات النكاح والميراث وفى بينة المرأة زيادة وهو اثبات الصداق فتترجح لذلك وان وقعت البينتان فى وقتين فالوقت الاول أولى لان صاحب الوقت الاول يثبت عقده وحده فى الخنثى فى وقت لاينازعه غيره فيه وبعد مأثبت ذلك فى الوقت الاول الذي استند اليه تصير البينة الثانية محالا وان كان الخنثى حيا أبطلت ذلك كله ولم أقض بشئ منه لان فى حال حياته المقصود هو الحل وقد تعارضت البينتان فيه وانتفتا لاستحالة أن يكون الشخص الواحد زوجا وزوجة بخلاف مابعد موته فالعقد قد ارتفع هناك على أى وجه كان وانما المقصود المهر والميراث فصرنا الي الترجيح باثبات الزيادة وهو نظير أختين ادعيا نكاح رجل بعد موته وأقامت كل واحدة منهما البينة قضي لهما بالميراث منه ولو كان الرجل حيا لكان يبطل البينتين اذا لم يؤقتا وكذلك لو ادعي رجلان نكاح امرأة فهو على هذا فى

الفرق بين مابعد الموت وقبله قال وليس يكون الخنثي مشكلا بعد الادراك على حال من الحالات لانه اما أن تحبل أو تحيض أو تخرج له لحية أو يكون له ثديان كثديي المرأة وبهذا يتبين حاله وان لم يكن له شئ من ذلك فهو رجل لان عدم نبات الثديين يكون دليلا شرعيا على انه رجل واذا قال أبوه أو وصيه هو غلام أو قال هي جارية فالقول قوله اذا كان لا يعلم حاله فان كان لا يعلم انه مشكل لم يقبل قوله لانه قائم مقام الصغير فيكون اخباره بذلك كاخبار الخنثى بنفسه واذا مات الخنثى بعد موت أبيه وهو مراهق فاقام الرجل البينة ان أباه زوجه على هذا الوصيف فأمر بدفعه اليها وانه كان يبول من مبال النساء وانه قد طلقها فى حياته قبل أن يدخل بها فوجب له نصف هذا العبد وأقامت امرأة البينة ان أباها زوجها اياه فى حياته على ألف درهم وانه كان يبول من مبال الغلام فان وقتت البينتان وقتين فصاحب الوقت الاول أولى لانه أثبت دعواه فى وقت لا ينازعه غيره فيه والابطال للمعارضة وقد انعدم هذا وان لم توقت البينتان ولا يعرف أيهما أول أبطلت ذلك كله لان البينتين استويا فى معنى الاثبات ففى كل واحد منهما اثبات النكاح والميراث واثبات المهر أيضا لان الرجل يثبت ببينته الملك لنفسه فى نصف الوصيف والمرأة تثبت المهر والجمع بينهما ممتنع فللتعارض قلنا بانه تبطل البينتان بخلاف ما تقدم فهناك اثبات المهر فى بينة المرأة دون بينة الرجل وكذلك لو أقام الرجل البينة ان أباه زوجها اياه برضاها وانه دخل بها فولدت هذا الغلام أبطلت ذلك كله لانه فى كل واحدة من البينتين اثبات النكاح والنسب والميراث فاستويا والجمع بينهما محال واذا لم يعرف الحق منهما أبطلت ذلك كله ولو قامت احدى البينتين وقضى القاضى بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين فمن ضرورة القضاء بصدق الفريق الاول الحكم بكذب الفريق الثانى هذا هو الصحيح من الجواب * وقع فى بعض ذلك تشويش فى الرواية فقال اذا لم يكن هناك ولد وقامت البينتان ولم يوقتا ولم يقض القاضي بواحدة منهما فانى أبطل ذلك كله وارده وهذا الجواب انما يكون فى حال حياة الخنثى فاما بعد موته فقد بينا أن بينة المرأة أولى لما فى بينتها من اثبات الزيادة وهو المهر ولو كان الخنثى من أهل الكتاب فادعى مسلم ان أباه زوجه اياها على مهر مسمى وأقام بينة من أهل الكتاب وادعت امرأة من أهل الكتاب انه زوجها وأقامت بينة من أهل

الكتاب قضيت ببينة المسلم لان المسلم أقام ماهو حجة عليها وهى أقامت ماليست بحجة عليه وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب وبينته من أهل الاسلام قضيت بها له لان ابطال البينتين بحكم المعارضة والمساواة ولا معارضة بين شهادة المسلمين وشهادة الكفار فلا يجوز أن تجعل شهادة المسلمين مردودة لمكان شهادة الكفار واذا مات هذا الخنثى فادعت أمه ميراث غلام وجحد الورثة ذلك وأقر الوصى به قال اذا جاءت الاموال والديون لم أصدق الوصى لان عند الدعوى والجحود الحاجة الي حجة حكمية وقول الوصى لايكفى لذلك فى حق الورثة بخلاف ما اذا لم يكن هناك دعوى المال فاخبر الوصى انه غلام أو جارية فانه يقبل قوله لان الوصى قائم مقامه وهو لو أخبر بنفسه فى حياته كان قوله مقبولا اذا لم يعرف خلاف ذلك منه الا فيما يرجع الي الزام الغير فكذلك قول الوصى بعد موته وان كان الوصى أخاه فزوجه امرأة ثم مات الخنثى فقال الوصى هو غلام وقال بقية الورثة هو جارية لم يصدق الاخ الا فى نصيبه يرث من ذلك القدر معه لان الوصى أحد ورثة الخنثى وقد أقر بصحة نكاحه وان لها منه ميراث النساء وأحد الورثة اذا أقر بوارث آخر بسبب القرابة أو النكاح صدق فى نصيب نفسه وان لم يثبت أصل النسب باقراره فان كان له أخ آخر فاقر انه جارية وزوجه رجلا ثم مات الخنثى وهو مراهق لم يتبين حاله فنكاح الاول جائز على الزوج دون غيره ولا يجوز نكاح الثانى علي الثانى ولا علي غيره من الورثة لان كل واحد من الاولين يستند بالعقد كانه ليس معه غيره فحين زوجه أحدهما لايحكم ببطلان النكاح ليكون المزوج وليا ولو جعلنا النكاح من الثانى معتبرا كان من ضرورته الحكم ببطلان النكاح الاول وذلك لاوجه له ولانه لما استويا ترجح الاول بالسبق فيتعين جهة البطلان فى العقد الثانى وبالعقد الباطل لايستحق الميراث فان لم يعرف أيهما أول أبطلت ذلك كله ولم أورثهما شيأ لتحقق المعارضة والمساواة بينهما وتنافى الجمع بينهما ويجوز عتق هذا الخنثى عن الرقبة الواجبة لان الواجب رقبة مطلقة يستوى فيه الذكر والانثي والخنثى على أحد الوصفين لامحالة ولا يحضر ان كان مراهقا غسل امرأة ولا رجل كما لايغسله اذا مات رجل ولا امرأة لتوهم نظر الجنس الى خلاف الجنس واذا زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على أن أحدهما رجل والآخر امرأة لم أجز النكاح ولم أبطله حتى يتبين أمرهما لان العقد صدر بين الوليين فلا يحكم ببطلانه ما لم يعلم انه لم يصادف محله ولا يحكم بجوازه لتوهم كونهما اثنين

أو ذكرين أو على عكس ما قدره الوليان وان ما تألم يتوارثا لان الارث انما يكون بعد الحكم بصحة النكاح وان كان لم يعرف كل واحد منهما أنه مشكل أجزت النكاح اذا كان الابوان هما اللذان زوجالان أب الزوج منهما أخبر انه غلام وأب المرأة منهما أخبر أنها امرأة وخبر كل واحد منهما مقبول شرعا ما لم يعرف خلاف ذلك فوجب الحكم بصحة النكاح بناء على ذلك فان ماتا بعد ذلك الابوين وأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج وان الاخرى هي الزوجة لم أقض بشيء من ذلك فاما اذا قامت البينة بخلاف ما جرى الحكم به فهو مردود بلا اشكال وان لم يعلم أيهما كان الزوج فقد تعارضت البينتان واستويا فى أن كل واحدة منهما تنقض الاخرى وان قامت احدى البينتين أولا واتصل القضاء بها تعين البطلان للبينة الاخرى واذا شهد شهود على خنثي أنه غلام وشهد شهود آخرون انه جارية فان كان يطلب ميراثا بهذه البينة قضيت بشهادة الشهود الذين شهدوا أنه غلام لان فيه اثبات الزيادة وان كان لا يطلب ميراثا وكان رجل يدعي أنها امرأته قضيت بأنها جارية لان فى هذه البينة اثبات النكاح والحل وان كان لا يطلب شيأ ولا يطلب من قبله شيء لم أسمع هذه البينة لان قبول البينة تنبني على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى لصحة الذكورة والانوثة اذا لم يدع بها شيأ فلهذا لا تقبل البينة وهو بمنزلة من أثبت الاخوة بالبينة وهو لا يدعي بذلك شيأ اذ الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وقد بينا أنه بعد ما عرف كونه مشكلا اذا أقر انه على أحد الوصفين لم يقبل اقراره بذلك اذا قامت البينة به والله أعلم بالصواب

كتاب حساب الوصايا

قال الشيخ الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله اعلم بأن مسائل هذا الكتاب من تفريع الحسن بن زياد وقد كان هو المقدم فى علم الحساب من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله ويوجد غير هذه المسائل فى تصنيف له سماه التكملات وانما جمعها محمد بن الحسن رحمه الله فى هذا التصنيف بعد ما صنف كتب الحساب وسماه حساب الوصايا لان مقصوده تحقيق طريق التمميم الذى هو الاصل لاهل الكوفة فى تخريج مسائل الحساب عليه والحساب قل ما يعتمدون ذلك الطريق ولكن الفقهاء رحمهم الله قدموه على سائر الطرق لانه أقرب الى طريق الفقه ومن سلك طريق

الورع من أصحابنا لا يشتغل فى شرح مسائل كتب الحساب بطريق الحساب ويقولون انا لا نقف على حقيقة تلك الطرق ولا ندرى أنها توافق فقه الشريعة أم لا وليس فى الاشتغال بها كثير فائدة فيكتفى بما هو طريق الفقهاء رحمهم الله ومنهم من اشتغل بذكر ذلك الطريق وقالوا ان الحساب كسبي فى الابتداء ضروري فى الانتهاء وفى الفقه كسبي فى الابتداء والانتهاء لان المجتهد فى الابتداء لا يدرى أيصيب يقينا أم لا وبعد ما اجتهد لا يدري أنه أصاب يقينا أم لا وفى الحساب نتيقن ان أصاب فى الابتداء فهو ضرورى فى الانتهاء فذكر طريق الحساب فى مسائل الفقه لبيان أنه قد يستدل بطريق الفقه على ما يكون بمنزلة الضرورى فى الانتهاء وقد ذكرنا طرق الحساب فى بعض ما تقدم من المسائل فيكتفى فى بيان مسائل هذا الكتاب بما اعتمده محمد رحمه الله وهذا طريق التعميم وقد سماه ثم الكسر والتعميم هو الاصل فنقول رجل مات وترك ابنا وابنة وأوصى بمثل نصيب الابن فأجاز الابن ولم تجز الابنة فالقسمة من خمسة وأربعين سهما للابنة عشرة وللابن ثمانية عشر وللموصى له سبعة عشر لانا نصحح الوصية لو أجازا جميعا فنقول عند اجازتهما تكون الفريضة من خمسة أسهم لان قبل الوصية المال بين الابن والابنة أثلاثا وقد أوصى بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره فيزداد للموصى له سهمان فتكون الفريضة من خمسة ثم تصحح الفريضة لو لم يجيز فنقول الفريضة من تسعة لان الموصى له يأخذ ثلث المال والباقى بين الابن والابنة أثلاثا فتكون الفريضة من تسعة فاذا أجاز أحدهما ولم يجز الآخر فالسبيل أن نضرب تسعة فى خمسة فيكون خمسة وأربعين خمسة عشر سهما وهو الثلث من ذلك للموصى له بلا منة الاجازة وللابنة ثلث ما بقى عشرة أسهم لانها لم تجز الوصية فتأخذ كمال حقها من الثلثين والابن قد أجاز الوصية وباعتبار الاجازة حقه فى خمسي المال وكل خمس تسعة فله ثمانية عشر فهو يأخذ من الباقى ثمانية عشر ويدفع سهمين الى الموصي له فيحصل للموصى له سبعة عشر وللابن ثمانية عشر واذ لم تجز الابنة أخذت حقها عشرة فانتقص بما كان يسلم للموصى له بالاجازة سهم وبقي سهمان وضرر الاجازة يكون عليهما بقدر نصيبهما والتفاوت ما بين حالة الاجازة وعدم الاجازة للموصى له ثلاثة أسهم سهمان من ذلك من نصيب الابن وسهم من نصيب الابنة والابن قد رضى بالتزام هذا الضرر ورضاه يعمل فى نصيبه دون نصيب الابنة فلهذا دفع سهمين من نصيبه الى الموصي له * فان قيل ترك ثلاث بنين وأوصى لشخص بمثل نصيب أحدهم ولآخر

بثلث ما بقي من الثلث فالقسمة من ثلاثة وثلاثين للموصى له بمثل نصيب أحدهم ثمانية وللآخر
سهم ولكل ابن ثمانية والطريق فى تخريجه أن تأخذ عدد البنين وهو الثلاثة فتزيد عليها سهما
للوصية بمثل النصيب ثم تضرب ذلك فى ثلاثة لمكان وصيته بثلث ما بقي من الثلث فيكون اثنا
عشر ثم ادفع منه ما زدت للنصيب وهو واحد لان الوصية بثلث ما بقي بعد النصيب فيبقى
أحد عشر سهما فهو الثلث وجملة المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت أن تعرف النصيب فخذ
النصيب وهو السهم واضربه فى ثلاثة فيكون تسعة ثم ارفع منه سهما كما رفعته من أصل الثلث
يبقى ثمانية فهو النصيب اذا رفعت ذلك من الثلث يبقي ثلاثة للموصى له بثلث ما بقى سهم
وترد الباقى وذلك سهمان على ثلثى المال فيكون أربعة وعشرين مقسوم بين ثلاثة بنين لكل
ابن ثمانية مثل النصيب قال فى الاصل فان أردت أن تحسبه بالجامع ومراده طريق الخطأين وفى
تخريجه ثلاث طرق أحدها يسمي طريق التقدير والآخر يسمي طريق الجامع الاصغر
والآخر طريق الجامع الاكبر فالذى ذكر فى الكتاب أن قال خذ مالا فوق العشرة له
ثلث وهو اثنا عشر فاخرج ثلثه وهو أربعة وأعط بالنصيب منه سهما وبثلث ما يبقى من
الثلث سهما بقى سهمان فردهما على ثلثى المال فيصير عشرة وحاجتك الى ثلاثة فظهر الخطأ بسبعة
فاحفظ ذلك معك وخذ مالا آخر له ثلث وهو أحد وعشرون فاخرج منه الثلث سبعة
ثم اعط بالنصيب سهما وبثلث ما يبقى سهمين بقى أربعة فزدها على الثلثين فيكون ثمانية عشر
وحاجتك الي ثلاثة فظهر الخطأ الثانى بزيادة خمسة عشر فاضرب الثلث الاول وهو أربعة فى
فى الخطأ الثانى وهو خمسة عشر فيكون ستين وثلث الثانى وهو سبعة فى الخطأ الاول وهو
سبعة فيكون تسعة وأربعين اطرح الاقل من الاكثر يبقي أحد عشر وهو الثلث ومعرفة
النصيب أن تطرح أقل الخطأين من أكثرهما بلا ضرب فان طرحت سبعة من خمسة عشر
بقيت ثمانية فهو النصيب فهو الذى أشار اليه الجامع الاكبر والفقهاء رحمهم الله يعبرون عنه
بتضعيف الثلث سوى النصيب فهو كذلك فقد جعل الثلث الاول أربعة والثلث الثانى سبعة
وعلى طريق التقدير فى الخطأين أن تقول لما ظهر الخطأ الاول بزيادة سبعة تجعل ثلث المال
أربعة ثم تعط بالنصيب سهمين وبثلث ما يبقى ثلثا سهم يبقى سهم وثلث تضمه الى ثلثى
المال فيصير تسعة وثلثا وحاجة الورثة الى ستة ظهر الخطأ بزيادة الثلاثة وثلث وكان الخطأ
الاول بزيادة سبعة فلما زدنا فى النصيب سهما اذهب خطأ ثلاثة وثلاثين ويبقى خطأ ثلاثة

وثلث فتزيد فى النصيب ما يذهب الخطأ الباقى وذلك عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ لان كل سهم يؤثر فى أحد عشر فتنفذ الوصية فى سهمين وعشرة أجزاء بقى سهم وجزء من أحد عشر جزأ للموصى له بثلث ما يبقى ثلث ذلك فقد انكسر فتضرب أربعة فى أحد عشر فيكون أربعة وأربعين النصيب من ذلك اثنان وثلاثون يبقى من الثلث اثنا عشر للموصى له بثلث ما يبقى ثلث ذلك وهو أربعة والباقى وهو ثمانية رده على ثلثى المال ثمانية وثمانين فيكون ستة وتسعين بين ثلاث بنين لكل ابن اثنان وثلاثون مثل النصيب وبين هذه الاجزاء موافقة بالربع فاذا اقتصرت على ذلك كان الثلث أحد عشر والنصيب ثمانية وثلث يبقى من الثلث واحد وعلى طريق الجامع الاصغر تقول لما ظهر أن الخطأ الاول بزيادة سبعة والثانى بزيادة ثلاثة وثلث فتضرب ثلث الاول وهو أربعة فى الخطأ الثانى وهو ثلاثة فيكون اثنى عشر وثلث ثلث الثانى وهو أربعة فى الخطأ الاول وهو سبعة فيكون ثمانية وعشرين اطرح الاقل من الاكثر يبقى أربعة عشر وثلثان وقد انكسر بالاثلاث فاضربه فى ثلاثة فيكون أربعة وأربعين * ومعرفة النصيب أن تضرب نصيب الاول وهو سهم فى الخطأ الثانى وهو الثلاثة والثلث ونصيب الثانى فى الخطأ الاول وهو سبعة فيكون أربعة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى عشرة وثلثان اضربه فى ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين فهو النصيب * واذا أردت الاقتصار فبين هذه الاعداد موافقة بالربع كما بينا وحاصل طريق الخطأين أنه متى كان الخطأ الى زيادة أو نقصان فالسبيل طرح الاقل من الاكثر ومتى كان أحدهما الى زيادة والآخر الى نقصان فالسبيل هو الجمع بينهما ومسائل الحساب تخرج مستقيما على طريق الخطأين اذا لم يخالطه حذر فان خالطه ذلك فقد يخرج مستقيما وفى الاغلب لا يخرج مستقيما فلهذا لا يشتغل به أكثر أهل الحساب * قال فان ترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم والثلث والربع مما يبقى من الثلث فالثلث أحد وأربعون سهما والنصيب منه تسعة وعشرون والثلث والربع مما يبقى من الثلث سبعة وثمانون وطريق التخريج أن تأخذ عدد البنين ثلاثة فتزيد عليه سهما بوصيته بمثل النصيب ثم تضرب ذلك فى اثنى عشر لحاجتنا الى حساب له ثلث وربع لانه أوصي بالثلث والربع مما بقى من الثلث فيصير ثمانية وأربعين سهما ثم اطرح من ذلك سبعة وهو ثلث اثني عشر وربعه لان هاتين الوصيتين بعد النصيب فيبقى أحد وأربعون سهما فهو ثلث المال والثلثان اثنان وثمانون واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب وهو واحد

واضربه فى ثلاثة يكون ثلاثة ثم اضربه فى اثنى عشر فيكون ستة وثلاثين ثم اطرح من ذلك سبعة ثلث اثني عشر وربعه يبقى تسعة وعشرون فهو النصيب اذا رفعته من أحد وأربعين بقى اثناعشر للموصى له الآخر ثلث هذا الباقى وربعه وهو سبعة يبقى خمسة فتضم ذلك الى ثلثي المال فيكون سبعة وثمانين مقسوما بين ثلاث بنين لكل ابن تسعة وعشرون مثل النصيب الكامل فكان مستقيما ولو أوصى بثلث نصيب أحدهم وربع وثلث وسدس مايبقى من الثلث الآخر والثلث مما يبقي من ذلك الآخر فالثلث ثمانية وثلاثون والنصيب ستة وعشرون ويبقي من الثلث اثني عشر فثلثها وربعها وسدسها تسعة وثلث مايبقى بعد ذلك سهم واحد وهذا من التعميم الكثير أيضا فطريق التخريج فيه أن تأخذ عدد البنين الثلاثة فتزيد عليه النصيب واحدا ثم تضربه فى مال له ثلث وربع وسدس وثلث ما يبقى بعد ذلك وذلك اثنا عشر اذا ضربت أربعة فى اثني عشر تكون ثمانية وأربعين ثم اطرح من ذلك ثلث اثنى عشر وهو أربعة وربعه وهو ثلاثة وسدسه وهو اثنان وثلث مايبقي بعد ذلك وهو واحد فيكون جملة ماطرحته عشرة يبقي ثمانية وثلاثون فهو ثلث المال ومعرفة النصيب وهو واحد فتضربه في ثلاثة ثم فى اثنى عشر فيكون ستة وثلاثين ثم اطرح من ذلك عشرة كما طرحته من الثلث وهو ثلث اثني عشر وربعه وسدسه وثلث مابقى بعد ذلك يبقى ستة وعشرون فهو النصيب اذا رفعته من ثمانية وثلاثين يبقى من الثلث اثنا عشر فللموصي له الآخر ثلثها وربعها وسدسها وذلك تسعة يبقي ثلاثة للموصى له الآخر ثلث ذلك وهو سهم يبقى سهمان تضمهما الي ثلثى المال ستة وسبعين فيصير ثمانية وسبعين بين ثلاث بنين لكل ابن ستة وعشرون مثل النصيب الكامل فاستقام التخريج وان ترك خمسة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم وثلث مايبقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبان أربعة عشر والباقى بعدهما من الثلث ثلاثة فيعطى ثلثيها وهو سهمان ويرد السهم الباقى الى الثلثين وطريق التخريج فيه أن تأخذ عدد البنين خمسة فتزيد عليه النصيبين وهو اثنان فيصير سبعة ثم تضرب فى ثلاثة لمكان وصيته بثلثى مايبقي من الثلث لكنا نطرح باعتبار كل نصيب سهما فاذا كانت الوصية بثلثي ما يبقى من الثلث تطرح باعتبار كل نصيب سهمين لان الثلثين ضعف الثلث وهذا هو الاصل فى هذا الجنس فاذا طرحنا أربعة من أحد وعشرين يبقى سبعة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيبين أن تأخذ النصيبين وذلك اثنان فتضرب ذلك فى ثلاثة فيصير ستة ثم ستة فى ثلاثة فتكون ثمانية عشر ثم تطرح من ذلك

أربعة باعتبار النصيبين لما بينا يبقي أربعة عشر فهو مقدار النصيبين كل نصيب سبعة اذا رفعت ذلك من سبعة عشر يبقى ثلاثة للموصى له بثلثي مايبقى من الثلث سهمان ثلثا ذلك ويبقى من الثلث سهم فرده على ثلثى المال أربعة وثلاثين فيكون خمسة وثلاثين بين خمس بنين لكل ابن سبعة مثل النصيب الواحد ولو كان قال وثلث مابقي من الثلث كان الثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر والطريق فيه أن تزيد علي عدد البنين سهمين فيكون سبعة ثم تضرب ذلك فى ثلاثة فيكون أحدا وعشرين ثم تطرح باعتبار النصيبين هنا سهمين لانه أوصى بثلث مايبقى من الثلث فيبقى تسعة عشر سهما فهو الثلث واذا أردت معرفة النصيبين فخذ اثنين واضربهما فى ثلاثة فتصير ستة ثم ستة فى ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم ارفع من ذلك اثنين يبقى ستة عشر فهو النصيبان كل نصيب ثمانية فاذا رفعت من الثلث ستة عشر يبقى ثلاثة فللموصى له بثلث ما يبقى ثلث ذلك يبقى سهمان فردهما علي ثلثى المال وهو ثمانية وثلاثون فيصير أربعين بين خمسة بنين لكل ابن ثمانية مثل النصيب قال ولو ترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقي من الثلث بعد النصيب فالثلث ثلاثة عشر والنصيب عشرة والاستثناء سهم واحد وطريق التخريج فيه أن تأخذ عدد البنين ثلاثة فتزيد عليه للوصية بالنصيب سهما ثم اضربه فى ثلاثة فيصير اثني عشر سهما ثم زد عليه مقدار النصيب وهو واحد لان الوصية الثانية هنا بطريق الاستثناء فيكون المستثنى من النصيب فكان الطريق فيه الزيادة بقدر النصيب بخلاف ما سبق فهناك الوصية الثانية كانت بما بقي من الثلث بعد النصيب فكان الطريق طرح الزيادة والنصيب من الجملة فاذا زدت سهما على اثني عشر يكون ثلاثة عشر فهو ثلث المال واذا أردت معرفة النصيب فخذ واحدا واضربه فى ثلاثة فيصير تسعة ثم زد عليه واحدا كما زدت على أصل الثلث فيكون عشرة فهو النصيب اذا رفعته من الثلث يبقي ثلاثة فاسترجع من النصيب مثل ثلث مابقي من الثلث وهو سهم واحد فيحصل فى يدك من الثلث أربعة وتسلم للموصى له بالنصيب تسعة ثم تزيد هذه الاربعة علي ثلثى المال ستة وعشرين فيصير ثلاثين سهما بين ثلاثة بنين لكل ابن عشرة مثل نصيب الكامل ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب ابن رابع لو كان وثلث مابقي من الثلث فالثلث اثنان وأربعون والنصيبان أربعة وعشرون وثلث الباقي ستة والطريق فيه أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليه النصيب وهو واحد فيصير أربعة ثم اضرب ذلك فى ثلاثة فيصير اثنى عشر فان قسمته بين ثلاث

بنين كان لكل ابن أربعة وان قسمته بين أربعة كان لكل واحد ثلاثة فتبين ان نصيب الرابع لو كان ثلاثة فزدنا على الاثنى عشر مثل نصيب رابع لو كان وهو ثلاثة أسهم فيصير خمسة عشر سهما ثم اضرب خمسة عشر فى ثلاثة لانه قال وثلث ما يبقى من الثلث فيصير خمسة وأربعين ثم اطرح منه نصيب رابع لو كان وهو ثلاثة يبقى اثنان وأربعون فهو ثلث المال فاذا أردت معرفة النصيب فخذ مثل نصيب رابع من اثني عشر وهو ثلاثة فاضربه فى ثلاثة فيكون تسعة ثم تسعة فى ثلاثة فيكون سبعة وعشرين ثم اطرح منه أيضا ثلاثة يبقى أربعة وعشرون فهو نصيب رابع لو كان اذا رفعت ذلك من الثلث يبقي ثمانية عشر سهما للموصى له بثلث ما يبقي ثلث ذلك وهو ستة يبقي من الثلث اثنا عشر فزده علي ثلثي المال وهو أربعة وثمانون فيصير ستة وتسعين سهما ان قسمته بين ثلاثة بنين كان لكل ابن اثنان وثلاثون سهما ولو قسمته بين أربعة كان لكل ابن أربعة وعشرون سهما فعرفنا ان نصيب رابع لو كان أربعة وعشرين وقد نفذنا الوصية للموصى له فى ذلك القدر فاستقام * رجل ترك ثلاثة بنين وأوصي لرجل بمثل نصيب أحدهم ولا خر بربع ماله فاجازوا فالمال ستة عشر للموصى له بالربع منه أربعة وللموصى له بمثل النصيب ثلاثة والطريق فيه أن تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة فتزيد عليه بالنصيب واحدا لوصيته بمثل النصيب ثم تزيد عليه للوصية الاخرى مثل ثلثه وذلك سهم وثلث لانك اذا زدت علي العدد مثل ثلثه تكون الزيادة ربع الكل ثم تضرب خمسة وثلثا فى ثلاثة فتصير ستة عشر فهو مبلغ المال وقد أوصى لاحدهم بربع جميع المال وذلك أربعة من ستة عشر فاذا أخذ ذلك يبقي اثنا عشر للموصى له بمثل النصيب ثلاثة لانا جعلنا النصيب واحدا وضربنا كل سهم فى ثلاثة فاذا أخذ ذلك يبقى تسعة بين ثلاث بنين لكل ابن ثلاثة مثل النصيب وسمى هذا فى الاصل المنكوس لان الاصل فيه أن تزيد أقل مما أوصى به فانه ان كان أوصى بربع ماله تزيد مثل ثلث مامعك وان كان أوصي بخمس ماله تزيد مثل ربع ما معك وان كان أوصى بسدس ماله تزيد مثل خمس مامعك فلهذا سماه المنكوس فان ترك ثلاثة بنين وأوصى بربع ماله وبثلث ماله وبدرهم فالمال على أربعة وعشرين فالسبيل فى تخريجه أن تأخذ حسابا له ثلث وربع وذلك اثنا عشر فتطرح منه الثلث وهو أربعة والربع وهو ثلاثة فيبقى خمسة ثم تطرح منه الدرهم فيبقى أربعة فاذا قسمته بين البنين الثلاثة لم تستقم سهامهم صحاحا فتحول الى اثني عشر فتعزل منه الثلث والربع ولا تعزل منه الدرهم فيبقى

خمسة وكان قد بقي فى المرة الاولى أربعة فاذا جمعت بينهما كان تسعة وهو مستقيم بين البنين الثلاثة لكل ابن من ذلك ثلاثة فاضرب أصل الحساب وهو اثنا عشر فى اثنين وانما ضربت ذلك فى اثنين لانك جمعت ما بقي من المال الاول والمال الا خر فصار مرتين فلهذا تضرب أصل الحساب فى اثنين فيصير أربعة وعشرين فهو المال الذى تخرج منه الوصايا فاذا رفعت منه الثلث وهو ثمانية يبقى ستة عشر واذا رفعت منه الربع أيضا للوصية الاخرى وهو ستة يبقي عشرة فاذا رفعت منه الدرهم لوصيته به تمول بدرهم يبقى تسعة مثل عدد الباقى من المالين بعد ما جمعت بينهما فيكون مقسوما بين ثلاث بنين لكل ابن ثلاثة أسهم *ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع مابقي من الثلث ودرهم فالمال كله علي مائة وتسعة وعشرين سهما والنصيب ثلاثون سهما وخرج هذه المسئلة على طريق الخطأين بطريق الجامع الاصغر فقال السبيل أن تأخذ مالا اذا رفعت منه النصيب والدرهم كان له الثلث والربع والدرهم وأقل ذلك أربعة عشر فتجعل ثلث المال أربعة عشر وتعطى بالنصيب واحدا فيبقي ثلاثة عشر ثم تعطى واحدا آخر بقوله ودرهم فيبقي اثنا عشر فتعطي بالوصية الثانية ثلث وربع مابقى وذلك سبعة فيبقي خمسة فتعطى منه واحدا آخر بقوله ودرهم فيبقى أربعة فتزيدها على ثلثى المال وهو ثمانية وعشرون فيصير اثنين وثلاثين ثم تخرج منه نصيب البنين ثلاثة لانا جعلنا النصيب واحدا فتكون حاجة البنين الى ثلاثة أسهم فظهر الخطأ بزياده تسعة وعشرين فعد الى الاصل وخذ مالا آخر فوق المال الاول بواحد وهو خمسة عشر فارفع منه النصيب اثنين فيبقى ثلاثة عشر فارفع منه الدرهم يبقي اثنا عشر فارفع من ذلك الثلث والربع والدرهم يبقى أربعة فرده علي ثلثى المال وهو ثلاثون فيصير أربعة وثلاثين وحاجة البنين الي ستة لانا جعلنا النصيب سهمين فظهر الخطأ الثانى بزيادة ثمانية وعشرين فاضرب المال الاول وهو أربعة عشر فى الخطأ الثانى وهو ثمانية وعشرون فيصير ثلاثمائة واثنين وتسعين ثم اضرب المال الثانى وهو خمسة عشر فى الخطأ الاول وهو سبعة وعشرون فيصير أربعمائة وخمسة ثم اطرح الاقل من الا كثر فيبقى ثلاثة وأربعون سهما فهو ثلث المال وجملة المال مائة وتسعة وعشرون ومعرفة النصيب أن تأخذ نصيب الاول وذلك سهم فتضربه فى الخطأ الثانى وهو ثمانية وعشرون فيكون ثمانية وعشرين فتأخذ النصيب الثانى وذلك اثنان فتضربه فى الخطأ الاول وهو تسعة وعشرون فيصير ثمانية وخمسين اطرح الاقل من الا كثر يبقى ثلاثون فاذا رفعت من الثلث

بالنصيب ثلاثين فيبقى ثلاثة عشر ثم ترفع واحدا بقوله ودرهم يبقى اثنا عشر فترفع بالوصية الاخرى ثلثها وربعها ودرهما وذلك ثمانية يبقى أربعة فرده على ثلثى المال وهو ستة وثمانون فيصير تسعين سهما بين ثلاث بنين لكل ابن ثلاثون مثل النصيب ثم خرج المسئلة على الجامع الا كبر أيضا على نحو ما خرجنا عليه بعض ما تقدم من المسائل الاول وحاصل الفرق بين الطريقين أن فى الجامع الاصغر بعد الخطأ الاول تزيد فى النصيب خاصة فتضعفه وفى الجامع الا كبر بعد الخطأ الاول تضعف المال سوى النصيب فن حيث أن التضعيف هناك أكبر سماه الجامع الا كبر ومن حيث التضعيف هنا أقل سماه الجامع الاصغر وعلى هذا النحو تخريج ماذكر بعده اذا أوصي بمثل نصيب أحدهم ودرهم فانك تطلب حسابا اذا رفعت بالنصيب منه واحدا ودرهما يبقي ماله ثلث ثم التخريج الى آخره كما بيناه رجل ترك ثلاث بنين وامرأة وترك عشرين درهما وثوبين وأوصى بمثل نصيب امرأته وثلث ما يبقى من الثلث ودرهما فصار أحد الثوبين بقيمته لاجل البنين فالثوب الآخر بقيمته لامرأته ماقيمة كل ثوب فالسبيل فى معرفة ذلك على طريق الجامع أن تنظر أولا كم نصيب المرأة من نصيب الابن فنقول أصل الفريضة من ثمانية والقسمة من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة ولكل ابن سبعة فظهر ان نصيب المرأة ثلاثة اسباع نصيب الابن فنقول الابن يأخذ العشرين الذى ترك ويقوم الثوب الذى أخذه الابن بأربعة دراهم والثوب الآخر الذى أخذته المرأة بالدرهم وخمسة اسباع درهم ثلاثة اسباع أربعة فيجمع بينهما فتكون خمسة وعشرين وخمسة اسباع ثم يخرج الثلث منها لانه أوصى من الثلث فذلك ثمانيـة وأربعة اسباع درهم فتعطى منها مثل نصيب المرأة وهو درهم وخمسة اسباع درهم يبقى ستة درلهم وستة اسباع فتعطى بالوصية الثانية ثلثها وذلك درهمان وسبعان فيبقي أربعة دراهم وأربعـة اسباع درهم فتعطى منها درهم بقوله ودرهم فيبقي ثلاثة وأربعة اسباع فتجمعه الى الثلثين وهو سبعة عشر درهما وسبع فيكون عشرين درهما وخمسة اسباع فتقسمه بين البنين والمرأة لكل ابن أربعة دراهم وللمرأة درهم وخمسة اسباع فيكون ذلك ثلاثة عشر درهما وخمسة اسباع اذا رفعنا ذلك من عشرين درهما وخمسة اسباع يبقى سبعة دراهم فقد ظهر الخطأ بزيادة سبعة فاحفظها وعد الى الاصل فقوم الثوب الذى أخذه الابن بسبعة دراهم والثوب الذى أخذته المرأة بثلاثة دراهم لان نصيبها مثل ثلاثة اسباع نصيب الابن فيكون عشرة ثم يضم ذلك الى عشرين درهما

التى تركها الميت فيكون ثلاثين الثلث منها عشرة فتعطى منها بالوصية بالنصيب ثلاثة مثل نصيب المرأة وبالوصية الاخرى درهمين وثلث لان ثلث مابقى من الثلث وهو سبعة هذا يبقى أربعة وثلثا درهم فتعطي درهما أيضا بقوله ودرهم فيبقى ثلاثة دراهم وثلثا درهم فتزيده على الثلثين الباقيين وذلك عشرون فتصير ثلاثة وعشرين وثلثي درهم فاقسمه بين البنين والمرأة لكل ابن سبعة وللمرأة ثلاثة فجملة ذلك أربعة وعشرون ظهر الخطأ الثانى بنقصان ثلث درهم وقد بينا ان الخطأين متى كان الى الزيادة أحدهما والاخر الى النقصان فالطريق هو الجمع بينهما واذا جمعت بينهما كان سبعة وثلثا فانكسر بالاثلاث فاضربه فى ثلاثة فيكون اثنين وعشرين بالاجزاء فاحفظ هذا ثم اضرب الخطأ الاول وهو سبعة فى القيمة الثانية لثوب الابن وهو سبعة فيكون تسعة وأربعين ثم اضرب الخطأ الثانى وهو ثلث فى قيمة الثوب الاول وهو أربعة فيكون درهما وثلثا ثم تجمع بينهما فيكون خمسين وثلثا ثم يضرب ذلك فى ثلاثة للكسر بالثلث كما ضرب سبعة وثلث فيكون مائة وأحدا وخمسين ثم تقسمها على الاجزاء التى حفظتها وذلك اثنان وعشرون واذا قسمت مائة وأحدا وخمسين على اثنين وعشرين فكل قسم من ذلك ستة دراهم وتسعة عشر جزأ فهذا هو نصيب الابن وتبين ان قيمة ثوب الابن ستة دراهم وتسعة عشر جزأ ونصيب المرأة مثل ثلاثة اسباع نصيب الابن فظهر ان قيمة ثوبها درهمان وعشرون جزأ وخمسة اسباع جزء فظهر المقصود وهو معرفة قيمة كل ثوب *ولو ترك خمسة بنين وأوصى بدرهم من ماله وبسدس ماله بعد الدرهم فتخرج المسئلة من سبعة لانك تأخذ عدد البنين خمسة فتزيد عليها درهما لوصيته بسدس ماله لان الطريق فى مثله أن تزيد مثل خمس مامعك والذي معك خمسة وواحد فيصير معك ستة ثم تزيد درهما من أجل الوصية الاولى وهو الوصية بدرهم قبل السدس فيكون سبعة ترفع من ذلك بالوصية الاولى درهما وبالوصية الثانية سدس ما معك بعد الدرهم والذى معك ستة فسدسها درهم ثم يبقى خمسة بين البنين لكل ابن سهم فكان مستقيما *ولو كان ترك أربعة بنين وأوصى بدرهم وبسدس ماله بعد الدرهم ودرهم بعد السدس فهو يخرج من سبعة أيضا لانك تأخذ عدد البنين أربعة فتزيد عليها درهما من أجل قوله ودرهم بعد السدس فان ذلك بمنزلة الوصية بمثل نصيب أحدهم فيكون معك خمسة ثم تزيد عليها خمسا وهو درهم من أجل وصيته بسدس ماله فيكون ستة ثم تزيد عليها درهما من أجل الوصية الاولى وهو الوصية بدرهم فيكون

ذلك سبعة رفع منها درهم بالوصية الاولى وبالوصية الثانية سدس ما بقي وهو درهم أيضا وبالوصية الثالثة درهم لانه قال وبدرهم بعد السدس فيبقى أربعة بين أربعة بنين مستقيم لكل ابن درهم فان ترك ثلاث بنين وأبوين وأوصى بمثل نصيب احدى البنات لبعضهم وبثلث مايبقى من الثلث لاخرى وأوصى لاحدى البنات بتكملة الثلثين مع نصيبها فاجازوا فالثلث خمسون والنصيب عشرون وثلث الباقي عشرة والتكملة ثلاثون والطريق فى ذلك أن تأخذ أصل الفريضة وهو ثمانية عشر لحاجتك الى حساب ينقسم ثلثاه بين البنات اثلاثا وذلك ثمانية عشر للبنات الثلثان اثنا عشر بينهن لكل واحدة أربعة وللابوين السدسان وهو ستة لكل واحد ثلاثة ثم تضرب ثمانية عشر فى ثلاثة من أجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث فيصير أربعة وخمسين ثم تطرح منها أربعة أسهم مثل سهام احدي البنات من أصل الفريضة فيبقى خمسون فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فيكون جملة المال مائة وخمسين اذا أردت قسمتها فالسبيل أن ترفع منها ثلثها يبقى مائة ثم تأخذ من هذه المائة مثل أصل الفريضة ثمانية عشر مرة بعد مرة حتى يكون الباقي منها دون ثمانية عشر فاذا رفعت منها خمس مرات ثمانية عشر يكون ذلك تسعين فيبقى عشرة فاحفظ هذه العشرة واقسم التسعين أولا فاعط الابوين ثلثها وذلك ثلاثون لكل واحد منهما السدس خمسة عشر وتقسم ستين سهما بين البنات لكل واحدة عشرين فتبين ان نصيب كل ابنة عشرون فادفع الى الموصى له بمثل النصيب من الثلث الذى عزلت عشرين فيبقى ثلاثون ثم ادفع للموصى له بثلث ما يبقى من الثلث ثلث الباقي وهو عشرة فبقى عشرون فاجمع بينهما وبين العشرة التى بقيت معك من المائة فيكون ثلاثين فردها على نصيب الابنة التى أوصي لها بتكملة الثلثين فاذا زدت الثلاثين على عشرين تبلغ الجملة خمسين وهو ثلث المال فاستقام التخريج* رجل مات وترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبثلث مايبقى من الثلث ودرهم فالمال ثلاثون سهما والثلث عشرة والنصيب سبعة وثلث مايبقى من الثلث سهم فالسبيل في ذلك أن تأخذ مالاله ثلث صحيح وذلك ثلاثة فترفع بالنصيب واحدا وبالدرهم آخر فيبقى واحد فاقسمه بين البنين الثلاثة لكل ابن ثلثا درهم ثم تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة فرده على نصيب أحدهم وهو الثلث فيكون ثلاثة وثلثا اضربه فى ثلاثة فيصير ذلك عشرة فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فيكون المال ثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فانظر مابين المال الذى أخذته أول مرة وهو ثلاثة وبين الثلث وهو عشرة فتجد ذلك سبعة

فهو النصيب اذا رفعت سبعة من الثلث يبقى ثلاثة للموصى له بثلث ما يبقى ثلث ذلك وهو سهم وللموصي له بالدرهم مثل ذلك يبقى من الثلث واحد فرده على ثلثي المال وذلك عشرون وهو مقسوم بين ثلاثة بنين لكل ابن سبعة مثل النصيب وان كان قال وبربع ما يبقى من الثلث وبدرهم فتخريجه على هذا النحو أن تأخذ مالا له ربع وهو أربعة فترفع بالنصيب منه واحدا وترفع الدرهم الذى قال يبقى سهمان فاقسمهما بين البنين الثلاثة لكل ابن ثلثي سهم فرد ما أصاب واحدا منهم على أصل الفريضة وهو أربعة فيصير أربعة وثلاثين اضرب ذلك فى ثلاثة فيصير أربعة عشر فهو الثلث * واذا أردت معرفة النصيب نظرت الى مابين أصل الفريضة وهو أربعة وبين الثلث وهو أربعة عشر فذلك عشرة فهو النصيب اذارفعته من الثلث يبقى أربعة للموصى له بربع ما يبقى من الثلث سهم وللموصى له بالدرهم آخر يبقى سهمان فردهما على ثلثي المال وهو ثمانيـة وعشرون فيكون ثلاثين بين البنين الثلاثة لكل ابن عشرة مثل النصيب فان قال وبثلث وربع ما يبقى من الثلث ودرهم فهو على هذا القياس تأخذ مالا له ثلث وربع وهو اثنا عشر فترفع منـه الثلث وهو أربعـة والربع وهو ثلاثة يبقى خمسة فترفع منه الدرهم أيضا يبقى أربعـة يقسم ذلك بين البنين الثلاثة لكل ابن سهم وثلث ثم تزيد ما أصاب أحدهم وهو سهم وثلث على أصل الفريضة وهو اثنا عشر فيصير ثلاثة عشر وثلثا اضربه فى ثلاثة فيصير أربعين سهما فهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فانظر مابين المال الاول وهو اثنا عشر وبين الثلث وهو أربعون فتجد ما بينهما ثمانية وعشرين فهو النصيب اذا رفعت ذلك من الثلث يبقى اثنا عشر فتعطى الموصى له بثلث ما يبقي وهو أربعة والموصى له بربع ما يبقي ثلاثة والموصى له بالدرهم درهما يبقى أربعة فرد ذلك على ثلثي المال وهو ثمانون ثم اقسمه بين البنين الثلاث لكل ابن ثمانية وعشرون مثل النصيب * فان ترك خمس بنين وأوصى بمثل نصيب أحـدهم وثلث ما يبقى من الثلث ودرهم صحيح يعنى لا كسر فيه فانا الى الآن خرجنا على حساب وقع فيه كسر فالسبيل فى ذلك أن تأخذ أدنى مال يكون له ثلث ولثلثـه ثلث وأقل ذلك تسـعة الا أنك تبتلي فيـه بالتضعيف أيضا فلا يستقيم من تسـعة فالسبيل أن تضعفه فيكون ثمانية عشر فاطرح ثلثها ثم اطرح منها الثلث والدرهم الثلث سهمان والدرهم سهم يبقى ثلاثة فاحفظها ثم عد الي الاصل الى الحساب فخذ عدد البنين خمسة وزد عليها واحدا من أجل الوصية بمثل نصيب أحدهم فتكون ستة فارفع

ثلثها ودرهما يبقى ثلاثة فرد هذه الثلاثة على اثني عشر ثلثي الثمانية عشر الفريضة الاولى فيكون خمسة عشر ثم اقسم هذه الخمسة عشر على الثلاثة التى حفظت من الحساب الاول فيكون كل قسم خمسة فهو النصيب ثم زد هذه الخمسة على الستة وهو ثلث الفريضة الاولى التى أخذت فيكون أحد عشر وهو ثلث المال وجملة المال ثلاثة وثلاثون ثم ترفع النصيب وهو خمسة من الثلث يبقي ستة فاعط الموصى له بثلث ما يبقى ثلث ذلك سهمين واعط الاخر درهما يبقى ثلاثة تضم ذلك الى ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فيصير خمسة وعشرين مقسوم بين خمسة بنين الكل ابن خمسة مثل النصيب وهذا هو الفرق فى التخريج بناء على طريق الحساب فى الفرق بين الصحاح والكسور ثم ذكر محمد رحمه الله فى آخر الكتاب ان هذا شئ وضعه الحساب لا نأخذ به فى القضاء لان الميت اذا أوصى بالدرهم انما يضرب فى الثلث بدرهم من مال الميت فاما أن تجعل له سهما بتسمية الدرهم ثم تشتغل بالفرق بين أن تقول صحيح أولا يقول فهذا ليس بطريق القضاء ولكنه بيان على طريق الحساب فان ترك ابنا وابنة فاختلس كل واحد منهما مالا ثم قال الابن أنا أرد مما اختلسته الثلث وتردين أنت الربع فيصير ما يبقى فى يد كل واحد منا على قدر ميراثه ويقسم ما يزيد على فرائض الله تعالى كم كان مع كل واحد منهما فالجواب انه كان مع الابنة اثنا عشر ومع الابن سبعة وعشرون والطريق فى تخريجه أن تأخذ مالا له ربع صحيح وهو أربعة فتجعله فى يد الابنة تطرح منه الربع يبقى ثلاثة ثم تنظر مالا اذا ألقيت منه ثلاثة يبقى ستة وهو تسعة تجعله فى يد الابن فتطرح منه الثلث ثم تجمع بين ما طرحت من المالين وذلك ثلاثة وواحد فيكون أربعة فلا يستقيم قسمها على فرائض الله تعالى بين الابن والابنة أثلاثا فاضرب أصل ما مع كل واحد منهما فى ثلاثة فالذى كان مع الابنة أربعة اذا ضربته فى ثلاثة يكون اثني عشر والذى مع الابن تسعة اذا ضربته فى ثلاثة يكون سبعة وعشرين فيرد الابن من سبعة وعشرين الثلث وهو تسعة يبقى له ثمانية عشر وترد الابنة من اثني عشر الربع وهو ثلاثة يبقى تسعة فهو بينهما على فرائض الله تعالى للابن ثمانية عشر وللابنة تسعة ثم تجمع بين تسعة وثلاثة فيكون اثني عشر فاقسمها بينهما على فرائض الله تعالى للابن ثمانية وللابنة أربعة فيصير مع الابن ستة وعشرون ومع الابنة ثلاثة عشر على فرائض الله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين فان ترك خمسة بنين وأوصى لاحدهم بتكملة الثلث وللآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالثلث ثلاثة

عشر والنصيب ستة والتكملة سبعة وطريق تخريج هذه المسئلة أن تأخذ عدد البنين وهم خمسة وتطرح نصيب أحدهم وهو الموصى له بالتكملة فيبقى أربعة ثم تضرب ذلك فى ثلاثة لوصيته بثلث ما يبقى من الثلث فيكون اثنى عشر ثم تزيد عليه ما طرحته فى الابتداء وهو سهم فيكون ثلاثة عشر فهو الثلث ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وهو واحد فتضربه فى ثلاثة ثم تطرح منه واحدا كما فعلت فى الابتداء يبقى سهمان فاضربهما فى ثلاثة كما ضربت أربعة فيكون ستة فهو النصيب اذا رفعت ستة من الثلث وهو ثلاثة عشر يبقى سبعة فظهر أن الوصية بتكملة الثلث انما كانت بسبعة أسهم فاذا رفعت سبعة من الثلث يبقى ستة للموصي له بثلث ما يبقى ثلث ذلك سهمان يبقى أربعة فرده علي ثلثي المال وهو ستة وعشرون فيكون ثلاثين اذا قسمته بين خمسة بنين كان لكل ابن ستة مثل النصيب فاستقام التخريج فان كان أوصى لاحدهم بتكملة الثلث ولآخر بثلث ما دخل على هذا من الرفع فتخريجه على قياس ما سبق بأن تأخذ عدد البنين وهم خمسة فتطرح منه نصيب أحدهم يبقى أربعة فاضربه فى ثلاثة فيصير اثنى عشر ثم اطرح منه واحدا يبقى أحد عشر فهو ثلث المال واذا أردت معرفة النصيب فخذ النصيب وهو واحد فاضربه فى ثلاثة ثم اطرح منه النصيب وهو واحد يبقى سهمان اضربهما فى ثلاثة فيصير ستة ثم اطرح منه واحدا كما فعلت فى أصل الحساب يبقى خمسة فهو النصيب اذا رفعت النصيب وهو خمسة من أحد عشر يبقى ستة وهو مقدار الربع أى الميل الذى مال به الموالى للموصى له بالتكملة وان أوصى لآخر بثلث هذا وهو سهمان اذا رفعتهما يبقى من الثلث ثلاثة فرد ذلك علي ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فيكون خمسة وعشرين بين خمسة بنين لكل ابن خمسة مثل النصيب فان كان أوصى لاحدهم بتكملة الثلث ولآخر منهم بتكملة الربع ولاخر بثلث ما يبقي من الثلث له فالثلث أربعة وأربعون والنصيب ثمانية عشر وتكملة الثلث ستة وعشرون وتكملة الربع خمسة عشر وتخريج هذا أيضا على قياس ما تقدم بان تأخذ عدد البنين خمسة فتطرح منه سهما نصيب الموصى له بتكملة الثلث وسهما آخر نصيب الموصي له بتكملة الربع ثم انظر الى تفاوت ما بين الثلث والربع وذلك واحد فان الثلث من اثنى عشر أربعة والربع ثلاثة فتفاوت ما بينهما واحد فخذ ذلك للموصى له بالثلث وثلثا آخر للموصى له بالربع فذلك ثلثا سهم ضمه الى ما بقى من خمسة وهو ثلاثة فيكون ثلاثة وثلثين ثم اضرب ذلك فى ماله ثلث وربع وهو اثنا عشر فاذا ضربت ثلاثة وثلثين

في اثنى عشر يكون ذلك أربعة وأربعين لان الثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون وثلثان في اثنى عشر ثمانية فذلك أربعة وأربعون فهو ثلث المال والثلثان ضعف ذلك فيكون المال كله مائة واثنين وثلاثين سهما ومعرفة النصيب أن تأخذ مالا له ثلث وربع وذلك اثنا عشر فتطرح منه الثلث والربع يبقى خمسة ثم تنظر الى تفاوت مابين الثلث والربع وذلك واحد فتجمع بينه وبين النصيبين فيكون ذلك ثلاثة أسهم فتأخذ ثلث ذلك وهو سهم فتزيده على الخمسة التى بقيت من اثني عشر فتصير ستة ثم اضرب هذه الستة في ثلاثة فتصير ثمانية عشر فهو النصيب وثلث المال أربعة وأربعون فاذا رفعت منه النصيب وهو ثمانية عشر يبقى ستة وعشرون فهو الوصية للموصى له بتكملة الثلث وربع المال يكون ثلاثة وثلاثين اذا رفعت منه ثمانية عشر يبقى خمسة عشر فهو الوصية بتكملة الربع فاذا رفعت من الثلث وهو أربعة وأربعون ستة وعشرين للموصى له بتكملة الثلث وخمسة عشر للموصى له بتكملة الربع يبقى ثلاثة للموصى له بثلث مابقى ثلث ذلك وهو سهم يبقى سهمان فردهما على ثلثى المال وهو ثمانية وثمانون فيكون تسعين مقسوما بين خمسة بنين لكل ابن ثمانية عشر مثل النصيب فاستقام تخريج الجواب والله أعلم بالصواب

كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله) اعلم أن أبا يوسف رحمه الله كان يختلف الى ابن أبي ليلى رحمه الله في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين ثم تحول الى مجلس أبي حنيفة وكان تسع سنين أيضا وقيل كان سبب تحوله الي أبي حنيفة تقلد ابن أبي ليلى القضاء فان أبا يوسف كره له تقلد القضاء فحمله ذلك الى التحول الى مجلس أبي حنيفة رحمه الله تعالي فابتلاه الله تعالي حتى تقلد القضاء وصار ذلك صفة له يعرف بها من بين أصحاب أبي حنيفة فيقال أبو يوسف القاضى ولا يقال ذلك لاحد سواه ممن تقلد منهم القضاء وممن لم يتقلد وقيل كان سببه انه كان تبع ابن أبي ليلي وقد شهد ملاك رجل فلما نثر السكر أخذ أبو يوسف رحمه الله بعضا فكره له ذلك ابن أبي ليلي وأغلظ له القول وقال أما علمت ان هذا لايحل فجاء أبو يوسف الي أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال لا بأس بذلك بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه رضى

الله عنهم كان فى ملاك رجل من الانصار نثير التمر فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع ذلك ويقول لاصحابه انتهبوا وبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بان يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال من شاء أن يقتطع فليقتطع فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعا فلما تبين له تفاوت مابينهما تحول الي مجلس أبي حنيفة وقيل كان سبب ذلك انه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين بالمناظرة معه تفاوت مابين فقه أبي حنيفة رحمه الله وابن أبي ليلى فتحول الى مجلس أبي حنيفة ثم أحب أن يجمع المسائل التى كان فيها الاختلاف بين استاذيه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك الا انه زاد بعض ما كان سمع من غيره * فاصل التصنيف لابى يوسف والتأليف لمحمد رحمة الله عليهما فعد ذلك من تصنيف محمد ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله فى المختصر ثم بدأ فقال * رجل غصب جارية من رجل فباعها وأعتقها المشترى فالبيع والعتق باطل فى قول أبي حنيفة وبه نأخذ وهو قول أبي يوسف ومحمد وقال ابن أبي ليلى عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة وجه قوله ان البيع منعقد فان انعقاد البيع لوجود الايجاب والقبول ممن هو من أهله فى محله وقد وجد فى الايجاب كلام الموجب وهو تصرف منه فى حقه والمحل قابل للعقد ولهذا ينفذ العقد فيه باجازة المالك ولو كان هذا العقد باذن المالك كان نافذا ولا تأثير للاذن فى اثبات الاهلية والمحلية فاذا ثبت انعقاد العقد ثبت انه موجب للملك لان الاسباب الشرعية غير مطلوبة لعينها بل لحكمها والحكم الخاص بالبيع والشراء الملك فانما يثبت العتق بعد الملك لقوله عليه السلام لاعتق الا فيما يملكه ابن آدم واذا نفذ العتق تعذر على الغاصب رد العين فيجب عليه ضمان القيمة وقد صار هو متلفا للجارية بتمليكها من المشترى وتسليط المشترى على اعتاقها فيجعل كانه أتلفها بالقتل فيضمن قيمتها ويتقرر الثمن على المشترى لانه بالعتق صار قابضا منهيا الملكه فيها ويكون الثمن للبائع لانه وجب بعقده ولانه بضمان القيمة قد ملكها والثمن بدل الملك فيكون للغاصب وحجتنا فى ذلك أن العتق من المشترى لم يصادف ملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وهذا لان عين المملوك محفوظة على المالك بصفة المالكية فكما لا يجوز ابطال حق الملك عن المالكية باعتاق يصدر من غيره فكذلك لا يجوز ابطال حقه من غير ملكه (ألا ترى) ان الغاصب لو أعتقه بنفسه لم ينفذ عتقه مراعاة لحق المالك فكذلك المشترى منه فاما قوله العقد موجب للملك وقد انعقد ففيه طريقان لنا أحدهما

ان العقد انعقد بصفة التوقف قلنا والحكم يثبت بحسب السبب فانما يثبت بالعقد الموقوف ملكا موقوفا (ألا ترى) ان بالعقد النافذ الصحيح يثبت ملك حلال وبالعقد الفاسد يثبت ملك حرام بحسب السبب فبالعقد الموقوف يثبت ملك موقوف والملك الموقوف دون الملك الثابت للمكاتب والمكاتب لايملك الاعتاق بذلك النوع من الملك فكذلك بالملك الموقوف لان الاعتاق انهاء للملك والموقوف لايحتمل ذلك والثانى ان الاسباب الشرعية لاتكون خالية عن الحكم ولكن لايشترط اتصال الحكم بالسبب بل يقترن به تارة ويتأخر عنه أخرى (ألا ترى) ان البيع بشرط الخيار للبائع منعقد ويتأخر الحكم الي سقوط الخيار والبيع الفاسد منعقد ويتأخر الحكم وهو الملك الى مابعد القبض والبيع الموقوف منعقد ويتأخر الحكم الى مابعد اجازة المالك وهذا لان الضرر مدفوع وليس فى انعقاد العقد ضرر بالمالك فأما فى ثبوت الملك للمشترى اضرار بالمالك فربما يكون المشترى قريب المشترى فيعتق عليه لو ثبت الملك بنفس الشراء وفيه ضرر بالمالك لامحالة فيتأخر الملك الى وجود الرضا من المالك باجازة العقد فاذا لم يجز ذلك بطل البيع والعتق جميعا فردت الجارية عليه واذا اشترى جارية فوطئها ثم استحقها رجل قضى له القاضى بها وبمهرها على الواطئ لان الحد قد سقط عنه بشبهة فلزمه المهر اذ الوطء فى غير الملك لاينفك عن حد أو مهر وهذا الوطء حصل فى غير الملك عندنا فوجب المهر وعند ابن أبي ليلى الملك وان ثبت للمشتري فهو ليس بملك متقرر يستفاد به حل الوطء فيجب المهر كالمشترى شراء فاسدا اذا قبض الجارية ووطئها ثم استردها البائع فعلى المشترى فى أظهر الروايتين * وان كان هو بالقبض قد ملكها ثم الواطئ يرجع بالثمن على البائع ولا يرجع بالمهر عندنا وقال ابن أبي ليلى يرجع بالثمن والمهر لانه صار مغرورا من جهة البائع فانه أخبره ان الجارية ملكه وان منفعة الوطء تسلم للمشترى بغير عوض بعد مايشتريها منه فاذا لم يسلم له ذلك رجع به على البائع كما يرجع بقيمة الولد لو استولدها وذلك الحكم وان كان مخصوصا من القياس باتفاق الصحابة رضى الله عنهم ولكن من أصل أبي حنيفة ان المخصوص من القياس لايقاس عليه غيره وحجتنا فى ذلك ان المهر انما لزمه عوضا عما استوفى بالوطء وهو المباشر للاستيفاء ومنفعة المستوفى له حصلت له فلا يرجع ببدله على غيره كمن وهب طعاما لانسان فأكله الموهوب له ثم استحقه رجل وضمن الآكل لم يرجع به على الواهب وانما الغرور انما يكون سببا للرجوع باعتبار المعاوضة والثمن انما كان عوضا

عن العين دون المستوفى بالوطء وفى حق المستوفى بالوطء لافرق بين أن يكون الملك ثابتا بالشراء أو بالهبة وبه فارق قيمة الولد لان الولد حر ومتولد من العين مع ان ذلك حكم ثبت بخلاف القياس باتفاق الصحابة رضى الله عنهم والمخصوص من القياس عندنا لا يقاس عليه غيره لان قياس الاصل يعارضه ثم الغرور بمنزلة العيب فى اثبات حق الرجوع فانما يثبت ذلك الحكم فى العين وفيما هو متولد من العين فاما المستوفى بالوطء فى حكم الثمرة فلا يثبت فيه حكم الرجوع بسبب العيب فلهذا لا يرجع بالمهر * واذا اشترى الرجل أرضا وفيها نخل له ثمرة ولم يشترطها فان أبا حنيفة قال النخل للمشترى والثمرة للبائع الا أن يشترطها المشترى وبه أخذ محمد رحمه الله وقال ابن أبي ليلى رحمه الله الثمرة للمشترى وان لم يشترطها لان الثمرة متصلة بالمبيع اتصال خلقة فتدخل فى المبيع من غير ذكر كاطراف العبد واغصان الشجر والدليل عليه ان النخل جعل تبعا للارض بسبب الاتصال حتى يدخل فى بيع الارض من غير ذكر فكذلك الثمرة لان الاتصال موجود فيها وحجتنا فى ذلك حديث جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اشترى نخلا قد أثمر فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع ومن اشترى غلاما وله مال فماله للبائع الا أن يشترط ذلك المشترى والمعنى فيه ان الثمرة بمنزلة المتاع الموضوع فى الارض لان اتصالها بالنخل ليس بالقرار بل للفصل اذا أدرك (ألا ترى) انه يجد بعد الادراك وانه يسقط أو يفسد اذا ترك كذلك فكان الاتصال فى معنى العارض فيجعل كالمنفصل لا يدخل فى المبيع الا بالذكر بخلاف النخل فاتصاله بالارض بالقرار ما بقى بمنزلة البناء فكما يدخل البناء فى بيع الارض من غير ذكر فكذلك يدخل النخل وقال أبو يوسف ان اشترى الارض بحقوقها ومرافقها دخل الثمار فى العقد والا لم تدخل فاما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة لا تدخل الثمار الا بالتنصيص عليها سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر بمنزلة المتاع الموضوع فى الارض وحكى ان أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسئلة على أصحابه وكان محمد حاضرا فى المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله فى نفسه ليس الامر كما يقول فباداه المستملى هنا من يخالفك رحمك الله فقال من هو فقال محمد بن الحسن فقال أبو يوسف ما نصنع بقول رجل قعد عن العلم أى ترك الاختلاف الينا فسكت محمد ولم يجبه احتراما له * واذا اشترى الرجل دابة فوجد بها عيبا وقال بعتنى وهذا العيب بها وأنكره البائع ولا بينة للمشترى فعلى البائع اليمين وانما أراد بهذا عيبا يتوهم حدوثه فى مثل

تلك المدة وهو عارض فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات وهذا حال كونها فى يد المشترى فاذا ادعى استناد العيب الى وقت سابق وأنكره البائع كان القول قول البائع مع اليمين ولان مقتضى مطلق البيع اللزوم فالمشترى يدعي لنفسه حق الفسخ بسبب العيب والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله مع يمينه فان قال البائع أنا أرد اليمين عليه يعنى يحلف المشترى حتى أقبله منه فعندنا لا يرد اليمين عليه * وكان ابن أبى ليلى اذا اتهم المدعي فى ذلك رد عليه اليمين قال لان المشترى من وجه منكر فانه ينكر لزوم العقد اياه ووجوب ابقاء الثمن عليه ولكنه فى الظاهر مدع فاعتبرنا الظاهر اذا لم يكن هو متهما فأما اذا اتهمه استحلفه لاعتبار معنى الانكار فى كلامه وهذا لان الاستحلاف مشروع لدفع التهمة فان المدعى عليه يثبت فى جانبه نوع تهمة فيحلف المدعى عليه لانه أتى بخبر متمثل بين الصدق والكذب فلا يكون حجة بنفسه ولكن يورث تهمة فيحلف المدعى عليه لدفع تلك التهمة عنه فاذا أوجد مثل تلك التهمة فى جانب المدعى رد عليه اليمين ولكنا نستدل بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم جنس اليمين فى جانب المنكر فلا يبقي يمين فى جانب المدعي ولا يجوز تحويل اليمين عن موضعها الذى وضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه والمشتري مدع هنا حق الفسخ فلا يمين فى جانبه وهذا لان اليمين فى موضعها لابقاء ما كان على ما كان والمدعى يحتاج الى اثبات حق غير ثابت له فلا يكون اليمين حجة فى جانبه وهذا لان اليمين مشروعة للنفى فى موضعه لا يثبت بها حكم النفى حتى لو أوجد المدعى البينة فاقامها وقضى له بعد اليمين فهى فى غير موضعها لانها لا يثبت بها مالم يكن ثابتا أولا * واذا اشترى الرجل شيأ فادعى رجل فيه دعوى حلف المشترى البتة عندنا وقال ابن أبى ليلى على العلم لان المشترى يخلف البائع فى الملك كما أن الوارث يخلف المورث ثم فيما يدعى فى التركة انما يستحلف الوارث على العلم فكذلك المشترى وهذا لان أصل الدعوى على البائع (ألا ترى) ان المدعى لو أقام البينة صار البائع مقضيا عليه حتى رجع المشتري على البائع بالثمن فكان هذا فى معنى الاستحلاف على فعل الغير فيكون على العلم وحجتنا فى ذلك أن الشراء سبب متجدد للملك فانما يثبت به ملك متجدد للمشترى وصار ثبوت هذا الملك له بالشراء كثبوته بالاصطياد والاسترقاق ثم هناك اذا ادعي انسان فى المملوك دعوى يستحلف المالك على الثبات فهذا مثله بخلاف الارث فان موت المورث

ليس بسبب متجدد لاثبات ملك الوارث ثم يقول المدعى يدعى على المشترى وجوب تسليم العين اليه وانه غاصب فى أخذه ومنعه منه ولو ادعى عليه أنه غصبه منه كان الاستحلاف على الثبات فهنا كذلك أيضا وهكذا نقول فى الوارث اذا أخذ عين التركة فادعى انسان أن العين ملكه يستحلف على الثبات لهذا المعنى وهذا لان أصل الاستحلاف على الثبات وانما اليمين على العلم لدفع الضرر عن الخصم فى موضع لا يمكنه أن يحلفه على الثبات ولما كان الشراء من ذى اليد شيأ موجبا للملك له كان ذلك مطلقا له اليمين على دعوى المدعى فلا حاجة الى استحلافه قال والبراءة من كل عيب جائزة روى عن عمر رضى الله عنه أنه باع عبدا له بثمانمائة درهم بالبراءة فطعن المشترى بعيب فخوصم الى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال يمينك ما بعته وبه عيب علمته وكتمته فأبى أن يحلف فرده عليه فصلح عنده فباعه بألف درهم وأربعمائة درهم وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه باع بالبراءة وعن شريح رحمه الله قال لا يبرأ منه حتى يسمى كل عيب وكان ابن أبى ليلى يقول لا يبرأ حتى يسمى العيوب بأسمائها وقد بينا المسئلة فى كتاب البيوع والصلح وفيها حكاية قال ان أبا حنيفة رحمه الله وابن أبى ليلى اجتمعا فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى فأمرهما بالمناظرة فى هذه المسئلة وكان من مذهب ابن أبى ليلى أنه لا يبرأ حتى يرى المشترى موضع العيب فقال أبو حنيفة أرأيت لو باع جارية حسناء فى موضع المأتى منها عيب أكان يحتاج البائع الى كشف عورتها ليرى المشترى ذلك العيب أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع غلاما حبشيا على رأس ذكره برص أكان يحتاج الى كشف ذلك ليريه المشترى فما زال يشنع عليه بمثل هذا حتى أفحمه وضحك الخليفة فجعل ابن أبى ليلى بعد ذلك يقول يحتاج الى أن يسمى العيوب بأسمائها لان صفة المبيع وماهيته انما تصير معلومة بتسمية ما به من العيوب ولكنا نقول الابراء عن العيوب اسقاط للحق والمسقط يكون متلاشيا فالجهالة لا تمنع صحته ثم البائع بهذا الشرط يمنع من التزام تسليم العين على وجه لا يقدر على تسليمه فربما يلحقه الحرج فى تسمية العيوب والحرج مدفوع وأكثر مافيه أنه يمكن جهالة فى الصفة بترك تسمية العيوب ولكن البائع يلاقى العين دون الصفة فيصح البيع بشرط البراءة عن العيوب ويصح الابراء عن الجهالة لكونه اسقاطا واذا كان لرجل على رجل مال من ثمن بيع قد حل فأخره عنه الى أجل فهو جائز وليس له أن يرجع عنه عندنا وقال ابن أبى ليلى له أن يرجع فى الاجل الا أن يكون ذلك على وجه الصلح

بينهما وذهب فى ذلك الى أن التأجيل معتاد جرى فيما بينهما أن لا يطالبه بالمال الا بعد مضى المدة والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم الا أن يكون شرطا فى عقد لازم ولهذا لا يثبت الاجل فى القرض والعارية لانه ليس بمشروط فى عقد لازم فكذلك لا يثبت في الثمن وغيره من الديون الا أن يكون شرطا فى عقد لازم وكذلك الصلح أو أصل البيع اذا ذكر فيه الاجل ولكنا نقول لو باعه بثمن مؤجل فى الابتداء يثبت الاجل فكذلك اذا أجله فى الثمن فى الانتهاء لان هذا التأجيل يلتحق بأصل العقد بمنزلة الزيادة فى الثمن والمثمن بأصل العقد ويصير كالمذكور فيه والدليل عليه أن الاجل بمنزلة الخيار لانه يؤثر فى تغير حكم العقد فان توجه المطالبة فى الحال من حكم العقد ويتغير بالاجل وثبوت الملك فى الحال من حكم العقد ويتغير بشرط الخيار ثم الخيار لا فرق بين أن يكون مشروطا فى أصل العقد أو يجعله أحدهما لصاحبه بعد العقد فكذلك فى حكم الاجل وهذا لان العقد قائم بينهما بامكان التصرف فيه بالرفع والابقاء فيملكان التصرف فيه بما يغير حكمه على وجه هو مشروع وتعتبر حالة الانتهاء بحالة الابتداء وبهذه المعانى يظهر الفرق بين الثمن وبدل القرض ولو كان لرجل علي رجل مال فتغيب حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه وقال ابن أبى ليلى له أن يرجع فيه لانه كان مضطرا فى هذا الحط فانه كان لا يتمكن من خصمه ليستوفى منه كمال حقه وبهذا النوع من الضرورة ينعدم تمام الرضا منه بالحط كما ينعدم بالاكراه فكما أنه لو أكره على الحط لم يصح حطه لعدم تمام الرضا فكذلك هنا ولكنا نقول الحط اسقاط وهو يتم بالمسقط وحده فاذا أسقطه وهو طائع صح ذلك منه فلا رجوع له فيه بعد ذلك لان المسقط يكون متلاشيا وانما يتحقق الرجوع فى القائم دون المتلاشى والدليل عليه أن اسقاط البعض معتبر باسقاط الكل ولو أبراه عن جميع دينه لم يكن له أن يرجع فيه وان ظهر خصمه بعد ذلك فكذلك اذا حط بعضه وقوله انه مضطر قلنا لا كذلك فانه متمكن من أن يصبر الى أن يظهر خصمه فالتأخير لا يفوّت شيأ من حقه فاذا لم يكن يفعل كان مختارا طائعا فى الحط والصلح بمنزلة المغصوب منه اذا أخذ القيمة بعد ما أبق المغصوب ثم عاد من اباقه لم يكن له على العبد سبيل ولهذا المعنى صححنا ابراءه عن الكل وفرقنا بينه وبين المكره على الابراء فكذلك الحط واذا اشترى الرجل ثمرا قبل أن يبلغ من أصناف الثمار كلها أو اشترى طلعا حين يخرج جاز العقد عندنا وقال ابن أبى ليلى لا خيار فى شئ من ذلك واستدل

فى ذلك بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وفى رواية حتى تشقح أى تدرك وفى رواية حتى تزهو أي تنجو من العاهة وهذا بالادراك وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام من باع نخلا مؤبرة فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع والمؤبرة هى التى يخرج طلعها فاذا شرط المبتاع ذلك فقد صار مشتريا الثمرة مقصودة فانها لم تدخل فى العقد الا بالذكر فهذا تنصيص على جواز بيعها قبل الادراك ولان محل البيع عين هو مال متقوم والمالية بالتمول التقوم بكونه منتفعا به شرعا وعرفا وقد تم هذا كله فى الثمار قبل الادراك والعقد متى صدر من أهله فى محله كان صحيحا ولا معنى لقوله انه غير مقدور التسليم الا بالقطع وفيه ضرر فيكون ذلك مفسدا للعقد كبيع الجذع في السقف لان البائع قادر على التسليم من غير ضرر يلحقه فى ذلك وانما يلحق الضرر المشترى وهو قد رضى بالتزام هذا الضرر فلا يمتنع صحة العقد بسببه وتأويل الحديث ان المراد بيعها مدركة قبل الادراك بدليل انه عليه السلام قال فى آخر الحديث أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه والمراد به السلم فى الثمار قبل أن يبدو صلاحها بدليل انه قال فى بعض الروايات لا تتلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها فيحمل على ذلك ليكون جمعا بينه وبين ماروينا * فان كانت الثمار قد تلفت يعنى انتهى عظمها فاشتراها بشرط الترك الى أجل معلوم فالعقد فاسد عندنا وقال ابن أبى ليلي العقد صحيح هكذا قال محمد رحمه الله فيما اذا شرط الترك مدة يسيرة لانه بعد ما يتناهى عظمها لا تزداد من ملك البائع وانما تنضجها الشمس بتقدير الله تعالى وتأخذ اللون من القمر والذوق من النجوم بتقدير الله تعالى فليس فى هذا اشتراط شئ مجهول من ملك البائع وهو شرط متعارف بين الناس فيكون سالما للعقد باعتبار العرف وباعتبار أن العرف فيه تقريب الى مقصود المشترى بمنزلة مالو اشترى بغلا وشرا كين بشرط أن يحدوها البائع أو اشترى حطبا فى المصر بشرط أن يوفيه فى منزله وجه قولنا ان هذه اعارة أو اجارة مشروطة فى البيع فيبطل بها البيع لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة وبيانه انه ان كان بمقابلة منفعة الترك فى شئ من البدل فهى اجارة مشروطة فى البيع وان لم يكن بمقابلها شئ من البدل فهى اعارة مشروطة فى البيع والعرف انما يعتبر اذا لم يكن هناك نص بخلافه فأما مع وجود النص فلا اذ العرف لا يعارض النص وهكذا كان ينبغى فى القياس أن لا يجوز العقد فيما استشهد به ولكن تركنا القياس هناك للعرف فانه لا نص فيه بخلافه

ثم هذا ليس فى معنى ذلك لان فى هذا الشرط حيلولة بين البائع وبين مالم يدخل تحت العقد من ملكه وهو النخيل ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد وفيه يعتبر مايتناوله العقد فيكون بمنزلة مالو اشترى حنطة بشرط أن يطحنها البائع وذلك مفسد للعقد فكذلك هنا اذا شرط الترك الى مدة يفسد بها العقد واذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة من أذرع مقسومة أو عشرة أجربة من أرض غير مقسومة لم يجز الشراء فى قول أبى حنيفة وقال ابن أبى ليلي هو جائز وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وقد بينا هذا فى البيوع ان الذراع اسم لجزء شائع عندهم بمنزلة السهم الا أن السهم غير معلوم المقدار فى نفسه وانما يصير معلوما بالاضافة فسهم من سهمين النصف وسهم من عشرة العشر فلا بد من أن يبين سهما من كذا سهما والذراع معلوم المقدار فى نفسه فلا حاجة الى أن يقول من كذا كذا ذراعا والجريب كذلك معلوم المقدار بالذراع فان اشترى عشرة أجربة وجملة الارض مائة جريب فانما اشترى عشرها وذلك مستقيم وكذلك ان اشترى مائة ذراع فاذا ذرع الكل فكان ألف ذراع عرفنا انه اشترى عشرها والمكسرة المعروفة من الذراع بين الناس سميت مكسرة لانها كسرت من ذراع الملك قبضة وأبو حنيفة يقول الذراع اسم لجزء معين من الارض وهو مايقع عليه الذراع فاذا اشترى مائة ذراع أو عشرة أجربة فانما سمى فى العقد جزأ معينا وهو غير معلوم فى نفسه فان جوانب الارض تختلف فى الجودة والمالية فتتمكن المنازعة بهذا السبب بين البائع والمشترى فى التسليم وذلك مفسد للعقد كما لو اشترى بيتا من بيوت الدار ثم اذا جاز العقد عندهم فان كانت مائة ذراع فهى للمشترى وان كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكا بقدر مائة ذراع وان كانت دون مائة ذراع فللمشترى أن يردها ان شاء لتغيير شرط العقد عليه وان شاء أخذها بحصتها من الثمن لانه سمى جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع فاذا لم يسلم له الا خمسون ذراعا لم يكن عليه الا نصف الثمن وهذا بخلاف مالو اشترى الارض على انها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعا واختار أخذها لزمه جميع الثمن لان هناك الثمن بمقابلة العين وذكر الذراع على وجه بيان الصفة وهنا الثمن بمقابلة ماسمى من الذراع هنا لبيان مقدار المعقود عليه فاذا لم يسلم له الا نصف المسمى لا يلزمه الا نصف الثمن كما لو اشتري عشرة أقفزة حنطة فوجدها خمسة أقفزة * وقال ابن أبى ليلى لا يجوز عتق من قد فلسه القاضى وحبسه فى الدين وعندنا ينفذ عتقه الا أن عندأبى حنيفة لاسعاية على العبد وعلي

قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية فى قيمته للغرماء.وهو بناء على مسئلة الحجر بسبب الدين وقد بينا ذلك فى كتاب الحجر فاما ابن أبي ليلى قال ان ماله بالتفليس والحبس صار حقا لغرمائه فاعتاقه صادف محلا هو حق الغير وفيه اضرار بمنزلة الحق فلا ينفذ عتقه لدفع الضرر عن صاحب الحق عملا بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا قريب من قول الشافعي فى المرهون انه لاينفذ عتق الراهن لاشتغاله بحق المرتهن وقد بينا ذلك فى الرهن ولكنا نقول العبد لا يزول عن ملكه بالتفليس والحبس فى الدين ولا يصير مملوكا للغريم (ألا ترى) ان شيأ من تصرفات الغريم لا ينفذ فاذا بقي على ملك صاحبه نفذ عتقه فيه لان شرط نفوذ العتق ملك المحل والاهلية فى العتق وبعد وجودهما لا يمتنع نفوذه لدفع الضرر عن الغير (ألا ترى) ان عتق أحد الشريكين ينفذ فى نصيبه وان كان يتضرر به صاحبه وكذلك عتق المشترى فى المبيع قبل القبض ينفذ وان كان يتضرر به البائع خصوصا اذا كان المشترى مفلسا * واذا أعطى الرجل الرجل متاعا يبيعه له ولم يسم بالنقد ولا بالنسيئة فباعه بالنسيئة فالبيع جائز ولا ضمان على البائع عندنا وقال ابن أبي ليلى البائع ضامن لقيمة المتاع يدفعها الى الآمر لان مطلق الامر بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع وذلك منصرف الى النقد خاصة فكذلك هذا واذا انصرف الى النقد كان هو مخالفا اذا باعه بالنسيئة فيكون بمنزلة الغاصب ضامنا قيمته للآمر ولأن الانسان انما يأمر غيره ببيع متاعه لحاجته الى الثمن اما لقضاء الدين أو للانفاق على عياله والثابت بالعرف كالثابت بالنص ولو صرح بهذا للوكيل كان هو مخالفا فى بيعه بالنسيئة فكذلك اذا ثبت بالعرف ولكنا نقول الامر مطلق فتقييده بالبيع بالنقد يكون زيادة ومثل هذه الزيادة لاتثبت الا بدليل والعرف لا يصلح مقيدا لهذا فالعرف مشترك لان الانسان قد يأمر غيره بالبيع للاسترباح والربح انما يحصل أكثره بالبيع بالنسيئة ثم تقييد المطلق فى معنى نسخ حكم الاطلاق فلا يثبت بمجرد العرف لان العرف لا يعارض النص والشيء لا ينسخه مادونه بخلاف ما اذا نص على التقييد وليس هذا نظير ايجاب البيع لان العمل هناك بالاطلاق غير ممكن فان البيع لا يكون الا بثمن مقيد بوصف اما النقد أو النسيئة (ألا ترى) انه لو قال بعته منك بالف درهم ان شئت بالنقد وان شئت بالنسيئة لم يجز العقد بخلاف التوكيل فان العمل بالاطلاق هنا ممكن بدليل انه لو قال بعه بالنقد أو بالنسيئة كان صحيحا وهذا لان البيع قد نفذ بسبب حرام وهذه الحرمة كانت لحق الآمر فعليه أن

بدفع الفضل الى الآمر وان كان أقل من القيمة لم يرجع البائع على الآمر بشئ لانه هو الذى أضر بنفسه حين باعه باقل من قيمته على وجه صار مخالفا وهو البيع بالنسيئة فيكون الخسران عليه * واذا باع الرجل جارية بجارية وتقابضا ثم وجد أحدهم بالجارية التى قبض عيبا فانه يردها ويأخذ جاريته عندنا وقال ابن أبي ليلي يردها ويأخذ قيمتها صحيحة وكذلك هذا فى كل حيوان أو عرض وجه قوله ان كل واحد منهما فى العوض الذى من جهة صاحبه مشترى اشتراه بعوضه وفى العوض الذى من جانبه بائع والبيع غير الشراء فاذا وجد عيبا بما اشترى فرده يبطل الشراء ولكن لا يبطل البيع واذا بقي العقد فى العوض الآخر كان علي صاحبه تسليم البدل اليه كما التزمه بالعقد صحيحا وقد عجز عن ذلك فيلزمه رد قيمته كما في النكاح اذا وجدت المرأة بالصداق عيبا فاحشا فردت رجعت على الزوج بقيمته وكل واحد منهما عقد معاوضه فاذا كان هناك حكم الرد يقتصر على المردود ولا يتعدى الى العوض الآخر فكذلك هنا* يوضحه ان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين فصارت قدرته على تسليم قيمتها صحيحة كقدرته على تسليم عينها فيبقى العقد فى البدل الموجود علي شرط العقد بقيمة الآخر وجه قولنا ان بالرد بالعيب ينفسخ القبض فى المردود من الاصل ويتحقق عجز بائعها عن تسليمها كما أوجبه العقد وذلك مبطل للعقد (ألا ترى) انه لو هلك أحد العوضين قبل القبض يبطل العقد فيهما جميعا فكذلك اذا ردتا بالعيب وبه فارق النكاح فان هناك لو تعذر التسليم بالهلاك قبل القبض لزمه قيمته فكذلك اذا تعذر التسليم بالرد بالعيب وهذا لان العجز عن التسليم فى الابتداء هناك لا يمنع صحة العقد والتسمية بأن يزوج امرأة علي عبد الغير فان التسمية تصح واذا عجز عن تسليم المسمي يجب قيمته فهنالك العجز فى الانتهاء وهنا العجز عن التسليم فى الابتداء يمنع صحة العقد فانه لو اشترى جارية بعبد الغير لا يصح الشراء فكذلك اذا عجز عن التسليم فى الانتهاء بطل العقد فيلزمه رد المقبوض بحكمه ثم القيمة انما تقوم مقام العين والحاجة هنا الى تسليم ما تناوله العقد وهى جارية صحيحة لا الى تسليم العين لان العين قد كانت مسلمة اليه فلو قلنا بانه يأخذ قيمتها لكان يأخذ بحكم العقد ولا يجوز ان يستحق بالعقد القيمة دينا فى الذمة فلهذا لا يبقي العقد بعد ردها بالعيب ولهذا لو اشتراها بالدراهم ثم ردها بالعيب استرد دراهمه ولم يرجع بقيمتها فهذ مثله واذا اشترى الرجل سلعة فطعن فيها بعيب قبل أن ينقد الثمن فله أن يردها اذا أقام البينة على العيب عندنا وقال ابن

أبي ليلى لا تقبل شهادة شهود على العيب حتى ينقد الثمن لان قبول البينة ينبنى على دعوى صحيحة وانما تصح الدعوى من المشترى عند وجود العيب لانه يطالب البائع برد الثمن عليه وذلك لا يتحقق قبل انقاد الثمن وبدون دعوى صحيحة لا يقبل منه البينة وحجتنا فى ذلك ان الرد بخيار العيب كالرد بخيار الشرط والرؤية وذلك صحيح قبل نقد الثمن اذ الرد بحجة البينة معتبر بالرد بالاقرار ولو أقر البائع بالعيب كان للمشترى أن يرده عليه قبل نقد الثمن فكذلك اذا أقام البينة على العيب قوله بان دعواه لا يصح قلنا لا كذلك فانه يطالب البائع بتسليم الجزء الفائت وذلك حق مستحق له بالعقد فيصح منه دعوى المطالبة بالتسليم ثم اذا تحقق عجز البائع عن تسليمه رد عليه بالعيب ثم هو يدعى براءة ذمته عن الثمن بعد رد العين عليه ودعوى سبب البراءة من الديون دعوى صحيحة فتقبل بينته على ذلك والعقد لازم من حيث الظاهر فى حق كل واحد منهما فهو يدعى انعدام لزومه فى جانبه بسبب العيب وهذه دعوي صحيحة منه كدعوى شرط الخيار * واذا باع الرجل علي ابنه وهو كبير دارا أومتاعا من غير حاجة ولا عذر لم يجز ذلك عندنا وقال ابن أبي ليلي بيعه جائز لان النبي صلي الله عليه وسلم قال أنت ومالك لابيك وقال عليه السلام ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده لمن كسبه فكلوا من كسب أولادكم ففى الحديثين دليل على ان مال الولد مملوك للوالد بمنزلة مال نفسه فينفذ تصرفه ففى الحقيقة المسئلة تنبنى على هذا فان عنده مال الولد فى حكم المملوك للوالد ولهذا قال له ان يطأ جارية ابنه اذا لم تكن محرمة عليه وعندنا لا ملك له فى مال ولده ولا حق ملك لان الكسب انما يملك بملك الكاسب وليس له فى ولده ملك فكذلك فى كسب ولده والدليل عليه ان الولد مالك لكسبه حقيقة حتى ينفذ تصرفه فيه من الوطء وغير ذلك وينفذ فيه اعتاقه وانما يخلف الكاسب غيره فى الملك اذا لم يكن هو من أهل الملك فأما اذا كان هو من أهل حقيقة الملك لا يملك غيره الكسب علي وجه الخلافة عنه ولا يملكه ابتداء لان ثبوت الملك ابتداء يستدعى سببا له ولم يوجد ذلك وانما كان يتصرف فى حال صغره بولايته عليه نظرا للولد لانه كان عاجزا عن التصرف والنظر وقد زال هذا المعنى ببلوغه فلهذا لا ينفذ تصرفه فيه (ألا ترى) ان تصرفه فى نفسه بالتزويج كان ينفذ قبل بلوغه لحاجته الى ذلك ثم لا ينفذ بعد البلوغ لانعدام الحاجة فكذلك فى ماله * واذا باع الرجل متاعا لرجل وهو حاضر ساكت لم يجز ذلك عليه عندنا وقال ابن أبي ليلى سكوته اقرار بالبيع أى هو

بمنزلة الاجازة فينفذ به البيع لنفسه لانه لو لم يتعين جهة الرضا بسكوته تضرر به المشترى وصار المالك بسكوته كالغار له والغرور حرام والضرر مدفوع فهو قياس سكوت المولى عن النهى عند رؤيته تصرف العبد أنه يجعل اذنا له فى التجارة لهذا المعنى ولان العادة أن صاحب المال لا يسكت اذ رأى غيره يبيع ما أمر بتسليمه ولم يكن من قصده الرضا به فباعتبار العادة يجعل سكوته دليل الرضا وكذلك لا يحل له السكوت شرعا اذا لم يكن من قصده الرضا وفعل المسلم محمول على ما يحل شرعا فجعل سكوته دليل الرضا لهذا كما جعل الشرع سكوت البكر رضا منها بالنكاح وحجتنا فى ذلك أن سكوته محتمل قد يكون بطريق الرضا وقد يكون بطريق التهاون وقلة الالتفات الى تصرف الفضولى وقد يكون بطريق التعجب أى لماذا يفعل هذا فى ملكه بغير أمره والى ماذا تؤول عاقبة فعله والمحتمل لا يكون حجة وملك المالك ثابت فى العين بيقين فلا يجوز ازالته بدليل محتمل وهذا هو القياس فيما استشهد به من سكوت المولى وسكوت البكر الا أنا تركنا القياس فى سكوت البكر بالنص وهذا ليس فى معنى ذلك فان الحياء يحول بينها وبين التصريح بالاجازة هناك وليس هنا ما يحول الحياء بينه وبين النطق ولو تعين جهة الرضا فى سكوت المولى لم يلزمه بذلك شئ لان بمجرد الاذن للعبد فى التجارة لا يجب على المولى شئ ولا يبطل ملكه عن شئ فانه يتمكن من الحجر عليه قبل أن يلحقه دين وهنا لو تعين جهة الرضا زال ملك المالك ولزمه حكم تصرف الفضولى وحاصل هذا الكلام أن هناك لو لم يجعل السكوت رضا تضرر به من عامل العبد ولو جعلنا السكوت اذنا لم يتضرر به المولى فى الحال فرجحنا جانب دفع الضرر وهنا لو جعلنا السكوت رضا تضرر به المالك ولزمه حكم تصرف الفضولى لان ملكه يزول ولو لم نجعله رضا تضرر به المشترى فرجحنا جانب المالك لان حقه فى العين أسبق والمشترى هو المقر حين لم يسأل المالك أن البائع وكله أم لا واعتمد سكوتا محتملا ثم الحاجة هنا الى التوكيل لان المتصرف يكون نائبا عن المالك ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة والتوكيل بالسكوت لا يثبت فاما الاذن فى التجارة اسقاط من المولى حقه فى المنع من التصرف فان العبد لا يصير نائبا عن المولى فى التصرف ولهذا لا يرجع عليه بالعهدة وسكوته اعراض منه عن الرد فيمكن أن يجعل اسقاطا لحقه بمنزلة التصريح بالاذن * واذا باع لرجل نصيبا فى دار غير مقسوم فقد بينا هذه المسئلة بوجوهها فى آخر الشفعة ولكن هناك ذكر قول أبى يوسف وحده وان البيع جائز ان لم

يعلم المشترى بنصيب البائع وله الخيار اذا علم به وذكر هنا قول محمد مع قول أبي يوسف فمن محمد فيه روايتان قال ابن أبي ليلى اذ كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وان لم يسم وان كانت سهاما كثيرة لم أجزه حتى يسمى لان عند كثرة الشركاء تتفاحش الجهالة والتفاوت اذا لم يكن نصيب البائع معلوما للمشترى وعند قلة الشركاء يقل التفاوت والجهالة وفى البيع تفصيل بين الجهالة المتفاحشة والجهالة اليسيرة (ألا ترى) أن بيع أحد الأثواب الثلاثة مع اشتراط الخيار للمشترى اذا سمي ثمن كل ثوب منها يجوز وفيما زاد على الثلاثة لا يجوز وكان ذلك باعتبار تفاحش الجهالة وقلة الجهالة ولكنا نقول البيع انما يتناول نصيب البائع وذلك لا يختلف بكثرة الشركاء وقلة الشركاء فقد يقل نصيبه مع قلة الشركاء وقد يكثر نصيبه مع كثرة الشركاء فلا معنى للفرق بينهما والمعنى الذى لاجله لا يجوز العقد عند كثرة الشركاء جهالة المعقود عليه على وجوه تفضى الى المنازعة بين البائع وبين المشترى وهذا المعنى موجود عند قلة الشركاء فالمشترى يقول نصيب البائع النصف والبائع يقول نصيبي من الدار العشر فلهذا لا يجوز العقد وشراء أحد الأثواب الثلاث مستحسن من القياس فلا يقاس عليه غيره ثم الجهالة هناك لا تفضى الى المنازعة اذا شرط الخيار للمشترى واذا ختم الرجل على شراء لم يكن ذلك تسليما للبيع عندنا وقال ابن أبي ليلى هو تسليم للبيع وبيان هذا أن الرجل اذا شهد على بيع الدار فكتب شهادته وختمها ثم ادعى بعد ذلك أن الدار له وأقام البينة فان بينته تكون مقبولة على المشترى عندنا ويقضى له بالملك وقال ابن أبي ليلى الدار سالمة للمشترى وهذا بناء على ما تقدم فان على أصله لما جعل السكوت من المالك رضى بالبيع فختم الشهادة أولى أن يكون رضا بالبيع قال كتبه الشهادة للتوثق وهذا التوثق انما يحتاج اليه اذا صح شراؤه فيجعل اقدام الشاهد على ذلك اقرارا منه بصحة شراء المشترى ولكنا نقول كتبه الشهادة محتمل قد يكون على وجه تسليم المبيع وقد يكون للتعجب حتى ينظر كيف يقدر البائع على تسليم ملكه أو تحمل الشهادة على معنى التوثق اذا بدا له أن يجيز المبيع أو يحتمل أن يكون الشاهد لم يعلم عند تحمل الشهادة أن المبيع داره فلعله ظن أن المبيع دارا أخرى حدودها توافق حدود داره وبالمحتمل لا يزول الملك فلا يجعل ذلك تسليما منه للبيع واذا بيع الرقيق أو المتاع فى عسكر الخوارج وذلك من مال أهل العدل غلبوهم عليه لم يجز البيع عندنا وقال ابن أبي ليلى هو جائز وان قتل الخوارج قبل أن يبيعوه وهو بعينه رد على أهله عندهم جميعا

فابن أبي ليلى جعل منعه للخوارج كمنعه أهل الحرب باعتبار أن المقابلة بين الفريقين تتناول الدين والتأويل الذي للخوارج أقرب الى الصحة من تأويل الكفار فاذا كان هناك باعتبار المنعة والتأويل يملكون ما أخذوا من أموال المسلمين حتى ينفذ تصرفهم فيه فكذلك الخوارج يملكون ذلك حتى ينفذ تصرفهم فيه الا أنه اذا قتل الخوارج فلم يبق لهم منعة وثبوت هذا الحكم كان باعتبار المنعة فاذا لم يبق وجب ردها على أهلها وبهذا لا يستدل على أنهم لا يملكونها كما لو استولى المشركون على أموال المسلمين ثم وقعت فى الغنيمة فوجدها أصحابها قبل القسمة ردت عليهم محاباة وان كان المشركون قد ملكوها فهذا مثله والدليل على التسوية أن الخوارج لا يضمنون ما أتلفوا من أموال أهل العدل ونفوسهم كما لا يضمن أهل الحرب ذلك للمسلمين فاذا سوى بين الفريقين فى حكم الضمان فكذلك فى حكم الملك وحجتنا فى ذلك أن حكم الاسلام ثابت فى حق الخوارج فهذا استيلاء المسلم على مال المسلم فلا يوجب الملك كغصب بعض المسلمين مال بعضهم وتقرير هذا الكلام أن منعة الخوارج من جملة دار الاسلام والملك بطريق القهر لا يثبت ما لم يتم القهر وتمامه بالاحراز بدار تخالف دار صاحب المال وذلك لا يوجد بعد احراز الخوارج المال بمنعتهم بخلاف أهل الحرب فان قهرهم يتم بالاحراز بدارهم وما كان منعة الخوارج فى دار الاسلام الا كمنعة أهل الحرب فى دار الاسلام وهم لا يملكون أموالنا ما داموا فى دارنا وان كانوا ممتنعين فكذلك الخوارج فلا فرق فانا لو قدرنا على الخوارج استتبناهم ورددنا المال على صاحبه كما لو أنا قدرنا على أهل الحرب فى دار الاسلام عرضنا عليهم الاسلام ورددنا المال على صاحبه يوضحه أن المال ما دام محرزا بدار الاسلام لا يملك بالقهر لانه بالاحراز معصوم والقهر يوجب الملك فى محل مباح لا فى محل معصوم (ألا ترى) ان الصيد المباح يملك بالاخذ والصيد المملوك لا يملك بالاخذ فباحراز المشركين المال بدارهم يبطل حكم الاحراز والعصمة فى ذلك المال فلهذا لا يملكونه باحراز الخوارج المال بمنعتهم ولا يبطل حكم الاحراز والعصمة فى ذلك المال فلهذا لا يملكونه ولهذا لو قتل الخوارج وهو باق بعينه رد على صاحبه ولو صار ذلك مملوكا لهم لكان ميراثا عنهم اذا قتلوا فأما سقوط الضمان فهو حكم ثبت باتفاق الصحابة بخلاف القياس على ما روى عن الزهري قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على أن

كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع وهذا ليس فى معنى ذلك المنصوص فان مع بقاء الاحراز القسمة قد تسقط بالضمان بأسباب ولكن بقاء الاحراز والعصمة لا يملك المال بحال * ثم ذكر مسئلة الشهادات اذا باع مسلم دابة من نصرانى فاستحقها نصرانى من يد المشترى ببينة من النصارى وقد بينا خلاف أبي يوسف فى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف واذا استهلك الرجل الغنى مال ولده الكبير فهو ضامن عندنا وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه وهو ينبنى على الاصل الذي بيناه أن عنده الاب مالك مال ولده شرعا واتلاف الانسان ملكه لا يوجب الضمان عليه وعندنا ليس له فى مال ولده ملك ولا حق ملك فهو ضامن له اذا أتلفه وان ثبت له شرعا حق التناول منه بالمعروف عند الحاجة فذلك لا ينفى الضمان عند عدم الحاجة كالمرأة فان لها أن تنفق من مال زوجها بالمعروف فان أتلفت شيأ من ماله بدون الحاجة كانت ضامنة فالاب كذلك * واذا اشترى الرجل عبدا مع الجارية وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عيبا وقد ماتت الجارية عند المشترى فانه يرد العبد ويأخذ المائة وقيمة الجارية وان كانت الجارية هى التى وجد بها العيب وقد مات العبد ردت الجارية وقسمت قيمة العبد علي مائة درهم وعلي قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة ويرد ما أصاب من قيمة الجارية من قيمة العبد عندنا وقال ابن أبي ليلى ان وجد بالعبد عيب رده وأخذ قيمته صحيحة وكانت الدراهم للذى هى فى يديه وهذا بناء على ما تقدم فان عند ابن أبي ليلي رد العبد بالعيب لا ينتقض البيع فى الجارية ولكن يرجع بقيمة العبد واذا بقي العقد فى حصة الجارية من العبد عندنا يبقي فى حصة المائة أيضا لان العقد فى ذلك الجزء من العبد وان كان بيع بدراهم ولكنه بيع كبيع المقايضة وحكم التبع حكم الاصل فلهذا لا فيبطل العقد فيه ويأخذ قيمته لما تعذر علي بائع العبد تسليم عينه صحيحا فأما عند العقد فى الجارية يبطل مايقابله من العبد بالعيب فاذا بطل العقد وجب على قابض الجارية ردها وقد تعذر الرد بهلاكها فى يده فيرد قيمتها بمنزلة المشتراة شراء فاسدا اذا هلكت فى يد المشترى وأما فى حصة المائة فالعبد كان بيع بالدراهم فاذا رد المعيب بالعيب وجب الرجوع بما يقابله من الثمن وان كان العيب بالجارية فردت وقد مات العبد فقد انتقض العقد فيما يقابل الجارية من العبد لان فى بيع المقايضة هلاك أحد العوضين لا يمنع فسخ العقد برد الآخر بالعيب فان العقد انما ينفسخ فى

المردود مقصودا ويثبت حكم الفسخ فيما بقى ولا ينفسخ فى المردود مقصودا ويثبت حكم الفسخ فيما بقي ولا ينفسخ العقد فى حصة المائة من العبد لان ذلك كان بيع بالدراهم وقد هلك فى يد المشترى فلا يمكن فسخ العقد فيه بعد ذلك فلهذا يقسم العبد علي المائة وعلى قيمة الجارية فيغرم مشترى العبد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد ويسقط عنه ما أصاب المائة الدرهم لبقاء البيع بينهما فى ذلك الجزء واذا اشترى الرجل ثوبين وقبضهما فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده ثم اختلفا فى قيمة الهالك فالقول فيها قول البائع عندنا وقال ابن أبى ليلى القول قول المشترى لان البائع يدعى زيادة فى قيمة الهالك عند المشتري والمشترى ينكر تلك الزيادة فيكون القول قوله مع يمينه ولان البائع يدعى زيادة فى حقه قبل المشترى بعد رد الثوب الآخر فيقول قيمة المردود ألف وقيمة الهالك فى يدى ألف فلى عليك نصف الثمن والمشترى يقول قيمة الهالك فى يدى كان خمسمائة فانما هلك علي ثلث الثمن فيكون القول قول المشترى لانكاره الزيادة كما لو قبض أحد الثوبين وهلك الآخر فى يد البائع ثم اختلفا فى قيمة الهالك عند المشترى فانه يكون القول قول المشترى لهذين المعنيين وحجتنا فى ذلك أن الثمن كله قد تقرر على المشترى بقبض ثوبين ثم رد أحدهما بالعيب يسقط عنه حصته من الثمن فالمشترى يدعي زيادة فيما سقط عنه من الثمن لانه يقول كان قيمة الهالك فى يدى خمسمائة وقيمة المردود ألفا فسقط عنه ثلثا الثمن والبائع يقول قيمة الهالك فى يدك كان ألفا فانما يسقط عنك نصف الثمن وبعد ما تقرر الثمن على المشترى لو أنكر البائع سقوط شئ من الثمن عنه كان القول قوله فكذلك اذا أنكر سقوط الزيادة عنه واعتبار هذا الجانب أولى لان المقصود ليس هو عين قيمة الهالك بل المقصود سقوط الثمن عن المشترى بالرد وتقرره عليه بالهلاك فى يده فانما ينظر الى الدعوى والانكار فيما هو المقصود وهذا بخلاف ما اذا هلك أحد الثوبين فى يد البائع والآخر فى يد المشترى لان هناك أن جميع الثمن لم يتقرر على المشترى لان تقرر الثمن عليه بالقبض وهو ما قبض جميع المعقود عليه فالاختلاف بينهما فى مقدار ما تقرر علي المشترى من الثمن فالبائع يدعى عليه الزيادة وهو ينكرها لان الاختلاف هناك فى مقدار ما قبض من المعقود عليه ولو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك اذا أنكر قبض الزيادة وهذا الاختلاف فى مقدار ما رد من المعقود عليه ولو أنكر البائع رد شئ عليه كان القول قوله فكذلك اذا أنكر رد الزيادة واذا اشترى

دارا وبنى فيها بناء ثم حضر الشفيع فانه ينقض بناء المشترى ويأخذ الدار عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطى الثمن وقيمة البناء ان شاء وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى وقد بينا هذا فى كتاب الشفعة واذا وجبت الشفعة لليتيم وعلم بها الوصى أو الاب فلم يطلبها فليس لليتيم شفعة اذا أدرك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد وزفر له الشفعة اذا أدرك وهو قول ابن أبى ليلى وقد بيناها فى الشفعة والصلح على الانكار جائز عندنا وقال ابن أبى ليلى لا يجوز الصلح على الانكار وقد بينا هذا فى كتاب الصلح وكذلك اذا صالح رجل عن المطلوب والمطلوب متغيب أو أخر الطالب عنه الدين وهو متغيب جاز عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى لا يجوز شئ من ذلك لان التأخير تبرع عن المطلوب بالاجل ولو تبرع عليه بالمال لم يتم فى حال غيبته فكذلك اذا تبرع عليه بالاجل ولكنا نقول التأجيل اسقاط للمطالبة الى مدة والاسقاط يتم بالمسقط وحده بمنزلة الابراء وهذا لانه تصرف من الطالب فى حق نفسه فان المطالبة خالص حقه وليس فى التأجيل الا اسقاط المطالبة فاذا كان تصرفه لا يمس جانب المطلوب كان صحيحا مع غيبته كالعفو عن القصاص فى حال غيبة القاتل وايقاع الطلاق والعتاق فى حال غيبة العبد والمرأة وكذلك الصلح من الفضولى لا يمس المطلوب فان الطالب يسقط حقه بعوض يلزمه المتوسط وقد صح التزام من المتوسط لان ذلك تصرف منه فى ذمته أو فى ماله فغيبة المطلوب لا تمنع صحته بمنزلة ما لو طلق امرأته علي مال شرطه علي أجنبي وضمن الاجنبي ذلك فانه يقع الطلاق مع غيبة المرأة ويجب المال على الضامن * واذا صالح الرجل عن صلح أو باع بيعا أو أقر بدين ثم أقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك فان أبا حنيفة قال ذلك جائز ولا أقبل البينة بانه أكرهه وقال ابن أبى ليلى أقبل بينته على ذلك وارده وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان ذلك اكراها فى موضعه قبلت البينة عليه وهذه تنبنى على ما بينا فى كتاب الاكراه أن عند أبى حنيفة الاكراه انما يتحقق من السلطان فاكراه الرعية ليس باكراه وعندهما يتحقق الاكراه ممن يكون قادرا على ايقاع ما هدد به سلطانا كان أو غيره فيقولا الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو غائبا أو اكره من عامله علي ذلك لم يمتنع نفوذه عند أبى حنيفة وعندهما يمتنع نفوذه فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة الا ان عندهما انما تقبل البينة على هذا اذا كان فى موضعه بأن كان يتصور الاكراه من مثله له وعند ابن أبى ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال

لانه أثبت السبب المبطل للعقد أو للدفع لصفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع فكذلك اذا أثبت بالبينة واذا اختصم رجلان عند القاضى فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عنده وقامت عليه البينة باقراره وهو يجحد فهو جائز فى قول علمائنا رحمهم الله وكان ابن أبى ليلى يقول لا اقرار لمن خاصم الا عندي ولا صلح لهم الا عندى وكان لا يقبل البينة على الاقرار والصلح بعد ما قاما من عنده قال لان القاضى سمع انكار الخصم وصار له فى ذلك علم يقين فكيف يسمع البينة على ما يعلم يقينا بخلافه يوضحه أنهما لما خاصما بين يديه فقد ثبت له ولاية الحكم بينهما بما هو موجب الشرع وهذا ان البينة علي المدعي واليمين على من أنكر وفى الصلح والاقرار من الخصم ابطال هذه الولاية له فلا يكون الا بمحضر منه ولا يكون صحيحا فهذا أولى وجه قولنا انه لو أقام الخصم البينة على اقرار خصمه أو على الصلح بينهما فى المجلس الاول كانت بينته مقبولة فكذلك اذا أقام البينة على ذلك فى المجلس الثانى لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاين القاضي صلحهما أو اقرار الخصم يقضي بذلك فكذلك اذا أثبته بالبينة قوله اذا كان علم انكاره قلنا نعم ولكن بقاؤه علي ذلك الانكار غير معلوم للقاضى الا بطريق استصحاب الحال والبينة أقوى من استصحاب الحال وقوله انه ثبت للقاضى ولاية الحكم بموجب الشرع قلنا نعم ولكن الحكم عليه بالاقرار الثابت بالبينة والصلح الثابت بالبينة من موجب الشرع فيكون هذا راجعا الي تقرير ولاية القاضى وهذا لان الشرع أمر القاضى أن لا يقضى بشئ مما غاب عنه علمه الا بشهادة شاهدين وهذا الصلح والاقرار مما غاب عنه علمه فاذا ثبت عنده شهادة شاهدين كان عليه أن يقضى بها بمنزلة صلح أو اقرار كان منهما قبل الخصومة أو يجعل الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وقال ابن أبى ليلى اذا كفل رجل لرجل بدين له على آخر فليس للطالب أن يأخذ الاصل بالمال ما لم يتو علي الكفيل وان كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه آخذ به أيهما شاء وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الكفالة أن الكفالة عندنا لا توجب براءة الاصيل وللطالب أن يأخذ أيهما شاء وعنده مطلق الكفالة بمنزلة الحوالة فانما يطالب الكفيل بالمال ولا يطالب الاصيل ما لم يتوى المال على الكفيل الا أن يشترط أن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فحينئذ يطالب أيهما شاء بالمال لمكان الشرط وبعد ما طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وعلى قول ابن سرمة اذا اشترط

هذا الشرط ثم طالب أحدهما فليس له أن يطالب الآخر بعد ذلك ويجعل اختياره مطالبة أحدهما ابراء للآخر بمنزلة الغاصب مع صاحب المغصوب الا أن يشترط أن يؤاخذهما جميعا فحينئذ بعد ماطالب أحدهما له أن يطالب الآخر قال وقد قال بعض مشايخنا أيضا وقيل هو شريك ابن عبد الله ان شرط هذه الزيادة ثم اختار أحدهما لم يكن له أن يعود على الآخر الا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيأ وقد بينا وجوه هذه الاقاويل فى كتاب الكفالة فان محمدا ذكر هناك صكا يشتمل على هذه الشرائط وقد بينا انه انما شرط هذه الزيادات للتحرز من هذه الاقاويل فى كتاب الكفالة قال وكان ابن أبي ليلي لا يجوز الضمان بشئ مجهول غير سمي كقوله ما كان لك عليه من حق فهو علىّ أو ما قضى لك القاضي عليه فهو على لانه يلزم المال بعقد معتمد تمام الرضا فمع الجهالة المتفاحشة لا يصح التزامه بمنزلة الالتزام بسائر المعاوضات وبيان الجهالة المتفاحشة هنا انه مجهول الجنس والقدر والصفة ولا جهالة أبلغ من هذا ولكنا نقول الجهالة هنا لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفضى الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضى الى تمكن المنازعة فان الطالب لا يطالب الكفيل الا بما ثبت له علي الاصيل ولا تمكن المنازعة بعد ماثبت له الحق على الاصيل بالحجة أو بعد ماقضى القاضى به عليه ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالاقرار فانه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل علي الطالب وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار فكذلك جهالة المكفول به ثم ذكر مسئلة الكفالة عن الميت المفلس وبينا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وقد بيناها وقال علي قول أبي حنيفة ان كان ترك الاصيل شيأ ضمن الكفيل بقدر ما ترك لان صحة الضمان عنده باعتبار الوفاء على معنى انه يجعل المال خلفا عن الذمة فى بقاء الواجب باعتباره لان المال محل صالح لقضاء الدين منه والوجوب غير مطلوب لعينه بل للاستيفاء فان مابقي من المال فى ذمة الاصيل بقدر ما يصلح أن يكون تركة خلفا وصحة الكفالة باعتبار بقاء المال فى ذمة الاصيل فى أحكام الدنيا فلهذا لا يصح ضمانه الا بقدر تركة الاصيل * وقال ابن أبي ليلى كفالة العبد المأذون جائزة لان الكفالة من صنيع التجارة وهو منفك الحجر عنه فيما هو من صنيع التجار ولانه التزام بعوض فان الكفيل يرجع علي الاصيل بما يؤدى والعبد المأذون من أهل هذا النوع من الالتزام وقد جعل أبو حنيفة رحمه الله الكفالة من جنس التجارة فقال اذا كفل أحد المتفاوضين بمال يلزم شريكه فلما جعل فى حق المتفاوضين هذا

بمنزلة التجارة فكذلك فى حق العبد المأذون ولكنا نقول لا تصح كفالة المأذون فى حالة رقه لان الحاجز وهو الرق قائم وانما أصل الحجر عنه بالاذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فان التجار يتحرزون عن الكفالة غاية التحرز لهذا قيل الكفالة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة فبقى محجورا عنه على ما كان قبل الاذن ثم الكفالة بمنزلة الاقراض فانه تبرع فى الالتزام وان كان عند الاداء يرجع كما ان المقرض تبرع باداء المال وان كان له حق الرجوع فى المال والعبد المأذون لا يملك الاقراض فى حق مولاه فكذلك لا يملك الكفالة وهذا بخلاف المتعاوضين لان الكفالة فى الابتداء تبرع ولكن فى الانتهاء معاوضة ولا بد من تصحيحه من المعاوض الذى باشره وان كان تبرعا فاذا صح منه انقلب معاوضة فيطالب به الشريك اما هنا باعتبار كونه تبرعا لا يصح من العبد المأذون فى الابتداء فلا ينقلب معاوضة وقال ابن أبى ليلى اذا أفلس المحتال عليه رجع الطالب على المحيل وهو بناء على ماسبق ان عند ابن أبى ليلى التفليس والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه لان عنده بعد التفليس والحبس لا ينفذ عتق المديون فى عبده فيتحقق بالتوى بالتفليس علي قوله واذا توى المال علي المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام لا توى على مال أمرئ مسلم فأما علي قول أبى حنيفة التوى لا يتحقق لان التوى أن يهلك عين الشئ أو محله الذى كان قائما به والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الافلاس ببقاء الذمة محلا صالحا لالتزام الحقوق وانما يتأخر الاستيفاء بالافلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لان المال غاد ورائح بخلاف ما اذا مات فان محل الدين خرج من أن يكون صالحا لالتزام الحقوق وانما يتأخر الاستيفاء فى أحكام الدنيا بخلاف مالوجحد وحلف لان الدين هناك صار تاويا حكما حتى انقطع طريق الوصول اليه عن بينة أو اقرار الخصم وقال ابن أبى ليلي للوكيل أن يوكل بما وكل به اذا مرض أو أراد سفرا فأما اذا كان حاضرا صحيحا فلا وعندنا بمطلق الوكالة ليس له أن يوكل غيره الا أن يكون قال له ماصنعت من شئ فهو جائز فحينئذ يكون له أن يوكل غيره به سواء كان حاضرا صحيحا أو غائبا أو مريضا وجه قوله ان الوكيل بقبول الوكالة قد التزم اداء هذه الامانة وتحصيل مقصود الموكل فلا يملك أن ينيب غيره منابه فى ذلك الا فى حالة العذر من مرض أو سفر بمنزلة شاهد الاصل فانه لا يكون له أن يؤدى الشهادة بالثابت وهو شاهد الفرع الا عند السفر أو المرض فهذا

مثله ولكنا نقول الموكل انما رضى برأى الوكل فلا يكون له أن يقيم رأى غيره مقام رأي نفسه لان الناس يتفاوتون فى الرأى ومقصود الوكل لايحصل برأى غيره ثم العذر هنا لايتحقق بسفره ومرضه لان الموكل قادر علي النظر لنفسه وتحصيل مقصوده بمباشرته بخلاف شاهد الاصل فان العذر هناك يتحقق عند المرض والسفر لان صاحب الحق لايتمكن من احياء حقه بطريق آخر ولا يكون له أن يطالب شاهدى الاصل بالحضور لاداء الشهادة عند العذر فلهذا قبلت شهادة شهود الفرع علي شهادته فأما اذا قال ما صنعت من شئ فهو جائز فقد رضى هناك برأيه على العموم والتوكيل من رأيه وليس الوكيل فى هذا كالوصى لان لوصى قائم مقام الموصى وثبت له من الولاية ماكان ثابتاللموصى فيملك بولايته التوكيل والايصال الى الغير كما كان يملك الموصى ولهذا يستوى فيه حالة العذر وغير حالة العذر * وكان ابن أبي ليلى لايجوّز اقرار الوكيل على الموكل وهو قول زفر والشافعي وقد بينا المسئلة فى كتاب الوكالة * وقال ابن أبي ليلى تقبل الوكالة فى القصاص والحدود وانما أراد به فى الاستيفاء لافى الاثبات وعندنا لا تقبل الوكالة فى القصاص والحدود علي معنى لا يستوفى فى حال غيبة الموكل هو لكون القصاص محض حق العبد والتوكيل من صاحب الحق باستيفاء سائر حقوقه صحيح فكذلك باستيفاء القصاص والحد حق الله تعالى يقيمهما الامام عند ظهور السبب عنده وقد ظهر بخصومة الوكيل ولكنا نقول لو استوفى فى حال غيبة الموكل كان استيفاء مع تمكن الشبهة لانه يتوهم العفو عن الموكل فى القصاص والتصديق من المقذوف بالحد وما يندرئ بالشبهات لا يجوز استيفاؤه مع تمكن الشبهة بخلاف سائر الحقوق التى تثبت مع الشبهات ولئن كان المراد بهذا التوكيل الاثبات فقد بينا الاختلاف فى هذه المسئلة بين أصحابنا رحمهم الله فى كتاب الوكالة واذا كان لرجل على رجل مال وللمطلوب على الطالب مثله فهو قصاص عندنا وقال ابن أبي ليلى لايكون قصاصا حتى يتراضيا به اعتبارا للدين الذي لكل واحد منهما فى ذمة صاحبه بالعين التى لكل واحد منهما فى يد صاحبه ولو كان لرجل فى يد غيره مائة درهم وللآخر فى يده مثل ذلك لم يكن أحدهما قصاصا بالآخر وكان لكل واحد منهما أن يطالب صاحبه بملكه فهذا مثله بل أولى فان مبادلة العين بالعين صحيح ومبادلة الدين بالدين باطل فلا يمكن أن يجعل كل واحد منهما مستوفيا حقه بطريق المبادلة لانه مبادلة الدين بالدين ولا يمكن أن يجعل مستوفيا باعتبار انه عين حقه لان ما فى ذمته حق غيره

وحجتنا فى ذلك ان مطالبة كل واحد منهما صاحبه بدراهمه اشتغال بما لا يفيد لانه يستوفى من صاحبه ويرد عليه من ساعته ما كان له قبله ولا يجوز الاشتغال بما لا يفيد وهذا بخلاف العين لان فى الاعيان للناس أغراضا ولا يوجد مثل ذلك الغرض فى الدين فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا فائدة لواحد منهما فى مطالبة صاحبه هنا لان التفاوت بين المعنيين متحقق فى معنى من المعانى ولا يتحقق التفاوت بين الدينين اذا استويا من كل وجه وانما يتحقق التفاوت اذا اختلفا فى صفة الجودة والحلول ولا أحد يقول عند ذلك لا تقع المقاصة بينهما ومبادلة الدين بالدين انما تجوز فيما لا يحتاج الي قبض فى المجلس وهنا يحتاج الى القبض (ألا ترى) انهما لو تراضيا علي المقاصة كان جائزا ومبادلة الدين بالدين حرام شرعا وان وجد التراضى لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ واذا كتب الرجل على نفسه صك حق بعوض ثم أقام البينة ان أصله مضاربة لم تقبل بينته عندنا وقال ابن أبى ليلى أقبل بينته واجعله مضاربة كذلك لو أقر علي نفسه بمال فى صك حق من ثمن متاع ثم أقام البينة انه ربا لم تقبل بينته عندنا وكان ابن أبى ليلي يقبلها منه ويرده الى رأس المال والقياس ماقلنا لان قبول البينة ينبنى على صحة الدعوى وبعد ما أقر ان المال عليه قرضا لا يصح دعواه انه مضاربة لانه مناقض فى ذلك وبدون الدعوى لا تقبل البينة وكذلك بعد ما أقر ان المال واجب عليه من ثمن متاع لا يسمع دعواه انه ربا لكونه مناقضا فى ذلك فان الربا لا يكون واجبا عليه وبدون الدعوى لا تقبل بينته واستحسن ابن أبى ليلى رحمه الله فى الفصلين جميعا لانه وجد فى ذلك عرفا ظاهرا بين الناس انهم يكتبون القرض للاحتياط وان كانوا دفعوا المال مضاربة ويقرون بثمن المتاع وان كان أصل المعاملة قرضا والزيادة ربا شرط عليه فللعرف الظاهر قال تقبل بينته على ذلك ولكن هذا ليس بقوى فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول قوله مع يمينه لا دليل قبول بينته وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الاقرار فكذلك لا تقبل بينته ولو أقر بمال في صك حق من ثمن بيع ثم قال لم أقبض المبيع فقد بينا هذه المسئلة فى كتاب البيوع ان على قول أبى حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل وفى قول أبى يوسف الاول ان وصل صدق وان فصل لا يصدق ثم رجع فقال اذا فصل يسأل المقر له عن سبب وجوب المال فان أقر انه من ثمن بيع فالقول قول المقر انى لم أقبض المبيع وهو قول محمد وفى قول ابن أبى ليلي سواء فصل أم وصل فالقول قوله بانى لم أقبض المبيع ولا يلزمه شئ حتى يأتى

الطالب ببينة على قبض المتاع للعرف الظاهر ان المشترى يقر بوجوب الثمن عليه بعد البيع قبل القبض فلا يكون اقدامه علي الاقرار بذلك دليلا على قبضه المبيع فاذا قال لم أقبض فهو منكر للقبض بالحقيقة فالقول قوله مع يمينه وعلى الطالب البينة على تسليم المبيع ولكنا نقول اذ لم يكن المبيع معينا فثمنه لا يكون واجبا عليه الا بعد القبض وفى اقراره بوجوب المال عليه دليل الاقرار بالقبض فاذا قال بعد ذلك لم أقبض فهو مناقض فى كلامه واذا شهدت الشهود علي زنا قديم أو سرقة قديمة فعلى قولنا لا يقام الحد فى ذلك وعند ابن أبي ليلي يقام الحد وقد بينا المسئلة فى الحدود وفيه حديث عمر رضى الله عنه حيث قال أيما قوم شهدوا علي حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وعن ابن أبي ليلى فى حد السكر ان أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه لانعدام العلة الموجبة للحد ولكنا نقول الموجب للحد هو الشرب الى غاية السكر ولا ينعدم ذلك وان زال ما به من السكر الا عند أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فانهما يشترطا بقاء الرائحة لاقامة الحد عليه وعند محمد لا يشترط ذلك وقد بيناه فى الحدود واذا ادعي الرجل دينا على ميت شهد له به شاهدان ثم شهد هو وآخر على دين لرجل آخر فشهادتهما جائزة عندنا وعلى قول ابن أبي ليلي لا تجوز شهادته لان التركة مشغولة بحق الغرماء وهى كالمستحقة لهم بدينهم فهذا فى معنى شهادة أحد الشريكين لشريكه ولكنا نقول الغريم يتضرر بهذه الشهادة لان بدون هذه الشهادة كان هو أحق بالتركة والان يثبت لغيره المزاحمة معه فى التركة وفى هذا ضرر عليه وانما تتمكن التهمة فى شهادته اذا كان للشاهد منفعة فيها وأما اذا كان عليه ضرر فى شهادته فالتهمة لا تتمكن فيها فيجب قبول الشهادة وقد تقدم بيان نظائر هذه المسئلة فى الوصايا واذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات فشهد به عليه الشهود لم يحد عندنا ويحد في قول ابن أبي ليلى رحمه الله اعتبارا للاقرار بالزنا بالاقرار بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة كالقتل والقذف فكما ان هناك تقبل البينة على اقراره بذلك ويجعل الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فكذلك هنا ولكنا نقول الرجوع عن الاقرار صحيح فى باب الزنا والحدود التى هى محض حق الله تعالى (ألا ترى) ان ماعزا رضى الله عنه لما هرب ثم أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال عليه السلام هلا خليتم سبيله وانما قال ذلك لانه جعل هربه دليل رجوعه عن الاقرار فاذا ثبت ان الرجوع صحيح هنا قلنا البينة لا تقبل الا علي منكر وانكاره رجوع عما سبق من الاقرار لا محالة فانما شهد

الشهود على اقرار باطل وبه فارق القتل والقذف فالرجوع عن الاقرار فيهما لا يكون صحيحا * يوضحه ان الاقرار بالزنا في معنى الشهادة ولهذا يشترط فيه عدد الاربع ويصح الرجوع عنه بمنزلة الشهادة وكما ان الشهادة التى تقوم فى غير مجلس القضاء لا يقام بها الحدود فكذلك الاقرار عند غير القاضى لا يجوز اقامة الحد به واذا شهد قوم من أهل الكوفة ان ذلك الشاهد فاسق فان شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تقبل وترد شهادة الشاهد لان فسقه لو صار معلوما للقاضى بخبر المخبر رد شهادته فاذا صار معلوما له بشهادة الشهود أولى ولان الفسق مانع من العمل بشهادته بمنزلة الرق وكونه محدودا فى قذف ولو قامت البينة على ذلك لم يجز القضاء بشهادته فكذلك اذا شهد الشهود بفسقه وجه قولنا ان المقصود بهذه الشهادة النفى لا الاثبات والبينات للاثبات لا للنفى وبيان الوصف ان المقصود نفى وجوب العمل بشهادته وبه فارق الرق واقامة الحد عليه لان تلك البينة تقوم لاثبات الرق عليه ولاثبات فعل القاضى فى اقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكما يوضحه ان صفة الفسق ليست بصفة لازمة فان الفاسق اذا تاب لا يبقى فاسقا فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وانما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دون الشهادة فكان مجازفا فى هذه الشهادة بخلاف الرق واقامة الحد عليه فان ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك اذا كان قد علم سببه حقيقة ولان الفسق يثبت باسباب يختلف الناس فى بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد لسبب عنده ان ذلك فسق وعند القاضى ليس بفسق فلا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته انه فاسق بخلاف الرق واقامة الحد عليه واذا سافر المسلم فحضره الموت وأشهد علي وصيته رجلين من أهل الكتاب لم تجز شهادتهما عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تجوز شهادتهما وهو قول شريح رحمه الله فانه كان يقول لا تقبل شهادة أهل الكتاب علي المسلمين فى شئ الا فى الوصية ولا تقبل فى الوصية الا فى حالة السفر وقد نقل ذلك عن ابراهيم النخعى لظاهر قوله تعالى اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم يعنى من غير أهل دينكم بدليل قوله تعالي يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم ولكن نقل عن ابراهيم انه قال هذه الاية منسوخة نسخها قوله تعالي واشهدوا ذوى عدل منكم وقد نقل عن عكرمة ان المراد من قوله عز وجل أو آخران من غيركم أي من غير قبيلتكم وهذا لان العداوة بين القبائل فى الجاهلية كانت ظاهرة فبين الله تعالى انه لا معتبر بها بعد

الاسلام وان شهادة بعضهم على بعض مقبولة (ألا ترى) ان الله تعالى قال تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله وذلك انما يكون فى حق المسلمين الذين يصلون وقد صح الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى الا المسلمين فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والمعنى الذي لاجله لا تقبل شهادتهم علينا فى سائر الحقوق انقطاع ولايتهم عنا وهذا المعنى موجود فى الوصية والمعنى الذى لاجله لا تقبل شهادتهم على وصية المسلم فى غير حالة السفر موجود فى حالة السفر واذا اختلف الشاهدان فى المواطن التى شهدا فيها على عمل من قتل أو غصب لم تقبل شهادتهما ولا يعزران على ذلك عندنا وكان ابن أبى ليلى ربما ضربهما وعاقبهما لتمكن تهمة الكذب والمجازفة فى الشهادة ولكنا نقول لا ندرى أيهما الكاذب منهما فضرب كل واحد منهما عبث ولا بد من تقرر السبب فى حقه حتى يجوز الاقدام على ضربه وذلك لا يوجد فى حق كل واحد منهما وكذلك لو شهدا باكثر مما ادعى فعلى قول ابن أبى ليلى يؤدبان على ذلك لتهمة الكذب والمجازفة ولكنا نقول لعل المدعى هو الغالط والكاذب والشهود صادقون فى شهادتهم وبدون تقرر السبب لا تجب عليهم العقوبة وان كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعى اياهم واذا لم يطعن الخصم فى الشاهد فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يسأل عنه القاضي وعند ابن أبى ليلى يسأل عنه وهو قول أبى يوسف ومحمد لان السؤال عن الشهود لصيانة قضائه فانه ممنوع شرعا من القضاء بشهادة الفاسق وأبو حنيفة يقول العدالة ثابتة بظاهر الاسلام كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض فيعتمد القاضى هذا الظاهر مالم يطعن الخصم فاذا طعن اشتغل بالسؤال لان الظاهر من حال الطاعن انه لا يكذب أيضا فانه مسلم وقد بينا هذه المسئلة بفصولها فى أدب القاضي وشهادة الصبيان بعضهم على بعض لا تكون مقبولة عندنا وكان ابن أبى ليلى يجيزها فى الجراحات وتمزيق الثياب التى تكون بينهم فى الملاعب ما لم يتفرقوا فان كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم لان العدول قل ما يحضرون ملاعب الصبيان فكانت الضرورة داعية الى قبول شهادة بعضهم على بعض بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ولكن هذا مالم يتفرقوا فاما اذا تفرقوا وعادوا الى بيوتهم فانهم يلقنون الكذب هذا هو العادة فلا تقبل شهادتهم لذلك ولكنا نقول المعنى الذى لاجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية فان الصبي ليس من أهل الولاية على أحد وهذا المعنى موجود فى شهادة بعضهم على بعض

والضرورة التي اعتادوها لا تتحقق فانا أمرنا أن نمنعهم من الاجتماع للعب فتندفع هذه الضرورة بمنعنا اياهم عن ذلك ولا يستحلف المدعى شهوده عندنا وكان ابن أبي ليلي يقول عليه اليمين مع شهوده على قول على بن أبي طالب رضى الله عنه ولكنا لا نأخذ به لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين علي من أنكر فهذا دليل علي انه لا يمين فى جانب المدعى ولان التقسيم الذى ذكره صاحب الشرع عليه السلام دليل على انهما لا يجتمعان فى جانب واحد يعني البينة واليمين واذا لم يكن للمدعي شهود كان اليمين على المدعى عليه فان قال المدعى عليه أنا أرد اليمين فانه لا ترد اليمين عليه عندنا وقال ابن أبي ليلى اذا اتهمت المدعى رددت اليمين عليه فى دعوي الديون لانها مشروعة لدفع التهمة بها ولكنا نقول اليمين لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات مالم يكن وحاجة المدعى الى اثبات مالم يكن ثابتا واليمين لا تصلح حجة فى ذلك ثم هو مخالف للنص فان النبي صلي الله عليه وسلم قال للمدعى ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فهو تنصيص على انه لا يمين فى جانب المدعى قال وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يستحلف علي الصلح فى الميراث وغيره ونحن نقول أيضا يستحلف علي الصلح فى الميراث وغيره فاما أن يكون مراده من ذلك أنه كان يستحلف المدعى فيتحقق فيه الخلاف أو مراده انه كان يستحلف فى ذلك من غير طلب المدعى فيتحقق فيه الخلاف لان عندنا لا يستحلف فى ذلك من غير طلب فيتحقق فيه الخلاف لان عندنا لا يستحلف الا عند طلب المدعي فان اليمين حق المدعى بدليل ما روينا فيه فانما يستحلف عند طلبه أو يكون مراده انه يستحلف على الحكم فى الصلح فى الميراث وغيره وعندنا يستحلف على الثبات اذا كان يدعي عليه صلحا باشره لانه استحلاف على فعل نفسه فيكون على الثبات واذا مات الرجل وترك امرأة وولدا ولم يقر بحبل امرأته فجاءت بولد بعد موته بايام وشهدت امرأة على ولادتها لم يثبت نسبه فلم يرث فى قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يثبت نسبه وهو يرث وهو قول أبي يوسف ومحمد وقد تقدم بيان المسئلة فى كتاب الطلاق ان عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة فى اثبات النسب الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو اقرار من الزوج بالحبل وعند انعدام هذه المعانى لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة علي الولادة حجة تامة لاثبات النسب بدون هذه الشروط وقول ابن أبي ليلى رحمه الله كقولهما واذا كان للرجل عبدان ولدا فى ملكه

من أمته فأقر في صحته ان أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين لم يثبت نسب واحد منهما عندنا ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وكذلك الأمتان وكان ابن أبي ليلى يقول يثبت نسب أحدهما ويورثهما ميراث ابن واحد ويوجب علي كل واحد منهما السعاية فى نصف قيمته لان النسب مما لايحتمل الدفع بعد ثبوته فالاقرار به للمجهول صحيح كالعتق والطلاق فانه لو أقر بعتق أحد عبديه أو طلاق أحد المرأتين كان ذلك صحيحا والدليل عليه انه يعتق أحدهما فى هذا الموضع باتفاق وثبوت الحرية لا يكون الا بعد صحة الاقرار وهو انما أقر بالنسب فلو لم يصح اقراره بذلك لم تثبت الحرية لواحد منهما ثم قد يختلط ولده بولد أمته فلا يعرف ولده الذى هو ثابت النسب منه من ولد أمته فلو لم يصح اقراره مع هذه الجهالة أدي الى الحاق الضرر به ولكنا نقول النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لايصح ايجابه فى المجهول كالنكاح والبيع وهذا لان الايجاب فى المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان والنسب لايحتمل التعليق بسائر الاخطار فكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق الا أن اقراره وان لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبرا فى حق العتق بمنزلة مالو أقر لمن هو معروف النسب من الغير انه ابنه لايقبل اقراره وان لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبرا فى حق العتق بمنزلة مالو أقر لمن هو معروف النسب من الغير انه ابنه لايقبل اقراره وان لم يعتبر فى حق النسب فانه يكون معتبرا فى حق العتق تميز أحدهما بغير عينه وهو عتق فى الصحة فيسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وعند ابن أبي ليلي لما ثبت نسب أحدهما ثبت العتق أيضا وليس أحدهما بأولي من الآخر فيسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته ويرثان ميراث ابن واحد لثبوت نسب أحدهما واعتبر هذا بولد جارية بين رجلين ادعياه ثم مات الولد فانهما يرثانه ميراث أب واحد الا أن نقول هنالك هو ثابت النسب منهما كما قال عمر وعلى رضى الله عنهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وهنا لا نقول بان نسبهما ثابت منه ولا يمكن اثبات نسب أحدهما بغير عينه والميراث لايكون قبل ثبوت النسب (ألا تري) ان فى معروف النسب وان ثبت العتق باقراره لايثبت الميراث فكذلك هنا قال وكان ابن أبي ليلي لايورث مولى الموالاة شيأ وهو قول زيد بن ثابت وقد بينا المسئلة فى كتاب الفرائض واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولاحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك فعندنا هذه ليست بمفاوضة لكنها عنان عام وقال ابن أبي ليلي هي

مفاوضة والمال بينهما نصفان فبيننا وبينه اتفاق ان من شرط المفاوضة المساواة فى رأس المال وقلنا لما انعدم ماهو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكانهما باشرا شركة العنان ولقباها بلقب فاسد وهو يقول قصدا بصحيح المفاوضة ولا وجه لتصحيحهما الا بعد أن يصير أحدهما مملكا بعض رأس ماله من صاحبه ليستوى به فيجعل كانه وهب منه بعض رأس المال حتى يحصل مقصودهما بمنزلة مالو قال لغيره اعتق عبدك عني على ألف درهم يدرج التملك فى كلامه ليحصل مقصودهما وهذا مستقيم على أصله فانه يجوز هبة المتاع فيما يحتمل القسمة من الشريك وهذا لايجوز عندنا والظاهر انهما لم يقصداه لان اشتراط المساواة فى رأس المال فى هذه الشركة من دقائق العلوم لايعرفه الا الخواص من الناس وبين العلماء رحمهم الله فيه اختلاف فلعل المتعاقدين بنيا هذا العقد على قول من يرى جوازه مع التفاوت فى رأس المال ولا يجوز ابطال شئ من الملك على أحدهما بالاحتمال *

قال ابن أبي ليلي رحمه الله فى عبد بين رجلين كاتبه أحدهما بغير اذن شريكه فالمكاتبة جائزة وليس للشريك أن يردها لان المكاتبة توجب استحقاق الولاء والعتق فاذا نفذ من أحد الشريكين فى ملكه لا يجوز للآخر أن يبطله كحقيقة الاعتاق والكتابة بمنزلة البيع من حيث انه يعتمد الفسخ ويعتمد التراضى ولا يجوز الا بتسمية البدل فكما ان أحد الشريكين اذا باع نصيبه لم يكن للآخر أن يبطله فكذلك الكتابة وعندنا للآخر أن يرد الكتابة لان فى ابقاء هذا العقد ضررا على شريكه من حيث انه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد اداء بدل الكتابة ومن تصرف فى ملكه تصرفا يلحق الضرر بغيره فان ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه (ألا ترى) ان للشفيع أن يأخذ الشقص بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه وهذا العقد يحتمل الفسخ فقلنا يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه (ألا ترى) ان المكاتب اذا كسر نجما أو نجمين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وان المكاتب متى عجز عن اداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه وبه فارق حقيقة العتق فانه غير محتمل للفسخ فدفع الضرر عنه يكون بالتضمين هنالك وبه فارق البيع لانه لاضرر على الشريك فى ابقاء البيع فى نصيب الشريك فاذا أعتقه الشريك الآخر نفذ عتقه فى نصيبه عندنا لبقاء ملكه فى نصيبه بعد الكتابة على ما كان قبله وعند أبى ليلى لا ينفذ عتقه حتى ينظر ما يصنع المكاتب فان أدى بدل الكتابة عتق وعلى الذى كاتبه نصف قيمته والولاء

كله له لانه استحق ولاءه بعقد الكتابة فلا يملك الشريك ابطال هذا الاستحقاق عليه بالاعتاق كما لا يملكه بفسخ الكتابة عنده وهو بناء على أصله أن الكتابة لا تجزأ فاذا أدى البدل عتق الكل من جهته فصار ضامنا نصف قيمته لشريكه اما لانه يملك نصيب شريكه أو لانه أفسد على شريكه نصيبه وان عجز المكاتب نفذ العتق من الآخر حينئذ لان المانع قدزال وهو أن للمكاتب حق الولاء وعند أبي حنيفة الكتابة تجزأ فالمكاتب لم يصر مستحقا نصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك فى نصيبه ويسعى المكاتب فى بدل الكتابة وان شاء فى نصف قيمته للشريك الآخر وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزى * ولو أن مملوكا بين اثنين دبره أحدهما لم يكن للآخر أن يبيع حصته عندنا وله ذلك عند ابن أبي ليلي وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمتنع على الشريك أيضا بيع نصيبه اعتبارا لحق العتق بحقيقة العتق ولابن أبى ليلى أحد الطريقين اما أن يقال التدبير تعليق العتق بالشرط فلا يثبت به استحقاق العتق ولا يمتنع البيع فى نصيب المدبر ولا فى نصيب شريكه كما هو مذهب الشافعي أو يقول استحقاق العتق بالتدبير باعتبار أنه تعليق بمطلق الموت وهذا المعنى وجد فى حق المدبر خاصة فلا يظهر الاستحقاق فى حق الشريك ولكن يجعل فى حق الشريك هذا كالتعليق بسائر الشروط فلا يمتنع البيع وعلى هذا قال اذا دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر فالعتق جائز والتدبير باطل لان فى حق المعتق التدبير بمنزلة التعليق بشرط آخر والعتق عنده لا يتجزأ فينفذ العتق فى جميعه ومن ضرورة نفوذ العتق بطلان التدبير فيضمن المعتق نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا كما لو أعتقه قبل التدبير ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاد وقد قررنا هذا فى العتق كما أنه اذا نفذ الاستيلاد من أحدهما فى نصيبه لم يبطل ذلك باعتاق الاخر فكذلك اذا نفذ التدبير وهذا لان الولاء بالتدبير صار مستحقا له حتى اذا عتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكن الآخر من ابطال هذا الولاء عليه * واذا ورث أحد المتفاوضين مالا فهو له دون شريكه عندنا وقال ابن أبي ليلى هو بينهما نصفين لان مقتضى عقد المفاوضة الشركة بينهما فى الملك الذى يحدث لاحدهما بعده كما لو ملك أحدهما شيأ بسبب التجارة ولكنا نقول عقد المفاوضة انما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لان كل واحد منهما يكون وكيلا لصاحبه فى ذلك التصرف وهذا فى الارث لا يتحقق ثم الملك

بالميراث ليس بحادث فان الوراثة خلافة فيبقي للوارث الملك الذى كان ثابتا للمورث وسبب هذه الخلافة لم يوجد فى حق الشريك ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما فى الموهوب والموروث لبطلت فى نفسها لانها تصير فى معنى القمار والمخاطرة وذلك باطل شرعا واذا كان الموروث للوارث خاصة فان كان ذلك من النقود التى تصلح أن تكون رأس مال الشركة بطلت المفاوضة لوجود التفاوت فى رأس المال والطارئ بعد العتق قبل حصول المقصود به كالمقترن بالسبب * واذا كاتب الرجل عبدا وللعبد مال فماله لمولاه الا أن يشترطه المكاتب عندنا وقال ابن أبي ليلى المال للمكاتب لان المولى يعقد الكتابة بقصد تمكينه من التصرف ليؤدى بدل الكتابة من الكسب الحاصل بتصرفه ولا يتمكن من التصرف الا برأس المال فباعتبار هذا المعنى يجعل كأنه شرط له ما فى يده من المال بخلاف بيعه من غيره فالمقصود هناك تمليك العين وذلك حاصل وان لم يدخل ماله فى العقد وهو نظير الشرب والطريق يدخل فى الاجارة من غير ذكر لتحصيل مقصوده وهو الانتفاع وان كان لا يدخل فى البيع الا بالذكر وقيل فى تأويل قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ان المراد هذا وهو أن يترك له ما فى يده من الكسب ليتصرف فيه لكنا نقول ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى فى يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لان الاستحقاق بالعقد انما يثبت فيما يضاف اليه العقد وانما أضيف العقد هنا الى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما فى البيع ونحن نسلم أنه بعقد الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لمنافعه لا لماله وبعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا ثم يجوز فسخ الكتابة عند غير القاضى عندنا كما يجوز عقد الكتابة وعند ابن أبي ليلى لا يكون رد المكاتب فى الرق الا عند القاضى لانه ينبنى على العجز عنده اداء بدل الكتابة ولا يتحقق العجز الا بقضاء القاضى وقد بينا هذا فى كتاب المكاتب وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف انه لا يرد الى الرق حتى يجتمع عليه نجمان وقال ابن أبي ليلى كفالة المكاتب ونكاحه باطلان لان النكاح يعتمد الولاية والرق يبقى الولاية وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال وبطلان كفالته عنده ليس بطريق أنه يتبرع ولكن بطريق انعدام المحلية لان الكفالة التزام المال فى الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الاصل وقيام الرق فيه يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام المال في ذمته عنده فلهذا قال لا تنفذ

كفالته بعد ما عتق بخلاف الاعتاق والهبة فان ذلك منه موقوف عنده فان عتق باداء بدل الكتابة نفذ ذلك كله وان عجز فرد رقيقا بطل ذلك كله لانه قد ثبت له في كسبه حكم ملك وحقيقة الملك فيه موقوفة فان عتق تم له الملك بذلك السبب الذى باشره فنفذ تصرفه فان عجز تم الملك للمولى فتبين ان تصرفه لا فى ملك الغير فاما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق لان نفوذ هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينافى الاهلية لذلك وأما كفالته فلا تكون صحيحة ما لم يعتق فاذا عتق نفذ بمنزلة كفالة العبد فان ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب فى ذمة الرقيق الا شاغلا مالية رقبته وذلك حق المولى فباعتبار أن تصرفه لاقى محلا هو حقه كان صحيحا فى حقه وباعتبار أنه معلق بمالية المولى قلنا ثانية تؤخر المطالبة عنه الي حالة العتق ولو كفل انسان عنه ببدل الكتابة لمولاه لم يجز عندنا لان الكفالة تستدعى دينا صحيحا وقيام الرق يمنع وجوب دين صحيح للمولى علي مملوكه لانه التزام للمطالبة والمطالبة ببدل الكتابة لا تقوى فى حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه وعند ابن أبى ليلى الكفالة صحيحة بمنزلة التبرع بالاداء لان عنده الكفالة توجب أصل المال في ذمة الكفيل فكما يجوز أن يكون المتبرع مؤديا بدل الكتابة عن المكاتب من مال نفسه يجوز أن يكون ملتزما بدل الكتابة فى ذمة نفسه للمولى * رجل قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق عندنا وقال ابن أبى ليلى يعتق من مال البائع وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن فى اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصول الجزاء وعنده لا يشترط ويعتبر قيام الملك فى المحل بالاهلية فى المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى ان من قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم جن الحالف ثم وجد الشرط يقع الطلاق والعتاق ومعلوم أن تأثير الاهلية أكثر من تأثير الملك فى المحل فاما اذا كان يسقط اعتبار الاهلية عند وجود الشرط فلانه يسقط اعتبار الملك فى المحل أولى ولكنا نقول المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكما أن تنجيز العتق لا يصح الا عند قيام الملك فى المحل فكذلك بزوال الجزاء عند وجود الشرط الا أنه يصير كالمنجز بذلك الكلام السابق وذلك الكلام صح منه فى حال اقامته والجنون انما ينافى الاهلية للتكلم بالطلاق والعتاق علي وجه يكون ايقاعا فى حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال ان بعتك فأنت حر فهذا التعليق عنده صحيح لان الملك عند التعليق موجود ولا يشترط

وجود الملك عند وجود الشرط. على مذهبه وقد وجد الشرط. هنا بالبيع فيترك العتق بالسبب الذى صح منه قبل البيع ويصير به معلقا رقبته فيبطل البيع ويعتق من مال البائع وعندنا يشترط. قيام الملك فى المحل عند نزول الجزاء لان الايجاب انما يتصل بالمحل بعد وجود الشرط. والشرط. هنا هو البيع فاذا زال ملكه بالبيع فقد انعدم الملك فى المحل عند وجود الشرط. فينحل اليمين ولا يعتق العبد بل يبقى على ملك المشترى وعلى هذا الاصل لو قال لعبده ان كلمت فلانا فأنت حر ثم باعه ثم كلم فلانا أو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا ان كلمت فلانا ثم طلقها واحدة بائنة وانقضت عدتها ثم كلمت فلانا عندنا لا يقع الثلاث وعند ابن أبى ليلى يقع واذا استأجر دابة الى مكان فجاوز بها المكان ثم عطبت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الاجر وعلى قول ابن أبى ليلى ليس عليه شئ من الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان ولانه بالضمان ملك المضمون ولا يوجب عليه الاجر بسبب الانتفاع بملك نفسه ولكنا نقول لما انتهى الى ذلك المكان فقد انتهى العقد نهايته وتقرر الاجل دينا فى ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصبا ضامنا فلا يسقط عنه الاجر بذلك بمنزلة ما لو ردها على صاحبها ثم غصبها منه وهذا لان الملك بالضمان انما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاوزة والاجر انما لزمه بمقابلة منافع استوفاها قبل ذلك *واذا أدرك الرجل الامام وهو راكع فكبر معه ولم يركع حتى رفع رأسه فعندنا يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة وعند ابن أبى ليلى يركع ويسجد ويعتد بها لان حالة الركوع بمنزلة حالة القيام فان القائم انما يفارق القاعد فى استواء النصف الاسفل منه دون النصف الاعلى والراكع فى هذا والمنتصف سواء ولهذا لو ركع معه كان مدركا للركعة فكان ادراكه اياه فى حالة الركوع وادراكه فى حالة القيام سواء ولو أدركه قائما ثم سبقه الامام بالركوع والسجود فانه يتابعه يركع ويسجد ويكون مدركا للركعة فكذلك هنا ولكنا نقول شرط ادراك الركعة أن يشارك الامام فى حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما فى القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع فاذا أدركه قائما فقد شاركه فى حقيقة القيام وكان مدركا للركعة وأما اذا أدركه راكعا فهو لم يشاركه فى حقيقة القيام فلا بد من أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركا للركعة فاذا رفع الامام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما فى

القيام وفيما هو مشبه للقيام فلا يعتمد بتلك الركعة كما لو أدرك في السجود يوضحه ان المسبوق لا يمكنه أن يقضي مافاته قبل أن يشارك الامام فيما أدرك معه وذلك عمل بالمنسوخ فيكون مفسدا لصلاته فلهذا يسجد ولا يعتد بتلك الركعة فاما اذا ركع قبل أن يرفع الامام رأسه فهو مشارك للامام في القيام والركوع جميعا اما في الركوع فلا يشكل وفي القيام لان حالة الركوع كحالة القيام فبهذا الحرف يقع الفرق بين الفصلين * فاذا أهل الرجل بعمرة ثم أفسدها فقدم مكة فقضاها فانه يجزئه أن يقضيها من التنعيم عندنا وقال ابن أبي ليلى لا يجزئه أن يقضيها لامن وقت بلاده لانه انما يقضي مافاته فعليه أن يقضيها كما فاته ثم القضاء بصفة الاداء فاذا كان هو في اداء هذه العمرة انما أحرم لها من الميقات فكذلك في القضاء ولكنا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها فانها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارفضي عمرتك واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت ثم أمر أخاها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنه أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها ولان ما يلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالنذر ومن نذر عمرة فاداها من التنعيم خرج عن موجب نذره ولانه وصل الى مكة بالاحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل اليها باحرام صحيح فكما ان هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الاحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة ولا بأس بان يخرج الرجل من تراب الحرم وحجارته الي الحل عندنا وقال ابن أبي ليلى أكره ذلك لما روى عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما انهما كرها ذلك ولكنا نقول ماجاز الانتفاع به في الحرم يجوز اخراجه من الحرم كالنبات ومالا يجوز اخراجه من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد وبالاجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم فيكون له أيضا اخراج ذلك من الحرم وما روى عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه فانهم تعارفوا اخراج القدور من الحرم من غير نكير منكر واخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركوا بذلك وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهرا بخلافه فانه لا يكون حجة * وأما اذا اقتتل القوم فاجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة القبيلة الذين اقتتلوا جميعا واليه رجع أبو يوسف ذكرنا هنا قوله وقد بينا المسئلة في الديات * واذا قتل الرجل رجلا ضربه بعصا أو

حجر أو ضربه ضربات حتى مات من ذلك فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا قصاص بينهما وقال ابن أبي ليلى بينهما القصاص وهو قول أبي يوسف ومحمد اذا وقع موقع السلاح وقد بينا المسئلة فى الديات الا أن هناك يذكران عندهما انما يجب القصاص فى القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالاة لا يجب القصاص عندنا وانما يجب عند الشافعي وهنا نص على الخلاف فى هذا الفصل أيضا وهكذا ذكره الطحاوى رحمه الله وكان الطحاوى انما اعتمد هذه الرواية فيما أورده فى كتابه وهو الاصح فالمعتبر عندهما القصد الي القتل بما لا تطيق النفس احتماله والعصا الصغير مع الموالاة فى ذلك بمنزلة العصا الكبير * واذا عض رجل يد رجل فانتزع المعضوض يده من فم العاض فقلع شيأ من أسنانه فعندنا لا ضمان عليه فى السن وعند ابن أبي ليلى هو ضامن العضة لانه صار قالعا سنه بنزع اليد من فمه الا أنه معذور فى ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالخاطئ والمضطر (ألا ترى) انه لو جنى علي موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامنا فكذلك اذا نزع يده من فمه ولكنا نقول هو فيما صنع دافع للاذى غير مباشر للجناية فلا يكون ضامنا بمنزلة مالو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط فمات يوضحه ان صاحب السن هو الجانى بعضه يد غيره على وجه يسقط سنه بنزع اليد وهذا بخلاف ما اذا جنى على موضع آخر من جسده لان المعضوض يده هو المباشر لتلك الجناية من غير ضرورة فانه تمكن من دفع الاذى عن نفسه بنزع اليد من فمه فاذا اشتغل بالجناية علي جسده فى محل آخر كان ضامنا لذلك وهنا لا تمكن من دفع الاذى الا بنزع اليد من فمه * واذا قال الخصم للقاضى لا أقر ولا أنكر فان أبا حنيفة رحمة الله قال لا يجبره القاضى على ذلك ولكن يدعو المدعى بشهوده وقال ابن أبي ليلى لا أدعه حتى يقر أو ينكر لان الجواب مستحق عليه فاذا امتنع من ايفاء ماهو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضى على ايفائه بالحبس ثم شرط قبول البينة انكار المدعى عليه فلا بد أن يجبره القاضى حتى يجيب بالاقرار فيتوصل به المدعي الي حقه أو بالانكار فيتمكن من اثبات حقه بالبينة ولكنا نقول الانكار حق المنكر لانه يدفع به المدعى عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر علي الاتيان به ثم السكوت قائم مقام الانكار لان المنكر مانع والساكت كذلك والانكار منازعة بالقول وفى السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طولب به فيكون ذلك قائما مقام انكاره ويتمكن

المدعي من اثبات حقه بالبينة عند ذلك قال أبو يوسف ومحمد يستحلفه علي حق المدعي ويجبره انه يلزمه القضاء ان لم يحلف فان لم يحلف قضى عليه بالنكول وان حلف دعي المدعي شهوده فهما يجعلان سكوته أيضا بمنزلة انكاره الا ان علي قولهما اذا طلب المدعي يمين المدعى عليه استحلفه القاضي فان زعم المدعى ان له شهودا على حقه فعند أبي حنيفة انما يشتغل بالاستحلاف اذا قال المدعي لا بينة لي فأما اذا كانت له بينة لا يشتغل بالاستحلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعى ألك بينة قال لا فقال عليه السلام اذا لك يمينه ولانه انما يشتغل بالاستحلاف في موضع ينقطع المنازعة باليمين وانما يكون ذلك اذا لم يكن للمدعى بينة فأما اذا كان له بينة فالمنازعة لا تنقطع بالاستحلاف لان المدعى يقيم البينة بعده فليس في الاشتغال بالاستحلاف هنا فائدة قطع الخصومة وهما يقولان البينة واليمين كل واحد منهما حق المدعى فله في الاستحلاف مقصود صحيح وهو وصوله الى حقه في أقرب الاوقات لعلمه ان الخصم لا يحلف كاذبا فكان له أن يطلبه بذلك وعلي القاضي اجابته اليه (ألا ترى) أنه يسأله الجواب في الابتداء رجاء أن يقر فلا يحتاج الي اقامة البينة فكذلك له أن يستحلفه رجاء أن ينكل عن اليمين فلا يحتاج الي اقامة البينة واذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بالشهود علي الخرج منها فان ذلك مقبول منه عندنا وكان ابن أبي ليلي لا يقبله وتفسير ذلك أن يدعي قبله مالا فيقول ماله قبلي شئ ثم يقيم الطالب البينة علي ماله ويقيم الآخر البينة انه قد أوفاه فابن أبي ليلي يقول هو مناقض في دعواه الايفاء بعد انكاره أصل المال خصوصا اذا قال ما كان له علي ساقط وقبول البينة ينبني على دعوى صحيحة ومع التناقض لا تصح الدعوى (ألا ترى) انه لو قال ما كان له على شئ قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الايفاء بعد ذلك لهذا المعنى ولكنا نقول دعواه الايفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة اما باعتبار انه لا شئ عليه في الحال أو انه لم يكن عليه شئ قط لكنه ادعي مرة هذه الدعوى الباطله واستوفى المال بها فاذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوثق كان متمكنا من اثباتها بالبينة ثم الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم بخلاف ما اذا قال ما كان له علي شئ قط ولا أعرفه لان مع ذلك الزيادة في الانكار متعذر التوفيق بين كلاميه من الوجه الذي * قلنا واذا ادعى الرجل قبل رجل دعوى وقال عندي منها المخرج فليس هذا باقرار منه عندنا وقال ابن أبي ليلى هو اقرار لان المخرج منها انما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله أوفيتها اياه أو أبرأني منها سواء وذلك اقرار

باصل المال ولكنا نقول هو ادعى المخرج من دعواه لا من المال فلا يكون ذلك اقرارا بالمال صريحا ولا دلالة وهكذا يقول فى الابراء فانه لو قال أبرأنى من هذه الدعوى لا يكون ذلك اقرارا بالمال ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه ووجه الفساد غير متعين قد يكون ذلك ببيان انه ما كان واجبا قط وقد يكون ذلك ببيان المسقط بعد الوجوب ومع الاحتمال لا يجب المال * واذا أقر الرجل عند القاضى بشئ فلم يقض به ولم يثبته فى ديوانه ثم خوصم اليه فيه بعد ذلك فعندنا القاضى يقضى به اذا كان يذكره وعند ابن أبى ليلى لا يقضى بذلك عليه وان كان ذاكرا حتى يثبته فى ديوانه والقياس ماقلنا لان القاضي حين سمع اقراره بذلك كان له أن يقضى به لو طلب الخصم ذلك فكذلك بعد ما مضى علي ذلك مدة اذا كان القاضى يذكر ذلك والمقصود من الاثبات فى ديوانه ان يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فاذا كان ذاكرا فما هو المقصود حاصل ولكن استحسن ابن أبى ليلى رحمه الله وقال القاضى لكثرة اشتغاله ربما يشتبه عليه ذلك ولهذا يثبته فى ديوانه ليرجع اليه فينبغى له الشهود فاذا لم يثبته فى ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به الى الميل فعليه أن يحتاط فى ذلك ولا يقضى بمجرد كونه ذاكرا حتى يثبته فى ديوانه * واذا قال الرجل للرجل لست من بنى فلان وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم فلا حد عليه عندنا وقال ابن أبى ليلى عليه الحد وهذا بناء على الاصل الذى بيناه فى كتاب الحدود ان قوله لغيره لست من بنى فلان يكون قذفا لامه عندنا فاذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهى غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد وعند ابن أبى ليلي هذا قذف له فى نفسه لانه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته الى الزنا فكما انه لو نسبه الى الزنا يكون قاذفا له فكذلك اذا نفاه من أبيه يكون قاذفا له وهو محصن فى نفسه فعلى قاذفه الحد * ولو قال لرجل يا ابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه الحد عندنا لان المغلب فى حد القذف عندنا حق الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل باقامة حد واحد وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف وعند ابن أبى ليلى يضرب حدين لان عنده المغلب فى حد القذف حق العبد كما هو مذهب الشافعى وقد بينا هذا فى الحدود وذكر ان ابن أبى ليلى فعل ذلك فى مقام واحد فى المسجد وهذه هى المسئلة التى قال أبو حنيفة رحمه الله فيها ان القاضى أخطأ فيها فى سبع مواضع فان معتوهة كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له يا ابن الزانيين فأتى بها الى ابن أبى ليلى فاعترفت فأقام عليها

حدين فذكر ذلك لابي حنيفة فقال انه أخطأ فى سبع مواضع ثم فسر ذلك فقال نفى الحكم على اقرار المتوهة واقرارها هدر والزمها الحد والمتوهة ليست من أهل العقوبة وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه الا حد واحد وأقام حدين معا ومن اجتمع عليه حدان لا يوالى بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يبرأ ثم يقام الآخر واقام الحد فى المسجد وليس للامام أن يقيم الحد فى المسجد وضربها قائمة وانما تضرب المرأة قاعدة وضربها لا بحضرة وليها وانما يقام الحد علي المرأة بحضرة وليها حتى اذا انكشف شئ من بدنها فى اضطرابها ستر الولى ذلك عليها فانتشر بالكوفة أن القاضى أخطأ فى مسئلة واحدة فى سبع مواضع * واذا قال الرجل لامرأته لا حاجة لى فيك وأراد الطلاق لم تطلق عندنا وقال ابن أبي ليلى هي تطلق ثلاثا لانه نفى حاجته فيها علي الاطلاق وحقيقة ذلك اذا صارت محرمة عليه وأما ما دامت محللة فى حقه فله فيها حاجة طبعا أو شرعا لان النساء خلقن لحوائج الرجال اليهن فكان هذا وقوله أنت محرمة علي سواء ولكنا نقول قوله لا حاجة لى فيك بمنزلة قوله لا أشتهيك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك وليس فى شئ من هذه الالفاظ ما يدل على الطلاق والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلا والاصل فيه ما روى أن امرأة عرضت نفسها علي رسول الله صلي الله عليه وسلم فلم يرغبها رغبة فقال لا حاجة لي الى النساء الحديث ومعلوم أنه ما كان الطلاق من محتملات لفظه ذلك ولو قال لها أنت طالق ان شاء فلان وفلان غائب لا يدرى أحي هو أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك لم تطلق عندنا وقال ابن أبي ليلى هى طالق لانه لا يتحقق مشيئة فلان بعد موته ويبقى أصل الايقاع فيقع الطلاق ولكنا نقول التعليق بشرط لا يكون له تحقيقا للنفى فيخرج به كلامه من أن يكون ايقاعا وهذا لان التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون ايقاعا الى أن يوجد الشرط فاذا كان الشرط مما يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون ايقاعا الى أن يوجد الشرط واذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون ايقاعا أصلا * وكذلك اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال مولاه طلقها فهذا لا يكون اجازة للنكاح عندنا وعند ابن أبي ليلى هو اجازة لانه أمره بايقاع الطلاق والطلاق لا يقع الا بعد صحة النكاح ولكنا نقول قوله طلقها بمنزلة قوله فارقها أودعها أو اتركها أو خل سبيلها وشئ من هذا لا يكون اجازة للنكاح يوضحه أن الطلاق مشتق من الاطلاق وهو الارسال وفى اجازة النكاح اثبات القيد فالامر بالارسال لا

يكون اثباتا للقيد منه واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فى صحته فجحد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلفه القاضي علي ذلك فلاميراث لها منه عندنا لوجود الاقرار منها بارتفاع النكاح فى حالة الصحة ولانها تعلم أن سبب الارث غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة وعلى قول ابن أبي ليلي لها الميراث منه الا أن يقر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثا لان الزوج لما حلف وقضى القاضى بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكذيبا منه لها فى ذلك الاقرار والمقر متى صار مكذبا شرعا فى اقراره يبطل حكم ذلك الاقرار فلهذا كان لها الميراث الا أن يقر بعد موته اقرارا مستقبلا أنه كان طلقها ثلاثا ولكنا نقول القاضى بعد يمين الزوج لا يقضى بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقي ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها فى الدعوى (ألا ترى) أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة واذا تقرر هذا المعنى كان الاقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج فى الحكم سواء * واذ قال الزوج لامرأته ان ضممت اليك أخرى فأنت طالق واحدة فطلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التى حلف عليها فانها لا تطلق عندنا وقال ابن أبي ليلى تطلق لان عنده اليمين انعقد صحيحا فى الملك والشرط وجد فى الملك أيضا لان الشرط ضم امرأة أخري اليها وهذا الضم انما يتحقق اذا اجتمعتا فى نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها ولكنا نقول قوله ان ضممت اليك امرأة أخرى بمنزلة قوله ان تزوجت عليك وهذا لان ضم غيرها اليها انما يتحقق اذا تزوج الاخرى وهى فى نكاحه فأما اذا تزوج الاخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فانما ضمها هى الى الاخرى (ألا ترى) ان الشرع حرم ضم الامة الى الحرة فى النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الامة صحيحا بخلاف ما اذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة * ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ان شاء الله فدخلت الدار لم تطلق عندنا وهو قول ابن أبي ليلي أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه ولان الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة قال الله تعالى ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب علي ذلك والوعد من الانبياء كالعهد من غيرهم وقد قررنا هذا فى الايمان ولو قال أنت طالق ان شاء الله ولم يقل ان دخلت الدار فكذلك عندنا وقال ابن أبي ليلي يقع الطلاق هنا وكذلك العتاق وهذا لان الاستثناء انما يعمل عنده فى اليمين بالطلاق وبالعتاق

وقوله أنت طالق أو أنت حرة ليس بيمين ثم قوله ان شاء الله فى مثل هذا انما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق لان قوله أنت طالق أو أنت حرة ذكر وصف فيليق به معنى التحقيق ولا يليق به معنى التعليق ولكنا نقول قوله ان شاء الله تأثيره فى اخراج الكلام من أن يكون عزيمة والايقاع فى هـذا والتعليق سواء والاصل فيه قوله تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله * وقال أبو حنيفة لا بأس بنثر السكر والجوز واللوز فى العرس والختان وأخـذ ذلك اذا أذن لك أهله فيه وانما يكره من ذلك أن يأخذه بغير اذن أهله وبه نأخذ وكان ابن أبي ليلى يكره نثر ذلك وأن يؤخذ منه شئ وقد بينا هذا فى أول الكتاب والقياس ما ذهب اليه ابن أبي ليلي قال هذا تمليك من المجهول لانه لا يدرى من يأخذ وأى مقدار يأخذ والتمليك من المجهول باطل واذا بطل التمليك كان النثر تضييعا للمال ولكن تركنا هذا القياس بما روينا فيه من الآثار وفى التعامل الظاهر بين الناس انهم يفعلون ذلك ولم ينقل عن أحد أنه تحرز عن نثر ذلك أو عن تحرز أخذه وفى الاخذ بطريق القياس فى هذا ايقاع الناس فى الحرج وقد أمرنا بترك العسر لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وعلى هذا قلنا لا بأس بالشرب من ماء السقاية فقد يكون الواضع عند الوضع آذنا للناس بالتناول ولا بأس بالتناول مما لا يجرى بين الناس فيه الشح والظنة كالثوب ونحو ذلك فان من غرس الشجرة على ضفة نهر فى الطريق فالظاهر أنه آذن للناس فى الاصابة من ثمرها فيما لا يجرى فيـه الشح بين الناس فيجوز التناول منـه بهذا النوع من الظاهر وكذلك التقاط النوى وقشور الرمان وقد بينا بعض ذلك فى كتاب اللقطة قال وكان ابن أبى ليلي رحمه الله يكره النبيذ فى المزفت والنقير للنهى الوارد فى الباب وقال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس بذلك لورود النسخ وهو قوله عليه السلام كنت نهيتكم عن الشرب فى الدباء والمزفت فاشربوا فى الظروف ولا تشربوا سكرا وفى رواية فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه فلثبوت النسخ قلنا لا بأس بالشرب فى هذه الاوانى والله أعلم بالصواب

كتاب الشروط

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله اعلم بأن علم الشروط من آكد العلوم وأعظمها صنعة فان الله تعالى أمر

بالكتاب فى المعاملات فقال عز وجل اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالكتاب فى المعاملة بينه وبين من عامله وأمر بالكتاب فيما قلد فيه عماله من الامانة وأمر بالكتاب فى الصلح فيما بينه وبين المشركين والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا يتوصل الى ذلك الا بعلم الشروط فكان من آكد العلوم وفيه المنفعة من أوجه أحدها صيانة الاموال وقد أمرنا بصيانتها ونهينا عن اضاعتها والثانية قطع المنازعة فان الكتاب يصير حكما بين المتعاملين ويرجعان اليه عند المنازعة فيكون سببا لتسكين الفتنة ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه بذلك فيفتضح فى الناس والثالثة التحرز عن العقود الفاسدة لان المتعاملين ربما لا يهتديان الى الاسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها فيحملهما الكاتب على ذلك اذا رجعا اليه ليكتب والرابعة رفع الارتياب فقد يشتبه على المتعاملين اذا تطاول الزمان مقدار البدل ومقدار الاجل فاذا رجعا الى الكتاب لا يبقى لواحد منهما ريبة وكذلك بعد موتهما تقع الريبة لوارث كل واحد منهما بناء على ما ظهر من عادة أكثر الناس فى أنهم لا يؤدون الامانة على وجهها فعند الرجوع الى الكتاب لا تبقى الريبة بينهم فينبغى لكل أحد أن يصرف همته الى تعلم الشروط لعظم المنفعة فيها ولان الله تعالى عظمها بقوله جل جلاله ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فقد أضاف الله تعالى تعليم الشروط الى نفسه كما أضاف تعليم القرآن الى نفسه فقال عز وجل الرحمن علم القرآن وأضاف تعليم الرسول صلى الله عليه وسلم الى نفسه فقال جل جلاله وعلمك ما لم تكن تعلم وأبو حنيفة رحمه الله سبق العلماء رحمهم الله ببيان علم الشروط وبذلك يستدل على أن مذهبه أقوى المذاهب فانه يبعد أن يقال المبتدئ ببيان ما أخبر الله تعالى أنه هو المعلم له لم يكن على غير صواب ثم بدأ الكتاب فقال اذا أراد الرجل أن يشترى دارا كتب هذا ما اشترى فلان ابن فلان من فلان ابن فلان وبعض أهل الشروط رحمهم الله لم يستحسن هذا اللفظ وقال هذا اشارة الى البياض الذى كتب فيه فظاهره يوهم أن المشترى ذلك البياض ولكن ينبغي أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترى ولكنا نقول انما اختار أصحابنا رحمهم الله هذا اللفظ اقتداء بالكتاب والسنة فان الله تعالى قال هذا ما توعدون لكل أواب حفيظ ولم يقل هذا كتاب فيه ذكر ما توعدون ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم

من العداء عبدا كتب ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هودة الحنيفى ولا شك ان الاحسن ماوافق الكتاب والسنة ثم فى هذا ايجاز وحذف لما يحتاج اليه فكل أحد يعرف ان المراد هذا كتاب فيه ذكر ما اشترى وقوله فلان ابن فلان من فلان بن فلان انما يستقيم الاكتفاء بهذا على قول أبى يوسف فان عنده التعريف يتم بذكر اسم الرجل واسم أبيه فاما عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يتم التعريف الا بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده أو اسم أبيه وذكر قبيلته واحتج أبو يوسف بما روى فى صلح الحديبية كتب رسول الله صلي الله عليه وسلم هذا ما صالح محمد بن عبد الله وسهل ابن عمرو على أهل مكة فقد اكتفى بذكر اسم الاب والمعنى فيه أن التعريف يتم بما يمتاز به من غيره وبمجرد اسمه لايحصل ذلك فالمسمى بذلك الاسم كثير فى الناس فاذا ضم الى اسمه اسم أبيه يحصل المقصود باعتبار الظاهر فانه لا يتفق اسم رجلين واسم أبيهما الا نادرا فلا يعتبر ذلك النادر لبقاء ذلك مع ذكر اسم الجد فانه كما يتوهم اتفاق اسمين يتوهم اتفاق أسامى ثلاثة ويسقط اعتبار ذلك لانه مخالف للعادة فكذلك هذا وهما يستدلان بما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب هذا ما اشتري محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هودة ففى هذا دليل ان من كان مشهورا يكتفى فى تعريفه بذكر اسمه ونعته كما ذكر فى حق نفسه وان من لم يكن معروفا فاتمام تعريفه بذكر اسم أبيه واسم جده كما ذكره فى حق العداء ولا يعارض هذا حديث صلح الحديبية لان الصلح ما كان فى ذلك الوقت الا واحدا فكان لا يقع الالتباس فيه فيحتاج الى تمام التعريف (ألا ترى) انه فى نظره قد اكتفى بذكر الاسم أيضا وهو فيما كتبه لاكيدر بن عبد الملك فقال هذا ما كتب محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم لاكيدر حين أجاب الى الاسلام وخلع الانداد والاصنام ثم أتم الكتاب لانه ما كان يقع الاشتباه فى ذلك فاكتفى بذكر اسمه وفى المعاملة لما كان يقع الاشتباه ذكر اسم من عامله واسم أبيه واسم جده والدليل على أن تمام التعريف بما قلنا ان من له أب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له أبوان فى الاسلام ومن له أبوان فى الاسلام يكون كفؤا لمن له عشرة أباء فى الاسلام وقيل المعتبر مايتم به التعريف فى الاسلام وذلك يحصل بالاب والجد ولايحصل بالاب وحده وهذا لانه قد يتفق اسم رجلين واسم أبيهما فى العادة فلا يمتاز أحدهما من الآخر الا بذكر اسم الجد أو بذكر القبيلة والتعريف فى حق الغائب والميت بما يمتاز به عن

غيره فاذا كان تمام الامتياز بما قلنا كان على الكاتب أن يكتب ذلك ويكنيه فى الكتاب أيضا ان كان معروفا بكنيته وان كان له لقب لايغيظه ذلك ولا يشينه يذكر ذلك أيضا لزيادة التعريف فاما ذكر الصناعة ذكر الطحاوي عن أبى حنيفة رحمهما الله انه لا يعتبر ذلك فى التعريف لانه قد يتحول من صناعة الى صناعة قال الطحاوى رحمه الله وأما نحن فنعتبر ذلك كما اعتبر المالك فى حق المكاتب للتعريف أن يكتب مكاتب فلان وقد يتحول منه الى العتق ولكنا نقول مراد أبى حنيفة رحمه الله مما قال ليس ماذكره الطحاوى رحمه الله بل مراده انه ليس المقصود بالصناعات التعريف فلايذكر ذلك عند التعريف وانما يذكر مايكون المقصود به التعريف وهو الاسم والنسب وأما كتبه الحلية فهو حسن للمبالغة فى التعريف ولكن لايحصل به أصل التعريف لان الحلية تشبه الحلية كما ان النعمة تشبه النعمة ثم قال اشترى منه جميع الدار فى بني فلان وانما أعاد لفظة الشراء لان من عادة أهل اللسان انه اذا تخلل بين الخبر والمخبر عنه كلام آخر فانه يعاد الخبر للتأكيد وقوله جميع الدار للتأكيد أيضا فان المقصود يحصل بقوله الدار التى فى بنى فلان ولكن يتوهم أن يكون المراد بعضها فذكر الجميع لقطع هذا الوهم ثم كما لا بد من تعريف المتعاقدين لا بد من تعريف المشترى وتعريف المشترى اذا كان محدودا بذكر الحدود والبلدة الاأن فى ظاهر الرواية عندنا يبدأ بالاعم من ذلك وهو ذكر البلدة ثم المحلة ثم الحدود وأبو زيد البغدادي رحمه الله يذكر فى شروطه أن الاحسن أن يبدأ بالاخص من ذلك ثم يترقى الى الاعم بمنزلة التعريف بالنسب فانه يبدأ باسمه لانه أخص به ثم باسم أبيه ثم باسم جده ولكنا نقول العام يعرف بالخاص والخاص لايعرف بالعام فكانت البداية بالاعم أحسن لهذا المعنى وفى الحقيقة لافرق بين هذا وبين النسب فان هناك يبدأ باسمه لان ذلك أعم فالمسمى بذلك الاسم يكثر فى الناس عادة ثم بذكر اسم أبيه يصير أخص به ثم بذكر اسم جده يصير أخص فكذلك يبدأ بذكر البلدة ثم بذكر المحلة ليصير أخص ثم بذكر الحدود واذا ذكر الحدود فالاحسن أن يقول أحد حدودها ينتهى الى كذا وبعض أهل الشروط يكتب أحد حدودها لزيق كذا أو يلاصق كذا وانما ذكروا هذه الالفاظ لانه لو كتب أحد حدودها دار فلان ثم كتب اشتراها بحدودها دخلت الحدود فى البيع وذكر الطحاوى عن أبى حنيفة انه لا بأس بأن يكتب أحد حدودها الداخلة أو الطريق العام ثم يكتب اشتراها بحدودها لانه لا يسبق الى وهم أحد بهذا اللفظ لشراء الدجلة

وما يدخـل تحت البيع وقد روى عن محمد رحمه الله انه استحسن فى آخر عمره أن يكتب
أحدحدودها يلي كذا ولكن ماذ كرنا أحسن لان الشئ قد يلى الشئ وان كان لا يتصل به
قال عليه السـلام ليليني منكم أولو الارحام والنهى والمراد به القرب دون الاتصال فاذا قلنا
ينتهى الى كذا أو يلاصق كذا يفهم الاتصال من هذا اللفظ لا محالة ثم ذكر الحدود الاربعة للتحرز
عن الاختلاف وقد قال بعض العلماء رحمهم الله ان التعريف يحصل بذكر حد واحد وعن أبى
يوسف رحمه الله أنه يحصل بذكر حدين وعندنا يحصل بذكر ثلاث حدود وعلى قول زفر
لا يحصل الا بذكر الحدود الاربعة وقد بينا هذا فى الشهادات والكتاب يكتب على أحوط
الوجوه ويتحرز فيه عن مواضع الخلاف فلهذا يكتب فيه الحدود الاربعة ثم قال اشترى منه
هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا ومن أهل الشروط من يقول الاحسن أن يقول فى هذا
الكتاب وهو اختيار هلال وأبى يوسف بن خالد رحمهما الله لانه اذا قال فى كتابنا فظاهره
يوهم ان الكتاب مشترك بينهما فربما يحول البائع بين المشترى وبين الكتاب احتجاجا بهذا
اللفظ ولكنا نقول هذا مما لا يسبق الى الاوهام واللفظ المذكور فى الكتاب أقرب الى
موافقة كتاب الله تعالى هذا كتابنا ينطق عليكم بالحق ثم قال بحدودها كلها وعن أبى يوسف
ومحمد رحمه الله قال لا أرى أن يكتب بحدودها لان الحد غير المحدود والمشترى المحدود دون
الحد فاذا قال اشتراها بحدودها دخل فى العقد الحدود التى تسمى ولكنا نقول قد ذكرنا انه
اذا كتب أحـد حدودها ينتهى الي كذا فقوله اشتراها بحدودها ينصرف الى المنتهى دون
المنتهى اليه والمنتهى داخل فى العقد فيستقيم أن يكتب اشتراها بحدودها وعلى ماقاله أبو حنيفة
اذا كانت الحدود مما لا يدخـل تحت العقد فلا يسبق الى وهم أحد ذلك فيكتب اشتراها
بحدودها كلها وأرضها وبنائها وسـفلها وعلوها ومن أصحاب الشروط من يختار سفله وعلوه
وقالوا السفل والعلو للبناء لا للدار فالاحسن أن يكتب ومنها سفله وعلوه لان البناء مذكور
لكن الاول أحسن لانه ربما يكون فى الارض سرداب فاذا قال سـفله وعلوه لا يدخل
السرداب لان ذلك ليس ببناء والبناء مايكون على الارض فاذا قال سفلها وعلوها دخل جميع
ذلك فان قيل اذا قال سفلها وعلوها يدخل الهواء فى ظاهر هذا اللفظ وبيع الهواء لا يجوز
فيفسد به العقد قلنا هذا مما لا يسبق اليه وهم أحد ويعلم ان المراد ما يدخل تحت العقد دون
ما لا يدخل فيه ثم قال طريقها ومرافقها وذكر الطحاوى ان أكثر أهل الشروط يذكرون

الطريق والمختار عندنا تركه وكذلك المسيل لانهم ان ذكروا الطريق مطلقا يتناول ذلك الطريق العام الذى لا يجوزه وكذلك الميزاب ربما يصب فى جزء من طريق العامة فاذا أطلق ذلك يدخل فى البيع ما لا يجوز بيعه فيفسد به العقد وان كان قال وطريقها وسبيل مائها الذى من حقوقها فربما لا يكون للدار طريقا خاصا هو من حقوقها فيصير جامعا فى العقد بين المعدوم والموجود والاحسن أن لا يذكر الطريق والمسيل أصلا لان المقصود حاصل بذكر المرافق فانه ان كان لها طريق خاص أو مسيل ماء خاص دخل ذلك فى العقد بذكر المرافق وان لم يكن فانما ينصرف هذا اللفظ الى ماوراءهما من المرافق ثم قال وكل قليل وكثير هو فيها أو منها وعند أبي يوسف لا يكتب هذا اللفظ لانه اذا كتب هذا دخل فى العقد الامتعة الموضوعة فيها فان ذلك كله مما يحتمل البيع وعند زفر بذكر هذا اللفظ يدخل مايحتمل البيع وما لا يحتمل من زوجة أو ولد للبائع ومن حشرات هى فيها لانه من القليل والكثير التى فيها فزفر رحمه الله يعتبر حقيقة اللفظ وأبو يوسف يعتبر ما يكون صالحا للعقد محلا له لان قصد المتعاقدين ايراد العقد على مايكون محلا له قال محمد رحمه الله أري أن يقيد ذلك الكتاب فيقول بما هو فيها أو منها من حقوقها فبهذا القيد يتبين ان المراد مايكون من حقوق المبيع دون ما ليس من حقوقه من الامتعة الموضوعة فى الدار ثم فى هذا الكتاب يقول بكل قليل أو كثير هكذا ذكر فى كتاب الشفعة وفى كتاب الوقف قال بكل قليل أو كثير والذى ذكر هنا أحسن لان أو للشك وانما يدخل عند ذكر حرف أو أحد المذكورين لا كلاهما ثم قال وكل حق هو لها داخل فيها وخارج منها وذكر الطحاوي رحمه الله ان المختار عندنا أن يكتب بكل حق هو لها داخل فيها وكل حق هو لها خارج منها لانه اذا قال وخارج منها فانما يتناول هذا شيأ واحدا منعوتا بالنعتين جميعا وهذا لا يتصور والمشروط فى العقد خارج منها بخلاف قوله وكل كثير وقليل لان القليل جزء من الكثير فلا حاجة الى أن يقول بكل قليل وكل كثير وهنا الحقوق الداخلة غير الحقوق الخارجة فلهذا يذكرهما جميعا على نحو ما بينا ثم قال كذا بكذا درهما وزن سبعة وهذا اذا كان فى البلد نقدا واحدا فينصرف مطلق تسمية الدراهم الى ذلك النقد ويحتاج الى بيان مقداره وبيان وزنه انه وزن سبعة أي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وان كانت النقود مختلفة وكلها فى الرواج سواء فلا بد من بيان صفة الدراهم لان العقد لا يجوز بدونه ثم قال وقد نقده فلان الثمن كله وافيا وبرئ اليه منه لان

من العلماء رحمهم الله من يقول لا يستفيد المشتري البراءة بقبض البائع اذا لم ينقده المشتري فيكتب هذا اللفظ للتحرز عن قول ذلك القائل ثم قال فما أدرك فلان بن فلان من درك أبي في هذه الدار فعلي فلان ابن فلان خلاصه حتى يسلمه له وذكر أبو القاسم الصفار رحمه الله انه ينبغي أن يكتب الدرك على وجه الشرط فيقول على ان ما أدرك فلان لانه اذا كتب فما أدرك فلان يكون ذلك ابتداء كلام لا على وجه الشرط فيذكر على وجه الشرط ولكن الاول أصح لان الرجوع بالدرك لا يكون باعتبار الشرط ولكنه سواء شرط أو لم يشرط فحق الرجوع بالدرك ثابت وانما الاختلاف فيما يرجع به عند لحوق الدرك على ما نبينه فى موضعه وقد روى عن أبي يوسف ان الاحسن أن يكتب فما أدرك من يحق له الرجوع من درك ولا يسمى المشتري لجواز أن يلحق الدرك بعد موته فانما يكون الرجوع لوارثه ولكنا نقول حق الرجوع بالدرك يثبت بالعقد فانما يثبت لمن باشر العقد والدرك هو الاستحقاق الذي يسبق العقد فاما الاستحقاق بسبب يعترض بعد العقد لا يسمى دركا وبالسبب الذى يسبق العقد فانما يلحق الدرك المشتري حيا كان أو ميتا فلهذا كتب فما أدرك فلان بن فلان من درك فى هذه الدار ومن أهل الشروط من يزيد من درهم فما فوقها تحرزا عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله ان ضمان الدرك لا يصح الا بتسمية المقدار فللتحرز عن قوله يكتبون هذه الزيادة ثم قال فعلي فلان ابن فلان خلاصه حتى يسلمه له معناه يرد عليه ثمن ما لحق الدرك فيه فهو المراد بالخلاص عندنا على ما نبينه ثم قال شهد أى شهد عليه الشهود المسمون ومن أهل الشروط من يكتب هذا اللفظ فى أول الكتاب فيقول هذا ما شهد عليه الشهود والاحسن عندنا أن يذكره فى الكتاب لان الشهود انما تكون شهادتهم فى آخر الكتاب فالاحسن ذكر هذا اللفظ فى الموضع الذى يثبت الشهود فيه أساميهم فان أخذ منه كفيلا بالدرك كتب فما أدرك فلان من درك فى هذه الدار فعلي فلان ابن فلان وفلان ابن فلان خلاص ذلك وانما اخترنا لفظ الدرك دون لفظ العهدة كما يكتبه بعض أهل الشروط فما لحقه فى ذلك من عهدة لان العهدة عند بعضهم اسم للصك وعند بعضهم اسم للعقد الذى جرى بينهما فاخترنا لفظ الدرك لهذا والمراد بالخلاص المذكور رد الثمن عند استحقاق المبيع عندنا وهو قول شريح رحمه الله فانه كان يقول من شرط الخلاص فهو أحمق سلم ما بعت أو رد ما قبضت ولا خلاص وكان سوار بن عبد الله القاضي رحمه الله يجوز اشتراط الخلاص ويقول ان عجز البائع عن تسليم المبيع فعليه تسليم مثله فيماله مثل

وتسليم قيمته فيما لامثل له اذا شرط الخلاص وقد روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما قضيا بالخلاص وكان عبد الله بن الحسن القاضي رحمه الله يقول عليه أن يخلص المبيع من يد المستحق بما يقدر عليه بتسليمه الى المشترى اذا شرط الخلاص وهذا كله غير صحيح عندنا لان التزام ما لا يقدر علي بتسليمه بالعقد لا يصح فاما عليه تسليم المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان عجز عنه ومن العلماء رحمهم الله من يقول ان أقر البائع ان المبيع غير مملوك له واشترط الخلاص فعليه تسليمه أو تسليم مثله عند الاستحقاق فان زعم انه ملكه فعليه رد الثمن عند الاستحقاق ثم ينبغى أن يكتب فى ضمان الدرك من غير أن يكون ذلك شرطا بينهمافى العقد لانه اذا شرط كفالة انسان بالدرك ففي القياس يفسد به العقد وفى الاستحسان اذا كان فلان حاضرا فى المجلس وكفل يصح وان كان غائبا عن المجلس لا يصح فللتحرز عن ذلك يكتب من غير أن يكون ذلك شرطا فى العقد ويكتب وكل واحد منهما ضامن لجميع ماأدرك فلان فيها وأيهما شاء فلان يأخذه بذلك تحرزا عن قول ابن أبى ليلى انمطلق الكفالة يوجب براءة الاصيل ويكتب ان شاء آخذهما جميعا وان شاء آخذأحدهما تحرزا عن قول ابن شبرمة فان علي قوله بعد مااختار مطالبة أحدهماليس له أن يطالب الآخر فيكتب من شاء وكما شاء تحرزا من قول بعض العلماء انه بعد مااختار مطالبة أحدهما ليس له أن يطالب الآخر الا أن يتوى حقه على الذى طالبه به ثم يكتب حتى يسلما له هذه الدار أو يرداعليه ثمنها وهو كذا درهما فيكون ذلك تفسيرا للخلاص وليحصل به التحرز عن قول ابن أبى ليلي رحمه الله ان الكفالة بالمال المجهول لاتصح ثم تفسير الدرك أن يستحق المبيع كله أو بعضه فاما اذا هلك قبل التسليم أو وجد به عيبا فرده فهذا لا يكون دركا حتى لا يرجع علي ضامن الدرك بشئ الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا باع جارية من انسان وضمن له آخر تسليمها فهلكت فانه يكون له أن يرجع علي الضامن بالثمن لان الضامن بهذا اللفظ التزم ماهو مستحق علي البائع والمستحق علي البائع تسليم المبيع بالمال فان عجز عنه يرد الثمن فالضامن بهذا اللفظ يكون ملتزما ذلك أيضا وان ضمن الدرك فحينئذ لا يكون عليه رد الثمن وان كان المشترى منه رجلين فاراد أن يضمن كل واحد منهما ما أدركه فيه كتب فلان وفلان كفيلان ضامنان لما أدرك فلان من درك فى هذه الدار وكل واحد منهما كفيل ضامن لما أدرك فلان من درك فلان فيها وأهل الشروط رحمهم الله يقولون يريد فى هذا الكتاب اشترى منهما صفقة واحدة

لان حكم العقد يختلف بالشراء من رجلين فى اتحاد الصفقة واختلاف الصفقة ويكتب أيضا وكان العقد من كل واحد منهما باذن صاحبه فان على قول بعض العلماء ينصرف ايجاب كل واحد منهما عند الاطلاق الى نصيبه ونصيب صاحبه فاذا لم يكتب هذه الزيادة عند الاطلاق لا ينفذ عقده عنده فى نصيب صاحبه ويكتب على ان كل واحد منهما ضامن له مايلحقه من العهدة أوما أدركه فيه من درك لان العلماء رحمهم الله يختلفون فى أن الرجوع بالعهدة يكون على الوكيل أوعلى الموكل وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه يكون بمنزلة الوكيل باعتبار اذن صاحبه فللتحرز عن هذه الاقاويل يكتب هذه الزيادة وان لم يقل كفيل ضامن فهو مستقيم أيضا بقوله فما أدرك فلان من درك فيها ان شاء آخذهما بذلك جميعاوان شاء آخذ أحدهما حتى يسلما له الدار أو يردا عليه الثمن وهو كذا كذا درهما فان هذا تفسير للكفالة والضمان وبعد ما صرح بمعنى العقد فلا معنى للتصريح بلفظ العقد * وان اشترى منزلا فى دار كتب حدود الدار ثم ذكر حدود المنزل وموضعه من الدار انه على يمين الداخل أو على يساره أو مقابله ووصف فيما يذكر من حقوق طريقه فى ساحة الدار الى باب الدار الاعظم مسلما والاحوط أن يبين عرض الطريق وطوله فمن العلماء رحمهم الله من يقول اذا لم يبين ذلك فسد العقد لجهالة مقدار الطريق وعندنا لا يفسد العقد لان ذلك معلوم بطريق العرف ولكن الاحوط ذكره للتحرز ولو كتب المقصورة وهو منزل عليه حجرة على حدة فهذا مستقيم أيضا وكذلك لو كتب المسكن أو كتب الحجرة والابيات التى فيها وهى كذا كذا بيتا فذلك كله مستقيم وهو تفسير للمنزل ثم يبين بعد هذا مايدخل فى العقد بدون ذكر الحقوق ومالا يدخل الا بذكر الحقوق وفى الحاصل هذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فان اشترى دارا ولم يقل بكل حق هو لها كان له بناؤها والجذوع والابواب وغير ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط فيدخل فيه السفل والعلو فاما الظلة التى على الهواء أحد جانبيها على حائط الدار والجانب الآخر على حائط دار الجار فعند أبى حنيفة لا تدخل الا بذكر الحقوق وعند أبي يوسف ومحمد اذا كانت مفتحة فى الدار فهو داخل فى العقد بدون ذكر الحقوق والطريق الخاص لهذا الدار فى دار قوم لايدخل الا بذكر الحقوق وعن أبى يوسف انه يدخل أيضا كالظلة وفى الامالى فرق بينهما فقال الظلة تدخل فاما الطريق الخاص أو مسيل خاص فى دار قوم لايدخل الا بذكر الحقوق والطريق التى فى السكة العظمى لهذه الدار داخل وان لم يذكر

الحقوق وان اشترى منزلا فان قال بحقوقه دخل فيه العلو وان لم يذكر ذلك لم يدخل العلو وان اشترى بيتا لم يدخل العلو سواء ذكر الحقوق أو لم يذكرها ما لم ينص على العلو والسفل لان البيت اسم لمسقف واحد يبات فيه والعلو فى هذا كالسفل فلا يكون أحدهما من حقوق الآخر ومرافقه وأما المنزل فهو الموضع الذي يسكنه المرء بأهله وثقله والاصل فى ذلك السفل ولكن تمام مرافقه بالعلو فان ذكر الحقوق والمرافق دخل فيه العلو والا فلا ثم المنزل دون الدار وفوق البيت فلكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو اذا أطلق اسم المنزل ولكونه فوق البيت قلنا بانه يدخل اذا ذكر الحقوق أو المرافق * وان اشترى نصيبا من الدار غير مسمى فهو باطل لان المعقود عليه مجهول جهالة تفضى الي المنازعة وان اشترى أذرعا مسماة من الدار لم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يجوز وتذرع الدار فيكون المشترى شريكا بتلك الاذرع المسماة ان كانت ذرعان الدار أكثر من ذلك وان كانت أقل فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه الا أن يكون سمي لكل ذراع ثمنا فحينئذ يأخذ كل ذراع بالثمن المسمى وقد بينا هذا فى البيوع والمأذون وان اشتري نصيب البائع من الدار فان كانا يعلمان ذلك أو يعلمه المشترى جاز العقد وان كان المشترى لا يعلم ذلك لم يجز فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف يجوز للمشترى الخيار اذا علم نصيب البائع وقول محمد مضطرب ذكر هنا مع أبى يوسف وقد تقدم بيانها فى آخر الشفعة فان كان سمى ربعا أو ثلثا أو سهما من كذا كذا سهما فذلك جائز وكذلك ان سمى كذا اجزأ من كذا جزأ بعد الثلث أو كذا سهما من كذا سهما بعد الربع فهذا كله جائز وان سمى كذا ذراعا من كذا ذراعا من دار لم يجز فى قول أبى حنيفة وجاز عندهما وكذلك ان سمى كذا جريبا من كذا جريبا لان الجريب معلوم المقدار بالذراع فكان تسميته كتسمية الذراع وعندهما تسمية الذراع كتسمية السهم لان ذراعا من ذراعين نصف الدر وذراعا من عشرة أذرع عشر الدار وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع اسم لجزء معلوم يقع عليه الذرع وذلك يتفاوت بتفاوت جانب الدار فبعض الجوانب يكون عامرا وبعضها غامرا وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة فبطل العقد بها وقال يكتب فى شراء نصيب دار من امرأة اشترى جميع نصيبها من هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا وهو كذا سهما من كذا سهما من جميع هذه الدار بحدوده كله وأرضه وبنائه وطريقه ومرافقه وكل قليل أو كثير هو فيه أو منه قلت لم كتبه بحدوده وأرضه ولم

يثبت بحدودها وأرضها كما فى الكتاب المتقدم قال لان النصيب مذكر فلما أضفته اليه ذكرته
وان كتب بحدودها أرضها فهو جائز لان عند ذلك تكون الاضافة الى الدار وهى مؤنثة
والاول أحبهما الى وأوضحهما فان المشترى النصيب دون الدار وذكر هذه الاشياء
لبيان المشترى وحقوقه واذا اشترى منزلا فى دار وفوقه منزل واشترط كل حق هو له
وكان العلو لغيره فهو بالخيار ان شاء أخذ السفل وان شاء تركه لان اشتراط كل حق فى
المنزل اشتراط العلو فكأنه شرط العلو أيضا فاذا ظهر استحقاق العلو فقد تغير عليه شرط
عقده فكان له الخيار فى الباقى بخلاف ما اذا لم يشترط كل حق هو له واذا اشترى البيت سواء
ذكر كل حق أو لم يذكر لا يدخل العلو فاذا استحق العلو لم يكن له خيار في السفلى وفي
الدار سواء ذكر كل حق أو لم يذكر اذا استحق العلو أو بعضه يخير فيما بقى لان ذلك داخل
فى العقد بمطلق اسم الدار وان كان للدار طريق خاص في دار انسان فمنع صاحب تلك الدار
الطريق فالقول قوله الا أن يقيم البائع البينة فحينئذ يثبت له استحقاق الطريق فان كان ذكر
الحقوق والمرافق كان ذلك للمشترى وان عجز البائع عن اقامة حق البينة يثبت للمشترى حق
الفسخ لانه تغير عليه شرط عقده وان كان طريق دار أخرى للبائع فى هذه الدار فاذا لم
يذكرها لم يستحق البائع ذلك لانه أوجب للمشترى ما كان له من الملك فى هذه البقعة
فيدخل فيه الطريق وغير الطريق الا أن يستثنى الطريق بخلاف ما اذا كان الطريق لغير
البائع فان البائع انما أوجب للمشترى ما هو حقه الا أن يكون المشترى غير عالم لم يكن
الطريق لغيره فحينئذ الخيار للمشترى لان هذا يعد فى الناس عيبا وينتقص باعتباره الثمن
فان اشترى بيت سفل فى دار ليس له علو كتب اشترى منه جميع البيت الذى كان فى الدار
التى فى بنى فلان أحد حدود هذا البيت فيذكر حدوده لان البيت فى الدار كما أن الدار فى
المحلة فكما أن فى شراء الدار ينبغى له أن يذكر المحلة ففى شراء البيت لا بد من اعلام الدار
التى فيها البيت واعلامها بذكر حدودها ثم العقد يتناول بقعة معلومة من الدار وهو موضع
البيت فلا بد من اعلام ذلك على وجه لا يتمكن بينهما المنازعة واعلامه بذكر حدوده ثم
يكتب اشترى منه هذا البيت الذى حددنا فى هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا بحدوده
كله وأرضه وبنائه وطريقه فى ساحة الدار الى باب الدار الاعظم مسلما لان المشترى بيت وهو
مذكر فيقول بحدوده كله ويذكر طريقه فى ساحة الدار لان ذلك لا يدخل بالذكر

والانتفاع من حيث السكنى والبيتوتة لا يتأتى الا بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله أرى أن يكتب الحدود الحد الاول من قبل القبلة دار فلان والحد الثاني في شرقي الدار دار فلان والحد الثالث دبر القبلة دار فلان والحد الرابع الغربي دار فلان لان جهة القبلة أشرف الجهات فالبداية أولى منها وان شاء بدأ بالغربي ودار عليها وان شاء بدأ بالذى هو دبر القبلة ثم سمي الذى يليه وهو قول محمد رحمه الله أيضا وان لم يكتب ذلك أيضا لم يضره لان المقصود هو الاعلام وبذكر الحدود صار معلوما وان لم يقل من قبل القبلة أو دبر القبلة والكلام فى قوله أحد حدودها دار فلان وانتهى الى دار فلان أو لزيق دار فلان كما بينا وان كان المشترى بيتا علوا فى الدار ليس له سفل كتب اشترى منه البيت الذي فى علو الدار التى فى بنى فلان ويذكر حدود الدار ثم يقول وهذا البيت على البيت الذي من هذه الدار فى موضع كذا لانه قد ينهدم ذلك البيت فيحتاج المشترى الى اعادته ولا يتمكن من ذلك الا بعد أن يكون موضعه من الدار معلوما واعلام موضعه باعلام موضع البيت الذى هذا علوه فيكتب وهو علو سفله لفلان أحد حدود البيت الذى هذا البيت عليه والرابع أنه ليس للعلو حدود وانما الحدود للسفل وذكر الطحاوى رحمه الله قال هذا اذا لم يكن حول هذا العلو حجرة فان كان ذلك فعليه أن يذكر حدود العلو أيضا لان المبيع هو العلو وانما يثبت اعلام المبيع بذكر حدوده فان أمكن ذلك فلابد من ذكر حدود المبيع ثم يكتب اشترى منه هذا البيت الذى حددنا سفله فى هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا بحدوده كله وأرضه وبنائه وطريقه فى الدرج وفى ساحة الدار الى باب الدار الاعظم والى علو البيت مسلما قالوا وينبغي أن يبين موضع الدرج من الدار أيضا لان ذلك ينقل من موضع الي موضع فربما ينتفع به صاحب العلو فى جانب ويتضرر به فى جانب آخر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله نرى أن يكتب وقد نقد فلان بن فلان الثمن كله وقبضه فلان منه وهو كذا درهما لان من العلماء من يقول لا يجبر البائع على قبض الثمن اذا نقده المشترى ولا يستفيد المشترى بالبراءة ما لم يقبضه البائع منه فللتحرز عن هذا القول تذكر هذه الزيادة وان كان بيت فوقه بيت فاشتراهما جميعا كتب اشترى منه بيتين من الدار التى فى بنى فلان أحدهما فوق الآخر لان مطلق اسم البيتين يتناول بيتين متلاصقين كل واحد منهما اسفل فيذكر أحدهما فوق الآخر ويكتب هذا البنيان من هذه الدار من موضع كذا أحد حدود البيت الاسفل كذا لان الحدود للبيت

السفل وبذكرها يصير العلو معلوما ثم يكتب اشترى منه هذين البيتين اللذين حددنا أسفلهما في هذه الدار المحدودة في كتابنا هذا بحدودهما كلاهما وأرضهما وبنائهما وطريقهما في الدرج وفي ساحة الدار ويحد به علي ما وصفنا لان كل واحد من البيتين أصل هنا لا يدخل في العقد الا بالذكر فلابد من أن يسميهما عند ذكر الحدود والمرافق * واذا اشترى دارا من رجلين وهي صحراء كتب اشترى منهما الدار التي في بني فلان أحد حدودها والرابع اشترى منهما هذه الدار المحدودة في كتابنا هذا وهي صحراء ليس فيها بناء لان اسم الدار يتناول الصحراء كما يتناول المبنى بدليل مسئلة الايمان اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء كان حانثا في يمينه ولكن في العرف انما يفهم المبنى عند اطلاق الاسم وربما يبنيهما المشترى فيستحق بناءه فاما أن يفسخ العقد أو يرجع بقيمة البناء فاذا لم يبين في صك الشراء انها كانت يومئذ صحراء ربما يقضي القاضي له بذلك بناء علي العرف الظاهر فلهذا يكتب هذه الزيادة في هذا الكتاب قال وقال أبو يوسف ومحمد نرى أن يكتب في الضمان قيمة البناء يعني اذا اشترى هذا وضمن له انسان الدرك ينبغي أن يذكر في آخر الكتاب وكل واحد منهما كفيل ضامن بجميع ما أدرك في هذه الدار وقيمة ما بني فيها من بناء من بين كذا الى كذا درهما وانما استحسن التنصيص علي قيمة البناء في الضمان لاختلاف العلماء رحمهم الله فان على قول أهل المدينة عند الاستحقاق المشترى لا يرجع بقيمة البناء الذي بناه على البائع الا أن يكون البائع أمره بالبناء وعلى قول الشافعي لا يرجع بقيمة البناء والاشجار الا اذا ضمن البائع له ذلك نصا لان البناء ليس بمتولد من عين المبيع وانما يثبت حكم الغرور في المبيع وفيما يكون متولدا منه كالاول وعندنا يرجع بقيمة البناء من غير شرط باعتبار ان مطلق العقد يقتضي صفة السلامة ولا عيب فوق الاستحقاق والبائع بمطلق العقد يصير ضامنا للمشترى قرار البناء فاذا لم يسلم له ذلك كان له أن يرجع بقيمة البناء فللتحرز عن هذا الخلاف يكتب ضمان قيمة البناء وينص أيضا على مقدار ذلك بقوله ما بين كذا الى كذا درهما لان على قول ابن أبي ليلى الكفالة بالمجهول لا تصح فكان بيان المقدار في الوثيقة للتحرز عن ذلك ثم قال الى كذا درهما بقيمة عدل يوم يستحق الدار من يده لان حق الرجوع انما يثبت له بقيمة البناء عند الاستحقاق فان المستحق ينقض بناءه فانه يسلم النقض الي البائع ويرجع عليه بقيمة البناء مبنيا وقت الاستحقاق وانما يرجع بقيمة عدل وهو ما فوق الوكس ودون الشطط ومن أهل

الشروط رحمهم الله من استحسن أيضا أن يكتب وذلك البناء قائم يستحق من ذلك لان المشترى قد يبنى ثم ينهدم البناء قبل الاستحقاق فعند الاستحقاق لا يرجع بقيمة ما انهدم من البناء الذي أحدثه فيكتب وذلك البناء قائم فيما يستحق من ذلك ولا يقول فى هذه الدار لانه قد يستحق نصف الدار فانما يكون رجوعه بقيمة نصف البناء عند ذلك وان كان علي قول مالك العقد يبطل كله باستحقاق النصف ويكون له أن يرجع بقيمة جميع البناء ولكن هذا فاسد عندنا فان الرجوع بحكم الاستحقاق فانما يثبت بمقدار ما يوجد فيه الاستحقاق فلهذا يكتب بقيمة ما يستحق من ذلك وبعض أهل الشروط يكتب قيمة البناء والغرس وغير ذلك وهذا غير مستحق عندنا لانه يتناول هذا اللفظ مالا رجوع له من مرمة ليست بعين مال أو حفر فان المشترى انما يرجع بقيمة البناء باعتبار انه يسلم النقض الى البائع ولا ينافى ذلك فى هذه الاشياء فاشتراطه فى العقد يفسد العقد حتى لو قالوا لو حفر بئرا فى الدار وطواها فالحفر ليس من البناء في شئ والعلو من البناء فيكون له أن يرجع بقيمة ما هو بناء مطوي ويكتب بعض أهل الشروط الرجوع بما انفق فى البناء وهذا مستحسن عندنا فان رجوع المشترى بقيمة البناء باعتبار انه يملك النقض من البائع وهذا المعنى لا يوجد فيه لانه أنفقه لنفسه علي ملكه فلا يرجع به عند الاستحقاق فلهذا كان المختار اللفظ الذي ذكره محمد رحمه الله فى الكتاب وانما يكتب ان كل واحد منهما ضامن لجميع ذلك لانه لو لم يكتب هذا رجع علي كل واحد من البائعين بنصف قيمة البناء فان كل واحد منهم انما باعه النصف وانما ضمن له السلامة باعتبار عقده فلمعنى النظر للمشترى يكتب هذا اللفظ حتى يكون له أن يرجع على أيهما شاء بجميع قيمة البناء لان فى النصف هو بائع وفى النصف الآخر هو ضامن عن صاحبه ويكون ضمانه كضمان أجنبي آخر وان اشترى بيتين متفرقين فى دار واحدة أحدهما علو والآخر سفل كتب اشترى منه بيتين فى الدار التى فى بني فلان أحد حدود هذه الدار التى فيها هذان البيتان والرابع وأحد هذين البيتين فى موضع كذا من هذه الدار من سفل علوه له لان أحد حدود البيت السفل فيذكر حدوده ثم يذكر حدود البيت الآخر علو سفله لفلان ويحد البيت السفل فيذكر حدوده ثم يجريه علي ما وصفنا وقد بينا هذا فى السفل المشترى وحده والعلو المشترى وحده بدون السفل فكذلك اذا اشترى سفل بيت وعلو بيت آخر وهما فى دار واحدة فلا بد من اعلام كل واحد منهما بذكر الموضع والتحديد واعلام العلو

وبتحديد السفل اذا لم يكن حول العلو بناء وان كان فتحديده ممكن فى نفسه على ما فسره الطحاوى رحمه الله وان اشترى منه طريقا فى دار كتب اشترى منه طريقا من الدار التى فى بنى فلان ويحددها وهذا الطريق من هذه الدار ما بين موضع كذا من دار فلان التى الى جانب هذه الدار الى باب هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا عرض هذا الطريق عرض باب الدار لانه لا بد من اعلام المعقود عليه واعلام الطريق بذكر طوله وعرضه ثم يكتب اشترى منه هذا الطريق الذى ضمنا فى هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا بحدوده كلها وأرضه مسلما الى باب الدار وقد استحسن بعض أهل الشروط أن يبين ذلك بالذرع طولا وعرضا لان فى قوله عرضه عرض باب الدار بعض الابهام فقد يبدل بالباب باب آخر ولكن يجوز محمد رحمه الله بهذا القدر من الابهام لان عرض باب الدار طريق متفق عليه وعند المنازعة يرد المختلف فيه الى المتفق عليه والمقصود من الطريق التطرق وهذا المقصود انما يتم اذا كان الطريق بقدر عرض باب الدار فان ما لا يدخل فى ذلك الباب لا يمكنه أن يحمله فى الطريق قال ولو لم يسم عرض الطريق كان يجوز أيضا لهذا المعنى وهو ان التسمية للرجوع اليه وقطع المنازعة به عند الحاجة وهذا حاصل بمعرفة باب الدار فلا حاجة الى ذكر ذلك وان كان على هذا الطريق علوا لغيره ينبغى أن يكتب علوه لفلان لقطع المنازعة فان بمطلق التسمية يستحق المشترى ذلك الموضع من الارض فربما ينقض العلو الذى للغير عليه أو يمنع صاحب العلو من أن يبنى عليه علوا بعد الانهدام * وان اشترى حائطا كتب اشترى منه الحائط التى فى الدار الذى فى بنى فلان وهذا الحائط من هذه الدار فى موضع كذا ما بين كذا الى كذا عرضه كذا لان بتناول الطول والعرض يصير المشترى وهو البناء وموضعه من الارض معلوما ثم يقول اشترى منه هذا الحائط الذى سمينا بحدوده كله أرضه وبنائه لانه اذا لم ينص على ذلك دخل فيه اختلاف شبهه العلماء دخول الاصل فى البيع وان اشترى دارا غير بيت فيها كتب اشترى منه الدار التى فى بنى فلان غير بيت واحد من هذه الدار وطريقه وهذا البيت من هذه الدار من موضع كذا وعين حدوده لان البيت المستثنى باق على ملك البائع ولا يمكنه الانتفاع به الا بالطريق اليه فى حاجة الدار فاذا لم يذكر الطريق فيما يستثنى تضرر البائع فى تسليم المعقود عليه لانه يتعذر عليه الانتفاع بما ليس بمعقود عليه وذلك مفسد للعقد فلهذا يقول غير هذا البيت وطريقه الى باب الدار الاعظم ثم يكتب فى آخره وقد رأى

فلان هذا البيت وعرفه لئلا يكون له الخيار اذا رآه لانه لما لم ير المستثنى تمكن به جهالة فى صفة المعقود عليه فان بيوت الدار تختلف فى المنفعة والمالية ولهذا لو اشترى بيتا من الدار بغير عينه لا يجوز واذا اشترى بيتا لم يره كان له الخيار وان كان قد رآى ما سواه من البيوت فكذلك اذا رآى المستثنى بيتا لم يره كان له الخيار فى الباقى وان اشترى منزلا فى دار ونصف ساحة تلك الدار ونصف مخرجها والطريق كتب اشترى منه منزلا فى الدار التى فى بنى فلان واشتري منه أيضا نصف ساحة هذه الدار ونصف مخرج فيها سوى هذا المنزل ثم يحدد هذا الدار ثم يكتب وهذا المنزل من هذه الدار فى موضع كذا ويذكر حدود المنزل ثم يكتب وهذا المخرج من هذه الدار فى موضع كذا ويذكر حدوده ثم يذكر حدود ساحة الدار لان العقد يتناول كل ذلك اما كله أو بعضه فلا بد من أن يحدد جميع ذلك ثم يكتب اشترى منه هذا المنزل الذى حددنا ونصف هذا المخرج ونصف ساحة هذه الدار بحدودها كلها وأرضها وبنائها وطريقها الى باب الدار والي المخرج مسلما ثم يجريه علي ماوصفنا * وان اشترى دارا بناؤها للمشترى يكتب على رسم مالو اشتراها كلها الا انه لا يكتب وبناءها لان البناء مملوكا له وشراؤه انما يتناول ملك البائع لا ملك نفسه ومن أهل الشروط من يقول الاحسن أن يكتب اشترى أرض دار بناؤها للمشترى لان اسم الدار مطلقا فى العرف يتناول المسمى والاولى أن يستعمل أخص الالفاظ فيما يرجع الى اعلام المشترى * وان اشترى نصف دار ونصفها الآخر للمشترى وأراد أن يبينه كتب اشترى منه نصف الدار التى فى بني فلان وهذه الدار التى نصفها لفلان أحد حدودها والرابع وانما يذكر حدود جميع الدار وان كان المشترى نصفها لان تحديد نصف الدار غير ممكن وان اشترى دارا لغيره وأراد أن يكتب اسمه فى الشراء كتب اشترى فلان لفلان من فلان وأكثر أهل الشروط رحمهم الله يكتبون اشترى لفلان بامره وماله وذلك غير مستحسن عندنا لان الثمن بالشراء يجب فى ذمة المشترى فلا يتصور أن يكون مشتريا بمال الغير لان ما يجب فى ذمته بعقده لا يتصور أن يكون مالا للغير ثم فى هذا ضرر علي البائع لان الموكل اذا حضر وأنكر الوكالة كان له أن يسترد المال من البائع لاقرار البائع ان المال له ثم هو يحتاج الى الرجوع على المشترى بالثمن وربما لا يقدر على ذلك قال الطحاوى رحمه الله وفيه افساد آخر أيضا وهو على أن قول زفر والشافعى النفوذ يتعين فى العقد فاذا أنكر الموكل الامر ورجع

بدراهمه انفسخ العقد فلهذا لم يذكر محمد رحمه الله هـذه الرواية وانما ذكر اشترى فلان لفلان من فلان ويجرى الكتاب على رسمه الى أن يكتب فى آخره فما أدرك فلان بن فلان من درك فيما اشترى له فلان فعلى فلان خلاصه حتى يسلمه له فقد ذكر ضمان الدرك للوكيل لان الوكيل بالعقد فيما هو من حقوق العقد ينزل منزلة العاقد لنفسه ولكن انما ذكر هذا لان الوكيل بالتسليم يخرج من الوسط فالاستحقاق بعد ذلك يكون للموكل والدرك انما يلحق الموكل (ألا ترى) انه ليس للمستحق الخصومة مع الوكيل بعد التسليم وذكر الخصاف أن محمد بن الحسن رحمه الله حين كان بالرقة كتب للرشيد كتابا بهذه الصفة وكتب فما أدرك أمير المؤمنين من درك فعلى فلان خلاصه حتى يسلمه له أو يرد الثمن على المشترى وهو فلان فقال له بعض من حضر المجلس من أصحابه لماذا كتبت الدرك للمشترى له فقال هكذا كتب أبو حنيفة رحمه الله فقال اذا كتب الدرك له فلماذا لم تكتب رد الثمن عليه قال لان رد الثمن عند الاستحقاق انما يكون على من وجب عليه الثمن بالعقد والثمن بالعقد وجب على الوكيل دون الموكل فكذلك الرد يكون عليه عند الاستحقاق قيل فان كتب كاتب أو يرد الثمن على المشترى له قال أكره ذلك ولا أفسد به العقد وكأنه سلك فى هذا طريقة الاستحسان على قياس الوكيل بالبيع اذا قبض الموكل الثمن بنفسه فان كتب كاتب فما أدرك فلان المشتري قال أكره ذلك أيضا ولا أفسد به العقد لان الدرك قد يلحق الوكيل قبل أن يسلمه الى الموكل ولكن لو كتب فى ضمان قيمة البناء أنه ضامن لقيمة ما يبني المشترى كان ذلك يفسد العقد لان الوكيل فى البناء فى هذه الدار كأجنبي آخر فانه ليس له أن يبني بدون رضا الموكل فاشتراط ضمان بنائه فى العقد كاشتراط ضمان أجنبي آخر وذلك مفسد للعقد * وان اشترى دارا فيها حمام كتب على نحو ما وصفنا فى شراء الدار والدارين قال ويسمى فيها قدر الحمام وهذا تنصيص على أن قدر الحمام لا تدخل فى العقد من غير شرط بخلاف الابواب والسرر المركبة فى شراء الدار لان القدر لا يركب فى موضعه ليكون على البناء ولكنه يوضع على الابواب ويطين ما حوله لكيلا يخرج النار والدخان من جوانبه وهو بمنزلة المتاع الموضوع لا يدخل الا بالتسمية وأكثر أصحاب الشروط رحمهم الله يكتبون بعد ذكر الحمام بحدودها وقدرها وآنيتها وملقى رمادها وشرافاتها وبئرها والبكرة والدلو والرشاء التى فيها ومستنقع ما فيها من حقوقها وبعض هـذا دخل فى العقد من غير ذكر ولكنهم يذكرونه للمبالغة في

ذكر ما يختص به الحمام من سائر المحدودات وان اشترى دارا من ثلاثة نفر لاحدهم نصفها وللآخرين النصف كتب بعد ذكر الحدود اشترى منهم هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا من فلان كذا ومن فلان كذا لان الانصباء قد تفاوتت والحكم يختلف باختلاف ذلك يعنى فيما يستوجب كل واحد منهم الثمن . فيما يكون للمشترى فيما يستوجب كل واحد منهم من الثمن وفيما يكون للمشترى من حق الرجوع على كل واحد منهم عند لحوق الدرك فلا بد من ذكر نصيب كل واحد منهم نفسه ثم يكتب وقد نقدهم الثمن كله وبرئ اليهم منه فقبض فلان من ذلك كذا وفلان كذا لان عند الاستحقاق انما يرجع على كل واحد منهم بما نقده من الثمن لانه لو لم يفسره بكذا ربما يدعي صاحب النصف أنه لم يصل اليه الا ثلث الثمن ويحتج بمطلق اقراره فانه نقدهم الثمن ثم قال فما أدرك فلان من ذلك فى هذه الدار فعلى فلان وفلان خلاص ذلك على قدر انصبائهم التى اشترى منهم حتى يسلموه له على قدر ما اشترى منهم وان اشترى ثلاثة نفر من واحد كتب اشتروا منه هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا اشتري منه فلان كذا وفلان كذا وهذا على ما عليه العادة من اعادة الخبر اذا تخلل بينه وبين المخبر عنه كلام آخر فيكتب اشترى منه فلان كذا وفلان كذا ويكتب وقد نقده الثمن كله وافيا من اموالهم على قدر انصبائهم التى اشتروا منه نقد فلان من ذلك كذا وفلان كذا وفلان كذا وبرءوا اليه منه فصار لفلان من هذه الدار كذا ولفلان كذا ولفلان كذا فما أدركهم من ذلك فى ذلك فعلى فلان خلاص ذلك الى آخره وان اشترى دارا لابنه الصغير كتب اشترى فلان لابنه فلان وأهل الشروط رحمهم الله يكتبون اشترى لابنه الصغير بماله وبولايته عليه مميزا لماله وقد بينا فى الشراء للغير ان الاحسن أن لا يذكر المال فكذلك فى الشراء لابنه واتفق أهل الشروط هنا على انه يكتب اسم الاب قبل اسم الابن وفى الشراء للغير منهم من يقدم اسم الموكل فيكتب اشترى لفلان فلان ومنهم من يقدم اسم المشترى فيكتب اشترى فلان لفلان الوكيل ولكن يكتب اشترى لفلان الآمر بامره فلان بن فلان وأهل الشروط يزيدون فى هذا الكتاب عند ذكر الثمن وهو ثمن مثل هذه الدار ولم يذكر محمد رحمه الله هذه الزيادة لان أهل الشروط بنوا على انه اشترى بمال الصغير فذكروا هذه الزيادة لان الشراء بماله بغبن فاحش لا ينفذ عليه ومحمد رحمه الله لم يذكر ماله أصلا فلهذا لم يتعرض لهذه

الزيادة فى الابتداء الا أنه ذكر فى آخره وقد نقدفلان الثمن كله وافيا من مال ابنه فلان وانما ذكر هذا ليكون فيه نظر للولد فربما يدعى الاب انه نقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه أو يدعى ذلك سائر الورثة بعد موته ويكون القول قولهم فلهذا ذكر هذه الزيادة ويكتب وهو يومئذ صغير فى عيال أبيه لان من العلماء رحمهم الله من يقول اذا لم يكن الولد فى عياله فليس له ولاية التصرف فى ماله وان كان الولد صغيرا فللتحرز عن ذلك يكتب هذه الزيادة ثم يكتب فما أدرك فلانا من درك فيما اشترى له فلان فعلى فلان خلاصه لان بعد بلوغ الولد انما يلحق الابن دون الاب وقد استحسن بعضهم أن يكتب هنا وفى الشراء للغير أيضا وقد وكل فلان يعنى المشترى فلانا بالخصومة فيما يلحقه من العهدة فى هذه الدار اما وكالة مطلقة فى الدار فى الحال أو مضافة الى مابعد البلوغ فى حق الولد ويزيدون أيضا على انه كلما عزله فهو وكيل من جهته توكيلا جديدا وفى هذا النوع احتياط للموكل وللابن فانه اذا دفعت الحاجة الى الخصومة بالعيب لا يتمكن الموكل ولا الابن من خصومة البائع وربما يكون المشترى غائبا أو حاضرا ويمتنع من مباشرة الخصومة بنفسه قد ذكر هذا التوكيل لكيلا يتعذر على المشترى له الوصول الي حقه واذا باع رجل داره من ابنه وهو صغير فى عياله كتب هذا كتاب من فلان بن فلان لفلان بن فلان ابنه انى بعتك الدار التى فى بنى فلان ويحددها ويجري الكتاب علي الرسم بكذا درهما وقبضت الثمن كله منك وبرئت الىّ منه وأنت يومئذ صغير فى عيالى فما أدركك من ذلك فى هذه الدار فعلىّ خلاصه وفى هذا تنصيص علي ان الاب لايحتاج الى لفظين فى البيع من ولده لنفسه ويحكى عن أبى على الشاشى رحمه الله انه كان يقول يحتاج الي ذلك لانه فى جانب الولد فيما يعامل نفسه فيكون نائبا ولا يكون كالمباشر للعقد حتى أن العهدة بعد البلوغ فيه تكون علي الولد بخلاف مايعامل غيره فان الاب فيه مباشر للعقد والعهدة عليه بعد بلوغ الولد وهو فى لفظ واحد لايصلح أنْ يكون مباشرا للعقد وسفيرا فلا بد من لفظ هو يكون مباشرا فيه من جانب نفسه ومن لفظ آخر يكون هو سفيرا فيه عن الابن بخلاف المولي يزوج وليته ممن هو وليه فالعاقد فى النكاح يكون بمنزلة السفير من الجانبين وهو باللفظ الواحد يستقيم أن يكون سفيرا عن جماعة ولكن الاصح ماذكره محمد رحمه الله وقد أشار اليه فى الزيادات أيضا انه فى البيع يتم بقوله بعت منه بكذا وفى الشراء يتم بقوله اشتريت منه بكذا لان اللفظ الذى به يلتزم العهدة ويكون مباشرا

يكون أقوى من اللفظ الذى يكون سفيرا والقوي ينتظم الضعيف ولا يظهر فى مقابلته ففي حق من يكون مباشرا يسقط اعتبار اللفظ الذي يكون به معبرا عن غيره فى العقد حتى قالوا لو ذكر اللفظ الذي هو سفير فيه فقال اشتريت منى هذه الدار بكذا وفى الشراء قال بعت هذه الدار لابنى من نفسى لا يتم لان الضعيف لا ينتظم القوى فلا بد من التصريح باللفظ الذى به يلتزم العهدة وذلك فى البيع بالايجاب وفى الشراء بالقبول قال وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان فى الرسم لفلان فكل شئ أضفته اليه فاجعله بالكاف ولا تجعله بالياء واذا كان الكتاب من رجل فكل شيء أضفته اليه فاجعله بالياء ولا تجعله بالكاف والصواب فاجعله بالهاء ومعني هذا الكلام انه اذا كتب هذا الكتاب من فلان بن فلان يكتب انى قد بعتك وكذلك مابعده كله بالكاف واذا كتب هذا الكتاب من رجل لابنه فلان ابن فلان انه باع منه فيذكر هذا وما بعده بالهاء واذا اشترى رجل دارا بدين له علي البائع كتب هذا كتاب لفلان بن فلان انه كان لك علي هذا كذا درهما وهو جميع ماكان لك علىّ وانى بعتك بذلك كله الدار التى فى بنى فلان ويجريه علي الرسم حتى يقول بجميع الدين الذى لك علىّ وهو كذا درهما ولا يكتب وقد قبضته منك ولكن يكتب وقد برئت الىّ من الثمن كله ولم يستحسن بعض أهل الشروط هذا اللفظ أيضا وقالوا هذا اقرار بالقبض وفى الشراء بالدين يسقط الدين اذا تم الشراء الا أن يصير المديون قابضا له لانه لا يجوز أن يكون قابضا دين الغير من نفسه ولكنا نقول لا يجوز أن يكون قابضا دين الغير من نفسه للغير ولكن يجوز أن يكون قابضا لنفسه فيجعله قابضا الثمن لنفسه ولكن قبض حكمى لا حسى فيكتب وقد برئت الىّ من الثمن كله ولا يكتب وقد قبضته منك لان ذلك عبارة عن القبض الحسى ثم يكتب وقد قبضت هذه الدار منى وقد برئت اليك منها وبرئت أنا مما كان لك علىّ من الدين وهذه زيادة لا يحتاج اليها ولكن من الالفاظ ما جرى الرسم بذكره للتأكيد فيذكر محمد رحمه الله بعض تلك الالفاظ كما هو عادة أهل الشروط فان أراد الذي عليه الدين أن يكتب براءة من الدين كتب هذا كتاب من فلان انه كان لى عليك كذا وهو جميع ما كان لى عليك وانك بعتنى به دارا كذا وقبضتها منك وبرئت الىّ منه فما ادعيت قبلك من دعوى فى هذا الدين أو غيره بعد هذه البراءة فانى فيما ادعيت من ذلك مبطل وأنت مما ادعيت من ذلك كله برئ وهذه زيادة زيادات لا يحتاج اليها ولم يستحسن بعض أهل الشروط قوله أو

غيره لانه ان كان المراد غير هذا الدين مما كان واجبا له عليه فهو مابرئ من ذلك بهذا الشراء وان كان المراد به غيره مما يجب له عليه بعد هذا الشراء فهو لا يبرأ من ذلك بهذا الشراء وان كان المراد غيره مما ليس بواجب فهو مبطل فى دعوى ذلك كتب هذا أو لم يكتب فلا فائدة فى هذه الزيادة ولكن جرى الرسم بكتب هذه الزيادة لطمأنينة القلوب واذا كان الشراء من وكيل كتب كتاب الوكالة وشهادة الشهود عليها على حدة وكتب كتاب الشراء من الوكيل باسمه مجردا وجعل تاريخه بعد تاريخ كتاب الوكالة فان كتاب الوكالة حجة الوكيل من وجه وكتاب الشراء وثيقة للمشترى فينبغى أن يفصل أحدهما عن الآخر وان كتب الكل فى بياض واحد وبدأ بكتاب الوكالة ثم بكتاب الشراء فهو مستقيم أيضا لان مقصودهما بذلك يحصل وانما يجعل تاريخ كتاب الشراء بعد تاريخ كتاب الوكالة لان صحة البيع تنبنى على صحة الوكالة وانما يكتب كتاب الشراء من الوكيل باسمه لان الوكيل بالبيع بمنزلة البائع لنفسه فيما هو من حقوق العقد (ألا ترى) ان عند لحوق العهدة انما يخاصم المشترى الوكيل خاصة ولا حاجة الى حضرة الموكل وكذلك ان كان وكيلا من قبل القاضى فى بيع مال الميت أو كان وصيا لميت فهو بمنزلة ما تقدم لان وكيل القاضى تلحقه العهدة وينزل منزلة العاقد لنفسه والوصى كذلك فان القاضى نائب عن الميت فى هذا التوكيل فيكون بمنزلة توكيل الميت اياه فى حياته وفى هذه المواضع يكتب اشترى منه الدار التى فى بنى فلان ولا ينسب الدار الى أحد لان نسبتها الى العاقد تكون كذبا فى الحقيقة والى غيره لا يكون مستقيما لانه لم يجز ذكر غيره فى كتاب الشراء واذا هلك صك الشراء فطلب المشترى من البائع أن يكتب له كتابا آخر فانه ينبغى له أن يكتب كتاب الشراء كما وصفنا ويكتب فى آخره وقد كنت كتبت لك هذه الدار شراء منى فى صك فهلك ذلك وسألتنى أن أشهد لك على شرائك هذه الدار منى فكتبت لك هذا الكتاب وأشهدت لك عليه الشهود المسمين فى هذا الكتاب واذا ضمن رجل للمشترى ما أدركه فى الدار من درك ثم استحقت فعلى الضامن رد الثمن الذى أخذه البائع وليس عليه ضمان قيمة البناء لانه سمي له فى الضمان الدرك وقيمة البناء ليس بضمان فى شئ فان صرح به فى الضمان كان له أن يطالبه به وان ذكر الدرك خاصة لم يكن له أن يطالبه بضمان قيمة البناء لان رجوع المشترى على البائع بقيمة البناء انما يكون بسبب الغرور وضمان الغرور بمنزلة ضمان العيب والكفيل بالدرك لا يلحقه شئ بسبب العيب فكذلك لا يضمن قيمة البناء ولان

البائع انما يضمن قيمة البناء باعتبار أن المشترى يملكه النقض اذا رجع عليه وهذا لا يوجد في حق الكفيل فانه لا يملك شيأ من النقض فلايكون عليه شئ من قيمة البناء وان استحق من الدار سدسها للمشترى أن يرد ما بقى لان التبعيض فى الاملاك المجتمعة عيب ولكنه لا يرجع على الكفيل الا بسدس الثمن وهو حصة ما استحق لان لحوق الدرك كان فى ذلك الجزء وانما رد الباقي بسبب العيب ولو رد الكفيل بالعيب لم يرجع على الكفيل بشئ من الثمن ولو استحق الكل رجع على الكفيل بجميع الثمن فاذا استحق البعض ورد البعض يجب اعتبار كل جزء بجملته واذا قال الرجل للرجل بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم على أنها ألف ذراع فهو جائز لان ببيان جملة الذرعان يصير جملة الثمن معلوما ولانه سمي بمقابلة كل ذراع درهما وانما يذرع بذراع وسط وهو الذى يسمي الذراع المكسرة لان الذراع الاطول ذراع الملك ولكن الناس ما اعتادوا الذرع به غالبا ومطلق التسمية فى العقد تنصرف الى المتعارف وهو الذراع الوسط فان ذرعها ووجدها ألف ذراع فهى له بالف درهم ولا خيار له فى ذلك لانه وجد المعقود عليه كما شرط له وان وجدها أقل أو أكثر فله الخيار ان شاء أخذها كل ذراع بدرهم وان شاء ترك لانه ان وجدها أقل فقد وجدها أضيق مما شرط له فى الدار والسعة فى الدار مقصودة فبتغير ماهو المقصود يثبت الخيار للمشترى وان وجدها أكثر فلانه يلزمه زيادة فى الثمن وهو لم يرض بالتزام هذه الزيادة فربما لا يجد من المال أكثر من ألف درهم فهو يرغب فى شراء الدار بها ولا يرغب فى شرائها بأكثر من ألف فلهذا يثبت له الخيار فى الوجهين فان اشتراها على أنها ألف ذراع بمائتي درهم فكانت ألفا أو أكثر فهى لازمة للمشترى لانها لا تلزمه فى الثمن زيادة باعتبار زيادة الذرع فانه سمى الثمن جملة بمقابلة الدار والذرع فيها صفة وليس بمقدار وانما يقابل الثمن العين دون الوصف فلا يزداد الثمن بزيادة الوصف بخلاف الاول فقد جعل الذراع هناك مقصودا حتى سمي بازاء كل ذراع درهما وهذا لان هناك اذا وجدها ألفى ذراع فلو جعلنا الثمن ألفا كان بازاء كل ذراع نصف درهم وهو بخلاف ما نص عليه المتعاقدان وان وجدها أقل من ألف ذراع فالمشترى بالخيار لانه يقر عليه شرطه واذا أخذها بجميع الثمن لان الثمن هنا بمقابلة العين وبنقصان الذراع انما يتمكن النقصان فى الوصف ولا يسقط باعتباره شئ من الثمن وكذلك لو اشترى أرضا معلومة على أنها عشرون جريبا وعشرون نخلة بكذا درهما فزادت الارض والنخل فهى للمشترى بما

سمي لان النخل صفة فى الارض بمنزلة البناء حتى أنها تدخل من غير الذكر وزيادة الصفة لا توجب زيادة فى الثمن ولا يثبت الخيار للمشترى ثم بعد هذا ثلاث فصول أحدها أن يشترى براح أرض فيها نخل مطلقا أو يشتريها بدون النخل أو يشترى النخل الذي فيها دونها فأما اذا اشتراها مطلقا دخل فى العقد ما فيها من النخل والاشجار المثمرة وغير المثمرة والطرفاء والحطب والقصب فى ظاهر الرواية وان لم يذكر الحقوق والمرافق وروى بشر عن أبي يوسف أن القصب لا يدخل فى البيع الا بذكر الحقوق ولا خلاف فى قصب السكر والذريرة أنه لا يدخل فى البيع بدون ذكر الحقوق لان ذلك من جملة ريع الارض بمنزلة الزرع ولهذا يجب فيه العشر وأبو يوسف الحق القصب الفارسى بقصب السكر فان كل واحد منهما يقطع اذا أدرك وفى ظاهر الرواية القصب الفارسى ليس من ريع الارض ولهذا لا يجب فيه العشر فهو بمنزلة النخل والشجر يدخل فى البيع من غير ذكر والثمار التى علي رؤوس الاشجار لا تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق الا على قول ابن أبي ليلى وعند ذكر الحقوق والمرافق يدخل فى قول أبي يوسف رحمه الله وفى ظاهر الرواية وهو قول محمد رحمه الله لا يدخل الا بالتنصيص عليها أو بذكر كل قليل أو كثير هو فيها أو منها من غير أن يقول ومن حقوقها وقد بينا هذا فيما سبق والزرع الذى فى الارض لا يدخل فى العقد بدون ذكر الحقوق وما عليه من الحمل لا يدخل الا بذكر الحقوق لان شجره لا يعد من زرع الارض ولهذا لا يجب فيه العشر (ألا ترى) أنه يوجد منه جملة من غير أن يقطع من أصله كما يؤخذ الثمر من الشجر والورد من الشجرة فكما أن شجر الورد والياسمين يدخل فى بيع الارض بدون ذكر الحقوق ولا يدخل ما عليه من الورد والياسمين فكذلك ما سبق وان اشترى الارض بدون النخل فالشراء صحيح لان النخل فى الارض بمنزلة البناء فكما يجوز استثناء البناء فى الارض يجوز استثناء النخل ثم يكتب أنه اشترى البراح بكل حق هو له بمنزلة النخل التى فيه فى موضع كذا وهو كذا نخلة فانها لم تدخل فيما اشتراه بطريقها الى باب البراح وانما يستثنى الطريق لكيلا يتعطل علي البائع الانتفاع بملكه الذى استثناه لنفسه وهو النخل فان بذكر النخل يصير مستثنيا أصول النخل فى الصحيح من الرواية لانها انما تكون نخلا اذا كانت ثابتة على أصولها فامابدون ذلك جذوعا ولهذا لو رفع البائع تلك النخل كان له أن يغرس فى منابتها نخيلا آخرا ويضع فى ذلك الموضع اسطوانة أو ما أحب وان

اشترى النخل الذى فى الارض دون الارض فهو جائز بمنزلة شراء البناء بدون الارض لان ما يجوز استثناؤه من الارض يجوز ايراد العقد عليه مقصودا بمنزلة الجزء الشائع وما لا يجوز ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه من العقد بمنزلة أطراف العبد ثم يكتب حدود البراح فى كتاب الشراء وحدود الموضع الذى فيه النخل ويكتب أنه اشترى النخل بمواضعها من الارض وطريقه فى البراح لانه اذا لم يذكر بمواضعها من الارض تمكن فيه اختلاف الروايات وفى النوادر يذكر فيه اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى دخول مواضعها من الارض على قولين أحدهما لا يدخل لانه سمى فى العقد النخل واسم النخل لا يتناول الارض والنخل تبع للارض والاصل لا يصير مذكورا بذكر التبع وعلى القول الآخر يدخل لانه لا يسمى نخلا الا وهو ثابت فى الارض فكان دخوله فى الارض من ضرورة ماسماه فى العقد فلهذا يذكر مواضعها من الارض حتى لا تتمكن فيه منازعة بينهما ولم يذكر هذا فيما اذا اشترى النخيل ولا فرق بينهما فى الحقيقة بل الاحوط أن يذكر ذلك فى الموضعين ويذكر طريق النخل فى البراح لانه اذا لم يذكر ذلك الطريق بدون ذكر الحقوق فلا يتمكن المشترى من الانتفاع بملكه ويذكر عدد النخلات هنا لانها صارت مقصودة بالعقد فلا بد من بيانها على وجه لا يبقى بينهما منازعة مابعد التسليم والتسلم ولا يكون الا بذكر عدد النخلات وربما يقلع البائع بعضها قبل التسليم أو يستحق بعضها فيسقط عن المشترى حصة ذلك من الثمن واذا اشترى أرضا فيها عيون النفط والقاز فالعين تدخل فى الشراء عندنا وما هو حاصل من النفط والقاز لا يدخل الا بذكر لان الحاصل فيه بمنزلة الريع للارض وأما العين فهى جزء من الارض فتدخل فى العقد بدون ذكر وهذا بخلاف الماء الذي فى البئر فانه لا يدخل ذلك فى شراء الارض والدار لان الماء قبل الاحراز لا يكون مملوكا لاحد فلا يتناوله البيع ذكر أو لم يذكر بخلاف النفط والقاز فانه مال مملوك بمنزلة الملح فى المملحة ومن العلماء من قال العين لا تدخل في بيع الارض بدون الذكر لان اسم الارض يتناول الموضع الذي يمكن الانتفاع به بالزراعة أو السكني والعين ليس من ذلك فى شئ فلا تدخل فى العقد بدون الذكر فللتحرز عن هذا الخلاف ذكر انه يكتب اشترى منه الارض التى يقال لها كذا والعيون التى فيها القاز والنفط أحد حدود هذه الارض التى فيها العيون اشترى منه هذه الارض المحدودة فى كتابنا هذا والعيون التى فيها النفط والقاز وما فى العيون من النفط والقاز بحدودها كلها واذا

قال المشترى للشفيع أنا أبيعكها بما اشتريتها به فقال قد قبلت ذلك فابى المشترى بعد ذلك أن يعطيه فلا شفعة له لانه أظهر الرغبة فى شراء مستقبل وذلك يتضمن اسقاط حقه فى الشفعة ولا يتم البيع بينهما بما جرى من اللفظ لان تمام البيع بلفظين هما عبارة عن الماضى وقول المشترى أبعتها عبارة عن المستقبل فهو وعد لا ايجاب والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم واذا اقتسم القوم دارا فانه ينبغى لهم أن يكتبوا للقسمة بينهم كتابا لان فى قسمة الدار معنى المعاوضة فكل واحد منهم يسلم لاصحابه بعض ملكه عوضا عما يأخذ منهم من انصبائهم والقسمة تكون مستدامة بينهم فينبغي أن يكتب منهم الوثيقة وصفة ذلك هذا ما اقتسم عليه فلان وفلان وفلانة بنو فلان اقتسموا الدار التى هى فى بنى فلان أحد حدودها والرابع اقتسموها علي فرائض الله تعالى وكان ذرع جميع هذا الدار كذا ذراعا مكسرة وكان جميع الذى لفلان من هذه الدار بكل حق هو له كذا ذراعا مكسرة فأصابه ذلك عند القسمة فى موضع كذا من هذه الدار وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله نرى أن يكتب ما أصابه ذلك فى موضع كذا من هذه الدار أحد حدود الذي أصابه كذا والرابع وهذا قولهم جميعا فان أبا حنيفة رحمه الله لايخالفهما فى تحديد الموضع الذى أصاب كل واحد منهم عند القسمة لان كل واحد منهم عند المشترى فى معنى المشترى لذلك الموضع فقبل هذه القسمة كان حقه شائعا فى جميع الدار وقد تعين الان فى موضع منها فلا بد من تحديد الموضع الذي أصاب كل واحد منهم حتى يصير معلوما بذكر الحدود فيتم الكتاب وتنقطع المنازعة واذا كان الحائط بين رجلين نصفين ولاحدهما عليه خشب كان للآخر أن يضع عليه من الخشب مثل ماوضع صاحبه لانهما لما استويا فى أصل الملك ينبغى أن يستويا فى الانتفاع بالمملوك فالانتفاع بالحائط من حيث وضع الخشب فللشريك أن يضع عليه من الخشب مثل ماوضع صاحبه وليس له أن يرفع شيأ من خشب صاحبه لان فيه ضررا بصاحبه من حيث هدم البناء عليه وانما له حق الانتفاع بالملك المشترى ولا يكون له حق الاضرار بشريكه وقيل هذا اذا كان الحائط بحيث يحتمل مثل ذلك الخشب ان لو وضعه عليه فان كان يعلم أنه لايحتمل ذلك وهما متصادقان فى ان أصل الحائط بينهما نصفان فحينئذ يكون له أن يأمر صاحبه برفع بعض الخشب حتى يضع عليه من الخشب مثل مابقي لصاحبه ما يحتمله الحائط وهذا لانه ان وضع الزيادة بغير اذن الشريك فهو غاصب وان وضعها عليه باذنه فالشريك معير نصيبه من الحائط منه وللمعير أن يسترد العارية

وان أراد أحدهما أن يزيد عليه خشبة واحدة على صاحبه أو يفتح كوة أو يتخذ عليه سترة أو يفتح فيه بابا لم يكن له ذلك الا باذن صاحبه لانه تصرف فى الملك المشترك وأحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف فى الملك المشترى وانما ينفرد بالتصرف فى نصيبه خاصة وهذه التصرفات لا كانت فى نصيبه خاصة ولان فى هذا التصرف ضرر من حيث توهين البناء أو زيادة الحمل عليه وليس لاحد الشريكين ولاية الحاق الضرر بشريكه فلهذا كان ممنوعا من هذه التصرفات الا باذن شريكه واذا انهدم الحائط فقال أحدهما نبنيه كما كان ونضع عليه جذوعنا كما كانت وأبى الآخر لم يجبر الآخر على البناء معه لانه يحتاج فى البناء الى الانفاق بماله والانسان لا يجبر على اتلاف ماله فى مثل ذلك فان صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ذم الانفاق فى البناء فقال شر المال ماتنفقه فى البنيان وقال عليه السلام انما يتلف المال الحرام الربا والبناء فلهذا لا يجبر أحد الشريكين على ذلك عند طلب الآخر وهذا لانه انما يجبر الآخر عند طلب أحدهما على قسمة المشترك ولا شركة بينهما فيما ينفق كل واحد منهما على البناء من ملك نفسه فان قال الطالب أنا أبنيه بنفقتى وأضع عليه جذوعى كما كانت فله ذلك لانه ينفق ماله ليتوصل الى الانتفاع بملكه ولا ضرر على شريكه فى ذلك فلا يمنع منه واذا منعه شريكه من ذلك يكون متعنتا قاصدا الى الاضرار به فلا يمكن من ذلك فان فعله فاراد الاخر أن يضع عليه جذوعه كما كانت فله ذلك بعد ما يرد عليه نصف قيمة البناء لان البناء ملك الثانى فيكون له أن يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليه نصف قيمته فاذا رد ذلك يصير متملكا عليه نصف البناء بنصف قيمته وهو نظير العلو والسفل اذا انهدما فابى صاحب السفل أن يبنيه كان لصاحب العلو أن يبنى السفل ويبنى فوقه بيته ثم يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله حتى يرد عليه قيمة البناء وقد بينا هذا فى الدعوى اشارة هنا الى أنه استحسان وليس له فى القياس أن يبنى السفل لانه يضع البناء فى ملك غيره ولا ولاية له على الغير فى وضع البناء فى ملكه ولكنه استحسن ذلك لدفع الضرر عنه فانه لا يتوصل الى بناء علوه والانتفاع به ما لم يبن السفل وهذا القياس والاستحسان فى الحائط المشترك أيضا واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على نصفين وباع أحدهما حصته ثم استحقت حصة الآخر قال يرجع على صاحبه بنصف ما باع يعنى بنصف قيمة ما باع لان ما أخذ كل واحد منهما فانما أخذ نصفه بقديم ملكه ونصفه عوضا عما سلم لصاحبه من نصيبه فكأنه ملك ذلك على صاحبه من جهة المعاوضة

لحين استحقت حصة أحدهما فقد ظهر ان نصف ماأخذه عوضا عما هو مستحق وبدل المستحق يملك بالقبض وينفذ تصرف القابض فيه بالبيع ثم بعد الاستحقاق وجب عليه رده وقد تعذر رد عينه باخراجه من ملكه فيرد نصف قيمته لهذا وان لم يكن باع رجع عليه بنصف مافي يده من الدار لان المعاوضة قد بطلت بالاستحقاق ولانه لما استحق نصيب أحدهما فقد بطلت القسمة وتبين ان المشترك بينهما النصف الذي هو في يد الآخر فرجع عليه شريكه بنصف ذلك وان لم يستحق الا بيت واحد أعيدت القسمة علي مابقي نصفين لان باستحقاق بيت واحد يتبين انه كان لهما في الدار شريكا في البناء والقسمة لا تصح بدون رضاه لان فيما يخص البيت القسمة تبطل فلو بقيت فيما سوي ذلك تضرر به المستحق عليه من حيث انه يتفرق نصيبه في موضعين والقسمة لدفع الضرر فلهذا تعاد القسمة علي مابقي نصفين ولو كانت الدار بينهما نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من مقدمها بجميع نصيبه وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها بنصيبه وباع صاحب الثلثين ثم استحق نصف الثلث قال يرجع على صاحب الثلثين بربع قيمة الثلثين وقال أبو يوسف رحمه الله يرجع عليه بنصف قيمة الثلثين ويكون مابقي من الثلث بينهما نصفين وهو قول محمد رحمه الله فان قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمهما الله وقد بينا أصل هذه المسئلة في كتاب القسمة أن باستحقاق نصف نصيب أحدهما عند أبي حنيفة لاتبطل القسمة فيما بقي وهو الصحيح من قول محمد رحمه الله على ماذكره الكرخي رحمه الله في كتابه فان ابن سماعة رحمه الله كتب الى محمد رحمه الله يسئله عن قوله في هذه المسئلة فكتب اليه في جوابه ان قوله كقول أبي حنيفة وعند أبي يوسف رحمه الله تبطل القسمة باستحقاق نصف نصيب أحدهما وهذه المسئلة تنبني علي تلك المسئلة فان عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لو لم يبع صاحب الثلثين لكانت القسمة تبقى ويتخير المستحق عليه ان شاء رد مابقي فتبطل القسمة في الكل وان شاء أمضى القسمة ورجع على صاحبه بربع الثلثين فاذا باع نصيبه فقد تعذر نقض القسمة لاخراجه نصيبه من ملكه بالبيع فانما يرجع صاحب الثلث عليه بما يخص به المستحق من الثلثين ولو استحق جميع نصيبه رجع على شريكه بنصف قيمة الثلثين فاذا استحق نصف نصيبه رجع عليه بربع قيمه الثلثين وعلى قول أبي يوسف رحمه الله القسمة تبطل بظهور شريك ثالث لهما في الدار ولكن اخراجه عن ملكه بالبيع كان صحيحا فيرجع عليه بقيمة

نصيبه من ذلك وهو نصف قيمة الثلثين ويكون مابقي من الثلث بينهما نصفين على أصل الشركة ولو كان عشرون جريب أرض بين رجلين نصفين فاقتسما فأخذ أحدهما خمسة عشر جريبا تساوي ألف درهم وأخذ الآخر خمسة أجربة تساوى ألفا حصته فباع صاحب الخمسة عشر مافي يده واستحق نصف مافي يد الآخر قال يرد صاحب الخمسة عشر ربع قيمة ما كان في يده على الآخر لانه لو استحق جميع مافي يده رجع على صاحبه بنصف قيمة مافي يده فان بدل المستحق كان مملوكا له فكان بيعه نافذا فيه فاذا استحق نصفه رجع عليه بربع قيمة ما كان في يده وهذا لان ماأخذه البائع كان نصفه له بقديم ملكه وأخذ نصفه من نصيب شريكه عوضا عما سلم لصاحبه من نصيبه في الخمسة عشر الاجربة وقد استحق نصف الخمسة شائعا فيما كان للمستحق عليه باعتبار قديم ملكه وفيما أخذه بطريق المعاوضة فلهذا لا يرجع على صاحبه بربع قيمة مافي يده ولو كانت الارض خمسة عشر جريبا بينهما أثلاثا فاخذ صاحب الثلث سبعة أجربة بحصة قيمتها خمسمائة وأخذ صاحب الثلثين ثمانية أجربة بحصة قيمتها ألف درهم فباع صاحب الثلث واستحق نصف مافي يد صاحب الثلثين وباع مابقى فانه يرجع على صاحب الثلث بثلث قيمة ما كان في يده وذلك مائة وستة وستون وثلثان وقد سلم له مما كان في يده خمسمائة بجملة ذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وانما سلم لصاحب الثلث ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا وبالاستحقاق تبين ان قيمة المشترك بينهما كان ألف درهم فاذا سلم لصاحب الثلثين مايساوى ثلثى الالف وللآخر مايساوي ثلث الالف استقامت القسمة ولانه لو استحق جميع مافي يد صاحب الثلثين رجع على شريكه بثلثى قيمة ما كان في يده فاذا استحق نصفه رجع عليه بنصف ذلك وهو ثلث قيمة ما كان في يده ولان ماأخذه صاحب الثلث فانما سلم ثلثه له بقديم ملكه وثلثيه بطريق المعاوضة وقد استحق نصف العوض فرجع بما هو عوض المستحق وهو ثلث قيمة ما كان في يده وفي جميع هذه الفصول اذا كتب الكاتب بينهما كتاب القسمة ينبغي أن يبين كيفية القسمة بينهما ان وقعت بقضاء القاضي بين ذلك في الكتاب وان كانت بتراضيهما بين ذلك لان الحكم يختلف باختلاف القسمة بقضاء أو غير قضاء حتى ان في القسمة بقضاء القاضي اذا ظهر العيب في نصيب أحدهما ترد القسمة والقسمة بالتراضى لا ترد لمكان العيب فلهذا ينبغى أن يبين صفة القسمة فيما بينهما واذا كانت الدراهم بين رجلين وهي موضوعة عند أحدهما

فقال له الآخر اقسم ماعندك فأعطني حصتي فاعطاه حصته فهو جائز لان هـذه قسمة تمت بين اثنين وتمامها بدفع نصيب صاحبـه اليه وامسا كه حصة نفسه بمنزلة أخـذه ابتداء بحكم القسمة لان الاستدامة فيما يستدام بمنزلة الانسان وان قال خذ حصتك ودع مابقي حتى أقبضها فاخذ حصته لم يكن ذلك قسمة حتى لو هلك مابقي كان للآخر أن يأخذ من صاحبه نصف مافي يده لان القسمة لاتتم بالواحد فان تمامها بالحيازة وذلك لا يكون الا بين اثنين فكان شرط سلامة المقبوض للقابض أن يسلم مابقي للآخر فاذاهلك فقدانعدم الشرط فكان ماهلك من النصيبين ومابقي من النصيبين واذا كانت الدار لقوم وأحدهم شاهد والاخرون غيب فأراد الشاهـد أن يسكنها انسانا أو يؤاجرها اياه فيما بينه وبين الله تعالى لاينبغى له أن يفعل ذلك لانه يكون معيرا أو مؤاجرا نصيب شركائه بغير رضاهم ولا ولاية له عليهم وكما لايتصرف فى عين ملكهم بغير رضاهم لايتصرف فى منفعة ملكهم أيضا ولا يمكنه أن يتصرف فى نصيب نفسه بالاسكان والاجارة الابعـد القسمة والقسمة لاتتم بالواحد وأما فى القضاء فاذا لم يكن لهم خصم يخاصمه لم يحل بينه وبين ذلك لان القاضى لفصل الخصومة لالانشائها واذا لم يحضر خصم لايكون له أن يمنع صاحب اليـد من التصرف فيما فى يده بالاسكان والاجارة ولـكنه اذا علم حقيقة الحال أفتاه بالكف عن ذلك كما يفتيه به غيره وان أراد أن يسكنها بنفسه ففي القياس يمنع ذلك فيما بينه وبين ربه لانه يصير مسـتوفيا منفعة نصيب شركائه وهو ممنوع من ذلك شرعا (ألا ترى) لو كانوا حضورا منعوه من ذلك فاذا كانوا غيبا لم يبطـل حقهم بغيبتهم فكان هو ممنوعا من ذلك شرعا وفى الاستحسان يرخص له فى ذلك لانهم قد رضوا جميع الدار فى يده وليس فى سكناه الا اثبات اليد اليه (ألاترى) ان من لايضمن العقار باليدلا يضمنه بالسكنى أيضا لان فى سكناه منفعة لشركائه لان الدار اذالم يكن فيها ساكن فانها تخرب واذا سكنها انسان كانت عامرة ففى هذا التصرف منفعة لشركائه بخلاف ماتقدم فانه بالاسكان يثبت يد غيره على الدار ولم يرض به شركاؤه فربما لا يتمكنون اذا حضروا من ارجاعه واسترداد انصبائهم وان أجرها الحاضر وأخذ الآخر حصة نصيبه من ذلك تطيب له وحصة نصيب شركائه لاتطيب لانه بمنزلة الغاصب يؤاجر فى حصتهم فلا يطيب له الاجر ولـكنه يتصدق به لان ملكه حصل له بسبب خبيث ويعطى ذلك شركاءه ان قدر عليهم لان تمكن الخبث كان لمراعاة حقهم فيرتفع بالرد عليهم

وقد بينا نظيره فى كتاب الغصب واذاباع الرجل الارض ليزرعها كتب انك أطعمتنى أرض كذا لازرع فيها مابدالى من غلة الشتاء والصيف وقال أبو يوسف رحمه الله اذا كتب عارية فهوأحب الىّ من أن يكتب اطعمتني وهو قول محمدرحمه الله لانه بالاعارة يجعل له منفعة الارض بغير عوض والعارية اسم موضوع لتمليك المنفعة بغير عوض كما أن استعمال هذا اللفظ أولى من استعمال غيره مما لم يوضع لتمليك المنفعة فى الاصل وهو نظير اعارة الدار وغيرها من الاعيان وأبو حنيفة يقول لو كتب أعرتنى كان المفهوم منه الانتفاع بها من حيث السكني واذا كتب أطعمتني كان المفهوم التمكن من الزراعة لان الارض لايطعم عينها وانما يطعم مايكون منها وذلك لايحصل الا بالزراعة واذا كانت الاعارة للسكنى فلفظ الاعارة أقرب فى بيان ماهو المقصود واذا كانت الاعارة للزراعة فلفظ الطعمة أقرب الي بيان ماهو المقصود فينبغى أن يستعمل فى كل فصل ماهو دليل على المقصود وهذه مسئلة الجامع الصغير قال وخراجها علي ربها لان الخراج مؤنة الارض النامية وجوابه يعتمد التمكن من الانتفاع بالارض وبالاعارة لايزول تمكنه من الانتفاع بها وانما ينتفع بها المستعير بتسليط المعير فهو كانتفاع المعير بها بنفسه فان اشترط على المستعير أداء الخراج فبهذا الشرط يخرجه من الطعمة وتكون اجارة فاسدة لانه لايعرف خراجها ومعنى هذا ان الخراج على رب الارض فاذا شرطه على المستعير فكانه شرط لنفسه عوضا عن المنفعة فيصير العقد به اجارة وفسادها لجهالة الخراج قبل هذا فى الاراضى الصلحية التى يكون خراج الجماجم والاراضى جملة ثم يقسم علي الجماجم والاراضي فعند قلة الجماجم تزداد حصة الارض وعند كثرة الجماجم تنتقص فأما خراج الوظيفة يكون معلوم المقدار وقيل بل المراد الجهالة فى روادف الخراج فان ولاة الجور ألحقوا بالخراج روادف وذلك مجهول يزداد وينتقص ولافساد هذا العقد علة أخرى وهي أن الخراج فى ذمة رب الارض فكانه شرط على المستأجر أن يتحمل عنه دينا فى ذمته وذلك مفسد للاجارة واذا أوصي الرجل بغلة أرضه فالخراج على الموصى له بالغلة لان وجوبه باعتبار التمكن من الانتفاع بالارض والموصى له هو المتمكن من الانتفاع بالارض دون الوارث وبه فارق الاعارة ولان للخراج تعلقا بالغلة (ألا ترى) انه ان منع الخراج لم تطب له الغلة وللامام أن يحول بينه وبين الغلة ليؤدى الخراج والموصى له هو المختص بالغلة فيكون الخراج عليه ولا وجه لايجاب الخراج علي الورثة لانهم لو زرعوا الارض

واصطلم الزرع آفة لم يلزمهم الخراج فاذا لم يتمكنوا من زراعتها أولى لا يلزمهم الخراج واذا استأجر رجل من رجل أرضا مدة معلومة فمات أحدهما قبل مضيها ولم يستحصد الزرع ترك الزرع فيها الى وقت الادراك استحسانا وقد بينا هذا فى الاجارات قال وجعل المستأجر آخر ماترك فيه وظاهر هذا اللفظ يدل على انه يلزمه أجرة المثل وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله فان العقد قد انفسخ بموت أحد المتعاقدين ثم يبقى الزرع لدفع الضرر عن المستأجر ودفع الضرر واجب عنه وانما يتحقق ذلك اذا وجب على المستأجر لصاحبها أجر المثل فى مدة الترك والاصح انه يجب على المستأجر حصة هذه المدة من المسمى لانه لما وجب ابتداء عقد الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر فلأن يجب عليهم ابقاؤه بعد ظهور السبب المفسد وهو الموت أولى لان بقاء الشئ أهون من ابتدائه واذا بقى العقد الاول فانما يجب باستيفاء المنفعة الاجر المسمى فيه * وان كان فيها كرم أو رطبة لم يترك وقطع لانه لانتهاء ذلك مدة معلومة وتطول مدتها ففى ابقاء العقد فى هذه المدة الطويلة اضرار بوارث المؤاجر بخلاف الاول فلان لادراك الزرع نهاية معلومة وهى مدة لا تطول عادة * واذا استأجر دابة ثم جعل عليها سرجا وأجرها بأكثر مما استأجرها طاب له الفضل لان زيادة الاجر فى العقد الثانى بازاء منفعة ما زاد من عنده فلا يتحقق فيه ربح الا على ضمانه وقبل الزيادة انما كان لا يطيب له الفضل لانه ربح حصل لا على ضمانه فاذا انعدم هذا المعنى باعتبار الزيادة كان الفضل طيبا له وكذلك لو استأجر بيتا بمائة درهم ثم أجر نصفه بمائة درهم الا دانقا ومراده أجر نصفا معينا منه أو نصفا شائعا على قول من يرى جواز اجارة المشاع وانما يطيب له الفضل لان الربح لا يتحقق فانه يمكن أن يجعل الدانق حصة النصف الآخر ليكون مائة درهم الا دانقا حصة الذى أجره ولا يقال قد كان بمقابلة كل نصف من البيت فى العقد الاول نصف الآخر لان ذلك لم يكن باعتبار تنصيص المتعاقدين بل باعتبار المعاوضة والمساواة وذلك لا يوجد فى العقد الثانى لانه أجر فيه النصف فقط والحاصل أن الخبث الذى يمكن فى اجارة الشئ بأكثر مما استأجره به يسير فينعدم ذلك باعتبار الامكان من وجه واحد ولهذا قلنا لو زاد من عنده شيأ قليلا ثم أجره بأضعاف مما استأجره طاب له الفضل فكذلك اذا أجر بعضه بما دون الاجر الاول والنقصان يسير قلنا يطيب له الفضل * ولو استأجر عبدا بمائة درهم ثم أجره بالدنانير بأكثر من ذلك يتصدق

بالفضل وأشار فى غير هذا الموضع الى أنه لا يلزمه التصدق بالفضل لان معنى الخبث ضعيف هنا والدراهم والدنانير فى الحقيقة جنسان فباعتبار الحقيقة ينعدم ربح ما لم يضمن لاختلاف الجنس ووجه ما ذكر هنا أن الدراهم والدنانير فى الصورة جنسان وفى الحكم جنس واحد (ألا ترى) أن فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن جعلا كجنس واحد فكذلك فى الاجارة بأكثر مما استأجره يجعلان كجنس واحد لان المعنى فيهما سواء وهو أن الربح يحصل لا على ضمانه وان أجر بثوب قيمته أكثر من مائة لم يتصدق بشئ لان جنس البدلين مختلف حقيقة وحكما فلا يتمكن فيه ربح ما لم يضمن لان تمكن ربح ما لم يضمن انما يكون بعد عود رأس المال اليه واذا استأجر الرجل رجلا يحمل له دن خل فعثر الحمال فانكسر الحمل قد بينا فى الاجارات أن الحمال أجير مشترك وان هذا النوع من الانكسار يكون بجناية يده فيكون ضامنا الا على قول زفر رحمه الله وصاحب الدن بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر عليه وان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى انكسر فيه وأعطاه من الاجر بحساب ما حمل ولو تعمد كسره فكذلك الجواب عندنا وقال زفر يضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى كسر فيه وأعطاه الاجر بحساب ما حمل وذكر عيسى بن ابان رحمه الله أن قياس قول أبى حنيفة رحمه الله هكذا لان أجير المشترك عنده أمين لا يضمن باعتبار القبض فانما يلزمه الضمان باعتبار جنايته عند الكسر فلا بد من اعتبار قيمته عند تقرر سبب الضمان لان الحكم لا يسبق سببه ولكنا نقول اذا اختار صاحب الدن أن يضمنه قيمته غير محمول لم يضمنه ذلك باعتبار القبض ولا باعتبار جنايته أيضا ولكن تفرق عليه الصفقة حين كسره فى بعض الطريق فتغير عليه شرط عقده فيكون له أن يفسخ العقد فى مقدار ما حمله فيسقط حصة ذلك من الاجر ويضمنه قيمته غير محمول * فان قيل كيف يفسخ العقد فى مقدار ما حمله وذلك متلاش غير قائم قلنا بل هو قائم حكما ببقاء بدله فان الحمال ضامن قيمته محمولا الى هذا الموضع بالاتفاق وكما لا يجوز الفسخ عند تفرق الصفقة على العين يجوز فسخه على بدل العين اذا كان قائما كما لو اشترى عبدين فقتل أحدهما قبل القبض ثم مات الآخر كان للمشتري أن يفسخ العقد على القيمة فى المنقول كتفرق الصفقة عليه ولكن لو انكسر من غير عمله بأن أصابه حجر من مكان أو وقع عليه حائط أو كسره رجل وهو على رأسه فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما هو ضامن اذا تلف بما يمكن الاحتراز عنه

وان لم يكن من عمله وان قال رب الدن عبر فانكسر وقال الحمال أصابه حجر فانكسر أوقال كان منكسرا فالقول قول الحمال وله الاجر الى حيث انكسر لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه فالقول قوله مع يمينه بمنزلة المودع يدعى عليه صاحب الوديعة الاستهلاك وهو منكر لذلك وأما الاجر الي حيث انكسر لان صاحب الدن صار مستوفيا ذلك القدر من المعقود عليه فيقرر عليه حصته من الاجر ثم مات ولم يخلف بدلا فلا يمكن فسخ العقد فيه باعتبار تفرق الصفقة فلهذا كان للحمال الاجر حيث انكسر * واذا دفع الرجل ثوبا الى صباغ يصبغه فصبغه فقال رب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر وقال الصباغ أمرتني أن أصبغه أسود فالقول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته وفيه خلاف ابن أبي ليلي وقد بيناه فى الاجارات فان اختار أخذ الثوب قوم الثوب أبيض وقوم مصبوغا بذلك الصبغ فأعطاه مازاد الصبغ فيه ولانه وافق فى أصل الصبغ وان خالف فى الصفة ولان الصبغ عين اتصل به فلا يسلم له مجانا بمنزلة مالو هبت الريح بثوب انسان وألقته فى صبغ غيره أو غصب ثوبا وصبغه واختار رب الثوب أخذ الثوب فانه يعطيه مازاد الصبغ فيه * واذا تكاري الرجل دابة من البصرة الى الكوفة فله أن يذهب بها الى أى نواحيها شاء لان الكوفة اسم للبلدة الواحدة وجوانب البلدة الواحدة كمكان واحد (ألا ترى) أن فى عقد السلم اذا شرط ايفاء المسلم فيه بالكوفة جاز العقد فكذلك فى الاجارة اذا استأجرها الى الكوفة جاز العقد له ان يذهب الى أى نواحيها شاء باعتبار العادة فان من استأجر دابة من بلد الى بلد يبلغ عليها الى منزله فى العادة ولو استأجر دابة الى الرى لم يكن له أن يذهب بها الى أى نواحيها شاء والكراء الى الرى فاسد فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو الي مدينتها دون نواحيها وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله ان ذلك جائز الى مدينتها بالاستحسان والحاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد الرى اسم لولاية تشتمل على مدائن ونواحي فلا يجوز العقد للجهالة التى تفضى الى المنازعة وعند أبي يوسف انما يطلق هذا الاسم علي مدينتها فى العرف والثابت بالعرف كالثابت بالنص ولو سمى مدينة من مدائنها كان جائزا وكذلك خراسان والشام والعراق ان سمي منها مكانا معلوما جاز العقد وان أطلق فسد العقد للجهالة التى تفضى الى المنازعة ونظير هذا فى ديارنا لو استأجر دابة الى كاشغر جاز العقد فانه اسم للبلدة خاصة ولو استأجرها من كاشغر الي فرغانة لم يجز العقد لان الاسم

مشتمل على بلاد متباعدة فتمكن فيه جهالة تفضى الى المنازعة ولو استأجرها الي أوزجند جاز العقد وكذلك ان استأجرها من أوزجند الى سمرقند لانه اسم للبلدة أوان استأجرها الى بخارى فقد اختلف فيه مشايخ بخارى رحمهم الله والاظهر انه لا يجوز فان بخارى من كرمينية الى قرير وهى تشتمل علي مواضع متباينة بمنزلة الرى فتمكن فيه جهالة تفضى الي المنازعة بينهما ولو تكارى دابتين يحمل عليهما الي المدائن بعشرين درهما فأكرى أحدهما بتسعة عشر درهما بمثل ذلك الشرط طاب له الفضل لانه يمكن أن يجعل هذا القدر من المسمى في العقد الاول خاصة بحصة هذه الدابة فلا يظهر فى العقد الثانى ربح مالم يضمن ولوا كرى أحدهما بأكثر من الاجر كله يتصدق بالفضل وبشئ من رأس المال لانا نعلم أن شيأ من رأس المال بازاء الدابة الثانية فى العقد الاول فيكون ذلك ربحا ما لم يضمن فى العقد الثانى مع الزيادة على المسمى فى العقد الاول فيتصدق بذلك الفضل ولواستأجر رجلين يبنيان له حائطا فعمله أحدهما ومرض الاخر وهما شريكان فالاجر بينهما نصفين استحسانا وفى القياس لاأجر للذى لم يعمل لان استحقاق الاجر باعتبار العمل ووجه الاستحسان انهما قبلا العقد جميعا ثم الذى أقام العمل فى نصيبه مسلم لما التزمه وفى نصيب شريكه نائب عنه فقام مقامه فيكون الاجر بينهما نصفين وقد بينا نظائره فى الاجارات وذكرنا ان المقصود بالشركة هذا فيما بين الناس ولو استأجر رجلا يحمل له طعاما معلوما الي مكان معلوم علي دوابه هذه فحمله علي غير تلك الدواب فله الاجر كله استحسانا وفى القياس لا أجر له لان الاجارة انما تتناول منافع الدواب التى عينها ولم يسلم اليه ذلك وفى حق غير تلك الدواب يجعل العقد كان ليس فكانه متبرع بحمل طعامه على دوابه فلا أجر له ووجه الاستحسان أنه قبل عمل الحمل فى ذمته بعقد الاجارة وقد أوفى ماقبله سواء حمل الطعام علي تلك الدواب أو على غيرها وهذا لانه لاحاجة الى تعيين تلك الدواب فى تصحيح العقد بعد اعلام مقدار الطعام (ألا ترى) انه لو استأجره يحمل له طعاما معلوما الى مكان معلوم كان العقد جائزا وان لم يعين الدواب وكذلك ليس لصاحب الطعام فى عين تلك الدواب مقصود وانما مقصوده حمل الطعام فاذا سقط اعتبار تعيين الدواب لهذين المعنيين كان له الاجر باقامة العمل المشروط وهو حمل الطعام ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو علي غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فله الاجر استحسانا لحصول المقصود لان المقصود حمل

الطعام وقد أوفاه كما التزم وليس هو بمخالف لانه مافارق الطعام حين ذهب معه ولا أخرجه من يده فلا يكون مخالفا وكذلك ان اشترط له طريقا فحمله فى طريق آخر لان مقصود صاحب الطعام قد حصل حين أوصل الطعام الى المكان المشروط فى أى الطريقين حمله وان حمله فى البحر ضمنه ان غرق لانه عرضه للتلف فان الغالب من حال راكب البحر انه على شرف الهلاك مع ما معه وان سلم له الاجر استحسانا وهو بمنزلة مالو كان الى ذلك الموضع طريقان فى البر أحدهما أمن والآخر مخوف فحمله فى الطريق المخوف فان تلف كان ضامنا وان سلم استحق الاجر استحسانا فكذلك هنا لان البحر بمنزلة الطريق المخوف ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر بالوديعة فى طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها فى الطريق المخوف ولو استأجر رجلين يحملان له طعاما من الفرات الى أهله فحمله كله أحدهما وهما شريكان فى العمل فالاجر بينهما لان وجوب الاجر باعتبار تقبل العمل وقد باشراه أو باشره أحدهما بوكالة لصاحبه لان مبنى شركة العنان على الوكالة ثم هو فى اقامة العمل نائب عن صاحبه أيضا وان لم يكونا شريكين فى العمل فللعامل نصف الاجر فى نصف الطعام لانه انما قبل حمل نصف الطعام بنصف الاجر وقد حمله ولا أجر له فى النصف الآخر لانه كان فى الحمل ضامنا للنصف الاجر بمنزلة أجنبي آخر لو حمله وهذا لانه غير نائب عن الآخر هنا فانه لم يسبق بينهما عقد شركة فلم يجعله نائبا عن نفسه فيكون هو فى ذلك كاجنبي آخر ولو استأجر رجلا ليذهب الى مكان كذا فيجيء باهله كلهم وهم خمسة فذهب وجاء بهم فله الاجر المسمى لانه استؤجر على عمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل المشروط عليه بكماله فله الاجر كله فان وجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي منهم فله أجر ذهابه وله الاجر بحساب من جاء بهم لانه فى الذهاب أقام ما التزم من العمل على نحو ما التزمه فاستوجب أجر الذهاب وما يكون من الاجر المسمى فانه يتوزع على حصة من جاء بهم ومن ماتوا فيلزمه بحصة من جاء بهم لانه أقام بعض هذا العمل دون البعض فيكون له من الاجر بحساب ما أقام من العمل وان وجدهم كلهم قد هلكوا فعاد بنفسه فله أجر ذهابه لانه فى الذهاب أقام ما لزمه بالعقد كما التزمه وفى الرجوع هو عامل لنفسه بالعود الى وطنه وليس بعامل للمستأجر حين لم يأت بأحد من أهله فلهذا كان له أجر الذهاب خاصة ولانه انما يذهب لتحصيل مقصود المستأجر فكان عاملا له فى ذلك وليس فى رجوعه وحده تحصيل شيء من مقصود المستأجر فلم يكن عاملا له فى ذلك

فان استأجره على أن يذهب بكتاب له الى مكان كذا فيدفعه الي فلان فذهب به فوجده قد مات أو تحول الى بلد آخر فرد الكتاب فلا شئ له وان لم يرد الكتاب فله الاجر بحساب ذهابه معنى هذا انه استأجره ليذهب بالكتاب الى فلان ويأتيه بالجواب فاذا ذهب به ولم يرد الكتاب ولم يأته بالجواب فهو فى الذهاب عامل للمستأجر ساع فى تحصيل مقصوده وليس بعامل فى الرجوع فيستحق حصة الذهاب من الاجر وان رد الكتاب فلا شئ له فى قول أبي حنيفة لانه فوت علي المستأجر مايحصل له من المقصود حين رد كتابه اليه فخرج من أن يكون عاملا له فى الذهاب وعلي قول محمد له أجر الذهاب لانه ليس للكتاب حمل ومؤنة وانما يستوجب الاجر باعتبار ذهابه بنفسه وقد ذهب فقد تقرر حقه فى أجر الذهاب فلا يسقط ذلك بعوده رد الكتاب أو لم يرده ولكنا نقول هو لا يستوجب الاجر بمجرد الذهاب من غير اعتبار الكتاب (ألا ترى) انه لو ترك الكتاب فى أهله وذهب بنفسه لم يكن له أجر فكذلك اذا رد الكتاب معه وقول أبي يوسف فى المسئلة مضطرب * وان استأجره ليحمل له طعاما الي مكان كذا فيدفعه الى فلان فوجد فلانا قد مات فرجع بالطعام الي الذى استأجره فلا اجر له عندنا وقال زفر رحمه الله له الاجر وهو غاصب فى رد الطعام الذى استأجره ضامن ان هلك فى يده لانه لما حمل الطعام الى ذلك المكان فقد أوفى العمل المشروط وما كان البدل بمقابلته فتقرر حقه فى الاجر وانتهى العقد نهايته ثم هو فى الرجوع بالطعام غاصب كاجنبي آخر فيكون ضامنا له ان هلك وبغصبه لايبطل حقه فيما تقرر من الاجر ولكنا نقول البدل بمقابلة حمل الطعام الى ذلك المكان وقد فسخ ذلك حين رجع بالطعام وفوت المعقود عليه قبل التسليم الى المشترى وان استودع الطعام رجلا فى تلك البلاد فهلك الطعام فهو ضامن له لانه مخالف فى الدفع الى الاجنبي وهو بمنزلة الامين فى ذلك الطعام مالم يدفعه الى فلان والمودع اذا أودع الوديعة رجلا آخر كان ضامنا اذا هلك فى يد المودع الثانى واذا صار ضامنا كان هذا وما لو استهلك الطعام سواء ولصاحبه الخيار ان شاء ضمنه قيمته فى المكان الذي حمله منه ولا أجر له أو فى المكان الذى استودعه وله الاجر وهذا نظير مسألة الدن اذا تعمد كسره وانما الشبهة هنا فى انه اعتبر القيمة والطعام من ذوات الامثال وانما ينبغى أن يقال يضمنه مثله فى المكان الذى حمله منه ولا أجر له أو فى المكان الذى استودعه وله الاجر الا أن يكون عدديا متقاربا من الطعام كالبطيخ وغير ذلك فحينئذ يكون مضمونا بالقيمة

غير انه ان انتهى الي ذلك البلد فوجد صاحبه قد مات فرفع الامر الى القاضي فامر ببيعه أو بدفعه الي رجل آخر ففعل ذلك بامره فلا ضمان عليه وله الاجر لان للقاضي ولاية النظر في مال الغائب وفعله بامر القاضي وفعله بامر صاحب الطعام سواء ولو فعل شيأ من ذلك بامر صاحب الطعام لم يكن ضامنا وله الاجر فكذلك اذا فعل بامر القاضي قال ولا ينبغي للقاضي أن يدخل في ذلك لانه لا يعرف صدقه فيما يقول ولانه قد التزم حفظه فيوليه القاضي ماتولى لانه انما نصب القاضي لفصل الخصومة لا لانشائها وليس هنا خصم لمن في يده الطعام فلهذا لا ينظر القاضي في ذلك وهو أولى الوجهين له واذا قال الرجل من جاءني بمتاعي من مكان كذا فله درهم فذهب رجل فلم يجد المتاع ثم جاء فلا أجر له اما اذا ذهب فجاء بالمتاع فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى عندنا وعلى قول الشافعي له المسمي لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وما أخبر الله تعالى عن الامم السالفة فهو ثابت في حقنا حتى يقوم دليل النسخ ولكنا نقول هذا استئجار المجهول واستئجار المجهول باطل الا انه اذا حمله انسان بعد ماسمع كلامه فانما جاء به على جهة تلك الاجارة وقد رضي القائل بذلك فيستوجب أجر المثل باعتبار ان جهة الشيء بمنزلة حقيقته فأما اذا ذهب فلم يجد المتاع فرجع لم يكن له الاجر بخلاف ما اذا خاطب به انسانا بعينه فهناك يستحق أجر الذهاب لان العقد انعقد بينهما حين خاطبه بعينه فكان هو في الذهاب عاملا للمستأجر ساعيا في تحصيل مقصوده فيستحق أجر الذهاب وهنا العقد ما انعقد بين المستأجر وبين الذاهب لانه لم يخاطبه بعينه وانما يكون انعقاد العقد باعتبار مجيئه بالمتاع واذا لم يجيء بالمتاع لم يكن عاملا له في الذهاب والمجيء بحكم العقد فلهذا لا يستوجب شيأ من الاجر ولو استأجر دابة ليحمل عليها عشرين ثوبا ربطيا فحمل عليها هرويا فعطبت الدابة لم يضمن استحسانا لان في الضرر على الدابة لا فرق بين الربطي والمروي وانما يعتبر من القيمة ما يكون مقيدا دون مالا يقيد كما انه يعتبر من التعيين مايكون مقيدا دون مالا يقيد ولو استأجرها ليحمل عليها هذه الاثواب الربطيه فحمل عليها مثلها من الثياب الربطيه فعطبت لم يضمن شيأ فكذلك هنا واذا تكارى الرجل من الرجل دابة ونقده الكراء ثم أخذ منه كفيلا بالكراء ثم أفلس المكارى ولم يركب الرجل فعلى الكفيل أن يرد الكراء لانه كفيل للمستكرى عن المكارى ماوجب رده من الكراء المقبوض وحين أفلس المكارى ولم يجد المستكرى الدابة ليركبها فقد وجب على المكاري رد جميع الكراء وقد كفل الكفيل

بذلك فكان مطالبا به لانه اضافة الكفالة الي سبب الوجوب صحيح فان رضى من الكفيل أن يحمله الى المكان الذى تكارا اليه فحمله وأنفق أكثر من الكراء لم يرجع الكفيل على المكارى الا بالكراء الذى قبض من المستكرى لانه ما ضمن عنه الا ذلك القدر فهو فى الزيادة متبرع * فان قيل كان ينبغى أن لا يرجع عليه بالكراء المقبوض أيضا لانه ما نقد عنه الكراء وانما أوفى عنه ماالتزم من الحمل بعقد الاجارة والمكارى ما أمره أن يكفل عنه ذلك فكان هو فى ايفاء ذلك بمنزلة متبرع أو كفيل بغير الامر قلنا لا كذلك فانه بما أوفى من الحمل أسقط عن نفسه ضمان الكراء كما أنه باداء المقبوض يسقط عن نفسه ضمان الكراء ولا يكون متبرعا بل هو محتاج اليه ليسقط به الضمان عن نفسه ولما أمره بالكفالة بالكراء عنه فقد أقامه مقام نفسه فى ايفاء ما التزمه فلا فرق بين أن يوفى عنه الكراء وبين أن يوفى بما التزمه من الحمل فانه يسقط به مطالبة المستكري اياه فى ذلك وان مات المكارى ولم يحمله فعلى الكفيل أن يرد الكراء لان بموت المكارى قد انفسخ العقد ولزمه رد المقبوض من الكراء فانه كفل الكفيل بذلك واذا استأجر الرجل الرجل أشهرا معلومة يؤدب ابنه ويقوم عليه فى ذلك فهو جائز لانه استأجره مدة معلومة لعمل معلوم بطريق العرف وهو عمل غير مستحق علي المؤدب اقامته دينا ولا دينا والاستئجار علي مثله صحيح ببدل معلوم بخلاف تعليم القرآن فانه يستحق عليه دينا لانه فى المعنى خلافة عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وكل مسلم مأمور به دينا ولو استأجر رجلا ليجصص له حائطا أو ليطين له سطحا ولم يبين طينا ولا جصا معلوما فهو فاسد لان جهالة ذلك تفضى الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فان عمل الناس فى ذلك مختلف وكل نوع منه متعارف فكان العمل المعقود عليه مجهولا فلهذا فسد العقد وله أجر مثله ان عمل لانه أوفى العمل بحكم عقد فاسد فلا يلزمه جميع المسمى لان المستأجر يقول أنا ما رضيت بجميع المسمى بهذا القدر من العمل فان كان اشترط عليه أن يجعل غلظة من الجص أو الطين كذا فهو جائز لان المعقود عليه صار معلوما ببيان الغلظة علي وجه لا يفضى الى تمكن المنازعة بينهما ولو استأجر رجلا ينقد له الدراهم كل ألف بكذا أو استأجره علي كل شهر بكذا ينقد له فهو جائز لان فى الفصل الاول استأجره علي عمل معلوم ببدل معلوم والاستئجار على ذلك متعارف بين الناس وهو الاصل فى عقد الاجارة وفى الفصل الثانى عقد على منافع فى مدة معلومة ببدل معلوم ليقيم بتلك المنافع عملا مقصودا

فى الناس * واذا كانت الورثة كبارا غيبا وليس على الميت دين ولا وصية فللوصى أن يبيع الرقيق والمتاع استحسانا لان له ولاية الحفظ الى أن يحضر الغائب وبيع المنقول من الحفظ فان حفظ الثمن ربما يكون أيسر من حفظ العين وانما تثبت هذه الولاية نظرا للغائب ولو انهم نهوه عن البيع فباعه بعد ذلك لم يجز بيعه لانه انما تثبت له الولاية لاجل النظر لهم اذا لم يوجد منهم النهى عن ذلك نصا بخلاف ما اذا كان على الميت دين فهناك انما يثبت له حق التصرف نظرا للذى أقامه مقام الميت فنهي الورثة اياه عن البيع لا يصح واذا كان الوارث صغيرا وللميت دين علي رجل بصك فقال المطلوب للوصى حط عنى النصف لاعطيك النصف وادفع الىّ الصك وكان فيه شهود لا يشهدون الا أن يروا الصك ويعلموا انه حط لليتيم فى الحال فانه لا يسع الوصى أن يفعل ذلك لان فيه اتواء ما بقي من ماله يعنى فى رد الصك عليه لان حط الدين عنه باطل واذا لم يكن الدين واجبا بعقده فلا يتوى به حق اليتيم ولكن اذا كان الشهود لا يشهدون مالم يروا الصك ففى دفع الصك اليه اتواء مال اليتيم حتى اذا كانت الشهود يشهدون بغير صك فلا بأس بأن يفعل ذلك لانه ليس فيه اتواء ماله بل فيه نظر له من حيث انه يستوفى نصف حقه فى الحال ثم يقيم البينة علي مابقي فيستوفيه وحطه باطل اذا أثبت المديون ذلك بالحجة * واذا ادعي رجل فى داره دعوى فرأى الوصى أن يصالحه لانه يخاف ان لم يصالحه أن يأتى ببينة فانه لا يسعه أن يصالحه لان بمجرد الدعوى ما استوجب المدعى شيأ كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم وما يخافه الوصى موهوم فليس كل مدع يكون له بينة علي دعواه ولا كل شاهد يرغب فى حضور مجلس القاضي لاداء الشهادة وبعد الاداء ربما تظهر عدالته وربما لا تظهر ولو ادى شيأ من مال اليتيم باعتبار هذا الموهوم كان مخرجا ماله عن ملكه من غير عوض يحصل بمقابلته ولا منفعة تحصل له حقيقة وليس للوصى هذه الولاية وان جاء المدعي ببينة عدول يعرفهم الوصى وكان الصلح خيرا لليتيم فى رأى الوصى وسعه أن يصالحه لان باعتبار الظاهر حق المدعى قد ثبت ظهوره بشهادة العدول وقد تحقق ذلك ففى هذا تحصيل المال من الوصى لليتيم أو توفير المنفعة وانما نصب الوصى لذلك قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله كان شيخنا الامام الاجل رضي الله عنه يقول هذا اذا علم الوصى قبل اقامة البينة من المدعى انه لو لم يجب الى الصلح حتي يقيم البينة رغب فيه المدعى بعد ذلك فاما اذا علم انه بعد اقامة البينة لا يرغب فى الصلح فلا بأس بان يصالحه قبل اقامة

البينة اذ اعلم ان له شهودا يشهدون على ذلك لان بهذا التأخير ينعدم تمكنه من توفير المنفعة عليه وعلي الوصى أن لا يؤخر ذلك الى وقت يفوته واذا كاتب الرجل عبده على نفسه وماله دخل فيه رقيقه ودوره وكل عين ودين هو من كسبه لان ذلك ماله فالمال يصير مضافا الى العبد باعتبار أنه كسبه قال عليه السلام من باع عبدا وماله الحديث والاضافة اليه تبقى ما بقي المال فى يده فاما بعد أخذ المولى المال منه لا يبقى مضافا اليه شرعا وعرفا فلا يكون المقبوض منه فيما سمى من ماله وان كانت له أمة قد زوجها اياه مولاه لم يدخل فى كتابته لان المولى بتصرفه صار قابضا الامة منه فالتحقت بغيرها مما قبضه منه (فان قيل) أليس أن المشتري اذا زوج الامة المبيعة قبل القبض لا يصير قابضا لها بتصرفه فكيف يصير المولى هنا قابضا وفى الاستحسان انما لم يجعله قابضا هناك لان اليد للبائع فيها يد مستحقة والمشترى ممنوع من قبضها ما لم يؤد الثمن وان تعيبت بالنكاح ولكن لما لم يؤثر هذا العيب فى عينها لم يجعل قابضا به وهنا ما كان للعبد فى هذه الامة يد مستحقة ولا كان المولى ممنوعا من قبضها والتصرف فيها فجعلناه قابضا لها بالتزويج لان بالتزويج التزم تسليمها الى الزوج فلا يتمكن من ذلك الا بيده فيها واذا أنفق المفاوض على نفسه أفضل من نفقة صاحبه وكانت تطيب نفس صاحبه بذلك وكان لصاحبه دين علي الذى أنفق لم تفسد المفاوضة استحسانا حتى يؤدى اليه وهذا بناء على الاصل الذى بينا فى كتاب الشركة انه متى فضل أحدهما بمال يصلح أن يكون رأس المال فى الشركة تفسد بها المفاوضة وان فضل بمال لا يصلح أن يكون رأس المال فى الشركة لا تصلح بها المفاوضة استحسانا والدين الذى وجب لاحدهما لا يصلح أن يكون رأس المال فى الشركة فاذا قبضه فقد صار نقدا صالحا أن يكون رأس مال فى الشركة وعلي هذا لو ورث أحد المتفاوضين دارا أو رقيقا فى القياس تفسد المفاوضة وفى الاستحسان لا تفسد حتى يبيع شيأ من ذلك فيصير مالا يعنى حتى يقبض الثمن نقدا وقد بينا هذه المسئلة فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله فان ما ورث أحدهما يكون مشتركا بينهما عنده وعندنا لا يكون مشتركا ولكن الدار والرقيق لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فلا تفسد المفاوضة حتى يصير ثمنه نقدا فى يده فحينئذ تفسد المفاوضة لانعدام شرط الصحة وهو المساواة بينهما فى المال الذي يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة واذا خلع امرأته التى لم تبلغ وقبل خلعها أبوها بالمهر وضمن للزوج ما أدركه فيه جاز ذلك علي الاب وتؤاخذ الابنة الزوج بنصف الصداق

فيرجع به الزوج علي الاب لان وقوع الطلاق بالخلع يفيد وجود القبول من الضامن للدرك وقد وجد ذلك وقد وقع الطلاق قبل الدخول فيقرر نصف مالها على الزوج لانه ليس للاب ولاية على اسقاط حقها من غير عوض يقابله فترجع على الزوج بنصف المهر ويرجع به الزوج على الاب لانه ضمن له ما أدركه فيه من الدرك فى حقها واضافة الكفالة الى سبب الوجوب بهذا الطريق صحيح وبعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله يقول الخلع لا يقع الا بالمهر لان ذلك حقها وليس للاب أن يخلعها من زوجها علي مالها بل هو فى ذلك كأجنبي آخر فانما يجعلها علي مال يلزمه فى ذمته فكأنه خلعها علي مثل ذلك المهر دينا فى ذمته وجعل ذلك قصاصا بالمهر ففيما لم يحصل مقصود الزوج وهو النصف الذى رجعت الابنة به على الزوج كان له أن يرجع على الاب فيطالبه بذلك بسبب الخلع مع الضمان لان المقاصة لم تقع فى ذلك القدر ولم يستفد الزوج البراءة الا باداء المال فيرجع به علي الاب بهذا الطريق واذا قال الرجل لامرأته قد بارأتك بمالك عليّ من المهر فقبلت فهو جائز لان الخلع والمباراة يستعملان استعمالا واحدا وبينهما تفاوت فى المعني والحكم ولو قال خالعتك بمالك على من المهر فقبلت جاز فكذلك اذا قال بارئتك ولو خلعها علي حكمه ثم حكم بشئ لم ترض به المرأة فله الاقل من حكمه ومن المهر الذى أعطاها لان المسمى مجهول وهو ما يحكم به فانه مجهول الجنس والقدر والخلع على بدل مجهول يوجب عليها رد المقبوض من المهر كما لو خلعها علي ثوب بغير عينه الا أن يحكم بأقل من ذلك فانما حكم على نفسه باسقاط بعض حقه وذلك نافذ منه فان حكم بأكثر من ذلك فانما حكم عليها بالزيادة وليس له عليها هذه الولاية فلهذا كان له الاقل ولو خلعها علي أن له عليها أقل مهر يتزوج عليه فالخلع جائز وله عليها المهر الذى أخذت منه لانه سمي فى الخلع مالا مجهول الجنس والقدر فلم تصح التسمية ولكن ثبت حكم الغرور به وذلك يوجب عليها رد المقبوض والدليل على فساد هذه التسمية أن المهر لا يجب ما لم تزوج نفسها ولا يلزمها بهذه التسمية أن تزوج نفسها وربما لا يرغب أولا يبقي الى أوانه بعد انقضاء العدة واذا أقام رجل البينة فى حق له على رجل فى بلد آخر فسأل القاضى أن يكتب بشهادة الشهود وعدالتهم وبتوكيله وكيلا بالقيام مقامه بالمطالبة والقبض الى قاضى ذلك البلد فله فعله بعد ما يستحلف بالله ما أخذ من ماله هذا شيأ ولا يعلم وكيلا ولا رسولا له أخذ منه شيأ لانه انما يكتب له بذلك نظرا منه للمدعي والقاضى مأمور بالنظر من الجانبين ففى الاستحلاف

بهذه الصفة نظر منه للغائب وهو عاجز عن المطالبة بهذا النظر لغيبته فعليه أن ينظر له وفيه نظر للمدعى أيضا فربما يدعى الخصم عند القاضى المكتوب اليه أنه قد أوفاه المال ويطالب بيمينه ومن رأى ذلك القاضى أن لا يقضى بالمال ما لم يحلف على قياس مسئلة الغيب فيتعذر على وكيله استيفاء حقه فلهذا يستحلفه على ذلك ويكتب ذلك الاستحلاف فى كتابه لان تمام النظر فيه ولا يستحلف الطالب لقد شهدت شهودك بحق لان الخصم لو كان حاضرا وطلب استحلافه على ذلك لم يجبه الى ذلك بخلاف الاول فان الخصم لو كان حاضرا وطلب يمينه ما أخذ من ماله شيأ أجابه القاضي الى ذلك فان كان قاضيا لا يجيز الكتاب الا على ذلك يعنى ان كان يرى رأى ابن أبي ليلى فى استحلاف الطالب لقد شهدت شهودك بحق فقال الطالب استحلفنى واكتب لي بيمينى استحلفه بالله لقد شهدت شهودك بحق فان المال له على فلان ثم يكتب له وانما يريد بهذا اذا كان القاضي المكتوب اليه يرى ذلك فان فى هذا الاستحلاف نظرا للطالب لان الطالب يريد أن يبعث وكيلا ولا يحضر مجلس ذلك القاضي ليستحلفه فلا يحصل مقصوده الا بهذا والقاضى مأمور بالنظر له فاذا طلب منه ما فيه نظر له أجابه القاضى الى ذلك ولو أقام شاهدا واحدا وسأله أن يكتب شهادته وحاله فعل ذلك لان فيه نظرا للطالب فربما يكون شاهده الآخر فى البلد الذى فيه القاضى المكتوب اليه فلا يتمكن من الجمع بين شهادة الشاهدين فى مجلسه الا بهذا الطريق فيجيبه القاضى الى ذلك حتى اذا ثبت الكتاب عنده وجاء بشاهده الآخر فشهد له قضى بحقه لتمام الحجة واذا أسلمت مدبرة الذمى فاستسعت فى قيمتها فعجزت عن السعاية فان كان القاضى هو الذي قومها واستسعاها لم يردها واجبرها على السعاية لان السبب الموجب للقضاء قائم وهو اسلامها مع كفر المولى فلا يعتبر عجزها بمنزلة معتق البعض اذا استسعاه القاضى فيما بقي من قيمة الشريك الساكت فعجز عن ذلك وكذلك ان كان المولي هو الذى صالحها على ذلك الا أن يكون فيه فضل على القيمة فيبطل القاضى الفضل ويجبرها على السعاية فى القيمة والحاصل أن القاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقض شيأ ليعيد مثله فى الحال واذا كان الصلح على مقدار القيمة فليس فى نفس هذا الصلح فائدة لها فلا يشتغل القاضي به وان كان فيه فضل علي القيمة ففى نقضه فائدة لها وهو سقوط الزيادة عنها وعجزها يسقط عنها ما التزمت لمولاها باختيارها لعجز المكاتبة عن اداء بدل الكتابة فلهذا

يبطل هذا الصلح عند عجزها ويجبرها على السعاية فى القيمة لاسلامها مع اصرار مولاها على الكفر والله أعلم بالصواب

كتاب الحيل

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء أختلاف الناس فى كتاب الحيل أنه من تصنيف محمد رحمه الله أم لا كان أبو سليمان الجوزجانى ينكر ذلك ويقول من قال ان محمدا رحمه الله صنف كتابا سماه الحيل فلا تصدقه وما فى أيدى الناس فانما جمعه وراقو بغداد وقال ان الجهال ينسبون علماءنا رحمهم الله الى ذلك على سبيل التعيير فكيف يظن بمحمد رحمه الله أنه سمى شيأ من تصانيفه بهذا الاسم ليكون ذلك عونا للجهال على ما يتقولون وأما أبو حفص رحمه الله كان يقول هو من تصنيف محمد رحمه الله وكان يروى عنه ذلك وهو الاصح فان الحيل فى الاحكام المخرجة عن الامام جائزة عند جمهور العلماء وانما كره ذلك بعض المتعسفين لجهلهم وقلة تأملهم فى الكتاب والسنة والدليل على جوازه من الكتاب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث هذا تعليم المخرج لايوب عليه السلام عن يمينه التى حلف ليضربن زوجته مائة فانه حين قالت له لو ذبحت عناقا باسم الشيطان فى قصة طويلة أوردها أهل التفسير رحمهم الله وقال تعالى ولما جهزهم بجهازهم جعل السقاية فى رحل أخيه الى قوله ثم استخرجها من وعاء أخيه كذلك كدنا ليوسف وذلك منه حيلة وكان هذا حيلة لامساك أخيه عنده حينئذ ليوقف اخوته على مقصوده وقال جل جلاله حكاية عن موسى عليه السلام ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يقل على ذلك لانه قيد سلامته بالاستثناء وهو مخرج صحيح قال الله تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم الاحزاب لعروة بن مسعود فى شأن بنى قريظة فلعلنا أمرناهم بذلك فلما قال له عمر رضى الله عنه فى ذلك قال عليه السلام الحرب خدعة. وكان ذلك منه اكتساب حيلة ومخرج من الاثم بتقييد الكلام بلعل ولما أتاه رجل وأخبره انه حلف بطلاق امرأته ثلاثا أن لا يكلم أخاه قال له طلقها واحدة فاذا انقضت عدتها فكلم أخاك ثم تزوجها وهذا تعليم الحيلة والآثار فيه كثيرة من تأمل أحكام الشرع وجد المعاملات كلها

بهذه الصفة فان من أحب امرأة اذا سأل فقال ما الحيلة لى حتى أصل اليها يقال له تزوجها واذا هوى جارية فقال ما الحيلة لي حتى أصل اليها يقال له اشترها واذا كره صحبة امرأته فقال ما الحيلة لى فى التخلص منها قيل له طلقها وبعد ما طلقها اذا ندم وسأل الحيلة فى ذلك قيل له راجعها وبعد ما طلقها ثلاثا اذا تابت من سوء خلقها وطلبا حيلة قيل لهما الحيلة فى ذلك أن تتزوج بزوج آخر ويدخل بها فمن كره الحيل فى الاحكام فانما يكره فى الحقيقة أحكام الشرع وانما يقع مثل هذه الاشياء من قلة التأمل فالحاصل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به الى الحلال من الحيل فهو حسن وانما يكره ذلك أن يحتال فى حق لرجل حتى يبطله أو فى باطل حتى يموهه أو فى حق حتى يدخل فيه شبهة فما كان على هذا السبيل فهو مكروه وما كان على السبيل الذى قلنا أولا فلا بأس به لان الله تعالى قال وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ففى النوع الاول معنى التعاون على البر والتقوى وفى النوع الثانى معنى التعاون على الاثم والعدوان اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث عبدالله بن بريدة رضى الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آية من كتاب الله تعالى فقال عليه السلام للسائل لا أخرج من المسجد حتى أخبرك بها فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أخرج احدى رجليه من المسجد أخبره بالآية قبل أن يخرج الرجل الاخرى فاهل الحديث رحمهم الله يروون هذا الحديث على وجه آخر فانهم يروون عن أبى بن كعب رضى الله عنه انه كان يصلي فى المسجد اذ دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعاه فلما فرغ من صلاته جاء فقال عليه السلام ما منعك أن تجيبنى اذ دعوتك اما تدرى قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول اذا دعاكم قال كنت فى الصلاة يا رسول الله عليك السلام فقال عليه السلام ألا أنبئك بسورة أنزلت عليّ ليس فى التوراة ولا فى الانجيل ولا فى الزبور مثلها فقلت نعم فقال عليه السلام لا أخرج من المسجد حتى أخبرك بها ثم شغله وفدعنى فلما قام النبي صلى الله عليه وسلم ليخرج جعلت أمشى معه وأقول فى نفسي لعله نسى يمينه فلما أخرج احدى رجليه فقلت السورة التى وعدتني يا رسول الله فقال عليه السلام ماذا تقرأ فى صلاتك قلت أم القرآن قال عليه السلام نعم انها هى السبع المثانى والقرآن العظيم الذى أوتيت ليس فى التوراة ولا فى الانجيل ولا فى الزبور مثلها وفائدة الحديث انه عليه السلام أخبره بعد اخراج احدى الرجلين للتحرز عن خلف الوعد فان الوعد من الانبياء عليهم السلام

كالعهد من غيرهم وللتحرز عن الحنث على ما أشار اليه فى حديث أبى رضى الله عنه من قوله لعله نسى يمينه ففيه اشارة الى انه كان حالفا وفيه دليل على انه لا يصير خارجا باخراج احدى الرجلين ولا داخلا بادخال احدى الرجلين ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله من حلف على زوجته أن لا تخرج من الدار فاخرجت احدى رجليها لم يحنث فى يمينه وهذا لان الخروج انتقال من الداخل الى الخارج ولا يحصل ذلك الا باخراج القدمين وقد بينا وجوه هذه المسئلة فى كتاب الايمان ثم مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم من تفضيل آية أو سورة على غيرها هو الثواب عند التلاوة فان القرآن كله كلام الله تعالى غير محدث ولا مخلوق ولا تفاوت بين السور والآى فى هذا ولكن يجوز أن يقال ان القارئ ينال الثواب على قراءة سورة ما لا يناله على قراءة سورة أخرى بيانه انه بقراءة سورة الاخلاص يستحق من الثواب مالا يستحق بقراءة تبت من حيث انه فى قراءة سورة الاخلاص قراءة القرآن والاقرار بوحدانية الله تعالى والثناء على الله تعالى بما هو أهله وفى قراءة سورة تبت قراءة القرآن ولكن ليس فيها ما بينا من المعانى الاخر وما نقل فى هذا الباب من الآثار من نحو ماروى ان من قرأ سورة الاخلاص ثلاث مرات فكانما ختم القرآن ومن قرأ سورة الكافرون فكانما قرأ ربع القرآن تأويله ما بينا وأيد ما قلنا اتفاق العلماء رحمهم الله على تعيين الفاتحة للقراءة فى كل صلاة عند بعضهم واجبا وعند بعضهم فرضا وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال من معاريض الكلام ما يغنى المسلم عن الكذب وفيه دليل على انه لا بأس باستعمال المعاريض للتحرز عن الكذب فان الكذب حرام لا رخصة فيه والذي يروى حديث عقبة ابن أبى معيط رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى الكذب فى ثلاثة مواضع في الرجل يصلح بين الناس والرجل يكذب لامرأته والكذب فى الحرب تأويله فى استعمال معاريض الرجال الكلام فان صريح الكذب لا يحل هنا كما لا يحل فى غيره من المواضع والذى يروى ان الخليل عليه السلام كذب ثلاث كذبات ان صح فتأويل هذا انه ذكر كلاما عرض فيه ما خفى عن السامع مراده وأضمر فى قلبه خلاف ما أظهره فأما الكذب المحض من جملة الكبائر والانبياء عليهم السلام كانوا معصومين عن ذلك ومن جوز عليهم الكذب فقد أبطل الشرائع لانه جعل ذلك باختيارهم واذا جاز عليهم الكذب فى خبر واحد جاز فى جميع ما أخبروا به وبطلان هذا القول لا يخفى على ذى لب فعرفنا ان المراد استعمال المعاريض وقال

ابن عباس ما يسرني بمعاريض الكلام حمر النعم فانما يريد به أن بمعاريض الكلام يتخلص المرء من الاثم ويحصل مقصوده فهو خير من حمر النعم والاصل فى جواز المعاريض قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الآية فقد جوز الله تعالى المعاريض ونهى عن التصريح بالخطبة بقوله عز وجل ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا ثم بيان استعمال المعاريض من أوجه أحدها أن يقيد المتكلم كلامه بلعل وعسى كما قال عليه السلام فلعنا أمرناهم بذلك ولم يكن أمر به ولم يكن ذلك كذبا منه لتقييده كلامه بلعل والثانى أنه يضمر فى لفظه معنى سوى مايظهره ويفهمه السامع من كلامه وبيانه فيما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لتلك العجوز ان الجنة لا يدخلها العجائز فجعلت تبكي فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الجنة جرد مرد مكحلون أخبرها بلفظ أضمر فيه سوى ما فهمت من كلامه فدل ان ذلك لا بأس به ومن ذلك ما روى عن عبيدة السلمانى رضى الله عنه قال خطب على رضى الله عنه فقال والله ماقتلت عثمان ولا كرهت قتله وما أمرت ولا نهيت فدخل عليه بعض من الله أعلم بحاله فقال له فى ذلك قولا فلما كان فى مقام آخر فقال من كان سائلى عن قتل عثمان رضى الله عنه فالله قتله وأنا معه قال ابن سيرين رحمه الله هذه كلمة قرشية ذات وجوه أما قوله ماقتلت عثمان رضى الله عنه فهو صدق حقيقة ولا كرهت قتله أى كان قتله بقضاء الله تعالى ونال درجة الشهادة فما كرهت له هذه الدرجة وما كرهت قضاء الله وقدره وأما قوله فالله قتله وأنا معه مقتول أقتل كما قتل عثمان رضى الله عنه فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر بانه يستشهد بقوله وان أشقى الاولين والآخرين من خضب بدمك هذه من هذه وأشار الى عنقه ولحيته وقد كان علي رضى الله عنه ابتلي بصحبة قوم على همم متفرقة فقد كان يحتاج الى أن يتكلم بمثل هذا الكلام الموجه ومنه ما يروي عن سويد بن عفلة ان عليا لما قتل الزنادقة نظر الى الارض ثم رفع رأسه الى السماء ثم قال صدق الله ورسوله ثم قام فدخل بيته فاكثر الناس فى ذلك فدخلت عليه فقلت ياأمير المؤمنين ماذا فنيت به الشيعة منذ اليوم أرأيت نظرك الى الارض ثم رفعك الى السماء ثم قولك صدق الله ورسوله أشيء عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم أم شيء رأيته فقال عليّ هل عليّ من بأس ان أنظر الى الارض فقلت لا فقال وهل عليّ من بأس ان أنظر الى السماء فقلت لا فقال هل عليّ من بأس ان أقول صدق الله ورسوله فقلت لا فقال فانى رجل مكابد وانما أشار الى

المعنى الذى بينا انه يحتاج الى الوقوف علي مايضمره كل فريق من أصحابه وكان يضع مثل هذا الكلام ويتكلم بكلام موجه لذلك ومنه ماروى انه كان اذا دخله ريبة من كل فريق جعل يمسح جبينه ويقول ما كذبت ولا كدت يوهمهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبره بحالهم فيظهرون له ما فى باطنهم ومن ذلك ماروى عن علي رضى الله عنه قال والله لا أغسل شعرى حتى أفتح مصر وأترك البصرة كجوف حمار ميت وأعرك اذن عمار عرك الاديم وأسوق العرب بعصاى فذكروا لابن مسعود رضى الله عنه ذلك فقال ان عليا يتكلم بكلام لا يصدر وهاغرة هامته على مثل الطشت لاشعر عليها فأى شعر يغسله بهذه يتبين ان الكبار من الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستعملون معاريض الكلام فى حوائجهم وكذلك من بعدهم من التابعين رحمهم الله على ما يحكى عن رجل قال كنت عند ابراهيم رحمه الله وامرأته تعاتبه فى جاريته وبيده مروحة فقال أشهدكم انها لها فلما خرجنا قال على ماذا شهدتم قلنا شهدنا علي انك جعلت الجارية لها فقال أما رأيتمونى أشير الى المروحة انما قلت لكم اشهدوا انها لها وأنا أعنى المروحة التى كنت أشير اليها وكانوا يعلمون غيرهم ذلك أيضا على ماذكره فى الكتاب عن ابراهيم رحمه الله فى رجل أخذه رجل فقال ان لى معك حقا قال لا فقال احلف لى بالمشى الى بيت الله تعالى فقال أحلف وأعنى مسجد حيك وانما يحمل هذا علي ان ابراهيم رحمه الله علم ان المدعى مبطل وانما المدعي عليه برئ فعلمه الحيلة وهو أن يحلف بالمشي الى بيت الله تعالي يعنى مسجد حيه فان المساجد كلها بيوت الله تعالى أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه قال عز وجل وان المساجد لله ولكن فيه بعض الشبهة فانه ان كان الرجل بريأ عن الحق ما كان يلزمه شئ لو حلف بالمشى الى بيت الله من غير هذه النية وان لم يكن بريأ ما كان له أن يمنع الحق ولا كان يحل لابراهيم أن يعلمه هذا ليمنع به الحق وما كان ينفعه هذه النية فان الحالف ان كان ظالما فاليمين علي نية من يستحلفه لا علي نية الحالف ولا يعتبر بنيته علي ما بينته فى هذا النوع من الشبهة وعن ابراهيم رحمه الله أن رجلا قال له ان فلانا أمرنى ان آتى مكان كذا وأنا لا أقدر على ذلك فكيف الحيلة لى فقال قل والله لا أبصر الا ما بصرنى به غيرى وفى رواية الا ما سدد لى غيرى يعني الا ما بصرك ربك فيقع عند السامع أن فى بصره ضعفا يمنعه من أن يأتيه فى الوقت الذى يطلب منه فلا يستوحش بامتناعه وهو يضمر فى نفسه معنى صحيحا فلا تكون يمينه كاذبة وبيانه فيما روى عن رسول

الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كمال العقل موابأة الناس فيما لا يأثم به وذكر عن ابن سيرين رحمه الله أنه قال كان رجل من باهلة عيونا فرأى بغلة لشريح رحمه الله فأعجبته فقال له شريح اما انها اذا ربضت لم تقم حتى تقام أى ان الله عز وجل هو الذى يقيمها بقدرته وقال الرجل أف أف وفى هذا الحديث زيادة فان الرجل لما أبصر البغلة فأعجبته ربضت من ساعتها فقال شريح ما قال فلما قال الرجل أف أف قامت وفى هذا دليل أن العين حق وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتعوذ من عين السوء ومنه يقال ان العين تدخل الرجل القبر والجمل القدر فأراد شريح أن يرد عينه بأن يحقرها فى عينه وقال ما قال وأضمر فيه معنى صحيحا وهو أن الله تعالى يقيمها بقدرته وذكر عن النزال بن سيدة قال جعل حذيفة يحلف لعثمان رضى الله عنهما على أشياء بالله ما قالها وقد سمعناه يقولها فقلنا له يا أبا عبد الله سمعناك تحلف لعثمان على أشياء ما قلتها وقد سمعناك قلتها فقال انى أشترى دينى بعضه ببعض مخافة أن يذهب كله وان حذيفة رضى الله عنه من كبار الصحابة وكان بينه وبين عثمان رضى الله عنه بعض المداراة فكان يستعمل معاريض الكلام فيما يخبره به ويحلف له عليه فلما أشكل على السامع سأله عن ذلك فقال انى اشترى دينى بعضه ببعض يعنى أستعمل معاريض الكلام على سبيل المداراة أو كأنه كان يحلف ما قالها ويعنى ما قالها فى هذا المكان أو فى شهر كذا أو يعنى الذى فان ما قد تكون بمعنى الذى فهذا ونحوه من باب استعمال المعاريض وبيانه فيما ذكر عن ابراهيم رحمه الله قال لى رجل انى أنال من رجل شيأ فيبلغه عنى فكيف أعتذر منه فقال له ابراهيم والله ان الله ليعلم ما قلت لك من ذلك من شئ أى اضمر فى قلبك الذى معناه ان الله ليعلم الذى قلت لك من حقك من شئ وعن عقبة بن غرار رحمه الله قال كنا نأتى ابراهيم رحمه الله وهو خائف من الحجاج فكنا اذا خرجنا من عنده يقول لنا ان سئلتم عنى وحلفتم فاحلفوا بالله ما تدرون أين أنا ولا لكم علم بمكانى ولا فى أى موضع أنا واعنوا أنكم لا تدرون فى أى موضع أنا فيه قاعد أو قائم فتكونون قد صدقتم وأتاه رجل فى الديوان فقال انى اعترضت على دابة وقد نفقت وهم يريدون يحلفوننى أنها الدابة التى اعترضت عليها فكيف أحلف فقال اركب دابة واعترض عليها على بطنك راكبا ثم احلف لهم أنها الدابة التى اعترضت عليها فيفهمون الغرض وأنت تعنى اعترضت عليها على بطنك ويحكى عن ابراهيم رحمه الله أنه كان استأذن عليه رجل وهو لا يريد أن يأذن له ركب رشادا وأراد فرس البخت وقال

لجاريته قولى ان الشيخ قد ركب وربما يقول لها اضربى قدمك على الارض وقولى ليس الشيخ هنا أى تحت قدمى وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال لان أحلف بالله كاذبا أحب الىّ من أن أحلف بغيره صادقا ومراده بهذا المبالغة فى النهى عن الحلف بغير الله تعالى فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فكفارته أن يقول لا اله الا الله وقال عليه السلام لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فالحلف بغير الله منهى عنه سواء كان كاذبا أو صادقا وليس المراد الرخصة فى الحلف بالله كاذبا فان الكذب حرام من غير أن يؤكده باليمين فكيف يرخص فيه مع التأكيد باليمين وقد أوله بعضهم على أن الحالف بالله تعالى وان كان كاذبا فى خبره فهو معظم اسم الله تعالى فى حلفه ويروون فيه حديثا عن رجل من بنى اسرائيل عن رجل أنه حلف بالله الذى لا اله الا هو وكان كاذبا فى يمينه فنزل الوحي على نبي ذلك الزمان أنه غفر له ذلك بتوحيده ولكن الاول أصح وذكر عن ابراهيم رحمه الله قال اليمين على نية الحالف اذا كان مظلوما وان كان ظالما فعلى نية المستحلف وبه نأخذ ويقول المظلوم يتمكن من دفع الظلم عن نفسه بما يتيسر له شرعا فى وانما يحلف له ليدفع الظلم عن نفسه فتعتبر نيته فى ذلك والظالم مأمور شرعا بالكف عن الظلم واتصال الحق الى المستحق فلا تعتبر نيته فى اليمين وانما تعتبر نية المستحلف وهذا لان المدعى اذا كان محقا فاليمين مشروعة لحقه حتى يمتنع الظالم عن اليمين لحقه فيخرج من حقه أو يهلك ان حلف كاذبا كما أهلك حقه فيكون اهلاكا بمقابلة اهلاك بمنزلة القصاص وانما يتحقق هذا اذا اعتبرنا نية المستحلف * فأما اذا كان الحالف مظلوما فاليمين مشروعة لحقه وهذا رجحان جانب الصدق فى حقه وانقطاع منازعة المدعى معه بغير حجة فتعتبر نية الحالف فى ذلك ولهذا يعتبر فى اليمين علمه أيضا على ما روى عن الشعبى رحمه الله قال من حلف على يمين ولا يستثنى فالاثم والبر فيهما علي علمه يعني اذا حلف وعنده أن الامر كما حلف عليه ثم تبين بخلافه لم يكن آثما فى يمينه وهو تفسير يمين اللغو عندنا لانه ما كان ظالما حين كان لا يعلم خلاف ما هو عليه فاعتبرنا ما عنده واذا كان يعلم خلاف ذلك فهو ظالم فى يمينه فيكون آثما ويعتبر فيه نية ما عند صاحب الحق والله أعلم بالصواب

باب الاجارة

(قال رحمه الله) رجل استأجر من رجل دارا سنين معلومة فخاف المستأجر أن يغدر

به رب الدار فليسم لكل سنة من هذه السنين أجرا أو يجعل للسنة الاخيرة أجرا كثيرا ومعنى هذا أن المستأجر خاف أن تنقض الاجارة بينهما قبل انتهاء مدة الاجارة بموت رب الدار أو بأن يلحقه دين فادح أو غير ذلك من أنواع العذر وقد لا يكون مقصوده الا السكنى فى آخر المدة فالحيلة ماذكر وهو أن يجعل الاجر للسنين المتقدمة شيأ قليلا حتى اذا انفسخ العقد قبل حصول مقصوده لا يلزمه من الاجر ما يتضرر به ويمنع رب الدار من الفسخ للعذر كيلا يفوته معظم الاجر بالسكنى فى السنة الاخيرة والاحوط أن يجعل العقد فى صفقتين لانه اذا جعل الكل صفقة واحدة وفرق التسمية فربما يذهب بعض القضاة الى رأى ابن أبي ليلي رحمه الله ويوزع المسمي علي جميع المدة بالحصة فلا ينظر الى تفريق التسمية مع اتحاد الصفقة وعند اختلاف الصفقة يأمن من ذلك وعلى هذا لو أراد المستأجر أن ينفق على الدار من مرمتها ويخاف أن لا يرد عليه ذلك رب الدار ان انفسخ العقد فانه ينبغى له أن ينظر الي مقدار ما يريد أن ينفقه فيضم ذلك الى أجر الدار فى السنة الاخيرة ويقر رب الدار انى استسلفت منه هذا المقدار من أجر السنة الاخيرة حتى اذا انفسخ العقد رجع عليه بما أقر أنه استسلفه من ذلك وان خاف أن يحلفه رب الدار أنه سلم اليه شيئا كما هو رأى بعض القضاة فانه ينبغى أن يبيع منه شيأ بذلك القدر حتى اذا حلف لم يكن كاذبا فى يمينه فان كان رب الدار هو الذى يخاف أن ينكر المستأجر بعض السنين ويغدر به بعد ذلك أى يفسخ العقد بغدر فالسبيل أن يجعل أكثر الاجرة للسنة الاولى حتى لا يفسخ المستأجر بعد مضيها العقد فى بقية المدة لانه قد لزمه أكثر الاجرة وان انفسخ العقد لم يتضرر به صاحب الدار وان خاف أن يغيب المستأجر ويمتنع أهله من رد الدار اليه اذا طلبه لوقته فينبغي أن يؤاجرها من أهله ويضمن له الزوج ردها للوقت الذي يسميه فيؤخذ به حينئذ علي الشرط لانه اذا أجرها من الاهل فعليه ردها اليه عند انتهاء المدة ويصير الزوج ملتزما ردها بالضمان أيضا فيطالبه به عند انتهاء المدة قال وفى هذا بعض الشبهة فانه ليس على المستأجر رد الدار انما عليه ان لا يمنع الاجر اذا جاء ليأخذها ومثل هذا لا تصح الكفالة به بمنزلة الكفالة برد الوديعة على المودع هذا ولان الكفالة انما تصح بما هو مضمون علي الاصيل والرد غير مضمون على المستأجر فكيف تصح الكفالة به الا أن يقر الزوج انه ضامن له تسليم الدار اليه فى وقت كذا بحق لازم صحيح فيكون مؤاخذا باقراره ولكن هذا كذب لا رخصة فيه فالاحوط

أن يأخذ الزوج الدار منها بعد رضاها علي طريق الاستيلاء ليصير به ضامنا رد الدار عليها في المدة وعلي مالك الدار بعد مضى المدة ويقر بذلك بين يدى الشهود ويكون لرب الدار أن يطالبه بتسليم الدار اليه بعد انتهاء المدة وفيه وجه آخر وهو أن يؤاجر الدار من المستأجر ثم ان المستأجر يوكل رب الدار فى الخصومة مع أهله لاسترداد الدار منهم على انه كلما عزله فهو وكيل به فاذا غاب المستأجر كان له أن يطالب أهل المستأجر برد الدار عليه بحكم وكالة المستأجر فى وقته وان كان المستأجر غير ملئ بالاجر فينبغي للآمر أن يأخذ منه كفيلا باجر الدار ماسكنها أبدا أو يسمي كل شهر للضامن فتكون هذه كفالة بمال معلوم وهو مضاف الى سبب الوجوب فيكون صحيحا ويأخذ الكفيل بها اذا تعذر استيفاؤها من المستأجر للافلاس ودين الاجرة كسائر الديون فكما ان طريق التوثق فى سائر الديون الكفالة فكذلك فى الاجرة * رجل استأجر دارا لابناء فيها فاذن له رب الدار أن يبنيها ويحسب له رب الدار ماأنفق فى البناء من الاجر فان بينه وبين كذا كذا درهما فهو جائز قيل هذا الجواب بناء على قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لايجوز لان الاجر دين على المستأجر وانما أمره أن يشتري له الآلات بالدين الذى له عليه وأبو حنيفة رحمه الله لايجوز هذه الوكالة على ماقال فى البيوع اذا قال صاحب الدين للمديون سلم مالى عليك فى كذا واشتر لى بمالى عليك عبدا والاصح ان هذا قولهم جميعا لانه أمره بالصرف الى محل معلوم وهو بناء الدار وهو نظير ماقال فى الاجارات اذا أمر صاحب الحمام المستأجر بمرمة الحمام ببعض الاجرة أو استأجره دابة وغلاما الى مكان معلوم وأمره بان ينفق بعض الاجرة فى علف الدابة ونفقة الغلام فان ذلك جائز فهذا مثله وان اختلفا فى مقدار ماأنفق فالقول قول رب الدار لان المستأجر يدعى صرف الزيادة الى البناء فيما أنفق ورب الدار ينكر فالقول قوله مع يمينه (ألا ترى) انه لو ادعى تسليم ذلك الي رب الدار فأنكره رب الدار كان القول قوله وكذلك ان كان رب الدار أشهد أن المستأجر مصدق فيما يقول انه انفق فليس ذلك بشى فالقول قول رب الدار لانه أشهد على ماهو مخالف لحكم الشرع فان الاجر دين مضمون له فى ذمة المستأجر وانما يقبل قول الامين في الشرع ولا يقبل قول الضامن فاذا شهد على تصديق الضامن كان الاشهاد باطلا والقول قول رب الدار (ألا ترى) انه لو شهد عند الاجارة ان المستأجر مصدق فيما يدعي انفاقه من الاجرة لم يصدق فى ذلك وكذلك لو جحد أن يكون بني فيها

وقال دفعتها اليه وهذا البناء فيها فالقول قوله لانه منكر استيفاء شئ من الاجر والبناء تبع للاصل فاتفاقهما على أن الاصل ملك له لا من جهة المستأجر يكون دليلا على ان البناء له لامن جهة المستأجر أيضا فاذا ادعي المستأجر انه هو الذي بني هذا البناء كان عليه أن يثبت مادعاه بالبينة فان أراد المشتري أن يصدق فى النفقة عجل له من الاجر بقدر النفقة وأشهد عليه بقبضه ثم يدفعه رب الدار اليه ويوكله بالنفقة على داره فيكون القول قول المستأجر حينئذ فى نفقة مثله وفى هذا الهلاك اذا ادعاه لان بالتعجيل ملك الاجر المقبوض وبرئت ذمة المستأجر منه ثم اذا رده عليه لينفقه فى داره كان أمينا فى ذلك والقول قول الامين فى المحتمل مع اليمين كالمودع يدعي رد الوديعة أو هلاكها الا انه انما يصدق فى نفقة مثله لان الظاهر لا يكذبه فى ذلك المقدار وفيما زاد علي ذلك يكذبه فلا يقبل قوله الا بحجة كالوصى يدعى الانفاق على اليتيم من ماله يصدق فى نفقة مثله ولا يصدق فى الزيادة علي ذلك واذا خاف رب الدار أن يتعبه المستأجر فى رد الدار بعد مضى مدة الاجارة وأجرها منه سنة من يومه على ان أجرتها بعد مضى السنة تكون كل يوم دينارا فيجوز العقد علي هذا الوجه لان العقد بعد مضى السنة يكون مضافا الي وقت فى المستقبل واضافة الاجارة الي وقت فى المستقبل صحيح فبعد مضى السنة لايمتنع المستأجر من رد الدار مخافة أن يلزمه كل يوم دينار فان قال المستجر أنا لا آمن أن يغيب رب الدار بعد مضى السنة فلا يمكننى أن أردها عليه ويلزمنى كل يوم دينار فالحيلة فى ذلك أن يجعلا بينهما عدلا ويستأجر المستأجر الدار من العدل بهذه الصفة حتى اذا مضت السنة وتغيب رب الدار تمكن المستأجر من ردها علي العدل فلا يلزمه الدينار باعتبار كل يوم بعد ذلك وعلي هذا لو استأجر دارا كل شهر بكذا فلزوم العقد يكون فى شهر واحد فاذا تم الشهر فلكل واحد منهما أن يفسخ العقد فى الليلة التى يهل فيها الهلال فالحيلة أن يمضيه قبل الفسخ ليلزم العقد فى رأس الشهر الداخل فاذا خاف المستأجر أن يبعث الاجر فى الليلة التى يهل فيها الهلال فالحيلة أن يجعلا بينهما عدلا حتى يتمكن من فسخ الاجارة مع العدل عند رأس الشهر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول اذا أدى الاجر فى وسط الشهر ومن عزمه الفسخ عند مضى الشهر ينبغى أن يقول له اذا جاء رأس الشهر فقد فسخت العقد بيني وبينك وهذا فاسد لانه تعليق الفسخ بالشرط وذلك لايجوز ولكن ينبغى أن يقول له فسخت الاجارة بينى وبينك رأس الشهر فتكون هذه

اضافة الفسخ الى وقت فى المستقبل ولا تكون تعليقا بالشرط وكما تصح اضافة الاجارة الى وقت فى المستقبل وان كان لايجوز تعليقها بالشرط فكذلك يجوز اضافة الفسخ الى وقت فى المستقبل وهذا يجوز وان كان لايجوز تعليقه بالشرط * واذا اكترى الرجل ابلا لمتاع له الى مصر بمائة دينار فان قصر عنها الى الرملة فالكراء سبعون دينارا فان قصر عن الرملة الى اذرعات فالكراء ستون دينارا فالاجارة فاسدة على هذا الشرط لجهالة مقدار المعقود عليه وجهالة الاجر المسمى عند العقد ولانه علق البراءة من بعض الاجر بالشرط ولو علق البراءة من جميع الاجر بشرط فيه خطر لم تصح الاجارة فكذلك اذا علق البراءة من بعض الاجر فان حمله الى مصر ففى القياس له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد وفى الاستحسان تجب المائة الدينار لان المعنى المفسد قد زال وهو نظير القياس والاستحسان الذى تقدم فى الاجارات انه لو استأجر دابة للركوب باجر معلوم أو ثوبا للبس ولم يبين من يركب ومن يلبس كان العقد فاسدا ولو ركبها أو لبسه حتى مضت المدة وجب المسمى استحسانا لانعدام المفسد وهو الجهالة قال والحيلة لهما فى ذلك حتى لا يفسد أن يستأجرها الي أذرعات بخمسين دينارا ويستأجر من أذرعات الي الرملة بعشرين دينارا ويستأجر من الرملة الى مصر بثلاثين دينارا فاذا بلغ أذرعات فان أراد صاحب المتاع أن لايذهب الى الرملة كان ذلك عذرا له فى فسخ العقد الثانى والثالث وان أراد أن يحمله الى الرملة فليس لصاحب الابل أن يمتنع وكذلك من الرملة الى مصر وهذا لان صاحب الابل عليه تسليم الابل ولا يلزمه أن يذهب بنفسه ماشيا وان أبى فلا يكون ذلك عذرا له فى فسخ الاجارة وصاحب المتاع له أن يبيع متاعه باذرعات ولا يخرج منها الى الرملة فيكون ذلك عذرا له فى فسخ الاجارة واذا أراد الرجل أن يؤاجر أرضا له فيها ذرع لم يكن له فيها حيلة الاخصلة واحدة وهى أن يبيعه الزرع ثم يؤاجره الارض لان شرط جواز عقد الاجارة انه تمكن المستأجر من الانتفاع بالارض بعد الاجارة واذا باعه الزرع ثم أجر الارض فهو يتمكن من الانتفاع بها لانه يرى زرعه فيها واذالم يبعه الزرع لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بها وهى مشغولة بزرع الا خر ولا يمكنه التسليم الابقلع زرعه وفيه ضرر بين عليه فلهذا كان العقد فاسدا وعلى هذا لو كانت فى الارض أشجارا أو بناء فأراد أن يؤاجرها منه ينبغى له أن يبيع الاشجار والبناء منه أولا ثم يؤاجره الارض وذكر الطحاوى رحمه الله فى هذا الفصل انه يبيع الاشجار

بطريقها الى بابها فان لم يكن لها باب فانه ينبغي أن يبين طريقا معلوما لها من جانب من جوانب الارض حتى يصح الشراء ثم يؤاجر الارض بعد ذلك فيكون صحيحا لان صحة الاجارة تنبني على صحة الشراء فان لم يبين الطريق فى الشراء فسد الشراء لانه لا يملكها قبل القبض ولو قبضها كان الرد مستحقا عليه لفساد العقد فلا يتمكن من الانتفاع بالارض مالم يكن الشراء صحيحا فشرط ذلك لبيان الطريق والله أعلم بالصواب

باب الوكالة

(قال رضى الله عنه) رجل وكل رجلا أن يشترى جارية له بعينها بكذا درهما فلما رآها الوكيل أراد أن يشتريها لنفسه فان اشتراها بمثل ذلك الثمن أو أقل فهو مشترى للآمر وان نوى الشراء لنفسه عند العقد أو صرح به لانه ممتثل أمر الموكل فيما باشره من العقد وهو لا يملك عزل نفسه فى موافقة أمر الآمر فيكون مشتريا للآمر وان اشتراها بأكثر مما سمي له من الثمن أو اشتراها بدنانير كان مشتريا لنفسه لانه خالف أمر الامر فلا ينفذ تصرفه عليه وهو بعد قبول الوكالة تام الولاية فى تصرفه فيصير مشتريا لنفسه لما تعذر تنفيذه على الآمر ولا يكون آثما فى ذلك لان قبول لوكالة لا يلزمه الشراء للآمر لا محالة (ألا ترى) انه له أن يفسخ الوكالة وان يمتنع من الشراء أصلا ولا يكون آثما فى اكتسابه هذه الحيلة ليشتريها لنفسه ولا يقال اذا اشترى باكثر مما سمي له ففى حصة ماسمى له ينبغى له أن يكون مشتريا للآمر لانه انما أمره بشراء جميعها بالمسمي من الثمن لا بشراء بعضها ولان الوكيل بشراء الجارية لا يملك أن يشترى نصفها للآمر فان مقصود الامر لا يحصل بذلك فانه كان أمره أن يشتريها له ولم يسم ثمنا فان اشتراها باحد النقدين فهو للآمر وان نواها لنفسه أو اشتراها بمكيل أو موزون بعينه أو بغير عينه أو بعرض بعينه فهو مشتر لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء ينصرف الي الشراء بالنقد فهو مختص بالشراء فكانه صرح بذلك لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص فان أمر الوكيل رجلا آخر أن يشتريها للوكيل الاول فان اشتراها بمحضر من الوكيل الاول بالدراهم أو الدنانير كان مشتريا للآمر لان فعل الوكيل الثانى بمحضر من الوكيل الاول كفعل الاول (ألا ترى) ان بمطلق التوكيل ينفذ هذا التصرف على الآمر فان اشتراها بغير محضر من الوكيل الاول ليس له أن يوكل

غـيره ليشتريها بحضر منه واذا فعل لا ينفذ شراؤه على الآمر فيكون مخالفا أمر الموكل في هذا العقد فينفذ عليه خاصة الا أن يكون الآمر الاول قال له اعمـل فيهابرأيك فحينئذ يكون شراء الوكيـل الآخر للآمر الاول لانه ممتثل أمر الآمر في هـذا التوكيل فانه متى فوض الآمر الى رأى الوكيل على العموم يملك أن يوكل غيره به ويكون فعل الوكيل الثاني كفعل الوكيل الاول فينفذ علي الآمر اذا اشـتراها بالنقد ولو كان وكله ببيع جارية بعينها فليس للوكيل أن يبيعها من نفسه فان أراد أن يجعلها لنفسه فالحيلة في ذلك أن يطلب من الموكل تفويض الامر الى رأيه في بيعها على العموم ويقول له ما صـنعت في ذلك من شئ فهو جائز فاذا فعـل ذلك وكل الوكيل رجـلا آخر يبيعها ثم يشتريها من ذلك الوكيل فيصح ذلك لان ذلك الوكيـل الثاني ليس الوكيـل الاول ولـكنه وكيـل صاحب الجارية فقد قال له صاحبها ما صنعت من شئ فهو جائز والتوكيل من صنيعه فيصير الثاني بمنزلة ما لو وكله صاحب الجارية ببيعها فينفذ بيعه اياها من الوكيـل الاول وان أبي صاحب الجارية أن يفوض الامر الى رأيه علي العـموم فالسبيل له أن يبيعها ممن يثق به ثم يستقيله العـقد فتنفذ الاقالة على الوكيل خاصة أو يطلب من المشتري أن يوليه العـقد فيها أو يشتريها منـه ابتداء ولا يأثم بذلك بعد أن لا يدع الاستقصاء في ثمنها في البيع ممن يثق به لان صاحبها قد ائتمنه فعليه أن يؤدى الامانة كما قال عليه السلام أد الامانة الي من ائتمنك ولا تخن من خانك وأداء الامانة في أن لايدع الاستقصاء في ثمنها فلو اشتراها الوكيل للآمر في مسئلة التوكيل بالشراء وقبضها ثم وجد بها عيبا قبل أن يدفعها الى الآمر كان له أن يردها بالعيب لتمكنه من ردها بكونها في يده والوكيل بالعقد في حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه فاذا ردها على البائع بقضاء القاضي انفسخ العقد الاول من الاصل وصار كأن لم يكن وقد بقي هو علي وكالته ما لم يحصل مقصود الآمر فلو أراد أن يشتريها لنفسه بعد ذلك فاشتراها وهو عالم بعيبها لم يكن الشراء الا للآمر لما مر أنه باق على وكالته مالم يحصل مقصود الآمر الا أنه عالم بعيبها وهو في الابتداء لوعلم بعيبها واشتراها لنفسه كان الشراء للآمر فكذلك في المرة الثانية والوكيل بالبيع يكون خصما في الرد بالعيب بمنزلة البائع لنفسه فانأراد أن يتحرز عن ذلك فالحيلة فيه أن يأمر غيره ليبيعه بحضرته فينفذ ذلك على الآمر عندنا وخصومة المشترى في الرد بالعيب لا تكون مع الوكيل وانما تكون مع عاقده فان أبي المشترى الا بأن يضمن

الوكيل الاول الدرك فينبغى له أن لا يتحرز من ذلك لان مقصوده حاصل من غير ضمان الدرك فان المشترى اذا وجد بالمبيع عيبا فلا خصومة له بالعيب مع الضامن للدرك واذا رده على البائع بالعيب لم يكن له أن يرجع بالثمن على الضامن للدرك لان العيب ليس بدرك واذا خلع الاب ابنته من زوجها بمالها على الزوج من الصداق لم يجز ذلك ولم تطلق البنت سواء كانت صغيرة أو كبيرة الا على قول مالك رحمه الله فانه يجوز خلع الاب على ابنته الصغيرة كما يجوز تزويج الاب ابنه الصغير بمال الابن وقد بينا المسئلة فى النكاح فان فى الخلع المرأة تلتزم مالا بازاء ماليس بمتقوم لانه لا يدخل فى ملكها بالخلع شئ متقوم وليس للاب هذه الولاية على ابنته صغيرة كانت أو كبيرة فهى فى الخلع كأجنبي الا أن يضمن الدرك للزوج فحينئذ ينفذ الخلع على الوجه الذى بيناه في الشروط * واذا خاف الوكيل بشراء متاع من بلد من البلدان يبعث بالمتاع مع غيره أو يستودع المال غيره فيصير ضامنا فالحيلة له فى ذلك أن يستأذن رب المال فى أن يعمل برأيه فاذا أذن له فى العمل برأيه كان له أن يصنع ذلك وجاز له أن يوكل غيره بالتصرف ويدفع المال اليه فان الموكل أجاز صنيعه على العموم والتوكيل من صنيعه فينفذ ذلك على الموكل كأنه باشره بنفسه والله أعلم بالصواب

باب الصلح

(قال رحمه الله) رجل له على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة يؤديها اليه فى كل شهر كذا فان لم يفعل فعليه مائتا درهم فذلك جائز عندنا وهو قول أبى يوسف رحمه الله ويبطله غيرنا يعنى شريك وابن أبى ليلى رحمهما الله فانهما كانا يقولان هذا تعليق التزام المال بالخطر لانه يقول ان لم يفعل فعليه مائتا درهم يعنى ان لم يؤد المائة فى نجومها ولا يدرى أيؤدى أم لا يؤدى وتعليق التزام المال بالخطر لا يجوز فالفقه فى ذلك أن يحط رب المال عنه ثمانمائة درهم عاجلا ثم يصالحه من المائتين على مائة درهم يؤديها اليه ما بينه وبين شهر كذا على أنه ان أخرها عن هذا الوقت فلا صلح بينهما على هذا واذا أراد أن يكاتب عبده على ألف درهم يؤديها اليه فى سنة فان لم يفعل فعليه ألف درهم أخرى فان هذا لايجوز لانه صفقتان فى صفقة وشرطان فى عقد ولان فيه تعليق التزام المال بالخطر وهو أن لا يؤدى الالف فى السنة وان أراد الحيلة فى ذلك فالحيلة أن يكاتبه على ألفى درهم ثم يصالحه منها على

ألف درهم يؤديها اليه فى سنة فان لم يفعل فلا صلح بينهما فيكون العقد صحيحا على بدل مسمى ويكون الصلح صحيحا على ماوقع الاتفاق عليه بينهما لان عقد الصلح ينبني على التوسع ومثل هذا الصلح يصح بين الحرين فبين المولى ومكاتبه أولى ولان مثل هذا الشرط فى البيع يصح فانه لو باع على أنه ان لم يؤد الثمن على ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كان جائزا على هذا الشرط فلان يجوز الصلح على شرط أولى * رجل مات وترك دارا فى يد ابنه وامرأته فادعى رجل أنها له فصالحه الابن والمرأة على مائة درهم من غير اقرار منهما كانت المائة عليهما أثمانا والدار بينهما أثمانا لان الصلح عن الانكار انما يجوز باعتبار أنه اسقاط دعوى المدعى حقه وخصومة تلزمه لبعض المصالح ولهذا جاز مع الاجنبي وان كان بغير أمر المدعي عليه لو كان منه تمليكا من المدعى عليه لم يجز بغير أمره فاذا صح أنه اسقاط بقيت الدار بينهما بعد الصلح على ما كانت عليه قبل الدعوى وقد كانت أثمانا واذا ثبت أن الدار بينهما على ثمانية ثبت أن المال عليهما يتوزع على ذلك أيضا لانه بمطلق قبول العقد انما يجب المال على من ينتفع فيجب على كل واحد منهما من المال بقدر ماينال من المنفعة وان صالحاه بعد اقرارهما بها له وأرادا بالاقرار تصحيح الصلح فالمائة عليهما نصفان والدار بينهما كذلك لانهما لما أقرا أنها للمدعى ثم صالحاه فكأنهما اشتريا الدار بالمائة وظهر باقرارهما أن الدار لم تكن ميراثا بينهما وبمطلق الشراء يقع الملك للمشتريين فى المنزل نصفين ويكون الثمن عليهما نصفين فان أرادا أن يكون بينهما أثمانا فالحيلة فى ذلك أن يقرا للمدعى بالدار ثم يصالحهما منها على مائة درهم على أن يكون للمرأة ثمن الدار وللابن سبعة أثمانها فاذا صرحا بذلك كان الملك فى الدار بينهما على ماصرحا به والثمن كذلك بمنزلة مالو اشترياها على أن يكون لاحدهما ثمنها وللآخر سبعة أثمانها * رجل ادعى فى دار رجل دعوى فصالحه على مائة ذراع منها فهو جائز لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى ولهذا لو وقع الصلح على دار كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وفى زعم المدعى أنه يستوفى من الدار مائة ذراع بملكه القديم الا أن تملكها على ذى اليد ابتداء فيكون صحيحا فان صالحه على مائة ذراع من دار أخرى لم يجز فى قول أبى حنيفة وجاز عندهما لانه يتملك ماوقع عليه الصلح بعوض فهو بمنزلة من اشترى مائة ذراع من دار وذلك فاسد عند أبى حنيفة جائز عندهما * مريض ادعى على رجل مالا وله به عليه بينة فصالحه منه على دراهم يسيرة وأقر المريض انه لم يكن

له على هذا المطلوب شئ ثم مات جاز اقراره فى القضاء ولم يقبل من ورثته بينة على المطلوب بذلك المال أما اذا لم يكن يقر بذلك فيتمكن فى هذا الصلح محاباة وهو يعتبر من ثلث المال وأما اذا أقر بذلك فاقراره بما يتضمن براءة الاجنبي معتبر باقراره للاجنبي وذلك صحيح من جميع ماله فكذلك اقراره أنه لم يكن له على المطلوب شئ يكون صحيحا وبعد صحة الاقرار منه لا تسمع الدعوى من ورثته لانهم يقومون مقامه وهو لو ادعى بعد ذلك مالا مطلقا عليه لم تسمع دعواه ولم تقبل بينته فكذلك الورثة اذا ادعوا ذلك * رجل له على رجل دين حال فصالحه على أن ينجمه نجوما عليه وأخذ منه كفيلا على أن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه على أنهما ان أخرا نجما عن محله فالمال عليهما حال فهو جائز لانه اذا أخذ بالمال كفيلا كان الكفيل مطالبا به كالاصيل فهذا بمنزلة رجل له على رجلين مال وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فنجمه عليهما نجوما على أنهما لو أخرا نجما عن محله فالمال عليهما حال وذلك جائز لانه تنجيم المال عليهما صلح فقد علق بطلان الصلح بما م الوفاء بالشرط وذلك جائز فان كان الطالب انما أخذ من المطلوب كفيلا بنفسه على أنه ان لم يوف به عند كل نجم فالكفيل ضامن لجميع المال على النجوم التي سميا فان ذلك جائز عندنا وبعض الفقهاء رحمهم الله يعنى ابن أبى ليلى لا يجوز تعليق المال بالمال بخطر عدم الموافاة بالنفس وقد بيناه فى كتاب الكفالة فالفقه فى ذلك أن يضمن الكفيل المال على أنه يبرأ من كل نجم بدفع المطلوب عند محله الى الطالب فيجوز ذلك فى قول الكل لان ايفاء المطلوب يوجب براءة الكفيل فاشتراط براءته عند ايفاء الكفيل شرط موافق لحكم الشرع فيكون صحيحا * رجل صالح غريما له على أن يؤجله بما عليه على أن يضمن له فلان المال الى ذلك الاجل فان لم يفعل فلا صلح بينهما والمال حل عليه فذلك جائز ولا آمن أن يبطله بعض الفقهاء يعنى به أن يبطله على طريق القياس فان الصلح قياس البيع فى بعض الاحكام * واذا شرط فى البيع ضمان رجل بعينه كان ذلك مبطلا للبيع فكذلك الصلح فالفقه فى ذلك أن يكون الكفيل حاضرا فيضمنه لان على طريق القياس انما لا يصح هذا العقد لبقاء الغرر فيه وهو أنه لا يدرى أيضمن الكفيل المال أو لا يضمن فاذا ضمنه فقد انعدم معنى الغرور وان لم يكن حاضرا فالفقه فيه أن يصالحه على ما ذكرت على أن فلانا ان ضمن هذا المال ما بينه وبين قوم كذا فالصلح تام والا فلا صلح بينهما فاذا كان العقد بهذه كان تمام الصلح بقدر ماضمن فلان ولا يبقى غرر اذا ضمن

فلان فالصلح بينهما صحيح * واذا كفل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به الى كذا فالمال عليه وأخذ الكفيل من المطلوب رهنا لم يجز الرهن لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وما وجب للكفيل على المطلوب ماله والكفالة بالنفس ليست بمال والكفالة بالمال متعلقة بعدم الموفاة بالنفس فكيف يصح الرهن من غير دين له عليه فان أراد الحيلة فى ذلك فالوجه ان يبدأ بضمان المال فيقول أنا ضامن لمالك عليه من المال فان وافيت به الى كذا من الاجل فانا برىء فان فعل ذلك جاز له أن يرتهن منه رهنا بما ضمنه لانه كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على المطلوب فيجوز أخذ الرهن منه به ولم يذكر فى الكتاب ماذا كانت الكفالة بالنفس فقط وأراد الكفيل أن يأخذ من المطلوب رهنا ولا اشكال ان ذلك لايجوز بخلاف ماذا أخذ منه كفيلا فان صحة الكفالة لاتستدعى دينا واجبا وصحة الرهن تستدعى ذلك ولهذا لايجوز الرهن بالدرك وتجوز الكفالة بالدرك ثم الحيلة فى هذا أن يقر المطلوب ان هذا الكفيل ضمن عنه مالا لرجل من الناس باشره ولا يسمى ذلك الرجل ولا مقدار المال ثم يعطيه رهنا بذلك فيكون صحيحا فى الحكم ويكون القول قول المطلوب فى مقدار ذلك المال فيمكن بادائه من اخراج الرهن فان قال الكفيل مقصودى لايتم بهذا وربما يقول المطلوب بعد كفالتى بالنصف ان المال درهم فيعطينى ذلك ويسترد النصف فالسبيل أن يجعلا بينهما عدلا ثقة يثقان به ويكون ارتهان الكفيل من ذلك العدل بامر المطلوب فلا يسترد منه الرهن قبل براءته عن الكفالة بالنفس * رجل أخذ من غريمه كفيلا بنفسه على انه ان لم يواف به يوم كذا فالكفيل ضامن لنفس فلان غريم آخر للطالب فهو جائز عندنا يعنى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا آمن أن يبطله بعض العلماء رحمهم الله يعنى ان على قول محمد رحمه الله هذا لايجوز فالفقه فيه أن يكفل بنفس فلان وفلان على انه ان وافى بفلان أحدهما ما بينه وبين يوم كذا فهو برىء من الكفالة الاخرى فيكون جائزا عندهم جميعا لانه علق البراءة على الكفالتين بالموافاة وبنفس أحدهما وكما يجوز تعليق البراءة عن الكفالة بالنفس بالموافاة بالمال فكذلك يجوز تعليق البراءة عن الكفالتين بالموافاة بنفس أحدهما ولو أخذ منه كفيلا بنفسه على انه ان لم يواف به يوم غدا فما على المطلوب من المال فهو على الكفيل فلم يواف به فهو ضامن للمال والنفس لانه كفل بالنفس كفالة مطلقة فلا يبرأ الا بتسليم النفس وعلق الكفالة بالمال بخطر عدم الموافاة وقد وجد ذلك فان قال لا آمن أن

يبرئه بعض الفقهاء من الكفالة بالنفس ولا يعرف من هذا القائل وله وجه صحيح وهو ان المقصود المال دون النفس وبعد ماحصل المقصود وتمكن الطالب من استيفاء المال من الكفيل لاتبقي الكفالة بالنفس وهذا لان اللفظ في معنى توقيت الكفالة بالنفس الى الوقت الذى حصل عدم الموافاة فيه فشرط الكفالة بالمال فلا تبقي الكفالة بالنفس بعد مضى وقتها ثم الفقه فى ذلك أن يضمنه المال والنفس علي انه ان وافاه بنفسه لوقت كذا فهو برئ من النفس والمال وان لم يوافه به لذلك الاجل فالنفس والمال عليه لانه كفل له كفالة مطلقة (مسائل متفرقة) قال واذا خاف الوصي جهل بعض القضاة فى أن يسأله عما وصل اليه من تركة الميت ثم يسأله البينة على ماأنفق وعمل وانما سمي هذا جهلا لانه خلاف حكم الشرع فالوصي أمين والقول فى المحتمل قول الامين وهو متبرع فى قبول الوصاية قائم مقام الميت فكما لم يكن للقاضى أن يسأل الموصى عما تركه من المال لايكون له أن يسأل الوصي عما وصل اليه من المال فمن فعل ذلك من القضاة كان جهلا ولكن رأى بعض القضاة أن يفعلوا ذلك ويعدونه من الاحتياط فبين الحيلة للوصى فى ذلك بان يولى غيره في قبض التركة وبيعها وقضاء الدين وغير ذلك ولا يشهد الوصى على نفسه بوصول شئ اليه ولا يباشرها بنفسه بل يأمر غيره بالبيع وقضاء الدين فلا يكون للقاضي أن يسأله شيأ من ذلك لانه لم يصل اليه تركة الميت ولا عمل في التركة بنفسه فان أراد القاضي أن يستحلفه ما قضيت دينا ولا وصل اليك تركة ولا أمرت بشئ منها يباع ولا وكلت به فاذا كان الوصي وضع التركة مواضعها على حقوقها فهو مظلوم فى هذه اليمين فيسعه أن يحلف وينوى غير ماأستحلف عليه لانه اذا كان مظلوما فيمينه معتبرة شرعا ليتمكن بها من دفع الظلم عن نفسه والخصاف رحمه الله توسع فى كتابه فى هذا الباب فقال ينوى مافعل شيأ من ذلك فى وقت كذا لوقت غير الوقت الذى فعل فيه أو فى مكان كذا لمكان غير المكان الذى فعل فيه أو مع انسان غير الذى عامله وهذا لان من مذهبه أن نية التخصيص فيما ثبت بمقتضى الكلام صحيحة كما تصح فى الملفوظ فان المقتضى عنده كالمنصوص فى أن له عموما فتجوز نية التخصيص فيه وكان يستدل على ذلك بمسئلة المساكنة التى أوردها محمد رحمه الله فى كتاب الايمان اذا حلف لايساكن فلانا وهو ينوى مساكنته فى بيت أنه يعمل بنيته والمكان ليس فى لفظه فصحت نية التخصيص فيه وقال فى الجامع اذا حلف لايخرج ونوى

السفر صحت نيته والموضع الذي يخرج اليه ليس فى لفظه وصح نية التخصيص فيه وقال فى كتاب الدعوى اذا أقر بنسب غلام صغير فجاءت أم الصغير بعد موته تطلب ميراث الزوجات فانها تستحق ذلك لان اقراره بالنسب يقتضى الفراش بين المقر وبين أم الصغير فجعل الثابت بمقتضى كلامه كالثابت بالنص ولكن الصحيح من المذهب عندنا ان المقتضى لاعموم له وان نية التخصيص فيما ثبت بمقتضى الكلام لا تكون صحيحة حتى اذا حلف لايأكل أو لايشرب ونوى طعاما بعينه أو شرابا بعينه لم تعتبر نيته لان المنصوص فعل الاكل فأما المأكول ثابت بمقتضى كلامه وثبوت المقتضي للحاجة الى تصحيح الكلام ولهذا لايثبت فى موضع يصح الكلام بدونه والثابت بالحاجة لايعدو موضع الحاجة ولا حاجة الى اثبات العموم للمقتضى ولا الي جعله كالمنصوص عليه فيما وراء المحتاج اليه فأما مسئلة المساكنة فهناك نية التخصيص فى المكان لاتعمل عندنا حتى لو قال عنيت به المساكنة فى بيت بعينه لايعمل بنيته ولكن انما يعمل بنيته فيما يرجع الى اكمال المنصوص فالمساكنة تكون تارة فى بلده وتارة فى محله وتارة فى دار وأياما كان من المساكنة أن يكون بينهما فى بيت واحد فهو انما نوى صفة الكمال فى المنصوص عليه فلهذا يعمل بنيته وكذلك فى مسئلة الخروج لانقول بنيته فى تخصيص المكان حتى لو نوى الخروج الى بغداد لايعمل بنيته فاذا نوى السفر فانما نوى نوعا من أنواع الخروج لان الخروج أنواع شرعا خروج للسفر ولما دون السفر وانما اختلافهما باختلاف الاحكام فانما يعمل بنيته فى تنوع الخروج فى لفظه لان ذكر الفعل كذكر المصدر وفى مسئلة النسب الفراش بينه وبينها ثبت بمقتضى كلامه ولكن ماثبت بطريق الاقتضاء يثبت حكمه وان لم يجعل كالمنصوص عليه كالبيع الثابت فى قوله أعتق عبدك عنى علي ألف درهم يثبت حكمه وهوملك البدلين وان لم يجعل ذلك كالبيع المصرح به * اذا عرفنا هذا فنقول ينبغى أن ينوى شيأ هو من محتملات لفظه أو يكون راجعا الى تخصيص مافى لفظه حتى يكون عاملا وأسهل طريق قالوا فى هذا النوع من الايمان ان القاضى اذا قال له قل والله ينبغى أن يقول هوالله فدغم الهاء علي وجه لا يفطن به القاضى ثم يمضي فى كلامه الى آخره فلا يكون ذلك يمينا ولا يأثم به اذا كان مظلوما واذا أراد الوصى أن يدفع الى الورثة أموالهم ويكتب عليهم البراءة من كل قليل وكثير أيهما أوثق له أن يسمي ماجرى علي يده وما أعطاهم أولا يسمى قال الاوثق له أن

يكتب البراءة من كل قليل وكثير ولا يسمى شيأ فانه لا يأمن أن يحضر صاحب دين أو وصية أو وارث فيضمنه ماسمي انه دفعه الي الورثة واذا كتب براءته من كل قليل وكثير فليس له ولاية أن يضمنوه شيأ فهذا أوثق للوصي ولكن الاوثق للوارث أن يسمى ذلك فربما يخفي الوصي بعض التركة فاذا كتبوا له البراءة من كل قليل أو كثير لم يكن لهم سبيل علي ماظهر عليه من الجناية بعد ذلك فاذا سموا ماوصل اليهم كان لهم أن يخاصموا فيما يظهر في يده من التركة بعد ذلك وذكر عن سالم ابن عبد الله انه سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فانقضت عدتها فتزوجها رجل ليحلها للزوج الاول لم يأمره الزوج بذلك ولا المرأة قال هذا مايجوز وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وبه نأخذ لانه تزوجها نكاحا مطلقا والنكاح سنة مرغوب فيها وانما قصد بذلك ارتفاع الحرمة بينهما ليمنعهما بذلك على ارتكاب المحرم ويوصلهما الى مرادهما بطريق حلال فتكون اعانة على البر والتقوي وذلك مندوب اليه فالظاهر ان كل واحد منهما نادم على ما كان منه من سوء الخلق خصوصا اذا كان بينهما ولد فلو امتنع الثاني من أن يتزوجها ليحلها للاول ربما يحملها الندم أو فرط ميل كل واحد منهما الى صاحبه على أن يتزوجها من غير محلل فهو يسعى الى اتمام مرادهما علي وجه يندبان اليه فى الشرع فيكون مأجورا فيه وفى نظيره قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما أقاله الله عثراته يوم القيامة فاذا تقرر هذا تبين ان الحل يحصل بدخول الزوج الثانى بها وان كان مراده أن يحلها للاول فاذا تزوجها بهذا الشرط بان قالت المرأة له تزوجنى فحللنى أو قال له الزوج الاول تزوج هذه المرأة فحللها لى أو قال الثانى للمرأة أتزوجك فأحلك للاول فهذا مكروه وهو معنى قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وقال عليه السلام ألا أنبئكم بالتيس المستعار قالوا بلى قال هو الرجل يتزوج المرأة فيحللها لزوج كان لها قبله ولكن مع هذا يجوز النكاح ويثبت الحل الاول بدخول الثانى بها عند أبى حنيفة رحمه الله لان هذا النهى لمعني فى غير النكاح فلا يمنع صحة النكاح والدخول بالنكاح الصحيح يحلها للزوج الاول ثبت ذلك بالسنة وعلي قول أبي يوسف رحمه الله هذا النكاح فاسد لانه فى معنى التوقيت للنكاح والتوقيت مفسد للنكاح كما لو تزوج امرأة شهرا واذا فسد النكاح الثانى فالدخول بالنكاح الفاسد لا يوجب الحل للزوج الاول وقال محمد رحمه الله النكاح جائز ولكن الشرط باطل لان النكاح يهدم الشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد

الا أنهما لو قصدا الاستهجان عوضا بالحرمان فلا يثبت به الحل للزوج الاول كما لو قتل مورثه بغير حق وقد تقدم بيان المسئلة فى كتاب الطلاق ولو قال الرجل ان خطبت فلانة أو تزوجتها فأجازت فهى طالق ثلاثا فله أن يخطبها ثم يتزوجها بعد ذلك ولا يحنث لانه اذا دخل حرف أو بين الشرطين فيكون الثابت أحدهما وتنحل اليمين بوجود أحد الشرطين فان خطبها أولا انحلت اليمين وهى ليست فى نكاحه فلم يقع عليها شئ ثم تزوجها بعد ذلك ولا يمين فلا تطلق بمنزلة ما لو قال ان قبلتها أو تزوجتها فهى طالق فقبلها ثم تزوجها لم تطلق ولو تزوجها قبل أن يخطبها ثم بلغها فأجازت طلقت ثلاثا لان الموجب هنا شرط التزوج واتمام ذلك باجازتها وهى عند تمام الشرط فى نكاحه فتطلق ثلاثا بمنزلة قوله ان قبلتها أو تزوجتها ثم تزوجها قبل أن يقبلها وتبين بهذه المسئلة ان من قال ان خطبت فلانة فهى كذا أو كل امرأة خطبتها فهى كذا أن يمينه لا تنعقد لان الخطبة غير العقد وهي تسبق العقد فلا يكون هو بهذا اللفظ مضيفا الطلاق الى الملك وهذا فى لسان العربية فان عقد يمينه بلسان الفارسية فقال اكر فلانة رابحوا همه ماهودى له بحراهم ففى كل موضع يكون هذا اللفظ يفهم غير الخطبة لا ينعقد اليمين أيضا هكذا العرف بخراسان وماوراء النهر فاما في هذه الديار فانما يريدون بهذا اللفظ التزوج فينعقد اليمين اذا كان مراده هذا ويقع الطلاق اذا تزوجها* رجل حلف أن لا يتزوج بالكوفة امرأة فزوجه وكيل له بالكوفة فهو حانث لان الوكيل بالنكاح سفير ومعبر حتى لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل ولا يتعلق به شئ من حقوق العقد فمباشرة الوكيل له كمباشرته بنفسه فى حق الحنث بخلاف البيع فانه اذا حلف لا يشترى شيأ بالكوفة فاشترى له وكيله لا يحنث لان الوكيل فى الشراء بمنزلة العاقد لنفسه حتى يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ويتعلق حقوق العقد به ثم الحيلة فى مسئلة النكاح أن توكل المرأة وكيلا يزوجها منه ثم يخرج الوكيل والزوج الى الحيرة أو غيرها بعد أن يخرجا من ابيات الكوفة ثم يزوجها منه فلا يحنث لانه لم يتزوجها بالكوفة (ألا ترى) أن المقيم بالكوفة اذا خرج من ابيات الكوفة علي قصد السفر كان مسافرا يقصر الصلاة فعرفنا أن التزوج فى هذا الموضع لا يكون تزوجا بالكوفة وانما ذكر توكيلها لئلا تبتلى بالخروج مع غير المحرم الي ذلك الموضع * رجل قال لعبده قد أذنت لك أن تتزوج كل أمة تشتريها فاشترى العبد أمة فتزوجها ببينة فهو جائز لان ما اشتراها صارت مملوكة للمولى

وقد أقامه المولى مقام نفسه فى ذلك ولو زوج بنفسه أمته بمحضر من الشهود جاز فكذلك العبد اذا فعل ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله فى رجل له جارية تخرج فى حوائجه وهو يطؤها فحملت وولدت وسعه أن يدعيه وأن يبيعه معها وان كان لا يدعها تخرج لم يسعه ذلك وان كان يعزل عنها ولا يطالب ولدها لم يسعه ذلك اذا حبسها ومنعها من الخروج وهذا فيما بينه وبين ربه فأما فى الحكم لا يلزمه النسب الا بالدعوى الا أنه اذا حصنها فالظاهر أن الولد منه سواء كان يعزل عنها أو لا يعزل فعليه الاخذ بالاحتياط والبناء على الظاهر وذكر عن على رضى الله عنه أن رجلا أتاه فقال ان لى جارية أطؤها وأعزل عنها فجاءت بولد فقال على رضى الله عنه نشدتك بالله هل كنت تعود الى جماعها قبل أن تبول قال نعم فمنعه من أن ينفيه فهو عندنا على التى قد حصنت ومعنى هذا أنه يتوهم بقاء بعض المنى فى احليله فبالمعاودة يصل اليها اذا عاد فى جماعها قبل البول ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا أتى أهله واغتسل قبل أن يبول ثم سال منه بقية المنى يلزمه الاغتسال ثانيا وكذلك ان كان يعزل عنها فصب الماء من فوق فربما يعود الى فرجها فتحبل به ولهذا لا يسعه نفى الولد والاصل فيه ماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه لما سئل عن العزل قال اذا أراد الله خلق نسمة من ماء فهو خالقها وان صببتم ذلك على صخرة فاعزلوا أو لا تعزلوا * واذا غاب أحد المتفاوضين فأراد الثانى منهما أن يبطل الشركة فالحيلة له أن يرسل رسولا اليه بأنه قد فارقه ونقض ما بينهما من الشركة فاذا بلغ الرسول ذلك فقد انقضت الشركة بينهما لان كل واحد منهما ينفرد بنقض الشركة بعد أن يكون ذلك بعلم صاحبه ليندفع الضرر عنه والغرر عن شريكه بذلك وعبارة الرسول فى اعلامه كعبارة المرسل وهذا فى كل عقد لا يتعلق به اللزوم نحو عزل الوكيل والحجر على العبد المأذون وفسخ المضاربة ونقض ولاء الموالاة اذا كان الاسفل غائبا فأراد الاعلى أن ينقض ولاءه أرسل اليه رسولا يبلغه عنه أنه قد نقض موالاته فيكون تبليغ الرسول اياه كتبليغ المرسل بنفسه وان أراد ذلك الاسفل فله ذلك قبل أن يعقل عنه الاعلى وان شاء فعل كذلك وان شاء الى غيره فيكون ذلك نقضا للموالاة مع الاول وقد بينا هذا فى كتاب الولاء والله أعلم بالصواب

باب الايمان

(قال رحمه الله) ولو حلف لا يلبس من ثياب فلان شيأ وليس لفلان يومئذ ثوب ثم اشترى ثوبا فلبسه الحالف حنث لانه عقد يمينه على لبس ثوب مضاف الى فلان فيعتبر وجود الاضافة عند اللبس كما لو حلف لا يأكل طعام فلان بشرط وجود الاضافة عند الاكل وهذا لان الذى دعاه الى اليمين ليس معنى فى الثوب والطعام بل لمعنى لحقه من جهة فلان وبذلك المعنى انما يمتنع من اتحاد الفعل فيه لكونه مضافا الى فلان وقت اتحاد الفعل لا وقت اليمين وفرق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين الدار وقال الدار لا يستحدث الملك فيها فى كل وقت فلا يتناول يمينه الا ما كان موجودا فى ملك فلان عند يمينه فأما الثوب والطعام فيستحدث الملك فيهما فى كل وقت وانما يتناول يمينه ماكان فى ملك فلان عند وجود الفعل ولو حلف لا يكسو فلانا فوهب له ثوبا صحيحا وأمره أن يصنع منه قميصا حنث لانه قد كساه فهذا اللفظ انما يتناول تمليك الثوب منه لا الباس الثوب اياه (ألا ترى) ان كفارة اليمين تتأدى بكسوة عشرة مساكين وذلك بالتمليك دون الالباس ويقال فى العادة كسى الامير فلانا اذا ملكه سواء لبسه فلان أو لم يلبسه فقد يطلق اسم الكسوة على ما لا يتأتى فيه اللبس فعرفنا أن المراد به التمليك ولو حلف لا يلبس قميصا لفلان فلبس قميصا لعبده لم يحنث فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف قال الحاكم رحمه الله يحنث وهذا خلاف ما مضى فى كتاب الايمان ان على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله اذا لم يكن على العبد دين لم يحنث الا أن ينويه وعلى قول محمد يحنث قال ولكن عندى أن الجواب الذى ذكر فى الكتاب فيما اذا كان على العبد دين مستغرق ونواه فانه لا يحنث عند أبى حنيفة لانه لا يملك كسبه وعند أبى يوسف يحنث لانه مالك كسبه فأما عند عدم النية أو عند عدم الدين على العبد فلا خلاف عند أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يحنث وان حلف أنه لا يكسو فلانا فكسى عبده لا يحنث لانه ما ملك الثوب من فلان وانما ملكه عبده لان الملك يقع للمولى على سبيل الخلافة من عبده حكما وذلك ليس شرط حنثه ثم هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر فان عنده لو وهب لعبد أخيه يملك الرجوع فيه ولم يجعل كهبته لاخيه فكذلك اذا كسى عبد فلان لا يجعل فى حكم الحنث كأنه كسى فلانا

وهما يقولان في حكم الرجوع هبته لعبد أخيه كهبته لاخيه لاعتبار أن الخصومة في الرجوع تكون مع المولي وهو قريب له فرجوعه يؤدى الي قطيعة الرحم وهنا شرط حنثه نفس الكسوة لا معنى ينبني عليه وقد وجد ذلك مع العبد دون المولي (الا ترى) أن القبول والرد فيه يعتبر من العبد دون المولي وعلى هذا لو حلف لايبيع من فلان شيأ فباع من عبده لم يحنث وهذا في البيع أظهر لانه لو باع من وكيل فلان لم يحنث فكيف يحنث اذا باع من عبد فلان والعبد في الشراء يتصرف لنفسه لا لمولاه ولو حلف لايبيع هذا الثوب من فلان بثمن فباعه بجارية لم يحنث لان الثمن اسم للنقد الذى يتعين في العقد ولان البيع بثمن لا يتناول بيع المقابضة فان في بيع المقابضة يكون كل واحد منهما بائعا من وجه مشتريا من وجه والبيع بثمن ما يكون بيعا من كل وجه ولو حلف لا يشترى من فلان ثوبا فأمر رجلا فاشترى له منه لم يحنث لان الوكيل بالشراء في حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه (ألا ترى) انه يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر قالوا وهذا اذا كان الحالف ممن يباشر الشراء بنفسه فان كان ممن لا يباشر ذلك بنفسه فهو حانث في يمينه لانه يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يباشره عادة وفي اليمين مقصود الحالف معتبر وحكى أن الرشيد سأل محمدا رحمه الله عن هذه المسئلة فقال أما أنت فنعم يعني اذا كان لا يباشر العقد بنفسه فجعله حانثا بشراء وكيله له واذ وهب المحلوف عليه الثوب للحالف على شرط العوض لم يحنث لانه ما اشتراه منه فالشرى يوجب الملك بنفسه والهبة بشرط العوض لا توجب الملك الا بالقبض ثم بالهبة بشرط العوض انما يثبت حكم البيع بعد اتصال القبض به من الجانبين وهو جعل الشرط نفس العقد وبنفس العقد لا يصير هو مشتريا ولا صاحبه بائعا منه فلهذا لم يحنث قال وسألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل لا يساكن فلانا في دار ولا نية له فسكن معه في دار كل واحد منهما في مقصورة علي حدة قال لا يحنث حتى يكونا في مقصورة واحدة وفيها قول آخر انه يحنث وهو رواية هشام عن محمد رحمهما الله وهذه ثلاث فصول أحدها أن يسكنا في محلة واحدة وكل واحد منهما في دار منها لا يحنث بدون النية لان المساكنة على ميزان المفاعلة فتقتضي وجود الفعل منهما في مسكن واحد وكل دار مسكن على حدة فلم يجمعهما مسكن واحد والثانى أن يسكنا في دار واحدة وكل واحد منهما في بيت منها فانه يكون حانثا في يمينه لان جميع هذه الدار مسكن واحد ويسمى في العرف ساكنا مع صاحبه وان كان كل واحد منهما

فى بيت والثالث أن يكون فى الدار مقاصير وكل واحد منهما فى مقصورة على حدة ومحمد رحمه الله يقول هنا لدار مسكن واحد والمقاصير فيها كالبيوت (ألا ترى) انه يتخذ المرافق كالمطبخ والمربط فعرفنا أن جميعها فى السكنى مسكن واحد وأبو يوسف رحمه الله يقول كل مقصورة مسكن على حدة (ألا ترى) ان السارق من بعض المقاصير لو أخذ فى صحن الدار قبل أن يخرج كان عليه القطع وان ساكن احدى المقصورتين لو سرق من المقصورة الاخرى متاع صاحبه كان عليه القطع فكانت المقاصير فى دار بمنزلة الدور فى محلة واحدة بخلاف البيوت فكل بيت من الدار ليس بمسكن على حدة (ألا ترى) ان الكل حرز واحد حتى ان السارق من بيت اذا أخذ فى صحن الدار ومعه متاع لم يقطع والضيف الذى هو مأذون بالدخول فى احدى البيتين اذا سرق من البيت الآخر لم يقطع فعرفنا ان الكل مسكن واحد هناك ولو حلف لا يدخل على فلان ولا نية له فدخل عليه فى دار قال أبو يوسف رحمه الله لا يحنث وجعل الدخول عليه فى الدار كالدخول فى محلة أو قرية وانما الدخول على الغير فى العرف بان يدخل بيتا هو فيه أو مقصورة هو فيها على قصد زيارته فما لم يوجد ذلك لا يحنث فى يمينه ومشايخنا رحمهم الله قالوا فى عرف ديارنا يحنث فى يمينه فان الانسان كما يجلس فى بيته ليزوره الناس يجلس فى داره لذلك فكان ذلك مقصودا بيمينه قال وكذلك لو دخل عليه فى دهليز لم يحنث فى يمينه ومراده من ذلك دهليز اذا رد الباب يبقى خارجا فاما كل موضع اذا رد الباب يبقى داخلا فاذا دخل عليه فى ذلك الموضع ينبغى أن يحنث لان الانسان قد يجلس فى ذلك الموضع ليزوره الناس فيه (ألا ترى) انه ليس لاحد أن يدخل عليه فى ذلك الموضع الا باذنه بخلاف الموضع الذى هو خارج الباب فلكل أحد أن يصل الى ذلك الموضع بغير اذنه ولو دخل عليه فى المسجد لم يحنث لان لكل واحد أن يدخل المسجد بدون اذنه فلم يكن ذلك شرط حنثه ولا يسمى دخولا عليه فى العادة ولو حلف لا يدخل على فلان منزلا وحلف الآخر بعد ذلك لا يدخل على الحالف الاول منزلا فدخلا معا لم يحنث واحد منهما لان كل واحد منهما داخل المنزل ولكن مع صاحبه لا على صاحبه فالدخول عليه أن يكون قصده عند الدخول لقاءه واكرامه بالزيارة وهذا لا يتحقق اذا كان هو معه فانه لا يتصور أن يكون كل واحد منهما داخلا على صاحبه فى موضع واحد فى حالة واحدة وليس أحدهما بان يجعل داخلا على صاحبه باولى من الآخر ولو حلف لا يطأ

منزل فلان بقدمه يعني بذلك لايضع قدمه علي أرض منزله فدخله وعليه خفان أو نعلان أو راكبا لم يحنث وان لم يكن له نيـة حنث لان المراد من هـذا اللفظ فى العرف دخوله منزله فعنـد الاطلاق يحمل علي ذلك وهو داخـل سواء كان راكبا أو ماشيا أو حافيا أو منتعلا وان نوى حقيقة وضع القدم فانما نوى حقيقة كلامه لانه انما يطأ الشيء بقدميه حقيقة من غير فاصل بينهما ولا يحصل ذلك اذا دخلها راكبا أو منتعلا ومن نوي حقيقة كلامه عمومل بنيته ولو قال لامرأته ان دخلت دار أبيك الا باذنى فأنت طالق فالحيـلة فى ذلك فى أن لايحنث أن يقول لها قد أذنت لك فى دخول هـذه الدار كلما شئت فتـدخل كلما شاءت ولا يحنث لانه جعـل الدخول باذنه مستثنى من يمينه والاذن بكلمة كلما يتناول مرة بعـد مرة مالم يوجد النهى فهى كل مرة انما تدخـل باذنه الا أن يمنعها من الدخول فحينئذ اذا دخلت بعد ذلك كان دخولا بغـير اذنه ولو قال أنت طالق ان خرجت من بيتى ولا نية له فخرجت من البيت الي الحجرة لم يحنث لانها ليست بخارجة من البيت (ألا ترى) ان المعتدة لاتمنع من ذلك بقوله عز وجل لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ولان مقصوده من هـذا أن لايراها الناس وانما يكون ذلك بالخروج الى السكة لابالخروج الى الحجرة لان الحجرة من حرزه لايدخلها أحـد الا باذنه لمنزله ولو حلف لايدخـل علي فلان بيته فدخل حجرته قيل لايحنث لانه مادخل بيته وهو نظير ماتقدم انه اذا دخل عليه فى دار لم يحنث قالوا وفى عرف ديارنا يحنث فى يمينه فاسم البيت يتناول السفل (ألا ترى) ان من بات فى حجرته اذا قيل له أنذيت البلدة الليلة يستجيز أن يقول فى بيتى ولو حلف لايأخذ ماله علي فلان الا جميعا فأخذ حقه جميعا الا درهما وهبه للمطلوب لم يحنث لان شرط حنثه أن يأخذ ماله علي فلان متفرقا فانه لما استثنى الاخذ جملة واحـدة عرفنا ان المستثنى منه الاخذ متفرقا فاذا وهب له البعض أو أبرأه عن البعض فلم يوجد الاخذ متفرقا فلم يحنث وان أخـذ جميع حقـه فوجد فيـه درهما متفرقا لم يحنث حتى يستبدله فان استبدله حينئذ يحنث لان قبل الاستبدال لم يوجد أخذ جميع الحق متفرقا وانما الموجود أخذ بعض حقه وليس ذلك شرط حنثه فامابعد الاستبدال فقدأخذ جميع الحق متفرقا وهذا لان الستوق ليس من جنس الدراهم وبقبضه لايصـير قابضا ولهذا لايجوز به الصرف والسـلم لم يجز فحين استبدله فقد وجد الآن قبض مابقي من حقه وقد كان قبض بعضه فى الابتداء فصرفنا

انه وجد أخذ جميع الحق متفرقا حتى لو وجد الكل ستوقا فاستبدله لم يحنث لانه ما أخذ حقه متفرقا وان حلف لايتقاضى فلانا فلزمه فلم يتقاضاه لم يحنث لان الملازمة غير التقاضي فالتقاضي يكون باللسان والملازمة تكون بالبدن والملازمة غير التقاضي في عرف الناس ومبنى الايمان على العرف ولو حلف المطلوب ليعطيه حقه درهما دون درهم فاعطاه بعض حقه لم يحنث لان الشرط اعطاء جميع حقه متفرقا فان قوله درهما دون درهم عبارة عن التفرق عادة وهو باعطاء بعض الحق انما أعطاه حقه متفرقا ولو حلف الطالب لايفارقه حتى يستوفى ماله عليه فنام الطالب أو غفل فهرب المطلوب لم يحنث فى يمينه لانه عقد يمينه على فعل نفسه وهو مافارق المطلوب انما المطلوب فارقه حين هرب منه ولو حلف لايفارقه فامره السلطان أن لا يتعرض له وحال بينه وبين لزومه فذهب المطلوب ولم يقدر الطالب على امساكه لم يحنث لان الطالب مافارقه انما المطلوب هو الذى هرب منه وفعل غيره لايكون فعلا له ولكونه بامر السلطان عجز عن امساكه وبهذا لايصير مفارقا له ولو قال كل شئ أبايع به فلانا فهو صدقة ثم بايعه لم يلزمه شئ لان البيع يزيل ملكه فانما أضاف النذر بالصدقة الى حال زوال ملكه عما بايع غيره به والمضاف الى وقت كالمنشأ فى ذلك الوقت وبعد مازال ملكه بالبيع عن العين لوقال لله تعالى علىّ أن أتصدق بهذا العين لم يصح نذره فان قيل لماذا لم يجعل هذا اللفظ التزاما للتصدق بثمنه قلنا لانه قال فهو صدقة ولم يقل قيمته صدقة والملتزم للتصدق بالعين لايكون ملتزما للتصدق بالثمن ولو حلف المطلوب أن لا يعطى الطالب شيأ ثم أمر المطلوب رجلا فاعطاه حنث فى يمينه لان الحالف هو المعطى فان الدافع رسول من جهته بالتسليم الي فلان فيصير المعطى فلانا (ألا ترى) انه لو دفع صدقته الى انسان ليفرقها على المساكين ثم ان الدافع لم يحضر النية عند التصدق جاز اذا وجدت النية ممن أمره بالصدقة وجعل كانه هو المعطي فهذا مثله فان حلف أن يعطيه من يده الى يده يحنث لانه جعل شرط حنثه اعطاء مقيدا بصفة وهو أن يكون بالمناولة وهذا لان الاعطاء من يده انما يكون من المعطى وهو المباشر للاعطاء فيه حقيقة وحكما واذا صرح فى يمينه بالاعطاء على اتم الوجوه لايحنث بما دونه واذا أطلق اللفظ يعتبر ماهو المقصود وذلك حاصل سواء أعطاه بيده أو أمر غيره فاعطاه وان حلف أن لايعطيه ماعليه درهما فما فوقه فاعطاه حقه كله دنانير وانما عنى الدراهم لم يحنث لانه صرح فى يمينه بالدراهم ولا بد من اعتبار ماصرح

بخصوصا اذا تأيد ذلك بنيته ولان الانسان قد يمتنع من اعطاء الدراهم ولا يمتنع من اعطاء الدنانير لماله من المقصود فى الصرف والتقييد اذا كان فيه غرض صحيح يجب اعتباره ولو قال لرجل ان أكلت عندك طعاما أبدا فهو كله حرام ينوى بذلك العين فأكله عنده لم يحنث لانه يجعل الحرام ماأكله وبعد ما أكله لايتصور أن يجعله حراما وهذا لان وصف الشئ بانه حرام بطريق انه محل لايقاع الفعل الحرام فيه وذلك لايتحقق بعد الاكل وتحريم الحلال انما يكون يمينا اذا صادف محله فاما اذا لم يصادف محله كان لغوا ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول انه بعد ما أكله حرام (ألا ترى) انه على أى وجه انفصل عنه كان حراما فيقول هو صادف محله فى كلامه ولكن هذا ليس بصحيح لانه كما أن تحريم الحلال يمين فتحريم الحرام يمين حتى اذا قال هذا الخمر على حرام ونوى به اليمين كان يمينا فعرفنا ان الطريق هو الاول وهو ان هذا التحريم لم يصادف محله أصلا ولو حلف لايذوق طعاما لفلان فاكل طعاما له ولآخر حنث لانه قد ذاق طعام فلان والطعام المشترك بين اثنين لكل واحد منهما جزء منه والذوق يتم بذلك الجزء كالاكل يتم به ولو حلف لايأكل طعام فلان فأكل طعاما له ولآخر كان حانثا فى يمينه بخلاف مالو حلف لايلبس ثوب فلان فلبس ثوبا بينه وبين آخر أو لايركب دابة فلان فركب دابة بينه وبين آخر لان الجزء الذي هو مملوك لفلان لايسمي ثوبا ولا دابة وعلى هذا لو حلف لايأكل لقمة لفلان فاكل طعاما بينه وبين آخر لم يحنث لان كل لقمة مشتركة بينه وبين فلان وانما جعل شرط حنثه أكل لقمة فلان خاصة ولم يوجد ذلك ولو حلف لايشرب الشراب ولا نية له بهذا غير الخمر فان شرب غيرها لم يحنث يعني غيرها مما لايسكر فاما مايشرب للسكر والتلهى به اذا شرب شيأ منه كان حانثا لان الشراب فى الناس اذا أطلق يراد به المسكر والانسان انما يمنع من ذلك بيمينه للتحرز عن السكر فيتناول مطلق لفظه مايسكر ويسقط اعتبار حقيقة لفظه بالاتفاق حتى لايحنث بشرب الماء أو اللبن وهو شراب فالشراب حقيقة مايشرب ولو حلف لايزايل حراما فشرب خمرا لم يحنث الا أن ينويه لان المراد بهذا اللفظ الفجور عند الاطلاق فينصرف يمينه اليه الا أن ينوى غيره فالحاصل أن دليل العرف يغلب على حقيقة اللفظ فى باب الايمان ولهذا لوحلف لا يشترى بنفسجا ينصرف الى دهن البنفسج دون الورق والبنفسج للورق حقيقة فعرفنا أن العرف يعتبر فى باب الايمان وان مطلق اللفظ يتقيد

بمقصود الحالف ولو قال لامرأته أن أمسيت قبل أن أطعم فانت طالق ولا نية له قال ان غربت الشمس ولم يطعم حنث لان المراد بهذا اللفظ دخول الليل وذلك بعد غروب الشمس فان الامساء قبل الاصباح فانما يقول الرجل لآخر كيف أصبحت فى أول النهار وكيف امسيت فى آخر النهار عند غروب الشمس (ألا ترى) ان الصائم يحرم عليه الطعام والشراب من الصباح الى المساء وينتهى ذلك بغروب الشمس فاذا غربت الشمس ولم يطعم فقد أمسى قبل أن يطعم فيحنث فى يمينه ولو حلف لا يأكل هذا الجمل فكبر حتى صار مسنا فأكله حنث وقد بينا فى الايمان من الجامع وغيره أن فى الحيوان العين لا تتبدل بتبدل الوصف ولهذا لو حلف لا يكلم هذا الصبي وكلمه بعد ماشب أولا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ماشاخ حنث بخلاف مالو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ماصار تمرا لم يحنث فهذه المسئلة تنبنى على ذلك الاصل والله أعلم بالصواب

باب فى البيع والشراء

(قال رحمه الله) امرأة حامل تريد أن تهب مهرها لزوجها على انها ان ماتت فى نفاسها كان الزوج بريأ من المهر وان سلمت عاد المهر علي زوجها فانه ينبغى لها أن تشترى من الزوج ثوبا لم تره بان كان فى منديل فتشتريه بجميع مهرها أو نصفه فان ماتت فى نفاسها برئ الزوج وان سلمت من علتها ردت الثوب بخيار الرؤية وعاد المهر على زوجها وهذا يستقيم اذا بقي الثوب علي حاله لان الرد بخيار الرؤية غير موقت وبه ينفسخ العقد من الاصل فيعود المهر دليه كما كان ولكن الثوب قد يتعيب عندها أو يهلك فيتعذر رده فالسبيل أن تشترى الثوب وتشهد علي ذلك من غير أن تقبضه من الزوج حتي لا يتعذر عليها الرد اذا سلمت بوجه من الوجوه * رجل أمر رجلا أن يشترى دارا بألف درهم وأخبره انه ان فعل اشتراها الآمر منه بألف ومائة نخاف المأمور ان اشتراها أن لا يرغب الآمر فى شرائها قال يشتري الدار علي انه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة فيقول المأمور هى لك بذلك ولا بد له أن يقبضها على أصل محمد رحمه الله فاما عند أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا حاجة الي هذا الشرط لجواز التصرف فى العقار قبل القبض عندهما والمشترى بشرط الخيار يتمكن من التصرف فى المشترى بالاتفاق وانما اختلفوا انه هل يملكه

مع شرط الخيار أم لا فانما قال الآمر يبدأ ليتمكن من التصرف فى المشترى فيقول أخذت منك بالف ومائة لان المأمور له لو بدأ قال بعتها منك ربما لا يرغب الآمر فى شرائها ويسقط خيار المأمور بذلك فكان الاحتياط فى أن يبدأ الآمر حتى اذا قال المأمور هى لك بذلك تم البيع بينهما وان لم يرغب الآمر فى شرائها يمكن المأمور من ردها بشرط الخيار فيندفع الضرر عنه بذلك * رجل حلف يعتق كل مملوك يملكه الى ثلاثين سنة وعليه كفارة ظهار فاراد أن يعتق ويجوز عن ظهاره قال يقول الرجل أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاذا فعل ذلك عتق لان الملك هنا وان كان يثبت للآمر فانما يثبت ذلك فى حكم تصحيح العتق عنه لانه ثابت بطريق الاضمار والمقصود بالاضمار تصحيح الكلام ففيما يرجع الى تصحيح الكلام يظهر حكم المضمر ولا يظهر فيما وراء ذلك فلا يصير شرط الحنث فى اليمين الاولى موجودا بهذا اللفظ فيقع العتق عن الظهار كما أوجبه بالكلام الثانى وهذه المسئلة تصير رواية فى فصل وهو من قال لعبد الغير ملكتك فأنت حر ثم قال ان ملكتك فأنت حر عن ظهارى ثم اشتراه لا يجزئه عن الظهار لان عتقه عند دخوله فى ملكه صار مستحقا بالكلام الاول على وجه لا يملك ابطاله ولا يملك ابداله بغيره فعند دخوله فى ملكه انما يعتق بالكلام الاول ولم يقترن به نية الظهار ألا ترى انه تكلف فى هذا الفصل فقال يقول الرجل اعتق عبدك عني على كذا ولو كان هو يمكنه اعتاقه عن ظهاره لقال انه يقول لهذا المملوك ان ملكتك فانت حر عن ظهارى ثم يشتريه فلما لم يذكر هكذا عرفنا ان الصحيح فى تلك المسئلة أن يعتق عند دخوله فى ملكه بالايجاب الاول خاصة * امرأة طلقها زوجها ولها عليه دين بغير بينة فخاف مالها عليه حق فأرادت أن تأخذ منه وأنكرت أن تكون عدتها قد انقضت تريد بذلك أن تأخذ منه نفقة بقدر دينها قال يسعها ذلك لانها لو ظفرت بجنس حقها كان لها أن تأخذه بغير علمه فكذلك ان تمكنت من الاخذ بهذا الطريق وهذا لان هذا الزوج وان كان يعطيها بطريق نفقة العدة فهى انما تستوفى بحساب دينها ولها حق استيفاء مال الزوج بحساب دينها على أى وجه كان منه فان حلفها القاضى على انقضاء عدتها خلفت تعنى به شيأ غير ذلك وسعها وقد بينا انها متى كانت مظلومة تعتبر نيتها فاذا حلفت ما انقضت عدتى تعنى به عدة عمرها وسعها ذلك * ولو أن رجلا أراد أن يدفع مالا مضاربة الى رجل وأراد أن يكون المضارب ضامنا له فالحيلة فى ذلك أن يقرضه رب المال المال الا درهما

ثم يشاركه بذلك الدرهم فيما أقرضه على أن يعملا فما رزقهما الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما على كذا وهـذا صحيح لان المستقرض بالقبض يصير ضامنا للمستقرض متملكا ثم الشركة بينهما مع التفاوت فى رأس المال صحيح فالربح بينهما على الشرط على ماقال على رضى الله عنه الربح على ماشرطا والوضيعة على المال ويستوى ان عملا جميعا أو عمل به أحـدهما فربح فان الربح يكون بينهما على هذا الشرط وان شاء أقرض المال كله للمضارب ثم يدفعه المستقرض الى المقرض مضاربة بالنصف ثم يدفعـه المقرض الى المستقرض بضاعة فيجوز ذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان دفعه الى صاحب المال بضاعة كدفعه الى أجنبي آخر وفى قول محمد رحمه الله الربح كله للعامل هنا لان العامل صاحب المال وهو فى عمله فى ملكه لايصلح أن يكون نائبا عن غـيره وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب المضاربة فهذه الحيـلة على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهـما الله خاصة فالمال كله صار مضمونا عليه بالقبض على جهة القرض ثم هو العامل فى المال والربح على شرط المضاربة فأما عند محمد رحمه الله الحيلة هى الاولى قال وسألت أبا يوسف رحمه الله عن الرجل يشترى دارا بالف درهم فخاف أن يأخذها جارها بالشفعة فاشتراها بالفى درهم من صاحبها ثم أعطاه بالف دينار أو ألف درهم قال هو جائز لان هذه مصادقة بالثمن قبـل القبض وذلك جائز لحديث ابن عمر رضى الله عنه قال ألا يارسول الله أعليّ بأس أنى أبيع الابل بالبقيع وربما أبيعها بالدراهم وآخذ مكانها دنانير فقال عليه السلام لا بأس اذا افترقتما وليس بينكما عمل فان حلفه القاضى مادالست ولا دالست فخلف كان صادقا لان هـذه عبارة عن الغرور والخيانة ولم يفعل شيأ من ذلك وان أحب أن لايكون عليه يمين اشتراها كذلك لولده الصغير فلا يكون عليه يمين فى ذلك لان الاسـتحلاف لرجاء النكول أو الاقرار وهو لو أقر بذلك لم يصح اقراره فى حق الصغير فان لم يكن له ولد صغير فالسبيل أن يأمر بعض أصدقائه أن يشتريها له كذلك ويشهد على الوكالة ويجعله جائز الامر فى ذلك فان اشتراها لم يكن بين الشفيع والمشتري فى ذلك خصومة فى قول محمـد رحمه الله وفى قول أبى يوسف مادامت فى يده فهو خصم للشفيع الا أن يشهد على تسليمها للآمر ثم يودعها الآمر منه أو يعيرها * رجل أحب أن يشترى دارا بعشرين ألف درهم فان أخذها الشفيع أخذها بعشرين ألف ولو استحق الدار لم يرجع على البائع الا بعشرة آلاف قال يشتريها بعشرين ألف درهم وينقده تسـعة آلاف

وتسعين درهما ودينارا فانما بقي من الثمن فان رغب فيها الشفيع أخذها بعشرين ألف وان استحقت يرجع على البائع بما دفع اليه لانها لما استحقت بطل عقد الصرف لوجود الافتراق قبل قبض أحد البدلين ولا يرجع الا بما أدى وقبل الاستحقاق الصرف صحيح فلا يأخذ الشفيع الدار الا بعشرين ألف ولو أعطاه بالباقي مكان الدينار ثوبا أو متاعا رجع عند الاستحقاق بعشرين ألف لان استحقاق الدار لا يبطل البيع فى الثوب والمتاع فيكون قابضا منه عشرين ألفا فيلزمه رد ذلك عند استحقاق الدار فاما عقد الصرف يبطل باستحقاق الدار فلا يلزمه الا رد المقبوض فلو لم يستحق ووجد بالدار عيبا ردها بعشرين ألف في جميع ذلك لانه بالرد بالعيب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا قبل القبض وقد بينا فى كتاب الشفعة وجوه الحيل لابطال الشفعة أو لتقليل رغبة الشفيع فى الاخذ وذلك لا بأس به قبل وجوب الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله هو مكروه أشد الكراهه لان الشفعة مشروعة لدفع الضرر عن الشفيع فالذي يحتال لاسقاطها بمنزلة القاصد الى الاضرار بالغير وذلك مكروه وأبو يوسف رحمه الله يقول انه يمتنع من التزام هذا الحق مخافة أن لا يمكنه الخروج منه اذا التزمه وذلك لا يكون مكروها كمن امتنع من جمع المال كيف يلزمه نفقة الاقارب والحج فهذا دفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير لان فى الحجر عليه عن التصرف أو تملك الدار عليه بغير رضاه اضرار به وهو انما قصد دفع هذا الضرر وعلى هذا الخلاف الحيلة لمنع وجوب الزكاة واستدل أبو يوسف رحمه الله على ذلك فى الامالى قال أرأيت لو كان لرجل مائتا درهم فلما كان قبل الحول بيوم تصدق بدرهم منها كان هذا مكروها وانما تصدق بالدرهم حتى يتم الحول وليس فى ملكه نصاب فلا يلزمه الزكاة ولا أحد يقول بان هذا يكون مكروها أو يكون هو فيه آثما *قال واذا اشترى الرجل دارا لغيره وكتب فى الصك ونقد فلان فلانا الثمن كله من مال فلان الآمر فللبائع أن لا يرضى بهذا لما فيه من الضرر عليه فربما يجئ الآمر فيقول قد أخذت مالي وأقررت بذلك حين أشهدت على الصك ولم آمر فلانا بالشراء لى فيسترد ماله ولا يقدر هو على المشترى ليطالبه بثمن الدار وان لم يكتب هذا ففيه نوع ضرر على الآمر وهو أن يأخذ المشترى الآمر بالمال ويقول نقدت الثمن من مالي فالحيلة أن يكتب وقد نقد فلان فلانا الثمن ولا يكتب من مال من هو فاذا ختم الشهود كانت شهادتهم على البيع وقبض الثمن فقط ثم يقر المشترى بعد ذلك أن ما نقده من

الثمن انما هو من مال الآمر فيكون اقراره حجة عليه للآمر فيندفع الضرر عنهما والله أعلم بالصواب

باب الاستحلاف

(قال رحمه الله) واذا أراد الرجل أن يغيب فقالت له امرأته كل جارية تشتريها فهى حرة حتى ترجع الى الكوفة ومن رأيه أن يشترى جارية كيف يصنع قال اذا حلف بهذه الصفة يقول نعم فيريها بهذه الكلمة انه حلف على الوجه الذى طلبت وهو يعنى بني تغلب أو غيره من أحياء العرب أو ينوى بقلبه واحد الأنعام فانه يقال نعم والانعام هى الابل والبقر والغنم قال الله تعالى والانعام خلقها لكم الآية فاذا عني هذا لم يكن حالفا فان أبت الا أن الزوج هو الذى يقول كل جارية أشتريها فهى حرة قال فليفعل ذلك وليعن بذلك كل سفينة جارية قال الله تعالي وله الجوارى المنشآت فى البحر كالاعلام والمراد السفن فاذا عنى ذلك عمل بنيته لانها ظالمة له فى هذا الاستحلاف ونية المظلوم فيما يحلف عليه معتبرة وان حلفته بطلاق كل امرأة يتزوجها عليها فليقل كل امرأة أتزوجها عليك فهى طالق وهو ينوى بذلك كل امرأة أتزوجها علي رقبتك فيعمل بنيته فى ذلك لانه نوى حقيقة كلامه فلا يحنث اذا تزوج علي غير رقبتها فان كان انما عنى أن لا أتزوج على اطلاقك فهذه النية تعمل فيما بينه وبين الله تعالي ولا يحنث اذا تزوج امرأة أخرى وكذلك ان عنى بقوله فهى طالق من الوثاق فنيته صحيحة فيما بينه وبين الله تعالي وان قال كل امرأة أتزوجها فأطؤها فهى طالق وعني الوطء بقدمه فهو يدين فيما بينه وبين ربه لان المنوى من محتملات لفظه وقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى أن يدين فى هذا الموضع فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه فالوطء يكون بالقدم حقيقة الا أنا نقول الوطء متى أضيف الي النساء فهو حقيقة فى الجماع دون الوطء بالقدم وانما يراد الوطء بالقدم اذا ذكر مطلقا غير مضاف الى النساء فلهذا لا يدين هنا فى القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى * رجل اتهم جارية انها سرقت له مالا فقال أنت حرة ان لم تصدقيني وخاف المولي أن لا تصدقه فتعتق فما الحيلة فيه قال تقول الجارية قد سرقته ثم تقول بعد ذلك لم اسرقه فيتيقن انها صدقته فى احدى الكلامين ولا تعتق وان قال لامرأته أنت طالق ان بدأتك بالكلام وقالت له المرأة بعد ذلك وان ابتدأتك

بالكلام فجاريتي حرة فالحيلة فيه أن يبدأ الزوج بالكلام لان المرأة قد كلمته بعد كلامه حين خاطبته بيمينها فلايكون الزوج مبتدئا لها بالكلام بعد يمينه وان كانت اليمين منهما جميعا فالحيلة فيه أن يكلم كل واحد منهما صاحبه معا علي ماذكره في الجامع اذا حلف رجلان فقال كل واحد منهما لصاحبه ان ابتدأتك بالكلام فالتقيا وسلم كل واحد منهما علي صاحبه معا لم يحنث كل واحد منهما في يمينه لان المبتدئ بالشئ من يسبق غيره بذلك الشئ فاذا اقترن كلامه بكلام صاحبه لم يكن مبتدئا ٭ رجل قال والله أنا لا أجلس فما أقوم حتى أقام يعني حتى يقويني الله علي ذلك فيقيمني فانه لايحنث وهو صادق في يمينه لان المذهب عند أهل السنة والجماعة ان أفعال العباد مخلوقه الله تعالى قال الله تعالى والله خلقكم وما تعملون فلا يقوم أحد مالم يقمه الله تعالى وقيل في قوله عز وجل ياأيها الناس أنتم الفقراء الى الله ان المراد هذا وهو ان العبد لايستغني في شئ من أقواله وحركاته عن الله تعالي وهو نظير ماقال في كتاب الايمان في الجامع الصغير اذا حلف ليأتينه غدا الا أن لايستطيع وهو يعني بذلك القضاء والقدر فانه تعمل نيته ولا يكون حانثا في يمينه بحال ولو قال لامته أنت حرة ان ذقت طعاما حتى أضربك فأنفت الامة فالحيلة أن يهبها لولده الصغير ثم يتناول الطعام فلا يحنث في يمينه لانه صار قابضا لولده بنفس الهبة فانما يوجد الشرط وهي ليست في ملكه فلا يتحقق قال وسئل أبو حنيفة رحمه الله عن امرأة قالت لزوجها اخلعني فقال أنت طالق ثلاثا ان سألتيني الخلع ان لم أخلعك فقالت المرأة جاريتي حرة ان لم أسئلك قبل الليل وجاء الي أبي حنيفة رحمه الله قال أبو حنيفة رحمه الله سليه الخلع فقالت لزوجها أسألك أن تخلعني فقال أبوحنيفة رحمه الله لزوجها قل قد خلعتك علي ألف درهم تعطيها لي فقال لها الزوج ذلك فقال أبوحنيفة رحمه الله لها قولي لاأقبله فقالت فقال أبوحنيفة رحمه الله قوما فقد بر كل واحد منكما في يمينه لان شرط برها في اليمين أن تسأله الخلع وقد سألته وشرط بر الزوج أن يخلعها بعد سؤالها وقد فعل فانما عقد يمينه علي فعل نفسه خاصة وقد وجد ذلك منه فلم يقع عليها شئ حين ردت الخلع وهذه المسئلة تصير رواية فيما اذا قالت المرأة لزوجها اخلعني فقال الزوج خلعتك على كذا انه لايقع الفرقة مالم تقل المرأة قبلت بخلاف ما اذا قالت اخلعني على كذا فقال قد فعلت فانه لاتقع الفرقة لانها اذا لم تذكر البدل كان كلامها سؤالا للخلع لا احد شطري العقد الا أن في النكاح لا فرق بين أن يذكر البدل وبين أن لا

يذكر فان وجوب المهر يستغنى عن التسمية هناك ولا يعتمد الرضى ووجوب البدل فى الخلع لايكون الا باعتبار التسمية وباعتبار تمام الرضا فلهذا فرقنا بين ما اذا ذكر البدل وبين ما اذا لم يذكره وذكر الخصاف رحمه الله في كتاب الحيل نظير هذه الحكاية فقال ان بعض من كان يتأذى منه أبو حنيفة رحمه الله جرى بينه وبين زوجته كلام فامتنعت من جوابه فقال ان لم تكلميني الليلة فانت طالق فسكتت وامتنعت من كلامه فخاف أن يقع الطلاق اذا طلع الفجر فطاف على العلماء رحمهم الله فى الليل فلم يجد عندهم فى ذلك حيلة فجاء الى أبى حنيفة رحمه الله وذكر له ذلك فقال هل أتيت أستاذك فجعل يعتذر اليه ويقول لافرج لي الا من قبلك فذكر انه قال له اذهب فقل للذين حولها من أقاربها ادعوها فماذا أصنع بكلامها فانها أهون عليّ من التراب وأسمعها من هذا بما تقدر فجاء وقال ذلك حتى ضجرت وقالت بل أنت كذا وكذا فصارت مكلمة له قبل طلوع الفجر وخرج من يمينه وهذه الحكاية أوردها فى مناقب أبى حنيفة رحمه الله وقال انه قال للرجل ارجع الى بيتك حتى آتيك فاتشفع لك فرجع الرجل الى بيته وجاء أبو حنيفة رحمه الله فى أثره فصعد مأذنة محلته واذن فظنت المرأة أن الفجر قد طلع فقالت الحمد لله الذى نجانى منك فجاء أبو حنيفة رحمه الله الى الباب وقال قد برت يمينك وأنا الذى أذنت أذان بلال رضى الله عنه فى نصف الليل قال وسئل أبو حنيفة رحمه الله عن أخوين تزوجا أختين فزفت امرأة كل واحد منهما الى زوج أختها فلم يعلموا بذلك حتى أصبحوا فذكر ذلك لابى حنيفة رحمه الله وقال ليطلق كل واحد منهما امرأته تطليقة ثم يتزوج كل واحد منهما المرأة التى دخل بها وفى مناقب أبى حنيفة رحمه الله ذكر لهذه المسئلة حكاية انها وقعت لبعض الاشراف بالكوفة وكان قد جمع العلماء رحمهم الله لوليمته وفيهم أبو حنيفة رحمه الله وكان فى عداد الشباب يومئذ فكانوا جالسين على المائدة اذ سمعوا ولولة النساء فقيل ماذا أصابهن فذكروا انهم غلطوا فادخلوا امرأة كل واحدمنهما على صاحبه ودخل كل واحد منهما بالذى أدخلت عليه وقالوا ان العلماء على مائدتكم فسلوهم عن ذلك فسألوا فقال سفيان الثورى رحمه الله فيها قضى عليّ رضى الله عنه على كل واحد من الزوجين المهر وعلى كل واحدة منهما العدة فاذا انقضت عدتها دخل بها زوجها وأبو حنيفة رحمه الله ينكث باصبعه على طرف المائدة كالمتفكر فى شئ فقال له من الى جانبه أبرز ما عندك هل عندك شئ آخر فغضب سفيان الثورى

رحمه الله فقال هل يكون عنده بعد قضاء على رضى الله عنه يعنى فى الوطء بالشبهة فقال أبو حنيفة رحمه الله على بالزوجين فأتى بهما فسارّ كل واحد منهما انه هل تعجبك المرأة التى دخلت بها قال نعم ثم قال لكل واحد منهما طلق امرأتك تطليقة فطلقها ثم زوج من كل واحد منهما المرأة التى دخل بها وقال قوما الى أهلكما على بركة الله تعالى فقال سفيان رحمه الله ماهذا الذى صنعت فقال أحسن الوجوه وأقربها الى الالفة وأبعدها عن العداوة أرأيت لو صبر على كل واحد منهما حتى انقضت العدة أما كان يبقى فى قلب كل واحد منهما شئ بدخول أخيه بزوجته ولكنى أمرت كل واحد منهما حتى يطلق زوجته ولم يكن بينه وبين زوجته دخول ولا خلوة ولا عدة عليها من الطلاق ثم تزوجت كل امرأة ممن وطئها وهى معتدة منه وعدته لا تمنع نكاحه وقام كل واحد منهما مع زوجته وليس فى قلب كل واحد منهما شئ فعجبوا من فطنة أبى حنيفة وحسن تأمله وفى هذه الحكاية بيان فقه هذه المسئلة التى ختم بها الكتاب والله أعلم بالصواب

كتاب الكسب

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله) واذ قد أجبتكم الى ماسألتمونى من املاء شرح المختصر على حسب الطاقة وقدر الفاقة بالآثار المشهورة والاشارات المذكورة فى تصنيفات محمد بن الحسن رحمه الله لاظهار وجه التأثير وبيان طريق التقدير رأيت أن ألحق به املاء شرح كتاب الكسب الذى يرويه محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن رحمه الله وهو من جملة تصنيفاته الا انه لم يشتهر لانه لم يسمع منه ذلك أبو حفص ولا أبو سليمان رحمهما الله ولهذا لم يذكره الحاكم رحمه الله فى المختصر وفيه من العلوم مالا يسع جهلها ولا التخلف عن عملها ولو لم يكن فيها الاحث المفلسين على مشاركة المكتسبين فى الكسب لا نفسهم والتناول من كديدهم لكان يحق على كل احد اظهار هذا النوع من العلماء وقد كان شيخنا الامام رحمه الله بين بعض ذلك على طريق الايثار فيه فنذكر ماذكره تبركا بالمسموع منه ونلحق به ماتكلم فيه أهل الاصول رحمهم الله وما يجود به الخاطر من المعانى والاشارات فنقول الاكتساب فى عرف اللسان تحصيل المال بما حل من الاسباب واللفظ فى الحقيقة يستعمل

فى كل باب وقد قال الله تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم وقال تعالى وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم أى بجناياتكم على أنفسكم وقد سمى جناية المرء على نفسه كسبا وقال جل وعلا فى آية السرقة جزاء بما كسبا أى باشرا بارتكاب المحظور فعرفنا ان اللفظ مستعمل فى كل باب ولكن عند الاطلاق يفهم منه اكتساب المال ثم بدأ محمد رحمه الله الكتاب بقوله طلب الكسب فريضة على كل مسلم وفى رواية وقال طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة الفريضة بعد الفريضة وقال عليه السلام طلب الحلال كمقارعة الابطال ومن مات دائبا فى طلب الحلال مات مغفورا وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقدم درجة الكسب على درجة الجهاد فيقول لأموت بين شعبتى رجل أضرب فى الارض أبتغى من فضل الله أحب الىّ من أن أقتل مجاهدا فى سبيل الله لان الله تعالى قدم الذين يضربون فى الارض يبتغون من فضله على المجاهدين بقوله وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله الآية وفى الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صافح سعد بن معاذ رضى الله عنه فاذا يداه قد أكتبتا فسأله النبي صلي الله عليه وسلم عن ذلك فقال أضرب بالمر والمسحاة لانفق على عيالى فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم يده وقال كفان يحبهما الله تعالى وفي هذا بيان ان المرء باكتساب مالا بد له منه ينال من الدرجات أعلاها وانما ينال ذلك باقامة الفريضة ولانه لايتوصل الى اقامة الفرض الا به فحينئذ كان فرضا بمنزلة الطهارة لاداء الصلاة وبيانه من وجوه أحدها أن يمكنه من اداء الفرائض بقوة بدنه وانما يحصل له ذلك بالقوت عادة ولتحصيل القوت طرق الاكتساب أو التغالب بالانتهاب والانتهاب يستوجب العقاب وفى التغالب فساد والله تعالى لايحب الفساد فمين جهة الاكتساب لتحصيل القوت فقال عليه السلام نفس المؤمن بطنته فليحسن اليها يعنى الاحسان بان لا يمنعها قدر الكفاية وانما لا يتوصل الى ذلك الا بالكسب كما لا يتوصل الى اداء الصلاة الا بالطهارة ولا بد لذلك من كوز يستقي به الماء أو دلو أو رشا ينزح به الماء من البئر وكذلك لايتوصل الى اداء الصلاة الا بستر العورة وانما يكون ذلك بثوب ولايحصل له ذلك الا بالاكتساب عادة ومالا يتأتى اقامة الفرض الا به يكون فرضا فى نفسه ثم الكسب طريق المرسلين صلوات الله عليهم وقد أمرنا بالتمسك بهداهم قال الله تعالى فبهداهم اقتده وبيانه أن أول من اكتسب أبونا آدم عليه السلام قال الله تعالى فلا يخرجنكما من الجنة فتشقي أى تتعب فى طلب الرزق وقال مجاهد فى تفسيره لاتأكل خبزا بزيت حتى تعمل عملا الى الموت

وفى الآثار أن آدم عليه السلام لما أهبط الى الارض أتاه جبريل عليه السلام بالحنطة وأمره أن يزرعها فزرعها وسقاها وحصدها ودرسها وطحنها وخبزها فلما فرغ من هذه الاعمال حان وقت العصر أتاه جبريل عليه السلام وقال ان ربك يقرؤك السلام ويقول ان صمت بقيه اليوم غفرت لك خطيئتك وشفعتك فى أولادك فصام وكان حريصا على تناول ذلك الطعام لينظر يجد له من الطعم ما كان يجد لطعام الجنة فمن ثمة حرص الصائمون بعد العصر على تناول الطعام وكذا نوح عليه السلام كان نجارا يأكل من كسبه وادريس عليه السلام كان خياطا وابراهيم عليه السلام كان بزازا علي ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عليكم بالبزر فان أباكم كان بزازا يعنى الخليل عليه السلام وداود عليه السلام كان يأكل من كسبه على ماروي انه كان يخرج متنكرا فيسأل عن سيرة أهل مملكته حتي استقبله جبريل عليه السلام يوما علي صورة شاب فقال له كيف تعرف داود ايها الفتى فقال نعم العبد داود الا أن فيه خصلة قال وما هى قال انه يأكل من بيت المال وان خير الناس من يأكل من كسبه فرجع داود عليه السلام الي محرابه باكيا متضرعا يسأل الله تعالى ويقول اللهم علمنى كسبا تغنينى به عن بيت المال فعلمه الله تعالى صنعة الدرع ولين له الحديد حتى كان الحديد فى يده كالعجين فى يد غيره قال الله تعالى وألنا له الحديد وقال عز وجل وعلمناه صنعة لبوس لكم فكان يصنع الدرع ويبيع كل درع باثنى عشر ألفا فكان يأكل من ذلك ويتصدق وسليمان صلوات الله عليه يصنع المكاييل من الخوص فيأكل من ذلك وذكريا عليه السلام كان نجارا وعيسى عليه السلام كان يأكل من غزل أمه وربما كان يلتقط السنبلة فيأكل من ذلك وهو نوع اكتساب ونبينا صلى الله عليه وسلم كان يرعى فى بعض الاوقات علي ماروى أنه عليه السلام قال لاصحابه رضى الله عنهم يوما كنت راعيا لعقبة بن معيط وما بعث الله نبيا الا وكان راعيا وفى حديث السائب بن شريك عن ابيه رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم شريكى وكان خير شريك لايدارى ولا يمارى أى لا يلاحى ولا يخاصم فقيل فيما ذا كانت الشركة بينكما فقال فى الادم وازدرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة على ماذكر محمد رحمه الله فى كتاب المزارعة ليعلم أن الكسب طريق المرسلين عليهم السلام ثم الكسب نوعان كسب من المرء لنفسه وكسب منه علي نفسه فالكاسب لنفسه هو الطالب لما لابدله من المباح والكاسب على نفسه هو الباغي لما عليه فيه جناح نحو مايكون من السارق والنوع الثانى منه حرام بالاتفاق

قال الله تعالى ومن يكسب اثما فانما يكسبه على نفسه وقال عز وجل ومن يكسب خطيئة أو اثما الاية والمذهب عند الفقهاء من السلف والخلف رحمهم الله ان النوع الاول من الكسب مباح على الاطلاق بل هو فرض عند الحاجة وقال قوم من جهال أهل التقشف وحماق أهل التصوف أن الكسب الحرام لايحل الا عند الضرورة بمنزلة تناول الميتة وقالوا ان الكسب ينفي التوكل على الله تعالى أو ينقص منه وقد أمرنا بالتوكل قال الله تعالى وعلى الله فتوكلوا ان كنتم مؤمنين فما يتضمن نفي ما أمرنا به من التوكل يكون حراما والدليل على انه ينفي التوكل قوله عليه السلام لو توكلتم على الله حق التوكل لرزقتم كما يرزق الطير يغدو خماصا ويروح بطانا وقال تعالى وفي السماء رزقكم وما توعدون وفي هذا حث على ترك الاشتغال بالكسب وبيان أن ماقدر له من الموعود يأتيه لامحالة وقال عز وجل وأمر أهلك بالصلاة الاية والخطاب وان كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم فالمراد أمته فقد أمروا بالصبر والصلاة وترك الاشتغال بالكسب لطلب الرزق لقوله تعالى وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون وفي الاشتغال بالكسب ترك ماخلق المرء لاجله وأمر به من عبادة ربه واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله ما أوحى الي أن أجمع المال وأكون من المتاجرين وانما أوحى الي فسبح بحمد ربك وكن من الساجدين الاية وما في القرآن من ذكر البيع والشراء في بعض الآيات ليس المراد به التصرف في المال والكسب بل المراد تجارة العبد مع ربه عز وجل ببذل النفس في طاعته والاشتغال بعبادته فذلك يسمي تجارة وقال الله تعالى هل أدلكم على تجارة الآية وقال عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين الآية والمراد هذا النوع وهو بذل النفس لنيل الثواب بالجهاد وأنواع الطاعة وكذا قد سمى الله تعالى آخذ المال لارتكاب مالا يحل له في الدين بائعا نفسه قال الله تعالى ولبئس ماشروا به أنفسهم وقال عز وجل واشتروا بآيات الله ثمنا قليلا والي ذلك أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله الناس غاديان بائع نفسه فموبقها ومشتر نفسه فمعتقها وان الصحابة رضى الله عنهم لم يشتغلوا بالكسب فالقول مع أصحاب الصفة رضى الله عنهم كانوا يلزمون المسجد فلا يشتغلون بالكسب ومدحوا على ذلك وكذلك الخلفاء الراشدون وغيرهم من أعلى الصحابة رضى الله عنهم لم يشتغلوا بالكسب وهم الائمة السادة والقدوة القادة وحجتنا في ذلك قوله تعالي وأحل الله البيع وقال جل وعلا اذا تداينتم بدين الآية وقال عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض وقال جل وعلا الا أن

تكون تجارة حاضرة الآية ففي بعض هذه الآيات تنصيص على الحل وفي بعضها ندب الى الاشتغال بالتجارة فمن يقول بحرمتها انما يخاطبنا بما يفهمه ولفظ البيع والشراء حقيقة للتصرف في المال بطريق الاكتساب والكلام محمول على حقيقة لايجوز تركها الى نوع من المجاز الا عند قيام الدليل كما فيما استشهدوا به من قوله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم فقد قام الدليل على ان المراد به المجاز ولما لم يوجد مثل ذلك هنا فكان محمولا على حقيقته وقال الله تعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الارض والمراد التجارة وقال الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم يعني التجارة في طريق الحج وقال النبي صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكلتم من كسب أيديكم وان أخي داود كان يأكل من كسب يده والمراد الاشارة الى قوله تعالى كلوا من طيبات مارزقناكم وأقوى ماتعتمده ان الاكتساب طريق المرسلين صلوات الله عليهم وقد قررنا ذلك ولا معنى لمعارضتهم ايانا في ذلك بيحيى وعيسى عليهما السلام فقد بينا ان عيسى عليه السلام كان يأكل من غزل أمه رضي الله عنها ثم يقول ان الانبياء عليهم السلام في هذا ليس كغيرهم فقد بعثوا لدعوة الناس الى دين الحق واظهار ذلك لهم فكانوا مشغولين بما بعثوا لاجله ولم يشتغلوا عامة أوقاتهم بالكسب لهذا وقد اكتسبوا في بعض الاوقات ليبينوا للناس ان ذلك مما ينبغي أن يشتغل به المرء وانه لاينفي التوكل على الله تعالى كما ظنه هؤلاء الجهال وقد بين هذا عمر رضي الله عنه في حديثه حيث مر بقوم من القراء فرآهم جلوسا قد نكسوا رؤوسهم فقال من هؤلاء فقال هم المتوكلون فقال كلا ولكنهم المتأكلون يأكلون أموال الناس ألا أنبئكم من المتوكلون فقيل نعم فقال هو الذي يلقي الحب في الارض ثم يتوكل على ربه عز وجل وفي رواية أخرى عنه قال يامعشر القراء ارفعوا رؤوسكم واكتسبوا لانفسكم ودعواهم ان الكبار من الصحابة رضي الله عنهم كانوا لايكتسبون دعوى باطل فقد روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان بزازا وعمر رضي الله عنه كان يعمل في الادم وعثمان كان تاجرا يجلب اليه الطعام فيبيعه وعلي رضي الله عنه كان يكسب على ماروى انه أجر نفسه غير مرة حتى أجر نفسه من يهودي وقال للوزان زن وارجح فان معاشر الانبياء هكذا نزن وباع رسول الله صلى الله عليه وسلم قعبا وحلسا من يزيد واشترى ناقة من اعرابي وأوفاه ثمنها ثم جحد الاعرابي وقال هلمّ شاهد قال عليه السلام من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضي الله عنه أنا أشهد لك

بانك أوفيت الاعرابى ثمن الناقة فقال عليه السلام كيف تشهد لى ولم تكن حاضرا فقال يارسول الله انا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من ايفاء ثمن الناقة فقال عليه السلام من شهد له خزيمة فحسبه ولا حجة لهم فى قوله تعالى وفى السماء رزقكم وما توعدون فالمراد المطر الذي ينزل من السماء فيحصل به النبات فان ذلك يسمى رزقا على مانقل عن بعض السلف يا ابن آدم ان الله تعالى يرزقك ويرزق رزقك ويرزق رزق رزقك يعنى ينزل المطر من السماء رزقا للنبات ثم النبات رزق الانعام والانعام رزق لبني آدم ولئن حملنا الآية على ظاهرها فنقول فى السماء رزقنا كما أخبر الله تعالى ولكن أمر باكتساب السبب ليأتينا ذلك الرزق عند الاكتساب * بيانه فى قوله عليه السلام فيما يأثر عن ربه عز وجل عبدى حرك يدك أنزل عليك الرزق وقد أمر الله تعالى مريم بهز النخلة كما قال الله تعالى وهزى اليك الآية وهو قادر على أن يرزقها من غير هز منها كما كان يرزقها فى المحراب فقال عز وجل كلما دخل عليها زكريا المحراب الآية وانما أمرها بذلك ليكون بيانا للعباد انه ينبغى لهم أن لايدعوا اكتساب السبب وان كانوا يعتقدون ان الله تعالى هو الرزاق وهذا نظير الخلق فان الله تعالى هو الخالق قد يخلق لا من سبب ولا فى سبب كما خلق آدم صلوات الله عليه وقد يخلق لا من سبب ولا فى سبب كما خلق عيسى عليه السلام وقد يخلق من سبب فى سبب كما قال الله تعالى ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر الآية ثم الاشتغال بالنكاح وطلب الولد لاينفى يقين العبد بان الخالق هو الله تعالى فكذا أمر الرزق ليعلم أن من يزعم أن حقيقة التوكل فى تركه الكسب فهو مخالف للشريعة واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله للسائل الذى قال أرسل ناقتى وأتوكل فقال عليه السلام لا بل اعقلها وتوكل ونظير هذا الدعاء فقد أمرنا به قال الله تعالى واسألوا الله من فضله ومعلوم ان كل ما قدر لاحد فهو يأتيه لامحالة ثم أحد لايتطرق بهذا الى ترك السؤال والدعاء من الله تعالى والانبياء عليهم السلام كانوا يسألون الجنة مع علمهم أن الله تعالى يدخلهم الجنة وقد وعدهم ذلك وهو لا يخلف الميعاد وكانوا يأمنون العاقبة ثم كانوا يسألون الله تعالى ذلك فى دعائهم وكذا أمر الشفاء فالشافى هو الله وقد أمرنا بالمداواة قال عليه السلام تداووا عباد الله فان الله ماخلق داء الا وخلق له دواء الا السام أوقال الهرم وقد فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد حين داوى ما أصابه من الجراحة فى وجهه ثم اكتساب السبب بالمداواة لاينفى التيقن

بان الله هو الشافى فكذا اكتساب سبب الرزق بالتحرك لاينفى التيقن بان الله تعالى هو الرازق والعجب من الصوفية انهم لايمتنعون من تناول طعام من أطعمهم من كسب يده وربح تجاراته مع علمهم بذلك فلو كان الاكتساب حراما لكان المال الحاصل به حرام التناول لان مايتطرق اليه بارتكاب الحرام يكون حراما (ألا ترى) أن بيع الخمر للمسلم لما كان حراما كان تناول ثمنها حراما وحيث لم يمتنع أحد منهم من التناول عرفنا ان قولهم من نتيجة الجهل والكسل ثم المذهب عند جمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة رحمهم الله ان الكسب بقدر مالا بد منه فريضة وقالت الكرامية بل هو مباح بطريق الرخصة لانه لايخلو اما أن يكون فرضا فى كل وقت أو فى وقت مخصوص والاول باطل لانه يؤدى الى أن لايتفرغ أحد عن اداء هذه الفريضة ليشتغل بغيرها من الفرائض والواجبات والثانى باطل لان مايكون فرضا فى وقت مخصوص شرعا يكون مضافا الى ذلك الوقت كالصلاة والصوم ولم يرد الشرع باضافة الكسب الى وقت مخصوص ثم لايخلو اما أن يكون فرضا لرغبة الناس اليه أو للضرورة والاول باطل فان الرغبة ثابتة فى جميع مافى الدنيا من الاموال وأحد لايقول يفترض على كل واحد تحصيل جميع ذلك والثانى باطل أيضا فان مايفترض للضرورة انما يفترض عند تحقق الضرورة وبعد تحقق الضرورة يعجز عن الكسب فكيف تتأخر فريضته الى حال عجزه ولا يخلو اما أن يفترض جميع أنواعه أو نوع مخصوص منه والاول باطل فان الانبياء عليهم السلام مااشتغلوا بالكسب فى عامة أوقاتهم وكذا أعلام الصحابة ومن بعدهم من الاخيار ولا يظن بهم أنهم اجتمعوا على ترك ماهو فرض عليهم والثانى باطل لانه ليس بعض الناس بتخصيصه بهذا الفريضة بأولى من البعض فتبين أن الكسب ليس بفرض أصلا والدليل عليه انه لو كان أصله فرضا لكان الاستكثار منه مندوبا اليه وكان نفلا بمنزلة العبادات والاستكثار منه مذموم كما قال الله تعالى انما الحياة الدنيا لعب ولهو الى قوله عذاب شديد وبهذا الحرف يقع الفرق بينه وبين طلب أهل العلم فان أصله لما كان فرضا كان الاستكثار منه مندوبا اليه وحجتنا فى ذلك قوله تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم والامر حقيقة للوجوب ولا يتصور الانفاق من المكسوب الا بعد الكسب ومالا يتوصل الى اقامة الفرض الا به يكون فرضا وقال تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا الآية يعنى الكسب والامر حقيقة للوجوب * فان قيل قد روى عن مجاهد ومكحول رحمهما الله انهما قالا المراد

طلب العلم قلنا ماذكرنا من التفسير مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة هى الفريضة بعد الفريضة وتلا قوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فلا يترك ذلك بقول مكحول ومجاهد رحمهما الله والظاهر يؤيد ماذكرنا بدليل ماذكر بعده واذا رأوا تجارة الآية وكانوا انفضوا بذلك فى حال خطبته فنهوا عن ذلك وأمروا به بعد الفراغ من الصلاة * فان قيل الامر بعد النهى يفيد الاباحة * قلنا الامر حقيقة للايجاب ولو كان المراد هو الاباحة والرخصة لقال فلا جناح عليكم أن تبتغوا من فضل الله كما قال فى باب طريق الحج ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم والدليل عليه أن الله تعالى امر بالانفاق على العيال من الزوجات والاولاد والمعتدات ولا يتمكن من الانفاق عليهم الا بتحصيل المال بالكسب وما يتوصل به الى أداء الواجب يكون واجبا والمعقول يشهد له فان فى الكسب نظام العالم والله تعالى حكم ببقاء العالم الى حين فنائه وجعل سبب البقاء والنظام كسب العباد وفى تركه تخريب نظامه وذلك ممنوع منه * فان قيل فبقاء هذا النظام يتعلق بالتسافد بين الحيوان وأحد لا يقول بفرضية ذلك * قلنا نعم ان الله تعالى علق البقاء بتسافد الحيوانات وركب الشهوة فى طباعهم وتلك الشهوة تحملهم على مباشرة ذلك الفعل فلا تقع الحاجة الى أن يجعل ذلك فرضا عليهم لكيلا يمتنعوا من ذلك فان الطبع داع الى اقتضاء الشهوة * فاما الاكتساب فى الابتداء فكد وتعب وقد تعلق به بقاء نظام العالم فلو لم يجعل أصله فرضا لاجتمع الناس عن آخرهم على تركه لانه ليس فى طبعهم ما يدعو الي الكد والتعب فجعل الشرع أصله فرضا لكيلا يجتمعوا على تركه فيحصل ماهو المقصود وجميع ماذكروا من التقسيمات يبطل بما أشار اليه محمد رحمه الله فى قوله طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة * فان هذه التقسيمات تأتى فى العلم ومع ذلك كان أصله فرضا بالاتفاق فكذلك طلب الكسب وكان معنى الفريضة ما بينا من بقاء نظام العالم به ولا يوجد ذلك فى الاستكثار منه على قصد التكاثر والتفاخر وانما ذم الله تعالى الاستكثار اذا كان بهذه الصفة فقال عز وجل وتفاخر بينكم وتكاثر ثم ينبنى على هذه المسئلة مسئلة أخرى وهى انه بعد ما اكتسب ما لا بد منه هل الاشتغال بالاكتساب أفضل أم التفرغ للعبادة قال بعض الفقهاء رحمهم الله الاشتغال بالكسب أفضل وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أن التفرغ للعبادة أفضل وجه القول الاول أن منفعة الاكتساب أعم فان ما يكتسبه الزارع تصل منفعته الى الجماعة عادة والذى يشتغل بالعبادة

انما ينفع نفسه لانه بفعله يحصل النجاة لنفسه ويحصل الثواب لجسده * وما كان أعم نفعا فهو أفضل لقوله عليه السلام خير الناس من ينفع الناس ولهذا كان الاشتغال بطلب العلم أفضل من التفرغ للعبادة لان منفعة ذلك أعم ولهـذا كانت الامارة والسلطنة بالعدل أفضل من التخلى للعبادة كما اختاره الخلفاء الراشـدون رضوان الله عليهم لان ذلك أعم نفعا والى هـذا المعنى أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله العبادة عشرة أجزاء وقوله عليه السلام الجهاد عشرة أجزاء تسعة منها فى طلب الحلال للانفاق على العيال والدليل عليه انه بالكسب يتمكن من اداء أنواع الطاعات من الجهاد والحج والصدقة وبر الوالدين وصلة الرحم والاحسان الى الاقارب والاجانب وفى التفرغ للعبادة لا يتمكن الامن اداء بعض الانواع كالصوم والصلاة وجه القول الآخر وهو الاصح أن الانبياء والرسل ما اشتغلوا بالكسب فى عامة الاوقات ولا يخفى على أحـد ان اشتغالهم بالعبادة فى عمرهم كان أكثر من اشتغالهم بالكسب ومعـلوم انهم كانوا يختارون لانفسهم أعلى الدرجات ولا شك ان أعلى مناهج الدين طريق المرسلين عليهم السلام وكذا الناس فى العادة اذا أحرجهم أمر يحتاجون الى دفعـه عن أنفسهم يشتغلون بالعبادات لا بالكسب والناس انما يتقربون الى العباد دون المكتسبين والدليل عليه ان الاكتساب يصح من الكافر والمسلم جميعا فكيف يستقيم القول بتقديمه على مالا يصح الا من المؤمنين خاصة وهى العبادة والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن أفضل الاعمال قال أحمزها أى أشقها على البدن وانما أشار بهذا الى ان المرء انما ينال أعلى الدرجات بمنع النفس هواها قال الله تعالى ونهى النفس عن الهوى الآية * والاشتغال بهذه الصفة فى الانتهاء والدوام فى العبادات فاما الكسب ففيه بعض التعب فى الابتداء ولكنه فيه قضاء الشهوة فى الانتهاء وتحصيل مراد النفس فلا بد من القول بأن ما يكون بخلاف هوى النفس ابتداء وانتهاء فهو أفضل ولا يدخل فى شئ مما ذكرنا النكاح فان الاشتغال بالنكاح أفضل عندنا من التخلى لعبادة الله تعالى وهذا المعنى موجود فيه لانه انما كان ذلك أفضل لما فيه من تكثير عبادة الله تعالى وأمة رسوله عليه السلام وتحقيق مباهاة رسول الله بهم وذلك لا يوجد هنا فكان التفرغ للعبادة أفضل من الاشتغال بالكسب بعد ما يحصل مالا بد منه وهذه المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى اختلف فيها العلماء رحمهم الله وهى ان صفة الفقر أعلى أم صفة الغنى * والمذهب عندنا ان صفة الفقر أعلى وقال بعض الفقهاء صفة الغنى أعلى وقد أشار محمـد رحمه الله فى كتاب

الكسب فى موضعين الى ماينا من مذهبنا فقال فى أحد الموضعين * ولو أن الناس قنعوا بما يكفيهم وعمدوا الى الفضول فوجهوها لامر آخرتهم لكان خيرالهم وقال فى الموضع الآخر وما زاد على ما لا بدمنه يحاسب المرء عليه ولايحاسب أحد على الفقر ولاشك انمالا يحاسب المرء عليه يكون أفضل مما يحاسب المرءعليه وأما من فضل الغني فاحتج وقال الغني نعمة والفقر بؤس ونقمة ومحنة ولا يخفى على عاقل ان النعمة أفضل من النقمة والمحنة والدليل عليه ان الله تعالى سمي المال فضلا فقال عز وجل وابتغوا من فضل الله وقال تعالي ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم وماهو فضل الله فهو أعلى الدرجات وسمى المال خيرا فقال عز وجل ان ترك خيرا الوصية للوالدين وهذا اللفظ يدل على انه خير من عنده وقال تعالى ولقدآتينا داود منا فضلا يعني الملك والمال حتى روى انه كانت له مائة سرية فتمنى من الله تعالى الزيادة على ذلك فقال رب هب لى ملكا لا ينبغى لاحد من بعدى ولا يظن باحدمن الرسل عليهم السلام انه سأل من الله تعالي الدرجة الدنيا دون الدرجة العليا والدليل عليه ان النبي صلي الله عليه وسلم قال الايدى ثلاثة يد الله ثم اليد المعطية ثم اليد المعطاة وهى السفلى الى يوم القيامة وفى حديث آخر قال عليه السلام اليد العليا خير من اليد السفلى واليد العليا هى اليد المعطية وقال عليه السلام لسعد بن أبي وقاص رضى الله عنه انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه لعائشة رضى الله عنها فى مرضه ان أحب الناس الي غنى أنت وأعزهم علي فقرا أنت فهذا يدل على أن صفة الغنى أعلى من صفة الفقر قال عليه السلام كاد الفقر أن يكون كفرا وقال عليه السلام اللهم انى أعوذ بك من الفقر الا اليك وقال عليه السلام اللهم انى أعوذ بك من البؤس والتباؤس البؤس الفقر والتباؤس التمسكن ولا يظن بالنبى صلى الله عليه وسلم انه يتعوذ بالله من أعلى الدرجات *وحجتنا في ذلك ان الفقر أسلم للعباد وأعلى الدرجات للعبد مايكون أسلم له وبيان ذلك انه يسلم بالفقر من طغيان الغنى قال الله تعالى كلا ان الانسان ليطغي الآية وقال عز وجل الذين طغوا فى البلاد الآية وانما حملهم على ذلك الطغيان الاغناء يعنى الذين ادعوا مالا ينبغى لاحد من البشر فانه لم ينقل ان أحدا من الفقراء وقع فى ذلك فدل ان الفقر أسلم ثم صفة الغنى مما تميل اليه النفس ويدعواليه الطبع ويتوصل به الي اقتضاء الشهوات ولا يتوصل بالفقر الى شئ من ذلك وأعلى الدرجات ما يكون أبعد من اقتضاء الشهوات

وقال تعالى واتبعوا الشهوات فسوف يلقون غيا وقال جل وعلا زين للناس الآية والدليل عليه قوله عليه السلام حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات وقال عليه السلام الفقر أزين بالمؤمن من العذار الجيد على جيد الفرس وقال عليه السلام ان فقراء أمتي يدخلون الجنة قبل اغنيائهم بنصف يوم وهو خمسمائة عام وفى الآثار ان آخر الانبياء عليهم السلام دخولا الجنة سليمان عليه السلام لملكه وقال عليه السلام يوما لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما ماأبطأك عني ياعبد الرحمن قال وما ذاك يارسول الله قال انك آخر أصحابي لحوقا بي يوم القيامة فأقول ماحبسك عني فتقول المال كنت محاسبا محبوسا حتى الآن وكان هو من العشرة الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة وقد قاسم الله ماله أربع مرات فتصدق بالنصف وأمسك النصف فى المرة الاولى وكان ماله ثمانية آلاف فتصدق باربعة آلاف وفى المرة الثانية كان ثمانية آلاف دينار فتصدق بنصفها وفى المرة الثالثة كان ستة عشر ألف دينار فتصدق بنصفها وفى المرة الرابعة كان اثنين وثلاثين ألف دينار فتصدق بنصفها ومع ذلك كله قال عليه السلام فى حقه ماقال فتبين به ان صفة الفقر أفضل وقال عليه السلام عرض علىّ مفاتيح خزائن الارض فاستفتيت أخي جبريل عليه السلام بذلك فأشار الىّ بالتواضع فقلت أكون عبدا أجوع يوما وأشبع يوما فاذا جعت صبرت واذا شبعت شكرت وكان النبي صلى الله عليه وسلم يقول اللهم احيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني فى زمرة المساكين ولا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم سأل لنفسه أعلى الدرجات وان الافضل لنا ماسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم أنا حظكم من الانبياء وأنتم حظي من الامم ففي هذا اشارة الى أن الواجب علينا التمسك بهذا ويتبين بما ذكرنا أن النبي صلى الله عليه وسلم ماتعوذ من الفقر المطلق وانما تعوذ من الفقر المنسى على ماروى فى بعض الروايات أنه عليه السلام قال اللهم انى أعوذ بك من فقر منسى ومن غنى يطغى الا انه قيد السؤال فى بعض الاحوال ومراده ذلك أيضا ولكن من سمع اللفظ مطلقا نقله كما سمع وهذه المسئلة تنبنى على مسئلة أخرى اختلف فيها العلماء وهو ان الشكر على الغنى أفضل أم الصبر على الفقر واختلف العلماء رحمهم الله فى هذه المسئلة على أربعة أقاويل فمنهم من توقف فى جوابها لتعارض الآثار وقال ان ابا أبى حنيفة رحمه الله توقف فى أطفال المشركين لتعارض الآثار فيهم وقال اذا فيقتدى به ويتوقف فى هذا الفصل لتعارض الآثار

أيضا ومنهم من قال هما سواء واستدلوا بقوله عليه السلام الطاعم الشاكر كالجائع الصابر ولان الله تعالى اثنى فى كتابه على عبدين وأثنى على كل واحد منهما بنعم العبد أحدهما بنعم عليه فشكر وهو داود قال الله ووهبنا لداود الآية والآخر ابتلى فصبر وهو أيوب عليه السلام قال الله تعالى انا وجدناه صابرا الآية فعرفنا انهما سواء ومنهم من قال الشكر على الغنى أفضل لقوله عليه السلام الحمد لله على كل نعمة وقال عليه السلام لو أن جميع الدنيا صارت لقمة فتناولها عبد وقال الحمد لله رب العالمين كان بما أتى به خيرا مما أوتى يعنى لما فى هذه الكلمة من الثناء على الله تعالى وتبين بالحديث الاول ان الشكر يكون بالثناء على الله تعالى فكان أفضل من الصبر والدليل عليه قوله تعالى اعملوا آل داود شكرا وهذا يعم جميع الطاعات ولا شك ان مايعم جميع الطاعات فهو أعلى الدرجات وذلك لا يوجد فى الصبر على الفقر والمذهب عندنا ان الصبر على الفقر أفضل قال عليه السلام الصبر نصف الايمان * وقال عليه السلام الصبر من الايمان بمنزلة الرأس من الجسد ولان فى الفقر معنى الابتلاء والصبر على الابتلاء يكون أفضل من الشكر على النعمة يعتبر هذا بسائر أنواع الابتلاء فان الصبر على ألم المرض يكون أعظم فى الثواب من الشكر على صحة البدن وكذلك الصبر على العمى أفضل من الشكر على البصر قال عليه السلام فيما يأثر عن ربه عز وجل من أخذت كريمته وصبر على ذلك فلا جزاء له عندى الا الجنة أو قال الجنة والرؤية وهذا الفقه وهو أن للمؤمن ثوابا فى نفس المصيبة قال عليه السلام يؤجر المؤمن فى كل شئ حتى الشوكة تشاكه فى رجله * والدليل عليه أن ماعزا رضى الله عنه حين أصابه حر الحجارة هرب وكان ذلك منه نوع اضطراب ثم مع ذلك قال فيه رسول الله لقد تاب توبة لو قسمت توبته على جميع أهل الارض لوسعتهم فعرفنا أن نفس المصيبة للمؤمن ثواب وفى الصبر عليها ثواب أيضا فاما نفس الغنى فلا ثواب فيه وانما الثواب فى الشكر على الغنى وما ينال به الثواب من الوجهين يكون أعلى مما ينال فيه الثواب من وجه واحد وكما أن فى الشكر على الغنى ثناء على الله تعالى ففى الصبر على المصيبة كذا لقوله تعالى الذين اذا أصابتهم مصيبة الآية وحكى أن غنيا وفقيرا تناظرا فى هذه المسئلة فقال الغني الشاكر انا أفضل فان الله تعالى استقرض من الاغنياء فقال عز وجل من ذا الذي يقرض الله الآية * وقال الفقير ان الله تعالى انما استقرض من الاغنياء للفقراء وقد يستقرض من الخبيث وغير الخبيث ولا يستقرض الا الاجل يوضحه ان الغنى يحتاج الى الفقير ولا يحتاج الفقير الى الغني لان الغنى يلزمه

اداء حق المال فلو اجتمع الفقراء عن آخرهم علي أن لا يأخذوا شيأ من ذلك لم يجبروا على الاخذ ويحمدون شرعا على الامتناع من الاخذ فلا يتمكن الاغنياء من اسقاط الواجب عن انفسهم والله تعالى يوصل الفقراء كفايتهم على حسب ماضمن لهم فبهذا تبين أن الاغنياء هم الذين يحتاجون الى الفقراء والفقراء لا يحتاجون اليهم بخلاف ماظنه من يعتبر الظاهر ولا يتأمل فى المعنى ويتضح بما قررنا أن الفقير الصابر أفضل من الغنى الشاكر وفى كل خير ثم الكسب على مراتب فمقدار مالا بد لكل أحد منه يعنى مايقيم به صلبه يفترض على كل أحد اكتسابه غنيا أو فقيرا لانه لا يتوصل الى اقامة الفرائض الا به وما يتوصل به الى اقامة الفرائض يكون فرضا فان لم يكتسب زيادة علي ذلك فهو فى سعة من ذلك لقوله عليه السلام من أصبح آمنا فى سربه معافى فى بدنه وعنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها وقال عليه السلام لابن خنيس رضى الله عنه فيما يعظه لقمة تسد بها جوعتك وخرقة توارى بها سوأتك فان كان لك كن يكنك فحسن وان كان لك دابة تركبها بخ بخ * وهذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فالاكتساب بقدر مايقضى به دينه فرض عليه لان قضاء الدين مستحق عليه ان كان غنيا قال عليه السلام الدين مقضى وبالاكتساب يتوصل اليه * وكذا ان كان له عيال من زوجة وأولاد صغار فانه يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهم غنيا لان الانفاق علي زوجته مستحق عليه قال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم معناه فانفقوا عليهن من وجدكم وهكذا فى قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وقال جل وعلا وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن الآية وقال عز وجل ومن قدر عليه رزقه فلينفق الآية وانما يتوصل الي ايفاء هذا المستحق بالكسب وقال صلى الله عليه وسلم كفى بالمرء اثما ان يضيع من يعون فالتحرز عن ارتكاب المأثم فرض وقال عليه السلام ان لنفسك عليك حقا وان لاهلك عليك حقا فأعط كل ذى حق حقه ولكن هذا فى الفرضية دون الاول لقوله عليه السلام ثم من تعول فان اكتسب زيادة على ذلك مايدخره لنفسه وعياله فهو فى سعة من ذلك لما روي أن النبى صلي الله عليه وسلم ادخر قوت عياله لسنة بعد ماكان منهيا عن ذلك على ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال لبلال رضي الله عنه انفق بلالا ولا تخش من ذي العرش اقلالا والمتأخر يكون ناسخا للمتقدم فان كان له ابوان كبيران معسران فانه يفترض عليه الكسب بقدر كفايتهما لان نفقتهما مستحقة عليه بعد عسرته اذا كان متمكنا من الكسب قال عليه السلام للرجل الذى اتاه وقال أريد الجهاد معك ألك ابوان قال نعم قال عليه

السلام ارجع ففيهما فجاهد يعني اكتسب وأنفق عليهما وقال تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليس من المصاحبة بالمعروف تركهما يموتان جوعا مع قدرته على الكسب ولكن هذا دون ماسبق فى الفرضية لما روى أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم معى دينار فقال عليه السلام انفقه على نفسك فقال معى آخر فقال عليه السلام انفقه على عيالك قال معى آخر قال عليه السلام انفقه على والديك الحديث فاما غير الوالدين من ذوى الرحم المحرم فلا يفترض على المرء الكسب للانفاق عليهم لانه لاتستحق نفقتهم عليه الا باعتبار صفة اليسار ولكنه يندب الى الكسب والانفاق عليهم لما فيه من صلة الرحم وهو مندوب اليه فى الشرع قال عليه السلام لاخير فيمن لايحب المال فيصل به رحمه ويكرم به ضيفه ويبر به صديقه وقال عليه السلام لعمرو بن العاص رضى الله عنه وأرغب لك رغبة من المال الحديث الى أن قال نعم المال الصالح للرجل الصالح يصل به رحمه وقطيعة الرحم حرام لقوله عليه السلام ثلاث معلقات بالعرش النعمة والامانة والرحم تقول النعمة كفرت ولم أشكر وتقول الامانة ضيعت ولم أؤد وتقول الرحم قطعت ولم أوصل وقال عليه الصلاة والسلام صلة الرحم تزيد فى العمر وقطيعة الرحم ترفع البركة من العمر قال عليه السلام فيما يأثر عن ربه عز وجل أنا الرحمن وهى الرحم شققت لها اسما من اسمي فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته وفى ترك الانفاق عليهم مايؤدى الى قطيعة الرحم فيندب الى الاكتساب للانفاق عليهم وبعد ذلك الامر موسع عليه فان شاء اكتسب وجمع المال وان شاء أبى لان السلف رحمهم الله منهم من جمع المال ومنهم من لم يفعل فعرفنا ان كلا الفريقين مباح أما الجمع فلما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طلب الدنيا حلالا متعففا لقي الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر ومن طلبها مفاخرا مكاثرا لقي الله تعالي وهو عليه غضبان فدل ان جمع المال علي طريق التعفف مباح وكان عليه السلام يقول فى دعائه اللهم اجعل أوسع رزقى عند كبر سنى وانقضاء عمرى وكان كذا فقد اجتمع له أربعون شاة حلوبة وفدك وسهم بخيبر فى آخر عمره وأما الامتناع من جمع المال فطريق مباح أيضا لحديث عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لو كان لابن آدم واديان من ذهب لتمنى اليهما ثالثا ولا يملأ جوف ابن آدم الا التراب ويتوب الله علي من تاب وقيل هذا كان مما يتلي في القرآن فى سورة يونس من الركوع الثانى أو الثالث ثم انتسخت تلاوته وبقيت روايته وقال عليه السلام تبا للمال وفى رواية لصاحب

الذهب والفضة وقال صلى الله عليه وسلم هلك المكثرون الا من قال بماله هكذا وهكذا يعني يتصدق من كل جانب وقال عليه السلام يقول الشيطان لن ينجو مني صاحب المال من احدى ثلاث اما أن أزينه فى عينه فيجمعه من غير حله واما ان أحقره فى عينه فيعطى فى غير حله واما أن أحببه اليه فيمنع حق الله تعالى منه ففى هذا بيان ان الامتناع من الجمع أسلم ولا عيب على من اختار طريق السلامة ثم بين محمد رحمه الله ان الكسب فيه معنى المعاونة على القرب والطاعات أى كسب كان حتي قال ان كسب فتال الحبال ومتخذ الكيزان والجرار وكسب الحركة فيه معاونة على الطاعات والقرب فانه لا يتمكن من اداء الصلاة الا بالطهارة ويحتاج ذلك الى كوز يستقى به الماء والى دلو ورشاء ينزح به الماء ويحتاج الى ستر العورة لاداء الصلاة وانما يتمكن من ذلك بعمل الحركة فعرفنا ان ذلك كله من أسباب التعاون على اقامة الطاعة واليه أشار على رضى الله عنه فى قوله لا تسبوا الدنيا فنعم مطية المؤمن الدنيا الى الآخرة وقال أبو ذر رضى الله عنه حين سأله رجل عن أفضل الاعمال بعد الايمان فقال الصلاة وأكل الخبز فنظر اليه الرجل كالمتعجب فقال لولا الخبز ماعبد الله تعالى يعنى بأكل الخبز يقيم صلبه فيتمكن من اقامة الطاعة ثم المذهب عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ان المكاسب كلها فى الاباحة سواء وقال بعض المتقشفة ما يرجع الى الدناءة من المكاسب فى عرف الناس لا يسع الاقدام عليه الا عند الضرورة لقوله عليه السلام ليس للمؤمن أن يذل نفسه وقال عليه السلام ان الله تعالى يحب معالى الامور ويبغض سفسافها والسفساف ما يدنى المرء ويبخسه * وحجتنا فى ذلك قوله عليه السلام ان من الذنوب ذنوبا لا يكفرها الصوم ولا الصلاة قيل فما يكفرها يارسول الله قال الهموم فى طلب المعيشة وقال عليه السلام طلب الحلال كمقارعة الابطال ومن بات وانيا من طلب الحلال مات مغفورا له وقال عليه السلام أفضل الاعمال الاكتساب للانفاق على العيال من غير تفصيل بين أنواع الكسب ولو لم يكن فيه سوى التعفف والاستغناء عن السؤال لكان مندوبا اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال السؤال آخر كسب العبد أى يبقى فى ذله الى يوم القيامة وقال عليه السلام لحكيم بن حزام رضى الله عنه أو لغيره مكسبة فيها نقص المرتبة خير لك من أن تسأل الناس أعطوك أو منعوك ثم المذمة فى عرف الناس ليست للمكسب بل للخيانة وخلف الوعد واليمين الكاذبة ومعنى البخل ثم المكاسب أربعة الاجارة والتجارة والزراعة والصناعة وكل ذلك فى الاباحة

سواء عند جمهور الفقهاء رحمهم الله وقال بعضهم الزراعة مذمومة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيأ من آلات الحرابة فى دار قوم فقال مادخل هذا بيت قوم الا دلوا وسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن قوله عز وجل ان تطيعوا الذين كفروا يردوكم على أعقابكم أهو التعرب قال لا ولكنه الزراعة والتعرب سكنى البادية وترك الهجرة وقال عبد الله بن عمر رضى الله عنهما اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم حتى يطمع فيكم وحجتنا فى ذلك ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ازدرع بالجرف وقال عليه السلام اطلبوا الرزق تحت خبايا الارض يعنى الزراعة وقال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وقد كان له فدك وسهم بخيبر فكان قوته فى آخر العمر من ذلك وعمر رضى الله عنه كان له أرض بخيبر يدعى ثمغ وقد كان لابن مسعود والحسن بن علي وأبى هريرة رضى الله عنهم مزارع بالسواد يزرعونها ويؤدون خراجها وكان لابن عباس رضي الله عنهما أيضا مزارع بالسواد وغيرها وتأويل الآثار المروية فيما اذا اشتغل الناس كلهم بالزراعة وأعرضوا عن الجهاد حتى يطمع فيهم عدوهم وذلك مروى فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال وقعدتم عن الجهاد وذللتم حتى يطمع فيكم فيما اذا اشتغل بعضهم بالجهاد وبعضهم بالزراعة ففى عمل المزارع معاونة للجاهد وفى عمل المجاهد دفع عن الزارع وقال صلى الله عليه وسلم المؤمنون كالبنيان يشد بعضه بعضا ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله فى التجارة والزراعة فقال بعضهم التجارة أفضل لقوله تعالى وآخرون يضربون فى الارض الآية والمراد بالضرب فى الارض التجارة فقدمه فى الذكر على الجهاد الذى هو سنام الدين وسنة المرسلين ولهذا قال عمر رضى الله عنه لان أموت بين شعبتى رحلي أضرب فى الارض أبتغى من فضل الله أحب الي من أن أقتل مجاهدا فى سبيل الله وقال عليه السلام التاجر الامين مع الكرام البررة يوم القيامة وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أن الزراعة أفضل من التجارة لانها أعم نفعا فبعمل الزراعة تحصيل ما يقيم به المرء صلبه ويتقوى به على الطاعة وبالتجارة لا يحصل ذلك ولكن ينمو المال وقال عليه السلام خير الناس من هو أنفع للناس فالاشتغال بما يكون نفعه أعم يكون أفضل ولان الصدقة فى الزراعة أظهر فلا بد أن يتناول مما يكتسبه الزارع الناس والدواب والطيور وكل ذلك صدقة له قال عليه السلام ما غرس مسلم شجرة فتناول منها انسان أو دابة أو طير الا كانت له صدقة وفى رواية وما أكلت العافية منها فهى له صدقة والعافية هى الطيور الطالبة لارزاقها الراجعة الى أوكارها واذا كان

فى عادة الناس ذم الكسب الذى ينعدم فيه التصدق كعمل الحياكة مع انه من التعاون علي اقامة الصلاة عرفنا ان ما يكون التصدق فيه أكثر من الكسب فهو أفضل فأما تأويل ماتعلقوا به فقد روى مكحول ومجاهد رحمهما الله قالا المراد الضرب فى الارض لطلب العلم وبه نقول ان ذلك أفضل فقد أشار محمد رحمه الله الى ذلك فى قوله طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة فتشبيه هذا بذاك دليل على أن طلب العلم أعلي درجة من غيره وبيان فرضية طلب العلم فى قوله عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم والمراد علم الحلال على ماقيل أفضل العلم علم الحلال وأفضل العمل حفظ الحال وبيان هذا أن مايحتاج المرء فى الحال لاداء مالزمه يفترض عليه عينا علمه كالطهارة لاداء الصلاة فان أراد التجارة يفترض عليه تعلم مايتحرز به عن الربا والعقود الفاسدة وان كان له مال يفترض عليه تعلم زكاة جنس ماله ليتمكن به من الاداء وان لزمه الحج يفترض عليه تعلم ما يؤدى به الحج هذا معني علم الحال * وهذا علم لأن الله تعالى حكم ببقاء الشريعة الى يوم القيامة والبقاء بين الناس يكون بالتعلم والتعليم فيفترض التعليم والتعلم جميعا وقد قررنا هذا المعنى فى بيان فريضة الكسب والدليل عليه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الذين لا يعلمون ولا يتعلمون ليرتفع العلم بهم وقال ان الله لايقبض العلم انتزاعا ينتزعه من القلوب ولكن بقبض العلماء فاذا قبض العلماء اتخذ الناس رؤسا جهالا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا والذى يؤيد هذا كله قوله تعالي وان أحد من المشركين استجارك الآية وفى هذا اشارة الي أنه يفترض تعليم الكافر اذا طلب ذلك فتعليم المؤمن أولى وبيان قولنا انه من آكد الفرائض ان الانسان لو شغل جميع عمره بالتعلم والتعليم كان مفترضا فى الكل ولو شغل جميع عمره بالصوم والصلاة كان مشتغلا فى البعض ولاشك ان اقامة الفرض أعلى درجة من اداء النفل قال وكما أن طلب العلم فريضة فاداء العلم الى الناس فريضة لان اشتغال صاحب العلم بالعمل معروف والعمل بخلافه منكر فالتعليم يكون أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر وهو فرض علي هذه الامة * قال الله تعالى كنتم خير أمة الآية ويختلفون فى فصل وهو ان من يعلم حكما أو حكمين هل يفترض عليه أن يبين ذلك لمن لا يعلمه أم لا فعلى قول بعض مشايخنا رحمهم الله يلزمه ذلك وأكثرهم على انه لا يلزمه ذلك وانما يجب ذلك على الذين اشتهروا بالعلم ممن يعتمد الناس قولهم وقد أشار فى هذا الكتاب الي القولين واللفظ المذكور هنا

يوجب التعميم وقال بعد هذه فعلي البصراء من العلماء أن يبينوا للناس طريق الفقه فهذا يدل علي أن الفرضية علي الذين اشتهروا بالعلم خاصة * وجه القول الاول قوله تعالى ان الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات وقوله تعالى واذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب الآية فتبين بالآيتين أن الكتمان حرام وان ضده وهو الاظهار لازم فيتناول ذلك كل من بلغه علم فانه يتصور منه الكتمان فيما بلغه فيفترض عليه الاظهار وقال صلي الله عليه وسلم اذا رأيتم آخر هذه الامة طعن علي أولها فمن كان عنده علم فليظهره فان كاتم العلم يومئذ ككاتم ما أنزل على محمد ولان تعليم العلم بمنزلة اداء الزكاة وعلى كل أحد اداء الزكاة من نصابه وصاحب النصاب وصاحب المنصب فى ذلك سواء وجه القول الآخر ان العلماء فى كل زمان خلفاء الرسل عليهم السلام كما قال صلي الله عليه وسلم العلماء هم ورثة الانبياء ومعلوم ان فى زمن الرسول صلي الله عليه وسلم كان هو المبين للناس مايحتاجون اليه من أمر دينهم فان الله تعالي وصفه بذلك وقال لتبين للناس مانزل اليهم ولا يجب على أحد سواه شئ من ذلك بحضرته فكذا فى كل حين ومكان انما يفترض الاداء علي المشهورين بالعلم دون غيرهم لان الناس فى العادة انما يعتمدون قول من اشتهر بالعلم وقلما يعتمدون قول غيرهم وربما يستخف بعضهم بما يسمعه ممن لم يشتهر بالعلم فلهذا كان البيان على المشهورين خاصة وقد نقل عن الحسن رضى الله عنه أدركت سبعين بدريا كلهم قد انزووا ولم يشتغلوا بتعليم الناس لانه كان لايحتاج اليهم وكذا علماء التابعين رحمهم الله فمنهم من تصدي للفتوى والتعليم ومنهم من امتنع من ذلك وانزوى لعلمه انه لايتمكن الخلل بامتناعه وان المقصود حاصل بغيره وهذا لان للعلم ثمرتين العمل به والتعليم ومنهم من لا يتمكن منهما جميعا فيكتفى بثمرة العمل به فعرفنا أن ذلك واسع وان المقصود بالمشهورين من أهل العلم حاصل (قال ولو لم يكن طلب العلم فريضة لم يكن للناس مخرج من الاثم) يعنى ان التحرز عن ارتكاب الاثم فرض قال الله تعالى قل انما حرم ربى الفواحش الآية ولا يتوصل الى هذا التحرز الا بالعلم قال ولو ترك الناس العلم لما تميز الحق من الباطل والصواب من الخطأ والبين من الخفي يعنى أن التمييز بين الحق والباطل أصل الدين ولا يتوصل اليه الا بالعلم قال الله تعالى ويمحو الله الباطل ويحق الحق وقال فى آية أخرى ليحق الحق ويبطل الباطل ولا شك انه يفترض علي كل مخاطب التمييز بين ما أحقه الله تعالى وبين مامحاه الله من الباطل وكذا يجب علي كل أحد التمسك بما هو

صواب والتحرز عن الخطأ بجهده وطريق التوصل الي ذلك العلم (قال فعلي العلماء اذا ماوصل اليهم ممن قبلهم ممافيه منفعة للناس) يعني أن بيان المسموع من الآثار واجب علي العلماء فان النبي صلي الله عليه وسلم قال نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من سمعها فرب حامل فقه الى غير فقيه ورب حامل فقه الي من هو أفقه منه وقال صلي الله عليه وسلم تسمعون ويسمع منكم ويسمع من لم يسمع منكم وقال صلى الله عليه وسلم ألا فليبلغ الشاهد الغائب ثم انما يفترض بيان مافيه منفعة الناس وهو الناسخ من الآثار الصحيحة المشهورة فاما المنسوخ فيجب روايته وكذا الشاذ فيما تعم به البلوى فانه ليس فى روايته منفعة للناس وربما يؤدي الى الفتنة والتحرز عن الفتنة أولى والاصل فيه ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه لو حدثتكم بكل ماسمعت لرميتمونى بالحجارة وان معاذا رضى الله عنه كان عنده حديث فى الشهادة وكان لا يرويه الى ان احتضر ثم قال لاصحابه سمعته من رسول الله صلي الله عليه وسلم لولا ماحضرنى من أمر الله مارويته لكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من شهد أن لا اله الا الله مخلصا من قلبه دخل الجنة فكان يمتنع من روايته فى صحته لكى لا يتكل الناس ثم لما خاف الفوت بموته رواه لاصحابه فهذا أصل لما بينا (قال ألا ترى انه لو لم يفترض الاداء علينا لم يفترض علي من قبلنا حتى ينتهى ذلك الى الصحابة والتابعين رضى الله عنهم) يعنى ان الناس فى نقل العلم سواء قال صلي الله عليه وسلم ينقل هذا الدين عن كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف المبطلين وتأويل الجاهلين فلو جوزنا للمتأخرين ترك النقل لجوزنا مثل ذلك للمتقدمين فيؤدى هذا الي القول بما ذهب اليه الروافض ان الله تعالى أنزل آيات فى شأن علىّ رضى الله عنه وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث فى فضله والتنصيص علي امامته غير ان الصحابة رضى الله عنهم كتموا ذلك حسدا منهم له وعند أهل السنة رحمهم الله هذا كذب وزور لا يجوز أن يظن باحد من الصحابة رضى الله عنهم فكيف بجماعتهم ولو كان شيأ من ذلك لاشتهر ولكن مايذهب اليه الروافض مبنى علي الكذب والبهتان فمحمد رضى الله عنه بهذا الاستشهاد أشار الى أن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ماتركوا نقل شئ من أمور الدين فعلى من بعدهم الاقتداء بهم فى ذلك ثم الفرض نوعان فرض عين وفرض كفاية ففرض العين على كل أحد اقامته نحو أركان الدين وفرض الكفاية ماذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود وان اجتمع الناس على تركه

كانوا مشتركين فى المأثم كالجهاد فان المقصود به اعلاء كلمة الله تعالى واعزاز الدين فاذا حصل هذا المقصود من بعض المسلمين سقط عن الباقين واذا قعد الكل عن الجهاد حتى استولى الكفار على بعض الثغور اشترك المسلمون فى المأثم بذلك وكذا غسل الميت والصلاة عليه والدفن كل ذلك فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين وان امتنعوا من ذلك حتى ضاع ميت بين قوم مع علمهم بحاله كانوا مشتركين فى المأثم فاداء العلم الى الناس فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين لحصول المقصود وهو احياء الشريعة وكون العلم محفوظا بين الناس باداء البعض وان امتنعوا من ذلك حتى اندرس شئ بسبب ذلك كانوا مشتركين فى المأثم (قال وما رغب فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الفضائل فاداؤه الى الناس فريضة) ومعنى هذا الكلام ان مباشرة فعل التطوعات وما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بفرض ولا اثم على من امتنع من ذلك ولكن اداء ذلك الى الناس فريضة حتى اذا اجتمع أهل زمان على ترك نفل كانوا تاركين لفريضة مشتركين فى المأثم لان بترك النفل يندرس شئ من الشريعة وليس فى ترك الاداء معنى الاندراس ونظير هذا ان من امتنع من صلاة التطوع فلا اثم عليه فى ذلك ولو صلى التطوع بغير طهارة كان آثما مما تبالان فى الاداء بغير طهارة تغيير حكم الشرع وليس فى ترك الاداء تغيير حكم الشرع فان المقصود بالتطوعات أحد شيئين قطع طمع الشيطان عن وسوسته بان يقول اذا كان هذا العبد يؤدى ماليس عليه كيف يترك أداء ماهو عليه فينقطع طمعه عن وسوسته بهذا وهو جبر لنقصان الفرائض على ماقال صلى الله عليه وسلم اذا تمكن في فريضة العبد نقصان يقول الله تعالى لملائكته اجعلوا نوافل عبدي جبرا لنقصان فريضته واذا كان فى التطوع هذا المقصود فلا يجوز ترك البيان فيه حتى يندرس فيفوت هذا المقصود أصلا فعرفنا ان أداءه الى الناس فريضة وان لم يكن مباشرة فعله فريضة (قال وليس يجب على الفقيه أن يحدث بكل ماسمع الا لغائب حضر خروجه ممن يعلم انه لم يشتهر فى أهل مصره) يعني بهذا ان أصل البيان واجب ولكن الوقت موسع وانما يتضيق عند خوف الفوت كما بينا فى حديث معاذ رضى الله عنه والذي أتاه كان قصده أن يتعلم منه مالم يشتهر فى مصره مما فيه منفعة للناس حتى يفتيهم بذلك اذا رجع اليهم قال الله تعالى فلولا نفر من كل فرقة الآية فما لم يعزم على الرجوع كان الوقت فى التعليم واسعا على المعلم واذا عزم على الخروج فقد

تضيق الوقت فلا يسعه تأخير البيان بعد ذلك بمنزلة الصلاة بعد دخول الوقت فرض ولكن الوقت واسع فاذا بلغ آخر الوقت تضيق فلا يسعه التأخير بعد ذلك وهذا فيما لم يشتهر في أهل مصر فاما فيما اشتهر فيهم فلا حاجة ولا ضرورة لان الراجع يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه من علماء أهل مصر وأهل مصر يتوصلون الي ذلك من جهة علمائهم دون هذا الراجع اليهم والمؤمنون كنفس واحدة يعني اذا تألم بعض الجسد تألم الكل واذا نال الراحة بعض الجسد اشترك في ذلك سائر الاعضاء فاذا كان مشهورا في أهل مصر لا يندرس بامتناع هذا العالم من البيان له واذا لم يكن مشهورا فيهم فترك البيان يؤدي الى الاندراس في حقهم فكما لا يحل له أن يترك البيان لاهل مصر حتى يندرس فكذا لا يحل ترك البيان للذي ارتحل اليه من موضع آخر لهذا المقصود وهو غير مشهور في أهل مصر ثم ان الله تعالى خلق أولاد آدم عليه السلام خلقا لا تقوم أبدانهم الا باربعة أشياء الطعام والشراب واللباس والكن" أما الطعام فقال الله تعالى وما جعلناهم جسدا الآية وقال عز وجل كلوا من طيبات مارزقناكم وأما الشراب فقال الله تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حي وقال جل وعلا وكلوا واشربوا وأما اللباس فقال الله تعالى يابني آدم قد أنزلنا عليكم لباسا يوارى سوآتكم وريشا وقال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد الآية وأما الكن فلانهم خلقوا خلقا لا تطيق أبدانهم معه أذى الحر والبرد ولا تبقى على شدتهما قال الله تعالى وخلق الانسان ضعيفا فيحتاج الى دفع أذى الحر والبرد عن نفسه لتبقى نفسه فيؤدى بها ماتحمل من أمانة الله تعالى ولا يتمكن من ذلك الا بكن" فصار الكن" لهذا بمعني الطعام والشراب (قال وقد دلهم المعاش باسباب فيها حكمة بالغة) يعني ان كل أحد لا يتمكن من تعلم جميع مايحتاج اليه في عمره فلو اشتغل بذلك في عمره قبل أن يتعلم ومالم يتعلم لا يمكنه أن يحصل لنفسه وقد تعلقت به مصالح المعيشة فيسر الله تعالى على كل واحد منهم تعلم نوع من ذلك حتى يتوصل الى مايحتاج اليه من ذلك النوع بعلمه فيتوصل غيره الى مايحتاج اليه من ذلك بعلمه أيضا واليه أشار رسول الله صلي الله عليه وسلم في قوله المؤمنون كالبنيان يشد بعضه بعضا ٭ وبيان هذا في قوله تعالي ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات الآية يعني ان الفقير محتاج الي مال الغني والغني يحتاج الى عمل الفقير فهنا أيضا الزارع يحتاج الي عمل النساج ليحصل اللباس لنفسه والنساج يحتاج الى عمل الزارع ليحصل الطعام والقطن الذى يكون منه اللباس لنفسه ثم

كل واحد منهما فيما يقيم من العمل يكون معينا لغيره فيما هو قربة وطاعة فان التمكن من اقامة القربة بهذا يحصل فيدخل تحت قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد مادام العبد فى عون أخيه المسلم وسواء أقام ذلك العمل بعوض شرطه عليه أو بغير عوض فاذا كان قصده ماينا كان فى عمله معنى الطاعة لقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ مانوى فاذا نوى العامل بعمله التمكن من اقامة الطاعة أو تمكين أخيه من ذلك كان مثابا على عمله باعتبار نيته بمنزلة المتنا كحين اذا قصدا بفعلهما ابتغاء الولد وتكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول صلى الله عليه وسلم كان لهما الثواب على عملهما وان كان ذلك الفعل لقضاء الشهوة فى الاصل ولكن بالنية يصير معنى القربة أصلا ويصير قضاء الشهوة تبعا فهذا مثله (قال فان تركوا الاكل والشرب فقد عصوا لان فيه تلفا) يعنى ان النفس لما كانت لاتبقي عادة بدون الاكل والشرب فالممتنع من ذلك قاتل نفسه قال الله تعالى ولاتقتلوا أنفسكم وهو معرض نفسه للهلاك وقال الله تعالى ولاتلقوا بايديكم الى التهلكة وبعد التناول فقدر ما يسد به رمقه يندب الى ان يتناول مقدار مايتقوى به على الطاعة لانه ان لم يتناول يضعف وربما يعجز عن الطاعة وقال صلى الله عليه وسلم المؤمن القوى أحب الى الله من المؤمن الضعيف وفى كل خير ولان اكتساب ما يتقوى به على الطاعة يكون طاعة وهو مندوب الي الاتيان بما هو طاعة واليه أشار أبو ذر رضى الله عنه حين سئل عن أفضل الاعمال فقال الصلوات وأكل الخبز قال وقد نقل عن مسروق رضي الله عنه وغيره ان من اضطر فلم يأكل فمات دخل النار والمراد تناول الميتة لان عند الضرورة الحرمة تنكشف فيلحق بالمباح واذا كان الحكم فى الميتة هذا مع حرمتها فى غير حالة الضرورة فما ظنك فى الطعام الحلال (قال وستر العورة فريضة لقوله تعالى خذوا زينتكم الآية) والمراد ستر العورة لاجل الصلاة ألا ترى انه خص المساجد بالذكر والناس فى الاسواق أكثر منهم فى المساجد فلا فائدة لتخصيص المساجد بالذكر سوى ان يكون المراد ستر العورة لاجل الصلاة فهذا يدل على انه من شرائط الصلاة فيكون فرضا ولئن كان المراد ستر العورة لاجل الصلاة فالامر حقيقة للوجوب فان كان خاليا في بيته فهو مندوب الي الستر لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ذكروا عنده كشف العورة قيل له أرأيت لو كان أحدنا خاليا فقال صلي الله عليه وسلم الله أحق ان يستحى منه (قال وعلى الناس اتخاذ

الاوعية لنقل الماء الى النساء) لان المرأة تحتاج الي الماء للوضوء والشرب وان تيممت للوضوء احتاجت الى الماء لتشرب ولا يمكنها ان تخرج تستقي الماء من الانهار والآبار والحياض فانها أمرت بالقرار فى بيتها قال الله تعالي وقرن فى بيوتكن فعلى الرجل ان يأتيها بذلك لان الشرع ألزمه حاجتها كالنفقة ولا يمكنه ان يأتيها بكفه فلا بد ان يتخذ وعاء لذلك لان مالا يتأتى اقامة المستحق الا به يكون مستحقا (قال ومن فعل شيئا مما ذكرنا فهو مأمور باتمامه لقوله تعالى ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها الآية) وهذا مثل ذكره الله تعالى لمن ابتدأ طاعة ثم لم يتمها فيكون كالمرأة التى تغزل ثم تنقض فلا تكون ذات غزل ولا ذات قطن ومن امتنع من الاكل والشرب والاستكنان حتى مات أوجب على نفسه دخول النار لانه قتل نفسه قصدا فكانه قتلها بحديدة وقال صلي الله عليه وسلم من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجئ بها نفسه فى نارجهنم ثم تأويل اللفظ الذى ذكره من وجهين أحدهما انه ذكره على سبيل التهديد وأضمر فى كلامه معنى صحيحا وهو انه أراد الدخول الذى هو تحلة القسم قال الله تعالي وان منكم الا واردها الآية والمراد داخلها عند أهل السنة والجماعة والثانى ان المراد بيان جزاء فعله يعنى ان جزاء فعله دخول النار ولكنه فى مشيئة الله تعالى ان شاء عفى عنه بفضله وان شاء أدخله النار بعدله وهذا نظير ماقيل فى بيان قول الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها ان هذا جزاؤه ان جازاه الله به ولكنه عفوّ كريم يتفضل بالعفو ولا يخلد أحدا من المؤمنين فى نار جهنم (قال وكل أحد منهى عن افساد الطعام ومن الافساد الاسراف) وهذا لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن القيل والقال وعن كثرة السؤال وعن اضاعة المال وفى الافساد اضاعة المال ثم الحاصل انه يحرم على المرء فيما اكتسبه من الحلال الافساد والسرف والخيلاء والتفاخر والتكاثر أما الافساد فحرام لقوله تعالي وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة الآية وأما السرف فحرام لقوله تعالى ولا تسرفوا الآية وقال جل وعلا والذين اذا أنفقوا الآية فذلك دليل على أن الاسراف والتقتير حرام وان المندوب اليه مابينهما وفى الاسراف تبذير وقال الله تعالي ولا تبذر تبذيرا ثم السرف فى الطعام أنواع فمن ذلك الاكل فوق الشبع لقوله صلى الله عليه وسلم ماملأ ابن آدم وعاء شرا من بطنه فان كان لا بد فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس وقال صلى الله عليه وسلم يكفى ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف ولانه انما يأكل لمنفعة نفسه ولا منفعة فى الاكل فوق الشبع بل

فيه مضرة فيكون ذلك بمنزلة القاء الطعام فى مزبلة أو شرمنها ولان مايزيد على مقدار حاجته من الطعام فيه حق غيره فانه يسد به جوعته اذا أوصله اليه بعوض أو بغير عوض فهو فى تناوله جان على حق الغير وذلك حرام ولان الا كل فوق الشبع ربما يمرضه فيكون ذلك كجراحته نفسه والاصل فيه ماروى ان رجلا تجشأ في مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال نح عنا جشاءك أما علمت أن أطول الناس عذابا يوم القيامة أكثرهم شبعا فى الدنيا ولما مرض ابن عمر رضى الله عنهما سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن سبب مرضه فقيل انه أتخم قال ومم ذاك فقيل من كثرة الا كل فقال صلى الله عليه وسلم أما انه لو مات لم أشهد جنازته ولم أصل عليه ولما قيل لعمر رضى الله عنه ألا تتخذ لك جوارشا قال وما يكون الجوارش قيل هو صنف يهضم الطعام فقال سبحان الله أو يأكل المسلم فوق الشبع الا أن بعض المتأخرين رحمهم الله استثنى من ذلك حالة وهو انه اذا كان له غرض صحيح فى الا كل فوق الشبع فحينئذ لا بأس بذلك بأن يأتيه ضيف بعد تناوله مقدار حاجته فيأكل مع ضيفه لئلا يخجل وكذا اذا أراد أن يصوم فى الغد فلا بأس بأن يتناول بالليل فوق الشبع ليقوى على الصوم بالنهار ومن الاسراف فى الطعام الاستكثار من المباحات والالوان فان النبي صلى الله عليه وسلم عد ذلك من أشراط الساعة فقال تدار القصاع على موائدهم واللعنة تنزل عليهم وعن عائشة رضى الله عنها انها كانت فى ضيافة فأتيت بقصعة بعد قصعة فقامت وجعلت تقول ألم تكن الاولى مأكولة وان كانت فما هذه الثانية وفى الاولى مايكفينا قد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن مثل هذا الا أن يكون ذلك عند الحاجة بان يمل من ناحية واحدة فيستكثر من المباحات ليستوفى من كل نوع شيأ فيجتمع له مقدار مايتقوى به على الطاعة على ماحكى أن الحجاج كتب الى عبد الملك بن مروان يشكو اليه ثلاثا العجز عن الا كل وعن الاستمتاع والعى فى الكلام فكتب اليه أن استكثر من ألوان الطعام وجدد السرارى فى كل وقت وانظر الى أخريات الناس فى خطبتك ومن الاسراف أن تضع على المائدة من ألوان الطعام فوق مايحتاج اليه الآكل وقد بينا ان الزيادة على مقدار حاجته فيه كان حق غيره الا أن يكون من قصده أن يدعو الاضياف قوما بعد قوم الي أن يأتوا على آخر الطعام فحينئذ لا بأس بذلك لانه غير مفسد ومن الاسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه أو يأكل ماانتفخ من الخبز كما يفعله بعض

الجهال يزعمون أن ذلك ألذ ولكن هـذا اذا كان غـيره لايتناول ماتركـ هو من حواشيه أما اذا كان غيره يتناول ذلك فلا بأس كأن يختار لتناوله رغيفا دون رغيف ومن الاسراف التمسح بالخبز عند الفراغ من الطعام من غير أن يأكل مايمسح به لان غـيره يتقذر ذلك فلا يأكله فأما اذا كان هو يأكل مايمسح به فلا بأس بذلك ومن الاسراف اذا سقط من يده لقمة أن يتركها بل ينبغى له أن يبدأ بتلك اللقمة فيأكلها لان فى ترك ذلك استخفافا بالطعام وفى التناول اكراما وقد أمرنا باكرام الخبز قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الخبز فانه من بركات السماء والارض ومن اكرام الخبز أن لاينتظر الادام اذا حضر الخبز ولكن يأخذ فى الاكل قبل أن يؤتى بالادام وهذا لان الانسان منـدوب الى شكر النعمة والتحرز عن كفران النعمة وفى ترك اللقمة التى سقطت معنى كفران النعمة وفى المبادرة الى تناول الخبز قبل أن يؤتى بالادام اظهار شكر النعمة واذا كان جائعا ففى الامتناع الى أن يؤتى بالادام نوع مماطلة فينبغى أن يتحرز عن ذلك وفيه حكاية فان أبا حنيفة رحمة الله عليه لقى بهلولا المجنون يوما وهو جالس على الطريق يأكل الطعام فقال اما تستحي من نفسك أن يأكل بالطريق قال يا أباحنيفة أنت تقول فى هذا ونفسى غريمي والخبز فى حجرى وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم فكيف أمنعها حقها الى أن أدخل البيت والمخيلة حرام لما روى أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال للمقداد رضى الله عنه فى ثوب لبسـه اياك والمخيـلة ولا تلام على كفاف والتفاخر والتكاثر حرام لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو الآية وانما ذكر هذا على وجه الالزام لذلك قال الله تعالى ولاتمنن تستكثر الآية وقال عزوجل أن كان ذا مال وبنين وقال جل وعلا ألهاكم التكاثر فعرفنا أن التفاخر والتكاثر حرام (قال وامر اللباس نظير الاكل فى جميع ماذكرنا) يعنى انه كما نهى عن الاسراف والتكثير من الطعام فكذلك نهى عن ذلك فى اللباس والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثوبين والمراد أن لايلبس نهاية مايكون من الحسن والجودة فى الثياب على وجه يشار اليـه بالاصابع أو يلبس نهاية مايكون من الثياب الخلق على وجه يشار اليـه بالاصابع فان أحدهما يرجع الى الاسراف والآخر يرجع الى التقتير وخير الامور أوسطها فينبغي أن يلبس فى عامة الاوقات الغسيل من الثياب ولا يكلف الجديد الحسن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم البـذاذة من الايمان الا انه لابأس بان يلبس أحسن مايجـد من الثياب فى بعض الاعياد

والاوقات والجمع لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان كان له جبة أهداها اليه المقوقس فكان يلبسها فى الاعياد والجمع وللوفود ينزلون اليه وروى انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم قباء مكفوف بالحرير وكان يلبس ذلك فى الاعياد والجمع ولان فى لبس ذلك فى بعض الاوقات اظهار النعمة قال صلى الله عليه وسلم اذا أنعم الله على عبد أحب أن يرى أثرها عليه وفى التكلف لذلك فى جميع الاوقات معنى الصلف وربما يغيظ ذلك المحتاجين والتحرز عن ذلك أولى وكذا فى زمان الشتاء لاينبغى أن يظاهر بين جبتين أوثلاثة اذا كان يكفيه لدفع البرد جبة واحدة فان ذلك يغيظ المحتاجين وهو منهى عن اكتساب سبب يؤذى غيره ومقصوده يحصل بما دون ذلك والاولى له أن يختار الخشن من الثياب للبس على ماروى عن عمر رضى الله عنه انه كان لايلبس الا الخشن من الثياب فان لبس الخشن فى زمان الشتاء واللين فى زمان الصيف فلا بأس بذلك لان الخشن يدفع من البرد مالا يدفعه اللين فهو محتاج الى ذلك فى زمان الشتاء واللين منشف من العرق مالا ينشفه الخشن فهو محتاج الى ذلك فى زمان الصيف وان لبس اللين فى الشتاء والصيف فذلك واسع له أيضا اذا كانا كتسبه من حله لقوله تعالى قل من حرم زينة الله الآية وكما يندب الى ما بينا فى طعام نفسه وكسوته فكذلك فى طعام عياله وكسوتهم لانه مأمور بالانفاق عليهم بالمعروف والمعروف مايكون دون السرف وفوق التقتير حتى قالوا لا ينبغى أن يكلف تحصيل جميع شهوات عياله ولاأن يمنعها جميع شهواتها ولكن انفاقه بين ذلك فان خير الامور أوساطها وكذلك لا ينبغى أن يستديم الشبع من الطعام فان الاول ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وبينه فى قوله أجوع يوما وأشبع يوما وكانت عائشة رضي الله عنها تبكى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قبض وتقول يامن لم يلبس الحرير ولم يشبع من خبز الشعير وكانت عائشة رضى الله عنها تقول ربما يأتى علينا الشهر أو أكثر لانوقد فى بيوتنا نارا وانما هو الاسودان الماء والتمر وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أطول الناس جوعا يوم القيامة أكثرهم شبعا فى الدنيا فلهذا كان التحرز عن استدامة الشبع فى جميع الاوقات أولى (قال وليس على الرجل أن يدع الاكل حتى يصير بحيث لاينتفع بنفسه) يعني حتي ينتهى به الجوع الى حال تضره وتفسد معدته بان تحترق فلا ينتفع بالاكل بعد ذلك لان التهاون عند الحاجة حق قبله قال صلى الله عليه وسلم لبعض أصحابه نفسك مطيتك فارفق بها ولا تجعها وقال صلى الله عليه وسلم

لآخران لنفسك عليك حقا ولاهلك عليك حقاولله عليك حقا فاعط كل ذى حق حقه
وقال صلى الله عليه وسلم للمقدام بن معدى كرب كل واشرب والبس عن غير مخيلة والامر
للايجاب حقيقة ولان فى الامتناع من الا كل الى هذه الغاية تعريض النفس للهلاك وهو
حرام وفيه اكتساب سبب تفويت العبادات ولا يتوصل الي أداء العبادات الا بنفسه وكما
أن تفويت العبادات المستحقة حرام فاكتساب سبب التفويت حرام فأما تجويع النفس علي
وجه لا يعجز ٠٠٠ه عن أداء العبادات وينتفع بالا كل بعده فهو مباح لانه انما يمنع من الا كل
لاتمام العبادة اذا كان صائما أو ليكون الطعام ألذ عنده اذا تناوله فكلما كان المتناول أجوع
كانت لذته فى التناول من الا كل فوق الشبع وهو حرام عليه الا عند غرض صحيح له فى ذلك
فليس له بالامتناع الي أن يصير بحيث لا ينتفع بالا كل غرض صحيح بل فيه اتلاف النفس
وحرمة نفسه عليه فوق حرمة نفس اخرى فاذا كان يحق عليه احياء نفس اخرى بما يقدر
عليه ولا يحل له اكتساب سبب اتلافها فى نفسه أولى وقد قال بعض المتقشفة لو امتنع من
من الا كل حتى مات لم يكن آثما لان النفس أمارة بالسوء كما وصفها الله تعالي به وهى عدو
المرء قال صلى الله عليه وسلم مامعناه اعدى عدو المرء بين جنبيه يعنى نفسه وللمرء أن لا يرى
عدوه فكيف يصير آثما بالامتناع من تربيته وقال صلى الله عليه وسلم أفضل الجهاد جهاد
النفس وتجويع النفس مجاهدة لها فلا يجوز أن نجهل ذلك ولكن نقول ان مجاهدة النفس فى
حملها على الطاعات وفى التجويع الى هذه الحالة تفويت العبادة لاحمل النفس على أداء العبادة
وقد بينا أن النفس متحملة لامانات الله تعالي فان الله تعالى خلقها معصومة لتؤدى الامانة التى
تحملتها ولا تتوصل لذلك الا بالا كل عند الحاجة ومالا يتوصل الى اقامة المستحق الا به يكون
مستحقا فأما الشاب الذى يخاف على نفسه من الشبق والوقوع فى العيب فلا باس أن يمتنع
من الا كل ويكسر شهوته فتجويع النفس علي وجه لايعجز عن أداء العبادات مندوب اليه
لقوله صلى الله عليه وسلم يامعشر الشباب عليكم بالنكاح فمن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له
وجاء ولانه منتفع بالامتناع من الا كل هنا من حيث انه يمنع به نفسه عن ارتكاب المعاصى
على مايحكى عن أبى بكر الوراق رحمه الله قال فى تجويع النفس اشباعها وفى اشباعها تجويعها
ثم فسر ذلك فقال اذا جاعت واحتاجت الى الطعام شبعت عن جميع المعاصى واذا شبعت عن
الطعام جاعت ورغبت فى جميع المعاصى واذا كان التحرز عن ارتكاب المعصية فرضا وانما

يتوصل اليه بهذا النوع من التجويع كان ذلك فرضا (قال ويفترض على الناس اطعام المحتاج فى الوقت الذى يعجز فيـه عن الخروج والطلب) وهذه المسئلة تشتمل على فصول أحدها أن المحتاج اذا عجز عن الخروج يفترض على من يعلم حاله انه يطعمه مقدار ما يتقوى به على الخروج وأداء العبادات اذا كان قادرا على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم من بات شبعان وجاره الى جنبه طاو حتى اذا مات ولم يطعمه أحد ممن يعلم بحاله اشتركوا جميعا فى المأثم لقوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات جوعا بين قوم أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله فاذا لم يكن عنـد من يعلم بحاله مايعطيه ولكنه قادر على الخروج الى الناس فيخبر بحاله ليواسوه ويفترض عليه ذلك لان عليه أن يدفع مايزيل ضعفه بحسب الامكان والطاعة بحسب الطاقة فان امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا فى المأثم واذا قام به البعض سقط عن الباقين وهو نظير الاسـير فان من وقع أسيرا فى يد أهل الحرب من المؤمنين وقصـدوا قتله يفترض على كل مسلم يعلم بحاله ان يفديه بماله ان قدر على ذلك والا أخبر به غيره ممن يقدر عليه واذا قام به البعض سقط عن الباقين بحصول المقصود ولافرق بينهما فى المعني فان الجوع الذى هاج من طبعه عدو يخاف الهلاك منه بمنزلة العدو من المشركين فاما اذا كان المحتاج يتمكن من الخروج ولكن لايقدر على الكسب فعليه أن يخرج ليعلم بحاله ومن علم بحاله اذا كان عليه شئ من الواجبات فليؤده اليه لانه قد وجـد لما استحق عليه مصرفا ومستحقا فينبغى له ان يسقط الفرض عن نفسه بالصرف اليه حتما لانه أدنى اليه من غيره وهو يندب الى الاحسان اليه ان كان قد أدى ماعليه من الفرائض لقوله تعالي وأحسنوا ان الله يحب المحسـنين وقال الله تعالى من ذا الذي يقرض الله قرضا حسـنا ولما سئل رسول الله صلي الله عليه وسلم عن أفضل الاعمال قال افشاء السلام واطعام الطعام والصلاة بالليل والناس نيام فان كان المحتاج بحيث يقدر علي الكسب فعليه أن يكتسب ولا يحل له أن يسأل لمارويي عن النبي صلى الله عليه وسـلم انه قال من سأل الناس وهو غنى عما يسأل كانت مسئلته يوم القيامة خدوشا أو خموشا أو كدوحا فى وجهه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفرق الصدقات فأتاه رجلان يسألانه من ذلك فرفع بصره اليهما فرآهما جلدين قال اما انه لاحق لكما فيه وان شئتما أعطيتكما معناه لاحق لهما فى السؤال وقال صلى الله عليه وسـلم لا تحل الصـدقة لغنى ولا لذى مرة سوي يعنى لايحل السؤال للقوى القادر على التكسب وقال

صلى الله عليه وسلم السؤال آخر كسب العبد ولكنه لو سأل فأعطى حل له أن يتناول لقوله صلى الله عليه وسلم وان شئتما أعطيتكما فلو كان لايحل التناول لما قال صلى الله عليه وسلم لهما ذلك وقد قال الله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية والقادر على الكسب فقير واذا كان عاجزا عن الكسب ولكنه قادر على أن يخرج فيطوف على الابواب ويسأل فانه يفترض عليه ذلك واذا لم يفعل ذلك حتى هلك كان آثما عند أهل الفقه رحمهم الله وقال بعض المتقشفة السؤال مباح له بطريق الرخصة فان تركه حتى مات لم يكن آثما بل هو متمسك بالعزيمة وهذا قريب مما نقل عن الحسن بن زياد رضى الله عنه ان من كان فى السفر ومع رفيق له ماء وليس عنده ثمنه أنه لايلزمه أن يسأل رفيقه ولو تيمم وصلى من غير أن يسأله الماء جازت صلاته عنده ولم تجز عندنا وجه قوله ان فى السؤال ذلا وللمؤمن أن يصون نفسه عن الذل وبيانه فيما نقل عن على رضى الله عنه

لنقل الصخر من قلل الجبال أحب الىّ من منن الرجال

يقول الناس لي فى الكسب عار فقلت العار فى ذل السؤال

ولان ما يلحقه من الذل بالسؤال تعين ومايصل اليه من المنفعة موهوم وربما يعطى ما يسأل وربما لا يعطى فكان السؤال رخصة له من غير أن يكون مستحقا عليه اذ الموهوم لا يعارض المتحقق * وحجتنا فى ذلك أن السؤال يوصله الى ما تقوم به نفسه ويتقوى به على الطاعة فيكون مستحقا عليه كالكسب سواء فى حق من هو قادر على الكسب ومعنى الذل فى السؤال فى هذه الحالة ممنوع (ألا ترى) أن الله تعالى أخبر عن موسى ومعلمه عليهما السلام انهما سألا عن الحاجة فقال عز وجل استطعما أهلها والاستطعام طلب الطعام وما كان ذلك منهما بطريق الاجرة (ألا ترى) انه قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا فعرفنا انه كان بطريق البر على سبيل الهدية أو الصدقة على ما اختلفوا أن الصدقة كانت تحل للانبياء سوي نبينا عليه وعليهم السلام على مابين وكذا رسول الله وقال صلى الله عليه وسلم لقوم هل عندكم مابات فى الشن والا كترعنا من الوادى كرعا وسأل رجلا ذراع شاة وقال ناولنى الذراع فى حديث فيه طول فلو كان فى السؤال عند الحاجة ذلا لما فعل الانبياء عليهم السلام ذلك فقد كانوا أبعد الناس عن اكتساب سبب الذل ولان مايسد به رمقه حق مستحق له فى سؤال الناس فليس فى المطالبة بحق مستحق له من معنى الذل شئ فعليه أن يسأل فاما اذا كان قادرا على الكسب

فليس ذلك بحق مستحق له وانما حقه فى كسبه فعليه أن يكتسب ولا يسأل أحدا من الناس ولكن له أن يسأل ربه كما فعل موسى عليه السلام فقال انى لما أنزلت الى من خير فقير وقد أمرنا بذلك قال الله تعالى فاسئلوا الله من فضله وقاله صلى الله عليه وسلم سلوا الله حوائجكم حتى الملح لقدوركم والشسع لنعالكم (قال والمعطى أفضل من الآخذ وان كان الآخذ يقيم بالاخذ فرضا عليه) وهذه المسئلة تشتمل علي ثلاث فصول أحدها أن يكون المعطي مؤديا للواجب والآخذ قادرا على الكسب ولكنه محتاج فهنا المعطى أفضل من الآخذ بالاتفاق لانه فى الاعطاء يؤدي للفرض والآخذ فى الاخذ متبرع فان له أن يأخذ ويكتسب ودرجة اداء الفرض أعلى من درجة المتبرع كسائر العبادات فان الثواب فى اداء المكتوبات أعظم منه فى النوافل والدليل عليه أن المفترض عامل لنفسه والمتبرع عامل لغيره وعمل المرء لنفسه أفضل لقوله صلي الله عليه وسلم ابدأ بنفسك معني هذا انه بنفس الاداء يفرغ ذمة نفسه فكان عاملا لنفسه والآخذ بنفس الاخذ لا ينفع نفسه بل بالتناول بعد الاخذ ولا يدري أيبقى الى أن يتناول أولا يبقى ولهذا لا منة للغنى علي الفقير فى أخذ الصدقة لان ما يحصل به للغنى فوق ما يحصل للفقير من حيث أنه يحصل للغنى مالا يحتاج اليه للحال ليصل اليه عند حاجته الى ذلك والغنى محتاج الى ذلك ليحصل به مقصوده للحال ولو اجتمع الفقراء علي ترك الاخذ لم يلحقهم فى ذلك مأثم بل يحمدون عليه بخلاف ما اذا اجتمع الاغنياء على الامتناع من أداء الواجب فعرفنا أن المنة للفقراء علي الاغنياء والفصل الثانى أن يكون المعطى والآخذ كل واحد منهما متبرع ان كان المعطى متبرعا والآخذ قادرا على الكسب فالمعطى هنا أفضل أيضا لأنه بما يعطى سلخ عن الغنى ويتماثل الى الفقير والآخذ بالاخذ يتماثل الى الغنى وبينا أن درجة الفقير أعلى من درجة الغني فمن يتماثل الى الفقير بعمله كان أعلي من درجة الغنى ومن يتماثل الي الفقير لعمله كان أعلى درجة لان العبادات مشروعة بطريق الابتلاء قال الله تعالى ليبلوكم أيكم أحسن عملا ومعنى الابتلاء بالاعطاء أظهر منه بالاخذ لان الابتلاء فى العمل الذى تميل اليه النفس وفى نفس كل أحد داعية الى الاخذ دون الاعطاء ولهذا قال صلى الله عليه وسلم ان المسلم يحتاج فى تصدقه بدرهم الى أن يكسر شهوات سبعين شيطانا واذا كان معنى الابتلاء فى الاعطاء أظهر كان أفضل لماروى أن النبي صلي الله عليه وسلم سئل عن أفضل الاعمال قال أحمزها أى أشقها علي البدن وسئل عن أفضل الصدقة قال جهد المقل والآخذ يحصل

لنفسه ما يتوصل به الى اقتضاء الشهوات والمعطي يخرج من ملكه ما كان يتمكن به من اقتضاء الشهوات وأعلى الدرجات منع النفس عن اقتضاء الشهوات * والفصل الثالث اذا كان المعطى متبرعا والآخذ مقترضا بأن كان عاجزا عن الكسب محتاجا الى ما يسد به رمقه فعند أهل الفقه رحمهم الله المعطى أفضل أيضا وقال أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه رحمهم الله الآخذ أفضل هنا لانه بالاخذ مقيم به فرضا عليه والمعطى متنفل وقد بينا أن اقامة الفرض أعلى درجة من التنفل ولان الآخذ لو امتنع من الاخذ هنا كان آثما والمعطى لو امتنع من الاعطاء لم يكن آثما اذا كان هناك غيره ممن يعطيه ماهو فرض عليه والثواب مقابل بالعقوبة (ألا ترى) أن الله تعالى هدد نساء رسوله صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن من النساء فقال عز وجل يانساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة الآية ثم جعل لهن الثواب على الطاعات ضعف ما لغيرهن لقوله تعالى يؤتها أجرها مرتين فاذا كان الاثم فى حق الآخذ دون المعطى فكذلك الثواب للآخذ أكثر مما للمعطى ولكن هذا كله مشكل برد السلام فان السلام سنة ورد السلام فريضة ومع ذلك كانت البداءة بالسلام أفضل من الرد على ما قال صلى الله عليه وسلم للبادئ بالسلام عشرون حسنة وللراد عشر حسنات وربما يقولون الآخذ يسعى فى احياء النفس والمعطى يسعى فى تحصين النفس أوفى انماء المال واحياء النفس أعلى درجة من انماء المال * وحجتنا فى ذلك ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اليد العليا خير من اليد السفلى من غير تفضيل بين السفلى بالاداء وبين اقامة الفرض فان قيل المراد باليد العليا يد الفقير لانها نائبة عن يد الشرع فان المتصدق يجعل ماله لله خالصا بأن يخرجه من ملكه ثم يدفعه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالي والفقير ينوب عن الشرع فى الاخذ من العين وبيان هذا في قوله تعالى ألم تعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده الآية وقال صلي الله عليه وسلم ان الصدقة تقع فى يد الرحمن فيربيها كما يربى أحدكم فلوه حتى يصير مثل أحد فبهذا تبين أن اليد العليا فى المعنى يد الفقير قلنا هذا التأويل بعيد وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال الايدى ثلاثة يد الله ثم اليد المعطية ثم اليد المعطاة فهى السفلى الى يوم القيامة وفى رواية ثم اليد المعطية ثم اليد المعطاة فهى السفلى الى يوم القيامة فبهذا بين أن المراد باليد العليا يد المعطى ولان المعطى يتطهر من الدنس بالاعطاء والآخذ يتلوث وبيان ذلك ان الله تعالى قال خذ من أموالهم صدقة الآية فعرفنا أن فى أداء

الصدقة معنى التطهير والتنزيه وفى الاخذ تلويث وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصدقة أوساخ الناس وسماها غسالة فقال يامعشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس يعنى الصدقة ويدل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يباشر الاعطاء بنفسه وكان أخذ الصدقة لنفسه حراما عليه كما قال صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لمحمد ولا آل محمد وتكلم الناس فى حق سائر الانبياء عليهم السلام فمنهم من يقول ما كان يحل أخذ الصدقة لسائر الانبياء عليهم السلام ولكنها كانت تحل لقراباتهم ثم ان الله أكرم نبينا صلى الله عليه وسلم بان حرم الصدقة على قرابته اظهارا لفضله لتكون درجتهم فى هذا الحكم كدرجة الانبياء عليهم السلام وقيل بل كانت الصدقة تحل لسائر الانبياء وهذه خصوصية لنبينا صلى الله عليه وسلم فكيفما كان يجوز أن يقال فى تحريم الصدقة عليه أعلى الدرجات معنى الكرامة والخصوصية له فلو كان الاخذ أفضل من الاعطاء بحال لما كان فى تحريم الاخذ عليه وعلى أهل بيته معنى الخصوصية والكرامة والدليل عليه أن الشرع ندب كل أحد الى التصدق وندب كل أحد الى التحرز عن السؤال قال صلى الله عليه وسلم لثوبان رضى الله عنه لا تسأل الناس شيئا أعطوك أو منعوك وقال صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام رضى الله عنه اياك أن تسأل أحدا شيأ أعطاك أو منعك فكان بعد ما سمع هذه المقالة لا يسأل أحدا شيئا ولا يأخذ من أحد شيأ حتى كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يعرض عليه نصيبه مما يعطى فكان لا يأخذ ويقول لست آخذ من أحد شيأ بعد ما قال لى رسول الله عليه السلام ما قال وكان عمر رضى الله عنه يشهد عليه ويقول يا أيها الناس قد أشهدتكم عليه أنى عرضت عليه حقه وهو يأبى وبهذا تبين أن الاعطاء أفضل من الاخذ وقال الله تعالى يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف الآية يعنى من التعفف عن السؤال والاخذ وقال صلى الله عليه وسلم من استعف أعفه الله ومن استغنى أغناه الله ومن فتح على نفسه بابا من الفقر فتح الله عليه سبعين بابا من الفقر فاذا كان التعفف فى الامتناع من الاخذ كان فى الاقدام على الاخذ ترك التعفف من حيث الصورة فلهذا كان المعطى أفضل من الآخذ وفى كل خير (قال وكلما كان الاكل فيه فرضا عليه فانه يكون مثابا على الاكل لانه تمثل به الامر فيتوصل به الى أداء الفرائض من الصوم والصلاة) فيقول للذى له السعى لاداء الجمعة والطهارة لأداء الصلاة والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يؤجر المؤمن فى كل شئ حتى فى مباضعته أهله فقيل انه يقضى شهوته

أفيؤجر على ذلك قال أرأيت لو وضعها فى غير حله أما كان يعاقب علي ذلك وبمثله نستدل هنا فنقول لو ترك الاكل فى موضع كان فرضا عليه كان معاقبا عليه وعلى ذلك فاذا أكل كان مثابا عليه وقال صلى الله عليه وسلم أفضل دينار المرء دينار ينفقه على نفسه فاذا كان هو مثابا فيما ينفقه على غيره ففيما ينفقه على نفسه أولى قال ولا يكون محسنا ولا مسيئا فى ذلك ولا معاتبا ولا معاقبا لانه مثاب على ذلك كما هو مثاب على اقامة العبادات فكيف يكون معاتبا عليه أو محاسبا والاصل فيه حديثان أحدهما حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أكلة أكلتها معك فى بيت أبى الهيثم بن التيهان من لحم وخبز شعير هو من النعم التى نسأل عنها يوم القيامة وتلا قوله تعالى ثم لتسألن يومئذ عن النعيم فقال صلى الله عليه وسلم يا أبا بكر انما ذلك للكفار اما علمت أن المؤمن لا يسأل عن ثلاث قال وما هى يا رسول الله قال صلى الله عليه وسلم ما يوارى سوأته وما يقيم به صلبه وما يكنّ من الحر والبرد ثم هو مسؤل بعد ذلك عن كل نعمة والثانى حديث عمر رضى الله عنه فانه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ضيافة رجل فأتى بعذق فيه تمر وبسر ورطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لتسألن عن هذا يوم القيامة فأخذ عمر رضى الله عنه العذق وجعل ينفضه حتى تناثر علي الارض ويقول أو نسأل عن هذا قال صلى الله عليه وسلم اى والله لتسألن عن كل نعمة حتى الشربة من الماء البارد الا عن ثلاث كسرة تقيم بها صلبك أو خرقة توارى بها سوأتك أو كن يكنك من الحر قال فى الكتاب وهذا قول عمر وعثمان وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ان المرء لا يحاسب على هذا المقدار وكفى باجماعهم حجة فمن زجى عمره بهذا وكان قانعا راضيا دخل الجنة بغير حساب لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من هدي بالاسلام وقنع بما آتاه الله تعالى دخل الجنة بغير حساب وقيل فى تأويل قوله تعالى انما يوفي الصابرون أجرهم بغير حساب أن المصلح الذى يصبر على هذا المقدار الذى لا بد منه ثم بعده التناول الى مقدار الشبع مباح على الاطلاق لقوله تعالى قل من حرم زينة الله الآية فعرفنا أن ذلك القدر ليس بمحرم فاذا لم يكن محرما فهو مباح على الاطلاق وكذلك أكل الخبيص والفواكه وأنواع الحلاوات من السكر وغير ذلك مباح ولكنه دون ما تقدم حتى أن الامتناع منه والاكتفاء بما دونه أفضل له فكان تناول هذه النعم رخصة والامتناع منها عزيمة فذلك أفضل لحديثين رويا فى الباب أحدهما حديث الصديق

رضى الله عنه فانه أتى يوما بقدح تندت بعسل وبرد له فقربه الي فيه ثم رده وأمر بالتصدق به على الفقراء وقال أرجو أن لا أكون من الذين يقال لهم أذهبتم طيباتكم الآية ففى هذا دليل أن تناول ذلك مباح لانه قربه الي فيه وفيه دليل أن الامتناع منه أفضل والثانى حديث عمر رضى الله عنه فانه اشتري جارية وأمر بها فزينت له وأدخلت عليه فلما رآها بكى وقال أرجوان لا أكون من الذين يتوصلون الى جميع شهواتهم فى الدنيا ثم دعا شابا من الانصار لم يكن تحته امرأة فاهدا هاله وتلاقوله تعالى ويؤثرون على انفسهم الآية ولان أفضل مناهج الدين طريق المرسلين عليهم السلام وقد كان طريقهم الاكتفاء بما دون هذا فى عامة الاوقات وكذا نبينا عليه السلام ربما اصاب فى بعض الاوقات من ذلك على ماروى انه قال لاصحابه رضى الله عنهم ليت لنا ملتوتا نأكله فجاء به عثمان رضى الله عنه فى قصعة فقيل انه اصاب منه وقيل لم يصب وأمر بالتصدق به ثم فيما تقدم من تناول الخبز الى الشبع لاحساب عليه سوى العرض على ماروي عن عائشة رضى الله عنها أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قوله تعالى فسوف يحاسب حسابا يسيرا قال صلى الله عليه وسلم ذاك العرض يابنت أبى بكر اما علمت ان من نوقش الحساب عذب ومعنى العرض بيان المنة وتذكير النعمة والسؤال أنه هل قام بشكرها وقيل فى تأيل قوله تعالي واما من أوتى كتابه بيمينه الآية انه العرض بمثل هذا واما فى اقتضاء الشهوات من الحلال وتناول اللذات فهو محاسب علي ذلك غير معاقب عليه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فى صفة الدنيا حلالها حساب وحرامها عقاب والدليل علي ان الاكتفاء بما دون ذلك افضل حديث الضحاك رضى الله عنه فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وافدا من قومه وكان متنعما فيهم قال صلى الله عليه وسلم ماطعامك ياضحاك قال اللحم والعسل والزيت ولب الخبز قال ثم تصير الى ماذا فقال أصير الى مايعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى ضرب للدنيا مثلا بما يخرج من ابن آدم ثم قال له اياك ان تأكل فوق الشبع فقد بين له النبي صلي الله عليه وسلم ان طعامه وان كان لذيذا طيبا فى الابتداء فانه يصير الى الخبث والنتن فى الانتهاء فهو مثل الدنيا وفى هذا بيان أن الاكتفاء بما دون ذلك أفضل وفى حديث الاحنف بن قيس رضى الله عنه أنه كان عند عمر رضى الله فاتى بقصعة فيها خبز شعير وزيت فجعل عمر رضى الله عنه يأكل من ذلك ويدعو الاحنف الي أكله وكان لايسعه ذلك

فذكر الاحنف ذلك لحفصة وقال ان الله تعالى وسع الدنيا على أمير المؤمنين فلو وسع على نفسه وجعل طعامه طيبا فذكرت ذلك لعمر رضى الله عنه فبكى وقال أرأيت لو أن ثلاثة اصطلحوا فتقدم أحدهم فى الطريق والثانى بعده ثم خالفهم الثالث فى الطريق ا كان يدركهم فقالت لا قال فقد تقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يصب من شهوات الدنيا شيأ وابو بكر رضى الله عنه بعده كذلك فلو اشتغل عمر بقضاء الشهوات فى الدنيا متى يدركهم ففى هذا بيان ان الاكتفاء بما دون ذلك أفضل وفى الحاصل المسألة صارت على أربعة أوجه ففى مقدار مايسد به رمقه ويتقوى على الطاعة هو مثاب غير معاقب وفيما زاد على ذلك الى حد الشبع هو مباح له محاسب على ذلك حسابا يسيرا بالعرض وفى قضاء الشهوات ونيل اللذات من الحلال هو مرخص له فيه محاسب على ذلك مطالب بشكر النعمة وحق الجائعين وفيما زاد على الشبع هو معاقب عليه فان الاكل فوق الشبع حرام وقد بينا هذا وفى الكتاب قال أكرهه ومراده التحريم على ما روى أن أبا حنيفة رضى الله عنه قيل له اذا قلت فى شئ أكرهه ما رأيك فيه قال الى الحرمة أقرب والدليل عليه ما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا تجشأ أحدكم فليقل اللهم لاتفتنا والجشأ من الاكل فوق الشبع ففى هذا بيان ان الاكل فوق الشبع من أسباب الموت وتسبب الموت ارتكاب الحرام وهذا كله فيما اكتسبه من حله فأما ما اكتسبه من غير حله فهو معاقب على التناول منه ففى غير حالة الضرورة القليل والكثير منه سواء لحديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل لحم نبت من السحت فالنار أولى به وقال صلى الله عليه وسلم ما اكتسب المرء درهما من غير حله ينفقه على أهله ويبارك له فيه أو يتصدق به فيقبل منه أو يخلفه وراء ظهره الا كان ذلك زاده الى النار وقال صلى الله عليه وسلم من اكتسب من حيث شاء ولا يبالي أدخله الله تعالى النار من أى باب كان ولا يبالى وقال صلى الله عليه وسلم لسعد بن ابى وقاص رضى الله عنه طيب طعمتك أوقال اكلتك تستجب دعوتك وفى حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى بيان حال الناس بعده يصبح أحدهم أشعث أغبر يقول يارب يارب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فأنى يستجاب له وقال صلى الله عليه وسلم فى أشراط الساعة الدرهم الحلال فيهم اعز من أخ فى الله والاخ فى الله اعز فيهم من درهم حلال قال فى الكتاب وكذلك أمر اللباس يعنى انه مأجور فيما يوارى به سوأته

ويدفع أذى الحر والبرد عنه ويتمكن من اقامة الصلوات وما زاد على ذلك مباح له وترك الاجود من الثياب والاكتفاء بما دون ذلك أفضل كما فى الطعام لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لبس يوما ثوبا معلما ثم نزعه وقال شغلني علمه عن صلاتي كلما وقع بصري عليه وعن عمر رضى الله عنه أنه رفع ثوبه الى عامله ليرقعه فزاد عليه ثوبا آخر وجاءه بالثوبين فأخذ عمر رضى الله عنه ثوبه ورد الآخر وقال ثوبك أجود وألين ولكن ثوبي انشف للعرق وعن علي رضى الله عنه انه كان يكره التزيي بالزي الحسن ويقول انا ألبس من الثياب مايكفيني لعبادة ربي فيه فعرفنا أن الاكتفاء بما دون الاجود أفضل له وان كان يرخص له فى لبس ذلك * ثم حول الكلام الى فصل آخر حاصله دار على فصل وهو أن مساعى أهل التكليف ثلاثة أنواع نوع منها للمرء كالعبادات ونوع منها عليه كالمعاصى ونوع منها بينهما لا له ولا عليه وذلك المباحات فى الاقوال والافعال كقولك أكلت أو شربت أو قمت أو قعدت وما أشبه ذلك هذا مذهب أهل الفقه رحمهم الله وقالت الكرامية مساعى أهل التكليف نوعان لهم وعليهم وليس شئ من مساعيهم فى حد الاهمال لقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فقد قسم الاشياء قسمين لافاصل بينهما اما الحق وهو ما يكون للمرء أو الضلال وهو ما على المرء وقال الله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وما للتعميم فتبين بهذا أن جميع ما يكتسبه المرء له أو عليه وقال الله تعالى من عمل صالحا فلنفسه الاية فتبين بهذا أن عمله لا ينفك عن أحد هذين اما صالح أو سيئ وفى كتاب الله تعالى بيان أن جميع ما يتلفظ به المرء مكتوب قال الله تعالى ما يلفظ من قول الآية وفيه بيان أن جميع ما يفعله المرء مكتوب قال الله تعالى وكل شئ فعلوه فى الزبر وفيه دليل أنه يحضر جميع ما عمله فى ميزانه عند الحساب قال الله تعالى ووجدوا ما عملوا حاضروا وما للتعميم فدل أنه ليس شئ من ذلك هملا والمعنى فيه من وجهين أحدهما أن مواثيق الله على عباده لازمة له فى كل حال يعنى من قوله تعالى واعبدوا الله ولا تشركوا به شيأ وقال عزوجل ماخلقت الجن والانس الآية فاما أن يكون هو موفيا بهذا العهد والميثاق فيكون ذلك له أو تاركا فيكون عليه اذلا تصور لشيء سوى هذا والدليل عليه ان المباح الذي تصورونه اما ان يكون من جنس ماله بان يكون مقربا له مما يحل ويكون هو مأمورا به أو مبعدا له مما لا يحل فيكون ذلك له أو يكون مقربا له مما لا يحل أو مبعدا له مما يحل ويؤمر به فيكون ذلك عليه فعرفنا أن جميع مساعيه غير خارجة من أن تكون له أو عليه وحجتنا فى ذلك ان

الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم من التابعين والعلماء رحمهم الله اتفقوا على ان من أفعال العباد ماهو مامور به أو مندوب اليه وذلك عبادة لهم ومنه ماهو منهى عنه وذلك عليهم ومنه ما هو مباح وما كان مباحا فهو غير موصوف بانه مأمور به أو مندوب اليه أو منهى عنه فعرفنا أن هنا قسما ثالثا ثابتا بطريق الاجماع وليس ذلك للمرء و لا علي المرء وما كان هذا بين القسمين الاخرين الا الحكمة وهي أن يكون مهملا لا يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه لان ما يكون له فهو مثاب عليه قال الله تعالى من عمل صالحا فلا نفسهم يمهدون الآية وقال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وما يكون عليه فهو معاقب على ذلك قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها واذا كان فى أفعاله وأقواله مالا يثاب عليه ولا يعاقب عرفنا انه مهمل والدليل عليه أن الله تعالي قال لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم فالتنصيص على نفى المؤاخذة فى يمين اللغو يكون تنصيصا على انه لا يثاب عليه واذا ثبت بالنص انه لا يثاب عليه ولا يعاقب عرفنا انه مهمل وقال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولا اشكال انه لا يثاب علي ما أخطأ به وقد انتفت المؤاخذة بالنص فعرفنا انه مهمل وقال صلي الله عليه وسلم رفع عن أمتى ثلاث الخطأ والنسيان الحديث معناه ان الاثم مرفوع عنهم ولاشك انهم لا يثابون على ذلك فاذا ثبت بهذه النصوص ان مالا ينال به المرء الثواب ولا يكون معاقبا عليه فانه يكون مهملا لا يوصف بأنه يكون للمرء أو عليه لان ماله خاص بما لا ينتفع به فى الآخرة وماعليه خاص فيما يضره تجاه الآخرة وفى أفعاله وأقواله مالا ينفعه ولا يضره في الآخرة فكان ذلك مهملا ثم اختلف الفقهاء رحمهم الله ان مايكون مهملا من الافعال والاقوال هل يكون مكتوبا على العبد ام لا قال بعضهم انه لا يكتب عليه لان الكتابة لا تكون من غير فائدة والفائدة منفعته بذلك فى الآخرة أو المعاقبة معه علي ذلك فما يكون خارجا عن هذين الوجهين فلا فائدة فى كتابته عليه وأكثر الفقهاء رحمهم الله على أن ذلك كله مكتوب عليه قال الله تعالى و نكتب ماقدموا وآثارهم الاية الا انهم قالو بعد مايكتب جميع ذلك عليه يبقى فى ديوانه مافيه جزاء وخير أو شر ويمحى من ديوانه ماهو مهمل وبيانه فى قوله تعالى انا كنا نستنسخ ماكنتم تعملون وفى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا صعد الملكان بكتاب العبد فان كان أوله وآخره حسنة يمحي مابين ذلك من السيئات وان لم يكن ذلك فى أوله وآخره يبقي جميع ذلك عليه والذين قالوا يمحى المهمل من الكتاب

اختلفوفيه قال بعضهم انما يمحي ذلك فى الاثنـين والاخمسة وهو الذى وقع عنـد الناس انه تعرض الاعمال فى هذين اليومين أى يمحى من الديوان فيهما ماهو مهمل ليس فيه جزاء وأكثرهم على انه انما يمحى ذلك يوم القيامة والاصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها وقـد ذكره محمد رحمه الله فى الكتاب أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال الدواوين عند الله ثلاثة ديوان لايعبأ به وهو ماليس فيـه جزاء خـير أو شر وديوان مظالم العباد فلا بد فيـه من الانصاف والانتصاف والديوان الثالث ما فيه جزاء من خير أو شر وهـذا حديث صحيح مقبول عنـد أهل السـنة والجماعة رحمهم الله ولكنهم اختلفوا فى الديوان الذى لايعبأ به قيل هو المهمل الذى قلنا انه ليس فيه جزاء خير ولا شر وقيل هو مابين العبد وبين ربه مما ليس فيه حق العباد فان الله تعالى عفو كريم قال الله تعالي مايفعل الله بعذابكم الآية وقيل بل هو الصغائر فانهامغفورة لمن اجتنب الكبائر قال الله تعالى ان تجتنبوا كبائر ماتنهون عنه الآية فهو الديوان الذى لايعبأ به وقيـل المراد باعمال الكبائر ماهو فى صورة الطاعة فانه لا يعبأ به اذا لم يؤمنوا أى لا ينفعهم ذلك لا الشرك غـير مغفور لهم قال الله تعالى ان الله لا يغفر أن يشرك به ولا قيمة لاعمالهم مع الشرك قال الله تعالى وقدمنا الى ماعملوا الآية والاظهر هوالقول الاول ان الذى لايعبأ به القسم الثالث الذى بينا انه مباح ليس للمرء ولا عليه هذا الذى لايعبأ به فانه فسر ذلك بقوله وهو ما ليس فيـه جزاء خير ولاشر وذكر فى الكتاب عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى يمحو الله مايشاء ويثبت أن المراد محو بعض الاسماء من ديوان الاشقياء والاثبات فى ديوان السعداء ومحو بعض الاسماء من ديوان السعداء والاثبات فى ديوان الاشقياء وأهل التفسير رحمهم الله انما يروون هذا عن ابن مسعود رضى الله عنه كما روى عن وائل رضى الله عنه أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يقول فى دعائه اللهم ان كنت كتبت اسماءنا فى ديوان الاشقياء فامحها من ديوان الاشقياء وأثبتها فى ديوان السعداء فانك قلت فى كتابك وقولك الحق يمحو الله مايشاء ويثبت الآية فاما ابن عباس رضى الله عنهما فالرواية الظاهرة عنـه المحو والاثبات فى كل شئ الا فى السـعادة والشقاوة والحياة والموت ومن الفقهاء رحمهم الله من أخذ بالرواية الاولى وقال انا نرى الكافر يسلم والمسلم يرتد والصحيح يمرض والمريض يبرأ وكذا يقول يجوز أن يشقى السعيد ويسعد الشقى من غير أن يتغير علم الله فى كل أحد ولله الامر من قبل ومن بعد يفعل مايشاء ويحكم مايريد وعلى ذلك حملوا

قوله تعالى فمنهم شقي وسعيد وأكثرهم على أن الصحيح الرواية الثانية عن ابن عباس رضي الله عنهما فانه أقرب الى موافقة الحديث المشهور السعيد من سعد في بطن أمه والشقي من شقي في بطن أمه وتأويل قوله تعالى يمحو الله مايشاء ويثبت محوه لا يعبأ به من ديوان العبد مما ليس فيه جزاء خير ولا شر واثبات مافيه الخير على مابينا من حديث عائشة رضي الله عنها الدواوين عند الله ثلاثة ولاجله أورد محمد رضي الله عنه هذا الحديث على أثر ذلك الحديث وقيل المراد محو المعرفة من قلب البعض واثباتها في قلب البعض فيكون هذا نظير قوله تعالى يضل من يشاء ويهدي من يشاء أو المراد المحو والاثبات في المقسوم لكل عبد من الرزق والسلامة والبلاء والمرض وما أشبه ذلك ثم روى حديث الصديق رضي الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أكلة أكلتها معك في بيت أبي الهيثم بن التيهان وقد روينا الحديث بتمامه زاد في آخر الحديث فاما المؤمن فشكره اذا وضع الطعام بين يديه أن يقول بسم الله واذا فرغ يقول الحمد لله وهذه الزيادة لم يذكرها أهل الحديث في كتبهم ومحمد رضي الله عنه موثوق به فيما يروي ويحتمل أن يكون هذا من كلام محمد رضي الله عنه ذكره بعد رواية الحديث وقد روي في معنى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا وضع الطعام بين يدي المؤمن فقال بسم الله واذا فرغ قال الحمد لله تحاتت ذنوبه ولو كانت مثل زبد البحر كما يتحات ورق الشجر وقال صلى الله عليه وسلم الحمد لله على كل نعمة وقال صلى الله عليه وسلم لو جعلت الدنيا كلها لقمة فابتلعها مؤمن فقال الحمد لله كان ماأتى به خيرا مما أوتي وهو كذلك فان الله تعالى وصف الدنيا بالقلة والحقارة قال الله تعالى قل متاع الدنيا قليل وذكر الله تعالى أعلى وأطيب وفي قوله الحمد لله ذكر الله تعالى بطريق التعظيم والشكر فيكون خيرا من جميع الدنيا (ثم قال ويكره للرجال لبس الحرير في غير حالة الحرب) وهذه المسئلة ليست من مسائل هذا الباب وهي مذكورة في مواضع من الكتب الا أنها تليق بما تقدم ذكره من المسائل في هذا الكتاب فانه صنف هذا الكتاب في الزهد على ماحكي انه لما فرغ من تصنيف الكتب قيل له ألا صنفت في الزهد والورع شيأ فقال صنفت كتاب البيوع ثم أخذ في تصنيف هذا الكتاب فاعترض له داء نخف دماغه ولم يتم مراده ويحكى أنه قيل له فهرس لنا ماكنت تريد ان تصنف ففهرس لهم ألف باب كان يريد أن يصنفها في الزهد والورع ولهذا قال بعض المتأخرين رحمهم الله موت محمد رضي الله عنه

واشتغال أبي يوسف بالقضاء قضاء على أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنه فانه لولا ذلك لصنفا ماأتعب المتبعين وهذا الكتاب أول تصانيفه فى الزهد والورع فذكر فى آخره بعض المسائل التي تليق بذلك فى مثل لبس الحرير والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج ذات يوم والذهب بيمينه والحرير بشماله وقال هذان حرامان على ذكور أمتى حل لاناثها ولبس الحرير للرجال فى غير حالة الحرب مكروه وفى حالة الحرب كذلك فى قول أبي حنيفة وفى قولهما اذا كان ثخينا يدفع بمثله السلاح فلا بأس بلبسه فى حالة الحرب وأما مايكون سداه غير حرير ولحمته حرير فلا يحل للرجال لبسه فى غير حالة الحرب نحو القباء وما أشبه ذلك وقد تقدم بيان هذه الفصول فى الكتب (قال ولا بأس بان يتخذ الرجل فى بيته سريرا من ذهب أو فضة وعليه الفرش من الديباج يتجمل بذلك للناس من غير أن يقعد أو ينام عليه فان ذلك منقول عن السلف من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين) روى أن الحسن أو الحسين رضى الله عنهما من تزوج منهما شاه بانوا على حسب مااختلف فيه الرواة زينت بيته بالفرش من الديباج والاوانى المتخذة من الذهب والفضة فدخل عليه بعض من بقى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فقال ماهذا فى بيتك ياابن رسول الله فقال هذه امرأة تزوجتها فاتت بمثل هذه الاشياء ولم أستحسن منعها من ذلك وعن محمد بن الحنفية رضى الله عنه أنه زين داره ذلك هذا فعاتبه فى ذلك بعض الصحابة رضى الله عنهم فقال انما أتجمل للناس بهذه ولست أستعمله وانما أفعل ذلك لكيلا يشتغل قلب أحد ولا ينظر الي غير حماك فعرفنا ان هذا اذا اتخذه المرء على هذا القصد لم يكن به بأس وان كان الاكتفاء بما دونه أفضل ويدخل هذا فى معني قوله تعالى قل من حرم زينة الله الآية والذى قال لايقعد عليه ولا ينام قول محمد أيضا فأما على قول أبي حنيفة رضى الله عنه فلا بأس بالجلوس والنوم عليه وانما المكروه اللبس والملبوس يصير تبعا للابس فأما ما يجلس أو ينام عليه فلا يصير تبعا له فلا بأس به (قال ولا بأس أن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب) قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام رضى الله عنه يقول تحت اللفظ اشارة الى أنه لايثاب علي ذلك فانه قال لا بأس وهذا اللفظ لرفع الحرج لا لايجاب الثواب معناه يكفيه أن ينجو من هذا رأسا برأس وهو المذهب عند الفقهاء رحمهم الله وأصحاب الظواهر يكرهون ذلك ويؤنبون من فعله قالوا لان فيه مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما اخبر من

الطريقة فانه لما قيل له ألا نهد مسجدك ثم نبنيه فقال لا عرش كعرش موسي أو قال عرش كعرش موسى وكان سقف مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من جريد فكان ينكشف اذا مطروا حتي كانوا يسجدون في الماء والطين وعن على رضى الله عنه انه مر بمسجد مزين مزخرف فجعل يقول لمن هذه البيع وانما قال ذلك لكراهيته هذا الصنع فى المساجد ولما بعث الوليد بن عبد الملك أربعين ألف دينار ليزين بها مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فمر بها على عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه فقال المساكين أحوج الي هذا المال من الاساطين والاصل فيه ماروي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال من اشراط الساعة ان تزخرف المساجد وتعلي المنارات وقلوبهم خاوية من الايمان ولكنا نقول لا بأس بذلك لما فيه من تكثير الجماعة وتحريض الناس علي الاعتكاف فى المسجد والجلوس فيه لانتظار الصلاة وفى كل ذلك قربة وطاعة والاعمال بالنيات ثم الدليل على أنه لا بأس بذلك ما روى أن أول من بنى مسجد بيت المقدس داود عليه السلام ثم أتمه سليمان عليه السلام بعده وزينه حتى نصب على رأس القبة الكبريت الاحمر وكان أعز وأنفس شئ وجد فى ذلك الوقت فكان يضيء من ميل وكن الغزالات يبصرن ضوءه بالليالي من مسافة ميل والعباس بن عبد المطلب رضى الله عنه أول من زين المسجد الحرام بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمر بن الخطاب رضى الله عنه زين مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزاد فيه وكذلك عثمان رضى الله عنه بعده بنى المسجد بماله وزاد فيه وبالغ فى تزيينه فدل أن ذلك لا بأس به وان تأويل ما روى بخلاف هذا ما أشار اليه فى آخر الحديث وقلوبهم خاوية من الايمان أي يزينون المساجد ولا يداومون علي اقامة الصلاة فيها بالجماعة والمراد التزين بما ليس بطيب من الاموال أو على قصد الرياء والسمعة فعلى بعض ذلك يحمل ليكون جمعا بين الآثار وهذا كله اذا فعل المرء هذا بمال نفسه مما اكتسب من حله فاما اذا فعله بمال المسجد فهو آثم فى ذلك وانما يفعل بمال المسجد مايكون فيه احكام البناء فاما التزين فليس من احكام البناء فى شئ حتى قال مشايخنا رحمهم الله للمتولى أن يجصص الحائط بمال المسجد وليس له أن ينقش الجص بمال المسجد ولو فعله كان ضامنا لان فى التجصيص احكام البناء وفى النقش على الجص تزيين البناء لا إحكامه فيضمن المتولى ماينفق على ذلك من مال المسجد(قال ألا ترى أن الرجل قد يبنى لنفسه دارا وينقش سقفها بماء الذهب فلا يكون آثما فى ذلك) يريد به أن فيما ينفق على ذلك

للتزين يقصد به منفعة نفسه خاصة وفيما ينفق على المسجد للتزين منفعته ومنفعة غيره فاذا جاز له أن يصرف ماله الى منفعة نفسه بهذا الطريق فلان يجوز صرفه الى منفعته ومنفعة غيره كان أولى وقد أمرنا فى المساجد بالتعظيم ولا شك ان معنى التعظيم يزداد بالتزيين فى قلوب بعض الناس من العوام فيمكن أن يقال بهذا الطريق يؤجر هو على مافعله وفى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يثاب المؤمن على انفاق ماله فى كل شئ الا فى البنيان زاد فى بعض الروايات ماخلا المساجد فان ثبتت هذه الزيادة فهو دليل على أنه يثاب فيما ينفق فى بناء المسجد وتزيينه وعلى هذا أمر اللباس فانه لا بأس للرجل أن يتجمل بلبس أحسن الثياب وأجودها فقد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة فنك علمها من الحرير فكان يلبسها فى الاعياد وللوفود الا أن الاولى أن يكتفى بما دون ذلك فى المعتاد من لبسه على ماروى أن ثوب مهنة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان كأنه ثوب دهان وكذلك لا بأس بأن يتسرى بجارية حسناء فانه صلى الله عليه وسلم مع ماكان عنده من الحرائر تسرى حتى استولد مارية أم ابراهيم رضى الله عنهما وعلى رضى الله عنه مع ماكان عنده من الحرائر كان تسرى حتى استولد أم محمد بن الحنفية رضى الله عنه فعرفنا انه لا بأس بذلك والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله الآية (وقال ولو أن الناس قنعوا بما دون ذلك وعمدوا الى الفضول فقدموها لآخرتهم كان خيرا لهم والاصل فيه حديث أبى ذر رضي الله عنه فانه كان يتعلق بأستار الكعبة فى أيام الموسم وينادي باعلى صوته ألا من قد عرفنى فقد عرفنى ومن لم يعرفني فأنا أبو ذر جندب بن عبادة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وان أحدكم اذا أراد سفرا استعد لسفره فما لكم لا تستعدون لسفر الآخرة وأنتم تتيقنون أنه لابد لكم منه ألا ومن أراد سفرا فى الدنيا فان بدا له أن يرجع تمكن وان طلب القرض وجد وان استوهب ربما يوهب له ولا يوجد شئ من ذلك فى سفر الآخرة وسئل يحيي ابن معاذ رضى الله عنه ، النا نتيقن بالموت ولا نحبه فقال انكم أحببتم الدنيا فكرهتم أن تجعلوها خلفكم ولو قدمتم محبوبكم لاحببتم اللحوق به فعرفنا أن الافضل أن يكتفى من الدنيا بما لا بدله منه ويقدم لآخرته ماهو زيادة على ذلك مما اكتسبه ولكنه لو استمتع بشئ من ذلك فى الدنيا بعد ما اكتسبه من حله لم يكن به بأس والقول بتأثيم من ينفق على نفسه وعياله مما اكتسبه من حله وأدى حق الله تعالى منه غير سديد الا أن أفضل الطريق طريق المرسلين

عليهم السلام وقد بينا أنهم اكتفوا من الدنيا بما لا بد لهم منه خصوصا نبينا صلي الله عليه وسلم فانه لما عرض عليه خزائن مفاتيح الارض ردها وقال أكون عبدا نبيا أجوع يوما وأشبع يوما فاذا جعت صبرت واذا شبعت شكرت ولكن مع هذا فى بعض الاوقات قد كان يتناول بعض الطيبات حتى روى انه قال يوما ليت لنا خبز بر قدلت بسمن وعسل فنأكله فصنع ذلك عثمان رضي الله عنه وجاء به فى قصعة فقيل انه ما تناول من ذلك والصحيح انه تناول بعضه ثم أمر بالتصدق بما بقي منه وقد أهدى له صلي الله عليه وسلم جدى سمين مشوى فأكل منه مع أصحابه رضى الله عنهم وقد تناول مما أتى به من الشاة المسمومة وحين قدم بين يديه الجدى المشوي قال لبعضهم ناولني الذراع فبهذه الآثار تبين أنه كان يتناول فى بعض الاوقات لبيان أن ذلك لا بأس به لنا وكان يكتفى بما دون ذلك فى عامة الاوقات لبيان أفضل على ماروى أن عائشة رضى الله عنها كانت تبكى رسول الله صلي الله عليه وسلم وتقول يامن لم يلبس الحرير ولم يشبع من خبز الشعير فصار الحاصل أن الاقتصار على أدنى مايكفيه عزيمة وما زاد على ذلك من النعم والنيل من اللذات رخصة وقال صلي الله عليه وسلم ان الله يحب أن تؤتي رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه وقال صلى الله عليه وسلم بعثت بالحنيفية السمحة ولم أبعث بالرهبانية الصعبة فعرفنا انه ان ترخص بالاصابة من النعم فليس لاحد أن يؤثمه فى ذلك وان زم نفسه وكسر شهوته فذلك أفضل له ويكون من الذين يدخلون الجنة بغير حساب علي ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى وعدنى أن يدخل سبعين ألفا من أمتى الجنة بغير حساب فقيل من هم يارسول الله قال هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون وفى رواية ثم زادنى معهم سبعين ألفا وفى رواية ثم أضعف لى مع الفريق الاول والآخر سبعين ألفا وفى الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربع عن عمره فيما أفناه وعن شبابه فيما أبلاه وعن ماله من أين اكتسبه والي أى محل صرفه فاذا صرف المال الى ما فيه ابتغاء مرضاة الله تعالي كان الحساب والسؤال أهون عليه منه اذا صرفه الى شهوات بدنه (قال والذى على المرء أن يتمسك به من الخصال التى يحمد عليها أشياء) منها التحرز عن ارتكاب الفواحش ماظهر منها وما بطن ومنها المحافظة على الفرائض والمداومة على ذلك فى أوقاتها ومنها التحرز عن السحت واكتساب المال من غير حله ومنها التحرز عن ظلم كل أحد من مسلم أو معاهد فأما فيما وراء ذلك فقد وسع

الله تعالى الامر عليناقلا نضيق على أنفسنا ولا على أحد من المؤمنين قال محمد بن سماعة رضي الله عنه قال محمد بن الحسن رضى الله عنه وهذا الذى ثبت لك فى هذا الكتاب قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وغيرهم من أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ورضى عنهم أجمعين وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومن بعدهم من الفقهاء رحمهم الله وبذلك كله نأخذ والله تعالي أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل

كتاب الرضاع

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة فخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله املاء يوم الخميس الثانى عشر من جمادى الآخرة سنة سبع وسبعين وأربعمائة * اختلف الناس فى كتاب الرضاع هل هو من تصنيف محمد رحمه الله أم لا قال بعضهم هو ليس من تصنيف محمد رحمه الله وانما صنفه بعض أصحابه ونسبه اليه ليروج به وفى ألفاظه مايدل على ذلك فقد ذكر فى حرمة المصاهرة سبب الوطء الحرام قال والتنزه عنه أفضل ان شاء الله تعالي ومحمد رحمه الله ما كان يصحح الجواب فى مصنفاته فى الاحكام خصوصا فيما فيه نص من الكتاب والسنة فعرفنا أنه ليس من تصنيفاته ولهذا لم يذكره الحاكم الجليل فى المختصر وقال أكثرهم هو من تصنيفاته ولكنه من أوائل تصنفاته ولكل داخل دهشة وقد بينا فيما سبق انه كان صنف الكتب مرة ثم اعادها الا قليلا منها فهذا الكتاب من ذلك لانه حين أعاد اكتفى فى أحكام الرضاع بما أورد فى كتاب النكاح واكتفى الحاكم رضى الله عنه أيضا بذلك فلم يفرد هذا الكتاب فى مختصره قال رضى الله عنه ولكنى لما فرغت من املاء شرح المختصر بحسب الامكان والطاقة عند تحقق الحاجة والفاقة وأتبعته باملاء كتاب الكسب رأيت الصواب اتباع ذلك باملاء شرح هذا الكتاب ففيه بعض ما لا بد من معرفته وما يحتاج فيه الى شرح وبيان ثم انه بدأ الكتاب ببيان المحرمات من النساء فقال * أسباب حرمة النساء ثلاثة النسب والصهر والرضاع والمحرمات بالنسب سبعة وذلك يتلى فى قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم الي قوله تعالى وبنات الاخت * والمصاهرة كالنسب فى ثبوت الحرمة المؤبدة بها بطريق الاكرام فان الله تعالى جمع بينهما قال وهو

الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا ❊ والمحرمات بالمصاهرة أربع وذلك يتلي في القرآن قال الله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن وقال تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وقال عز وجل ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ❊ ثم حرم بالرضاع مثل هذا العدد الذى حرم بالنسب والصهر وثبوت الحرمة بسبب الرضاع منصوص فى قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وبين رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك بقوله يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وزعم بعض العلماء رحمهم الله أن طريق معرفة هذه المحرمات النص خاصة ولو خلينا والقياس لم نقل بشئ من هذه المحرمات فان الاناث خلقن للذكور وهذا محل النكاح باعتبار أنهن مكان حرث للولد وان التناسل بين الذكور والاناث وبهذه الاسباب لايختل هذا المعنى والاصح أن نقول هذه المحرمات ثابتة بالنص وهى مستحسنة فى عقول العقلاء أيضا عند رفض العادات السيئة والعاقل يحرص علي حماية أمه وابنته وأخته ودفع العار والشنار عنهما كما يحرص على دفع ذلك عن نفسه والمقصود بالنكاح الاستعراض للوطء والعاقل يأنف من ذلك الفعل فى أمه وابنته كما يأنف من ذلك فى نفسه (ألا ترى) ان الله تعالى أشار الي ذلك فى الاخبار عن الذين لم يعرفوا الشريعة وكانوا عقلاء فقال جل وعلا واذا بشر أحدهم بالانثى الى قوله تعالى أيمسكه علي هون أم يدسه فى التراب فاذا كان يأنف من ذلك كيف يستجيز من نفسه أن يباشر فعله وكذا يأنف من ذلك فى حق امرأة أبيه التى ربته وهى بمنزلة أمه باعتبار التربية وفى حق امرأة ابنه التى هى له بمنزلة الولد والمتولد منها يكون ولدا له وكذلك يأنف من ذلك باعتبار الرضاع الذى هو أحد سببي الكون فان النشر والتسوية يحصل به ولهذا كانوا فى الجاهلية يعظمون أمر الرضاع كما يعظمون أمر النسب ثم بسبب النسب تمكن بينهما العصبية أو شبه العصبية واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله أولادنا أكبادنا وقال صلى الله عليه وسلم ان فاطمة بضعة منى الا ما كان لآدم صلوات الله عليه وقد كان ذلك بطريق الكرامة لكون الاصل الاول واحدا كما قال تعالي ياأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة ثم شبهة التعصبية تعتبر بحقيقة العصبية وفى المصاهرة شبهه العصبية باعتبار الواسطة وفى الرضاعة شبهة العصبية باعتبار البنوة واليه أشار صلي الله عليه وسلم فى قوله الرضاع ما أنبت اللحم وانشر العظم ثم بين نوعا آخر من الحرمة فقال ومن

ذلك ماحرم بالكفر قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهذا فى المعنى ليس نظير ما تقدم فتلك حرمة مؤبدة وهذه حرمة مؤقتة الى غاية هى الاسلام وهذا النوع من الحرمة سبعة أيضا أحدها اذا كان تحت الرجل امرأة فاختها محرمة عليه الى غاية وهى أن يفارقها وكذلك مافى معنى الاخت كالعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت ثبت ذلك بقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وبقوله صلى الله عليه وسلم لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها ولا على ابنة اختها ولا على ابنة أخيها والثانية اذا كان تحته أربعة نسوة فالخامسة محرمة عليه الى أن يفارق احدى الاربع ثبت ذلك بقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع وباجماع الجمهور من علماء المسلمين رحمهم الله على حرمة الجمع بين أكثر من أربع نسوة والثالثة اذا كان تحته حرة فالامة محرمة عليه الى غاية وهى أن يفارق الحرة ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لاتنكح الامة على الحرة وهى حرمة ثابتة شرعا عندنا لالحق المرأة حتى انها وان رضيت لم تحل الا على قول مالك رضى الله عنه فانه يقول اذا رضيت الحرة جاز وذكر فى الكتاب هذا القول منسوبا الى بعض العلماء ومراده مالك رضى الله عنه والرابعة اذا وطئ امرأة بشبهة فاختها محرمة عليه الى غاية وهى انقضاء عدة هذه باعتبار أن العدة حق من حقوق النكاح كاصل النكاح فى ايجاب الحرمة كما يجعل الرضاع بمنزلة النسب فى ايجاب الحرمة والخامسة منكوحة الغير أو معتدة الغير فانها محرمة عليه الى غاية وهى انقضاء العدة ثبت ذلك بقوله تعالى والمحصنات من النساء أى أخوات الازواج وبقوله عز وجل ولا تقربوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله والسادسة مكاتبة الرجل فانها محرمة عليه لايطؤها بالملك الى أن تعتق بالاداء فينكحها أو تعجز فيطؤها بالملك والسابعة المشركة فهى محرمة على المؤمن وزعم مالك رضى الله عنه أن نكاح المشركة لايجوز لمشرك ولا للمسلم فكان يقول ببطلان أنكحة المشركين أهل الشرك منهم وهو باطل عندنا فان الله تعالى قال وامرأته حمالة الحطب فلو لم يكن بينهما نكاح لما سماها امرأته وقال صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح ولم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أحد ممن أسلم وبين زوجته حين أسلمت معه ولم يأمرهما بتجديد العقد بل أقرهما على النكاح فعرفنا ان للانكحة فيما بينهم حكم الصحة وان نكاح المشركة حرام على المسلم خاصة لخبثها وكرامة المسلم ففيه معنى الصيانة له عن فراش الخبيثة وبالنكاح ثبت الازدواج وانما يتحقق ذلك

بين المتساويين أو متقاربي الحال ولا مساواة بين المشركة والمسلم فكانت محرمة عليه الى أن يؤمن (قال ثم ان الله تعالى أحل نساء أهل الكتاب في قوله عز وجل والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) فاحل نساء أهل الكتاب من جملة أهل الكفر وترك باقي أهل الكفر على التحريم في قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ومن الناس من قال هذا الكلام مختل فان اسم المشركة لا يتناول الكتابية حتى يقال انها خرجت من هذه الحرمة بالنص (ألا ترى) ان الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فقال عز وجل لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين وانما يعطف الشيء على غيره ولكنا نقول ماذكره الكتاب صحيح فان أهل الكتاب في الحقيقة مشركون وان كانوا يدعون التوحيد قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله الى قوله عز وجل سبحانه عما يشركون وعطف المشركين على أهل الكتاب لا يدل على انهم غير مشركين قال الله تعالى والصابئين والنصارى والمجوس والذين أشركوا فقد عطف أهل الشرك على المجوس والمجوس مشركون تتناولهم الجهة الثابتة في قوله عز وجل ولا تنكحوا المشركات فعرفنا ان أهل الكتاب خصوا من هذه الحرمة بالنص وكان ابن عمر رضي الله عنه لا يخص أهل الكتاب من هذه الحرمة وكان يقول معنى قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اللاتي أسلمن من أهل الكتاب ولسنا نأخذ بهذا فعلى هذا التأويل لا يبقى للآية فائدة لان نكاح المسلمة حلال للمسلم سواء كانت كتابية وأسلمت أو لم تكن وانما المراد بقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم العفائف منهن أو الحرائر منهن والله أعلم بالصواب

باب تفسير التحريم بالنسب

وهو ما نصه الله تعالى في كتابه وما حرمته السنة واجمع عليه المسلمون فأما مانص الله تعالى في كتابه فتحريم الام وحرمت السنة والاجماع أم الام وأم الاب وان بعدت من قبل الامهات كانت أو من قبل الآباء وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان ثبوت حرمة الجدات بالنص أيضا فاسم الام يتناول الجدات قال الله تعالى يابني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة فدل على أن الجدة أم وان الجواب ما ذكره في الكتاب وهو أصح فان اسم الام يتناول الجدة مجازا حتى ينفى عنها هذا الاسم باثبات غيره فيقال انها جدة وليست بام ولا

يجمع بين الحقيقة والمجاز من اداتى لفظ واحد فان قيل لا كذلك فمن أصول علمائنا رحمهم الله
الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد حتى اذا حلف ان لا يضع قدمه فى دار فلان فدخلها
حافيا أو منتعلا ماشيا أو راكبا كان حانثافى يمينه وهذا اللفظ للنهار حقيقة ويتناول الليل مجازا
وقال فى السير الكبير اذا استأمن الحربى على بنيه دخل فى الامان بنو بنيه مع بنيه لصلبه
والاسم لبنيه حقيقة ولبنى بنيه مجاز قلنا لا كذلك فالحقيقة استعمال الشئ فى موضعه والمجاز
استعارة الشئ واستعماله فى غير ما وضع له ولا يتصور أن يكون اللفظ الواحد مستعملافى
موضعه ومستعارا كما لا يتصور أن يكون الثوب على اللابس ملكاله وعارية فى يده فى حالة
واحدة فأما اذا حلف لا يضع قدمه فى دار فلان فذلك عبارة عن الدخول علم ذلك بالعرف
ثم يحنث فى الوجوه كلها لانه دخول لا لاعتبار الحقيقة والمجاز وكذلك اليوم فيما لا يمتد عبارة
عن الوقت الذى هو ظرف له فيحنث فى الوجهين لوجود وقت القدوم لا للحقيقة والمجاز
فلهذا قلنا ان فيما يمتد يحمل ذكر اليوم على بياض النهار ليكون معيارا له وفى مسئلة الامان
روايتان كلاهما فى السير وفى القياس لايدخل بنو الابن وانما أدخلهم استحسانا لان أمر
الامان مبنى على التوسع وأدنى الشبه يكفى لاثباته والسبب الداعى له الى طلب هذا الامان
شفقته عليهم وشفقته على بنيهم كشفقته على بنيه فلهذا أدخلهم فى احدى الروايتين فاذا ثبت
انه لايراد باللفظ الحقيقة والمجاز فى حالة واحدة عرفنا ان حرمة الجدات ثبتت بالسنة والاجماع
كما أشار اليه وعلي هذا حرمة الابنة ثابتة بالنص وحرمة ابنة البنت وابنة الابن ثابتة بالاجماع
والسنة * قال وحرم الله تعالى الاخوات وبنات الاخت وبنات الاخ بالنسب وحرمت
السنة أسفل من ذلك من ولد الاخت والاخ الى أسفل الدرجة وحرم الله تعالى العمة
بالنسب وحرمت السنة والاجماع أم العمة وان كانت أمها أم الاب أوغير أم الاب لان العمة
ان كانت لاب وأم أولام فان العمة أمها أم الاب وهى محرمة عليه وان كانت العمة لاب
فامها امرأة أب الاب وهى محرمة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء
وأقامت السنة امرأة الجد مقام امرأة الاب وعمة العمة حرام اذا كانت العمة لاب وأم أو
لاب لانها أخت أبى الاب لان العمة بمنزلة الام كما ان العم بمنزلة الاب قال الله تعالى قالوا
نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل وهو كان عما وقال صلى الله عليه وسلم لاتؤذونى
فى بقية آبائى يعنى العباس رضى الله عنه فاذا كانت العمة بمنزلة الام أو الاب فعمة العمة

بمنزلة عمة الاب فاذا كانت العمة أخت الاب لام فعمة عمتها ليست بمحرمة لان أباها رجل
أجنبي ليس بذي رحم محرم وحرم الله تعالى الخالة وحرمت السنة والاجماع أم الخالة لان
أم الخالة هي الجدة أم الام وان كانت لاب فأم الخالة امرأة أب الام والجدة بالسنة قائمة
مقام الاب فامرأة الجد أبي الام كامرأة الاب في الحرمة وخالة الخالة محرمة عليه اذا كانت الخالة
لاب وأم أو لاب كما بينا في عمة العمة فان كانت الخالة لاب فخالتها تكون أجنبية عنها على
نحو ماذكرنا في عمة العمة فاما ابنة العم وابنة العمة وابنة الخالة وابنة الخال فمن جملة المحللات
وذلك يتلى في سورة الاحزاب قال الله تعالى وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات
خالاتك ويتلى في سورة النساء أيضا فان الله تعالى بين المحرمات ثم قال وأحل لكم ماوراء
ذلكم فما تناوله نص التحريم تناوله هذا النص وقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ومنكوحة
الاب من جملة المحرمات على الابن وعلى ابن الابن وان سفل باعتبار السنة والاجماع
ويستوى ان دخل بها أولم يدخل بها لانها مبهمة في كتاب الله وقال ابن عباس رضى الله عنهما
أبهموا ماأبهمه الله تعالى وكذلك أمهات النساء فأما الربائب فلايحرمن الا بالدخول بالأم قال
الله تعالى وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن والحجر ليس بشرط وذلك
ثابت في قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وذكر الحجر في قوله وربائبكم
اللاتى في حجوركم بطريق العادة لالأن يكون الحجر مؤثرا في هذه الحرمة (ألا ترى) ان
الانسان قد يكون في بيته امرأة لها ولد يعولها وينفق عليها ثم يتزوج الابنة اذا كبرت فيجوز
ذلك لان أمها لم تكن في نكاحه وان كانت هي في حجره فعرفنا انه لاتأثير للحجر وانه مذكور
علي طريق العادة بمنزلة قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد والمباشرة
حرام على المعتكف في المسجد كان أو في غير المسجد وذكر المساجد للعادة اذ الاعتكاف
في العادة يكون في المساجد وحليلة الابن من النسب حرام بالنص وزعم بعض أهل العلم
ان حليلة الابن من الرضاعة لاتكون حراما للقيد المذكور في قوله تعالى وحلائل أبنائكم
الذين من أصلابكم ولكن نقول حليلة الابن من الرضاعة كحليلة الابن من النسب ثبت
بقوله صلي الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمراد بقوله عز وجل من
أصلابكم يعني حرمة حليلة الابن من التبني فقد كان التبني معروفا فيما بين أهل الجاهلية
وكان مشروعا في الابتداء ثم نسخه الله تعالى بقوله أدعوهم لآبائهم وتبني رسول الله صلي الله

عليه وسلم زيد بن حارثة ثم تزوج زينب امرأة زيد بعد مافارقها وفيه نزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله فالمراد بالتقييد نفي حرمة حليلة الابن من التبني ثم تحريم حليلة ابن الابن وان سفل بالسنة والاجماع * فان قيل كيف ثبت ذلك مع قوله عزوجل الذين من أصلابكم فان ابن ابنه ليس من صلبه * قلنا لا كذلك بل يتناوله هذا الاسم باعتبار ان أصله من صلبه قال الله تعالى هو الذي خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل والله أعلم * وما سوى هذا من المسائل المذكورة الى تفسير لبن الفحل قد تقدم بيانه في كتاب النكاح وبعض هذه الفصول قد تقدم بيانه هنالك أيضا فلهذا لم تستقص هنا والله أعلم بالصواب

باب تفسير لبن الفحل

(قال رحمه الله) ذكر عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الرجل يكون له امرأتان أو أمتان قد ولدتا منه فترضع احداهما صبيا والاخري صبية قال ابن عباس رضى الله عنهما اللقاح واحد وبه نأخذ فنقول تحرم المناكحة بين هذين الصبيين بسبب الاخوة لاب من الرضاع ومن العلماء من يقول لاتثبت فقالوا حرمة الرضاع انما تثبت من جانب الآباء فالم يجتمع صغيران على ثدي واحد لاتثبت بينهما الاخوة من الرضاعة وهذا لان السبب هو الارضاع وانما يتحقق ذلك من جهة النساء دون الرجال وثبوت الحرمة بسبب البعضية تشبيه حرمة اللبن لقرب بعضها الى بعض * ولو باشر الرجل الارضاع بان نزل اللبن فى ثندؤته فارضع صبيين لاتثبت الاخوة بينهما فبارضاع غيره كيف تثبت الاخوة فى جانبه * وحجتنا فى ذلك حديث عروة عن عائشة رضى الله عنها ان أفلح بن أبي قعيس استأذن عليها فسألت رسول الله صلي الله عليه وسلم عن ذلك فقال ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة فقالت انما أرضعتنى المرأة دون الرجل فقال ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة وفى حديث آخر عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى بيتها فسمعت صوت رجل يستأذن علي حفصة رضى الله عنها فقالت يارسول الله هذا رجل يستأذن على حفصة فقال ماأحسبه الا بداح عمها من الرضاعة فقالت أرأيت لوكان فلان عمي من الرضاعة حياً كان يدخل على فقال نعم ولان النبي صلي الله عليه وسلم شبه الرضاعة بالنسب والحرمة بالنسب تثبت من الجانبين

فكذلك سبب الارضاع لان وطء الزوج كما كان سببا لولادتها كان تسببا لنزول اللبن لها وما ينزل من ثندؤة الرجل ليس بلبن على الحقيقة لان اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة وعلى هذا نقول فى الاخوين اذا أرضعت امرأة أحدهما صبية فليس للاخ الآخر أن يتزوجها لانها ابنة أخيه والاصل فيه ماروى أن عليا رضى الله عنه لما عرض ابنة حمزة على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ابنة أخى من الرضاعة * ولو أرضعت امرأتا أخوين كل واحدة منهما رضيعا أحدهما صبي والاخرى صبية تجوز المناكحة بينهما لان الصغيرة ابنة عم الصغير من الرضاعة وابنة العم من النسب حلال فكذلك من الرضاعة *ولو أرضعت امرأة صغيرين فكبرا ثم ان أحدهما تزوج ابنة صاحبه لم يجز لانها ابنة أخيه من الرضاعة والاصل فيه انه لما عرض علي رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت أبى سلمة قال لو لم تكن ربيبتي فى حجري كانت تحل لى أرضعتنى واياها ثويبة * قال ولو أن رجلا له ابن وابنة فجاءت امرأة أخيه فارضعت الابن والابنة جميعا لم يكن للابن الذى أرضعته المرأة أن يتزوج أحدا من ولد تلك المرأة قبل الرضاع أو بعده من بنات العم كن أو من غيره وامرأة الاخ والاجنبية فى هذا سواء فانهما لما اجتمعا على ثدى واحد ثبتت الاخوة بين هذا الابن والابنة وبين جميع أولاد الرجل ما كان من هذه المرأة أو من غيرها من النساء أو السراري كان قبل الرضاع أو بعده بخلاف ماوقع عند الجهال أن الحرمة انما تثبت بينهما وبين الاولاد الذين يحدثون بعد ذلك دون ماانفصلوا قبل الارضاع وهذا لان ثبوت هذه الحرمة ثبتت الاخوة وهو يجمع الكل ولم يكن لاحد من ولد الرجل ولا من ولد المرأة من يتزوج تلك الجارية ولا ولد ولدها ولا لولد ولد العم أن يتزوجوا تلك الجارية فانهم اخوة أولاد اخوة وأخوات فان كان للجارية المرضعة ولد وللغلام المرضع ولد ولاولاد المرضعة التي أرضعتها أولاد ولاولاد زوجها أولاد جازت المناكحة فيما بينهم لان الانثى منهم ابنة عم للذكر من الرضاعة * قال ولو أن رجلا له ابن فارضعت امرأة ذلك الولد لم يكن للولد أن يتزوج أحدا من ولد تلك المرأة ولا من ولد خاله ما كان قبل الرضاع أو بعده اذا كان اللبن من الخال فان كان من غيره حرم ولد المرأة عليه ولم يحرم ولد الخال من غيرها لانعدام سبب الحرمة بينه وبينها * ولو أن رجلا له امرأتان فأرضعت احداهما صبية والاخرى صبيا لم يكن لاخى ذلك الرجل لاب وأم أولاب أو لام أن يتزوج

تلك الصبية لانها ابنة أخيه ولا لعمه أن يتزوجها لانها ابنة ابن أخيه ولا لابن ذلك الرجل ولا لابن ابنه وان سفل أن يتزوجها لانها عمته من الرضاعة وكذلك لا يجوز لخال ذلك الرجل أن يتزوجها لانها بنت ابن اخته ولا يجوز لهذا الصبي المرضع أن يتزوج أم المرضعة ولا جدتها ولا أختها ولا خالتها ولا عمتها اعتبارا للرضاع بالنسب * واذا أرضعت امرأة صبية لم يكن لابنها ولا لابن ابنها ولا لابن ابنتها أن يتزوجها لانها أخته وعمته * ولو أن امرأة أرضعت صبيا فكبر ذلك الصبي وتزوج امرأة ثم فارقها قبل الدخول أو بعده لم يكن لزوج المرضعة أن يتزوج تلك المرأة لانها حليلة ابنه من الرضاعة وقد بينا انه يحرم حليلة الابن من الرضاعة كما يحرم من النسب وقد قال بعض أهل العلم انها لم تحرم لان النبي صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع مايحرم من النسب قال وليس بينه وبين امرأة ابنه نسب وانما حرمت على الاب بسبب النسب وليس فى الحديث يحرم من الرضاع ما يحرم بسبب النسب ولكن نقول معنى الحديث ان الحرمة بسبب الرضاع تعتبر بحرمة النسب وهذه الحرمة تثبت بالنسب فكذلك بالرضاع قال وأكثر أهل العلم على هذا والتنزه عنها أفضل ومثل هذا الكلام يستدل على أن الكتاب ليس من تصنيف محمد رضى الله عنه * قال واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا فانها تكون أمه من الرضاعة لان السبب وهو الارضاع قد تحقق فان قيل كيف يتصور أن تكون اماوهى بكر وكما لا تتصور الامية من حيث النسب مع بقاء صفة البكارة فكذلك لا تتصور الامية من الرضاعة مع بقاء صفة البكارة * قلنا هذا تلبيس فان الحكم مبني على السبب والامية من النسب بسببية الولادة ولا تتصور الولادة مع بقاء صفة البكارة وتتصور الامية من الرضاع مع بقاء صفة البكارة وثبوت الحكم يتقرر بسببه * ولو أن امرأة طلقها زوجها أو مات عنها فارضعت صبيا بعد انقضاء عدتها فانها تثبت حرمة الرضاع بين هذا الصبي وبين زوجها بمنزلة مالو كان الارضاع فى حال قيام النكاح بينهما لان سبب نزول اللبن لها كان وطء ذلك الزوج فما بقى ذلك اللبن يكون مضافا الي ذلك السبب فان تزوجت بعد ذلك ثم أرضعت صبيا فكذلك الجواب مالم تحبل من الثانى لان التزوج ليس سببا لنزول اللبن لها فوجوده كعدمه فان حبلت من الثانى ثم أرضعت صبيا فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تثبت الحرمة بين الصبي والزوج الاول مالم تلد من الثانى فان ولدت من الثانى ثم أرضعت فحينئذ يكون حكم الرضاع للثانى وعند أبي يوسف رضى

الله عنه اذا ازداد لبنها بسبب الحبل فهو وما لو ولدت سواء في أنه تثبت الحرمة من الثانى
وينقطع حكم الاول وعند محمد رضى الله عنه تثبت الحرمة منهما جميعا استحسانا لان الاحتياط
فى باب الحرمة واجب وقد علمنا ان أصل الابن من الاول وازداد سبب الحبل من الثانى
فيجعل بمنزلة مالو خلط امرأتان اللبن بان حلبتا لبنهما وأوجرتا صبيا وأبو يوسف رحمه الله
يقول لما حبلت من الثانى ونزل لها اللبن كان هذا ناسخا للسبب الذى كان من الزوج الاول
لانه اعترض عليه ماهو مثله أو أقوى منه وأبو حنيفة رحمه الله يقول نزول اللبن فى العادة
انما يكون بعد الولادة فما لم تلد من الثانى لا ينسخ السبب الاول وهذا لان كون اللبن من
الاول متيقن به وهذه الزيادة يحتمل أن تكون بسبب الحبل من الثانى ويحتمل أن تكون
بقوة طبعها واليقين لا يزول بالشك ولو أخذ لبن امرأة فى قارورة ثم ماتت المرأة فأوجر
بعد موتها صبيا تثبت الحرمة بين هـذا الصبي وبينها عندنا وللشافعى رضى الله عنه قول أن
حرمة الرضاع لا تثبت بالايجار أصلا وهذا باطل فان ثبوت الحرمة بشبهة البعضية وفى هذا لا فرق
بين الايجار وبين الارتضاع من الثدى وعلي القول الظاهر اذا حلب لبنها وهى حية فى قارورة
ثبت حرمة الرضاع بايجار هذا اللبن صبيا سواء أوجر قبـل موتها أو بعـد موتها فأما اذا
ماتت المرأة وفى ثديها ابن فارتضع صبي منها أو حلب اللبن بعد موتها فأوجر به صبي عندنا
تثبت الحرمة أيضا وعنده لا تثبت لاصلين له أحدهما أن اللبن يتنجس بالموت عنـده لان
فيـه حياة فيحله الموت والثانى ان الحرام عنـده لا يحرم الحلال وعنـدنا لا حياة فى اللبن
(ألا ترى) انه يحلب من الحى فلا يتنجس به وما فيه حياة اذا بان من الحى فهو ميت والثانى
أن الحرمة لا تمنع حكم الرضاع بمنزلة لبن وقع فيه قطرة خمر فأوجره صبي وهذا لان الحرمة
باعتبار شبهة البعضية وبالموت لا تنعدم لان اللبن وان تنجس بالموت فهو غذاء يحصل به انبات
اللحم وانتشار العظم كما أن اللحم بالموت لا يخرج من أن يكون غذاء وان تنجس والسعوط
والوجور موجب للحرمة بمنزلة الارتضاع من الثدي عندنا خلافا للشافعى وهـذا بناء علي
الاصل الذى بينا فى كتاب النكاح ان عنده يعتبر المدد فى الرضعات ليحصل به انبات اللحم
وانتشار العظم وهذا بالسعوط والوجور لا يحصل وعندنا لا يعتبر المدد وانما يعتبر وصول
اللبن الى باطنـه علي وجه تحصل به التربية وذلك بالسعوط والوجور يحصل فانه يصل الى
الدماغ والدماغ أحد الجوفين ولو صب اللبن فى أذن صبي أو صبية فانه لا تثبت به الحرمة

وكذلك لو احتقن صبي بلبن امرأة عند محمد رحمه الله انه تثبت الحرمة فى الموضعين جميعا لانه يصل اللبن الى أحد الجوفين (ألا ترى) أن الصوم يفسد بهذا وفى ظاهر الرواية يقول معنى انبات اللحم انما يصل بما يصل الى جوفه من الجانب الاعلى لا من الجانب الاسفل وثبوت الحرمة باعتبار هذا المعنى ثم ذكر ماذا جعل لبن امرأة فى دواء أو طعام وما يكون من الارضاع بعد مضى الحولين وقد بينا هذه الفصول فى كتاب النكاح ولو أن صبيين شربا من لبن شاة أو بقرة لم تثبت به حرمة الرضاع لان الرضاع معتبر بالنسب وكما لا يتحقق النسب بين آدمى وبين البهائم فكذلك لا تثبت حرمة الرضاع بشرب لبن البهائم وكان محمد ابن اسماعيل البخاري صاحب التاريخ رضى الله عنه يقول تثبت الحرمة وهذه المسألة كانت سبب اخراجه من بخارا فانه قدم بخارا فى زمن أبى حفص الكبير رحمه الله وجعل يفتى فنهاه أبو حفص رحمه الله وقال لست بأهل له فلم ينته حتى سئل عن هذه المسألة فافتى بالحرمة فاجتمع الناس وأخرجوه (قال والرضاع فى دار الاسلام ودار الحرب سواء فى ثبوت الحرمة على قياس النسب فان الأنساب تثبت فى دار الحرب فكذلك حكم الرضاع) ولو أن رجلا تزوج صبية فارضعت الصبية أم الرجل من النسب أو من الرضاع أو أخته فهذه المسألة تشتمل على أحكام أربعة حكم الحرمة وحكم وجوب الصداق وثبوت الرجوع على المرضعة وحرمة التزوج أما حرمة الفرقة فنقول وقعت الفرقة بينهما بسبب الرضاع لانها صارت أخت الزوج واذا ثبتت له اختيته يغرم لها نصف الصداق لان فعل الصبي غير معتبر شرعا فى بناء الحكم عليه وانما وقعت الفرقة من جهتها قبل الدخول فيكون لها نصف الصداق ويرجع به على التى أرضعتها ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد الفساد فلا شئ عليها الا فى رواية عند محمد انه يرجع عليها على كل حال لانها تسببت فى تقرير نصف الصداق عليه وكان بعرض السقوط فكأنها ألزمته ذلك ومجرد التسبب عند محمد سبب لوجوب الضمان كما قال فيمن فتح باب القفص فطار الطير وعندنا التسبب انما يكون موجبا للضمان اذا كان المسبب متعديا فى التسبب ولم يطرأ عليه مباشرة فاما اذا لم يكن متعديا أو طرأ عليه مباشرة من مختار لم يكن موجبا للضمان وهنا اذا تعمدت الفساد فهى غير متعدية فى التسبب لانه اذا كان يخاف الهلاك على الرضيع فارضاعه مندوب اليه أو مأمورة فلا يكون تعديا ولا طريق لمعرفة تعمدها الفساد الا بالرجوع اليها فيقبل قولها فى ذلك لان مايكون فى باطن المرء لا يوقف عليه الا من جهته فيقبل قوله

فى ذلك فان قالت تعمدت الفساد ضمنت والا فلا شئ عليها ثم لا يحل له أن يتزوجها أبدا لانها صارت أخته أو ابنة أخته ولو كانت أرضعت هذه الصبية خالة الرجل أو عمته لم يحرم عليها لانها صارت ابنة خالته أو ابنة عمته وابتداء المناكحة بينهما يجوز فالبقاء أولى وان أرضعتها امرأة أبيه فان كان لبنها من أبيه حرمت عليه لانها صارت أخته لابيه وان كان لبنها من غير أبيه لم تحرم عليه وكذلك لو أرضعتها امرأة أخيه أو امرأة ابنه (قال ولو أن رجلا له امرأتان صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا جميعا لانهما صارتا أختين من الرضاعة ثم يكون للكبيرة جميع الصداق ان كان دخل بها وان كان لم يدخل بها فلها نصف الصداق) لان الفرقة وقعت لا بسبب من جهتها وللصغيرة أيضا نصف الصداق لما بينا ويرجع بما غرم لها قبل الدخول على المرضعة ان تعمدت الفساد وان لم تتعمد لم يرجع عليها بشئ كما فى الفصل الاول وان كان قد دخل بالكبيرة لم يرجع عليها بشئ من مهرها على كل حال ثم ان كان لم يدخل بالكبيرة فله أن يتزوج من ساعته أيتهما شاء ولا يجمع بينهما وليس له أن يتزوج المرضعة لانها أم امرأته وان كان قد دخل بالكبيرة فليس له أن يتزوج الصغيرة مالم تنقض عدة الكبيرة لانها أخت معتدته وله أن يتزوج الكبيرة فى الحال لان الصغيرة ليست فى عدته والكبيرة تعتد منه وعدته لا تمنع نكاحه وبعد انقضاء عدة الكبيرة له أن يتزوج أيتهما شاء وليس له أن يتزوج أم الكبيرة ولا واحدة من جداتها من قبل الام أو من قبل الاب وان كانت ابنة الكبيرة أرضعت الصغيرة فان كان قد دخل بالكبيرة فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت ابنة بنت الكبيرة والجمع بين الجدة والنافلة فى النكاح حرام ثم بمجرد العقد على الصغيرة تحرم جدتها عليه على التأبيد كما تحرم أمها والدخول بالجدة يحرم ابنة الابنة عليه على التأبيد فليس له أن يتزوج واحدة منهما قط ولا للمرضعة أيضا لانها من وجه أم امرأته ومن وجه ابنة المرأة التى دخل بها ولو لم يكن دخل بالكبيرة فان المرضعة لا تحل له قط لانها أم امرأته ولا تحل له الكبيرة قط لانها أم أم امرأته وتحل له الصغيرة لانها ابنة ابنة امرأته ولم يدخل بها وكما أن ابنة المرأة لا تحرم الا بالدخول فكذلك ابنة الابنة فان كانت أرضعتها أخت الكبيرة بانتا أيضا لان الكبيرة صارت خالة للصغيرة والجمع بين الخالة وابنة الاخت حرام كالجمع بين الاختين فان كان لم يدخل بالكبيرة فله أن يتزوج أيتهما شاء والحكم فى هذا كالحكم فى الاختين ولو أرضعتهما خالة الكبيرة أو عمتها لم تحرم

عليه لان الجمع بين المرأة وابنة عمتها وابنة خالتها حلال ولو كان له امرأتان صغيرتان فجاءت أم احداهما فارضعت الاخرى بانتا جميعا لانهما صارتا أختين ولكل واحدة منهما نصف الصداق وحكم الرجوع كما بينا ولو جاءت أختيه فأرضعتهما معا أو احداهما بعد الاخرى بانتا جميعا لان الاختية انما تثبت بينهما بعد ارضاعهما فلا فرق بين أن ترضعهما معا أو على التعاقب وحكم الصداق والرجوع والحرمة كما بينا وكذلك لو جاءت الصبيتان الى امرأة وهي نائمة فشربتا من لبنها لان فعل الصغيرة لايعتبر في بناء الحكم عليه فيكون لكل واحدة منهما نصف الصداق ولكن لارجوع على المرأة بشئ هنا لانه لم يوجد منها جناية تسببيا ولا مباشرة *ولو كانت امرأتان صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة بانتا جميعا لانهما صارتا أما وبنتا وللصغيرة نصف الصداق ولا شئ للكبيرة ان لم يدخل بها تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها والفرقة من جهتها قبل الدخول تسقط جميع الصداق على كل حال سواء كانت متعدية في التسبيب أو لم تكن متعدية كالمعتقة اذا اختارت نفسها الا أن الزوج يرجع عليها بما غرم للصغيرة ان كانت تعمدت الفساد لكونها متعدية في التسبيب وله أن يتزوج الصغيرة اذا لم يدخل بالكبيرة وليس له أن يتزوج الكبيرة لان بمجرد العقد على الابنة تحرم الام على التأبيد والعقد على الام لايحرم الابنة قبل الدخول وان كان قد دخل بالكبيرة لم يتزوج واحدة منهما قط لوجود العقد الصحيح على الابنة والدخول بالام ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرتين واحدة بعد أخرى ولم يكن دخل بالكبيرة فانما تبين الكبيرة والصغيرة التي أرضعتها أولا لانهما صارتا أما وابنتين ولا تبين التي أرضعتها أخيرا لانه حين أرضعتها لم يكن في نكاحه غيرها وانما وجد مجرد العقد على أمها ولو كانت أرضعتهما معا بانتا جميعا منه لانها صارت اما وبنتين له أن يتزوج الكبيرة وله أن يتزوج احدي الصغيرتين شاء ومن العلماء من يقول في هذه الفصول له أن يتزوج الكبيرة أيضا ان شاء لانه حين عقد على الصغيرتين لم تكن الكبيرة أما لها والنص انما أوجب حرمة امهات النساء وبعد ثبوت الامية بالرضاع لم يبق النكاح على واحدة من الصغيرتين ولكنا نقول هذه الحرمة تثبت بسببين النكاح والامية ولا فرق بين أن تثبت الامية أولا ثم النكاح أو النكاح ثم الامية لان الحكم الثابت بعلة ذات وصفين انما تثبت عند ثبوت الوصفين جميعا وقد وجدا سواء تقدم النكاح او الامية

ولو كان دخل بالكبيرة والمسئلة بحالها بن جميعا منه سواء ارضعتهما معا او على التعاقب اما اذا أرضعتهما معا فغير مشكل وكذلك ان أرضعتهما على التعاقب لانه حين أرضعت الثانية فقد صارت ابنة للمرضعة وقد دخل هو بها ولو كان تحته ثلاث نسوة صغيرتان وكبيرة لم يدخل بها فارضعت الكبيرة الصغيرتين على التعاقب فانما تقع الفرقة بينه وبين الكبيرة والصغيرة الاولى والتى أرضعتها آخرا الاتبين منه لانه ليس فى نكاحه أختها فان الصغيرة الاخرى لم ترضعها الكبيرة الا والاولى قد بانت فلهذا لاتقع الفرقة بينه وبين التي أرضعت آخرا وان كانت أرضعتهما معا بن جميعا ولا تبين التى لم ترضع لانه لم يوجد فى حقها سبب يوجب الفرقة وحكم الصداق والرجوع والحرمة على قياس ما بينا فيما سبق من الفرق بينهما اذا كان دخل بالكبيرة أو لم يدخل وان كانت أرضعت الثلاث على التعاقب ولم يدخل بالكبيرة بن جميعا لانها حين أرضعت الاولي فقد صارتا أما وبنتا ثم بارضاع الثانية لاتقع الفرقة بينه وبينها ولكن حين أرضعت الثالثة صارتا أختين فتقع الفرقة بينه وبينها أيضا وحكم الصداق والرجوع كما بينا ولو كانت أرضعت اثنتين معا ثم الثالثة بانت الكبيرة والتى أرضعتها معا ولا تبين الثالثة لانه حين أرضعتها لم يكن فى نكاحه غيرها ومجرد العقد على الام لايحرمها قبل الدخول ولو أرضعت احدى الصغار على الانفراد ثم الاخرتين معا فقد صارتا أختين ولو كان تحته صغيرة وثلاث نسوة كبار ولم يدخل بهن فارضعت احدى الكبار الصغيرة بانتا لانهما صارتا أما وبنتا والباقيتان تحته على حالهما فان أرضعتهما احدى الباقيتين أيضا بانت هى منه لانها صارت أم الصغيرة وقد كانت الصغيرة فى نكاحه ومجرد العقد على الابنة يحرم الام على التأبيد فان أرضعتها الكبيرة الثالثة بانت هى أيضا لما بينا وله أن يتزوج الصغيرة وليس له أن يتزوج واحدة من المرضعات بحال ولو كان دخل بالكبار لم يكن له أن يتزوج الصغيرة أيضا لوجود الدخول بالام * ولو كان تحته صغيرة وكبيرة وطلق الكبيرة قبل الدخول ثم جاءت فارضعت الصغيرة فنكاح الصغيرة على حاله لانهما حين صارتا أما وبنتا فليست الام فى نكاحه ومجرد العقد عليها لايوجب حرمة الابنة ولو كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة سواء أرضعتها قبل انقضاء العدة أو بعده لوجود الدخول بالام ولو كان طلق الصغيرة دون الكبيرة ثم ارضعت الكبيرة الصغيرة بانت الكبيرة دخل بها أو لم يدخل بها لان الصغيرة قد كانت فى نكاحه والعقد على الابنة يحرم الام ولو كان طلقهما جميعا ثم

أرضعت الكبيرة الصغيرة فان كان دخل بالكبيرة فليس له أن يتزوج واحدة منهما بحال وان كان لم يدخل بها فله أن يتزوج الصغيرة وليس له أن يتزوج الكبيرة لان مجرد العقد على الام لا يحرم الابنة * ولو أن امرأة جاءت الى رجل فأرضعت ولده الصغير كان له أن يتزوجها لانها أم ولده وأم ولده ليست من المحرمات عليه وكذلك لو أرضعت خالته الصغيرة أو عمته الصغيرة أو ابنة ابنه وهي صغيرة فالجواب في الكل سواء لما بينا ولو أرضعت أمه جارية لها اخوة واخوات كان له أن يتزوج أخوات تلك الجارية لان التي أرضعتها الام اخته من الرضاعة ولا سبب بينه وبين اخواتها واذا كان يجوز للرجل أن يتزوج اخت أخيه من النسب فكذلك اخت اخته من الرضاع وبيانه انه اذا كان للرجل أخ لاب واخت لام يجوز لاخيه لابيه أن يتزوج أخت أخيه لامه * ولو أن امرأتين لاحداهما بنون وللاخرى بنات فارضعت التي لها البنات ابنا من بني الاخرى فانما تحرم بناتها على ذلك الابن بعينه لانه صار أخا لهن من الرضاعة ولا يحرم أحد من بناتها على سائر بني المرأة الاخرى لانه لم يوجد بينهم الاخوة من الرضاعة حيث لم يجتمعوا على ثدي واحد ولو كانت المرأة التي لها البنون أرضعت احدى بنات الاخرى حرمت تلك الابنة على بني المرضعة وغيرها من بناتها يحل على المرضعة ولو كانت أم البنات أرضعت أحد البنين وأم البنين ارضعت احدى البنات لم يكن للابن المرتضع من أم البنات أن يتزوج واحدة منهن وكان لاخوته ان يتزوجوا بنات الاخرى الا الابنة التي ارضعتها أمهم وحدها لانها اختهم من الرضاعة * قال ولو ان رجلا اشترى ثلاث أخوات متفرقات كان له أن يطأ الاخت من الاب والاخت من الام لان كل واحدة من هاتين أجنبية من الاخرى فان كان وطئ الاخت من الاب و لام لم يكن له أن يطأ واحدة من هاتين لانه يصير جامعا بين الاختين وطأ بملك اليمين وذلك لا يحل وان وطئ الاخت من الاب أولا والاخت من الام لم يكن له أن يطأ الاخت من الاب والام لانه يصير جامعا بين الاختين وطأ وكان له أن يطأ الاخرى لانها أجنبية من التي وطئها ولو كان كل واحدة منهن ابنة لاشترى البنات دون الامهات فان له أن يطأهن جميعا لان الجمع بين هؤلاء نكاحا حلال فكذلك الجمع بينهن وطأ بملك اليمين * ولو اشترى البنات والامهات كلهن كان له أن يطأ البنات وحدهن ان شاء فان شاء أن يطأ من الامهات الاخت من الاب والاخت من الام وان شاء الاخت من الاب والام وحدها دون

الأخرتين وان أراد أن يطأ بعض الامهات فله أن يطأ الاخت من الاب والاخت من الام وله أن يجمع بين الاخت من الاب وابنة الاخت من الام وبين الاخت من الام وابنة الاخت من الاب على قياس الجمع بينهما نكاحا ولو وطئ الاخت من الاب والام لم يكن له أن يطأ بعده واحدة من الاخرتين ولا واحدة من البنات لانه ان وطئ واحدة من البنات فقد صار جامعا بين الام والابنة أو بين المرأة وابنة الاخت وطأ بملك اليمين وذلك حرام فاذا أخرج الاخت من الاب والام من ملكه ببيع أو نكاح أو هبة كان له أن يطأ الاختين من الام والاخت من الاب وان شاء ابنة الاخت من الاب وابنة الاخت من الام وليس له أن يطأ ابنة الاخت من الاب والام لانه قد وطئ أمها فحرمت هى على التأبيد وان كان وطئ من البنات ابنة الاخت من الاب والام لم يكن له أن يطأ واحدة من الامهات قبل أن يحرّم الموطوأة على نفسه وكان له أن يطأ ابنة الاخت من الاب وابنة الاخت من الام لان الجمع بينهن نكاحا حلال فكذلك الجمع بينهن وطأ بملك اليمين * واذا تزوج امرأة فشهدت امرأة انها أرضعتهما فهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يصدقها الزوجان أو يكذباها أو يصدقها الزوج دون المرأة أو المرأة دون الزوج فان صدقاها وقعت الفرقة بينهما لا بشهادتها بل بتصادق الزوجين على بطلان النكاح بينهما فان كان ذلك قبل الدخول بها فلا مهر لها ولا عدة عليها وان كان قبل الدخول فلها مقدار مهر مثلها من المسمى لانهما تصادقا على انه دخل بها بشبه النكاح من غير عقد صحيح فبحسب الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة وان كذباها فى ذلك فهى امرأته على حالها وقد بينا هذا فى الاستحسان والنكاح وان شهادة المرأة الواحدة على الرضاع لاتتم حجة الفرقة عندنا الا أنه يستحب له من طريق التنزه أن يفارقها اذا وقع فى قلبه انها صادقة لقوله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل فان كان قبل الدخول طلقها وأعطاها نصف المهر وان كان بعد الدخول أعطاها كمال المسمى والاولى أن لا تأخذ منه شيأ قبل الدخول وبعد الدخول لا تأخذ الزيادة على مهر مثلها بل تبرئ الزوج من ذلك وان صدقها الزوج وكذبتها المرأة فانه تقع الفرقة بينهما باقرار الزوج لانها أقرت بحرمتها على نفسه وهو يملك أن يحرمها على نفسه وعليه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميع المسمى ان كان بعد الدخول وان صدقتها المرأة دون الزوج فهى امرأته على حالها لانها أقرت بالحرمة وليس فى يدها من

ذلك شئ الا أنها اذا علمت صدقها فى ذلك فانه ينبغى لها أن لا تمكنه من نفسها ولكن تفدي نفسها بمال فتختلع منه وان شهد رجلان او رجل وامرأتان بالرضاع لم يسعهما ان يقيما على النكاح بعد ذلك لأنهما لو شهدا بذلك عند القاضي فرق بينهما وكذلك اذا شهدا به عند النكاح ولا فرق فى الفصلين بين ان تكون الشهادة بعد عقد النكاح او قبله * قال ولو أن رجلا له امرأة كبيرة وامرأة صغيرة ولابنه امرأة كبيرة وامرأة صغيرة فارضعت امرأة الاب امرأة الابن وارضعت امرأة الابن امرأة الاب واللبن منهما فقد بانت الصغيرتان من زوجيهما ولا تحل واحدة منهما للاب وللابن لان امرأة الاب لما ارضعت امرأة الابن بلبن الاب فقد صارت امرأة الابن اخته لابيه ولما ارضعت امراة الابن بلبنه امراة الاب فقد صارت ابنة ابنه من الرضاعة ولكل واحدة من الصغيرتين نصف المهر على زوجها ويرجع بذلك علي المرضعة ان كانت تعمدت الفساد ونكاح الكبيرتين ثابت على حاله لان بهذا الارضاع لم يوجد سبب الحرمة بين الكبيرتين وبين زوجيهما وان كان مكان الابن والاب اخوان فكذلك الجواب لان كل واحدة من الرضيعتين صارت بنت اخى زوجها ولو كان رجل وعمه مكان الاخوين بانت امرأة العم الصغيرة من زوجها لأنها صارت ابنة ابن اخيه ونكاح امرأة ابن الاخ ثابت على حاله لأنها صارت ابنة عمه من الرضاعة * ولو كانا رجلين غريبين لم تبن كل واحدة منهما من زوجها لان كل واحدة منهما صارت ابنة الزوج الآخر من الرضاع وليس بين الزوجين قرابة ولو كان اللبن الذى ارضع به من النساء ليس من الازواج لم تثبت الحرمة فى شيء من الفصول لما بينا والله اعلم بالصواب

باب نكاح الشبهة

(قال) ولو أن اخوين تزوجا اختين فادخلت امرأة كل واحد منهما علي أخيه فوطئها فعلى كل واحد من الواطئين مهر مثل الموطوأة وعليها العدة ولا يطأ واحد منهما امرأته حتى تحيض عنده ثلاث حيض لان كل واحد منهما وطئ امرأة أخيه بشبهة وقضى عليّ رضى الله عنه في الوطء بالشبهة بسقوط الحد ووجوب مهر المثل على الواطئ والعدة علي الموطوأة ثم العدة من الوطء بشبهة واضعف من النكاح الصحيح فلا تكون له رافعة فترد كل واحدة علي زوجها ولكن لا يطؤها لمعنيين احدهما انها معتدة من غيره والثانى ان أختها فى عدته فان

حاضت احداهما ثلاث حيض دون الاخرى فليس لزوجها أن يطأها أيضا لان أختها فى عدته ولو ولدت كل واحدة منهما ولدا فان الولد يلزم الذى وطئ اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر ما بينها وبين أربع سنين مالم تقر بانقضاء المدة وهذا الجواب بناء على قول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله فاما عند أبى حنيفة فيثبت نسب ولدها من الزوج لان فراشه صحيح وفراش الواطئ فاسد وأصل المسألة فى كتاب الدعوة اذا نعى الى المرأة زوجها فتزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم رجع الزوج الاول حيا ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر وقد وطئها لم يثبت النسب من الواطئ بالاتفاق لان هذا العلوق سبق وطأه وانما يثبت النسب من الزوج لانها علقت به على فراشه ولو أن أحد الاخوين دخل بامرأة أخيه فوطئها والآخر أدخلت عليه فلم يطأها فان الواطئ يغرم مهر مثل الموطوءة وترد على زوجها ولكن لا يطؤها زوجها حتى تنقضى عدتها من الواطئ ولا مهر على الآخر التي ادخلت عليه لانه ليس بينه وبينها نكاح وبمجرد الخلوة بالاجنبية لايلزمه المهر لان الخلوة انما تقام مقام الوطء بعد صحة النكاح لضرورة وجوب التسليم فترد على زوجها ولكن لا يدخل بها زوجها حتى تنقضى عدة الاخرى لان أختها فى عدته وكذلك لو كان وطئها فيما دون الفرج لم يجب عليه المهر لان الوطء فيما دون الفرج لا توجب الحد اذا تعرى عن التسمية ولا يوجب المهر ولا العدة عند تمكن الشبهة أيضا قال وقد استحسن بعض العلماء اذا كان كل واحد منهما قد وطئ المرأة التى ادخلت عليه أن يطلق امرأته التى لم يدخل بها ويغرم لها نصف المهر ويتزوج كل واحد منهما الموطوأة فيغرم لها مهر مثلها بالدخول الاول والمهر بالنكاح وهذا الفصل منقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه وقد بينا حكاية هذه المسألة فى كتاب الحيل فبهذا استدلوا على أن الكتاب ليس من تصنيف محمد رضي الله عنه فانه فى تصنيفاته لايستر قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقد ستره هنا بقوله وقد استحسن بعض العلماء ولو كان هذان الأخوان تزوجا أجنبيتين فادخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فهذا وما تقدم سواء الا فى خصلة واحدة اذا حاضت احداهما ثلاث حيض دون الاخرى كان للزوج الذى حاضت امرأته أن يطأها لان فى المسألة الاولى انما كان لا يطؤها فى هذا الفصل لان أختها فى عدته وهنا التى فى عدته أجنبية من زوجته فيكون له أن يطأ زوجته اذا انقضت عدتها من غيره * ولو أن أجنبيين تزوجا اختين فادخلت كل واحدة منهما على زوج اختها كان الجواب فيها مثل ابنة وأمها

أدخلت كل واحدة منهما على غير زوجها ودخل بها فان الذى دخل بالابنة بانت منه امرأته لانه وطئ ابنة امرأته وذلك يحرم امها عليه على التأبيد وعليه للابنة مهر مثلها بدخوله بها شبهة وللام نصف المهر لانها بانت منه قبل أن يدخل بها وأما الذي وطئ الام فقد بانت منه امرأته أيضا لانه وطئ أم امرأته وذلك يحرمها عليه على التأبيد فيغرم للابنة نصف المهر لوقوع الفرقة بينهما قبل الدخول من جهته ويغرم للام مهر مثلها لوطئه اياها شبهة وليس للذى وطئ الام أن يتزوج واحدة منهما قط لان الابنة كانت فى نكاحه بعقد صحيح وذلك يحرم الام عليه وقد وطئ الام وذلك يحرم ابنتها عليه وأما الذى وطئ الابنة فله أن يتزوج الابنة لان الام كانت فى نكاحه ولكن فارقها قبل الدخول ومجرد العقد على الام لا يوجب حرمة الابنة * ولو أن رجلا وابنه تزوجا امرأتين أجنبيتين فادخلت كل واحدة منهما على زوج صاحبتها فان كان الابن هو الذى دخل بامرأة أبيه أولا فانه يغرم لها مهر المثل بدخوله بها وتبين من الاب ولا يغرم لها الاب شيأ لان وطء الابن اياها يحرمها على الاب على التأبيد وانما جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول حين طاوعت ابن زوجها فلهذا لا يكون لها على الاب شئ ثم الاب يغرم لامرأة ابنه التى دخل بها مهرا بدخوله بها وتبين من الابن لان أباه قد وطئها وذلك يحرمها عليه ولا يغرم الابن لامرأته شيأ لان الفرقة جاءت بسبب من قبلها حين طاوعت أب الزوج وليس لواحد منهما أن يتزوج واحدة من المرأتين بحال لان احداهما موطوءة الاب والاخرى موطوءة الابن ولو كان الابن وطئ امرأة أبيه ولم يمس الاب امرأة ابنه فان الابن يغرم للتى وطئها المهر بالدخول وترد عليه امرأته على النكاح الاول لان أباه لم يمسها انما خلا بها ومجرد الخلوة لا يوجب حرمة المصاهرة وأما التى وطئها الابن فقد بانت من الاب ولا مهر لها على الاب وليس الواحد منهما ان يتزوجها لانها كانت فى نكاح الاب فلا تحل للابن بحال وهي موطوءة الابن فلا تحل للاب بحال ولو كان الاب هو الذى وطئ امرأة الابن ولم يطأ الابن امرأة الاب فالتى وطئ الاب يغرم لها مهر مثلها وتبين من الابن ولا يغرم لها الابن شيأ ولا يكون لواحد منهما أن يتزوجها لانها كانت فى نكاح الابن فلا يتزوجها الاب وقد وطئها الاب فلا يتزوجها الابن ويرد امرأة الاب اليه بالنكاح الاول لان ابنه خلا بها فقط وذلك لا يوجب حرمة المصاهرة *قال ولو أن رجلا تزوج امرأة وتزوج ابنه ابنتها فادخلت امرأة الاب على الابن وامرأة

الابن على الاب فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يكون الابن هو الذي وطئ أولا أو الاب أو كان الوطء منهما معا فان كان الابن هو الذى وطئ أولا فعليه للتى وطئها مهر مثلها وتبين امرأته ولها عليه نصف المهر لان الابن وطئ أم امرأته وذلك يوجب الفرقة وتبين امرأته بسبب من جهته فيكون لها عليـه نصف المهر ثم يكون على الاب للتى وطئها مهر مثلها ولا يغرم لامرأته شيأ لانها قد بانت منـه حين طاوعت الابن حتى وطئها فانما بانت بسبب من جهتها فان كان الاب هو الذى وطئها أولا فانه يغرم للتى وطئها مهرها وتبين منه امرأته لانه وطئ ابنة امرأته ولها نصف المهر لان الفرقة كانت بسبب من جهته قبل الدخول ثم الابن يغرم للتى وطئها مهر مثلها ولا يغرم لامرأته شيأ لانها بانت منـه حين طاوعت الاب حتى وطئها فانما جاءت الفرقة بسبب من جهتها قبل الدخول ولو كان الوطء منهما جميعا معا أو كان لايعلم أيهما أول فهو بمنزلة مالو وطئا معا لان كلا الامرين ظهر ولا يعرف التاريخ بينهما فيجعلا كانهما وقعا معا ثم يغرم كل واحـد منهما للتى وطئها مهر مثلها ولا يكون لواحدة منهما على زوجها شئ فان السبب المسقط لصداق كل واحدة منهما قد ظهر وهو مطاوعتها أب الزوج أو ابنه * يوضحه أن المسقط والموجب اذا اقترنا ترجح المسقط باعتبار أن المسقط يرد على الموجب ولا يرد على المسـقط ولان وقوع الفرقة قبـل الدخول مسقط لجميع الصداق فى الاصل وانما تركنا هذا الاصل فيما اذا كانت الفرقة من جهة الزوج بالنص اذ تعارض السببين يمنع اضافة الفرقة الى الزوج على الاطلاق فيجب التمسك فيـه بما هو الاصل ولا يكون لواحـد منهما أن يتزوج واحـدة من المرأتين لان احـداهما موطوءة الاب والاخرى موطوءة الابن * ولو أن رجلين بينهما جارية جاءت بولد فادعياه فهو ابنهـما يرثهما ويرثانه ولا يكون لواحـد منهما أن يطأ الجارية لانها بقيت مشتركة بينهما وصارت أم ولديهما ولا يحل لواحد من الشريكين وطء الجارية المشـتركة ولا يغرم واحد منهما لصاحبه شيأ لان كل واحد منهما ألزم نصف العقر لصاحبه فيكون أحـدهما قصاصا بالآخر فان مات أحدهما عتقت الجارية وسعت في نصف قيمتها لانها أم ولد الآخر وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فام الولد لاتسعى لمولاها فى شئ وقد بينا هذا فى العتاق ولو كان ادعى أحدهما الولد دون صاحبـه فانه يثبت نسبه منه وتكون أم ولد له ويغرم لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها وهـذا

ظاهر * ثم ذكر وطء الاب جارية ابنه ووطء الابن جارية أبيه ووطء الرجل جارية أخيه وغير ذلك من الاقارب فقد قدمنا هذه الفصول فى كتاب النكاح والدعوى ولو أن رجلا له أم ولد فزوجها من صبي ثم أعتقها فخيرت فاختارت نفسها ثم تزوجت زوجا آخر فأولدها فجاءت الى الصبي الذى كان زوجها فأرضعته فانها تبين من زوجها لانها حين أرضعت الصبي صار ابنها من الرضاعة وابن زوجها أيضا لان لبنها منه وقد كانت امراة هذا الرضيع وامراة الابن حرام علي الاب علي التأبيد وقد قررنا أنه لا فرق بين أن تعترض البنوة على النكاح وبين أن يعترض النكاح على البنوة فتبين من زوجها ولا تحل للغلام لانها صارت أمه من الرضاعة ويجوز لمولاها أن يتزوجها لان الابن لم يكن من مولاها ولو لم يكن من زوجها الثانى ولكنها أرضعته من ابن مولاها الذى كان أعتقها فانها لا تحرم على زوجها ولا يحل لمولاها أن يتزوج بها قط لان الرضيع قد صار ابن المولي من الرضاعة وقد كانت هى فى نكاحه مرة ولم يصر ابن الزوج من الرضاعة حين لم يكن اللبن منه * قال ولو أن رجلا له امرأتان احداهما كبيرة والاخرى صغيرة وللكبيرة لبن من غيره ولم يدخل بها فارضعت الكبيرة الصغيرة بانتا منه بغير طلاق لانهما صارتا اما وبنتا وذلك ينافى النكاح ابتداء وبقاء والفرقة بمثل هذا السبب تكون بغير طلاق فان تزوج بعد ذلك الصغيرة كانت عنده على ثلاث تطليقات وله ان يتزوجها لان مجرد العقد على الام لا يحرم الابنة من النسب فكيف يحرم الابنة من الرضاعة وهذا اللبن ليس منه لانه لم يدخل بها ولا تصير الصغيرة ابنته من الرضاعة وليس للكبيرة عليه من الصداق شئ لان الفرقة جاءت من قبلها حين أرضعت الصغيرة وللصغيرة نصف الصداق لان الفرقة لم تكن من قبلها فان فعلها الارتضاع وذلك لا يصلح لبناء الحكم عليه وفى اسقاط جميع الصداق اذا جاءت الفرقة من قبلها معنى العقوبة من وجه فلا يثبت ذلك بفعل الصغيرة كما لا يثبت حرمان الميراث بقتل الصغيرة ويستوى اذا كانت الكبيرة تعلم ان الصغيرة امرأة زوجها أو لا تعلم ذلك فيما بينا من الحكم الا انها اذا كانت تعلم وقد تعمدت الفساد فانه يرجع الزوج عليها بنصف مهر الصغيرة وهذا اذا أقرت انها تعمدت الفساد وان لم تتعمد الفساد أو لم تعلم انها امرأته فلا شئ عليها وفيها قول آخر انه يرجع عليها بنصف الصداق سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمده وقد بينا ان هذه رواية عن محمد وهو قول أبي يوسف واحد قولى الشافعى رحمه الله لان السبب قد تقرر وان لم يعلم به

الا انا نقول المسبب اذا لم يكن متعديا فى التسبيب لا يكون ضامنا كحافر البئر فى ملك نفسه وان اختلفا فقال الزوج تعمدت الفساد وقالت المرأة ماتعمدت ذلك فالقول قولها لان الزوج يدعى عليها الضمان وهى منكرة ولو كانت الكبيرة مصابة فارضعت الصغيرة فى جنونها بانتا منه ولكل واحدة منهما نصف الصداق لانه كما لا يعتبر فعل الصغيرة فيما فيه معنى العقوبة لا يعتبر فعل المجنونة ولا يرجع الزوج على الكبيرة لانها غير متعدية فى السبب لكونها مصابة وكذلك لو جاءت الصغيرة الى الكبيرة وهى نائمة فارتضعت من ثديها كان لكل واحدة منهما نصف الصداق لانه لم يوجد من الكبيرة فعل فى الفرقة ولا معتبر بفعل الصغيرة *ولو أن رجلا جاء وأخذ من لبن الكبيرة فى مسعط فأوجر به الصغيرة ولا يعلم الكبيرة أى شئ يريد فانهما يبينان منه وعلى الزوج نصف الصداق لكل واحدة منهما * فان أقر الرجل أنه أراد الفساد رجع الزوج بجميع ماغرم لهما لكونه متعديا فى التسبب وان قال لم أتعمد الفساد فالقول قوله ولا يرجع عليه الزوج بشئ فى قول ابى حنيفة وأبى يوسف وفى القول الآخر يرجع وهذا يبين لك أن القول الآخر قول محمد رحمه الله *وان كان الزوج هو الذى فعل ذلك يعنى الايجار بانتا منه وعليه نصف الصداق لكل واحدة منهما ولا رجوع له على أحد لان الفرقة انما وقعت بسبب من جهته قبل الدخول *ولو أن رجلا تحته امرأة تصاب فى بعض الايام فتجن وتفيق فدعت ابن زوجها الي ان يفجر بها فى حال جنونها ففعل بانت من زوجها وكان عليه نصف الصداق لان تمكينها فى حال جنونها غير معتبر فى اسقاط الصداق وكذلك لو تزوج امراة لم تبلغ ومثلها يجامع فدعت ابن زوجها الى أن يأتيها ففعل بانت وكان عليه نصف الصداق لان فعل الصغيرة غير معتبر فيما فيه معنى العقوبة قال فان أقر الابن الذى أمر أنه أراد الفساد يرجع الزوج عليه بنصف الصداق الذى يلزم للصغيرة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قوله الآخر يرجع به عليه أراد الفساد أو لم يرد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا التقسيم فى الارضاع صحيح فان المرضعة قد تكون محسنة فى الارضاع بان تخاف علي الصبي الهلاك فاما فى الزنا لا يتحقق هذا التقسيم فان الزنا فساد كله ليس فيه من معني الصلاح شئ حتى يقال أراد الزانى الفساد أو لم يرد ولكنا نقول ما ذكره صحيح لان الزنا فساد من حيث انه كبيرة ولكن قد يكون مفسدا للنكاح وقد لا يكون فانما أراد بهذا أنه اذا تعمد فساد النكاح يرجع الزوج عليه بنصف الصداق واذا لم يتعمد ذلك بان لم يعلم أنها امرأة ابيه لم يرجع الاب عليه

بشيء وهـذا كما يقال ان من زنا في رمضان ناسيا لصومه فهو مرتكب للكبيرة مستوجب للعقوبة ولكن لا يفسـد به صومه لانه لم يكن عالما بالصوم ولا قاصدا الي الجناية عليه وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي أن الابن اذا زنا بامرأة أبيه قبل الدخول وقد تعمد الفساد بان اكرهها علي ذلك لم يرجع الاب علي الابن بما يغرم لها من نصف الصداق واذا قبلها وهي نائمة أو مكرهة رجع الاب عليه بما غرم من نصف الصداق لانه اذا زنا بها فعليه الحـد والحد والمهر لا يجتمعان فـلا يغرم شيأ من المهر واذا قبلها لم يلزمه الحد فيكون للاب ان يرجع عليه بنصف المهر ولكن هذا ضعيف فان المهر لا يجب لهامع وجوب الحد علي الواطيء وهنا نصف المهر علي الواطيء انما يجب للاب ومثل هذا يجتمع مع الحد لفقه وهو ان المهر لها لا يجب الا بالوطء وقـد وجب الحـد بالوطء فلا يجب المهر وأما حق الرجوع للاب علي الواطيء فيثبت بالتقبيل والمس من غير وطء فهنالك ان الحد وجب عليه بالوطء فيمكن اثبات الرجوع له عليه باعتبار فعل آخر وهو التقبيل أو المس فاستقام الجمع بينهما والله أعلم بالصواب

نحمدك يامن جعلت الشريعة الغراء كشجرة أصلها ثابت وفرعها في السماء * ونصلي ونسلم على نهاية خلاصة الاصفياء * وذخيرة نخبة العظماء من الانبياء سيدنا محمد الصادق الامين . القائل من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين . وعلى آله وأصحابه الذين نجموا في جبهة الدنيا بدور هدى وكانوا رضوان الله عليهم خير قدوة لمن اقتدى * وعلى التابعين من من الائمة المرشدين القائمين بمهده * الراشدين برشده * وبعد فان من المقرر عند ذوي البصائر * ان ظهور الانسان بمظهر الشرف في الدارين * ونيـله درجات الـكمال في الكونين . انما هو بتحلية الظاهر بالاعمال الصالحة الدينية بعد تزكية الباطن بالعقائد اليقينية . فالعلم المتكفل من بين العلوم ببيان الأولى لا ريب يكون بالاشتغال أولى وهو علم الفقه الذي اعتنى بشأنه في كل عصر عصابه هم أهل الاصابة . فبينوا المعقول فيه والمنقول واستخرجوا أغصان الفروع من شعب الاصول وأبرزوا حقائقه بعد ان أحرزوا دقائقه وقنصوا شوارده ونظموا قلائده وذللوا مصاعبه وقربوا مطالبه وألفوا فأجادوا وصنفوا فأفادوا وأسنى ما ألف فيه وأبدعه وأعذبه موردا وأحكمه وأجمعه (كتاب المبسوط) في فقه مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان أنزل الله عليه غيث الرحمة وشآبيب الرضوان تصنيف العلم النحرير ذي الاتقان والتحرير والحجة

لمن بعده والبرهان الذي يوقف عنده شمس الائمة وحبر الامة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله وجعل دار النعيم مثواه * كتاب يعلم الله انه جمع فاوعى. وأحاط بالنوادر والاشباه والنظائر جنسا ونوعا . واستخرج من بحار كتب ظاهر الرواية درها وقرب للمجتني أزهارها وأثمارها وأبرز دقائقها وكنوزها وحل غوامضها ورموزها ونظمها فى سموط أبواب كتابه أبدع نظام وأدرجها فى ادراج فصوله مع حسن انسجام * وبالجملة فهذا هو الكتاب الذى بظهوره فى عالم المطبوعات سدت فرجة واسعة فى مؤلفات فقه الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان فان جميع الكتب المؤلفة فى مذهبه هى منه بمنزلة الفروع وهو الاصل . والابعاض وهو الكل . والجداول وهو البحر الزاخر . وذلك ان هاتيك الكتب اذا وردت فيها مسائل تستعصى علي الفهم . وتختلف فيها أقوال العلماء . وآراء الفقهاء أحالوا الحكم فيها على كتاب (المبسوط) على ان الحصول كان عليه عسيرا . وكم طرق فقهاء هذا المذهب أبواب المكاتب . وطالما نقبوا عنه فى أدراج الكتبخانات فما عثروا عليه ولا اهتدوا اليه . وما أحوج علماء الفقه الى كتب تجمع أقوال الأئمة الكبار . يكون الرجوع اليها والاعتماد عليها . وكتاب (المبسوط) جمع كل المسائل التى دونها الامام الاعظم ومحمد وأبو يوسف وزفر والامام الحسن البصرى وأعلام المذهب الذين يعبأ بكلامهم فلله در هذا الكتاب ولله براعة عباراته ولطافة اشاراته . وتنبيهاته النافعة . وتنويراته الساطعة . الشاهدة له بعلو درجته . وزيادة مزيته . ولمؤلفه بسعة اطلاعه وطول باعه . وطالما تشوق العلماء . الى بزوغ بدره . وتشوف الفقهاء الي ترشف ثغره . وبقيت النفوس متطلعة الى طلعة بدره الكاملة . والانظار متوجهة الى تخلصه من حجبه الحائلة حتى وفق الله له صاحب الاعمال المشكورة . والهمة العلية المشهورة (حضرة المحترم الحاج محمد أفندي الساسي المغربى) فاخذ حفظه الله فى أسباب تسهيله باذلا همته فى طبعه لعموم نفعه وقسمه الى ثلاثين جزأ وكلها بحمد الله تمت طبعا مع كمال التصحيح والتحرير والتنقيح بمباشرة عصابة أولي نجابه . وبراعة واصابه . فبذل كل منهم جهده بقدر ما لديه . هذا وكان طبعه الناضر ووضعه الباهر . بمطبعة السعادة . الثابت مركزها بجوار محافظة مصر ادارة مهذب الطبع ذي القدر الجليل . حضرة المحترم محمد أفندى اسماعيل منحه الله من الثواب الجزيل . وكان لطبعه الختام ولبسه وشاح التمام فى شعبان من عام ١٣٣١ هجريه علي صاحبها أفضل الصلاة وأتم السلام آمين